

论侵害人格权的诉前禁令制度

王利明*

内容提要：我国民法典人格权编草案对人格权诉前禁令制度作出规定，意义重大。人格权诉前禁令彰显了人格权法独特的损害预防功能，其适用并不以行为人构成侵权为要件，具有独特的适用条件，在适用范围、法律效力等方面具有独特性。人格权诉前禁令不能为停止侵害的责任形式所涵盖，在人格权编中明确规定该制度，必将进一步强化对人格权的保护，有效防范侵害人格权行为的发生，充分彰显人格权的价值和功能。

关键词：民法典 人格权 诉前禁令 损害预防

一、引言

《民法典各分编草案》（一审稿）第780条在总结司法实践经验的基础上，对侵害人格权的诉前禁令（preliminary injunction）制度作出了规定。侵害人格权的诉前禁令制度（以下简称“诉前禁令”）对于及时制止侵害人格权的行为、有效预防侵害人格权损害后果的发生具有重要意义。我国《民法典各分编草案》对诉前禁令作出规定，既是我国民事司法实践经验的总结，也是民事立法的重大创新，势必会对人格权的救济手段产生重大影响。然而，在民法典人格权编的制定过程中，对于是否需要在该编中规定诉前禁令，仍存在争议。有鉴于此，笔者拟对人格权编规定诉前禁令的必要性及其基本制度谈一点看法。

* 王利明，中国人民大学法学院教授，中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员。
本文为国家社科基金重大项目“人格权保护立法研究”（18ZDA143）的阶段性成果。

二、人格权诉前禁令彰显了人格权法独特的损害预防功能

诉前禁令是近几十年来在民法尤其是知识产权法领域日益受到重视的一项制度。^{〔1〕}所谓诉前禁令,是指当侵害他人权益的行为已经发生或即将发生时,如果不及时制止,将导致损害后果迅速扩大或难以弥补,在此情形下,受害人有权依法请求法院颁发禁止令,责令行为人停止相关侵权行为。诉前禁令的主要功能在于及时制止不法行为,防止损害的发生或者持续扩大,从而对权利人提供及时的救济。民法典所规定的诉前禁令与程序法上的诉前禁令虽有密切联系,但也存在明显区别。程序法上的诉前禁令是指在原告提起诉讼前,为防止诉讼迟误可能对权利人造成不可弥补的损害或者证据被销毁的危险,法院依照一方当事人请求,采取及时有效的临时性措施,责令侵权人停止有关侵权行为的一种行为保全措施。^{〔2〕}而实体法上的诉前禁令则是由实体法所规定的防范实体侵权的救济手段。从比较法上来看,许多国家认可了诉前禁令制度,主要应用于知识产权等领域,但现在其应用领域有逐渐扩大的趋势,在人格权侵权中受到了越来越多的重视。^{〔3〕}

英美法中,“诉前禁令”被称为“临时性禁令”,它是由英国历史上的衡平法院发展而来的、由法院自由裁量给予当事人的一种救济方式,目的在于弥补普通法法院给予法律救济的不足、预防侵权行为的发生和制止侵权行为的继续。有学者认为,诉前禁令始于1975年以丹尼勋爵为院长的英国上诉法院所发布的玛丽瓦禁令(Mareva Injunction),^{〔4〕}此种禁令主要适用于情况紧急的状态,目的在于及时制止损害后果的发生和扩大。^{〔5〕}该制度也经常适用于对名誉等权利的保护,例如,为了制止诽谤性的言辞进一步传播,造成不可弥补的后果,受害人有权申请“临时的禁令”(interim injunctions),以制止损害的扩大。^{〔6〕}法院经过审查可以向侵权行为人本人发布停止侵权的禁令,一旦禁令到达侵权行为人本人,便对其发生法律效力。在美国法中,诉前禁令针对的是那些情况紧急的情形,当事人申请禁令应当提供足够的证据,证明如果不采取诉前禁令方式,其合法权益将会遭受无法弥补的损失。^{〔7〕}对此,法院应当及时进行审查,而且由于侵权行为往往具有紧迫性,法院通常只是对申请人的请求进行形式审查。^{〔8〕}

大陆法系中与英美法的禁令制度比较类似的是诉前保全制度。在德国,近年来,诉前保全程序的适用范围有不断扩大的趋势,其主要适用于如下领域:(1)人格权侵权。例如,名誉权或其他人格权有受不法侵害的危险,或有继续受侵害的危险,受害人可申请诉前保全,制止行为人在

〔1〕 See Tilman Vossius, Current Trends in Interlocutory Injunction Proceedings Relating to Patent Cases in Europe, 2 *Int'l Intell. Prop. L. & Pol'y*, 20-21 (1998).

〔2〕 参见李义凤:《论环境公益诉讼中的诉前禁令》,载《河南社会科学》2013年第6期。

〔3〕 E Guldix, A Wylleman, *De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Belgisch privaatrecht*, (1999) 36 TPR 1589 at 1645 ff.

〔4〕 参见江伟、肖建国主编:《民事诉讼法》,中国人民大学出版社2018年版,第257页。

〔5〕 参见前引〔2〕,李义凤文。

〔6〕 See David Price, Korieh Duodu, *Defamation, Law, Procedure and Practice*, Sweet & Maxwell, 2004, p. 231.

〔7〕 See Peter S. Menell, *Patent Case Management Judicial Guide*, Third Edition, Volume I, Pretrial Case Management, Clause 8 Publishing, 2016, pp. 2-3.

〔8〕 参见和育东:《试析专利侵权诉前禁令制度存在的问题》,载《法学杂志》2009年第3期。

一定期限内为一定行为。德国法经常采用禁止令保护人格权。^{〔9〕}（2）公司法领域。例如，某种行为侵害公司的经营权，也有可能适用诉前保全制度。（3）竞争关系领域。例如，《德国不正当竞争法》（UWG）规定了妨害竞争的假处分、竞业禁止假处分以及不正当竞争禁止假处分等。^{〔10〕}假处分是相对假扣押而言的，主要针对非金钱债务，即用于保全金钱债权以外特定给付请求权的假处分，其实质是防止债务人对系争标的物实施处分、隐匿等危及债权实现的行为。^{〔11〕}（4）知识产权法领域。例如，针对侵害知识产权的行为，法院在最终判决作出之前，可以作出预先裁决，责令行为人停止出版、禁止发行流通，或责令将出版物全部或部分予以查禁。^{〔12〕}此种保全措施对于避免侵权行为所造成的持续损害具有重要意义。^{〔13〕}《法国民事诉讼法》也规定了临时裁定制度，允许法官根据一方当事人的请求，在紧急情况下发布命令制止侵权行为的继续。^{〔14〕}也有一些大陆法国家借鉴了英美法的做法，采取了禁令的方式。例如，日本借鉴美国的经验，当某人的精神权利将要被侵犯或正在被侵犯时，赋予其向法院要求禁令救济的权利，^{〔15〕}以避免将要发生的侵害或减轻正在发生的侵害。在日本债法修改中，许多学者就建议规定人格权请求权中的禁令制度，以预防和制止侵权的发生和扩大。^{〔16〕}但该建议尚未被采纳。欧洲人权法院也采用此种方式为受害人提供救济。例如，在 Editions Plon v. France 一案中，原告认为，被告出版相关书籍违反了医疗保密义务，将侵害法国前总统密特朗的隐私，因此提出颁发禁止令的申请，欧洲人权法院颁发了禁止出版令，以防止损害的扩大。^{〔17〕}

在我国《民事诉讼法》修改之前，我国知识产权法中就已经规定了诉前责令停止侵权行为制度，^{〔18〕}即在知识产权权利人有证据证明他人正在或者即将实施侵权行为，如果不制止将使其合法权益遭受难以弥补的损害时，可以在起诉前向法院申请责令停止有关行为。2017年修改的《民事诉讼法》第100条第1款规定：“人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决难以执行或者造成当事人其他损害的案件，根据对方当事人的申请，可以裁定对其财产进行保全、责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为；当事人没有提出申请的，人民法院在必要时也可以裁定采取保全措施。”这就从程序法的角度确立了诉前禁令（诉前行为保全）制度。诉讼法所规定的诉前禁令制度在性质上是一种诉前行为保全，其请求权基础来自于实体法（如知识产权法）的规定，只不过依据程序选择权原理，《民事诉讼法》规定的诉前行为保全制度对实体法禁令制度的适用虽然有一定的借鉴意义，但其无法代替后者。因为一方面，在当事人人格权遭受侵害或有可能遭受侵害的紧急情况下，受害人在请求法院颁发诉前禁令时，只能以实体法为依

〔9〕 BGHZ 138, 311, 318.

〔10〕 参见前引〔4〕，江伟、肖建国主编书，第252-253页。

〔11〕 参见前引〔4〕，江伟、肖建国主编书，第251-252页。

〔12〕 参见〔奥〕赫尔穆特·考茨欧、亚历山大·瓦齐莱克：《针对大众媒体侵害人格权的保护：各种制度与实践》，匡敦校、余佳楠、张芸、刘亚男译，中国法制出版社2013年版，第170页。

〔13〕 参见前引〔2〕，李义凤文。

〔14〕 参见沈达明编著：《衡平法初论》，对外经济贸易大学出版社1997年版，第290-291页。

〔15〕 See Supreme Court, 11 June 1986, Hanrei-Times No. 605, p. 42 (Hoppou Journal Case).

〔16〕 参见《民法改正案》，载《法律时报》2009年增刊。

〔17〕 See Editions Plon v. France. Application No. 58148/00.

〔18〕 参见《著作权法》第50条、《专利法》第66条和《商标法》第65条。

据，而不能以程序法为依据。法院在判断是否具备颁发诉前禁令的条件时，尤其是申请人是否存在胜诉的可能性时，也应当以实体法为依据。另一方面，《民事诉讼法》所规定的诉前禁令制度在性质上是一项程序性规范，而人格权法所规定的诉前禁令制度是人格权效力的体现，这也进一步明确了程序法上诉前禁令的请求权基础。诉前禁令不仅具有救济的功能，而且具有预防侵权行为发生的功能。尤其是在《民事诉讼法》中，诉前禁令措施被称为行为保全，^{〔19〕}但与财产保全不同，人格权法中的诉前禁令是人格权效力的体现，其主要功能并不在于保全财产以保障将来判决的有效执行，而在于制止不法侵害行为的发生或者扩大。因此，不宜以《民事诉讼法》中的诉前禁令制度替代人格权法中的诉前禁令制度。

在我国司法实践中，有的法院已经在侵害人格权的纠纷中采用了诉前禁令的方式。例如，在“杨季康（笔名杨绛）诉中贸圣佳国际拍卖有限公司（以下简称中贸圣佳公司）、李国强侵害著作权及隐私权纠纷案”（以下简称“钱钟书书信案”）中，中贸圣佳公司于2013年5月发布公告称，其将于2013年6月21日公开拍卖相关私人信件，并在拍卖前举行研讨会和预展活动。此后，杨季康提出诉前申请，请求法院发布禁令，北京市第二中级人民法院审查后，依法于6月3日作出了禁止中贸圣佳公司实施侵害著作权行为的裁定，中贸圣佳公司随后宣布停拍。由于我国立法尚未规定侵害人格权的诉前禁令制度，因此，该案是通过侵害著作权的行为保全裁定对权利人提供救济的。笔者认为，通过著作权法保护民法上的人格权是不周延的，可能无法有效制止许多侵害人格权的行为。因此，《民法典各分编草案》在总结司法实践经验的基础上，对侵害人格权的诉前禁令制度作出了规定。当然，民法典和未来相关法律应当进一步明确诉前禁令的适用程序和条件，以防止当事人恶意申请，滥用诉前禁令制度。

诉前禁令的主要功能在于预防损害。在人格权法中对诉前禁令作出规定，是发挥人格权法立法功能的重要体现。人格权法注重事前防范、事前预防，而侵权法则注重事后救济。发挥人格权法的预防功能，正是人格权独立成编价值的体现。在互联网时代，一旦发生网络侵权行为，其损害后果即覆水难收、不可逆转，甚至造成难以估计的损害，因此，在人格权保护中，更应当强调对损害的事先预防。例如，有人拍到了一个明星的隐私照片，对外扬言准备发布，受害人要进行侵权诉讼，则其很难证明行为人的行为符合侵权责任构成要件，因为在其发布相关照片之前，并未造成实际的损害后果，行为人的拍摄行为可能是合法的，不能当然认定其拍摄行为构成侵权，如果必须等到其发布相关照片后再对权利人进行救济，则损害后果将难以估计，也难以恢复原状。正是为了进一步强化对人格权侵权的预防功能，《民法典各分编草案》在人格权编第780条规定了诉前禁令规则，允许受害人向法院申请责令停止有关行为的诉前禁令。

需要指出的是，诉前禁令作为一种预防损害的措施，很难在侵权责任法中作出规定。一方面，侵权法是救济法，是在权利遭受侵害的情形下对受害人所遭受的损害进行救济，在通过侵权法对受害人提供救济的情形下，通常需要存在侵权行为，而且造成了实际的损害后果，即便对预防性的责任形式而言，其适用也需要行为人构成侵权。但在适用诉前禁令的情况下，权利人并不需要证明行为人构成侵权。另一方面，现代侵权法虽然也有预防功能，但与人格权法相比，其损

〔19〕 参见赵钢、占善刚、刘学在：《民事诉讼法》，武汉大学出版社2008年版，第8页。

害预防功能相对较弱，只能规定事后的救济，而无法事先规定相对人的义务以发挥预防功能，而这恰好是人格权编应当发挥的功能。由此可见，将诉前禁令规定在人格权编是十分恰当的。

将诉前禁令制度纳入在民法典中独立成编的人格权编，有利于强化对侵害人格权行为的预防功能。人格权编的一些规则不仅可以规定权利人的权利，还可以规定相关主体的义务。例如，就性骚扰而言，人格权编就规定了用人单位有采取相关措施避免性骚扰行为发生的义务。再如，信用评价人对他人的信用评价要及时核查，发现错误要及时纠正。这些规定其实都是为了防范侵害人格权行为的发生，这也是人格权独立成编以后所能够发挥的、侵权责任法无法替代的作用。笔者认为，应当在民法典人格权编中对此作出相应的规定，以起到预防的作用。还有，在互联网、高科技时代，法律遇到的最严峻挑战就是隐私、个人信息的保护问题，个人信息泄露已经成为一种“公害”，如何保护个人信息，如何强化信息收集者、共享者以及大数据开发者的信息安全保护义务等，是人格权编应当发挥的功能，而这恰好也是侵权法无法解决的问题。

三、人格权诉前禁令不能为停止侵害的责任形式所涵盖

《民法典各分编草案》在借鉴我国知识产权法和民事诉讼法立法经验的基础上，为了强化对人格权的救济，于第780条规定：“民事主体有证据证明他人正在实施或者即将实施侵害其人格权的行为，如不及时制止将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在起诉前依法向人民法院申请采取责令停止有关行为的措施。”该条对侵害人格权的诉前禁令制度作出了规定，该制度是从中国实际出发、针对实践中大量出现的侵权而采取的一种预防侵害人格权行为的有效方式，相对于《民事诉讼法》规定的行为保全制度而言，人格权诉前禁令制度具有特殊性，有必要在民法典中作出特殊规定。

问题在于，诉前禁令是否应当包含在停止侵害的责任形式中？对此存在一定争议。有观点认为，诉前禁令本质上是停止侵害的一种形式，没有必要再额外单独作出规定。应当看到，诉前禁令和停止侵害具有相似性，与停止侵害一样，诉前禁令的主要功能在于预防侵权行为的发生和扩大。在美国法中，诉前禁令旨在在判决前制止侵权行为，其主要功能在于避免损害的发生或者继续扩大，以防止给权利人造成难以弥补的损失，而不是为了保障将来判决的顺利执行。^[20]我国民法典人格权编采纳该规定，也是为了发挥类似的功能。诉前禁令的适用既可以防止侵权行为的继续，也可以在有发生侵权行为之虞时，阻止侵权行为的发生。因为在这种情况下，诉前禁令制度能够阻止损害的实际发生，客观上起到了预防效果。例如，前述“钱钟书书信案”中，行为人的拍卖行为虽然尚未实施，但一旦实施，将侵害权利人的隐私权益，在此情形下，权利人可以申请法院颁发禁令，责令行为人停止相关行为，以防止侵害隐私权行为的发生。再如，在“丁某某与东营市东营区旅游局等申请诉前停止侵犯著作权纠纷案”中，^[21]被申请人未经申请人同意，擅自使用申请人拍摄的《黄河故道晨曦》制作成旅游宣传画册和大型户外宣传广告，进行广告宣

[20] 参见郭小冬：《民事诉讼侵害阻断制度释义及其必要性分析》，载《法律科学》2009年第3期。

[21] 参见山东省东营市中级人民法院（2008）东民三禁字第5号民事裁定书。

传。法院应申请人的请求，颁发诉前禁令，要求“被申请人立即停止使用申请人拍摄的《黄河故道晨曦》摄影作品并收回所出售的旅游宣传画册”。尤其是，在侵权行为处于持续状态时，通过禁令制止行为人的侵权行为，可以有效防止损害后果的持续扩大。例如，行为人在网上散播严重毁损他人名誉的言论，受害人一经发现，即可以申请法院颁行禁令，要求网站予以删除、屏蔽，以防止损害后果的扩大。虽然诉前禁令与停止侵害在功能上具有相似性，但诉前禁令在性质上不同于停止侵害，也不能包括在停止侵害的责任形式中，其原因在于：

第一，二者行使的条件不同。停止侵害一般针对持续性、重复性侵权行为，其适用要求侵害行为正在进行，而且行为人的行为存在明显的侵权外观；同时，停止侵害作为责任承担方式，以判决的生效为前提条件。而对诉前禁令而言，行为人的行为是否构成侵权尚不确定，与停止侵害不同，在相关的侵害行为尚未实施时，权利人难以主张行为人停止侵害，但可以采用禁令的方式，预防侵害行为的发生。同时，诉前禁令仅适用于情况紧急的侵害行为，即民事主体有证据证明他人正在实施或者即将实施侵害其人格权益的行为，如不及时制止将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以依法向人民法院申请采取责令停止有关行为的措施。也就是说，在特定情形下，如果不及时采取禁令措施，制止侵权行为的继续进行，可能会造成损害的进一步扩大，甚至导致权利人遭受经济损害以外的其他难以弥补的损害（如其他人格利益的损害、商誉的减损、市场份额的下降、专利价值的减损等）。〔22〕而停止侵害作为一种侵权责任承担方式，必须是在责任确认之后才可以由法院作出，此时损害后果已经产生，并可能被无限扩大，从这一意义上说，停止侵害是一种事后救济措施。这就有必要在实体判决结果作出之前，通过诉前禁令制度在程序法上给予当事人一种临时的救济措施，以防止损害后果的发生和扩大。可见，与停止侵害相比，诉前禁令制度能够将法院发出强制性命令的时间点提前，从而更早实现对损害的预防。

第二，二者是否具有临时性不同。人格权诉前禁令具有临时性措施的特征。诉前禁令是申请人针对侵权人实施的侵权行为，申请法院责令被申请人停止一定的行为，其通常被认为是一种临时性的措施。诉前禁令临时性措施的特点主要表现在如下几个方面：（1）诉前禁令是针对紧迫情况而发布的，其不同于法院的终局判决。诉前禁令须贯彻最低限度的程序保障，不过程序保障的程度较低，难以与本案诉讼相提并论，法院往往根据申请人的陈述、履行必要的简易听证程序即颁行禁令。实践中存在法院仅对当事人的申请进行书面审查的做法，这使得禁令的颁行缺乏审判中的质证等程序。（2）诉前禁令的功能在于临时制止行为人的侵害行为，即人格权在遭受侵害或者有受侵害之虞时，通过颁发禁令的方式临时制止行为人的侵害行为，其并不能终局性地确定当事人之间的权利义务关系。（3）诉前禁令的效力期间较短。与法院的终局判决不同，诉前禁令的有效期一般较短，判决中停止侵害的效力可以面向未来一直发生，即停止侵害作为一种救济受害人的法律措施，在效力上具有终局性。而诉前禁令的有效期间则往往较短。当然，在诉前禁令的有效期间经过后，当事人可以重新申请禁令，从而延长其效力期间。

第三，是否属于侵权责任形式不同。停止侵害本质上是一种侵权责任的承担方式，并为我国

〔22〕 参见前引〔7〕，Peter S. Menell书，第3-10页。

相关法律所认可。^[23]但是诉前禁令本质上并不是侵权责任承担方式。应当看到，诉前禁令也具有救济的功能，即当权利受到侵害或者威胁时，为了制止损害的发生或者扩大，避免权利人遭受难以弥补的损害，有必要及时制止行为人的不法侵害行为。^[24]也就是说，在人格权遭受侵害或有受侵害之虞时，诉前禁令可以为权利人提供一种临时性的救济，但严格地说，诉前禁令并不是一种责任方式，因为诉前禁令的功能在于及时制止可能的加害行为，但并不是向行为人施加侵权责任。颁行诉前禁令之后，也并不意味着行为人当然构成侵权，并应当承担侵权责任。

第四，是否属于人格权效力不同。停止侵害是一种侵权责任形式，其适用于各种侵害绝对权的侵权形态，它并不是人格权效力的体现。而在人格权法中，诉前禁令则是人格权效力的体现。人格权不同于其他民事权利之处在于，一些人格权（如生命权、身体权、健康权等）是每个自然人与生俱来的基本权利，同时也是法定的权利，因此，在人格权受到侵害的情形下，不论行为人是否具有过错，也不论客观上是否造成了损害，权利人都可以直接主张人格权请求权。人格权诉前禁令的适用既不要求行为人的行为具有不法性，也不要求其具有过错，^[25]也不论损害后果是否已经发生。由此可见，诉前禁令应当是人格权效力的重要体现。也就是说，在权利人对人格利益圆满支配状态受到不当影响时，权利人可以通过申请诉前禁令的方式，制止不法行为的发生或者持续，从而维护权利人对人格利益的圆满支配。

此外，人格权诉前禁令与先予执行也十分类似。^[26]所谓先予执行，是指法院在作出判决之前，申请人可以请求法院裁定债务人给付一定数额的金钱或其他财物，或者实施或停止某种行为。^[27]《民事诉讼法》第106条规定：“人民法院对下列案件，根据当事人的申请，可以裁定先予执行：（一）追索赡养费、扶养费、抚育费、抚恤金、医疗费用的；（二）追索劳动报酬的；（三）因情况紧急需要先予执行的。”该条对先予执行作出了规定，从该条规定来看，与诉前禁令类似，先予执行也适用于情况紧急的情形，但人格权诉前禁令不同于先予执行，二者的区别主要体现在为：（1）性质不同。人格权诉前禁令是实体法上的规则，其功能在于及时制止不法侵害，在实体法上并不具有确定当事人权利义务关系的作用。而先予执行则是程序法上的制度，虽然不是对案件的最终解决，但往往预示着庭审的可能结局。^[28]（2）适用范围不同。人格权编中的诉前禁令仅适用于侵害人格权的情形，它既包括构成侵权的情形，也包括侵害人格权但尚未构成侵权的情形，而民事诉讼法中的先予执行仅适用于双方具有持续性关系，或者有在先合同关系的案件，在侵权纠纷中无法适用。（3）适用条件不同。先予执行的适用要求双方当事人之间的权利义务关系明确、债务人有履行能力、不先予执行将会给债权人的生产生活造成严重损失的情形，而人格权诉前禁令制度则是为了制止紧迫的“不法”侵害行为。（4）适用时间不同。先予执行只能

[23] 参见《侵权责任法》第15条、《民法总则》第179条。

[24] 参见前引[20]，郭小冬文。

[25] Vgl. Kerpen, Das internationale Privatrecht der Persönlichkeitsrechtsverletzungen, 2003, S. 26.

[26] 有观点认为，我国的行为保全制度与英国的禁制令在效力上、法院是否有必要采取强制执行措施等方面存在明显区别。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。

[27] 参见江伟、肖建国：《民事诉讼法》，中国人民大学出版社2008年版，第244页。

[28] 参见江伟、肖建国：《民事诉讼中的行为保全初探》，载《政法论坛》1994年第3期。

在诉讼过程中适用,^[29]而人格权诉前禁令则适用于诉讼开始之前。(5)制度功能不同。先予执行是为了使权利人的权利在判决之前全部或部分地得到实现和满足,而人格权诉前禁令则是为了制止行为人的不法侵害行为。

四、人格权诉前禁令具有独特的适用条件

诉前禁令作为一项独立的制度,具有独特的构成要件,不能为其他制度所替代。诉前禁令适用于诉讼程序开始之前,依一方当事人的申请而适用,这就使得诉前禁令的颁发不可能像诉讼活动那样,经由双方的举证、质证、辩论等环节确定法律事实。由于诉前禁令主要适用于时间紧迫、需要及时制止不法行为的情形,法院在颁发禁令时往往无法查明案件事实,这就可能导致诉前禁令制度的滥用。为了防止诉前禁令被不当使用,需要明确其适用条件,并由法院对此进行必要的审查。

依据《民法典各分编草案》第780条的规定,人格权诉前禁令的适用应当具备如下要件:

第一,行为人正在实施或者即将实施侵害人格权的行为。诉前禁令的适用要求必须存在侵害或者可能侵害人格权的情形,这意味着申请人在最终的实体审判中具有较高的胜诉几率。因此,《民法典各分编草案》第780条强调诉前禁令必须针对“他人正在实施或者即将实施侵害其人格权的行为”,具体而言包括如下两种情形:一是行为人正在实施侵害他人人格权的行为。例如,行为人已经在网上发布他人的裸照,如果不及时制止,就可能使受害人的名誉、隐私遭受重大损害。二是行为人可能实施侵害他人人格权的行为。所谓有侵害人格权之虞,是指未来有可能发生侵害人格权的危险,且发生的盖然性较高。对此种侵害之虞通常需要用社会一般人的观点来判断,但针对不同的侵害行为,也应该有不同的判断标准。按照王泽鉴教授的观点,对于第一次侵害人格权的情形,权利人申请诉前禁令时需要提供充分的证据,而在第一次侵害之后,即可以推定行为人有侵害之虞;同时,在具体判断时也需要区分不同的人格权类型,对生命权、健康权而言,判断存在侵害之虞的标准应当从宽,而对侵害名誉、隐私等权利而言,需要与言论自由等法益的保护相平衡,因此,认定时应当更加审慎。^[30]此种看法值得赞同。

问题在于,正在实施或者即将实施侵害人格权的行为是否必须构成侵权?申请人是否必须对此进行举证?笔者认为,对正在实施的侵害人格权的行为,申请人尚有可能证明行为人构成侵权,而在行为人有侵害之虞的情形,申请人则很难证明行为人构成侵权,因为在此情形下,损害后果并未发生,因此是否造成损害以及造成多大的损害难以判断,此时不宜要求申请人证明行为人构成侵权。例如,在美国,法院在审查是否有必要针对侵害专利权的行为颁发禁令时,要考虑如果没有禁令提供的保护,权利人将很可能在未来的市场竞争中损失产品销量以及利润,并很难如没有侵权产品存在时那样获得市场中的交易机会,同时,侵权产品的持续存在,还有可能对专利权人作为发明人的声誉产生损害,而此种损害是很难用金钱量化的。^[31]对于是否确定造成损

[29] 参见前引[28],江伟、肖建国文。

[30] 参见王泽鉴:《人格权法》,北京大学出版社2013年版,第390页。

[31] See Rozek, Richard P., Economic Analysis of the Risks Associated with Seeking a Preliminary Injunction, 7 (1) *European Journal of Risk Regulation*, 207 (2016).

害，则并不一定要求权利人举证。当然，对将要实施的侵害行为，法院在审查时应当确认是否有证据证明行为人将要实施侵害行为，并有可能造成受害人不可弥补的损害。

第二，如不及时制止将会使损害后果迅速扩大或难以弥补。诉前禁令针对的是正在发生和将要发生的侵害行为，损害常常具有急迫性。也就是说，如果通过正常的诉讼程序维权，因为诉讼耗时等原因，可能导致损害后果的迅速扩大或难以弥补。笔者认为，在解释草案第 780 条所规定的“如不及时制止将会使其合法权益受到难以弥补的损害”这一条件时，应当将其与《民事诉讼法》第 101 条所规定的“情况紧急，不立即申请保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害”作同种解释，也就是说，如果不立即采取禁令措施，将会对申请人造成难以用金钱来弥补的损害，非金钱损害的判断因素包括了“侵犯人格权、身份权等人身权利，难以恢复圆满的情形”。^{〔32〕} 侵犯人格权、身份权等人身权利通常具有不可恢复性或者难以弥补性，单纯的事后金钱赔偿救济方式难以起到保护权利和救济的作用。与金钱损害案件相比，人身权利一旦遭受侵害，损害后果通常难以弥补，无法使用金钱对损害进行完全的补偿。^{〔33〕} 草案中所谓损害后果难以弥补，也是指这种对人格权益的侵害无法通过金钱弥补，或者说这种损失具有不可逆性，无法通过金钱赔偿予以恢复原状。事实上，对人格权侵害而言，一旦发生侵害行为，损害后果往往都难以恢复原状，特别是在互联网时代，侵害隐私、名誉等人格权益的损害后果一旦发生，即很难通过金钱赔偿的方式对受害人进行完全弥补。因此，应当适当放宽对该要件的认定。如果损害后果的发生不具有急迫性，或者即便发生，也可以通过其他方式弥补，则应当对此种情形进行严格审查。一般来说，如果损失能够通过金钱方式在事后进行充分赔偿，则不认为该损失是不可弥补的。^{〔34〕} 例如，在行为人未经权利人许可擅自利用其肖像，其主要损害了权利人的财产利益，可以通过赔偿财产损失的方式对其提供救济，此时，一般不宜启动诉前禁令制度。但如果是将某人的裸照用于网上广告用途，一旦传播，则可能造成受害人严重精神损害，而且该损害难以通过金钱赔偿恢复原状，此时，就有必要通过禁令制度对权利人提供救济。

此外，互联网环境对损害后果具有无限放大效应，也就是说，在网络环境下，侵害人格权的损害后果一旦发生，便难以恢复原状，损害后果甚至可能被迅速扩大。例如，在网上发布他人的裸照，如果不及时屏蔽或者删除，则可能瞬间实现全球范围的传播。因此，有必要通过诉前禁令及时制止不法行为。在损害后果迅速扩大的情况下，虽然损害后果并非完全不能弥补，但也不宜放任损害后果的扩大，所以笔者建议在诉前禁令的规则中加上“所造成的损害具有紧迫性”这一条件，即行为人正在实施或者将要实施的行为所造成或可能造成的损害具有紧迫性。也就是说，一方面，行为必须造成现实的损害，如果相关行为不可能造成损害后果，则不应颁发禁令。另一方面，这种损害应当具有紧迫性，如果不及时制止，可能造成难以弥补的损害。例如，行为人在某个公开场合辱骂他人，此时损害已经发生，颁发禁令已不具有实际意义，也无必要。

第三，申请人具有较大的胜诉可能性。这就是说，当权利人提出颁发诉前禁令的请求之后，法院虽然不进行实质审查，但应当对胜诉的可能性进行初步判断，只有当权利人所申请禁止实施

〔32〕 前引〔4〕，江伟、肖建国主编书，第 258 页。

〔33〕 参见前引〔4〕，江伟、肖建国主编书，第 258 页。

〔34〕 See *Abbott Labs. v. Andrx Pharms., Inc.*, 452 F.3d 1331 (Fed. Cir. 2006).

的行为确有可能构成侵权，而且行为人将依法承担法律责任时，法院才有必要颁发诉前禁令。如果被申请人的行为是否构成侵权存在较大不确定性，就匆忙颁发诉前禁令，将可能损害正当的言论自由或行为自由，也可能使被申请人遭受难以弥补的损失。^{〔35〕}特别是当禁令与最终的判决不一致时，更可能损害司法的权威性。因此，在判断是否要颁发禁令时，法院要考虑正在发生或者将要发生的行为的性质、所可能导致的后果，以及该行为与他人合法权益以及公共利益的关系，以最终确定胜诉的可能性。当然，此种胜诉的可能只是一种盖然性的判断，即只有当申请人的胜诉可能性达到一定程度时，法院才能够颁发诉前禁令。

第四，申请人有证据证明行为人正在实施或者即将实施相关侵害行为。从《民法典各分编草案》第780条规定来看，诉前禁令的适用要求“民事主体有证据证明他人正在实施或者即将实施侵害其人格权的行为”，这就是说，禁令应当由权利人提出，但权利人提出发布禁令的请求时，必须提出相关的证据证明已经具备适用诉前禁令的条件。通常来说，权利人必须证明侵害人格权的行为已经发生并将持续发生，而此种情形具有急迫性。在此有必要区分侵害人格权的行为是否已经发生。对于已经发生的侵害行为，权利人的举证较为简单，而对侵害尚未发生的情形，则应当适当提高申请人的举证负担，以防止诉前禁令制度的滥用。在这里需要讨论的是证明标准的问题，即申请人提供证据应当达到何种程度才能颁发禁令。笔者认为，应当采纳盖然性的证明标准，即只要当事人证明他人的行为可能造成损害或有损害之虞，则应当认定满足了相应的证明标准，而并不要求必须达到本案诉讼的证明标准，即《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《民事诉讼法司法解释》）第108条所规定的“高度可能性”标准。

还需要指出的是，在比较法上，对诉前禁令的适用条件还存在着司法审查制度。在英美法中，诉前禁令被视为一种“不寻常的法律救济”，^{〔36〕}因此在决定是否适用诉前禁令时，应该从多个维度对诉前禁令可能带来的正负面影响进行综合考量，在适用上应保持谨慎态度。^{〔37〕}在我国，在民法典规定诉前禁令后，诉前禁令并不经过正常的诉讼程序，双方当事人不能按照法定程序表达自己的主张，这很容易导致该制度的滥用。尤其是这种制度给了法官过大的自由裁量权力，一旦法官过度放宽其适用条件，就可能导致该制度被滥用。所以，为了规范诉前禁令，防止法官滥用自由裁量权，应对法官的考量要素进行必要的规范。从比较法上看，美国法上适用诉前禁令时，法官应当对该申请进行必要的审查。法官在审查时主要考虑如下因素：一是根据事实判断原告胜诉的可能性；二是在颁布禁令之外是否有其他的法律救济手段；三是不颁布禁令是否会导致无法弥补的损害；四是不颁布禁令给原告造成的损失是否会超过被告因禁令可能遭受的损失；五是颁布禁令是否会危及公共安全。^{〔38〕}这一经验值得我们借鉴。在司法实践中，法官应综合考量上述因素，平等对待各方主体利益，最终得出最为公平合理的裁决结果。司法审查的关键是进行利益平衡。从申请人的角度看，临时禁令的发出将有利于保护申请人的权利，但从被申请人的角

〔35〕 参见前引〔7〕，Peter S. Menell书，第3-8页。

〔36〕 参见毕潇潇、房绍坤：《美国法上临时禁令的适用及借鉴》，载《苏州大学学报》（哲学社会科学版）2017年第2期。

〔37〕 See eBay Inc. and Half.com, v. Merc Exchange, L. L. C. 547 U.S. 388 (2006).

〔38〕 参见王迁：《知识产权法教程》，中国人民大学出版社2016年版，第13页。

度看，临时禁令是对其行为自由的直接限制，对其造成的影响甚至并不小于申请人。^{〔39〕}因此，法官在决定是否发出临时禁令时，应对双方的利益进行综合考量，即法官需要权衡不颁发禁令可能给申请人造成的损害与颁发禁令可能给被申请人造成的损害哪个更大。例如，如果申请人能够证明不颁发禁令可能给其造成难以弥补的损害，而颁发禁令给行为人造成的损害较小，则法院应当颁发禁令；反之，如果行为人能够证明颁发禁令可能给其造成的损害远大于不颁发禁令给申请人造成的损害，则可以阻止申请人获得禁令。^{〔40〕}

此外，在某些情况下，对被申请人发出临时禁令还可能对社会公共利益造成影响。特别是在侵害人格权纠纷中，一旦对侵权人发出禁令，不仅会对其个人的行为自由造成限制，还可能在相当程度上对社会公众的行为取向产生影响。例如，行为人在发布某则新闻报道时，因为时效性的要求而来不及对信息内容进行严格审查，就可能因消息不实而造成他人损害，此时，是否需要发出禁令制止该报道行为，就需要对申请人的个人利益以及对新闻报道自由可能产生的影响进行利益平衡。

法院在作出禁令裁定时需要对权利人的申请进行必要的审查，问题在于，此种审查究竟是形式审查还是实质审查。笔者认为，法院仅对权利人的申请进行形式审查，并不足以有效平衡各方主体利益，因为临时禁令一旦被滥用，不仅会使争讼双方的利益发生失衡，还可能造成法律规则适用的不确定性。因此，只有对原告胜诉的可能性、禁令签发的必要性以及各方主体利益的平衡关系进行综合考量，才能确保禁令真正发挥其制度效用，而这显然已经超出了形式审查的范围。同时，鉴于诉前禁令裁定作出后，当事人常常能够达成和解而不再提起本案诉讼，这也使得诉前禁令成为权利实现的途径和解决纠纷的手段，诉前禁令制度适用不当，将会严重损害当事人的合法权益。因此，法院在颁发诉前禁令时应慎之又慎，德国、日本学者认为，诉前禁令的颁发程序很大程度上类似于本案审理程序，贯彻对席辩论原则，而不宜仅依当事人申请即予以颁发，其道理就在于此。^{〔41〕}

五、人格权诉前禁令的效力具有独特性

（一）人格权诉前禁令的直接效力

诉前禁令一旦颁布，在到达行为人时即发生效力，行为人应当按照诉前禁令的要求立即停止相关侵权行为。例如，在前述“钱钟书书信案”中，原告杨季康提出诉前申请，请求法院发布禁令，北京市第二中级人民法院审查后，依法作出了禁止中贸圣佳公司实施侵害著作权行为的裁定，中贸圣佳公司随后宣布停拍。诉前禁令虽然不是法院的终审判决，但其也具有法律效力，在行为人违反诉前禁令要求时，法院可以强制执行。需要指出的是，在该案中，法院禁止中贸圣佳公司实施侵害著作权行为的裁定只是暂时性的，一旦申请人未在法定期间内提起诉讼，或者被申请人对诉前禁令不服，提起复议，而法院在审查过程中发现本案不具备颁发诉前禁令的条件，则可以撤销诉前禁令，诉前禁令将因此失去效力，行为人仍可继续实施其行为。

〔39〕 参见前引〔7〕，Peter S. Menell书，第3-13页。

〔40〕 参见前引〔4〕，江伟、肖建国主编书，第259页。

〔41〕 参见前引〔4〕，江伟、肖建国主编书，第260页。

（二）人格权诉前禁令的失效

关于诉前禁令效力的存续期间，存在不同的观点，一种观点认为，在诉讼活动开始或者作出新的禁令时，诉前禁令的效力即归于消灭。^{〔42〕}另一种观点认为，在法院的终局判决生效时，诉前禁令的效力归于消灭。笔者认为，在如下三种情况下，诉前禁令将失去效力：

第一，申请人未在法定期间内提起诉讼。在终局判决生效后诉前禁令即失去效力，此种观点值得赞同，但问题在于，权利人申请诉前禁令后，是否必须要提起诉讼。笔者认为，诉前禁令只是临时性的救济措施，而不是确定当事人权利义务关系的终局依据。因此，申请人在申请诉前禁令之后，如果没有在法定的期限内提起诉讼，该临时禁令措施应当失去效力。问题在于，申请人在申请颁发诉前禁令后，是否有向法院提起诉讼的义务。有观点认为，如果行为人在申请法院颁布禁令后又不提起诉讼的，此时法院颁布的禁令已经事实上损害了他人的行为自由并可能给他人造成特定损害，应当推定申请人的申请行为构成侵权，申请人应当承担相应的侵权责任。笔者认为，诉前禁令的目的在于及时制止相关侵害行为，但申请人并不因此负有提起诉讼的义务，在申请诉前禁令后，是否通过诉讼的方式主张救济，应当交由权利人选择。当然，申请诉前禁令后，如果申请人不在法定期间内提起诉讼，则应当导致诉前禁令失效。

第二，法院撤销诉前禁令。依据《民事诉讼法司法解释》第171条，在诉前禁令颁布后，被申请人对诉前禁令裁定不服的，可以自收到判决书之日起5日内向作出裁定的人民法院申请复议，人民法院应当在收到复议申请后的10日内审查，裁定正确的，驳回当事人的申请，裁定不当的，应当变更或撤销原裁定。也就是说，在被申请人提出复议后，法院在审查过程中发现本案不具备颁发诉前禁令的条件，则可以撤销诉前禁令，人格权诉前禁令的功能在于制止不法侵害行为，其并不具有证明侵权行为成立的效力，因为法院在审查禁令申请时对证据的审查不同于诉讼中对相关证据的审查，因而诉前禁令有可能发生错误，这就需要复议程序以防止诉前禁令的错误。笔者认为，民法典人格权编中可以对诉前禁令的复议程序规则作出规定，而可以适用民事诉讼法的相关规定。

第三，终局裁判生效后自动失效。在未出现前述两种情形时，诉前禁令应当一直有效，但在法院所作出的终局裁判生效后，人格权诉前禁令应当失去效力。诉前禁令本身并不具有终局裁判的效力，其效力延续到本案终局裁判生效时，诉前禁令与终局裁判的关系表现在如下两个方面：一方面，在终局判决生效之前，诉前禁令所禁止的行为在法律上是否构成侵权，是否允许实施，是悬而未决的问题，只有通过终局判决，才能最终确定行为人所实施的行为是否构成侵权。^{〔43〕}终局裁判可以改变临时禁令的措施，权利人主张停止侵害，但判决驳回其请求，则临时禁令应当失效。如果诉前禁令的内容与终局判决不一致，则应当以终局判决为准，因错误申请造成被申请人损失的，申请人应当承担赔偿责任。也就是说，终局裁判生效后，应当以该终局裁判作为确定当事人权利义务关系的依据，禁令的效力也随即终止。如果行为人不履行该终局裁判，则应当依据该终局裁判追究其法律责任，而不再依据诉前禁令追究其责任。另一方面，诉前禁令的制度价

〔42〕 参见前引〔36〕，毕潇潇、房绍坤文。

〔43〕 参见前引〔36〕，毕潇潇、房绍坤文。

值在于阻止侵权行为造成更大的损害后果，在终局判决生效之前，如果认定诉前禁令失去效力，则被禁止的行为可能继续实施，这可能导致禁令颁发的目的落空。

（三）错误申请人格权诉前禁令的法律后果

在临时禁令的有效期内，行为人违反禁令造成申请人损害的，则申请人有权请求行为人赔偿。此种损害赔偿纠纷通常与案件一并审理。错误申请人格权诉前禁令的，申请人也应当承担相应的法律责任。毕竟申请禁令将使行为人停止实施某种行为，这可能给其造成一定的损失。例如，在前述“钱钟书书信案”中，被告已经为拍卖进行了大量的准备工作，并支付了一定的费用，如果法院作出了撤销诉前禁令的裁判，或者在审查中认为颁发诉前禁令的条件不具备，则申请人应当对因此给行为人造成的损害承担责任。在终局裁判生效后，因为诉前禁令所造成的损害，申请人应当承担相应的法律责任，受害人可以另诉请求申请人赔偿。依据我国《民事诉讼法》第100条的规定，申请人在提出诉前禁令申请时，应当提出相应的担保，以防止因错误申请而给被申请人造成损失，该规定也应当可以适用于人格权诉前禁令制度。

六、结 语

诉前禁令制度作为一项制度创新，进一步增强了人格权编的预防功能，适应了互联网、高科技时代的制度需求和人格权侵权的特征。可以预见，该制度的实施将使人格权保护的时间提前，维度被扩大，保护的范围也将从实际遭受侵害的状态扩张到有损害之虞的状态。由于该制度具有自身独特的适用范围、制度功能、构成要件和法律效力，因此，在人格权编中有必要明确规定该制度，该制度的确立也必将进一步强化对人格权的保护，充分彰显人格权的价值和功能。

Abstract: The draft of the Personality Right of the Civil Code of China stipulates the preliminary injunction for infringing on personality rights, which is of great significance. Preliminary injunction of personality rights highlights the unique damage prevention function of the personality right law, and its application does not take the tort liability of the actor as the essential element. Preliminary injunction in personality rights has its unique applicable conditions, and has uniqueness in the scope of application and legal effect. Preliminary injunction in personality rights cannot be covered by the form of responsibility for stopping the infringement. It is clearly shown in the personality right chapter, which will strengthen the protection of personality rights, effectively prevent the occurrence of violations of personality rights, and fully demonstrate the personality rights' value and function.

Key Words: civil code, personality rights, preliminary injunction, damage prevention

(责任编辑：朱晓峰 赵建蕊)