知识产权文丛　第十卷

学术专论

需要全本请访问 www.ertongbook.com

侵权责任、损害赔偿责任与知识产权保护

郑成思

一、从一部侵权赔偿责任的书谈起

张新宝教授翻译的德国冯·巴尔所著《欧洲比较侵权行为法》①一书，是了解与研究外国这一领域法学的一部不可多得的好书。其作者是西欧侵权法的权威之一；其译者，则是中国侵权法领域的权威之一。该书几乎覆盖了西欧所有重要国家的侵权损害赔偿法律及欧盟这一领域法律一体化的进程。十多年前，另一部由 B.S.Matkesinis 著的《德国比较侵权损害赔偿法》②，纵然也是同领域的一部优秀著作，但其一是没有中文译本，二是主要只对法、德两国的侵权损害赔偿作了比较研究，所涉及面要小得多了。

不过把这部权威之作整个读下来，尤其包括该书的下卷，③可能会使国内熟悉侵权法并且真正用心去读的读者产生两个问题。

第一个问题是：无论是分国论述的上卷，还是专题论述的下卷，也无论有关论述是多么精彩与深刻，该书涉及“侵权责任”的绝大多数论述与中国《民法通则》第 106 条及国内“侵权法”教科书相比，

①见（欧洲比较侵权行为法》，法律出版社 2001 年中文版。

② 见 A Comparative Introduction to the German Law of Torts, 1990 2nd edit, by Clarendon Press, Qxford。

③《欧洲比较侵权行为法》 下卷中文本由焦美华译，张新宝校，法律出版社 2001 年出版。

均找不到相当大的一部分民事责任。该书一般只涉及侵权行为的“损害赔偿责任”,即极少涉及诸如“停止侵害”、“排除危险”、“赔礼道歉”等等“民事责任”。在哪怕稍许触及“停止侵害”、“排除危险”之类的民事责任时，书中也往往要强调两点：第一，有关问题是以法院判决（尤其是避开了《民法典》的法院判决）为基础论述的；① 第二，有关问题仅仅在“损害赔偿法的调整范围内讨论”。②

第二个问题是：在世界贸易组织成立之后，亦即“知识产权保护”已成为“三大支柱之一”后问世的这部书，虽举出诸多当代的侵权案例来支持有关论述，却找不到侵犯知识产权（无论专利权、商标权还是版权）的案例。全书基本不涉及知识产权保护，不论在发表该书的那个年代（1996 年），知识产权在欧洲乃至整个世界已居于如何重要的地位。

如果有人认为对这两个问题的答案可能是“作者的疏漏”或“作者没有重视应予重视的问题”，则答案是靠不住的。因为，作为某一领域的权威，作者虽不可能在论述中绝无缺漏，但也绝不可能有极重要缺漏或最基本的缺漏。

那么更可靠的答案就有可能是：第一，这部书所说的“侵权行为法”③ 仅仅（或主要）覆盖负有赔偿责任的不法行为；第二，这种“侵权行为法律制度”并不适用（或主要不能适用）于侵害知识产权的行为。

如果我们查询一下西欧较有影响的几部“民法典”，就会发现：上面这一答案不仅是可能的，而且是必然的。而如果答案真是这样，那么对于我国自《民法通则》出台以来的侵权法的理论（至少是多数著述中所阐述的理论），就有必要作一番重新审视了。

二、法、德、意、荷等国民法典的有关“侵权行为”的规定

我国《民法通则》中的“侵权行为法”条款第 106 条第 1 款：

① 参见（欧洲比较侵权行为法）一书中文本下卷第 168 页。
② 参见（欧洲比较侵权行为法）中文本下卷第 166 页。
③ 这里是按译者原中译本使用“侵权行为法”这一概念。

“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。”对这一条，据说并非我们自己“想当然”制定的，而是参考了多数发达国家侵权法的条文，至少是参考了在世界上最有影响的法、德两国民法典中的侵权法条文。

《法国民法典》第 1382 条规定：“任何行为使他人受损害时，因自己的过失而致使损害发生之人，对该他人负损害赔偿责任。”

《德国民法典》第 823 条规定：“因故意或者过失不法侵害他人生命、身体、健康、自由、所有权或者其他权利者，对他人因此而产生的损害，负赔偿责任。”法、德这两条中的有关规定，可以说是基本相同的。许多人认为，我国《民法通则》第 106 条与这两条是“相同”或“近似”的。但如果真的深入研究一下，人们会发现，我国的规定与国外的这两条，不仅不近似，而且有极大差异。因为，法、德的上述规定中，是把（实际）“损害”及“过错”（或过失）作为“损害赔偿”责任的要件；而我国《民法通则》却把“损害”及“过错”作为一切民事责任的要件！我国《民法通则》第 134 条，以穷尽方式列举了十种民事责任。我国法律往往喜爱用“其他”兜底。而这里却偏偏忽略了“其他”。当然这并不排除今后还可能增加新的民事责任。① 但我们可以说，至少有这十种民事责任。这十种责任（“违约”除外）的前提都必须是受侵害人有实际损失和侵害人有过错，与法德仅仅要求负损害赔偿责任的前提是损失及过错，这两者之间，差别有多大，是不言而喻的。《法国民法典》第 1382—1386 条，即整个“侵权行为法篇”，《德国民法典》第 823—853 条，即整个“侵权行为篇”，都仅仅（或主要）规定损害赔偿责任，基本不涉及其他民事责任。《意大利民法典》② 及较新的《荷兰民法典》，③ 也都是如此。那么，是这些国家的民法典都漏掉了侵权的其他民事责任，还是我们自己的《民法通则》把“以实际损失及过错为前提”的赔偿责任错误地扩大到了一切民事责任？确实值得我们认真研究。

① 例如世贸组织的 Trips 协议，已将“向被侵权人公开侵权人的销售渠道”作为一种特殊的侵权民事责任。事实上，停止尚未开始的“即发侵权”，也是一种在《民法通则》“中找不到的民事责任。它却已在我国知识产权法中规定了。

② 见《意大利民法典》第 2043—2059 条，即该法典的“侵权法篇”。

③ 见 1992 年《荷兰民法典》第 6 部分（Book6）第 3 篇（Title3），即该法典的“侵权法篇”。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

德国民法教授克劳斯·费威格讲得很清楚："在德国民法中，第823条的责任与第1004条的责任是明显区分的"，① 其中第823条上文已讲；第1004条则讲的是"停止侵害"责任，亦即与"物权保护请求"相对应的民事责任。《法国民法典》中虽然没有德国那样的一刀切的损害赔偿责任归"债权部分"与"停止侵害"等责任归"物权部分"的划分，但法院判案时对于确认侵权以及确定除了损害赔偿的其他民事责任这一方面，与认定侵权的损害赔偿责任的另一方面，也是分得清清楚楚的。2001年5月，法国最高法院在一个知识产权侵权判决中明确指出："凡未经作者或作者的受让人许可而复制作品，均构成侵犯版权（Copgrightinfingemant）。这与是否存在过错或恶意毫无关系。"②

应当说，在1986年前起草《民法通则》时，中国"物权法"研究还处于起步阶段，尚无人提出应把民事责任作诸如《德国民法典》823条与1004条那样的区分。但当时中国的《商标法》及《专利法》均已开始实施。至少执法人员很清楚：要制止一起专利侵权活动或商标侵权活动，绝对没有必要去寻找行为人的"主观过错"或受损害人的"实际损失"，而仅仅有必要确认生产线上或流通渠道中的假冒或仿制的事实。

实际上，在外国民法中，受法国、德国、意大利及荷兰影响而产生的其他民法典，也莫不如此。例如，《日本民法典》第三篇第五章"侵权行为"（其标题实应翻译为"负赔偿责任的侵权行为"，或直取日文"不法行为"）全章中只涉及"赔偿责任"（包括侵害精神权利、人身权的赔偿责任），而决不涉及侵权人的停止侵害等等侵权责任。③ 所以，即使其标题译成中文时有些不尽人意，但其内容则实质与法、

① 见 Werner F.Ebke 所编"Introduction to Genman Law"一书，海牙 Klaner Lan International出版社1996年英文版，K.Vieweg所撰第7章"Law of Tort"，第119页。

② 见 Editions Phebus V.Adam shaw 一案。引自 EIPR2003 年第2期。

③ 参见《日本民法典》第三篇第五章整个一章。在知识产权单行法中，日本版权法在认定被告"停止侵权"的民事责任时，决不以"过错"为前提。只有日本专利法（第106条），对凡是侵权者，即推定其有过错。而"过错推定"只在日本、台湾少数几个国家或地区法律中适用。而且，日本在专利法中适用"过错推定"，勉强能言之成理。原因是向行政提出的专利申请及经行政批准专利，均要"公告"，侵权人至少是"应知"其所侵害的是有效专利。至于无需行政审批即依法产生的版权，则不能适用过错推定了。在日本版权法中，也找不到如专利法第106条那样的条款。此外，人们应当注意到："过错推定"原则与刑法中的（世界各国通行的）"无罪推定"原则存在明显的法理上的冲突，绝大多数国家也并不适用"过错推定"这一原则。

德、意、荷民法典相同，与我国民法通则把相应行为的责任扩而及于赔偿责任另加七八条的“民事责任”，完全不同。

三、英、美的有关法律与判例

英、美法系的法律中，当然更找不到德国那样的“物权请求权”保护与“债权请求权”。不过，在英美法系国家使用的法律英语，被我们译为“侵权”的Infringement与同样被我们译为“侵权”的Tort，表示着完全不同的含义。前者包含一切民事侵害行为。与之相应的民事责任，应当是我国《民法通则》第134条的全部，再加上“其他”。后者则仅仅或主要包含需要负财产损害赔偿责任的侵害行为。与之相应的民事责任，主要是我国《民法通则》第134条中的第（七）项（即‘赔偿损失”），至多加上第（四）、（六）两项，因为这两项有时不过是赔偿损失的另一种表现形式。

在英美法系国家的法院中，认定Infringement（侵权），从来不需要去找“过错”、“实际损失”这类“要件”，只要有侵权事实即可。从语源上看，当初判例法选择的这个英文术语本身，正是“只需认定侵权事实”之意。“In”表示“进入”，“Fringe”表示特定范围。任何人的行为未经许可进入法定的他人权利范围，即构成侵权。而“Tort”，则含有“错误”、“过失”的意思。只有错误或过失存在，“Tort”才可能产生。英美法系最权威的法学辞典，即英国的The Oxford Compation to Law（牛津法律辞典）与美国的Black's Law Dictionary（布莱克法律辞典），对这两个述语都是这样解释的。十分值得注意的是：英国的牛津法律辞典，在Infringement词条中，专门注了一句“这个‘侵权’术语，较多地用在侵害专利权、商标权、版权”等知识产权。而美国的布莱克法律辞典更简洁地直接指出：“Infringement尤指侵害知识产权，即侵害了专利、商标、版权的排他权。”①

① 当然，查找这类辞典，一是要找英文版，以避免被水平不高的中文版译者误导；二是要找最新版本。例如布莱克法律辞典在第六版之前，尚缺少对知识产权侵权的专门解释。过去我们有的只懂中文的教授在资料中找不到外国有关商标“反向假冒”的法条，就向学生宣布这种法条“不存在”，曾使得懂外文的学生们愕然。相信这种历史在21世纪不会重复。

在世界贸易组织将“商业秘密”的保护从“对人权”保护提升为“对世权”保护之后，美国知识产权权威 G/E/Weston 教授曾在日内瓦的 ATRIP1999 年大会上告诉大家，这种提升的好处是强化了越来越成为企业核心财产的商业秘密。把它作为‘对人权’保护时，它仅仅是 Law of Tort 的保护对象。要认定侵害了它，必须证明相对人有主观过错。而提升为“对世权”（即知识产权中的一项）之后，它成为 Law of Property 的保护对象。再认定侵权，就无需证明相对人的过错，这就更便于保护它了。 请注意：在英美法系，“财产”一般指动产、不动产与知识产权，“财产权”仅指对世权，“财产法”并不涉及所谓‘侵权之债”。Weston 教授的这篇讲话，实际早已得到美国有名的杜邦诉克里斯托夫判例的支持。①

英国法律中把 Infringement 与 Tort 作清晰划分的典型是版权法。早在 1936 年的一则有名判例中，高等法院就指出“ Infringement”覆盖了“ Tort”；Tort 仅仅是 Infringement中需要确认过错并负赔偿责任的那一类。② 英国现行《版权法》中，哪一类行为要负 Infringement 的相应责任，哪一类要负 Tort 的相应责任，更是泾渭分明。该法第 16条至 21 条，总标题是“版权禁止的行为”。其中规定，凡有这类行为，就必须被禁止并负其他民事责任（包括赔偿），而无需任何前提条件。而第 22 条至 26 条，总标题是“二次侵权行为”。其中每一条都不厌其烦地附上一句：要确定侵权，“需以行为人明知或应知其所销售、经营的复制件系侵权复制件”为前提。

应当注意的是：我国于上一世纪 80 年代中期前出版的《英汉法律辞典》，大致上分清了 Infringement 与 Tort 的不同之处，③ 原因大约是它的主要部分来自 70 年代香港出版的《英汉法律应用词汇》。④ 而多年实施英国法的香港当年的撰写人，基本上了解 Tort 仅仅指负民事赔偿责任的那部分侵害（他人权利的）行为。

结论可能是：把两个法系的“侵权行为法”细心研究一下，我们不难看到在国外作为两个问题去立法（以及在论述中去立论）的东

① 这一判例的中文介绍与评论，可参看郑成思主编：《知识产权文丛》（第 5卷），李明德：(美国商业秘密法研究》。
② 参见 Ash V. Hutchinsion and Co (publishers) Ltd, Ch (1936) 489。
③ 参见《英汉法律辞典》，法律出版社 1985年版相应辞条。
④ 参见《英汉法律应用词汇》，1975年港英政府印务局出版。

西，在我们这是被“归”到一块了，或可以说，是被混淆了。

一方面是 Tort 问题，即侵权赔偿责任的确认。这是在通常情况下需要以过错为前提的。而作为 Tort 的严格责任，亦即侵权赔偿的严格责任，则不需要以过错为前提，而这只是各国（包括我国）民法在“侵权篇”（实质应是“侵权赔偿篇”）中专门列出的诸如高危作业之类的特例。对此，国内多数人是比较了解的。

另一方面是 Infringement 问题。这一术语，才真正应译成“侵权”。它包含了与“物权请求权”、“知识产权请求权”、“人身权请求权”之类绝对权的请求权相对应的侵害。这种侵害的行为人所应负的民事责任，包括（但远远不限于）损害赔偿，但更包括与赔偿（乃至财产利益）无关的其他责任（如停止侵害、赔礼道歉）。这类侵权构成的确认，在通常情况下则未必以过错为前提。它的通例是无过错责任（即严格责任）。只要有侵权事实，就必须负“停止侵权”责任。反倒是非严格责任或过错责任在这里成了特例。而这正是国内多数人不了解的。欧美的法学家则认为这是常识，并把它像列举常识一样放进 WTO 等公约中去。① 但我国对这一类公约条款不知或大惑不解的人，则不在少数。就是说，不仅我们（国内许多人）理解的“侵权”，实际上有完全不同的两种，而且我们理解的“严格责任”，也有完全不同的两种。《欧洲比较侵权行为法》正确地仅仅把过错要件（乃至“四要件”）与 Tort 相关联，并进而论及侵权赔偿的严格责任。所以该书是成功的。

如果该书作者也把“过错”作为 Infringement 的通行要件，如果他在论“侵权”行为过程中，也是时而讲的实际是 Infringement，时而又讲的实际是 Tort；在讲严格责任时，时而讲的是赔偿的严格责任，时而又讲的是停止侵权的严格责任，那么其所构架的看似科学、系统又合逻辑的法律体系，就实际上是概念混淆的、归宿离开了出发点的体系，这部书就不可能成功，也不可能在欧洲立得住并被介绍到中国来了。

事实上，不仅英、美立法，即使是德国立法，构成侵权

①例子之一，是 Trips 协议第44 条。便往前的例子，还可举出《维也纳国际货物买卖合同公约》第 42条。更近的判例则有英国 Her Majesty's Attorney Genera V. Blake House of Lord. 27, July, 2000.

（Infringement）与构成侵害赔偿（Tort）的界线也是分得很清的。近十年前，我在说服知识产权领域的同仁不要把这二者混淆时，就曾引述过德国《版权法》第 97 条。[①] 现在我仍旧感到：这一条把 Infringement 与 Tort 分得就如英国《版权法》的“第一侵权”与“第二侵权”一样清楚，确实值得我们参考。

四、中国的立法及多数论述在哪里出了问题

我们如果再进一步，把英美法系的法律英文与大陆法系最具代表性的德国法中的用语，作一下对比，就可以更清楚地看到：我们通译为“侵权”的东西，在这两个语种的法律用语中与我们想象或理解的完全不同。英文作为侵害民事权利的通用术语 Infringement，与德文相对应的是 Verstosen 或 Verletzen。我们称为“专利侵权”的，在相应的英文中是 Patent Infringement，在相应的德文中是 Patentverletzung；我们称为“版权侵权”的，在相应英文中是 Copyright Infringement，在相应的德文中是 Verstos gegen das Urheberrecht。而同样被我们称为“侵权法”的，在相应的英文中是 Law of Tort，在相应的德文中是 Deliktsrecht。就是说：英文与德文，在“侵权”大概念与“负赔偿责任的侵权”小概念上，均各自使用完全不同的术语，它们各有恰当的对应语，而且各均是分得清楚的。到中文里，就完全不加区分了。Infringement 是“侵权”，Tort 同样是“侵权”。

这样一来，我国的大多数本来是写 Law of Tort 的“侵权行为法”教科书，就在论述中往往不自觉地去论述 Infringement，并且把构成 Tort 的“四要件”，全部套到了确认一切侵权（即 Infringement）上。依照这种理论开展的立法，使中国的一大批权利人，尤其是知识产权权利人倒了大霉。[②] 原因是国内学者把 Infringement 放进 Tort 中去讲

① 德国《版权法》第 97 条是：“请求禁止令与损害赔偿之诉”，其第 1 款规定：“针对侵害版权或本法所保护的其他权利，被侵权人可请求获得仅侵权人停止侵权的禁令……；如果侵权人有故意或过失，被侵权人还可以请求获得损害赔偿。”

② 我说只是知识产权权利人“倒了大霉”，是因为“物权”这种对世权的权利人，在国内民法学家把“物上请求权”的保护从侵权法中再度分离出来之后，实际又回到了德国对 Delikt 与 Verletzen 的区分。只是法学家们在这里始终回避把行为人对物权的侵害称为“侵权”，只从相反角度称“对物权的保护”。而现有的中国知识产权法由于制定在先，从未考虑过在其中加一段“知识产权请求权”去避开“四要件”这个帽子，因此“倒了大霉”。

“侵权行为法”，就把国外一大批本不需要原告去拿出被告主观过错等要件的纠纷，统统套入了 Tort 之中。而上文讲过，Infringement 是个大概念，Tort 只是其中需要证明过错并必须负赔偿责任的一种。现在我们却倒过来把大概念放入小概念中。因为毕竟不是天方夜谭中可以进入小瓶子中的大魔鬼，所以实际上又绝对放不进去。我们一系列失误的立论（有的已成“体系”）及立法，即从此而来。

本文之初提到的冯·巴尔的《欧洲比较侵权行为法）则是清清楚楚地只论 Delikt（Tort），并不涉及 Tort 以外的 Infringement，因此也不可能涉及知识产权侵权。于是该书就写得明明白白，清清楚楚。该书之所以成功，有多种因素。而至少在出发点上就并未混淆概念，没有打算把大魔鬼装进小瓶子，没有打算用“四要件”去套 Infringement，只是去套它们所能套的 Tort，该书就不会发生“出发歪一步，越走越离谱”的结果。

从历史上讲，我国学界（乃至立法中的一部分）自始未分清 Infringement（侵权）与 Tort （负赔偿责任的侵权行为）的区别，这是与我国有形财产规范与知识产权规范在时间上“倒置”有一定关系的。

包括法德意荷在内的大多数西方国家，均是首先完善了它们的有形财产法律体系，而后才逐步完善其知识产权法的。而我国改革开放之后，参加的第一个民商事领域的国际公约，是《世界知识产权组织公约》。在 1979 年，有形财产立法在我国尚无踪影，知识产权领域的三部主要法律—— 专利法、商标法、版权法已经同时开始起草。《民法通则》出现之前，专利法与商标法不仅颁布，而且实践了数年。版权法草案也于 1986 年首次提交全国人大法工委。由于知识产权制度主要是从发达国家“引进”的。 几部知识产权法在（民法通则起草之前的）起草过程中，非常注意了解与借鉴发达国家已有的法律及已有的国际公约。而借鉴中主要参考的公约、 法条均系英文本。与上文所述的英、美两个法律辞典的记载相同，在所有外国法条及国际公约中，凡涉及知识产权领域的侵权，均使用 Infringement，从未出现过 Tort，把这二者区分得很清。同时，绝大多数国家的知识产权法，均未曾规定在认定 Infringement 及采用下禁令等民事救济时，需要以“过错”为要件，更谈不上所谓“四要件”了。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

1986年的《民法通则》，并未明文承认“物权”等对世财产权，却把知识产权这种对世财产权纳入了。理由也很简单，当时知识产权中的“工业产权”，立法已经基本完成了，《民法通则》对此不能无视。但规范侵害对世权的民事责任时，人们却只能套用自己较熟悉的“侵权赔偿责任”(即 Tort）中的适用原则。这种套用没有伤着当时尚不存在的“物权”保护，却实实在在地伤着了已经存在的知识产权保护。

由于无“四要件”即“无过错”、“无实际损害”等等就不能认定 Infringement （侵权），当然更不能要求行为人停止相关活动。于是在很长时间里，权利人只能眼睁睁地看着有关活动从准备到生产，直至进入流通领域（即有了“实际损害”），才能“依法”维权。面对权利人的无奈，中国法院后来不得不推出了“过错推定”原则。这一解决途径确有其历史功绩，但这一原则的这种适用方式，实际上已经偏离了它的来源理论。而且，世界上即使在其来源理论基础上采用这一原则的国家，也屈指可数。它至今未从根本上解决我国司法与执法实践面临的问题。正因为如此，身居第一线的法官，从处理知识产权侵权纠纷出发，在今天发自内心地疾呼：应如建立“物权请求权”一样，建立“知识产权请求”制度。① 也由于 Tort 的四要件套住了知识产权领域 Infringement 的责任，我国专利法中长期不能引入“许诺销售权”（即在“许诺”阶段就要要求行为人负侵权责任），我国知识产权法不能禁止“即发”的侵权行为，我国（商标法）甚至 1993 年在认定侵权中还走了回头路（即增加了“明知”要件）。这些，若不是中国有必要“入世”，而世贸中的 Trips 协议又无可商量地要求增加相应内容或理顺不适应的内容，我们是很难改为今天知识产权法这种行文的。应当说，为“入世”而“修法”的“理解的要执行，不理解的也要执行”，实在帮助了中国知识产权保护从两类“侵权”（即 Infringement 与 Tort）相混淆的误区中，挣脱了一部分。但远远没有完全挣脱。②

①见《知识产权研究》 2003 年第 13 卷，北京高级人民法院法官陈锦川的文章《试论知识产权请求权的初步确立》。

② 例如我国 2001 年《著作权法》 修正案第 52条。请读者将这一条与我国 2000 年《专利法》修正案第 63 条及 2001 年《商标法》 第 56 条作一下对比，就会发现明显的差异。

由于我们的“侵权法”在基础理论上，将 Infringement 的责任与 Tort 的责任混淆为一，将确实适用于 Tort 的“过错”前提套在了全部 Infringement 上面，我国相应的诉讼中缺少了“协助侵权”概念（Contributory Infringement），或将协助侵权责任与“共同侵权责任”及“侵权的连带责任”混为一谈。在国际上，协助侵权人与主侵权人相比，仅仅负过错责任，而主侵权人则往往需负无过错责任。这在世界上第一部系统的知识产权法教材的第一版，就非常明确了。① 当然，该书是在归纳了在它之前上百年、至少几十年（如本文上述 20 世纪 30 年代的 Ash 一案）以来的司法与立法实践得出的结论。但在我国仅仅依据《民法通则》中失误了并且不完整的第 106 条及“侵权法”通行理论，受侵害的权利人必须把主侵权人诉上法庭，才可能考虑是否把协助者作为共同被告或负连带责任者包纳进诉讼之中。而无论对前者或后者，原告均须证明其有“过错”。如果主侵权人在实践中不易诉（例如是个群体，例如人不在国内并且也无可执行的财产在国内），那么被侵权人就活该倒霉了。因为按我国现有“侵权法”已有的法条及已有的理论（即混淆了 Infringement 与 Tort 的法条及理论），被侵权人不能越过主侵权人去直接诉“共同”或连带责任者。法官会问：“他与谁‘共同’侵了权？他与谁一道负这个“连带”责任？”我们法律中的共同侵权人与国外财产保护制度中独立可诉的“协助侵权人”,完全不是一回事。

也部分是出于将 Infringement 与 Tort 混淆，国内目前没有侵权中的“转承责任”（Vicarious Liability）。设计中的民法草案“侵权篇”，有人把这称为“替代侵权”或“代理侵权”，实在离原意太远，主要也还是直接搬用了台湾学者的译法。转承责任人往往自己并无任何直接或间接（哪怕是协助）的侵权活动；转承责任人必须与主侵权人之间有利益关系，但未必要以“过错”为前提。这些，又都是我们研究得太少，论述得太少，或论述上出现了极大偏差的。

在网络时代，“协助侵权”及“转承责任”的数量与过去相比剧增，缺少这两个概念，缺少在这两个概念的形成上对以往的混淆的避

① 参见 W.R.Cornish 著：Interllectual Property，1981 年 Sweet and Maxwell 伦郭第一版 Common Ground 部分。该书其后又修订过三次，但其中关于侵权责任的通述，与第一版相比基本无变化。

免，缺少了相应的建筑在正确理论上的制度，我国的网络信息事业是不可能健康发展的。①

“协助侵权”与“转承责任”在各国的 Tort 法（或 Delikt 法）中均有，因此我国相应论述中也有。在这点上中外差别似乎不大。但与协助侵权人相应的主侵权人，即使在并非我国《民法通则》第 122—127条所覆盖的情况下，也可能负无过错责任，这在多数外国法律或经典专著中是明文指出或不言而喻的，在我国法条及多数著述中，就大相径庭了。我们的误差点，主要在协助侵权人与主侵权人责任的对比上的泾渭不清。其根源，即在我们许多人自始就混淆了 Infringement 与 Tort。

最后，人们应当注意到：《欧洲比较侵权行为法》，无论分国论述，还是分责任论述，均不涉及侵权（Tort）的刑事责任。该书的上卷第六章，正是把刑法放在侵权法之外，正如把宪法放在侵权法之外去作比较的。前文引述过的其他国外侵权法经典论著也只在并列论述及比较论述的情况下涉及刑法。从法理上讲，以及从国际公约的原则看，“债”的责任中，也不应包含刑事责任。② 在这点上，我国民法学者在起草“侵权责任”篇时，倒是与国际上一致了。这时他们又回到了“Tort”上，即仅仅讲侵权的“损害赔偿责任”了。但人们不要忘记：中国的《著作权法》、《商标法）等等单行法律，则都已经全面规定了侵权的刑事责任。③ 知识产权国际公约中，也重点地规定了侵权（Infringement）的刑事责任。④ 如果我们的民法学者自始讲述的就是广义的侵权（Infringement）而不仅仅是应负赔偿责任的侵权（Tort）在起草“侵权责任”篇时，他们本不应忽略掉单行法中侵权的刑事责任。这里唯一的解释是：在这一责任问题上，许多人又从 Infringement 晃动回 Tort，而不像冯·巴尔等国外学者那样始终如一。

我国的《刑法》中规定：知识产权侵权（除专利侵权外），情节严重的，均须负刑事责任。这里讲的“情节严重”，绝不仅仅是说

① 早在 2001年 7月中央法制讲座中 我就强调了这一点。在该讲座内容后来发表的部分中，也完全保留了这一点。参看 2001年(网络安全》、《河南政法管理学院校刊》、《电子知识产权） 2002年《北方交通大学学报》 等杂志。

② 参 看 《公民权利和政治权利公约》 第11 条。

③ 参 看 （著 作 权 法）第 47 条、《商标法》 第 59 条，等等。

④ 参 看 WTO 的 Trips 协议第 61 条。

“损害赔偿责任”越大、赔偿数额越高的，越要负刑事责任。在这里，“损害赔偿责任”与刑事责任并不像有的学者论述的那样，发生了“重合”，这两种责任是不可能重合的。要讲清这两种责任，仍须回到Infringement与Tort的区别这一根本问题上去。Tort（负赔偿责任的侵权行为）的责任仅仅是，也只可能是民事的；而涵盖了Tort的Infringement（真正意义的“侵权行为”）则涵盖面要大得多。从一个角度，它涵盖了Tort之外的，与“过失”、“实际损失”等并无关系的侵害行为；从另一个角度讲，它又涵盖了Tort责任根本解决不了的，即不仅有过失，还须有故意，同时危害了公共利益的（即应负刑事责任的）严重侵权行为（即Violent Infringement)。这一部分责任，与Tort责任也是并列的。外国学者（例如冯·巴尔）在“四要件”之下论“Tort”（侵害赔偿责任）；我们的学者，则在“四要件”之下论“Tort”、“Infringement”与“Violent Infringement”。帽子之与头不能相适，是显而易见的。

五、对我国侵权法结构的建议

对比《欧洲比较侵权行为法》一书，我们可以看到：2002年底提交全国人大的《民法》（草案）中的“侵权责任法”一篇（可简称“侵权篇”）的“一般规定”，仍旧沿袭了（民法通则）第106条。这种结构的缺点是十分明显的。

第一，一部分内容与同一部法中“物权篇”的“物权的保护”重复，却又在是否需要“四要件”（至少是“过错”要件）方面与后者冲突。让人无法区分在什么情况下，承担“停止侵害”、“排除防害”、“消除危险”等等的侵权责任以过错为要件（如“侵权篇”所规定），在什么情况下负同样的责任又无需以过错为要件（如“物权篇”所规定）。

第二，在“一般规定”之外，这一“侵权篇”实际上仍旧涉及或绝大部分只涉及民法通则第134条九项侵权责任之一的“赔偿责任”。原因也很简单，因为虽在一般规定中讲了“停止侵害”须以过错为要件，但为什么要如此，从法理上根本讲不通，所以接下去就只能避开这些本不应以过错为要件的责任，只能仅仅去讲确实应当以过错为要

件的赔偿责任。

第三，迄今为止，一部分民法学者要求在合同篇与侵权篇之上，设一个“债权总则”。当然也有一部分学者不同意。① 其不同意的理由我大致赞成，不打算在这里重复。除此之外，还有两点理由是：1. 民法学者通说认为财产权下覆盖着物权与债权。而现有民法草案“侵权法”中所含的“停止侵害”的一部分（如停止精神权利侵害），赔礼道歉等等责任，是什么“债”，又属什么样的财产权？从司法实践角度看，中国最高法院的“精神损害赔偿”司法解释中，可以看到有一大部分侵害精神权利（虽然属于“侵权”）的行为是不能让行为人负财产或金钱赔偿责任的。将这一部分“侵权责任”放在“侵权篇，中，“债总”这种财产权的总则，就无法把它们“总”进去了。于是我们不仅在民法基本理论上看到了“财产权包括物权与债权”的说法出现了无法解释的盲区（无需赔偿的那部分侵权之债，属于什么“财产”?），而且可预见到“债总”中的内容，必然与“侵权篇”中赔偿之外（及有财产利益之外）的侵权责任“文不对题”。 2. 把物作为财产的体现者还可以说得通，而把行为成为作为财产的体现者，则除“服务”这种行为外，大都很难说得通了。

在认真读过《欧洲比较侵权行为法》之后，在仔细研究过法德意荷诸国民法典的相应侵权赔偿责任条款之后。我个人得出的结论是：把“Tort”译为“侵权”并引入中国法律，可能是“从欧及日，从日及台”，我们又不加分析地承接自日、台的民法用语及理论上又一误区。《日本民法典》将德国的 Deliktsrecht 或英美的 Law of Tort 在日文中以“不法行为法”相对应。用语上与 Delikt是相近的。日文中本无“侵权”一词。在《日本民法典》的中译本“侵权行为”第五章中，只含有关于侵权损害赔偿条文。因此其“过错”等要件，绝不会套用到“停止侵害”、“排除防害”、“赔礼道歉”等等上面去。就是说，它对司法实践并无危害。只是“题”（形）欠妥，而“文”（实质）则仍旧是对的，即其中确实仅仅涵盖 Tort 行为。台湾再转译日文，Delikt（或 Tort）就被译成了“侵权”。同时“Infringement”也同样译成了“侵权”。问题就来了。这里问题的关键是我们承接过来

① 参见上海《法学》杂志 2003 年第 5 期，覃有土的文章《我国民法典中债法总则的存废》。

后，加以扩充。不仅正确地把属于 Tort 的行为放入“侵权行为法”，而且错误地把一切属于 Infringement 的行为也全部放进来。这就形、质皆错，给司法进程，给权利人维权的路上设满了本不应有的障碍。最可怕的后果就是：对于一切侵权行为人，只有先认定其有过错，才能确认侵权（Infringement），进而才可能要求他停下来，否则他有权一直干下去！

迄今为止，我国大多数法院在侵权纠纷的判决书中，如果不先声明“行为人有主观过错”，是绝不敢接下来判其停止侵害的。即使那事实上明明白白是侵害，判决书中致多敢讲“不法侵害”，绝不敢确认这种“不法侵害”实质上就是“侵权”。这几乎近似“文字游戏”的例行判决词，实在饱含着许多法官与被侵权人的无奈。正如上文引述的法国最高法院的判例却表明：在出台第一部最有影响的、包含侵权赔偿责任的民法典的法国，法官在认定未经许可的复制行为构成侵权时，则无需费力去证明复制者是否有“主观过错”。

民法立法是百年大计，立法者们必须把基本概念搞清楚，再去下决心。学者写书，如果分不清 Infringement 与 Tort，最多引起异议、商榷及争论。但如果立法者也不将其分清，那立出的法，可就不仅对权利人、对司法、执法人员不利、不便，而且对我国的市场乃至社会带来不容低估的负面影响。所以，我感到：现在确实到了我们的立法者在侵权法领域把基本概念搞清楚的时候了。这应算是第一个建议。

具体到“侵权法”的结构，似可以不以现有的法、德、意、荷、日乃至台湾地区的侵权赔偿责任的窄框架为蓝本，而延续我国已经在近二十年中把（至少）九种侵权责任在一篇中加以规定的名实相符的“侵权法”（或侵权责任法）。与已有法不同的（即应加改动的）是：要把无需“四要件”的那部分侵害责任（如停止行为责任）与必须有“四要件”的那部分侵害责任，明确区分清楚。这种修改并不大，但却是实质性的、极端重要的。

以这样的框架起草“侵权法”，可以省去“物权篇”（或者还有人格篇、知识产权篇）中“物权保护”中的除“确认权利”之外的绝大多数条文。因为它们都进入“侵权法”中无需“过错”等前提的那部分侵权责任中了。这种立法选择的优点是文络清晰且避免重复。

当然，如果多数人坚持以多数外国现有民法的框架为蓝本，我认

需要全本请访问 www.ertongbook.com