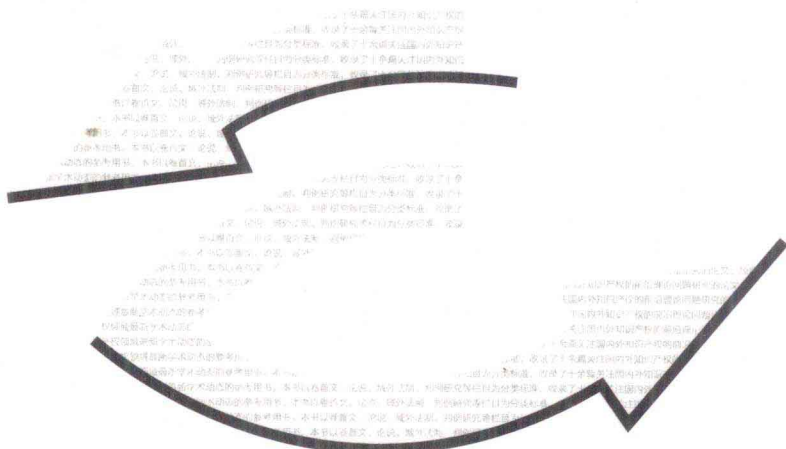


北京维诗律师事务所资助项目

WIS & WEALS
维诗律师事务所



ZHISHICHANQUANFA
ZHENGCEXUE LUNCONG

知识产权法政策学论丛

(2010~2011年卷)

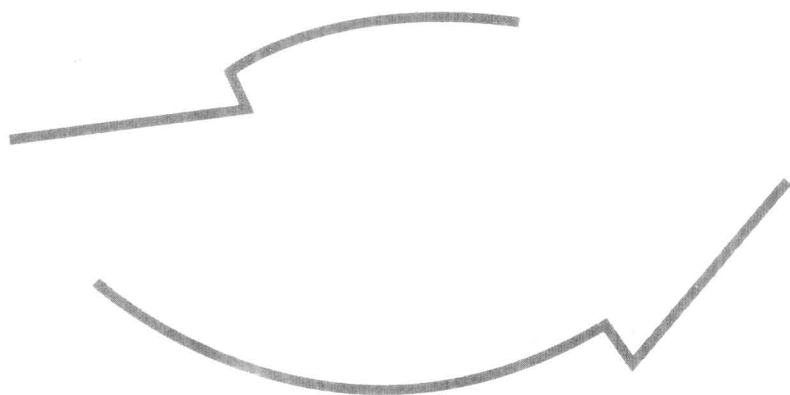
杨◎主编



知识产权出版社
全国百佳图书出版单位

■ 北京维诗律师事务所资助项目

WIS & WEALS
维诗律师事务所



ZHISHICHANQUANFA
ZHENGCEXUE LUNCONG

知识产权法政策学论丛

(2010~2011年卷)

李 扬◎主编



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

内容提要

本书以卷首文、论说、域外法制、判例研究等栏目为分类标准,收录了十余篇关注国内外知识产权的前沿理论问题研究的论文、经典案例分析以及国外精品译文,是学习了解知识产权领域最新学术动态的参考用书。

读者对象:知识产权法律研究者、高校相关专业的学生。

责任编辑:卢海鹰

责任校对:韩秀天

版式设计:卢海鹰

责任出版:卢运霞

特邀编辑:付 艳

图书在版编目(CIP)数据

知识产权法政策学论丛. 2010~2011年卷 / 李扬主编. —北京:知识产权出版社, 2012. 1
ISBN 978-7-5130-0897-6

I. ①知… II. ①李… III. ①知识产权法-文集 IV. ①D913.04-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第214240号

知识产权法政策学论丛(2010~2011年卷)

李 扬 主编

出版发行: 知识产权出版社

社 址: 北京市海淀区马甸南村1号

邮 编: 100088

网 址: <http://www.ipph.cn>

邮 箱: bjb@cnipr.com

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

传 真: 010-82005070/82000893

责编电话: 010-82000860 转 8122

印 刷: 知识产权出版社电子印制中心

经 销: 新华书店及相关销售网点

开 本: 720mm×960mm 1/16

印 张: 14

版 次: 2012年1月第1版

印 次: 2012年1月第1次印刷

字 数: 260千字

定 价: 36.00元

ISBN 978-7-5130-0897-6/D·1343 (3782)

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

编 委 会

主 编：李 扬（深圳大学法学院教授、博士生导师）

编辑委员会

张志成（国家知识产权局保护协调司副司长、法学博士）

杜 颖（华中科技大学法学院教授、法学博士）

王太平（湘潭大学法学院教授、法学博士）

朱 理（最高人民法院民三庭审判员、法学博士）

汤茂仁（江苏省高级人民法院民三庭副庭长、法学博士）

学术委员会

郑胜利（北京大学法学院教授、博士生导师）

刘春田（中国人民大学法学院教授、博士研究生导师）

田村善之（日本北海道大学大学院法学研究科教授）

吴汉东（中南财经政法大学校长、教授、博士生导师）

罗玉中（华中科技大学法学院教授、博士生导师）

王 兵（清华大学法学院教授、博士生导师）

张玉敏（西南财经政法大学教授、博士生导师）

陶鑫良（上海大学知识产权学院院长、教授、博士生导师）

目 录

一、卷首文

知识产权法定主义的缺陷及其克服	李 扬 (1)
-----------------------	---------

二、论说

著作权间接侵害	田村善之 著
李 扬 许 清 李晶琳 译 李 扬 许 清 校对	(19)
论深层链接服务行为直接侵权的认定标准	芮松艳 (45)
日本著作权法中关于应用美术的保护问题	刘晓倩 (60)
关于日本智慧财产权的侵害警告及“正当的权利行使”	洪振豪 (76)
《商标法》的性质：公法抑或私法？	邓宏光 (132)
权利的有效性推定与我国知识产权执行制度之检讨	陈 武 (149)
从“三审合一”到知识产权专门法院	沈 强 (161)

三、域外法制

日本不正当竞争防止法	顾 昕 译 刘晓倩 校对
	(171)

四、判例研究

美国阿尔卡特公司诉布朗案：你的思想属于你的

老板? JAMES C. LAI 著

管 斌 曹琳琳 译 管 斌 张爱武 校 (188)

对省略发明论的正确认识 武汉市中级人民法院民三庭 (208)

附录：《知识产权法政策学论丛》注释体例..... (214)

一、卷首文

知识产权法定主义的缺陷及其克服^{〔1〕}

——以侵权构成的限定性和非限定性为中心

李 扬^{〔2〕}

内容摘要：知识产权法定主义存在过分依赖立法者理性认识能力、忽视司法过程的能动性和创造性、难以很好地适应社会发展的缺陷，从侵权构成的角度看，其缺陷的实质在于严格坚持侵权构成的限定性；为了克服知识产权法定主义的缺陷，从侵权构成的角度看，应当坚持侵权构成的非限定性；在知识产权领域中坚持侵权构成的非限定性，应当对类型化的权利以外的应受法律保护的利益做出适当限制，以防止法官滥用司法自由裁量权，为此应当区别类型化的权利和类型化权利以外的利益，并在此基础上对权利享有者和利益享有者配置不同的请求权。

关键词：知识产权法定主义 侵权构成 限定性 非限定性 请求权

知识产权法定主义，亦称知识产权法定原则，由郑胜利教授率先于2003年

〔1〕 此文曾发表于《环球法律评论》2009年第2期，人大报刊复印资料《民商法学》2009年第7期全文转载。

〔2〕 李扬为深圳大学法学院教授。

提出。^①2004 年朱理博士对该原则的理论基础和实践价值进行了较为深刻的论证。^②2006 年,在郑胜利教授和朱理博士已有研究成果的基础上,笔者对知识产权法定主义的法理基础及其适用进行了进一步深入和全面的论证。^③虽然这些文献对知识产权法定主义的理论基础和实践价值进行了深刻的论述,但对知识产权法定主义的缺陷及其克服探讨相对较少。在对已有研究成果进行反思的基础上,笔者在《法商研究》2006 年第 6 期上发表《重塑以民法为核心的整体性知识产权法》一文,进一步深化了对知识产权法定主义的认识,指出知识产权法定主义要求我国知识产权法学界树立以民法为核心的整体性知识产权法观念,区分智慧财产权利和智慧财产利益,并针对权利和利益的享有者配置不同的请求权。^④尽管意在探讨知识产权法定主义的缺陷及其克服,但该文并没有从正面深入探讨知识产权法定主义的缺陷及其克服,因而留下了诸多值得进一步探讨的问题。本文拟根据姜战军博士对侵权构成的限定性和非限定性及其价值的研究成果,从正面深入探讨知识产权法定主义的缺陷及其克服,以求对知识产权法定主义有一个全面的认识。

一、知识产权法定主义的缺陷:侵权构成的限定性及其局限

所谓知识产权法定主义,按照郑胜利教授的主张,是指“知识产权的种类、权利以及诸如权利的要件及保护期限等关键内容必须由成文法确定,除立法者在法律中特别授权外,任何机构不得在法律之外创设知识产权。”^⑤按照朱理博士的观点,知识产权法定主义又称为知识产权法定原则。^⑥可见,知识产权法定主义的核心观点表现在两个方面:一是知识产权必须由制定法加以明确类型化,没有被类型化的因知识的创造所带来的利益不能成其为知识产权;二

① 参见郑胜利:《论知识产权法定主义》,载《中国高校知识产权研究会第 11 届年会暨高新技术知识产权保护与大学技术转移国际论坛论文集》(上册)。

② 参见李扬等著《知识产权基础理论和前沿问题》(北京:法律出版社 2004 年版)一书中朱理博士撰写的第六章“知识产权法定主义——一种新的认知模式”(第 123-144 页)。

③ 参见李扬:《知识产权法定主义及其适用——兼与梁慧星、易继明教授商榷》,载《法学研究》2006 年第 2 期,第 1-16 页。

④ 参见李扬:《重塑以民法为核心的整体性知识产权法》,载《法商研究》2006 年第 6 期,第 17-26 页。

⑤ 郑胜利:《论知识产权法定主义》,载郑胜利:《北大知识产权评论》第 2 卷,北京:法律出版社 2004 年版,第 57 页。也可参见朱理博士的观点。前引注②,第 124 页。

⑥ 朱理,前引注②,第 124 页。笔者则进一步主张,知识产权法定主义还是一项立法原则和司法原则。前引注②,第 3 页。

是反对任何机构在制定法之外为知识的创造者创设某种知识产权。其中最主要的是反对司法机关行使自由裁量权,在个案中为知识的创造者创设某种类型的知识产权。

为什么知识产权的创设必须坚持法定主义?理由主要在于以下三个方面:一是无论大陆法系国家,还是英美法系国家,虽然在法律理念、立法技术等方面都存在差异,但在知识产权的问题上却没有分歧,无一例外都是采取单行制定法的形式创设和保护知识产权,从而使知识产权发展成为一个独立于有形财产权的独特法律体系。也就是说,知识产权从诞生之日起,就表现出法定主义的特征。^①二是洛克财产权劳动理论^②不但存在划定知识产权边界的困难,^③而且存在无限扩大知识产权保护范围,并因此而使知识共有物和公共利益遭受巨大危险的可能,^④因而知识产权的创设需要工具主义的制定法从他人所能从事的行为的角度加以明确界定。^⑤三是知识产权的经济特性决定了在知识产权的类型化、限制等方面客观上需要坚持知识产权法定主义。^⑥

在知识产权的保护范围不断扩大、保护力度不断强化、公共利益正不断遭受威胁的当今社会,^⑦知识产权法定主义的提出对于维护社会公共利益、警示立法者慎重创设知识产权、防止司法者滥用自由裁量权随意创设知识产权具有重大意义。知识产权作为一种制约他人行动自由的权利,^⑧不仅与知识产品创造者的利益息息相关,而且与社会公众的利益息息相关,其正当化根据不仅仅应当考虑知

① 详细论证请参见:[英]Ronan Deazley, On the Origin of the Right to Copy, Part7, Hart Publishing, 2004. P195-224. [澳]Peter. Drahos: A Philosophy of Intellectual Property. Dartmouth Publishing Company, 1996. P24-45.

② 参见洛克:《政府论》(下篇),叶启芳、翟菊农译,北京:商务印书馆1964年版,第19页。

③ 为什么财产权劳动理论存在划定智慧财产边界的困难?详细论证参见前引第2页注②第5-8页。相关论述可以参见Robert Nozick: Anarchy, State and Utopia, Basic Books, Inc, Publishers, 1974, P173-175. Hittinger, Justifying Intellectual Property. Rowman & Littlefield Publishers, Inc (NewYork), 1997, P17-27.

④ 详细论证参见前引第2页注②,第8-10页。

⑤ 详细论证参见前引第2页注②,第11页。

⑥ 详细论证参见前引第2页注②,第11-14页;前引第2页注①,第19-20页。相关论述可以参见:[美]罗伯特·考特、托马斯·尤伦:《法和经济学》,上海:上海三联书店出版1992年版,第146-147、185页。梅夏英:《财产权构造的基础分析》,北京:人民法院出版社2002年版,第100页。杜月升:《论知识生产及其经济特征》,载《深圳大学学报》(人文社会科学版)第16卷第2期。

⑦ 知识产权保护范围不断扩大扩大的表现,参见前引第2页注②,第8页。

⑧ [美]Wendy J. Gordon: INTELLECTUAL PROPERTY, [日]田边英幸译,载《知的财产法政策学研究》第11号(2006年),第10页。[日]田村善之:《知识财产与不法行为》,载[日]田村善之:《新世代知识财产法政策学创成》,有斐阁2008年版,第35页。

识产品创造者的利益,更应当充分考虑公众的利益。①就某种具体的知识产权而言,要证明其创设能够给社会带来多少好处往往是不容易的,相反,要证明该种权利会给社会带来多少坏处则相当容易,因此,在某种新知识产权的创设会严重侵害他人平等的创造自由却没有相应的恢复机制、市场本身存在足够激励、同时存在相应的替代性法律保护机制的情况下,立法者不宜轻易为某种知识产品创设某种新的知识产权。②应当说,在知识产权的创设方面,知识产权法定主义对公共利益充满了某种程度的热情关怀。这点正如朱理博士指出的那样,立法者面对科技进步所带来的种种新的利益,必须以公共利益为依归,慎重选择创设权利及其内容。在没有明确的理由和显著的必要性时,毋宁将这种利益留给社会。法律没有明文规定的权利类型或者内容,更可能是立法者的故意设置而不是遗漏,是立法者对知识产权的限制和排除而不是授予司法者自由裁量的空间,是划界的藩篱而不是开放的门户。③

对于立法者创设知识产权而言,知识产权法定主义可以起到警示作用,对于司法者而言,知识产权法定主义则可以起到限制其任意使用司法自由裁量权的作用。知识产品的创造由于和科学技术的发展紧密联系在一起,不但具有巨大的开放性,而且具有很强的技术性,这就决定了知识产权的创设带有很大程度上的滞后性和不确定性,因而知识产权法的适用相比其他法律的适用而言,法官不得不在更大空间范围内发挥自由裁量权,以解决相关法律的适用和案件的处理问题。然而,正如上述所说,某种知识产权的配置会深深地制约他人的自由,而其带给社会的好处却往往难以证明,在立法者都必须慎重创设知识产权的情况下,司法者更应当深刻领会立法者的立法意图,谨慎而有节制地使用司法自由裁量权。

知识产权法定主义的提出虽然具有上述重大意义,但其缺陷也是明显的。突出表现在以下三个方面。

一是在知识产权的类型化及其限制等方面,过分依赖立法者的理性认识能力和民主立法程序的正当性,由此导致的结果必然是造成知识产权法体系的僵化和封闭,使得法律难以很好地适应复杂的社会现实及其发展。知识产权法定主义严格坚持的知识产权的种类、内容及其限制都必须由制定法加以规定,坚决反对司法自由裁量权在知识产权制定法之外保护某些利益的观点暗含着一个认识论上的

① [日] 田村善之:《知识财产与不法行为》,载 [日] 田村善之:《新世代知识财产法政策学创成》,有斐阁 2008 年版,第 35 页。

② 前引第 2 页注③,第 17-18 页。

③ 朱理,参见前引第 2 页注③,第 141 页。

前提，即立法者的理性认识能力可以像上帝一样，将所有因知识创造带来的利益类型化为权利。但事实是，全能的上帝并不存在。在纷繁复杂的社会生活面前，立法者的理性认识能力总是存在这样或者那样的缺陷，难以做到将所有因知识创造所带来的利益都加以归类，并明确类型化为权利。在明知不可为而为之的自负情结支配下，立法者制定出来的相关知识产权法律在体系上必然表现出僵化和封闭的特征，并且难以很好地适应社会现实及其发展的需要。

当然，严格的知识产权法定主义提出者也看到了该主义存在的法律体系僵化和封闭的缺陷，因而一方面允许制定法规定概括性的“兜底条款”，^①另一方面则允许通过修改立法这样唯一一条有效的途径以克服法定主义可能带来的制度封闭和僵化危险。^②且不说允许制定法规定概括性的“兜底条款”已经根本背离了法定主义的基本原则，但就修法途径而言，虽说立法机关的民主决定具有程序上的正统性，但切不可忘记，并不是所有民主决定的东西都是正当化的。即使不考虑国际层面而只将讨论限定在国内，在立法过程中，容易组织化的少数大企业的利益容易得到反映，而不容易组织化的多数中小企业、个体经营者以及公众的利益不容易得到反应，由此所形成的民主决定非常容易产生利益保护的不均衡。^③不仅如此，立法所必须经历的繁杂程序而导致的无效率、所付出的巨大成本、立法者理性认识能力的有限性，也将导致在立法过程中被遗漏的利益、随着科技的发展而新出现的利益难以得到及时的保护，从而减杀甚至灭杀社会所需要的知识产品创造和市场化的激励。由此说来，将所有利益关系的处理都委任给立法机关的民主决定并不是十分妥当的。日本著名知识产权法专家田村善之先生认为，对于那些在政策形成过程中容易被遗漏的利益，考虑立法机关和司法机关的优劣，交由司法机关通过个案加以及时解决，以实现普遍规则下的个别公正是最适合的。^④这种观点对于随着科技的发展而新出现的利益关系的解决同样是适用的。

二是过分忽视司法过程的能动性和创造性，将法官变成了输出判决的机器。如上所述，知识产品巨大的开放性和复杂的技术性，决定了知识产权立法本身带有很强的技术性和不确定性，因而法官在适用知识产权法处理有关案件的时候，不得不发挥自身的能动性和创造性。知识产权法定主义严格禁止法官行使自由裁量权，将法官变成机械地适用法律的机器，不但在实践中行不通，而且非常不利

① 朱理，参见前引第2页注②，第142-143页。

② 朱理，参见前引第2页注②，第143页。

③ 参见前引第4页注①，第41-42页。

④ 参见前引第4页注①，第42页。

于推动知识产权立法本身的进步。

三是导致以下三种利益难以受到现有知识产权法的保护。第一种是难以被类型化的知识产权包容的利益(比如没有独创性的数据库),第二种是民主立法过程中被有意或者无意疏漏的利益(比如社会公众的利益),第三种是随着科技、经济的发展而新出现的利益(比如域名)。就上述三种利益涉及的产品而言,由于社会存在需要,又是相关利益主体花费劳动和投资生产或者创造出来的,因而有必要通过一定的途径保持其供应的适当的激励。在域名、数据库等已经形成了巨大的商业价值的情况下,如果市场本身难以发挥足够激励作用而需要权威介入,①作为权威的立法已经将其疏漏,作为权威的司法再不管不顾的话,域名的设计者和经营者、数据库的制作者投资的激励必将受到减杀甚至灭失,最终结果是导致这些信息产品供应严重不足,反过来又危害公众的利益。由此可见,在知识产权法定主义所追求的普遍正义下,通过司法自由裁量权在个案中实现个别正义仍然具有必要性。

从侵权构成的角度看,知识产权法定主义的上述缺陷实质上是在严格坚持侵权构成的限定性。所谓侵权构成的限定性,是指明确限定受侵权法保护范围的侵权构成,亦称为限定性原则下的侵权构成。②侵权构成的限定性,亦可称为侵权构成的封闭性。从立法条文看,此种侵权构成以德国民法典为代表。德国民法典第823条规定:“(1)故意或有过失地不法侵害他人的生命、身体、健康、自由、所有权或其他权利的人,负有向该他人赔偿因此而发生的损害的义务。(2)违反以保护他人为目的的法律的人,负有同样的义务。”第826条进一步规定:“以违反善良风俗的方式,故意地加害于他人的人,负有向该他人赔偿损害的义务。”③虽然德国民法典构建了侵权构成的严密逻辑体系,属于真正的侵权行为法,反映了同时代在侵权法领域立法技术的成熟,为自由竞争资本主义设计了最为理想的侵权法,④但由于德国侵权法体系是概念法学的杰作,是乐观的理性主义的产物,它构建的是一个逻辑自足的体系,期望用法条明确规范所有应该被认定为构成侵权的情况,从而严格划分了立法权与司法权的界限,完全排斥法官

① 前引第4页注②,第38-42页。田村善之教授认为,在市场本身具有创新诱因的情况下,立法、行政、司法等权威机构没有必要介入。只有在市场完全失去了创新诱因或者创新诱因不足的情况下,立法、行政、司法等权威机构才有介入的必要。

② 参见姜战军:《侵权构成的非限定性与限定性及其价值》,载《法学研究》2006年第5期,第34-35页。

③ 《德国民法典》,陈卫佐译注,北京:法律出版社2006年第2版。

④ 参见前引第5页注②,第36-37页。

在具体个案中基于公平正义等因素的考量行使自由裁量权，法官成为输出判决的机器。这种侵权构成的逻辑自足性导致的法律体系的封闭性以及司法自由裁量权的排斥，最终导致的结果是无法适应社会生活发展的需要。^①

二、知识产权法定主义缺陷的克服：坚持侵权构成的非限定性

如上所述，为了克服知识产权法定主义的缺陷，虽可走立法途径，但因民主决策过程中利益反映的不均衡和立法成本、立法者理性认识能力以及立法成本等因素的限制，立法途径并不是最理想的选择。要想真正克服知识产权法定主义的上述缺陷，必须抛弃德国民法典所严格坚守的限定性侵权构成，而走非限定性侵权构成的道路。

所谓非限定性侵权构成，是指不限制侵权法保护利益范围的侵权构成。^②这种侵权构成亦可称为侵权构成的开放性。根据姜战军博士的研究，非限定性的侵权构成起源于近代的法国民法典。法国民法典第1382条规定：“任何行为使他人受损害时，因自己的过失而致行为发生之人对该他人负赔偿的责任。”^③可见，法国民法典第1382条在侵权构成上，关注的只是行为人主观上是否有过错、客观上是否造成了损害、过错与损害之间是否存在因果关系，而并不限制受侵权法保护的利益范围。法国民法典规定的非限定性侵权构成的特点在于，侵权构成具有开放性特征，法官对于某种行为是否构成侵权具有广泛的自由裁量权，因而能够很好地适应社会的发展，对于随着社会的发展而新出现的财产利益和人格利益都能够提供适当的保护。^④

进入20世纪后，由于乐观的理性主义的失败、实证主义哲学的发展与社会法学思潮的兴起，以及损害救济理念的发展与民法理论对人的假设的变化，^⑤德国民法典的限定性侵权构成遭受了挫折，侵权构成又回归到了非限定性的轨道上。^⑥但姜战军博士认为，这种回归绝对不是法国民法典非限定性侵权构成的简单回归，而是一种引入了“一般注意义务”即在保护绝对权利之外扩张了法定义务、为法定

① 参见前引第5页注②，第36-37页。

② 前引第5页注②，第30页。

③ 《拿破仑法典》，李浩培、吴传颐、孙鸣岗译，北京：商务印书馆1997年版。

④ 前引第5页注②，第32-33页。

⑤ 前引第5页注②，第38-39页。

⑥ 突出表现在荷兰1992年民法典对于侵权构成的有关规定上。其第6:162条I规定：“一个人对他人实施可归责于他的侵权行为，必须对该行为给他人造成的后果予以赔偿。”第6:162条II规定：“除非有理由证明其为正当的。否则下列行为被认定为侵权：侵犯权利，或者以作为或者不作为方式违反法定义务，或者违反关于适当社会生活的不成文规则。”

义务设定弹性范围以实现侵权构成的非限定性的否定之否定的超越。^①由于一般注意义务的引入,现代侵权法在保护的利益范围方面,具有更大的开放性。

可见,非限定性的侵权构成虽承认立法者理性认识能力的作用和法律体系的相对稳定性,但也看到了立法者理性认识能力的不足和法律体系过分稳定所导致的僵化和封闭危险性以及难以及时适应社会发展的诟病,因而承认司法活动过程的能动性和创造性,承认通过个案实现民主立法程序下普遍正义难以包容的个别正义的重要性,从而比较合理地克服限定性侵权构成的缺陷。

按照非限定性的侵权构成,即使没有被知识产权制定法明文类型化为“绝对权利”的利益,或者无法被现有知识产权制定法规定的“绝对权利”所涵盖的那些利益,或者随科技的发展新出现而立法来不及类型化的利益,比如域名、没有独创性的数据库、列车时刻表、电视节目预告时间表、税务表格汇编等,法官都可以在个案中行使自由裁量权,从而为其提供适当保护。

非限定性的侵权构成在知识产权领域中已经得到广泛应用。国内最具有代表性的案例是《广西广播电视报》诉《广西煤矿工人报》一案。^②该案的焦点问题有两个:一是《广西广播电视报》的电视节目预告时间表是否构成著作权法意义上的作品?二是如果《广西广播电视报》的电视节目预告时间表不构成著作权法意义上的作品,那么其对电视节目预告时间表是否应当享有一般利益?一审法院认为电视节目预告时间表不具备独创性,不构成著作权法意义上的作品,因而原告不享有著作权,被告的行为不构成著作权侵权行为,因而判决原告败诉。显然,一审法院坚持的是严格的知识产权法定主义原则和侵权构成的限定性原则。但二审法院认为,虽然电视节目预告时间表不具备独创性,不构成著作权法意义上的作品,《广西广播电视报》不享有著作权,但因《广西广播电视报》对其电视节目预告表的制作付出了劳动和投资,因此《广西广播电视报》对其电视节目预告时间表应当享有某种合法权益。二审法院最后根据《民法通则》的有关规定判决《广西广播电视报》胜诉。在该案中,二审法院并没有因为被告没有侵害原告被类型化为“绝对权利”的著作权就认为其行为不侵害原告的任何利益,而是行使了自由裁量权,将原告付出了劳动和投资而获得的产品——电视节目预告时间表解释为“绝对权利”之外应受法律保护的利益,明显坚持的是侵权构成的非限定性。

日本最有代表性的案例则是2005年由日本知识产权高等裁判所二审判决的“ラ

① 前引第5页注②,第40~41页。

② 该案案情是:被告没有经过原告的同意,复制原告的电视节目预告时间表出版发行。原告认为被告侵害了其著作权,因而诉至法院。详细案情以及相关评论可参见梁慧星:《电视节目预告表的法律保护和利益衡量》,载《法学研究》1995年第2期。

インピックス”一案。^①该案中的原告作成25个字以内的新闻标题在自己的网页上滚动式刊载，并以登载广告的方式赚取收入。被告没有经过原告的同意，抄袭、模仿原告的新闻标题，做成和原告酷似的新闻标题，刊载在自己的网页上，也以登载广告的方式赚取收入。原告起诉被告侵害著作权和构成日本民法典第709条的不法行为。东京地方裁判所否定了原告简短新闻标题的独创性，否定了原告对被告侵害著作权的指控，并进一步否定了原告对被告不法行为的指控。理由是，既然原告的新闻标题在作为特别法的著作权法上没有受保护的利益，在作为一般法的民法上当然也就没有受保护的利益。日本知识产权高等裁判所则认为，原告25个字以内的新闻标题虽然没有独创性，但是原告花费了巨大劳力、付出了相当多的费用，经过了选材、写作、编辑等一系列的活动才制作完成，被告没有经过原告的同意直接复制、模仿原告新闻标题的行为，侵害了原告应受法律保护的利益，因而判决被告的行为构成了不法行为，被告应当赔偿原告的经济损失。

可以说，在知识产权领域中坚持侵权构成的非限定性已经成为国内外知识产权司法实践中的一个普遍现象。

三、侵权构成的非限定性在知识产权领域中应用的两个关键问题

如上所述，坚持侵权构成的非限定性，将使侵权法保护的利益范围通过法官的自由裁量权而得到大范围拓宽。此种做法的好处在于，可以克服民主立法过程中出现的利益保护不均衡、节省立法成本、较好地适应社会生活的变化、发挥司法的能动性。但是，盲目地、不加任何限制地坚持侵权构成的非限定性，则有可能无限扩大法律保护的利益范围，并且极大膨胀司法自由裁量权，从而使侵权构成非限定性试图实现的个别正义价值化为泡影，并导致新的更大的不公正。为此，在知识产权领域中应用非限定性的侵权构成时，必须解决以下两个关键问题。

一是受法律保护的利益范围问题。在类型化的法定权利之外，究竟哪些利益应当由法官行使自由裁量权，使之受到法律的适当保护？换句话说，法官究竟应当根据什么标准来判断在个案中是否存在应当受法律保护的利益？这个问题解决起来并非易事。

按照姜战军博士的见解，受侵权法保护的利益范围可以通过引入“一般注意义务”进行限定。所谓“一般注意义务”，是指“不确定的、作为社会善良公民对他人人身和财产的注意义务”，也就是荷兰民法典所表述的“其他社会一般规则认为应当尊重的义务”，其实质是“基于一般社会道德、给予适当关心他人的道德观念之下应有的对他人人身财产安全注意的义务，体现的是人与人之间适当

① 参见日本 H17. 10. 6 知财高裁平成 17（ネ）10049 著作权民事诉讼案件。

关怀的新理念。”^①由于这种极为抽象的、不确定的道德义务的法定化,在侵权法规定的具体法定义务无法提供救济时,则可由法官行使自由裁量权,通过适用该义务使受害者获得适当救济。

这种抽象的、一般的注意义务的引入虽然使没有被类型化为权利的利益的利益通过法官自由裁量权受到了最严密的保护,却好像一张黑色的巨网笼罩在了每个人的头上,使人们的行动自由面临巨大的危险,^②并且赋予法官几乎是不受任何限制的自由裁量权,其可取性是值得怀疑的。为了在不同的自由之间取得适度的平衡,下面主要结合日本的司法实践,探讨受法律保护的法定权利以外的利益究竟应当具备什么要件,为我国的司法实践提供相应的借鉴。

日本民法典自制定后的很长一段时间里,曾严格坚持侵权构成的限定性,直到2005年才将关于侵权行为一般条款的第709条由原来的“因为故意或者过失侵害他人权利的人,对于因此所发生的损害负赔偿责任”修改为“因为故意或者过失侵害他人权利或者受法律保护的利益的人,对于因此所发生的损害负赔偿责任”,即开始坚持侵权构成的非限定性。虽然如此,在2005年之前,日本的裁判所就已经认识到了日本民法典第709条原来严格坚持的限定性侵权构成无法保护法定权利之外的利益的缺陷,并因此而通过行使自由裁量权为法定权利之外的某些受侵害的利益提供适当救济。^③具有划时代意义的案例就是1925年由大审院

① 前引第5页注②,第41页。

② 比如在德国曾发生这样一个案例:大约在晚上10点,原告在回家的路上,因地面积雪结成的冰块而在被告的地产上摔倒,在这块地产上,被告经营着一家迪厅。根据当地的规定,晚上10点时,被告就已经没有义务再清除路面的积雪和结冰了。二审法院驳回了原告损害赔偿的诉讼请求。理由是,面对原告,被告一般的交往完全义务并未加重,因为原告并没有造访迪厅的意愿。但德国联邦最高普通法院否定了二审法院的判决意见。理由是,虽然被告没有造访迪厅的意愿,但从被告的商业利益出发,被告就应该把行人当作潜在的顾客,因而在原告踏上经营场所前的人行道上时,就应该将他纳入增加了的交往完全义务的保护范围之内,而不是在他做出决定确实要进入经营场所时,才应该对他予以保护。德国联邦最高普通法院还采用了另外一个观点说明判决的理由:按照一般的交往中的观点,行人常常存在下列合理的信赖期待,即对公众开放的消费场所的经营者或者业主面对自己的顾客会履行特别的义务。正是这种信赖期待的结果,使许多行人在冬天决定走在这些消费场所前面的人行道上,因为他们希望这里会更加安全。参见[德]马克西米利安·福克斯:《侵权行为法》,齐晓琨译,北京:法律出版社2006年版,第106-108页。

③ 反映日本民法典曾严格坚持限定性侵权构成的典型案例是由日本大审院1914年7月4日判决的“桃中轩云右卫门事件”。在该案件中,被告没有经过原告的同意将原告灌制的当时日本著名的浪曲师桃中轩云右卫门的浪曲唱片(蜡盘)复制并进行销售,原告以被告侵害著作权为由提起了侵权行为之诉。大审院认为,构成著作物的旋律应当定型化,使作曲者可以随时反复进行利用,即兴创作的浪曲没有固定的旋律,因此不属于著作权法所保护的著作物,原告没有著作权,因此被告复制出售原告的唱片并不构成对原告“权利”的侵害。在该案件中,虽然大审院也认为被告的行为“违反正义的性质是不言而喻的”,但同时认为,由于原告不享有“权利”,因此即使被告的行为属于违反正义的行为,也不构成侵权行为。参见[日]大判大正3.7.4刑录20辑,第1360页。

判决所谓的“大学汤事件”。^①

在该案件中，原告用950日元从被告那里购买了“大学汤”这一老字号，并以月租160日元的租金租借了该建筑经营浴室业，6年之后原被告合意解除了租赁合同。合同解除后，被告未给原告任何补偿，就以月租380日元的租金将该建筑物租赁给了作为共同被告的第三人，第三人仍然使用“大学汤”这一名称经营浴室业。为此，原告以侵权行为为由提起了损害赔偿诉讼。大阪控诉审法院按照过去的判例，以“老字号”不是“权利”为由判决被告的行为不构成侵权行为。但日本大审院撤销了大阪控诉审判判决，做出了老字号可以成为买卖、赠与以及进行其他交易的对象，被告以法规违反的行为妨碍该出售，因而侵害原告具有因为该出售而应当获得的利益、被告行为构成侵权行为的判决。理由是日本大审院认为，日本民法典第709条规定的侵权行为损害之责具有广泛的意义，侵权行为侵害的对象不但可以是所有权、地上权、债权、无体财产权、名誉权等所谓的一个个具体的权利，而且可以是没有被视为权利但亦应给予法律上保护的一种利益，即一种法律观念上认为对其所受侵害有必要依据侵权行为法的规定给予救济的利益。权利由于其用法的不同，不应当只有一种意义，其具体含义应当根据各法律规定的宗旨进行理解。日本大审院最后总结认为，以民法典第709条存在“他人的权利”这样的字眼就认为侵权行为的对象为各种具体的权利而忘记了参照我们的法律观念从大局上加以考查、作茧自缚地限制对侵权行为受害的救济是极不适当的。

虽然日本大审院通过判决将权利之外的利益扩大解释为日本民法典第709条的保护对象，但对于究竟如何判断应当受法律保护的利益，即哪些利益应当受法律保护，日本裁判所之间并没有形成一致的意见。在名古屋高等裁判所2001年3月8日二审判决的“ギャロップレーサー”一案中，裁判所认为原告优胜赛马的名称虽然与人格利益无关，但具有顾客吸引力，原告应当享有“向公众传播的权利（publicity）”，因而判决被告利用原告优胜赛马名称制作游戏软件并加以销售的行为构成侵权行为。^②但是，在东京高等裁判所2002年9月12日判决的案情完全相同的“グービースタリオン”一案中，裁判所却认为原告的请求缺乏实体法上的明确依据，因而判决驳回了原告的诉讼请求。^③

2004年，一个名为“ギャロップレーサー”的相同性质的案件摆在了日本

① 参见〔日〕大判大正14.11.28民集第4卷第670页。

② 参见〔日〕名古屋高判平成13.3.8判タ1071号294页。

③ 参见〔日〕东京高判平成14.9.12判时1809号第140页。