

专利侵权诉讼的二阶构造与程序展开

李 凌*

摘要:在专利侵权诉讼中,侵权责任的认定与损害赔偿数额的计算在审判逻辑中属于不同阶段的递进关系,对专利侵权诉讼进行分阶审理是大陆法系各国的共识。我国专利侵权诉讼适用一阶化混合式审理构造,虽然司法实践中已经通过先行判决制度尝试分阶审理,但仍难以满足专利侵权诉讼的特殊需求。为了缓解明确损害赔偿数额的困难,及时停止侵害行为,提高纠纷解决效率,我国应当借鉴同一诉讼程序外的二阶段审理模式即德国的专利侵权二阶段诉讼制度,将专利侵权诉讼分为两个阶段诉讼。在第一阶段诉讼中,应当认可确认损害赔偿责任的诉之利益,厘清确认损害及停止侵害的要件事实,同时开示有关侵害行为及损害数额的信息。在第二阶段诉讼中,应当在实体法层面推动我国损害赔偿数额计算方式从法定赔偿方式向传统计算方式回归,同时在程序法层面建立损害额认定制度,通过降低证明标准缓解证明困难。

关键词:专利侵权二阶段诉讼 确认损害赔偿责任 停止侵害行为 损害赔偿数额

一、引言

高水平的知识产权保护是创新发展的保障。^①作为保护知识产权的重要手段,知识产权诉讼机制的构建和运行举足轻重,应当从程序之维与实体之维进行双向审视。^②换言之,强化知识产权司法保障,不仅要关注实体法领域的规则优化,而且要聚焦程序法领域的制度完善,建立健全符合知识产权审判规律的特别程序法律制度。随着科技发展,知识产权纠纷中专利侵权诉讼的数量日渐增多,完善专利侵权诉讼的程序构造以实现高效的审理刻不容缓。当事人提起专利侵权诉讼通常有两个目的,即及时停止侵害行为和获得损害赔偿。在现行立法下,我国专利侵权

* 西南政法大学法学院副教授

基金项目:重庆市教育委员会人文社会科学研究项目(23SKGH020)

① 参见吴汉东:《中国知识产权制度现代化的实践与发展》,《中国法学》2022年第5期。

② 参见张卫平:《双向审视:民事诉讼制度建构的实体与程序之维》,《法制与社会发展》2021年第2期。

诉讼采用一阶化混合式审理构造,同时对侵权责任和损害赔偿数额进行审理。近年来,司法实践中出现将先行判决制度运用于专利侵权诉讼的案例。^①但无论是一阶化混合式审理构造还是先行判决制度,都既难以缓解起诉时明确损害赔偿数额的困难,又无法在诉讼中及时停止侵害行为,容易造成诉讼程序的冗长浪费。从审判逻辑而言,专利侵权诉讼应当先对侵害论进行判断,再进入损害论的审理。因此,对侵权责任以及损害赔偿数额分阶审理的构造才契合专利侵权诉讼的审判规律。^②大陆法系各国在专利侵权诉讼中均遵循分阶审理的理念,具体又区分为同一诉讼程序外的分阶模式与同一诉讼程序内的分阶模式。同一诉讼程序外的分阶模式(以德国专利侵权二阶段诉讼制度为代表)对于提高诉讼效率、强化对权利人的保护进而落实新技术的社会应用具有重要意义。有鉴于此,本文拟从我国专利侵权诉讼审理构造的现状入手,反思当前立法及司法实践中存在的问题,分析我国选择同一诉讼程序外的分阶模式、将专利侵权诉讼二阶构造制度化的必要性。然后以德国专利侵权二阶段诉讼制度为基础,分析第一阶段诉讼的审理构造以及第二阶段诉讼的裁判规则,提出构建我国专利侵权二阶段诉讼制度的方案。

二、我国专利侵权诉讼审理构造的现状反思

专利权的特殊性质决定了专利侵权诉讼的专业性与复杂性,专利侵权诉讼不仅诉讼效率低下、审理周期冗长,而且专利权人的举证困难使得损害赔偿数额的计算面临困境。与普通民事纠纷相同,我国现行立法及实践对专利侵权纠纷适用传统的民事审理构造。但是,传统审理构造不符合专利侵权诉讼的审判规律,无法充分保护专利权人的利益。

(一)我国专利侵权诉讼审理构造的现状

在我国现行立法和实践中,专利侵权纠纷适用民事诉讼普通审理程序,经过庭审的核心阶段即法庭调查和法庭辩论后,对原告的全部诉讼请求同时进行判决。^③具体而言,在现行审理构造下,起诉时即要求原告提出包括认定侵权责任以及给付具体损害赔偿数额的全部诉讼请求,而后庭审围绕全部诉讼请求同时进行审理,最后在判决阶段对全部诉讼请求同时进行判决。换言之,在专利侵权诉讼中,法院对侵权责任的认定和损害赔偿数额的计算采用一阶化混合式审理构造。

但是与普通侵权诉讼不同,专利侵权诉讼中及时停止侵害行为、防止损害进一步扩大对于专利权人来说尤其重要,而一阶化混合式审理构造无法及时实现停止侵害,这将会对专利权人造成

^① 参见中华人民共和国最高人民法院(2019)最高法知民终2号民事判决书、湖南省长沙市中级人民法院(2019)湘01民初3186号民事判决书、湖南省高级人民法院(2020)湘知民终582号民事判决书。

^② 就实体审理逻辑而言,先进行侵权责任的认定,再进行具体损害赔偿数额的计算是侵权损害赔偿诉讼的应有之义,但这并不意味着所有侵权损害赔偿诉讼在程序上均有二阶化改造的必要。我国学界也存在对其他侵权损害赔偿诉讼程序进行二阶化改造的探讨,如消费者集体性损害赔偿诉讼。但不同类型侵权损害赔偿诉讼的实体及程序原理存在差异,其诉讼构造的优化也不能一概而论。本文所探讨的二阶化审理构造系针对专利侵权诉讼周期长,为缓和损害数额计算的困难,及时满足专利权人停止侵害请求,进而强化专利权保护而创设的新型程序构造。其是对传统侵权诉讼审理构造及法理的突破,此种突破以知识产权的特殊属性为基础。此外,二阶化审理构造涉及实体与程序的多维协作,鉴于知识产权类型的多样性和差异性,关于二阶化审理构造能否类推适用于其他类型的知识产权,仍需另外单独探讨。本文仅以专利侵权诉讼作为对象,探讨将审理逻辑上阶段理念转化为程序构造上阶段诉讼的可行性与具体方案。

^③ 参见张卫平:《民事诉讼法》(第6版),法律出版社2023年版,第366~367页。

重大伤害。我国司法实务界对此问题已有所关注,认识到对侵权责任和损害赔偿数额进行分阶段审理是专利侵权诉讼的应有之义。根据《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)第156条的规定,如果案件的一部分事实已经清楚,那么法院可以就该部分进行先行判决。不过,该规定在实践中鲜有适用。为了及时保护专利权人,近年来部分法院开始利用先行判决制度将停止侵害行为的诉讼请求与给付损害赔偿数额的诉讼请求剥离开来,对前者提前进行判决。虽然此举体现出我国司法实务已经逐步意识到分阶审理对于专利侵权诉讼的必要性,但先行判决的运用目前仍处于探索阶段,制度规则相对粗糙。

(二)我国专利侵权诉讼审理构造的问题反思

第一,我国现行的专利侵权诉讼审理构造难以缓解损害赔偿数额计算的困难。在专利侵权诉讼中,由于举证困难,损害赔偿数额的确定与计算成为专利权人的重大负担。^①一方面,在一阶化混合式的审理构造下,由于当事人需要在一个诉讼中提出全部诉讼请求,因此在起诉时就需要明确损害赔偿数额的范围。根据《民事诉讼法》第122条的规定,有具体的诉讼请求属于起诉条件之一。对于金钱类的给付请求来说,具体的标准首先指的是需要明确损失种类,其次指的是需要明确具体的赔偿数额或者计算方法。^②在专利侵权诉讼中,原告起诉时往往无法掌握侵权行为以及相应损失的范围,此时不仅难以确定具体的损害赔偿数额,而且难以选择合理的计算方法。另一方面,一阶化混合式的审理构造容易成为适用实体法上损害赔偿数额计算方法的桎梏。在一阶化混合式的审理构造下,当事人在诉讼初期就需要同时提供与认定侵权责任及计算损害赔偿数额相关的所有资料和证据,进而选择合适的损害赔偿数额计算方法。但与损害赔偿数额计算相关的资料和证据,往往只有在审理侵权行为及确定侵权责任的过程中才会慢慢显现。一阶化混合式的审理构造加剧了当事人的举证困难,导致实体法上损害赔偿数额计算方法的适用困境。此外,近年来我国司法实务中运用的先行判决制度在诉讼中对停止侵害请求先进行判决,尽管体现了阶段化审理理念,但专利权人在起诉时仍然需要提出包含损害赔偿数额在内的所有诉讼请求,因此同样无法避免起诉时难以明确损害赔偿数额以及无法适用实体法上损害赔偿数额计算方法的困境。

第二,我国现行的专利侵权诉讼审理构造无法及时实现专利权人停止侵害行为的请求。从审判逻辑上看,专利侵权诉讼中侵权责任的认定与损害赔偿数额的计算属于分层递进关系。在一阶化混合式的审理构造下,即便侵权事实在实体法上的存在已经被确认,也仍需要等到损害赔偿数额的审理结束之后才能一起得到停止侵害行为的判决。而损害赔偿数额的审理周期往往较长,这将导致专利权人停止侵害行为的请求无法及时实现。诚然,适当的审理本身需要耗费一定时间,通过裁判实现权利也需要社会成本,但在专利侵权诉讼中,此时已经对停止侵害请求权进行了实质审理,因此难以提供及时的权利救济。此外,先行判决制度虽然自1982年《民事诉讼法(试行)》开始就一直存在于我国立法中,但是长期处于休眠状态。并且在启动方式上,尽管先行判决制度既可由当事人申请法院适用,又可由法院依职权适用,但在是否适用的判断上,仍以法院职权裁量为主导。作为适用先行判决制度的前提要件,部分争点何时适于裁判难以确定。由

^① 参见毋爱斌:《损害额认定制度研究》,《清华法学》2012年第2期。

^② 参见王学棉:《“具体”的诉讼请求》,《国家检察官学院学报》2016年第2期。

于裁判时机是否成熟取决于法官裁量,^①因此实践中存在法官恣意裁量的危险,同时也会造成先行判决与裁判脱漏的界限模糊不清,难以保障当事人权益。这意味着,先行判决制度也难以及时实现专利权人停止侵害行为的请求权。

第三,我国现行的专利侵权诉讼审理构造容易导致诉讼程序的冗长浪费。高效集约的审理必定是围绕实质争点进行的有序审理。在一阶化混合式的审理构造下,当事人需要在诉讼初期就提出与侵权责任及损害赔偿数额相关的所有攻击防御方法,法院也需要对其进行全部审查。一方面,一阶化混合式的审理构造容易导致争点分散,进而模糊侵害论与损害论之间的审判逻辑关系。在缺乏实质性审前准备程序的背景下,对争点整理的忽视将导致审理过程中的焦点分散。^②同时,在我国现行的庭审构造下,法庭调查与法庭辩论处于阶段倒置状态,一旦法庭辩论阶段出现新的争点就需要重返法庭调查阶段。^③基于专利权的复杂性和专业性,此种程序的反复与冗长在一阶化混合式审理构造下被进一步放大,加剧了诉讼延迟。另一方面,在一阶化混合式的审理构造下,法院需要对当事人提出的全部诉讼资料进行审理。法庭在调查阶段对有关侵权责任认定及损害赔偿数额计算的所有证据进行审查之后进入辩论阶段。如果判决侵权不成立,那么关于损害赔偿数额的审理即为多余。即便一审判决侵权成立,如果二审判决否定了侵权的存在,那么一审关于损害赔偿数额的审理也属于程序上的浪费。此外,在适用先行判决制度的审理构造中,对停止侵害请求进行先行判决后,关于如何处理损害赔偿请求的问题,仍然存在争议。在理论上,如果当事人对先行判决提起上诉,那么应当待关于先行判决的二审程序结束后再由一审法院继续对损害赔偿数额进行审理。但在司法实践中,我国有部分法院认为,当事人对先行判决提起上诉后,一审法院仍可继续审理赔偿损失的诉讼请求。^④此时,如果上诉法院做出了相反裁判或者撤销原判发回重审,那么一审的后续程序势必会被浪费。

三、专利侵权诉讼二阶构造的模式选择

对专利侵权诉讼进行分阶审理是大陆法系各国的共识。以阶段审理的理念是否有明确的制度化体现为标准,专利侵权诉讼的二阶构造可以区分为同一诉讼程序外的二阶段审理模式与同一诉讼程序内的二阶段审理模式。同一诉讼程序外的二阶段审理模式以德国的专利侵权二阶段诉讼制度为代表。德国的专利侵权二阶段诉讼并没有立法条款的具体规定,而是通过司法判例形成的制度。^⑤该制度将认定侵权责任与计算损害赔偿数额的裁判区分为两个单独的诉讼,既能够避免陷入在起诉时即要求原告明示具体损害赔偿数额的困境,又可以对每个争点进行集中且迅速的审理,及时实现原告停止侵害行为的请求权。^⑥同一诉讼程序内的二阶段审理模式以日本的专利侵权二阶段审理方式为代表,表现为在一个诉讼中对侵害论与损害论进行审理流程

① 参见占善刚:《论民事诉讼裁判的时机》,《现代法学》2023年第6期。

② 参见段文波:《庭审中心视域下的民事审前准备程序研究》,《中国法学》2017年第6期。

③ 参见段文波:《我国民事庭审阶段化构造再认识》,《中国法学》2015年第2期。

④ 参见吴玉萍:《“先行判决”,大量纠纷一揽子化解》,《人民法院报》2025年4月11日。

⑤ 加藤朝道「ドイツにおける損害賠償——特許権を中心に」,高林龍編「知的財産権侵害と損害賠償」(成文堂、2011年)261頁参照。

⑥ 加藤朝道「侵害訴訟改革の提言——ドイツを参考に」,「パテント」70巻1号(2017年)88頁参照。

上的相对阶段划分。在日本司法实务中,除了仅仅提起停止侵害诉讼的例外形态,专利侵权诉讼的审理过程通常会被划分为侵害论与损害论两个阶段。在诉讼系属的开始,法院应当对包含无效论在内的侵害论进行充分审理。法院对侵害形成一定心证时,应在期日中对双方当事人开示心证,然后进入损害论的审理阶段。^① 鉴于我国专利侵权诉讼审理构造存在的前述问题,为更好地保护专利权人,我国有必要引入专利侵权诉讼的二阶构造,并在分析不同模式的基础上选择更符合我国实际的审理模式。

(一)同一诉讼程序内二阶段审理的缺陷

日本的二阶段审理方式虽然体现了分阶审理的理念,但由于分阶理念贯彻得并不彻底,仍然受到同一个诉讼程序的制约,因此难以灵活处理停止侵害行为与确定损害赔偿之间的关系。(1)日本的二阶段审理方式无法缓解起诉时原告确定损害赔偿数额的困难。在专利侵权纠纷中,由于举证困难,损害赔偿数额的计算常常陷入高度不确定的困境。日本的二阶段审理方式属于同一诉讼程序内的二阶段审理,仍然要求原告在起诉时即明确具体的损害赔偿数额,对专利权人来说无疑是重大负担。(2)日本的二阶段审理方式无法实现及时停止侵害行为的请求。日本有学者认为,在现有同一诉讼程序内二阶段审理模式下,可以通过假处分制度及时停止侵害行为,^②但假处分制度需要专利权人提供高额担保,资金较为薄弱的专利权人无法获得及时救济。因为我国民事诉讼中的行为保全制度与日本民事诉讼中的假处分制度具有类似功能,那么能否在借鉴日本同一诉讼程序内二阶段审理方式的基础上,通过行为保全制度的配合及时停止侵害行为?应当注意到,我国现行立法中的行为保全制度存在定性错误且对专利权人施以过重负担的弊端。2000年《中华人民共和国专利法》(以下简称《专利法》)修改时,通过停止侵权的救济形式将1994年《与贸易有关的知识产权协定》中的禁令和临时措施引入立法。理论界将停止侵害的救济形式与我国既有的财产保全制度相匹配,并将其定位为行为保全。^③ 2012年《民事诉讼法》修改时进一步将停止侵害的临时救济纳入保全制度体系并广泛适用于所有民事纠纷。主张同一诉讼程序内的二阶段审理模式者认为,可以在同一个诉讼内对侵害论和损害论进行理念上的阶段划分,同时通过行为保全制度的配合及时停止侵害行为。^④ 但是停止侵害即禁令是一项实体性的诉讼请求,而我国裁判类型采取判决与裁定二分的方法,行为保全在性质上属于适用裁定的程序性事项,职权主义色彩浓厚。虽然2018年《最高人民法院关于审查知识产权纠纷行为保全案件适用法律若干问题的规定》参照英美法系禁令制度设置了四要件审查法,但程序性制度框架无法实现实体性审查。基于保全制度的性质,实践中我国法院均以是否提供担保代替四要件审查判断是否进行保全。^⑤ 专利权人尤其是中小型技术创新企业,往往难以负担高额的担保费用,无法通过

^① 小池真「侵害訴訟の一審における損害論の審理期間中になされた無効審決が維持されるとともに、侵害訴訟の請求棄却判決が控訴審でなされた例——二段階審理方式の実務の問題点と二段階訴訟制度の検討」知財ぶりずむ17巻199号(2019年)90頁参照。

^② 産業構造審議会知的財産分科会特許制度小委員会「実効的な権利保護に向けた知財紛争処理システムの在り方」参照, https://www.jpo.go.jp/resources/shingikai/sangyo-kouzou/shousai/tokkyo_shoi/document/190215_tokkyo_houkoku/01.pdf, 2024-03-24。

^③ 参见江伟、肖建国:《民事诉讼中的行为保全初探》,《政法论坛》(中国政法大学学报)1994年第3期。

^④ 参见唐雨汉、程德理:《专利侵权纠纷审判阶段化研究》,《学术界》2024年第6期。

^⑤ 参见傅郁林:《知识产权禁令中双方当事人权益保护》,《现代法学》2023年第3期。

行为保全制度及时维护自身权益。

由于日本的同一诉讼程序内二阶段审理方式存在诸多缺陷,其为我国建立专利侵权诉讼的二阶构造提供的借鉴意义不大。日本司法实务界也认识到德国专利侵权二阶段诉讼制度的优越性,并开始在学界探讨建立此种制度的可行性。^①

(二)同一诉讼程序外二阶段审理的优势

专利侵权纠纷的特殊性对其诉讼审理构造提出了特殊要求。同一诉讼程序外的二阶段审理模式(即德国的二阶段诉讼制度)能够与专利侵权诉讼的特殊需求相契合,有利于纷争的早日解决和诉讼经济。具体而言,该审理模式具有以下优势。

1.缓解明确损害赔偿数额的困难

一般来说,如果原告能够直接向法院提出支付具体损害赔偿数额的请求,那么通过给付之诉进行保护就已足够,此时原告仅仅提起确认之诉不具有法的利益。但从19世纪以来,在德国的司法实务中,如果原告对于损害赔偿的数额无法举证,那么此时法院可以作出确认判决。德国莱比锡最高法院1988年的判决认为,虽然有时原告对损害赔偿的数额无法举证,但其可以向法院请求确认被告承担损害赔偿责任。此时原告具有确认利益,即原告可以仅仅请求法院作出确认被告存在损害赔偿责任的判决,将损害赔偿数额的计算问题留给之后的其他程序解决。之后,德国联邦最高法院也表示支持上述判例。在德国现行的民事诉讼实务中,因为原告在起诉阶段难以明确损害赔偿数额,因此如果有可能发生损害,就应当认可积极确认之诉的诉之利益。^②但是,这种广泛认可确认判决的做法仅存在于知识产权法领域,并不适用于其他侵权行为法领域。

与同一诉讼程序内的二阶段审理方式不同,专利侵权二阶段诉讼制度在起诉时就贯彻阶段化审理的理念,进而对诉讼请求进行分割。专利权人可以首先提起第一阶段诉讼来确认存在损害赔偿责任以及停止侵害行为,将损害赔偿数额交由第二阶段诉讼确定,从而破解专利权人起诉时难以明确具体损害赔偿数额的困境。同时,专利权人还可以要求对方当事人提出与侵害行为及损害赔偿数额相关的信息和会计文书。在第一阶段诉讼之后,通过被告开示的相关信息及会计文书,专利权人就能够对损害赔偿数额进行合理的预测,在第二阶段诉讼起诉时即可明确相应的诉讼请求。

2.及时实现停止侵害行为的请求

专利侵权诉讼中及时停止侵害行为对于专利权人而言至关重要。在我国专利侵权诉讼的现行审理构造之下,可以通过三种路径及时停止侵害行为:(1)利用行为保全制度在判决之前停止侵害;(2)利用先行判决制度仅对停止侵害的诉讼请求作出裁判;(3)先后分别提起停止侵害之诉与损害赔偿之诉。这三种路径均有缺陷,无法满足专利侵权纠纷的特殊需求。行为保全制度和

^① 産業構造審議会知的財産分科会特許制度小委員会「実効的な権利保護に向けた知財紛争処理システムの在り方」参照, https://www.jpo.go.jp/resources/shingikai/sangyo-kouzou/shousai/tokkyo_shoi/document/190215_tokkyo_houkoku/01.pdf, 2024-03-24; 小池眞一「侵害訴訟の一審における損害論の審理期間中になされた無効審決が維持されるとともに、侵害訴訟の請求棄却判決が控訴審でなされた例——二段階審理方式の実務の問題点と二段階訴訟制度の検討」知財ぶりずむ17巻199号(2019年)92頁参照。

^② デイルク・シュスラー＝ランゲハイネ＝ミヒャエル・ファイファー＝西田加代子「ドイツ訴訟実務:特許権侵害に対する損害賠償の請求——『損害賠償責任の確定判決』と『損害賠償請求』の二訴訟制度について」Law&Technology 85号(2019年)45頁参照。

先行判决制度的不足前文已经讨论,先后提起停止侵害之诉与损害赔偿之诉不仅形成程序重复及可能的矛盾判决,而且无法中断损害赔偿请求权的诉讼时效。虽然先提起停止侵害之诉可以在不对损害进行审理的前提下得到停止侵害行为的终局判决,但在其后提起的损害赔偿之诉需要对侵害论重新进行审理,不仅会导致程序的浪费,而且有产生矛盾判决的危险。

在专利侵权二阶段诉讼制度中,第一阶段诉讼仅需要对损害赔偿责任进行认定,在无须对损害赔偿数额进行审理的前提下即可得到关于停止侵害行为的确定判决。这虽然有可能使得第一阶段诉讼的判决需要经过二审程序才能成为终局判决,但由于已经将损害赔偿数额的审理剥离开来,因此专利权人可以在无须负担高额担保费用的前提下尽早实现停止侵害行为的请求。针对第一阶段诉讼判决需要经过二审程序才具有执行力的问题,德国在司法实务中通过假执行制度预先赋予第一阶段诉讼判决以执行力。我国则可以在专利侵权二阶段诉讼制度中利用行为保全制度发挥相同功能。此时因为已经存在第一阶段的一审判决,所以行为保全错误的可能性较低,应当降低或者无须要求申请人提供高额担保费用。此外,虽然我国立法并未规定确认之诉能否中断诉讼时效,但诉讼时效是向人民法院请求保护民事权利的期间,其并非仅限于给付之诉,在明确将确认对象限定为请求权时也应产生中断诉讼时效的效果。^①因此在专利侵权二阶段诉讼中,确认损害赔偿责任的诉讼请求能够及时中断损害赔偿请求权的诉讼时效,从而为专权利人提供更为充分的保护。

3. 提高纠纷多元解决的实际效率

第一,专利侵权二阶段诉讼制度能够提高诉讼效率。专利侵权二阶段诉讼制度能够使审理程序专注于各个争点,实现争点中心型的审判,防止审理程序从损害论返回到侵害论,避免程序的反复,以缩短作出判决所需的时间。在我国一阶化混合式的审理构造以及同一诉讼程序内的二阶段审理模式下,如果一审对侵害论和损害论均进行了充分审理,但二审否定了侵权行为,那么一审关于损害论的审理就成为无谓的程序。专利侵权二阶段诉讼制度将侵害论与损害论区分为两个独立的诉,可以避免程序的浪费。需要注意,在专利侵权二阶段诉讼中,如果被告对第一阶段诉讼判决提出上诉,那么应当等到二审判决作出之后再行进行第二阶段诉讼的审理。如此,即使二审作出了相反裁判或者撤销原判发回重审,也不会造成程序浪费和矛盾裁判。

第二,专利侵权二阶段诉讼制度能够促使当事人达成和解。一方面,基于第一阶段诉讼的判决,被告需要向原告提供与侵权行为相关的信息和会计文书。这些信息和会计文书一旦提供,就无法要求返还,存在泄露被告商业机密信息的风险。为了防止商业机密信息泄露,当事人可能倾向于通过和解化解纠纷。另一方面,如果被告提供了与侵权行为相关的信息和会计文书,那么原告就可以获得关于侵权行为范围以及对于计算损害赔偿数额来说至关重要的信息。通常当事人会在交涉损害赔偿数额的过程中达成和解。^②即便当事人无法达成和解,相关信息及会计文书的开示也有利于下一阶段诉讼中损害赔偿数额的计算。

综上所述,同一诉讼程序外的二阶段审理模式即德国的二阶段诉讼制度更加契合专利侵权诉讼的特点。我国在构建专利侵权二阶段诉讼制度时,不仅需要从逻辑上明晰专利侵权案件中

^① 参见刘哲玮:《确认之诉的限缩及其路径》,《法学研究》2018年第1期。

^② 加藤朝道「ドイツにおける損害賠償——特許権を中心に」高林龍編『知的財産権侵害と損害賠償』(成文堂、2011年)261頁参照。

侵害论与损害论的审理先后顺序,而且需要从制度上实现损害赔偿责任确认和损害赔偿数额计算在同一诉讼程序外的分阶构建。需要注意的是,专利侵权二阶段诉讼制度是在我国现行审理构造的基础上为纠纷解决提供的另外一种选项。专利权人可以根据自身情况自由选择适用何种程序构造,也可以灵活组合不同的审理方式与具体制度。

四、专利侵权第一阶段诉讼的审理构造

在专利侵权诉讼中,及时获得停止侵害的救济、防止损害进一步扩大对专利权人来说殊为重要。专利侵权二阶段诉讼制度具有合理的程序构成,即第一阶段针对专利权的有效性及其侵权事实作出一个确定判决。通过积极确认之诉的形态根据侵权是否成立对确认损害赔偿责任的请求进行阶段诉讼,同时可以判令被告停止侵害行为以及提供相关信息文书。之后如果双方当事人无法对损害赔偿数额达成合意,再提起第二阶段的诉讼,请求给付具体的损害赔偿数额。

(一) 确认损害及停止侵害的诉之利益

在专利侵权第一阶段诉讼中,专利权人仅需要提出确认损害赔偿责任的请求,而不要求给付。在判断确认请求的诉之利益时需要考察是否存在其他更为适切的纠纷解决手段。对权利义务关系产生争议时,在法律上确定这种权利义务关系虽然有可能解决纠纷,但是因为确认判决不具有执行力,所以如果判决得不到执行,那么当事人的权利将无法实现。对此,应当提出行使权利的给付请求,在不履行给付判决时申请强制执行从而在根本上解决纠纷。换言之,因为确认之诉中缺乏强制实现判决内容的手段,所以在能够提起给付之诉时原则上不允许提出对于给付请求权的确认之诉。^① 这被称为确认之诉对于给付之诉的补充性。^② 但是,在专利侵权二阶段诉讼中,如果专利权人在第一阶段诉讼同时提出了确认损害赔偿责任和停止侵害行为的请求,那么应当认可诉之利益。原因在于:(1)确认之诉与给付之诉具有完全不同的性质,其并不完全是给付之诉的补充。^③ 虽然传统上认为,能够提起给付之诉的请求权和法律关系,不具有可以提起确认之诉的利益,但是当需要从根本上处理复杂的法律关系时,其也可以成为确认之诉的对象。^④ 在损害赔偿数额暂时无法确定但有必要先行确定存在损害赔偿请求权的情况下,应当认可对损害赔偿请求权提起确认之诉的诉之利益。^⑤ (2)纠纷解决方法的选择,需要考虑在审理中投入的成本能否与纠纷解决的机能相匹配。^⑥ 如果提起确认之诉符合诉讼经济的要求,能够恰当地解决争点,那么应当允许原告在可提起给付之诉的情形下提起积极确认之诉。^⑦ 在专利侵权诉讼中,有

① 西川知一郎「訴之利益」高橋宏志=加藤新太郎編『実務民事訴訟講座第3期第2卷民事訴訟の提起・当事者』(日本評論社、2014年)210頁参照。

② 松本博之=上野泰男『民事訴訟法(第8版)』(弘文堂、2015年)165頁参照。

③ 兼子一『新修民事訴訟法体系(増訂版)』(酒井書店、1965年)157頁参照。

④ 参见[日]高橋宏志:《民事诉讼法重点讲义(导读版)》(上),林剑锋译,法律出版社2023年版,第359~361页。

⑤ 参见[德]奥特马·尧厄尼希:《民事诉讼法》(第27版),周翠译,法律出版社2003年版,第186页;曹志勋:《论我国法上确认之诉的认定》,《法学》2018年第11期。

⑥ 藤田広美『解析民事訴訟(第2版)』(東京大学出版会、2013年)250頁参照。

⑦ 参见赵秀举:《论确认之诉的程序价值》,《法学家》2017年第6期。

必要在不审理损害赔偿数额的情况下,迅速认可停止侵害行为的请求。认可确认损害及停止侵害的诉之利益,不仅可以缓解起诉时确定损害赔偿数额的困难,而且能够及时处理案件争点,在充分减轻中小企业负担的前提下通过终局判决尽早停止侵害行为,中断损害赔偿请求权诉讼时效,进而提高诉讼效率,促进纠纷多元化解决。因此,在专利侵权诉讼中,如果只请求确认损害而不要求停止侵害行为,那么应当提出包含了给付请求在内的损害赔偿请求之诉;而如果提出了确认损害和停止侵害行为的请求,那么应当认可损害赔偿请求确认之诉的诉之利益。基于此,我国专利法可以规定,专利权人或者专利实施权人,在对于侵权者或者有侵害危险性的人提起诉讼请求停止侵害行为时,可以同时提起确认之诉,确认因侵权行为而产生的损害赔偿请求权。

此外,还需要赋予确认判决中断损害赔偿请求权诉讼时效的效力。例如,根据《德国民法典》第197条第1项之3的规定,如果请求权通过确认之诉被赋予既判力,那么这个请求权的诉讼时效将变为30年。^①因此,专利侵权诉讼第一阶段的确认判决能够对损害赔偿请求权的诉讼时效进行追加保护。专利权人可以有足够时间来接收所有的相关信息和会计文书,在此基础上对损害赔偿数额进行充分交涉。从理论上讲,提起确认之诉亦体现了权利人向法院请求保护民事权利的意图,因此其也应当具有中断诉讼时效的效力。应当明确《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第195条第3项的规定也包含了当事人提起确认之诉的情形,对于具体请求权的确认判决具有中断诉讼时效的效力,并且为强化对权利人的保护,应当相应延长经确认判决认可的请求权的诉讼时效。

(二)确认损害及停止侵害的要件事实

在专利侵权二阶段诉讼中,当事人可以在第一阶段诉讼中对损害赔偿请求权进行分解,请求法院确认存在损害赔偿责任。同时为了防止损害扩大,当事人还可以基于停止侵害请求权请求法院判决被告停止侵害行为。前者为确认请求,后者为给付请求,两者的要件事实有所区别。

1.确认损害的要件事实

根据《德国民法典》第823条第1项的规定,故意或过失侵害他人权利的人,有义务向他人赔偿因此而产生的损害。在专利侵权第一阶段诉讼中,只要故意或者过失的要件有一个被证明,德国法院就会认可专利权人的确认请求。只要在授予专利公告的一个月之后生产厂家和销售商具有侵权行为,就可推定其具有过失。从理论上讲,损害赔偿请求权的实现需要满足《德国民法典》第823条第1项的所有要件,即还需要对损害及其具体数额进行主张和举证。但专利侵权二阶段诉讼将损害赔偿请求权的实现分解成确认损害赔偿责任存在和计算损害赔偿数额两个部分,在第一阶段诉讼中无须就损害要件进行主张和举证。第一阶段诉讼中损害赔偿责任确认的要件事实,指的是能够对专利侵权的成立产生影响的请求原因、抗辩和再抗辩,具体包括专利权的特定、被告制造销售的对象制品方法的特定、对象制品属于专利发明的技术范围、先使用的抗辩等。^②确认损害赔偿责任的判决具有既判力,会产生相应的遮断效。这种遮断效的对象范围包括直到口头辩论终结时都可以主张的对专利侵权成立能够产生影响的非侵权主张和抗辩。基于遮断效的作用,此类主张和抗辩不能在第二阶段诉讼中提出。与此相对,对专利侵权成立没

^① 参见《德国民法典》(第5版),陈卫佐译注,法律出版社2020年版,第71页。

^② 設樂隆一「ドイツの二段階訴訟制度と日本の特許法改正の試みについて」牧野利秋編『最新知的財産訴訟実務』(青林書院、2020年)102頁参照。

有影响的主张和抗辩,如部分清偿的抗辩、权利消灭失效的抗辩、诉讼时效的抗辩等,应当在第二阶段损害赔偿数额给付诉讼中提出。对于免除损害赔偿责任的抗辩,也更适宜在第二阶段诉讼中审理。^①

关于在专利侵权诉讼中能否审理专利权无效抗辩的问题需要进一步完善。德国专利侵权二阶段诉讼虽然具备多项优势,但是也存在过度保护专利权人的潜在弊端。在第一阶段诉讼判决之后,当事人可以对其提出上诉。此时,专利权人往往通过假执行制度在二审判决前预先执行一审判决。由于德国实行专利确权与侵权程序的职权分离模式,因此法院无权在专利侵权诉讼中判断专利的有效性,专利权在侵权诉讼之后还面临被宣告无效的风险。此外,专利侵权二阶段诉讼倾向于使侵权人迫于压力达成和解。我国立法在借鉴这一诉讼制度时应努力克服这种弊端。一方面,我国并不存在德国的假执行制度,可以缓解预先执行第一阶段判决给侵权人带来的压力。另一方面,我国可以通过优化专利有效性审查方式来实现专利权人与侵权人的利益平衡。我国现行立法对专利的有效性审查采取的是单轨制的行政审查模式,由国家知识产权局内部的专利复审机构负责。法院无权对专利无效抗辩进行审理。此种模式导致专利侵权诉讼程序的冗长反复。为了实现专利侵权审理与专利确权审理的衔接,我国应当引入对专利无效抗辩的司法审查。目前我国专利确权行政诉讼由北京知识产权法院管辖,并且设立最高人民法院知识产权法庭受理上诉案件,同时实行技术调查官制度为专利权有效性的司法审查提供技术支撑。^②因此,我们可以对专利权无效审理进行司法化改造,在专利侵权诉讼中,被告可以提出专利无效的抗辩。

2. 停止侵害的要件事实

停止侵害请求权是实现专利权本质内容的重要权利,即排除他人而仅由专利权人独占地实施和使用专利权。专利权中停止侵害请求权的要件有两项:(1)原告是专利权人或专用实施权人;(2)存在侵权行为。广义的停止侵害请求权不仅要求停止正在进行的侵权行为,而且包含了预防将来侵害的请求。^③但是,《民法典》采民事责任体系,停止侵权行为属于一种民事责任,其只能针对已经发生且仍在继续的侵权行为。^④在专利侵权第一阶段诉讼中,停止侵害行为仅适用于正在进行的侵权行为。即使过去发生过侵权行为,若今后明显不存在再次侵权的可能性,则停止侵害的请求也会被驳回。此外,作为一项物权性质的请求权,侵权人的故意或者过失并不是停止侵害请求权的要件。停止侵害请求权以专利权的排他性为依据,如果认可了侵权行为,那么应当认可停止侵害请求权。专利权人是否亲自实施了该专利并非停止侵害请求权的要件。^⑤

需要注意的是,停止侵害请求权能够充分保护专利权人的利益,但物权化的处理方式可能对科技创新发展以及市场自由竞争带来负面影响。因此,需要对停止侵害请求权的行使进行适当

^① 我国立法对合法来源抗辩免除责任进行了规定。例如,《中华人民共和国专利法》第77条规定:“为生产经营目的使用、许诺销售或者销售不知道是未经专利权人许可而制造并售出的专利侵权产品,能证明该产品合法来源的,不承担赔偿责任”。

^② 参见李雨峰:《专利确权的属性重释与模式选择》,《中外法学》2022年第3期。

^③ 城山康文=武智克典=檜山聡編『知的財産訴訟手続法——知的財産関係民事訴訟における手続の特例』(青林書院、2009年)86頁参照。

^④ 参见张玲:《论专利侵权诉讼中的停止侵权民事责任及其完善》,《法学家》2011年第4期。

^⑤ 参见[日]青山纮一:《日本专利法概论》,聂宁乐译,知识产权出版社2014年版,第58页。

限制。具体而言,停止侵害请求权的限制行使包含两种情形。(1)基于国家利益、公共利益限制停止侵害请求权的行使。此时,不应当以被诉侵权主体的性质来定性国家利益、公共利益,而应当以利益所指向的内容本身作为判断依据。^①(2)基于双方利益考量限制停止侵害请求权的行使。此种情形应当以法律规定为限并严格适用。只有在出于生产经营目的的使用者举证证明合法来源和已经支付合理对价的特定情况下,停止侵害请求权的行使才会受到限制。

(三)侵害行为与损害赔偿数额的信息开示

在专利侵权第一阶段诉讼中,原告可以要求被告提供与损害赔偿相关的信息及会计文书。一方面,相关信息及会计文书大多涉及企业秘密,被告为了避免提供往往会选择和解;另一方面,被告提供的相关信息及会计文书可以为其后损害赔偿数额的计算奠定基础。

1.信息开示请求权的种类区分

第一,原告可以请求被告提供与侵权行为相关的信息。这种请求权基于《德国专利法》第140条B规定的信息开示请求权而产生,其不依赖损害赔偿责任而存在,也不以被告的过失为要件。此种信息可以明确是否存在其他侵权人。因此,除了要求实施专利的人提供相关信息外,在明显侵权或者被侵权人向侵权人提起诉讼的情况下,被侵权人也可对曾占有侵权产品、对侵权行为提供服务或者参与过产品的制造、生产、销售的第三人提出告知信息的要求。根据《德国专利法》第140条B之3的规定,被告可直接以书面或电子的方式向原告提供从专利授予公告之日起与侵权行为范围有关的信息,包括其所确知的产品制造者、供应商和其他在先所有人,用户或者主要客户的姓名及住所,制造、交付、接收或者订货的产品数量,以及相关产品或者服务的价格。^②

第二,原告还可以请求被告提供对计算损害赔偿数额来说必要的会计文书。这种请求权基于《德国民法典》第242条诚实信用原则而产生,其依赖损害赔偿责任而存在,并且以过失为必要条件。此种类型的信息请求权具有辅助主要请求权的功能,因此属于准备型信息请求权。^③提出会计文书的请求指向的是对于本案举证来说必要的信息,进而便于计算具体的损害赔偿数额。对照这个目的,当原告选择一种计算方法时,被告提供的会计文书需要包含按照这种方法判断损害赔偿数额所必要的信息,以及对于检验这些会计文书的正确性来说必要的信息。具体而言,这些信息包含与制造量和制造时期相关的信息,交付物品的数量、日期、价格明细等与个别交付物品相关的信息,购买者的名称和住所,与销售宣传广告相关的信息等。原告得到相关会计文书的利益,仅限于基于诚实信用原则在该诉讼提起时对于原告来说必要的信息范围。根据最近德国联邦最高法院的判决,如果原告能够从其他信息来源处获得必要的信息,那么应当驳回提供会计文书的请求。^④

2.我国信息开示请求权的完善

我国立法关于信息请求权的规定仅仅出现在消费者权益保护法等领域,并且内容和行使方

^① 参见孙山:《专利诉讼中停止侵害请求权行使限制的司法适用》,《北方法学》2021年第2期。

^② 参见范长军:《德国专利法研究》,科学出版社2010年版,第132~135页。

^③ 参见姜世明:《举证责任与真实义务》,厦门大学出版社2017年版,第142~143页。

^④ デイルク・シュスラー=ランゲハイネ=ミヒャエル・ファイファー=西田加代子「ドイツ訴訟実務:特許権侵害に対する損害賠償の請求——『損害賠償責任の確定判決』と『損害賠償請求』の二訴訟制度について」Law&Technology 85号(2019年)45頁参照。

式也受到限制。^① 虽然根据《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(二)》[以下简称《专利权纠纷案件解释(二)》]第 27 条的规定,法院可以要求侵权人提供与专利侵权行为相关的账簿、资料,但该规定相对简略且效力层级较低。在当事人证据收集能力及手段都较为缺乏的背景下,我国应当在实体法和程序法中新增有关信息请求权的规定,这将有助于在发生给付诉讼前确认系争权利义务关系的内容。信息请求权可以分为运用型信息请求权与本来型信息请求权。^② 具而言之:(1)运用型信息请求权涉及损害赔偿请求权的范围和内容,其主要用于收集认定损害赔偿请求权本身是否存在的基础资料。此类信息请求权可以规定在《专利法》中,其请求开示的内容范围非常广泛,包含可以掌握销售路径的相关信息,可以对法律关系之外的第三人行使,并不以过失为要件。具体包括产品制造者及供应商的身份信息、产品主要客户和销售处的信息、制造交易的产品数量以及产品和服务的价格等。(2)本来型信息请求权发挥作用的情形在于,虽然可以确定损害赔偿请求权本身存在,但是由于无法明确其范围和内容,起诉时会因诉讼请求欠缺特定性而导致起诉被驳回。^③ 此类信息请求权以诚实信用原则为基础,主要涉及计算损害赔偿数额所必需的会计文书。由于《民事诉讼法》已经明确规定诚实信用原则,因此可以在《专利权纠纷案件解释(二)》第 27 条的基础上,通过司法解释的形式对本来型信息请求权进行完善。具体而言,专利权人可以要求侵权人提供与侵权行为范围有关的会计文书,包括制造数量及制造工时,交付产品的数量、日期、价格,服务的数量、提供价格,有关采购销售额的各种票据等。

五、专利侵权第二阶段诉讼的裁判规则

在专利侵权二阶段诉讼中,如果第一阶段诉讼之后,基于开示的相关信息和会计文书,当事人无法达成和解,那么需要提起第二阶段损害赔偿数额认定之诉。专利侵权案件中损害赔偿数额的计算涉及两个层面:(1)损害赔偿数额的客观计算标准,即静态化的裁判规范标准;(2)损害赔偿数额的主观证明问题,即动态化的诉讼证明过程。^④ 我国应当从计算标准和证明程序两个方面实现损害赔偿数额计算方式与规则的转型优化。

(一)实体维度确定损害赔偿数额的方式

大陆法系德、日两国在实体法上规定了三种计算损害赔偿数额的具体方式,包括专利权人的逸失利益、侵权者获得的利益以及授权许可费相当额。^⑤ 同时,利用法律上的推定减轻专利权人的证明负担。大陆法系国家的上述三种传统计算方式被我国立法承继下来,但由于举证困难,我国司法实践逐渐搁置这三种传统计算方式,转向法定赔偿。然而法定赔偿方式在实践中引发了一系列问题。为了更加准确地计算损害赔偿数额,我国应当实现从法定赔偿方式向传统计算方式的回归。

^① 参见吴泽勇:《不负证明责任当事人的事实解明义务》,《中外法学》2018年第5期。

^② 春日偉知郎『民事証拠法論集——情報開示・証拠収集と事案の解明』(有斐閣、1995年)82頁参照。

^③ 春日偉知郎『民事証拠法論集——情報開示・証拠収集と事案の解明』(有斐閣、1995年)84頁参照。

^④ 参见唐力、谷佳杰:《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。

^⑤ 参见[日]青山纘一:《日本专利法概论》,聂宁乐译,知识产权出版社2014年版,第61页。

1. 损害赔偿数额传统计算方式的种类区分

第一,逸失利益算定型计算方式以民法上的恢复原状原则为基础。专利权人可以请求被告赔偿由专利权人自己实施专利发明时销售的专利产品利益额中所减少的部分。如果是向第三人授权的专利权人,可以将因为专利侵权而减少的实施许可费用作为逸失利益提出请求。^①此时,需要假定不法行为没有发生时的状态,侵权者必须补偿假设没有侵权行为时专利权人的财产状态与其现实财产状态之间的差异。^②逸失利益算定型计算方式在具体适用中存在很大困难。一方面,想要通过这种方法认可损害赔偿请求,就需要对专利侵权行为与逸失利益之间的因果关系进行举证,但因果关系往往难以证明。专利权人必须证明在没有侵权行为时其能够以极大的可能性期待得到的利益。^③专利权人不仅要证明不是侵权者而是自己制造销售产品的情况下所得到的利益,而且需要证明如果没有侵权者的侵权行为那么专利权人自己会从事该项经营。对后者的证明十分困难,仅仅存在于侵权产品是为满足特定目的而得以利用的唯一商品的情形。^④此外,在专利权人自己没有实施专利发明,也没有向第三人授权许可实施的情况下,以具体逸失利益为基础的损害赔偿请求不能被认可。另一方面,专利权人为了证明自己的逸失利益,需要公开自己的内部商业信息。由于存在泄露商业秘密的风险,专利权人往往不愿意提供相应信息,导致逸失利益的计算存在困难。^⑤

第二,侵害利益返还型计算方式是指在侵权者实施专利发明并获得实际利益的情况下,专利权人可以请求返还这种利益。此种计算方式在性质上属于法律上的推定,即在发生损害的情况下,推定存在侵权行为和因果关系进而确定损害赔偿数额。换言之,无须对侵权行为与损害结果之间的因果关系进行举证,而是直接将侵权者获得的利益推定为损害额。^⑥此种计算方式具有两方面的优点:(1)只需要对侵权者这一侧的事实关系进行举证。无须考虑如果没有侵害那么专利权人是否会得到利益这样的假定事实关系,也无须以专利权人实际实施了专利为要件。专利权人可以对侵权人基于违法实施专利而获得的利益提出返还的请求。^⑦(2)只需要以侵权人这一方的经济情况为基础对损害赔偿数额进行举证。专利权人无需提供有关自身商业信息的证据,可以避免泄露商业秘密。由于此种计算方式属于法律上的推定,因此如果侵权人主张推翻的

① 飯塚卓也「特許権侵害を理由とするドイツにおける損害賠償請求制度」高林龍編『知的財産権侵害と損害賠償』(成文堂、2011年)220頁参照。

② 前田陽一「民法における損害論の現状と特許法 102 条 1 項・商標法 38 条 1 項」高林龍編『知的財産権侵害と損害賠償』(成文堂、2011年)12頁参照。

③ 根据《德国民法典》第 252 条的规定,按照事物的惯常运行或根据特别情事,特别是根据所做准备和所采取的预防措施,能够以极大的可能性期待得到的利益,视为所失利益。参见《德国民法典》(第 5 版),陈卫佐译注,法律出版社 2020 年版,第 94~95 页。

④ Heinz Goddar=城山康文「特許権行使と特許訴訟における損害賠償額の算定とについて——ドイツをとして」知的財産法政策学研究 12 号(2006)18 頁参照。

⑤ 飯塚卓也「特許権侵害を理由とするドイツにおける損害賠償請求制度」高林龍編『知的財産権侵害と損害賠償』(成文堂、2011年)221頁参照。

⑥ 田中成志「特許法 102 条 2 項と原因の競合——特に複数の発明の実施にかかわる場合」高林龍編『知的財産権侵害と損害賠償』(成文堂、2011年)53頁参照。

⑦ 飯塚卓也「特許権侵害を理由とするドイツにおける損害賠償請求制度」高林龍編『知的財産権侵害と損害賠償』(成文堂、2011年)222頁参照。

事由,那么推定就缺乏合理的依据,可以产生推翻推定的效果。^①

第三,实施许可类推型计算方式指的是专利权人在考虑实施违法专利的规模和时间的基础上,请求支付与实施许可费用大致相当的金钱给付。在适用此种计算方式时,(1)需要假定在侵权期间专利权人作为授权许可证颁发人与作为授权许可证领取人的侵权者之间存在以市场价格签订的授权许可合同。此时不需要考虑专利权人是否亲自实施了该专利,或者有没有对包含侵权者在内的其他人实施授权许可的可能。(2)决定损害赔偿数额的法院,需要明确市场交易中所适用的专利许可费率。德国专利商标局内部设置的职务发明委员会每年会公开很多仲裁案件。其中,对于职务发明的价值以实施许可费用相当额作为基础进行判断,这种判断方法与专利侵权诉讼的情况非常相似。此外,德国的仲裁委员会还保持着对市场的慎重观测,仲裁案例中定期公布的专利许可费率能够基本反映市场倾向,可以为专利侵权诉讼中法院的裁判提供参考。^②

2.我国损害赔偿数额计算方式从法定赔偿方式向传统计算方式的回归

在我国,《专利法》确立了四种损害赔偿数额计算方式。除了逸失利益、侵权人获利、合理许可费用这三种大陆法系国家传统的计算方式之外,还规定了法定赔偿方式。此外,《专利法》还规定了惩罚性赔偿规则,但惩罚性赔偿是在前述四种计算方式认定实际损害赔偿数额的基础上另行裁定的额外赔偿数额,其与前述四种计算方式并不在同一层面。^③ 根据我国法律规定,首先应当根据逸失利益来确定损害赔偿数额,当逸失利益难以确定时可通过侵权获利及合理许可费来确定损害赔偿数额。如果适用这三种方式均难以确定损害赔偿数额,那么最后通过法定赔偿来解决。虽然立法对这四种方式的运用作出了排序,但实践中面对损害赔偿数额的证明困难,法官往往倾向于跳过前三种传统计算方式,而直接适用法定赔偿方式。法定赔偿方式的大量适用存在诸多弊端。(1)法定赔偿方式本身应当是对传统损害赔偿数额认定方式的补充,在实践中却成了主要的计算方式。(2)由法定赔偿方式确定的损害赔偿数额并不准确,并且容易滋生法官的肆意裁量。^④ (3)法定赔偿数额通常会导致赔偿数额过低,无法保护专利权人的利益。实践中法定赔偿方式被反客为主的主要原因在于,在专利侵权诉讼中,专利权人难以获得相应证据,传统的计算方式存在不同程度的证明困难。法定赔偿方式将损害赔偿数额的计算完全取决于法官的自由裁量,法官巨大的裁量空间和薄弱的说理义务导致其一出现就在实践中受到青睐。表面上看,法定赔偿方式似乎是缓解专利权人证明困难的合理举措,但实际上并未触及问题的根源。在专利侵权第一阶段诉讼中,原告可以要求被告提供关于侵权行为及损害赔偿数额的相关信息和会计文书。通过这些信息和会计文书,专利权人可以获得大量的事实和证据资料,能够极大缓解证明困难。因此,在第二阶段的损害赔偿数额认定之诉中,实体法层面应当实现从法定赔偿方式向传统计算方式的回归。

具体而言:(1)在逸失利益、侵权人获利以及合理许可费这三种计算方式中,由于逸失利益中因果关系的证明存在很大困难,因此在适用顺序上应当允许当事人在这三种计算方式中自由选

^① 美势克彦「特許法 102 条 2 項「被告の得た利益の額」及び 1 項と 3 項の關係について」高林龍編「知的財産権侵害と損害賠償」(成文堂,2011 年)34 頁参照。

^② Heinz Goddar=城山康文「特許権行使と特許訴訟における損害賠償額の算定とについて——ドイツをとって」知的財産法政策学研究 12 号(2006)16~17 頁参照。

^③ 参见吴汉东:《知识产权惩罚性赔偿的私法基础与司法适用》,《法学评论》2021 年第 3 期。

^④ 参见蒋舸:《知识产权法定赔偿向传统损害赔偿方式的回归》,《法商研究》2019 年第 2 期。

择。(2)我国立法及司法实践认为侵权人获利方式中的损害赔偿数额应当限于基于侵权行为而获得的利润。因此,专利权人应当证明整体侵权获利中哪部分是基于侵权行为而产生的,但此种证明的难度实际上并不亚于逸失利益中因果关系的证明难度。^①为了缓解此种证明困难,《专利法》应当规定,专利权人向故意或过失侵害自己专利权的侵权人请求赔偿时,如果侵权人因侵权行为而获利,那么可以推定获利金额为专利权人所遭受损失的金额,在侵权人获利金额中需要扣除的侵权行为成本与必要费用应当由侵权人证明。(3)我国司法实践对于适用合理许可费用的把握过于严格,其要求参考的许可费标准必须基于真实存在的有关被侵权专利的许可合同,即满足真实性要求,^②此种严苛要求限制了合理许可费规则的适用范围。对此,我国应当采取灵活态度,无须要求许可合同真实存在。此外,应当综合考虑多种因素决定许可费用的标准,具体需要把握两个原则。一是应当考虑作为具有理性的当事人,如果认识到侵害行为的情况,会缔结何种内容的实施许可合同;二是与通常的实施权者相比,侵权者不应受到更好或者更坏的对待。

(二)程序维度减轻证明责任负担的规则

为了便于实体法上损害赔偿数额计算方式的顺利运用,大陆法系国家同时在程序法上规定了损害额认定制度以进一步缓和专利侵权损害赔偿数额的证明困境。根据《德国民事诉讼法》第287条及《日本民事诉讼法》第248条的规定,对损害额进行认定时,如果关于损害的性质及数额存在举证困难,那么法院可以基于口头辩论的全部情况及证据调查的结果,认定相当的损害额。^③损害额认定制度是从程序法角度对实体法中3种计算方式的调整,其立法目的在于减轻专利权人的举证负担。关于该条款的性质,在学说上存在“证明标准降低说”与“自由裁量说”的争议。持“证明标准降低说”者认为,民事诉讼中原则上的证明标准为高度盖然性,损害额认定制度在这个程度的基础上相对减轻了损害赔偿数额的证明标准;持“自由裁量说”者则认为,对于损害赔偿数额的判断,不属于自由心证主义支配的事实认定问题,而是根据证据对损害进行认定的金钱上的评价作业,立法明确将这种金钱上的评价委任于法院裁量。^④不过,即便是“自由裁量说”,也并不认可法院完全的自由裁量,也需要其在一定范围内以客观证据为基础。另有学者认为,两种学说的对峙没有实际意义,在实际应用中两种学说并没有实质差异。^⑤

对损害额认定条款性质的认识与民法上损害概念的界定密切相关。实体法上关于损害的概念存在“差额说”与“具体损害说”的不同观点。持“差额说”者认为,在发生不法行为的情况下,预想假如没有发生该不法行为时的利益状况,这种利益状况与因该不法行为而产生的新的利益状况之间的差异就是损害,将这种差异用金额表现出来就是损害赔偿数额。这种观点遵循了民法

^① 参见胡晶晶:《德国法中的专利侵权损害赔偿计算——以德国〈专利法〉第139条与德国〈民事诉讼法〉第287条为中心》,《法律科学》(西北政法大学学报)2018年第4期。

^② 参见胡晶晶:《德国法中的专利侵权损害赔偿计算——以德国〈专利法〉第139条与德国〈民事诉讼法〉第287条为中心》,《法律科学》(西北政法大学学报)2018年第4期。

^③ 秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法V』(日本評論社、2012年)122~123頁参照。

^④ 井上繁規「相当な損害の認定」高橋宏志=加藤新太郎編『実務民事訴訟講座第3期第3巻民事訴訟の審理・裁判』(日本評論社、2013年)398頁参照。

^⑤ 畑郁夫「新民事訴訟法二四八条について——知的財産事件に適用される場合を念頭において」原井龍一郎先生古稀祝賀論文集刊行委員会編『改革期の民事手続法:原井龍一郎先生古稀祝賀』(法律文化社、2000年)497頁参照。

上的金钱赔偿主义原则。相反,持“具体损害说”者则认为,由不法行为本身产生的不利益状态就是损害。持“差额说”者认为具体的损害种类是认定损害赔偿数额的主要事实,持“具体损害说”者则认为损害的种类仅仅是为了对损害进行金钱换算评价的间接资料,在换算额的判断中加入了法院裁量。此外,在“差额说”中,损害的种类可以直接用来确定损害赔偿范围,损害赔偿范围的确定和损害赔偿数额的计算同时进行。持“具体损害说”者则认为,损害赔偿范围就是由不法行为引起的不利益状况本身,因此损害种类的认定与损害赔偿数额的计算在过程上是清晰区分开来的。^① 从对损害的不同认识来看,“证明标准降低说”与“差额说”更加协调,“具体损害说”与“自由裁量说”更加具有亲和性。现在的通说认为“证明标准降低说”更加稳妥。在德国和日本的民事诉讼立法中,损害额认定条款的位置均位于关于事实认定的自由心证主义原则之后,应当理解为该条款是关于事实认定的自由心证主义的例外。^②

对于损害赔偿数额的认定,不仅需要从实体法层面对计算标准进行完善,而且需要从程序法层面对证明过程进行优化。我国现行立法仅关注实体法层面,为缓解证明困难而增设法定赔偿制度,反而导致该制度在实践中被过度依赖。反观大陆法系国家德国和日本的立法,其在实体法层面仅设置三种传统计算方式且能够顺利运行,其中一个关键原因即在于其同时在程序法层面设置了损害额认定制度以缓和传统计算方式的证明困难。程序法上的损害额认定制度并非直接用于确定损害赔偿数额的计算标准,而是在选定计算方式之后用于缓解具体计算过程中的证明困难。基于民法上的金钱赔偿主义原则,关于损害的性质,理论上“差额说”更具合理性。与此相对应,程序法中的损害额认定条款在性质上应当属于证明标准的降低而非法官裁量。此外,证明标准的降低和法官的裁量判断并不是相互排斥的关系而应当是相互补充的关系。当证明度较高时裁量判断的余地就会变小,相反当证明度较低时裁量判断的余地就会相对变大。^③ 应当在证明责任与法官自由裁量权之间实现一定的平衡。程序法层面损害额认定条款相比实体法上法定赔偿制度的优点在于,法定赔偿方式下损害赔偿数额的认定全凭法官自由裁量,甚至无须当事人提供证据,因此存在法院恣意裁判的危险,也会导致损害赔偿数额的不准确。如果通过程序法上的损害额认定条款来完善,那么当事人仍需提供证据,只是相对降低了证明标准,可以实现缓解证明困难与防止法官过度裁量的平衡。因此,我国应当放弃实体法层面的法定赔偿制度,在《民事诉讼法》中新增关于损害额认定的条款,规定如果关于损害赔偿数额的确定存在证明困难,那么法官可以基于口头辩论的全部情况及证据调查的结果,通过自由心证确定相当的损害赔偿数额。

六、结 语

创新是知识产权的核心价值,其时效性决定了在专利侵权诉讼中及时实现停止侵害行为刻

^① 参见段文波:《事实证明抑或法官裁量:民事损害赔偿数额认定的德日经验》,《法学家》2012年第6期。

^② 畑郁夫「新民事訴訟法二四八条について——知的財産事件に適用される場合を念頭において」原井龍一郎先生古稀祝賀論文集刊行委員会編『改革期の民事手続法:原井龍一郎先生古稀祝賀』(法律文化社、2000年)506頁参照。

^③ 伊藤眞「損害賠償額の認定——民事訴訟法二四八条の意義」原井龍一郎先生古稀祝賀論文集刊行委員会編『改革期の民事手続法:原井龍一郎先生古稀祝賀』(法律文化社、2000年)69頁参照。

不容缓,同时准确计算损害赔偿数额也殊为重要。将专利侵权诉讼区分为侵害论和损害论两个阶段是其审理逻辑的应有之义。引入专利侵权二阶段诉讼制度,将损害赔偿责任的确认与损害赔偿数额的计算区分开来,能够合理平衡停止侵害行为与获得损害赔偿两项诉讼请求,为专利权人及时保护自身权益提供一种新的选择。这不仅可以实现知识产权裁判的高效集约化,而且可以为专利权人提供更充分的权益保障。专利侵权二阶段诉讼制度的构建既需要明确第一阶段诉讼中确认损害、停止侵害以及信息开示的理论构造,也需要优化第二阶段诉讼中认定损害赔偿数额的审理规则,二者相互衔接、共同作用。专利侵权二阶段诉讼制度的构建是一项实体法与程序法交叉的浩大工程,如何进一步优化庭审构造及审理规则有待未来深入研究。

Abstract: In patent infringement litigation, the determination of infringement liability and the calculation of amount of compensation for damages belong to a progressive relationship at different stages in the trial logic. It is the consensus of the civil law countries that the patent infringement litigation should be tried in different stages. The application of one-stage mixed trial structure in patent infringement litigation in China does not conform to the trial laws of patent infringement litigation. Although the pre-trial judgment system has been adopted in judicial practice for staged trial, it still fails to meet the specific requirements of patent infringement litigation. In order to alleviate the difficulty of clarifying the amount of compensation for damages, promptly stop infringing behavior, and improve the efficiency of dispute resolution, China should choose the two-stage trial mode outside the same procedural litigation, that is, the two-stage litigation system of patent infringement in German, divide patent infringement litigation into two stages lawsuits. In the first stage litigation, we should recognize the interests of the positive confirmation of the lawsuit, clarify the essential facts for confirming the liability for damages and cessation of infringement, and supplement the disclosure obligation of the information related to the infringement and amount of damages. In the second stage litigation, we should return to the traditional method of calculating the amount of compensation for damages from statutory compensation at the level of substantive law, establish the damage amount identification system at the level of procedural law to alleviate the difficulty of proof by lowering the standard of proof.

Key Words: two-stage litigation of patent infringement, confirm the liability for damages, cessation of infringement, amount of compensation for damages

责任编辑 王虹霞