

西南政法大学

诉讼法博士精品文库

孙长永 主编

消极确认诉讼研究

从知识产权确认不侵权
之诉展开

夏璇 著

博學篤行
厚德重法



法律出版社
LAW PRESS CHINA

消极确认诉讼研究

从知识产权确认不侵权
之诉展开

夏璇 著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

消极确认诉讼研究:从知识产权确认不侵权之诉
展开/夏璇著. —北京:法律出版社, 2013. 12
ISBN 978 - 7 - 5118 - 5723 - 1

I. ①消… II. ①夏… III. ①知识产权—民事诉讼—
研究—中国 IV. ①D923.404

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 285288 号

西南政法大学

诉讼法博士精品文库

消极确认诉讼研究

——从知识产权确认不
侵权之诉展开

夏 璇 著

责任编辑 刘文科

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2014 年 1 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 7.5 字数 202 千

印次 2014 年 1 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5723 - 1

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)

诉讼法学研究之路

依稀记得中国古代的大诗人屈原说过：“路漫漫其修远兮，吾将上下而求索。”此句用于探寻中国法学研究之路的运动轨迹似乎是合适的。

中国是一个有五千多年历史的文明古国，她为人类文明做出了伟大的贡献。但由于中国是一个较为封闭的农耕社会，人与人的交往度极其有限，在有限的交往中凭借的是亲情、族情、人情而不是法则；虽然也曾有过如《唐律》之类的法，但它只是封建社会的点缀。源于此，中国几千年几乎没有法学研究。法学研究的起始与高等法学教育的兴起同步。1904年，中国历史上第一所以法律为教学内容的直隶法政学堂开办；1912年，朝阳大学开学；1927年东吴大学挂牌。自此以后，以法为对象的研究方咿呀学步。就是在咿呀学步的同时，耳边还不时响起枪炮的轰隆声。

1949年新中国成立，本应国泰民安、经济蓬勃、文化昌达、法制更新，但由于众所周知的原因，国人所期望的法学研究并未从咿呀学步的状态中迈步向前。称得上“法学之研究”的事当从20世纪90年代始。在改革开放的大背景下，国家逐步制定了一系列立法，法学教育得以恢复发展，法学研究也才出现令人高兴的情状。法学刊物由几种而至几十种，法律院系由十几所变为几百所，民法研究、刑法研究、诉讼法研究、国际法研究、行政法研究、经济法研究方兴未艾，法学文章、教材、读物、专著、译著摆满了书店的书架。以民事诉讼法学研究为例，经过同仁的劳作与宣传，

司法的被动性、公开性、透明性、亲历性、多方参与性及终结性等特点,程序价值与诉讼特殊性相关的直接原则、言辞辩论原则、程序安定原则以及程序自由、诉讼民主、程序保障等时髦而崇高的观念正日益受到社会的认可与接受。一言以蔽之,我们的法学研究正在向前走步。当然,“与其他学科相比,中国当代的法学研究更缺少学术的传统,缺少研究中国实际问题的传统。法学不仅无法与中国传统文史哲学科的深厚相比;而且与社会学相比,也缺少像费孝通先生那一代很有成就的学者,没有《江村经济》、《乡土中国》那样的富有洞察力和有学术支撑的著作;与经济学相比,也缺乏经济学的实证研究传统和较为坚实的学术训练。中国当代的法学研究,尽管在一些法律实践问题上有了不小的进步,但在很大程度上仍然停留在对一些命题,甚至是政治命题本身的分析研究;仍然趋向把法学视为一种普适的知识;仍然对中国当代城市和农村、对中国人因为他们的生产和生活条件而形成的行为方式缺乏关注;仍然更多地试图并习惯于用 18、19 世纪西方学者的一些因然命题来规定生活。法学研究的方法也相当落后,从因然命题到因然命题,缺少对社会的其他学科的了解,缺乏对支撑法学研究的发展的理论的研究和包容,缺乏对司法问题的综合性研究,而往往从部门法出发把活生生的案件简单归纳为民法案件或刑法案件。甚至连基本的学术纪律和规范都还没有形成”。^①

诉讼法学作为法学的一个部门,同样存在这样的问题。而且,诉讼法学的研究问题可能由于这一学术群体缺乏传统与学术积淀而更加突出:在新中国成立之后是生吞活剥地沿用苏联的学术理论,后来又是对苏联理论的“集体反叛”。^② 学术的研究是非常讲究积淀的,这样剧烈的“取”与“舍”导致诉讼法的发育先天不足,而后来的发展又是后天失调。

① 朱苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社。参见“什么是你的贡献”(自序) IV—V 页。

② “集体反叛”的提法参照强世功:“迈向立法者的法理学——法律移植背景下对当代法理学的反思”一文,载《中国社会科学》2005 年第 1 期。强氏云:“当代中国法理学中关于‘法律是什么’的追问始于对教条化马克思主义法理学的‘胜利大逃亡’,其结果构成了对马克思主义法理学的集体反叛。”

近些年来,诉讼法学者也开始对自身的研究进行了反思。

那么,什么样的诉讼法学研究才真正是我们需要的呢?

未来的诉讼法学的研究,应该是运用交叉学科的方法进行的研究。社会的发展,使得现代各个学科对各自的研究对象、研究规范、术语形态和学理体系之间严密界定和严格分工,使学术趋于专门化和职业化。这样的分工使得人类的知识在各个领域取得了许多具有突破性,且深刻、透彻、条理整然的成果。韦伯早在 20 世纪初就感叹:“学术已经达到一个空前专门化的阶段,而且这种局面还会一直继续下去。”^①这样的专业化的分工使得“科学家非但不能兼容不同的科学,而且也无法占据某一科学的全部领域。他的研究只限于固定的某一领域,甚至是单独的一个问题”。^②这样的学术分工和壁垒森严的学科界限造就了越来越专业化学术的同时,则有可能对人类知识的完整性进行人为的阉割!因为分工越是专业,从事相应研究的学者就不得不集中更多的精力来训练他从事学术职业直接所需要的能力。这些能力愈是得到强化,其他的能力愈是受到损害,得到强化的这些能力就会愈加局限在一种固定的形式当中,而学者本人,就会逐渐成为这种形式的奴隶。这样,学科之间的人为阉割可能还会因为学科的封闭状态、学术的近亲繁殖、“法律人”这个想象的共同体^③的共同利益而得到强化,结果往往是造成各个学科门户的株守,新的思维方式与学术方法受到压抑。现在的诉讼法学的研究亦是过于流连于内部人自己编织的诉讼法学人工孤岛之上。我们迫切地需要补充新鲜的

① [德] 马克斯·韦伯:《学术与政治》,冯克利译,三联书店 1998 年版,第 23 页。

② [法] 埃米尔·涂尔干:《社会分工论》,渠东译,三联书店 2000 年版,第 3 页。

③ 强世功博士在《中外法学》2001 年第 3 期上面发表的名篇——《法律共同体宣言》,该文如战斗檄文般的行文风格非常类似于耶林的《为权利而斗争》。《法律共同体宣言》中声称:“一个无形的法律共同体。共同的知识、共同的语言、共同的思维、共同的认同、共同的理想、共同的目标、共同的风格、共同的气质,使得我们这些受过法律教育的法律人构成了一个独立的共同体:一个职业共同体、一个知识共同体、一个信念共同体、一个精神共同体、一个相互认同的意义共同体”。另外,“想象的共同体”的提法参见[美]本尼迪克特·安德森:《想象的共同体——民族主义的起源与散布》,吴睿人译,上海世纪出版集团 2005 年版。

血液,不断地从这个孤岛上走出来,以便看到更多的风景。^① 我们需要引入经济学的定量分析、社会学的实证调查、人类学的深度个案诠释,甚至是文献计量学的引证分析等方法,而不满足于现在的规则制定和概念法学。诉讼法学是一个独立的学科,但绝不是一个自给自足的学科,我们的研究就需要运用交叉学科的研究方法去打破现有的学科之间的隔阂,去拓展新的研究领域。布迪厄就说过:“哪里突破了学科的藩篱,哪里就会取得科学的进展。”^② 所以随着以后诉讼法学研究的深入和越来越专门化,我们同时将会看到诉讼法学与其他学科之间的相互融合与借鉴,这将是两条并行不悖的主线。

未来的诉讼法学的研究,是钱穆先生所说的那种“对本国的历史怀有一种温情和敬意”^③的研究。我们现在的学术研究,存在对自己的历史的一种妄自菲薄的倾向,“尊西人若帝天,视西籍如神圣”。^④ 近代以来,中国与西方的两个主体,它们之间的文化比较的问题,往往被转换和扭曲为“传统与现代”的单线进化问题,中国为传统,西方为现代,对现代化的渴求使得中国之历史就当然地处于逻辑的劣势,处于被遗忘的角落。在诉讼法学的研究中我们应该关注中国历史,关注我们祖先的生产和生活条件形成的行为方式。只有对历史把握住了,才能具有陈寅恪先生所说的那种对古人的“了解之同情”,而不是一味地咒骂历史;我们才能更

① 当然,从诉讼法学的人工孤岛上走出来的目的最终还是为了更好地走回去。王铭铭教授在评价著名人类学家马林诺夫斯基的学术时,用了“在这里”(being here)、“到那里”(being there)、“回到这里”(returning home)三个阶段来形容人类学者的典型人生经历。即是“西方人类学者大多首先在西方的学院式家园中习得一种人文价值观念,接着到了‘那里’(别的地方或非西方世界)的‘异文化’中去体验不同的人文价值可能性,最后回到‘这里’(西方)的学院式家园中对既有的人文价值提出反思性的见解”。参见[美]马歇尔·萨林斯:《甜蜜的悲哀》,王铭铭译,三联书店2000年版,参见王铭铭题为《萨林斯及其西方认识论反思》的序言部分,第5~6页。按照笔者的理解,其实这样的论述对于任何一个真正的学者的成长都是成立的。学者的成长先是在“在这里”(being here);接受该学科最为基本的学术的规训;然后是“到那里”(being there);跳出这个这个学科的局限,用在接受这个学科的规训时所获得的“获得知识的能力”去获取更为广阔和深邃的知识;最后是“回到这里”(returning home),对自己的所属学科进行反思,对该学科的进行深化研究或是开拓该学科新的领域。所以笔者才一再地说“走出来的目的是为了能够更好地走回去”。

② [法]皮埃尔·布迪厄、[美]华康德:《实践与反思——反思社会学引论》,李猛、李康译,中央编译出版社2004年版,第197页。

③ 杨义:“现代中国学术方法总综论”,载《中国社会科学》2005年第3期。

④ 余英时:《现代危机与思想人物》,三联书店2005年版,第39页。

好地理解现在,也才能够如徐朝阳先生一样,写出《中国诉讼法溯源》这种原创性的经典作品来。

未来的诉讼法学研究,应该是关注中国的国情和实践的研究。吉尔兹说:“法律……乃是一种地方性知识。”^①我们诉讼法学的研究,面对的是中国的国情,是中国的现实,所以在某种程度上说也是“地方性”的,不是普遍性的。英美怎么样、法德又如何的西方经验只是针对解决它们的问题的知识,同样是“地方性的知识”,并不是普适的知识,并不能想当然地适用于中国。现在言必称西方的研究,过分地倚重于域外经验,自觉不自觉地吧西学要解决的西方的问题当成了我们当下要解决的问题,这其中就缺乏对我们的现实和国情的把握和了解。我们的研究应该更多地关注中国的司法实践和中国问题。^②不能让诉讼法学的研究因为缺乏实证成为抽象的,是大词似的、空洞的,成为知识精英在书斋里的专有物品,使其堕落为脱离大众的、贵族式的、奢侈的、干瘪无味、概念游戏般的研究。

西南政法大学诉讼法学博士点正是基于对未来法学研究的企盼,对自己的博士生提出了严格的要求。要求博士生从入学之日起,“老老实实做人,踏踏实实为学”,以严格标准精心管理。学生在校三年期间,有繁重的读书任务、充实的课堂教学、健康多样的师生沟通渠道,还有走出学门的调查要求、培养方案中有导师组的集体训话、严格的开题环节、预答辩程序、淘汰筛选机制,最后还有非常正规的答辩程序。从90年代以来,诉讼法博士生的质量名列全国前茅。

为总结交流计,也为宣传传播计,更为争鸣批判计,经与同仁徐静村教授商议决定一起主持出版《西南政法大学诉讼法博士论文文库》,甄选学术质量较高的诉讼法学博士论文结集出版。在文库付梓之际,有两点声明:一是博士论文文责自负;二是刊印之论文是著者在答辩之后根据答辩委员会老师的意见又进行了深度加工和文字扩充的结果。

^① [美]克利福德·吉尔兹:《地方性知识》,王海龙、张家瑛译,中央编译出版社2004年第2版,第273页。

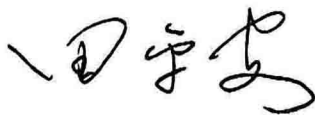
^② 缺乏对实践问题的研究并不完全是学者的责任,还与中国现在的制度有关:法院的案例不公开,案例卷宗分为外卷和内卷,学者的研究无法获得足够的司法信息。

末了,我还想衷心感谢为丛书的出版付出了辛劳的茅院生分社长和王旭坤编辑。

《西南政法大学诉讼法博士精品文库》不求立言以存于后世,只愿能为我西政大之学术振兴尽一己绵薄之力。诉讼法学研究之路漫漫其修远兮,吾将上下而求索。愿我诉讼法学科层楼更上,愿西政大生生不息!

寥寥数语,权以为序。

西南政法大学教授、博士生导师



二〇〇六年七月十一日

于重庆歌乐山下安怡斋

序

有人说,21 世纪是信息时代;还有人说,21 世纪是法治经济时代;也有人说,21 世纪是知识经济的时代。不论这些提法孰对孰错,我以为上述提法中有一点似乎是共同的,即未来的时代是一个科技高度发达的时代,是一个与知识密切攸关的时代。俗语说:知识就是力量嘛。

应当说有知识就有力量,是就一般意义而言。从法律的层面讲,知识会创造财富,有财富必有产权。知识产权在当代是最可宝贵的财富。随着近些年来法律知识的普及,人们的知识产权意识不断增强,专利权、著作权、商标权等权属状态越来越多。现实告诉我们,有权利必有侵权。君不见,市场经济的海洋中,知识产权纠纷正日渐增多。其中,知识产权确认不侵权之诉则是诸多纠纷中的一种。

夏璇博士在师从我攻读博士学位期间,对知识产权确认不侵权之诉情有独钟,他发现,知识产权确认不侵权之诉理论上存在诸多争议问题,法律规定上有诸多不完善,司法实践活动中的事实认定法律适用上显得很不一。

他认为,这种局面很不利于法律的实施及该制度的发展。因此对于该制度的相关法理问题及制度构建进行研究具有重要的理论价值和实践意义。于是乎,选择以此为博士论文题目,得到导师组的一致同意。

在刻苦读书、用心钻研、埋头调研、分析比对的基础之上,终于有了自己的心得与独到的见解,并最终以此形成了他的博士论文。答辩通过后,作者又将答辩中的问题梳理修改,数易其稿,最终形成此书。作为导师内心窃喜。应弟子之约,写点话权充序言。

这是一本学术著作,我以为以下几个问题值得读者关注:

其一,该书作者首次站在诉讼法的立场对知识产权确认不侵权之诉进行了比较系统的研究。从诉的种类展开,逐层剖析,明确了知识产权确认不侵权之诉的性质,再由此通过诉的理论对知识产权确认不侵权之诉的起诉条件、反诉、当事人确定、既判力问题进行了探析。

其二,该书首次对消极确认之诉理论进行了较为全面的阐述,在一定程度上弥补了国内民事诉讼法理论研究的空白。消极确认之诉属于确认之诉的一种,我国诉讼法学界长期对确认之诉的研究不足,关注的重点往往系给付之诉。夏璇博士在写作过程中,通过其不断的理论与实践探索,最终通过该书将消极确认之诉理论系统而全面地呈现在读者面前。

其三,该书对我国知识产权确认不侵权之诉的完善提供了不可多得的借鉴材料。作者在写作过程中,翻译并查阅了大量的域外资料,从美国的“宣告判决”制度到德国的“消极确认之诉”,再到我国香港地区的“无理威胁的宣告”及“不侵犯专利的宣布”,域外类似制度产生并发展的历史沿革、审理方式以及实践中存在的争议性问题都全面而具体地进行了介绍。

其四,该书初步总结了我国实务界对知识产权确认不侵权之诉的审判经验。作者没有局限于简单地理论探讨,而是面向审判实践,采取多种方式得到了不少第一手材料,了解到了我国知识产权确认不侵权之诉中存在的各种争议性问题。通过向法院审判法官的虚心请教,收集并归纳出了该制度在我国审理过程中的重点、难点和争议点。这对于该制度的研究是至关重要的,正是由此,才使本书的整个写作不是空中楼阁、海边沙堡。

其五,本书为将来可能出台的相关知识产权确认不侵权之诉立法或司法解释提供了一定的参考建议。作者于本书最后一部分在对知识产权确认不侵权之诉的理论分析、现实总结的基础上,就具体的审判制度,如起诉条件、强制反诉、当事人的确定等问题提出了自己独到的见解与看法。特别是其在对这些审判制度进行精细的建构时,是站在诉讼法的角度,每个制度都与诉的理论紧密契合,使得该书与现有的其他研究相比,

逻辑的严谨性与理论价值的创新性得以显著凸显。

当然,对具体制度的理论研究最终必须要得到实践的检验才能彰显其意义所在。况且,任何审判制度都不会是一成不变的,都是在不断地发展与完善。作为理论研究也是一样,望夏璇同志能够在教学工作之余进一步继续深入司法实践,对该制度在我国实务中的发展状况持续关注,并由此对该问题作更为深入的探索,创造出更多的佳作。

田平安
2013 年 10 月 9 日

目 录

序	1
第一章 知识经济与知识产权纠纷	1
第一节 知识经济时代的知识产权	1
一、知识经济之时代特点	1
二、知识经济下的知识产权	6
第二节 知识产权保护与纠纷解决	15
一、知识产权国际保护与纠纷解决	15
二、我国知识产权保护与知识产权纠纷解决	21
第二章 知识产权确认不侵权之诉概论	26
第一节 知识产权确认不侵权之诉缘起	26
一、从知识产权侵权纠纷到权利保护	26
二、从知识产权保护到对知识产权垄断的限制	27
三、从知识产权权利限制到确认不侵权之诉	28
第二节 知识产权确认不侵权之诉概述	29
一、知识产权确认不侵权之诉的内涵	29
二、知识产权确认不侵权之诉产生的法理基础	41
三、知识产权确认不侵权之诉的制度价值	55

第三节 知识产权确认不侵权之诉的法律性质	62
一、理论争议	62
二、知识产权确认不侵权之诉的消极确认之诉性质解析	65
三、明确知识产权确认不侵权之诉法律性质之意义	76
第四节 我国知识产权确认不侵权之诉的产生与现状	78
一、立法层面	78
二、司法实践层面	84
第三章 知识产权确认不侵权之诉比较研究	92
第一节 美国:宣告判决制度	92
一、宣告判决制度概述	92
二、宣告判决核心要件——实质性争议(actual controversy)	97
三、知识产权不侵权宣告判决中的实质性争议标准	99
四、比较借鉴	103
第二节 英联邦国家的不侵权诉讼	104
一、英国:制止威胁的诉讼	104
二、澳大利亚:非侵权声明	106
三、马来西亚:宣告不侵权诉讼	107
四、比较借鉴	108
第三节 我国香港地区:无理威胁宣告与不侵犯专利宣布	109
一、无理威胁的宣告	109
二、不侵犯专利的宣布	111
三、比较借鉴	112
第四节 德国与我国台湾地区:侵权关系的消极确认诉讼	114
一、德国的确认不侵权之诉	114
二、我国台湾地区确认不侵权诉讼	115
三、比较借鉴	117
第四章 中国知识产权确认不侵权之诉之司法实践	118
第一节 知识产权确认不侵权之诉实证调查研究	118

第二节 知识产权确认不侵权之诉审判经验·····	129
一、审理法官专业化、职业化·····	129
二、严格限定知识产权确认不侵权之诉的起诉条件·····	130
三、灵活对待原告的诉讼请求·····	130
四、谨慎受理确认不侵犯商业秘密诉讼·····	131
五、使用阐明权,实现纠纷一次性解决·····	132
六、健全多元纠纷解决机制·····	133
第三节 知识产权确认不侵权之诉司法实践之疑难·····	134
一、具体操作规范的缺失·····	134
二、诉之利益判断之疑难·····	135
三、知识产权“双轨制”保护下的程序衔接·····	144
四、知识产权侵权认定的复杂性·····	148
 第五章 知识产权确认不侵权之诉之完善·····	155
第一节 完善知识产权确认不侵权之诉之必要性·····	155
一、有利于树立国民正确的知识产权观念·····	155
二、稳定知识产权法律关系、解决知识产权纠纷的现实需要·····	156
三、有利于维护投资和经营活动安全·····	157
四、促使权利人正当行使权利,遏制权利滥用·····	158
五、改变现有知识产权确认不侵权之诉审理混乱之需·····	160
第二节 知识产权确认不侵权之诉适用范围·····	160
一、现有立法规定·····	160
二、知识产权确认不侵权之诉涵盖范围之我见·····	162
第三节 知识产权确认不侵权之诉起诉条件·····	165
一、知识产权确认不侵权之诉起诉条件的争论·····	165
二、知识产权确认不侵权之诉起诉条件现有规定分析·····	169
三、对知识产权确认不侵权之诉起诉条件的思考·····	175
第四节 知识产权确认不侵权之诉当事人确定与追加·····	189
一、知识产权许可使用·····	189

二、知识产权被许可使用人之诉讼地位	190
三、知识产权确认不侵权之诉当事人确定	191
第五节 知识产权确认不侵权之诉的反诉	194
一、与知识产权确认不侵权之诉有关的反诉	194
二、建立知识产权确认不侵权之诉强制反诉制度的思考	198
第六节 知识产权确认不侵权之诉与知识产权行政 诉讼的衔接	201
一、知识产权确认不侵权之诉与知识产权行政诉讼并行	201
二、知识产权确认不侵权之诉与行政诉讼的衔接	204
第七节 知识产权确认不侵权之诉既判力的扩张	207
一、知识产权确认不侵权之诉既判力的客观范围	208
二、知识产权确认不侵权之诉既判力主观范围扩张	210
参考文献	212
后 记	224

第一章 知识经济与知识产权纠纷

第一节 知识经济时代的知识产权

一、知识经济之时代特点

历史如同涓涓溪流,永不停息。人类社会随着历史的车轮逐渐走过了茹毛饮血的蛮荒时代,悠然自得的农业经济时代以及充满浪漫主义情怀与变革精神的工业经济时代,如今大踏步地跨向一个新的纪元——知识经济时代。什么是知识经济,人类在这个崭新的时代将会面对相较于农业经济、工业经济时代什么样的挑战?这是当下整个世界都在思考的问题。有学者认为,知识经济是以高度发达的信息通信技术为契机,通过调动人类知识创新的积极性,促进各行业产值和效益中的知识比重的飞速提高,从而在全社会所形成的并不超越和消灭原有的社会分工和产业划分,但却令其发生质的巨变的一种以知识资源作为推动社会发展动力的经济形态的统称。^①也有学者认为,知识经济是以知识为基础,以智力资源为生产的第一要素,通过知识和智力对自然资源进行科学、合理、集中配置的新型经济。^②按照联合国经济合作与发展组织(OECD)1996年

^① 段瑞春:“知识经济、创新体系与科技兴国的内涵及相互关系”,载《科学与法律》1999年第1期。

^② 胡忠贵:《知识经济论》,山西教育出版社2004年版,第10页。