

内 容 摘 要

侵犯知识产权应当适用什么样的归责原则是侵权行为法理论中一个极为棘手的问题，本文挑选知识产权中的著作权加以研究，运用法律解释学、法律社会学等分析方法，并借鉴经济学的有关原理，对侵权的含义、侵权的责任构成、归责原则、侵犯著作权的特殊性等加以全面的剖析与研究。除引言和结束语外，全文共分为四章。

引言部分对本课题的研究情况进行简要的学术回顾，并介绍本论文的写作意义。

第一章：侵犯著作权的认定及其构成要件。本章首先探讨了学术界关于侵权的涵义的界定，接着对什么是侵犯著作权进行分析研究，最后提出了侵犯著作权的构成要件。

第二章：侵犯著作权的归责原则。本章首先介绍了什么是归责和归责原则，然后对过错责任原则和无过错责任的适用及其理论基础进行阐述。接着进一步分析了承担民事责任的方式的架构与侵犯著作权应当适用的归责原则的关系，并指出著作权与传统的物权的区别，得出无过错责任是侵犯著作权的归责原则的结论。

第三章：世界贸易组织中与知识产权有关的法律规则及国外的立法成例。本章对 Trips 协议第 45 条的规定进行解释，并介绍了大陆法系和英美法系的著作权立法情况以及相关的司法实践。

第四章：我国现行的著作权立法及其评价。本章从民事责任的立法入手，分析了民事责任立法体系的创新带来的侵犯著作权的归责原则的两难选择，进而分析了民法通则第 106 条第 3 款的规定对著作权立法的影响，肯定了修改后的著作权法的进步性。

结束语部分回顾了侵权行为法理论的发展历程，指出归责原则与赔偿原则的区别，得出无过错责任是侵犯著作权的归责原则的结论。

关键词： 侵权 侵犯著作权 归责原则 无过错责任

目 录

引 言

第一章 侵犯著作权的界定及其构成要件

一、侵犯著作权的界定

(一) 侵权行为的涵义

(二) 侵犯著作权的界定

二、侵犯著作权的构成要件

(一) 一般侵权行为的构成要件之分析

(二) 违法性与过错的区分及其意义

(三) 损害赔偿责任与侵权责任的区分及其意义

(四) 侵犯著作权的构成要件

第二章 侵犯著作权的归责原则

一、归责原则概述

(一) 归责的涵义

(二) 归责原则的机能

二、侵犯著作权的归责原则

(一) 侵犯著作权的归责原则的内涵

(二) 损害赔偿请求权与物权请求权的区别

(三) 物权的保护方式不适于著作权的侵权救济

(四) 无过错责任是侵犯著作权的归责原则

第三章 世界贸易组织 Trips 及国外的立法成例分析

一、对 Trips 协议第 45 条的理解

二、两大法系的著作权立法和司法实践

(一) 两大法系的著作权立法

(二) 无过错责任的司法实践

第四章 我国现行的著作权立法及其评价

一、一元化的责任立法体例对确定侵犯著作权的归责原则的影响

(一) 我国民事责任立法的概况

(二) 一元化的责任立法体例与侵犯著作权的归责原则

二、我国著作权立法的评价

结束语

主要参考文献

厦门大学博硕士学位论文摘要库

引言

归责原则是侵权行为法理论的核心，也是法院审判民事侵权损害赔偿案件的基本准则。在国外，对这一问题的研究，无论是立法、学说还是判例都较为完善。在国内，由于侵权行为法的研究起步较晚，对什么是侵权、侵权的责任构成以及侵权应适用的归责原则还存在许多争议。在著作权等知识产权领域，尤其如此。以侵犯著作权纠纷为例，在侵犯著作权诉讼中，各地人民法院均根据过错责任原则和过错推定原则来确定当事人的侵权损害赔偿责任。^①在知识产权学者的著述中，大多数的学者都坚持认为侵犯知识产权的归责原则应当适用传统的过错责任原则，只有少数的学者认为应采无过错责任。这种学说纷争的状况的长期存在不仅有碍侵权行为法理论的统一与完整，无法为知识产权的立法提供理论上的指导，同时也妨碍了知识产权审判实践的进一步发展。2000年至2001年，《专利法》、《商标法》、《著作权法》的修订在归责原则这一问题上仍未达成一致意见，在法律条文中没有明确规定侵犯知识产权应当适用过错责任还是无过错责任。是坚持传统的过错责任原则？还是采用无过错责任？成了我国知识产权法领域一个悬而未决的问题。本文选择侵犯著作权的民事责任加以研究，从侵权行为法理论发展的历史逻辑入手，对侵犯著作权的界定、责任构成和归责原则进行深入地探讨，期能为著作权的侵权认定及其归责原则的立法提供一种可行的思路。这里需要特别说明的是，侵犯著作权的责任有民事责任、行政责任和刑事责任三种形式，每种不同的责任形式有不同的归责原则，本文的探讨仅限于民事责任的归责原则。

^① 参见蒋志培：《侵犯著作权损害赔偿问题研究情况介绍》，载于最高人民法院知识产权审判庭编：《知识产权审判指导与参考》（第1卷），法律出版社2000年版，第77页。

第一章 侵犯著作权的界定及其构成要件

一、侵犯著作权的界定

(一) 侵权行为的涵义

何谓“侵权行为”？是研究侵权行为法不得不面对的首要问题。但是，对于这样一个法学概念，无论是立法机关的立法还是法官的司法实践，抑或是学者的学说，都没有一个统一的、为人们所共同接受的准确的定义。在法律技术上以什么样的方式界定侵权行为，在立法体例中大致有两种作法：一是罗马法和英美法系各国所采取的对每种个别的侵权行为类型分别地规定要件、效果的方式；二是像《法国民法典》第 1382 条那样，对侵权行为的要件、效果设置一般性规定的方式（使因 *faute* 造成损害的人负担赔偿义务）。^①

考察《法国民法典》第 1382 条、1383 条、《德国民法典》第 823 条、826 条和《日本民法典》第 709 条的规定，可以发现：大陆法系国家的立法者对侵权行为的界定，有两个显著的特点。第一，侧重于构成要件的规定。按照大陆法系国家民法典的体系，侵权行为是债的发生根据之一，当某一行为符合法律规定的侵权行为构成要件时，就在特定的当事人之间发生一种以给付为内容的民事法律关系，因此，侵权行为的构成要件对这种债的发生具有决定的意义。基于成文法系通行的要件法定主义立场，这些构成要件必须在法律规定的侵权行为概念中予以明确或得以确定。第二，在侵权行为的各构成要件中，突出了过错（违法性）要件。^②

与此相反，在判例法系国家，侵权行为的定义大都是由学者们从审判实践中归纳出来的。由于各种侵权行为的构成要件已经由以往的判例分别地给出，因此，在客观上没有统一规定侵权责任的构成要件的必要；而且，判例法的归纳式思维方法也使学者们缺乏为法官的审判推理创立逻辑前提的动机。为此，学者的定义主要是为自己研究和表述法律规则而设计的。其次，深受“遵从先例”的判例法传统陶冶的法学家们（他们大多数是法官和律师）相信，法律的规则和法律的精神存在于具体生动的审判实践之中（而不是抽象僵化的概念文字之中）。因此，他们的定义大都带有程序色彩和实务风格。^③

考察判例法系国家学者所下的侵权行为的定义，归纳起来大致有四种学说：一是“过错说”，强调侵权行为是一种过错行为；二是“违反法定义务说”，认为侵权行为是违反法律事

^① 参见于敏著：《日本侵权行为法》，法律出版社 1998 年版，第 6 页。

^② 参见王卫国著：《过错责任原则：第三次勃兴》，中国法制出版社 2001 年版，第 205—206 页。

^③ 参见王卫国著：前引书，第 206—207 页。

先规定的义务的行为，并因此而与违约行为相区别；三是“责任说”，认为侵权行为是应负损害赔偿责任的行为；四是“致人损害说”，认为侵权行为是加损害于他人权利的行为。^①

很显然，“过错说”是对的，在与损害赔偿相联系的情况下，考察行为人的主观心理状态具有重大的意义，这也是民法采过错责任原则的一个重要原因。但是，故意或过失并非侵权行为概念之必备要件，在采无过错责任的情况下，故意或过失之有无对侵权行为之成立与否不生影响。“责任说”强调侵权行为应负损害赔偿责任，但没有说明在损害不发生的情况下是否构成侵权。“致人损害说”仅仅强调侵权行为是侵害他人权利的行为，没有探讨存在阻却违法的情况下是否构成侵权。因此，这三种学说都不可取。只有“违反法定义务说”强调侵权是基于法定义务之违反，并以此作为判断过错与否的检验标准。如果行为人对法律保护的权利或利益负有某种注意义务，在他违反义务的情况下即可构成侵权，必须承担侵权责任。

基于以上的分析，笔者认为，所谓“侵权行为”，是指不法侵害他人权利的行为。其本质在于行为之不法，强调的是违法性，而不是过错。这是采狭义的侵权行为概念。广义上的侵权行为尚包括对利益的侵害，本文在论述侵犯著作权的归责原则时亦采狭义的概念。

（二）侵犯著作权的界定

由于在什么是“侵权行为”这一问题上存在不同的观点，反映到著作权领域，对于什么是“侵犯著作权”？同样存在许多争议。

当然，对于何为“著作权”？各个国家的理解并无太大的差异，但所用的名称有所不同。大陆法系称之为“作者权（Author's right）”，强调的是作者或其他著作权人有控制和利用其智力成果的道义上的权利；英美法系称之为“版权（Copyright）”，即制止他人进行复制的权利，现在的含义有所扩大。国内学者一般认为，所谓著作权，是指基于文学艺术和科学作品依法产生的权利。^②

著作权通常有广义和狭义之分，狭义的著作权是指各类作品的作者或其他著作权人依法享有的权利，其内容包括著作人身权和著作财产权两个方面；广义的著作权是指除了狭义著作权以外，还包括艺术表演者、录音录像制品制作者和广播电视节目的制作者依法享有的权利。本文采用狭义的著作权概念。

考察各国著作权法关于侵犯著作权之行为的规定，主要有三种立法模式：一是在著作权法中对著作权的内容、著作权的行使及其限制作了明确规定，而对何为侵犯著作权却不作规定；二是对侵犯著作权的行为作概括式的规定；三是采取列举式，对于哪些行为属于侵犯著作权的行为作出详细规定。

^① 参见杨立新主编：《侵权法实务全书》（上），吉林人民出版社1999年版，第6—8页。

^② 参见刘春田主编：《知识产权法》（第二版），中国人民大学出版社2002年版，第37页。

我国《著作权》立法采用第三种模式。立法者用两个条文来规定侵犯著作权的行为，该法第 46 条采用列举——概括式的方法列出了 11 种侵犯著作权的行为，第 47 条采用列举式的方法列出了 8 种较为严重的侵犯著作权的行为。

从各国著作权的立法来看，各国无一例外地规定了侵犯著作权的行为的类型，但是，各国著作权法对侵犯著作权的行为的含义却没有界定，学理上也存在各种各样的观点。日本学者认为，“无权而使用别人权利的客体，使别人的权利受到侵害”^①即是侵犯著作权。台湾学者认为，“所谓侵权行为乃指以他人行为侵入法定权利半径范围内且无阻却事由之行为”。^②

从我国《著作权法》第 46 条、47 条的行文来看，我们无法从中得知“侵犯著作权”的准确含义，而国内学者所做的学理上的界定也不尽一致。有的学者认为“凡未经作者或者其他著作权人许可，又不符合法律规定的条件，擅自利用受著作权法保护的作品的行为，即为侵犯著作权的行为”。^③有的学者认为，侵犯著作权行为就是指除著作权法特别授权外，未经作者或其他著作权人的许可，擅自对受著作权法保护的作品行使著作权人的专用权利，而使其权利受到损害的一种违法行为。^④有的学者认为，侵害版权（Infringement of copyright）是指任何擅自使用受版权保护的作品，而对这种作品的使用应依法经作者授权。^⑤有的学者认为，“所谓侵害版权，是指未经版权人许可而从事了版权法授权版权人所控制、限制或禁止的那些活动”。^⑥

综观中外学者关于“侵犯著作权”的定义，虽然不尽相同，但在表述“侵犯著作权”的概念时均强调未经许可擅自使用作者或其他著作权人的作品。当然，强调“未经许可”是对的，但忽略了著作权的合理使用是不需要经过作者或其他著作权人的许可这种情况。因此，日本学者的定义没有剔除在合理使用的情况下不构成侵犯著作权的例外；台湾学者的定义强调了侵害行为之不法，但他是通过界定“侵权”这个概念来说明侵犯著作权的行为，实际上并没有指出什么是“侵犯著作权”；国内学者在界定“侵犯著作权”这个概念时，除了强调“未经许可”外，或指出侵犯著作权是一种违法行为，或强调不符合法律规定的条件，或剔除了法律特别授权的情况，可以说，基本上指明了什么是“侵犯著作权”。但是，正如“侵权行为”的本质在于“不法性”而不是“过错”一样，“侵犯著作权”同样应该强调侵害行为之“不法”，仅仅指出“未经许可”是远远不够的。实际上，这种“不法性”表现在以下两个方面：一是使用他人作品未经作者或其他著作权人许可；二是使用他人作品无法律上的根据，包括不按

^① [日]半田正夫、纹谷畅男编，魏启学译：《著作权法 50 讲》，法律出版社 1990 年版，第 324 页。

^② [台]施文高著：《著作权法制原论》，台湾三民书局股份有限公司 1984 年版，第 459 页。

^③ 参见黄勤男主编：《新编知识产权法教程》，中国政法大学出版社 1993 年版，第 448 页。

^④ 参见冯晓青：《也析侵犯著作权问题》，《著作权》1995 年第 4 期。

^⑤ 参见沈仁干编：《国际版权手册》，四川人民出版社 1984 年版，第 46 页。

^⑥ 参见郑成思著：《版权法》（修订本），中国人民大学出版社 1997 年版，第 207 页。

《著作权法》规定的条件使用他人作品。

基于以上的分析，笔者给侵犯著作权下一个定义：所谓侵犯著作权，是指未经著作权人许可或者无法律上的根据而擅自使用受著作权法保护的作品，从而侵犯了著作权人的人身权和财产权的违法行为。这个定义不仅指出“侵犯著作权”是一种“未经许可擅自使用他人作品”的行为，而且指出这种“使用”是违法的。与笔者前面给出的“侵权行为”的定义是一致的。

二、侵犯著作权的构成要件

（一）一般侵权行为的构成要件之分析

《民法通则》第 118 条规定：“公民、法人的著作权（版权）、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”。从该条的规定来看，它明确了侵害知识产权是一种独立的侵权行为，侵害人要依法承担相应的民事责任。

关于一般侵权行为的构成要件，在民法学界，众说纷纭、看法不一。法国民法主张过错、损害事实和因果关系三要件说，德国民法则主张过错、行为的违法性、损害事实和因果关系四要件说。台湾学者史尚宽将因果关系、损害事实合并表述为一个要件，提出了一种不同于法国民法的三要件说，认为，侵权行为的构成，须具备归责性之意思状态、违法性之行为和因果律这损害。^①在国内学者中，多数学者主张四要件说，认为一般侵权责任的构成须具备行为的不法性、行为人的过错、损害事实以及违法行为与损害事实之间的因果关系四个要件，并在实践中将一般侵权责任构成要件的表述以及各要件的顺序逐渐固定了下来，形成了违法行为、损害事实、因果关系和主观过错这种较为规范的提法，并被最高人民法院的司法解释所采用，用以指导全国司法机关的审判实践。^②近年来，有的学者依据《民法通则》第 106 条第 2 款规定过错责任的条文中未写明“不法”的字样，主张三要件说，认为一般侵权责任构成只须具备损害事实、因果关系和过错三个要件。^③

从本质上看，三要件说与四要件说的根本分歧在于对过错性质的认识的差别。主观过错说认为过错是一种主观心理状态，与行为无关。客观过错说认为过错并非在于加害人的主观心理状态具有非难性，而在于其行为具有非难性，并进一步指出，过错是违反法定义务、对受害人的权利之侵害或者未达到合理的行为标准的行为。实际上，客观过错说是将行为人的

^① 参见史尚宽著：《债法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 111 页。

^② 例如，最高人民法院《关于审理名誉权案件若干问题的解答》第 7 条规定：“是否构成侵害名誉权的责任，应当根据受害人确有名誉被侵害的事实、行为人行为违法、违法行为与损害后果之间有因果关系、行为人主观上有过错来认定”。

^③ 参见王利明主编：《民法·侵权行为法》，中国人民大学出版社 1993 年版，第 136 页。

主观心理状态与客观行为合并起来考察，强调从客观方面判断行为的可归责性，弱化对加害人主观心理状况的要求。主观过错说则强调主观过错为归责要件，解释了过错来源于行为人应受非难的主观心理状态，从而奠定了责任自负的基础，突出了侵权行为法的预防和教育功能。^①

（二）违法性与过错的区分及其意义

法国民法采“违法性吸收说”，并在其民法典第 1382 条规定了侵权责任的三个构成要件：过错、损害以及过错与损害之间的因果关系。但是，在对过错的解释上，仍然按照传统的法学观点，将其理解为包括两个方面：一是行为不合“善良家父”（good paterfamilias）标准；二是应受责备性（blameworthiness）。在当代，许多法学家采用另一种巧妙的分析方式，把过错理解为：一是客观不法行为，二是主观心理状态——可归责性。这样的解释技巧固值赞同，但是，自二战以来，侵权行为法的发展日新月异，违法行为的外延有所扩大，无过错（侵害）行为也可构成侵权（违法性），过错概念已经包含不了违法的概念。恰恰与传统的法学观点相反，所有的过错侵害行为都是违法行为，违法性吸收了过错。因此，传统的过错责任的构成须列明过错和违法性要件，而无过错责任的构成应列明违法性要件而不是过错要件，从而解决了在适用无过错责任的情况下列明构成要件的困难。

实际上，从世界各国的立法来看，“违法”而无过错，并非一切国家侵权法的通例（当然，反过来说，有过错可能未必违法）。例如法国侵权法即认为违法均有过错，德国侵权法才把二者明显分开。^②

正如主观过错说所极力主张的，过错在本质上是一种应受谴责的主观心理状态。很显然，这样一种主观心理状态并不会导致某种损害，它只能通过行为人违反义务的行为表现出来。而判断行为人违反义务与否？客观过错说建立了一种以“注意义务”为标准的过失检验方法。在英美法上，过错的检验标准大体包括两个环节：其一是注意义务（Duty of care），即过错责任必须以被告对原告的利益负有某种注意义务为前提；其二是违反注意义务（Breach of duty），在肯定被告负有注意义务的前提下，进一步判断他的行为是否达到应有的注意程度，任何低于应有注意标准的行为都是违反义务的行为，都构成过错。

为此，笔者认为，不管是采三要件说还是四要件说，在法律技术层面上对过错的分析都是通过考察行为人的行为之不法加以判定，客观过错说认为，一个侵犯他人权利的客观不法行为，如果不存在故意、过失或者恶意等主观不法心态，则不存在责任。也就是说，一个致害行为只有同时具备两种不法才具有可归责性。主观过错说则把过错分两个层面加以分析：

^① 参见孟祥娟著：《版权侵权认定》，法律出版社 2001 年版，第 90—91 页。

^② 参见郑成思：《侵害知识产权的无过错责任》，《中国法学》1998 年第 1 期，第 83—84 页。

一是行为之不法，二是非难性。由于无过错责任的侵权构成不需要“过错”要件，若采“过错与不法同一说”（违法性吸收说），则在适用无过错责任的情况下，侵权的责任构成实际上就是两个：过错以及过错与权利受侵害之间的因果关系。很显然，过错只是一种应受责备的主观心理状态，它不可能造成侵害权利的客观后果，因此，所谓“过错与权利受侵害之间的因果关系”在逻辑上显然不通。正基于此，在确定侵权的责任构成时宜采客观过错说主张的四要件说，即违法行为、行为人的过错、损害事实以及违法行为与损害事实之间的因果关系。

（三）损害赔偿与侵权责任的区分及其意义

从纯粹的侵权行为的构成来看，如果不考虑损害赔偿的问题，对于侵权的认定，应当不需要以损害的发生为构成要件。也就是说，只要侵权人确实侵犯了权利人的权利（利益是否包括在内，暂且不论），同时存在符合过错及违法性要件，即可有侵权行为的成立，此时并不需要考虑行为人的行为是否对权利人造成了损害。需要损害事实这个构成要件，正是因为侵权行为所表现的后果必然为损害赔偿责任的承担，根据大陆法系的法学理论，没有损害则无赔偿（No liability without fault）可言。因此，在确定侵权行为的构成要件时，必须有损害事实存在这一要件。对此，台湾学者史尚宽指出：“严格言之，损害之发生，为赔偿义务成立之要件，而非侵权行为之要件”。^①

与大陆法系不同，在英美法上，对于“无损害则无赔偿”则有一些例外规定，如书面之名誉毁损（libel）、对于土地的有形的侵害（trespass to land），即使没有损害事实的存在，法律也会给予名义赔偿，但此处强调的是当事人的损害赔偿请求权。^②

由此可见，损害之有无乃事实的判断问题，损害事实的存在只影响到赔偿责任的承担与算计，而对于侵权之成立与否并无影响。从民事责任的承担方式看，赔偿损失只是承担侵权责任的一种形式。

（四）侵犯著作权的构成要件

关于侵犯著作权的构成要件，有的学者提出两要件说，认为侵犯著作权的构成要件有二：一是他人擅自使用的必须是受著作权法保护的作品；二是使用者使用受著作权法保护作品的行为必须是既未经作者同意也无法律上的根据。^③另有学者主张将侵犯著作权的行为作为传统的一般侵权行为来对待，其构成要件有四：（1）行为的违法性；（2）损害；（3）因果关系；（4）行为人的主观过错。^④

^① 参见史尚宽著：前引书，第166页。

^② 参见姚欢庆：《侵犯知识产权行为归责原则研究》，《浙江社会科学》2001年第4期，第88页。

^③ 参见史文清、梅慎实著：《著作权诸问题研究》，复旦大学出版社1992年版，第225—227页。

^④ 参见张新宝著：《中国侵权行为法》，中国社会科学出版社1995年版，第151页。

笔者认为，侵犯著作权的行为不是一种普通的民事侵权行为，而是属于特殊的侵权行为，因此，其构成要件也有与一般侵权行为不同的地方。下面就通过与一般侵权行为的构成要件进行对比来阐明这一点：

1、过错。传统的民法理论认为，构成一般侵权行为的要件之一就是行为人主观上要有过错，即加害人只有主观上存在故意或者过失时才应对加害行为承担责任。在侵犯著作权的行为中，主观上有过错的当然应该承担责任。但是，对于主观上并无故意或者过失却又侵害了著作权人权益的行为，是否应当承担责任呢？考察西方英美等国著作权法的相关规定，“过错”只是决定行为人承担责任大小的一个因素，并不是其必备要件。从我国《著作权法》第46条、47条的规定来看，在列举的18种（第46条第十一项兜底条款除外）侵犯著作权的行为中，都未指明行为人必须具备主观上的“过错”这个要件。因此，过错不是侵犯著作权的行为的构成要件。

2、违法行为。违法行为（或称加害行为）是一般侵权行为的构成要件之一，在考察一个致害行为是否构成侵权时，首先要考察它是否具备违法性要件，只有在肯定了其是不法行为之后，才会进一步考虑行为人的主观过错问题。很难想象，一个合法的行为会构成侵权（滥用权利即为不法，根本就谈不上合法）。对侵犯著作权的构成来说，显然应当具备违法性要件。但是，侵犯著作权的行为与一般侵权行为还有一个不同的地方，那就是：在侵犯著作权的行为尚未发生但不久可能发生的情况下，权利人有权获得法律上的救济。多数西方国家对此都以侵权论，称之为“即发侵权”。我国《著作权法》第49条对此也作了相应规定，“著作权人或者与著作权有关的权利人有证据证明他人正在实施或者即将实施侵犯其权利的行为，如不及时制止将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在起诉前向人民法院申请采取责令停止有关行为和财产保全的措施”。因此，只要行为人的行为侵犯了著作权人的合法权益，就必然构成侵权；如果行为人的行为对著作权人的合法权益构成重大威胁、在将来必然危及权利人，则也构成侵权。

3、损害。如前所述，损害之有无不影响一般侵权行为之成立，之所以要损害这一要件，是因为侵权行为的后果必然表现为损害赔偿责任的承担。在著作权领域，也是如此。因此，侵犯著作权的行为之成立应无须损害事实这一要件，只要行为人的行为侵害了著作权人的权利或者可能对著作权人的权利造成重大威胁即可。

4、因果关系。传统的民法理论认为，只有当违法行为与损害后果之间存在因果关系时，行为人才承担侵权责任。在著作权领域，损害之有无不是侵犯著作权的责任构成要件，因此，无须探讨违法行为与损害之间的因果关系。只有在发生现实的损害后果时，才有必要考察违法行为与损害后果之间的因果关系。但是，需要指出的是，考察违法行为与损害后果之间的

因果关系只是为了解决赔偿的范围问题，而不涉及侵犯著作权之成立与否问题。由于行为人的行为造成了著作权人的权利受侵害或有受侵害之危险，因此，需要有违法行为与权利受侵害或有受侵害之危险之间的因果关系这一要件。

综上所述，笔者认为，在探讨侵犯著作权的责任构成时，不宜直接套用一般侵权行为的责任构成理论来构筑侵犯著作权的构成要件。参照西方国家著作权法的相关立法和我国《著作权法》第五章的相关规定，侵犯著作权之成立应具备以下三个构成要件：(1)行为人实施了侵犯著作权的违法行为；(2)行为人的行为侵害了著作权人依著作权法享有的权益或者对著作权人的权益构成重大威胁；(3)违法行为与著作权人的权益受侵害或有受侵害之危险之间具有因果关系。

第二章 侵犯著作权的归责原则

一、归责原则概述

(一) 归责的涵义

何谓“归责”？在学者的著述中，争论颇多。德国学者拉伦茨认为，归责是指“负担行为之结果，对受害人言，即填补其所受之损害”。^①德国学者道茨奇（Deutsch）认为，归责是指“决定何人，对于某种法律现象，在法律价值判断上应负担其责任而言”。^②在国内，有的学者认为，归责即确认和追究侵权行为人的民事责任。^③另有学者认为，归责在法律上的涵义，是指行为人因其行为和物件致他人损害的事实发生以后，应依何种根据使其负责，此种根据

^① 参见王泽鉴著：《民法学说与判例研究》（第五册），中国政法大学出版社1997年版，第272页。

^② 同上。

^③ 参见张新宝著：《中国侵权行为法》，中国社会科学出版社1995年版，第44页。

体现了法律的价值判断，即法律应依行为人的过错还是应以已发生的损害结果为价值判断标准，抑或以公平考虑等作为价值判断标准，而使行为人承担侵权责任。^①

（二）归责原则的机能

所谓“归责原则”，就是确定责任归属所必须依据的法律准则。归责原则所要解决的问题，乃是依据何种事实状态确定责任归属。从理论上加以区分，民事责任的归责原则大体上分为两类：一是主观归责原则，即以行为人的主观意志状态作为确定责任归属的根据。具体说来，就是以当事人主观上的过错为责任成立的必要条件，有过错始有责任，无过错即无责任。现代国家对一般侵权行为一律实行这种原则，通称为过错责任原则。二是客观归责原则，即以人的意志以外的某种客观事实作为责任归属的根据。具体说来，就是特定损害结果或致害原因为构成责任成立的充分条件，只要有特定损害结果或致害原因存在，即不免责任之课负。此为古代通行的归责原则，称为加害责任原则。现代法对特殊侵权行为亦采用客观归责，通称无过错责任或严格责任原则。^②

一般侵权行为为何要采过错责任原则？德国学者耶林（Jhering）谓：“使人负损害赔偿的，不是因为有害，而是因为有过失，其道理就如同化学上的原则，使蜡烛燃烧的，不是光，而是氧气一般的浅显明白”。过错责任原则之所以被奉为金科玉律，视同自然法则，其主要理由有三：(1)道德观念：个人就自己过失行为所肇致的损害，应负赔偿责任，乃正义的要求；反之，若行为非出于过失，行为人已尽注意的能事时，在道德上无可非难，应不负侵权责任。(2)社会价值：任何法律必须调和“个人自由”与“社会安全”两个基本价值。过错责任被认为最能完成此项任务，因为个人若已尽其注意，即得免负侵权责任，则自由不受束缚，聪明才智可得发挥。人人尽其注意，一般损害亦可避免，社会安定亦足维护。(3)个人的尊严：过错责任肯定人的自由，承认个人抉择、区别是非的能力。个人基于其自由意思决定，从事某种行为，造成损害，因其具有过失，法律予以制裁，使负赔偿责任，最足表现对个人尊严的尊重。^③

与过错责任不同，无过错责任的基本思想，不是对不法行为的制裁，而在于“不幸损害”的合理分配，在于分配正义的理念。采用无过错责任的理由，归纳起来大致有四点：(1)特定企业、物品或设施的所有人、持有人制造了危险来源；(2)在某种程度上仅该所有人或持有人能够控制这些危险；(3)获得利益者，应承担责任，系正义的要求；(4)因无过错责任而生的损害赔偿，得经由商品服务的价格机能及保险制度予以分散。^④

^① 参见王利明著：《侵权行为法归责原则研究》，中国政法大学出版社1992年版，第17页。

^② 参见王卫国著：前引书，第245—246页。

^③ 参见王泽鉴著：《侵权行为法》(1)，中国政法大学出版社2001年版，第13—14页。

^④ 同上，第16页。

二、侵犯著作权的归责原则

（一）侵犯著作权的归责原则的内涵

在侵犯著作权的认定中存在的问题是，所谓的归责原则到底是就“所有的民事责任承担方式”探讨归责原则？还是仅仅就“损害赔偿的责任承担方式”探讨归责原则？有的学者认为，《民法通则》第106条第2款关于侵权行为的规定，是就所有的民事责任而言。^①因此，探讨归责原则应当就所有的民事责任承担方式进行讨论。

《民法通则》第106条第2款规定：“公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的，应当承担民事责任”。从本条的规定来看，它是就所有的民事责任承担方式来讨论侵权行为的归责原则的，而不是单就损害赔偿来讨论归责原则。

对此，有的学者持反对观点，认为《民法通则》第106条的规定是在没有规定物权请求权的背景下出台的，因此，对侵权行为所产生的民事责任的探讨，必须与物权请求权明确区分开来。由于没有规定物权请求权，因此，法律在规定侵权行为应当承担的民事责任时往往将本属于物权请求权范畴的民事责任承担方式也纳入其中，这样，就导致学术界认为侵权行为所承担的民事责任除损害赔偿外，还应当包括停止侵害等民事责任。而在大陆法系的民法学理上，对于停止侵害、消除影响、排除妨碍等民事责任的承担方式，实际上是行使物权请求权所产生的责任承担方式。^②

《民法通则》第118条的规定将使我们看得更清楚，在这里，侵权人承担侵权民事责任的方式包括停止侵害、消除影响、赔偿损失等。从这个角度讲，我国民法上侵权行为的归责原则是就所有民事责任的承担方式而言的。因此，在探讨侵犯著作权的归责原则时也应就所有的民事责任承担方式来进行研究。

（二）损害赔偿请求权与物权请求权的区别

所谓物权请求权，是指物权人在其权利遭到侵害或有被侵害的危险时，基于物权而要求特定侵害人恢复其物权的原有状态或侵害危险之前的状态的权利。根据传统的物权理论，物权请求权主要包括三种请求权：返还请求权、妨害除去请求权、妨害防止请求权三种。^③但是，物权请求权并不包括损害赔偿请求权。之所以有赔偿损失，是作为对回复原状不能时的替代。

关于物权请求权与侵权行为之损害赔偿请求权的区别，台湾学者史尚宽的论述最为精辟，他指出：“物权请求权，不可与损害赔偿请求权相混，盖物权请求权以回复物权支配力为目的，

^① 参见郑成思：《中国侵权法理论的误区与进步》，《中国专利与商标》2000年第4期，第5页。

^② 参见姚欢庆：前引文，第87页。

^③ 参见史尚宽著：《物权法论》，中国政法大学出版社2000年版，第11页。

得随物之所在追及之，因他人物权之侵害，虽得同时发生损害赔偿请求权，然此时为两个请求权之并存，损害赔偿虽亦以回复原状为原则，然其目的在于损害之除去，于不能回复原状时，则应以金钱为赔偿，基于侵权行为之损害赔偿，必以该行为系违法为前提，且须实际受有损害，而物权请求权则不以此为要件”。^①

（三）物权的保护方式不适于著作权的侵权救济

显然，著作权中的财产权亦为财产权之一种，也可以准用物权的保护方法。但是，它毕竟属于无形财产权，客体的非物质性特征是其本质所在，而物权中的“物”仅仅是针对有体物而言的。在德国民法的概念体系上，一般认为，“物”的外延只及于物质实体和自然力。^②实际上，大陆法系国家的民法都未将知识产权作为所有权制度的调整对象，著作权也不例外，这是其一。其二，由于著作权等无形财产权不具有物质形态，不占有一定空间，人们对它的占有不是一种实在而具体的占据，而是表现为认识与感受。质言之，所有权的权能（占有、使用、收益、处分）及其运行方式无法圆满地用于价值形态的财产或无形财产。^③其三，著作权与物权虽同为绝对权，具有独占和排他效力，但在独占性和排他性上，著作权显然弱于物权。物权人占有和使用其标的物时，事实上有效地排除了其他人同时占有和使用其标的物的可能性。由于著作权的标的在理论上具有无限再现性的特点，著作权的独占性完全仰仗法律的规定才可以实现。这也是著作权极易受到侵害的根本原因。其四，物权为对世权，具有对世的效力，在理论上无地域和时间的限制；而著作权的专有性（独占性）则仅在一国范围内具有排他的效力，并有一定的期限限制。

正如学者郑成思所指出的，著作权与物权不同，由于其无形并具有地域性、受法定时间限制等特点，所以，其权利人的专有权范围被他人无意及无过失闯入的机会和可能性，比物权等权利大得多、普遍得多。也就是说，无过错而使他人著作权受侵害，在某些情况下具有普遍性。而侵害物权则不然，他人的院子你不应该翻过去，他人的财产你绝不该占为己有，这个道理是明明白白的。于是，无过错而给他人著作权造成侵害的“普遍性”，就成了侵犯著作权归责原则的特殊性。同时，在侵犯著作权的纠纷中，原告要证明被告“有过错”往往很困难，而被告要证明自己“无过错”却很容易，这也是带有普遍性的。^④

同样的见解还可见于世界知识产权组织的一段关于知识产权与有形财产的论述。知识产权与有形财产的最主要不同点，在于：对于诸如一张桌子，所有人可以通过占有它而基本上

^① 同上，第 11 页的注[1]。

^② 参见刘心稳主编：《中国民法学综述》，中国政法大学出版社 1996 年版，第 295 页。

^③ 参见顾培东著：《法学与经济学的探索》，中国人民公安大学出版社 1994 年版，第 104 页。

^④ 参见郑成思：《侵害知识产权的无过错责任》，《中国法学》1998 年第 1 期，第 82 页。

达到保护自己的财产不受侵害的目的；而对于诸如一项发明、一部作品或一个商标，所有人基本上不能通过占有它们而达到保护它们不受侵害的目的。^①

由此可见，基于著作权作为一种无形财产权所具有的自身特殊性和侵犯著作权而著作权人的权利得不到保护的现实，在考虑著作权的保护时应采取较之一般侵权行为更为特殊的救济方式。

（三）无过错责任是侵犯著作权的归责原则

侵犯著作权应适用什么样的归责原则？学术界见解不一。有的学者认为应当采用过错责任原则，而非无过错责任。^②有的学者认为应实行过错推定原则，即采取“客观过错标准”——行为人如果既没有依著作权法的特别规定，也未取得著作权人授权，而在客观上实施了侵犯著作权的行为，就应推定行为人主观上有过错——但若加害人能证明自己无过错，则可免除侵权之虞。^③另有法官认为，Trips 协议与我国民法通则、专利法、商标法和著作权法等法律确认的过错责任、过错推定责任为基础的侵权损害赔偿归责原则是基本一致的，主张区分不同情况分别适用过错责任原则和过错推定原则。^④少数学者认为侵犯著作权应适用无过错责任。^⑤

尽管在理论界大多数学者主张过错归责体系，少数学者主张无过错归责体系，但在司法实践中的处理都是一样的，即只有在损害赔偿责任承担方式下才需要考虑行为人的过错问题。至于其他民事责任的承担，则不需要考虑侵害人的过错。

下面来看一则实务中的案例，^⑥案情是这样的：1997 年底，厦门万利达电子有限公司（以下简称“万利达公司”）口头委托福建省新奥广告有限公司（以下简称“新奥公司”）设计、制作“万利达 VCD”电视广告，并约定由新奥公司承担该广告所引起的一切法律责任。之后，新奥公司又口头委托北京市西城区阜外伟孚电脑设计室（以下简称“伟孚设计室”）设计、制作该广告。在广告设计、制作过程中，万利达公司要求将“虎”的形象作为广告中“超强纠错”文字的背景图像。经万利达公司同意后，伟孚设计室使用了《中国珍惜动物》（中文版）一书中第 82 页上、编号为①、标题为“虎威”的摄影作品作为“超强纠错”文字的背景图像，该书未注明摄影者身份。1998 年 1 月至 12 月间，该广告在中央电视台播放。原告周祖贻系该摄影作品的著作权人，看到上述广告后，曾与万利达公司交涉，因无结果，遂诉至法院。

^① 参见 WIPO 编：Intro daction to IP,Kluwer Law International 出版公司 1997 年版。转引自郑成思：《民法典（专家意见稿）知识产权篇第一章逐条论述》，载于《环球法律评论》2002 年秋季号，第 315 页。

^② 参见姚欢庆：前引文，第 90 页。

^③ 参见冯晓青：《审判实践中对侵犯著作权行为之界定探讨》，《法学论坛》1997 年第 4 期，第 48 页。

^④ 参见蒋志培：《Trips 肯定的侵犯知识产权赔偿的归责原则和赔偿原则》，《法律适用》2000 年第 10 期，第 10 页。

^⑤ 参见孟祥娟、胡平：《侵权行为法的归责原则》，《中国社会科学院研究生院学报》2000 年第 4 期，第 69 页。

^⑥ 案例来源于寿步、孙爱民、谢晨主编：《知识产权名案新析》，吉林人民出版社 2002 年版，第 29—30 页。

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士学位论文摘要库