

刘燕. 司法视角内完善中国海事强制令制度的建议[J]. 中国海商法研究, 2020, 31(3): 64-71

司法视角内完善中国海事强制令制度的建议

刘 燕

(江苏省高级人民法院 民事审判第四庭, 江苏 南京 210009)

摘要:海事强制令制度对于及时保护海事请求人的合法权益具有积极作用,但由于程序性规范不甚完备,海事法院对其适用较为谨慎。在《中华人民共和国民事诉讼法》修改过程中,应以平衡双方利益为原则,制定合理的程序规范,充分发挥海事强制令的行为保全价值。以当前海事强制令在司法中的适用状况为基础,以比较法的视角考察玛瑞瓦禁令、假处分决定等相关制度,同时参照国内民事领域中其他关于行为保全的立法和司法状况,从方便适用的角度,提出完善海事强制令的申请条件和审查程序等修法建议。

关键词:海事强制令;海事司法;知识产权;行为保全

中图分类号:D925 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2020)03-0064-08

Suggestions on improving China's maritime injunctions from the judicial perspective

LIU Yan

(Fourth Civil Division, Jiangsu High People's Court, Nanjing 210009, China)

Abstract: Maritime injunction plays a positive role in timely protecting legitimate rights and interests of claimants. However, due to incomplete procedural norms, maritime courts are quite cautious when applying the system. In the process of amending *Special Maritime Procedure Law of the People's Republic of China*, the principle of balancing interests of both parties should be used when formulating reasonable procedural norms to give full play to the behavior preservation value of maritime injunction. Based on the current application status of maritime injunction in the judiciary, this article examines related systems like Mareva injunction and provisional punishment from the perspective of comparative law and refers to other legislation and judicial situation on behavior preservation in the domestic civil field so as to put forward suggestions on improving application conditions and review procedures of maritime injunction in terms of convenience.

Key words: maritime injunction; maritime jurisdiction; intellectual property; behavior preservation

《中华人民共和国民事诉讼法》(简称《海诉法》)设立的海事强制令制度,在行为保全的层面填补了中国的法律空白。在此之前,《中华人民共和国民事诉讼法》(简称《民诉法》)中只规定了财产保全和先予执行制度,当事人在请求法院采取临时性救济措施时不能针对具体的行为。然而,由于海事法律关系中存在大量的行为之债以及包括行为内容的责任方式,如何给予相对人及时、有效的救

济?作为一种专门针对行为的临时性救济措施,海事强制令制度的设立,有效地回应了审判实践的需求,对于完善中国行为保全制度,提升海事司法的效率,推动解决海事争议的意义重大。

近年来,海事强制令制度在服务 and 保障“一带一路”建设的过程中也发挥了重要作用^①,但毋庸讳言,司法实践中对海事强制令的应用并不充分。由于海事强制令对双方当事人的权利、义务影响重大,

收稿日期:2020-05-14

作者简介:刘燕(1986-),女,山东泰安人,江苏省高级人民法院民事审判第四庭助理审判员, E-mail: jsgyliuyan@126.com。

^① 2017年上海海事法院审理的联盟多式联运有限合伙公司与深圳运达物流供应链服务有限公司海事强制令案,即通过适用海事强制令,强制交付一批用于保障哈萨克斯坦居民供电和冬季取暖的重要设备,及时、有效地保护了“一带一路”沿线国家企业和人民的合法权益。该案入选最高人民法院发布的2017年“十件海事诉讼典型案例”。

一旦作出将不可挽回,因此,在未查明全部事实之前签发海事强制令的风险较大,故在司法实践中多采取慎用的保守态度。此外,如果被申请人不配合海事强制令的执行,法院可采取的强制执行手段有限,也在一定程度上影响了海事强制令制度的适用。事实上,实践中对适用海事强制令的顾虑,反映了当前中国海事强制令制度的不完善和不健全,在此次《海诉法》修改的过程中应予以关注。笔者拟对中国海事强制令的立法和司法状况进行回顾,并借鉴国际国内相关制度,思考完善和修改海事强制令制度的路径。

一、中国海事强制令制度的立法及司法状况分析

(一) 海事强制令的法律性质

根据《海诉法》的规定,海事强制令依申请作出且应具备以下三个要件:有具体的海事请求;需要纠正被请求人违法或违约的行为;情况紧急,不立即作出海事强制令将造成损害或使损害扩大。有学者认为,《海诉法》关于海事强制令的法定条件规定得过于宽松,认为“有具体的海事请求”这一要件不够明确,进而增加了适用的难度,但从海事司法实践来看,判断申请人是否具有海事请求相当于对其是否具有“诉的利益”进行认定,是作出海事强制令的前提,这一法定要件并未实质影响海事强制令的应用。

关于海事强制令的法律性质,中国学界存在行为保全说、执行令说、独立属性说等多种观点。执行令说认为,海事强制令的目的不在于保证将来判决的执行可能,而是强制被请求人作为或不作为,直接满足请求人在实体上的要求,或者说直接保护申请人债权的实现。海事强制令不同于行为保全,反而与先予执行在本质上是一致的。^[1-2]独立属性说认为,海事强制令不能简单地界定为行为保全令或执行令,其兼具保全令与执行令的特征并具有独立的法律意义。更有学者鉴于海事强制令具有保护请求人的合法权益之功能,调整的客体主要是针对行为,且具有紧急处置这三个特征,将海事强制令定性为一种紧急行为诉讼程序。^[3-4]在诸多学说中,“行为保全”说长期占据主流地位,认为海事强制令的性质应为海事行为保全,其保全和执行标的均是行为。^[5-6]笔者亦认同该说。海事强制令虽然包含要

求被申请人作为或者不作为的内容,但并不试图对当事人之间的法律关系作出最终判断,其根本目的仍在于保护海事请求的安全,以便最终裁判结果实现,其本质是海事行为保全,保全和执行的标的均是行为。正如有学者指出的那样,海事强制令行为保全的目的不在于简单地维持法律行为的表面状态不变,而是维持法律行为内在的法律关系不变。^[7]

(二) 中国海事强制令制度在司法实践中的适用状况之分析

根据检索到的情况来看,2010年以来发生的涉及海事强制令的案件有142件,有130件为申请适用海事强制令的案件,其中100件的民事裁定书可以有效浏览^①。分析这些民事裁定书可见,当前海事强制令的适用情况呈现出以下几个特点。

1. 案件数量整体较少且增长的态势平稳

2010年至2019年间,裁判文书网公布的海事强制令案件共有130件,平均每每年仅有13件,相对于海事法院每年审理的大量海事、海商纠纷而言,这一数量可以说微乎其微。从各年度的案件数据来看^②,2014年有大幅度的增长,此后每年度的案件数量保持相对平稳的态势。

2. 地域呈现出集中的特点,但各地的案件数量不平衡

从地区分布来看,湖北、浙江、山东、上海四地^③的海事强制令案件占检索数据的80%以上,其中又以湖北和浙江的海事强制令案件更为集中,两地的案件数量占比69%以上。其他设有海事法院的六个省份数量则较少,部分海事法院近十年来仅有1至2件。海事强制令的适用地域所表现出的集中性特征,充分反映了各海事法院对其适用的态度。

3. 审查程序不统一,担保方式有差别

从100份民事裁定书的内容来看,各海事法院在是否组织听证、担保方式等程序安排上存在一定的差异。其中,组织听证程序的有6件,依申请人的单方申请进行书面审查的有94件。从担保情况来看,在多数案件中海事法院都要求申请人提交担保,担保方式以现金担保居多,也有个别案件适用了保证担保、保险公司保函等新型的担保方式。

4. 审查期限整体较短,审查效率有所保障

从100份民事裁定书的记载来看,自当事人申

① 数据来源:中国裁判文书网,访问地址:<http://wenshu.court.gov.cn>,最后访问日期:2020年1月21日。

② 2013年之前均为个位数,2014年22件,2015年17件,2016年19件,2017年26件,2018年19件,2019年13件。

③ 湖北省44件,浙江省46件,山东省13件,上海市11件。

请之日起两日内^①作出海事强制令裁定的有65件,十日内(不包含两日内作出)作出的有19件,十日以上作出的有8件,另有8件因未载明申请人提出申请日期而无法统计审查期限。可见,海事法院在法律规定期限内作出裁定的比例为65%,受理申请后在十日以上作出裁定的仅占8%左右。相比普通民事案件的财产保全而言,海事强制令案件的审查期限整体较短,审查效率较高。

5. 海事强制令需求多样化,申请事由集中化

从100份民事裁定书的请求事项来看,当事人申请海事强制令的需求是多样化的,但准许海事强制令的案件事由却呈集中化。在100个案件中,申请交付提单、海运单的共47件,申请按照提单、仓储单交货的共36件,此外还有申请强制交付船舶或造船材料,申请交付海域使用权证、交付船舶证书,申请船舶按照约定停航等多项事由。其中,当事人申请交单、申请放货两项事由占比达83%,海事法院准许作出的海事强制令也以强制交单、强制放货为主。可见,在多样化的海事强制令需求之下,申请的事由以及法院准许的事项又呈现出明显的集中化特征。

6. 法院支持比例较高,争议解决效果明显

从100份民事裁定书的结果来看,法院准许作出海事强制令的90件,驳回申请的8件,当事人提出申请后和解的1件,因申请人未交诉讼费按撤诉处理的1件。在获得法院支持的90件海事强制令案件中,仅有少数案件的被申请人提起了错误适用强制令的赔偿诉讼或者进入实体诉讼程序,多数案件在海事强制令被履行或执行后即告终结。可见,在现有的海事强制令案件中,申请人获得法院支持的比例较高,海事强制令的应用对于及时解决当事人的纠纷起到了积极作用。

二、比较法视角内的相关制度及其借鉴意义

在中国海事强制令制度的创设过程中,立法机关重点参考了英国法下的玛瑞瓦禁令制度以及大陆法系的假处分制度。^[8]在《海诉法》修改之际,为更好地完善海事强制令制度,仍有必要对上述制度进行深入的比较分析。

(一) 玛瑞瓦禁令及其适用程序

1. 玛瑞瓦禁令制度的产生及概念

玛瑞瓦禁令源于1975年英国法院的“玛瑞瓦”

案,在该案中,船东将“玛瑞瓦”轮进行期租,期租人又将该轮进行了转租,合约履行一段时间之后,期租人以无力付清租金为由请求终止期租合同。船东在向法院提起诉讼的同时,向法院单方面申请禁令,阻止期租人转移其在伦敦的银行存款。英国法官认为,法院应当发布禁令阻止债务人处置财产、防止判决无法执行,避免债权人遭受不公平的待遇。^[9]玛瑞瓦禁令产生之后,英国法院以判例和立法的形式不断对其完善,逐渐发展并形成完善的冻结禁令制度体系。就整体情况而言,玛瑞瓦禁令是一种对人命令,不同于针对财产的扣押或者冻结等强制措施,它所“冻结”的是“被告的行为”。

2. 玛瑞瓦禁令的申请及审查程序

玛瑞瓦禁令的申请应以宣誓书的形式提出,并且要符合以下三个条件:有一个表面上良好的论据;资产有流失或消失的危险;公平与方便。前两个要件主要在于明确原告需要有具体的“诉”,并且如果不及采取措施将导致原告的财产遭受损失。“公平与方便”要件的主要作用在于平衡原被告双方的利益,以保证禁令的作出不会不适当地干预无辜的第三方,并且不毁灭被告的生意或生活。^[10]^[341-343]为体现“公平和方便”原则,英国法院对玛瑞瓦禁令的申请和审查有以下要求。

第一,申请人必须提供“全面与坦率的陈述”。申请人不仅要提供对己方有利的陈述和证据,还要提供其掌握的对己方不利的陈述和证据,并且这一披露义务具有连续性。该全面披露的义务不仅约束申请人,还约束申请人的律师,如申请人违反该义务,法院可以解除禁令,如申请人的律师违反该义务,可能会被视为藐视法庭。

第二,申请人应当提供交叉保证或担保。申请人须承诺对被申请人,或者无辜的第三人承担由错误申请所产生的损害赔偿,或者在法院认为有必要的情形下提供担保。交叉保证和担保的区别在于:交叉保证由申请人本人提供,一般不涉及实物资产,而担保通常是第三方银行保函或者现金。^[9]^[41]

第三,禁令的审查和复审。为了避免被滥用,英国法院对禁令的审批条件严格把关,如原告拒绝或者不能作出损害赔偿的交叉保证或担保;或者发布禁令对被告或者第三方的损害超过了被告财产转移的风险等,法院可以拒绝作出禁令。禁令作出之后,英国法院通常会进行复审,即在禁令发布后指定一

^① 《海诉法》第57条规定:“海事法院接受申请后,应当在四十八小时内作出裁定。”

个“期日”,允许被告提供抗辩书和证据,以充分听取双方的陈述,决定是否撤销禁令。

第四,禁令的履行和保障。为了支持禁令的履行,英国法院有权作出辅助命令,责令被告披露可能适用禁令的财产信息、所在地等。法院命令的执行一般以判处藐视法庭罪作为后盾,即法院对不执行命令者的惩罚所针对的是人身而非其财产。^[11]在英国法下,禁令作出后,不仅被告需要自觉遵守,任何知道禁令的人也必须服从禁令,不许协助被告处分禁令所制约的财产,否则他同样是犯了藐视法庭罪^①。

(二)假处分制度及其审查程序

1. 假处分的概念与性质

在大陆法系的语境下,假处分与假扣押对应存在,假扣押适用于金钱之债和可以转化为金钱之债的非金钱之债,假处分则仅适用于非金钱之债。^[12]由于假处分的法律措施表现为强制当事人作为或者不作为,中国学者普遍将假处分归于行为保全的范畴。

德国学者将假处分分为对争议标的物假处分、暂时状态的假处分和特别重要债权的临时性给付处分三种类型。其中,关于争议标的物的假处分是为了确保未来判决的执行;暂时状态的假处分在于防止发生永久性的损害或制止目前的暴行,而不在于防止请求权的不能实现;^[13]特别重要债权的临时性给付则用于紧急情况下对支付生活费、工资、供电、供气等的特别请求权,类似于中国的先予执行。^[14]有学者基于大陆法系假处分制度的性质和分类将其定义为:债权人就金钱之外的请求,为了防止将来的判决不能执行或难以执行,而向法院请求作出某种强制处分,或者就有争议的法律关系,为其确定暂时状态的特别程序。^[15]

2. 假处分的申请和审查程序

第一,当事人须向法院提出申请,必要时提供担保。假处分基本都是依当事人申请作出,法院不能依职权作出。德国和中国台湾地区的规定类似,法院可以不经言辞辩论,直接书面审理并以裁定形式作出假处分决定,或者经过言辞辩论并以判决形式作出决定。如果法院认为申请人的解释不够充分,可以要求申请人提供担保作为替代。在日本法中,“关于争议标的物的假处分”可以仅凭书面审理作出,但“暂时状态的假处分”则应当经过到庭审理

方式作出。

第二,申请人对法院驳回假处分的决定可以提出即时抗告。即时抗告是在德国、日本和中国台湾地区普遍应用的一种针对判决之外的裁定和命令的上诉程序。抗告的审理法院可以是原审法院或原审法院的上一级法院。以日本为例,如原审法院认为抗告有理可以直接撤销或者变更原决定,如果原审法院认为抗告不成立则应当移交上一级法院复核。^[16]

第三,被申请人的异议权。德国、日本和中国台湾地区均明确双方当事人对假处分决定享有异议权,但具体的程序设置有所不同。德国法中规定,对于以判决形式作出的假处分决定,当事人可以提起异议之诉,该异议之诉按照一审普通程序审理,实行一审终审。日本法律侧重于强调在异议程序中由双方当事人进行辩论,法院必须在双方当事人口头辩论或者出庭审理后才能作出对异议的决定。中国台湾地区规定,双方当事人均可以对假处分决定提出抗告,对于驳回抗告或者以抗告变更原假处分的,当事人可以提出再抗告,以保障异议权的实施。

第四,假处分的撤销程序。在假处分决定作出后,如申请人未在法律规定的期限内提起诉讼,或发生情势变更等其他情形,被申请人可以依法提起撤销假处分的请求。德国、日本和中国台湾地区均明确规定,在特殊情形下允许被申请人以提供担保的形式申请撤销假处分,由法院针对个案情形进行自由裁量,决定是否同意该撤销申请。

(三)域外制度对完善中国海事强制令制度的借鉴意义

由于玛瑞瓦禁令制度设立了相对严格的条件和完善的审查、复审程序,并以藐视法庭罪等作为禁令履行的保障措施,因此英国法院在各种诉讼中签发了大量禁令,且绝大多数禁令都得到了遵照执行。^[17]大陆法系的国家和地区也设置了完善的审查和异议程序,确保假处分制度的执行。在此次《海诉法》的修改过程中,玛瑞瓦禁令和假处分制度的程序设置对完善海事强制令制度有以下借鉴意义。

一是进一步强化申请人的披露义务。英国 Donaldson 大法官曾表示“全面披露原则是玛瑞瓦禁令最重要的原则之一,如果不经最全面、最真实的披露就能得到玛瑞瓦禁令,我毫不怀疑地说,应该将玛瑞瓦禁令废除了”。^{[10]346}中国学者也曾指出,为平

^① 参见 *Z Ltd v. A-Z and AA-LL* [1982] 1 Lloyd's Rep. 240。

衡双方当事人的权益,需要增加对海事强制令的实质性审查。实体性审查的前提是全面掌握案件事实,要在效率与公平之间保持平衡,就应该在立法上强化海事强制令程序中的事实披露机制。^[18]中国的海事强制令申请中缺乏对申请人全面披露义务的要求和制约,如果允许申请人只陈述对其有利的事实和证据,法院作出海事强制令后可能产生的风险必然增加。

二是注重“对审”程序设置,给予双方充分的辩论权。英国法院会非常注意签发禁令之前的审查程序,强调被申请人发出通知给予双方充分发表意见的机会,经过双方的充分争辩、举证和质证,法院再决定是否签发禁令。^[9]¹¹⁴在德国法中,是否经过言辞辩论决定了假处分能否以判决的形式作出,未经言辞辩论的只能以裁定形式作出。而经过言辞辩论后以判决形式作出的假处分,其效力和确定性当然更高。《海诉法》并未明确海事强制令申请是否必须组织听证,但尽可能组织双方都参与的“对审”程序,不仅有利于保障被申请人的答辩权,也会帮助法院更全面地了解案件的争议。

三是增强复议过程的实质审查。英国法院通过指定期日的复审制度,给予被申请人充分陈述的机会,在听取双方意见后决定是否撤销禁令。大陆法系的假处分制度也特别注意保障被申请人的答辩权和上诉权。日本法院强调在异议程序中由双方当事人进行辩论,法院必须在双方当事人口头辩论或者出庭审理后才能作出解决异议的决定。《海诉法》仅原则性地规定了当事人对裁定不服的,可以申请复议一次,且复议期限较短。这一规定容易使复议流于形式,特别是在法院裁定准许作出海事强制令的情形下,极不利于保障被申请人的利益。

四是通过“反担保”撤销海事强制令的正当性。德国、日本和中国台湾地区均明确规定,在特殊情形下允许被申请人以提供担保的形式申请撤销假处分。被申请人是否可以提供反担保以对抗海事强制令的作出或暂缓海事强制令的执行,《海诉法》并未规定。有人曾对此明确提出反对意见,认为“海事强制令不得因被请求人提供担保暂缓执行,否则海事强制令便失去了意义”。^[19]但允许被申请人通过

提供反担保的形式撤销或者暂缓执行海事强制令,可以给被申请人更为实质性的救济,既不会影响申请人利益的实现^①,也不会使海事强制令失去价值,反而会凸显该制度对双方当事人的利益保障和制衡作用。

三、中国行为保全制度的立法和司法状况

(一)行为保全的立法现状

1. 民事诉讼法体系中关于行为保全的规定

2012年修订的《民事诉讼法》第九章“保全和先予执行”部分明确规定了行为保全^②,标志着该制度在民事诉讼领域得以确立。此后,2015年实施的《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》又进一步细化了行为保全实施的具体程序,包括申请人担保数额的确定、保全裁定的解除、错误保全之诉的管辖权、保全复议申请及审查期限等,完善了行为保全制度的具体程序,对下一步海事强制令的完善具有积极借鉴意义。

总体而言,依据《民事诉讼法》及其司法解释的规定,行为保全主要依当事人的申请作出,但必要时也可依职权作出。申请诉前行为保全,需提供担保,担保数额由受理法院根据个案的情况裁定,在诉讼中申请或依职权采取的保全措施,是否提供担保以及担保的数额,均由人民法院自由裁量。关于行为保全的审查期限,《民事诉讼法》未作统一规定,仅规定情况紧急的,必须在四十八小时内作出裁定。

2. 知识产权领域关于行为保全的规定

在《海诉法》实施后,2012年修订的《民事诉讼法》颁布前,中国关于知识产权的相关立法也规定了行为保全制度。比如,2001年修订的《中华人民共和国专利法》《中华人民共和国商标法》《中华人民共和国著作权法》均规定,权利人和利害关系人有证据证明他人正在实施或者即将实施侵害其知识产权的行为,如不及时制止将使其合法权益受到难以弥补的损害的,可以在起诉前向法院申请采取责令停止有关行为的措施。2001年6月至2002年1月,《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》和《最高人民法院关于对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》先后颁布,明确了在相关知识产权

① 被申请人提供的反担保,应足以保障可能给申请人造成的损失。

② 《民事诉讼法》第100条规定:“人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因,使判决难以执行或者造成当事人其他损害的案件,根据对方当事人的申请,可以裁定对其财产进行保全、责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为;当事人没有提出申请的,人民法院在必要时也可以裁定采取保全措施。人民法院采取保全措施,可以责令申请人提供担保,申请人不提供担保的,裁定驳回申请。人民法院接受申请后,对情况紧急的,必须在四十八小时内作出裁定;裁定采取保全措施的,应当立即开始执行。”

权领域采取行为保全措施的审查条件、审查标准和解除条件等。

2018年,《最高人民法院关于审查知识产权纠纷行为保全案件适用法律若干问题的规定》(简称《知识产权行为保全规定》)颁布,以专门司法解释的形式规定了知识产权案件中采取行为保全的具体审查程序。《知识产权行为保全规定》结合知识产权的特点,并区分知识产权的不同类型,对于判断是否应采取保全措施明确了不同的标准和要求。根据该规定,知识产权行为保全依当事人的申请作出,申请行为保全应当提供担保,人民法院采取行为保全措施应当以询问申请人和被申请人为原则,以不询问为例外。规定还明确了申请担保数额的确定方法,并规定在执行行为保全措施的过程中,被申请人可能因此遭受的损失超过申请人担保数额的,法院可以责令申请人继续追加担保;申请人拒不追加的,可以裁定解除或者部分解除保全措施。此外,该规定对复议审查的期限,申请有错误的认定原则,以及被申请人提起赔偿诉讼的管辖等内容均予以明确。《知识产权行为保全规定》共21条,其内容涵盖了行为保全的程序性规则、实体性规则、行为保全申请有错误的认定以及因申请错误引发的赔偿诉讼的管辖、行为保全措施的解除,对于同时申请不同类型保全的处理、申请费等问题,使得知识产权领域的行为保全制度具有较强的可操作性。

(二) 行为保全制度在司法中的适用情况

在2012年修订的《民事诉讼法》实施之前,除了《海诉法》规定的海事强制令之外,行为保全制度主要在知识产权领域应用。根据官方的不完全统计,2013年至2017年全国法院分别受理知识产权诉前停止侵权和诉中停止侵权案件157件和75件,裁定支持率分别为98.5%和64.8%。^[20]对比检索到的海事强制令案件情况,在一定程度上可以认为,行为保全虽然在《海诉法》中最早规定,但却在知识产权审判领域得到了更为广泛的应用。

《知识产权行为保全规定》实施后,行为保全制度在知识产权保护领域受到更多的关注和重视,其适用范围和适用形式也不再局限于限制被申请人的生产和销售行为,而是根据个案情况呈现出更为多样性的特征。例如,2019年6月,南京知识产权法庭审理的一起被诉侵权人申请“先予执行”案^①,因

该案原告向天猫管理平台投诉被告产品涉嫌侵权,天猫网站随即删除了被告的销售链接。由于案件的实体审理需要一定期限,而涉案销售产品具有明显的季节性特征,加之6月18日这一时间节点对于产品销售的重要影响,被告在案件审理过程中向法院申请在判决前恢复其网络销售链接。南京知识产权法庭经审查后认为,根据庭审证据及相关事实,被告构成侵权的可能性较小,并且不及时恢复销售链接可能给被告造成较大损失,在要求被告提供一定担保的前提下,裁定要求第三人天猫网站恢复被告的销售链接。该裁定作出后,受到广泛的关注和好评,被业界称为国内首例“反向行为保全案”。2019年12月,天津知识产权法庭在其审理的涉嫌侵害发明专利纠纷案件^②中,依据原告的申请颁发海关临时禁令,裁定被告在该案终审法律文书生效前不得出口涉嫌侵害发明专利权的相关产品。

由此可见,中国当前的法律、法规关于行为保全的申请、审查、担保等具体规则的设置已较为完善。行为保全的应用,在及时遏制知识产权侵权、维护权利人合法权益方面也发挥了积极的作用。在《海诉法》修改中,应对国内行为保全的具体规定和实践探索予以充分关注。

四、完善海事强制令制度的建议

海事强制令可以避免海事请求人的合法权益受到侵害,及时纠正被请求人的违法或违约行为。此次《海诉法》的修改,应当以维持海事请求人和被申请人的利益平衡为原则,通过完善申请和审查程序,提高海事强制令的司法适用性。具体而言包括以下几个方面。

一是取消“情况紧急”的法律规定,放宽海事强制令申请条件。虽然《民事诉讼法》关于行为保全的规定中未排除人民法院依职权作出的情形,但海事强制令的作出仍应坚持当事人申请的原则。在特定情形下,如果海事法院在诉讼中认为不采取海事强制令措施,将导致原告利益损害或损害扩大的,可以向原告释明,由原告决定是否申请海事强制令。也就是说,海事强制令应依当事人的申请而作出,海事法院不宜依职权决定是否采取海事强制令。关于海事强制令的申请条件,尽管有学者认为当前《海诉法》规定的条件过于宽松,并且对“有具体的海事请求”这一表述有较多诟病,但由于海上运输及国际贸易

^① 参见南京市中级人民法院(2019)苏01民初687号民事裁定书。

^② 参见天津市第三中级人民法院(2019)津03知民初1262号民事裁定书,该裁定书详细阐述了准许行为保全申请的理由。

实践的需求是不断变化的,过于严苛的条件会凸显法律的滞后性,故海事强制令的法定条件应体现一定的开放性和前瞻性。在《海诉法》修改过程中不但没有必要对“有具体的海事请求”进行限缩,反而应将第56条的“情况紧急”条件取消,进一步放宽海事强制令的适用范围。英国法中的中间禁令、玛瑞瓦禁令,以及由玛瑞瓦禁令为基础发展而来的冻结禁令,都不要以情况紧急为前提。大陆法系国家或地区也不以情况紧急作为假处分适用的前提。2012年修订的《民事诉讼法》以及此后的《知识产权行为保全的规定》也不以情况紧急作为申请行为保全的必要条件,而是对情况紧急和非紧急条件下法院的审查期限做了区别规定。在非紧急情形下的海事强制令,同样有着普通诉讼程序不可替代的制度价值。结合当前关于海事强制令的审判实践,建议在《海诉法》修改的过程中,可以规定情况紧急的,审查期限维持现行的四十八小时不变,而非紧急情况下,审查期限可以相应延长至海事法院受理海事强制令之日起十日或者十五日。

二是明确海事请求人全面陈述和披露证据的义务,同时规定违反该义务的处罚措施。如前所述,“全面披露原则”被认为是玛瑞瓦禁令最重要的原则之一,申请人、申请人的律师不履行该原则将导致的严重后果,进一步增加了全面披露的强制性和威慑力。中国相关法律中并没有全面披露的规定,当事人往往避重就轻,甚至虚构事实,极大地影响了人民法院对事实的判断、对法律关系的认定。行为保全作为一种为方便申请人利益而设立的特殊制度,如果只允许申请人陈述部分事实和证据,一方面会加剧对被申请人的不利益,另一方面也会导致海事司法对该制度的“排斥”,最终不利于双方当事人的权益保障。因此,《海诉法》的修改应进一步借鉴玛瑞瓦禁令的设置,明确海事请求人在申请海事强制令时,必须尽可能全面地陈述需要作出海事强制令的理由,以及不作出海事强制令可能对其权益造成损害的具体说明,并提供初步证据予以证明。对于海事请求人应当掌握的证据而拒不提供的,海事法院可以拒绝作出海事强制令。海事强制令作出后,海事法院发现海事请求人隐瞒相关事实和证据的,也可以裁定解除海事强制令,并对申请人采取高额罚款等措施。通过严格的申请条件 and 明确的解除条件、处罚措施等制度设计,平衡双方当事人利益,避免一方当事人滥用海事强制令制度,最终将推动海事强制令的积极发展。

三是强化海事强制令申请的担保,担保方式可以放宽。要求海事请求人提供担保,可以有效地指引其在申请海事强制令前进行充分、谨慎地考虑,也增加了申请错误时对被申请人的利益保障。随着保险保函等新类型担保的发展,提供担保不再以占用大额资金为前提,对海事请求人造成的经济负担也大幅下降,这在一定程度上克服了强化担保措施对财力较弱的申请人可能造成的经济障碍,使得提供海事强制令申请的担保具有更大的可行性。《知识产权行为保全规定》明确,对于诉前的行为保全,实行强制担保,担保数额由法院裁量,对于诉讼中的行为保全,由法院裁量是否需要提供担保。由于海事强制令一般脱离于诉讼程序,且对当事人利益影响较大,建议修法过程中明确海事强制令申请应当提供担保,担保数额、担保方式可由海事法院根据法律关系的复杂程度、申请人的经济状况,提出申请所披露的证据,以及可能给被申请人造成的损害程度等条件自由裁量。

四是设立以听证为原则、不听证为例外的审查程序,保障双方的辩论权。现行《海诉法》并未详细规定海事强制令的审查程序,在司法实践中,各地海事法院对于是否组织听证也存在不同做法。加强禁令签发前的审查,给予被申请人充分发表意见的机会,是英国禁令制度的重要程序。德国法上,根据是否组织双方答辩的具体情形,分别以判决和裁定的形式作出假处分决定,也充分体现了保障被申请人程序权益的导向。《知识产权行为保全规定》明确行为保全的作出应以询问为原则,不询问为例外。由于海事强制令的作出与执行会对双方当事人之间的权利义务关系产生根本性影响,请求人可以直接实现其权利主张,义务人可能由此面临巨大损失,组织双方均到庭“对审”的听证程序,对于海事法院全面了解争议情况,平等保护双方的利益至关重要。因此在《海诉法》修改过程中,应明确人民法院在作出签发海事强制令的裁定之前,应当及时组织听证程序,询问申请人和被申请人,仅在情况紧急或者询问可能影响海事强制令执行时可以不组织听证。

五是完善海事强制令的复议程序,加强对被申请人的程序保障。无论是英国的玛瑞瓦禁令,还是大陆法系的假处分制度,都设置了严密的异议程序,给予双方充分陈述意见的机会。复议程序的目的在于对海事强制令申请程序中可能存在的错误进行补救,给予双方当事人充分发表意见的机会,从而更好地保护当事人尤其是被申请人的合法权益。当前

《海诉法》关于海事强制令复议的规定过于原则,复议程序几乎“形同虚设”。在《海诉法》修改过程中,应通过程序设置保障复议过程的实质化审查,明确规定对准许或不准许海事强制令裁定不服的当事人,可以向作出海事强制令的法院申请复议一次,复议审查期限适当延长至十日或十五日。对准许海事强制令的裁定不服的案件,复议程序必须以双方都到庭的方式进行询问,任何一方不到庭可以视为放弃其程序权利并承担不利后果;经复议后,如果海事法院认为被申请人的复议不成立的,应移交上一级法院复核。复议和复核不影响海事强制令的实施。

六是特定情形下允许被申请人提供反担保,以对抗海事强制令的申请或执行。在海事强制令的申请以及执行过程中,被申请人是否可以提供反担保以对抗海事强制令的作出或暂缓海事强制令的执行,现行《海诉法》并未明确规定。大陆法系国家允许被申请人以提供担保的形式申请撤销假处分的程序,是充分保障双方当事人利益平衡的重要举措,值得借鉴。事实上,中国已有允许被申请人提供反担保的立法和司法实践。如,《民事诉讼法》第231条规定,在执行中,被执行人向人民法院提供担保,并经申请执行人同意的,人民法院可以决定暂缓执行及暂缓执行的期限。被执行人逾期仍不履行的,人民

法院有权执行被执行人的担保财产或者担保人的财产。《知识产权行为保全规定》中未明确禁止被申请人的反向担保,第12条规定“人民法院采取的行为保全措施,一般不因被申请人提供担保而解除,但是申请人同意的除外”。知识产权审判实践对“反向行为保全”进行了探索和尝试,并取得了较好的效果。因此,《海诉法》的修改可以借鉴国内外的做法,规定在特定情形下,比如责令被申请人不作为或者申请人基于被申请人“非法留置”而提起的海事强制令案件中,如果被申请人有证据证明海事强制令的作出所产生的损失大于不作出海事强制令的损失,或者可以证明其留置申请人相关财产的合理性,可允许通过反担保的方式解除海事强制令或者暂缓海事强制令的执行。

五、结语

海事强制令是海事诉讼程序中的重要制度,对于及时、有效地保护当事人合法权益具有积极作用。此次《海诉法》修改,应在海事审判实践的基础上,借鉴国际、国内的立法和司法经验,贯彻平衡申请人和被申请人利益的理念,细化海事强制令的程序性规范,增强该制度的适用价值。通过具体的审查程序和规则设置,完善海事强制令制度,增强其在司法中的可操作性,充分发挥这一制度的功能和价值。

参考文献:

- [1] 初北平. 海事强制令的限制适用条件[J]. 中国海商法年刊,2000,11(1):119.
- [2] 金彭年,董玉鹏. 海事诉讼特别程序与海事仲裁规则[M]. 北京:法律出版社,2015:45.
- [3] 倪学伟. 海事强制令新论[J]. 中国海商法年刊,2008,19(1):19.
- [4] 陈晓明. 论海事强制令[M]. 北京:法律出版社,2002:196.
- [5] 金正佳,翁子明. 海事请求保全专论[M]. 大连:大连海事大学出版社,1996:223.
- [6] 郑田卫. 中国海事强制令制度创新与完善的法律研究[J]. 中国海商法年刊,2001,12(1):98.
- [7] 韩立新,袁绍春,尹伟民. 海事诉讼与仲裁[M]. 大连:大连海事大学出版社,2016:37.
- [8] 金正桂. 海事诉讼法论[M]. 大连:大连海事大学出版社,2001:205.
- [9] 李晓枫. 司法视角下我国海事强制令制度法律问题及完善[D]. 大连:大连海事大学,2015.
- [10] 杨良宜,杨大明. 禁令[M]. 北京:中国政法大学出版社,2000.
- [11] 徐昕. 英国民事诉讼与民事司法改革[M]. 北京:中国政法大学出版社,2002:154.
- [12] 李仕春. 民事保全程序研究[D]. 北京:中国政法大学,2002:8-9.
- [13] 沈达明. 比较民事诉讼法初论[M]. 北京:中国法制出版社,2002:191-192.
- [14] 范毅强. 民事保全程序要论[D]. 重庆:西南政法大学,2008:69.
- [15] 王甲乙,杨建华,郑建才. 民事诉讼法新论[M]. 台北:三民书局,1981:532.
- [16] 张庆东. 构建我国民事执行抗告制度之设想[J]. 人民司法,2006(2):84-86.
- [17] 欧福永. 英国民商事管辖权制度研究[M]. 北京:法律出版社,2005:346.
- [18] 黄西武. 论海事强制令的适用与完善——从民事保全理论出发[J]. 中国海洋法学评论,2008(1):99.
- [19] 王婵. 英国冻结禁令制度和我国海事强制令制度之比较[D]. 上海:上海海事大学,2005:37.
- [20] 最高法:拟出台规定明确知识产权诉前行为保全效力期限[EB/OL]. (2018-11-28)[2020-01-15]. [http://ip. people. com. cn/n1/2018/1128/c179663-30429857. html](http://ip.people.com.cn/n1/2018/1128/c179663-30429857.html).