

立格联盟研究生论文竞赛获奖论文集
Collected Papers of Legal League Graduate Student Paper Contest



Research into Hot Topics on Intellectual Property Right
Theory, Rule and Practice

知识产权热点问题研究 理论、规则与实践

杨忠孝 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

知识产权热点问题研究

理论、规则与实践

杨忠孝 主 编

邵 军 王月明 朱小萍 副主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

知识产权热点问题研究:理论、规则与实践/杨忠孝主编. —北京:北京大学出版社,2014.6

ISBN 978-7-301-24319-0

I. ①知… II. ①杨… III. ①知识产权法-文集 IV. ①D913.04-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第118554号

书 名:知识产权热点问题研究:理论、规则与实践

著作责任者:杨忠孝 主编

责任编辑:赵圆圆 朱 彦 王业龙

标准书号:ISBN 978-7-301-24319-0/D·3590

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路205号 100871

网 址:<http://www.pup.cn> 新浪官方微博:@北京大学出版社

电子信箱:sdyy-2005@126.com

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 021-62071998

出版部 62754962

印 刷 者:北京大学印刷厂

经 销 者:新华书店

730毫米×980毫米 16开本 16.75印张 310千字

2014年6月第1版 2014年6月第1次印刷

定 价:48.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

立格联盟研究生论文竞赛发展简史(代序)

历史的脚步从不为谁停留,但会因智慧性的创造活动而加快它的步伐。在那些峥嵘岁月中,“指点江山,激扬文字”之人始终是我们青年人。青年人所具备的自由之思想、独立之人格,要求我们对于知识有的不仅仅是敬畏,更要大胆地批判和创新。这是时代进步的灵魂,也是青年人的使命和人生价值所在。由此,一个让知识创新竞相迸发的大舞台——“英特尔杯”论文竞赛(立格联盟研究生论文竞赛前身)应运而生。

2009年,英特尔(中国)有限公司与华东政法大学共同发起“英特尔杯”论文竞赛。与以往的社会类奖助学金不同,英特尔公司采取了论文竞赛的方式奖励优秀学生。论文竞赛的参赛作品应围绕知识产权展开论述,鼓励既有理论深度又切合实际,具有原创性、前瞻性的研究成果。2009、2010、2011年“英特尔杯”论文竞赛连续举办三届,学生参与竞赛的热情高涨,所提交的论文具有很强的创新性、前瞻性,因而诸多优秀的作品涌现其中。

2010年5月30日,以“培养具有国际视野的法律高端人才”为主题的首届论坛在华东政法大学召开,并宣布“立格联盟”成立。这是中国政法大学、西南政法大学、华东政法大学、中南财经政法大学和西北政法大学为整合优质法学教育资源,提高人才培养、科学研究、社会服务和法治文化传承水平,共同推进我国法治建设而建立的校级合作与交流的平台。所谓立格,即英文法律“legal”的译音,有“建立规格、建设制度、树立标准”之意。从法学教育的角度来说,我们可以在两个层面阐发其寓意:其一,为国家的“立格”作出贡献,即要一如既往地依法治国、建设社会主义法治国家担当重任,努力奋斗;其二,为中国法学教育的“立格”,即为法学教育的规范化、中国法律人才质量的提高贡献力量。

为进一步推动我国政法专业学生研究社会新兴热点法律问题,进而大力推进法学教育与法律实践相结合,增进立格联盟研究生之间的学术交流,经五大政

法院校与英特尔公司沟通与协商,决定从2012年起,在“立格联盟”的旗帜下,举行立格联盟研究生论文竞赛,将研究生论文竞赛的范围扩大至中国政法大学、西南政法大学、华东政法大学、中南财经政法大学和西北政法大学五所政法院校。

作为全国重点法律院校,这五大院校的师生以高昂的热情投入到知识产权领域法律问题的探索和研究中,为我国法治事业的长远发展献计献策,贡献力量。2012年,由立格联盟和英特尔公司共同打造的“首届立格联盟研究生论文竞赛”成功举办,在177篇涉及以知识产权保护及知识产权战略研究为主的多学科领域的作品中,匿名评选出《论我国知识产权诉前证据保全制度的完善》等19篇作品作为获奖论文,在立格联盟五所高校的研究生中获得巨大反响。论文中所提出的建设性问题,为知识产权的进一步发展提供了巨大的研究空间。

以竞赛的圆满举办为契机,Legal-Intel之友俱乐部于2013年5月6日正式成立,为立格联盟内部的沟通交流搭建了新的平台,为法律高端人才寻求法律新思想、法治新途径提供了更广阔的途径。经过近半年的筹备,第二届立格联盟研究生论文竞赛也已正式启动,期待五大政法院校的青年才俊们用学术书写理想,以行动参与法治实践,以卓越的思想构筑我国的法治建设事业。

尊重和保护知识产权是反映国家综合经济发展水平的一面旗帜。它为科研人员大胆创新、锐意进取提供强有力的后盾,让创新成果的点点星火燃起传递时代前沿信息的烽火。立格联盟研究生论文竞赛就是以实践产学研结合,努力推进技术创新和知识产权保护工作,力求探索出一条培养高层次知识产权人才新路为宗旨,精心组织竞赛,严格评选程序。

古人有云:“非学无以广才,非志无以成学”,望广大政法专业研究生能够胸怀鸿鹄之志,明确读书目的和治学目标,心系国家,担起振兴中华的历史重任。汝等现下筑梦于法学院,他日定能成为引导时代知识和思想革新的先锋。相信通过吾辈之努力,一个全面尊重知识产权、保护知识产权的知识产权大时代终将向我们迎面走来!

目 录

► 理论探索

论我国知识产权诉前证据保全制度的完善	刘 维	1
知识产权侵权之财产上损害赔偿数额的确定	谷佳杰	9
侵犯著作权罪宜取消“以营利为目的” ——以网络环境下著作权保护为视角	俞永乐	23
计算机字形不宜通过著作权法进行保护	徐弘韬	36
著作权侵权的归责原则研究 ——对美国版权法的反思及其对我国的启示	阮开欣	46
仿制药品过境的专利侵权问题研究 ——以欧盟药品过境案为视角	汪 蓉	58
知识产权证券化“风险隔离”机制的法律分析	平 娜	76
侵犯商业秘密罪的主观方面探析	孙兆祥	87
网络多媒体合成品的“身份”探究	王晓璐	96
TRIPS-plus 条款对我国知识产权政策的启示	张正怡	104
“隐性市场”的不正当竞争类型化分析	李建星	114
美国知识产权滥用的反垄断法规制的趋势分析	江 超	130
Indigenous Innovation Needs More IPR Protection, Not Only Government Procurement —In the Perspective of China's Latest Policies	唐豪臻	141

► 实践创新

网络时代商业秘密与言论自由之协调

- 以苹果公司商业秘密博客披露案为视角 毛洁莹 170

对方法专利适格性判断标准的思考

- 解读美国最高法院 Mayo v. Prometheus 案 龚雯怡 181

论专利权对商业外观保护之影响

- 美国的司法实践及对我国的启示 张 盾 191

商业秘密领域中离职后竞业禁止协议的合理性判断

- 以美国判例为视角 李 嬛 204

在先使用未注册商标的法律保护

- 以十个典型案例判决为研究视角 叶贇葆 219

家具生产、电子商务与知识产权保护

- 探寻苏北“淘宝村”经济模式的保护与推广 何廷财 231

专利引诱侵权:故意的判定标准与证明

- SEB 案判决评析 夏朝美 242

网络游戏著作权刑法保护的实证分析

- 以“私服”“外挂”现象为切入点 彭少辉 252

- 致 谢 262

论我国知识产权诉前证据保全制度的完善^{*}

刘 维

内容摘要:诉前证据保全在知识产权诉讼中具有独特的地位,我国现行《民事诉讼法》和知识产权专门法对证据保全的规定较为原则,司法实践中对知识产权证据保全条款的解释存在随意化倾向。研究英国安东皮勒令的产生、适用与正当性审查,对完善我国当前的知识产权证据保全制度具有借鉴意义。知识产权证据保全的启动和执行涉及当事人冲突性利益的平衡,应根据比例原则和正当程序原则细化和规范我国知识产权诉前证据保全制度。

关键词:知识产权 诉前证据保全 利益平衡

一、问题的提出

知识产权诉前证据保全在权利人的维权策略和知识产权诉讼中具有独特的地位。知识产权的无形性特征,一方面导致侵权手段的隐蔽性和侵权后果的规模化,另一方面使侵权证据容易被毁灭,这给知识产权维权带来了挑战。证据保全的主要功能在于及时固定证据,由于具有高效性特征,它成为知识产权权利人赖以取证和成功维权的主要方式。据统计,在深圳中院 2005 年审结的 625 个知识产权案件中,当事人申请证据保全的有 233 件,比例为 37.82%;^①在长沙中院

^{*} 本文获首届立格联盟研究生论文竞赛特等奖。

^① 参见肖海棠:《知识产权民事诉讼证据保全的适用》,载《人民司法》2007 年第 19 期,第 70 页。

审理的知识产权案件中,近五成提出了证据保全申请。^①网络技术的发展和交易模式的创新,只会使知识产权证据保全的重要性更为突出。

我国新修订的《民事诉讼法》对证据保全制度未作增改,第81条仍然原则性地规定证据保全措施的启动。此次修订虽在第九章新增行为保全,但并未进一步细化保全规则。在知识产权诉讼中,证据保全的对象一般分为被控侵权行为的证据和侵权赔偿数额的证据。三大知识产权专门法对知识产权证据保全均有规定,但条文实施多年仍未进一步细化,法条留给法官的自由裁量空间较大。

这种自由裁量的司法权给法官带来了“保与不保”以及“如何去保”的难题。浙江省绍兴中院法官秦善奎认为:“如果法官不予证据保全而使用举证分配规则,不利于权利的保护和技术创新,对权利人而言难谓诉讼程序公平;但若频频启动证据保全,对知识产权权利人和利害关系人谓之周全,却易使法院成为代原告取证之工具,法官丧失裁判中立性。”此外,由于我国法律并未赋予当事人证据发现工具,也未规定当事人的信息权,客观上使得当事人在诉讼中的取证能力相对低下,当事人依赖证据保全手段实现取证目的出发点明显,背离了证据保全制度的初衷。为了恢复证据保全制度的应有之义以及实现证据保全中的利益平衡,需要重新审视知识产权证据保全制度的历史背景,进一步完善和细化知识产权证据保全制度。

20世纪70年代,英国存在大量的作品盗版和商标伪造现象。由于知识产权的无形性,侵权证据容易被销毁,这给知识产权诉讼和权利人的维权带来了新的挑战。丹尼勋爵在1975年的安东皮勒案中创设安东皮勒令,经案件的累积,其结构逐渐稳定和成熟,对英美法系国家及欧陆各国的证据保全制度具有非常重要的影响。安东皮勒令的正当性涉及两种利益的冲突和平衡,一方面要保护知识产权、维护权利人的利益,另一方面涉及他人住所和生活等基本权利的受尊重。冲突性利益之间的不断调整和平衡为安东皮勒令带来了精细的规则设计。研究安东皮勒令的产生、适用和正当性审查,对完善和规范我国知识产权证据保全制度有较大的借鉴意义。

二、英国安东皮勒令的产生

在英国法律体系中,没有“知识产权证据保全”这一术语。1975年,丹尼勋爵在安东皮勒案中创设安东皮勒令(或“容许调查令”),该令在功能上扮演了证

^① 参见湖南省长沙市中级人民法院知识产权和涉外商事审判庭:《知识产权诉讼证据保全制度研究》,载《人民司法》2010年第9期,第91页。

据保全的角色。安东皮勒令对英美法系国家和欧陆国家的知识产权证据保全制度影响深远。例如,2010年《欧盟知识产权执法指令之适用分析报告》这样介绍《欧盟知识产权执法指令》中有关证据保全规定的来源:“就第六条和第七条而言,指令超过了TRIPS协议的要求,但同时遵循了成员国的最佳实践做法,在某种意义上,可以说正是受到了那些被证明执行知识产权行之有效的国内法规定之启发。例如,第六条第二款的基础是英国及爱尔兰的‘玛瑞瓦令’。同样,第七条大部分受到了英国(安东皮勒令)或法国(查封扣押令)实践的启发。”^①

在安东皮勒案中,^②原告安东皮勒是德国一家享有盛誉的汽车和发动机的制造商,它设计了一种计算机变频器。第一被告是原告在英国的代理商,由第二被告和第三被告实际经营。这家代理商从原告处拿货并销售给英国的客户,原告则为代理商提供有关这些机器的秘密信息,包括操作手册以及受版权保护的图纸。原告通过这家英国代理商的商业主管及销售主管得知,代理商正在与其他德国公司(下称“德国公司”)磋商,由代理商向这些德国公司提供图纸、材料及其他专有信息,使后者能够生产原告的电力设备。

上述两位主管的“泄密”得到了德国公司相关文件的证明。原告决定向法院申请禁令以禁止英国公司侵犯其版权或使用秘密信息,但同时担心,如果英国公司得知了这项申请,必定会销毁文件或将文件发往德国,这样所有的证据到开示阶段都将不复存在。于是,原告的律师提出了两项请求:第一,颁发禁止侵权的临时禁令;第二,容许进入英国公司的住所并调查、拿走或复制原告的文件。

审理本案的英国皇家上诉法院批准了上述两个申请。丹尼勋爵认为,安东皮勒令并非授权原告律师或任何人违背被告意愿进入其住所,而仅仅迫使被告容许或给出许可,否则构成藐视法庭罪。大法官欧姆罗德还指出,如果被告拒绝执行这个令状,还可能成为后续审判中对被告最为不利的证据。与此同时,原告律师担负着重大责任,要确保审慎执行该令状并对被告权利给予最大程度的尊重。

审理案件的三位法官都认为,颁发安东皮勒令是一种特殊和极端的情况,只有在没有其他替代方式实现正义时,才能颁发这种单方面的、未经被告辩论的令状。颁发令状的前提条件是:(1)申请人提供充足的初步侵权证据;(2)申请人的实际或潜在损失非常严重;(3)申请人提供清晰的证据证明被告占有侵权文件或物品,以及在启动双方程序(inter partes)之前,这些材料可能被损毁。

^① European Commission, Analysis of the Application of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and the Council of 29 April 2004 on the Enforcement of Intellectual Property Rights in the Member State, pp. 7—8; available at <http://eur-lex.europa.eu/SECByRange.do?year=2010&min=1576&max=1600>.

^② See Anton Piller K. G. v. Manufacturing Processes Limited & Bernard Preston Wallace and Alfred Henry Stephen Baker, EWCA Civ 128, December 1975.

三、安东皮勒令的正当性审查

20 世纪 70 年代后期,英国存在大量的作品盗版和商标伪造的现象,这成为法院依据衡平法精神创设安东皮勒令的社会背景,安东皮勒令逐渐成为英国知识产权诉讼中获取证据的重要工具。对此,有英国学者认为:“正是由于日益受关注的大量录音录像制品的盗版行为及商标伪造行为,安东皮勒令才得以产生,并仍然在上述领域中适用,但同样还可用于违反商业秘密等案件中。尽管法官最初要求尽量少用这种令状,但是三十年后,它已经成为比较常规的令状。它对处理盗版和商标伪造案件民事程序的速度和有效性贡献甚大。”^①

随着知识产权保护力度和知识产权意识的提高,安东皮勒令在当代的适用情况明显减少(尽管已经常规化)。1975—1980 年,每年有大约 500 件令状被颁发,但是目前已经降到每年 50—100 件。^②“这一临时措施的基本目的在于,保全处于被告控制范围的案件证据,其核心在于突击性。基于这种原因,正如安东皮勒案一样,法院基于其内在的司法管辖,有权颁发一个单方申请的令状,即无须通知被告并无须被告辩论。基于同样的原因,申请过程不可避免地是在秘密状态下进行的,被告只有在令状送达并立即执行时才知道此令状的存在。”^③也正因为安东皮勒令的“单方秘密”性,其正当性才受到了挑战。

在查普尔诉英国政府一案中,^④查普尔经营一家视频分享俱乐部,他通过上传录音录像制品而获利,但这些录音录像制品大多涉及侵犯版权。相关制品权利人发现并调查上述涉嫌版权侵权行为后,于 1981 年 2 月 26 日向英国高等法院申请颁发安东皮勒令,并于当天获批。在执行安东皮勒令时,英国警方还在同一天批准了搜查令,同时与权利人、律师一起进入查普尔的住所。查普尔认为,安东皮勒令与搜查令的同时执行,使其没有能力监督安东皮勒令的执行过程,也没有能力记录所扣押的材料。权利人律师在搜查过程中还带走了一些与案件毫无关联的私人文件。

英国高等法院认为,权利人在申请安东皮勒令时,没有披露执行搜查令的重大事实,而这一事实导致安东皮勒令的执行对查普尔产生了压迫性。英国上诉法院的奥利文法官持同样观点,他指出:“法官应当被提前告知所有事实,以设

^① William Cornish et al., *Intellectual Property: Patent, Copyrights, Trademarks and Allied Right*, Sixth Edition, p. 83, Sweet & Maxwell, 2007.

^② See Chappell v. The United Kingdom, European Court of Human Rights, para. 13, Mar. 30, 1989.

^③ Ibid.

^④ Ibid.

置保护被告权利的措施,如安排各种令状的执行先后以及进入住所的秩序,以免执行令状的律师被误认为警察的帮手。但是,这一令状的执行模式没有固有的错误,且为追查查普尔先生的版权侵权责任,没必要撤销安东皮勒令。”^①

查普尔之后向欧洲人权法院提出申诉,他认为安东皮勒令的条款、内容和执行方式违反《欧洲人权公约》第8条的规定。^②由于安东皮勒令的颁发和执行过程确实妨碍了私人生活和家庭的受尊重权,英国政府在欧洲人权法院的审理过程中也承认了这一点,因此判断安东皮勒令是否具有正当性,就应着重审查其是否“依照法律”且“为民主社会所必需”。

欧洲人权法院认为,这种令状不仅规定在英国最高法院的成文规则中,而且在不成文的普通法上也有足够的法律基础。当事人对这些规则具有可获得性(accessibility)和可预测性(foreseeability)。“自从1975年第一个令状颁发以来,英国法院关于安东皮勒令的原理已经在足够多的案例法中不断陈述和界定,令状的具体内容在个案中确实会有所差别,但是这项救济的基本条款和条件已经沉积下来,足以满足‘可预测性’标准。”^③

查普尔认为,安东皮勒令对权利的妨碍与令状的目标之间不符合比例原则。欧洲人权法院认为,英国法官是在审查所有条件均满足之后才颁发此令状的。“考虑到知识产权权利人商业的性质和范围,颁布此令状毫无疑问是有效开展版权侵权之诉的必要步骤。同时必须注意,此项令状本身含有重要的范围限制。……这项临时措施伴有保障措施以控制其影响处于合理范围。更为重要的是,这些保障措施得到原告或其律师一系列承诺的支持,如果申请人认为令状执行不当,他还能获得各种救济。”^④

四、我国知识产权证据保全制度的完善

从英国安东皮勒令的产生和欧洲人权法院对其正当性的审查,可以清楚地看到批准和执行证据保全过程中的利益平衡,可以认为证据保全制度中任何一个规则设计的背后都包含着两种利益的平衡:一种是保护知识产权权利人,鼓励智力成果的创造;另一种是保护被控侵权人的权利,尤其是家庭生活(住所)的

① Chappell v. The United Kingdom, European Court of Human Rights, para. 45, Mar. 30, 1989.

② 《欧洲人权公约》第8条规定:(1)人人有权享有使自己的私人和家庭生活、家庭和通信得到尊重的权利。(2)公共机构不得干预上述权利的行使,但是依照法律规定的干预以及基于在民主社会中为了国家安全、公共安全或者国家的经济福利的利益考虑,为了防止混乱或者犯罪,为了保护健康或者道德,为了保护他人的权利与自由而有必要进行干预的,不受此限。

③ Chappell v. The United Kingdom, European Court of Human Rights, para. 56, Mar. 30, 1989.

④ Ibid., paras. 59, 60.

受尊重权和知情权。任何现有的制度设计只是在一个平衡木中寻找一个恰当的支点,而只有通过精细的结构设计才能寻找到这个支点,并恰当平衡双方当事人之间的冲突利益和背后隐藏的制度利益。在设计这个精细的结构的过程中,比例原则和正当程序原则是担当指引和检验功能的标尺,司法解释在修改时应明确将该原则作为审查证据保全申请、执行和赔偿的纲领性原则。

(一) 完善证据保全的启动条件

我国《民事诉讼法》第81条、《著作权法》第51条、《商标法》第58条和《专利法》第67条规定,证据保全的审查标准只有一个,即“证据可能灭失或者以后难以取得”。司法实践中,法院对这一条件的把握较为宽松。广东高院曾于2005年对广州等六个中级法院和八个具有知识产权案件管辖权的基层法院进行调研,未发现一件以不符合证据可能灭失或者以后难以取得为由而被驳回申请的实例。

宽松的启动条件使案件当事人之间的利益失衡,证据保全的启动将容许进入他人住所;同时,证据保全的单方性还有悖于正当程序原则,被申请人的生活或生产经营将受到影响。因此,证据保全条件的随意化和主观化解释将使被控侵权人的基本权利陷于被侵害的危险境地。当然,在完善证据保全的启动条件的同时,也要防止证据保全成为权利人赖以取证的工具,防止权利人将证据保全作为工具以确定是否起诉以及以何者为起诉对象。因此,申请人必须提供初步侵权证据(a),且不能自行取证或委托公证时,才能申请诉前证据保全(b)。① 基于比例原则,申请人必须具有“实际或潜在的严重损失”才能以牺牲被申请人的权利为代价,“证据可能灭失或者以后难以取得”(c)即是“实际或潜在的损失”。

在上述三个条件之外,对如下几个条件也应进行审查:申请人和被申请人均为案件当事人(d);申请被保全的证据与诉讼请求之间存在关联性,具有证明力(e);申请人的权利合法有效(f)。综上,诉前证据保全的条件应设置为上述六个条件。其中,“初步侵权证据”的证明标准最难以把握,不是仅仅有线索就可以,否则可能会导致代替权利人取证及容易对被申请人造成损害的情形;同时,也不是要求证明诉中侵权行为的高度,否则就变相地将正式审理程序前置了。

(二) 证据保全的执行:措施、程序和后果

1. 证据保全的措施:增加一个措施并删除“等方法”

我国《民事诉讼法》第81条规定,证据保全的程序参照财产保全的规定;第

① 最高人民法院《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》第3条为证据保全的启动新增了“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集”,可以认为是这一条件。

103 条规定,财产保全的措施为:查封、扣押、冻结或者法律规定的其他方法。此参照条款显然过于简单和原则,财产保全的这三种具体措施也并非能完全适用于证据保全,而“法律规定的其他方法”使证据保全的具体措施更缺乏可预测性,对被申请人危害甚大。2002 年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 24 条的规定为“查封、扣押、拍照、录音、录像、复制、鉴定、勘验、制作笔录等方法”,看似周全,实际上遗忘了最为重要的一个措施:“进入他人住所”。尽管在司法实践中普遍使用这个措施,但目前并无合法依据。此外,基于法律的可预测性考虑,应当删除第 24 条中的“等方法”,以示为穷尽性规定。

当事人在申请保全时,应当在申请书中明确所要采取的保全措施。人民法院对申请的保全措施进行审查时,可以根据被申请人的特点、申请保全的证据性质等决定所应采取的保全措施;对被申请人正在使用的机器设备或其他生产资料进行保全的,一般不应采取扣押的保全措施,防止对被申请人造成不必要的损害;可以对争议部位采取拍照、录像、现场勘验等方法固定相关内容,或在不影响正常运行的情况下,对争议部位进行查封。

2. 证据保全的程序:进一步保障被申请人的知情权

证据保全程序的设计必须符合正当程序原则,尤其当考虑到证据保全的单方性和秘密性时,应通过正当程序的设计限制申请人的行为,最大程度地减少对被申请人权利的侵害。我国《民事诉讼法》第 101 条规定“申请人在人民法院采取保全措施后三十日内不依法提起诉讼或者申请仲裁的,人民法院应当解除保全”,第 102 条限制保全对象为“请求的范围,或者与本案有关的财物”,都是为保障正当程序,但对具体的执行过程却未置明文。在我国的司法实践中,法官参与执行并记录执行过程和所带走的材料清单,被申请人的知情权应该能得到保障。但是,有必要在司法解释或相关意见中明确被申请人的知情权,人民法院在具体执行诉前证据保全时,应做好释明、记录和保管工作。

3. 拒绝保全的后果:证据妨碍规则的引入

从丹尼勋爵在安东皮勒案中的阐述看,被申请人虽有拒绝保全的权利,但却面临着藐视法庭甚至监禁,以及“成为后续审判中的不利证据”的风险。正是因为这种风险的存在,所以实践中被申请人通常不会拒绝保全。我国《民事诉讼法》没有规定被申请人拒绝保全的应对措施或法律后果。在司法实践中,被申请人大多存在抵制情绪,甚至有部分当事人采取关闭厂房、驱赶保全人员的方法拒绝法院执行证据保全。主要的应对方法为:第一,若符合《民事诉讼法》第 111 条“毁灭重要证据”或“以暴力、威胁或者其他方法阻碍司法工作人员执行职务”,则可适用该条规定的强制措施。第二,证据妨碍规则的适用。法官可预先准备对此种情形下可能适用证据妨碍规则的书面释明材料,并给予被申请人一

定的思考时间,且时间不宜过长,以防止被申请人转移证据;如果被申请人在期限届满后仍不配合法院执行证据保全,或其提供的实物与法官第一次到现场时所见实物明显不同的,适用证据妨碍规则。^①

(三) 被申请人的救济:赔偿请求与申诉权

1. 被申请人的赔偿请求权:明确“错误申请”的含义

我国《民事诉讼法》第105条仅仅规定申请人“错误申请时的损害赔偿责任”,但对“法定期限不起诉”以及“压迫性执行行为”的后果未置明文。从法律解释角度分析,“法定期限不起诉”是否可解释为“错误申请”?最高人民法院在许赞有案中认为,因过错申请行为造成被申请人损失,即为错误申请:“未尽注意义务,在没有最终确认雪强公司侵犯涉案专利权的情况下,即申请采取财产保全、责令停止有关行为等给雪强公司直接造成损害的措施,属于申请错误,构成侵权。”^②那么,申请人在“法定期限不起诉”,应可解释为申请人对证据保全之申请未尽注意义务所致,而纳入“错误申请”的范畴;而申请人在“压迫性执行行为”中应可解释为未尽合理人标准,该行为虽已发生在保全措施的执行阶段,却依目的性扩张技术,似也可纳入“错误申请”之范畴而可归责。关于错误申请的含义,有必要通过司法解释和案例进一步澄清。

2. 增加被申请人的申诉权

《民事诉讼法》第104条规定:“财产纠纷案件,被申请人提供担保的,人民法院应当裁定解除保全。”这一条中的“保全”应包括财产保全和行为保全,又依第81条第3款的参照,似还可适用于证据保全。进一步思考,财产保全和行为保全均仅涉及财产损失,因此才有第104条的适用。但是,证据保全则指向证据,即使被申请人提供担保,仍然无法满足保全证据之目的。从目的解释看,第104条对证据保全应无适用之余地。此外,第104条并非严格意义上的申诉权规定,申诉权是指申请改变、解除和撤销令状的权利。对被申请人申诉权的保障,是正当程序原则的要求,^③司法解释对该权利应作明确规定。为保证保全措施的效率,同时应规定“被申请人申诉权的行使不影响保全的执行”,且因不属于法定裁定上诉类型而不可上诉。

^① 《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第75条规定:“有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供,如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人,可以推定该主张成立。”

^② 参见最高人民法院(2008)民申字第762号民事裁定书。本案中,申请人依照当时合法有效的外观设计提出申请,是否可因专利权最终被认定无效而可认定为“未尽注意义务”,应可商榷。

^③ 《欧盟知识产权执法指令》第7条第2款也规定:法院应充分尊重被申请人的辩论权以决定是否修改和撤销保全措施。

知识产权侵权之财产上损害赔偿数额的确定^{*}

谷佳杰

内容摘要:在知识产权侵权诉讼中,财产上损害赔偿数额的确定往往存在困难。借助位阶理论,将实体法与诉讼法连接起来,可以从阶层逻辑的视角走出损害赔偿数额确定的困境。我国以知识产权实体立法的模式设置了法定赔偿制度,却由于缺乏诉讼理论的运用而逐渐异化。德国和日本通过民事诉讼法的立法建构解决此类难题。我国应当从诉讼法的视角,以适用要件进行规制,以具体效果予以完善,寻求知识产权侵权的财产上损害赔偿数额确定的体系重构。

关键词:知识产权 损害赔偿数额 法定赔偿 体系重构

一、问题与进路

在知识产权侵权事件中,权利者受到的财产上损害需要由侵权者承担民事责任。^① 承担民事责任的方法一般有恢复原状和损害赔偿。在现代社会生活中,由于恢复原状常有客观不能、显有重大困难或为赔偿义务人所不为,其在实

^{*} 本文获首届立格联盟研究生论文竞赛一等奖。

^① 本文主要是围绕知识产权侵权中财产上损害的问题展开,并非意味非财产上损害不存在相应问题。由于非财产上损害的特殊性,其具体内容为精神或肉体痛苦,其基本特色在于不可以金钱价额予以计算,许多问题在民法理论上尚无明确答案,因此本文将不进行非财产上损害赔偿数额确定的讨论,试图通过探讨知识产权侵权的财产上损害,把握损害赔偿数额确定的难题。

践中的应用愈发少见。损害赔偿则符合现代社会趋向利益和讲究实用的特点,因此在知识产权侵权事件中,其应用远远多于恢复原状。在知识产权损害赔偿诉讼中,有关损害的发生和损害赔偿数额,原则上首先应由主张权利者提出主张与证明。困扰知识产权损害赔偿的问题往往是,对于权利人的损害事实无法通过诉讼手段客观再现和损害事实的量化标准及合理性。^①基于实体法上对损害赔偿请求权构成要件的规定,^②如损害已经发生且得到证明,则法官应当作出损害赔偿请求权存在的判断。但是,在实践中常常会遇到损害赔偿数额由于各种原因难以证明或不能证明的情形,此时似乎既不能适用证明责任法则予以判决,又无法简单地支持该损害赔偿的具体诉讼请求。损害赔偿请求权成立的性质判断与损害赔偿数额无法量化支持的矛盾,构成了知识产权侵权的财产上损害赔偿数额确定的困境。

为解决因社会进步、科技发展导致的损害赔偿数额的事实调查涉及尖端的自然科学知识而难以确定的困难,我国在知识产权立法上设置了法定赔偿制度以寻求走出困境。法定赔偿制度的立法制定初始获得了许多赞许,^③但却在实践运用中产生了诸多问题,以致出现了批判与反思的声音。^④知识产权侵权的财产上损害赔偿数额确定是一个由于实践困难性而肇致理论贫困化、涉及实体法与诉讼法交织的问题,欲以实体法的一元观视角寻求消弭,难以彻底解决。回首过往,知识产权的发展研究路径,由于其相对于民法的特殊性,形成了一种与民法相隔绝的现状,进而造成研究知识产权审判也缺乏与民事诉讼法的沟通和对话。这不仅导致知识产权研究正在形成一个以权利为核心、涵盖实体与程序的庞杂的体系,也导致知识产权审判缺乏诉讼法理论的有力支持而日益陷入困境。^⑤

“在诉讼法体系已经独立的现代法制框架下,‘诉讼’是实体法和诉讼法综合之‘场’,并在‘裁判’中得以完成。”^⑥实体法律规范以权利变动为法律要件和法律效果,体现出其静态性的特征。诉讼法律规范是诉讼发展流变过程中具有

① 参见曹刚:《简论知识产权损害赔偿数额的确定问题》,载《法律适用》2001年第7期。

② 关于损害赔偿请求权的构成要件,放眼各国损害赔偿制度,基本轮廓几近相同。知识产权侵权诉讼中的各种损害赔偿请求权的构成要件虽有些许差别,但都需要有损害结果这一构成要件。参见曾世雄:《损害赔偿法原理》,中国政法大学出版社2001年版,第56页。

③ 参见姜志刚:《法定赔偿制度的法律思考》,载《中国知识产权报》2001年4月20日第3版;田娟、宋庆文:《知识产权侵权损害的法定赔偿制度》,载《广西社会科学》2004年第8期。

④ 参见丁兆增:《知识产权赔偿中“法定赔偿制度”的思考》,载《太原师范学院学报》(社会科学版)2010年第2期;张春艳:《我国知识产权法定赔偿制度之反思与完善》,载《法学杂志》2011年第5期。

⑤ 参见曹刚:《简论知识产权损害赔偿数额的确定问题》,载《法律适用》2001年第7期。

⑥ [日]中村宗雄、中村英郎:《诉讼法学方法论——中村民事诉讼理论精要》,陈刚、段文波译,中国法制出版社2009年版,第27页。