

# 我国知识产权侵权归责原则探析

徐 峙<sup>1</sup>, 曹延军<sup>2</sup>

(1. 吉首大学, 湖南 吉首 416000; 2. 西南政法大学, 重庆 400031)

**【摘要】**知识产权侵权在我国应采取何种归责原则, 在我国知识产权界和司法实务界一直是一个颇具争议的问题。本文分析了现阶段我国知识产权侵权所存在的归责原则, 认为我国应在知识产权侵权中建立过错责任原则和无过错责任原则的二元归责原则体系, 同时指出了过错责任原则和无过错责任原则应分别适用的场合。

**【关键词】**知识产权; 归责原则; 过错责任原则; 无过错责任原则

**【中国分类号】**D923.4 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1673-1883(2007)01-0086-05

## 一、关于我国知识产权侵权归责原则的学说分析

在我国, 知识产权侵权应采用何种归责原则, 是我国知识产权界和司法实务界一个存在诸多争论的热点问题。我国的《民法通则》和知识产权相关法律在关于知识产权侵权适用侵权原则之问题上, 并没有给出明确具体的归责原则规定, 从而给学者们以充分的论证余地。归纳起来, 我国在此问题上, 目前主要存在三种学说: 过错责任说、无过错责任说和混合说。

**1、过错责任说。**此种学说认为, 对于知识产权侵权行为应适用过错责任原则。此说之主张也是我国法院在司法实践中主要使用的一种方法。其理由主要是, 过错原则是我国一般民事侵权行为所适用的基本归责原则, 知识产权侵权属于一般民事侵权行为, 在我国《民法通则》及知识产权特别法律对知识产权侵权应适用无过错原则没有给予明确规定的情况下, 就应当坚持过错责任原则<sup>[1]</sup>。也有人主张在坚持适用过错责任原则的基础上, 应对知识产权侵权行为适用过错推定原则, 即认为只要权利人证明行为人实施了法律规定所禁止的侵权行为, 就推定行为人主观上具有过错; 行为人能够举证证明其没有过错的不承担赔偿责任, 否则应当承担赔偿责任<sup>[2]</sup>。笔者以为, 过错推定原则, 其实质仍属于过错责任原则, 只是

过错有无之举证责任由受害方转移给侵权方罢了。

**2、无过错责任说。**坚持此种学说的学者依据世界知识产权组织《与贸易有关的知识产权》(以下简称 TRIPS 协议) 第 45 条第 2 款关于“无辜侵权”的规定——“司法当局应有权判令侵权人支付权利人相关费用, 可包括合理的律师费。在适当的情况下, 即使侵权人不明知或无充分理由应知自己从事之行为构成侵权, 各成员仍可授权司法当局判令侵权人返还侵权利益, 以及或支付法定赔偿额或定额赔偿额”, 从而认为 TRIPS 协议对知识产权侵权行为适用的是无过错责任原则, 并进一步提出, 在我国已加入世界贸易组织的情况下, 我国的知识产权法律应明确规定知识产权领域之侵权行为适用无过错责任原则, 否则就不符合该协议的要求, 而对知识产权人的保护也相当不利<sup>[3]</sup>。

**3、混合说。**此种学说认为, 对于不同的知识产权侵权行为应适用不同的归责原则。这部分学者主张将知识产权侵权行为如同一般民事侵权一样, 区分为直接侵权和间接侵权, 从而对之适用不同的归责原则, 即对直接侵权行为应适用无过错责任原则, 对于间接侵权行为应适用过错责任原则<sup>[4]</sup>。其主要理由为: 目前世界上大多数国家对知识产权侵权行为的归责原则采用的是无过错责任原则, 所以我国应当借鉴国外先进立法经验, 在完善我国知识产权侵权归责原则时, 对直接侵权行为应适用无过错责任原则, 而对间接侵权行为, 应考虑适用过错

收稿日期: 2006-09-12

作者简介 徐 峙 (1969 - ) 男 土家族 湖南龙山人 副教授 法学硕士 主要从事诉讼法和民商法研究。

曹延军 (1970 - ) 男 汉族 河南新乡人 西南政法大学 2004 级法律硕士生 主要从事民商法研究。

责任原则。

## 二、对于上述三种学说之评价

1、就主张第一种学说的学者来说,在侵犯知识产权领域,其适用过错责任原则有着国内法与国际法上的依据。我国《民法通则》对侵权行为采取二元归责原则体系:一般侵权行为适用过错责任原则,法律有特别规定的情形适用无过错责任原则。一般认为,知识产权侵权应为一般民事侵权行为,在我国《民法通则》及知识产权特别法律没有明确给予规定对知识产权侵权应适用无过错原则的情况下,侵害知识产权应不属于法律规定的特别情形,因此应坚持适用过错责任原则。对各国相关立法具有普遍指导意义的 TRIPS 协议第 45 条第 1 款规定:“司法机构应有权命令侵权者向权利所有人支付足够的损害赔偿,来补偿由侵权者侵犯其知识产权行为所造成的损失,且侵权者知道或有充足理由知道他正在从事侵权活动。”上述规定表明,知识产权的侵权损害赔偿,其适用条件是行为人知道或应该知道他从事了侵权活动。换言之,过错责任原则应是侵犯知识产权的一般归责原则。

但是,“一刀切”地全面适用过错责任原则也有其弊端,首先在于当事人举证责任的分配问题。由于过错责任原则采取“谁主张谁举证”,对原告即权利人多有不利。由于知识产权在一定期间内具有一定程度的公开,权利人既难以控制他人对知识产品的利用,也难以对他人这种使用的过错状况进行举证。这样难免有为未经许可的使用人着想过多,而为权利人着想过少之嫌。其次该学说在全面适用过错归责原则时,并没考虑知识产权侵权行为的复杂性、侵权责任的多样性,同样有放纵侵权人、而对知识产权人保护不力之可能。

2、就主张第二种学说的学者来说,认为 TRIPS 协议对知识产权侵权行为适用的归责原则是无过错责任原则,其实际上是对该协议第 45 条第 2 款规定的误读与误解。因为该条款规定的是在“适当的情况下”而不是在“所有情况下”,各成员追究行为人的侵权责任可适用无过错责任原则<sup>[5]</sup>;更何况该条款规定的是“各成员可授权”而非“应授权”,具有选择适用的余地。因此,据此认为 TRIPS 协议对知识产权侵权行为适用的归责原则是无过错责任原则是不妥的。

3、上述第三种学说,就知识产权侵权行为应适用过错责任原则与无过错责任原则的归责原则体系,具有相当的合理性。但是,将其分为直接侵权与间接侵权区别适用有不妥之处。其一,直接侵权与间接侵权有时并不容易确定;其二,有些直接侵权行为,行为人在承担责任时也要求以过错为要件;而有些间接侵权行为,行为人在承担责任时却并不要求以有过错为其构成要件。譬如,网络域名抢注要求具有恶意才构成侵权行为,此时之侵权行为应为直接侵权,而无过错责任原则对其并不适用;间接侵权中之替代侵权行为(指“行为人”并没有从事任何侵权行为,但由于特定社会关系的存在,依法须对他人的侵权行为承担一定的责任),并不以“行为人”明知侵权行为的发生(故意)为其构成要件,其时“行为人”承担责任当适用无过错原则而非过错责任原则。

## 三、外国法上知识产权侵权归责原则的规定

1、德国:其著作权法第 97 条第(1)项规定:“违法侵犯著作权或其他本法所保护的权利要求者,可由受害者要求消除损害,如有再次发生侵害危险,可要求不作为,如果侵权者出于有意或过失,还可要求损害赔偿。”可见,德国法对要求消除损害和不作为不以过错为必须,适用无过错归责原则;对于损害赔偿,要求侵权人以有意或过失为必须,适用过错归责原则。

2、法国:其《知识产权法》第 L.615-1 条,是专利保护条款,它把侵权责任分为 3 款,第 1 款规定:“一切侵害专利权人依本法享有的诸项权利的行为,均构成侵权。”第 2 款规定:“侵权人应负民事责任。”也就是说,在法国,对知识产权保护实行更严格的无过错责任原则,不存在“无过错”的免责规定。

3、日本:其《著作权法》第 113 条规定了视为侵权的行为,其中第 1 款(1)项规定了直接侵权属无过错责任归责:“下列行为,视为侵犯该著作人人格权、著作权、出版权或著作邻接权的行为:(1)以在国内发行为目的,进口了当时在国内构成侵犯著作人人格权、著作权、出版权或著作邻接权的侵权著作物之行为;”在第 1 款(2)项规定了间接侵权属过错责任归责:“(2)明知是由侵犯著

作人人格权、著作权、出版权或著作邻接权的行为构成的侵权著作物(包括与前款规定的进口有关的侵权著作物),但仍颁布该著作物的行为。”

从上述可较为清楚地看出,发达大陆法系国家对知识产权侵权归责是适用无过错责任原则的。有过错者,应承担赔偿责任,无过错责任者,或承担赔偿责任或在有合理补偿的前提下,可免除赔偿责任。

4、**英国**:其侵权法几乎开始于无过错责任原则。英国版权法(无论是 1956 年版还是 1988 年版)均是以专门指出个别侵权行为归入过错责任作为例外,其余均属无过错责任。

5、**美国**:其在侵犯版权案件中对直接侵权行为适用严格责任,因此,在确定直接侵权人的赔偿责任说,通常不考虑侵权者的意图。美国侵权法专家柯恩卡教授认为美国法上所称的严格责任,就是指无过错责任(Liability without Fault),或者绝对责任(Absolute Liability)<sup>[6]</sup>。

同样可以看到,在主要的英美法系国家,对知识产权侵权归责也是适用无过错责任原则的。

#### 四、我国知识产权侵权适用无过错原则和过错原则的合理性

我国知识产权侵权中应该采用什么归责原则?大陆法系和英美法系国家关于侵害知识产权的归责原则的规定适用无过错归责原则的规定值得我们借鉴。笔者认为,适用过错责任原则还是无过错责任原则归责,终究是由对权利持有人的保护与各方利益均衡的价值取向所决定的。在生产并不发达的社会条件下,适用过错责任原则可能会更能平衡权利持有人、侵权人和社会之间的利益平衡;但随着社会经济的发展,生产力水平的提高,新技术带来了新的法律保护领域,对知识产权保护的深度和广度必然要求增加,无过错责任原则会体现其更好地促进社会发展的优势。从广义上来讲,归责原则之“责”应包括“停止侵害”和“赔偿损失”,因此,笔者以为,我国在知识产权领域,归责原则是指一切侵犯知识产权责任形式的归责原则。它的确立,应借鉴外国之成熟经验,并辅以我国现阶段衡量权利人和侵权人之间利益关系以及社会公共利益需要的价值取向之要求,以过错责任原则和无过错责任原则的二元归责体系作为我国的知识产权侵权

归责原则体系,并依据不同的场合具体适用知识产权侵权行为的归责原则——在知识产权遭到侵犯、权利人要求行为人仅承担停止侵害的责任的场合,应以无过错责任原则为归责原则,而以过错责任原则为归责例外;在知识产权遭受侵犯、权利人要求行为人承担损害赔偿责任的场合,应以过错责任原则为归责原则,而以无过错责任原则为归责例外。

1、**以无过错责任原则为知识产权侵权归责原则的合理性**。知识产权是一种专有性的民事权利,是对世权、支配权<sup>[7]</sup>。知识产权的权利人行使权利得排除一切其他人的不法干涉,并得根据自己的意志对权利保护对象进行全面支配,具有排他性和绝对性,因此,知识产权又被称为垄断权。权利人对自已拥有之知识产权的垄断以及受到法律的保护,意味着除法律另有规定或经权利人许可外,任何人不得使用权利人之知识产权。因此,行为人一旦没有合法原因或未经权利人许可,而侵入权利人之知识产权受保护之范围,其侵权行为即成立,权利人即有权采取相应措施以制止行为人之侵害,此时不问行为人之行为的主观心理状态和行为造成的实际损害,盖权利人享有知识产权之垄断与受法律保护之权利存在。既为权利,就不可侵犯,一经侵犯,即应停止侵害,否则,权利将不成其为权利<sup>[8]</sup>。此为权利所当然具有的不可侵犯性。侵害权利,也就违反了权利具有的不可侵犯义务,是对法律禁止性规定的违反。

知识产权作为一种财产权,与民法上的其他财产权是不一样的,是一种有别于财产所有权的无形财产权。由于其具有无形性、地域性、时间性等其它民事权利所不具有的特点,所以知识产权权利人的专有权范围在一定时域、地域被他人无意或有意侵入的机会和普遍性,比物权等权利大得多,普遍得多。而物权则不然,由于它是一种有形财产权,所有人可以很好地控制在自己手中,被他人侵犯的可能性不大。另外,知识产权以知识产品的公开性为其前提条件,其必须向社会公示、公布,这就会出现同一时间内在不同的地方,知识产权可能被若干主体侵犯。这些都使得知识产权无过错被侵害的情形有广泛存在的基础。由于民事诉讼法以“谁主张,谁举证”为基本原则,如果此时对行为人的侵权行为仍采过错为其构成要件,那么,原告要想证明被告“有过错”,就必须举出相关的证据,这对于原告来说是非常困难的,而被告证明自己“无

过错”却非常容易,极有可能导致原告处于败诉的境地;不但如此,而且还存在起到鼓励行为人使用权利人不易举证之主观过错的方式加大对权利人侵害的可能性,从而在不利于对权利人知识产权的进行保护的同时,有放纵行为人侵权之嫌,将会打击权利人的发明创造积极性,对科技进步造成消极影响,有碍社会之整体利益。

因此,在要求侵权人承担停止侵害责任的情况下,应当以无过错责任原则为知识产权侵权的归责原则,而不应当以侵权人的主观过错为责任前提条件。当然,即使这样,在某些特定的情形下,立法者出于对知识产权人与侵权人之间利益的平衡以及为更好的照顾社会公共利益,也应做出特别规定,即,此时侵权人只有在具有主观过错时才承担停止侵害之责任,过错归责原则为无过错归责原则的补充规定。

**2、以过错责任原则为知识产权侵权归责原则的合理性。**我们知道,无损害无责任,无责任无赔偿。德国学者耶林曾经指出:“使人负损害赔偿的,不是因为有害,而是因为有过失,其理就如同化学上之原则,使蜡烛燃烧的,不是光,而是氧,一般的浅显明白。”<sup>[9]</sup>换句话说,在侵权行为造成损害事实的情况下,承担损害赔偿不是因为有害的存在,而是因为行为人存在过错。以行为人主观上存在过错,作为其承担责任的判断标准与基础,是符合一般社会之公平正义观念与民法理念的。试想,如果一个人对自己的过错造成的损害不用负责任,那么行为人将缺失自己最起码的注意义务,社会也将会由之而不稳定、而混乱。然而,行为人如果无论是否存在过错都要对其行为造成的损害承担赔偿责任,势必会造成行为人在从事活动、特别是一些高危行业时,瞻前顾后、畏手畏脚,害怕动辄得咎而限制其行动自由,从而丧失机遇,不但个人自由得以束缚,而社会发展也必将停滞不前。因此,对损害赔偿以过错为其构成要件是合理与公平的。同样,对侵犯知识产权行为,加害人只对其过错行为造成的损害承担赔偿责任,而对其无过错行为造成的损害不承担赔偿责任,既可以在一定程度上对受害人的损失给予补偿,又可以将侵权人的赔偿责任限制在合理的范围内。由于知识产权侵权行为的复杂性、特殊性,确定过错责任原则为知识产权侵权行为的归责原则具有普遍意义。

侵权人之行为被认定为侵犯知识产权,权利人

要求行为人承担损害赔偿的民事责任,此时权利人必须举证证明侵权行为人存在主观过错,否则,行为人不承担赔偿损害的民事责任;法院只有在查明并确认侵权人具有主观过错的情况下才可以判令侵权人向权利人给予损害赔偿。

同样地,在以过错责任原则为知识产权侵权归责原则的场合,在某些特定的情形下,立法者为了平衡知识产权人与侵权人之间的利益关系以及为更好的照顾社会公共利益,应做出特别之规定,此时侵权人即使在主观上并不具有过错,也应向权利人承担赔偿责任。此时,无过错归责原则是为过错归责原则之补充适用规定。TRIPS 协议第 45 条就是关于侵权损害赔偿以过错责任为原则、以无过错原则为例外的精神的体现。<sup>[10]</sup>其第一款规定:

“司法机构应有权命令侵权者向权利所有人支付足够的损害赔偿,来补偿由侵权者侵犯其知识产权行为所造成的损失,且侵权者知道或有充足理由知道他正在从事侵权活动。”上述规定表明,知识产权的侵权损害赔偿,其适用条件是行为人知道或应该知道他从事了侵权活动。换言之,过错责任原则是 TRIPS 协议主张的侵犯知识产权损害赔偿的一般归责原则。其第二款规定:“司法当局应有权判令侵权人支付权利人相关费用,可包括合理的律师费。在适当的情况下,即使侵权人不明知或无充分理由应知自己从事之行为构成侵权,各成员仍可授权司法当局判令侵权人返还侵权利益,以及/或支付法定赔偿额或定额赔偿额。”该款表明,只有在适当的情况下,法院才可以责令无过错的侵权人向权利持有人负赔偿责任。这应是对知识产权侵权行为适用过错责任原则的例外补充。只不过,该条款并未对“适当情况”做出明确界定,有待各成员授权其司法当局做出规范。

## 五、我国知识产权侵权适用无过错原则和过错原则的场合

由前述分析可知,我国知识产权侵权行为应采无过错责任原则和过错责任原则的二元归责体系,那么,它们应分别适用于何种场合呢?

**1、无过错责任原则的适用场合。**无过错归责原则是指不以过错作为归责的依据和标准的归责原则。根据无过错归责原则,过错不是其构成要件,行为人在主观上没有过错的情况下也要承担责任。在确定行为人的侵权民事责任时,不考察行为入主

观上的过错。

我国《民法通则》第 118 条规定：“公民、法人的著作权、专利权、商标专用权、发现权、发明权和其他科技成果权受到剽窃、篡改、假冒等侵害的，有权要求停止侵害、消除影响、赔偿损失”。该条与《民法通则》第 121 条至第 125 条，第 127 条和第 133 条一样，并没有对侵权行为人的主观过错作出规定，所以，笔者认为，《民法通则》第 118 条也应认定为特殊侵权行为，与《民法通则》规定的 7 种侵权行为同样适用无过错责任归责原则。另外，在我国的著作权法、专利法、商标法等专门法律中，只要发生或认定了侵权行为，不论侵权人是否知道和是否应该知道侵权，也不论该侵权行为是否已造成或可能造成权利人的财产损失，承担停止侵害的民事责任都是不可推卸的。再者，同样的原则在前述国外关于知识产权侵权归责的法律规定中亦有反映。因此，无过错原则当成为知识产权侵权的归责原则而存在。知识产权的专有性特点使得权利人外的任何第三人都成为不得侵犯权利人权益的义务人，因此，行为人只要侵入受知识产权法律保护的著作权人、专利权人、商标权人的权益范围，对权利人行使权利或人身、财产造成侵害的，权利人有权要求行为人停止侵害、消除影响、赔礼道歉，此时，不以行为人有过错为要件。当然，在某些法律规定的特定情形下，会以过错为承担责任的前提条件。

2、**过错责任原则的适用场合。**过错是一般民事侵权行为的构成要件。我国《民法通则》第 106 条规定：“公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人的财产、人身的，应当承担民事责任。没有过错，但法律规定应当承担民事责任的，应当承担民事责任。”一般认为，该项规定是

一般民事侵权行为的归责原则，是行为人承担损害赔偿责任的法律依据。由于民法是知识产权法的一般法，知识产权法是民法的特别法，知识产权侵权赔偿责任仍属于民法中规定的民事责任，民法确立的过错责任原则当然适用于知识产权法领域。在我国知识产权专门立法中，没有明确规定侵权损害赔偿的归责原则，但一般都采用列举的方式将侵权行为分别规定，如《商标法》第 38 条、《著作权法》第 45 条和 46 条的规定。通常情况下，实施了上述侵权行为的，均要求当事人主观上具有过错。因此，过错责任原则同样被认为是知识产权侵权赔偿的一般的归责原则。

因此，对于侵害知识产权的行为，在权利人要求行为人提供损害赔偿的场合下，必须证明行为人主观上具有过错，过错是损害赔偿的当然要件；只有在法律规定的特定场合，才不要求证明行为人主观上存在过错。

## 六、结论

鉴于知识产权侵权行为的特殊性，在确立其归责原则时，既要考虑有利于维护权利人权利的可能性，又不致把侵权责任者的范围无限扩大。借鉴国外立法经验和考虑我国社会现状，比较可行的办法就是：区分不同的侵权情况和权利人的保护要求，适用不同的侵权归责原则——在确认行为人侵犯了知识产权并要求侵权人停止有关侵权活动、消除影响、赔礼道歉时，适用无过错归责原则，此时过错原则作为法律有特殊规定情形下的补充适用原则；在要求侵权人进行损害赔偿以及确定赔偿数额时，适用过错归责原则，而无过错原则作为法律有特殊规定情形下的补充适用原则。

注释及参考文献：

- [1]张广良. 知识产权侵权民事救济[M]. 北京：法律出版社，2003 年 6 月第 1 版，第 82 页.
- [2]蒋志培. TRIPS 肯定的知识产权侵权赔偿归责原则和赔偿方法[J]. 法律适用，2000，（10）.
- [3]吴汉东. 知识产权保护论[M]. 北京：法律出版社，2000 年.
- [4]郑成思. 知识产权论[M]. 北京：法律出版社，2003 年 10 月第 3 版，第 277 页.
- [5]孙玉红. 论知识产权侵权归责原则[J]. 河北法学，2006，（2）.
- [6]张广良. 知识产权侵权民事救济[M]. 北京：法律出版社，2003 年 6 月第 1 版，第 92 页.
- [7]张玉敏主编. 知识产权法学[M]. 北京：法律出版社，2002 年 10 月第 1 版，第 23 页.
- [8]张玉敏. 侵害知识产权民事责任归责原则研究[J]. 法学论坛，2003，（3）.
- [9]杨立新. 侵权法论[M]. 北京：人民法院出版社，2005 年 10 月第 2 版，第 130 页.
- [10]郎贵梅. 论知识侵权行为的认定和责任确定的制度设计[A]. 郑成思. 知识产权文丛·第 10 卷[C].（下转 98 页）

## On Attorney Culture

NIE Jing-bo

(Xichang College, Xichang, Sichuan 615013)

**Abstract:** Attorney Culture is a cultural mark by which a lawyer is recognized. It includes some common ideas about lawyer ' s right, misson, ethics, way of thinking and skill of practice. Reconstruction of attorney culture means making attorney culture realized by the profession, and making an attorney become a true lawyer through the rule method.

**Key words:** lawyer ; Attorney Culture ; feeling and realising

(责任编辑：周锦鹤)

\*\*\*\*\*

(上接 90 页)

北京：中国方正出版社，2004.

## Research on Principles of Assumed Liability for Against the Violation of Intellectual Property in Our Country

XU Zhi , CAO Yan-jun

(1. Jishou University, Jishou, Hunan 416000; 2. Southwest University of Politics and Law , Chongqing 400031)

**Abstract:** It is a disputed question in intellectual property and law circles which principle of assumed liability should be taken against the infrigement of intellectual property in our country. This paper analyzes the principle of liability for infrigement which has been used in intellectual property at present, and considers a binary principle which should be built, and at the same time advances the applications of the fault liability and nofault liability should be determined according to different situations.

**Key words:** Intellectual Property Rights; Principle of Assumed Liability; Fault Liability; Lofault Liability

(责任编辑：周锦鹤)