

论中国国际进口博览会知识产权行为保全的审查标准

高 阳

摘 要：中国国际进口博览会知识产权行为保全应以效率优先兼顾公平为价值目标，设立“四要件”审查标准，可依据案情考虑其他因素。胜诉可能性的证明并不要求达到“高度盖然性”的高度，仅需证明到保持案件现状即可。胜诉可能性与难以弥补损失成“反比例关系”。由于国际进口博览会的特殊性，可借鉴TRIPS协议和德国快速禁令制度，针对简单明了的案件可依据申请人单方申请而授予禁令。

关键词：中国国际进口博览会；行为保全；临时禁令；Trips 协议

中图分类号：D913

文献标识码：A

文章编号：1006-1894 (2018) 06-0087-08

一、问题的提出

一般而言，博览会的召开时间通常只有几天。在此期间，如果发生知识产权侵权纠纷，根据我国现行的法律，权利人可通过大会投诉、协商调解、行政和司法手段等方式寻求保护。事实上，无论法院还是知识产权管理部门均很难及时、有效地完成侵权行为的认定及处罚。侵权行为通常得不到有效制止，反复侵权屡见不鲜。同时，鉴于国际博览会的聚合性与公开性，大多数国家并不支持在博览会召开期间当场进行行政执法。^①因此，博览会侵权产生的损害会远远大于一般情况下的侵权行为，而博览会一旦结束，侵权产品及侵权人又难以被查找，权利人无论向侵权行为所在地（国）法院还是向侵权人所在地（国）法院提起诉讼，成本均会很高。如果不能妥善处理博览会期间产生的各种知识产权纠纷，参展商的权利得不到有效的维护，势必会降低权利人参展的热情。一旦在中国发生此类现象，国际进口博览会的国际影响和国际声誉将会受到巨大的打击。因此，在国际进口博览会中，如何及时、有效地保护权利人成为问题的关键。

2001 年为加入 WTO 履行“入世”承诺，我国引入了临时措施。虽然并未使用“临时禁令”术语，但在制度设计上更接近于英美法系的临时禁令。^②由此，引发了与以大陆法系为蓝本的民事行为保全的审查标准、价值定位、证明程度等多方面的矛盾

作者简介：高阳，上海对外经贸大学法学院讲师，研究方向：知识产权法学·商标法。

基金项目：2018 年上海市法学会课题“中国国际进口博览会配套法规体系的建构与完善”。

① 展会中的知识产权保护欧洲的经验与实践（第二版）[R]. 北京：商务部条法司，2009.

② 在我国称为知识产权诉前禁令，民事诉讼法领域称为行为保全，称谓的不同亦是我国行为保全制度的不足之一，此不足并非本文讨论的重点。为和民事诉讼法保持一致，本文沿用“行为保全”这一称谓。

与混乱。本文从临时禁令制度之价值入手,重新审视了我国知识产权行为保全审查标准中存在的问题,参考各国禁令制度之审查标准,以期解决国际进口博览会中如何适用知识产权行为保全审查标准的问题。

二、知识产权临时禁令的制度价值

(一) 临时禁令的国际法渊源

《巴黎公约》结合国际展会对知识产权保护的要求,在其第11条中规定,条约参加国应按其本国法律对在本联盟任何国家领土内举办的官方的或经官方承认的国际展览会展出的商品中可以取得专利的发明、实用新型、工业品外观设计和商标,给予临时保护。《国际展览会公约》作为国际博览会举办国应当遵守的国际性规则,要求举办国对国际博览会提供相关法律支持,应特别包括专利、版权和知识产权保护条款。在举行国际展览会时,举办国需依照此公约确立知识产权临时保护的对象及范围。

《与贸易有关的知识产权协定》不仅要求签约国对知识产权提供临时保护,更在国际法层面对临时禁令制度予以确定,明确规定了依单方申请的临时措施,“如适当,特别是在任何迟延可能对权利持有人造成不可补救的损害时,或者存在证据被销毁的显而易见的风险时,司法机关有权采取不作预先通知的临时措施”。该协定第50条第4项规定:“当临时性措施是应单方请求而采取时,应及时地通知受到影响的当事人,最迟也应在执行上述措施后予以通知。如果被告在发出通知后的合理期间内请求裁决是否应该改变、取消或确认这样的措施,应该进行复核,包括给予被听证的权利。”同时,该条款第2~7项详细规定了司法当局采取临时措施的原则、程序等事项,为各国适用临时禁令以制止现实侵权以及即发侵权提供了国际法渊源。

(二) 临时禁令制度的制度价值取向

临时禁令制度起源于15世纪的英国衡平法,为弥补普通法院救济不足形成的一种现代保全方式,即中间禁令(interlocutory injunction),^①主要目的在于“防止不可弥补的损失产生的威胁,直到案件的实体问题有机会得到全面系统审查。”^②中间禁令可在诉讼的任何时间提出,通过禁止被告继续实施违法行为,以达到迅速、有效保护当事人的效果。

在美国法中,临时禁令(preliminary injunction)设立目的是在当事人间“保持原状”,即案件实体问题通过适当诉讼程序获得最终审理前,维护现实状态,防止引起不可挽回损失的情形发生。^③法官根据案件中当事人双方各自的权利,为了案

^① 英国的中间禁令(interlocutory injunction)类别很多,包括临时禁令(interim injunction)、马瑞瓦禁令(Mareva injunction)和安东·皮勒禁令(Anton Piller injunction)等。

^② Rachel, A., Weisshaar, Hazy. Shades of Winter: Resolving the Circuit Split over Preliminary Injunction[J], Vanderbilt Law Review, 2012, (68).

^③ 张江涛,薛波.美国中间禁令探讨[J].北京理工大学学报(社会科学版), 2005, (3).

件终极裁决的需要保持原状,裁决被告所声称的权利是否可以得到实现。^①大陆法系以德国的假处分为代表建立的临时禁令制度为避免所争执的权利关系给债权人造成显著的损失或因紧迫的危险而在必要时发出命令。^②由此可知,“保持原状”是现代各国临时禁令制度所遵循的基本价值准则,以防止原告的权利在诉讼终结前受到进一步的侵害。

知识产权侵权二元救济体系为损害赔偿和临时禁令制度。临时禁令制度是在损害赔偿不足以弥补原告损失的情况下为制止尚未发生的侵权损害的预防性法律保护救济形式,可弥补民事诉讼滞后性与民事诉讼事后救济方式的不完善性,具有不可替代的独特功能,已成为世界上许多国家知识产权保护的主流选择。^③由于临时禁令制度对“保持原状”与预防性的价值取向,决定了在司法审判追求的公正与效率面前,应效率优先兼顾公平。

三、我国知识产权行为保全标准适用现状评析

(一) 知识产权行为保全的立法及司法现状

我国法律上并未直接使用“禁令”一词,但我国的禁令制度最早可以追溯到1986年颁行的《中华人民共和国民事诉讼法通则》,此后的《民法通则》实施意见和《民事诉讼法》均有相关规定。为了履行“入世”的承诺,我国分别在2000年《专利法》和2001年《著作权法》中规定了诉前禁令制度,即在有证据证明他人正在实施或者即将实施侵犯专利权、著作权、注册商标专用权的行为,如不及时制止将会使其合法权益受到难以弥补的损害,可以在起诉前向人民法院申请采取责令停止有关行为的措施。2008年再次修订了《专利法》,2010年修改了《著作权法》,2013年修改了《商标法》,虽然在法律条文序号上作了变动,但有关诉前禁令的条文内容基本没有变动。以此,知识产权法以实体法形式引入了临时禁令制度,使我国知识产权法律保护机制达到了WTO规则的普遍要求。此外,《集成电路布图设计保护条例》、《计算机软件保护条例》等行政法规也规定了临时禁令。

为配合贯彻实施《专利法》、《商标法》和《著作权法》中临时禁令的规定,最高人民法院出台了一系列的司法解释:《最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》、《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》、《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》、《关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》等,对《专利法》、《商标法》和《著作权法》规定的诉前禁令制度作了进一步的细化,

① Continental Baking Co. v. Katz, 68 Cal. 2d 512, 67 Cal. Rptr. 761, 439 P.2d 889 (1968).

② 刘宇辉,梁平.我国知识产权临时禁令的价值反思和类别分化——以唯冠公司申请临时禁售iPad被驳为例[J].知识产权,2016,(9).

③ 杨涛.我国知识产权临时禁令制度的现实困境与立法完善[J].知识产权,2012,(1).

增强了诉前禁令制度的可操作性。2015年的《最高人民法院关于审查知识产权与竞争纠纷行为保全案件适用法律若干问题的解释（征求意见稿）》更是意欲统一知识产权与竞争纠纷案中的行为保全，规定了知识产权与竞争纠纷行为中保全案件的申请主体、申请程序、审查标准、担保与行为保全的解除等。

行为保全制度在我国知识产权法中确立之初，某些地方法院曾在一段时期内掀起了适用诉前行为保全制度的小高潮。但随着新一轮知识产权法的修改和实施，诉前行为保全制度的司法适用开始降温并转为不温不火的状态。据统计：2002~2006年10月共受理430件，平均每年约89件；2006年11月~2008年共受理319件，每年平均受理增多至146件；2009~2010年趋于减少，平均每年不到60件；而至2011年又飙升至130件，2012年总计27件，2013年以来总计41件（其中有9份当事人相同的系列案，所涉系列案并为1件）。^①因为行为保全审查标准在司法适用中存在诸多问题，法官缺乏统一审查标准的指导，才导致行为保全案件适用率忽高忽低。

（二）存在的问题

1. 行为保全的审查标准要件不统一。《民事诉讼法》中行为保全的标准是：（1）判决可能会难以执行；（2）申请人可能会遭受难以弥补的损害。《专利法》、《商标法》和《著作权法》对相应领域的行为保全规定均为“如不及时制止将会使其合法权益受到难以弥补的损害”。根据其相应的司法解释，法院在作出诉前停止侵权裁定前需要审查：（1）是否构成侵权；（2）不采取保全措施是否会对申请人造成难以弥补的损害；（3）担保；（4）采取保全措施是否会违反公共利益。^②法院在司法实践中适用“二要件”还是“四要件”，判断标准出现了不统一。

北京市第三中级人民法院在“四因素”的基础上考虑“六要件”，^③在“六要件”均符合的情况下为申请人签发临时禁令。北京市朝阳区法院适用“二要件”，在申请人提交专利权权属证明和被申请人正在实施侵权行为的证据并提供担保的情况下为其签发临时禁令。其他地方性法院同样面临这一问题，如中山市中级人民法院、重庆市第一中级人民法院、青岛市中级人民法院适用“二要件”做出被申请人是否停止侵权行为的裁定，武汉市中级人民法院适用“四要件”驳回复议申请人的复议请求。

2. 标准要件的证明程度模糊。我国对民事诉讼证明是以“高度盖然性”为一般标准，该标准可能使法官将知识产权行为保全中的胜诉可能性提高到这个程度。诉前禁令适用“高度盖然性”证明标准审视知识产权的临时禁令时，可能会导致法官

① 陈文文. 知识产权临时禁令制度的困境与突破——以北京法院典型案例为视角[J]. 西部法律论, 2016, (1).

② 李曼. 行为保全制度的标准构建——以美国法中间禁令制度的衡量标准为参考[J]. 烟台大学学报(哲学社会科学版), 2016, (9).

③ 审查是否应当责令停止侵害专利权行为，应当考虑以下因素：申请人是否是专利权人或利害关系人；被申请人行为构成侵害的可能性；不采取有关措施，是否会给申请人合法权益造成难以弥补的损害；责令被申请人停止有关行为对申请人造成的损害是否大于责令被申请人停止有关行为对被申请人造成的损害；责令被申请人停止有关行为是否损害社会公共利益；申请人是否提供了相应的担保。如（2013）三民初字第01933号、（2013）三民初字第01933号。

认为没有达到较高程度的“胜诉可能性”而不授予临时禁令。但胜诉可能性的认定并不必然排除保全申请人败诉或者保全被申请人胜诉的可能性,对胜诉可能性要求过高,无异于提前审理案件的实体争议。

实践中,一些法院将庭审中需要解决的实体问题提至庭前,考量侵权行为是否成立;一些法院则考量胜诉可能性。如德州市中级人民法院在认定构成实用新型侵权后才签发禁令;北京市第二中级法院认定仿制药“昕维”已构成专利侵权;在“王小二小胡同”案中,日照市中级法院认定被申请人构成对“王小二小胡同”服务商标的侵权。但胜诉可能性有别于实体审理后的确定性认定。保全措施作为一种临时措施,并不审理诉讼案件的实体内容。

3. 司法实践缺乏统一的价值目标的指导。适用审慎型判断标准时,法院以追求公平为首要价值目标,对损害要件从严要求。一方面为防止未审先判,以保证公权力行使的正当性。另一方面为防止权利人滥用权利,恶意阻碍竞争对手。适用积极型判断标准时,法院以效率为首要价值目标,以实现诉前禁令及时、有效地保护权利人。

四、临时禁令制度适用标准的比较法分析

英国法官在决定是否颁发禁令时,主要考虑以下3个因素:(1)是否有一个严肃的争端;(2)损害赔偿是否足够救济;(3)原告得不到禁令而遭受的损失是否将超过被告的活动因禁令暂时所加的限制遭受的害处与不便。法官需衡量禁令给双方当事人造成损害的大小,如果原告因不发禁令所遭受的损失大于签发禁令造成的损失,法院通常会签发禁令。由此可见,英国的禁令制度其实是在平衡双方的“比较受损程度”(comparative prejudice)与“比较不便”(comparative inconvenience)的前提下作出的。^①英国上议院批判在签发临时禁令时严格的司法审查标准,而忽视了临时禁令的特征决定了其需要法官灵活地运用自由裁量权。在American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.案中,^②重新审视了“表面上证据确凿案件”的标准,“表面上证据确凿案件”意味着仅仅是具有裁判性或真实纠纷的案件。申请人寻求临时禁令时不需要在审判之前基于庭前证据确立自己的合法权利,只需证明案件存在实质性争议即可。在专利侵权中确立的这一标准,被视为认定是否签发临时禁令的通行标准。

在大陆法系国家,临时禁令的立法目的在于避免“迟来的正义”,损害要件规定得较为宽松。针对知识产权侵权,德国的诉讼体系规定了比较完善的快速禁令。在展览会期间,对于案件本身简单明了,争议中的知识产权有效性不存在疑问时,只要原告有证据使法院确信格外紧急,法院可不经庭审直接做出裁判。所谓“格

^① Pean Intellectual Property Review,1987, 9(9).

^② American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd., [1975] A.C. 396.

外紧急”指：(1)有必要作成突袭裁定；(2)若进行庭审，将极大增加债权人权利丧失的危险以至于对债权人不公平。^①换言之，若采用正常的诉讼程序和持续时间将对原告带来损害，这是无法用给被告完整的诉讼权利和利益来弥补的。^②法院原则上有可能不经任何口头程序，也即不事先通知被告而签发临时性禁令，以致被告是在原告将法院命令送交时才知道有此禁令程序。^③单方程序的启动需要申请人说明不进行言辞辩论的理由，符合“格外紧急”的情形，由法院对申请人的请求进行谨慎审查，以决定是否适用单方程序。

美国法临时禁令以衡平精神为指导原则，以“固定要件—灵活模式”为衡量思路，^④固定要件是指以“四要件”为裁量依据，在“四要件”的基础上，法院可以结合基本案情灵活考虑相关的因素。任一要件对裁判结果并不起决定性作用，需综合考量各要件。传统“四要件”为：(1)不可弥补的损害(irreparable injury)。此时的损害必须是真实的，具有紧迫性，实体判决即使胜诉也无法阻止损害的发生与扩大。(2)胜诉可能性(possibility of success on the merits)，并不要求达到实体审判的“高度盖然性”的高度，仅需证明到能保持案件现状即可。(3)困难权衡(balance of hardship)，发出临时禁令对被告的损害与不发出临时禁令对原告的损害间的利益权衡。发出禁令对被告造成的损害小于不发出禁令对原告造成的损害时，可签发禁令，反之则不应当签发。^⑤(4)对公共利益的影响(public interest)。考虑公共利益在于禁令的签发与否对“非当事人利益”的影响，“非当事人”必须有事实上的损害并足以能通过诉讼获得救济。^⑥在不同类型的知识产权案件中公共利益的含义不尽相同，在商标案件中，公共利益指的是公众不被欺骗或不受混淆。

在认定临时禁令的申请人具有胜诉可能性时，美国多数法院会自然而然地推定出具有不可弥补的损害。最高院在eBay案中审理是否授予永久禁令时推翻了这一推定。^⑦这一判决结果在其他的上诉法院审理专利、商标、著作权侵权是否授予初步临时禁令时被采用，认为存在侵权胜诉可能性并不必然会导致不可弥补的损害。^⑧随后，在认定不可弥补的损害时，形成了多数法院采纳的“反比例原则”——确定胜诉可能性与不可弥补损害之间的关系，证据能够证明侵权存在的胜诉可能性越高，那么对难以弥补的损害的推定更顺理成章，其证明要求就越低。

考察国外的审查标准，无论是英美法系的禁令制度还是大陆法系的假处分制度，临时禁令作为及时、有效地保护权利人的一种救济措施，均在强调该制度的时效性及

① 周翠. 行为保全问题研究——对《民事诉讼法》第100~105条的解释[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2015,(4).

② Heinz, Goddar. 如何应对德国与知识产权有关的临时禁令(上)[J]. 世界机电经贸信息, 1997,(6).

③ 赵莉. 2010年上海世博会如何应对知识产权保护——历届世博会知识产权保护制度的启示[J]. 电子知识产权, 2004,(6).

④ 李曼. 行为保全制度的标准构建——以美国法中间禁令制度的衡量标准为参考[J]. 烟台大学学报(哲学社会科学版), 2016,(9).

⑤ Adidas America, Inc. v. Skechers USA, Inc. 890 F.3d 747.

⑥ 张江涛, 薛波. 美国中间禁令探讨[J]. 北京理工大学学报(社会科学版), 2005,(3).

⑦ eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C. 126 S.Ct. 1837.

⑧ Flexible Lifeline Systems, Inc. v. Precision Lift, Inc. 654 F.3d 989.

预防性。推崇程序正义的英美法系,将临时禁令制度视为“不同寻常”的救济制度,^①适用较为严谨的审查标准。又因为临时禁令仅是临时性措施,并不要求法官对只能在完整诉讼程序中可以决定的法律和事实问题做出裁判。因此,不要求胜诉可能性达到“高度盖然性”的高度,申请人只需证明在当前案情的证据下,保持案件现状即可。侧重实体公正的大陆法系,对于临时司法救济、当事人实体权利的临时禁令,采取比较宽容的审查标准。特别是作为博览会经常适用的快速禁令制度,可以为我国国际进口博览会知识产权行为保全的适用提供参考。

五、中国国际进口博览会中知识产权行为保全适用标准的建议

(一) 知识产权行为保全制度的价值在于防止侵权行为的进一步扩大,避免给权利人在诉讼过程中造成不可弥补的损失。行为保全并不审理案件的实体问题,亦不做出终局裁决。行为保全制度的目的决定了行为保全仅是一种与终局裁决无关的临时裁决,其具有紧急性和临时性的特征,而且一旦侵权行为得不到有效制止,造成反复侵权,可能会给权利人造成难以弥补的损害。如前所述,博览会知识产权行为保全制度应树立效率优先、兼顾公平的价值目标。

(二) 虽然在《最高人民法院关于审查知识产权与竞争纠纷行为保全案件适用法律若干问题的解释(征求意见稿)》中,为知识产权类行为保全认定提出了四因素,并对难以弥补的损害做出了解释,但是对各因素间的相互作用并未作出说明。因此,在认定胜诉可能性及不可弥补的损害时可参考美国的“反比例原则”,即胜诉可能性越高,对不可弥补损害因素的证明要求越低。

(三) 司法实践中,在判断胜诉可能性的程度时,不需要申请方证明案件一定可以胜诉,仅仅证明到可以保持案件现状。^②例如在商标侵权诉讼中,原告只需证明“高于忽略不计”的胜诉可能性即可获得临时禁令的救济。^③胜诉可能性的认定对判决结果并不起决定性的作用,需综合考虑各因素。可参考美国的“固定要件——灵活模式”,以固定的四因素为衡量标准,法官可结合案情在四要件之外参考其他因素。

(四) 如前所述,由于博览会的特殊性,对博览会召开期间发生侵权行为的救济显得尤为重要。因此,可参考 TRIPS 协议中依单方申请发出临时措施及德国的快速禁令制度,对博览会期间发生的案情简单明了、争议中的知识产权有效性不存在疑问的案件,可不经被申请人答辩,仅由申请人提供的证据决定是否授予其禁令救济。

^① McCarthy, J. Thomas, McCarthy on Trademarks and Unfair Competition § 30:30[M]:Thomson Reuters,2018.

^② Bath Industries, Inc. v. Blot, 427 F. 2d 97, 111. Perfect 10, Inc. v. Google, Inc. 653 F.3d 976.Amoco Prod. Co. v. Vill. of Gambell, 480 U.S. 531, 546.

^③ McCarthy, J. Thomas. McCarthy on Trademarks and Unfair Competition § 30:45[M]:Thomson Reuters,2018.

参考文献:

- [1] 刘晓军. 知识产权诉前禁令制度的变革与重构 [J]. 知识产权, 2016,(12).
- [2] 毛海波. 国际展会知识产权保护研究 [D]. 上海: 华东政法大学博士论文, 2012.
- [3] 彭向阳. 知识产权诉前禁令研究 [D]. 广州: 华南理工大学博士毕业论文, 2017.
- [4] 杨静. “难以弥补的损害”之判断规则及类型化研究——以知识产权侵权诉前禁令为视角 [J]. 电子知识产权, 2014,(8).
- [5] 赵莉. 诉前禁令与世博会的知识产权保护 [J]. 电子知识产权, 2004,(10).
- [6] 周翠. 行为保全问题研究——对《民事诉讼法》第 100~105 条的解释 [J]. 法律科学 (西北政法大学学报), 2015,(4).

Research on Standard of Conduct Preservation of Intellectual Property for China International Import Expo

GAO Yang

Abstract: Conduct preservation of intellectual property for China International Import Expo should give priority to efficiency while giving consideration to equity, establish “four factors” standard as well as judge discretion to consider other factors based on individual case. The factor of possibility of success on the merits does not need to be high degree of probability, it needs to prove pending a trial on the merits, the defendant should or should not be restrained from exercising the rights. The possibility of success on the merits and irreparable injury should be inverse proportion, According to the specificity of China International Import Expo, TRIPS and German Regelungsverfügung may be used for reference to affirm injunction based on applicant’s application.

Key words: China International Import Expo; conduct preservation; preliminary injunction; Trips agreement

(责任编辑: 金孝柏)

(上接第 66 页)

- [14] Tjandradewi, B. I., Marcotullio, P. J. City-to-City Networks: Asian Perspectives on Key Elements and Areas for Success[J]. Habitat International, 2009, 33(2).

Are China’s Foreign Contracted Projects Affected by Bilateral Relations? ——Research Based on the Major Countries along the Belt and Road Initiative

HE Fan ZENG Jian-yu

Abstract: This paper studies the influence of bilateral relations on China’s foreign contracted projects by using the cross-country panel data of China’s foreign contracted projects along the Belt and Road Initiative countries from 2002 to 2015. The results show that bilateral relations have a significant effect on China’s foreign contracted projects, and the stable political environment of the host country can enhance the effect of bilateral relations on foreign contracted projects. The conclusion has important theoretical value and practical significance. It not only provides a strategic choice for the development of foreign contracted projects in countries along the Belt and Road Initiative, but also provides positive empirical evidence to strengthen the exchanges and cooperation between China and the countries along the Belt and Road Initiative and actively implements the Belt and Road Initiative.

Key words: bilateral relations; foreign contracted projects; the Belt and Road Initiative; political stability

(责任编辑: 梁丽华)