

解構著作權法的損害賠償方程式 ——以著作財產權之侵害為中心*

李治安**

要目

壹、前言	(一)美國法考察
貳、被害人之所受損害與所失利益	(二)小結
一、所受損害與所失利益	四、以獲利損失計算所失利益
(一)就著作權之性質及我國學術實務相關發展觀察	參、侵害人所得利益或侵害行為所得之全部收入
(二)美國法之觀察	一、立法目的與損害填補之關聯
(三)小結	二、侵害利得之計算
二、所失利益是否涵蓋差額法？	(一)我國實務
(一)否定說	(二)美國實務
(二)肯定說	(三)小結
(三)本文見解	肆、法院酌定賠償額
三、授權費用之合理市場價值	一、損害額之不易證明
(一)我國實務	

* 作者感謝兩位匿名審稿委員極具建設性之寶貴意見、研究助理楊雅竹律師及盧美慈律師不辭辛勞協助蒐集國內法院判決，惟所有文責由作者自負。

** 政治大學法律科際整合研究所暨智慧財產研究所合聘助理教授，美國史丹福大學法學博士。

投稿日期：一〇〇年三月七日；接受刊登日期：一〇〇年五月二十七日

責任校對：陳柏銓

(一)損害額不易證明於法院酌定賠償中所扮演之角色

(二)損害額不易證明之實質認定

二、侵害情節

(一)我國實務

(二)美國實務

(三)小 結

三、著作侵害個數之計算

(一)編輯著作

(二)連續性著作

(三)套裝軟體

(四)其他關聯性著作

伍、結 語

摘 要

關於著作財產權侵害之損害賠償計算方式，在實務及學理上均是一個基本但卻相當重要的課題，我國著作權法將該等計算方式規範於第八十八條第二項及第三項，然而，國內文獻對此議題之相關討論並不多。本文以我國著作權法第八十八條第二項及第三項之規範及相關理論為中心，廣泛考察國內法院判決對於該條文之操作方式，並參酌美國法在理論及實務上之相關探討，系統性的分析關於著作財產權侵害時，損害賠償計算之實然面與應然面，以期對我國實務發展及未來相關研究提供一個有價值的參考依據，探討主題包括著作財產權侵害案件中，「所受損害與所失利益」及「侵害人因侵害行為所得收入」之計算，以及「法院酌定賠償額」之法律與政策相關問題。

關鍵詞：著作權、著作財產權、損害賠償、所失利益、侵害人因侵害行為所得收入、法院酌定賠償額、實際損害、合理權利金、侵害情節

壹、前言

對於許多經由民事訴訟程序主張權利者而言，取得損害賠償可說是相當重要的訴訟目的，許多權利人為了取得損害賠償，不惜付出相當之勞力、時間、費用，因而有學者將損害賠償稱為「彩虹末端的一罐金」（pot of gold at the end of rainbow）¹。然而，在權利侵害案件中，損害賠償額究竟應如何認定，對於多數民事法律領域而言，均係一饒富趣味之問題，且同時具有理論及實務之重要性，本文以著作財產權侵害之損害賠償計算方法為核心，探討其所涉及之相關法律議題。

依著作權法第三條第一項第三款之規定，我國之著作權係「指因著作完成所生之著作人格權及著作財產權」，因此著作權之侵害可分為著作人格權之侵害及著作財產權之侵害。就法律救濟而言，當著作權受到侵害時，我國著作權所提供的法律救濟途徑包括民事救濟、刑事救濟及行政救濟。就著作財產權之侵害而言，著作權人所得主張之民事救濟包括排除侵害請求權及防止侵害請求權（著作權法第八十四條）、損害賠償請求權（著作權法第八十八條第一項）、不當得利請求權（民法第一七九條）²、侵害行為所作成之物或主要供侵害之物之銷毀請求權（著作權法第八十八條之一）及判決書之登載請求權（著作權法第八十九條）。

當著作權人依前揭著作權法第八十八條第一項之規定，主張著作財產權侵害之損害賠償請求權且獲法院認可時，損害賠償額之計

¹ CRAIG JOYCE ET AL., COPYRIGHT LAW 889 (7th ed. 2006).

² 參見張靜，新著作權法釋論，頁550-551，1988年1月；賀德芬，著作權侵害的責任與損害賠償，國立臺灣大學法學論叢，10卷1期，頁30，1980年12月；羅明通，著作權法論Ⅱ，頁475，2009年9月7版；蕭雄淋，著作權法論，頁342，2007年4月5版。

算即成為一個重要課題。我國著作權法關於著作財產權損害賠償之計算方式，主要規定於第八十八條第二項及第三項³。該二項之規定雖然看似單純，但於實務運用上卻常出現分歧的見解，理論上亦頗有深究之必要。然而，遺憾的是，目前國內文獻之相關討論，卻相當不足。本文之目的，即在於以著作權法第八十八條第二項及第三項之規範及相關理論為中心，廣泛考察國內法院判決對於該條文之操作方式，並參酌美國法在理論及實務上之相關探討，系統性地分析關於著作財產權侵害時，損害賠償計算之實然面與應然面，以期對我國實務發展及未來相關研究提供一個有價值的參考依據，探討主題包括「所受損害與所失利益」及「侵害人因侵害行為所得收入」之計算，以及「法院酌定賠償額」之法律與政策問題。申言之，本文主要之研究問題為：依據我國現行之著作權法規範，著作財產權侵害之損害賠償應如何計算？基於該主要研究問題所衍生派出之其他研究問題則為：著作權法第八十八條第二項及第三項關於損害賠償計算之個別規定應如何適用？其適用所蘊含之政策意涵為何？

選擇美國法作為比較法考察的原因在於，首先，相較於其他可能成為比較法對象之他國著作權法而言，作者對於美國著作權法之理論與實務較為熟悉；且美國實務及學理多年來在損害賠償之計算上，已累積相當成果，頗值參考；此外，美國著作權法關於損害賠償之規範結構及內容，與我國著作權法第八十八條第二項及第三項

³ 請參見經濟部智慧財產局93年2月13日930213電子郵件函釋：「著作權法第88條之立法理由，本局說明如下：……三、第88條之立法理由，係針對侵害行為依民法損害賠償之規定，於著作權法內明定賦與著作權人損害賠償請求權，且為落實損害賠償請求權之行使，對損害賠償之計算方法，亦配合予已明文規定……。」

有許多相似之處^{4、5}。惟此處須特別說明者有二：第一，本文雖以比較法為研究方法之一，但論述仍以我國法為主要對象，文中並非對所有關於著作財產權侵害損害賠償之計算問題，均以比較法之方法分析推論，蓋部分問題可直接透過我國既有規範之論理解釋或體系解釋直接處理之（如本文第貳部分所析述所失利益是否涵蓋「差額法」、第參部分所述以銷售淨利計算損害等問題），故本文之論述推演並非全然以美國法為唯一依據；第二，著作權侵害損害賠償可由不同視角切入，縱使以比較法之角度觀察，亦有許多的選擇可能性，本文選擇以美國作為比較法考察之對象，如同所有之比較法研究，具有自身之侷限性，且我國與美國之民事損害賠償責任體系不盡相同，但是，筆者相信，對我國實務與學術之就此議題之發展而言，美國法之發展經驗及其累積數量眾多之實務判決，確具相當之參考價值，作者所期待者，並非就著作財產權侵害之損害賠償計算問題，提供絕對完美的答案，只盼就此議題提供一個觀察視角，

⁴ 雖然美國法不具備一般大陸法系之強烈著作人格權特色，其著作權之發展強調經濟權（*economic right*）面向，但是該面向與包括我國在內之大陸法系著作權制度中的著作財產權相類似，參見PAUL GOLDSTEIN, *INTERNATIONAL COPYRIGHT: PRINCIPLES, LAW, AND PRACTICE* 247-53 (2001); PAUL GOLDSTEIN, *INTERNATIONAL INTELLECTUAL PROPERTY LAW: CASES AND MATERIALS* 223-36 (2d ed. 2008)。

⁵ 當然，從事比較法研究者仍須留意比較對象間關於其他規範及法律文化等的差異。舉例言之，以本文所處理的著作權侵害損害賠償之計算為例，美國訴訟程序中有所謂事證開示（*discovery*）制度，因此站在當事人之立場，取得對造證據之難易程度自與我國有異，此等差別必然對於最後損害賠償之計算結果有顯著影響；此外，類似的條文結構，但含帶細微的規範差異，可能象徵著明顯不同的規範思維，如本文第肆部分論及我國與美國著作權法之酌定損害賠償額規定，看似類似，但前者仍以填補損害為主要規範目的，後者卻強調損害賠償的懲罰性功能。

供我國未來學說及實務進一步探討相關議題之基礎，以收拋磚引玉之效。

由於「所受損害與所失利益」及「侵害人因侵害行為所得收入」之計算，以及「法院酌定賠償額」三者已構築為我國現行著作權法損害賠償計算之完整法律體系，因此本文以下即以該三種計算方式作為論述架構。雖然，文中之論述順述與法條規範順序相同，但本文之目的，並非對現行著作權法第八十八條第二項及第三項作逐條釋義，而是希冀探尋現行著作權法損害賠償體系之個別法律政策議題與相互關聯，並進而尋求對現行法規範之符合法律論理、體系與政策目標之適用方式。

貳、被害人之所受損害與所失利益

著作權受侵害之被害人，得依著作權法第八十八條第二項第一款之規定，「依民法第二百十六條之規定請求。但被害人不能證明其損害時，得以其行使權利依通常情形可得預期之利益，減除被侵害後行使同一權利所得利益之差額，為其所受損害。」有論者將本款之本文稱為「具體損害賠償法」，但書稱之為「差額法」⁶。

本款適用在理論及實務上有若干疑義，我們發現適用本款之判決多以「所失利益」為依據，但目前國內學說及實務上尚未探討其原因何在；此外，在著作權侵害案件中，「所受損害」與「所失利益」之範疇與應用為何、「所失利益」與本款但書之區別何在，在實際計算損害均屬重要問題；再者，而在以「所失利益」為損害賠償計算依據之判決中，多數以「合理權利金」作為計算基礎，其他部分判決則以權利人之獲利損失或銷售損失計算，兩者適用之法理依

⁶ 謝銘洋，智慧財產權法，頁318，2008年10月；羅明通，同註2，頁478。

據及概念區別，亦有理論及實務價值，但國內學說及實務亦未深究。本文以下即就此等著作權法第八十八條第二項第一款適用所衍生之重要問題，析述我國實務現況，並試圖提供法條適用之應然思維。

一、所受損害與所失利益

著作權侵害之被害人如依著作權法第八十八條第二項前段請求損害賠償，則須以民法第二一六條為計算基準。依民法第二一六條規定：「I 損害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害及所失利益為限。II 依通常情形，或依已定之計劃、設備或其他特別情事，可得預期之利益，視為所失利益。」學說上將「所受損害」稱為「積極損害」，將「所失利益」稱為「消極損害」。前者係指被害人既存財產減少而受之損失，例如受傷後因醫療而支出之費用；後者則指被害人財產應增加而不增加而受之損失，如因身體受傷不能工作而導致之工資損失⁷。

在著作權侵害之案件中，應如何認定「所受損害」與「所失利益」並非易事。依據作者就我國及美國法院實際判決之觀察，在法條實際適用上，「所失利益」之適用可能性與重要性，應較「所受損害」為高，茲將其理由分述如下。

(一)就著作權之性質及我國學術實務相關發展觀察

著作權所保護之對象係著作。與其他智慧財產權所保護的客體相同，著作並非有體物，且具有相當的公共財（public goods）性質，公共財性質中包括了非敵對性（nonrivalrous）或非耗損性之

⁷ 王澤鑑，信賴利益之損害賠償，民法學說與判例研究，第5冊，頁243，1996年10月；孫森焱，民法債編總論，頁316、327，1990年10月9版；曾世雄，詹森林續著，損害賠償法原理，頁186-188，2005年10月2版；鄭玉波，民法債編總論，頁251，1993年10月14版。

特質，該特質係指他人使用系爭著作時，著作權人仍得同時使用該著作，著作權人得使用之著作，在量上並不會因他人使用而減損⁸，此與有體物不同，就有體物而言，他人使用或侵害有體物之同時，必定影響所有權人對該有體物之使用或控制。此特質反映到損害賠償之計算上，造成的結果是，著作權侵權並不容易形成前述之「積極損害」，因為縱使他人侵害特定著作財產權，但著作權人仍能保有其完整之著作權，他人侵害著作財產權或許會影響著作權人在市場上之市場占有率或原本能取得之權利金，卻難以減損著作權人的既有財產⁹，因此實務上多數判決依著作權法第八十八條第二項前段及民法第二一六條認定損害賠償額時，多以「所失利益」作為認定標準¹⁰。

國內一般文獻在探討著作權法第八十八條第二項第一款準用民法第二一六條之規定時，所舉之例子均為著作權人因著作權侵害行

⁸ See, e.g., JYH-AN LEE, CODING A FREE SOCIETY: OPEN SOURCE STRATEGIES FOR POLICYMAKERS 5-6 (2007); ROBERT P. MERGES ET AL., INTELLECTUAL PROPERTY IN THE NEW TECHNOLOGICAL AGE 2 (3d ed. 2003).

⁹ 該等特性於著作數位化後尤為明顯，參見CHRIS ANDERSON, FREE: THE FUTURE OF A RADICAL PRICE 142 (2009)。謝銘洋教授關於商標侵害案件中「所受損害」之分析在此處亦值得參考，其認為「因為商標是無體財產權，縱使他人使用相同或近似之商標，並不會造成商標權人無法使用該商標之情形，商標權之固有利益，原則上並不容易因而受到損害；縱使受有損害，（例如會造成商標本身價值減損或識別性降低）亦不容易證明」。謝銘洋，商標侵害及損害賠償之計算——智慧財產法院97年度重附民字第1號刑事附帶民事判決及商標法修正草案評析，月旦民商法雜誌，26期，頁198，2009年12月。

¹⁰ 最近的判決如智慧財產法院（以下簡稱「智財法院」）98年度民著上字第13號判決、智財法院99年度民著訴字第15號判決及智財法院99年度民著訴字第18號判決。其他如臺北地方法院88年度國貿字第46號判決、臺灣高等法院92年度訴易字第11號判決、板橋地方法院92年度重簡字第1354號判決及彰化地方法院95年度智字第12號判決等。

為所造成之「所失利益」，如該權利人因系爭侵害行為而造成原本預期利潤之減少¹¹，或者著作物之滯銷等¹²，鮮少有關於著作權侵害所造成「所受損害」之適例，由此亦可看出，在著作權侵害中，要以民法第二一六條之「所受損害」來認定損害賠償額，有相當的困難。

就我國實務發展而言，法院適用著作權法第八十八條第二項第一款準用民法第二一六條之規定，產生之主要法律問題有二：其一為部分法院在法律適用上僅以民法第二一六條帶過，判決中未區分其損害賠償之認定標準為「所受損害」抑或是「所失利益」¹³；另一問題為某些法院將「所失利益」認定為「所受損害」¹⁴。

本文以為，前述著作權受侵害所造成之損害在法律上應屬著作權人之「所失利益」，民法學者孫森焱教授將所失利益分為三類¹⁵：1. 確實可以獲得之利益而未獲得者；2. 依通常情形可得預期之利益；以及3. 依已定之計畫、設備或其他特別情事，可得預期之利益。在著作權侵害之情況，被告使用原告著作，本應支付權利金卻未支付，對原告而言，該應支付而未支付之權利金，可說是孫教授所界定的第二種所失利益，亦即依通常情形可得預期之利益。該等原告未能收取之權利金亦符合黃茂榮教授對「所失利益」之定

¹¹ 謝銘洋、馮震宇、陳家駿、陳逸南、蔡明誠，著作權法解讀，頁104，2005年5月2版；蕭雄淋，同註2，頁333-334。

¹² 參見羅明通，同註2，頁478。

¹³ 如智財法院98年度民著訴字第8號判決。

¹⁴ 如臺灣高等法院85年度上字第410號判決將被害人因著作權侵害行為所未能出清之著作物認定為「所受損害」；臺北地方法院97年度智簡字第1號判決，將原告原本因可授權被告而取得之授權費用認定為「所受損害」；智財法院98年度民著訴字第28號判決謂：「本件原告因被告之侵權行為，其所受之損害乃應收取之相關費用未能收取，此即其所受損害之範圍」。

¹⁵ 孫森焱，同註7，頁328。

義：「所謂『所失利益』，乃指新財產之取得，因損害事實之發生而受妨害而言」¹⁶，著作權人原本可取得之權利金新財產，即為此處之「新財產之取得」，而我國實務近年來亦不乏判決明確將該等損失界定為所失利益¹⁷。

綜前所述，依據前述民法上關於「所受損害」及「所失利益」之定義，著作物之滯銷及侵害人未支付授權費用之事實並未使被害人的既存財產減少，只是使其未能取得原本產品售出所預期取得之利潤，此應為「消極損害」或「所失利益」¹⁸，此即學者所云，所失利益涵蓋交易機會受到侵害之損害，或因未完成交易導致獲得利潤之機會受到侵害，因而導致之損害¹⁹。因此，我國有實務見解將著作物之滯銷及侵害人未支付授權費用認定為「所受損害」，實屬誤解。

(二)美國法之觀察

從比較法的角度觀察，美國著作權法第五〇四條關於著作權侵害損害賠償之規定與我國著作權法第八十八條類似，其中前者之b項規範了以被害人之實際損害（actual damage）與侵害人之利得作為損害賠償計算標準，與我國著作權法第八十八條第二項類似，而

¹⁶ 黃茂榮，所失利益之賠償，植根雜誌，14卷8期，頁368，1998年8月。

¹⁷ 具代表性者如智財法院99年度民著訴字第15號判決：「有鑒於著作財產權人授權他人利用其著作（如重製、銷售、散布、出租等）時，通常會收取權利金，此即著作財產權人可得預期之利益，惟於侵害著作財產權事件，致著作財產權人因此喪失授權收取權利金之利益，而受有消極之損害，因著作財產權人與侵權人間並無授權契約關係之存在，是以著作財產權人通常授權所收取之權利金，為其可得預期之利益，以此所失利益計算其因此所受之實際損害額，即屬適當」。

¹⁸ 學說亦同此見解，參見羅明通，同註2，頁478。

¹⁹ 曾世雄，詹森林續著，同註7，頁188。

c項之法定賠償（statutory damage）則與我國著作權法第八十八條第三項法院酌定賠償額之規定類似。因此，如將我國與美國著作權法中關於損害賠償計算之方式相比較，探討前者第八十八條第二項第一款之規定時，可資參考者為美國著作權法第五〇四條b項關於實際損害之規範。依該項規定，「著作權人得請求其因侵害所造成之實際損害」²⁰。

美國著作權法及該法之立法理由中並未定義何謂「實際損害」²¹，根據學者Melville Nimmer之見解，所謂的「實際損害」係指系爭著作之市場價值因侵害行為所造成的減損²²。近年來有學者及判決採取較廣義的見解，認為「實際損害」之概念實已包含著作本身價值之減損以及權利人因侵害行為所喪失之可能獲利²³，亦有學者認為，「實際損害」係指若侵害未發生時，被害人就系爭著作所得享有之利益²⁴。雖然我國之民事損害賠償法制並非繼受於美國，且兩者實屬不同法系，但如採前述廣義之概念理解美國法上之

²⁰ 17 U.S.C. § 504(b): "... The copyright owner is entitled to recover the actual damages suffered by him or her as a result of the infringement..."

²¹ Richard C. Wolfe & Serona Elton, *Proving Disgorgement Damage in a Copyright Infringement Case is a Three-act Play*, 84 FLA. B.J. 26, 26 (2010); *Storm Impact, Inc. v. Software of the Month Club*, 13 F. Supp. 2d 784, 791 (N.D. Ill. 1998).

²² MELVILLE NIMMER, NIMMER ON COPYRIGHT 14-16 (1985); *see also* *Frank Music Corporation v. Metro-Goldwyn-Mayer, Inc.*, 772 F.2d 505, 512 (9th Cir. 1985) (actual damages are often calculated to reflect "the extent of which the market value of the copyright has been injured or destroyed by an infringement").

²³ *See, e.g.*, JOYCE ET AL., *supra* note 1, at 899; *McRoberts Software, Inc. v. Media 100, Inc.*, 329 F.3d 557, 566 (7th Cir. 2003); *Polar Bear Productions, Inc. v. Timex Corporation*, 384 F.3d 700, 708 (9th Cir. 2004).

²⁴ Colin Morrissey, Note, *Behind the Music: Determining the Relevant Constitutional Standard for Statutory Damages in Copyright Infringement Lawsuits*, 78 FORDHAM L. REV. 3059, 3064 (2010).

「實際損害」，則美國法上「實際損害」之概念其實同時包含了我國法中的「所受損害」及「所失利益」。

在實然面上，美國實務對條文中「實際損害」之適用方式，卻多以原告因為著作權侵權行為所無法收取之授權金作為認定「實際損害」額度之依據，因為被告使用系爭著作，原本應取得原告同意並支付授權金，就該授權金應支付而未支付之事實，已造成了原告之「實際損害」²⁵。因此，學者Alfred C. Yen及Joseph P. Liu在觀察美國著作權損害賠償認定之相關實務發展後指出，除了被告原本應支付原告之授權金可謂原告之「實際損害」外，原告如能證明，若侵害行為不存在，則因銷售增加所能帶來的利潤亦可作為「實際損害」之認定依據²⁶。美國亦有實務界人士指出，在著作權侵害案件中，原告通常不會請求著作權本身因侵害行為所減損之價值²⁷，因為著作權價值本身就不易估算，且充滿不確定性²⁸，而著作權價值的實現，實有賴於授權等實際市場中的交易行為，因此以著作之授權金計算損害，方為較實際可行之損害計算方式²⁹。

無論是原告原本得向被告收取之權利金，或是原告因侵害行為所損失之利潤，均是原告財產應增加而未增加之情況，在我國民法

²⁵ See, e.g., ROBERT A. GORMAN & JANE C. GINSBURG, COPYRIGHT: CASES AND MATERIALS 753-68 (6th ed. 2002); JOYCE ET AL., *supra* note 1, at 889-99; Mackie v. Rieser, 296 F.3d 909, 914 (9th Cir. 2002); *Timex Corporation*, 384 F.3d at 708-09.

²⁶ ALFRED C. YEN & JOSEPH P. LIU, COPYRIGHT LAW: ESSENTIAL CASES AND MATERIALS 542 (2008).

²⁷ 所謂「著作權本身因侵害行為所減損之價值」即相當類似於我國法中「所受損害」的概念。

²⁸ 關於智慧財產權的價值不確定性，請參見蘇瓜藤，創造知識經濟競爭優勢之智慧財產評價產業，載：智慧財產的機會與挑戰——劉江彬教授榮退論文集，頁602-603，2008年12月。

²⁹ Wolfe & Elton, *supra* note 21, at 26-27.

上屬於「所失利益」或「消極損害」的範疇，並非「所受損害」。因此，就美國之著作權法制觀察，雖然上述Nimmer教授關於「實際損害」之解釋似乎與我國「所受損害」之概念較近似，但是實務運作的結果卻將「實際損害」解釋為與我國民法中「所失利益」較接近之概念。

(三)小 結

本文以為，由於著作權保護之對象為無體財產，具備公共財之非敵對性特質，因此實務上要在著作權侵害中認定「所受損害」或「積極損害」較為困難，較為可行的損害賠償額認定方式，是以被告原本應支付原告之授權金，或原告因侵害行為造成銷售利潤減少之額度，作為被告應負擔之損害賠償額，惟此等計算方式應為民法第二一六條之「所失利益」，並非「所受損害」。當然，或許無庸參酌美國法亦可獲致此等結論，但美國法實務之發展與相關研究亦印證了，在著作權侵害案件中，「所失利益」（短收之權利金或銷售利潤之減少）是比「所受損害」（著作權本身因侵害行為所減損之價值）更適合之損害賠償計算方式。

二、所失利益是否涵蓋差額法？

前述著作權法第八十八條第二項第一款但書之「差額法」，係指「被害人不能證明其損害時，得以其行使權利依通常情形可得預期之利益，減除被侵害後行使同一權利所得利益之差額，為其所受損害。」惟有疑義者，係該「差額法」與依同款本文適用民法之「所失利益」究竟有何不同？「差額法」之概念是否可被「所失利益」涵蓋？此區別對於法院認定事實及適用法條均有相當影響，以下茲就否定及肯定之見解分述之：

(一)否定說

羅明通教授採取否定說，其認為著作權法第八十八條第二項第一款但書之「差額說」，與同款本文適用民法第二一六條之「所失利益」係屬不同概念³⁰，後者在概念上屬於「具體損害賠償說」，羅氏似認為所失利益之概念並未扣除侵權人「侵害後行使同一權利所得利益之差額」³¹。

(二)肯定說

依據經濟部智慧財產局九十三年二月十三日之電子郵件函釋，著作權法第八十八條第二項之「損害賠償之計算方法共有四種：1. 依實際損害；2. 依權利人所失利益；3. 依侵害人所得利益；4. 侵害行為所得之全部收入。此四種損害賠償之計算方法，由被害人自行選擇，以資填補著作權因被侵害所生之損害」，依據該函釋，四種計算方法中，後二者應指該項第二款之本文及但書之計算方法，而前二種則為第一款之情況。換言之，第一款之損害賠償計算方法只有兩種，亦即「實際損害」與「權利人所失利益」，所謂實際損害，應指民法第二一六條之「所受損害」³²，而「權利人所失利益」當然是指民法第二一六條之「所失利益」。申言之，依據智慧財產局該函釋之見解，著作權法第八十八條第二項第一款關於損害賠償之計算方式只有「所受損害」與「所失利益」兩種，而該款但

³⁰ 參見羅明通，同註2，頁478-479。

³¹ 參見羅明通，同註2，頁478-479。須說明的是，羅氏將著作權法第88條第2項第1款本文及但書區分為兩種獨立的損害賠償方法，並分別以「具體損害賠償說」及「差額說」稱之，但並未說明其將兩者區分之具體理由。

³² 以「實際損害」之用語來指涉「所受損害」之概念，有時在法理及比較法之探討上，亦有相當之問題，易造成概念上的混淆，因此本文並不贊成，參見後註109。

書中，「被害人不能證明其損害時，得以其行使權利依通常情形可得預期之利益，減除被侵害後行使同一權利所得利益之差額」並非一獨立之損害賠償計算方法。

商標法中關於商標侵害損害賠償之計算亦有類似之規定，依商標法第七十一條第一項本文及第一款：「商標權人請求損害賠償時，得就下列各款擇一計算其損害：一、依民法第二百十六條規定。但不能提供證據方法以證明其損害時，商標權人得就其使用註冊商標通常所可獲得之利益，減除受侵害後使用同一商標所得之利益，以其差額為所受損害」，該款規定與前述著作權法第八十八條第二項第一款之規定相同。依據謝銘洋教授之見解，商標法第七十一條第一項第一款但書之差額法，「雖然形式上是用以計算『損害』，實質上卻是民法第二百十六條第二項『所失利益』之範疇」³³，謝教授認為，商標法七十一條第一項第一款但書之「商標權人得就其使用註冊商標通常所可獲得之利益，減除受侵害後使用同一商標所得之利益，以其差額為所受損害」，與民法第二一六條第二項「依通常情形，或依已定之計劃、設備或其他特別情事，可得預期之利益」相比較，兩者雖然用語不同，但概念卻一致，且後者之概念範圍應更廣，因此，「商標法第六十三條（作者註：二〇一一年配合商標法修正，條號調整為第七十一條）第一項第一款但書之規定，將原本屬於所失利益範疇中之通常可獲得利益（性質上屬於預期利益），和損害概念相混淆，並不妥當。³⁴」謝教授之見解雖是針對商標法第七十一條第一項第一款，但該規範之內涵其實與著作權法第八十八條第二項第一款相同，因此如在商標損害賠償之計算中肯認謝教授之見解，則於著作權法第八十八條第二項第一

³³ 謝銘洋，同註9，頁198。

³⁴ 謝銘洋，同註9，頁198。

款但書亦應為相同之解釋，亦即該但書之計算方法實為所失利益之計算方法。

(三)本文見解

本文以為，著作權法第八十八條第二項第一款但書中所謂「以其行使權利依通常情形可得預期之利益，減除被侵害後行使同一權利所得利益之差額，為其所受損害」即為民法第二一六條「所失利益」之概念涵蓋，蓋但書中之「差額」才是受害人原本所預期但卻未取得之利益，此即「所失利益」，條文將「通常情形可得預期之利益」包含被害人「被侵害後行使同一權利所得利益」，概念上徒增混淆，謝銘洋教授前述關於商標法第七十一條之論述此處亦有相同法理之適用；再者，觀諸國內實務判決，鮮有依著作權法第八十八條第二項第一款但書計算損害者。因此本文以為，就立法之觀點而言，該款但書之規定實可刪除。

三、授權費用之合理市場價值

以授權金或授權費用作為認定著作權侵害之損害範圍，在許多國家立法及實務中均屬常見，我國及美國亦不例外，本文以下就就二國之操作實務，提出觀察分析，我國實務近年來在合理授權費用之認定上，漸趨細緻，法院考量之因素涵蓋面逐漸擴張，但尚未發展出如美國學者Paul Goldstein對授權費用認定之體系，特別是其與侵害產品競爭市場之關聯，因此該等論述對我國學術實務應有相當啟發。

(一)我國實務

我國實務上，在法院適用著作權法第八十八條第二項第一款認定損害賠償額之案件中，以授權金或授權費用作為認定損害賠償額

之判決為大宗³⁵。法院常以原告就系爭著作所能收取之授權費用作為損害賠償計算標準，蓋被告使用原告之著作，但卻未支付授權費用，可謂因此造成原告之損失³⁶。在實際認定授權費用時，法院多以原告就系爭著作或類似著作已經取得之授權費用為認定標準，在證據上法院會參酌原告與他人之著作權讓與合約、授權合約、取得授權金之發票、銷貨單、出貨單及銷售網頁資料等³⁷。當然，針對不同的著作類型，法院亦會採取不同的授權費用認定標準，如在使用他人照片於雜誌之情況，法院曾參酌照片刊登之位置、圖片大小、照片精緻度、拍攝難易程度及原告其他攝影著作之授權金額，

³⁵ 如臺北地方法院93年度智上字第52號判決、臺灣高等法院94年度智上字第27號判決、臺灣高等法院94年度智上字第52號判決、新竹地方法院94年度智字第1號判決、臺北地方法院95年度智字第122號判決、板橋地方法院95年度智字第18號判決、臺灣高等法院高雄分院96年度訴易字第15號判決、臺灣士林地方法院96年度智第27號判決、臺北地方法院96年度智字第93號判決、臺北地方法院97年度智簡上字第1號判決、臺北地方法院97年度智字第70號判決、臺灣高等法院97年度智上易字第13號判決、智財法院98年度民著上易字第3號判決、智財法院98年度民著訴字第8號判決、智財法院98年度民著訴字第15號判決、智財法院98年度民著訴字第44號判決、智財法院98年度民著上易字第3號判決、及智財法院98年度民著上字第13號判決等。

³⁶ 亦可參見智財法院98年度民著上字第13號判決及智財法院99年度民著訴字第15號判決就此假設有詳細的說明。此等假設與德國聯邦法院之見解有共通之處，後者亦認為，「未取得許可而使用他人無體財產權者，最少應支付為取得許可所應支付之相當報酬額」，參見曾世雄，詹森林續著，同註7，頁323。美國實務亦是如此解釋，參見Davis v. The Gap, Inc., *infra* note 46, at 166。亦可參見本文前述貳、一、(一)部分關於「所失利益」之說明。

³⁷ 如臺灣高等法院94年度智上字第27號判決、板橋地方法院97年度重智第4號判決、臺灣臺北地方法院97年度智簡上字第1號判決、智財法院98年度民著訴字第8號判決、智財法院98年度民著上字第13號判決及智財法院98年度民著訴字第28號判決、智財法院98年度民著上易字第3號判決、智財法院99年度民著訴字第15號判決等。

決定原告於案中依通常情形可得預期之權利金為授權費用³⁸。在軟體著作權侵權之案件中，法院曾以原告對外銷售系爭軟體之價格，作為使用者合法使用系爭軟體之權利金，並認為此係原告之所失利益，因而得以據此計算損害賠償額³⁹。

我國實務上目前關於以授權金或授權費用作為認定損害賠償額之判決漸多，也正在發展出漸趨成熟的認定標準，其中在過去已存在原告就相同或類似著作授權之案件中，以授權金作為認定損害賠償額之判定較為容易，但是若原告就系爭著作過去未曾授權他人使用，而其仍欲主張授權金作為所失利益時，法院應如何判斷，此係我國實務目前應思考之問題，就此議題，美國法制之發展經驗或值借鏡，以下即以美國著作權法中，以授權金作為損害賠償額認定之發展析述。

(二)美國法考察

美國著作權權威學者Paul Goldstein曾對以授權費用作為認定著作權損害賠償之依據，有精彩之析述，Goldstein認為，在認定著作權損害賠償額時，應以侵害人與著作權利人是否於同一市場競爭為斷，若兩者在同一市場競爭，則可依著作權人之銷售損失，判斷其損害賠償額；惟若侵害人與著作權人並不在同一市場，則法院常以市場價值（market value）或合理權利金（reasonable royalty）計算損害賠償額。後者之假設係為，若被告要合法使用原告之著作，原本即須

³⁸ 如智財法院98年度民著訴字第8號判決。

³⁹ 如臺灣高等法院97年度智上易字第13號判決及智財法院98年度民著上字第13號判決等，相關實務見解之整理，可參見李治安，電腦軟體程式著作權侵害損害賠償的計算迷思——評智慧財產法院98年度民著上字第6號判決，月旦法學雜誌，190期，頁114-115，2011年3月。

支付合於相當市場價值之權利金⁴⁰，因此以被告就系爭著作使用之價值（value of use），作為認定損害賠償之範圍，自屬適當⁴¹。準此，有論者認為，法院以合理權利金作為損害賠償額之目的，實係為了實現原本應發生但卻未發生的市場交易⁴²。

以授權費用作為損害賠償額認定標準時，被告是否確曾與著作權人就授權事宜協商、是否有意願尋求合法授權，均在所不問⁴³，該標準只是假設存在一位具有誠信的被授權人，願意以何等價格向著作權人取得系爭著作之授權，且著作權人願意以何等價格將系爭著作授權⁴⁴，但是原告仍須先證明其著作具有合理的市場價值（fair market value）⁴⁵。在法院以授權金作為認定損害賠償額之案件中，有時法院不僅考慮訴訟兩造間可能存在的授權關係，有時亦考慮被告之侵害行為，是否有可能對原告將系爭著作授權予第三人之可能性有負面影響⁴⁶。申言之，訴外第三人可能因為知悉被告使

⁴⁰ PAUL GOLDSTEIN, COPYRIGHT, PATENT, TRADEMARK, AND RELATED STATE DOCTRINES 748 (2002); PAUL GOLDSTEIN, GOLDSTEIN ON COPYRIGHT § 12.1.1.1 (2009).

⁴¹ See, e.g., *Deltak, Inc. v. Advanced Systems, Inc.*, 767 F.2d 357, 3621 (7th Cir. 1985); *Harper House, Inc. v. Thomas Nelson, Inc.*, 1988 Copyright L. Dec. (CCH) 26, 203 (C.D. Cal. 1988).

⁴² Andrew W. Coleman, *Copyright Damages and the Value of the Infringing Use: Restitutionary Recovery in Copyright Infringement Actions*, 21 AIPLA Q.J. 91, 96 (1993).

⁴³ See, e.g., *id.* at 112.

⁴⁴ GOLDSTEIN, COPYRIGHT, PATENT, TRADEMARK, AND RELATED STATE DOCTRINES, *supra* note 40, at 748; GOLDSTEIN, GOLDSTEIN ON COPYRIGHT, *supra* note 40, at § 12.1.1.1; see also *Sid & Marty Krofft Television Prods., Inc. v. McDonald's Corp.*, 562 F.2d 1157, 1174, 196 U.S.P.Q. 97 (9th Cir. 1977); *Advanced Systems, Inc.*, 767 F.2d at 362; *Eales & Eales Associates v. Environmental Lifestyles, Inc.*, 1992 Copyright L. Dec. (CCH) 26, 883 (9th Cir. 1992).

⁴⁵ See, e.g., *Davis v. The Gap, Inc.*, *infra* note 46, at 166.

⁴⁶ See, e.g., *Davis v. The Gap, Inc.*, 246 F.3d 152, 176 (2d Cir. 2001).

用系爭著作之事實，因而未向原告就系爭著作尋求授權，原告即因此損失了原本得由該第三人處取得之授權金。在 *Cream Records, Inc. v. Joseph Schlitz Brewing Co.* 一案中，被告未經原告同意，於其電視廣告中使用了原告歌曲中的十個音符，且有證據顯示，原本有訴外第三人與原告接洽，就系爭歌曲尋求協議授權於該第三人的廣告中使用，但因被告之侵權行為導致該第三人打退堂鼓，不再尋求原告授權系爭歌曲，就此法院認為應列入損害範圍計算之考量，最後判決被告應賠償原告美金八百萬元，相當於系爭歌曲整首一年之授權權利金⁴⁷。

以權利金或授權費用作為著作權侵害損害賠償額認定基準之最困難處在於，究竟何等價格可稱為合理權利金或公平市場價值？在訴訟過程中，被告經常主張原告所提之參考授權金額臆測（speculative）成分過高，以 *Davis v. The Gap, Inc.* 一案為例，原告 *Davis* 係一設計製造眼鏡之公司，被告 *Gap* 則為全國知名的服飾公司，被告未經原告同意，於其廣告中使用原告公司製作、受著作權法保護之眼鏡產品，原告主張其所應得之合理授權費用為二百五十萬元美金，但法院認為該主張臆測性過高而未採納，法院最後參考原告過去曾以五十元美金之授權費用，授權 *Vibe* 雜誌刊登音樂家 *Sun Ra* 配戴其眼鏡產品照片之先例，作為本案之公平市場價值之主要認定依據，並指出若 *Davis* 能證明 *Gap* 所散布照片之範圍較當時 *Vibe* 雜誌散布之範圍更廣，方有可能取得超過五十元的授權費用⁴⁸。於該案中，法院亦指出，「公平市場價值」之計算並非以原告得就系爭著作之最高授權價值為計算基準，而應以被告對該著作之使用，原本所應支付之授權費用為計算基準。舉例言之，若被告

⁴⁷ 753 F.2d 826, 627-28 (9th Cir. 1985).

⁴⁸ *Id.* at 161.

在學校表演中，演出米老鼠（Mickey Mouse）角色，而對參與觀賞的學童、家長及教師收取每人三元的門票費用，則該使用之「公平市場價值」自不同於將米老鼠角色用於商業性演出的價值⁴⁹。

而在Polar Bear Productions, Inc. v. Timex Corporation一案中，原告主張之實際損害除了被告應給付之授權金外，尚包括原告就系爭視聽著作，原本所得在市場上銷售而獲取之利潤，而原告主張，其未能銷售該視聽著作之原因係因為被告未支付其權利金，因此導致原告欠缺充分資金上將系爭產品於市場上推出⁵⁰，法院則認為，原告該等關於產品市場利潤的主張實在太渺茫而不可及，自不應准許，蓋此處法院指出其所能承認之損害係得證明之損害，並非夢想的損害⁵¹。

關於原告主張授權金額之臆測性，美國法院多認為，請求金額本來就含有臆測之成分，因此當侵害事實已臻明確時，法院不應以請求額度之臆測性或不確定性排除原告主張之可能性⁵²，法院所應排除者，係不當的臆測（undue speculation）⁵³，而非所有的臆測。學者William F. Patry主張，在合理的範圍內，法院對於損害賠償額的不確定及模糊處，應作出對著作權人有利的處理⁵⁴；David Nimmer亦認為，在著作權侵害案件中，如果侵害事實已經確定，縱使損害額度不易確定，則仍不應排除原告之損害賠償請求權⁵⁵。換言之，就不確定之損害賠償額度，法院應尋求合理之判斷標準，對該

⁴⁹ *Id.* at 166 n.46.

⁵⁰ *Timex Corporation*, 384 F.3d at 709.

⁵¹ *Id.* at 710.

⁵² *See, e.g., Sygma Photo News, Inc. v. High Society Magazine*, 778 F.2d 89, 95 (2d Cir. 1985); *The Gap, Inc.*, 246 F.3d at 164.

⁵³ *The Gap, Inc.*, 246 F.3d at 166.

⁵⁴ WILLIAM F. PATRY, *COPYRIGHT LAW AND PRACTICE* 1167 (1994).

⁵⁵ 轉引自*The Gap, Inc.*, 246 F.3d at 165.

額度作出合理之臆測。

(三)小 結

綜前所述，我國實務在認定合理權利金時，已開始參酌不同的著作類型、交易及流通方式等因素，使得以權利金認定損害之計算方式不會流於僵化，且有愈趨細緻之發展趨勢，此與美國實務之發展相仿。而美國實務運作與學說發展亦為我國帶來些許啟示，若干美國判決除考量訴外第三人之行為與原告損害間的關聯外，亦點出了損害賠償計算上所不可避免的臆測成分，前述美國實務見解均認為，若著作權侵權案件中之被害人已證明其受有損害，只是額度無法確定，則法院仍應以合理之方式，認定損害賠償額。本文以為在我國實務上亦應為相同之解釋，理由如下：蓋就學理而言，在原告主張所失利益之案件中，我國學說認為，原告只須證明其獲得利益之可能性即可⁵⁶，該等論述某種程度象徵了法院計算損害時，所面臨之不確定性與臆測性成分，因此，若著作權侵權案件中，存在有合理之權利金或授權費用參考標準，則縱使該標準計算所依據之事實基礎與本案之事實基礎不完全相同，法院仍得參考之⁵⁷，以對本案之可能授權金作出合理臆測或估算，並依著作法第八十八條第二項第一款確定損害賠償數額。但是，此時若被害人完全無法依著作權法第八十八條第二項推算損害時（如完全欠缺合理授權金之參考依據⁵⁸或完全無法期待受害人證明侵害人因侵害行為所得之利益⁵⁹等情況），亦得請求法院依著作權法第八十八條第三項之規定，酌

⁵⁶ 參見黃立，民法債編總論，頁376，1995年3月。

⁵⁷ 如在板橋地方法院97年度重智第4號判決中，法院以著作權移轉之價格作認定基礎，指出相同著作權之合理權利金不應超過著作權之移轉價格。

⁵⁸ 參見本文配合註149之論述。

⁵⁹ 參見本文配合註147之論述。

定損害賠償額⁶⁰。

此外，本文以為，前述Goldstein教授所提出，依據侵害人與著作權利人是否在同一市場競爭之事實，決定應以合理權利金或銷售損失作為損害賠償之計算基礎，亦對我國學術、實務界有相當啟發，該等區分方式在概念上可較為妥適的還原釐清系爭案件中應被填補的損害（所失利益）究竟為何，如侵害人本來並非在同一產品市場與著作權利人競爭，則權利人所損失者即為合理權利金；反之，若侵害人與權利人具有競爭關係，則侵害人之產品與權利人之產品常具有替代性，權利人之銷售利潤極易受到侵害行為侵蝕，此即為所失利益之所在⁶¹。我國實務確實有以獲利損失計算損失利益（如本文以下第貳、肆部分所引用之實務見解），但實務與學術尚未作出明確的概念區分，界定何時應以獲利或銷售損失，而非合理權利金，計算所失利益，就此Goldstein教授之見解誠有參考價值。

四、以獲利損失計算所失利益

除了以短收的授權金計算損害以外，實務上亦有以侵權期間之利潤減少作為所失利益之計算標準者，如智財法院九十八年度民著上字第十號判決，先以原告系爭著作物之售價減去成本，計算出每

⁶⁰ 詳見本文第肆部分。

⁶¹ 須注意的是，將合理權利金置於所失利益或實際損害部分討論，係基於我國及美國現行著作權法規範及實務運作之基礎，但我國甫修正通過的專利法將合理權利金獨立於所失利益之外，使其成為一種獨立的損害賠償計算方式，亦是一個立法上的不同思考，參見專利法第97條：「依前條請求損害賠償時，得就下列各款擇一計算其損害：一、依民法第二百十六條之規定。但不能提供證據方法以證明其損害時，發明專利權人得就其實施專利權通常所可獲得之利益，減除受害後實施同一專利權所得之利益，以其差額為所受損害……三、以相當於授權實施該發明專利所得收取之權利金數額為所受損害」。

本著作物之利潤，再乘以被告售出侵權產品之數量作為所失利益之認定標準：

原告所失利益 = (原告系爭著作物每本之實際售價 - 原告系爭著作物每本之成本) × 被告售出侵權產品之數量

如前所述，本文以為，該計算方法應針對侵害人與權利人於同一市場競爭之情境，蓋該計算方法係假設侵害人所銷售之侵權產品，原本係權利人所得銷售，權利人產品市場被壓縮之範圍，即為侵害人所銷售侵權產品所取得之市場範圍⁶²，此亦符合美國學者Goldstein之假設論述。因此權利人所失利益係以被告實際售出之侵權產品數量及權利人每單位之利潤計算，惟須注意者，係若基於此假設計算原告之所失利益，則應以被告實際售出侵權產品之數量，而非被查獲之侵權產品數量為標準，蓋若被告尚未將產品售出，則未壓縮原告之產品市場，則原告原本預期之利益未受損失，自無所失利益可言⁶³。

上述計算方式以侵權產品銷售數量及產品利潤計算爭議較小。實務上曾有權利人直接以侵權行為發生前後，權利人營收淨額之差額，主張其所失利益，但由於相關證據不足，未證明該差額與侵權行為之關聯，因此不為法院所採⁶⁴。此外，在視聽著作著作權侵害之案件中，由於系爭著作重製之成本極低，所以有法院判決直接以

⁶² 智財法院98年度民著上字第10號判決謂：「本件上訴人所銷售之好讀版其內容與被上訴人之合訂本既屬雷同，而侵害被上訴人之著作財產權，而被上訴人所得預期之利益係銷售其合訂本後獲取利潤，就一般消費者而言，並無重複購買同性質、同內容書籍之必要及需求，則上訴人每銷售1本好讀版，被上訴人即減少其1本合訂本之銷售，故應以上訴人銷售好讀版之冊數及被上訴人每銷售1本合訂本可取得之利潤為計算被上訴人所受損害之依據」。

⁶³ 智財法院99年度民著訴字第18號判決即以查獲侵權產品之單位數為計算標準，因此本文並不贊同該見解。

⁶⁴ 參見最高法院98年度臺上字第1340號民事判決。

系爭著作物每單位之實際售價，乘以被告侵權產品之數量，而未扣除系爭著作物之每單位製作成本⁶⁵。

參、侵害人所得利益或侵害行為所得之全部收入

依著作權法第八十八條第二項第二款之規定，著作權侵害之被害人得「請求侵害人因侵害行為所得之利益。但侵害人不能證明其成本或必要費用時，以其侵害行為所得之全部收入，為其所得利益。」有學者將該款之本文稱為「總利益說」，但書稱為「總銷售額法」⁶⁶或「總價額說」⁶⁷。美國著作權法第五〇四條b項後段亦有類似之規定，以侵害人因侵害所得之利益定賠償額。

本文以為，此等規範在法律政策及實務應用上應釐清之主要問題有二：其一為規範目的為何，對規範目的之認知不同，即可能造成法律適用結果之不同，且規範目的是否會偏離損害賠償制度填補損害之本質，亦有探究必要；其二為「侵害人因侵害行為所得利益」之射程範圍究竟有多廣，以及被告得主張扣除之費用應如何計算，對此等問題之預設立場，亦將對損害計算之結果造成實質影響，本文以下就此等問題分述之。

一、立法目的與損害填補之關聯

事實上我國及美國以侵害人所得之利益作為損害賠償額認定依據之規範，有可能造成法院判決之賠償額大於被害人所受實際損害之情況，因為若侵害人較被害人更擅長營業或有其他因素介入時，

⁶⁵ 參見智財法院99年度民著訴字第18號判決。

⁶⁶ 謝銘洋，同註9，頁318。

⁶⁷ 羅明通，同註2，頁479。

侵害人之利得即有可能超過被害人之實際損害，此時該規範之適用會稍微偏離「有損害方有填補」的制度精神。就此Richard Posner法官曾指出，在某些個案中，侵害人係較被害人更有效率之生產者，因此侵害利得會明顯大於被害人之實際損害，此時如果未將侵害人利得作為計算損害賠償之依據，則會造成侵害人之僥倖心態，甚至引發鼓勵侵權的效果，因為侵害人會認為，縱使獲敗訴判決，被害人僅能請求賠償其實際損害，而侵害人在支付賠償金後，仍可獲得相當利潤，如此在法律政策上判斷，顯有失衡⁶⁸。因此，有論者認為，侵害人利得作為損害賠償係以不當得利（*unjust enrichment*）作為法理基礎⁶⁹。亦有法院判決指出，法律創設以侵害人利得作為損害賠償計算方式的原因，係因個案中難以精確計算實際損害所致⁷⁰。

如於我國適用著作權法第八十八條第二項第二款之規定，亦有可能造成被害人所得請求賠償之額度超過其實際損失之情況，因而偏離了有損害方有賠償之損害賠償基本原則，目前我國實務見解尚未就該款適用之結果得否超過被害人之實際損害問題表示意見，就此，本文以為，若參酌前述美國實務界對該國著作權法第五〇四條b項後段立法目的之分析，則未來我國實務界至少有以下兩個方向，從立法目的之角度思考此一問題：第一、可考慮參酌前段所述Posner法官之見解，解釋著作權法第八十八條第二項第二款，蓋該款係為維繫損害賠償制度之公平精神，避免造成侵害人因侵害行為

⁶⁸ Taylor v. Meirick, 712 F.2d 1112, 1120 (7th Cir. 1983); *see also* H.R. Rep. No 94-1476 at 161 (1976); GOLDSTEIN, COPYRIGHT, PATENT, TRADEMARK, AND RELATED STATE DOCTRINES, *supra* note 40, at 738 (“profits are awarded to prevent the infringer from unfairly benefitting from a wrongful act”).

⁶⁹ Coleman, *supra* note 42, at 98-99.

⁷⁰ Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539, 567 (1985).

賠償後，仍能獲取不當利益之不公正結果⁷¹，因此立法者已就侵害人及被害人之雙方利益，作出價值判斷，為了維持雙方利益的衡平，而在一定程度內調整有損害方有賠償之制度精神，因此肯認適用該款部分偏離有損害方有賠償基本原則之正當性⁷²；第二、我國有學者曾指出，該款之立法目的，「主要是在緩和依民法第二百一十六條請求損害賠償時之舉證困難而設」⁷³，此論點成立之理由，或許與智慧財產權之公共財特性有關，蓋由於智慧財產權具有前述公共財特性中之非敵對性或非耗損性特質，因而時有實際損害難以證明之情況，如前段所述，美國實務亦有法院判決提出相類論點，因此，由該立法目的出發，若依民法第二一六條及著作權法第八十八條第二項第一款得證明被害人之實際損害時，即無必要適用著作權法第八十八條第二項第二款之規定，以侵害人所得之利益計算損害，如此當然無賠償額超過損害之問題發生。

前段所述兩個思考方向之主要差異，在於就著作權法第八十八條第二項第二款之立法目的認知上有差別，若認為本款係為維護公平性之價值判斷而設，則侵害人之賠償額度自得超過被害人之損害額度；若本款之目的為避免被害人就其損害之舉證困難所設，則於損害得證明之情況，自無必要適用本款。然而，此處須指出者，係由體系及文義之觀點出發，若採取第二種解釋方法，限制本款於損害得證明情況之適用，則明顯超越了目前的法律文義，蓋著作權法第八十八條第二項賦予了被害人就該項第一款及第二款之擇一請求

⁷¹ 有民法學者指出，本款之立法精神係「借用無因管理之理論計算損害，賠償權利人得請求賠償義務人給付因損害行為所得之利益」。參見曾世雄，詹森林續著，同註7，頁224-225。

⁷² 事實上，著作權法第88條第3項亦是基於立法政策之特殊考量，而調整了有損害方有填補的損害賠償基本原則。

⁷³ 羅明通，同註2，頁479。

權利，並未規範須於損害不易證明時，方得適用該項第二款；且若立法者真有此意，則應如同同條第三項之規範方式，將「被害人不易證明其實際損害額」列為適用之前提構成要件。準此，本文以為以現有之條文架構，似宜採取第一種解釋作為思考方向。

二、侵害利得之計算

承前所述，就以侵害人利得作為損害計算方式之規範而言，我國法與美國法在條文結構設計及舉證責任之安排上，均具有相當高之類似性，但兩者在條文適用之結果上，仍有些許差異，本文以下透過我國與美國實務之介紹分析，點出我國實務目前適用系爭規範之潛在問題及美國法所可能提供之啟示。

(一)我國實務

我國學說及實務對於著作權法第八十八條第二項第二款之條文結構，並無重大歧異的見解，多數學者指出該款係舉證責任倒置或衡平之規定，被害人僅須證明侵害人因侵害行為所得之利益，無須扣除侵害人所支出之成本⁷⁴，侵害人如欲擔負較低之損害賠償額，則須就侵害行為所擔負之成本及必要費用，自負舉證責任⁷⁵；實務亦採相同見解⁷⁶。但實務上關於該款之實際操作方式，見解尚未統一，我國實務上在著作權侵權之案例中，如法院以「侵害人因侵害行為所得之利益」計算損害賠償額時，主要有以下兩種判斷標準：

⁷⁴ 羅明通，同註2，頁479。

⁷⁵ 參見章忠信，著作權法逐條釋義，頁220，2009年9月2版；簡啓煜，著作權法案例解析，頁313，2009年6月；蕭雄淋，同註2，頁336。

⁷⁶ 如臺灣高等法院95年度智上字第50號判決、臺灣高等法院95年度智上字第52號判決等及智財法院98年度民著上第6號判決等。

1. 以侵權產品之總銷售額計算

我國實務有直接以侵權產品之總銷售額作為「侵害人因侵害行為所得之利益」之認定方式，此類判決於軟體著作權之侵權案件中最常見，法院直接以非法重製軟體之套數及該軟體之參考市價作為基準，計算原本應支付之購買合法軟體費用⁷⁷，法院之論述基礎在於被告原本應支出相當費用，購買合法軟體，但卻未支出該費用而使用盜版軟體，該等因使用盜版軟體而省下的支出，即為「侵害人因侵害行為所得之利益」。

值得注意的是，依據該款計算侵害人因軟體侵權所得之利益，其所獲得之結果可能同於法院適用第八十八條第二項第一款準用民法第二一六條所失利益之結果，智財法院九十八年度民著上第十三號判決即以後者作為計算標準：「被上訴人對外銷售系爭軟體之價格，實屬使用者為合法使用系爭軟體所應支付之權利金，此即被上訴人可得預期之利益，惟因上訴人擅自將系爭軟體重製於李媚、易

⁷⁷ 如臺灣臺北地方法院96年度智字第4號判決亦謂：「查本件盜版軟體光碟之零售單價為美金13元至15元不等，已如前述，取平均數應以美金14元計算零售單價，另被告等販賣之盜版Win 98光碟數量至少6千片，是本院保守以6千片計算被告等因共同侵害原告著作財產權所得之利益，為美金84,000元【計算式： $14 \times 6,000 = 84,000$ 】」；臺灣士林地方法院97年度附民字第297號判決謂：「被告因上開非法重製原告電腦程式著作之行為，得免去支出購買合法軟體之費用，是原告主張依被告非法重製軟體之套數乘以各該軟體之參考市價為被告因侵害行為所得之利益，應屬有據……被告非法重製原告之電腦程式，無須向原告購買軟體之合法使用者授權，即得予以供營業使用，被告因侵害行為所節省之購買軟體用，即為被告所得利益，原告自得依搜索查獲之非法重製軟體套數及真品價格計算被告因侵害行為所得之利益」；智財法院98年度民著上字第6號裁判謂：「被上訴人之實際損害至多為該18套各種版本程式之實際銷售價格扣除其必要成本後之獲利……上訴人抗辯應以被上訴人就上揭程式之成套實際銷售價格為計算損害賠償之基準（按上訴人未抗辯應扣除成本），應為可採」，相關分析請參見李治安，同註39，頁115。

清泉所購買之系爭電腦內，致被上訴人無法取得權利金，故被上訴人銷售系爭軟體之價格，為其可得預期之利益，以此所失利益計算其因此所受之實際損害額，即屬適當」，該判決之主要理由係侵害人使用系爭軟體卻未支付權利金，造成受害人權利金之短收，此即為受害人之所失利益，而該權利金即相當於系爭軟體之銷售價格，因此該銷售價格即為原告之所失利益。

準此，法院以因侵害所得之利益計算損害時，係以侵害人應支付而未支付之權利金作計算基準，此係由侵害人之角度出發；而以被害人所失利益計算損害時，係以被害人原本能收取、卻因侵害行為而未收取之權利金作為所失利益之計算基準，此係由被害人之角度觀之。但兩者均涉及系爭著作在市場上之公平合理權利金額度或產品銷售價格，因此極有可能計算出相同之損害賠償額⁷⁸。

在軟體產品以外，其他著作之侵權亦有以侵害行為之全部銷售收入計算「侵害人因侵害行為所得之利益」⁷⁹。惟與軟體侵權不同之處在於，在軟體侵權的情況，通常侵害人所銷售之侵權軟體係百分之百來自盜版⁸⁰，但是在其他產品中，侵權部分或許並非產品整

⁷⁸ 關於此種適用著作權法第88條第2項第1及第2款，得出相同結論之實務操作方式，有學者就體系、文義及比較法之觀點提出批判，參見李治安，同註39，頁116-118。

⁷⁹ 如臺灣高等法院95年度智上字第52號判決謂：「上訴人得對甲等公司及乙○○請求損害賠償之金額依侵害人甲公司因侵害行為所得之利益，於侵害人不能就其成本或必要費用舉證時，以侵害行為所得之全部收入為其得利益，依據甲公司之請款單，每片售價為21元，復參以玉光建材行劉顯章亦表明每片進價為21元（見本院卷一第219頁），再參以上訴人所提出之購買價格，每片自35元至70元不等，故縱以最高價70元計算，甲公司可獲之利益為24,500元（ $70 \times 350 = 24,500$ ），故在甲公司所獲利之範圍內（即24,500元），上訴人請求甲等公司及乙○○連帶賠償，應予准許」。

⁸⁰ 當然，在市售大補帖軟體的情況，原告或許只主張該軟體組合之一部分侵害原告之著作權。但是在操作系統軟體或一般套裝軟體侵權案件中，原告通常

體，而只是產品的一小部分，如臺灣高等法院九十六年度智上易字第五號判決：「被上訴人乙○係因擔任大明報之記者，為填補版面因而故意侵害上訴人之系爭攝影著作財產權，而使大明報享有侵害攝影著作之利益，本院斟酌：大明報於發行時每日散布約2萬份，每份以10元價格銷售，業據大明報之社長即被上訴人丁○○於刑案中陳述明確，有本院85年度上更(一)字第698號刑事判決足憑（原審91年度訴字第6605號卷第69頁），則此侵權行為所得之全部收入為20萬元（ $10 \times 20,000 = 200,000$ ）。是上訴人依上開著作權法第88條第2項第2款但書規定，得請求被上訴人乙○賠償有關侵害著作財產權之金額為20萬元」。

在此等情況下，原告直接將產品整體之銷售收入作為「受害人因侵害行為所得之利益」是否公允？誠有探究空間，如被告希望將損害賠償之範圍，限縮在系爭產品實際侵權的部分，而非產品整體之銷售額，則是否有相當之法律基礎？此觀諸我國著作權法第八十八條第二項第二款之規定及相關實務見解，尚無肯定答案，而後述美國實務之發展即容許法院依職權介入，將與侵害行為無關之利得排除於損害賠償範圍之外，此在比較法上頗具分析檢討之價值⁸¹。

2. 以銷售淨利潤計算之

我國實務亦有以銷售淨利潤計算「受害人因侵害行為所得之利益」者，法院以下列公式計算：

受害人因侵害行為所得之利益 = 銷售總額 × 淨利率 × 銷售期間

採該等計算方式者以臺灣高等法院九十七年度智上字第七號判決為代表，該判決謂：「銷售總額為9,646,982元……95年度營利事業同業利潤標準，報稅類別『2542-11紡織機械製造』淨利率為

對產品整體主張侵權。

⁸¹ 參見本文後述第參、二、(一)及參、二、(二)部分之說明與分析。

10%，展昆公司95年度之淨利率應為964,698元（元以下四捨五入），則自94年9月間第一次展出X9雷射切割機起至96年10月16日原審言詞辯論終結之日止約2年之銷售期間，可得之銷售利益應為1,929,396元（計算式： $964,698 \times 2 = 1,929,396$ ）。是以，皓上公司依著作權法第88條第1項、第2項第2款規定，請求1,929,396元及自起訴狀繕本送達翌日即95年2月23日起，至清償日止，按年息5%計算利息，為有理由，應予准許。……皓上公司主張展昆公司僅有機機械硬體製作成本之支出，以同業利潤標準為銷售利益之認定屬過低等語，尚非可採」。

上述臺灣高等法院九十七年度智上字第七號判決係以營利事業同業利潤標準，報稅類別「2542-11紡織機械製造」淨利率為計算標準。「淨利率」之概念實已扣除一般之成本及必要費用，惟該「淨利率」係同業利潤之平均標準，並非本件中被告實際之淨利率，因此以同業之平均「淨利率」作為認定本件「侵害人因侵害行為所得之利益」與著作權法第八十八條第二項第二款之本旨未必符合。蓋採取該同業平均之「淨利率」不但可免除被告對其實際成本或必要費用之舉證責任，如果被告實際之淨利率較同業之淨利為高時，則以同業之淨利率計算被告之損害賠償範圍，將使被告有機會付出較「因侵害行為所得之利益」為低之賠償額。

(二)美國實務

美國著作權法第五〇四條b項後段亦有與我國著作權法第八十八條第二項第二款相似之規定，其立法目的在於防止侵害人得就侵害行為獲取不當利益⁸²。美國法院在適用該「侵害人利得」（*infringer's profit*）時，均強調該計算方式係由侵害人之觀點，而非權

⁸² H.R. Rep. No. 94-1476, § 504, at 161 (1976).

利人之觀點出發⁸³。與我國著作權法主要不同者，係依我國著作權法第八十八條第二項之規定，被害人就第一款及第二款只能擇一請求，而依美國著作權法第504條b項之規定，被害人得同時請求其實際損害及侵害人利得作為損害賠償，但是當兩項請求有重疊或代表同一損害時，被害人之損害賠償請求權即不得重複計算⁸⁴。

1. 舉證責任之分配

依據美國國會於一九七六年修訂該規定時所作的說明，影響侵害人所受利益之因素眾多，在舉證責任分配上，被告所負之舉證責任應重於原告，通常原告僅須證明被告之淨收益（gross revenue），此後舉證責任即移轉至被告，被告除須證明得扣除之花費（deductable expenses）外，還可證明前述淨收益是否有其他非可歸因於著作權侵權行為之原因（the elements of profit attributable to factors other than the copyrighted work），以降低其實際須負擔之損害賠償額⁸⁵。

在Davis v. The Gap, Inc.一案中，原告主張與未侵權時相比，被告於侵權期間之總收益增加了一億四千六百萬美金，此即為美國著作權法第五〇四條b項所謂的侵害人利得，惟此主張並未為承審

⁸³ See generally *Fitzgerald Publ'g Co. v. Baylor Publ'g Co.*, 807 F.2d 1110, 1118 (2d Cir. 1986); *Walker v. Forbes, Inc.*, 28 F.3d 409, 412 (4th Cir. 1994).

⁸⁴ 17 U.S.C. § 504(c)(1): “infringer’s profits...hat are not attributable to the infringement and are not taken into account in computing the actual damages...” See also GOLDSTEIN, COPYRIGHT, PATENT, TRADEMARK, AND RELATED STATE DOCTRINES, *supra* note 40, at 738; JOYCE ET AL., *supra* note 1, at 900. 又如在Taylor v. Meirick, 712 F.2d 1112 (7th Cir. 1983)一案中，法官Richard Posner就曾指出，該案中如承認兩個損害計算方式可同時主張，則會有重複計算的問題，故不應准許。

⁸⁵ House Report, H.R. Rep. No. 94-1476, 94th Cong., 2d Sess. 162 (1976); Wolfe & Elton, *supra* note 21, at 27-28.

本案之地方法院及第二巡迴上訴法院所採，因為法院認為被告Gap的門市及產品繁多，原告並未證明該收益之增加係與其侵權產品有關，原告須先對此證明之，舉證責任方移轉至被告，再由被告證明其成本或必要費用⁸⁶。法院認為，雖然前述國會說明中，非可歸因於侵權行為原因所帶來之淨收益應係被告之舉證責任，但原告所舉證之淨收益還是必須與著作權侵權行為合理相關（reasonably related to the infringement）⁸⁷。

在Polar Bear Productions, Inc. v. Timex Corporation案中，法院將兩造舉證責任的分配作了更詳細的說明，法院指出，在該等案件中，權利人須先證明侵害人之獲利與侵害行為間，具有法律上重要之關係（legally significant relationship）或因果關聯（causal nexus）⁸⁸，該等關係證明後，侵害人可進一步證明哪一部分的獲利，實際上非因侵權行為之發生所導致⁸⁹，進而降低自己的損害賠償範圍。

在實際訴訟進行的過程中，有時候侵害人難以證明何部分之獲利係非基於侵權行為而來，但若法院因此即准許被害人請求侵害人之全部收益，則可能有顯失公平之虞，Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp.一案可謂該規範適用之代表性案件，該案中被告米高梅公司所拍攝的賣座電影Letty Lyndon未經許可而使用了原告之劇

⁸⁶ *The Gap, Inc.*, 246 F.3d at 152.

⁸⁷ *Id.* 近來亦有類似見解指出，原告須證明，淨收益與被告之侵權行為間具有「合理關係」（reasonable relationship），參見Thornton v. J. Jargon Co., 580 F. Supp. 2d 126 (M.D. Fla. 2008)。

⁸⁸ *Timex Corporation*, 384 F.3d at 711-12. 相同或類似見解參見Mackie v. Rieser, 196 F.3d 909 (9th Cir. 2002)（指出侵害行為與收益間須有因果關聯）；Bouchat v. Baltimore Ravens Football Club, Inc., 346 F.3d 514 (4th Cir. 2003)（原告須對被告之侵害與收益間之因果關聯提出非臆測性之證據證明之）。

⁸⁹ *Timex Corporation*, 384 F.3d at 712.

本，但美國最高法院最後認定被告僅須賠償原告其獲利的20%，因為最高法院認為該片賣座的原因有一大部分是與原告之著作權無關者，其中包括陣容堅強的卡司及被告的資金投入等⁹⁰。其後許多判決均引用此案作為限制被告賠償範圍之依據⁹¹；知名法官Learned Hand在該案中指出，如果只是因為被告無法證明其獲利的哪一部分係肇因於侵害行為以外的其他因素，法院就將其淨收益完全認定為損害賠償額，則可能造成有失公平之判決，此時法院自應在可能的範圍內，盡可能地推測損害賠償之範圍，以避免發生顯失公平的判決結果⁹²。

此外，在*Cream Records, Inc. v. Jos. Schlitz Brewing Co.*一案中，第九巡迴上訴法院亦指出，在某些案例中，明顯地可看出並非全部的侵害人利得都來自於侵害行為，甚至只有非常少量的侵害人利得係來自侵害行為，但侵害人實際上難以證明究竟何部分的收益係來自於侵害行為以外的其他因素，此時法院不應武斷地將侵害人所有利得均認定為其損害賠償額度，而應依職權就侵害人利得為合理之分配⁹³。在本案及前述*Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp.*案之判決中，法院皆強調，若法院須介入認定究竟哪一部分的收益係真正來自侵害行為，則法院只要作出合理的概算（reasonable

⁹⁰ *Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp.*, 309 U.S. 390 (1940).

⁹¹ *See, e.g., Frank Music Corp. v. Metro-Goldwyn-Mayer, Inc.*, 772 F.2d 505 (9th Cir. 1985); *John G. Danielson, Inc. v. Winchester-Conant Properties, Inc.*, 322 F.3d 26 (1st Cir. 2003); *Ty, Inc. Publications International Ltd.*, 2004 U.S. Dist. LEXIS 12037 (N.D. Ill. 2004); *Caffey v. Cook*, 409 F. Supp. 2d 484 (S.D.N.Y. 2006).

⁹² *Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp.*, 106 F.2d 45, 51 (2d Cir. 1939), *aff'd*, 309 U.S. 390, 60 S. Ct. 681, 84 L.Ed. 825 (1940).

⁹³ *Cream Records, Inc. v. Jos. Schlitz Brewing Co.*, 754 F.2d 826, 225 U.S.P.Q. 896, 828-29 (9th Cir. 1985). 其他採取相同見解者，參見*Orgel v. Clark Boardman Co.*, 301 F.2d 119, 121 (2d Cir. 1962)。

approximation) 即可，其中臆測的成分自無可避免⁹⁴。在 *Frank Music Corp. v. Metro-Goldwyn-Mayer, Inc.* 一案中，法院亦認為，在計算侵害人利得時，完全精確之數學計算殆無可能，因此，法院只要作出合理之概算即已足⁹⁵。

由上述說明可知，雖然美國著作權法第五〇四條b項條文中僅要求原告證明被告之淨收益，但除該收益外，原告尚須證明該淨收益與侵害行為之關聯性，而被告則是就侵害行為之花費、及淨收益中非因侵害行為所導致的部分舉證，以降低損害賠償範圍。但在被告淨收益中，若明顯有其他非可歸因於侵害行為所導致之侵害人利得，但侵害人無法清楚證明的情況中，法院得介入就實際因侵害行為所導致之侵害人利得，作出合理的推測，以避免有不公平之情況。

容許侵害人舉證證明哪一部分的獲利，實際上非因侵權行為之發生所導致之規範，其實某種程度與本條之立法目的存有緊張關係。承襲前述，本條立法目的之一即在於防止侵害人因侵害而有不當利得之不公平情形⁹⁶，然而，既然原權利人已證明侵害人之收益與侵害行為間有相當關聯，則對於容許侵害人舉證排除該收益之部分作為損害賠償之部分，自應作嚴格解釋，如法院介入就該額度作出推測計算，自應謹慎為之，在本文前述美國相關案例中，只有明顯可察覺出，因侵害行為所造成之侵害人利得，所占侵害人之淨收益比例非常低之情況下，法院方為介入計算實際侵害人利得。

2. 間接獲利的認定

美國實務將前述第五〇四條b項之「侵害人利得」分為「直接

⁹⁴ *Jos. Schlitz Brewing Co.*, 754 F.2d at 828-29.

⁹⁵ *Metro-Goldwyn-Mayer, Inc.*, 772 F.2d at 518.

⁹⁶ 參見註68之相關說明。

獲利」(direct profits)與「間接獲利」(indirect profits)，前者係指侵害人銷售侵權產品所獲得之利潤；後者則指其他間接因侵權行為所帶來的獲利增加⁹⁷。其中後者在訴訟上之爭議較大，在Frank Music Corp. v. Metro-Goldwyn-Mayer, Inc.一案中，被告製作了一齣含諷刺意味的舞台劇，並於其所經營的飯店中上演，然而該劇中卻有四個場景及五首歌曲採用自原告之百老匯舞台劇Kismet⁹⁸，雙方對於著作權侵害之事實均不爭執，但對於本案中間接獲利之範圍卻有不同看法，最後法院採納原告主張，認為由於被告舞台劇對於其飯店經營而言，具有招攬消費者之促銷功能，因此本案之損害賠償範圍，除了包括被告舞台劇門票銷售之直接收入外，尚應包含被告飯店及其他遊樂設施收入之間接獲利⁹⁹。

3. 侵害人費用之扣除

美國著作權法第五〇四條b項亦規定，如以侵害人利得計算損害賠償額時，侵害人得證明侵害之成本及支出費用，將之扣除於損害賠償額外¹⁰⁰，該規定之用意與我國著作權法第八十八條第二項第二款但書之內容相同，容許侵害人證明其成本或必要費用，以降低其損害賠償範圍。然而，實際訴訟進行中，侵害行為成本與費用之證明並非易事，被告或可藉會計表冊證明其營業整體之成本與費用，但美國與我國著作權法所規範得扣除者，均係用於侵害行為之成本或費用，此等資料未必能於一般會計表冊中直接查明。在Frank Music Corp. v. Metro-Goldwyn-Mayer, Inc.一案中，法院關於

⁹⁷ GOLDSTEIN, COPYRIGHT, PATENT, TRADEMARK, AND RELATED STATE DOCTRINES, *supra* note 40, at 710.

⁹⁸ *Metro-Goldwyn-Mayer, Inc.*, 772 F.2d at 509-10.

⁹⁹ *Id.* at 517.

¹⁰⁰ 17 U.S.C. § 504(b): "...The infringer is required to prove his or her deductible expenses..."

得扣除費用之計算，採納了被告之主張，先計算出被告公司整體的費用，其中包括一般性行政費用、銷售、廣告、工程及維修等支出，再乘以侵權產品銷售所得之收益占該公司整體收益之比例，算出侵害人得扣除之成本及費用¹⁰¹，其計算式如下：

$$\text{被告所得扣除之費用} = \text{被告公司整體費用} \times (\text{侵權產品銷售所得之收益} / \text{該公司整體收益})$$

本案中雖然原告主張此種計算方法無法準確地將被告因侵害行為所支出之費用扣除，但法院還是接受被告主張，並指出關於被告得扣除費用之計算，無須到毫厘無差之程度，只要有一個合理而可接受的計算公式（*reasonably acceptable formula*）即可，但被告就其整體費用支出，尤其是經常性費用（*overhead expenses*）的部分，仍須證明其有用於被告之系爭侵害行為¹⁰²。

（三）小 結

觀諸上述我國及美國之實務見解，本文以為，美國實務以侵權產品銷售所得之收益所占公司整體收益之比例，計算被告所得扣除費用，誠有參考價值，蓋公司之一般性支出，雖有用於侵害行為，但實際侵害之花費卻不易估計。此外，我國著作權法第八十八條第二項第二款關於「因侵害行為所得之利益」的適用，仍應緊密結合於著作權侵權行為，侵害人之所得，須直接與其系爭著作權侵權行為相關，被害人依據本條之主張方有正當性基礎。

若以前述美國法之實踐檢視我國實務見解，則在前述被告產品中僅有一小部分侵害原告著作權之情況下，法院似不應將產品整體之銷售額完全認定為侵害人「因侵害行為所得之利益」。事實上，

¹⁰¹ *Metro-Goldwyn-Mayer, Inc.*, 772 F.2d at 515.

¹⁰² *Id.*; see also *Hamil America, Inc. v. GFI*, 193 F.3d 92 (2d Cir. 1999).

本款關於舉證責任倒置之設計，係衡平雙方利益之立法政策與價值判斷，本無可厚非，但實際操作及條文設計上，是否有必要參考美國法，容許侵害人得舉證主張，其所得中有哪一部分並非歸因於著作權侵害行為，而可與得證明之成本或必要費用，共同被排除於損害賠償額外，甚至容許在侵害人無法證明實際侵害利得之情況下，由法院介入推測計算？

本文以為，目前我國制度上，並無必要仿照美國法之設計，理由有三：第一，如前所述，美國法容許侵害人舉證降低自身賠償責任，其實與該國著作權法第五〇四條b項之最初立法目的存在相當程度的緊張關係，因為該條項與我國著作權法第八十八條第二項第二款之立法目的相同，均係避免侵害人因侵害行為而有不當得利、顯失衡平之情況，如又容許侵害人舉證降低賠償責任，則恐有立法目的不達之虞；第二，美國著作權法第五〇四條b項以侵害利得作為損害賠償計算之請求權，係與同條項前段之實際損害賠償請求權並存。換言之，受害人得同時請求實際損害額及侵害人利得作為損害賠償，因此，法院在政策上有相當必要，控制侵害人利得之損害賠償範圍，以免造成賠償總額過大之不公平結果，但我國著作權法第八十八條第二項第二款係獨立於同條第一款之規定存在，受害人僅能擇一請求，不能同時獲得兩者之總額作為損害賠償，因此與美國法相較，須限制損害賠償範圍之必要性較低；第三，我國著作權法第八十八條第二項第二款之用語為「『因』侵害行為所得之利益」，解釋上受害人須證明該利益與侵害行為間具因果關係，此標準較美國法中受害人之舉證責任為高，後者僅須證明侵害人之淨收益與侵權行為間具有合理相關即可，因此在我國法下，被害人如已善盡其舉證責任，則自無須由侵害人再舉證或法院介入計算，而若被告所得之利益甚鉅，且大部分與侵害行為不相關時，法院可以著作權法第八十八條第二項第二款之因果關係控制損害範圍。

肆、法院酌定賠償額

著作權法第八十八條第三項規定：「依前項規定，如被害人不易證明其實際損害額，得請求法院依侵害情節，在新臺幣一萬元以上一百萬元以下酌定賠償額。如損害行為屬故意且情節重大者，賠償額得增至新臺幣五百萬元。」該項之精神同於民事訴訟法第二二二條第二項之規定：「當事人已證明受有損害而不能證明其數額或證明顯有重大困難者，法院應審酌一切情況，依所得心證定其數額」¹⁰³。事實上，我國過去實務見解針對受害人已證明受有損害，但數額難以證明之情況，本來即容許法院依調查所得之證據，斟酌情況自由判斷之¹⁰⁴，著作權法第八十八條第三項及民事訴訟法第二二二條第二項可謂將該等見解明文具體化。

著作權法第八十八條第三項之規定亦類似於美國著作權法第五〇四條c項法定賠償額（statutory damages）之規定，依美國著作權法之該規定，若侵害人之侵害行為已經證明，則被害人得選擇要求法院依該項之法定賠償額，在法院認為公正之情況下，在美金七百

¹⁰³ 該項之修正理由為：「損害賠償之訴，原告已證明受有損害，而客觀上不能證明其數額或證明顯有重大困難之情事時，如仍強令原告舉證證明損害數額，非惟過苛，亦不符訴訟經濟之原則，爰增訂第二項，規定此種情形，法院應審酌一切情狀，依所得心證定其數額，以求公平」。學者及實務見解則有認為，該規定係降低受害人就損害額之證明度，以兼顧實體法及程序法之價值，參見姜世明，民事訴訟法第222條第2項之效果論——評最高法院98年度臺上字第1831號民事判決，月旦裁判時報，創刊號，頁73-75，2010年2月；許士宦，證據蒐集與紛爭解決，頁185-186，2005年2月。

¹⁰⁴ 如最高法院18年上字第2746號判例：「如實際已受有損害，而數額不能為確切之證明者，法院自可依其調查所得斟酌情形為之判斷」；最高法院21年上字第972號判例亦認為：「當事人已證明受有損害，而不能證明損害之數額時，法院應斟酌損害之原因及其他一切情事，依自由心證定其數額，不得以其數額未能證明，即駁回其請求」。

五十元以上三萬元以下之範圍內認定損害賠償額，如損害行為係屬故意，則法院有裁量權，將賠償額增加至美金十五萬元¹⁰⁵。

本文以下從比較法之觀點，就損害額不易證明、侵害情節及侵害個數之認定，觀察兩國著作權法制中關於法院酌定賠償額或法定賠償額之規範面與實踐面，並析述分析或適用我國著作權法第八十八條第三項時之政策思維。

一、損害額之不易證明

我國著作權法第八十八條第三項法院酌定賠償額之規範，係以「被害人不易證明其實際損害額」為適用之前提要件，然而不同法院判決就該前提要件確有不同之認定標準，本文以下先以規範目的及比較法之觀點，從應然之層面析論法院就該前提要件應採之認定標準；再從實然面，整理我國法院實務見解中，有實質認定「被害人不易證明其實際損害額」之相關判決。

(一)損害額不易證明於法院酌定賠償中所扮演之角色

1. 我國實務

關於著作權法第八十八條第三項「被害人不易證明其實際損害額」，我國不同法院間之認定方式仍有歧異。有判決僅主觀認定被害人不易證明其實際損害額而未敘明理由，如臺灣高等法院九十七年度智上字第十一號判決，關於「被害人不易證明其實際損害額」僅說明「茲上訴人主張不易證明其損害，依著作權法第88條第3項

¹⁰⁵ 17 U.S.C. § 504(c)(1): "...in a sum of not less than \$500 or more than \$20,000 as the court considers just... In a case where the copyright owner sustains the burden of proving, and the court finds, that infringement was committed willfully, the court in its discretion may increase the award of statutory damages to a sum of not more than \$150,000."

規定請求被上訴人賠償」，就法院引述上訴人之相關主張，亦僅敘明「被上訴人……為銷售光碟之營利目的，重製系爭著作為該光碟之著作內容，已故意侵害上訴人著作財產權，且情節重大，致上訴人受有難以估計之損害」，除此之外，本件法院並未闡明被害人「為何」或「如何」不易證明其實際損害額，直接以主觀判定符合著作權法第八十八條第三項之要件而適用之¹⁰⁶。

亦有法院對「被害人不易證明其實際損害額」採取嚴格認定說，如最高法院九十七年度臺上字第一五五二號判決謂：「被上訴人未舉證證明其受有損害，即依著作權法第八十八條第三項規定，請求法院酌定損害賠償金額，顯屬無據」，又如智財法院九十七年度民著上更一字第二號判決謂：「著作權法第八十八條第三項固規定被害人得請求法院依侵害情節，酌定賠償額，惟應以實際損害額確屬不易證明為其要件」；智財法院九十八年度著上字第六號判決則謂：「原審……未審酌是否有實際損害不易證明之情形……尚有未洽」¹⁰⁷。此外，若原告能根據著作權法第八十八條第二項之規定證明其損害，則不應主張同條第三項「不易證明其實際損害額」，如智財法院九十八年度民著訴字第八號判決即謂：「被告未經原告之授權，卻擅自重製系爭攝影著作，致原告無法順利取得相關授權之權利金，則以原告所能收取之權利金計算其因此所受之損害，即

¹⁰⁶ 類似見解尚有臺灣高等法院臺中分院86年度訴易字第4號判決、臺中地院93年度智字第42號判決、臺灣高等法院96年度智上字第40號判決、智財法院98年度民上易字第3號判決及智財法院98年度民著訴字第4號判決等。

¹⁰⁷ 類似見解如智財法院98年度民著上字第13號判決謂：「考量著作權人有時不易證明其實際損害額，著作權法第88條第3項規定被害人得請求法院依侵害情節，酌定賠償額，惟仍應以實際損害額不易證明為其要件……本件並無被上訴人不易證明其實際損害額之情事」，其他相同見解如智財法院97年度民著上更(一)字第2號判決。

屬適當。故本件並無實際損害額不易證明之情事，自無同法第八十八條第三項規定之適用」¹⁰⁸。

關於「被害人不易證明其實際損害額」是否採取上述嚴格認定說，在實務操作上會產生認定標準及法條適用結果之不同，舉例而言，有法院未採取嚴格認定說，即參酌原告就系爭著作之過去權利金金額，以著作權法第八十八條第三項為依據，判決被告應支付相當於過去權利金之損害賠償額¹⁰⁹。但如法院採嚴格認定說，則在過去權利金可得證明之情況，會採取不同見解，如於智慧財產法院九十八年度民著訴字第八號判決中，法院針對以授權費用計算損害賠償額之方式，採取了不同的請求權基礎，該件原告請求法院依著作權法第八十八條第三項酌定損害賠償額，但法院指出：「被告未經原告之授權，卻擅自重製系爭攝影著作，致原告無法順利取得相關授權之權利金，則以原告所能收取之權利金計算其因此所受之損害，即屬適當。故本件並無實際損害額不易證明之情事，自無同法第八十八條第三項規定之適用」¹¹⁰，換言之，如採嚴格認定說，則在系爭著作之過去權利金得證明之情況下，即不屬於著作權法第八十八條第三項之「被害人不易證明其實際損害額」。

¹⁰⁸ 智財法院98年度民著上字第6號裁判亦採相同見解。

¹⁰⁹ 如板橋地方法院91年度重訴字第288號判決及板橋地方法院95年度智字第18號判決，以系爭著作之權利金為基準，酌定損害賠償額；新竹地方法院94年度智字第1號判決，亦曾參酌侵害數量、過去授權金每年近20萬元及其他情節，判決損害賠償額為每年20萬元。當然，會採取如此的法律見解還有一個原因，就是法院把著作權法第88條第3項之「實際損害」解釋為與同條第2項第1款準用民法第216條之「所受損害」相同之概念，本文第貳、二、(二)部分所提及之經濟部智慧財產局93年2月13日930213電子郵件函釋亦以「實際損害」之用語表達「所受損害」之概念。事實上，此處「實際損害」應作廣義解釋，包含同條第二項之任何損害計算方式，「所失利益」當然亦包含其中。

¹¹⁰ 其他如智慧財產法院98年度民著上字第13號判決亦採相同見解。

本文認同我國智財法院近來所採取的嚴格認定說，因為既然就同一著作能證明過去之授權金，則並無「不易證明其實際損害額」之情事存在，因為依據本文關於我國實務見解之前述分析，該授權金即相當於受害人之「所失利益」¹¹¹，如此自無損害額不易證明之情事存在。否則，如肯認該授權金之存在仍屬於「不易證明其實際損害額」之情況，則會造成實務見解彼此邏輯間之矛盾。

2. 美國實務及法制發展歷程

就條文內容觀之，美國法院適用現行著作權法中法定賠償額規範酌定損害賠償額度時，並無「被害人不易證明其實際損害額」之要件。依美國著作權法第五〇四條c項之規定，著作權人在法院判決前，均可要求法院酌定賠償額，以代替實際損害及侵害利得之損害賠償額判斷¹¹²。換言之，著作權受侵害者有權要求法院不以實際損害或侵害人利得作為損害賠償之計算方法，而直接請求法院於法定額度內，酌定損害賠償額¹¹³。然而，雖然條文並無「被害人不易證明其實際損害額」之要件，但某些法院適用該規定酌定損害賠償額時，仍會論及原告之實際損害實難以估計，如 *Engel v. Wild Oats, Inc.* 一案中，法院認為原告所受名譽上之損害難以估計，且該等名譽損害亦會對未來產品可能帶來之收益造成負面影響，此均屬難以證明之損害，因此適合以法定賠償額作為認定損害賠償之

¹¹¹ 請參見本文前述貳、三之分析。

¹¹² 17 U.S.C. § 504(c)(1): "...The copyright owner may elect, at any time before final judgment is rendered, to recover, instead of actual damages and profits, an award of statutory damages for all infringements involved in the action..."

¹¹³ 17 U.S.C. §§ 504(b)-504(c); *see, e.g.*, *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 432, 104 S. Ct. 774, 784, 78 L.Ed.2d 574 (1984); *Abeshouse v. Ultragraphics, Inc.*, 754 F.2d 467, 469 (2d Cir.1985); *Engel v. Wild Oats, Inc.*, 644 F. Supp. 1089, 1091 (S.D.N.Y. 1986).

依據¹¹⁴。

美國著作權法第五〇四條c項及我國著作權法第八十八條第三項均在損害行為屬於故意之情況中，賦予法院權力將酌定賠償之額度再加重，前者可加重至至多美金十五萬元，後者則可加重至新臺幣五百萬元¹¹⁵。稍有差異者，係美國著作權法第五〇四條c項對於侵害人欠缺故意、過失之情況，賦予法院權力將損害額降低至至少美金兩百元¹¹⁶，且依據美國法，並非任何著作受侵害時，其權利人均可主張法定賠償額，必須是在著作權局（Copyright Office）有登記之著作，其權利人方得主張法定賠償額¹¹⁷，我國則無該等規範。

從法制史的角度觀察，美國法該規定最早於一九〇九年著作權法訂立之主要立法理由，即是因為著作權侵害所造成之實際損害與侵害利得實難估計，為解決此一問題，方有法定賠償額制度之設

¹¹⁴ 644 F. Supp. 1089 (S.D.N.Y. 1986).

¹¹⁵ 17 U.S.C. § 504(c)(2): “In a case where the copyright owner sustains the burden of proving, and the court finds, that infringement was committed willfully, the court in its discretion may increase the award of statutory damages to a sum of not more than \$150,000...”

¹¹⁶ 17 U.S.C. § 504(c)(2): “...the court [in] its discretion may reduce the award of statutory damages to a sum of not less than \$200.”

¹¹⁷ 17 U.S.C. § 412. 有論者指出，美國法定賠償額中關於登記要件之規定，其實不利於外國著作人之保護，蓋外國人通常不會至美國著作權局登記著作，且由於伯恩公約採取創作保護主義，故外國人通常不會預期在美國會因著作登記與否，而影響其請求損害賠償之權利，參見Marketa Trimble Landova, *Punitive Damages in Copyright Infringement Actions Under the U.S. Copyright Act*, 2009 EUR. INTELL. PROP. REV. 108, 108, 110 (2009). 亦有論者認為，依據實證研究，會將著作登記者大多為著作權產業的媒體龍頭，即使是美國的一般作者及中小企業，也很少會將其著作登記；因此美國法定賠償規範之實質獲利者其實僅限於著作權產業中的大型媒體集團，參見Pamela Samuelson & Tara Wheatland, *Statutory Damages in Copyright Law: A Remedy in Need of Reform*, 51 WM. & MARY. L. REV. 439, 454 (2009)。

計¹¹⁸。該等考量在美國一九〇九年著作權法之制定過程中表現得尤為明顯¹¹⁹，立法者強調法定賠償與一般賠償之目的相同，皆係為了填補損害¹²⁰，此與我國法及我國實務對於法院酌定賠償額之目的認知亦屬相同。依據一九〇九年制定之著作權法，必須在損害難以證明時，方能適用法定賠償額之規定¹²¹，在該法實施期間，法院多遵從法定賠償額制度之立法意旨，將法定賠償額之制度目的，單純地界定為損害填補¹²²。若原告所受損害或被告因侵權行為所得之利益可以證明，法院會拒絕依據法定賠償額之規定酌定損害¹²³，最高法院亦曾明確指出，依據一九〇九年的著作權法，當實際所受損害與所失利益已被證明時，法院不得以法定賠償額作為判斷損害賠償額度之基準¹²⁴。

然而，在一九七六年的著作權法中，美國國會賦予了法定賠償額制度一個新的功能：嚇阻與懲罰，從此原告無須就其實際損害或侵害人之利得提出任何證據，即可直接請求法院依據法定賠償額之

¹¹⁸ YEN & LIU, *supra* note 26, at 550.

¹¹⁹ 會有1909年度的相關修法，起因於當時的音樂產業主張，其著作權受侵害所造成的實際損害（特別是短收權利金）難以證明，因此須有法定賠償制度。立法時討論的重點是法定賠償額之酌定是否可完全不顧實際損害之多寡，最後立法的共識是，法定賠償額並非一個與實際損害無關的懲罰，而是一個實際損害的替代計算方式。See Stephanie Berg, *Remedying the Statutory Damages Remedy for Secondary Copyright Infringement Liability: Balancing Copyright and Innovation in the Digital Age*, 56 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 265, 279-81 (2009).

¹²⁰ Samuelson & Wheatland, *supra* note 117, at 446.

¹²¹ Morrissey, *supra* note 24, at 3068-69.

¹²² Berg, *supra* note 119, at 292-93.

¹²³ See, e.g., *Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp.*, 309 U.S. 390 (1940); *Universal Pictures Co. v. Harold Lloyd Corp.*, 162 F.2d 354, 378 (9th Cir. 1947); *Zeigheim v. Flohr*, 119 F. Supp. 324, 329 (E.D.N.Y. 1954).

¹²⁴ *Metro-Goldwyn Pictures Corp.*, 309 U.S. at 399-401.

規定酌定賠償額¹²⁵。之所以會賦予賠償制度懲罰性的功能，是因為有論者認為實際損害之損害賠償計算方式，對於著作權侵害行為實無遏止之效果，侵害人有可能因此抱著苟且心態從事侵害行為，主觀上認為如果被判敗訴，再補繳權利金（其實是相當於權利金之實際損害賠償額）給受害人即可，但若侵害行為未被發現，則可節省權利金相關支出¹²⁶。

從此許多法院判決時，也不再要求以「被害人不易證明其實際損害額」作為適用法定賠償額規範之前提要件，有時原告完全未證明或試圖證明其所受之損害，法院仍會站在嚇阻侵權行為之政策立場，依據法定賠償額之規範，判決被告應負擔之損害賠償額度，以 *Childress v. Taylor* 一案為例，原告並未證明或試圖證明所受損害或被告因侵害行為所得之利益，但法院仍判決被告賠償美金三萬元之法定賠償額，並強調此係基於懲罰之政策考量¹²⁷；又例如在前述 *Engel v. Wild Oats, Inc.* 一案中，原告為一知名攝影師 Ruth Orkin Engel 之繼承人及遺產管理人，被告 Wild Oats 所生產之 T 恤及運動衣圖飾，係盜取於前開攝影師之攝影作品集 *More Pictures from My Window* 中，已侵害該攝影著作之著作權，並交由本案另一被告 *New World Sales* 於市場上銷售，此為兩造所不爭¹²⁸，原告主張依據著作權法第五〇四條 c 項之規定，其有權請求法院在法定額度內酌定賠償額度¹²⁹，被告則主張該等損害賠償額度不應超過侵害人

¹²⁵ GOLDSTEIN, COPYRIGHT, PATENT, TRADEMARK, AND RELATED STATE DOCTRINES, *supra* note 40, at 738.

¹²⁶ Morrissey, *supra* note 24, at 3072.

¹²⁷ See, e.g., 798 F. Supp. 981, 989-92, 997 (S.D.N.Y. 1992).

¹²⁸ 644 F. Supp. 1089, 1091 (S.D.N.Y. 1986).

¹²⁹ *Id.*

因侵害所得之利益¹³⁰，但法院不採被告之主張，並指出美國著作權法第五〇四條c項之規定為著作權人及法院提供了決定損害賠償額度之彈性，其主要目的是為了嚇阻未來可能之侵權行為，因此，法院關於損害賠償額之酌定，無須受限於被告之侵害利得¹³¹。

美國國會制定法定賠償額規範時，原本係針對少數特殊之著作權侵權案件，其立法時所設想之大部分案件仍可依所受損害及所失利益之標準判定損害賠償額，但現今美國法院之實踐卻時常直接依原告之請求，依著作權法第五〇四條c項酌定賠償額，無視於被害人實際損害或侵害人侵害利得之多寡¹³²。以最近一宗關於點對點檔案交換（peer-to-peer file-sharing）的著作權侵害案 *Capitol Records v. Thomas-Rasset* 為例，法官雖已認定本案原告之實際損害為美金五十元，但陪審團最後卻以每件被侵害作品美金八萬元的法定賠償額，決定被告應賠償原告美金一百九十二萬元¹³³，其賠償額與實際損害之差距，實令人咋舌¹³⁴。

¹³⁰ *Id.*

¹³¹ *Id.*; see also *Lowry's Reports, Inc. v. Legg Mason, Inc.*, 302 F. Supp. 2d 455, 459 (D. Md. 2004) (finding that statutory damages do not have to “be strictly related to actual injury.”)

¹³² See, e.g., *Samuelson & Wheatland*, *supra* note 117, at 476-77. 少數美國法院在適用法定賠償額規範時，仍會盡量使法定賠償額度與原告所受之實際損害額相近，如 *Twin Peaks Productions, Inc. v. Publications International, Ltd.*, 996 F.2d 1366 (2d Cir. 1993)、*New Line Cinema Corp. v. Russ Berrie & Co.*, 161 F. Supp. 2d 293, 303 (S.D.N.Y. 2001)等。

¹³³ 579 F. Supp. 2d 1210, 1213, 1227 (D. Minn. 2008). 在有陪審團的著作權侵害訴訟中，法院會就損害賠償之計算標準對陪審團作出陪審指示（jury instructions），再由陪審團依該標準計算之，參見 ANTHONY BILLER ET AL., MODEL JURY INSTRUCTIONS: COPYRIGHT, TRADEMARK, AND TRADE DRESS LITIGATION 213 (2008).

¹³⁴ 類似的例子相當多，如在 *Macklin v. Mueck* 一案中，原告每一著作的實際損

由於顯失平衡的法定賠償額酌定不時在判決中出現¹³⁵，美國知名智慧財產權學者Pamela Samuelson及其共同作者Tara Wheatland批評法院適用法定賠償額之現狀係武斷、不一致、欠缺原則，且有時淪為過度（arbitrary, inconsistent, unprincipled, and sometimes grossly excessive）¹³⁶。Samuelson及Wheatland認為，造成美國實務濫用法定賠償額制度之原因之一，乃係法院忽視了立法過程中，立法者一再強調故意加重賠償的規範，應適用於非常例外或極端的情況，但是今日法院依據故意加重法定賠償判決的實際情況，卻是將立法者預期的例外情況，當成常態原則來處理¹³⁷。因此Samuelson及Wheatland建議，未來在修訂美國著作權法時，如採用法定賠償額，則法院仍應要求原告或被告證明為何原告所受之實際損害或被告因侵權行為所得之利益難以證明¹³⁸，如此才不會造成法定賠償額之濫用。

害只有美金750元，但法院卻判決被告應賠償每一著作美金30萬元的最高法定賠償額，參見Macklin v. Mueck, No.00-14092-CIV-MOORE/LYNCH, 2004 U.S. Dist. LEXIS 28416 (S.D. Fla. Dec. 29, 2004)。其他法定賠償額與以證明之實際損害相差懸殊之判決尚包括Lowry's Reports, Inc. v. Legg Mason, Inc., 302 F. Supp. 2d 455, 458 & n.1 (D. Md. 2004)及Zomba Enterprises, Inc. v. Panorama Records, Inc., 491 F.3d 574 (6th Cir. 2007)等。

¹³⁵ 當然已有一些法院開始對原告浮濫的法定賠償請求額開始反省，如在Doehrer v. Caldwell一案中，法院曾拒絕原告關於最高法定賠償額之請求，並指出「機械式的適用著作權法中的法定賠償額條款，將導致荒謬的結果……當原告只受到輕微損害時，法定賠償不應被轉化為原告的意外之財」，參見207 U.S.P.Q. 391, 393 (N.D. Ill. 1980)。

¹³⁶ Samuelson & Wheatland, *supra* note 117, at 441.

¹³⁷ *Id.* at 459.

¹³⁸ *Id.* at 502.

3. 小 結

前述美國過去有法院將因著作權侵害所造成之名譽上損害額度列為不易證明之損害額，但此等見解將無法為我國著作權法中之酌定賠償額制度所接納，因為我國著作權法第八十八條係針對著作財產權侵害損害賠償所為之規定，針對名譽上損害，我國另設有著作人格權及回復名譽等規範處理¹³⁹。

我國著作權法第八十八條第三項關於法院酌定損害賠償額之規定，主要之立法目的係在被害人不易證明其實際損害額時，提供另一填補損害之機制，此與美國一九〇九年著作權法相同。我國之規範並無美國一九七六年著作權法之嚇阻與懲罰之功能，且條文中已明訂「被害人不易證明其實際損害」之要件，所以法院判決及原告主張均須受制於此要件，此不同於美國著作權法賦予著作權人選擇是否主張法定賠償額之權利。基於該等差異及前述美國學者對該國法定賠償額規範實際適用現況之批評，本文以為，我國法院在適用著作權法第八十八條第三項時，仍應具體審酌被害人是否不易證明其實際損害，並闡明其為何不易證明，方不致造成濫用酌定損害賠償制度之結果，否則該要件將形同具文。申言之，無論就立法目的，抑或是法條文義觀之，對於「被害人不易證明其實際損害」之要件均應採取實質認定，就此點而言，我國最高法院及智慧財產法院近年來在適用該條項時，要求原告應先證明其「不易證明其實際損害額」之見解，誠值贊同。

此外，由於我國著作權法第八十八條第三項之立法目的係於實際損害不易證明時，提供法院酌定賠償額之空間，法院該項酌定賠償額時，僅依據侵害情節考量，除同條項後段情節重大之故意損害

¹³⁹ 著作權法第15條至第21條、第85條、第86條、第89條、第93條、第95條、第96條及民法第195條參照。

行為外，性質上仍以填補損害為目的，並無懲罰性賠償之嚇阻效果¹⁴⁰，因此該賠償額不應超過被害人之實際損害或侵害人因侵害行為所得之利益¹⁴¹，我國實務亦採相同見解¹⁴²，此等處理方式不同於美國一九七六著作權法中關於法定賠償額之規範，後者將懲罰性賠償之嚇阻效果列為重要的立法目的，而美國最高法院於 *Columbia Pictures television v. Krypton Broadcasting, Inc.* 一案中亦明確指出，法定賠償案兼具填補損害及懲罰之功能¹⁴³，也因為尚包含懲罰之立法目的，法院有可能判決出較實際損害高出甚多之賠償額。

(二)損害額不易證明之實質認定

如前所述，本文贊同近來我國部分實務見解，就著作權法第十八條第三項「被害人不易證明其實際損害額」採取嚴格認定說之

¹⁴⁰ 亦有學者持不同見解，認為著作權法第88條第3項具有懲罰性之意義，參見林德瑞，我國智慧財產權受侵害之損害與懲罰性賠償，載：民事法學新思維之開展——劉春堂教授六秩華誕祝壽論文集，頁294，2008年5月；姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，頁362，2003年11月。

¹⁴¹ 一般學者認為，只有當損害賠償額相當於受害人實際損害或侵害人獲利之數倍時，該賠償才是懲罰性賠償，參見Samuelson & Wheatland, *supra* note 117, at 472。當然該侵害人因侵害所得之利益實際上有可能超過被害人之損害，此為立法上為避免侵害人因侵害有不當利得之規範。參見本文第參部分之說明。

¹⁴² 如智財法院97年度民著上更1字第2號判決謂：「按侵權行為賠償損害之請求權，乃在填補被害人之實際損害，而非更予利以益，故損害賠償以受有實際損害為成立要件，若絕無損害亦即無賠償之可言……適用〔著作權法第88條第3項〕時法院應依侵害情節審慎酌定賠償額，始與被害人之實際損害相當，始符合侵權行為損害賠償請求權，乃在填補被害人實際損害之立法目的相符」，其他相同見解，如智財法院98年度民著上字第3號判決。

¹⁴³ *Columbia Pictures Television v. Krypton Broadcasting, Inc.*, 523 U.S. 340, 352 (1998). 相同之學者見解，參見Samuelson & Wheatland, *supra* note 117, at 461-62。然而，亦有論者認為，在美國著作權法法定賠償額之規定中，只有故意侵權加重賠償額的部分是真正的懲罰性賠償。See Landova, *supra* note 117, at 109.

立場，惟若採取該立場，則究竟何等情況可該當於「被害人不易證明其實際損害額」之要件，本文整理目前國內判決之相關見解如下：

1. 依據筆者廣泛閱讀我國法院判決之觀察，在法院有實際說明「被害人不易證明其實際損害額」之判決中，以電腦程式著作侵權案件占最大宗。在該等案件中，有法院以軟體重製的快速簡易及被告之職業，作為「不易證明其實際損害額」之理由，如臺灣高等法院臺中分院九十四年度智上字第二十一號判決即謂：「由於軟體之散佈具有快速流通之特性，一旦非法重製人非法散佈軟體時，軟體著作權人即陷入難以估計及證明所受損害之境地；此外，被告以經營電腦週邊設備之販售及維修等項目為業，有其不特定之消費客源，事實上自難以估計其非法拷貝之數量……若向其購買電腦之客戶再度拷貝於其他電腦使用，則將加速對被上訴人之侵害」，又如臺灣高等法院九十六年度民事智上字第三十八號判決：「拷貝軟體僅須數分鐘即可輕易完成，卻相當困難舉證侵害人總共拷貝過多少之軟體數量於其銷售之電腦硬碟之內。從而上訴人主張本件有著作權法第八十八條第三項規定之適用應為可採」¹⁴⁴。

¹⁴⁴ 相同見解參見高等法院89年度重訴字第109號判決、高等法院93年度重上字第2號民事判決、高等法院93年度智上字第8號民事判決、臺北地方法院93年度智字第74號判決、高等法院94年度重上字第385號民事判決、高等法院96年度智上字第5號民事判決、高等法院96年度智上字第38號民事判決、高等法院臺中分院94年度重訴字第3號判決、高等法院臺中分院94年度智上字第18號民事判決、高等法院高雄分院94年度智上字第3號民事判決、高等法院臺南分院95年度訴字第17號民事判決、高等法院97年度智上字第16號判決、高等法院高雄分院97年度智上字第1號民事判決、臺北地方法院93年度智字第74號判決、臺北地方法院96年度智字第62號民事判決、士林地方法院95年度智字第4號判決、板橋地方法院95年度重智字第8號判決、板橋地方法院95年度重智字第9號判決、宜蘭地方法院95年度訴字第65號判決、士林地方法院96年度智字第8

2. 在視聽著作之著作權侵害案件中，有法院認為，「因被告販賣盜版光碟之期間長達半年，其販售盜版光碟之數量及所得均無法估算」¹⁴⁵，因此得適用酌定損害賠償額之規定。亦有法院持類似理由，認為「惟吉聲公司主張龍閣公司以每年壓製VCD一次至少2,000套，自91年至92年，至少4,000套等節，並未舉證以實其說，則龍閣公司壓製及銷售VCD之數量為何、獲有多少利益，又因而對吉聲公司造成若干損害，即屬無法證明。是吉聲公司請求本院按照侵害情節依法酌定賠償額等語，即屬有據」¹⁴⁶。

3. 在攝影著作於網路空間被侵害之案件中，有法院以難以估算被告所得利益及「網路與資訊科技之無遠弗屆及侵害容易性」，認

號判決、士林地方法院96年度智字第12號判決、士林地方法院96年度智字第15號判決、板橋地方法院96年度重智字第4號判決、高雄地方法院96年度智字第13號判決、桃園地方法院96年度智字第3號判決、板橋地方法院97年度智字第28號判決、板橋地方法院97年度重智字第11號判決、臺南地方法院97年度智字第5號判決及臺南地方法院97年度智字第21號判決等。然而，在類似軟體著作權侵權的案例中，智財法院卻有判決採取不同見解，認為軟體之特性並不該當於著作權法第88條第3項損害不易證明之要件，參見智財法院98年度民著上字第13號判決：「被上訴人主張事實上難以估計被上訴人非法拷貝之數量，且電腦使用者又可透過硬碟對拷方式重製軟體，進而散布予其他使用者，上訴人實難估計所失利益及損害云云……惟……被上訴人受侵害之著作財產權即系爭2電腦內之系爭軟體著作權，其所指上訴人尙有其他重製系爭軟體予客戶、再經輾轉重製、散布云云，並未提出任何證據以實其說，純屬其臆測之詞，不足採信。原審依被上訴人主張而依著作權法第88條第3項規定，逕行酌定系爭軟體每一軟體之損害額為200,000元……未審酌是否有實際損害額不易證明之情形……尙有未恰」，相關分析可參見李治安，同註39，頁121。

¹⁴⁵ 臺灣高等法院97年度重訴字第38號判決，類似見解如智財法院98年度民著上易字第13號判決。

¹⁴⁶ 臺灣高等法院95年度智上字第51號判決。其他類似判決，如臺灣高等法院96年度智上字第21號判決。

定原告之損害難以證明¹⁴⁷。

4. 在電腦伴唱機侵權之案件中，法院曾因為被告含有侵權歌曲伴唱機出租之實際台數不確定，因而認為「被害人不易證明其實際損害額」¹⁴⁸。

5. 亦有法院以被害人客觀上無法就系爭著作提出相當授權金之證據，因此認定損害不易證明¹⁴⁹。

由上述類型分析可發現，目前實務上造成「被害人不易證明其實際損害額」的最主要原因，其實是來自數位科技所帶來的低成本重製特性，無論是電腦軟體程式、含有視聽著作之光碟片、亦或是置於網路空間的攝影著作，皆歸因於所涉及重製行為的簡易、迅速及低成本，導致了被害人不易證明系爭著作被重製之次數，因此造成損害額不易證明。未來隨著數位科技在一般人日常生活及企業活動中無可動搖的地位與更形重要之角色，相信與數位科技相關的著作權侵權案件仍會是法院適用著作權法第八十八條第三項法定賠償額之主要對象。此外，適用該條項之案件中，亦再度體現出智慧財產權所具有的非敵對性或非耗損性之公共財特質，該等特質使得智慧財產權侵害之損害較一般有體財產之侵害更不易證明，也確立了著作權法第八十八條第三項在著作財產權侵害規範中之重要地位。

¹⁴⁷ 智財法院98年度民著訴字第2號判決。另外，智財法院99年度民著訴字第1號判決亦「斟酌網路與資訊科技之無遠弗屆及侵害容易性」，酌定損害賠償額。

¹⁴⁸ 臺灣高等法院臺南分院95年度訴字第9號民事判決參照。

¹⁴⁹ 如智財法院97年度民著上字第6號判決：「惟鉅綸公司究因此致受有相當於短收圖形著作授權金或其本身財產之損害，未據其針對該圖形著作之授權金或本身之財產價值提出證據證明，鉅綸公司徒提出該圖形實施後製成『剝皮打端機』之價值，並非該圖形著作本身之財產價值，所述尚無足採。是以鉅綸公司就前開圖形著作於短收圖形著作授權金或其本身財產之損害，因不易證明其實際損害額，即有著作權法第88條第3項規定之適用」。

二、侵害情節

依我國著作權法第八十八條第三項關於法院酌定損害賠償額之規定，法院酌定損害賠償額時，須依「侵害情節」酌定，如損害行為屬於故意，且「情節」重大者，法院可酌增損害賠償額至新臺幣五百萬元。美國著作權法第五〇四條c項關於著作權侵害法定賠償額之規範，雖並無「侵害情節」之用語，但損害賠償額之酌定須「法院認為公平」（as the court considers just）方可，而法院適用該條款時，均會審酌侵害情節（circumstances of infringement）¹⁵⁰。因此，實質上，美國法院仍須審酌具體侵害情節，方能決定何等額度方為公平之損害賠償額，就此而言，分析我國及美國實務酌定損害賠償額之參考因素即具相當程度之比較法價值。

（一）我國實務

原告主張就其所受之著作權侵害，不易證明實際損害額，因而請求法院依被告侵害情節酌定賠償額。本文整理目前實務上，法院審酌侵害情節時，參考因素分析如下：

1. 被害人所受之實際損害

被害人之實際損害須不易被證明方有著作權法第八十八條第三項之適用，但該項之實際適用仍須考量實際損害之可能範圍、並受到該可能範圍限制。實務上不乏法院適用該條項時，考量被害人之實際損害者¹⁵¹。也有法院酌定賠償額時考慮侵害人抄襲、重製品

¹⁵⁰ See, e.g., *Wild Oats, Inc.*, 664 F. Supp. at 1092.

¹⁵¹ 臺灣高等法院臺中分院94年度智上字第21號判決指出，被告之「非法重製行為，業已嚴重擠壓美商微軟公司之該等軟體市場，對美商微軟公司著作權之侵害，自可謂情節重大」，臺灣高等法院87年度訴字第286號判決亦採相同見解；臺灣高等法院94年度訴易字第24號判決酌定賠償額時謂：被告之侵害行為「尚無致原告影音著作之銷量大受影響」；智財法院99年度民著訴字第2號

質不佳，因此被害人受害程度較低¹⁵²。而侵害人若違法重製的規模愈大，則被害人通常所受之損害亦愈大¹⁵³。

2. 被害人之營業收入之變化

有法院比較侵害發生前及侵害發生後被害人之營業收入，作為審酌侵害情節之因素，本文以為，此僅能作為參考指標之一，應於法院審酌被害人之實際損害時考慮¹⁵⁴，由於其他影響因素眾多，因此法院不應斷然以原告營業收入之增加，即認定原告預期可得之營業收入損害並不明顯¹⁵⁵。此外，關於預期營業收入損害之認定，本文以為，法院實應考慮市場成長狀況，不應以不同時期營業收入之增減，作為判定預期營業收入損害之唯一標準，就此，有法院曾同時參考同業利潤標準¹⁵⁶。換言之，若市場處於快速成長擴張階

判決：「本件被告僅被查獲出售予原告公司人員一片盜版光碟，情節尚屬輕微，且原告自承正版光碟一片市面僅售一百元，原告所受損害有限，基於損害填補原則……本院審酌被告侵權情節及被告所受損害，認以一萬元為適當」。

¹⁵² 臺灣高等法院89年度上易字第153號判決：「衡量上訴人抄襲被上訴人之著作，卻有大量斷句、漏字之情形，其展現之內容劣於被上訴人之著作物，對被上訴人之著作權侵害之程度因此減低，本院認被上訴人之請求以五十萬元為相當」。

¹⁵³ 參見板橋地方法院94年度重智字第15號判決、板橋地方法院95年度重字第8號判決、板橋地方法院96年度重智字第4號判決及板橋地方法院97年度智字第28號判決。

¹⁵⁴ 如智財法院97年度民著上更(一)字第2號判決，即於考量被害人實際損害時，論及被害人之營業利潤率。

¹⁵⁵ 參照臺灣高等法院臺南分院95年度訴字第9號民事判決：「比較比較原告公司於九十三年度、九十四年度之營業收入結果，其九十四年度之營業收入較九十三年度為高，原告主張因被告之上開侵害著作財產權行為，而受預期可得之營業收入損害甚大云云，已非無疑」。

¹⁵⁶ 參見臺北地方法院94年度智字第89號判決、板橋地方法院94年度智字第13號判決及板橋地方法院97年度智字第4號判決。

段，縱使權利人之營業收入有增加，其仍有可能因為侵權行為而影響其漲價計畫或應有之市占率，進而受有損失。

3. 侵害人因侵害所得之利益

侵害人因侵害所得之利益愈大，則侵害情節愈嚴重¹⁵⁷。與前述被害人所受之實際損害相同，此利益額度應含有不確定成分，法院或可得知其範圍，但無法確定具體數額¹⁵⁸，否則如額度得確定，則無「不易證明其實際損害額」之情事，自無著作權法第八十八條第三項之適用。

4. 侵權期間

侵害期間愈長，則侵害情節愈嚴重¹⁵⁹，亦有判決將侵害時間

¹⁵⁷ 參照桃園地方法院93年度智字第16號判決、臺灣高等法院94年度訴易字第24號判決、臺灣高等法院95年度智上字第51號判決、臺灣高等法院臺中分院95年度智上易字第11號判決、臺灣高等法院臺南分院95年度訴字第17號判決、板橋地方法院95年度智字第38號判決、板橋地方法院95年度重智字第9號判決、板橋地方法院95年度簡上字第120號判決、臺灣高等法院96年度智上字第40號判決、臺灣高等法院高雄分院96年度智上字第2號判決、桃園地方法院96年度智字第3號判決、臺灣高等法院97年度智上易字第3號判決、臺北地方法院97年度智字第27號判決、臺北地方法院97年度智字第28號判決等、臺北地方法院97年度智字第35號判決及桃園地方法院97年度智字第11號判決。

¹⁵⁸ 參照臺灣高等法院臺南分院95年度訴字第9號民事判決：「被告係以每月二千元租金，出租內附侵害原告所有系爭十六首音樂著作之電腦伴唱機約二十餘台予第三人，則計算被告於上開十四個月之侵害期間內，因出租所得利益約在六十八萬元至八十四萬元之間（計算公式：【2,000元×20台×14月＝680,000元】、【2,000元×30台×14月＝840,000元】，亦難認被告因此所得之利益甚豐）」。

¹⁵⁹ 參照臺灣高等法院臺南分院95年度訴字第9號民事判決認曾認定出租內有侵害原告所有系爭17首音樂著作之電腦伴唱機予第三人，侵權時間14個月並不長；臺灣高等法院97年度智上易字第8號判決認為，可能的侵害其間僅6個月，並不算長；其他有將侵害期間列入考量者，如臺灣高等法院93年度智上字第22號判決、臺灣高等法院高雄分院95年度重訴字第14號判決、板橋地方

作為認定侵害人因侵害所得利益之參考因素，蓋通常侵害時間愈長，則侵害人因侵害行為所獲得之利益愈多¹⁶⁰。若就被害人之角度觀之，則被害人所受之實際損害將因侵害時日漸增。

5. 侵害人之身分

有法院指出，如被告之身分對於侵權之事實有特別認知，則法院應審酌，實務上最常發生者，係從事電腦之銷售及維修者，則對於電腦軟體程式受著作權保護之事實或其所安裝之電腦軟體程式是否為合法正版，應有特別認知¹⁶¹。

6. 是否為連續侵害

如被告為連續侵害，則有法院認為侵害情節較為重大¹⁶²。

法院95年度智字第38號判決、板橋地方法院95年度重智字第9號判決、板橋地方法院95年度簡上字第120號判決、臺北地方法院96年度智字第35號判決、士林地方法院96年度智字第8號判決、桃園地方法院96年度智字第3號判決、苗栗地方法院96年度智字第3號判決、苗栗地方法院97年度苗智簡字第1號判決、臺北地方法院97年度智字第35號判決、板橋地方法院97年度智字第4號判決、桃園地方法院97年度智字第11號判決、彰化地方法院97年度智字第5號判決、智財法院98年度民著上字第22號判決、板橋地方法院98年度簡上字第19號判決、臺中地方法院98年度智字第5號判決、高雄地方法院98年度智字第1號判決及板橋地方法院99年度智字第1號判決等。

¹⁶⁰ 如新竹地方法院94年度竹智簡字第1號判決。

¹⁶¹ 臺灣高等法院臺中分院94年度智上字第21號判決指出，被告「以銷售電腦及周邊設備為業，對於上開電腦程式著作為美商微軟公司享有著作權之軟體，當知之甚稔，惟其竟非法重製於其商行內部使用之電腦或銷售、維修之電腦中，〔被告〕侵害美商微軟公司著作權之故意乃昭然若揭，其重製之數量亦難以估計」，其他如臺北地方法院93年度智字第74號判決、臺灣高等法院94年度智上字第3號判決、板橋地方法院96年度重智第13號判決及臺北地方法院98年度智字第1號判決亦採相同見解，臺灣高等法院97年度智上易字第3號判決則曾考量侵害人「非以重製系爭光碟片為生」。

¹⁶² 臺灣高等法院臺中分院94年度智上字第21號判決及臺灣高等法院95年度智上易字第5號判決均指出，依據著作權法第88條第3項認定損害賠償之範圍，應

7. 受侵害著作之數量或比例

受侵害著作之數量或比例，當然與侵害情節有關¹⁶³，惟本文以為，受侵害著作之數量通常與原告所受損害及所失利益有重疊之處，蓋受侵害著作之數量愈多，則通常原告所受之損害愈鉅，因此法院就此因素之判斷，宜與原告所受損害額共同考量之，臺灣高等法院九十七年度智上易字第十一號判決即用受侵害之著作比例判定對原告所造成之損害，並以此作為酌定賠償之參考因素¹⁶⁴。

8. 著作在市場上受歡迎之程度

智財法院九十八年度民著上易字第十三號判決於酌定賠償額時謂：「審酌天映公司及天映影視授權得利影視販售之區域遍及我國境內，系爭語文著作夙負盛名，廣受眾多閱聽人喜愛，市場龐大……原審認賠償額應酌定為80萬元，尚稱合適」，苗栗地方法院

審酌被告「連續犯」之事實。惟須說明者，係刑法已於2005年度刪除「連續犯」之規定，並於2006年度7月1日正式實施，因此其後判決斟酌損害賠償範圍時，已無「連續犯」之用語。

¹⁶³ 臺灣高等法院臺中分院86年度訴字第18號判決、桃園地方法院93年度智字第16號判決、新竹地方法院94年度智字第1號判決、新竹地方法院94年度竹智簡字第1號判決、臺灣高等法院高雄分院95年度重訴字第14號判決、臺灣高等法院臺南分院民事判決95年度訴字第9號、臺北地方法院96年度智字第2號判決、臺北地方法院96年度智字第57號判決、臺灣高等法院97年度智上字第16號判決、智財法院98年度民著上字第22號判決、板橋地方法院98年度簡上字第19號判決、臺中地方法院98年度智字第5號判決及板橋地方法院99年度智字第1號判決，曾參酌侵害數量，作為酌定賠償額之依據。臺灣高等法院95年度智上易字第20號判決及智財法院98年度民著訴字第40號判決則參酌著作受侵害之比例。

¹⁶⁴ 該判決謂：「茲上訴人主張不易證明其損害，依著作權法第88條第3項規定請求被上訴人賠償100萬元。惟本院審酌被上訴人重製上訴人新聞畫面之視聽著作不多，且其時間僅占非常光碟比例1.5%，加以被上訴人僅發行約500片，向外發送約300片，對上訴人造成之損害尚非甚劇等，認上訴人請求被上訴人賠償10萬元為適當，逾此範圍請求，顯屬過高」。

九十六年度智字第三號判決亦曾考量「系爭4首歌曲係原告分別於94年4月、9月所發行，於被告重製時，均為剛上市、熱門點唱之歌曲」，此為少數以系爭著作於市場上受歡迎之程度作為酌定賠償金之判決，究其真意，無非為了彰顯系爭著作愈受歡迎，則受害人原本可得預期之銷售利益愈大，故該等因素亦與受害人之實際損害密切相關。

9. 侵害人侵害行為之文化教育意涵

此判斷標準並不常見，臺灣高等法院九十五年度智上字第五十一號判決將被告公司「收集客家民謠對保存客家文化確有增益」列為酌定賠償額之參考因素，而臺北地方法院九十五年度訴字第三九七號判決曾參酌「被告乙〇〇係於介紹臺灣生態之文章中使用系爭圖片，文章內容並教導讀者如何處理受傷之保育類野鳥等知識，有助於公眾養成正確之生態知識，是認其使用系爭圖片之目的應係使讀者得以認識黃嘴角鴉」，並據以決定損害賠償額。

10. 侵害人之收入或清償能力

亦有法院將被告之收入或清償能力列為考量因素¹⁶⁵，認為若

¹⁶⁵ 臺灣高等法院95年度智上字第51號判決：被告公司「資本總額均……僅為120萬元」；臺灣高等法院臺南分院95年度訴字第17號判決：「被告為國中畢業，收入不穩定，有間30坪左右係由乃兄林樹枝所購而登記在被告名下之公寓，該房屋及土地分別設定抵押借款約170萬元、300萬元共470萬元，目前尚欠400多萬元各情」；臺灣高等法院臺中分院96年度訴字第40號判決：「被告因家境困苦，從高中至大學均申請助學貸款，此有助學貸款申請書影本附於本院卷第70至79頁可證」；智財法院98年度民著上字第22號判決：「斟酌上訴人、被上訴人公司均為設立有案之公司、資本額分別為5,000,000元、1,000,000元（見原審卷第8至9頁之公司基本資料查詢）、被上訴人乙〇〇為公司負責人、衡情均有一定之經濟實力」。其他如臺灣高等法院花蓮分院90年度訴字第5號判決及板橋地方法院95年度簡上字第120號判決亦曾考量被告之經濟能力。

被告清償能力不高，則可考慮酌定較低之損害賠償額。

11. 侵害人犯後之態度

有法院認為，犯後態度愈佳或愈知悔改，則酌定賠償額愈低¹⁶⁶。

12. 損害賠償之嚇阻效果

有法院在遊戲軟體著作權侵權之案件中，雖查出系爭軟體之授權金，但仍採用著作權法第八十八條第三項之計算方法，判決被告應賠償超過授權金之額度，其所參考之因素為「侵害他人著作財產權遭查獲後之賠償金額，若與合法授權金相同，將會使出租業者萌生僥倖心態，並使市場上產生劣幣驅逐良幣之惡性循環，即難杜絕盜版侵權之歪風」¹⁶⁷。

依我國著作權法第八十八條第三項關於法院酌定損害賠償額之規定，法院酌定損害賠償額時，須依「侵害情節」酌定，因此就法律文義上，法院依該項酌定賠償額時所考量之因素應限於與「侵害情節」相關者為限，上述被害人所受之實際損害、侵害人因侵害所得之利益、侵權期間、侵害人之身分、侵害人是否為連續犯、受侵害著作之數量或比例、甚至侵害人侵害行為之社會貢獻均與侵害情節有密切關聯，有疑義者，係侵害人之收入或清償能力及侵害人犯後之態度，是否為「侵害情節」之一部分？若純就法律文義而言，著作權法第八十八條第三項賦予法院之考量範圍以「侵害情節」為限，而「侵害情節」在文義上似不應包含侵害人之收入或清償能力及侵害人犯後之態度，此與刑法第五十七條賦予法院量刑時，得「審酌一切情狀」不同，亦不同於民事訴訟法第二二二條第二項之

¹⁶⁶ 參見臺灣高等法院87年度訴字第286號判決。

¹⁶⁷ 參見高雄地方法院97年度智字第17號判決及高雄地方法院98年度智字第1號判決。

「審酌一切情狀」，因此，法院依著作權法第八十八條第三項酌定賠償額時，似不應考量侵害情節以外之其他情狀；然而，就政策之觀點而言，賦予法院較廣的考量範圍（如考慮侵害人之收入或清償能力及侵害人犯後之態度等因素），或可達成更多面向的政策功能，惟若立法者有此等政策考量，則自應於著作權法條文中放寬法院酌定賠償額之考量範圍，不以「侵害情節」為限。

然而，姑且不論政策上法院於酌定賠償時是否應「審酌一切情狀」或「依侵害情節」，本文並不贊成前述將損害賠償之嚇阻效果列入法院酌定賠償之考量因素，蓋如本文第肆、一、(一)部分所述，我國著作權法第八十八條第三項之立法目的仍為填補損害，此與美國著作權法現行法定賠償之規範不同，申言之，我國該項規定仍以損害填補為目的，性質上非屬懲罰性賠償，上述將嚇阻效果列為酌定損害賠償額參考因素之實務見解，不但忽視了該項關於「被害人不易證明其實際損害額」之實質要件，亦對該項之立法目的有所誤會。

(二)美國實務

依據本研究之整理，美國法院於酌定損害賠償額時，通常參酌之因素，其中包括以下幾項，其中許多參酌因素與前述我國實務考量相當接近：

1. 原告因為侵害行為所損失之利益¹⁶⁸；
2. 被告因侵害行為所節省之成本及所獲得之利益¹⁶⁹；

¹⁶⁸ See, e.g., *Wild Oats, Inc.*, 644 F. Supp. at 1092; *United States Media Corp. v. Edde Entertainment Corp.*, No. 94 Civ. 4849 (MBM) MHD, 1998 WL 401532, 18-19 (S.D.N.Y. Jul. 17, 1998).

¹⁶⁹ See, e.g., *Quinto v. Legal Times of Washington, Inc.*, 511 F. Supp. 579, 582 (D.D.C. 1981); *Playboy Enters., Inc. v. Webbworld, Inc.*, 991 F. Supp. 543, 560 (N.D. Tex. 1997); *Edde Entertainment Corp.*, No. 94 Civ. 4849 (MBM) MHD, 1998 WL 401532 at 9-11, 19-21.

3. 系爭著作權之價值¹⁷⁰；
4. 被告是否為連續犯（repeat infringer）¹⁷¹；
5. 未來對同一被告之嚇阻力¹⁷²；
6. 判決對於被告以外其他潛在侵權人之嚇阻效力¹⁷³；
7. 被告之行為是否為故意¹⁷⁴；
8. 被告是否願意協力提供證據，供法院評估其侵權產品之價值¹⁷⁵；以及
9. 被告之財力及資產狀況¹⁷⁶。

雖然嚇阻功能係美國法院酌定法定賠償額之重要考慮，但部分法院關於法定賠償額之判斷，仍應與原告依據其他損害賠償計算方法所得主張之賠償額度，具有可識別的關聯（discernible relationship）¹⁷⁷。

¹⁷⁰ *Legal Times of Washington, Inc.*, 511 F. Supp. at 582; *Webbworld, Inc.*, 991 F. Supp. at 560.

¹⁷¹ *See, e.g., Lauratex Textile Corp. v. Allton Knitting Mills*, 519 F. Supp. 730, 733 (S.D.N.Y. 1981).

¹⁷² *See, e.g., Webbworld, Inc.*, 991 F. Supp. at 560; *UMG Recordings, Inc. v. MP3.com, Inc.*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 13293, at 17-18.

¹⁷³ *See, e.g., Legal Times of Washington, Inc.*, 511 F. Supp. at 582; *Webbworld, Inc.*, 991 F. Supp. at 560.

¹⁷⁴ 提及該因素之判決包括 *Webbworld, Inc.*, 991 F. Supp. at 560 等。

¹⁷⁵ Berg, *supra* note 119, at 306.

¹⁷⁶ *UMG Recordings, Inc. v. MP3.com, Inc.*, No. 00 Civ. 472 JSR, 2000 U.S. Dist. LEXIS 13293, at 16-19 (S.D.N.Y. Sept. 6, 2000).

¹⁷⁷ *See, e.g., RSO Records, Inc. v. Peri*, 596 F. Supp. 849 (S.D.N.Y. 1984); *Milene Music, Inc. v. Gotauco*, 551 F. Supp. 1288 (D.R.I. 1982).

(三)小 結

比較我國與美國法院判決就酌定賠償額或法定賠償額認定所參酌之考量因素中，本文發現被害人所受之實際損害、侵害人因侵害所得之利益、侵害人是否為連續犯及受侵害著作之實際價值等因素係兩國法院所共同考量者。惟如前所述，美國著作權法中關於法定賠償額之規範係一懲罰性賠償之規定，因此法院於適用時會將對同一被告或其他潛在侵權人之嚇阻作用，列為酌定損害賠償額之重要參考因素，但我國著作權法第八十八條第三項之性質並不具備懲罰性賠償之性質，因此本文以為，我國法院依該項判決時，仍應依據實際損害可能之範圍，不須考慮嚇阻侵權之政策考量。

被害人不易證明實際損害額有時係因相關證據（如侵權產品之實際數量或侵害人因侵害行為所得之利益等）由加害人掌控，如加害人不協力提供證據，則損害額自難以證明，就此而言，美國法院將被告協力提供證據之意願作為酌定賠償額之參考因素，即具相當之政策價值，頗值我國未來修法時參考。然而，被告是否願意協力提供證據係發生於侵害行為後之訴訟程序中，此與前述侵害人犯後之態度相同，均非屬於「侵害情節」，故在法律文義上，法院無法依著作權法第八十八條第三項之規定予以考量，如須將之列為考量因素，或許須回歸前述民事訴訟法第二二二條第二項之規定，因為依該項規定，「法院應審酌一切情況」，定損害賠償數額，未來著作權法修法時，亦可考慮參酌民事訴訟法第二二二條第二項之規定，修正著作權法第八十八條第三項¹⁷⁸。此外，該等議題之相關討論，亦可

¹⁷⁸ 此處所形成之另一問題為：著作權法第88條第3項及民事訴訟法第222條第2項在法律適用之關係上為何？如本文前述，該二條文之規範內容類似（但卻不盡相同），且立法精神上均是針對損害不易證明之情況，授權法院得依據案件事實決定損害賠償額，但針對損害不易證明之著作財產權侵害案件，法院

呈現出，損害賠償制度及法院之角色，於著作權侵權案件中，實具有相當程度之政策功能與價值。

三、著作侵害個數之計算

適用著作權法第八十八條第三項之規定時，尚須注意者係該規範係針對每一著作權¹⁷⁹，而非每一案件，蓋單一案件中可能涵蓋數個被侵害之著作權，如果以案件作計算基礎，則依該條項之規定，單一案件之損害賠償額不得超過新臺幣一百萬元，縱使「損害行為屬故意且情節重大者」，賠償總額亦不得超過新臺幣五百萬元，如此適用之結果會不當限縮著作權人所得主張之賠償總額，且鼓勵該等權利人針對基於同一或相關事實之不同侵權行為，發動不同訴訟程序，有害訴訟經濟，因此法院適用本條項時須以個別著作計算該規定中關於賠償額度之限制¹⁸⁰。美國眾議院於一九七六年著作權法修正關於第五〇四條c項之立法說明亦採相同見解，該說明中指出法院在適用該條項酌定賠償額度時，無論侵害行為之次數

究應如何適用法條，目前我國實務有以下兩種處理方式：一、將該二條項並列，作為法院酌定賠償額之共同法律依據，如臺北地方法院91年度北小字第733號判決、臺中地方法院91年度第3006號判決、臺中地方法院91年度訴字第4104號判決、臺中地方法院92年度智字第3號判決、臺中地方法院93年度智字第12號判決及臺中地方法院98年度訴字第926號判決等；二、將民事訴訟法第222條第2項列為法理依據，但實際酌定時，以著作權法第88條第3項作為法律依據，如桃園地方法院92年度訴字第1859號判決、桃園地方法院93年度桃檢字第385號判決、桃園地方法院92年度桃檢字第508號判決；高等法院95年度智上易字第3號判決及臺南地方法院96年度重訴字第16號判決等。惟此問題並非本文欲討論之主題，茲不在此贅述。

¹⁷⁹ 臺灣高等法院臺中分院94年度智上字第21號判決謂：著作權法第88條第3項之規範，「應係指每一著作財產權而言，亦即每一著作權應各個計算，故縱一次侵害數個著作權，亦應逐一個別計算其損害額」。

¹⁸⁰ 相同見解，參見Morrissey, *supra* note 24, at 3070。

為何，無論侵害行為是否個別獨立，均應以單一侵害人對單一著作之侵害作為計算法定賠償之單位¹⁸¹。然而，此等見解在實務及理論上均無爭議，但法院在實際適用時，對於著作或著作權個數之認定，有時仍須在原、被告相衝突之利益間作出政策及價值判斷，以下分別以編輯著作、連續性著作、套裝軟體及其他關聯性著作析述之。

(一)編輯著作

關於編輯著作著作權侵害之酌定賠償，以美國 *Stokes Seeds, Ltd. v. Geo W. Park Seed. Co.* 一案為例¹⁸²，該案之著作權人 *Geo W. Park Seed. Co.*（以下簡稱 *Park*）係北美洲一園藝種苗相關產品之重要製造商，其擁有許多園藝種苗育成之照片，該等照片收錄於 *Park* 於一九七八年及一九八〇年所出版的兩本書中¹⁸³。*Stokes Seeds, Ltd.*（以下簡稱 *Strokes*）則是 *Park* 的競爭者之一，其出版之書即曾盜用 *Park* 前揭二書中一百二十二張植物照片，此為雙方所不爭¹⁸⁴。但法院酌定損害賠償額時，因受限於法律所訂之額度，故須決定受侵害之著作權個數為何。

¹⁸¹ H.R. Rep. No. 94-1476, at 167 (1976). 1976年版著作權法之該修正，主要是針對1909年版的著作法定賠償額係以「每一侵害行為」為計算基準，所導致之賠償額過高情形所作之規範，因而將計算基準改為「每一被侵害之著作」（per infringed work），請參考 *Samuelson & Wheatland, supra note 117, at 453*。近來有法院再度明確指出，法定賠償額之計算基準係以每一侵害人所侵害之每一著作為標準，參考 *Venegas-Hernandez v. Sonolux Records, 370 F.3d 183 (C.A.1 (Puerto Rico) 2004)*。

¹⁸² 783 F. Supp. 104 (W.D.N.Y. 1991).

¹⁸³ *Id.* at 105-06.

¹⁸⁴ *Id.* at 106.

原告Park認為，每一單一之照片，均係其個別之心血投入，應有單一之著作權，故Strokes所侵害之著作權個數，應以其所盜用照片之張數為準，法院酌定損害賠償額時，須將一百二十二張照片個別計算，只要單一照片受侵害之額度不超過法定額度即可¹⁸⁵。但法院認為Park所出版之彙集該等照片之圖書係一編輯著作，Strokes所侵害之著作權，係個別圖書成為編輯著作後之著作權，故著作權之個數應以該編輯著作（亦即圖書）之個數為準¹⁸⁶。

由上述案件中，我們可以看出，法院對於著作權個數之認定，對於實際酌定損害賠償之金額影響甚鉅。雖然一般對於我國著作權法第八十八條第三項及美國著作權法第五〇四條c項中之計算，均以個別單一著作為計算單位，但是在編輯著作的案件中，單一著作之認定並不容易。

若上述案件發生在我國，則本文並不贊同採取與上述美國法院之相同見解。首先，美國著作權第五〇四條c項其實有明定，為了本項法定賠償額之目的，所有編輯著作與衍生著作之部分均被認為是單一著作¹⁸⁷。此外，依我國著作權法第七條第一項之規定，編輯著作所保障者係「就資料之選擇及編排具有創作性者」，就前揭案例所示之事實，若被告將編輯著作中的主要或大部分作品均重製，則極可能侵害了被告之編輯著作權，但無論被告是否侵害該等編輯著作權，只要被告有重製之行為，則應構成對個別原攝影著作之著作權侵害，蓋依同條第二項之規定：「編輯著作之保護，對原著作之著作權不生影響」，因此被告之行為應亦侵害了個別攝影著

¹⁸⁵ *Id.* at 106-07.

¹⁸⁶ *Id.* at 108.

¹⁸⁷ 17 U.S.C. § 504(c)(1): "...For the purposes of this subsection, all the parts of a compilation or derivative work constitute one work."

作之著作權，法院酌定損害賠償額時應以個別著作權分別計算。再者，假設系爭編輯著作所收錄者係不同作者之不同作品，則個別作者當然可分別向侵害人求償，法院酌定賠償額時以個別作者之個別著作權為計算單位，此等結論在個別著作權歸屬於同一權利人之情況下亦應相同。

(二)連續性著作

除了編輯著作外，美國法院在連續性著作之案件中，亦曾就適用法定賠償額之著作個數認定表示意見，此類案件的大宗為連續劇著作權之侵害案件，爭點為究竟應以一集連續劇作為著作權計算單位，抑或是以一齣連續劇整體為著作權計算單位？於**Gamma Audio & Video, Inc. v. Ean-Chea**一案中，第一巡迴上訴法院就此問題有相當詳細的分析，該案中原本地方法院認為，由於原著作權人係以完整的連續劇出售或授權，因此應以一整齣連續劇為計算單位，但第一巡迴上訴法院卻不採此見解，該法院認為，著作權單位之計算重點，應是看各集影片是否具備獨立的經濟價值，就觀眾的立場而言，鮮少有觀眾看完每一集內容，大部分觀眾都是挑著看；就影片製作之觀點而言，每一集都是獨立製作，因此應以各集連續劇分別計算著作權單位¹⁸⁸。其後有不同法院在連續性著作均採取與**Gamma Audio**法院相同之見解¹⁸⁹。

我國亦曾發生侵害同一影集中不同集數之問題，板橋地方法院以各集作為獨立的著作單位，依著作權法第八十八條第三項酌定損

¹⁸⁸ *Gamma Audio & Video, Inc. v. Ean-Chea*, 11 F.3d 1106, 1116-17 (1st Cir. 1993).

¹⁸⁹ *See, e.g., Twin Peaks Prods., Inc. v. Publications Int'l, Ltd.*, 996 F.2d 1266, 1380-81 (2d Cir. 1993); *MCA Television Ltd. v. Feltner*, 89 F.3d 766 (11th Cir. 1996); *Columbia Pictures Television v. Krypton Broadcasting, Inc.*, 106 F.3d 284 (9th Cir. 1997).

害賠償，拒絕採取被告主張依整齣影集作為著作計算單位，理由為「原告所享有著作權如附表所示之影片雖有不同之集數，然每一部影片不同之集數，皆有不同之情節，亦花費不同之製作成本，對原告而言每一部影片皆有不同之侵害，是自應以五十二部影片作為計算之基準」¹⁹⁰。

上述我國及美國實務，均以影集中之單一劇集作為計算標準，惟本文以為，板橋地方法院之理由：「每一部影片不同之集數，皆有不同之情節，亦花費不同之製作成本」，其實要強調者為各集均係個別製作，此與美國法院之見解類似，未來我國法院在說理上，或可考慮參考美國實務，以各集劇集是否具有獨立之經濟價值作為認定著作權侵害單位之標準及理由，除了考慮影片各集製作之獨立性，亦可考量消費者在消費各集影片上的獨立性，如此更能反映著作權之法律歸屬與實際市場運作之實況。

(三)套裝軟體

關於著作權法第八十八條第三項著作之計算單位，在我國較常發生之爭議在軟體盜版案件中的損害賠償計算上，法院面臨的難題是若侵害的客體為一套裝軟體時，究竟應以套裝軟體內包含的各別軟體程式計算，抑或以套裝軟體整體作為計算單位？就此我國實務見解仍有分歧。

採取以個別軟體程式為計算單位者如臺灣高等法院九十七年度智上字第十六號判決：「查甲○○非法重製之『Office 2000』套裝軟體，內含Word 2000、Excel 2000、Outlook 2000、Powerpoint 2000、Access 2000、Fontpage 2000等6個著作物，另非法重製『Microsoft Windows XP』作業系統軟體，是甲○○共計侵害美商微軟公司7個著作物之著作財產權。青森公司等2人抗辯美商微軟公

¹⁹⁰ 板橋地方法院94年度重智字第15號判決。

司銷售之Office大量授權軟體，均係以套裝之方式銷售，僅認有一種，連同WINDOW軟體，也不過兩種軟體云云，即非可採」，另外相同見解如台南地方法院九十七年度智字第五號判決，該判決指出軟體套裝僅為銷售方式之選擇，與是否成為單一著作無關：「原告之Office應用軟體程式（包括各種版本）雖包括Word、Excel、Access、PowerPoint及Outlook等軟體（包括之軟體內容依產品組合不同），惟Word、Excel、Access、PowerPoint及Outlook等軟體各屬功能完全不同之軟體，均可在作業系統平臺上獨立作業。而原告以套裝軟體之方式銷售Office應用軟體程式，僅係市場行銷方式之一，事實上，Office所含之軟體絕大多數係可分別單獨銷售……損害賠償額之計算應以每一著作為單位。原告Office應用軟體程式所含之每種軟體均為獨立之電腦程式著作，故於計算損害賠償額時應按Office應用軟體程式所含之每種軟體受侵害之情形計算，而非以Office作為計算單位」¹⁹¹。

亦有判決以套裝軟體整體為計算單位者，如智財法院九十八年度重附民字第五號判決：「著作權法第八十八條第三項規定，請求以侵害情節最重大之五百萬元為基礎酌定被告等之賠償金；亦即以本案被告等侵害套數為單位乘上五百萬元計算原告得請求之損害賠償額」，然該判決並未說明以套裝軟體套數作為計算單位之理由。

本文以為，就法理上而言，上述台南地方法院九十七年度智字第五號判決之觀點應值肯定，該判決點出了套裝軟體中個別軟體的獨立經濟價值，並說明套裝僅為軟體的行銷方式之一。而在智財法院九十八年度重附民字第五號判決中，法院雖未說明以套裝軟體套數作為計算單位之理由，但從案件事實中，我們可以感受到法院決

¹⁹¹ 粗體字為作者所加粗。惟本件上訴至智財法院後，智財法院未依據著作權法第88條第3項酌定賠償，因此未就此議題有進一步說明或處理，關於本件判決之分析，可參見李治安，同註39，頁110-124。

定第八十八條第三項之著作單位時所面臨之政策難題¹⁹²，本案之被告係以每月新臺幣三萬六千元之薪水受雇於人，從事軟體盜版，與前述台南地方法院九十七年度智字第五號判決所採（以個別軟體作計算單位）之計算方式相較，以套裝軟體之套數作為計算單位，可使本案被告減輕數倍的損害賠償責任，縱然如此，由於本件係屬故意且情節重大，每單位之損害賠償額為新臺幣五百萬元，以套裝軟體之套數計算，被告仍應負擔一億七千六百四〇萬元之損害賠償責任，如此之高額損害賠償責任，已遠超過被告所能負擔，且引起社會廣泛關注¹⁹³，若法院採取前述台南地方法院九十七年度智字第五號判決之計算方法，則被告之損害賠償責任將再增加數倍，如此不但有可能超出原告之實際損害，且對被告而言，將更陷於終身無履行賠償之能力與意願。由上述分析可看出，法院在決定著作權法第八十八條第三項之著作單位時，若將相關政策因素納入考量，則有時可能無法嚴守認定著作單位之一般法理，此係職司審判之法官，於判決時所須面臨之無可避免的難題與考驗。

（四）其他關聯性著作

在Walt Disney Co. v. Powell一案中，被告未經原告同意，重製原告所擁有之米奇（Mickey）、米妮（Minnie）男、女米老鼠角色，並以六種不同的動作、表情呈現，地方法院原本認定共有六個著作權被侵害，但上訴法院卻認為只有米奇、米妮兩個故事角色的著作權被侵害，雖然同一造型的不同動作、表情或許可構成不同的著作權，但它們卻不具備獨立的經濟價值，因為米奇還是米奇，不管牠是何表情、為何動作皆不改其整體經濟性，因此上訴法院認

¹⁹² 作者感謝承審法官之一熊誦梅法官分享其作出此認定之心路歷程。

¹⁹³ 張國仁，賣盜版大補帖判賠1.7億元新臺幣，工商時報，2010年8月19日。

為，若個別著作權不具獨立的經濟價值，則無論其個別的藝術價值有多高，在計算法定賠償時，仍不應以獨立之單位計算，只有當作品具有自己的著作權生命（live their own copyright life）時，方能作為計算著作權之單位¹⁹⁴。

上述判決將「獨立之經濟價值」作為計算法定賠償額單位之依據，且明白承認縱使個別受侵害之著作具備獨立之著作權，倘若其不具獨立之經濟價值，仍不能成為法定賠償額之侵害計算單位，概念清晰，且言之成理，值得我國參考，但關於獨立經濟價值之判斷在不同案件中，仍須由著作之生產、銷售、消費及市場價值等角度出發，以建立一套一致的認定標準。

在音樂著作權侵害的案件中，法院酌定法定賠償額亦面臨相同的侵害單位計算問題，究竟應以一首歌或是一張CD作為侵害計算基準？就此美國法院仍有不同見解，有法院認為應以CD張數為計算標準¹⁹⁵，亦有法院認為應以單一歌曲作為侵害單位認定標準¹⁹⁶。本文以為，如以上述「獨立之經濟價值」作為計算侵害單位之依據，則單一歌曲應較上述連續劇中的單集影集更獨立之經濟價值，蓋現今音樂的銷售及消費方式已非如傳統的整片CD銷售，消費者可單獨購買歌曲之檔案，且同一專輯之不同歌曲係由不同的創作人完成，錄製過程亦個別獨立，因此法院酌定賠償額時，自應以個別受侵害之歌曲為計算單位，較符合音樂著作生產及消費之實況。

¹⁹⁴ Walt Disney Co. v. Powell, 897 F.2d 565, 569 (D.C. Cir. 1990).

¹⁹⁵ UMG Recordings, Inc. v. MP3.com, Inc., 109 F. Supp. 2d 223 (S.D.N.Y. 2000).

¹⁹⁶ WB Music Corp. v. RTV Comm. Group, 445 F.3d 538 (2d Cir. 2006).

伍、結 語

我國著作權法第八十八條關於著作財產權侵害損害賠償之規範，雖然只有一個看似結構單純的條文，但實務對於該條文內容的解釋、適用及各類損害賠償計算方式之關聯與差異，卻均缺乏統一之見解。本文以為，實務及學說上所面臨的著作財產權侵害損害賠償計算難題，其中一部分原因與智慧財產權的非敵對性或非耗損性之公共財特性有關，由於該等特性，使得智慧財產權侵害損害範圍之界定，常較實體財產之損害困難許多。

在著作財產權侵害案件的損害賠償計算上，美國著作權法的發展給了我國相當有價值的借鏡與啟示。許多美國法院相關判決中均指出，完全精準的損害賠償計算在實際上並不可能實現。因此，法院關於損害賠償額之認定一定包含相當程度的臆測成分，但是，重要的是法院在推估損害賠償額時，應基於公平合理的基礎，作出該等見解的法官應忠實的面對法官是人（而非神）的現實，與人類認知判斷的極限，並進而努力建構出可以廣泛被接受的損害賠償計算標準，此等審判態度實值肯定。就此，未來我國法院在損害賠償計算標準之說理上，若不能呈現其所採用標準之完全精確性，則應適當說明採取系爭標準計算損害之合理性。

就著作權法第八十八條第二項第一款之適用而言，本文觀察著作權保護客體之公共財性質及我國與美國之實務判決，認為絕大多數之案件應以「所失利益」，而非「所受損害」，作為認定基準，少數實務判決有以「所受損害」認定著作財產權侵害之損害賠償範圍者，觀其內容，其實亦為「所失利益」，只是在法律概念上認知有誤，綜言之，就該款之適用而言，「所失利益」是比「所受損害」更合適的損害賠償計算方式；再者，該款但書其實已為本文概念所涵蓋，在立法上應可刪除；此外，關於所失利益或實際損害之

計算方式，Goldstein教授提出依據侵害人與著作權利人是否在同一市場競爭之事實，決定應以合理權利金或銷售損失作為損害賠償之計算基礎，亦具相當參考價值，該等區分方式在概念可較清楚地釐清系爭案件中應被填補的損害（所失利益）究竟為何，若依此推論，則在同一市場中對具備競爭者身分之被告主張著作權侵害之所失利益，應以被告實際售出侵權產品之數量，而非被查獲之侵權產品數量為標準，蓋若被告尚未將產品售出，則未壓縮原告之產品市場，則原告原本預期之利益未受損失，自無所失利益可言。

就同條項第二款而言，本文以為，該款侵害人所得之利益應與侵害行為間具有因果關係，該等因果關係是控制本款損害賠償額度之重要機制，而我國立法上似無必要仿美國法，於但書外，另賦予侵害人限縮損害賠償責任之管道，但美國實務以侵權產品銷售所得之收益所占公司整體收益之比例，計算被告所得扣除費用，誠有參考價值，蓋公司之一般性支出，雖有用於侵害行為，但實際侵害之花費卻不易估計。

就同條第三項而言，本文以為，條文中既將「被害人不易證明其實際損害額」列為適用要件，則法院適用該項時，自應對該要件採取實質認定的立場，且該項之立法目的仍為填補損害，非如美國一九七六年著作權法在法定賠償制度中所界定的懲罰性賠償，故我國法院似不應將嚇阻效果列為酌定賠償範圍之考量因素；而條文中將法院酌定賠償額之考量因素限於「侵害情節」，在立法政策上仍有討論空間；最後，關於本項侵害著作個數之計算，美國法所發展出的「獨立之經濟價值」標準，實值我國參考。

參考文獻

一、中 文

1. 王澤鑑，信賴利益之損害賠償，民法學說與判例研究，第5冊，頁229-252，1996。
Wang, Tez-Chien, Reliance Damages, in *Civil Law Theories and Case Studies V*, pp. 229-252, 1996.
2. 李治安，電腦軟體程式著作權侵害損害賠償的計算迷思——評智慧財產法院98年民著上字第6號判決，月旦法學雜誌，190期，頁108-124，2011。
Lee, Jyh-An, The Puzzles of Damages for Computer Software Copyright Infringement, *Taiwan Law Review*, no. 190, pp. 108-124, 2011.
3. 林德瑞，我國智慧財產權受侵害之損害與懲罰性賠償，載：民事法學新思維之開展——劉春堂教授六秩華誕祝壽論文集，頁273-296，2008。
Lin, Teh-Jui, Damage and Punitive Damage of Intellectual Property Infringement, in *New Perspectives on Civil Law: Festschrift in Honor of Prof. Liu Chun-Tang's 60th Birthday*, pp. 273-296, 2008.
4. 姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，2003。
Chiang, Shyh-Ming, *The Development of the Code of Civil Procedure and Principles of Constitutional Law*, 2003.
5. 姜世明，民事訴訟法第222條第2項之效果論——評最高法院98年度臺上字第1831號民事判決，月旦裁判時報，創刊號，頁71-76，2010。
Chiang, Shyh-Ming, The Legal Effect Associated with Paragraph 2 of Article 222 in Code of Civil Procedure, *Court Case Times*, Initial Issue, pp. 71-76, 2010.
6. 孫森焱，民法債編總論，9版，1990。
Sun, Sen-Yen, *Civil Law: General Provisions of Obligations*, 9th ed., 1990.
7. 許士宦，證據蒐集與紛爭解決，2005。
Shyuu, Shu-Huan, *Evidence Collection and Dispute Resolution*, 2005.
8. 張靜，新著作權法釋論，1988。
Chang, Jing, *New Commentaries on Copyright Law*, 1988.

9. 章忠信，著作權法逐條釋義，2版，2009。
Chang, Chung-Hsin, *Statutory Explanation of Copyright Law*, 2d ed., 2009.
10. 賀德芬，著作權侵害的責任與損害賠償，國立臺灣大學法學論叢，10卷1期，頁213-248，1980。
Ho, De-Fen, *Liability and Damage of Copyright Infringement*, *National Taiwan University Law Journal*, vol. 10, no. 1, pp. 213-248, 1980.
11. 黃立，民法債編總論，1995。
Huang, Li, *Civil Law: General Provisions of Obligations*, 1995.
12. 黃茂榮，所失利益之賠償，植根雜誌，14卷8期，頁368-375，1998。
Huang, Mau-Rung, *Damages of Lost Profits*, *Rootlaw Review*, vol. 14, no. 8, pp. 368-375, 1998.
13. 曾世雄，詹森林續著，損害賠償法原理，2版，2005。
Tseng, Shih-Hsiung & Jan, Sheng-Lin, *Principles of Damages*, 2d ed., 2005.
14. 鄭玉波，民法債編總論，14版，1993。
Cheng, Yu-Po, *Civil Law: General Provisions of Obligations*, 14th ed., 1993.
15. 謝銘洋、馮震宇、陳家駿、陳逸南、蔡明誠，著作權法解讀，2版，2005。
Shieh, Ming-Yan, Fong, Jheng-Yu, Chen, Chia-Chun, Chen, Yih-Nan & Tsai, Ming-Cheng, *Interpretation of Copyright Law*, 2d ed., 2005.
16. 謝銘洋，智慧財產權法，2008。
Shieh, Ming-Yan, *Intellectual Property Law*, 2008.
17. 謝銘洋，商標侵害及損害賠償之計算——智慧財產法院97年度重附民字第1號刑事附帶民事判決及商標法修正草案評析，月旦民商法雜誌，26期，頁194-204，2009。
Shieh, Ming-Yan, *Trade Mark Infringement and Calculation of Compensation*, *Cross-Strait Law Review*, no. 26, pp. 194-204, 2009.
18. 簡啟煜，著作權法案例解析，2009。
Chien, Chi-Yue, *Copyright Law: Cases Analysis*, 2009.
19. 羅明通，著作權法論II，7版，2009。
Lo, Ming-Tong, *Copyright Law II*, 7th ed., 2009.
20. 蕭雄淋，著作權法論，5版，2007。

Hsiao, Hsiung-Lin, *Copyright Law*, 5th ed., 2007.

21. 蘇瓜藤，創造知識經濟競爭優勢之智慧財產評價產業，載：智慧財產的機會與挑戰——劉江彬教授榮退論文集，頁595-633，2008。

Su, Robert K., *Intellectual Property Evaluation Industry and the Enhancement of Competitiveness in the Era of Knowledge-Base Economy, in Opportunities and Challenges for Intellectual Property—Creation, Protection, and Management of Intellectual Property: Festschrift in Honor of the Retirement of Prof. Paul Liu C.B.*, pp. 595-633, 2008.

二、外 文

1. ANDERSON, CHRIS, *FREE: THE FUTURE OF A RADICAL PRICE* (2009).
2. Berg, Stephanie, *Remedying the Statutory Damages Remedy for Secondary Copyright Infringement Liability: Balancing Copyright and Innovation in the Digital Age*, 56 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 265 (2009).
3. BILLER, ANTHONY ET AL., *MODEL JURY INSTRUCTIONS: COPYRIGHT, TRADE-MARK, AND TRADE DRESS LITIGATION* (2008).
4. Coleman, Andrew W., *Copyright Damages and the Value of the Infringing Use: Restitutionary Recovery in Copyright Infringement Actions*, 21 AIPLA Q.J. 91 (1993).
5. GOLDSTEIN, PAUL, *INTERNATIONAL COPYRIGHT: PRINCIPLE, LAW AND PRACTICE* (2001).
6. GOLDSTEIN, PAUL, *COPYRIGHT, PATENT, TRADEMARK AND RELATED STATE DOCTRINES* (2002).
7. GOLDSTEIN, PAUL, *INTERNATIONAL INTELLECTUAL PROPERTY LAW: CASES AND MATERIALS* (2d ed. 2008).
8. GOLDSTEIN, PAUL, *GOLDSTEIN ON COPYRIGHT* (2009).
9. GORMAN, ROBERT A. & GINSBURG, JANE C., *COPYRIGHT: CASES AND MATERIALS* (6th ed. 2002).
10. JOYCE, CRAIG ET AL., *COPYRIGHT LAW* (7th ed. 2006).

11. Landova, Marketa Trimble, *Punitive Damages in Copyright Infringement Actions Under the U.S. Copyright Act*, 2009 EUR. INTELL. PROP. REV. 108 (2009).
12. LEE, JYH-AN, CODING A FREE SOCIETY: OPEN SOURCE STRATEGIES FOR POLICY-MAKERS (2007).
13. MERGES, ROBERT P. ET AL. INTELLECTUAL PROPERTY IN THE NEW TECHNOLOGICAL AGE (3d ed. 2003).
14. Morrissey, Colin, Note, *Behind the Music: Determining the Relevant Constitutional Standard for Statutory Damages in Copyright Infringement Lawsuits*, 78 FORDHAM L. REV. 3059 (2010).
15. NIMMER, MELVILLE, NIMMER ON COPYRIGHT (1985).
16. PATRY, WILLIAM F., COPYRIGHT LAW AND PRACTICE (1994).
17. Samuelson, Pamela & Wheatland, Tara, *Statutory Damages in Copyright Law: A Remedy in Need of Reform*, 51 WM. & MARY. L. REV. 439 (2009).
18. Wolfe, Richard C. & Elton, Serona, *Proving Disgorgement Damage in a Copyright Infringement Case is a Three-act Play*, 84 FLA. B.J. 26 (2010).
19. YEN, ALFRED C. & LIU, JOSEPH P., COPYRIGHT LAW: ESSENTIAL CASES AND MATERIALS (2008).

Restructuring the Copyright Damage Scheme

Jyh-An Lee^{*}

Abstract

The establishment of copyright damage is a fundamental and crucial issue for both copyright scholarship and copyright practice. Nonetheless, current literature does not put much emphasis on this issue. This article includes a comparative study of the court decisions relevant to copyright damage in Taiwan and the United States. By reconstructing the theories associated with copyright damage, this article aims to provide a clear and consistent guidance for academia and the Taiwanese courts in copyright damage calculation. Three approaches of damage calculation and related policy issues are focused therein: lost value and profit, infringer's profit, and statutory damage.

Keywords: Copyright, Damage, Lost Profit, Infringer's Profit, Statutory Damage, Actual Damage, Reasonable Royalty, Circumstances of Infringement

* Assistant Professor of Law, National Chengchi University; J.S.D., Stanford Law School.

Received: March 7, 2011; accepted: May 27, 2011