知识产权侵权案件民事责任的确定,涉及两个基本的问题,一是“停”,就是停止侵权;二是“赔”,就是赔偿损失。一般情况下,一旦法院认定被告的行为构成侵权,判决被告停止侵权之后,当事人对“停”的问题不会争议特别大。而法院一旦作出赔偿损失的判决,不论赔多赔少,都可能会引起一方或多方当事人的不满。关键是“赔”。赔多赔少涉及当事人的根本利益,因此“赔”的问题成为大多数知识产权侵权案件争议的焦点。审理知识产权案件的法官必须研究如何“判赔”的问题。

知识产权的客体是一种无形的智力创造成果,知识产权侵害行为一般不会导致智力成果本身的损毁或灭失,这个特点决定了确定知识产权案件的赔偿是一项极其复杂的工作。去年以来,我国在修改现行的几部有关知识产权的法律时,对侵权赔偿的问题都作了专门的规定,这对解决知识产权侵权赔偿问题无疑起到了很大的作用。但与司法实践中赔偿问题的复杂程度相比,相关法律及司法解释的规定仍然显得过于原则,不宜操作。就著作权案件的侵权赔偿而言,修正后的著作权法专门规定了赔偿损失的三种计算方法,但是在具体适用过程中每一种计算方法都有相当的局限性。审判实践中涉及到的作品种类非常繁多,各类作品的表现形式差别较大,法律所规定的几种赔偿计算方法不一定能够适用于各类著作权客体的侵权案件。因此,有必要依据现有法律,结合司法实

需要全本请访问 www.ertongbook.com

践,对著作权案件损害赔偿问题不断地、深入地进行研究。除了要研究赔偿的范围、赔偿的原则、赔偿数额的计算方法等基本的问题以外,还应当注意著作权权利客体的特殊性。我们这一期《办案参考》所关注的特殊权利客体就是摄影作品。

摄影作品在著作权侵权赔偿方面与一般文字作品有很大的区别。涉及文字作品的著作权侵权的赔偿,一般要看作品是原创作品还是演绎作品,其独创性程度不同,在计算侵权损害赔偿数额时,稿酬和版税的计算方式也就不同,最终所确定的赔偿数额也就不同。由于稿酬和版税的支付办法国家已有明确规定,侵权使用的方式以出版发行的方式为多,因此,赔偿数额的确定相对比较容易。而摄影作品的价值,不好简单地依据其独创性程度来判断,不同的摄影作品,往往具有不同的含义,包含不同的内容。作品本身除了创作难易之外,还可能与拍摄对象有关,有的摄影作品还包含一些历史的、文化的和艺术的价值,摄影者的资历、名气、地位也可能影响作品的价值。虽然国家版权局也有关于美术出版物及摄影作品的稿酬的规定,但由于历史的原因,稿酬标准显得过低,甚至大大低于目前行业内实际支付的稿酬水平,且不同的摄影作品之间差别比较大,难以制定一个具体的稿酬标准。而从摄影作品的使用方式来看,有的是一般意义上的使用,如以出版的方式使用,但大多数情况下是商业性质的使用,有时在商业使用的同时又具有公益的性质。摄影作品内容上的差异、使用方式、性质的复杂化等因素,使这类侵权案件的损害赔偿问题进一步复杂化。

目前,摄影作品的著作权损害赔偿方面,突出的问题就是"乱"。当然,不同地区的法院、不同地域或级别的法官对于不同的案件所确定的赔偿数额有所差别,这是正常的。但从我们了解的情况来看,同一个案件,上下级法院之间所判决的赔偿数额差别过大;同一个单位就相似的摄影作品在不同的法院主张权利,所获得的赔偿竟然相差好几倍。这些差别有的是由于对赔偿原则、赔偿范围、赔偿计算方法等理解不同所

致,有的则是因对摄影作品侵权赔偿的特殊性认识不一致造成的。因此,从不同的视角对摄影作品著作权案件中赔偿数额的确定这样一个具体问题进行透视研究,从中发现一些带有普遍性的问题,掌握这一类作品侵权赔偿方面的特殊性,在赔偿的标准、考虑的因素方面取得一定程度上的共识,并在某些方面继续进行争鸣和探讨。这正是主持人编辑本期《办案参考》的目的。

本期《办案参考》,重点是进行相关案件信息的交流,为同行进一步研究这一问题提供资料。我们从全国部分法院所判决的有关摄影作品著作权赔偿数额的案件中,选择了十几个较有代表性的案例。为了使我们的研究建立在比较客观的基础上,所选的案例有的以法官点评的形式,有的以判决书的形式刊出,许多法官专门就摄影作品著作权赔偿数额如何确定的问题发表他们的办案思考,有的法官谈了案件审理时确定赔偿数额所考虑的因素,有的法官就相关理论问题进行了研究探讨。这样,我们对摄影作品著作权的赔偿问题就会有一个比较全面、深刻的认识。希望这些信息能对从事知识产权审判的同行们进一步深入研究著作权侵权赔偿问题有所裨益。

程永顺 张冬梅

2002 年 10 月

著作权侵权损害赔偿问题研讨会综述

董天平　邰中林*

2000年8月7日至8月11日,最高人民法院民事审判第三庭(原知识产权审判庭)与中国知识产权研究会联合举办的著作权侵权损害赔偿问题研讨会在内蒙古自治区呼伦贝尔盟海拉尔市召开,来自全国28个高级法院、23个中级法院、1个基层法院及最高法院的64位法官和中国知识产权研究会、国家版权局、企业、律师界的18位代表参加了会议。

本次会议是最高法院民三庭为完成中国知识产权研究会委托进行的“著作权侵权损害赔偿问题”课题研究而举办的会议。该课题研究已经进行一年余,最高法院为此先后三次发出通知,要求地方各级法院开展专项调研,对1991年6月1日至1999年6月30日期间审结的著作权侵

* 最高人民法院民三庭法官。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

权案件中涉及赔偿问题的情况进行统计、总结,并就著作权侵权损害赔偿的归责原则、赔偿原则、范围、方法,以及不同作品的侵权赔偿责任等问题开展研究,撰写论文,进行交流。本次会议共收到专题论文 42 篇。

研讨会上,由董天平同志代读了蒋志培同志关于《著作权侵权损害赔偿问题调研情况报告》。北京高院知识产权庭副庭长陈锦川介绍了北京法院系统开展调研工作的情况。信息产业部计算机与微电子发展研究中心顾问应明教授、国家版权局版权司副司长许超和 7 名地方法院法官、2 名律师代表作了专题发言。会议还就相关问题进行了分组讨论。现将会议及课题有关情况综述如下:

一、课题研究情况

蒋志培庭长就著作权侵权损害赔偿问题课题研究情况介绍说 据统计, 1991 年至 1999年,全国法院共受理著作权纠纷案件 3310件,占各类知识产权案件总量的 11%,其中:1991 年 150 件, 1992年 138 件, 1993 年 230 件, 1994 年 326 件, 1995年 384 件, 1996 年410 件, 1997 年 350 件, 1998 年572 件, 1999 年750 件。近两年著作权案件的数量增长较快, 1998 年比上年增长 63%, 1999年又增长 31%。1999 年著作权案件的数量已经占到各类知识产权案件总量的 17.5%。在著作权纠纷案件中,著作权侵权纠纷案件占绝大部分。因此,各级法院把著作权侵权损害赔偿问题,始终当作此类案件的审理和研究重点。面对科学技术的新发展,著作权领域中出现了涉及计算机软件、数据库、互联网等与信息技术有关的新类型侵权案件,有关法院努力加强对相关问题的研究,积累了不少好的经验,有了一些新思路。

损害赔偿问题是知识产权侵权案件乃至一切民事侵权案件审判过程中的关键内容。如果赔偿问题处理不好,不但不能取得最佳法律效果,更重要的是社会效果不好,影响知识产权司法保护的整体水平和形象。

由于我国立法和司法解释尚未对知识产权侵权损害赔偿问题作出具体、系统的规定,面对各具特色的知识产权保护客体和现实中形形色色的侵权损害形态,现行法律对赔偿问题所作的原则性规定早已显得力不从心。特别在著作权领域,作品种类、载体、传播方式的多样性已经使赔偿的原则和标准难以掌握,近几年计算机网络技术带来的新型侵权形态,更使赔偿问题进一步复杂化。例如利用国际互联网侵害他人文字作品、美术作品、录音制品等的著作权或著作邻接权,在行为方式、损害后果等方面均与传统媒体领域内的侵权存在明显区别,因此在损害赔偿问题上也呈现出新的要求和内容。自 1991 年著作权法颁布实施以来,全国法院审理了一大批著作权纠纷案件,对赔偿问题的处理已经积累了一定的审判经验,但逐年增长的案件数量和不断出现的新的案件类型,迫使我们不能满足于现状。如果不对赔偿问题进行进一步研究,及时把各地法院的已有经验理论化、系统化和规范化,在现行民事责任理论体系框架下,建立一套切合知识产权审判实际的侵权损害赔偿责任机制,已有的审判经验将不能充分发挥作用,案件的审判质量也将受到影响。为此,经最高法院领导批准,最高法院民三庭与中国知识产权研究会合作设立了‘著作权侵权损害赔偿问题’研究项目,旨在通过实证的方法,广泛调查收集案例,总结已有审判经验,开展学术交流,进行学理研究,为制定司法解释提供充分的依据。

该课题项目于 1999 年 9 月正式启动,原最高法院知识产权庭承担了主要的组织及具体研究工作。课题组组长由蒋志培担任,知识产权庭全体法官以及北京、上海等地方法院部分知识产权审判业务骨干担任研究人员,并聘请了最高法院副院长李国光、国家版权局副局长沈仁平、中国社会科学院研究员郑成思以及中国人民大学教授王利明为顾问。目前,项目研究工作正在进行第三步工作的关键内容,即对前一阶段各地法院调查研究成果进行总结和交流,为下一阶段制定司法解释、提出立法建议作好必要的准备。本次会议就是为此召开的。

1999 年 9 月 23 日,原最高法院知识产权庭向全国各高院发出调研通知。许多高级法院十分重视此项工作,指定专人负责,认真组织落实本地区的调研工作,按时完成了调研任务。由于本课题调研时间跨度大、调查项目细,许多案件必需调档查看,加之前几年的著作权案件多由民庭审理,不少法院机构设置也有变化,造成有的地区需对两个审判庭审理的案件进行调查,给调研工作带来一定的困难,部分地区未能按时完成调研。目前,最高法院收到地方法院个案调查表 414 份,论文 42 篇。通过对这些调查表的初步研究分析,可以看出:(1) 在著作权侵权诉讼中,各地法院均根据过错原则和过错推定原则来确定当事人的侵权损害赔偿责任,对当事人以无过错不应承担责任进行抗辩的,均进行了分析判断,并给予明确的支持或者否定,这表明根据民法原理和民法通则的规定判断过错以及损害赔偿责任的承担问题,是法官的共识,区分侵权行为与侵权责任,也少有异议。(2) 在著作权侵权诉讼中,认定侵权成立的案件占绝大多数,表明在侵权的判断上,法官已经初步形成了自己的思路和方法,能够作出独立的认定,也很少有就这类案件的侵权认定问题申请再审的情况,可以说这些办案思路和方法基本上是可行的,对侵权的认定是慎重的。(3) 按照被告的侵权获利来确定赔偿额在各类赔偿计算方法中占第一位,能够查明侵权获利的,基本上都按照获利来计算赔偿。这表明以侵权人的获利来计算赔偿,在填补权利人损失和易于计算方面具有相当的优越性,具有积极的作用。在计算获利时,应当按照侵权取得的何种利润进行计算,从统计表中还看不出来,从裁判文书看,也很少有表述如何审定侵权获利的。(4)在难以查明原告损失或者被告获利时,多数案件按照定额赔偿的方法进行裁决。从收集到的判决情况看,适用定额赔偿的情况是比较好的,当事人也很少反映或者申诉。但裁判文书一般均未具体分析确定赔偿额所酌定的因素及其作用,有的甚至不表述法院斟酌了哪些因素,难免给当事人和公众以‘暗箱操作’之感,不能充分体现‘合理赔偿’的原则。(5)少部分案件认

定侵权成立,且造成损害,但以原告未提供损失证据或者证据不足为由判决驳回赔偿请求,没有适用定额赔偿的方法。在什么情况下可以因当事人不举证或者举证不足驳回其赔偿请求,什么情况下尽管当事人未能证明其损失,但可以适用定额赔偿方法,还需要进一步研究,这直接影响到法院办案的效果。(6) 在对赔偿请求的处理上,各地法院还有不少其他具体作法,如以被告未予答辩为由支持原告的赔偿数额请求 对文字作品按照作品稿酬或者版税判决赔偿 对电影作品的侵权,按照权利人出售拷贝的价格进行赔偿 对原告的损失,按照其销售收入减少的数额,或者按照侵权人出售侵权商品的数量乘以权利人单位商品的利润判决赔偿等。这些作法,大体都是可行的,个别的也不无异议,这就要求法院在采取一种新的计算方法时,还需要慎重研究对待。(7) 有的法院在认定构成故意侵权的情况下,适用了所谓的惩罚性赔偿方法,判决当事人承担赔偿权利人损失 3 倍的赔偿数额,并在法律文书中写明了‘惩罚性赔偿’字样。对此,社会各界的评论和当事人的申诉突出,法律依据、国际公约依据也似不充足,应当引起高度注意。(8) 涉及网络的著作权侵权损害赔偿责任,在商品上使用他人作品侵犯著作权的赔偿责任,侵犯美术作品、工程设计图等价值难以确定的作品的著作权的赔偿责任等,尚无好的确定赔偿的方法,需要继续研究。

蒋志培庭长在报告中另外介绍了最高法院民三庭开展著作权侵权损害赔偿问题调查研究的相关情况。他说 除了开展全国范围内的调查研究工作,最高法院民三庭也自行开展对有关问题的研究工作。例如,涉及网络的著作权侵权的法律责任也属于本项目的研究范围,原知识产权庭积极进行这方面问题的调查研究,于今年 1 月起草了《关于审理涉及网络的著作权纠纷案件适用法律问题的意见》(初稿),对涉及网络的著作权案件审理中一些亟待解决的问题,如案件管辖、作品的数字化、数字化作品的权利归属、网络环境下作品的法定许可、网络服务商的法律责任、认定侵权的法律适用以及赔偿问题等作出了规定,并于 3 月 3

召开了“网络著作权法律适用问题座谈会”,就上述司法解释初稿广泛听取知识产权法律界专家、学者和行政执法、立法机关官员以及地方法院法官的意见和建议。之后又经多方面征求意见及讨论,相继修改出第二、三稿,现第三稿已报送全国人大法工委民法室征求意见,力争在年内提交最高法院审判委员会讨论。目前,最高法院正在抓紧研究制订有关互联网域名与商标权等民事权利冲突纠纷案件有关问题的司法解释。

二、著作权侵权损害赔偿的原则

在会议发言和讨论中,大家普遍认为著作权侵权赔偿责任归责原则应当坚持适用过错责任原则。在认定过错上,可以采用依证据推定的方法。因此,多数代表认为过错推定原则也是著作权侵权责任归责原则。从侵犯著作权的各种实际情形看,权利人很难证明侵权人的主观过错,而侵权人却可以根据其实际行为并结合证据证明自己已经履行了合理的注意义务,由侵权人证明自己没有过错,是公正合理的作法。但也有少数代表认为需要慎重看待,具体案件具体分析。过错推定原则毕竟接近于无过错原则,一概适用过错推定原则加重了侵权人的证明责任,可能导致实质上的无过错的人承担赔偿责任的情况发生。陈锦川法官认为,以过错原则为基本原则,以严格适用的过错推定原则为补充,不适用无过错责任原则,应当是著作权侵权赔偿责任归责原则的主要特点。

对于赔偿责任的承担,与会法官一致认为应当适用全部赔偿或者全面赔偿的原则,也就是民法上的“填平原则”。应当对“填平原则”给予正确的理解,要对权利人因侵权导致的损失给予全部的弥补,关键是要科学地确定损失的范围。部分案件的处理表现出赔偿数额不足、制裁不力的状况,就在于没有将应当计算的损失列入赔偿范围。如对于权利人为调查、处理侵权行为而支出的合理费用未计入赔偿范围,导致实际赔偿数额甚至低于这些费用。由于赔偿计算不足,就可能出现权利人

“得不偿失”,“赢了官司输了钱”,再也不愿意“打官司”的情况,从而也影响到公众对知识产权司法保护的信心。部分律师代表对“填平原则”的提法表示异议,认为这一提法灵活性太强,实际上往往“填不平”效果不好,虽然法理上“填平原则”与全部赔偿原则并无实质区别,但公众与权利人对两个原则的理解有差异,还是用全部赔偿原则的提法妥当。

针对有的代表提出赔偿损失还应当考虑公平原则,结合当事人的经济状况等确定赔偿数额的意见,与会代表也都表示同意。普遍认为民法通则规定的公平原则,不仅是民事活动应当遵循的基本原则,也是公平责任归责原则的依据,在确定损害赔偿数额上也应当体现这一原则,与全部赔偿原则互相补充,尤其在根据侵权情况定额赔偿时更要加以注意。展银戍和曹刚等法官代表提出,为区别于公平责任归责原则,可以将这种情况下适用的公平原则称为“衡平原则”。不过,从目前著作权侵权现象严重、盗版猖獗的实际情况看,多数代表认为还是应当更多地强调全部赔偿原则,加大对侵权行为的打击力度。

庞正中律师认为,应当在著作权侵权乃至知识产权侵权案件中明确惩罚性赔偿原则。这种惩罚性应当以故意侵权为条件。因为故意侵权是构成刑事制裁的前提,与此相适应,在民事赔偿中也应得到体现,这种体现就是惩罚性赔偿。故意侵权往往是针对知名作品进行的,适用惩罚性赔偿原则可以体现对知名作品的特别保护。而且这种作法在国际上也是有先例的。惩罚性赔偿可以通过加倍赔偿来体现。但多数代表认为知识产权本质上仍是一种民事权利,对著作权侵权损害赔偿仍应当坚持民事侵权赔偿的一般原则“全部赔偿原则”。补偿性与惩罚性正是体现民事责任与刑事责任区别的性质划分,不能因为目前知识产权侵权特别是著作权侵权现象严重就认为应当采取惩罚性赔偿原则,造成现状的原因不是补偿性赔偿方法有内在的缺陷,而且也不是惩罚性赔偿就能解决的。大陆法国家也基本都坚持赔偿的“填平原则”,这也与我国目前的

需要全本请访问 www.ertongbook.com

法律界的认识以及司法实践中的作法是一致的。有的法官提出对于出于故意情节较重的侵权行为,还可以适用民事制裁的措施。

还有人提出,应当明确滥诉反赔原则,建立类似香港的起诉保证金制度。这也是 TRIPS 协议第 48 条之“ 1 ”的要求。对此,代表们普遍认为这不仅仅是著作权或者知识产权诉讼中的问题,涉及到整体诉讼制度的构建和民事责任的界定,需要探入研究,目前尚不具备建立这一制度的条件。

三、损害赔偿的具体计算方法

代表们普遍谈到在司法实践中赔偿的计算方法主要有以下几种: 1. 以权利人的损失计算; 2. 以侵权人的侵权获利计算; 3. 以正常许可费为参照计算; 4. 适用最高法院吴县会议纪要的定额赔偿标准。当然,当事人也可以商定用其他计算方法计算损失赔偿额。评估、鉴定等方法也可以用于赔偿计算。有一些代表强调要做到计算赔偿时的程序公正。他们认为,在实体上追求绝对公正的赔偿计算方法和实现绝对合理的赔偿结果是不可能的,应当侧重于追求实现在赔偿计算中的程序公正。特别是对计算方法应当允许、鼓励并督促当事人就此充分举证和质证、发表意见、处分权利,判决书应当对赔偿计算方法作出充分说明。

(一)关于计算方法的选择权

最高法院在 1985 年 11 月 6 日关于商标侵权赔偿计算问题的批复中规定被侵权人对按其实际损失或者侵权人获利计算赔偿有选择权,而 1992 年 12 月 29 日关于专利侵权赔偿的司法解释中规定法院可以根据案情选择适用计算方法,并未说明权利人有无选择权。由于上述规定不一致,又存在定额赔偿的选择适用问题,故著作权赔偿方法的选择适用在实践中存在一定程度的混乱,应当予以明确。多数代表认为在适用顺序上应当优先考虑权利人受损和侵权人获利这两种计算方法,并应当赋予

权利人以选择权.只有在损失和获利都不能查明,也无正常使用费可作为参照时,法院才可以基于当事人要求赔偿的诉讼请求,选择适用定额赔偿方法。吕国强法官认为,赔偿以及与计算赔偿的方法均属于当事人的诉讼请求范畴,并非单纯的法律适用问题,因此应赋予权利人以完整的选择权,权利人可以直接请求适用定额赔偿。许超副司长介绍,美国版权法规定权利人可以在判决下达前的任何时候选择适用赔偿实际损失或者法定赔偿。还有代表认为,在权利人受损和侵权人获利均可查明的情况下,如果获利部分大于受损部分,该大于部分也可以考虑作为案件的赔偿。顾柏棣律师介绍,美国版权法上,权利人的损失和侵权人的获利非重复的部分可以叠加计算为案件赔偿。多数代表认为这样计算赔偿有可借鉴的一面,但在我国尚无确切的法律依据,尚需进一步研讨,有的也不尽合理。损害赔偿的本质在于弥补权利人的损失,在获利与损失不一致时,权利人只能进行选择,而不能同时提出要求,这样,才能在程序上保证当事人有针对性地行使答辩权,在实体上体现全部赔偿原则,而不会不合理地增加侵权人的责任。

(二)关于具体赔偿方法适用时的证明责任

与会代表普遍认为,权利人主张赔偿其自身实际损失的,有责任证明其损失的存在及大小。侵权人可以举证反驳权利人的证据和主张。对被告获利,多数代表认为只要权利人证明侵权存在并主张以侵权获利赔偿,即应当由侵权人承担对其获利的证明责任,因为获利的证据基本上是侵权人生产、销售侵权产品的账册、合同等,这些证据在侵权人自己手中,权利人无从获得,也就难以承担举证责任。侵权人所举生产、销售等财务账册、生产记录、销售合同等必须合法、真实。在侵权人拒不举证或者举证不能(包括所举证据真实性不足以采信时)时,应当对侵权人作不利的解释和处理,可以根据权利人的举证或者法院依职权查证的事实(包括侵权产品的数量、时间等因素)推定由侵权人承担较重的赔偿责任。少数代表认为这种情况下适用举证责任倒置有所不妥,依据

不足,仍应当由权利人对侵权人的所有侵权行为负举证责任,权利人不仅要证明侵权事实的存在,还要证明侵权行为的持续时间、规模或者乃至实际获利。对于正常许可费,普遍认为应由权利人负举证责任。对定额赔偿,也普遍认为,权利人应对可作为本案定额赔偿的事实因素负有举证责任。

(三)关于权利人实际损失的计算

1. 关于权利人实际损失的分类和范围。因侵权对权利人造成的损失从不同角度可分为 直接损失和间接损失,财产损失和精神损失,实际损失和预期损失等。有不少代表主张,从全面赔偿原则出发,对这些损失都应当予以赔偿。

(1) 关于直接损失和间接损失。一般而言,直接损失是指因侵权行为所直接造成的权利人的损失,包括权利人现有财产的减少和可得利益的丧失。多数代表认为这里所说的可得利益是指如果不发生侵权行为时权利人可以得到的实际利益,不同于合同之债的可得利益,在著作权侵权中直接损失更多的表现为这种可得利益的丧失。也有代表认为这种可得利益属于间接损失。代表们一致认为直接损失均应当赔偿。对于间接损失应否赔偿以及哪些损失属于间接损失的问题,代表有不同意见且争议较大,各地法院在实际案件的处理中作法也不尽相同。多数代表认为权利人为调查和制止侵权以及进行诉讼所支出的合理费用包括律师费、公证费、材料印制费、交通食宿费、审计费等均属于间接损失,应予赔偿。对于律师费问题,多数法官和部分律师代表均认为是否判决侵权人承担权利人的律师费应当视具体案情确定,不宜一概对认定侵权的就判决侵权人承担对方的律师费。吕国强法官等代表还结合 TRIPS 协议的规定对此作了阐述。北京高院曾就软件侵权和著作权侵权案件中的律师费等费用的承担作出过规定。马来客法官介绍说,北京一中院知识产权庭在判赔律师费问题上掌握以下几点:①全部被控侵权行为成立;②正式律师担任诉讼代理人,公民代理的不予考虑;③有正式的律师收费发

票,并以司法部规定的律师收费标准就高计算,但标的额以最终确定的赔偿额计算。多数代表也认为,无论按照何种赔偿方法进行计算,权利人因调查、制止侵权行为等支出的合理费用包括合理的律师费均应当单独计算赔偿。

(2) 关于财产损失和精神损失。财产损失应予赔偿,代表们对此没有异议,争议较多的是精神损失应否赔偿以及如何计算的问题。有代表认为,在我国现行法律制度中,对精神损失的赔偿仅限于人格权侵权范畴,著作权法也没有关于赔偿精神损失的规定,不宜在法律不明时即予设定这种赔偿规则。但多数代表认为,著作权包括著作人身权和著作财产权,虽然著作权法没有明文规定赔偿精神损失,因侵权行为客观上会损害著作权人的人身权利,从民法通则第 120 条的立法精神出发,应当考虑给予精神损失赔偿。多数代表也强调,在著作权侵权案件中适用精神损失赔偿时,应当严格限于著作人身权特别是歪曲篡改作品和侵犯作者署名权等行为。对于精神损失的计算,代表们都感到难以操作。但普遍认为要根据案件的具体情况和当地的经济发展水平,考虑社会公众的认可程度,确定赔偿数额。吕国强法官介绍说,上海高院确定精神损失赔偿一般不超过 5 万元,但在著作权侵权案件中很少判定精神损失赔偿。庞正中律师认为,精神损失赔偿应当在著作权侵权案件中适用并规定低限,而不是高限,与精神损失相关的因著作权侵权造成的商誉损失(如复制、销售质量低劣的侵权品)也应当一并计算赔偿。但多数代表对在著作权侵权案件中计算商誉损失问题持否定态度。

(3) 关于实际损失和预期损失。实际损失是指权利人在起诉时或者在判决前其已实际遭受的损失。预期损失是指由于侵权行为导致的对权利人的不利影响或者损害仍在持续存在而产生的损失或者在未来仍会产生的损失,不包括在生效判决判令停止侵权后拒不停止而造成的新的损失。预期损失不同于可得利益对此应否赔偿,有争议。多数代表认为这种损失尚未发生,其是否会必然发生以及其损失结果很难准确预计,

果将来实际发生了,权利人可以另诉解决。少数代表认为这种预期损失如果是可以预见的、必然会发生的损失,在没有确切的、可把握的计算方法的情况下,可以在定额赔偿时作为酌定因素予以考虑并作出判决,避免造成当事人的诉累。

与会代表认为,对损失从不同角度进行分类,并不意味着在实际判决中也必须要明确说明一项损失属于哪一类损失才予判赔,况且上述划分的概念在外延上互有交叉。因此,在计算具体案件的赔偿时不能简单地计算某一种损失或者仅从某一种划分来考虑案件的赔偿问题,应当针对个案从各个方面综合确定赔偿数额。

2. 关于现有财产减少的计算。权利人现有财产的减少问题包括两方面内容,一是现有物质财产的减少,二是知识产权价值的降低或者丧失。有代表提出,(1) 现有物质财产的减少,应当包括但不限于①设备、基础设施、广告宣传等投资损失;②产品降价出售损失;③为恢复原状支出的合理费用等。(2) 知识产权价值的降低或者丧失,包括但不限于:①作品被发表带来的价值的下降;②作品被使用带来的价值下降;③其他经评估等确认的价值下降。

3. 关于可得利益的减少或者丧失(包括权利人商业信誉和商品声誉的下降)的计算。有代表提出这一部分损失应当包括但不限于:①正常使用的情况下应当支付的合理的著作权许可使用费;②权利人因合同变更、终止所遭受的可得利润、许可费、稿酬等的减少或者丧失;③因侵权产品挤占市场而减少合法商品销售数量的营业利润,该损失可以按照合法商品的利润率乘以其减少销售的商品数量或者乘以侵权人销售侵权商品的数量来计算;④因侵权行为及侵权商品败坏权利人商业信誉、商品声誉而减少的合法商品销售数量的利润,该损失可以按合法产品的利润率乘以其减少销售的商品数量计算。对于现有财产损失以及可得利益损失中可能有重复计算的情况,代表们认为原则上以弥补权利人全部损失为原则,但不能重复计算。

（四）关于侵权人侵权获利的计算

1. 侵权获利的计算原则。代表们一致认为，在以侵权人获利计算赔偿时一定要注意把握“侵权行为”与“获利”之间的因果关系问题，判决赔偿的应当是侵权人“因侵权”所获得的利润，对因其他因素形成的利润应当从侵权人整体获利中予以剔除。

2. 侵权获利的具体计算。在现行会计制度规则下，利润的概念涉及营业利润、产品销售利润和净利润。营业利润为产品销售利润减去管理费用、财务费用后的利润。销售利润为产品销售收入减去相应的销售成本（包括制造成本和销售费用）、产品销售税金及附加后的利润）。净利润为营业利润减去所得税后的利润。

由于一般情况下销售利润远远大于营业利润，因此在侵权案件中，以哪一种利润来计算赔偿，涉及当事人利益重大，需要对此进行明确。少数代表主张以产品销售利润为依据计算赔偿，认为这样有利于保护权利人，制止侵权。如果产品销售利润过高，法院可以根据公平原则酌情减少，但以不低于营业利润为限。多数代表认为对于一般性的侵权行为以营业利润计算较为妥当合理，对当事人比较公平，也符合侵权人获利的实际。但是，对于以假冒为业的造假、贩假行为，可以按侵权商品的产品销售利润计算。在按照侵权获利计算赔偿时，赔偿总额为利润加合理的侵权调查、处理费。

关于利润率的计算。不少代表主张在侵权产品数量可以查清但其利润率难以确定或者侵权人所提供的侵权产品利润率明显低于合法商品的利润率时，可以参照合法商品的利润率计算。但也有代表对此表示不同意见，认为只有在侵权产品利润率无法查清时才能参照合法商品利润率，在侵权产品利润率可以查清只是过低时，如果也参照合法商品利润率计算赔偿，就变成了惩罚性赔偿，并不公平。

（六）关于正常许可费的参照计算

正常许可费是指权利人在发现他人有对其作品的侵权行为以前曾将

需要全本请访问 www.ertongbook.com