

# 论人格权擅自商业化利用中的获利赔偿请求权

王叶刚\*

内容摘要:《侵权责任法》第20条对侵害人身权益的财产损害赔偿作出了规定,该条所规定的获利赔偿请求权在性质上属于侵权损害赔偿请求权,该请求权的行使应当具备如下条件:行为人的行为符合侵权责任的构成要件、受害人的损失难以确定、行为人因此获利。《侵权责任法》将“损失难以确定”作为获利赔偿请求权的适用前提,实际上是赋予了受害人在实际损失赔偿请求权与获利赔偿请求权之间做出选择的权利。在确定行为人的获利数额时,可以考虑采用举证责任倒置等方式,以缓解受害人的举证困难。

关键词:人格权 商业化利用 获利赔偿 不当得利 无因管理

DOI:10.13415/j.cnki.fxpl.2016.04.007

随着经济社会的发展,尤其是大众传媒业的发展,个人的人格标志,如姓名、肖像、名誉等,逐渐具有一定的资信价值,能够对消费者产生一定的吸引力,从而有利于扩大相关产品或者服务的销售。<sup>①</sup>例如,将名人的姓名用作商标或者企业名称,对产品的宣传、销售可能具有重要的推动作用。<sup>②</sup>随着个人人格标志经济效益的增加,行为人未经许可利用他人人格权的现象也逐渐增多,如近几年著名的“印尼奥巴马案”、<sup>③</sup>“张亮麻辣烫案”<sup>④</sup>等。在此类案件中,行为人未经许可对他人的人格权进行商业化利用,该行为构成侵权,权利人有权请求行为人承担侵权责任。《侵权责任法》第20条对侵害人身权益的财产损害赔偿作出了规定,这也是权利人请求行为人赔偿财产损失的请求权基础。在行为人未经许可商业化利用他人人格权的情形下,权利人财产损失的证明一直是困扰司法实践的难题,<sup>⑤</sup>其中难点之一是如何理解与适用该条所规定的获利赔偿请求权。本文拟从解释论的视角,在人格权擅自商业化利用的前提下探讨该条所规定的获利赔偿请求权的性质和适用条件,以期对我国侵权责任法和人格权法相关理论和实践有所助益。

## 一、问题的提出

《侵权责任法》第20条对侵害人身权益的财产损害赔偿作出了规定,依据该条规定,在侵害人身权益的情形下,如果“被侵权人的损失难以确定,侵权人因此获得利益的”,则按照行为人获得的利益赔偿,这就确立了侵害人身权益的获利赔偿请求权。<sup>⑥</sup>《侵权责任法》规定这一请求权的主要目的是为了准确确定受害

\* 中央民族大学法学院讲师,法学博士。

① 参见姚辉:《人格权法论》,中国人民大学出版社2011年版,第385页。

② 参见王利明:《论人格权商品化》,载《法律科学(西北政法大學学报)》2013年第4期。

③ 在该案中,印度尼西亚人伊尔哈姆·阿纳斯(ILHAM ANAS)因其相貌酷似美国总统奥巴马,引起许多媒体的关注,其本人也做过一些形象代言性的商业活动。2013年,伊尔哈姆·阿纳斯发现北京一家企业在其大幅的商业宣传海报上使用了其肖像,后其以该企业侵犯其肖像权为由,诉至法院,请求该企业赔偿60万元。参见《印尼男子酷似奥巴马起诉中国企业索赔60万》,载《北京晚报》2013年10月24日。

④ 在该案中,著名演艺人员张亮和其儿子天天因参加“爸爸去哪儿”节目而引起媒体和社会公众关注,也因此从事相关的商业代言活动。2014年10月,张亮获悉内蒙古财经大学的食堂门口和食堂的二层开了一家“张亮麻辣烫”,而且餐饮窗口内的墙面上也使用了他和儿子天天的合影。张亮认为,该行为侵害了其肖像权,妨碍了其正常的代言秩序,并可能使社会公众误以为其为该麻辣烫企业的形象代言人,因此诉至法院,请求该餐饮企业及相关主体赔偿其经济损失、精神损失等共计180万6千元。参见《张亮天天合影成麻辣烫店招牌 男神索赔180万》,载《新京报》2014年12月19日。

⑤ 参见王胜明主编:《中华人民共和国侵权责任法释义》,法律出版社2010年版,第102—103页。

⑥ 有学者将《侵权责任法》第20条所规定的获利赔偿请求权描述为“利润剥夺”、“获利返还”等,但从该条“按照其获得的利益赔偿”这一文义表述来看,将其概括为获利赔偿更为妥当。参见朱岩:《“利润剥夺”的请求权基础》,载《法商研究》2011年第3期;王若冰:《获利返还制度之我见——对〈侵权责任法〉第20条的检讨》,载《当代法学》2014年第6期。

人的财产损失数额,缓解受害人证明其财产损失的困难。<sup>⑦</sup>但从《侵权责任法》颁行以来的司法实践来看,在侵害人身权益的财产损失纠纷中,该请求权几乎没有被使用过,甚至很少有受害人提出获利赔偿请求权。<sup>⑧</sup>因此可以说,从法律适用的层面看,这一请求权的立法目的并没有真正实现。

产生这一后果的重要原因在于,该请求权的性质不明确,这也导致该请求权的行使条件不清晰。从既有的论述来看,学者对该请求权性质的认识存在较大差异,主要有不当得利返还请求权说、无因管理请求权说、独立请求权说以及侵权请求权说等多种观点。侵害人身权益获利赔偿请求权的性质不明确将产生如下后果:第一,无法确定该请求权的适用条件。不同类型的请求权,其适用条件也存在一定的差异,<sup>⑨</sup>侵害人身权益获利赔偿请求权的性质不明确,可能影响受害人提出此种请求。第二,无法确定当事人的举证负担。当事人在进行请求权基础选择时,需要考虑选择特定请求权的举证负担和自己的举证能力,<sup>⑩</sup>但就侵害人身权益的获利赔偿请求权而言,其性质不明确也导致受害人难以知晓自己的举证负担,这也会影响当事人选择适用此种请求权。第三,无法确定该请求权的行使效果。不同类型的请求权,其行使的法律效果不同。<sup>⑪</sup>对该请求权性质的认定,将直接影响受害人权利得到救济的程度。而该请求权的性质不明确,权利人也无法比较其与其他请求权的行使效果,这也会影响当事人对该请求权的选择。

有鉴于此,本文拟从解释论的角度,结合《侵权责任法》及相关法律规定,首先对侵害人身权益获利赔偿请求权的性质进行探讨,并在此基础上探讨该请求权的适用条件,以期更好地发挥该请求权的制度功能,并为其司法适用提供参考。

## 二、获利赔偿请求权属于侵权损害赔偿请求权

关于《侵权责任法》第20条所规定的侵害人身权益获利赔偿请求权的性质,学界分歧较大,主要有以下几种观点:一是不当得利返还请求权说。如有学者认为,此种请求权在性质上并不属于侵权赔偿,而应当属于不当得利返还请求权。<sup>⑫</sup>二是无因管理请求权说。此种观点认为,《侵权责任法》第20条所规定的侵害人身权益的获利赔偿请求权在性质上应当属于无因管理请求权,可以考虑通过无因管理的相关规则剥夺行为人的获利。<sup>⑬</sup>三是独立请求权说。此种观点认为,无法通过既有的请求权类型解释《侵权责任法》第20条所规定的侵害人身权益的获利赔偿请求权,其在性质上应当属于独立的请求权类型。<sup>⑭</sup>四是侵权请求权说。此种观点认为,该请求权在性质上属于侵权请求权,获利赔偿规则在性质上仍然属于财产赔偿规则。<sup>⑮</sup>

以上主张是学者从不同角度对《侵权责任法》第20条所规定的侵害人身权益获利赔偿请求权的性质所作出的解读,确定该请求权的性质本质上是一个解释选择的问题。按照学者的观点,哪种解释能够实现逻辑上的自治、更富有解释力、解释成本较低且更能实现解释的目的,就应当是更为可取的解释方案。<sup>⑯</sup>基于

<sup>⑦</sup> 参见前注⑤,王胜明书,第103页。

<sup>⑧</sup> 从司法实践来看,受害人在行使财产损害赔偿请求权时,虽然会主张在确定行为人的财产损害赔偿数额时应当考虑行为人的获利情况,但很少直接主张获利赔偿请求权,在极个别案件中,受害人会附带性地主张行为人按照其获利承担损害赔偿责任。参见“任达华与海南正大汇龙房地产开发有限公司肖像权纠纷上诉案”,海南省高级人民法院民事判决书,(2013)琼民三终字第59号;另参见“袁某某诉重庆某某公司等肖像权纠纷案”,重庆市南岸区人民法院民事判决书,(2013)南法民初字第02746号。

<sup>⑨</sup> 参见王泽鉴:《法律思维与民法实例》,中国政法大学出版社2001年版,第76页。

<sup>⑩</sup> 参见王利明:《法学方法论》,中国人民大学出版社2012年版,第288—289页。

<sup>⑪</sup> 同上注,第289页。

<sup>⑫</sup> 参见杨彪:《非损害赔偿侵权责任方式的法理与实践》,载《法制与社会发展》2011年第3期;程啸:《侵权责任法》,法律出版社2011年版,第560页;崔建远:《债法总论》,法律出版社2013年版,第300页。

<sup>⑬</sup> 参见赵廉慧:《作为民事救济手段的无因管理——从准无因管理制度的存废谈起》,载《法学论坛》2010年第2期;从比较法上看,日本也有观点主张,在行为人故意对他人人格权进行商业化利用的情形下,可以借鉴《德国民法典》第687条第2款的规定,允许权利人依据无因管理的规定请求行为人返还全部获利。参见[日]五十岚清:《人格权法》,铃木贤、葛敏译,北京大学出版社2009年版,第151页。

<sup>⑭</sup> 参见前注⑥,朱岩文。

<sup>⑮</sup> 参见前注⑤,王胜明书,第103页。

<sup>⑯</sup> 参见王轶:《作为债之独立类型的法定补偿义务》,载《法学研究》2014年第2期。

这一前提,应当将该条所规定的获利赔偿请求权解释为侵权损害赔偿请求权,主要理由在于:

(1)将该条所规定的获利赔偿请求权解释为不当得利返还请求权并不妥当,主要理由在于:第一,侵害人身权益中行为人的获利并非不当得利中获利一方所获得的利益。在行为人未经许可对他人人格权进行商业化利用的情形下,虽然在当事人之间也可能产生不当得利返还请求权,但在不当得利的前提下,行为人所获得的利益应当是对权利人人格权益的利用,<sup>①</sup>而不是行为人基于该利用行为而获利的利益。因此,不应将《侵权责任法》第20条所规定的“获利”等同于不当得利返还请求权中获利一方的“得利”。第二,将该条所规定的获利赔偿请求权解释为不当得利返还请求权,与我国法上的不当得利制度也存在一些不合之处。我国现行立法关于不当得利制度的规定主要是《民法通则》第92条和《民法通则意见》第131条,从《民法通则》第92条的规定来看,在不当得利返还请求权中,行为人应当将获得的利益返还给遭受损失的一方,这与《侵权责任法》第20条所规定的“获利赔偿”十分相似,但从《民法通则意见》第131条的规定来看,在行为人将不当得利返还给受损人之后,其利用不当得利所取得的其他利益,在扣除劳务管理费用后,应当予以收缴。由此可以看出,我国的不当得利法虽然也剥夺行为人的获利,但并非将该获利完全分配给受损人一方,而是予以收缴。而《侵权责任法》第20条则允许权利人请求行为人按照其获利赔偿自身的财产损失,在权利人请求行为人按照获利赔偿时,该条实际上将行为人的获利完全分配给权利人一方,这显然不同于《民法通则意见》第131条的规定。因此,难以将该条所规定的获利赔偿请求权解释为不当得利返还请求权。第三,将该条所规定的获利赔偿请求权解释为不当得利返还请求权,也可能使该条失去存在意义。在法律解释过程中,应当尽量将法律条文解释为有实际意义的条文,否则该解释方案的妥当性和正当性就值得怀疑。如前所述,我国现行立法已经对不当得利制度作出了规定,人格权擅自商业化利用虽可成立不当得利,但直接适用我国立法关于不当得利的规定即可,而没有必要在《侵权责任法》中再次对其作出规定。此外,如果将《侵权责任法》第20条所规定的获利赔偿请求权解释为不当得利返还请求权,在逻辑上也会与请求权竞合的理论存在一定的冲突。人格权擅自商业化利用虽然可能成立侵权请求权与不当得利返还请求权的竞合,但权利人应当有选择基于何种请求权提出请求的权利,而如果将《侵权责任法》第20条所规定的获利赔偿请求权解释为不当得利返还请求权,从该条的文义来看,该条并没有赋予权利人选择请求权的权利;该条第1句规定了侵权损害赔偿请求权,第2句规定了不当得利返还请求权,且从该条文义来看,两种请求权的适用之间并非选择的关系,而是一种递进关系,即在侵权请求权的适用出现困难时,才适用不当得利返还请求权。

(2)将该条所规定的获利赔偿请求权解释为无因管理请求权,与我国现行法上的无因管理制度也存在一些不合之处:第一,《民法通则》第93条和《民法通则意见》第132条虽然没有明确规定无因管理的成立以管理人的管理行为不违反本人的意愿为条件,管理人的管理行为违反本人意愿的,应当构成侵权。<sup>②</sup>因为行为人未经许可对他人人格权进行商业化利用,该行为显然有违受害人的意愿,不应当成立无因管理。第二,依据《民法通则》第93条以及《民法通则司法解释》第132条,无因管理中的管理行为必须是“为避免他人利益受损失进行管理或者服务”,即管理人应当是为本人的利益活动。而在行为人擅自对他人人格权进行商业化利用的情形下,行为人是为自己的利益而利用他人的人格权,并没有为权利人“管理”的意思,该行为显然不同于无因管理中管理人的管理行为。第三,无因管理中本人应当向管理人偿付因管理行为而支付的必要费用(《民法通则》第93条),而《侵权责任法》第20条并没有对权利人的偿付义务作出规定。第四,依据《民法通则》第93条以及《民法通则司法解释》第132条,只要是没有法律上的原因管理他人事务,即可在当事人之间产生无因管理之债,而从《侵权责任法》第20条的规定来看,获利赔偿请求权的成立还需要具备“被侵权人的损失难以确定”、“侵权人因此获得利益”等条件,将该请求权解释为无因管理请求权,显然增加了无因管理的适用条件,此种限制也缺乏正当性。第五,获利赔偿请求权也不属于不法无因管理而产生的请求权。有学者主张,将《侵权责任法》第20条所规定的“获利赔偿”解释为无因管理,并非是指其构成适法的无因管理,其

<sup>①</sup> 该利益在性质上不能返还,行为人应当偿还使用他人人格权益所应当支付的对价。参见王泽鉴:《不当得利》,中国政法大学出版社2002年版,第174页。

<sup>②</sup> 参见王利明:《债法总则研究》,中国人民大学出版社2015年版,第540页。

应当构成不法无因管理,<sup>⑮</sup>不法无因管理只是类推适用无因管理的规定,以剥夺行为人的获利。<sup>⑯</sup>但即便如此,此种解释方案也存在一定的问题:不法无因管理属于侵权行为,适用无因管理规则的前提是权利人提出相应的主张,<sup>⑰</sup>而从《侵权责任法》第20条的规定来看,权利人请求行为人按照获利赔偿时,很难认定权利人有承认行为人的行为构成无因管理的意思,将该条所规定的获利赔偿解释为不法无因管理,显然是对当事人意愿的过度拟制。而且在不法无因管理的情形下,权利人虽然可以请求行为人基于“管理”行为而获得的利益,但其也应当向“管理人”偿付因“管理”行为而支出的费用。但从《侵权责任法》第20条关于“获利赔偿”的规定来看,其并没有规定权利人偿付管理人管理费用的义务。此外,我国现行立法并没有规定不法无因管理制度,如果将《侵权责任法》第20条所规定的获利赔偿请求权解释为不法无因管理,可能构成对我国无因管理制度的重大挑战,这可能也超出了立法者的立法原意。

(3)获利赔偿请求权也不属于独立的请求权类型。有学者认为,《侵权责任法》第20条所规定的获利赔偿请求权在性质上属于独立的请求权。此种观点认为,《侵权责任法》第20条所规定的“利润剥夺”请求权在性质上兼具侵权损害赔偿请求权与不当得利返还请求权的属性,该请求权具有特殊性和独立性,应属于一种独立的请求权类型。<sup>⑱</sup>将获利赔偿请求权界定为独立的请求权虽然可以暂时回避对该请求权性质的探讨,但此种解释方案也存在一定的问题:第一,将获利赔偿界定为独立的请求权类型,需要进一步明确该请求权的适用条件。从《侵权责任法》第20条的文义来看,获利赔偿请求权的适用应当符合如下条件:一是侵害他人人身权益,二是造成财产损失,三是被侵权人的损失难以确定,四是侵权人因侵权行为获利。由此可见,关于该请求权的适用条件,该条使用了“侵害”、“被侵权人”、“侵权人”等表述,理应属于侵权请求权的范畴,如果将其作为独立的请求权类型,那么该请求权是否属于侵权请求权的下位概念?事实上,从《侵权责任法》第20条的文义很难准确界定获利赔偿请求权的适用条件,尤其是行为人的主观过错问题。对此,立论者认为,《侵权责任法》第20条所规定的获利赔偿请求权仅解决损害填补的问题,该请求权的具体构成要件应当依据《侵权责任法》第6条、第7条以及其他具体规定确定。<sup>⑲</sup>这也引出了独立请求权说所面临的另外一个问题:既然获利赔偿请求权在性质上属于独立的请求权,为何其构成要件需要依据侵权责任的构成要件来判断?这是否表明,其本质上就是侵权请求权?第二,一旦将该条所规定的获利赔偿请求权界定为独立的请求权类型,即需要明确其在请求权体系中的定位问题。从《侵权责任法》第20条规定的文义来看,只有在“被侵权人的损失难以确定”时,才能适用获利赔偿请求权,据此,获利赔偿请求权的适用应当在侵权损害赔偿请求权之后,这一方面会不当限制获利赔偿请求权的适用条件,另一方面,将获利赔偿请求权的适用置于侵权损害赔偿请求权之后也缺乏足够的正当性。同时,如何协调其与无因管理、不当得利等请求权之间的关系,均有待于进一步界定。第三,从历史解释来看,按照立法者的观点,《侵权责任法》第20条规定“获利赔偿”的主要目的是为了了解决人格权侵权的财产损失数额确定的难题,<sup>⑳</sup>而不是规定独立的请求权类型。可见,将《侵权责任法》第20条所规定的获利赔偿请求权界定为独立的请求权类型,虽然可以暂时回避将其界定为不当得利返还请求权、无因管理请求权等所存在的问题,但其也面临准确界定适用条件、协调与其他请求权之间的关系等难题,而且此种解释方案突破了既有的请求权体系,与前述解释方案相比,其解释成本可能更高。

因此,将《侵权责任法》第20条所规定的获利赔偿请求权解释为不当得利返还请求权、无因管理请求权以及独立的请求权类型均存在一定的问题,而且解释成本较高。应当将该条所规定的获利赔偿请求权解释为侵权损害赔偿请求权,此种解释方案既可以实现逻辑上的一贯,解释成本较低,而且更符合立法者的愿意,主要理由在于:第一,从体系解释看,该条所规定的获利赔偿请求权并非孤立存在的请求权,此处的获利与同条的实际损失、当事人协商以及法院酌定方式并列,都是确定权利人财产损失数额的具体方式。因此,从体

<sup>⑮</sup> 参见前注<sup>⑬</sup>,赵廉慧文。

<sup>⑯</sup> 参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第二册),北京大学出版社2009年版,第75页。

<sup>⑰</sup> 参见前注<sup>⑬</sup>,王利明书,第559—560页。

<sup>⑱</sup> 参见前注<sup>⑬</sup>,朱岩文。

<sup>⑲</sup> 参见前注<sup>⑬</sup>,朱岩文。

<sup>⑳</sup> 参见前注<sup>⑬</sup>,王胜明书,第103—104页。

系解释上看,应当将其解释为侵权损害赔偿请求权,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。第二,从目的解释和历史解释来看,按照立法者的观点,由于人格权的客体具有无形性,人格权遭受侵害的情形下,权利人很难证明其财产损失的具体数额,《侵权责任法》第20条规定获利赔偿请求权的主要目的是为了缓解受害人证明其财产损失数额的困难,<sup>⑤</sup>因此,将该请求权解释为侵权损害赔偿请求权,既符合人格权侵权的特点,也符合该规则的立法目的。第三,将该请求权解释为侵权损害赔偿请求权,并不会影响侵权法损害预防功能的实现。有观点认为,如果将《侵权责任法》第20条所规定的获利赔偿请求权解释为侵权损害赔偿请求权,可能不利于发挥侵权责任的损害预防功能,因为侵权损害赔偿的目的在于填补损害,而在行为人获利大于损害的情形下,行为人在承担损害赔偿之后,仍然可能有巨大的获利,将该条解释为获利赔偿请求权,将使侵权法的损害预防功能完全落空。<sup>⑥</sup>事实上,在本文所选择的解释方案之下,行为人的获利在性质上属于确定权利人财产损失具体数额的一种方式,因此,在行为人获利较大的情形下,权利人可以选择依据行为人的获利确定其财产损失的具体数额,这就可以有效剥夺行为人的侵权获利。因此,将该条所规定的获利赔偿请求权解释为侵权损害赔偿请求权,并不会影响侵权责任损害预防功能的实现。

综合上述解释,《侵权责任法》第20条仅规定了侵权损害赔偿请求权,而没有规定其他的请求权类型,获利赔偿请求权在性质上属于侵权损害赔偿请求权。当然,将该条所规定的获利赔偿请求权解释为侵权请求权,并不意味着要将行为人的获利解释为权利人的损害,而只是将行为人的获利解释为确定权利人财产损失数额的方式。有学者认为,《侵权责任法》第20条所规定的“获利赔偿”请求权在性质上属于侵权请求权,为了强化对不法行为的威慑,权利人在依据该规定请求行为人赔偿财产损失时,行为人的获利即属于权利人的损害,因此,权利人不需要证明其客观上遭受了财产损失,也不需要证明其财产损失的具体数额,<sup>⑦</sup>行为人的获利即属于受害人的损害。<sup>⑧</sup>此种观点将行为人的获利视为权利人的损害,不当扩张了侵权损害的内涵,因为损害的外延无论如何也不能扩张到行为人的获利。<sup>⑨</sup>而且按照《侵权责任法》第20条第1句的规定,权利人在请求行为人按照其获利赔偿时,需要证明其客观上存在一定的财产损失,如果将行为人的获利解释为权利人的损害,则会与该条第1句存在一定的冲突。因此,将获利赔偿请求权解释为侵权损害赔偿请求权,并不是要将行为人的获利视为受害人的损害,而是将行为人的获利作为受害人财产损失数额的计算方式。

### 三、获利赔偿请求权的行使条件

如前所述,《侵权责任法》第20条所规定的获利赔偿请求权应当属于侵权损害赔偿请求权,在这一前提下,该请求权的行使需要符合侵权责任的构成要件,同时,依据《侵权责任法》第20条的规定,获利赔偿请求权的行使还需要具备以下两个条件,一是“被侵权人的损失难以确定”,二是“侵权人因此获得利益”,以下具体探讨。

#### (一)符合侵权责任构成要件

获利赔偿请求权属于侵权损害赔偿请求权,该请求权的行使需要符合侵权责任的构成要件,即需要具备损害后果、因果关系、行为人具有过错三个条件。<sup>⑩</sup>在行为人擅自商业化利用他人的人格权时,因果关系以及行为人的过错比较容易认定,从司法实践来看,受害人行使该请求权所面临的主要困难在于如何证明自己遭受了实际财产损失。依据《侵权责任法》第20条的规定,在人格权擅自商业化利用的情形下,权利人请求行为人按照获利赔偿时,应当证明行为人的行为在客观上给其“造成财产损失”。问题在于,权利人如何证明行为人给其“造成财产损失”?由于人格权的客体具有无形性,即便行为人未经权利人许可而对他人人格权

<sup>⑤</sup> 从我国司法实践来看,在人格权擅自商业化利用的诉讼中,权利人往往难以证明其财产损失的具体数额。参见“任达华与海南正大汇龙房地产开发有限公司肖像权纠纷上诉案”,海南省高级人民法院民事判决书,(2013)琼民三终字第59号;“黄晓明与北京东晟门诊部肖像权纠纷案”,北京市第三中级人民法院民事判决书,(2015)三中民终字第07997号;“林心如与北京冯立哲医疗美容门诊部肖像权纠纷案”,北京市第三中级人民法院民事判决书,(2015)三中民终字第01253号。

<sup>⑥</sup> 参见前注⑤,朱岩文。

<sup>⑦</sup> 参见孙良国:《论人身权侵权获益赔偿的性质、功能与适用》,载《法律学科(西北政法大学学报)》2011年第4期。

<sup>⑧</sup> 参见前注⑥,王若冰文。

<sup>⑨</sup> 参见前注⑫,程啸书,第560页。

<sup>⑩</sup> 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301页。

进行商业化利用,通常也不会对权利人造成实质性损害。<sup>①</sup>而且人格权可以反复许可他人使用,行为人未经许可对他人的肖像权进行商业化利用时,通常并不会影响权利人再次许可他人利用其肖像权,权利人很难证明其客观上遭受了何种财产损害。从《侵权责任法》颁行前的司法实践来看,权利人常常因难以证明其客观上存在财产损失而难以获得救济。<sup>②</sup>《侵权责任法》颁行后,这一问题依然存在。例如,在“刘真骅人格权纠纷案”中,被告未经许可对原告的肖像进行商业化利用,法院认为,由于原告无法证明其因被告的行为而遭受实际财产的减少或者可得利益的丧失,因此无法支持原告的诉讼请求。<sup>③</sup>

有鉴于此,本文认为,为减轻权利人对其财产损失的证明责任,便利对受害人的救济,同时有效发挥侵权法的损害预防功能,可以将《侵权责任法》第20条所规定的“造成财产损失”解释为:只要行为人未经许可对他人的肖像权进行了商业化利用,即可直接认定权利人因此遭受了财产损失。作出此种解释的主要理由在于:

其一,此种解释并没有超出“造成财产损失”的合理文义范围。对法律文本的解释不应超出文本的合理文义范围,<sup>④</sup>不能为了实现特定的目的而忽略法律文本本身的含义,正如有学者所言,“阅读并不是为了寻求在舍弃作者意图的情况下重写文本的快乐,而是为了在了解作者真实意图的情况下去扩张文本的意义。”<sup>⑤</sup>对《侵权责任法》第20条所规定的“造成财产损失”解释也应当坚持这一原则。事实上,对《侵权责任法》第20条中“造成财产损失”作出上述解释并没有超出其合理的文义范围,因为行为人未经许可对其肖像权进行利用,在客观上的确会给权利人造成一定的财产损失,此种财产损失主要体现为:(1)行为人的利用行为可能导致其肖像权中经济价值的减损。肖像权同时包含精神利益与经济价值,行为人未经许可对他人的肖像权进行商业化利用,可能导致肖像权中经济价值的贬损。例如,行为人未经权利人许可将其肖像用于一些性用品的广告中,<sup>⑥</sup>或者将他人的肖像用于相关的商业广告,可能使社会公众对受害人的“个人品质、价值观产生负面认识”,导致其社会评价的降低,<sup>⑦</sup>并因此导致其肖像权中经济价值的降低。(2)行为人的利用行为可能使权利人丧失一定的许可使用费。因为行为人经权利人许可而使用其肖像权时,一般需要支付一定的许可使用费用,行为人未经许可对其肖像权进行商业化利用,会使权利人因此丧失一定的许可使用费用。<sup>⑧</sup>(3)行为人未经权利人许可对其肖像权进行商业化利用,可能使权利人丧失一些对其肖像权进行利用的潜在机会。<sup>⑨</sup>总之,在行为人擅自对他人的肖像权进行商业化利用的情形下,基于肖像权客体的无形性等原因,权利人可能难以证明其客观上遭受了确定的财产损失,但行为人的行为在客观上会对权利人的经济利益

<sup>①</sup> 参见张红:《人格权总论》,北京大学出版社2012年版,第215页。

<sup>②</sup> 参见“张柏芝诉江苏东洋之花化妆品有限责任公司等肖像权纠纷案”,安徽省合肥市高新技术产业开发区人民法院民事判决书,(2003)合高新民一初字第137号;“苏家玉等与汤镇宗肖像权纠纷上诉案”,四川省成都市中级人民法院民事判决书,(2008)成民终字第60号;“刘翔与《精品购物指南》报社等肖像权纠纷上诉案”,北京市第一中级人民法院民事判决书,(2005)一中民终字第8144号;“人体模特缪燕诉徐芒耀、辽宁美术出版社侵犯其肖像权案”,法宝引证码:CLIC.25020;“崔永元诉北京华麟企业(集团)有限公司侵害肖像权、名誉权案”,北京市朝阳区人民法院民事判决书,(1999)朝民初字第4247号。

<sup>③</sup> 参见山东省青岛市中级人民法院民事判决书,(2011)青民五终字第278号。

<sup>④</sup> Antonin Scalia, A Matter of Interpretation, Princeton University Press, 1997, p.23.

<sup>⑤</sup> 张国清:《中心与边缘》,中国社会科学出版社1998年版,第160页。

<sup>⑥</sup> BGHZ 26, 349 - Herrenreiter.

<sup>⑦</sup> 参见“南都周刊、南方都市报与孟倩等肖像权纠纷案”,北京市第三中级人民法院民事判决书,(2014)三中民终字第03103号;“张燕(艺名张馨予)诉上海城市医院有限公司名誉权纠纷案”,上海市嘉定区人民法院民事判决书,(2013)嘉民一(民)初字第6030号;“林心如诉上海百达丽医疗美容门诊部有限公司肖像权纠纷案”,上海市徐汇区人民法院民事判决书,(2013)徐民一(民)初字第6803号;“张燕与安徽韩美整形外科医院管理股份有限公司肖像权纠纷案”,北京市第三中级人民法院民事判决书,(2014)三中民终字第14466号。

<sup>⑧</sup> 不论权利人是否有商业化利用其肖像权的意愿,其都应有权请求行为人赔偿此种财产损失。BGHZ 169, 340 - Lafontaine.

<sup>⑨</sup> 例如,在相关案件中,行为人未经许可将权利人的肖像用于相关的商业广告宣传,这可能使权利人丧失与相关网站的合作机会,从而使权利人遭受潜在的经济损失。参见“吴静怡(艺名伊能静)诉上海城市医院有限公司名誉权纠纷案”,上海市嘉定区人民法院民事判决书,(2013)嘉民一(民)初字第6028号。

产生一定影响。因此,对《侵权责任法》第20条所规定的“造成财产损失”作出上述解释符合人格权侵权的特点,并没有超出其合理的文义范围。

其二,此种解释有利于发挥侵权法的损害预防功能,从而有效预防人格权擅自商业化利用行为。侵权损害赔偿的一般功能在于损害填补,使受害人恢复到遭受损害以前的状态,但除此功能外,其也应当具有一定的预防功能。<sup>④</sup> 在行为人未经许可对他人人格权进行商业化利用的情形下,权利人通常难以证明其客观上遭受了何种财产损失,主要原因在于:(1)在权利人无商业化利用其人格权意愿的情形下,即便行为人未经权利人许可对其人格权进行商业化利用,权利人也难以证明行为人给其造成何种财产损失。<sup>⑤</sup> (2)即便权利人有意愿对其人格权进行商业化利用,但如果其并未开始相关的利用行为,此时,行为人未经权利人许可对其人格权进行商业化利用,不仅不会影响权利人商业化利用其人格权的活动,反而可能因为其宣传作用增加权利人商业化利用其人格权的机会。此时,权利人也将难以证明其遭受了何种财产损失。(3)即便权利人正在对其人格权进行商业化利用,但如果其并未因行为人的利用行为而遭受违约损失等损失时,<sup>⑥</sup>其也难以证明自身遭受了实际财产损失。因此,在行为人擅自对其人格权进行商业化利用时,权利人很难证明行为人的行为给其造成了何种确定的财产损失,如果忽略人格权侵权的特殊性,严格要求权利人证明其遭受了何种既有利益的减少和可得利益的丧失,将不利于发挥侵权法的损害预防功能。《侵权责任法》第20条规定多种财产损失数额计算方式,其目的之一,就是为了减轻受害人的举证负担,便利对受害人进行救济,<sup>⑦</sup>而将《侵权责任法》第20条所规定的“造成财产损失”在其合理文义范围内解释为“只要行为人未经许可对他人的的人格权进行商业化利用,即可认定受害人因此遭受了财产损失”,则可以进一步减轻权利人的举证负担,这有利于发挥侵权法的损害预防功能。

其三,此种解释方案也不会不当加重行为人的负担。一般情形下,权利人请求行为人赔偿财产损失时,法律要求权利人必须证明其客观上遭受了确定的财产损失,其重要原因是为了防止过分加重行为人的负担,防止个人动辄即需要承担财产损害赔偿赔偿责任。<sup>⑧</sup> 而在人格权擅自商业化利用的情形,适当减轻权利人的举证负担并不会过分加重行为人的责任,主要原因在于:一方面,此种解释方案并没有完全免除权利人对其财产损失的举证责任。因为按照此种解释方案,权利人要证明其客观上存在财产损失,其仍然需要举证证明行为人未经许可对其人格权进行了商业化利用。另一方面,此种解释方案也不会不当加重行为人的侵权损害赔偿责任。因为此种解释方案只是降低权利人对其存在实际财产损失的证明责任,权利人仍需要证明行为人的获利数额。此外,即便获利赔偿请求权成立,行为人也只需要在其获利范围内承担责任,这本身体现了法律对其行为人的否定性评价,但并没有不当加重其责任。

## (二)受害人“损失难以确定”

在受害人请求行为人承担获利赔偿责任时,依据《侵权责任法》第20条的规定,该请求权的适用还需要受害人的“损失难以确定”。问题在于,如何理解此处的“损失难以确定”?学界对此存在不同观点:

一种观点认为,应当将此处的“损失难以确定”解释为受害人是否存在财产损失难以确定。例如,有学者认为,在权利人请求行为人按照实际损失赔偿时,其应当证明自身遭受了实际财产损失,而在权利人请求行为人按照其获利赔偿时,其无须证明自身遭受了确定的损害,从而从便利诉讼角度为受害人救济提供便利。<sup>⑨</sup> 应当将《侵权责任法》第20条所规定的“损失难以确定”解释为权利人虽有损失但无法证明或者实际上并未遭受损失。<sup>⑩</sup> 在“利润剥夺”的情况下,“计算的基准完全是加害人所得利润的范围,并不考虑受害人

<sup>④</sup> 参见 U·马格努斯:《侵权法的统一:损害与损害赔偿》,谢鸿飞译,法律出版社2009年版,第267—270页。

<sup>⑤</sup> BGHZ 26, 349 - Herrenreiter.

<sup>⑥</sup> “李晓霞诉深圳市西伯莱生物科技有限公司肖像权纠纷案”,广东省珠海市香洲区人民法院民事判决书,(2006)香民一初字第167号。

<sup>⑦</sup> 参见前注<sup>④</sup>,王若冰文。

<sup>⑧</sup> 参见前注<sup>④</sup>,王利明书,第311—312页。

<sup>⑨</sup> 参见周友军:《侵权责任法专题讲座》,人民法院出版社2011年版,第102—103页。

<sup>⑩</sup> 参见前注<sup>⑩</sup>,程啸书,第560页。

是否真正遭受此种损害”。<sup>④7</sup>按照此种观点,权利人请求行为人按照获利赔偿时,并不需要证明其遭受了财产损失。

另一种观点认为,应当将此处的“损失难以确定”解释为受害人财产损失的数额难以确定。例如,有学者认为,《侵权责任法》第20条是对侵害人格权财产损失计算方式所作出的规定,其适用前提是受害人遭受了一定的财产损失。<sup>④8</sup>按照此种观点,受害人依据《侵权责任法》第20条请求行为人按照获利赔偿时,应当证明其客观上遭受了财产损失,但并不需要证明其财产损失的具体数额,行为人的获利可以作为计算受害人财产损失数额的一种方法。

产生上述分歧的主要原因在于,学者对《侵权责任法》第20条所规定的获利赔偿请求权的性质的理解不同:如果将其解释为侵权损害赔偿请求权以外的请求权类型(如无因管理请求权或者独立的请求权),则受害人可能不需要证明自己遭受了实际财产损失;而如果将其解释为侵权损害赔偿请求权,则受害人请求行为人赔偿获利时,则需要证明其客观上遭受了一定的财产损害。如前所述,从解释论上看,应当将该条所规定的获利赔偿请求权解释为侵权损害赔偿请求权,在此前提下,受害人依据该条规定请求行为人赔偿获利时,应当证明遭受了一定财产损失。因此,应当将该条所规定的“损失难以确定”解释为受害人的财产损失数额难以确定。

在此需要明确的是,如果将该条中的“损失难以确定”解释为受害人的财产损失数额难以确定,受害人主张获利赔偿请求权是否首先需要尽力证明其财产损失的具体数额?是否只有在受害人无法证明其财产损失的具体数额时,其才能主张获利赔偿请求权?《侵权责任法》并没有对此作出明确规定。但从该条的文义来看,在人身权益遭受侵害而遭受财产损失的情形下,受害人有权请求行为人赔偿其实际损失,只有在其“损失难以确定”时,受害人才有权请求行为人按照其获利数额承担赔偿责任。这似乎是要求受害人在主张获利赔偿请求权时,首先应当证明其损害难以计算。有学者也认为,《侵权责任法》第20条所规定的几种损害计算方法在适用顺序上具有一定的适用顺序,其规定的是“依次选择”模式,即先计算实际损害,在具体损害难以计算时,才能考虑行为人的获利问题。<sup>④9</sup>还有学者认为,按照所获得的利益赔偿的适用范围是有限的,即限于受害人的损失难以确定。<sup>⑤0</sup>上述解释虽然是对该条文义的合理解释,但会不当增加受害人的诉讼负担:按照上述观点,受害人主张获利赔偿请求权时,其首先需要尽力证明其财产损失的具体数额,只有在无法证明该具体数额的情形下,受害人才可行使获利赔偿请求权,这显然不当增加了受害人的诉讼负担。本文认为,该条将获利赔偿请求权的适用条件设定为受害人的损失数额难以确定,实际上是赋予了受害人选择以何种方式计算其财产损失数额的权利,即在人身权益受侵害而遭受财产损失的情形下,权利人有权选择依据该条第1句所规定实际损失赔偿或者依据该条第2句所规定的获利赔偿提出请求:在权利人能够证明其实际财产损失数额时,其可以选择请求行为人赔偿其实际损失;如果权利人难以证明其财产损失的具体数额,或者其能够证明的财产损失数额低于行为人的获利数额时,其应当有权选择请求行为人按照其获利赔偿。从这一意义上说,权利人应当有权在实际损失赔偿与按照行为人获利赔偿之间做出选择。<sup>⑤1</sup>允许权利人选择以何种方式计算其财产损失的具体数额,符合人格权侵权的特点,也有利于发挥侵权法的损害预防功能。

问题在于,行为人能否在多种财产损失计算方式中作出选择?例如,在权利人请求按照行为人获利赔偿时,行为人能否主张按照权利人的实际财产损失赔偿?《侵权责任法》第20条并没有对此作出规定,但在解释上应当否定行为人选择财产损失计算方式的权利,主要理由在于:一方面,从该条的立法目的来看,其主要是为了救济权利人,减轻其举证方面的困难,因为在人身权益侵权的情形下,《侵权责任法》第20条之所以规

<sup>④7</sup> 参见前注⑥,朱岩文。

<sup>④8</sup> 参见前注⑩,王利明书,第85页。

<sup>④9</sup> 参见前注⑪,张红书,第216页。

<sup>⑤0</sup> 参见前注⑫,周友军书,第103页。

<sup>⑤1</sup> 不过,权利人虽然有权选择以何种方式确定其财产损失的具体数额,但一旦权利人选定特定的计算方式,其就应当尽到相应的证明义务,否则其诉讼请求将难以获得支持。例如,如果权利人选择请求行为人赔偿其实际财产损失,那么权利人就应当证明行为人给其造成了多少实际损失;如果权利人选择按照行为人的获利进行赔偿,则权利人应当证明行为人的获利数额,否则其诉讼请求也难以获得支持。

定多种财产损失数额的计算方式,主要应当是为了更好地救济权利人,减轻其在证明其财产损失存在和具体数额方面的困难。因此,应当将该选择权主体限于权利人。另一方面,与侵害财产权不同,侵害人身权的财产损失往往难以确定,因此,即便行为人提出按照权利人的实际财产损失赔偿,其所证明的“实际财产损失”也可能难以涵盖权利人的全部财产损失,尤其是一些潜在的经济损失。因此,原则上不应当允许行为人在多种财产损失数额确定方式中作出选择。此外,以何种方式计算财产损失数额是权利人证明责任的一部分,应当由权利人在法律规定的范围内作出选择,行为人无权作出选择。

### (三) 行为人因此获利

侵权责任只救济现实的损害,受害人请求行为人赔偿财产损害的,应当对其损害进行举证,其应当证明损害的存在、损害的范围以及损害的程度等,也就是说,权利人请求行为人赔偿财产损失时,其既需要证明其客观上遭受了确定的财产损失,<sup>②</sup>又需要证明其财产损失的具体数额,<sup>③</sup>否则可能无法获得救济。同样,在行为人擅自对他人人格权进行商业化利用的情形下,受害人请求行为人赔偿财产损失时,其也需要证明自己财产损失的具体数额,否则将难以获得救济。而在本文所选择的解释方案下,《侵权责任法》第20条所规定的行为人的获利在性质上属于受害人财产损失数额的计算方式,因此,受害人证明行为人的获利数额,实际上是在证明自己财产损失的具体数额。从我国的司法实践来看,在行为人擅自对其人格权进行商业化利用的情形下,受害人往往难以证明行为人的获利数额。<sup>④</sup>

导致这一后果的重要原因在于,在人格权擅自商业化利用的情形下,《侵权责任法》第20条虽然规定了获利赔偿请求权,但该条并没有明确规定该获利的范围和计算方法,这也是影响该请求权适用的重要原因之一,以下即具体探讨上述问题。

#### 1. 获利的范围

在人格权擅自商业化利用的情形下,行为人的获利是指行为人因利用他人人格权益而获得的利益。确定获利数额的前提是确定行为人获利的范围,即行为人的哪些获利属于获利赔偿中的“获利”?《侵权责任法》第20条没有对此作出明确规定,学者对此存在不同的观点:一种观点认为,该条所规定的行为人的获利是指行为人的总获利,即只要行为人未经许可对他人的的人格权进行商业化利用,其所获得所有的利益都应当属于此处的“获利”。例如,有学者认为,在“利润剥夺”的情形下,行为人的获利并不是用于填补受害人的损害,因此其在范围上可以大于受害人的损害,此处的获利应当是行为人的“全部获益”。<sup>⑤</sup>另一种观点认为,该条所规定的获利并不是行为人的全部获利,其在范围上应当是与利用受害人人格权具有因果关系的获利。例如,有学者认为,“侵权获益赔偿制度设定的目的不是为剥夺侵权人的全部利益,否则权利人即有‘不当利得’之嫌。”<sup>⑥</sup>该条所规定的获利应当是指行为人因侵权行为而增加的收入。<sup>⑦</sup>

比较上述两种观点,后一种观点更为可取,即该条所规定的“获利”并不是行为人的总获利,而应当是与利用受害人人格权具有因果关系的获利,主要理由在于:一方面,剥夺行为人因利用他人人格权所获得的利益已经足以阻遏不法行为,在该获利范围以外,行为人虽然可能获得一定的收益,但该收益主要是行为人基于自己的相关成本获得,法律不应当将该部分获利强制移转给受害人一方。另一方面,从《侵权责任法》第20条的规范性质来看,该条并不属于惩罚性赔偿,其仍然贯彻的是损害填补的原则,其主要功能在于对受害

<sup>②</sup> 参见前注⑩,王利明书,第311—312页。

<sup>③</sup> 参见前注④,周友军书,第168—169页。当然,一些国家也在特定情形下降低了受害人对其损害的证明责任,如《德国民法典》第252条即降低了受害人对其利润损失的证明责任。

<sup>④</sup> 当然,从我国司法实践来看,在权利人主张按照行为人获利进行赔偿而又难以证明行为人获利的具体数额时,法院也不会驳回权利人的诉讼请求,而是依据职权直接酌定权利人财产损失的具体数额。参见“刘某诉上海某科技有限公司等肖像权纠纷案”,上海市青浦区人民法院(2011)青民一(民)初字第1298号民事判决书;“孟瑶与东莞莞城美立方美容医院肖像权纠纷案”,北京市第三中级人民法院民事判决书,(2014)三中民终字第07723号;“张国立与中山市樱花帝王电器有限公司肖像权、姓名权纠纷案”,北京市第三中级人民法院民事判决书,(2015)三中民终字第06153号。

<sup>⑤</sup> 参见前注⑥,朱岩文。

<sup>⑥</sup> 参见前注⑦,孙良国文。

<sup>⑦</sup> 参见前注⑫,程啸书,第560页。

人的损害进行填补,如果通过该规则剥夺行为人所有的获利,则可能使该条具有明显的惩罚性赔偿色彩,这显然有违该条的立法原意。

## 2. 获利数额的计算方法

在侵害人身权益的情形下,关于如何计算行为人的获利数额,学者提出了不同的主张,概括而言,主要有如下几种方法:

一是借助于不真正无因管理制度确定获利数额。此种观点认为,可以考虑借助非真正无因管理的相关规则确定行为人的获利数额,即假设行为人是为受害人谋利,其基于无因管理规则应当向受害人返还的利益范围可以作为计算行为人获利数额的基准。<sup>⑤</sup>

二是依据不当得利的规则计算行为人的获利。此种观点认为,《侵权责任法》第20条所规定的获利赔偿请求权实质上是不当得利返还请求权,在受害人的财产损失数额难以计算时,可以依据不当得利的规则确定行为人获利的数额。<sup>⑥</sup>

三是借助经济学的方法计算行为人的获利数额。此种观点认为,“在证明侵权人的利润所得时,受害人只需证明侵权人因侵权获得的总收入,由侵权人承担进一步的举证责任,说明总收入中应当减去的成本。”也就是说,为了缓解受害人证明行为人获利数额的困难,首先可以考虑适用举证责任倒置的方式,由受害人证明行为人的经营获利总额,再由行为人证明应予合理扣除的部分,最后确定行为人的获利数额。<sup>⑦</sup>

四是通过举证责任倒置的方式,由行为人证明其获利的具体数额。此种观点认为,由于受害人与行为人之间存在信息不对称的问题,受害人很难证明其人格权益在行为人获利中的作用大小。为了缓解受害人证明行为人获利数额的困难,可以考虑通过两个步骤对受害人进行救济,一是受害人有权请求行为人公布其获利账目,从而确定行为人获利的总额;二是实行举证责任倒置,由行为人自己证明其获利的具体数额,如果行为人无法证明其获利的具体数额,则受害人有权请求行为人返还全部获利。<sup>⑧</sup>

上述主张均有一定的道理,但如前所述,侵害人身权益获利赔偿请求权在性质上不属于不当得利返还请求权,也不属于无因管理请求权,其“获利”也不同于不当得利中的“得利”和无因管理中的管理人因管理行为而获得的利益,因此,原则上无法借助不当得利返还请求权和无因管理请求权确定行为人获利的数额,否则可能存在不合目的性的问题。第三种方法通过举证责任倒置的方法确定行为人的获利数额,有利于缓解受害人的举证困难,但其仍然要求受害人证明行为人的获利总额,这对受害人而言显然也过于苛刻,因为受害人对行为人的经营状况并不了解,其难以证明行为人的获利总额,第四种计算方法则在一定程度上解决了这一难题。因此,可以考虑结合上述第三种方法和第四种方法,确定行为人获利的数额,具体而言:

首先,确定行为人总获利的数额。受害人有权请求行为人公开相关账目,以确定行为人获利的总额。其次,由行为人证明其获利中不属于因侵害受害人人格权益而获得的部分。在这一环节中,可以考虑运用相关的经济计算方法。<sup>⑨</sup>如果行为人不能证明相关的获利是否因侵害他人人身权益而获得,则应当将其认定为属于因侵害受害人人身权益而获得,这有利于剥夺行为人的获利,发挥侵权法的损害预防功能,同时也体现了法律对行为人行为的否定性评价。最后,从总获利中扣除行为人按照第二环节所证明的获利数额,最后得出的数额即应当属于行为人最终的获利数额。当然,如果受害人认为行为人的证明存在问题,也可以要求行为人及时纠正。<sup>⑩</sup>

根本而言,在人格权擅自商业化利用的情形下,行为人获利的数额在客观上是难以精确计算的,主要理由在于:一方面,如前所述,受害人所能请求行为人赔偿的获利只能是行为人因利用其人格权益而获得的利益,二者之间应当具有因果关系,受害人不能请求行为人返还全部获利。但因果关系本身是一种归责的工

<sup>⑤</sup> 参见前注①,朱岩文。

<sup>⑥</sup> 参见前注③,张红书,第221页。

<sup>⑦</sup> 参见前注⑦,孙良国文。

<sup>⑧</sup> 参见前注⑧,王利明书,第633—634页。

<sup>⑨</sup> 参见前注⑦,孙良国文。

<sup>⑩</sup> 参见前注⑧,王利明书,第634页。

具,其并不具有精确计算损害赔偿数额的功能,因此,行为人的获利在客观上是难以精确计算的。另一方面,行为人的总获利受多种因素的影响,正如有学者所言,“侵权人的个人努力、经营能力、销售能力、资本能力、经济状况、需求者的兴趣变化等等往往与所得利益有重大关联,获益多少不仅仅取决于被侵害的权利的经济价值,而是由各种因素结合的产物”。<sup>④</sup>而受害人的人格权益在行为人总获利中究竟发挥多大作用,实际上是难以准确确定的。因此,借助于经济学的方法虽然在一定程度上有利于保障获利数额计算的客观性,但其所能证明的获利数额并不能像其所预想的那样精确,而只能计算一个大致的数额。但即便如此,也不妨碍我们探讨如何确定这一大致的数额,这一数额的确定仍有利于发挥侵权责任的损害填补功能和损害预防功能。

#### 四、结论

通过上述分析,本文拟得出如下结论:

第一,《侵权责任法》第20条所规定的获利赔偿请求权在性质上属于侵权损害赔偿请求权。依据《侵权责任法》第20条的规定,该请求权的适用应当具备如下条件:一是行为人的行为符合侵权责任的构成要件,二是受害人的损失难以确定,三是行为人因此获利。

第二,只要受害人能够证明行为人未经许可对其人格权进行了商业化利用,即完成了客观上遭受了一定财产损失的证明义务。

第三,《侵权责任法》第20条将获利赔偿请求权的适用条件限定为受害人的“损失难以确定”,实际上是赋予受害人选择以何种方式计算其财产损失具体数额的权利,即受害人有权选择请求行为人赔偿实际损失,或者请求行为人按照其获利承担侵权损害赔偿赔偿责任。

第四,在人格权擅自商业化利用的情形下,行为人的获利在范围上应当是行为人因利用受害人人格权益而获得的收益,而不是行为人的全部获利。该获利的计算需要综合运用举证责任倒置和经济学的计算方法,即允许受害人请求行为人公开其账目,确定行为人的总获利数额,由行为人证明其中应予扣除的部分。在划定行为人的获利总额和其中应予扣除的部分范围时,可能需要借助相关的经济学方法予以确定。

**Abstract:** Article 20 of “Tort Liability Law” has articulated provisions on the property damage liability for infringement of personal rights and interests, and the profit compensation claim in this article is the right of indemnity claim for infringement. The exercise of the claim shall meet the following conditions: the perpetrator’s actions are consistent with tort liability, the loss of the victim is difficult to determine, and the perpetrator is benefited from his/her action. “Tort Liability Law” which requests “the loss (of the victim) is difficult to determine” as a condition of the profit compensation claim, is to give the victim the right to make a choice between the claim for actual damages and the claim for the profit compensation. The burden of proof inversion method may be used to determine the amount of profit of the perpetrator so as to ease the difficulties of proof of the victim.

**Key Words:** Personality Rights; Commercialized Utilization; Profit Compensation; Unjust Enrichment; Negotiorum Gestio

(责任编辑:张素华)

<sup>④</sup> 参见前注<sup>②</sup>,孙良国文。