

我国诉前行为保全申请的实践难题:成因与出路

任重

内容提要:我国民事诉讼法虽然确立了诉前行为保全制度,但是实践中申请保全却存在一定困难,这是困扰知识产权权利人和利害关系人的一个顽疾,亦导致我国立法、司法和理论研究之间产生一定割裂。除了与“起诉难”具有共通的制度背景,“申请难”还存在独特的制度成因,其理论根源可以被归结为对诉权范围的限缩、对程序事项的轻视和对证明标准的误读。通过拓展诉权范畴,建立多维度的诉权体系,可以在理论上克服立案登记制改革的盲区。通过对《民事诉讼法》第101条、《民诉法解释》第108条和第109条进行体系解释,可以建立证明标准的三层结构,以“说明理由”和“可能”为标志,将诉前行为保全及部分程序事项的证明标准界定为疏明。事实上,只有将解决“申请难”作为立案登记制改革的重要一环,在增加诉讼供给和完善司法救助的背景下,通过坚持优势盖然性标准,才能从根本上完善我国的诉前行为保全制度。

关键词:知识产权 诉前行为保全 诉权 程序事项 证明标准 疏明

任重,清华大学法学院助理教授。

一 引言

我国的诉前行为保全制度在2012年《中华人民共和国民事诉讼法》(修正案)中确立,此前,我国民事诉讼法中并不存在针对财产以外的诉讼保全措施,这亦构成了当事人诉讼权利保障的重大缺陷,是我国民事诉讼法律体系的严重漏洞。自1994年开始,江伟教授和肖建国教授在大陆法系假处分和英美法系中间禁令基础上,创造性地提出了行为保全制度,并积极倡导其入法。^[1] 知识产权诉讼作为改革重点对行为保全予以确认。

[1] 参见江伟、肖建国:《民事诉讼中的行为保全初探》,《政法论坛》1994年第3期,第56页以下;肖建国:《论诉前停止侵权行为的法律性质——以诉前停止侵犯知识产权行为为中心的研究》,《法商研究》2002年第4期,第3页以下。关于我国行为保全概念与禁令以及假处分制度之间的比较研究可参见周翠:《行为保全问题研究——对〈民事诉讼法〉第100-105条的解释》,《法律科学》2015年第4期,第92页以下。在学界的积极推动下,2000年7月1日实施的《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》第四章规定了“海事强制令”制度。

2000年修订的《中华人民共和国专利法》在第61条增设诉前行为保全制度。2001年颁布实施的《最高人民法院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》(下称《诉前停止侵犯专利权行为规定》)在此基础上作了进一步制度化和具体化。以此为起点,诉前行为保全制度在知识产权诉讼中形成了三个法律条文和两个专门司法解释的规范体系。^[2]在理论界和实务界的积极倡导下,诉前行为保全制度最终确立在《民事诉讼法》(修正案)第101条。为了使行为保全制度更加顺畅地运行起来,2015年颁布实施的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(下称《民诉法解释》)在第152条以下对相关条文作出进一步解释和说明。

行为保全制度从理论倡导到知识产权立法再进一步推广到整个民事诉讼,这一发展路径决定了相关司法实践具有承上启下的重要作用:一方面,相关司法实践是诉前行为保全理论和立法的试验田;另一方面,其又是诉前行为保全在整个民事诉讼领域推广的特区经验。较为遗憾的是,《民事诉讼法》(修正案)引入诉前行为保全制度较为仓促,并未对其在知识产权诉讼中的运行状况进行充分分析与评估。^[3]这一缺陷将可能导致诉前行为保全制度在民事司法实践中的空转,并直接影响到《民诉法解释》相关规定的效用。由是观之,对诉前行为保全制度在知识产权诉讼中的实践进行观察,针对问题的成因进行梳理并提出解决方案,依然具有较为重要的理论意义和实践价值。

本文将以我国知识产权诉前行为保全裁定书为样本,在对其进行分析与评估后尝试回答以下问题:第一,诉前行为保全制度在知识产权诉讼中的现状;第二,产生“申请难”的制度背景和理论原因;第三,“申请难”的解决之道。

二 我国诉前行为保全司法实践

在北大法宝数据库中,以“申请诉前停止侵害知识产权案件”为案由进行检索共有60条记录(截至2016年7月8日),其中申请诉前停止侵害专利权的有24条,申请诉前停止侵害注册商标专用权的有25条,申请诉前停止侵害著作权的有11条。与知识产权诉前行为保全相关法律规定和司法解释一脉相承,根据《民事诉讼法》第101条第2款,肯定或驳回保全申请,甚至准许撤回申请的裁判文书形式均为裁定书。在将裁判文书限定为“裁定书”后,检索记录减少为48条,其中申请诉前停止侵害注册商标专用权的记录由25条变为13条。减少的12条记录包括9个判决书和3个调解书。在此基础上,可以将有

[2] 此外还包括《中华人民共和国著作权法》第50条、《中华人民共和国商标法》第65条、《最高人民法院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》。

[3] 这一问题在人大法工委和最高人民法院的法律释义丛书中初现端倪。与其他新制度类似,行为保全在民事诉讼的确立缺少充分的司法实践总结和分析。释义丛书仅从理论推演和比较法借鉴出发,肯定行为保全制度的必要性。稍有例外的是最高人民法院的释义丛书,其提到“以知识产权纠纷为例,上海法院系统自2001年7月1日实施诉前责令停止有关行为的制度后,至2003年8月受理申请8起,1起由申请人主动撤回,5起达成和解”。但对于缘何“司法实践中需求较大的案件类型”却在2年间仅有8起申请,为何主动撤回和解之外仅有2个诉前行为保全裁定书,均未有进一步讨论和分析。参见奚晓明主编:《〈中华人民共和国民事诉讼法〉修改条文理解与适用》,人民法院出版社2012年版,第221-222页;王胜明主编:《中华人民共和国民事诉讼法释义》,法律出版社2012年版,第227页以下。

效样本进一步限缩为41个。被排除的7个裁定书中有6项为重复出现。^[4]在41个有效样本中,有12件为诉前停止侵害商标专用权案件,21件为诉前停止侵害专利权案件,另有8件是针对著作权的诉前行为保全申请。以裁判结果为标准,获得胜诉的案件有24件,败诉6件,另有11位申请人撤回诉前行为保全申请,并获得了法院的准许。

不可忽视的是,上述数据可能受到裁判文书公开不足的影响,例如,虽然在以“申请诉前停止侵害知识产权案件”为案由的搜索结果中没有相关数据,但在“因错误申请诉前停止侵害知识产权案件引发的损害赔偿案件”中却能够发现端倪。以“因申请诉前停止侵害注册商标专用权损害责任纠纷”、“因申请诉前停止侵害专利权损害责任纠纷”为案由在北大法宝进行检索分别有5条和3条记录。^[5]其中前5条均为商标专用权纠纷案,^[6]无一涉及诉前行为保全引发的损害赔偿责任纠纷;其后的3条记录中可以筛查出1个有效样本。在孙平平与李鹤申请诉前侵害专利权损害责任纠纷上诉案的裁定书中可以发现处理诉前行为保全申请的沈阳市中级人民法院民事裁定书(2007)沈民四知初字第69-4号,且申请得到了法院的支持。^[7]但在41个有效样本中却查无此案。此外,北京知识产权法院也已经对“中国好声音案”的复议申请作出了书面裁定。^[8]经过以上验证和补充,可以通过公开渠道查询的知识产权诉前行为保全裁定书为43项。

诉前行为保全制度入法的15年来,能够公开查询到的相关裁判文书记录仅有62件,经过筛选后的有限样本仅为43件。即便裁判文书公开工作正在逐步开展,以及根据《民事诉讼法》第156条但书规定排除公众查阅的可能,但全国年均不到3件的结果依旧令人讶异。基于我国2020年建成创新型国家的总体目标,以及过往十几年间数码科技等知识产权创新蔚然成风的社会背景,相同时间点以“知识产权权属、侵权纠纷”为案由的裁判文书业已高达175014件。对诉前权利保护的巨大需求和过往15年来民事诉讼对此的供给之间形成了戏剧性反差。这种诉讼法律现象可以被称为诉前行为保全“申请难”,这一现象反映了在权利意识逐步增强和创新型国家逐步建立的社会背景下,民众对诉前行为保全的巨大需求与人民法院的微量供给之间的紧张关系。

[4] 重复出现三次的有北京市第三中级人民法院民事裁定书(2013)三中民保字第01933号。重复出现两次的包括陕西省西安市中级人民法院民事裁定书(2007)西立禁字第001号、山东省青岛市中级人民法院民事裁定书(2010)青民禁字第1号、北京市第二中级人民法院民事裁定书(2005)二中民保字第10508号、北京市第二中级人民法院民事裁定书(2013)二中民保字第09727号。此外,还有1例侵犯注册商标专用权的调解文书出现在了检索结果中,即四川省高级人民法院民事调解书(1992)川法经一01号。

[5] 北大法宝搜索引擎中不存在“因申请诉前停止侵害著作权损害责任纠纷”这一案由,因此无相关数据。

[6] 江西省九江市中级人民法院民事判决书(2013)九中民三初字第6号、福建省高级人民法院民事判决书(2013)闽民终字第388号、福建省高级人民法院民事判决书(2012)闽民终字第888号、湖南省长沙市中级人民法院民事判决书(2009)长中民三初字第0114号、上海市第一中级人民法院民事判决书(2010)沪一中民五(知)终字第86号。

[7] 该裁判文书记载,原告在提交诉状当天,又提交了诉前行为保全申请。实践中认可诉状提交后立案之前的申请为诉前行为保全,其与诉中行为保全申请的形式区别在于是否存在单独的案号,如果将诉前和诉中理解为起诉前和审理中,根据《民事诉讼法》第123条会造成起诉到立案之前最长为7日的法律漏洞,因此,宜将诉前理解为立案之前,将诉中理解为立案之后。本案原告的做法同时满足《民事诉讼法》第101条第3款“采取保全措施后三十日”的起诉时限要求。

[8] 参见北京知识产权法院民事裁定书(2016)京73行保复1号。

三 “申请难”的制度成因及其化解

通过对裁判文书的整理和分析可以发现,诉前行为保全在知识产权诉讼中的制度需求和实际供给之间形成巨大反差。“申请难”不仅是当事人的主观感受,而且是切实存在于我国司法实践中的现象和问题。在司法体制改革的大背景下解读“申请难”构成了无法回避的问题。只有通过仔细把脉发现“申请难”的病灶,才可能对症下药并最终治愈这一困扰我国知识产权诉讼的顽疾。

(一) 制度背景

1. “申请难”与“起诉难”

早在“申请难”之前,“起诉难”是牵绊我国司法改革和民事诉讼现代化的主要障碍,并构成了2007年民事诉讼法修正案的重要动因,“起诉难”这一概念的产生和使用主要在民事诉讼背景下展开。但“起诉难”作为一种诉讼现象和当事人的切身感受,最初却并未有机融入民事诉讼法律和理论体系之中,其真正上升为诉讼法律问题是建立在对起诉条件与实体判决要件进行比较研究的基础上。^[9] 张卫平教授认为,“起诉难”的法律原因是因为我国起诉条件存在“高阶化”现象,即立法者将开启诉讼的条件和进行实体判决的前提条件进行了部分同质化处理,进而导致当事人启动诉讼的门槛被不当提高。因此,“起诉难”的解决之道是对起诉条件进行改革,将其中的实体判决要件剥离出来。在进行规范分析后,张卫平教授将“起诉难”的成因归结为司法政策调整对起诉的限制,例如不予受理涉及敏感问题和可能引发社会波动的案件,再如基于结案率考虑在每年第四季度不予受理新案的普遍做法。^[10]

“起诉难”的既有成果同样适用于“申请难”。在民事诉讼目的学说中,当事人私权保障被认为是民事诉讼最重要的目的。^[11] 为了国家的稳定和社会的和谐,国家一般性禁止当事人对其民事权利进行私力救济。作为代价,代表国家行使司法权的法院就必须受理当事人的权利诉求。而民事诉讼制度最重要的任务就是确认、保障和实现民事权利。也是基于这种认识,民事诉讼法学曾经在相当长的时期内都被作为民法的附属内容。不过,随着瓦赫^[12]在抽象诉权的基础上进一步提出公法具体诉权论,赫尔维格^[13]也将其进一步具体化和体系化,并使民事诉讼审理的内容和实体法律关系发生彻底的分离,民事诉讼

[9] 参见张卫平:《起诉条件与实体判决要件》,《法学研究》2004年第6期,第58页以下。对《民事诉讼法》第119条第1款第1项的最新研究成果参见王学棉:《“具体”的诉讼请求》,《国家检察官学院学报》2016年第2期,第141页以下。

[10] 参见张卫平:《起诉难:一个中国问题的思索》,《法学研究》2009年第6期,第65页以下。

[11] Vgl. Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab/Peter Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., Verlag C. H. Beck, Muenchen 2010, § 1 Rdnr. 5; Othmar Jauernig, Burkhard Hess, Zivilprozessrecht, 30. Aufl., Verlag C. H. Beck Muechen 2011, § 1 Rdnr. 1 f.

[12] Vgl. Adolf Wach, Der Rechtsschutzanspruch, ZJP 32 (1904), 1 f.

[13] Vgl. Konrad Hellwig, Klagerecht und Klagemoeglichkeit: Eine Auseinandersetzung ueber die Grundfragen des heutigen Civilprozessrechts, Verlag Georg Boehme, Leipzig 1905, 2 f.

法学逐渐走出了民法的范畴,^[14]集中体现为民事诉讼法律关系的构建和诉讼要件(Prozessvoraussetzungen)及诉权要件(Klagvoraussetzungen)的体系化。^[15]虽然民事诉讼法律关系存在二面关系说和三面关系说的论战,两面关系说中又存在当事人两面关系和当事人法院两面关系的不同,但根据通说,民事诉讼法律关系三面学说更为周全合理。但是应当强调的是,三面关系中的重点是当事人与法院之间的相互关系。^[16]正因此,民事诉讼法律关系的法律性质与民法不同,其被归入公法领域。

基于民事诉讼法与民法的分离以及民事诉讼法律行为在推动诉讼中的关键作用,终局性判定民事实体权利的审判程序并非诉讼程序的全部,而仅是其中较为重要的组成部分。开启审判程序的起诉行为也只是具有程序开启效果的民事诉讼法律行为的一种。虽然诉前行为保全的制度目的是为保障今后实体判决的有效执行,并尽可能减少损害后果的扩大,但其依旧应当被视为与审判程序相互平行的特殊程序。^[17]这在我国同样得到坚持,并表现为相互独立的案由,如“侵犯发明专利权纠纷”和“申请诉前停止侵犯专利权”。申请与起诉一样,也是开启相关程序的诉讼法律行为。基于起诉和申请相同的诉讼法律行为属性,“起诉难”的病灶在诉前行为保全程序中相应表现为申请条件、诉讼要件以及保全条件的混同以及申请条件的高阶化,另外司法政策的调整也进一步加剧了“申请难”。^[18]

在这一认识基础上,需要进一步考察的问题是立案登记制改革对二者的影响。“起诉难”作为民众对我国民事诉讼最集中的诟病之一,在规范研究和实证研究的基础上开启了改革的步伐。中国共产党第十八届四中全会审议通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》(下称《决定》)要求“切实解决立案难这一突出问题,改革法院受理案件制度,变立案审查制为立案登记制,对人民法院依法应该受理的案件,做到有案必立、有诉必理,保障当事人诉权”。虽然立案登记制改革被认为主要是针对行政诉讼,但2015年颁布实施的《民诉法解释》中同样体现出改革的努力。《民诉法解释》第208条被最高人民法院界定为立案登记制在民事诉讼中的具体体现。^[19]虽然《民诉法解释》第208条与学界形成共识的立案登记制还相去甚远,并且也难谓对《决定》中明确具体要求的彻底贯彻,但其毕竟解决了过去的司法实践中普遍存在的口头告知不予受理或答复未收到材料的乱象,具有一定积极意义。而造成“起诉难”的法外因素,也有希望在“有案必立、有诉必理,保障当事人诉权”的改革背景下得到有效化解。^[20]

在此背景之下,行为保全申请难题却依然难以解决。除了对起诉概念的认识局限,申请条件的泛化理解是最重要的制度原因,起诉条件集中表现在《民事诉讼法》第119条和

[14] 王锡三:《近代诉权理论的探讨》,《现代法学》1989年第6期,第16页。

[15] Vgl. Hellwig, a. a. O., S. 53 f., 76 f.

[16] Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, a. a. O., § 2 Rdnr. 5 f.

[17] Vgl. Hellwig, a. a. O., S. 14.

[18] 《最高人民法院关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》第14条要求“严格把握法律条件,慎用诉前停止侵权措施”。

[19] 参见沈德咏主编:《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第554页以下。

[20] 参见沈德咏主编:《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第556页。

第124条。即便历经两次修法和若干司法解释的努力,起诉条件也并未有实质性改变。^[21] 根据《民事诉讼法解释》第208条,原则上应作为实体判决要件而以对席方式在法庭辩论中处理的当事人适格、法院主管和管辖、既判力、重复诉讼、仲裁协议抗辩权等要件依旧被作为法院受理起诉、立案和向对方当事人送达起诉状和其他材料副本的起诉条件。虽然起诉条件依然较高,但实体问题判断却在普通程序中得到了较为明确的划分。根据《民事诉讼法》第154条,针对起诉条件的裁判方式为裁定。而根据《民事诉讼法》第152条,对实体问题的处理以判决方式进行。因此,虽然在我国民事诉讼中不存在“起诉状内容要求-诉讼要件-实体问题”的划分,却已经明确建立起“起诉条件-实体问题”的“裁定-判决”结构。

然而普通程序中的“裁定-判决”结构在诉前行为保全案件中却遭遇困境。根据《民事诉讼法》第101条第2款,诉前行为保全的裁判方式为裁定,并不存在判决的适用余地。诉前行为保全的裁定模式并不意味着其不存在类似“起诉条件-实体问题”的结构。仅《民事诉讼法》第101条第1款即体现出二元结构。其中“利害关系人”与《民事诉讼法》第119条第1款第1项对应。“向被保全财产所在地法院、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院申请”与第119条第1款第4项对应,应被界定为申请条件。而“情况紧急,不立即申请保全将会使其合法权益收到难以弥补的损害”显然无法与任何一项起诉条件对应。虽然诉前行为保全与诉讼请求相区别,被认为是程序性事项,但依旧可能比照“起诉条件-实体问题”的结构划定“申请条件-程序事项”的区隔。不仅如此,《民事诉讼法》第101条不可能单独构成全部申请条件,例如《民事诉讼法》第124条第1款第5项既判力制度和《民事诉讼法解释》第247条重复诉讼制度均存在适用于诉前行为保全的讨论余地。尽管理论通说认为既判力仅针对实体事项,而不涉及程序问题。^[22]

诉前行为保全申请与起诉具有同质性,且同样存在“申请条件-程序事项”结构,理应适用《民事诉讼法》第119条和有限适用第124条,例如通过与《民事诉讼法》第101条第3款进行体系解释,仲裁协议不构成阻碍行为保全申请的消极申请条件。由于诉前行为保全的支持和否定均以裁定方式作出,这与诉前行为保全的受理裁定发生重合,更容易导致申请条件与程序问题的混同,并因此认为诉前行为保全申请并不适用起诉条件的规定,这一误读已较为普遍地出现在司法裁判中。在这种认识基础上,诉前行为保全申请成为了立案登记制改革的盲区,口头告知不予受理或要求申请人直接以起诉方式解决的做法依旧普遍存在于司法实践中。

囿于对起诉的狭义理解,立案登记制改革难以改变“申请难”产生的制度背景。除此之外,“申请难”的出现还存在独特的成因,并可以被归结为法官和当事人两个方面。前者集中体现为法官重实体轻程序的思维惯性、“案结事了”与临时性之间的紧张关系以及48小时超短审限给法官造成的审理压力和错案风险。后者表现为对当事人的强制担保制度对诉前行为保全的抑制作用。

[21] 参见张卫平:《民事案件受理制度的反思与重构》,《法商研究》2015年第3期,第4页。

[22] 张卫平著:《民事诉讼法》,法律出版社2016年版,第437页。

2. 重实体轻程序的思维惯性

重实体轻程序是我国立法工作和理论研究中的突出问题,^[23]这也表现在我国民事司法实践当中,例如裁判文书说理对程序事项的忽视。^[24]伴随着当事人主义的民事诉讼现代化改革,实体问题的处理已经愈发得到重视。民事审判的要件模式^[25]以及要件审判九步法^[26]都是主要围绕实体法律规范展开的。《民诉法解释》第 90 条、第 91 条所建构起的证明责任及其分配方法也以民法规范为样本,法官三段论中的大前提也一般被理解为实体法律规范,裁判文书说理改革也主要以要件事实的确定、证明和充实为核心。^[27]虽然《民诉法解释》第 302 条和第 422 条等条文已经愈发凸显立法机关和最高人民法院对当事人“审级利益”的重视,但总体上并未彻底改变重实体轻程序的思维和行为惯性。2001 年 7 月 1 日以来可以公开查询到的诉前行为保全裁定仅每年不到 3 件,这或许因为当事人不愿藉此保障自己的权益,但更重要的原因无疑是法官并未对当事人的申请权给予足够的重视,并未将其视为诉权保障不可分割的一部分,而是以实体权利和实体法律关系框定了诉权保障的外延。

3. “案结事了”与临时性权利保障之间的冲突

除了重实体轻程序的惯性对诉权保障的狭隘理解,司法实践中一直强调的“案结事了”也是重要背景原因。《民事诉讼法》第 101 条第 3 款将诉前行为保全定位为后诉的前置特别程序。据此,申请人在人民法院采取保全措施后三十日内不依法提起诉讼或者申请仲裁的,人民法院应当解除保全。基于诉前行为保全和后诉普通程序或仲裁之间的牵连关系,虽然诉前行为保全被作为独立的案由,同样计入法官的绩效,但是却存在“案结事了”的固有缺陷,这也体现出重实体轻程序对我国民事诉讼的深刻影响。“案结事了”中的“案”虽然可以被理解为案件,进而包括了诸如行为保全等程序问题,但其最终目的是“事了”,而“事了”一般被理解为实体法律关系或实体权利的满足以及纠纷在实体上的最终解决。因此,“案结事了”的价值取向和诉前行为保全的“临时性”、“程序性”之间的紧张关系是导致“申请难”的又一原因。

4. 48 小时超短审限与错案风险

如果说重实体轻程序以及“案结事了”是法官裁判的思维惯性,那么 48 小时的超短审限、执行难以及可能产生国家赔偿等等则构成了法官不得不考虑的现实因素。根据《民事诉讼法》第 101 条第 2 款,人民法院在接受申请后,必须在 48 小时内作出裁定。人民法院在 48 小时之内须审查的具体事项规定在知识产权诉前行为保全的三个法条和两个专门司法解释中。以《专利法》第 66 条第 1 款为例,专利权人或者利害关系人须证明他人正在实施或者即将实施侵犯专利权的行为,如不及时制止将会使其合法权益受到难以

[23] 参见张卫平:《对民事诉讼法学贫困化的思索》,《清华法学》2014 年第 2 期,第 5 页以下。

[24] 参见曹志勋:《对民事判决书结构与说理的重塑》,《中国法学》2015 年第 4 期,第 226 页以下。

[25] 参见许可著:《民事审判方法:要件事实引论》,法律出版社 2009 年版;段文波著:《规范出发型民事判决构造论》,法律出版社 2012 年版。

[26] 参见邹碧华著:《要件审判九步法》,法律出版社 2010 年版。

[27] 参见曹志勋:《对民事判决书结构与说理的重塑》,《中国法学》2015 年第 4 期,第 234 页以下。

弥补的损害。在“雅培案”中,^[28]审理法官认为审查是否应责令停止侵害专利权行为,应考虑以下因素:“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专利权的可能性;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;不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。”《诉前停止侵犯专利权行为规定》第4条专门对申请人应提交的证据作出规定。

与侵害专利权案件相比,诉前行为保全申请的审理范围更大。其不仅要确定申请人是专利权人或利害关系人,而且要认定被申请人的行为构成侵权,这相当于《专利法》第60条“未经专利权人许可,实施其专利,即侵犯其专利权”的全部构成要件。除此之外,诉前行为保全的审理范围还包括对难以弥补损害的认定、对责令被申请人停止有关行为是否损害社会公共利益以及担保问题,进而体现出“保全请求权+保全理由(情况紧急、难以弥补之损害风险)”的二阶层审查。^[29]在审限方面,根据《民事诉讼法》第149条,人民法院适用普通程序审理的案件,应当在立案之日起6个月内审结,且有特殊情况需要延长的,由本院院长批准,可以延长6个月。在需要延长时,可报请上级人民法院批准。^[30]然而根据《民事诉讼法》第101条第2款,审理范围更大的诉前行为保全却必须基于迅速权利保护的制度目的在48小时之内作出裁定,这成为法官不愿适用诉前行为保全的重要现实原因。根据《诉前停止侵犯专利权行为规定》第9条第2款,法院在48小时内,需要对有关事实进行核实的,可以传唤单方或双方当事人进行询问,然后再及时作出裁定。但在48小时审限的背景下,听取被申请人的答辩并进行严格的法庭调查和法庭辩论程序无疑是法官难以承受的负担。

48小时的短审限给法官造成了巨大的工作压力,这在全国普遍存在的“案多人少”^[31]的背景下更为明显。不仅如此,48小时的短审限以及单方面审查方式还增加了错判风险。与普通诉讼程序更长的审限、更全面的程序保障相比,诉前行为保全裁定更可能忙中出错,错误的保全裁定不仅可能造成法官内部和外部评价的负面影响,而且还可能根据《国家赔偿法》第38条构成违法采取保全措施造成被申请人损害的国家赔偿事由,这显然也构成法官面对诉前行为保全申请时趋利避害的考量因素。即便法官顶住上述压力,作出责令停止侵害知识产权的裁定,其还面临着执行难的困扰。以数码电子产品专利侵权为例,责令被申请人停止制造、停止销售和停止广告宣传无疑要投入巨大的人力物力,并且涉及到跨区域执行等问题。诉前行为保全的审理压力、错判风险和“执行难”都使法官望而却步,以“用脚投票”的方式否决了诉前行为保全制度的适用。

[28] 参见北京市第三中级人民法院民事裁定书(2013)三中民保字第01933号。

[29] 参见周翠:《行为保全问题研究——对〈民事诉讼法〉第100-105条的解释》,《法律科学》2015年第4期,第92页以下。这同样是法官在评估审判风险时的重要参考因素。关于审判风险问题可参见曹云吉:《审判风险与法院调解》,《国家检察官学院学报》2015年第5期,第118页以下。

[30] 对我国民事审限制度的反思和迟延裁判治理的转型,参见任重:《民事迟延裁判治理转型》,《国家检察官学院学报》2016年第3期,第145页以下。

[31] “案多人少”是实务界的普遍反映,并且也被作为理论研究的重要参考因素。不过,“案多人少”的实证数据以及形成原因还尚未得到科学的统计和分析。

5. 强制担保制度

除了法官适用诉前行为保全制度时存在顾虑,当事人提出申请也要承受巨大压力,特别是经济压力。根据《民事诉讼法》第101条第1款,申请人应当提供担保,不提供担保的,裁定驳回申请。这可以被称为诉前行为保全的强制担保规定。对于担保的数额,《民诉法解释》第152条第2款规定,诉前行为保全由人民法院根据案件的具体情况决定。以《诉前停止侵犯专利权行为规定》为例,该规定第6条第1款重申强制担保制度,第3款规定人民法院确定担保范围的考虑因素,包括责令停止有关行为所涉及产品的销售收入,以及合理的仓储、保管等费用;被申请人停止有关行为可能造成的损失,以及人员工资等费用支出。在“中国好声音案”中,^[32]申请人浙江唐德公司向审理法院提供了1亿3千万元的现金担保。法院认为,“担保条件已经满足。如有证据证明上海灿星公司和世纪丽亮公司因停止涉案行为造成更大损失的,将责令唐德公司追加相应的担保。”以可能因裁定给被申请人造成损失为标准的担保范围对申请人而言无疑是沉重的经济压力。特别是在我国建立创新型社会的进程中,在鼓励大学生自主创业的背景下,不乏可能会出现申请人无力提供担保的情况。对此,司法救助无法提供帮助。根据《诉讼费用交纳办法》第44条第1款,我国司法救助方式包括缓交、减交或者免交诉讼费用,但根据该办法第6条,诉讼费用并不包括担保费用。因此,小微企业和自主创业人员将无法通过司法救助缓解强制担保制度的刚性。在司法救助范围短时间内无法囊括强制担保的前提下,针对诉前行为保全担保的诉讼保险制度是有益尝试。^[33]但在诉讼费用保险制度尚未推广之前,强制担保规定无疑构成阻碍小微企业和自主创业人员申请诉前行为保全的障碍。这在担保额高企的数码产品专利侵权案件中尤甚。

(二) 制度成因的化解

上述因素被归结为制度背景的原因在于,其化解并非仅靠民事诉讼法学就能达成。虽然理论界倡导实质的立案登记制多年,但从解释论视角出发,实质的立案审查制依旧构成了民事诉讼的底色。虽然笔者相信在“有案必立、有诉必理”的理念和共识基础上,将可能在今后以自上而下的方式建立起实质性的立案登记制,甚至取消法院中的立案机构,但对“申请难”的解读依旧应当以现行法律规定为基础。

即便如此,“申请难”依旧比“起诉难”更难。与德日等大陆法系国家一致,我国民事诉讼理论也认为诉前行为保全与诉讼请求相比属于程序事项。^[34]肖建国教授认为,在实体法与程序法两分的背景下,诉前停止侵权行为是一项诉讼程序制度,是由实体法表达的程序制度,而非民事实体权利本身。笔者进一步将其归结为程序事项,进而与以民事法律关系和民事权利为核心的实体事项相区别。然而,这一定位在我国重实体轻程序的背景下却产生了异化,保全条件与申请条件发生了混同,作出责令停止侵害侵权的实质条件与申请的立案条件被视为一体,这增加了申请被受理的难度。而不作不予受理裁定书的普

[32] 参见北京市知识产权法院民事裁定书(2016)京73行保1号。

[33] 参见傅郁林:《莲湖法院财产保全机制中的新理念》,《人民法院报》2010年9月30日第5版。

[34] 参见肖建国:《论诉前停止侵权行为的法律性质——以诉前停止侵犯知识产权行为为中心的研究》,《法商研究》2002年第4期,第7页;姜世明著:《民事诉讼法基础论》,元照出版公司2014年版,第362页。

遍做法使立案审查的条件无法为公众和理论界所知,降低了程序的透明性、稳定性及其公正性,贬损了法院的权威。这一问题可以通过《民事诉讼法》第119条和第124条的完全和部分适用得到缓解。据此,虽然责令停止侵权的裁判形式为裁定,但依旧可以构建起“申请条件-保全条件(保全请求权+保全理由)”的“裁定-裁定”结构。

除此之外,“案结事了”、审限和错案风险的影响无疑具有中国特色。“案结事了”和审限均与我国社会经济改革背景下民众权利意识的增强有关,权利意识的增强必将引发民众对民事诉讼质和量的双重要求。虽然巨大的需求可以通过ADR得到分流,但解决之道不能忽视对民事诉讼供给的有效提升。我国法院系统能够提供给当事人的诉讼供给极为有限,这导致一线法官的工作压力激增。正是在供给严重不足的背景下,“案结事了”的强调导致程序事项被忽视,当事人的诉前行为保全申请被普遍拒之门外。与普通程序具有牵连性的诉前行为保全被认为并非主要矛盾,权利人不得不容忍正在发生的侵权行为,这客观上助长了侵害知识产权的风气。

四 “申请难”的理论成因与出路

诉前行为保全“申请难”有其复杂的制度成因,且上述制度原因的化解非民事诉讼法学可以独自胜任。“案多人少”也因此构成了在人力和财力一时难有根本改善的背景下,实务界拒绝民事诉讼体制或模式转型的现实原因。^[35] 尽管如此,民事诉讼法学却并非对此毫无责任,也并非对此毫无作为的可能。虽然《决定》明确提出“保障当事人诉权”,但是诉权理论在民事诉讼理论研究中却在一定程度上陷入抽象化和空洞化的窠臼,甚至成为教科书中的理论标本。抽象和空洞的诉权理解未能明确诉前行为保全申请权的归属问题,并使“申请难”游离出立案登记制改革和当事人诉权保障的范畴。既然审理事项的范围是民事法律关系和临时性权利保障叠加的结果,48小时超短审限又是快速实现权利保障不得不坚持的制度举措,那么是否可能转换视角,以证明标准的降低达成两全。但是,我国民事诉讼法又是否存在多重证明标准体系的思考空间和解释余地。上述两个基本命题,是“申请难”最重要的理论成因,亦是最根本的理论出路。

(一) 诉权体系的反思和重构

“保障当事人诉权”构成了全面推进依法治国的重要举措。但是对于何谓诉权,如何以诉权为基础对民事诉讼理论和法律体系进行调整,还并未在民事诉讼理论研究中获得足够的知识储备和基础性共识。^[36] 从学说史的视角观察,诉权面对的首要问题是与实体

[35] 关于民事诉讼体制或模式转型的最新研究,可参见张卫平:《诉讼体制或模式转型的现实与前景分析》,《当代法学》2016年第3期,第3页以下;许可:《论当事人主义诉讼模式在我国法上的新进展》,《当代法学》2016年第3期,第6页以下;刘哲玮:《论民事诉讼模式理论的方法论意义及其运用》,《当代法学》2016年第3期,第16页以下;冯珂:《从权利保障到权力制约:论我国民事诉讼模式转换的趋向》,《当代法学》2016年第3期,第27页以下;任重:《论中国民事诉讼的理论共识》,《当代法学》2016年第3期,第38页以下。

[36] 参见江伟、单国军:《关于诉权的若干问题的研究》,载陈光中、江伟主编:《诉讼法论丛》(第一卷),法律出版社1998年版,第221页;严仁群:《回到抽象的诉权说》,《法学研究》2011年第1期,第111页;吴英姿:《论诉权的人权属性——以历史演进为视角》,《中国社会科学》2015年第6期,第113页。

法上的请求权的区分。诉权理论的产生和发展,正意味着民事诉讼法与民法的分离与独立。^[37] 1877年德国《民事诉讼法》制定和颁布时,立法者在法条中径直使用了请求权(Anspruch)这一概念,仅在少数法条使用诉讼标的(Streitgegenstand)概念。^[38] 这种做法是诉权与实体权利相牵连的认识结果。将诉权作为请求权的变形物或派生物的私法诉权论在当时占主导地位。^[39] 温特沙伊德将诉权概念剥离出请求权概念的范畴,^[40] 并因此被认为是诉权理论的开创者。但诉权真正成为独立于民法的概念和理论要等到抽象的公法诉权论的出现。^[41] 不过,该说也因为内容的抽象、与民法的彻底割裂以及与司法实践中当事人诉求相矛盾等原因饱受争议。

瓦赫和赫尔维格试图在诉权和请求权相互分离的既有成果基础上,重塑其与实体法的关系,进而发展出具体的公法诉权论。因为诉权概念的歧义性,其转而使用法律保护请求权(Rechtsschutzanspruch,也被译为权利保护请求权)。赫尔维格认为,法律保护请求权包含两个组成部分,一是抽象公法诉权者眼中的诉权,其只表明任何人都有进入诉讼的可能性,因此宜被称为诉的可能性(Klagmoeglichkeit)。除此之外,法律保护请求权最本质的内容是获得有利的且具有国家强制力的裁判。法律保护的内容要么是对民事法律关系或诉讼法律关系的确认,要么是由此引发的权利的实现(强制执行),抑或是通过假扣押或假处分的临时性权利保障。^[42]

20世纪初,瓦赫和赫尔维格的诉权理论逐渐被学界接受,并成为第二次世界大战前德国和日本的通说。^[43] 虽然苏联民事诉讼诉权理论自称理论创新,并提出诉权的双重内涵。但依旧可以发现其与法律保护请求权之间的亲缘关系。二元诉权论也因为意识形态的原因而成为我国民事诉讼法学界长期以来的通说。例外是王锡三教授,其率先跳出苏联范式,通过近代诉权理论的回顾,在更为广阔的视野下寻找出路,并通过主观的诉权和客观的诉权开创了诉权研究的新局面。经过一段时间的沉寂,我国民事诉讼法学再次尝试通过抽象诉权论的回归和诉权人权化的说理,破除苏联二元诉权模式的禁锢。^[44]

虽然我国民事诉权的研究与德国、日本等大陆法系国家相比起步晚,但却是我国基础理论研究回潮中的第一批论题。三十余年间,诉权论题经历了苏联二元诉权论到抽象公法诉权论再到司法保护请求权论的三级跳,并实现了与德国诉权理论的同步。然而,由于二元诉权论隐含向私法诉权论的倒退,诉权审查制度在我国一直未被破除,“起诉难”问题并未随着诉权理论研究的创新得到同步性解决。

苏联民事诉讼自称独创的二元诉权论与赫尔维格完善后的法律保护请求权存在高度

[37] 参见王锡三:《近代诉权理论的探讨》,《现代法学》1989年第6期,第16页。

[38] Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, a. a. O., § 77 Rdnr. 16 f.

[39] 参见【日】新堂幸司著:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第176页以下;Vgl. auch Hellwig, a. a. O., S. 3.

[40] 参见金可可:《论温特沙伊德的请求权概念》,《比较法研究》2005年第3期,第114页。

[41] 参见王锡三:《近代诉权理论的探讨》,《现代法学》1989年第6期,第17页;Vgl. auch Hellwig, a. a. O., S. 2.

[42] Vgl. Hellwig, a. a. O., S. 11 f.

[43] 参见张卫平著:《民事诉讼法》,法律出版社2016年版,第182页。

[44] 参见严仁群:《回到抽象的诉权说》,《法学研究》2011年第1期,第111页以下;吴英姿:《论诉权的人权属性——以历史演进为视角》,《中国社会科学》2015年第6期,第113页以下。

一致性。我国在继受二元诉权论的基础上进行了局部的改造和革新。但无论是微调,抑或是向司法保护请求权的跨越,都会不自觉地受到苏联诉权理论视野的局限。比较而言,苏联模式的二元诉权论存在对法律保护请求权说自觉或不自觉的阉割。虽然法律保护请求权论是在批判私法诉权论和抽象的公法诉权论基础上展开的,但其并未否认每个人都有进入诉讼并开启言辞辩论程序的基本权利。法律保护请求权虽然与实体权利存在关联,但却存在如下两个层次的本质区别:第一,原告具有法律保护请求权并非是开启诉讼程序的前提,并不要求以实体法为标准进行诉前的实质审查。虽然法律保护请求权包含着诉讼要件和诉权要件的证明,但这并非实体请求权本身。^[45]即便没有实体请求权,如消极确认之诉的情形,依旧存在法律保护请求权。第二,法律保护请求权与实体权利并不存在一一对应关系,临时性法律保护申请和强制执行请求权与审判程序中的诉权并列,构成了法律保护请求权体系。

上述法律保护请求权与二元诉权论的区别深刻制约着我国至今的诉权问题讨论。无论是对抽象诉权论的回归还是用人权解读诉权,都强调每个人都有权利进入诉讼,获得法院的审理和公正的审判。然而上述努力都无法克服《民事诉讼法》第119条和第124条的掣肘。我国《民事诉讼法》制定之初受到二元诉权论的影响,法律保护请求权说以民事实体法为基准确定有利裁判请求权的做法,或可最大限度呼应我国现行民事法律的规定,并为实体判决要件的整理和起诉条件高阶化的解决提供指引。

除了对诉的可能性和法律保护请求权的误读,既有诉权讨论还存在单一化倾向,即仅以审判程序为适用范围。这一方面受制于苏联模式的限制,另一方面也存在概念上的误导。由于诉权在观念上局限于审判程序,自然会在诉前行为保全,包括对诉中行为保全申请权理解上发生偏差,甚至将其排除在诉权保障的范围之外。由于起诉和申请都是民事诉讼法律行为的一种,都会产生开启相关程序的诉讼法律效果,因此二者具有高度一致性。对此,无论是法律保护请求权说还是司法保护请求权论,都将诉前行为保全申请在内的临时性权利保障措施作为诉权理论中的重要组成部分。因此,相关申请也同样遵循“申请的可能性”与“获得有利裁定的请求权”的二元结构。无论是保全申请的诉讼要件,还是实体请求权和保全理由,理论上都不宜作为申请可能性的审查标准,不应作为拒绝当事人进入程序的依据。

(二)证明标准反思

即便拓宽诉权的范畴,并以诉的可能性作为进入程序的依据,将申请条件、实体请求权和保全理由作为请求有利裁定的条件,也还难以在理论上彻底解决“申请难”。通过对审理范围的对比可以发现,诉前行为保全的审理事项甚至比普通程序还多,除了实体请求权要件,还包括“不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”以及“申请人是否提供了相应的担保”的确定和审查。因此,诉前行为保全的

[45] Vgl. Hellwig, a. a. O., S. 12. 受苏联理论的影响,认为法律保护请求权限制诉讼开启的观点并不罕见,如戴锐:《民事诉权学说探析》,《国家检察官学院学报》2008年第2期,第137页以下。

审理范围决定了其原则上需要至少不少于普通程序的审理时间。然而,这种要求却与诉前行为保全要求快速权利保护的制度内核相冲突。为了实现快速权利保障,避免侵权结果的扩大,势必要求法官遵守《民事诉讼法》第101条第2款规定的48小时审限。

既要审理比普通程序更多的事项,又要坚持48小时的短审限,是法官“用脚否决”诉前行为保全适用的现实原因。这种妥协的结果却违背了诉权保障的根本要求,架空了诉前行为保全的明确法律规定,并导致民事诉讼法和司法实践的脱节。如何在保障诉权的前提下,调和48小时短审限和“案多人少”之间的紧张关系,是民事诉讼理论研究必须回应的问题,这也是弥合民事诉讼理论研究和司法实践分裂局面的具体尝试。

民事诉讼的普通程序能够提供全面和完善的程序保障,使案件事实能够得到当前条件下最优认定,并在此基础上对民事权利和民事法律关系进行司法确认。根据《民事诉讼法》第224条,民事诉讼生效裁判构成了最重要的执行依据,当事人据此可以向第一审人民法院或者与第一审人民法院同级的被执行的财产所在地人民法院申请强制执行以实现其债权。然而,充分的程序必然以时间付出为代价,这使普通程序的权利保护与损害发生之间产生并不细微的时间差。正是为了解决这一问题,民事诉讼构建出诉中保全和诉前保全制度。相比终局裁判,诉中保全以部分诉讼资料和证据资料为基础作出判定,而诉前行为保全可以利用的裁判资料则与终局裁判相比更加悬殊。可见,诉前行为保全的制度目的及其机理就决定了其在证明标准上的独特性,诉前权利保护必然与证明标准的降低相伴相生,诉前行为保全正是通过降低证明标准为成本换取裁定的快速作出。^[46] 而因为证明标准降低可能引发的损害问题则通过强制执行的临时性和错误裁定时被申请人的损害赔偿请求权以及强制担保制度加以克服和解决。

《民诉法解释》颁布实施以前,与诉前行为保全相伴相生的证明标准降低并未得到我国民事诉讼立法和司法解释的重视和强调。^[47] 《民事诉讼法》并未对证明标准作出规定,立法的失位是导致理论界对证明标准混乱认识的重要原因。在《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《证据规定》)出台之前,证明标准问题的核心论题是民事诉讼与刑事诉讼证明标准的一元论和二元论之争。对此,有力说基于民法和刑法、民事诉讼和刑事诉讼的差异性,认为民事诉讼中的证明标准并非“排除一切合理怀疑”,而是较其盖然性更低的特定标准。^[48] 《证据规定》第73条第1款为民刑证明标准二元论提供了支撑,但由于“明显大于”这一表述的模糊性,该款引发了学界新一轮讨论,并集中体现为高度盖然性理论和优势证据之争,其中前者以德日大陆法系国家为比较法资源,后者以英美普通法为制度参照。^[49] 对此,由于我国司法裁判的用语并不规范,因此“高度盖然

[46] 参见郭小冬:《从 perfect 10 v. Google 案看临时禁令申请中的利益衡量》,《河北法学》2012年第8期,第93页以下;周翠:《行为保全问题研究——对〈民事诉讼法〉第100-105条的解释》,《法律科学》2015年第4期,第97页。

[47] 参见沈德咏主编:《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第357页。

[48] 我国民事诉讼证明标准讨论的代表性人物是李浩教授和张卫平教授。参见李浩:《证明标准新探》,《中国法学》2002年第4期,第129页以下;张卫平:《证明标准构建的乌托邦》,《法学研究》2003年第4期,第60页以下。关于我国民事诉讼证明标准的学说史梳理参见吴泽勇:《中国法上的民事诉讼证明标准》,《清华法学》2013年第1期,第73页以下。

[49] 详见曹志勋:《“真伪不明”在我国民事证明制度中确实存在么?》,《法学家》2013年第2期,第95页以下。

性”和“优势证据”较为混乱的运用于司法实践中,并未提供足够的养料。^[50] 经过学说竞争,与我国民事诉讼法律传统更为契合的高度盖然性说获得了通说地位,^[51]《民诉法解释》第108条第1款也对此进行了确认。其中,“高度可能性”的表述彻底终结了“高度盖然性”和“优势证据”的证明标准之争,该条第2款明确了证明标准与证明责任在制度机理上的牵连性。只有确定证明标准,并以此为基础形成三分结构,才能够明确证明责任的适用前提及范围:凡是高出高度盖然性标准的,该事实存在;凡是不存在的可能性更大的,该事实不存在;在高度盖然性标准以下,但存在的可能性大于不存在的事实,则处于真伪不明的状态,该事实同样不予认定,并由负有证明责任的当事人承担诉讼不利益。

虽然《民事诉讼法》至今没有关于证明标准的明确法律规定,但《证据规定》出台之前的民刑证明标准之争及其出台后的高度盖然性和优势证据之辩,直至《民诉法解释》之前,关于证明标准的讨论原则上是在一元背景下进行的,即一般的证明标准。^[52] 只是该标准的具体界定存在不同观点而已。因此,法官在审理诉前行为保全时也同样采取与普通程序事实认定同样的标准,这才导致了48小时审限与更广泛的审理事项之间难以调和的冲突和矛盾,并促使法官拒绝适用该制度。而以德国法为参照,德国《民事诉讼法》第920条和第936条,确立了作为我国诉前行为保全比较法来源的假处分制度的疏明制度。^[53] 据此,申请人只需要通过事实主张和证据证明使法官达到50%的低证明标准即可引发假处分裁定。同属大陆法系的日本和我国台湾地区也采取与德国民事诉讼相同的做法,^[54] 持类似做法的还有英国法。^[55] 可见,我国民事诉讼证明标准的一元化倾向是“申请难”的另一理论成因。

(三)证明标准三层结构的构建:以实体事项和程序事项的区分为标准

一元证明标准的缺陷已经引起最高人民法院的关注。以《民诉法解释》第108条第3款为根据,多层次的证明标准构建已经进入最高人民法院的视野。^[56] 通过《民诉法解释》第109条,最高人民法院尝试建立起与第108条第1款“高度盖然性”标准平行的“排除合理怀疑”标准。其中,与刑事诉讼一致的超高盖然性标准针对第109条列举的特别事项。虽然为何对第109条列举事项需要高于一般证明标准的证明度是值得价值判断和实质商榷的,^[57] 但最高人民法院构建多层次证明标准的努力依然值得充分肯定。只是从迫切性角度观察,目前我国亟需解决的是证明标准的降低,而非提高,至少《民诉法解释》第108

[50] 参见吴泽勇:《中国法上的民事诉讼证明标准》,《清华法学》2013年第1期,第78页以下。

[51] 参见张卫平著:《民事诉讼法》,法律出版社2016年版,第188页。

[52] 例外如唐力教授和谷佳杰博士,参见唐力、谷佳杰:《论知识产权诉讼中损害赔偿数额的确定》,《法学评论》2014年第2期,第183页以下。

[53] 参见【德】汉斯-约阿希姆·穆泽拉克著:《德国民事诉讼法基础教程》,周翠译,中国政法大学出版社2005年版,第427、430页;Vgl. auch Rosenberg/Schwab/Gottwald, a. a. O., § 110 Rdnr. 4 f.; Heinz Thomas/Hans Putzo/Christian Seiler, Zivilprozessordnung, 33. Aufl., Verlag C. H. Beck, Muenchen 2012, § 920 Rdnr. 4, § 936 Rdnr. 2.

[54] 参见【日】新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第373页;姜世明著:《举证责任与证明度》,新学林出版股份有限公司2008年版,第242页。

[55] 参见周翠:《行为保全问题研究——对〈民事诉讼法〉第100-105条的解释》,《法律科学》2015年第4期,第98页。

[56] 参见沈德咏主编:《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第361页。

[57] 参见霍海红:《提高民事诉讼证明标准的理论反思》,《中国法学》2016年第2期,第258页以下。

条和第109条并未能克服引发“申请难”的民事诉讼立法和理论缺陷。

无论是一元结构抑或通过《民诉法解释》第109条构建起的二元标准,其适用范围均为实体事项。这也是我国长期以来存在的重实体轻程序的具体例证,是我国证明责任长期囿于实体事项的突出体现。从证明的主题出发,当事人提出的事实主张,凡是不存在《民诉法解释》第92条自认和第93条列举的情形,均应作为证明的对象。以法官三段论的视角观察,实体和程序权利的保障集中体现为对相关实体法律规范和诉讼法律规范所依据事实的证明及其适用,并导出相应的实体和诉讼法律效果。由是观之,证明并非仅仅针对实体事项,其同样针对充实诉讼法律规范的事实主张。虽然罗森贝克在证明责任的论述中主要集中在民法规范范畴展开,但其著作名称《证明责任论——以德国民法典和民事诉讼法典为基础撰写》^[58] 仅就证明责任和证明对象的范围而言,其不仅包括充实实体法律规范的所谓实体事项,也同样包括充实诉讼法律规范的所谓程序事项。

在实体事项和程序事项二分基础上,德国法创设了民事诉讼证明标准的二层结构。凡是针对实体事项的证明,适用超高盖然性标准,其盖然性数字表达为90%。对于部分程序事项适用优势盖然性标准,其盖然性数字表达为50%。^[59] 前者被界定为证明(Beweis),后者被归纳为疏明(Glaubhaftmachung)。^[60] 其中,民事诉讼证明活动以高标准的证明为原则,以低标准的疏明为例外。为了避免法官滥用证明标准降低,疏明在德国法中仅在有明确规定时方可使用。^[61] 未规定适用低标准而适用的,将构成适用法律错误。以此保障原则和例外在民事诉讼司法实践中严格贯彻和正确实施。^[62] 德国法中关于疏明的规定均针对有别于实体事项的程序事项,例如法官回避事由、迟延提出攻击防御方法原因的说明和假处分、假扣押申请事项,针对部分程序事项降低证明标准的原因有多方面考虑。总体上,这一处理方式基于程序事项和实体事项的区别展开。民事诉讼中的程序事项通常处于辅助地位,相比而言属于民事诉讼的次要矛盾,因此仅采取低标准即可。具体规定低标准的条文也有各自的考量因素,例如排除德国《民事诉讼法》第296条迟延提出攻击防御方法失权的低证明标准是平衡诉讼程序加快和德国《基本法》第103条第1款法定听审权保障的产物。^[63]

重实体轻程序的思维惯性不仅影响到诉前行为保全的申请条件界定,而且深刻制约

[58] 参见【德】莱奥·罗森贝克著:《证明责任论——以德国民法典和民事诉讼法典为基础撰写》,庄敬华译,中国法制出版社2002年版。

[59] 参见姜世明著:《举证责任与证明度》,新学林出版股份有限公司2008年版,第182页;Vgl. Auch Rosenberg/Schwab/Gottwald, a. a. O., § 113 Rdnr. 13 f.

[60] Glaubhaftmachung在我国也被译为释明,这或许受到我国台湾地区法学术语的影响。只是与这一概念十分类似的释明权或释明义务已为理论界和实务界所普遍接受。释明的译法难以避免与法官释明相混同。因此笔者倾向将其译为疏明。类似观点参见周翠:《行为保全问题研究——对〈民事诉讼法〉第100-105条的解释》,《法律科学》2015年第4期,第98页。

[61] Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, a. a. O., § 110 Rdnr. 4; Thomas/Putzo/Reichold, a. a. O., § 294 Rdnr. 1 f.

[62] 参见姜世明著:《举证责任与证明度》,新学林出版股份有限公司2008年版,第227页。

[63] Vgl. Friedrich Stein/Martin Jonas/Dieter Leipold, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 4, 22. Aufl., Verlag Mohr Siebeck, Tuebingen 2008, § 296 Rn. 1 f.

了我国民事诉讼证明标准体系的构建。与实体事项相比,支撑诉讼法律规范的事实证明问题一直是我国证据法研究的盲区:一方面,程序事项被认为属于法官自由裁量问题,因此逃逸出既有法律规范的制约,可能引发法官的恣意裁判问题,并最终会导致实体问题处理的不公正;另一方面,程序事项并未被规定采用区别于实体事项的低证明标准,可能导致程序事项的证明困境,进而架空相关诉讼法律规定。

从比较法的视角观察,我国虽然沿袭德国证明标准理论,但在一般标准的理解上却与德国有明显区别。德国民事诉讼的一般证明标准被界定为超高盖然性,其盖然性数字表达为 90%,而我国采取高度盖然性,其表达虽然尚存在争论,但不会达到 90% 的超高盖然性标准,一般认为其仅为 75% 上下。^[64] 也是在此背景之下,《民诉法解释》第 109 条才存在提高的可能,否则将面临无处可提的局面。由于我国民事诉讼一般证明标准较德国标准要低,因此,在降低程序事项的证明标准后,将在我国民事诉讼中出现三层结构,其中,处于中间位置的高度盖然性标准是一般规定,排除合理怀疑和优势盖然性标准均作为例外,仅当法律和司法解释有明确规定时采用。以证明事项为标准,可以分为实体事项证明标准和程序事项证明标准,前者为高度盖然性说和在《民诉法解释》第 109 条所列举事项的排除合理怀疑标准,后者在法律明确规定时采取优势盖然性标准,法官仅获得超过 50% 的心证时即可认定待证事项成立,因此亦可称为疏明标准。^[65]

(四)我国优势盖然性标准初探

在三层结构基础上,基于证明标准与证明责任在制度机理上的密切联系,《民诉法解释》第 91 条和第 92 条的适用条件也将发生改变。对于《民诉法解释》第 109 条规定适用排除合理怀疑的实体事项,真伪不明的范围是 50% - 90% 之间(包含 50%,但不包含 90%);采取优势盖然性标准的程序事项证明标准仅为异常狭窄的 50%;并未明确规定优势盖然性和排除合理怀疑的其他事项适用高度盖然性标准,证明责任的适用范围为 50% - 75% 之间(包含 50%,但不包含 75%)。

然而上述三层结构证明标准的构建必须回答的问题是,我国法是否存在证明标准降低的解释空间。否则,下文图 1 所列程序事项的优势盖然性标准就仅具有学理上或立法论上的意义,而丧失了适用于当下的可能。如上所述,我国《民事诉讼法》并未明确规定证明标准,《民诉法解释》仅在《证据规定》基础上明确了高度盖然性作为一般标准,并在第 109 条创造性的建立了“排除合理怀疑”,进而生成二层结构,以优势盖然性标准的适用范围可以发现,其均针对程序事项。过往重实体轻程序的思维惯性不仅影响到立法和司法实践,其同样将理论研究的目光聚焦于与实体事项最密切相关的起诉制度和普通程序。对此,唐力教授和谷佳杰博士通过案例总结和司法调研的方式发现,我国司法实践中业已存在证明度降低的做法,这集中体现在损害赔偿范围的证明上。^[66] 虽然损害赔偿范围根据《中华人民共和国侵权责任法》第 20 条究竟是法官自由裁量抑或是证明标准降低

[64] 参见沈德咏主编:《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》,人民法院出版社 2015 年版,第 358 页。

[65] 亦有观点将程序事项的证明责任称为疏明责任。参见黄海涛:《民事诉讼中的疏明责任初探》,《法学家》2008 年第 4 期,第 108 页以下。

[66] 参见唐力、谷佳杰:《论知识产权诉讼中损害赔偿数额的确定》,《法学评论》2014 年第 2 期,第 183 页以下。

存在多种理论可能,但该研究无疑反映出司法实践中对证明标准降低的实际需求。在此基础上,通过法律解释检讨我国证明标准降低的可能性和可行性是迫切需要回应的问题。

虽然我国《民事诉讼法》和相关司法解释并未出现“优势盖然性”或“降低证明标准”的明确表述,但仅据此认为我国不承认证明标准降低的论证或许是不周延的。《民事诉讼法》第45条采取了与第64条和《民诉法解释》第90条不同的表述。据此,当事人提出回避申请的,应当“说明理由”,而非“有责任提供证据”或“应当提供证据加以证明”。“说明理由”在语义上与德语 Glaubhaftmachung 高度一致。当然,其能否比照德国法认为法官回避的事由采取低于高度盖然性的疏明还有赖立法、司法解释的明确和判例的支持。与此类似的是,《民诉法解释》第101条针对证据逾期提出规定,“人民法院应当责令其说明理由,必要时可以要求其提供相应的证据”。显然,这也与《民事诉讼法》第64条、《民诉法解释》第90条的表述有明显区别。以“说明理由”为标准,《民诉法解释》中还包括第229条,当事人在庭审中对其在庭审前的准备阶段认可的事实和证据提出不同意见的理由说明;第342条,当事人推翻其在第一审程序中实施的诉讼行为时的理由说明;第368条,担保物权实现程序被申请人对申请有异议时的理由说明;第387条,再审逾期提出证据的理由说明。

以“说明理由”作为标准,我国《民事诉讼法》及其司法解释中并无诉前行为保全的相关规定,但这并不意味着我国实定法不存在降低诉前行为保全申请证明标准的可能,《民事诉讼法》第101条并非完整的法律规定,第101条只是第100条的特殊情形。而第100条中存在“可能因当事人一方的行为或其他原因”的表述,据此,法官在审理诉前行为保全申请时,并不需要认定“因当事人一方的行为或其他原因,使判决难以执行或造成当事人其他损害”,而仅需要对其可能性形成心证,这恰恰指向了优势盖然性标准。对这一判断形成干扰的是知识产权诉前行为保全的相关规定,例如《专利法》第66条要求专利权人或者利害关系人有证据证明他人正在实施或者即将实施侵犯专利权的行为,如不及时制止将会使其合法权益受到难以弥补的损害。据此,显然将证明标准指向了高度盖然性。诉前行为保全通过2012年《民事诉讼法》(修正案)才被一般性认可,因此,既有案例的裁判依据多指向《专利法》第66条及其相关司法解释。可见,要求专利权人或者利害关系人必须“有证据证明”是“申请难”在我国证明标准立法和理论中的集中体现。令人欣慰的是,2012年民事诉讼法修正案颁布后,已经有审理法院开始降低证明标准。例如法院在“雅培案”中就将《专利法》第66条“有证据证明他人正在实施或者即将实施侵犯专利权的行为”降低为“被申请人行为构成侵害专利权的可能性”。^[67]再如辽宁省沈阳市中级人民法院民事裁定书(2008)沈民四禁字第4号。而针对“中国好声音案”复议申请中证明标准的质疑,审理法院认为,“诉前行为保全是程序上的临时性措施,与诉讼案件实体审理存在本质区别。所谓胜诉可能性,是法院根据现有证据,并结合程序性临时措施的特点所作出的可能性判断,其显然有别于实体审理后的确定性认定。”^[68]不仅如此,2016

[67] 参见北京市第三中级人民法院民事裁定书(2013)三中民保字第01933号。

[68] 参见北京知识产权法院民事裁定书(2016)京73行保复1号。

年3月30日公布的《关于民事诉讼证据的解释》(征求意见稿)第15条对证明标准的降低进行了明确,“申请回避、申请诉讼保全措施和申请证人出庭作证等程序性事实,由负有举证证明责任的当事人提供相应证据并进行必要说明,人民法院认为该事实有可能存在的,可以准许当事人的申请。”2016年6月《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)将涉及疏明的条文统一表述为“说明理由并提供相应的证据材料”。^[69]

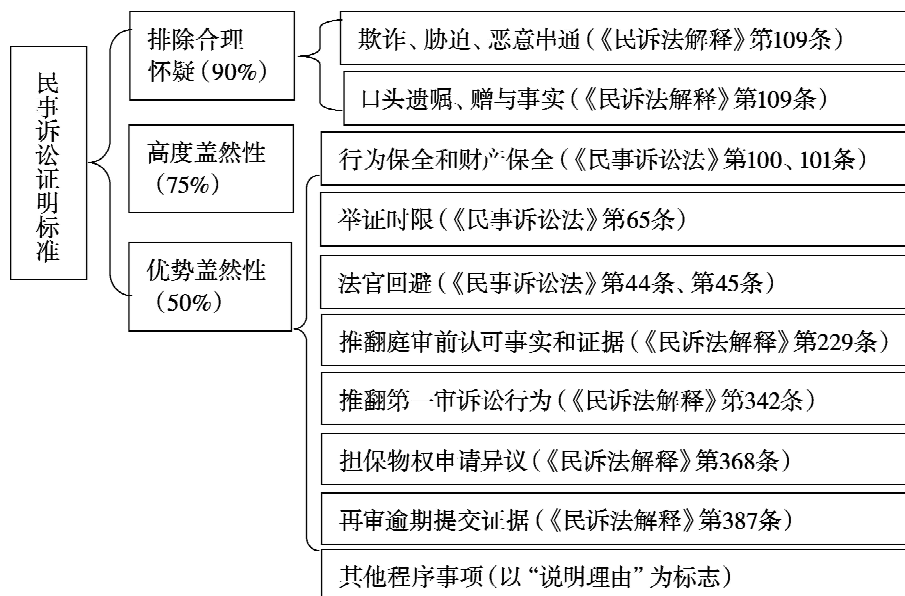


图1:民事诉讼证明标准的三层结构

五 结 语

诉前行为保全“申请难”是知识产权诉讼中的突出问题。基于对诉权保障的狭义理解,“申请难”并未被作为立案登记制改革的应有之义。“起诉难”的制度原因依旧存在于诉前行为保全申请中。“申请难”的理论原因可以归结为对诉权范围的限缩、对程序事项的轻视和对证明标准的误读。诉前行为保全申请是我国民事诉权保障的重要组成部分,从解释论视角出发,保全请求权和保全理由并不能作为不予受理的根据,即便裁定不予受理,也必须出具充分说理的民事裁定书。从立法论视角观察,与诉讼要件相对应的申请条件同样应当被纳入保全程序中加以处理,不应通过不予受理的裁定将其拒之门外。通过《民事诉讼法》第101条、《民诉法解释》第108条和第109条进行体系解释,可以搭建出

[69] 参见该解释第7条第2款、第3款和第13条。第12条“其他合理因素”的主要内容是疏明的具体程度,从而与德国《民事诉讼法》第921条和第936条保持一致。担保的数额将发挥补充疏明不足的功能。《民事诉讼法》第101条第1款第2句诉前行为保全的强制担保要求也为疏明标准在我国民事诉讼中的实践提供了较为充分的制度保障。德国《民事诉讼法》第921条和第936条的中文翻译参见《德国民事诉讼法》,丁启明译,厦门大学出版社2016年版,第页和第222页。

以高度盖然性为原则,以排除合理怀疑和优势盖然性为例外,实体事项和程序事项相区别的证明标准三层结构,以“说明理由”和“可能”为标志,可以将诉前行为保全及其他程序事项的证明标准界定为疏明。以《专利法》第 66 条为代表的法律条文明确规定了诉前行为保全的高度盖然性标准,其混淆了程序事项和实体事项,是对行为保全制度机理的严重误判。虽然通过对《民事诉讼法》第 101 条结合第 100 条进行体系解释可以确立优势盖然性标准,但是无法轻视裁判惯性和认识障碍依旧可能导致诉前行为保全证明标准的违法提高。综上,只有将“申请难”作为立案登记制改革的重要一环、在增加诉讼供给和完善司法救助的背景下,通过建立多维度的诉权体系和证明标准的三层结构并坚持诉前行为保全的疏明标准,才能从根本上解决“申请难”,为创新型社会的构建和经济社会的健康发展提供优质的司法服务和充分的法制保障。

[本文为清华大学微软知识产权项目的研究成果。]

[**Abstract**] The “difficulty in applying for preliminary injunction” has negative impact on the protection of intellectual property and on the realization of the goal of building China into an innovation-oriented country by the year 2020. Another negative impact is the exacerbation of the conflict among the legislation, administration of justice and legal theory. Apart from sharing the same institutional background with the long-discussed issue of “difficulty in filing a lawsuit” in Chinese civil procedure, it has its unique causes, which can be summarized as the restriction of the suit right, the neglecting of procedural matters and the misinterpretation of the standard of proof. These problems can be solved through the correct understanding of the boundaries of suit right and the establishment of a multi-dimensional system of suit right and a three-tier system of standard of proof based on Article 101 of Chinese Civil Procedure Law and articles 108 and 109 of its judicial interpretation. According to the interpretation given by the above three articles, the standard of proof for the preliminary injunction should be accepted as *Glaubhaftmachung*. The “difficulty in applying for preliminary injunction” can be overcome by treating preliminary injunction as part of suit right, reducing the general standard of proof, and improving the judicial aid system.

(责任编辑:姚 佳)