

计算机软件著作权侵权损害赔偿实证研究

文 / 张广良*

侵权损害赔偿数额是知识产权保护力度的重要体现。我国立法机关亦通过法律修改的方式,提高知识产权侵权损害赔偿数额,以使权利人获得更为充分的法律救济。侵权损害赔偿是对权利人最直接也是最有效的救济。侵权损害赔偿问题涉及的内容较广,但其核心问题仍是赔偿数额的确定。国内对知识产权侵权损害赔偿的研究成果不少,但整体偏重于理论探讨,即使涉及实证研究者也往往流于个案的分析,或仅限于个别法院的统计数据,缺乏宏观与中观层面的实证研究,其原因在于我国法院每年审理的知识产权案件数量较大,对全部知识产权侵权损害赔偿案件进行实证研究将是巨大的挑战。“窥一斑而知全豹”,因计算机软件著作权是典型的工业版权,即其不仅具有著作权的属性,也具有工业产权的某些属性,故对计算机软件著作权损害赔偿的实证研究,可以较为客观地反映我国知识产权侵权损害赔偿的现状。本文在对实证研究案例样本进行说明的基础上,分析了我国计算机软件著作权计算方法、法定赔偿的酌定因素、不同类型软件的赔偿数额以及赔偿数额的地域差异等内容。

一、实证研究涉及的案件样本

笔者在中国知识产权裁判文书网和北大法宝两大常用的知识产权案例数据库中,以2008年1月1日-2012年12月31日为裁判时间或审结日期检索侵害计算机软件著作权案件,共获得在此期间的116份民事判决书,并依此作为本文实证研究有效样本。在上述116份民事判决中,51份为二审民事判决,65份为一审民事判决;29份来自基层法院,55份来自中级法院,32份来自高级法院;案件样本分布于14个省市,其中上海42件,北京34件,广东11件,江苏8件,山东5件,湖北4件,福建3件,湖南2件,海南2

件,天津1件,重庆1件,浙江1件,河南1件,安徽1件。这116个案件样本中的涉案软件包括游戏软件、行业应用软件、操作系统软件、办公软件(OFFICE)、网络软件、辅助设计与辅助制造软件、企业管理软件、信息检索软件、信息安全软件、财务管理软件、工业控制软件、政务软件、通信软件、金融软件、数据库系统软件及多媒体应用软件等类别。其中,游戏软件、行业应用软件、操作系统软件和办公软件涉案次数最多,比例达63.6%。

二、赔偿数额计算方法分析

笔者首先对赔偿数额计算方法进行统计分析。就计算机软件著作权损害赔偿而言,赔偿数额计算方法是对当事人利益影响极大、关注度极高的因素之一,同时也是法院在确定损害赔偿数额时首先要明确的问题。我国现行著作权法第四十九条对侵犯著作权损害赔偿计算方法做出了规定。据此,我国理论界及实务界将侵犯计算机软件著作权的损害赔偿数额的计算方法分为权利人的实际损失、侵权人的违法所得和法定赔偿等三种。这种划分实质上是把法院所有根据侵权行为的情节酌定赔偿的方式都归入法定赔偿,等于扩大了法定赔偿的范围,因此不够严谨。笔者认为,法定赔偿应指在权利人的实际损失或者侵权人的违法所得均难以证明时,法院根据侵权行为的情节,在法律规定的限额内——根据著作权法的相关规定,侵犯计算机软件著作权的法定赔偿限额是50万元——酌定损害赔偿数额的方法。而酌定赔偿应泛指法院根据侵权行为的情节酌定损害赔偿数额的方式,损害赔偿数额既可能在法定限额以内,也可能在法定限额以外。因此,酌定赔偿除了包括法定赔偿,还包括损害赔偿数额高于50万元法定限额之上、通过酌定方式确定的赔偿。

*作者系中国人民大学法学院副教授、世界知识产权组织独立咨询监督委员会委员。

张雪松、王凌：“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为著作权赔偿定准星”，载2005年4月14日《中国新闻出版报》

最高人民法院《关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》第16条对损害赔偿数额计算方法作了说明,尤其是区分了法定赔偿和高于法定赔偿最高限额以上的酌定赔偿,即要“积极引导当事人选用侵权受损或者侵权获利方法计算赔偿,尽可能避免简单适用法定赔偿方法。对于难以证明侵权受损或侵权获利的具体数额,但有证据证明前述数额明显超过法定赔偿最高限额的,应当综合全案的证据情况,在法定最高限额以上合理确定赔偿额。”因此,笔者将计算机软件著作权纠纷损害赔偿数额的计算方法分为四种:权利人的实际损失、侵权人的违法所得、法定赔偿和赔偿额高于50万元之上的酌定赔偿。

在116份案件样本中,24份或权利人没有提起赔偿请求,或法院认定侵权不成立,或认定侵权成立但侵权人不用承担赔偿责任,不存在损害赔偿数额计算方法的选择问题,因此本文以其余92份民事判决为统计范围。

在92份案件样本中,法院依据权利人的实际损失确定赔偿额的3件,占3.3%;依据侵权人的违法所得确定赔偿额的2件,占2.2%;采取法定赔偿(在50万元限额内)的82件,占89.1%;采取高于50万元限额之上的酌定赔偿的5件,占5.4%。

上述数据显示,我国法院在审理侵犯计算机软件著作权纠纷中采取酌定方法——包括法定赔偿和高于50万元限额的酌定赔偿——来确定赔偿额的比例为94.5%。这一统计结果和个别法院六年前的统计数据惊人地接近。中国计算机产业发源地北京市海淀区为北京市第一中级人民法院所管辖,“该院从1993年至2007年间所判决的侵犯软件著作权纠纷案件中,近95%的案件适用法定赔偿。”这一比例的普遍性不仅体现在地域上,还体现在各种类型知识产权侵权案件中,“如北京、上海及广东等全国部分地区法院,法定赔偿均是知识产权侵权损害赔偿的主要方式,其中广东大约95%以上的判决均适用法定赔偿”。

三、适用法定赔偿或者酌定赔偿时的酌定因素

在上述四种损害赔偿数额的计算方法中,“权利人的实际损失”和“侵权人的违法所得”实际应用比例不高,且争议较少;而“法定赔偿”不但应用比例高,且由于法院或者法官“酌定”本身存在较强的模糊性和不确定性,引起的当事人争议和研究关注较多;“高于50万元限额的

酌定赔偿”案件,尽管在数量上不如适用法定赔偿的案件多,但也等于适用“权利人实际损失”或“侵权人违法所得”两种赔偿计算方法的案件数量之和,并且对于情节严重的侵权行为而言,此种赔偿方式能够更充分地保护权利人利益、惩处侵权行为,故值得特别关注。因此,笔者对采用酌定方法(包括法定赔偿和高于50万元限额之上的酌定赔偿)确定损害赔偿案件的酌定因素进行分析。

(一) 酌定因素统计

笔者对采用酌定方法确定损害赔偿的87份民事判决中的酌定因素进行了统计。其中,与原告方有关的酌定因素有:涉案软件的类型、市场价格和合理使用费,原告的损失、合理支出等;与被告方有关的酌定因素有:被告的主观过错程度,侵权行为的性质、情节、持续时间和后果,侵权产品的数量,被告的经营规模等。在少量案件中,法院在酌定赔偿额时还考虑了法定赔偿限额、当地经济文化发展状况、商业软件销售的一般规律等因素。各酌定因素涉案次数及所占比例如下:

1. 与原告方有关的酌定因素:(1)软件的市场价格(或称价格、发行价格、销售价格、国内零售价、实际价格、正版软件的销售价格、价值、市场价值、原告的获利标准、原告网上报价):涉案29次,占样本总量的33.3%;(2)软件的类型(或称涉案软件的权利类型、涉案软件的性质、涉案软件的类别):涉案25次,占样本总量的28.7%;(3)软件的合理使用费(或称正常商业授权获利、正常许可使用费、行业内的通常许可使用费、许可使用费标准、许可费用、作品的权利金):涉案11次,占样本总量的12.6%;(4)软件的知名度(或称市场影响、市场情况):涉案11次,占样本总量的12.6%;(5)软件的发表日期(或称发行时间):涉案6次,占样本总量的6.9%;(6)原告获得授权的性质:涉案6次,占样本总量的6.9%;(7)原告获得授权的时间:涉案6次,占样本总量的6.9%;(8)软件的研发投入(或称开发费用、创作投入):涉案5次,占样本总量的5.7%;(9)软件的独创性程度:涉案3次,占样本总量的3.4%;(10)软件的难度(或称软件作品的难度):涉案2次,占样本总量的2.3%;(11)软件市场许可使用的情况:涉案2次,占样本总量的2.3%;(12)涉案软件作品:涉案2次,占样

北京市第一中级人民法院知识产权庭:《知识产权审判分类案件综述》,知识产权出版社2008版,第61页。

徐春建、刘思彬、张学军:“知识产权损害赔偿的证据规则”,载《人民司法·应用》2012年第12期。



本总量的2.3%；(13) 原告的损失(或称原告提出的赔偿额、原告的主张、原告要求的经济损失赔偿额、原告因侵权行为而不能按预先销售渠道销售产品获取利益及软件的下载潜在用户量等)：涉案9次，占样本总量的10.3%；(14) 原告的合理支出：涉案41次，占47.1%；(15) 原告自身存在的过错(或称其他网站曾提供过涉案软件的免费下载服务)：涉案2次，2.3%。

2.与被告方有关的酌定因素：(1) 被告的主观过错程度(或称过错程度、主观过错)：涉案31次，占35.6%；(2) 侵权行为的性质：涉案46次，占52.9%；(3) 侵权行为的情节：涉案27次，占31.0%；(4) 侵权行为的方式(或称侵权行为的手段、侵权行为的内容等)：涉案10次，占11.5%；(5) 侵权行为的范围：涉案7次，占8.0%；(6) 侵权行为的后果(或称损害后果)：涉案20次，占23.0%；(7) 侵权的程度：涉案2次，占2.3%；(8) 侵权行为的持续时间(或称侵权行为的期间)：涉案33次，占37.9%；(9) 侵权产品的数量(或称侵权复制品的数量、被告使用涉案软件的数量、被告复制的数量、被告的侵权规模、被告产品的实际销售数量、涉案软件

的点击量、涉案软件免费下载的人气信息、抄袭的数量、被告侵权行为的市场占有率等)：涉案26次，占29.9%；(10) 侵权产品的价格(或称被告软件的销售价格)：涉案3次，占3.4%；(11) 侵权获利情况(或称侵权利润、被告产品的货款总额、被告与第三方的合同金额等)：涉案8次，9.2%；(12) 被告的经营规模(或称企业规模、经营情况)：涉案15次，占17.2%；(13) 被告使用涉案软件的商业目的(或称被告侵权行为的主观意图)：涉案2次，占2.3%；(14) 被告成立时间：涉案1次，占1.1%；(15) 被告的经营范围：涉案1次，占1.1%。

3.其他酌定因素：(1) 法院证据保全的情况：涉案4次，占4.6%；(2) 法定限额：涉案2次，占2.3%；(3) 当地经济文化发展状况：涉案2次，占2.3%；(4) 商业软件销售的一般规律：涉案1次，占1.1%。

(二) 十五个主要酌定因素

为便于对主要酌定因素有更加直观的了解，笔者从上文中提炼出法院酌定赔偿时15个主要的酌定因素。

(见表1)

表1：侵犯计算机软件著作权案件损害赔偿15个主要酌定因素

酌定因素	涉案数量	在所有样本中所占比例
侵权行为的性质	46	52.9%
原告的合理支出	41	47.1%
侵权行为的持续时间	33	37.9%
被告的主观过错程度	31	35.6%
涉案软件的市场价格	29	33.3%
侵权行为的情节	27	31.0%
侵权产品(侵权复制品)的数量	26	29.9%
涉案软件的类型	25	28.7%
侵权行为的后果	20	23.0%
被告的经营规模	15	17.2%
涉案软件的合理使用费	11	12.6%
涉案软件的知名度	11	12.6%
侵权行为的方式	10	11.5%
原告的损失	9	10.3%
侵权获利情况	8	9.2%

注：百分比精确到小数点后一位。

（三）酌定因素的数量统计

在87份采取酌定赔偿的民事判决样本中，法院酌定因素数量多少不一：1. 6%的样本，在确定赔偿数额时考量了十个以上的酌定因素；2. 13%的样本仅阐述一二个酌定因素，另有个别样本的酌定因素甚至为零；3. 其余8成左右样本的酌定因素为3-6个。

笔者并不主张完全以酌定因素数量多寡来推定判决质量的优劣，但毫无疑问，法院在酌定损害赔偿额时考虑因素越多，说理越充分，裁决结果也越有说服力。最高人民法院《关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》第16条也要求：“适用法定赔偿时要尽可能细化和具体说明各种实际考虑的酌定因素，使最终得出的赔偿结果合理可信。”令人遗憾的是，在笔者收集到的极少数判决中，法院仅笼统表述“根据本案具体情节”确定赔偿数额，更甚者连这样概括性的铺垫也没有，难免凭空酌定之嫌，当然也难以让当事人心服口服。

（四）高于法定限额的酌定赔偿案件的酌定因素

对于难以证明侵权受损或侵权获利的具体数额，但有证据证明前述数额明显超过法定赔偿最高限额的，实践中有两种处理方式：一种是法院严格遵守法律规定的最高限额，在50万元以下酌定赔偿额。在样本中，有2份民事判决将法定限额作为酌定赔偿额的考量因素。比如在一起案件中，法院在其判决中明确阐述：“原告的损失远高于50万元，但是法定赔偿额为人民币50万元以下，故本院酌定被告赔偿原告人民币50万元。”另一种处理方式则是参照最高人民法院《关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》第16条规定，在法定最高限额以上确定赔偿额。

前文已经提及，超过法律规定的50万元上限的酌定赔偿，不能再归于法定赔偿之中；同时由于这种酌定赔偿对于充分保护权利人的利益、抑制侵权行为的发生具有一定的意义，因此笔者将5份酌定赔偿案件样本的酌定因素单独进行了分析。在此5份样本中，有4份样本的酌定因素相同，即作品的类型、作品的创作投入、作品的难度、作品的知名度、作品的市场价值、作品在行业内的通常许可使用费、被告侵权行为的方式、侵权持续的时间、侵权损害后果、侵权获利状况和原告的合理开支等。4份样本涉及

公司侵害计算机软件著作权纠纷案；2. EST软件公司与上海摩力游数字娱乐有限公司侵害计算机软件著作权纠纷案；3. 某软件公司诉大众保险股份有限公司侵犯计算机软件著作权纠纷案；4. 某软件公司诉大众保险股份有限公司侵犯计算机软件著作权纠纷案。第5份样本的酌定因素为刑事判决所认定的相关事实和被告的侵权情节，此份样本所涉案件为马靖易与赛门铁克有限公司侵害计算机软件著作权纠纷案。对于损害赔偿额高于50万元以上的酌定赔偿的案件，法院一般在判决书中较为详尽地列举了酌定的因素。

四、不同类型软件的损害赔偿差异

前文已经介绍，笔者收集样本案件中的涉案软件包括游戏软件、行业应用软件、操作系统软件、办公软件、网络软件、辅助设计与辅助制造软件、企业管理软件、信息检索软件、信息安全软件、财务管理软件、工业控制软件、政务软件、通信软件、金融软件、数据库系统软件、多媒体应用软件等软件类别。不同类型的软件，创作者所投入的开发时间不同，软件所体现的市场价值各异，其在市场上被侵权的概率亦不相同。对于一些专业性极强，仅为特定行业所使用的软件，如辅助设计与辅助制造软件，其开发难度大，市场价值高，但由于其仅为特定的市场主体所使用，故其被侵权的概率小于其他应用范围广的软件。因此，在侵犯计算机软件著作权纠纷案中，人民法院应充分考虑涉案软件的特点，考虑其开发的难易程度、开发成本、应用范围等因素，结合权利人所主张的损害赔偿计算方法，充分赔偿权利人所受到的损失。为了便于分析，笔者按照相近原则将涉案软件合并为以下几类：游戏软件；行业应用软件；系统软件和办公软件（包括操作系统软件、办公软件、数据库系统软件）；网络通信安全检索软件（包括网络软件、通信软件、信息安全软件、信息检索软件）；企业管理和财务管理软件（包括企业管理软件、财务管理软件）；辅助设计与辅助制造软件；其他软件（包括工业控制软件、政务软件、金融软件、多媒体应用软件、嵌入式应用软件、地理信息软件），在此基础上分析各类软件的平均请求赔偿额、平均实际赔偿额、平均赔付率和平均赔偿单价。

（见表2）



表2: 侵犯计算机软件著作权案件不同类别软件

软件类别	涉案次数	所占比例	平均请求赔偿额(万元)	平均实际赔偿额(万元)	平均赔付率	平均单价(万元)	备注
游戏软件	32	26.4%	106.53	21.49	20.17%	19.65	12份判决未提及原告的请求赔偿额。本类别统计除平均单价外, 以其他20份判决为样本。
行业应用软件	25	20.7%	330.33	56.42	17.1%	45.50	
操作系统软件、办公软件、数据库系统软件	21	17.3%	42.65	25.42	45.4%	19.37	如果只计算经济损失赔偿, 平均赔付率要提高十多个百分点。
网络软件、通信软件、信息安全软件、信息检索软件	17	14.1%	111.07	66.50	59.9%	24.58	2份判决未提及原告的请求赔偿额。本类别平均请求赔偿额以其余15份判决为样本。
企业管理软件、财务管理软件	9	7.4%	63.31	6.06	9.57%	4.95	
辅助设计与辅助制造软件	7	5.8%	142.25	36.11	25.39%	31.60	
其他软件(工业控制、政务、金融、多媒体应用、嵌入式应用、地理信息等软件)	10	8.3%	38.11	5.325	15.5%	5.32	

由表2可以看出, 各类软件的平均赔偿请求额、平均实际赔偿额、平均赔偿单价、平均赔偿率等方面均有较大的差异。

五、软件损害赔偿的地域性差异

笔者通过对来自不同地域的判决书进行分析, 从而明

确了计算机软件著作权损害赔偿方面的地域差异。(见表3)但由于各地法院在互联网上公开的判决书不尽全面, 对于统计结果有一定的影响, 尤其是部分地域审理并公开的此类案件数量极少, 分析结果受个案影响就更大, 故在审视以下统计数据时, 应考虑上述影响因素。

表3: 侵犯计算机软件著作权案件酌定赔偿的地域差异

地域	样本数量	平均赔付额 (万元)	平均赔偿单价 (万元/件)	平均 赔付率	除外的侵权不成立 样本数及所占比例
上海	42	48.63	24.43	34.14%	12 (28.6%)
北京	34	41.54	37.20	40.71%	1 (2.9%)
广东	11	20.60	17.59	15.08%	2 (18.2%)
江苏	8	7.37	7.18	29.45%	1 (12.5%)
山东	5	4.872	4.872	27.6%	2 (40%)
湖北	4	84.5	84.5	15.25%	2 (50%)
福建	3	0.5	0.5	5%	2 (66.7%)
湖南	2	5.75	5.75	38.65%	0 (0)
海南	2	0.7	0.7	18%	0 (0)
其他(天津、重庆、 浙江、河南、安徽)	5	5	4.1	13.72%	2 (40%)

从表3中可以看出,在“样本数量”一项,上海、北京、广东、江苏和山东排名前五,分别为42件、34件、11件、8件和5件。在“平均赔付额”一项,上述五省(直辖市)也依次排名前五,分别为48.63万元、41.54万元、20.60万元、7.37万元和4.872万元。其中,上海和北京在上述两项的领先优势都很明显。

在“平均赔偿单价”一项,北京超过上海,但并未排名第一,前五名分别是湖北、北京、上海、广东、江苏,其侵犯计算机软件著作权纠纷案件的平均赔偿单价分别为84.5万元、37.20万元、24.43万元、17.59万元和7.18万元。其中,湖北的平均赔偿单价最高,受个案影响很大。在“平均赔付率”一项,排名前五的是北京、湖南、上海、江苏和山东,分别为34.14%、40.71%、29.45%、27.6%和38.65%。其中,湖南只有2个案件样本,统计结果受个案影响较大。在“侵权不成立样本数及所占比例”一项中,上海最高,12件案件认定侵权不成立。笔者认为,并不能藉此就认定当地法院实际认定侵权不成立的比例高,只说明在其总样本中认定侵权不成立的样本数量,而相关数据是在除去这些侵权不成立样本的基础上统计的。

以上研究表明,我国计算机软件著作权侵权损害赔

偿数额主要是通过法定赔偿的计算方法确定的,权利人的损失及侵权人的违法所得作为损害赔偿的计算方法在实践中极少被适用。在适用法定赔偿时,法院在个案中考虑的因素不同。计算机软件的损害赔偿数额与软件的类型、诉讼发生的地域有着较大的关系。在赔偿的计算方法上,权利人的损失或侵权人的违法所得能够更加充分地维护权利人的利益。而法定赔偿虽然可以解决权利人的赔偿问题,但因其具有较差的可预见性及较强的主观性等弱点,将不可避免地导致对权利人的赔偿不力或侵权人承担过重赔偿责任。我国著作权法对损害赔偿计算方法规定了适用的顺序,即先以权利人的损失、后以侵权人的违法所得、最后以法定赔偿的方式来确定赔偿数额,但在权利人未对其损失或侵权人违法所得进行举证,或其举证不足以证明其损失或侵权人违法所得的情形下,法院也只能以法定赔偿或酌定赔偿的方式确定损失赔偿数额。因此,在我国相关知识产权法律修改及司法实践当中,如何从制度上引导或激励权利人在损害赔偿数额的计算上进行举证,从而提高适用权利人损失或者侵权人违法所得来确定损害赔偿的案件比例,减少适用法定赔偿或者定额赔偿来确定赔偿数额的案件比例,将是一个值得认真研究的课题。