

“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

朱 岩

(中国人民大学法学院副教授、法学博士 北京 100872)

摘要:因加害人侵害受害人所获违法利润高于后者遭受的实际损害时,针对“利润剥夺”存在不同的请求权基础。侵权损害赔偿请求权以损害填补为目标,针对“利润剥夺”适用此种请求权违反了禁止不当得利原则。而不当得利返还请求权的适用并不包括“违法”与“过错”构成要件,并且利润与得利并不等同,采纳此种请求权基础亦存在理论瑕疵。知识产权法对“利润剥夺”的请求权基础作了积极探索,有一定的参考价值。鉴于兼有侵权损害赔偿请求权与不当得利返还请求权的属性,“利润剥夺”请求权具有特殊性和独立性。《中华人民共和国侵权责任法》第20条的保护范围过于狭窄,需要从解释论上扩大其适用范围并明确其适用要件。

关键词: 利润剥夺 侵权损害赔偿请求权 不当得利返还请求权 独立请求权

一、问题的提出

(一)“利润剥夺”的概念

加害人因可归责事由致使他人受损而承担损害赔偿责任是侵权法的基本逻辑。其中,填补受害人的损害为侵权损害赔偿的立足点。例如,甲盗窃乙的汽车,构成侵害所有权,则乙有权要求甲返还该汽车所有权或者赔偿该汽车在市场中的客观价值。此时加害人得利与受害人受损完全吻合。但是,如果甲盗窃期间非法出租该汽车而获利,则其行为构成损害赔偿与侵权不当得利的竞合。由此进一步所带来的问题就是:在乙之所失与甲之所得并非完全吻合的情况下,即甲非法出租所获利润超出乙正常出租所可能获得的租金,乙能否要求甲“返还”其盗窃期间所获一切利益——实际上为不法经营所获利润还是仅仅能够要求加害人甲返还原物并要求支付假设正常租赁汽车所获得的利益?在司法实践尤其在侵害人格权^①和知识产权的案件中,时常发生加害人得利范围不同于受害人受损范围并且往往是前者大于后者的情况,此种获利可称之为“利润”。

以此种利润作为基准填补受害人的损害被称之为“利润返还”或者“利润剥夺”,在英美法中称之为“disgorge or strip the gain”。我国学者借鉴比较法尤其是英美法的做法,将此种侵权称之为“受益型侵权”。^②由于本文重点探讨此种请求权与侵权损害赔偿请求权以及不当得利返还请求权的区别及独立性,因此下文将此种请求权称之为“利润剥夺”请求权。

以不当得利制度处理“利润剥夺”问题最早出现在知识产权法中。早在1870年《德国著作权法》第18

基金项目:国家社会科学基金资助项目(10BFX064)

条第6款就规定了在有过错侵害著作权的情况下,损害赔偿的责任范围最高可以至侵害人的得利范围。此后,1876年《德国实用新型保护法》第14条第1款也规定了类似内容,《德国艺术著作权法》第16条则援引了《德国著作权法》的上述规定。在著名的1875年德国帝国法院所判决的“阿里斯通案”^③中,被告未经原告——一位作曲家——同意,即复制使用他人的作曲,主观上存在故意,在市场中获取大量利润。一审法院认为,由于被告的侵权行为提升了作曲家的知名度,导致受害人本人的销售业绩提高,两者权衡,受害人并未遭受损害,因此加害人不承担损害赔偿责任。而帝国法院却判决要求加害人向作曲家“返还”其利用该曲目在市场中所有利润,从而将不当得利制度用于知识产权侵权的损害赔偿计算中。此后,《德国民法典》第812条有关不当得利的规定广泛适用于知识产权侵权损害赔偿案件,并且不当得利计算方法采取市场中客观价值标准。

(二)“利润剥夺”的基本类型及其重要意义

在实践中,“利润剥夺”主要涉及如下几个基本类型:侵害知识产权、人格权所获利润的剥夺;合同法中的利润剥夺;^④ 公司董事违反“忠实勤勉义务”,从事与本公司同业竞争等行为而不法获得利润的,所得利润应返还给公司;^⑤ 以及市场主体违反反垄断法或者从事不正当竞争行为获得非法利润的剥夺。^⑥

“阿里斯通案”开启了德国民法中“利润剥夺”的学术讨论,即此种请求权的正当性何在?其与不当得利请求权以及一般的损害赔偿请求权究竟有何区别?依据何种请求权基础“剥夺加害人非法所得利润”就成为侵权法和其他法律尤其是不当得利法和无因管理法的重要任务。

《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)第20条针对“侵害他人人身权益造成财产损失的”规定了“损失赔偿”救济方式:在“被侵权人的损失难以确定时,侵权人因此获得利益的,按照其获得的利益赔偿”;如果“侵权人因此获得的利益难以确定,被侵权人和侵权人就赔偿数额协商不一致,向人民法院提起诉讼的,由人民法院根据实际情况确定赔偿数额”。该条在我国侵权责任法上第一次针对“利润剥夺问题”作出了较为明确的规定。而此前《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第10条第1款只是在确定精神损害赔偿数额时所应考虑6项因素中提及“侵权人的获利情况”这一因素。从比较法上看,《荷兰民法典》第6:104条是我国侵权责任法相关规定的参考对象。^⑦ 依其规定,在计算损害赔偿时,可以“所得利润”作为损害赔偿的计算标准。

(三)“利润剥夺”中的“利润”

“利润剥夺”中的“利润”与侵权损害中的“损害”、不当得利中的“得利”存在差别。

(1)利润与侵权损害中“损害”的差别。损害具有事实上和规范上的双重含义。^⑧ 侵权损害赔偿的目的在于填补受害人所遭受的损害,包括物质性损害和精神性损害,即遵循恢复原状的完全赔偿原则,将其恢复到未发生加害事由之前的应有状态,同时针对受害人适用禁止不当得利原则。^⑨ 在计算损害范围时,基准完全为受害人所遭受的损害,即使出现加害人“损人不利己”的侵权行为,其仍然需要赔偿受害人所遭受的损害。^⑩ 而在“利润剥夺”的情况下,计算的基准完全是加害人所得利润的范围,并不考虑受害人是否真正遭受此种损害,因此此种“利润剥夺”可以称之为“全部获益返还”。^⑪ 显然,损害赔偿与“利润剥夺”具有完全不同的计算基准。较之于损害赔偿,“利润剥夺”使得加害人负担更为严格的责任后果。不仅如此,如果通过“利润剥夺”的方式将加害人所得利润全部返还给受害人,则将会出现受害人“不当得利”的后果,而这显然有违损害赔偿法中的禁止不当得利原则。当然,在计算损害赔偿数额时,法官往往享有一定的“自由裁量权”,并且针对“可得利益”的损害,受害人往往承担较低的证明义务。^⑫ 然而无论如何,法官都无法透过损害赔偿请求权要求加害人赔偿超出受害人可能遭受的实际损害范围之外的损害。因此,损害计算的自由裁量无法替代“利润剥夺”中利润的计算。

(2)利润与不当得利中“得利”的差别。侵权致使他人遭受的损害通常体现为受害人所失等同于加害人所得,侵权损害赔偿的出发点也正是填补受害人所遭受的损害。然而在实践中,由于加害人可能就所侵害的法益享有更多的利用可能并进而获得更高的收益,因此时常发生加害人所得完全大于受害人所失的情况,导致侵权不当得利请求权具有优于侵权损害赔偿请求权的诸多优点。利润返还与不当得利中的返

还侵权得利在实际效果上都具有要求得利人返还其所得“利益”的功能,但两者还是具有本质的区别。首先,返还侵权得利的法理基础为归属理论或者分配理论,即依据衡平思想确定法益的归属,在无正当事由的基础上,一方获得利益致使他人受损,必须负担向对方返还该得利的义务;而“利润剥夺”的法理基础却是违法性理论——主要在于解决违反义务(无论行为不法还是结果不法)所导致的法益保护问题。其次,在不当得利制度的基本构造中,一方得利即为一方受损,或者至少得利与受损之间具有关联性;而在“利润剥夺”的情况下,一方所得却超过甚至远远超过另外一方所失,两者之间甚至根本没有关联性。可见,不能将“利润”概念与“得利”概念完全等同,“利润”在本文中具有更为特定化的内容,¹³因而“利润剥夺”则具有极为严格的责任后果。

由于“返还”概念一词表明一方当事人向另外一方当事人归还原本属于后者的归属利益,即恢复其应享有的利益状态;而在“利润剥夺”情况下,责任人所履行的内容并非权利人基于所有权或者其他法益所本应享有的利益,而是基于加害人的各种不法行为所滋生的额外利润,属于“意外之财”,因此“利润剥夺”概念更为精准。从这一点来看,《侵权责任法》第20条采用了“利益”的概念,显然有些宽泛,结合《中华人民共和国反不正当竞争法》第20条的规定,其应当特指超出受害人损失范围的“利润”。《侵权责任法》第20条的规定实际上将损害赔偿、不当得利返还以及本文重点讨论的“利润剥夺”糅合在了一起混淆使用。考虑到损害赔偿和不当得利都已经形成独立的制度,《侵权责任法》第20条将两者糅合在一起的做法显然提出了如下问题,即如何在解释论上定位此种“利润剥夺”请求权?而《侵权责任法》第20条的规定缺乏充分的立法理由说明,其适用范围、与损害赔偿及不当得利请求权的关系以及其是否作为一种独立的请求权等诸多问题,完全不详。¹⁴为此,笔者尝试从比较法的角度分析“利润剥夺”请求权构成要件、其在整个救济权体系中的定位,尤其通过比较其与侵权损害赔偿请求权 and 不当得利返还请求权,来尝试论证此种请求权的特殊性和独立性,并就《侵权责任法》第20条所存在的问题提出批判性的意见,以期对正确统一适用该条有所裨益。

二、现行“利润剥夺”请求权基础之反思

(一)以侵权损害赔偿路径处理“利润剥夺”之反思

1. 侵权损害赔偿请求权的困境

在加害人获得“利润”的情况下,受害人当然享有要求加害人赔偿其遭受损害的请求权。但是,此时损害赔偿法的解决路径却显得捉襟见肘:尽管损害赔偿法的目的在于填补损害,但在非法所得利润大于实际损害的情况下,损害赔偿请求权以完全填补受害人实际损害为中心的特点,致使加害人在履行了全部损害赔偿之后仍然可能获得巨大的利益,进而造成损害赔偿法预防功能的完全落空。以德国“卡洛琳娜公主案”¹⁵为例,如果捏造事实的媒体仅仅承担侵害人格权的精神损害赔偿责任,从法经济学角度来看,“侵权不应仅是支付”,否则侵权成本将远远低于受害人的获益,从而无法形成预防损害发生的激励机制,经由损害赔偿所产生的附带功能——预防功能——将会完全落空,因此此时需要采取“强制的财富转移”方式。¹⁶

2. 通过提高精神抚慰金走出困境?

在“卡洛琳娜公主案”中,德国联邦法院当然也注意到了加害人在承担损害赔偿责任后仍能获得巨大利益这一现象,对此其所采取的对策是提高精神抚慰金,即利用确定精神抚慰金时的自由裁量权,凸显精神抚慰金的惩罚性色彩,大幅提高精神抚慰金的数额,企图完全剥夺加害人的非法“利润”。

然而,此种借助于提高精神抚慰金的损害赔偿救济路径并非没有异议。其理由如下:首先,损害赔偿法的基本原则体现为受害人只能够要求加害人承担其实际所遭受损害的赔偿责任,而不能“不当得利”。精神损害赔偿虽然具有一定的惩罚性,但就其本质而言,仍然不能脱离完全赔偿原则,否则加害人将遭受不测的过重负担,有违损害赔偿法的哲学基础——矫正正义。其次,损害赔偿的解决路径在仅侵害物质性法益的情况下将面临困境。例如,在毁损他人之物时并不涉及侵害人格法益,自然原则上也无法主张精神损害赔偿请求权,此时物质性损害赔偿具有客观可确定性。法官显然无法将确定精神抚慰金时所享有的

自由裁量权扩张到物质性损害案件中,将“损害”扩大到“利润”的解释则显然超出了损害赔偿路径所能承受的限度。而且从比较法上的判例来看,在侵害生命权、身体权、健康权等物质性人格权时,因侵害他人获得利益而提高精神赔偿金额的做法也较为少见,远不像德国联邦法院在“卡洛琳娜公主案”中采取提高精神抚慰金的手段那么容易。^①此外,从制度功能的角度出发,虽然得利人从事了不法行为,导致“利润剥夺”具有一定的惩罚性,但却又没有超出得利人的利润范围,此种惩罚尚难谓完全超出了民事责任的范畴,因而与英美法上的惩罚性赔偿迥异。由于损害赔偿原则上不具有惩罚性,因此在《侵权责任法》中惩罚性赔偿也仅仅适用于产品责任中的故意侵权,并且要求损害后果“非死即伤”。

(二)以不当得利路径处理“利润剥夺”之反思

不当得利制度的基本逻辑体现为一方得利即为他方受损,而得利人缺乏“法律上的正当事由”,因此在受损人与得利人之间形成了法定之债,前者有权要求后者返还其所得一切“利益”。与侵权过错责任不同,不当得利以“法益分配理论”为法律基础,无需“过错”以及“违法性”要件,反映了衡平思想。

不当得利类型原则上可以分为给付不当得利和侵权不当得利。如上所述,“利润剥夺”与返还侵权不当得利虽然在功能上具有一致性,但它们之间在适用及理论上的区别仍然显而易见。

不当得利制度旨在令得利人向受损人返还因造成后者损害所获得的利益,因此得利与受损之间必须具有关联性;而在“利润剥夺”情况下,作为受害人的债权人被免除了证明其遭受此种利润损害的义务,甚至事实上其就根本不存在此种损失。例如,在侵害专利权案件中,侵害专利权人获得巨额利润,从不当得利的解决路径出发,如果受害人要求加害人返还所有非法“利润”,则必须证明因加害人的“侵害专利权行为”导致其遭受了相应的损害,即使现代不当得利法并不要求得利完全等同于受损,但两者之间仍必须具有关联性。然而在此类侵害知识产权案件中,由于知识产权不像传统物权一样具有独占性和排他性,因此侵权人的侵权行为并不必然影响知识产权人的获益,甚至能够起到市场开发的作用,如某国际品牌从来不到农村市场销售,而假冒伪劣产品导致最边远的农村消费者都对此种品牌耳熟能详。

不当得利制度的理论基础从早期的“财产转移理论”,^②逐步发展到“违法性理论”,^③并最终演变成“分配理论”。“分配理论”首先由奥地利著名民法学家威尔伯格^④所创,此后经德国学者凯·梅莱美尔^⑤的进一步发扬,成为目前关于不当得利制度的通行理论。依据“分配理论”,不当得利的法理基础在于因违反了主观权利的归属分配,导致得利缺乏正当性基础,因此也被称为“归属分配理论”。所谓主观权利的归属分配,就是指权利人不仅基于法律享有特定的法益,而且就此可以排除他人使用该法益并禁止其获得利益的权能。因此,该理论考察是否成立不当得利的基础并非是财产发生了移转而是一方当事人所得利益是否与法律依据公平、衡平思想所确立的法益归属秩序相吻合;若是,则成立不当得利返还法定之债。

依据上述不当得利制度的基本逻辑,在得利人无法律上原因致使他人受损而自己获利的情况下,其应当向对方返还此种得利。如果得利体现为占有一个有体物,则得利返还体现为返还此种有体物;若为无体物,则以返还替代价值的方式履行此种法定之债。例如,在添附、消耗他人之物、侵害知识产权、人格权的情况下,由于不存在占有一个特定的物,因此替代价值的返还就成为得利返还的基本形态。

然而,如何确定上述情况下的得利范围就成为一个核心问题,就此存在客观和主观两种计算标准。所谓客观计算标准是指,依据被侵害的法益在市场中正常交易的价格计算得利人所负担返还的价值。例如,某人为了及时将货物运输到目的地,非法利用他人的道路通行,得利范围应仅限于道路通行的费用,而非非法通行从该行为中所获取的交易利润不应被计算到返还范围中。此时显然不考虑得利人个人行为方式、双方经济状态等主观因素。而如果采取主观计算标准,则应当考虑到此种得利对于返还债务人的个人利益的影响,即其本人从此种得利中究竟获得多大的利益。显然,客观计算标准并不能够涵盖利润返还,而通过使用主观标准却可以将返还人的全部利润计入得利返还的范围。

在无权处分所发生的不当得利情况下,依据《中华人民共和国物权法》第106条第2款的规定,“原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失”。显然,立法者就此仅从侵权损害赔偿的角度规定了无权处分在原所有权人与无处分权人之间的关系。而此时同样存在不当得利请求权的适用余地。例如,依据《德国民

法典》第816条第1款的规定,此时得利返还的范围包括无处分权人因无权处分“所获得一切”利益。但在理论上,此种得利范围是否应包括债务人所获得的全部利润,尚存在争议。

不可忽视的是,将不当得利制度运用到“利润返还”上,还会面临如下一些问题:

(1)在最为重要的类型之一——侵害人格权案件——中,原则上存在如下两种可能:其一是受害人人格权存在商品化的可能,如加害人非法使用公众人物如明星的肖像、姓名等获得“利润”在理论构造上可以将此种“利润”解释为假设受害人同意的情况下该人格权正常“商品化”的价值,此种情况下运用侵权不当得利返还尚可行。其二,在受害人的人格权不存在商品化可能的情况下,如侵害他人可能带来重大精神损害的隐私(如反映个人心路历程的日记)或者名誉(如捏造所谓的“隐私”),则根本就不存在以商品化的方式计算得利的可能,因为受害人绝对不可能将自己遭受非法侵害的这些人格权或者人格利益进行商品化,而且法律也禁止此种“违反善良风俗”的商品化行为,此时只能采取精神损害赔偿的计算方式。例如,某人偷拍他人裸照,若干年后,被拍摄人成为“影坛巨星”,偷拍人将此照片刊登在某花边小报上,造成一时“洛阳纸贵”的轰动效应,报纸发行量激增。无论如何,该巨星都不会就其“被偷拍的裸照”进行商品化。而以人格权商品化为基准计算此种精神损害赔偿显然存在瑕疵,因为并非所有人格权或者人格利益都具有市场交易价值。简单地将精神损害等同于“非法商品化的利润”,严重违背了人格权本质上所具有的非财产属性。

可见,从不当得利的理论基础——“归属分配理论”——出发,人格权的归属法益并不必然包含商品化的内容。即使某些人格权存在商品化的可能,其也完全系于权利人自身的意思自治,并且还受到公序良俗原则的限制。简单以人格权商品化作为“利润剥夺”的基础,在理论构造上存在瑕疵。因此,针对上述第二种侵害精神损害赔偿的情况,只能在精神损害赔偿计算的裁量框架内确定不当得利返还的范围。如果一概采取假设的“商品化价值”,将导致不当得利制度的理论基础又完全倒退到“财产转移理论”。

(2)如上所述,即使采取“归属分配理论”,不当得利的核心问题“得利范围”仍然未得到最终解决。“归属分配理论”虽然指明了确定不当得利的方法,即主观权利所具有的“各种归属利益”,可究竟这些法益有多大,仍然依赖于个案中的具体认定。即使在权威的正当得利法学者中,就此也存在较大的分歧。例如,有学者认为,得利体现为得利人利用他人法益所获得的一切经济上相关联的所有好处;^②也有学者主张针对得利仅能采取客观化的计算方式。^③

(3)最为关键的是,不当得利的基本结构并非建立在“过错责任”的基础上。换言之,加害行为是否存在过错并不是不当得利制度的构成要件。因此,在加害人获得“非法利润”的情况下,过错以及违法性反而为重要的构成要件,而以无需过错和违法性为要件的不当得利制度去处理“利润剥夺”问题,显然具有无法克服的困难。

此外,还须注意的是,加害人非法利润所得来源于其与第三人的交易所得,而非来源于与受害人之间的交易往来。而不当得利中的得利一方面可以直接来源于受损人自身,也可以来源于第三人,但第三人与受损人之间通常具有合同关系或者其他债之关系。

综上所述,虽然不当得利可以适用于“利润剥夺”,但仍然存在难以克服的弊端,尤其是利润范围的确定,仍然需要通过法官艰难的自由裁量方可认定。此外,在构成要件上,过错和违法性亦成为此“利润剥夺”请求权的核心组成部分,从而凸显了其与不当得利请求权的本质差异。

三、“利润剥夺”请求权基础之独立性论证

(一)侵权获得“利润”作为侵权损害赔偿与不当得利的混合形态

不当得利请求权与损害赔偿请求权之间并非泾渭分明。法律是对生活关系的抽象,虽然生成了精准的概念和自洽的逻辑,然而生活优于法律,各种社会调整对象的交叉渗透,对民法内在体系的价值取向与外在体系的构成都提出了新的要求,要求民法制度构造具有相应的变化。^④

当我们就侵害不当得利采纳令人信服的“归属分配理论”而放弃“违法性理论”时,其显然与损害赔偿

法上的过错责任具有明显的区别,即该请求权仅仅取决于法律对法益的归属划分以及构成要件该当性,而不取决于得利人是否违反义务,即无需违法性要件。但须注意的是,上述区分仅仅适用于所谓的绝对权领域。而当非绝对权的法益遭受侵害时,由于此种法益缺乏明确的外在公示方式,其权利位阶较之于绝对权也相对较低,因此只有通过行为自由与法益保护的价值裁量方可判断是否存在违法性,通常只有以特定的违法行为方式,尤其是以违反社会交往义务或善良风俗的方式侵害此种法益时才能导致损害赔偿请求权的发生。而此时,不当得利返还请求权却取决于行为违法性,这显然与“归属分配理论”存在内在的价值冲突。

德国当代民法学家卡纳里斯非常敏锐地观察到了这一点。他指出,在不当得利与损害赔偿之间存在一个过渡地带。^⑤依据卡纳里斯的观点,应当合并使用不当得利“归属分配理论”以及损害赔偿请求权的违法性理论的核心构成来回答上述问题。如此一来,将出现如下现象,即以侵权损害赔偿请求权保护不当得利法中的归属分配利益。此时在确定归属范围时,单纯依据侵权法并不能给出上述问题的答案,相反必须从整个法律体系的相互关联尤其是损害赔偿与不当得利制度的关联性中得出该问题的答案,换言之,需要综合考量侵权法与不当得利法的构造及其功能。^⑥

当然不能忽视的是,得利人未尽到注意义务所导致的不当得利责任的严格化建立在相应的责任构成要件上,而该构成要件实际上已经逐步从无过错的“归属分配理论”过渡到过错侵权所引发的损害赔偿法的射程范围。因为在未尽到客观注意义务时,仅仅依据返还所得利益已经不能够正确处理上述情况,不当得利请求权的成立不再仅仅取决于得利是否仍然现存,即使得利已经灭失,得利人仍然负担“返还”义务。显然,在此情况下得利还涉及一个风险分担问题。^⑦在上述请求权要件严格化的情况下,行为成为归责的一个标准。因此卡纳里斯针对不当得利责任作出如下两种区分:一个是不依赖于归责、适用“归属分配理论”的不当得利请求权;另外一个取决于行为、依赖于归责的不当得利请求权。^⑧上述第二种请求权导致侵权得利人不仅仅应当返还现存所得利益,即使在得利已经丧失时其仍然需要承担责任,即其以自己所有财产承担此种返还风险,该正当性体现在归责要件中所含有的过错与违法性上。

通过比较损害赔偿法与不当得利法所规定的请求权构成要件及其法律后果,可以发现“利润剥夺”请求权兼有损害赔偿请求权与不当得利请求权的特征:当加害人侵害他人受法律保护的法益而获有利益——该利益并不属于真正意义上的得利而是“利润”且“利润”也不能依据归属分配理论赋予受害人——时,只要获得该利益的加害人从事了客观上违反注意义务的不法行为,受害人就有权要求其返还该“利润”。^⑨

(二)“利润剥夺”请求权作为一种独立的请求权类型

显然,“利润剥夺”请求权具有混合色彩,并不能简单地将其归入损害赔偿请求权或者不当得利请求权之中。如上所述,该新型请求权融合了侵权损害赔偿责任的归责要件(违反注意义务所导致的过错与违法性)和不当得利请求权的法律后果(返还不当“得利”),处于侵权法与不当得利法的中间过渡地带。在知识产权领域,从侵权责任的归责基础来看,在“利润剥夺”的情况下,由于受害人一方主张不当得利请求权的正当性有所减弱,即利润通常超出了一方当事人主观权利的归属范围,因此除了一般不当得利请求权所要求的归属判断标准之外,此处还要求一方当事人违反注意义务、侵害他人法益,即存在过错。对此,知识产权法的规定和理论针对知识产权侵权就没有要求存在一个有过错的加害行为,即无过错情况下的侵害人虽然不具有主观上的可责难性,但在客观上仍需承担责任。此时,可以将过错责任的过错在知识产权侵权中改造为客观过错(违法性),即违反了客观上的注意义务,从而可以将知识产权法中的规则顺利地融入前后贯通的整个体系中。^⑩概言之,一方当事人违反注意义务毁损另一方当事人所享有之法益时,即使因加害行为而获得的具体利润并不能被视为该权利人的归属利益,该权利人仍然有权请求剥夺加害人的非法利润。各国知识产权领域的经典判例也告诉我们,知识产权法早已承认了此种混合类型,并且在该领域构建了一个包括从停止侵害请求权直至损害赔偿请求权以及包括两者之间过渡领域的“利润剥夺”请求权的救济体系。

显然,此种新型请求权不应仅局限于知识产权领域;相反,应当被推广到对侵权法所保护的所有民事权益。^①例如,在英国法中,围绕着“restitution”和“disgorgement”概念的分歧及争议,同样反映出“利润剥夺”请求权的特殊性和独立性。^②

不仅如此,“利润剥夺”请求权还限于侵权责任领域,其在合同法领域也同样具有适用的余地。例如,公司管理层违反忠实勤勉的信托义务与公司从事同业竞争,既可以从给公司造成的损害角度计算其违反雇佣合同的违约责任范围,同样也可以从其违反雇佣合同的禁止性规定所获得利润角度出发,要求其承担返还利润的义务。正因如此,在德国第66届法学家大会上,德国学者瓦格纳教授针对损害赔偿法,要求就《德国民法典》第251条增加第3款:“赔偿义务人故意剥夺了债权人的正当利益的,代之以损害赔偿,债权人有权要求债务人向其返还所获得的利润,并且有权要求赔偿义务人向其出具获得此种利润的证明”。^③该立法建议具有如下特征:第一,要求赔偿义务人主观上具有故意。^④显然,此种主观归责要件使得剥夺利润请求权具有浓厚的惩罚性色彩,这也是瓦格纳教授对“利润剥夺”请求权的基本定位。因为他将此种请求权分为“赔偿目的”和“预防目的”两种类型,前者恪守损害赔偿的基本逻辑,而后者通过剥夺惩罚性利润以达到预防侵权行为的功能。^⑤第二,此种请求权主要在于确定损害赔偿的范围,因而与不当得利的关系不甚明确。

显然,德国法学界已经注意到“利润剥夺”请求权为损害赔偿法中的一个具有普遍适用范围的请求权类型,但在性质上仍然将其定位为损害赔偿请求权。反观《侵权责任法》第20条的规定,其应具有更大范围的适用空间。此外,“利润剥夺”请求权内容还包括要求债务人出具所得利润相关证明文件的义务,这对于进一步确定侵权人所得利润范围具有重大意义,实际上采取了类似于举证责任倒置的方式。换言之,如果债务人不能出具合法有效的证明,则法官可以依据职权对具体利润范围作出自由裁量。但值得商榷的是:首先,此种请求权的性质并非损害赔偿请求权,而是兼有损害赔偿与不当得利请求权的属性,处于两者过渡地带,但具有独立性。其次,此种请求权不能仅适用于主观故意。笔者认为,民事责任本质在于损害填补,主观上的故意与过失区分原则上对责任认定并无本质影响,但会在一定范围内涉及有限度的“惩罚性赔偿”。因此,将过失侵权排除在“利润剥夺”请求权之外,将会极大地限制该请求权的适用范围。^⑥

从此种特殊损害赔偿请求权的应然法律效果来看,其以损害填补为基本任务,但同时兼顾了预防功能。由于剥夺“利润”时并不考虑加害人个人主观状态,使得任何不法行为人不仅在客观上丧失其通过不法行为所获得的“利润”,而且对其个人主观所花费的各种成本不予以任何“补偿”,因此此种请求权具有浓厚的预防功能,甚至在一定程度上具有惩罚性色彩,从而在实际效果上也遏制了法律经济分析意义上收益大于成本的积极侵权行为的激励机制。从实际救济效果来看,“利润剥夺”请求权对受害人还具有如下优点,即得利返还范围的计算建立在侵害人事实上所获得的利润基础上,而不取决于受害人通常难以证明的损失范围或所丧失的利润。

四、对《侵权责任法》第20条的解释:代结论

通过上文的比较法分析可见,《侵权责任法》第20条引入的“利润剥夺”请求权涉及民事损害赔偿法以及不当得利法的整个请求权体系。如何在解释论上定位《侵权责任法》第20条的适用范围、构成要件、尤其是与侵权损害赔偿以及不当得利请求权的关系,是当前解释该条时所要考虑的核心问题。结合上文论述,笔者就《侵权责任法》第20条的解释和适用提出如下意见及建议:

(1)《侵权责任法》第20条所保护的范仅仅适用于“人身权益”,显然过于狭窄。而在现实生活中,“利润剥夺”请求权的立法模式虽然最早出现于知识产权法领域,但在大量涉及财产性法益的案件中同样存在此种请求权的适用余地。虽然《侵权责任法》第2条第2款将知识产权明确列举为侵权法的保护对象,但知识产权并不能简单等同于人身权益,通过法的体系解释亦不能弥补此种规定上的瑕疵。毫无疑问,必须扩大《侵权责任法》第20条的适用范围,从人身权益扩大到侵权法所保护的“民事权益”,在体系上与第2条所规定的侵权法保护范围保持一致。^⑦只有这样,才能保持《侵权责任法》与各部知识产权法中相

关规定的统一。

(2)究竟在何种归责事由,即过错责任、无过错责任(尤其是无过错的侵害知识产权责任)之下方可适用此种特殊的请求权?《侵权责任法》在责任承担与责任成立之间并无直接的逻辑对应关系。换言之,《侵权责任法》第20条所规定的“利润剥夺”请求权仅仅解决了如何填补损害的问题,但究竟以何种构成要件认定责任则是如何适用第6条和第7条以及其他具体规定的问题。^③笔者认为,“利润剥夺”既可能是主观过错责任尤其是故意侵权责任的法律后果,也可能是最为抽象的客观过失责任的法律后果,这尤其体现在所谓的“无过错的知识产权侵权责任”中。对于后者,由于加害行为违反抽象客观的“注意义务”,仅具有结果违法性,因此其仍然属于过错责任。据此,“利润剥夺”请求权可分为如下两种:第一,在具有主观过错和客观违法性的加害行为时,采取严格的“利润剥夺”,而不论利润是否仍然现存。第二,在仅具有客观违法但无主观过错的情况下,“利润剥夺”的责任相对较轻,应当限于现存,但受害人需要负担此种举证义务。此种区分的优点在于:首先,体现了“利润剥夺”请求权作为一种独立于不当得利请求权和损害赔偿请求权的性质,体现了两者混合的色彩。其次,类型化的区分又考虑到主观侵权状态对责任范围的影响,兼顾了赔偿性和惩罚性。

(3)依据《侵权责任法》第20条的规定,侵权损害赔偿请求权具有优先适用余地,只有在“损失难以确定,侵权人因此获得利益的,按照其获得的利益赔偿”。此种优先适用损害赔偿请求权、替补适用“利润剥夺”请求权的顺序存在瑕疵。如上所述,“利润剥夺”请求权并非以无法确认“损失”为前提,而是以侵权人获得的“利润”大于受害人的“损失”或者侵权人有获益而被受害人甚至无损害为前提。^④在损害赔偿的救济路径中,经常面临无法确认具体损害的困境,此时往往赋予法官自由裁量权。而且在损失无法计算且损失远远大于获利的情况下,亦不能仅以获得利益为判断标准。例如,某人故意盗窃高压电缆中的铜线,导致城市大面积停电,引发了企业停产、家庭断电等各种形态的损害,显然,盗窃人仅仅希望将该铜线出卖给废品收购公司获取低额收入,与其给社会和特定民事主体所造成的损害完全不成比例。此时虽然难以确定具体的损失,但显然不能以其获得利益作为定损标准。

在无法确定得利范围以及被侵权人与侵权人就赔偿数额无法协商一致时,法官的自由裁量虽然是确定“赔偿范围”的最终解决机制,有助于减轻受害人的举证责任、提高司法裁判的效率,但此时立法也应当给予法官确定赔偿范围的参照标准。换言之,是以受害人所遭受的可能损害范围还是以加害人的得利范围为判断基准?基于上文的论述,在加害人得利远远大于受害人受损的情况下,法官的自由裁量也应当以加害人所获“利润”为判断标准。只有这样,才能够最充分地保护受害人,同时维护司法裁判的统一和可预见性。

(4)我国侵权法学界对该请求权的性质尚缺乏充分的论证。侵权责任与不当得利法定之债的构成要件存在本质差异,价值、功能亦完全不同。但是,《侵权责任法》第20条的表述却给人以如下印象:“按照其获得的利益赔偿”不过是计算损害的一种方式,仍然属于侵权损害赔偿请求权的范围,而与不当得利请求权无涉。而如上所述,此时已经进入到侵权损害赔偿与不当得利的过渡地带,只有综合考量两者的构成要件以及价值目标和制度功能,才能真正准确地适用该种具有独立特殊性质的请求权。

(5)不可忽略的是,在计算损害赔偿数额时,虽然应“按照其所获得的利益赔偿”,但如何确定此种利益范围亦是棘手问题,因为存在实际获益和可得利益的区分。就此可以采取有利于受害人的举证责任倒置方式,由加害人证明其获益低于可得利益的范围。此外,非真正无因管理制度在计算利益时也可发挥一定作用,即假设加害人为他人谋取利益,其应当向本人所归还的利益范围可以作为计算损害赔偿的基准。由于《侵权责任法》第20条对此并未提及,因此这一议题可留待以后另作讨论,这里就不再展开了。

注释:

①比较法上最为知名的案件就是“卡洛琳娜公主案”。Vgl. BGHZ 128, 1 ff. und NJW 1996, 984 f.

②③参见杨彪:《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。

③Vgl. RGZ 35, 63 ff. – Aristion.

④例如,在法律经济分析中所谓的“机会违约”情况下,由于违约成本小于债务人的获利范围,于是其故意违约。此时,违约责任的范围应当包括债务人从违约中获得的全部利润,否则根本无法阻止不法违约行为的发生。

⑤参见《中华人民共和国公司法》第149条。

⑥参见《中华人民共和国反垄断法》第47条、《中华人民共和国反不正当竞争法》第20条第1款。

⑦参见《荷兰民法典》,王卫国主译,中国政法大学出版社2006年版,第184页。

⑧参见曾世雄:《损害赔偿法原理》,中国政法大学出版社2001年版,第118页。

⑨参见朱岩:《什么是恢复原状》,《月旦民商法》2009年第6期。

⑩参见朱岩:《论侵权法的目的与功能——兼评〈中华人民共和国侵权责任法〉第1条》,载陈小君主编《私法研究》第9卷,法律出版社2010年版,第64—65页。

⑪Vgl. Tobias Helms, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, Mohr Siebeck 2007, S. 6.

⑫例如,《德国民法典》第252条规定,“可以极大可能性”期待此种所失利益的,无需完全证明,即可认定为受害人具有所失利益的损害。

⑬See R. B. Grantham and C. E. F. Rickett, Disgorgement for Unjust Enrichment? Cambridge Law Journal (2003) vol. 62, No. 1, pp. 165—166.

⑭由于中国民事立法一直缺乏严肃的学术性“立法理由书”,虽然作者有幸参加过我国侵权责任法的几次立法会议,但对第20条规定是否借鉴了上述比较法上的相关规定也仍无从得知。此种立法状态显然严重影响了立法质量和法的适用,所需改革不言自明。有学者对该条立法草案作了分析,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。

⑮Vgl. BGHZ 128, 1 ff. — Caroline von Monaco I; BGH NJW 1996, 984, 985 — Caroline von Monaco II.

⑯See R. Posner, Economic Analysis of Law, 6 ed. Aspen Publisher, 2003, p. 205.

⑰参见郭明龙:《论精神损害赔偿中的“侵权人获利”因素》,《法商研究》2009年第1期。

⑱Vgl. Savigny, Obligationenrecht, Bd. I, S. 26 m. Anm. hund S. 229 m. Anm. b.; System des heutigen Römischen Recht, Bd V, S. 525 ff.

⑲Vgl. Fritz Schulz, System der Rechte auf den Eingriffserwerb, AcP 105 (1909), 1 ff.

⑳Vgl. Walter Wilburg, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht. Kritik und Aufbau, Graz 1934; Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, AcP 163 (1964), 349 ff.

㉑Vgl. Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, FS Rabel I 1954, S. 352 ff; S. 353.

㉒Vgl. Walter Wilburg, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II/2; Besonderer Teil 1994 II/2 S. 122.

㉓参见朱岩:《社会基础变迁与民法双重体系构建》,《中国社会科学》2010年第6期。

㉔Vgl. Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II/2; Besonderer Teil 1994 II/2 § 67 I 1 c.

㉕Vgl. H. Köziol, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II/2; Besonderer Teil 1994 II/2., S. 37 Rn. 2/34 N. Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts, 2003, S. 495 ff.

㉖Vgl. F. Bydinski, System und Prinzipien, Springer Verlag 1996, S. 282 ff.

㉗Vgl. Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II/2; Besonderer Teil 1994 II/2, § 71 III und § 73.

㉘㉙Vgl. H. Köziol, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II/2; Besonderer Teil 1994 II/2 S. 44 Rn. 2/45; S. 43 Rn. 2/43; S. 45 Rn. 2/46.

㉚㉛Vgl. G. Wagner, Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht — Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden, Gutachten fuer den 66. Deutschen Juristentag, Bd. I, Verlag C. H. Beck Muenchen 2006, S. A 95; S. 86ff.

㉜㉝参见孙良国:《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。

㉞例如,我国台湾地区所谓“著作权法”第88条详细规定了法定赔偿制度。我国台湾地区有学者据此认为该规定有两项意义,即对于不易证明的损害加以填补,并依侵害行为情节,课高于实际损害额的赔偿责任,以吓阻被告的行为,因此,亦具有惩罚性赔偿性质。参见谢哲胜:《财产法专题研究》(二),中国人民大学出版社2004年版,第29页。

㉟我国学者在讨论《中华人民共和国侵权责任法》第20条时,仍然仅从人格权保护角度出发,将加害人获益定义为“加害人基于被侵害的人格权中的财产价值而获得利益”,这显然过于狭窄。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。

㊱最为典型的事例就是,虽然《中华人民共和国侵权责任法》第15条将各种预防性救济与损害赔偿并列规定为责任承担方式,但显然以停止侵害、排除妨碍与消除危险为代表的预防性救济请求权的适用要件并不需要过错,甚至在因自然事件所引起的案件中,违法性都不是构成要件。

责任编辑 耿卓