

# 行为保全制度研究

冒邵云

华东政法大学法律学院, 上海

收稿日期: 2023年10月20日; 录用日期: 2023年11月17日; 发布日期: 2023年11月24日

## 摘要

随着社会飞速发展、社会冲突也在动态变化, 法律天然的滞后性使得民事诉讼中的行为保全制度的诸多问题在实践中日益暴露, 立法的不完善以及程序的缺失成为司法实践的困扰, 影响当事人的合法权益。通过选取案例、分析其揭示的关于行为保全制度在立法及司法实践中存在的典型问题: 如缺乏事前救济程序、保全复议流于形式、对认定申请保全错误及其后果的标准不统一, 从立法层面剖析原因, 最终提出从构建事前救济程序、完善行为保全的复议复核制度、统一行为保全申请错误及其法律后果的认定标准等相关角度进行完善。

## 关键词

行为保全, 事前救济, 复议复核, 对审制度

# Research on Behavior Preservation System

Shaoyun Mao

School of Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Oct. 20<sup>th</sup>, 2023; accepted: Nov. 17<sup>th</sup>, 2023; published: Nov. 24<sup>th</sup>, 2023

## Abstract

With the rapid development of society and the dynamic changes of social conflicts, the natural lag of law makes many problems of behavior preservation system in civil litigation increasingly exposed in practice. Imperfect legislation and lack of procedures have become the plaguing of judicial practice, affecting the legitimate rights and interests of litigants. By selecting cases, this paper analyzes the typical problems of the behavior preservation system in the legislative and judicial practice, such as the lack of prior relief procedures, the formality of preservation reconsideration, the inconsistency of the standards for determining the application for preservation error and its consequences, and analyzes the reasons from the legislative level. Finally, the paper puts forward some suggestions from the construction of prior relief procedures, the improvement of the recon-

sideration review system of behavior preservation, the improvement of the system of behavior preservation, and the improvement of the system of behavior preservation It is necessary to unify the standards for the identification of application errors and legal consequences of behavior preservation.

## Keywords

Behavior Preservation, Prior Relief, Reconsideration, Antitrust System

Copyright © 2023 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. 问题的提出

2012年修订的《中华人民共和国民事诉讼法》第100条和第101条首次确立了行为保全制度，行为保全制度是指在诉讼前或者诉讼中，为了保护当事人的合法权益不受侵害，法院作出要求另一方当事人作为或者不作为的判决<sup>[1]</sup>。“行为保全”是我国民事诉讼中一个独特的概念，英美法系称之为“中间禁令”，大陆法系称之为“假扣押假处分”。

关于行为保全的典型案列，王某与A公司商品房销售合同纠纷行为保全复议案<sup>1</sup>：B县人民法院在审理王某与A公司商品房销售合同纠纷一案过程中，经A公司申请，作出了行为保全民事裁定书，对涉诉房产登记予以禁止。王某收到该裁定书后，对该裁定不服，提出复议申请，复议申请人王某称：其一，复议申请人通过司法拍卖竞买取得涉诉房屋的合法权益，C区人民法院出具成交确认书、执行裁定书以及协助执行通知书，B县人民法院不应房产登记予以禁止；其二，复议申请人进行房产登记并不会影响被申请人的诉讼请求，如因禁止复议申请人进行房产登记造成复议申请人的损失将由被申请人承担；其三，B县人民法院作出行为保全的裁定违反法律规定。综上，复议申请人认为B县人民法院作出的行为保全民事裁定书裁定错误，不符合法律规定，应予以撤销。法院经审查认为，涉案双方争议的主要标的为“涉案房产交易中相关税费的承担”，本案目前已进入诉讼程序，尚未对双方争端进行裁决，在国家相关税费未明确承担主体之前，任由其中一方进行房产登记，将会直接导致本案审理结果难以付诸执行，甚至会造成国家税费的流失。故在本案诉讼期间禁止复议申请人实施房产登记行为并无不妥，反而是当务之急。复议申请人主张如果保全不当造成其损失应由被申请人A公司承担责任的主张于法有据，但应当在实际出现后另行主张。为避免损失扩大，复议申请人也可根据房产登记对其影响的实际情况，对涉案税款提供担保后申请本院变更保全措施。依照《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民诉法》）第一百零三条、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《民诉法解释》）第一百七十一条规定，裁定驳回复议申请人王某的行为保全复议申请。该裁定送达后立即开始执行。

## 2. 我国行为保全制度的现状及问题

通过该案例我们不难发现我国的行为保全制度存在一些问题，比如缺乏必要的事前救济途径、行为保全的复议审查流于形式、诉讼保全的申请错误及法律后果的认定不统一等问题。而导致实务出现问题的根本原因正是立法上的缺陷，我国行为保全制度正处于边缘化、被忽视的状态，且立法具有滞后性无法解

<sup>1</sup>(2018)冀0928民初518号之一民事裁定书。

决当今司法实践中存在的问题。我们可以结合案例从以下几个角度阐述我国行为保全制度的现状及问题：

### （一）缺乏必要的事前救济途径

从案例中不难看出，在行为保全的救济制度中，没有相关的事前救济途径。事前救济的缺失产生了许多问题：行为保全是在本诉生效裁判作出之前的临时性强制措施，在本诉尚未取得生效裁判前，依一方当事人申请或法院依职权作出的保全裁定，其正确性处于未知状态，但是被申请人的权益，已经因该强制行为产生了不利影响，明知会产生消极影响却未规定任何防御机制，程序的设置和权利的分配显失公平。而其他的救济途径，如保全复议作为事中救济手段，法律已明确规定，复议期间不停止保全裁定的执行；损害赔偿作为事后救济手段，其维权过程亦属不易，新诉的产生，必然会增加当事人的诉累；是否需要提供担保，也是由法院决定，非必然要求，况且担保数额的确定也不明确。

出现该问题的根本原因在于立法的不完善和滞后性：在我国民事诉讼法体系中，执行程序中的执行保全基于生效的裁判文书与当事人申请双重条件，尤其以生效的裁判文书作为保全依据。而行为保全，是在没有生效的裁判文书作为依据的情况下，仅依据当事人申请或法院依职权决定，法院对申请进行形式审查，必要时要求提供担保。因此在实务中，诉讼保全的启动条件通常表现为“依当事人申请并提供担保”，即表现为申请人的“一面之词”[2]。被申请人所得到的保障，仅为事后救济，即申请错误时，请求有限的经济赔偿。虽然“申请行为保全时法院视情况要求提供担保”是立法者为申请人设置的门槛，亦是对被申请人的权利保障，但这种保障并不能替代由被申请人直接参与行为保全裁定的作出程序，二者从行为到结果均不等同。事前救济目的是：直接阻止行为保全裁定的进行，产生的效果是：在防御成功的情况下使保全行为自始不能进行；而担保目的是：事后发生申请错误时，给予被申请人一定的经济赔偿。但从结果上看，损害结果仍然发生了。然而在实践中，想要实现担保这个事后救济也并非易事。一方面对于担保数额的确定无法可依，另一方面基于行为保全指向的是行为，通常是一经作出难以回转，既难以替代，又无法计量，其事后救济往往形同虚设，有悖立法目的。

事实上，最高人民法院针对缺少事前救济引发的权利失衡问题，已通过司法解释对此进行一定补充，并指导实践，例如《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》。其不足之处在于，在事前救济程序设置上，依然趋于保守，如第五条：“人民法院裁定采取行为保全措施前，应当询问申请人、被申请人，但因情况紧急或者询问可能影响保全措施执行等情形除外。人民法院裁定采取行为保全措施或者裁定驳回申请的，应当向申请人、被申请人送达裁定书。向被申请人送达裁定书可能影响采取保全措施的，人民法院可以在采取保全措施后及时向被申请人送达裁定书，至迟不得超过五日。当事人在仲裁中申请行为保全的，应当通过仲裁机构向人民法院提交申请书、仲裁案件受理通知书等相关材料。人民法院裁定采取行为保全措施或者裁定驳回申请的，应当将裁定书送达当事人，并通知仲裁机构。”该条文规定采取保全措施前，应当询问申请人与被申请人，但又以“因情况紧急或者询问可能影响保全措施执行等情形”予以排除适用；在第二款中规定，在送达行为保全裁定文书可能影响采取行为保全措施的情况下，可以在保全作出后在五日内再向被申请人送达，但却未对“影响保全措施执行”的情形进行明确界定，是否询问申请人、被申请人，取决于法官的自由心证，并且标准模糊，可操作性不强。立法者对于权利分配不均的问题已有所察觉，并尝试在不影响现有立法体系的状态下，通过对司法解释的补充规定找到解决办法，但这种尝试对解决法律的滞后性，权利配置失衡的问题显然是不充分的。

### （二）行为保全复议审查流于形式

#### 1) 行为保全复议制度的规定过于原则化

行为保全复议制度作为唯一在《民事诉讼法》中直接规定的事中救济程序，在行为保全救济体系中占有核心地位，但是其法律规定却过于原则化，未能真正实现保全复议制度的立法价值。其一，在《民

诉法》保全与先予执行这一章中，甚至没有复议的管辖法院、期限、方式、裁量标准等具体复议审查程序的规定[3]。相关规定仅散见在相关司法解释中，如在《民诉解释》中规定了复议的管辖法院及审查期限，即由作出保全裁定的法院管辖，期限为收到复议申请后的十日内，对复议的审查方式及法官裁量标准却没有法律或者司法解释进行规定。其二，复议作为唯一的事中救济手段，并没有给予双方充分辩论的机会，而且审查期限仅为十天，法院收到复议申请后，需要在十日内作出裁定：或驳回当事人的申请，或变更、撤销原裁定。

受制于上述情况，如案例所示，法院对于行为保全复议的审查方式采用书面审查。考虑到两方面，一方面保全的行为通常与诉讼案件直接相关联，而诉讼案件此时正处于审理的阶段，就实体问题并没有一个生效的判决结果；另一方面，法院通常要求当事人在申请保全时提供担保，申请错误可以依法要求赔偿。基于这两点，复议的结果或等待实体案件审理终结，或告知当事人另案对保全申请错误造成的损失诉请赔偿，复议审查基本流于形式，且成功的可能性较低。

反馈到一般司法实践中，因为立法上缺少对具体审查方式以及裁量标准的规定，法院在受理复议申请后，通常会考虑行为保全本身是基于实体案件衍生的临时性强制措施，且在申请保全时要求提供担保，况且申请人与被申请人的权利义务尚不明晰，受制于实体案件的审理状态，法院对待保全复议通常采用书面审查方式，也并未赋予复议申请人言辞辩论的机会，其结果多为被驳回。行为保全复议制度的法律规定过于原则化，导致复议救济制度基本流于形式，不能实现有效救济。

## 2) 没有关于行为保全复议的复核制度

《民事诉讼法》规定，行为保全复议程序采一裁终局的审判制度，但是现有的行为保全复议程序实质化较低，并未真正赋予复议申请人同等辩论的机会，也未赋予当事人向上一级法院申请复核的机会，对于诉讼保全的被申请人或利害关系人而言，其作为诉讼保全的相对人或权益被侵害人，在诉讼保全救济制度中的权利过少，难以满足其维护自身合法权益的需求。立法的初衷也许在于希望避免在诉讼保全救济制度中陷入复议循环，但复核制度的缺失，会使行为保全申请人与被申请人的权益冲突在法律程序中难以解决，进而对社会秩序造成冲击，显然已经偏离了保全复议程序的立法本意，应当在立法层面进行修正完善。

### (三) 诉讼保全的申请错误及法律后果的认定不统一

如何认定行为保全申请错误在司法实践中一直是个难题，常常出现同一行为、相同的证据情况、事实认定，却得出不同的责任划分和裁判结果，这显然不利于司法权威的确立，并带来一定的消极影响。

#### 1) 行为保全申请错误的认定缺乏统一标准

a) 行为保全申请错误的归责原则不统一。最新发布的《知识产权行为保全规定》，对行为保全的申请错误基本采用了客观归责原则，不再分析主观过错，这与通常采用的过错归责原则不一致，除了在《知识产权行为保全规定》中对于申请保全错误有具体归责原则规定外，其他的相关民事保全类的法律及司法解释，均未就行为保全申请错误的归责原则做统一具体的规定，致使在实践中对于何为保全申请错误，认定标准不明确。

b) 申请错误的违法性认定不统一。诉讼保全申请错误可以理解为不正确或者违法申请保全的行为，但是应当如何认定其违法性，尚未明确。比如在行为保全案件中，怎么认定“难以弥补的损害”，在财产保全案件中，怎么认定“对象错误”“超额保全”，都没有统一的标准，给司法实践带来很大的困扰，也在一定程度上损害司法的权威性。因此，统一行为保全申请错误的归责原则与违法性的认定标准，准确界定“申请有错误”的含义是我们亟待解决的问题。

#### 2) 行为保全申请错误产生的法律后果的认定不明确

行为保全申请错误的法律后果包含两个特征：a) 表现为权利滥用导致的损害赔偿赔偿责任；b) 表现为无

权而为之，导致的侵权责任。如要赔偿损失，首先应有赔偿标准，但是立法并未在赔偿标准上进行规制。根据《民事诉讼法》第一百零五条规定：“申请有错误的，申请人应当赔偿被申请人因保全所遭受的损失。”但如何界定“因保全所遭受损失”，就行为保全而言，为或不为一定的行为导致的损失往往难以衡量，赔偿数额尚究竟应当如何主张，是困扰司法实践的问题。

### 3. 我国行为保全制度的完善

#### (一) 探索构建行为保全事前救济程序

民事诉讼应当遵循正当程序的基本准则，给申请人和被申请人对等的权利保障。法院作出裁定行为保全之前，应当听取被申请人的意见和申辩，当然，听取其陈述影响保全效力或保全目的实现的除外<sup>[4]</sup>。《知识产权行为保全规定》对此进行了一些尝试，例如前文所提到的第五条，该条款在审查时要求法院应当询问申请人与被申请人，但仅仅是询问，而非组织双方进行辩论，并且设有各种限制条件，如“影响采取保全措施”等。综合看来，该条款在实践中对于完善被申请人的防御机制，效果并不明显，况且在适用时还容易造成当事人对法官中立性的质疑。因此，在行为保全的救济程序中，直接设置事前救济程序对于平衡双方当事人之间的权利配置更为有效，同时为避免过度保护以及造成权利滥用的情况，可以限定救济范围，明确审查方式。设置诉讼保全事前救济程序的目的在于保障被申请人能够在行为保全裁定作出之前参与到行为保全程序中，减少申请错误的可能性。

##### 1) 设置前置条件

该救济程序应当以一旦进行行为保全将产生不可逆转的或难以弥补的结果为前置条件，比如针对的行为一旦作出就很难逆转，如果申请保全错误，后续损失的计算也是一大难题。设置行为保全的事前救济程序，可以考虑在法院受理保全申请后，如申请保全的情况满足上述条件，法院应当及时告知被申请人可以参与事前救济程序的权利及内容。将紧急性与不可逆转性作为核心条件进行筛选，辅之以法官的自由裁量权，不仅可以确定启动行为保全事前救济程序的范围，还能调节当今不断变化的社会矛盾与权利冲突，减少法律滞后性带来的问题。

##### 2) 事前救济程序的原则

事前救济程序应当以对审为原则，缺席为例外我们可以参照法国民事诉讼的立法成果，设置我国的反向对审制度。法国新民诉法第 496 条第 2 款规定，如果法院认为申请成立，任何利害关系人都可以向作出裁定的法官针对其裁定提出“缺席裁判紧急异议”，以请求撤销法官作出的裁定。该条款是法国立法上独具特色的“反向对审规则”<sup>[5]</sup>。参照该条款，我国可以在事前救济中允许双方当事人进行辩论，确保当事人充分行使辩论权，围绕行为保全的必要性、合法性等方面进行辩论，受案的法官或合议庭充分听取双方意见后，再作出裁定，这是最公平的保障双方当事人权利的诉讼程序。此外，考虑到行为保全裁定作出前的对席审理程序并不是解决本诉纠纷的审判程序，对该程序应当设有一定限度，比如在证明标准、证据程度上均应当与本诉相区别，避免事前救济“本诉化”<sup>[6]</sup>。

##### 3) 完善提供担保的相关规定

最突出的问题就是担保数额大小的认定，笔者建议没有紧急情况的，法院可以举行听证会，听取双方当事人的意见；紧急情况下，法院可以对担保金额行使自由裁量权：考虑被申请人因错误保全可能受到的损失大小等相关因素，申请人或被申请人对担保金额的大小不服可以向法院申请复议一次。

#### (二) 完善行为保全的复议制度

##### 1) 规范行为保全复议制度

行为保全复议制度是规定在《民事诉讼法》上最直接的程序保障，但是因为法律规定的原则化，在实务操作上，往往可操作性不强，将保全复议制度规范化已具有紧迫性。行为保全复议制度的规范化主要应

当考虑两点：a) 申请主体。根据《民事诉讼法》及《民事诉讼法解释》的规定，行为保全复议程序的适格主体为当事人与利害关系人，其中当事人又可分为申请人与被申请人。从申请保全复议的理由来看，将申请主体划分为申请人、被申请人、利害关系人进行讨论更为适宜。b) 行为保全复议的审查方式。目前的立法对于行为保全复议审查方式没有具体规定，司法实践中通常采用书面审查的方式，没有给予双方当事人进行辩论的机会。因此在完善行为保全复议制度的相关规定时应当结合以上两点，在区分申请人与被申请人、利害关系人三个不同的复议申请主体的基础上，设置相对应的审查方式。

对于申请人而言，对裁定不服申请复议的情形，主要是向法院申请行为保全未获准许而被驳回。除法院依职权外，行为保全往往依一方当事人申请，申请人就驳回申请的裁定申请复议救济的理由，在通常情况下与其申请保全的理由基本一致，行为保全制度本身只是临时性的强制措施，并不必然导致执行行为及损害结果的发生；驳回保全申请的裁定，不影响被申请人的权益，因此不必然要求送达被申请人，复议审查中的辩论环节也非必要。因此针对当事人申请行为保全后被驳回而不服，申请复议的情形，采用书面审查的方式进行审查即可满足实务的要求。

对于被申请人而言，在未获得生效判决之前，其行为就受到强制性干预，采取措施进行防御是有必要的。申请复议显然是被申请人维护自身权益的重要手段。被申请人提出复议的理由，通常在于保全申请是否必要及风险大小、是否提供充足的担保以及保全申请是否超过当事人诉讼请求的范围等问题展开。在司法实践中，当事人申请保全的范围往往超过诉讼请求，也就是通常所说的“超标的保全”情形的复议申请也会得到支持。其原因在于复议审查的法律规定过于原则化，无法满足司法实践的需求。至于如何解决该问题，可以考虑从明确审查方式入手，参照法国救济模式，引入“反向对审规则”，充分保障被申请人的辩论权，即当被申请人申请复议时，允许其就申请的事实与理由，与被申请人展开对席辩论，法官居中裁量，作出裁定。采用反向对审的当庭对抗式审查方式，可以满足诉讼权利平等分配的要求，克服动态变化的权利冲突。

对于利害关系人而言，他不是行为保全的申请人或被申请人，也不是本案的当事人，其申请复议的理由一般为保全裁定内容错误，认为行为保全损害其民事权益，直接涉及实体权益。对这一类复议案件的审查较为复杂，原因在于在审查利害关系人的保全复议申请时，对其实体民事权益的认定是不可避免的，然而行为保全本身是临时性强制措施，保全复议又是其救济程序。对于利害关系人来说，行为保全已经侵害了其实体权益，如果让其等待本诉案件审理终结再行主张权利显然是不公平的，而直接在保全复议程序中对利害关系人的权益进行认定，又超过了复议程序的救济限度，因此，复议程序无论采用何种审查方式，对于保护利害关系人的合法权益均不完备，需要有其他救济途径加以补充。

## 2) 探索构建保全复议的复核制度

a) 必须明确启动复核程序的主体。启动复核程序的主体应当仅限于复议裁定所明确的主体，不宜扩大主体范围，防止复核程序成为拖延时间，抗拒执行的手段。受理复核的主体不应当是原审理复议的法院，可参照普通诉讼的两审终审制，将复核的受理法院设置为原裁定作出法院的上一级法院，同时发挥了上级法院对下级法院的监督作用。

b) 应当明确启动复核程序的事由。当事人不服复议裁定不能当然成为启动复核程序的事由，建议限定启动复核程序的法定事由范围：其一，复议审查程序存有违法情况，需要监督纠正，有必要启动复核程序；其二，在法定期限内发现新的证据，启动复核应当考虑到行为保全本身的临时性特征，因此发现新的证据应当在法定期限内提出复核。当事人超过法定期限再提出新的证据，依然有相应的救济途径，在实体案件有了生效的判决结果后，无论是认定申请行为保全错误进行损害赔偿，还是在执行阶段据此提出执行异议，都能对当事人予以救济。对法定事由作出限定的原因在于行为保全本身就是临时性的强制措施，对该措施的救济，当然应保有一定限度，同时也符合诉讼经济原则，避免浪费司法资源。

c) 应当明确复核制度程序。明确行为保全复议复核的审查程序, 如审查方式、审查期限、审查人员等, 防止因法律规定不明确, 导致司法混乱、立法目的无法实现。明确具体保全复议复核制度的设置使行为保全的救济制度更完善, 有利于提高司法公信力、提高诉讼效率、保障程序公正、实现诉讼经济原则。

### (三) 设置保全申请错误及法律后果的认定标准

#### 1) 保全申请错误的认定标准

在行为保全领域, 《知识产权行为保全规定》明确了知识产权案件申请保全错误的认定, 适用客观归责原则, 理由在于: a) 在国际公约中, 知识产权均适用严格责任进行归责; b) 基于行为保全的紧迫性特点, 本身即具有一定的风险性, 发生错误几乎是不可避免的, 作为保全的启动者和受益者, 其对于自身的申请错误当然应当承担责任; c) 从域外立法及司法实践经验来看, 行为保全的申请错误认定, 均不以主观过错为要件, 因为行为保全对于被申请人权益的影响重大, 甚至一定程度上与提前执行无区别。综上, 采用客观归责原则较为适宜。该归责原则是否可适用, 可以通过该司法解释在实践中的适用加以检验。

#### 2) 保全申请错误的法律后果

诉讼保全申请错误的法律后果包括肯定性法律后果和否定性法律后果。保全申请错误的法律后果显然属于后者即否定性法律后果。《民事诉讼法》中对于保全申请错误的法律后果的规定是“申请人应当赔偿被申请人因保全所遭受的损失”, 关于如何确定赔偿范围, 现有法律及司法解释尚未明确规定。笔者认为可以综合适用以下三个原则:

a) 全部赔偿原则。指申请人应当赔偿被申请人因保全行为产生的全部损失, 包括直接损失, 又包括由此产生的可预见、可计量并且必定会发生的既得利益的损失。

b) 损益相抵原则。指被申请人基于损害发生的同一原因而获得利益时, 应将所受利益从所受损害中扣除, 再确定损害赔偿范围。

c) 过失相抵原则。该原则属于一种免责事由, 即被申请人对损害结果的发生也有过错的, 根据双方过错的程度减轻另一方的责任。该原则的适用应当属于全部赔偿原则的例外情形。

## 参考文献

- [1] 李龙, 李鑫. 民事行为保全的功能定位与制度重塑[J]. 2020, 40(1): 192-199.
- [2] 江伟, 肖建国. 民事诉讼法[M]. 第八版. 北京: 中国人民大学出版社, 2018.
- [3] 高琳. 民事诉讼保全救济实务分析与制度完善[D]: [硕士学位论文]. 沈阳: 辽宁大学, 2020.
- [4] 李曼. 民事行为保全申请错误的判断与赔偿[J]. 昆明理工大学学报(社会科学版), 2019, 19(4): 6-13.
- [5] [法]让·文森, 塞尔日·金沙尔. 法国民事诉讼法要义[下][M]. 罗结珍, 译. 北京: 中国法制出版社, 2001.
- [6] 王艳. 法国民事保全立法的制度功能及其对我国的启示[J]. 理论导刊, 2015(1): 105-108.