【法学与法制建设】

# 试论侵害知识产权之物上请求、不当得利与损害赔偿

贾小龙

(兰州理工大学 人文学院，甘肃 兰州 730050)

关键词：知识产权；物上请求权；不当得利；损害赔偿；民法保护

摘 要：就知识产权的民法保护而言，存在物上请求权、不当得利与损害赔偿请求权的规定，三者在构成及功能上有所不同。由于《民法通则》立法的原因，引发了侵害知识产权案件中关于民事责任归责原则的争论，在实践中，权利人也极少主张不当得利。而三者的有机协调，对于在不违背侵权行为法基本原理的情况下充分保护权利人的合法权益，减轻其诉累，减小司法判决的难度，具有重要的意义。

中图分类号：DF523 文献标识码：A 文章编号：1002-3240(2006)增刊-0101-02

随着知识产权在经济增长和提高竞争力方面的巨大作用的逐步显现，侵害知识产权的案件也逐渐增多，如何充分保护知识产权，完善侵害知识产权的民法保护体系，已是知识产权立法、司法实践必须解决的重要课题。关于侵害知识产权到底应当提供何种救济，学界已有较为充分的论述，相关立法已有明确的规定，大体上可归结为基于物上请求权的“停止侵害、排除妨害”、不当得利的返还与基于过错承担的损害赔偿责任。但就这些民事救济途径当如何充分利用，其间关系如何，则虽有研究，但尚无定论，而该问题的解决，对于完善知识产权的民法保护体系，具有十分重要的意义。

## 一、“妨害除去请求权”与“妨害预防请求权”[1]

物上请求权，又称物权请求权，是指“物权人于其物被侵害或有被侵害之虞时，得请求回复物权圆满状态或防止侵害之权利”。关于物上请求权的根据，学说上历来有物权绝对权说、支配权说和排他性权说等主张。根据学者对物权的界定，即物权是“物权人直接支配特定物并排他性地享受其利益的权利”，当物权标的被他人非法侵占时，物权人要实现其排他性收益权，自应当有权请求返还标的物，而基于直接支配而言，则非由物权人准可，不允许他人行为的介入，因此，物权请求权来自其直接支配和排他性享受利益权利的统一。

物权请求权，大致分为三种：一是他人无权占有物权人的标的物而致物权于妨害时，发生物权的返还请求权；二是以此外的方法妨害物权的圆满状态时，发生妨害除去请求权；三是物权在将来有受到妨害的危险时，发生物权的妨害预防请求权。

物权请求权的构成以侵害发生或者可能发生为唯一事实，至于侵害者是否违法，有无故意或者过失、行为能力如何，以及是否实际损害已经发生等，在所不问。

从物上请求权的存在根据看，其源自于物权之支配和排他性收益权能，因此，“从理论上言，凡属支配权性质之权利，均具有与物上请求权相类之请求权”。然而，知识产权虽具有支配性质和排他性收益权能，但由于知识产品系非物质形态的精神产物，不发生有形占有和有形损耗，因此，对于侵害知识产权的行为而言，却不能主张旨在保护物之占有权能的返还请求权和旨在保护物之有形形态的恢复原状请求权，从各国知识产权立法规定看，妨害除去请求权和妨害预防请求权乃权利人得主张之物上请求权类型。

从我国的规定来看，虽然 1986 年《中华人民共和国民法通则》并没有将物上请求权附设为物权和知识产权的请求权，而是将返还原物、停止侵害等请求权以民事责任的性质加以体现，并因此而在学界颇受责难，在笔者看来，还是引发关于知识产权侵权归责原则属于过错责任还是属于无过错责任的争论的直接原因，但不可否认的是，该条规定也为知识产权权利人在权利受到侵害时主张物上请求权提供了唯一的法律依据[2]。

## 二、不当得利返还请求权

作为民法债权的一项重要制度，源自于公平正义的衡平法思想，正如学者所言：“不得损人利己乃衡平的理念，实体法化于民法上的不当得利制度。”不当得利，指无法律上的原因而受利益，致他人受损害者，应负返还的义务。其构成要件有三：一是因侵害他人权益而取得利益；二是致他人受损害；三是无法

① 此二权分别对应我国法律之“排除危害”、“消除危险”，基于论述上需要，本文对此不作区分。

② 至于《专利法》第 61 条、《著作权法》第 49 条、《商标法》第 57 条所规定的诉前停止侵害，笔者以为，并非属于物上请求权，而是类似于财产保全措施的诉讼保全措施。

收稿日期：2006-08-10

作者简介：贾小龙，兰州理工大学人文学院研究生。

(C)1994-2022 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

律上的原因。至于不当得利请求权的效力，按照我国《民法通则》92条之规定，不当得利人应当将取得的不当利益返还受损失的人，具体而言，应以原物返还为原则，以价额偿还为补充，返还范围因不当得利人对于“无法律上的原因”是否明知而有所区分。可见，不当得利人主观上是否有过错，与不当得利之债的构成无关，所系仅在于返还利益的范围有所区分而已。

侵害知识产权，亦可构成不当得利。关于其构成要件，则与前述不当得利构成要件并无二致。但取得利益，亦即返还之不当得利的确定，学说上存在争议，加之在侵害知识产权案件中，极少援用不当得利返还，因此，实践中亦无确定做法。我国台湾地区有学者认为，侵害知识产权的不当得利，不当得利所应返还者，系通常使用他人著作权（专利权、商标权）所应支付之对价。此处的对价应为合理的许可使用费。而德国学者则已经不再认为侵害著作权等所获得的收益，系相当于应支付的授权费用，而强调其系侵害依法应归属于权利人的利用权能。此项利益依其性质不能返还，应偿还其客观上交易价额。比较而言，后一种主张较为可取。因为，作为使用许可费而言，本身就是基于知识产品使用的预期利益的一种预估，它又是市场交易的产物，而一般情况下，交易以营利为其本质追求，加之一种知识产权的使用许可，还需遵守价值规律的约束，因此，理论上，许可使用人在支付许可费后仍有营利，若依照前一种主张，侵权人在返还不当得利，即应当支付的许可使用费之后，仍可保留部分不正当收益。而显然，在根据后一种主张，则不会出现前述结果。但后一主张之“利用权能”，应当和侵权人自身条件的“利用权能”正确区分开来。

综上所述，笔者以为，侵害知识产权的不当得利，其返还范围一方面应以侵权人基于知识产品的利用所获利益为准，但当侵权人所获利益有赖于自身独有的条件时，应当在其和知识产品的利用之间进行综合评价，以确定返还范围；另一方面，当侵权人没有产生收益或者产生的收益低于许可通常的许可使用费时，应当以通常的许可使用费作为应当返还之不当得利。

## 三、损害赔偿请求权

相对而言，侵害知识产权之损害赔偿，学者们论述颇多。纵观两大法系学者们的论述，侵权行为必是引起损害赔偿的行为，侵权损害赔偿是侵权行为的责任后果，无损害赔偿亦无侵权行为。及于侵权损害赔偿请求权的构成要件及其归责原则，学说上存在较大争议。

关于侵权损害赔偿的构成要件，从罗马法上私犯构成之五要件[10]，到《法国民法典》1382条、《德国民法典》823条、《日本民法典》709条，均确立了包含过错的构成要件，侵权损害赔偿的归责原则亦以过错原则为核心。反观我国《民法通则》，则实际上“以三元制归责原则较能表现它的特色”。对于一般侵权损害赔偿，亦以过错原则为其归责原则，与大陆法系国家的立法并无实质差别。然而，之所以引发争议，是在于我国《民法通则》赋予了其首创的民事责任概念以十分丰富的内容，涉及涵盖物上请求、违约责任、侵权损害赔偿等十种类型，这些性质不同的民事责任统统成为了侵权行为的可能后果，而由于他们具有不同的性质来源，造成了我国学者在知识产权侵权责任之归责原则上的重大争议。事实上，在笔者看来，与其说这十种民事责任是一般侵权行为的后果，不如说此处的“侵权行为”事实上等于“不法行为”。而将仅涉“侵权行为”的归责原则硬生生加诸“不法行为”之上，产生争议，亦属难免。

此外，损害赔偿数额的计算方法，尤其是对于将侵权获利推定为实际损失的做法，理论上也存在一些不同观点。笔者以为，侵权行为法的基本机能在于填补损害，以侵害行为所得利益作为损害赔偿额，实有不妥。事实上，在侵权获利大于实际损失时，该做法造成了新的损害。辅助于其他民法保护方法，以所造成的实际损失作为赔偿数额，是能够充分保护受害者的合法权益的。当然，基于侵权损害赔偿的预防技能而言，侵权获利推定损失的做法亦有一定价值，这涉及到学界已有初步论述的惩罚性赔偿的问题，陷于篇幅，不再论述。

## 四、三者的关系暨知识产权的民法保护体系

### （一）“妨害除去请求权”、“妨害预防请求权”与不当得利返还请求权

二者均不以侵权人存在过错为过程要件，当权利人有证据证明其知识产权已产生实际侵害或有被侵害危险时，均可行使妨害除去请求权或者妨害预防请求权，该权基于知识产权的支配性和独占性而存在，没有时效限制；在侵害已经发生，不论侵权人有无获益以及获益多少，在主张妨害除去请求权的同时，权利人均可行使不当得利请求权。

### （二）“妨害除去请求权”、“妨害预防请求权”与损害赔偿请求权

虽然在我国《民法通则》上，二者同属民事责任的类型，但其行使条件有重大差异，作为前者，系以权利的支配性、排他性收益性为依据，故有不法行为，即可行使此权；而后者的行使，需要证明不法行为人的过错，且需有实际损失发生。当然，在不法行为人基于过错正在侵害他人知识产权且已经造成损害时，二者可以同时或选择主张。

### （三）不当得利返还请求权与损害赔偿请求权

虽然迄今为止，世界各国知识产权立法没有将不当得利作为独立于损害赔偿的权利救济方式，但上文分析可见，不当得利返还请求权与损害赔偿请求权有着不同的制度价值，我国相关民事立法没有排除不当得利请求权在侵害知识产权案件当中的适用。因此，在侵害知识产权案件中，应当根据两种请求权不同的构成要件判断如何行使。侵害行为虽已发生，但行为人无过错时，得主张不当得利；侵害行为发生，并伴有行为人过错时，二者均可主张，此时，权利人可根据己方的实际情况，进行有利的选择。

通过以上对物上请求、不当得利以及损害赔偿请求权之分别论述及其之间关系的探讨，在侵害知识产权案件中，完整的民法保护体系应当是三者的有机结合。物上请求与不当得利始终伴随着不法行为存在，基于其较小的举证难度，又能有效防止侵害和填补损失，对于权利人而言，应当充分重视；主张损害赔偿，据相关法律规定，须证明侵权人存在过错，在举证方面，会有一定难度，而传统侵权行为之损害赔偿，其功能也只限于填补损失，对权利人而言，实非最经济选择。若权利人欲主张学者们所提到的知识产权侵权赔偿中的惩罚性赔偿，则须依据构成要件，提出赔偿请求。

[责任编校：周玉林]


(C)1994-2022 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net