编者按：近年来，随着社会分工的高度细化以及专利交易市场的日趋成熟，专利非实施主体（NPE）诉讼活动愈发频繁，引发了广泛的关注。对此，本刊特邀专家，对NPE诉讼中的主体认定、损害赔偿规则适用、停止侵权救济的适用限制以及诉讼策略引导等问题展开理论研究，以期为我国及时采取合理措施应对NPE诉讼行为提供借鉴。文章不代表本刊观点。

专利非实施主体诉讼中损害赔偿规则的适用

蒋　舸

内容提要：作为一类特殊的权利人，NPE是否应当适用特殊的行为引导规则存有争议，对禁令问题的讨论即为争议的表现。损害赔偿也是重要的行为引导规则，探索该领域的政策空间对于处理未来可能出现的NPE诉讼具有理论指导作用。与表面所展示的客观化基调相反，填平原则实际上蕴含着丰富的弹性，提供了充分的政策腾挪空间。弹性源于专利损害赔偿的高度复杂性，法院只有借助信息中介才能将损害赔偿的计算难度控制在与其精确激励相比而言适当的范围内，而信息中介的选取具有相当的开放性。如果经验表明主体身份与诉讼行为社会效果之间存在相当因果关系，那么从理论上讲主体身份未尝不能成为认定损害赔偿时的考虑因素。不过从现阶段情况观之，NPE身份与诉讼行为社会效果之间并未表现出明显相关性。在可预见的将来，这种相关性很可能也不会出现。与主体是否为“非实施主体”相比，争议客体“未被实施”的事实更适合作为计算损害赔偿的信息中介。技术方案是否实施的事实会对损失计算方法的选择和规则适用造成影响。为了实现合理认定NPE损害赔偿数额这一目标，我们应当更充分地探索利润损失与合理许可费的差别，改造现行许可费计算方法条款，并且充分发挥包括诉讼费用在内的广义经济救济工具的行为引导作用。为了维护创新的累积性，专利案件适用加重赔偿本来就需格外谨慎。NPE诉讼更是通常不考虑加重赔偿。

关 键 词：非实施主体　损害赔偿　填平原则　法定赔偿　惩罚性赔偿　合理许可费　标准必要专利　禁令

Abstract: There has been a lasting debate as to whether NPE should be treated differently when it comes to injunctions. A similar but under-discussed issue is whether NPE should be treated differently when it comes to damages. Contrary to the possible intuition that there's no way for legislators or judges to take the plaintiff's status into consideration under the principle of total restitution, this principle does encompass enough flexibility to allow judges to treat NPE less favorably. The flexibility of the principle has its root in the complicity of the calculation of damages for intellectual property. The complicity is such that the judges cannot manage it without informational proxies. As long as a variable has shown strong correlation or even causal relationship with damages, this variable may have a place in the analytical framework to simplify future calculation. There is no per se obstacle to view the status of the party as informational proxy. However, at least in China, there is no evidence yet, and there may not be evidence in the near future, to

作者简介：蒋舸，清华大学法学院副教授、博士生导师

基金项目：社科基金项目“创新社会化趋势对知识产权法的挑战及应对研究”（17BFX113）阶段性成果。

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net

show that a party's being NPE bears strong correlation to lowered damages. Instead of looking into whether the plaintiff does not practice any patent, it is more useful to analyze how does the fact that plaintiff has not practiced the patent at issue affects the proper way of calculation. Whenever a plaintiff does not practice the patent at issue, regardless of whether he practices his other patented technologies, he shall receive damages based on reasonable royalties instead of lost profit (at least instead of lost profit in a narrow sense). The current legislation put unnecessary restrictions on the rule of calculating damages from the perspective of royalties, requiring on one hand established royalty, on another hand that the established royalty be adjusted upwards instead of downwards. Such restrictions have unnecessarily narrowed the scope of application of the rule, thus pushing the cases which can be calculated on the base of comparable license to the unstructured rule of statutory damages. In order to channeling these cases back to the calculation rule based on license fee, the current license rule need to be revised from an "established royalty rule" to "reasonable royalty rule".

Key Words: NPE; damages; total restitution; statutory damages; punitive damages; reasonable royalty; SEP; injunction

专利法确保了权利人禁止他人实施技术方案的权利，但并没有规定权利人自行实施技术方案的义务。在社会分工不够细化的过去，即使没有实施义务，权利人通常仍会或多或少地实施自己发明的技术。只要权利人有实施行为，就是正常的专利实施主体（practicing entitiy, PE）。哪怕他们就没有自行实施的专利提起诉讼，公众也不会对他们另眼相看。

社会分工的细化加速了研发、实施与维权的分离。权利交易市场越发达，权利兑现就越容易，排他权与生产行为脱钩也就越有底气。在专利图景中，一批完全不通过实施技术方案来实现专利价值的主体逐渐引发关注。这批主体成分复杂，其持有的一些专利权来自自行研发，另外一些则来自收购。他们的共同点在于自身不实施任何专利，因此被称为专利非实施主体（non practicing entitiy, NPE）。[①]“非实施”是他们最典型的特征，使他们与有实施行为的权利人区别开来。围绕NPE对社会福利的影响，各国展开了激烈的讨论。肯定NPE社会价值者有之，但质疑其正当性者同样不少。[②]NPE之“不受待见”，从“专利流氓”或者“专利蟑螂”的别名上可见一斑。

人们讨论NPE的定性，目的是引导这些主体采取增加社会福利的行为模式，而引导行为模式最直接的工具当然是法律救济规则。如果权利人容易获得禁令、可以期待高昂损害赔偿而且无须承受负担对方诉讼成本的风险，自然更愿意寻求司法救济。但若救济规则昭示出高风险、低收益，权利人自然没有太大动力启动司法程序。

在禁令和损害赔偿这两类主要救济手段中，人们对禁令着力较多，而对损害赔偿的关注较少。这种研究精力的分配与NPE诉讼性质未必相符。正常的专利实施主体的诉讼目的很可能主要不在于金钱而在于通过禁令确保市场独占。但对NPE而言，禁令的目的不在于市场本身，而只是

① 有学者将最频繁涉诉的专利之权利人分为12类，其中11类均可归入广义的NPE范畴，例如但不限于：收购专利的企业、大学、失败的初创公司、由自然人发明人创立的公司和非政府组织等。John Allison, Mark Lemley & Joshua Walker, *Extreme Value or Trolls on Top–The Characteristics of the Most-Litigated Patents*, 158 University of Pennsylvania Law Review 1, at 10-11 (2009).

② 关于专利蟑螂对美国创新环境造成负面影响的介绍，参见易继明：《遏制专利蟑螂——评美国专利新政及其对中国的启示》，载《法律科学》2014年第2期，第174-182页。

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

确保谈判筹码的手段。金钱赔偿（无论是通过损害赔偿还是禁令压力下的和解）才是整个诉讼的目的。所以，损害赔偿是NPE诉讼难以回避的问题。是否应当针对NPE适用特殊的赔偿规则？现行立法是否提供了计算NPE损害赔偿的适当规则？司法层面应当如何适用损害赔偿计算方法？只有回答这些问题，我们才有望建立一套恰当的NPE利益分配模式。

由于NPE的范畴相当宽泛，所以笼统地讨论不容易产生有价值的成果。本文后续讨论主要针对NPE中更容易受到诟病的类型展开。有些NPE尽管不实施任何专利，但公众通常不对其专利维权行为的正当性抱有疑虑。例如，大学通常不会自行实施专利，只会通过获取许可费来实现专利价值，显然属于字面意义上的NPE。但从其对创新环境的影响观之，大学与研究机构并没有被视为典型的NPE。③它们不仅不受批评，而且在司法实践中往往还会获得相当高的赔偿。④当然，更高的赔偿额很可能只与它们的专利价值更高有关，不一定能够归因于大学身份，但大学也是NPE这一事实至少说明并非所有NPE的正当性都受质疑。在各方就NPE的性质与优劣争论多年之后，主流观点至少不会将所有NPE均视为对社会福利的威胁，而是采取中立的评价态度。但在各种NPE中，有一类特殊群体的确更容易受到批评。他们不但不实施专利，而且也不进行研发。所有不实施专利的权利人都可以称为NPE，但只有那些自身不具备研发属性、通过收购并专门通过诉讼等形式从专利实施主体处获利的主体才被称为专利主张实体（Patent Assertion Entity，PAE）。NPE与PAE相比，前者褒贬不彰，后者则体现出对主体正当性的明确质疑。PAE是NPE的下位概念，例如，大学可以被称为NPE，但通常不被认为是PAE。本文为了聚焦典型问题以PAE为主要讨论对象。但为了照顾通常表述习惯，仍以NPE称之。

本文拟讨论三方面问题：第一，不同的损害赔偿水平分别会引导NPE采取何种诉讼策略；第二，NPE主体身份该不该、能不能成为计算损害赔偿时的考虑因素；第三，我国现行损害赔偿规则在计算NPE损害赔偿时有何不足，如何应对。需要说明的是，本文仅分析补偿性损害赔偿规则，不处理加重赔偿或称惩罚性赔偿规则。因为NPE身份并不引发获得更多赔偿的优待，只存在是否需要减额赔偿的“歧视”。既然专利案件一般性地都需要谨慎适用加重赔偿，⑤NPE案件显然更是如此。

一、不同损害赔偿规则对NPE诉讼策略的引导作用

至今为止，美国和德国是NPE热衷于提起诉讼的法域。除了巨大的市场吸引力之外，两国在权利救济层面展示出的对权利人的友好态度也是原因之一。同理，NPE在两国的活跃程度也与两国在救济规则上的差异相关。

相对而言，德国专利诉讼程序便捷、费用低廉，而且原告更容易获得禁令。美国专利权人在eBay案之后获得禁令的比例大幅降低。在其他条件相同的情况下，如果NPE的诉讼活跃度主要受禁令规则影响，那么它们在德国的活跃度理应高于美国。但实际上，美国是全球所有法域中NPE诉讼最为活跃的法域——没有之一。NPE在德国的活跃度难以与在美国的表现相提并论。市场吸引力方面的因素恐怕不足以解释NPE在美国如此活跃的原因，因为美国市场吸引力固然巨大，但德国市场的吸引力同样不可忽视。

③ Mark Lemley, *Are Universities Patent Trolls*, 18 Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal 611, at 612 (2008).

④ 据普华永道会计师事务所2017年专利诉讼报告显示，美国1997—2016年的专利诉讼中，正常的专利实施主体所获中位赔偿额为492万美元，大学与非营利机构所获中位赔偿额为1630万美元。PWC, *2017 Patent Litigation Study*, at 16-17.

⑤ 加重赔偿泛滥可能阻碍累积创新。详见蒋舸：《著作权法与专利法中“惩罚性赔偿”之非惩罚性》，载《法学研究》2015年第6期，第89-93页。

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

该现象背后，美国与德国在专利侵权诉讼损害赔偿支持力度上的明显差别恐怕是重要原因。专利侵权诉讼的原告一旦胜诉，在美国能够获得高昂赔偿。而在德国，胜诉的原告虽然可以拿到禁令，但获得的损害赔偿额度远比在美国低。在美国1995年至2010年专利诉讼损害赔偿的中位数即为510万美元（约合360万英镑），而同一时期德国的损害赔付金额为60万英镑至100万英镑，英国的赔付金额同样不超过100万英镑。⑥

可见，一个法域的损害赔偿区间会对NPE在该法域的诉讼行为产生明显影响。对于引导NPE朝着更符合社会福利的方向发展这一目标而言，损害赔偿制度有着巨大的发挥空间。

二、NPE损害赔偿方面的理论与实践

本文选取中国、美国和德国三个法域，粗略考察NPE损害赔偿方面的理论与实践。在这三个法域中，NPE在美国最为活跃。与之相应，美国关于NPE诉讼中损害赔偿问题的司法实践与学术文献也最为丰富。相较而言，NPE在中国和德国没有那么活跃，相应的损害赔偿理论与实践资料也更加欠缺。本文基于有限检索作出简短归纳，试图为后续分析进一步提供背景。

（一）中国

根据笔者现阶段的检索，NPE在我国的诉讼尚不活跃。很难找到典型NPE诉讼的相关判决，因此难以看清法院在NPE诉讼中认定损害赔偿的相关思路。无限未来科技公司诉索尼是国内由NPE提起的标准必要专利相关案件，引起了较多关注。⑦该案以原告撤诉告终，因此无法窥知法院在损害赔偿方面的思路。

依据我国法院认定损害赔偿的通常做法，绝大多数案件适用法定赔偿。立法文本列举的法定赔偿认定因素是“专利权的类型、侵权行为的性质和情节等因素”，只涉及客体和侵权行为，不涉及侵权人的身份。在实践中，权利人是否实施涉案专利以及原告是否实施任何专利，都不属于法院关心的问题。即使原告是自然人发明人、明显不具备任何实施能力，法院也不会将此事实作为认定损害赔偿时的考虑因素。

在理论上，我国现阶段关于NPE的讨论，多集中在评价其好坏或者禁令发放上。在禁令问题上，人们会关心NPE的身份是否应当成为区别对待的理由。作为类推，我们很自然地想到在损害赔偿问题上是否应当区别对待NPE。但直接讨论NPE损害赔偿的文献非常有限，⑧因此暂时还没有发现不同立场的交锋。

（二）美国

美国专利法在计算损害赔偿时，明确将争议专利的实施情况纳入考虑。在原告自行实施专利的情况下，损害赔偿采用利润损失（lost profit）方法计算；而在原告没有自行实施、单纯通过许可兑现专利价值的情况下，则采用合理许可费（reasonable royalty）方式。根据专利的实施情况和权利人主张的计算方法不同，有些案件纯粹采用合理许可费方式，有些案件纯粹采用实际损失方式，而另外一些则两种方法兼采。按照美国专利法的思路，专利实施是非常具体的判断，同一项专利权有可能在部分地域实施，而在其他地域不实施；也可以在部分产品上实施，而在其他产品上发放许可。

---

⑥ 参见Love, Brian J. et al., *Patent Assertion Entities in Europe* (November 12, 2015). D. Daniel Sokol (ed.), *Patent Assertion Entities and Competition Policy*, Cambridge University Press, 2016, at 13, at https://ssrn.com/abstract=2689350，last visited: 2020-10-07。

⑦ 江苏省南京市中级人民法院（2016）苏01民初1133号民事裁定书。

⑧ 认为应当通过调整损害赔偿规则约束NPE诉讼行为的论述，参见金昭英：《专利流氓侵权损害赔偿研究》，上海交通大学2016年硕士论文。

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

普华永道会计事务所曾经针对专利实施主体进行统计，发现单采合理许可费的案件数量最多，单采实际损失的案件数量次之，兼采两种方法的案件最少。[⑨]总之，就美国专利损害赔偿而言，区分原告自行实施市场上的损失与非自行实施市场上的损失属于基本规则。这与我国以及德国的做法有所不同。我国和德国的策略都是在数种计算方法中“择一而终”。例如，一旦选定许可费计算方法，便不会同时采用实际损失计算方法；反之亦然。而无论选定何种方法，法院都不会在适用这种方法时再细分原告的实施市场与非实施市场。至于法院在采用多因素衡量实际损失或者合理许可费的过程中，是否完全不考虑原告的实施情况，不得而知。我们不能排除法院尽管没有明确宣告区分实施市场与非实施市场，但在权衡诸如“专利的市场价值”等宽泛因素时，实际将原告的实施能力和实施情况纳入考虑的可能性。但无论如何，至少从规则及其适用的表面情况观之，我国与德国在计算损害赔偿时都不会并用多种计算方法，而且不会明确将争议专利的实施情况作为计算损害赔偿的考虑因素。

既然将争议专利的实施情况纳入考虑是美国专利损害赔偿制度上的一般规则，那么我们自然不会诧异美国各法院提供给陪审团的专利损害赔偿计算指南上都要求陪审员考虑专利是否实施以及在哪些市场上实施。唯有针对原告实施专利的产品或者地域市场，陪审团方可依利润损失规则裁判，否则只能通过合理许可费进行计算。但是本文所关心的问题并不是美国法院是否将争议专利的实施情况纳入损害赔偿考虑范围，而是其是否将原告是NPE这一身份要素纳入考虑范围。从法院给陪审团准备的专利损害赔偿计算指南观之，答案是否定的：笔者没有发现任何指南中包含要求陪审员关注原告是否为NPE的信息。[⑩]换言之，这些指南尽管要求陪审员考虑专利实施情况，但这是从单独的、涉案的具体专利的角度关心实施专利情况，而不是从主体身份的角度关心原告是否没有自行实施任何专利。

不过，裁判规则没有明确要求区别对待NPE与非NPE，不等于实践中两类主体的获赔额度相同。普华永道会计事务所在2012年出具的一份专利诉讼调查报告显示，两类主体的获赔数额始终有差异。在1995年至2000年间，正常的专利实施主体获得的中位赔偿为550万美元，NPE为450万美元，实施主体获赔高出22%。但从2001年开始直到2011年，NPE获赔反而超过实施主体。其中2001年至2005年间，NPE获赔几乎是实施主体的两倍（NPE中位获赔690万美元，实施主体只有370万美元）。[⑪]普华永道会计事务所2018年的专利诉讼调查报告显示，NPE获赔高于实施主体的现象不仅没有消减，反而越来越明显。在2013年至2018年间，NPE获赔中位数是1480万美元，是实施主体的获赔中位数420万美元的3.5倍。[⑫]当然，即使原告是否具备NPE身份与损害赔偿数额之间确实存在相关性，这种相关性也不等于因果关系。NPE在过去获得的损害赔偿数额系统性地更低、近年来获得的损害赔偿数额系统性地更高，根源都很可能并不在于NPE身份本身，而在于NPE所拥有的专利价值本身就是系统性地偏低或者偏高。如果想从普华永道的数据中读出NPE身份与损害赔偿数额的因果关系，人们还需要更为细致的分析。毕竟，无论人们采取多么武断的标准将原告区分为两个群体——NPE与非NPE、股份公司与非股份公司、总部设在支持共和党的州的公司与设在支持民主党的州的公司——两群原告在专利诉讼中所获损害赔偿额多半都不一样。我

⑨ PWC, *2017 Patent Litigation Study*, at https://www.pwc.com/us/en/forensicservices/publications/assets/2017-patent-litigation-study.pdf, last visted:2019-10-11.

⑩ Edward D. Manzo, *Patent Jury Instruction Handbook*, November 2019 Update.

⑪ *PWC Patent Litigation Study 2012*, at 6.

⑫ *PWC Patent Litigation Study 2018*, at 6.

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

们不可能仅仅因为主体不同并且损害赔偿数额不同就认为主体身份差别是损害赔偿差别的原因。不过，就粗略了解NPE在美国所获损害赔偿的概貌而言，上述报告仍然很有价值。

在学术上，美国确实存在根据主体身份区别对待的主张。例如，Brean主张，在NPE提起的案件中，即使原告胜诉，名义赔偿或者减额赔偿已经足以弥补原告损失。[13]从美国NPE实际上能够获得更加高额的赔偿而言，这种观点并未获得响应。

（三）德国

德国专利损害赔偿的法律渊源是《德国专利法》第139条第2款。与德国著作权法和商标法上的损害赔偿规则一致，德国专利法上的损害赔偿也遵循“三种损害计算方法”（dreifache Schadenberechnung），即实际损失、侵权获利或者合理许可费。实践中，德国绝大多数知识产权案件都根据合理许可费方法计算。笔者暂时没有发现德国区别对待NPE的情况。在学术上，NPE相关损害赔偿讨论也很少。在一篇专门讨论NPE的博士论文中附带讨论了NPE能否适用侵权获利方法计算损害赔偿的问题，但并没有得出确定的结论。[14]即使得出结论，也不会对损害赔偿的数额产生实质影响。总体而言，德国理论界和实务界都没有认为NPE损害赔偿是值得关注的问题。

三、填平原则的约束与弹性

从立法文本观之，NPE身份不会对权利人所获救济产生任何影响。但是，立法不要求将NPE身份作为适用救济规则时的考虑因素之一，并不意味着立法不允许这样做。在关于禁令的讨论中我们可以发现，NPE身份可能是法院作出禁令决定时最重要的考虑因素之一。虽然理论界和实务界并未就NPE能否获得禁令达成共识——这样的共识可能永远无法达成——但人们确实在严肃考虑NPE身份本身对决定可能产生的影响。将禁令问题上的考虑类推到赔偿领域，我们难免会提出如下问题：在计算损害赔偿时，NPE身份是否应当作为考虑因素之一？前述Brean便是区别对待NPE损害赔偿的主张者。在不太讲究概念和理论体系化的美国，这种主张受到的质疑可能更多地来自法政策方面。但在（至少理论上）强调损害赔偿基础理论体系化的大陆法系传统之下，我国法院是否享有将NPE身份视为损害赔偿计算因素之一的自由裁量权，这本身就是需要回答的问题。在知识产权法希望巩固与传统民法的联系、并未推翻填平原则的前提下，上述问题还可以表述为主体身份与填平原则的关系，即法官能否一方面宣称自己在计算专利损害赔偿时遵循填平原则，另一方面又将NPE身份作为损害赔偿计算考虑因素。我们未必需要给出肯定或者否定的答案，但无论如何有必要正视这一问题本身。[15]

（一）填平原则内涵之发展

我国民法遵循完全赔偿原则。“所谓完全赔偿原则，是指在因侵权行为造成受害人损失时，要通过赔偿使受害人恢复到如同侵权行为没有发生时应处的状态。”[16]这一原则被非常形象地描述为填平思想（Ausgleichsgedanken）[17]——受害人的利益遭受了侵蚀，侵权人必须将之填平。我国

---

⑬ Daniel Harris Brean, *Ending Unreasonable Royalties: Why Norminal Damages are Adequate to Compensate Patent Assertion Entities for Infringement*, 39 Vermont Law Review 867 (2015).

⑭ Stierle, *Das nicht-praktizierte Patent*, Mohr Siebeck, 2018, S. 278.

⑮ 关于知识产权损害赔偿不确定性的详细分析，参见蒋舸：《知识产权法定赔偿向传统损害赔偿方式的回归》，载《法商研究》2019年第2期，第182-192页。

⑯ 王利明著：《侵权责任法研究（上卷）》，中国人民大学出版社2010年版，第662页。程啸著：《侵权责任法（第二版）》，法律出版社2015年版，第608-609页。

⑰ Heinrichs in Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 67. Aufl., 2008, Beck, Vor § 249 Rn. 4.

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

知识产权损害赔偿对完全赔偿原则既从学理上予以承认[18]，也在司法中加以宣示。[19]即便知识产权领域近年来引入了倍数赔偿，其仍以填平原则作为整个损害赔偿的基础与核心。[20]

“填平”概念看似简单，细究起来却不易把握。因为作为“填平”对象的“损害”在理论和实践上都存在多种解释。从最宽泛的层面说，各国的损害赔偿规则都以填平损害为目标，但落实到学说与实操上并不相同。普通法系对损害的理解更加经验主义，不强求一套圆满的逻辑。而以德国为代表的大陆法系则毫不令人意外地花费了非常多精力来澄清何为“损害”。我国在一般民事损害赔偿问题上对“损害”的理解与德国学说最为接近，[21]故本部分以德国关于“损害”概念的理解为依托，在探讨NPE损害赔偿相关问题的必要限度内对填平原则之理解作出简要说明。

总体而言，损害概念的发展经历了“从自然损害到抽象损害再到二者合题”的辩证发展过程。在此过程中，以假设差额说为基础的抽象损害概念对升华“损害”概念、奠定现代损害赔偿法的学说与规则基础到了至关重要的作用。而假设差额说本身则蕴含了巨大的不确定性，为司法政策权衡提供了足够的空间。

在早期，人们将损害理解为自然损害。如果被告打破了原告的杯子，那么破碎了的杯子就是损害，被告需要赔偿的对象是杯子本身。“填平”的对象被理解为侵害行为发生前的现实状态和侵害行为发生后的现实状态二者之差，前者为被减数，后者为减数，两者差额即为有待填平之部分。因此建立在传统自然损害基础上的损害理论可被称为“现实差额说”。自然损害的概念具体而便于理解，符合人们长期以来在以有形财产为主的产权秩序中积累起来的生活经验，因此长期占有一席之地。直至现代，我国台湾地区的损害赔偿法仍然遵循现实差额说。[22]

现实差额说的主要缺陷在于过于具体，有时难以反映侵害行为给原告整体利益状态造成的负面影响。为了克服这一弊端，19世纪德国学者蒙森在其著作《利益说》中对损害概念予以发展。蒙森的观点被赫克提炼为“差额假设”（Differenzhypothese）学说，极大地丰富了损害概念的内涵。根据假设差额说，填平的对象是两种利益状态在特定时间点的差距。一种利益状态是现实的，即原告在该时间点实际享有的利益总和。另一种利益状态是假想的，即如果被告的侵权行为没有发生原告在该时间点本应享有的利益总和。当前者小于后者时，法院便会以假想利益状态为“被减数”，以实际利益状态为“减数”，将二者之差确定为损害赔偿额。[23]由此可以看出，假设差额说与现实差额说之间存在明显区别：现实差额说中的“被减数”和“减数”均为现实状态，其中“被减数”指原告在损害行为发生前所享利益的现实状态，“减数”指原告在损害行为发生后所享利益的现实状态。而对于差额假设说而言，“被减数”是假想世界中原告的利益状态，在现实生活中并不存在，只有“减数”才是原告在现实生活中真正具备的利益状态。两种学说在确定损害的时间点选择上也有明显区别，假设差额说选择的时间点更加滞后：现实差额说以损害发生时作为关键时间点，而差额假设说则以法院需要就原告利益状态作出判断之时（例如法庭辩论

⑱ 例如吴汉东等著：《知识产权基本问题研究》，中国人民大学出版社2005年版，第59-60页。（知识产权与传统所有权在损害赔偿方面有着共同的理论与原则，即填平损害。）

⑲ 例如《北京市高级人民法院关于确定著作权侵权损害赔偿责任的指导意见》第5条第1款规定，确定的侵权赔偿数额应当能够全面而充分地弥补原告因被侵权而受到的损失。

⑳ 加重赔偿有利于解决知识产权侵权人容易逃避追究的问题，能够更好地实现补偿和预防的目的，但不应追求预防之外的惩罚。参见蒋舸：《著作权法与专利法中“惩罚性赔偿”之非惩罚性》，载《法学研究》2015年第6期，第89-93页。

㉑ 尽管各主要法系在损害赔偿方面都遵循类似完全赔偿原则表述，但具体内容有所不同。例如，法国所遵循的完全赔偿原则并不强调损害与主观过错无关。U.马格努斯编：《侵权法的统一：损害与损害赔偿》，谢鸿飞译，法律出版社2009年版，第115-130页。

㉒ 李承亮：《损害赔偿与民事责任》，载《法学研究》2009年第3期，第136-139页。

㉓ 参见李承亮：《损害赔偿与民事责任》，载《法学研究》2009年第3期，第137-138页。Siehe auch Heinrichs in Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 67. Aufl., 2008, Beck, Vor § 249 Rn. 9-10.

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

结束时）作为关键时间点。

与现实差额说以及与之相对的自然损害概念相比，假设差额说中的损害概念具有高度抽象、无关个案的特性，从而实现了在抽象的基础上对损害内涵的统一。有学者举例说明现实差额说与假设差额说的区别：假设被告毁坏了原告的汽车，按照现实差额说或者自然损害的理论，需要“填平”的对象是汽车。而按照假设差额说，法官需要探究被告损坏原告汽车的行为会对原告利益状态产生什么影响。驾驶汽车在毁坏前的价值是十万元，残骸价值一千元，那么按照假设差额说，在汽车损坏没有在其他方面影响原告利益的情况下，需要“填平”的对象是九万九千元。[24]假设差额说尽管没有直接见诸于德国民法典，但是被温德夏特等学者所接受，成为德国主流学说。[25]德国学界一致认为：假设差额是损害概念的中心类别，不能被放弃。[26]

假设差额说在理论抽象性和普适性上具有无可辩驳的优点，但在实际操作中却面临诸多障碍。例如，假设差额说将千差万别的具体损害都归结于抽象和统一的利益损害之表现形式，这意味着无论损害多么轻微，法院要考虑的都不是损害本身，而是损害给原告利益状态造成的影响，这种做法在许多案件中无异于舍近求远。正如有学者指出：“一起普通的交通事故，受害人的汽车只是被轻微擦伤，而在计算损害时却要考虑远在异国他乡的不动产的价值，这是不是有必要？”再例如，假设差额说只关心原告的整体利益，而非其具体组成，这会导致原告无法充分维护自己追求的特定利益组合方式。为了克服上述弊端，德国损害赔偿法部分重新吸纳了自然损害的概念。[27]因此，当代损害赔偿法中的填平原则除了在主体上遵循假设差额说的理论，也包含了一些现实差额说的因素。

（二）填平原则蕴含巨大的不确定性

落实到实践上，假设差额说的重大缺陷在于无论是“减数”还是“被减数”都相当难以确定。尤其是被减数，即原告在抽离了侵权行为的假想世界中于关键时间点所享有的利益状态。在一个具体的专利案件中，这意味着我们需要想象假设从来没有发生专利侵权行为，原告所享有的利益状态究竟是什么。法官通过“思维体操”回到侵权行为发生的时间点、从整个世界的图景中去除侵权行为可能还不是太困难，但法官要进一步想象剔除了侵权行为的假想世界接下来会如何发展，任务便太过艰巨。因为剔除了侵权行为的假想世界有无数条发展路径，理论上有无数个终点状态，究竟将其中哪一个选作被减数，无疑见仁见智。其中既包含大量事实判断，也不得不掺杂很多价值判断。

填平原则本来就蕴含着巨大的不确定性，而知识产权的特殊性更是极度放大了这一点。以专利损害赔偿为例：与传统的有体物相比，专利生产者与使用者之间的利益平衡更加复杂。传统有体物具有使用上的竞争性，生产者与使用者不能同时利用客体。这使关于有体物的利益衡量相对简单，决策者只需要在生产者与使用者中“二选一”。假设没有特殊情况，决策者很容易发现将客体控制权交给生产者既公平又有效率。但对技术方案而言，利益平衡却远远没有那么简单。技术方案作为信息，具有消费上的非竞争性。生产者和公众完全可以同时实施技术方案，互不排斥。技术方案一旦被生产出来，公众利用它来产生社会福利的边际成本非常低。换言之，社会剥夺公众实施自由的代价非常高。假如单从静态福利的角度看，允许公众自由实施技术方案最有利

㉔ 李承亮：《损害赔偿与民事责任》，载《法学研究》2009年第3期，第136-139页。

㉕ Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 5. Aufl., Bd II, Frankfurt, 1882. 转引自徐银波：《侵权损害赔偿论》，中国法制出版社2014年版，第22页。

㉖ Heinrichs in Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 67. Aufl., 2008, Beck, Vor § 249 Rn. 13.

㉗ 同注释㉒，第139页。

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

于社会福利最大化。如果不是这种静态福利最大化的状态将对长期动态福利造成减损，人们可能根本不愿意为技术方案设立排他权。对于典型的传统有体财产而言，生产者与使用者之间的利益平衡问题是一个“让A控制还是B控制”的零和决策；而对技术方案而言，生产者与使用者之间的利益平衡问题则是一个“让一人控制还是多人控制”的非零和决策。后者显然更加困难。

填平原则天然蕴含的不确定性与知识产权利益平衡的特殊困难叠加在一起，使得填平原则在知识产权领域的适用尤其困难。如前所述，假设差额说要求法官在假想世界中回到侵权发生的时间点，从该时刻的假想世界中去除侵权行为，并让一个不存在侵权行为的假想世界持续发展到法院计算损害赔偿时，以便将原告在假想世界中该关键时间点的利益状态作为被减数。如果被告打碎了原告的杯子，那么法官需要想象出一个“被告没有打碎原告杯子”的假想世界，考察这个假想世界发展到需要裁决原告损失的关键时间点时的状态。在许多情况下，这个假想世界的发展轨迹比较清晰，找出其发展到关键时间点时的状态比较容易。但是，如果被告未经许可实施了原告的技术方案，此时法官的任务便是想象出一个“被告没有未经许可实施原告技术方案”的假想世界，考察这个假想世界发展到需要裁决原告损失关键时间点的状态。而原告的利益在一个被告没有实施侵权行为的假想世界中究竟会如何发展变化，受到包括原告实施能力、商业化水平、其他竞争者行为及下游市场偏好等诸多因素的影响，异常难以把握。在知识产权诉讼中，被告有时甚至会宣称是自己的实施行为帮助市场更好地接受了原告的信息成果。换言之，被告会宣称自己的侵权对原告不仅无害，甚至有利。单从侵权行为未必导致原告利润损失的角度看，被告的辩解在某些情况下可能有其合理性。知识产权法官在损害赔偿案件中始终面临着侵权行为与损害后果之间因果关系难以确定的苦恼。难怪有法院会感慨：“知识产权损害赔偿难以准确计算，是一个世界性的难题。”㉘

（三）通过信息中介降低不确定性

如何解决知识产权损害赔偿这一“世界性的难题”呢？

投入更多资源、提高计算精度固然是最容易想到的努力方向，但这条途径面临两项“硬约束”：一是计算难度；二是司法资源。前者指从无数假想世界中选出最适合的被减数世界所要求的信息量太大，很可能无论投入多少资源都无法找出绝对意义上的最优解。后者指分配给个案的裁判资源不可能无限增加，因此计算损害赔偿的司法资源多半只能维持现有水平。在这两项“硬约束”之下，通过投入更多资源来解决计算难题之路似乎不通。

既然我们无法通过提高“算力”来解决问题，便只能通过简化问题来寻求答案。实际上，把复杂问题简单化、借助更加容易获得的线索来推测答案，这是人们在面对无法用既有认知资源解决的问题时惯用的办法。这种“以简代繁”的认识策略广泛适用于从视觉认知到语音识别的一切领域。

法律规则的制定和适用也不例外。正因为人们无法为每起个案搜集足够的数据、找出其最优解，所以才通过既往信息，提取出对于决策而言权重最大的表征，组成思维流程图，指导人们用同一组表征来决策同一类问题。就此而言，法律就是算法。每个部门法、每条法律规则都是通过为纷繁芜杂的现实世界建立认知模型，来帮助决策者作出更加正确和高效的选择。在提取表征和问题归类的过程中，决策者需要忽视大量的个案差异，用统一和抽象的表征来替代多样化、具象化的现实，这一过程与任何抽象的过程一样不可避免地意味着信息粒度变大、细节信息丢失。但既然我们无法消灭决策能力缺口、无法实现零误判，就只能在便捷收益与误判损失之间寻求平

㉘ 摘自时任最高人民法院副院长曹建明2005年11月21日在全国法院知识产权审判工作座谈会上的讲话。

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

衡。只要便捷收益超过误判损失，“走捷径”策略就值得采用。[29]

同样，损害赔偿计算也不例外。实际上，即便是典型的传统有体物产权秩序中的损害赔偿，有时也相当难以计算。例如，汽车被毁给权利人利益状态造成的影响也可能相当复杂，因为权利人在“汽车没有被毁”的假想世界中所享有的利益范围会受很多因素的影响。在作为“被减数”的假想世界中，权利人既可能过得更好，也不排除会过得更差（例如该批汽车有质量问题，会危及权利人的生命健康）。法官需要从无数个“汽车没有被毁”的假想平行世界中选出概率最大的一个，很多时候并不容易。所以即使是在典型的传统有体物产权秩序方面，法院有时也并没有刻板地遵守差额假设说，而是采用有体物的客观价值这一非常容易把握的变量来作为填平数额的信息中介（informational proxy）。信息中介正是人们用以解决复杂问题的表征。中介多半粗略，但胜在能够有效降低信息成本。[30]采用中介来以简代繁的做法并不严谨，但具有很高的便捷性收益和可容忍的误判损失，从认知经济性的角度看来“性价比”很高。以假设差额说为基础的填平原则充满不确定性，好在一旦寻找到恰当的信息中介，完全可能借助非常有限的司法资源加以运用。找出便捷性收益大于误判损失的信息中介，就成为计算损害赔偿的核心任务。

对于知识产权损害赔偿计算而言，寻找信息中介的任务更加艰巨。与有形财产相比，知识产权客体缺乏用以揭示其客观价值的相同客体。就技术方案、作品和商标的性质而言，知识产权客体都不是种类物。毕竟，如果技术方案不满足新颖性、创造性，如果表达没有独创性，如果符号缺乏显著性，它们根本不可能成为专利权、著作权和商标权的客体。绝大多数知识产权客体都不像传统有体产权秩序中的杯子或椅子一样，能以相当低的信息成本披露自己的价值。由于缺乏公认的优质信息中介，法院在选取知识产权损害赔偿所需要的信息中介时，具有更大的开放性。

（四）NPE身份作为信息中介的理论可能性

无论是从抽象的“假设差额”还是具体的“自然损害”之角度，填平原则传统上都只关心客体层面的损害而非主体层面的身份。按照填平原则的传统解释，主体身份并非计算损害赔偿需要考虑的因素，人们甚至可以说，主体身份不是计算损害赔偿时应该考虑的因素。在传统的损害赔偿理论中，原告身份似乎从来没有成为受关注的对象。

不过既然理解了损害赔偿所关注的因素本质上都是降低认知难度的信息中介，那么也能理解新型问题可能需要新型中介。某项因素在过去没有被纳入考虑范畴，并不意味着它将来也不能被考虑。如果通过长期观察，我们发现某项因素与应当判定的损害赔偿额之间存在明显相关性，而且这项因素本身非常容易把握，则完全可以考虑在将来的损害赔偿计算中特别关注这项因素，将其作为认定损害赔偿时需要考虑的情节。

从这一视角出发，主体身份这一在传统填平原则视野下被忽视的变量，并非完全不可能被视为赔偿和预防的中介。毕竟，同一主体的决策方式具有一定的连贯性，原告在其他许可或者诉讼中表现出的行为模式，或许有助于判断本次诉讼是正常地主张权利还是有害社会福利的寻租行为。如果能够结合同一主体在其他许可交易或是诉讼案件中的行为模式，法官将拥有更多有效信息来判断何种损害赔偿额最能有效引导当事人采取有利于社会福利最大化的行为。

尽管在损害赔偿这一领域本身，当事人的身份至今为止没有被作为认定责任时应当考虑的变量，但是如果我们将视野放宽到其他的责任认定问题，会发现利用主体身份来帮助判定责任并非

㉙ 关于法律作为认知模型的分析，参见蒋舸：《作为算法的法律》，载《清华法学》2019年第1期，第65-75页。

㉚ Thomas Merrill & Henry Smith, *What Happened to Property in Law and Economics*? 111 Yale Law Journal 357, at 389-390 (2001).

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

完全没有先例。比如，在规制商标恶意注册的问题上，裁判者实际上相当看重申请人在本申请之外的整体申请策略。如果某一申请人申请了大量没有实际使用的商标，或者经常采取全类注册的申请策略，那么裁判者有更大的概率就争议商标是否为以寻租为目的申请注册作出正确判断。

（五）我国现阶段不应将NPE身份作为信息中介

前文论证了在专利损害赔偿案件中将NPE身份作为考虑因素，依据原告是否为NPE而给予其更高或者更低赔偿的可能性。这番分析的目的是为有可能产生的政策调整需求提供理论基础，避免法政策与法理论脱节。但是，正如前文所反复强调的，假如有一天决策者认为NPE身份适合作为认定损害赔偿的信息中介，那么其原因在于NPE身份与通过投入更多资源而更加精确计算出的损害赔偿额之间具有强烈的相关性。这种相关性如此之强，以至于即使法院不投入更多资源去寻求更精确的损害赔偿，而选择在误判损失不超过便捷收益的限度内借助NPE身份这一信息中介来细化初步推算的损害赔偿区间，这种简单化操作的结果仍然足够可靠。简而言之，只有当NPE身份与真实损害赔偿之间的相关性足够强时，把NPE身份作为损害赔偿的信息中介或者考虑因素才具备正当性。假如NPE身份与损害赔偿之间并不存在明确的相关性，那么在计算损害赔偿时过于强调NPE身份便欠缺正当性。

就我国现阶段情况而言，判断NPE身份与损害赔偿之间的相关性为时尚早，因此NPE身份并不适合作为计算损害赔偿时的考虑因素。

首先，现阶段我国NPE诉讼还不多见，缺乏足够的样本用以判断NPE给我国创新秩序造成的影响。如前所述，如果要在损害赔偿计算中明确考虑NPE身份，那是因为我们已经积累了足以判断NPE身份与社会福利之间相关性的数据。当既往数据已经能够清晰揭示NPE身份与社会福利关系时，我们无须在未来每起案件中重复投入大量资源，而是可以借助已经建立的相关性使损害赔偿的计算一方面更简单、另一方面也不至于出现过大的误判。这种“事半功倍”的决策方法建立在对NPE身份与社会效果二者相关性的认识基础之上。而相关性的建立则以存在大量可靠数据为基础。NPE诉讼的社会效果复杂多样（例如，专利诉讼数量增加、上游研发投资增加、下游研发受到影响、实施者付出的应诉成本提升等），引发这些效果的因素同样来自方方面面（例如，专利效力稳定性、对后续创新的阻碍程度）。如果我们将诉讼涉及的各种因素视为“因”，将诉讼导致的社会效果视为“果”，显然面临多因多果的情况。此时，除非我们掌握相当多的数据，可以通过多方面控制变量来排除无关因素的影响，否则不可能从特定结果（例如，社会总体福利受到减损）逆推出原因（例如，原告具备NPE身份）。在我国现阶段NPE诉讼相当不发达的情况下，显然缺乏足够的数据来判定NPE身份与社会效果的关系。如果贸然将NPE身份本身作为损害赔偿的考虑因素，有悖情理。

其次，即使在NPE更加活跃、诉讼样本量更大的法域，NPE对创新秩序的影响仍无定论，这说明NPE身份本身很可能并不是引导当事人提升社会福利的优质信息中介。讨论NPE对创新秩序影响的文献即使谈不上汗牛充栋，数量也相当可观，但肯定和质疑NPE的双方并未就如何评价NPE给创新造成的影响达成共识。近年来，美国一直有遏制NPE的呼声，反映了美国理论界和实务界相当一部分人士对NPE社会效果的负面评价。但这些呼声并未转化为专门遏制NPE的立法，这说明美国社会并没有就“NPE需要遏制”这一论断达成共识。质疑NPE者通常着眼于挟持作用对后续创新的阻碍，而肯定NPE者可能会关注专业化维权组织在降低维权成本方面的作用。NPE作为职业化维权组织，在挑选高价值专利、整合维权流程等方面富有经验，有助于“摊薄”每起专利维权上的社会成本。对NPE整体社会效果的评价必须建立在对积极与消极两方面影响综合权衡的基础上。鉴于来自

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

两方面的证据都如此复杂，至少现阶段无法断言遏制NPE诉讼更有利于社会福利。如果人们在NPE诉讼样本相对丰富的美国尚且难以断言NPE需要遏制，在诉讼样本稀缺的我国更是如此。

因此，虽然损害赔偿基础理论层面没有排除将NPE身份作为考虑因素的可能性，但可能性转化为现实性需要满足非常高的门槛，即人们基于足够丰富可靠的NPE诉讼样本发现NPE身份本身与该主体产生的社会效果之间能够建立可靠的相关性。我国至少在现阶段——很可能在未来相当长一段时间内——都缺乏转化条件，不应将NPE身份作为损害赔偿考虑因素的条件。

四、立法论与解释论层面的应对

损害赔偿越准确，对当事人行为的引导越精确。损害赔偿过低同时意味着对侵权行为遏制的不足，而损害赔偿过高又会造成对后续创新的阻碍。侵权泛滥固然会打击创新，但考虑到技术创新具有明显的累积性、后来者总是“站在巨人肩膀上”才能更上层楼，遏制过度的危害同样不可小觑。[31]因此，专利损害赔偿的目标固然不是降低赔偿额，但也绝不是一味提升赔偿额。损害赔偿制度努力的方向是如何以值当的司法成本来相对准确地认定可以实现完全赔偿和最佳预防的损害赔偿。在由NPE提起的诉讼中，损害赔偿的目标依然如此。法院在NPE案件中需要实现的目标，同样是在不过度耗费司法成本的情况下正确计算损害赔偿额，既不过高也不过低。但我国立法和司法上的一些规则与实践，加大了法院准确判断损害赔偿额的难度。未雨绸缪地找出消除障碍的方案，有助于法院面对NPE诉讼时更加准确地计算损害赔偿额。

（一）NPE损害赔偿不宜依赖法定赔偿

我国绝大多数专利案件的损害赔偿采用法定赔偿方式确定。[32]如果不刻意加以改变，NPE诉讼的损害赔偿很可能也会在很大程度上依赖法定赔偿方式。问题在于法定赔偿存在天然缺陷，原本不是恰当的损害赔偿认定方法。NPE诉讼常常涉及高价值专利的特点，更凸显了法定赔偿在NPE领域的不恰当性。

我国专利法引入法定赔偿制度，乃是基于一项未曾言明而且未必正确的假设，那就是大部分专利损害赔偿用实际损失、侵权获利或者专利许可费三种传统方式就能计算，只有少部分案件的损害赔偿“难以计算”，需要动用法定赔偿加以解决。我国1984年《专利法》只包含了实际损失和侵权获利两种损害赔偿计算方法，并无法定赔偿。但是在严苛的证据规则约束之下，通过这两种方法准确计算损害赔偿的难度很高，司法机关备感说理压力沉重。作为解决办法，《专利法》在2008年修改时引入了法定赔偿制度，允许法院在实际损失、违法所得和许可费均“难以确定”的情况下，在一定额度内认定赔偿。但从立法表述观之，立法者完全不打算令其成为损害赔偿认定的主流模式。法定赔偿只有在实际损失、侵权获利与许可费三种传统赔偿方式“难以计算”时方可适用，这种适用顺序表明立法者当初并不认为法定赔偿是优选方案。从各方对损害赔偿泛滥的批评来看，大家仍然与当初的立法者持相同看法。引入法定赔偿时，大家默认对于大部分知识产权损害赔偿案件而言，不确定性都不成问题，其应该继续用传统损害赔偿方式加以解决；只有少部分知识产权损害赔偿案件存在高度不确定性的问题，这部分案件才需要动用法定赔偿来解决。

但是正如前文所述，不确定性并非少数知识产权损害赔偿案件才体现的特殊性质，而是几乎所有案件的共性。这意味着解决不确定性这一任务必然应当由在立法者看来应处于主导地位的损害赔偿计算规则解决，而不是交给备用性规则来处理。对于知识产权案件而言，“损害赔偿难以计算”这个问题既不需要也不应该交给一项备用规则来处理，而是理应把主要的损害赔偿计算

㉛ 蒋舸：《专利法和著作权法“惩罚性赔偿”的非惩罚性》，载《法学研究》2015年第6期，第80-96页。

㉜ 陈志兴：《专利侵权诉讼中法定赔偿的适用》，载《知识产权》2017年第4期，第29页。

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

规则改造得足以应对该问题。当主要的损害赔偿计算规则与绝大多数案件不匹配时，应该清醒地意识到不可能改变案件的基本属性，因此需要对主要的损害赔偿规则加以改造。我们没有理由认为，在主要规则不能处理大多数案件的情况下，备用规则反而能够更好地完成任务。即使有人一开始对备用规则的能力存有希望，但从法定赔偿遭遇的批评来看，法定赔偿这条备用规则显然并没有实现让损害赔偿计算同时变得“简单”又“正确”的期待。

法定赔偿难以化解损害赔偿难题的根本原因，倒还不在其“备用规则”的身份，而在于它不像实际损失、侵权获利或许可费规则一样，有相对明确的适用范围和分析框架。人类在面对高度复杂的问题时，迫切需要结构化的分析框架提供的优质经验。这些结构化分析框架能够引导决策者把注意力放在重要的因素上，而避免在正确率边际收益过低的因素上投入精力。在需要关注的因素中，结构化分析框架还会适当分配各因素的内涵与外延，避免决策者在搜集和处理信息的过程中发生遗漏或者重复判断。最后，结构化分析框架常常还提供了信息处理流程。所有这些方面都有助于决策者在应付高度复杂问题时表现得更加从容。

实际损失、侵权获利与专利许可费三种传统计算方法应当分别对应不同的结构化分析框架。实际损失在我国司法实践中被理解为与美国专利法上利润损失（lost profit）相对应的计算方式。这种损失计算方式以权利人自行实施专利为前提，关心侵权行为对权利人从实施市场上获利的影响，所以其典型的计算方式是“权利人减少的销售量×每件产品的合理利润”。[33]其他两种计算方式则不以权利人自行实施为前提。侵权获利将法院的注意力集中在“侵权销量”和“侵权产品单品获利”两项因素之上，而现行许可费计算方法尤其引导法院关注原告专利的实际许可费。由于不同计算方法会将法官注意力吸引到不同因素上，所以尽管从理论上讲各种方式计算的对象都是需要填平的损失，但实践中依据不同分析框架得出的数值可能不尽相同。每种分析框架都是一套独特的化解复杂性的算法，能为法官提供不同的结构化经验。

相对而言，法定赔偿提供的分析框架要“粗糙”得多。在专利法要求法定赔偿考虑的“专利权的类型、侵权行为的性质和情节等因素”中，除了“专利权的类型”内涵明确之外，其他因素都非常宽泛。宽泛意味着内涵不确定，也就意味着这些因素提供给法院的经验数量和质量很低。当法院被迫在缺乏进一步指引的情况下自行细化各项考查因素时，难免出现遗漏和重复。因此，从认识论的角度看，法定赔偿是一种非常不经济的损害赔偿计算方法。这或许也是美国、德国等其他国家专利法上都没有规定法定赔偿的原因之一。

此外，法定赔偿在数额上受到限制。2020年新修改后的《专利法》将法定赔偿数额提高到五百万元人民币。当然，这对于不太重要的技术方案而言确实已经提供了比较充分的赔偿空间。不过一旦涉及到对于行业而言比较重要、市场价值可观的技术方案，法定赔偿的上限恐怕就显得捉襟见肘。考虑到NPE常常会有意识地选取关键技术进行专利布局，不排除如果出现诉讼，需要填平的损害数额会轻易超出法定赔偿上限。这也提示我们不能囿于法定赔偿为主的现状，而需要未雨绸缪地思考更加适合NPE诉讼的损害赔偿计算方式。

（二）“实际许可费倍数”规则的缺陷

在实际损失、侵权获利与许可费这三种赔偿方式中，最适合NPE诉讼的是许可费赔偿。因为狭义的实际损失指利润损失，NPE自己不实施技术方案，并无利润损失可言。侵权人所获利润并不应当全部归于权利人，其中来自侵权人的投入部分仍应由其保留，只有侵占权利人市场的部分

㉝ 《最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定（2015）》第20条。

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

才应赔偿给权利人，而权利人自己并未开发实施市场，如果将市场解释为许可费市场，则侵权获利与许可费赔偿方式雷同，所以对于NPE损害赔偿而言，侵权获利也不是理想的赔偿方式。只有许可费赔偿方式，本来即为许可费市场而设定，其适用不以权利人自行实施技术方案为前提，所以是最适合NPE的损害赔偿计算方法。

遗憾的是，我国专利法上的许可费计算方式被表述为“参照该专利许可使用费的倍数合理确定”。这种表述有两项特点：一是以涉案专利曾经被许可为适用前提；二是要在实际许可费（established royalty）基础上加倍。关于第一项特点，尹新天先生曾对实际许可费倍数规则的适用前提解释如下：“参照许可费的合理倍数方式确定赔偿数额，其适用条件除了权利人的实际损失和侵权人的非法获利难以确定外，还应当包括专利权人已经就涉案专利权与他人订立了实施该专利的许可合同，有相应的许可使用费标准可以参照。如果专利权人根本没有许可他人实施其专利，权利人就难以主张以这种方式来确定赔偿数额。”[34]《最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》（2015）也认为假如不存在实际许可费，法院便不能适用许可费规则来计算损害赔偿，而只能求助于法定赔偿。[35]另一方面，尹新天先生曾表示：“有人询问，所称‘倍数’能不能是专利许可费使用费的0.5倍？回答应当是否定的。”[36]这说明法院即使有机会适用许可费规则，也只能判决高于既往实际许可费的损害赔偿额，而不能判决低于实际许可费的金额。

本文认为，我国采取的“实际许可费倍数规则”乃是比较法上的孤例。美国、德国等其他国家在通过许可费视角计算损害赔偿时，均不以实际许可费的存在为前提。法院关心的不是实际存在的许可费，而是被告应付未付的许可费。例如德国专利法上关于合理许可费的规定采第二虚拟式，明显只关心许可费的应然性，而不关心其实然性。[37]不仅立法文本不要求许可费实际存在，司法实践同样如此。例如，美国专利法上借助许可费视角计算损害赔偿的规定是第284条第1款，该款通常被具体化为分析法和假想谈判法加以落实，这两种方法中的任何一种都不以实际许可费的存在为适用前提。

与合理许可费规则相比，实际许可费倍数标准极大地限制了许可费规则发挥作用的空间，甚至当案件很不容易符合其使用标准后，仍然对法院自由裁量权造成不当限制。在三项针对专利损害赔偿案件的实证研究中，适用许可费规则的案件分别仅占全部案件的0.96%[38]、0.6%[39]和0.56%[40]，均不足全部案件的1%。考虑到许多涉案专利未必曾经被许可过，即使许可过其许可证据也很可能不被法院认可，人们不难理解为何许可费规则在我国司法实践中的适用比例如此之低。大量原本应当通过许可费规则计算的损害赔偿，被推诿给法定赔偿。而法定赔偿缺乏结构化分析

㉞ 尹新天著：《中国专利法详解（缩编版）》，知识产权出版社2012年版，第569-570页。

㉟ 《最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》（2015）第21条规定，没有专利许可使用费可以参照或者专利许可使用费明显不合理的，人民法院可以根据专利权的类型、侵权行为的性质和情节等因素，依照专利法第65条第2款的规定确定赔偿数额。

㊱ 同注释㉞，第570页。

㊲ § 139 II 3 PatG.

㊳ 一项针对2007—2008年期间五个省市专利案件的研究表明，在416件损害赔偿的案件中，只有4件采用许可费规则，占全部案件的0.96%。中国专利代理（香港）有限公司法律部：《专利侵权损害赔偿的理论与实践》，载《中国专利与商标》2009年第4期，第7页。

㊴ 一项针对2008—2011年期间836起专利案件的研究表明，仅有5起案件明确适用了许可费规则，占全部案件的0.60%。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130页。

㊵ 根据长沙市中级人民法院对2011—2015年间知识产权损害赔偿案件的统计，仅有“0.56%的原告提交了合理许可费的证据”。长沙市中级人民法院知识产权和涉外商事审判庭：《长沙市中级人民法院知识产权民事案件损害赔偿额判定状况（2011—2015）》，载http://www.chinaipmagazine.com/journal-show.asp?2408.html，最后访问日期：2019年9月25日。

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

框架的瑕疵，实际上使得大量案件被迫在不恰当的框架下被处理。而且，即使案件艰难地通过了实际许可费倍数规则的适用门槛，法官也不能最大限度地发挥许可费规则的效用。在合理许可费规则下，即使涉案专利上存在实际许可费，实际许可费的数额对法院认定的合理许可费而言只具有参考作用，而不具有拘束效力。但在实际许可费倍数规则下，实际许可费设定了自由裁量权的金额下限。哪怕被告实施行为与实际许可费针对的许可范围相比在地域上更狭窄、在时间上更短暂、在配套条件方面更少优惠（实际许可中权利人很可能同时向被许可费提供商业秘密和培训等配套支持，而在侵权案件中的被告显然不可能获得上述配套优惠），法院也无法在实际许可费倍数规则下判决被告承担低于实际许可费的赔偿额。如果法院希望在实际许可费数额之下判决损害赔偿，只能放弃许可费规则，转而采用法定赔偿。[41]

总体而言，许可费视角本应是计算损害赔偿最重要的工具，但我国专利法现在采取的实际许可费倍数规则大大限制了许可费视角发挥作用的空间，浪费了许可费视角能够提供的裁判经验。[42]

（三）合理许可费规则的确立与运用

综上所述，NPE损害赔偿计算的理想与现实之间存在明显冲突。理想的方案是通过许可费视角计算NPE损害赔偿，避免采用既缺乏结构性分析框架又受到金额约束的法定赔偿。但现实情况则是实际许可费倍数规则根本无法承担计算NPE损害赔偿的任务，所以NPE损害赔偿大概率会通过法定赔偿加以解决。既然我们无法改变NPE损害赔偿案件本身的属性，那么只能考虑改造现有规则，以实现为恰当规则赋能同时让不当规则“失活”的效果。

将许可费规则从现有的实际许可费倍数规则改造为恰当的合理许可费规则，需要从立法论和解释论两个层面做出努力。

在立法论层面，实际许可费倍数规则应该被合理许可费规则所代替。具体而言，“参照该专利许可使用费的倍数合理确定”应当被修改为“参照该专利的合理许可费确定”。在解释论层面，所谓“该专利的合理许可费”不仅可以包括实际许可费，还可以包括可比许可费（comparable license）。与以实际许可费为核心的现行规则相比，合理许可费规则强调许可费的“合理性”。一切判断均围绕许可费的合理性指标展开。一方面，即使存在实际许可费，如果其不合理，法院没有义务以它为基础作出判断。如果实际许可费对于特定许可条件而言合理，但对于涉案利用行为而言并不合理，那么法院完全可以对其作出调整。调整方式不仅包括上调，而且包括下调，并非如现行实际许可费倍数标准一般仅能以“加倍”的方式上调。另一方面——同时也是更重要的方面——即使不存在实际许可费，法院同样可以运用合理许可费规则。尽管技术方案不属于种类物，但这并不意味着法院无法找到能为涉案专利价值提供指引的可比许可费。法院可以参考包括技术方案的相似性和市场需求可替代性等多个方面的因素来判断其他技术方案与涉案技术方案的可比程度。当存在可比程度足够高的技术方案时，其许可费信息便可以为法院判断涉案技术方案的合理许可费提供有用信息。

合理许可费作为一项远比法定赔偿更加结构化的损害赔偿计算方法，能为法院提供更有价值的思维导图。我国适用许可费规则的案件太少，在法定赔偿之下运用许可费相关证据的分析也不明确。但只要我们有意愿完善许可费规则，尤其是合理许可费规则，比较法上的案例与理论已经提供了相当丰富的信息。德国专利法上相当多案件的损害赔偿系根据合理许可费规则得出，美国

---

[41] 《最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》（2015）第21条。

[42] 对实际许可费倍数规则的详细批评，参见蒋舸：《论知识产权许可费损失的计算》，载《东南法学》，东南大学出版社2020年版，第75-97页。

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

法上同样如此。[43]美国法上关于Geogia-Pacific案所列举的合理许可费15项判定因素的讨论非常丰富，[44]均可作为进一步探讨的出发点。例如，有学者提出应当以更加结构化的方式重构合理许可费的多因素考虑路径，将美国法上现行的15项因素梳理至三大证据类型中：第一，发明相对于现有技术的边际贡献；第二，发明之外其他导致贡献的要素及其重要性；第三，在上述两类证据外能够证明发明之市场价值的其他具体证据。[45]如何改进和落实合理许可费规则是一个自成一体的话题，既不为NPE案件所特有，也超出本文讨论范围，故此不作详细展开。

结　语

即使NPE在未来会给我国的创新环境产生一定负面影响，决策者手中也有足够的工具来引导NPE以更符合社会需求的方式采取行动。是否发放禁令、如何分摊诉讼成本、是否适用加倍赔偿，每一项规则都能对NPE的诉讼预期产生影响，进而规制其行为。本文讨论的损害赔偿规则同样是一项有力的行为引导工具。在运用引导工具时，我们既不能无视原理、以纯粹实用主义的态度解释既有规则；也不应该囿于原理的传统解释、浪费规则的政策空间。理想做法是深入挖掘原理的弹性，力求找到既不与原理抵触也能容纳政策诉求的途径。

如果我们拥有足够多关于NPE诉讼的样本，能够确定NPE身份与社会效果之间的联系，从理论上讲不是不可以将NPE身份本身作为判断时的考虑因素。但至少从现阶段观之，NPE身份本身尚未表现出与社会效果之间的明显关联。更合适的策略是将注意力放在诉讼而非诉讼者身上，用解决普通专利诉讼的思路来解决NPE诉讼中的问题，并且通过解决NPE诉讼中的问题更好地理解并解决专利诉讼中的共性问题。“与其花费时间去寻找坏蛋，不如集中精力处理恶行与纵容恶行的法律”。[46]将实际许可费倍数计算方法改造为合理许可费计算方法并不是一项仅仅针对NPE诉讼的举措。但通过这项举措，不仅能更好地应对NPE诉讼中的损害赔偿计算，而且能提高整体的专利损害赔偿认定水平。■

㊸ 1997—2006年期间，单在由实施主体发起的专利诉讼中就有76%的损害赔偿案件用到了许可费损失计算方法。在接下来的十年中，许可费损失计算方法的作用进一步增强，80%的案件在计算损害赔偿时用到了合理许可费规则。PWC, *2017 Patent Litigation Study*, P. 11. at https://www.pwc.com/us/en/forensicservices/publications/assets/2017-patent-litigation-study.pdf, last visited: 2020-10-01。

㊹ Georgia-Pacific Corp. v. United States Plywood Corp., United States District Court, S. D. New York, 1970., 318 F. Supp. 1116, 166 U.S.P.Q. 235., modified , 446 F. 2d 295, 170 U.S.P.Q. 369., certi. Denied, 404 U.S. 870 (1971).

㊺ Daralyn Durie & Mark Lemley, *A Structural Approach to Calculating Reasonable Royalties*, 14 Lewis & Clark Law Review 627, at 627 (2010).

㊻ Mark Lemley, *Are Universities Patent Trolls*, 18 Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal 611, at 612 (2008). 持类似观点的学者进一步指出，NPE身份不重要，NPE诉讼中的专利价值和诉讼策略本身才应该是考查重点。David Schwartz & Jay Kesan, *Analyzing the Role of Non-Practicing Entities in the Patent System*, 99 Cornell Law Review 425, 455-456 (2014).

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net