

论权益侵害与获利交出

洪国盛

内容提要:获利交出救济被认为旨在预防与阻却侵权获利行为,但就此救济的正当化基础存在诸多争议。基于权益归属理论的不当得利或不法管理路径,就处理此类问题在理论与实践上都存在诸多困境。侵权获利行为的实质是非经交易而使用或侵占他人权益;卡-梅框架为侵权法处理这一问题提供了理论指引。针对此类侵权行为的获利交出,实际上涉及两类不同的侵权救济。第一类救济为经济价值赔偿,其旨在对排他权之经济价值遭受侵害进行赔偿。此类赔偿依协商性损害赔偿认定。侵权人故意或过失均不影响此类赔偿请求权的成立及数额认定,其所获利益为算定排他权客观经济价值的考虑因素。第二类救济为利润剥夺,其旨在维护财产规则,使产权制度得以有效运作。故意非经交易之使用行为是对财产规则的否定,其对价格机制的运作、资源配置的效率、交易市场以及侵权法制度均产生诸多负面影响。侵权法经由利润剥夺救济以禁止此类行为。基于前述原理,《民法典》第1182条填补了对具有经济价值的人身权益遭受侵害时的救济不足,体现了我国法对人身权益保护的立体性与科学性。

关键词:获利交出 卡-梅框架 价值赔偿 协商性损害赔偿 利润剥夺

洪国盛,北京大学国际法学院博士后。

侵害他人权益者可能从其侵权行为中获得利益,这是由于侵权人有时会在使用被侵权权益时结合其自身的生产要素,或比被侵权人更有效率地使用了被侵权权益,所以侵权人获得的利益与被侵权人所遭受的损害可能并不相等。为应对此类情况,民法上逐渐接受获利交出救济作为阻却此类侵权行为的制度工具。获利交出救济在我国法上亦有所体现,最典型者当属《民法典》第1182条的规定:侵害他人人身权益造成财产损失的,可以按照被侵权人所受损失或侵权人所获利益进行赔偿。这一规则沿用了《侵权责任法》第20条的规定,但在赔偿计算上允许被侵权人自由选择是否以侵权人的得利作为赔偿依据。此外,在知识产权领域,此类救济亦广泛存在。

国内在学理上将此类救济称为获利返还,部分学者将其等同于获利交出(disgorge-

ment damages),^[1]亦有学者称之为受益型赔偿(gain-based damages)。^[2]就此救济的适用范围,较多学者认为其不限于侵害人身权益,而应建构一般性的获利返还请求权。^[3]但是,过往研究并未清晰地回答获利交出制度的救济目的与体系功能,导致救济措施无法很好地与目的匹配。本文旨在就获利交出救济在权益侵害案件中的适用进行全面检讨,区分“侵权人所节约的成本”和“侵权人故意地非经交易之使用行为所产生的利润”两类得利,分别就此类救济的性质及其功能展开论证;并以《民法典》第1182条为例,说明本文所提供解释路径的合理性与实践可行性。

一 获利交出救济既有理论的困境与侵权法的路径

获利交出救济之性质及其正当化基础,长久以来备受争议。不过既有研究一致认为,此种救济若旨在剥夺侵权人的所获利润,则应限于侵权人故意侵权的情形;因其旨在防止侵权人因侵权获利,以遏制不法行为。但《民法典》第1182条似并无此种限制。侵权法的预防目标通常并不限于预防故意侵权,为何过失侵权人就可基于侵权得利呢?此外,侵权人不应从不法行为中获利,并不能推导出侵权获利应归属于被侵权人的结论。而侵权人同时构成犯罪的,又应如何处理这一救济与刑罚中的没收违法所得的关系?

更重要的是,当被侵权人没有意图使用或不能使用自身权益获得同等利益时给予其侵权损害赔偿,与填平原则相悖,因此较多观点支持应以不当得利法或不法管理处理。^[4]此类处理路径诉诸于权益归属理论。^[5]权益归属论可分为三类。其一,所有权延续理论。其主张所有权不仅使得权益人对既存之物享有权利,而且对基于这一权利产生的利益亦享有权利。^[6]其二,获利机会归属说。其主张权益人享有基于使用所有物获利的机会,因而基于这一机会,获得的利益属于权益人。^[7]其三,权利豁免或追认理论。该说主张权益人可通过豁免或追认未经许可的使用行为,使得其如同行使了相应权利;或基于豁免、追认使得侵权人成为其受托人,据此其应当取得利润。^[8]

上开三论均暗含了利润基于所有权或初始赋权的内容或性质而归属于权益人的思

[1] 参见孙良国:《人身权侵权获益赔偿的构成要件及其适用——兼评〈侵权责任法草案(三审稿)〉第20条》,《法学》2009年第12期,第121-128页;朱岩:《“利润剥夺”的请求权基础——兼评〈中华人民共和国侵权责任法〉第20条》,《法商研究》2011年第3期,第137-145页;缪宇:《获利返还论——以〈侵权责任法〉第20条为中心》,《法商研究》2017年第4期,第81-90页;张家勇:《基于得利的侵权损害赔偿之规范再造》,《法学》2019年第2期,第59-71页;石佳友、郑衍基:《侵权法上的获利返还制度——〈民法典〉第1182条为中心》,《甘肃政法大学学报》2020年第6期,第15-29页。

[2] 参见杨彪:《受益型侵权行为研究——兼论损害赔偿法的晚近发展》,《法商研究》2009年第5期,第77-87页。

[3] 参见李承亮:《多元赔偿责任论》,《法学评论》2020年第5期,第77-89页;缪宇:《获利返还论——以〈侵权责任法〉第20条为中心》,《法商研究》2017年第4期,第87页。

[4] 参见缪宇:《获利返还论——以〈侵权责任法〉第20条为中心》,《法商研究》2017年第4期,第85页。

[5] 参见和育东:《非法获利赔偿制度的正当性及适用范围》,《法学》2018年第8期,第151-168页。

[6] See Grantham Charles and Rickett G. C., Tracing and Property Rights: The Categorical Truth, 63 *The Modern Law Review* 905, 905-911 (2000); Ernest Weinrib, Restitutory Damages as Corrective Justice, 1 *Nephron Clinical Practice* 1, 1-37 (2000).

[7] See Peter Birks, Unjust Enrichment and Wrongful Enrichment, 79 *Texas Law Review* 1767, 1782-1785 (2001).

[8] See Arthur Ripstein, As If It Had Never Happened, 48 *William & Mary Law Review* 1957, 1991-1995 (2007).

想,但同时又支持获利交出救济限于行为人故意侵权的情形;^[9]若侵权人并非故意,则不剥夺其得利。如甲故意在乙的土地上栽种谷物并出售盈利,应当被剥夺利润;若甲误以为是自己的土地的情形则否。权益归属理论在此处陷入了自我矛盾。依其逻辑,只有当甲故意侵权而实现的利润,才是土地权利的延续或获利机会。然而,若这一利润或获利机会源自所有权,则为何此类权利不同于所有权返还请求权,而需考虑侵权人的过错程度限制权益人行权? 无权处分之追认不以侵权人故意为限,此处为何区别对待?^[10]

可见,权益归属理论与过错无法兼容。如果仅关注权益本身,那么侵权行为的性质是无关紧要的。^[11] 这一点也经由权益侵害不当得利制度得以说明。权益侵害不当得利正是建立在权益归属说之上,其核心在于权益有一定的利益内容,专属于权益人,归其享有,并具排他性。违反法秩序所确定的权益归属而取得他人利益者,乃违反了财产法上权益归属秩序。^[12] 当受益人取得了法秩序上归属于受害人的权益,则须通过权益侵害不当得利除去无法律上原因所受的利益。无论行为人有无过失,都无法正当化其取得属于权益人的利益。诉诸于权益归属,就意味着法秩序已就此利润作出分配,再无司法者自由裁量分配的余地。^[13]

权益归属理论还面临诸多无法处理的问题。其一,对于侵害非财产性权利而获得利益的情形,权益归属理论难以适用。如侵害隐私所得的利润,并非隐私权的延续。隐私权并非可自由交易的客体,其在法律评价上,并不蕴含获利机会。其二,当所得利益是精神性利益时,权益归属理论同样无能为力。如被告未经权益人许可使用原告的土地举办音乐会,而获得精神愉悦。^[14] 其三,即便侵害的是财产性权利,若这类权益本身不可能直接产生利润,则权益归属理论也无适用空间。如使用他人财产抵押,事后贷款人足额清偿,将借贷所得用以经营之获利难以归属于担保物。其四,侵害数人权益而因规模效应所生得利时,亦会产生归属困境。如非法处理个人信息而获得商业利益,利润无法归属于分散的信息。其五,权益归属理论仅能说明法益被侵害,却无法处理利润剥夺的范围。如同样在个人信息侵权案件中,该理论无法说明应分配给权益人多少利润及分配之依据。若权利归属是确定的,为何利润剥夺范围无法确定? 不法无因管理制度同样无法克服前述诸障碍。

综上所述,权益归属理论无法正当化利润剥夺救济,亦时常难以适用。那么倘若此类救济的确为法体系所欲,其正当化依据为何,又该如何适用? 要寻求此类救济的正当化基础,须回到侵权法。《民法典》第 1182 条、《个人信息保护法》第 69 条以及知识产权领域的

[9] 参见和育东:《非法获利赔偿制度的正当性及适用范围》,《法学》2018 年第 8 期,第 166 - 168 页。

[10] 学界对于《民法典》第 984 条是否适用于不法管理的情形存在争议。参见易军:《论中国法上“无因管理制度”与“委托合同制度”的体系关联》,《法学评论》2020 年第 6 期,第 51 页;李永军:《论我国民法典中无因管理的规范空间》,《中国法学》2020 年第 6 期,第 33 页。

[11] See James Edelman, The Meaning of Loss and Enrichment, in Robert Chambers, Charles Mitchell, James Penner (eds.), *Philosophical Foundations of the Law of Unjust Enrichment*, OUP Oxford, 2009, p. 211.

[12] 参见王泽鉴著:《不当得利》(第二版),北京大学出版社 2015 年版,第 141 页。

[13] See Peter Benson, The Basis of Corrective Justice and Its Relation to Distributive Justice, 77 *Iowa Law Review* 515, 530 - 531 (1992).

[14] See *Experience Hendrix LLC v. PPX Enterprises Ltd* [2003] EWCA Civ 323, [2003] 1 All ER (Comm) 830.

相关规则,均将获利交出入侵权法框架内;有观点认为此救济为侵权损害赔偿的计算方式。^[15] 批评意见如前所述,认为获利交出与填平原则相悖;支持立法体例的观点,则诉诸任何人不得以牺牲他人法益而不当获取利益观念,基于预防此类不法行为的必要性而正当化该救济。^[16] 但是,后一观点亦认可仅当行为人故意侵权且获有利益时才需预防。问题是,为何过失侵权而获利者欠缺预防必要?且若一个行为不损害他人利益又能创造价值,或损害他人利益小于创造之价值,那么至少符合卡尔多-希克斯效率(Kaldor-Hicks Efficiency)。^[17] 侵权法若仅旨在在权益保护与行为自由之间寻求平衡,则其并不禁止能够创造社会效用但伴有损害的行为。^[18] 既有理论并未回答侵权法为何要阻却此类行为,且预防功能亦无法解释侵权人所得利益为何归属于被侵权人而非予以罚没。因而,无论诉诸于侵权法的填平还是预防功能,似乎都不可取。这是由于既有研究并未厘清侵权法在此旨在保护何种法益,又应对何种行为予以规制所致。下文将采取侵权法的路径,对获利交出的正当性基础、类型及适用进行检讨分析。

二 第一类获利交出:旨在赔偿排他性权益之经济价值

侵权人基于侵权所获利益,也即获利交出的对象,实际包含两种不同的类型。第一类利益是指未经权益人许可而使用或者侵占权益人财产所得的利益(gain),例如占用他人房屋而应支付的租金。侵权人所得与权益人所失存在直接关联,此类获利又被称为规范得利。^[19] 针对此类获利的去除,本文称为“经济价值赔偿”(negotiating damages)。第二类利益是指侵权人未经许可使用他人权益所生之利益(profit)。针对此类获利的去除,本文称为“利润剥夺”(disgorgement damages)。关于涉商标、专利侵权的案件,司法解释即将相关制定法中的“获得的利益”解释为侵权人所获利润,这亦是学理所关注的重点。^[20] 两类利益看似泾渭分明,不过下文将述,理解价值赔偿的制度机理是理解利润剥夺救济正当性依据及其适用范围的基础。因而本部分先就现有理论对价值赔偿的认识不足与价值赔偿之原理进行阐述,利润剥夺救济则在第三部分进行讨论。

(一) 获利交出并非旨在赔偿交易机会

卡-梅框架为分析这一问题提供了重要的指引。卡拉布雷西与梅拉米德阐述了权利保护的三种规则:财产规则、责任规则、不可让与规则。^[21] 这一框架一经提出即成为分析

[15] 参见石佳友、郑衍基:《侵权法上的获利返还制度——〈民法典〉第1182条为中心》,《甘肃政法大学学报》2020年第6期,第15页;程啸著:《侵权责任法》(第三版),法律出版社2020年版,第516页。

[16] 参见王若冰:《获利返还制度之我见——对〈侵权责任法〉第20条的检讨》,《当代法学》2014年第6期,第82页。

[17] See Giorgio Del Vecchio, Equality and Inequality in Relation to Justice, 11 *The National Law Forum* 36, 43-45 (1966).

[18] 参见[澳]彼得·凯恩著:《侵权法解剖》,汪志刚译,北京大学出版社2010年版,第16页。

[19] See Ernest Weinrib, *The Idea of Private Law*, Oxford University, 2012, p. 120.

[20] 《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第14条;《最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》第14条。

[21] See Guido Calabresi & A. Douglas Malamed, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, 85 *Harvard Law Review* 1089, 1089-1128 (1972).

法律救济规则选择与效率比较的主导范式,亦被我国学界所接受。其中,财产规则指若使用或取得被赋权人的某一权益,必须经过其同意。为助于理解财产规则与价值赔偿救济的关系,先以如下案例辅助说明。

牧人的牛群前往饮水处需经农夫的土地。由于该地贫瘠,不宜种庄稼而荒废。牧人未经许可擅自驱赶牛群经过土地,农夫要求损害赔偿。土地受财产规则保护,排除妨害请求权并无疑问;但就损害赔偿,牧人抗辩农夫并无损害。此处可依不当得利予以救济,通常以市价认定通行许可费,假定其数额为 x 。科斯对此问题提出了一个博弈变体:^[22] 农夫知道牧人的行动后在这片土地种植了小麦。假设小麦成熟后出售收入为 10,成本为 11。农夫虽会亏损 1,但因牛群毁坏小麦,牧人需赔偿 10。农夫经由种植小麦提升了议价资本,要求牧人支付的许可费介于 x 至 $x + 10$ 之间。若牧人支付 $x + 10$ 的许可费仍为其最优选择,那么其仍愿意支付。这与市价存在差异,那么法律最初认定许可费是否正确?

针对权益人没有损害这一质疑,支持以侵权法处理这一问题的学者提出了交易机会丧失理论。^[23] 上开示例即说明了这一理论。该理论认为侵权人未经许可擅自使用的行为,侵害了权益人的交易机会,而侵权法旨在保护此种交易机会。侵权人本需要与权益人交易以获得许可,本该向其支付费用。此即权益人所失,损害赔偿旨在就交易机会进行赔偿,在英国法上曾被称为返还性损害赔偿(resitution damages)。^[24] 但批评者认为,若权益人不想交易,或者侵权人无力或不愿负担交易费用,那么就不存在交易机会的丧失。^[25]

前文第一部分所述的“获利机会归属说”即认为交易机会也被认为是权益归属的问题,因而权益人是否愿意交易并不重要。不当得利的处理路径看似避免了交易机会丧失论的不足,但上开案例显示,权益人可以从侵权人处要求多少许可费是不确定的。认为 x 至 $x + 10$ 之间可能的许可费本就归属于权益人,并不符合现实:这部分数额是经由博弈而定,而非原本属于权益人的。而若上开假想案例并非简单的双人博弈,需求端涉及多个牧人或具有以不同方式利用土地者参与交易竞争,供给端涉及农田供给者之间参与交易竞争,则归属理论更无实益。

(二) 获利交出旨在赔偿排他性权益的经济价值

英美法自 19 世纪以来就以侵权法处理价值赔偿问题。^[26] 此等侵权所要求之“故意”仅指行为的有意性,^[27] 而不考虑其是否与不法性构成关联。如知识产权侵权就许可费的赔偿而言并不考虑过错,其与德国法上的权益侵害不当得利属对应关系。但就此类赔偿

[22] See Ronald H. Coase, The Problem of Social Cost, 3 *The Journal of Law and Economics* 1, 3-6 (1960).

[23] See Robert J. Sharpe and S. M. Waddams, Damages for the Lost Opportunity to Bargain, 2 *Oxford Journal of Legal Studies* 290, 290-297 (1982).

[24] See James Edelman, Jason Varuhas, Simon Colton, *McGregor on Damage*, Sweet & Maxwell, 2017, p. 447.

[25] See *Experience Hendrix LLC v PPX Enterprises Ltd* [2003] 1 AllER (Comm) 830 CA at [45].

[26] See *Martin v Porter* (1839) 5 M. & W. 351. 作为 Trover, Trespass, Conversion, Detinue 等侵权之诉的救济,此类赔偿曾有各种名称, see *Lipkin Gorman v Karpnale* [1991] 2 A. C. 548.

[27] See Michael A. Jones (ed.), *Clerk & Lindsell on Torts*, Sweet & Maxwell, 2014, p. 1229; Restatement Second of Torts § 217, cmt. c (1965).

的性质存在极大争议,出现了前述交易机会丧失与权益归属的理论之争。

英国最高法院在 *Morris-Garner v One Step (Support) Ltd* 案中,就此类赔偿的性质及其赔偿原理作出了系统性论证。韦彦德勋爵(Lord Robert Reed)指出,在标的物毁损、灭失的情形下,普通法对于权益人的损害以价值贬损或维修费用之更适者作为赔偿之依据,^[28]且物之使用丧失亦可救济。^[29]而在未经许可使用的情形下,被侵害的是产权人对财产控制的权利;对于物之控制本身即具有财产价值,^[30]因而须对此类损失进行赔偿。^[31]岑耀信勋爵(Lord Jonathan Sumption)指出产权排他性本身就具有经济价值,体现在为使用他人权益需要得到产权人的许可。不同于交易机会理论,这一价值蕴含于产权概念本身,并不因权益人是否行使而受影响。拒绝交易本就是产权人对财产的一种使用方式。产权人购买财产时,所支付的价格本就包含排他使用的价值,对于其丧失进行赔偿自属当然。如包下整个影院与恰好只有一人观影,虽结果相同,但观影人所需支付的价格则不同,这正体现了排他权的经济价值。此类损害并非概念操作,而是真实存在的损失。卡-梅框架下受财产规则保护的权益的核心即在于权益的排他性,而未经许可的使用正是受财产规则保护之权益遭受侵害的典型情形。近期,英国最高法院认定在个人信息遭受侵害时被侵权人可获得此类赔偿,因个人信息具有排他之经济价值。^[32]

《民法典》第1182条的获利交出同样旨在保护具有经济价值的人身权益。笔者在北大法宝数据库检索专门人民法院与中级人民法院及以上层级人民法院的案例,以《侵权责任法》第20条第2分句之内容为关键字(2010年7月1日至2022年1月31日),共得到案例851件,其中涉及获利交出或者以侵权人所获利益进行赔偿的案件304件,均涉侵害具有经济价值的人身权益;以《民法典》第1182条或该条第1分句之内容为关键字(自2021年1月1日至2022年1月31日),共得到案例363件,相关案件129件,所涉案型亦同前。此类案件中遭受权益侵害的通常是演艺明星或运动员等。可见,我国司法实践亦将获利交出救济适用于侵害他人具有排他性经济价值的权益的案型。立法机关及最高人民法院均在相关资料中表达了《民法典》第1182条主要适用于侵害他人人身权益造成纯粹经济损失的案型,^[33]学界亦有赞同者。^[34]此种解释亦符合《民法典》侵权编的体系安排。侵害人身权益造成人身损害的依《民法典》第1179条救济,造成精神损害的则依第1183条;而造成纯粹经济损失的案型无法落入这两款,则由第1182条处理。前述体系安排体现了《民法典》就人身权益保护的立体性、科学性。《个人信息保护法》第69条也基于同样的原理运作。

[28] See *Morris-Garner v One Step (Support) Ltd* [2018] UKSC 20 at [30].

[29] See *Cory v Thames Ironworks Co* (1868) L. R. 3 Q. B. 181; *Restatement Second of Torts* § 928 (1965).

[30] See *The Mediana* [1900] A. C. 113 at 117.

[31] See *Morris-Garner v One Step (Support) Ltd* [2018] UKSC 20 at [30].

[32] See *Lloyd v Google LLC* [2021] UKSC 50, at [138] - [143].

[33] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典侵权编解读》,中国法制出版社2020年版,第73-74页;最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典侵权编理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第166-167页。

[34] 参见岳业鹏:《论人格权财产利益的法律保护——以〈侵权责任法〉第20条为中心》,《法学家》2018年第2期,第77-89页。

(三) 经济价值赔偿的计算——协商性损害赔偿

财产规则亦揭示了产权排他性的经济价值是如何确定的。财产规则强调非经交易,不能使用他人权益。交易本身即为确定此类权利价值的方法。正因此, Morris 案将此类损害赔偿命名为“协商性损害赔偿”(negotiating damages)。此类赔偿区别于通常的侵权损害赔偿之处在于,其需考虑交易双方独有的议价能力、所处的市场环境以及产出该排他性经济权益的合理成本等因素,而非径直依据市价予以认定;因为往往被侵害的权益恰恰不存在市价。协商性损害赔偿的计算有如下要点。

首先,此类赔偿是基于客观价值而非主观价值计算的。批评见解认为,若权益人越珍视某一产权则越不愿交易,因而其遭受的损失不能评价。^[35] 韦彦德勋爵指出,协商性赔偿是确定损害的工具,旨在对排他权的经济价值进行估值,并非要求权益人接受此交易。^[36] 正如针对人身、财产侵害进行损害赔偿,并非因被侵权人接受此种侵害才得以赔偿一样。损害赔偿旨在弥补排他权的经济损失,而非要求交易此排他权。其次,由于其以客观价值计算,计算方式就是理性人处于此交易情景下就此协商会如何出价。^[37] 要考虑的是影响双方议价能力的因素与策略,对价格确定的作用;^[38] 权益人单方所希望的出价并不能决定财产的客观价值。当参考模拟谈判来评估损害时,双方都可提供其将在此谈判中会使用的筹码作为证据,以辅助确定赔偿金额。^[39] 法经济学者称之为模拟市场理论(mimicking the market)。^[40] 如前例农夫能否寻求 $x + 10$ 的许可费,视牧人若支付这笔许可费与其他生产要素的机会成本后,是否还有盈利而定。易言之,牧人的需求以及替代选择决定可能的价值上限。如若牧人证明绕路牧牛成本最多为 5,那么就会限制农夫土地的客观价值。

丹宁勋爵指出,根据个案所侵害的排他性经济权益在市场上的可获得性,赔偿需区分基于非侵权性替代措施、许可费或购买这一产权之成本来计算。^[41] 侵权所获利润或所节约成本是认定被侵害财产可能价值的相关证据,但非经济价值本身。在行为人没有购买权益人的许可时,法律并非拟制其购买了许可,而是要探究权益的真正价值。^[42] 如侵权人为节约建造费用而侵害他人采光权,^[43] 法院参考若建造一所不侵害他人采光权的建筑将花费的成本与实际支出成本的差额,以认定采光权可能的经济价值。此外,诸多市场因

[35] See Andrew Burrows, *A Restatement of the English Law of Unjust Enrichment*, Oxford University Press, 2012, p. 328.

[36] See *Morris-Garner v One Step (Support) Ltd* [2018] UKSC 20 at [91].

[37] See *Wrotham Park Estate Co Ltd v Parkside Homes Ltd* [1974] 1 WLR 798.

[38] See *Amec Developments Limited v Jury's Hotel Management (UK) Ltd* (2001) 82 P&CR22 at [12].

[39] See *WWF (World Wide Fund for Nature) v World Wrestling Federation Entertainment Inc* [2006] EWHC184 at [174].

[40] See Richard A. Posner, *Law and Economics in Common-Law, Civil-Law, and Developing Nations*, 17 *Ratio Juris* 66, 68 (2004); Jules L. Coleman, *Economics and the Law: A Critical Review of the Foundations of the Economic Approach to Law*, 94 *Ethics* 649, 658 (1984).

[41] See *Seager v Copydex (No 2)* [1969] 1 W. L. R. 809 at 813. 《最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》第 15 条采纳了类似的理念。

[42] Vgl. Schwab, in: *Münchener Kommentar BGB*, 8. Aufl. 2020, § 818 Rn. 109.

[43] See *Carr-Saunders v Dick McNeil AS' sociates Ltd* [1986] 1 W. L. R. 922.

素也会被纳入考量。如某设备在市场上的最短租期为一个月,那么即便侵权人的侵权期小于最短期限,亦以最短期限认定。^[44]又如越界建筑基于经济效率而不予拆除的,则以购买该土地时的公平市价来认定被越界人的真正损失。^[45]由于所获利润仅是辅助确定价格的证据,所以若侵权人因为各种原因并未能实现利润或未能节约成本,并不影响此类赔偿的认定。^[46]这亦符合损害赔偿的一般原理:侵权行为导致损害的时点与利润实现的时点是分离且无关的。^[47]我国司法实践处理专利侵权案件时,有法院认为侵权产品未投入市场因而权益人未遭受损害,则属不当。^[48]侵权人的主观善恶意对于此类赔偿的计算并无影响,因为这是对被害权益的实际价值的赔偿。^[49]可见,协商性损害赔偿与权益侵害不当得利不仅理论基础不同,在数额认定与抗辩上亦有差异。^[50]

综上所述,就价值赔偿而言,侵权人所获利益实为被侵权人排他性权益经济价值的损失。这一损失需基于模拟交易予以认定。被侵权人所获利润仅是认定经济价值的参考因素。卡-梅框架不仅指明了价值赔偿的法律含义,也就其计算给出指引。《民法典》第1182条的相关规定亦符合本部分所讨论的原理。在我国法上,承认此类经济价值赔偿并吸纳协商性损害赔偿的理念,无需修改制定法:价值赔偿所涉及的排他性利益丧失为《民法典》第1165条所指损害的一种类型,而协商性损害赔偿为第1184条所指的损害合理计算方式。

三 第二类获利交出:旨在防止受财产规则保护的权益降格

第一类获利交出即经济价值赔偿旨在实现侵权法的赔偿功能,而第二类获利交出即利润剥夺,则旨在实现侵权法的预防、禁止功能。其并非泛泛预防不法行为,而是预防故意非经交易而使用他人财产这一特殊的侵权行为。

在探讨为何需预防此类侵权行为前,需简短回顾侵权法的两类不同预防目的。^[51]其一,实现适度谨慎均衡;过失侵权制度即属此类。通过允许人们以适当程度的谨慎从事具有一定危险的活动,可平衡行为自由与权益保护。其二,实现全面威慑;针对故意侵权之规制即属于此类。当某类行为在法评价上没有法所认可的价值,只有法所不欲的危害时,

[44] See *Strand Electric & Eng'g Co. v. Brisford Entertainments Ltd.*, [1952] 2 Q. B. 246.

[45] See Yun-chien Chang, *Private Property and Takings Compensation: Theoretical Framework and Empirical Analysis*, Edward Elgar, 2013, pp. 168 - 170; Vgl. Brückner, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 8. Aufl. 2020, § 912 Rn. 34.

[46] See *Inverugie Investments Ltd v Hackett* [1995] 1 W. L. R. 713 at 718.

[47] See *Lunn Poly Ltd v Liverpool & Lancashire Properties Ltd* [2006] EWCACiv 430 at [19], [35].

[48] 如最高人民法院(2015)民申字第2000号民事裁定书、北京市高级人民法院(2017)京民终339号民事判决书、北京市高级人民法院(2018)京民终219号民事判决书。

[49] See *Morris-Garner v One Step (Support) Ltd* [2018] UKSC 20 at [86].

[50] 此处英国法上也存在不当得利请求权;对应德国法上善意得利人的状态改变抗辩(change of position)不适用于侵权之诉。

[51] See John C. Coffee, Jr., *Paradigms, The Blurring of the Criminal and Civil Law Models and What Can Be Done About It*, 101 *Yale Law Journal* 1875, 1884 (1992); Keith N. Hylton, *Punitive Damages and the Economic Theory of Penalties*, 87 *Georgetown Law Journal* 421, 438 (1998).

预防功能旨在通过威慑以禁止此类行为。利润剥夺为实现此类预防的工具。

(一) 利润剥夺救济的理论基础: 保护交易自决, 维护财产规则

财产规则对权利保护的核心在于非经交易不能强夺他人权益。但若无论侵权人是否与权益人交易, 其赔偿都以基于交易所需要支付的价格为限, 那么侵权人就缺乏与权益人进行协商的激励。易言之, 仅以价值赔偿对权益人进行救济, 不足以促使人们进行交易。利润剥夺救济则能发出威慑信号, 提供交易激励。但是, 若在价值赔偿后侵权人还有利润, 则意味着侵权行为创造了社会总剩余; 且非经交易亦节约了交易成本, 又没有人的境况因侵权行为而变得更差, 似符合卡尔多 - 希克斯效率, 那么为何还要预防此类侵权? 此观点的失误在于未考虑到交易自决具有的重要价值与功能, 对其的侵害会产生诸多负面影响。财产规则的核心在于产权配置后的交易自决。对交易自决之侵害, 就是对产权排他性之否定。此种侵权行为近似强迫交易, 将受财产规则保护的权益事实上降格为受责任规则保护的权益。因而这一问题也可表述为: 为何需要财产规则? 对此可作如下展开。

首先, 侵害交易自决的行为, 对市场的资源配置效率产生负面影响。其一, 影响价格的准确性, 从而影响资源配置。价格具有信号与激励的双重作用:^[52] 价格由供需决定, 而其本身又能反映供需, 是其信号功能; 为资源使用者提供信号又使其遵循信息进行资源配置, 从而调节供需, 是其激励功能。^[53] 只有经由交易, 价格机制才能发挥作用。规避交易的行为会影响价格的产生, 进而影响资源配置。其二, 涉及分散知识与市场过程问题。^[54] 经济问题不仅涉及如何配置“给定”的资源, 还涉及如何让社会成员所知晓的资源都得到最佳利用, 用于只有个体才知道的对其而言较为重要的目的。这些知识就其总体而言, 对任何人都不是给定的。经由交易, 知识才能得以传递。这一传递过程协调不同人的行动, 使得经济成为一个整体过程。^[55] 侵害交易自决的行为使得前述过程无法实现。

其次, 侵害交易自决的行为, 对物之利用产生负面影响。其一, 影响物之利用的效率。排他性是资源有效使用的前提。^[56] 将有关资源使用的决策归于所有者, 由其负责监视、决定与资源有关的特定活动, 从而收集与反馈资源的相关信息,^[57] 这一安排利于减少与资源价值判断及处置相关的信息成本。^[58] 不同人对于物之价值及其所能产生之收益, 又因个体所拥有信息的差异, 产生不同预期。^[59] 权益人往往对于物更具信息优势, 侵权人

[52] See Paul Samuelson, Proof that Properly Anticipated Prices Fluctuate Randomly, 6 *Industrial Management Review* 41, 41-49 (1965).

[53] See Milton Friedman, *Price Theory*, Routledge, 2017, p. 10.

[54] See Friedrich August von Hayek, The Use of Knowledge in Society, 35 *American Economic Review* 519, 519-530 (1945).

[55] See Ludwig Lachmann, *Capital and Its Structure*, Sheed Andrews and Memeel Inc., 1978, p. 61.

[56] See Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer Law & Business, 2014, pp. 44-45.

[57] See Harold Demsetz, Toward a Theory of Property Rights, 57 *The American Economic Review* 347, 374-359 (1967); Armen A. Alchian and Harold Demsetz, The Property Right Paradigm, 33 *The Journal of Economic History* 16, 16-27 (1973).

[58] See Henry E. Smith, Exclusion versus Governance: Two Strategies for Delineating Property Rights, 31 *The Journal of Legal Studies* 453, 453-487 (2002).

[59] See Israel Kirzner, *The Meaning of Market Process - Essays in the Development of Modern Austrian Economics*, Routledge, 1992, pp. 139-151.

并非总能创造社会剩余;个案产生剩余,不代表整体产生剩余。其二,可能导致无效投资。如一项产权由一人单独利用可盈利,而若他人未经许可擅自利用,则会导致权益人与侵权人的重复投资;而收益若不因复数投资而增加,则将导致投资的浪费。^[60]其三,增加产权人的预防成本。侵权法对间接损害的赔偿有较多限制,加之诉讼成本与时间成本,仅以价值赔偿进行救济不足以涵盖前述成本,会激励产权人采取更多的事前预防措施。这部分成本并不会在个案中被考虑,因而侵权行为所产生的剩余易被高估。此外,若对未经许可的使用行为仅施以价值赔偿的要求,则实际上构成私人征收。^[61]其四,削弱权益人的获偿机会。经由缔约,权益人本有机会考察、选择具有履约能力或担保的合同相对人,以判断相对人的偿付能力,而此类侵权行为剥夺了权益人自我保护的机会。

再次,侵害交易自决的行为对交易秩序亦会产生负面影响。其一,使得守法缔约人处于不利地位,进而导致守法者也不愿参与缔约。缔约存在交易成本,同时还存在如担保成本等履约成本。如果就此类行为仅科以价值赔偿,则意味着侵权人的地位优于守法缔约人,反而激励此类行为,对契约制度造成冲击。^[62]其二,仅给予价值赔偿也与合同法既存制度的价值判断相悖。欺诈、胁迫均因影响意思自治而使合同不能有效配置资源,而受规制。不问自取的行为则完全无视权益人的缔约意愿,对意思自治侵害更甚,理应更受法秩序关注。^[63]其三,此类行为导致守法缔约人的缔约与投资成本浪费。复杂的商业交易往往需要事前的调查与市场研究,而若交易标的被他人未经许可而使用,耗散经济价值,那么缔约人的前期投入就被浪费了。

最后,侵害交易自决的行为使得以责任规则为核心的侵权法无法运作,因为责任规则的运作以财产规则及交易自决为前提。卡拉布雷西与梅拉米德曾探讨是否可以以责任规则替代财产规则,^[64]其虽然认为相较于责任规则,财产规则保护产权更有效率,因责任规则仅是对价格的近似估计,而未经交易,无法确定这一经济转移是有效率的;但随后又在脚注中提出,如果人们对自愿交易的重要性不感兴趣,那么根据侵权行为被发现的概率来调整损害赔偿数额即可。然而本文认为,比较何者更具效率并不恰当,因若不存在财产规则,责任规则只是无本之木,无法运作。如前所述,价格是经由交易产生的,而财产规则是使得交易可能的基础。侵权法上各类损害赔偿救济所依赖的“市价”,正是因存在市场交易才得以认定。对于那些无法交易的权益如生命权、健康权,或缺乏交易市场的财产如人格物,损害赔偿只能由法院酌定处理。易言之,若没有财产规则,责任规则所要求的赔偿数额根本无从确定。即便是协商性损害赔偿亦是在知晓相关价格信息的基础上,经由模拟交易而推算赔偿数额。而酌定赔偿的计算方式,并不能有效实现侵权法的预防功能。汉德公式作用的前提是知晓所需预防损害的价值,以及预防损害需要的成本,而这些都需

[60] See Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer Law & Business, 2014, pp. 42 - 43.

[61] See Restatement Third of Restitution and Unjust Enrichment, § 3, cmt. c (2010).

[62] See Restatement Third of Restitution and Unjust Enrichment, § 39, cmt. e (2010).

[63] 参见洪国盛:《论消费者保护法上的履行欺诈》,《南大法学》2020年第3期,第33-53页。

[64] See Guido Calabresi & A. Douglas Malamed, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, 85 *Harvard Law Review* 1089, 1125 - 1127 (1972).

经由市价予以事前判断。^[65] 酌定赔偿数额若非参考市价,其过高会导致预防过度,过低则导致预防不足。有观点提出侵权获利行为侵害了法律制度,但并未能言明对个体权益的侵害如何能够影响法律制度。^[66] 基于以上分析,本文认为这一行为否认已界定的产权,通过侵害权益人的交易自决而影响价格机制的运作,进而影响侵权法的运作。在此意义上,此类侵权行为构成对法律制度的侵害。交易自决因此也具有超个人法益的维度。

综上所述,即便个案中侵权人更有效率地利用了被侵害权益,也不符合卡尔多-希克斯效率。由于前述隐性成本并未内化于侵权人,仅依价值赔偿不足以阻却此类侵权行为,因而需通过其他救济措施予以威慑,以鼓励人们经由交易而非侵权获得产权。^[67] 利润剥夺即为备选措施。须注意的是,其是用以维护财产规则的救济,而非基于财产规则产生的救济。

上述分析亦解释了为何只有侵权人故意时才适用利润剥夺。故意者,明知需要交易而绕过交易擅自使用财产,因而侵害了前述法益;过失者,误以为自身有权使用而无需交易,并未侵害此法益。基于权益归属构建的不当得利制度,着眼于财产变动而非行为规制,因而难以在体系内区分前述故意、过失行为。不法无因管理亦无法阐明前述原理,因而仅能在有限的情形下实现利润剥夺。而规制行为以保护法益,正是侵权法的功能与运作模式。

至于为何得利由权益人保有而非由国家罚没,其原因有三点。其一,由于法律已采用财产规则保护私人权益,并经由此实现市场秩序,即法律将产权保护置于个体层面,承认交易自决具有私人法益的性质。那么当权益遭受侵害时,侵权救济指向的就是对个体自身权益的维护。其二,如前所述,该法益对于价格机制、社会交易秩序极为重要,因而具有超个人法益的一面。利润剥夺救济构成对私人维护公共利益所承担成本的补偿。其三,从制度成本面向考虑,若由国家进行此类诉讼,除诉讼成本,尚需支付发现侵权的成本。由权益人在主张价值赔偿时一并解决,利于节约制度成本,并能激励私人参与。仅将最为严重的不问自取行为如抢劫、偷窃等交由刑罚制裁,可以使有限的司法资源得以配置至最需要之处。^[68]

(二) 利润剥夺的功能限度及其与惩罚性赔偿的关系

学界有见解提出因我国法并无一般性惩罚性赔偿制度,利润剥夺能发挥类似作用。^[69] 利润剥夺与惩罚性赔偿确实存在一定的制度竞争。但是,《专利法》第 71 条、《著作权法》第 54 条、《商标法》第 63 条均建立在利润剥夺的基础上,而又对故意侵权施以剥夺利润倍数的惩罚性赔偿。如何理解利润剥夺与惩罚性赔偿的关系?

本文认为,利润剥夺救济有其局限性,在知识产权侵权领域体现得尤为明显。由于知

[65] See John Prather Brown, Toward an Economic Theory of Liability, 2 *The Journal of Legal Studies* 323, 323 - 349 (1973); Robert Cooter, Unity in Tort, Contract, and Property: The Model of Precaution, 73 *California Law Review* 1, 1 - 51 (1985).

[66] See Guido Calabresi & A. Douglas Malamed, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, 85 *Harvard Law Review* 1089, 1126 (1972); Ian Jackman, Restitution for Wrongs, 48 *The Cambridge Law Journal* 302, 305 - 311 (1989).

[67] See *Taylor v. Meirick* 712 F.2d 1112 (7th Cir. 1983).

[68] See James Edelman, Jason Varuhas, Simon Colton, *McGregor on Damage*, Sweet & Maxwell, 2017, p. 426.

[69] 参见张家勇:《基于得利的侵权损害赔偿之规范再造》,《法学》2019 年第 2 期,第 69 - 70 页。

识产权不同于有体物的性质,导致知识产权人预防侵权的成本极高:一方面,知识产权不具有实体与耗竭性,其可以同时被数人侵权,而权益人难以及时发现;^[70]另一方面,即便发现疑似侵权的行为,权益人也需要进行大量的实质判断工作,才能够确定自身是否被侵权,即识别成别较高。^[71]具体而言,利润剥夺救济可能面临如下障碍。首先,严格或非严格适用利润剥夺救济均可能无法契合该领域的预防需要。严格适用利润剥夺救济,即剥夺所有与侵权行为仅具有事实上相关性所产生的利润,可能会过于严苛。如成品中某一部件侵害他人知识产权,经由自主推广与销售所得利润,应否全部剥夺?非严格适用利润剥夺救济,如按各生产要素对利润的贡献进行符合比例的剥夺,那么侵权人仍可保有部分侵权得利,尚有侵权动力。目前知识产权领域的司法实践即采取区分利润来源的剥夺模式。^[72]其次,即便剥夺利润,也可能不足以阻却侵权。如侵害专利销售产品,侵权人不仅基于销售侵权产品本身获利,还附带增加了其他产品的销售或扩大了其产品知名度、赢得了市场份额等。利润剥夺难以及于这类得利。第三,利润剥夺不适用于侵权人由于其他原因未能得利的情形,而这些侵权行为同样具有预防必要。如侵犯知识产权的产品尚未销售就被查获,或因市场供需变化而滞销。侵权人并不因未能获利而缺乏预防必要。第四,利润剥夺并不考虑侵权行为被发现的概率。此因素对于需采取何种强度的措施才足以实现禁止性的预防目标,具有相当影响。^[73]

惩罚性赔偿则不存在上述的前三个问题,因其不与侵权人所得利润直接相关,即便侵权人未能获利或获得非物质利益,亦不影响其承担责任。^[74]当侵权人的获利不限于所得利润,还包括商誉、竞争优势等非利润得利时,惩罚性赔偿亦可考虑相关因素。对于第四个问题,惩罚性赔偿的认定亦可将侵权行为被发现的概率纳入考量。^[75]此外,利润剥夺仅使侵权不能得利,而非扣减侵权人自有财产,预防效果具有一定局限性。^[76]因此,惩罚性赔偿可以在利润剥夺的基础上,根据个案的具体情况,给予知识产权人更全面的保护。基于同样的原理,对于侵害其他具有经济价值的排他性权益若有预防之必要,亦有惩罚性赔偿适用的空间。如互联网公司未经许可处理个人信息,经由大数据分析发展其业务而得利的情形,即属此类;此时因难以确定剥夺全部利润还是只剥夺个人信息本身可以产生的利润配额,所以利润剥夺难于适用。

[70] See Bayer v. Beran, 49 N. Y. S. 2d 2, 5 (1944).

[71] See Jonathan S. Masur, Patent Liability Rules as Search Rules, 78 *The University of Chicago Law Review* 187, 195 (2011).

[72] 《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》第16条。

[73] See Gary S. Becker, Crime and Punishment: An Economic Approach, 76 *Journal of Political Economy* 169, 190-198 (1968); Dorsey D. Ellis Jr., Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages, 56 *Southern California Law Review* 1, 56-58 (1982).

[74] See A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, Punitive Damages: An Economic Analysis, 111 *Harvard Law Review* 869, 889-890 (1998).

[75] See Richard Craswell, Deterrence and Damages: The Multiplier Principle and Its Alternatives, 97 *Michigan Law Review* 2185, 2223-2234 (1999).

[76] See Nicholas McBride, Restitution for Wrongs, in Charles Mitchell & William Swadling (eds.), *The Restatement Third Restitution and Unjust Enrichment Critical and Comparative Essays*, Hart Publishing, 2013, p. 264; Restatement Third of Restitution and Unjust Enrichment, § 51 cmt. k (2010).

我国现行法虽无一般性的利润剥夺或惩罚性赔偿制度,但可在损害赔偿计算时考虑侵权人的主观恶意,而给予较宽松的赔偿认定,以实现预防功能。如《民法典》第 1182 条规定,法院可依据实际情况确定损害赔偿。而就侵害财产的情形,可依第 1184 条赋予法院一定的自由裁量空间。但在具体裁量上,应当考虑第 1185 条的限制;因第 1185 条为法律所认可的针对故意侵权的惩罚性赔偿规定,其他具有排他性经济价值的权益亦应同等对待,即利润剥夺或惩罚性赔偿以侵权人故意侵害且情节严重为限。

(三) 利润剥夺与惩罚性赔偿的数额认定

无论是利润剥夺还是惩罚性赔偿,其目的都是为了预防侵权。^[77] 但不应为实现预防功能,而不受限制地剥夺侵权人的得利。刑法以刑责相当限制刑罚,以防诉诸一般预防功能而对犯罪行为科以超越其罪行的惩罚;^[78] 利润剥夺或惩罚性赔偿也皆有其限制。^[79] 无限制的惩罚使个体沦为彰显侵权法预防功能的工具而承担超出其原本应承担的负担,也对行为人构成超过合理比例的财产剥夺而违反基本权利,^[80] 亦会导致逆向道德风险。^[81] 施以利润剥夺的,利润构成对剥夺范围的限制;施以惩罚性赔偿的,利润是认定与限制惩罚数额的考虑因素。^[82] 因而无论是采纳何种路径,妥当的利润计算规则都有其意义。

《民法典》对于此类计算并无规定,实践集中在知识产权领域的司法解释中,但尚未形成一般规则。^[83] 此处利润计算常见的方式有三种。^[84] 第一种,允许扣除一定比例的间接费用后估算产品的利润,然后减去生产侵权产品的机会成本。这将显示出侵权者从生产或分销侵权产品而非次优替代品时获得的真正收益。第二种,允许扣除在生产或销售侵权产品过程中本可用于生产或销售替代品的那部分间接费用,而后按照第一种方法估算产品利润。第三种,确定侵权人可以选择的最佳替代方案,确定从该替代方案中可以获得的总收入,而后从侵权获得的总收入中扣除这一数额。^[85] 本文认为,这三种计算方式的选择与侵权人所侵害的具体产权类型有关。若被侵害权益作为生产要素可直接单独产生利润,则适宜第一种方式;如出售他人之物。若被侵害权益需与其他生产要素结合才能够产生利润,则适宜第二种方式;如使用他人知识产权,但自身投入原材料。若被侵害权益仅体现为成本的节约,而非利润的直接产出,则适宜第三种方式;如未经许可地通行

[77] See Harry Street, *Principles of the Law of Damages*, Sweet & Maxwell, 1962, pp. 34 – 36. 如前所述,我国知识产权侵权领域存在惩罚性赔偿的规定与实践,所以此处也将一并讨论惩罚性赔偿的数额认定问题。

[78] 参见[德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论》(第 1 卷),王世洲译,法律出版社 2005 年版,第 44 页。

[79] See Dan Dobbs, Paul T. Hayden, Ellen M. Bublick, *Hornbook on Torts* (2nd ed.), West Academic Publishing, 2015, pp. 866 – 867.

[80] 参见朱广新:《惩罚性赔偿制度的演进与适用》,《中国社会科学》2014 年第 3 期,第 104 – 124 页;刘志阳:《惩罚性赔偿适用中的实体正义与程序正义》,《法制与社会发展》2022 年第 1 期,第 212 – 224 页。

[81] See A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, Punitive Damages: An Economic Analysis, 111 *Harvard Law Review* 869, 887 – 896 (1998).

[82] See *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408 (2003).

[83] 《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 14、15 条;《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;《最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》第 14 条。

[84] See *Dart Industries Inc v Decor Corp Pty Ltd* (1993) 179 C. LR. 101 at [125].

[85] See *Restatement Third of Restitution and Unjust Enrichment*, § 51 (2010).

于他人道路运输货物。但以上适用场景只是原则性的,具体还应依义务范围及侵权方式之恶性在个案中判断。

除上开计算方式外,还需要注意损害赔偿一般原理对于利润计算的限制。首先是责任成立因果关系的限制。原告须证明如果不是这一侵权行为,被告就不会获得对应部分的利润。^[86]这并非说若侵权人可以采用其他方式获得利润,其侵权行为与所得利润就缺乏事实因果关系,而是要求被侵权人证明侵权行为与得利之间确实存在事实关联。如侵权杂志采用预付费制,在后续某期出版物中未经许可使用了权益人的作品,权益人需证明这一利润源自而非仅是伴随侵权行为发生。但侵权与非侵权行为常常同时发生而产生利润,因而对于利润的归属分配是此处常见的难题。^[87]其次是责任范围因果关系的限制,^[88]如侵权人将所获利润投资于其他项目而得利,则后者不属于利润剥夺的范畴。^[89]最后是懈怠抗辩的限制。懈怠抗辩在此处实际上是减损义务的反面适用。减损义务本就适用于侵权领域,其旨在督促权益人采取合理措施防止损害扩大。^[90]当受侵害法益是权益人的对物之排他控制与交易自决时,减损义务可促使权益人积极行使权利,引导双方及时经由交易配置资源。

(四) 利润剥夺的清偿顺位

作为预防侵权之工具的利润剥夺,在清偿顺位上应与损害赔偿区分。若依不当得利与不法无因管理制度处理利润剥夺问题,利润剥夺的顺位至少与一般债权相同。因为根据权益归属理论,所产生的利润本就是被侵权人的财产,就其返还不应具有劣后性。《返还与不当得利法重述》(Restatement of Restitution and Unjust Enrichment)在其第一版中对利润剥夺的顺位没有限制,^[91]认为侵权人的行为并非缩小而是扩大了责任财产,因而利润剥夺不应劣后。^[92]但该重述第三版认为价值赔偿只要不构成拟制信托或者衡平优先情形,即与普通债权同等顺位;而利润剥夺则要劣后于普通债权,^[93]理由在于平等顺位的利润剥夺损害了其他债权人的利益。侵权人的其他债权人对于利润的产生可能同样具有贡献,而价值赔偿已使得权益人获得了完满的救济,若利润剥夺救济再与其他债权人处于同一顺位,则是以其他债权人的利益为代价使得权益人获得超出填平原则所支持的赔偿份额。^[94]除前述原因外,本文认为平等顺位的利润剥夺与救济目的相悖。利润剥夺旨在维护财产规则与交易制度,若为实现利润剥夺而影响与侵权人基于交易关系而产生的债权人的利益,将损害其原本意图保护的交易秩序。因此,利润剥夺劣后清偿更为合理。需要

[86] See *Murad v Al-Saraj* [2005] EWCACiv 959 at [97].

[87] See *Potton Ltd v York Close Ltd*, [1990] FSR 11.

[88] See *Novoship (UK) Ltd v Mikhaylyuk* [2015] Q. B. 499 at [107]. 因为利润剥夺救济并非损害赔偿,其是否受责任范围因果关系的限制曾存有疑问。

[89] See *Teacher v Calder* [1899] AC 451. *Blake* [1998] Ch 439, 458.

[90] See *Admiralty Commissioners v. S. S. Chekiang*, [1926] A. C. 637 at 646, 663.

[91] See *Restatement First of Restitution and Unjust Enrichment*, § 202 cmt. e (1937).

[92] See *Austin Wakeman Scott, Law of Trusts* (4th ed.), Fratcher, 1989, § 508.

[93] See *Restatement Third of Restitution and Unjust Enrichment*, § 61 cmt. a (2010).

[94] See *George E. Palmer, Law of Restitution Vol. IV*, Aspen Law & Business, 1978, pp. 183 - 184; *Emily L. Sherwin, Constructive Trusts in Bankruptcy*, 41 *University of Illinois Law Review* 297, 339 (1989).

注意的是,经由协商性损害赔偿认定的价值赔偿数额可能等于或大于侵权人所获利润,此类赔偿不应劣后处理。

若侵权人的行为同时构成犯罪,又符合《刑法》第 64 条的没收违法所得的,应当先就权益人的实际损害或价值赔偿进行救济,而后将原本可适用利润剥夺的部分予以罚没;因此时利润剥夺的预防功能被刑罚所取代。《最高人民法院关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》第 6 条第 2 款规定,行政或刑事处罚不能减免惩罚性赔偿,但是应当考虑相关因素。这一规定亦反映了惩罚性赔偿的范围可以与利润剥夺不同,且由于刑法上的罚金可能不足以预防知识产权侵权,或者刑罚惩罚的不法行为的范围并不完全等同于侵权法意图预防的范畴,依然需要惩罚性赔偿发挥协同预防作用。^[95]

四 结 语

非经交易而使用他人权益属于一类特殊的侵权行为。无论行为人故意或过失,均侵害了权益人对权益所享有的排他性经济价值。此时,侵权法以填平损害为目的,对被侵权人给予第一类获利交出救济——价值赔偿。此时获利交出的实质是损害赔偿,该赔偿依协商性损害赔偿认定,即通过模拟交易以确定排他性权益的客观经济价值。侵权人所获利益仅作为认定该权益之经济价值的考虑因素,被纳入协商性损害赔偿的算定之中。就此类损害的认定与赔偿的计算均无需引入新规则。价值赔偿仅为《民法典》第 1165 条所指损害的一种类型;协商性损害赔偿则为第 1184 条所要求的损害之合理计算方式。

当行为人故意以非经交易的方式使用他人权益时,则是对财产规则的否定,侵害了权益人的交易自决。此类侵权行为对价格机制的运作、资源配置的效率、交易市场以及侵权法制度产生诸多负面影响,侵权人仅承担价值赔偿不足以阻却此类行为。侵权法以威慑为目的,对被侵权人给予第二类获利交出救济——利润剥夺,以传达法律禁止此类行为的信号。不法管理与不当得利的路径无助于实现这一目的。我国现行法虽无一般性的利润剥夺救济,但可经由在损害赔偿计算时考虑侵权人的主观恶意,而给予较宽松的赔偿认定,以实现预防功能。

前述原理可为《民法典》第 1182 条的适用提供指引。当侵权人过错侵害能够创造财产价值的人身权益时,无论其故意或过失,都应对此类利益进行经济价值赔偿,此即该条前半句规定的依“被侵权人受到的损失”予以赔偿。当侵权人故意时,则依该条前半句所规定的“侵权人获得的利益”予以赔偿,此救济实质为利润剥夺。但故意侵权人因各种原因而未能获利或获利过少、仅剥夺其所获利润不足以阻却其侵权的,可依该条后半句由人民法院“根据实际情况确定赔偿数额”。此时法院可以考虑侵权人行为的可责性以及对该益的侵害程度而酌定赔偿;这一酌定赔偿,可事实上发挥惩罚性赔偿的功能。而对于侵害不可让与的人身权益而获利的情况,则应该交由刑法予以保护,如买凶杀人、强迫卖淫、拐卖与收买妇女等情形。

[95] See *Whiten v. Pilot Ins. Co.*, (2002) 209 D. L. R. (4th) 257 (S. C. C.) at [123].

[**Abstract**] Remedies related to surrender of benefit are aimed at preventing and inhibiting conducts calculated to result in profit. The mainstream view that this problem can be dealt with through unjust enrichment or *gestio negotiorum* is worth rethinking. The essence of conducts calculated to result in profit is to encroach on the entitlement of others without transaction. The aforementioned two solutions to this problem are based not on the regulation of the tortfeasor's behavior, but on the ownership of rights. This issue should be dealt with within the framework of tort law. The Calabresi & Malamed framework provides theoretical guidance for tort law to deal with this problem. The surrender of benefit for such infringement actually involves two different kinds of tort remedy. The first kind of remedy is compensation damages for economic value, which aims to compensate for the infringement on the economic value of exclusive entitlements. The legitimacy of such compensation is based on the exclusivity of property rights. Such compensation should be calculated by negotiating damages. According to *Morris-Garner v One Step (Support) Ltd*, negotiating damages can be awarded in tort, breach of contract, or equity. When the court awards for tort, negotiating damages assessed by reference to the value of the use wrongfully made of property, measured by what a reasonable person would have paid for the right of user, are readily awarded at common law for the invasion of property rights. According to *Lloyd v Google LLC*, a claim in tort for misuse of private information would naturally lend itself to an award of user damages. The intention or negligence of the tortfeasor does not affect the establishment and determination of the amount of such claim for compensation, and the benefits obtained are the factor for determining the objective economic value of the exclusive right. However, if the tortfeasor only needs to compensate for the value of the infringed entitlement regardless of whether there is a transaction, then people no longer have the incentive to trade with the entitlement holders. This renders the property rules meaningless. The second kind of remedy is disgorgement damages or accounting of profit, which aims to maintain the property rules and ensure the effective operation of the property system. Intentional use without trading is a negation of property rules, which has many negative effects on the operation of price mechanism, the efficiency of resource allocation, trading market and tort law system. Tort law removes incentives for people to bypass transactions through disgorgement damages. Although disgorgement damages are less functional than punitive damages, the profits obtained by the tortfeasor can still be considered as a limiting factor in the calculation of the amount of punitive damages. Article 1182 of the Civil Code of the People's Republic of China provides for both negotiating damages and disgorgement damages. It should be understood as applicable to situations where personal rights and interests with economic value are infringed on. The limitation on the scope of application of this article is widely supported by judicial practice.

(责任编辑:余佳楠)