

人格权侵权获利赔偿的请求权基础研究

黄 芬*

摘要:《中华人民共和国侵权责任法》第 20 条、《民法典侵权责任编(草案)》(二次审议稿)第 959 条规定的侵权获利赔偿的请求权基础并非不当得利返还,或不真正无因管理。侵权获利赔偿请求权并非独立的请求权,应当是侵权损害赔偿请求权。侵权获利赔偿并非对损害的计算方法的改变,而是颠覆了以实际损害为支点的侵权损害赔偿体系,以侵权人的获利作为确定损害赔偿数额的方法。侵权获利赔偿请求权的生成与可商业化利用的人格要素的无形性、易被侵害性,以及权利主体难以证明实际损害、难以对其采取有效的防护措施等特殊属性直接相关。侵权获利赔偿并不是惩罚性赔偿,在“填补损害”的功能之外,彰显了预防功能在人格权侵权损害赔偿中的主导地位。

关键词:侵权获利赔偿 不当得利 不真正无因管理 人格权

DOI:10.16390/j.cnki.issn1672-0393.2019.04.012

一、问题的提出

《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)第 20 条规定:“侵害他人人身权益造成财产损失的,按照被侵权人因此受到的损失赔偿;被侵权人的损失难以确定,侵权人因此获得利益的,按照其获得的利益赔偿……”^①从规范的结构及样态看,这一规定承袭了《中华人民共和国著作权法》第 49 条第 1 款、《中华人民共和国商标法》第 63 条第 1 款、《中华人民共和国专利法》第 65 条第 1 款中侵权赔偿的规范模式。比较法上,在涉及一般人格权的侵权赔偿时,德国法院也适用了著作权法上规定的损害赔偿的 3 种方式:^②受害人的实际损害、拟制的许可使用费、侵权人的获利,他们在人格权的保护上具有习惯法的效力。^③虽然,在具体赔偿的方式上,我国与德国有所不同,如《侵权责任法》第 20 条规定的几种方式对受害人而言并非立于可完全自由选择中的地位,而是依次递进,后种方式仅在前种方式难以适用时方可“登场”;但其仍然具有很多相似的地方,最为突出的就是设计了“侵权获利赔偿”的方式作为选择之一。《侵权责任法》第 20 条所确立的损害赔偿方式也延续到了《民法典侵权责任编(草案)》(二次审议稿)[以下简称《侵权责任编(草案)》(二审稿)]第 959 条,略有不同的是第 959 条借鉴德国法,将实际损害、侵权获利两种方式立于可自由选择的地位,回归到两者关系的本源。这些均表明侵权获利赔偿在人格权侵权损害赔偿中的地位已然确立。

传统的侵权损害赔偿规则以受害人的实际损害为支点,坚守损害填补原则,并禁止受害人获利。侵权获利赔偿则以侵权人获得的利润作为基础,甚至可能超出填补损害的范围并致受害人获利(受害人的实际

* 大连海事大学法学院副教授

基金项目:国家社会科学基金项目(14CFX073)、大连海事大学中央高校基本科研业务费项目(3132016075)

^① 这里的人格权应当限于可商业化利用的人格权,如姓名权、肖像权等标表型人格权。唯有可商业化利用的人格权包含财产价值,能为权利主体及利用主体带来财产收益;诸如生命、身体、健康等人格要素是基础性或内在性的,对于自然人人格的维护具有决定性意义,不允许“商品化”或商业化利用,其对应的生命权、身体权、健康权因而不具有财产价值。参见温世扬,《论“标表型”人格权》,《政治与法律》2014 年第 4 期。

^② 《德国著作权法》第 97 条第 2 款规定:“因故意或过失侵害著作权者,对于被害人因此所造成之损害,负赔偿责任。计算损害赔偿数额,得考虑侵害人因侵害行为所获之利益。损害赔偿数额之计算,亦得以侵害人若欲取得授权所应支付之合理许可费用为计算基准。”

^③ 参见王泽鉴,《人格权法》,北京大学出版社 2013 年版,第 282 页。

损失小于侵权人的获利时)。于是,《侵权责任法》第20条、《侵权责任编(草案)》(二审稿)第959条给我们提出了严峻的问题:它所设计的侵权获利赔偿的请求权基础是否已经跨出了侵权损害赔偿的范畴?若是,它的请求权基础究竟是什么?其背后究竟昭示了怎样的损害救济制度的精神?毋庸置疑,回答上述问题具有重要的理论及实践意义:首先直接决定了在司法实践中适用侵权获利赔偿请求权需要满足的构成要件——不同的请求权基础对应着不同的构成要件,人格权侵权获利赔偿请求权的成立是否需要侵权人的过错、受害人的损害等要件?如有的学者就认为,侵权获利赔偿的主张无须权利人证明其确有损害。^①这是否妥适?其次,也决定了侵权获利赔偿的范围,如是否限于被侵害权益的客观市场价值,抑或是全部侵权所得?此点对受害人不可谓不重要。本文旨在探讨人格权的侵权获利赔偿的请求权基础及其背后蕴藏的损害救济制度的基本精神,以期对人格权的侵权获利赔偿的适用提供学理支持。

二、对现有观点的反驳性分析

围绕人格权的侵权获利赔偿的请求权基础问题,我国学术界形成了不同的观点,主要包括:不当得利请求权说、独立请求权说、不真正无因管理请求权说等。

(一)对不当得利请求权说的反驳性分析

不当得利请求权,具体而言乃权益侵害型不当得利请求权,与侵权获利赔偿请求权的形式架构相似——不当得利人须向受害人返还自己的得利,是故有学者认为侵犯人格权益的获利赔偿的请求权基础应当构筑在不当得利之上。^②德国在早期的判决中也以不当得利请求权作为判决侵权获利赔偿的基础。^③然而,这种观点值得商榷。

首先,权益侵害型不当得利的构成侧重于“无法律上的正当性”要件,它所指的不是不当得利的过程,而是保有利益的不正当性。^④现在占据主导地位的“权益归属理论”正是用来解构保有利益的正当性与否的标尺。^⑤持“权益归属理论”者认为,权益有一定的利益内容,专属于权利人,归其享有,违反法律秩序所确定的权益归属而取得利益的,乃侵害他人权益归属范畴,欠缺法律上的原因,应成立不当得利。^⑥从内涵看,“权益归属理论”回答的是受益人的得利为何应属于权利人的问题,它呼应了不当得利制度的“取除功能”:纠正利益在不同主体之间的不正当变动的状态,取除受益人的得利返还给权利人。但并未涉及受益人取得利益的过程的违法性问题,这在不当得利的体系构成中无法得到“眷顾”——适用不当得利返还请求权时,完全可以不用考虑侵害行为是否违法,侵害人是否有过错。然而,这正是侵权获利赔偿规范的价值支撑。侵权获利赔偿作为受害人的主张,通常比实际损害的赔偿对侵权人更不利,因而需要更加严密地考量与论证为何侵权人被置于这种地位?行为的违法性与过错能游刃有余地调适这些价值诉求。故在获利赔偿正当性的证成上,为实现“取除功能”而规范的构成要件应当让位于为实现其他功能的规范构成要件——违法行为、过错、因果关系(过错责任)。如果放弃包含违法性、过错考量的损害赔偿制度,转而寻求不当得利的请求权规范基础,似乎并不妥适。

其次,就构成要件而言,因不当得利请求权并不旨在填补损害,故其发生并不依赖于权利人是否遭受了财产上的减少(损害)。它也没有内含关注损害的视角。尽管《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)第122条、《民法典合同编(草案)》(二次审议稿)[以下简称《合同编(草案)》(二审稿)]第68条对不当得利的构成,设定了“受损失”的要件,且我国民法理论也强调“造成他人损害”的要件,但这其实是对不当得利的某种“误解”。对不当得利的构成,大陆法系国家均只侧重于“以他人为代价”,通说认为这并非指“造成他人的财产损害”,而旨在确定不当得利的请求权人,该请求权人必须是被请求人所获利益的直接

① 参见黄铭杰:《侵害行为所得之利益:计算损害规定之法律定位、功能适用》,台湾《月旦法学》2009年总第167期。

② 参见杨彪:《非损害赔偿侵权责任方式的法理与实践》,《法制与社会发展》2011年第3期。

③ Vgl. Tobias Helms, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, Mohr Siebeck, 2007, S.37.

④ 参见王泽鉴:《不当得利》,北京大学出版社2009年版,第114页。

⑤ Vgl. Dirk Looscheiders, Schuldrecht; besonderer Teil, Carl Heymanns Verlag, 2009, S.339.

⑥ 参见王泽鉴:《不当得利》,北京大学出版社2009年版,第115页。

源泉,若间接提供得利则否。^① 故而,不当得利的请求权人不必证明财产损害。如果遵从这个思路解释,《民法总则》第122条的“受损失”的要件,则显然不能贴合《侵权责任法》第20条的规范构成。《侵权责任法》第20条的“侵害他人人身权益造成财产损失”,若再联系下文中的“按照被侵权人因此受到的损失赔偿”,则“损失”指向“财产损害”的含义便十分明了。是故,《侵权责任法》第20条就规范解释而言,为侵权获利赔偿的发生设定了“财产损害”的要件。这与不当得利的构成并不十分相符。

最后,不当得利请求权的效力为:受益人应当返还其所受的利益;若不能返还者,应当偿还其价额。在人格权被侵害情形,所获得的利益通常无法返还,如医院未经权利人同意,擅自使用其肖像作广告,医院返还的客体应当是肖像的使用;^② 因为无法返还,只能偿还其价额。然而,医院应当返还的是相当于肖像客观市场价值的使用授权费,^③ 还是因使用肖像而增加的营业所得?大陆法系国家对应当返还的价值的计算有两种观点:“客观说”认为,价额应当按照客观交易的价值确定,即按照应返还客体的客观的市场价值决定返还的数额;“主观说”认为,应就不当得利人的财产加以计算,其在财产总额上有所增加的,都应返还。^④ 目前,通说采用“客观说”,盖“客观说”比较符合不当得利制度的本旨——矫正受益人与权利人之间不当的财产归属或变动,返还专属于权利人的利益,至于权利人是否因此仍有损害未填补则不是不当得利制度解决的问题。因此,当所受利益原形不存在时,价值返还应按照该利益的客观市场价值计算。在结果上,它异于侵权获利赔偿请求权的效力。^⑤ 后者的效力指向的是上述“主观说”的范围,即侵权人通过侵害行为获得的利润,不限于客观市场价值。

事实上,也是因为上述的不当请求权与侵权获利赔偿请求权之间的“品性差异”导致了德国法院在侵权获利赔偿请求权的基础认定上的改弦易辙;他们认为,在非物质性权益的保护上,不当得利请求权只是扮演次要的角色。^⑥ 德国联邦法院更是一针见血地指出,侵权获利不能通过不当得利请求权“返还”,后者指向的是权益的客观价值返还。^⑦

综上,将侵权获利赔偿的请求权基础建构在不当得利请求权上并不能实现它的主旨和全部效力。

(二)对独立的请求权说的反驳性分析

持独立请求权观点的学者认为侵权获利赔偿是一项既不同于侵权损害赔偿请求权,也不同于不当得利返还请求权的独立的请求权,如有主张“获益赔偿不能在损害赔偿的框架内得到合理解释”,则应独立于损害赔偿之外。^⑧ 或者以“利润剥夺请求权”示其独立性,亦即单纯的不当得利请求权不能解决侵权获利赔偿的效力范围问题,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。因而利润剥夺请求权“具有混合色彩,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”。^⑨ 例如,在肖像权侵权中,受害人一方主张不当得利请求权,只能获得肖像使用费的客观价值的返还;因此除了不当得利请求权所要求的归属判断标准之外,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。加上违法性及过错这两个归责要素后,就可以为全部利得的返还注入充分的正当性基础。

这一观点注意到了侵权损害赔偿请求权与不当得利请求权各自存在的局限性,并尝试在两者之间寻找一个过渡地带,择取两种制度中的某些功能、要件结合构造出一种新的制度——利润剥夺请求权;选取

^① See Sarah Worthington, Reconsidering Disgorgement for Wrongs, 62 Modern Law Review, 226 (1999); Dirk Looscheiders, Schuldrecht; besonderer Teil, Carl Heymanns Verlag, 2009, S.339.

^② 参见缪宇:《获利返还论——以〈侵权责任法〉第20条为中心》,《法商研究》2017年第4期。

^③ Vgl. Benjamin Raue, Die dreifache Schadensberechnung im deutschen Recht, Nomos Verlagsgesellschaft, 2017, S.260.

^④ Vgl. Caemmerer, FS, RabelI, 1954, S.357.

^⑤ 参见和育东:《非法获利赔偿制度的正当性及适用范围》,《法学》2018年第8期。

^⑥ Vgl. Tobias Helms, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, Mohr Siebeck, 2007, S.226.

^⑦ Vgl. BGHZ5, 116, 123.

^⑧ 参见孙良国:《论人身权侵权获益赔偿的性质功能与适用》,《法律科学(西北政法大学学报)》2011年第4期。

^⑨ 朱岩:《“利润”剥夺的请求权基础》,《法商研究》2011年第3期。

了违法行为、过错(侵权损害赔偿的构成要件),侵害人获利(不当得利的构成要件)等要件,用过错(违法性)的要件改造了不当得利制度的效力——不限于利益的客观市场价值,而是侵权人全部利润的返还。但将获利赔偿作为独立的请求权有以下几个方面的问题:(1)从其构成要件而言,主要吸取的仍是侵权损害赔偿的构成要件,这些构成要件又如何生成一个特殊的独立于侵权损害赔偿请求权的请求权?一般而言,不同的请求权应当对应各自不同的构成要件,如侵权损害赔偿请求权、不当得利返还请求权、无因管理请求权的要件各不相同,因此,法律效力也不同。(2)利润剥夺请求权作为独立的请求权,兼容了侵权损害赔偿请求权与不当得利请求权的功能,简单地说就是用不当得利的“权益归属理论”与侵权损害赔偿中的过错(违法性)来说明全部利得返还的合理性。但是,问题接踵而来,“权益归属理论”只是解释了权益客观价值返还的合理性,即使加上侵权人的过错或行为违法性也无法充分说明侵权人超出客观价值部分返还的正当性。过错在以“完全赔偿”为原则的侵权赔偿体系中,乃作为归责的基础存在,解释了为什么是侵权人而非第三人应当承担损害赔偿,对赔偿的范围并没有决定性。^①因此,单纯的过错也不能为“权益归属理论”添加新的效力。(3)利润剥夺请求权作为独立的请求权是吸收不当得利与侵权损害赔偿中合理因素的结果,但这样人为地割裂一项请求权的要件要素与效力要素,似乎并没有太大的说服力。

(三)对不真正无因管理请求权说的反驳性分析

这种观点主张侵权获利赔偿的请求权基础应当是不真正无因管理。^②这种观点源自德国。《德国民法典》第687条第2款规定,管理人明知自己无权却将他人事务当作自己的事务来对待为不真正无因管理。本人有权请求管理人“吐出”管理事务的全部所得,如同管理人受托为本人管理事务般。^③从规范的结果来看,似乎吻合了“获利赔偿”的内容,因此在德国的司法实践中,曾经有一段时间,占主导地位的观点是以不真正无因管理来支撑获利赔偿请求,尤其是在帝国法院期间。因为获利赔偿相异于不当得利、侵权损害赔偿的构造,德国一些学者基于排除法亦将获利赔偿的请求权基础定义在不真正无因管理,“它构成了侵权损害赔偿的一种替代方式,作为一种独立的机制,它无须证明损害赔偿法所要求的受害人遭受了与侵权人获利相当的损害的要件”。^④

这种观点在我国是很难成立的。理由有四:(1)我国现行民事立法关于无因管理的规定中并没有不真正无因管理的地位。所谓的不真正无因管理请求权在我国是无源之水。虽然我国有学者主张《合同编(草案)》(二审稿)第764条为“不真正无因管理”的规定,^⑤但值得考虑的是:首先,第764条并未明确纳入不真正无因管理的核心要件——“管理人故意将本人事务当作自己事务管理”,因而很难被识别为不真正无因管理的规范;其次,从体系解释的角度而言,若其为不真正无因管理的规范,囿于其与无因管理的本质区别,其体系位置应当位于“无因管理”章节的最后,而显然第764条并不是,它紧邻无因管理的效力规范。从其体系位置及比较法的视角来看,这一条与《德国民法典》第684条的规定更为一脉相承,它规范的是当事务管理并不符合本人利益或者其真正的或者可推知的意愿,但本人追认时,本人与管理人之间的权利与义务分配。概言之,尚难以将第764条解释为对“不真正无因管理”的规范。(2)从规范主旨而言,不真正无因管理应是对故意地将本人事务作为自己事务管理的行为的特殊规范。不真正无因管理行为就其性质而言,与真正无因管理完全相异,前者属于侵权行为,后者恰可以阻却侵权的构成;而之所以在规范上允许它俩相通,完全是因为对无因管理的效力——转移管理行为的收益于本人——的追求。在制度安排上,借由不真正无因管理与无因管理的形式上“亲缘性”,立法者便能以不真正无因管理为名完成对侵权人的侵权利润的剥夺。这背后的法政策驱动便是对管理人的“故意”予以“惩戒”:防止他在赔偿本人的损害后,还保有部分管理行为的利润。在这个意义上,不真正无因管理的请求权补充并加强了侵权损害赔偿的功能。

① 参见[德]U.马格努斯主编:《侵权法的统一:损害与损害赔偿》,法律出版社2009年版,第134页。

② 参见岳业鹏:《论人格权财产利益的法律保护——以〈侵权责任法〉第20条为中心》,《法学家》2018年第3期。

③ Vgl. Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1986, S.453.

④ Jan Dirk Hark, Allgemeines Schuldrecht, Springer, 2010, S.341-343.

⑤ 但这些学者也认为我国未来的民法典没有必要规定“不真正无因管理”。参见张家勇:《基于得利的侵权损害赔偿之规范再构造》,《法学》2019年第2期。

因此,不真正无因管理的归责的核心基础是管理人的“故意”。(3)在构成上,不真正无因管理须满足管理人的“故意”和“管理本人事务”的要件。首先,就“故意”要件而言,人格权获利赔偿的构成并非一定要求侵害人主观上存在故意或恶意。《侵权责任法》第20条并未提及侵害人故意的要件,如果以不真正无因管理来构建获利赔偿的请求权基础,反而会极大地限缩其适用范围。其次,就“管理本人事务”要件而言,应该是指处理客观上的属于“本人”的事务,如出卖本人物品或出租本人房屋;而人格权侵权获利赔偿所适用的情形很难符合该要件。例如,甲为了盈利,擅自将某明星的照片或声音用在自己的商品或服务上。这并不符合不真正无因管理所要求的“本人事务”的设定,经营商品或服务显然不属于“本人”的事务。(4)就获利过程中支出的必要费用的处理方式而言,在不真正无因管理中,在本人所获的返还的范围内,管理人取得了对本人的必要费用请求权。^①因此,至少从形式上看,构造了本人的获利剥夺请求权与管理人的费用请求权并立、对抗的规范格局。而就《侵权责任法》第20条的获利赔偿而言,并未规定侵权人的必要费用请求权,必要费用用于计算获利时,被直接从侵权人的盈利总额中扣减。

三、侵权损害赔偿请求权的证成

(一)从历史解释的角度:实际损害赔偿在损害救济上的不充分

侵权获利赔偿不是我国首创,也不是独创。从比较法上看,获利赔偿方式的产生最初源于侵权损害赔偿救济程序的不充分。以德国为例,受害人若要主张损害赔偿,必须就其遭受的实际损害举证。就知识产权、可商业化利用的人格权而言,因为被侵害客体的无形性,侵权造成的实际损害并不体现于客体本身的价值减损,而是集中展现在所失利益部分,亦即按照事物的惯常运行或根据特殊情况,能够以极大的可能性预期得到的利益。这里需要满足的“极大的可能性”适用德国诉讼法上要求的证明高度,使得所失利益的证明变得十分严苛。法官也不考虑“通常的经验”,仍以个案中当事人过去通常可以获得的相关利益作为对未来按照类似的数额判决赔偿的依据。以至于损害赔偿诉讼通常被看作是希望渺茫。^②在这种环境下,首先在知识产权等无形财产权领域内突破了传统的损害赔偿方式,引入了以侵权人的获利为内容的赔偿方式。1870年《德国著作权法》第55条规定了权利人可以在不超过侵权人获利的范围内主张损害赔偿,虽未明确规定侵权获利赔偿,但却为其打开了通道。1895年德国“阿里斯通案”^③正式为此揭开了序幕。在这个案件中,法院在按照传统的损害计算方法确定侵权损害时遭遇到难题,故转换了对“侵权行为”观察的视角,以改变损害计算的代入值。在惯常地侧重于侵权人的“擅自使用权利人作品”的侵权观察的视角外,增加了两个新的侵权观察的视角:“侵权人的使用未经同意”以及“侵权人的使用是为了自己的利益而非为了权利人的利益”。在后两个视角下,侵害行为的构成侧重于“未经同意”和“为了自己的利益”,不再是“使用”行为本身。相应地,将后两种视角代入“假设差额说”的损害计算公式中,^④作为对比的财产状态也就分别置换成为侵权人“未取得同意(侵害行为发生后的状态)”与“假设已经取得了权利人许可(假设侵权行为没有发生的状态)”,“为了自己的利益使用作品”与“假设侵权人是为了权利人的利益使用作品”。^⑤第一种视角下,前后两个财产状态的差额便是侵权人为取得同意向权利人支付的作品的使用对价,在数值上,便是对应着拟制的许可使用费;第二种视角下,前后两个财产状态的差额便是侵权人如同权利人的受托人般使用作品而赚取的利润,在数值上,便是对应着侵权人的侵权获利。易言之,通过转换侵权行为观察的视角,帝国法院依据侵权损害赔偿请求权并合“假设差额说”的损害确定方法,于传统的实际损害

^① Vgl. Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1986, S.453.

^② Vgl. Tobias Helms, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, Mohr Siebeck, 2007, S.213.

^③ Vgl. RGZ35, 64, 68. 被告未经原告(作曲家)同意,复制使用他的作曲,在市场中获取大量利润。这个案件比较特殊的是,被告的行为推广了这首作品,提升了原告的知名度,反而促进了原告本人的销售业绩提高。一审法院认为,原告虽遭遇了侵权行为,但并未遭受实际损害,因此被告不承担损害赔偿赔偿责任。帝国法院则判决被告向原告返还其利用该曲目在市场中所获得的所有利润。

^④ “假设差额说”主张损害是按照侵害行为发生后特定的时间点上的财产数额与假设侵害行为未曾发生时的假设财产处境中的应有的财产数额之间的差额。参见朱晓峰:《侵权可赔偿损害类型论》,法律出版社2017年版,第63页。

^⑤ RGZ35, 63, 67f.

的计算方式之外,引入了侵权获利与拟制的许可使用费两种损害计算方式,从而在实际损害的赔偿之外,引入了侵权获利赔偿与拟制的许可使用费的赔偿方式。虽然,学者对帝国法院在后两种损害赔偿方式的证成上有些指摘,^①但通过这个案件,著作权损害赔偿的3种方式尤其是侵权获利赔偿的方式得以确立。

为什么这个突破最先发生在知识产权领域?这并非偶然,而是有其深刻的必然性——知识产权客体的无形性、知识产权的非物质性权利(无形财产权)属性。这两个属性使得知识产权的排他使用性相对于有形的财产权要弱得多,由此增加了受害人证明实际损害的难度。如前述“阿里斯通案”般,在许多知识产权侵权案件中,无论是通过“不良影响损害”,还是通过可得利益的损失,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要求的程度。^②于是,法官便在知识产权领域内最先创造了损害赔偿的3种方式:实际损害的赔偿;拟制的许可使用费的赔偿;获利的赔偿。随后,这些损害赔偿方式被扩展到了人格权领域,履行对诸如肖像权、姓名权等人格权的保护职能。因此,从其产生的根源来看,侵权获利赔偿是应对传统损害赔偿方式及机制的内部缺陷而发展出的“蹊径”,它是侵权损害赔偿制度内部自我修正和完善的产物,并非从损害赔偿体系之外嫁接引入的制度。

《侵权责任法》第20条产生的历程也印证了上述德国的经验。《全国人民代表大会法律委员会关于〈中华人民共和国侵权责任法(草案)〉修改情况的汇报》指出,《侵权责任法》第20条内容的出现是因为“有的常委会委员、法院和专家提出,侵害姓名权、名誉权、肖像权、隐私权等造成财产损失的,不少情况下损失赔偿额难以计算,草案应当进一步对侵害人身权如何赔偿作出规定……法律委员会经研究,建议增加规定……”^③虽然上述的立法理由不免有些简单,但它也印证了“侵权获利赔偿”很大程度上源于对损害计算困难的克服。《侵权责任法》颁布前,“损害难以计算”是我国很多人格权侵权损害赔偿案件审判的“瓶颈”。权利人通常唯一可以提出的“实际损害”的证据便是同时期“与其他公司的广告代言合约的价格”,但法院并不接受这一证据,甚至以权利人未能证明损害为由,驳回诉讼请求。^④从举证角度而言,法院的做法无可厚非:与其他公司合约的代言价格充其量只是一种“抽象和客观”意义上的损害证明,并不满足损害赔偿法要求的“具体和主观”损害证成的设定,在以实际损害为支点构建的侵权损害赔偿规则下,受害人自然无法得到赔偿。《侵权责任法》第20条可以被看作是突破这一“瓶颈”的立法尝试——转换角度,以侵权人获利作为赔偿数额的确定方式。

《侵权责任法》第20条在规范设计上的模式也更加验证了获利赔偿的侵权损害赔偿请求权属性。《侵权责任法》第20条规定当人格权的财产利益被侵犯时,首先“按照被侵权人因此受到的损失赔偿”;只有当被侵权人的损失难以确定,方才能按照其获得的利益赔偿。它暗示了这两种方式之间具有内在联系:获利赔偿被规定为实际损失赔偿的替代形式,从行文逻辑上讲,将损失赔偿与获利赔偿(包括第20条后面的法定赔偿)解释为同一项请求权基础更为合适。否则,“将其解释为其他类型的请求权,会割裂该条各部分之间的关联”。^⑤《侵权责任编(草案)》(二审稿)第959条虽借鉴德国法,将实际损害赔偿与侵权获利赔偿的适用立于可选择的关系,也并未改变这一逻辑:在德国法上亦认为,3种计算方式自由选择的适用关系并不表明它们是具有独立法律依据的请求权,而仅仅是在“损害赔偿请求权”统摄下的不同计算方式,目的在于为计算损失提供便利。^⑥

(二) 损害与获利非对应的破解:人格权客体的无形性衍生的特殊保护需求

侵权获利赔偿区别于传统的损害赔偿计算方式的根本点即在于,前者以侵权人的获利作为赔偿的内

① Vgl. Tobias Helms, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, Mohr Siebeck, 2007, S.225.

② 参见李承亮:《非法发行链上的侵权所得赔偿》,《法学研究》2014年第1期。

③ 全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《侵权责任法:立法背景与观点全集》,法律出版社2010年版,第14页。

④ 例如,在“韩某诉重庆爱德华公司案”中,被告未经原告同意将其肖像用于人工流产的广告宣传,原告提供自己与其他公司的广告代言合约,但法院认为,该合同不能成为肖像权被侵害而产生经济损失的充分证据,故驳回韩某诉请赔偿经济损失90万元的请求。参见江河:《在损失与获利之间》,http://cqzy.chinacourt.gov.cn/article/detail/2008/01/id/976335.shtml.2019-05-12.

⑤ 王叶刚:《论人格权擅自商业化利用中的获利赔偿请求权》,《法学评论》2016年第4期。

⑥ 参见胡晶晶:《德国法中的专利侵权损害赔偿计算——以德国〈专利法〉第139条和德国〈民事诉讼法〉第287条为中心》,《法律科学(西北政法大学学报)》2018年第4期。

容。侵权人的获利与受害人的损害在常态的市场环境下并非完全对应,即获利并不等于损害,在人格权侵权的大部分情形更是如此:权利人与侵权人之间并不具有市场竞争关系,权利人通常并不具备生产经营的能力,极少能像侵权人般将人格要素运用到商品或服务上获取利润,权利人对人格要素商业利用的主要方式为授权第三人使用。因而,侵权人的获利与权利人的损害通常是异质的,它也成为侵权获利赔偿“身份”界定的主要障碍。也正是基于这一点,一些学者主张,立法者从目的层面有意将获利赔偿与损害赔偿请求权相分离:“虽然立法者偶然地将获利赔偿请求权的构成要件按照侵权损害赔偿的要件来构造,受害人必须证明侵害行为具有经济上的不利后果,但这并不改变该权利的性质。因为,是否将这些请求权归到损害赔偿法上,取决于人们将抽象损害的概念延伸到多远。只有当受害人获得的赔偿总额在大多数情况下离具体损害的计算不远时,才能称得上是损害法上的赔偿。但是在获利赔偿的适用范围被扩展后的大部分情形(包括人格权)下,这个都是难以成立的:因为在很多情形下,权利人不会也不可能同意对被告或与被告类似地位的第三人授权……”^①对这样的质疑,有的学者给出了如下解释:按照“假设差额说”,^②实际损害是按照被侵权人假设未遭受侵权行为财产的状态与遭受侵权后实际的财产状态之间的差额来确定,侵权获利赔偿只是改变了所参照的假设状态,“假定权利人如果能够以与侵权人一样的方式利用自己的权利现在处于何种状态(所获取的利益)”。^③或者解释为侵权获利具有“所失利益”的性质,属于广义的“损害”范围。^④这些假设似乎偏离“假设差额说”有点远,不仅改变了“假设差额说”所涵摄的用以对比的状态的内涵,而且包含了太多的不确定因素,如权利人与侵权人的运营能力、掌握的资源相当;甚至,在人格权被侵害领域,权利人常常难以以与侵权人相同方式使用自己的人格权。因此,获利与损害是非同质的。故这些解释并不令人信服。

那么,是否可以如同前述的“阿里斯通案”将获利解释为损害计算的一种方法呢?笔者认为这样也欠妥当。虽然损害与损害的计算是两个层面的事物,如用来计算损害的方式有主观(具体)与客观(抽象)的不同选择,^⑤但即便是客观的计算方式为了“还原”损害,也必然包含着与实际损害的评价相关或接近的参数分析,如用银行同期利率来计算资金被占用的实际损害属于典型的客观的计算方式,^⑥银行利率的标准与实际损害的评价还是有相关性的。但是,对人格权而言,权利人的损害与侵权人的获利完全是异质的,没有任何相关性,难以将两者做如此的链接。即使如同“阿里斯通案”选择转换观察侵权的视角来证成侵权获利作为损害的计算方法,也并不可行。在大部分的人格权侵权中,权利人主诉的或者侵权行为构成仍在于侵权人的“擅自使用”行为本身,所谓的“侵权人并非为了权利人的利益而是为了自己的利益”的侵权认定视角并不符合现实。退一步而言,即使认可了侵权的构成在于侵权人非为权利人的利益使用,那么运用“假设差额说”的公式,“假设没有侵权行为”便对应着侵权人为了权利人的利益使用人格要素,按照其逻辑,“管理他人事务”的思维将被引入,侵权人被视同为权利人的受托人或管理人般,侵权人交出管理行为的获利便是应有之义。不过,这里的问题仍然在于,在典型的人格权侵权中,如侵权人将权利人的肖像用到自己生产的商品上,侵权人处理的完全是自己的事务,而并非权利人的事务,由此很难套用“管理他人事务”的规范并得出管理行为的获利便是实际损害的结论。因此,上述的解释路径均不可行,要解释获利赔偿,还得着眼于其他视角。

从目前各国的立法和司法实践来看,侵权获利赔偿主要适用于人格权、知识产权、竞争权益等权益的救济,这些权益均为非物质性权益且客体具有无形性。对上述权利的使用、收益并不以占有客体为必要,

① Hermann Lange & Gottfried Schiemann, *Schadensersatz*, Mohr Siebeck, 2003, S.362.

② 参见李承亮:《损害赔偿与民事责任》,《法学研究》2009年第3期。但是,我国学者在采用差额理论计算损害时,并非选取“假设侵权行为未发生的状态”与“侵权行为发生后的状态”作对比,而是选取“侵权行为发生之前的状态”与“侵权行为发生之后的状态”作对比。这种观点将损害计算的时点放在了“损害发生时”;而“假设差额说”则将损害计算的时点向后推移了。

③ 李承亮:《非法发行链上的侵权所得赔偿》,《法学研究》2014年第1期。

④ 参见胡晶晶:《知识产权“利润剥夺”损害赔偿请求权基础研究》,《法律科学(西北政法大学学报)》2014年第6期。

⑤ 参见[瑞士]海因茨·雷伊:《瑞士侵权责任法》,贺栩栩译,中国政法大学出版社2015年版,第62页。

⑥ Vgl. Hermann Lange & Gottfried Schiemann, *Schadensersatz*, Mohr Siebeck, 2003, S.353-355.

多个主体可以同时以相同方式利用。即使第三人未经许可擅自使用,权利主体也并不被阻止使用。因而,这些权利的排他性没有有形财产权强;但是,第三人的擅自使用仍极其可能影响到权利人的市场份额,导致收益的减少。与此相对,有形财产的现实占有的主体只能是一个,从而排除其他主体在同一时空内的占有与使用;即便发生侵权,损害的范围也是相对可控。上述这些属性使得非物质性权益的主体往往很难确定侵害行为是否发生、在什么范围内发生,并因而难以证明自己的实际损害。例如,销售商将侵犯甲的著作权的盗版软件安装在客户电脑上,无数其他人亦通过拷贝该客户电脑上的软件获得使用,当甲主张侵权损害赔偿时,因为其同时也在销售软件,因而很难证明所减少的市场份额源于销售商的侵权行为以及很难证明损害的范围。此时,若仍然固守无损害(证据证明)即无赔偿的原则,^①对权利人不公平,也“放纵”了侵权人。

诸如人格权这样的非物质性权益基于客体无形性的性质,不仅容易遭受侵害,而且因为其无须占据一定空间,因此,权利人很难对其采取有效的预防和保护措施。现实中,明星的肖像屡屡被侵犯,甚至于同一个时间点被不同主体盗用就是例证,^②盖明星的肖像于互联网上可被随时获取,权利主体没有任何阻却的能力和可能。在侵权法上,一个增加的预防需求伴随着一个非完善(充分)的赔偿,催生了侵权获利赔偿请求权。^③因此,即使实际损害与获利未必完全一致,或者说获利赔偿的结果有可能偏离实际损害,但从损害赔偿法体系内部而言,这是基于对特殊形态权益保护的必要。就像在著名的“公共费用份额”判决中,法官阐明的“侵权获利赔偿并不是对受害人遭受的具体损害的赔偿,而是旨在以另外一种方式对受害人因侵权行为遭受的损害予以公平的赔偿”。^④“它是非固有意义上的侵权损害赔偿请求权。”^⑤是故,以侵权获利作为损害赔偿的内容或方式恰恰是侵权法对这些特殊形态的权益保护的回应,它源于实际损害的计算方式对上述权益保护的力有不逮,以及这些权益自生地对预防性保护的强烈需求。在此意义上,这种特殊内容的损害赔偿请求具有法律直接规定性的意味。

(三)司法实践中获利赔偿适用的习惯

无论是在知识产权领域,还是在人格权领域,法院大多仍要求原告就被告的过错、因果关系、损害的发生等要件进行举证。^⑥过错要件的存在表明了司法实践偏向于侵权赔偿请求权的认知。这里需要说明的是关于“损害”的要件。有些学者认为获利赔偿独立于侵权损害赔偿的意义之一就是,受害人无须举证“损害”,或者“损害”并非获利赔偿发生的要件。^⑦这其实是存在一定的误解。无论以哪种救济性请求权为基础,当它指向的结果是从一个主体那截取财产性的利益转移给另一个需要救济的主体,都需要满足一定的归责事由,主体遭受的损害便属于其中之一,否则这种移转就没有正当性。因此,损害是必不可少的要件。^⑧德国法上的判例也秉承着这种认知,在“客观损害”的一个案件中就确立这样的规则——“当损害明显不存在时,根据客观计算的原则,不得使用获利赔偿这种方式”。^⑨换言之,财产损失应当以某种方式存在,或者说根据通常的社会经验是可以感知的,是发生侵权获利赔偿的前提。但是,与传统侵权损害赔偿不同的是,侵权获利赔偿请求权的运用很大程度上是为了缓解损害程度及范围举证的困难,因而在适用获利赔偿时,受害人无须就实际损害的程度及范围进行举证。例如,在“张柏芝诉江苏东洋之花公司案”^⑩

① 例如,在“刘翔诉《精品购物指南》报社等被告案”中,针对原告提出的被告应赔偿原告经济损失的请求,二审法院认为原告没有提供证据证明自己受有经济损失,故对此项诉讼请求不予支持。参见北京市第一中级人民法院(2005)一中民初字第8144号民事判决书。

② 参见浙江省温州市中级人民法院(2016)浙03民终第1310号民事判决书,北京市朝阳区人民法院(2015)朝民初字第46105号,广东省广州市中级人民法院(2016)粤01民终第12070号民事判决书。

③ Vgl. Tobias Helms, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, Mohr Siebeck, 2007, S.280—281.

④ Gemeinkostenanteil, BGH, Urt. v. 2. November 2000 — I ZR 246/98.

⑤ RG GRUR, 1938, 452.

⑥ 例如,“张柏芝诉梧州远东美容保健用品有限公司肖像权案”[江苏省高级人民法院(2006)苏民终字第109号民事判决书],“张彦亭诉北京华纳百川科技有限公司、李琦案”[上海市静安区人民法院(2012)静民一(民)初字第116号民事判决书]。

⑦ Vgl. Jan Dirk Hark, Allgemeines Schuldrecht, Springer, 2010, S.343.

⑧ 参见李素华:《专利权侵害之损害赔偿及侵害所得利益法之具体适用》,台湾《台大法学论丛》2013年第4期。

⑨ BGH GURU, 1995, 349, 351.

⑩ 参见安徽省合肥高新技术产业开发区人民法院(2003)合高新民一初字第137号民事判决书。

中,法院指出“原告主张赔偿85万元经济损失,未提供确凿证据,但原告确实存在经济上的损失……”在人格权侵权领域,针对财产损害是否存在的判定,为了贯彻获利赔偿旨在减轻损害举证负担的立法初衷,可以吸取前述“权益归属理论”中的合理养分,只要人格权中专属于权利人的人格要素商业化利用的权能被侵犯,即可认定财产损害发生,^①不管权利人是否可能或意图使用或授权第三人使用人格权。^② 损害存在的要件彰显了侵权获利赔偿的损害填补功能。

综上,《侵权责任法》第20条的侵权获利赔偿是因应人格权的保护而产生的侵权损害赔偿请求权,它仍以过错、损害为构成要件,仅在损害赔偿的内容及方式上具有特殊性——脱离了实际损害的支点,将侵权获利作为一种确定赔偿数额的方法,受害人无须就损害的程度及范围进行举证。

四、以侵权获利作为赔偿内容:人格权侵权损害赔偿的预防功能的进阶

(一)侵权获利赔偿不是惩罚性赔偿

“损害赔偿法依据其正义价值基础旨在实现完全填补受害人所遭受的损害,但同时也应当避免超出损害填补之外给受害人带来利益。”^③这段话揭示了侵权损害赔偿的“填平原则”的理念:填平受害人遭受的实际损害,令其恢复到“若没有侵权行为发生时的状态”,作为填平原则的必然逻辑引申,超额赔偿被禁止,亦即受害人不能从侵权损害赔偿中获利。

侵权人的获利与权利人遭受的实际损害并非一致,当前者大于后者时,权利人获得的赔偿将超出其实际遭受的损害。这似乎背离了“填平原则”,引发了侵权获利赔偿是惩罚性赔偿抑或是填补性损害赔偿的问题。然获利赔偿并不属于惩罚性赔偿。首先,惩罚性赔偿的数额无论在质与量上均与侵权获利赔偿不同。惩罚性赔偿,顾名思义以惩罚侵权人为首要目的,在形式上表现为在填补性赔偿之外另行判定,在数额上超填补性赔偿若干倍。其结果不仅剥夺侵权人的全部获利,而且为了达到惩罚的目的,势必要超出侵权人获利的范围。否则,惩罚性赔偿将是无效率的。而侵权获利赔偿只是令侵权人将侵权获利赔偿给权利人,在功能上,与填补性赔偿一致;在数额上,没有超出获利的范围,不具有惩罚性。其次,作为制裁和惩罚的正当性基础,惩罚性赔偿必须以侵权人的主观恶性为要件:包括故意、恶意、诈欺等情形,一般的过失不会导致惩罚性赔偿。虽然有些学者也极力主张,“与为弥补损害赔偿请求权的行使缺陷而设立的加害赔偿原则不同,发挥预防功能的侵权获利赔偿不得扩展适用于过失行为,而必须限制在故意侵犯他人权利的情形”。^④“只有故意侵犯他人人格权情形,才能被苛以剥夺侵权获利的责任,否则,侵权人只需返还通常情况下相当于人格权使用的许可费用的价额即可。”^⑤但是,从各国立法及相关判决来看,侵权获利赔偿,无论是基于人格权侵权、知识产权侵权或某些竞争权益的侵权发生,都没有将侵权人的故意或恶意设定为要件。从《侵权责任法》第20条、《侵权责任编(草案)》(二审稿)第959条的规定来看,过失侵权也同样被囊括其中。^⑥在这个意义上,侵权获利赔偿不具备惩罚性赔偿的适用基础。

(二)预防功能的进阶:与损害填补功能并驾齐驱

侵权获利赔偿虽不同于惩罚性赔偿,但与传统的填补性赔偿相比,它又显现出差异。这一差异生成于“剥夺侵权人获利”的根本意旨——预防功能的进阶。^⑦不同于传统的损害赔偿,预防功能只在一般意义上被提起,在损害赔偿架构中处于隐而不显的依附地位;在人格权侵权获利赔偿上,预防功能则被置于主导地位,构成侵权获利赔偿规则的机理与内在价值支撑。这首先可以从基本的经济学分析中找到依据。

① Vgl. Dirk Looscheiders, *Schuldrecht; besonderer Teil*, Carl Heymanns Verlag, 2009, S.340.

② 参见北京市高级人民法院(2010)高民终字第411号民事判决书。

③ [奥]海穆特·库奇奥:《损害赔偿法的重新构建:欧洲经验与欧洲趋势》,朱岩译,《法学家》2009年第3期。

④ [德]格哈德·瓦格纳:《损害赔偿的未来——商业化、惩罚性赔偿、集体性损害》,王程芳译,中国法制出版社2012年版,第139页。

⑤ Vgl. Gerhard Wagner, *Anmerkung*, GURU, 2000, S.719.

⑥ 参见海南省高级人民法院(2013)琼民三终字第59号民事判决书。本案中,被告通过案外人某文化传播有限公司邀请原告参与演出,在与案外人的演出协议中约定了可以使用原告的肖像用于楼盘宣传。但原告并未作此授权,被告应属于过失侵权。

⑦ 参见张家勇:《基于得利的侵权损害赔偿之规范再构造》,《法学》2019年第2期。

未经授权擅自使用权利人的姓名或肖像、隐私等,推销商品或服务,侵权人获得了收益,从经济学的观点来看,这些侵权行为是“发生在低交易成本情况下的向被告的强制性财富转让”,根据价值效用的原则,“这些行为是无效率的”。^①侵权人按照实际损害予以赔偿后,仍极有可能因保留剩余的利润而有所得,这样的赔偿构造不仅无法防止甚至会鼓励市场主体冒险从事违法行为,因而也是无效率的。甚至在一些特殊情形,如权利人依照通常的经验不可能将其人格要素授权以某种方式利用,损害由此难以证明,如果不改变损害赔偿的方式,最终结果偏离公平与正义的价值将更远。德国联邦最高法院在“摩洛哥的夏洛琳案”^②中的阐释给了我们启发:“……假如以金钱消除损害的数额不能使被告有所感受,则原告将面临自己的人格毫无顾忌地被人强制商业化而无法得到保护。有所感受在这里的意思……更为恰当的理解应当是:对于侵害人格权的赢利来说……在这类案件中,金钱消除损害的数额必须要能够真正起到有效地抑制侵权行为的作用。”这段话蕴含了最朴素的成本效益的博弈,“侵权不应仅是支付”,^③赔偿规则应让侵权人付出相对高额的违法成本,方能遏制、预防侵权人试图侵权获利的行为。在侵权损害赔偿制度上,预防功能的实现委诸赔偿数额的设定。为了遏制侵权获利的行为,赔偿数额应达到这样的高度,“即这一赔偿明显地受到责任人的关注”,但另一方面,它并非惩罚性赔偿,“该赔偿不能高到这样的数额,即成为资产负债表中的负债项目”。^④由此,转移侵权人因违法行为的获利于权利人,将侵权行为“强制性财富转让”的效果予以回复,耗尽其获利,恰如其分地满足了上述要求。

经济学的分析模型建构了获利赔偿的基础与内容,并映射着人格权侵权赔偿规则的特殊诉求:区别于有形客体,可商业化的人格要素具有易被侵害且权利主体难以采取有效的防护措施的属性;亦区别于一般侵权行为,大多数的侵犯商业化人格要素的行为是侵权人本着获利的目的而有意为之;因而它天然地需要特殊保护,呼唤法律规则上相对特殊的设计。不言而喻,有效的预防将产生最有效益的保护。因此,在人格要素商业利用方面,内含了预防功能的赔偿规则才是有效的;在这里,预防功能被赋予了优位的价值——在侵权获利赔偿之上,填补损害并非全部,预防功能亦占据“半壁江山”。正如学者所言:“预防功能不再只是损害赔偿制度之附随功能,而应与填补损害同为主要功能。”^⑤它昭示着损害赔偿制度的基本精神。

在实现预防功能上,有学者提出人格权侵权获利赔偿可能构成过度赔偿的疑虑,并主张尤其是在过失侵权中应当适用拟制的许可使用费的赔偿方式,即以假设侵权人与被侵权人订立授权使用合同,就许可费所能达成的数额作为请求权内容。^⑥理由是:一般人格权作为框架性的权利非如知识产权般具有内容确定、权利边界清晰的特点,其间往往牵涉到人格利益与言论自由、艺术创作自由等其他利益的价值衡量,^⑦第三人很难判断是否侵害了一般人格权;更重要的是,侵权人未经授权使用他人的知识产权,如专利权、实用新型等,将节省诸如研究费、试验费等投入,并且不用承担在诸如市场价格形成、质量标准维持、不正当竞争的避免等方面的注意义务,侵权人的获益不可谓不大;因而即使判决剥夺侵权人的获利也不会构成过度赔偿。相比之下,在人格权领域,侵权人显然没有获得上述的各种“优势”,如果判决获利赔偿,则走向了过度赔偿的极端。这个论断,表面上看似似乎比较合理,但并不尽然,它不符合我国的人格权立法现状。首先,在我国,人格权并非框架性权利,不同于德国法上的一般人格权,“有权利之名,但是无权利之实的概念,在实践上的意义无非是确认了各种人格性质的法益应该得到保护这一原则”。^⑧《民法通则》《民法典人格权编(草案)》(二次审议稿)规定的各项人格权有相对确定的内容和积极的分配效能,第三人较容易判断

① [美]理查德·波斯纳:《法律的经济分析》,蒋兆康译,法律出版社2012年版,第292页。

② 转引自徐忠信:《从德国法之观点看我国专利权侵害之损害赔偿》,台湾《台北大学法学论丛》2007年第1期。

③ 朱岩:《“利润”剥夺的请求权基础》,《法商研究》2011年第3期。

④ 参见刘晓海主编:《德国知识产权理论与经典判例研究》,知识产权出版社2013年版,第248~249页。

⑤ 王怡蘋:《著作权损害赔偿之再建构:以德国法为借镜》,台湾《台大法学论丛》2015年第3期。

⑥ Vgl. Gerhard Wagner, Anmerkung, GURU, 2000, S.720.

⑦ 参见于飞:《论德国侵权法中的“框架权”》,《比较法研究》2012年第2期。

⑧ 薛飞:《揭开“一般人格权”的面纱——兼论比较法研究中的“体系意识”》,《比较法研究》2008年第5期。

权利的界限;另外,在人格权的财产利益的视阈内,权益的归属效能及义务人的义务边界应该更加清晰可辨,如一般人都应当知道未经许可不得将他人的肖像应用在商品或服务上,这里较少地涉及人格利益保护与表达自由等利益的冲突。其次,拟制的许可使用费作为赔偿方式,意味着侵权人无须取得权利人的同意或授权,仅须事后支付许可费用便可取得人格要素的实际使用,这无异于将权利人的“人格权强制商业化”。最后,拟制的许可使用费难以实现侵权赔偿的预防、遏制功能。不证自明,如果只需要赔付相当于权利正常使用的许可费用,侵权人就没必要通过合法的途径争取权利人给予许可;再加之考量侵权行为被追诉的可能性,他可能继续选择低成本的侵害行为。^①故从当事人的利益衡量,恐将导致侵害人欠缺事前取得著作权人同意的诱因,无法为市场主体创设一个正面的行为引导规范。至于侵权人通过侵权行为所节省的成本的多少,不应该成为阻止权利人取得侵权人的获利的原因。在价值判断上,^②相比实施违法行为的侵权人,权利人的利益更应该被关注。在这个意义上,获利赔偿因其预防、遏制功能,应当是比拟制的许可使用费更优越的赔偿方式。

五、结语

从比较法上看,在成文法中对侵犯人格权规定侵权获利赔偿的国家比较少,由此,《侵权责任法》第20条的规范在立法史上尚属先进。它满足了对人格权的充分保护的诉求。获利赔偿的侵权请求权基础的证立不仅有助于完善侵权法体系内的损害赔偿机制,更彰显了预防功能在侵权损害赔偿体系中的地位和价值,完美地展现现代损害赔偿制度的基本精神,也折射出了侵权损害赔偿制度回应社会现实的自我规则创新与完善的意蕴。《侵权责任编(草案)》(二审稿)第959条仍然延续了《侵权责任法》第20条的规定,且对第20条规定的损害赔偿方式之间的关系进行了更符合其本质的修正,诚值称道。人格权获利赔偿的侵权请求权基础的确立也决定了其构成要件:过错、因果关系、损害。又因获利赔偿请求权旨在缓解损害程度及范围举证的困难,因而在适用获利赔偿时,受害人无须就实际损害的程度及范围进行举证。同时,人格权获利赔偿的侵权请求权基础的确立也决定了获利赔偿的范围无须限于被侵犯的人格权益的客观市场价值,而是指向了侵权人因使用人格权益的全部利润。

责任编辑 何艳

^① 参见徐小奔:《论专利侵权合理许可费赔偿条款的适用》,《法商研究》2016年第5期。

^② 王文军:《论继续性合同的解除》,《法商研究》2019年第2期