

基于违法所得的网络著作权侵权赔偿制度适用

曾 田

摘 要：当前网络著作权侵权赔偿制度的适用面临多重困境，包括法定赔偿路径依赖、向精细化计算模式转型的现实需求、赔偿数额认定中的裁量失衡，以及制度功能定位的模糊等问题。通过系统梳理违法所得赔偿的理论基础与功能演变，著作权侵权兼具补偿与预防双重功能的规范特质。通过比较法分析与典型案例研究，著作权侵权司法实践中存在利润归因不清、因果关系证明困难、赔偿过度威慑以及举证责任分配失衡等核心问题，其根本原因在于传统补偿原则与违法所得赔偿预防性功能之间的理论张力。为此，提出以“过错程度+比例原则”为核心构建阶梯式著作权损害赔偿体系：一方面，根据侵权人的过错程度动态调整证明标准，层层递进实现“补偿—预防—惩罚”的多维目标；另一方面，引入比例原则检验，以规范司法裁量，防止赔偿裁量权的滥用。针对网络环境的特殊性，主张摒弃过度依赖精细化计算的路径，回归权利人与侵权人之间的利益平衡视角，优先适用合理许可费与法定赔偿制度，仅在预防必要的情况下，才优先适用违法所得赔偿。

关键词：网络著作权；侵权违法所得；比例原则；过错；阶梯式赔偿；预防性功能

〔中图分类号〕D923.41 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕2096-6180（2025）04-0001-20

一、问题的提出：网络著作权侵权违法所得赔偿的适用困境

（一）违法所得数额认定裁量失衡：过高认定与标准分化

损害赔偿制度作为著作权保护体系的核心机制，其数额的确定始终面临理论困境。尽管学界通说主张以著作权市场价值作为损害赔偿的计算基准^{〔1〕}，然而由于权利客体的非物质属性及其价值实现机制的复杂性，无形财产的价值评估具有高度不确定性^{〔2〕}。这一特性不仅导致司法实践中

〔作者简介〕 曾田，法学博士，对外经济贸易大学法学院助理教授。

〔基金项目〕 对外经济贸易大学中央高校基本科研业务费专项资金资助（项目批准号：21QD34）。

〔1〕 吴汉东：《知识产权损害赔偿的市场价值基础与司法裁判规则》，载《中外法学》2016年第6期，第1480页。

〔2〕 John M. Golden, *Reasonable Certainty in Contract and Patent Damages*, 30 *Harvard Journal of Law & Technology* 257, 265 (2017).

赔偿计算方式的实质性差异,更引发理论界对计算标准的持续性争议。⁽³⁾近十年来,相较于美国司法体系更注重防范著作权侵权损害赔偿可能引发的过度补偿风险,我国立法与司法实践的关注重点则聚焦于因实际损失难以量化所导致的赔偿不足问题。同时,法定赔偿的泛用引发科学性争议,促使学界呼吁细化损害赔偿计算方式。⁽⁴⁾

具体而言,网络著作权领域的侵权现象日益复杂化,呈现出权利救济成本与侵权治理效益之间的结构性失衡。传统的实际损失计算范式受制于证明困境,难以有效涵摄网络空间侵权行为的规模效应,导致侵权收益与侵权成本之间存在系统性偏差。对此,2020年《中华人民共和国著作权法》(下称《著作权法》)第三次修订对损害赔偿制度作出系统性调整,以提升其对数字技术环境的适应性。《著作权法》修订前,损害赔偿体系严格遵循“实际损失填平优先”原则,将侵权所得赔偿定位为次位性补偿方案,并以“实际损失难以计算”作为适用前提的消极条件。而修订后的《著作权法》第54条第1款通过“择一适用”的规范构造,将实际损失与侵权违法所得并列为平行的损害赔偿计算标准,从而突破原有规范的前置适用限制。此外,《著作权法》修订中还引入合理许可使用费基准的推定计算方式,提升法定赔偿额度上限,并增设惩罚性赔偿规则,以增强制度供给的灵活性。

然而,尽管立法者在损害赔偿制度中构建了实际损失、侵权违法所得、许可费及法定赔偿等递补性计算方式,但在司法实践中法定赔偿仍然占据主导地位。这一适用上的异化现象并非我国所独有,而是由无形财产权利客体的固有特性所决定:权利人所受损害多表现为间接经济损失或潜在市场价值减损,使得侵权行为与损害结果之间的因果关系难以依据“填平原则”达到规范层面的证明要求。此外,当权利缺乏商业化实施或许可条件时,亦难以找到可供参照的许可费计算标准。即便从侵权获利的角度考察,由于被控侵权人的财务数据难以获取,以及侵权行为对其获利的具体贡献度难以量化,因此损害赔偿金额的精确计算仍面临现实困境。尽管法定赔偿在理论上适用位阶低于其他计算方法,但在实际操作中,其适用比例已然占据主导地位。对此,学界普遍认为,法定赔偿的泛化适用在一定程度上削弱了损害赔偿计算的理性,应推进损害赔偿精细化计算机制的构建,通过设立类案赔偿指标体系、量化分析赔偿标准,并制定明确的损害赔偿预期,以更精准地反映知识产权的市场价值,从而增强对侵权行为的威慑效力。

近年,在司法实务中,针对网络著作权侵权等案件,法院已尝试采取基于侵权违法所得的赔偿方法,以实现更为精细化的判赔。此种方法在权利人实际损失难以精确计算的情形下,为司法裁判提供了新的路径,即基于权利人便于获取的现有数据进行估算,某种程度上强化了对权利人

(3) Roger D. Blair & Thomas F. Cotter, *Rethinking Patent Damages*, 10 Texas Intellectual Property Law Journal 1, 2 (2001).

(4) 李小武:《论专利法中法定赔偿制度的终结》,载《电子知识产权》2015年第10期,第46页;蒋舸:《知识产权法定赔偿向传统损害赔偿方式的回归》,载《法商研究》2019年第2期,第182页;梁志文:《补偿与惩罚——著作权法定赔偿制度价值研究》,载《电子知识产权》2005年第12期,第14页。

利益的保护。然而，该方法在实践中亦引发较大争议，主要涉及赔偿数额偏高及不同法院在判决标准和计算方法上的显著差异。一方面，由于侵权违法所得的计算缺乏统一标准，不同案件的判决结果可能出现较大波动，影响司法裁判的稳定性与可预测性；另一方面，部分案例中采用较高的推定标准，可能导致侵权人承担超出其实际侵权获利的赔偿责任，从而影响损害赔偿制度的平衡性。

以近年具有代表性的案件为例，在《穿越火线》诉《全民枪战》案⁽⁵⁾中，一审法院基于畅游公司净利润，采用开局数占比的方法计算侵权地图贡献率，最终判赔4 524万元；而二审法院则综合考量开发商与运营商的利润，并改采人次占比的计算方法，最终裁定赔偿2 507万元。两审判决数额相差超2 000万元，暴露出司法实践中分摊原则适用的现实困境以及不同法院在认定标准上的分歧。在《我的世界》诉《迷你世界》案⁽⁶⁾中，两审法院基于侵权违法所得的判赔差额高达2 900万元，其本质亦在于两审法院对侵权行为与获利之间归责关联范围的推算与认定标准不同。

在短视频领域，《庆余年》案⁽⁷⁾的判赔金额亦引发广泛讨论，一审法院基于流量收益、侵权规模、作品知名度与市场价值、持续侵权时长等因素，采用法定赔偿方法，酌定赔偿经济损失260万元。然而，二审法院则结合被告的线上营销服务收入、日活跃用户时长及侵权视频总播放量，计算出侵权违法所得为482万元，并在此基础上因侵权故意明显、情节严重适用惩罚性赔偿，最终判赔经济损失964万元。该判赔金额不仅远超一审裁判结果，且与其他法院在类似案件中的判赔金额存在显著差异⁽⁸⁾，引发了关于计算标准合理性的广泛质疑⁽⁹⁾。

（二）违法所得赔偿适用困境：功能定位模糊与计算基准缺位

在当前司法实践中，侵权违法所得赔偿数额的显著差异，并非仅源于计算方法的技术性瑕疵，其更深层的制度性原因在于该赔偿方法在适用过程中的内在规范张力。

其一，在侵权损害赔偿的法教义学体系中，违法所得赔偿的制度功能定位及其构成要件始终面临理论自洽难题。无论是知识产权侵权、人格权侵害，抑或合同违约场景下的得利返还问题，均折射出损害填平与行为预防双重规范目的之间的价值冲突。传统的损害赔偿计算方式（包括实际损失计量与合理使用费推定）均以恢复原状为核心规范目标，其规范逻辑严格遵循“差额说”的损害认定路径，即以受害人因侵权行为所受损失为基准进行填平。但侵权违法所得返还则突破了损害填平原则，以侵权人的获利为计算基点，旨在剥夺其不当利益，同时对潜在侵权行为发挥

(5) 深圳市中级人民法院民事判决书，(2017)粤03民初559号。

(6) 广东省高级人民法院民事判决书，(2021)粤民终1035号。

(7) 重庆市高级人民法院民事判决书，(2024)渝民终172号。

(8) 重庆市高级人民法院民事判决书，(2024)渝民终87号。

(9) 刘晓春：《精细化判赔和惩罚性赔偿的探索应当立足产业现实——以短视频平台著作权侵权为例》，载知产力网2024年9月3日，<https://www.zhichanli.com/p/136704829>。

威慑作用。这不仅体现了对无形权益的特殊保护，亦蕴含了独特的制度考量。域内外学者针对侵权违法所得的研究，都强调了其与传统损害赔偿理论在根源上的差异性。^{〔10〕}

尽管在知识产权法的立法初衷下，“侵权违法所得”与“合理许可费”被视为权利人实际损失的特殊形态，但二者计算逻辑与理论基础存在本质区分。事实上，司法实践中的侵权违法所得赔偿往往表现出显著的预防性目的，即使是在严格奉行损害填平原则的德国法体系，德国最高法院也在 *Gemeinkostenanteil* 案中明确阐释，利润剥夺不仅具有制裁侵权行为的规范效果，更是预防同类侵害行为再发的有效调控工具。^{〔11〕} 因此，侵权违法所得赔偿被赋予更广泛的规范功能，但应如何理解其内在的预防性功能，仍存在理论争议。

其二，囿于针对侵权违法所得赔偿的规范目的存在解释论分歧，以及现行规范要件层面缺乏对“应返还利润范围”的精细化界定。这使得司法实践中的判赔数额呈现显著分歧。这一困境不限于我国法域，域外司法实践亦面临类似问题。在 *Frank Music* 案中，美国地方法院认定，被告在拉斯维加斯酒店表演的音乐剧中使用了原告的 5 首歌曲，基于合理利润分配，认为音乐剧的净利润约为 250 万美元。其中，侵权部分仅为第四幕中的 6 分钟音乐，占整场演出较小比例，计算出的侵权利润约为 2.2 万美元。然而，上诉法院则认为，原告音乐作品在被告音乐剧的宣传和引流中发挥了重要作用，因此应获得远高于一审判决的侵权违法所得^{〔12〕}，最后原告 *Frank* 公司获得了超过 125 万美元的侵权违法所得利润赔偿。在 *MCA* 诉威尔逊案中，被告抄袭了原告歌曲的大部分，仅替换了部分“淫秽”歌词，法院认定原告应占侵权违法所得总利润的 5%。^{〔13〕} 而在 *Abkco* 音乐公司诉哈里森音乐案中，法院则判决原告应获得被告销售利润的 70%，尽管该唱片中包含了多首非侵权作品。^{〔14〕}

上述裁量分歧可归因于侵权违法所得计算的三重技术障碍，即侵权收益的复杂量化难题、利润归属的因果关系困境、举证责任的分配失衡。然而，从更深层次来看，这些技术障碍的根源在于对侵权违法所得的理论定位及功能认知的分歧。若将侵权违法所得赔偿视为权利人实际损失的特殊计算形式，则其适用应严格遵循得利与损失之间的对应原则，即赔偿金额不得超出权利人所受损失，从而确保其补偿性限额。但若承认侵权违法所得超越填平原则，具有预防性功能，则可在合理范围内适用超额判赔，以发挥制裁与威慑作用。正是这种理论定位的分歧，直接影响了司法裁判中的量裁基准，使得同类案件在不同法院的判赔结果可能出现显著差异。

〔10〕 Pamela Samuelson, John M. Golden & Mark P. Gergen, *Recalibrating the Disgorgement Remedy in Intellectual Property Cases*, 100 *Boston University Law Review* 1999, 2002 (2020); 缪宇：《获利返还论——以〈侵权责任法〉第 20 条为中心》，载《法商研究》2017 年第 4 期，第 81 页；石佳友、郑衍基：《侵权法上的获利返还制度——以〈民法典〉第 1182 条为中心》，载《甘肃政法大学学报》2020 年第 6 期，第 15 页。

〔11〕 GRUR 2001, 329 (329 ff.) – *Gemeinkostenanteil*.

〔12〕 *Frank Music Corp. v. Metro-Goldwyn-Mayer, Inc.*, 886 F. 2d 1545, 1549 – 1550 (9th Cir. 1989).

〔13〕 *MCA, Inc. v. Wilson*, 677 F. 2d 180, 181 – 182 (2d Cir. 1981).

〔14〕 *Abkco Music, Inc. v. Harrisongs Music, Ltd.*, 508 F. Supp. 798, 800 – 801 (S.D.N.Y. 1981).

在技术不断革新的背景下，如何有效改进著作权侵权损害赔偿的适用、如何理解精细化赔偿的要求，以及侵权违法所得的计算方式与适用范围，均亟待进一步研究与探索。在此，笔者通过梳理我国及域外司法实践，从理论与实践两个层面探讨侵权违法所得的法律定位及其在著作权侵权损害赔偿中的适用路径。首先，通过历史考察与比较法分析，解构侵权违法所得赔偿从传统补偿功能向预防性功能的嬗变过程，揭示其与不当得利返还、惩罚性赔偿的规范界分。其次，基于理论分析与典型案例的实证研究，深入剖析侵权违法所得赔偿的双重功能特性，以及当前司法实践中存在的技术困境，并解构其背后的制度性成因。在此基础上，创新性地提出以“过错程度+比例原则”为核心的双阶调节机制，过错程度动态调节证明标准，比例原则约束裁量空间，构建“补偿—预防—惩罚”的阶梯式赔偿体系。最后，针对网络环境的特殊性，探讨我国网络环境中著作权侵权损害赔偿制度的适用难点，并提出具体优化建议。

二、侵权违法所得赔偿的理论基础与功能嬗变

侵权违法所得赔偿作为一种特殊的法律救济手段，其正当性不仅源于对权利人损失的填平，更在于通过剥夺侵权人非法获利实现特殊的预防性功能，与不当得利返还、惩罚性赔偿等制度形成规范界分。以下将从比较法视角，系统解构侵权违法所得赔偿的理论根基及其在知识产权领域的独特功能定位，为后续制度优化提供理论支撑。

（一）违法所得赔偿与不当得利返还、惩罚性赔偿的规范界分

现代法秩序普遍承认，不法利润的剥夺须依托公法规制与私法救济的协同机制，以实现其规范目标。在公法维度，刑法通过没收违法所得制度，行政法则依托追缴条款及惩罚性罚金等手段，构建起体系化的利润剥夺机制。此类公法措施虽具有较高的执行效率，然因受罪刑法定原则之制约，其适用范围严格限定于具有社会危害性的违法行为，难以有效调节因机会主义行为所引发的私主体间的利益失衡。相较于公法体系的明确性与类型化设计，私法领域的利润剥夺机制则呈现出非显性与规范离散性。

从历史维度考察，违法所得赔偿责任最早滥觞于普通法系，其规范基础可溯及衡平法院对信托法中的忠实义务与不当得利规则的衡平转化。^{〔15〕}其英文“disgorgement”词源本义指向“强制交出”或“吐出”不当利益。我国学界对该概念的翻译存在语境化差异：在一般侵权法领域多译为“获利返还”“获利剥夺”“非法获利赔偿”等，在违约救济场景下则采用“违约获益返还”“可得利益赔偿”等，在信托法律关系中常被称为“归入权”。这种术语分歧折射出制度功能在部门法中的差异化表达。笔者基于《著作权法》第54条“违法所得赔偿”之法定表述，采用“侵权违法所得赔偿”作为本文统一译法，这也是知识产权领域的惯常译法。

〔15〕 Ewoud Hondius & André Janssen eds., *Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies Throughout the World*, Springer, 2015, p. 3-13.

尽管侵权违法所得赔偿可溯源于罗马法“禁止非法获利”原则，但其发展早已突破传统不当得利的制度框架。传统不当得利制度（*unjust Enrichment*）以矫正性正义为核心，旨在恢复因缺乏法律依据的财产转移导致的财富失衡状态。^{〔16〕}其救济范围严格限于原物及其自然孳息，仅剥离与受益人个人能力无关的客观利益，通过返还非法所得使当事人关系回归初始状态。^{〔17〕}其本质上属于财产归属秩序的修复机制。^{〔18〕}相比之下，侵权违法所得赔偿则以剥夺性正义为理论基础，聚焦于剥夺侵权人通过非法行为获得的全部利益，包括经营性收益等衍生利益。其制度目标既非单纯填平权利人损失，亦非实现惩罚功能，而是通过消除侵权经济诱因来维护法律秩序，体现了对不法行为的预防性威慑。^{〔19〕}澳大利亚高等法院在 *Roxborough* 案中强调被告不能以原告的得利程度为由来影响原告的索赔，违法所得赔偿诉求并非旨在将原告的财富状况恢复到原状，而是专注于剥夺被告因不当得利而获得的收益。^{〔20〕}可以说，不当得利返还与违法所得赔偿两者的核心分野在于，前者是“向前看”的恢复性救济，后者是“向后看”的秩序维护工具。

违法所得赔偿制度虽在不同法域的私法体系中都有显现，但在大多数法律体系中，其并未被确立为侵权行为的通用救济手段，且仍存在相关理论争议。不同法域的司法体系对违法所得赔偿的适用条件、范围及理论依据存有较大分歧，其适用范围仍受限于特定法律领域，而非普遍适用于所有侵权行为。在司法实践中，各国法院普遍将违法所得赔偿定位为“例外性救济”，适用时须权衡行为恶性如故意性、手段不法性与制度谦抑性，仅在补偿性赔偿无法实现公平时启动，法院更加强调利益的客观剥离而非当事人之间具体损益的对应关系。^{〔21〕}值得注意的是，违法所得赔偿虽有威慑效果，但严格区别于惩罚性赔偿，前者以客观剥夺非法获利为边界；后者则以道德谴责为价值基础，并以主观恶性为裁量基础，通过数倍赔偿实现行为惩戒。这种制度设计既维系了私法救济的补偿性本质，又通过利益平衡机制实现了对市场秩序的间接调控。未来，该制度如何在传统补偿性损害赔偿与预防性司法政策之间实现体系整合，仍有待进一步研究与完善。笔者仅以著作权领域侵权违法所得赔偿适用研究为中心，对更多理论问题并不展开。

（二）知识产权领域侵权违法所得赔偿的功能嬗变

尽管各国侵权法对获利返还制度的采纳程度与规范模式存在差异，但在知识产权领域普遍确立侵权违法所得赔偿机制已成为比较法上的显著共识。这种制度趋同性既根植于知识产权的非物

〔16〕 Ross B. Grantham & Charles Edwin Rickett, *Disgorgement for Unjust Enrichment?*, 62 Cambridge Law Journal 159, 160 (2003).

〔17〕 缪宇：《获利返还论——以〈侵权责任法〉第20条为中心》，载《法商研究》2017年第4期，第82页。

〔18〕 王泽鉴：《不当得利》，北京大学出版社2015年版，第3页。

〔19〕 Ross B. Grantham & Charles Edwin Rickett, *Disgorgement for Unjust Enrichment?*, 62 Cambridge Law Journal 159, 162 (2003).

〔20〕 *Commissioner of State Revenue v. Royal Insurance Australia Ltd.*, 182 C.L.R. 51 (1994); *Roxborough v. Rothmans of Pall Mall Australia Ltd.*, 208 C.L.R. 516 (2001).

〔21〕 Ewoud Hondius & André Janssen eds., *Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies Throughout the World*, Springer, 2015, p. 3–13.

质属性与市场外溢效应⁽²²⁾，亦得益于《与贸易有关的知识产权协定》（下称《TRIPs 协定》）等国际公约的制度推动。

早期知识产权保护严格遵循罗马法传统的差额说理论，将损害赔偿严格限定于权利人实际损失填平。⁽²³⁾ 这种传统补偿范式在前工业时代尚具制度适应性，但随着技术革新导致的侵权隐蔽性提升与损害后果扩散，其制度缺陷逐渐显现：第一，证明责任过载。知识产权价值评估的非物质性特征导致实际损失常陷入证明不能困境。第二，预防性功能缺位。单一的损害填平模式难以有效遏制持续性侵权与大规模商业化侵权的制度风险。为弥补传统救济机制的功能局限，现代司法实践在“实际损失”计算路径之外，逐步发展出“侵权违法所得”与“合理许可费”等多元化赔偿计量标准，从而为权利人构建了更具高效性与操作性的法律保护机制。⁽²⁴⁾

知识产权侵权违法所得赔偿规则之制度设计初衷虽旨在为权利人创设多元化损害计量路径，然经司法实践之演进，其功能已突破传统补偿性框架，逐步显现预防性规范特征。以相对保守的大陆法系国家德国为例，德国知识产权侵权违法所得赔偿规则历经百年制度变迁，其功能定位从传统补偿主义向预防性规范演进。1895 年 *Ariston* 案⁽²⁵⁾ 德国法院首创三阶损害计算体系，突破了实际损失赔偿的局限性，确立侵权违法所得赔偿与合理使用费并行的多元计量路径。但早期司法实践对侵权违法所得赔偿的定位存在逻辑矛盾，帝国法院曾突破损害实际发生要件强化预防性功能，而后续判例却将违法所得赔偿重构为损失推定规则⁽²⁶⁾，导致该制度目标在补偿与预防之间反复摇摆，致使该规则的实际司法使用率很低。前述 2000 年 *Gemeinkostenanteil* 案标志着该制度功能的革新，德国联邦最高法院突破传统全成本计算的桎梏，通过限制间接成本扣除范围，确立偏向权利人的利润分配规则，违法所得赔偿的预防性内核。法院坚定地表明，侵权者绝无权保留因非法使用他人专有权利而获取的任何利润，文书中掷地有声地写道“没收利润不仅是对侵权行为的惩戒，更是防止此类违法行为重演的关键策略”。该判决引发的范式变革通过后续判例实现了在著作权、商标、专利及竞争法领域的规则统合。

在美国司法实践中，侵权违法所得赔偿的适用常具有威慑目的，尤其是当违法所得金额显著超过侵权实际获利时，这种威慑预防性功能更为突出。例如在 *Monsanto Chemical* 案⁽²⁷⁾ 中，被告虚假宣传其床垫全部使用 *Monsanto* 填充物，而实际该物占比极低。第二巡回法院在判决中明确指

(22) 李承亮：《非法发行链上的侵权所得赔偿》，载《法学研究》2014 年第 1 期，第 114 页；张鹏：《商标侵权损害赔偿数额计算的现状与展望》，载《知识产权》2021 年第 5 期，第 15 页。

(23) James Ryan, *A Short History of Patent Remedies*, 6 *Cybaris* 151, 153 (2015).

(24) Terence P. Ross, *Remedies*, in Rochelle Dreyfuss & Justine Pila eds., *The Oxford Handbook of Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 2018, p. 903.

(25) RGZ 35, 63 (63 ff.) – *Ariston*.

(26) RGZ 70, 249 (249 ff.) – *Patentverletzung*.

(27) *Monsanto Chemical Co. v. Perfect Fit Products Manufacturing Co.*, 349 F. 2d 389 (2d Cir. 1965).

出“对此类案件的威慑需求毋庸置疑”，并据此作出违法所得赔偿判决。在 *Playboy* 案^{〔28〕}中，被告购买了 43 000 个带有 *Playboy* 兔头标志的假冒标签，并销售了 2 万条带有这些标签的牛仔裤。尽管地区法院最初仅判令被告支付 12 750 美元的使用费，但第九巡回上诉法院改判为没收被告销售假冒牛仔裤的全部利润 12 万美元，其判决理由明确指出，使用费计算方式难以对商标盗版行为形成有效威慑。

在国际法层面，国际社会已普遍认识到单纯补偿性机制的局限性，转而致力于构建兼具预防与威慑功能的复合型救济体系。以《TRIPs 协定》为例，该协定第 41 条第 1 款确立了“有效遏制侵权行为”的规范功能目标，并通过第 45 条形成具体实施路径：依第 45 条第 1 款之规定，成员方负有确保过失侵权情形下权利人获得充分赔偿的强制性义务；第 45 条第 2 款则赋予成员方在无过错侵权案件中自主设定利润剥夺与法定赔偿的规范裁量权，展现出制度设计的弹性空间。欧盟《知识产权执法指令》第 3 条第 2 款明确规定，法律救济应当是有效的、比例适当的，尤其要具有威慑性。欧盟委员会在设立收益返还制度时明确表示，其目的是进行真正的预防性收益剥夺，而不仅是进行补偿性收益考虑，将预防性收益剥夺机制提升至规范层面。^{〔29〕}

此种制度演进不仅巩固了侵权违法所得赔偿在损害赔偿计算中的独立规范地位，更标志着国际知识产权保护体系从补偿性救济向预防性规制的功能转型。现代制度设计不仅需要确保权利人的充分补偿，更需要通过预防及威慑功能构建有效的知识产权保护秩序。

（三）侵权违法所得赔偿双重功能理论证成

如前所述，侵权违法所得赔偿制度的理论定位困境根源于其特殊的功能结构，该制度通过剥夺侵权收益实现实质性的预防效能，与传统以损害填平为核心的赔偿原则形成功能分殊，从而引发预防性要素与补偿性损害赔偿理论之间的价值张力。为厘清其规范正当性与适格性，笔者从三个递进层次展开论证：首先，回溯民事侵权理论中补偿原则优先适用的历史演进，并探讨在现代社会日益复杂的背景下，严格区分补偿与预防性功能的局限性；其次，从侵权法基础理论出发，论证预防性功能并非独立于损害赔偿机制的外部要素，而是内生于责任规范体系的核心价值目标，侵权责任法不仅应填平损害，更应承担预防性调控功能，引导社会行为；再次，结合无形财产权领域的特点，论证补偿与预防性功能兼容的规范必要性，说明其在知识产权法领域适用的合理性；最后，从法律后果的客观作用与规范目的的本质区别出发，强调侵权违法所得赔偿在实现行为预防上的客观效果，明确其与惩罚性赔偿所体现的道德制裁功能的根本差异。

第一，预防性功能与补偿性功能在侵权责任法的规范构造中具有内在统一性，机械割裂二者

〔28〕 *Playboy Enterprises, Inc. v. Baccarat Clothing Co.*, 692 F. 2d 1272 (9th Cir. 1982).

〔29〕 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Measures and Procedures to Ensure the Enforcement of Intellectual Property Rights, COM(2003) 46 final, S. 16; zitiert nach André Janssen, *Präventive Gewinnabschöpfung*, 2017, S. 356.

则难以契合现代社会风险治理的系统需求。一方面,传统民事侵权理论对补偿原则的优先确立,源于私法体系的自我功能限定。⁽³⁰⁾从制度史维度考察,损害赔偿制度历经原始复仇向现代补偿的规范理性演进,在中世纪法律实践中,私人刑罚的衰微促使损害赔偿制度承载社会控制功能,逐步消解罗马法确立的损害填平与刑罚惩罚二元结构。⁽³¹⁾直至19世纪法典化运动,潘德克顿学派借助“差额说”重塑损害计量体系,《德国民法典》第249条最终确立了纯粹补偿原则。其立法逻辑围绕三大核心立场展开:严格区分公私法功能,将道德评价与刑事要素排除于民法体系;通过技术化计算限制司法裁量,确保损害计量的客观性;构建价值中立的责任认定机制,防止民事责任异化为道德审判工具。⁽³²⁾其核心规范旨在强调,刑事制裁与民事补偿在目标上具有本质区分,前者导向惩罚与预防,后者则以个体权益回复为制度宗旨。⁽³³⁾功能分化被视作法律文明进步的标志,混合二者将导致法律体系的倒退。因此,补偿原则成为维系二者分离的核心支柱,即损害赔偿以实际损失为上限(遵循不当得利禁止原则),严格限制法官自由裁量赔偿数额(如非财产损害赔偿的适用受限),并排除预防性赔偿的适用空间,从而确保民法体系在归责逻辑与赔偿范围上独立于刑法的价值取向。

但是,另一方面,当代社会风险形态的复合性特征,使得单一法律部门已难以独立应对复杂社会关系的规制需求。⁽³⁴⁾传统部门法理论将预防性功能定位于刑法专属范畴的观点,实则忽视了法律体系作为规范系统的整体性特质。基于教义学体系解释立场,各部门法规范实为共同服务于法秩序维护,其功能配置应遵循“制度效益最大化”原则。当特定法域出现规范供给不足时,通过规范援引与功能互补机制实现法律效果的最佳组合,不仅符合法律体系动态调适的内在逻辑,更能在保持部门法规范独立的基础上实现协同治理。民法与刑法虽然在构成要件与法律后果层面存在技术性区隔,但二者在规范目的层面具有同源性,均以个体合法权益保护与社会法秩序维护为终极价值目标。司法与立法实践表明,当代民事责任制度构造早已突破填平性救济单一价值维度,逐步形成了补偿与预防并重的双重功能格局,这尤其体现在知识产权侵权、产品责任等案件中多倍赔偿与惩罚性赔偿规则的司法适用,通过成本内化机制实现社会行为的调节与风险防控。对预防性功能的接纳并不意味着削弱部门法的技术特征或导致制度界限的模糊,相反,民事责任体系对传统补偿功能的突破,正是法律体系适应社会变迁、动态发展的体现。

第二,在侵权责任法的规范构造中,预防性功能并非独立于损害赔偿机制的外部要素,而

(30) Thomas Dreier, *Kompensation und Prävention: Rechtsfolgen unerlaubter Handlung im Bürgerlichen Recht*, 2002, S. 36.

(31) André Janssen, *Präventive Gewinnabschöpfung*, 2016, S. 12.

(32) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II: Recht der Schuldverhältnisse, 1888, S. 17.

(33) Reinhard Möller, *Das Präventionsprinzip des Schadensrechts*, 2006, S. 45.

(34) [德] 尼克拉斯·卢曼:《法社会学》,宾凯、赵春燕译,上海人民出版社2013年版,第71页。

是责任规范体系内价值的必然要求。基于法律规范目的理论,损害赔偿责任制度具有双重规范属性:一方面,其补偿性功能通过恢复受害人权益实现矫正正义;另一方面,其预防性功能通过责任归责与风险分配机制,引导行为人履行合法注意义务。例如,法律要求过错方承担赔偿责任,促使行为人出于避免经济损失的考量,自觉规范自身行为;在高风险行业,即便无过错亦须承担责任,这种风险配置机制则倒逼经营者加大安全投入或调整经营决策,以规避潜在损害。因此,损害赔偿机制并非单纯的经济赔偿手段,更是法律调控社会行为的重要工具。正是通过让潜在侵权者预见到追责风险,才能有效遏制损害发生,实现事前预防与事后救济的双重保护效果。唯有恢复性救济与预防性约束双重作用并行,损害赔偿机制方能实现责任法的规范目标。⁽³⁵⁾因此,损害赔偿的预防效应不仅是补偿原则的附带结果,更是损害赔偿机制内在的核心考量。⁽³⁶⁾

第三,无形财产权客体的特殊性需要建立兼备预防性的损害赔偿机制。知识产权的无形性本质从根本上重塑了损害赔偿制度的价值取向与功能构造。相较于传统物权客体,知识产权缺乏物理边界与直观形态,其损害后果往往呈现为潜在市场利益减损的抽象样态,而非具象化的财产减损。这一特性导致侵权损害难以通过纯粹客观标准进行量化评估,须引入规范价值判断作为利益平衡的基础。法经济学视角下,知识产权非排他性特征显著降低了侵权行为的实施成本,若仅依赖填平原则进行事后补偿,将诱发“侵权成本外部化”的系统性风险。鉴于此,现代损害赔偿制度须突破传统补偿性救济的单一维度,在侵权违法所得计算环节嵌入预防考量,通过构建“侵权无利可图”的市场预期,实现对潜在侵权行为的源头治理。因此,对于知识产权损害赔偿来说,客体本质要求其不仅是填平损害的补偿,而更多要考虑法政策目的,预防和威慑潜在侵权行为的发生。

第四,侵权违法所得赔偿在实现行为预防上的客观效果与惩罚性赔偿的道德制裁功能存在根本差异。传统上将超出损害补偿范围且具有预防性功能法律后果笼统归为惩罚性制裁,实际上混淆了法律后果的客观作用与规范目的之间的本质区别。具体而言,侵权违法所得赔偿通过“损益相抵”的利益调整机制,旨在实现“恢复原状+剥夺不当利益”的双重目标。尽管该制度具有威慑潜在侵权行为的效能,但这仍是补偿原则在特殊损害情形下的自然延伸,并不具有惩罚性赔偿的道德评价属性。相反,惩罚性赔偿通过脱离实际损害与侵权所得的标准,采用“倍数赔偿”模式,彰显法律对侵权人主观恶意与可责行为的否定性评价,这与补偿性赔偿通过利益平衡机制引导行为选择的规制路径存在本质差异。然而,需要指出的是,二者在功能上并非排斥关系。根据法律保护体系的层级构造,二者应遵循比例原则与补充性原则协同适用:当补偿性赔偿通过合理计算标准能够同时实现损害填平与预防性功能时,应优先适用;只有当行为恶性突破容忍阈值,

(35) [奥] 海爾姆特·庫齊奧:《侵权责任法的基本问题(第一卷):德国国家的视角》,朱岩译,北京大学出版社2017年版,第48页。

(36) Reinhard Möller, Das Präventionsprinzip des Schadensrechts, 2006, S. 265.

且补偿性赔偿明显不足时，才应启动具有道德惩戒性质的惩罚性赔偿。这种安排符合必要性原则，并契合现代损害赔偿体系中补偿—预防—惩罚的功能层次配置规律。接下来，将具体探讨著作权法领域内该阶梯式损害赔偿体系的精细化构建。

三、基于双重功能定位的著作权侵权违法所得计算优化

当前侵权违法所得赔偿的司法实践中，赔偿数额的裁量失衡与功能定位模糊，亟须构建兼顾补偿与预防的精细化计算体系。下文拟从理论与实践双重维度，探索侵权违法所得计算方法的优化方案，旨在构建兼顾权利救济与侵权预防的动态平衡机制。

（一）我国著作权法修订背景下违法所得赔偿定位明晰

为应对数字技术对网络版权保护秩序带来的冲击，并破解权利人救济不足的制度困境，我国通过立法修订与司法解释的协同机制构建起更多元化的知识产权损害赔偿规则体系。2020年修订的《著作权法》第54条第1款与《中华人民共和国专利法》第71条第1款，创设性地确立自由选择规范模式将实际损失与侵权违法所得赔偿并列为平行计算基准，彻底突破“实际损失难以计算”的适用桎梏。在此背景下，《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〔2020〕19号）第13条对《中华人民共和国商标法》第63条进行扩张解释，使商标领域同步实现权利人自由择一赔偿模式，使商标侵权领域实质上采纳与著作权法、专利法相同的权利人自由择一赔偿模式，实现了知识产权内部的规范统一。从文义解释的角度看，知识产权法的规范构造与《中华人民共和国民法典》第1182条“损失或者获利参照标准”的体系定位相契合，均采用权利人损失与侵权人获利赔偿的并列句式，体现了立法者将获利返还赔偿纳入损害赔偿规则体系的规范意图。

但是，正如前文所述，知识产权侵权损害赔偿制度兼具补偿性与惩罚性双重功能，即便在适用实际损失或合理使用费标准时，司法实践亦不完全拘泥于传统“填平原则”。然而，如何清晰界分补偿与惩罚的规范目的，并实现二者的体系化协调，仍是当前各国立法与司法面临的共同难题。尽管不同法域的制度设计存在显著差异，如部分国家未设立惩罚性赔偿或多倍赔偿制度，转而通过侵权违法所得剥夺强化威慑甚至惩罚效果，但我国在借鉴此类制度时须保持审慎态度，避免功能定位的混淆。

我国《著作权法》等知识产权立法采取多元化赔偿计算规则，侵权违法所得、实际损失与合理使用费并行适用，并独立设置惩罚性赔偿制度。最高人民法院明确强调构建“补偿为主、惩罚为辅”的损害赔偿机制，凸显补偿性与惩罚性功能的层级化区分。^{〔37〕}在此框架下，侵权违法所得应被定性为具有特殊预防性功能的补偿性赔偿，其计算须严格遵循客观事实与补偿逻辑。尽管实践中可能附带行为效果，但其规范本质仍区别于惩罚性赔偿，司法适用中须警惕将其异化为惩罚

〔37〕 张鹏：《商标侵权损害赔偿数额计算的现状与展望》，载《知识产权》2021年第5期，第15页。

性工具的倾向,以免背离制度设计的价值平衡,损害法律适用的稳定性与可预期性。

然而,须特别强调的是,侵权违法所得赔偿制度具有独特的法理基础,其功能不仅限于损失填平,更通过剥夺非法收益实现对侵权行为的针对性威慑与行为预防。若将其简单归为“实际损失的客观化计算方式”,不仅会消解其特殊的预防性功能,更可能遮蔽其对无形财产权保护的制度创新价值。因此,在坚持补偿性定位的前提下,应充分承认其独立于传统赔偿模式的规范意义,通过精细化规则设计,协调其与惩罚性赔偿的功能互补关系,从而完善知识产权保护的制度体系。

对此,一方面,须突破“补偿本位”的传统思维定式,接纳并认可侵权违法所得赔偿的预防性功能,在司法实践中给予个案裁量空间,通过构建“补偿—预防—惩罚”的梯度化目标体系,形成差异化计算方案。另一方面,应强调比例原则的约束作用,在兼顾裁判合理性与可预见性的同时,防止过度赔偿风险。尤其在惩罚性赔偿制度已确立的法制语境下,更需要通过精细化裁量基准的构建,实现损害赔偿制度内部各规则的梯度衔接与协同适用。以下对此进行展开。

(二) 著作权阶梯式损害赔偿体系的精细化构建

首先,著作权领域阶梯式损害赔偿体系的精细化构建,应以合比例威慑为基本目标。⁽³⁸⁾从法哲学视角观之,著作权制度的规范内核,并非旨在实现对潜在侵权行为的绝对性威慑,而在于建立一种与其制度目的和价值目标相匹配的比例性威慑机制。⁽³⁹⁾智力成果作为人类文明的公共知识资产,其发展始终嵌入模仿、传承与创新的历史逻辑之中。在市场经济背景下,为有效激励知识生产要素的持续投入,并确保创新主体获得合理回报,现代法通过知识产权赋权机制,为创新者设立了期限性、排他性的收益权,以保障其创新利益。然而,这一制度安排并不意味着权利人享有绝对保护,也不当然推导出对所有未经授权使用行为适用严格责任的结论。知识产权立法的根本宗旨在于推动社会整体知识存量的增长与技术的持续迭代,其目标呈现出双重面向:既须强化对原始创新的制度激励,也应维持对衍生创新的包容性空间。故此,权利保护的强度应为后续创新者留出必要的合理使用余地,避免因威慑过度而破坏知识传播、降低智力成果的转化效率。在此规范语境下,知识产权的保护与实施应与公共利益之间保持动态均衡。著作权侵权责任制度应在保障权利人正当市场回报的基础上,通过分层次、差异化的责任配置机制,构建具有行为引导功能的威慑梯度,促使潜在使用者在可接受的交易成本范围内主动寻求合法授权,从而推动著作权的合法使用,降低侵权风险。最终,著作权保护机制应实现秩序价值与效益价值的协调统一,在保障原始创新激励的同时,兼顾知识公共利益,调和

(38) Pamela Samuelson, John M. Golden & Mark P. Gergen, *Recalibrating the Disgorgement Remedy in Intellectual Property Cases*, 100 Boston University Law Review 1999, 2076 (2020).

(39) Robert P. Merges, *Justifying Intellectual Property*, Harvard University Press, 2011, p. 102.

制度运行中的规范张力,促进创新成果的有效传播与可持续利用,达致权利保护与智力成果使用之间的良性互动。

其次,著作权侵权损害赔偿计算方式应实现与侵权人过错程度的动态适配及功能位阶划分。传统侵权责任理论多将过错考量局限于责任成立要件层面,而在损害认定阶段秉持纯粹客观计算路径。^[40]但当代规范损害理论揭示,损害赔偿范围的确定本质上属于包含价值判断的规范性评价过程,其间存在广泛的司法裁量自由空间,应将被侵害权益的重大性与行为人的可归责性纳入综合考量^[41],尤其是在知识产权领域,侵权过程程度的类型化分析具有显著的功能适配价值,契合比例原则下威慑效能与利益平衡的价值追求。需要指出的是,过错并非完全抽象的主观心理状态,其与侵权行为的确定性程度、损害结果的可预见性、事前防范措施的可行性及市场协商的可能性等客观要素具有实质关联。当过错要件成立时,表明侵权行为具有相对确定性及可预防性特质,且存在通过事前协商达成许可协议的空间。此时充分发挥损害赔偿的预防性功能,方能有效引导潜在侵权人行为模式优化,促进市场交易机制的良性运行。反之,在侵权行为具有高度偶发性、损害预防成本畸高且缺乏有效协商机制的特殊情境中,若过度强调权利绝对保护原则,可能导致威慑异化,潜在使用者为规避法律风险而放弃对智力成果的合理使用,此与知识产权促进知识传播与累积性创新的整体政策目标存在本质冲突。

最后,著作权侵权损害赔偿的制度构建应充分发挥不同计算方法的功能优势与适用特点,结合侵权人的主观过错程度、预防必要性等要素,合理选择主要的损害赔偿计算路径,并灵活确定赔偿范围,实现功能与情境的精准适配。就著作权领域而言,现行法律确立了包括实际损失赔偿、侵权违法所得赔偿、合理许可使用费、法定赔偿以及惩罚性赔偿在内的多元计算方式。尽管前四者在性质上均属兼具预防效果的补偿性赔偿机制,但其功能定位、适用条件与计算逻辑各有侧重。其中,实际损失赔偿与合理许可使用费侧重于填平权利人所受损害,体现传统意义上的补偿原则;侵权违法所得赔偿则以剥夺侵权人不当得利为核心,旨在消除侵权获利的激励机制,不仅具有补偿功能,更倾向于剥夺侵权收益强化对潜在侵权行为的预防效果;法定赔偿具有更高的自由裁量空间,可由法院根据个案情节灵活权衡,实现补偿与预防目标的动态协调。与上述机制不同,惩罚性赔偿具备独立的制度功能,其适用以侵权人的主观恶意及客观情节的严重性为双重门槛,强调制裁与震慑的规范价值。在具体适用中,应综合考量实际损失大小、侵权获利程度、侵权人主观过错强弱、证据可得性等多重因素,依照比例原则合理匹配赔偿方式与赔偿幅度(见表1)。

[40] 程啸:《侵权责任法教程》(第4版),中国人民大学出版社2020年版,第103页。

[41] 王磊:《侵权损害赔偿范围的确定机制》,载《法学》2021年第4期,第61页。

表 1 著作权领域侵权损害赔偿计算路径选择与功能适配

实际损失	侵权人过错程度	侵权获利	损害赔偿目的	赔偿方式优先级
大	弱	大/小	充分补偿	实际损失赔偿、合理许可使用费倍数、法定赔偿
大	强	大	充分补偿，并叠加预防目的	侵权违法所得赔偿或法定赔偿（叠加预防性裁量）
大	强	小	充分补偿，并叠加预防目的	实际损失赔偿或法定赔偿（叠加预防性裁量）
小	弱	大	补偿为主，警惕赔偿偏高	实际损失赔偿、合理许可使用费倍数或法定赔偿
小	弱	小	补偿为主，警惕赔偿偏高	实际损失赔偿、合理许可使用费倍数或法定赔偿
小	强	大	补偿基础上叠加预防目的，确保侵权无利可图	侵权违法所得赔偿、合理许可使用费倍数、法定赔偿（注重威慑合比例性）
小	强	小	补偿基础上叠加预防目的	法定赔偿为主，预防侵权获利，注重威慑合比例性

例如，当实际损失显著而侵权人过错程度较低时，应优先采用实际损失或合理许可使用费倍数计算方式，对难以量化的损失可以适用法定赔偿，确保权利人获得充分补偿；若侵权人同时具有明显主观过错且违法所得显著，此时可基于侵权违法所得为基准，计算赔偿额，叠加预防性裁量；针对实际损失小，但侵权收益突出的情形，过错显著者应当通过侵权违法所得赔偿或增强法定赔偿强化预防性功能，过错轻微或无过错者，则以实际损失或合理许可使用费计算实现损害填平，警惕赔偿偏高的过度威慑风险等。该阶梯化分层体系通过区分补偿性与预防性赔偿的功能定位，能够有效实现司法裁量与合比例威慑的动态平衡。

（三）侵权人过错评价与比例原则视角下违法所得赔偿机制的优化

如前文所述，侵权所得赔偿的本质是法律对侵权收益的剥夺性矫正，其正当性基础不仅在于填平损害，更在于通过经济威慑实现行为规制的预防性功能。在此框架下，过错程度与比例原则是构成动态衡平的核心机制：前者体现行为可责性的伦理评价，后者则承载着“手段与目的”的合比例性约束。

尽管侵权违法所得赔偿制度适用的主观要件在多数立法文本中未作显性规定，《TRIPs 协定》也明确规定在无过错侵权时可以用侵权违法所得赔偿计算。但比较法研究表明，过错要素已通过司法实践形成隐性的评价基准，法院在适用侵权违法所得赔偿时，往往会综合侵权人的过错程度进行适用。典型例证可见美国商标法与商业秘密法，其将“故意侵权”作为适用侵权违法所得赔偿的前置性要件，尽管近期美国法院似乎对这个前置性要求有所松动，但整体上都还是强调故意的前置性，例如在 *Lindy Pen* 案^{〔42〕}中，法院不认为被告侵权行为是故意的，因此拒绝了原告主张

〔42〕 *Lindy Pen Co. v. Bic Pen Corp.*, 982 F. 2d 1400 (9th Cir. 1993).

的侵权违法所得赔偿。在美国著作权领域虽未明确过错要件前置，但司法实践中，过错程度通过三重维度影响侵权违法所得赔偿计算：其一，间接成本扣除规则的适用严格性程度与侵权人过错关联^{〔43〕}；其二，所得税扣除的准许范围与侵权人过错相关，即只有非故意侵权者可以要求抵扣所得税^{〔44〕}；其三，利润与侵权行为因果关系的证明强度与侵权人过错相关。^{〔45〕}这种将过错程度嵌入赔偿计算的范式，实际上构建了过错强度与责任范围的动态关联机制。

将过错程度作为侵权违法所得赔偿的动态调整因素，既有助于实现赔偿制度的预防性功能，又能在一定程度上避免预防目的的过度扩张。但是，《TRIPs 协定》明确允许在无过错情形下适用违法所得赔偿，而我国现行司法解释亦未将故意作为适用前提予以限定。因此，不宜借鉴美国商标法领域的路径，将侵权故意设定为违法所得赔偿的前置性适用条件，尽管该做法在理论上确实有助于最大限度地规避预防性功能的过度适用。

但考虑到违法所得赔偿在结构上的预防性功能，仍有必要将过错程度引入作为比例性衡量的标准，在赔偿的各个环节施加不同强度的约束和调控。事实上，将违法所得赔偿机制与侵权人的过错程度相挂钩，并不妨碍赔偿制度的正常运作，亦不会造成实质上的适用困境。当侵权人的过错程度较低时，侵权行为的预防必要性本身较弱，即便此时权利人遭受较大的实际损失，但因举证困难无法主张完全赔偿，也仍可通过合理许可使用费倍数的方式，或诉诸法定赔偿，实现对其损失的充分补偿；而当实际损失较小时，合理许可使用费通常更能贴合市场交易逻辑，更准确地反映权利人的真实损害，从而契合“填平损害”的赔偿理念。在侵权人过错程度较高的情形下，则可结合实际损失、侵权获利及预防必要性等因素，灵活选择侵权违法所得赔偿或法定赔偿路径，在保障充分补偿的基础上，兼顾差异化的预防与威慑效果。

在将过错程度引入为侵权违法所得赔偿裁量依据的基础上，比例原则所内含的“适当性、必要性与均衡性”三阶检验标准亦应贯穿于整个裁量过程，以确保赔偿机制在发挥预防与威慑功能的同时，保持与行为可归责性的合理契合。例如，在因果关系的证明环节，应突破传统“全有或全无”的僵化证明模式，构建与过错程度关联的分层证明机制与方法，即根据侵权人过错程度的不同，动态调整原告的举证强度要求。当侵权行为构成被诉产品核心价值或主要利润来源，且侵权人主观恶意明显时，可以适用总利润扣除合理成本的赔偿方式，以强化惩戒与威慑。若侵权行为仅为产品中的非核心部分，且侵权人主观过错程度较低，则应严格要求原告就侵权与获利之间的实质性因果关系予以充分证明。在此类情形下，只有在确有必要实现威慑目的时，方可适度放宽证明标准，并允许推定存在合理关联。

同样，对于侵权人主张的成本扣除主张，也应引入比例性与过错考量机制：当侵权人过错严

〔43〕 *Hamil Am., Inc. v. GFI*, 193 F. 3d 92, 105 (2d Cir. 1999); *Jarvis v. A & M Records*, 827 F. Supp. 282, 294 (D.N.J. 1993); *Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp.*, 106 F. 2d 45 (2d Cir. 1939) (*Sheldon I*), *aff'd*, 309 U.S. 390 (1940) (*Sheldon II*).

〔44〕 *Three Boys Music Corp. v. Bolton*, 212 F. 3d 477, 487–488 (9th Cir. 2000).

〔45〕 *Hamil Am., Inc. v. GFI*, 193 F. 3d 92, 107 (2d Cir. 1999).

重时，其可主张的成本扣除范围应受限，须对扣除项目与侵权行为之间的实质关联性作出更为严格的举证说明，以防止虚高成本、规避责任的情形发生。在整体司法裁量过程中，还应综合考量侵权人的主观过错程度、权利人实际损失、侵权行为对市场秩序及社会利益的潜在影响等要素，进行全面的比例性评估，从而确保最终确定的赔偿数额符合必要性与合理限度的要求。尤其在侵权过错不显著的情形下，违法所得赔偿的数额不宜显著超过实际损失或合理许可使用费的估值，否则可能对行为人产生过度威慑，违背责任分配的比例性原则。

通过上述分层裁量逻辑，赔偿机制更好地体现了侵权法“责罚相当”的要求，使赔偿数额能够更精准地映射出侵权行为所造成的负外部性强度，在维护权利人利益与保障制度正当性之间实现更为精细的平衡。

四、网络环境下侵权违法所得赔偿适用的完善建议

网络环境的特殊性使得著作权侵权违法所得赔偿制度在适用过程中面临诸多现实挑战。其一，相较于传统酌定赔偿，侵权违法所得计算显著提高了判赔金额。例如，在网络游戏领域，《奇迹MU》案曾以500万元创下当时的司法赔偿纪录，而近年来《我的世界》《太极熊猫》等案件的判赔金额已上升至千万元甚至5千万元级别，法院均依据对被告侵权所得的详细测算作为判赔基础。其二，违法所得计算标准不统一，导致判赔结果显著分化。目前司法实践中，对违法所得中利润的界定标准、侵权利润的归因方法、证据妨碍的适用范围、成本扣除的合理边界等关键问题尚无统一规范，致使不同法院之间，乃至一二审法院在同一案件中对赔偿数额的认定差异巨大。在此背景下，亟须结合网络著作权保护的特点，探索更具针对性的完善建议。

（一）网络环境下侵权违法所得赔偿适用困境概述

第一，网络产品形态复杂，侵权行为与获利之间的归因困难。网络环境中内容产品的高度复杂性与归因困难性决定了侵权违法所得赔偿在适用上的结构性难题。一方面，网络内容产业的盈利模式早已超越单一产品销售，转而依赖广告、流量变现、虚拟物品、直播、电商分成等多元化收益渠道，形成了以平台外部性与用户黏性为核心的复合型商业模式。^{〔46〕}这种模式下，侵权内容对平台收益的具体贡献难以孤立识别，尤其在广告收益受到平台整体内容供给、推荐机制与用户行为等因素交织影响的情形下，归因标准更趋模糊。另一方面，无论是在网络游戏还是短视频平台中，内容构成的高度整合性与用户行为的差异性进一步加剧了利润分摊的复杂性。以网络游戏为例，构成游戏的各类元素（如人物、场景、音乐、皮肤等）虽分别享有独立著作权，但在实际运营中往往以整体形象吸引用户，其价值形成存在显著的交叉效应与协同关系，难以将单一元素的经济贡献予以客观剥离和精确量化。短视频平台则更为典型。作为双边市场，其收益受广告主投放意愿、内容生态结构及用户行为路径等因素共同驱动，特定侵权视频虽可能短期内贡献流量，

〔46〕 曾田：《网络内容平台竞争与反垄断问题研究》，载《知识产权》2019年第10期，第45页。

但往往嵌入平台整体推荐算法与内容池效应中，难以准确识别其独立经济效应。在此背景下，尽管“利润分摊法”被认为是较为适配的计算路径，实践中仍面临显著障碍，尤其在归因维度缺乏统一标准的情况下，极易导致侵权违法所得评估结果失衡，进而影响司法裁量的合理性与可预测性。

第二，利润分摊机制不清，易引发合理性与科学性质疑。由于网络内容产品通常具有复合性并由多元因素构成，侵权行为对整体收益的具体贡献难以准确识别与量化，导致利润分摊标准不一，进而引发判赔数额显著差异，并引起赔偿科学性的质疑。在《庆余年》案中，重庆市高级人民法院尝试通过对平台公开数据的运用，构建以“播放时长”分摊广告收益的计算模型，探索权利人损失难以量化情形下的违法所得估算路径，虽具有一定的实务创新意义，但其计算逻辑与参数设定存在显著瑕疵，难以有效支持赔偿结果的科学性与合理性。首先，该案采用“日活跃用户年度总时长”作为线上营销收入的分摊基础，忽视了广告收入受平台用户规模、内容生态、算法能力、品牌价值、广告策略等多元因素影响的复杂现实，难以真实反映侵权视频对整体营销收益的实际贡献。其次，用户在线时长涵盖短视频、直播、电商等多场景活动，播放时长与广告收益之间的相关性本就不具唯一性和线性关系。此外，不同类型视频的广告价值差异巨大，仅以播放时长估算收益，未能考虑内容质量、用户互动程度、广告嵌入方式等关键变量，导致分摊方式缺乏精确性。同时，法院将“作品贡献率”直接设定为100%，即默认涉案视频全部流量与收益完全由涉案影视作品本身所带来，忽视了创作者的二次加工、平台推荐机制及其他吸引要素的综合作用，夸大了侵权作品的经济贡献。

第三，存在过度威慑风险，妨碍文化再创与传播活力。在著作权高度易侵的数字环境中，确实存在侵权规模化、常态化的问题，适度的威慑机制有助于促成事前授权，推动版权交易秩序的构建。然而，若片面追求高额赔偿与严厉责任，反而可能引发多重负面后果。一方面，平台场景中大量存在创作者的合理使用与二次创作行为，版权侵权的界限往往模糊不清。在缺乏明确判断标准的情况下，过度威慑将迫使平台采取高压合规策略，如全面禁止传播、过度删除内容，既不利于公共文化资源的有效传播，也抑制了衍生性表达与大众文化参与。另一方面，侵权违法所得的高额估算也可能被滥用为权利人谋取超额利益的手段。平台收益结构复杂，若将特定内容贡献以过高比例归因于侵权行为，不仅可能夸大权利人应得利益，还会助长“版权敲诈”现象，尤其在侵权认定边界模糊、赔偿标准缺乏统一性的现实下，平台可能因风险规避选择“宁删勿留”，从而压制合理使用空间与用户表达权。

（二）网络环境中侵权违法所得赔偿适用完善建议

第一，摒弃过度精细化的思路，回归利益平衡视角。当前，网络著作权侵权赔偿体系存在过度精细化计算的倾向，忽视了司法裁量权与利益平衡在无形财产权救济领域的重要价值。无形财产客体的特性决定了其损害界定具有天然模糊性，须综合个案中权利人的实际损失、侵权人主观过错程度、威慑必要性、侵权行为的类型及其社会文化影响等多元因素动态判定。若机械追求类

案标准化计算公式，不仅难以适应网络空间侵权场景的复杂性，更容易导致利益失衡。从知识产权损害赔偿制度发展的历史来看，司法能动性与现实需求适配性始终是关键，知识产权赔偿制度一直以来都服务于权利人保护与社会利益的公共平衡，而非单纯追求判赔数额的精确性。尤其在网络环境下，过度精细化的赔偿标准可能导致裁判僵化，甚至抑制数字内容产业的获利。因此，应摒弃过度精细化的著作权侵权损害赔偿发展思路，回归司法自由裁量空间，允许法官根据个案特征灵活调整判赔尺度，以维系版权保护与文化创新发展的动态平衡。

第二，正视侵权违法所得的特殊性，避免在网络时代常态化使用。如前所述，侵权违法所得作为一项以剥夺非法得利为核心的法律救济措施，其核心制度目标在于通过威慑性剥夺实现法律公正，而非单纯补偿权利人损失。在比较法视野下，侵权违法所得赔偿的适用在两大法系均受严格限制，一是强调须存在主观故意等侵权情节；二是要求传统补偿性赔偿难以实现实质公平。在网络环境中，侵权违法所得适用面临多重困境，常态化适用可能抑制数字内容市场创新活力，诱发平台过度审查等。相较而言，合理许可使用费标准通过参照市场许可费率构建客观计算框架，既能有效填平权利人损失，又可以避免赔偿失衡对市场生态的负面影响。因此，在网络环境中，建议将著作权侵权违法所得赔偿方式限定于故意侵权且违法所得高，需要叠加预防效果的情形，而在普遍的一般性补偿性赔偿中，优先采用合理许可使用费或法定赔偿等方法作为裁量基准，以平衡著作权保护与文化产业创新发展的双重需求。

第三，遵循侵权违法所得计算比例原则，重视威慑必要性评估。侵权违法所得的适用应遵循比例原则，重视威慑必要性的评估。如美国学者强调，在侵权违法所得的适用过程中，尤其是在网络时代，必须对威慑必要性进行评估。⁽⁴⁷⁾ 特别是对于内容平台的侵权责任与赔偿范围，需要审慎考虑平台的监管能力和社会效益。从理论上讲，平台的版权责任不仅基于其从版权侵权中获利，并助长侵权内容的传播，还因其具备较强的侵权内容控制能力，能够以低成本有效预防和阻止侵权行为。由此，赋予平台特定的监管职责，有助于低成本维护社会的版权秩序。然而，设定平台责任时，必须权衡其实际监管能力、审查成本、威慑必要性、侵权危害性及社会影响等因素。若平台负担过重的内容审查和过滤责任，可能导致过度删除内容，从而损害公共利益。因此，需要在威慑必要性与社会利益之间找到合理平衡。版权法的目标应是平衡保护创作者的权益与促进社会和文化发展的需求，尤其在网络平台和短视频内容领域，需要避免对创作自由的过度限制。

第四，完善证据规则，保障判赔合理公正。法院应积极适用证据披露和举证妨碍规则，督促侵权人披露损害赔偿证据。在证据妨碍和证据披露的基础上，法院可以运用优势证据规则来解决赔偿难题。优势证据规则允许法院在证据不足的情况下，依据现有证据和合理推算，酌情确定赔偿数额。此规则对于确定实际损失或侵权获利不完全明确的案件尤为重要。法院应在审查证据时，参考许可费、行业一般利润率、侵权行为的性质和持续时间、当事人的主观过错等因素，合理酌

(47) Pamela Samuelson, John M. Golden & Mark P. Gergen, *Recalibrating the Disgorgement Remedy in Intellectual Property Cases*, 100 Boston University Law Review 1999, 2023 (2020).

定赔偿数额。需要强调的是，证明妨碍的适用也应谨慎，遵循合理性与必要性的原则，尤其是在侵权违法所得计算的证明过程中，应充分考虑当事人的商业模式与技术特性，避免不合理加重证明责任或提出过高的数据披露要求。在因果链条薄弱或推定依据不足的情况下，探索通过合理许可使用费等市场化评估路径，将更有助于确保损害赔偿的精准性与合理性，平衡各方利益。

五、结语

随着著作权侵权损害赔偿制度的不断发展，违法所得赔偿作为一项兼具补偿与特殊预防性功能的独立路径，已在国际上与我国司法实践中逐渐确立其规范地位。通过剥夺侵权人非法获利，以实现行为抑制与事前规制，正是其制度正当性的核心所在。然而，在以著作权为代表的无形财产权领域，因其权利客体的非物质性、价值评估的不确定性及获利归因的复杂性，使得侵权违法所得赔偿在适用中面临显著的功能张力与计算困境。过度依赖此路径，尤其在标准模糊、责任边界不清的情况下，容易导致对创作自由和文化再生产的不当抑制，损害内容生态的多样性与活力。

基于此，笔者主张，应在承认违法所得赔偿合理预防性功能的基础上，强调司法裁量的比例性与制度适用中的利益平衡逻辑。侵权违法所得赔偿不宜被作为损害赔偿的主要或常规化适用路径，而应构建以过错程度与比例原则为核心的阶梯式适用机制，结合侵权主观恶性、实际损失、违法所得规模等因素，实现“补偿—预防—惩罚”三重功能的合理衔接。同时，应以比例原则中的“适当性—必要性—均衡性”三阶标准贯穿裁量过程，防止预防性功能异化，进而对平台与用户施加不成比例的威慑压力。

尤其在网络环境中，内容产品的复杂特性、平台治理能力及公共文化利益高度交织，司法适用更应保持审慎，避免将侵权违法所得赔偿泛化为默认模式，以免引发“宁删勿留”的平台治理倾向，压缩合理使用空间与表达自由。未来制度的构建，应在激励创新与保护文化多样性之间寻求动态平衡，推动数字版权治理体系的可持续发展。

Study on the Application of the Disgorgement of Unlawful Gains in Online Copyright Infringement Cases

ZENG Tian

Abstract: The current online copyright compensation system faces significant challenges, including overreliance on statutory damages, the need for refined calculation methods, inconsistent judicial discretion, and unclear functional goals. This paper explores the theoretical basis and evolving role of disgorgement of unlawful gains, emphasizing its dual compensatory and

preventive functions. Through comparative analysis and case studies, it identifies core issues like unclear profit attribution, causation proof difficulties, and imbalance in burden of proof—rooted in the tension between compensation and prevention principles. To address this, the paper proposes a tiered damages framework based on “degree of fault and proportionality”. It recommends adjusting evidentiary standards according to fault levels and applying a three-step proportionality test to guide judicial discretion. Recognizing the complexities of the online environment, the paper favors a balanced approach over overly precise calculations, advocating for reasonable license fees and statutory damages as the default, and limiting disgorgement to willful infringement cases requiring deterrence.

Keywords: Online Copyright; Disgorgement of Unlawful Gains; Principle of Proportionality; Fault; Tiered Compensation; Preventive Function

（责任编辑：许 可 汪友年）