

论自由裁量权在停止专利侵权责任适用中的法度边界

李晓秋

(重庆大学法学院,重庆 400044)

摘要:专利权原权与专利权救济权并非同一,决定了停止侵权并非专利侵权司法救济中的必然结果。专利权保护的强弱选择需要、专利权异化导致的停止侵权责任功能的“失灵”、法官适用法律过程中的伦理道德偏好,为法官享有自由裁量权提供了正当性依据。在停止专利侵权责任中审慎行使自由裁量权,不仅关乎专利侵权救济法律制度的权威性和司法的公正性,而且深刻地影响着技术创新和经济发展。以美国永久禁令制度的司法实践变迁为鉴,中国法官在停止专利侵权责任中适用自由裁量权时,应确立法律精神、伦理道德、专利政策的指向性标准。

关键词:专利侵权;停止侵害;自由裁量权;司法公正;指向性标准

中图分类号:D913.4 **文献标志码:**A **文章编号:**1008-5831(2014)04-0114-07

“倘若世界最终不是矛盾,生活最终不是抉择,那么一个人的此在(ein Dasein)将是多余的”^[1]。事实上,我们无一不在矛盾与抉择中生存,对于法官来说也概莫例外。加之“法律游离于现实,而现实远比法律丰富”^[2],这就进一步决定了滥觞于14世纪欧洲的法官的自由裁量权在司法实践中必然客观存在。美国学者戴维斯亦认为,“在世界史上没有一个法律制度无自由裁量权,为了实现个体的正义,为了实现创设性正义,为了实现还无人知道去制定规则的新纲领以及为了实现其某些方面不能够变为规则的老纲领,自由裁量权都是不可缺少的。取消自由裁量权会危害政治秩序,会抑制个体正义”^[3]。根据《牛津法律大辞典》的解释:“自由裁量权,指根据具体情况作出决定或裁定的权限,其作出的决定应是正义、公平、公正、平等和合理的。”^[4]据此,停止专利侵权责任^①中适用自由裁量权指的是当法官审理专利侵权案件时,依照法律的规定,就具备足够侵权证据的侵权行为是否作出停止侵害问题进行斟酌、选择,进而作出处理决定的权力。但作为一种权力,具有两面性的烙印:它既可能带来殊荣和愉悦,也可能制造不安和焦虑。所以说停止专利侵权责任中适用自由裁量权是一把双刃剑,正确使用这项权力可以克服停止侵权责任的保守性、僵硬性、滞后性等不足,使专利侵权救济制度充满活力和生机;反之,如僭越法界利用此项权力,必将撕裂停止侵害制度的价值,毁损专利法治统一,戕害创新驱动发展之梦。

一、专利权原权与专利权救济权的二律背反:停止侵权责任适用自由裁量权的诤问

专利权是发明创造人或权利受让人对特定的发明创造在一定期限内依法享有的排他性权利,是知识产权的一种。作为一种排他性权利,又称独占性或专有性权利,任何单位或者个人未经专利权人许可,都不得实施其专利,即不得为生产经营目的制造、使用、许诺销售、销售、进口其专利产品或者使用其专利方法,

修回日期:2013-10-14

基金项目:中国博士后科学基金第51批面上资助一等项目(2012M520071)

作者简介:李晓秋(1972-),女,重庆人,法学博士,中南财经政法大学博士后研究人员,重庆大学法学院教授,博士研究生导师,主要从事科技创新与知识产权法、网络法、侵权法研究。

①停止侵权的法律术语称谓不一,《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)第118条、第134条和《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)第15条使用的是“停止侵害”;学界中,多数学者称“停止侵权”,也有学者称“禁令”,但笔者认为中国法上的停止侵害(权)责任,是一种民事责任,相当于英美法上的永久性禁令,并不包括临时性禁令。

否则即构成侵权。在民法理论中,侵害他人权利的行为必须停止,这几乎成为不言而喻、无需证明的公理^[5]。事实上,中国学理界和实务界一致认为,只要有侵权事实,就必须负“停止侵害”责任,不需要考察行为人主观条件,例如故意、过失^[6]。在司法实践中,“无论专利权人指控侵权人侵犯其专利权中的哪一项具体权限,只要认定侵权指控成立,均判决侵权人立即停止侵权行为”^{[7][8]}。可见,责令停止侵权作为专利侵权的民事责任的承担方式,是一种最常见的救济措施,适用停止侵权被认为是理所当然,所以在中国法院的判决中已经普遍适用。这与最高人民法院2010年出版的一份报告的结论一致,“30年来,人民法院知识产权司法保护力度不断加大。人民法院严格依法判令侵权人承担侵权责任,努力降低维权成本,加大侵权成本。在认定侵权成立的情况下,一般都会判令侵权人立即停止侵害,同时确保权利人获得足够的损害赔偿,依法适当减轻权利人的赔偿举证责任”^[8]。

对于专利侵权行为,专利权人主张停止侵权,应是天经地义,这来自于专利权原权的基本属性。但是,针对专利侵权行为存在的停止侵害救济,法院就一定应该判决侵权者承担停止侵权责任吗?换句话说,专利停止损害救济权是法院非此即彼的唯一选择吗?《民法通则》第118条规定:公民、法人、法人的著作权(版权)、专利权、商标专用权、发现权、发明权和其他科技成果权受到剽窃、篡改、假冒等侵害的,有权要求停止侵害,消除影响,赔偿损失。《中华人民共和国专利法》(以下简称《专利法》)第57条规定:未经专利权人许可,实施其专利,即侵犯其专利权,引起纠纷的,由当事人协商解决;不愿协商或者协商不成的,专利权人或者利害关系人可以向人民法院起诉,也可以请求管理专利工作的部门处理;管理专利工作的部门处理时,认定侵权行为成立的,可以责令侵权人立即停止侵权行为……《德国专利法》第139条规定,“对任何违反第9条至第13条规定实施专利的人,被侵权人可以请求制止其连续性侵权行为,也可请求制止其一次性侵权行为。对任何故意或者过失侵权人,对被侵权人因此产生的损害负有赔偿义务”。第140条明确规定,“对于违法实施他人专利发明和以他人专利方法直接制造的产品,被侵权人可以请求销毁侵权人占有或者所有的包含专利主题的产品”。该条第3款还规定,“被侵权人可以请求侵权人召回主题为该专利的产品,或者请求从销售渠道中完全清除这些产品”。《日本专利法》第100条第1款规定:“专利权人或专用实施权人,对于侵害自己的专利权或专用实施权的人或者有可能进行侵害者,可以请求停止或预防其侵害。”普通法系国家的英国在这个问题上与民法法系诸国采取了相同的观点,《英国专利法》第61条规定的五项专利权能中,专利所有者可向法院提出要求的前两项便是:第一,要求给被告禁令限制他的令人担心会造成侵害的行为;第二,命令他交出或毁掉使专利权受到侵害的专利产品,或作为该产品不可分割的一部分的物品。《美国专利法》第283条规定法院在专利诉讼案中认为有正当理由时,依衡平法原则下达救济令以阻止侵犯专利权的违法行为。在当代知识产权国际保护体系中,国际条约《与贸易有关的知识产权协定》(以下简称《知识产权协定》)和《反假冒贸易协议》具有极大的权威性和典型性。就停止专利侵权责任而言,前者第44条第1款规定,“司法当局应有权责令当事人停止侵权,尤其有权在海关一旦放行之后,立即禁止含有侵犯知识产权的进口商品在该当局管辖范围内进入商业渠道……”后者第8条第1款亦规定,“各缔约方应规定,在知识产权执法的民事司法程序中,其司法机关有权责令当事方停止侵权,包括向当事方或视乎情况向其司法管辖权范围内的第三方发布命令,防止侵权货品进入商业渠道”。

从司法实践看,国外对责令停止侵权行为问题正日益呈谨慎态度。美国联邦巡回上诉法院曾在专利侵权案件中当然地适用禁令救济,不再进行衡平考量。这种做法在2006年著名的EBAY案中得到了纠正,传统的衡平标准被重新强调^②。而中国法院在珠海市晶艺玻璃工程有限公司诉深圳市机场股份有限公司、北方国际合作股份有限公司玻璃幕墙连接装置侵犯专利权纠纷案^③、武汉晶源环境工程有限公司、日本富士化水工业株式会社、华阳电业有限公司侵犯发明专利权纠纷案^④等案件中均判决侵权人不停止侵害,而改由增加损害赔偿。除此之外,最高人民法院近年来通过创制公共政策来指导法院适用包含停止侵犯专利权、侵犯商标权、侵犯著作权等责令停止侵权问题。

从以上各国专利法和国际条约的规定可以看出,对于侵犯独占性的专利权的事后救济,一般都明确赋予专利权人以请求停止侵权的权利。但是,并未将停止侵权作为法院判决的当然救济方式,法院可依情势作出责令立即停止或不停止侵权行为的判决,享有选择的权力。这体现了专利权原权和专利救济权的分野,也为法院自由裁量权预留了空间。

^②Ebay Inc. v. MercExchange, L. L. C., 547 U. S. 388 (2006).

^③参见:深圳市中级人民法院(2004)深中法民三初字第[第587号]、广东省高级人民法院民事调解书(2005)粤高法民三终字第[第129号]、广东省广州市中级人民法院民事判决书(2004)穗中法民三知初字第[第581号]。

^④参见:最高人民法院(2008)民三终字第[第8号]民事判决书。http://ipr.court.gov.cn/sdjdws/201104/t20110413_98892.html,2013年6月28日最后访问。

二、停止专利侵权责任适用自由裁量权的正当性

对于专利侵权行为,当今世界各国和国际条约的规定采纳了并非当然停止侵权模式,司法实践虽然逆向而行,但现在已开始反省当然停止侵权之选择,增加自由裁量之元素,以调适专利侵权之救济。根据拉伦茨先生的见解,包括自由裁量权在内的制定法外的法发展形成的必要理由有三,即交易的必要性、事物的本性及法伦理的原理^[9]。基于此,停止专利侵权责任适用自由裁量权,主要是基于以下几个因素。

(一)专利权的强保护抑或弱保护:财产规则和责任规则的指引

对专利权给予怎样的救济算强救济,怎样的救济算弱救济,法律经济学关于权利保护的财产规则与责任规则之分,为衡量专利侵权救济之强弱提供了理论指引^[10]。在法律经济学看来,对权利的救济实质上是对资源的配置。为了实现资源配置效率的最大,美国制度经济学家科斯(Ronald H. Coase)在分析了诸多侵扰侵权案件后,提出了后来成为法律经济学基石的交易成本理论^[11]。科斯认为,在零交易成本世界中,不论如何对资源进行初始配置,交易自由总会实现效率最大化;而存在交易成本时,应当选择使交易成本最小化的法律。在此基础上,卡拉布雷西(Guido Calabresi)和梅拉梅德(Douglas Melamed)在1972年的一篇论文中提出了著名的权利保护三种规则:权利规则(Property rules)、责任规则(Liability rules)和不可转让规则(Rules of inalienability)^⑤^[12]。“权利规则”保护着私人的财产权,任何人不得剥夺财产权利人的权利,除非他与财产权利人协商并愿意支付财产权利人所开出的价格。在这样的情况里,当事人之间通过自愿而发生交易,价格由双方协议而成,一般体现了双方特别是卖方的主观价值,否则交易不可能达成。此时,国家干预基本不存在。当事人对价格无法达成一致,或者一方当事人侵犯了财产权利人的利益,那么“责任规则”立即产生。比如,从事具有社会功效的侵扰或者环境污染行为的人,为了避免禁止令,就可以通过赔偿财产权利人而获得其财产权。为了从财产权利人那里得到“侵扰权”或者“污染权”,或者说为了交易的便利,这种规则则需要交易所需要的“外在和客观价值标准”,比如市场价格来进行。在这个时候,国家干预不可避免。“不可转让规则”则是指权利一旦初始设定,那么当事人之间禁止发生交易。该理论中涉及的三个规则,特别是前两个规则,为财产权救济的强弱提供了衡量的标准:按财产规则为强救济,按责任规则为弱救济。

这就意味着,在专利侵权案件中,如需为专利权人提供强保护,则可以选用财产规则判决停止侵权,反之,如需为专利权人提供弱保护,则可以选用责任规则而拒绝责令停止侵权。可见,法官在选用何种规则来保护专利权人时,正是自由裁量权存在的映射。

(二)专利权的异化:停止侵权责任功能的湮没与阻断

专利权是民事主体依法对其创造的发明或者受让的发明创造享有的排他性权利。对发明创造赋予排他权利的制度设计,旨在增加发明创造者的所得,排除他人对“发明”的搭便车行为,提高社会的创新水平。美国总统林肯(Abraham Lincoln)曾说,“专利制度可以为天才之火添加利益之油,以鼓励新而有用于事物之发现与生产”^[12]。经过数百年的发展,专利权与其他知识产权一样,它不仅是一种个体权利,还是企业竞争的工具,甚至是国家战略的重要组成部分^[13]。作为企业竞争的工具,专利权在商业竞争的熏陶下已经打上了深深的异化烙印:“专利丛林(patent thickets)”^⑥、“专利钓鱼(Patent Trolls)”^⑦、滥用专利权阻碍竞争等。人们不得不为此担心,如果不控制好火势,这滴利益之油恐将演变为一场可怕的火灾。

停止侵权作为民事责任的一种,它本应具有激励、预防、教育功能。民事责任作为一种事后调整手段,以确定性规范的形式向社会谕示了其行为的法律后果,使行为人在行为之前,便可以对负担和收益作出比较,以选择使自己利益达到最大化的行为方式。人们在进行利益和负担比较时,不仅要考虑行为给自己带

⑤GUIDO CALABRESI. Douglas melamed, property rules, liability rules, and inalienability: One view of the cathedral, 85 harvard law review 1089 (1972).

⑥“专利丛林”是美国经济学家夏皮罗在2001年发表的一篇文章中提出的概念。其内涵是指“知识产权权利有许多重叠的地方,开发新技术的人必须在专利丛林中披荆斩棘,才能获得自己所需的全部专利技术的使用许可。由于专利被累积起来,并且它们为不同人所有。所以,一些具有基础性作用并且极其重要的专利就会对此技术的开发和产业化带来很多大的负面效应,专利丛林法则使技术发展僵化,甚至阻碍技术的革新”。see Carl Shapiro, Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools, and Standard-setting, in Innovation Policy and the Economy 1, edited by Adam B. Jaffe, et. al., the MIT Press, 2001, p. 119, 120.

⑦“专利钓鱼”又被称为“专利流氓”、“专利怪物”、“专利蟑螂”。该称谓起源于1993年,其时仅被用来称呼那些喜好提起专利诉讼的公司,这个隐喻在2001年后变得更为流行,因时任英特尔助理总法律顾问的Peter Detkin将缠诉英特尔的Raymond Niro及其代表的TechSearch公司斥为“Patent troll”。目前,Patent troll的称谓越来越有争议性,并且各界无法达成对Patent troll统一的定义,目前还出现一些中性的词语也开始用来称呼类似现象,如“Non - Practicing Entities (NPEs)”(中文直译“非专利使用实体”),“non - manufacturing patentee”,“patent shark”,“patent marketer”,“patent assertion company”,“patent licensing company”和“patent dealer”。鉴于现在的各种专利流氓已经隐隐对美国的专利制度本意以及创新造成了巨大威胁,奥巴马政府于2013年6月7日决定通过“5步计划”来遏制各种专利流氓的行为。可见,“专利钓鱼”所生之痛,绝非小事。

来的利益,还要考虑行为可能带来的损害,包括预防事故而支付的成本和赔偿可能受害人受到的损失。当利益大于负担时,人们便会积极行为,于是民事责任制度的设计,便鼓励了人们行为的积极性,这就是激励功能;由于基本功能的发挥,对人们的思想意识产生影响,使人们在思想上对侵权行为和违约行为产生了否定评价,进而在行动上便会自觉地依法办事,不实施有损于社会、国家、他人利益的行为,这就产生了民事责任的两个派生功能——预防和教育功能。然而,对于异化的专利权的权利主体,其主张停止侵权的目的并不重在激励、预防与教育功能的实现,其早已演变为一种赤裸裸的商业策略,从而淹没在策略追求的快感中,恣意地阻断停止侵权功能的发挥。在复杂技术时代,肯尼迪法官曾说,当专利发明只是产品的一个小的构件时,禁令威胁只不过是权利人谈判时一个不适当的筹码而已。所以,法官运用自由裁量权,作出停止专利侵权或者不侵权的决定,可以更好地保护专利权,遏制专利权的“异化”。

(三) 伦理道德的彰显:法律适用的内在品格

在中国,“伦理”一词,最早见于《礼记·乐记》:“乐者,通伦理者也。”《说文解字》中解释说:“伦,从人,辈也;理,从玉,治玉也。”这里,伦即人伦,指人的血缘辈分关系;在哲学界通常把伦理定义为调整人伦关系的条理、道德、原则,也即“伦类的道理”。在西方,“伦理”一词是古希腊文“ethos”,即风俗、品性、风尚等演绎而来的。公元前4世纪,亚里士多德首先使名词 ethos 成为一个形容词 ethikos,才使之具有道德品性和道德行为规范的涵义。简而言之,伦理是处理人们相互关系应遵循的道理和准则,是最基本的社会道德,具有社会性、统一性^[14]。法律亦是调整人际关系的规则,因而也就不能与伦理道德完全割裂。在法官适用法律的过程中,伦理道德是其伴生物。特定的社会角色决定了特定的规范与行为模式,其中包括一系列权利、义务、责任以及道德规范,不容错位。德沃金指出,“法院是法律帝国的首都,而法官就是帝国的王侯,但却不是它的先知和预言家。”^[15]法官的伦理道德是指,法官在履行其司法职责活动过程中所应具备的优良道德品质,以及在调处各种社会关系时所应遵循的优良道德规范的总和,它体现在三个层面:其一是遵守一般公众道德,对公众负责。这是社会对法官伦理的最低要求,谓之底线,一个人如果不是一个合格的公民绝不可能是一个合格的法官;其二是遵守职业道德,对法律负责,这是社会对法官的职业伦理要求,一个法官如果不能公正司法,就丧失了职业资格;其三是为公共利益和正义而献身,一个人如果不能将自我价值的实现寓于对正义的执着追求之中,那他就不成为法官。

当前,包括发明在内的知识财产的边界非常模糊,人们非常容易侵害这些无形的财产;加之专利法在内的知识产权法研究的薄弱导致法学知识输出低质量,同时还因为新技术的挑战等因素使知识产权领域的法律漏洞更为明显,如只是简单考虑法律条文,遵循传统经验,而不综合伦理道德去分析案情将很可能减损司法公正之目标,滋生“专利钓鱼”、专利缠诉等行为。

三、司法的忌惮——自由裁量权在停止专利侵权责任中的合法行使

停止侵权作为中国《民法通则》第134条和《侵权责任法》第15条所规定的一种民事责任方式,并未出现在中国《专利法》及其实施细则中,这实际上赋予了审理专利侵权法律纠纷案件中的法官一定的自由裁量权。然而,这并不意味着自由裁量权就可以随意行使,因为绝对的不受任何限制的法官自由裁量权,必然会造成司法之随意性,进而膨胀为司法专横,直接损害专利权人和社会公众的利益,破坏法治原则,有悖于司法机关的性质和宗旨。亚里士多德认为“如果说具体法律规范在执行时可以根据情况加以改变的话,那么法律的精神、法律的原则在任何情况下都是不能改变的,都必须加以遵守和执行”^[16]。可见,在亚里士多德眼里,法律的精神和原则就是停止专利侵权责任行使自由裁量权的边界,即在法律精神和原则的范围内法官可以据情况自由地处理案件。

(一) 他山之石:《美国专利法》中的永久禁令制度

美国的永久禁令(permanent injunction)制度源于衡平法,并于1819年写入《美国专利法》,赋予联邦法院有权“按照衡平法的程序和原则”发出禁令。现行《美国专利法》第283条规定:“对于诉讼有管辖权的各法院在认为合理的情况下,为防止专利权益受到侵害,法官可依衡平原则发布禁令。”按照衡平原则,是否发布禁令的检验标准有“四要素”: (1)原告已经遭受了不可挽回的损失(irreparable injury); (2)法律救济是否充分,如金钱损害赔偿不足以弥补损失(inadequate remedies at law); (3)权衡损失获利,即原告因侵权遭受的损失与被告因禁令遭受的损失之间的衡量(balance of hardship); (4)签发永久禁令不会损害公共利益(public interest)。从历史上看,美国法院对于是否发布永久禁令的态度有一个变迁和回归过程^[17]。联邦巡回上诉法院成立以前,在衡平传统指导下,一般认为是否给予永久禁令属于事实审法院的裁量范围,有区域巡回上诉法院基于这种理由维持了一审法院未对侵权行为下发禁令的判决。1982年联邦巡回上诉法院成立之后,专利二审案件全部纳入其管辖范围,它在1984年的判决中以具有普遍指导性的判词肯定了此前的衡平传统。但吊诡的是,此后联邦巡回上诉法院一改传统,坚守财产规则,认为对于侵害有效专利权的行为应当给予禁令,只有在例外的情况下才不发布禁令,这种倾向与联邦巡回上诉法院奉行的“亲专利”倾向是

分不开的。在信息技术和网络技术日益发达的时代,这种倾向给创新带来了越来越多的负面影响。为了阻止负面效应的进一步发酵,联邦最高法院开始了对联邦巡回上诉法院的修正与校正,并通过2006年审结的EBAY案终结了联邦巡回上诉法院坚持的禁令当然论,重申法院颁发永久禁令应重新回到衡平传统所确立的原则,强调衡平考量的重要过程。

从美国永久禁令制度的司法演进路径可以窥见法官自由裁量权的消涨。剥离消涨的面相,我们可以睹见专利法律制度的精神和原则对于法官的深刻影响。在回归的“四要素”要件中,联邦最高法院要求有管辖权的法院在决定是否颁布禁令时,正确评估原告的损失、积极探寻法律救济之道、充分衡量权利人和侵权人的利益、尊重并维护公共利益,确保专利法律制度的功能不被扭曲。尽管如此,还是有部分学者质疑该“四要素”的可操作性,即如何界定不可挽回的损失、金钱赔偿数额的多少被认为是充分和不充分、权衡损失获利的主体、公共利益的边界等^⑧。^[19]还有部分学者指出,禁令制度是“专利钓鱼”产生的温床,悖离了专利法律制度的目标^⑨。^[20]为此,美国政府、美国国会、美国专利商标局、美国联邦贸易委员会等机构正通过系列政策和立法以扼杀“专利钓鱼”者。毫无疑问,这一点对于移植美国专利制度的中国同样具有借鉴意义。

(二) 法律精神、伦理道德、公共政策:法官自由裁量权在停止专利侵权责任适用中的指向性标准

法官自由裁量权在停止专利侵权责任中获得存在价值的同时,也可能带来一些不可避免的副作用:因错用、滥用自由裁量权而损害权利人、社会公众的利益,甚至司法公正,从而违背了制度设计者的初衷,抹杀了自由裁量权的积极价值和重要意义。因此,必须对停止专利侵权责任中的法官自由裁量权划定合理的法度边界或者确立妥适的指向性标准。法度边界的划定,是自由裁量权合法行使的内在要义,是实现司法公正的必要保障,是推动创新发展不可或缺的力量。

1. 法律精神的秉持

什么是法律精神或者法的精神?法学家因视域不同、目的各异,作出的回答也不尽相同。从其定义的内涵范围看,有广义和狭义之说。广义的法的精神是指“法律和地理、地质、气候、人种、风俗、习惯、宗教信仰、人口、商业等都有关系,而这些关系就是法的精神”^[18]。即法的精神就是体现在法中的、反映和决定一个社会法的特质的,由一个社会的自然因素、经济因素、社会风俗习惯、宗教信仰所决定的基本价值理念。这可说是孟德斯鸠意义上的法的精神。狭义的法的精神是指:隐含于法中的,决定法的本质、法的特征及法的基本价值追求的文化观念,主要指由哲学、政治、宗教、历史、历史传统所决定的文化观念。这是庞德意义上的精神^[19]。前者更强调法律精神的终极追寻,后者对于诠释不同法律传统的差异自具合理性。但综合起来看,法的精神是指由社会意识及文化传统所决定的体现在法中的社会基本价值观念。专利法律制度与著作权法律制度、商标法律制度等知识产权制度一起,作为科技、经济和法律相结合的产物,是“制度文明的典范”,它在实质上解决“知识”作为资源的归属问题,是一种激励和调节的利益机制,从而推动创新^[20]。作为一个沉积在特定民族、特定社会、特定文化的某种专利法律制度,平等、公平、正义、效率等元素自不可少,它们深深地镶嵌在技术创新的目标中。基于此,法官在停止专利侵权责任中适用自由裁量权时理应源于专利法律精神的向度,不能偏离专利法律制度总体目标。法律面前人人平等,平等的法律精神要求法官依法平等地对待专利权利人和侵权者,确保双方享有同等的机会,同等的权利和义务,同等的责任;公平和效率是人类社会的一对基本关系,在停止专利侵权责任中适用自由裁量权应考虑公正和效率的有机统一,注重利益的平衡,实现最大程度的公平和效率,既保护权利人,也要惩戒侵权者并让其付出代价。正义是司法活动的根本目标,是人类孜孜不倦的追求,它要求法官依据法律的规定,公正地决定不停止专利侵权或者停止侵权。

2. 伦理道德的遵循

停止专利侵权责任适用自由裁量权的正当性不仅在于裁量权的合法性,还在于裁量权具有伦理道德性。这是因为伦理道德通过法官的链接已经牢牢地固化在自由裁量权中。在自由裁量领域,法官的智识、德行得以充分展现,伦理道德得以检验,而法官的伦理道德状况往往成为决定自由裁量权效果的关键因素。停止专利侵权责任适用自由裁量权离不开伦理道德,其伦理道德的本质在于追求和实现自由裁量过程的伦理价值以及法官的道德完善,即司法活动的道德化诉求,从而使此种自由裁量权在伦理本质上体现出他律与自律的完美统一,即充分体现法官良好的伦理道德品格。“司法判决是经过法官良心过滤后的法律”,因

^⑧See Nicholas P. Chan, Balancing Judicial Mis-valuation and Patent Hold-Up: Some Principles for Considering Injunctive Relief After eBay, 59 UCLA L. Rev. 746, 752 (2012). Also see Christianna Edrington, Smartphone Wars: Emphasizing eBay's First Two Factors in Smartphone Patent Injunctions, 3 Journal of Technology Law & Policy 1, 3-4 (2013).

^⑨See Colleen V. Chien, Reducing litigation abuse by reducing the government's role in the patent system, Testimony for Subcommittee on Courts, Intellectual Property and the Internet on April 16, 2013. Available at :http://judiciary.house.gov/hearings/113th/04162013/Chien%2004162013.pdf, 2013年6月22日最后访问。

此,处理专利侵权法律纠纷案件的法官的良知是司法公正的灵魂。这就要求专利法官在自由裁量过程中,首先应遵守法律。中国《专利法》虽没有规定法院可以责令停止侵权或者不停止侵权的规定,但这并不能成为法官拒绝适用自由裁量权或者任意适用自由裁量权的理由,因为《民法通则》和《侵权责任法》对此已有规定。法官的德性不一定与制度约束相对立,相反在很多情况下德性本身就蕴涵着对制度的合理服从与遵守,这是一种美德的体现。另一方面,法官是一个有着意志自主权利和能力的行动者,并在此基础上作出善恶行为判断及其价值选择,这主要涉及法官行为和观念的正当性、合理性,它影响着案件判决结果的公正性和正义性。是故,专利侵权法律纠纷案件中的法官尤其应当秉承司法良知,恪守法官职业伦理道德和法官行为规范,排除权利、利益、人情、偏见等不当干扰,依心中之善恶尺度凭法识、法信裁断是否停止专利侵权。在停止专利侵权责任中适用自由裁量权的过程中,法官对于伦理道德的遵循与对法律精神的秉持一脉相承,这是因为法律精神和伦理道德具有天然的契合性,法律精神体现了伦理道德的基本内核。

3. 公共政策的考量

中国学者认为,公共政策是公权力主体制定和执行的用以确定和调整广泛关系的行为规范,用以解决直接关系到社会公众生存和人类社会未来的问题^[21]。具体到专利领域,这些公共政策泛化为专利政策的集合。专利政策是一国政府为了实现自身技术创新和经济发展目标而采用的各种手段,它通常包括专利制度的变更和其他各种影响专利制度功能发挥的配套措施。依此,专利政策有广狭义之分。广义的专利政策包括影响专利权激励效果的部门指导意见、行业规制规约、财政、金融、外资、科技、文化等各种政策,狭义的专利政策主要指专利法律制度。广义的专利政策能够更充分地发挥专利制度促进技术创新和扩散、促进一国经济发展,能使专利制度达到最优化的结果。无论是广义的专利政策,还是狭义的专利政策,其核心元素是利益,特别是公共利益,公共利益是现代政府制定公共政策的合法性根据,所以各国都将专利政策作为对社会公共事务中出现的各种利益矛盾进行调节和控制的工具。针对美国联邦巡回上诉法院长期以来自动颁发永久禁令导致的负面效应,美国最高法院的法官要求发布禁令应充分考虑公共利益,审慎平衡权利人和侵权人的损失及获利。而中国2008年发布的《国家知识产权战略》强调正确处理专利保护和公共利益的关系。最高人民法院近年来有多个领导讲话和司法意见则直接对责令停止侵权的自由裁量问题给予了关注,如2009年《最高人民法院印发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》(以下简称《意见》)第15条规定,“充分发挥停止侵害的救济作用,妥善适用停止侵害责任,有效遏制侵权行为……如果停止有关行为会造成当事人之间的重大利益失衡,或者有悖社会公共利益,或者实际上无法执行,可以根据案件具体情况进行利益衡量,不判决停止行为,而采取更充分的赔偿或者经济补偿等替代性措施了断纠纷。权利人长期放任侵权、怠于维权,在其请求停止侵害时,倘若责令停止有关行为会在当事人之间造成较大的利益不平衡,可以审慎地考虑不再责令停止行为,但不影响依法给予合理的赔偿”。可见,公共利益地位之显赫。专利权的客体是“技术方案”或者“设计方案”,二者均属于公共产品,这就决定了技术方案或者设计方案权利私有化必然遭遇与公共利益的抵触。但是,公共利益究竟如何界定,公共利益的范围如何划定,这需要法官更多的智慧来加以识别。但无论如何,对于公共利益、公共政策的考量,应是停止专利侵权责任中适用自由裁量权的应有之义。

四、结语

孟德斯鸠说:“任何有权力的人使用权力都要到边界才停止,没有边界的权力便是一种无休止的任意性的权力,必然贻害无穷。”^[18]停止专利侵权责任中适用自由裁量权有其正当性,但这并不意味着裁判没有法度边界,加之专利制度作为一种制度文明,其本身可能存在制度风险^[22],这就要求在复杂技术时代,处理专利侵权纠纷案件的法官在停止专利侵权责任中适用自由裁量权时,应追寻法律精神、恪守伦理道德、亲近专利政策,从而作出被公众信服的裁判,推动创新驱动发展战略的实施,构筑专利侵权救济的“中国梦”。

参考文献:

- [1] 古斯塔夫·拉德布鲁赫. 法律智慧警句集[M]. 舒国滢,译. 北京:中国法制出版社,2001:1.
- [2] 棚濑孝雄. 纠纷的解决与审判制度[M]. 王亚新,译. 北京:中国政法大学出版社,2004:126.
- [3] 张文显. 二十世纪西方法哲学思潮研究[M]. 北京:法律出版社,1996:627.
- [4] 戴维·M. 沃克. 牛津法律大辞典[M]. 李二元,译. 北京:法律出版社,2003:329.
- [5] 康添雄. 专利侵权不停止的司法可能及其实现[J]. 知识产权,2012(2):12-20,63.
- [6] 郑成思. 知识产权法:新世纪初的若干研究重点[M]. 北京:法律出版社,2004:13.
- [7] 张晓都. 专利侵权诉讼中的停止侵权与禁止双重赔偿原则[J]. 知识产权,2008(6):78-83.
- [8] 最高人民法院. 《中国法院知识产权司法保护状况(2009年)》[EB/OL]. [2010-04-21](2013-07-06). http://news.xinhuanet.com/legal/2010-04/21/c_1246383.htm.

- [9] 卡尔·拉伦茨. 法学方法论[M]. 米山隆, 译. 东京: 劲草书房, 1991: 622 - 623.
- [10] 和育东. 美国专利侵权救济[M]. 北京: 法律出版社, 2009: 45.
- [11] 罗纳德·科斯. 社会成本问题[M]// 盛洪. 现代制度经济学(上卷). 北京: 北京大学出版社, 2003: 246.
- [12] PETER D. Rosenberg patent law fundamentals [M]. Clark Boardman Co, 1975: 5.
- [13] 王先林. 从个体权利、竞争工具到国家战略——关于知识产权的三维视角[J]. 上海交通大学学报: 哲学社会科学版: 2008 (4): 5 - 13.
- [14] 辞海编辑委员会编. 辞海(上)[M]. 上海: 上海辞书出版社, 1989: 578.
- [15] 德沃金. 法律帝国[M]. 李常青, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1996: 361.
- [16] 张宏生. 西方法律思想史[M]. 北京: 北京大学出版社, 1983: 51.
- [17] 李扬, 许清. 知识产权人停止侵害请求权的限制[J]. 法学家, 2012(6): 75 - 92, 176.
- [18] 孟德斯鸠. 论法的精神[M]. 张雁深, 译. 北京: 商务印书馆, 1961: 20, 24.
- [19] 罗斯科·庞德. 普通法的精神[M]. 唐前启, 廖相文, 高雪原, 译. 北京: 法律出版社, 2001: 58.
- [20] 李晓秋. 信息技术时代的商业方法可专利性研究[M]. 北京: 法律出版社, 2012: 1.
- [21] 张国庆. 公共政策分析[M]. 上海: 复旦大学出版社, 2004: 4.
- [22] 吴汉东. 知识产权的制度风险与法律控制[J]. 法学研究, 2012(4): 61 - 73.

On Mapping the Legal Boundary of Discretion into the Application to the Civil Liability of Cessation of Patent Infringement

LI Xiaoqiu

(School of Law, Chongqing University, Chongqing 400044, P. R, China)

Abstract: The civil liability of cessation of patent infringement is not of inevitably consequent judicial decision in patent cases since the primary patent right is distinguished from the patent right remedy. Based on the alternative strength of patent right protection, the “functional failure” of tort liability resulted by the alienation of patent right, as well as the inherited preference of Ethics exposed to the judicial process, the judges enjoy the justification of discretion. It is significant that the judges should apply this kind of power carefully, which is not only about the authority of patent infringement remedy systems and the judicial justice, but also about the profound impacts to development of technology and economy. In stop patent infringement liability in the prudent exercise of discretion, not only about the legal system of patent infringement claims the authority and impartiality of the judiciary, and the profound impact of technological innovation and economic development. Enlightened from the judicial experiences of permanent injunction in the field of U. S. Patent Law, Chinese judges should follow the spirit of patent law, ethics, public patent policies when to apply the discretion into the liability of cessation of patent infringement.

Key words: patent infringement; the power of discretion; judicial justice; directional standards

(责任编辑 胡志平)