

知识产权法定主义的缺陷及其克服

——以侵权构成的限定性和非限定性为中心

李 扬

内容提要: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 and 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

李扬,华中科技大学法学院教授,法学博士、博士生导师。

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”。^{〔1〕}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。^{〔2〕}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

〔1〕 郑胜利:《论知识产权法定主义》,载《北大知识产权评论》第2卷,法律出版社2004年版,第57页。也可参见朱理博士的观点。参见李扬等《知识产权基础理论和前沿问题》(法律出版社2004年版)一书中朱理博士撰写的第6章《知识产权法定主义——一种新的认知模式》,第124页。

〔2〕 参见李扬等《知识产权基础理论和前沿问题》(法律出版社2004年版)一书中朱理博士撰写的第6章《知识产权法定主义——一种新的认知模式》,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。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》,《法学研究》2006年第2期,第3页。

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。^[3] 二是洛克财产权劳动理论^[4]不但存在划定知识产权边界的困难,^[5]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,^[6]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。^[7] 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。^[8]

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,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,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识产品创造者的利益,更应当充分考虑公众的利益。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。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。^[9]

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

[3] 详细论证请参见[英]Ronan Deazley, *On the Origin of the Right to Copy*, Part 7, Hart Publishing, 2004, pp. 195 - 224; [澳]Peter. Drahos: *A Philosophy of Intellectual Property*, Dartmouth Publishing Company, 1996, pp. 24 - 45。

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

[5] 为什么财产权劳动理论存在划定智慧财产边界的困难? 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》,《法学研究》2006年第2期,第5-8页。相关论述可参见 Robert Nozick: *Anarchy, State and Utopia*, Basic Books, Inc, Publishers, 1974, pp. 173 - 175; Hitinger, *Justifying Intellectual Property*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc (New York), 1997, pp. 17 - 27。

[6] 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》,《法学研究》2006年第2期,第8-10页。

[7] 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》,《法学研究》2006年第2期,第11页。

[8] 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》,《法学研究》2006年第2期,第11-14页;参见李扬:《重塑以民法为核心的整体性知识产权法》,《法商研究》2006年第6期,第19-20页。相关论述可参见[美]罗伯特·考特、托马斯·尤伦:《法和经济学》,上海三联书店1992年版,第146-147、185页;梅夏英:《财产权构造的基础分析》,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。

[9] 参见李扬等《知识产权基础理论和前沿问题》(法律出版社2004年版)一书中朱理博士撰写的第6章《知识产权法定主义——一种新的认知模式》,第141页。

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,正如上面所说的,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”,^[10]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。^[11]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映,由此所形成的民主决定非常容易产生利益保护的不均衡。不仅如此,立法所必须经历的繁杂程序导致的无效率、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。由此来说,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。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

[10] 参见李扬等《知识产权基础理论和前沿问题》(法律出版社2004年版)一书中朱理博士撰写的第6章《知识产权法定主义——一种新的认知模式》,第142-143页。

[11] 参见李扬等《知识产权基础理论和前沿问题》(法律出版社2004年版)一书中朱理博士撰写的第6章《知识产权法定主义——一种新的认知模式》,第143页。

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。一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),二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),三是随着科技、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,^[12]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。^[13]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。”^[14]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,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,使得法官成为了输出判决的机器。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。

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。这种侵权构成

[12] 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》,《法学研究》2006 年第 2 期,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。

[13] 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。

[14] 《德国民法典》,陈卫佐译注,法律出版社 2006 年版。

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。”^[15]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。

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,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。^[16]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。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,具有了更大的开放性。

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了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。^[17]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,《广西广播电视报》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

[15] 《拿破仑法典》,李浩培、吴传颐、孙鸣岗译,商务印书馆1997年版。

[16] 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。”

[17] 该案案情是:被告未经原告的同意,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》,《法学研究》1995年第2期。

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“ラインピックス”一案。^[18] 该案中的原告做成 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

[18] 参见日本 H17.10.6 知财高裁平成 17(ネ)10049 著作権民事訴訟案件。

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关怀的新理念”。^[19] 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，^[20] 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，以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。^[21] 具有划时代意义的案例就是1925年由大审院判决所谓的“大学汤事件”。^[22]

在该案中，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

[19] 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》，《法学研究》2006年第2期，第41页。

[20] 比如在德国曾发生过这样一个案例：大约在晚上10点钟，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点钟时，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，法律出版社2006年版，第106-108页。

[21] 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，被告未经原告的同意就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[日本]大判大正3.7.4刑录20辑，第1360页。

[22] 参见[日本]大判大正14.11.28民集第4卷第670页。

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决,做出了以下判决: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。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定,以《民法典》第 709 条所载“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”,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。^[23]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。^[24]

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最高裁判所面前。由于负责一审和二审的地方裁判所截然相反的态度,日本最高裁判所不得不就这个问题做出一个慎重的回答。2 月 13 日,日本最高裁判所做出的判决认为:

一审原告作为赛马的所有者,对各自的赛马拥有所有权,但这种所有权只限于对作为有体物的赛马拥有排他的支配权,而不及于对作为无体物的赛马的名称拥有直接的排他支配权。第三人尽管利用了具有顾客吸引力的作为无体物的赛马名称的经济价值,但并没有侵害所有者对作为有体物的赛马的排他支配权,因此,第三人的利用行为,并不侵害赛马的所有权。

赛马的名称虽然具有顾客吸引力,但对于作为无体物的赛马名称的使用,在缺少法律根据的情况下,承认赛马所有者拥有排他使用权是不恰当的。对于赛马名称的未经许可使用行为是否构成侵权行为,侵权行为的范围以及具体形式,在现在还缺少法律明文规定的情况下,还不能做出肯定判断。具体到本案当中,不能肯定一审被告的行为构成侵权行为,也不能肯定原告的停止侵害请求权。^[25]

在上述案件中,日本最高裁判所郑重其事地否定了有体物的所有者对作为无体物的有体物名称存在直接排他支配权,依旧沿袭了日本大审院在 1914 年 7 月 4 日判决的“桃中轩

[23] 参见[日]名古屋高判平成 13.3.8 判夕 1071 号 294 页。

[24] 参见[日]东京高判平成 14.9.12 判時 1809 号第 140 页。

[25] [日]最判平成 16.2.13 民集 58 卷 2 号第 311 页。

云右卫门事件”一案中的思路,即现有制定法没有明文规定,因而原告不得享有任何权益。^[26]虽然该案对日本地方裁判所处理类似案件产生了一定影响,但因其提供的理由依然没有说明在类型化的法定权利之外究竟哪些利益应当受到法律的保护,因此在日本并没有产生示范性的意义。^[27]

真正提供了一定启示意义并受到学者们广泛关注的案件是上文提到的2005年的“ラインピックス”案。日本知识产权高等裁判所二审认为,有价值的信息如果不付出劳力,在互联网上显然不会存在。互联网上之所以存在大量有价值的信息,正是因为有人收集、处理并在互联网上开示这些信息。以此为前提,日本知识产权高等裁判所进一步认为,有关新闻报道的消息,原告等报道机关付出了巨大的劳动和费用,进行了选材、写成初稿、编辑、做成标题等一系列活动,并最终使之变成互联网上有价值的、有偿交易对象的信息。被告没有经过原告的同意,以营利为目的,复制、模仿原告新闻标题,做成和原告新闻标题酷似的标题,并在自己的主页上显示,违法侵害了原告应受法律保护的利益,构成了不法行为,应当支付适当使用费以赔偿原告的损失。^[28]

从日本知识产权高等裁判所的上述判决可以看出,在知识产权领域中,在类型化的法定权利之外应当由法官行使自由裁量权加以保护的利益,至少应当具备以下两个要件:一是该利益涉及的知识产品为市场需要的产品,可以成为市场交易的对象。二是对于该利益涉及的知识产品,原告付出了劳动和投资。具备这两个要件的知识产品,被告如果没有经过原告同意,直接利用了原告的产品,则相当于节省了自己的劳动和投资,其行为构成侵权。

相比用抽象的、一般的注意义务来限定类型化的法定权利之外应当受法律保护的利益,日本知识产权高等裁判所从两个方面对利益进行限定的做法似乎更为可取。按照日本知识产权高等裁判所的限定,并不是法定权利之外的任何利益都能受到保护,该种利益产生和受保护的前提性要件是其涉及的产品为社会需要的产品,并且原告付出了劳动和投资。既然如此,就必须通过适当的方式保证该产品的适当供应,否则公众的利益就会受到损害。而要保持该产品的适当供应,就必须保证该产品提供者存在足够的激励,而不能允许任何人无限制地搭便车进行自由的、免费的使用,否则就不会有人愿意花费劳动和投资去生产这种产品。由此可见,日本知识产权高等裁判所对法定权利之外利益的限定基本上兼顾了个人利益和公众利益。通过抽象的、一般注意义务来限定法定权利之外应受保护的利益,则基本上只考虑了对受害者的救济,而没有考虑是否真正存在受害者,即所谓的受害者是否真正存在受保护的利益。这种做法对于知识的扩散和传播是没有益处的。

二是请求权的区别问题。对于类型化的法定权利的享有者和未类型化为权利的法定权利之外的利益的享有者,是否有必要赋予其不同的请求权?即对于法定权利的享有者既赋

[26] 相关信息请参见前注[21]。

[27] 其实,在2004年日本最高裁判所就“ラインピックス”一案做出判决之前,就有一些地方裁判所和一些学者试图从正面说明什么是日本《民法典》第709条所说的“应受法律保护的利益”。比如东京高等裁判所在1991年12月17日对“木目化妆纸”一案的二审判决中,就认为“市场竞争应该是公正和自由的,过分脱离公正和自由竞争所能容许的范围,侵害他人值得法律保护的营业活动,将构成侵权行为”。参见东京高判平成3.12.17知裁集第23卷第3号第808页。2004年,日本著名知识产权法专家田村善之教授在对东京地方裁判所2002年9月29日判决的“サイボウズ”一案进行评论时指出:“既不构成著作权侵害的行为,也不构成不正当竞争行为的行为,只要是脱离了该行为本身追求的利益,并且仅仅以加害对方为目的,则构成民法上所说的一般侵权行为。”田村善之:《判批》,《ジュリスト》2004年第1266号。

[28] 参见[日]知财高判平成17.10.6平成17(ネ)10049号。

予其物权性质的请求权(停止侵害请求权、排除妨碍请求权)和债权性质的请求权(损害赔偿请求权),而对法定权利之外的利益享有者只赋予其债权性质的请求权(损害赔偿请求权、补偿金请求权或者使用费请求权)?

国内学术界目前关于请求权的研究文献非常多,^[29]但从上述角度思考问题的文献几乎没有。原因大概是学者们都认为,不管行为人侵害的是权利还是利益,为了实现救济,被侵害者既应当拥有物权性质的请求权,也应当拥有债权性质的请求权,因而没有进行区分的必要性。其实不然。请求权作为权利的表现形式和救济手段,对他人的行动自由会发生深刻的影响。请求权不同,对他人的财产和人身造成的后果就会不同。比如,在“五朵金花”^[30]一案中,云南省高院之所以判决原告败诉,恐怕最重要的原因并不在于“五朵金花”缺乏独创性,而在于被告对其注册使用的商标“五朵金花”投入了大量的广告宣传费用,“五朵金花”已经凝聚了被告巨大的商业信用和无形资产价值,如果判决原告胜诉,则意味着原告拥有著作权,在这种情况下,按照我国《著作权法》第46和第47条的规定,原告不但拥有停止侵害请求权,而且拥有损害赔偿请求权,如此则意味着被告不但必须赔偿原告的经济损失,而且必须停止使用“五朵金花”作为其注册商标。可想而知,如果被告不能再使用其注册商标“五朵金花”,其要遭受多么巨大的损失。相反,在这种情况下,如果只赋予原告损害赔偿请求权或者补偿金请求权,则意味着被告可以继续使用其注册商标,从而可以避免凝聚在其注册商标中的无形资产的巨大损失。再比如,居住在飞机场旁边每日遭受噪音污染的人,在损害赔偿请求权之外,如果还赋予其停止侵害请求权,则意味着飞机场将要停办。可见,请求权的区分并不是毫无意义的。

虽然在人格权领域和有形财产权领域,不管是权利享有者还是利益享有者,都有必要赋予其物权性质的请求权和债权性质的请求权,但在知识产权领域,却有区分的必要。已经被类型化为法定权利的智慧财产,立法者出于社会整体效率等因素的考虑,不得不保证其供应的足够的激励,因而也就不得不赋予其享有者物权性质的请求权和债权性质的请求权。假如只赋予其享有者债权性质的请求权而不赋予其物权性质的请求权,则意味着被告只要赔偿损失就够了,而不必停止对原告智慧财产的使用,结果势必造成一个混乱的侵权局面,减杀甚至灭杀原告创造新的符合社会需要的知识产品的激励。而对于法定权利之外的知识性利益,不管是立法者有意的疏漏还是理性认识能力的不足,对于其使用而言,都会产生一定的正外部效应,这对于知识的传播和扩散、技术的进步和经济的提高都不无益处,因而立法者也应当保证其供应的适当的激励。但没有被类型化为权利的利益和已经类型化的法定权

[29] 比如马俊驹:《民法上支配权与请求权的不同逻辑构成》,载《法学研究》2007年第3期;辜明安:《对“请求权概念批判的反对”》,载《西南民族大学学报》(人文社会科学版)2007年第8期,《论请求权在民事权利体系中的地位》,载《当代法学》2007年第7期;卢湛:《履行请求权及其界限》,载《比较法研究》2007年第4期;宋旭明:《请求权分类的理论证成与实效分析》,载《政治与法律》2007年第1期;段厚省:《请求权竞合研究》,载《法学评论》2005年第2期;傅鼎生:《物上请求权的时效性》,载《法学》2007年第6期。

[30] 该案件案情是:被告云南省曲靖卷烟厂未经许可,使用并注册“五朵金花”商标,原告电影《五朵金花》的编剧赵季康和王公浦认为被告侵害了自己的著作权,遂于2001年3月向云南省昆明市中级人民法院提起诉讼,要求被告立即停止侵权、赔礼道歉。在案件审理过程中,被告提出“五朵金花”一词不具有独创性,并非我国《著作权法》上的“作品”,其注册使用“五朵金花”商标的行为并未侵犯被告的著作权。2003年10月21日,云南省高级人民法院终审判决认为,剧本《五朵金花》虽是一部完整的文学作品,但“五朵金花”一词作为该作品的名称,仅仅是《五朵金花》这部完整的作品所具备的全部要素之一,并非我国《著作权法》所保护的“作品”,因此,作品名称不能单独受《著作权法》保护。综上,被告使用并注册“五朵金花”商标的行为,不视为违反《著作权法》,不构成侵权。

利相比,对于社会整体效率的提高等方面的重要性是远为逊色的,立法者保证其所涉产品供应的适当激励的方式理所当然不能和保证权利所涉产品供应的激励方式同日而语。也就是说,对于法定之外的利益享有者而言,只要赋予其债权性质的请求权、提供事后的救济就足够了,而没有必要赋予其物权性质的请求权。

事实上,只赋予法定权利之外利益的享有者债权性质的请求权在有些国家的知识产权法以及司法实践中已经有所体现。比如,在上述提到的日本知识产权高等裁判所二审判决的“ラインピックス”一案中,由于案中的新闻标题不具备著作物性,不享有著作权,而只能作为一般利益通过日本《民法典》第709条的规定给予保护,第709条赋予利益享有者的请求权,就只有债权性质的请求权,因而原告的差止请求(即停止侵害请求和停止侵害危险请求)被驳回,这就意味着被告承担了损害赔偿 responsibility 后,可以继续在其网页上滚动显示原有涉案新闻标题而用不着删除。^[31]从法律规定来看,日本《特许法》第66条第1项规定,只有从特许(即发明专利)被批准授权登记之日起,特许申请人才能享有差止请求权。然而,特许申请公开后,事实上任何人都实施提出特许申请的发明创造的可能性。为此,日本《特许法》第65条专门设定了补偿金请求制度。按照该法第65条的规定,特许申请人在特许申请后特许授权之前,对于第三者以营业为目的实施特许申请发明创造的行为,经过书面警告后,有权请求行为人支付相当于非独占普通实施许可费的补偿金。对于恶意的行为,则无须警告。很明显,日本《特许法》第65条并没有赋予专利申请公开后但尚未授权的发明创造者差止请求权,而只是赋予了其损害赔偿请求权(针对已经发生的侵害行为,根据是日本《民法典》第709条)和补偿金请求权(针对未来的使用行为),其中的理由就在于专利申请被授权之前还不属于专利权,因此只能作为一般性的利益加以保护。这种规定对于修建了厂房、聘用了工人、进行了贷款等准备工作并已经开始实施有关发明创造的行为人来说,意味着可以继续实施有关发明创造,因而是非常有意义的。相反,如果赋予专利申请公开后但尚未授权的发明创造者差止请求权,则有关行为人必须停止实施行为,一旦出现专利申请没有获得授权的情况,行为人就会遭受巨大的损失。我国《专利法》第13条也有类似的规定,按照该条规定,专利申请公开后,他人擅自实施发明创造的,专利申请人可以要求实施发明创造的单位或者个人支付适当的费用。也就是说,在这种情况下,专利申请人的发明创造只是《民法通则》第5条所规定的一般利益,专利申请人只能请求实施人赔偿已经发生的损失和支付继续使用的费用,而不能请求其停止实施行为。

虽然我国知识产权特别法没有明确对权利人的请求权做出区分,但有些法院却根据具体案情,充分行使自由裁量权,只支持了原告的损害赔偿请求权和补偿金请求权,而没有支持其停止侵害的请求权。最典型的案例就是2006年由广东省高级人民法院终审结案的珠海市晶艺玻璃工程有限公司诉广州白云国际机场股份有限公司、广东省机场管理集团公司、深圳市三鑫特种玻璃技术股份有限公司侵害专利权一案。^[32]该案中的原告于1997年8月27日向国家知识产权局申请了名称为“一种幕墙活动连接装置”的实用新型专利,于1999

[31] 参见日本《民法典》第709条。另外参见[日]横山久芳《判批》,载《コピライト》第523号(2004年)第37页。[日]手島豊:《判批》,载 *Law and Technology* 第17号(2002年)第32页。各国民法典之所以在关于侵权行为一般条款的规定中,都只是规定了行为人的损害赔偿 responsibility,恐怕也暗含着只赋予利益享有者债权性质的请求权的意思。参见日本《民法典》第709条、德国《民法典》第823条和第826条及法国《民法典》第1382条和第1383条。

[32] 广东省高级人民法院(2006)粤高法民三终字第391号。

年5月19日获得授权。被告没有经过原告许可,在其花都广州新白云国际机场的建设中擅自使用原告的专利产品,因而被原告诉至法院,原告请求三被告赔偿经济损失的同时,还请求三被告停止侵权行为。广东省高级人民法院终审判决被告的行为构成侵权,但在被告广州白云国际机场股份有限公司应当承担的法律责任问题上,法院考虑到其已经使用了76套侵权产品,使用面积达到13000平方米,如果支持原告停止侵害的请求权,则意味着被告必须拆除已经装配好的幕墙,这不但要耗费巨大成本,而且可能危及机场航站楼幕墙安全,导致机场暂时停止营业,从而进一步损害旅客的利益。在考虑了这些因素之后,法院判决认为“被告白云机场股份公司本应停止被控侵权产品。但考虑到机场的特殊性,判令停止使用被控侵权产品不符合社会公共利益,因此被告白云机场股份公司可继续使用被控侵权产品,但应当适当支付使用费。”显然,广东省高级人民法院在这个案件中对原告物权性质的请求权和债权性质的请求权做出了区分。^[33]

由上述案件可以看出,请求权的区分事实上包含着利益考量的原理以及经济学的原理。在不同利益发生冲突的情况下,除了考虑法律所追求的最高宗旨——正义以外,还有必要进行成本和效率的分析。对某种利益的保护如果以牺牲更大的利益作为代价,在该种利益保护是否能够带来效率无法确定或者只能带来很小效率的情况下,从社会付出的整体成本和获得的整体效率关系来看,该种利益保护的合理性就不无疑问。当然,对于社会而言,保持对新知识创造足够的激励也必不可少。究竟如何动态平衡不同利益之间的关系是立法者和司法者面临的一个非常棘手的问题。通过请求权的区分无疑是一个手段。在这方面,我国《计算机软件保护条例》第30条可以说提供了一个示范。该条规定,“软件的复制品持有人不知道也没有合理理由应当知道该软件是侵权复制品的,不承担赔偿责任;但是,应当停止使用、销毁该侵权复制品。如果停止使用并销毁该侵权复制品将给复制品使用人造成重大损失的,复制品使用人可以在向软件著作权人支付合理费用后继续使用。”这条规定后段实际上只是赋予了软件著作权人一个使用费请求权,而没有赋予其物权性质的请求权,非常明显这是利益衡量以及成本和效率关系分析的结果。

我国《民法通则》第5条规定:“公民、法人的合法的民事权益受法律保护,任何组织和个人不得侵犯。”可见,我国《民法通则》对保护的客体是区分了权利和利益的,问题在于我国的《民法通则》并没有像日本等国家的民法典那样,对权利和利益享有者的请求权做出区分。我国《民法通则》第106条规定:“公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产,侵害他人财产、人身的应当承担民事责任。”第134条进一步规定,承担民事责任的方式主要有:“(一)停止侵害;(二)排除妨碍;(三)消除危险;(四)返还财产;(五)恢复原状;(六)修理、重作、更换;(七)赔偿损失;(八)支付违约金;(九)消除影响、恢复名誉;(十)赔礼道歉。以上承担民事责任的方式,可以单独适用,也可以合并适用。”既然承担民事责任的方式如此之多,而且可以合并适用,具体案件中的原告自然会选择既要求赔偿损失又要求停止侵害。这样一来,类型化的法定权利之外的利益享有者事实上就会和类型化的法定权利享有者享有一样的地位,从而无形中使利益法定化。^[34]从立法技术上看,这是非常不可取的。

[33] 要说明的是,广东省高级人民法院判决被告广州白云国际机场股份有限公司支付原告适当的专利使用费,并不能免除其应当负担的损害赔偿赔偿责任。理由是,损害赔偿赔偿责任是对已经发生的侵权行为应当负担的责任,而专利使用费是未来使用专利产品应当付出的对价。

[34] 参见李扬:《重塑以民法为核心的整体性知识产权法》,《法商研究》2006年第6期,第25页。

我国正在酝酿制定侵权行为法,如何借鉴国外的有益经验,以侵权构成的非限定性为前提,对权利和利益享有者的请求权做出区分,并处理好一般法和特别法的关系,从而制定出一个具备开放性的关于侵权行为的一般条款,是民法学界面临的一个非常重要的任务。

[**Abstract**] The Numberus Clauses of Intellectual Property has certain defects, such as over-dependence on legislators' rational and cognitive ability, overlooking the dynamic and creative role in judicial process and incapable of adapting itself to social development. From the perspective of constructive conditions of tort, the essence of those defects lies in the strict adherence to the qualification on the constructive conditions of tort. In order to resolve the defects of the Numberus Clauses of Intellectual Property, we should stick to the non-qualification of the constructive conditions of tort. In the field of intellectual property, therefore, proper restrictions on the interests under legal protection but not covered within the category of type-classified rights should be imposed, so to prevent the abuse of judicial discretion. For this reason, a distinction between type-classified rights and interests discussed above should be drawn, and on the basis of this, different claims for rights holders and interests holders should be defined.

(责任编辑:陈 洁)