

民法“一般条款”对 知识产权的最终补充保护

——以德国法兰克福州高等法院裁定为研究起点

【摘要】 当知识产权所有人的利益被他人以新技术手段侵害而传统的知识产权法又难以适用时，人们首先会考虑借助反不正当竞争法来补充传统知识产权法保护的不足。然而，当反不正当竞争法的适用受到限制时，民法是否会提供最后的保护，是一个值得研究的问题。对此，德国法兰克福州高等法院的一个裁定对我们颇具启示。

【关键词】 民法“一般条款” 知识产权 补充保护

韩赤风/文

伴 随着社会的发展和科学技术的进步，知识产权保护也面临许多新的和令人困惑的问题。其中以新技术手段侵害知识产权所有人的利益而传统的知识产权法又很难对其加以保护就是这样令人倍感困惑的一个新问题。从中外司法实践来看，都曾经有过借助反不正当竞争法来补充传统知识产权法保护不足的实践¹。但是，当反不正当竞争法的适用也受到限制时，民法是否会提供最后的补充保护？本文将以前述德国法兰克福州高等法院在2000年的一个裁定为起点，对此加以研究和探讨。

一、案情介绍

在德国法兰克福州高等法院裁定的案件中，¹原告是一家奶制品公司。该公司分别在1979年、1987年、1990年和1992年四次为包括“牧场好运”(Weideglück)的文字和图形商标进行注册，并成为这些商标的所有人。²在使用“牧场好运”的标记下，该公司在相当可观的市场范围出售其奶制品。被告在1999年初注册了“weideglueck.de”域名。³随后，原告在1999年4月12日向被告发出警告信，并敦促其作出义务承诺。1999年4月19日被告

1. Oberlandesgericht Frankfurt/Main, Beschluss vom 12. April 2000, 6 W 33/00.

2. 根据《德国商标和其他标志保护法》第47条的规定，商标的保护期为10年并可续展。

3. 这里的字母ue等于德语字母ü，ue是ü的另一种表示方式。

回信拒绝作出义务承诺。在这种情况下,原告向德国法兰克福地区法院提起诉讼。

二、法院裁定

由于被告最后同意交出域名,各方表示愿意结束诉讼。法兰克福地区法院裁定,被告承担诉讼费。被告不服,向法兰克福州高等法院提起上诉。

法兰克福州高等法院认为,地区法院排除商标法上的停止侵害请求权是正确的。一个域名的注册是否也属于一种类似标记的使用,对此尚需进一步确定。但在本案中,既不存在同种或类似的商品和服务,也不存在类似的行业,这就阻碍了按照《德国商标和其他标志保护法》(以下简称《德国商标法》)第14条第2款第2项及第5款、第15条第2款及第4款提出请求权,因为被告所注册的域名不涉及一种产品或行业。⁴根据迄今的事实及其争议状况,原告是否可以将其请求权建立在《德国商标法》第14条第2款第3项及第5款、第15条第3款的基础上,对此还不能得出结论,因为事实表明本案并不涉及驰名商标或著名商业标记。⁵

但无论如何原告可以被被告注册的域名为“weideglueck.de”而根据《德国民法典》第826条、第226条和第1004条提出停止侵害的请求权。这些规定禁止从事的行为是违反善良风俗和具有损害意图的行为。而被告正是通过注册域名“weideglueck.de”阻止了原告在因特网上展示自己和其带有“牧场好运”(Weideglück)的商标。原告要想将“Weideglück”注册为域名,只能按照由被告所占据的文字拼写“weideglueck.de”来注册,而不能完全按照“weideglück”来注册,因为“weideglück.de”并不是有效的德国域名。⁶

如果域名注册的目的是让标记的所有人为其商业用途使用该标记成为不可能,则可以确认违反善良风俗和具有损害意图行为的存在。行为人的意图通常是迫使标记所有人高价买下原本属于他们的域名。若有人想以牟利的意图榨取一个商标所有人对其相关域名使用的利益,这就违反了所有公平和正义思考人的礼仪观念。

依据这些原则,判决委员会肯定了被告对原告有违反善良风俗的行为。在这里,判决委员会排除了被告是出于正当的动机并为了私人的目的而为自己保留域名“weideglueck.de”。被告在其姓氏下已经有了一个私人主页,该主页包括了广泛的内容。被告对于争议的域名有

可以理解 and 值得肯定的利益并不明显。“Weideglueck”仅涉及一个名称,该名称与被告的姓名或活动毫无关系。被告的解释不仅自相矛盾,而且按照生活经验不能被理解。被告在1999年6月4日给原告的信中解释说,在选择域名时,他是参照了他母亲在奥地利度假庄园的环境。在1999年8月28日的辩护书中,他则表示,“牧场好运”涉及他的绰号。当他无数次讲述其在奥地利度假和旅游通过草原和牧场时,他在朋友圈内就得到了这样的绰号。而在2000年2月8日的辩护书中,他最终提出,在选择域名时,是他的奥地利度假别墅的周围环境给了其启发。

如果对域名的持有仅仅缺少一个可以理解的自己的利益,是否可以认定故意违反善良风俗损害意图的存在?按照判决委员会的观点,域名注册的详细情况表明,被告是以妨碍原告利用该域名的意图而行动的。域名首先是由一个叫L的人注册的,从L的主页可以链接到被告的主页。而L是被告的合伙人,L和被告经营一个叫大厨房专业设计的工作室,并在“fachplaner-grosskuechen.de”网址下,以一个相同的照片为该工作室做宣传。在1999年2月18日L因域名“weideglueck.de”被原告警告。对此,L解释说,他愿意放弃该域名,但同时表示愿意提供网站建设服务,而这个服务也在其经营范围内。据此,L的行为明显有商业上的动机。而后,被告直接为自己注册了L交出的域名。被告为辩护所做的各种努力和精心编造的其并没有注册“weideglück.de”域名的理由都充分地表明,其正好想要阻止原告取得该域名。

判决委员会基于上述情况,得出以下结论,被告封锁域名,是为了让原告买下它。即使被告注册域名没有牟利意图,其结果也不会有所改变。对于域名的持有缺少一个可以理解的自己的利益,那么就应考虑故意违反善良风俗的损害意图。最终,法兰克福州高等法院维持了原裁定。

三、本案的法律适用

(一)《德国商标法》适用的排除

在该案中,被告将原告的商标中所包含的文字“牧场好运”(Weideglück)注册为域名的行为,显然会对原告的商标使用产生影响并造成妨碍,特别是妨碍了原告将“牧场好运”注册为域名。那么,是否可以依据《德国商标

4. Beck-Texte im dtv, Wettbewerbsrecht und Kartellrecht, 26. Auflage 2005, S 79 ff. 中文译文见^[34]。

5. 这些规定涉及驰名商标或著名商业标记。根据案情,本案与此无关。

6. 由此可见,在德国注册域名时只能使用字母ue,而不能使用字母ü。这样,德语字母与英语字母完全一致,用英语字母就可以完成德语拼写。

法》将其认定为侵犯商标权的行为?《德国商标法》第14条第2款是认定侵犯商标权的重要依据。该条第2款第1项和第2项规定:未经商标权利人同意应禁止第三方在商业活动中:(1)在同种商品或服务上使用与该商标相同的任何标志;(2)在同种或类似商品或服务上,使用该商标相同或近似的任何标志,并且在相关公众中存在混淆的可能,包括该标志与该商标之间产生联系的可能⁷。尽管被告的行为对原告的商标使用会产生影响并造成妨碍,但很难适用这一规定,因为既不存在在同种商品或服务上使用与该商标相同或近似的任何标志,也不存在在类似商品或服务上使用与该商标相同或近似的任何标志。该条第2款第3项规定:在与受保护的商标所使用的不相似的商品或服务上,使用该商标相同或近似的任何标志,但是该商标在德国范围内享有声誉,并且没有正当理由使用该标志不公平地利用了或损害了该商标的显著性或声誉⁸。在该案中,法院也排除了适用这一条款的可能,因为该商标还不属于在德国范围内享有声誉的商标。既然不能依据上述规定认定被告的行为侵犯商标权,原告就不能根据第14条第5款向被告提出停止使用“牧场好运”的请求权。该案也不涉及侵害商业标志⁹,这样也不能根据第15条第2款及第4款提出停止使用“牧场好运”的请求权。因此,法兰克福地区法院和州高等法院排除商标法上的停止侵害请求权是正确的。

(二)《德国反不正当竞争法》适用的可能

当《德国商标法》适用被排除后,是否可以考虑适用《德国反不正当竞争法》?也就是说,被告的行为是否因构成不正当竞争行为而违反《德国反不正当竞争法》?被告的行为发生在1999年,因此涉及的只是2004年修订前的《德国反不正当竞争法》。⁹由于被告的行为并不包括在该法所列举的具体不正当竞争行为中,只能考虑该法中的一般条款,即该法第1条的适用。该法第1条规定:如果行为人在商业交易中以竞争为目的而违反善良风俗,可以向其提出停止行为和损害赔偿的请求。¹⁰根据这一规定,《德国反不正当竞争法》中的一般条款的适用需要具备三个条件:(1)行为须发生在商业交易中;(2)

行为须以竞争为目的;(3)行为须违反善良风俗。就该案来说,被告的行为是否以竞争为目的,是适用该条款的前提条件。根据德国法学界的观点,判断某种行为是否以竞争为目的,需要从主观和客观两个方面来考查。首先,行为在客观方面必须有助于竞争。何为有助于竞争?按照德国学者的理解,就是促使自己或他人取得经济成果而不利于竞争对手。但这样的竞争行为是以竞争关系存在为前提的,即有多个经营者为相同的经济目标进行争夺。如果在经营者之间不存在竞争关系,也就谈不上有竞争行为。其次,行为人在主观上还必须有竞争的意图¹¹。在该案中,尽管被告的行为对原告不利,但却不能将其行为看作是竞争行为,因为在被告与原告之间不存在竞争关系。同样,被告在主观上也缺少竞争的意图。这样,由于被告的行为不是以竞争为目的,所以不能适用该条款。因此,《德国反不正当竞争法》适用的可能性也被排除了。

(三)《德国民法典》的适用

1. 第823条第1款适用的可能性

那么,是否可以考虑适用《德国民法典》关于侵权行为的规定?《德国民法典》第823条是关于侵权行为的最重要规定。该条第1款规定:因故意或过失不法侵害他人的生命、身体、自由、所有权或其他权利者,对被害人负有赔偿损害的义务¹²。按照德国法学界的理解,所有的支配权都属于“其他权利”。因此,专利权、商标权和著作权这样的无形财产权也都属于这里的“其他权利”¹³。不过,如前所述,在该案中并不存在侵害商标权的行为。因此,《德国民法典》第823条第1款的适用也被排除了。

2. 第826条的适用

《德国民法典》第823条第1款的适用被排除了,那么是否还可以考虑适用《德国民法典》中关于侵权行为的其他规定?这种规定只需要满足概括性的事实要件,而不要求损害一个确定的法益。《德国民法典》第826条就是这样的“一般条款”。该条规定:以违反善良风俗的方式对他人故意施加损害的,对他人负有损害赔偿的义务。该条的构成需要有三个要件:第一,存在违反善良风俗行为;第二,必须具有主观上的故意;第三,造成损害。

7. Beck-Texte im dtv, Wettbewerbsrecht und Kartellrecht, 26. Auflage 2005, S. 88 ff.

8. 根据《德国商标和其他标志保护法》第5条第1款,商业标志指公司标志和作品标题。Beck-Texte im dtv, Wettbewerbsrecht und Kartellrecht, 26. Auflage 2005, S. 85 f.

9. 《德国反不正当竞争法》已于2004年重新修订。Beck-Texte im dtv, Wettbewerbsrecht und Kartellrecht, 26. Auflage 2005, Einführung, XI ff.

10. Beck-Texte im dtv, Wettbewerbsrecht und Kartellrecht, 22. Auflage 2001, S. 1 f.

除《德国反不正当竞争法》使用善良风俗(die gute Sitte)这一术语外,在《德国民法典》中这一术语也多次出现。除了第826条,该法典第138条也使用了这一术语。那么,到底什么是善良风俗?立法者对此并没有作出明确的界定。这样一来,善良风俗也就成为一个不确定的法律概念。不过,对于法院来说,需要对其加以明确,否则将无法进行审判。于是,德国法院,包括二战前的帝国法院和二战后的联邦法院,都在其相关的判决中对其进行过界定。按照德国法院的观点,善良风俗是所有公平和正义思考人的礼仪观念(Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden)¹¹。

在该案中,被告对于争议的域名没有可以理解和值得肯定的利益是非常明显的。因为“Weideglueck”这个名称与被告的姓名或活动毫无关系。同时,被告在其姓氏下已经有了一个私人主页,这就排除了被告是出于正当的动机并为了私人的目的而为自己保留域名“weideglueck.de”的情况。此外,从被告注册域名的情况看,被告显然是以妨碍原告利用该域名和牟利的意图而行动的,并且主观上的故意也是明显的。另外,被告的行为妨碍了原告对该域名的利用,对原告的利益造成了损害。因此,根据《德国民法典》第826条,法兰克福州高等法院最终认定被告的行为违反了善良风俗,即违反了所有公平和正义思考人的礼仪观念。即使被告没有牟利意图而注册域名,法兰克福州高等法院也认为,违反善良风俗的结果不会有变化,因为只要对域名的持有缺少一个可以理解的自己的利益,那么故意违反善良风俗的损害意图就应该被考虑。

四、比较法上的观察

随着网络的迅速发展,近年来在我国也出现了类似案件。1999年,在英特艾基系统有限公司(以下简称英特艾基公司)诉北京国网信息有限责任公司(以下简称国网公司)不正当竞争、商标侵权纠纷一案中,¹¹北京国网公司将英特艾基公司拥有的“IKEA”(中文为“宜家”)注册商标在先注册为域名“ikea.com.cn”。尽管权利人的利益受到损害,但在当时,我国法院无法依据1982年颁布的《商标法》对权利人的商标权进行保护。我国1982年颁布的《商标法》第38条规定:“有下列行为之一的,均属侵犯注册商标专用权:(1)未经注册商标所有人的许可,在同一种商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标的;(2)擅自制造或者销售他人注册

商标标识的;(3)给他人的注册商标专用权造成其他损害的。”应如何理解“给他人的注册商标专用权造成其他损害的”?按照1988年发布的《商标法实施细则》第41条的规定,给他人的注册商标专用权造成其他损害是指:(1)经销侵犯他人注册商标专用权商品的;(2)在同一种或者类似商品上,将与他人注册商标相同或者近似的文字、图形作为商品名称或者商品装潢使用,并足以造成误认的;(3)故意为侵犯他人注册商标专用权行为提供仓储、运输、邮寄、隐匿等便利条件的。显然,这里不包括将与他人注册商标相同或者相近似的文字注册为域名的行为。虽然法院将“IKEA”认定为驰名商标,但按照当时的国内法律及国际公约对被告的行为如何认定,仍然没有解决办法。另外,尽管被告违反了当时的《中国互联网域名注册暂行管理办法》,但据此并不能解决民事责任承担的问题¹²。于是,法院最终考虑到我国《反不正当竞争法》的适用。法院认为,被告国网公司作为网络信息咨询的服务者,注册了大量的域名而不积极使用,其待价而沽的非善意注册行为的主观动机十分明显,故被告国网公司的行为违反了公平竞争、诚实信用的基本原则,构成了不正当竞争。法院依据我国《反不正当竞争法》第2条第1款之规定,判决被告注册的“ikea.com.cn”域名无效,应立即停止使用并于判决生效后十日内撤销该域名。那么,被告的行为是否构成不正当竞争?其实,我们很容易通过比较得出结论,因为这个案件与我们前面讨论的德国案件是基本相似的。因此,在缺少竞争关系的情况下,我国《反不正当竞争法》的适用是应该被排除的,而应考虑民法相关条款的适用。

2002年最高人民法院发布的《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》试图改变我国《商标法》不能适用这类案件的情况。该司法解释第1条第(3)项规定:将与他人注册商标相同或者相近似的文字注册为域名,并且通过该域名进行相关商品交易的电子商务,容易使相关公众产生误认的,属于我国《商标法》第52条第(5)项规定的“给他人的注册商标专用权造成其他损害的行为”。从这里的规定可以看出,该规定的适用须满足三个要件:第一,须将与他人注册商标相同或者相近似的文字注册为域名;第二,须通过该域名进行相关商品交易的电子商务;第三,容易使相关公众产生误认。因此,只有满足这三个要件的行为,才属于我国《商标法》第52条第(5)项规定的“给他人的注册商标专用权造成其他损害的行为”。不过,在司法实践中对此还有不同的理解。

11. 被告国网公司还注册了大量与其他具有一定知名度的商标相同的域名,这些域名均未被积极使用。参见北京市第二中级人民法院民事判决书(1999)二中如初字第86号。

五、启示

本案对我们颇具启示。首先,民法中善良风俗条款(即一般条款)对知识产权保护具有重要补充作用。当一种侵犯知识产权的新型案件出现时,在相关知识产权法难以适用的情况下,民法中的善良风俗条款的适用就可以补充相关知识产权法的不足。该案是适用民法中善良风俗条款对知识产权进行补充保护的经典案例。目前,我国《民法通则》中还没有像《德国民法典》第 826 条这样的条款。我国《民法通则》第 7 条规定,民事活动应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益。根据国内学者通说的观点,这里的社会公共利益和社会公德,相当于国外民法中的公序良俗概念^[1]。公序就是公共秩序,良俗就是善良风俗。该条规定的就是公序良俗原则。就前面列举的在我国发生的域名侵犯商标权案例,在当时如能考虑适用公序良俗原则,就适用法律而言,会更加合理。在未来制定我国民法典时,我们也可以考虑增加像《德国民法典》第 826 条这样的一般条款。

也许有人说,在相关知识产权法中,已设立了兜底条款,如我国《商标法》中规定的“给他人的注册商标专用权造成其他损害的行为”,是否还有必要在民法典中设立这样的一般条款?回答是肯定的。通过比较可以发现,我国相关知识产权法中的兜底条款往往需要有相关规定或解释的补充后才能适用,其适用范围总是受到相关规定或解释所列举的范围的限制。而民法中的一般条款并不需要这样的步骤就可以直接适用,有明显的优越性。这对司法实践尤其重要,因为法院在审理案件中没有时间等待补充规定的出台。所以,民法中的“一般条款”有明显的优越性,而且具有不可替代性。其次,民法中善良风俗条款的适用有一定限制。民法中的善良风俗条款固然非常重要,但其适用只是最后的选择。这是因为民法中的善良风俗条款属于一般法,只有在特别法难以适用时才应该予以考虑。法律适用的顺序应该是:在相关知识产权法难以适用时,我们可以首先考虑反不正当竞争法适用的可能;当反不正当竞争法也不能适用时,我们才应考虑一般私法适用的可能,即考虑民法中善良风俗条款的适用。^[2]

(作者单位:北京师范大学法学院)

参考文献:

- [1] 韩赤风.反不正当竞争法的完善与知识产权保护[J].知识产权,2003(6).
 [2] 谢冬伟,译.德国商标和其他标志保护法[M]//郑

成思主编.知识产权文丛:第 3 卷.北京:中国政法大学出版社,1999:452.

[3] Hubmann, Goetting, Forkel. Gewerblicher Rechtsschutz [M]. München, 1998, S 332 ff.

[4] 上海社会科学院法学研究所译.德意志联邦共和国民法典[M].北京:法律出版社,1984:218.

[5] [德]福克斯.侵权行为法[M].齐晓琨,译.北京:法律出版社,2006:40.

[6] Vgl. Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch[M]. München, 2004: §138, S. 128.

[7] 计算机及网络法律法规[M].北京:法律出版社,1999:87.

[8] 魏振瀛.民法[M].北京:北京大学出版社,2006:32-33.

