

论民事诉讼行为保全中被申请人的权益保护

黄铄珺

宁波大学, 浙江 宁波

收稿日期: 2021年9月26日; 录用日期: 2021年10月22日; 发布日期: 2021年10月29日

摘 要

民事诉讼行为保全制度是维护当事人合法权益、保障民事判决有效执行的诉讼措施。然而在实践中, 该制度的发展却因被申请人权益保护不足困难重重。其欠缺具体体现在: 立法规定上对于民事诉讼行为保全制度的启动程序、申请条件、管辖、审查方法、担保救济机制、行为保全适用的范围等, 法律规定抽象概括, 导致实践中缺乏可操作性和明确的指引; 司法实践中申请人与被申请人、申请人与法院之间、诉讼前、诉讼中存在被申请人权益的失衡。鉴于此, 只有通过梳理行为保全的申请条件, 健全行为保全的审查机制, 拓宽被申请人权益的救济途径, 才能逐步优化被申请人之权益保护, 完善行为保全制度。最大限度保障被申请人公正平等地参与行为保全程序, 均衡各方的权益, 以符合现代程序的正当要求。

关键词

行为保全, 被申请人, 诉讼利益, 权益保护

On the Protection of the Respondent's Rights and Interests in the Preservation of Civil Actions

Shuojun Huang

Ningbo University, Ningbo Zhejiang

Received: Sep. 26th, 2021; accepted: Oct. 22nd, 2021; published: Oct. 29th, 2021

Abstract

The preservation system of civil litigation acts is a litigation measure to protect the legitimate

rights and interests of the parties and ensure the effective execution of civil judgments. However, in practice, the development of this system has been difficult due to insufficient protection of the rights and interests of the respondent. The shortcomings are embodied in: the legislative provisions regarding the initiation procedures, application conditions, jurisdiction, review methods, guarantee relief mechanisms, and the scope of application of behavior preservation of the civil litigation behavior preservation system, etc. The legal provisions are abstract and generalized, resulting in a lack of operability in practice and clear guidance; in judicial practice, there is an imbalance in the rights and interests of the respondent between the applicant and the respondent, between the applicant and the court, before the litigation, and during the litigation. In view of this, only by sorting out the application conditions for behavior preservation, improving the review mechanism of behavior preservation, and broadening the relief channels for the respondent's rights and interests, can the protection of the respondent's rights and interests be gradually optimized and the behavior preservation system improved to maximize the protection of the respondent's fair and equal participation in the behavior preservation procedure, balance the rights and interests of all parties, and meet the legitimate requirements of modern procedures.

Keywords

Behavior Preservation, Respondent, Litigation Interest, Rights Protection

Copyright © 2021 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 行为保全中被申请人权益的界定

1.1. 被申请人的概念和基本特征

行为保全中的被申请人是指：在民事诉讼行为中，因不履行民事义务或者实施民事侵权行为，而正给他人或将要给他人带来严重损失，从而被要求做出或禁止做出一定行为的诉讼当事人。被申请人的主要特征是：1) 是民事诉讼关系的一方当事人。被申请人作为民事诉讼行为保全的被执行人，一方面承担行为保全中的义务，另一方面也享有相应权利。2) 实施了一定的民事侵权行为。3) 没有履行法律规定的民事义务。4) 实施的侵权行为或逃避义务行为严重或将要对申请人的合法民事权益造成威胁。5) 被要求在诉讼前或诉讼中提前履行或者禁止履行一定的行为^[1]。

1.2. 被申请人的基本权利

1.2.1. 抗辩权

民事诉讼法第 100 条规定了行为保全的申请主体和情形，申请人在认为自身利益有遭受被申请人妨害之虞时可以行使向人民法院提起行为保全诉讼请求的权利，而抗辩权作为一种对抗权，具有妨碍他人行使其权利，尤其是拒绝请求权人行使请求权的功能。

1.2.2. 复议权

2015 年的民事诉讼法司法解释第 171 条规定了被申请人针对人民法院做出的行为保全裁定不服可以行使复议的权利，并由作出裁定的原法院审理。在行为保全中，被申请人作为被动一方当事人，只有对已作出的行为保全裁定提出一次复议的权利，而无上诉权。并且，被申请人如果不服裁定，复议只能向作出裁定的同一个法院和同一个庭申请，是很难保障程序公正的。

1.2.3. 赔偿请求权

现行民事诉讼法第 105 条规定,因行为保全的请求不当导致被申请一方当事人遭受侵害的,由申请一方当事人进行弥补。《民事诉讼法修改建议稿》第六稿的第 116 条比较全面具体地列举了被申请人在哪些情形中可以主张损害赔偿,主要包括:“行为保全的裁定被撤销是因当事人请求有错误;因申请人败诉或撤诉而被撤销;因被申请人提出复议申请而被撤销;因其他可以归责于申请人的原因被撤销的。”前述条款为被申请人行使赔偿请求权提供了制度基础,但是对于权利的行使程序和方式却缺乏规定。

1.2.4. 其他基本权利

除了抗辩权、复议权和求偿权外,作为一般民事诉讼当事人,被申请人还应当具有以下基本权利:

1) 知情权。被申请人有权了解行为保全申请的基本内容,向法院咨询申请人的基本情况,以及与自己具有利害关系的其他重要信息。2) 参与权。被申请人作为诉讼当事人,能够积极地参与诉讼中,发表意见,提出自己对行为保全的异议,选择有效的途径维护自己的合法权益。

与申请人相比,可以概括出被申请人权利的显著特点:1) 前者的权利是一种主动性权利,后者的权利则是一种被动性权利。只有在申请人向法院主张民事诉讼行为保全的请求之后,被申请人的权利才随之产生。在整个行为保全过程中,申请人处于主导型、支配性的地位,被申请人并没有足够的权利去对抗申请人^[2]。在一般的民事诉讼中,被告针对原告的诉讼请求可以提起抗辩权,或者不服判决结果可以向检察院提请抗诉或向上一级法院提起上诉。然而,在民事诉讼行为保全中,被执行人却只能向审理行为保全案件的原法院行使复议权。2) 前者的权利是一种完全权利,后者的权利则是一种非完全权利。申请人在行为保全中所拥有的民事权利是民事诉讼中当事人权利的典型表现,但被申请人拥有的权利却是一种受限制的非完全权利,被申请人的权利从某种程度上说是申请人权利的派生。

2. 行为保全中被申请人权益保护不足的表现与成因

2.1. 立法上对被申请人权利保护不足

从《最高人民法院关于人民法院执行工作的若干问题规定》司法解释出台的时间和内容中,可以发现:对于保障民事诉讼行为保全中被申请人权利问题的关注,司法解释是远早于成文法的。相对于成文法而言,司法解释具有高度变通性的特点,这就会导致在司法实践中,对于被申请人所提出的权益保障之诉,法院间的理解不同,带来了适用上的诸多困难。

现行民事诉讼法对行为保全制度的规定主要集中在第 100 条至第 105 条。该条只是概括地规定了民事诉讼行为保全制度,但对于制度具体的内容却毫无涉及:民事诉讼行为保全制度的启动程序、申请条件、管辖、审查方法、担保救济机制、行为保全适用的范围等。由于立法上的抽象概括,导致实践中缺乏可操作性和明确的指引,给被申请人权益保护带来维权的困境,形成了权益保障的不足性。

首先,从整体制度设计上比较。在 2012 年修改的民事诉讼法中,立法者将行为保全制度放在总则内,置入民事诉讼强制措施之前。一般在总则上强调的都是贯穿于整个诉讼过程的普遍性问题,而民事诉讼行为保全制度,作为一项保障申请人权利不受被申请人之妨害的特殊程序,并不具有普遍适用性。立法者如此立法,不仅难以保持立法结构的内在逻辑性,同时也给民事诉讼行为保全的实施带来不利:被申请人在利益面临侵犯时,难以通过有效的救济手段来保护自己的合法权益。

其次,从行为保全与财产保全的混合式立法中比较。行为保全与财产保全各有侧重,两种制度截然不同。然而,在我国立法中,却将二者混合立法,这给被申请人权益失衡性带来现实性的诱因:在财产保全中,通过提供反担保,被申请人可以解除保全,而对于行为保全,被申请人却不能这样做。通过财产保全的手段来达到行为保全的目的无疑是隔靴搔痒,是造成对被申请人权益保护不足现象的重要原因。

2.2. 司法实践中对被申请人权益保护不足

2.2.1. 被申请人与申请人之间以及被申请人与司法机关之间的权益失衡

民事诉讼法和相关法律规定,可以通过两种途径启动行为保全:一是当事人提出申请。二是司法机关依职权启动行为保全。此两种方式的行使自然形成了行为保全过程中两对失衡关系的出现。主要分为:

1) 被申请人与申请人间的权益失衡。在司法实践中,主要体现为: a) 申请人的权利多于被申请人。b) 申请人的义务少于被申请人。c) 申请人的权利限制弱于被申请人。例如,在“广药集团诉加多宝等侵权,要求停止销售生产”一案中,依据法律规定,只要广药集团提出的民事诉讼行为保全申请满足了法院的形式审查要件,便可以要求“新供销公司”和“加多宝公司”停止销售生产。至于如何证明两公司有侵权行为是审判阶段的任务,无需在提起行为保全诉讼请求时证明。如此设置易导致申请人与被申请人之间形成双方权利不对称的样态,不利于司法公正[3]。2) 被申请人与司法机关间的权益失衡。将行为保全与财产保全两个区别显著的规范混合立法,实质就暗示了在司法实践中两者适用的相对一致性——司法机关可以依据职权主动为当事人采取行为保全。法院既是启动行为保全的主体,又是对被申请人提起复议的审查者,几乎不可能且司法实践的确也证明了很少有法院改变原做出的行为保全裁定。如加多宝公司作为被申请人,在因广药集团以五百万元保证金所申请的行为保全而损失十多亿元后也并未提起复议,此案充分表明了对于同一法院审查行为保全,被申请人是持不信任的态度的。此外,法律规定在“必要时”法院可依职权启动行为保全,但是对于何属“必要情形”并无明确的细化,无疑是给予司法机关相当大的自由裁量权,在我国现今司法队伍素质尚未处于发达国家水平的大环境下,作出违背被申请人意愿的,甚至是根本错误的民事诉讼行为保全裁定,在法官群体中很可能会屡见不鲜。

2.2.2. 诉前被申请人权益保护不足与诉中被申请人权益保护不足

民事诉讼法第 100 条规定,申请人提出民事行为保全既可以在申请前也可以是在申请中,因此,被申请人的权益保护不足现象也是可以分为两部分。1) 诉前被申请人权益保护不足。在唯冠公司诉苹果一案中,被申请与申请人相比,其权益处于相对弱势地位。此外,结合专利权诉前禁令的相关规定,申请诉前禁令的关键在于侵害行为的严重威胁性与急迫性。由于进入审判阶段,对诉前禁令的审查只是停留在形式上,有了更多的不确定性与主观性,这无疑让被申请人陷入了不利的境地。2) 诉中被申请人权益保护不足。在诉讼中,被申请人在诉讼中权益失衡性主要原因是在于法院一方,法院掌握直接决定行为保全是否执行的关键性权力。并且法律规定,法院还是受理被申请人申请复议的主体,这就使法院间接掌握决定了被申请人救济的机会。

2.3. 被申请人权益保护不足的原因

2.3.1. 被申请人的基本权益缺乏直接法律依据

现行的民事诉讼法及其司法解释仅规定行为保全的基本概念,对于被申请人的基本权益,在民事诉讼法第九章“保全与执行”的若干条文中,无直接依据可供援引,致使司法界对被申请人的基本权益一直无统一的认识。这可能导致法院的误判,损害被申请人的权益。对于可以参照适用财产保全的一般性规定以外的部分[4],比如被申请人的基本权益应采独立的法条加以规定,以体现行为保全制度的特殊之处,从而协调当事人之间的权益。同时,由于对申请人造成“损害”的标准性规定缺失,主要强调的还是申请人的主观意愿,致使被申请人容易处于无法明确得知为何会被申请行为保全的状态。

2.3.2. 被申请人无上诉权

针对申请人的提出的行为保全申请,被申请人只能被动地采取有限的措施,比如,其使用一次性的

权利向作出行为保全裁定的原法院申请复议。但是，被申请人却不能够向法院上诉。因而，被申请人的诉权是不完整的，只能对侵害行为被动的防御，却不能对侵权行为提起积极的民事诉讼。相比，申请人的诉权则更加完整，并且更加主动。诉权是维护当事人权利的重要方式，残缺的诉权直接影响着当事人利益的保护，加剧了被申请人在与申请人的较量中陷入不利的状况。

2.3.3. 司法机关对行为保全申请的审查机制缺失

对于行为保全的申请，现行民事诉讼法尚无规定，司法机关是采取实质审查还是形式审查。虽然在诉前停止侵权禁令中，在一定程度上规定了对行为保全的实质审查，但诉前禁令发挥限制被申请人的作用主要还是针对知识产权侵权行为，对于其他法律关系的侵权案件，并不能推定。审查机制的缺失，容易引起行为保全的申请人滥用权利，借行为保全之名，行达到不法目的之实，从而给被申请人的权益造成极大的威胁。

2.3.4. 被申请人权益受损后的救济途径狭窄

现行法律明确规定的被申请人权益只有复议权，并且在此期间行为保全的执行不会停止。对于复议的具体程序。现行法也无规定，致使此项复议权在司法实践中的行使面临重重困境。对于在行为保全前被申请人是否享有知情权，在行为保全中被申请人是否拥有参与权和异议权等等，现行法律都无规定。由此导致被申请人在面对申请人的强势权利压制时，只得任其实施行为保全，被申请人权益大受损失。

3. 保护被申请人权益的比较法考察

在英美法系和大陆法系中对于行为保全中被申请人权益保障有比较成熟的法律制度，通过比较考察，有利于认识被申请人权益保障的原则和规则，为研究我国的被申请人权益保障提供借鉴。

3.1. 英美法系“禁令”对被申请人权益的保护

英美法系对于被申请人权益的保护主要是通过禁令制度来实现的。在本部分，笔者将分别介绍两种法律制度。

3.1.1. 美国的“禁止令”对被申请人权益的保护

《联邦地区法院民事诉讼规则》第八章“临时性和终局性财产救济方法”规定了对人行为的保全——“禁止令”。美国法中主要规定了三种禁止令：临时禁令、初步禁令和永久禁令。临时禁令为单方行为，无需特别通知对方当事人或他的律师，只能在个别情形下由法院直接颁布即可成立。初步禁令的宣告通常是在申请人起诉后至法院作出判决过程中的一个时点，永久禁令则是在案件审结后判决时所颁布的禁令。“禁止令”涉及的被申请人权益保障：1) 禁止令的行使必须需要满足案件事实清楚，情势危急的条件。此外，就算是不要求事先通知被申请人的临时禁令，也只下放给了法官相当有限的自由裁量权——实施禁令的时长一般不超过十个工作日，最长二十八个工作日，谨慎地避免不公正对待被申请人的一切可能性。2) 行使临时禁令时，申请人必须要提供足够担保，且担保的数额应足以覆盖被申请人因行为保全错误而可能遭受的损失。3) 重视法院对禁止令的审查。在法院作出裁定之前，会根据申请人与被申请人两造对证与辩论的情况，全面客观地加以衡量，程序上的严密设计也为行为保全中被申请人的权益增加了一道保障。

3.1.2. 英国的“马瑞瓦禁令”对被申请人权益的保护

“马瑞瓦禁令”源于英国 1975 年的两个判决，1981 年《最高法院规则》第 37 条(3)正式承认此项判例法。“马瑞瓦禁令”规定，被告若有在判决前转移财产之嫌，法院可以发出禁令阻止被告处分财产。

此禁令既涉及行为保全又涉及了财产保全。“禁令”涉及的被申请人权益保障：1) 限制提出禁令的条件。其中明确提出在财产存在风险或被告可能违约时，才能做出禁令。2) 审查程序较为严格。法官在进行自由裁量时要受到公平原则的约束，除了涉及重大利益的个别情况需要遵循保密性的要求，通常做法是给予了行为保全中的被申请人足够的知情、参与、陈述的空间的。3) 原告需支付损害赔偿与费用。4) 限制禁令提出的最高范围。

3.2. 大陆法系中的“处分”制度对被申请人权益的保护

3.2.1. 德国“假处分”对被申请人权益的保护

德国的行为保全制度，主要在其民事诉讼法法典第八篇强制执行程序中有所规定。其中涉及行为保全的主要是“假处分”，强调依据保全之诉的内容而依次分类：首先，划分为一般假处分与特别法上的假处分(非诉讼法上的假处分)。其次，将一般假处分为确保性假处分和定暂时状态下的假处分(满足性假处分)。最后，又将确保性假处分为请求标的物之假处分、请求标的物权利(债权)之假处分和请求标的物行为之假处分；将定暂时状态下的假处分(满足性假处分)分为制止性(不作为)假处分与履行性(作为)假处分。

“假处分”涉及的被申请人权益保障：1) 根据保全之诉内容进行分类，并依此确定不同的限制条件。2) 确定保全异议程序。对于“假处分”的裁定，被申请人可以提出异议。值得注意的是，德国的行为保全异议审理程序受到了足够的重视，其是按照一审普通诉讼程序进行的。

3.2.2. 日本“保全程序”对被申请人权益的保护

对于民事行为保全制度，日本有专门的法律加以规定。1989年，独立的《民事保全法》出台，其中第23条是特别针对行为保全的规定[5]。专门性法典的制定给被申请人之权益保障提供了充分的制度基础，对行为保全的救济有：保全异议、撤销保全和保全上诉。被申请人若对法院作出的行为保全裁定不服享有提出异议的权利，而且在特定情形下，债务人还可以向法院提起撤销该行为保全的诉讼请求：1) 在法律规定的期限之内，申请行为保全所需的法律文书债权人未能提交。2) 作为采取行为保全之原因的权利(关系)消失；提起行为保全的必要性不再存在以及出现了其它变更的情况。3) 在法院发出假处分命令之后，可能产生申请人对被申请人造成的损失得不到赔偿或其他的特殊情形。

3.3. 两大法系中被申请人权益保护制度的借鉴意义

通过以上的分析，两大法系中对被申请人的保护的特点主要是：1) 通过对申请人提起行为保全申请所需条件进行积极的限制，最终达到保护被申请人的权益的目的。不管是大陆法系国家还是英美法系国家，对于当事人一方主动提起的行为保全诉讼请求，都有着严格的司法审查，行为保全申请满足各项要求的过程发挥了尽可能将恶意申请人排除在外的作用。而在我们的法律中，却缺少相关约束。2) 赋予被申请人积极的防御权。针对申请人提起的行为保全诉讼请求，除了赋予被申请人向申请人要求足够、确凿证据的抗辩权，被申请人还可以通过财产担保的方式在一定程度上免除行为保全的执行。3) 赋予被申请人完整的参与权。在诉讼中，被申请人主动地参与行为保全，而不是作为审查对象，被动地接受法院的裁定结果。被申请人有知情权，申请回避权。4) 被申请人有损害赔偿请求权。如果申请人提起的行为保全给被申请人的利益造成损失，被申请人可要求申请人赔偿，对于数额也有相应明确、科学的计算方法，尽可能地恢复和填补，以期最小化被申请人受到的负面影响。5) 对于被申请人的权益，在法律中也有着专门系统的规定，并配备相关的救济机制保障，使被申请人在利益受到损害后，可以依照明确的法律依据，寻求救济。

4. 完善被申请人权益的保护机制

4.1. 梳理被申请人的基本权利

1) 将上诉权纳入被申请人的基本权利的框架内。不能因为节约司法成本的考虑,就选择牺牲被申请人的权利。特别是在行为保全中,被申请人与申请人相比,是弱势的一方,处于不利地位,其权利保护应当受到足够重视。2) 在民事诉讼法第九章以专门条文的形式列明被申请人享有的基本权利。行为保全是一种特别的程序,被申请人的权利与一般民事诉讼当事人的权利相比,具有显著的不同,因而需要将其权利特别规定。

4.2. 规范行为保全申请的条件

首先,明确行为保全的申请主体。现行民事诉讼法规定了具有通过提起行为保全诉讼请求,从而限制被申请人行为的权利主体为“利害关系人”。而在民事诉讼中,利害关系人是个宽泛的概念,可以涵盖多种主体,这容易导致行为保全被当事人滥用。应当明确被申请人的基本概念和确定被申请人的基本范围,根据两者的关系,从而明确申请行为保全的适格主体。

其次,规范行为保全的申请条件。在法律中明确行为保全提起的条件。通过比较国外立法规定,在条件的设置上可以通过在形式上和实质上分类。在形式上,行为保全的条件包括:1) 申请人必须具备保全的资格。兼具民事诉讼权利能力和民事行为能力是基本,申请人还必须是利害关系人。2) 采取书面申请的形式。3) 提出行为保全诉讼请求的对象必须是有管辖权的法院。4) 如果申请保全之标的价值较高,那么申请人必须提供相应的担保,从而缓解和填补被申请人因行为保全错误而遭受不利损失的后果。在实质上,行为保全应满足:1) 只有是被申请人的行为预给申请人的利益带来不易恢复的伤害、损害正在发生或使损害扩大的情形,才说明确有保全的必要。2) 提交材料充分证明其具备的胜诉可能性已达到较大的程度。3) 法院如不对行为采取保全措施,将会导致其申请人遭受难以弥补的损害或重大经济损失。4) 不存在不适宜裁定行为保全的情况(与公共利益、第三人利益相抵触)。

再次,申请保全的行为范围须法律作出严格限定。例如通过概括式列举对可以提出保全的行为加以说明,既能起到指导法官裁判的作用,又能够有效地防止当事人对行为保全的滥用。法院执行的范围须以之前申请人在起诉书中填写的请求行为保全的范围为限^[6];行为保全的范围小于等于所申请的涉案范围。

最后,必要情况下可采实质审查。当行为保全所涉法律关系复杂,涉案标的额和对被申请人造成的影响较大时,法院应采取实质审查,要求当事人将申请行为保全所需证据充分列明,以确定申请人提出的事项是否满足必要条件。在审查过程中,法院可以采取辩论制,让申请人与被申请人相互对质,厘清法律事实,明确权利义务关系,确认是否有采取行为保全之必要。

4.3. 健全行为保全的司法审查机制

1) 依据行为保全的性质决定审查的形式,对于重大复杂的保全事项应组成合议庭进行审理并裁决。2) 法律上应当明确法院在行为保全审查中采取的审理方式的体系,严格规定司法审查程序。3) 制作行为保全裁定书遵循规范,使被申请人能够清楚地了解行为保全的基本情况。4) 在必要情况下,可以对申请进行实质审查。

4.4. 拓宽被申请人权益受损的救济途径

在被申请人的自我救济中应设置两种分类,一类是积极救济(被申请人主动采取行为防止侵权事由发

生),一类是消极救济(被申请人消极采取行为,在损害发生后获得赔偿)。

积极救济方式包括:1)知情权。不包括涉及重大个人利益、集体利益和社会公共利益的情形。2)参与权。司法机关在对行为保全审查期间,应充分听取被执行人的陈述,慎重考虑后作出决定[7]。3)申辩权。被申请人在法院做出行为保全决定之前,可对提出的行为保全诉讼请求进行反辩,驳击申请人的行为保全申请。

消极救济方式包括:1)复议权。当行为保全涉及的标的利益巨大,且若被申请人停止行为时会产生不可弥补的后果,则在复议期间,应停止执行。2)上诉权。法院若驳回被申请人的复议或维持原判,被申请人有权提起行为保全异议之诉。3)获得赔偿权。如果执行的保全裁定不正确,被申请人因此利益受损,那么其有权向提出行为保全的申请人求偿,且数额需要相应科学、清晰的计算方法来加以确定。

参考文献

- [1] 江伟. 民事诉讼法[M]. 北京: 高等教育出版社, 2016.
- [2] 张卫平. 民事诉讼回归原点的思考[M]. 北京: 北京大学出版社, 2011.
- [3] 陈荣宗, 林庆苗. 民事诉讼法[M]. 台北: 三民书局, 1996.
- [4] 李曼. 民事行为保全担保制度的完善路径[J]. 当代法学, 2018, 32(3): 120-128.
- [5] 丁文严. 民事行为保全的申请与审查[J]. 人民司法(应用), 2017, 801(34): 77-81.
- [6] 张斌. 论我国行为保全类型的制度完善[J]. 司法改革论评, 2016(2): 56-68.
- [7] 黄文艺. 比较法视域下我国民事保全制度的修改与完善[J]. 比较法研究, 2016, 26(5): 67-77.