

论侵害人格权益财产损失赔偿中的法院酌定

王叶刚

摘要 在人格权侵权中不断扩大法院酌定赔偿数额的权力,是比较法上重要的发展趋势,我国《民法典》侵权责任编在《侵权责任法》立法经验的基础上,对侵害人格权益财产损失赔偿中的法院酌定规则作出了规定,顺应了这一发展趋势。法院酌定的对象是受害人的财产损失数额,而非行为人的获利数额;在人格权侵权中,受害人可以请求法院酌定赔偿数额,法院也可以依据职权酌定赔偿数额,而且在受害人请求行为人赔偿财产损失但无法证明财产损失数额以及行为人的获利数额时,法院也应依职权酌定赔偿数额。法院在酌定赔偿数额时需要考虑多种因素,出于损害预防的需要,法院一般应当以拟制的许可使用费数额、行为人的获利数额等损害预防类的参考因素为基础酌定赔偿数额。

关键词 人格权 财产损失 损害预防 法院酌定

作者王叶刚,法学博士,中央财经大学法学院副教授。

DOI:10.16094/j.cnki.1005-0221.2021.03.008

问题的缘起

所谓侵害人格权益财产损失赔偿中的法院酌定,是指在人格权益遭受侵害的情形下,由法院根据实际情况确定受害人财产损失的具体数额。^①从我国民事立法来看,最早确立侵害人格权益财产损失法院酌定规则的是《侵权责任法》第20条。《民法典》基本沿袭了《侵权责任法》第20条的规定,继续规定了法院酌定规则。依据《民法典》第1182条的规定,在人格权益遭受侵害的情形下,如果被侵权人的损失数额与侵权人的侵权获利数额均难以确定,且当事人无法就赔偿数额协商一致,则由人民法院根据实际情况确定赔偿数额。

按照损害赔偿的基本原理,受害人在主张财产损害赔偿时,其既需要证明自身遭受了法律上可补救的损害,^②又需要证明其受到损害的具体程度与范围,即损害的具体数额,^③否则可能难

* 本文系2020年国家社会科学基金青年项目“个人信息收集、处理行为合法性研究”(20CFX015)的成果。

① 本文主要围绕《民法典》第1182条的解释与适用展开,由于本条仅适用于精神性人格权,而不包括生命权、身体权、健康权等物质性人格权,因此,本文探讨的对象也限于精神性人格权。

② 参见叶金强“论侵权损害赔偿范围的确定”,《中外法学》2012年第1期,第157页。

③ 参见程啸《侵权责任法》(第三版),法律出版社2021年版,第233页。

以获得救济。而从《民法典》第1182条的规定来看，在受害人难以证明自身损害数额或者行为人的获利数额时，其并不当然需要承担上述举证不能的不利后果^④，而可以通过法院酌定的方式确定行为人的赔偿数额，这显然是对传统损害赔偿规则的一大突破。《民法典》之所以确立法院酌定规则，主要是为了适应人格权侵权的特点，强化对人格权的救济，具体而言：

一方面，在人格权侵权的情形下，受害人往往难以证明其客观上遭受了财产损失。^⑤在侵权行为发生后，通常依据差额法确定受害人是否遭受了现实的损害，即通过对比受害人在损害发生后的利益状态与假设未发生损害事实受害人应有的利益状态，二者之间的差额就是受害人财产损失的具体数额。^⑥而在人格权侵权中，受害人通常难以证明其客观上遭受了何种损害。例如，行为人未经许可擅自利用他人人格利益的，构成对他人人格权的侵害。但在此情形下，受害人很难证明自身遭受了何种财产损失，其甚至难以证明行为人的侵权行为会对其财产利益造成何种不利影响。相反，行为人的利用行为可能增加受害人的社会知名度，在客观上增加其许可利用其人格利益的机会，并使其获得更多的财产利益。

另一方面，即便受害人能够证明行为人的侵权行为使其客观上遭受了一定的财产损失，其也难以证明该财产损失的具体数额。因为按照差额法，受害人在证明其财产损失的具体数额时，既需要证明其侵权行为发生后的利益状况，也需要证明假设侵权行为没有发生时的利益状态，并通过二者的差额确定其财产损失的具体数额。而在人格权益遭受侵害的情形下，受害人很难通过此种方法确定其财产损失的具体数额，因为人格利益并不存在客观的市场价格。我国《民法典》人格权编虽然规定了人格利益许可使用规则，但权利人许可他人利用其人格利益将获得多少对价，有赖于当事人进行个别磋商^⑦，人格利益并不像财产权那样具有客观的市场价格。^⑧还要看到，在一些情形下，行为人侵害他人人格权益在客观上也不会使受害人的财产状况发生变化。例如，行为人未经许可利用他人的肖像，行为人的利用行为可能既不会造成权利人肖像权中经济价值的降低，也不会妨碍权利人对其肖像的利用，在纠纷发生前，权利人甚至并不知晓行为人的侵权行为。

从域外法的经验来看，为应对人格权侵权的特殊性，许多国家和地区都对财产损失证明规则进行了一定的变通，在不同程度上扩张了法官酌定赔偿数额的权力。在德国法中，在人格权遭受侵害的情形下，受害人在主张财产损失赔偿责任时，主要有如下三种损失计算方式：一是按照实际损失赔偿，即对因人格权受侵害所造成的各种损失进行具体的衡量（concrete assessment），以确定最终的财产损失数额；^⑨二是按照拟制的许可使用费赔偿（hypothetical licence fee）；三是按照行为人的获利赔偿（disgorgement of gains），即在行为人因侵害他人人格权获利时，受害人有权请求行为人按照该获利数额赔偿其损失。^⑩受害人有权在上述三种方式中作出选择。^⑪可见，德国法虽然没有确

^④ 参见阮神裕 “论侵权法上可得利益损失的合理确定性”，《财经法学》2017年第5期，第90页。

^⑤ 参见黄薇主编 《中华人民共和国民法典侵权责任编解读》，中国法制出版社2020年版，第75页。

^⑥ 参见李承亮 “损害赔偿与民事责任”，《法学研究》2009年第3期，第138页。

^⑦ 参见程啸 “论《民法典》对人格权中经济利益的保护”，《新疆师范大学学报（哲学社会科学版）》2020年第6期，第117页。

^⑧ 在有的人格权纠纷案中，法院通过对比与受害人社会影响相类似的演艺人员人格利益许可使用费的方式，确定受害人的财产损失数额。参见江苏省苏州市中级人民法院（2017）苏05民终10037号民事判决书。此种方式具有一定的合理性，但对演艺人员以外的受害人而言，显然无法通过此种方式确定其人格权经济利用的价值。

^⑨ See Huw Beverley-Smith, Ansgar Ohly, Agnes Lucas-Schloetter, *Privacy, Property and Personality*, New York: Cambridge University Press, 2005, p. 142.

^⑩ Helmut Koziol & Alexander Warzilek, eds., *The Protection of Personality Rights against Invasions by Mass Media*, Wien: Springer, 2005, pp. 176-178.

^⑪ 参见注⑨，pp. 142-144.

立独立的法院酌定赔偿数额的规则，但也在一定程度上赋予了法官在具体衡量受害人财产损失数额时的自由裁量权。美国法主要通过公开权对人格标识中的经济价值提供保护，在公开权遭受侵害的情形下，受害人也有权请求行为人赔偿财产损失。美国法虽然没有承认法院可以依据职权直接确定赔偿数额，但实践中允许法官在确定赔偿数额时行使酌定权，具体体现为：一是在原告无法证明其财产损失的具体数额时，法院也承认受害人的损害赔偿请求权，当然，此种情形下，受害人可能只是获得一种名义上（nominal）的损害赔偿，即象征性地对受害人进行赔偿。^⑫二是在具体确定赔偿数额时，由于受害人往往难以证明其财产损失的具体数额，法院可能会依据公平的市场价值（fair market value）决定赔偿数额。^⑬

可见，许多国家都注意到了人格权侵权中财产损失证明的特殊性，并在计算财产损失数额方面不同程度地赋予了法官酌定赔偿数额的权力。与域外法的做法相比，我国《民法典》第1182条直接规定了法院酌定赔偿数额的规则，而且在适用该规则时，受害人并不负有证明其财产损失数额的义务，这就进一步减轻了受害人的举证负担，^⑭显然更有利于对受害人进行救济。但该规则在适用过程中仍有如下问题需要解决：一是法院酌定的对象，即法院酌定的究竟是受害人的实际损失？还是行为人的侵权获利？抑或同时包括二者？二是法院酌定的启动方式，即受害人是否有权请求法院酌定赔偿数额？在受害人难以举证时，法院是否有义务依职权酌定赔偿数额？三是法院在酌定赔偿数额时需要具体参考哪些因素？由于《民法典》第1182条来自《侵权责任法》第20条，因此，本文拟从《民法典》第1182条规定出发，同时结合《侵权责任法》颁行以来的立法和司法实践情况，对上述问题展开研究，从而为法院酌定方式的司法适用提供参考。

一、法院酌定的对象

（一）法院酌定对象的争议及其定位

从《民法典》第1182条规定来看，法院酌定的目的是“确定赔偿数额”，而从该条规定来看，其将受害人实际损失与行为人获利均作为确定行为人赔偿数额的方式。而且与《侵权责任法》第20条明确规定按照实际损失赔偿与按照行为人侵权获利赔偿的适用顺序不同，^⑮《民法典》第1182条并没有规定二者的适用顺序，其将受害人实际损失数额与行为人的侵权获利数额并列规定为确定行为人赔偿数额的基本方式，这也为确定法院酌定的对象带来了一定困难，即法院酌定的对象是否同时包括受害人的实际损失与行为人的侵权获利？

关于法院酌定的对象，学理上存在一定的争议。一种观点认为，法院酌定的对象是受害人的财产损失，即在行为人获利难以确定的情形下，无法确定受害人的财产损失数额，此时，就有必要授予法院酌定权，以最终确定受害人财产损失的数额。^⑯另一种观点认为，法院酌定的对象是行为人

^⑫ See Huw Beverley-Smith, *The Commercial Appropriation of Personality*, New York: Cambridge University Press, 2002, p. 184.

^⑬ 参见注⑫，pp. 184-185.

^⑭ 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101-104页。

^⑮ 依据《侵权责任法》第20条，在人格权遭受侵害的情形下，首先是按照受害人的实际损失赔偿，只有受害人实际损失难以确定时，才适用获利赔偿规则，这两种方式存在一定的适用顺序。

^⑯ 参见杨立新《侵权责任法》（第二版），法律出版社2012年版，第158页。

的获利,即法官酌定是确定行为人获利返还数额的方法,这有利于减轻受害人的举证负担。^⑰还有观点认为,就法院酌定方式而言,法院在根据实际情况确定赔偿数额时,计算损失和利益应当坚持被侵权人所受损失等于或者大于侵权人所得利益的原则,而不能相反,否则可能会纵容侵权行为。^⑱按照此种观点,法院酌定的对象同时包括受害人的财产损失与行为人的获利。上述观点均有一定的合理性,但本文认为,法院酌定的对象应当是受害人的财产损失,而非行为人的获利:

第一,从《民法典》第1182条的文义来看,在人格权侵权的情形下,该条规定了多元化的财产损失计算方式,即按照实际损失赔偿、按照行为人获利赔偿以及法院酌定方式,^⑲其目的在于解决人格权侵权财产损失难以证明的困境。因此,虽然上述三种损失计算方式的适用条件存在一定区别,而且按照三种计算方式最终得出的数额也可能存在区别,但其本质上都是受害人财产损失数额的计算方式,而非独立的请求权类型。^⑳从这一意义上说,虽然《民法典》第1182条改变了《侵权责任法》第20条的规定,确立了以行为人获利数额确定赔偿数额和以受害人实际损失数额确定赔偿数额相并列的财产损失计算方式,但获利赔偿规则只是确定受害人实际损失数额的一种变通方式,法院酌定方式也同样如此。因此,应当将法院酌定的对象界定为受害人的实际损失,而非行为人的获利,否则就偏离了法院酌定方式的本质属性。

第二,按照历史解释规则,不宜将法院酌定的对象解释为行为人的获利。《民法典》第1182条所规定的法院酌定规则源于《侵权责任法》第20条。而从《侵权责任法》第20条的立法过程来看,“侵权责任法草案三审稿”在规定侵害人身权益的财产损害赔偿时,并没有规定法院酌定的方式。在三审稿审议时,有的委员提出,实践中侵害人格权的类型多样,既有侵权获利的情形,也有所谓“损人不利己”的情形,即行为人本身并没有因侵权而获得利益或者获利较少。此时,仅按照获利予以赔偿,则不利于保护受害人的权益,因此,增加规定了当事人协商规则和法院酌定方式。^㉑由此也可以看出,法院酌定方式既适用于“损人利己”型的侵权,也适用于“损人不利己”型的侵权。如果将法院酌定的对象解释为行为人的获利,则在“损人不利己”类型的侵权纠纷中,行为人并未因侵权而获利。此时,并无适用法院酌定方式的余地,这显然有违法院酌定方式的立法本意,也会不当限缩法院酌定方式的适用范围。

第三,从《民法典》第1182条规定法院酌定方式的目的来看,其意在减轻受害人的举证负担,强化对受害人的救济,而如果将法院酌定的对象解释为行为人的获利,则可能会不当弱化对受害人的救济。在行为人侵权获利较大而受害人无法证明该获利数额时,将法院酌定的对象解释为行为人的获利,通过法院酌定的方式认定行为人的获利数额,的确有利于减轻受害人的举证负担,也有利于剥夺行为人的不法获利。但也应当看到,如果将法院酌定的对象解释为行为人的侵权获利,则将使法院酌定方式变相成为获利赔偿规则的附属性规则,并最终使获利赔偿规则成为计算受害人财产损失数额的兜底性规则,这就不当减少了受害人财产损失数额确定方式的种类,这可能会弱化对受害人的保护。尤其是在行为人没有获利,或者获利较少时,即便行为人是故意侵权,法院也难以酌定高额的赔偿数额。而且在法院酌定的获利数额较高时,行为人也可以通过证明自己获利较少或者

^⑰ 参见王若冰“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,第65页。

^⑱ 参见最高人民法院侵权责任法研究小组编著《〈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159页。

^⑲ 参见注⑭,第101-104页。

^⑳ 参见王叶刚“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,第56-59页。

^㉑ 参见注⑭,第104页。

没有获利而推翻法院对赔偿数额的酌定。此时,在受害人无法证明自身实际损失的情形下,其很难获得有效救济。而将法院酌定的对象解释为受害人的实际损失数额,在行为人没有获利或者获利较少时,法院在“根据实际情况”酌定赔偿数额时就不必再囿于行为人获利这一单一因素,而可以根据受害人的损害情况、行为人的主观过错等因素酌定相对高额的财产损失数额。此时,行为人也很难基于自身获利较少或者没有获利而推翻法院的酌定,这显然更有利于对受害人的救济。

(二) 作为法院酌定对象的财产损失范围的界定

在将法院酌定的对象解释为受害人的财产损失数额后,需要进一步明确的是,作为法院酌定对象的受害人财产损失具体包括哪些损失?在人格权遭受侵害时,受害人可能同时遭受如下财产损失:一是人格权中经济价值的损失,即因侵权行为而使受害人人格权中的经济价值发生减损;二是医疗费、护理费以及公证费、律师代理费等合理的维权成本,此类损失可以统称为“附带财产损失”。在人格权侵权中,法院酌定的财产损失究竟是人格权中经济价值的损失?还是附带财产损失?抑或同时包含二者?从司法实践来看,法院的做法并不统一,具体而言:

一是认为法院酌定的对象为附带财产损失。少数法院持此种立场,例如,在“连云港市东宇物业服务有限公司与周某某名誉权纠纷案”中,受害人东宇公司主张5万元的经济损失赔偿及相关的律师费、公证费等维权费用损失赔偿。法院认为,东宇公司并未就其主张的5万元经济损失提供证据证实,故不予支持。但由于其属于物业服务公司,在名誉权受到侵害时,客观上会遭受一定的利润损失,因此将赔偿数额酌定为2000元。被侵权人为制止侵权行为所支付的合理开支,可以认定为《侵权责任法》第20条规定的财产损失。合理开支包括被侵权人或者委托代理人为侵权行为进行调查、取证的合理费用。东宇公司所支出的6000元律师费用略高于本省律师收费标准,因此酌定为5000元。^②在该案中,法院将受害人所遭受的律师费、公证费支出等附带财产损失认定为《侵权责任法》第20条(即《民法典》第1182条)中的财产损失,并将其认定为法院酌定的对象。

二是区分人格权中经济价值的损失与附带财产损失,并将法院酌定的损失范围限于人格权中经济价值的损失,多数法院持此种立场。例如,在“北京凤凰妇科医院与景某肖像权纠纷上诉案”中,法院认为,“关于经济损失,景某作为演员具有一定的社会知名度,其肖像已具有一定商业化利用价值,凤凰医院对景某肖像权的侵害,必然导致景某肖像中包含的经济性利益受损。法院综合考虑景某的职业身份、凤凰医院的经营性质及凤凰医院使用景某照片的具体情况对景某的该项请求酌情予以判处。”除肖像权中的经济价值损失外,法院还支持了景某的维权费用损失等附带财产损失。^③在此类案件中,法院明确区分了人格权中经济价值的损失与合理的维权费用等附带财产损失,并将法院酌定的对象限于人格权中经济价值的损失。^④

三是区分人格权中经济价值的损失与附带财产损失,而法院酌定的对象同时包括人格权中经济价值的损失与附带财产损失。部分法院采此种立场,例如,在“林某与厦门钢宇工业有限公司等名誉权纠纷上诉案”中,法院认为,被侵权人为制止侵权行为所支付的合理开支,属于其遭受的财产损失,被侵权人实际损失以及行为人获利均无法确定的,法院可以根据案情在50万元范围内确定

^② 参见江苏省连云港市中级人民法院(2017)苏07民终3620号民事判决书。

^③ 参见北京市第三中级人民法院(2017)京03民终7901号民事判决书。另参见北京市第三中级人民法院(2018)京03民终2740号民事判决书。

^④ 类似判决还可参见江苏省苏州市中级人民法院(2017)苏05民终10037号民事判决书;北京市第三中级人民法院(2017)京03民终8985号民事判决书;北京市第三中级人民法院(2017)京03民终13727号民事判决书;北京市第三中级人民法院(2017)京03民终2553号民事判决书;北京市第三中级人民法院(2017)京03民终3217号民事判决书。

赔偿数额。在本案中，“钢宇公司所支付的律师代理费 6000 元、公证与法律服务费 2100 元，均系钢宇公司为制止侵权行为所支付的合理开支，可以认定为钢宇公司遭受的财产损失。原审酌定林平应赔偿钢宇公司损失共计 12000 元并无不当。”^⑤ 在该案中，法院区分了人格权中经济价值的损失与附带财产损失，并统一将其纳入法院酌定的范畴。^⑥

本文认为，在人格权侵权中，作为法院酌定对象的财产损失应当限于受害人人格权中经济价值的损失，而不应当包括公证费、律师代理费等附带财产损失。主要理由在于：一方面，从《民法典》第 1182 条设置法院酌定方式的立法目的来看，其主要是为了缓解受害人证明其财产损失的困难^⑦ 而对受害人所遭受的公证费、律师费等附带财产损失而言，受害人并不存在举证的困难，没有适用法院酌定方式的必要；反观人格权中经济价值的损失，受害人则往往面临举证的困难，需要借助法院酌定的方式予以缓解。因此，将法院酌定的对象限于人格权中经济价值的损失，更符合设置该规则的目的。另一方面，人格权中经济价值的损失与附带财产损失在确定方式、计算规则等方面均存在差别，不宜合并酌定。例如，附带财产损失主要体现为受害人相关费用的支出，其数额可以通过传统的差额法予以确定；而人格权中经济价值的损失则主要体现为受害人人格权中经济价值的减损，其数额往往难以计算。可见，上述两种财产损失的认定标准、数额计算规则均存在一定的差别，很难统一酌定。此外，从实践来看，在人格权遭受侵害的情形下，受害人所遭受的附带财产损失通常是公证费、律师费等费用的支出，其数额相对较低，如果由法院一并酌定附带财产损失的数额与人格权中经济价值损失的数额，则法院在酌定人格权中经济价值损失的数额时可能会受到数额较低的附带财产损失的影响，从而导致最终酌定较低数额的财产损失。因此，将法院酌定的对象限于人格权中经济价值的损失，也可以保持人格权中经济价值的损失数额衡量的相对独立性，这也利于克服目前人格权侵权案件中法院酌定数额偏低的困境。

二、法院酌定方式的启动

（一）法院依职权酌定

有学者认为，在人格权侵权中，由人民法院根据实际情况酌定赔偿数额，实际上是赋予了法官一定的自由裁量权，由法官估定赔偿数额。^⑧ 此种观点值得赞同，从《民法典》第 1182 条的规定来看，在受害人实际损失与行为人获利均难以确定且当事人无法就赔偿数额协商一致的情形下，则“由人民法院根据实际情况确定赔偿数额”。这也意味着，该条不仅赋予了法院估定赔偿数额的自由裁量权，而且赋予了法院主动酌定赔偿数额的权力。也就是说，只要符合本条所规定的法院酌定的条件，不论当事人是否请求法院进行酌定，法院均可依职权酌定赔偿数额。当然，从《民法典》第 1182 条规定来看，法院依职权启动法院酌定方式也应当符合一定的条件，具体而言：

一是行为人的行为构成侵权。《民法典》第 1182 条规定的是侵害人身权益的财产损害赔偿规则，因此，法院在依职权酌定赔偿数额时，应当以行为人构成侵权为前提。同时，该条并没有对其适用范围作出限定，这也意味着其既适用于一般侵权，也适用于特殊侵权。

^⑤ 福建省厦门市中级人民法院（2017）闽02民终4512号民事判决书。

^⑥ 类似裁判，可参见广东省东莞市中级人民法院（2017）粤19民终4050号民事判决书。

^⑦ 参见注④，第103-104页。

^⑧ 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103页。

二是受害人遭受了一定的财产损失。从《民法典》第1182条的规定来看,法院酌定方式的适用也以行为人给受害人“造成财产损失”为适用前提。由于人格权的客体具有无形性,行为人侵害他人人格权通常并不会给受害人造成实质性损害。²⁹从司法实践来看,在人格权侵权纠纷中,受害人往往面临证明财产损失的困境。鉴于人格权侵权中财产损害证明的特殊性,应当适当减轻受害人证明其财产损失的举证负担,可以将《民法典》第1182条所规定的“造成财产损失”解释为,只要受害人能够证明行为人侵害了其人格权益,即可以直接认定受害人因此遭受了财产损失。

三是受害人提出财产损失赔偿请求。法院要依职权酌定赔偿数额,还需要受害人提出财产损失赔偿请求。因为即便行为人侵害他人人格权益,造成受害人财产损失,但如果受害人并没有请求行为人赔偿财产损失,而只是主张停止侵害、排除妨碍、消除危险等预防性的责任形式,或者只是主张精神损害赔偿,则法院也不得依据职权酌定受害人的财产损失数额。

四是不违背受害人对财产损失计算方式的选择。从《民法典》第1182条规定来看,其规定了受害人有权选择其财产损失数额的计算方式,法院在依职权启动法院酌定方式时,也应当尊重受害人对财产损失计算方式的选择。也就是说,如果受害人请求行为人按照实际损失赔偿,或者主张按照行为人的获利赔偿,此时,法院就不得违背受害人的意愿而直接依据职权酌定赔偿数额。

在符合上述条件的情形下,法院可以依据职权酌定受害人的财产损失数额。在此仍需探讨的是,在符合上述条件的情形下,如果受害人请求行为人按照实际损失赔偿或者按照行为人的获利赔偿,但又无法证明自身实际损失数额或者行为人的获利数额,此时,法院是否有义务依职权酌定赔偿数额?对此,从《侵权责任法》颁行以来的司法实践来看,法院的做法并不一致,有的法院直接以受害人无法完成举证为由驳回了受害人的请求,³⁰而有的法院则直接依据职权酌定赔偿数额。³¹《民法典》第1182条并没有对此种情形作出规定。本文认为,在上述情形下,法院应当依职权酌定赔偿数额,主要理由在于:一方面,从《民法典》第1182条的文义来看,法院酌定方式适用的前提是被侵权人的损失和侵权人的获利均难以确定,由于该条的适用前提是行为人“侵害他人人身权益造成财产损失”,因此,应当将此处的“难以确定”解释为受害人实际损失数额以及行为人的获利数额难以确定。³²而受害人无法证明自身实际损失数额与行为人的获利数额,恰好属于该条所规定的“被侵权人因此受到的损失以及侵权人因此获得的利益难以确定”的情形。此时,法院应当依据职权直接确定赔偿数额。另一方面,《民法典》第1182条之所以规定法院酌定方式,并将其作为按照实际损失赔偿、获利赔偿等财产损失数额计算方式的兜底方式,就是为了有效应对人格权侵权财产损失证明的特殊性。在受害人无法通过按照实际损失赔偿、获利赔偿等财产损失计算规则获得救济时,法院酌定方式应当发挥其兜底性规则的功能,即由法院依据职权确定具体的赔偿数额。此外,从实践来看,受害人在主张按照实际损失赔偿与获利赔偿后,极少有受害人同时主张由法院酌定赔偿数额。因此,在当事人无法证明实际损失数额与行为人获利数额的情形下,如果不课以法院依职权酌定赔偿数额的义务,则很可能使受害人难以获得救济。这不仅使《民法典》第1182条规定多元财产损失数额计算方式的立法目的落空,也会不当限制法院酌定方式的制度功能。因此,在受害人难以证明其财产损失数额或者行为人获利数额的情形下,不论受害人是否提出法院酌定的请求,法院都应当依据职权主动酌定赔偿数额。

²⁹ 参见注①,第60-61页。

³⁰ 参见湖北省武汉市中级人民法院(2016)鄂01民终8144号民事判决书。

³¹ 参见北京市第二中级人民法院(2017)京02民终6839号民事判决书。

³² 参见注⑤,第77页。

（二）受害人请求法院酌定

《民法典》第1182条规定了多种财产损失计算方式，而且各种计算方式之间有一定的适用顺序，即首先应当适用按照实际损失赔偿与按照行为人的获利数额赔偿的方式，法院酌定方式是适用范围最为靠后的一种方式。这就产生了一个问题，即在人格权益遭受侵害后，受害人能否不主张按照实际损失赔偿与按照行为人的获利赔偿，而直接请求法院酌定赔偿数额？即法院酌定方式能否基于受害人的请求而启动？对此，有观点认为，在侵权纠纷中，法院酌定方法是借法官运用自由裁量权而确定赔偿数额，这可能导致裁判结果具有不确定性，法院酌定方式既可能导致法官不精于论证说理，也可能导致当事人怠于举证，因此应当对法院酌定方式的运用进行一定的限制。^③ 法院酌定赔偿数额的权力本质上是“法定交易”的“定价权”，应当严格限制其使用，只有在按照实际损失赔偿与按照获利赔偿无法适用时，才能适用法院酌定方式。^④ 本文认为，此种观点值得商榷。

一方面，允许受害人直接请求法院酌定赔偿数额并不当然导致受害人怠于举证。从《民法典》第1182条规定来看，法院酌定方式的目的是确定财产损失的数额，当事人在请求法院酌定时，并非不承担任何举证义务，其仍然需要证明行为人侵害其人格权益，符合侵权责任构成要件，并造成其财产损失。相反，要求受害人请求法院酌定赔偿数额时必须先主张按照实际损失赔偿或者按照获利赔偿，则可能不当增加受害人权利救济的难度：对按照实际损失赔偿而言，如前所述，由于人格权的客体具有无形性，受害人很难证明其财产损失的具体程度与数额，甚至难以证明其客观上遭受了何种财产损失；对获利赔偿而言，一般认为，侵害人格权的获利赔偿规则是借鉴知识产权法规则的结果，^⑤ 在侵害商标权、专利权的情形下，依据相关司法解释的规定，可以通过侵权产品的销售总数与每件侵权产品的合理利润所得之积确定行为人的获利数额。^⑥ 但与知识产权不同，人格权与提升产品或者服务的知名度或者质量之间往往并不存在直接关联，^⑦ 受害人很难证明其人格利益在行为人获利中发挥何种作用，这也使得受害人举证证明行为人的获利数额更为困难。^⑧

另一方面，从《民法典》第1182条的文义来看，其虽然对按照实际损失赔偿、获利赔偿以及法院酌定等损失计算方式作出了一定的排序。但本文认为，此种排序并不是为了严格限制各种财产损失数额计算方式的适用顺序，而更多地是为受害人主张权利提供指引；同时，受害人请求法院酌定赔偿数额，也表明受害人不愿意主张按照实际损失赔偿或者按照获利赔偿，或者其客观上难以证明自身实际损失数额或者行为人的获利数额。此时，应当认定“被侵权人因此受到的损失以及侵权人因此获得的利益难以确定”，而不需要受害人证明自身损失难以确定或者行为人的获利难以确定。因此，受害人可以根据案件情况和自己的举证能力，选择更为有利的财产损失数额确定方式，而不需要依次层层主张每一种财产损失数额计算方式。

^③ 参见张家勇、李霞“论侵权损害赔偿额的酌定——基于不正当竞争侵权案例的考察”，《华东政法大学学报》2013年第3期，第29页。

^④ 参见张谷“论《侵权责任法》上的非真正侵权责任”，《暨南学报（哲学社会科学版）》2010年第3期，第51页。

^⑤ 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，第84页。

^⑥ 参见《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14条第2款。

^⑦ 参见注⑤，第87页。

^⑧ 参见石佳友、郑衍基“侵权法上的获利返还制度——以《民法典》第1182条为中心”，《甘肃政法大学学报》2020年第6期，第17页。

三、法院酌定的主要参考因素

(一) 法院酌定参考因素的类型

《民法典》第1182条只是规定由人民法院根据“实际情况”确定赔偿数额，“实际情况”具体包括哪些因素，该条并没有作出细化规定。有学者认为，法院在酌定赔偿数额时主要应当考虑行为人的主观过错程度、原因力、侵权行为的方式和性质、侵权造成的损害后果、侵权人主体类型及经济状况、被侵权人的知名度等因素。^{③⑨}也有学者认为，法院酌定赔偿数额主要应当考虑受害人损失的具体情形，以及各方当事人的经济状况。^{④⑩}按照立法者的观点，法院酌定赔偿数额时，主要应当参考侵权人的过错程度、侵权行为及其方式、造成的损害后果和影响等因素，^⑪但具体包括哪些因素以及各项因素之间的内在关联如何，立法者并没有作出进一步说明。

从《民法典》第1182条规定来看，法院在酌定赔偿数额的依据是“实际情况”，因此，只要对损害赔偿数额有影响的因素，如行为人的行为方式、受害人的损失情况、行为人的获利情况等等，原则上都可以纳入“实际情况”之中。本文认为，可以从《民法典》第1182条的规范性性质与规范目的出发，对各种参考因素进行分类。从规范性性质上看，《民法典》第1182条并非惩罚性赔偿规则，其贯彻的仍然是损害填补原则，主要功能在于对受害人的损害进行填补；同时，从该条规定来看，其也强调对行为人不法获利的剥夺，突出对损害的预防；而且与普通的财产损失赔偿责任不同，侵害人格权的财产损失赔偿责任也需要考虑对行为人不法行为的惩罚。^⑫因此，《民法典》第1182条实际上具有损害填补、损害预防与惩罚不法行为人等多重功能。据此，可以将法院酌定的参考因素区分为损害填补类的参考因素、损害预防类的参考因素以及惩罚性的参考因素。^⑬

1. 损害填补类的参考因素

如前所述，法院酌定的对象是受害人人格权中经济价值的减损，因此，此处损害填补类因素就应当是受害人人格权中经济价值减损的程度与数额。关于如何确定人格权中经济价值减损的数额，有学者主张，应当通过人格标识的市场价值进行确定，并可以考虑通过拟制的许可使用费标准予以确定。^⑭本文认为，此种方法具有一定的合理性，但拟制许可使用费是假设受害人与行为人订立人格利益许可使用合同而收取的费用，而受害人人格权中经济价值的减损则是因侵权而发生的贬损，二者内涵不同。因此，拟制的许可使用费无法准确反映人格权中经济价值减损的程度。

法院在酌定赔偿数额时虽然需要考虑受害人人格权中经济价值贬损的程度。但由于法院酌定赔偿数额时只是将受害人人格权中经济价值的贬损状况作为参考因素，而不是严格按照该贬损数额进行赔偿。因此，法院只需要考虑受害人人格权中经济价值贬损的大致程度即可，如受害人将来订立人格利益许可使用合同所减少的许可使用费数额、受害人因此减少的利用其人格利益的机会等，而不需要受害人证明其人格权中经济价值减损的具体数额。

^{③⑨} 参见注③，第842页。

^{④⑩} 参见注⑩，第158页。

^⑪ 参见注⑤，第77页。

^⑫ 有观点认为，在人格权侵权中，由人民法院根据实际情况确定赔偿数额在性质上属于法定赔偿，此种赔偿在性质上虽然不属于惩罚性赔偿，但其也具有一定的惩罚功能。参见注③，第842页；注⑤，第77页。

^⑬ 当然，各项参考因素之间在功能上可能存在一定的交叉。例如，课以行为人承担财产损失赔偿责任，填补受害人的损失，本身也体现了对行为人不法行为的惩罚。因此，本文中对各项因素的分类是以其主要功能而言的。

^⑭ 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，第88页。

2. 损害预防类的参考因素

在人格权侵权中，行为人的获利既可体现为因侵权而获得的积极利益，也可体现为行为人节省相应的许可使用费的支出。因此，为发挥损害预防功能，法院在具体酌定赔偿数额时，应当将行为人的侵权获利以及行为人所节省的拟制的许可使用费纳入参考因素的范围，具体而言：

一是行为人的侵权获利。行为人的侵权获利是指行为人因侵害他人人格权益而获得的利益。行为人的侵权获利并不是行为人因侵权而获得的全部利益，其在范围上应当是与侵害受害人人格权益具有因果关系的获利^{④⑤}，即行为人因侵权而增加的收入。^{④⑥}关于法院酌定赔偿数额时是否需要考虑行为人的获利情况，《民法典》第1182条并没有作出明确规定。从司法实践来看，在一些受害人为演艺人员或者体育明星的案件中，法院在酌定赔偿数额时并没有考虑行为人的获利情况^{④⑦}，而在其他一些类似的案件中，法院在酌定赔偿数额时则明确考虑了行为人的获利情况。^{④⑧}本文认为，为更好地发挥侵权责任的损害预防功能，法院在酌定赔偿数额时应当考虑行为人的获利情况^{④⑨}，主要理由在于：一方面，在侵害人格权的情形下，尤其是在大众媒体侵害他人人格权的情形下，行为人大多具有获利的目的。^{⑤⑩}因此，与传统的侵害财产权益的纠纷不同，在侵害人格权益的情形下，客观上存在剥夺行为人不法获利的需要。另一方面，我国《民法典》第1182条虽然规定了获利赔偿规则，但从《侵权责任法》颁行以来的司法实践来看，由于获利证明困难等原因，获利赔偿规则的适用并不顺畅，极少被采用，并没有发挥剥夺行为人不法获利的制度功能。因此，法院在酌定赔偿数额时有必要考虑行为人的获利情况，从而实现对行为人不法获利的剥夺。此外，法院在依据职权确定行为人的获利数额时，也只需要根据受害人的知名度、侵权行为的特点（如侵权持续时间、侵权的范围与规模等）等因素确定行为人大致的获利数额，而不需要对获利数额进行精确计算。而且法院在酌定赔偿数额时只需要考虑行为人可能的获利情况，而非其现实获利的数额，如果行为人本可获利而因为多种原因并未获利时，仍应当考虑其可能获利的情形。^{⑤⑪}

二是拟制的许可使用费。我国知识产权法的相关规则也规定了拟制的许可使用费赔偿方法^{⑤⑫}，但我国《民法典》并没有规定拟制的许可使用费赔偿方法。从我国司法实践来看，关于法院酌定赔偿数额时是否考虑拟制的许可使用费，各个法院的做法并不一致。有的法院认为，虽然受害人提供了其与案外人所签订的代言合同，但其难以直接证明本案中受害人因行为人的侵权行为而遭受的财产损失，因此不能作为确定受害人财产损失数额的直接参考依据。^{⑤⑬}而在有的案件中，法院则认为，由于人格权商业化利用的价值难以准确计算，因此，应当依据人格权许可使用价格和行为人的获利情况等因素予以确定^{⑤⑭}，这实际是肯定了拟制许可使用费可以作为法院酌定赔偿数额的参考因素。本文认为，有必要将拟制的许可使用费作为法院酌定赔偿数额时的参考因素，因为行为人在利用他人人格利益时，原则上应当经过个人的许可，并支付相应的许可使用费，在行为人未经许可而擅自利用他人人格权益时，其客观上是节省了相应的拟制许可使用费支出，此种费用的节省也可以看作

^{④⑤} 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，第161页。

^{④⑥} 参见注^{④⑤}，第24-25页。

^{④⑦} 参见北京市第三中级人民法院（2017）京03民终8985号民事判决书；最高人民法院（2017）最高法民申1757号民事裁定书。

^{④⑧} 参见湖北省武汉市中级人民法院（2015）鄂武汉中民外初字第00008号民事判决书；北京市第三中级人民法院（2018）京03民终2740号民事判决书。

^{④⑨} 参见注^{④⑤}，p.146。

^{⑤⑩} 参见注^{④⑤}，p.176。

^{⑤⑪} 参见注^{④⑤}，第86页。

^{⑤⑫} 参见《商标法》第63条第1款、《专利法》（2021年6月1日起生效）第71条第1款。

^{⑤⑬} 参见北京市第二中级人民法院（2017）京02民终6839号民事判决书。

^{⑤⑭} 参见北京市第三中级人民法院（2017）京03民终8354号民事判决书。

是行为人因侵权行为而获得的利益。^⑤因此,为了剥夺行为人的不法获利,消除其侵权动机,法院在酌定赔偿数额时有必要考虑拟制的许可使用费数额。在参考拟制的许可使用费酌定赔偿数额时,法院可以结合受害人的知名度、行为人侵权行为的方式、持续时间、同等知名度的个人的拟制许可使用费标准等,确定拟制的许可使用费数额,受害人也可以提供相应的人格利益许可使用合同,供法院酌定赔偿数额时参考。由于参考拟制的许可使用费酌定赔偿数额主要是为了剥夺行为人因侵权行为而节省的相关费用,因此,不论受害人事先是否已经对其人格利益进行了许可使用,也不论其是否有许可行为人利用其人格利益的意愿,法院在酌定赔偿数额时都可以参考拟制的许可使用费。而且法院在结合拟制的许可使用费确定赔偿数额时,为了发挥侵权责任的损害预防功能,法院所酌定的赔偿数额不应当低于拟制的许可使用费数额。^⑥

3. 惩罚性的参考因素

有观点认为,在侵害知识产权的情形下,行为人往往会通过侵权获得巨大利益,而受害人的损害可能难以确定,此时就有必要引入惩罚性赔偿规则。^⑦此种观点值得赞同,在人格权侵权中,不仅存在与知识产权侵权类似的行为人获利较大而受害人损失难以确定的问题,而且存在“损人不利己”型的侵权,即行为人客观上没有获得利益,而受害人的损失数额也难以确定。因此,在通过财产损害赔偿对受害人进行救济时,也应当考虑对行为人的惩罚。

法院酌定赔偿数额需要考虑的惩罚性参考因素主要包括行为人的过错程度、侵权行为方式等。在人格权侵权中,行为人对于侵害他人人格权益的行为一般是知情的,甚至许多行为人是恶意侵权。因此,有必要将行为人的过错程度、侵权行为及其方式等作为法院酌定赔偿数额的参考因素,从而实现对恶意侵权人的惩罚。^⑧从司法实践来看,有的法院在酌定赔偿数额时明确考虑了行为人的过错程度、侵权行为及其方式,也在一定程度上体现了对行为人的惩罚。例如,在“刘某某与中国邮政储蓄银行股份有限公司沈阳市合作街营业所肖像权纠纷案”中,法院认为,邮政储蓄所擅自利用刘某某的肖像,应赔偿刘某某相应的经济损失,在确定财产损失赔偿数额时,可以“根据一般公众人物的形象代言价格、邮政储蓄所的过错程度、经济能力、影响范围等因素依法酌定一个合理价格”。^⑨在该案中,法院在酌定行为人的赔偿数额时,就明确考虑了其过错程度这一因素。

法院酌定赔偿数额时考虑行为人的过错程度、侵权行为及其方式时,应当由受害人对上述事项进行举证。例如,在受害人能够证明行为人恶意侵权,或者在受害人已经通知行为人其行为已经构成侵权时,行为人仍未停止侵权的,则法院在酌定赔偿数额时可以适当增加行为人的赔偿数额。^⑩

(二) 各类参考因素在法院酌定赔偿数额时的适用关系

从《侵权责任法》颁行以来的司法实践来看,在人格权侵权中,法院在酌定赔偿数额时的立场较为保守,普遍存在酌定数额偏低的问题。这既可能影响对受害人的充分救济,也不利于发挥侵权责任的损害预防功能。^⑪造成这一后果的原因并不在于法院在酌定赔偿数额时遗漏了相关参考因素;相反,许多法院在酌定赔偿数额时都会列举大量的参考因素,有的甚至涵盖了上述三类参考因素。之所以产生这一问题,是因为法院对各类参考因素在确定损害赔偿数额中的意义和作用缺乏统一的

^⑤ 参见杨彪“受益型侵权行为研究——兼论损害赔偿法的晚近发展”,《法商研究》2009年第5期,第84页。

^⑥ 参见安徽省合肥市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。

^⑦ 参见王利明“我国侵权责任的体系构建——以救济法为中心的思考”,《中国法学》2008年第4期,第14页。

^⑧ See Johann Neethling,“Personality rights: a comparative overview”, *The comparative and international law journal of South Africa*, Vol. 38 (2005), p. 222.

^⑨ 参见辽宁省沈阳市中级人民法院(2017)辽01民终2931号民事判决书。

^⑩ 参见注③,第25页。

^⑪ 参见注⑦,第67页。

认识，这也使得法院在酌定赔偿数额时具有很强的任意性，难以实现酌定赔偿数额的可预期性。本文认为，法院在酌定赔偿数额时，应当主要以上述损害预防类参考因素为基础予以酌定：

一方面，损害填补类的参考因素无法成为法院酌定赔偿数额的主要参考因素。因为虽然多数人格权益中包含经济价值，但在遭受侵害时，很难确定人格权中经济价值贬损的程度与数额。在许多情况下，不仅受害人难以证明其人格权中经济价值发生了贬损，法院同样面临损害认定的困难，这就很难为法院酌定赔偿数额提供相对客观、明确的参考标准。而且从实践来看，多数侵害人格权益的行为体现为行为人未经许可擅自利用他人人格利益的行为，此类行为通常并不会导致受害人人格权益中经济价值的减损；相反，行为人的行为可能提升受害人的知名度，增加其商业化利用其人格利益的机会，客观上反而增加其人格权益中的经济价值。^②

另一方面，惩罚性的参考因素虽然会对行为人的赔偿数额产生影响，但同样无法成为法院酌定赔偿数额时的主要参考因素。因为《民法典》第1182条并非惩罚性赔偿，如果法院在酌定赔偿数额时以惩罚性的参考因素为主，主要考虑对行为人的惩罚，则并不符合该条的规范意旨；同时，行为人的过错、侵权行为方式等惩罚性的参考因素虽然会对受害人财产损失状况产生影响，但其都以行为人为观察对象，强调对行为人的苛责，无法成为确定受害人财产损失数额的基础，这也决定了此类因素只能作为确定财产损失数额的辅助性因素。

法院在酌定赔偿数额时，主要应当以损害预防类的参考因素为基础，即主要以行为人的侵权获利数额以及拟制的许可使用费作为酌定赔偿数额的基础。一方面，这符合人格权侵权的特点，因为人格权一旦遭受侵害，即难以恢复原状。因此，应当特别强调对损害的预防，法院以损害预防类的参考因素为基础酌定赔偿数额，显然更符合人格权侵权的特点。另一方面，与前述损害填补类以及损害预防类的参考因素不同，行为人的侵权获利数额与拟制的许可使用费数额相对容易确定，将其作为法院酌定的主要参考因素，也可以为法院酌定赔偿数额提供相对客观、确定的参考标准。而且从实践来看，当事人在人格利益许可使用合同中往往会约定高额的许可使用费，行为人往往也会因为擅自利用他人人格利益而获得巨额的经济利益。因此，将行为人获利与拟制的许可使用费作为法院酌定的主要参考因素，也有利于克服实践中普遍存在的法院酌定赔偿数额偏低的问题。

综上，法院在酌定赔偿数额时，一般应当根据拟制的许可使用费以及行为人的获利数额确定大致的赔偿数额，然后再基于对受害人损害的填补与惩罚不法行为人等因素的考量，对赔偿数额进行一定的调整，以确定最终的赔偿数额。当然，上述规则并非适用于所有的人格权侵权纠纷，对于“损人不利己”型的侵权而言，拟制的许可使用费与行为人获利标准可能难以适用，此时法院酌定赔偿数额可能需要更多地考虑上述损害填补类的参考因素与惩罚性的参考因素。^③

【主要参考文献】

1. 杨立新 《侵权责任法》（第二版），法律出版社2012年版。
2. 王利明 《人格权重大疑难问题研究》，法律出版社2019年版。
3. 黄薇主编 《中华人民共和国民法典侵权责任编解读》，中国法制出版社2020年版。

（责任编辑：高圣平）

^② 参见王利明 《债法总则研究》（第二版），中国人民大学出版社2018年版，第542页。

^③ 例如，在受害人的人格权不存在经济利用的可能时，即难以通过行为人的获利或者拟制的许可使用费等方式确定受害人的财产损失数额。参见朱岩 “‘利润剥夺’的请求权基础——兼评《中华人民共和国侵权责任法》第20条”，《法商研究》2011年第3期，第141页。

On Discretion of the Court in Compensation for Property Loss Infringing on Personality Rights

WANG Yegang • 104 •

It is an important tendency in the development of comparative law to continuously expand the power of the court to determine the amount of compensation in the infringement of personality rights. Conforming to this development trend and continuing the legislative experience of the Tort Liability Law, China's Civil Code stipulates rules of the court discretion in compensation for property loss infringing on personality rights. The object of the court's discretion is the amount of the injured party's property loss rather than the amount of the tortfeasor's profit. In the case of infringement of personality rights, the court may determine the amount of compensation at the discretion according to its own authority, and the injured party may request the court to determine the amount of compensation at the discretion as well; moreover, when the injured party claims against the tortfeasor to compensate for property loss but unable to provide the proof of the amount of one's own property loss nor the amount of the tortfeasor's profit, the court is also obliged to determine the amount of compensation at the discretion in accordance with its authority. For the need of preventing damage, in specific cases, the court shall generally determine the amount of compensation at the discretion based on reference factors of damage prevention such as the amount of proposed royalties, the amount of the tortfeasor's profit, and so forth.

Key Words Personality Rights; Property Loss; Damage Prevention; Court Discretion

Wang Yegang, Ph.D. in Law, Associate Professor at Law School of Central University of Finance and Economics.

Institutional Construction and Judicial Application of Director's Self-dealing of the Company with Limited Liability

CHI Ying • 116 •

The directors of a joint-stock company shall not conduct self-dealings, and the supervisory board shall conduct transactions with the directors on the company's behalf. Therefore, the provisions of Paragraph 1, IV of Article 148 of the Company Law may only apply to limited liability companies. The above regulation applies for entering into contracts or conducting transactions by the directors and senior management personnel with themselves or third parties they represent in the name of the company. The purpose of Paragraph 1, IV of Article 148 of the Company Law is to prevent the abstract risk of conflict of interest. The actual existence of the conflict of interest is not one of the preconditions for its application. Therefore, self-dealings by directors authorized by the Articles of Association or approved by the shareholder meetings before or after the self-dealings are effective. The institute of substantive fairness review from Anglo-American law which allows the court to conduct judicial review on the fairness of the self-dealing shall not be adopted in Chinese Company Law. The effectiveness of the self-dealing conducted by the directors against law is suspending and the company has the choice to make it effective by retrospective approval.

Key Words Director's Self-dealing; Authorization in the Article of Association; Approval by the Board of Directors; Unauthorized Representation; Suspending Ineffective