

请求权基础视角下的人格权禁令程序构建

孔雨萱

对外经济贸易大学国际经济贸易学院, 北京

收稿日期: 2022年5月26日; 录用日期: 2022年9月10日; 发布日期: 2022年9月16日

摘要

新出台的《民法典》将人格权独立成编, 彰显了人格权保护之重要意义, 但也存在人格权保护的请求权基础不明, 难以和侵权责任请求权区分开的弊病。第997条“人格权禁令”制度也存在这一问题, 兼因法律对其性质、程序等无具体规定, 实务中大多比照行为保全进行处理, 无法突显禁令制度的特异性。本文认为, 可引入请求权基础分析法, 锁定禁令的请求权基础, 为司法裁判提供统一规范, 并以此作为程序构建的法律依据。基于人格权的绝对权属性和固有特征, 本文从目的解释和体系解释的角度, 论证出人格权禁令以侵权责任编第1167条“人格权保护性请求权”为请求权基础。在程序设计上, 以“申请-审查与裁定-执行-撤销”的路径构建“准诉讼”程序, 与诉讼进行衔接, 贯彻其实体禁令的内涵。但在紧急情况下, 对于高位阶权利, 可采取非讼性质的程序, 作为程序上的例外。

关键词

人格权禁令, 请求权基础, 人格权保护性请求权, 行为保全

Procedure Construction of Injunction of Personality Right from the Perspective of Basis for Claim Right

Yuxuan Kong

School of International Trade and Economics, University of International Business and Economics, Beijing

Received: May 26th, 2022; accepted: Sep. 10th, 2022; published: Sep. 16th, 2022

Abstract

The newly issued *Civil Code* made personality rights an independent part, which shows the importance of the protection of personality right. However, the basis for claim right of personality right

protection is unclear, and it is difficult to distinguish it from tort claims. The problem also exists in Article 997, namely the “injunction of personality right”. Since there are no specific provisions on its nature and procedures, the majority of legal cases refer to the behavior preservation, which cannot highlight the specificity of injunctions. The analysis method of claim basis can be introduced to ascertain the claim basis of injunctions, thus providing a unified standard for judicial judgment, which can be used as the legal basis for the construction of procedures. Based on the absolute right attribute and inherent characteristics of personality right, this paper, from the perspective of purpose interpretation and system interpretation, demonstrates that the claim basis of injunction of personality right is “protective claim right of personality right” in Article 1167 in Infringement Liability Part. In the procedure design, the paper constructs the “quasi-litigation” procedures by the path of “application-examination and adjudication-execution-cancellation”, which connects with the lawsuit and carries out its connotation of substantive prohibition. In emergency situations, non-litigation procedures can be used as procedural exceptions for higher rank personality rights.

Keywords

Injunction of Personality Right, Basis for Claim Right, Protective Claim Right of Personality Right, Behavior Preservation

Copyright © 2022 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. 引言

2020年5月28日，十三届全国人大三次会议表决通过了《中华人民共和国民法典》，对于我国的民事立法具有里程碑式的重要意义。《民法典》最大的亮点是人格权独立成编，充分彰显了我国对人格权的重视程度，符合《中华人民共和国宪法》保护人格权、维护人格尊严的精神理念¹，克服了大陆法系民法典“重物轻人”的倾向[1]。

然而，对于人格权能否独立成编，学界存在不小的争议，其中一个主要的争点就是人格权保护的请求权基础。本文所探讨的请求权基础即“能够确立和支持请求权的法律规范”[2]，从诉讼角度可以进一步明确为“据以支持原告告诉的规范依据”，包括构成要件和法律后果²[3]。有学者对人格权独立成编持支持态度，认为《民法典》赋予人格权以请求权[4]，构建了人格权请求权体系，在制度上弥补了人格权保护的漏洞，并且有效促进了我国民法请求权体系的整合[5]。有学者则持明确否定态度，认为本就不能将人格权作为独立的请求权基础，因为其不具有行为规范性质和作为裁判的应用价值，应依靠侵权责任的相关规定以避免对人格权保护的限缩[6]。还有学者认为，人格权可以作为独立的基础规范，且该编的部分条文确实具有独立的人格权请求权基础³，但仍有很多规定让人很难区分其请求权基础到底是人格权请求权还是侵权责任请求权。权利性质上，人格权和物权同属绝对权、支配权，而相比之下，人格权却普遍缺乏独立的救济方式⁴。规范类别上，该编的条文少有可独立作为请求权基础的主要规范，即使有

¹在我国《宪法》中，此精神体现为第33条“国家尊重和保障人权”；第35条“公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由”；第37条“公民的人身自由不受侵犯”；第38条“公民的人格尊严不受侵犯”等。

²吴香香教授从诉讼攻防角度进行定义，认为支持原告请求权主张的规范为请求权基础规范(主要规范)，支持被告抗辩的规范为防御规范，进一步具体化请求权基础之构成要件或法律效果的规范则为辅助规范。

³比如第1028、1029条规定的“更正请求权”、“删除请求权”，具有独立于侵权责任的构成要件。

⁴李永军教授认为，物权请求权的三种救济措施——返还原物请求权、妨碍除去请求权、妨害预防请求权都是侵权责任之外的独立请求权。

主要规范,也大多栖身于侵权责任编,参引外部规范⁵;较多的则是辅助规范,即对主要规范进行构成要件或法律效果的辅助说明[3]。

在人格权编中,备受关注的就是新增的第997条⁶,其首次规定了人格权禁令制度,被认为是我国对禁令制度的一次重要尝试和探索。然而,此条的请求权基础同样具有模糊不清的弊病,并且从条文本身难以判断禁令的性质归属,存在程序操作上的空白。亟待解决的问题包括但不限于:人格权禁令究竟是一种人格权请求权,还是实体性权利的保护措施?又或是比照行为保全的特殊程序设计?它与人格权编第995条和侵权责任编第1167条的关系是什么?这些问题悬而未决,导致法官缺乏统一、明确的指引,在进行裁判时所依据的法律规范并不一致,损害了法律的稳定性、安全性和可预期性。为了解决这些问题,让禁令制度充分发挥人格权保护的作用、实现立法初衷,应首先进行人格权禁令的请求权基础分析。

2. 引入请求权基础分析的理由

2.1. 请求权基础分析法

请求权基础分析的核心是请求权思维。请求权思维始于德国,由台湾地区的王泽鉴教授最早将其引入我国⁷。2019年,最高人民法院发布《全国法院民商事审判工作会议纪要》,提出“树立请求权基础思维”,这是请求权基础在首次出现在最高人民法院的正式文件中,可见其在民事司法领域中日益突出的重要性。

请求权基础分析法又称归入法、涵摄法,其构造为“谁得向谁,依据何种法律规范,主张何种权利”,主要是一个“找法”的过程。该方法主要适用于给付之诉,步骤为:首先,根据当事人的诉讼请求,按照一定顺序对请求权进行检索⁸,进行请求权的初步锁定;其次,找到可供这种请求权成立的法律规范(即请求权基础),并进行定性和分类,直到找到可以单独支持请求权成立的法律规范,或可以互相配合来支持请求权的数条规范⁹;再次,将法律规范拆解成若干构成要件,把分解后的案件事实和要件一一对应,即“涵摄”,使得请求权成立;最后,还要考察是否存在阻却或消灭请求权的消极要件,以及后续可能导致请求权变动的事由[7]。由此可见,请求权基础分析法能够避免请求权遗漏,通过对“三段论”这一判决之程序规则的运用来帮助法官找到支持请求权成立的法律规范,从而实现法院裁判的正当性,避免裁判权的滥用。

2.2. 对人格权禁令制度构建的作用

由于人格权禁令制度存在空缺,是否应适用诉讼程序进行审理尚无定论,但人格权纠纷显然具有一定的争讼性,且必然包含给付类型的诉求,因此可暂且将禁令申请视作一种“准给付之诉”,将禁令内容视作“准诉讼请求”。在这一前提下,当事人申请人格权禁令可近似为主张一种特定的请求权。

在涉及请求权的案件中,司法裁判的过程即法官依据某种法律程序中的具体规定,判断当事人所主张的请求权是否成立的过程。之所以现有人格权禁令案件的司法裁判不统一,是因为法官们所援引的法律规范不一致,而其无“法”可依的原因包括两个方面:其一,禁令内容的请求权不明确——是否为实

⁵就第995条而言,人格权保护的请求权基础并非明确基于人格权编。承担的是何种民事责任没有在本条规定,“依照本法和其他法律的规定”更是在暗示对其他法律条文的参引。

⁶内容为:“民事主体有证据证明行为人正在实施或者即将实施侵害其人格权的违法行为,不及时制止将使其合法权益受到难以弥补的损害的,有权依法向人民法院申请采取责令行为人停止有关行为的措施。”

⁷王泽鉴教授首版于1982年的《民法实例研习基础理论》第一次系统地将请求权思维引入中国。

⁸德国学者梅迪库斯认为,请求权体系由合同的请求权、缔约过失请求权、无因管理请求权、物权请求权、不当得利和侵权的请求权所构成。这和吴香香根据请求权基础构成要件的数量而确定的检视顺序是一致的,即数量越少、顺序越优先,符合诉讼逻辑与诉讼经济。

⁹王利明认为,有些法条不能单独作为请求权基础,包括:当事人约定排除的任意性规范;不完全法条,包括说明性、限制性法条;引用性法条、拟制性法条;程序性和裁判规范。

体性权利？如果是，又是什么权利？其二，禁令相关的法律规定不明确——适用诉讼程序还是非讼程序？是否需要构建新程序？所涉的具体事项又该如何规定？对此，笔者认为，请求权基础分析方法正是厘清这些问题的关键所在。

首先是第一个请求权不明的问题。对于大陆法系国家，法官作出判决的程序规则是“三段论”，而前提是存在可归入事实的“大前提”，即法律规范。具体到给付之诉中，即存在可支持原告请求权的法律规范，也称请求权基础。请求权基础分析法不仅吻合“三段论”的裁判逻辑，而且可以帮助裁判者在前几个分析步骤中锁定当事人诉讼请求所对应的请求权，定位到相应的请求权基础。

其次是第二个相关法律程序不明的问题。我国的诉讼程序和非讼程序规定于《民事诉讼法》的不同条文中，法官作出裁判所依据的法律规范自然不同。就实现当事人请求权的程序构建而言，为了不失正当性，必须基于请求权本身的属性和特征。比如合同之债中的债权请求权，作为一种实体性权利请求权，一般以给付为请求内容，相关纠纷具有较强的争讼性，则应适用诉讼程序；而企业法人破产还债的情形中也涉及债权请求权，但此类案件不解决债权债务纠纷，以清算破产企业财产来偿还债务为目的，具有非讼性，则应使用特别程序，属于非讼程序。可见，请求权确定之后，可根据其具体类型进行相应的程序安排，并进一步细化程序内具体事项，以填补禁令的制度空缺。

综上所述，利用请求权基础分析法不仅能为人格权禁令的司法裁判统一标准，还可为禁令的制度安排和程序细化提供必要的法律依据。

3. 文献综述

前文已述请求权基础对于统一司法裁判和构建制度规范的重要性。然而，对于人格权禁令的请求权基础，理论界存在诸多争议，主要分为“实体说”和“程序说”。本部分梳理我国现有文献对这些问题的不同观点。

3.1. 请求权基础：实体法

一些学者持“实体说”，即人格权禁令属于“实体禁令”。在这一观点下，禁令的内容为实体请求，请求权基础为实体性权利。王利明教授认为，人格权禁令作为一种实体法禁令，属于防范侵权的实体救济手段，其请求权基础来源于实体法，和程序法禁令有明显区别^[8]。杨立新教授认为，人格权禁令丰富了人格权请求权的具体内容和作用，是在实体法上规定的诉前禁令，与程序法中的行为保全制度互相补充^[9]。张卫平教授认为，人格权行为禁令和人身安全保护令一样，是一种独立的、实体上的措施，从目的上看没有保全的意向^[10]。吴英姿教授认为，禁令本质上是“实体法上权利保护请求权的产物”，是“人格权防御性的外化形式”，属于实体禁令^[11]。郭小冬教授持类似的观点^[4]。秦天宝博士认为，将人格权禁令定性为“人格权预防性请求权的特殊实现程序”，也符合“实体说”^[12]。

那么，人格权禁令的请求权究竟是何种实体性权利呢？第 997 条并没有对实体权利要件进行规定^[13]。我国很多学者参照第 995 条¹⁰给出答案。张红教授认为，第 995 条并非纯粹的人格权请求权规范，而是人格权保护的请求权基础^[5]，那么通过该条来分析禁令作为人格权保护措施的请求权并无不当。理论界主流观点是，该条前三种请求权属于人格权请求权，侧重事前预防，不问过错和损害结果；而后三种请求权则属于侵权责任请求权，侧重事后补救，以过错、损害结果为构成要件。但秦天宝博士认为这六种请求权都是人格权请求权，只不过前三种为“预防性”的，后三者为“填补性”的^[12]。但总体而言，大多数学者认为人格权禁令正是基于第 995 条的前三种人格权请求权。

¹⁰ 内容为：“人格权受到侵害的，受害人有权依照本法和其他法律的规定请求行为人承担民事责任。受害人的停止侵害、排除妨碍、消除危险、消除影响、恢复名誉、赔礼道歉请求权，不适用诉讼时效的规定。”

到此,似乎已经找到了人格权禁令的请求权基础。但诚如前文所述,人格权编的很多条文并没有独立的请求权基础,需要结合其他法律条文共同支持请求权的成立,第995条也是依赖于对外部规范的参引(其“依照本法和其他法律的规定”的表述)。吴香香教授将前三种请求权称为“消极防御请求权”¹¹,这一类型以侵权责任编第1167条“危及他人人身、财产安全的责任承担方式”¹²为请求权基础,但可以在人格权编找到具体化规范,比如第1028、1029条规定的“更正请求权”、“删除请求权”;后三种则以第1165条“过错责任原则”¹³为请求权基础,属于侵权责任中“恢复原状”的不同形式。笔者非常赞同这一观点。

值得一提的是,毕潇潇副教授创新性地提出,人格权禁令所基于的实体权利或可称为“人格权侵害禁令请求权”,与人格权请求权有所不同。前者是实然意义上的积极请求权,是第二性的,只有人格权益正在或将要遭到损害才能获得;后者是应然意义上的消极请求权,是第一性的原权请求权^[14]。

3.2. 请求权基础: 诉讼法

另一些学者持“程序说”,即人格权禁令属于程序性救济。程啸教授认为,第997条不是对作为实体权利的人格权请求权的规定,而是区别于行为保全的一种非讼程序;如果独立于诉讼单独申请,则可被视为一种特别程序。从体系解释,既然《民法典》第995条和第1167条都已经对人格权请求权做出了规定,那么就没有理由再在第997条重复规定;从文义解释,第997条也没有规定人格权请求权的构成要件^[13]。徐伟副教授的观点和程啸教授有共通之处,即如果禁令以实体法请求权为基础,则与第995条有“叠床架屋”之嫌。而且,如果禁令制度是由说人格权作为绝对权的对世效力推导而来,但物权编却没有设置禁令制度,可见绝对权效力并不是合理的解释,关联性不大。此外,当前司法实务中没有实体法依据、仅比照行为保全作出的裁定并不少见,故而实体法请求权基础并不十分必要^[15]。吴香香教授亦指出,人格权禁令不是独立的请求权基础,而是“法律效果类辅助规范”,将消极防御请求权具体化,属于诉讼法上的临时措施^[3]。严仁群教授将第997条和《专利法》第66条第1款、《商标法》第65条、《著作权法》第56条进行比照,发现这些法律条文的表述极为相似,表明禁令制度指向的是行为保全。之所以第997条删去“起诉前”,是因为作为人格权禁令之特殊形式的人身安全保护令独立于诉讼,删去后可将这一例外囊括在第997条的适用范畴内¹⁴ ^[16]。

既然人格权禁令属于诉讼法范畴,那么其无外乎是一种诉讼或“准诉讼”程序,或者是非讼程序。不过,正如朱庆育教授将请求权基础的概念限定在民事纠纷中的给付之诉这一典型形态¹⁵ ^[17],讨论请求权基础的根本目的是用于民事案件的裁判,即找寻可以支撑实体权利从而给予当事人¹⁶救济的法律规范。因此,如果仅认为人格权禁令是一种纯程序救济手段(不论属于诉讼或是非讼程序),在这一视域下似乎就没有讨论请求权基础的必要了。不过程啸教授认为,行为保全是一项以诉权为请求权基础的程序^[13],这一观点也被重庆市江津区人民法院所支持¹⁷。从这种请求权基础的广义视角来看,如果将人格权禁令

¹¹ 张红称这三种请求权为“积极防御请求权”。虽然表述和吴香香不同,但都是“在实际损害后果发生前行使以防患于未然”之意,内涵并无不同。

¹² 内容为:“侵权行为危及他人人身、财产安全的,被侵权人有权请求侵权人承担停止侵害、排除妨碍、消除危险等侵权责任。”此条保护人格权和物权,为绝对权请求权基础。

¹³ 内容为:“行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的,应当承担侵权责任。”依照法律规定推定行为人有过错,其不能证明自己没有过错的,应当承担侵权责任。

¹⁴ 但吴英姿教授的观点和严仁群教授不同。吴英姿认为,这几条针对的都是侵犯知识产权的行为,目的在于保全知识产权中的财产利益,不宜用于人格权保护。

¹⁵ 朱庆育教授定义请求权基础为“民事纠纷以原告请求被告为某种给付为典型,据以支持原告请求权的规范基础或法律行为。”笔者引用朱庆育的观点是为了论证请求权基础限于民事实体纠纷的范畴,但更加认可单一的规范基础说。

¹⁶ 根据吴香香文中的观点,这里的当事人主要指主张权利的原告。

¹⁷ 中国法律服务网司法行政(法律服务)案例库:“邹某人人格权侵害禁令案以案释法”,载 <http://alk.12348.gov.cn/Detail?dbID=37&sysID=16880>, 2022年04月30日访问。

视为一种行为保全或(准)诉讼程序,即用于启动一项民事争讼程序,那么其请求权基础为诉权;如果仅仅是一项独立于诉讼的非讼程序,则其请求权基础是申请权[18]。值得注意的是,“申请权”这一表述指向的是民事非讼程序。

4. 人格权禁令的请求权基础

在本文的第二部分,已经讨论了学界对人格权禁令请求权基础的两种主要学说,即“实体说”和“程序说”。笔者认可前一种,并认为当事人申请人格权禁令时所主张的请求权为“人格权保护性请求权”,其请求权基础为侵权责任编第 1167 条。

4.1. “实体说”之目的解释

由于人格权一经侵害就难以恢复到圆满状态的特性,人格权禁令的设立旨在防患于未然、提供预防性防御功能,实现对人格权这一实体权利的有效保护。人格权禁令本质上是人格权的自我防卫功能的“外化”,其正当性来自于人格权作为绝对权和支配权所拥有的对世效力,为排除现实的或者潜在的侵害或妨碍[11]。持“程序说”的大部分学者将禁令制度视为诉前行为保全,而行为保全旨在保全判决的作出和执行,其正当性来自于法官对申请人胜诉可能性的预判[11],并非对人格权这一特定权利的保护,并不符合禁令制度的立法目的。

有学者指出,人格权和物权都是绝对权,但物权并没有和人格权禁令类似的制度规定,可见绝对权效力并非禁令制度以实体性权利为基础的理论依据[15]。笔者认为,这一观点有待商榷。首先,正是因为人格权是一种绝对权、对世权,人格权的行使不应附加限制条件,比如要求侵害者或潜在侵害者存在过错,或者像行为保全一样需要在作出前考察胜诉可能性。其次,设置禁令的初衷并不只是因为人格权的绝对权属性,更是因为其区别于所有权利的固有特征。由于人格权一经侵害就很难恢复到圆满状态,所以禁令旨在为人格权保护提供一种高效、快捷的救济途径。而物权被侵害的后果并不像人格权这么难以弥补,大部分可以靠返还或金钱赔偿等方式来填补损害,所以权利保护的紧迫程度也较低,无须设立单独的禁令制度来提供救济。从这一点来看,禁令的请求权基础仍是人格权这一绝对性、实体性权利。

4.2. “实体说”之体系解释

从体系解释的角度来看,如果行为保全制度足够满足保护人格权的要求,那为什么要在《民法典》这一实体法中增设禁令制度?就算行为保全的原有规定不够周全,为什么不修订《民事诉讼法》中关于行为保全的条文,或者增加司法解释?毕竟调整旧程序和新设立一种法律程序相比显然更加经济。可以想见,立法者出台禁令制度是因为现有的制度无法有效保护人格权,所以不能否定禁令本身的特异性[19]。

前文已述,程啸教授、徐伟副教授从体系解释对“实体说”进行了反驳¹⁸。然而可以认为,第 995 条为人格权编第一条,是一般性、总括性规定,其请求权基础既包括人格权请求权,也包括侵权责任请求权;而第 997 条则是具体性、细化性规定,并非重复立法[20]。同时,虽然第 997 条的请求权基础是第 1167 条的绝对权请求权,或者说是所谓的“侵权阻却请求权”¹⁹,但并非只是第 1167 条的注脚。第 997 条只适用于禁止正在发生或将要发生的人格权侵权行为,适用范围更窄;而且要求不及时制止就会产生难以弥补的损害,并不只是第 1167 条中的“危及”,要求更加严格。此外,禁令需要当事人向法院申请,寻求公力救济,但第 1167 条请求权的实现方式则更加灵活,并不一定向法院起诉。此外,邵明教授等指出,禁令规定于实体法律中不能否定其程序属性,比如证据保全、举证责任分配也在实体法中有所规定¹⁸。笔者认为,

¹⁸程啸、徐伟认为,第 995、1167 条已经规定了人格权请求权,显然没有理由再在第 997 条进行规定,否则有“叠床架屋”之嫌。

¹⁹毕潇潇将第 1167 条概括为“侵权阻却请求权”。

虽然这一逻辑是正确的，但可以支撑“实体说”观点的理由并不仅是禁令制度所栖身的法律规范，而是结合目的解释和体系解释的复合推导路径。

4.3. 请求权基础：人格权保护性请求权

进一步的问题是，人格权禁令的请求权基础究竟是何种实体性法律规范？可以明确的是，规定了人格权禁令的第 997 条并不具有基础性规范(主要规范)的形式，即采用“构成要件 + 法律效果”的结构，更像是一种法律效果类辅助规范。所以该条无法作为独立的请求权基础，必须参考外部规范。

首先考虑本编的条文。正如有学者认为，第 995 条和人格权编其他法律条文是“一般”和“特殊”、“总”和“分”之关系，那么本编最具有参考性的就是第 995 条。考虑到人格权禁令旨在事前预防而非事后补偿，保护人格权之绝对权效力，无须以妨害方的过错和实际损害结果为寻求救济的要件，可以直接排除后三种救济方式，即“消除影响、恢复名誉、赔礼道歉”请求权。至于前三种“停止侵害、排除妨碍、消除危险”，尽管文义上看符合人格权禁令的立法理念，且前文所述的很多学者将其视为独立的人格权请求权基础规范，但第 995 条本身并没有独立性的表述以说明人格权侵害行为人应该承担何种民事责任，而是指向了“本法和法律的规定”²⁰。

接下来检索第 995 条所参引的规范基础。考虑到人格权的特性和《民法典》的内容设置，只有总则编第八章“民事责任”的第 179 条²¹和侵权责任编第 1167 条或可作为参引。但第 179 条只是包含了这三种民事责任承担方式，并没有提供额外的具体信息，也只是法律效果类辅助规范。相比之下，第 1167 条不仅具有请求权基础规范“构成要件+法律效果”的结构，而且不以损害后果(“危及”一词的表述)、过错为要件，独立于侵权责任中以“过错原则”或“无过错原则”为归责方式的侵权责任请求权。笔者认为，第 1167 条虽然规定于侵权责任编，但体现的是对人格权、物权(“人身、财产安全”的表述)等绝对权的预防性保护，因此可称为“人格权保护性请求权”，可锁定为人格权禁令的请求权基础。

当然，有学者将第 1167 条规定的权利称为“侵权阻却请求权”，并认为第 997 条是独立的“人格权侵害禁令请求权”^[14]。这种情况下可能导致两种请求权竞合，那么当事人只能择一行使，要么申请禁令，要么提起侵权诉讼。如果将第 1167 条视为人格权保护性请求权，则不存在请求权竞合问题，但仍需要在两种救济方式之间进行选择。

综上，笔者认为，第 1167 条“人格权保护性请求权”即为人格权禁令的请求权基础。由于我国并不和大陆法系国家一样采取纯粹的损害赔偿制度，存在侵权责任请求权和人格权请求权、物权请求权竞合的情况在所难免。在这种情形下，当权利受到侵害时，法律的适用顺序应该是：如果满足侵权的构成要件，可行使侵权责任请求权；如果不能满足，则行使人格权、物权等请求权，以作明确区分。

5. 人格权禁令的制度构想

请求权基础是支持权利主张的法律规范，对制度设立和司法裁判具有重要意义。因此，人格权禁令制度的构建应该基于其人格权保护性请求权基础，贯彻其实体性禁令的内涵。本部分将以程序上的“申请 - 审查与裁定 - 执行 - 撤销”顺序讨论人格权禁令的制度安排，并关注禁令制度与其他民事制度的衔接问题。

5.1. 申请

首先是禁令的申请时间。根据第 997 条的文义，禁令应在人格权侵害正在发生或将要发生时申请。

²⁰ 立法机关表示，“本法”指《民法典》。参见黄薇：《中华人民共和国人格权编解读》，法律出版社，2020 年版，第 31 页。

²¹ 内容为：“承担民事责任的方式主要有：(一) 停止侵害；(二) 排除妨碍；(三) 消除危险；(四) 返还财产；(五) 恢复原状；(六) 修理、重作、更换；(七) 继续履行；(八) 赔偿损失；(九) 支付违约金；(十) 消除影响、恢复名誉；(十一) 赔礼道歉。法律规定惩罚性赔偿的，依照其规定。本条规定的承担民事责任的方式，可以单独适用，也可以合并适用。”

这是因为，从人格权的特性来看，其一旦被侵害就很难恢复到其原有的完满状态，所以应侧重事前预防而非事后补偿。

其次是禁令的申请内容。据其请求权基础，内容应该只是“停止侵害、排除妨碍、消除危险”的具体化，不应包括“消除影响、恢复名誉、赔礼道歉”这类侵权责任请求，否则应提起侵权之诉。就具体的侵害情况，禁令的内容既可以是某种“不作为”（比如禁止跟踪或殴打他人），也可以是某种“作为”（比如删除侵犯他人隐私权的图片或侵犯他人名誉权的不实文章），不同于罗马法的禁止令状。申请内容还应符合“比例原则”²²，以消除必要的、紧急的妨害为限。

同时，申请阶段也应充分关注禁令与其他制度的衔接。人格权禁令的请求权基础并非诉权，属于实体禁令，应独立于诉讼，这也是大部分学者的观点。但有一些学者认为，禁令制度应该大体比照行为保全进行设计，而且现有的多数司法判决似乎也践行了这一想法。可最为直接、最不容忽视的一点是：《民法典》二审稿发布时，将一审稿中规定了人格权禁令的第780条的“起诉前”表述删去了²²，可揣摩出立法者希望其独立于诉讼的意图。如果仍适用行为保全，既和立法者意图相悖，也无法突出禁令制度的特异性，让第997条形同虚设。并且，从法理角度，行为保全是纯程序问题²³，其请求权基础是诉权，而非人格权保护性请求权；从实践角度，很多当事人可能只是希望通过一种比诉讼更加高效、便捷的途径制止现有的或潜在的人格权侵害，正如申请人人身安全保护令的当事人未必会提起离婚诉讼²⁴。因此，人格权禁令的申请不应以诉讼为逻辑基础。

明确了禁令独立于诉讼之后，讨论两者的衔接问题。本部分只讨论当事人有无申请禁令的资格，暂不讨论其禁令申请是否会被法院批准（此问题会在审查环节详述）。如果申请人已经处于诉讼进程中²⁵，不管当事人主张的只有人格权请求权（停止侵害、排除妨碍、消除危险），还是一并主张人格权请求权和侵权责任请求权（消除影响、恢复名誉、赔礼道歉，以及金钱赔偿），都不能再申请禁令。这是因为诉讼可以为当事人提供终局性的、更高层次的人格权保护，再次申请禁令是对司法资源的浪费，不符合诉讼经济。法院可以释明：如果诉讼无法囊括当事人现有的诉求，可以变更原来的诉讼请求；如果人格权保护的请求确实非常急迫，那么当事人可申请诉前或诉中行为保全，以防“造成当事人其他损害”²⁶。

此外，讨论所申请的禁令与先前禁令的关系。如果在申请本次禁令时，当事人曾以同样的事实理由申请过同种禁令且未得到批准，则不得再次申请。但若事实变更，比如相对方又发布了可能侵害当事人人格权的图文等，可以以新的事实理由再次申请，由法院重新审查。

最后，是否需要提供担保。目前法律并未明确规定申请人人格权禁令是否需要提供担保，学界对此也存在不同观点²⁷ [21]。笔者认为，申请禁令不需要提供担保，有四点理由：第一，法律并未明确规定当事人错误申请禁令应承担的法律后果，也无此种文义暗示或价值导向。第二，担保在保全程序中能够降低风险、保障赔偿、提高胜诉可能性和增强有利心证[22]，但在禁令中没有那么强的必要性。第三，在禁令内容进入实体审查前，担保的金额并不好确定。第四，如果要求提供担保，相当于增强了禁令申请的门槛，可能会将一些家庭条件困难的申请人拒之门外，无法有效实现该制度保护人格权这一绝对权的目的。

²² 一审稿第780条：“民事主体有证据证明行为人正在实施或者即将实施侵害其人格权的违法行为，不及时制止将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行为人停止有关行为的措施。”

²³ 行为保全规定于《民事诉讼法》第103条。

²⁴ 吴英姿认为，最高人民法院发布的《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》将人身安全保护令纳入诉前禁令范畴，要求申请人在禁令发布后15天内必须起诉离婚，令很多受害人放弃申请，导致该制度的有效性不足。

²⁵ 此处的诉讼所基于的人格权侵害事实和申请禁令时的事实理由相同，若不同则没必要讨论。

²⁶ 参见《民事诉讼法》第103条第一句。不过需要说明的是，这里“损害”必须是和本案诉讼有关，提出损害制止的请求权应该和诉讼的请求权是同一种。比如说，一方提起违约之诉，因其惧怕自己被怀恨在心的对方当事人打击报复，又向法院申请行为保全，责令法院禁止对方对其进行人身伤害，显然不会被批准。

²⁷ 大部分学者认为不需要提供担保，但毋爱斌、范响、王利明认为需要。吴英姿采取折中做法，认为通常情况下无需提供，但法院认为必要时可要求申请人提供。

5.2. 审查与裁定

法院应先作必要的形式审查，包括：有明确的申请人，申请人为人格权人或者其代理人；有明确的被申请人²⁸；有具体的申请内容和事实理由；提交证据；申请的法院具有管辖权；以书面形式申请等。

对于实体审查，根据第 997 条，被申请人必须正在实施或即将实施某种侵害申请人人格权的违法性行为。如果被申请人已经实施完毕这种侵害行为，造成了损害结果，则申请人不应主张以预防为目的的人格权保护性请求权，而应主张侵权责任请求权。法院可释明申请人提起侵权之诉。第 997 条也规定，只有不及时制止这种侵害将对申请人的合法权益造成“难以弥补的损害”时，才可以申请人格权禁令。这既要求损害与侵害行为之间存在因果关系，也要求损害是事后的道歉和赔偿等方式所无法弥补的。

司法实务中，在被认为是“人格权侵害禁令第一案之示范”的李兴与某房地产公司名誉权纠纷案中²⁹，某房地产公司认为李兴在自己的公众号上所发布的文章侵害了公司的名誉权，请求法院颁布人格权禁令禁止李兴发布相关文章。而法院认为，该公司名誉权遭受侵害的后果主要体现为该企业的财产损失，但其未举证明其房产价值、楼盘销售业绩、企业信用等因李兴的行为正在或即将遭受损失，也没有说明不及时制止李兴的行为会使公司遭受哪些难以弥补的损害。而且，涉案文章的阅读量较小，影响范围有限，对房地产公司造成的财产损失并非不能通过事后救济来弥补，故法院对房地产公司的禁令申请不予支持。而在一起“禁止一幼儿园学生家长对幼儿园监控视频剪辑加工后公开发布”的案件中，该家长散播经剪辑加工后的不实视频，称幼儿园老师殴打其儿子并进行其他虐待行为，造成了广泛的恶劣影响，符合不及时制止将产生难以弥补的损害的要件，因而法院对幼儿园的请求予以支持³⁰。因此，实体审查的对象包括三个要点：存在侵害人格权的行为；该行为正在实施或即将实施；不及时制止将带来难以弥补的损害。显然，申请的要件不包括被申请人存在过错，以及存在实际的损害结果，区别于侵权责任请求权。此外，法院还应审查申请内容是否符合比例原则。

但除了上述内容，第 997 条本身没有提供关于审查程序的信息。此阶段需要考虑的问题包括但不限于：第一，提交的证据是否要达到何种程度的证明标准？第二，审查阶段是否允许当事人进行辩论？

关于第一个问题，当事人申请人格权禁令的需求通常很紧迫，短期内举证难，但如果为此大幅降低证明标准，又可能会导致申请权利的滥用，会损害被申请人利益，且不利于各种法益的平衡。对此，有学者认为可以根据不同权利类型来进行制度安排：吴香香根据权利保护范围的确定性强弱将人格权划分成三种类型，并主张权利确定性和法益衡量需求成负相关³¹；朱虎也认为，对生命权、身体权、健康权而言，审查可以从宽，但其他权利的审查需要审慎平衡其他价值，比如舆论监督、新闻批评、消费者对商品和服务提出合理批评的自由等[22]。吴英姿、王泽鉴也持类似的观点[22]。在上述李兴和某房地产公司名誉权纠纷案中，法院认为，李兴的文章内容虽然包含情绪化的不文明用语，但主要是其购房遭遇的描述和对房产质量的主观感受，禁令的作出可能会产生房地产开发商可以利用人格权禁令阻止购房者发布不利言论的不良示范效应，有损社会公共利益，因而不予颁布禁令。

关于第二个问题，若将禁令审查过度“本案化”，设置充分的辩论、举证和听审程序，可能会导致低效率，不利于人格权的保护；但若只审查申请人提交的证据来决定是否颁布禁令，又无法给被申请人

²⁸ 毋爱斌、范响指出，如果申请人受到网络暴力，无法获知具体的侵权行为人，可以以提供网络服务者作为被申请人。

²⁹ 中国法院网：“广州互联网法院对民法典施行后首份人格权侵害禁令申请作出裁定”，载 <https://www.chinacourt.org/article/detail/2021/01/id/5782110.shtml>，2022 年 5 月 3 日访问。

³⁰ 中国法院网：“温州瓯海区法院签发浙江首份人格权侵害禁令”，载 <https://www.chinacourt.org/article/detail/2021/08/id/6226121.shtml>，2022 年 5 月 3 日访问。

³¹ 吴香香文据此标准将人格权划分为“绝对性人格权”（包括生命权、身体权、躯体健康权）、“有名框架性人格权”（姓名权、肖像权、心理健康权、隐私权、名誉权）和“无名框架性人格权”（一般性人格权）。当人格权受到侵害时，第一类和第二类的典型侵害形态可直接推定不法性，而第二类的非典型侵害形态和第三类需要进行法益衡量。

提供程序保障,有失公平。所以本质上,这是效率和公平的权衡³²。

笔者认为,证明标准和是否允许当事人进行辩论应该视人格权的具体类型进行规定。具体而言,可将人格权划分为“高位阶”权利和“低位阶”权利,前者包括生命权、身体权和健康权这三种最为根本和重要的权利,后者包括除此以外的其他人格权。对于低位阶权利,需要平衡人格权保护的价值和其他法益(比如言论自由)之间的关系。由于人格权纠纷具有一定的争讼性,可设置“准诉讼”程序,比如非正式询问或听证制度来保证双方当事人的意见陈述权;但不宜采取正式的辩论程序,因为这样将极大损害效率,且无法突显禁令制度的特异性。在充分听取了当事人意见后,法官应结合案件具体情况衡量颁布禁令将给申请人带来的正效用与给被申请人甚至社会带来的负效用孰轻孰重,考察被申请人是否存在合理的抗辩事由³³,因此法官具有较大的裁量权。申请人只需使证明达到盖然性占优势标准,无须达到我国民事诉讼中的高度盖然性标准,一是防止禁令程序的过度“本案化”倾向,二是因为当事人没有进行正式的辩论与举证,不应采取与程序不匹配的过高要求。对于高位阶权利,考虑到此类权利的保护具有紧迫性以及损害具有高度不可逆转性,在通过形式审查后,若情况紧急,法官可允许申请人仅提供初步的事实证据来具体化说明前文所述的三个要点,必要时法院可依职权调查必须的证据。此外,若被申请人不配合法院的调查与辩论程序,则不宜采取对席辩论的方式³⁴,应采取非讼性质的程序,以书面审理为主。对此,可以通过缩短禁令有效时长的方式来填补程序公平性的损害,后文将详述这一点。

需要强调的是,只有高位阶人格权侵害处于紧急情况才可以适用此种简化的、非讼性质的程序,应作为一种特殊程序而存在。当情况达不到“紧急”的程度,应适用和低位阶权利相同的“准诉讼”程序。是否属于紧急情形由法官根据案件具体内容进行判断。

5.3. 裁定

禁令通过审查程序后,法院可裁定颁布禁令。法律目前没有明文规定禁令的裁定期限,以及其效力是临时性的还是终局性的。但可以确定的是,既然禁令独立于诉讼,其有效期不应依赖于申请人之后是否起诉,以区别于行为保全³⁵。

笔者认为,禁令的裁定问题同样应该根据人格权类型进行规定。高位阶和低位阶人格权禁令应分别在24小时以内和72小时以内作出³⁶,实现人格权保护的高效性。对于高位阶权利中的紧急情况,其申请程序采取“单边形式”,没有让被申请人参与,程序保障性较低,所以可设置较短的有效期来弥补公平性的缺失,比如15天。对于高位阶权利中的非紧急情况 and 低位阶权利案件,双方当事人已就争议进行了陈述,且证明标准相对较高、平衡了相关法益,所以有效期应长于高位阶人格权禁令,视案件具体情况可设置不超过六个月有效期³⁷。

对于禁令的有效期问题,学界亦存在较大争议。需要明确的是,禁令只能是临时性的,希望通过简单的程序而获得给付判决式的终局性效果是一种不合理的期待[11],有违程序公平。更何况,当事人通过

³² 吴英姿教授认为,法院在处理禁令申请时应行使非诉讼裁判权,审查时以对法律事实的确认为主,而非听取各方辩论进行居中裁判。必要时可召开听证会,但无论异议还是听证,都不是按照对审原则设计。朱虎则认为,基于人格权侵害禁令事件本身的公益性、可能的持续性、紧迫性、法官裁量性等特点,应采用非讼程序审理。

³³ 此类抗辩事由可包括:其他符合法律规定的理由,比如有申请人允诺;其行为基于申请人在先的不当行为等。

³⁴ 吴英姿教授指出,《瑞士民法》第265条规定,在特别紧迫情形,尤其是权利有不能实现的危险时,“法院得未经聆讯对方当事人”,立即发布禁令。笔者认为高位阶权利被侵害的情况属于“特别紧迫情形”的范畴,可参考这一做法。

³⁵ 申请人在人民法院采取保全措施后三十日内不依法提起诉讼或者申请仲裁,将被解除保全。

³⁶ 笔者认为,人身安全保护令属于人格权禁令的一种,所以人格权禁令的裁定期限参考人身安全保护令的设置。根据《中华人民共和国反家暴法》第28条,“人民法院受理申请后,应当在七十二小时内作出人身安全保护令或者驳回申请;情况紧急的,应当在二十四小时内作出。”

³⁷ 人格权禁令有效期同样参考人身安全保护令的设置。紧急保护裁定的人身保全保护令有效期为15天,长期保护裁定的有效期为3至6个月。

申请禁令获取了快速的人格权保护后，本可以在禁令有效期内通过提起诉讼来主张第 1167 条中的人格权保护性请求权，以寻求长期甚至永久的保护。需要明确的是，对于申请高位阶禁令的紧急情况，适用非讼性质的程序，自然可以起诉；对于非紧急高位阶禁令和低位阶禁令，由于采用的是“准诉讼”程序，而非严格的诉讼程序，因此并不属于诉讼标的理论中就同一诉讼标的重复起诉的情形，当事人可以在有效期内提起正式诉讼。

进一步讨论禁令和诉讼的衔接问题。当事人处于禁令有效期内仍可提起诉讼，此时禁令将失效，其内容自动转化为行为保全，有效期延续至判决的作出直至执行完毕，不受原禁令有效期的限制。虽然禁令的请求权基础为人格权保护性请求权，但由于当事人已经行使了诉权并进入诉讼程序，此时应采取以诉权为请求权基础的行为保全，保护当事人的人格权益免于侵害，让将来的判决并非“迟到的正义”。在提交案件受理费时，当事人应一并提供行为保全所要求的担保。

5.4. 执行

在禁令颁布后，被申请人应自觉执行禁令内容，必要时法院可强制执行。被申请人不服的，可以在自裁定生效之日起五日内向作出裁定的法院申请复议一次³⁸。鉴于禁令在程序上的“准诉讼”性质，审查阶段没有经过诉讼中的正式辩论、质证等环节，也未要求达到高度盖然性证明标准，所以禁令只是临时性的救济措施，不应视为具有既判力。因此，此处不应采取“上诉”之表述。此外，如果复议不成功，当事人还可提起禁令撤销之诉。复议或起诉期间不停止禁令的执行。

5.5. 撤销

如果被申请人复议成功，或提起的禁令撤销之诉胜诉，原有的禁令将被撤销并终止执行。申请人也可以自行提出撤销，法院应予以准许³⁹。此外，若法院发现申请人恶意申请也可撤销。被申请人因禁令错误颁布而遭受的损失由申请人承担。

6. 结语

《民法典》的最大特色是人格权独立成编，回应了这一背景下人格权保护的紧迫性，但在理论界也存在一系列争议。由于人格权编少有基础性规范，多为辅助规范和外部参引规范，诸多条文都有请求权基础无法和侵权责任请求权明确区分开来的弊病，和物权编相比，缺少独立的人格权救济方式。在人格权编内部，最受关注的法律条文当属第 997 条，其首次规定了人格权禁令制度。然而，人格权禁令的内涵横跨实体和程序两大领域，法律性质不甚明确，其请求权基础至今仍存在“实体”与“程序”之争；司法实务中也缺乏统一的裁判标准，大部分案件都比照行为保全进行处理。

因此，本文引入请求权基础分析法，锁定人格权禁令的请求权和支持请求权成立的规范基础，并以此为依据构建禁令相关的程序制度，填补法律的空白。就禁令的请求权类型而言，本文从目的解释和体系解释的立场出发，阐述了支持“实体说”的理由，并进一步证成禁令的请求权基础为《民法典》第 1167 条“人格权保护性请求权”。据此，以“申请 - 审查与裁定 - 执行 - 撤销”的路径进行制度设计。

《民法典》设立了独立的人格权编和创新性的人格权禁令制度，将人格权保护的重要性上升到了前所未有的高度，但实现这一立法愿景的前提是理顺理论问题，并据此完善制度构建。禁令制度属于“舶

³⁸ 参见(2021)渝 0118 民保令 3 号“李元利与何大毛申请人格权侵害禁令民事裁定书”、(2021)京 0114 民保令 16 号“陶振祥等与陶振起民事裁定书”；中国法院网：“广州互联网法院对民法典施行后首份人格权侵害禁令申请作出裁定”，载 <https://www.chinacourt.org/article/detail/2021/01/id/5782110.shtml>，2022 年 5 月 3 日访问。

³⁹ 参见(2021)渝 0101 民保令 8 号“程丽与杨康申请人格权侵害禁令民事裁定书”、(2021)渝 0106 民保令 9 号“徐某与刘某申请人格权侵害禁令民事裁定书”。

来品”，在突出其特异性的同时，也要慎重考虑如何将其与我国的现有制度妥善融合衔接。可以看出，当前的司法实践还未形成统一的裁判标准，且有比照行为保全处理之趋势，人格权禁令新程序的适用还存在着较大难度和诸多挑战。

参考文献

- [1] 王利明. 《民法典》人格权编的立法亮点、特色与适用[J]. 法律适用, 2020(17): 3-21.
- [2] 李永军. 论《民法典》人格权编的请求权基础规范——能否以及如何区别于侵权责任规范? [J]. 当代法学, 2022, 36(2): 19-30.
- [3] 吴香香. 请求权基础视角下《民法典》人格权的规范体系[J]. 中国高校社会科学, 2021(4): 126-137.
- [4] 郭小冬. 人格权禁令的基本原理与程序法落实[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2021, 39(2): 145-156.
- [5] 张红. 论《民法典》之人格权请求权体系[J]. 广东社会科学, 2021(3): 235-244.
- [6] 尹田. 人格权独立成编的再批评[J]. 比较法研究, 2015(6): 1-7.
- [7] 吴香香. 请求权基础思维及其对手[J]. 南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学), 2020, 57(2): 90-106.
- [8] 王利明. 论侵害人格权的诉前禁令制度[J]. 财经法学, 2019(4): 3-15.
- [9] 杨立新. 我国民法典人格权立法的创新发展[J]. 法商研究, 2020, 37(4): 18-31.
- [10] 张卫平. 民法典的实施与民事诉讼法的协调和对接[J]. 中外法学, 2020, 32(4): 933-950.
- [11] 吴英姿. 人格权禁令程序研究[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2021, 39(2): 133-144.
- [12] 秦天宝. 《民法典》背景下环境保护禁止令的法教义学展开——基于人格权禁令制度的考察[J]. 政法论丛, 2022(1): 75-85.
- [13] 程啸. 论我国民法典中的人格权禁令制度[J]. 比较法研究, 2021(3): 138-151.
- [14] 毕潇潇. 人格权侵害禁令研究——实体与程序的双重视角[J]. 东方法学, 2022(3): 173-184.
- [15] 徐伟. 《民法典》人格权侵害禁令的法律适用[J]. 法制与社会发展, 2021, 27(6): 200-220.
- [16] 严仁群. 人格权禁令之程序法路径[J]. 法学评论, 2021, 39(6): 119-129.
- [17] 朱庆育. 民法总论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2016.
- [18] 邵明, 康健. 论行为保全法理在人格权侵害禁令中的适用——基于解释论的视角[J]. 齐鲁学刊, 2021(6): 90-100.
- [19] 朱虎. 人格权侵害禁令的程序实现[J]. 现代法学, 2022, 44(1): 173-190.
- [20] 张素华. 论人格权禁令的性质及司法适用[J]. 比较法研究, 2021(6): 72-85.
- [21] 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[J/OL]. 重庆大学学报(社会科学版): 1-13. <http://kns.cnki.net/kcms/detail/50.1023.C.20220110.1512.002.html>, 2022-05-04.
- [22] 王泽鉴. 人格权法[M]. 北京: 北京大学出版社, 2013.