



知识产权停止侵害 救济制度研究

Research on Permanent Injunction in Intellectual
Property Protection Framework

杨涛 著



知识产权停止侵害 救济制度研究

Research on Permanent Injunction in Intellectual
Property Protection Framework

杨涛 著

图书在版编目(CIP)数据

知识产权停止侵害救济制度研究 / 杨涛著. —北京:
法律出版社, 2016. 12

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0406 - 3

I. ①知… II. ①杨… III. ①知识产权—侵权行为—
研究—中国 IV. ①D923.404

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 313981 号

知识产权停止侵害救济制度研究
ZHISHI CHANQUAN TINGZHI QINHAI
JIUJI ZHIDU YANJIU

杨 涛 著

策划编辑 刘秀丽
责任编辑 刘秀丽
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任校对 杨锦华
责任印制 张建伟

编辑统筹 独立项目策划部
开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 17.25
字数 280 千
版本 2017 年 4 月第 1 版
印次 2017 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-0406-3

定价:58.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

国家社科基金后期资助项目 出版说明

后期资助项目是国家社科基金设立的一类重要项目，旨在鼓励广大社科研究者潜心治学，支持基础研究多出优秀成果。它是经过严格评审，从接近完成的科研成果中遴选立项的。为扩大后期资助项目的影响，更好地推动学术发展，促进成果转化，全国哲学社会科学规划办公室按照“统一设计、统一标识、统一版式、形成系列”的总体要求，组织出版国家社科基金后期资助项目成果。

全国哲学社会科学规划办公室

基金项目

国家社会科学基金后期资助项目，项目批准号：15FFX009

目 录 Contents

导 论 / 1

第一章 停止侵害救济制度的基本范畴 / 4

第一节 理论渊源 / 5

一、救济权 / 5

二、历史脉络 / 8

第二节 知识产权请求权 / 12

一、请求权理论 / 12

二、基本界定 / 15

三、制度体系 / 19

第三节 性质之辩 / 21

一、问题的源起 / 21

二、“停止侵害”的责任规范体系 / 22

三、“停止侵害”的请求权理论 / 26

四、理论评析 / 29

五、我国的应然立场 / 31

第四节 理论范畴 / 33

一、“侵害”的界定 / 33

二、何谓“停止侵害” / 36

三、概念澄清 / 37

第五节 适用问题 / 39

一、归责原则 / 39

二、构成要件 / 44

三、适用情形 / 46

四、适用功能 / 49

第二章 停止侵害救济制度的国际视野 / 51

第一节 英美法系 / 52

一、禁令概述 / 52

二、基本规则 / 54

三、专利法 / 56	
四、著作权法 / 61	
五、商标法 / 64	
第二节 大陆法系 / 66	
一、德国立法例 / 66	
二、日本立法例 / 69	
三、我国台湾地区“立法例” / 73	
第三节 发展趋势 / 75	
一、eBay 案 / 76	
二、评析与观点 / 78	
三、制度影响 / 80	
第四节 制度启示 / 84	
一、“停止侵害请求权”限制 / 84	
二、“永久禁令”衡平规则 / 86	
三、域外经验的科学借鉴 / 88	
 第三章 停止侵害救济制度的中国现实 / 91	
第一节 典型司法判例 / 91	
一、晶源案 / 92	
二、晶艺案 / 93	
三、阿图尔案 / 94	
四、泰赫雅特中心案 / 96	
五、武松打虎案 / 97	
六、小结 / 98	
第二节 现行法律规范 / 99	
一、民事基本法律规范 / 99	
二、知识产权法律规范 / 100	
第三节 传统司法经验 / 104	
一、法律规范的漏洞 / 104	
二、司法保护的加强 / 105	
三、理论学说的兴起 / 107	
第四节 现今发展趋势 / 109	
一、司法政策引导 / 109	
二、司法理念认同 / 113	
三、司法案例导向 / 114	
四、法官造法趋向 / 117	

第四章 停止侵害救济制度的理论反思 / 121

第一节 知识产权“类物权化”之理念 / 121

- 一、理念成因与诠释 / 122
- 二、大陆法系:知识产权与物权 / 128
- 三、英美法系:知识产权与财产权 / 131

第二节 知识产权“类物权化”之解构 / 137

- 一、知识产权“排他性”:一种理论认知 / 137
- 二、知识产权“排他性”:权利效力视角 / 140
- 三、知识产权“排他性”:禁止权视角 / 143

第三节 知识产权“类物权化”之批判 / 147

- 一、权利客体的特殊性 / 148
- 二、权利控制的有限性 / 157
- 三、权利空间的衍生性 / 168
- 四、权利禁止的相对性 / 174

第五章 停止侵害救济制度的完善建议 / 196

第一节 制度完善的必要性分析 / 196

- 一、权利边界的模糊性 / 196
- 二、权利限制的正当性 / 203
- 三、权利利益的平衡性 / 207
- 四、权利滥用的禁止性 / 212

第二节 制度完善的要素性解读 / 217

- 一、损害不可弥补 / 217
- 二、法律充分救济 / 226
- 三、权衡双方利益 / 227
- 四、社会公共利益 / 231

第三节 制度完善的宏观性考察 / 237

- 一、立法历程的全面解读 / 237
- 二、司法解释的深度检讨 / 239
- 三、司法理念的深度贯彻 / 241

第四节 制度完善的规则化建构 / 243

- 一、民事权利一般规则 / 244
- 二、知识产权特殊规则 / 245

参考文献 / 252

导 论

“知识经济”“信息时代”“后工业社会”……一系列彰显我们这个时代特征的词汇都说明了这样一个现象:无形财产是当今信息社会中主导性的财产形式。与之相伴而生,知识产权成为人类社会创制中的一种推动智力成果创造的制度化权利形态,“提出了许多我们的财产法律制度并没有准备好予以应对的新挑战”^①。“对于这一新型权利,在理论上难以采用罗马法以来的物权学说加以阐释,在立法上,也不能简单搬用有形财产的权利保护方法。”^②由此,扬弃现行制度体系的优劣,探寻新型保护方式,设计理性自洽法则,是“知识财产法承担着的不随时时代而发展、变化的历史使命”。^③知识产权法中的停止侵害救济制度研究正是基于这样一种目的和意旨的尝试。

停止侵害,是民事权利主体在权利受到侵害时所享有的一项基本权利,是民事法律制度中一项重要的侵权救济方式,是民事权利绝对性或排他性性质的具体表现,是民事权利效力的必然延伸和应然意旨。早在罗马法时期,停止侵害的雏形便成为私权利的救济形式,经过制度萌芽、历史沉淀与理论发展,其制度内涵和实践运用在现代法治社会绽放出理性光辉,受到世界各国法律规范的认可和关注。无论是大陆法系的停止侵害请求权或停止侵害责任形式,抑或英美法系的永久禁令制度,虽然形式多样、内容各异,但均殊途同归式地体现了“停止侵害”的制度价值和法治功能。基于传统私法与知识产权法、有形财产权与无形财产权的互通关系和共融特性,诞生于民法襁褓之中的停止侵害救济方式无疑是知识产权侵权救济中的一项重要防卫性权利,是侵权人所应承担的重要侵权责任形式,这一点已成为理论通说,并在立法规范和司法实践中得以充分体现。

知识产权司法保护的运用与加强已成为世界各国知识产权制度的基本定位、政策取向和价值诉求。当知识产权遭受侵害或有侵害之虞时,停止侵害的及时救济性、快速便捷性更具意义与价值。与侵权损害赔偿制度不尽相同的是,停止侵害的“禁止性”特点更为突出,刚性色彩更为浓郁,更能集中凸显知识产权所具有的排他特性。然而,“排除侵害与损害赔偿乃民事责任

① [美]约翰·G.斯普兰克林:《美国财产法精解》,北京大学出版社2009年版,第9页。

② 吴汉东:《知识产权保护论》,载《法学研究》2000年第1期,第69页。

③ [日]中山信弘:《多媒体与著作权》,张玉瑞译,专利文献出版社1997年版,第6页。

中两种各自独立之类型,但在各国法学文献上,出现一种有趣之现象,即排除侵害相对不受重视……各国法学几乎有趣一同,倾向在民事责任与损害赔偿间画上等号。此一现象,并不正确,值得忧虑”。^①可见,比之损害赔偿,无论是民法,抑或知识产权法,对停止侵害救济制度的学术重视程度、理论研究水平与其在法律体系中所占据的地位绝非完全一致,极富理论上深度探讨之必要。在经济全球化与法律全球化的发展趋势日益彰显的今天,知识产权法律制度往往作为国际经济贸易的重要规则得以确立,并在建构国际经济秩序和法治秩序方面扮演着重要角色。自美国 eBay 案之后,知识产权侵权救济方式发生了重要的变化,特别是“永久禁令”规则的改变,颠覆了知识产权侵权救济的传统模式,当然性、自动化适用准则的固有格局被打破。与此同时,改革开放以来,我国知识产权法治事业的蓬勃发展,带来了司法审判实践的大繁荣和大发展,时至当下,晶源案等司法实践案例对我国知识产权侵权救济方式的转变产生了重大影响。概言之,现代技术条件下的知识产权侵权形态已经发生了翻天覆地的变化,而传统的知识产权侵权停止侵害救济方式适用规则并没有随之及时能动调整。为回应理论研究、司法实践、法制完善、经济发展等多元化社会需求,知识产权法中的停止侵害救济制度势必成为知识产权保护体系中的重大研究课题。正是在这一国际国内形势下,基于理论与实践的双重需要,本书才做出大胆的尝试。

本主题研究主要出于两方面的考虑:一者,停止侵害与损害赔偿俱为知识产权侵权救济体系的重要组成部分,损害赔偿为理论研究和司法探讨之核心,停止侵害几成附庸或弃儿,与其法律地位不符,实有深入研究的必要;二者,现行知识产权保护体系下,停止侵害救济方式虽有法律规范和适用法则,但内容模糊,略显陈旧,在国际发展趋势和潮流中无从体现,亦无法回应当下我国知识产权侵权保护的实践发展需要。

基于上述立论基础,其研究意义分述如下:首先,理论上一般认为,知识产权法中的停止侵害类(似)民法(物权法)中的停止侵害救济方式,二者存在移植与继受、模仿与比拟的因袭关系和互动状态。对知识产权法视野下停止侵害救济方式的关注,特别是将其与民法(物权法)语境中停止侵害救济制度的对照分析,可以在同一坐标系之下,廓清二者的区别和联系,揭示知识产权停止侵

① 法国法学上称民事责任(Responsabilité civile)相当普遍,而其内容则几为损害赔偿;德国法学上,以责任法(Haftungsrecht)代替民事责任见称,经常又径以损害赔偿(Schadensersatz)或损害赔偿法(Schadensersatzrecht)称之;英国法学上,以损害赔偿(damages),美国法学上,亦以损害赔偿(damages)或各种救济(remedies),分别代替民事责任为题。参见曾世雄:《民法总则之现在与未来》,中国政法大学出版社2001年版,第235页。

害保护方式的个性化特质,以及物权侵权救济中停止侵害保护方式的一般性、普适性特征。其次,停止侵害作为知识产权法中的一项基本救济规则,存在厘清本质属性、法律定位、体系归属、制度功能、价值作用的理论需要。运用各种分析方法解构知识产权法中停止侵害的制度构造,明晰该项制度的现实状况——优势与缺陷,对全面审视和改进停止侵害救济制度具有重要的基础性作用和建设性意义。再次,停止侵害的理论反思涉及知识产权理论基础构造的问题。知识产权法中,停止侵害救济制度的理论基础和范式是什么?其形成条件和原因是什么?该制度滥用和异化背后的深层次原因又是什么?值得深思。对这些问题的回答将进一步拓宽停止侵害救济制度的理论广度,深化理论认识。最后,停止侵害在制度运行或司法实践中呈现出绝对化趋势,引起国际社会的广泛关注,调整、优化其司法适用,并促成其适用法则和模式日益规范化、规则化,形成规制机制、规则机制或参酌机制,有助于停止侵害救济制度的全面完善和建构。一方面,对停止侵害绝对化适用趋势或特征进行描述,分析基础原因,梳理历史脉络,把握内部规律,总结经验教训;另一方面,针对特定问题,有的放矢加以解决,构思停止侵害制度的适用规则参照体系,并上升为立法内容,充实知识产权侵权救济制度体系(侵权责任形式),以求得制度妥帖。

知识产权的侵害与救济是世界各国所共同面临的法律课题。作为知识产权侵权救济的重要方式,停止侵害担负着实现知识产权效能、保障知识产权制度运转、推动创新经济发展、平衡权利人利益与社会整体利益的重要使命。“为了避免知识产权演变成一种和物权没有任何区别的私权利而与知识产权创设的宗旨背道而驰,混淆知识产权作为无形财产权和有形财产权的区别”,^①停止侵害救济制度的检讨、反思与完善,是优化知识产权制度、推动创新体制建设、贯彻知识产权战略实施的必然选择。立法层面上,将促使停止侵害制度本身更加理性、科学和成熟,充实内部机理,达致体系的完满;司法层面上,为法官司法实践工作提供整套系统规则,修正司法实践的偏差,指导司法审判,规范适用要素,进一步发挥停止侵害救济方式的实践价值和制度作用,提高知识产权保护水平和效益,实现制度效益、私人效益和社会效益的协调统一。同时,停止侵害救济制度关涉国家、社会、企业、个人等多方社会主体、市场主体、法律主体的权利空间和利益态势的博弈,有助于优化利益界定和划分结构程式,从根本上实现知识产权的创新宗旨。

^① 李扬:《重塑以民法为核心的整体性知识产权法》,载《法商研究》2006年第6期,第23页。

第一章 停止侵害救济制度的基本范畴

权利因侵害而生救济,“一项权利存在的同时通常必然也存在对侵权的救济办法”。^① 停止侵害是私法中的一项侵权救济方式,是“侵害”与“救济”这一传统生活逻辑诉诸法律的直观化表达,是“原权”与“救济权”的自然法权逻辑的具体性内容。“排除侵害与损害赔偿乃民事责任中两种各自独立之类型,但在各国法学文献上,出现一种有趣之现象,即排除侵害相对不受重视……此一现象,并不正确值得忧虑。”^② 传统理论将“侵权行为法”称为“损害赔偿”,从某种意义上来看,这些理论都抓住了侵权行为法的核心部分,即损害与赔偿,但却不够全面,赔偿固然是承担侵权责任的最常见、最重要的民事责任方式,但却不是唯一的方式。^③ 事实上,“损害的预防总是优于损害的赔偿,为此我们不能完全无视一些预防性法律措施”。^④ 为此,在现今“‘知识财产’之有凌驾于有体财产之势”^⑤ 这一背景下,以知识产权法中的“停止侵害”作为研究基点,主要出于三方面的考虑:一者,“停止侵害和赔偿损失是法律规定的诸项民事责任形式的核心与关键环节,也是受害人提起民事诉讼的根本利益所在”^⑥。实有深入研究的必要。二者,现实知识产权侵权救济中,停止侵害救济方式虽存在规范适用法则,但观点各异,分歧较大,内容模糊,略显陈旧。三者,在理论著述和司法实践中,“停止侵害”“停止侵权”“责令停止侵权”“立即停止侵权”等术语经常被转换替代使用,市民社会主体的理解多存困惑,学者和实务人士的认知多有歧义,本书研究的目的是想消解混淆,澄清视听。本书希冀分析对私法体系下停止侵害救济制度的基础理论,梳理与探知其历史发展进程和现实基本态样,厘清其在知识产权侵权中的基本内涵,并在此基础上,检讨现行制度构建的局限和弊端,构筑成熟坚实

① 李轩、卡洛斯·M.柯莱亚:《知识产权实施:国际视角》,李轩、张征等译,知识产权出版社2012年版,第77页。

② 曾世雄:《民法总则之现在与未来》,中国政法大学出版社2001年版,第234~235页。

③ 张新宝:《中国侵权行为法》,中国社会科学出版社1998年版,第21页。

④ [德]克雷斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(下),焦美华译,法律出版社2001年版,第156页。

⑤ 刘得宽:《民法总则》,中国政法大学出版社2006年版,第133页注释。

⑥ 蒋志培:《中国知识产权的司法保护与展望》,载郑成思主编:《知识产权研究》(第7卷),中国方正出版社1999年版,第211页。

的理论基础,从而达致厘清制度全貌,完善理论体系,创新理论成果之目的。

第一节 理论渊源

一、救济权

人类社会伊始,法律制度勃兴之时,权利与救济相伴而生。民法以“权利本位”为依归,为权利之法——以权利为核心而构筑的法律体系,在制度设计上体现了对私有权利的确立、保护和救济。理论上,根据权利的确认与保护机制,民法规则主要划分为两大基本类别:一类是确权——确认权利的规则,如物权法、知识产权法等;另一类是护权——保护权利的规则,集中地表现在侵权行为法之中。事实上,知识产权单行法兼容权利确认规则与保护规则双重内容,其多在权利确认之后,对权利的保护机制进行规范,进而形成获权、用权、维权的权利运行轨迹和体系规范逻辑,二者循序渐进、相得益彰。现代社会中,侵权行为法的保护范围及其功能出现了一种日益扩张与多样化的趋势,侵权法不仅具有补救功能,而且具有权利生成功能。^① 孕育在侵权保护中的救济和救济权随之产生,“侵害”与“救济”是日常人们生活中进行权利保护的直观诉求,亦为法律中权利运行体系中的重要环节,二者的关系更是道出了权利、义务、责任三者之间的实质关联。“原权—救济权”更是私权内部关系构造模式的经典标识。

(一)救济

“Where there is a right, there is a remedy”,此语为英国法谚,意为“有权利必有救济”,系为表达救济与权利之间相互依存的逻辑关系。通常,“权利”一词最为社会所关注,“权利本位”更是被法治社会奉为圭臬和价值标准。相对而言,救济得到的关注度远逊于“实体权利”(substantive rights),但救济往往最终决定了实体权利在现实世界中的发挥和运行。^②

何谓救济?作为法律概念的“救济”源于英美法上的“remedy”一词。英文“remedy”一词有多种含义,包括(疾病之)治疗;(邪恶等之)矫正;补救;疗法;矫正法;药物;救济物等。作为法律概念的“remedy”一词也有多种含义,我们翻阅《布莱克法律词典》,其权威的解释是,救济是用以实现权利或防止、纠正以及补救权利之侵害的方法。《元照英美法词典》将救济表述为

① 王利明:《侵权行为法研究》(上),中国人民大学出版社2004年版,序言。

② Stephen M. McJohn, “A New Tool for Analyzing Intellectual Property”, in 5 *Nw. J. Tech. & Intell. Prop.* 101, 2006, p. 103.

“纠正、矫正或改正已发生的不当行为或业已造成损害或损失的行为”。^①《牛津法律大辞典》的释义更为全面,它认为,“救济是纠正、矫正或改正已发生或业已造成的伤害、危害、损失或损害的不当行为。……权利和救济这样的普通词组构成了对话……更准确的分析可以这样来表述:法律制度赋予特定关系中的当事人以两种权利和义务:第一与第二权利和义务,前者如取得所购买的货物和取得货物的价款,后者如强制对方交货,或强制对方就未交货一事给付赔偿;或在另一方面,强制对方支付货物的价款或强制对方就拒收货物而给付赔偿。虽然只有在第一权利未被自愿或未被令人满意地满足的情况下,第二权利或救济权利才能发生作用,但要求对方履行义务给予救济的权利,却都是真正的法定权利。相应地,救济是一种纠正或减轻性质的权利,这种权利在可能的范围内会矫正由法律关系中他方当事人违反义务行为造成的后果”。^②

权利是一元的,权利的救济却是多元的。为实现法定补救功能,权利人可以采取多种方式来维护自身的权利。《牛津法律大辞典》所列举的救济方法主要有:宽厚的行为,例如权利要求的撤回或出自恩惠的给付;政治的救济方法,例如向议会或其他政治机关提出申诉;法律救济方法,也就是须依法律规则获得的救济,其中又分为行政救济和民事救济。就“救济”的类别而言,各国虽各有差异,但私力救济与公力救济的类别为各国所认可。一般而言,以救济所依凭法律基础的不同,可划分为公法救济与私法救济等不同类别。本书所言“救济”,仅就私法中“民事救济”而言,公法上所称救济不在探讨之列。民事救济可以通过民事诉讼取得,也可以通过当事人协商取得,还可以通过对他方威胁要提起诉讼的方式取得。^③“民法除规范正常运作下之法律关系外,更规范法律关系扭曲时之救济”,^④该后一部分所言“救济”属于民事责任之规定。“责任”与“救济”之关系,大体概括为“救济因自权利受侵害,责任来自义务之违反”。^⑤民事救济……包括民事责任,但不限于民事责任,除民事责任外,还包括权利人依法可以行使的权利,如普通法上的撤销合同,行使法定抵押权,自我防卫,保护、夺回、个人财产与收复失地等,另外,民事救济还包括一些法律规定或由法院认定的关系的效力。^⑥

① 《元照英美法词典》,北京大学出版社2003年版,第1177页。

② 《牛津法律大辞典》,光明日报出版社1988年版,第764页。

③ 《元照英美法词典》,北京大学出版社2003年版,第1177页。

④ 曾世雄:《民法总则之现在与未来》,中国政法大学出版社2001年版,第234页。

⑤ 曾世雄:《民法总则之现在与未来》,中国政法大学出版社2001年版,第234页。

⑥ 魏振瀛:《物权的民法保护方法——是侵权责任,还是物权请求权?》,载 <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=37094>,访问时间:2011年11月2日。

(二) 原权与救济权

救济与救济权似有不同,但“救济在本质上是一种权利,即当实体权利受到侵害时从法律上获得自行解决或请求司法机关及其他机关给予解决的权利。这种权利的产生必须以原有的实体权利受到侵害为基础。从结果上看,救济是冲突或纠纷的解决,即通过救济的程序使原权利得以恢复或实现”。^① 救济权是民法上十分重要的概念,学术论著多注重对其解释研究。“人类在生活正态面下发生之私法法律关系,乃权利、法益或义务关系;人类在生活反态面下发生之私法法律关系,乃权利或责任关系。正态面下之权利(或法益),乃原权利(或原法益);反态面下之权利,乃救济权。”^② 救济权是民事权利遭受侵害时权利人请求相对人为或不为一定行为予以救济的权利,可分为消极和积极两个方面的权利。消极的救济权,是指“不作为请求权,即权利人对于侵害其权利者,得请求排除之,有侵害之虞者,得请求防止之。此种请求权以加害行为具有违法性为要件,不以故意或过失为必要”。^③ 而积极的救济权,“主要表现为一种债权请求权。权利人基于债权请求权可以使侵权行为人为一定的给付,即赔偿损失”。^④ 不过,救济权在权利义务型民事法律关系下,暂时处于休眠状态,只有当原权利遭遇侵害或有侵害之虞时才被唤醒,此时的民事法律关系由权利义务形态转化为权利责任形态。根据大陆法系的观点,具有支配权的人需要请求权,使他们有可能在他人妨碍自己行使权利时,或在他人保持一个和自己权利相反的状态时,通过司法程序保护自己,从而使自己的权利得以实现。^⑤

有权利必有救济,更准确地讲,侵权必生救济,此乃法律理念与规则的基本定律。“从某种意义上说,只有救济权才是真正法律意义上的权利,因为只有救济权才可以为法律所强制执行,而其他权利不能为法律所强制执行,它们仅仅为救济权的推理起到一个逻辑铺垫的作用。”^⑥ 损害赔偿或赔偿损失为一般公众所熟知并成为维权之惯常途径,标志着私权意识强化与法律观念的进步。然而,“如果法律仅赋予公民赔偿请求权而却不使其有机会制止即将发生的损害是很难让人接受的。如果一个国家不授予其法院在‘损害尚未发生的期间内’基于当事人的申请提供法律保护措施的职权,这个国家就

① 程燎原、王人博:《权利及其救济》,山东人民出版社1993年版,第358页。

② 曾世雄:《损害赔偿法原理》,中国政法大学出版社2001年版,第3页。

③ 王泽鉴:《侵权行为法》(第一册),中国政法大学出版社2001年版,第172页。

④ 姚欢庆:《侵害知识产权的损害赔偿》,载王利明主编:《民法典·侵权责任法研究》,人民法院出版社2003年版,第577页。

⑤ [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第322页。

⑥ 丁海俊:《私权救济论》,西南政法大学2005年博士学位论文,第16页。

未尽法律保护义务”。^① 在侵权法中,这种救济权利表现为不作为履行请求权,即停止侵害。克雷斯蒂安·冯·巴尔教授在其所著《欧洲比较侵权行为法》开宗明义,对预防性法律保护的简单解释是,预防损害比赔偿好得多,因此,认为预防性法律保护是侵权行为法的必要部分的观点是正确的。^② 在该书下卷“预防性法律保护措施”专题中,他再次强调,“我们以前就指出过,它是私法损害赔偿法的一部分,是必要的和先于损害赔偿制度的那一部分”。^③ 单纯的补救已经造成的损害——如损害赔偿,仅仅是“亡羊补牢”,对于民事权利来说,“防患于未然”的防卫性救济有时则显得更为有效。停止侵害作为侵权救济方式之一,是民事法律制度发展的必然结果,符合民事权利保护和侵权救济理论。

二、历史脉络

“停止侵害的责任制度是基于权利的排他性而孕育出来的,所以停止侵害请求权首先是作为物上请求权的权能而被认识。”^④ 民事权利,依法律所授予权限之内涵,可分为请求权、支配权和形成权等不同类型的请求权的行使关乎权利人的实体权利能否得到实现,它是贯穿私法体系的一个核心概念。

(一) 诉权思想萌芽

一般认为,“请求权”(anspruch)的法律概念并非古已有之,而是以罗马法为起源的大陆法系演进过程中逐步从诉讼中分离出来的,是近代民法理论发展的产物。罗马法系大陆法系现代私法之鼻祖。“经法权语汇改造的罗马法,以其愈加流畅周延的体系,巍然立起大陆法系的民法理论大厦,并历经数百年的检验,更显其结构谨严、逻辑周详的优势。”^⑤ 在早期罗马法上,虽然注重保护私有财产,但并没有为财产权利体系建立一整套固定抽象的构造模式,在罗马法上也很难找到现在的民事权利体系的构造模式。^⑥ 当时,“诉权”(actio)思想占统治地位,并不存在“请求权”概念,是诉讼创造权利,而不是先有权利、而后诉请保护该项权利。可以想见,请求权最初仅仅是作为程

① [德]克雷斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(下),焦美华译,法律出版社2001年版,第159页。

② [德]克雷斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(上),焦美华译,法律出版社2001年版,第1页注[3]。

③ [德]克雷斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(下),焦美华译,法律出版社2001年版,第166页。

④ 姚辉:《民法上的“停止侵害请求权”》,载《检察日报》2002年6月25日版。

⑤ [英]巴里·尼古拉斯:《罗马法概论》,黄风译,法律出版社2000年版,第19页。

⑥ 梅夏英:《财产权构造的基础分析》,人民法院出版社2002年版,第18页。

序法上的一个概念而存在,系指因权利受害时而发生之诉权。^① 罗马法中的诉讼,其本身就是一种权利(诉权)。因此,在罗马法中,诉权和实体权利很难严格区分差异。换言之,诉讼权利与实体权利合而不分,并不存在没有诉权的实体权利。诉实际上就是权利的表达式,而不是权利的结果;是诉造就了权利,而不是权利造就了诉。^② “请求权与诉权在罗马法上是完全统一的。”^③ 基于私权体系并不发达的特性,权利人不得不以诉讼的方式实现其权利。^④ 这也就是我们通常所言之“通过诉讼来发现和体现权利”。

“诉”(actio)集中反映出罗马时代法律与法律适用的特点,是私权与私权保护的法律观念和制度中的基本元素。罗马“诉权”思维和“诉权”体系塑造了罗马时代的私法和民事诉讼法体系,并对后世大陆法系国家的民事诉讼制度及法律适用产生了深远的影响。罗马法形成了较为完善的 actio 的体系,如果我们对这些分类稍加注意,就不难发现,这些分类的很多名称都是与现代意义上的实体权利和法律关系密切。比如,损害赔偿之诉、所有物返还之诉、排除妨害之诉、质押之诉、共同财产分割之诉、善意占有之诉、要求继承之诉,等等。^⑤ 学者认为,尽管罗马法不存在民事权利概念体系,但存在与之相对应的诉,其中也已蕴含了作为实体权利——请求权的雏形。

罗马法之后,对世界法律发展产生重要影响的是法国法。法国法试图划分诉讼法和实体法之泾渭,但却没能形成结构严谨、分类科学的权利体系。在世界第一部民法典《法国民法典》中,请求权概念的具体界定和请求权制度的具体规定均无所体现。对于如何实现实体法与程序法的沟通和连接的问题,法国法仍然采取了罗马法的传统方法,即通过确认诉权的方法来保护民事权利,实行实体法与程序法相分离。也就是说,实体权利的保护并不由实体法中的权利担此重任,还是由各种诉讼来进行保护。为了克服罗马法上诉权制度的弊端,解决具体诉权的有限性问题,法国民事诉讼法中不仅对诉权做出了科学的分类,而且还创设了抽象诉权理论和制度。最具代表性的《法国民事诉讼法典》的颁布实际上也继承了罗马法的传统,在法条中直接

① 黄茂荣:《债法总论》(第一册),中国政法大学出版社2003年版,第37页。

② Bernhard Windscheid, Lehrbuch des pandektenrechts, Erster band, Literarische Anstalt, Frankfurt a. M., 1900, achte Auflage, p. 164. 转引自金可可:《论温德沙伊德的请求权概念》,载《比较法研究》2005年第3期。

③ 王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2003年版,第213页。

④ [意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第121~122页。

⑤ [意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第90页。