

# 获利返还论

——以《侵权责任法》第 20 条为中心

缪宇\*

**摘要:**从解释论的角度看,《侵权责任法》第 20 条规定的获利返还,只是损害赔偿的客观计算方式,而非权益侵害型不当得利返还。因为不当得利法没有制裁和预防功能,利润不属于不当得利的返还范围。但是,获利返还并不符合损害填补思想,加害人所得利润亦非受害人的所失利益。由于受害人一般难以证明加害人获得的利润,人格标识对利润形成的贡献难以确定,故获利返还在实践中的适用极为有限。从立法论的角度来看,获利返还不应成为独立的债的类型,它主要适用于利用他人排他性权益的营利行为和营利性违约行为。前者应由不法无因管理调整,以行为人故意介入他人事务为要件;后者则应在合同法中通过一般条款来调整,以实际履行和损害赔偿无法救济守约方为前提。

**关键词:**获利返还 不当得利 损害填补 制裁和预防功能

《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)第 20 条在人格权侵权领域确立了“获利返还”制度。从体系解释的角度来看,《侵权责任法》第 20 条的“获得的利益”应与知识产权侵权中的“获得的利益”或“违法所得”做同一解释。依据《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 20 条第 2 款和《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 条的规定,这一“利益”是指侵权人获得的“利润”。因此,《侵权责任法》第 20 条中的“利益”是指“利润”。<sup>①</sup>但是,将利益解释为利润,意味着损害赔偿与受害人遭受的实际损失脱钩,似乎带上了一点不当得利的色彩。为了合理界定获利返还,本文将从解释论和立法论两个角度对获利返还的请求权基础进行分析。

## 一、解释论角度的观察:获利返还与不当得利、损害赔偿的关系

### (一) 获利返还并非不当得利返还

#### 1. 权益侵害型不当得利的返还范围不包括利润

在将利益界定为利润的背景下,获利返还并非权益侵害型不当得利返还,因为不当得利返还请求权的返还范围不包括利润。依据最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《〈民法通则〉适用意见》)第 131 条,不当得利返还的标的限于原物和孳息。此外,基于原物获得的收益也属于不当得利的返还标的,它包括原物的用益、基于权利的所得以及原物的代偿。在原物不能返还时,不当得利返还的对象则为一定的价额。于是,当所受利益仍然存在时,利润是否属于不当得利的返还范围,取决于利润是否属于基于所受利益所生的利益;当所受利益不再存在时,利润是否属于不当得利的返还范围,取决于利润是否属于价额的范围。然而,利润不是基于所受利益所生的利益。本于所受利益所生的利益主要包括原物的用益(孳息及使用利益)、基于权利的所得(如彩票中奖所得)和原物的代

\* 北京市社会科学院博士后工作站、中国社会科学院法学研究所博士后流动站研究人员

① 朱岩:《“利润剥夺”的请求权基础》,《法商研究》2011 年第 3 期。

偿,并不包括利润。也就是说,孳息以外的其他利益,即受益人通过自己的特殊能力或劳动力获得的超过孳息的其他利益,不属于不当得利的返还范围。这一立场也符合不当得利返还范围取决于损害和获利之间关系的原则:当受益超过损失时,受益人在损失限度内负返还义务,利润系超过受害人损害的利益,就不属于不当得利的返还范围。此外,利润也不属于价额返还的范围。因为在所受利益不能返还的情况下,受益人应当返还其价额,该价额采客观标准认定。换言之,价额的返还范围以利益原形的客观市价为准。于是,高于市价的利润并不属于客观价额的范围,价额返还不包括利润返还。因此,利润原则上既非原形利益所生的利益,也不属于客观价额,不属于不当得利的返还范围。

在德国,利润原则上不属于原物的用益。《德国民法典》第818条第1款将不当得利的原物返还范围确定为用益和代偿,且“用益”应按照《德国民法典》第100条(用益)和第99条(孳息)来解释。<sup>①</sup>由于利润并非代偿,能否将利润返还纳入不当得利原物返还范围,取决于能否通过解释将利润纳入用益的范围,或者说,利润是否属于使用物或权利产生的利益。对此,学界认为,这一使用利益限于依据物的自然属性或权利的内容而产生的利益,<sup>②</sup>物之消费、出卖或以其他法律行为的方式予以变价,均不属于《德国民法典》第100条涉及的物的使用。<sup>③</sup>然而,企业通过经营活动取得的利润原则上不属于物之孳息也不属于使用利益,因为它高度依赖于经营者的个人能力。<sup>④</sup>当受益人以营业经营的方式通过侵害他人权益获得利润时,只有与受益人本人能力无关的利润,才可依据不当得利法予以返还。<sup>⑤</sup>虽然司法实践将该部分利润理解为收益,<sup>⑥</sup>但这部分利润并非孳息或物的使用利益,故德国学术界就该利润是否属于“收益”存在争议。不过,一般认为,该利润的返还以客观收益为限。<sup>⑦</sup>《德国民法典》第818条第4款、第819条和第820条确立了恶意受益人的加重责任,尤其是《德国民法典》第818条第4款援引了不当得利法以外的“一般规定”来认定恶意受益人的加重责任,故恶意受益人依债法一般规定(《德国民法典》第285条)负担返还义务。<sup>⑧</sup>恶意受益人因无法返还原物而取得的代偿,该代偿超过标的物客观价额的部分,也属于返还范围。不仅如此,当原物无法返还时,受益人返还的对象是原物的客观价额,<sup>⑨</sup>但利润不属于客观价额的范围。值得注意的是,德国学术界多数学者和司法实践将《德国民法典》第816条理解为不当得利法内权益侵害型不当得利的特别规定,无权处分他人之物的不当得利返还范围是无权处分人获得的全部价金。因此,无权处分人应返还其获得的对待给付,超过市价的利润也属于返还范围。<sup>⑩</sup>少数学者则主张以物的客观市价为返还基准。<sup>⑪</sup>虽然对《德国民法典》第816条的返还范围存在争议,但有学者认为第816条具有特殊性,不应在不当得利法内另行承认一项一般的获利返还责任。<sup>⑫</sup>在日本法上,利润也不属于不当得利的返还范围。首先,利润不属于使用利益。《日本民法典》没有规定使用利益,仅在第88—89条规定了孳息。对此,学者们一般认为,使用利益虽然不是孳息(使用物的对价),但使用利益的归属及返还义务应通过类推孳息的规定来认定。<sup>⑬</sup>不过,利润并不属于使用利益的范围,因为日本学者往往参照德国法来理解使用利益,<sup>⑭</sup>即“在维持占有物的基础上通过使用而从占有物中产生的利益,它不包括占有物自身的利益、依靠个人能

① Vgl. MünchKomm/Schwab, § 818, Rn. 8.

② Vgl. MünchKomm/Stresemann, § 100, Rn. 2.

③ Vgl. MünchKomm/Stresemann, § 100, Rn. 5.

④ Vgl. MünchKomm/Stresemann, § 99, Rn. 11.

⑤ Vgl. Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, 13. Aufl., C. H. Beck, 1994, § 72 II 3c.

⑥ Vgl. BGH NJW 1978, 1578; 2006, 2847.

⑦ Vgl. Staudinger/Lorenz, § 818, Rn. 12.

⑧ Vgl. Staudinger/Lorenz, § 818, Rn. 50.

⑨ Vgl. Larenz/Canaris, a. a. O., § 72 III 2b.

⑩ Vgl. Larenz/Canaris, a. a. O., § 72 I 2a.

⑪ Vgl. MünchKomm/Schwab, § 816, Rn. 43; Staudinger/Lorenz, § 816, Rn. 25.

⑫ Vgl. MünchKomm/Schwab, § 818, Rn. 79.

⑬ 参见[日]我妻荣:《债法各论》(下卷),冷罗生等译,中国法制出版社2006年版,第507页。

⑭ 石田穰:「民法総則」(信山社,2014年)459—460頁参照。

力及给付成果而获得的利益、保险金”。<sup>①</sup>而且,有学者认为,使用利益无法返还时,返还对象是客观价额。<sup>②</sup>因此,利润并非物或权利的使用利益。不仅如此,当原物无法返还时,返还对象应为受益的客观价额,<sup>③</sup>不包括利润。总的来说,在日本法上“超过客观价值的买卖价金的返还,超越了不当得利法的范畴”。<sup>④</sup>因此,“当受益人凭借自己的才能将标的物转卖并获得丰厚利益时,对于这种增大的利益,受益人没有返还义务”。<sup>⑤</sup>即使是针对无体财产权或类似的人格权发生侵害型不当得利,受益人的返还范围仍然是客观价额。<sup>⑥</sup>行为人侵害无体财产权取得的利益,并非不当得利中的“受益”。其理由在于:“尽管财货各有归属,但也不能据此将依靠他人才能而从自己财物中产生的利益归属于自己,受益者依靠其自身才能而产生的利益,应归属于受益者。”<sup>⑦</sup>

## 2. 利润返还无法被纳入不当得利返还范围的根源

利润不属于不当得利返还范围的原因在于,利润返还不符合不当得利的制度宗旨。利润返还完全剥夺了受益人通过权益侵害获得的收益,具有浓厚的制裁性和预防性。<sup>⑧</sup>将利润纳入不当得利的返还范围,不当得利法就具备了一定的制裁功能和预防功能,进而威慑潜在的行为人,发挥行为导向作用。然而,虽然权益侵害型不当得利以受益人通过使他人遭受损害的方式获利为前提,但不当得利中的损害并非损害赔偿法中的损害。前者依“违法说”或“归属说”确定,<sup>⑨</sup>后者依“差额说”认定。在“违法说”日渐式微、“归属说”占据统治地位以后,权益侵害型不当得利返还的依据不再是受益人获益行为的违法性,而在于受益人取得了法秩序归属于受害人的特定权益,或遭受损害的权益具有归属内容。换言之,在不当得利类型论的框架内,不当得利返还的功能不在于制裁受益人,而在于通过给付不当得利返还矫正欠缺法律关系的财货转移、通过权益侵害不当得利返还来保护财货的归属,除去“受益人”无法律上原因所受的利益。<sup>⑩</sup>实际上,基于正义观念,不当得利法还贯彻了禁止加害于善意受益人的理念:善意受益人不得因不当得利返还而蒙受不利,仅在现存利益范围内负返还义务。<sup>⑪</sup>不当得利法允许善意受益人保留自己通过劳动和特殊技能基于法律行为获得的利润。<sup>⑫</sup>与此相对,利润返还所呈现出的制裁性和预防性,只能以指向人类行为的“违法说”为依据,<sup>⑬</sup>故立足于“归属说”的权益侵害型不当得利无法容纳利润返还。<sup>⑭</sup>于是,尽管允许恶意的加害人保留通过权益侵害获得的利润有悖正义观念,但不当得利法并不着眼于对不法行为的制裁和预防,也没有行为导向功能,故不能通过不当得利返还来剥夺受益人的利润。总的来看,除非立法者设置了包含特殊价值判断的例外规定,利润不属于不当得利的返还范围。

## 3. 不当得利返还还在侵权损害赔偿领域的体现

当权益侵害型不当得利返还和侵权损害赔偿发生竞合时,受害人可以选择不当得利获得救济。只是不当得利返还的范围不包括利润,而是依据客观标准确定的许可使用费:<sup>⑮</sup>受益人未经许可利用他人的人格标识或知识产权的,这种利用即为受益人所获得的“利”(并非受益人未支付的许可使用费),由于这种利

① 油納健一:「民法 189 条 1 項の果実の意義(3・完)―「使用利益」の問題を中心に」,『山口經濟學雜誌』(第 50 卷第 2 号)253 頁參照。

② 参见[日]我妻荣:《债法各论》(下卷),冷罗生等译,中国法制出版社 2006 年版,第 195—212 页。

③ 藤原正則:「不当利得法」(信山社、2002 年)138—257 頁參照。

④ 藤原正則:「不当利得法」(信山社、2002 年)259 頁參照。

⑤ 参见[日]我妻荣:《债法各论》(下卷),冷罗生等译,中国法制出版社 2006 年版,第 161—188 页。

⑥ 藤原正則:「不当利得法」(信山社、2002 年)234—268 頁參照。

⑦ 参见潮見佳男:「契約法・事務管理・不当利得」(新世社、2009 年)314 頁參照。

⑧ Vgl. BGH GRUR 2001, 329, 331.

⑨ Vgl. Larenz/Canaris, a. a. O., § 69 I 1b.

⑩ Vgl. Larenz/Canaris, a. a. O., § 67 I 2b;王泽鉴:《不当得利》,北京大学出版社 2015 年版,第 3 页。

⑪ Vgl. Esser/Weyers, Schuldrecht, BT/2, 8. Aufl., 2000, § 51 II 1a.

⑫ Vgl. Dreier, Kompensation und Prävention, Mohr Siebeck, 2002, S. 380.

⑬ Vgl. Canaris, FS Deutsch, 1999, 85, 87.

⑭ Vgl. Ellger, Bereicherung durch Eingriff, Mohr Siebeck, 2002, S. 907.

⑮ Vgl. BGH GRUR 1987, 520, 523.

用在性质上是无法返还的,故受益人只能返还这种利用的客观价额。<sup>①</sup>因此,类推许可使用费的损害赔偿计算方法符合不当得利返还的特征,<sup>②</sup>可以将其视为不当得利返还还在损害赔偿领域的变形。类推许可使用费标准源于一种公平的考量:与获得授权许可的正当事人相比,不应允许未支付许可费的加害人获得更多的利益,因此,他应当向受害人支付相当的许可使用费;但是,基于损害填补思想和禁止获利原则,也不应苛求加害人要求其支付比正常许可使用费更多的费用。<sup>③</sup>基于这一理念,受害人不愿许可他人或许可加害人对人格标识商业化利用的,不影响该计算方式的使用。<sup>④</sup>同时,损益相抵也不应适用,否则会导致加害人的地位优于获得授权许可的当事人,违背这一计算方式的保护目的。<sup>⑤</sup>与此相对,权益侵害型不当得利以加害人的受益为前提,且该受益源于加害人对归属于受害人的权益的介入。故受害人是否愿意和有能力对人格标识和知识产权进行商业化利用,不影响其主张许可使用费的返还,<sup>⑥</sup>更无须适用损益相抵。因此,比较侵权损害赔偿和不当得利返还两种路径,就许可使用费的支付而言,不当得利返还请求权无须权利人证明加害人的过错,更为便利。

## (二)获利返还作为损害赔偿计算方式存在的问题

《侵权责任法》第20条的获利返还并非不当得利返还。在承认《侵权责任法》的预防功能和制裁功能的基础上,只能将获利返还纳入损害赔偿法,作为损害赔偿的一种客观计算方式。但是,将获利返还计算标准引入侵权损害赔偿责任缺乏充分的正当性,获利返还计算标准并不符合损害赔偿法的宗旨。

### 1. 理论上的困境:对获利返还计算标准的正当性追问

(1)获利返还的依据并不充分。其一,获利返还的宗旨不足以证成获利返还计算标准。有学者认为,获利返还的宗旨在于,任何人不得通过自己的违法行为获利,<sup>⑦</sup>让受害人保有通过不法行为获得的利益,与公平观念相悖。<sup>⑧</sup>然而,这一宗旨值得商榷。虽然任何人不得通过自己的违法行为获利,但为什么应当将获利返还给受害人、为什么必须通过损害赔偿将获利返还给受害人、受害人在何种情况下能主张利润返还、利润返还的范围如何,这一宗旨均无法回答。《〈民法通则〉适用意见》第131条第2句虽然没有承认获利返还,但也体现了禁止加害人获利的思想。只要将加害人的利益予以剥夺,无论是将利润交给受害人还是国家,都体现了对加害人的制裁。因此,上述理论依据只能为利润剥夺提供正当性,而无法证成利润返还的正当性。其二,受害权益的特殊性不足以证成获利返还计算标准。在解释获利返还时,德国司法实践往往以知识产权的特殊性作为证成获利返还(损害客观计算方式)的依据。<sup>⑨</sup>由此,知识产权的侵害与有体财产的侵害不同,知识产权权利人几乎无法采取有效的预防措施,而且在损害发生之后,权利人遭受的具体损害往往难以认定,故这类权利极易受到侵害,具有较高的保护必要性。精神性人格权益与这些知识产权具有较高的类似性,在法秩序允许的范围内,由于人格要素具有一定财产价值,权利人能通过对人格要素的商业化利用获得收益。而且,德国司法实践在保护人格权方面也有借鉴知识产权法的传统,如依据《德国艺术著作权法》对肖像权提供保护。于是,在肖像权益受到侵害时,德国联邦法院在侵权损害赔偿中引入了许可使用费标准;<sup>⑩</sup>随后,在公司名称权纠纷中,德国联邦法院允许损害赔偿权利人在许可使用费标准和获利返还标准之间选择;<sup>⑪</sup>后来,德国联邦法院更进一步,将获利返还标准适用于死后人格利益的

① Vgl. BGHZ 169, 340, 344.

② Vgl. MünchKomm/Säcker, § 12, Rn. 168.

③ Vgl. BGH GRUR 2006, 143, 145.

④ Vgl. Staudinger/Schiemann, § 249, Rn. 199.

⑤ Vgl. GroB kömm/Köhler, Vor. § 13 UWG, Rn. 326.

⑥ Vgl. BGHZ 169, 340, 344; Canaris, a. a. O., S. 89 f.

⑦ Vgl. Weber, ZSR 111(1992), 333; Köndgen, RabelsZ 64 (2000), 661, 663.

⑧ Vgl. BGH NJW 2001, 2173.

⑨ Vgl. BGH NJW 2001, 2173; BKR 2013, 283, 287.

⑩ Vgl. BGH NJW 1956, 1554.

⑪ Vgl. BGH NJW 1973, 622.

保护。<sup>①</sup> 就这样,在德国法中,获利返还被引入了人格权侵权损害赔偿。与禁止加害人获利相比,以权利的特殊性为由承认获利返还的确更具说服力。但权利的易受侵害性只能证成强化保护该权利的必要性,并非在损害赔偿计算方面优待该权利的理由。在一定程度上,举证责任减轻等手段也能解决损害难以查明的难题。立法者即使基于这些权利的易受侵害性愿意为上述权利提供特殊的保护,也并非必须选择损害赔偿的计算方式。在德国法中,不法无因管理<sup>②</sup>和恶意受益人责任<sup>③</sup>都能实现获利返还。与不法管理相对,损害赔偿责任不要求加害人具有故意,过失也可以成立损害赔偿,故在损害赔偿法中引入获利返还,在事实上降低了获利返还的适用门槛。与此相对,有日本学者选择了另一种保护方式,即主张通过不法无因管理来实现获利返还,从而形成权利保护的三层机制:一是不当得利返还请求权,该请求权不考虑行为人过错,返还范围是利用上述权利应支付的客观价额;二是损害赔偿请求权,该请求权以行为人具有过失和权利人遭受损害为前提;三是不法无因管理的利润剥夺请求权,该请求权以行为人恶意或重大过失为前提。<sup>④</sup> 事实上,主张承认不法管理并以此为依据来实现获利返还的观点,已成为日本学术界晚近的主流观点。<sup>⑤</sup>

(2) 获利返还与损害赔偿法基本观念的抵牾。其一,获利返还与损害填补观念的冲突。《侵权责任法》的首要功能是损害赔偿功能,其旨在填补受害人所遭受的损害。财产损害的赔偿适用完全赔偿原则,禁止受害人从损害赔偿中获利,仅在例外情况下认可惩罚性赔偿。通过损害赔偿,受害人的财产地位不应弱于损害未发生时的应然状态;同样的,通过损害赔偿,受害人的财产状况不应优于损害未发生时的应然状态。<sup>⑥</sup> 由于损害赔偿以受害人遭受的“损害”为中心,不考虑加害人是否获得了“利润”,损害赔偿的范围限于当事人的所失利益和所受损失,原则上与加害人通过侵权行为获得的利润无关,故获利返还与损害赔偿的目的并不相同。损害填补旨在将受害人恢复到损害未发生时的应然状态;而获利返还计算方式旨在将加害人恢复到未实施加害行为时的状态。作为损害赔偿的客观计算方式,获利返还不与实际损失挂钩,受害人要求获得的利润并非自己蒙受的实际损失,因此,获利返还具有逾越损害填补思想、逃离损害赔偿法领域之嫌,<sup>⑦</sup>成为完全赔偿规则的例外。<sup>⑧</sup> 然而,在损害概念采取“差额说”的背景下,受害人也许根本就没有遭受损害,却能获得加害人创造的利润,从而违反了禁止获利原则。受害人或许没有商业化利用自己人格标识的意愿,即使侵权行为未发生,他也无法获得人格标识商业化利用后的收益,但在侵权行为发生之后,受害人通过获利返还获得了加害人取得的利润,从而,比起在加害行为未发生时的应然财产状况,受害人在损害赔偿之后的财产状况可能更为优越。在实践中,受害人的选择会加剧禁止获利和获利返还的冲突。因为只有当受害人遭受的实际损失和理应获得的许可使用费远远低于加害人获得的利润时,或受害人自己无法通过人格权益的商业化利用获得相应的利润,且加害人获得的利润远远高于受害人通常获得的许可使用费收入时,受害人才会选择获利返还的计算方式。因此,德国民法学者大多主张将不法管理作为利润返还的请求权基础。<sup>⑨</sup> 知识产权法学界也有这样的主张。<sup>⑩</sup> 类似的,有学者认为,利润返还适用了侵权的请求权,却推出了不法管理的法律效果。<sup>⑪</sup> 此外,还有学者认为,利润返还本质上是不当得利返还,却适用了侵权请求权的构成要件。<sup>⑫</sup> 其二,加害人所得利润与受害人所失利益缺乏关联。将获利返还

① Vgl. BGH NJW 2000, 2195; 2000, 2201.

② Vgl. MünchKomm/Seiler, § 687, Rn. 25.

③ Vgl. Larenz/Canaris, a. a. O., § 73 II 3b.

④ 藤原正则:「不当得利法」(信山社,2002年)234页参照。

⑤ 是否应当承认准无因管理,我妻荣、内田贵、川井健等人持“反对说”,泽井裕、藤原正则等人持“肯定说”。

⑥ Vgl. MünchKomm/Oetker, § 249, Rn. 20.

⑦ Vgl. Staudinger/Schiemann, § 249, Rn. 201.

⑧ 参见周友军:《我国侵权法上完全赔偿原则的证立与实现》,《环球法律评论》2015年第2期。

⑨ Vgl. Lange/Schiemann, Schadensersatz, Mohr Siebeck, 2003, § 6, XII 5 c.

⑩ Vgl. Ullmann GRUR 1978, 615, 618; Beuthien/Wasmann GRUR 1997, 255, 258 ff.

⑪ Vgl. Däubler JuS 1969, 49, 53.

⑫ Vgl. Esser/Schmidt, Schuldrecht, AT/2, 8. Aufl., Müller, 2000, § 32 III 2a.

作为损害赔偿的客观计算标准引入损害赔偿法后,为了减少获利返还对损害填补思想带来的冲击,应当尽量将加害人的收益与受害人的损失挂钩。我国学术界就主张从加害人和受害人之间“财产变动”的对应关系着手,将加害人的收益解释为受害人实际损失的另一种表现方式。<sup>①</sup>类似的,德国司法实践通过“拟制”来避免获利返还与损害填补发生冲突:假如加害人没有实施权益侵害行为,受害人通过行使权利本可获得相同利润,即受害人应获得的利润正好是加害人通过权益侵害所获得的利润。<sup>②</sup>基于拟制的不可推翻性,加害人不能以受害人没有获得相同数额利润的能力为由,排除获利返还的适用。故受害人自身能否获得相应的利润,并不重要。即使受害人自身能力有限,无法获得相同数额的利润,加害人也应交出自己获得的实际利润;反之,即使受害人根据自身能力预期自己能够获得更多的利润,加害人也只需赔偿与权益侵害具有因果关系的实际利润。严格来说,所失利益是受害人失去的利润,获利返还针对的是加害人取得的利润,两者并不相同。<sup>③</sup>仅当受害人自己有愿意且有能力通过商业化利用自己的人格标识或知识产权时,受害人所失利益才是受害人本应取得的利润。然而,受害人没有商业化利用的意愿和能力的,本来就无法获得相应的利润。即使受害人有商业化利用的意愿和能力,加害人的利润与受害人失去的利润也不可能具有对应关系:加害人利润的取得主要取决于产品和服务能否满足市场需要,<sup>④</sup>由于市场竞争的存在,基于生产成本、产品性能、产品定价、营销策略和销量的不同,受害人在权益侵害不发生时应获得的利润不可能等于加害人获得的利润。权益侵害即使没有发生,受害人也无法获得利润,也就不存在损害,此时若允许受害人取得加害人所获利润,则违反了禁止获利原则。类似问题也出现在日本法上。例如,《日本专利法》第102条第2款规定了获利返还损害赔偿计算方式,将专利侵权人所得利润推定为专利权人的损失,以减轻专利权人就所失利益(逸失利益)负担的举证责任。日本早期的司法实践认为,在专利权人没有实施专利时,不能推定专利权人的损害。<sup>⑤</sup>因为专利权人没有实施专利的,即使侵权行为未发生,专利权人也不能获得侵权所得的利润,没有损害可言。不过,这一立场在2013年有所松动。知的财产高等裁判所认为,《日本专利法》第102条第2项只是为了减轻损害额度举证难度而设立的规定,其效果仅在于推定,因此,对该项规定的适用条件作过分严格的理解是缺乏合理的理由的,如果专利侵权行为没有发生,专利权人就能得到相关利润,那么《日本专利法》第102条第2项即可适用。<sup>⑥</sup>对此,专利侵权人可以从营业规模、设备和组织的运转绩效、经营效率、价格竞争力、品牌知名度和影响力等方面提出反证,证明专利权人盈利能力弱于专利侵权人,从而推翻该推定。<sup>⑦</sup>不过,要认定权利人在未发生侵权时即可获得相应利润,并不容易。而且,由于人格权权利人往往没有直接商业化利用人格标识的能力,故这一路径难以适用于人格权侵权领域。因此,在人格权侵权领域,日本尚未出现适用获利返还的判例,司法实践倾向于在财产损害赔偿之外通过精神损害赔偿救济受害人。<sup>⑧</sup>

## 2. 实践中的难题:获利返还在人格权侵权救济中的地位

在我国司法实践中,适用获利返还的人格权侵权案件十分罕见,获利返还主要适用于知识产权侵权案件。这一现状的原因有两点:一是受害人通常无法证明加害人通过人格权侵权行为获得的利润(份额);二是在精神性人格权侵权领域,我国法院具有基于个案具体情况酌定损害赔偿数额的传统。按照举证责任分配的一般规则和司法实践的立场,受害人应当证明加害人通过权益侵害行为获得了利润。<sup>⑨</sup>受害人无

① 参见周友军:《侵权法学》,中国人民大学出版社2011年版,第63页。

② Vgl. BGH GRUR 2010, 237, 238.

③ Vgl. MünchKomm/Oetker, § 252, Rn. 52.

④ Vgl. Dreier, a. a. O., S. 275.

⑤ 参见[日]田村善之:《日本知识产权法》,周超等译,知识产权出版社2010年版,第308—309页。

⑥ 知财高判平25.2.1参照。

⑦ 洪谷達紀:「特許法の概要」(経済産業調査会、2013年)295頁参照。

⑧ See Hondius&Janssen (eds.), Disgorgement of Profits, Springer Press, 2015, pp. 434—437.

⑨ 参见最高人民法院(2009)民申字第523号民事裁定书。

法证明加害人利润数额的,<sup>①</sup>或加害人所得利润无法查明的,<sup>②</sup>法院不会适用获利返还,而会根据实际情况确定赔偿数额。但囿于证明能力,受害人一般难以证明对方获得的利润额度。不仅如此,在具体认定加害人的利润时,能够从收入中被扣除的间接成本越多,受害人能主张返还的利润就越少。然而,哪些成本应当从企业的收入中扣除,实践缺乏统一的标准。《侵权责任法》第 20 条没有规定利润返还的具体范围,而商标法和专利法的司法解释则笼统地将返还利润范围界定为侵权产品的销量与单个产品的利润之乘积,而且两部司法解释使用了不同的利润概念。这对利润的具体计算造成了一定困难。故在人格权侵权案件中,受害人往往不会主张获利返还,而是主张精神损害赔偿。不仅如此,为了贯彻损害填补思想,应当返还的利润范围一般限于与权益侵害具有因果关系的那部分利润。但是,加害人获得的利润总额是多种生产要素共同发挥作用的产物,权益侵害行为一般只发挥了部分作用,故应返还的利润必须以权益侵害行为对利润形成的贡献为准,而非加害人取得的全部利润。<sup>③</sup>与知识产权不同,人格标识往往无法直接提升产品或服务的质量,与市场需求不存在直接关联,故人格标识的利用对利润形成的贡献度一般不高或者难以查明,这加剧了获利返还的适用难度。在知识产权侵权中,权益侵害对利润形成的贡献尚且不显著,<sup>④</sup>那么在利用他人精神性人格权的纠纷中,人格标识对利润形成的贡献就更难以查明了。因此,《侵权责任法》第 20 条确立的获利返还标准在司法实践中的作用极为有限,法院根据个案中的实际情况酌定损害赔偿金额才是损害赔偿计算的主要方式。针对这一现状,司法实践应当采取对受害人更有利的举证责任分配模式,或允许法院依职权查明加害人的获利状况,同时,适用对受害人相对有利的成本利润计算方式,明确加害人应当返还的利润份额。

## 二、立法论角度的观察:获利返还在民法体系中的应然地位

### (一) 获利返还并非独立的请求权基础

#### 1. 理论层面的观察

从立法论的角度来看,获利返还与其他债的请求权基础不具有相当性,难以作为独立的请求权基础。传统的债之请求权基础包括合同、侵权、无因管理、不当得利等四种。其中,合同请求权源于当事人的合意,而侵权、无因管理则源于行为人的事实行为,不当得利则源于事件,这四种债的发生方式涵盖了主要的民事法律事实,囊括了法定之债和意定之债。而获利返还之债,不是按照债的发生原因来确定的,而是按照债的效果来认定的,因此,将其与其他四种传统的债的发生方式或债的独立请求权并列会产生在请求权分类标准上的困扰。不仅如此,将获利返还规定为独立的请求权基础可能对现行债法体系中的其他制度产生冲击:如何解释获利返还与其他债的发生原因的关系?获利返还与侵权损害赔偿、不当得利关系如何?受害人能否在数项请求权基础之间自由选择?或者说,在何种情况下,应当排除侵权损害赔偿和不当得利的适用而仅允许受害人主张获利返还?因此,将获利返还作为与侵权损害赔偿、无因管理、不当得利并列的独立请求权基础或债的类型,理论上不可行。在现行德国民法体系中,获利返还存在多项请求权基础,且各个请求权基础的价值取向、构成要件、保护范围各不相同。因此,与我国学术界类似,德国学术界已经出现了要求为获利返还设置一般条款的立法论主张:如柯尼希教授建议在《德国民法典》权益侵害型不当得利中新增一项规定,从而受害人可以要求故意或重大过失的受益人返还所得利润;<sup>⑤</sup>瓦格纳教授则主张在《德国民法典》债法总则中增加一款作为第 251 条第 3 款,从而权利人得要求故意的赔偿义务人返

① 参见北京市第三中级人民法院(2015)三中民终字第 07997 号民事判决书。

② 参见湖北省高级人民法院(2012)鄂民三终字第 137 号民事判决书;海南省高级人民法院(2013)琼民三终字第 59 号民事判决书。

③ 参见最高人民法院(2015)民申字第 3574 号民事裁定书。

④ 参见最高人民法院(2009)民申字第 523 号民事裁定书;最高人民法院(2009)民申字第 1771 号民事裁定书。

⑤ Vgl. König, Ungerechtfertigte Bereicherung, in Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band II, 1981, S. 1524, 1563.

还所得利润,而不再请求损害赔偿,同时删除不法管理的规定。<sup>①</sup>然而,经过表决,第66届法学家大会拒绝了瓦格纳教授的建议;与此相对,陶皮茨教授在评议报告中提出将不法管理作为获利返还的请求权基础,<sup>②</sup>这得到了第66届德国法学家大会部分与会学者的支持。<sup>③</sup>实际上,德国司法实践于19世纪末引入获利返还这一损害赔偿客观计算方式,<sup>④</sup>旨在解决差额说背景下著作权侵权损害赔偿的计算难题,避免受害人因无法证明自己的财产损失而无法获得救济。在《德国民法典》施行后,就权益侵害型不当得利而言,认定“以他人蒙受损失的方式”适用“财产转移”标准,即受害人的财产减少直接导致受益人财产增加。<sup>⑤</sup>在未经许可使用他人知识产权的场合,权利人没有遭受实际财产损失,无法主张权益侵害型不当得利返还。同时,知识产权法内部的损害赔偿规定具有封闭性和特殊性,知识产权侵权无法适用民法一般规则。<sup>⑥</sup>为了救济受害人、解决损害赔偿的计算难题,司法实践不得不引入损害赔偿的客观计算方式。随后,获利返还被司法实践引入一般人格权侵权领域。但是,获利返还这一计算标准的理论基础也一直暧昧不清,司法实践有时将其理解为习惯法上的制度,有时将其理解为不法管理的延伸或类推。<sup>⑦</sup>除了人格权和知识产权侵权行为以外,德国学术界对获利返还的具体适用范围也尚未达成共识。

## 2. 适用角度的观察

获利返还是否应当成为独立的债之类型,还取决于实践需要。由于学术界尚未对应当适用获利返还的案件类型进行总结,由此笔者拟将目光转向英美法,对公认的获利返还适用案件类型进行总结,英美法上与德国式获利返还对应的制度是“获益赔偿”,与德国法式许可费返还或许可费标准对应的制度是“返还性损害赔偿”。<sup>⑧</sup>两者都属于以加害人收益为基础的损害赔偿,只存在计算标准上的区别。<sup>⑨</sup>在英美法上,狭义的获利返还(获益赔偿)的适用范围案件类型主要有:获益型违约行为,如违反诚信义务,<sup>⑩</sup>违反保密义务;侵害知识产权,尤其是仿冒;特定物一物二卖;侵入他人不动产;等等。<sup>⑪</sup>侵占动产能否适用获利返还则存在争议。<sup>⑫</sup>在我国司法实践中出现的上述案件类型中,侵害知识产权的案件可以依据知识产权法相关规定适用获利返还。考虑到诚信义务来源的多样性,违反诚信义务的获利返还比较复杂:首先,《中华人民共和国公司法》第148条、《中华人民共和国证券法》第47条、《中华人民共和国信托法》第26条、《中华人民共和国证券投资基金法》第124条和第130条(学说上将其称之为归入权)可以作为获利返还的依据;其次,在获利与事务处理具有内在关联的前提下,<sup>⑬</sup>类推适用《中华人民共和国合同法》第404条也是实现获利返还的可行路径。因此,存疑的主要是获益型违约行为、一物二卖和侵入他人不动产。就获益型违约行为而言,当行为人故意违反无法以金钱衡量或不具有财产价值的不作为义务并获得利益时,守约方并未遭受财产损失或遭受的财产损失难以证明的,违约损害赔偿难以适用或不足以救济守约方,实际履行也不可能。不仅如此,这种不作为之债并非具有归属内容的权利,违反不作为义务的“获利”价额也难以确定,故不当得利返还请求权也难以适用。此外,由于不存在绝对权侵害,《侵权责任法》第20条难以类推适

① Vgl. Wagner, Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden, 2006, A 97.

② Vgl. Taupitz, Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht, Referat, in: Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages, Band II/1, 2006, L 83 ff.

③ Vgl. Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages, Band II/1, 2006, L 91, VI 3.

④ Vgl. RGZ 35, 63.

⑤ Vgl. Motive Bd. II, S. 830.

⑥ Vgl. Ellger, a. a. O., S. 597 ff.

⑦ Vgl. Beuthien/Wasmann GRUR 1997, 255, 256; v. der Osten GRUR 1998, 28.

⑧ See Barnett, Accounting for Profit for Breach of Contract, Hart, 2012, pp. 151–154, p. 184.

⑨ See Cunnington, The Measure and Availability of Gain-Based Damages for Breach of Contract, in Saidov and Cunnington (eds), Contract Damages: Domestic and International Perspectives, Hart, 2008, p. 217.

⑩ See Snapp v. United States, 444 U.S. 507 (1980); Attorney General v. Blake, [2001] 1 AC 268.

⑪ See Birks, Restitution – The Future, Federation Press, 1992, pp. 11–16.

⑫ 贾菲认为侵占动产属于返还性赔偿的适用范围,而埃德尔曼则认为侵占动产也可以适用获益赔偿。See Jaffey, The Nature and Scope of Restitution, Hart, 2000, p. 373; Edelman, Gain-Based Damages, Hart, 2002, p. 139.

⑬ Vgl. MünchKomm/Seiler, § 667, Rn. 9.



用。这意味着一项法漏洞的存在。在不考虑效率违约的情况下,为了预防获益型违约行为、发挥获利返还的阻吓作用,可以就上述不作为之债承认获利返还的适用。因为在该类案件中,依约履行可能是实现守约方履行利益的唯一途径。但是,获利返还的适用应以故意违约为限,<sup>①</sup>此时获利返还是实际履行的替代,而非损害赔偿的替代。<sup>②</sup>不过,在违约方未获得利润的情况下,获利返还无法适用。因此,就以积极行为违反不作为之债而言,当事人预设违约金的预防作用可能更好。就不动产一物二卖而言,既不存在绝对权侵害,也不存在损失难以计算的情况,故《侵权责任法》第20条无法类推适用。在这种情况下,可以将出卖人转卖所得利益推定为买受人的所失利益,要求出卖人交出转卖所得受益。<sup>③</sup>就侵入他人不动产而言,未经许可故意占有他人不动产并以此牟利的加害人,构成所有权侵害,所有人得通过所有权请求权取回不动产的占有并主张侵权损害赔偿。财产损失难以计算的,基于事实构造的相似性——未经许可使用他人排他性权益用来牟利,法官可以类推适用《侵权责任法》第20条,要求加害人向受害人返还所得收益。当然,所有人也可以通过不当得利要求加害人返还相应的租金,该租金按照市价确定。

总的来看,在未经许可使用他人排他性权益并以此牟利,且受害人财产损失难以确定的场合,类推适用《侵权责任法》第20条,可以满足受害人的救济需要。但就获益型违约行为而言,损害赔偿和实际履行可能无法实现守约方的履行利益,《侵权责任法》第20条也无法类推适用,此时即存在适用获利返还的必要,故立法者应当在合同法领域引入获利返还制度。

## (二)获利返还在债法中的请求权基础

从立法论的角度来看,仅仅为了证成获利返还而另起炉灶,似无必要。在维持损害赔偿法和不当得利法地位既有功能的背景下,获利返还在民法体系中的应然地位,取决于立法者未来的制度设计:该项制度不仅具有预防功能,而且还应当不受损害填补思想的限制。在此基础上,笔者主张通过获利行为类型化来设计相应的获利返还规则:就利用他人排他性权益的营利行为而言,权利人通过不法管理路径主张获利返还;就营利性违约行为而言,立法者应当单独为权利人设计获利返还的具体规则;就违反诚信义务而言,权利人直接通过归入权主张获利返还。

### 1. 利用他人排他性权益的营利行为

加害人未经许可利用他人知识产权、精神性人格权赢利的,受害人能否通过不法管理要求获利返还取决于两点:一是对他人事务的解释,即不法管理中的他人事务是否与真正无因管理中的他人事务做同一解释,违反他人意愿侵害他人权益是否属于管理他人事务;二是预防功能的限度,即获利返还应适用于哪些法益,获利返还的适用是否取决于加害人的过错程度。就第1点而言,笔者主张通过不法管理来弥补权益侵害型不当得利和侵权责任的不足,故不法管理仅适用于绝对权,相对权不包括在内。<sup>④</sup>不法管理中的他人事务,无须按照真正无因管理来解释,<sup>⑤</sup>只要行为人为自己利益介入他人权益范围的行为缺乏正当权限,<sup>⑥</sup>即构成管理他人事务,适用不法管理。权利人是否具有商业化利用自己权益的意愿,在所不问。<sup>⑦</sup>就第2点而言,当行为人仅仅具有过失甚至没有过错时,受害人能否通过不法管理要求返还,存在争议。《瑞士债法典》第423条没有区分行为人的恶意或善意,故有学者认为,人格权侵权领域的获利返还不以加害人具有故意要;<sup>⑧</sup>但也有学者持反对观点,认为为了保护善意的行为人,避免将善意行为人和恶意行为人等量齐观,获利返还应以行为人具有恶意为要。<sup>⑨</sup>晚近的司法实践倾向于不法管理必须以行为人具有

① Vgl. Köndgen, *RabelsZ* 56 (1992), 696, 742, 744.

② See Jaffey, *Disgorgement and "Licence Fee Damages" in Contract*, 20 *Journal of Contract Law* 57 (2004).

③ 参见许德风:《不动产一物二卖问题研究》,《法学研究》2012年第3期。

④ Vgl. MünchKomm/Seiler, § 687, Rn. 24; Staudinger/Bergmann, § 687, Rn. 27 ff.

⑤ Vgl. Staudinger/Bergmann, § 687, Rn. 15 f.; Helms, *Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem*, Mohr Siebeck, 2007, S. 127 ff.

⑥ Vgl. Zürich-Schmid, OR, § 423, N. 14; Basel-Weber, OR, § 423, N. 5; Staudinger/Bergmann, § 687, Rn. 15.

⑦ Vgl. Zürich-Schmid, OR, § 423, N. 44 f.; Basel-Weber, OR, § 423, N. 14; Helms, a. a. O., S. 174.

⑧ Vgl. Gerlach *VersR* 2002, 917; Basel-Meili, ZGB, § 28a, N. 18.

⑨ Vgl. Zürich-Schmid, OR, § 423, N. 36; Basel-Weber, OR, § 423, N. 8.

恶意为前提。<sup>①</sup> 但就人格权侵权的获利返还而言,司法实践认为,《瑞士民法典》第28a条第3款就人格权侵害设置的获利返还,只是在法效果上援引不法管理的获利返还规定,从而受害人无须证明不法管理的存在,仅须证明人格权不法侵害、加害人获利和因果关系即可要求获利返还。<sup>②</sup> 换言之,人格权侵权的获利返还不以加害人具有过错为要。<sup>③</sup> 虽然放弃故意甚至过错要件能够强化对受害人的保护,但考虑到获利返还的制裁性和预防性,将获利返还的适用限制在故意(或重大过失)上更为可取,否则会削弱损害赔偿法和不当得利法的地位。在行为人仅仅具有轻过失的场合,受害人可以通过不当得利法要求许可费的返还。<sup>④</sup> 当然,立法者如果认为特定的民事权益存在较强的保护必要性,可以例外地就该民事权益将获利返还的适用范围扩展至行为人具有轻过失的场合。

## 2. 营利性违约行为

违约救济旨在实现守约方的履行利益,在实际履行和损害赔偿能够满足守约方的履行利益的背景下,概括性地承认获利返还会对违约责任体系产生冲击:基于预防和制裁观念,在违约责任救济体系中一般性地认可获利返还,阻吓潜在的违约行为,可能会导致守约方获得超过履行利益的利益,从而偏离违约责任保护履行利益的宗旨。故为了维持履行利益在违约责任救济体系中的中心地位,笔者主张严格限制获利返还在违约责任中的适用,即仅当守约方的履行利益无法通过实际履行或损害赔偿实现时,才可以考虑获利返还的适用。具体来说,获利返还在违约救济中的构成要件包括以下三个方面:一是违约方具有故意;<sup>⑤</sup>二是违约方因违约行为获得了利润;三是守约方的履行利益无法通过实际履行、违约损害赔偿实现,即违约行为一旦发生,实际履行即不再可能且损害赔偿不足以保护守约方,<sup>⑥</sup>如损失无法计算、损害赔偿无法实现守约方的履行利益,也即依约履行是实现守约方履行利益的唯一路径。

如前所述,在实践中,可以考虑适用获利返还的违约行为主要是特定物一物二卖和违反合同约定的不作为义务。<sup>⑦</sup> 在特定物一物二卖的场合,第二买受人取得标的物所有权的,第一买受人无法再要求出卖人实际履行;如果第一买受人无法或难以从市场上购入替代物,或其他类型替代物无法完全满足第一买受人需要的,或购入相同标的物耗时较长的,违约损害赔偿难以实现第一买受人的履行利益,故应当允许第一买受人主张获利返还,阻吓潜在的违约行为。当然,针对这类案件类型,“获益交出请求权”制度也不失为可行之策。依据合同约定负有不作为义务的当事人,为了自己的利益未按照合同约定履行不作为义务的,当不作为义务不具有财产价值时,守约方可能没有遭受实际财产损害或损害赔偿无法计算,此时,守约方可以要求违约方交出违约所得利润。当然,如前所述,考虑到利润证明的难度,在这些合同类型中,事前约定的违约金条款或许更能有效保护守约方的履行利益。

对此,笔者建议,在未来民法典制定时,立法者在合同法和无因管理相关章节分别增加如下规定:

第 X 条 当事人一方故意不履行合同义务导致继续履行不再可能,且对方的合同权利无法通过损害赔偿实现的,对方可以要求违约方交出因不履行合同义务获得的利润。对方要求违约方交出利润的,可以向法院申请,要求违约方提供计算利润的相关账簿、资料。

第 XX 条 事务管理人明知自己没有管理他人事务的权限仍然管理他人事务,并且事务管理不符合本人利益的,管理人应当将事务管理所得的利益交给本人。

责任编辑 温世扬

① Vgl. Basel—Meili, ZGB, § 28a, N. 18.

② Vgl. BGE 133 III 153.

③ Vgl. Hausheer, Jüngste Entwicklungen im Zusammenhang mit dem Persönlichkeitsschutz des schweizerischen ZGB, in Breitschmid&Ansary (Hrsg.), 100 Jahre Schweizerisches ZGB, 80 Jahre Türkisches ZGB, 2008, S. 34.

④ Vgl. Köndgen, RabelsZ 64 (2000), 661, 689; Restatements of the Law, 3d, 2011, Restitution and Unjust Enrichment, § 51.

⑤ Vgl. Gauch, FS Walter, 2005, 293, 316.

⑥ See Restatements of the Law, 3d, 2011, Restitution and Unjust Enrichment, § 39.

⑦ See Barnett, Accounting for Profio Breach of Contract, Hart, 2012, pp. 87—118.