

民事独立禁令程序建构论

李蔚 吴英姿*

内容提要：我国学界研究人格权禁令程序问题时，在“应否建构适用于所有行为的独立禁令程序”上观点对立。既有具体禁令的程序适配是在法律或司法解释中逐一设定。在中央强调完善预防性法律制度的当下，应否及如何建构独立禁令程序，应予专门研究。提供禁令程序不仅是司法保障应有之义，防御性请求权的预防性功能也使其有诉诸禁令程序予以实现的必要。我国无行为禁令的一般司法程序的现状，客观上也要求建构独立的禁令程序。禁令程序的属性界定是建构该程序的基石。依据程序相称原理，禁令案件快速获取执行名义预防、制止紧迫性侵害的特征，使其适用程序逸出诉讼程序与非讼程序。从历史视角厘清略式程序是一种成熟的特别诉讼程序，这将为禁令程序属性提供归口，进而以略式程序理论指导独立禁令程序的建构。

关键词：人格权禁令 临时禁令 民事程序 略式程序 禁令程序

一、问题的提出

民事权益受法律保护一直是我国民法的基本精神。^{〔1〕}为回应社会主体对损害预防的需求，《民法典》完善了防御性请求权体系。为与社会需求、实体法变化相适应，一贯强调纠纷解决的民事诉讼程序体系，在落实权利预防性保护上面临着程序发展问题。例如，在对《民法典》规定的人格权侵害禁令（以下简称为“人格权禁令”）的司法程序衔接研究中，学者们提出建构独立民事禁令程序的命题：张卫平教授指出，人格权禁令与行为保全性质不同，民诉法面临的任务是

* 李蔚，南京大学法学院博士研究生；吴英姿，南京大学法学院教授。

本文为2021年国家社科基金青年项目“民法典人格权禁令民事程序构造研究”（21CFX025）的阶段性成果；南京市法学会2021年法学研究课题“民事禁令程序研究”[NJFX（2021）C06]的结项成果。

〔1〕 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典总则编解读》，中国法制出版社2020年版，第6页。

如何建立一个适用于所有行为禁令的一般司法程序。^{〔2〕}郭小冬教授认为，人身安全保护令与人格权禁令的审理程序衔接上，并非将二者纳入民事诉讼法既有某一程序，而是专门增设一种独立于普通诉讼程序的裁决程序。这个程序广泛适用于需要快速停止侵权但无需后续诉讼的领域。^{〔3〕}吴英姿教授指出，人格权禁令规定将禁令制度扩大到了除人身安全保护令之外所有人格权保护领域，建立了一种独立于普通诉讼程序与非讼程序的独立禁令程序。^{〔4〕}

前述研究仅是在论述人格权禁令适配程序时蜻蜓点水般地提出构建独立禁令程序任务，但对此程序性质的判断各持己见：“张文”认为，独立禁令程序实质上是既不同于非讼也不同于诉讼程序的速裁程序；“郭文”主张独立禁令程序应为准诉讼程序或准司法程序；“吴文”运用诉讼与非讼交错法理揭示该程序兼具诉讼与非讼程序性质。程序属性决定着程序地位及构造，具有基础理论作用。“张文”“郭文”将独立禁令程序界定为速裁程序、准司法程序，但都没有阐明如何安排该程序，以及基于何种程序理论来协调速裁程序或准司法程序与民事诉讼程序、非讼程序的关系。吴英姿教授在后续研究中提出行为禁令程序是略式程序属性，^{〔5〕}对其在之前研究中的性质认识进行校正。

与建构独立禁令程序主张不同，一方面，有学者认为，《民事诉讼法》中的行为保全规范即为申请人格权禁令适用程序，无另行构建程序的必要，并且行为保全规范适用于所有有行为保全之需的案件。^{〔6〕}另一方面，长期以来，我国采取了“出现一个禁令制度就制定或指示一套为其所用的程序规范”^{〔7〕}的策略。目前，最高人民法院正在制定人格权禁令程序司法解释。各地法院处理人格权禁令案件由于缺乏统一的程序规范指引，既有参照行为保全程序的实践，也有参照人身安全保护令程序的实践。^{〔8〕}适用程序不同影响着人格权禁令制度的效用。学界的不同见解、我国提供程序供给的方案、司法实务在方案缺失时的不同程序选择，都表明在我国应否构建独立禁令程序、其性质归属等问题亟待厘清。在中央强化预防性法律保护的背景下，^{〔9〕}对应否以及如何建构及时预防、制止侵害的独立禁令程序进行专门研究，具有重要的现实意义及理论价值。

鉴于民事禁令在各主要法治国家的普遍性及其在形式、内容分类上的多样性，^{〔10〕}为避免歧

〔2〕 参见张卫平：《民法典的实施与民事诉讼法的协调和对接》，载《中外法学》2020年第4期。（文中以下简称“张文”）

〔3〕 参见郭小冬：《人格权禁令的基本原理与程序法落实》，载《法律科学》2021年第2期。（文中以下简称“郭文”）

〔4〕 参见吴英姿：《人格权禁令程序研究》，载《法律科学》2021年第2期。（文中以下简称“吴文”）

〔5〕 参见吴英姿：《民事禁令程序构建原理》，载《中国法学》2022年第2期。

〔6〕 参见严仁群：《人格权禁令之程序法路径》，载《法学评论》2021年第6期。

〔7〕 如海事强制令、知识产权禁令、人身保护令。见《海事诉讼特别程序法》及其司法解释、《反家庭暴力法》及《最高人民法院关于人身安全保护令案件相关程序问题的批复》（文中简称为《人身安全保护令案件批复》）。尽管我国知识产权禁令的司法解释《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》采“行为保全”称谓，但其具体规则与《民事诉讼法》及其司法解释中行为保全的规则本质不同。因此，本文采用“知识产权禁令”的称谓。

〔8〕 《民法典》施行后，广州互联网法院参照行为保全程序处理首份人格权侵害禁令案件，重庆市江津区人民法院参照人身安全保护令程序发出该院首份人格权侵害禁令。

〔9〕 在2020年11月16日至17日召开的中央全面依法治国工作会议上，习近平总书记提出完善预防性法律制度，促进社会和谐稳定。

〔10〕 在英美法系，法院作出的民事禁令依照不同的内容、分类标准，禁令名称各异，如禁诉令（anti-suit）、玛瑞瓦禁令（Mareva injunction）、临时禁令（temporary injunction）、临时限制令（temporary restraining orders）、初步禁令（preliminary injunction）、中间禁令（interim/interlocutory injunction）、永久禁令（permanent injunction）、因他害怕禁令（Quia timet injunction）等。

义，有必要于此界定本文所研究的禁令。就是否具有终局性和有期限性，禁令被分为永久禁令和临时禁令。永久禁令是在案件经过实质审理，对争议问题进行充分调查后，法庭认定被告侵权，作出终局判决时给予胜诉方的特定救济。^{〔11〕}永久禁令裁决产生于终局性解决争议的完整诉讼程序（full procedure），具有既判力效力。^{〔12〕}临时禁令是一种预防性法律保护救济形式，是申请人请求法院“在有限的时间和有限的信息基础上”核发强制被申请人做出或者阻止其做出特定行为的命令，通过迅速取得执行名义，预防尚未发生或制止正在发生的侵害行为。“在有限的时间和有限的信息基础上”，决定了临时禁令不以实体权利义务争议的终局性解决为请求对象，而仅指向暂时性的权利保护。我国法上多元行为禁令制度的共同功能是及时预防、制止侵害行为的发生或扩大，使权利免受侵害。权益面临或正在遭受紧迫性侵害，使禁令救济具有应急性、临时性特征，因此不同于强制或禁止被告从事特定行为的永久禁令。很明显，我国学者主张建构适用于紧急情形下快速取得权利保护的独立禁令程序，与充分、完整的永久禁令程序不符，与简速的临时禁令程序契合。因此，研究主题被聚焦在“应否及如何构建独立临时禁令程序”。为简使用语，若无特别表明，本文所指“禁令”限于临时禁令。对研究主题的认识及解决型塑着行文结构：通过对我国实体法发展后的程序适配需求及临时救济程序现状进行分析，阐明在我国建构独立禁令程序的必要性；紧随其后，对其在民事程序体系中的程序属性归属展开研究，进而为构建独立禁令程序提供法理指导。

二、构建独立禁令程序命题证成

构建独立禁令程序实则是在司法程序上供应一种简便、迅速的临时性裁决程序，满足一方当事人要求另一方当事人做出或不做出特定行为的预防性权利保护需求。在既有的司法保护现状下，“应否构建独立禁令程序”是先决问题。

（一）司法保障义务之独立禁令程序

通常的两造争讼程序因强制性的期间规定、严格的证据规则以及充分保障法定听审权等要求而耗时较长，终局性判决救济的滞后性日益成为影响司法救济公正与效益的重要因素。当面临紧迫的或正在进行的侵害行为时，任由侵害行为发生，而由权利人事后提起损害赔偿诉讼救济，此种司法救济并非总是权利人实现公正与效益的优选。临时救济司法供给需求被彰显，应有适用于紧急保护的民事程序供当事人选择使用，这也是国家本应承担的司法保障义务。^{〔13〕}

域外法上为消解权利人诉诸通常诉讼进程将承受侵害行为这一弊端，准允权利人的预防、制止侵害需求经快速司法程序实现。在美国，当诉讼一方希望从法院获得临时或紧急援助时，主要采取临时禁令形式。临时禁令是在做出最终判决前采取的一种提供暂时保护的救济形式，并不解

〔11〕 参见张玲、金松：《美国专利侵权永久禁令制度及其启示》，载《知识产权》2012年第11期。

〔12〕 See Doug Rendleman, The Triumph of Equity Revisited: The Stages of Equitable Discretion, 15 *Nevada Law Journal* 1397, 1412 (2015).

〔13〕 Vgl. Wolfgang Krüger/Thomas Rauscher, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 6. Aufl. 2020, Einleitung, Rn. 301.

决争议的实质问题。^{〔14〕}《联邦民事诉讼规则》第 65 条具体规定了前后相接的两种临时禁令程序：临时限制令（temporary restraining orders）程序与初步禁令（preliminary injunction）程序。^{〔15〕}前者是“单方申请—裁定”结构，后者是“对审—裁定”结构。在法国，为应对紧急情形下预防、制止迫近的损害的司法需求，同样有两种相互独立的临时禁令程序：一是依申请的紧急审理命令（ordonnances sur requête）程序；二是紧急审理命令（ordonnances de référé）程序。这两种程序下的裁决在性质上是临时性的，不对案件的实体而是对紧急性诉讼请求进行处理，^{〔16〕}快速出具请求特定行为的执行名义。在德国，《民事诉讼法》第 935—945 条是广泛适用于预防、制止侵害行为的临时禁令（einstweilige Verfügung^{〔17〕}）程序的规定，是一种审理程序而非立法体例上的纯执行程序。^{〔18〕}一方当事人诉诸法院要求对方当事人为或不为一定行为的临时禁令，以暂时维护权益。案件并未经过实体审理，法律关系并没有最终确定。^{〔19〕}不难发现，两大法系的法制典型国家中，均设置有统一的临时禁令程序规范。临时禁令程序不以解决实体权利义务争议为目的，只是为民事主体提供一种快速获得暂时保护的执行名义的民事程序。临时禁令程序是预防性权利保护的司法机制而非维持现状，这种观点成为当前域外研究及实务的主张。^{〔20〕}

受国外成熟的临时禁令制度影响，并因应权益保护需要，我国逐步建立了多种临时禁令制度：为避免或减少损失，及时保护当事人合法权益，我国在借鉴域外经验基础上设立了海事强制令，责令被申请人为或不为一定行为；为与 TRIPS 协议第 50 条规定的临时措施的要求相一致，对于正在实施或者即将实施的知识产权侵权行为，为保障权利人的合法权益在诉讼裁决前不受无法弥补的损害，在知识产权实体法——《专利法》《商标法》《著作权法》——中相继增设了知识产权行为禁令；借鉴国外及时性和预防性的民事保护令制度，总结我国人身安全保护试点经验，我国在《反家庭暴力法》中建立了人身安全保护令，遭受或者面临家庭暴力现实危险的当事人有权向法院申请人身安全保护令；在借鉴国外经验、总结我国司法实践经验的基础上，《民法典》第 997 条规定了人格权禁令，及时制止具有紧迫性的侵害人格权的行为，是一种临时禁令。^{〔21〕}

〔14〕 See Linda J. Silberman, et al., *Civil Procedure: Theory and Practice*, 5th ed., Wolters Kluwer Law & Business Publisher, 2017, p. 730.

〔15〕 临时限制令是一项紧急命令，在诉前可经单方申请作出，直到就初步禁令举行听证会为止；初步禁令是要求被强制的一方在诉讼期间现在做（或不做）某事，避免原告在诉讼未决期间受到潜在的伤害。

〔16〕 参见〔法〕洛伊克·卡迪耶：《法国民事司法法》，杨艺宁译，中国政法大学出版社 2010 年版，第 506 页。

〔17〕 美国学者将德国民事诉讼法中的词组“einstweilige Verfügung”英译为 temporary order，包括 temporary restraining order 和 preliminary injunction。See Peterson, Courtland H., *Some Observations on Provisional Relief in American Law*, 14 *American Journal of Comparative Law* 266, 268–269 (1965). 在我国，少数学者将之译为临时禁令、临时命令，主流观点译为“假处分”，但对假处分的“假”应理解为临时/暂时。词组 einstweilige Verfügung 的含义由 Verfügung 决定，既能组成临时处分，也能结合为临时命令、临时禁令。相较于翻译为“假处分”，从原生词所指看，翻译为“临时禁令”更为直观、达意。故本文采“临时禁令”称谓。

〔18〕 参见周翠：《中外民事临时救济制度比较研究》，清华大学出版社 2014 年版，第 7 页；Musielak/Voit, *Zivilprozessordnung*, 18. Aufl., Verlag Franz Vahlen, 2021, S. 8.

〔19〕 参见郭小冬：《民事诉讼侵害阻断制度研究》，知识产权出版社 2010 年版，第 45 页。

〔20〕 参见周翠：《行为保全问题研究——对〈民事诉讼法〉第 100—105 条的解释》，载《法律科学》2015 年第 4 期。

〔21〕 分别参见最高人民法院：《关于〈中华人民共和国海事诉讼特别程序法（草案）〉的说明》；国家知识产权局条法司：《〈中华人民共和国专利法〉修改条文的逐条说明》；全国人大社会建设委员会：《关于〈中华人民共和国反家庭暴力法（草案）〉的说明》；最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典人格权编理解与适用》，人民法院出版社 2020 年版，第 88–90 页。

然而,由于缺少统一禁令程序规范指引,既有禁令程序规范存在令出多门、新增禁令制度亟需程序衔接等问题。

(二) 权利实现之独立禁令程序对接

防御性请求权(Abwehransprüche)是权利遭受侵害及有受侵害之虞时权利自身的固有防御表达,具有禁止或要求被申请人做出特定行为的权能,而禁令是及时防范侵害的防御性请求权的外在表现。防御性请求权是德国私法学上重要的实体权利,目的在于制止正在发生的对请求权人权益的侵害,以及预防对请求权人的权益即将发生的侵害,分别被称为排除妨碍请求权与停止妨害请求权。^[22]起初出现在所有权保护领域,经过判例的发展,防御性物上请求权上升为一般性请求权。^[23]实体权利遭受妨害或有被妨害之虞时,都成为防御性请求权的基础,通过提起排除/停止妨害请求权加以保护。^[24]在实践中,民事权利主体常常在诉诸民事诉讼救济前,就通过临时禁令程序来实现防御性请求权。^[25]通行观点认为,德国《民事诉讼法》第935条、第940条的临时禁令裁决可作为保障防御性请求权的公权救济途径。^[26]在已为防御性请求权提供给付之诉或确认之诉的情形下,之所以需要再开辟临时禁令程序途径,是因为防御性请求权对法律保护需求强度要求高,为及时制止侵害行为,需要司法机关迅速、简便作出裁决。临时禁令程序正是一种与法律保护需求强度相关的特殊程序,法律给予临时禁令特权,主要是为了满足案件申请人在紧急情况下的法律救济需求。^[27]

我国《民法典》完善了防御性请求权体系,即以总则编第179条的停止侵害、排除妨碍、消除危险请求权作为防御性请求权的一般规定,^[28]物权编第236条、人格权编第997条、侵权责任编第1167条则作为具体规定。这是权利人对威胁、阻碍其权利圆满状态的行为及时主张排除妨碍、消除危险、停止侵害的请求权基础。在我国,同样存在着诉诸繁琐、漫长的通常诉讼程序不利于该请求权实现的问题。与德国防御性请求权可经临时禁令程序实现相比,我国防御性请求权对司法快速实现程序的整体需求未被广泛认知。人格权禁令请求权的立法及形成的研究热点有望成为引入独立禁令程序的“支点”。

(三) 程序法上无独立禁令程序规范

有观点指出,2012年修订的《民事诉讼法》形成了行为保全程序为一般性临时救济程序、知识产权禁令和海事强制令等为行为保全特殊种类的架构。^[29]尽管行为保全是在海事强制令、知识产权禁令的宝贵经验上建构的,^[30]并且在暂时制止损害及要求被申请人为或不为特定行为

[22] 参见〔德〕迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第275页。

[23] Vgl. Henckel/Wolfram, Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht, Archiv Für Die Civilistische Praxis, 174. Bd., H. 2/3, 1974, S. 114.

[24] 参见前引〔23〕, Henckel/Wolfram书,第114页。

[25] 参见王洪亮:《物上请求权的功能与理论基础》,北京大学出版社2011年版,第192页。

[26] Vgl. Zöller/Vollkommer, Zivilprozessordnung, Aufl. 2010, § 938 Rn. 3; Leipold/Dieter, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im zivil-, verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Verfahren, Aufl. 1971, S. 77ff.

[27] Vgl. Braun/Heiß, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 6. Aufl. 2020, § 592 Rn. 2.

[28] 参见王涌:《私权的分析与建构:民法的分析法学基础》,北京大学出版社2020年版,第392页。

[29] 参见王亚新、陈杭平、刘君博:《中国民事诉讼法重点讲义》(第2版),高等教育出版社2021年版,第251页。

[30] 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室:《中华人民共和国民事诉讼法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2012年版,第158页。

上与临时禁令制度有相似之处，但是，以下主要的差别使得行为保全的一般性临时救济程序并非统筹了适用于海事强制令、知识产权禁令、人身安全保护令、人格权禁令等制度的独立禁令程序。

其一，基于防御性请求权而生的临时禁令请求，不同于作为保障本案诉讼请求实现的行为保全。临时禁令是及时防范侵害实体权利的临时性救济手段，旨在保障合法权益不受侵害，与此相对应，其程序是快速获取执行名义的程序，是暂时性程序。而行为保全是与本案请求权联系起来的，即申请人所保全的行为应当与其提起的诉讼请求的内容相符或相等。尽管行为保全在客观上拥有诸多功能，但本质上与财产保全同属于民事诉讼程序保全范畴，保障申请人可能获得的胜诉判决得以执行。这是立法者将后入法的行为保全与财产保全一体化规范，从而使行为保全参照财产保全程序规则的原因。与本案请求权相连、忽视人身与财产权益差别下的行为保全程序，不能妥当对接我国民事实体法不断发展的以保护人身权、人格权为客体的行为禁令需求。例如，《反家庭暴力法》有关人身安全保护令的规定表明，人身安全保护令是一种救济措施，而非民事保全措施。人身安全保护令不是为离婚诉讼程序顺利进行而服务的，而是旨在预防、制止家庭暴力侵害行为的发生，维护权利人的的人身安全权，以及保障身体权、健康权等权利的实现。

其二，禁令程序的运行不依附于实体判决程序（或称为本案诉讼程序）。如法国的紧急审理命令程序、依申请的紧急审理命令程序，皆独立于实体判决程序，即使当事人已经提起权利义务关系争议的诉讼，紧急审理命令程序、依申请的紧急审理命令程序仍能进行。^{〔31〕}德国《家事事件和非讼事件程序法》中临时命令（*einstweilige Anordnung*）程序作为独立的程序，不以本案程序的进行为前提要件。我国海事强制令程序以紧急性为要件，不要求当事人在获得海事强制令批准裁定后起诉或者提起仲裁。显然，海事强制令程序是与实体判决程序相独立的程序。^{〔32〕}这种程序独立性并没有被行为保全程序所承继，相反，行为保全程序的非独立性特征明显：《民事诉讼法》第103条、第104条是行为保全条款，其并没有区隔出一个独立于本案诉讼程序的诉中行为保全程序以受理、审裁保全申请；为保障本案执行，行为保全程序不排除法院依职权启动诉前行为保全强制申请人提起本案诉讼程序的法定义务。在行为保全写入法律后颁行的《反家庭暴力法》，否定了《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》将人身安全裁定作为离婚诉讼的保全程序的经验，明确了人身安全保护令程序是与离婚诉讼程序“解绑”的独立程序。

其三，尽管禁令裁定与行为保全裁定皆具有临时性，但其正当性依据不同。防御性权利的紧急性保护需求强度要求应为其提供与诉讼程序有本质不同的简速裁决程序，即禁令案件的裁决结果不是建立在充分的攻防对抗、全面的事实审理、严格的证明活动之上。此种程序运行机制决定了禁令裁定仅具有临时性，表现为裁定书指定的有效期间。与其不同，行为保全裁定的临时性是其附属于本案诉讼程序的结果，是否提起本案诉讼程序决定着保全裁定效力的长短。

随着我国禁令制度日渐壮大，由于欠缺独立禁令程序规范，新发展的禁令制度（如人格权禁

〔31〕 参见沈达明：《比较民事诉讼法初论》，中国法制出版社2002年版，第567页。

〔32〕 参见关正义、王琳：《论海事强制令的独立属性和功能》，载《法学杂志》2015年第4期。

令)存在程序适用规范滞后、程序适用不一等问题,而既有的禁令制度(如人身安全保护令)也因程序援引不明而不能有效适用。^{〔33〕}这使提供独立禁令程序以衔接预防性法律制度的司法适用具有正当性和必要性。

三、独立禁令程序属性界定

清晰的程序属性是建构独立禁令程序的基点。见诸前文,学者对独立禁令程序属性有速裁程序、准司法程序、略式程序等不同见解。实际上,速裁程序只是停留于最高人民法院的构建阶段,其定性并不清晰,将禁令程序界定为速裁程序恐有草率。准司法程序的模糊性定位可能会放弃对独立禁令程序特质的理论证成。我国仅有少数学者提及略式程序、略式诉讼、略式诉讼程序等术语,并无略式程序理论研究,且使用相关术语者均未进行溯源考证,以致认识不一。^{〔34〕}有鉴于此,略式程序是否独立、能否作为独立禁令程序的属性依据,应予专门论证。

(一) 略式程序厘清

为快速处理某些案件而需要简化法律程序,是所有时代法律制度共同的选择。适用于民事诉讼的简化程序源于罗马法,其表现形式是 *summaria cognitio*。^{〔35〕}简化程序作为罗马法非常审判程序时期的一种特别审判程序,偏离了为罗马公民建立的普通程序,并与之并行,只适用于特定的或者明显需要加快审理速度的案件。它可以变通非常审判程序的某些程序规则,或压缩法定的诉讼期限,或简化证明、排除上诉,允许法官依据某些显而易见的事实及时地作出裁决。^{〔36〕}在该程序中,允许在快速和不完整地审查后,对表面上看似合理、可信的证明材料进行采信并作出不产生既判力效力的裁定。而允许适用这一程序的前提是,已设法排除了任何人因以简易方式作出的裁定而感到负担过重的可能性,即允许当事人在该程序后的另一个可以提出充分证据证明的审理程序中主张自己的权利。^{〔37〕}

中世纪晚期,缩短司法程序的迫切需求再次出现, *summaria cognitio* 便由教皇克莱门特五世(Clementines V)的两个法令从罗马法律复兴过来,用作简化的程序形式,是与严格的、繁琐的 *ordo solennis* (普通诉讼程序)相对的一种简化的审判程序。14、15世纪, *summaria cognitio* 制度演变为取代 *ordo solennis* 的另一普通诉讼程序,成为大多数大陆法系现代普通民事程序制度的基础。^{〔38〕}15、16世纪,在德国,由于普通诉讼程序的迂回和冗长,对缩短和简化的需要促使在

〔33〕 参见前引〔3〕,郭小冬文。

〔34〕 学者提及略式程序相关术语可概述为:第一,略式程序是特别的诉讼程序(本质属性是诉讼程序)(参见周翠:《再论督促程序电子化改革的重点》,载《当代法学》2016年第6期);第二,略式程序是诉讼程序非讼化的一种表现(参见胡学军:《对我国督促程序及若干相关完善建议的评述——以一般系统论为视角》,载张卫平主编:《民事程序法研究》第5辑,厦门大学出版社2010年版,第41页);第三,略式程序是非讼程序(参见赵蕾:《非讼程序论》,中国政法大学出版社2013年版,第39页)。

〔35〕 See McMahon, Henry G, Summary Procedure: A Comparative Study, 31 *Tulane Law Review* 573, 574 (1956 - 1957).

〔36〕 See Coretti, Michela, Del summatim cognoscere al proceso de plano: la sumariedad en el Derecho Romano y en la Edad Media, 8 *Vergentis: Revista de Investigacion de la Catedra Internacional conjunta Inocencio III* 45, 47 (2019).

〔37〕 Vgl. Biondo Biondi, Summatim Cognoscere, in BIDR, 1920, S. 258.

〔38〕 See Robert Wyness Millar, Three American Ventures in Summary Civil Procedure, 38 *Yale Law Journal* 193, 193 (1928).

summaria cognitio 的基础上发展出更有特性的简化程序。每一个偏离普通诉讼程序的程序都被冠以 summarische Prozess (略式程序^[39])。由于偏离的程序包括各种诉讼模式,以至于有必要采用“常规—不确定的略式程序”(regulär-unbestimmt summarische Prozess)和“非常规—确定的略式程序”(irregulär-bestimmt summarische Prozess)的分类法。^[40]第一种程序与普通诉讼程序的差异在于司法自由裁量权,法官有权减少期日和诉状的数量,缩短期限等,具有不确定性。但是,在简化的同时,法官必须遵守普通诉讼程序基本规则,例如,对整个争议进行充分审理,特别是不限制抗辩权。因此,该程序被称为“常规—不确定的略式程序”。在任何适合的法律争议中,原告在诉请中可事先提出利用此程序的主张。第二种程序完全背离了普通诉讼程序规则,同时存在着背离程序的规范准则。由此,该程序被命名为“非常规—确定的略式程序”。其只适用于两类特定案件:(1)对某些能够立即证明且对方当事人不大可能提出异议的要求进行快速裁决;(2)给予债权人因债务人的侵害行为而面临遭受损失的危险时的快速保护。“非常规—确定的略式程序”之目的是对有理的权利给予快速支持,裁决是在仅听取一方当事人意见后作出,而另一方的意见根本没有或只在特定的条件下被听取。该略式程序裁决建立在未全面考虑被申请人程序利益、未进行充分司法审理的基础上,因而法律要求债权人提供担保,只能导出临时性裁决。^[41]若裁决不利于被申请人,其可通过普通诉讼程序回复权利。^[42]

德国学者布里格尔布(Briegleb)认为二分法不妥当:普通诉讼程序“缩减化”的第一种略式程序不是真正的略式程序,因其还保有完全审理争议、对争议法律关系的最终裁决等实质特征,只是普通诉讼程序的一种加快形式,使争端极快地通过普通诉讼程序简化形式解决。真正的略式程序是通过实质性地缩小抗辩的范围来限制争议审理的程序,目的是在最终解决争议法律关系的普通诉讼程序性补救措施之外,带来更快但不完美的法律救济,或者直接防止每一项争议因在作出最终裁决前这段期间所引起的延迟救济而产生的不利影响。其对普通诉讼程序的偏离主要体现在:基于疏明认定事实,是一种不完全审理,被申请人只能提出即时可审查的抗辩,司法裁决具有临时性效力。总体而言,普通诉讼程序在形式上有别于自身的加快程序,却在争议审理上区别于略式程序。近年来的程序主义者也对将普通诉讼程序的加速程序与略式程序相结合的观点持反对意见。^[43]因此,布里格尔布将略式程序由异质组合纯化为自治封闭的程序体系,仅以“非常规—确定的略式程序”为外延(见图1)。

当代德国学者认为,虽然德国《民事诉讼法》没有“略式程序”一词,但是,纯化后的略式程序确实存在于民事程序制度中,包含证书诉讼和票据诉讼程序、督促程序、扣押和临时禁令的特别程序规定。这些程序的目的都是快速获得可执行的名义。^[44]日本《民事诉讼法》也没有

[39] summarische (r/n) Prozess/Process/Prozeß, 日本学者将此术语翻译为“略式诉讼”。松浦馨「略式訴訟の概念と本質」法協77卷5号(1961年)489頁以下参照,转引自小池和彦「ドイツ普通法における条件付命令訴訟——督促手続の前身として視点から」近畿大学法学第66卷第3・4号(2019年)280-281頁。鉴于Prozess/Processe/Prozeß也有“程序”之义,结合下文的分析,本文译为“略式程序”。

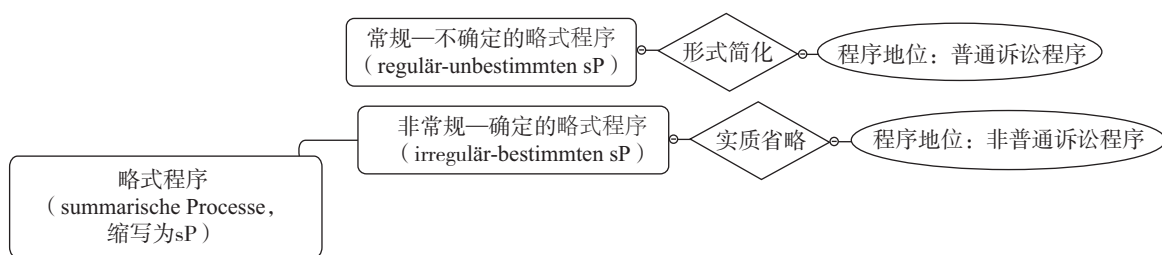
[40] Vgl. Hans Carl Briegleb, Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse, Bernhard Tauchnitz Leipzig, 1859, S. 1-4.

[41] See Engelmann, Arthur, *A History of Continental Civil Procedure*, Little Brown & Co., 1927, p. 582.

[42] 参见前引[40], Hans Carl Briegleb书,第351页。

[43] 参见前引[40], Hans Carl Briegleb书,第1-14, 351页。

[44] Vgl. Meyers Großes Konversations-Lexikon, Band 19, Leipzig 1909, S. 204.



“略式程序”术语，但根据目前的法律，与普通诉讼程序不同的略式诉讼程序包括督促程序、票证诉讼以及假处分命令程序。^{〔45〕}

在民事程序二分的传统理论下，略式程序只有与非讼程序有实质区别，才有存在意义。与非讼程序以法律事实或权利状态的确认为对象不同，略式程序审理的是民事主体寻求快速保护或实现权利的请求。这两种应用于不同程序标的的民事程序在程序运行机理上形成各自的程序结构、程序运行动力、程序效力内容：典型的非讼程序呈现出“申请人申请+法院职权裁量”的单方结构；略式程序是“申请人申请+(被申请人有限抗辩)+法院审理”的不充分性对审结构。非讼事务的非民事权益争议性使非讼程序依非讼法理展开运作，表现为在职权性干预、证明下对法律事实或权利状态作出认定；略式程序的权益对立性要求其运作于依申请、有疏明的诉讼程序，并且与充分的异议审理程序衔接。非讼程序裁决通常缺乏执行内容，也没有执行力，略式程序裁定以强制执行为后盾。

综上所述，略式程序是一种历史悠久的独立程序。作为一种明显的特别程序类型，^{〔46〕} 略式程序独立于诉讼程序、非讼程序，^{〔47〕} 形成独立、自足的程序体系：以提供临时性的迅速救济为基础理念，以有限的事实审理、不提供完整的抗辩保障、不对争议法律关系做终局性判断、裁决具有临时性为特征，以申请、疏明、担保等为制度构成，以配置声明不服救济程序为程序保障的重要内容，为追求简便、及时保护或实现权益的需求适配相应程序。

(二) 独立禁令程序的略式程序属性

在域外法上，为了适应迅速审理的要求，临时禁令程序降低证明标准的要求，可采取单方审理结构进行。依据德国《民事诉讼法》第 928 条、第 920 条第 2 款的规定，申请临时禁令的证明标准为疏明 (Glaubhaft)；根据第 294 条，对临时禁令请求权及请求理由承担疏明义务的申请人，只有提出可即时进行调查的证据时才能被法官采用；依据第 937 条规定，在急迫情形下可以不经言词辩论程序即可作出裁定。即便是在言词辩论程序下，排除被申请人以反诉的方式抗辩，仅能提出即时可调查的证据进行抗辩。^{〔48〕} 基于此，临时禁令裁定仅具有临时性特征。该裁定不

〔45〕 参见《世界大百科事典》(第 2 版)「略式訴訟」の解説，载 <https://kotobank.jp/word/略式訴訟-1215774>，最后访问时间：2022 年 6 月 3 日。

〔46〕 参见前引〔40〕，Hans Carl Briegleb 书，第 244 页。

〔47〕 关于略式程序是特别程序的子类型之一，独立于特别程序体系外的通常诉讼程序，也独立于特别程序体系内的非讼程序，我国学者王强义早已论证。本文认同其观点。参见王强义：《民事诉讼特别程序研究》，中国政法大学出版社 1993 年版，第 1-31 页。

〔48〕 Vgl. Jestaedt. u. a., Designgesetz, Gemeinschaftsgeschmacksmusterverordnung, 6. Aufl. 2019, VO (EG) 6/2002 Art. 85 Rn. 33.

针对争议关系的最终解决，由法院在自由裁量权范围内发布。^{〔49〕}为平衡对当事人双方的程序、实体保障，赋予被申请人多种声明不服救济程序选择权。

日本1989年《民事保全法》规定的假处分命令即临时禁令。为实现假处分命令程序的迅捷性，民事保全命令程序的裁判可以在不通知被申请人、不经口头辩论下进行，申请人在举证目标上达到疏明即可。日本学者新堂幸司指出，假处分命令程序“是对申请人对被申请人的主张妥当与否作出裁判的程序”，这一特征使其成为普通诉讼程序的替代，同时，其具有诉讼程序所载的“使申请人简单地获得债务名义”的程序目的，可以说是“诉讼”程序；另一方面，假处分命令程序“将举证限定于疏明、以决定或命令的形式作出裁判”，这与普通诉讼相异，可视略式程序为普通诉讼程序的简易化。^{〔50〕}与布里格勒布明确将普通诉讼程序加快形式剥离出略式程序的主张相较，新堂幸司对假处分命令程序的略式程序表述似仍混合两种略式程序。林屋礼二对假处分命令程序与普通诉讼程序的差异认识则提供有力的理由，其指出，通常诉讼程序采取“原告的主张→被告的防御→审判→执行”的程序进行，而假处分命令程序在被告的防御之前进行审判、执行，此后，被告的防御以提出异议的形式进行。^{〔51〕}这一差异将假处分命令程序并非普通诉讼程序的加速形式的本相凸显出来，揭示了假处分命令程序是纯化后的略式程序的属性。

可见，德国法、日本法上的临时禁令程序主要特征比较鲜明：不做实体权利义务争议处理、省略充分的攻击防御审理、采疏明的举证目标、法院有自由裁量权、裁决效力有暂时性外观。这些程序特征充分表明临时禁令程序在性质上与略式程序的契合性。

相比德国法、日本法，我国法上缺乏统一的禁令程序规范。不过，我国的禁令制度规则在实践中呈现出了略式程序的特征。在略式程序适用的第二类案件中，启动该程序不要求提供有关实体权利义务争议的终局性判定，是在急迫情形下迅速获得保护的司法救济。与此相同，我国海事强制令、知识产权禁令、人身安全保护令、人格权禁令等制度均是为避免紧急性的损害发生或正在遭受的损害扩大，由申请人向法院申请禁令救济的制度。虽然各具体程序设置因所保护权益的性质及实践特点不同有所差异，但都体现了与临时禁令快速救济相适配的一般性内容，如不处理实体权利义务争议、允许单方申请下的裁定、简短期限内作出裁定。“我国的禁令制度也不通过正常的诉讼程序进行，而是依据当事人申请，法院进行一定的审查即可作出决定，没有赋予申请人和被申请人足够的论证和辩驳的权利。”^{〔52〕}不仅禁令请求诉诸非通常诉讼程序，而且禁令程序所采用的审查方式及审理原则也是特殊的。禁令程序不直接处理民事权利义务争议，而是对禁令请求是否符合防御性请求权的实体要件进行快速形式审查，主要通过询问谈话、听证会的方式^{〔53〕}对

〔49〕 See Fritz Baur, Present German Practices in the Application for Temporary Relief: Attachment and Temporary Restraining Orders, 14 *American Journal of Comparative Law* 247, 247 (1965).

〔50〕 参见〔日〕新堂幸司：《新民事诉讼法》，林剑锋译，法律出版社2008年版，第677页。

〔51〕 林屋礼二「民事保全の史的考察」『民事保全講座（第一巻）』（1996年）23頁以下参照，转引自前引〔39〕，小池和彦文，第281页。

〔52〕 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典人格权编理解与适用》，人民法院出版社2020年版，第95页。

〔53〕 采用询问方式的案件，如“上海假面信息科技有限公司与杭州网易公司等案”，陕西省西安市中级人民法院（2019）陕01行保1号民事裁定书。采用听证会方式的案件，如“北京快手科技有限公司与四川金蟾微网络科技有限公司案”，四川省成都市中级人民法院（2021）川01行保3号民事裁定书。

证据资料进行审查和判断,紧急情况下可以仅审查申请人提供的证据资料。申请人在申请书中应载明申请所依据的事实和理由并附上有关证据,需要证明他人正在实施或即将实施侵害申请人合法权益的行为。此要件中的“有关证据……证明”,在司法实践中被普遍表述为申请人提供的证据“初步证明/表明”。〔54〕在初步证明标准下,当事人提供有限的事实主张及表面证据供法院进行审查、作出判断即可。这种审查方式与略式程序的审查方式相同。禁令裁定是在表面审查原则下对特殊实体权利保护请求的非终局性判断,故其所具有的形式确定力和执行力是暂时的。这与略式程序裁定的临时性效力具有一致性。我国《反家庭暴力法》第30条规定人身安全保护令有效期间不超过6个月。比较有争议的是人格权禁令的有效期,有临时性与非临时性的观点分歧。〔55〕笔者认为,《民法典》第995条、第997条都是停止侵害的请求权基础,不同的是,第997条明确强调了申请人提出禁令申请时应证明侵害行为的“紧迫性”、损害的“难以弥补”要件,这要求法院对这种禁令申请及时、简便地作出裁决,否则,该实体请求权将因无实践力而成为“具文”。前后条文规定差异明显,如果将第997条也解释为非临时性效力的人格权禁令,则将面临与第995条人格权禁令(终局禁令)〔56〕关系厘定的难题。

综上所述,中外民事禁令制度皆具有略式程序的特征。识别略式程序的程序地位,探求禁令程序的略式程序定性,有利于指导建构我国的独立禁令程序。

四、独立禁令程序设置

程序属性是程序建构的原点。明晰了禁令程序的略式程序属性,为其程序建构提供了理论指导。同时,从程序设置的基本原理上看,独立禁令程序也由民事程序运行的基础环节构成,申请程序、审理程序、裁决程序、救济程序等以实现程序功能为要求的环节揭示了设置独立禁令程序的任务。

(一) 申请程序

独立禁令申请程序应设定启动要件,以防止申请人滥用临时救济程序给被申请人及法院造成负担,其中包括:(1)向有管辖权的法院提出申请。临时禁令案件对效率具有极大需求,无须终局解决争议法律关系,其管辖应符合及时保护或实现权利的基本目的,兼顾法院仲裁、执行的便利,结合2021年出台的《最高人民法院关于调整中级人民法院管辖第一审民事案件标准的通知》《关于完善四级法院审级职能定位改革试点的实施办法》两份司法文件,在级别管辖上,原则上由基层法院受理。在地域管辖上,当侵害行为尚未发生时,原则上应向被申请人所在地的基层法院提出申请;特殊案件中为平衡当事人利益保护,也可向申请人所在地的基层法院提出申请,如

〔54〕如“深圳市腾讯计算机系统有限公司与重庆天极畅娱网络科技有限公司等案”,重庆自由贸易试验区人民法院(2019)渝0192行保1号民事裁定书;“百鲜食品(福建)有限公司与马士基有限公司案”,厦门海事法院(2020)闽72行保2号民事裁定书;“李雪琼与王华强案”,广东省惠州市惠城区人民法院(2021)粤1302民保令4号民事裁定书;《演员刘涛“被代言”?广互作出首份人格权侵害禁令!》,广州互联网法院官方微信“法脉准绳”,2021年8月25日。

〔55〕持临时性观点的如张素华:《论人格权禁令的性质及司法适用》,载《比较法研究》2022年第6期。持非临时性观点的如朱虎:《人格权侵害禁令的程序实现》,载《现代法学》2022年第1期。

〔56〕参见前引〔6〕,严仁群文。

人身安全保护令案件。当侵害行为正在进行，侵权行为实施地、结果发生地的基层法院也应有管辖权，但法定的专门法院除外。提出禁令请求时，如果实体判决程序已经启动，则出于诉讼经济、诉讼效率考虑，应由该实体判决法院管辖。(2) 申请的法定程式要求。一是申请必须符合法定的程式。为达到迅速审查的目的，原则以书面申请为主。申请书应当载明被申请人、请求权、具体的请求内容、所依据的事实与理由，并附上相关证据。首先，申请人应当依据实体法中防御性请求权基础申请禁令。其次，申请书中的请求内容及所依据的事实与理由应当具体化，以便于法院裁决。如果有排除侵害行为的紧迫性需求，不能合理地期望申请人忍受漫长的诉讼程序，就存在申请禁令的理由。可在总结海事强制令等申请理由之上作出原则性规定，并设定除外规则。^{〔57〕}最后，与简便、快速获取具有暂时性的执行名义的程序目标相适应，在请求权、申请理由的存在及程序先决要件上采疏明的举证，即要求证据方法限于可被法官立即进行调查并作出判断。^{〔58〕}二是交纳案件受理费。我国法规及司法解释根据权益性质不同要求有别，^{〔59〕}此种做法具有合理性。(3) 申请还需符合其他要件，如属于法院主管范围、申请人适格、具有诉的利益，可适用民事诉讼一般规则，不再赘述。

(二) 审理与裁决程序

首先，厘清独立禁令审理程序二元结构，重点把握不充分性审理本质。略式程序既有单方申请裁决，也有特定条件下的对审裁决。就禁令审理程序而言，考虑到权益对法律保护需求强度有差异，若采对审程序，就会拖延裁决，无法对权益紧急处置，这时可依法采单方结构。两大法系国家为保障被申请人法定听审权，都以对审裁决程序为一般情形、以单方审裁程序为例外。但在二者结构关系上：美国的单方临时限制令程序依附于对审的初步禁令程序；德国、日本、法国的单方审裁程序与对审裁决程序是互斥关系。尽管单方审裁程序会严重影响被申请人利益，但其本身仅在例外下适用，程序运作需由申请人疏明、担保，被申请人异议程序为后置程序保障，这些条件的聚合可将对被申请人的不利降至最低。再者，为及时救济被申请人利益，单方审裁对其不利的，就转为通常诉讼程序解决争议更为妥当。因而，禁令程序在结构设置上可采用互斥的二元结构。为实现迅速做出裁决的目的，按照略式程序原理，禁令程序的审理是不充分性的审理，在审查方式上是有限的形式审查：单方审裁程序是最不充分性的审理一端；对审程序在审查方式上也是不充分性的审理，主要表现在对当事人的攻击防御方法进行限制，仅允许提供即时可调查的证据方法，不允许提出反诉等。而即时可调查的证据要求也表达了法官心证的程度已达致疏明，即法官产生大致如“若不签发禁令则申请人陈述的侵害行为即将发生或正在发生的侵害行为将要扩大，致使其遭受重大的损害”的心证后，即应认可申请，否则驳回申请。

其次，在审查内容上，法院除依职权审查程序性要件外，还应审查签发禁令所需的实质要件。法官既要对禁令请求权基础、请求依据的理由进行实质判断，还应衡量签发禁令对申请人与

〔57〕 如自我驳斥 (Selbstwiderlegung) 情形否定紧急性。自我驳斥，即如果申请人在知悉相关紧急性情况后很长一段时间后才提交禁令申请，则此容忍或拖延将驳斥紧急性的法律推定。

〔58〕 参见前引〔50〕，新堂幸司书，第373页。

〔59〕 我国《诉讼费用交纳办法》第10条要求申请海事强制令应交纳受理费，而《人身安全保护令案件批复》明示人身安全保护令案件不需要预交受理费。

被申请人、私人利益与公共利益的影响,根据案件情况进行“综合考量”的实质判断。

最后,禁令程序裁决方式及裁定效力。略式程序的子程序在裁决方式上有判决、决定、裁定、命令等形式。我国禁令制度采裁定方式。从程序特征角度看,裁定与我国法律体系也更为契合。在我国,与有关实体权利义务的判决相比,裁定主要为法院针对程序问题作出的判断或安排,但不排斥将裁定用于临时性的司法救济程序。例如,《反家庭暴力法》第26条规定,人身安全保护令由法院以裁定方式作出。尽管禁令裁定并非权利义务争议的终局性判断,但是,禁令裁定的内容也可能直接或间接指向当事人的实体权利义务。就设置临时禁令裁定有效期间来看,临时禁令虽以临时性为特征,但一旦生效,就会限制被申请人的行动自由,为将限制控制在合理限度,有必要明确裁定的有效期限。我国人身安全保护令的有效期不超过6个月,允许法官在具体案件中酌定期间的做法可暂予适用。“不超过”赋予了法官在具体案件中酌定期间的正当性,为个案中的具体情形具体适用预留了空间,使法官可在听取当事人意见的基础上,灵活地决定禁令有效期间。这种立法技术可用于禁令效力期间的设置。就禁令裁定效力而言,因裁定程序未充分给予当事人程序保障,使得禁令裁定缺乏既判力正当化根据,因而不具有既判力。

(三) 送达与执行程序

在禁令程序中,高效送达裁定尤为重要,尤其是单方审裁程序下,被申请人只有在知悉裁定载明的被限制行为时才有可能履行特定行为。同时,送达裁定也是计算被申请人异议权存续的法定起点。然而,我国禁令制度送达程序规则不尽如人意,海事强制令程序无送达规则,人身安全保护令仅规定受送达主体,未(充分)重视送达时限在平衡当事人利益上具有的重要作用。德国《民事诉讼法》第929条第3款规定,对于送达被申请人之前先行执行的,若在执行后已满一周或在该条第2款规定的执行时效期间(一个月)届满时还未送达被申请人,将不能再有强制执行力。这种将送达与执行关联的立法,使送达制度具有了对被申请人提供程序保障之意。从禁令程序的紧急救济功能、裁定的临时性特征,以及我国将禁令裁定送达定性为法院权力来看,为使被申请人的知悉权得到及时保障,可采取较短的送达时限规定,期限届满未送达的,裁定将不再具有强制执行力。禁令裁定作出即产生执行力,对其申请执行的,应准用强制执行规则,法律另有规定的除外。

(四) 救济程序

略式程序案件因无必要或因情况紧急无法提供充分性对抗,在略式程序中压缩了被申请人的程序保障空间,因此,在略式程序之后,应赋予被申请人通过实质性异议提起普通诉讼程序以充分行使各项程序权利的选择权,这是略式程序的后发性程序保障机制。^[60]我国临时禁令制度的当事人声明不服程序是向作出裁定的法院申请复议,该程序的具体运行规则并不清晰。在当事人不服裁定时,仍要向本法院请求再度审查,难以消除当事人对裁决结果客观公正的疑虑。为了尊重并保障被申请人享有的程序权益,应当给予其在终局性判定权益的司法程序中充分表达意见的

[60] 在裁定的作出程序中采书面审查原则,对该裁定不服的救济程序,可给予适用言辞辩论程序进行保障。这种程序制度安排,在民事诉讼法学理上被称为后发的程序保障。参见肖建国:《执行当事人变更与追加的救济制度研究——基于德、日、韩执行文制度的比较研究》,载《法律适用》2013年第7期。

机会。依据后发性程序保障理论，当被申请人提起实质性异议后，^{〔61〕}应通过诉讼程序展开充分性审理，终局性地解决案件争议。德国法、日本法上为申请人在申请被驳回后提供了即时抗告的权利，^{〔62〕}同时为被申请人创设了多种救济程序。其一，异议程序。异议审理程序实为异议之诉程序，由做出禁令裁定的法院对异议进行审理，但是，在同一审级内要转换为言词辩论程序进行审理，保障当事人充分行使攻击防御方法，作出认可、变更或撤销临时禁令裁决的终局判决（日本法上用“决定”）。对该终局判决可进行再救济。其二，申请命令起诉程序。为被申请人提供另一条通向诉讼程序的程序选择权。当申请人获取临时禁令裁定后未提起实体判决程序时，被申请人可向法院申请命令申请人于一定期间内提起实体判决程序，若申请人未提起该程序，则法院可依被申请人的撤销申请撤销临时禁令裁定。其三，临时禁令裁定所保护的權利或保护的必要性消灭或发生其他情况变更的，被申请人可向作出裁定的法院申请撤销临时禁令裁定。上述三种后发性程序保障机制交由被申请人选择，提供转轨为诉讼程序的民事程序转换机制，从而保障了被申请人在诉讼程序中进行充分抗辩的可能性，不会因临时禁令程序省略实质审理、限制抗辩手段致使其所遭遇的不公无法及时纠正。

德国法、日本法侧重于实质异议的诉讼性、诉权的对等性、程序保障的弥补性的救济程序设置，使当事人双方在充分对抗的判定程序中实现了权益维护的一种动态制衡，为构建我国禁令裁定救济程序提供了经验。概括地说，对于申请人的声明不服救济，即申请人不服驳回禁令申请裁定的，可允许其立即上诉，原因在于：一方面，申请与起诉是有相同效果的诉讼行为，裁定驳回起诉的救济方式也应适用于裁定驳回申请；另一方面，禁令裁定是审判组织运用审判权的结果，应由上一级法院对其行使审判权进行监督、审查，后者所适用的程序应为上诉审程序。出于效率考量，在这类案件的上诉审程序中，可以采用书面审查的方式。对于被申请人的声明不服救济：第一，当被申请人提出临时禁令裁定实有错误应予撤销或变更的实质性异议时，应为其提供转轨为诉讼程序的救济——异议之诉程序。在该程序中，法院应保障当事人行使充分的程序权利。第二，在临时禁令的有效期内，因出现新的立法或事实使临时禁令请求权、请求理由不复存在，或者出现被申请人提供充足的担保等法定情形，赋予被申请人提起撤销禁令裁定的诉讼程序。由于这些事具有显而易见的特征，可经表面证据疏明，由被申请人借助简便的复议程序申请撤销。异议之诉程序及复议程序期间不停止禁令裁定的执行，但被申请人提供充足担保等法定情形除外。法院宣告撤销之时禁令裁定效力终止。

五、余 论

禁令案件对法律保护需求的紧急程度，使其难以经诉讼程序和非讼程序妥当实现。依据程序相称性原理，需要一种与此种需求适配的快速程序。因社会主体对快速获取执行名义的需求而衍

〔61〕 实质性异议，指被申请人提出的异议导致案件事实、权利义务关系需要经过充分的攻击防御的实质审理才能做出判断的情形。实质性异议不能以复议方式书面形式审查解决。

〔62〕 有关条文参见德国《民事诉讼法》第567条第（1）款第2项、第572条、第936条、第924—927条；日本《民事保全法》第19条、第26—42条。

生的不处理争议法律关系、仅允许当事人有限地行使攻击防御手段、法官基于表面审理即可作出裁决的略式程序，契合了禁令案件的需求。略式程序为独立禁令程序的规则建构提供了理论依据。独立禁令程序是申请人面临紧急侵害行为时快速获取执行名义，以维护权益的一般性程序。将目光投向具体的禁令制度可知，不同种类的权益有各自特定构造的禁令规则，如人身权与财产权；即便相同性质的权益，由于条件的不同，往往可以采取多种不同的禁令规则，如人格权与身份权。从程序设置原理看，对一般程序可以分层设置子程序，以延展一般程序的实践力。故而，在独立禁令程序之上，结合具体权利特征，如何对具体禁令程序规则进行设置或完善，将是进一步研究的对象。

Abstract: The scholarly community has incidentally put forward the proposition that “an independent injunction procedure applicable to all acts should be constructed” when studying the issue of procedural adaptation of personality rights injunction, but there are different understandings of the attributes of the procedure. Different from the opinions of academic circles, the practice of procedural adaptation of injunctive system in China is to be determined one by one in the law or by judicial interpretation. At a time when the central government emphasizes the improvement of the preventive legal system, whether and how to construct an independent injunction procedure should be specifically studied. The provision of injunction procedures is the right of judicial protection, and the preventive function of defensive claims makes it necessary to resort to injunction procedures to achieve. There is no independent injunction procedures in China, and it should be constructed. The definition of the properties of the independent injunction procedure is the cornerstone of the construction of the procedure. According to the principle of procedural proportionality, the characteristics of injunction cases to quickly obtain the enforcement name to stop and prevent urgent infringement make its procedures escape from the traditional dualism of civil procedures. To clarify the status of the abbreviated procedure as a mature third procedure from a historical perspective will provide an attribution for the properties of the injunction procedure, and then the independent injunction procedure will be constructed under the guidance of the abbreviated procedure theory.

Key Words: injunction against infringement of personality rights, temporary injunction, civil procedure, summary procedure, injunction procedure

(责任编辑:王叶刚 赵建蕊)