

# 停止侵害判决及其强制执行

## 以规制重复侵权的解释论为核心

曹志勋\*

**摘要** 停止侵害判决在我国司法实务中经常出现,有必要从解释论上加以展开。停止侵害判决对应停止侵害请求权,其主要特点在于指向未来的行为。如果不能直接扩大该请求权的范围,也可以通过诉讼法上对相关请求和判决主文的解释达到相似效果。在重复侵权面前,需要明确执行中给付判决的禁止范围,只要将来出现的行为与生效判决所禁止的行为完全相同、在类型上相同或者在实质上相同,就被生效判决禁止。目前我国对新的事实的理解值得反思,应当重新认识对执行终结后排除妨害规则的适用。停止侵害判决需要通过间接执行方式执行,比较法上分别存在罚款和拘留模式及支付强制金制度两种模式。我国应当重新解释目前罚款和拘留规则,完善并行适用的迟延履行金制度。

**关键词** 停止侵害 新的事实 执行妨害行为 间接执行 迟延履行金

### 引言

根据强制执行面对的给付请求权的不同,强制执行程序通常被分为金钱债权的执行和非金钱债权的执行,按照实体权利的不同需要适用不同的执行措施。<sup>〔1〕</sup>前者占原告

\* 北京大学法学院助理教授。本文系2018年国家社会科学基金青年项目“我国民事诉讼标的识别的诉讼法进路研究”(项目编号:18CFX033)的阶段性成果,并得到了中央高校基本科研业务费专项资金资助。作者感谢在第八届紫荆民事诉讼青年沙龙上作报告的宝贵机会以及各位与会专家的批评赐教,感谢李曼博士、康朔、陈宗庆、张玉琢和张婷婷同学出色的科研助理工作。

〔1〕 参见江伟、肖建国:“论我国强制执行法的基本构造”,《法学家》2001年第4期,第83—87页。

胜诉的生效判决中的绝大多数,最常见的问题以执行财产难找和难变价为代表,其解决也是目前摆在我国法院日程表上最优先的任务。由于同质化的金钱数额的存在,其给付内容本身通常容易确定。后者分别对应不同物的交付和行为(包括作为义务、不作为义务和意思表示的做出)的实施,在均不涉及处分性执行措施〔2〕且比较而言不那么复杂〔3〕之外,这几种非金钱债权的执行则大相径庭。当然,执行案件数量较少和相对不复杂,也并不一定意味着执行难度低。〔4〕比如,在赔礼道歉的强制执行中,就需要考虑间接执行带来的违宪危险和公布判决书对受害人的较差效果,并尝试能否以发布原告撰写的谴责声明替代执行并且要求债务人向权利人支付赔偿执行,〔5〕这显然是金钱债权执行中不必思考的特别问题。与此类似,特殊动产的交付、不动产的交付本身以及其中涉及的实体权利和强制迁出的人权保障、实现行为请求权执行中的代履行、各类不可替代作为义务的个别实现、不作为义务的执行方式等问题,也都涉及不同的个别性问题。进而,在审执分离的背景下,我国未来执行体制的改革是否应当遵循根据执行标的不同而采取不同执行方法的比较法经验,〔6〕也是非金钱债权执行领域需要被深入探索的。

其中,对应不作为义务的停止侵害判决的执行,就具有鲜明的特点。由于实体法权利的特殊性,此类案件例外地涉及到未来可能发生的侵害行为,除了此时启动执行程序的必要自执行债务人实施被禁止的积极行为才出现〔7〕之外,在制度上也必须思考如何处理作出停止侵害判决时已经预料到的、债务人在判决生效后继续重复侵权的问题。特别是在物权法律关系、知识产权和反不正当竞争领域,重复侵权是现实中的棘手问题,民诉理论上也不得不回应停止侵害判决涉及的裁判技术问题以及在执行程序中的实现方式。也是基于这种问题意识,本文并不重点讨论指向一次性行为的停止侵害判决,虽然后文对于判决主文和执行措施的讨论也都适用于这种简单形态的案件。

长期以来,我国都重点通过调整损害赔偿制度来推动对重复侵权的规制。除了根据《商标法》第63条第1款、通过纳入恶意侵犯商标权施加惩罚性赔偿之外,最高人民法院在2012年和2017年的《关于知识产权法院工作情况的报告》中都要求加重对重复侵权行为人的赔偿责任,根据市场价值酌情确定损害赔偿数额,提高其侵权代价。上述思路同样也体现在国务院

〔2〕 参见谭秋桂:《民事执行法学》,北京大学出版社2015年版,第243—244页;肖建国:《民事执行法》,中国人民大学出版社2014年版,第323页。

〔3〕 参见《民事诉讼法学》编写组:《民事诉讼法学》,高等教育出版社2017年版,第422页。

〔4〕 参见金平强:《执行工作实务技能》,人民法院出版社2013年版,第230页。

〔5〕 参见葛云松:“民法上的赔礼道歉责任及其强制执行”,《法学研究》2011年第2期,第121—129页。

〔6〕 较新研究,参见陈杭平:“比较法视野下的执行权配置模式研究”,《法学家》2018年第2期,第79页。

〔7〕 参见赵晋山:“行为请求权强制执行研究”,载最高人民法院执行办公室主编:《强制执行指导与参考》(总第7集),法律出版社2003年版,第287—288页。

《“十三五”国家知识产权保护和运用规划》中。这就意味着,权利人能够经由损害赔偿之诉,尽可能弥补其因重复侵权所遭受的损失。

与此相对,停止侵害判决所代表的、对重复侵权在程序法上的禁止本身,虽然也可以通过间接执行措施威慑侵权人,但是由于其具体手段普适于所有案件的执行且效果有限,并不被认为对规制重复侵权具有特别作用,而且也不能填补权利人就此遭受的损失。同时,无论从裁判技术上如何认定此诉与彼诉的关系,都不会影响权利人未来要求停止侵害的实体权利,区别只不过在于是通过原判的执行程序还是另行起诉的方式。鉴于权利人更乐于请求法院在侵权行为重复发生时多次判处较高的损害赔偿金,另诉本来也很可能发生。这样看,即使能够启动针对不作为行为的执行程序,对权利人来说确实也不会有太大激励,或者更多只是与损害赔偿之诉双管齐下的维权措施。<sup>〔8〕</sup>不过,法院无论如何也必须了解停止侵害判决的实体基础,确定其在审判中的适用,并且发现不同新案件应当适用的程序。这一执行基础理论上的疑问,是法官的事,当然也是研究者的事。

除引言外,本文分为四个部分。为了发挥停止侵害判决规制重复侵权的功能,首先要明确其相应的实体法依据和基础,这有必要回到停止侵害作为实体请求权的属性和内在作用(第一(一)(二)部分),并且明确其从实体法和程序法两方面指向未来类似侵害行为的内在要求(第一(三)(四)部分)。其次,通过停止侵害判决规制重复侵权,在裁判技术上最关键的是厘清停止侵害之诉的覆盖范围,剥离出必须另行起诉的情形。这里有必要回到审判程序中审判对象的识别,同时对被停止侵害的行为作类型化认定(第二(一)部分),并且从解释论上反思我国目前处理此时审判与执行关系的思路(第二(二)部分)。再次,作为停止侵害判决执行的具体实现手段,同样有必要从解释论上分析相关间接执行措施及其比较法渊源(第三(一)(二)部分),随后讨论此时妨害民事诉讼强制措施和迟延履行金(第三(三)(四)部分)在解释论上的完善。最后为本文结论。

总的来说,从方法上看,除了对现行法上解释论的特别重视和对比较法规则与实践的补强对照之外,本文也可以说是采取大强制执行法的整体思路,不但需要关注通常侧重“强制”(规制手段)与“执行”(债务实现)的基本领域,而且更应践行衔接实体权利—审判程序—执行程序之间的逻辑思路,兼顾执行法官面前生效判决的生成过程。此外,由于本文探讨的是重复侵权问题在执行法上可能引发的不同认识,不必考虑多人同时或先后侵权这种也可能被认为涉及重复诉讼的情形。<sup>〔9〕</sup>此时虽然可能由于受害人已经在前诉中受到充分赔偿,影响到对后诉

〔8〕 比如,参见“中国音像著作权集体管理协会与晋江市青阳新浪潮娱乐会所侵害作品放映权纠纷案”,福建省晋江市人民法院判决书(2013)晋民初字第5418号。

〔9〕 参见卜元石:“重复诉讼禁止及其在知识产权民事纠纷中的应用”,《法学研究》2017年第3期,第102页;张利锋:“论重复诉讼的法律治理”,《北京政法职业学院学报》2014年第3期,第56、60页。

损害赔偿请求的支持,但是这并不影响不同案件对应独立诉讼标的的结论。<sup>[10]</sup> 这样,在上述构成多个知识产权请求权<sup>[11]</sup>的情况下,各判决在执行程序中也互不影响。

## 一、实体基础:停止侵害请求权的属性

### (一)指向未来行为的德国规则

在分析我国法上的停止侵害责任之前,可以先把眼光放远到两大法系处理相似问题的主要思路,在本文中这将由德国和美国制度作为代表。在德国法上,停止侵害之诉(Unterlassungsklage)(亦可译作妨害防止,不作为)被认为是一类特殊的给付之诉,广泛出现在物权法(§ § 906, 1004 BGB)、竞争法(§ § 8, 12 UWG)、反垄断法(§ 33 I GWB)、知识产权保护(§ § 14, 15, 128 I, 135 I MarkenG, § 139 I PatG, § 97 I UrhG)、合同一般条款规制和消费者保护法(§ § 1, 2 UklG)<sup>[12]</sup>以及一般人格权法<sup>[13]</sup>领域中,在实践中也具有很大现实意义。<sup>[14]</sup>

与禁止当下侵害行为的排除妨害请求权不同,<sup>[15]</sup>不作为请求权指向未来的行为,而且一般来说没有时间限制(bis in alle Ewigkeit)。<sup>[16]</sup> 因此,在法院作出裁判时,需要禁止的行为本身还尚未确定;法院随后是否会禁止某种行为样态,也与其将来根据个案情况作出的价值判断息息相关。虽然历史上客观发生的侵权事实是法官审查的对象,但是这些行为对于未来利害关系者的影响才是问题的关键。就此来说,虽然可能出现完全重复的行为,但是对既有侵害行为样态(Verletzungsform)的局部改变可能更为重要。因此,在竞争法上,更多考虑的是预防未来出现更多的侵害行为,这里涉及的就是实体法上的不作为请求权。上述特征也直接导致了停止侵害之诉在程序上的特殊性或者说挑战,比如不得不引入的、所

[10] 参见“李昌奎与北京世纪超星信息技术发展有限责任公司、北京超星数图信息技术有限公司、贵州大学侵害著作权纠纷案”,最高人民法院判决书(2010)民提字第159号。参见丁文言:“数字图书馆侵犯著作权案件中重复诉讼的认定及赔偿责任的承担”,《法律适用》2011年第8期,第110页。

[11] 参见杨明:《知识产权请求权研究》,北京大学出版社2005年版,第144页。

[12] Vgl. Fritzsche, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage, 2000, S. 237.

[13] BGH NJW 2012, 763, 764 f., Tz. 9 ff.

[14] Vgl. MüKoUWG/Fritzsche, 2. Aufl., 2014, § 8, Rdn. 11.

[15] 中文资料,比如,参见(德)埃尔温·多伊奇、汉斯-于尔根·阿伦斯:《德国侵权法》,叶名怡、温大军译,中国人民大学出版社2016年版,第249—251页。

[16] Vgl. Rüßmann, Die Bindungswirkungen rechtskräftiger Unterlassungsurteile, in: FS Lüke, 1997, 675, 680; Körner, Befristete und unbefristete Unterlassungstitel bei Wettbewerbsverstößen, GRUR 1985, 909 ff.; Völz, Änderung der Rechts- oder Sachlage bei Unterlassungstiteln, GRUR 1984, 486. 在知识产权领域,不作为请求权则例外地受到各项权利保护时限的限制。Vgl. Eissing, Die Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen nach § 890 ZPO im Spannungsfeld der materiellrechtlichen und prozessualen Erledigung, 2016, S. 41 f.

谓的“核心理论”(Kerntheorie)或者在此类案件中需要迂回解释的诉讼标的二分支说。同样由于指向未来,在论证判决主文时需要考虑的是裁判时有效的法律,而不是在最初侵害行为发生时有效的法律。需要注意的是,停止侵害判决也区别于同样指向未来的抚养费判决。因为这里起决定作用的并不是对未来生活状况的预期,而是必须针对债务人已经实施了违法行为,明确未来行为的边界。

对于负有停止侵害义务的债务人来说,为了避免《德国民事诉讼法》第890条项下的惩罚,应当尽可能遵从判决主文的要求,或者至少要尽量在诉讼程序内外回应停止侵害的命令。从市场因素考虑,被禁止的广告方式必然对侵权企业意味着难以割舍的商业利益,否则其最初就不会发布侵权广告。但是,债务人也不得不按法院判决主文的要求,改变被禁止的广告。在其改变广告内容的过程中,可以看出竞争法上停止侵害判决的价值。与此相关,法院也必须享有一定的灵活性,以便阻止债务人简单地规避停止侵害判决主文的要求。此时,法院必须通过适用《德国民事诉讼法》第308条和第890条以及《德国基本法》第103条第2款的规定,尽可能地限缩恶意的侵权人可能受到的保护程度。可以说,在判决作出后、债务人与法院就如何修正其先前行为的博弈,构成了停止侵害执行案件中的核心议题。

在德国法上,停止侵害请求权最突出的实体法构成要件是有侵害之虞(Drohung),其中包括《德国民法典》第1004条第1款后句规定的法定的再次侵害风险(weitere Beeinträchtigungen, Wiederholungsgefahr)和司法实务中通过法律续造<sup>[17]</sup>完全承认的将来首次侵害风险(Erstbegehungsgefahr)<sup>[18]</sup>。一般而言,能够证明侵权人实施了侵害行为,就能够可推翻地推定再次侵害风险的存在,<sup>[19]</sup>例外时甚至足以推定首次侵害风险。<sup>[20]</sup>法院对这种(事实上的)推定的推翻十分慎重,在实践中债务人通常只能做出严格符合多项要件的不(再)侵权表示,才能避免在案件中实体败诉。<sup>[21]</sup>虽然上述两种侵害风险从属于统一的构成要件,但是其预设的事实场景有所不同。<sup>[22]</sup>在涉及首次侵害风险时,原告在事实主张层面虽

[17] Vgl. *Staudinger/Gursky*, BGB, 2012, § 1004, Rdn. 214.

[18] 国内就这方面的介绍,参见王洪亮:“论侵权法中的防御请求权”,《北方法学》2010年第1期,第52—54页。

[19] Vgl. *MüKoUWG/Fritzsche*, § 8, Rdn. 31 ff.

[20] Vgl. *MüKoUWG/Fritzsche*, § 8, Rdn. 92 ff.

[21] Vgl. *MüKoUWG/Fritzsche*, § 8, Rdn. 32, 39 ff.; *Büscher*, Aus der Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Lauterkeitsrecht seit Ende 2014, GRUR 2016, 113, 125.

[22] Vgl. *Köhler/Bornkamm*, UWG, 36. Aufl., 2016, § 8, Rdn. 1.10; *MüKoUWG/Fritzsche*, § 8, Rdn. 22; *Harte/Henning/Bergmann/Goldmann*, UWG, 3. Aufl., 2013, § 8, Rdn. 10, 35; *Chen*, Die objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft, 2016, S. 112 f.; *H. Büttner*, Streit um den Streitgegenstand der Unterlassungsklage, in: FS Doepner, 107, 112 f. A.A., vgl. *Fezer/Büscher/Obergfell/Büscher*, UWG, 3. Aufl., 2016, § 8, Rdn. 51, 95.



然不必说明损害发生或者其可能性以及过错，<sup>[23]</sup>但是仍然需要额外陈述产生首次风险的事实。<sup>[24]</sup>

在德国争议比较大的问题是上述与实体法相关的推定范围和程序法上诉讼标的的识别。一方面，当某一行为被认定为侵害行为之后，未来完全相同行为可能再次发生自无疑问。但是，对将来实质相似的案件，是能够同样推定发生重复风险<sup>[25]</sup>还是应当符合首次侵害风险，<sup>[26]</sup>则存在不同意见。这里的分歧在于，在实体法构成要件的理解上，实质相似的行为究竟应当被评价为对最初行为的重复，还是另外一个独立的侵害行为。另一方面，由于所需要的事实陈述和实体法评价并不相同，决定诉讼标的的识别的生活事实被德国最高法院原则上判断为复数。<sup>[27]</sup>但是这种思路可能导致基于不同类别侵害风险的重复诉讼（前诉主张重复风险，败诉后以首次风险为由另诉），同时也接近实体法说侧重实体法律理由的理解，偏离诉讼法二分说注重生活事实同一性的核心思路。因此，这种见解在德国学界也遭致了不少消极评价。<sup>[28]</sup>值得注意的是，即使我们从我国通说坚持的旧实体法说出发，也不一定就能直接接纳德国实践的上述做法。原因在于，无论是哪种侵害风险，都属于同一实体法要件的不同表现，针对的是相同的停止侵害请求权。

## （二）改变行动自由的美国禁令

切换到通常与大陆法系规则隔空对望的普通法系，美国法上作为平衡救济的禁令制度也可谓殊途同归。在这里，法官可以不考虑侵害行为是否继续，只要将来有继续侵害的可能，就直接判令停止侵害。<sup>[29]</sup>正如作为禁令执行机制的藐视法庭（contempt）程序所要求的那样，禁令主要也是防止债务人将来再次从事相同的侵害行为。在美国，藐视法庭程序的目的是恰当且有序地管理司法部门，并且保障法院的权威性和荣誉。<sup>[30]</sup>法院的这种由于当事人无视

[23] Vgl. *MüKoUWG/Fritzsche*, § 8, Rdn. 27.

[24] BGHZ 173, 188 = GRUR 2007, 890, 896, Tz. 54; BGH NJW-RR 2010, 917, 920, Tz. 24. Vgl. *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 8, Rdn. 1.11, 1.17; *MüKoUWG/Fritzsche*, § 8, Rdn. 80.

[25] BGH NJW 2014, 2870, Tz. 12. Vgl. *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 8, Rdn. 1.36, 1.52; *MüKoUWG/Fritzsche*, § 8, Rdn. 33, 103; *Fezer/Büscher/Oberfell/Büscher*, UWG, § 8, Rdn. 59; *Lindacher*, Gedanken zur wettbewerbsrechtlichen „Kernlehre“, in: FS Rüßmann, 567 f.; *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, 2011, Kap. 6, Rdn. 9.

[26] Vgl. *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 8, Rdn. 1.36; *MüKoUWG/Fritzsche*, § 8, Rdn. 33; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 2010, § 89, Rdn. 7.

[27] BGH GRUR 2014, 1013, 1016, Tz. 20; NJW-RR 2006, 1044.

[28] Vgl. *Ahrens/Ahrens*, Wettbewerbsprozess, 2017, Kap. 36, Rdn. 65; *Gottwald*, Die Rückkehr zum klassischen Streitgegenstandsbegriff—dank „Biomineralwasser“, in: FS Köhler, 173, 176; *Althammer*, Streitgegenstand und Interesse, 2012, S. 612 f. & Fn. 139; *H. Büttner*, in: FS Doepner, 107, 112 ff.; *Teplitzky*, Der Streitgegenstand in der neuesten Rechtprechung des I. Zivilsenats des BGH, WRP 2007, 1, 2.

[29] 国内这种观点，参见张广良：《知识产权侵权民事救济》，法律出版社2003年版，第101、103—104页。

[30] See *Roadway Express, Inc. v. Piper*, 447 U.S. 752, 764 (1980).

其命令而施加惩罚的权力,可以追溯到美国法院系统建立之初。<sup>[31]</sup>只要司法命令没有被变更或废止,债务人就有义务尊重司法程序并执行停止侵害判决。至于该判决应否得到实体法的充分支持,并不影响债务人的上述义务。原因在于,法院在藐视法庭程序中无权审查生效判决的正确性。<sup>[32]</sup>

易言之,禁令的出现标志着严重影响被告人行为自由范围的分水岭。在命令作出之前,债务人享有自行决定如何活动的自由,而试图保护自己权利的债权人则必须首先寻求法院支持其禁令请求。当债权人胜诉后,他只能获得停止侵害的裁判,此时债务人还不必缴纳罚金。<sup>[33]</sup>随后,局面则发生了变化。债务人有义务提前通过申请法院解释或者变更停止侵害命令的方式,请求法院确定其后续新行为的合法性。此时,债务人的行为必须与被禁止的侵害行为保持充分距离(safe distance)。就此而言,债务人仍然能够自行决定其行为,比如是否开始销售新产品或发布新的广告。但是他应当充分考虑到,一旦他对于自己行为的合法性判断错误,就会遭受法院额外的惩罚。作为美国法上的诉讼策略,债务人确实可以事先请求法院解释或者变更裁判,从而提高判断正确的可能性,<sup>[34]</sup>但却始终无法消除被惩罚的风险。换句话说,当法院认为债务人行为不当时,其法律后果在停止侵害命令作出前后发生了变化:在禁令出现前,债务人失败的后果只是背上禁令的枷锁;在禁令出现后,债务人未来的行为一旦被认定违法,他就不得不由于挑战法院权威而直接受罚。债务人因为禁令的存在需要更小心行事了。

比如,当地方检察官认为某部电影是色情电影所以禁止其上映后,某影院仍然认为影片没有问题,因而继续放映这部电影。一旦影院此时错误判断了影片性质,就很可能被检察官惩罚。为了避免这种出错风险,影院不仅有权事先征求检察官的意见,而且当然也可以利用确认之诉机制。<sup>[35]</sup>这样,在检察官作出禁令之后,影院就有必要先行请求法院确认影片的合法性,这与在停止侵害判决作出之后,债务人不得不向法院申请解释或者变更判决主文一样。否则,当影院放映争议影片或者债务人销售与债权人产品相似的新产品时,影院或者债务人就不不得不考虑到检察官或法院在藐视法庭程序中的惩罚。换言之,在检察官的命令或法院的判决作出之后,当事人就不再享有之前的行动自由了。

[31] See *Ex parte Robinson*, 86 U.S. 505, 510 (1874).

[32] See *Celotex Corp. v. Edwards*, 514 U.S. 300, 306 (1995)(破产法).

[33] 就此而言,如果加害人满足主观要件方面的要件要求,不少法域甚至在初次侵权时就可以要求侵权人支付民事罚金。See Dee Pridgen and Richard M. Alderman, *Consumer Protection and the Law*, Thomson Reuters, 2015, § 7:18.

[34] See *McComb v. Jacksonville Paper Co.*, 336 U.S. 187, 192 (1949). 如果债务人不及时利用这种澄清机会,那么将直接表现为对禁令的违反。Vgl. *Chaganti & Assocs., P.C. v. Nowotny*, 470 F.3d 1215, 1224 n. 2 (8th Cir.2006)(对法院认可和和解协议的执行).

[35] See Stephen C. Yeazell, *Civil Procedure*, New York: Wolters Kluwer, 2012, p. 312.

### (三)我国法上的停止侵害责任

在我国,《民法总则》第 179 条第 1 款第 1 项、《侵权责任法》第 15 条第 1 款第 1 项和《著作权法》第 47 和 48 条明确规定了停止侵害的民事责任方式,在诉前行为保全中法院也可以裁定责令停止有关行为(《民事诉讼法》第 100 和 101 条、《专利法》第 66 条、《商标法》第 65 条、《著作权法》第 50 条)。从表面上看,我国的停止侵害与前述德国法上的安排并无不同。当然,由于我国有较短的执行时限,即使执行时限应当从债务人违反不作为义务之日起计算(《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释》(以下简称“执行解释”)第 29 条),但是在重复侵权的案情中,从时间上看一般也显著短于前述德国通常没有时间限制的停止侵害请求权的实现。

然而,从我国立法、司法和主流民法学者的理解出发,对于停止侵害的理解则有所不同。全国人大法工委和最高人民法院对《侵权责任法》的释义都明确说明,停止侵害针对的是行为人正在或者继续侵权的情形,对于已终止的侵权则不能适用。<sup>[36]</sup>从构成要件和法律效果来看,停止侵害与排除妨碍即使不是完全相同,<sup>[37]</sup>也具有较高的重复性。<sup>[38]</sup>不过,从我国民法受到东德民法典影响的背景来看,独立的停止侵害被认为脱胎于妨碍防止/不作为请求权,只不过针对的是不以有体物为客体的绝对权(尤其是知识产权)保护。<sup>[39]</sup>与此相似,有学者主张有继续侵权可能的情形应当适用停止侵害,而“危险”只指向现实存在的、危及他人人身或财产安全的危险。<sup>[40]</sup>

尤其从《物权法》第 35 条出发,民法学者一般认可排除妨害/妨碍请求权与消除危险请求权<sup>[41]</sup>与德国法上防御性请求权的等同关系。<sup>[42]</sup>这样,除了在我国法和德国法上的排除妨害

[36] 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室:《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社 2010 年版,第 53—54 页;最高人民法院侵权责任法研究小组:《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文理解与适用》,人民法院出版社 2016 年版,第 116 页;奚晓明、王利明:《侵权责任法条文释义》,人民法院出版社 2010 年版,第 106—107 页。

[37] 参见程啸:《侵权责任法》,法律出版社 2015 年版,第 658 页。

[38] 参见王利明:《侵权责任法研究(上卷)》,中国人民大学出版社 2016 年版,第 642 页。也有学者从中文语义及其在立法中的实际使用出发,详细论证了这一概念由于含义不清可能带来的困惑,参见茅少伟:“防御性请求权相关语词使用辨析”,《法学》2016 年第 4 期,第 25—31 页。

[39] 参见张谷:“作为救济法的侵权法,也是自由保障法”,《暨南学报(哲学社会科学版)》2009 年第 2 期,第 20—23 页。

[40] 参见魏振瀛:《民事责任与债分离研究》,北京大学出版社 2016 年版,第 116、316 页。

[41] 关于应当独立设置妨害防止请求权的讨论,参见刘凯湘:“论基于所有权的物权请求权”,《法学研究》2003 年第 1 期,第 39 页(基于构成要件、给付内容和功能的差异)。更强调两者共性的分析,参见尹田:“论物权请求权的制度价值”,《法律科学(西北政法学院学报)》2001 年第 4 期,第 24、28 页。

[42] 参见王洪亮:“妨害排除与损害赔偿”,《法学研究》2009 年第 2 期,第 57—58 页;王洪亮,见前注[18],第 46 页。



请求权(Beseitigungsanspruch)大致可以对应之外,<sup>[43]</sup>消除危险请求权被直接认为是妨害防止/预防请求权,<sup>[44]</sup>也有论者在构成要件上将消除危险的危险细化成重复危险和首次危险,进而也即实质上主张消除危险就是妨害防止请求权。<sup>[45]</sup>因此,在实体权利定性上,前述指向未来的不作为义务应当归入消除危险请求权。不过,且不论“危险”与“妨害”在民法概念上的固有差异<sup>[46]</sup>或者对比排除妨碍、消除危险的实例通常不出现在(比如知识产权)重复侵权场景中,<sup>[47]</sup>这种思路也与实践中判决主文较少出现“消除风险”表达的写作习惯相悖,同时通常在构成要件上并不会考虑前述德国法中的重复或首次风险。此外在知识产权领域,停止(进行中)侵害和对应妨害预防的消除危险请求权在功能上也得到广泛认可,<sup>[48]</sup>但也有少数观点认为停止侵害仅针对未来可能发生侵权的救济。<sup>[49]</sup>

#### (四)停止侵害判决的双重含义

囿于主题和研究侧重,本文重点并非民法请求权的宏观体系建构,比如上述防御性请求权究竟应当属于物权/绝对权请求权抑或侵权责任、是否应以过错为要件,而是主要关心如何在程序法上安排对未来相同或相似行为的禁止。因此,退一步讲,即使不去主张扩大停止侵害请求权在实体法上的范围<sup>[50]</sup>并明确其独立存在的必要,也可以尝试将实体请求权体系与实务中常见的停止侵害判项充分结合。易言之,可以区别理解作为实体请求权和诉讼请求/判决主文中的“停止侵害”。<sup>[51]</sup>

[43] 比如,参见冯珏:“论妨害排除请求权”,《比较法研究》2008年第4期,第57页。

[44] 参见茅少伟,见前注[38],第30页;最高人民法院侵权责任法研究小组,见前注[36],第117页;崔建远:《物权法》,中国人民大学出版社2014年版,第115页;王洪亮,见前注[42],第57页;张谷,见前注[39],第23页;周友军:“我国物权请求权制度的解释论”,《社会科学研究》2008年第3期,第15页。

[45] 参见程啸,见前注[37],第657页。

[46] 参见王洪亮,见前注[18],第47页。认为未实际发生但可能出现的妨害即危险,只不过由于请求权体系的设计分别适用不同请求权的观点,参见王利明:《物权法研究》(上卷),中国人民大学出版社2016年版,第204、211页。

[47] 比如,参见张新宝:《侵权责任法》,中国人民大学出版社2013年版,第114—115页。

[48] 参见关永红:“论知识产权请求权的内容构成”,《知识产权》2013年第1期,第57—61页;杨明,见前注[11],第117—120页(知识产权领域),第196—197、204—205页(反不正当竞争领域);陈锦川:“试论我国知识产权请求权的初步确立”,《人民司法》2002年第10期,第65—66页;吴汉东:“试论知识产权的‘物上请求权’与侵权赔偿请求权”,《法商研究》2001年第5期,第8—9页。

[49] 参见和育东:“专利法上的停止侵权救济探析”,《知识产权》2008年第6期,第73页。

[50] 这种扩张的理解,参见贾小龙:《知识产权侵权与停止侵害》,知识产权出版社2014年版,第166—167页;张广良,见前注[29],第101、103—104页;姚辉:“民法上的‘停止侵害请求权’”,载《检察日报》2002年6月25日;吴汉东,见前注[48],第9页。从论证民事责任概念正当性出发、在实体法层面的相同结论,参见魏振瀛,见前注[40],第116—117、315—316页。从王利明教授对停止侵害的具体论述中也可见这种理论上的开放状况,他既提到了针对“未来可能发生的侵权行为”,又强调了“侵害民事权益的状态处于持续性状态”,参见王利明,见前注[38],第638—640页。

[51] 相同看法,参见茅少伟,见前注[38],第31页脚注58。

从裁判技术来看,需要通过对停止侵害请求和判项的解释,将面向将来的禁令纳入案件的审判范围之内。本文意义上、出现在执行依据中的“停止侵害”的对象,可以分为两个方面:一方面是排除妨害/妨碍,指向对仍未结束的持续侵权(无论是行为还是状态)的禁止,这也是现行法上停止侵害请求权/责任形式的当然内涵。如果侵害行为产生某些妨碍结果,该判决自然也包含除去侵害行为后果的固有含义,<sup>[52]</sup>此时根本不必考虑行为后果是否是在判决生效之前已经存在。<sup>[53]</sup>另一方面则是消除危险,无论侵害行为是否继续,都禁止债务人将来再次实施完全相同或实质相同的侵害行为。考虑到这里涉及不同的实体权利,如果按照诉讼标的旧实体法说的理解,应该构成诉的客观合并。

反之,如果将停止侵害的判决主文仅仅理解为针对进行中的侵害行为、即排除妨碍,那么一旦侵权人中断了自己的行为,判决主文的影响实际上就应该结束了。即使对于重复进行的后续侵害行为,权利人也必须提起新诉,再一次请求法院判令停止新的侵害行为。与此不同,如果坚持本文的扩张理解,当前的侵害行为和将来完全重复或实质上重复的侵害行为都在生效判决禁止之列,执行债权人不必再经过漫长的诉讼过程,而是直接申请执行程序即可。对同一侵害行为来说,由于上述两方面分别指向既存侵害和侵害风险,即分别禁止目前已经发生的行为和该行为在将来的重复实施,在同一诉讼中同时请求两者才能使权利人的保护范围更为圆满。<sup>[54]</sup>至于判决主文具体表达为停止侵害(权)或者排除<sup>[55]</sup>(不得)妨碍,<sup>[56]</sup>都可以适用上述理解。

实际上,将停止侵害判决做宽泛解释,也可以有进一步实体法领域的比较法经验支持。在德国,法条中使用的“不作为”(Unterlassung)一词至今仍然可以被解释为妨害排除和妨害预防两种含义,如果法条没有明确写“排除妨害”(Beseitigung),比如专利法(§ 139 I PatG)和商标法(§ § 14 V, 15 IV MarkenG),并不影响这一请求权的存在。竞争法法条中的“排除妨

[52] 参见金平强,见前注[4],第255页;孙加瑞:《强制执行实务研究》,法律出版社1994年版,第464页。

[53] Vgl. MüKoZPO/Gruber, 2016, § 890, Rdn. 7; 参见(日)中野贞一郎、下村正明:《民事执行法》,青林书院2016年版,第817页;吴光陆:《强制执行法》,三民书局2015年版,第536—537页;赵晋山,见前注[7],第289—290页。不同见解,比如,参见张登科:《强制执行法》,三民书局2015年版,第575—576页。当然,无论这里是否认为判决生效前行为结果的除去属于另一诉讼和执行标的,都不妨碍我国将来的强制执行立法明确规定除去行为结果(如《中华人民共和国强制执行法(专家建议稿)》第323条)。

[54] 否定请求权聚合可能的不同意见,参见杨明,见前注[11],第123页。

[55] 比如,参见“张军与于正伦排除妨害纠纷案”,北京市高级人民法院裁定书(2017)京民申642号;“彭继申与临清市魏湾镇薛楼村村民委员会排除妨害纠纷案”,山东省高级人民法院判决书(2014)鲁民提字第348号。

[56] 比如,参见“胡先与孙秀东排除妨害纠纷案”,北京市高级人民法院裁定书(2017)京民申1552号;“赵俊凯与盘锦慧丰化工有限公司排除妨害纠纷案”,辽宁省高级人民法院裁定书(2015)辽审三民申字第408号。

害”,其实是后续修法中为了特别明确而额外增加的。<sup>[57]</sup> 与此相似的是,日本法上所谓差止请求权,无论是基于法律上的明文规定,比如《日本商标法》第36条第1款对商标权及其专用权、《专利法》第100条第1款对专利权和独占实施权、《不正当竞争防止法》第3条第1款对不正当竞争影响的营业利益等,还是针对超过容忍限度的、抽象生活妨害,都是直接将侵害的停止和预防功能合二为一。这种在实体法上即同时涵盖妨害排除和妨害预防请求权<sup>[58]</sup>的做法,从另一个侧面强调了两个防御性请求权之间的密切联系。当然,从实体法上看,差止请求权能否在这两个方面同时成立,则是另一个问题。在比如待建高楼按图纸实际建筑可能影响原告日照权的案件中,由于所谓生活妨害尚未现实发生,则只成立妨害预防请求权。<sup>[59]</sup> 由此可见,固然现行法区分了不同防御请求权,不妨碍我们在诉讼法解释中将更多的实体权利认可为审判对象。<sup>[60]</sup>

## 二、重复侵权:本案执行抑或另行起诉

### (一)停止侵害之诉的诉讼标的

#### 1. 停止侵害之诉的特殊性

虽然停止侵害之诉和通常的给付之诉具有相当的可比性,<sup>[61]</sup>但是探讨其差异也十分重要。停止侵害之诉指向未来的特征无论从概念还是从功能上看,都扩大了诉讼标的和实体法上禁令的范围。因此,当停止侵害之诉被提起时,需要考虑的不仅是停止侵害命令向前覆盖至起诉之前的既判力范围,<sup>[62]</sup>而且也必须考虑到其对未来的影响。从这种面向未来的性质也可以发现,其与损害赔偿、排除妨害之诉之间的差别,即后者判决的既判力范围仅限于最初发生的侵害行为。<sup>[63]</sup>

在停止侵害之诉中,固然就最初侵害行为所产生的争议得到了终局解决,但在此基础之上更具有现实意义的是对债务人将来行为的规制。从这个角度来看,损害赔偿之诉确实不应受

[57] Vgl. Köhler/Bornkamm, UWG, § 8, Rdn. 1.69.

[58] 参见杜颖:“日本知识产权保护中的差止请求权”,《外国法译评》1999年第4期,第63—64页。亦参见于敏:《日本侵权行为法》,法律出版社2015年版,第537—538页;(日)吉村良一:《日本侵权行为法》,张挺译,中国人民大学出版社2013年版,第85—90页;(日)田山辉明:《日本侵权行为法》,顾祝轩、丁相顺译,北京大学出版社2011年版,第123—134页。

[59] 参见内田贵:《民法II:债权各论》,东京大学出版会2011年版,第477—478页。

[60] 尹田教授即在学理上将两者合并成为排除妨害请求权。参见尹田:《物权法》,北京大学出版社2013年版,第244页。类似强调两者之间没有本质区别的观点,参见魏振瀛,见前注[40],第74页。

[61] Vgl. Rüßmann, in: FS Lücke, 675, 694 ff.

[62] Vgl. Lücke, Fälle zum Zivilprozeßrecht, 1993, S. 14.

[63] Vgl. Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 46, Rdn. 2c, Fn. 44; H. Büttner, in: FS Doeppner, 107, 111, 116.

到停止侵害之诉中就先决问题审查的约束。<sup>[64]</sup>同时,在诉讼系属和既判力的客观范围时,也应当注意到此时不仅涉及到在已经发生的同一侵害行为(Verletzungshandlung)内部的划分,而同时涉及在同一类侵害行为类型(Verletzungsform)内部以及在不同的侵害行为样态之间的区分。概要而言,前者例如某年某月某日发生的交通事故中是否由于请求权基础不同,因而构成不同诉讼标的,面临的就是通常的给付之诉需要解决的问题;后者则对应如后详述的类型相同和实质相同的行为,与对本文聚焦的、对未来重复侵权的规制直接相关,涉及到发挥明确本案审判和执行范围功能的诉讼标的的概念。

以此为基础,本文将以德国法上就停止侵害之诉的专门讨论为参照系,提示在关注停止侵害实体请求权面向未来的共识之下,分析此时讨论诉讼标的的问题的可能思路。以同一已经发生的侵害行为为引子,有必要区分的是理论上提炼的三类行为概念(完全相同、类型相同和实质相同),以此作为划分本诉已解决的纠纷和另诉需要处理的纠纷的标准。值得一提的是,即使是被德国通说长期贯彻、侧重扩大判决范围、一次性纠纷解决的诉讼法二分支说,也在这一领域中经历了规则收窄和方向偏离,不到十年前才逐步走上通往一般民事诉讼通说的回归之路。<sup>[65]</sup>这一变动过程与最新动态,也体现在对前述三类行为的范围界定上。不过,传统上对诉讼标的的问题的探讨关心的更多是诉讼标的与实体法的关系、<sup>[66]</sup>如何理解以诉的声明、原因事实为代表的识别标准<sup>[67]</sup>或者是采取统一还是相对的诉讼标的理解,<sup>[68]</sup>这些考量都停留在前述已经发生的(一次)侵害行为。但是在停止侵害的语境下,需要关注的则是基于对该行为的提炼、使诉讼标的的发挥面向未来的指引作用。

## 2. 完全相同的行为

在德国法上,首先要区分具体的侵害行为(konkrete Verletzungshandlung)和侵害行为的类型/样态(Verletzungsform)。前者指客观上已经发生的侵害事实,是提起停止侵害之诉的引子,<sup>[69]</sup>从法律上看可能同时满足多个请求权基础的构成要件。<sup>[70]</sup>如果在另一个时间和地点加害人完全重复了上述行为,那么就被称为相同侵害行为(Identische Verletzungshand-

[64] Vgl. MüKoUWG/Ehricke, Vor § 12, Rdn. 125.

[65] 就此详细介绍,参见曹志勋:“不作为诉讼之诉讼标的”,载姜世明主编:《诉讼标的理论与重复起诉之禁止》,台湾新学林出版社2018年版,第277—303页。

[66] 比如,参见曹志勋:“德国诉讼标的实体法说的发展”,《交大法学》2018年第1期,第33—44页。

[67] 比如,参见张卫平:“重复诉讼规制研究:兼论‘一事不再理’”,《中国法学》2015年第2期,第54—58页。

[68] 比如,参见陈杭平:“诉讼标的理论的新范式”,《法学研究》2016年第4期,第170—189页。

[69] Vgl. Borck, Das Prokrustesbett Konkrete Verletzungsform, GRUR 1996, 522, 523; Ritter, Zur Unterlassungsklage: Urteilstenor und Klageantrag, 1994, S. 64 f.; Oppermann, Unterlassungsanspruch und materielle Gerechtigkeit im Wettbewerbsprozess, 1993, S. 36 f. & Fn. 113.

[70] Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 5, Rdn. 3.



lung)。〔71〕虽然世界上并不存在相同的两片落叶,但是这并不妨碍在法律上我们将两个完全相同的行为视为重复。如果从本文讨论的停止侵害或者实体法通说意义上的消除危险请求权来看,如果生效判决禁止了前一个侵害行为,那么后一个行为当然落入判决主文面向未来禁止的范围以及同一诉讼标的的领域。在这个意义上,一个侵害行为也可能被多次重复,行为的具体地点和时间原则上不影响停止侵害的禁止效果。〔72〕易言之,时空上的差异仅被视为案情细节,在判断侵害行为同一性时不发生作用。

### 3. 类型相同的行为

然而,上述程度的重复注定相对罕见。假设法律能够被有效执行(具体来说即停止侵害判决产生足够的威慑效果),侵权人修改其被判决违法的行为应该更为常见。在这个意义上,具体的侵害行为本身仅仅对应了停止侵害请求权的最小范围。〔73〕为了更充分保护权利人的权利,在此之外需要提炼完全相同行为之间的共性,也就是所谓的侵害行为类型,用以描述对重复侵权来说具有决定性的法律标准。〔74〕比如,如果被告多次以不同方式使用了某个误导性标识(比如在不同载体上、配合不同的附加信息),那么涉及的就只是同一侵害行为类型的不同表现形式。〔75〕

至于对这种抽象的侵害行为类型本身的识别,则与前述对诉讼标的的认识有关。在实务中坚持如前所述的接近实体法请求权基础的理解时,这种类型的划分也与请求权基础挂钩,于是比较容易出现同一侵害行为同时涵盖多个侵害行为类型的情形。〔76〕如果再将侵害行为类

〔71〕 BGHZ 183, 309 = NJW-RR 2010, 554, 557, Tz. 30. Vgl. Ritter, Unterlassungsklage, S. 69 f.

〔72〕 Vgl. Teplitzky/Schwippert, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, 2016, Kap. 46, Rdn. 2d; Ahrens/Ahrens, Wettbewerbsprozess, Kap. 36, Rdn. 18, 62; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 46, Rdn. 2c & Fn. 43; v. Ungern - Sternberg, Grundfragen des Streitgegenstands bei wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsklagen (Teil 2), GRUR 2009, 1009, 1013; Linstow/T. Büttner, Nach Markenparfümverkäufen sind Reinigungsarbeiten erforderlich, WRP 2007, 169, 171; Grosch, Rechtswandel und Rechtskraft bei Unterlassungsurteilen, 2002, S. 74 ff.; Nirk/Kurtze, Wettbewerbsstreitigkeiten, 1992, Rdn. 93.

〔73〕 Vgl. MüKoUWG/Fritzsche, § 8, Rdn. 104.; Grosch, Rechtswandel, S. 67 f.

〔74〕 Vgl. Teplitzky/Schwippert, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 46, Rdn. 2d; Ahrens/Ahrens, Wettbewerbsprozess, Kap. 36, Rdn. 64; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 46, Rdn. 2c; v. Ungern - Sternberg, GRUR 2009, 1009, 1011; H. Büttner, in: FS Doepner, 107, 109; Rüßmann, in: FS Lüke, 675, 683 f.; Ritter, Unterlassungsklage, S. 61 ff.; Oppermann, Unterlassungsanspruch, S. 37, Fn. 113; Nirk/Kurtze, Wettbewerbsstreitigkeiten, Rdn. 90 f.

〔75〕 BGH GRUR 1980, 794, 797. Vgl. Nirk/Kurtze, Wettbewerbsstreitigkeiten, Rdn. 96.

〔76〕 Vgl. Ahrens/Ahrens, Wettbewerbsprozess, Kap. 36, Rdn. 18, 66, 90; Teplitzky/Schwippert, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 46, Rdn. 3 ff.; v. Ungern - Sternberg, Grundfragen des Klageantrags bei urheber- und wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsklagen - Teil I, GRUR 2009, 375, 380; Nirk/Kurtze, Wettbewerbsstreitigkeiten, Rdn. 94 f., 247 ff.



型作为识别诉讼标的的标准,将会导致诉讼标的的数量不当增多。而在生活事实的概念向自然事实方向扩张之后,也就意味着很多原来承认多个侵害行为类型的情形其实只存在单一的类型。比如,当被告发放宣传册时,发放本身的具体方式<sup>[77]</sup>和广告的内容分别满足不同的竞争法上的请求权基础,因而曾经被认为构成多个侵害行为类型。<sup>[78]</sup>而在最新识别标准下,这显然会被认为属于同一侵害行为类型,同时也是同一生活事实和诉讼标的。易言之,侵害行为类型与生活事实都是诉讼技术拟制的产物,用于解释诉讼标的的识别的标准。

#### 4. 实质相同的行为

为了进一步扩大判决主文的辐射范围,德国实务是提出了所谓的“核心理论”。从裁判技术上看,这一理论同时覆盖实体法与程序法两个领域:在前者是停止侵害请求权的本来范围和作为其具体构成要件要素的重复风险,在后者是作为执行依据的判决主文在起草时预设的和执行中解释的范围。<sup>[79]</sup>一个经由前述抽象过程获得的侵害行为类型也被认为覆盖了那些略有变通、但是“实质上相同的所有侵害行为”(alle im Kern gleichartigen Verletzungshandlungen),此时的有限变通并不影响对上述侵害类型的核心的同一性认识。<sup>[80]</sup>也就是说,本案判决针对的同时是法院在前诉中裁判的和与其实质相同的侵害行为类型,<sup>[81]</sup>两者类型的核心在法律上应当被同等评价(Gleichwertigkeit)。<sup>[82]</sup>

至于哪些情形属于上述实质相同的行为,其实是一个价值判断问题。当涉及到不同年份实施的问卷调查<sup>[83]</sup>或者经由不同路径运输的货物,<sup>[84]</sup>或者在双立人(Zwilling)厨具的商标和摆出类似动作的小人标识<sup>[85]</sup>或者相似的颜色<sup>[86]</sup>之间,抑或分别作为纸本印

[77] BGH NJW 1986, 2053.

[78] Vgl. *Nirk/Kurtze*, Wettbewerbsstreitigkeiten, Rdn. 90.

[79] BGH GRUR 2013, 1071, 1072, Tz. 14 (Umsatzangaben). Vgl. *MüKoUWG/Fritzsche*, § 8, Rdn. 103; *Fezer/Büscher/Obergfell/Büscher*, UWG, § 12, Rdn. 291, 365; *Kodde*, Der Streitgegenstand im Markenverletzungsprozess, 2014, S. 278; *Teplitzky*, Zum Streitgegenstand der wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsklage, WRP 2010, 181, 185 (unter d); *Lehment*, Zur Bedeutung der Kerntheorie für den Streitgegenstand, WRP 2007, 237, 238 & Fn. 4.

[80] 通说:BGHZ 166, 253 = NJW-RR 2006, 1118; BGH NJW 2014, 2870, Tz. 11. 不同观点:vgl. *Borck*, Bestimmtheitsgebot und Kern der Verletzung, WRP 1979, 180, 184 f.; *Schubert*, Klageantrag und Streitgegenstand bei Unterlassungsklagen, ZZZ 85 (1972), 29, 33 ff.

[81] BGH NJW 2014, 2870, Tz. 11; GRUR 2010, 855, 856, Tz. 17; NJW-RR 2006, 257, 258, Tz. 14.

[82] Vgl. *Chen*, Die objektiven Grenzen, S. 116 f.; *Kodde*, Streitgegenstand, S. 73.

[83] Vgl. *Fritzsche*, Unterlassungsanspruch, S. 224.

[84] Vgl. *Gottwald*, Der Streitgegenstand — eine Einheit in Vielfalt, in: FS Kaissis, 2012, S. 303, 310.

[85] BGHZ 5, 189 = GRUR 1952, 577, 580.

[86] BGHZ 126, 287 = NJW 1994, 2820.

刷出版及作为网络杂志出版的同名刊物,<sup>[87]</sup>都构成实质相同的行为。不同品牌和颜色的牛仔裤,只要都在后裤兜边附有红色的小标签,也属于此种行为。<sup>[88]</sup>即使电话广告的内容各不相同,只要将其特征概括为对消费者未经许可的广告电话,就被认为在实质上相同。<sup>[89]</sup>与此不同,如果是(被认为)仅仅相似的行为,则尚不足以在实体法和程序法上被等同对待。<sup>[90]</sup>当然,站在判例的基础上,与其认为“实质相同”与“相似”之间有什么天壤之别,其实不如明确,他们只是指代两类在法律和价值上需要做不同评判的案例组别的标签而已。

#### 5.比较与初步展望

如前所述,在覆盖行为范围上,德国法的思路实际是除非实体法有另外规定(比如知识产权的保护期限),停止未来相同的侵害行为原则上没有时间上的限制,而是在判决生效后不特定的时间内都对当事人有约束力。在涉及略有改变的行为时,德国实务和理论界毋宁是提供了一套分析工具,即在完全相同行为之外区分类型相同、实质相同和仅仅相似的行为,并且对这四类行为提供解说上大致标准和说明。至于对某类具体案件如何判断,其实仍然有赖于实务界积累的判例以及学界与之的积极互动,最后形成法律共同体大致能够认同的裁判准则。

回到我国的语境下,将停止侵害判决主文作出后的重复侵权同样划分为这四类行为,应该也不存在太大的争议。对于那些完全相同的行为,比如当法院生效判决判令拆除阳台外搭建的棚房并强制执行之后,当事人在两天后又将法院拆除的房屋按照原来的尺寸建盖的案件,<sup>[91]</sup>当然应当属于原判决禁止的范围,因而构成原判决的执行对象。与此类似的,完全相同的行为也出现在法院于2010年8月判决在侵占沙儿岭上建造的房屋和种植的农作物,并且于2012年5月实际执行完毕后,债务人于2014年3月再次重复上述行为的案件。<sup>[92]</sup>而对于类型相同的行为,比如在上述案件中重建的建筑物外形不同或者种植的农作物种类不同,显然案件结果也不应有任何不同。

对于需要更多价值裁量的“实质相同”的判断以及其与单纯相似的界分,则需要较为谨慎,尤其需要以对司法实践经验的梳理和整体观照为基础。比如,当债务人在前案中用马车拉土

[87] BGH GRUR 2010, 156, 157, Tz. 25.

[88] BGH GRUR 2009, 766, 768, Tz. 22.

[89] BGH GRUR 2011, 433, 435, Tz. 27.

[90] KG MMR 2013, 451, 452; OLG Bremen WRP 1975, 157.

[91] 类似案情,参见石丽君:“行为请求权执行案中执行程序完成标准之认定”,《人民司法·案例》2011年第16期,第82—84页。

[92] 参见“桂平市下湾镇邓明村第17生产队与陈火伟排除妨害、恢复原状纠纷上诉案”,广西壮族自治区贵港中级人民法院裁定书(2014)贵立民终字第97号。

堵路,而在案件执行完毕后将该街道堵死并建有街门<sup>[93]</sup>或者先修围墙再修水泥铁柱妨碍通行<sup>[94]</sup>抑或分别修水泥墩(杆)、堆石块、放置木箱、搭设熟菜棚<sup>[95]</sup>时,虽然两个案件中不同行为的具体表现差异较大,但是其直接目的和作用都在于妨碍权利人的通行,因而可以评价为实质相同的行为。与此相反,如果前案涉及被告在翻修新房时将原告必须通过的巷道垫高、妨碍其通行,后案则涉及前案履行完毕后被告用水泥将相同巷道的路面硬化、导致流水对原告房屋侵害时,<sup>[96]</sup>虽然两案在客观上都表现为对自然地面不同程度的增高(1米或0.2米),但是其对权利人的影响具有本质差异,因而不应视为(法律上)实质相同的行为,而只是在事实上相似而已。当然,囿于主题和我国目前本领域问题讨论的发展状况,本文暂缓过多详细地展开上述思路,而把精力回收到我国既有执行领域解释论的对话与深化上。

## (二)判决后“新的事实”的认定

### 1. 执行终结后对妨害的排除

值得注意的是,上述德国思路在整体上与我国司法实践的认识并不相同,这尤其体现在与我国对于“新的事实”的理解上。判决生效后出现的“新的事实”,例外地不受到既判力规则的限制,可以提起新的诉讼(《民诉解释》第247和248条)。这里的问题在于,对于指向未来的停止侵害判决,如何确定这种新事实的存在。毕竟,重复侵权本身必然对应客观上的“新的事实”,如果认为所有重复侵权的行为都需要(或者至少能够)通过新诉解决,必然造成诉讼资源的巨大浪费和对当事人的不当负担。

此时,我国流行的思路是通过执行终结后的排除妨害规则,解决停止侵害判决的执行问题。依照《民事诉讼法》第111条和《民诉解释》第521条前句的规定,在执行终结6个月内,被执行人或者其他人对已执行的标的有妨害行为的,法院可以依申请排除妨害,并可以作为拒不履行法院生效判决,采取罚款、拘留的强制措施甚至追究刑事责任。对于《民诉意见》第303条的原有规定,《民诉解释》主要增加了6个月的限制,以此划定对原执行程序的破坏和新的妨害行为的边界。<sup>[97]</sup>在实务中,上述规则既可能适用于容许通行的案件中,排除在执行完毕后、

[93] 参见“冯步才等与冯素平相邻关系纠纷案”,河北省广平县人民法院裁定书(2013)广民初字第1340号;“冯步清等与冯素平排除妨害纠纷案”,河北省广平县人民法院裁定书(2015)广执字第00292号(先驳回起诉再拒绝恢复执行)。

[94] 参见何奇峰:“执行完毕后可否以被执行人恢复原侵权状态重新申请执行?”,<http://jxthxfy.china-court.org/public/detail.php?id=2433>,最后访问日期:2018年5月4日。

[95] 参见“仲平等与张恒林排除妨碍纠纷上诉案”,江苏省镇江市中级人民法院判决书(2015)镇民终字第1887号。

[96] 参见“覃文刚、覃鸾姣等与覃莲英排除妨害纠纷案”,广西壮族自治区来宾市中级人民法院判决书(2016)桂13民终554号。

[97] 参见沈德咏:《最高人民法院民事诉讼司法解释理解与适用(下)》,人民法院出版社2015年版,第1379页。

被执行人重新筑起阻碍通行的围墙的状态,又可能对应责令停止生产的场景,即禁止被执行人复工生产。<sup>[98]</sup> 这样,执行终结6个月内发生的新侵害事实就不被认为构成新的事实和新的诉讼标的。<sup>[99]</sup>

如果由此倒推对“已执行标的”的理解,那么执行完毕后(当然也是判决生效后)的妨害行为即广义上对某种状态的破坏,无论是比如作为义务履行完毕后的效果(清除路障、清理土地上种植的农作物<sup>[100]</sup>),还是不作为义务所禁止的行为(比如继续生产同一侵犯外观设计的笔<sup>[101]</sup>)<sup>[101]</sup>在事实上并没有出现,都应涵盖在内。而且就停止侵害判决的执行而言,该规则在禁止相同行为之外,也应该能够规制前述实质相似的侵害行为。相反如果前后行为在实质上也不相似,比如前述不同程度垫高土地分别造成通行不便和流水侵害房屋的案件,无论是否满足6个月的限制,也只能通过另诉解决。<sup>[102]</sup>

对此,浙江省高级人民法院针对侵权人再次实施相同侵权行为的情形认为,应当依据本条以执行终结6个月为限,划定原案执行和另诉处理的边界。<sup>[103]</sup> 具体而言,裁判尚在执行过程中或者仅以终结本次执行方式结案时,侵权人拒不停止侵权行为或停止后再次实施相同侵权行为,仍然应在本案执行程序中处理。即使在裁判执行完毕后6个月内,权利人仍应依据该裁判重新申请执行、要求停止侵权,此时法院应当重新执行立案。相反在裁判执行完毕6个月后,权利人应当重新起诉请求停止侵权。同时,该院也认为,权利人在申请执行期限内均可启动执行程序停止侵权行为。而在执行期间经过之后,该院则认为在被执行人就执行申请提出异议、导致执行法院裁定驳回执行申请时,当事人可就新的事实另行起诉。

上述新规则实际上是根据《民诉解释》第521条的修改对原有最高人民法院执行部门之前批复(旧规则)的更新。2000年,针对天津市高级人民法院的请示,当时的执行办公室指出,

[98] 参见金平强,见前注[4],第257页。

[99] 不过,实践中也有两级法院错误地认为既然此时构成重复起诉,那么可以简单地“不再审理”即可,于是在主文中直接判决驳回(其他)诉讼请求。参见“吕丽芳与马武锋农业承包合同纠纷上诉案”,河南省三门峡市中级人民法院判决书(2017)豫12民终2015号。关于我国处理遗漏诉讼请求问题的不自洽做法,参见曹志勋:“论民事一审漏判的更正”,《法学》2017年第7期,第22—38页。

[100] 参见“桂平市下湾镇邓明村第17生产队与陈火伟排除妨害、恢复原状纠纷上诉案”,广西壮族自治区贵港市中级人民法院裁定书(2014)贵立民终字第97号。

[101] 参见“桐庐光华文化用品有限公司与桐庐佳禾制笔厂侵犯外观设计专利权纠纷上诉案”,浙江省高级人民法院判决书(2008)浙民三终字第215号。

[102] 参见“覃文刚、覃鸾姣等与覃莲英相邻通行纠纷案”,广西壮族自治区象州县人民法院裁定书(2015)象法执字第120-1号。

[103] 参见《浙江省高级人民法院办公室印发〈关于妥善处理知识产权重复侵权行为若干问题的纪要〉的通知》,浙高法办〔2015〕44号。



“被执行人或者其他人对人民法院已执行的标的又恢复执行前的状况,虽属新发生的侵权事实,但是与已经生效法律文书认定的侵权事实并无区别,如果申请执行人另行起诉,人民法院将会作出与已经生效法律文书完全相同的裁判。这样,不仅增加了申请执行人的讼累,同时也增加了人民法院的审判负担。因此,被执行人或者其他人在人民法院执行完毕后对已执行的标的又恢复到执行前状况的,应当认定为对已执行标的的妨害行为”,同时,该部门也认为“申请执行人要求排除妨害的,人民法院应当继续按照原生效法律文书执行。……如果妨害行为给申请执行人或者其他造成新的损失,受害人可以另行起诉”。<sup>[104]</sup>

不过,即使新规则采取了时间上一刀切的做法,实践中仍然有法院在解释论上错误地坚持适用旧规则,在原案判决执行完毕7个月后发生重复侵权时,裁定驳回权利人的起诉。<sup>[105]</sup>甚至,值得怀疑的是,也有法院既不同意恢复执行,又以重复起诉为理由裁定驳回起诉,使得债权人的实体权利实际上处于无法实现和保护的状态。这种诉讼场景发生在比如出卖人对房屋外墙渗漏采取补救措施一段时间之后瑕疵重新出现时,<sup>[106]</sup>或者在债务人于十年间分别采取不同方式将债权人的唯一出路堵死时。<sup>[107]</sup>还有的法院虽然意识到应当适用新规则,却同时认为6个月经过即构成债权消灭,从而满足《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第7条第2款的规定,应当据此支持债务人提出的执行行为异议。<sup>[108]</sup>而在笔者看来,此时不应混淆本来在理论上对应债务人异议之诉、在我国现阶段不得不套用执行行为异议的实体事由和对执行妨害行为的排除,本案中涉及的是纯粹的执行行为违法,应当直接适用执行行为异议的规则,而不必参照适用。其实,债务人异议之诉的实质是新的事实产生了改变实体法律关系的效果(比如这里提及的债权消灭),此时由于实体审判权在审执机关的传统分工(执行形式/外观主义),必须通过独立之诉的方式改变与执行时实体权利义务现状不同的执行依据。而从实体法上看,很难说执行完毕且经过一段时间后,相应的实体法律关系发

<sup>[104]</sup> 《最高人民法院执行办公室关于已执行完毕的案件被执行人又恢复到执行前的状况应如何处理问题的复函》,[2000]执他字第34号。

<sup>[105]</sup> 参见“叶贵运与叶木杨侵权责任纠纷案”,广东省连平县人民法院判决书(2017)粤1623民初545号。

<sup>[106]</sup> 参见“姚凤球与合肥科园房地产开发有限公司合同纠纷案”,安徽省合肥市中级人民法院裁定书(2017)皖01民终3037号。

<sup>[107]</sup> 参见“冯步才等与冯素平相邻关系纠纷案”,河北省广平县人民法院裁定书(2013)广民初字第1340号;“冯步清等与冯素平排除妨害纠纷案”,河北省广平县人民法院裁定书(2015)广执字第00292号(先驳回起诉再拒绝恢复执行)。

<sup>[108]</sup> 参见“唐冬伟与郑田坑相邻通行权纠纷案”,浙江省衢州市柯城区人民法院裁定书(2017)浙0802执异24号。



生了变动。相反在经典的金钱债权执行的情景下,实际上执行完毕本身就意味着债权的实现。<sup>[109]</sup>

此外,也有法院认为申请执行人对执行法院终结执行的裁定不服、申请异议及复议时,实质上包含了这种对排除执行妨害的申请,因而可以直接在驳回复议申请的同时,要求执行法院依法排除其他人对已执行标的的妨害行为。<sup>[110]</sup>最后,无论针对新旧哪种规则,法院在裁判理由中都不能仅以发生新的侵权行为为由,不考虑排除执行妨害,<sup>[111]</sup>因为新行为的出现恰恰就是规则适用的要件。

## 2. 基于执行时效的可能方案

虽然上述以执行终结后6个月为核心的时间规则提供了较为明晰的划分标准,但是至少在两方面上,仍然需要从法解释论上寻找解决问题的答案。一方面,由于该规则预设了执行终结的限定条件,实际上并不能适用于债务人在判决生效后首次重复侵权的场景。就此而言,债务人事实上不采取任何相关积极(侵害)行为确实意味着不作为义务的自觉履行,这种情况也就是执行依据确定的执行内容被完全实现,案件可以以“执行完毕”方式结案(《最高人民法院关于执行案件立案、结案若干问题的意见》第15条第1款)。但是无论如何,执行终结必定以启动执行程序为前提。因此,在不考虑后述由于侵权行为本身或者其结果在案件审判后持续存在、需要依照停止侵害判项除去结果的情形,启动执行程序需要满足既有的执行程序要求,其中最突出的就是执行时效的计算问题。依照2008年《执行解释》第29条的规定,此时申请执行时效期间从债务人违反不作为义务之日起计算。对判决生效后新出现的、一次性的侵权行为来说,上述义务违反的时间点相对容易判断,即债务人实施该行为的时间。对于持续性侵权则可以参考未生效的1990年《最高人民法院关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见》修改意见稿第194条的规定,将执行时效从侵权行为实施终了之日起计算。总的来看,上述两种首次重复侵权的情形,其实本身就无法归入《民诉解释》第521条的规则框架下。

[109] 而如果按照本文主张的、停止侵害判决由于指向未来行为因而不受这种时间限制的话,债务人的救济在性质上如上所述也不应是债务人异议(之诉),因为这里涉及的是某个行为与被禁止行为的关系,而非停止侵害判决主文本身是否(基于新事实对实体法律关系的变动)仍具有执行力的判断。Vgl. *Großkomm UWG/Grosch*, 2015, § 12, A, Rdn. 623. 此时可以考虑的救济可以通过消极确认之诉确认自己的新行为不侵权或者不落入原判禁止范围之列,后诉法院由于纠纷解决的需要,可以认可其确认利益。相应地,权利人则可以直接进入执行程序,由执行法院判断是否属于执行范围,此时债务人就法院能否间接执行可以参与程序并发表意见,只不过其挑战并不属于债务人异议之诉。如果执行申请被驳回的话,权利人则考虑提起针对停止侵害判决范围的确认之诉,提起新的给付之诉并请后诉法院审查是否构成重复起诉。作者这里尤其感谢许可老师和王晓娟老师在本人做主题报告时的追问与建议。

[110] 参见“陕西绿保新能源开发有限公司与陕西正众工贸有限公司房屋使用权侵权纠纷案”,陕西省西安市中级人民法院裁定书(2016)陕01执复121号。

[111] 不同做法,比如,参见“邹立宗等与邹育兰等相邻关系纠纷上诉案”,福建省莆田市中级人民法院判决书(2014)莆民终字第671号(适用旧规则)。

进而,在涉及执行中再次重复侵权时,也需要考虑执行时效的计算问题。《民事诉讼法》第239条第1款规定,申请执行时效的中止、中断适用诉讼时效中止、中断的法律规定。那么,由于《民法总则》第195条规定从中断、有关程序终结时起,诉讼时效期间重新计算,而申请强制执行也属于该条中规定的与提起诉讼或者申请仲裁具有同等效力的其他情形(《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第13条第6项)。因此,在通常情况下,应当从执行完毕而结束执行后重新计算2年期间。

这样,如果僵化理解前述排除妨害的司法规则,可能会出现虽然停止侵害判决仍在执行时效内,但是却不能再启动执行程序的吊诡场景。比如,被执行人在于2017年4月1日被生效判决禁止生产某种侵犯外观设计权的商品后,仍然偷偷重启生产线。在权利人的执行申请下,法院于2017年9月1日采取执行措施,关停并查封了侵权生产线,并于2017年11月1日认定执行完毕而结案。一旦债务人在2018年5月1日之后再次生产相同或本文意义上的前述实质相似的侵权产品(此时是否利用原有生产线则并不重要),那么按照前述司法规则,权利人则必须另行起诉才能够制止侵权行为。至于由于执行完毕而继续延伸的2年期间,实际上则缩短为6个月。

在处理排除执行妨害特别规则和在停止侵害类案件中执行时效具体规则的冲突时,笔者初步认为应当优先适用执行时效规则。这里最需要关注的是,考虑到停止侵害判项指向未来的特殊性,两条规则的实际效果都是在首次执行完毕之后,允许将一定时间范围内的再次重复侵权行为纳入本案执行之中。其差异则在于参照的规则及其各自确定的时限都不同。比较而言,执行时效规则直接对应停止侵害案件能否执行的问题,而执行妨害规则则更多是类推适用到停止侵害判决的执行上。特别是,执行妨害规则的适用,限制了本来中断时效制度所欲实现的、对权利人(通过更直接方式)行使权利的规范目的。在执行完毕6个月后,申请执行人不得不重新回到通常的诉讼程序,将极大地影响其权利实现的效率以及实际效果,反而鼓励债务人一而再(首次重复侵权)、再而三(再次重复侵权)的实施侵权行为。这显然不是停止侵害实体请求权和法院作出相应判决时的预期状态,同样不该是案件走向执行阶段后就应当改弦易张的。

而在这个意义上可以赞同的是,二十多年前即有论者认为在不作为义务的履行期限内,重复侵权仍是对原生效法律文书的违反,应当另行立案加以执行。<sup>[112]</sup>甚至,与本文对停止侵害指向未来特征的强调一脉相承的是另外一种更具有“时代精神”的思路,即直接经由《民事诉讼法》第239条第1款适用《民法总则》第196条第1项的规定,对本文意义上的停止侵害或者排除妨碍、消除危险两项请求权同时不适用诉讼时效和执行时效。在这种情况下,对于相同或实质相同的重复侵权都应当直接通过执行程序加以救济,既没有划定诸如6个月界限的必要,又

[112] 参见孙加瑞,见前注[52],第463—464页。

不必通过另诉浪费司法资源。由于没有发生执行时效经过的可能,不存在例外由于权利保护必要、允许新的停止侵害之诉的意义。

值得进一步思考的是如前所述、在规制重复侵权时的当事人动机与意愿。法院允许在一定条件下再次起诉的现实考虑是,这样才能使知识产权和不正当竞争案件的权利人得以通过损害赔偿的形式回复其维权成本(如《著作权法》第49条第1款)。比如,有法院认为:“如果按照一审判决思路,只要前诉曾经就被告制造、销售侵权产品等侵权行为进行过判决,原告就不得再就同类侵权行为起诉被告,就意味着被告在前诉判决生效之后,即使实施同类侵权行为,也没有被再次起诉侵权之虞。这显然不符合对重复侵权行为应当从重处罚的立法本意,将会放纵恶意侵权行为。”<sup>[113]</sup>相反,如果被告在侵害原告的作品放映权被法院判决停止侵权行为并删除侵权音乐电视作品后,在时隔一年多后又再次侵犯了原告对这些作品享有的放映权和获得报酬的权利,也不被法院认为构成重复起诉。<sup>[114]</sup>而且,前述浙江省高级人民法院出台的具体规则,也延续了2000年批复的旧规则,强调了即使能够申请执行,“针对该裁判生效后发生的侵权主张赔偿的应另诉”。<sup>[115]</sup>然而,无论从旧实体法说还是诉讼法说的角度看,损害赔偿之诉和停止侵害之诉分别具有不同的诉讼标的,追求损害赔偿的后果本来就不应影响停止侵害判决的既判力效果。同时,如果通过执行程序解决重复侵权的问题,也可以通过后续迟延履行金的方式明确包括其维权损失,其实可以以更简易快捷的方式取得相同效果。

### 3. 除去侵害行为结果的执行

与前述不同的是原有侵权行为虽然结束、但是其妨碍状态仍然持续的情形。此时虽然有执行的必要,但是并没有发生重复侵权,而仅涉及对行为结果的除去问题。依前文对停止侵害判决的双重意义的理解,这种由不作为义务引发的作为行为执行当属停止侵害判决的题中应有之义。比如,有法院认为,当前诉生效判决比如认定园香园顺水鱼餐馆侵犯了顺水鱼公司的注册商标专用权并且构成不正当竞争、判决其停止侵害行为时,如果侵权人至今仍在店铺门头使用“顺水鱼”标识(持续侵权),权利人将由于该判决的既判力效果,不能另行起诉。<sup>[116]</sup>本案

[113] “深圳市基本生活用品有限公司与深圳市思派硅胶电子有限公司侵害外观设计专利权纠纷上诉案”,广东省高级人民法院判决书(2016)粤民终1036号。

[114] 参见“中国音像著作权集体管理协会与晋江市青阳新浪潮娱乐会所侵害作品放映权纠纷案”,福建省晋江市人民法院(2013)晋民初字第5418号。

[115] 参见《浙江省高级人民法院办公室印发〈关于妥善处理知识产权重复侵权行为若干问题的纪要〉的通知》,浙高法办〔2015〕44号。

[116] 参见“重庆顺水鱼饮食文化有限公司与新市区西八家户路园香园顺水鱼餐馆商标权权属、侵权纠纷案”,新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院裁定书(2016)新01民初125号;“重庆顺水鱼饮食文化有限公司与新市区西八家户路园香园顺水鱼餐馆商标权权属、侵权纠纷案”,新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院判决书(2015)乌中民三初字第210号。

中的后诉发生于前诉判决生效 6 个月内,并且权利人在前诉中也没有启动执行程序,因此无所谓执行终结。相反,本案涉及的纯粹是应当启动执行程序,使债务人通过积极行为(撤去侵权标识),履行其不作为义务。

#### 4. 生效判决的执行力扩张?

最后,针对对上述“新的事实”的类型化理解和对停止侵害判项面向未来特性的认识,也有较新观点认为在涉及不作为的行为给付时,执行力例外地向既判力标准时后扩张,此时应当将“新的事实”引发的争议放在执行程序中处理,即由执行机关审查后案行为是否侵权,当事人享有申请执行异议的权利。<sup>[117]</sup>类推对于作为给付的分析思路,该观点似乎也认为,在执行债权人认为执行债务人将来采取的积极行为不合法、也即不满足判决主文要求时,也应作相同处理。这样,不考虑实体法上可能的影响,似乎也有必要否定后续给付之诉的利益。<sup>[118]</sup>

而在笔者看来,此时仍然应当回到停止侵害之诉本身的特殊性上。如前所述,由于此类诉讼本身就禁止了将来所有的相同和实质相同的案件,本无所谓执行力扩张的问题。这种扩张恰恰是作为基础的实体法请求权的固有内容,不必迂回到程序法层面加以解说。退一步说,即使此时需要程序法理论的介入,也需要直接通过既判力的扩张来解释。原因在于,此时涉及的不仅仅是能够直接执行原判的问题,也与当事人能否另诉直接相关,后者无法通过对执行力的解说得到回应。从救济体系的整体设计来看,应当尽可能限制当事人“或执或诉”的选择权,而是坚持救济机制的设计应当契合制度功能和自身属性,<sup>[119]</sup>确保停止侵害判决履行的效果和效率,避免另诉必然产生的成本。无论与目前在首次重复侵权后延长 6 个月的现行规则相比,还是与本文观点对照,单纯建立在执行力扩张的规则都有较大的局限性。

### 三、执行措施:停止侵害的间接执行

#### (一) 间接执行措施的构成

在明确了生效判决的效力范围之后,停止侵害判决也进入了纯粹的执行法规范的理解与适用阶段。虽然对于理论上间接执行措施的具体组成可能存在不同意见,<sup>[120]</sup>但没有争议的是,停止侵害的判决主文应当通过间接执行的方式得到执行。《民事诉讼法》第 252 条规定,被

[117] 参见曹云吉:“论裁判生效后之新事实”,《甘肃政法学院学报》2016 年第 3 期,第 114 页。

[118] 同上注,第 113 页、脚注[13]。

[119] 参见潘剑锋:“论建构民事程序权利救济机制的基本原则”,《中国法学》2015 年第 2 期,第 33—36 页。

[120] 比如,参见马登科:《民事执行的现代转型与制度创新》,厦门大学出版社 2014 年版,第 180—183 页。



执行人未按执行通知履行执行依据中指定的行为,法院可以强制执行。无论是指向对进行中侵害行为的停止还是对将来重复侵权的遏制,本文讨论的不作为义务显然都无法成为直接执行的对象。同时,本条所确定的代履行的方式显然也不适用于停止侵害。因此,只能考虑妨碍民事诉讼的强制措施、迟延履行金和其他保障型执行措施。

其中,妨害诉讼措施和迟延履行金两种做法分别对应比较法上两种主流的间接执行模式,因而本文有必要相对详细地讨论这两种模式的渊源及我国进一步改良的可能。而就最后一种类型而言,法院当然也可以采取其他适用于失信被执行人的保障性措施,诸如限制出境、限制高消费、列入失信被执行人名单加以公布等等。从定性上来看,既可以认为这些普遍适用的具体执行措施体现了间接执行范围泛化的一般趋势,<sup>[121]</sup>又可以认为这些保障型措施本身并非不作为请求权间接执行的手段,<sup>[122]</sup>因此无所谓泛化的问题。至于除去行为结果,可以作为独立的执行措施,<sup>[123]</sup>也可以如本文作为停止侵害判决的应有之义。在实践中,也有认为可以要求被执行人承诺没有侵权行为并经申请执行人认可,直接认定执行完毕,或者被执行人客观上可能继续侵权,法院可依申请采取消除侵权行为的强制措施。<sup>[124]</sup>

## (二)比较法上的两种模式

### 1. 罚款与拘留模式

通过罚款和拘留实现间接执行的两种代表性做法出现在德国和美国,区别于如后所述法国和日本代表的强制金制度。在德国,与要求给付金钱或者交付特定物的判决主文不同,停止侵害主文的执行并不针对特定物或者一定数量的金钱,而是指向不作出某种行为。这些行为不仅包括判决主文明确规定的内容,甚至也包括根据“核心理论”在最初无法完全预见的内容。在执行程序中,除了管辖法院是原案的诉讼法院以及执行程序中一般程序原理只能有限适用之外,<sup>[125]</sup>停止侵害判决只能够通过秩序措施(Ordnungsmittel)得到间接执行。至于债权人其实并不情愿通过确定秩序措施的方式实际执行,而是希望债务人自觉不做某种行为,则在所不论。<sup>[126]</sup>

具体来说,在停止侵害判决的执行中需要考虑预设(Androhung)秩序措施和对停止侵害

[121] 参见马登科:“民事间接强制执行比较研究”,《法律科学(西北政法大学学报)》2012年第4期,第149—151页。

[122] 参见谭秋桂,见前注[2],第250页(包括迟延履行金)。

[123] 参见杨荣馨:《〈中华人民共和国强制执行法(专家建议稿)〉立法理由、立法例参考与立法意义》,厦门大学出版社2011年版,第530—531页。

[124] 参见鲁桂华:《民事执行实务操作指南》,法律出版社2016年版,第138—139页。

[125] Vgl. *Oppermann*, Unterlassungsanspruch, S. 63 f., 67 f.; *Pastor*, Die Unterlassungsvollstreckung nach § 890 ZPO, 1982, S. 111 ff.

[126] Vgl. *Borck*, Probleme bei der Vollstreckung von Unterlassungstiteln, GRUR 1991, 428, 429.



判决的违反两个具体要件。<sup>〔127〕</sup> 预设秩序措施的目的在于,使债务人了解到违反停止侵害命令的可能后果,并且促使其履行停止侵害的义务。<sup>〔128〕</sup> 然而,这种措施只具有间接性质,并且只能通过事后实施惩罚迫使债务人履行义务。问题的关键就是,如何确定债务人实施了被禁止的侵害行为,这样就回到了对实质相同侵害行为以及相同诉讼标的的识别问题。此外,在判决主文中对秩序措施的预设中只明确了处罚的上限,其具体的数额和方式则有待执行中进一步确定。<sup>〔129〕</sup>

美国用来执行禁令的藐视法庭程序可以分为民事和刑事两种类型。两者的差别常常并不清晰,<sup>〔130〕</sup> 只能从功能上作出区分。在联邦法上,民事藐视法庭的功能是督促债务人执行法院判决和补偿原告,而刑事藐视法庭则只具有惩罚功能。<sup>〔131〕</sup> 比较而言,最初的禁令程序也被用于威慑而非惩罚。<sup>〔132〕</sup> 出于补偿目的的民事藐视法庭中的罚金将支付给权利人,<sup>〔133〕</sup> 实际上即一种特殊形式的损害赔偿,在功能上对应我国的迟延履行金。<sup>〔134〕</sup> 而通过强制手段督促履行的民事藐视法庭罚金,相反则应当向法院支付。<sup>〔135〕</sup> 同时,民事藐视法庭中当然也可以拘留债务人,只不过其功能仍然限于督促履行。另一方面,刑事藐视法庭同样可能,但是其适用更严格的刑事诉讼程序(比如超过6个月的拘留就必须保障陪审团审判的权利),<sup>〔136〕</sup> 本文不作深入介绍。

〔127〕 Vgl. *Eissing*, *Unterlassungsansprüchen*, S. 73 ff.; *Voss*, *Die Zwangsvollstreckung aus Unterlassungstiteln*, 2005, S. 107 ff., 123 ff.

〔128〕 BGH GRUR 2014, 909, 910, Tz. 7.

〔129〕 *MüKoZPO/Gruber*, § 890, Rdn. 25 ff., 35 ff.

〔130〕 See Charles Alan Wright, Arthur R. Miller, Mary Kay Kane, Richard L. Marcus, A. Benjamin Spencer and Adam N. Steinman, *Federal Practice and Procedure*, Civ. 3d § 2960, [https://1.next.westlaw.com/Browse/Home/SecondarySources/TextsTreatises/LitigationTextsTreatises/FederalPracticeProcedure-WrightMiller?originationContext=typeAhead&contextData=\(sc.Default\)&transitionType=CategoryPageItem#sk=2.sxwhsR](https://1.next.westlaw.com/Browse/Home/SecondarySources/TextsTreatises/LitigationTextsTreatises/FederalPracticeProcedure-WrightMiller?originationContext=typeAhead&contextData=(sc.Default)&transitionType=CategoryPageItem#sk=2.sxwhsR), 最后访问日期:2018年5月4日。

〔131〕 See J. Thomas McCarthy, *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*, § 30:17, Fn. 4ff, [https://1.next.westlaw.com/Browse/Home/SecondarySources/IntellectualPropertySecondarySources/IntellectualPropertyTextsTreatises/McCarthyonTrademarksUnfairCompetition?originationContext=typeAhead&contextData=\(sc.Default\)&transitionType=CategoryPageItem#sk=4.7PbDgi](https://1.next.westlaw.com/Browse/Home/SecondarySources/IntellectualPropertySecondarySources/IntellectualPropertyTextsTreatises/McCarthyonTrademarksUnfairCompetition?originationContext=typeAhead&contextData=(sc.Default)&transitionType=CategoryPageItem#sk=4.7PbDgi), 最后访问日期:2018年5月4日。

〔132〕 *Rondeau v. Mosinee Paper Corp.*, 422 U.S. 49, 61—62 (1975); *Hecht Co. v. Bowles*, 321 U.S. 321, 329 (1944). See Charles Alan Wright, Arthur R. Miller, Mary Kay Kane, Richard L. Marcus, A. Benjamin Spencer and Adam N. Steinman, *supra* note 130, Civ. 3d § 2942.

〔133〕 See Stephen N. Subrin and Margaret Y.K. Woo, *Litigation in America*, Aspen Publishers, 2006, pp. 284—285.

〔134〕 参见廖中洪:《民事间接强制执行比较研究》,中国检察出版社2013年版,第209—211页。

〔135〕 See J. Thomas McCarthy, *supra* note 131, § 30:25.

〔136〕 See J. Thomas McCarthy, *supra* note 131, § 30:20.

具体来说,判处民事藐视法庭需要满足三个构成要件,即做出了清晰明确的命令、债务人知悉命令的存在以及债务人没有尽力履行义务导致对命令的违反。此时,债权人需要以明确且有说服力的证据(clear and convincing evidence)证明上述要件,<sup>[137]</sup>同时也要证明债务人受到禁令的约束。<sup>[138]</sup>一旦债权人满足了上述要求,债务人就将转而承担解释其无法遵守禁令理由的证明责任。<sup>[139]</sup>在判断债务人是否会被判处藐视法庭时,并不需考虑债务人的主观意图。<sup>[140]</sup>但是,对上述主观要素的判断其实也会影响最终确定的惩罚数额的多少,<sup>[141]</sup>即要充分考虑民事藐视法庭督促或者补偿的功能。按照美国第二巡回法院提供的标准,此时应该考虑进一步侵害可能造成的损害,惩罚对于督促债务人遵守禁令的可能效果以及债务人的经济状况。<sup>[142]</sup>

## 2. 支付强制金制度

与此不同,法国和日本均设置了类似的、应当向申请执行人支付的强制金,作为针对人身的间接强制措施替代,用以确保其判决得以执行(pour assurer l'exécution de sa décision)(《法国民事执行程序法》第 L131-1 条第 1 款)或者债务得到履行(《日本民事执行法》第 172 条第 1 款)。因此,与我国制度不同,法国和日本的强制金制度实际上同时替代了罚款和拘留的功能,不可替代作为行为和不为行为也只能适用这种间接执行工具。具体来说,法国的强制金强制措施(astreinte)同时涵盖金钱债权和非金钱债权,独立于损害赔偿(《法国民事执行程序法》第 L131-2 条第 1 款)而具有惩罚意味。当债务人不履行时,执行法官或裁定该强制措施的法官可以清算(liquidée)强制金的具体数额(《法国民事执行程序法》第 L131-2 条第 1 款)。<sup>[143]</sup>当然,从性质来看,法国的强制金强制措施更与美国的民事藐视法庭机制相似(尤其在涉及比较法术语翻译上),在欧洲范围内,《意大利民事诉讼法典》第 614 条之一也做了类似

<sup>[137]</sup> *Hawkins v. Department of Health and Human Services for New Hampshire, Com'r*, 665 F.3d 25, 31 (1st Cir.2012); *Marcel Fashions Group, Inc. v. Lucky Brand Dungarees, Inc.*, 779 F.3d 102, 111 (2d Cir.2015); *In re AGR Premier Consulting, Inc.*, 550 Fed.Appx. 115, 122-123 (3d Cir.2014)(破产); *Hornbeck Offshore Services, L.L.C. v. Salazar*, 713 F.3d 787, 792 (5th Cir.2013); *ClearOne Communications, Inc. v. Bowers*, 651 F.3d 1200, 1210 (10th Cir.2011). See Charles Alan Wright, Arthur R. Miller, Mary Kay Kane, Richard L. Marcus, A. Benjamin Spencer and Adam N. Steinman, *supra* note 130, Civ. 3d § 2960.

<sup>[138]</sup> *Blockowicz v. Williams*, 630 F.3d 563, 567 (7th Cir.2010).

<sup>[139]</sup> See J. Thomas McCarthy, *supra* note 131, § 30:22.

<sup>[140]</sup> *McComb v. Jacksonville Paper Co.*, 336 U.S. 187, 191 (1949). See J. Thomas McCarthy, *supra* note 131, § 30:23.

<sup>[141]</sup> *Harley-Davidson, Inc. v. Morris*, 19 F.3d 142, 30 U.S.P.Q.2d 1165 (3d Cir. 1994).

<sup>[142]</sup> *Dole Fresh Fruit Co. v. United Banana Co., Inc.*, 821 F.2d 106, 110 (2d Cir. 1987). See J. Thomas McCarthy, *supra* note 131, § § 30:25-28 (联邦法).

<sup>[143]</sup> 参见张卫平、陈刚:《法国民事诉讼法论》,中国政法大学出版社1997年版,第323页。

规定。<sup>[144]</sup>

在日本法上,法院可以依职权对于不可替代的作为义务和不作为义务的执行采取强制金的间接强制措施(《日本民事诉讼法》第172条第1款),自2004年修法后、在债权人申请时,也可以对除意思表示拟制之外的其他行为请求权如此执行(《日本民事诉讼法》第173条),而2005年施行的新法则进一步将其扩大到因抚养义务而产生的金钱债务的执行案件。<sup>[145]</sup>就与法国法的比较而言,日本法也认为强制金的数额不受到损害赔偿数额的限制,但是通说却以债权人有权就超过强制金的部分损失提起损害赔偿之诉为由,将强制金充当损害赔偿(所谓损害赔偿说),而非对违反相关义务的制裁(制裁金说)。<sup>[146]</sup>同时,不同于法国法有明确的事后清算/强制金确定的程序和德国法上对每次秩序罚款都有法定数额限制并且在程序上要求预设秩序措施,日本法对强制金的数额未作明确限制,而更多表现为通过执行抗告和一般法律原则的事后控制模式,未来在执行实效性和对债务人的必要保护方面仍有检讨的余地。<sup>[147]</sup>此外,与德国法下的金钱处罚相比,强制金除了直接向债权人支付之外,也不是由判决主文本身,而是由执行法院根据债权人申请以决定的方式预先明确金额。一旦债务人随后违反其义务,那么债权人将有权结合作为执行依据的强制金决定和依此被赋予的补充执行文,申请金钱执行。<sup>[148]</sup>

### (三) 罚款和拘留的重新解释

#### 1. 妨害措施的现行规则

对于间接执行措施来说,首先要考虑的是适用妨碍民事诉讼的强制措施,即《民事诉讼法》第111条第1款第6项就被执行人拒不履行法院生效判决、裁定的规定。此时,法院可以根据情节轻重予以罚款、拘留,并在必要时追究刑事责任。当发生新的妨害民事诉讼行为的,法院也可以重新予以罚款、拘留(《民诉解释》第184条后句),这样每一次重复侵权的行为也都可以成为重新惩罚的依据。<sup>[149]</sup>与此相对,《民事诉讼法》第111条第1款第5项虽然规定了以暴力、威胁或者其他方法阻碍司法工作人员执行职务的情形触发相同的法律效果,但是由于违法的作为行为(其他不能替代的行为亦同)并非直接妨碍司法工作人员,该条显然不能被适用。

从文义来看,对于其他执行依据中确定的停止侵害或者不作为的义务,即使债务人不履

<sup>[144]</sup> Jeuland et Lalani (dir.), *Recherche lexicographique en procédure civile*, IRJS Editions, pp. 63—64.

<sup>[145]</sup> 然而,立法修改后对实务案件数的实际影响却并不明显。参见(日)三木浩一:《金钱执行的实务和课题》,青林书院2013年版,第276页。

<sup>[146]</sup> 参见中野贞一郎等,见前注[53],第815页、脚注2;三木浩一,同上注,第283—285页。就此认为法国规则也有如日本法般充抵债务功能的认识,参见马登科,见前注[121],第149页。

<sup>[147]</sup> 参见三木浩一,见前注[145],第285—292页。

<sup>[148]</sup> 参见中野贞一郎等,见前注[53],第815页。

<sup>[149]</sup> 不同意见,参见郭小冬:“论以行为为标的的民事执行”,《法学论坛》2009年第2期,第144页。

行,在现行法上也不能适用这些强制措施。不过,最高人民法院规定,被执行人不履行执行依据中规定的不能替代履行的行为,以及他在法院重新确定的履行期间内仍不履行,也可以分别(多次)适用前述妨害民事诉讼的措施(《民诉解释》第505条)。因此,司法解释实际上扩大了《民事诉讼法》规则的适用范围。虽然上述分析适用的对象实际上是那些不可替代履行的行为,只是由于通常认为对停止侵害判决的执行属于不可替代行为的执行<sup>[150]</sup>或者说对应间接强制方式<sup>[151]</sup>,因此应当同样能够被适用。此外,虽然现行法并未如我国台湾法律将罚款作为拘留的前置程序,以突出对人身自由的特别保障,<sup>[152]</sup>但是从自由裁量权及其行使限度来看,也应当慎重适用拘留措施。实际上,德国法虽然没有明文规定顺序,但是在实务中由于宪法上比例原则的限制,也应当优先以罚款作为执行手段。<sup>[153]</sup>

## 2. 停止侵害的特殊属性

需要注意的是,目前的不可替代行为仍有必要做进一步区分,停止侵害与不能替代履行的作为行为在性质上有所区别。首先,两者需要执行的给付内容分别是不作为和作为,两者在履行完毕的标准上就有所不同。其次,两者面对的执行程序启动也不相同。停止侵害的执行以出现新的侵害行为为前提,就此起算执行时限,而不可替代的作为实际上适用与金钱给付相同的规则。

第三也是最为关键的是,对于停止侵害的行为还要考虑对新出现的、重复侵权行为的处理,回应债务人这一积极的“挑衅”行为,以达到威慑和惩罚的目的。此时,作为新的妨害民事诉讼行为再次惩罚(《民诉解释》第184条后句)自无疑问,其在涉及重复惩罚的合宪性上也不成问题。<sup>[154]</sup>与此不同,针对积极行为的间接执行仅限于对(迫于外力)主动履行行为的追求,这样有基于被执行人履行而撤销或终止间接执行措施的可能性。在这里作为妨害行为惩罚可能存在争议,因此需要由法院再次指定履行期限,逾期后才能再次惩罚(《民诉解释》第505条第2款)。<sup>[155]</sup>与此相类似,也有观点认为,对于不可替代行为的间接执行本身应当区别于妨碍民事诉讼的强制措施,因为前者的目的在于给予债务人以心理上的压力,促使履行义务,而后者则是对于妨碍行为加以惩罚和制裁。<sup>[156]</sup>

[150] 参见董少谋:《民事强制执行法学》,法律出版社2016年版,第258页;金平强,见前注[4],第255页;吴在存、刘玉民、吴勇辉:《民事执行技能》,中国民主法制出版社2013年版,第198页;郭小冬,同上注,第142页;赵晋山,见前注[7],第288页;孙加瑞,见前注[52],第462页。

[151] 参见张登科,见前注[53],第568—569、573页。

[152] 参见张登科,见前注[53],第574页。

[153] Vgl. *Teplitzky/Feddersen*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 57, Rdn. 32.

[154] 这方面的反思,参见郭小冬,见前注[149],第144页。亦参见董少谋,见前注[150],第261页。

[155] 参见肖建国,见前注[2],第343页。

[156] 参见董少谋,见前注[150],第261—264页;赵晋山,见前注[7],第286页。类似观点,参见马登科,见前注[120],第191页。



同时如后所述,基于能否对不履行判决行为设置折抵金钱给付的执行措施,也可以做不同的判断。比如对比《中华人民共和国强制执行法(专家建议稿)》第319条第2款和第323条可见,该建议区分了不可替代行为和不为义务,对后者并未设置此种折抵金钱给付的执行措施。在起草者眼中,《民诉解释》第505条和第184条只是在效果上“保持了一致性”,<sup>[157]</sup>其实并未真正地被等量齐观。

由此观之,即使不同定性和归类并不会产生严重问题,<sup>[158]</sup>比如可以如前所述通过识别新的侵害行为来避免重复处罚的问题,但是对于相同的拘留和罚款强制措施也可以有不同定性的理解。值得注意的是,这种区分的理解似乎与本文在方法论上坚持的、德国法上对请求权和执行方法之间对应关系的强调联系密切,至于未来我国强制执行法体系究竟如何建构,仍待学界和立法者全盘考量。

#### (四)迟延履行金的完善可能

##### 1. 迟延履行金的基本内容

对于停止侵害判决另一个可选择的间接执行措施是收取迟延履行金。<sup>[159]</sup>《民事诉讼法》第253条后句规定了执行债务人未履行金钱给付以外的其他义务时应当支付的迟延履行金,后者应与给付义务本身同时包括在执行通知中(《民诉解释》第482条第2款),并且自执行依据指定的履行期间届满之日起就开始计算(《民诉解释》第506条)。如果停止侵害判决没有规定履行期间,那么参照适用迟延履行金钱债务时性质相似的加倍部分债务利息的规则,应当自法律文书生效之日起计算(《最高人民法院关于执行程序中计算迟延履行期间的债务利息适用法律若干问题的解释》第2条第3分句)。在造成损失的情况下,应当双倍赔偿损失(《民诉解释》第507条后句前一分句),这其中也可以考虑精神损害。<sup>[160]</sup>即使在未造成(可证明的)损害、需要法院酌定确定(《民诉解释》第507条后句后一分句)时,损害事项实际上也是裁量认定时需要考虑的标准之一,只不过未发生损害并不能成为拒绝判定迟延履行金的理由(《民诉解释》第507条前句)。这样看,由于迟延履行金不同于罚款,应当参考损害的存否和大小直接向执行债权人支付,其在间接强制债务人履行之外,也直接承担了赔偿因不履行所造成损失的私法功能。<sup>[161]</sup>

与金钱给付的执行相似,对于本来就拒不付款的债务人来说,继续要求支付强制金(迟延

<sup>[157]</sup> 沈德咏,见前注[97],第1337页。

<sup>[158]</sup> 参见肖建国,见前注[2],第344页。

<sup>[159]</sup> 似乎不同的认识,参见董少谋,见前注[150],第264—265页(对比不可替代行为和不为请求权的执行)。

<sup>[160]</sup> 参见金平强,见前注[4],第258页。

<sup>[161]</sup> 类似分析:Jeuland et Lalani (dir.), *Recherche lexicographique en procédure civile (Lexicographical Research in Civil Procedure)*, IRJS Editions, 2017, p. 65.

履行利息)可能无法实现督促债务人主动履行的效果,<sup>[162]</sup>更具有实效的实际上只能是对权利人的补偿。不过在非金钱给付的执行中,迟延履行金涉及的就不再仅仅是以利息的名义、在金钱数额上的增加,而是与主文确定的行为义务不同的、另外一类执行内容。在这个意义上,这种额外的金钱给付义务可能发挥比金钱给付执行中更明显的作用。

不过,应当与收取迟延履行金区分的是增设损害赔偿的代偿执行。部分论者主张可以由法院裁定金钱赔偿,将不可替代行为(包括不作为义务)转化为金钱给付。<sup>[163]</sup>与迟延履行金实际上同时有督促履行行为义务和补偿权利人损失的双重作用不同,独立的损害赔偿将使得债务人免除此前行为的义务,改变了执行依据中的给付内容,因此应当(至少)以权利人同意为前提。<sup>[164]</sup>同时,参考我国台湾法律上的规则变迁可见,应当注意到这种代偿执行实际上属于实体请求权的范畴,并不构成执行法院固有职权的范围,而且本身更容易导致针对酌定数额的次生争议。<sup>[165]</sup>而从我国目前执行措施的体系来看,迟延履行金更应该是与原有行为义务并列的补充机制。

## 2. 对我国当前模式的评价

与前述比较法经验对比可见,我国相当于同时采纳了罚款和拘留模式与支付强制金制度。为了使各机制都能发挥实效,有必要区分罚款与迟延履行金的功能和认定方法。固然,对于那些无论如何都对金钱惩罚不敏感的商界巨富或者自始无力支付的赤贫之人,无论称之为罚款还是迟延履行金(强制金)、向国家还是债权人支付,对于债务人都无法发挥间接强制履行义务的作用。此时,迟延履行金能够额外发挥的、补偿权利人的功能就弥足珍贵了,至少在直接执行目标无法实现时,仍然能够修正双方当事人之间的法律关系。就此而言如前文所述,虽然针对停止侵害判决的罚款应当体现出惩罚性质,但是由于其应当向法院和国家财政支付,其数额并不应影响到对应私人利益的、迟延履行金的计算。

罚款数额的确定,不但要满足《民事诉讼法》第115条第1款对个人和单位不同的限额,而且需要在裁量中考虑实施妨害民事诉讼行为的性质、情节、后果,当地的经济发展水平,以及诉讼标的额等因素(《民诉解释》第193条)。可以说,罚款可能是比较慎重的,在不考虑进一步追究刑事责任的可能<sup>[166]</sup>时,力度可能也不会很大。与此不同,就确定迟延履行金的具体方式仍有很大拓展空间。在《民诉解释》修改过程中就此没有形成共识、因而未作修改,<sup>[167]</sup>恰恰体现

[162] 这种见解,参见三木浩一,见前注[145],第137页。

[163] 参见董少谋,见前注[150],第261—262、265页;金平强,见前注[4],第255页;廖中洪,见前注[134],第351—353页。

[164] 参见杨荣馨,见前注[123],第526页。

[165] 参见吴光陆,见前注[53],第529—530页。

[166] 参见沈德咏:《最高人民法院民事诉讼司法解释理解与适用(上)》,人民法院出版社2015年版,第534—535页。

[167] 参见沈德咏,见前注[97],第1339—1340页。

了当时问题的争议性和目前结果的开放性。依照现有规定,给执行债权人造成损害并非支付迟延履行金的前提条件,而只会影响在计算中是按双倍损失还是由法院个案裁量确定(《民诉解释》第507条)。除了有损害时有明确规定之外,实践中也有法院主张既可以采取按日征收,又可以采取在先征收一部分后指定一个履行期限,逾期不履行再继续征收的方式,<sup>[168]</sup>还有的主张也可以按照被执行人企业的获益来计算。<sup>[169]</sup>鉴于迟延履行金对于补偿执行债权人的重要作用,未来有必要进一步统一上述认识,通过司法解释规则或者判例积累明确迟延履行金的考量因素和幅度。尤其是如前述,应当将权利人维权成本明示地纳入损害赔偿的计算范围之内,以期停止侵害判决的执行能够达到与另诉损害赔偿相同的实际效果。此外,对于这些考量因素的个案处理,也有进一步开展实证研究的必要。<sup>[170]</sup>

换个角度,从达到间接强制履行义务的效果来看,罚款和迟延履行金实际上是合并在一起发挥作用的。在观察到间接执行效果有时不尽如人意的同时,也要注意确实存在很多本来拒绝采取相应行为,但慑于额外的金钱给付而可能最终不得不履行的债务人。此时,迟延履行金的债务人本来可能抱着即使被拘留或者罚款也拒绝依照判决履行义务的决心,但是随着迟延履行金代表的金钱赔偿义务的出现和增加(数额可能很大),可能不得不选择屈服。甚至,试想如果罚款本身就能够选择计算基数(每单位标准对应的金额)和计量标准(天、周、月或侵害行为的次数)而产生高额累积的效果,比如参考德国根本不规定强制金时的做法,对债务人来说罚款就能达到迟延履行金所能达到的效果。但是无论如何,执行债务人考虑的只是自己要支付的费用,至于具体支付给国库还是权利人,对他来说通常无关紧要。

## 四、结 论

从实体权利、审判程序和执行程序直接密切联系以及民事诉讼法学解释论的立场出发,本文集中讨论了停止侵害判决的强制执行问题,有以下三点结论。

首先,除了正在进行的侵权行为,停止侵害判决主要针对的是未来的重复侵权行为。为了达到其预设功能,既可以考虑在实体法上直接扩大停止侵害请求权的适用范围,又可以在诉讼法上将停止侵害判决主文理解为同时涉及排除妨碍和消除危险两个实体请求权。

其次,停止侵害之诉的诉讼标的即对未来特定行为的禁止,不仅包括完全相同的重复行为,而且涵盖同类型和实质上相同的行为。讨论对未来新出现的侵害行为(“新的事实”)究竟应该通过本案执行还是另行起诉解决,可以考虑以上述法律上同时被生效判决覆盖的三类行

[168] 参见吴在存等,见前注[150],第197页。

[169] 参见金平强,见前注[4],第258页。

[170] 日本的这种实证研究,参见三木浩一,见前注[145],第293—298页。

为和仅在事实上相似的其他行为为框架,在实践积累中推动法律理解的发展。为了避免权利人必须通过另诉再次实现其权利,有必要强调停止侵害判决原则上指向不特定未来的特殊性,重新思考目前通行的、以执行终结后一段时间作为界限的既判力时间范围标准。

再次,停止侵害判决无法直接执行,只能通过采取间接执行措施得到实现。与比较法上通常择一立法的罚款与拘留模式抑或支付强制金制度不同,我国现行法选择双管齐下。在具体规则的理解上,有必要区分停止侵害的不作为行为与不能替代履行的作为行为的性质,并且在功能上统一观照罚款和迟延履行金的同时,细化涉及不作为义务时迟延履行金的计算方式,形成较为明确的裁判规则。

---

**Abstract:** Permanent injunction is released in legal practice in China commonly and it is necessary to research it from the perspective of legal interpretation. The basis of this kind of judgment is the material right to forbid some behavior, which could be characterized by its nature of affecting actions of parties in the future. If it is impossible to extend the scope of this substantial right directly, we could still rely on the procedural institutions to achieve similar results. The interpretation of a claim together with the operative parts of a judgment is in this sense highly relevant. In order to prevent repeating infringements, the forbidden behaviors are supposed to be clarified in the enforcement proceedings as well, which refers to the specialty of the subject matter of the permanent injunction. Specifically, the identical action, the action which is sharing the same type with the condemned action, as well as the substantially same action have to be covered by the permanent injunction. The currently prevailing understanding of new facts after the trial is on the contrary supposed to be reconsidered. Moreover, the special rule for the obstruction of the enforcement of judgment after the enforcement itself may not be adopted in case of the permanent injunction. Finally, the indirect enforcement is suitable for the permanent injunction. Since there are a model of making fine coupled with putting the debtor into custody and a model of charging compulsory damages in various legal traditions, the mixture of these two models in China should be improved and developed.

**Key Words:** Permanent Injunction; New Facts After the Trial; Obstruction of Enforcement; Indirect Enforcement; Late Compensation for the Deferred Performance

---

(学术编辑:刘哲玮)

(技术编辑:范华瑶)