

《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》评析

张汉国、张占江

2021年3月3日,《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号文,下称《解释》)发布施行。惩罚性赔偿制度自2013年修正的《商标法》首次引入以来,2015年修正的《种子法》,2019年修正的《反不正当竞争法》、2020年修正的《专利法》、《著作权法》等部门法中均引入了惩罚性赔偿条款,2021年1月1日施行的《民法典》在侵权责任篇中也规定了侵害知识产权惩罚性赔偿的条款。至此,我国构建了“一基四支”的知识产权惩罚性赔偿制度,一基即民法典,四支即专利法、商标法、著作权法、不正当竞争法,意味着惩罚性赔偿制度在中国知识产权领域已经全面确立。

《解释》共7个条文,对知识产权民事案件中惩罚性赔偿的适用范围、请求内容和时间、构成要件的认定、计算基数和倍数的确定等作了具体规定,《解释》旨在通过明晰裁判标准,指导各级法院准确适用惩罚性赔偿,惩处严重侵害知识产权行为。《解释》的发布是落实惩罚性赔偿制度的重要举措,对于正确理解和适用知识产权惩罚性赔偿制度、统一裁判标准,对于进一步优化科技创新法治环境具有重要意义。现对《解释》逐一进行评析:

为正确实施知识产权惩罚性赔偿制度,依法惩处严重侵害知识产权行为,全面加强知识产权保护,根据《中华人民共和国民法典》《中华人民共和国著作权法》《中华人民共和国商标法》《中华人民共和国专利法》《中华人民共和国反不正当竞争法》《中华人民共和国种子法》《中华人民共和国民事诉讼法》等有关法律规定,结合审判实践,制定本解释。

评析:

这是前言,写明《解释》的实体法和程序法依据。相关实体法法律条文如下:

一、《商标法》

(2013年8月30日修正,2014年5月1日起施行)¹

第六十三条第一款

侵犯商标专用权的赔偿数额,按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定;实际损失难以确定的,可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定;权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的,参照该商标许可使用费的倍数合理确定。**对恶意侵犯商标专用权,情节严重的,可以在按照上述方法确定数额的一倍以上三倍以下确定赔偿数额。**赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。

(2019年4月23日修正,2019年11月1日起施行)

第六十三条第一款

侵犯商标专用权的赔偿数额,按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定;实际损失难以

以确定的，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定；权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该商标许可使用费的倍数合理确定。**对恶意侵犯商标专用权，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。**赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。

二、《种子法》（2015年11月4日修订，2016年1月1日起施行）

第七十三条第三款

侵犯植物新品种权的赔偿数额按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以确定的，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定。权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，可以参照该植物新品种权许可使用费的倍数合理确定。赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。**侵犯植物新品种权，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上三倍以下确定赔偿数额。**

三、《反不正当竞争法》（2019年4月23日修正，当日起施行）

第十七条第三款

因不正当竞争行为受到损害的经营者的赔偿数额，按照其因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以计算的，按照侵权人因侵权所获得的利益确定。**经营者恶意实施侵犯商业秘密行为，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。**赔偿数额还应当包括经营者为制止侵权行为所支付的合理开支。

四、《民法典》（2020年5月28日通过，2021年1月1日起施行）

第一千一百八十五条

故意侵害他人知识产权，情节严重的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。

五、《专利法》（2020年10月17日修正，2021年6月1日起施行）

第七十一条

侵犯专利权的赔偿数额按照权利人因被侵权所受到的实际损失或者侵权人因侵权所获得的利益确定；权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该专利许可使用费的倍数合理确定。**对故意侵犯专利权，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。**

六、《著作权法》（2020年11月11日修正，2021年6月1日起施行）

第五十四条

侵犯著作权或者与著作权有关的权利的，侵权人应当按照权利人因此受到的实际损失或者侵权人的违法所得给予赔偿；权利人的实际损失或者侵权人的违法所得难以计算的，可以参照该权利使用费给予赔偿。**对故意侵犯著作权或者与著作权有关的权利，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下给予赔偿。**

第一条 原告主张被告故意侵害其依法享有的知识产权且情节严重，请求判令被告承担惩罚性赔偿责任的，人民法院应当依法审查处理。

本解释所称故意，包括商标法第六十三条第一款和反不正当竞争法第十七条第三款规定的恶意。

评析：

民法典第 1185 条关于知识产权侵权惩罚性赔偿的总括性规定明确和统一了惩罚性赔偿的构成要件，为各知识产权部门法制定相关规定提供了上位法依据。《解释》第 1 条第 1 款以民法典第 1185 条为基础，明确了知识产权惩罚性赔偿的适用范围及构成要件包括“故意”和“情节严重”。

关于惩罚性赔偿的构成要件，民法典第 1185 条规定惩罚性赔偿的主观要件为“故意”，但不同的知识产权部门法对此表述不一，《专利法》、《著作权法》中是“故意”，《商标法》和《反不正当竞争法》中是“恶意”，而《种子法》中未明确规定主观要件，由此导致实践中对惩罚性赔偿主观要件的理解和适用存在争议。《解释》第 1 条第 2 款厘清了不同知识产权部门法中“故意”和“恶意”之间的关系，对“故意”和“恶意”作了一致性解释，即，《商标法》和《反不正当竞争法》中关于惩罚性赔偿所规定的“恶意”应理解为“故意”。在“最高法相关部门负责人就《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》答记者问”的报道中，最高法发言人列举了《解释》的三大亮点，认为“故意”和“恶意”的含义一致是其第一个亮点。

虽然《种子法》关于植物新品种权侵权惩罚性赔偿的规定未限定主观要件，但基于民法典与知识产权部门法之间的位阶关系，在依据《种子法》认定侵犯植物新品种权的惩罚性赔偿时，应当适用民法典的规定，将主观“故意”作为构成要件。

“故意”和“恶意”从文义解释来看，应该含义是不同的，一般认为“恶意”的性质甚于“故意”，“故意”不一定是“恶意”，“恶意”必然是“故意”。《解释》中作出一致的认定，估计也有些不得已之处。这样的解释，有助于统一不同知识产权案件之间的裁判标准，而且，适用惩罚性赔偿还有“情节严重”的客观要件，而之前要区分是“善意”还是“恶意”，往往也会从客观事实出发来帮助认定侵权人的主观状态究竟是“善意”还是“恶意”，所以上述将“恶意”视为“故意”的认定，在实践中倒也不会有什么严重的问题。当然，考虑到《解释》的法律位阶和效力，如果上述“故意”与“恶意”的含义是一致的话，由立法机关来出台一个解释应当更为适宜。

第二条 原告请求惩罚性赔偿的，应当在起诉时明确赔偿数额、计算方式以及所依据的事实和理由。

原告在一审法庭辩论终结前增加惩罚性赔偿请求的，人民法院应当准许；在二审中增加惩罚性赔偿请求的，人民法院可以根据当事人自愿的原则进行调解，调解不成的，告知当事人另行起诉。

评析：

《解释》第 2 条规定了诉讼中惩罚性赔偿请求的提出时机及内容要求。

关于惩罚性赔偿请求的提出时机，原告原则上应当在起诉时提出请求，起诉时未提出的，可以在一审法庭辩论终结前提出请求，在二审中增加惩罚性赔偿请求的，人民法院可以进行调解，调解不成的，当事人应当另行起诉。

第2条关于惩罚性赔偿请求提出时机的规定与《民事诉讼法司法解释》第328条的规定似不一致，根据《民事诉讼法司法解释》的规定，在二审程序中，原审原告增加独立的诉讼请求，且双方当事人同意的情况下，可由二审人民法院进行调解。但是，在二审中增加惩罚性赔偿请求，似不应当认为是一个独立的诉讼请求。

对于原告可以在二审中增加惩罚性赔偿请求的规定，笔者持有不同意见。笔者认为，原告在一审中既然没有主张增加惩罚性赔偿，那么在二审中即使提出来了也不应该进行调解处理，权利人另行起诉的话也不应该受理。知识产权要加强保护，但也要注意各方的利益平衡，《解释》明显偏向于权利人了，不合理地破坏了被告预期，也不利于充分发挥一审的作用和提高审判效率。

关于惩罚性赔偿请求的具体内容，原告应明确赔偿数额、计算方式，并提供所依据的事实和理由，这些是民事诉讼过程中的基本要求。

第三条 对于侵害知识产权的故意的认定，人民法院应当综合考虑被侵害知识产权客体类型、权利状态和相关产品知名度、被告与原告或者利害关系人之间的关系等因素。

对于下列情形，人民法院可以初步认定被告具有侵害知识产权的故意：

（一）被告经原告或者利害关系人通知、警告后，仍继续实施侵权行为的；

（二）被告或其法定代表人、管理人是原告或者利害关系人的法定代表人、管理人、实际控制人的；

（三）被告与原告或者利害关系人之间存在劳动、劳务、合作、许可、经销、代理、代表等关系，且接触过被侵害的知识产权的；

（四）被告与原告或者利害关系人之间有业务往来或者为达成合同等进行过磋商，且接触过被侵害的知识产权的；

（五）被告实施盗版、假冒注册商标行为的；

（六）其他可以认定为故意的情形。

评析：

惩罚性赔偿是一种集补偿、惩罚及威慑等功能于一体的赔偿制度，其所针对的是在法律和道德上更具有可责性的主观上存在侵权故意，客观情节严重的侵权行为，因此在认定惩罚性赔偿时，对主观要件的考量十分重要。

《解释》第3条涉及对“故意”的认定。“故意”是惩罚性赔偿的主观构成要件，探究的是行为人的内心状态，相对于客观要件而言，对主观要件的认定更加难以形成统一的尺度和标准。从可操作性的角度讲，对主观要件的认定还是要回归到证据体现出来的客观事实，权利人应尽可能全方位、多角度地收集用于证明被告存在主观故意的证据。

第一款指出要综合考量各种因素，并列出了要考量的因素，第二款举出了5种可以认定为“故意”的情形，相信这些对实践会有很好的指导作用。不过，在具体实践中如何适用这些例子还有一些需要进一步明确的地方。例如第一个例子是“被告经原告或者利害关系人通知、警告后，仍继续实施侵权行为的”，此时，原告或者利害关系人的通知、警告需要符合

什么样的条件才能产生使被告被认定是“故意”的法律后果，尚需看法律实践。

第四条 对于侵害知识产权情节严重的认定，人民法院应当综合考虑侵权手段、次数，侵权行为的持续时间、地域范围、规模、后果，侵权人在诉讼中的行为等因素。

被告有下列情形的，人民法院可以认定为情节严重：

- (一) 因侵权被行政处罚或者法院裁判承担责任后，再次实施相同或者类似侵权行为；*
- (二) 以侵害知识产权为业；*
- (三) 伪造、毁坏或者隐匿侵权证据；*
- (四) 拒不履行保全裁定；*
- (五) 侵权获利或者权利人受损巨大；*
- (六) 侵权行为可能危害国家安全、公共利益或者人身健康；*
- (七) 其他可以认定为情节严重的情形。*

评析：

《解释》第4条涉及对“情节严重”的认定。“情节严重”是惩罚性赔偿的构成要件之一，主要针对行为人的手段方式及其造成的后果等客观方面，一般不涉及行为人的主观状态。“情节严重”的要件往往可视为客观要件。

第一款指出要综合考量各种因素，并规定了要考量的因素，第二款举出了6种可以认定为“情节严重”的情形。这些规定是既有实践的总结，指导明确，很有价值。值得注意的是，第一款在考虑的因素中列出了“侵权人在诉讼中的行为”的因素，实践中如何具体考量这一因素，恐会有较大争议，尤其值得相关当事人和律师注意。

第五条 人民法院确定惩罚性赔偿数额时，应当分别依照相关法律，以原告实际损失数额、被告违法所得数额或者因侵权所获得的利益作为计算基数。该基数不包括原告为制止侵权所支付的合理开支；法律另有规定的，依照其规定。

前款所称实际损失数额、违法所得数额、因侵权所获得的利益均难以计算的，人民法院依法参照该权利许可使用费的倍数合理确定，并以此作为惩罚性赔偿数额的计算基数。

人民法院依法责令被告提供其掌握的与侵权行为相关的账簿、资料，被告无正当理由拒不提供或者提供虚假账簿、资料的，人民法院可以参考原告的主张和证据确定惩罚性赔偿数额的计算基数。构成民事诉讼法第一百一十一条规定情形的，依法追究法律责任。

评析：

《解释》第5条明确了惩罚性赔偿计算基数的计算方式。惩罚性赔偿的总额是以计算基数乘以惩罚性赔偿倍数，因此，计算基数应当尽可能准确，以避免乘以惩罚性赔偿倍数后给整体赔偿数额造成较大的偏差。

在计算基数的确定上，不同部门法的规定是有所不同的，《著作权法》和《专利法》未规定计算基数的先后顺序，《商标法》、《反不正当竞争法》和《种子法》规定了先后顺序，故《解释》中使用了“应当分别依照相关法律”的措辞。

关于计算基数是否应当包括合理开支的问题，从合理性的角度而言理应是不包括。但是，一些部门法对计算基数的规定并非如此，例如《种子法》第73条第3款中规定了应当包括合理开支。故《解释》中使用了“该基数不包括原告为制止侵权所支付的合理开支；法律另有规定的，依照其规定”的措辞。

根据第5条第2款可知，在实际损失数额、违法所得数额、因侵权所获得的利益均难以计算的情况下，权利许可使用费的倍数可以作为惩罚性赔偿数额的计算基数。事实上，由权利许可使用费的倍数确定的额度本质上仍属于实际损失或因侵权所获得的利益，因此，以许可费的倍数作为计算基数合乎情理。

第5条第3款体现了对举证妨碍行为的制裁，提供虚假账簿、资料的，将依据《民事诉讼法》第111条的规定追究法律责任，可能会承担罚款、拘留甚至刑事责任。该做法与《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第48条以及《最高人民法院关于知识产权民事诉讼证据的若干规定》第25条的规定相一致。

第六条 人民法院依法确定惩罚性赔偿的倍数时，应当综合考虑被告主观过错程度、侵权行为的情节严重程度等因素。

因同一侵权行为已经被处以行政罚款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。

评析：

《解释》第6条规定了惩罚性赔偿倍数的确定方式，关于惩罚性赔偿的倍数，除《种子法》规定“一倍以上三倍以下”外，《专利法》、《商标法》、《反不正当竞争法》及《著作权法》均规定的是“一倍以上五倍以下”。鉴于相关部门法未限定惩罚倍数必须是整数，意味着人民法院可以在上述规定的区间范围内选择非整数的惩罚性赔偿倍数。

第6条第1款指出在确定惩罚性赔偿倍数时，应当综合考虑被告主观过错程度和侵权行为的情节严重程度，这是与适用惩罚性赔偿的两大要件“故意”、“情节严重”相对应的。

第6条第2款比较有意思，在被告被处以行政罚款或者刑事罚金且执行完毕后，既说人民法院不予支持被告的减免惩罚性赔偿责任，又说在确定惩罚性赔偿倍数时可以综合考虑。对此，笔者认为实际上对于被告的减免惩罚性赔偿责任的请求还是有所考虑的。

第七条 本解释自2021年3月3日起施行。最高人民法院以前发布的相关司法解释与本解释不一致的，以本解释为准。

评析：无

最后简单谈一下如何规范惩罚性赔偿制度运用中人民法院自由裁量权的问题。应该说，

《解释》的出台实际上就是人民法院对其自由裁量权的自我规范。在前述最高法相关部门负责人就《解释》的出台答记者问中，该负责人专门提到如何防止惩罚性赔偿制度被滥用的问题，指出避免实践中的滥用，一是明确惩罚性赔偿的适用要件，二是通过典型案例加强指导，这充分说明人民法院对可能存在的问题有清醒认识。避免制度被滥用与规范人民法院的自由裁量权，两者之间有密切关联，甚至可以说是站在不同视角看待所出现的问题。《解释》的出台，无疑对解决上述问题有重要作用。

但是，我们也要看到尽管有《解释》的出台，但人民法院面临的挑战依然很大。因为惩罚性赔偿制度的运用本身就与司法政策的把握和运用不可分。而且，上述《解释》中尽管对适用要件进行了规定，但是对是否适用惩罚性赔偿，尤其是是否认定构成“情节严重”，裁量权还是比较大的。特别是在适用惩罚性赔偿的情况下如何确定赔偿倍数，除《种子法》规定是1倍至3倍之间外，其他部门法规定的赔偿倍数在1倍至5倍之间，这是一个很大的空间，《解释》中是定性规定（要定量规定很难或者是不可能），法官的自由裁量权还是很大的。

在法官面临挑战的同时，律师、被告等相关方也同样面临着挑战。当然，是挑战也是机遇。笔者水平有限，期盼上述粗浅认识能够对大家理解《解释》有所帮助。最后衷心希望我国的知识产权惩罚性赔偿制度能够得到健康发展，为加强知识产权保护、促进创造创新发挥应有的重要作用！

¹ 2013年修正的《商标法》中的惩罚性赔偿条款已经被修改，不过因为其是国内知识产权部门法中首次引入惩罚性赔偿的规定，故保留在此，供各位了解。