

跨境知识产权判决承认与执行中地域性问题辨析

——以《海牙判决公约》制定过程为中心

樊 婧*

摘 要：海牙判决项目知识产权问题谈判的争议焦点集中于知识产权地域性导致的特殊问题。地域性使得知识产权判决的承认与执行有别于其他民商事判决的承认与执行，既要直面承认与执行后果是否违反地域性的疑惑；又因地域性在司法实践中影响管辖权和法律适用，增加了承认与执行外国知识产权判决需要额外考量的情形和条件。实际上，地域性不应当成为知识产权判决跨境承认与执行的理论障碍，地域性的作用有其限度。表现之一是，地域性作用下的承认外国知识产权判决效果，只是依照原权利所在国的法律、对该权利在该国域内效力的确认。表现之二体现在不同诉因层面，对于知识产权有效性、归属问题判决，地域性除了对注册性知识产权有效性判决的承认存在一定限制，其他情形下涉及知识产权有效性、归属问题判决的承认与地域性并不冲突；对于知识产权侵权和合同判决中的金钱判项，承认与执行亦不违反地域性。

关键词：知识产权地域性 判决承认与执行 间接管辖权 公共秩序 域外效力

引 言

海牙国际私法会议（Hague Conference on Private International Law, HCCH）2019年《承认与执行外国民商事判决公约》（以下简称《海牙判决公约》）首次为民商事判决的跨境流通提供了国际统一的途径。在公约谈判中，知识产权问题是成员方争议的重点之一。《海牙判决公约》草案曾全面规定了知识产权判决的承认与执行规则，然而最终却将之全部排除。^①实际上，自海牙国际私法会议1992年管辖权和判决承认与执行项目起，知识产权就成为难点问题，^②此次判决项目中知识产权亦被寄以厚望。但即使在搁置了管辖权差异、被认为更有可能达成一致^③的《海牙判决公约》中，知识产权也

* 中国社会科学院法学研究所博士后流动站研究人员，国际法学博士。

① 《海牙判决公约》第2条第1款第m项。

② Graeme B. Dinwoodie, “Trademarks and Territory: Detaching Trademark Law from the Nation-State”, (2004) 41 *Houston Law Review* 885, p. 950.

③ Andrea Bonomi, “Courage or Caution? A Critical Overview of the Hague Preliminary Draft on Judgments”, (2016) 17 *Yearbook of Private International Law* 1, p. 26.

难逃被排除的命运。由此，海牙国际私法会议协调跨境知识产权判决承认与执行的努力再次失败。

不过，《海牙判决公约》排除知识产权判决的适用并非意味着否定判决具有的国际流通价值，这一结果实乃现阶段成员方在知识产权判决跨境承认与执行问题上立场无法调和而为的现实妥协。在谈判中，中国、美国、欧盟三方的立场分歧最为典型^①。探究分歧的原因，固然是由于知识产权与一国经济、文化甚至安全利益联系密切，以致成员方在知识产权实施目标和公约谈判的利益诉求上存在较大差距。而单从法律角度论，成员方的立场分歧直接受其国内处理跨境知识产权纠纷（尤其是承认与执行外国知识产权判决问题）上立法与司法实践差异的影响。进一步观之，这种差异可归因于知识产权地域性（territoriality）特征，该特征对跨境知识产权法律关系具有不容忽视的作用。在谈判中，欧美尽管没有直接表达出对地域性的隐忧，但是其提出的主张是基于各自对地域性的理解；^② 而中国国内知识产权法学界和国际私法学界在讨论外国知识产权判决承认与执行问题时难以达成共识的症结则直指地域性。^③ 《海牙判决公约》历次草案知识产权规则中，间接管辖权依据的修订^④和知识产权准据法审查的限定^⑤是基于某些成员方对地域性的关切，只不过这种严格的地域性理解难为其他成员方所接受。^⑥ 可以认为，成员方对知识产权地域性含义的理解偏差及地域性对跨境知识产权判决承认与执行影响问题的认知错位极大地影响了公约知识产权谈判。

实际上，知识产权的地域性本身不应当是承认与执行外国知识产权判决的理论障碍，但是目前国内的研究对此缺乏深入而准确的论证，不同观点之间实难相互说服，使得由地域性而起的误解仍如“疣赘”般横梗在国内知识产权法和国际私法学界之间，成为进一步讨论跨境知识产权判决承认与执行问题的阻碍。此外，知识产权的地域性与属地主义（territorialism）、法律的域外效力（extraterritoriality）、域外适用（extraterritorial application）等相关问题极易因界定不清而被混用。海牙判决项目谈判中知识产权规则的“全进全出”过程正凸显知识产权判决跨境承认与执行中因地域性问题的不明确和不一致导致的困境，亟需予以厘清。因是之故，本文藉《海牙判决公约》制定中呈现出的知识产权谈判立场分歧，探究跨境知识产权判决承认与执行中地域性作用的限度，以纾解跨境知识产权判决承认与执行中的地域性问题的理论之“困”。

一 地域性对跨境知识产权判决承认与执行的作用及表现

地域性通常在知识产权法中被提出和讨论，是知识产权的主要特征和知识产权法的基本原则。

- ① 徐国建：《被攻克的最后堡垒：2019年〈海牙判决公约〉所涉关键问题评析》，载《上海政法学院学报》2020年第2期，第8页。
- ② E. g., HCCH, *Discussion Document from the European Union on the operation of the future Hague Judgments Convention with regard to Intellectual Property Rights*, Pre. No 10 revised of December 2017; HCCH, *Treatment of Intellectual Property-Related Judgments under the November 2017 draft Convention*, Background document of May 2018; HCCH, *International Trademark Association (INTA) Board Resolution on the Hague Convention on Recognition and Enforcement of Judgments*, Pre. No 11 of October 2017 (12 September 2017).
- ③ 王迁：《〈承认与执行外国判决公约〉（草案）中知识产权条款研究》，载《中国法学》2018年第1期，第121—127页。
- ④ See HCCH, *The Report Drawn up by the Permanent Bureau on Intersessional Work on IP matters*, Info. Doc. No 6 of January 2017, p. vii.
- ⑤ HCCH, *Judgment Convention: Preliminary Explanatory Report*, Fourth Meeting of the Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, No. 10 of April 2018 (24–29 May 2018), para. 304.
- ⑥ E. g., Submission by Professor Dan Jerker B. Svantesson & Dr Rita Matulionyte to the Attorney-General's Department in response to Public Consultation Paper of March 2018, 17 April 2018, paras. 26–27.

然而,一旦知识产权权利人、知识产品或者行为等要素超出一国(域)范围,地域性相关的问题开始变得复杂。对于上述具有涉外因素的知识产权纠纷,知识产权法学者习惯于强调地域性原则忽视案件的国际性,而国际私法学者多着眼于国际私法的多边主义方法而较少关注知识产权实体法,导致基于地域性的争议贯穿于涉外知识产权法律关系的始终。由于知识产权权利种类和争议类型具有不同特点,^①知识产权判决的内容通常也具有不同的性质。^②因此,知识产权判决的跨境承认与执行问题不能一概而论。^③在不同类型的知识产权判决的承认与执行中,地域性的作用因素亦不相同。不过总体而言,地域性增加了知识产权判决在跨境承认与执行问题上的特别考量。在《海牙判决公约》谈判中,成员方对知识产权规则的分歧主要围绕地域性导致的特殊问题展开。

(一) 地域性对跨境知识产权判决承认与执行的影响

通说认为,地域性指依据某一个国家法律产生的知识产权仅在其域内有效。^④据该含义可以推知,即使一个权利人就同一知识产品在不同的国家享有知识产权,这些权利依然是数个单独的权利。在此之外,地域性并不当然引申出其他结论。然而在地域性对知识产权跨境诉讼中管辖权、法律适用、判决承认与执行的影响问题上,现有理论和实践观点并未统一,以致从地域性中得出的结论较为任意^⑤。在此,地域性对跨境知识产权判决承认与执行的影响可归纳为直接和间接两个层面。

1. 直接影响

地域性对判决承认与执行的直接影响主要源自承认与执行外国知识产权判决是否意味着对地域性原则的“突破”进而引发的忧虑。实际上,这一忧虑关涉到知识产权地域性对承认与执行外国知识产权判决效果的影响问题。

在不同诉因和内容的知识产权判决的承认与执行中,地域性的作用有所不同。其中容易引发地域性关切的问题主要有:(1)专利权与一国的公共利益更可能具有相关性,因而备受关注。^⑥(2)涉及知识产权有效性、归属、存续等问题的判决因地域性而使有学者认为不应承认与执行。^⑦(3)注册性知识产权的有效性,由于具有一定的公法性质,^⑧涉及该问题的判决往往以地域性作为不予承认与执行的理由。此外,亦有基于该问题与侵权问题的密切联系而产生的

① 海牙判决项目对知识产权问题的分类标准有三种:一是以知识产权权利的类型为标准,区别了注册性知识产权和非注册性知识产权——前者主要指需要注册或者认可才产生的权利,包括但不限于商标权、专利权等,后者主要是指无需注册即可产生的权利,包括但不限于版权和邻接权等;二是以知识产权案件争议的性质为标准,区分了知识产权的有效性、存续、归属等问题,合同问题,侵权问题;三是对于知识产权侵权判决,注意到网络环境下的侵权方式的特殊性,区分遍在性侵权(ubiquitous infringement)和普通侵权。本文亦遵循此分类方法。

② 例如金钱给付、行为给付;权属认定、请求不侵权宣告等。

③ 一些判决只涉及承认问题、无需被执行,例如,注册性知识产权有效性判决作为独立的主要问题的判决;一些判决只涉及执行问题、无需被承认,例如关于临时措施的判决。

④ 例如,郑成思:《知识产权论》,法律出版社2003年版,第72—73页;李明德:《知识产权法》,法律出版社2014年版,第14—16页。

⑤ Christopher Wadlow, *Enforcement of Intellectual Property in European and International Law* (London: Sweet & Maxwell, 1998), p. 11.

⑥ WIPO, *Private International Law and Intellectual Property Rights: A Common Law Overview*, WIPO/PIL/01/5 (January 30 and 31, 2001), para. 10.

⑦ 国内学者多采纳这一观点,例如王迁:《〈承认与执行外国判决公约〉(草案)中知识产权条款研究》,第125—126页。

⑧ European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, *Conflict of Laws in Intellectual Property: The CLIP Principles and Commentary* (Oxford University Press, 2013), p. 139.

管辖权确定问题,^①进而又引发判决承认与执行的难题。(4) 外国知识产权的临时措施^②和非金钱判决^③也面临地域性是否被“突破”的考量。

实际上,从应然的层面,承认外国知识产权判决并不意味着承认外国知识产权法在被请求国具有域外效力,亦不意味着认可外国知识产权法赋予的外国知识产权在被请求国具有同等权利内容。因而上述问题需要重新予以检视。^④

2. 间接影响

此外,由于承认与执行外国民商事判决的条件涉及对原审法院管辖权审查等条件限制,地域性还可能通过对管辖权和法律适用问题的影响,间接地影响知识产权判决的承认与执行。

地域性曾被认为是知识产权属地性管辖的依据,一国法院不能对产生于外国的知识产权行使管辖权。^⑤ 此种情况下,权利人只在创设该权利的国家提起诉讼,且纠纷的解决适用国内法。随着知识产品跨境利用的现实需要,以荷兰、瑞士、德国等为代表的一些欧洲大陆国家逐步允许管辖外国知识产权案件,甚至有限度地合并管辖本国和外国知识产权案件,对注册性知识产权侵权案件亦是如此。又如,地域性也曾被视为属地性法律适用方法的依据,这些观点进一步认为“被请求保护地法”(lex loci protectionis)乃法院地法的代名词。然而,在一国法院管辖标的涉及外国知识产权案件情况下,被请求保护地法适用的结果并不必然是法院地法。^⑥ 可见,上述地域性的认知是片面的,但是这些认知可能对知识产权判决承认与执行造成阻碍。当上述突破知识产权属地性的法院作出的判决面临在坚持知识产权属地性管辖的国家请求承认与执行时,被请求国法院可能基于地域性否认原判决国法院的管辖权,甚至对原判决的法律适用问题予以实体审查。

这使得知识产权判决的承认与执行面临额外的情形,增加了制定知识产权判决承认与执行规则的特别考虑因素。因此,作为诉讼中环环相扣的问题,地域性对管辖权、法律适用问题影响结果的不同,直接加剧了知识产权判决跨境承认与执行中讨论地域性问题的复杂程度。

① See HCCH, *Report of The Experts Meeting on the Intellectual Property Aspects of the Future Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*, Prel. Doc. No 13 (April 2001), p. 4.

② 在知识产权侵权诉讼中,临时措施(provisional order/measures)能够及时有效地保护权利人的权利,防止损失扩大。然而由于临时措施跨境承认与执行的复杂性,《海牙判决公约》自2016年草案起,第3条“判决”的定义中排除了临时措施和保护性措施,这一规定一直被保留至正式文本。这包括欧盟实践中在跨境知识产权案件中发布的禁令(pan-European injunctions),美国法院在华为诉三星案中颁布的禁诉令(anti-suit injunction)等。限于篇幅本文不予详细论述。

③ 依据《海牙判决公约》解释报告,第3条“判决”的类型包括非金钱判决(non-monetary judgment)的承认与执行。但是在知识产权领域,《海牙判决公约》自2017年11月草案起,第12条专门增加了知识产权的非金钱判决的规则,将有关知识产权非金钱判决作为特别排除事项。排除的理由是基于知识产权的地域性特征。不过,目前欧美实践中非金钱判决跨境流通产生的问题是不执行产生的罚金(penalty)能否被承认与执行的问题。这类罚金的颁布机构、程序等并不统一,性质也依据上述因素的不同而不同。本文亦不予详述。

④ 详见本文第四部分的理由论述,此处只简单说明观点。

⑤ See Eugen Ulmer, *Intellectual Property Rights and the Conflict of Laws* (Kluwer Publishers, 1978), p. 10; Cornish, Llewelyn & Aplin, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trademarks and Allied Rights* (London: Sweet & Maxwell, 8th edn, 2013), p. 28.

⑥ Jürgen Basedow, “Foundations of Private International Law in Intellectual Property”, in Jürgen Basedow, Toshiyuki Kono & Axel Metzger (ed.), *Intellectual Property in the Global Arena, Jurisdiction, Applicable Law, and the Recognition of Judgment in Europe, Japan and the US* (Mohr Siebeck, 2010), pp. 7–10.

（二）跨境知识产权判决承认与执行的具体情形中地域性作用的表现

在明确地域性对判决承认与执行不同影响层面的基础上，还应当界分由知识产权地域性引发的承认与执行外国知识产权判决的具体情形，这是讨论知识产权判决承认与执行问题和准确理解《海牙判决公约》草案知识产权规则的前提。

从民商事判决跨境承认与执行产生的肇因角度，知识产权判决需要跨境承认与执行的情形包括两种：判决作出地与被告财产所在地的分离、判决作出地与权利所在地的分离。

第一种是民商事判决请求承认与执行产生的一般肇因，在知识产权案件中表现为，判决作出地法院针对国内知识产权作出的判决，到该原判决国之外的财产所在地法院寻求承认与执行。^①此时通常不会产生基于知识产权地域性的特别问题。若原判决内容中涉及注册性知识产权的有效性问题作为先决问题，即使被请求承认与执行的内容是金钱判项，被请求国可能会基于有效性问题与主要问题的关联产生地域性的顾虑。

第二种判决作出地与权利所在地的分离是知识产权判决承认与执行的特别肇因，这是在知识产品跨境频繁流动和跨境侵权的背景下，一些国家法院否认地域性导致属地管辖的观点，将知识产权专属管辖范围限缩至注册性知识产权的有效性问题所致。此举为内国法院管辖标的涉及外国知识产权的案件创造了可能性。^②这种管辖权范围的扩张本身具有其合理性依据，^③但是此类案件在实践中通常面临的情形是，被告提出该外国知识产权有效性问题作为侵权或者合同诉讼中的抗辩事由。这使得法院在主要问题之外还需考虑有效性问题。如果该外国知识产权权利所在国已对有效性问题作出了裁判，则该裁判可能被主要问题审理法院所承认。此即知识产权有效性问题作为主要问题被承认的情形。^④

此外，判决作出地与权利所在地的分离下，还可能存在一国法院基于被告住所地管辖规则合并管辖本国和外国知识产权侵权案件的情形。^⑤此时亦可能涉及对有效性问题的判断。判决若到权利所在地和法院地以外的第三国请求承认与执行，亦会产生知识产权有效性问题作为先决问题在外国被承认的需求。不过这一情形与第一种一般肇因引发的问题相比，对承认与执行条件的考虑更为复杂。《海牙判决公约》草案第8（3）条先决问题条款即针对此情形中涉及注册性知识产权问题制定的方案。

海牙判决项目中知识产权争议主要围绕上述情形下地域性导致的特殊问题展开，包括《海牙判决公约》草案中的间接管辖权标准规则、先决问题承认与执行条件规则、准据法审查规则。

二 地域性与知识产权间接管辖权问题

缘于直接管辖权与间接管辖权之间的一体两面关系，地域性主要通过直接管辖权来影响间接

① 例如，A国法院针对A国知识产权作出的判决，到被告财产所在地B国请求承认与执行。

② 例如，A国法院管辖产生于B国的知识产权，作出的判决在其他国家寻求承认与执行。

③ Pedro A. de Miguel Asensio, “Recognition and Enforcement under the CLIP Principles”, in Jürgen Basedow, Toshiyuki Kono & Axel Metzger (ed.), *Intellectual Property in the Global Arena: Jurisdiction, Applicable Law, and the Recognition of Judgment in Europe, Japan and the US* (Mohr Siebeck, 2010), p. 278.

④ 王迁教授文章对承认与执行后果的“程序性解释”提出的质疑缘于没有考虑到这一情形。详见王迁：《〈承认与执行外国判决公约〉（草案）中知识产权条款研究》，第134页。

⑤ 例如，A国法院管辖产生于A国、B国和C国的知识产权，作出的判决在其他国家寻求承认与执行。

管辖权问题。地域性对知识产权直接管辖权的影响主要是专属管辖范围问题。^① 这衍生出海牙管辖权和判决承认与执行项目谈判中对知识产权侵权问题管辖权规则的分歧, 以及由此引发的注册性知识产权有效性问题作为侵权诉讼的前提性问题时, 侵权诉讼的管辖法院是否有权裁判有效性事项的分歧。这些问题在知识产权判决承认与执行中以间接管辖权的方式再现。海牙判决项目中成员方在知识产权间接管辖权问题上的分歧主要是由其国内直接管辖权实践差异所致, 而这种差异受到其对地域性在跨境知识产权诉讼作用问题的立场不一致所影响。差异的症结实质上是如何确定标的及行为涉外的知识产权纠纷的间接管辖权标准。

(一)《海牙判决公约》草案知识产权间接管辖权规则的主要问题

《海牙判决公约》谈判中知识产权间接管辖权规则是分歧最大、修改最多的条款。成员方在此问题上争议包括专属管辖范围限制、被告惯常居所地国法院能否管辖外国知识产权、专属管辖事项作为先决问题时承认与执行条件。此外还涉及互联网背景下侵权的特别问题。

1. 允许管辖外国知识产权的范围

《海牙判决公约》历次草案第6条均将间接管辖权审查中专属管辖的范围限制在注册性知识产权的有效性问题上, 由权利注册地国专属管辖。这一规定有两个效果: 一是违反的后果。对于不符合专属管辖的法院作出的判决, 不仅无法依据公约得到承认与执行, 也不能依据成员方国内法得到承认与执行。^② 二是专属管辖范围之外的其他知识产权纠纷的间接管辖权规则不受专属管辖约束, 包括注册性知识产权的侵权、合同问题, 非注册性知识产权的所有权、存续、侵权、合同问题。^③

而管辖外国知识产权判决是否符合公约的间接管辖权标准的分歧, 集中体现在知识产权管辖权依据是否独立的问题上。《海牙判决公约》2016年和2017年2月草案中知识产权间接管辖权标准与其他管辖权标准是并列关系, 故对于专属管辖事项之外的知识产权纠纷, 公约间接管辖权依据中被告惯常居所地、侵权行为地等标准亦适用。因此, 被告惯常居所地国法院在多国侵权之诉中管辖外国知识产权的判决得以依据公约流通。然而, 由于某些成员方基于地域性提出的顾虑,^④《海牙判决公约》2017年11月和2018年5月草案将知识产权管辖权依据作为独立条款予以规定, 这排除了被告惯常居所地或侵权行为地标准的适用。在这一模式下, 公约只支持注册性知识产权的注册地国法院、非注册性知识产权的权利保护地国法院作出的判决的流通, 不支持被告惯常居所地国法院针对产生于外国知识产权的判决的流通。这事实上关闭了一国法院管辖产生于外国的知识产权的判决通过公约承认与执行的通道, 极大地缩小了公约适用的知识产权判决的

① Andrea Schulz, “The Hague Project of a Global Judgments Convention and IP Rights: Recent Developments”, in Jurgen Basedow et al. (ed.), *Intellectual Property in the Conflict of Laws* (Mohr Siebeck, 2005), p. 41.

② 结合公约第16条: “除了第6条专属管辖的规定之外, 不符合公约规定的判决不能依据公约得到流通, 但是可以依据请求国的国内法判断是否能够承认与执行。”也就是说, 当某一判决不符合知识产权专属管辖的要求时, 此判决不仅不能依据公约规定获得承认, 也不能依据请求国的国内法规则得到承认。

③ 在知识产权间接管辖权标准问题上, 《海牙判决公约》草案在专属管辖范围之外, 对于注册性知识产权的侵权诉讼确定间接管辖权的连接因素是权利注册地; 对于非注册性知识产权的所有权、存续、有效性、侵权、合同诉讼, 确定间接管辖权的连接因素是权利保护地 (“the State for which protection was claimed”, 本文采纳这个翻译是为了与法律适用中“被请求保护地法”的连接因素分开)。《海牙判决公约》草案规则在措辞上虽有修改, 但是没有本质差别。

④ HCCH, No. 10 of April 2018, paras. 204 – 205.

范围。

2. 注册性知识产权有效性作为诉讼先决问题时管辖权的确定

在前述属地管辖突破的背景下，一国法院具有管辖外国注册性知识产权侵权问题的可能。此举虽符合保护知识产权跨境侵权中权利人的利益，然而实践中频繁发生被告在侵权案件中以有效性问题作为抗辩，这多是被告基于诉讼策略需要而为之，^①但衍生出管辖权判断的难题。从直接管辖权的角度，受诉法院会面临如何确定管辖权的问题^②。从判决承认与执行的角度，被请求国法院需要面对审查原审法院对案件是否具有管辖权以及如何承认与执行此类判决的问题。《海牙判决公约》草案^③实际上没有明确回答专属管辖事项作为前提问题情形下间接管辖权应当如何确定的问题，而是在第8条第3款规定了拒绝承认与执行此类判决的条件。^④

据此，如果一国法院针对产生于其国外的注册性知识产权的侵权或合同纠纷，作出包括了注册性知识产权有效性事项的判决，结合第8条第1款的规定，上述判决关于注册性知识产权有效性事项的部分不能依据公约获得承认，这正是尊重知识产权地域性的体现。

而对于上述判决中的侵权或合同事项即针对主要问题的判决，承认与执行的条件不能一概而论。考虑到被请求承认与执行人可能在权利注册国法院提出申请权利无效的诉讼，以阻却主要问题判决的承认与执行的现实情况，本文对实践中的情形做如下分解：如果被执行人在权利注册地国法院提出有效性诉讼，则需审查该诉讼是否仍在进行，若仍在进行则可以拒绝或推迟承认与执行请求。若权利注册地国法院已经作出裁定认为权利无效，则主要问题的判决不能被承认与执行；若认定有效，且侵权或合同之诉的法院作出的裁决与此一致，则主要问题的判决可以依据公约获得承认与执行。如此复杂的规定实际上反映出《海牙判决公约》草案在保证权利注册国对知识产权有效性的认定的优先性^⑤和防止专属管辖规定被滥用之间寻求平衡的努力。

① Toshiyuki Kono, *Intellectual Property and Private International Law: Comparative Perspectives* (Oxford: Hart Publishing, 2012), p. 39.

② 1999年《民商事管辖权和外国判决的承认与执行公约（草案）》第4、5款方括号的内容代表了两种主张。第一种主张体现在第4款的内容，规定以专利、商标、外观设计或者类似需要注册或者登记的知识产权的侵权事项属于专属管辖范围，这主要以英国和美国为代表，中国代表团也认可这一主张。第二种主张体现在第5款，规定上述权利的侵权争议不排除依据公约或成员方国内法赋予的其他管辖权依据，将侵权问题排除在专属管辖范围之外，主要支持者是欧盟。如果采纳第二种主张，基于实践中被告在知识产权侵权诉讼中常提出有效性问题作为抗辩的现实，一旦涉及本应专属管辖的注册性知识产权有效性问题作为侵权诉讼前提性问题，法院会面临是否有权裁判该有效性问题的情形。第12条第6款以第二种主张为前提，规定专属管辖不适用于仅作为诉讼先决问题的纠纷。明确了当注册性知识产权有效性问题仅作为先决问题在诉讼中被提出时，不影响法院对主要问题的管辖权，但是没有说明管辖主要问题的法院是否有权裁判有效性问题。2001年《民商事管辖权和外国判决的承认与执行公约（草案）》临时文本第12条第6款则进一步明确，主要问题管辖法院针对有效性问题的裁定仅在当事人之间有效，不具有对世效力，即使对于相同当事人之间关于同一知识产权的其他争议也不具有效力。

③ 《海牙判决公约》几个版本的草案对该条的内容规定均没有变化，故此处不特定标明哪一版本的草案，通称“《海牙判决公约》草案”。

④ “建立在第6条第a款规定的应当专属管辖的注册性知识产权有效性问题的判决仅在以下情形下才可以推迟或拒绝承认或执行：一是该裁决与第6条第a款规定的具有管辖权的国家主管机关对该问题的裁决不一致；二是关于该问题在该国尚处于待决诉讼中，此时作出的拒绝不影响之后再次申请承认和执行该判决。”此款作为第8条第2款的知识产权例外规则。

⑤ See HCCH, *Judgment Convention: Preliminary Explanatory Report*, Third Meeting of the Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, No. 7 of October 2017 (13 – 17 November 2017), para. 273; HCCH, No. 10 of April 2018, para. 290.

3. 互联网背景下遍在性侵权的特殊问题

通过互联网实施的知识产权侵权通常被称为遍在性侵权 (ubiquitous infringement),^① 与传统知识产权侵权相比, 其特殊之处在于侵权人可能在世界范围内任何一个互联网可及的地方的法院被起诉。尤其是在原判决作出国将网站“可访问性”(accessibility of website) 作为在该国注册的知识产权被侵犯的认定标准时, 这会让被告在不可预知的情况下被诉。如果以此作为承认与执行的管辖权依据, 将把侵权人置于不利的境地。考虑到这一情形, 《海牙判决公约》自 2017 年 2 月草案起, 在间接管辖权的内容中增加了对遍在性侵权情形下的间接管辖权标准问题的关注, 这是 1999 年《民商事管辖权和外国判决的承认与执行公约(草案)》中没有规定的问题。

依据《海牙判决公约》2017 年 2 月草案第 5 条 m 款、2017 年 11 月草案第 5 条第 3 款 b 项, 如果被告没有在判决作出国发起或者加深侵权行为, 或者被告的行为无法被合理认为指向该国, 判决也不能够依据公约得到承认与执行。此为《海牙判决公约》草案中知识产权侵权间接管辖权标准的例外。前者被称为“行为标准”, 后者被称为“目标标准”。但是, 即使《海牙判决公约》草案的措辞采取了一种尽量客观的表述方式, 这一标准仍被诟病过于主观。^②

实际上, 《海牙判决公约》草案中遍在性侵权的规定体现了成员方在此问题上一贯的不同立场及其在谈判中的妥协。《海牙判决公约》草案的规定参考了示范法^③中遍在性侵权的直接管辖权规则内容。公约的措辞与《CLIP 原则》第 2: 202 条文本尤为相似。不过二者差别在于, 《CLIP 原则》要求的条件是并列关系 (“and”); 而公约草案要求的条件是选择关系 (“or”), 这种选择关系实际上是《ALI 原则》第 204 条第 1、2 款的主张。而在各国司法实践中, 认定该问题也相当灵活和不确定。^④ 应当说, 海牙判决项目关注遍在性侵权问题的特殊性并为其留予空间是值得肯定的, 而草案规则存在的瑕疵很大程度上源自该问题本身的复杂性。

(二) 争议成因: 地域性对成员方国内直接管辖权实践的不同影响

海牙判决项目成员方在间接管辖权问题上的谈判立场受其国内直接管辖权规则实践的影响。地域性对知识产权管辖权作用的着眼点不同, 加之两大法系管辖权的理论基础、基本规则的差异,^⑤ 成员方对标的、行为涉外的知识产权案件能否行使管辖权、如何行使管辖权的实践也不尽相同。

1. 欧盟: 知识产权专属管辖的范围限制及问题

欧盟行使管辖权的理论依据是公正、效率、当事人利益保护。规则包括一般管辖权、特别管辖权和专属管辖权。^⑥ 对于知识产权问题, 只在专属管辖权规则中有特殊规定。

① European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, *Conflict of Laws in Intellectual Property*, p. 314.

② See HCCH, No. 7 of October 2017, para. 174; HCCH, No. 10 of April 2018, para. 215.

③ “德国马克斯·普朗克研究所《知识产权冲突法原则》”(本文简称《CLIP 原则》)和“美国法学会《知识产权: 跨国纠纷管辖权、法律选择及法院判决原则》”(本文简称《ALI 原则》)。

④ Andrew F. Christie, “Principles for Ubiquitous Intellectual Property Infringement: A Solution in Search of a Problem?”, (2017) 13 *Journal of Private International Law* 152, p. 174.

⑤ Ralf Michaels, “Two Paradigms of Jurisdiction”, (2006) 27 *Michigan Journal of International Law* 1003, p. 1011. 另见李庆明: 《论美国域外管辖: 概念、实践及中国因应》, 载《国际法研究》2019 年第 3 期, 第 9—10 页。

⑥ Friedrich Juenger, “Judicial Jurisdiction in the United States and in the European Communities: A Comparison”, (1984) 82 *Michigan Law Review* 1195, pp. 1203—1205.

欧盟不认为地域性原则会造成知识产权专属管辖的后果。理由是,知识产权专属管辖的合理性基础源自其具有一定的公法性质,^① 但显然并非所有涉及知识产权的争议都有公法属性,因而应当对专属管辖的范围进行限制。^② 在欧盟的“布鲁塞尔-洛迦诺体系”中,1968年《布鲁塞尔公约》第16条第4款规定了知识产权专属管辖的限制,将权利类型限于注册性知识产权、将争议类型限于知识产权的有效性或注册问题。此后《布鲁塞尔条例I》第22条第4款、《布鲁塞尔条例I(重订)》第24条第2款规定了类似内容。据此,在欧盟成员国之间,对于注册性知识产权的侵权和合同性质的问题,无需权利注册地国专属管辖;对于非注册性知识产权的有效性、侵权和合同问题,亦无需专属管辖。这些纠纷适用一般管辖规则和特别管辖规则。因此,除了对注册性知识产权有效性问题予以专属管辖之外,法院可以基于一般管辖权规则中的被告住所地原则,管辖产生于外国的知识产权、甚至合并管辖标的涉及本国和外国知识产权的侵权纠纷。^③

对于专属管辖事项作为先决问题时管辖权的确定问题,欧盟立法中并没有明确。起初成员国国内司法实践对此判断不一,直到2006年“GAT案”^④ 才统一了各国做法。该案中欧洲法院对《布鲁塞尔条例I》第22条第4款的专属管辖规则进行扩大解释,认为凡是涉及专利的注册或有效性的诉讼,不论该问题是以起诉还是抗辩的方式被提出,均应专属管辖。但是这种解释实际上限制了侵权诉讼管辖权,是一种“重返地域主义”的趋势,^⑤ 遭到了学者的广泛批评。^⑥ 遗憾的是欧盟《布鲁塞尔条例I(重订)》亦采纳了这一方法。^⑦ 因此,依据欧盟现行立法,在注册性知识产权侵权案例中,只要有效性问题被提出,整个案件应由权利注册国专属管辖。结合侵权案件中有效性问题被提出的普遍性现实,这实际上使跨境知识产权纠纷几乎又回到了属地管辖的现实。不同于《布鲁塞尔条例I(重订)》,《CLIP原则》第2:401条^⑧采取了与2001年《民商事管辖权和外国判决的承认与执行公约(草案)》临时文本相同的方法,^⑨ 允许侵权行为地法院对有效性问题一并作出判断,但是效力仅及于当事人之间。

不过,在欧盟的理论中,知识产权的地域性会影响跨境知识产权诉讼管辖权中侵权行为地的判断。地域性导致跨境知识产权侵权与一般跨境侵权不同:对于一般跨境侵权,某一侵权行为的构成要素如侵权行为地和损害结果地分散在不同国家,仍会被视为一个侵权行为的整体被评

① European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, *Conflict of Laws in Intellectual Property*, p. 139.

② Pedro A. de Miguel Asensio, “Recognition and Enforcement under the CLIP Principles”, p. 278.

③ Sophie Neumann, “Intellectual Property Rights Infringements in European Private International Law: Meeting the Requirements of Territoriality and Private International Law”, (2011) 7 *Journal of Private International Law* 583, p. 592.

④ See *Gesellschaft für Antriebstechnik mbH & Co. KG v. Lamellen und Kupplungsbau Beteiligungs KG*, 2006, Case C-4/03.

⑤ 钟丽:《欧盟知识产权跨境侵权案件的司法管辖问题》,载《欧洲研究》2010年第6期,第124页。

⑥ See e. g., Paul L. C. Torremans, “The Way Forward for Cross-Border Intellectual Property Litigation: Why GAT Cannot Be the Answer”, in Stephen Leible & Ansgar Ohly (ed.), *Intellectual Property and Private International Law* (Mohr Siebeck, 2009), pp. 191-211.

⑦ 欧盟《布鲁塞尔条例I(重订)》第24条第4款规定:“以专利、商标、外观设计或者其他需要备案或者注册的知识产权的注册和有效性为标的的诉讼,不论该问题是以起诉还是抗辩的方式被提出,由权利备案或注册的发生地或依据欧盟或者国际条约被认为是权利备案或注册的发生地的法院专属管辖。”

⑧ 第2:401条第2款规定:“专属管辖的规则不适用于注册和有效性问题作为诉讼的主要问题以外或者反诉被提出的情况。并且此种情况下做出针对权利的有效性或者注册的判决的效力不针对第三人。”

⑨ Pedro A. de Miguel Asensio, “Recognition and Enforcement of Judgment in Intellectual Property Litigation”, p. 277.

价。^① 就该侵权行为所生之债，基于特别管辖权中的侵权行为地规则，侵权行为发生地或损害结果地法院均能对整个侵权行为行使管辖权。而对于跨境知识产权侵权，即使侵权的构成要素行为地和损害结果地分散在不同国家，由于知识产权地域性特征，分散在不同国家的事实要素被认为是数个单独的侵权行为，^② 应当分别由该要素发生地国法院予以评价。基于此，欧盟的理论观点一般认为，知识产权侵权中侵权行为发生地和侵权损害结果地重合，且存在于知识产权的权利存在之地。^③ 这造成的后果是，依据侵权行为地的特别管辖权规则，侵权行为发生地和侵权损害结果地的法院只能分别管辖其境内的行为要素。换言之，由于地域性原则之故，欧盟无法依据侵权行为地规则管辖行为涉外的知识产权侵权案件，亦无法依据侵权行为地规则合并管辖标的涉及本国和外国的知识产权案件。

2. 美国：“准”属地管辖与知识产权法域外适用

美国法院行使管辖权的理论依据是国家主权。需要同时满足属人管辖权和事项管辖权的要求，并且不属于不方便法院原则的例外。

在美国的司法实践中，除了有少数法院对标的为外国版权的案件行使管辖权之外，外国专利和商标请求一般被认为不符合事项管辖权。在版权领域，对于原告提出的数个外国版权请求，有些法院行使管辖权，^④ 但是也有法院以适用外国版权法为由援引不方便法院原则拒绝行使管辖权。^⑤ 在专利领域，法院对外国专利请求拒绝行使管辖权。以“Voda案”^⑥ 为例，该案法院拒绝对原告提出的外国专利侵权请求行使管辖权，依据包括礼让、司法经济、方便性、合理性等因素。在商标领域，美国法院传统上不管辖标的为外国商标的案件，^⑦ 法院在涉及侵犯外国商标的案件时通常拒绝行使管辖权。^⑧ 由此可见，美国对外国知识产权案件行“准”属地管辖之实。

然而，美国法院却通过将域外适用理论扩张至知识产权法领域，实现管辖行为涉外的知识产权民商事案件之目的。美国是国内法域外适用理论和实践的拥趸，通过“效果理论”将美国法适用于行为发生在境外但是对美国造成影响的案件。^⑨ 在诸多批评声中，美国已经对其国内法域外适用的实践加以限制，但在知识产权法领域，美国却呈现出积极扩张知识产权法域外适用的趋

① 刘铁铮、陈荣传：《国际私法论》（第6版），中国台湾地区三民书局2018年版，第355页。

② European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, *Conflict of Laws in Intellectual Property*, p. 70.

③ Sophie Neumann, “Intellectual Property Rights Infringements in European Private International Law”, p. 592; Josef Drexler, “The Proposed Rome II Regulation: European Choice of Law in the Field of Intellectual Property”, in Josef Drexler & Annette Kur (ed.), *Intellectual Property and Private International Law-Heading for the Future* (Oxford: Hart Publishing, 2005), p. 154.

④ *London Film Prods. v. Intercont'l Communications*, 580 F. Supp. 47 (S. D. N. Y. 1984).

⑤ See e. g., *Boosey & Hawkes Music Publishers, Ltd. v. Walt Disney Co.*, 145 F. 3d 481 (2nd Cir. 1998); *Halo Creative & Design Limited*, 816 F. 3d 1366 (Fed. Cir. 2016); *DigitAlb, Sh. a v. Setplex, LLC*, 284 F. Supp. 3d 547 (2018).

⑥ *Voda v. Cordis Corp.*, 476 F. 3d 887 (Fed. Cir. 2007).

⑦ See WIPO, *Private International Aspects of the Protection of Trademarks*, WIPO/PIL/01/4 (January 30 and 31, 2001), paras. 43 – 44. Richard L. Garnett, “Trademarks and the Internet: Resolution of International IP Disputes by Unilateral Application of U. S. Laws”, (2005) 30 *Brooklyn Journal of International Law* 925, p. 947.

⑧ See, e. g., *Alcar Group, Inc. v. Corporate Performance Sys., Ltd.*, 109 F. Supp. 2d 948, 952 (N. D. Ill. 2000); *Cf. V & S Vin & Sprit Aktiebolag v. Hanson*, 146 F. Supp. 2d 796, 802 (E. D. Va. 2001).

⑨ See e. g., Gary B. Born, “A Reappraisal of the Extraterritorial Reach of U. S. Law”, (1992) 24 *Law and Policy in International Business* 1, p. 100; Curtis A. Bradley, “Territorial Intellectual Property Rights in an Age of Globalism”, (1997) 37 *Virginia Journal of International Law* 505, p. 517.

势。具体而言,美国早先司法实践只明确了《商标法》的域外效力,近年来《专利法》和《版权法》的域外适用愈加增多。^①对于《商标法》,最高法院早在1952年“Bulova案”^②中就确定了《商标法》的域外适用先例。后来联邦巡回法院发展出了“实质效果”^③、“重要联系”^④及礼让^⑤等诸多标准继续深化美国《商标法》的域外适用实践。对于《专利法》,最高法院在2005年“Microsoft案”^⑥中明确指出美国《专利法》不具有域外效力。但是近年来,地方法院却依据其他领域法的域外适用条件认定美国《专利法》的域外适用效力,^⑦没有考虑知识产权地域性导致的特殊性。美国最高法院在2018年“WesternGeco案”^⑧中亦将美国《专利法》适用于发生在其境外的损害赔偿请求,颇有扩大《专利法》域外适用的趋势。^⑨对于《版权法》,在“Subafilms案”^⑩之后法院通常认为《版权法》不具有域外效力。^⑪不过,亦有法院依据“根复制”理论将美国《版权法》适用于境外的损害赔偿。^⑫通过域外适用理论,美国能够管辖并实现其将知识产权法扩大适用于被告在外国的行为、发生在境外的损害赔偿、权利人在外国不享有知识产权等情形。美国的做法没有考虑知识产权地域性特征的作用,与地域性原则相悖。若判决涉及承认与执行问题,显然也不符合《海牙判决公约》草案的间接管辖权依据。

由此可见,《海牙判决公约》草案的知识产权间接管辖权规则主要采欧盟模式,与美国国内管辖权规则和司法实践的现实情况出入较大。尽管判决公约不会影响成员方国内直接管辖权规则,但是美国法院作出的知识产权判决中不符合公约间接管辖权规则的判决也无法依据公约获得承认与执行。^⑬从美国的立场来看,通过公约实现保护美国知识产权利益的效果有限且困难重重,这一角度亦可在一定程度上说明其对于公约知识产权谈判缺乏强烈推动意愿^⑭的原因。

① Tonya L. Putnam, *Courts Without Borders: Law, Politics, and U. S. Extraterritoriality* (Cambridge University Press, 2016), p. 178.

② *Steele v. Bulova Watch Co.*, 344 U. S. 280 (1952).

③ See, e. g., *McBee v. Delica Co., Ltd.*, 417 F. 3d 107 (2005); *RMS Titanic, Inc. v. Zaller*, 978 F. Supp. 2d 1275 (2013).

④ See, e. g., *Vanity Fair Mills v. T. Eaton Co.*, 352 U. S. 871 (1956).

⑤ See, e. g., *Trader Joe's Co. v. Hallett*, 835 F. 3d 960 (9th Cir. 2016).

⑥ *Microsoft v. AT&T Corp.*, 550 U. S. 437 (2007).

⑦ See, e. g., *Love v. Associated Newspapers, Ltd.*, 611 F. 3d 601 (9th Cir. 2010); *Zoltek Corp. v. United States*, 672 F. 3d 1309, 1333 (Fed. Cir. 2012).

⑧ *WesternGeco LLC v. ION Geophysical Corp.*, 138 S. Ct. 2129 (2018).

⑨ Timothy R. Holbrook, “Extraterritoriality and Proximate Cause After Westerngeco”, (2019) 21 *Yale Journal of Law & Technology* 189; Timothy R. Holbrook, “What Counts as Extraterritorial in Patent Law?”, (2019) 25 *Boston University Journal of Science & Technology Law* 291.

⑩ *Subafilms, Ltd. v. MGM-Pathé Comm'n Co.*, 24 F. 3d 1088, 1095 (9th Cir. 1994) (en banc).

⑪ See e. g., *Twin Brooks Corp. v. Walt Disney Co.*, 83 F. 3d 1162, 1167 (9th Cir. 1996); *Update Art, Inc. v. Modiin Publ'g, Ltd.*, 843 F. 2d 67, 73 (2d Cir. 1988); *Robert Stigwood Group, Ltd. v. O'Reilly*, 530 F. 2d 1096, 1101 (2d Cir. 1976).

⑫ Graeme B. Dinwoodie, “Extra-territorial Application of IP Law: A View from America”, in Stephen Leible and Ansgar Ohly (ed.), *Intellectual Property And Private International Law* (Tübingen, Mohr/Siebeck, 2009), p. 134.

⑬ 美国知识产权司法实践中至少有两类判决是明显与公约的间接管辖权规则相左:一是依据美国法域外适用理论作出的判决,由于明显突破地域性,无法依据公约获得承认与执行;二是遍在性侵权案件,美国依据自身宽泛的可访问(access to)管辖权标准作出的判决也无法通过公约实现流通之目的。

⑭ United States Non-Paper for Discussion: Treatment of Intellectual Property in the Draft Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, July 2017.

三 地域性与知识产权非实质审查例外问题

判决承认与执行中一般不对原判决进行实质审查 (*révision au fond*)^①，包括不审查原判决的事实和法律适用，这是国际公约、区域性条约、国内立法对待判决承认与执行问题的一般原则。《海牙判决公约》草案同样坚持非实质审查原则^②，然而对于知识产权侵权判决却有例外。囿于知识产权地域性之故，《海牙判决公约》草案第二版应某些成员方的要求增加了知识产权侵权判决的准据法审查规则，并在此后的版本中一再限定。结合成员方对知识产权地域性对法律适用的影响问题存在不同认识的事实，该准据法审查规则未必能够实现保障知识产权地域性之效果；与此同时，以保障地域性为由制定准据法审查规则的合理性依据不足。

（一）地域性之于准据法审查规则的有效性分析

《海牙判决公约》草案解释报告指出，对于知识产权侵权判决的准据法审查规则是缘于知识产权地域性的考虑^③。然而从实际效果来看，公约草案中准据法审查规则能否实现保障知识产权地域性的目标存疑，公约草案几个版本的规则皆是如此。

依据《海牙判决公约》2017年2月草案第7条第1款g项，对于知识产权侵权判决，如果原判决国没有适用该权利的准据法，则该判决可以被拒绝承认与执行。至于准据法的审查标准，由于统一的知识产权法律选择规则公约的欠缺，只能依据被请求国的标准。公约解释报告也明确，“适用于该权利的准据法”的依据是被请求国^④的冲突规则。这意味着赋予被请求国依其国内冲突规范对原判决的准据法予以审查，当二者不一致时则构成拒绝承认与执行的理由。然而，被请求国与原判决国国内知识产权侵权冲突规则具有不一致的可能性。当原判决国国内冲突规则坚持地域性，被请求国国内冲突规则突破地域性，而二者适用的结果不一致的情况下，依据被请求国的冲突规则审查原判决国的法律适用结果实则造成违背而非保障知识产权地域性的后果。例如，美国法域外适用的背景下，美国知识产权法可能单边适用于发生在美国境外的行为^⑤、外国人在外国的权利^⑥、其境外的专利侵权的损害赔偿^⑦，这种法律适用并不符合欧盟对知识产权地域性原则的理解。假如公约采纳这一版本的规定，当判决需要在美国承认与执行时，“适用于该权利的准据法”的依据是被请求国的冲突规则，将美国国内冲突规则作为审查标准显然无法实现预期的保障知识产权地域性的目标。

《海牙判决公约》2017年2月草案解释报告进一步指出，该冲突规则指向的是被请求保护地

① Friedrich Juenger, “The Recognition of Money Judgments in Civil and Commercial Matters”, (1988) 36 *American Journal of Comparative Law* 1, pp. 28–29.

② 《海牙判决公约》第4条第1、2款。

③ See HCCH, No. 7 of October 2017, para. 256; HCCH, No. 10 of April 2018, para. 303.

④ 特此说明，虽然涉及法律适用问题，这里的被请求国指的是承认与执行中被请求承认与执行外国判决的国家，不应与法律适用中“被请求保护地法”指引的准据法所属国相混淆。下同。

⑤ *Trader Joe’s Co. v. Hallatt*, 835 F.3d 960 (9th Cir. 2016).

⑥ *McBee v. Delica Co., Ltd.*, 417 F.3d 107 (2005).

⑦ *WesternGeco LLC v. ION Geophysical Corp.*, 138 S. Ct. 2129, 2138 (2018).

法,理由是地域性与被请求保护地法的内在联系。^①在知识产权侵权冲突规则中,欧盟《罗马条例I》第8条第3款规定的“知识产权侵权适用被请求保护地法”是基于地域性原则为知识产权侵权设置特别法律选择方法的立法典型,采取类似被请求保护地法模式的还有瑞士、意大利、比利时、保加利亚等国^②。然而,成员国国内知识产权侵权的冲突规则并不都选择被请求保护地法,一些国家的立法没有对侵权进行特殊规定,适用一般侵权的法律选择规则;亦有立法不仅规定了被请求保护地法的选法依据,亦规定了当事人合意选择法院地法的例外。^③

即使在规定了被请求保护地法规则的国家,由于被请求保护地法含义的复杂性,实践中对其解读亦存在不一致性。例如,欧盟语境下的被请求保护地法是基于地域性原则,但是其适用的结果不一定是绝对的、属地性的法院地法。当被告住所地法院管辖产生于外国的知识产权案件时,外国知识产权法得以适用。^④然而在其他国家,不乏以地域性方法解读被请求保护地法的实践,即将被请求保护地法解释为法院地法。^⑤因此,2017年2月草案的本意是从法律适用的角度保障地域性,但是成员方对地域性和对被请求保护地法含义的理解分歧,使得公约草案规定的准据法审查规则的初衷——保障知识产权地域性有落空之虞。

《海牙判决公约》2007年11月和2018年草案将知识产权侵权判决的准据法审查规则的条件进一步限定为“没有适用判决作出国的国内法”。这一修改表面上加强了对法律适用的范围限制,体现了更加严格的地域性保障目标。但是结合该草案中的间接管辖权规定,只有注册性权利的注册地国法院、非注册性权利的权利保护地国法院作出的判决得以依据公约流通。^⑥在该前提下,被告惯常居所地国法院管辖外国知识产权、适用外国知识产权法的判决没有依据公约流通的空间。即使没有准据法审查规则的进一步规定,上述法院适用的准据法只能是其国内法,即法院地法。所以从实际结果来说,“没有适用判决作出国的国内法”的限定只是流于形式上的强调。公约草案解释文本也指出了该问题,质疑在这一版本已然严格限制了可以依据公约流通的知识产权判决范围之后,该限定是否仍有必要。^⑦

此外,上述所有《海牙判决公约》草案均没有考虑到通过互联网方式侵犯知识产权即“遍

① See HCCH, No. 7 of October 2017, para. 256.

② 瑞士《关于国际私法的联邦法》(2017年4月1日文本)第110条第1款,中译本参见邹国勇:《外国国际私法立法选译》,武汉大学出版社2017年版,第228页;《意大利国际私法》第34条第1款,中译本参见杜涛译、韩德培校:《意大利国际私法制度改革法》,载《中国国际私法与比较法年刊》第2卷,第537页;比利时国际私法第93条第1款,中译本参见梁敏、单海玲译:《比利时国际私法典》,载《中国国际私法与比较法年刊》第8卷,第559页;保加利亚共和国《关于国际私法的法典》(2005年5月4日文本)第110条,中译本参见邹国勇:《外国国际私法立法选译》,武汉大学出版社2017年版,第399页。

③ 例如:中华人民共和国《涉外民事关系法律适用法》第50条;瑞士2017年《关于国际私法的联邦法》(2017年4月1日文本)第110条第2款;土耳其《关于国际私法与国际民事诉讼程序法的第5718号法律》(2007年11月27日文本)第23条,中译本参见邹国勇:《外国国际私法立法选译》,第293页;《立陶宛共和国民法典》(2011年修订文本)第1.53条第2款,中译本参见邹国勇:《外国国际私法立法选译》,第87页。

④ European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, *Conflict of Laws in Intellectual Property*, p. 232.

⑤ 例如,我国由于涉外知识产权案件类型的单一性,被请求保护地法的结果几乎与法院地法一致,被请求保护地法与属地性法律选择方法的混淆不仅存在于早期立法不完善之时例如,李晓虹:《试论涉外知识产权的法律适用》,载《法律适用》1996年第11期,第6页。在《涉外民事关系法律适用法》实施近十年之际,这种解读亦不鲜见。

⑥ 关于《海牙判决公约》草案中间接管辖权标准和独立性问题的详细分析,参见樊婧:《论海牙〈判决公约(草案)〉中知识产权的间接管辖权问题》,载《中国国际私法与比较法年刊》第23卷,第317—322页。

⑦ HCCH, No. 10 of April 2018, para. 304.

在性侵权”的特殊问题。在通过互联网方式导致的遍在性侵权的情形下，继续适用地域性的被请求保护地法原则会给受诉法院带来适用法律的现实难题和困境，有必要选择背离地域性原则的方法解决纠纷。在管辖权、法律适用上均需要地域性之外的特别规则予以规范，^① 在判决承认与执行问题上亦不例外。公约草案自 2017 年 2 月草案文本起规定的互联网侵权方式下间接管辖权的例外可以证明判决项目考虑到了遍在性侵权的特殊问题，然而公约草案的准据法审查规则中却未对遍在性侵权在法律适用上对地域性的合理偏离留下空间。

综上，一方面，知识产权地域性是制定准据法审查规则的原因。另一方面，结合成员方国内立法与实践可知，其对地域性相关问题理解的不一致可能导致这一规则无法实现保障地域性的目标。因此，公约草案的准据法审查规则要么无法实现保障地域性之目的，要么只是流于形式，实无必要。

（二）地域性之于准据法审查规则的合理性分析

1. 准据法审查规则与保障地域性目标缺乏必然关联

保障地域性目标与公约草案准据法审查规则实际结果之间的偏差除了规则本身的瑕疵所致之外，根本上还是源自地域性与判决承认与执行中准据法审查之间欠缺逻辑上的必然联系。

地域性与知识产权侵权法律适用之间具有必然的、直接性的关联，这是由于地域性是导致知识产权侵权法律关系产生特殊性的原因，知识产权的法律适用不得不考虑知识产权地域性的影响。不过由于地域性的多重含义，成员方在地域性对法律适用的影响上存在狭义和广义的不同理解。

狭义的观点认为地域性导致法院地法适用的唯一结果。这一观点又分为两种模式，其一将地域性等同于属地性，在此模式下不存在法律选择余地，只能适用法院地法；^② 其二将建立在地域性基础上的知识产权国际保护公约中的国民待遇原则中“where the protection is claimed”解读为具有一定的冲突规则性质，并作为被请求保护地法的渊源，在此模式下国民待遇原则被扩大解释为适用请求保护国的知识产权实体法，即法院地法。^③

广义的观点将地域性作为适用被请求保护地法的理论依据，且被请求保护地法的适用结果不一定是法院地法。被请求保护地法的本意是权利人请求权利受到保护之地的法律（the law of the country for which the protection is claimed）。^④ 被请求保护地法是从权利保护的角度提出的概念，最能体现知识产权法律关系的重要特征即地域性，其他的连接点如权利注册地、侵权行为地等均无法如此体现涉外知识产权法律关系的本质。被请求保护地法具有一定的主观性，^⑤ 权利主张人的

① 《CLIP 原则》第 2：203 条、第 3：603 条。

② 在中国早期的理论和实践中，不乏将地域性作为法律适用上属地性方法的依据。例如，“由于知识产权法与知识产权地域性的特点，对于知识产权侵权和权属纠纷，并不存在法律适用上的冲突。”详见陈锦川：《涉外知识产权民事案件中的法律适用》，载《中国专利与商标》2005 年第 2 期，第 25 页。又如，“知识产权涉外民事侵权案件一般不存在适用外国法律的问题，必须直接依据国内法裁判案件，这是知识产权法律地域性最基本的要求。因此，在知识产权涉外民事侵权案件的裁判文书中，不需要程式化地表述冲突规范和法律适用的选择问题。”蒋志培：《在全国法院知识产权审判工作座谈会上的总结讲话》，载《知识产权审判指导》2005 年第 2 辑，第 25 页。

③ Eugen Ulmer, *Intellectual Property Rights and the Conflict of Laws*, pp. 12 – 13.

④ European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, *Conflict of Laws in Intellectual Property*, p. 232.

⑤ Annette Kur, “Applicable law: An Alternative Proposal for International Regulation - the Max-Planck Project on International Jurisdiction and Choice of Law”, (2005) 30 *Brooklyn Journal of International Law* 951, p. 963; Josef Drexler, “The Proposed Rome II Regulation: European Choice of Law in the Field of Intellectual Property”, p. 154.

主张使得被请求保护地得以具体化进而最终确定。^①从适用结果来看,被请求保护地法规指引的准据法所属国可能与权利注册地、权利应受保护地、法院地和侵权行为地在地域上重合,但是均不能用这些系属公式代替。质言之,广义的观点认为地域性是被请求保护地法的直接依据,但是不当然导致属地性的法律适用结果。

不过,不论是采取何种地域性对准据法的理解,不论地域性对准据法的影响是以直接还是间接方式体现,地域性与知识产权法律适用问题之间均存在密切关联。然而,地域性与判决承认与执行阶段对知识产权侵权准据法进行实质审查之间是否具有必然关联尚存疑问。换言之,知识产权的地域性特征是否足以构成判决承认与执行中突破非实质审查原则的理由?

纵观其他立法,类似的规定在国内立法或者双边、区域司法协助协定中并不存在。目前知识产权国际私法示范法中也没有这一规定:《CLIP原则》第4:601条采取明示的态度专门规定了实体法审查的排除;海牙国际私法会议和世界知识产权组织(World Intellectual Property Organization, WIPO)联合制定的《知识产权国际私法问题指南》也没有将准据法的实质审查作为承认与执行知识产权侵权判决的条件之一。^②即使《ALI原则》第403(2)(b)条涉及判决承认与执行阶段的准据法,其规定的是若原判国没有适用《ALI原则》中的准据法规则,则不能承认与执行该外国判决,这与《海牙判决公约》草案的出发点和情况具有明显不同,不能作为支持准据法审查规则以保障地域性这一观点的证明。因此不论是在实践还是理论中,准据法实质审查的规则并不是承认与执行外国知识产权判决的通常做法。应当说,地域性并不必然要求判决承认与执行问题上的准据法审查规则,以此作为判决承认与执行阶段排除实质审查原则例外的理由并不充分。

而《海牙判决公约》草案之所以增加准据法审查规定,是缘于公约谈判中某些成员方基于对知识产权地域性的狭隘强调,抑或是基于对适用外国知识产权法的担心,^③认为准据法审查规则能够起到对地域性的强调作用且能够最大程度保障其国内利益,而提出的主张。与其说该规则是为了保障地域性,毋宁说是以地域性的名义,以被请求国国内冲突规则为标准对原判决适用的准据法予以再次审查。实际上,这一做法并非知识产权地域性对知识产权判决承认与执行的本质要求。可以说,《海牙判决公约》草案中的准据法审查规则是地域性被过分强调、抑或是错误强调的结果。

2. 准据法审查规则的可替代性:公共秩序中的地域性考量

进一步而言,若存在其他制度能够实现承认与执行阶段对知识产权地域性予以尊重和保障的目标,亦可证明制定准据法审查规则合理性依据不足。而实际上,公共秩序制度对知识产权地域性的考虑已足以实现该目标。判决违反公共秩序是拒绝承认与执行外国判决的基本理由之一。由于知识产权与一国经济、文化利益和政策密切联系,知识产权判决的承认与执行中可能会更多地引发公共秩序问题。

不过,公共秩序的适用具有严格限制条件,一般只在违反被请求国国内法律的基本原则或者

① Alexander Peukert, "Territoriality and Extraterritoriality in Intellectual Property Law", in Günther Handl, Joachim Zekoll & Peer Zumbansen (ed.), *Beyond Territoriality: Transnational Legal Authority in an Age of Globalisation* (Martin Nijhoff Publishers, 2012), p. 202.

② Annabelle Bennett and Sam Granata, *When Private International Law Meets Intellectual Property Law: A Guide for Judges*, The Hague: Hague Conference on Private International Law, Geneva: World Intellectual Property Organization, 2019.

③ HCCH, No. 10 of April 2018, para. 305.

基本理念的情形下提出。^① 知识产权判决承认与执行亦当遵循上述审慎适用前提。例如,《CLIP 原则》第 4:401 条的措辞就明确强调,只有达到“明显”违背公共秩序的程度才构成拒绝承认与执行外国知识产权判决的条件。《CLIP 原则》解释进一步指出,知识产权判决承认与执行中公共秩序是作为“最后的保障机制”适用。《CLIP 原则》解释对以公共秩序作为拒绝承认与执行外国知识产权判决理由的情形中明确,当原判决适用的准据法与地域性原则严重不符时,可以达到违反公共秩序中的程度要求继而引发公共秩序机制的适用。^② 如前所述,在外国知识产权判决承认与执行中地域性不当被过分强调,而公共秩序适用的审慎性原则与此相契。

质言之,将知识产权地域性特征作为制定准据法审查规则的依据不足,也没有必要。通过判决承认与执行中的公共秩序机制足以实现地域性的保障。并且相比《海牙判决公约》草案中的准据法审查规则,公共秩序对地域性的保障更能够做到张弛有度:既能使公共政策不致因为地域性而滥用,同时也无需事无巨细规定互联网侵权的特殊情形,为地域性的例外考量留下空间。

四 反思与再认识

本部分结合前文《海牙判决公约》谈判中呈现出的争议及其背后成员方不同立场的原因分析,总结成员方在地域性对跨境知识产权法律关系影响问题的认知偏差,探究地域性在跨境知识产权民商事交往不同阶段的影响,在此基础上重新认识、厘清和辨明地域性对跨境知识产权判决承认与执行作用的限度问题。

(一) 地域性对跨境知识产权法律关系影响的纵横之维

1. 横向维度:不同主体的认知偏差

从前文可知,海牙判决项目谈判中成员方的立场分歧与其从各自视角界定知识产权地域性的含义及其是否突破、在不同层面理解地域性特征对跨境知识产权法律关系的影响密切相关。笔者依据成员方对上述两个问题的不同,总结为以下三个层面的地域性。

(1) 国际主义的地域性。这主要是欧盟及其成员国的立场。欧盟并没有将管辖外国知识产权、适用外国知识产权法看作是对地域性原则的“突破”;没有基于地域性对知识产权跨境承认与执行设置过多的限制条件,极大地方便了权利人享有的平行权利在多个国家受到侵犯之后寻求保护。地域性始终是欧盟对待涉外知识产权法律关系时坚持的原则,地域性的“突破”只发生在极其例外的情况下,即遍在性侵权导致的特殊情形。欧盟之所以采纳这种地域性理解,是由于欧洲大陆国家之间地缘的接近和经济交往的密切,知识产品在欧洲大陆国家之间流动频繁,对于解决知识产权跨境纠纷具有更为迫切的现实需求,这一解决纠纷的方法亦受到欧洲大陆国际私法理论基础中普遍主义立场的影响。

(2) 国家主义的地域性。这是美国的立场。美国采取的是狭义地理层面的地域性界定方法,知识产权法律关系超出一国范围即是地域性的“突破”。由此,一些美国学者认为知识产品的全

① 参见刘铁铮、陈荣传:《国际私法论》(第6版),第663页;Jürgen Basedow et al. (ed.), *Encyclopedia of Private International Law* (Edward Elgar Publishing, 2017), p. 1476。

② European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, *Conflict of Laws in Intellectual Property*, p. 437.

球化和国际利用使得地域性原则不再适用。^①但是,实践中美国法院仍将地域性原则作为拒绝管辖外国知识产权侵权请求的依据,^②地域性的“突破”实际上只是为其日趋扩张的知识产权法域外适用实践提供理论支持。^③这导致美国法院对行为发生在境外、但对美国利益有影响的案件,可以管辖并且单边地适用美国知识产权法;对与美国利益关系不大的标的涉及外国知识产权的案件,则拒绝行使管辖权。此外,美国还通过多种方式保护其国内知识产权利益,例如在自由贸易协定中推广高水平的知识产权保护标准、实施“特别301条款”等措施,促使美国国内知识产权保护标准和措施的国际实施。^④这实际上进一步降低了美国法院作出的知识产权判决到境外请求承认与执行的需求。由此,本文将美国的实践归纳为国家主义的地域性。

(3) 属地主义的地域性。我国早期对涉外知识产权法律问题较多采取属地主义的理解。知识产权的地域性特征曾被认为是知识产权法律冲突产生的阻碍。^⑤在此前提下,地域性原则的“突破”是知识产权领域国际私法问题产生的前提条件。^⑥这一表述并不准确,但使我国知识产权法学者对涉外知识产权法律关系引起的国际私法问题产生质疑,并认为《海牙判决公约》草案中的知识产权条款有违地域性之虞。^⑦实际上,我国目前国际私法理论和实践已经有所发展:有学者已明确指出知识产权所具有的地域性特征并不妨碍知识产权法律冲突的产生;^⑧从立法来看,我国《民事诉讼法》中并未规定知识产权专属管辖规则。对注册性知识产权有效性问题,则是将其作为行政诉讼对待。^⑨2011年《涉外民事关系法律适用法》明确规定了知识产权法律选择规则。但是上述基于纯国内法的视角,将知识产权地域性与国际私法上严格属地主义等同的观点对我国仍有很深的影响,^⑩在公约谈判中亦痕迹明显。基于此,本文将我国实践归纳为属地主

① See WIPO, WIPO/PIL/01/4, para. 7; Graeme B. Dinwoodie, “Developing A Private International Intellectual Property Law: The Demise of Territoriality”, (2009) 51 *William and Mary Law Review* 711, p. 766; Jane C. Ginsburg, “Extraterritoriality and Multiterritoriality in Copyright Infringement”, (1991) 37 *Virginia Journal of International Law* 587, p. 589.

② E. g., *Voda v. Cordis Corp.*, 476 F. 3d 887, 899 (Fed. Cir. 2007); *Subafilms, Ltd. v. MGM-Pathé Comm’n Co.*, 24 F. 3d 1088, 1095 (9th Cir. 1994) (en banc).

③ 美国一方面通过知识产权法的域外适用保护与美国利益有关联的案件和当事人,不论是否符合知识产权地域性原则;另一方面又将地域性作为拒绝管辖外国知识产权的注脚,严格限制对外国知识产权行使管辖权的范围。

④ Marshall Leaffer, “Cross-border Enforcement of Intellectual Property Rights in U. S. Law”, in Paul Torremans (ed.), *Research Handbook on Cross-border Enforcement of IP* (Edward Elgar, 2014), p. 4; Austen L. Parrish, “Reclaiming International Law from Extraterritoriality”, (2009) 93 *Minnesota Law Review* 815, p. 874.

⑤ 韩德培主编:《国际私法》,高等教育出版社2007年版,第301页;冯文生:《知识产权的国际私法基本问题研究》,载《知识产权文丛(第四卷)》,中国政法大学出版社2000年版,第235页等。

⑥ 朱榄叶、刘晓红主编:《知识产权法律冲突与解决问题研究》,法律出版社2004年版,第105页。

⑦ 王迁:《〈承认与执行外国判决公约〉(草案)中知识产权条款研究》,第121—128页。

⑧ 例如徐祥:《论知识产权的地域性》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2005年第5期,第603页;冯术杰:《知识产权与法律冲突》,载《法学杂志》2005年第1期,第120页;杨长海:《知识产权冲突法论》,厦门大学出版社2011年版,第38—53页。

⑨ 在我国,基于知识产权保护的双轨制,注册性知识产权有效性问题由知识产权主管机关决定。对决定不服的,当事人可以向人民法院提起诉讼。

⑩ 在理论中,主要是知识产权法学者面对跨境知识产权法律问题仍倾向于采取属地主义理解。在实践中,《涉外民事关系法律适用法》实施之前,我国法院在审理涉外知识产权案件时亦基于知识产权地域性强调属地主义方法。例如,北京市高级人民法院2004年《关于涉外知识产权民事案件法律适用若干问题的解答》第11条。《涉外民事关系法律适用法》第七章确定了涉外知识产权案件法律选择的必要,该法实施十年来上述情况大有改观。然而实践中依然有法院在审理涉外知识产权案件时径直适用我国法律,忽视管辖权和法律适用问题。例如,金融街(惠州)金禧丽景酒店管理有限责任公司海公园分公司、科纳国际有限公司商标权属纠纷案,广东省惠州市中级人民法院(2019)粤13民终2558号民事判决书。

义层面的地域性。

2. 纵向维度：地域性对知识产权法律关系影响的历史嬗变

上述地域性的认知错位除了国家利益原因驱动以外，亦有纵向维度的历史成因。追溯历史有助于发现概念使用者所处的社会环境及使用该概念的具体语境方法的差异。^① 因此，准确理解地域性的本意还需考察跨境知识产权法律关系的历史嬗变。

为了实现这一目标，笔者以跨境知识产权民事交往实践特征为标准划分历史阶段，以考察地域性在不同时期的作用。

第一阶段是绝对属地主义时期。在这一阶段，知识产权在权利产生地国域内有效，受其本国法调整；知识产权法只适用于本国国民；各国只考虑本国知识产权法，不考虑外国知识产权法的问题。这是由该阶段基本不存在知识产品国际流通的现实条件，不产生跨境知识产权法律关系所致，并非知识产权地域性的要求。

第二阶段是主体涉外时期。国际民商事交往初步发展，权利人在境外实施知识产品的需求增加，绝对属地主义时期只关注域内权利和权利人的实践无法满足这一诉求，回应这种需求的是知识产权保护国际公约^②的诞生。国际公约的存在并未改变知识产权作为权利的地域性，相反正是建立在尊重知识产权地域性的基础之上。这一时期以权利人主动寻求知识产品跨境实施为肇因，主要解决的是外国人的法律地位问题，涉外因素基本上仅限于主体涉外的单一情形。这一阶段，跨境知识产权诉讼特征呈现为外国人就其标的为内国的知识产权产生纠纷，这类纠纷尽管具有涉外因素，但是由国内法院管辖、适用国内知识产权法便可解决，极少产生管辖权和法律适用上的难题。

第三阶段是侵权国际化时期。国际交往的深化使得权利人^③的知识产品跨境平行利用现象普遍发生，这增加了权利人在多国的权利被同一个主体侵犯的概率。这种跨境侵权的普遍导致权利保护诉求发生改变，权利人为了寻求更有效率的权利保护方式，在法院地国请求保护标的涉及外国知识产权，或者对行为在法院地境外的侵权事实予以评价，由此产生跨境侵权诉讼的新问题。这一时期跨境知识产权纠纷不再仅限于外国人在法院地国享有的权利受到侵犯这一主体涉外的单一情形，标的和行为亦跨越一国范围。内国法院处理纠纷需要面对能否管辖外国知识产权、如何对待发生在境外的侵权行为这两个问题。欧盟、美国对这两个问题的回答不同，造成了其在地域性问题上的不同立场。

第四阶段是互联网时期。科学技术改变了知识产权侵权的方式，侵权地具有无所不在性，此时若沿用地域性方法可能会产生法律适用上的困难。现有理论普遍主张应当寻找更恰当的方式，即最密切联系原则。^④ 因此，互联网时代发生的遍在性侵权中，地域性的“突破”抑或偏离具有现实基础与合理性。^⑤

① [德] 彼得·德霍斯：《知识财产法哲学》，周林译，商务印书馆 2008 年版，第 24 页。

② 这一时期制定的知识产权国际保护国际公约以《巴黎公约》和《伯尔尼公约》为代表，主要通过国民待遇原则和最惠国待遇原则予以保护。

③ 这里的“权利人”包括自然人和法人，跨国公司作为权利主体在全球寻求其权利实施的现象在这一时期更为普遍。

④ 这种主张主要是知识产权国际私法示范法提出，典型的以《CLIP 原则》为代表。当然，亦有少数学者选择了现有司法实践中数个涉及遍在性侵权的案例加以简单分析，认为这更多是一种理论讨论，实践中可能并不需要。E. g., Andrew F. Christie, “Principles for Ubiquitous Intellectual Property Infringement: A Solution in Search of a Problem?”, p. 180.

⑤ E. g., Alexander Peukert, “Territoriality and Extraterritoriality in Intellectual Property Law”, p. 200.

当然,上述阶段并非泾渭分明,交替时期不同阶段并存。在全球化背景下,知识产权法律关系面对的主要是侵权国际化以及互联网带来的问题,然而绝对属地主义时期和主体涉外时期产生的地域性影响至今余波犹存^①。由此,历史嬗变从另一个角度展现了不同主体对地域性问题认知偏差的缘由。

(二) 知识产权地域性的应有之义及其与相邻问题关系之厘清

梳理地域性对跨境知识产权法律关系影响的历史脉络亦有助于明晰地域性与相邻概念差异的背景,从而理清知识产权地域性的边界和应有之义。具体如下。

第一,知识产权的地域性不同于知识产权法的属地性。二者都用“territoriality”一词表述,但应当予以区分。地域性作为知识产权的特征之一,源自其从王室垄断专属特权发展而来的历史背景,^②地域性特征的存在使得知识产权与其他的民商事权利不同,不当然在其他国家获得认可。知识产权因为地域性而被单独、分别存在于不同的国家,权利的产生、存在、内容、效力等分别受到不同国家知识产权法的规范和保护。法律的属地性则是指一个法律制度通常只在其领域内有效,不能在域外有效。^③这不只是知识产权法所独有的特性,^④对民商事领域的其他法律来说亦是如此。故知识产权的地域性与知识产权法的属地性二者的着眼点不同,虽彼此相关但各自独立,不能混淆。

从这个角度,就权利而言,知识产权的地域性增加了其与一般民事权利相比的特殊之处;而从法律的属地性来说,知识产权法的属地性与其他民商事法律的属地性没有不同。

第二,由于知识产权地域性的缘故,知识产权法的属地性和国际私法中的属地主义这两个原本属于不同范畴的概念很容易在涉外知识产权语境下被不当黏合。历史比较的角度则提供了一个直观指出二者混淆、说明二者区别的途径。

知识产权法的属地性问题起源于前述跨境知识产权法律关系历史总结中的绝对属地主义时期,时值15—17世纪知识产权制度创立完善之际,地域性成为知识产权的重要特征之一,国家颁布的知识产权法也仅适用于其领域内。而国际私法中属地主义,或者称为属地法时期,则是10世纪以后封建制度产生、法律的属地观念强化的产物。这个时期的属地法采用单一地将当事人所在地的法律适用于与当事人有关的一切法律关系的方法来调整涉外利益冲突。属地主义的特征亦是确立法律只具有域内效力、不当然地具有域外效力的基本性质。^⑤从表现结果上看二者相似。只不过,自13世纪意大利学派法则区别说起,国际私法不再采取单一的属人或者属地性方法,而是逐步建立、发展和完善以法律选择方法调整法律冲突的理论。在国际私法发展历史上,这种属地主义的“突破”首先在其他民商事领域中出现,在知识产权领域发展更

① 这种严格属地化的地域性理解不仅对我国实践影响至深。美国、荷兰等国早期的司法实践中亦存在类似理解。See Christopher Wadlow, *Enforcement of Intellectual Property in European and International Law*, p. 10.

② Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property* (Aldershot: Ashgate Dartmouth Publishing Co. Ltd., 1996), p. 29; Stephen P. Ladas, *Patents, Trademarks, and Related Rights: National and International Protection* (Harvard University Press, 1975), p. 5.

③ 马汉宝:《国际私法基础知识论集》,中国台湾地区华艺学术出版社2013年版,第103页。

④ Richard Fentiman, “Choice of Law and Intellectual Property”, in Josef Drexler and Annette Kur (ed.), *Intellectual Property and Private International Law* (Hart Publishing, 2005), p. 138.

⑤ 沈涓:《冲突法及其价值取向》,中国政法大学出版社2002年版,第44、74—76页。

为缓慢。

解释清楚上述差别之后,可以认为,国际私法涉外知识产权法律冲突产生通说中知识产权地域性“突破”的本意应当是指对各国只适用其本国法、不考虑外国法问题的严格属地主义的摒弃。由此,即可纾解国内知识产权法学者基于国际私法地域性“突破”的通说,而对涉外知识产权法律冲突产生问题提出质疑的症结,进一步解开其对管辖外国知识产权案件、适用外国知识产权法、承认与执行外国知识产权判决有违反知识产权地域性之虞的顾虑。

第三,知识产权法在域外效力问题上与其他民商事法律的域外效力具有差异。

国际私法发展到现阶段,民商事法律在调整涉外民商事关系时具有域外效力已成为基本共识;而由于知识产权的地域性特征,知识产权法的域外效力不当然能够得到认可。民商事交往导致民商事法律的属地性被打破,民商事法律具有的域外效力逐渐得到承认这一现象在知识产权法领域遇到了阻碍。对于知识产权法以外的其他民商事法律,法院适用外国民商法具有承认该法在法院地国的域外效力之意。对于知识产权法,一国法院在涉外知识产权案件中适用外国知识产权法不意味着赋予外国知识产权法在法院地国具有同样的效力,而只是对外国知识产权适用其本国的知识产权法,是“确认和承认外国知识产权法调整该外国地域内同一知识产品存在、占有、利用和处分关系的效力,与在其他地域内发生的有关同一知识产品的知识产权关系无关”,^①不产生承认外国知识产权法在法院地国具有域外效力的后果。故当依据被请求保护地法规则指引的准据法是外国法律时,适用外国知识产权法亦不违反地域性。

因此,知识产权法和其他民商事法律都具有属地性特征,但是知识产权法不当然具有其他民商事法律在调整涉外民商事关系时的域外效力。适用外国知识产权法不等于赋予外国知识产权法在法院地国有效,仅起到确认其在原权利国效力的作用。

(三) 地域性对跨境知识产权判决承认与执行影响问题再认识

一方面,地域性增加了跨境知识产权判决承认与执行的特别考量;另一方面,有必要明确,跨境知识产权判决承认与执行中地域性不应当被过分强调,地域性的作用有所限度,这种限度表现为以下两个层面。

限度之一体现在承认与执行外国知识产权判决效果与地域性的关系。在对知识产权地域性的应有之义及其与相邻问题关系准确认知的基础上可知,由于知识产权地域性的缘故,承认与执行外国知识产权判决并不是赋予原判决的权利在被请求国同样有效,只是被请求国对该权利在其原权利所在国的效力及内容的再次确认。同样,承认与执行外国知识产权判决亦不意味着认可外国知识产权法在被请求国产生域外效力,而只是承认该外国知识产权法在其域内的效力。因此,我国一些学者所担心的国内知识产权法具体规则的不同导致的承认外国知识产权判决会超出我国知识产权法保护范围、导致对地域性的突破^②并不成立,这是混淆了外国知识产权法的属地性、域外效力问题和承认与执行外国知识产权判决问题。因此,在地域性的作用下,承认与执行外国知识产权判决的效果只是依照原权利所在国的法律,对该权利在该法域内效力的确认;承认与执行

① 徐祥:《论知识产权的地域性》,第604页。

② 王迁:《〈承认与执行外国判决公约〉(草案)中知识产权条款研究》,第129页;司文:《承认与执行外国知识产权判决之公共政策例外的特殊性》,载《西部法学评论》2020年第3期,第16页。

外国知识产权判决的效果并不构成对地域性的违反。^①

限度之二体现在地域性对不同诉因和不同内容的知识产权判决的作用差异。对于涉及知识产权有效性、归属问题的判项，其既可能作为知识产权的侵权或合同判决中的前提问题被请求承认，也可能单独作为判决的主要问题被请求承认。不过，因地域性的缘故，注册性知识产权有效性问题通常被归为专属管辖范围，由权利注册地国专属管辖；在承认与执行问题中，亦有间接管辖权标准上的专属管辖要求。《海牙判决公约》2017年2月草案排除了非注册地国法院就注册性知识产权的有效性作为主要问题的判决的承认。但是，非注册地国法院就注册性知识产权的有效性作为先决问题时执行主要问题的判决并未完全受到限制，而注册地国就注册性知识产权的有效性作为主要问题的裁判亦可能在其他国家获得承认。^②在上述限制以外，结合承认与执行外国知识产权判决效果可知，由于承认的是权利在原权利国的效力，这并不违反地域性。这一点对注册性知识产权还是非注册性知识产权而言均是如此。此为地域性对涉及知识产权有效性、归属问题判决的跨境承认（与执行）上作用限度的具体表现。^③

对于知识产权侵权或合同判决中针对侵权或合同问题作出的金钱判项，在判决作出地与被告财产所在地分离情形下，这一金钱判项的承认与执行与其他民商事判决无异；在权利所在地与判决作出地分离的情形中，承认与执行的顾虑不直接来自地域性，而主要源自不同国家国内知识产权诉讼直接管辖权规则的不同，而这种差异源自各自对地域性的认知偏差。此外，若判决涉及惩罚性赔偿内容的承认与执行问题，不会基于地域性原则阻却可分割性原则在知识产权判决中的适用。

本文认为，外国知识产权判决承认与执行与其他民商事领域判决的承认与执行相比确有特殊性，这种特殊性源自知识产权的地域性。但地域性的作用有其限度，在该限度内地域性不构成判决承认与执行的障碍。

结 语

随着全球化的深入，侵权国际化和互联网导致的特别问题必定会增加知识产权判决跨境承认与执行的现实需要。海牙判决项目统一知识产权跨境判决承认与执行的尝试失败并不代表知识产权判决缺乏国际流通的必要。“失之东隅，收之桑榆。”国际层面统一跨境知识产权管辖权和判决承认与执行的失败间接促成了通过制定示范法的方式寻求相对一致和可预期的解决方案。^④ 尽管

① 需要说明的是，本文的这一结论没有包括临时措施的跨境执行问题，亦没有包括对非金钱判决的承认与执行问题。由于临时措施类型多样、颁布机构和程序亦存在较大差异，通过国际公约的方式予以国际统一非常困难。目前国际上对临时措施的承认与执行主要是依据国内立法或者国内的司法协助协定。得益于区域一体化之故，欧盟的“布鲁塞尔-洛迦诺体系”对临时措施跨境承认与执行予以便利。See Marketa Trimble, “Cross-Border Injunctions in U. S. Patent Cases and Their Enforcement Abroad”, (2009) 13 *Marquette Intellectual Property Law Review* 331, pp. 355–363.

② 《海牙判决公约》2017年2月草案第8条第3款。

③ 《海牙判决公约》2017年11月草案则通过知识产权间接管辖权依据的独立性规则，限制了所有关于知识产权有效性问题乃至归属问题的判决依据公约流通。

④ 1999年《民商事管辖权和外国判决的承认与执行公约（草案）》的失败和《布鲁塞尔条例I》修订的不足，分别导致了《ALI原则》和《CLIP原则》的问世。受二者影响，由早稻田大学COE项目组联合韩国与日本的国际私法学者开展了制定东亚知识产权国际私法原则的工作，共同起草《关于知识产权的国际私法原则（日韩共同提案）》；后来日本又独自起草了《透明度原则》。

示范法不具有法律约束力,但是作为一种理论倡导能够为法院在审理案件时提供指引,^①逐步扩大其对立法和司法实践的影响力。现阶段《海牙判决公约》知识产权谈判的推动使得这一方式呈现出国际融合的特征。示范法由区域性转变为国际性^②的发展表明跨境知识产权争议解决领域国际合作需求的加强。而未来随着知识产权跨境流动程度的深入和方式的更迭,当各国跨境知识产权侵权救济诉求具有更多的同质性时,寻求以专门性国际公约的方式统一跨境知识产权判决承认与执行规则的再次尝试也许可期。

欧盟和美国结合自身的法律传统和国家利益考量,各自发展出不同的处理跨境知识产权纠纷路径。^③与其实践^④有较大不同的是,我国现阶段司法实践中涉外知识产权纠纷类型的特征呈现单一性和向内性,^⑤面对承认与执行外国知识产权判决问题,亦需考虑自身的法律制度和知识产权事业发展目标^⑥。因而必须结合我国实情,制定处理跨境知识产权纠纷的妥善方法,不能任意借鉴欧美经验。知识产品跨境流动的历史发展趋势表明,在全球化背景下,秉持属地主义化的地域性理解并不可取,以地域性作为否认跨境知识产权法律关系的产生、拒绝承认与执行外国知识产权判决的主张也并非理性之举。这是国内知识产权法学界和国际私法学界应当达成的共识。

对我国目前而言,承认与执行外国民商事判决的实践尚处发展阶段。对承认与执行外国知识产权判决,理论和实践中基于地域性的诸多顾虑尚未纾解,且囿于篇幅和主题之限,本文无意为我国承认与执行外国知识产权判决构建具体规则,^⑦仅做简单展望。对于知识产权区际判决的承认与执行问题,从2019年《最高人民法院、香港特别行政区政府关于内地与香港特别行政区法

① 目前英国法院已有参考《ALI原则》审理案件的实践。See *Lucasfilm Ltd & Ors v Ainsworth & Anor*, [2011] UKSC 39, para. 94.

② See Annabelle Bennett and Sam Granata, *When Private International Law Meets Intellectual Property Law*; International Law Association, the Fourth Committee Report on “Intellectual Property and Private International Law (2018)”.

③ 面对标的涉及外国知识产权的案件,欧盟内部的管辖权规则允许在专属管辖范围之外,基于被告住所地的一般原则管辖外国知识产权、合并管辖本国和外国的知识产权,其认为这种管辖外国知识产权的实践不违反地域性原则;而美国法院对基于外国知识产权的请求往往拒绝管辖,理由多是基于地域性。面对涉及发生在国外行为的案件,美国基于其国内法域外适用的理论,管辖并将美国知识产权法适用于发生在美国境外但对其国内产生影响的案件;对此,欧盟则坚持知识产权具有地域性原则,认为发生在不同国家的事实要素应当被不同国家的知识产权法分别评价,因此除了基于被告住所地这一因素管辖和有限度地合并管辖之外,欧盟不存在美国那种管辖外国被告在外国的行为的管辖权基础。

④ Marketa Trimble, “When Foreigners Infringe Patents: An Empirical Look at the Involvement of Foreign Defendants in Patent Litigation in the U. S. ”, (2012) 27 *Santa Clara High Technology Law Journal* 499, p. 501.

⑤ 中国目前涉外知识产权司法实践中,外国原告起诉我国被告侵权纠纷的数量占了绝大多数。从标的看主要是关于当事人在中国的知识产权;涉外因素类型主要是当事人涉外。参见郭玉军、樊婧:《我国涉外知识产权案件法律适用的司法实践及其反思》,载《中国国际私法与比较法年刊》2013年卷,第450页。

⑥ 中华人民共和国国务院:《国务院关于印发国家知识产权战略纲要的通知》国发〔2008〕18号,2008年6月5日;中华人民共和国国务院《关于新形势下加快知识产权强国建设的若干意见》,国发〔2015〕71号,2015年12月18日;《习近平在中央政治局第二十五次集体学习时强调: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》,中国法院网, <https://www.chinacourt.org/article/detail/2020/12/id/5639041.shtml>, 最后访问时间:2020年12月5日。

⑦ 现阶段对我国而言,相对于规则构建,个案中认定的方法也许更合适,这是由目前我国当事人参与知识产权国际交往实践的特征所决定。面对欧美等知识产权强国,我国司法实践中主要是外国权利人就其在我国的权利、受到我国当事人侵犯而到我国法院提起诉讼,此时基本不存在外国判决到我国请求承认与执行的需要;而面对我国当事人作为权利人、就其在外国的知识产权被外国当事人侵犯的情形,允许承认与执行制度对我国当事人的权利保护可能较为有利。

院相互认可和执行民商事案件判决的安排》中涉及知识产权的规定^①可以看出，我国对知识产权侵权判决区际流通的立场：一方面制定严格的间接管辖权标准，未对注册性和非注册性知识产权予以区分，这一点有待商榷；另一方面，对非金钱判决和侵权判决中的惩罚性赔偿部分的承认与执行予以支持，这部分与国际上目前较为先进的实践趋势一致，^② 值得肯定。不过对于知识产权判决的国际承认与执行问题，出于国家利益考虑，我国可能会持更为审慎的态度。

Reconfiguration on Territoriality in Transnational Recognition and Enforcement of Intellectual Property Judgments

Fan Jing

Abstract: The principle of territoriality was one of the main controversial disputes concerning IP rights in the negotiations of the HCCH Judgment Project. Special concerns have been caused by the territorial principle in cross-border recognition and enforcement of judgments concerning IP rights compared to other private rights. One comes from the effects of recognition and enforcement of foreign IP judgment contrary to the principle of territoriality or not. Other ones come from the jurisdiction and choice-of-law issues, in which territorial principle also has comprehensive implications, contributing to judgments with complex situations that need special considerations in the recognition and enforcement. It is claimed that the territorial principle should not become obstacles of recognition and enforcement of judgments on IP rights theoretically. Due to the territorial principle, the outcome of recognition of foreign IP judgment neither means IP rights are effective in the requested states, nor foreign IP rights laws have extraterritorial effects in the requested states, the only effect is confirming the validity issues in its own state. Figuring out those confusions, we come to the conclude that besides some limitations on validity issues of registered IP rights, recognition and enforcement of foreign IP judgment is not contrary to the territoriality principle, no matter concerning validity issues or infringement or contract issues.

Keywords: Territoriality Principle of IP Rights, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, Indirect Jurisdiction, Public Policy, Extraterritorial Effects

(责任编辑：谭观福)

① 第 11 (6) 条、第 15 条、第 16 条、第 17 条。

② E. g., Marketa Trimble, “Extraterritorial Intellectual Property Enforcement in the European Union”, (2011) 18 *Southwestern Journal of International Law* 101, pp. 103 – 105; Anthony Trenton, *et al.* (ed.), “The Assertion of Extraterritorial Patent Jurisdiction in Europe”, (2019) 31 *Intellectual Property and Technology Law Journal* 1, pp. 2 – 6; Timothy R. Holbrook, “What Counts as Extraterritorial in Patent Law?”, p. 313.