

类型化视角下中国知识产权禁令制度的重构

何炼红, 邓欣欣

(中南大学法学院, 湖南长沙, 410083)

摘要: 中国知识产权禁令制度由于缺乏类型化思考和体系化构建, 目前存在禁令概念表述不严谨、禁令类型缺失、禁令性质定位模糊、立法体系混乱、审查标准和程序规则不完善等一系列问题。从类型化视角重构中国知识产权禁令制度, 科学划分知识产权禁令的类型, 合理定位知识产权禁令制度的性质, 选择“民事诉讼法+侵权责任法+知识产权单行法+司法解释”的四元层级立法模式, 明确不同类型知识产权禁令的实体审查标准和程序适用规则, 将推进这一制度在中国现行法律体系内不断发展完善。

关键词: 知识产权禁令; 类型化; 立法模式; 实体审查标准; 程序规则

中图分类号: D923.4

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2014)06-0139-09

理想的知识产权制度应该是一个运行良好的“黑匣子”: 它不仅需要一个设计良好的权利获取机制, 也需要一个科学的权利执行和救济机制^[1]。禁令制度产生于英美衡平法, 与损害赔偿制度一起构成各国知识产权法上两大最重要的权利救济制度。目前, 中国尽管不乏关于知识产权禁令制度的论述和著作, 但这些探讨基本停留在概念构建和制度应用层面, 尚缺乏从理论维度进行全面而深入的分析; 研究重点主要集中于诉前禁令, 诉中禁令和永久禁令较少涉及; 研究视角则倾向于对知识产权禁令制度进行宏观探讨, 而没有区分禁令的不同类型进行精细化研究。纵观中国知识产权禁令制度存在的一系列问题, 正是由于缺乏坚实的理论基础和适当的立法构造, 使得该制度失去了应有的活力, 其价值没有得到充分发挥。“类型化”作为一种关系化、结构化的思考方式, 其独特的分析方法与法律制度的内在构建要求相契合。以类型化为视角, 对中国知识产权禁令制度存在的诸多问题进行重新梳理与评价, 不仅有助于其在制度层面实现逻辑联系关系的协调和统一, 而且有利于推动其在司法实践中不断发展和完善。

一、中国知识产权禁令类型化的现实诉求

知识产权禁令类型化是指按照一定的标准对知识

产权禁令进行类属划分, 从而实现对知识产权禁令种类的细化分析和系统研究。中国于21世纪初将国外的禁令制度移植到本国知识产权领域, 在专利法、商标法和著作权法中相继规定了这一内容, 并出台了两部专门的司法解释予以适用, 基本搭建起中国知识产权禁令制度的雏形^①。禁令制度施行至今, 其权利救济的特点和模式已经显示出无与伦比的优越性, 对完善中国知识产权司法保护体系具有重要意义。然而, 法律移植的成功与否, 除了要与现有的立法体系相融合相衔接以外, 还得依赖严密谨慎的理论支撑和接受实践的长期考验。引入禁令制度这一明智之举, 由于仓促的“急功近利”心态和简单的“拿来主义”倾向, 使得其在国内相关理论和实践尚未作好充分准备之时, 便空降到了中国的立法领域进而直接进入司法领域。目前, 中国知识产权禁令制度由于缺乏类型化思考和体系化构建, 不仅外部体系的概念不周延, 内部体系的价值标准和法律原则也呈现出混乱和失范状态, 出现了如下种种问题。

(一) 禁令概念表述不严谨

禁令概念表述不严谨, 源于中国法律界对禁令制度的不完整理解和一股脑移植。中国在引入知识产权禁令制度时, 并未采用“禁令”这一国际通用的术语, 而是在法条中表述成“诉前责令停止侵权行为”。有学者认为这与英美国家的“临时禁令”只是不同法系语境下的不同称谓而已, 实质上无差别。但细究之, “诉

收稿日期: 2014-06-03; 修回日期: 2014-09-15

基金项目: 国家社科规划基金项目“知识产权行政与司法保护绩效研究”(09CFX033); 教育部新世纪优秀人才支持项目“知识产权行政保护与司法保护研究”(NCET-10-0835); 中南大学科学研究基金(2011RWSK002)

作者简介: 何炼红(1970-), 女, 湖南韶山人, 中南大学法学院教授, 主要研究方向: 知识产权法学; 邓欣欣(1991-), 女, 湖南郴州人, 中南大学法学院硕士研究生, 主要研究方向: 知识产权法学

前责令停止侵权行为”只有“诉讼之前”的含义,在范围上并不能延伸至“诉讼中”,而英美法系的“临时禁令”既包括了诉讼前也包括了诉讼过程中。因此,这里存在一个概念不周延的瑕疵,这在讲求语言精确、逻辑严密的成文法体系中是不被允许的^{[2](124)}。况且,立法中采用“诉前责令停止侵权行为”这一表述,也与国际上的主流用语“禁令”相脱轨。

(二) 永久禁令种类缺失

21世纪初中国为了尽快加入WTO,在设计和修改国内知识产权法律制度时,很多时候只是一味追求与国际条约相符合,而没有在制度本身的构建逻辑和构建规则方面考虑太多。例如在法条用语上,中国知识产权三部法律中关于诉前停止侵害行为的规定与TRIPS协议中临时措施的规定如出一辙。又如TRIPS协议要求会员国就临时措施进行立法,加强对知识产权的诉前、诉中司法保护,对永久禁令的内容没有做出明确的要求。中国在进行知识产权立法时明确有法律依据的禁令类型也只有诉前禁令一种,诉中禁令语焉不详,永久禁令更是无从查找。永久禁令这一禁令种类的缺失,导致中国的禁令制度只相当于国外禁令制度的“半壁江山”,实际上应该是“临时禁令制度”。

(三) 禁令制度的性质定位模糊

如果仅仅是上述这些问题,尚不足以成为中国禁令制度重新构建的理由,只需在立法技术上稍加处理和条文规范上作些调整即可。然而,禁令概念的不严谨和禁令种类的缺失造成的问题却是接二连三并且环环相扣的。首当其冲的便是禁令制度的性质定位模糊,禁令制度的实体法和程序法性质之争由来已久,之所以达不成主流的较为统一的观点,原因在于大多数学者均倾向于笼统地从整个禁令制度的宏观视角来探讨其性质,而没有从禁令概念的界定入手,细分种类区别对待。学者们争论不休,立法者却置之不理。试想一项法律制度的性质尚未理清,便匆匆开始了具体的规则设计,这样草率的立法行为怎能构建出一套逻辑严谨、内容完备的禁令制度?

(四) 禁令制度的立法体系混乱

由于对禁令制度的性质从制度移植开始就没有形成统一的认识,在此前提下架构的禁令制度立法体系,其内部问题显得更加严重和突出。在立法地位上,禁令制度的立法设计与该制度的本身地位极不协调。在Trips协议中,禁令制度占据重要席位,甚至在其第三部分“知识产权的执法”中,专门作为一节来介绍,凸显了该制度的价值。中国有关禁令的规则则散见于知识产权单行法及其司法解释和某些行政法规中,且都以条款形式规定,没有上升到章节的层次,立法层

级较低,法律地位不突出。在体系建构上,中国知识产权禁令制度采用了不同类型、层级法律渊源之间的跨位立法模式^[3]。诉前禁令申请权首先在知识产权单行法之中得到确认,在该实体法的实施细则中却完全找不到相关规定,也不与诉讼法进行对接,而是放在司法解释中予以细化,由此形成中国知识产权禁令制度“实体立法+司法解释”的二元立法结构。2012年修订后的民事诉讼法增加了行为保全的内容,形成了三元立法结构,虽可以看作禁令制度立法上的一大进步,但由于知识产权实体法与诉讼法的长久割裂以及缺乏合理衔接,仍然导致了某些法律条文在适用上存在矛盾和冲突。此外,知识产权三部法律均概念性地规定了诉前停止侵权行为,但是在司法解释中却只有对专利权和商标专用权适用该制度的规定,而对著作权的法律适用问题没有做出解释。也就是说,著作权法规定的申请诉前停止侵权行为这一权利,并没有任何权利实现的配套措施,根本就不具有可操作性,成为了民事立法上的“烂尾楼”,知识产权禁令在立法、司法解释上的混乱和脱节由此可见一斑^{[2](69)}。

(五) 禁令审查标准和程序规则笼统模糊

立法结构上的严重缺陷,直接导致在此基础上形成的具体法律规范本身也漏洞百出,这主要体现在禁令审查标准笼统和程序适用规则模糊两个方面,审查标准笼统单一,程序规则有失偏颇是其最大弊端。对于这一问题,存在两种不同的立场:一种观点认为知识产权的本质是私权,认为禁令制度的作用在于给予权利人及时和充分的救济,因此在实体上不应设置过于严格的审查标准,在程序上也应该向权利人倾斜^②;另一种观点则从知识产权的公权属性看待禁令制度的适用,认为知识产权法的终极价值在于鼓励社会创新,促进社会进步,权利人利益必须为社会公共利益做出一定的牺牲和让步,因此实体上严格审查标准,程序上充分保障平等是十分必要的^③。其实,这两种观点都有其合理和可取之处,关键在于需要从类型化视角区分禁令的不同种类,具体考量不同的诉讼阶段,进而予以协调和规范。

二、中国知识产权禁令类型化的制度价值

将类型化研究方法引进知识产权禁令领域并对其进行制度重构,无疑是一种全新尝试。因为,法律规范并非彼此孤立地存在,其间有各种意义脉络的关联,这种关联既包括构成外部体系的概念形式上的关联,也包括构成内部体系的法律原则上的关联^[4]。外部体

系以抽象概念为构造基石, 可使法律规范保障最大可能的概观性和稳定性, 但难以避免其内容空洞化之危险, 概念的抽象化程度越高, 内容就越空洞。此时为提纲契领所付出的代价是“作为规则之基础的价值标准及法律原则所生的意义脉络不复可见, 而其正是理解规则所必要者”^[5]。当抽象的概念及其建构外部体系不足以掌握生活现象或意义脉络的多样性表现形态时, 人们首先想到的辅助思考形式是“类型”^④。“类型”较“概念”为具体, 相对于舍弃个别特征追求事物“最本质性”规定的抽象概念, “类型”的抽象程度明显较低^[6]。不同于抽象概念试图将某一事实对象涵摄于概念之下而进行的“是或不是”的绝对定义方式, 类型化是对知识产权禁令的一种相对抽象, 即“中等程度的抽象”和一种价值导向的描述, 其目的是将知识产权禁令归于统一的类型之下, 以克服现行知识产权禁令制度的固有缺陷, 还原制度设置的初衷, 最大限度发挥制度应有的效能。具体而言, 知识产权禁令类型化的制度价值可以从内在价值和外在价值两个方面予以诠释。

(一) 内在价值

1. 澄清知识产权禁令制度的性质争议

学理上关于禁令制度的法律性质一直存有争议, 主要的争论焦点在于禁令制度是一种实体法规范还是程序法规范。主张禁令制度为实体法规范的学者, 认为禁令是当事人的一项实体请求权, 属于知识产权请求权制度的范畴, 与侵权损害赔偿制度一起, 共同构成世界各国知识产权保护的两种重要方式^[7]。持相反观点的学者, 虽然不否认禁令事实上的救济功能, 但一般将禁令放在民事诉讼行为保全程序中来讨论研究, 认为禁令申请仅是知识产权诉讼中的一种程序权利^[8], 禁令制度在性质上属于程序法规范。知识产权禁令究竟是一项实体请求权还是仅为一种诉讼保全措施, 实质上反映出知识产权禁令制度本身的特有属性——实体法与程序法交叉混同。在德国, 更多学者承认禁令救济的程序法性质, 同时又坚持申请禁令的权利由实体法给予的观点^[9]。笼统的争论对澄清知识产权禁令制度的性质并无裨益, 采用类型化的研究方法, 即将研究对象拆分细化, 对不同的知识产权禁令类型从不同的角度赋予不同的法律性质, 有利于消除彼此间的关键性分歧, 达成初步统一的观点。

2. 实现知识产权禁令制度的理性构建

一项成功的法律制度的构建所具备的形式要件应该是立法层次清晰、重要概念定义规范、内容体系安排合理、具体规则明确可行、配套机制设计完善、与相关制度衔接有序等等。从这些因素考量, 中国的知

识产权禁令制度几乎都不合要求, 其中最引人诟病的便是立法体系的混乱与禁令类型的模糊。立法体系的混乱主要表现在立法设计不完备(著作权领域禁令制度的立法一直停滞不前, 且没有出台专门的司法解释), 立法标准不统一(某些法律条文的适用在知识产权法律和民事诉讼法中相互矛盾), 立法层级存在冲突等; 而知识产权禁令类型的模糊直接导致知识产权禁令制度的性质争议迭起, 知识产权禁令审查标准过于笼统(在证明标准上没有区分诉前和诉中禁令, 而关于永久禁令的标准则只字未提), 知识产权禁令具体程序规则不完善(如关于听证程序、复议程序、禁令转化程序、禁令撤销程序、禁令解除程序、错误禁令救济程序以及禁令执行程序等等这些禁令制度中最关键和核心的内容, 在法律中找不到具体细化的规则)。通过禁令的类型化, 在制度设计时及时发现和解决上述问题, 有利于禁令制度在内部实现逻辑自足, 实现知识产权禁令制度的理性构建。

(二) 外在价值

1. 理顺民事诉讼保全制度之间的逻辑关系

临时禁令与财产保全、先予执行都属于民事诉讼程序上暂时性的救济手段, 并且相互之间存在紧密的联系。临时禁令和先予执行都具有部分“裁判内容”预先执行的特征, 同时先予执行的范围不仅包括财产也涉及行为。而临时禁令和财产保全, 一个属于行为保全, 一个属于财产保全。鉴于中国行为保全制度刚刚在新修改的民事诉讼法中确立, 很多实体和程序规范还不太完善, 行为保全的很多内容实质是参照适用或直接适用财产保全的规则。现行法律规定的不明确, 容易造成临时禁令和财产保全属于同一性质保全措施的误解, 导致民事诉讼不同保全制度之间的界限模糊。在类型化基础上构建起来的知识产权禁令制度, 通过对临时禁令的内涵和外延进行类型化界定, 在民事诉讼保全体系中找到自己的合理位置, 可以理顺与财产保全、先予执行等其他保全制度之间的逻辑关系, 从而走出制度适用上的困惑和误区。

2. 引导知识产权禁令配套机制的合理设置

知识产权禁令制度要发挥作用并有序运行, 光靠制度本身的构建远远不够, 还需要相关配套机制来辅助实施。禁令审查和担保机制, 是防范禁令申请人潜在道德风险和降低制度风险的需要, 兼顾了制度效率与利益平衡。禁令滥用惩罚性赔偿机制, 是对权利人假借禁令申请牟取非法利益的现象进行法律规制, 以防止权利的滥用对制度本身的破坏, 通过严厉的经济制裁威慑禁令申请人的主观恶意, 有效救济被申请人的权益。禁令实施监督机制, 是落实所发布禁令内容

的一项必要的执行保障机制。禁令的作出一方面是对权利人利益的肯定和维护,另一方面也是对司法的一种考验。禁令发布后,如果没有得到有效的遵守和执行,必然造成对禁令申请人的重复伤害,损害司法的权威。在设置这些与知识产权禁令相关的配套机制时,同样应借鉴知识产权禁令制度的类型化构建模式,以实现与知识产权禁令制度的良好配合与衔接。

三、中国知识产权禁令类型化的基本路径

(一) 总体思路

与概念式的思考不同,类型化方法在思考维度上呈现出明显的双向性。一方面,它是对抽象概念等“元叙事”的进一步区分和演绎,表现为一种具体化的精致思考;另一方面,它更是对生活要素和具体个案的提炼与归纳,体现为一种抽象化的概括思维^[10]。从这个角度而言,类型化是介于抽象化和具体化之间的一种思维方法。类型化方法最本质的特征在于其以事物的根本特征为标准对研究对象进行类属划分,它并不追求研究对象的所有特征与分类标准达到完全契合,而只需要其核心特征保持一致即可。

根据类型化的基本原理,知识产权禁令可以从纵向和横向两个维度来进行类型化。纵向维度以知识产权禁令的本质特征和组成要素为发展主线,是为了使类型内部形成层次序列,即在母类型的框架内通过相似构成要素的整合,相异要素的分离,对母类型再类型化,演绎出更多的子类型。如果把知识产权禁令作为类型化的对象,以知识产权禁令的根本特征进行归类后形成的结构便是“母类型”。在此基础上,对组成知识产权禁令的各要素诸如主体、客体、内容、条件、对象和范围等等,再进行一定方式的分类与整合,从而形成一个个“子类型”。反过来,以此种“结构或要素上的关联”为线索,也可以向上抽象出母类型,再将此母类型与其他类型相权衡,进一步抽象出母类型的上位类型^[11],比如对知识产权禁令往前推进,可以延伸出“禁令”。横向维度的类型化实质是在纵向维度中自然形成的,上述相邻的诸多“子类型”之间在结构要素上既有相似相通之处,又存在明显的差异特征,由此构成类型轮廓内的关联并列。横向维度重在发现和维持类型内各部分的意义关联,通过彼此良好的协调与衔接促成类型化整体目的的实现。在上述两个维度的进程中,“维护公共利益”的立法目的以及“积极与谨慎并重”“当事人利益平衡”的立法原则作为类型的“中心价值”,始终引导知识产权禁令的类型化,以

诠释和彰显其中所蕴含的法律意义。

(二) 具体步骤

在前述总体思路的统领下,知识产权禁令类型化的具体步骤分为以下三个层次:一是统一知识产权禁令的术语表达方式;二是划分知识产权禁令的类型;三是确定知识产权禁令制度的性质。这三部分是彼此承接而进行的,只有统一规范知识产权禁令的术语表达方式,才能对其进行类型划分;只有对知识产权禁令进行了类型划分,才能准确界定知识产权禁令制度的性质;在准确界定知识产权禁令性质的基础上,才能合理选择中国知识产权禁令制度的立法模式并对其进行制度重构。

1. 统一知识产权禁令的术语表达方式

要终结禁令制度在中国知识产权法律体系中的混乱局面,首要的问题是统一法律条文中的术语表达方式,明确界定概念的内涵。该术语不仅在民事诉讼法中应作出统一界定,在知识产权法中也应同步予以引用。那么究竟是保留“责令停止侵权行为”的传统说法,还是接受“禁令”这一全新的表述方式呢?笔者认为,为与国际社会接轨,同时考虑实践中概念的接受程度和使用频率,立法可以采用“禁令”这一术语。因为“责令停止侵权行为”的说法是站在司法机关的角度而言,有种司法主动干涉私权的嫌疑,而“禁令”的表述则体现的是司法的被动性,不诉不发,是否启动取决于当事人自己。具体而言,禁令可以定义为“司法机关根据当事人的申请或案件审理情形发出的要求被申请人必须为或者不得为一定行为的命令”^⑤。在此基础上,再根据主流的分类标准,对每一种类型的禁令概念进行具体界定。

2. 划分知识产权禁令的类型

“法律为一秩序,特重分类,藉以显示其价值判断上的统一性。因此,分类是否精密,足以反映对研究客体认识的程度、逻辑思想严密与否,不可等闲视之。”^[12]就法律上的类型而言,分类的标准有两个:即“相关性”和“紧密性”。相关性主要是指所划分事物与相关法律规范之间的联系;紧密性是指对事物的划分应选择与它联系最密切的类别,特别是当存在几种划分可能性时,紧密性成了最终决定的因素^[13]。

按照相关性和紧密性的要求以及根据中国一贯的立法传统和司法实践,同时借鉴美国“禁令三分法”^⑥,宜从发布禁令所处的诉讼阶段角度,将知识产权禁令划分为诉前禁令、诉中禁令和永久禁令三种类型。诉前禁令,是指法院根据当事人的申请,在诉讼开始之前发出的要求被申请人为一定行为或不为一定行为的命令。诉前禁令须在诉讼之前提起,且只能根据当事

人申请而作出, 法院不得依职权裁定; 申请诉前禁令, 申请人必须提供担保, 并在规定的期限内向法院提起诉讼, 超过起诉期限, 诉前禁令自动解除。诉中禁令, 则是在提起诉讼时或诉讼过程中, 法院根据当事人申请或案件审理需要发出的一种命令。对于诉中禁令, 申请人提供担保并不是必须条件, 人民法院可以视案件具体情形责令申请人提供担保, 不提供的予以驳回。永久禁令, 是指在案件审理完成之后, 法院根据案件审理结果和对侵权人再次侵权可能性的综合考量, 所作出的要求侵权人未来为或不为一定行为的一种命令。永久禁令作为最终判决的一部分, 当事人可以作为诉讼请求提出申请, 法院也可以根据案件具体情形依职权作出判决。当然, 永久禁令的效力也并非永久存续。例如, 美国的“终局禁令”对于特定行为进行限制时也可以附有一定的期限, 这一规定符合知识产权保护时效性的要求, 值得我们借鉴。

3. 确定知识产权禁令制度的性质

中国现行知识产权禁令制度中存在的指导思想有误、类别单一、程序模糊等问题都可以通过细化禁令的类型、重新认识禁令制度的价值予以克服, 而类别细化的必要性和依据则是不同类别的禁令具有的不同价值功能^[14]。

知识产权诉前禁令和诉中禁令实质是一种行为保全措施, 属于民事诉讼保障制度的内容, 故其性质为程序法规范。另外, 申请诉前禁令和诉中禁令是当事人的一项诉讼权利, 故应由民事诉讼法对其程序和实体规则作出详尽安排, 在民事诉讼的程序保障体制内实现救济。由实体法回归到程序法, 是知识产权临时禁令制度的发展趋势, 从司法实践来看, 将其上升为普遍适用的程序制度, 既是立法完善的需要, 也是保护当事人利益的必然结果^[15]。

而知识产权永久禁令作为知识产权侵权的责任承担方式之一, 其性质为实体法规范, 需要在侵权责任法和知识产权法中明确权利人可以向法院申请永久禁令救济。根据民法基本原理, 法律制度赋予特定关系中的当事人以两种权利和义务: 一般的权利义务分配为第一权利即原权利, 如民法上的所有权、人身权、知识产权等; 而相应的民事责任及责任承担方式, 如停止侵害、恢复原状、损害赔偿等, 则为第二权利, 属于救济权或请求权的范畴^[16]。救济权由原权利派生而来, 是在原权利受到侵害或有受侵害之虞时而发生的权利。永久禁令作为最终判决的组成部分, 是原告基于知识产权这一原权利而享有的实体请求权, 当事人可以作为诉讼请求提出申请, 法院也可以根据案件审理结果自主作出判决。

法律体系是一个内在协调的有机整体。尽管知识产权法与民事诉讼法分别属于相对独立的两个法律部门, 知识产权法侧重于实体权利的授予与表彰, 民事诉讼法则擅长于权利实现的程序设计与建构, 但两者并不截然分离。应当将两部法律有机结合起来, 由知识产权法负责禁令实体权利的指引, 民事诉讼法规范禁令程序规则的运作, 实现其内容的和谐一致和有机联系。这样的知识产权禁令制度才能在立法体系中获得准确而清晰的定位, 也将更有利于实现其制度价值和功能。

四、类型化视角下四元层级立法模式的选择

(一) 类型化视角下立法模式选择的基本要求

一项法律制度立法模式的选择是一个极为复杂的过程, 需要综合考虑多方面的评价观点, 权衡协调各方面的利益关系。从类型化的视角来看, 知识产权禁令制度的立法模式应符合下述要求。

1. 立法过程的价值导向性

知识产权禁令制度立法模式的选择过程同时也是法律价值的选择过程。通过类型化过程中的价值思考[®], 沟通知识产权禁令制度的事实与价值领域, 对制度之上的价值进行取舍权衡。知识产权禁令制度的立法目标究竟是倾向于保护私权还是侧重于促进公益, 这是立法者在设计法律制度体系时必须考量的因素。

2. 立法体系的开放性

社会生活的不断发展带来新行为的层出不穷, 为灵活应对复杂多变的社会现象, 制度体系的开放设计和弹性构建是必然要求。类型化视角下知识产权禁令制度立法体系应该是开放性的[®], 可以进行适当的伸缩和调整, 即这个体系应该随实践的发展而动态变化, 以剔除陈旧, 接纳先进, 从而保证知识产权禁令制度的救济功能能够良好持续地发挥。

3. 立法构造的相容性

按照类型化的要求[®], 一个成功的立法模式的选择应该与既有的立法体系实现彼此融合, 并能在此基础上进行充分完善。在现有的三元立法模式下重新选择知识产权禁令制度的立法构造, 一方面必须尊重原有的立法事实和立法成果, 对其作出适当的评价; 另一方面也要有所突破和创新, 不能局限在原有的立法结构内自我封闭, 这是选择立法模式时所要实现的目标。

(二) 四元层级立法模式的具体建构

一项重要法律制度的确立, 一般而言应有三个层

级的法律规定,即基本立法——单行法律——司法解释。以往中国的知识产权禁令制度,只存在于知识产权单行法律法规和相关的司法解释中,缺乏与上位法的有效衔接。2012年民事诉讼法修改后,将诉前行为保全措施写入法条,确立了中国整个民事诉讼领域的诉前禁令制度。因此目前在知识产权领域,禁令制度的立法建构也呈现出了新的特点,形成了“基本程序法+单行实体法+司法解释”的三元结构。基本程序法为《民事诉讼法》,单行实体法是《专利法》《商标法》和《著作权法》,司法解释则为《关于对诉前停止侵犯专利权行为适用法律问题的若干规定》《关于诉前停止侵犯注册商标专用权行为和保全证据适用法律问题的解释》和《关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》。

为构建一个立法层次清晰、制度协调统一的知识产权禁令法律规范体系,需要利用类型化方法对现行知识产权禁令立法进行一定的分化与整合。笔者建议,宜采用“民事诉讼法+侵权责任法+知识产权单行法+司法解释”的四元层级立法模式。

首先,在《民事诉讼法》第九章“保全和先予执行”中,将“保全”和“先予执行”分设为两小节,在第一节“保全”中分别规定财产保全、行为保全和证据保全。其中,行为保全即为“临时禁令”,应区分诉前临时禁令和诉中临时禁令,并在不同的诉讼阶段适用不同的实体和程序规则。

其次,“永久禁令”应在《侵权责任法》第二章“责任构成和责任方式”中做出规定。因为《民事诉讼法》是程序法,不涉及具体的民事责任承担形式,宜在《侵权责任法》第15条中增设“永久禁令”这一责任形式,与“停止侵害”责任相互区别和补充^⑪,并为确立知识产权永久禁令提供上位法依据。此外,“我国《侵权责任法》第15条规定的八种责任形式,在内容上存在一定的交叉,在保护目的上也极为迥异,虽然都能纳入保护民事权益的大原则,但保护的目的是方向如果不清楚,必然会在逻辑和适用上带来混乱。”^[17]因此,为避免该种情形的出现,今后新出台的《侵权责任法》司法解释还需细致区分每一种侵权责任承担方式的适用范围及适用程序,尤其是要明确“永久禁令”与“停止侵害”这两种责任承担方式的具体适用情形。

再次,在知识产权三部单行法律即《专利法》《商标法》和《著作权法》中,应统一禁令制度的条文表述和章节定位。2008年修订的《专利法》在第七章“专利权的保护”第66条中规定了诉前禁令的内容,2013年修改后的新《商标法》第七章“注册商标专用权的保护”第65条与专利法第66条几乎相同^⑫。唯一的

不同之处在于,《商标法》将诉前禁令和诉前财产保全放在一起表述,而《专利法》在条文中只单独规定了诉前禁令,没有规定诉前财产保全^⑬。2010年修订的《著作权法》在第五章“法律责任和执法措施”第50条对诉前禁令予以了规定^⑭,但在最新的著作权法修改草案(第三稿)中,则被移至第七章“权利的保护”第80条。不得不说,这种看似巧合的安排,实际上验证了知识产权禁令制度立法上的统一趋势。我们建议,在这三部知识产权法律中,不仅在“权利保护”一章要有“诉前禁令”的条款,紧接着这一条款还需另设条款规定“诉中禁令”。至于“永久禁令”,则宜在“法律责任”条款中作为民事侵权责任承担方式的一种加以规定。

最后,根据修改后的《专利法》《商标法》和《著作权法》,应该出台专门的《关于知识产权禁令适用法律问题的若干规定》的司法解释,进一步完善知识产权禁令制度的实体内容和程序规则,统一对知识产权领域的诉前禁令、诉中禁令和永久禁令进行细化规范和补充解释,使该制度与知识产权诉讼有机衔接,在司法审判实务中能够灵活操作和良好运行。

五、类型化视角下审查标准和程序规则的完善

知识产权禁令的划分、制度性质的定位以及立法模式的选择,为知识产权禁令制度的类型化构建提供了操作的模型和空间。知识产权禁令制度构建的最终落脚点在于实体审查标准的确立和程序规则的完善。

(一) 确立实体审查标准

针对中国知识产权禁令制度审查标准过于粗糙且单一笼统的问题,中国知识产权法律须在条文中明确知识产权禁令的实体审查标准,同时要注意,对于不同的禁令类型,其审查标准应有所区别,严格程度逐步递进,体现等级式差异。

1. 知识产权诉前禁令

知识产权诉前禁令一般是在申请人非常紧急的情况下提出的,法院也必须在极短的时间内作出是否给与禁令的裁定。出于及时救济权利的需要,法律不应规定过于严格的审查条件,只要申请人提供时间紧迫、可能发生不可弥补的损害的初步证据,法院即可发布禁令。即申请人只要提供表面上确凿的证据来证明自身拥有的知识产权的有效性^⑮和侵权行为的现实存在性,以及向法院证明自己已经努力通知了对方停止侵权行为。放宽诉前禁令审查要求的另外一层意义是,防止案件走“未审先判”的错误路线。考虑到在实践

中诉前禁令发布以后, 很多申请人其实并没有提起诉讼或当事人在诉前就已经达成和解, 使得诉前禁令最终得以解除, 因此过于细致的审查也是对司法资源的一种不必要的浪费。

2. 知识产权诉中禁令

知识产权诉中禁令, 可在案件进入诉讼程序后由诉前禁令转化而来, 也可在诉讼阶段单独提起, 此时双方当事人都有机会提供证据并有机会进行交叉质证, 并就争议问题进行法庭辩论, 同时权利救济相比诉前来说也没那么紧迫。因此, 为了平等地保护被申请人的利益, 法院必须对原告的禁令申请作细致的审查, 对此可以借鉴美国关于初步禁令的“四要素检验标准”, 严格考察这四个条件: ① 胜诉的可能性; ② 造成不可挽回的损失的可能性; ③ 衡量双方当事人利益; ④ 顾及社会公共利益^[6]。胜诉可能性需要申请方提供一定证据来证明知识产权遭受了直接侵权, 即必须证明至少有一项知识产权人享有的专有权利遭到了侵权^[18]。对于不可挽回的损失, 一般情况下只要确认了知识产权的有效性和侵权行为的存在, 法院即可以推定损害难以弥补; 特殊案件中, 还得结合原告申请知识产权禁令的及时性以及金钱赔偿弥补损失的可能性, 细致考量禁令救济是否必要。当事人利益平衡, 需要法官充分考虑采用知识产权禁令将给被申请人带来的损害, 权衡双方之间的利益轻重, 以确定申请人的权利价值是否值得发布禁令。顾及社会公共利益, 即禁令的作出是否会侵害社会公众的既得利益和预期利益。只有在以上四个条件都符合的情况下, 法院才能考虑发布诉中禁令。

3. 知识产权永久禁令

至于知识产权永久禁令, 法官审查的关键因素集中于两点: 一是判决时被告的侵权行为是否仍在继续以及将来再次侵权的可能性; 二是发布永久禁令是否会对公共利益造成极大损害。第一点是衡量发布永久禁令的必要性和可行性, 第二点则是基于知识产权的公共属性和知识产权立法目的进行考量。对于已经认定构成侵权且具备再次侵权可能性的情形, 例如实践中经常出现的知识产权大规模侵权、重复侵权等恶性侵权行为, 原则上应判决永久禁令。只有少数涉及保护公共利益的案件才可以拒绝这样判决, 但侵权人应当赔偿已经实施的行为及将要继续实施的行为给知识产权人造成的经济损失^[19]。

(二) 完善程序适用规则

在我国, 禁令存在的主要缺陷正是缺乏程序正义理念, 导致当事人的程序参与资源分配不均。^[20]对于不同的知识产权禁令类型, 其程序规则完善的侧重点

也应有所不同。

1. 知识产权诉前禁令

知识产权诉前禁令应规定通知询问程序。虽然法官在裁定发布诉前禁令时无须严格进行实体审查, 但通知询问程序是必须的, 任何人在获得对自己不利的裁决前, 都应有被告知裁决事项和对此进行反驳的权利, 这是现代法治社会秉承的基本理念。因此诉前禁令在申请受理后裁决做出前, 法官应在此阶段及时合理地通知被申请人, 必要时对其进行询问, 尽量在保证救济效率的前提下兼顾公平公正, 降低发布错误禁令的可能性。

2. 知识产权诉中禁令

知识产权诉中禁令应引入事前听证程序^[17]。知识产权禁令应适用积极且审慎的原则, 在中国知识产权诉中禁令中引入听证程序有利于对禁令的滥用行为进行规制, 这是被申请人程序参与权的体现, 同时也有利于保证禁令裁定的公正性。因此, 法官在发布禁令之时, 应充分听取被申请人的意见, 建立有利于实现申请人与被申请人利益平衡的系统的听证制度, 保障公平正义的实现^[21]。听证程序中必须引入辩论原则, 通过双方当事人辩论, 既给了被申请人以申辩的机会, 亦能防止申请人权利滥用, 有利于法官在清楚了解案件的实体法律关系后做出正确的裁决^[22]。

3. 知识产权永久禁令

知识产权永久禁令应强调改革禁令执行程序。知识产权诉前和诉中禁令裁定作出后, 法律规定应该立即执行, 如果被申请人不服可以申请复议, 复议期间不停止执行。知识产权永久禁令是以实体判决的形式作出, 此时经过漫长的诉讼程序, 权利人更渴望判决结果得到迅速的执行。在我国“审执分离”的制度前提下, 案件的审判与执行是分开的, 往往导致执行难问题。同时因为永久禁令是以判决的形式作出, 当事人不服判决时可以提起上诉, 上诉期间知识产权侵权事实和侵权责任仍然处于不确定状态, 权利人不得不继续忍受侵权带来的损失直到终审判决。改革禁令执行程序, 应以知识产权永久禁令得以顺利有效执行为根本落脚点。

除此之外, 设置禁令转化程序对于有序衔接禁令类型和诉讼过程也很有意义。例如, 美国《联邦民事诉讼规则》第65条第2款规定, 原告必须在临时限制令的有效期限内提出初步禁止令的请求, 由法院决定是否给予。法院如果决定发布初步禁止令, 临时限制令的事项就转为初步禁止令事项; 如果法院拒绝下达初步禁止令, 则临时限制令自动解除。在法院最终判决时, 如果仍有禁止被告侵权的必要, 初步禁止令则以

永久禁令的形式,成为判决书的内容之一。因此,诉前禁令、诉中禁令以及永久禁令,可以在不同的诉讼阶段提起,各自保持独立性,但从诉讼效率角度衡量,允许其相互转化并无妨碍,甚至更有意义。

注释:

- ① 《中华人民共和国专利法》(2000年修订)第61条、《中华人民共和国商标法》(2001年修订)第57条以及《中华人民共和国著作权法》(2001年修订)第49条规定,即发侵权情况下当事人可以在诉前申请法院责令停止侵权行为,这是中国知识产权禁令制度最早的法律依据。2001年颁布的《最高人民法院关于对诉前停止侵犯专利权行为适用法律问题的若干规定》和《关于诉前停止侵犯注册商标专用权行为和保全证据适用法律问题的解释》,细化了禁令的具体规定,使该制度更具执行性。自此,知识产权纠纷中开始出现禁令案件。
- ② “上述司法理念导致了法院对禁令持更加审慎的态度,各地法院对诉前禁令的适用极为谨慎,在审查及担保要求上更加严格,诉前禁令的适用越来越低,这就严重影响了禁令制度本来应有的功效。”参见王鸿.关于知识产权保护诉前临时禁令制度的思考,中国发明与专利,2014(2): 91.
- ③ “由于禁令制度在我国还处于完善阶段,实践经验难以与发达国家相比,所以,仍应对禁令采取严格的审查标准,但可适当借鉴国外成熟的经验。”参见胡充寒.我国知识产权诉前禁令制度的现实考察及正当性构建,法学,2011(10): 151.
- ④ “类型化方法是德国人文社会科学方法论之父马克思·韦伯提出的现代人文与社会科学的基本方法论范式,它通过建立‘理想类型’这种基本概念进行社会研究,构建社会理论。”参见吴晓.论类型化方法对宪法学研究的意义.政法学刊,2006(1): 40.
- ⑤ 美国法律中对禁令的定义是:禁令是指“法庭要求实施某种行为或禁止实施某种行为的命令”。See Bryan Garner Black's Law Dictionary. West Publishing Co.2009.9th.p.855.
- ⑥ 国际上最典型和最有趣的分类是美国的“禁令三分法”,即将禁令按产生程序不同分为临时限制令(Temporary Restraining Injunction)、初步禁止令(Preliminary Injunction)、终局禁令(Permanent Injunction)三种。
- ⑦ “类型从某种意义上讲就是一个系统、一个模型。类型是由要素结合成的,类型与要素是整体与部分的关系,类型并不是要素的简单堆积和拼凑,而是由若干要素有机结合所达成的,具有新的质的规定性的系统。要对一个类型进行完整的说明,就必须对组成该类型的要素进行逐一分析,并在此基础上妥当地把握各要素之间的有机联系,以便最后将各要素合并以观,形成该类型的‘整体形象’。”参见杜宇.再论刑法上之“类型化”思维.法制与社会发展,2005(6): 112.
- ⑧ “类型化本身是一种价值导向型的思考程序,与抽象概念采取的‘价值中立’理念不同,类型化思维始终与价值的判断结合在一起,总是试图维持其与指导性价值观之间的联系,所有被考量的因素都直接投向于促成整体的中心价值。”参见[德]卡尔·拉伦茨.法学方法论.陈爱娥译.北京:商务印书馆,2003: 101.
- ⑨ 类型化是一个开放性的过程,它并不试图像概念那样去完整地阐释对象的所有特征,而是通过揭示其核心特征以及内部要素的关联程度,构建一个可以包容相异要素的结构模型。
- ⑩ 抽象概念为模型的建构提供了逻辑演绎的前提,但仅仅抽象概念本身尚不足以提供可操作性的规范和行动模式,它还必须进行某种具体化的改造和扩充。此种必要的改造需要类型化来完成

成,经由这一过程,原则和抽象概念将更为细致化、丰满化。通过对系统内部各要素的逐一分析和把握,构建出彼此紧密联系并且切实可行的规则,与现有的体系相融合,模型本身也由此具有了可执行性和可应用性。

⑪

这里需要解释说明一下,曾有学者提出,将停止侵害责任的适用条件限于侵害行为的存续,对知识产权、人身权的防御性救济是不充分的,有扩张适用的必要,以预防有再次发生可能的侵权行为。(参见贾小龙.停止侵害与专利侵权预防——以侵权行为的再次发生为视角.特区经济,2012(7): 250.)另外还有学者提出可以将侵权责任法中的“停止侵害”“排除妨碍”和“消除危险”三种责任承担方式整合为“停止侵害禁令”,以充分发挥侵权责任法第一条规定的预防功能。(参见赵东.停止侵害禁令及其请求权基础.西南民族大学学报(人文社科版),2010(5): 123.)对此,笔者认为,侵权责任法中的“停止侵害”与此处的“永久禁令”并不是一回事,在我国民法理论上,停止侵害责任不能适用于有发生之虞的侵权行为,“停止侵害”针对的是现实的侵权行为,适用该责任的前提是侵权行为在判决时仍然存在;而“永久禁令”则是针对未来的侵权行为,强调被告再度侵权的可能性。因此相对而言,增设“永久禁令”这一责任形式更为合理些。

⑫

2013年修订的商标法第六十五条规定:“商标注册人或者利害关系人有证据证明他人正在实施或者即将实施侵犯其注册商标专用权的行为,如不及时制止将会使其合法权益受到难以弥补的损害的,可以依法在起诉前向人民法院申请采取责令停止有关行为和财产保全的措施。”

⑬

2008年修订的专利法第六十六条第一款规定:“专利权人或者利害关系人有证据证明他人正在实施或者即将实施侵犯专利权的行为,如不及时制止将会使其合法权益受到难以弥补的损害的,可以在起诉前向人民法院申请采取责令停止有关行为的措施。”2000年的专利法第六十一条曾经规定过财产保全,后来在2008年修改时又删除了。

⑭

2010年修订的著作权法第五十条第一款规定:“著作权人或者与著作权有关的权利人有证据证明他人正在实施或者即将实施侵犯其权利的行为,如不及时制止将会使其合法权益受到难以弥补的损害的,可以在起诉前向人民法院申请采取责令停止有关行为和财产保全的措施。”

⑮

在著作权案件中,申请人只需提供著作权登记证明即可。例如,美国1976年版权法第410条第3款规定:“在任何司法程序中,作品发表前或首次发表后五年内签发的登记证书,应构成版权和证书中所述事实有效的初步证据。”

⑯

See eBay Inc. v. Merc Exchange, L.L.C., 547 U.S. 391 (2006).

⑰

See generally Computer Assocs. v. Altai, Inc., 982 F.2d 693 (2d Cir. 1992).

参考文献:

- [1] See Jay P. Kesan, Andres A. Gallo. Why “bad” patents survive in the market and how should we change?—the private and social costs of patents [J]. Emory Law Journal, 2006(55): 61-140.
- [2] 施高翔. 中国知识产权禁令制度研究[M]. 厦门: 厦门大学出版社, 2011.
- [3] 施高翔, 齐树洁. 我国知识产权禁令制度的重构[J]. 厦门大学学报(哲学社会科学版), 2011(5): 83.
- [4] 谢晓尧. 在经验与制度之间: 不正当竞争司法案例类型化研究[M]. 北京: 法律出版社, 2010: 序言.
- [5] [德]卡尔·拉伦茨. 法学方法论[M]. 陈爱娥译. 北京: 商务印

- 书馆, 2003: 355.
- [6] 吴从周. 论法学上之“类型”思维[C]// 法理学论丛——纪念杨日然教授学术论文集. 台北: 月旦出版社, 1997: 302.
- [7] 黄建中, 滕海军. 刍议中国知识产权请求权[EB/OL]. <http://old.chinacourt.org/html/article/200911/11/380633.shtml>, 2014-05-03.
- [8] 陈华荣. 禁令在职业体育中的适用范围[J]. 体育科学研究, 2008(1): 8.
- [9] 沈达明. 比较民事诉讼法初论[M]. 北京: 中国法制出版社, 2002: 247.
- [10] 杜宇. 再论刑法上之“类型化”思维[J]. 法制与社会发展, 2005(6): 107.
- [11] 杜宇. 刑法体系构建的三种思路——兼论“类型”的体系形成功能[J]. 浙江社会科学, 2009(7): 51.
- [12] 王泽鉴. 民法学说与判例研究(第一册)[M]. 北京: 法律出版社, 2005: 300.
- [13] 王晨光. 法律运行中的形式推理模式[C]// 葛洪义. 法律方法与法律思维. 北京: 中国政法大学出版社, 2002.
- [14] 刘宇晖, 梁平. 我国知识产权临时禁令的价值反思与类别分化——以唯冠公司申请临时禁售 iPad 被驳为例[J]. 知识产权, 2012(9): 33.
- [15] 钱颖萍. 从知识产权保护的临时禁令到行为保全制度的构建[J]. 电子知识产权, 2008(3): 33.
- [16] 范愉. 权利救济与多元化纠纷解决机制简议[J]. 广东行政学院学报, 2008(1): 36.
- [17] 马勇. 论侵权责任方式之间的内在体系——解读《侵权责任法》第 15 条[J]. 中南大学学报(社会科学版), 2013(2): 84.
- [18] Mark A. Lemley, Eugene Volokh. Freedom of speech and injunctions in intellectual property cases [J]. Duke Law Journal, 1998, 48(2): 147-242.
- [19] 杨涛. 知识产权法中停止侵害救济方式的反思与完善[J]. 知识产权, 2014(3): 84.
- [20] 杨涛. 我国知识产权临时禁令制度的现实困境与立法完善[J]. 知识产权, 2012(1): 67.
- [21] 卢海君, 邢文静. 知识产权禁令救济——法理解析、制度创新与立法完善[J]. 电子知识产权, 2013(3): 75.
- [22] 邓卓. 论我国知识产权禁令制度的完善[J]. 知识产权, 2013(9): 59.

The reconstruction of China's intellectual property injunction system from a typisierung perspective

HE Lianhong, DENG Xinxin

(Law School, Central South University, Changsha 410083, China)

Abstract: A series of problems have been in existence in China's intellectual property injunction system for the lack of typed thinking and systematic building. For instance, the conceptual expression of injunction is not rigorous; some types of injunction are missing and its nature is unclear; the legislation system is chaotic; hypostatic review standards and procedure rules are not perfect, etc. Reconstructing China intellectual property injunction system from a typisierung perspective is beneficial to progressively perfect the intellectual property injunction system within the current legal structure. China should categorize the intellectual property injunction, properly position the nature selection of the legislative mode of four level which combine civil procedure law, tort liability law, intellectual property law and judicial interpretation as well as clear the entitative examination standards and the rules of procedure.

Key Words: intellectual property injunction; typisierung; legislation model; entitative examination standards; rules of procedure

[编辑: 苏慧]