

中國新民事訴訟法對知識產權 訴訟臨時措施的影響

—張廣良—

《關於修改〈中華人民共和國民事訴訟法〉的決定》已由全國人民代表大會常務委員會於2012年8月31日通過，自2013年1月1日施行。修改後的《中華人民共和國民事訴訟法》(下稱新民法)第六章關於證據保全及第九章關於保全和先予執行的規定，將對知識產權民事訴訟臨時措施的適用產生重大影響。本文在研究中國知識產權民事訴訟臨時措施適用現狀及新民法所規定的臨時措施的基礎上，探尋新民法所規定的臨時措施在知識產權民事訴訟中的適用，及其對《商標法》、《著作權法》及《專利法》的修改所帶來的影響等問題。

一、中國知識產權民事訴訟 臨時措施適用現狀

(一) 中國知識產權民事訴訟臨時措施的法律依據

知識產權民事訴訟臨時措施，又稱知識產權民事訴訟臨時救濟措施，是指知識產權權利人或利害關係人在提起民事訴訟之前，或在民事訴訟進行過程中、法院作出終審判決之前，依法請求法院採取的證據保全、財產保全或行為保全等措施。知識產權民事訴訟臨時措施，根據當事人提出申請及法院採取的時間之不同，可以分為訴前臨時措施及訴中臨時措施。訴前臨時措施包括訴前證據保全、訴前財產保全及訴前行為保全；訴中臨時措施包括訴中證據保全、訴中財產保全及訴中行為保全。

在新民法施行之前，除訴中證據保全、訴前及訴中財產保全外，知識產權民事訴訟其他臨時措施在民事訴訟法中並無規定，故其法律依據為《專利法》、《商標法》及《著作權法》(下統稱為傳統知識產權法)的特別規定。如訴前證據保全措施分別為《專利法》第67條、《商標法》第58條及《著作權法》第51條

所規定，¹ 訴前行為保全措施分別為《專利法》第66條、《商標法》第57條和《著作權法》第50條所規定。最高人民法院為上述臨時措施的適用作出了相應的司法解釋。²

對於訴中停止被控侵權行為，或者訴中行為保全，中國原民法³及傳統知識產權法均未作規定。在司法實踐中，其部分功能在一定程度上為先予執行制度所替代。最高人民法院關於知識產權審判的司法政策對先予執行的適用多有涉及。例如，1998年7月20日《最高人民法院關於全國部分法院知識產權審判工作座談會紀要》指出，法院採取先予執行措施應當嚴格按照《民事訴訟法》的有關規定慎重進行，在採取先予執行措施前，應當嚴格審查當事人是否提出了先予執行的申請並提供了可靠足夠的擔保、申請人享有的知識產權是否具有穩定的法律效力、被申請人的侵權事實是否明顯、先予執行是否必要等。再如，《最高人民法院關於全面加強知識產權審判工作為建設創新型國家提供司法保障的意見》⁴指出，法院要依法正確適用臨時措施，“對於當事人訴前或者訴中提出的臨時禁令或者先予執行、財產保全和證據保全等申請，要積極受理、迅速審查、慎重裁定、立即執行”。此外，最高人民法院相關負責人數次在全國法院知識產權審判工作座談會或研討會上強調，要重視並依法適用訴前臨時措施和訴中財產保全、先予執行等措施，及時制止侵權行為，有效防止權利人損失擴大。⁵ 據此，可以看出，最高人民法院將在訴中提出的臨時禁令等同於先予執行。

(二) 中國知識產權民事訴訟臨時措施適用的限制

1. 某些臨時措施僅能適用特定知識產權案件

臨時措施中的訴前禁令、訴前證據保全僅能適用於專利權、商標權及著作權等傳統知識產權案件，而不能適用於不正當競爭案件和植物新品種案件。其理由為中國《反不正當競爭

法》及《植物新品種保護條例》等未對訴前禁令及訴前證據保全等臨時措施作出規定。訴中證據保全、財產保全及先予執行等救濟措施，因已為中國原民事訴訟法所規定，故可適用於全部的知識產權民事訴訟。

2. 某些訴訟臨時措施僅能適用特定案由的知識產權訴訟

臨時措施中的訴前禁令、訴前證據保全，作為制止被控侵權行為、維護權利人的利益的措施而為傳統知識產權法所特別規定，故其僅能適用侵犯專利權、商標權及著作權的案件，而不能適用涉及專利權、商標權及著作權的其他民事案件，如合同糾紛、權屬糾紛等案件。

二、中國新民訴法所規定的臨時措施

中國新民訴法的重要內容之一為設立了訴前證據保全及行為保全制度，完善了中國民事訴訟保全制度及臨時措施，並為中國傳統知識產權法所規定的臨時措施提供了正當性依據。

(一) 新民訴法設立的訴前證據保全制度

中國原民事訴訟法僅規定了訴中證據保全制度。⁶ 中國新民訴法增設了訴前證據保全制度。該法第 81 條⁷ 明確規定了適用訴前證據保全措施的如下事項：

1. 訴前證據保全僅應適用於一些緊急的情況，即在提起訴訟之前，出現證據可能滅失或者以後難以取得的情形。

2. 能夠依法提起訴前證據保全的申請人為利害關係人，即除了權利人之外，該糾紛的利害關係人，如相關知識產權的被許可人，也可提出申請。

3. 對訴前證據保全措施申請具有管轄權的法院，包括證據所在地、被申請人住所地或者對案件有管轄權的法院。中國新民訴法的這項規定，方便了利害關係人提出申請。

4. 在法院採取訴前證據保全措施後 30 日內，申請人應依法提起訴訟，否則法院應當解除保全措施。⁸

(二) 新民訴法設立的行為保全制度

行為保全，是指法院作出的、責令一方當事人作出一定行為或者禁止其作出一定行為的裁定，以防止該申請人正在實施或者將要實施的行為給申請人造成不可彌補的損害。⁹ 行為保全可分為訴中行為保全及訴前行為保全。

1. 訴中行為保全制度

新民訴法第 100 條設立了訴中行為保全制度。¹⁰ 關於訴中行為保全，新民訴法明確了以下事項：(1) 提出申請的時間為法院受理案件後，作出判決前；既可在一審程序中提出申請，也可以在二審程序中提出申請；¹¹ (2) 申請的目的主要在於避免申請人遭受其他不可彌補的損害，須立即制止被申請人正在實施的侵權行為，或者要求被申請人實施一定的行為；¹² (3) 行為保全措施可依當事人申請或依法院職權作出；(4) 法院可以責令申請人提供擔保；(5) 關於裁定作出的時限，對於情況緊急的，法院必須在 48 個小時內作出裁定，且裁定採取保全措施的，應立即執行；(6) 具有管轄權的法院應為已經受理了該案件、但尚未對案件作出裁決的法院。

2. 訴前行為保全制度

新民訴法第 101 條設立了訴前行為保全制度。¹³ 關於訴前行為保全，該條明確了以下事項：(1) 提出申請的時間為利害關係人向法院起訴之前；(2) 申請的目的主要在於避免給利害關係人造成難以彌補的損害；(3) 訴前行為保全只能依當事人申請而作出；(4) 申請人應當提供擔保；(5) 關於訴前行為裁定作出的時限，法院必須在 48 個小時內作出裁定，且裁定採取保全措施的，應立即執行；(6) 對於訴前行為保全申請具有管轄權的法院為被申請人住所地法院或者對案件有管轄權的法院；(7) 在法院採取訴前行為保全措施後申請人起訴的時限為 30 日，否則法院應當解除保全措施。

3. 關於先予執行制度

先予執行是指法院在審理民事案件中，因當事人一方生活或生產所急需，在作出判決前，根據當事人的申請，裁定一方當事人給付另一方當事人一定數額的款項或者特定物，或者停止或實施某行為，並立即執行的制度。¹⁴ 先予執行制度為中國民事訴訟法所獨創，在中國司法實踐中運行良好，故新民訴法在增加行為保全制度的同時，保留了先予執行制度。¹⁵

三、新民訴法所規定的臨時措施在知識產權民事訴訟中的適用

(一) 新民訴法的規定擴展了臨時措施在知識產權訴訟中

的適用範圍

如前文所述,由於《反不正當競爭法》、《植物新品種保護條例》等法律法規並未規定臨時措施,故在新民訴法施行後,法院在審理此類案件時應直接適用新民訴法規定的訴前及訴中臨時措施,包括該法所增加的臨時措施,如訴前證據保全、訴前行為保全及訴中行為保全等。同樣,由於中國傳統知識產權法所規定的臨時措施僅能適用於侵權訴訟,故在新民訴法施行後,在傳統知識產權領域的非侵權訴訟,如知識產權合同訴訟、權屬訴訟,均應適用新民訴法所規定的臨時措施。

(二)在傳統知識產權侵權訴訟中的適用

1. 新民訴法所規定的臨時措施與傳統知識產權法所規定的臨時措施的差異

雖然新民訴法與傳統知識產權法所規定的臨時措施具有相同的立法目的,但若加分析,可以發現二者具有如下差別:(1)申請臨時措施的主體的表述不同,如在訴前證據保全及訴前行為保全方面,新民訴法的表述為“利害關係人”¹⁶,而傳統知識產權法表述為知識產權權利人或“利害關係人”等¹⁷;(2)在法院採取某些訴前臨時措施如訴前證據保全、訴前行為保全後,申請人不起訴則法院解除保全措施的期限不同,新民訴法規定的期限為30日¹⁸,而傳統知識產權法規定的期限為15日¹⁹。

2. 新民訴法施行後,傳統知識產權侵權訴訟中臨時措施的適用問題

鑒於新民訴法與傳統知識產權法所規定的臨時措施存在上述差異,在傳統知識產權侵權訴訟中如何適用臨時措施是一個值得探討的問題。筆者認為,在臨時措施方面,新民訴法的規定為一般規定,而傳統知識產權部門法的規定為專門規定,故在新民訴法施行後,在傳統知識產權侵權訴訟中,臨時措施的法律依據應為傳統知識產權部門法的規定²⁰及最高人民法院作出的相應司法解釋。例如,在侵犯知識產權民事訴訟中,在法院採取訴前保全措施後,申請人應在15日內起訴,否則,保全措施應予解除。

四、新民訴法所規定的臨時措施適用於知識產權訴訟中值得探討的問題

(一)行為保全措施能否因反擔保而解除

新民訴法第104條規定:“財產糾紛案件,被申請人提供擔保的,人民法院應當裁定解除保全”。據全國人大常委會法制工作委員民法室的解釋,“財產糾紛案件”,主要是指原告提出的訴訟請求涉及財產歸屬、要求被告承擔金錢或可以金錢計算的給付義務的案件,而行為保全案件涉及財產糾紛的如侵犯知識產權中的財產案件,也屬於本條適用的範圍。²¹

筆者認為,上述解釋值得商榷,並主張新民訴法第104條中所稱的“保全”應作限縮性解釋,理由如下:

1. 涉及行為保全的財產案件,申請人的損害難以用金錢彌補

依據新民訴法的規定,“保全”包括證據保全、財產保全及行為保全等三種。根據證據保全之目的,即使在被申請人提供擔保的情形下,除非法院已採取了複製或者其他固定證據的措施,否則其不應將那些可能滅失或者以後難以取得的證據退還給被申請人。而行為保全的目的,是通過責令被申請人作出一定的行為或者禁止其作出一定行為的方式,避免給申請人造成“其他損害”或者“難以彌補的損害”。在司法實踐中,在認定是否會對申請人造成“難以彌補的損害”時,應當重點考慮有關損害是否可以通過金錢賠償予以彌補以及是否有可執行的合理預期。²²可以用金錢補償或者能夠用金錢合理地量化補償數額,且有可執行的合理預期的,一般不認為是難以彌補的損害。²³商譽和人身權利損害以及市場競爭優勢的嚴重喪失可能構成難以彌補的損害。²⁴既然難以彌補的損害是難以通過金錢賠償的,故在法院已經採取行為保全措施的情形下,即使被申請人提供了擔保,法院也不應解除行為保全措施。假定在一起被告刊登廣告而涉嫌侵犯原告商業信譽的糾紛中,應原告申請而法院採取了訴中保全措施,即責令被告立即停止廣告行為。在此情形下,即使被告提供了高額擔保,法院也不應解除保全措施,否則被告仍將繼續其可能侵害原告商業信譽的廣告行為,而此種行為給原告造成的損害可能是不可彌補的。

2. 最高人民法院相關司法解釋已規定訴前行為保全不因被申請人提供擔保而解除

傳統知識產權法已規定了訴前停止被控侵權行為的臨時措施,為此,最高人民法院已制定了相關司法解釋,對侵犯知識

產權訴前行爲保全措施的實施作出規定。相關司法解釋規定，訴前停止被控侵權行爲的裁定的效力，一般應維持到終審法律文書生效爲止；²⁵ 停止被控侵權行爲裁定所採取的措施，不因被申請人提出反擔保而解除，但申請人同意的除外。²⁶

因此，筆者認爲，新民訴法第 104 條所稱的“保全”應局限於財產保全的情形。財產保全的主要目的，是爲了日後法院判決的執行，故若被申請人提供了擔保，法院應解除保全，中國原民訴法第 95 條亦對此作出了明確的規定。最高人民法院民事訴訟法修改研究小組對新民訴法第 104 條的規定似乎也持有不同看法，並指出在特定類型的財產糾紛案件中，被申請人提供擔保後，是否一律解除已採取的行爲保全措施，“似需進一步研究”。²⁷

(二) 訴中行爲保全措施的適用條件及其與先予執行制度的關係

由於中國傳統知識產權法並未對訴中行爲保全作出規定，故在司法實踐中，法院基本依據中國原民事訴訟法及最高人民法院關於先予執行的司法解釋的規定，認爲如果在訴訟中不責令停止被控侵權行爲將影響申請人的生產經營的，裁定先予執行。²⁸ 出於停止侵害、排除妨礙的目的，以制止某種行爲爲內容的先予執行普遍被認爲是行爲保全措施，²⁹ 故在新民訴法施行後，法院應直接援引該法有關訴中行爲保全而非先予執行的規定，裁定被告訴中停止某種行爲。

五、新民訴法与傳統知識產權法在臨時措施規定上的相互影响

(一) 新民訴法所規定的臨時措施對傳統知識產權法修改帶來的影響

中國《商標法》、《著作權法》、《專利法》的再次修改均在進行之中，而加大對權利人的保護力度均爲上述法律修改的目標之一。知識產權訴訟中的臨時措施，無疑對權利人的保護至關重要。筆者認爲，在新民訴法已對臨時措施作出系統規定的情形下，上述法律已無保留臨時措施規定的必要，故在修改過程中可完全刪除相關規定。

(二) 傳統知識產權法規定的臨時措施及實踐對新民訴法

實施的借鑒作用

不可否認的是，新民訴法有關臨時措施的制度借鑒了中國傳統知識產權法的相關規定。即使傳統知識產權法在修改後刪除了有關臨時措施的規定，這些規定、相關司法解釋及法院的司法實踐仍應爲新民訴法臨時措施的適用提供借鑒，並爲最高人民法院制定新民訴法的司法解釋提供參考。例如，新民訴法所規定的訴中行爲保全的主要目的是爲避免給當事人造成“其他損害”，而知識產權司法實踐及理論表明，訴中行爲保全與訴前行爲保全應具有相同的目的，即避免給申請人造成“難以彌補的損害”。故筆者認爲，在知識產權案件中，訴中行爲保全的適用條件之一應爲不採取保全措施，將給申請人造成“難以彌補的損害”，即將新民訴法所規定的“其他損害”解釋成“難以彌補的損害”。再如，關於行爲保全能否因被申請人提供了擔保而解除的問題，筆者認爲，至少在知識產權訴訟中，借鑒最高人民法院關於訴前停止被控侵犯知識產權行爲的相關司法解釋，法院已採取的行爲保全措施不應解除，除非申請人同意解除。

新民訴法是對中國原民訴法的一次全面修改，在其施行後將對中國民事訴訟產生重大的影響。知識產權訴訟是民事訴訟的重要組成部分。新民訴法關於臨時措施的規定，在立法時借鑒了傳統知識產權法的相關規定，而在施行後必將對知識產權訴訟臨時措施的適用、乃至傳統知識產權法的修改產生深遠的影響。■

作者：中國人民大學知識產權學院副教授

¹ 2007 年修改的《中華人民共和國民事訴訟法》第 74 條規定了訴中證據保全制度，即在證據可能滅失或者以後難以取得的情況下，訴訟參與人可以向法院申請保全證據，法院也可以主動採取保全措施，但該民事訴訟法並無訴前證據保全的規定。

² 見《最高人民法院關於對訴前停止侵犯專利權行爲適用法律問題的若干規定》，法釋[2001]20 號；《最高人民法院關於對訴前停止侵犯註冊商標專用權行爲和保全證據適用法律問題的解釋》，法釋[2002]2 號；《最高人民法院關於審理著作權民事糾紛案件適用法律若干問題的解釋》，法釋[2002]31 號。

³ 本文所稱的“中國原民訴法”，是指 2007 年修改的《民事訴訟法》。

⁴最高人民法院法發[2007]1號。

⁵參見最高人民法院副院長曹建明講話：1.《加大知識產權司法保護力度依法規範市場競爭秩序——在全國法院知識產權審判工作座談會上的講話》(2004年11月11日)；2.《加強知識產權司法保護、優化創新環境、構建和諧社會——在全國法院知識產權審判工作座談會上的講話》(2005年11月21日)；3.《深入學習貫徹十七大精神，加強知識產權審判理論研究與制度創新——在第九屆全國部分省市知識產權審判研討會上的講話》(2007年11月16日)

⁶見《民事訴訟法》(2007)第74條。

⁷該條第2款規定，“因情況緊急，在證據可能滅失或者以後難以取得的情況下，利害關係人可以在提起訴訟或者申請仲裁前向證據所在地、被申請人住所地或者對案件有管轄權的人民法院申請保全證據。”第3款進一步規定，“證據保全的其他程序，參照適用本法第九章保全的有關規定。”

⁸《民事訴訟法》(2012)第101條第3款。

⁹全國人大常委會法制工作委員會民法室編著：《中華人民共和國民事訴訟法解讀》(2012年最新修訂版)，中國法制出版社2012年版，第255頁。

¹⁰該條內容如下：“人民法院對於可能因為當事人一方的行為或者其他原因，使判決難以執行或者造成當事人其他損害的案件，根據對方當事人的申請，可以裁定對其財產進行保全、責令其作出一定行為或者禁止其作出一定行為；當事人沒有提出申請的，人民法院在必要時也可以裁定採取保全措施。

人民法院採取保全措施，可以責令申請人提供擔保，申請人不提供擔保的，裁定駁回申請。

人民法院接受申請後，對情況緊急的，必須在四十八個小時內作出裁定；裁定採取保全措施的，應當立即執行。”

¹¹同註9，第259頁。

¹²同註9，第261頁。

¹³該條規定：“利害關係人因情況緊急，不立即申請保全將會使其合法權益受到難以彌補的損害的，可以在提起訴訟或者申請仲裁前向被保全財產所在地、被申請人住所地或者對案件有管轄權的人民法院申請採取保全措施。申請人應當提供擔保，不提供擔保的，裁定駁回申請。

人民法院接受申請後，必須在四十八個小時內作出裁定；裁定採取保全措施的，應當立即開始執行。

申請人在人民法院採取保全措施三十日內不依法提起訴訟或者申請仲裁的，人民法院應當解除保全。”

¹⁴同註9，第277-278頁。

¹⁵《民事訴訟法》(2012)第106條。

¹⁶《民事訴訟法》(2012)第81條第2款。

¹⁷《專利法》第66條、第67條和《商標法》第57條、第58條分別使用了“專利權人或者利害關係人”、“商標註冊人或者利害關係人”的表述；《著作權法》第50條、第51條使用了“著作權人或與著作權有關的權利人”的表述。

¹⁸《民事訴訟法》(2012)第81條第3款、第101條第3款。

¹⁹《專利法》第66條第4款、第67條第4款；《商標法》第57條第2款、第58條第4款；《著作權法》第50條第2款、第51條第4款。

²⁰參見奚曉明主編：《〈中華人民共和國民事訴訟法〉修改條文理解與適用》，人民法院出版社2012年版，第205-206頁。

²¹同註9，第276頁。

²²《最高人民法院關於當前經濟形勢下知識產權審判服務大局若干問題的意見》，法發[2009]23號。

²³最高人民法院副院長曹建明：《求真務實銳意進取努力建設公正高效權威的知識產權審判制度——在第二次全國法院知識產權審判工作會議上的講話》(2008年2月19日)。

²⁴最高人民法院副院長曹建明：《加強知識產權司法保護、優化創新環境、構建和諧社會——在全國法院知識產權審判工作座談會上的講話》(2005年11月21日)

²⁵《最高人民法院關於對訴前停止侵犯專利權行為適用法律問題的若干規定》，法釋[2001]20號，第14條、《最高人民法院關於對訴前停止侵犯註冊商標專用權行為和保全證據使用法律問題的若干規定》，法釋[2002]2號，第14條。

²⁶《最高人民法院關於對訴前停止侵犯專利權行為適用法律問題的若干規定》，法釋[2001]20號，第8條、《最高人民法院關於對訴前停止侵犯註冊商標專用權行為和保全證據使用法律問題的若干規定》，法釋[2002]2號，第8條。

²⁷同註20，第234頁。

²⁸《民事訴訟法》(2007)第97條、第98條，《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國民事訴訟法〉若干問題的意見》，法發[1992]22號，第106條、107條。

²⁹同註20，第228頁。