

论我国著作权侵权行为归责原则

陈晓燕

(武汉大学法学院,湖北 武汉 430072)

作者简介 陈晓燕(1964-),女,湖北武汉人,武汉大学法学院研究生、湖北大学法学系讲师,从事民商法学研究。

内容提要 我国著作权侵权行为不适用无过错责任原则,从司法实践的有关案例上分析、论证,在大多数情况下,应适用过错推定原则,我国立法应加以明确规定。

关键词 著作权 侵权 归责原则 无过错责任原则 过错推定原则

中图分类号 DF 523.1 **文献标识码** A **文章编号** 1000-5374(1999)05-0093-05

我国《著作权法》列举性地规定了侵犯著作权的侵权行为,但对著作权侵权行为的归责原则没有作出明确的规定。学者对此存在着不同观点:一种观点认为,应在适当情况下适用无过错责任原则^①。另一种观点则认为,我国著作权侵权损害赔偿的归责原则应该主要为过错原则^②。讨论著作权侵权行为的归责原则,应从著作权侵权行为的特点与归责原则的性质入手^③。

一、著作权侵权行为归责原则 不宜适用无过错责任原则

无过错责任原则,是指损害发生不以行为人的主观过错为责任要件的归责标准。对于无过错责任原则的功能有不同的看法。但是,基本宗旨在于“对不幸损害之合理分配”,格塞尔(Gasser)教授特别强调之“分配正义”^④。这种基本功能决定了这种制度必然与责任保险(所谓责任保险,是指以被保险人对第三人依法应负的赔偿责任为标的保险)联系在一起。同时,也只有通过保险制度,才能达到分散损失的目的。法官在适用这一归责原则时,也往往受到责任保险的左右。目前,我国保险事业蓬勃发展,但对于著作权责任保险还缺乏相关的规定。在这种情况下,谈适用无过错责任原则,缺少必要的前提^⑤。另外,无过错责任原则多适用于高度危险性行为。而

且,这些行为在很多情况下,本身是合法的,正是为了弥补受害者的损失,才适用了这一原则。侵犯著作权的行为显然谈不上高度危险,虽然它有可能造成很大的损失。而且这些侵权行为本身的违法性也非常明显。无过错责任原则的主要功能在于分担、补偿受害者的损失,它已经没有了过错责任的教育、惩戒功能。正如有人指出那样,无过错责任实际上是对侵权责任的教育、制裁等职能的否定,因而不具有侵权责任本来含义^⑥。对于侵犯著作权的行为,不仅仅要补偿受害人的损失,更重要的是惩戒、教育侵权人,并使其他人引以为戒。因为著作权所保护的智力劳动者的权益不仅仅在于著作权人本身,而在于整个科学文化事业的发展。主张适用无过错责任原则,或是认为在侵权认定上适用无过错责任原则,或是对直接侵权行为适用无过错责任原则,都忽略了过错责任原则的惩戒、教育功能。即使我国建立了著作权责任保险制度,也不能在这一领域适用无过错责任原则。侵犯著作权行为的违法性,必然要求对其进行教育、惩戒。而且,侵权人往往通过保险制度将责任转嫁到消费者身上,这些显然都不利于著作权的保护。

主张适用无过错责任原则的学者,所提出另一个重要的理由在于,各国在这方面的立法都适用了或类推适用了无过错责任原则。比如,德国1995年修订《版权法》第97条(1)款,以及第101条(1)款的

规定。他们就认为这里规定得再清楚不过了:过错的有无,是确认可否免除赔偿责任的前提,而不是认定侵权的前提。但德国学者本身对此作了否定的回答。德国著作权专家迪兹教授在解释德国《著作权法》第97条时,认为这里不能说德国的著作权侵权适用无过错责任原则^⑦。虽然迪兹教授的理由并不令人信服,但至少说明了对于这两条规定并不能顺理成章的推定为适用无过错责任原则。对于英、法两国的规定,这些学者都是从几个法律条文加以推论,得出他的适用无过错责任原则的结论,也很难令人信服。至于美国,他们认为其版权侵权上的无过错责任原则是不言而喻的,这也值得商榷。美国人在《绿皮书》及《白皮书》中的确申明了:不能因为上网的作品太多,在网服务提供者,不可能加以控制,就改变美国法律以外对侵犯版权普遍适用的严格责任原则。这些学者认为严格责任与无过错责任是同义语^⑧,从而得出了以上结论。其实,严格责任与无过错责任原则是有明显区别的:严格责任主要是英美法中采用的概念。按照普通法学者的解释,严格责任是指当被告造成了对原告的某种明显的损害时,应对损害负责。对于严格责任,各国立法规定了一些抗辩或免责事由,比无过错责任要宽泛得多。而且,严格责任也不以保险制度为前提。英美学者也大都将严格责任与无过失责任严格区别开来。严格责任虽然表面上不考虑加害人通过证明损害是由于受害人的过失、第三人的过失或自然原因造成而减轻或免除其责任^⑨。由此可见,对于主要由美国人制定的 Trips 执法条款第45条第(2)款的有关规定,将其解释为适用无过错责任原则,值得怀疑。

无过错责任也并非绝对责任,也有其免责条件。但是,对于免责范围存在着不同看法。一种认为在无过错责任中,只有在受害人故意的情况下,才能免除被告的责任。即使不可抗力也不宜作为免责事件作为抗辩事由^⑩。另一种观点则认为,无过错责任并非绝对责任,行为人也可基于法律规定的特别事由而主张抗辩,从大多数国家的立法规定来看,一般只承认不可抗力和受害人重大过错为法定抗辩事由,而不承认受害人的一般过失或意外事由^⑪。对于这些免责事由,虽有不同主张,但都限定在很狭窄的范围,而对于受害人的故意和不可抗力,不论是否作为免责条件,在著作权侵权案件中,适用其他归责原则,都作为免责条件,而且这两种情况在著作权侵权行为中极为少见,从这一点看,如果适用无过错责任原则会过份加大被告的责任,扩大责任人的范围,而

由于无过错责任原则丧失了教育、惩戒功能,从而失去了威慑侵害人的功效,对于保护著作人的利益,意义并不大。

另外,在理论上,对于无过错责任原则,也存在争论。我国大多数学者认为,过失责任作为一般原则,适用于一般侵权行为,而无过失责任作为特殊归责原则适用于特殊侵权行为^⑫。而有一些人则认为:所谓“无过错责任原则”在理论上是不成立的,在实践中是行不通的^⑬。正如前面所述,有些人认为我国《民法通则》对特殊侵权行为的规定,只在极端情况下,是无过错责任。对于无过错责任原则,应该说是一项独立的侵权行为归责原则。但对于其本身的理论基础,功能还很不完善,而且大家都一致认为,无过错责任原则应适用在有限的范围内,不应扩大。这些情况说明,在著作权侵权领域,适用无过错责任缺乏理论基础。

二、著作权侵权行为应采用过错推定原则

1. 适用过错原则的局限性

由于《民法通则》中规定的特殊侵权行为没有侵犯知识产权的规定,而该法又规定了一般侵权行为应适用过错责任原则,因此有人认为包括著作权在内的知识产权具有特殊性,但不能认为能由此得出民法上的一般原则和规则不适用于著作权领域^⑭。适用过错责任原则,强调惩戒、教育功能,可以威慑侵害人。但是,其强调举证责任在被告一方,在很多情况下,使权利人保护自己的权利受到了限制。

著作权人在其权利受到损害的情况下,首先要说明其损害事实的存在,这存在着困难。比如说:为了获得复制的作品,一般采用的“陷阱购买”方式购买获得,对于“陷阱购买”的产品是否能成为证据,在理论上存在争议。在证明了损害事实之后,还要证明因果关系。但最为困难的是,证明侵害者的主观状态是否有过错,这里困难在于:一方面当侵害主体法人或单位销售了非法出版的产品,而这些产品的来源似乎是正当的,提供者提供了“权利瑕疵担保”。这种情况下,著作权人要进一步了解该单位是否有权利以此抗辩,也就是是否有义务查清销售产品的正当性,存在着专业知识上、财力、物力上的限制,如果不能证明其过错只能进一步循源追踪,困难会更大。当侵害主体是个人间接侵犯著作权时,要搞清楚其销售、出租的作品的权利来源同样不简单。在共同侵权中,如果侵权人仅仅是为其他侵害者提供储存地、运输手段,原告要证明其过错,很多情况下还要证明他

们共同联络,困难就更大了。

我国法院在审理有关著作权侵权案件中,实际上采用了过错推定。例如,北京市第一中级人民法院1996年审理的美国20世纪福克斯电影公司等8家影视公司分别诉北京市先科激光商场、北京市文化艺术出版社音像大世界侵犯电影作品纠纷案中,法院经审理认为,由于被告所举证的无过错理由不成立,推定其有过错^⑮。德国学者也认为,从严格的法庭判决角度看,原告不必证明被告的行为是过失还是故意,因为被告有举证责任,以表明自己的行为是正当的^⑯。

2. 适用过错推定原则之可行性

根据以上论述,我们可以看出,在著作侵权领域适用过错推定有其存在的基础。但是,是像有的学者主张那样,只在适当情况下适用过错推定,还是所有情况都适用过错推定?适用过错推定是一般过错推定还是特殊过错推定?其与无过错责任原则有着哪些本质区别。这些问题都需要从过错推定基本理论出发加以讨论。

过错推定,是指行为人致人损害时,如果不能证明自己没有过错,就要推定其过错并承担侵权责任。而过错推定又分为一般地过错推定与特殊过错推定。一般过错推定,指在某些情况下,侵害他人人身、财产并造成损失的,应负民事责任。但是,如果加害人能够证明损害不是由于他的过错所致可以免除责任。这种推定在法国法中被称为“可以推倒的过错推定”;特殊过错推定,是指在某些特殊侵权行为中,法律规定行为人要推翻对其过错的推定,必须证明有法定的抗辩事由存在,以表明自己是无过错的,才能对损害后果不负责任^⑰。在特殊过错推定中,免责事由一般包括三种:不可抗力,第三人过失和受害人的过失。无过错责任中免责事由更为狭窄。过错推定责任与无过错责任相比较,它保留了过错责任的教育、惩戒功能因此,在著作权侵权过程行为中,过错推定原则相对于过错责任而言,更有利于保护著作权人的合法权益。

著作权侵权行为的归责原则实行过错推定原则,这里的过错推定是一般的过错推定,而不是特殊的过错推定。特殊过错推定,不仅要证明其无过错,还要证明法定抗辩事由存在。著作权的行为如果适用特殊过错推定,会加大著作权利利用人的责任。从促进科学技术发展的角度出发,不但要保护著作权人的合法权益,而且要使著作权中所包含的智力成果合法地利用、传播。适用特殊过错推定,显然阻碍了

智力成果的利用、传播,对社会发展无疑是有害的。

3. 特定侵权行为的过错推定

对于著作权侵权行为是否都适用过错推定呢?正如前面所述,有人主张在一定情况下适用过错推定。但是,对于什么情况下适用过错推定没有一个明确的答案。著作权侵权案件纷繁复杂,随着科技进步,变化很大,法律不能作出列举性的规定。如果都适用过错推定对于被告是否会显失公平,是不是在任何情况下都合理。对于这些问题有必要对侵犯著作权行为进行分类分析。侵犯著作权的行为可分为两类:一是直接侵权,即未经作者或其他侵权人许可而以任何方式复制、出版、发行、改编、翻译、广播、表演、展出、摄制影片等。二是间接侵权:其一是某人的行为系他人侵权行为的继续,从而构成间接行为负一定责任,其二是指某人应对他人的侵权行为负一定责任。而他自己并没有直接从事任何侵权活动^⑱。对于有可能构成直接从事任何侵权行为的这些主体,实行举证责任倒置并不会对他们造成不公平的后果。因为这些主体,如果他们复制、出版、发行、改编、翻译的活动得到了著作权人的许可或者是由著作权人授权的其他许可,他应该具有相应的证明,当原告对他提起诉讼时,他可以不费力地举出证据以证明自己无过错。而原告要得到这些证明有许多障碍。对于出售,出租侵权复制品的自然人或单位,他们的一个重要抗辩事由就是产品提供者为他们提供了瑕疵担保。这种抗辩能否对抗著作权人的主张呢?司法实践对此作了否定回答。北京市中级人民法院在审理美国20世纪福克期公司等八家影视公司诉北京先科商场、音像大世界侵犯电影作品著作权纠纷案中指出:尽管被告销售激光视盘属第三方正式出版物,但以此作为免费的理由不能成立,仍应认定被告销售侵犯外国作品著作权的激光视盘行为有主观上的过错^⑲。国外学者也认为出版者已经让作者签订了担保条款这一事实在发生侵犯第三者权利情况下,并不能使出版者免于责任^⑳。在这种情况下,这些间接侵权人有义务证明自己所租、售产品的权利来源。从案件审理中,我们也可看出,法院也要求被告人提供相应的证据,要求原告提供相应的证据,正如前所述,困难要大得多。

在著作权的共同侵权行为中,共同侵权人负连带责任,适用过错推定,是否会扩大责任人范围。共同侵权行为的一个重要构成要件就是要有共同的过错,即不仅要证明每个侵权人有过错,而且还要证明他们有共同的意思联络。在共同加害行为中,判断每

人的行是否有过错适用过错推定,并无不公平之处。然而,对于他们是否有意思联络,仍实行推定,则不太合理。由于著作权的可复制性,侵害著作权行为可能在不同地方同时大量出现,如果侵权人不能证明他们没有共同意思联络,就推定他们构成共同加害行为,由一个侵权人承担连带赔偿责任,责任太大显然不公平。因此,过错推定不适用于共同意思联络的认定。至于侵犯著作权的共同危险行为,根据共同危险行为的一般构成要件,是推定共同侵权人有过错,当然适用过错推定。如果一方为侵犯著作权人提供了一些帮助,实行举证倒置,要求他证明自己无过错,不会带来不公平的效果。如果认定其是故意,则根据民法的基本理论可以认为其构成共同侵权^⑥,事实上推定其有共同过错。如果认定仅仅是出于过失,还应要求他们举证无共同意思联络,否则构成共同侵权。

对于法人的代表机关,一般机关所从事的侵犯著作权的行为,由于机关的性质不同情况也就不一样。法人的代表机关能够代表法人行使职权。法人的代表机关不能够证明自己的行为无过错,就推定其有过错,从而推定法人也有过错,从而构成侵犯权的行为。如果代表机关基于职权而从事的行为被认定为有过错,即使代表机关是越权行为,仍应推定法人有过错,从而承担责任。如果是一般机关所从事的侵犯著作权的活动,对于其本身的侵犯著作权的活动可以适用过错推定,如果其不能举出授权证明就应推定其本身承担责任,可见也是一种推定。国家机关工作人员从事职务行为,侵犯了著作权,按照我国《民法通则》的规定,是特殊侵权行为。这里的侵犯著作权行为应该说是一种行政行为,按照行政法“依法行政”的基本原则,应该由执法人员负举证责任。如果其不能证明其有合法依据,就推定其过错而构成侵权行为。另一种情况,国家机关是以民事主体出现的,如果侵犯了著作权,由于个人或法人要举证国家机关工作人员有过错,存在着困难。从另一方面讲,国家机关工作人员,如能证明自己没过错也不会存在着太大困难,适用过错推定责任并不导致利益失衡。雇主对雇员侵犯著作权的行为,对于雇员的行为实行过错推定,如果其不能证明自己无过错则推定其为侵权,但对于承担责任的雇主,也应适用过错推定,一方面在于著作权人在知道雇员侵犯其著作权后,很难知道、了解雇主的真实情况。另外,在大陆法国家德国、法国民法典的相关规定中都规定了过错推定责任。因此,对于雇员侵犯著作权的行为,对于

雇主的过错也适用过错推定原则。可见在以上的著作权行为中适用过错推定,对于被告一般并不显失公平,并且在很多情况下符合民法基本理论,更为重要的是,过错推定责任中,举证责任倒置并不是一种证据法则的运用,而在于给被告强加责任。^⑦如今由于科技进步,传播手段越来越先进,对著作权的侵害手段越来越高明,为了加强对著作权的保护,合理地加重侵权人的负担也是合理的。

三、立法建议

在著作权领域适用一般过错推定原则,更有利于保护著作权人的合法权益。同时,在立法中应明确规定这一归责原则。知识产权作为民法的一个部分,许多方面都适用民法的规定。而在侵权行为法领域,对于一些基本问题,存在着争论,法律没有明确规定。因此,首先必须在民法的立法中明确相关的问题。

对于侵权行为的构成要件,我国通常认为有四个:行为的违法性、过错、损害事实、违法行为与损害事实之间的因果关系。另外一些学者认为,侵权行为的构成要件应该包括三个要件:损害事实、过错、过错与损害事实之间的因果关系^⑧。四要素说认为,过错是一种主观心理状态,把过错与违法行为区别开来。但是,对于违法行为的定义十分困难,即使在以逻辑严密著称的德国,对此也存在着激烈的争论,无法解决理论上的矛盾。由于不能明确违法行为的概念,在司法实践中,就无法以这种理论为指导。三要素说认为,过错包含了违法性的含义。过错意味着行为人主观上具有应受非难性、客观行为具有非法性,和不正当性,可以简化责任构成要件。司法审判人员认定侵权行为时更为简明,若行为人的行为违反了现行法律的规定,可直接确定行为人有过错;可以正确认定侵权责任,使司法人员可以避免由于违法行为概念的复杂性所带来的困难;另外,可以适用多元归责原则发展的需要。从侵犯著作权侵权行为的归责原则看,这一观点是过错推定原则运用的基础^⑨。我国《民法通则》第106页第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。从规定本身看,似乎是采用了三要素说。但是,从我国现行的司法实践来看,更多的是采用了四要素说。因此,有必要在立法中进一步明确侵权行为的三个构成要件。当然,这需要修订《民法通则》或制订《民法典》时加以明确。

我国《民法通则》第121条至127条规定了特殊

侵权责任。但对于这些规定,到底是无过错责任还是过错推定,存在着争论。一种观点认为,除了第126条是过错推定外,其它的都是无过错责任;而另一种观点则认为大多为过错推定,对于第126条的规定也不能完全认为适用无过错责任。这说明对过错推定,无过错责任还存在着理论分歧,在民法中,应对这些原则作明确的规定,对他们的免责要件也应明确。同时,还要明确一般过错推定与特殊过错推定的区别。

民法的相关规定完善之后,就可以明确著作权侵权行为的归责原则,著作权侵权行为适用一般过错推定(共同加害行为除外)。这可以在《民法通则》或《民法典》中规定一条著作权侵权行为的归责原则,也可以在《著作权法》中规定。如在民法中直接规定,结构上更为合理。

注 释:

- ① 郑成思:《知识产权论》,法律出版社1998年版,第253页。
- ②⑧ 蒋志培:《论我国著作权侵权原则》,《著作权》1997年第3期,第9、260—268页。
- ③ 侵权行为归责原则不同于侵权损害赔偿所依据的原则。前者解决最终责任依据问题,着眼于过错因素;后者是责任确定后的损害赔偿依据,其着眼于损害事实。
- ④ 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第二册),中国政法大学出版社1998年版,第168页。
- ⑤ 王利明教授认为《民法通则》第123条规定的特殊侵权

行为责任,大多为推定责任,亦有公平责任,它们和无过错责任有明显的区别,笔者持这种观点。

- ⑥⑨⑩⑫⑭ 王利明:《侵权行为归责原则研究》,中国政法大学出版社1992年版,第128、151、77、92页。
- ⑦ 《德国著名著作权专家迪兹教授在访华研讨会上就所提问题的回答》,《著作权》1997年第3期,第53页。
- ⑪⑮⑯ 马骏驹、余延满著:《民法原论》(下),法律出版社1998年版,第1015、1060、1025页。
- ⑫ 刘岐山主编:《民法问题新探》,中国政法大学出版社1990年版,第302—304页。
- ⑬ 张佩霖:《也论侵权损害归责原则》,转引自王利明《侵权行为归责原则研究》。
- ⑭ 刘波林、王自强:《侵害著作权的过错责任》,《著作权》1996年第4期。
- ⑮ 戴建志、陈旭:《知识产权损害赔偿研究》,法律出版社1997年版,第10—11页。
- ⑯ 吕斯特(Ruster)著:《世界知识产权指南》,第4—41页及其后。
- ⑰ 参见(苏)纳雷什金纳主编:《资本主义国家民商法》(下),中国政法大学出版社1989年版,第190—191页,转引自王利明:《侵权行为归责原则研究》。
- ⑱ 参见郑成思:《版权法》(修订本),中国人民大学出版社1997年版,第207—211页。
- ⑲ 罗东川:《销售侵犯复制品亦构成侵权》,《著作权》1997年第2期,第42页。
- ⑳ Schriehr:《著作权评论》,第1120页,转引自《著作权》,1997年第3期,第58页。

(责任编辑 车 英)

Torts of Copyright, Imputation Principle

Chen Xiaoyan

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, China)

Author: Chen Xiaoyan (1964-), female, Graduate in Wuhan University Law School, majoring in bussiness law.

Abstract: On the theoretical foundations of the imputation principle of torts, the article analyses the characteristics of torts of copyright, and points out that the no-fault liability principle should not be applied in the field of torts of copyright. It is further argued that the presumed-fault liability principle should be applied in most judicial cases, and that the principle should be adopted in the legislation of the nation.

Keywords: copyright; torts; no-fault liability; presumed-fault liability