

丛
湖北法官论丛

第四辑

法官论司法理念

主编/吴家友

执行主编/吕忠梅



法律出版社
LAW PRESS

《湖北法官论丛》第四辑

法官论司法理念

主 编 吴家友
执行主编 吕忠梅

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

法官论司法理念/吴家友主编. —北京:法律出版社,
2005. 10

(湖北法官论丛. 第4辑)

ISBN 7-5036-5889-4

I. 法… II. 吴… III. 司法制度—研究—中国—
文集 IV. D926-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 117089 号

©法律出版社·中国

责任编辑/吴 昉 张 琳

装帧设计/于 佳

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/永恒印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/17.5 字数/525 千

版本/2005 年 11 月第 1 版

印次/2005 年 11 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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-5889-4/D·5606 定价:35.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

《湖北法官论丛》编委会

吴德桥	汪习根	赵 钢	蔡 虹	张德森
李群星	夏建国	黄汉桥	徐桂兰	刘 勇
郭卫华	魏开发	陈维红	刘春彬	夏明权
杨源俊	李小菊			

卷首语

本卷是湖北省法院系统第十四届学术研讨会的优秀论文集,主题是司法理念。

对于这些论文,我从征集、指导作者修改、初选、复选到最后评奖,心头萦绕着一种挥之不去的感慨:“法官”、“司法”、“理念”,这样的三个词汇,能够被放在一起,并汇集成摆在我们面前的洋洋数万言,对于中国、对于司法、对于法官,意味着比论文更丰富也更深刻的内涵:“理念”这样一个纯粹的学术范畴走到司法实践中,从学者们的理性思维变为法官的办案经验与传统,逐渐内化成为法官的基本品质,这不正是中国的司法改革之路,中国的法治之路吗?因此,这些思考,不仅仅只是论文,也不仅仅只属于湖北!

说到司法,无人不会认为“公正”是其本质,但是,“公正”的标准却是因人、因事、因时而异,千变万化。法官作为司法活动的主体,其公正性备受关注。那么,法官与公正是何种关系呢?我们可以有多种思考,但一些简单的答案中也许包含着更丰富的意义。查英文辞典时,可以发现一个意味深长的名词——Justice,如果用汉语表达,这个词有三重含义:一为公正;二为司法;三为高级法官。换句话说,我们认为完全不同的三个事物——“公正”(一个抽象名词)、“司法”(一个行为名词)和“法官”(一个指涉具体事物的名词),在西方人眼里就是一个Justice,这一个词可以用三句话来表述:“公正”存在于“高级法官”的“司法”之中;“高级法官”的“司法”就是“公正”;从事“司法”的“高级法官”就是“公正”。因为公正就是指司法机关在适用法律过程中严格按照有关法律规则和程序办事,不枉不纵,不偏不倚,从而使各种纠纷获得圆满妥善地解决,所以,这三者成为一回事毫无疑问。正如《牛津法律大辞典》所解释的,公正被“普遍认为是法

官和执法者所应具有的品质。它意味着平等地对待争议的双方当事人或各方当事人,不偏袒任何人,对所有的人平等和公正地适用法律”。因此,公正理应被归结为法官和执法者的品质,其要旨在于“平等”、“不偏袒”。“公正”既然是品质,其最高境界当然是成为内化于法官的心中而外在于法官的行为的一种理性的观念——司法理念。

“理念”是西方思想史上非常重要而又非常古老的一个范畴,一般理解为理性的观念,作为思维活动的结果,它强调严谨,诉诸认知,是经由感性、知性和理性而获得的认识。司法理念是司法人员(主体)对与司法相关的法律制度及其运行状况所持的理性观念(包括真理性认识和价值判断)。它是人们对司法的本质及其规律的理性认识与整体把握,是司法实践中对法律精神的理解和对法的价值的解读而形成的一种观念模式。过去,人们更多关注的是法律理念,如宪法理念、民法理念、刑法理念,等等。近年来,随着司法改革的启动与市场经济条件下对司法的功能与作用的重新定位,越来越多的人开始关注司法理念问题,视野从“书本上的法”扩大到了“行动中的法律”。但是,法律理念与司法理念并非一码事,它们存在于不同的范畴,司法理念与司法职业密不可分,司法理念是司法中法律理念的“彼岸”。因此,法官作为司法职业者对于司法理念的思考具有更为深远的意义。

司法理念与司法公正是表里关系,缺乏正确司法理念易导致司法不公,而司法不公是错误的司法理念的外在表现形式。过去,人们谈起法官的素质,更多涉及的是法官的法律知识、受教育程度和业务能力,极少谈到法官的法律理念、司法理念。其实,与知识、学位、办理案件数量相比,司法理念是根本的东西。虽然由于大陆法系的成文法传统,使得中国没有“法官造法”之说,也不承认法官所造之法,然而,从一个个鲜活的判决中,我们却可以真实地感受到有书本上的法文与行动中的法律的存在,“活法”对于法官不是一个陌生的词汇,对于案件而言,我们没有理由不相信法官的“内心确信”即是法。法官的司法理念是司法实践的积淀,是“活法”的渊源。我们每天从事着的工作告诉我们:法官不可能简单地把案件事实同法律对号入座就万事大吉,在很多情况下,法官仅仅掌握已有法律条文还是不够的。社会生活不会按照法律的假定去运行,案件也不会按照法律“规范”而发生,可以说,法官永远会面对法律供给不足的困难,他

在运用法律条文以外,还必须学会运用法律原则、法律精神去解决法律条文没有充分、明确提供答案的新问题,填补法律漏洞,正确行使自由裁量权。由此可以看出,作为司法活动主体的法官,不仅应具备深厚的法律功底和丰富的审判实践经验,同时,亦应具有“形而上”的司法理念。因此,我们的司法改革,不仅仅是制度层面改革,更多地应在培育法官司法理念,特别是养成现代司法理念方面下工夫。

如果我们潜下心来,不是想当然地对待司法理念,是可以发现其丰富的内容以及对司法公正极为重要的作用的,因为司法理念不仅是实际存在的,而且也是可以总结的:

1. 司法理念指导法官解释法律,是实现司法公正的前提。法律由法律规则组成,在司法阶段,法律解释促成法律与案件事实的结合,但这种结合并非主动的,必须要通过法官作为中介来实现。法官不是法律的奴隶,法官将通过真实的社会生活为抽象的教条赋予具体内容,是法官赋予法条以生命和灵魂。因此,在我们国家,尽管法官不能创造法律,但他们解释法律、选择法律和发现法律的活动是经常在发生着的。在现实司法活动中,存在的严重问题是:面对僵死的法律条文,法官往往会通过裁剪事实来“制作”案子,使之表面看来符合法律,案件的最终处理难以实现公正。出现这种现象的原因在于传统法律解释理论对现实的背离。传统观点认为:法官在对法律解释时,必须作为一个摒弃自身主观因素的中立者,以准确地“发现”立法者的真实意图,从而“客观”地解释法律。在理论上这种观点也许能够成立,而在实际中却是不可能做到的。因为在法律解释活动中,解释者和法律是一个整体,如果解释者不能参与,必然会导致不去寻找立法者的意图而是简单地按照字面意思理解法律的情况出现;解释者只要参与其中,对法律的解释也就会映射在法律中,直接构成法律的一部分。因此,法官在进行法律解释时,不可避免地体现了自己的观念模式与价值判断。在此意义上,法官的司法理念和法律素养,是法律得以正确解释的基础,是确保司法公正的前提。

2. 司法理念约束法官正确行使自由裁量权,是实现司法公正的基础。享有一定的自由裁量权是法官审判职能的一种体现方式,法官的权力和行为对于法律活动所承载的价值的实现举足轻重。法官自由裁量权的享有和行使,是法律的制度设计与法律实际适用过程中,始终存在的法

律的确定性与现实生活的不确定性、法律的可预测性与现实社会生活的不可预测性的矛盾。但法官自由裁量权的行使,是比法律解释更加具有主动性的行为,因此,防止自由裁量权的滥用也是至关重要的。正确地行使自由裁量权,首先要求法官必须有深厚的理论基础。在审判中法官享有自由裁量权在法律适用上有其理论基础。在法律适用中,正确地认识法律适用的可预测性与不可预测性、确定性与不确定性等相互背离而又在一定的程度上相互结合的价值追求。法官的法律理论基础将自由裁量权控制在合法的范围内,使该项权力不被滥用。其次要求法官具有现代司法理念,将法官的公正理念渗透于案件之中,使自由裁量权的行使符合法的基本精神和价值追求,在个案中实现公平、正义等法的价值目标。

3. 司法决定法律推理的过程,是司法公正的保障。法律推理是法官适用法律的一个最重要环节。作为法律推理的主体,法官作出公正合理的判决,有赖于法律推理的过程。法是人类理性的产物,适用法律的法官首先必须具有再现案件真实的理性能力。而且,法律推理不仅仅是科学的逻辑思维活动,还必须要有合乎规则和法的目的。在现代社会中,法官不是法律的复印机,具有了一定的能动性,但这种能动性不是任意的:一方面,随着目的方式的法律推理的适用,程序公正与目的正义本身成为司法推理的经常手段;另一方面,法律推理不可避免地包含着法官的主观创造,这就需要对司法进行适当制约,防止任意的发生,更要杜绝专断的出现。法官的司法理念,直接决定着推理的过程,在此意义上,理念比制度模式更为重要,司法理念居于更高的位置。

对于司法理念的总结,应该还有很多,不会止于我和我的同事们的肤浅。将其汇集起来,是希望这里能够成为继续前行的一个站台,成为我们自己的也是所有同行者奔向下一个目标的新起点!

吕忠梅

2005年8月1日于武昌

目 录

从知识产权案件审判看法官释明权的运用与完善	李艺虹	许继学(1)	
现代司法理念与我国民事调解制度		漆金鄂(13)	
论现代司法理念下民事诉讼证据收集程序的完善	范德浩	陈继红(21)	
现代司法理念视野下的刑事审判效益观		张忠斌(35)	
我国刑事附带民事诉讼制度的设计缺陷及重构之设想	湛鸿伟	贾伟杰(48)	
略论行政诉讼释明权制度	宁洲平	汪邦国	李 玮(65)
论公开报道与公平审判的冲突与平衡——兼论现代司法理念与传媒道德观念的沟通与融合	干朝端	杨 凯(76)	
论我国司法救助制度的完善——以现代司法理念为视角的分析	刘 勇	曹 志(95)	
司法正义:现代司法正当性的理念基础		尹 为(111)	
传统裁判理念的超越——以“工伤事故”案件处理为例	周林波	朱友学(129)	
承受民意——关于司法如何应对民意以保持其独立性的思考	高英雄	叶 蕾(143)	
法意、法理和法律思维			

——兼论现代司法理念与法官思维方式·····	李 君(158)
唤醒“睡美人”	
——现代司法理念下人民陪审员制度改革与完善的 新分析·····	杨 凯(169)
坚持现代司法理念的前提下实行多样性的司法赔偿 补救措施·····	罗德贤(191)
理性的制度重构	
——现行审判委员会制度与理念的再分析·····	郭 珣(203)
论法官保障制度·····	陈志伟(219)
论符合现代司法理念的法官思维方式·····	艾 军(234)
论现代法官思维方式·····	黎 琼(243)
论现代法官职业思维模型的构建·····	王洪斌(260)
论现代司法理念下的法官职业道德·····	余钢益(276)
论现代司法理念在当代中国的发展·····	官成军(285)
民间记忆的复活与东方经验的复兴	
——兼论儒家传统思想与现代司法理念在法院 调解制度改革中的契合·····	刘敦生 杨 凯(303)
浅论自由裁量权及其规制·····	高英雄(323)
试论法官廉明与司法公正的关系·····	周化木(335)
司法公开的内容及其价值研究·····	梅启勇(347)
司法公正、司法独立与媒体报道 ·····	闫小龙(359)
谈现代司法独立理念的几个问题·····	崔四星(371)
我国司法救助制度的立法缺陷及完善·····	吴义文 王 勇(386)
析社会弱势群体之司法救助	
——以公平司法理念为视角的透视 ·····	陈德祥 王晓方 黄金波(394)
现代司法理念:我国法官选任制的改革与完善 ·····	柯昌洁(407)
现代司法理念背景下理性法官与 法官理性·····	雷和平 马志军 赵成泽(420)
现代司法理念视角下的裁判文书问题之探讨·····	许先明 王晓方(429)
现代司法理念与本土文化的交融	
——以司法为民为视角·····	朱娅敏(446)

现代司法理念与法官思维模式·····	汪水松(458)
现代司法理念与司法权威·····	张 皓(473)
现代司法理念与我国合议制度的改革与完善·····	熊 青(484)
现代司法理念中的法官独立及制度保障·····	夏丽华(496)
用现代司法理念为指导	
——谈送达方式的改革与完善·····	黄家波(507)
司法理念的基本问题与现代化	
——对现代司法理念内在规律的理性思辨·····	王 敏(518)
执行理念的反思与更新·····	刘春彬(531)

从知识产权案件审判看法官释明权的运用与完善

□李艺虹 许继学

从1998年开始到2003年近五年时间里,最高人民法院对我国民事诉讼若干核心程序进行了一系列的改革。其中,最令人瞩目的是最高人民法院先后发布的《关于民事诉讼证据的若干规定》和《人民法院民事诉讼风险提示书》两项重要司法解释。应该说这两项司法解释是我国民事诉讼中法官释明权规则的主要依据。

法官释明权规则作为法官管理民事诉讼和实现司法程序高效、裁判公正司法理念的最佳手段,有利于民事诉讼案件审理程序的顺利推进和裁判正当、高效。知识产权案件属民商事案件的一部分,其审理程序基本遵循民事诉讼法的相关规定。我国加入WTO后,知识产权案件正在逐年增多。因此,如何将法官释明权规则与知识产权案件审判进行有效对接是当前在知识产权案件审理过程中实现“公正与效率”的一个值得探讨的新问题。

笔者结合知识产权案件审判特点,考察法官运用释明权规则的审判实践,对法官在知识产权案件审判中行使释明权存在的问题进行分析,探讨法官释明权功能发挥的运行保障机制。

一、知识产权案件的审判特点

知识产权案件是指当事人因智力成果及其权属受到侵害,而与他人发生的法律权利、义务上的争议,争议一方按照法律规定程序提起的民事诉讼。知识产权案件属于民商事案件的一个部分,但由于知识产权属无形财产,有其特殊性。在知识产权案件审判过程中,法官行使释明权首先要正确认识当前知识产权案件的基本特点和相关审判规则。

(一)知识产权案件的特点

目前,我国知识产权案件主要包括:商标权案件、专利权案件、著作权案件、科技成果权案件、竞争权案件、技术合同纠纷案件6大类案件。与普通民商事案件相比,知识产权案件有其特殊性:

1. 知识产权案件审理对象抽象性。知识产权是对包括著作权、专利权、商标权、发明权、商业秘密权、商业名称权、原产地标志等科学技术成果和智力经营成果在内的民事权利的统称。这类权利既包括权利人的身份权,又包括由此转化的财产权。与其他有体财产对象相比,知识产权不具有物质形态,不占据一定的空间,是人们看不见、摸不着,在客观上无法被人们实际占有和控制。^[1]因此,知识产权作为案件审理对象,具有抽象性。

2. 知识产权审理程序和诉讼进程具有不确定性。知识产权案件既包括知识产权程序性案件,如商标、专利、著作权纠纷的诉前禁令案件;又包括知识产权实体性案件,如知识产权侵权案件、反不正当竞争案件等。此外,知识产权民事案件还涉及知识产权行政案件。由于权利人权利取得、权利有效性及权利司法保护措施存在多样性,知识产权案件具有许多不确定因素,权利人采取何种方式请求司法保护,则直接影响法官对案件的审理程序和诉讼进程。

3. 当事人请求范围和权利保护易变性。近几年来,知识产权案件大幅度上升,当事人的权利保护意识不断增强。但是,知识产权案件技术和智力性因素较强,特别是知识产权受到侵害时,当事人既不知道哪些权利受到了不法侵害,也不知道以何种方式请求法律保护,常常在不明确知识产权案件诉讼风险的情况下,随意向法院提起诉讼。诉讼中,当事人变更诉讼请求、诉讼理由和诉讼程序的随意性极大,其结果直接导致诉讼资源浪费和诉讼成本增加。当事人请求范围和权利保护的易变性直接导致知识产权诉讼进程拖延和诉讼资源浪费。

4. 知识产权案件法律适用复杂性。中美达成知识产权协议及中国正式加入WTO组织之后,我国陆续制定、修订了一系列的知识产权法

[1] 刘春茂主编:《中国民法学——知识产权》,中国人民公安大学出版社1997年版,第6页。

律,形成相对完整的法律体系。我国先后对商标法、著作权法、专利法进行了多次修订;先后制定和发布了《反不正当竞争法》和一批涉及知识产权方面的行政法规、行政规章等规范性文件;同时,我国还在不同阶段加入国际知识产权法律保护组织,知识产权的国际保护、国际惯例也是审理时可以适用和参照适用的国际法律文件。此外,还涉及诉前禁令制度、证据保全制度和财产保全等程序性保护问题。因此,知识产权案件的法律适用,既包括知识产权实体法适用问题,又包括程序法适用问题;既有国内法适用,又有国际法律参照适用问题。审理知识产权案件时的法律适用问题,与其他普通民事案件的法律适用显得十分复杂。

(二)审理知识产权案件的特有规则

审理知识产权案件有如下特有规则:

1. 权利确定及确权规则。知识产权是绝对权与相对权的组合,知识产权案件大多由权属纠纷和知识产权侵权纠纷组成。法官审理知识产权案件,首先遇到的问题是原告是否是知识产权的权利人或利害关系人、权利人享有何种权利,法官依何种法律及方式确定权利人享有权利。如果原告权属问题不能确定,案件审理工作则无法正常推进。在权利确定方法方面,知识产权审判形成了特有的“比对规则”和“在先规则”。与其他普通民事案件相比,知识产权案件的权利确定规则有其独特之处。

2. 侵权构成及免责构成的认定规则。在知识产权案件中,侵权事实的认定是原告应当举证的范围,原告应当证明哪些权利遭到侵害、侵权种类、侵权程度及侵权持续状态等事实。被告常常会以过失侵权为由进行抗辩。因而,对侵权构成的认定是法官审理知识产权案件应当解决的问题。出于对知识产权的特殊保护,知识产权侵权既不属于民法通则中的普通侵权,也非法定特殊侵权,侵权人的主观状态只是承担赔偿责任和确定赔偿数额的参考依据,而不是侵权能否构成的必备要件。^{〔2〕}此外,知识产权是人类社会的共同财富,法律在保护知识产权的同时,对权利人的合法权利也要进行合理限制。侵权人的事实行为构成对权利人的权利侵害时,并不当然承担侵权责任,侵权人可以权利的合理使用进行抗辩。

3. 侵权停止方式的特殊规则。从诉讼程序来看,著作权案件、商标

〔2〕 丁丽英:《知识产权法》,厦门大学出版社2002年版,第126页。

权案件及专利权案件中的权利人,可以诉前禁令制止侵权行为,法院依据当事人申请,采取诉前禁令方式,要求侵权人停止侵权。诉前禁令既是知识产权司法保护的诉讼程序,也是当事人获取证据、请求停止侵权的一种方式。与其他案件相比,诉前禁令则是一个特殊规则。

4. 法官自由裁量权及其限制规则。首先,法官拥有较大的自由裁量权。因为修订后的商标法、著作权法和专利法等知识产权法,在财产赔偿数额方面规定的数额具有较大的弹性,而且根据三大知识产权法对损害赔偿数额的法律规定,在赔偿方法的选定、赔偿数额的计算方法和赔偿数额的多少,允许当事人协商和选择。当事人无法协商一致的,最终仍由法官裁量。其次,法律对法官自由裁量权的限制。考虑到诉讼公平和知识产权的合理保护,法律对法官自由裁量权进行了必要的限制。法官必须考虑侵权行为性质、范围、期间、后果及制止侵权行为的合理开支等因素;同时,法官还必须考虑赔偿方式的法定选择,法律有顺序规定的,应按规定执行。最后,法律对法官酌情决定的赔偿数额规定上限幅度,而在精神损害方面,则只能依据最高人民法院司法解释的规定执行。

因此,从某种程度上讲,知识产权案件的特殊性及其审判中的特有规则制约着知识产权案件的裁判公正与高效。

二、法官释明权规则在知识产权案件中的具体运用

我国现行《民事诉讼法》发布于1991年,但是该法对法官释明规则未进行规定。最高法院在民事审判方式改革中,适时吸收国外相关经验,采用司法解释方式,对法官释明权作出原则性规定。正因如此,审判实践中,法官如何行使释明权及行使释明权是否符合正当诉讼程序要求尚无立法标准予以判断。但作为一个规则,法官释明权应有其适用目的、条件、范围以及运行规律。为此,笔者对审判实务中的具体做法进行总结、归纳和分析。

(一)知识产权案件中法官应予释明的对象和范围

在知识产权案件中,法官应就如下方面予以释明:

1. 对可以预见的法律上的诉讼风险进行释明。诉讼条件发生变化后,法官发现原告起诉的理由与其诉讼请求明显不符时,法官对原告可能败诉的风险应当向当事人予以提示和说明。如:原告以专利申请权为由起诉被告,要求法院将专利申请权判归原告享有。但是法官组织双方当

事人质证后,被告提出了诉争的专利权已授予给被告的主张和证据。此时,如继续审理该案,原告的诉讼请求有可能被驳回。法官发现上述诉讼事实后,可以向原告行使释明权,如原告坚持其起诉理由,法院可以驳回其起诉。

2. 对不属于案件审理的诉讼请求,法官应当告知当事人变更或撤回相关诉讼请求,即对瑕疵诉讼请求的释明。如:原告以软件著作权权属纠纷诉被告,请求判令原告享有著作权,并对软件开发费用予以确认。质证中,被告承认软件属双方共同开发并承认著作权归双方按照约定共有。而软件开发合同明确约定双方不以财产投入为著作权的取得依据。那么,原告据以享有著作权的理由系合同约定,而非其财产投入,且财产投入只是一个事实问题,不具有诉的法律特征。此时,法官就应当向原告说明,否则原告的该项诉讼请求应予驳回。

3. 当事人提供的证据存在瑕疵时,法官可以要求当事人予以说明或补充。在庭前证据交换过程中,当事人就某一事实主张提出证据予以证实,但是其证据不能完全证明所主张的诉讼观点,法官可以要求当事人限期补强,如:法官可以提示当事人补充证据、申请证人出庭以及申请司法鉴定。如当事人不予补强,则法官对该主张不予支持。

4. 对法律尚未明确的审理程序应向当事人释明。如庭前质证程序中的“禁止反言”规则。在举证期限届满时,法官组织双方当事人进行证据交换及庭前质证,当事人在质证中的意见应视为开庭质证意见。当事人在质证庭发表的证据意见,不得在没有充分理由的情况下予以反悔。对上述规定,法官应当在质证前明确告知双方当事人。再如:当事人在开庭过程中,就案件事实或其主张,在庭审时所陈述的观点与庭前主张观点不一致的,法官可要求当事人予以明确。当事人不予明确时,以庭审陈述为当事人就该问题发表的意见;或在与对方当事人观点相反时,依法推定成立自认。

5. 侵权案件中,当事人有权选择诉讼理由时,法官应告知当事人,由当事人予以明确。在知识产权案件审判中,竞合侵权与吸收侵权经常发生,法官如不予释明,则案件难以正常进行。如在反向假冒他人知名商标打击竞争对手侵权纠纷案中,侵权人的同一侵权行为既侵害商标权利人的商标专有权,又侵害同业竞争者之间的公平竞争权,依据《商标法》和

《反不正当竞争法》的规定,该行为均属侵权行为。两者的关系是商标侵权行为被不正当竞争行为所吸收。从权利人保护的角度讲,法律对不正当竞争行为的惩罚一般重于商标侵权行为。权利人可以商标侵权起诉,也可以反不正当竞争行为起诉。对这种吸收式的侵权行为,法官可以最大限度地对知识产权权利人的保护为依据,要求当事人作出选择。

(二)知识产权案件审判实践中法官释明权的实务考察

由于知识产权案件法律争点问题较多,当事人运用法律武器保护知识产权的诉讼经验不足,如何将法官释明权与知识产权案件审判进行有机结合,提高案件审判效率和案件裁决的公正性尚无先例可循。下文仅以武汉中级法院开展知识产权案件审判为例,考察法官释明权在知识产权案件审判中的运用情况。^{〔3〕}

1. 送达阶段的风险提示和举证提示。主要做法是:(1)案件从立案庭移交到审判庭之后,承办法官对案件起诉状进行初步审查,发现起诉状存在诉讼请求不明,诉讼理由不清楚时,承办法官即给原告一定的宽限期,要求原告予以明确。如当事人起诉的诉讼请求与其案件事实、理由不符时,承办法官依照相关的实体法的规定,要求原告说明,或者进行补充、更正。(2)根据最高人民法院制作发布的《人民法院诉讼风险提示书》的要求,将立案后到开庭这一诉讼阶段的法律风险书面向当事人提示。(3)通过初步审查,开列出诉讼原告和被告应予提交的证据清单,要求当事人对其主张提交证据,并将证据承担及败诉风险对当事人明确。风险提示和举证提示主要解决的问题是固定并明确诉状内容、起诉理由和基本证据责任承担。

2. 庭前证据阶段的证据释明。庭前证据固定是开好质证庭的重要阶段,这一阶段主要解决如下问题:(1)明确当事人举证期间届满的诉讼法律事实。举证期间届满之后,当事人提交的证据视为新证据。逾期提出的证据,对方当事人并不是当然同意质证,或被法官认定。(2)在当事人与法院之间完成庭前证据交换程序和证据备案手续,固定双方证据数量和内容。(3)证据质对。通过庭前质证程序,由当事人对证据来源、证

〔3〕 主要参考武汉市中级人民法院知识产权审判庭 2001 年、2002 年及 2003 年度工作总结报告。