

人格权侵权中的许可使用费 赔偿研究*

黄芬

摘要:许可使用费属于立法规定的客观损害计算方法。人格权商业化运作的主要方式是权利人授权第三人使用,故采用许可使用费的计算方式得出的损害结果比较接近实际损害的形态和范围,从而适宜实现侵权损害的填补功能;相比实际损害、侵权获利等损害赔偿方式,许可使用费较少面临难以确定的困难;相比法定赔偿方式而言,后者并非损害计算的方法,实际上是放弃完全赔偿的原则。《民法典侵权责任编》在人格权侵权损害赔偿的规范中可以考虑引入许可使用费的损害计算方法。许可使用费的计算的时点应当为侵权行为发生时,在确定具体数额时应当综合考量权利人同期其他许可合同约定的许可使用费数额、人格要素的商业价值等因素。

关键词:许可使用费;实际损害;损害计算方法

中图分类号:D913 文献标识码:A 文章编号:0257-5833(2020)01-0121-11

DOI:10.13644/j.cnki.cn31-1112.2020.01.012

作者简介:黄芬,大连海事大学法学院副教授(辽宁 大连 116085)

一、问题的提出:人格权侵权损害赔偿的异化——法定赔偿的主导地位

《侵权责任法》第20条规定了实际损害赔偿、侵权获利赔偿及法定赔偿三种赔偿方式。这三种赔偿方式并非立于可供权利人自由选择中的地位,而是补充适用的关系。尽管立法者的设计看起来无缺漏,但是司法实践对第20条的适用却是另一番景象——法定赔偿占据了主导地位,实际损害赔偿与侵权获利赔偿极少被运用^①。个中缘由主要在于:第一,实际损害赔偿与侵权获利赔偿的方式在适用时面临诸多困难。在人格权侵权领域,囿于实际损害确定与举证的困难,权利人往往不愿花费心思和精力对实际损害举证。侵权获利相比实际损害,范围更为清晰明确,但是侵权获利的证明往往涉及到侵权人的商业秘密,相关证据难以获得或举证成本过高。第二,法定赔偿的便宜性。与实际损害赔偿、侵权获利赔偿相比,法定赔偿并不需要权利人证明自己的实际损害及确切证明侵权人的利润,省去了权利人的诸多的负担。所以,权利人在起诉时习惯于不提供任何实际损害或侵

收稿日期:2019-10-01

* 本文为国家哲学社会科学基金项目“受益型侵权中的获利赔偿责任规则研究”(项目编号:14CFX073)的阶段性研究成果。

① 王若冰:《论获利返还请求权中的法官酌定——以〈侵权责任法〉第20条为中心》,《当代法学》2017年第4期。

权获利的证据,直接主张法定赔偿^①。另外,法定赔偿也给了法院十分宽松的自由裁量空间。《侵权责任法》第20条只是赋予了法院对损害赔偿的数额予以裁量的权力,并没有对法院在进行裁量时所需要考量的要素或指标以及各种指标的权重给出指示,这就使得法院在操作时,实际上可以不受任何拘束。第三,“实际损害”,“侵权获利”的内涵及判定的标准付之阙如,司法实践也缺乏对其类型化的尝试,导致了在一些案件中,权利人绕过实际损害、侵权获利的证明,直接奔向法定赔偿。

在以上因素的综合作用下,我国司法实践中人格权侵权损害赔偿的方式已经被异化,原本被立法者设计处于“兜底”性的法定赔偿却意外地“鸠占鹊巢”,一跃成为主要的损害赔偿方式。加之,现阶段我国法院判决的法定赔偿的数额整体上偏低^②,双重的原罪使得人格权侵权损害赔偿完全背离了《侵权责任法》第20条立法的宗旨,且逐渐完全沦为形式,在判决中变成了没有任何说理和证据支撑的“一笔带过”,侵权损害赔偿的主旨被架空。

在这样的背景下,我们不得不反思,在实际损害、侵权获利的损害赔偿方式之外,是否还存在其他损害赔偿方式,可以克服这两者的不足,从而避免动辄使用法定赔偿?在《专利法》、《商标法》等类似的损害赔偿规范中,除了实际损害、侵权获利之外,尚存在许可使用费的赔偿方式。所谓许可使用费,又称为类推授权或拟制授权(Lizenzanalogie)^③、合理授权金,是指以理性的侵权人与权利人依据可预见的未来发展所能达成的使用授权协议的授权金额为基础计算侵权损害赔偿的数额^④。由于侵权人与权利人之间并未存在授权关系,故这种损害赔偿的方式具有假设性质:宛如侵权人与权利人之间订立了许可使用协议,侵权人如同合法地被授权人般向权利人支付授权使用的对价——合理的许可使用费或授权金。权利人通过受偿拟制的许可使用费,便处于如同合法地授权第三人使用后的境况。

许可使用费的赔偿方式在大陆法系国家早期见于知识产权侵权损害赔偿中,随后这种损害赔偿的方式便被扩展适用于对一般人格权的商业化利用的保护之中^⑤。英美法国家在有关知识产权的成文法中也规定了许可使用费的赔偿方式^⑥,且英美判例法中也一直承认许可使用费或合理授权金的赔偿方式,在诸如土地、动产等财产未经授权的侵权使用中亦广泛应用^⑦,基于英美法国家普遍认可人格权商业化利用的财产权属性,于人格权侵权使用领域承认许可使用费的赔偿方式自在情理之中^⑧。相形之下,我们不得不思考是否也可将许可使用费的赔偿方式引入我国人格权侵权损害赔偿的规范之中?未来《民法典侵权责任编》中是否可以规定许可使用费的赔偿方式?为此需要研究以下几个方面的问题:许可使用费赔偿的属性是什么?它的正当性基础是什么以及能否契合侵权损害赔偿的功能与目的?相比其他损害赔偿方式,它的优越性何在?

二、许可使用费的属性:客观的损害计算方法与不当得利返还的竞合

第三人擅自使用权利人的人格要素获取收益,就法律效果而言,存在两种观察的面向:由侵权人的得利视角而产生的不当得利面向,由权利人的损害填补视角而产生的侵权损害赔偿面向。

(一)不当得利面向:许可使用费与不当得利返还

从构成要件来看,侵权人擅自使用权利人的人格要素获取商业利益符合权益侵害型不当得利的构成。第一,侵权人通过使用人格要素本身获得了利益。第二,造成了权利人的损害。按照权益

① 如刘某某诉滕州海德公园地产有限公司肖像权纠纷案([2017]京0102民初10363号)。

② 如福州科诺丹美容服务有限公司与李某某肖像权纠纷案,([2018]京02民终字4174号)。原告主张财产损失赔偿100000元,但法院裁决的法定赔偿为20000元。

③ Deusch, Ahrens, Deliktsrecht, 6 Auflage, Verlag Franz Vahlen, 2014, S. 230.

④ 王怡蘋:《著作权损害赔偿之再建构:以德国法为借镜》,载《台大法学论丛》第44卷第3期(2015年),第833页。

⑤ Hermann Lange & Gottfried Schiemann, Schadensersatz, Mohr Siebeck, 2003, S. 358.

⑥ 如美国《专利法》第284条的规定。

⑦ Harvey McGREGOR, McGREGOR on Damages, 商务印书馆2013年版, pp. 458—465.

⑧ 王泽鉴:《人格权法:法释义学、比较法、案例研究》,北京大学出版社2013年版,第454页。

归属说,对人格要素的商业化利用并获取收益的权能由法律秩序专属地、排他地分配给人格权主体,只有他才有权决定是否使用以及如何使用人格要素并赚取收益,第三人的擅自使用行为剥夺了原本属于权利人的收益,构成对法律规范的财产归属秩序的破坏,从而造成了不当得利意义上的他人的“损害”。第三,侵权人的获利并没有法律上的正当依据。他的获利恰是建立在违反法律规定的财产归属秩序之上,欠缺法律上的原因。若符合不当得利的构成,则其法律效力为——“受益人应当返还其所受的利益”。在人格权侵权情形,侵权人所受的利益为对人格要素的使用,这种利益通常无法返还,故只能偿还其价额。大陆法系国家对应当返还的价值的计算通说采用客观说。所以,价值返还应按照该利益的客观价值计算^①,而非侵权人通过使用人格要素获得的全部利润。人格要素使用的客观价值便是权利人授权第三人使用人格要素的许可使用费^②。许可使用费与不当得利返之间的同源性得以确立。由此,若选取不当得利面向,则许可使用费便具有了不当得利返还的属性。

(二)侵权损害赔偿面向:客观的损害计算方法

1. 人格权侵权的损害形态

若从侵权的面向观之,则首当其冲地需要关注权利人所遭受的损害。人格权的客体人格要素具有无形性,它的使用不以占有为要件,故也不会因为反复的使用造成人格要素本身的毁损,与侵犯有形财产造成的损害相比,侵犯人格权造成的损害都聚集在基于可得利益的“所失利益”之上。亦即如果没有侵权人的擅自使用行为,按照权利人使用人格要素的一般规律和市场运作情况,权利人预期可以获取的利益^③。

基于人格权的商业利用与知识产权的相似性,在涉及侵权损害评价时,两者通常被拿来类比,但其实两者存在差异:在人格权侵权的大部分情形,权利人与侵权人之间不具有市场竞争关系。权利人对人格要素的商业利用以授权第三人使用的方式居多。这种差异直接导致了人格权侵权引起的实际损害与知识产权侵权引起的实际损害在形态和范围上有所不同:后者多表现为权利人因为侵权遭受的产品或服务销量的减少或市场份额的缩小;前者则较少表现为这种形态,更多地表现为权利人丧失了授权第三人与以侵权人相同的方式使用人格要素的机会以及权利人的人格要素的商业价值的贬损。所以,人格权侵权损害中的“所失利益”通常包括:许可使用费的丧失——或者为若侵权人未擅自使用权利人的人格要素或以某种方式公开,第三人因与权利人达成人格要素使用的授权而支付给权利人的许可使用费,亦或者为因权利人原本极其可能对侵权人授权而本应从侵权人处获得的许可使用费;除此之外尚包括侵权使用所引起的人格要素的商业价值的贬值,它立基于人格要素的每一次商业使用与其商业价值提升之间的累积关系之上,若侵权人的商品、服务质量低劣、商品、服务的种类特殊、欠缺知名度或与权利人人格要素商业投放的市场定位存在偏差则必然带来对人格要素的商业价值的冲击,造成其价值的降低。

2. 许可使用费并非“差额说”下的所失利益

侵权损害与侵权损害的评价、计算是两个不同的层面的事物,同一损害采用不同的计算或评价方法,得出的损害范围、大小并不完全相同。计算方法的选取因而至关重要。

按照前述分析方法计算出来的损害以权利人的实际情况和具体的现实参数为出发点,将致害事件对受害人总体财产所造成的影响作为考虑因素与计算,属于主观的损害计算方法,又称为具体的损害计算方法^④,它最接近权利人遭受的实际损害,因而最能体现侵权损害赔偿的损害填补功能。《侵权责任法》第20条规定的“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

① BGH 18.12.1986 I ZR 111/84 "Chanel No. 5 (I)" Vgl. BGH GRUR, 1987, 520.

② Benjamin Raue, Die dreifache Schadensberechnung im deutschen Recht, Nomos Verlagsgesellschaft, 2017, S. 260.

③ 王泽鉴:《损害赔偿》,北京大学出版社2017年版,第72页。

④ [瑞]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。

损失赔偿……”若结合后半段的“被侵权人的损失难以确定”,可以得出此处的“损失”乃是指按照主观的损害计算方法计算出来的损害,相应地第20条的“损失”应被限缩为依照主观的损害计算方法得出的实际损害。不过,这种损害计算方法在实践中运用将遭遇诸多困难:权利人并不能轻易证明第三人或交易机会的存在或者单次侵权所肇致的人格要素商业价值降低的数值,尤其是在竞争比较激烈的市场上;即使采类似德国法上举证责任减轻的规则——权利人只需证明可得利益按照事物的惯常运行,能够以极大可能性预期得到的程度,权利人亦难以完成举证任务。另外纵然能够证明第三人或交易机会的存在,除非双方已经达成了授权协议,否则权利人也无法证明作为可得利益的许可使用费的具体数额。

在这种情况下,德国帝国法院在“阿里斯通”案中创造性地通过转化“侵权行为”认定的视角来克服实际损害证明的困难。在这个案件中,帝国法院仍然坚持按照假设差额说计算侵权损害。为此需要确定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财产处境中的应有的财产数额之间的差额。按照惯常的评价侵权行为的视角,上述公式中的“假设侵害行为未曾发生”就相应地置换成“假设侵权人没有使用权利人的音乐作品”。在此视角之外,帝国法院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点不再是“使用”行为本身。相应地,将后两种视角带入假设差额的损害计算公式中,作为对比的财产状态也就发生了变化。在“侵权人的使用未经同意”的视角下,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,便是对应拟制的许可使用费^①。

由此自然得出权利人原本可以获取的许可使用费即为权利人的所失利益或实际的损害的结论:即不法利用人若事前征得权利人同意,本应给付之合理授权金,于实际上却未支付,因此可认定为权利人所失之利益,而属于权利人的实际损害。正是如此,德国联邦最高法院早期也将许可使用费解释为权利人的“所失利益”^②,亦有学者通过规范(normativ)的所失利益的概念支持许可使用费乃所失利益的观点^③,为其打上了“实际损害”性质的烙印。

但是这种方法有着两个方面难以克服的问题:首先,就第三人擅自使用人格要素获益的侵权行为类型来看,侵权行为的违法性仍然在于使用行为本身,权利人关注的也恰恰是侵权人的使用行为。侵权行为观察视角的转换虽然在方法论上具有创造性,但却违背了该类型侵权行为的本质。其次,即使忽略上面的因素,该方法也面临着“与现实情况不符”的尴尬:在大多数人格权侵权情形中,考虑到人格要素商业价值的维护,权利人通常并不愿意或并不同意许可侵权人以与侵权方式相同或相类似的方法使用其人格要素。换言之,即使侵权人在使用前征询权利人的许可,权利人亦不同意给予授权,如将权利人的肖像使用在整形医院的广告上^④,或者将权利人的隐私以著述的形式出版^⑤。在这些情形,权利人欠缺同意的现实可能性。许可使用费是否为所失利益或实际损害也因此遭到了质疑。因为在他们看来“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……而在人格权侵权的诸多情形下,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……”^⑥,是故,权利人并未遭受实际损害或等量的实际损害,许可使用费的赔偿显然超出了损害赔偿法体系的容量^⑦。

① Tobias Helms, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, Mohr Siebeck, 2007, S. 280—281.

② Benjamin Raue, Die dreifache Schadensberechnung im deutschen Recht, Nomos Verlagsgesellschaft, S. 271

③ Dreier, Kompensation und Praevention, Tuebingen, 2002, s. 264, Dazu Maute, Dreifache Schadensersatzberechnung, Carl Heymanns, 2016, S. 63.

④ 如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。

⑤ 参见张某某诉黄某、华夏出版社侵犯姓名权、肖像权、名誉权案(北京市高级人民法院[2010]高民终字第411号)。

⑥ Hermann Lange & Gottfried Schiemann, Schadensersatz, Mohr Siebeck, 2003, S. 362.

⑦ Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts AT, Band 1, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1987, S. 515.

3. 客观的损害计算方法

(1) 人格要素的典型使用方式——许可使用

破解上述“尴尬”的一种可以考虑的选择便是绕开以主观的计算方法对实际损害的探求,转向客观的损害计算方法。如前所述,人格权不同于知识产权,其典型的、通常的利用方式是授权第三人使用,而非权利人自己进行经营性使用。这形成了人格权的“典型事件过程”。授权使用的对价便是许可使用费。因此,在人格权侵权损害赔偿领域,许可使用费的赔偿符合客观的损害计算的规格:它摒弃了对权利人是否因侵权人的身份、使用方式等的因素而拒绝授权等具体情况的斟酌,也不去评判若无侵权行为,权利人是否可能获得更好的交易机会、获得更高的“可得利益”,以及人格要素商业价值是否将提升等,而是根据人格要素通常、典型的使用方式,径直以权利人与侵权人之间可能达成的许可使用费予以计算。

前述主观的损害计算方法下学者们的质疑——权利人通常拒绝对侵权人或类似侵权人地位的第三人授权,权利人因而是否遭受了实际损害——在客观损害计算方法下也能被化解。这源于它屏蔽了对个案具体情况的考量:权利人的授权可能性并不需要被研判,侵权人亦不能以权利人不可能给予使用授权进行抗辩^①。在此维度内,权利人是否遭受了使用对价的损害并不重要^②,实际损害的具体的数额无需被证明^③。客观的损害计算方法的“客观性”还体现在它的法定的作为最低损害赔偿总额的预设之上^④。它在赔偿规则上的具体表达便是侵权人不能通过举证权利人并未遭受实际损害或与适用客观计算方法得出的数额相等的损害来推脱损害赔偿 responsibility;但是权利人若能证明实际损害的数额超过依据客观的计算方法得出的损害数额,权利人可以主张实际损害的赔偿。德国法上处理实际损害与许可使用费赔偿的关系模式恰好印证了上述内容。它代表了完全有利于权利人的价值取向。这与我国《侵权责任法》第20条的规范价值功能也是契合的。

因为其客观属性,适用该损害计算方法得出来的损害结果并非一定是受害人遭受的“所失利益”或“实际损害”本身,在数额及范围上亦非完全对应^⑤,因而在损害填补功能实现的完满性层级上,较主观的损害计算方法也要薄弱些,但许可使用费的计算方法的价值在于为实际损害的测算提供标准,且相比同样适用此损害计算方法的知识产权侵权赔偿,具有更大的妥适性。如前所述,人格要素最典型的利用方式与知识产权的客体的最典型的利用方式不同,前者更多的是授权第三人使用,后者更多的是权利人自己用于生产经营,所以至少就许可使用费的计算方法而言,前者得出的结果比后者较实际损害的形态和范围更贴近:许可使用费的计算方法映射了权利人人格要素被擅自使用后的主要的损害形态,于范围上也是以人格要素使用的通常对价为基线合理波动;大体上勾勒出了人格权侵权损害的图景。

(2) 采用客观的损害计算方法的正当性基础

许可使用费作为客观的损害计算方法,其正当性基础何在?例如在商事法上较多地存在着客观的损害计算方法^⑥,如径直以同期银行存款利息(倍数)计算损害的规则,它的正当性基础在于实现商事法所追求的效率价值^⑦。在此意义上,也需要挖掘在人格权侵权领域,适用客观的损害计算方法的正当性基础。

人格权的客体与知识产权的客体具有同质性——无形性,由此引发了与侵犯有形财产不同的若干属性。第一,人格要素极易受到第三人的侵犯,权利人很难发现侵权行为的存在及范围,并且

① Deusch, Ahrens, Deliktsrecht, 6 Auflage, Verlag Franz Vahlen, 2014, S. 230.

② Münchener Kommentar zum BGB, 74 Auflage 2016, Rn44-45.

③ Maximilian Haedicke, Die Gewinnhaftung des Patentverletzers, GRUR 2005, S. 529.

④ Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts AT, Band 1, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1987, S. 513.

⑤ Maute, Dreifache Schadensersatzberechnung, Carl Heymanns, 2016, S. 117.

⑥ 徐建刚,《论汽车贬值损失的损害赔偿》,《清华法学》2017年第4期。

⑦ Hermann Lange & Gottfried Schiemann, Schadensersatz, Mohr Siebeck, 2003, S. 356.

难以对侵权行为采取有效的预防措施。这一属性源于对人格要素的使用不以占有为要件,第三人可以随时随地轻易获取;典型地如通过简单的复制,同一时间多个侵权人可以同时在不同的商品或服务上未经许可地使用权利人的肖像^①。权利人甚至无法采取有效措施防御侵权人的行为。第二,权利人难以证明实际损害的范围及数额^②。权利人通常无法证明如果没有侵权行为,是否还有第三人将以相同或类似的方式利用权利人的人格要素或者证明是否第三人因为侵权人的存在放弃了与权利人进行授权的协商等。如果因此权利人无法获得赔偿,侵权人反而可以保有违法行为的利益,将不仅使得侵权人获得优于权利人的地位,也将使得侵权人获得比合法地从权利人处取得使用许可的人更有利的地位。这两项结果都与法律公平的价值取向相违背。

是故,人格要素的易受侵害性及实际损害的难以证明性使得立法者或法官不得不对其损害赔偿探索不同于有形财产的保护的方式,故在大陆法系国家便有了将知识产权侵权损害的三种计算方法运用到与其具有类似属性的人格权的保护之上的实践^③。许可使用费的损害计算方法就是其中之一,它其中也蕴含着公平价值的考量:与获得授权许可的正当事人相比,不应允许未支付许可费的加害人获得更多的利益^④。综上可以发现,尽管请求权基础不同,但无论是借由客观的损害计算方法,还是不当得利返还,均可达致许可使用费作为给付内容的结果^⑤。所以,许可使用费具备了作为侵权损害赔偿方式之一的基础。

三、许可使用费在人格权侵权损害赔偿中的地位

(一)引入许可使用费的赔偿方式的考量

在《侵权责任法》第20条所规定的三种赔偿方式中,法定赔偿成为目前我国人格权侵权损害赔偿的主导方式。在三种赔偿方式之外,是否有必要引入许可使用费的赔偿方式?若引入之,是否有助于改变法定赔偿占主导地位的局面?我们认为,答案是肯定的。就引入许可使用费的赔偿方式的意义和必要性而言,其首先是相对于法定赔偿这种主导方式而言:

第一,按照我们前面的分析,许可使用费属于侵权损害的客观计算方法,与《侵权责任法》第20条规定的实际损害的计算方法的性质相同,均属于损害计算的方法,只是在评价、判定损害的方法上存在主观与客观的差异;但法定赔偿显然不属于任何一种损害计算方法,它的本质在于酌定性,即赔偿数额不是根据某种损害计算方法确定,而是由法官行使自由裁量权确定^⑥。既然法定赔偿不属于任何一种损害计算方法,法院在运用法定赔偿时,也不受到任何损害计算方法的束缚。查询我国法院适用《侵权责任法》第20条的法定赔偿方式的判决,不难发现,在类似的人格权侵权案件中,法院在运用法定赔偿时考量的要素并不一致;每个要素所占的权重也未予以说明^⑦;而且法定赔偿的数额的得出往往缺乏任何的 actual 数据的支撑:既没有与权利人损害有关的任何证据,也没有与侵权人收益有关的任何的证据^⑧,甚至也没有权利人与第三人之间签订的授权协议的许可使用费的证据,完全由法官根据经验和自由心证得出具体的赔偿数额。

① 参见温州同德医院有限公司与林心如人格权纠纷上诉案([2016]浙03民终1310号),林心如与上海美尔雅医疗美容门诊部有限公司肖像权纠纷([2015]朝民初字第46105号),广州索兰美容有限公司与林心如肖像权、名誉权纠纷上诉案([2016]粤01民终12070号)等。

② Tobias Helms, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, Mohr Siebeck, 2007, S. 280—281.

③ Maximilian Haedicke: Die Gewinnhaftung des Patentverletzers, GRUR 2005, S. 529.

④ 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。

⑤ Diana Ettig, Bereicherungsausgleich und Lizenzanalogie bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen, Nomos Verlagsgesellschaft, 2015, S. 161.

⑥ 李承亮:《三种损害计算方法的适用》,载龙卫球、王文杰主编《两岸民商法前沿:民法典编纂与创制发展》,中国法制出版社2016年版,第815页。

⑦ 参见刘某某诉滕州海德公园地产有限公司肖像权纠纷案([2017]京0102民初10363号);李某诉伊某公司肖像权、名誉权纠纷案([2017]粤0103民初2210号)。

⑧ 厦门美莱医疗美容门诊部有限公司与李某肖像权、名誉权纠纷上诉案,[2017]京02民终字5178号。

第二,如前所述,在人格权侵权损害赔偿领域,许可使用费作为损害计算的方法,在计算结果上比较贴近真实的实际损害的形态,因而许可使用费的赔偿方式在实现侵权损害赔偿的完全赔偿的原则和功能上并不逊色。而法定赔偿方式的适用,不需要计算权利人的实际损害,由法院根据经验裁量一个赔偿的额度,它并非是按照一定的方法计算权利人遭受的损害,实际上是放弃全面赔偿的原则。从本质而言,法定赔偿并不符合侵权损害赔偿的本旨,只不过是立法者为了保护权利人因实际损害、侵权获利的举证不能而无法获得救济的权宜之计。总之,在实现侵权损害赔偿的填补功能上,法定赔偿存在先天不足。这也是立法者将法定赔偿放到实际损害、侵权获利的损害计算方法之后作为补充规定的原因。再放诸于我国目前对人格权侵权损害赔偿的法定赔偿额度普遍偏低的司法实践的背景下^①,它的不足更是成几何倍数地凸显和放大。

第三,从具体的运作方式而言,在许可使用费的确定上,因为权利人与侵权人之间并没有许可使用合同,为了计算损害,法院在当事人之间拟制了一个许可使用合同——模拟理性的侵权人与权利人考虑到与授权使用有关的情况所可能达成的许可使用费^②,所以这个数额最终还是取决于法院的裁量。只是这种裁量建立在权利人授权第三人使用其人格要素的通常的许可费用的基础之上,如权利人与其他人缔结的类似授权契约的价格,它成为许可使用费计算的基础。另外,因为许可使用费的确定以拟制的许可使用合同为模本,所以法院尚需“还原”拟制的侵权人与权利人之间订约的情境,结合个案中侵权人的特定情况(包括资产规模、市场地位、商品类别、知名度等)、权利人人格要素对侵权人盈利的效用、市场价值、使用风险等要素对这个通常的许可费用作出修正^③。在此意义上,许可使用费的赔偿与法定赔偿都容纳了法院的自由裁量。但差异仍然存在,相比法定赔偿的自由裁量,许可使用费计算过程中仍然要以通常的类似契约的许可使用费为基础,裁量的要素也需紧密围绕合法的授权情况下权利人与第三人在许可使用费形成上考量的要素展开,受到更多的限制,也更为科学。从举证负担的角度而言,权利人主要提供与第三人缔结的类似授权契约的许可使用费的证据,相比实际损害、侵权人获利的证据,许可使用费证据的举证难度要小得多,在权利人的能力范围内完全可以实现。

由上述分析可见,无论从性质及实现侵权损害赔偿的功能和主旨等方面而言,许可使用费的赔偿方式相比于法定赔偿方式,更契合侵权损害赔偿的体系与适合实现侵权损害赔偿的功能,是一种更优的赔偿方式设定。相较于现有的实际损害赔偿,侵权获利赔偿的方式,引入许可使用费赔偿在完善人格权侵权损害赔偿的确定方式上具有重要的意义。

就实际损害与许可使用费的赔偿方式而言,他们同属于损害的计算方法,体现了对权利人所遭受的损害不同观察与评价的视角。实际损害作为主观的损害计算方法,虽最能体现损害填补功能,但面临着举证上的困难,并不被权利人青睐。许可使用费作为客观的损害计算方法,在证明难度上较实际损害的计算方法要小,易于实现,故经常作为实际损害计算方法的替代方式被选择。

就侵权获利与许可使用费的赔偿方式而言,前者以侵权人的获利为赔偿的内容,侧重于预防功能的发挥:通过剥夺侵权人的获利,遏制、预防侵权人或其他人从事相同或类似侵权行为^④。这是它相对于许可使用费的赔偿较为优越的地方,也是许可使用费的赔偿方式屡屡遭到批评的“软肋”:因为若侵权人即使在被追诉后亦仅需要赔偿本应该支付的使用报酬,对侵权人不会产生不利益,若再考虑到侵害行为被追诉的可能性,恐将导致侵权人欠缺事前取得权利人同意的诱因^⑤。不过,侵

① 岳业鹏:《论人格权财产利益的保护——以〈侵权责任法〉第20条为中心》,《法学家》2018年第2期。

② Carsten Stoll, die dreifache Schadensberechnung im Wettbewerbs- und Markenrecht als Anwendungsfall des Allgemeinen Schadensrechts, Koheler-Druck, 2000, S. 204.

③ BGH GRUR 1962, 401, 404.

④ Michael Lehmann, Präventive Schadensersatzansprüche bei Verletzungen des geistigen und gewerblichen Eigentums, GRUR Int 2004, S. 762.

⑤ 王怡蘋:《著作权损害赔偿之再建构:以德国法为借镜》,《台大法学论丛》第44卷第3期(2015年)。

权获利赔偿最大的障碍在于举证的困难。侵权获利的确定建立在权利人调取了侵权人完整的经营收益以及各项成本支出的证据,如财务会计报表,资产负债表等的基础之上,且不说这些证据很多涉及侵权人的商业秘密,权利人能否顺利收集,即使勉强收集,也要付出巨大的人力与财力,作为个体的权利人并不愿意付出如此的努力。甚至在我国很多侵权人,如中小企业,并没有建立完善的财务会计制度,相关收支、出纳并没有账务明细,举证侵权人的获利变得不可能。除了证据收集的困难,运用侵权获利赔偿时,还要完成从侵权人的利润中析出属于权利人的人格要素贡献的比例的计算。这个比例因为缺乏客观的计算标准,也并非轻易能得出。面对上述重重困难,作为个体的权利人往往望而却步。

所以,尽管在预防功能上显得孱弱,许可使用费赔偿因其举证上的易于实现仍不失为损害填补的重要方式,尤其当侵权获利的赔偿方式遭遇到举证责任的困境而不能完成时,许可使用费的赔偿提供了比法定赔偿更为优越的选择。因此,即便在德国,许可使用费的赔偿方式在人格权的侵权赔偿中也占据首要位置^①。

综上所述,就人格权侵权损害赔偿而言,纵观实际损害、侵权获利及许可使用费的损害计算方法及法定赔偿方式,虽瑕瑜互见,但在实际损害、侵权获利难以确定时,综合考量之下,许可使用费的损害计算方法应是最具可行性和最优的选择。有鉴于此,未来《民法典侵权责任篇》应当考虑将其列入进来,构建人格权侵权损害赔偿方式的完整谱系。

(二)各种赔偿方式适用顺序的安排

在实际损害、获利赔偿、许可使用费这几种损害赔偿方式之间适用顺位的安排上,存在不同的立法范式。德国法上将三者置于可自由选择的关系,允许当事人任意取舍。我国《侵权责任法》第20条,在侵权损害赔偿的规则设计时将实际损害与获利赔偿立于补充适用的关系。这种设计存在诸多值得商榷的地方:一是,“实际损害难以确定”、“侵权获利难以确定”的内涵及标准模糊,何谓“难以确定”,在什么情形下属于“难以确定”,缺乏明确的界定和适用标准。例如我国台湾地区智慧法院在审理著作权侵权案件适用法定赔偿时,便对实际损害或侵权获利难以确定的情形予以类型化^②。我国司法实践中,具体标准或类型化尝试的阙如导致了法院裁判的肆意,如各级法院习惯性地认为,“对于赔偿数额,因原告没有向本院提交证据证明其被侵权所受到的损害或者被告因侵权所获得的利益……”就构成了“实际损害、侵权获利难以确定”,原告的证明责任被免除,法院直接适用法定赔偿。所谓的“实际损害难以确定”、“侵权人的获利难以确定”的限制沦为具文。实际损害、侵权获利等赔偿方式实际立于供当事人自由选择的地位。二是,这种补充适用关系的规定也给法律适用设置了不必要的“困惑”。例如受害人主张侵权获利赔偿,而加害人能够证明实际损害或者实际损害确定时,加害人是否有权提出实际损害的抗辩以否定受害人的主张?作为第20条的合理的逻辑推衍,答案似乎是肯定的^③。但这显然违背了这三种赔偿方式之间的内在关系结构,并不可取。

正因为看到这些弊端,《民法典侵权责任编(草案)》(三次审议稿)第959条改变了第20条的范式,将实际损害、侵权获利的赔偿方式立于可自由选择的地位。未来如果能增加许可使用费的赔偿方式,则三者之间的关系仍然要秉持这一处理原则。不过,在涉及到实际损害、获利赔偿、许可使用费这三种损害赔偿方式与法定赔偿方式之间适用的顺序关系时,鉴于前述的法定赔偿的属性,它应当明确被定位为对上面三种损害赔偿方式的补充,只有在三种损害赔偿方式不能适用时,方能补充适用。

四、许可使用费的具体计算

① Maximilian Haedicke: Die Gewinnhaftung des Patentverletzers, GRUR 2005, S. 529.

② 王怡蘋:《著作权损害赔偿之再建构:以德国法为借镜》,《台大法学论丛》第44卷第3期(2015年)。

③ 孙良国:《知识产权侵权获益赔偿的立法模式的选择——以现行法为分析对象》,《武汉理工大学学报》2011年第6期。

(一)据以计算的时点

许可使用费的计算具有拟制的性质——法律虚拟的理性的人在处于侵权人与权利人的情境下可能达成的授权使用的对价。许可使用费的计算方法的机理是将侵权行为比拟为一个合法的通过授权获得使用的行为,将侵权人比拟为一个合法的被许可人,据此,合乎逻辑的推理就是据以计算许可使用费的时点应当被设定在侵权行为发生时——根据侵权行为发生时的具体情况及当事人获知的信息,推算当事人可能达成的许可使用费。但其实,这并不是唯一的选择,无论在理论上还是司法判决中,均存在另一个时间点的构建:法庭最后事实审结束的时点^①。这两个时点的区别在于:在侵权行为发生时,如同合法许可情况下合同订立时,双方当事人所知道的仅是现状,对于人格要素被授权使用的未来预期、市场反馈、存在的风险或变故等均属于未知,如当事人无法预见人格要素的使用是否带来预期的收益,市场行情的发展、人格要素的价值是否会发生变化等;这些未知在许可使用费的确定上均会被考虑,从而影响许可使用费的价格。而在法庭最后事实审结束时,这些不确定的预期、风险都变得确定和明朗,此时确定的许可使用费的价格必然不同于前述的时点下的价格。因此,时点选取上的区别将投射到许可使用费数额的确定上,对其高低产生重要影响。试想,如果被许可人能够“预见”未来权利人人格要素的价值降低,它就不会约定较高的许可使用费。换言之,若选择了第二个时点,侵权人本应承担的风险被转移到权利人。

透过上述现象显现出来的本质即是:许可使用费的计算究竟应趋向于对权利人有利抑或是对侵权人有利?通常而言,选择第一个时点比第二个时点对权利人更有利。正因此,这个虚拟的许可使用合同及对价“生成”的时间便不再是一个单纯的事实问题,而是牵涉到了法律价值判断的问题。

主张以法庭最后事实审结束为计算时点的观点认为^②:首先,作为损害赔偿的效力,权利人仅能获得合理的对价,于法庭最后事实审结束时计算许可使用费,可将侵权行为期间客观情况的变化都考虑进来,更符合损害计算方法的实质,其结果也更贴近权利人的实际损害;其次,对于未来的不确定风险,在合法授权情形下,当事人在合同中都会签订价格调整的条款,价格尚具有调整的可能性;若径直以侵权行为的发生为计算时点,则虚拟的许可使用费并不能容纳这一可能性。

而相反的观点则指责上述观点的适用通常将造成明显不合理的结果^③,将侵权人本应承担的风险转嫁给了权利人,尤其是当因为市场因素的变化或人格要素价值的降低造成不利于权利人的情况出现时,如明星因人设的突然崩塌所带来的人格要素价值的急剧下降,许可使用费在考虑到这些因素时将被评价得较低,侵权人事实上被置于比合法的被授权人更有利的地位^④。这无异于鼓励侵权行为。

所以也有学者提出第三种观点:允许权利人在侵权行为发生、法庭事实审结束这两个时点中自由选择^⑤。这个观点站在了有利于权利人的立场。

究竟哪种观点更合理?首先,依据前述的许可使用费计算方法的机理,侵权人其实被置于与合法的被授权人相似的地位。在合法授权的情况下,许可使用费的生成时间乃在于许可使用合同订立时。按照这个时间逻辑,侵权行为发生时而不是法庭最后事实审结束时更符合计算时点的要求。其次,依照许可使用费计算方法的机理,侵权人不应当立于比合法的被授权人更优越的地位^⑥,这也构成了法律价值判断的主要内容。在合法授权情况下,当事人之间根据许可时的情势以及对未

① BGH GRUR, 1966, 375.

② Carsten stoll, die dreifache Schadensberechnung im Wettbewerbs- und Markenrecht als Anwendungsfall des Allgemeinen Schadensrechts, Koheler-Druck, 2000, S. 207.

③ Albert Preu, Richtlinien für die Bemessung von Schadensersatz bei Verletzung von Patenten GRUR, 1979, S. 753.

④ 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条与德国〈民事诉讼法〉第287条为中心》,《法律科学》2018年第4期。

⑤ Rolf Pietzcker, Schadensersatz durch Lizenzberechnung, GRUR, 1975, S. 55.

⑥ Carsten stoll, die dreifache Schadensberechnung im Wettbewerbs- und Markenrecht als Anwendungsfall des Allgemeinen Schadensrechts, Koheler-Druck, 2000, S. 206.

来的预估确定许可使用费。被授权人需要承担因未来不确定的变化导致的许可使用费低于其价值的不利风险。是故,侵权人也应承担这项风险。在这个意义上,以法庭最后事实审结束为计算时点所得出的许可使用费虽然确实更符合人格要素使用的实际价值,但它无异于改变了风险承担的分配,使得侵权人获得了比合法的被授权人更有利的法律地位。这从法律价值判断的角度而言,亦是不可取的。综合来看,我们认为将计算的时点选择在侵权行为发生时更为妥当。

(二)许可使用费计算所要考虑的因素

许可使用费的计算方法意在将侵权人与权利人“回放”到如同合法地签订许可使用合同时确定许可使用费的状态。所以,理性的当事人在约定许可使用费的具体数额时所应考虑到的因素均应在计算许可使用费时被纳入进来。

首先应当考虑的是权利人同时期进行相同或类似的人格要素使用授权的许可使用费^①。它大抵代表了权利人同时期人格要素授权使用的基本价值。它的权重值也决定了许可使用费的计算方法应当主要适用于演艺人员、知名人士的人格权益受侵害的情形^②,对于普通人,因为欠缺可参照的许可使用费数据而只能使用其他计算方法。在选取许可使用费的参照物时,应当尽量挑选与侵权人具有相同或相近似行业背景、企业规模的被授权人作为基准。通常而言,被授权人的所经营业务的盈利率、企业规模、知名度等将影响到许可使用费的数额。以最常见的明星代言来看,为奢侈品代言产生的许可使用费通常高于其他情形下的代言。同时,还要分析权利人所提出的相同和近似的许可使用合同中约定的许可使用费包含了哪些具体的授权使用内容。实践中,权利人授权他人使用其人格要素的内容通常包含多项,如在马某某等与信达地产股份有限公司等肖像权纠纷上诉案判决中^③,法院指出“马某某提交的与其他商家的代言合同所体现的代言费用,不完全是其肖像代言个人所得的费用,且代言的项目、内容均超出单一肖像代言的范围,而被告所涉的仅是使用其肖像……”,所以,需要对这些合同中约定的许可使用费做一个大致的“切割”,切割出与侵权人的使用范围和内容最接近的价值。

其次人格要素的商业价值^④。它是人格要素被广泛商业化利用的根本因素之所在。侵权人擅自使用人格要素看重的也是人格要素的商业价值与市场营销的密切关系。我国司法实践涉及到人格权侵权的财产损害判决中,大都会考量权利人的商业价值^⑤。人格要素的商业价值的形成受权利人知名度、影响力等的影响。对于具有市场号召力的名人或明星的人格要素的商业价值,业界一般存在一个大致范围的价值评判,它们可以作为计算许可使用费的参考。若无此参考值,则需要结合权利人的知名度等因素综合判定^⑥。

第三,侵权人使用人格要素的样态与强度,包括使用的范围、时间、程度等。有学者对这个因素提出异议:侵权使用的强度并不改变人格要素的价值,该因素只需要在精神损害赔偿中予以考虑^⑦。我们不同意这个观点。因为即使在合法地取得使用许可的情形,人格要素被授权使用的范围,如是否投放到平面媒体、互联网、公共场所等、使用的时间都直接影响到许可使用费的高低,与使用费成正比例关系。所以,在侵权使用的情形下,也应考虑这个因素。

第四,其他影响许可使用费的要素。如人格要素侵权使用所涉的产品或服务类型、侵权人的具体情况,包括侵权人的经营状况、规模、市场地位等。

① 参见欧某某与广东双喜文化传播有限公司等肖像权纠纷上诉案,[2014]穗中法民一终字第3651号。

② 王若冰:《论获利返还请求权中的法官酌定之我见——以〈侵权责任法〉第20条为中心》,《当代法学》2017年第4期。

③ [2017]京02民终1704号

④ Diana Ettig, Bereicherungsausgleich und Lizenzanalogie bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen, Nomos Verlagsgesellschaft, 2015, S. 185.

⑤ 参见北京伊美尔医疗美容医院有限公司诉黄奕等肖像权、名誉权纠纷案,[2018]京03民终5584号。

⑥ 重庆春语美容有限公司与王某某肖像权纠纷上诉案,[2017]京03民终字12491号。

⑦ Diana Ettig, Bereicherungsausgleich und Lizenzanalogie bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen, Nomos Verlagsgesellschaft, 2015, S. 186.

结 语

在比较法上,许可使用费作为损害计算的方法在知识产权、人格权侵权损害赔偿中广泛适用。《侵权责任法》第 20 条并未将其列入。经过研究,我们认为,许可使用费完全适格作为人格侵权损害赔偿的方式之一;许可使用费在性质上为客观的损害计算方法,以人格要素通常、典型的使用方式为计算依据,代表着与主观的损害计算方法不同的损害评价视角。于人格权侵权中采用这种客观损害计算方法的正当性基础是人格要素的极易受侵害性与侵权损害证明的困难性。因为人格权商业化运作的主要方式是权利人授权第三人使用,故采用许可使用费的计算方法得出的损害结果比较接近实际损害的形态和范围,从而适合实现侵权损害的填补功能。

我国司法实践中,法定赔偿是人格权侵权损害赔偿的主要方式。这主要是因为实际损害、侵权获利的赔偿方式面临难以确定的困难以及法定赔偿的便宜性。但法定赔偿并非损害计算的方法,实际上是放弃完全赔偿的原则。未来《民法典侵权责任编》在人格权侵权损害赔偿的规范中若引入许可使用费的损害计算方法,因其在举证上的可行性,可以克服实际损害与侵权获利方式的不足,进而可以改变目前法定赔偿占据主导地位的司法现状。

(责任编辑:李林华)

Royalty in Damages for Personality Rights Infringement

Huang fen

Abstract: Royalty is an objective measure of damage stipulated by legislation and is an assessment of the minimum measure of damage suffered by the infringed. Under consideration of the main way of commercializing personality right is of authorizing the third party to use it, the result of using the method of royalty calculation is similar to that of the actual damage so that the function of compensation can be properly achieved. Compared with the actual damage, the profit of infringer, royalty is less difficult to determine; compared to statutory damages, the latter is not a method of damage calculation, in fact is no more than giving up the principle of full compensation. In the future civil code "tort liability articles", the royalty as a manner of damage calculation should be added in the norms of compensation for damages of personality rights. The time for the calculation of royalty shall be set at the occurring of the infringement. When determining the specific amount, the factors such as the current amount of royalty in other license contracts and the commercial value of the personality shall be comprehensively considered.

Keywords: Royalty; Actual Damage; Manner of Damage Calculation