

论不正当竞争致商誉侵权案中律师费之赔偿

周中举

(四川省社会科学院 法学研究所, 成都 610072)

摘要:我国法律没有对不正当竞争商誉侵权是否赔偿律师费予以明示,鉴于商誉侵权与商标、专利等侵权一样,有赔偿受害人律师费的正当性,应当通过法律解释予以肯定。司法实务中,可以综合考虑商誉载体权利的确定性、当事人对诉讼发生的过错情况、确定损失的方式、案件与律师费的因果程度等因素,具体案件具体处理。

关键词:商誉侵权; 律师费; 法定赔偿

中图分类号: D922. 29

文献标识码: A

文章编号: 1007-7111(2011)03-0028-03

依《反不正当竞争法》第20条,商誉侵权受害人有权主张损害赔偿,包括因调查商誉侵权行为所支付的合理费用。显然,法律没有明示商誉侵权是否包括律师费的赔偿。依据《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》即法释〔2007〕2号,确定商誉侵权的损害赔偿额,可以参照确定侵犯注册商标专用权的损害赔偿额的方法进行,而商标法司法解释规定商标侵权赔偿可以包括律师费。这是否意味商誉侵权可以参照商标侵权获得律师费赔偿呢?另外,从应然看,商誉侵权又是否应当赔偿律师费?如果要赔偿,其条件限度或者条件如何?

一、相关规定的文义解析

依法释〔2007〕2号文,确定商誉侵权的“赔偿额”准用商标侵权确定赔偿额的“方法”。一般认为,确定财产损害赔偿要确定赔偿原则、赔偿范围、损失多少的计算标准(包括时间、地点和计算依据标准)^[2]。无论怎样,确定赔偿额的“方法”是在确定赔偿范围后的一个技术问题和法律问题^[2]。按商标法司法解释,赔偿律师费没有纳入商标侵权赔偿数额的计算方法中,而是计入在制止侵权行为所支付的合理开支的范围中。因此,援用商标法司法解释,主张商誉侵权赔偿律师费是不成立的。

但是,法释〔2007〕2号也没有对商誉侵权中得赔偿“因调查商誉侵权行为所支付的合理费用”的范围予以规定。也就是说,“调查费用”的含混为赔偿律师费留下了可能的余地:“调查费用”源于调查行为,受害人不可能为“调查而调查”,调查的目的在于维权,在于必要时能够提供诉讼需要的证据。因此,为支付律师代位调查取证的律师

费,事实上是受害人“调查费用”的构成部分。所以,商誉侵权赔偿律师费在法律上并非绝对无据,而是可以经由解释成立的。真正的问题在于如此解释是否必要、合理,具有正当性。

二、商誉侵权赔偿律师费的正当性

在应然上,民事诉讼中赔偿律师费不应当成为我国的一般原则,因为:(1)诉讼的发生并非绝对因一方过错所致,而且必须考虑我国民众的有待提高的法律素质和重“人际”的文化传统,人们相对漠视对将来纠纷的预计与风险规制,导致以证据说话的诉讼不利。如果败诉方承担对方律师费势必抑制当事人以诉讼维权。(2)诉讼的胜败不是泾渭分明的,定性上败诉的,可能在定量上胜了;几个诉讼请求可能部分被判成立,如此等等,彼此的律师费如何分担成为难以决断的问题。(3)维权诉讼与请律师之间很难说一般地有当然的因果关系。实然上,我国也没有必须赔偿律师费的法律规定。由此,司法解释明示某些知识产权侵权赔偿包括律师费赔偿应当有令人信服的特别理由。学者认为知识产权侵权中,为保护自己的民事权利而委托律师代理诉讼所支付的律师费,属于因被侵权而被迫的支出,将其计入被侵权人的损失部分而获侵权人的赔偿,是合情合理的^[3]。律师费用的支出,也是权利人调查、制止侵权行为的必要支出,应属于合理支出范围,把律师费纳入侵权赔偿范围并无不当^[4]。

但上述观点并不能够无缺陷地证成知识产权侵权人支付律师费的应然性。在诉讼需要成本和诉讼需要必要的调查上,知识产权侵权诉讼与一般民事侵权并无二致。如果知识产权受害人因此可以请求律师费赔偿,一般民事

收稿日期:2011-02-25

作者简介:周中举(1976—),男,四川省社会科学院法学研究所助理研究员,西南政法大学博士研究生,研究方向:民法学。

侵权中的胜诉人何以通常不能够获得该赔偿?显然,仅仅依据没有侵权诉讼就没有律师费来证明其应该获得赔偿,是不充分的。在美国,在法无规定时,当事人得各自承担自己的为解决纠纷支付的律师费^[5],其原因在于美国的权利在传统上被认为不一定是既存的,而是要经过审判才能确认的,民事诉讼的目的在于解决纠纷。^①德国由败诉方承担律师费,其基础是权利被认为是确定性,且民众具有诉讼预见性。日本的通说认为,为保护自己的权利,在不得不提起的诉讼场合,如果不委托律师就无法顺利地进行诉讼活动时,律师费用作为与被提起诉讼的侵权行为处于相当因果关系的损害,一般地能够得到赔偿^[6]。我国法院在决定是否赔偿律师费时,考虑的因素包括但不限于:(1)诉讼是复杂的,或者当事人需要借助律师。否则,律师费就被认为不属于事故中必要支出的费用,该损失与案件缺乏因果关系而被拒绝赔偿。^②(2)当事人过错。如果当事人诉讼无恶意则不赔偿律师费。^③(3)对律师费的限制规范。当决定赔偿律师费后,律师费的额度以相关规定为限。

分析他国规定、我国知识产权案件的司法解释和司法实践,赔偿律师费的依据在于:(1)权利本身具有确定性。如果权利本身存有争议或者说当事人有主张权利的表面依据,由败诉方承担律师费将有碍诉讼,也无责难合理性。因为可责难性或者可归责性是法律借以确定侵权责任归属的根据或曰考虑要素,是侵权法价值判断的核心^[7]。例如德国一般地肯定律师费赔偿与美国相反的规则,都可以通过权利确定性解释。深层观之似乎是,权利确定性与受害人的主观心态颇有关系:权利的确定性意味侵害故意的可能性;权利不确定则难说故意侵权。由此,责任轻重有别,乃其合理的必要条件(但不是充分条件)。(2)律师费为主张权利所必要,即案件具有复杂性、专有性需要律师协助或者当事人客观条件需要律师协助。否则,律师费将不被认为与诉讼有可赔偿的因果关系。美国法院驳回莱温斯基要求律师费的赔偿^④以及日本通说皆有此意。(3)对当事人过错因素的考虑。前注我国法院驳回撤诉案件中被告律师费赔偿就据原告起诉无恶意而作出。不过,这实质是学者主张的恶意诉讼侵权赔偿,与原告主张赔偿律师费无关。从被告侵害原告权益引发诉讼而支持原告律师费角度看,被告侵害原告权益的恶意不能够成为支持律师费的充分理由,否则,故意侵害他人权益都有理由被判支付律师费,而事实并非如此。但是,原告对诉讼纠纷存有过错却可能阻却律师费赔偿,因为它可能被认为引起权利的不确定性,诉讼发生的可归责性弱化。

因此,商标侵权、专利侵权等知识产权侵权所以要赔偿律师费,其原因在于:(1)商标权、专利权等权利存在权利公示,权利和权利人具有强势确定性。(2)知识产权侵权具有复杂性,维权需要专业人员的协助,从而满足了侵权行为与律师费之间的因果关系。(3)毫无疑问,严厉打击知识产权侵权,奖励技术创新的公共政策考虑,是成就

此类案件赔偿律师费的价值原因。因为,法律制度安排绝非仅仅是法律自身的逻辑圆满,根本的是社会发展的诉求。

那么,商誉侵权是否有商标、专利等侵权赔偿律师费的同质条件呢?我们认为,答案是肯定的:(1)商誉本质上不是基于经营者名誉的人格权,而是基于经营者的经营要素而产生的好名誉所获得的、以优势交易机会和有利交易条件为内容的、可流转的财产权,属于知识产权,与商标、专利等有密切关系。经营者的专利、技术、资产、产品、企业组织、员工素质、生产状况、信用行为、企业文化等是商誉的来源载体,其商标、商号、特有包装等交易标识以及专利号、名优产品、原产地等质量标识等是商誉的形式载体^[8]。商誉侵权是通过侵害包括商标、专利的商誉载体的品质、属性之名声构成的。因此,基于某些载体特别是形式载体表现的商誉权是确定的。(2)没有证据显示商誉侵权案件可能的复杂性低于商标、专利等侵权。恰恰相反,基于商誉的优势交易机会和交易条件本质,其核心价值是将来交易的预期收益,在侵权中难以估算是否有、有多少损失。学者提出,“考虑到商誉权的特殊性质和受害人承担商誉损害事实举证责任面对难以克服的困难,应该免除受害人对商誉损害事实发生的举证责任。”^[9]可见商誉侵权诉讼的复杂性、专业性。(3)商誉资产已成为经营者尤其是有竞争力的经营者的重大资产构成。如2005年全球顶级品牌50强中,品牌价值在64亿~675亿美元^[10]。保护商誉,不仅是维护市场竞争秩序的需要,也是每一个国

① 英美法系民事诉讼传统上不是因为权利受到侵害,而是存在纠纷而发生。是诉讼程序产生了权利,不是实体权利产生了诉讼(参见(法)勒内·达维德:《当代主要法律体系》译者漆竹生,五南图书出版社,1980年9月版,第330页)。

② 在一保险理赔案例中,法院最终认为,此诉讼属较为复杂的诉讼,当事人不具备法律专业知识,聘请律师的费用应由败诉方承担。因此,法院判决原告的律师费用2500元由保险公司负担(《济南一法院支持胜诉方要求赔偿律师费》,http://www.9ask.cn/blog/group.asp?gid=231&pid=7332)

③ 在原告撤诉被告主张赔偿律师费的案件中,法院通常以原告是否恶意诉讼为标准,确定律师费的负担。在一债务纠纷案中,法院认为原告曾经与被告发生建筑工程安装承包关系,其认为被告拖欠其部分工程款而向法院提起诉讼,并无过错,而且被告方也没有提供证据表明原告的该项诉讼存有恶意。据此,法院对被告提出的由原告赔偿其律师代理费的要求不予支持(《原告撤诉被告要求赔偿律师费》,《郑州日报》2004年11月30)。在一承包纠纷案件中,原告发现自己提供的证据,即一份被公证过的担保书上的公章是假冒的,于是向法院申请撤回了起诉,被告由此要求赔偿律师费。法院认为起诉的依据是经公证的担保书,显然,原告在主观上并无恶意;再则,公证文书是国家公证机构出具的证明文书,具有相当高的证明力,在通常情况下,无需再探究其内容的真伪,况且,原告嘉比公司也未向法院提供被告在主观上具有过错的依据。据此,要求原告赔偿律师代理费的诉请,法院不予支持(顾建国:《原告撤诉无须赔偿被告应诉律师费》,中国法院网,2002.12.26)。

④ 美国法庭不同意莱温斯基的主张律师费赔偿在于法官认为即使独立调查人员不对莱温斯基进行调查,美国司法部也有可能对她展开调查(《美国上诉法院驳回莱温斯基的律师费赔偿要求》,中国新闻网,2003年12月31日)。其意为莱温斯基的律师费是不必要的付出。

家参与国际竞争,打造国际商业品牌的需要。打击商誉侵权,课以侵权人赔偿受害人律师费有着如同保护商标权、专利权等知识产权类似的社会诉求支持。

三、商誉侵权赔偿律师费的条件

原则上,商誉侵权可以判决赔偿律师费,是合理的。但这不意味任何商誉侵权案件中,都应当进行律师费的赔偿。依据上述理论与实践,结合商誉侵权类型结合,我们认为,是否判决赔偿商誉侵权律师费要综合考虑下列因素:(1)商誉载体权益是否确定。如上所述,商誉侵权是通过侵害商誉载体的品质、属性之名声作成的。如果商誉载体权利具有不确定性,则律师费不予赔偿。侵权人对该载体至少有表明证据支持其权利的,也就没有责令其承担受害人律师费妥当性。商誉载体具有复杂多样性,其权利归属不完全有强势外观表征。在实践中可以对商誉载体依据其权利的确定性进行分类,适用不同的规则,即具有确定性的,通常可以承认赔偿律师费;反之,原则上予以驳回。(2)双方当事人是否对侵权的发生有过错。如果双方有过错,则不予赔偿,因为对诉讼的发生双方都有责任。当双方有过错,彼此律师费又不可能对等控制对方支付的律师费的客观背景下,去分割彼此律师费的分担既难保公平,又导致诉讼不经济,更可能滋生恶意虚高律师费,非妥贴之选。(3)是否按正式程序从正式律师事务所聘请正式执业律师。如果不是则不予赔偿,因为它暗示案件不具有复杂性和专业性,无需专业人员协助。(4)侵权人在诉讼前提出和解条件,原告拒绝但审判结果不比和解结果好的,不予赔偿。美国有类似制度,其联邦民事诉讼规则第68条规定,如果被告在审理前提出和解的条件而原告拒绝接受,但在随后的审判中所得到的结果并不比和解条件更好,那么原告就必须自行支付拒绝和解之后发生的费用^[11]。因为诉讼的发生从维权救济上看是不必要的。(5)是否采取风险代理。如果是,则一般不予赔偿,因为风险代理的发生多在权利人对其权益不具有确定性之时,而且会滋生权利人与律师的恶意行为,而被告对该行为在反驳证据上几乎无能为力。(6)准用商标侵权法定赔偿,则不予赔偿。按法释[2007]2号及商标法司法解释,商誉侵权可以准用法定赔偿。但适用法定赔偿的范围应当限于法院综合裁定的一项赔偿,综合裁定的要考虑赔偿维权费用(但它不是独立的赔偿项目),但不考虑律师费。其理由为:法定赔偿是举证不能的结果,也是法院的职权行为结果。这表明适用法定赔偿时,案件与律师协助诉讼没有因果关系,不得主张赔偿并且在裁定损失时不予考虑。美国法院在一商标假冒案件中认为,如果原告要求被告承担法定赔偿,就不能再要求其同时承担律师费。^①其意似乎是既然交由法院进行法定赔偿,就没有必要请律师。该思路甚当,可资借鉴、扩张:原告主张实际赔偿,不能够证明损

失而适用法定赔偿时,可以理解为原告对证明损失发生根本认知错误,律师费因其认知错误成为不必要的支出,不予赔偿。(7)案件与律师费有因果关系,即请律师为诉讼之必要。否则,不予赔偿。对此确属难以判断之事,只能由法官据案情裁量。具体要考虑侵权的方式、影响、后果、维权的难易程度等因素。不过,为节约诉讼成本,限制法院滥用裁量权,我们认为,在依前述6种情形不能够排除赔偿律师费时,可以原则上认定赔偿符合法律范围的律师费是合理的,除非被告能够证明原告支付律师费有恶意行为或者明显没有必要。

在判决赔偿时,赔偿数额自然要严格按照司法部规定的律师收费标准计算,如当事人实际支付的费用高于司法部规定的标准,多出部分则不予支持。

四、余论

侵害商誉按主体区分有民事商誉侵权和国家商誉侵权。民事商誉侵权依行为目的,可以分为不正当竞争商誉侵权和一般商誉侵权。不正当竞争商誉侵权赔偿律师费的原则与条件,对一般商誉侵权是否可以同样适用呢?从权利的确定性、案件的复杂性与保护商誉的政策看,不正当竞争商誉侵权与一般商誉侵权没有根本性差异。但是,在实然上,我国法律与司法解释均没有提及赔偿维权合理费用,更没有规定赔偿律师费;在应然性上,一般商誉侵权原则上不宜赔偿受害人律师费,因为:(1)危害与责任相当。一般商誉侵权并不侵害市场竞争这一市场经济的根本准则,其社会危害性与不正当竞争商誉侵权不能够相提并论。(2)实践中一般商誉侵权人多为消费者、大众媒体。准用不正当竞争商誉侵权赔偿律师费规则,会抑制消费者、大众媒体行使对经营者的监督权,与保护弱势群体和保障言论自由、新闻自由的政策相悖。要么不利保护商誉,要么不利保护消费者、不利保障言论自由,而对后者的保护价值显然高于前者。

参考文献:

- [1] 张新宝. 侵权责任构成要件研究[M]. 北京:法律出版社,2007:150-162.
- [2] 韩世元. 违约损害赔偿研究[M]. 北京:法律出版社1998:422.
- [3] 寿步. 我国首例软件版权侵权案若干问题探讨(再续)[J]. 知识产权,1995(5).
- [4] 于金葵. 完善我国知识产权侵权赔偿数额立法的思考[J]. 中国煤炭经济学院学报,2003(3).

(下转第45页)

^① 《环球资讯》,载《中华商标》2008(6)。