

知识产权侵权诉讼的二阶构造： 德国实践与中国进路^{*}

唐雨汉

摘 要：知识产权侵权纠纷可分为权利侵害认定与损害数额确定两个事实检视阶层，将两阶层作一整体程序审理不仅难以满足权利人制止侵害的迫切需求，还会系统性延宕案件审理进程，制约司法保护水平的提升。德国立法与司法实践将实体逻辑映射于诉讼程序，允许权利人先行提起妨害防止、信息开示及确认损害赔偿之诉，若原告胜诉且双方和解不成，需另行提起数额之诉。二阶化程序符合知识产权诉讼规律，我国不必照搬德国两阶段诉讼制度，但在审理构造上采纳分离请求原因与数额阶段的理念，在以技术类案件为主的复杂纠纷中适用先行判决，并在二阶模式下进一步完善证据规则，以高质效专门化审判机制助力打造国际知识产权诉讼优选地。

关键词：知识产权侵权诉讼；二阶构造；请求原因；损害赔偿；诉讼优选地

作者简介：同济大学 上海国际知识产权学院 博士研究生 上海 200092
德国马克斯·普朗克创新与竞争研究所 联合培养博士研究生
慕尼黑 80333

中图分类号：D923.4；D925.1

文献标识码：A

文章编号：1005—4871(2025)06—0113—25

^{*} 本文系国家社会科学基金重大项目“新形势下我国参与知识产权全球治理的战略研究”(项目编号：21&ZD165)、国家留学基金“国际区域问题研究及外语高层次人才培养项目”(项目编号：202506260035)的阶段性研究成果。

一、问题的提出

在我国知识产权侵权纠纷中,权利人往往在起诉时一并提起停止侵害之诉和有明确金额请求的损害赔偿之诉,法院经审理后作出完全终局判决。诉讼中,当被告抗辩其行为不侵权时,也需一并对包含数额在内的原告所提证据进行质证。^①该审判程序结构与普通民事侵权纠纷无明显区别,在流程上并无基于实体审理机理的明确阶段划分,心证开示和裁判宣告在程序末尾一次性完成,在流程外观上呈整体化一阶式特征。诉讼活动是一项具有统一目标和对象的整体性活动,传统审理构造本身符合民事诉讼一般原理。但在知识产权法上,因忽视知识产权及其侵权的特殊性,一阶式程序构造显著加剧了本已广泛存在的“举证难”和“周期长”等问题。从停止侵害角度出发,完全终局判决难以满足复杂案件中权利人制止侵权的迫切需求。从诉讼经济角度来看,诉中不就侵权认定开示心证不利于促进双方就损害额达成和解;传统构造下若法院不主动通过诉讼指挥后置赔偿争点审理,最终认定侵权不成立时就损害额审理所作努力便毫无意义;^②基于专利等知识产权效力的不稳定性,二审请求原因被否定情况时有发生,导致一审损害赔偿阶段审判资源的浪费与当事人精力的无谓耗散。^③就损害认定而言,知识产权诉讼证据偏在特征显著,当事人起诉时需要明确损害额,但具体范围通常难以界定。在各知识产权单行法中规定的损害赔偿文书提出令制度适用率很低,^④且法院在传统计算方式适用中秉持高度精确性理念的背景下,司法实践中直接适用法定赔偿制度裁量赔偿数额的现象较为普遍。

根据诉讼阶层理论,规定权利义务关系的实体法体系在法律体系构造中处于诉讼法下位,其要素当在上位阶法中再现。^⑤程序安排应与案件类型和性质相适应,实体事实检视体系是在特定案件中配置专门化程序的逻辑起点。知识产

^① 张广良:《知识产权法院制度设计的本土化思维》,载《法学家》,2014年第6期,第55-65页,这里第64页;李凌:《专利侵权诉讼的二阶构造与程序展开》,载《法商研究》,2025年第5期,第184-200页,这里第186页。

^② 如在某电器股份有限公司与某日用电器科技有限公司等侵害发明专利权纠纷中,原告主张以侵权获利计算损害额并提交大量证据,被告也提交证据证明被诉侵权产品专利贡献率和销售情况,双方围绕损害额进行了证据交换和质证,但法院最终认为侵权不成立。参见北京知识产权法院(2021)京73民初743号民事判决书。

^③ 如在黄某与陈某侵害外观设计专利权纠纷案中,一审法院审理完毕后判决被告停止侵害并支付损害赔偿金,二审法院认定一审被告现有设计抗辩成立,驳回原告全部诉讼请求。参见浙江省高级人民法院(2023)浙民终510号民事判决书。

^④ 徐卓斌:《知识产权侵权法律适用通解》,北京:人民法院出版社,2023年版,第63页。

^⑤ [日]中村宗雄、中村英郎:《诉讼法学方法论——中村民事诉讼理论精要》,陈刚、段文波译,北京:中国法制出版社,2009年版,第71-74页。

权侵权案件本身可分为侵权认定(“侵害论”)与损害金额确定(“损害论”)两阶层。“侵害论”依据个案事实和权利类型,可能包括权利归属、稳定性、保护范围解释和侵害事实认定。一阶式构造并非唯一程序路径,域外为规避传统审理构造下的各类问题,常将实体两阶层逻辑外化于专利等知识产权诉讼程序。我国在理性完善知识产权诉讼程序时,可以从相关经验教训中寻求启发。鉴于诉讼制度的可比性、贯彻二阶程序构造的彻底性及在各类知识产权纠纷中得到推行的全面性,德国在侵害知识产权纠纷中贯彻的二阶段诉讼构造尤为值得关注。^①“二阶诉讼”分为“原因程序”(Grundprozess)和可能的“数额程序”(Höheverfahren)。^②原因程序是数个行为给付之诉和一积极确认之诉的客观合并,权利人一般先主张行使妨害防止请求权(Unterlassungsanspruch,也译为“不作为请求权”)和信息开示(与会计文书提出)请求权(Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruch),并请求确认被告负损害赔偿责任。^③原因程序判决作出后,双方将尝试和解。若协商失败,原告需在判决确定后提起一独立数额之诉。^④该二阶段诉讼构造程序严整,虽在具体实施上有偏倚权利人之嫌,但整体符合知识产权审判逻辑,避免了许多传统模式下无法解决的问题,不会产生数额阶段投入审判资源的浪费,多数情况下甚至无需进入数额程序。^⑤永久禁令签发平均所需时间亦得到大幅缩短,且避免了在起诉时即需明确损害额且缺乏资料获取渠道的困境。二阶段诉讼下大批权利人选择在德国诉讼,助力德国成为欧洲乃至世界知识产权诉讼优选地。^⑥该诉讼构造亦基本被欧洲统一专利法院(Einheitliches Patent-

^① 该程序构造在现有文献中有“二阶段诉讼”“分诉”“部分诉讼”等表述。参见李凌:《专利侵权诉讼的二阶构造与程序展开》,第184页;胡晶晶:《德国法中的专利侵权损害赔偿计算——以德国〈专利法〉第139条与德国〈民事诉讼法〉第287条为中心》,载《法律科学》,2018年第4期,第190-200页,这里第191页。专利程序因权利不稳定性专业性得到最多关注,但德国法上该二阶诉讼构造本身在各类知识产权案件中均广泛存在,是其知识产权侵权纠纷的经典程序路径。Vgl. BGH GRUR 2003, 900.

^② Vgl. Christoph Graf von der Groeben, „Schadensersatzfeststellung im Grundprozess unter Einschluss der Berechnungsfaktoren des Höheprozesses“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)*, Nr. 9, 2012, S. 864-869, hier S. 864.

^③ Vgl. Christoph Ann, *Patentrecht: Lehrbuch zum deutschen und europäischen Patentrecht und Gebrauchsmusterrecht*, 8. Aufl., München; C. H. Beck, 2022, § 35 Rn. 111-120.

^④ Vgl. Peter Mes, *Beck'sches Prozessformularbuch*, 15. Aufl., München; C. H. Beck, 2022, Form. II. Q. 3 Anm. 28.

^⑤ Vgl. Peter Meier-Beck, „Probleme des Sachantrags im Patentverletzungsprozeß“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)*, Nr. 3/4, 1998, S. 276-280, hier S. 279; BGH GRUR 2008, 786.

^⑥ Vgl. Martin Stierle, „Der quasi-automatische Unterlassungsanspruch im deutschen Patentrecht: Ein Beitrag im Lichte der Reformdiskussion des § 139 I PatG“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)*, Nr. 9, 2019, S. 873-885, hier S. 873.

gericht)接受,产生更广泛的影响。^①

习近平总书记指出,要强化民事司法保护,研究制定符合知识产权案件规律的诉讼规范。^②在知识产权法研究重实体、轻程序的现状下,案件审判规律一直未得学界足够关注。我国已经成为审理知识产权案件尤其是专利案件最多的国家,^③案件压力对提质增效提出更高要求,纾解举证困难、周期延宕等结构性矛盾不能仅聚焦审判管理措施,更需立足知识产权纠纷的特殊性,从诉讼结构层面寻找解决路径。立足传统民事审理构造与知识产权纠纷兼容性不佳的现状,本文将对德国二阶段诉讼制度展开理论和实践上的详细剖析。结合其经验教训与我国审判实践,本文将阐明在我国知识产权侵权案件中贯彻二阶审理构造的必要性,并就推进特别程序立法时如何基于二阶机理设计“禁令高效,赔偿充分”的审判机制、助力打造国际知识产权诉讼优选地进行前瞻性探讨,进而探索深度参与全球知识产权治理背景下,针对性突破司法质效瓶颈的中国方案。

二、基础逻辑:从两阶层事实检视到二阶段程序构造

知识产权侵权诉讼亦遵循侵权法的基础事实检视机理。在侵权法中,有适用于侵权行为的责任法和以损害赔偿为内容的损害法之分。^④侵权损害赔偿请求权构成的实体检视可分为责任成立和责任范围两阶层。^⑤基于德国法上“加害行为一侵害民事权益一损害”的分析路径,侵权责任构成的因果关系在实体检视上亦具二阶性,可分为责任成立的因果关系(haftungsbegründende Kausalität)与责任范围的因果关系(haftungsausfüllende Kausalität)。^⑥责任成立的因果关系为权益受侵害和加害行为间的因果关系,责任范围的因果关系为所受损害和权益受侵害间的因果关系。^⑦在侵权民事诉讼中,法院可将侵权责任检视的实体两阶层机理

^① 欧洲统一专利法院将原因程序进一步内部分解为书面审、中间审和口头审。Vgl. Ronny Thomas, „Das erstinstanzliche Verletzungsverfahren vor dem Einheitlichen Patentgericht“, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)*, Nr. 15, 2023, S. 685 - 691, hier S. 685.

^② 参见《习近平主持中央政治局第二十五次集体学习并讲话》,中华人民共和国中央人民政府,2020-12-01, https://www.gov.cn/xinwen/2020-12/01/content_5566183.htm, 访问日期:2025-12-07。

^③ 参见《最高人民法院工作报告——二〇二二年三月八日在第十三届全国人民代表大会第五次会议上》,载《人民日报》,2022年3月16日,第2版。

^④ 王泽鉴:《损害赔偿》,北京:北京大学出版社,2017年版,第22页。

^⑤ Vgl. Christoph Althammer, „Die Haftung nach § 823 I und II BGB“, *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, Nr. 10, 2006, S. 697 - 702, hier S. 697.

^⑥ 责任范围的因果关系亦称损害成立的因果关系(schadensbegründende Kausalität)。参见[德]埃尔温·多伊奇(Erwin Deutsch)、汉斯-于尔根·阿伦斯(Hans-Jürgen Ahrens):《德国侵权法:侵权行为、损害赔偿及痛苦抚慰金》,叶名怡、温大军译,北京:中国人民大学出版社,2022年版,第26页。

^⑦ Vgl. Philipp Scholz, „Haftungsbegründende und haftungsausfüllende Kausalität im Zivil- und Zivilprozessrecht“, *Juristische Schulung (JuS)*, Nr. 10, 2021, S. 914 - 917, hier S. 914.

映射于诉讼程序,其出发点主要为提振诉讼经济和纾解数额确定难题。损害赔偿
责任成立的事实构成检视在民事程序法上大致对应请求原因阶段,责任后果的范
围厘定则整体对应请求数额阶段。在区分损害与损害量化的逻辑下,损害发生
(Schadenseintritt)得以证明后,数额程序的进行才有意义,责任范围的因果关系原
则上亦应在原因阶段证明。^①原因阶段程序中的损害发生无需证明至民事诉讼一
般标准,即高度盖然性(hohe Wahrscheinlichkeit),但原则上应至少证明至优越盖
然性(überwiegende Wahrscheinlichkeit)。^②

民事实体法与民事程序法之间具有不可割裂的内在联系,彼此联动、依赖。^③
在德国侵权诉讼中外化实体两阶层检视程式,实现请求原因与数额审理的二阶段
分离本有数条路径。以损害赔偿请求权的行使为主线,请求原因与数额阶段的程
序分离通常在同一诉讼程序中实现。首先,若原告起诉时明确数额,法院可适用德
国《民事诉讼法》第304条的原因判决(Grundurteil)制度,先就某一请求权原因事
实作出在上诉救济上被视为终局判决的中间判决(Zwischenurteil)。^④根据德国裁
判效力理论,原因判决能产生形式确定力(formelle Rechtskraft)而无实质确定力
(既判力)。^⑤因控诉审可能撤销原判导致一审就数额审理所作努力付诸东流,原
因判决意在避免该风险并促进双方就数额和解,在整体上简化与加速审理。^⑥但
若作出原因判决反而可能使诉讼进一步延宕,则应排除其适用。如果原因事实查
清时损害数额的一部分亦已确定,则可就已查清数额作出可提起控诉(Berufung)
的部分判决(Teilurteil)。根据德国《民事诉讼法》第301条第1款,作出部分判决
的同时应就余部请求原因作出原因判决。其次,若起诉时难以明确数额,原告可通
过提起德国《民事诉讼法》第254条规定的“阶段诉讼”(Stufenklage),将信息开示
(与会计文书提出)请求和损害赔偿请求客观合并于一诉并按顺序审理,在第一阶
段诉讼结束并获得信息前可暂不明确请求数额。阶段诉讼中的信息开示(与会计
文书提出)请求权基于德国《民法典》第242条“诚实信用给付”产生,在习惯法上长
期得到承认,是服务于损害赔偿请求权实现的非独立辅助请求权(unselbständiger

^① Vgl. Hans-Joachim Musielak, in: *Münchener Kommentar ZPO*, 6. Aufl., 2020, § 304 Rn. 29.

^② Vgl. BGH NJW-RR 1991, 599. 优越盖然性是指当事人主张事实存在的盖然性大于不存在,存在概
率至少不低于50%。

^③ 张卫平:《民法典与民事诉讼法的连接与统合——从民事诉讼法视角看民法典的编纂》,载《法学研
究》,2016年第1期,第22-36页,这里第23页。

^④ Vgl. Ingo Saenger, in: *ZPO*, 10. Aufl., 2023, § 304 Rn. 1ff.

^⑤ Vgl. BGH NJW-RR 1987, 1196.

^⑥ Vgl. Reinmar Wolff, in: *ZPO*, 22. Aufl., 2025, § 304 Rn. 1.

Hilfsanspruch)。^① 其实现以损害赔偿请求权原因存在为前提,损害发生亦证明至优越盖然性即可,在事实构成检视上与损害赔偿请求权原因审理阶段高度重合。^② 因法院在阶段诉讼第一阶段末尾以部分判决形式裁判,信息开示(与会计文书提出)判决虽已实际上就损害赔偿请求原因作出判断,但确定力不及损害赔偿请求原因,对数额程序法院和当事人不具拘束力。^③ 除损害赔偿外,若原告一并提起妨害防止等防御性请求,基于及时提供救济的需要,可一并通过部分判决裁判。

德国知识产权侵权诉讼的二阶构造与普通侵权纠纷不同,原因和数额程序普遍分离且分别构成独立诉讼。具言之,其一,能提起给付之诉时,因确认利益欠缺,积极确认之诉原则上不得先于给付之诉被提起。^④ 若起诉时难以明确数额,提起阶段诉讼的可行性亦原则上排除先行提起确认损害赔偿责任之诉的合法性。^⑤ 提起确认损害赔偿责任之诉所需确认利益例外地在侵害知识产权与不正当竞争纠纷中得到系统性承认。^⑥ 联邦最高法院多次强调该观点,认为在知识产权领域,先行提起积极确认之诉具合法性基础(理由后文将详细展开)。^⑦ 德国各知识产权单行法均单独设立损害赔偿请求权,并在法条表述中将损害赔偿问题进一步分为赔偿责任(Verpflichtung)与数额酌定(Bemessung)两阶层,亦明确体现先确认责任、后厘定数额的思路流程。积极确认判决得产生实质确定力,对当事人主张的全部损害具有拘束力。其二,侵权纠纷以损害赔偿为主要责任形式,但在知识产权侵权诉讼中,禁令常扮演更关键的角色。^⑧ 知识产权侵权行为隐蔽性强,技术更迭速度快,以涉技术类案件为主的复杂纠纷市场价值大,侵权行为持续易使权利人遭受难以弥补的损失,权利人常有尽早获取禁令救济的强烈动机。在德国知识产权侵权诉讼中,除认定损害赔偿原因成立及就辅助请求权下判外,法院常依诉请在原因程序末尾一并就知识产权人的数个固有请求权作出完全终局判决,并允许提供担保前提下的假执行(vorläufige Zwangsvollstreckung)。^⑨

^① 德国法上辅助请求权是与主请求权相对应的概念,其行使依赖于主请求权基础存在。Vgl. Ulrich Reber, in: *BeckOK Urheberrecht*, 43. Edition, 2024, § 97 Rn. 134.

^② Vgl. BGH GRUR 2013, 713.

^③ Vgl. BGH NJW 1985, 862; BGH NJW 2012, 2180.

^④ Vgl. BGH NJW 1984, 1118.

^⑤ Vgl. BGH NJW 1996, 2098.

^⑥ Vgl. Hans-Joachim Musielak/Ulrich Foerste, *ZPO*, 22. Aufl., 2025, § 256 Rn. 14; Ekkehard Becker-Eberhard, in: *Münchener Kommentar ZPO*, 6. Aufl., 2020, § 256 Rn. 54.

^⑦ Vgl. BGH GRUR 1972, 180; BGH GRUR 2001, 1177; BGH GRUR 2003, 900.

^⑧ Vgl. Dirk Jestaedt, in: *DesignG*, 7. Aufl., 2023, § 42 Rn. 77.

^⑨ 假执行又称临时执行,是相对于“终局执行”的概念,判决确定后的强制执行作为终局执行。反之,在判决尚未最终确定前的强制执行就是临时执行。

三、诉讼构造：“原因程序”与“数额程序”

（一）原因程序：行为给付之诉与积极确认之诉的合并

原因程序中的给付之诉以固有请求权及以损害信息为给付内容的辅助请求权为基础。在我国，关于知识产权人固有请求权的配置问题，学界尚存争议。有学者认为，基于知识产权的特殊性，知识产权请求权仅包括停止侵害请求权；^①亦有学者认为其包括多个具体请求权，^②但在包含哪些权项上未达成共识。本文采用广义认识，即知识产权法上固有请求权指权利对世圆满状态受侵犯或有受侵犯之虞时，权利人请求他人作为或不作为以恢复或保障对世效力的权利。^③基于此，本文在使用知识产权固有请求权这一概念时，不囿于我国法有明文规定的请求权基础，将不以过错为前提的大陆法系权利人对侵权人和第三人的独立信息请求权（selbständiger Informationsanspruch）纳入讨论范畴。德国知识产权法上，权利人享有妨害防止、信息开示、废弃与召回等多项具体的绝对权请求权。实务中，基于对禁令和侵权信息的急切需求，在诉状中请求妨害防止及信息开示（与会计文书提出）是最常见的给付之诉组合，^④一般与暂不明确请求数额的确认损害赔偿之诉一起提起。

1. 妨害防止之诉：高效制止侵害的有效工具

德国法院以严厉高效的知识产权禁令救济闻名，妨害防止请求权一向被视为知识产权人的“准自动权利”。^⑤其行使无需考虑主观过错，只要侵权行为存在且有再犯之虞（Wiederholungsgefahr）即可触发永久禁令。在司法实践中，法院通常在确定被控侵权人已实施侵权行为后即认定符合该要件，进而作出妨害防止判决。^⑥权利侵害成立前提下的禁令签发不具裁量空间，无需考虑类似美国判例法下的衡平要件。^⑦对法院来说，在查清侵权事实基础上签发永久禁令的论证负担甚至比信息开示及确认损害赔偿之诉更轻。实务中，有时为保障救济的及时性，侵权

^① 如吴汉东等：《知识产权基本问题研究》，北京：中国人民大学出版社，2005年版，第59页。

^② 如杨明：《知识产权请求权研究——兼以反不正当竞争为考察对象》，北京：北京大学出版社，2005年版，第121页。

^③ 孙山：《知识产权请求权原论》，北京：法律出版社，2022年版，第303页。

^④ 此信息开示（与会计文书提出）之诉往往同时包括成文法上独立信息开示请求权与习惯法上的损害赔偿辅助请求权。Vgl. Christoph Graf von der Groeben, „Schadensersatzfeststellung im Grundprozess unter Einschluss der Berechnungsfaktoren des Höheprozesses“, S. 864 ff.

^⑤ Vgl. Martin Stierle, „Der quasi-automatische Unterlassungsanspruch im deutschen Patentrecht: Ein Beitrag im Lichte der Reformdiskussion des § 139 I PatG“, S. 873.

^⑥ Vgl. Stephan Husemann, „Die Durchsetzung von Ansprüchen im Wettbewerbs- und Urheberrecht sowie gewerblichen Rechtsschutz“, *Juristische Schulung (JuS)*, Nr. 2, 2022, S. 113–117, hier S. 113.

^⑦ See *eBay Inc. v. Mercexchange, L. L. C.*, 547 U.S. 388, 391 (2006).

诉讼系属法院在原因程序中进一步贯彻二阶构造,先就妨害防止请求作出部分判决,将其他固有请求权、损害赔偿辅助请求权及确认损害赔偿请求权后置由残部判决处理。^① 尽管理论上侵权人可提出权利滥用和比例原则等抗辩,但实践中鲜有成功先例,未能动摇“禁令当然论”的地位。

根据分离原则(Trennungsprinzip),侵权诉讼系属法院在专利等侵权纠纷中无权审查涉案权利有效性,^②只能在被告单独提起无效等确权程序前提下,中止原因程序以等待无效决定作出,或在原因程序判决作出后暂停其假执行。^③但在司法实践中,德国法院为防止诉讼延宕,尤其考虑到被控侵权人有尽可能拖延诉讼以迟延禁令签发的动机,一般认为仅以提起无效程序为理由申请中止侵权诉讼或暂时停止假执行远远不够,联邦最高法院判例要求权利撤销可能性至少达优越盖然性。^④州法院和州高等法院则常要求更高,撤销可能性需达高度盖然性。因此,实践中被控侵权人实际上很难成功申请中止诉讼或暂时停止假执行。该态度一方面有力保障了权利人通过连贯原因程序迅速获得禁令救济的及时性,另一方面,联邦专利法院无效程序对涉案专利作无效或部分无效宣告的比例较高。^⑤结合无效程序周期较侵权诉讼原因程序整体更为漫长的现实,侵权诉讼系属法院在原因程序所为裁判实际难以达到所有事实“达于可为裁判”标准。因此,“禁令缺口”(injunction gap)广泛存在于专利侵权司法实务中,妨害防止判决得到假执行与涉案专利最终被宣告无效的时间间隔常在一年以上。^⑥此外,原因程序中,法院在权利稳定性问题上的亲权利人倾向与定暂时状态假处分(einstweilige Verfügung)程序中的保守态度,共同引发一反常现象。^⑦在假处分审查程序中,当存在并行确权程序时,专利侵权诉讼系属法院多要求涉案专利已在联邦专利法院一审维持有效。这

① Vgl. Klaus Grabinski/Peter Tochtermann, in: *PatG*, 12. Aufl., 2023, § 139 Rn. 132.

② 于馨森:《德国专利确权制度体系化研究》,载《德国研究》,2021年第4期,第86-104页,这里第87页。

③ Vgl. Wolfgang Bierbach, „Probleme der Praxis des Verletzungsverfahrens mit Bezug zum Erteilungs- und Nichtigkeitsverfahren“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)*, Nr. 7, 1981, S. 458-465, hier S. 459.

④ Vgl. BGH GRUR 2014, 1237.

⑤ Vgl. Tilman Müller-Stoy/Anna Giedke/Julian Große-Ophoff, „Aktuelle Vernichtungsquoten im deutschen Patentnichtigkeitsverfahren“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)*, Nr. 3, 2022, S. 142-153, hier S. 143.

⑥ 在德国专利法中,“禁令缺口”指侵权诉讼系属法院作出原因程序终局判决并得假执行后,涉案专利在联邦专利法院被宣告无效的情况。Vgl. Ansgar Ohly/Martin Stierle, „Unverhältnismäßigkeit, Injunction Gap und Geheimnisschutz im Prozess; Das Zweite Patentrechtsmodernisierungsgesetz im Überblick“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)*, Nr. 10, 2021, S. 1229-1241, hier S. 1238.

⑦ 在知识产权法语境下,德国民事诉讼法上的定暂时状态假处分制度与我国行为保全制度在功能上相似。

一现状使临时禁令对胜诉可能性的要求在权利稳定性语境下显著高于永久禁令，在德国司法界引发不少争议。^①

2. 信息开示(与会计文书提出)之诉:缓和证据偏在的有力武器

我国《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(后文简称《民诉解释》)第112条规定了客体一般化的书证提出命令。德国民事诉讼中的证据提出义务则采限定主义,以实体法领域存在相应请求权为基础,在诉讼法上仅适用于文书被不负证明责任当事人在诉讼中引用过的情形。^② 信息开示可作为独立诉讼请求被提起,也可通过程序法上的临时措施实现。德国民法未就证据提出义务规定一般性请求权。^③ 考虑到在客体无形、侵权隐蔽的知识产权诉讼中,涉案证据通常由侵权人一方掌握,为贯彻武器平等原则,德国知识产权法上发展出两类具体信息类请求权:一类可被归入固有请求权,与过错责任无关,在狭义上仅包括以其《专利法》第140b条为代表的、可向侵权人或第三人主张的信息开示请求权,在广义上则囊括以其《专利法》第140c条为代表的、向疑似侵权人提出的、服务于“侵害论”证明的书证开示与物之检视请求权(Vorlage und Besichtigungsansprüche)。另一类是为损害赔偿计算或执行服务的信息开示请求权,要求至少具有过失,在狭义上仅指损害计算准备型辅助请求权,^④在广义上还包括以《专利法》第140d条为代表的,为保障数额判决有效执行的银行、财务与交易书证提出请求权。这些具体请求权可统称为权利人广泛的“信息请求权”。^⑤

“侵害论”之书证开示与物之检视请求权以及“损害论”之银行、财务与交易书证提出请求权较少在诉请中出现。书证开示与物之检视请求权为转化欧盟《关于知识产权实施的指令》(2004/48/EC)有关权利侵害事实证据开示的规定而设立,德国通过《知识产权实施优化法案》在各单行法中设立该请求权。^⑥ 该请求权对证明被控侵权人侵权事实,进而获得禁令有重要意义,其实现不要求侵权事实已被查清至可为裁判程度,只需达优越盖然性即可。因借该请求权的行使查清侵权事实

^① Vgl. Hermann Deichfuß, „Die Prüfung des Rechtsbestands des Patents im einstweiligen Rechtsschutz; Anmerkungen zum Vorlagebeschluss des LG München I, Rechtsbestand im Verfügungsverfahren“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)*, Nr. 1-2, 2022, S. 33-39, hier S. 35.

^② 张卫平:《当事人文书提出义务的制度建构》,载《法学家》,2017年第3期,第31-44页,这里第32页。

^③ Vgl. Ulrich Loewenheim, *Handbuch des Urheberrechts*, 3. Aufl., München: C. H. Beck, 2021, § 99 Rn. 42.

^④ Maximilian Haedicke/Henrik Timmann, *Patent Law: A Handbook on European and German Patent Law*, München: C. H. Beck, 2014, p. 926.

^⑤ Vgl. Johann Pitz, *Patentverletzungsverfahren*, 2. Aufl., München: C. H. Beck, 2010, Rn. 44.

^⑥ Vgl. Claus M. Eckhardt, in: *BeckOK Markenrecht*, 39. Edition, 2024, § 19a Rn. 1.

是妨害防止和确认损害赔偿请求实现的前提,实践中一般不作为独立诉请提出,而是通过假处分实现。若作为单独请求提出,法院一般在原因程序内贯彻二阶审理构造,适用部分判决让权利人先获得文书提出或进行物之检视,然后于原因程序末尾作出终局判决。^① 银行、财务与交易书证提出请求权亦由《知识产权实施优化法案》为转化欧盟 2004/48/EC 号指令引入,该请求权要求商业规模侵权人披露其银行、财务与交易有关书证以便利赔偿金的执行,在目的上与损害计算准备型请求权存在较大差异。其条件较为严格,以赔偿责任已确定且未提出书证则赔偿不能得到顺利执行为前提,虽可在提起原因或数额程序时通过提出独立诉讼请求或以假处分程序实现,但在司法实践中很少被行使。^②

与之相对,两个狭义信息请求权通常以单独诉请被提起。独立的信息开示请求权于 1990 年在各单行法中设立并在《知识产权实施优化法案》中得到进一步扩展,分为针对侵权人的信息开示请求权和第三人的信息开示请求权(Drittauskunftsanspruch)。针对侵权人的信息开示请求权要求侵权人依被侵权人申请无延迟地提供所使用产品的来源及销售渠道。权利人亦可通过诉之主观合并,要求实施行为已达商业规模且满足下列条件之一者提供来源及销售渠道:(1)持有侵权产品;(2)使用侵权服务;(3)将使用的服务用于侵权行为;(4)依前三项所列之人陈述,参与制造、生产、销售系争产品或提供服务。若信息开示要求被证明有误,第三人对开示申请人享有赔偿请求权。这两项细分请求权亦可通过假处分程序实现,在一方当事人要求下,法院可中止侵权诉讼,直至相关信息得到开示,以免在请求权实现前就对纠纷作出裁判。^③ 非独立的信息开示(与会计文书提出)请求权在性质上与阶段诉讼第一阶段所主张的请求权相同,通过提出损害计算所必需的文书,辅助实现主请求权。^④ 该请求权一般不通过假处分实现,原告应在诉状中清楚列明要求提出的账簿和侵权资料等文书,包含权利人为选择计算方式、确定相应方式下的数额及验证文书准确性所需的所有细节。^⑤ 在“侵害论”审理完毕时即可就该请求权下判,与我国知识产权单行法中文书提出令制度不同,权利人无需就损害数额尽力举证。

德国法上信息类请求权的法律规范堪称精细,为饱受举证难困扰的知识产权

① Vgl. Martin Wirtz, in: *MarkenG*, 4. Aufl., 2023, § 19a Rn. 22.

② Vgl. Peter Mes, in: *PatG*, 6. Aufl., 2024, § 140d Rn. 7-8.

③ Vgl. Lea Tochtermann, in: *Markenrecht*, 6. Aufl., 2025, § 19 Rn. 3.

④ Vgl. Ulrich Reber, in: *BeckOK Urheberrecht*, 43. Edition, 2024, § 97 Rn. 134.

⑤ Vgl. Rudolf Kraßer, „Schadensersatz für Verletzungen von gewerblichen Schutzrechten und Urheberrechten nach deutschem Recht“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil (GRUR Int.)*, Nr. 5, 1980, S. 259-272, hier S. 261.

人设置了从“侵害论”到“损害论”的全流程制度保障，往往被作为独立请求提起的两狭义信息请求权更是权利人的有力武器。较之我国和日本的证据提出命令规则，德国直接承认知识产权人享有实体法上的请求权，其适用条件更宽松，开示范围更明确，在几乎所有原告胜诉的案件中，法院都会支持信息开示系列请求，这对有效制止潜在侵权和易化损害计算具有重要意义。

过于细致的权项分解也可能导致混淆与困惑。虽然根据德国《专利法》第141a条等单行法的规定，立法者认为成文法上信息开示请求权的存在不影响主张行使辅助请求权，但在针对侵权人行使时，两具体请求权在开示范围上存在重叠，实务中界限不甚清晰，制度宗旨上亦存争议。通常认为，成文法上信息开示请求权旨在发现潜在侵权者、更全面地制止侵害，本身独立于服务损害计算的辅助请求权。^①亦有学者认为，独立的信息开示请求权主要服务于损害确定，由于获得制定法承认而得以从辅助性请求权范围中剥离出来，因而不以过错和损害发生为条件。^②本文倾向前一种观点，基于体系解释和《知识产权实施优化法案》立法目的，成文法上的信息开示请求权是独立调查请求权(Ermittlungsanspruch)的一种，^③本质上属固有请求权，旨在确定侵权范围，在效果上服务于妨害防止等请求权的实现，虽然和损害赔偿辅助请求权在获取信息上可能有重叠，但二者在旨趣上的差异决定了性质上的本质区别。

3. 确认损害赔偿之诉：联结两阶段程序的纽带

确认之诉旨在保障法的安定性和消除法的不确定性，仅服务于当事人特定诉讼目的，其适用范围受给付之诉的严重挤压。^④德国为起诉时难以明确请求数额的债权人设置了阶段诉讼制度，提起阶段诉讼的可行性原则上排除提起积极确认之诉所需的确认利益。但联邦最高法院认为，如果先提起确认之诉符合诉讼经济考量，从而能更有意义、更恰当地解决争点，则确认利益可能得到承认，允许在可提起给付之诉情形下先行提起积极确认之诉。^⑤同时，结合德国民事诉讼制度和知识产权诉讼的特征，先行提起积极确认之诉明显对知识产权人更有利。一向秉持亲权利人倾向的司法裁判者，基于罹于时效风险(Verjährungsrisiko)、损害调查困境解决及争点固定等考虑，在整个知识产权领域认可确认损害赔偿之诉的诉之利益。

^① Vgl. z. B. Klaus Grabinski/Peter Tochtermann, in: *PatG*, 12. Aufl., 2023, § 139 Rn. 87.

^② Vgl. z. B. Christian Osterrieth, *Patentrecht*, 6. Aufl., München; C. H. Beck, 2021, Rn. 969 ff.

^③ Vgl. Christoph Ann, *Patentrecht; Lehrbuch zum deutschen und europäischen Patentrecht und Gebrauchsmusterrecht*, § 35 Rn. 105.

^④ 赵秀举：《论确认之诉的程序价值》，载《法学家》，2017年第6期，第108-115+179页，这里第108页。

^⑤ BGH NJW 1984, 1118.

具言之,首先,原因阶段审理完毕后,即便从侵权人处顺利获得量化损害数额所需文书,由于损害确定涉及证据繁多且内容复杂,权利人仍需较长时间以深入调查、整理证据并选择对自己最有利的数额计算方式,同时与被告谈判以争取就数额达成一致。若要求知识产权人通过阶段诉讼在客观合并之一诉中获得赔偿,即使部分判决后被告信息开示不充分,权利人亦需在获得信息和会计文书后即着手准备数额程序。否则,因提起阶段诉讼导致的数额给付请求权消灭时效中止(Hemmung),将因诉讼停顿(Stillstand)而于信息开示阶段结束六个月后继续计算。^①尤其是在德国《反不正当竞争法》中,损害赔偿请求权的消灭时效仅六个月或一年,阶段诉讼留给原告准备证据和双方协商的时间更是有限,其不利于“损害论”证据充分准备的特性是长期以来承认确认利益的重要基础。确认损害赔偿责任之诉在原因程序和可能的数额程序间起到联结作用,系消除权益不安风险的有效路径,其提起可中止整个损害赔偿请求权的消灭时效。而当权利人获得胜诉的确认损害赔偿责任判决后,根据德国《民法典》第197条第1款第3项和第201条,该损害赔偿请求权的消灭时效为自确认判决确定起30年,可充分保障权利人免受罹于时效风险困扰。^②知识产权权利人因此享有极大自主权,有充分时间为数额计算作准备并决定是否及何时提起数额之诉,这有利于侵权信息和会计文书的充分开示,亦给两造协商预留了充分的中间时间。其次,阶段诉讼第一阶段所为部分判决虽实质就损害赔偿请求原因作出认定,但对数额阶段没有拘束力,被告仍可能在数额阶段抗辩责任不成立。而在主文中就损害赔偿责任作出终局判定的确认判决,则可以避免这一情况。确认判决的实质确定力,可使两造协商聚焦于具体金额,从而有助于纠纷的快速和解。

知识产权法上确认损害赔偿责任之诉的审理范围与一般侵权法上损害赔偿原因程序基本重合,主要围绕损害发生与过错展开。提起确认之诉时,权利人无需指定损害赔偿的计算方式,而是基于原因程序后被告提供的信息再作选择。就损害发生而言,联邦最高法院在事实检视上持相对宽松的标准,一般标准与侵权法上损害发生证明度相同。^③在部分案件中,法院认为,只要损害结果在事实结构上具有可想象性(denkbar)并具备现实可能性(möglich)即可认定损害存在。^④考虑到制造与销售侵权产品会造成损害发生符合生活经验,实务中损害发生的盖然性通常

^① 德国法上消灭时效障碍事由分为中止、重新开始(Neubeginn)和未完成(Ablaufhemmung)。阶段诉讼之提起产生中止数额给付请求权消灭时效的效力。

^② Vgl. Madeleine Tolani, „Verjährungshemmung durch Feststellungsklage“, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Nr. 38, 2019, S. 2751–2753, hier S. 2751.

^③ BGH GRUR 1984, 741; BGH GRUR 2013, 713.

^④ BGH GRUR 2001, 849.

不构成主要争点。^① 在确定责任原因和损害发生时,应估出一个最低损害额(Mindestschaden)。^② 就过错而言,在我国司法实践中,法院实际采取推定方式,权利人即使未就过错举证也不影响其获得赔偿。德国法院持相近态度,知识产权损害赔偿请求权以侵权人“故意或过失实施侵权行为”为前提,对过失的定义一向非常宽泛,当事人很少对此产生异议。^③ 在诉讼中,实际上无需专门就过失举证,客观上实施侵权行为将被推定为至少存在过失。^④ 因此,若侵权问题已得到澄清,一般即可就损害发生与过错给出肯定回答,进而确认赔偿责任的存在。联邦最高法院第十民事庭前首席法官彼得·梅尔贝克(Peter Meier-Beck)认为,损害赔偿责任确认实际上是查清禁令救济基础事实时可顺带下判的“副产品”(Nebenprodukt)。^⑤

(二) 数额程序:损害赔偿给付之诉

在二阶诉讼构造下,最重要的和解促进时机为原因阶段胜诉判决作出后,多数案件无需再通过诉讼解决损害数额问题。详言之,首先,侵权成立心证的开示和判决的公开让当事人,尤其是被告,对诉讼后续走向有清晰预期,从而有利于增强其和解动机。德国法上,确认判决的既判力使这种可预见性转换为“确定性”,被告不再存有侥幸心理,和解就成了最经济的选项。这样不仅能节省精力和高额诉讼开支,还可能达成后续许可协议。其次,德国知识产权法上几乎所有一审禁令判决都能得到假执行,法院没有实质审查权,侵权人常在禁令压迫效应下,为避免整条生产线陷入停滞而力争达成和解。^⑥ 信息开示(与会计文书提出)判项亦包含给付内容,因而可以申请假执行。为防止作为竞争对手的权利人获得敏感经营信息,被告亦倾向于与原告接触以避免敏感文书提出。再次,获得确认损害赔偿责任之胜诉判决的原告有充分时间准备证据并与被告周旋,相较疲于应付原因程序控诉审、上告审以及禁令和信息开示假执行的被告更为从容。考虑到数额程序在证明上较原因程序更复杂,原因程序原告往往在穷尽和解尝试后才提起数额之诉。最后,在原因程序后尽可能为双方创造和解契机以节约数额程序审判资源,本为德国二阶诉讼构造的题中之义,司法裁判者亦有足够强的动力尽可能地促成当事人在将纠

^① BGH GRUR 1960, 256.

^② Vgl. Hanns Prütting, in: *Münchener Kommentar ZPO*, 6. Aufl., 2020, § 287 Rn. 14.

^③ Vgl. Johann Pitz, *Patentverletzungsverfahren*, Rn. 43.

^④ See Peter Meier-Beck, “Damages for Patent Infringement According to German Law: Basic Principles, Assessment and Enforcement”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)*, Vol. 35, No. 2, 2004, pp. 113 – 124, here p. 115.

^⑤ Peter Meier-Beck, „Probleme des Sachantrags im Patentverletzungsprozeß“, S. 279.

^⑥ Vgl. Peter Meier-Beck, „Bifurkation und Trennung: Überlegungen zum Übereinkommen über ein Einheitliches Patentgericht und zur Zukunft des Trennungsprinzips in Deutschland“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)*, Nr. 10, 2015, S. 929 – 936, hier S. 931 – 932.

纷诉诸法院前协商解决数额问题。因此,双方往往能在这段堪称充分的中间时间里实现和解,乃至签署后续许可协议。统计显示,原因程序结束后90%左右的案件无需进入数额程序,司法实践中有关损害数额的判例很少。^①

若协商不成,权利人应在原因阶段终局判决确定后另行提起数额之诉。在计算时,德国法上没有法定赔偿制度,而是在保证权利人有充足证据准备时间并获得开示的侵权和损害信息基础上,通过损害额认定(Schadensschätzung)制度下自由心证规则,降低证明度要求,以逸失利益、侵权获利及许可费推定三类传统计算方式确定数额。权利人享有计算方式选择权,在侵权人完成给付或数额判决确定前可以随时变更计算方式。^②但最终,权利人必须在三种方式中选择一种,不允许混搭适用。

逸失利益方式根据权利人因被告侵权行为所受损害确定赔偿额,意在通过赔偿填平损失,较少体现知识产权的特殊性,法官通常依差额法衡量具体损害。在实践中,权利人一般不愿为证明逸失利益开示己方账簿资料,替代产品的存在也让责任范围的因果关系很难被充分证明。因而实践中仅在市场参与者很少的前提下才能克服困境,选择该方式的案例很少。^③相较之下,后两种计算方式的适用则要广泛许多,其“法律拟制”的性质更能体现知识产权损害赔偿计算的特殊性。^④这两种方式并非以权利人所受损害事实为基础,数额程序中责任范围因果关系的证明实际上被回避。^⑤在选择侵权获利的案件中,权利人可要求被告返还其因侵权所获收益。该方式基于侵权人提供的信息,无需披露自身商业信息。侵权获利方式曾因可扣除成本范围宽泛而较少被采用,但联邦最高法院不允许侵权人扣除经常性开支后,该方式适用开始增多。^⑥许可费推定是诉讼中最常采用的形式。^⑦该方式下证明难度相对较小。在我国各知识产权单行法中,因条文中“许可使用费(权

^① See Hans Marshall, “The Enforcement of Patent Rights in Germany”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)*, Vol. 31, No. 6, 2000, pp. 646–669, here p. 668; ディルク・シュスラー＝ランゲハイネ＝ミヒャエル・ファイファー「ドイツ訴訟実務：特許権侵害に対する損害賠償の請求：「損害賠償責任の確認判決」と「損害賠償請求」の二訴訟制度について」*Law & Technology* 85号(2019年)47頁参照。

^② BGH GRUR 1993, 55.

^③ Peter W. Heermann, „Schadensersatz und Bereicherungsausgleich bei Patentrechtsverletzungen“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)*, Nr. 8/9, 1999, S. 625–637, hier S. 626–628.

^④ See Marcus Schönknecht, “Determination of Patent Damages in Germany”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)*, Vol. 43, No. 3, 2012, pp. 309–332, here p. 316.

^⑤ 胡晶晶:《德国法中的专利侵权损害赔偿计算——以德国〈专利法〉第139条与德国〈民事诉讼法〉第287条为中心》,第191、194–199页。

^⑥ Vgl. BGH GRUR 2001, 329.

^⑦ Vgl. Haedicke, „Die Gewinnhaftung des Patentverletzers“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)*, Nr. 7, 2005, S. 529–535, hier S. 529.

利使用费)”前“该”字的存在,许可费倍数方式适用一般以已存在许可实践为前提。^①而德国司法实践的标准相对灵活,可采“虚拟谈判”,仅需证明理性当事人就涉案知识产权达成许可协议时的常规数额,权利人无需证明系争知识产权曾被许可过,也不必证明有发放许可的意愿。^②

仅在实体法上通过立法完善和判例积累不能从根本上缓和证明困难的问题,数额程序中证明易化的“关键一招”当属损害额认定制度的广泛适用。德国《民事诉讼法》第286条规定的完全证明标准(Vollbeweis)要求法官对实体事实认定的心证应达形成内心确信的程度,至少对应高度盖然性或接近真实的盖然性标准。而在德国《民事诉讼法》第287条下,当事人就损害是否发生及损害数额发生争论时,法院可在损害事实处于真伪不明状态时,综合个案情事,将损害发生和数额的证明标准降至优越盖然性,并依自由心证下判。^③德国通说认为,损害额认定本质上是证明度的减轻(Beweismaßreduzierung)。^④

为避免实体正当的损害赔偿请求权因程序限制而无法得到支持,德国在二阶诉讼构造下本已提供诸多便利。但考虑到知识产权客体无形、侵权隐蔽的特性,精确确定损害在本质上存在困难,损害事实处于真伪不明状态的条件普遍可得满足。基于此,法院在损害审理中一般不在精确程度上苛求权利人,允许其仅将损害发生及数额证明至优越盖然性,而后即依损害额认定制度赋予的广泛自由裁量权确定金额。损害额认定制度与我国法定赔偿制度在便利计算目的上有相似之处,但性质上有根本区别。法定赔偿直接作为兜底计算方式被单列,为法官裁量金额提供实体法依据,而损害额认定制度仅为对诉讼法上证明高度的缓和,权利人仍需就数额范围举出至少达到优势程度的证据。因此,不会出现未能提供损害额具体证据而直接请求法院适用法定赔偿,进而导致判赔缺乏数据基础的情况。^⑤

四、中国镜鉴:知识产权侵权案件审理专门化的二阶进路

针对不同属性和复杂程度的案件,我国有必要在通常诉讼程序外设计不同程序结构。^⑥中共中央、国务院印发的《知识产权强国建设纲要(2021—2035年)》提出,应“结合有关诉讼法的修改及贯彻落实,研究建立健全符合知识产权审判规律

^① 张鹏:《商标侵权损害赔偿数额计算的现状与展望》,载《知识产权》,2021年第5期,第15-29页,这里第20页。

^② Vgl. Louisa Specht-Riemenschneider, in: *UrhG*, 7. Aufl., 2022, § 97 Rn. 82.

^③ Vgl. BGH NJW-RR 2006, 1238.

^④ 毋爱斌:《损害额认定制度研究》,载《清华法学》,2012年第2期,第115-125页,这里第116页。

^⑤ 如最高人民法院(2022)最高法知民终2527号民事判决书。

^⑥ 张艳丽:《现代民事诉讼程序结构的类型化》,载《政法论丛》,2015年第3期,第129-137页,这里第135页。

的特别程序法律制度”。最高人民法院多次表示,要探索完善知识产权专门诉讼制度,加快研究制定《知识产权诉讼特别程序法》立法建议稿。^①为解决传统审理程序带来的困扰,需要重新思考适合我国知识产权侵权诉讼的程序构造,将之融入特别程序法等规范。德国从侵权损害赔偿请求权两阶层事实检视机理出发的二阶段诉讼实践,值得我国在审判理念层面予以借鉴。我国在配置具体程序时,一方面,应立足诉讼经济提振、禁令救济高效及损害证明易化三方面功能导向对标德国实践效果完善规则;另一方面,也应批判性地看待德国诉讼构造下当事人利益保护存在失衡倾向的问题,综合考量选择适合本土需要的审理专门化进路。

(一) 审理构造:请求原因与损害数额的程序分离

知识产权侵权诉讼程序外观的二阶化需求需要回答以下两层次问题。首先,在审判理念层面,立足一阶式传统民事审理构造现状,从“一阶”到“二阶”的构造外观进路转换有何必要性;其次,在具体实现路径层面,我国在二阶段“审理”和二阶段“诉讼”间应作何选择,是否应当在知识产权纠纷中允许权利人先行提起确认损害赔偿责任之诉。

1. 审判理念:从“一阶”到“二阶”进路转换的重要意义

基于两阶层事实检视机理对程序构造进行二阶化重塑是对我国传统诉讼构造及法理的突破,应从不同类型诉讼的实体和程序原理出发论证,仅在特定案件中贯彻。^②在诉讼经济、权利救济和损害计算三重语境下,知识产权侵权诉讼均有二阶化改造之必要。

首先,二阶化程序是提振诉讼经济的要求。根植于两阶层事实的复杂性,以及无形财产权在边界上的模糊性和效力上的不稳定性,审判程序的二阶化改造是避免不当消耗稀缺专业审判资源、避免当事人精力遭无谓耗散的必然要求。认识到权利人起诉时难以明确具体数额、损害赔偿争点复杂且证明困难的现状,若以合理制度安排或诉讼指挥后置损害赔偿争点审理,当事人将无需在认定侵权成立前就损害数额及合理开支交换证据与质证。此举将有效聚焦争议焦点与相关攻击防御,推动复杂案件审理的集约高效进行,避免最终得出侵权不成立结论时已就损害额确定投入大量审判资源的问题。在我国司法实务中,一些法院可能通过庭前会议争点整理和个案诉讼指挥后置数额争点,但此类做法始终未能明确外化

^① 魏晓雯:《陶凯元委员提案建议 推动制定〈知识产权诉讼特别程序法〉》,最高人民法院知识产权法庭,2025-03-26, <https://enipc.court.gov.cn/zh-cn/news/view-4091.html>, 访问日期:2025-09-02。

^② 现有研究对侵权损害赔偿诉讼构造二阶化的探讨还涉及环境民事诉讼、消费者损害赔偿诉讼等。参见黄忠顺:《消费者集体性损害赔偿诉讼的二阶构造》,载《环球法律评论》,2014年第5期,第64-82页,这里第64页;张旭东:《环境民事公益诉讼并行审理的困境与出路》,载《中国法学》,2018年第5期,第278-302页,这里第296-301页。

为被系统性采纳的程序路径。此外，考虑到部分知识产权基础存在不稳定性，尤其是对涉案专利权效力稳定性的判断和保护范围解释需要很强的技术和法律功底，因而在存在并行无效宣告程序时，相关判定容易出现失误。在二阶构造下，若认定侵权成立，就权利侵害问题及相关请求作出可上诉的判决后，法院可暂时中止后续数额审理以等待权利侵害判决终审结果，进而避免因上诉审理中权利基础丧失或被告抗辩成功导致一审就数额所作审理努力白费的情况。更为重要的是，二阶程序构造为当事人在原因与数额程序间创造有效协商窗口期，有利于就损害额达成和解。民事诉讼需要通过程序合理配置来引导当事人作出理性选择，将权利侵害认定和损害额确定杂糅在同一程序中审理，将浪费认定侵权成立带来的和解促进契机。就侵权成立开示心证及停止侵害等具体判项均有利于促使当事人及时调整策略而力争达成和解。诉讼程序的阶段化反而能够促进纠纷的一次性解决，当事人亦得以节省精力与高额诉讼开支，还可能化纷争为合作，达成后续许可协议。

其次，二阶化程序是高效禁令救济的需要。二阶程序构造有助于权利人在侵权行为被查清后即得停止侵害救济，有效避免“赢官司，丢市场”局面。德国二阶诉讼构造最重要的功能之一即为在原因程序末尾甚至原因程序中即签发永久禁令，为确保禁令及时性不惜不顾权利稳定性风险，高效禁令救济是吸引权利人到德国诉讼的核心因素。在我国，行为保全制度在知识产权纠纷中的适用仍较少，权利人及时制止侵害的强烈诉求主要依赖停止侵害判决的实现。“侵害论”审理完毕即签发永久禁令，能使禁令救济周期大幅缩短，有利于展现严格保护知识产权的决心，打造国际知识产权诉讼优选地。

最后，二阶化程序是易化损害确定的选择。配合证据规则的优化，二阶程序构造能有效纾缓知识产权损害赔偿“举证难”问题。德国损害额认定制度和侵权成立前提下信息开示请求权的行使表明，知识产权侵权损害赔偿的确定本身即体现二阶精神。二阶程序构造下，在“侵害论”阶段结束后，许多当事人可能就损害数额达成和解，进而使进入数额阶段的案件量减少，且权利人有更充分的时间准备损害数额的证据。若在侵权成立基础上责令被告提出损害计算相关文书，结合知识产权诉讼规律适当改良传统计算方式下个别不合理实体要件并适当降低其证明高度，将有效降低运用传统方式证明损害的难度。结合法定赔偿补充性立法宗旨的澄清，法定赔偿适用泛化的现状将有望得到改变，权利人急于举证的情况将得以减少。此举可助力损害计算由法定赔偿向传统方式回归，避免恣意裁判，提升知识产权审判的严谨性和信服力。

2. 程序路径：无需引入确认损害赔偿责任之诉

若允许原告先行提起积极确认之诉，则知识产权侵权纠纷可如德国一般被分

为两独立诉讼；反之，权利人为避免损害赔偿请求权罹于时效，司法裁判者为避免重复审理和矛盾判决风险引发程序失序，原告往往仍在起诉时一并提出停止侵害和损害赔偿请求，法院在同一诉讼程序中贯彻二阶段审理构造。不难发现，审理程序二阶化选择的关键在于是否认可确认损害赔偿之诉的诉之利益。日本已在知识产权侵权诉讼中推行二阶段审理构造，法院在一诉中分权利侵害认定和损害数额确定两阶段组织审理。^① 若认定侵权成立，法院则在诉中开示心证并作和解劝告，若和解不成则继续损害审理。^② 日本近年多有关于引入确认损害赔偿之诉的讨论。^③ 日本官方曾多次研讨其可行性，特许厅历时数年难以统一意见，遂搁置此问题。^④ 在我国，亦有观点在专利法语境下认为应允许权利人先行提起确认损害赔偿之诉。^⑤ 本文经对德国法的考察和对日本特许厅研讨中双方观点的分析，认为在我国，确认损害赔偿之诉的诉之利益基础在知识产权法语境下并不稳固，没有认可之必要。

其一，在德国民事诉讼中，起诉时难以明确数额的原告通常以阶段诉讼解决纠纷，罹于时效风险是德国知识产权法上认可积极确认之诉之利益的首要原因。德国法上消灭时效障碍制度与我国不同，起诉导致时效中止，诉讼停顿或程序终结六个月后继续计算；若不允许原告提起确认之诉，阶段诉讼下没有充分时间供原告准备证据及当事人协商和解。我国在贯彻阶段式程序构造时更强调法院的诉讼指挥权，法院可通过诉讼指挥后置损害额审理。当事人提起损害赔偿请求即中断其诉讼时效，直至有关程序终结时起，诉讼时效期间方重新起算。在同一诉讼程序中，在开示侵权成立心证或停止侵害判决宣告后，法院可着即中止诉讼，组织双方协商数额问题。在客观合并之一诉路径下，当事人仍有充分时间准备证据与协商，且一审系属期间，损害赔偿请求权罹于时效的风险也并不存在，因此该诉之利益基

① Vgl. Simon Klopschinski, „Der Patentverletzungsprozess in Japan und Deutschland: Bericht über ein internationales Symposium der Deutsch-Japanischen Juristenvereinigung (DJJV), der Japan Intellectual Property Association (JIPA), der Japan Patent Attorneys Association (JPAA) und der International Association for the Protection of Intellectual Property of Japan (AIPPI Japan) am 23. September 2009 in München“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil (GRUR Int.)*, Nr. 4, 2010, S. 309-317, hier S. 311.

② 飯塚卓也＝岡田淳＝桑原秀明「特許侵害訴訟」(中央経済社, 2021年)40頁以下。

③ 加藤朝道「侵害訴訟改革の提言—ドイツを参考に一」*パテント* 70卷1号(2017年)89頁；設樂隆一「ドイツの二段階訴訟制度と日本の特許法改正の試みについて」*牧野利秋編「最新知的財産訴訟実務」*(青林書院, 2020年)97頁以下。

④ 産業構造審議会知的財産分科会特許制度小委員会「AI・IoT技術の時代にふさわしい特許制度の在り方—中間とりまとめ—」(2020年)17頁以下；産業構造審議会知的財産分科会特許制度小委員会「ウィズコロナ/ポストコロナ時代における特許制度の在り方」(2021年)2頁以下。

⑤ 李凌：《专利权侵权二阶段诉讼的中国图景》，载《法学评论》，2024年第5期，第70-80页，这里第80页。

础在我国并不成立。

其二，认可确认损害赔偿之诉的诉之利益虽然在二阶化上更彻底，但不利于法院灵活行使诉讼指挥权，灵活性较差，在特定情形下可能不利于诉讼经济：一是在部分案情简单、事实清楚的案件中，贯彻二阶程序构造反而可能因庭审和文书额外负担造成程序延宕，抑或赔偿事实清楚而无需后置审理。考虑到我国非技术类知识产权案件的庞大数量，此类案件虽比例不高，在诉讼经济上可能产生的消极影响亦不容忽视。二是个案中可能存在权利侵害认定与损害数额确定相关事实证据有显著交织重叠的情况。例如，若涉案专利技术贡献率的确定比较复杂，权利侵害认定阶段和损害数额确定阶段都涉及区别于现有技术特征与创新程度的识别，先行提起积极确认之诉并在另案中解决数额问题就容易导致矛盾认定。在这两类情况下，若不认可积极确认之诉的诉之利益，法院可综合衡量贯彻二阶程序构造是否有利于诉讼经济，经评估后，既可通过诉讼指挥重回一阶式构造，也可以在请求原因阶段尚未结束时即开始审理损害数额争点。积极确认之诉的诉之利益的承认将程序上的主导权交予当事人。德国与欧洲统一专利法院二阶段诉讼的实践表明，一旦认可积极确认之诉的诉之利益，原告基本会选择先行提起对其明显更有利的积极确认之诉，知识产权纠纷中鲜见其他诉讼类型。若权利人在简单案件中先提起数额以外的请求，而在原因阶段结束后又不急于协商且迟迟不就数额问题起诉，反而不利于纠纷的高效解决。

其三，判决确定后的实质确定力是确认之诉的重要功能之一，即使数额之诉中权利基础丧失，法院仍将继续审理损害数额并作出判决。^① 确认判决的遮断效避免了数额程序中就请求原因起争执的可能，不再审理原因阶段抗辩对原告相当有利。然而，德国立法和司法实践表现出的显著亲权利人倾向值得商榷，在一诉中贯彻二阶审理构造虽可能涉及无效宣告或现有技术等抗辩，但允许当事人在一审系属期间质疑涉案知识产权有效性更符合公平原则，不会出现当事人利益保护的失衡。结合德国司法实践中因“禁令缺口”问题常导致被告因一无效专利遭受损害的事实，积极确认之诉的诉之利益基础在利益平衡语境下并不稳固。在我国，当涉案知识产权效力稳定性风险高时，侵权诉讼系属法院会中止诉讼，待行政确权决定作出后再恢复审理或驳回起诉，不会允许“禁令缺口”问题的大规模出现，“损害论”阶段仍就权利基础起争执，进而产生重复审理的可能性远较德国更小，对司法质效没有显著影响。此外，若引入确认损害赔偿责任之诉，则分属两独立诉讼的原因程序和数额程序可能系属不同法院或由同一法院的不同法官审理，重新熟悉个案技术

^① Vgl. Klaus Bacher, „Vernichtung des Patents nach rechtskräftigem Abschluss des Verletzungsprozesses“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)*, Nr. 3/4, 2009, S. 216 – 220, hier S. 216.

事实可能导致出现更多审理上的重复。

其四,与在一诉中贯彻二阶审理构造相比,确认损害赔偿责任之诉的确可避免在起诉时即需明确数额的问题。我国《民事诉讼法》亦未明文认可起诉时仅表明最低金额的做法,^①但仍可通过允许调整请求数额实现损害计算的阶梯式精确化。通常认为,请求数额变更不同于诉讼标的更替,对法院审理范围和当事人攻击防御不产生根本影响。^②在司法实践中,起诉时主张的赔偿额为一估算数字,当事人在诉中依收集到的证据调整请求数额的情况很常见。^③考虑到知识产权人起诉时所提数额准确性普遍缺乏有力证据支撑,可对《民事诉讼法》第122条第3项作出较为缓和的解释,权利人可以先以预估数字提起损害赔偿之诉。“侵害论”审理结束后,可在经充分准备并获得提出文书的基础上,允许权利人适当变更请求数额。应注意的是,数额变更需受程序适用和管辖规则限制。

为有效指导司法实践,本文建议将审理程序上分离请求原因和损害数额的基本理念纳入待制定的《知识产权诉讼特别程序法》并作专条规定,明确损害额相关证据提出、质证与辩论原则上应在权利侵害事实查清后进行。审理构造专条可设但书,明确在案情简单、损害事实清楚或各阶段证据交织度高时,得转采一阶程序外观。

(二) 禁令救济:先行判决在技术类等复杂案件中的推广适用

在客观合并之一诉中贯彻二阶审理构造时,若仅在“侵害论”后开示心证,与二阶段诉讼在原因程序末尾即签发永久禁令的实践相比,制止侵害需求将受明显不利影响。此时,可利用《民事诉讼法》第156条规定的先行判决制度,在侵权成立基础上就原告停止侵害请求权先行下判,实现相同提前救济效果。先行判决条款仅规定,在一部分事实已经清楚时,可就该部先行判决,在文义上虽较为模糊,但在学理上常被认为与德国部分判决实属同一概念,就原告诉讼标的之一部作出终结特定审级的判定,裁判对象不包括独立的攻击与防御方法、请求权原因及中间程序争点等中间判决对象。^④虽然该制度曾一度沦为“休眠条款”,但随着诉讼制度繁简分流改革的推进,民事纠纷中适用先行判决的案件数量正逐步增加。在知识产权侵权诉讼中,近年来,少数法院意识到先行判决可助权利人提前实现禁令请求,实

^① 任重:《释明变更诉讼请求的标准——兼论“证据规定”第35条第1款的规范目的》,载《法学研究》,2019年第4期,第136-155页,这里第137页。

^② 张卫平:《诉讼请求变更的规制及法理》,载《政法论坛》,2019年第6期,第58-74页,这里第58页。

^③ 陈杭平:《发回重审案件当事人变更诉讼请求之探析——以〈民诉法解释〉第251条和第252条为起点》,载《华东政法大学学报》,2015年第6期,第21-28页,这里第26页。

^④ 段文波:《构建我国民事诉讼中间判决制度论——对德国和日本民事诉讼中间判决制度的借鉴》,载《政治与法律》,2009年第10期,第143-150页,这里第144页。

践中已涌现一些典型案例。^①

停止侵害先行判决在二阶审理构造中具有发挥承上启下作用的潜力。适用先行判决可以避免出现日本知识产权诉讼二阶审理构造下禁令救济的迟延以及二审撤销原判时造成的审判资源浪费。尤其是在技术类知识产权案件中,其审理周期整体更长,常超出一审审理期限。^②漫长的诉讼周期极易使权利人遭受难以弥补的损失。相较于实践中适用条件严苛且往往需提供高额担保的行为保全措施,在文义上仅以“部分事实具可分性”及“部分事实达于可为裁判程度”为前提的先行判决能更广泛地提供及时高效的禁令救济。法院应在此类纠纷中尽可能地贯彻严格保护理念,作出先行判决制止侵害,整体性缩短技术类案件禁令救济周期。先行判决是可上诉的终局判决,在其上诉审理期间,考虑到权利稳定性等风险,法院可以暂时中止诉讼,等待先行判决二审结果。法院可以在此期间组织调解,若双方能就损害额乃至许可协议达成一致,则无需进入数额阶段审理。著作权、商标等非技术类知识产权案件常呈现难易两极分化,整体周期不及技术类案件长,在一些批量型商业维权案件中适用先行判决反而可能因额外负累拖延纠纷高效解决,法官可自行结合适用要件,判断作出先行判决的必要性。

目前,因《民事诉讼法》第156条表述宽泛,民事诉讼中并无司法解释对其适用作出具体规定,知识产权领域亦仅有数条简略规定,^③先行判决在实践适用中仍有不少具体问题亟待厘清。首先,针对启动方式问题,实践中既有法院主动审查后作出先行判决的案例,亦有依当事人申请作出先行判决的情况。但从先行判决法条出发,并不能当然推知当事人有申请先行判决的程序性权利。为给实践提供明确指引,我国民事诉讼法需要明确依申请启动先行判决程序的合法性。其次,针对余部标的的处理方式问题,司法裁判者应贯彻法官不得拒绝裁判原则,仅允许中止诉讼和继续审理两类方式。在实践中,法院多在同一案件内继续审理余部请求,^④但也有法院以告知另案主张的形式处理。^⑤司法实践应禁止这种与裁判脱漏在外观

^① 如瓦莱奥清洗系统公司与厦门卢卡斯汽车配件有限公司等侵害发明专利权纠纷案,参见最高人民法院(2019)最高法知民终2号民事判决书;佛山市顺德区美的饮水机制造有限公司诉艾欧史密斯(中国)环境电器有限公司等侵害实用新型专利权纠纷案,参见天津市第三中级人民法院(2022)津03知民初150号民事判决书。

^② 以上海知识产权法院为例,该院2015年1月—2021年12月底间审结的发明专利侵权案件平均审理天数为320.5天。参见邵勋、李冰雪:《上海知识产权法院6年审结6400余件专利侵权案——多措并举破解审理难题》,载《中国知识产权报》,2022年3月9日,第10版。

^③ 例如《最高人民法院关于依法加大知识产权侵权行为惩治力度的意见》第2条、第5条。

^④ 例如浙江省杭州市中级人民法院(2018)浙01民初3728号之一民事判决书;天津市第三中级人民法院(2022)津03知民初150号之一民事判决书。

^⑤ 参见北京市高级人民法院(2013)高民终字第2088号民事判决书。

上具相似性的手段,避免先行判决异化为法官逃避余部审判的工具。再次,针对及时救济语境下临时禁令可否替代禁令先行判决的问题,基于临时禁令“紧急性”的性质,在行为保全审查标准相对严苛、一般要求提供高额担保且实践适用态度谨慎的背景下,其无法替代以判决形式作出的更具权威性的永久禁令,诉讼优选地导向下的规模化禁令签发时效提升需依赖先行判决。最后,针对上诉状态中禁令先行判决无法得到强制执行的问题,我国《民事诉讼法》未设置假执行制度,但知识产权审判实务中已有法院适用行为保全,以“先行判决+行为保全”组合作出有益探索,得到最高人民法院肯定。^①较法院无实质审查权的德国假执行制度而言,保全审查程序可以过滤部分必要性不强的申请。但审查标准也不宜过严,在侵权成立前提下,应适当放宽保全部分要件的审查,酌情减少乃至取消担保要求,使该组合可更广泛地应用于知识产权侵权纠纷。

(三) 损害证明:二阶审理构造下证据规则的优化

知识产权损害赔偿是一个实体法和程序法交织的世界性难题。法定赔偿常年在知识产权损害赔偿规则适用上占据主导地位。该现状一方面与实体规则有关,许可费倍数与其余两方式间仍存在适用顺序要求且不允许以“虚拟谈判”推定数额,给权利人制造了一些障碍。另一方面,更为根本的是,在传统计算方式适用中秉持高精度理念的司法实践忽视了知识产权损害赔偿本身证据偏在,且常陷入真伪不明、难以精确厘定的性质,要求缺乏信息获取渠道的知识产权人准确证明数额有强人所难之嫌。德国实践证明,通过实体上赋予数额程序原告计算方式选择权并允许许可费法律推定,在程序上普遍支持原因程序胜诉原告损害赔偿文书提出请求,并适当缓和损害发生与数额的证明标准,这三种传统方式完全可以满足实践需要。优化传统损害计算实体规则的研究已有较为充分的讨论,与二阶程序构造关联性不强,在此不再赘述。诉讼法上知识产权证据提出义务与证明度的区分则体现出鲜明的二阶精神,我国应在二阶审理构造下思考知识产权损害证据规则的完善方案。

除民事诉讼一般性书证提出命令制度外,为缓解知识产权损害额确定中普遍存在的证据偏在问题,立法者于2013年在《商标法》第63条第2款,于2020年在《著作权法》第54条第4款及《专利法》第71条第4款规定了损害赔偿文书提出令与拒证推定规则,规定法院为确定赔偿数额,在权利人已尽力举证,且与侵权行为相关的账簿、资料主要由侵权人掌握时,可以责令侵权人提供,侵权人

^① 周强:《最高人民法院关于人民法院知识产权审判工作情况的报告——2021年10月21日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十一次会议上》,载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》,2021年第7期,第1369-1378页,这里第1373页。

拒不提供或提供虚假资料时，法院可以参考权利人主张和所提证据确定数额。此外，《最高人民法院关于知识产权民事诉讼证据的若干规定》（后文简称《知识产权证据规定》）第 24 条还规定了知识产权证据提出令，将开示范围进一步扩张到侵权实物等证据，亦可服务于“侵害论”证据的提出。^① 这些规范构成了我国知识产权证据提出令的制度体系，其虽与限定主义下作为证据提出义务基础的德国各信息请求权性质不同，二者分属程序法和实体法规范，但若得有效利用，整体上可实现与德国各信息请求权相同的缓和证据偏在的效果。然而，实践情况却不尽如人意，尤其是在证据偏在最突出的损害赔偿问题上，虽然立法者近年来高度重视，在法律位阶为知识产权诉讼配置专款规定，但实践适用很少。而且，以《专利法》第 71 条第 4 款为例，其服务于数额阶段文书提出，且要求责令“侵权人”提供，而非“被控侵权人”，在一阶构造外观下未认定侵权成立即要求被告提出损害计算相关文书，责令其披露自身敏感经营信息在正当性上易受质疑。

在二阶程序构造下引入德国各信息类请求权论证负担很重，在民事诉讼书证提出义务已一般化，且学界持续讨论普适性证据提出令设立必要性的背景下，^② 当以诉讼法上进一步完善证据提出令系列规则更为理性，不必直接引入各类信息请求权作为证据提出义务的基础。而且，实体法上存在请求权意味着可提起信息开示之诉。若起诉时同时提起停止侵害、信息开示和损害赔偿之诉，意在辅助损害赔偿请求实现的信息之诉的特征决定了其须在诉中通过先行判决实现，而为实现固有类信息请求权，甚至可能要在“侵害论”内贯彻二阶构造，这不利于法院在简单案件中通过合理诉讼指挥高效解决纠纷。尽管如此，德国法在二阶构造下根据信息开示目的区分开示内容与条件的思路值得借鉴。我国可结合知识产权诉讼特殊性的证据提出命令具体要件，设置比目前“申请理由成立”等模糊要件更具可操作性的具体要件。由于各知识产权单行法并非程序法，未来通过特别程序法在二阶构造下对各类证据提出令进行整合更为合理。我国在制定《知识产权诉讼特别程序法》时可设证据提出命令专条，明确类型界分并细化适用条件。鉴于二阶构造下须以侵权成立为前提方能进入损害审理，本文建议将《知识产权证据规定》第 24 条内容改造为服务“侵害论”的证据提出令。侵权心证开示前，须在侵权可能性达优势程度、该证据偏在于疑似侵权人一方且对证明侵权事实有必要作用时要求提出证据；侵权成立心证开示后，可以申请侵权人披露使用产品来源及销售渠道。考虑到制止潜在侵权的需要，我国可在功能

^① 林广海、李剑、吴蓉：《系列解读之三〈最高人民法院关于知识产权民事诉讼证据的若干规定〉的理解与适用》，载《法律适用》，2021 年第 4 期，第 24-30 页，这里第 26 页。

^② 如肖建国、商盾：《当事人申请取证制度的体系性构建》，载《法学杂志》，2024 年第 6 期，第 86-101 页，这里第 95 页。

上参考德国知识产权法上针对第三人的信息开示请求权,将该开示义务扩张至生产达商业规模且与侵权行为相关联的第三人,由法院审查是否支持。如果说服务“侵害论”的证据提出令条文仅是对《知识产权证据规定》“申请理由成立”条件的进一步细化,完善损害赔偿文书提出令制度时就更应强调侵权成立基础上支持门槛的实质降低。鉴于数额阶段证据偏在的普遍性和法定赔偿适用率畸高的现状,基于文书提出令制度的规范目的,权利人在侵权成立且损害发生可能性达优越盖然性时已具备文书提出令适用的基础,不必再要求其就具体数额尽力举证。特别程序法可对散见于各知识产权单行法的损害赔偿文书提出令相关规定进行整合,各单行法中“权利人已经尽力举证”要件可被解释为“已证明侵权成立,且已将损害发生可能性证明至优势程度”。如此既可保证签发文书提出令不存在正当性问题,又能以门槛的合理降低激活制度适用。

即便有效获取开示信息,基于知识产权无形性的本质特征,权利人欲精确证明损害额也存在相当困难。可以说,要避免传统计算方式沦为“装饰性制度”,就需接受原告通常无法准确证明损害额,而法官须行使广泛自由裁量权的事实。^①《民诉解释》第108条第1款确立了“高度可能性”的一般证明标准,该标准常被认为与大陆法系高度盖然性标准相同。^②在依三类传统方式确定赔偿数额时,法院一般要求将数额证明至高度可能性,结合实体规则适用僵化的现状,知识产权人实难满足这一要求。参考德国两阶段诉讼实践,我国在制定特别程序法时可设置损害额认定专条,在知识产权诉讼中,若原告将损害额证明至高度可能性确有难度,则允许其将损害发生和数额证明至优势程度后,法院综合个案情事裁量具体数额。责任成立事实及责任成立的因果关系仍应采高度可能性标准。

五、结 语

复杂知识产权侵权案件有基于两阶层事实检视机理二阶化程序构造的必要。二阶构造契合知识产权客体无形、权利基础不稳固、侵权行为隐蔽、制止侵害需求迫切与证据偏在问题显著的特征,能避免损害赔偿审判资源的系统性浪费,促进数额问题的和解,并提供更高效的禁令救济,有利于大幅提升审判质效,吸引国际当事人来我国解决纠纷。我国应在制定《知识产权诉讼特别程序法》时参考比较法经验,原则上采纳审理构造二阶化理念,但不必引入确认损害赔偿责任之诉。在权利侵害认定阶段,我国应贯彻严保护快保护要求,在完善适用规则基础上充分发挥先

^① 参见蒋舸:《知识产权法定赔偿向传统损害赔偿方式的回归》,载《法商研究》,2019年第2期,第182-192页,这里第188页。

^② 参见吴英姿:《民事禁令程序构建原理》,载《中国法学》,2022年第2期,第82-102页,这里第96页。

行判决制度优势,在宏观上缩短禁令救济周期,展示我国保护知识产权与创新的坚定决心。在损害数额计算阶段,为配合法定赔偿立法宗旨的再澄清,司法裁判者应允许权利人在不改变程序适用和管辖的前提下申请变更请求数额,在二阶程序构造下充分发挥证据提出令缓和证据偏在的作用,并适当降低采传统方式计算损害时的证明度要求,共同保障知识产权损害赔偿在适用上既有数据作为裁判基础又不违背数额难以精确证明的本质,避免传统计算方式沦为陪衬,提升损害赔偿裁判质量。

责任编辑:郑春荣