

从“诉前临时禁令”看我国行为保全制度的建立和完善 PDF
转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E4_BB_8E_E2_80_9C_E8_AF_89_E5_c122_483252.htm 2000年8月25日，第九届全国人大常委会通过了专利法修改决定；2001年10月27日，商标法和著作权法的修改决定也相继通过。最近，我国的知识产权法律围绕着与国际接轨、增强权利保护和促进科技创新的宗旨进行了一系列修改，进一步完善了我国的知识产权法律制度。这三部新修订的法律都增加了“诉前临时禁令”的规定。专利法第61条规定：“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其专利权的行为，如不及时制止将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在起诉前向法院申请采取责令停止有关行为和财产保全的措施。”随后修订的商标法和著作权法也分别在第57条和第49条作了类似的规定。专利法、商标法和著作权法所规定的“诉前临时禁令”突破了我国民事诉讼程序中保全的客体仅限于财产和证据的局限，开创了行为保全制度的先例。江苏省南京市中级人民法院日前已受理了我国第一例诉前停止侵犯专利权行为的申请，并成功地启动“临时禁令”，在起诉之前制止侵权，有效保护了权利人的合法权益。本文拟分析我国知识产权领域设立“诉前临时禁令”的原因，并结合外国相关制度对我国行为保全制度作初步的探讨。一、我国设立“诉前临时禁令”的原因探析 在注重法治文明的现代社会，一项法律制度的存废往往是立法者针对社会管理的需要而做出的抉择，当然这个抉择的结果必定在一定程度上体现了立法者的价值取向。因此对法律制度存废原因的探讨将

有助于解读该项法律制度的社会效应(包括正面效应和负面效应),从而多角度地对该法律制度进行研讨。笔者认为,“诉前临时禁令”在我国知识产权保护领域的出现主要基于以下原因:(一)进一步和TRIPS协议相一致,为加入WTO做准备是我国设立“诉前临时禁令”的直接原因。从我国知识产权法律修改的时间看,它是以中国即将加入WTO为时代背景的。在WTO的框架内,知识产权保护被视为WTO的三大支柱之一,在本届多哈会议最后通过的文件中就有关于知识产权的内容。“与贸易有关的知识产权协议”,即TRIPS协议第41条要求各国执法程序应允许采取反对侵权行为的有效措施,包括迅速的救济,并规定在下列两种情况下必须有临时措施:一是需要制止任何侵权行为的发生和制止侵权商品进入商业渠道,包括制止刚由海关放行的进口侵权商品进入国内商业渠道;二是为保存被指控的侵权的相关证据。TRIPS协议所规定的内容是WTO各成员国必须采取的对知识产权保护的最低要求,各国可以在此基础上加强对知识产权的保护力度,但不能低于TRIPS协议的要求。我国执法程序中原无这种诉前可以责令停止有关行为的制度,为了履行国际法律义务,为知识产权与贸易提供安全、有效和优质的法律服务,行为保全制度在我国知识产权领域应运而生。(二)知识产权价值的特性是我国设立“诉前临时禁令”的重要原因。知识产权保护的是人类的创造和创新精神,而创造和创新是科学,是经济,也是社会发展的动力;因此知识产权作为一种无形财产,其价值越来越受到重视。知识产权的价值具有时间性的特点,任何对其保护的拖延都会给权利人带来重大甚至是难以弥补的损失。这突出表现在以下两个方面:第一,各国对知

识产权的保护都有期限规定，因此当权利人历经数月甚至数年的诉讼最终取得胜诉判决时，知识产权的期限可能已经届满。即使该权利仍在法律保护期限内，但在科技日新月异的今天，历经漫长的诉讼后原有的专利技术极可能已经被更先进的技术所取代。第二，知识产权的价值是通过物化为商品或者服务来体现的，这就存在一个消费习惯的问题。当侵权产品在诉前及诉讼过程中大量充斥市场时，消费者已逐渐认可了侵权产品，形成消费习惯。消费者不会因为法院的一纸判决而在一夜之间改变自己的消费习惯，尤其是在侵权产品或服务本身的质量并不低于权利人的产品或服务的情况下。这种潜在的市场争夺不是用金钱上的损失赔偿就可以补救的。因此知识产权侵权案件不同于一般的民事侵权案件，它不能过分强调损害结果的实际发生，如果只对损害已经发生的情况才给予法律救济可能会造成无法挽回的后果。

(三)法律观念的转变是我国设立“诉前临时禁令”的根本原因。现行的法律规范基本上是行为模式和法律后果的结合。现行的公式纠纷处理机制是由专门的司法机关依据法律就双方当事人纠纷的事实做出公权性判断，并通过强制执行制度将法律判断现实化，使当事人的实体权利得以实现。从现行法律规范的模式和纠纷处理机制不难看出，我们习惯于把法律定位为解决纠纷的依据，并侧重依靠事后救济及事后救济的威慑力来保护主体权利的实现。随着社会的进步和发展，人们逐渐意识到事前预防比起事后救济更具优越性。这是因为：第一，司法机关的事后救济成本过高，从经济利益衡量“胜诉”并不等于权利得到确实保障。第二，给付金钱以外的某些权利难以通过事后救济的损害赔偿得以完全实现，知识产权就

是其中典型的一类。这种从事后救济为主到重视事前预防的法律观念的转变，正是针对“即发侵权”的行为保全制度得以产生的根本原因。

二、他山之石：国外相关制度简介

(一) 英国 关于行为保全，英国是通过衡平法上的中间禁令(interlocutory injunction)来规范的。中间禁令是相对于在案件审理终结后做出判决或者裁决的最后禁令而言的，它通过禁止当事人一方做某一些事或采取某一些行为来达到在诉讼过程中保持现状的目的。中间禁令广泛适用于有关侵犯“商业秘密”、“机密资料”和侵犯知识产权的争议，并由衡平法院管辖。在英国申请中间禁令须符合以下两个条件：一是申请人有一个英国法院管辖的诉因；二是申请一般应在出了告票之后才能提出，但在紧急情况下法院会在申请人保证在合理期限内出告票的条件下给予中间禁令。至于“合理期限”究竟为多长，不同的判例规定不同。一般而言申请人是以“誓词证据”提出申请，法院要给予被申请人申辩的机会，只有在给予被申请人申辩机会对申请人不公平，并由申请人向法院保证如果发现禁令不应做出时可赔偿被申请人遭受的损失的情况下才允许申请人以“一面之词”(ex parte)向法院提出申请。法院对“誓词证据”的要求低于定案证据的要求，允许有传闻证据。值得一提的是，20世纪90年代之后，英国通过一系列判例弱化了申请条件之一，扩大了中间禁令的适用范围，现在英国法院即使没有实质管辖权，也可以通过中间禁令去支持或辅助外国法院的仲裁或诉讼。

(二) 德国 德国《民事诉讼法》第八编第五章规定了假扣押和假处分两种保护债权人利益的保全性措施。假扣押是为了保全根据金钱债权或根据可以换成金钱债权的请求权对动产或不动产的强制

执行，类似于我国的财产保全制度。有关行为保全体现于德国民事诉讼法940条：“因避免重大损害或防止急迫的强暴行为，或因其他原因，对于有争执的法律关系，特别是继续性的法律关系，有必要规定其暂时状态时，可以实施假处分。

”假处分的具体内容由法院自由裁量，它包括但不限于命令对方当事人一定行为或禁止对方当事人为一定行为。假处分由本案法院管辖，在急迫情形下可以不经言词辩论做出裁判。假处分不同于假扣押，原则上不因对方当事人提供反担保而撤销。对于诉前提起假处分申请的，法院命令申请人在规定期间内起诉。德国民诉法关于假处分的规定有一个显著的特点，即强调假处分程序的独立性。虽然假处分是在第八编强制执行中规定的，但它并非执行程序，而是简化了的加速判决程序，其诉讼标的是要求担保之权利，而非债权本身，假处分的请求并不中断债权本身的时效，假处分的裁判对本案主诉程序也无任何的约束力。（三）日本 日本的民事保全包括为保全实现民事诉讼的本案权利的假扣押、有关系争事物的假处分和为确定民事诉讼的本案权利关系临时地位的假处分，它由专门的《民事保全法》调整。与我国行为保全相类似的是为确定民事诉讼的本案权利关系临时地位的假处分，根据日本《民事保全法》第23条第2款的规定，确定民事诉讼的本案权利关系临时地位的假处分适用于为避免所争执的权利关系给债权人造成显著的损失或紧迫的危险。虽然日本的民事保全程序与德国的规定相似，但日本的民事保全制度有专门的法规，更为全面、具体。它与德国假处分规定有如下不同之处：第一，把假处分进一步区分为应保全的权利足以接受金钱支付作为达到其权利行使之目的为限与应保全的

权利不足以接受金钱支付作为达到其权利行使之目的，对于前者法院允许债务人提存一定的金额停止执行假处分或撤销已执行的假处分。第二，对保全提出异议时，原因情况很明确或释明由于保全执行而有可能产生无法补偿的损失，在申请期间可以停止执行。第三，对保全申请不服的实行双重救济，即可以提出保全异议或撤销保全的申请，对保全异议或撤销保全的申请的裁判不服的还可以进一步提出保全抗告。

三、对我国行为保全制度的几点思考 我国的行为保全制度主要体现为专利法、商标法和著作权法中“诉前临时禁令”的规定。目前这三部法律对此各有一条原则性的规定，其具体操作的主要法律依据是最高人民法院2001年6月5日通过的《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》(以下简称《诉前停止侵权规定》)。从这个司法解释的内容看，我国借鉴了外国的先进经验，基本上搭起了行为保全制度的框架。譬如，考虑到如不及时进行行为保全的后果的严重性，法院简化了审理程序，对符合规定的申请在48小时内做出裁定；为了保护被申请人的利益还明文规定了申请保全的主体，要求申请人提供担保，规定申请人有推进诉讼的义务，允许被申请人对行为保全的申请提出异议。尽管如此，我国的行为保全制度仍有许多不足之处，笔者试结合上述三个国家的经验，提出建立健全我国行为保全制度的几个问题，以供大家共同探讨。

(一)关于行为保全的适用范围 第一，我国的行为保全只适用于知识产权的侵权案件。英国、德国和日本虽然在行为保全的具体做法上存在差异，但他们无一例外地都把行为保全定位为民事诉讼的程序之一，其适用范围不局限于知识产权的侵权诉讼。譬如德国的假处分就广

泛适用于对土地、已登记的船舶或建造中的船舶进行让与、设置负担或抵押。我国的行为保全制度却是在民事诉讼法无相关规定的前提下，在知识产权法律领域中率先建立的。因此，我们仅能将其认定为知识产权执法中特有的程序设置，不能适用于其他的民事侵权案件。但是，根据民法原理债可以分为财物之债和行为之债，财产保全和行为保全正是针对这两种债的履行的保全措施，因此行为之债都可以作为申请行为保全的基础，并非只有知识产权侵权诉讼才可以申请行为保全。而且实践中其他行为之债的履行也有进行行为保全的必要性，比如特定物的买卖，相邻权纠纷等都有赖于保全一方当事人的行为以保护另一方当事人权利的实现。第二，我国的行为保全只适用于无法用损害赔偿进行救济的情况。根据专利法、商标法和著作权法的规定，申请行为保全须具备如下要件：(1) 申请人有请求权。(2) 侵权行为正在发生或即将发生。(3) 如不适用行为保全将会给申请人带来难以弥补的损害。由此可见，我国的行为保全是着眼于对那些无法用损害赔偿救济的利益的保障。这与英国相似，英国Buckley大法官就曾经说过：如果原告在申请直至最后判决期间可能受到的损害可以用金钱赔偿，那么被告就不会被限制行为，除非有特殊情况。而日本在这一问题上则采取了不同的态度，日本法将假处分区分为两种：一是针对当事人的权利可以通过相对方当事人支付金钱完全实现的假处分，一是针对相对方当事人支付金钱不足以实现当事人权利的假处分。也就是说，行为保全的目的不仅包括保障无法以金钱赔偿进行救济的利益，还包括避免损失的扩大。日本的做法值得借鉴，因为行为之债的债权人的权利或许可以通过审理终结后的损害

赔偿来救济，但这样一来债权人就承担了对损害金额的举证责任，况且与财产保全旨在避免判决不能执行或难以执行相比，避免损失的扩大应是行为保全的本意所在。不久前，南京天地高科技股份有限公司起诉江苏省天行电力车辆有限公司侵犯其“大陆鸽”电动自行车设计专利的侵权官司刚审理终结，原告只要求被告停止侵权，并没有提出损害赔偿的诉讼请求，原告主要就是考虑到难以对损害金额提出证据加以证明。

(二)关于行为保全申请的审理问题 根据《诉前停止侵权规定》第9条，对行为保全的申请主要由法院依职权审查，只有在法院认为有必要对有关事实进行核对时才会传唤单方或双方当事人进行询问。也就是说行为保全裁定的做出原则上无须经双方当事人的口头辩论程序，这与英国、德国和日本只在特殊情况下才允许不经口头辩论做出裁定的做法不同。行为保全的目的在于防止侵权的扩大或发生，及时迅速应是行为保全的内在要求，所以跳过当事人之间的辩论而由法院依职权审查行为保全的申请，可以避免因时间上的延误而使行为保全失去意义。但是现代社会的诉讼是以公平与效率的统一为目标的，因此由法院单方审查固然能保证效率，但应该有配套制度保障公平，尤其是对被申请人的公平。首先，法律应该明文规定法院审查行为保全申请的标准。《诉前停止侵权规定》对此未做规定。笔者认为法院做出行为保全的裁定应符合以下原则：(1)现有的证据表明申请人胜诉的可能性很大。防止申请人利用该制度达到阻止被告正当行为的非法目的，避免申请不当造成不必要的损失。但是，申请人不需要证明侵权的损害结果已经实际存在，只要依现有的证据可以断定侵权的合理可能性即可。前文提及的全国首例适

用“诉前停止侵犯专利权行为”规定的案件中，南京中院是依据被申请人正在组织生产，准备向用户发货，申请人实体胜诉的可能性大作出行为保全的裁定的。(2)不适用行为保全将给申请人造成难以弥补的损害或者重大的经济损失。(3)不存在不适宜做出行为保全的情形，如采取行为保全会损害公共利益或第三人的合法权益。其次，在行为保全裁定的复议阶段设置听证程序。考虑到行为保全应该及时做出，在行为保全的审理过程中未给被申请人申辩的机会。当其对裁定提出异议时不能再只由法院单方审查，而应该设置听证程序，让双方当事人围绕适用行为保全是否正确充分举证、质证和辩论。这样的程序设置一方面可以及时采取行为保全，且在复议期间不停止执行，从而保护申请人的权利；另一方面在复议阶段给予被申请人充分申辩的机会，一旦发现裁定有误可以尽早撤销。(三)关于诉讼中能否适用行为保全的问题 上述三个国家的行为保全既可以在诉讼中提出申请，也可以在诉前提出。我国的专利法和商标法只规定了诉前申请行为保全，《诉前停止侵权规定》第19条进一步规定：专利权人或利害关系人向人民法院提起侵权诉讼时，同时提出先行停止侵犯专利权行为请求的，人民法院可以先行做出裁定。也就是说，起诉前和提起诉讼的同时均可申请行为保全，那么在诉讼过程中能否提出行为保全的申请？民事诉讼法没有规定，商标法、专利法及相应的司法解释也没有规定。笔者认为应该允许当事人在诉讼中提出行为保全的申请，因为从案件受理到纠纷的最后解决还有相当长时间，存在侵权行为的重复和侵权损害结果扩大的可能。通过上述对我国行为保全制度若干问题的探讨，不难发现许多问题的“症结”都在于行为

保全是民事诉讼的重要制度之一，而我国却未在民事诉讼法予以规范，这就必然造成行为保全的作用无法充分发挥，实践中许多问题无法解决。国外的行为保全已经经过长期的司法实践，各国不仅根据自己的国情和法律传统建立了较为完善的制度，而且对行为保全理论的研讨不断深入，比如德国学者早已关注“假处分本案化”的问题。我国传统的民事诉讼法理论一直将保全的客体局限于财产，对行为保全的重视不够，笔者希望本文能起到抛砖引玉的作用。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com