

# 非法发行链上的侵权所得赔偿

李承亮\*

---

**内容提要：**在合法利用他人作品的情形，著作权人只能要求发行链第一个环节的发行人支付报酬，而在非法利用他人作品的情形，著作权人却可以同时要求发行链所有环节的侵权人赔偿各自的侵权所得。判断赔偿是否超额不应当以权利人在合法发行链上能够收取的报酬为准，而应当以被侵权人所遭受的损害为准，只有超出损害的赔偿，才构成超额赔偿。被侵权人以与侵权人同样的方式利用作品所能够获得的利润就是以特殊方法计算出来的损害。允许权利人获得非法发行链各环节的全部侵权所得并不构成超额赔偿。在计算上游侵权人应当赔偿的侵权所得时，不应当扣除下游侵权人已经支付的赔偿金。利用发行权一次用尽或者连带责任的原理将赔偿义务人的范围限定在非法发行链某一个环节的做法不值得借鉴。

**关键词：**著作权法 非法发行 发行权用尽 损害赔偿

---

## 引 言

非法利用他人作品的行为通常不是由单个侵权人完成的，而是包含了生产、批发、零售各环节众多侵权人的一系列侵权行为。<sup>〔1〕</sup>在这样的非法发行链上，非法复制件的生产者侵害了著作权人对作品的复制权和发行权，而其下游的侵权人——从批发商到零售商——则都侵害了著作权人对作品的发行权。根据著作权法第48条第1项，无论是生产者还是批发商和零售商，都应当向著作权人承担侵权责任。这些侵权人如果主观上有过错，还应当根

---

\* 武汉大学法学院副教授。

〔1〕 在20世纪70年代以前，作品的复制和发行通常是由同一主体完成，控制作品的复制就可以同时控制作品的发行。当时，发行权在许多国家并不是一项单独的权利，甚至连《伯尔尼公约》都没有明确规定发行权。但自20世纪70年代末以来，作品的复制发行经常由一个涉及众多主体的销售链来完成，其中包括许多本身并不实施复制行为，而仅仅向公众提供作品复制件的主体。由于他们的行为不在复制权的控制之下，所以赋予著作权人独立的发行权才成为必要。参见王迁：《知识产权法》，中国人民大学出版社2011年版，第130页。

据情况赔偿被侵权人的损失。<sup>〔2〕</sup>而在知识产权法领域，侵权赔偿的数额可以通过三种方法确定：权利人的实际损失、侵权人的侵权所得以及许可使用费的一定倍数。<sup>〔3〕</sup>我国现行著作权法规定了其中的两种方法：权利人的实际损失和侵权人的侵权所得。<sup>〔4〕</sup>根据该法第49条第1款，侵犯著作权和邻接权的赔偿数额除了可以根据权利人的实际损失确定，还可以根据侵权人的违法所得确定。<sup>〔5〕</sup>如果根据著作权人的实际损失确定赔偿数额，著作权人可以要求发行链各环节的侵权人赔偿各自造成的损失，自不待言。如果根据侵权人的侵权所得确定赔偿数额，著作权人是否还能够要求发行链所有环节的侵权人赔偿各自的侵权所得（正文第二部分）？根据发行权一次用尽原理，作品原件或者经授权合法制作的复制件经著作权人许可首次向公众销售或者赠与之后，著作权人就无权控制该原件或者复制件再次出售或者赠与。合法获得该原件或者复制件所有权的买受人或者受赠人可以不经著作权人的许可将其再次出售或者赠与。在合法利用他人作品的情形，著作权人只能要求发行链第一个环节的发行人支付报酬。而在非法利用他人作品的情形，如果允许著作权人要求发行链各环节的侵权人赔偿各自的侵权所得，著作权人是不是就能够获得超额赔偿（正文第三部分）？各环节侵权人所承担的侵权所得赔偿责任之间是什么关系，他们应当各自承担个人责任，还是应当承担连带责任？各环节侵权人承担的赔偿责任最终由谁承担（正文第四部分）？而要回答这一系列问题，首先需要澄清侵权所得赔偿到底是一种什么性质的法律责任（正文第一部分）？

## 一、侵权所得赔偿的性质

### （一）赔偿损失还是返还不当得利

一直以来，全面赔偿原则都是损害赔偿法的核心原则。<sup>〔6〕</sup>根据该原则，赔偿的范围和数额取决于被侵权人所遭受的实际损失，“即损失得多，则赔偿得多；损失得少，则赔偿得少”。<sup>〔7〕</sup>但这并不意味着被侵权人只能要求侵权人赔偿损失，而不能要求侵权人返还违法所得。<sup>〔8〕</sup>因为在侵害他人民事权益获得利益的情形，侵权所获得的利益本身构成了不当得

〔2〕 在我国司法实务和法学理论中，赔偿损失的责任方式以责任人主观上有过错为要件，而停止侵权的责任方式则不以过错为要件。参见王利明：《侵权责任法研究》上卷，中国人民大学出版社2010年版，第621页；刘春田主编：《知识产权法》，高等教育出版社、北京大学出版社2010年版，第144页；上引王迁书，第237页。根据《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20条，过错也仅仅是承担民事赔偿责任的要件。

〔3〕 我国侵权责任法第20条也规定了侵权所得赔偿的方法。

〔4〕 国家版权局2012年3月颁布的《中华人民共和国著作权法（修改草案第一稿）》第72条、2012年7月颁布的《中华人民共和国著作权法（修改草案第二稿）》第72条均在现行著作权法赔偿实际损失、赔偿侵权所得的基础上，借鉴专利法规定，增加了参照通常的权利交易费用的合理倍数确定赔偿数额的规定。我国未来的著作权法很可能规定三种方法确定赔偿数额。

〔5〕 我国著作权法规定了二者之间的适用顺序，即只有在实际损失难以计算时，才能根据侵权人的违法所得确定赔偿范围。而在有些国家（如德国），权利人可以在各种损害计算方法之间进行选择。

〔6〕 参见张新宝：《侵权责任法原理》，中国人民大学出版社2005年版，第469页；程啸：《侵权责任法》，法律出版社2011年版，第543页。

〔7〕 奚晓明主编：《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文理解与适用》，人民法院出版社2010年版，第155页。

〔8〕 在很多情形，尤其是在知识产权遭受侵害的情形，被侵权人遭受的损失与侵权人获得的收益并不一致。

利,<sup>[9]</sup>应当返还给被侵权人。此时,被侵权人既可以要求侵权人承担侵权责任,赔偿自己遭受的损失,也可以要求侵权人返还侵权所得。损害赔偿请求权与不当得利返还请求权在构成要件上有一个重大的区别:前者一般以侵权人主观上有过错为要件,而后者则不以得利人在主观上有过错为要件。<sup>[10]</sup>尽管如此,知识产权法和侵权责任法领域的侵权所得赔偿却不属于不当得利返还的范畴,仍然只是一种特殊形式的侵权赔偿责任。无论是著作权法第49条第1款、专利法第65条第1款、商标法第56条第1款<sup>[11]</sup>,还是侵权责任法第20条,都将侵权所得作为一种确定赔偿数额的方法。因此,只有侵权人在主观上存在过错,被侵权人才可以根据上述条文请求其赔偿侵权所得。

强调侵权所得赔偿的上述法律属性对于司法实务有重大的指导意义。司法实务中,著作权人可能在获得非法发行链上游的侵权人(如出版商)赔偿的侵权所得后又要求下游的侵权人(如零售商)赔偿侵权所得,此时,下游侵权人会以著作权人的这一请求违反不当得利返还的基本原理为由提出抗辩。<sup>[12]</sup>根据不当得利返还的基本原理,权利人只有追认了无权处分人与第三人之间的处分行为,才能请求无权处分人返还因无权处分而获得的利益。以无权处分有体物为例,乙将从甲处借来的自行车转让给丙,乙的行为显然属于侵权行为(侵害他人物权),应当向甲承担侵权责任,同时,乙转让该自行车获得的价款也构成不当得利,应当返还给甲。另外,由于乙欠缺处分权,乙、丙之间的处分行为需要甲追认才能生效。如果甲拒绝追认,丙就不能取得自行车的所有权,<sup>[13]</sup>甲也就可以以所有权人的身份请求丙返还自行车。但是,甲对乙的不当得利返还请求权与对丙的返还原物请求权是不能并存的。根据不当得利的这一基本原理,甲请求乙返还不当得利的前提是追认乙、丙之间的处分行为,让该处分行为对自己发生效力。<sup>[14]</sup>这样一来,甲要么拒绝追认乙、丙之间的处分行为,请求丙返还自行车,要么追认乙、丙之间的处分行为,请求乙返还不当得利,二者不能兼得。否则,甲就会因乙、丙的双重给付而获得不当得利。在著作权侵权案件中,如果将侵权所得赔偿定位为不当得利返还,那么根据上述原理,著作权人只有追认了出版商等上游侵权人的发行权,才能请求其返还不当得利。著作权人已经获得上游侵权人“返还不当得利”这一事实本身就意味着,著作权人已经通过事后追认的方式授予了上游侵

[9] 学理上称为权利侵害型不当得利,参见王泽鉴:《债法原理(不当得利)》,中国政法大学出版社2002年版,第138页。权利侵害型不当得利在我国属于“基于受益人自己的行为而发生的‘不当得利’”。参见魏振瀛主编:《民法》,北京大学出版社、高等教育出版社2010年版,第570页;马俊驹、余延满:《民法原论》,法律出版社2010年版,第774页。

[10] 《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20条第3款将“返还侵权所得利润”界定为一种民事责任,并不合适。此处的“返还侵权所得利润”之所以不以过错为要件,是因为它并不属于侵权责任的范畴,而应当界定为不当得利返还。

[11] 商标法第56条第1款的特殊性在于,赔偿实际损失在适用上并不优先于侵权所得赔偿,被侵权人可以在二者之间进行选择。

[12] 如在德国著名的“婴儿高脚椅案”(BGH, Urteil vom 14. Mai 2009 - I ZR 98/06 = BGHZ 181, 98 - Tripp-Trapp-Stuhl)中,甲为一个应用艺术作品的著作权人,乙生产的一款婴儿高脚椅侵害了甲对上述应用艺术作品的著作权,丙将乙生产的侵权产品进口到德国卖给丁,丁再将侵权产品卖给消费者。甲起诉丁,要求丁承担侵权责任、赔偿侵权所得时,丁就以甲的请求不符合不当得利返还原理为由提出抗辩:甲已获得丙赔偿的侵权所得,不能再要求其赔偿侵权所得。

[13] 此处不考虑构成善意取得的例外情形。

[14] 参见前引[9],王泽鉴书,第153页。对此,德国民法典第816条第1款第1句有明文规定:“无权利人如果就某一标的所作的处分对权利人发生效力,就应当向权利人返还因该项处分而取得的利益。”

权人（如出版商）合法发行人的地位。根据发行权一次用尽原理，下游侵权人（如零售商）向消费者出售从合法发行人（出版商）处购得的侵权复制品并不需要经著作权人许可。下游侵权人销售侵权复制品的行为也就不再是侵权行为，销售侵权复制品所获得的利益也不构成不当得利，自然不应当返还给著作权人。但是，在司法实务中，几乎没有法院会在此处运用上述原理驳回著作权人要求下游侵权人赔偿侵权所得的主张。理由很简单：著作权人请求下游侵权人赔偿侵权所得，是在要求其承担侵权赔偿责任，而不是在请求其返还不当得利，不当得利返还的上述原理不能适用。<sup>[15]</sup>

### （二）能否与停止侵害并存

既然侵权所得赔偿是一种特殊形式的侵权赔偿责任，而不属于不当得利返还，那么，著作权人要求发行链某一环节的侵权人赔偿侵权所得，自然不以追认该侵权人的非法发行行为为前提。换句话说，侵权人承担赔偿责任并不能使自己取得许可使用人的法律地位，并不能使侵权行为合法化。这一结论不仅适用于以侵权所得为基础确定赔偿数额的情形，而且适用于以拟制的许可使用费为基础确定赔偿数额的情形。根据拟制的许可使用费确定赔偿数额，就是拟制一个侵权人与被侵权人订立许可使用合同的场景，以理性的合同当事人所能够达成一致的许可使用费为准确定赔偿数额。<sup>[16]</sup>这一赔偿数额确定规则就是所谓的“拟制许可”规则。但是，“拟制许可”的表述会让人误以为法律拟制了许可使用合同，而它实际上只是一种确定赔偿数额的方法。被侵权人即使获得了以这种方法计算出来的赔偿给付，也不等于他事后与侵权人达成了许可使用合同或者事后追认了侵权人的使用权。<sup>[17]</sup>被侵权人行使损害赔偿请求权并不能使侵权人取得许可使用人的法律地位。<sup>[18]</sup>向著作权人承担赔偿责任，无论是以侵权所得为基础计算出来的赔偿责任，还是以拟制的许可使用费为基础计算出来的赔偿责任，都不能使侵权行为合法化。所以，被侵权人获得赔偿给付后，仍然能够要求侵权人承担停止侵害的民事责任。

### （三）补偿性赔偿还是惩罚性赔偿

接下来需要考虑，侵权所得赔偿究竟是一种补偿性赔偿，还是一种以威慑、预防侵权为主要目的的惩罚性赔偿。侵权所得赔偿如果仍然属于补偿性赔偿，就应当遵守所谓的“填平原则”。也就是说，侵权人承担赔偿责任的范围不得超过被侵权人所遭受的损害。<sup>[19]</sup>反之，如果侵权所得赔偿是一种惩罚性赔偿，那么，让侵权人承担这种赔偿责任除了要填平被侵权人所遭受的损害以外，还要制裁并且预防侵权行为，<sup>[20]</sup>侵权人承担赔偿责任的范围也就不以被侵权人所遭受的损害为限。

无论是大陆法系国家还是英美法系国家，填平损害都是赔偿责任的基本机能。<sup>[21]</sup>即使

[15] 参见前引 [12]，德国联邦最高法院“婴儿高脚椅案”判决，边码 72。

[16] 也就是根据通常的权利交易费用确定赔偿数额。Dazu vgl. Reh binder, Urheberrecht, Verlag C. H. Beck, München 2010, Rn. 922.

[17] BGH, Urteil vom 05. 07. 2001 - I ZR 311/98 = BGHZ 148, 221 (232) - SPIEGEL-CD-ROM.

[18] BGH, Urteil vom 24. 06. 1993 - I ZR 148/91 = GRUR 1993, 899 - Dia-Duplikate.

[19] Staudinger/Schiemann, BGB, 2005, Vorbemerkungen zu § § 249 - 254 Rn. 2 - 3.

[20] 参见王利明：《惩罚性赔偿研究》，《中国社会科学》2000年第4期。

[21] 王泽鉴：《侵权行为》，北京大学出版社2009年版，第8页。

在英美法系国家，惩罚性赔偿也只在法律规定的特定情形才适用。<sup>[22]</sup>而大陆法系国家更是将补偿理念视为损害赔偿法的最高原则，一般禁止超额赔偿。<sup>[23]</sup>无论是恢复原状还是金钱价值赔偿，都应当符合补偿理念。在这一理念指导下，让侵权人承担侵权责任就是要将被侵权人遭受侵害的权益恢复到未遭受侵害的应然状态（恢复原状）。<sup>[24]</sup>不仅如此，即使是在以支付金钱的方式承担侵权责任的情形（金钱价值赔偿），赔偿数额的确定同样应当体现补偿理念。赔偿的数额取决于损失的大小，而损失的大小根据“假设差额”的方法来确定：被侵权人在未遭受侵害的应然状态所拥有的财产总额与遭受侵害后实际拥有的财产总额之间的差额，就是侵权人应当赔偿的财产损失。<sup>[25]</sup>

根据上述原理，在著作权遭受侵害的情形，侵权人同样应当将著作权人遭受侵害的权益恢复到未遭受侵害的应然状态。但著作权的客体具有无形性的特点，侵害他人著作权不可能造成实体损害。因此，侵权人的恢复原状就只能表现为消除给著作权人造成的不良影响或者赔偿著作权人遭受的财产损失。<sup>[26]</sup>其中，侵害著作权所造成的财产损失一般表现为白白支出的费用和本可以收取的利润（可得利益的损失）。<sup>[27]</sup>然而，计算损害的传统方法在著作权法领域几乎不具有可操作性：虽然法律设置了很多减轻被侵权人举证责任的机制，<sup>[28]</sup>被侵权人所遭受的损害仍然只能根据个案具体情形来确定（主观的计算标准），而不能根据一般情形来计算（客观的计算标准）。所以，作为原告的被侵权人应当向法院说明自己所请求的赔偿数额的具体依据，<sup>[29]</sup>对于补偿性赔偿来说，就是要证明自己遭受的具体损害。而权利客体的无形性决定了证明具体损害在知识产权领域是非常困难的。在许多知识产权侵权案件中，无论是通过“不良影响损害”，还是通过可得利益损失，遭受侵害的权利人都很难将自己遭受的损害具体化到法律所要求的程度。

正是在这样的大背景下，知识产权法领域才兴起了损害计算的三种方法。<sup>[30]</sup>被侵权人如果能够将自己遭受的损失具体化到法律要求的程度，仍然可以根据传统的方法请求侵权人赔偿自己遭受的实际损失（方法A）。但除了上述传统方法之外，被侵权人还可以要求侵权人赔偿拟制的许可使用费（方法B）或者赔偿侵权人因侵权所获得的利益（方法C）。因

[22] 王利明：《侵权责任法研究》下卷，中国人民大学出版社2011年版，第290页，第292页。

[23] Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I, Verlag C. H. Beck, München 1987, § 27 I; Lange/Schiemann, Schadensersatz, Mohr Siebeck, Tübingen 2003, Einleitung III 2.

[24] 即事实上去除损害。也就是说，承担责任的方式取决于损害的形态，如无权占有他人财产对应返还原物，致人伤残对应治疗和康复措施，毁损他人财产对应修理和重置等等。

[25] 前引[23]，拉伦茨书，第467页以下，第479页以下。

[26] 侵权责任法第15条规定了八种责任方式，而著作权法第47条只列举了停止侵害、消除影响、赔礼道歉和赔偿损失四种责任方式，就是基于著作权客体的无形性。

[27] 在我国，可得利益的损失被称为间接损失或者消极损失。对于间接损失，有学者认为只应当适当赔偿而不应当完全赔偿（张新宝：《侵权责任法》，中国人民大学出版社2010年版，第105页），有学者认为可得利益的损失也应当完全的赔偿（杨立新：《侵权责任法》，法律出版社2010年版，第144页）。而根据德国民法典第252条，可得利益的损失也属于应当全面赔偿的损害。

[28] 如德国民法典第252条第2款、德国民事诉讼法第287条。

[29] 前引[23]，拉伦茨书，第518页以下。

[30] Vgl. BGH, Urteil vom 02. 11. 2000 - I ZR 246/98 = BGHZ 145, 366 (371) - Gemeinkostenanteil; Helms, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, Mohr Siebeck, Tübingen 2007, S. 213 ff., 275 ff.; Wagner, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht - Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006), 352 (463ff.).

此，拟制的许可使用费和侵权所得利益只是计算损害的特殊方法。<sup>[31]</sup> 根据《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 3 款，侵权产品的销售量与侵权产品的单位利润之积就是侵权人的侵权所得，而根据该条第 2 款，权利人因侵权所遭受的实际损失可以根据侵权产品的销售量与侵权产品的单位利润之积计算。<sup>[32]</sup> 这充分表明，最高人民法院实际上也是将赔偿侵权所得作为赔偿实际损失的特殊形态。在“中国音乐著作权协会诉于莹侵犯著作权纠纷案”中，哈尔滨市中级人民法院根据侵权人应当向权利人支付的许可使用费来计算权利人遭受的实际损失，实际上是将赔偿拟制的许可使用费作为赔偿实际损失的特殊形态。<sup>[33]</sup>

因此，德国著作权法第 97 条第 2 款的表述值得我们借鉴：先一般性地规定，故意或者过失实施侵权行为之人应当赔偿权利人因此遭受的损失（第 1 句），再特别规定，赔偿数额除了按照传统的方法确定以外，还可以以侵权人因侵权而获得的利益（第 2 句）或者以侵权人本应当支付的许可使用费（第 3 句）为基础确定。只有这样表述，才能够清楚地表明，无论是赔偿侵权所得还是赔偿拟制的许可使用费，其实都是在赔偿损失，都是根据被侵权人遭受的实际损失来确定赔偿数额，都没有超出补偿性赔偿的范畴。<sup>[34]</sup> 与传统的方法 A 相比，方法 B 与 C 的特殊性仅仅在于计算损害所参照的假设状态不同。传统的损害计算方法所参照的假设状态是：权利人如果没有遭受侵害现在处于何种状态？而后两种方法所参照的假设状态分别是：权利人如果能够与侵权人按照通常标准达成许可使用协议现在处于何种状态（方法 B）？权利人如果能够以与侵权人一样的方式利用自己的作品现在处于何种状态（方法 C）？也就是说，方法 B 与方法 C 实际上基于下列推定：权利人本可以与侵权人达成许可使用协议并收取通常的许可使用费（方法 B），或者权利人本可以像侵权人一样利用自己的作品并获得收益（方法 C）。<sup>[35]</sup> 不仅如此，为了避免不必要的争议，法律还原则上禁止当事人通过举证来推翻上述推定。也就是说，当权利人要求侵权人赔偿侵权所得时，侵权人即使能够证明自己特有的经营行为（如利用自己掌握的客户资源、运用自己的营销知识、

[31] 吴汉东主编：《知识产权法》，北京大学出版社 2011 版，第 119 页；王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社 2009 年版，第 280 页。

[32] 《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》（法释〔2002〕31 号）第 24 条与《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》（法释〔2002〕32 号）第 15 条也有类似的规定。另外，上海市第二中级人民法院（2008）沪二中民五（知）初字第 18 号判决也认为，“以被告蓝樽公司销售‘宝路’威士忌酒的数量与原告帝亚吉欧上海公司销售‘黑牌’威士忌酒的单位利润的乘积，作为确定两原告经济损失的计算方法，符合上述法律的规定”。北京市第二中级人民法院（2009）二中民初字第 8543 号判决也认为侵权产品在市场上销售的总量乘以每件专利产品的合理利润所得之积可以视为权利人因被侵权所遭受的损失。

[33] 黑龙江省哈尔滨市中级人民法院（2010）哈知初字第 49 号判决。另外，在江苏省高级人民法院（2008）苏民三终字第 0144 号判决中，法院根据软件著作权人销售正版软件的市场价格来确定损失的大小，实际上就是根据拟制的许可使用费来计算损失，因为软件著作权人出售正版软件的价格相当于其许可他人使用其软件的费用。武汉市中级人民法院（2007）武知初字第 59 号判决也认为，“该 50 套软件的购买费，即是原告武汉适普公司的实际损失”，赔偿拟制的许可使用费就是赔偿实际损失。北京市海淀区人民法院（2008）海民初字第 8745 号判决也认为，有关经济损失部分，“应系刘士健实际的许可使用费的损失”。

[34] 也有学者认为侵权所得赔偿已经超出补偿性赔偿的范畴，参见前引〔30〕，Wagner 文，第 362 页以下，第 422 页以下。

[35] BGH, Urteil vom 07. 02. 2002 - I ZR 304/99 = BGHZ 150, 32 (44) - Unikatrahmen.

降价促销等)也是利润产生的原因、<sup>[36]</sup>被侵权人自己根本不可能获得同样的收益,<sup>[37]</sup>也不能免除或者减轻赔偿责任。

## 二、赔偿义务人

综上所述,侵权所得赔偿不属于不当得利返还的范畴,而是一种以填补损害为目的的补偿性赔偿责任,并且能够与停止侵害的责任方式并用。然而,上述结论还不能直接告诉我们著作权人能否同时要求作品非法发行链上所有侵权人赔偿各自的侵权所得。国外司法实务中存在将赔偿义务人的范围限定在发行链的某一个环节的做法。至于权利人为什么只能选择某一个环节的侵权人行使侵权所得赔偿请求权,不同的理论给出的依据各不相同。其中影响最大的是权利利用尽理论和连带责任理论。

### (一) 权利利用尽理论

权利利用尽理论认为,著作权人虽然可以请求发行链任何一个环节的侵权人承担赔偿责任,但在获得任何一个环节侵权人的赔偿后,其发行权已经用尽,不能再要求下游发行人承担赔偿责任。该理论的本质就是运用发行权一次用尽原理将赔偿义务人的范围限定在发行链的某一个环节。<sup>[38]</sup>但稍加分析就会发现,上述理论并不符合发行权一次用尽原理。

#### 1. 发行权一次用尽原理

有体物或者其他财产上的利益应当归属于权利人,其他人想要利用这些财产,都应当取得权利人的许可。例如,享用他人的食物,要经过食物所有人的许可,居住他人的房屋,要经过房屋所有人的许可。而权利人的许可一般是通过支付一定的报酬来换取的,这似乎是任何一个法律体系的基本原则。但是,这一基本原则在一些新兴的法律领域却受到了挑战。如在著作权法领域,单纯“享用”他人作品(如阅读他人创作的小说)并不需要取得著作权人的许可,因而也不需要支付报酬。<sup>[39]</sup>与传统物权法不同,著作权法不再控制权利客体(如作品)的利用本身,而是将着眼点前推至作品的传播(如复制发行)。因此,只有复制、发行他人作品才需要取得著作权人的许可,才需要向其支付报酬。虽然最终“享用”作品的人(最终消费者)不需要直接向著作权人支付报酬,但是,传播作品的人会将其向著作权人支付的报酬以原件或者复制件价金的形式转嫁给最终消费者。在物权法中,物权人直接控制消费者“享用”物权客体本身;而在著作权法中,著作权人通过直接控制作品

[36] 参见前引[30],德国联邦最高法院“公共费用份额案(Gemeinkostenanteil)”判决。

[37] 但我国有学者认为,法院在确定知识产权损害赔偿数额时,应当充分考虑各种生产要素在形成侵权产品的利润过程中所起的作用,只有这样,才能真正贯彻我国知识产权法所确认的全面赔偿原则。参见曾平、周详:《知识产权损害赔偿研究——对知识产权损害赔偿责任的个案分析》,《知识产权》2008年第4期。根据这一观点,侵权人可以举证推翻“被侵权人能够以与侵权人同样的方式利用自己的作品”的推定。

[38] 德国联邦最高法院在“婴儿高脚椅案”判决中指出,权利利用尽理论只能向后发生作用,不能向前发生作用。也就是说,权利人接受上游侵权人的赔偿给付能够排除其对下游侵权人的赔偿请求权,而接受下游侵权人的赔偿给付却不能排除其对上游侵权人的赔偿请求权。据此,权利人只要选择先向下游侵权人主张赔偿请求权,将赔偿义务人的范围限定在发行链的某一个环节的目的就会落空。其实,德国联邦最高法院的这一担心并没有道理。在权利利用尽理论的框架内,著作权人即使选择先向下游侵权人主张赔偿请求权,也不可能获得多重赔偿。根据权利利用尽理论,被侵权人的发行权在其获得上游侵权人的赔偿给付后用尽,下游侵权人已经给付的赔偿金就构成了不当得利,著作权人应当予以返还。

[39] Dreier/Schulze, UrhG, 2008, § 15 Rn. 20.

的传播间接控制消费者“享用”作品。著作权法中的上述特殊控制系统，就是所谓的“间接控制最终消费者的层级系统”。<sup>[40]</sup>

然而，作品的复制和发行在很多时候不是由单个主体，而是通过一个复杂的发行链来完成的。让著作权人控制发行链上的所有发行行为，既不利于作品的传播，也会不合理地增加交易成本。比较现实的做法是让著作权人控制首次向公众提供作品原件或者复制件的行为（首次发行行为）。<sup>[41]</sup>所以，上述“间接控制最终消费者的层级系统”中的“间接”二字其实包含两层意思：一是著作权人不直接控制最终消费者“享用”作品的行为；二是著作权人也不直接控制作品原件或者复制件被合法提供给公众之后的发行行为。不仅最终消费者，中间环节的传播者同样不需要取得著作权人的许可，也不需要向其支付报酬，只有首次向公众提供作品有形载体的人才需要取得著作权人的许可，才需要向其支付报酬，这就是所谓的发行权一次用尽。<sup>[42]</sup>

## 2. 发行权一次用尽的前提条件

著作权法第10条第1款第6项规定著作权人享有发行权，即享有以出售或者赠与的方式向公众提供作品的原件或者复制件的权利。值得注意的是，按照发行权的定义，著作权人并不仅仅控制首次将作品的原件或者复制件投入流通的行为，而是控制所有向公众提供作品的原件或者复制件的行为。根据这个定义，发行行为到底属于原件或者复制件交易链上的哪个环节无关紧要。这一结果与上述间接控制原理并不矛盾：著作权人能够间接控制下游发行行为和最终消费行为的前提是他能够直接控制首次发行行为。而赋予著作权人控制发行链所有环节发行行为的正当性恰恰在于，著作权人并不总是能够真正控制首次发行行为。例如，在出版商擅自出版他人文学作品的情形，<sup>[43]</sup>著作权人不仅有权禁止该出版商停止复制、发行该书，而且有权禁止书店等其他主体以出售、赠与等方式向公众提供该书的非法复制件。基于这个原则，著作权人既可以要求擅自复制、发行图书的出版商承担直接侵权责任（复制、发行），也可以要求所有出售该图书的主体承担直接侵权责任（发行）。而在合法出版的情形，尤其是在著作权人许可出版商出版的情形，著作权人只能从出版商处获得报酬，而不能再从出售该图书的其他主体处获得报酬。因为根据间接控制原理，发行权在出版商合法实施发行行为后用尽，之后的发行行为已经与著作权人无关。

在侵权出版的情形，著作权人理论上可以同时从出版商及其下游发行人处获得多重赔偿；而在合法出版的情形，由于发行权一次用尽，著作权人反而丧失了多次获得报酬的机会。也就是说，发行权一次用尽仅仅适用于首次发行合法的情形，尤其适用于首次发行经著作权人许可的情形。<sup>[44]</sup>正因如此，对于发行权一次用尽，无论是学理定义<sup>[45]</sup>还是法律规定，<sup>[46]</sup>均强调首次发行行为的合法性。一般说来，只有经著作权人同意的首次发行才能

[40] 前引〔16〕，Rehbinder书，边码99以下。

[41] 关于发行权一次用尽理论的适用范围，参见上引Rehbinder书，边码337。

[42] Dazu vgl. Berger, Die Erschöpfung des urheberrechtlichen Verbreitungsrechts als Ausprägung der Eigentumstheorie des BGB, AcP 201 (2001), 418 ff.

[43] 如侵犯周作人散文作品著作权纠纷案，参见北京市西城区人民法院（1995）西民初字第74号判决。

[44] 参见前引〔16〕，Rehbinder书，边码323、325、330。

[45] 前引〔31〕，吴汉东主编书，第90页；前引〔1〕，王迁书，第135页。

[46] 如德国著作权法第17条第2款。

产生发行权用尽的法律后果。<sup>[47]</sup>

发行权是否用尽,取决于首次发行行为是否征得了著作权人的同意。而同意的意思表示既可以事先作出,也可以事后作出(追认);<sup>[48]</sup>既可以以明示(通知)的方式作出,也可以以默示(行为推定、沉默)的方式作出。欧洲法院在“大卫杜夫案”判决中明确了默示同意的条件。<sup>[49]</sup>在这一判决中,欧洲法院从著作权人的同意中推导出其以默示的方式放弃专有权利的意思表示,并由此认定,著作权人的同意等同于放弃自己的专有权利。欧洲法院的上述论证显然是多余的:经著作权人同意的首次发行,必然会产生发行权用尽的法律后果,根本不需要再从著作权人的同意中推定出放弃发行权的意思表示。当然,无论是著作权人的同意,还是从著作权人的同意行为中推定的默示意思表示,都会造成发行权用尽的法律后果,所以,认定著作权人的同意尤其是默示同意,一定要慎之又慎。欧洲法院在“大卫杜夫案”判决中指出,只有根据个案的具体情形可以确定著作权人确实有放弃其专有权利的意愿时,才能推定其以默示的方式作出了同意的意思表示;而从著作权人的沉默中原则上不能推导出同意的意思表示。

### 3. 追究侵权责任不等于追认侵权行为

根据发行权一次用尽原理,原则上只有经过著作权人同意的发行才能导致发行权用尽。因此,只有从权利人追究侵权赔偿责任的行为中推导出其有放弃自己的专有权利、追认侵权发行行为的意愿,权利人追究侵权人的赔偿责任才能产生发行权用尽的法律后果,权利用尽理论才能够成立。

但权利用尽理论成立的上述前提是不存在的,因为追究赔偿责任无论如何不能等同于追认侵权行为。这一点在以传统方法计算损害(赔偿实际损失)时尤为明显。发行链各环节的侵权人只要不构成共同侵权,各侵权人就只需要为各自造成的损失承担赔偿责任。换句话说讲,各侵权人承担的赔偿责任只能赔偿自己给权利人造成的那部分损失,某一环节的侵权人承担赔偿责任不能也不应当排除其他环节侵权人的赔偿责任。因此,即使是权利用尽理论的支持者通常也认为,该理论并不适用于用传统方法计算损害的情形。他们一般认为,只有在赔偿拟制的许可使用费或者赔偿侵权所得的情形,追究发行链某一环节侵权人的赔偿责任才能产生发行权用尽的法律后果。

但是,即使是在赔偿拟制的许可使用费和赔偿侵权所得的情形,追究赔偿责任同样不能等同于追认侵权行为,发行权一次用尽的原理同样没有适用的余地。权利用尽理论的支持者之所以不能接受发行链各环节的侵权所得赔偿责任并存,是因为他们仍然把著作权法中的侵权所得赔偿当作不当得利返还,而不是当作一种侵权赔偿责任。只有主张不当得利返还才是以追认侵权行为为前提的,才能赋予侵权人合法发行人的地位。权利用尽理论混淆追究侵权责任与主张不当得利返还,会产生一个令人难以接受的副作用:如果非法发行链上的任何一个侵权人承担赔偿责任能够使其下游的发行行为合法化,那么被侵权人不仅

[47] 前引[42], Berger文,第416页以下,第448页;前引[39], Dreier/Schulze对德国著作权法第17条的评注,边码31。

[48] 参见前引[12], 德国联邦最高法院“婴儿高脚椅案”判决,边码64。

[49] EuGH, Urteil vom 20.11.2001 - C-414/99; C-415/99; C-416/99 = Slg. 2001, I-8691 (Rn. 36ff., 45ff., 55ff.) = GRUR 2002, 156 - Davidoff.

不能请求下游的发行人承担赔偿责任，也不能要求其停止侵害。<sup>[50]</sup> 这样的结果无论如何都是不能接受的。被侵权人即使获得根据拟制的许可使用费计算的赔偿给付，也不能排除其对侵权人行使停止侵害请求权。<sup>[51]</sup> 被侵权人获得根据侵权所得计算的赔偿给付，同样不能排除其对侵权人行使停止侵害请求权。<sup>[52]</sup> 因为无论赔偿拟制的许可使用费还是赔偿侵权所得，都仍然是在赔偿著作权人遭受的损害，它们与著作权法第49条第1款规定“赔偿实际损失”的不同之处仅仅在于损害的计算方法。接受侵权人的赔偿给付，无论如何不能使侵权人及其后手购买人取得合法发行人的法律地位。只有经过著作权人同意的首次发行才能导致发行权用尽的法律后果。而对于未经其同意的发行，被侵权人在接受发行链某一环节侵权人的赔偿给付之后，一般说来仍然有必要制止作品的进一步传播和防止损失的进一步扩大。因此，被侵权人在接受某一环节侵权人的赔偿给付时一般不会无故放弃针对下游侵权人的停止侵害请求权和损害赔偿请求权，仅仅根据被侵权人要求侵权人承担赔偿责任的行为，不能推定其默示许可了下游发行人的发行行为。<sup>[53]</sup>

## （二）连带责任理论

连带责任理论认为，非法发行链各环节的侵权人构成了所谓的并行行为人，<sup>[54]</sup> 应当承担连带责任，被侵权人只要从任何一个环节的侵权人处获得赔偿，就不能再要求其他环节侵权人承担赔偿责任。该理论的本质就是运用连带责任原理将赔偿义务人的范围限定在发行链的某一个环节，但同样不符合民法原理。

### 1. 并行行为的构成要件

并行行为是德国民法典第840条规定的概念，大体相当于我国民法中直接结合的共同侵权（客观共同侵权）。与主观共同行为不同，并行行为主要适用于没有意思联络的数人各自独立实施侵权行为的情形。没有意思联络的数人之所以要承担连带责任，是因为他们各自独立实施的侵权行为共同作用造成了一个统一不可分的损害。当然，数个并行行为对损害产生的原因力可能各不相同，但都必须是同一损害产生的必要条件。<sup>[55]</sup> 相反，如果数人各自造成了可以相互区分的损害，或者共同作用造成了同一个损害，但各自所造成的部分是可以相互区分的，连带责任就没有适用的余地。<sup>[56]</sup>

### 2. 发行链各环节的侵权行为不构成并行行为

与权利利用尽理论一样，连带责任理论的目的也是要将赔偿义务人的范围限制在发行链的某一个环节。利用连带责任原理实现上述目的的优势非常明显：第一，不需要从著作权人追究侵权责任的行为中推导出其有事后的追认发行行为的意思表示；第二，著作权人接受某一环节侵权人赔偿的侵权所得之后仍然可以要求该侵权人和下游侵权人停止侵害，仍然

[50] So in der Tat: OLG Düsseldorf, GRUR 1939, 365 (367) – Spitztütenmaschinen; OLG Hamburg, ZUM-RD 2007, 13 (23 ff.) – Verletzerkette. Vgl. Gärtner/Bosse, Die Herausgabe des Verletzergewinns in der Vertriebskette, Mitt 2008, 492 (494).

[51] 参见前引 [18]，德国联邦最高法院“复制幻灯片案”判决；前引 [17]，德国联邦最高法院“明镜周刊光碟案”判决。

[52] 参见前引 [35]，德国联邦最高法院“特色画框案”判决。

[53] Vgl. Götz, Schaden und Bereicherung in der Verletzerkette, GRUR 2001, 295, 297.

[54] 也有学者称之为“同时行为人”，参见叶金强：《共同侵权的类型要素及法律效果》，《中国法学》2010年第1期。

[55] 参见上引叶金强文。

[56] Staudinger/Vieweg, BGB, 2007, § 840 Rn. 16, 19.

能够防止其损失的进一步扩大。<sup>[57]</sup>然而,连带责任理论的缺陷同样十分明显:发行链各环节侵权人各自实施侵权行为,各自给著作权人造成损害,根本就不符合并行行为的构成要件。该理论仅凭借发行链各环节侵权行为“在类型和方向上具有一致性”,<sup>[58]</sup>就将各环节侵权人认定为并行行为人,让他们承担连带责任,理由显然不够充分。并行行为的核心构成要件是数个侵权行为共同作用造成了一个统一不可分的损害。发行链各环节的侵权人到底是各自作用分别造成了不同的损害,还是共同作用造成了一个统一不可分的损害,仅仅凭借各环节侵权行为“在类型和方向上具有一致性”,并不足以作出判断。而事实上,发行链各环节的侵权人一般都是各自侵犯著作权人的发行权,并且各自造成了不同的损害,<sup>[59]</sup>并不符合并行行为人的核心构成要件,不应当承担连带责任。

适用德国民法典,非法发行链各环节没有意思联络的侵权人尚且无需承担连带责任,适用我国侵权责任法,他们就更不可能承担连带责任了。在侵权责任法实施以前,如果没有意思联络的数人各自独立实施侵权行为共同作用导致了一个统一不可分的损害后果,就构成了《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第3条第1款规定的直接结合的共同侵权,应当根据民法通则第130条承担连带责任。而在侵权责任法实施之后,我国的共同侵权就不再包括直接结合的客观共同侵权,没有意思联络的并行行为人如果没有实施侵权责任法第10条(共同危险行为)或者第11条(累积因果关系)规定的行为,就只能依据侵权责任法第12条承担按份责任。<sup>[60]</sup>而非法发行链各环节没有意思联络的发行行为很显然既不符合共同危险行为的构成要件,也不足以导致全部损害后果。也就是说,非法发行链各环节没有意思联络的发行人即使构成并行行为人,依我国侵权责任法也无法让他们承担连带责任。更何况,非法发行链各环节没有意思联络的发行人实际上连并行行为人也算不上,连带责任自然也就无从谈起。在“株式会社万代诉汕头市澄海区泓利电子玩具实业有限公司、黄土成侵犯著作权纠纷案”中,北京市第一中级人民法院认为,在没有证据证明非法复制品的制造商和销售商共同实施侵权行为的情况下,制造商和销售商“实施侵权行为的方式不同”,应当各自独立承担相应的民事责任。<sup>[61]</sup>

### 三、赔偿数额

无论是在权利用尽理论的框架内,还是在连带责任理论的框架内,将侵权所得赔偿的义务人范围限定在发行链某一环节的理由都不能成立。正是基于这个原因,司法实务中逐渐出现了抛弃传统择一说的趋势,允许被侵权人同时要求发行链各环节的侵权人赔偿侵权所得。<sup>[62]</sup>但与此同时,繁复的扣减规则也随之产生,使得被侵权人仍旧不能真正获得非法发行链各环节侵权人的全部侵权所得。

[57] 前引[53], Götze文,第300页以下。

[58] Dazu vgl. BGH, Urteil vom 30.01.1959 - I ZR 82/57 = GRUR 1959, 379 - Gasparone.

[59] 参见前引[12], 德国联邦最高法院“婴儿高脚椅案”判决,边码69。

[60] 参见前引[7], 奚晓明主编书,第67页。

[61] 北京市第一中级人民法院(2010)一中民初字第437号判决;北京市高级人民法院(2010)高民终字第1814号判决二审维持了上述判决。

[62] 参见前引[12], 德国联邦最高法院“婴儿高脚椅案”判决,边码61。

### （一）扣减规则

在擅自复制、发行他人作品的侵权案件中，侵权人除了要向作品的著作权人承担侵权责任之外，还可能受到侵权复制件买受人的追究。如果买受人只是中间商，那么他购买复制件的目的是为了继续出售。而买受人出售复制件的行为同样侵害了著作权人的发行权。无论买受人主观上是否存在过错，著作权人都可以请求其停止侵害，不准其出售该复制件。<sup>[63]</sup>在侵权人（出卖人）与买受人之间的买卖合同关系中，买受人可以以买卖标的物存在权利瑕疵为由要求侵权人赔偿其由于无法出售标的物而遭受的损失。如果侵权人在向买受人承担了瑕疵担保责任之后又受到著作权人的追究，侵权人已向买受人支付赔偿金的事实对于侵权所得赔偿的数额有无影响？一般说来，总销售额扣除销售成本，就是侵权人应当赔偿的侵权所得。<sup>[64]</sup>在计算侵权所得时，侵权人已向买受人支付的赔偿金是否应当作为销售成本从其侵权所得中扣除？对于这个问题，我国最高人民法院尚未明确表态。而德国联邦最高法院曾在“特色画框案”判决中确立了“不得扣减”规则，即侵权人由于复制件存在知识产权瑕疵而向买受人支付的赔偿金，不得从其向著作权人赔偿的侵权所得中扣除。<sup>[65]</sup>需要强调的是，不允许侵权人扣除已经支付的赔偿金，仍然是为了实现补偿理念，而不是要让著作权人获得超额赔偿。赔偿侵权所得只是计算损害的特殊方法，仍然是在赔偿被侵权人遭受的损失。被侵权人之所以能够要求侵权人赔偿侵权所得，是因为法律推定，即使没有遭受侵害，权利人也能够以与侵权人相同的方式利用作品并获得相同的利润。在这一法律拟制中，虽然权利人利用作品的方式与侵权人相同，但权利人自己出售的复制件不可能存在知识产权方面的瑕疵，不可能因此受到复制件买受人的追究，计算权利人在法律拟制状态下所获得的利润自然也不应当扣除侵权人向复制件买受人支付的赔偿金。

遗憾的是，德国联邦最高法院并未在其审判实践中贯彻上述“不得扣减”规则。在后来的“婴儿高脚椅案”判决中，该院认为，如果侵权产品发行链某一环节的侵权人（如零售商）已经向著作权人赔偿了侵权所得（侵权责任），并且事后又向其出卖人（如批发商）追偿（权利瑕疵担保责任），那么，在该出卖人向著作权人赔偿侵权所得时，其已经支付的赔偿金就应当扣除。<sup>[66]</sup>同样是侵权人向其买受人承担的瑕疵担保责任，有时不得在该侵权人赔偿的侵权所得中扣除（“特色画框案”），而有时却应当扣除（“婴儿高脚椅案”）。而与“特色画框案”相比，“婴儿高脚椅案”的特殊性仅仅在于，买受人要求侵权人支付赔偿金的理由不再是其购买的复制品存在知识产权瑕疵而无法出售，而是其本人也受到了著作权人的追究。也就是说，德国联邦最高法院严格区分下列两种情形：（1）如果后手购买人要求该侵权人支付赔偿金的理由是无法出售，已经支付的赔偿金就不得在该侵权人赔偿的侵权所得中扣除；（2）如果后手购买人要求该侵权人支付赔偿金的理由是受到著作权人的追究，已经支付的赔偿金就应当在该侵权人赔偿的侵权所得中扣除。

[63] 如我国福建省高级人民法院就在（2001）闽知初字第4号判决中指出，“在当事人得知其使用的技术方法及装置涉及他人专利时，就应负有停止使用的义务”。

[64] 关于侵权所得的计算方法，参见前引[30]，Helms书，第249页以下。

[65] 参见前引[35]，德国联邦最高法院“特色画框案”判决。

[66] 前引[12]，德国联邦最高法院“婴儿高脚椅案”判决，边码78、79。

## （二）扣减规则的实质

从表面上看，上述扣减规则承认著作权人有权要求发行链所有环节的侵权人赔偿各自的非法所得。但经过扣减，被侵权人从发行链各环节侵权人处获得的赔偿金总额，不可能超出发行链上获利最多环节侵权人的非法所得。扣减规则的这一实质在下列“模型案例”中表现得尤为明显：

出版商乙未经许可擅自出版了甲创作的小说，乙将其非法出版的图书出售给批发商丙，丙再将图书出售给零售商丁，最后由丁将图书出售给消费者。在这条从乙经过丙、丁最后到达消费者的发行链上，乙侵害了甲的复制权和发行权，丙、丁侵害了甲的发行权，消费者对甲不构成侵权。其中，乙的侵权所得为A，丙的侵权所得为B，丁的侵权所得为C，并且 $A > B > C$ 。<sup>[67]</sup>

首先，甲可以分别要求乙、丙、丁承担赔偿责任，并且都可能以侵权所得为基础计算损害。如果甲先要求丁赔偿侵权所得，丁就应当向甲给付C金额。丁在向甲承担赔偿责任之后，可以根据其与丙之间的买卖合同要求丙承担瑕疵担保责任，向丙追偿C金额。如果甲再要求丙赔偿侵权所得，丙原则上也应当向甲给付B金额，但按照扣减规则，丙已经向丁给付的C金额应当扣除，所以，丙应当向甲赔偿的侵权所得为 $B - C$ 金额。此时，丙除了向甲给付了 $B - C$ 金额，还向丁给付了C金额，丙给付的这两部分金额都可以向其出卖人乙追偿，亦即，丙向乙追偿的金额为 $(B - C) + C = B$ 金额。在甲请求乙赔偿侵权所得时，乙已经向丙给付的B金额也应当扣除，所以，乙需要向甲赔偿的侵权所得为 $A - B$ 金额。综上，著作权人甲虽然可以分别要求发行链各环节侵权人赔偿侵权所得，但是，他从所有侵权人处得到的金额总和仍然仅为 $(A - B) + (B - C) + (C) = A$ 金额，也就是发行链上获利最多环节的侵权所得。

从这个角度看，扣减规则与权利利用尽理论、连带责任理论一样，实质上都是要将被侵权人最终能够获得的赔偿金限定为非法发行链上获利最多环节的侵权所得。根据扣减规则，甲即使依次向丁、丙、乙请求，也只能获得A金额。甲要想简化管理程序，就不能先追究丁或者丙的侵权责任，而应当绕过丁和丙直接请求乙给付A金额，同时放弃对丙和丁的请求权。如果甲在获得乙给付的A金额后又去追究丙的侵权责任，虽然丙应当向甲给付B金额，但是，丙可以向其出卖人乙追偿B金额。而根据扣减规则，乙在向丙承担了瑕疵担保责任后，可以请求甲返还其向丙给付的B金额。<sup>[68]</sup>最后，甲从乙处获得 $A - B$ 金额，从丙处获得B金额，总共仍然是A金额。同理，甲也可以在获得乙、丙给付的金额后又追究丁的侵权责任，但甲从丁处获得的金额都应当作为不当得利返还给乙、丙，最终获得的金额仍然是A金额。总之，甲从乙处获得了A金额后，虽然形式上依然可以请求丙、丁赔偿侵权所得，但扣减规则却使得甲对丙、丁的侵权所得赔偿请求权毫无意义。

## （三）扣减规则的缺陷

扣减规则所要实现的目标与此前的主流观点是一致的，实质上都是要将被侵权人最终

[67]  $A > B > C$  是能够完整体现整套扣减程序的情形。如果C最大，甲从丁处获赔C金额后就无法再从丙、乙处获得赔偿，因为经过扣减，丙、乙没有侵权所得。如果B最大，甲从丁处获赔C金额，从丙处获赔 $B - C$ 金额后，无法再从乙处获得赔偿，因为经过扣减，乙没有侵权所得。

[68] 前引〔12〕，德国联邦最高法院“婴儿高脚椅案”判决，边码79。

能够获得的赔偿金限定为非法发行链上获利最多环节的侵权所得。这套扣减程序虽然能够避免权利利用尽理论与连带责任理论的某些弊端，却同样存在致命的缺陷，不值得效法。

扣减规则在操作上非常繁琐，权利人根据扣减规则进行理赔十分不便。在实务中，权利人既可能先请求发行链下游的侵权人赔偿侵权所得，再逐步请求上游侵权人赔偿侵权所得，也可能反过来先追究上游侵权人，再追究下游侵权人。如果是后者，著作权人请求上游侵权人赔偿侵权所得时，该侵权人尚未受到其后手购买人的追究，所以无法主张扣减。只有等到后手购买人受到权利人的追究，并且向上游侵权人追偿之后，该侵权人才可以请求权利人返还应当扣减的部分。

更重要的是，被侵权人从发行链各环节侵权人处获得的赔偿金之所以能够相互扣减，完全依赖各环节侵权人之间的权利瑕疵担保责任这一媒介。一旦媒介出了问题，整个扣减程序就会崩溃，限制赔偿数额的目的就无法实现。

首先，非法复制品的出卖人有时无需承担瑕疵担保责任。根据合同法第151条，买受人订立合同时知道或者应当知道权利瑕疵的，出卖人不承担瑕疵担保责任。也就是说，如果发行链各环节的侵权人在订立买卖合同时知道或者应当知道标的物存在知识产权瑕疵，扣减就无法进行，被侵权人就可以获得发行链各环节的全部侵权所得。

其次，合同请求权可能罹于时效。在德国，因标的物存在瑕疵而享有的请求权的诉讼时效期间一般为两年（德国民法典第438条第1款第3项），而著作权人因其著作权遭受侵害而享有的请求权的诉讼时效期间一般为三年（德国著作权法第102条以及德国民法典第195、199条）。在上述模型案例中，丁对丙以及丙对乙的请求权的诉讼时效期间经过之时，甲对乙、丙、丁的请求权很可能仍在诉讼时效期间之内。此时，甲请求丁赔偿侵权所得，丁就应当向甲给付C金额。如果丁向甲给付C金额后向丙追索，丙就可以以诉讼时效期间已经经过为由提出抗辩。如果丙没有向丁给付C金额，那么，在甲请求丙赔偿侵权所得时，丙无法主张扣减，而应当全额给付B金额。同理，如果丙没有在诉讼时效期间内向乙主张B金额，那么，在甲请求乙赔偿侵权所得时，乙无法主张扣减，而应当全额给付A金额。这就意味着，任何一个被侵权人都可以利用诉讼时效制度让限制赔偿数额的目的落空。即使是这样的结果，也常常处于不确定的状态，因为诉讼时效期间的经过仅仅使债务人享有拒绝给付的抗辩权，债务人可以行使也可以不行使。<sup>[69]</sup>只要发行链上任何一个环节的侵权人在被自己的后手购买人追究时选择不行使诉讼时效抗辩，仍然履行自己的债务，著作权人就不能得到发行链各环节的全部侵权所得。一个存在如此重大漏洞，并且处理结果如此不稳定的解决方案，显然是不值得效仿的。

#### （四）不扣减不会导致超额赔偿

扣减规则的主要理论依据就是禁止得利原则。禁止得利原则与全面赔偿原则一样，都源于民事赔偿责任的补偿性：赔偿的目的是为了填平被侵权人遭受的损害，既不能少赔（全面赔偿），也不应当多赔（禁止得利）。德国联邦最高法院认为，如果不对赔偿数额予以限制，任由被侵权人毫无扣减地请求发行链各环节的侵权人赔偿侵权所得，被侵权人就会

[69] 参见《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》（法释〔2008〕11号）第3条、德国民法典214条。

获得超额赔偿,从而违反了禁止得利原则。正是基于这样的考虑,该法院才通过扣减把赔偿数额限定为发行链上获利最多环节的侵权所得。实际上不仅仅是扣减理论,权利用尽理论与连带责任理论同样也是基于避免超额赔偿的考虑,它们之间的争论仅仅涉及实现上述目的的手段,它们对于限制赔偿数额这一目的本身的正当性从未提出质疑。

除了权利用尽理论、连带责任理论以及扣减理论等主流理论之外,理论界一直存在着允许著作权人获得作品发行链各环节全部侵权所得的声音。<sup>[70]</sup>遗憾的是,这些理论缺乏主流理论那样细致的论证过程,所以至今尚未得到实务界的认可。其中,预防理论比较具有代表性。该理论认为,被侵权人获得非法发行链各环节的全部侵权所得虽然不符合禁止得利原则,却不当予以禁止,因为知识产权法领域的损害赔偿除了有填平损害的功能,还有预防损害的功能。<sup>[71]</sup>这种借助于预防原则来论证超额赔偿的做法同样无济于事:预防原则由于自身固有的不确定性,<sup>[72]</sup>只能用于解释为什么赔偿可以大于损害,而不能用于解释赔偿数额为什么刚好就是作品发行链各环节侵权所得之和,而不是其他数额。

事实上,在允许著作权人请求非法发行链各环节的全部侵权所得是否构成超额赔偿的问题上,无论是上述预防理论,还是权利用尽理论等基于禁止得利原则的理论,回答都是一致的。这些理论之所以将非法发行链各环节的全部侵权所得认定为超额赔偿,是因为它们在判断赔偿是否超额时都将权利人在合法发行链上获得的报酬作为参照对象。根据发行权一次用尽原理,在许可他人复制、发行自己作品的情形,即使作品的发行不是通过一个环节,而是通过一个复杂的发行链完成的,著作权人也只能获得一次报酬。而在非法复制、发行的情形,著作权人如果能够向发行链所有环节的侵权人“收取”侵权所得赔偿,著作权人所获得的赔偿就超出了许可他人复制、发行自己作品时所能够收取的报酬,也就获得了“超额赔偿”。

以权利人在合法发行链上能够获得的报酬为标准来判断赔偿是否超额很显然是错误的。损害赔偿法中的禁止得利原则,是指赔偿应当以填平权利人所遭受的损害为原则,权利人不得因赔偿而获得额外的利益。<sup>[73]</sup>赔偿是否使权利人获得额外利益,应当以权利人所遭受的损害为参照对象,而不应当以其能够向许可使用人收取的报酬为参照对象。

因此,关键还是要确定被侵权人所遭受的损失有多大。前文已经提到,知识产权法领域的侵权所得赔偿仍然属于补偿性赔偿,与传统的损害赔偿相比,其特殊性仅仅在于损害的计算方法。侵权所得赔偿假设权利人能够以与侵权人一样的方式利用自己的作品并获得收益,<sup>[74]</sup>这一假设状态与现实状态之间的差额就是权利人所遭受的损害。在侵权所得赔偿所参照的假设状态中,被侵权人不再是一个仅仅能够将自己的作品交由他人利用的著作权人,而是能够亲自利用自己的作品。尤其应当强调的是,被侵权人并不是只能扮演作品发

[70] Dazu vgl. Tilmann, Gewinnherausgabe im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht – Folgerungen aus der Entscheidung “Gemeinkostenanteil”, GRUR 2003, 647 (649, 653); Zahn, Herausgabe des Verletzergewinns, Carl Heymanns Verlag, Köln 2005, S. 164 ff.

[71] Kur, in: Festschrift für Koller/Stauder, 2005, S. 365 (377, 384); Rinnert/Küppers/Tilmann, in: Festschrift für Helm, 2002, S. 337 (354).

[72] 参见前引 [42], Berger 文, 第 879 页。

[73] Staudinger/Schiemann, BGB, 2005, Vor 249 ff., Rn. 2.

[74] 参见前引 [35], 德国联邦最高法院“特色画框案”判决。

行链上的某一个角色，而是可以同时扮演作品发行链上的所有角色，既可以扮演复制件生产者的角色，也可以扮演批发商、中间商甚至零售商的角色。<sup>[75]</sup>因此，被侵权人可以像发行链各环节的侵权人一样利用作品并获得收益，发行链各环节的侵权人能够获得的利润，法律推定被侵权人也都能够获得。按照侵权所得赔偿所采用的计算方法，发行链哪个环节的发行行为构成侵权，被侵权人亲自实施该环节发行行为所能够获得的利润就是该侵权行为所造成的损害；发行链各环节的发行行为都构成侵权，被侵权人亲自实施各环节的发行行为所能够获得的全部利润就是这些侵权行为所造成的损害。

被侵权人以与侵权人同样的方式利用作品所能够获得的利润实际上就是侵权行为所造成的（以特殊方法计算出来的）损害。因此，只有当非法发行链各环节的全部侵权所得大于被侵权人亲自实施各环节的发行行为所能够获得的最高利润时，赔偿非法发行链各环节的全部侵权所得才违反禁止得利原则，才构成超额赔偿。而实际上，非法发行链各环节侵权人（前文模型案例中乙、丙、丁）事实上所获得的全部利润是不可能大于被侵权人在假设状态中（亲自扮演乙、丙、丁的角色）所能够获得的利润的。因为营销某一种产品所能够获得的最高利润只与能够将该产品推销给消费者的最高价格以及生产、销售该产品所需的最低成本相关，而不直接取决于生产、销售人员的身份。只要能够确保最高价格和最低成本，被侵权人在作品发行链所有环节中亲自扮演发行人的角色，就能够获得理论上的最高利润。在价格和成本不变的前提下，<sup>[76]</sup>权利人（被侵权人）将发行链部分或者所有环节发行人的角色交由他人扮演，并不能使理论上的最高利润变大，而只是将原本由自己独享的利润部分或者全部转让给他人，<sup>[77]</sup>允许权利人获得非法发行链各环节的全部侵权所得也就不可能构成超额赔偿。任何以禁止得利为由将赔偿数额限定为非法发行链某一环节侵权所得的做法（如扣减理论）都是错误的，任何通过论证超额赔偿合理性来支持被侵权人获得非法发行链各环节全部侵权所得的理论（如预防理论）都是不必要的。

#### 四、个人责任与连带责任

在数人侵权的情形，数名侵权人各自承担责任是原则，理所应当；而数名侵权人承担连带责任则是例外，需要特别的理由。在非法发行链各环节的侵权人没有通谋，而是各自实施侵权行为的情形，不具备承担连带责任的基本条件：数名侵权人各自给同一被侵权人造成了不同的损害，这些损害相互独立可分，并不存在内在联系。在“鲁道夫·达斯勒体育用品波马股份公司与北京六里桥广客宇商贸有限责任公司侵犯注册商标专用权纠纷案”中，最高人民法院指出，在广客宇公司（销售商）“未与制造商构成共同侵权、需要承担连带责任时，广客宇公司仅就其销售行为承担相应的责任，而不一并承担制造商应当承担的责任，更不能由某一销售商赔偿权利人因侵权而受到的所有损失”。<sup>[78]</sup>而在“叶兆言诉北

[75] 前引〔70〕，Tilmann文，第653页。

[76] 在被侵权人选择以侵权所得为基础计算损害的情况下，法律推定被侵权人可以像发行链各环节的侵权人一样利用作品并获得收益。这就意味着，在法律推定的假想状态中，被侵权人的销售价格、生产销售成本与现实状态中侵权人的销售价格、生产销售成本是一样的。

[77] 参照前引〔70〕，Zahn书，第164页以下。

[78] 最高人民法院（2009）民申字第1882号裁定。

京大学出版社、陈彤、南京先锋图书文化传播有限责任公司侵犯著作权纠纷案”中，南京市中级人民法院虽然判决非法改编者（陈彤）与经其授权出版改编作品的出版社（北京大学出版社）各自承担赔偿责任，却将陈彤和北京大学出版社的侵权行为认定为造成同一损害后果的直接结合，〔79〕显然是不妥的。

但是，各环节侵权人并非绝对不可能承担连带责任。首先，发行链各环节侵权人虽然不可能作为客观共同侵权人（并行行为人）承担连带责任，却有可能作为主观共同侵权人承担连带责任。〔80〕例如，甲出版社擅自出版他人创作的小说，委托乙印刷厂承担部分印刷工作，乙明知该行为侵权仍然接受委托并按照要求完成印刷工作，此时甲与乙就应当对全部损害结果承担连带责任。必须强调的是，只有明知行为违法性仍然故意参与侵权的行为人，才可能作为共同侵权人承担连带责任，〔81〕而在过失侵害他人著作权的情形，一般不具备上述条件。〔82〕

其次，在采用客观说认定共同侵权时，各环节侵权人即使分别实施侵权行为，相互之间没有通谋，也有可能承担所谓的“金字塔连带责任”，即发行链某一环节的侵权人除了对自己造成的损害承担赔偿责任，还可能要对下游侵权人所造成的损害承担赔偿责任。在前文的模型案例中，如果出版商乙在将非法复制件卖给批发商丙之时就已经知道丙会将该复制件继续转卖给他人，那么，乙的发行行为与丙侵害甲的发行权造成损害这一后果之间存在相当因果关系，并且，乙对于丙侵害甲的发行权造成损害这一后果的产生也有过错。因此，乙除了应当为自己造成的损害承担赔偿责任——向甲赔偿自己的侵权所得A金额之外，还应当为丙造成的损害承担赔偿责任——向甲赔偿丙的侵权所得B金额。反过来，丙只需要就自己造成的损害承担赔偿责任，而不需要对乙造成的损害承担赔偿责任。这样一来，对于以赔偿A金额为内容的债务，乙单独承担责任；而对于以赔偿B金额为内容的债务，乙与丙承担连带责任。同理，对于丁所造成的损害，乙、丙可能也要承担责任，因此，对于以赔偿C金额为内容的债务，乙、丙、丁可能要承担连带责任。这种越是下游侵权人造成的损害，连带责任人就越多的责任形态，就是所谓的“金字塔式的连带责任”。〔83〕

就外部关系而言，非法发行链各环节侵权人原则上仅对自己造成的损害承担个人责任，但就内部关系而言，并非所有环节侵权人都只需就自己造成的损害承担责任。在确定上游侵权人（非法复制件出卖人）的赔偿数额时，下游侵权人（非法复制件买受人）已经向被侵权人赔偿的侵权所得虽然不应当扣除，但通常可以基于买卖合同追究上游侵权人的权利瑕疵担保责任。这样一来，下游侵权人可以将自己已经承担的赔偿责任转嫁给上游侵权人，上游侵权人也就成了侵权所得赔偿责任的最终承担者。从这个意义上说，扣减规则与其说

〔79〕江苏省南京市中级人民法院（2010）宁知民终字第8号判决。

〔80〕是指德国民法典第830条第1款第1句和第2款规定的狭义共同侵权、教唆和帮助，大体相当于我国侵权责任法第8、9条规定的共同加害、教唆和帮助。

〔81〕Palandt/Sprau, BGB, 2010, § 830 Rn. 2.

〔82〕但是，《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2003〕20号）第3条规定了“共同过失”的共同侵权形态。

〔83〕在上海市高级人民法院（2010）沪高民三（知）终字第14号判决（北面服饰股份有限公司诉梅朝辉、上海皓柏服饰有限公司等侵犯商标专用权纠纷案）中，上海市高级人民法院就判决了一个类似的责任：对于生产、加工行为所造成的损害，由涉外定牌加工中的定作人和承揽人承担连带赔偿责任，而对于销售行为所造成的损害，则由定作人独自承担责任。

是出于避免被侵权人获得不当得利的考虑，不如说是出于避免上游侵权人尤其是非法复制件生产者责任过重的考虑。在前文的模型案例中，丁向甲赔偿 C 金额之后，可以向其出卖人丙追索 C 金额。同时，丙本身就义务向甲赔偿 B 金额。丙在向甲赔偿 B 金额，向丁给付 C 金额之后，也可以向自己的出卖人乙追索。也就是说，除了乙自己向甲给付的 A 金额之外，丙向甲给付的 B 金额、丁向甲给付的 C 金额，最终都得由乙来承担。即使是在非法发行链各环节侵权人例外承担连带责任的情形，下游侵权人向被侵权人承担的赔偿责任，也可以基于买卖合同转嫁给上游侵权人。在“武汉晶源环境工程有限公司诉日本富士化水工业株式会社、华阳电业有限公司侵犯专利权纠纷案”中，最高人民法院就指出，连带责任的承担并不妨碍责任人根据其与其他责任人签订的合同依法向该其他责任人行使追偿权。<sup>〔84〕</sup>

---

---

**Abstract:** The compensation for copyright profit loss does not create an independent compensation liability. All the profits of the infringer earned that are attributable to the infringement just equals to the amount of damage suffered by the copyright holder. Compared to the traditional compensation for tort, the special feature of the compensation for copyright profit loss is its calculation method. The traditional method is to assume that the right holder didn't suffer any loss, while the calculation method for the compensation for copyright profit loss is to assume that the copyright owner can utilize his work and earn the same profits as the infringer's. That is, the law assumes that the copyright holder either implements every act in the chain of distribution personally, or authorizes others to exercise part or all of distributions by the licensing contract. When determining whether the compensation is excessive or not, we should judge from the perspective of the damage or loss the right holder has suffered and not from the remuneration the copyright owner can obtain when work is used legally. Although according to the general principle of the exhaustion of distribution right, the copyright holder can only request the first distributor in the chain of legal distribution to pay for remuneration, the compensation made by the first distributor cannot lead to the exhaustion of all the other rights in the chain of illegal distribution. The right holder may also ask other infringers to pay back their benefits earned from their infringement. When calculating the amount of compensation for copyright profit loss, the subsequent infringer's compensation cannot be deducted, otherwise, the claimant cannot recover all the loss suffered.

**Key Words:** copyright law, illegal distribution, exhaustion of distribution, damage compensation

---

---

---

〔84〕 最高人民法院（2008）民三终字第8号判决。