

第12卷  
Volume 12

# Intellectual Property Right Law Research 知识产权法研究

黄武双 主编

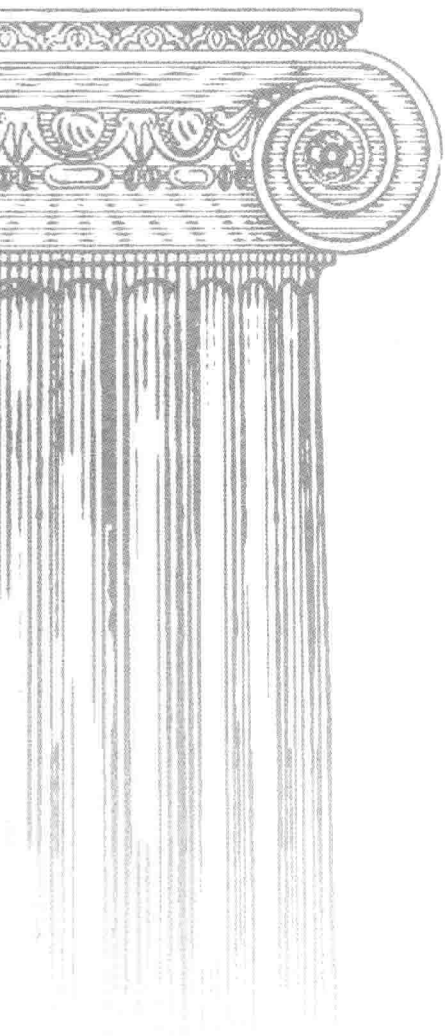


本书的出版得到  
强生(中国)投资  
有限公司资助

第12卷  
Volume 12

# Intellectual Right Law Research 知识产权法研究

黄武双 主编



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

## 图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权法研究. 第 12 卷/黄武双主编. —北京: 知识产权出版社, 2014. 9

ISBN 978 - 7 - 5130 - 3007 - 6

I. ①知… II. ①黄… 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 217283 号

## 内容提要

本书收录了 20 篇研究论文, 共分为综合、商标、版权和专利四个专题, 以欧美国家知识产权理论为参考, 通过经典案例、前沿问题的研究和分析, 为我国知识产权立法制度的完善提供了很好的参考和启示。

责任编辑: 卢海鹰

责任校对: 董志英

文字编辑: 王玉茂

责任出版: 刘译文

## 知识产权法研究 (第 12 卷)

ZHISHICHANQUANFA YANJIU

黄武双 主编

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司

网 址: [http://www. ipph. cn](http://www.ipph.cn)

社 址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

邮 编: 100088

责编电话: 010 - 82000860 转 8122

责编邮箱: [wangyumao@cnipr. com](mailto:wangyumao@cnipr.com)

发行电话: 010 - 82000860 转 8101/8102

发行传真: 010 - 82000893/82005070/82000270

印 刷: 北京科信印刷有限公司

经 销: 各大网络书店、新华书店及相关专业书店

开 本: 720mm × 960mm 1/16

印 张: 18. 75

版 次: 2014 年 9 月第 1 版

印 次: 2014 年 9 月第 1 次印刷

字 数: 344 千字

定 价: 58. 00 元

ISBN 978 - 7 - 5130 - 3007 - 6

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

# 知识产权法研究编委会

## Intellectual Property Right Law Research

### 顾问

- 曹建明 中华人民共和国最高人民检察院检察长  
教授，博士生导师
- 吴汉东 中南财经政法大学原校长  
教授，博士生导师
- 王立民 华东政法大学原副校长，知识产权中心原主任  
教授，博士生导师

### 主编

- 黄武双 华东政法大学知识产权学院副院长，知识产权研究中心主任  
教授，博士生导师

### 本期助理编辑

- 尚广振 华东政法大学 2013 级知识产权专业硕士研究生

# 目 录

## 综合专题

- 论知识产权纠纷中销售者赔偿责任的免除 ..... 白 帆 (1)
- 知识产权行为保全程序新探 ..... 吴登楼 (9)
- 欧洲议会和理事会关于保护未披露的专有技术和商业信息 (商业秘密)  
以防被非法获取、使用和披露指令的提案 ..... 任 熙 译 黄爱云 校 (19)
- In re NCAA Student – Athlete Name & Likeness  
Licensing Litigation ..... 陈雅秋 译 (42)

## 商标专题

- 商标确权行政纠纷实质性解决的裁判路径 ..... 何 渊 凌宗亮 (65)
- 市场管理公司商标间接侵权实证研究 ..... 魏 巍 吴平平 (76)
- Shell Oil Co. v. Commercial Petroleum Inc. .... 尚广振 译 (90)
- Rosetta Stone Ltd. v. Google, Inc. .... 刘建臣 译 (97)
- Christian Louboutin S. A. v. Yves Saint Laurent  
America Holding, Inc. .... 黄爱云 译 (124)

## 版权专题

- 著作权侵权的归责原则研究 ..... 阮开欣 (144)
- 对《美国版权法》的反思及其对我国的启示
- 微博转发行为的类型化分析 ..... 尚广振 (157)
- Authors Guild, Inc. v. Google Inc. .... 姚忆蓉 译 (171)

|                                                          |            |
|----------------------------------------------------------|------------|
| Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc. ....                | 刘建臣 译（182） |
| Fox Broadcasting Co., Inc. v. Dish Network L. L. C. .... | 姚忆蓉 译（204） |

## 专利专题

|                                                                   |            |
|-------------------------------------------------------------------|------------|
| 专利标准化之法律考量 .....                                                  | 宋 妍（215）   |
| Cancer Voices Australia v. Myriad Genetics Inc.（节选） .....         | 龚雯怡 译（227） |
| Bowman v. Monsanto Co. ....                                       | 何芳琳 译（250） |
| Apotex Pty Ltd. v. Sanofi – aventis Australia Pty Ltd.（节选） .....  | 陈雅秋 译（258） |
| Association for Molecular Pathology v. Myriad Genetics, Inc. .... | 姚忆蓉 译（271） |
| St. Jude Medical, Inc. v. Access Closure, Inc. ....               | 尚广振 译（283） |

# 综合专题

## 论知识产权纠纷中销售者赔偿责任的免除

白帆\*

### 内容摘要

我国《著作权法》《商标法》和《专利法》均规定了在满足法定条件时可以免除侵权商品销售者对权利人的赔偿责任，但这类法律条文过于抽象、缺乏可操作性，导致在目前司法实践中各地法院对其理解不一、尺度把握不等，对同类案件的裁判结果也大相径庭，有损司法公信力。笔者尝试对法条中提炼出的法定考察要件进行阐释，结合对司法实践中各类零散判断要素的整合，建立一套完整、周延、具备可操作性的综合判断体系。

### 关键词

销售者 赔偿 免除 合法来源 知识产权

我国《著作权法》《商标法》和《专利法》均规定有销售者免赔条款，即在满足法定条件时可以免除侵权商品销售者对权利人的民事赔偿责任。这一规定充分体现了立法者保护善意第三人和保护交易安全、促进商品流通的价值取向，实

---

\* 作者单位：贵州省高级人民法院民三庭。

值称赞。然因法律条文过于抽象，导致目前在我国的司法实践中各地法院对相应法律规定的理解不一，对证明程度的要求不等，如同样是侵犯著作权纠纷，有法院认为销售者提供的“合法来源”基本上要等同于“合法授权”，有法院认为考察“合法来源”是对销售者侵权的主观状态进行考察，还有法院认为“合法来源”就是指“合法取得”。<sup>①</sup>不同法院对同一法条的理解存在较大差异，导致同类案件的裁判结果大相径庭，严重损害了司法权威与司法公信力。而要解决这一问题，就必须统一法官对法律条文的理解，关键是须对法条中的法定考察要件作出令人信服的阐释。

## 一、法条定位与要件提炼

首先请与笔者一同看看，究竟是什么样的法律条文造成法官在理解和适用上出现巨大差异。

现行《中华人民共和国商标法》<sup>②</sup>（以下简称《商标法》）第56条第3款规定：“销售不知道是侵犯注册商标专用权的商品，能证明该商品是自己合法取得并说明提供者的，不承担赔偿责任。”其中值得我们充分关注的法定考察要件为：“不知道+合法取得+说明提供者”。

《中华人民共和国专利法》（以下简称《专利法》）第70条规定：“为生产经营目的使用、许诺销售或者销售不知道是未经专利权人许可而制造并售出的专利侵权产品，能证明该产品合法来源的，不承担赔偿责任。”从中提炼出的法定考察要件则可表述为“生产经营目的+有限种类行为+不知道+合法来源”，为讨论方便，可进一步简化为“不知道+合法来源”。

《中华人民共和国著作权法》（以下简称《著作权法》）第53条后段规定：“复制品的发行者或者电影作品或者以类似摄制电影的方法创作的作品、计算机软件、录音录像制品的复制品的出租者不能证明其发行、出租的复制品有合法来源的，应当承担法律责任。”从中可见的法定考察要件仅为“合法来源”。

在对提炼出的法定考察要件进行阐释之前，还需要先回答如下问题：《商标法》规定的“合法取得+说明提供者”要件与《专利法》和《著作权法》规定的“合法来源”要件是否可以划等号？从文义解释的角度出发，笔者认为，“合

<sup>①</sup> 王芳，浅析著作权侵权纠纷中销售者“合法来源”抗辩的适用问题——三个不同判决所引发的思考[J]，中国版权，2013（2）：11-14。

<sup>②</sup> 指《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国商标法〉的决定》在2014年5月1日生效前有效的2001年《商标法》。需要说明，因2014年商标法修正案相应条文的表述并未发生变化，故在其生效后本文的相关分析同样可以适用。

法取得”指权利的流转和取得须符合法律规定，而在法律对权利取得没有形式上的特殊要求时（如要求必须订立书面合同），“合法取得”实际上就是在要求销售者取得商品必须具有合法的来源，销售者在证明这一点时也必然会披露商品提供者等取得商品的途径和方式，所以《商标法》“合法取得+说明提供者”要件与《专利法》和《著作权法》“合法来源”要件要求销售者证明的事项基本相同，二者实际上是等同的。

最终，《商标法》和《专利法》中的法定考察要件均可归纳为“不知道+合法来源”，而《著作权法》中提炼出的法定考察要件则仅有“合法来源”一个。

## 二、我国司法实践中的经验要素

由上文可见，从法条中提炼出的法定考察要件都极为抽象，并没有对应的解释和统一的判断标准，缺乏可操作性。正因如此，各地法院对这类法律规定的理解和把握才存在千差万别。

2009年3月发布的《广东省高级人民法院关于审理侵犯音像著作权纠纷案件若干问题的指导意见》第10条称：“认定音像制品是否具有合法来源，应当审查以下事实综合判断：（1）发行人、出租人的音像制品是否来源于有《音像制品出版许可证》并经工商行政管理部门登记的音像出版单位；（2）音像制品及其包装物上是否标明了出版单位的名称、地址、音像制品的版号、出版时间、责任编辑、著作权人、条形码及进口批准文号等；（3）发行人、出租人与出版者之间是否签署商业合同、开具发票；（4）音像制品的销售价格是否不合理地低于同类制品的市场价格等等。”这些认定因素中包含了进货渠道、产品包装、合同发票、产品进价等。

江苏省高级人民法院2010年11月发布的《侵犯专利权纠纷案件审理指南》第5.10条称：“为生产经营目的使用、许诺销售或者销售未经专利权人许可而制造并售出的专利侵权产品，能证明该产品合法来源的，只承担停止侵权责任，不承担赔偿责任。合法来源，应当是指符合合同法要件的来源，即使用、许诺销售或者销售人对于被控侵权产品存在符合《合同法》规定的合同关系，而不是指被控侵权产品是经过专利权人许可制造的。合法来源认定的基本要件包括：正当的合同关系、正当的进货渠道、合理对价等因素。”我们可以发现，江苏省高级人民法院的解释只对“合法来源”进行了示例式的规定，而似乎忽略了“不知道”这一要件。

北京市高级人民法院2013年9月发布的《专利侵权判定指南》第133条称：“为生产经营目的，使用、许诺销售或者销售不知道是未经专利权人许可而制造

并售出的专利产品或者依照专利方法直接获得的产品的行为,属于侵犯专利权行为。使用者或者销售者能证明其产品合法来源的,不承担赔偿责任,但是应当承担停止侵害的法律责任。合法来源是指使用者或者销售者从合法的进货渠道,以合理的价格购买了被诉侵权产品,并提供相关票据。”根据《专利侵权判定指南》的规定,“合法来源”包含进货渠道、产品进价、票据等因素。《专利侵权判定指南》中包含了“不知道+合法来源”两个要件,与上文提炼的要件相同,并对如何证明“合法来源”作出了较为明确的规定,但却没有涉及对“不知道”这一要件的进一步解释。

湖南省长沙市中级人民法院知识产权庭也撰文称,确定经营者对侵权后果的主观过错,可以从交易价格、经营同类产品和被处罚的经历、同时经营侵权和非侵权产品、权利人进行过一定规模的维权等方面考虑;关于合法来源的举证则应包括交易合法、证明来源和可供权利人查找的供货方存续信息等。<sup>①</sup>

此外,也有各地法院法官撰文阐述自己对法定要件的理解。如西安市中级人民法院姚建军法官认为,在侵犯商标权案件中,销售商承担侵权赔偿责任适用过错推定原则,销售商需要提供发票、付款凭证及其他证据证明商品是自己合法取得,并说明商品提供者;<sup>②</sup>北京市东城区人民法院高翥法官认为,著作权法中的合法来源是指被控侵权产品的发行者、出租者通过合法的进货渠道、正当的买卖合同和合理的交易价格从他人处购买该产品,一般来说证明商品进货渠道合法、买卖合同合法、商品价格合理等即可认定系合法来源,此外还应审查证据证明力大小、是否存在真实的供货商、供货关系和真假商品混卖等;<sup>③</sup>深圳市中级人民法院祝建军法官认为,提出合法来源抗辩的主体主观上须为善意,即不知道产品未经专利权人许可而制造并售出,且能够举证证明专利侵权产品合法来源于其他经营者;<sup>④</sup>苏州市虎丘区人民法院万玉明法官认为,销售商至少应有正规的进货渠道或供应商,且所售商品不属于“三无产品”,此外也需考虑销售者规模、商品知名度等因素。<sup>⑤</sup>

可见,在我国目前的司法实践中,对于如何理解法律规定,审理知识产权案件经验较为丰富的法院和法官已归纳出一些独特的需要着重考察的要素,但依然

① 湖南省长沙市中级人民法院知识产权庭. 经营者免除赔偿责任的适用 [J]. 人民司法·应用, 2011 (23): 41-46.

② 姚建军. 销售商合法来源抗辩的成立要件 [J]. 人民司法·案例, 2010 (20): 42-45.

③ 高翥. 著作权法中的合法来源 [J]. 人民司法·案例, 2013 (8): 45-48.

④ 祝建军. 专利法中合法来源抗辩制度的司法运用 [J]. 电子知识产权, 2008 (6): 54-56.

⑤ 万玉明. 对销售商是否具有“合法来源”的解读 [J]. 法制博览, 2013 (2): 153.

过于零散，只是对审判经验的简单总结，且各行其道、并未统一，更无法形成完整、周延的判断体系。参考司法实践中的有益经验和做法，笔者尝试对提炼出的法定考察要件进行阐释，结合对各类零散判断要素的整合，建立起一套对免除侵权商品销售者赔偿责任的完整判断体系。

### 三、法定要件的具体阐释

#### （一）“合法来源”要件的理解

笔者认为，“合法来源”关键在“合法”二字，具体应从一般法和特别法两个层面出发进行理解。

一般法层面，“合法来源”即指销售者进货渠道合法、物权交易真实，且商品非法律上的禁止流通物。对此点证明的程度也应依销售主体规模、专业程度等的不同而要求不同。如笔者所在法院审理大量知识产权侵权纠纷时发现，现实生活中小商户少量进货一般都不会签订进货合同，所以根据市场既存的交易规则和交易惯例，此时的认定亦不宜过于严苛。笔者认为在此种情况下，销售商能提供载明涉案产品名称、型号等，即能够与商品对应的发票甚至小票等单据即可。

特别法层面，对某些关涉人民生命健康等重大公共利益的特殊商品，销售者在进货时应尽何种注意义务法律进行了专门规定，此时衡量销售者的注意义务就应严格依法进行，而不能因销售者称其规模小、进货少、不知法等就有所放松。此类规定文件如《药品管理法》《药品经营质量管理规范》《化妆品卫生监督条例》《化妆品生产经营企业索证索票和台账管理规定》《音像制品管理条例》等。

#### （二）“不知道”要件的理解

结合传统民法的相关理论，笔者认为，要件中的“不知道”至少应满足传统民法对当事人“善意”的要求，<sup>①</sup>即当事人主观上不具有过错，具体包含不知情和无过失两个方面。因为从某种意义上讲，《著作权法》《商标法》《专利法》在修订时增设合法来源条款的初衷是为保护善意第三人和交易安全，为无过错的侵权人提供救济途径。<sup>②</sup>

“不知情”指商品销售者在事实上确实不知道所售商品是侵权商品，即排除

① 如传统民法中对善意取得、善意第三人、善意相对方等“善意”的通常解释和要求。

② 李双利，魏大海. 合法来源条款立法文本新探 [J]. 中华商标, 2011 (5): 42.

了其“明知”“故意”的情形。按照全国人大法工委对2014年《商标法》<sup>①</sup>第64条第2款<sup>②</sup>的立法解释，销售者能证明该商品是自己合法取得的并说明提供者的（即本文所提炼的“合法来源”要件）才能认定销售者不具有主观上的故意。<sup>③</sup>从中可以得出，判断销售者在主观方面的过错首先就应考虑商品是否具有合法来源，基于此也可认为“合法来源”要件是包含于“不知道”这一要件中的。此外，在知识产权纠纷中大多数销售者都会主张其并不知情，但法院依然要根据案件具体情形和销售者的举证情况对其真实性作出认定，尤其还要考虑销售者真假混卖、权利人发出过侵权警告等。

“无过失”则是从客观方面具体考量销售者是否尽到了应尽的注意义务，具体可从主体、客体和其他方面进行考量。主体方面，根据销售者的专业程度不同，对特定商品的注意义务也有所不同，如同样是销售某品牌的乒乓球，糖烟酒店和文体用品专营店其专业程度明显不同，对商品注意义务的程度自然也要求不同，这有些类似于传统民法中“一般人的注意义务”和“专家的注意义务”；此外，销售者的经营规模也应适当考虑，经营规模大的或位于销售链条上游的销售商应负担的注意义务也相对较高。<sup>④</sup>客体方面，则结合商品的各方面因素，如该商品的包装（是否是无三产品）、<sup>⑤</sup>进价（是否明显偏低，对价值大的商品注意程度更高）、知名度（对知名度高的商品注意程度更高）等，对销售者应尽的注意义务进行综合判断。如江西省高级人民法院邹征优法官认为：“红双喜”“DHS”注册商标在体育用品行业中的知名度较高，正宗“红双喜”产品的销售渠道、销售价格公开可查，吴某系专业从事文体用品经营的业主，以明显低于市场同类产品的进价购得商品后未履行一般的审查义务便进行销售，即使其提供的进货来源真实，由于不能证明其进货商是红双喜公司的供货商，其抗辩也不能成立。<sup>⑥</sup>其他方面，则是指还应考虑销售者经营同类产品、权利人维权打假宣传和行政机关处罚情况等相关因素。

可供参考的有在2010年11月发布的《最高人民法院关于做好涉及网吧著作

① 指我国2014年5月1日开始实施的修订后的《商标法》。

② 与本文所引2001年《商标法》第56条第3款的表述相同。

③ 《中华人民共和国商标法解读》编写组：《中华人民共和国商标法解读》[M]。北京：中国法制出版社，2013：137。

④ 徐杰：《知识产权审判实务技能》[M]。北京：人民法院出版社，2013：61-62。

⑤ 《产品质量法》第27条。

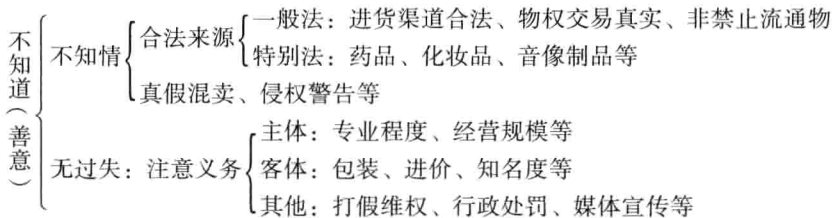
⑥ 邹征优：《物权交易真实不等于商品来源合法——评红双喜股份有限公司诉吴铜军侵犯商标权纠纷案》[N]。中国知识产权报，2013-10-23（9）。

权纠纷案件审判工作的通知》第4条规定：“网吧经营者能证明涉案影视作品是从有经营资质的影视作品提供者合法取得，根据取得时的具体情形不知道也没有合理理由应当知道涉案影视作品侵犯他人信息网络传播权等权利的，不承担赔偿损失的民事责任。”该条中便使用了“不知道也没有合理理由应当知道”的表述，与本文“不知情”与“无过失”的论述相一致。

此外还需说明，有学者认为在专利纠纷中，销售者进货时对产品零部件、电路等内部结构无从了解，对其专利状况亦无法查知，所以只要排除了销售商“明知”的主观状态，属于不可能知道和应当知道而实际并不知道这两种主观状态下的行为，均可以认定为“不知道”。<sup>①</sup>此种观点笔者并不赞同，个人认为在上述这种情况还是应考察销售商的注意义务，如大企业间就高新技术产品进行大额交易和普通销售商出售日用产品给一般消费者，对这两者注意义务的要求还是有所区别的；前文“无过失”的要求仍有适用余地，应个案分析，绝不能一概而论。如果将普通销售者置于上述情境中，完全可以认为这属于“不应知”而非“应当知道而实际并不知道”的情形，即不必苛求普通销售者对此具有注意义务，而不宜对“不知道”做违反学界通常认识的解释，破坏理论体系的协调。

#### 四、体系化之整合

通过要件阐释与要素整合，最终可形成如下的判断体系：



这一体系既完全涵盖了法律规定中的考察要件，又很好地容纳了司法实践中有益的零散判断要素，更可贵的是兼顾了对传统民法“善意”理论的呼应和对知识产权特殊性的关照，具有理论上的周延性和实务中的可操作性。

特别需要讨论，《著作权法》并没有规定《专利法》《商标法》法律中“不知道”这一要件，而是采用了“不能证明合法来源则应承担侵权责任”的表述，这是不是说明《著作权法》对销售者的主观状态不作要求呢？从社会一般公众朴

<sup>①</sup> 尹新天. 中国专利法详解 [M]. 北京：知识产权出版社，2011：840；黄伟源. 试论专利诉讼中的合法来源抗辩 [J]. 法制与经济，2012（2）：38.

素的法感情出发，很难想象销售者在明知商品侵权而故意销售的情况下仍可以免除赔偿责任。而从逻辑学角度分析可知，“证明合法来源”是“不承担责任”的必要条件而非充分条件，也就是说销售侵犯著作权商品的销售者即使证明了商品具有合法来源也只是可能不承担责任，而并非一定就免除责任了。此时结合我国司法实践中的惯常做法和广义的体系解释方法，我们有理由认为，在著作权侵权纠纷中仍要审查销售者的注意义务，这也与整个理论体系相一致。学界亦有学说认为，过错应成为著作权侵权损害赔偿责任的构成要件，且过错程度应成为确定著作权损害赔偿数额的参考因素，<sup>①</sup> 笔者殊为赞同。但还应注意，法律要求注册商标和专利必须登记、公示，自可由公示文件推定公知，但对著作权却并无强制登记的要求，故著作权的权利归属、授权状态等一般难以查明，因此在考量销售商的注意义务时应有所区别，不宜过于严苛。

在证明责任分配问题上，《商标法》《专利法》和《著作权法》的表述相同，均为“能够（不能）证明合法来源的……”也就是说，上文中“合法来源”的要件需要由销售者举证证明，对商品进货渠道、是否符合特别法规定等销售者也最具举证的便利；而对“不知道”这一要件的最终判断，除了要求销售者证明合法来源外，还需要法官根据案情考量销售商是否尽到了应尽的注意义务，从主、客观两方面进行判断。对证明责任的分配也与上文建立的体系相匹配，进一步验证了理论体系的周延性。

实际上，对法律规定的不同理解和阐释体现了在鼓励创新、维护权利人合法权益和保护善意第三人与交易安全、维护社会公共利益间的利益平衡。法律应有的开放性特征与多元化价值的司法衡平既是知识产权法的特色，也是其魅力所在。只有如此，才能以创新保护创新，才能使裁判手中的天平能够承载飞速扩张的智力成果。但我们也应注意到，现阶段知识产权案件中上述销售者免赔规定运用的愈发普遍，为保持知识产权法律体系内部的协调，更为了维护司法公信力与司法权威，对上述法条的理解尚有必要通过司法解释进行统一。

<sup>①</sup> 周园. 论过错与著作权侵权损害赔偿关系的立法表达——以我国《著作权法》第三次修改为中心[J]. 知识产权, 2013 (5): 58-63.

# 知识产权行为保全程序新探

吴登楼\*

## 内容摘要

《民事诉讼法》对行为保全程序的规定，对知识产权行为保全产生了新影响。知识产权行为保全的要件、范围、时限等都发生了较大的变化，建议最高人民法院对知识产权行为保全作出新的司法解释。

## 关键词

行为保全 诉讼 知识产权

尽管我国《专利法》《商标法》和《著作权法》有行为保全的规定，但我国《民事诉讼法》修改后新增的行为保全程序<sup>①</sup>还是给知识产权乃至民商事审判带来了新变化并为各类知识产权案件行为保全提供了法律依据。由于《民事诉讼法》规定的行为保全程序与我国当前知识产权法律及其相应司法解释<sup>②</sup>中对行为

---

\* 作者单位：上海市第二中级人民法院。

① 《民事诉讼法》第100条规定：“人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决难以执行或者造成当事人其他损害的案件，根据对方当事人的申请，可以裁定对其财产进行保全、责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为；当事人没有提出申请的，人民法院在必要时也可以裁定采取保全措施。人民法院采取保全措施，可以责令申请人提供担保，申请人不提供担保的，裁定驳回申请。人民法院接受申请后，对情况紧急的，必须在48小时内作出裁定；裁定采取保全措施的，应当立即开始执行。”

② 我国第二次修正《专利法》第61条、《商标法》第65条、《著作权法》第50条对行为保全作出了规定。最高人民法院分别作出《关于诉前停止侵犯专利权行为适用法律问题的若干规定》《关于诉前停止侵犯商标专用权行为和保全证据适用法律问题的解释》等两个行为保全的司法解释。

保全的规定不甚相同，也给知识产权行为保全法律适用带来了新难题和新挑战。

## 一、行为保全概述

### （一）行为保全的立法概况

行为保全是指因被申请方的行为，使判决难以执行或者造成申请人其他损害的，法院在判决前根据申请人的申请，责令被申请人作出一定行为或者禁止其作出一定行为的命令。行为保全的目的是在实质争议解决前，防止今后判决难以执行或者预防侵权行为的重复或预期发生，保护当事人正当权益。

这种制度在大部分国家属于民事诉讼常用救济手段，某种程度上对这种制度的研究和运行已经相对成熟。在英美法系国家，如美国称之为禁令、禁止令、临时措施或者中间禁令等。中间禁令根据美国《联邦民事诉讼规则》的规定，依是否经过辩论及其禁令时间的长短又进一步分为临时限制令（Temporary restraining order）和初步禁止令（Preliminary injunction）。临时限制令一般没有经过辩论程序并且时间一般比较短。而初步禁止令一般在诉讼过程中经过双方辩论而且效力一般维持到法院终审判决。在大陆法系，如德国、日本等国家一般称之为假处分。

我国行为保全的立法应当说还是比较晚。最高人民法院于1988年颁布的《关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法通则〉若干问题的意见（试行）》第162条规定，“在诉讼中遇有需要停止侵害、排除妨害、消除危险的情况时，人民法院可以根据当事人的申请或者依职权先行作出裁定。”该条规定为法院在诉讼过程中及时制止侵权提供了法律依据，实际上开了我国禁止令制度先河。但由于该规定较为宽泛不明确，未明确具体条件和程序等，故司法实践中法院很少灵活运用该条规定有效制止侵权人继续实施侵权行为，客观上立法和司法均没有主动意识到该条与行为保全的关系。之后逐渐在专利、商标和著作权立法中规定了行为保全制度。2001年6月，最高人民法院作出《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》。2001年10月，我国对《著作权法》进行修订，新增加了第49条：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。2002年1月，最高人民法院又作出《关于对诉前停止侵犯注册商标专用权行为和证据保全适用法律问题的解释》。至此，我国专利、著作权和商标有了行为保

全的法律依据。知识产权经过十几年对行为保全的审判实践，应当说积累了丰富的审判经验。之后，2011年2月，我国《刑法修正案（八）》增加了禁止令的规定<sup>①</sup>。但该刑法修正案中规定的禁止令是法院判决中的禁止令，并非诉讼过程中的行为保全。之后，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合颁布《关于对判处管制、宣告缓刑的犯罪分子适用禁止令有关问题的规定（试行）》第3~5条对刑罚中的禁止令作了具体诠释。

## （二）行为保全程序为传统民商事领域提供更加全面的司法救济

以往我们缺乏法律依据而做不了的事情现在有了明确的法律依据。比如以前我们看到国外法院发现孩子的父母有虐待孩子的行为和倾向的，法院可以决定孩子不让其父母管教。但以前在我国如果法院要作出这样的一个裁定，就没有法律依据。还如离婚案件的当事人男方对女方有明显暴力行为，女方是否可以要求男方不得在女方暂住的小区出现？最高人民法院公布的10起涉家庭暴力典型案例中，钟某申请人身安全保护案的法院裁定：禁止被申请人陈某骚扰、跟踪、威胁、殴打申请人钟某，或与申请人钟某及未成年子女陈某某进行不受欢迎的接触；禁止被申请人陈某在距离申请人钟某的住所或工作场所200米内活动等。<sup>②</sup>再如，租赁合同纠纷等案件中，有时需要强制出租人立即交付关键设备，有时需要强制承租人立即停止损害建筑物行为，甚至立即退出建筑物等。行为保全对我们传统的民事特别是商事领域适用的空间还很大，但到目前为止，行为保全程序在民事审判中的作用还没有得到充分体现。一方面是因为对民事诉讼法增加的这一条行为保全没有引起充分的重视；另一方面原因是这个制度在民商事领域是一项新制度，对它的认识有一个过程。

## （三）为我国各类知识产权案件行为保全提供了法律依据

我国《专利法》《著作权法》和《商标法》对行为保全作出了规定，但对之外的知识产权案件，如反不正当竞争案件、垄断案件、植物新品种案件、知识产权合同纠纷案件缺乏行为保全的执法依据。有了《民事诉讼法》行为保全的规定后，应当说所有种类的知识产权案件都可以依据该规定给予救济。最高人民法院于2013年10月公布的8起知识产权司法保护典型案例中的第一起典型案例便是行为保全的案例。申请人美国礼来公司与被申请人黄某行为保全申请案，最高

① 《刑法》第38条第2款规定：判处管制，可以根据犯罪情况，同时禁止犯罪分子在执行期间从事特定活动，进入特定区域、场所，接触特定的人。

② 最高人民法院。最高人民法院公布十起涉家庭暴力典型案例[N]。人民法院报，2014-02-28（3）。