

## 人格权禁令独立性的保全路径 ——以起诉期间制度为核心

刘子赫<sup>\*</sup>

**内容提要：**人格权禁令适用保全程序的主要障碍，是禁令独立性和保全辅助性之间的性质冲突，这尤其体现在诉前保全的起诉期间制度。但是，既有对人格权禁令与保全间差异的分析同样存在缺陷，禁令的独立性并非必然指向终局性裁判，也可以是减轻申请人起诉义务的制度安排。自我国诉前行为保全的立法制度史和相关比较法经验来看，起诉期间的制度设计存在更具当事人主义色彩的其他可能模式，故人格权禁令并非必须通过新设禁令制度解决。

**关键词：**人格权禁令 诉前保全 起诉期间 海事请求保全 当事人主义

### 一、问题的提出

自《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）颁行以来，第 997 条人格权禁令的程序定位颇受争议。从规范文本上看，“不及时制止将使其合法权益受到难以弥补的损害”的表述与《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民诉法》）第 104 条诉前保全的要件高度近似。<sup>〔1〕</sup>但学者多认为，适用保全程序将导致禁令申请存在诸多障碍，保全无法独立于诉讼程序进行就是突出问题。

相比诉中保全，诉前保全的申请、审理、裁判虽然可以相对独立于诉讼程序进行，但申请人仍然负担提起诉讼或申请仲裁的义务，未在法定起诉期间内提起的，法院将依职权解除保全。为

<sup>\*</sup> 刘子赫，中国政法大学民商经济法学院助理研究员。

本文为国家社会科学基金重大项目“民法典与民事诉讼法的协同实施研究”（22&ZD206）的阶段性成果。

〔1〕 不仅如此，《民法典》第 997 条与已经由司法解释转化为知识产权行为保全的“诉前停止侵权”制度在《中华人民共和国著作权法》（2020 年修正）、《中华人民共和国专利法》（2020 年修正）、《中华人民共和国商标法》（2019 年修正）中的表述也高度相近。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。

行文方便, 本文将该制度称为“起诉期间”。保全程序的非独立性源于其辅助性,<sup>〔2〕</sup> 起诉期间使相对独立的诉前保全仍然附从于审判程序。保全辅助性与学者普遍认同的人格权禁令独立性间存在显著冲突, 使既往在实践中本能用于及时保障人格权的临时救济措施反陷僵局。<sup>〔3〕</sup>

为何实体法与诉讼法学者普遍看重人格权禁令的独立性特征? 沿袭自海事强制令以及人身安全保护令的独立式程序是否能够支持建立新的“禁令”制度?“阻碍”诉前保全独立性提升的起诉期间是否存在改善可能? 相比新设制度, 使用已有保全规则本应是人格权禁令较为理想的程序选择。面对禁令独立性目标与保全辅助性定位的冲突, 有必要审思独立化禁令的正当性, 同时反思作为保全辅助性关键制度的起诉期间的其他可能实现方式。

## 二、人格权禁令的独立性考辨

自人格权禁令制度建立以来, 围绕其是否属于行为保全的争论一直存在。立法者和最高人民法院的权威释义书中虽然均提及可参照保全程序, 但又都没有明确禁令的程序性质, 非独立的保全程序与可独立于诉讼申请的人身安全保护令被并列作为具体适用的规范。<sup>〔4〕</sup> 循此逻辑, 禁令在不同诉讼阶段(诉前、诉中)与不同领域(如家庭暴力)都将适用不同规则, 甚至有反复开启不同条文授权程序之虞。<sup>〔5〕</sup> 尽管如此, 人格权禁令的独立性在当前仍是学者广泛强调的制度优势, 对于该特征的分析, 可以从人格权禁令与保全之间性质冲突的化解和“前《民法典》时代”下独立禁令的反思两个方面展开。

### (一) 人格权禁令与保全之间性质冲突的化解

最高人民法院释义书虽然将禁令视为临时性救济措施,<sup>〔6〕</sup> 但在理论争论中不乏实体法和诉讼法学者认为, 禁令不宜适用保全程序。无论具体主张禁令应当适用非讼程序抑或准诉讼程序(如略式程序、简易程序等), 反对禁令适用保全程序的理由基本围绕禁令和保全程序的性质冲突展开。这些观点指明了当前保全制度的一些缺陷, 但部分理由也存在逻辑问题。

首先, 反对说认为二者归属于不同部门法体系, 但条文来源并不决定规范性质。保全是诉讼法规定的诉讼制度, 申请保全是诉讼行为, 而禁令则基于实体法上的人格权请求权, 是绝对权的

〔2〕 参见李仕春:《民事保全程序基本问题研究》, 载《中外法学》2005年第1期。

〔3〕 《民法典》颁行之, 业已存在依托保全制度实现人格权预防性保护的实践。除最为著名的“杨绛书信案”外, 行为保全还被用于删除网络不实负面文章[参见江苏省南京市玄武区人民法院(2020)苏0102民初3916号民事裁定书]、禁止提存亲属骨灰[参见上海市徐汇区人民法院(2018)沪0104民初29719号民事裁定书]、禁止直播发表不实言论[参见山东省济南市历下区人民法院(2019)鲁0102民初3505号民事判决书(提及保全裁定)]、停止在公共区域负面宣传[参见宁夏回族自治区中卫市沙坡头区人民法院(2020)宁0502民初272号民事判决书(提及保全裁定)]等。

〔4〕 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典人格权编解读》, 中国法制出版社2020年版, 第43-44页。

〔5〕 如有学者认为应通过解释明确在诉中不得申请禁令, 法院驳回保护令后, 也不得再申请禁令(参见徐伟:《〈民法典〉人格权侵害禁令的法律适用》, 载《法制与社会发展》2021年第6期);有学者认为在保护令、人格权禁令、行为保全中只能择一申请(参见王超:《〈民法典〉中人格权禁令的程序法定位》, 载《内蒙古社会科学》2022年第6期)。

〔6〕 参见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90页。

一种保护方式。<sup>〔7〕</sup>立法者将人格权禁令设于《民法典》人格权编而非《民事诉讼法》即是二者性质差异的例证。然而，该观点看似界分清晰，但从本质上缺少对诉讼法诉权权源（亦包括申请保全等诉讼权利）同实体法请求权关系的正确理解。一方面，诉讼法上的诉权与实体法上请求权概念不能一一对应。除实体法上请求权外，绝对权、形成权、形成诉权都可以对应和成立相应的诉权，部分诉讼请求内容也不存在直接对应的实体权利（如消极确认之诉），故诉讼法上请求权并不完全对应实体法上请求权。<sup>〔8〕</sup>另一方面，合法合理的诉要求原告的主张应当具有符合实体法规定的利益，即虽然诉讼请求并不完全与实体权利吻合，但主张的理由和可得的救济不应违背实体法规定。这意味着，不仅原告提起的给付之诉通常需要基于实体法上的请求权，申请人申请的保全程序也对应需要保全的实体利益，在保全程序中同样存在实体权利的判断。<sup>〔9〕</sup>因此，保全和诉讼是诉讼法规定的满足不同需求的不同程序，都需要实体法指引法官作出应予救济的具体判断。无论人格权禁令是否属于实体法上新创设的人格权请求权，<sup>〔10〕</sup>都不影响当事人根据实际需求启动诉讼法规定的各种既有程序，没有无关实体的程序，也没有脱离程序的实体。

其次，反对说认为二者制度目的不同，但保全裁定也可实现保护效果。保全制度旨在保全裁判结果的实现，是一项程序性措施，而禁令可以直接提供以维持权利现状为目标的救济。<sup>〔11〕</sup>不可否认，人格权禁令从规范上看没有保全的意向，<sup>〔12〕</sup>但是，如果认定禁令不是保全，在保全制度之外可能难以合理地构建出一个独立、迅速、终局且程序保障充足的程序路径。通过极简程序获得终局性救济的期待本身违反了诉讼规律，背离了程序保障。<sup>〔13〕</sup>反之，虽然保全制度定位为辅助程序，但这并不阻碍其具有与禁令之间相当的适用效果，即保全裁定作出后可以作为执行依据，迅速地实现预防或阻断侵害的救济效果。更为重要的是，作为临时救济的保全程序，正是为了有效避免诉讼程序的裁判时间过长的弊病而设定的，故其具有一系列有助于加快裁判的制度安排，包括证明标准、保全担保等诸多方面。当前诉前保全制度与禁令之间真正的差异，并非在于保全裁定作出后的保护效果，而是保全持续时效上起诉期间的限制。

最后，反对说认为二者与诉讼程序的关系不同，但比较法经验不支持独立且简易的设计。正是基于第二点保全目的的考虑，保全程序无法完全独立于诉讼程序存在，诉前保全的申请人存在提起诉讼或申请仲裁以获得终局性裁判的义务；而人格权禁令申请无须伴随诉讼程序，学者普遍

〔7〕 参见程啸：《论我国民法典中的人格权禁令制度》，载《比较法研究》2021年第3期。吴英姿教授认为，禁令兼具实体法和程序法效力，而保全主要是程序性的。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。

〔8〕 参见〔德〕康拉德·赫尔维格：《诉权与诉的可能性》，任重译，法律出版社2018年版，第38-40页。甚至从根本上说，提起诉讼不需要依赖任何实体权利的存在，因为恰恰需要在诉讼程序中确定是否存在特定的实体权利。

〔9〕 参见郭小冬：《诉讼保全的实体法视角及其展开》，载《北方法学》2021年第1期。

〔10〕 实体法学者认为人格权禁令并未在构成要件和法律效果（责任形式）上有别于既有的人格权请求权（《民法典》第995条），故并非新创设的实体法请求权基础。参见前引〔7〕，程啸文。

〔11〕 参见前引〔7〕，程啸文；前引〔7〕，吴英姿文；谢绍静、陶相辉：《人格权禁令的独立性证成及程序构建》，载《河南财经政法大学学报》2022年第6期。

〔12〕 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。也有学者认为，人格权禁令更接近大陆法系假执行（参见傅向宇：《人格权紧急救济之诉的程序机制与阶梯式证明》，载《国家检察官学院学报》2022年第6期），但假执行是判决作出但因上诉而未生效时的执行方式，判决作出前的临时救济仍属保全。

〔13〕 参见前引〔1〕，严仁群文。反对观点则认为可以通过扩张非讼程序实现简易化。参见张海燕、苏捷：《论人格权禁令程序的路径选择》，载《甘肃社会科学》2022年第6期。

认为禁令不应给申请人附加后续提起诉讼的义务。<sup>[14]</sup>然而,理论上围绕是否要以英美法上“禁令”(injunction)概念理解我国人格权禁令存在分歧,<sup>[15]</sup>以衡平法禁令救济与普通法定救济的界分来说明禁令程序的独立性也存在误解,<sup>[16]</sup>因为英美司法体系中衡平法、普通法业已基本经改革由相同法院以相同程序作出裁判。<sup>[17]</sup>在普通法传统中,违约或侵权行为的法定救济方式是损害赔偿,包括继续履行在内的其他具体作为、不作为命令仅得依据衡平法作出,故禁令并不是独立于诉讼程序的一种独特程序,而更像我国法语境下的特殊责任承担形式。<sup>[18]</sup>

更重要的是,如果真正深入了解英美法上禁令的诉讼程序,不难发现中间禁令作出后同样需要双方当事人积极参与永久禁令的审理程序,而后者需要完备的程序保障以作出实体意义的终局裁判。<sup>[19]</sup>就此而言,我国学者预设的人格权禁令制度在独立性上与中间禁令不符,在程序简易性上又与永久禁令有别。名称“舶来”的人格权禁令终究无法从“母国”法中得到有效证立,只能重新考虑在本土构建新制是否正当、是否合乎既有规律。

从上述三方面对禁令与保全之间冲突的阐述来看,二者的差异更多是基于表面的规范差异以及理论预设的效果区别而产生的,通过比较法和理论的深入分析,这些冲突部分可以得到有效化解。但是,如果比较法上的禁令救济不能为我国禁令制度的独立性提供经验支持,这种独立性理念又是如何在制度移植过程中形成的呢?

## (二)“前《民法典》时代”下独立禁令的反思

独立于诉讼程序的救济措施并非由人格权禁令首创,早在《民法典》颁布之前,2000年《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》(以下简称《海事诉讼法》)中的海事强制令以及2016年《中华人民共和国反家庭暴力法》(以下简称《反家暴法》)中的人身安全保护令均有意设计为独立于诉讼程序而存在。相关制度在立法之时就已引发是否有别于保全的观点争论,从具体规则和设计目的来看,强调海事强制令和人身安全保护令的独立性亦有疑问。

[14] 参见前引[7],程啸文;前引[5],徐伟文;朱虎:《人格权侵害禁令的程序实现》,载《现代法学》2022年第1期;前引[7],吴英姿文;朱晓峰:《〈民法典〉人格权禁令规范适用论》,载《中国政法大学学报》2022年第3期;郭小冬:《禁令程序在民事诉讼法典中的体系定位》,载《河北法学》2022年第8期。

[15] 例如,有学者认为无论是大陆法系的保全性假处分或普通法系中的禁令制度都无法准确对应我国人格权禁令制度(参见前引[7],程啸文),也有学者认为人格权禁令可以对应英美法上的临时禁令[参见毋爱斌、范响:《〈民法典〉人格权侵害禁令溯源、性质及其制度构建》,载《重庆大学学报(社会科学版)》,网络首发时间:2022年1月10日;李蔚、吴英姿:《民事独立禁令程序建构论》,载《财经法学》2022年第4期]。

[16] 如郭小冬教授认为:“……英美法系的禁令是一个独立运行的程序系统,它并行于我们所理解的诉讼判决程序。”郭小冬:《人格权禁令的基本原理与程序法落实》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2021年第2期,第147-148页。

[17] 参见王泽鉴主编:《英美法导论》,北京大学出版社2012年版,第55-57页。

[18] 参见傅郁林:《知识产权禁令中双方当事人权益保护》,载《现代法学》2023年第3期。以美国现代救济法为例,禁令只是救济体系中保护性救济的一种重要表现形式,同赔偿性、恢复性等其他救济类型共同组成救济法体系。See Douglas Laycock & Richard L. Hasen, *Modern American Remedies: Case and Materials*, 5<sup>th</sup> ed., Wolters Kluwer, 2019, p. 3.

[19] 美国《联邦民事诉讼规则》规定:法院可以将禁令听证程序与实体审判程序合并;当禁令在未经告知被申请人的情况下作出时,申请人应当尽快申请进行听证,否则法院可经被申请人申请或依职权解除之前的禁令。See Federal Rules of Civil Procedure, Rule 65(a)(2), Rule 65(b)(4). 英国《民事诉讼规则》规定:在诉前禁令作出后,法院可以要求申请人起诉;当诉讼非因双方当事人协议中止时(如原告撤诉),禁令也应当停止执行。See Civil Procedure Rules, Rule 25.2(1), (3), Rule 25.10(b); Adrian Zuckerman, *Zuckerman on Civil Procedure Principles of Practice*, 3<sup>rd</sup> ed., Sweet & Maxwell, 2013, pp. 465, 467-468.



## 1. 海事强制令

不同于《海事诉讼法》第18条第2款的“海事请求保全”，第61条规定海事强制令并不以限期不起诉作为保全解除的条件，而是仅表明当事人可以就强制令依据的实体请求在作出强制令的法院或其他有管辖权的法院提起诉讼。部分海商法学者认为，强制令的终局性、独立性使其有别于财产保全或行为保全，<sup>〔20〕</sup> 这些观点中关于强制令和保全制度目的的比较与前文对禁令和保全目的的比较也大致相同。

如果认为强制令自身已经构成终局性裁判，那么其裁判内容亦应当具有确定力，否则立法预设的终局性仅仅是没有起诉义务意义上的“终局性”，并不是生效后对同一实体问题（诉讼标的）仅得通过上诉或审判监督方式救济的形式确定力。<sup>〔21〕</sup> 尽管海事强制令并不要求申请人提起诉讼，但法律规定当事人可以基于相同的实体请求提起诉讼或申请仲裁，允许提起后诉就意味着以裁定作出的强制令不具有既判力。这也说明，强制令的“终局性”在本质上源于双方当事人选择放弃争议，而非其自身法律属性。

有海商法学者认为，海事强制令应当定位为一种“紧急审理程序”（或称“速裁程序”），即属于简化、加速的特殊诉讼程序。<sup>〔22〕</sup> 诚然，速审、速裁无论对于及时提供预防性保护，还是助力以繁简分流化解当前“案多人少”问题都具有积极意义，但此种以程序化简为手段的“多赢”策略，实质是以当事人程序保障的恣意缺损为代价。

一方面，我国目前除简易程序、小额诉讼程序外，并无其他成文的“紧急审理程序”方案，何种事项可以化简、具体程序如何化简没有成文法上支持，且在现行法中也不存在以“情况紧急”作为化简理由的程序，复杂、涉外的案件更被明文排除适用简易程序、小额诉讼程序。<sup>〔23〕</sup> 即使能够仿照前述两程序设计专用于“情况紧急”的简化程序，只要需要为双方提供质证、听证或辩论机会，恐怕也难以满足强制令要求在48小时内作出裁定的审限规定。<sup>〔24〕</sup>

另一方面，从比较法观察，“紧急审理程序”也可能属于在功能上与保全程序对应的制度。以法国民事诉讼法上紧急审理程序为例，其虽然与我国现行法有关保全的适用范围、具体措施等细节性规定存在出入，<sup>〔25〕</sup> 但其作为临时性质的、对诉讼程序没有既判力的可执行裁定，<sup>〔26〕</sup> 实质上对应保全程序。<sup>〔27〕</sup>

## 2. 人身安全保护令

人身安全保护令的独立性特征并不是一开始就确定的。其前身人身安全保护裁定是以保全为

〔20〕 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；彭阳：《论海事强制令的法律性质及其适用条件的司法续造》，载《中国海商法研究》2017年第1期。

〔21〕 判决的效力包括形式上的确定力和实质上的确定力，后者即为既判力，前者约束法院不得通过常规诉讼程序再次审理同一实体纠纷。参见张卫平：《民事诉讼法》（第6版），法律出版社2023年版，第511页。

〔22〕 参见前引〔20〕，彭阳文。

〔23〕 参见《民诉法》第160条、第166条第（二）项。

〔24〕 海事强制令的审限与保全相近（48小时），同简易、小额诉讼程序相差较大（3个月/2个月）。参见《海事诉讼法》第57条，《民诉法》第164条、第168条。

〔25〕 参见王艳：《法国商事紧急审理程序及司法适用》，载《河北法学》2015年第1期。

〔26〕 参见〔法〕让·文森、塞尔日·金沙尔：《法国民事诉讼法要义》，罗结珍译，中国法制出版社2001年版，第760-762页。

〔27〕 参见周翠：《论民事诉讼中的临时性救济制度》，载《诉讼法论丛》第6卷，法律出版社2001年版，第443-447页。

模板构建的,故《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》(以下简称《指南》)第31条第3款规定,人身安全保护裁定作出后一定时间内没有提起离婚诉讼的,保护裁定自动失效。但经历一段时间的实践后,人身安全保护裁定的非独立性受到实务和理论的诟病,原因在于此种规定使得保护裁定与离婚诉讼绑定,在申请人不欲提起离婚诉讼时,保护裁定的有效期限受到限定,申请意愿亦相应受到影响。<sup>[28]</sup>由此,2016年《反家暴法》不再规定起诉期间的要求,其后《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》(法释〔2016〕15号)还进一步就担保和诉讼费用作出特别优待性规定。

强调人身安全保护令的独立性具有特殊背景的考量,但《指南》中关于起诉期间的规定本身也不无问题。从措施内容来看,保护令的法律效果不同于可包含给付以直接实现权利的海事强制令,而与人格权禁令相似,均基于绝对权保护性请求权的功能,仅旨在阻遏、预防侵害行为。既然保护令用于防护的是家庭暴力问题,那么相应保护的绝对权利则是家庭成员等亲密关系中的人格权利(尤以物质性人格权为主)。如若将保护令视为保全程序,后续对应的诉讼也不应径直指向离婚诉讼,而应是基于人格权请求权或侵权请求权的停止侵害、损害赔偿等诉讼请求。

之所以《指南》直接将人身安全保护裁定与离婚诉讼关联,一方面是由于家庭关系存续状态下,家庭成员内部间的侵权诉讼不便进行个别裁判,特别是在共同财产制下难以就损害赔偿进行执行;另一方面,《民法典》及此前的《中华人民共和国婚姻法》均将“家庭暴力”作为法定离婚事由,<sup>[29]</sup>从职权主义的视角来看,消除家庭暴力与离婚诉求高度关联。但是,人格权诉讼或侵权诉讼与离婚诉讼有着构成要件、法律效果完全不同的诉讼标的,恰恰是司法解释的错误关联使得申请人不得不提起其不愿主张的诉讼请求。同时,人身安全保护令认定的事实同样不具有既判力,既不能限制被申请人基于错误的保护令诉请损害赔偿,<sup>[30]</sup>也不能直接在离婚诉讼中证成法定事由。<sup>[31]</sup>将保护令作为程序保障充分的终局性裁判,甚至更不利于法官在签发保护令和裁判离婚诉讼时作出区分。<sup>[32]</sup>

当然,从尽量减少亲密关系主体间的诉讼纠纷的角度来看,不对申请人设置后续诉讼义务仍然存在合理性。但即使接受在人身安全保护令上作出的特殊安排,也不能当然地将对保护令的优待一般性地扩张于人格权禁令。其一,保护令的保护对象是人格权中双方当事人具有亲密关系的、以物质性人格权为主的特殊人格权利,人格权禁令保护的则更为广泛。相比于前者,后者的权利边界更具有不确定性,一律要求法官在简短程序中作出终局性裁判有违基层司法规律。

[28] 参见李瀚琰:《人身安全保护令独立性的制度价值及其实现》,载《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2017年第2期。

[29] 《民法典》第1079条第3款规定:“有下列情形之一的,调解无效的,应当准予离婚:……(二)实施家庭暴力或者虐待、遗弃家庭成员;……”

[30] 《反家暴法》未规定保护令申请错误的损害赔偿规则,但也有学者提及被申请人的权利救济问题。参见周安平:《〈反家庭暴力法〉亟须解决的几个问题——对〈反家庭暴力法(草案)〉的分析》,载《妇女研究论丛》2015年第2期。

[31] 离婚诉讼中的司法政策也决定了离婚裁判本身需要考虑法定事由之外的复杂因素。参见张剑源:《家庭暴力为何难以被认定?——以涉家暴离婚案件为中心的实证研究》,载《山东大学学报(哲学社会科学版)》2018年第4期;贺欣、肖惠娜:《司法为何淡化家庭暴力》,载《中国法律评论》2019年第4期。

[32] 由于法官担心人身安全保护令对后续离婚诉讼产生决定性影响,故而在实务中更为谨慎,从既判力层面切断二者联系的规定参见《最高人民法院关于办理人身安全保护令案件适用法律若干问题的规定》(法释〔2022〕17号)第9条。

其二，在人格权禁令中，双方当事人并不一定存在特殊人身关系，申请人不会被迫提起解除该关系的诉讼，也不存在避免因双方诉讼纠纷而损害关系的需求。

综上，无论是对禁令和保全之间性质冲突的分析，还是对《民法典》颁行之前独立化禁令的解读，都无法有力支撑将人格权禁令完全独立于诉讼程序的制度设计。但从实践来看，即使禁令不被赋予终局性裁判的效力，在程序上如何减轻申请人提起诉讼的压力仍具有现实意义，而目前诉前行为保全制度起诉期间的规定是实现该目标的直接阻碍。欲探索该规定的其他设计可能，需要追溯其制度源流和比较法经验。

三、起诉期间的海事法起源

1982 年《民事诉讼法（试行）》尚未区分诉前和诉中保全两个制度，该法第 92 条统一规定了保全程序。但实际上从立法用语“当事人”一词即可看出，立法者在一开始就没有设想存在诉讼程序之外的保全申请。<sup>〔33〕</sup>立法在保全制度中忽视诉前保全，与中华人民共和国成立后民事诉讼立法和实践的重要学习对象苏联法存在密切关系。从译著教科书来看，苏联民事诉讼法理论认为保全的目的就是“保障原告人有可能执行判给所争财产的法院判决”<sup>〔34〕</sup>。由于保障判决执行是保全制度的核心目的，保全程序的申请时限为“在宣判以前之任何诉讼程序阶段中”<sup>〔35〕</sup>。我国早期司法实践中超出规范的诉前保全也容易出现错误申请、管辖混乱等问题，故亦为部分学者反对。<sup>〔36〕</sup>

诉前保全正式出现于民事诉讼立法，是在 1991 年《民事诉讼法》正式颁布之时，该法新增第 93 条关于诉前保全的单独规则。诉前保全规则在保全必要、担保要求、裁判审限、起诉期间上均与诉中保全形成差别（详见表 1）。比较法上少见如此“泾渭分明”的诉前、诉中保全规定，这在中华人民共和国成立之前立法史上也并未出现过。<sup>〔37〕</sup>既然苏联并未给我们带来诉前保全的理念与制度，我国诉前保全的规则从何而来？又为何会形成对应规则呢？

表 1 诉中保全与诉前保全的内容比较

制度内容	诉中保全（现《民事诉讼法》第 103 条）	诉前保全（现《民事诉讼法》第 104 条）
保全必要	可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决不能执行或者难以执行	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

〔33〕 如果将视角回溯至中华人民共和国成立之后的此前其他民诉法规则，这一点将更为明显。1950 年《中华人民共和国民事诉讼法（草案）》第 52 条规定了与保全相当的“暂行处置”，条文明确提到“民事案件原告的请求确有日后难于执行之虞者”；1956 年最高人民法院《关于各级人民法院民事案件审判程序总结》也指出，“案件经过初步调查后……人民法院可以根据原告人的申请……采取保全措施”；1979 年最高人民法院《人民法院审判民事案件程序制度的规定（试行）》也维持了保全措施在案件审理过程中作出的立场（参见杨荣新、叶志宏编：《民事诉讼法参考资料》，中央广播电视大学出版社 1986 年版，第 204、213、250 页）。相较而言，1991 年《民事诉讼法》则使用“利害关系人”一语。

〔34〕 〔苏〕克列曼：《苏维埃民事诉讼》，王之相、王增润译，法律出版社 1957 年版，第 214 页。类似观点参见〔苏〕阿布拉莫夫：《苏维埃民事诉讼法》（上册），中国人民大学审判法教研室译，法律出版社 1957 年版，第 221 页。

〔35〕 《苏俄民事诉讼法典》（1947 年版）第 82 条。译文参见《苏俄民事诉讼法典》，徐福基、艾同藩译，大东书局 1950 年版，第 23 页。

〔36〕 参见王敬藩：《论诉讼保全》，载《政法论坛》1990 年第 3 期。

〔37〕 例如，德国法上即认为保全程序的申请与主诉程序系属与否不必然相关。参见〔德〕弗里茨·鲍尔、霍尔夫·施蒂尔纳、亚力山大·布伦斯：《德国强制执行法》（下册），王洪亮、郝丽燕、李云琦译，法律出版社 2020 年版，第 338 页。

续前表

申请主体	当事人或法院	利害关系人
担保要求	可以责令提供担保	应当提供担保
管辖法院	审理法院	被保全财产所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院
裁判审限	情况紧急时 48 小时	48 小时
起诉期间	/	30 日（2012 年修法前为 15 日） 到期不起诉（或申请仲裁），人民法院应当解除保全
损害赔偿	申请有错误	申请有错误（知识产权诉前行为保全中明确包括到期不起诉〔38〕）

从历史文献来看，我国诉前保全制度的建立受海事程序中扣押船舶（以下简称“扣船”）制度相关司法解释的影响。<sup>〔39〕</sup> 海事纠纷中的扣船，是一种民事司法临时救济措施，指通过法定程序扣留或限制船舶移动，进而为海事请求权的行使和实现提供财产保证。<sup>〔40〕</sup> 从保全客体来看，扣船属于一种财产保全，但在普通法中，申请扣船还额外具有独特的诉讼意义。普通法系延续了罗马法上对人诉讼与对物诉讼的类型区分，海事诉讼属于对物诉讼，而扣船正是使法院获得管辖权进而允许原告提起此类诉讼的前提条件。<sup>〔41〕</sup> 我国并无对人诉讼和对物诉讼的类型区分，但先于诉讼前进行扣船的诉讼传统在海商法领域被保留下来。

我国在海事领域的扣船实践在 1999 年颁布《海事诉讼法》之前就已存在。<sup>〔42〕</sup> 在《民诉法》规定诉前保全之前，1986 年最高人民法院结合审判经验及海事国际公约规定，制定了《最高人民法院关于诉讼前扣押船舶的具体规定》（以下简称《86 规定》）。在 1991 年《民诉法》正式颁布后，1994 年最高人民法院又制定了《最高人民法院关于海事法院诉讼前扣押船舶的规定》（法发〔1994〕14 号，以下简称《94 规定》），最终上述规则进入 1999 年《海事诉讼法》第三章“海事请求保全”之中。

比较三份规范在扣船这一诉前财产保全规则上的制度细节（详见表 2），可以看出，一方面，《民诉法》在设计诉前保全制度时显然参考了《86 规定》。相比于诉中保全，诉前保全留出了重要的 30 日的准备诉讼期限，而这一点与扣船裁定时限相对应，到期未起诉或申请仲裁则裁定失效，应当解除保全。另一方面，《民诉法》作出的一些特别调整在颁布后也对扣船制度产生一定影响。与《民诉法》中诉前保全规则保持一致，裁判审限被统一规定为 48 小时，同时在担保问题上《94 规定》明确改为应当提供担保。

〔38〕 参见《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》第 16 条第（一）项。

〔39〕 参见赵钢：《关于修订我国民事诉讼法（试行）的几点建议》，载《法学评论》1986 年第 6 期。实务人员观点参见李守芹：《建立我国的诉前保全制度之我见》，载《山东法学》1991 年第 1 期；倪春南：《诉前保全亟需作出司法解释》，载《法学》1992 年第 2 期。

〔40〕 参见吴焕宁主编：《海商法学》（第 2 版），法律出版社 1996 年版，第 430 页。

〔41〕 我国学者对对物诉讼的介绍也主要集中在海商法领域。参见张鸿午：《简论对物诉讼》，载司玉琢主编：《中国海商法年刊》，大连海事大学出版社 1995 年版，第 199 - 206 页；向明华：《对物诉讼与我国的船舶扣押法律制度》，载《河北法学》2006 年第 4 期。

〔42〕 我国最早的扣船司法实践至少可以追溯至 1982 年。参见张进先：《一起维护我国权益的扣船申请案》，载《人民司法》1982 年第 7 期。



表 2 海事保全制度演进比较

制度内容	86 规定	94 规定	海事诉讼法
担保要求	可以责令提供担保	应当提供担保	可以责令提供担保 (第 16 条)
扣押时间	30 日	涉外案件 30 日，国内案件 15 日	30 日 (第 28 条)
裁判审限	情况紧急的 48 小时	48 小时	48 小时 (第 17 条)
期间内未起诉	到期后应当释放被扣押船舶， 因船舶被扣押而使被申请人所 遭受的损失由申请人负担	到期后释放被扣押船舶	解除保全、返还被申请人 担保 (第 18 条第 2 款)

扣船属对物诉讼的必要前提，在扣船地法律授予法院管辖权的情况下，申请人提起后续诉讼亦属常态，因此，表现为扣船的海事请求保全之后衔接诉讼是通行做法。从国际公约来看，扣船期间的设置初衷，是在扣船地法院没有管辖权的情况下，为申请人留出寻找适宜管辖法院并提起诉讼的时间。<sup>〔43〕</sup>应用于海事纠纷的对物诉讼制度具有特殊性，该设计不可当然一概适用于整个民事实体法。

设立诉前保全的实际需求，同诉前、诉中保全二者的申请时间切分节点有直接关联。由于我国民事司法实践长期实行立案审批制度，<sup>〔44〕</sup>在原告向法院提起诉讼后，案件是否受理还存在一定的空档间隔时间。而《民诉法（试行）》限制为仅得由当事人申请保全，如果认为诉中保全的申请仅得在案件受理之后才可实施，这就意味着即使申请人在发现权利受侵害后迅速在起诉同时提交保全申请，仍可能无法适用保全程序，令及时保全的制度目的落空，由此存在设置诉前保全制度的需求。<sup>〔45〕</sup>在 1991 年《民诉法》第 93 条中明确将诉前保全的条件设置为“起诉前”，由此将诉前、诉中保全的适用界限划定为原告掌握主动权的起诉行为，这一明文规定大大减弱了此前修法理由中的担忧。

而没有明文规定诉前保全的苏联法则允许原告在起诉时申请保全，且特别强调为避免被告在知晓诉讼后隐匿财产，法院可以在起诉当日无需传唤被告的情况下作出保全裁定。<sup>〔46〕</sup>我国早期反对设立诉前保全制度的学者也认为，当事人在申请诉前保全时，“法院应告知当事人立即起诉，同时递交起诉状和诉前保全申请”<sup>〔47〕</sup>。不考虑申请人因准备申请保全和准备提起诉讼的资料翔实差异而决定分别实施的情况，如果诉前保全的功能仅相当于起诉后受理前的特殊诉中保全，<sup>〔48〕</sup>那么它的实际应用余地必然有限。加之立法者对错误保全的潜在可能性心存担忧，<sup>〔49〕</sup>因此整体来看诉前保全规范趋于严格似乎也就自然合理了。

〔43〕 参见 1952 年《关于扣留海运船舶的国际公约》第 7 条第 2 款、第 3 款；1999 年《国际扣船公约》第 7 条第 3 款。

〔44〕 即使在当前立案登记制下，也存在 7 日的立案期限。参见《民诉法》第 126 条。

〔45〕 参见前引〔39〕，赵钢文。

〔46〕 参见前引〔34〕，克列曼书，第 215 页；前引〔34〕，阿布拉莫夫书，第 223 页。《苏俄民事诉讼法典》（1947 年版）第 86 条即规定：“保障请求之申请，应由人民审判员，或由审理本案之法院，不通知他造当事人而即日裁定之。”译文参见前引〔35〕，徐福基、艾同藩译书，第 24 页。

〔47〕 前引〔36〕，王敬藩文，第 31 页。

〔48〕 也有学者认为起诉时申请应属于诉前保全。参见前引〔2〕，李仕春文。

〔49〕 参见张友渔：《正确认识、执行〈民法通则〉与〈民事诉讼法〉——在“〈民法通则〉颁布五周年、〈民事诉讼法〉公布施行座谈会”上的讲话》，载《法学》1991 年第 6 期。

保全在我国从始至终都被定位为消除执行风险的辅助性程序，几乎没有独立存在的价值。诉前保全制度仍处于无需独立性保全程序的背景理念之下，仅由海事纠纷领域扣船具体问题催生，意图解决的也是起诉、受理空隙间的有限问题，故在制度安排上不可能跳出诉中保全依附诉讼程序的既有观念，而仅将其作为诉中保全的一种例外情形。但当此种依附性定位成为保全程序进一步扩展权利保护功能的限制时，就有必要反思已有定位和规则是否属于不得动摇的客观规律，进而探究是否可能提出改进意见。

#### 四、起诉期间的比较法考察

在人格权禁令程序性质问题的讨论中，否定禁令属于保全的重要理由是保全程序不具有独立性。原因即是诉中保全当然必须在提起诉讼后申请，而诉前保全裁定作出后又存在依职权设置的30日起诉期间。这一规定极大削弱了申请人单独依靠诉前保全制度解决纠纷的效果。考虑独立性问题在诉前保全制度中突出表现为起诉期间的设置和申请人期间经过后不起诉时保全失效的后果，下文将围绕这一问题就比较法经验进行考察。

##### （一）起诉命令模式

我国民事诉讼法的立法过程主要受两种法律文化的影响，其一是舶来德日的欧洲大陆法系制度，其二为承袭苏联的社会主义法系制度，二者存在一定联系但又具有差异。如前文所述，苏联理念中的保全非常强调对诉讼程序的辅助性，这无疑对中华人民共和国成立后我国立法、司法、法学理论上对保全程序的理解具有重要影响。但大陆法系民事诉讼规则却呈现出另一番景象。

保全按大陆法系传统被区分为假扣押和假处分。<sup>〔50〕</sup>德国法对诉讼系属前作出的假扣押作特殊规定，法院应当依被申请人申请，命令申请人在指定的期间内起诉，申请人不遵守的，可依申请撤销假扣押，我国台湾地区现行规则与之相近，<sup>〔51〕</sup>且该规则在两地亦可准用于假处分。<sup>〔52〕</sup>日本法则统一就保全裁定作出类似规定。<sup>〔53〕</sup>可见，大陆法系同样设置了促使诉前保全的申请人在保全裁定做出后提起诉讼的督促措施，且具体方法同样为设置期间及期间内不起诉可导致保全裁定失效。但是，与我国依职权设置期间和到期后依职权解除保全的规则不同，前述规则将设定期间和解除保全程序的启动权利均交给被申请人，法院仅得依申请实施。

我国台湾地区学者认为，由于法律并未规定申请人有提起诉讼的义务，故设置一定期间要求申请人起诉，是为避免申请人滥用或轻率申请，使被申请人不必长期陷于缺少终局判决的不确定

〔50〕 假扣押可大致等同于我国财产保全和限制被申请人处分财产的行为保全，假处分则对应其他行为保全。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（西北政法大学学报）》2015年第4期。

〔51〕 参见《德国民事诉讼法》第926条（译文参见《德国民事诉讼法典》，赵秀举译，法律出版社2021年版，第328页）和我国台湾地区“民事诉讼法”第529条。

〔52〕 我国台湾地区学者观点参见陈荣宗、林庆苗：《民事诉讼法》（下）（第6版），三民书局股份有限公司2015年版，第244页；姜世明：《民事诉讼法》（下册）（第6版），新学林出版股份有限公司2018年版，第638—639页。Vgl. Ingo Drescher, in: Münchener Kommentar ZPO, Band 2, 6. Aufl., 2020, § 926 Rn. 2; Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Aufl., 2014, Rn. 1649.

〔53〕 参见《日本民事保全法》第37条。译文参见《日本民事诉讼法典》，曹云吉译，厦门大学出版社2017年版，第296页。

状态。<sup>[54]</sup> 具体而言，德国法上认为，诉讼系属前申请的假扣押裁定作出后，申请人可能会安于保全保护而怠于提起诉讼，如其可能为进一步准备诉讼搜集证据而拖延时间，虽然被申请人也可以通过提起消极确认之诉的方式主动开启诉讼程序，但会使其在诉讼费用上面临不利，故设置起诉期间仍然是被申请人的一项优势选择。<sup>[55]</sup> 不过，正因为申请人、被申请人均享有开启诉讼程序的权利和机会，而起诉期间制度本质上仍属于被申请人的法律救济，故应当给予其自身选择适用的机会。

由于起诉期间的目的是督促申请人提起诉讼进而对纠纷作出终局判决，为了避免申请人在被申请人申请法院命令起诉时感到过于仓促，故在时间设置上需要留出一定的准备空间。德国法上认为这一期间与起诉状送达后指定言词辩论或书面答辩留出的时间保持一致，即至少两周，通常不超过1个月。<sup>[56]</sup> 日本法亦类似，指定期间应长于两周。<sup>[57]</sup> 循此逻辑，我国起诉期间的设计也不必固定为30日，而是应遵循《民事诉讼法》第128条对答辩时间的安排（15日）以及《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（法释〔2019〕19号）第51条第1款对举证期间的安排（一审普通程序15日），设定至少15日以上的起诉期间即可。在期间内未能起诉的，假扣押裁定亦非当然无效。虽然作出保全的裁判是临时性的，但解除保全意味着对临时保护的否定，而在考虑是否解除时又无紧迫作出判断的必要。故解除需要依被申请人申请，经由言词辩论作出。<sup>[58]</sup>

就此来看，大陆法系制度固然亦认为保全依附于诉讼程序，但对于后续诉讼的衔接则配设了分层结构：首先，申请人和被申请人可以自行主动提起诉讼；其次，被申请人可以请求法院命令申请人在一定期间内提起诉讼；最后，申请人限期内不提起诉讼的，被申请人可以请求法院经言词辩论审理后裁判是否解除保全。

最后一种情形下的解除保全将直接导致申请人对被申请人承担赔偿责任。《德国民事诉讼法》第945条和我国台湾地区“民事诉讼法”第531条均有规定，假扣押裁定因申请人未遵守起诉命令而撤销的，申请人需要赔偿被申请人损失。需要注意的是，赔偿仍需被申请人以给付之诉的方式提起，只是无须单独考虑申请人是否存在过错，<sup>[59]</sup> 仍需计算诉讼时效，<sup>[60]</sup> 而非在申请解除后自动以担保清偿。从结果上看，该规则似与我国知识产权行为保全司法解释相通，但期间届满后不经审理直接解除并赔偿的措施相较而言仍突显出职权主义色彩。

需要承认的是，欧洲各国对保全申请人提起诉讼义务的规定存在差异，<sup>[61]</sup> 在意大利、西班牙、罗马尼亚等国即存在该法定义务，而在法国、德国、荷兰等国则不存在该法定义务。考虑到

[54] 参见前引〔52〕，陈荣宗、林庆苗书，第233页。

[55] Vgl. Michael Huber, in: Musielak/Voit Zivilprozessordnung, 19. Aufl., 2022, ZPO § 926 Rn. 1-2.

[56] Vgl. Ingo Drescher, in: Münchener Kommentar ZPO (Fn. 52), § 926 Rn. 10.

[57] 《日本民事保全法》第37条第2款规定：“（诉前保全）前项期间应为两周以上。”译文参见前引〔53〕，曹云吉译书，第296页。

[58] Vgl. Ingo Drescher, in: Münchener Kommentar ZPO (Fn. 52), § 926 Rn. 23; Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker (Fn. 52), Rn. 1532.

[59] 参见前引〔52〕，姜世明书，第628页。

[60] 该项请求权诉讼时效在保全裁定解除，且被申请人在诉讼程序中已经获得有利判决时可以起算。Vgl. Ingo Drescher, in: Münchener Kommentar ZPO (Fn. 52), § 945 Rn. 28.

[61] 就起诉期间规定而言，瑞士法规则与我国就较为相近。《瑞士民事诉讼法》第263条规定：“如果主诉尚未系属，法院应当要求申请人在规定期间内起诉，并命令到期后保全裁定将不可救济地失去效力。”

大部分保全均未经言词辩论而作出,欧洲法学会在2021年制定的《欧洲示范民事诉讼法》(Model European Rules of Civil Procedure)第188条关于起诉期间的规则,也确实采取了倾向于“职权”的方式。<sup>[62]</sup>当然,示范法是旨在方便统一适用而制定的规则,并不一定标志着诉前保全制度必然和唯一的发展方向。

## (二) 同时起诉模式

除前述大陆法系国家外,英美法系国家同样存在对应保全的临时救济制度。英国《民事诉讼规则》(Civil Procedure Rules,以下简称CPR)第25条规定的中间救济覆盖范围极广。英国学者尼尔·安德鲁斯(Neil Andrews)将其分为保护性措施和中间措施;<sup>[63]</sup>英国学者艾德里安·朱克曼(Adrian Zuckerman)则将其分为保护实体权利的保护令和用于获取证据、管理诉讼的程序令。<sup>[64]</sup>英国法上中间救济制度部分由衡平法禁令救济的判例积累而逐步生成,故更为强调实用导向,体系性相对较弱,但大略可以朱克曼所称“保护令”的概念对应我国保全制度。

美国法上的临时救济主要包括两种类型,其一是针对财产的措施,在联邦法院层面由《联邦民事诉讼规则》(Federal Rules of Civil Procedure,以下简称FRCP)第64条规定,一般具体内容由各州成文法安排;其二是FRCP第65条规定的要求被申请人作为或不作为的禁令措施。<sup>[65]</sup>二者大致可对应我国财产保全和行为保全规则。

英国法上,CPR第25.2(1)条规定中间救济裁定可以在包括起诉之前和判决之后的任何时刻作出,由此留出了诉前申请的空间。诉前申请仅可在紧急情况下得到认可,此时法院通常会要求申请人起诉并将保全的令状和起诉状一并送达,未能及时起诉的申请人可能会被法院解除保全。<sup>[66]</sup>

美国法上,FRCP并未直接提及是否可以在诉前作出保全及相应的制度安排。至于针对财产的措施,在部分州司法实践中允许于起诉前提出申请,亦有州成文法规定,例如,《阿拉巴马州法典》(Code of Alabama 1975)第6—6—140条规定申请人应当在扣押令签发后15天内提起诉讼。<sup>[67]</sup>而对于禁令措施,虽然在建立知识产权诉前禁令制度的过程中大量参考了美国禁令制度的裁量标准,但这一过程中学者并未明确美国法上临时限制令(temporary restrain order,以下简称TRO)、预备禁令两类中间禁令和永久禁令间的衔接关系。事实上,为补足正当程序保障,在无需将申请送达被申请人也未经辩论的TRO作出后,法院应当尽快安排听证程序,听证时申

[62] 《欧洲示范民事诉讼法》第188条规定:“申请人在根据第21条第1款、第53条提起诉讼之前被授予临时性或保护性措施裁定的,应当在法院设定的期日前起诉。当法院没有设定期日,或者准据法没有特别规定的,申请人应当在裁定作出两周内提起诉讼,法院可以依申请延长期间。(第1款)如果诉讼没有按照前款提起,除非法院另有裁定,措施将失效。(第2款)”笔者曾邮件请教示范法临时救济小组成员艾伦·乌兹来克(Alan Uzelac)教授,乌兹来克教授谈到,小组认为该部分定位需要强调“临时性”,故不能以裁定替代终局裁判,因而需要设置起诉责任。

[63] See Neil Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System*, Oxford University Press, 2003, pp. 423-490.

[64] 参见前引[19], Adrian Zuckerman书,第394页。

[65] 参见[美]杰克·弗兰德泰尔、玛丽·凯恩、阿瑟·米勒:《民事诉讼法》(第3版),夏登峻、黄娟、唐前宏、王衡译,中国政法大学出版社2003年版,第697-706页。

[66] See Practice Direction 25A 4.4; 前引[19], Adrian Zuckerman书,第468页。

[67] 参见前引[65], 杰克·弗兰德泰尔等书,第698-699页。



请人应当一并提交预备禁令的申请，否则法院将解除 TRO。<sup>〔68〕</sup>而之所以不强调 TRO 是否要作为诉前禁令，是因为实践中可以要求在申请 TRO 时一并提交起诉状。<sup>〔69〕</sup>就此来看，美国法与英国法在处理最为紧迫的临时救济措施时，都类似地要求同时或在事后尽快提起诉讼，并及时安排后续听证或审理，其模式与大陆法系中强调起诉义务的国家更为相近。

### （三）家暴防治的特殊处理

是否在英美法系就不存在具有相对独立性的临时保护制度呢？或许可以将视角转移到人格权禁令的“前身”，针对家庭暴力伤害的人身安全保护令上。<sup>〔70〕</sup>英国 1976 年即制定《家庭暴力与婚姻程序法案》（Domestic Violence and Matrimonial Proceedings Act），现行的家庭暴力保护令则规定于 2010 年制定的《犯罪与安全法案》（Crime and Security Act）第 27 节以下。英国法上规定，警察将会在发现家庭暴力嫌疑时先作出家庭暴力保护通知，通知送达被申请人 48 小时内，警察应该向治安法院申请保护令；不同于通知，保护令的申请需要送达被申请人，同时法院应进行听证，听证延期的，通知将维持效力；保护令的时限为 14 至 28 日。<sup>〔71〕</sup>英国法通过警察和法院的相互配合，实现了紧急保护（通知）和中短期有程序保障之保护（保护令）的结合，但从时间长度来看，英国法上的保护令与我国诉前保全相差无几。

在美国，州法层面的保护令实践在 70 年代即已出现，在 90 年代初各州已普遍建立了通过民事保护令遏制家庭暴力的成文法规。<sup>〔72〕</sup>1994 年，美国国家青少年和家庭法院法官委员会制定了《家庭暴力示范法》（Model Code on Domestic and Family Violence），该法在第 3 章规定了保护令。示范法规定了紧急和通常两种保护令：紧急保护令仅可由执法人员向法院申请，可不经听审程序而作出，同时具有固定时限；通常保护令根据内容分为“必须通过听审程序作出”和“可以不经听审程序作出”两种类型，签发后将长期有效，直到法院依申请再次调整，对于任何未经听审程序作出的通常保护令（及其调整），当事人可以申请进行听证。<sup>〔73〕</sup>相比英国法上的保护令，美国示范法中的通常保护令可以提供更长的保护期，其目的是将对保护令的程序保障机制设计得更为精细和倾向于由当事人主导。示范法认为，设计无期限的通常保护令是因为申请人利益受威胁而需要保护的时间很难给出确定答案，申请人延长临时保护的程序负担也转化为被申请人主动提出异议的机制。

在这一点上，德国法的规定与美国法近似。尽管德国在家事法领域适用单独的诉讼法，即《家事事件和非讼程序法》，但其在临时救济上的安排被视为民诉法上保全程序的对应制度，<sup>〔74〕</sup>且在起诉期间规则上亦有相通之处，均更倚重当事人异议程序的作用。该法第 52 条规定，暂时

〔68〕 See FRCP Rule 65 (b) (3).

〔69〕 例如，马萨诸塞州即要求在申请 TRO 的同时提交宣誓起诉状（verified complaint）。该州在租赁合同纠纷中租客对房东申请 TRO 的实践指引可参见 <https://www.masslegalhelp.org/housing/lt1-form-15-tro.pdf>，最后访问时间：2023 年 5 月 31 日。

〔70〕 我国《反家暴法》中的保护令制度在设计时参考了我国台湾地区保护令制度，同时进行了本土化（参见薛宁兰、晋丽：《论家庭暴力防治法中的民事保护令制度》，载《中华女子学院学报》2012 年第 4 期），我国台湾地区“家庭暴力防治法”属法律移植，其第一版草案以美国《家庭暴力示范法》为蓝本（参见王晓丹、林三元：《法律移植与法律适应——婚姻受暴妇女声请民事通常保护令裁定之分析》，载《思与言》2009 年第 4 期）。

〔71〕 See Crime and Security Act, Sec. 27 - 28.

〔72〕 See *Civil Protection Order*, 43 *Juvenile & Family Court Journal* 5, 5 (1992).

〔73〕 See Model Code on Domestic and Family Violence, Sec. 305 - 307.

〔74〕 参见〔德〕罗森贝克、施瓦布、戈特瓦尔德：《德国民事诉讼法》，李大雪译，中国法制出版社 2007 年版，第 1312 页；Michael Giers, in: *Sternal FamFG*, 21. Aufl., 2023, § 49 Rn. 3.

命令作出后利害关系人可以申请法院作出起诉命令，未遵守的暂时命令将被撤销。<sup>〔75〕</sup>如果在暂时命令作出后没有人基于第49条第2款提出异议，则暂时命令将可长期存在，申请人超出依申请设定的起诉期间不起诉的，也需要依申请而非依职权取消暂时命令，这里的逻辑和前文《德国民事诉讼法》第926条的规定基本一致。<sup>〔76〕</sup>

## 五、诉前保全的独立性重构

保全程序需要在短时间内平衡申请人权利被侵害的可能性和损害大小，以及保全措施对被申请人权利的制约力度。为协调被申请人程序保障和申请人权利救济间的紧张关系，基于上述比较法考察，我们大致能够看到两种诉前保全的设计模式：一种是更强调法院主动的模式，此时法院会主动要求申请人后续提起诉讼或设置听审程序，并以较短的保全时限来实现督促效果；另一种是更强调当事人主动的模式，在作出保全的程序和判断标准不变的情况下，将对保全的异议机会和促使开启诉讼程序的权利交由当事人（主要是被申请人）行使，此时保全的时限长度自然可以放宽。

上述比较法考察有助于打破固有认识，展现禁令独立性在保全程序中实现的“另一种可能”。一方面，早有学者指出，人格权禁令的制度设计本就不必完全脱离行为保全背景，<sup>〔77〕</sup>从体系解释来看也应当避免轻易因为特殊需求构建冗余制度、忽视既有规则。<sup>〔78〕</sup>保全程序在证明标准、保全要件等事项上已有的制度理念、规范文本和实践经验，可作为构建人格权禁令对应规则的基础，再结合禁令特殊需求进一步调整。如前所述，人格权禁令的独立性，或者说在诉讼程序外，当人格权受紧迫威胁时提供一个减轻受害人负担的特殊救济，正是攻讦人格权禁令保全定位的重要理由。在诉前行为保全语境下，围绕起诉期间提供保全的“独立化”方案，能够有效回应攻讦，帮助将禁令纳入既有体系，避免在制度设计上重复劳作，甚或因程序重叠引发冲突。<sup>〔79〕</sup>

另一方面，自保全定位出发，对于禁令同我国当前保全制度存在差异的法院管辖、审查时限、效力期限等问题，亦可以进一步参考比较法经验，以开放且尊重司法规律的方式改进保全制度，配合完成禁令效果。<sup>〔80〕</sup>

具体就起诉期间制度而言，以前述理念对诉前行为保全制度予以改造，则其中强调当事人主动的模式，就可打破当前诉前保全僵化的“起诉期间”限制，以保全“之身”实现学者预设禁令独立性“之魂”。基于两种不同模式，人格权禁令在法院作出支持申请人的裁判后，禁令持续期限及当事人后续诉讼状况可以存在两种不同设计：<sup>〔81〕</sup>

〔75〕 参见《德国国家事件和非讼程序法》，王葆蒨、张桃荣、王婉婷译注，武汉大学出版社2017年版，第27页。

〔76〕 Vgl. Michael Giers, in: Sternal FamFG (Fn. 74), § 52 Rn. 11; Jürgen Soyka, in: Münchener Kommentar zum FamFG, Band 1, 3. Aufl., 2018, § 52 Rn. 1.

〔77〕 参见张素华：《论人格权禁令的性质及司法适用》，载《比较法研究》2021年第6期。

〔78〕 参见前引〔1〕，严仁群文。

〔79〕 禁令程序与诉讼、保全、保护令等救济程序之间的定位模糊，已然令实践对《民法典》第997条的适用存在规范功能、裁判标准的困惑。参见刘子赫：《人格权禁令的实践反思、程序定位和诉讼实施》，载吴虹静、芮心怡编：《湘江青年法学》第7卷第1辑，湘潭大学出版社2022年版，第15-18页。

〔80〕 参见前引〔79〕，刘子赫文。

〔81〕 参见前引〔79〕，刘子赫文。

其一，在法院主动模式下（如图 1 所示），禁令将保留既有规则中诉前保全对诉讼程序的强依附性，申请人仍然需要在获得支持裁定的一定期限内提起诉讼，否则禁令将自动失效。申请人在起诉时，可以一并申请诉中保全，使诉前禁令自然过渡至诉中。

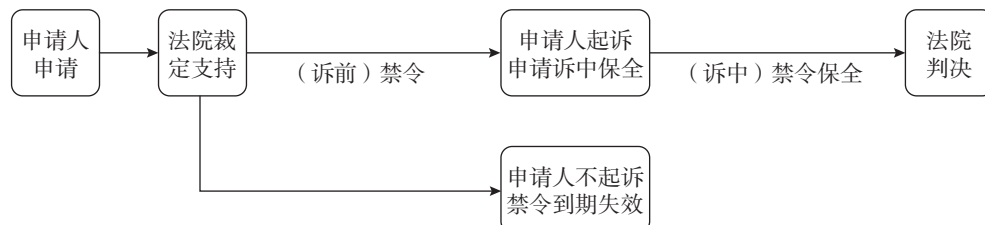


图 1 法院主动模式

其二，在当事人主动模式下（如图 2 所示），禁令虽不具备终局性裁判的效力，但可作为执行依据。被申请人不提出异议时，禁令将持续保持效力，减轻申请人获取救济的程序负担，实现相对于诉讼程序的独立性。申请人获得支持裁定后，法院并不依职权确定起诉期间，也即并不自动生成禁令效力期限，此时存在三种不同的发展后果：第一，申请人之后主动提起诉讼，同时申请保全；第二，被申请人请求法院作出起诉命令，要求申请人在一定期限内提起诉讼，若申请人在期限内起诉，也可申请保全，若申请人不及时起诉，逾期后被申请人可以请求法院撤销禁令；第三，被申请人自行评估后续诉讼成本，不对禁令提出任何异议，此时禁令即可在期限内保持有效。<sup>〔82〕</sup>

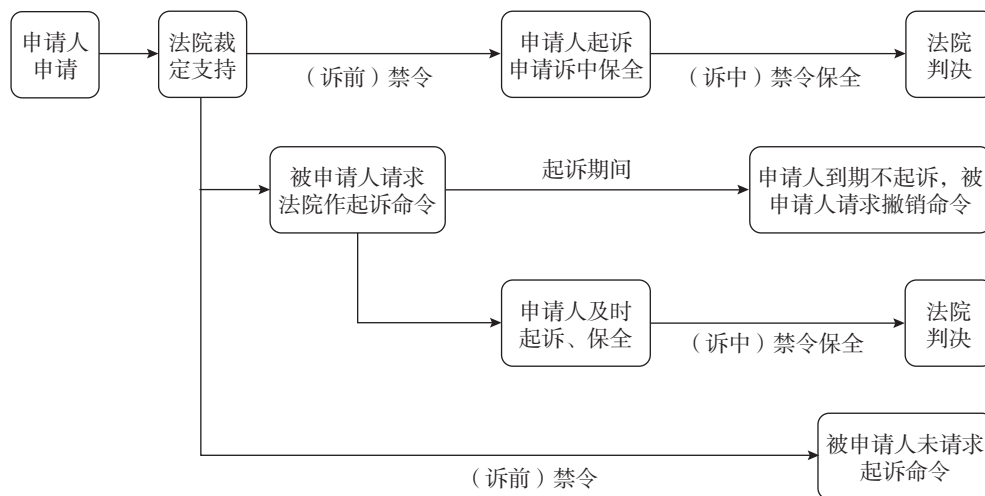


图 2 当事人主动模式

欲在保全程序基础上明确人格权禁令的独立性效果，主要需通过司法解释实现后一种模式的设想。该立法模式也可方便在担保数额、审理时限等人格权禁令希望与保全程序作出区分的事项上单独作出规定。参酌此前大陆法系立法用语，可在未来人格权编司法解释中增设条文如下：

〔82〕 由于人格权禁令保护的是绝对权人格权，故其内容可能表现为“停止侵害”一类持续性不作为义务，此类裁判的执行问题均具有时效共性。参见曹志勋：《停止侵害判决及其强制执行：以规制重复侵权的解释论为核心》，载《中外法学》2018年第4期；胡思博：《论对行为请求权的强制执行》，载《法学杂志》2020年第11期。

第 n 条 申请人在提起人格权诉讼前申请人格权禁令并得到法院支持的，被申请人可向作出禁令的法院或执行法院申请，命令申请人在一定期间内起诉。（第 1 款）申请人在第一款规定的期间内未起诉的，被申请人可向作出禁令的法院或执行法院申请撤销禁令。（第 2 款）

第 n+1 条 人格权禁令适用诉讼保全规则，法律另有规定的，参照其规定。

## 六、结 语

从学者和立法者对独立化禁令的需求分析和制度设计来看，人格权禁令的独立性并非指存在既判力的终局性速审裁判，而是申请人无须依职权负担起诉义务的临时救济。参照海事请求设计的诉前保全制度错误地固化了起诉期间制度，未考虑到保全民事权利的性质差异而直接确定了一律有利于被申请人的安排。从比较法经验来看，诉前临时救济的起诉期间规定可以有职权主义和当事人主义两种模式，我国法亦可在人格权禁令等特殊权利上设定特别规则，<sup>〔83〕</sup>将对保全的异议机会和促使开启诉讼程序的权利交由当事人（主要是被申请人）行使，此时保全的时限长度自然可以放宽，进而发挥非终局性裁判“终局性”解决纠纷的作用。<sup>〔84〕</sup>这并不违背保全制度的制度目的和性质定位，在减轻新设禁令制度负担的同时，也可以在当前实定法既有的保全制度的基础上完善临时救济制度。

---

**Abstract:** The main obstacle to the application of personality rights injunction through the preservation procedure is the conflict between the independence of the injunction and the subsidiarity of the preservation, and the duration to claim of the pre-litigation preservation procedure is the prominence of the problem. However, the analysis on the differences between the personality rights injunction and the preservation procedure has its drawbacks, which is the independence of the injunction does not only refer to a final decision, but also to reduction of the applicants' obligation to initiate the proceedings later. According to the legislative system history of China's pre-litigation behavior preservation and related comparative law, there is more party-oriented design for the rules of duration to claim, so the personality rights injunction is not necessarily applied through a newly established injunction procedure.

**Key Words:** personality rights injunction, pre-litigation preservation procedure, duration to claim, maritime preservation procedure, partyism

---

（责任编辑：曹建军 赵建蕊）

---

〔83〕 参见戴书成：《〈民法典〉第 997 条（人格权侵害禁令）诉讼评注》，载《云南社会科学》2023 年第 1 期。

〔84〕 例如，由于没有对起诉期间的强制性规定，法国法上的紧急审理程序虽然也仅仅是临时救济措施，但作出后当事人可能就不会提起后续诉讼，进而具有强化纠纷解决的效果。参见张卫平、陈刚编著：《法国民事诉讼法导论》，中国政法大学出版社 1997 年版，第 275—276 页。