

【民事诉讼法学】

被制造的过度诉讼：从一类案件的生成机理透视类案多发的深层原因

中国人民大学法学院法律与社会跨学科研究中心课题组

【摘要】类案多发高发是当前中国法院所面临的一大难题,也是诉讼爆炸的典型表现。不少类案多发高发往往是由当事人进行过度诉讼导致的,其背后是行业利益驱动。通过对侵害商标权纠纷案由下小商户销售假冒注册商标的商品案生成过程进行考察,就会发现是法律咨询公司在主导处理此类纠纷的进程,使纠纷大量转化为诉讼。作为“重复性当事人”,法律咨询公司实际上并不出现在裁判文书中。它们了解并充分利用规则,为商标专用权人垫付诉讼资金并获得授权,与公证处一同进行取证,“委托”律师事务所代理诉讼,从而形成了诉讼产业链。实际上,诉讼产业不只在于知识产权案件中,在金融借款、信用卡尤其是网贷纠纷、交通事故人身损害赔偿等类案中,都存在着法律咨询公司以及部分律师制造过度诉讼的现象。而且,所涉案件范围在可预见的未来还会越来越广。

【关键词】过度诉讼;类案;法律咨询公司;重复性当事人;诉讼产业链

【作者简介】课题组执笔人:金上钧(法社科研究中心研究人员)、侯猛(法社科研究中心主任、教授)。

【原文出处】《中国应用法学》(京),2024.3.115~132

【基金项目】本文系教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目“百年中国政法体制演进的经验与模式研究”(22JZD014)的阶段成果。

一、为何需要关注过度诉讼

(一)过度诉讼也是一种滥诉

最高人民法院院长张军在多个场合提出要“认真分析研判类案多发高发的原因”。^①同时我们还注意到,最近一个时期以来,各地也在采取各种措施规制滥用诉权行为。20世纪80年代开始,我国学界和实务界对“滥诉”概念已有一定研究,但对其准确定义却从未形成共识。

目前,“滥诉”主要指滥用诉权,包括恶意诉讼、诉讼欺诈、虚假诉讼等具体行为。学界也往往从上述具体行为探讨“滥诉”的构成要件,可以归

纳为:(1)主观上有过错或者恶意;(2)客观上为了获取违法权益。^②进一步溯源可以发现,目前我国学界所使用的恶意诉讼、诉讼欺诈、虚假诉讼等“滥诉”概念,直接或间接地来源于英美法中的“F frivolous Lawsuits”一词。^③该词在国内常被翻译为“滥诉”。然而,在美国日常话语或司法改革研究的语境下,前述概念的外延却十分宽泛。

F frivolous Lawsuits 不仅指代前述滥诉,也指那些无聊、随意、琐碎、不必要的诉讼。很多学者承认,政治家和部分社会大众对“F frivolous Lawsuits”的理解与法律界并不相同。“frivolous”中蕴含着—

些人“不应提起诉讼”的主观判断。^④一个晚近的事例是,2012年美国得克萨斯州一地遭受冰雹袭击,在保险公司提供了一定赔偿后,当地居民在多家律师事务所的鼓动下,以赔偿数额较低为由提起了超过5000件诉讼。^⑤与恶意诉讼等相比,此类诉讼一般是合法诉讼。

由于“frivolous”是一种主观判断,而非严格的法律用语,所以不同人对某类案件属于或不属于“F frivolous Lawsuits”有不同看法。例如前述案例中,被冰雹袭击的住户不会认为自己的诉讼不必要,保险公司却持相反看法。在美国两党制背景下,如何对待“F frivolous Lawsuits”也会成为讨论热点。保守派往往从维护垄断企业、大企业的立场出发,主张限制此类诉讼;自由派则从维护公民权利出发反对保守派的观点。^⑥而在立场之争的背后,有一点不可否认,那就是此类诉讼在一定范围内过度消耗了美国的司法资源。

与美国相似的是,在我国的法院实践中,有一些诉讼并不符合学界对“滥诉”行为的定义,社会和法院对此类诉讼也持负面态度。例如,在知识产权民事案件中,在权利基础存在瑕疵背景下发起的“碰瓷式维权”(如“青花椒案”)可以被认定为恶意诉讼,不受法律保护。^⑦但是,一些权利基础不存在瑕疵,正常经营实体业务的主体所提起的知识产权侵权批量诉讼(如音集协、音著协诉KTV经营者案)却完全合法,并不符合“滥诉”的构成要件。特别是中西部地区法院大量的知识产权审判资源被此类案件挤占,并且,相关当事人不服判决结果,往往怠于履行,甚至重复侵权,导致诉讼频发。

由此来看,对“滥诉”的含义进行再思考,就有一定必要。“滥诉”中“滥”的文义,是“泛滥,不加选择、不加节制”。进而,“滥诉”是对一些主体不加选择,不加节制,随意提起诉讼,导致诉讼泛滥的现象描述。恶意诉讼、诉讼欺诈、虚假诉讼等行

为,虽然能被“滥诉”概念所囊括,但相关构成要件却是与恶意、过错、违法等联系在一起。因此,这些行为只能说是“滥诉”的极端侧面。本文则将研究焦点转向“滥诉”的非极端侧面——我们将其称为“过度诉讼”。

结合我国法院实践,过度诉讼主要具有两个表征。第一,不必要。这主要指有其他纠纷解决途径时,当事人略过有关途径直接起诉。第二,泛滥。这主要指某类案件对法院系统形成了较大压力。^⑧我国法院“案多人少”矛盾突出,化解纠纷压力巨大。法院在理解“滥诉”行为时,就不能只局限于恶意诉讼等极端情况,也需要关注合法的过度诉讼行为,并设法减轻其对司法资源的消耗。在后文中,本文将从知识产权民事案件的其中一类案件出发,探讨过度诉讼的生成机理。

(二)过度诉讼会加速“诉讼爆炸”

近年来,过度诉讼直接促成我国“诉讼爆炸”现象愈演愈烈。以知识产权民事案件为例,自20世纪70年代末以来,知识产权民事案件数量一直维持快速增长的势头,案件增幅明显,远超过其他类型民商事案件的增幅。^⑨2009年,全国各级地方人民法院新收知识产权一审民事案件的数量为30626件。到了2021年,这一数字为550263件,^⑩部分年份的增长率超过40%。^⑪在2021年前,除了少数大中城市以外,中级人民法院是知识产权民事案件的管辖主力。“诉讼爆炸”给相关法院带来了沉重压力。2021年,最高人民法院以“绝大多数中级人民法院辖区内至少有1个基层人民法院具有知识产权案件管辖权”^⑫为目标,将诉讼标的额较小,涵盖著作权和商标权合同、权属、侵权纠纷等“普通知识产权民事案件”的一审管辖权,下放至全国550余家基层人民法院。

在这些“普通案件”中,大量是“批量诉讼”或“商业维权”案件。“批量诉讼”或“商业维权”源于新闻中或实务界的称呼,在学界并无一个准确定

义。在知识产权民事案件领域,这两个词的“所指”基本一样,只不过是不同侧面描述此类案件。简单来说,知识产权领域的“批量诉讼”是指同一原告提起的多起相同案由的诉讼。这些诉讼涉案知识产品相同、利益诉求固定,针对的被告类型也较为固定。^⑬“商业维权”则指原告方上述诉讼行为的背后存在由法律咨询公司或律师事务所主导的商业运作。^⑭这些案件所涉及的知识产品往往质量较低,抑或取得权利本身存在瑕疵,又或者案件本身背离了“保护知识产权就是保护创新”^⑮的政策目标,对促进经济社会发展作用较小。相关争议往往有自行和解、行政调解等其他渠道,但权利人却径直起诉。此类“批量诉讼”或“商业维权”诉讼就可以被归类为“过度诉讼”。

从全国范围看,有学者统计了2014年至2018年中国裁判文书网公开的商标权权属、侵权纠纷,著作权权属、侵权纠纷和专利权权属、侵权纠纷三个二级案由下20余万份一审裁判文书发现,其中可能的批量诉讼案件分别占前述案件九成、八成和三成。^⑯本文进行统计后发现,一些常见报端的权利人提起的批量诉讼案件可能覆盖了全国近70%的地级行政区。^⑰

二、理论视角与样本类案

(一)重复当事人的理论视角

国内外学界对“批量诉讼”和“商业维权”已有不少研究。但综合看来,既有研究主要集中在现状梳理、成因分析、制定对策等方面,视野聚焦于法律规则本身,极少关注此类案件的生成机理。这就可能导致部分学者提出的对策建议考虑不周、空泛或缺乏实用性。从前文来看,过度诉讼为知识产权民事案件诉讼爆炸做出了巨大“贡献”。因此,本文试图将过度诉讼纳入诉讼生成和诉讼爆炸的视野下进行观察,运用“纠纷金字塔”和重复当事人的理论视角,分析理解这类过度诉讼案件的生成过程,并在此基础上探讨对策建议。

本文将首先关注案件生成过程的源头即纠纷转化为诉讼的背景。在法律社会学的研究传统中,经典的“纠纷金字塔”(dispute pyramid)理论认为,从潜在纠纷到诉讼需要经过充满困难的“定义”(naming)、“归咎”(blaming)、“索赔”(claiming)等多个阶段,成为诉讼的纠纷始终是少数。在转化过程中,律师发挥着重要的作用。他们既可能化解纠纷,也可能促使纠纷向诉讼转变。^⑱他们的行为选择根据的是风险-回报公式计算出的利益。^⑲麦宜生在对中国农村纠纷转化考察的基础上将“纠纷金字塔”改进为“纠纷宝塔”,强调纠纷解决方式的多样性,诉讼并非唯一终点。^⑳这两种经典模型都用“塔”来做比喻,且“塔尖”都是诉讼,实际上都反映了只有少数潜在纠纷会演变成诉讼。^㉑

从上述模型中反向推理,律师等法律职业可以通过干预转化过程使更多纠纷转化为诉讼,当事人也可能因为其他纠纷解决方式的乏力而转向法院,从而导致诉讼的增多。一些美国学者也批评律师挑拨诉讼导致了美国的诉讼爆炸,特别是在医疗失误索赔等领域。^㉒但我国关于诉讼爆炸的既有研究却不常强调这两点,而是强调诉讼爆炸与经济社会发展、法制发展、民众受教育水平提高带来的法律意识提高、司法制度的改革(如立案登记制改革)等的关系。^㉓从整体视角来看,这或许是因为即使到2021年,也只有约1/3的民事案件有律师代理;^㉔人民调解正在从衰落走向复兴的过程中,其他的替代性纠纷解决方式还方兴未艾。^㉕但是,这并不代表着在细分领域,法律职业推动和替代性纠纷解决机制发展有限对诉讼爆炸毫无贡献,本文将在下文细致分析。

本文之后将关注诉讼本身,梳理法律职业,实际上更准确地说是法律咨询公司制造过度诉讼的过程。在美国法学家马克·格兰特看来,诉讼中存在两类当事人:一类是偶尔求助于法院的一次性当事人(one-shotters,简称OS),另一类是经常参与

诉讼的重复性当事人(repeated players, 简称RP)。重复性当事人具有经验和知识充足、能够运作规则和计算赢面等优势,且大多是在权利、财富及身份意义上的“强势者”。正因如此,“强势者”在美国的诉讼中占有很大优势。在针对一次性当事人的诉讼案件中,这种优势更为明显。^⑤

马克·格兰特的研究已成为观察诉讼的研究利器,并得到了来自世界各地包括中国在内一些国家研究结论的支持。^⑥马克·格兰特认为,提起诉讼于RP来说是一项经常性的业务活动。而对于过度诉讼案件的原告来说,提起此类诉讼也是一种业务性活动。马克·格兰特的理论将帮助本文分析此类案件中原告是如何完成从纠纷到诉讼的跨越,并解释成功制造诉讼的原因。

(二)类案样本:小商户售假商标侵权案件

为了更细致地进行观察,本文选取了知识产权过度诉讼中广受社会关注的小商户销售假冒注册商标的商品案切入。相较于版权案件和专利案件,此类案件中原告方作为重复性当事人所表现出的优势更加明显。另外,此类案件中原告对知识产品所拥有的权利基本没有瑕疵,所有行动基本在合法框架内进行,寻找治理突破口更为困难。

根据《民事案件案由规定》,此类案件的案由为“侵害商标权纠纷”。一般情况下,此类案件的事实、诉讼请求、争议焦点、法院裁决等可以概括如下:

原告拥有某注册商标的专用权,且商标专用权无瑕疵,处于保护期内。某日,原告的代理人(为法律咨询公司或律师事务所)经申请,会同某公证处工作人员来到被告(小商户)处。代理人在公证人员的见证下购买了印有前述某商标的某产品,同时对被告的店铺进行拍照、定位等,随后将某产品进行封装保存。之后,某公证处对购买的过程出具公证书进行公证。随后,原告将被封装的某产品与自己生产的正品进行对比,发现其不

符合正品特征,属于假冒注册商标的商品。原告出具相关的鉴定书。原告故诉至法院,请求法院判令被告停止侵权、赔偿损失与合理开支并承担诉讼费。法院认为,原告所提供的证据,足以证明侵权行为的存在,故支持原告的诉请。但由于原告未提供相关证据证明自身损失,故适用法定赔偿制度酌定赔偿金额。被告还需负担原告为制止侵权行为所产生的合理开支。^⑦

本文先对何为“销售假冒注册商标的商品”进行解释。“打假”二字即概括原告方在案件中的行为。原告“打假”的法律依据是《中华人民共和国商标法》(以下简称《商标法》)第57条,但根据该条规定,“假”有多种意涵。包括在同种商品^⑧上使用相同的商标、在同种商品上使用近似商标、在类似商品上使用相同商标、在类似商品上使用近似商标四类。^⑨在实践中,第一种侵权行为往往对应着那些逼真地模仿真品、使用与真品一样的注册商标,令消费者真假难辨的商品。而后三种侵权行为则对应着如“雷碧”“松下电器”和“康师傅”等“山寨”产品。从与法官访谈及查阅裁判文书的情况来看,随着我国知识产权事业的长足发展,小商户的法律意识已经有所提高,后三种侵权产品在销售端已经较少出现,法院受理的涉小商户案件基本是由第一种行为所引发的。实务中,法官往往使用“销售假冒注册商标的商品”来称呼第一种行为。这一称呼实际上来源于《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》),该法第214条规定了销售假冒注册商标的商品罪,而该法第213条规定,“假冒”的含义为在同种商品上使用相同的商标,即第一种侵权行为。由于这一称呼较长,下文将这一称呼简化为“小商户售假”。

从这类案件的诉讼主体来看,商标专有权人是原告,小商户是被告。原告不仅拥有商标的专用权,同时也在自己生产的产品上使用有关商标。从北大法宝数据库的统计数据来看,案件数

量较多的原告所生产的产品为价格较低的日用百货,如日化产品、美工刀片、墨水和纸类用品。作为被告的小商户,经营业态主要为城乡小型超市、便利店或代销点等,工商登记为个体工商户或有限责任公司(也有极少数自然人成为被告)。相较于原告方,小商户在经济实力上处于弱势地位。此外,原告常适用批量起诉的策略。因此,在一批系列案^⑧中,被告的分布在某一地域范围内,如某县级行政区,或是某一批发市场。

从这类案件的诉讼请求来看,原告基于商标侵权法律关系一般提出三项诉讼请求。一是要求停止侵权,停止销售相关产品并销毁库存。二是要求赔偿损失,诉求金额通常在万元以上。三是要求赔偿律师费、公证费和差旅费等为制止侵权所付出的合理开支,大约为数万元。

从这类案件中原告诉占据法律和事实理由来看,批量诉讼是合法行为。^⑨原告主张专用权的商标均在国家知识产权局登记注册,且大多为驰名商标。《商标法》第57条和第63条是原告主张商标专用权受侵害、损害赔偿以及合理开支最重要的法律依据。在事实理由方面,原告有经公证的证据证明被告实施了销售侵犯注册商标专用权商品的行为。并且,经公证证据的效力还受《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《公证法》)和《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)的保护。虽然,原告一方一般无证据证明自己的损失,但《商标法》第63条第3款规定的法定赔偿制度,允许人民法院在原告没有证据的情况下,根据侵权行为的情节判决赔偿。而对于“合理开支”,原告方一般会拿出公证费发票、差旅费发票以及律师服务合同等进行证明。而对小商户而言,他们常选择用《商标法》第64条第2款进行“合理来源”抗辩,以期不负赔偿责任。但是,小商户对证明这些商品来源所提供的证据,并不一定会被法院认可。

三、谁在制造过度诉讼

(一)纠纷为何演变成诉讼

1. 十分广泛且较难避免的侵权行为

与发达国家相比,我国知识产权事业还处于初步发展阶段,《中华人民共和国专利法》(以下简称《专利法》)和《商标法》在20世纪80年代,《中华人民共和国著作权法》(以下简称《著作权法》)在1991年才颁布施行。由于知识产权制度建立较晚,社会公众的知识产权意识有待提升,侵害知识产权的行为时有发生。加入世界贸易组织以来,我国知识产权保护环境稳中向好。但是,一些领域的侵权行为仍广泛存在。日用百货由于造假成本低、利润高和销路广等因素,假冒产品较多,易出现在城乡小商户中。

在加强知识产权保护的大背景下,小商户并非不关心商品的真假。但对日化产品和纸类用品等价格较低的商品,小商户并不会专门学习防伪鉴别知识。从裁判文书来看,企业一般通过生产日期和批次的喷码形态、密封技术、生产工艺等细节来判别涉案商品是否为正品,且一些企业还主张鉴别真假方法属于自己的商业秘密,^⑩并不对外说明。因此,小商户不仅缺乏鉴别假冒商品是否为正品的能力,更缺乏获得鉴别方法的途径。在商品来源方面,小商户销售的商品种类繁多,但销量有限。出于成本考虑,上游微小的价格浮动都可能引起小商户更换供应商,也有小商户在淘宝、京东和阿里巴巴等电商平台进行采购,往往缺少稳定的进货来源。有限的鉴别知识和多样的进货来源导致小商户购进假冒商品的可能性较高,而小商户数量巨大,数以千万计且分布于全国各地。

2. 多个但困难重重的权利保护渠道

我国对知识产权保护采取的是以行政保护和司法保护并行的“双轨制”模式。^⑪在处理侵权方面,行政保护主要是市场监管、文化、海关和公安等机关通过开展专项执法和受理个案举报等方式

发现线索,并根据实际情况处理侵权案件,对侵权主体作出行政处罚。司法保护则通过司法机关处理相关的刑事和民事案件来实现。

一般而言,商标具有识别区分功能、品质担保功能和广告功能,商标与商誉互为“表里”,商标蕴含了商品或服务、生产者与商标标志本身之间的内在联系,消费者在对商品或服务本身的性能没有切身体验时,商标充当了联系商品或服务与生产者之间的纽带。作为商标专用权人的企业,不仅需要通过提高产品质量等方式维护自己的商誉,也需要通过打击假冒伪劣产品的方式,将这些冒用商标的产品清除出市场,防止自身商誉的崩塌,从而维护自己的商业利益。因此,许多知名企业都设置了专职“打假”的部门。但是,企业并无执法权、司法权。“打假”部门的主要工作是通过市场调查售假的商家寻找线索,顺藤摸瓜找到制假窝点并进行初步取证,之后将信息反馈给市场监管部门或公安部门,由行政机关进行处理;或是提起民事诉讼。然而,行政机关力量有限,对制假、售假的监督很难做到全覆盖;公安部门和司法机关处理涉商标的刑事案件也有入罪的数量、数额要求;^⑤在2010年以前,企业在初步取证方面需要投入大量人力财力,甚至需要“知假买假”才能获得证据。^⑥即使如此,仍有一些地方的行政机关对企业的“打假”诉求推脱扯皮。因此,对企业而言,针对制假源头的“打假”体现出高成本,^⑦低收益甚至零收益、负收益的特征。更重要的是,企业无法直接从行政执法或刑事审判中获得补偿,但为了维护自己的商誉,也不得不继续投入大量成本“打假”。

当然,从终端销售商入手也是一条可行路径。但企业一般不选择这种方式。从效果上来看,这并不能切断假冒产品生产的源头,对于企业维护商誉和经济利益的作用较为有限。从销售端入手,企业将面对成百上千的侵权主体。并且,一

般的终端销售商所涉商品数量和价值远达不到《刑法》及相关司法解释(文件)所确定的入罪标准。这意味着企业只能通过市场监管部门行政执法和民事诉讼的方式“打假”。请求市场监管部门对数十家、数百家商户处罚的前提是已收集到初步的证据,这对企业而言并不现实。即使市场监管部门进行执法,企业也无法从行政执法中直接获得赔偿,需要与售假商户另行达成赔偿合意。

在访谈中,我们了解到,很多小商户对行政处罚的履行并不积极,甚至一旦被行政处罚,小商户便直接结束经营消失不见,企业与其达成赔偿合意则无从谈起。而在法院进行诉讼,虽然法律法规有保护权利人的倾向,但作为原告的企业也必须提供有力的证据证明侵权事实存在。取证本身便存在一定难度,民事诉讼的成本也不低,企业很难匀出人手去处理繁杂的诉讼事务,单个民事诉讼可能获得的赔偿对企业来说也仅是杯水车薪。因此,针对终端销售的“打假”对企业而言同样呈现低收益甚至零收益的特征。

即使是最近几年,随着国家对知识产权保护力度的加大,各地市场监管部门针对更加分散、更难打击的“售假”行为,也开展过专项打击,但“运动式执法”的特征还是非常明显。^⑧此外,由于对商品真假鉴定的话语权在企业手上,^⑨行政机关对绝大部分日用百货的鉴定方法并不掌握,这就造成行政机关在日常巡查中基本发现不了侵权商品,执法效果十分有限。

总的来说,作为商标专用权人的企业无论是在针对源头制假,或是销售端售假的“打假”行动中都面临着高成本、低收益,以及举证难、赔偿少等问题。在分析成本收益后,企业更愿意将自己有限的精力投入对源头端的“打假”行动中,这样至少会有效缓解市面上假冒产品泛滥的趋势。

(二) 法律咨询公司如何控制诉讼

我们通过访谈和观察发现,与一般民事案件

不同,在大部分小商户售假商标侵权案中,真正主导诉讼进程的并非代理律师,也非原告,而是并不在裁判文书中出现的法律咨询公司。它们主导着诉讼的进程,从商标专用权人(企业)获得授权,并安排公证处取得相关证据,委托律师事务所代理诉讼事宜。

1. 风险回报衡量下的案件选择

如前文所述,小商户的侵权事实广泛存在。作为商标专用权人的企业有“打假”需求但力不从心,并不愿把有限精力投入到对小商户的索赔中。因此,纠纷本不应该涌入法院,但事实正好相反。在科斯看来,当通过市场获取资源的交易成本小于企业内部的管理成本时,企业则可能选择将部分业务外包。^⑩根据实地调查的情况来看,法律咨询公司满足了企业的这部分需求,在纠纷转化的过程中发挥了重要作用。

一般认为,律师在选择案件时会遵循新古典经济学提出的理性选择模型,根据风险-回报公式,综合考虑胜诉率、收益和时间成本等因素,倾向选择低成本、高回报的案件。同时,他们也会考虑法律环境等因素。^⑪在本文选择的样本案件中,企业向小商户索赔的成本可能大于收益,但对法律咨询公司来说,介入此类案件有利可图。

首先,作为“强势者”的法律咨询公司对民事案件的流程十分清楚,由于侵权事实的客观存在,他们能通过一套流程来取得案件所需的证据和材料。且由于事实存在的广泛性和个案间的相似性,他们会选择同时处理数十甚至上百个案件,用规模效应压低成本。

而更重要的是,现有的法律环境可以保证胜诉概率。司法实践中,侵权事实和损害结果认定难、举证难、诉讼周期长和成本高的问题长期存在;^⑫知识产权保护的落实存在不足。为解决这些问题,同时考虑到我国经济增长对知识产权保护要求的升高,我国的知识产权法律、法规、司法解

释和大量政策文件都进一步加强对权利人的保护。21世纪初,《商标法》《专利法》和《著作权法》逐步加入了无须权利人就损害后果举证,而是由法院根据侵权人行为、情节酌定赔偿数额的法定赔偿制度就是典型例子。特别是在2008年国务院出台《国家知识产权战略纲要》,2021年出台《知识产权强国建设纲要》后,这一趋势和倾向更加明显。在小商户销售假冒商品案中,由于侵权事实的客观存在,法律咨询公司只要收集到小商户售假的关键证据,胜诉的可能性较大。

2. 为什么是法律咨询公司

改革开放初期,社会日益增长的法律服务需求和当时紧缺的法律人才出现了严重矛盾,导致当时的法律服务市场出现了巨大的“真空地带”。在乡镇,出现了基层法律服务工作者这一职业。在城市,也相应地出现了一批社会法律咨询服务机构(一般称为法律咨询公司)。^⑬最初,这些法律咨询公司是律师事务所的“替代品”,公司员工可以提供法律咨询、担任法律顾问、代写文书和代理诉讼案件。后来,司法部、工商总局规定,法律咨询公司员工不得代理诉讼案件。但由于《民事诉讼法》关于公民代理的规定存在,这类现象屡禁不止。2004年,国务院放开了对法律咨询公司设立的行政许可,法律咨询公司的发展基本进入一种管理失控的状态,^⑭私家侦探、“黑律师”和“司法掮客”寄生其中。^⑮直到2012年《民事诉讼法》对公民代理制度的修改,以及随后掀起的反腐风暴,打压了部分从事普通诉讼代理的法律咨询公司的生存空间。

但是,部分法律咨询公司凭借专业性这一显著优势仍存活至今。一个典型例证就是本文所关注的从事知识产权业务的公司。这些公司的人员长期从事相关工作,一些人甚至是从监管机构“下海”而来。^⑯他们不仅对法律法规、行政执法和法院裁判具有丰富经验,也对相关企业的情况、诉求

和具体产品特点情况掌握比较清楚。^⑦在长期的积累中,他们甚至对何地可能有侵权产品出现,以及个体工商户的交易习惯也了如指掌。而随着替代性法律服务提供商(Alternative Legal Service Provider)这一概念的引入,前述具有专业性优势的法律咨询公司承接企业法务外包项目成为一股潮流,这便包括本文所讨论的涉小商户商标侵权案件的处理。

法律咨询公司能在当下的中国生存,一个重要的原因是中国的法律服务市场处于一种“割据”的状态。各种法律职业的“管辖权”边界十分模糊,^⑧律师并未形成垄断,^⑨对法律服务市场的控制较为有限。与传统律师事务所相比,这类专业性的法律咨询公司主要具有三种优势。第一也是最核心的是在特定领域的专业性优势,对某类案件具有丰富经验。第二是服务优势,相较于律师事务所,他们愿意为客户提供更多和更细致的服务,与被服务单位的黏性更强。并且,由于其现在基本不受司法行政部门监管,与具有执业规范要求 and 司法行政部门监督的律师相比,他们的活动空间更大,例如“风险代理”不受限制,^⑩甚至可以进行“钓鱼维权”或“恶意引诱型”陷阱取证。第三是其在服务价格上具有优势。

法律咨询公司主导着整个诉讼过程,具体内容将在下节详细阐述。当然,现在有一些律师事务所不甘只做法律咨询公司的下家,也开始模仿他们的做法,愿意“俯下身段”给企业提供服务。

3. 法律咨询公司如何协调各方

法律咨询公司不出庭,也基本不会出现在裁判文书中。一些裁判文书中会提到,用来证明小商户售假的公证书的申请人是为某某法律咨询公司。实际上,在诉讼制造中,法律咨询公司发挥着主导作用。

与商标权利人合作获得授权。在与企业签订的合同中,法律咨询公司会采用类似“全风险代

理”的第三方资助诉讼模式,^⑪一般都不会要求企业垫付任何费用。如获得赔偿,将扣除成本后直接按比例与企业分成。在对企业而言,只需提供《授权委托书》并在起诉状等诉讼材料上进行盖章,并在后期法律咨询公司会同公证处取得假冒商品后,对其进行鉴定并出具意见即可。所耗费成本相较于自行打假来说是微乎其微的,而获得收益则十分可观。与企业而言,这是一笔稳赚至少不赔的买卖。

与公证处合作取得证据。公证处在诉讼制造中发挥的主要是保全证据的作用。法律咨询公司为了取得小商户售假的证据,常采用“陷阱取证”的方法。法律咨询公司和公证处工作人员不暴露真实身份,以普通顾客的身份购买侵权产品,从而取得相关侵权证据,以证明侵权行为存在的过程。^⑫虽然陷阱取证的证据能力在学界有一定争议,^⑬司法裁判规则也不尽相同,但《最高人民法院关于知识产权民事诉讼证据的若干规定》(法释〔2020〕12号)第7条肯定了“机会提供型”^⑭陷阱取证获得证据的证据能力。在证据能力外,法律咨询公司还要考虑证明力的问题。法律咨询公司常要求公证处派员与法律咨询公司员工一同取证,对销售过程、购买和付款凭证、商户地理位置和营业执照等信息、购买商品等进行证据保全公证,并出具公证书。这不仅固定了证据,且《公证法》和《民事诉讼法》对公证证据推定为真实,使得相关证据的证明力具有优越性。^⑮在司法裁判中,原告方提供的公证证据绝大多数形式较完备,法院不采信公证证据的可能性很低。^⑯

法律咨询公司在取证时往往采取批量策略,根据相关线索按地域“扫荡式”“地毯式”搜寻。这就需要公证处的高度配合。但公证处背后代表的是国家权力,至少也是一种“公共权力”。^⑰这样一种机构为何愿意配合法律咨询公司进行大量繁杂的公证?其原因在于,为了改变“一证难求”的局

面,我国的公证机构已经进行了多年的改革,其行政依附性已经大大减弱,也极大满足了社会的公证需求。改革后的公证机构为差额拨款、自收自支事业单位或采取合作制。虽然还是保持着非营利属性,但大多实行着类似企业的管理制度,其也有创收任务,一定程度上也在追求经济利益。^⑧法律咨询公司进行诉讼所需要办理的数十份乃至数百份公证,每份单价1000元到2000元不等。对于公证处来说,那是十分可观的收入,这就是其配合法律咨询公司行动的关键理由。此外,参与具体案件的公证员不一定来自小商户所在地的公证处,也可能来自外地的公证处。^⑨这种跨地域办理公证的行为虽然违反了司法部对公证处行政管理的要求,^⑩但法院认为这不必然导致相关证据无效。^⑪因此,很多法律咨询公司与公证处建立了良好的合作关系。

与律师事务所合作代为出庭。在法律咨询公司的“勾连”下,律师成为诉讼制造中的重要成员。律师的参与在前文已有提及,主要是作为代表进行立案、参与庭审和调解。但由于包括授权委托书、售假的证据材料、具体诉讼请求以及和解策略、底线等都由法律咨询公司准备好,律师的主要任务是执行法律咨询公司的意志。委托律师进行诉讼,对于法律咨询公司而言,也有规避风险的考虑,因为直接代理案件是违法行为,会超出自己的经营范围。这也是法律咨询公司为何“不出庭”的重要原因。

而启动与律所合作的时间,一般也是在取证后半年至一年,甚至两年后。这一方面是由于准备证据材料需要时间,另一方面是为了降低小商户使用合理来源抗辩的成功率。根据《商标法》第64条第2款的规定,如果小商户能够证明所售卖商品的合理来源,可以不承担侵权赔偿责任。但由于小商户进货量有限,单次交易金额小,常更换供货商等原因,很多小商户没有留存进货凭证的

习惯。有的商户即使留存了进货凭证,凭证上所写的内容也较为简单,如购买商品仅写类别,不写品牌,单据上没有公章等。即使小商户当时有较为详细的进货凭证,但凭证的保存时间可能有限。采取延后起诉时间的诉讼策略,小商户曾留有的进货凭证,也可能因为保管不善等原因遗失。没有证据,就会导致其合理来源抗辩无法得到支持。

(三)法律咨询公司如何利用规则

马克·格兰特认为,“强势者”优先的重要原因之一是对法律知识的熟悉,善于利用对自己有利的规则,利用规则构造交易,甚至是进一步影响规则。^⑫理查德·波斯纳认为,法官并非法条的机械适用者,而是在法院这一劳动市场中的“工人”。法官的思想和行为受政治因素、工作风险等外部因素影响,^⑬但“自由”并非绝对自由,还要受其他因素的影响。^⑭司法本身就承担着实施国家政策的功能;^⑮“以事实为依据,以法律为准绳”也意味着法官受法条主义的约束,必须“依法裁判”;而近来开展的司法改革也对法官提出了不少要求。在本文关注的涉小商户售假案件中,法律咨询公司借助在知识上的优势,在对法官裁判影响因素分析的基础上,利用司法政策、证据审查规则和所在法院既有的类案裁判规则,最终获得胜诉。

1. 借助司法政策提供的便利

如前所述,我国的知识产权“双轨制”保护模式存在一定问题。因此,有不少学者建言,我国应当效仿西方国家,对知识产权采取以司法保护为主的单轨制模式。^⑯虽然这种主张不一定正确,但在法院看来,加强对知识产权的司法保护,发挥“司法保护主导地位”是“主动适应新形势和服务大局的必然选择”的重要内容,也是提高自身地位“全面推进依法治国和提升司法公信力的重要体现”。^⑰2016年,最高人民法院提出“司法主导、严格保护、分类施策、比例协调”的知识产权司法保

护基本政策,^⑧2020年,最高人民法院又发文强调“全面加强知识产权司法保护”。^⑨近年来,法院对知识产权审判工作十分重视,一些地方甚至提出“最严格知识产权司法保护”的概念。^⑩具体而言,法院不仅建设专门的知识产权审判机构,对审判人员的素质提出了相应要求,还对裁判中遇到具体问题做了要求,如要求法院缩短知识产权诉讼周期、降低维权成本、减轻当事人的举证负担和有效提高侵权赔偿数额等。^⑪这些要求实际上都明显有利于法律咨询公司提起诉讼,降低成本,提高利润。

以“有效提高侵权赔偿数额”为例。因为这一政策要求的存在,法律咨询公司在诉状中敢于把索赔金额提高到数万元,即使其无法对自身损失举证。同时,这一政策要求也直接转化为对法官自由裁量法定赔偿数额的限制。在调研中,知晓过度诉讼的制造过程的B区法院的法官基本对小商户抱以同情态度。但法官作为“制度中的人”,经过理性思考后却还会坚持较高的判赔金额。例如,在一起小商户销售假冒花露水的案件中,法官认可小商户仅购进10瓶假冒花露水,也认为小商户的行为“并非故意或恶意侵权”,且考虑到小商户因新冠疫情经营困难的因素。但最终判决结果为赔偿原告经济损失及合理开支共计4000元。说理的部分与判决赔偿的金额好似“两张皮”。

2. 利用证据规则限制法官裁量

在此类案件中,最重要的证据有两个。一是证明售假过程的证据。如前文所述,一般为公证证据。二是真伪证据,即企业对商品是否为正品的鉴定过程。通过这两组证据,基本可以认定小商户的侵权事实是否存在。但是,在涉小商户销售假冒商品案中,法律咨询公司巧妙利用这两类证据的属性,使得法官的裁量权被严重限缩,只能按照其设定的“路线”推进诉讼。

针对第一类公证证据。由于公证证据具有法

律赋予的证明力优势,无相反证据不能推翻。只要公证证明的事实与案件事实有关联,且符合《公证法》和《公证程序规则》对公证证据形式要件的要求,法官对于其证据能力和证明力的自由裁量权其实就被限制到几乎没有。^⑫虽然在实践中,公证证据可能存在着一些瑕疵,但最多的瑕疵分别是异地公证和非当事人(企业)申请公证两类。前一种瑕疵已经讨论过了,公证证据的效力并不受影响。而后一种瑕疵,多数法院也倾向于认为,法律咨询公司或律师属于与公证事项有利害关系的人,可以申请公证。即这两种“瑕疵”不会影响公证效力。^⑬而其他重大瑕疵如超过法定期限出具公证书、保全过程不符合规定以及内容出现错误在涉小商户销售假冒产品案中很少出现。^⑭也曾有法院试图加强对公证书的审查,认为公证书也需要小商户销售时提供的小票、收据或其他凭证佐证才能作为认定侵权事实的根据。但这一判决旋即被最高人民法院再审改判。^⑮

针对第二类证据,即商品真伪证据,一般表现为由商标专用权人即企业出具的产品真伪鉴定意见。不得不承认的是,在浩如烟海的商品市场中,商品生产企业是最熟悉自己商品特点的人。当然,也有一些第三方机构可以提供对商品真伪的鉴定,但受制于市场需求和自身能力,其所能提供的主要是针对奢侈品、名烟名酒等高价商品的鉴定。同样,针对低价格的日用百货,法院也无法效仿“技术调查官”制度,引入中立地位的专家进行真伪判断。因此,鉴别商品真假基本需要依靠生产企业。法官对这类鉴定意见的审查其实也只能停留在形式层面,因为法官也不掌握鉴别商品真伪的知识。那么,对于企业的鉴定意见,应当在没有其他证据推翻的情况下予以采信。^⑯而在前述高强度保护大环境下,倾向保护权利人更会导致对此类证据审查标准的放松。这就造成了企业在庭审中具有“说什么就是什么”绝对优势

的局面。

需要注意的是,认可企业的鉴定意见,还有一个前提推论,就是权利人诉讼的目的是“打假”,是维护自己的商誉。但是,在法律咨询公司主导诉讼的局面下,其目的是通过诉讼谋利。加之其搜集证据采用“地毯式”方法,企业代表并不参与取证,而主要是在取证结束后统一进行鉴定,^⑩即取证时基本不能判断商品真伪。如果后期发现获取的商品为真品,那么诉讼制造将无法进行下去,法律咨询公司反而要为此付出公证费成本。因此,并不能排除法律咨询公司与企业代表甚至公证处合谋,将真品故意鉴别为假冒产品的可能性。而这对于法官来说,是很难发现的。

3. 利用类案裁判规则强化胜诉预期

我国虽不是判例法国家,但一直以来有“统一法律适用”“裁判尺度统一”和“同案同判”的要求。法院审理案件的过程,也是在构建和形成相应的裁判规则。在原告方下次起诉时,以往的生效判决必然成为约束法官裁判的重要因素。尤其是在2020年最高人民法院要求法官进行类案检索以后,^⑪以往生效裁判对法官的约束力会更强。由于小商户售假往往以批量诉讼的形式表现出来,符合法院对系列案的定义。而系列案正是统一法律适用,防止“同案不同判”的重点。为此,各法院内部会有相对稳定的一套裁判规则。^⑫

这些裁判规则有些则得到了上级法院的认可,在调研中我们也发现,一些上级法院也会主动与下级法院协商确定其辖区内的裁判规则。如果法官试图逾越既成的裁判规则,不仅可能会与以往裁判结果相冲突,也可能会打破法院内部甚至上下级所形成的“默契”。这会对法官产生二审发改或受到投诉等不利影响。同时,此类案件属于事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的“简案”。在最高人民法院“繁简分流”和“简案快审”的要求下,法官也会选择遵循这套裁判规则以保

证案件质量、加快审理速度。

涉小商贩案件的裁判规则主要集中在对合理来源抗辩的认定与赔偿金额、合理开支的确定这两个问题上。如前所述,由于很多法院初次审理相关案件,一般都是带着维护商标权人合法利益的态度进行审判。因此,对合理来源抗辩证据的审查标准及赔偿数额都较高。在第一个问题上,法院会明确小商户根据《中华人民共和国商标法实施条例》第79条的规定出具的各种凭证的审查标准。没有盖公章的凭证、没有写明品牌品类的凭证或微信聊天记录很难被法院认可。关于第二个问题,根据法律和相关司法解释来看,在适用法定赔偿的过程中,法官要根据个案中被告的经营规模、侵权情节和主观过错程度等综合考虑计算,但以上标准很难量化,让法官逐一评估每个小商户更是不太可能。在实践中,法院只会根据被告所处经营规模,以及所销售侵权商品简单分级,规定几个确定的赔偿数目。例如,大型超市被判赔的会比便利店多,销售卫生巾的会比销售纸巾判赔的多(因为前者可能对人体健康产生更大危害)。具体根据各地经济发展水平,在2000元到1万元不等。对于合理开支,则是根据原告方提供的证据来判断,一般会全额支持公证费,不会全额支持律师费。

裁判规则的强化,对法院本身并无太多负面影响,甚至可以使庭审活动变得便捷、高效和低风险,大大提高司法审判绩效。^⑬对原告方来说,这是重大利好,可以给予其较大的胜诉预期。法律咨询公司可根据取证所需要的成本和可能的收益来规划在各地的行动策略,从而实现“稳赚不赔”。同时,在推行“分调裁审”的大背景下,法院在立案前后也会对此类案件进行调解。在调解过程中,法院既往判决中蕴含的裁判规则更将成为原告方谈判的重要筹码。原告方的和解条件建立在法院裁判规则的基础上,就赔偿金额而言,一般

比法院可能判赔的金额低500-1000元。而在法院立案后的调解过程中,调解员或法官更会对被告强调可能的判决结果以说服其选择和解。所以,有很大一部分被告不愿再付出成本在庭审中纠缠,会选择与原告和解结案,令此类案件的调撤率高达50%以上。^⑩但在小商户看来,这些裁判规则往往对他们要求过高,且会让他们承担远高于自己经营收益的责任。因此,有很多商户会对司法产生抱怨甚至不信任感,进行信访或通过媒体表达不满。

四、规制过度诉讼的整体思考

(一)警惕过度诉讼继续扩散

回顾前文,不难发现,在小商户售假案中,法律咨询公司凭借对商标诉讼的丰富经验,在严格保护的司法政策下,包揽并主导着整个诉讼进程。在利益的驱动下,法律咨询公司与商标权利人签订合同,以“全风险”“全垫付”的方式获得授权,再与公证处合作取证,最后委托律师起诉。鉴于侵权事实的客观存在,以及证据材料较为充分,此类诉讼往往以商标专利权人胜诉告终。

过度诉讼并不能充分实现知识产权司法保护的最终目的。本文所选取的小商户售假案中,打击终端的销售者并没有斩断制假的源头。实际上,对小商户售假的阻吓作用十分有限,因为小商户也很难从案件裁判中学会鉴别真假的方法。在小商户售假案中,法律咨询公司的行为还基本处于合法区间内,但在其他案件中,法律咨询公司可能存在违法行为。例如,起诉依靠的权利基础本就存在瑕疵,或是存在“恶意诱发型”陷阱取证的行为。就像2022年最高人民法院工作报告中提到的“青花椒”和“金银花”等“碰瓷式维权”案件,那些案件对营商环境的损害更为显著,著作权和专利权相关案件则可能对知识传播与技术创新产生阻碍。

对法院来说,过度诉讼一方面会挤占有限的

司法资源,影响法院在发明专利、实用新型专利等专业性较强案件上的资源投入。这实际上也直接导致了本文开头所述的管辖权下放改革。另一方面,法院在此类案件中有沦为诉讼制造者谋利“工具”的可能,法院公信力和形象将受到负面影响。

此外,司法实践中还存在如下两类案件,也可以归类为过度诉讼案件。与小商户售假案相似,在法律服务行业中,有数量可观的法律咨询公司甚至律师等从业者专司办理此类案件。它们形成了标准化、模块化的办案模式,发展出了“诉讼产业”。在“诉讼产业”中,相关从业者将从诉讼中获利看得比为当事人化解矛盾纠纷更重,常常通过放大矛盾纠纷以获取高额利益,过度诉讼由此产生。

第一类案件是金融借款、信用卡逾期、小额借款合同纠纷,尤其是网贷纠纷。在此类案件中,出借人针对逾期还款的借款人,自行催收力度有限,不愿通过多元化渠道化解纠纷,将大量案件提交至法院。同时,在网贷案件中,同一出借人往往向全国各地的借款人提供贷款,存在着面广量大的情形。出借人往往通过协议管辖,创设连接点等手段将案件引向某一特定法院,导致该法院收案压力激增;管辖地与被告所在地不一致也导致审判、执行存在诸多困难。部分案件中还存在“阴阳律师费”的情况。即律师接受出借人按件计价的较低报酬,但却虚开高额的律师费发票作为证据提交法院,试图使法院判决借款人支付高额律师费,从中赚取差价。^⑪

第二类案件是道路交通事故所造成的人身损害赔偿纠纷。长期以来,由于损害赔偿计算标准不透明、不统一,伤者缺乏相关知识,保险公司理赔流程繁琐等因素,“理赔难”的现象一定存在。部分高院为实现审判、调解、理赔结果统一,实现纠纷高效处理,减少纠纷进入法院,联合金融监管

部门出台了详尽的计算标准。然而,部分保险公司从自身盈利角度出发,认为相关文件只适用于诉讼阶段,不愿参照标准直接赔付,导致伤者只能起诉以获得赔偿。部分俗称“人伤黄牛”的律师或法律咨询公司利用知识优势招揽客源,提起诉讼。他们从赔偿金中按比例赚取高额收入,或是直接以固定金额“买断”,多余赔偿金直接收入囊中。为获得较高额度赔偿金,部分“人伤黄牛”甚至联合司法鉴定人伪造鉴定意见,通过提高伤残等级的方式提高赔偿金。

20世纪中期,美国律师在人身损害赔偿案件中总结的挑拨过度诉讼之技术,后来拓展到产品责任、婚姻、继承、证券、医疗责任等近百类案件中,产生了大量过度诉讼,形成“诉讼爆炸”。^⑤在当代中国,法律咨询公司甚至律师以诉讼谋利造成的过度诉讼,虽然目前只是民事案件的较少部分,但在知识产权民事案件等细分领域中的确是普遍现象,而且也有扩散到其他领域的显著趋势。因此,在当下防范过度诉讼现象扩散到其他类型案件中的风险尤其重要。

(二)调适裁判规则与制发司法建议

近年来,一些地区法院在认识到原告方诉讼行为的商业本质后,对此类案件的裁判作出了一些调整。

第一,在技术层面通过“要素式审判”提高审理效率。此类案件属于事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的“简案”,且各家法院一般有明确的裁判规则。在最高人民法院“繁简分流”和“简案快审”的要求下,一些地区法院采用“要素式审判”^⑥处理有关案件。在审前阶段,当事人填写表格的起诉状、答辩状,明确侵权事实、赔偿请求以及抗辩中的关键要素,便于法官提取,并代入裁判规则;判决时,法官运用表格式的判决书。这一一定程度上提高了审理效率。

第二,对知产批量诉讼的裁判规则进行调

适。一是在立案时对批量诉讼进行识别,区分谋利的批量诉讼和普通维权行为。二是在合法范围内,通过现场对比侵权商品等方式加强对证据的审查。三是可以根据诉讼能力对销售者采取宽严有别的合法来源抗辩审核标准,对小商户进货票据等合理抗辩证据的要求不能过于严苛。四是结合当地经济发展水平以及商户的侵权情节确定合理的赔偿数额,不宜过高,可以贴近甚至低于维权成本,许多诉讼制造者便会“知难而退”。从最高人民法院近来的判决看,在侵权情节及侵权后果较为轻微,合理来源抗辩成立的情况下,可以判决销售方不承担侵权合理开支;同时认为判赔金额不能过高。^⑦一些法院通过“工作指引”等书面形式对以上裁判规则进行调适,并将主要内容通过媒体发布。五是可以在裁判文书中对批量诉讼行为的性质进行评判,表明法院的态度。^⑧六是对批量诉讼中可能存在的伪造证据、虚构事实、诱导侵权等妨害民事诉讼的行为,通过罚款等方式依法惩戒。这样,司法“价值异化”和公信力的损耗等问题也会得到缓解。

如上所述,司法资源是有限的,高强度的知识产权司法保护的对象不应是以谋利为目的的诉讼制造者,而应当保护能为经济发展做出巨大贡献的创新者。但基于前文的分析,诉讼制造的过程较为复杂,参与主体较多,法院在末端的应对效果有限。笔者认为,除法院之外,相关主体可以从以下几个方面缓解此类案件带来的负面影响:

行政机关要加强对法律咨询公司的监管。正是由于法律咨询公司缺乏监管,如不受“风险代理”规则的约束,才能在与商标专用人签订事后分成的合同。在此类案件中,法律咨询公司虽通过不出庭来规避“超出经营范围”的风险,但其作为整个诉讼的主导者,发挥的作用已经相当于甚至超过了诉讼代理人的角色,而前述“恶意诱发型”陷阱取证和“碰瓷式维权”则可能涉嫌违法,司法

行政机关和市场监管部门可以此为突破口对相关单位进行调查。值得注意的是,在实践中,特定的法律咨询公司和律所可能构成利益共同体,出现某律所负责人为某法律咨询公司股东的情况,甚至可能出现实际控制人为同一人的情况。司法行政部门也应当关注此类现象。最高人民法院也可向司法行政和市场监管部门制发司法建议来规范上述主体行为。

检察机关要发挥监督作用。一是关注此类案件中违反《民事诉讼法》的行为。在小商户售假商标侵权案件中,存在伪造证据的可能。在其他知识产权批量诉讼案件中,权利基础可能存在严重瑕疵,或存在无法律依据、无事实依据、捏造事实的情况。检察机关可运用“数字检察”手段对相关案件进行大数据分析,获得相关线索,开展检察监督,^⑥通过检察建议的方式督促法院纠正违法行为或进行再审审查,督促市场监管、司法行政和知识产权等行政机关依法作为。对涉嫌诈骗、虚假诉讼等犯罪的,依法移送公安机关侦查。二是进行类案监督,对一些判赔金额过高,或是证据审查、举证责任分配裁判规则过于倾向权利人,对在司法理念方面有纠偏、创新、引领价值的典型案件提出再审检察建议或抗诉,引导法院调适裁判规则。

要畅通行政和诉前调解的解决渠道。在“双轨制”的知识产权保护模式下,行政保护的力量应该得到充分发挥,“司法主导”不等于排斥行政。市场监管部门在日常监管时,就应提醒小商户注意进购日用品的真伪。而在商标专用权人举报小商户售假后,行政机关在作出行政处罚的同时,也应主动开展行政调解。而在诉前调解阶段,法院可与市场监管部门建立合作调解机制,充分发挥行政机关的专业力量。在批量诉讼高发的商贸城、批发市场等地,调解组织的设立地点也可“向前一步”,做到快调快解。在调解过程中,法院还可采取“示范性庭审”的方式,选择一些案件先行

审理,并邀请其他类似案件当事人旁听庭审,以阐释法,主动答疑,从而推动和解进程。

注释:

①白龙飞:《张军在参加河南代表团审议时表示 以能动司法促推实现全年经济社会发展目标》,载《人民法院报》2024年3月6日第1版;张军:《学深悟透做实习近平法治思想 以审判工作现代化服务保障中国式现代化》,载《民主与法制》周刊2023年第36期。

②沈佳:《防范与规制滥诉问题研究》,载《法律适用》2021年第12期。

③王猛:《民事诉讼滥诉治理的法理思考》,载《政治与法律》2016年第5期。

④Kenneth S. Klein, Removing the Blindfold and Tipping the Scales: The Unintended Lesson of Ashcroft v. Iqbal is That Frivolous Lawsuits May Be Important to Our Nation, 41 Rutgers Law Journal 593(2010). Michael P. Stone & Thomas J. Miceli, The Impact of Frivolous Lawsuits on Deterrence: Do They Have Some Redeeming Value, 10 Journal of Law, Economics & Policy (2014). Robert G. Bone, Modeling Frivolous Suits, 145 University of Pennsylvania Law Review 519(1997). Deborah L. Rhode, Frivolous Litigation and Civil Justice Reform: Miscasting the Problem, Recasting the Solution, 54 Duke Law Journal 447(2004).

⑤R. G. Ratcliffe, A Hail of a Storm is Brewing in the Senate, Texas Monthly(29 April 2015), <https://www.texasmonthly.com/burka-blog/a-hail-of-a-storm-is-brewing-in-the-senate/>.

⑥Carl T. Bogus, Introduction: Genuine Tort Reform, 13 Roger Williams University Law Review 1(2008).

⑦《最高人民法院工作报告——2022年3月8日在第十三届全国人民代表大会上》,载《人民法院报》2022年3月16日第1版。

⑧在实践中,“批量诉讼”或“系列案”对我国法院系统形成了较大压力。本文不使用前述两个已有概念进行分析的原因在于,“批量诉讼”或“系列案”不一定具备“不必要”这一要件。

⑨《中国法院知识产权司法保护状况(2009年)》,载《人民法院报》2010年4月21日第2版。

⑩数据来源:《中国法院知识产权司法保护状况(2021年)》,人民法院出版社2022年版。

⑪数据来源:各年度《中国法院知识产权司法保护状况》白皮书。

⑫林广海、李剑、许常海:《〈关于第一审知识产权民事、行政案件管辖的若干规定〉的理解与适用》,载《人民司法》2022年第16期。

⑬施小雪:《公共政策理论视角下我国知识产权司法保护的实践逻辑》,载《知识产权》2022年第2期。

⑭董伟威、董海超:《知识产权商业维权诉讼的界定与规制》,载《人民司法》2014年第1期。

⑮习近平:《全面加强知识产权保护工作 激发创新活力 推动构建新发展格局》,载《求是》2021年第3期。

⑯前引⑬,施小雪文。

⑰为了解批量诉讼在全国范围内的分布情况,我们在北大法宝数据库上对上海家化联合股份有限公司这一时常出现在新闻报道中的企业所涉案件进行检索。检索时间为2023年4月6日,检索条件为:(1)原告:上海家化联合股份有限公司;(2)案由:侵害商标权纠纷;(3)审理法院:中级人民法院和基层人民法院。共检索到13353个案件,覆盖全国232个地级行政区和4个直辖市。而考虑到裁判文书公开程度和管辖改革前有的省份对知产案件实施集中管辖,实际案件覆盖面可能更宽。

⑱William L. F. Felstiner, Richard L. Abel & Austin Sarat, A. The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, and Claiming, 15 Law & Society Review 631(1980). Richard E. Miller & Austin Sarat, Grievances, Claims, and Disputes: Assessing the Adversary Culture, 15 Law & Society Review 525(1980).

⑲Herbert M. Kritzer, & Jayanth K. Krishnan, Lawyers seeking clients, clients seeking lawyers: Sources of contingency fee cases and their implications for case handling, 21 Law & Policy 347(1999).

⑳Ethan Michelson, Climbing the Dispute Pagoda: Grievance and Appeals to the Official Justice System in Rural China, 72 American Sociological Review 459(2007).

㉑郭星华:《从中国经验走向中国理论——法社会学理论本土化的探索》,载《江苏社会科学》2011年第1期。

㉒Walter K. Olson, The litigation explosion: what happened when America unleashed the lawsuit, Dutton, 1991.

㉓陈卫东:《诉讼爆炸与法院应对》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2019年第3期。

㉔2022年,全国律师办理民事诉讼代理697.5万多件,全国各级法院新收民事案件1924.4432万件,可以简单计算只有约1/3的民事案件有律师代理。数据来源:《2021年度律师、基层法律服务工作统计分析》,司法部官网, http://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/zwxgk/fdzdgknr/fdzdgknrtjxx/202208/t20220815_461680.html, 2022年8月14日访问。

㉕钱大军:《组织与权威:人民调解的兴衰、重振和未来发展逻辑》,载《法制与社会发展》2022年第2期。

㉖Marc Galanter, Why the "Haves" Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change, 9 Law & Society Review 95 (1974). 中文译本见:[美]马克·格兰特:《为什么“强势者”优先:法律变革限度的推测》,彭小龙译,载冯玉军选编:《美国法律思想经典》,法律出版社2008年版,第131-177页。

㉗Xin He & Yang Su, Do the "Haves" Come Out Ahead in Shanghai Courts?, 10 Journal of Empirical Legal Studies 120 (2013). 中文译本见贺欣、苏阳:《法院能否在强弱当事人之间中立——以上海法院2724份裁判文书为样本》,叶艳译,载《法律和社会科学》第15卷第2辑,法律出版社2017年版。

㉘参考了以下裁判文书:最高人民法院(2020)最高法民再186号民事判决书;最高人民法院(2020)最高法民申4434号民事裁定书;陕西省高级人民法院(2022)陕知民终444号民事判决书;山东省章丘市人民法院(2021)鲁0114民初7534号民事判决书;杭州市钱塘区人民法院(2015)杭余知初字第983号民事判决书。

㉙由于本文所讨论的案件都是与商品有关,这里和下文就不再考虑服务商标的问题。

㉚石慧荣:《商标侵权行为的立法分类及其认定》,载《现代法学》1998年第4期。

㉛所谓“系列案”就是指原告或者被告相同、案由相同、同一批次受理的2件以上的批量案件或者关联案件。参见《最高人民法院关于落实司法责任制完善审判监督管理机制的意见(试行)》(法发〔2017〕11号),2017年4月12日发布。

㉜邓昭君:《嬗变的市场:知识产权商业化维权的司法透视》,载《法律适用》2015年第1期。

③陈小珍:《商标侵权诉讼研究——法官裁判思维实证与反思》,中南大学出版社2019年版,第156-158页。

④吴汉东:《中国知识产权法制建设的评价与反思》,载《中国法学》2009年第1期。

⑤以《刑法》第214条规定的销售假冒注册商标的商品罪为例,该罪“数额较大”的既遂标准为5万元。如果涉案商品未销售,货值金额需要达到15万元才可按照未遂处罚。而以上金额均是在该罪的第一档量刑标准三年以下有期徒刑内进行量刑。参见《最高人民法院 最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》,法释〔2004〕19号;《最高人民法院 最高人民检察院 公安部关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的解释》,法发〔2011〕3号。

⑥净言:《让打假不再无奈》,载《人民日报》2001年5月14日第12版;赵永平:《企业打假在尴尬中前行》,载《市场报》2003年8月4日版。

⑦在2003年,联合利华每年打假费用2000万元、武汉丝宝集团每年打假费用1000万元、广州箭牌口香糖公司每年打假费用500万元、厦门万利达公司每年打假费用300万元。参见前引③,赵永平文。

⑧以2021年为例,市场监督管理总局等行政部门共开展了9次专项执法行动。参见《2021年中国知识产权保护状况》,国家知识产权局网站, https://www.cnipa.gov.cn/art/2022/4/26/art_91_175203.html, 2024年6月13日访问。

⑨前引③,陈小珍书,第156-158页。

⑩[美]罗纳德·H. 科斯:《企业的性质》,陈郁译,载[美]罗纳德·H. 科斯:《企业、市场与法律》,格致出版社2014年版,第34-37页。

⑪Mary Nell Trautner, Tort Reform and Access to Justice: How Legal Environments Shape Lawyers' Case Selection, 34 Qualitative Sociology 523(2001)。

⑫管荣齐、李明德:《中国知识产权司法保护体系改革研究》,载《学术论坛》2017年第1期。

⑬刘思达:《割据的逻辑:中国法律服务市场的生态分析》,译林出版社2017年版,第20-21页。

⑭前引⑬,刘思达书,第84页。

⑮陈旭云:《“公民代理诉讼”将何去何从》,载《人民法院报》2012年12月22日第2版。

⑯前引⑬,刘思达书,第26页。

⑰陈开荣:《关于查处知识产权代理公司举报案件的思考》,载《工商行政管理》2012年第1期。

⑱前引⑬,刘思达书,第3-35页。

⑲在美国,律师可以通过制造执业限制来维护自己在法律服务市场上的垄断地位。参见[美]理查德·L. 埃贝尔:《美国律师》,张元元、张国峰译,中国政法大学出版社2009年版,第146-151页。

⑳根据《司法部 国家发展和改革委员会 国家市场监督管理总局 关于进一步规范律师服务收费的意见》(司发通〔2021〕87号)的规定,禁止律师在群体性诉讼案件中使用风险代理,且对风险代理的最高收费标准也有明确规定,如标的额100万元以下,风险代理总收费金额不得高于标的额的18%。

㉑陈文婧:《商业第三方资助诉讼的中国实践及域外经验借鉴》,载《商业研究》2019年第4期。

㉒黄视丽:《论知识产权诉讼中“陷阱取证”的效力——基于民事非法证据排除规则分析》,载《法律适用》2013年第9期。

㉓黄镔:《执法过程中陷阱取证的异化问题研究——社科法学视角的再思考》,载《法学》2015年第7期。

㉔“机会提供型”陷阱取证是指侵权人的侵权故意已经存在,实施者只是给其提供了一个机会,并且这种机会与其他任何人所提供的机会对侵权人的影响并没有任何实质性差别,在这种情况下,即使没有实施者的引诱,该侵权人迟早也会实施该侵权。与其相对应的是“恶意诱发型”陷阱取证,是指侵权人在被诱惑之前没有实施侵权的故意,而是在设立陷阱者的诱惑之下实施了侵权行为。简单来说,如果小商户已经购入了假冒商品,法律咨询公司和公证处假扮消费者取证,这种行为被称为“机会提供型”陷阱取证。但如果小商户尚未购入侵权商品,而法律咨询公司和公证处假扮消费者指明要求购买某侵权商品,则是“恶意诱发型”陷阱取证。参见前引②,黄视丽文。

㉕张卫平:《公证证明效力研究》,载《法学研究》2011年第1期。

㉖浙江省高级人民法院课题组:《关于知识产权民事訴訟中公证证据审查与采信的调研》,载《法律适用》2011年第1期。

㉗汤维建:《刍议独立的国家证明权》,载《法学家》2006年

第2期。

⑤杨翔:《公证正在失去平衡——论〈公证法〉的影响及公证制度的若干问题》,载《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2008年第3期。

⑥前引③,陈小珍书,第141页。

⑦司法部部门规章《公证程序规则》第13条第3款规定:“公证机构应当在核定的执业区域内受理公证业务。”司法部部门规章《公证机构执业管理办法》第36条第2款规定:“公证机构违反《公证法》第二十五条规定,跨执业区域受理公证业务的,由所在地或者设区的市司法行政机关予以制止,并责令改正。”

⑧最高人民法院有关判决认为:《公证法》并未规定跨区域执业出具的公证书不具有法律效力,公证机构是否违反执业区域的规定与涉案公证书的法律效力之间并无直接因果关系。见最高人民法院(2021)最高法民申7818号民事裁定书、(2021)最高法知民终220号民事判决书、(2019)最高法民申5410号民事裁定书等。

⑨前引⑥,[美]马克·格兰特文。

⑩[美]理查德·波斯纳:《法官如何思考》,苏力译,北京大学出版社2009年版,第53页。

⑪张军:《法官的自由裁量权与司法正义》,载《法律科学(西北政法学院学报)》2015年第4期。

⑫[美]米尔伊安·R.达玛什卡:《司法和国家权力的多种面孔:比较视野中的法律程序》,郑戈译,中国政法大学出版社2015年版,第114-125页。

⑬前引⑪,吴汉东文。

⑭陶凯元:《充分发挥司法保护知识产权的主导作用》,载《求是》2016年第1期。

⑮《最高人民法院关于充分发挥审判职能作用切实加强知识产权司法保护的意見》(法发〔2016〕27号)。

⑯《最高人民法院关于全面加强知识产权司法保护的意見》(法发〔2020〕11号)。

⑰夏道虎:《最严格知识产权司法保护的三大核心要义》,载《中国应用法学》2021年第4期。

⑱前引⑯。

⑲前引⑤,张卫平文。

⑳前引③,陈小珍书,第141-142页。

㉑这些瑕疵主要出现在涉电子证据的保全过程中。参见浙江省高级人民法院课题组:《关于知识产权民事诉讼中公证证据审查与采信的研究》,载《法律适用》2011年第1期。

㉒最高人民法院(2020)最高法民再186号民事判决书。

㉓前引③,陈小珍书,第158页。

㉔前引③,陈小珍书,第157页。

㉕《最高人民法院关于统一法律适用加强类案检索的指导意见(试行)》(法发〔2020〕24号)。

㉖洪登光:《“谋利型”诉讼维权的生成机理及其后果——基于一起专利诉讼维权个案的观察》,载《云南大学学报(社会科学版)》2023年第1期。

㉗前引⑦,洪登光文。

㉘前引⑬,施小雪文。

㉙管莹、葛石焱、陈丽华:《数据之光照亮虚假律师费“隐蔽角落”——江苏泰州:加大金融借款诉讼领域溯源治理力度》,载《检察日报》2023年10月25日第10版。

㉚Walter K. Olson, The litigation explosion: what happened when America unleashed the lawsuit, Dutton, 1991.

㉛相关规定见《最高人民法院关于人民法院深化“分调裁审”机制改革的意見》(法发〔2020〕8号),最高人民法院发布的多个司法改革案例选编中也有提到要素式审判。

㉜最高人民法院(2022)最高法知民终2947号民事判决书。

㉝这里截取一段裁判文书说理:“如果将知识产权‘维权’作为赚取利润的手段和工具,将‘诉讼’作为牟利的途径,不仅不符合知识产权保护的宗旨,也不利于维护市场交易秩序的稳定,同时亦在一定程度上浪费了司法资源,此种行为不应予以鼓励和提倡。”株式会社纳益其尔诉天津众妆供应链管理有限公司侵害商标权纠纷再审案,最高人民法院(2022)最高法民再274号民事判决书。

㉞如2022年知识产权检察十大案事例——浙江绍兴柯桥区检察院通过大数据监督模型,监督纠正62件花型著作权虚假诉讼案件,以诈骗罪提起公诉4人。