

智权的战争

——美国知识产权诉讼案例评述

余飞峰 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

知识产权的战争

——美国知识产权诉讼案例评述

余飞峰
著



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

智权的战争:美国知识产权诉讼案例评述/余飞峰著. —武汉:武汉大学出版社,2017.8

ISBN 978-7-307-19494-6

I. 智… II. 余… III. 知识产权—民事诉讼—案例—美国
IV. D971.23

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 174189 号

责任编辑:张欣 责任校对:李孟潇 版式设计:马佳

出版发行: **武汉大学出版社** (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷: 虎彩印艺股份有限公司

开本: 720 × 1000 1/16 印张: 9.5 字数: 193 千字 插页: 1

版次: 2017 年 8 月第 1 版 2017 年 8 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-19494-6 定价: 36.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。

序

随着知识经济和经济全球化的深入发展，国际间的激烈经济竞争不再局限于传统的贸易、投资等领域，科学技术的竞争也尤为激烈，知识产权在国际竞争中扮演着越来越重要的角色。研究和统计数据显示，目前全球 86% 的研发收入，90% 以上的发明专利都掌握在发达国家手里，发达国家的技术创新和科技进步对本国经济的贡献率已超过 70%，知识产权俨然成为各国发展的战略性资源和提升国际竞争力的核心要素。各国相继出台知识产权发展战略，推动知识产权的改革，提高知识产权保护水平，扩大知识产权保护范围，抢占国际经济秩序的战略制高点。

在经济全球化的背景下，知识产权对企业发展的至关重要性不言而喻，其不仅是一种无形资产，更是企业参与国际化竞争的利器。在国内，近年来涉及国外当事人的知识产权纠纷案件急剧攀升，由 2013 年的 2840 件上升至 2015 年的 5675 件。据第三方知识产权机构 IP House 报道，截至 2016 年 5 月，在北京知识产权审判庭近期审理的 5 千多件知识产权案件中，涉及国外当事人的案件数量高达 1095 件，其中，美国企业位列涉外案件榜首，牵涉案例达 395 件，超出位列其次的德国企业 2.7 倍。

随着国家“一带一路”战略的推动，我国企业国际化的程度不断加深，我国已跃居为世界第一大出口国和第二大对外投资国，企业作为我国参与世界经济的重要主体，在海外遭遇的知识产权诉讼屡见不鲜。如我国向美国出口的产品频频遭受美国知识产权调查，美国时常利用 301 条款、337 条款等，挥舞“知识产权大棒”向中国出口企业施加压力，导致已经出口的产品在美国被索赔，尚未出口的产品不得不堆积在码头上，工厂停工停产，企业老板纷纷望洋兴叹，束手无策。

本书正是在这样的背景下完成的，本书从 2010 年以来我国企业（以及华人企业）在美国面临的诸多知识产权诉讼案件中，选取典型性、实用性的案件进行评述，在案件类型上，涵盖了商标、域名、著作权和专利等类别，在案件判决上，其中不乏缺席判决的案例，在判决中我国企业有赢有输，较为客观、真实地反映了在美参与知识产权诉讼情况。

考虑到目前市面上有关知识产权普及的书籍为了方便普通读者阅读，存在着将错综复杂的案情作过分简化，专业词汇晦涩难懂，基础知识介绍不足等问题。知识

产权诉讼作为一项专业性很强的细致工作，太过简化或繁复的案情描述并不利于相关专业人士学习。故本书在将错综复杂的案情作简化梳理之外，特意对案件的关键环节做了全文翻译，同时根据读者需要，对美国相关法律及制度作了简单介绍；必要时结合原案内容，将舆论影响、法官思路和律师经验进行分析介绍，以期尽可能帮助读者了解案件真实情况，帮助广大企业提升应对在美知识产权诉讼的技巧和能力，为海外业务开展提供一定的借鉴与帮助。

希望本书的出版能够帮助我国出口企业在经济全球化的环境中更好地参与国际市场竞争，逐渐形成以知识产权战略为核心的竞争优势。

余飞峰

2016年12月24日

目 录

第一章 商标	1
第一节 参与美国诉讼需知知识	1
一、诉讼管辖法院选择	1
二、证据制度	2
三、商标法对侵权的规定——《兰哈姆法》(<i>the Lanham Act</i>)介绍	6
四、缺席判决的条件	7
五、先例制度	8
六、美国法典简介	10
第二节 HAND & NAIL HARMONY, INC. 等诉广州舜颜化妆品有限公司 等案	11
一、案情简介	11
二、起诉状(第一次修改)原文翻译	11
三、法官判决	21
第三节 HAND & NAIL HARMONY, INC. 案经验总结及官方要点备忘录 摘要	23
一、舆论对于中国企业参诉的影响	23
二、紧急临时限制令和禁令	24
三、对逃避诉讼的被告采用缺席判决	24
四、法官的价值取向将严重影响判决的结果	27
第二章 域名	30
第一节 参与美国诉讼需知知识	30
一、美国的民事诉讼当事人	30
二、美国律师制度	32
三、美国的民事诉讼制度	34
第二节 格里芬科技公司诉深圳市艾伯特·宋先生域名抢注案	36
一、案情简介	36

二、起诉状原文翻译	36
三、法院判决	40
第三节 格里芬科技公司域名抢注案经验总结及官方要点备忘录摘要	41
一、格里芬科技公司如何将本案办成缺席判决案的?	41
二、本案中如何认定传票已经送达	43
三、本案中如何认定管辖权及审判地点	43
四、本案如何认定域名<griffindiscount.com>和<griffinsurvivordiscount.com> 与格里芬公司商标近似?	44
五、本案如何认定域名<griffindiscount.com>和<griffinsurvivordiscount.com> 对格里芬公司商标侵犯的恶意性?	45
六、法院权限、判决和判决后救济	46
七、抢注知名品牌相关域名的风险	46
第三章 著作权	48
第一节 参与美国诉讼需知知识	48
一、交叉诉讼	48
二、美国版权制度概述	49
三、版权	50
四、版权的原创性	51
五、三种特殊的作品	52
第二节 在美华人 ZHENG LI 诉 The Affordable Art Company 等版权侵权案	53
一、案情简介	53
二、原告起诉状原文翻译及后续案情进展	54
三、动议审理法官判决意见书原文翻译	82
四、最终法官判决简述	85
第三节 ZHENG LI 著作权案经验总结	85
一、美国著作权侵权答辩思路	85
二、权利穷竭原则(Exhaustion Doctrine)	87
三、美国侵权案件的惩罚性赔偿原则	88
第四章 专利	89
第一节 参与美国诉讼所需知识	89
一、美国专利授权审查制度	89
二、美国常规专利申请制度的特点	90
三、美国临时专利申请制度	92

四、美国专利无效制度概述	93
五、美国专利授权后行政程序运行情况介绍	94
六、侵权诉讼中的专利权无效	95
七、美国最高法院、联邦巡回上诉法院(CAFC)以及联邦地区法院审理 专利案件的基本情况	97
第二节 江苏通领科技有限公司与美国立维腾公司连环诉讼案(摘选)	98
一、背景案情简介	98
二、通领公司 VS 立维腾关于禁令解除和暂缓执行的听证会	101
三、立维腾提起“对通领公司禁令暂缓执行”的动议	111
四、立维腾公司向联邦上诉巡回法院提出再审的申请	113
五、再审程序的驳回	117
第三节 美国专利实务和美国专利侵权诉讼概况	124
一、美国专利申请技巧	124
二、正确选择专利保护和商业秘密保护	125
三、美国专利诉讼案件特点	126
四、美国现行专利侵权赔偿金计算方法	126
五、禁止反言原则在专利侵权诉讼中的适用情况	130
六、等同原则在美国专利侵权诉讼中的适用情况	130
七、专利权的有效性推定	132
八、马克曼命令	133
九、禁令和集中诉讼的动议	133
第五章 美国知识产权诉讼流程介绍	135
第一节 诉前准备: 律师意见及律师函	135
第二节 诉讼前期及诉讼初期	137
第三节 诉讼期间的和解	138
第四节 证据开示程序(discovery)	139
第五节 美国的专家证人	140
第六节 审理过程及上诉	140
第七节 结语	141
主要参考文献	143

第一章 商 标

第一节 参与美国诉讼需知知识

一、诉讼管辖法院选择

美国作为联邦制国家，在政体上实行共和制也即实行联邦政府、州政府和地方政府三级政府架构。美国的司法制度也深受政治结构多元性的影响。在该政治体制安排下，各州保有相当广泛的自主权，其中就包括高度的司法自治权。具言之，基于美国的联邦制度体系，联邦和州既有相对独立的立法权，又有相对独立的司法权。因此，对于诉讼当事人来说，在向法院提起诉讼时，如何在州法院和联邦法院之间进行选择就成了首要问题。

在法院部门设置方面，联邦法院可分为普通法院、专门法院和弹劾法院三大类；而州法院的分类则相对复杂，一般可划分为初审法院、专门管辖法院、上诉法院等。美国法院系统错综复杂，因此对于各法院管辖权的梳理便十分重要，而要对美国法院管辖权进行区分，事务管辖权是一个要点。所谓事物管辖权，是指法院受理案件对特定诉讼标的所具有的管辖权。^① 起诉时需要判断该诉讼事项是否属于法院具有管辖权的特定诉讼。

具体来看，属于联邦法院管辖的案件主要分为两大类，一类为对联邦问题的管辖权，另一类为对异籍案件的管辖权。第一种情况即联邦法院主要管辖涉及联邦宪法、联邦法律、联邦政府签订的条约等案件。《美国法典》第 28 编第 1331 条对联邦问题的管辖作了缩小解释，规定只有原告明确在诉讼书中写明其诉讼请求是基于联邦法律问题，此时才属于上述的联邦问题管辖范围。第二种情况即对于异籍案件类的管辖，其主要针对不同州的公民之间产生的争议或一州公民与外国公民之间产

^① 参见陈文吟：《美国法导论》，台北三民书局 2007 年版，第 262 页。

生的争议。

联邦最高法院对于“不同州”作严格解释，要求所有的被告和所有的原告都必须来自不同的州。由此可见，异籍管辖需要满足以下条件：诉讼当事人包括所有的原告和所有的被告的州籍完全不同，也即原告中没有任何一人与被告中的任何一人同属一州公民；另外，诉讼标的额不低于 75000 美元。对于州籍的确定，采用公民住所地原则，有趣的是，根据该原则，如果一个美国公民的住所地在外国，那他就不是任何一州的公民，也不是外国公民，不能适用异籍案件管辖权的规定。^① 异籍案件管辖权不适用于涉及外国人的纠纷，涉及外国人之间的诉讼除非特殊情况，也属于联邦法院管辖的范围。此外，还有专属于联邦法院管辖的一些案件，如海商事案件、有关外交人员的案件等。另外，上述的 75000 美元不是原告的损失金额的确定，主要指当事人争议的数额（原告在诉讼书中标明的数额），而非法院判决的赔偿金数额。

当某一案件既可在联邦法院也可在州法院进行起诉的情形下，原告可以对起诉法院进行选择，但是在原告选定州法院之后，被告可以根据法律规定将案件进行移送。只有被告可以行使案件移送的权利，并且案件移送的方向是单向的，即从州法院移至联邦法院。案件进行移送必须满足以下前提，《美国法典》第 28 编第 1441 条 a 款对此进行了规定：“只有联邦法院具有最初管辖权的案件即涉及联邦问题和异籍案件才可以移送。一般而言，可移送的案件只能移送到受理该诉讼案件的州法院所在地的联邦地区法院。”^② 时间必须是在被告接到案件具有可移送性的通知后的 30 天内，但外国政府作为被告的情况除外。《美国法典》第 28 编第 1441 条 b 款对移送进行了限制，它规定对于联邦问题，并不需要考虑当事人的州籍和住所而可以由被告移送；对于异籍类案件，当受理案件的被告非受理法院所在州的公民时方可移送。

二、证据制度

1. 证据的相关性和可采性

美国是联邦制国家，联邦立法和州立法并存，相对应，美国的法院体系及美国的证据制度既相互关联，又相互独立。联邦证据法在效力上要高于州证据法。各州的证据制度的差异性给司法工作带来了诸多不便，《1999 年统一证据规则》目前已

^① 参见《纽曼公司诉拉兰》(Newman-Green Inc. v. Alonzo-Larrain)，载美国最高法院判例汇编第 490 卷，第 826 页。

^② 齐树洁：《美国民事司法制度》，厦门大学出版社 2010 年版，第 55 页。

被美国大多数的州所采用，二元化的证据法制度逐步趋向统一。因此，美国的证据制度既包含了判例法也包含了成文法。

证据相关性原则和可采性原则是美国证据法两个重要的制度。满足相关性原则有两个前提条件：一是，提供的证据所证明的事项必须对应案件争议的事实，即所提交的证据必须是诉讼有关的事项；二是，从逻辑的角度来说，所提交的证据可能使某项事实看起来倾向于更“可能存在或发生”或者“更不可能存在或发生”。

可采性原则，主要指某种证据可被允许进入听审、审讯或其他程序的资格或情形。^①《联邦证据规则》建立起一个制度便于法官在合理的范围内采纳证据，避免法官在进行证据采纳时不恰当的主观臆断。但法官并不对不具有可采性的证据主动进行排除，只有提供证据方的对方当事人对其提出的证据进行反驳或者提出异议时，法官才对证据进行可采性的审查。

2. 美国民事证据开示制度

证据开示(discovery)制度也称发现证据制度，主要是指在民事诉讼的审前程序中，一方当事人可以要求另一方当事人出示有关证据。1938年的《美国联邦民事诉讼规则》(以下简称《诉讼规则》)首次确立了证据开示制度，之后随着《诉讼规则》在1980年、1983年和1993年的修改，证据开示制度也在逐步完善之中。^②

在证据开示范围上，依《诉讼规则》第26条第2款(1)项之规定，证据开示范围主要包括除保密特权以外的任何与系属诉讼标的相关的事项。^③可见，关于证据开示范围的规定采取的并非限定法或列举法，而主要通过排除法的方式加以限定。依此规定，凡与案件有关的证据都需披露，但披露的范围也并非漫无边际，在特殊情形下，关于律师和委托人的保密和夫妻保密等事项，证据披露得到了一定的限制。

在证据开示方法上，依《诉讼规则》第26条第1款之规定，发现和收集证据的方法主要包括以下几种。第一，笔录证言。主要指案件在进入法庭审理阶段之前，一方当事人通过口头或者书面的方式来询问对方当事人或证人，从而获得相关证言。第二，质问书。与笔录证言不同，质问书主要是一方当事人通过书面方式提出质问，用来收集、发现证据。第三，书证和物证的提供。主要应对方当事人请求，

^① Admissibility: The quality or state of being allowed to be entered into evidence in a hearing, trial, or other proceeding. See Black's Law Dictionary, 8th edition, edited by Bryan A. Gartner, West, a Thomson business, 2004, p. 50.

^② 廖中洪：《民事证据发现制度比较研究》，载《河南省政法管理干部学院学报》2004年第5期。

^③ 王晓宇：《试论我国民事证据交换制度的完善》，载《中共四川省委党校学报》2007年第1期。

提供与诉讼有关的书证和物证。第四，自认。即应对对方当事人通过书面方式的要求，确认与案件有关的事实或有关文书是否真实。第五，身体和精神状态的核查。主要指法院根据一方当事人请求，对对方当事人或相关人员的身体或精神状态进行检查。上述几种方法中，由于身体和精神状态的检查牵涉健康权、隐私权等人身权利，故该种方法的运作须经法院允许方可进行，除该种方法外，其他几种证据开示方法则无须经法院许可，可由当事人及其律师基于需要自行进行。^①

在违反相关程序的责任上，为防止诉讼过程中的程序性滥用或消极抵制，对一方当事人无正当理由不履行证据开示义务、拒绝对方当事人发现要求以及不服从法院命令等情形，《诉讼规则》规定了相应的程序性责任。与此同时，对严重的程序性滥用行为还规定了包括但不限于藐视法庭罪在内的诸多法律责任，在处罚种类上，包括自动制裁、强制制裁和法院制裁。^②下面予以具体论述。

自动制裁主要指在当事人无正当理由违反出示义务的，那么对于没有出示的证言及其证据资料，则在法庭审理阶段将不被允许使用，该条款常被用于对证据突袭的反制。^③除此之外，一方当事人还可要求对方支付因其不作为而支出的合理费用（如律师费用等），并可向陪审团告知该当事人违反了相关的证据出示义务，从而对判决产生一定的影响。

强制制裁主要指庭外证人未按照《诉讼规则》第30条、第31条等相关条款回答问题、进行相关行为，一方当事人从而向法院申请强制答复或指定命令。^④其主要用于迫使庭外证人主动提供证据，或为当事人提供条件，以帮助其获得必要的资

① 廖中洪：《论中国民事证据发现制度的构建——一个比较法视角的思考》，载《金陵法律评论》2004年第2期。

② 廖中洪：《论中国民事证据发现制度的构建——一个比较法视角的思考》，载《金陵法律评论》2004年第2期。

③ 《美国联邦民事诉讼规则》第37条第3款第1项之规定：“当事人无充分理由不按本规则第26条相关规定进行证据出示，除非该种不作为并不会对他人造成损害，否则未经出示的证人或信息在之后的诸如开庭审理、听审或申请等诉讼程序中将被当作证据使用。”白绿铨、卞建林：《美国联邦民事诉讼规则证据规则》，中国法制出版社2000年版，第50页。

④ 《美国联邦民事诉讼规则》第37条第1款(B)项规定：“如果一个庭外证人不能回答依本规则第30条、第31条规定提出或呈交的问题，或者一个公司或其他实体不能依照本规则第30条第2款(6)项或第31条第1款做出指定，或当事人不能答复根据本规则第34条规定而提交的质询书，或对依据本规则第34条规定而提交的调查要求应予回答的当事人未能按要求对同意调查予以答复或没有按要求同意调查时，发现方当事人可以申请强制答复或申请指定的命令或根据要求强制进行调查的命令。申请必须证明申请人已真诚地与不能进行发现的人或当事人协商或已试图协商的努力在诉讼外法院不参与的情况下获取信息或资料。以口头询问进行庭外取证时，进行询问的人可以在申请命令之前完成调查或暂时中止调查。”参见白绿铨、卞建林：《美国联邦民事诉讼规则证据规则》，中国法制出版社2000年版，第75页。

料和信息。

法院制裁主要针对证据开示程序中一方当事人不服从法院命令而对其给予相关的制裁。这种制裁包括藐视法庭罪和其他制裁两种类型。

A. 藐视法庭罪

对于诉讼过程中影响法院权威或者故意妨碍法院司法审判行为，法庭可以判处该当事人以藐视法庭罪，这是一种对该行为最为严厉的制裁措施。藐视法庭罪可分为两种类型：一是类似于间接强制手段性质的民事藐视法庭罪(civil contempt of court)；另一种是类似于刑事制裁措施的藐视法庭罪(criminal contempt)。在处罚手段上，主要包括拘留和罚金。^①

B. 不服从法院命令的其他制裁

根据《诉讼规则》第37条第2款之规定，不服从法院命令的制裁措施有如下几种：

- a. 法院对申请人所主张的相关事实视为真实加以采信。^②
- b. 禁止对抗和禁止提出相关证据。^③
- c. 驳回诉讼或缺席判决。^④
- d. 责令违反一方支付不作为费用。^⑤

《诉讼规则》充分考虑到诉讼的对抗性以及当事人的程序保障，对证据开示义务的违反行为不仅规定了诸多制裁手段，更从证明责任、证据抗辩和诉讼费用等

① 廖中洪：《民事证据发现制度比较研究》，载《河南省政法管理干部学院学报》2004年第5期。

② 如《美国联邦民事诉讼规则》第37条第2款(2)项(A)规定：“与命令有关事项或其他指定的事实，应按照获得命令的当事人所宣称的诉讼目的，而视为予以证实。”参见白绿铨、卞建林：《美国联邦民事诉讼规则证据规则》，中国法制出版社2000年版，第73页。

③ 如《美国联邦民事诉讼规则》第37条第2款(2)项(B)规定：“对于不服从命令的当事人不允许其对被指出的请求或抗辩进行证实或对抗，或者禁止该当事人对被指定的事物作为证据提出。”参见白绿铨、卞建林：《美国联邦民事诉讼规则证据规则》，中国法制出版社2000年版，第74页。

④ 如《美国联邦民事诉讼规则》第37条第2款(2)项(C)规定：“取消诉答文书或其中一部分，或者在服从命令之前停止以后的诉讼程序，或者撤销诉讼或诉讼程序或者其一部分，或者对不服从命令的当事人做出败诉的缺席判决。”参见白绿铨、卞建林：《美国联邦民事诉讼规则证据规则》，中国法制出版社2000年版，第75页。

⑤ 如《美国联邦民事诉讼规则》第37条第2款(2)项(E)中规定：“作为对任何上述命令的代替或追加制裁，法院应要求不服从命令的当事人或为当事人提供咨询的律师或他们两者交付合理的因不作为而支付的费用，包括律师费。但是，法院认为不作为是被证明有充足的理由或因其他情况交付费用判决不公正的，则不在此限。”参见白绿铨、卞建林：《美国联邦民事诉讼规则证据规则》，中国法制出版社2000年版，第67页。

方面进行了科学的制度设计。

证据开示制度作为美国民事诉讼程序中的一项重要制度，已经有接近 80 年的使用历史，其在帮助当事人收集证据，查清案件事实等方面发挥着重要作用，但该制度也极易被当事人滥用，从而引起诉讼效率低下、诉讼周期较长、诉讼成本较高等，不利于当事人之间的纠纷得以及时有效的化解。^①

三、商标法对侵权的规定——《兰哈姆法》(the Lanham Act) 介绍

为了防止消费者对商品发生混淆，美国国会于 1946 年制定《兰哈姆法》。该法第 2 条^②、第 32 条^③和第 43 条^④将容易导致消费者混淆、误认或欺骗等的情形作为驳回商标注册申请或构成商标侵权的事由。^⑤ 美国第三巡回法院也明确指出，“原告要根据《兰哈姆法》证明商标侵权或不正当竞争，他必须证明(被告)使用该商标来标识商品或服务可能导致混淆”。根据《兰哈姆法》第 43 条针对没有经过注册的商标即通过使用产生的商标规定，在美国商标侵权的判断标准即为消费者发生混淆，这里的消费者和混淆都作广义解释。消费者按照阶段可分为实际的消费者和潜在消费者。而混淆根据购买阶段的不同也可做不同的区分，即购买时混淆、售前混淆和售后混淆。同时，依据消费者对经营者之间经济上联系标准，混淆又可分为

① 杜微科：《美国专利审判相关情况介绍及若干思考》，载《电子知识产权》2011 年第 9 期。

② 美国《兰哈姆法》第 2 条规定：“凡可用以识别申请人物品与他人物品的商标都不应因其性质拒绝按主要注册簿予以注册，但有下列情形之一者除外：……(四)包含有与他人已在专利与商标局注册的某一标志十分相似的标志，或者是他人在美国已经在先使用并且尚未放弃的某一标志或商号，而一旦在申请人的物品上使用有可能引起混淆、误解或欺骗。针对未注册但由使用而产生的商标。”

③ 美国《兰哈姆法》第 32 条针对联邦注册商标规定：“凡是不具有法律上的权利，又没有得到商标权人同意的任何人，而具有下列事项之一者即构成商标权之侵害，商标权人可依法提请民事诉讼：一、将已注册商标之复制、伪造、影印、仿造品贴附或显示于有关物品或服务之贩卖、供销或广告上而为商业使用，足致发生混淆、误认或欺骗的；二、意图为商业使用而将已注册商标之复制、伪造、影印、仿造品适用于有关商标或服务之标签、牌示、印刷物、装箱、包装容器或广告上，足致发生混淆、误认或欺骗的。”

④ 美国《兰哈姆法》第 43 条规定：“任何人以商业目的在商业上使用任何文字、词组、姓名、符号或图形及其组合，或使用任何虚假的来源标记、虚假或误导的事实描述、虚假或误导的事实陈述于商品、服务或商品容器上的人，只要：(A)可能造成他/她与他人之间存在从属、联系或联合关系的混淆、误解或者欺骗，或者引起其商品、服务或商业行为来源于他人或获得他人支持或赞助的混淆、误解或者欺骗；……将会面临民事诉讼。”

⑤ 《美国法典》第 15 篇第 2 条第 32 款(1946 年版)，美国商法典第 43 条。

直接混淆和间接混淆。

四、缺席判决的条件

缺席判决主要指被告如未在规定的时间内出席审判或不应诉答辩，对此《诉讼规则》第 55 条做了相应规定，形成了缺席判决制度，即法院更可能倾向于作出的不利于被告的判决。

根据《诉讼规则》要求，传票应当明示被告作出应诉和答辩的期间，并应明确告知被告：不出席审判并对诉讼提出抗辩将导致法院作出缺席判决。缺席判决的前提是，只要是被告未在一定期限内对原告的诉讼作出任何答复或回应，即被请求积极救济判决的当事人，不应诉或未能行使联邦民事诉讼规则规定的其他抗辩，且该事实已被宣誓书或其他方法所明确，则法院的书记官即将该当事人登录为缺席。^①

根据《诉讼规则》第 54 条规定，以下几种情况应作出缺席判决：其一，在原告起诉后，被告并未出庭或从未对原告的诉讼文本通过答辩状等方式作出过任何回复；其二，被告虽然出庭，但并未提交正式答辩状；或虽提交了答辩状但在开庭审理中无故缺席；其三，由于被告未能遵守法院关于审前程序的规定，法院对被告作出制裁性质的不应诉判决。

综合来看，《诉讼规则》所规定的缺席判决主要包括以下两个方面：一是完全不应诉的缺席判决。这是指在诉讼的进行中，被告从一开始就未曾出席（不应诉）。如果被告是从一开始就未曾出席（不应诉），原告即可向法院申请缺席登记，法官对此做出的缺席判决。并且，由于标的额确定与否，程序也随之不同。如上所陈，如果诉讼标的额可以通过某种方式加以确定，书记官即可将案件登记为缺席；但是，如果诉讼标的额无法进行确定，此时，法官在登记缺席事项的同时，还需要举行听证。听证时被告有权出席，但是法官并无发出正式通知给被告的义务，所以由于这种原因，因为可能不知情被告极少有机会出现在法庭上。简而言之，原告、第三当事人原告、提出交叉请求或反请求的当事人等都有权提出缺席判决侵权。以上几种类型的缺席判决，虽然在判决程序上具有一定的差异，但结果接近，因为无论引起缺席判决的原因和所适用的程序如何，最终所导致的法律后果都是相近的，即法院倾向于实体问题上作出对原告有利的判决。^②

在美国案件首先必须满足可裁判的具体条件，然后经当事人提交法院，才能通过司法途径解决纠纷。具体说来，可裁判需满足以下条件：（1）争议必须存在真正对抗的当事人；起源于法定事实情形而且能够被承认的合法利益必须包含在案件之

^① 李芳：《民事缺席审判制度研究》，南京师范大学 2007 年硕士学位论文。

^② 李飞：《民事缺席判决制度研究》，河南大学 2008 年硕士学位论文。

中；争议的问题必须能够通过司法权力的运用而解决；(2)原告必须具备诉讼资格，案件最终结果如何足够影响到当事人利益；(3)案件具有成熟性，或者说司法审查的时机已经成熟；(4)案件具有实际意义；(5)案件非政治问题案件。并且，在诉讼中，被告有权对原告的起诉行为提出管辖权异议，以请求法院进行救济。

联邦民事诉讼条例第55条(b)款(2)条规定，“按该条(a)款要求，当寻求缺席判决的当事人向法院书记员申请，法院可以进入缺席判决”。因此，缺席判决包括两个步骤：(1)申请缺席判决的当事人必须对地区法院的书记员提交对缺席判决的申请，该申请需表明另一方未能就诉讼作出任何答复或者回应；(2)一旦法院进入了缺席判决程序，申请方应寻求针对缺席方取得财产权的判决。

五、先例制度

《牛津法律大辞典》对遵循先例的解释：法官在审理案件时，要考虑到先例。其他法官在已决案件中对与此相同或密切相关的问题，所作出的判决、所运用的原则及已有判决，都对之后法院审理案件在一定条件下具有一定的约束力。不管其是否赞同该原则，都必须接受并遵循先例而所确立的原则。^①

先例是法官们的创立、阐述及运用某项法律原则的结果，是法院对案件所作出判决的集合，先例对后来类似案件的审判给予法官原则性和方向性的指导。先例原则对先例之后的法官对具体案件作出判决有所要求，即要求所有法官在判决时都必须遵循先例已确立的法律原则，凡是以前法官所作出的判决，先例之后的法官都必须要进行参照。但根据有关学者的解释，遵循先例原则更倾向于使法官仅受上级法院类似具有先例性质的判决约束，而并不是所有的先例。

遵循先例并不就简单意味着所有判例机械堆积，它是一种完备的法律体系，它的形成具有悠久的历史积淀。在英美法系国家法官都非常尊重先例以及“遵循先例”的法律传统。

英美法系最主要的特点之一就是其判例制度，判例制度与英国特殊的历史有关，先前的判例不仅为法官在作出判决时提供指引，更重要的是，判例为后世确立了处理类似案件的原则。美国的判例制度源自英国，遵循先例即是判例制度的核心，遵循先例原则意指维护前例和不反对已经固定的观点，即某个法律观点经过法官判定这个司法判决过程，那么它就成为日后处理同类案件应遵循的先例。^②

法官必须遵循先例，法院也有义务遵循先例。通常情况下，法院对待相似的案件必须适用先例。英美法遵循先例原则的特别之处在于，先例并非由于其绝对准确

^① 胡慧贤：《香港刑法中的遵循先例原则》，载《华人时刊(中旬刊)》2014年第5期。

^② 齐树洁主编：《英国司法制度》，厦门大学出版社2007年版，第217页。

性而适用，而仅仅由于其作出判决的时间以及作出判决的法院在法律系统的地位而被遵循，但事实证明，这种看似简单的规范确立方式既有其深刻的历史原因，也具有很强的实践指导意义。法院必须遵循级别较高法院作出的判决，由于美国的法院也有联邦和州的区分，此级别是针对同一个系统内。鉴于此，下级法院在对案件作出判决时需特别注意其上级法院之前所作出的判决，因为如果当事人对下级法院作出的判决进行上诉的话，上级法院有权推翻下级法院的判决。

在美国，联邦最高法院的判决代表着最高的权威，其判决对全美国的法院都具有先例作用。而州最高法院则代表州内最高权威，州最高法院的判决对其范围内的法院具有先例作用。同理，同一个司法辖区内的上级法院作出的判决对于其下级法院也具有先例作用。所以，初审法院作出的判决通常不会成为先例，先例通常是上诉法院的判决。

但是，实际生活中要遇到和先例同样案件的情况极其稀少，这就要求当事人、律师及法官对案件事实与可能相关的先例进行比较。另外原则上，对于同一个法院也必须遵循自身先前作出的判决。法官必须遵守有约束力的先例，而不遵循先例则需要法官给出合理充分的解释。

先例制度突出体现了英美法系与大陆法系的不同。在英美法系国家，先前的已决判决，较为注重先前案件整个事实背景及判决理由的分析，该判决对之后判决就有较大影响。相比之下，在大陆法系国家，法院判决更多是法律适用的过程，“判例”对之后的判决并未造成太大影响，“同案不同判”的现象时常发生。

英美法判例法的思维逻辑是经验，而大陆法系制定法的思维逻辑是概念。英美法的原则和学说不是记载于任何法典之中，而是通过阅读先前的判决，所以英美法系的法官在碰到一个案件时想到的第一个问题往往是：“以前如何处理？”所以英美法系的法官们必须着手于寻找判例并与手头的案子进行分析对比。而当大陆法系的法律职业者接触一个案件时，他们首先想到的就是有无相关的法律法规对此类问题进行规定，或者是有名的学者专家对此类问题是否存在有关著作。

“遵循先例”于英美法系国家而言是一个普遍原则，适用于使用英美法系的任何一个国家或地区；但是在大陆法系国家，对判例的遵循只是存在于个别的情况或者某些特定的案件中，通常是在没有法律法规作出规定的情景之下用于判决的后备方式，其并不作为一种普遍的法律制度而确立。

英美国家法律亦可称法官造法，判决是重要的法律来源，判例即是对案件的判决中比较典型和制作较为良好的案例，在以后案件的审理过程中遇到类似情况时，本法院包括下级法院都必须严格遵循先例来处理，否则其上级法院能够推翻其判决，也即判例具有法律约束力。而大陆法系国家的法典和各种法律法规都属于其法律的范围，大陆法系国家认为成文法提供了法律确定性所必需的基本因素，所以它的法院只适用和解释法律，因此，对于大陆法系国家而言判例通常没有法律拘束力。