

## “惩罚性赔偿”制度在中国著作权领域的确立和适用

### The establishment and application of punitive damages in china copyright law

刘自钦\*  
Liu, Zi-Qin

#### 目次

- 一、 导言
- 二、 著作权惩罚性赔偿的确立
- 三、 著作权惩罚性赔偿的适用标准
- 四、 总结

#### 국문초록

2012년 중국 저작권법 수정안 제72조 제3관에서는 손해의 전보배상이라는 전통적인 민법이념을 넘어 처음으로 중국 저작권 영역에서 징벌적 손해배상 제도를 확립하였다. 손해의 2 내지 3배 배상하는 이러한 제도의 구체적 적용에 있어서는 다른 나라의 경험을 참고함과 동시에 중국 저작권보호의 요구를 종합하고, 침해자의 비난가능성과 재무상황, 실제손해와 법정배상액수 등 기타 재산상의 제재 등 요소를 고려하여야 하고, 이는 저작권의 보호, 지식획득, 자유로운 표현 및 기술혁신이라는 각종 이익의 균형 아래에 이루어져야 한다.

주제어 : 징벌적 손해배상, 저작권, 손실보상, 법정손해배상

논문접수일 : 2013.09.23

심사완료일 : 2013.10.28

게재확정일 : 2013.10.30

\* 中国政法大学民商经济法学院博士研究生。该成果系中国政法产学研联合培养研究生培养基地建设项目阶段性成果之一。

## 一、 导言

中国著作权法修改草案在2012年4月、7月公布第一、二稿公开征求意见，第三稿也已完成并于2012年末上报中国国务院。三稿修改草案均对现行中国《著作权法》损害赔偿制度做了修改，在实际损失或违法所得赔偿<sup>1)</sup>、法定赔偿金<sup>2)</sup>之外，以第72条第3款的形式，增加了二至三倍赔偿的规定<sup>3)</sup>。

德国、法国等民法法系国家在著作权法领域是否承认“惩罚性损害赔偿”的态度还不明确，但中国《著作权法》修正案第72条第3款的规定，已经明确了中国通过“惩罚性赔偿”加大著作权保护力度，并与中国《商标法》、《专利法》相呼应的态势。而在“惩罚性赔偿”制度完善的美国，其《版权法》中的法定赔偿 (statutory damages) 也在通过判例发展出审慎、合理的适用标准，以避免过度的惩罚性赔偿产生负面的外溢效应或冷淡效应，对言论自由、科技进步产生不当限制。

本文试图指出，《著作权法》修正案第72条第3款的意义，在于首次在中国著作权领域确立了惩罚性赔偿制度；并在中国法规不明确和论述缺乏的情况下，通过对传统理论的解释和外国制度的借鉴，提出在中国适用著作权惩罚性赔偿的具体标准的一些建议。

---

1) 2010年中国《著作权法》第49条第1款规定，“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的实际损失给予赔偿；实际损失难以计算的，可以按照侵权人的违法所得给予赔偿”。

2) 2010年中国《著作权法》第49条第2款规定，“权利人的实际损失或者侵权人的违法所得不能确定的，由人民法院根据侵权行为的情节，判决给予五十万元以下的赔偿”。

3) 除2010年中国《著作权法》第49条已规定的实际损失或违法所得赔偿外，2012年3月中国《著作权法》修改草案第一稿第72条第1款还规定，“权利人的实际损失或者侵权人的违法所得难以确定的，参照通常的权利交易费用的合理倍数确定”；第72条第2款将法定赔偿金上限从50万元提高到了100万元；第72条第3款即是“对于两次以上故意侵犯著作权或者相关权的，应当根据前两款计算的赔偿数额的一至三倍确定赔偿数额”，而2012年7月中国《著作权法》修改草案第二稿第72条第3款将赔偿数额改为“前两款计算的赔偿数额的二至三倍”。

## 二、著作权惩罚性赔偿的确立

### (一) 传统理念下的中德《著作权法》

#### 1. 对大陆法传统理念的遵从

大陆法系的传统理论认为私法上损害赔偿的核心目的是填补损害<sup>4)</sup>，中国现行《著作权法》即传统理论的体现<sup>5)</sup>。“按侵权人的违法所得给予赔偿”的前提，是“实际损失难以计算”<sup>6)</sup>；而给予受害人法定金额的赔偿，则以“权利人的实际损失或者侵权人的违法所得难以计算”为前提<sup>7)</sup>。那么，违法所得和法定金额，就是著作权人实际损害的替代计算方式，赔偿的核心还是填补受害人所受到的损失<sup>8)</sup>。中国《侵权责任法》第15条规定，承担侵权责任的具体方式有“恢复原状”和“赔偿损失”；该法第19条规定，侵害财产的财产损失按照损害发生时的市场价格或者其他方式计算。著作权及相关权利的市场价格，可参照通常的著作权交易费用确定<sup>9)</sup>。

4) 【德】迪特尔·梅迪库斯：《德国债法总论》[M]，杜景林、卢湛译，法律出版社2004年第1版，第430—436页；【德】M·雷炳德：《著作权法》[M]，张恩民译，法律出版社2005年第1版，第582—586页；王泽鉴：《侵权行为》[M]，北京大学出版社2009年第1版，第7—10页；王利明等：《中国侵权责任法教程》[M]，人民法院出版社2010年第1版，第327—330页，第333—336页。

5) 孙萌、韩楠：《著作权侵权赔偿数额的计算》，载于《科技与出版》2010年第9期；徐超：《从德国法看我国著作权赔偿制度》，载于《政治与法律》2004年第5期。

6) 同注1)。

7) 同注2)。例如，广州艺洲人文化传播有限公司诉新疆好家乡超市有限公司侵害作品复制、发行权纠纷案（(2013)乌中民三初字第56号）中，被告好家乡超市未经权利人即原告许可复制发行音像制品，因原告不能提供其因被告侵权所受实际损失或被告违法所得的证据，法院根据被告经营规模、侵权行为性质、侵权时间长短和主观过错程度等侵权情节，在法律规定的赔偿数额范围内酌情确定包括合理费用在内的赔偿数额。法定赔偿方式在中国判决中较常见，因为原告负举证证明其所受损失或被告侵权所得的责任，然而，侵犯著作权行为的隐蔽性使得原告的举证有许多障碍和困难。

8) 在季怀银等与当代中国出版社侵犯著作权纠纷上诉案（(2004)高民终字第130号）中，法院认为，侵权人的赔偿应与被侵权人的损失相当。一审法院根据国家有关部门规定的稿酬标准，结合当代中国出版社侵权过错程度以及损害后果确定被告的赔偿数额并无不妥。

9) 中国《著作权法》修改稿第72条第1款，“权利人的实际损失或者侵权人的违法所得难以确定的，参照通常的权利交易费用的合理倍数确定”。

德国《著作权法》第97条第1款规定，侵权人出于故意或过失侵犯著作权或相关权利的，受害者可以请求损害赔偿，也可以请求退还因侵权所得的收益，具体适用《民法典》第249—254条的规定<sup>10)</sup>。德国《民法典》第249条第1款规定，“损害赔偿义务人必须恢复假如没有发生引起赔偿义务的情况所存在的状态”，即“回复原状”，并可以请求回复原状所必要的金额代替之。损害赔偿的核心在于填补损害，对于侵害人的惩罚则通过刑法进行，正是德国私法在损害赔偿方面所持的“一元论”<sup>11)</sup>。

## 2. 对惩罚性赔偿的态度

不当得利请求权同样也适用于著作权及相关权利被侵害的情形<sup>12)</sup>，它未着眼于受害人的损失或以填补损失为目的，却以不当得利的侵权人为导向且以得利的消除为目的<sup>13)</sup>。在受害人得利远高于著作权人的实际损失或预期可得利益时，更能突出不当得利和侵权损害赔偿的不同。“为制裁侵害行为，（我们）假定知识产权权利人应该能够争得侵权人所获得的利益”<sup>14)</sup>，替代性的实际损失计算方式，体现了强制补偿功能或促进合法行为的有效社会心理手段<sup>15)</sup>。因此，德国法院关注侵

10) 【德】迪特尔·梅迪库斯：《德国债法总论》[M]，杜景林，卢湛译，法律出版社2004年第1版，第430—436页；【德】M·雷炳德：《著作权法》[M]，张恩民译，法律出版社2005年第1版，第582—586页。

11) See Volker Behr, “Punitive damages in American and German law—Tendencies towards approximation of apparently irreconcilable concepts”, Chicago-Kent Law Review, Vol. 78, 2003, pp127-129.

12) 德国《民法典》第812条第1款规定，“无法律上的原因，以其他方式使他人蒙受损失而自己取得利益的人，对该他人负有返还的义务”，而著作权和相关权利（相邻权等）属于德国《民法典》第823条第1款的“其他权利”，且具有权益的积极权能，故而对其侵害会导致权益侵害不当得利请求权。相关论述，参见【德】迪特尔·梅迪库斯：《德国债法分论》[M]，杜景林，卢湛译，法律出版社2007年第1版，第576—579页。

13) 任何人不能因其不法行为而获利，也是德国法院在侵犯著作权案件中适用“侵权人违法所得”此种损害赔偿数额的替代计算方式的法理。See Id. at 11), pp137-139.

14) See Id. at 11), pp138. 假定权利人的获利能力与侵权人相当，也是我国司法实践的做法。2002年《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第24条规定，“权利人的实际损失，可以根据权利人因侵权所造成复制品发行减少量或者侵权复制品销售量与权利人发行该复制品单位利润乘积计算。发行减少量难以确定的，按照侵权复制品市场销售量确定”。

15) See Id. at 11), pp137-pp139. 在现实的侵犯著作权情形下，多数时候侵权人销售价格与著作权人不相同，单位利润相应的也有差异。在侵权人销售价格低于著作权人销售价格时，往往侵权

权人基于受害人、关注侵权行为基于受害人的损失，是在知识产权领域向非填补性赔偿迈进的表现。但是，罕见的案例和不明确的类似“非填补性赔偿”的用语，并不能表明德国在著作权法中采纳了惩罚性赔偿制度，至多而言，德国和法国都一样对是否适用惩罚性赔偿持不明确的态度<sup>16)</sup>。

## (二) 美国的侵犯版权赔偿制度

### 1. 填补性赔偿

在美国侵害版权案件中，版权人有权请求侵权人对侵权导致的实际损失和未被计入实际损失的（侵权人）违法所得利润进行赔偿<sup>17)</sup>。这与我国和德国以“实际损失”或“侵权人违法所得”计算损害赔偿金额的理念相似，核心在于对实际损失的填补或回夏。在侵权人违法所得较大的情形，以实际损失加上未被算入的违法所得，是基于任何人不得因不法行为获利的理念，类似与我国和德国的不当得利制度，核心在于使因不法行为而不当得利的人返还得利。

---

复制品销售量大于发行减少量。在“侵权所造成复制品发行减少量”也难以确定或确定成本过高时，司法实践往往以侵权复制品销售量与权利人发行复制品单位利润乘积来计算实际损失。因此，法院拟制的“实际损失”往往大于以发行减少量与权利人发行复制品单位利润或侵权复制品单位利润的乘积。这种拟制暗含着由责任人承担利润或发行量不确定带来的实际损失扩大风险的法理，体现了法律对不法行为的消极态度，也是以侵权人的有责行为为导向的，旨在发出否定或抑制的信号指引。

16) Volker Behr说德国侵犯知识产权的“非填补赔偿”处于填补性赔偿、不当得利和惩罚性赔偿之间的灰色地带：Nicolas Bouche也说法国的法院对于引进惩罚性赔偿的态度仍不明确，尽管他们倾向于保留传统的填补性赔偿原则。See Id. at 11), Part III :B2 : and see Nicolas Bouche, “*Intellectual Property Law in France*”, Kluwer Law International, 2011, pp120-121, “The problem is to understand what the legislator’s intention really was. Was it to break with the old general rules of the Civil Code about torts and especially with the traditional rule that damages are covering all the loss suffered but only such loss (the profits made by the infringer were of no relevance)? Was it to depart from this traditional rule for a stronger protection of the intellectual property rights? It would then be possible to award to the injured party a sum covering all his/her loss but also a part of or all the profits made by the infringer, introducing a sort of punitive damages in French law. The answer of the courts is still not clear even if they seem to be inclined towards the preservation of the traditional rule.”

17) *The Copyright Act of 1976*, §504(b).

而在最终判决之前，作为实际损失和额外违法利润的替代，版权人也可选择请求法院就每件被侵权作品，在750美元以上、3万美元以下的范围内，裁定相应的法定赔偿金<sup>18)</sup>。这和中国现行《著作权法》50万元最高法定赔偿金相比，都有助于在实际损失或违法所得难以证明或计算的情形对权利人进行救济，不同在于：“实际损失或违法所得不能确定”是我国适用法定赔偿金制度的前置条件，而美国版权人美国在法院最终判决前，有权在实际损害赔偿和法定赔偿金之间进行选择，且法院的裁量权较大。

## 2. 具有惩罚性的法定赔偿

“在版权人承担举证责任的案件中，如果法院发现，（被告）故意实施侵权行为，法院可基于自由裁量将法定赔偿额提高到15万美元以下”<sup>19)</sup>。这种在故意侵权时的累积赔偿金，“被用于就侵权人的故意对其进行惩罚”<sup>20)</sup>，“故意侵权”是确定惩罚性赔偿的必要条件，而司法实践往往将重复侵权、接到权利声明或侵权通知而继续行为等视为故意侵权，关注于侵权人行为的可责难性和主观意图，这与前述实际损害赔偿或法定赔偿的考量重点不同。美国最高法院认为，若“某种民事制裁不仅实现救济目的，而且以报复或威慑为目的，就是惩罚”<sup>21)</sup>，美国版权法在故意侵权时所裁定的远高于实际损失或侵权人得利的加重赔偿，就是惩罚性赔偿<sup>22)</sup>。

惩罚性赔偿表明社会对不可容忍行为的非难，并且能够实现其他救济方式无法

18) *The Copyright Act of 1976*, §504(c)(1).

19) *The Copyright Act of 1976*, §504(c)(2).

20) See Pamela Samuelson, "Tara Wheatland, *Statutory Damages in Copyright Law: A Remedy in Need of Reform*", *William and Mary Law Review*, Vol.51, pp461.

21) See *Id.* at 20).

22) 虽然，也有学者基于法定赔偿和普通法损害赔偿的不同，认为美国版权法中没有惩罚性赔偿。但是，法定赔偿中因故意侵犯版权的15万美元加重赔偿，是针对每件作品而分别判处的，在重复性的以营利为目的的侵犯版权情形，与普通侵权法定赔偿金最低额750美元的比例是200:1，与善意侵权法定赔偿金最低额200美元的比例是750:1。巨大的选择范围使高额赔偿的滥用可能性很高，且远超出了在实际损失或违法所得不确定时能够合理推定的实际损害。因此，这种加重的法定赔偿，当然具有惩罚性质，属于成文版权法规定的“惩罚性赔偿”。相关论述，参见Linda L.Schueler, "*Punitive Damages (5<sup>th</sup>)*", Volume One, Lexis Nexis, pp571-575; see *Id.* at 20), pp455-463.

充分提供的威慑和预防效果<sup>23)</sup>。在版权领域设立惩罚性的加重赔偿制度，是美国基于实用主义的考虑，有强烈政策性目的的规定。在刑事处罚无法或者不能提供对不法行为的制裁时，惩罚性赔偿是唯一有效的威慑机制<sup>24)</sup>。私法规范在调整私人关系之余，也关注社会利益。与高度危险行为、药品缺陷、食品安全等侵权案件类似，在侵权人明显置版权人权利不顾而带有谋取庞大利润的目的进行侵权时<sup>25)</sup>，对社会利益的影响巨大，但只有通过私法性的惩罚性赔偿，激励版权人通过法律途径寻求救济而非放任侵权或私力报复。

### (三) 中国《著作权法》修改稿对传统的突破

#### 1. 与填补性赔偿的差异

较之大陆法系的传统理念，以及德国、法国在著作权方面对惩罚性赔偿的不明确态度，中国《著作权法》修改稿第72条第3款在立法方面有了重大的突破。它明确的规定，“对于两次以上故意侵犯著作权或者相关权的，应当根据前两款计算的赔偿数额的一至三倍确定赔偿数额”。以二至三倍于实际损失或违法所得的金额进行赔偿，与填补性赔偿相比，差异极大：

首先，适用条件不同。填补性赔偿关注受害人的损失，对侵权人仅要求具有过错，而不考虑侵权人的故意或过失。而二至三倍赔偿关注侵权人行为的可责难性和主观过错程度（即“两次以上”的反复侵权行为，“故意侵权”的侵权人），受害人的损失是确定赔偿数额的参照标准；其次，适用目的有异。填补性赔偿基于已

23) See Jane Mallor, "Barry Roberts, Punitive Damages: Toward a Principled Approach", *Hastings Law Journal*, Vol.31, 1979-1980, pp639-670. 填补性赔偿虽然也能通过制裁而威慑和预防侵权行为，但其预防功能受到限制。相关论述，参见王泽鉴：《侵权行为》，第10至第11页。

24) See *Id.* at 21).

25) 例如，在 *RSO Records, Inc. v. Peri* 案中，被告 Peri 等人制造的 180 万张录音唱片中几乎 90% 的唱片都是假冒、盗版本，Peri 等从事假冒、盗版活动已有相当长的时间且从中获得了巨额利润。尽管 Peri 等没有提供关于涉案侵权唱片的足够材料以计算公司的确切利润。基于已掌握的证据，法院仅能确定 42,239 美元的实际损失和利润，但这可能大大低估了侵权导致的实际损失和利润。法院基于被告 Peri 等不法行为的强烈可谴责性，对被侵权的 27 张唱片判决每张 5 万美元（当时的最高限额）的法定赔偿金，判决的总赔偿金额高达 145 万美元。See *Id.* At 20), pp478-479.

有的损害,意在回复侵权未发生时的状态,是对已发生侵权行为的事后救济<sup>26)</sup>。而二至三倍赔偿基于未来侵害发生的可能性和侵权人的主观故意,通过对已发生侵权行为的制裁,达到威慑侵权人和第三人,预防侵权人继续侵权或他人将来实施侵权行为的目;最后,赔偿金额方面的差异。二者三倍赔偿以实际损失或违法所得作为基数标准,是赔偿金额是实际损失等的二至三倍。而且,二至三倍赔偿并非实际损失或违法所得难以确定时的替代方案,而是独立于填补性赔偿的规定。

## 2. 与美国加重赔偿的相似性

较之美国法院可以每件被侵权作品自由裁量的15万美元加重赔偿金,虽然中国《著作权法》修改稿第72条第3款的二至三倍赔偿在适用和裁量范围、赔偿数额方面远远不如,但二者都以“故意侵权”为前置的必要条件。重在对明知他人作品的著作权而继续侵权、反复侵权行为进行制裁,着重考量侵权人的主观意志,在断定侵权人对他人权益和社会利益漠不关心或肆意而为,而其行为不仅会有导致重大损害的充分可能性,而且侵权人具有强烈的可谴责性时,由法院裁定高于实际损失或违法所得的赔偿额。如此,不仅能够填补权利人的损失,也有利于知识产权社会利益的维系。

在设立背景方面,中国近年来为适应国家文化产业和知识产权战略的发展目标,加之以牟利为目的的大规模侵权著作权行为日益增多,有强化著作权保护力度的需要。这类似于美国当时修改版权法,增加故意侵犯版权时的加重赔偿制度的社会经济现实状况<sup>27)</sup>。中国《专利法》修改稿和《著作权法》修改稿类似,也新增了三倍于实际损害或违法所得的惩罚性赔偿制度,在立法层面是加大对著作权、专利权的保护有规范基础<sup>28)</sup>),是适应中国产业经济发展背景和法律体系框架的。

26) See Clarence Morris, "Punitive Damages in Tort Cases", Harvard Law Review, Vol. 44, 1931, pp.1173-1209.

27) See Id. At 20).

28) 中国国家知识产权局2012年9月公布的《专利法修改草案》第65条第3款规定“对于故意侵犯专利权的行为,管理专利工作的部门或者人民法院可以根据侵权行为的情节、规模、损害结果等因素,将根据前两款所确定的赔偿数额最高提高至三倍”。而《侵权责任法》第5条规定,“其他法律对侵权责任另有特别规定的,依照其规定”,表明了对侵害著作权、专利权的侵权赔偿责任适用相关法律的可能。



### 三、著作权惩罚性赔偿的适用标准

惩罚性赔偿固然加大了对著作权的保护力度，激励权利人积极通过诉讼等法律途径寻求救济。然而，过度高于实际损害的赔偿额，不仅使著作权人获取意外利润<sup>29)</sup>，也因威慑力过大而有抑制合法使用作品、自由表达或言论、技术及相关服务革新的消极效应<sup>30)</sup>。在技术不断革新的文化产业经济时代，要平衡著作权保护和知识获取、自由表达之间的利益冲突，必须对惩罚性赔偿的适用条件、赔偿额确定等具体标准进行考察，以维持私法平衡权利保护和行为自由的价值。

#### (一) 中国《著作权法》修改稿对传统理论的延伸

##### 1. 适用条件

大陆法系民法理论中，支付损害赔偿以侵权责任成立为前提。在过错侵权责任方面，继受自德国学理的构成要件是：被侵权人的损害、侵权人的不法行为、行为与损害间的因果关系、侵权人的过错<sup>31)</sup>；法国学说则以损害、因果关系、过错行为作为侵权责任的构成要件<sup>32)</sup>。侵权人主观心理状态不论是故意还是过失，并不影响侵权责任的成立<sup>33)</sup>，填补性赔偿原则使得赔偿金额与实际损失相当，区分故意和过失对于确定赔偿额的范围没有影响<sup>34)</sup>。

29) 法谚云，“折腕并非中彩”，意即损害赔偿之目的不得使受害人因之而意外获利。相关论述，参见史尚宽：《债法总论》，中国政法大学2000年第1版，第217页注1；对惩罚性赔偿持否定态度的学者，亦谓惩罚性赔偿以被告受损害为代价向原告提供意外利润(windfall profit)。See Id. at 22), pp643-644.

30) 有学者将此消极效应称为“负面外溢效应”或“冷淡效应”。See Id. at 20), pp495-496.

31) 【德】马克西米利安·福克斯，《侵权行为法》[M]，齐晓琨译，法律出版社2006年版，第11-99页；王泽鉴：《侵权行为》，北京大学出版社2009年版，第86-88页；王利明等：《中国侵权责任法教程》，人民法院出版社，2010年版，第181-183页。

32) 张民安：《现代法国侵权责任制度研究（第二版）》[M]，法律出版社，2007年版，第124-150页。

33) 王泽鉴：《侵权行为》，第237页；王利明等：《中国侵权责任法教程》，第205-224页。

34) 虽然在精神损害赔偿中，抚慰金的数额确定会涉及侵权人的主观故意或过失，但在填补性赔偿理论下，故意和过失的主要意义在于：在无形财产或人格损害的情形，难以确定具体的实际损失。

侵权人的主观故意和重复侵权，不仅表明他对被侵害权益的无情、冷漠和无视，也是侵权人具有不法牟利动机的体现。其行为在主观状态和客观结果方面都具有强烈的可谴责性。以故意和重复侵犯著作权作为适用惩罚性赔偿的条件，在与与填补性赔偿相区分的同时，表明了适用惩罚性赔偿的谨慎态度：既通过加强对著作权的保护突出其社会经济价值，也把绝大部分的过失侵权排除在惩罚性赔偿之外，对著作权保护和表达自由的冲突进行了平衡。

## 2. 赔偿数额的确定

填补性赔偿的赔偿额与实际损失或违法所得相当，法理即在于使被害人回复到侵权之前的未遭受损害状态。在禁止侵权人因不法行为而获利方面，填补性损害也具有一定的威慑和预防效应。但威慑和预防的效力范围，仅限于事后对侵权人课以与实际损失相当的赔偿责任。在违法得利巨大而承担责任的风险较小的情况下，一般人有充分的动机进行侵权行为，此时填补性赔偿的威慑效力有限。

惩罚性赔偿的核心，即通过对侵权人的惩罚、对侵权人或第三人的威慑，事先预防不法行为在将来的发生。智力成果的无形性，致使侵犯著作权的行为有很大的隐蔽性，加之网络科技的发达、复印手段的众多，侵权人可获取的巨额利润与被发现侵权的风险形成强烈的对比。即使在侵权人被起诉的情形，原告往往难以证明被侵权作品的数量，无法确定实际损失、违法所得或预期收益<sup>35)</sup>，在举证责任方面处于不利地位。

因此，在能够证明被告故意且重复侵犯著作权的情形，规定二至三倍于实际损失或违法所得的赔偿额，能在对具有严重可谴责性的故意侵权人进行惩罚的同时，充分实现对侵权人和第三人的威慑，预防将来继续侵权和新侵权的发生。而且，二至三倍于实际损失的赔偿，与产品责任、欺诈消费者、故意致消费者损害行为的规定类似<sup>36)</sup>，以实际损失为参照标准规定二到三倍的赔偿额，既不会过分

---

在其他条件不变的情况下，法律推定故意或过失造成的实际损失是不同的。在此意义上，故意和过失并不影响相当于实际损失的赔偿金额。

35) 在著作权侵权的司法实践中，由于原告对实际损失或违法所得举证的困难，大部分案件以法定赔偿金确定赔偿额的。相关论述，参见陈霞：《比较法视角下我国著作权惩罚性赔偿制度之构建》，载于《山东大学学报（哲学社会科学版）》2012年第5期：

地偏离被害人的实际损失而造成负面的过度威慑，也对侵权人或第三人发出了明确的信号，进而起到充分的震慑和预防功能。

## （二）美国的经验

### 1. 正当程序原则

涉及惩罚性赔偿的案件，侵权人的故意、肆无忌惮、冷漠等主观心理状态属于事实问题，由陪审团进行裁判，法官则指示陪审团此时可适用惩罚性赔偿，而将赔偿额的确定留给陪审团裁判<sup>37)</sup>。在赔偿额过高时，法官可以指令原告予以部分免除，或者裁定将案件发回重审。在BMW of North America, Inc. v. Gore案<sup>38)</sup>中，美国最高法院确立了判断惩罚赔偿金裁定是否符合宪法正当程序原则的三个标准：（1）被告行为的可谴责程度；（2）原告所受损害和惩罚性赔偿额之间的关系是否合理；（3）惩罚性赔偿额与相似案件判决的民事罚金间的异同<sup>39)</sup>。其中，可谴责性因素是判断惩罚性赔偿合理与否的最重要标准；惩罚性赔偿额的合理性，还取决于填补性赔偿和惩罚性赔偿之间的比例适当与否；对相同或相似不法行为处以（程度）相当的民事制裁，是基于宪法中基本的公平理念。

36) 中国《侵权责任法》第47条规定，“明知产品存在缺陷仍然生产、销售，造成他人死亡或者健康严重损害的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿”；《消费者权益保护法》第49条规定，“经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的一倍”；台湾《消费者保护法》第51条规定，“依本法所提之诉讼，因企业经营者之故意所致之损害，消费者得请求损害额三倍以下之惩罚性赔偿金；但因过失所致之损害，得请求损害额一倍以下之惩罚性赔偿金”。

37) 美国的侵权案件中，陪审团对事实问题进行裁决，并对赔偿额做出裁判。法官则在法官裁断事实时给予相关事实所需引用的法律的指示。

38) 517 U.S. 559, 116 S.Ct. 1589 (1996), see Id. at 19), pp464-473.

39) 该案中，Gore以欺诈为由起诉BMW，主张BMW公司未告知所售新车被重新涂漆是欺骗性的行为且对Gore造成实质损害。除了陪审团裁定的4000美元的实际损害赔偿额，Gore通过主张BMW应当因其对大概1000位其他消费者隐瞒新车被修缮的行为而受到惩罚，获得了陪审团4百万美元惩罚性赔偿金的裁定。Alabama州终审法院维持了对责任的裁决，但将惩罚性赔偿额减少到2百万美元。美国最高法院重新审查了Alabama州终审法院的裁决，并裁定对BMW裁决的2百万美元的惩罚性赔偿额是“严重过度”的，这违反了宪法的正当程序条款。See Id. at 37).

## 2. 版权侵权案件中的适用

在版权法定赔偿案件中，Gore案确定的标准也得到适用<sup>40)</sup>。

首先，在判断版权侵权人的可谴责性时，应该考虑：侵权人是否故意甚至恶意，例如以商业利润为目的使用原告作品或对其行为侵权与否漠不关心；普通人处于被告情形是否会认为他们的行为是合法的；不侵权抗辩是否合理；案件是否涉及新的法律争议；侵权规模的大小；侵权是系列相似不法行为的一部分抑或孤立事件；被告是累犯还是初犯；被告是否妨碍确定责任或损害赔偿的努力。

其次，判断惩罚性赔偿与实际损害（赔偿）的比例是否合理，不仅应当考量被告行为的可谴责性，还要考虑填补性赔偿额的相对大小<sup>41)</sup>。在对原告遭受的实际损失和被告违法所得的相对数值进行估算后，即可确定所裁判的惩罚性赔偿和实际损害的比例。如果法定赔偿额处于或超出六位数或七位数（例如，10,000或100,0000美元）的范围，则此法定赔偿具有惩罚性质。如果法定赔偿与实际损失的比例超出10:1，则可能超出Gore案确定的限制。

最后，对法定赔偿与类似案件的民事罚款进行比较。法院在类似案件的民事制裁中，试图对侵权人或第三人进行威慑并事先预防不法行为的发生，会持相当的审慎态度。因法院审慎程度的不同，相应民事制裁的威慑效应也有差异；基于同等案件同等对待的公平原则，类似的，法院在版权侵权案件中也应当综合版权保护、知识获取、自由表达和技术革新等相关因素，基于实用主义的公共政策考量，裁判平衡各方利益的法定加重赔偿。

### （三）中国《著作权法》修改稿第72条第3款的具体化

#### 1. 适用条件

---

40) See *Id.* at 20), pp471-473.

41) 在善意侵权或普通侵权情形，法定赔偿通常具有填补损害和适当威慑的功能，而非当然是惩罚性的。而仅在对故意侵权人判处数倍甚至高倍于实际损害的加重赔偿时，法定赔偿才具有惩罚性。See *Id.* at 40).

对行为人过错程度的判断，应该考虑以下因素：行为人是否知道或应当知道其行为侵犯他人著作权；行为人的过错程度，是以营利为目的故意侵权，还是非营利性的明知而使用，抑或存在其他不良动机或合理原因的明知而使用。仅仅是故意侵犯著作权，并不当然的适用惩罚性赔偿，只有在行为人故意侵权且具有相当的可谴责性时，才能考虑惩罚性赔偿的适用。

对侵权人可谴责性的判断，除了行为动机或目的外，还应考虑：实施侵犯著作权行为的次数，两次以上的重复侵权常常也表明侵权人对他人权益的漠不关心和不良动机；侵犯著作权的规模，如被侵权作品数量、市场范围和销售量等；是否存在篡改或删除作品著作权信息的行为，或者使用、传播破坏技术保护措施的方法或工具的行为，前述行为对著作权人会造成更大的损失，在行为人动机不当时可谴责性尤为强烈。

但是，应当考虑对合理使用、法定许可或强制许可的排除。且在著作权侵权人是个人或小规模团体时，审慎的适用中国《著作权法》修改稿第72条第3款。而在并非合理使用或法定许可的情形，只要侵权人的使用原因具有一定的合理性，或者对著作权人的损害有限，也应在知识获取、自由表达与权利保护之间进行平衡，审慎适用前述条款。

## 2. 惩罚性赔偿额的确定

较之美国法定赔偿200:1或750:1的最高额与最低额的比例，中国《著作权法》修改稿“根据前两款计算的赔偿数额的二至三倍确定赔偿数额”确定的赔偿额具有更大的固定性，故而法院的自由裁量空间相对有限。

但在二至三倍的确定范围内，法院对具体倍数或赔偿额的确定，也应当考虑到：

(1) 侵权人的可谴责程度。例如，侵犯著作权行为的具体次数，侵权人的营利或其他不良动机，被侵害作品的数量、市场范围和销售量等因素；(2) 侵权人的财务状况。例如，在侵权人是营利企业或大型社团时，较高倍数的惩罚性赔偿才能造成预期的威慑或预防效应；(3) 实际损害或法定赔偿金的赔偿额。如果以实际损失、违法所得、预期收益或法定赔偿金所估算的赔偿额过于巨大，法院在确定惩罚性赔偿数额时，应当慎重并对选择高额的赔偿采取克制态度，以免过度惩

罚<sup>42)</sup>；(4) 相同案件的其它财产性制裁。如果同一案件的侵权人同时承担行政责任或刑事责任，并被判处行政罚款或刑罚罚金，根据一事不再罚的法理，应当限制或降低惩罚性赔偿；(5) 类似案件的比较。基于各地经济发展标准，应当在区域性类似案件中对惩罚性赔偿的数额做出相应规定，但在同一区域或相当水平区域，应当确保惩罚性赔偿数额的一致性。

#### 四、总结

“惩罚性赔偿”在中国著作权法领域的确定，是对传统民法填补性赔偿的恢复原状理念的突破。在德法两个大陆法系国家对著作权领域是否采用惩罚性赔偿仍处于不明确态度时，中国采用了更为实用主义的态度，结合中国经济产业转型、国家知识产权战略和私人著作权保护意识提高等现实因素，在《著作权法》修改稿中确立了惩罚性赔偿制度。当然，中国并没有完全借鉴美国版权法高比例和自由裁量模式，而是适应本国文化产业发展和经济状况，规定了二至三倍于实际损害的赔偿数额，这也符合司法有限能动的内在逻辑。但是，美国通过案例发展出的惩罚性赔偿适用标准，对处于空白阶段的中国著作权惩罚性赔偿的具体适用，具有相当有益的参考和借鉴意义。而如何在著作权保护和知识获取、自由表达以及技术革新过程中对各方利益进行平衡，更是中国著作权法领域实用惩罚性赔偿制度的挑战。

#### 参考文献

- 【德】迪特尔·梅迪库斯：《德国债法总论》[M]，杜景林，卢谟译，法律出版社2004年第1版。
- 【德】M·雷炳德：《著作权法》[M]，张恩民译，法律出版社2005年第1版。

42) 关于过度惩罚的弊端，参见注30)。

- 王泽鉴：《侵权行为》[M]，北京大学出版社2009年第1版。
- 王利明等：《中国侵权责任法教程》[M]，人民法院出版社2010年第1版。
- 【德】迪特尔·梅迪库斯：《德国债法分论》[M]，杜景林，卢谌译，法律出版社2007年第1版。
- Linda L.Schueler, “*Punitive Damages (5<sup>th</sup>)*”, Volume One, Lexis Nexis.
- 【德】：马克西米利安·福克斯，〈侵权行为法〉[M]，齐晓琨译，法律出版社2006年版。
- 张民安：《现代法国侵权责任制度研究（第二版）》[M]，法律出版社，2007年版。
- 孙萌，韩楠：《著作权侵权赔偿数额的计算》，载于《科技与出版》2010年第9期。
- 徐超：《从德国法看我国著作权赔偿制度》，载于《政治与法律》2004年第5期。
- 陈霞：《比较法视角下我国著作权惩罚性赔偿制度之构建》[J]，载于《山东大学学报（哲学社会科学版）》2012年第5期。

[Abstract]

## The establishment and application of punitive damages in china copyright law

Liu, Zi-Qin

*Author is the Doctoral student of School of Civil, Commercial,  
and Economic Laws in China University of Political Science and Law.*

§72(3) of the Amendment of Chinese Copyright Law break the traditional compensation concept of civil law through establishing its punitive damages regime in China at first time. When applying the two or three times damages in the Amendment, one should integrate the experiences of other countries with their own needs for the copyright protection, such as considering the

infringer's reprehensible degree and financial situation, the actual losses and the amount of statutory damages, other pecuniary sanctions related to copyright, in order to balance the interests between knowledge acquisition, freedom of expression and technical innovations.

**Key words** : punitive damages, copyright, compensation, statutory damages

[内容提要]

2012年中国《著作权法》修正案第72条第3款突破了填补性赔偿的传统民法理念,首次在中国著作权领域确立了惩罚性赔偿制度。在对二至三倍赔偿的具体适用时,应在借鉴他国经验的同时结合中国著作权保护需求,考虑侵权人的和财务状况、实际损失和法定赔偿的额度、其它财产性制裁等因素,在著作权保护、知识获取、自由表达以及技术革新中平衡各方利益。

**关键词** : 惩罚性赔偿, 著作权, 填补损害, 法定赔偿