

禁令

杨良宜 杨大明 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

禁令/杨良宜,杨大明著.-北京:中国政法大学出版社,2000.1

ISBN 7-5620-1505-8

I. 禁… I. ①杨…②杨… II. ①贸易法-法律解释②国际商事仲裁-法律解释 IV. D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 15143 号

责任编辑 丁小宣

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 军事科学院印刷厂

开本 850×1168 1/32 25.375 印张 650 千字

2000 年 2 月第 1 版 2000 年 2 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-1505-8/D·1464

印数:0001-5000 册 定价:45.00 元

社址:北京市海淀区西土城路 25 号

邮编:100088 电话:62229803 或 62228801

声明:1. 版权所有,侵权必究.

2. 如有缺页、倒装,由本社发行科负责退换.

前 言

如果《国际商务游戏规则——英国合同法》一书是我的十几本书中最重要的一本（这是毫无疑问的），那么，《禁令》一书就是该书的延续。换言之，也是我最重要或第二重要的书。我也在本书讲了最多的心里话与哀鸣，是其他书籍所没有的。这些也并非本书共同作者杨大明先生的话，读者可从一些“老气横秋”的口气去推断到。

杨大明先生在过去出版的书籍一直大力协助：如《国际商务游戏规则——英国合同法》、《信用证》、《国际货物买卖》等。但在这《禁令》一书，杨大明先生写了很重要的部份，许多方面我是外行，都要靠他写作，特别是象知识产权、机密，Anton Piller 禁令等方面。所以，他作为本书共同作者是完全受之无愧的，因为我自己是不可能在这这么短的时间内写出这些内容。当然，有错漏之处（肯定有）也应是杨大明先生自己承担了。

本书讲“禁令”，也尽量在内容上接近我比较熟行的外贸航运。但要讲得透也非要去涉及与禁令（不论是中间或最后禁令，尤其是Anton Piller 禁令）关系最密切的侵犯知识产权、机密等方面。这迫使笔者（包括杨大明先生）硬着头皮去“廖化作先锋”。但这绝非是“蜀中无大将”，笔者肯定会有更高层次，更准确与更权威的中文书籍在讨论这些专题。

本书也大量详及了当今国际商海中嗜血、残酷与无情的“文明”斗争与杀戮手法。特别是，许多是这十几二十年的新手法，如Mareva 禁令，Anton Piller 禁令，Anti-suit 禁令，等。而在 Anti-

suit 禁令，也带出了国际上抢管辖的各种做法，令这方面的法律愈来愈复杂与重要。法院各种禁令愈出愈多，也导致今天的国际（或英国本土）诉讼，成败是会与案件的“是非曲直”（merits）无关，而更重要是大家斗出禁令，斗战术、战略，也把这场文斗恶斗的大战大大提前地展出。这一大趋势是每位涉及国际商海的人士必须去了解，去警觉的。

借此机会，我再次要特别感谢中国政法大学出版社，姜锡祥夫人与张祖跃先生。没有他们一贯的协助，我是成不了事的。

杨良宜

2000 年 1 月

我记得从幼年开始，已经对孙子和诸葛亮这两位著名伟大的历史人物的事迹有着极大的兴趣，并对他们非常敬佩。现在有机会把他们的传统智慧，应用在今日的商业和贸易环境里，令我觉得十分荣幸。

我首先要多谢我父亲杨良宜先生再次给我机会协助他的工作，和他一直以来对我的栽培和信任。我同样要多谢我母亲黎穗贞女士对我不断的支持和鼓励。

最近，我获知我多位亲戚和朋友有志研读英美法律，而我弟弟杨大志先生亦将于明秋到英国大学入读法律系。我想把这本书献给他们，但愿他们和其他年轻人能熟读法律后，不会用来掠夺他人的财富，而只是用来自保，并能去利己利人的融入当今法治的国际社会，这样，世界便有希望变得更美好。

杨大明

2000 年 1 月

目 录

第一章 序 言

§ 1 非善战者投身国际商业会自取灭亡·····	(1)
§ 2 备战的重要·····	(4)
§ 3 备战伐谋之一：管辖地点的知战之地·····	(5)
§ 4 备战伐谋之二：诉前保全的夺其所爱·····	(9)
§ 5 备战伐谋之三：知己知彼与保留证据·····	(12)
§ 6 备战伐谋之四：中间禁令的深谋远虑·····	(16)
§ 7 一面之词的 without notice 禁令 ·····	(18)
§ 8 仲裁员与禁令·····	(21)
8.1 备战禁令一贯的做法·····	(21)
8.2 香港仲裁法在 1997 年后做法的改变 ·····	(22)
8.3 仲裁庭的命令/禁令在国际执行 ·····	(24)
8.4 仲裁庭与外国法院的矛盾/冲突 ·····	(25)
8.5 仲裁员应否处理一面之词的 injunction without notice? ·····	(27)
8.6 1996 年英国仲裁法的做法 ·····	(29)
8.6.1 做法上的改变·····	(29)
8.6.2 仲裁协议可否去排除法院的权力? ·····	(31)
8.6.3 仲裁庭可否处理一面之词的 injunction without notice? ·····	(32)

第二章 履约指令与最后禁令

§ 1 简介	(34)
1.1 有关法律: Supreme Court Act 1981	(34)
1.2 仲裁的相关权力	(35)
1.3 笔者的《国际商务游戏规则》一书有关节录	(36)
§ 2 履约指令 (specific performance)	(39)
2.1 简介	(39)
2.2 履约指令不是权宜措施, 不在中间阶段作出	(40)
2.3 金钱赔偿与履约指令谁是首要救济之争	(40)
2.4 履约指令的不妥之处	(41)
2.5 履约指令原则之一: 金钱赔偿是否足够?	(44)
2.5.1 金钱赔偿不足情况之一: 被告赔不起/赔不出	(45)
2.5.2 金钱赔偿不足情况之二: 损失难以计算	(46)
2.5.3 金钱赔偿不足情况之三: 只有“名义上损失” (nominal damage)	(49)
2.5.4 金钱赔偿不足情况之四: 是否“独一无二” (uniqueness)?	(49)
2.5.4.1 “真正独一无二” (actual uniqueness)	(50)
2.5.4.2 船舶买卖	(51)
2.5.4.3 真正独一无二去作出履约指令的原因	(53)
2.5.4.4 “商业上独一无二” (commercial uniqueness)	(54)
2.6 履约指令原则之二: 个人合约/服务合约 一般不去作出	(56)
2.7 履约指令原则之三: 难以监督一般不去作出	(58)

2.7.1	造船合约	(60)
2.7.2	程租期租	(61)
2.7.3	是否去放松难以监督的原则之争	(64)
2.7.4	蔑视法院的惩罚	(65)
2.8	履约指令原则之四:	
	合约条文不肯定 (uncertainty)	(66)
2.9	履约指令原则之五:	
	被告不可能去履行 (impossibility)	(66)
2.10	履约指令原则之六:	
	相互履约 (want of mutuality)	(67)
2.11	履约指令原则之七: 怠慢 (laches) 或默许	
	(acquiescence)	(68)
2.12	履约指令原则之八: 其他各方面的权衡轻重	(69)
2.12.1	没有足够约因 (contracts not supported by valuable consideration)	(69)
2.12.2	合约是不公平情况下订立 (contracts unfairly obtained)	(69)
2.12.3	原告自己是干净、公平与正直	(70)
2.12.4	对被告造成极大困难 (severe hardship)	(70)
2.13	履约指令原则之九: 不去部份履约指令	
	(no partial specific performance)	(71)
2.14	总结	(72)
§ 3	最后禁令 (final prohibitory injunctions)	(73)
3.1	合约方面	(74)
3.1.1	传统救济: 最后禁令对付禁止性 协议的违约	(74)
3.1.2	原因何在?	(75)

3.1.3	最后禁令局限之一：受害方损失太轻微·····	(77)
3.1.4	最后禁令局限之二：原告自己要干净、·····	(77)
3.1.5	最后禁令局限之三：不会变为间接的履约指令 (indirect specific performance) ·····	(77)
3.1.5.1	个人服务合约·····	(77)
3.1.5.2	有关案例介绍·····	(78)
3.1.5.3	这一方面的前瞻·····	(81)
3.1.6	禁令对付对象之一：限制商贸/就业 (restraint of trade) 条文/契约·····	(81)
3.1.6.1	定义·····	(81)
3.1.6.2	敌视限制商贸/就业条文/契约的原因·····	(83)
3.1.6.3	合约条文合理公平可获承认的例外·····	(84)
3.1.6.4	必须有明示的限制商贸 /就业条文/契约·····	(88)
3.1.6.5	草拟一条有效明示的限制商贸/ 就业条文技巧·····	(89)
3.1.6.6	禁令的救济·····	(91)
3.1.7	禁令对付对象之二：外贸航运合约的 禁止协议·····	(92)
3.1.7.1	默示禁止性协议·····	(92)
3.1.7.2	最后禁令会否变为履约指令的货物 买卖先例·····	(93)
3.1.7.3	最后禁令会否变为履约指令的航运 (租船) 先例·····	(94)
3.1.8	禁令对付对象之三：外贸航运的提单或 /与托管关系·····	(95)
3.2	侵权方面·····	(97)
3.2.1	理所当然去作出禁令的权威说法·····	(97)

3.2.2 案例介绍	(99)
3.2.3 经济侵权 (economic tort)	(100)
3.2.3.1 经济侵权之一: 阴谋 (conspiracy)	(100)
3.2.3.1.1 定义	(101)
3.2.3.1.2 定义要求之一: 真正目的不是为了被告 自己的善意与合法利益	(101)
3.2.3.1.3 定义要求之二: 真正目的不是为了去伤害 原告	(102)
3.2.3.1.4 定义要求之三: 阴谋的被告多于 一位	(103)
3.2.3.1.5 使用不合法手段的阴谋	(104)
3.2.3.1.6 公共政策的免责	(104)
3.2.3.1.7 原告举证的困难	(105)
3.2.3.2 经济侵权之二: 诱导他人毁约 (induce breach of contract)	(106)
3.2.3.2.1 形式之一: 直接劝诱 (direct persuasion)	(107)
3.2.3.2.2 形式之二: 直接令他人无法履约 (direct disablement)	(108)
3.2.3.2.3 形式之三: 间接令他人无法履约 (indirect disablement)	(109)
3.2.3.2.4 可以免责的情况	(110)
3.2.3.2.4.1 有一个相等或更高权力 (equal or superior right)	(110)
3.2.3.2.4.2 公共政策	(112)
3.2.3.2.4.3 善意的责任	(113)
3.2.3.2.4.4 其他	(113)
3.2.3.2.5 适用在船舶买卖的例子	(113)

3.2.3.2.6	租船的例子	(114)
3.2.3.2.7	船舶经纪人的例子	(116)
3.2.3.2.8	受害方的禁令救济	(116)
3.2.3.3	经济侵权之三：威胁 (intimidation) 与其他不合 法手段做成损失	(117)
3.2.4	知识产权 (intellectual property)	(121)
3.2.4.1	侵犯商标 (infringement of trademarks) 与偷卖 (passing off)	(121)
3.2.4.1.1	商标 (trademark)	(123)
3.2.4.1.1.1	商标要识别 / 特出 (distinctiveness)	(124)
3.2.4.1.1.2	商标不去扯上与商品 / 产品质量、用途、价值 等特徵	(125)
3.2.4.1.1.3	商标不能是行业中的惯性称呼 (customary term)	(126)
3.2.4.1.1.4	商标不能是已较早被他人注册	(126)
3.2.4.1.1.5	商标不识别 / 特出能去注册的例外：有识别 特性 (distinctive character)	(126)
3.2.4.1.1.6	侵犯商标：立法规定	(128)
3.2.4.1.1.7	要去比较标志与产品的原因	(129)
3.2.4.1.1.8	何谓相似产品 / 商品？	(129)
3.2.4.1.1.9	何谓相似标志？	(131)
3.2.4.1.1.10	电脑上网的商标 / 名字注册	(132)
3.2.4.1.1.11	商标的总结	(133)
3.2.4.1.2	骗卖 (passing off)	(133)
3.2.4.1.2.1	构成骗卖先决条件之一： 原告有声誉	(135)
3.2.4.1.2.1.1	考虑之一：时间长短	

(duration)	(135)
3.2.4.1.2.1.2 考虑之二：地理范围 (geographic extent)	(135)
3.2.4.1.2.1.3 考虑之三：相关行业 (field of trade)	(136)
3.2.4.1.2.2 构成骗卖先决条件之二：被告误述与造成混淆 (misrepresentation / confusion)	(137)
3.2.4.1.2.3 构成骗卖先决条件之三：造成原告损害 (damage)	(138)
3.2.4.1.2.4 服务方面的骗卖	(139)
3.2.4.2 版权 (copyright)	(139)
3.2.4.2.1 版权之一：文字创作 (literary works)	(140)
3.2.4.2.2 版权之二：戏剧创作 (dramatic works)	(142)
3.2.4.2.3 版权之三：音乐创作 (musical works)	(142)
3.2.4.2.4 版权之四：艺术创作 (artistic work)	(142)
3.2.4.2.5 版权享有的权力	(143)
3.2.4.2.5.1 再版权力 (reproduction right)	(143)
3.2.4.2.5.2 分销权力 (distribution right)	(144)
3.2.4.2.5.3 出租与借出权力 (rental and lending right)	(144)
3.2.4.2.5.4 公开演出权力 (public performance right)	(145)
3.2.4.2.5.5 广播权力 (broadcasting right)	(145)

3.2.4.2.5.6	改版权力 (adaptation right)	(146)
3.2.4.2.5.7	被确认为原创作者的权力	(146)
3.2.4.2.5.8	反对任何丑化创作的权力	(146)
3.2.4.2.5.9	反对任何冒名的权力	(146)
3.2.4.2.6	首要与次要侵犯版权	(147)
3.2.4.2.7	举证责任	(147)
3.2.4.3	专利 (patent)	(148)
3.2.4.3.1	注册专利条件之一: 新发明 (new)	(149)
3.2.4.3.2	注册专利条件之二: 发明的一步 (inventive step)	(150)
3.2.4.3.3	注册专利条件之三: 工业用途 (industrial application)	(152)
3.2.4.3.4	注册专利条件之四: 豁免 (exclusions)	(152)
3.2.4.3.5	何谓侵犯?	(152)
3.2.4.4	工业设计权 (design right)	(154)
3.2.4.4.1	注册设计权 (registered design right)	(154)
3.2.4.4.2	非注册设计权 (unregistered design right)	(155)
3.2.4.4.3	工业设计权的例外	(155)
3.2.4.4.4	工业设计权与版权的关系	(156)
3.2.4.5	知识产权的总结	(156)
3.2.4.6	国际法 协议	(159)
3.2.4.7	美国, 香港地区等法律	(159)
3.2.5	机密 (confidentiality)	(160)
3.2.5.1	衡平法对机密的要求	(162)

3.2.5.1.1 要求之一：本质上机密 (confidential character)	(162)
3.2.5.1.1.1 确定是否机密的 4 个指导思想	(162)
3.2.5.1.1.2 何谓“公开资料” (public domain)?	(164)
3.2.5.1.1.3 “跳板说法” (springboard doctrine)	(164)
3.2.5.1.1.4 有期限的禁令	(167)
3.2.5.1.2 要求之二：环境/情况可去默示有机密 的责任	(167)
3.2.5.1.2.1 特殊关系之一：商业合约的履行	(167)
3.2.5.1.2.2 特殊情况之二：信托关系/专业关系 (fidu- ciary or professional relationships) ...	(168)
3.2.5.1.2.2.1 律师/财务顾问等倒戈相向对付前客户的探 讨	(168)
3.2.5.1.2.2.2 Chinese Walls 的说法	(169)
3.2.5.1.2.2.3 其他信托/机密责任的例子	(173)
3.2.5.1.2.3 特殊情况之三：雇主与员工	(173)
3.2.5.1.2.3.1 在职员工	(174)
3.2.5.1.2.3.2 离职员工	(174)
3.2.5.1.3 要求之三：未授权使用与损害原告	(178)
3.2.5.2 合约法下的机密协议/条文	(179)
3.2.5.2.1 一般的内容	(180)
3.2.5.2.2 中外合资/合作生产合约的相关条文 与操作	(181)
3.2.5.2.3 法律对机密协议/条文的态度	(186)
3.2.5.3 禁令的救济	(187)
3.2.6 侵权而不是理所当然作出禁令的特殊情况之一：	

原告受害“太轻微”(trivial)之争	(189)
3.2.6.1 因太轻微而拒绝禁令案例	(189)
3.2.6.2 不因太轻微而拒绝禁令案例	(190)
3.2.6.3 不去理会是否太轻微的原因	(190)
3.2.7 侵权而不是理所当然作出禁令的特殊情况之二: 公共利益考虑之争	(191)
3.2.8 侵权而不是理所当然作出禁令的特殊情况之三: 原告自己要干净、公平与正直	(192)
3.2.9 弹性的最后禁令	(192)
§4 最后命令 (final mandatory injunctions)	(193)
4.1 不是理所当然去作出	(194)
4.2 必须去权衡轻重	(195)
4.2.1 平衡因素之一: 原告的利益相比命令对被告 的负担	(195)
4.2.2 平衡因素之二: 被告是否合理或曾 去偷步行事?	(196)
4.2.3 平衡因素之三: 被告能力可否去依 从命令?	(197)
4.2.4 平衡因素之四: 可否被执行与难以监督	(197)
4.3 案例介绍	(198)
§5 最后恐惧禁令 (final <i>quia timet</i> injunctions)	(199)

第三章 中间禁令 (Interlocutory Injunction)

§1 简介	(201)
1.1 最后禁令“远水救不了近火”	(201)
1.2 中间禁令与最后禁令完全不同的考虑因素	(202)
1.3 近水救近火在外贸/航运的重要	(205)

1.3.1 近水救近火的方法与局限	(205)
1.3.1.1 中间禁令	(205)
1.3.1.2 即时判决或提早审理	(206)
1.3.1.3 即时裁决	(211)
1.3.2 外贸/航运等与中间禁令	(212)
1.3.2.1 租约下撤船	(212)
1.3.2.2 国际货物买卖	(214)
1.3.2.3 船舶买卖	(217)
1.3.2.4 仲裁	(219)
1.3.2.5 知识产权	(220)
1.3.2.6 总结	(222)
§ 2 定义	(223)
2.1 临时禁令	(223)
2.2 禁令与命令的分别	(224)
§ 3 英国法院的做法规定与权力	(225)
3.1 高院规则	(225)
3.2 有关上诉的高院规则	(227)
3.3 必须有一个英国法院管辖的诉因/诉讼: The "Siskina" 先例	(227)
3.4 扩大作出中间禁令的 Channel Tunnel 先例	(229)
3.5 以一面之词作出申请	(233)
3.5.1 必须符合 2 个条件	(233)
3.5.2 原告尽量先让被告知道	(235)
3.5.3 法院会优先处理被告申请撤消中间禁令	(235)
3.5.4 原告怠慢对一面之词申请是致命	(236)
§ 4 誓词证据/宣誓书	(236)
4.1 双方出庭争辩的宣誓书	(237)
4.2 一面之词的宣誓书	(240)

4.3	Mareva 禁令/Anton Piller 命令的宣誓书	(243)
4.4	誓词证据/宣誓书的严重局限	(243)
4.4.1	法院不理会是是非曲直	(244)
4.4.2	不涉及事实, 而只是一个简单的法律问题/解释合同 可去不同对待与其他例外情况	(246)
§ 5	中间禁令的考虑准则	(248)
5.1	American Cyanamid 考虑准则之一: 有否一个 严肃的争端?	(248)
5.2	American Cyanamid 考虑准则之二: 损失赔偿 是否足够救济	(250)
5.2.1	如果中间禁令错误作出, 被告的损失是否足够在 原告的保证下赔偿?	(251)
5.2.2	被告是光棍/穷人赔不起的情况	(252)
5.2.2.1	对“穷”被告不公平之处	(253)
5.2.2.2	“穷”被告对抗办法: 向法院 提供担保	(255)
5.2.3	原告与被告损失赔偿以金钱计算并不足够 的比较/平衡	(255)
5.3	American Cyanamid 考虑准则之三: 平衡双方的公平 /不公平	(256)
5.3.1	定义介绍	(256)
5.3.2	平衡考虑什么因素	(257)
5.3.3	例子介绍	(258)
5.3.4	无法去权衡轻重的最后抉择: 去看表面“是非曲直” 的例外	(261)
5.4	American Cyanamid 考虑准则之四: 特殊因素	(262)
5.5	其他考虑准则: 原告是想去起诉	(262)
§ 6	原告延误/怠慢申请中间禁令与/或推进诉讼	(264)

6.1	原告的二种延误/怠慢	(264)
6.2	原告延误/怠慢申请中间禁令	(265)
6.2.1	何谓合理时间?	(265)
6.2.2	原告不应延误/怠慢原因之一: 对被告不公平	(266)
6.2.3	原告不应延误/怠慢原因之二: 显示原告 并不紧急	(267)
6.2.4	原告不应延误/怠慢原因之三: 平衡双方的公平/不 公平对原告不利	(268)
6.2.5	原告不应延误/怠慢原因之四: 保持那一天的 “现状”?	(268)
6.3	原告延误/怠慢推进诉讼	(270)
6.3.1	原告有法律责任去推进诉讼	(270)
6.3.2	怠慢撤消索赔与撤消中间禁令的分别	(271)

第四章 Mareva 禁令

§1	简介	(274)
§2	历史与发展	(276)
2.1	创造者 Denning 勋爵自述的历史	(276)
2.2	立法确认 Mareva 禁令	(281)
2.3	The “Siskina” 先例造成的障碍	(281)
2.3.1	障碍之一的清除: 英国不必有实质管辖权带来的 “free-standing Mareva”	(283)
2.3.2	障碍之二的不明朗: 存在一个真正的诉因	(287)
2.3.2.1	二手船买卖的例子	(287)
2.3.2.2	矛盾的其他先例	(290)
2.3.2.3	不必有诉因如何影响二手船买卖?	(292)