



法学新前沿 New Law Frontiers

Research on
the Intellectual
Property Infringement
Liability Theory

知识产权侵权责任 理论研究

何培育 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

Research on
the Intellectual
Property Infringement
Liability Theory

知识产权侵权责任 理论研究

何培育 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

知识产权侵权责任理论研究 / 何培育著. -- 北京 :
法律出版社, 2018

ISBN 978 - 7 - 5197 - 2449 - 8

I. ①知… II. ①何… III. ①知识产权—侵权行为—
研究 IV. ①D913.404

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 155771 号

知识产权侵权责任理论研究
ZHISHI CHANQUAN QINQUAN ZEREN
LILUN YANJIU

何培育 著

策划编辑 王 扬
责任编辑 王 扬
装帧设计 乔智炜

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京虎彩文化传播有限公司

责任校对 王沁陶

责任印制 张建伟

编辑统筹 独立项目策划部

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 18.5

字数 210 千

版本 2018 年 8 月第 1 版

印次 2018 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 2449 - 8

定价:52.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介



何培育（1983年—） 河南洛阳人，2005年毕业于吉林大学法学院获得法学本科学位，2008年毕业于广东财经大学获得诉讼法学硕士学位，2011年毕业于重庆大学获得环境与资源保护法学博士学位，西南政法大学博士后，重庆理工大学重庆知识产权学院副院长，主要研究方向为知识产权法、电子商务法。近年来作为项目负责人承担国家社科基金项目1项，省部级课题5项。发表科研论文40余篇，其中“中文社会科学引文索引数据库”（CSSCI）来源期刊近20篇。



法学新前沿 New Law Frontiers

醉酒驾驶犯罪研究 丛日禹 著

宋代女性法律地位研究 王扬 著

传承与嬗变:

中国近代女性财产继承权的变迁 温慧辉 著

法律如何长成:

制度进化的独立品格与自觉理性 夏扬 著

测谎结论的证据能力研究 邵劭 著

风险社会视域下公司法总则的功能研究 刘斌 著

1966年联合国人权两公约的实施 徐鹏 著

中西古代财产法律制度比较之文化进路 周立胜 著

民法学说与比较民法 陈永强 著

孤儿作品著作权问题研究 邵燕 著

社团规章与合作治理 季卫华 著

人大职权研究 徐平 主编

黎峒文化研究:

以法律文化溯源为视角 刘国良 著

知识产权融资风险规制研究

以专利权为中心 彭飞荣 著

风险与法律的互动

卢曼系统论的视角 彭飞荣 著

● 知识产权侵权责任理论研究 何培育 著

目 录

绪 论	(1)
一、研究的缘起与意义	(1)
(一)研究的缘起	(1)
(二)研究的意义	(6)
二、国内外研究现状	(7)
三、研究目的、研究内容和技术路线	(8)
(一)研究目的	(8)
(二)研究的主要内容	(9)
(三)研究的技术路线	(10)
四、本书的创新之处	(11)
第一章 知识产权侵权责任的一般原理	(13)
第一节 知识产权侵权行为辨析	(13)
一、侵权行为的词源	(13)
二、侵权行为定义之争	(14)
三、知识产权侵权行为的界定	(17)
四、知识产权侵权行为与知识产权犯罪行为之比较	(19)

2 知识产权侵权责任理论研究

第二节 知识产权侵权责任的界定·····	(22)
一、知识产权侵权责任的观念 ·····	(22)
二、知识产权侵权行为与知识产权侵权责任的联系 ·····	(24)
第三节 知识产权侵权责任的形态·····	(25)
一、单独责任与共同责任 ·····	(26)
(一)单独责任 ·····	(26)
(二)按份责任 ·····	(26)
(三)连带责任 ·····	(28)
二、单一责任与竞合责任 ·····	(33)
(一)著作权与商标权的竞合责任 ·····	(33)
(二)著作权与专利权的竞合责任 ·····	(34)
(三)专利权与商标权的竞合责任 ·····	(34)
第四节 知识产权侵权责任制度保护的权益范围·····	(35)
第五节 知识产权侵权责任制度的功能·····	(37)
一、竞争市场:知识产权法的社会背景·····	(38)
二、保护财产与促进应用:知识产权法的立法目的·····	(39)
三、利益平衡:知识产权侵权责任制度的功能·····	(40)
第二章 知识产权侵权责任归责原则·····	(44)
第一节 侵权责任归责原则的基本理论问题·····	(44)
第二节 知识产权侵权责任归责原则学说与体系·····	(48)
一、过错责任说 ·····	(48)
二、无过错责任说 ·····	(50)
三、过错推定说 ·····	(52)
四、混合说 ·····	(57)
五、小结 ·····	(59)

第三节 知识产权侵权归责原则的域外立法考察·····	(59)
一、TRIPs 相关规定考察 ·····	(59)
二、其他法域立法考察 ·····	(63)
(一)德国知识产权侵权适用的归责原则 ·····	(63)
(二)日本知识产权侵权适用的归责原则 ·····	(64)
(三)英国知识产权侵权适用的归责原则 ·····	(65)
(四)美国知识产权侵权适用的归责原则 ·····	(66)
第四节 知识产权侵权归责原则的构建与适用·····	(68)
一、绝对权保护方法与债权保护方法的区分 ·····	(69)
二、绝对权保护方法的归责原则 ·····	(69)
三、债权保护方法的归责原则 ·····	(71)
第三章 知识产权侵权责任构成要件·····	(73)
第一节 知识产权侵权责任构成要件的概念界定·····	(73)
第二节 停止侵害侵权责任的构成要件·····	(74)
一、侵害行为的概念 ·····	(74)
二、违法性的概念与表现形式 ·····	(75)
(一)违法性的概念 ·····	(76)
(二)违法性的认定规则 ·····	(77)
三、侵害行为的表现形态 ·····	(79)
(一)专利权侵害行为 ·····	(79)
(二)商标权侵害行为 ·····	(82)
(三)著作权侵害行为 ·····	(84)
(四)其他侵害知识产权的行为 ·····	(92)
(五)知识产权侵害行为的认定规则 ·····	(98)
第三节 损害赔偿侵权责任的构成要件 ·····	(118)

4 知识产权侵权责任理论研究

一、损害事实	(118)
(一) 损害事实的概念与特征	(118)
(二) 损害的分类	(120)
二、因果关系	(122)
三、过错	(125)
(一) 过错的概念	(125)
(二) 过错的认定标准:从主观过错到客观过错	(125)
(三) 知识产权侵权过错的认定	(126)
第四节 消除影响、赔礼道歉侵权责任的构成要件	(128)
第四章 知识产权侵权责任促成性事由	(130)
第一节 知识产权侵权责任促成性事由之界定	(130)
一、知识产权侵权责任促成性事由的概念	(130)
二、知识产权侵权责任促成性事由与免责事由之关系	(133)
三、知识产权侵权责任促成性事由的特征	(135)
第二节 知识产权侵权责任促成性事由的理论依据与 制度价值	(136)
一、知识产权侵权责任促成性事由的理论依据	(136)
(一) 激励论:知识产权侵权责任促成性事由的经济学 基础	(136)
(二) 矫正正义:知识产权侵权责任促成性事由的道德 基础	(137)
二、知识产权侵权责任促成性事由的制度价值	(138)
(一) 提高知识产权保护水平	(138)
(二) 抑制知识霸权	(142)
第三节 知识产权侵权责任促成性事由的法律适用	(144)

一、知识产权侵权责任促成性事由的适用条件	(144)
二、知识产权侵权责任促成性事由的具体适用	(145)
(一)著作权侵权责任促成性事由的适用	(145)
(二)专利权侵权责任促成性事由的适用	(147)
(三)商标权侵权责任促成性事由的适用	(149)
第四节 确立知识产权侵权责任促成性事由之立法建议	(150)
第五章 知识产权侵权免责事由	(153)
第一节 知识产权侵权免责事由的基础理论	(153)
一、知识产权侵权免责事由的概念	(154)
二、知识产权侵权免责事由的理论依据	(154)
三、知识产权侵权损害赔偿免责相关条款	(157)
(一)专利侵权损害赔偿免责情形的适用	(157)
(二)商标侵权损害赔偿免责情形的适用	(162)
(三)著作权侵权损害赔偿免责情形的适用	(165)
第二节 知识产权侵权共有免责事由	(167)
一、被害人同意	(168)
二、第三人责任	(173)
三、权利滥用	(176)
第三节 知识产权侵权责任特有免责事由	(184)
一、非自愿许可	(184)
(一)著作权非自愿许可	(185)
(二)专利权非自愿许可	(188)
二、合理使用	(197)
(一)著作权合理使用	(197)
(二)商标权合理使用	(201)

6 知识产权侵权责任理论研究

(三) 专利权合理使用	(207)
三、权利穷竭	(209)
(一) 著作权穷竭	(210)
(二) 专利权穷竭	(216)
(三) 商标权权利穷竭	(217)
第六章 知识产权侵权责任承担方式及其法律适用	(220)
第一节 侵权之债:知识产权侵权行为的法律后果	(220)
一、知识产权侵权之债与侵权责任	(221)
二、知识产权侵权之债与违约之债的竞合与梳理	(222)
(一) 知识产权违约责任与侵权责任竞合之样态	(222)
(二) 解决责任竞合问题的主要学说和制度	(224)
(三) 侵权责任优先适用原则的合理性解读	(224)
第二节 知识产权侵权之债的内容及其法律适用	(226)
一、停止侵害责任的法律适用	(227)
(一) 知识产权停止侵害责任的历史演进	
——以英美法为对象	(228)
(二) 停止侵害的适用条件	(230)
(三) 停止侵权责任的限制规则	(231)
二、损害赔偿的法律适用	(235)
(一) 知识产权侵权损害赔偿责任的适用原则	(235)
(二) 知识产权损害赔偿的范围与计算方法	(237)
三、赔礼道歉消除影响责任的法律适用	(241)
(一) 赔礼道歉消除影响责任的适用现状	(241)
(二) 赔礼道歉消除影响在知识产权侵权诉讼中适用的 完善	(242)

(三) 赔礼道歉的适用情形	(242)
(四) 消除影响的适用情形	(243)
第七章 知识产权多数人侵权行为与责任	(244)
第一节 知识产权多数人侵权理论体系	(244)
一、知识产权多数人侵权基础理论	(244)
(一) 多数人侵权理论的法理基础	(244)
(二) 多数人侵权理论体系的发展概述	(245)
二、知识产权多数人侵权类型界分	(251)
(一) 知识产权共同侵权行为	(251)
(二) 知识产权分别侵权行为	(252)
(三) 知识产权竞合侵权行为	(253)
第二节 知识产权共同侵权行为与责任	(255)
一、知识产权共同侵权体系概述	(255)
二、知识产权共同加害行为与责任	(256)
(一) 知识产权共同加害行为类型划分	(256)
(二) 损害既发型知识产权共同加害行为与责任	(257)
(三) 损害既发与损害之虞混合型知识产权共同加害行为 与责任	(259)
三、知识产权间接侵权行为与责任	(261)
(一) 知识产权间接侵权行为的概念与特征	(261)
(二) 知识产权间接侵权理论与共同侵权理论的关系	(262)
(三) 共同侵权理论视域下知识产权间接侵权体系的 优化	(267)
(四) 知识产权侵权促成性事由中特殊间接侵权行为的 法定化	(268)
(五) 结论	(272)

8 知识产权侵权责任理论研究

第三节 知识产权分别侵权行为与责任	(273)
一、知识产权分别侵权行为体系研究	(273)
(一) 分别侵权行为的概念与特点	(273)
(二) 知识产权分别侵权行为体系	(274)
二、叠加的知识产权分别侵权行为	(276)
三、典型的知识产权分别侵权行为	(278)

绪 论

像古老雕塑的碎片一样,我们只是在等待最后一个碎片被找到,以便我们可以把所有的碎片黏合在一起,创造一个与最初的整体完全相同的整体。

——[法]吉尔·德勒兹

一、研究的缘起与意义

(一)研究的缘起

知识产权被马克思称为关于“精神产品”的权利,并在人和人类社会的全面发展中起着至关重要的作用。^{〔1〕}在当代,知识财产的生产已经超出了满足“精神生活”的需要,而在满足物质生活方面占据了主流。如果说土地和动产分别是农业社会和工业社会经济资源配置的核心要素,那么知识财产则是以信息技术为代表的技术经济时代最核心的经济资源形态。在现代市场经济背景下,知识产权不再是一种简单的财产权,它逐渐演化成为市场竞争手段、产业政策工

〔1〕 中共中央马恩列斯编译局编:《马克思恩格斯选集》(第2卷),人民出版社1972年版,第296页。

具,甚至成为国家经济战略的重要组成要素。知识产权的制度设计糅合了私权元素与公权元素,集中体现个人利益与公共利益之间的冲突与平衡。有权利必有纠纷。从私权层面来讲,知识财产价值攀升的直接结果就是知识产权纠纷的大量出现。

中国知识产权制度建立的 30 年间,知识产权案件数量不断增长。2016 年,地方各级人民法院共新收和审结知识产权民事一审案件 136,534 件和 131,813 件,分别比 2015 年上升 24.82% 和 30.09%,其中新收专利案件 12,357 件,商标案件 27,185 件,著作权案件 86,989 件。^{〔1〕}与此同时,我国知识产权审判机制也在逐步健全,2014 年 11 月起,北京、广州、上海知识产权法院相继成立。2016 年,北京知识产权法院新收案件 10,638 件,包括专利商标授权确权行政案件 7071 件,占全部案件的 70% 以上。^{〔2〕}上海知识产权法院受理各类知识产权案件 1877 件,其中,一审案件 904 件,二审案件 973 件。在受理的案件中,专利案件 559 件,商标案件 247 件,著作权案件 921 件(含计算机软件著作权案件 249 件)。^{〔3〕}2016 年广东法院新收和审结各类知识产权案件分别是 4.4 万件和 4.2 万件,同比增长 22.36% 和 29.16%,收结案数均创历史新高,继续居全国法院首位。^{〔4〕}与此同时,2017 年年初,南京、苏州、成都和武汉等地也先

〔1〕 人民法院新闻传媒总社:《中国法院知识产权司法保护状况(2016 年)》,载中华人民共和国最高人民法院网:<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-42362.html>,最后访问日期:2017 年 12 月 1 日。

〔2〕 知产宝司法数据研究中心:《北京知识产权法院司法保护数据分析报告(2016 年)》,载知产宝网:<http://www.iphouse.cn/report.html>,最后访问日期:2017 年 12 月 2 日。

〔3〕 上海知识产权法院:《上海知识产权法院发布年度审判白皮书》,载上海法院网:<http://shfy.chinacourt.org/article/detail/2017/04/id/2742424.shtml>,最后访问日期:2017 年 12 月 1 日。

〔4〕 广东省高级人民法院:《广东法院知识产权司法保护状况(2016 年)》,载广东法院网:<http://www.gdcourts.gov.cn/web/content/36947->,最后访问日期:2017 年 12 月 1 日。

后设立知识产权专门审判机构,以求满足司法审判实践所需。^[1]

当前知识产权侵权纠纷案件呈现出案件数量多、重大复杂疑难案件层出不穷、案件审理难度不断加大、社会关注度不断提高等特点。而另一方面的现实是,现行知识产权侵权的理论研究与法律规范已经难以适应司法审判的需要。

首先,我国关于知识产权侵权责任认定的法律规范缺乏系统性。2009年12月,第十一届全国人大常委会第十二次会议审议并通过了《侵权责任法》。其中规定,著作权、专利权、商标专用权等作为民事权益的组成部分被列入民事主体合法权益的保护范围内。但是通览《侵权责任法》就会发现,该法并没有针对知识产权侵权责任作出专门的规定。其第5条规定:“其他法律对侵权责任另有特别规定的,依照其规定。”这说明,《侵权责任法》并非是取代原有的包括知识产权法在内的有关侵权责任法律规定。依照曾主持起草《侵权责任法》的原全国人大法工委副主任王胜明先生的观点,侵权责任法是对知识产权相关法律的补充和完善,一旦知识产权侵权行为发生,优先适用知识产权相关法律,《侵权责任法》可作为补充参考。^[2]《侵权责任法》与各知识产权专门法共同起到规范知识产权侵权责任的作用,至于两者的关系,李顺德教授认为,知识产权法属于下位法、特别法,《侵权责任法》属于上位法、一般法,二者是特别法与一般法的关系。然而问题在于,《侵权责任法》这部上位法究竟在多大程度上适用于知识产权侵权责任认定,是仅仅包含基本原理,还是涵盖具体的规则条款,学界的看法并不一致,而《侵权责任法》的立法初衷似乎也并未

[1] 最高人民法院:《中国知识产权司法保护纲要(2016-2020)》,法律出版社2017年版,第3页。

[2] 崔静思:《侵权责任法获通过多种形式救济保护知识产权被侵权人》,载国家知识产权局网:<http://www.sipo.gov.cn/zscqgz/yw2009n/995073.htm>。

将知识产权侵权作为重点关注的对象,被知识产权学者寄予厚望的第36条网络侵权责任实际上也并非纯粹针对知识产权侵权的情形。因此,知识产权在社会生活中的重要地位至少在《侵权责任法》中并未得到充分的体现,在当前知识产权法总论缺失的现状下,这种现状导致了知识产权侵权责任制度缺乏上位法的理论支持,容易引发司法实践和学术研究上的混乱。当前学术界关于知识产权侵权责任以及构成要件的众说纷纭正是上述结论的真实写照。另一方面,各知识产权专门法之间也缺乏相互的协调性和一致性,就各自领域侵权责任的法律规范也呈现出各自为政的状态,再加上最高人民法院以及各地区司法机关相继出台的司法解释以及指导意见,更加剧了知识产权侵权责任研究的复杂性。总之,知识产权侵权责任制度截至目前仍呈现出一副纷繁复杂的景象,不但在基础理论层面缺乏共识,在各知识产权专门法之间也是矛盾丛生。这种状况严重阻碍了知识产权理论研究的深入,更给司法审判带来巨大障碍。在知识产权侵权责任认定上,案情相同的案件在不同法院得出不同的判决结果是异乎寻常的事实,其原因之一就在于我国当前知识产权侵权责任认定的法律规范缺乏系统性。

其次,当前我国学界对知识产权侵权责任领域特有的理论问题缺乏深入探讨。知识产权侵权责任制度的特殊性来源于知识财产的特殊性。知识财产具有无形性,对知识产权的所有并非表现为对有体物的占有,对知识产权的使用也不发生有形的损耗,但知识财产“只有在他人充分使用的情况下,才有可能获得收益,包括收回有关的成本”。^{〔1〕}知识产权的实现不能够寄托于对物质实体的控制和支配,在大多数情况下表现为将知识财产通过一系列的商业环节转化

〔1〕 李明德:《美国知识产权法》,法律出版社2003年版,第7页。