

SEP 案件禁诉令/反禁诉令 | 中国基于行为保全框架的司法实践与 欧美模式的比较（上）：中国司法实践的独创内涵与边界

——张浴月

摘要：中国最高院在 SEP 案件中开创的“ASI/AASI 型行为保全”兼顾实体审查和程序控制、并具有域外效力，虽有创新，但法律基础薄弱。建议制定知识产权或 SEP 诉讼特别程序法，明确禁诉令与反禁诉令的适用规则，以完善司法工具。

引言：

如本文（上）“中国司法实践的独创内涵与边界”所述，传统知识产权领域（尤其是专利领域）中行为保全的内涵，是为保护专利权人免受不可弥补损害风险而采取的救济措施，其保全对象是涉嫌侵权人的市场经营行为。

然而，最高人民法院发布的两项涉及标准必要专利（SEP）案件的行为保全裁定，却支持了申请人分别为专利权人和实施人（即涉嫌侵权人）的应用场景。并且，这些裁定所针对的目标并非中国国内的诉讼，保全的对象也非实施人的市场经营行为，其旨在解决的问题更不是在实体判决作出前是否应暂停被控侵权行为。

与之相反，这两项行为保全针对的是国外的平行诉讼。其保护主体既包括专利权人，也包括实施人；其保全的对象是一方当事人在他国法院的诉讼行为（例如，提起诉讼或申请执行判决）。其主要目的是为了解决中国法院与外国法院之间在标准必要专利（SEP）案件管辖权的冲突。因此，这两项裁定代表了最高院在立法空白背景下所开创的一种新型司法实践——即“禁诉令”（ASI）与“反禁诉令”（AASI）式的行为保全。这两种行为保全具有事实上的域外法律效力。

最高院在现有行为保全的法律框架之上，创设了“禁诉令”与“反禁诉令”这两种行为保全工具。此举主要是为了应对在 SEP 案件中日益激烈的国际司法管辖权博弈。下文，我们将深入剖析最高院在作出“禁诉令”与“反禁诉令”裁定时所考量的具体因素，并将其与欧美存在的对应制度进行比较。

一、最高院在现行行为保全的“广阔土壤”中插入了 ASI 型行为保全和 AASI 型行为保全“两朵新花”

在标准必要专利(SEP)许可纠纷导致的日益增加的国际平行诉讼的背景下，最高院似乎采用法律移植的方式，基于现有的《民事诉讼法》和《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》（2019年，简称《行为保全司法解释》），“嫁接”了欧美禁诉令和反禁诉令的部分因素，创设了新型行为保全。具体地，就是将中国立法中的实体权利因素与欧美的部分程序因素结合，形成了 ASI 型行为保全和 AASI 型行为保全。

1. “第一朵花” ASI 型行为保全的诞生兼与美国禁诉令考量因素的比较

最高院的 ASI 型行为保全可以说具有美国 ASI 的基因。美国素有颁发 ASI 的传统,用于解决美国国内州际以及与国外平行诉讼的问题。然而,美国 ASI 历史上一般用于非专利领域。这一方面是基于专利的地域性,另一方面是基于国际礼让。加之专利与标准结合的时间较晚,即标准必要专利许可纠纷出现的时间不长,美国法院并无此类纠纷中较早的判例。尽管欧洲也颁发 ASI,但基于国际礼让的因素,欧洲的 ASI 颁发频率极低。因此,2012年,美国在微软诉摩托罗拉案中开创先河,颁发了全球首个具有重大影响力的标准必要专利(SEP)禁诉令(ASI) [1]。之后,美国在 SEP 案件中持续发挥主导作用,批准了近半数的 ASI 申请[2]。

1) 美国法院在颁发 ASI 时考虑的因素

美国法院考虑因素比较复杂,随司法派别不同而变化(有自由派、保守派、中间派等)。综合考虑各个派别,大概可以认为采用第九巡回法院的 2006 年先例确定的 Gallo 框架,即分三步进行分析[3]:

(一) 是否有利于解决平行诉讼:

- (1) 本国诉讼与外国诉讼的双方**诉讼主体**是否等同；
 - (2) 本国诉讼与外国**诉讼对象**功能上是否等同；
 - (3) 本国诉讼的争议解决是否有助于使得外国诉讼不必重复进行。
- (二) 外国诉讼是否有不当**危害**：适用第五巡回法院的 1972 年的先例来判断外国诉讼是否应进行，包括 4 个 **Unterweser** 因素[4]，该外国诉讼是否：
- (1) 不利于本国的政策；
 - (2) 无理取闹或具有压迫性；
 - (3) 影响本国的管辖权；或
 - (4) 危害其他同等重要的利益。
- (三) 对于国际礼让是否产生重大不利影响。

2) 中国法院在颁发 ASI 时考虑的因素

2020 年华为诉康文森案件中，最高院考虑是否颁发 ASI 时的因素部分与美国法院类似。最高院所考虑的因素如下：

- (一) 被申请人申请执行域外法院**判决对中国诉讼的影响**(*注：程序方面*)，包括：
- (1) 两国诉讼的**诉讼主体**是否等同；
 - (2) 两国诉讼的**审理对象**是否重合；
 - (3) 外国诉讼对本国**诉讼的影响**。
- (二) 采取行为保全措施是否确属必要 (*注：实体方面*) 。
- (三) 不采取行为保全措施对申请人造成的损害是否超过采取行为保全措施对被申请人造成的损害 (*注：实体方面*) 。
- (四) 采取行为保全措施是否损害公共利益。
- (五) 采取行为保全措施是否符合**国际礼让原则**。 (*注：国际司法主权方面*)

3) 中国式 ASI 的考虑因素及其来源/美国对应因素的表格如下：

<p>最高院的 ASI 型行为保全考虑因素要点[5] 注：虽然没有引用《行为保全司法解释》，但多个要点来源于该司法解释</p>	<p>来源/美国对应因素</p>
---	------------------

<p>(一) 被申请人申请执行域外法院判决对中国诉讼的影响:</p>	<p>(1) 诉讼主体, 本三案当事人为华为技术公司及其中国关联公司和康文森公司, 德国诉讼当事人为康文森公司和华为技术公司及其德国关联公司, 两国诉讼的当事人基本相同。</p>	<p>美国 Gallo 框架 (一): 是否有利于解决平行诉讼?</p>
	<p>(2) 审理对象, 本三案中华为请求就康文森的中国标准必要专利确定许可使用费率。在德国诉讼中, 康文森主张华为侵害康文森公司的标准必要专利权。杜塞尔多夫法院作出的停止侵权判决以双方提出的许可费是否为FRAND 为前提。因此, 审理对象存在部分重合。</p>	
	<p>(3) 外国诉讼对本国诉讼的影响: 德国诉讼的禁令的执行导致中国案件的审理和判决失去意义。</p>	<p>美国 Gallo 框架 (二): 外国诉讼对本国是否有不当危害?</p> <p>Unterweser 因素 (3): 外国诉讼是否影响本国的管辖权?</p>
<p>(二) 采取行为保全措施是否确属必要:</p>	<p>(1) 杜塞尔多夫法院的停止侵权判决已经作出, 一旦康文森提出申请并得以执行, 在此紧急情形下, 华为将仅有两种选择: 要么被迫退出德国市场, 要么被迫接受康文森要价并与其达成和解。对于前者情形, 华为因退出德国市场所遭受的市场损失和失去的商业机会难以在事后通过金钱获得弥补。对于后者情形, 华为慑于停止侵权判决的压力, 不得不接受康文森高</p>	<p>《行为保全司法解释》第 7 条第 (二) 项“不给予行为保全时权利人受到的损害是否难以弥补”。</p> <p>注: 该项本意是避免权利人在实体上所可能遭受的损害难以弥补。最高院此处落脚点却是避免实施人遭受</p>

	<p>达一审法院确定的标准必要专利许可费率 18.3 倍的要价，并可能被迫放弃本三案中获得法律救济的机会。</p> <p>(2) 无论中国如何认定中国费率，三案判决事实上将难以获得执行。</p> <p>结论：无论发生上述情形(1)或(2)，华为所受损害均属难以弥补，本三案具备采取行为保全措施的必要性。</p>	<p>的损害难以弥补。</p>
<p>(三) 不采取行为保全措施对申请人造成的损害是否超过采取行为保全措施对被申请人造成的损害：</p>	<p>(1) 华为（实施人）所蒙受的损害： 如果不采取行为保全措施，华为将遭受被迫退出德国市场或者被迫接受许可要价、放弃在中国法院的法律救济等难以弥补的损害。</p> <p>(2) 康文森（权利人）所蒙受的损害： 如果采取行为保全措施，对康文森的损害仅仅是暂缓执行杜塞尔多夫法院的一审判决。杜塞尔多夫法院的判决并非终审判决，暂缓执行该判决并不影响康文森在德国的其他诉讼权益。同时，康文森系标准必要专利权利人，其在德国诉讼的核心利益是获得经济赔偿。暂缓执行杜塞尔多夫法院的停止侵权判决对于康文森造成的损害较为有限。</p> <p>(3) 华为（实施人）所蒙受的损害 v 康文森（权利人）所蒙受的损害：不采取行为保全措施对华为造成的损害</p>	<p>《行为保全司法解释》第 7 条第（三）项“诉讼双方损害比较”。</p> <p>注： 该项本意针对的是权利人与实施人在中国市场的损害比较。 最高院此处比较的却是实施人在德国市场遭受的损害与权利人遭受的德国诉讼权益（申请执行“禁售令”）延迟的比较。</p>

	<p>明显超过采取行为保全措施对康文森的<u>损害</u>，故采取行为保全措施具有合理性。同时，华为提供了相应担保，可依法保障康文森的利益。</p>	
<p>(四) 采取行为保全措施是否损害公共利益:</p>	<p>本三案及关联德国诉讼主要涉及华为和康文森的利益。同时，本三案中，行为保全的对象是禁止康文森在本院终审判决作出前申请执行杜塞尔多夫法院的停止侵权判决，不影响公共利益。</p>	<p>来源 1：《行为保全司法解释》的第 7 条的第（四）项“给予行为保全是否损害社会公共利益”。</p> <p>美国对应因素：美国 Gallo 框架（二）中的（3）：是否危害其他同等重要的利益？</p>
<p>(五) 国际礼让因素的考量:</p>	<p>总论：可以考查案件受理时间先后、案件管辖适当与否、对域外法院审理和裁判的影响是否适度等。</p> <p>（1）从受理时间看，原审法院受理本三案的时间为 2018 年 1 月，杜塞尔多夫法院受理关联德国诉讼的时间为 2018 年 4 月，本三案受理在先。</p> <p>（2）域外法院审理和裁判的影响：禁止康文森在本三案终审判决作出之前向杜塞尔多夫法院申请执行有关判决，既不影响德国诉讼的后续审理推进，也不会减损德国判决的法律效力，仅仅是暂缓了其判决执行，对杜塞尔多夫法院案件审理和裁判的影响尚在适度范围之内。</p>	<p>美国对应因素：美国 Gallo 框架（三）；对于国际礼让是否产生重大不利影响？</p> <p>来源 2：《行为保全司法解释》的第 7 条的第（五）项：有“其他应当考量的因素”？</p>

禁诉令依据其在诉讼中作用阶段的不同，可涵盖多种具体类型。这其中包括**禁止起诉的命令**，以及用于阻止判决执行命令（亦称“**禁执令**”）等。值得注意的是，中国最高院所颁发的 ASI 与美国的首个 ASI 在性质上均属于**禁执令**。其核心在于，只是禁止被申请方在规定的期限内向他国法院申请执行**特定类型的命令**，例如“**禁售令**”。这种禁诉令并非限制当事人在境外的诉权。基于此，这个首发禁诉令属于进攻性较弱的 ASI，充分体现了对国际礼让原则的考量。

4) 中国式 ASI 考虑因素与美国的比较

中国首个 ASI 型行为保全的考虑因素“（一）诉讼主体和审理对象”、“（四）公共利益”、“（五）国际礼让”基本上对应于美国 Gallo 框架的（一）、（二）、（三），只是在具体的考虑点上比美式 ASI 少了一些。不同的是，中国还重点分析了**诉讼双方的实体损害并进行了比较**。这可能是由于范围宽泛的《民事诉讼法》没有给出具体考虑的因素，因此**需要借助知识产权领域的《行为保全司法解释》第 7 条的具体考虑因素**。但在此案中康文森是专利权人，华为实施人。意图保护专利权人的《行为保全司法解释》明显不宜直接被引用。

5) 中国式 ASI 考虑因素与《行为保全司法解释》的比较

最高院虽然没有援引《行为保全司法解释》，但其考虑的因素却能看到该解释第 7 条所规定的因素“（二）权利人受到的损害是否难以弥补”、“（三）诉讼双方损害比较”、“（四）公共利益权衡”、“（五）其他相关因素”等四个因素的影子。这样，中国式 ASI 的因素就既有镜像美式 ASI 的**诉讼程序因素**和**国际礼让因素**，又有来源于《行为保全司法解释》的**实体权利考虑因素**和**公共利益因素**。

2. “第二朵花” AASI 型行为保全的诞生兼与**德法反禁诉令**考量因素的比较

与 ASI 型行为保全的诞生相比，最高院西器中用的态度更加明确。最高院在 2020 年其首个 ASI 型行为保全裁定只字未提禁诉令一词，然而在 2024

年其首个 AASI 型行为保全裁定中，则明确指出了此保全裁定的性质为反禁诉令或者反禁执令（Anti-Enforcement Injunction, AEI）。

如前所述，大陆法系极少颁发 ASI。这一方面是因为大陆法系没有衡平法，因此没有 ASI 的传统，另一方面是因为国际司法礼让原则。《布鲁塞尔公约》第 27 条规定了在欧盟内的**第一受理国**的礼让原则，即一旦某个诉讼在**任一欧盟成员国的一个法院**开始，则其他法院都必须**拒绝管辖**基于相同当事人、相同事实的平行诉讼[6]。据此，大陆法系法院极少颁发禁诉令。但是，大陆法系法院确是首次推出禁诉令的开创者。

1) 德国、法国颁发 AASI 时考虑的因素

反禁诉令的源起带着**维护本国司法主权**的基因。如前所述，英美法系国家有颁发的禁诉令的传统，这不可避免地引起与外国司法管辖权的冲撞。大陆法系国家于此情景则发展出反制措施，以维护本国法院的司法管辖权或公共政策。例如，德国杜塞尔多夫上诉法院曾指出，任何阻止德国当事人继续在德国法院诉讼的**英国禁诉令的送达都侵犯了德国主权**，因此德国当事人可以拒绝禁令的送达[7]。

SEP 案件中全球**首发反禁诉令的国家是法国**[8]。法国巴黎法院认为**联想向美国法院申请禁诉令的行为将会侵犯 IPCom 依据法国法律享有的基本权利，即诉权**[9]。

德国法院则通过诺基亚诉大陆集团案在德国司法审判领域开创了其在德国 SEP 案件颁发反禁诉令的先河。2019 年，诺基亚为了阻拦大陆集团在美国提出的平行专利诉讼和禁诉令动议，向德国慕尼黑地区法院申请**反禁诉令**。慕尼黑地区法院支持该申请，理由是大陆集团及其关联公司在美国的禁诉令动议将影响诺基亚在德国的财产权的实施，而通过**诉讼维护本人的财产权是德国宪法保护的公民的基本权利**[10]。

2) 中国颁发 AASI 时考虑的因素

最高院在 2024 年的华为诉网件案件中所颁发的反禁诉令**显性引用了《行为保全司法解释》**。这是因为此案中寻求行为保全的申请人是**权利人**，与该司法解释旨在保护权利人的适用场景高度契合。然而，在进行具体分析时，又在该司法解释的原有范畴基础上有所拓展。

3) 中国式 AASI 考虑因素及其来源/德法对应因素的表格如下：

最高院的 AASI 型行为保全考虑因素要点[11] 注：直接引用《行为保全司法解释》第 7 条		来源/德法对应因素
(一) 权利人的权利是否稳定？	华为的中国 发明专利 目前处于有效状态，其知识产权 效力相对稳定 。	《行为保全司法解释》第 7 条第（一）项
(二) 不给予行为保全时权利人受到的损害是否难以弥补？	根据一审判决所查明的事实，可以初步判断 网件是不 FRAND 的实施人 ，而华为则是 FRAND 的专利权人。网件向美国法院申请禁诉(执)令，一旦获准，至少会使华为不得不面临考虑 终止在中国法院继续诉讼，放弃未来申请执行中国法院判决的压迫 ，其合法权益明显将遭受难以弥补的损害。	<p>德法对应因素：法国、德国等关于外国诉讼下发的禁诉令对于本国司法主权的影响，对于本国当事人进行诉讼权利的影响。</p> <p>来源 2：《行为保全司法解释》第 7 条第（二）项“不给予行为保全时权利人受到的损害是否难以弥补”。</p> <p>注：该项本意针对的是权利人在中国诉讼中获得和未获得行为保全裁定对于其市场的影响。而此处最高院分析的却是权利人因遭受美国诉讼的禁诉令而导致其进行中国诉讼能力被削弱。</p>

<p>(三) 不采取行为保全措施对申请人造成的损害是否超过采取行为保全措施对被申请人造成的损害?</p>	<p>(1) 华为（权利人）所蒙受的损害： 如果不采取行为保全措施，华为将明显遭受损害，该损害不仅包括其专利长期为网某方侵权而无法及时获得正常收益等实体权利损害，还包括对华为依据中国法律在中国法院针对中国专利行使推进本两案审理和申请裁判执行的正当程序权利的不当妨碍。</p> <p>(2) 网件（实施人）所蒙受的损害： 而准许华为申请并采取行为保全措施，只是对网件课以一定期限内的程序性不作为义务，对网件不会造成任何额外损失。</p> <p>(3) 华为（权利人）所蒙受的损害 v 网件（实施人）所蒙受的损害： 显然华为所蒙受的损害大于网件。</p>	<p>德法对应因素： 法国、德国等关于外国诉讼下发的禁诉令对于本国司法主权的影响，对于本国当事人行使诉讼权利的影响。</p> <p>来源 2：《行为保全司法解释》第 7 条第（三）项“诉讼双方损害比较”。</p> <p>注：该项本意针对的是权利人与实施人在中国市场的损害比较。 最高院此处比较的却是权利人在中国进行诉讼行为的程序权利所受到的妨碍，和实施人在美国进行诉讼行为的程序权利所受到的妨害。</p>
<p>(四) 采取行为保全措施是否损害公共利益?</p>	<p>本两案中采取行为保全措施，并不会损害社会公共利益，</p>	<p>《行为保全司法解释》的第 7 条的第（四）项“给予行为保全是否损害社会公共利益”。</p>
<p>(五) 是否有其他应当考量的因素?</p>	<p>无</p>	<p>《行为保全司法解释》的第 7 条的第（五）项“其他应当考量的因素”。</p>

4) 中国式 AASI 考虑因素与德法的比较

将最高 AASI 的考虑因素与德国法院、法国法院的相比，可以看到其考虑因素（二）（三）中包含了德法的 AASI 因素的影子，均涉及到当事人尤其是专利权人在本国的诉权不受阻碍，即“华为依据中国法律在中国法院针对中国专利行使推进本两案审理和申请裁判执行的正当程序权利的不当妨碍”。

5) 中国式 AASI 考虑因素与《行为保全司法解释》的比较

该 AASI 的其他考虑因素则基本上都是行为保全原有的**实体权利**因素。与具有进攻性的 ASI 不同的是，由于 AASI 是一种防御性禁令，因此最高院未将国际礼让因素作为《行为保全司法解释》的第（五）项“其他应当考量的因素”。

3. 中美欧三大法域对于禁诉令与反禁诉令考虑因素的核心差异

1) **以实体审查为核心的双重审查框架**：中国司法构建了一个以**实体审查**为中心的双重审查框架，这与欧美国家侧重程序审查的裁判路径形成了鲜明对比。这意味着在决定是否颁布 ASI 或 AASI 时，中国法院会深入考量双方的实体损害。

2) **实体损害与诉讼程序因素的综合考量**：中国司法实践创造性地将实体损害因素纳入禁诉令与反禁诉令的考量范畴。与此同时，根据具体情况，还会增加对诉讼程序因素的考量，尤其是国外诉讼程序因素。具体而言：

- 在禁诉令的考量中，法院会兼顾双方当事人的**实体因素**以及**国外平行诉讼的程序因素**。

- 而在反禁诉令的考量中，则主要侧重于双方的**实体因素**。

3) **国际平行诉讼与行为保全程序的融合**：中国式创新体现在将**国际平行诉讼**融入行为保全程序。其中，禁诉令式行为保全尤其旨在干预当事人在境外的多项诉讼行为，包括：

- **行使诉权**：限制或禁止其在境外提起新的诉讼。

- 初步禁令 (Preliminary Injunction) 的申请与执行：阻止当事人在境外申请或执行临时性的禁令。
- 永久禁令 (Permanent Injunction) 的申请与执行：阻止当事人在境外申请或执行最终性的禁令。

[本文表达的观点仅代表作者个人的观点]

注释：

1. Peter K. Yu, Jorge L. Contreras, and Yu Yang, "TRANSPLANTING ANTI-SUIT INJUNCTIONS, 第 1568 页 微软诉摩托罗拉产生了全球首个 FRAND 案件的 ASI。
2. 出处同上, 第 1569 页
3. 出处同上, 第 1567 页 E.&J. Gallo Winery v Andina Licores S.A., 446 F.3d 984,991 (9th Cir. 2006)
4. 出处同上 In re Unterweser Reederei GMBH, 428 F.2d 888 (5th Cir. 1970), aff'd per curiam, 446 F.2d 907 (5th Cir. 1971) (en banc,vacated, 407 U.S.1 (1972)
5. 该**禁诉令考虑要点**来自康文森无线许可有限公司与华为技术有限公司、华为终端有限公司、华为软件技术有限公司确认不侵害专利权及标准必要专利许可纠纷民事裁定书 (2019)最高法知民终 732、733、734 号之一, 并进行了缩写。
6. 《通信领域标准必要专利法律问题研究》广东省高级人民法院知识产权审判庭著 2021 年 第 244 页
7. 出处同上, 第 247 页
8. Peter K. Yu, Jorge L. Contreras, and Yu Yang, "TRANSPLANTING ANTI-SUIT INJUNCTIONS, 第 1569-1570 页 联想与 ICom 为全球首个 FRAND 案件的 AASI
9. 出处同上
10. 德国标准必要专利诉讼中的反禁诉令制度及其启示 张怀印 《知识产权》2023 年 6 期
11. 该**反禁诉令考虑要点**来自华某技术有限公司、网某(北京)网络技术有限公司等侵害发明专利权纠纷民事二审民事裁定书 (2024)最高法知民终 914、915 号, 并进行了缩写。