

THE JAPANESE TORTS LAW



日本侵权行为法

顾祝轩 丁相顺 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

日本侵权行为法

[日] 田山辉明 著

顾祝轩 丁相顺 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

北京市版权局著作权合同登记号 图字:01-2010-6658

图书在版编目(CIP)数据

日本侵权行为法/(日)田山辉明著;顾祝轩,丁相顺译. —北京:北京大学出版社,2011.6

ISBN 978-7-301-18856-9

I. ①日… II. ①田… ②顾… ③丁… III. ①侵权行为-民法-研究-日本 IV. ①D931.33

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第079041号

本书简体中文版由日本成文堂授权在中国大陆出版发行

书 名: 日本侵权行为法

著作责任者:〔日〕田山辉明 著

顾祝轩 丁相顺 译

责任编辑:陆建华 孟 瑶

装帧设计:沈仙卫

标准书号:ISBN 978-7-301-18856-9/D·2847

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路205号 100871

网 址:<http://www.yandayuanzhao.com>

电子邮箱:law@pup.pku.edu.cn

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印刷者:三河市富华印装厂

经 销 者:新华书店

965毫米×1300毫米 16开本 15.75印张 232千字

2011年6月第1版 2011年6月第1次印刷

定 价:32.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

序 言

在《中华人民共和国侵权责任法》获得通过,进入实施阶段之际,我很高兴看到日本著名民法学家田山辉明教授的《日本侵权行为法》教科书在中国出版。

《日本民法典》颁布至今历经百年有余,虽然侵权行为法的条文在整个债权编所占比例不大,但自法典实施以来,形成了丰富的判例及学说,它们对日本侵权行为法发挥了重要的补充作用。因此,要想了解日本侵权行为法,除了掌握民法及相关民事特别法的条文之外,还必须知晓侵权行为法领域中的重要判例及学说。田山辉明教授的《日本侵权行为法》正是抓住了这一关键点,在民法条文注释的基础上,通过对判例、学说两种素材的分析,使读者对日本侵权行为法学百年发展轨迹有了一个清晰的了解。

这是一本有学术分量的侵权行为法教科书。在我看来,其特色主要体现在以下几个方面:

第一,充分结合判例阐述日本侵权行为法的基础理论。基于丰富的判例资料,通过细致的整理与归纳,梳理了百余年来日本侵权行为判例法的发展过程,并对各个领域中的重要判例实施了类型化。书中所列举的大量判例涉及侵权行为法的各个重要领域,内容丰富,有较强的可读性。

第二,对日本侵权行为法领域中的诸多学说进行了全面整理。民法学说是针对民法的条文(规范)或某一具体法律问题而展开的民法学上的解释理论。一百多年以来,日本民法学研究已经形成了丰厚的理论积淀。本书不仅分析了日本侵权行为法领域具有支配地位的通说,还介绍了大量有学术影响力的少数说,使读者能够全方位地了解日本侵权行为法学的概貌。

第三,对判例和学说的关系进行了互动考察。本书并没有将学说

与判例分割开来进行考察,而是紧密结合二者,并重点通过民法学说对判例有何影响,判例如何回应民法学说这两个层面展开分析。本书研究方法新颖,具有较高的学术参照性。在我国,长期以来存在着学说与司法实践相互脱离的现象,如何解决这一问题,书中田山教授在这方面所作的有益尝试,对我们有一定的借鉴意义。

我本人与田山教授早已相识并成为友人。他是日本民法学界享有盛名的学者之一。其研究领域宽阔,在民法理论、土地法制、成年人监护法、德国法等方面都多有建树,是一位优秀的全能型学者。同时,田山教授也是一位热衷中日友好事业的学者,曾多次来中国参加学术交流活动并为中国的侵权责任法立法建言献策。几年前,田山教授的《物权法》被翻译成中文并由法律出版社公开发行,该书得到了我国法学界人士的普遍好评。回顾我国改革开放以来法学发展的三十年历史,研究和借鉴外国法是十分必要的。我相信田山教授的这本教科书对我国民法学界进一步研究日本侵权行为法具有较高的学术参考价值,对于促进我国《侵权责任法》的实施具有重要的启发作用。

是为序。

中国人民大学副校长
中国民法学会会长 王利明
2011 年春

中文版序言

《日本侵权行为法》中文版被正式出版,作为著者,我深感高兴和荣幸。顾祝轩先生(上海交通大学)和丁相顺先生(中国人民大学)为翻译本书付出了辛勤的劳动。两位都曾留学日本早稻田大学,取得了法学博士学位,均为刚刚崭露头角且前途无量的法律学者。外文翻译必须建立在理解基础上,并且为照顾读者的阅读需要,在文字表述上须作反复推敲,称得上是一项十分艰辛的工作。在此谨向两位博士表示衷心的感谢。同时,在出版学术书籍较为困难的情况下,向承接本书出版的北京大学出版社表示谢意。

日本侵权行为法虽然存在着众多有待解决的问题,却属于民法典中条文相对较少的一个领域。正因为如此,学说与判例发挥了较大作用。从此种意义上说,如果仅仅阅读民法条文,将无法掌握日本侵权行为法的整个轮廓。类似本书这样适量的教科书,在掌握问题的大致轮廓的基础上,再根据需要对一些研究性的理论书籍进行探讨,我认为这样做比较妥当。本书原本面向日本的大学法学院学生而写,如果能够作为中国的法律工作者以及法学院学生进入正式研究前的入门书,著者将会感到无与伦比的快乐。

如果有疑问的话,可以通过顾祝轩先生转寄过来,我会在可能的范围内,给予答复。

田山辉明
2010 年春

目 录

第一章 侵权行为的基础理论	(1)
第一节 侵权行为的意义——法构造	(1)
第二节 过失责任原则	(5)
第三节 权利侵害论	(8)
第四节 侵权行为责任与契约责任	(11)
第五节 侵权行为责任与保险制度	(16)
第一章参考文献	(19)
第二章 侵权行为的一般成立要件	(22)
概说	(22)
第一节 行为与责任能力	(23)
第二节 行为与损害发生	(31)
第三节 故意与过失	(35)
第四节 侵害行为的违法性	(55)
第五节 行为与损害之间的因果关系	(75)
第二章参考文献	(87)
第三章 侵权行为的法律效力	(91)
概说	(91)
第一节 金钱赔偿的原则和方法	(91)
第二节 损害赔偿的范围与金额	(108)
第三节 损害赔偿请求权的性质	(118)
第四节 非金钱性救济方法	(123)
第三章参考文献	(134)
第四章 特殊侵权行为	(139)
概说	(139)

2 日本侵权行为法

第一节	无责任能力人的监护人的责任	(139)
第二节	雇佣人的责任	(143)
第三节	承揽关系中定作人的责任	(155)
第四节	共同侵权行为人的责任	(157)
第五节	个人遭受侵害与企业损害	(182)
第六节	地上工作物的设置、管理瑕疵产生的责任	(184)
第七节	动物占有人的责任	(189)
第八节	特别法上的侵权行为责任	(191)
第一项	失火责任	(191)
第二项	由机动车引发的人身损害赔偿責任	(196)
第三项	产品责任	(196)
第四项	其他依特别法之无过失责任	(204)
第四章	参考文献	(204)
事项索引		(209)
判例索引		(225)
译后记		(237)

第一章 侵权行为的基础理论

第一节 侵权行为的意义——法构造

一、概说

1. 社会生活与侵权行为

人们无法离开社会生活而独自生存,必须以各种方式与他人保持联系,而此种联系又往往以契约或合意作为媒介。在契约法讲义中已有所阐述,无正当理由违约者,对方当事人可以请求损害赔偿。虽然契约法规定了关于当事人之间损害赔偿请求权的法律规范,但既可能存在因过错毁坏与自己无契约关系的他人之物的情形,也可能存在因自身疏忽引发交通事故致使他人遭受伤害的情形。在以上场合,负有责任的当事人自然必须向受害人赔偿损失。然而,当交通事故发生时,既有可能无法判定究竟哪一方为受害人,也有可能出现双方当事人均应承担一定的责任的情形。与此同时,在实际发生的损害中,应当赔偿的对象范围也并不一定明确。当在无契约关系的市民之间发生损害时,依据何种构成要件方可承认损害赔偿之请求,侵权行为法对此作出了相应规定(重点参照本章第四节内容)。^①

2. 侵权行为法的复杂性

(1) 社会的复杂性及其在理论上的反映

现代日本社会处在资本主义的高度发展阶段,伴随而来的是社会

^① 侵权行为责任与债务不履行责任的竞合。有时在契约当事人之间,因违约以外的原因发生损害时,除了可能成立债务不履行外,还产生侵权行为责任。此处的“原因”,作为事实也可以构成债务不履行。因此,当出现交易上的侵权行为时,常常会产生同时满足侵权行为构成要件与债务不履行构成要件的情形。

结构的日趋复杂化。因此,在各种场合发生的侵权行为也变得更为复杂。面对这种变化,无论在理论层面上还是在制度层面上,侵权行为法研究都获得了迅速发展。尤其是理论研究取得了惊人的进展,涌现了众多不同学说,呈现出“百家争鸣”的状态。关于这一点,围绕过失理论与共同侵权的基础理论之争尤其明显。这的确是一种可喜现象。但在另一方面,对于那些即将开始学习侵权行为法的人而言,却并非是件好事。对基础理论的扎实理解变得愈来愈重要。本书之所以特意依照正统的体系进行叙述,正是出于以上的考虑。

(2) 事实上的侵权行为与交易上的侵权行为

《民法》第709条^①是关于侵权行为的一般规定,该条款并没有将诸如交通事故之类的事实上的侵权行为,同在交易过程中给对方当事人带来损害的交易上的侵权行为作出区别。围绕该条款规定,不仅在请求损害赔偿时^②,而且针对《民法》第715条^③实施解释时^④,均会出现新的争议(后述第78页、第144页)。

二、近代社会的发展与侵权行为责任

进入近代社会,市民作为社会的构成单位,在市民社会和生产经营活动中被普遍承认具有独立的地位;另一方面,所有的活动均应在市民自主责任原则下展开。“市民”,具体而言,包括资本家、劳动者和消费者。因此,无论是从事生产经营活动的资本家,还是劳动者抑或消费者,其行为活动的自由均获得保障,即只要自身没有过失,原则上不承担民事损害赔偿责任(过失责任原则)。过失责任原则不仅适用于自然人,也适用于法人。在资本主义的鼎盛期,过失责任原则对股

① 日本《民法》第709条(因侵权行为的损害赔偿):因故意或过失侵害他人权利或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。本书译者在注解中引用的日本《民法》条文的中文翻译,依据渠涛编译:《最新日本民法》,法律出版社2006年版。在此,谨向渠涛教授表示谢意。——译者注

② 关于损害范围,如果类推适用《民法》第416条,将会出现就特别情况的预见可能性问题。

③ 日本《民法》第715条(使用人等的责任):(1)为某事业使用他人的人,对于被使用人在其事业的执行中对第三人造成的损害,负赔偿责任。但使用人对于被用人的选任及其事业执行的监督已尽到相当注意,或者即便尽到相当注意,损害仍不免要发生时,不在此限。(2)、(3)略。——译者注

④ 例如,关于“执行职务行为时”的外形标准说等。

份公司的发展功不可没。^①

三、同刑事责任及行政责任的比较

近代资本主义社会属于商品交换高度发达的社会,因此,市民的生活关系在本质上受商品等价交换方式的影响。此种商品交换方式不仅适用于市民间的商品交换,而且适用于整个生活关系领域。

市民 A 以契约为媒介给市民 B 造成损害时,在 A 具有故意或过失的前提下,A 必须向 B 赔偿损失(依据《民法》第 415 条承担债务不履行责任)。A 由于疏忽毁坏了 B 的所有物,即使双方不存在作为媒介的契约关系,在 A 具有故意或过失的条件下,也必须向 B 赔偿损失(依据《民法》第 709 条承担侵权行为责任)。

以上两种情形,也可称之为民事责任,但在民事责任与刑事责任进行比较时,往往单指侵权行为责任。民事责任是指加害人填补受害人损失(恢复原状或金钱填补),谋求双方当事人之间的公平,追究加害人对受害人承担个人责任的一项制度。与此相对,刑事责任是一种通过惩罚加害人从而追究其社会责任的制度。^②

从产生侵权行为的事实来看,除了民事和刑事责任之外,还有行政责任。在发生交通事故时,除了损害赔偿或过失伤害罪等责任外,停止、取消驾驶执照等行政处罚即属于行政责任。

四、侵权行为与制裁功能

民事责任与刑事责任的分化,带来了二者在功能上的差异。前者以填补损害为中心,后者主要承担制裁功能。这样的角色分担,可依

① 企业经营活动与侵权行为。企业的经营活动自由,并不能成为侵害其他市民权利或利益的理由。作为国家政策,政府在一定领域内对企业实施孵化和保护,面对那些由企业的经营活动所带来的损害结果,法律上的救济往往不够充分。这象征性地体现在当时全国各地发生的矿物中毒案件中。“大阪碱案件”作为民事损害赔偿案件是考虑此类问题的绝好素材(参照本章第二节内容)。另可参照“大阪碱案件”。大审院大正 5 年(1916 年)12 月 22 日判决,载《大审院民事判例录》第 22 辑,第 2474 页。

② 损害的发生与责任。在民事责任中,受害人一方若不发生损害,将不构成侵权行为责任。而在刑事责任中,由于未遂也成为处罚的对象,此时,即使受害人一方不发生实际损害,也将被追究责任。此种差异源自两种制度在立法旨趣上的不同。

据以下的理由作出说明:① 两种责任的制裁性之强弱由加害人一方的事由决定。损害赔偿原本以填补受害人一方的损失为目的,如果强调制裁性的话,必须承认超过受害人损失的赔偿(尤其是巨额的抚慰金)。② 围绕以替代责任为前提的损害赔偿义务(《民法》第715条等),仅仅由行为人本人来负担抚慰金,这在理论上虽然正确,但却未必妥当。③ 如果针对债务不履行也能够承认抚慰金制度的话,强调制裁性是不适当的(一般而言,债务不履行的违法性较弱)。④ 在法人侵权行为责任的场合,对于应如何理解制裁的意义,会产生争议。⑤ 很难做到将加害人的过失与制裁的金额相对应。①

五、侵权行为责任法构造类型——与立法原则的不同

如果从比较法视角考察侵权行为责任法构造,存在以下两种不同的立法类型:一是针对个别的侵权行为(殴打、欺诈、不法侵占、妨害生活等),规定各自的构成要件和效果,这些规范的集合最终形成侵权行为法(个别构成要件原则);二是针对侵权行为的要件与效果,规定一般法律规范(一般构成要件原则)。日本《民法》第709条属于后一种类型。②

在个别构成要件原则下,只要不符合个别的构成要件,就不承担侵权行为责任。这有助于法律的稳定性。然而,针对社会生活中出现的新变化,该立法原则存在不能充分应对的缺陷。在一般构成要件原则下,为了限定侵权行为的成立范围,在立法和解释上有必要设定适当的标准。尤其是围绕一般构成要件条文规定的解释,有必要进行分类考察。

① 加藤一郎编:《注释民法(19)》[注釈民法(19)],有斐阁1965年版,第4页;植林弘:《抚慰金算定论》(慰藉料算定論),有斐阁1962年版,第131页以下。

② 侵权行为的成立要件与侵害权利。如果严格解释《民法》第709条中规定的“权利”一词,那些未获得作为“某某权”的市民权,依据“侵害权利”为由,将不会受到法律的保护。其结果,很难说《民法》第709条符合一般构成要件原则。但是,正如后文所述(第三节),在很早以前,“侵害权利”经由解释被违法性要件所取代。《民法》第709条于2004年被修改。

第二节 过失责任原则

一、历史意义

1. 责任基础

在现代法中,正因为加害人主观上存在伦理责难性(故意或过失),故必须承担损害赔偿 responsibility。当加害人具有主观故意时,理所当然要承担责任;哪怕是最小限度的过失,也须承担民事责任。从这个意义上讲,此种归责方式,一般称为过失责任原则。

在历史上,基于原因或结果给他人带来损害者须承担责任的观念,曾一度被采纳(原因原则或结果原则)。但是,随着经济领域中个人自由原则的逐步确立,为了真正保障个人的活动自由,对非基于自身故意或过失的行为,要求不必承担责任(过失责任原则)。在近代资本主义社会的确立期,为间接地或从某个侧面保障商品生产和流通过程中的自由竞争,“若无过失便无责任”原则发挥了非常重要的作用。^①

2. 过失责任原则

关于过失责任原则,具体地说,存在以下两个方面的优点:第一,每一位市民在社会活动时可以回避不可预测的赔偿责任。如果自身无过失,对于那些无法预测的损害,将不被追究损害赔偿 responsibility。从这个意义上讲,在自己的企业经营活动中,利益和损失变得可以计算。第二,如果不想遭遇他人损害赔偿请求的话,需要对自身的经营活动投入充分的注意力,从而不违反注意义务。从此种意义上讲,过失责任原则一般能起到唤起注意义务,发挥警示功能的作用。

二、无过失责任的意义与发展

1. 无过失责任的意义和基本思想

(1) 资本主义的发展和过失责任原则

随着近代资本主义的发展,法律必须提升过失责任原则的地位,

^① 对此,民法修正案理由书中有如下记载:“原因原则过度地妨害个人的活动,不适合现实社会生活,这一点在很多立法例中已被确认。”广中俊雄编著:《民法修正案(前三编)之理由书》(民法修正案〔前三编〕の理由书),第670页。

这一点已被各国的历史所证明。与此同时,也出现了过失责任原则无法完全救济损害(受害人)的情形。因为伴随科学进步及生产手段的提高,在每一个发展阶段都会产生人们无法预测的损害,或者有时虽然知道存在某种程度的危险,但仍然不可避免地要使用诸如生产设施、大型机械等。此外,由于科学的发展,机械原理及科学物质的机制等日趋复杂化、尖端化,对加害人过失的举证在大多数场合变得十分困难。

(2) 作为修正原则的无过失责任原则

如此一来,当不存在传统意义上的过失,或者即使存在过失但举证十分困难时,如果仍然希望对加害人课以损害赔偿责任,《民法》及其特别法必须对此规定例外情形。在这种例外情形下,不问加害人是否存在过失,仍要求其承担损害赔偿(无过失责任)。在日本,最早承认无过失责任的特别法是昭和14年(1939年)制定的旧《矿业法》,该法基本上被现行《矿业法》所承继(第109条)。依据现行《矿业法》第109条的规定,为了开采矿物而挖掘土地,排放坑水或污水,堆积废石或矿渣以及排放来自矿区的废烟,给他人带来损害的,由损害发生时的矿业权人承担赔偿责任;损害发生时矿业权已消灭的,由消灭时的矿业权人承担赔偿责任。

围绕无过失责任的理论依据,存在以下几种学说观点。

① 原因责任说

原因责任说认为,损害应由造成损害的人承担责任。对此,有学说质疑,为什么在无归责事由的情形下仍须对损害原因承担责任呢?此外,对于什么是原因,原因责任说并没有给出充分说明。例如,无论是关于地面工作物责任(《民法》第717条),还是在《原子能损害赔偿法》中,原因人一概被认定须承担无过失责任;但是,如果要探讨归责理由的话,二者皆可归结为危险(后述③)。

② 公平说

公平说认为,应以公平标准决定当事人的损害负担。对此,有学说批评认为,确实存在让无归责事由的人承担损害赔偿符合公平原则的情形,但事实上,当追问衡量公平与否的尺度时,公平说只不过是借用了“公平”这一判断标准而已。因此,即使站在公平说的立场上,在解决实际问题时,仍然必须明确公平的具体内容。

不过,批评说针对的是适用无过失责任原则的一般侵权行为,而

对特殊侵权行为的无过失责任,通过揭示具体标准,可以明确公平的内容。例如,依据《禁止垄断法》的规定,“私自垄断或不正当地限制交易,或者利用不正当的交易方式的经营者”,必须对受害人赔偿损害(该法第25条第1款)。^① 此处,即使证明不存在故意或过失,也不会被免责(第25条第2款),故属于一种无过失责任。此处的无过失责任不应以危险作为归责理由来说明,较之于报偿责任说,依据公平说的理论分析显得更为自然。

③ 危险责任说

危险责任说认为,管理危险设施及物品者,对因该危险物而产生的损害应当承担责任。设置和管理危险物的人,就该物品所产生的危险,即使不存在归责事由,也应承担损害赔偿责任,这是一种对社会的责任。地面工作物责任(《民法》第717条)便是此种理念的体现。但是,这一原理还不足以解释与危险毫无关系的《禁止垄断法》中所规定的责任(前文所述)。

④ 报偿责任或利益责任说

该说认为,利益获得者亦应承担危险。换言之,在产生利益的经济活动中给他人带来损害的,应从利益中支付赔偿。如果此种观点在结论上符合公平原则,则可以与公平说发生联系;如果在取得利益的过程中伴随着危险,则此种观点便与危险责任说有了联系。雇佣人责任(《民法》第715条)便是此种理念的体现。

在工厂和经营场所,当伴随着生产经营活动而排出的某些有害物质侵害到人的生命或身体时,即便无过失也要承担责任。《大气污染防治法》、《水质污浊防止法》等均规定了相应的责任。在一般情形下,如果生产经营活动属于营利性质的,以上责任则被认为基于报偿责任原则。

⑤ 小结

由于公平原则是一项支配民法解释整体的原理,所以,无过失责任以公平原则作为前提,这也是顺理成章的。无过失责任的理论上的

^① 由于《禁止垄断法》第25条第1款从保护公共利益目的出发,将修正本法中规定的违法行为作为重点,所以因这些违法行为而遭受损害的受害人,只要该行为符合民法上侵权行为的成立要件,就可以基于本法的规定请求损害赔偿。最高裁判所平成元年(1989年)12月8日判决,载《最高裁判所民事判例集》第43卷第11号,第1259页。

依据,在以公平原则为重要前提的基础上,还应进一步列举出具体的理论根据。从此种意义上讲,包括举证责任倒置在内的具体的无过失责任(例如,雇佣人责任、地面工作物的占有者及所有者的责任等),应当分别探讨其理论依据(参照关于各种制度的说明)。

2. 过失责任与无过失责任在体系上的关联

承认无过失责任并不意味着有关过失责任的规范在实践中已无法发挥作用,加害人即使在无过失的情形下,仍须承担赔偿责任这一无过失责任原则正在越来越多的场合发挥作用。因此,可以理解为针对某一事实,两种规范同时在发挥作用。^①

第三节 权利侵害论

一、侵害权利的含义

1. 《民法》第 709 条的立法旨趣

《民法》第 709 条规定了侵权行为的一般原则,明确侵权行为成立要件除具备故意或过失(主观要件)外,还规定了侵害权利(客观要件)。《民法修正案说明书》就该条款的立法理由,作出了如下阐述^②:

关于侵权行为的条文规定,如果不是侵害了属于被保护的、已存在的他人权利,而是在与他人实施经营竞争的过程中使对方遭受损失,尚未构成侵害权利的,不产生赔偿责任。

从以上的立法旨趣来理解《民法》第 709 条,可以明确发现该条款从一个侧面支持了资本主义的自由竞争。同类物品在生产经营过程

^① 过失责任与无过失责任的竞合。与此相关联,学理上存在“请求权竞合”问题。关于这一点,理论上一般就“侵权行为与债务不履行”之关联作出阐述。关于过失责任规定与无过失责任规定在适用中的相互关联,在同时满足二者的构成要件时,为了举证上的便利,实际上,在绝大多数情况下适用后者的规定;当受害人欲证明加害人的过失责任时,适用过失责任规范应该也是有可能的。在此种意义上讲,侵权行为上的过失责任与无过失责任的竞合问题,包含着与一般请求权竞合不同的要素。

^② 广中俊雄编著:《民法修正案(前三编)之理由书》(民法修正案〔前三编〕の理由书),第 670 页。

中,应彼此保持自由竞争,即使在这一过程中使他人的努力归于泡影,也无须赔偿因此而产生的损害。正如前文所阐述的那样,这样的条文规定对资本主义的发展发挥重要的作用。但如果权利被限定为已经确立的“某某权”的话,就会过于限制侵权行为成立的范围。

2. 权利侵害论的发端

围绕这一论点,以2004年修改前的《民法》第709条的表述为前提,提出问题的契机是桃中轩云右卫门案件。^①在该案中,以下两个方面成为争论的焦点。

第一,是否承认浪曲师拥有著作权。依据该判决,成立著作权除了须“含有前人未开发的新旋律”外,还要求“涉及创意的新旋律形成一种定律”。判决认为,表演者在每一次表演浪曲^②时,为了引起客人的兴趣,在音阶曲符上或多或少会给出一些变化,常常以随机应变的方式进行即兴创作,其旋律也往往不固定,故浪曲不属于著作权保护的对象。据此,裁判所判决被告复制唱片的行为不构成与侵害著作权相关的侵权行为。

第二,如果不存在“某某权”的话,侵权行为就不成立吗?该判决认为,由于浪曲不属于著作权的保护对象,因此,虽然盗用他人录制浪曲的唱片进行复制、贩卖之行为属于不正当的行为,但并未构成侵权行为。鉴于该判决,作为侵权行为成立要件之一“侵害权利”的具体内容成为争论的焦点。

二、从侵害权利到违法性

针对以上判例就侵权行为成立要件中“侵害权利”作出的严格解释,有学说批评认为,如果对他人行使某项权利或实现某项权利,必须明确该权利的内容;但是在侵权行为的场合下,当遭受来自他人的不正当侵害时,由于只请求由此产生的损害赔偿,被侵害的客体不一定

^① 云右卫门案件。著名浪曲师云右卫门在叙述古人轶事的文字中配上具有创意的音阶和曲符,之后,A将其表演的浪曲录制成唱片(蜡盘)。由于B擅自复制该唱片并进行贩卖,A以侵害著作权为由请求损害赔偿(原告败诉)。大审院大正3年(1914年)7月4日判决,载《大审院刑事判决录》第20辑,第1360页。

^② 所谓“浪曲”,是指一种融说唱、口技等表演艺术为一体的日本民间艺术,表演者被称为“浪曲师”。——译者注