

Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2022.01.001

欢迎按以下格式引用: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].重庆大学学报(社会科学版),
2025(5):240-252. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2022.01.001.

Citation Format: MU Aibin, FAN Xiang. The origin, nature and system construction of the injunction of personality right in the Civil Code [J].
Journal of Chongqing University (Social Science Edition), 2025(5): 240-252. Doi: 10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2022.
01.001.

《民法典》人格权侵害禁令 溯源、性质及其制度构建

毋爱斌¹, 范响²

(1. 西南政法大学 人民法庭研究中心, 重庆 401120; 2. 清华大学 法学院, 北京 100084)

摘要:为满足及时制止人格权侵权行为的规则供给需求,《民法典》第997条增设了人格权侵害禁令制度。但尚待修改的《民事诉讼法》没有为之提供配套的程序,《民法典》也未进行相应的规定,有必要分析如何构建人格权侵害禁令制度。构建制度的前提是明晰其性质,而学界目前就人格权侵害禁令的性质尚未形成共识,多数观点认为是临时禁令,少数观点认为是永久禁令。鉴于这一制度借鉴自国外制度,借鉴对象的性质及相应规则对于分析我国人格权侵害禁令的性质及制度构建具有重要意义,因而本文从制度溯源开始,结合借鉴对象的性质、功能以及我国的本土语境,分析我国人格权侵害禁令的性质,并提出人格权侵害禁令制度的完善建议。我国人格权侵害禁令制度源自英美法上的禁令制度,而非直接来源于罗马法上的禁止令状或令状制度。英美法上的禁令制度既包括永久性救济,也包括临时性救济,还包括其他法官发出的命令;既有财产保全的内容,也有行为保全的内容,还有行为给付判决的内容。多数观点主张将人格权侵害禁令作为临时禁令的理由并不充分,且不独立于诉讼的禁令制度与我国既有制度相重复。较为妥当的方案是使人格权侵害禁令独立于诉讼,使其具有相对独立的制度功能;基于效率与公正的平衡,使法院既可以迅速发出临时性的人格权侵害禁令,也可以及时发出永久性的人格权侵害禁令,并且在同一程序中,可以先发出临时性禁令要求当事人在程序结束前停止行为,在程序结束时以永久性禁令取代之。基于人格权侵害禁令的内部差异,人格权侵害禁令的审查程序内部也应当具有相应区分。总体而言,人格权侵害禁令的审查程序应当介于诉讼程序与非讼程序之间,情况紧急、作出临时禁令的应当接近非讼程序;其他情形则应当接近诉讼程序。法官审查人格权侵害禁令的申请时需要判断行为人是否正在实施或者即将实施侵害其人格权的违法行为,以及不及时制止是否将使其合法权益受到难以弥补的损害,同时将公共利益纳入考量范围。人格权侵害禁令送达后即生效,对裁

基金项目:西南政法大学2021年度校级科研项目“对第三人到期债权执行程序的立法研究”

作者简介:毋爱斌,西南政法大学人民法庭研究中心教授、博士生导师;范响,清华大学法学院博士研究生,E-mail:425122125@qq.com。

判不服的当事人可以向上一级法院申请复议,复议期间禁令仍然有效。人格权侵害禁令生效后被申请人不履行的,法院按照行为执行的规则实施强制执行。

关键词:人格权侵害禁令;民法典;临时救济;行为保全;人格权诉讼

中图分类号:D923 **文献标志码:**A **文章编号:**1008-5831(2023)05-0240-13

《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)最大的创新和亮点是人格权的独立成编^[1],其中第997条确立了人格权侵害禁令制度^①。此前我国及时制止正在实施或即将实施的人格权侵权行为主要依靠行为保全和先予执行制度,人格权侵害禁令制度的设置强化了对人格权的特别保护。但是作为实体法上的禁令与“防范实体侵权的救济手段”^[2],人格权侵害禁令与其生效前已经存在的两项程序法上的制度之间已经存在着交叉重叠之处。人格权侵害禁令制度与既有的民事诉讼制度功能呈现重合的同时,《民法典》未就人格权侵害禁令规定其相关的程序,《民法典》也不适宜规定相应的程序,因而亟待修订《民事诉讼法》或通过制定相关司法解释的方式予以明确。如果要建构相应的程序,则必然无法回避人格权侵害禁令与民诉法上的行为保全的关系问题,同时,根据《民法典》990条的规定,人格权包括“生命权、身体权、健康权、姓名权、名称权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权等权利”,人格权侵害禁令与旨在阻止家庭暴力^②的人身安全保护令制度关系如何,如何通过程序上的安排使这两项制度实现各自的制度目的而不引起实践中的混乱?以上疑问的解答首先就人格权侵害禁令追根溯源,确定来源才能厘清发展方向。

一、人格权侵害禁令的追根溯源

(一)《民法典》语境下的禁令来自英美法系

禁令制度的确立借鉴了国外经验^[3],问题在于何种国外经验?罗马法上即存在禁止令状(interdictum prohibitoria)^[4],或可称为“禁令”,其是否是《民法典》上人格权侵害禁令的借鉴对象呢?从实际功效看,答案是否定的。因为禁止令状的内涵中仅仅强调禁止某项积极行为,而不当然涵盖实施某项行为:禁止令状是禁止做某事的令状,需强制被告实施积极行为则有其他令状实现,如恢复令状^[5]。但侵权既可以作为方式实施,也可以不作为方式实施——制止现代法上的人格权侵权、停止违法行为不可能仅依靠禁止作为方式实施的侵权。

而英美法上的禁令虽被称为禁令或禁制令(injunction),但并没有限定于禁止某项作为行为,所以译为“强制令”可能更为贴切。但基于本文讨论的对象已经被习惯性称为“人格权禁令”,因此下文仍以“禁令”或“禁制令”指代这一制度。英国民事诉讼规则词语汇编(Glossary)对禁令的定义是禁止或要求某人为某项行为的法院命令;《牛津法律大辞典》对此的表述是,“一种衡平法救济方式,据此可以命令某个人不得从事某种行为(限制性强制令),或从事特定行为或事情(命令性强制令)”^[6]。这一定义更为契合人格权侵害禁令制止侵害行为的需要:制止侵害行为不仅可能需要消极的不作为,也可能需要积极的作为。并且我国语境下的“禁令”通常指英美法系中衡平法上或

①《民法典》第997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,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。

②按照《中华人民共和国反家庭暴力法》第2条的规定,《反家庭暴力法》所指的“家庭暴力”是“家庭成员之间以殴打、捆绑、残害、限制人身自由以及经常性谩骂、恐吓等方式实施的身体、精神等侵害行为”。家庭暴力侵害的客体与人格权有重叠之处。

TRIPS 协定等知识产权法语境下的概念。因此,将其制度原型定位于英美法语境下的禁令更为妥当。当然,值得注意的是,英美法上的禁制令制度很可能是受到罗马法令状制度的影响产生的,二者形式上十分相似,但没有确凿证据予以证明最初使用禁制令是受到罗马法令状制度的影响——禁制令使用的初期,没有说明使用这一救济手段的理由^[7]。而现代大陆法系典型的临时性救济制度如假处分、假扣押等,并非源自罗马法上的令状制度,而是始于中世纪意大利伦巴第法上的任意扣押制度,扣押的原则在13世纪的《皮亚琴察法规》(Statuti di Piacenza)中已经得到了充分的发展,而后假处分制度再从假扣押制度中分离出来^[8]。古典罗马法上虽然也有“扣押”(sequestration)的观念,但其指代的仅仅是双方通过合意将系争物交由第三人“扣押”,而不是司法机关单方面将系争物控制。

(二) 英美法系的禁令不同于行为保全

从定义上讲,禁令的定义与行为保全的定义^③十分接近。从功能上讲,英美法上的禁令以预防损害发生、防患于未然为主要目的^[9],行为保全的主要目的在于“避免债权人遭受其他不可弥补的损害,有必要立即制止债务人正在实施的侵权行为,或者要求债务人实施一定行为进行补救”^[10]。从这些角度考察,英美法上的“禁令”与我国行为保全制度有若干相似之处。

但禁令制度与我国行为保全制度也存在明显差异,我国的行为保全制度首先是在保全的框架下规定的,与财产保全一起规定在《民事诉讼法》第103条,而保全是一项临时措施。英美法上的禁令制度通常可以分为临时禁令(interim/interlocutory injunction,又称为中间禁令)和永久禁令(perpetual injunction)。永久禁令旨在最终解决并执行当事人争议的权利。加拿大不列颠哥伦比亚省最高法院麦克唐纳法官(Justice Macdonald)认为“当原告证明了他的权利、受侵害的事实,除非案件中有特殊情况,他通常有权获得永久禁令以避免该侵害的再次发生”^④。当时的临时禁令未必持续到进一步听审,也可能在指定日期失效,但总之存在时间期限,而永久禁令则没有此种限定,虽然永久禁令也不一定永久有效^[11]。由此可见,相对于行为保全,永久禁令更接近于我国的给付判决^⑤。事实上,衡平法最大的贡献之一就是引入了衡平法救济,其中最为重要的是特定履行(命令合同当事人履行合同义务)和禁令;因为普通法院最初只针对金钱上的损失,其他一概不理^[12],禁令的发布又多因不能以损害赔偿的方式获得及时或必要的救济^[13]。此外,即使是临时禁令也不能单纯认为与我国的行为保全类同。不少学者认为,英美法国家的临时禁令、临时限制令、初步禁令与我国的行为保全类似^[14],乃至“行为保全在英美等西方国家被称为‘临时禁令’”^[15]。但是英国法上的临时禁令制度包含了我国行为保全制度范畴之外的内容,或者说其部分内容已由我国现存的其他制度承载。例如英国法上的冻结令与我国的财产保全而非行为保全制度类似,承担着保全未来强制执行的功能^[16],再如英国法上的搜查令(search order)也属于临时禁令。

因此,我国行为保全的制度功能在英美法上可以通过禁令制度实现多数内容,但是英美法上的禁令制度承载的功能远远大于我国的行为保全制度。将禁令制度引入我国的制度体系,不能视为

③行为保全,是指人民法院作出裁定,责令一方当事人作出一定行为,或者禁止其作出一定行为,防止该当事人正在实施或者将要实施的行为给申请人造成不可弥补的损害。参见:全国人大常委会法制工作委员会民法室编著《2012民事诉讼法修改决定条文释解》(中国法制出版社,2012年版第136页)。

④Steeves Dairy Limited v. Twin City Co-Operative Milk Producers Association, [1926] 1 D. L. R. 130

⑤但也仅仅只是相对于行为保全而言,其性质仍然与我国给付判决有较大差别,如永久禁令可以在一定情形下被作出的法院解除,而我国生效的给付判决除非经过纠错程序否则其效力不可能被推翻。

为人格权专设了一项行为保全制度。那么不能回避的问题是应引入何种禁令,是临时禁令还是永久禁令?亦或二者一并引入?换言之,《民法典》确立的人格权侵害禁令应具有何种性质才能在我国制度的背景中实现制度目的?

二、人格权侵害禁令的性质辨析

(一)多数观点认为人格权侵害禁令是临时禁令

黄忠教授认为人格权侵害禁令属于临时禁令^⑥,严仁群教授认为属于诉前行为保全^⑦,王利明、杨立新、张红等教授认为其属于诉前禁令^⑧,而诉前禁令、诉前行为保全不可能是永久性的禁令,实质上也认为属于临时禁令的一种。因而多数观点主张人格权侵害禁令属于临时禁令,这也是围绕人格权侵害禁令制度的争议焦点。在我国已经有给付判决制度、法院可以判决被告为或不为一定行为的前提下,有无必要将人格权侵害禁令视作一种永久禁令,而引入永久禁令制度也需要谨慎考虑。并且从《民法典》997条的规定来看,人格权侵害禁令制度强调“及时制止”的必要性,这意味着作出人格权侵害禁令的程序的进程需要加快推进,不能拖延。笼统来看,加快程序进程,提高效率的方法有很多,如增加法官数量,为法官配备助手等,而具体到提升某个特定程序的效率,例如人格权侵害禁令,考虑到的则是简化程序以提升效率。效率的提升不必然与程序公正冲突,“迟来的正义是非正义”,在一定范围内二者是同向的。但如果利用行为保全程序而进行终局判决,则违反了正当程序的要求,没有给对方当事人充分的参与程序机会。在纠纷涉及关系越来越复杂的当下,“以利害关系者的参加和程序保障为中心内容的程序正义观念在其固有的重要意义基础上获得了前所未有的重要性”^[17]。似乎如果要及时救济当事人的人格权,就需要加快程序进程,这意味着无法实现某种类似于得出本案判决的严谨程序,继而应当将人格权侵害禁令规定为临时禁令或诉前禁令,否则将与程序正义理念相冲突。

(二)人格权侵害禁令限于临时禁令的理由不充分

第一,《民法典》文本并未说明人格权侵害禁令临时性,正如《英国民事诉讼规则词语汇编》就禁令的表述虽然与行为保全接近,却可以指涉永久禁令一样,仅从《民法典》文本出发无法说明其临时救济的属性。第二,如果认为存在给付判决所以无必要引入永久禁令,则会进一步引发一个疑问:我国目前也存在行为保全、先予执行以及人身保护令制度,既然有给付判决而没有永久禁令制度的必要,那么在有前述三项制度的前提下为什么会有作为临时禁令或临时救济的人格权侵害禁令制度引入的必要性呢?第三,效率与公正的价值冲突并非完全不可调和。例如美国临时禁令(interlocutory injunction)内部又可以分为临时限制令(TRO/temporary restraining order)和临时禁令(preliminary injunction),前者旨在保护临时禁制令听证之前的权利现状,是后者实施之前的紧急处置,某些情况下不需要通知和听证,因而申请要件更为严格,有效期间较短;后者适用普通程序,确保双方当事人均有陈述的机会,当事人也可以上诉^[18]。效率和公正的内部冲突可以通过人格权

⑥参见:黄忠《论民法典后司法解释之命运》(《中国法学》,2020年第6期44-63页)。

⑦参见:严仁群《人格权禁令之程序法路径》(《法学评论》,2021年第6期119-129页)。

⑧参见:王利明《论侵害人格权的诉前禁令制度》(《财经法学》,2019年第4期3-15页);杨立新《我国民法典人格权立法的创新发展》(《法商研究》,2020年第4期18-31页);张红《〈民法典(人格权编)〉一般规定的体系构建》(《武汉大学学报(哲学社会科学版)》,2020年第5期155-173页)。

侵害禁令及其程序的内部的多重结构加以解决。

(三) 人格权侵害禁令的预防目的不与双重性质冲突

人格权侵害禁令制度的确立以人格权侵权的特殊性为基础,因为人格权的损害不可弥补或难以弥补,才需要人格权侵害禁令“及时制止”侵害行为。进一步讲,对人格权损害估价并进行救济本身就十分困难,正如罗斯科·庞德在评价人格侵权的损害赔偿时指出,“如果法律对财产和契约的保障比对人格的保障更为细致和更为适当的话,那并不是因为法律对后者的估价不如对前者那样高,而只是因为法律手段本来就适于保障这一方面而不适于保障另一方面”^[19]。因而法律保障人格权的最佳方案是事前预防其受损而不是受损后赋予其损害赔偿请求权,如此则有人格权侵害禁令作为专门的及时救济措施存在的必要性。

然而仅仅预防损害的重要性只能说明人格权侵害禁令制度的正当性,并不能解释《民法典》人格权侵害禁令是永久禁令还是临时禁令,如前文所述,“及时”未必与“永久”冲突;即使将人格权侵害禁令视为临时禁令也需要寻求独立于程序法上临时措施的功能方能证成其正当性。因此,除非进一步解释或立法作出进一步限定,否则不能排除人格权侵害禁令作为永久禁令或临时禁令,或同时包括两种不同属性的禁令的可能。因此本文就这一问题的基本立场是,人格权侵害禁令既可以作为临时禁令发出,也可作为永久禁令发出:我国此前并没有在同一种法律救济内部区分不同的紧迫性,设置不同的程序保障,这使得在人格权侵害禁令制度安排的效率与程序正义之间抉择时,难免将其中一者推向极端。根据处于危险中的人格权的种类、危险的紧迫程度,民事程序法也可以为人格权侵害禁令制度安排由简至繁的多重结构,程序产出的人格权侵害禁令的效力也由弱至强,长度由短至长(直至永久),并随着程序的进行作出不同种类的人格权侵害禁令,由在后者自动取代在先者的效力。如此,既可确保及时制止侵害行为,实现制度本身目的,又可与程序正义理念相协调。

(四) 人格权侵害禁令应独立于诉讼充分实现制度目的

如前所述,人格权侵害禁令不论作为临时禁令还是永久禁令,都需要实现区别于现有制度的功能方能说明其自身的必要性和正当性。除人身安全保护令之外的行为保全、先予执行、终局判决都需要以诉讼作为逻辑基础,甚至于最高人民法院制订《民事诉讼法解释》过程中意识到诉讼中的行为保全制度与先予执行制度有所重叠,因修改未涉及行为保全制度而允许二者同时存在,实践中依当事人申请选择具体适用何者^[20]。可见三者为人格权诉讼前、诉中和判决生效后的人格权保障构建了相对严密的体系。

如果在诉讼框架下加入人格权侵害禁令制度可谓“叠床架屋”,并且在《反家庭暴力法》生效之前,我国已有以离婚诉讼为逻辑前提的人身安全保护裁定,其可以在“诉讼提起之前、诉讼过程中或者诉讼终结后的6个月内提出”^⑨,而人身安全保护令不以诉讼为逻辑起点正是因为以离婚诉讼为基础的人身保护裁定的非独立性成为其突出问题^[21],如果人身保护令成为附属于诉讼的行为保全制度,会“将大量的不想离婚只求保护的人身保护令案件排除在法院大门外”^[22]。同理,人格权侵害禁令作为人格权的法律保护方式,独立于诉讼,一方面充分说明自身存在的必要性,另一方面能最大限度地发挥功能,实现及时救济的价值。这种相对于诉讼的独立性表现为申请禁令不以人格权诉讼为前提,不以当事人将来起诉为维持效力的条件,可以基于非诉讼目的申请侵害人格权

⑨参见《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》第31条。

禁令^[23]。

将人格权侵害禁令限定为临时禁令,或者一种行为保全等临时救济措施时,制度构建须以行为保全制度为基础,结合人格权的特殊性加以安排。使人格权侵害禁令包括临时禁令与永久禁令两种属性的禁令,独立于诉讼存在时,人格权侵害禁令的程序不能简单按照特殊的行为保全加以构建,需要在考察人格权保护的特殊性的基础上,结合英美法上的禁令制度、我国现行制度等要素得出妥当的结论。

三、人格权侵害禁令基本程序的建构

(一)人格权侵害禁令的申请

人格权侵害禁令属于私权利,不论人格权侵害禁令的作出程序属于诉讼程序还是非讼程序,该程序所解决的纠纷都属民事权利纠纷,当事人有权决定是否向法院寻求救济。人格权侵害禁令作出程序只有经当事人申请才能启动。其原理与诉前保全类似,依据《民事诉讼法》第103条,法院虽然可以在诉讼过程中“在必要时也可以裁定采取保全措施”,但无申请不可采取诉前保全。同理,在人格权侵害禁令程序启动之前,法院不得依职权发出人格权侵害禁令;当事人申请人格权侵害禁令之后,法院可以依职权发出效力持续到人格权侵害禁令审理程序结束时的临时禁令。例如,当事人仅申请了永久性的禁令,但法官认为情势比当事人主张的更为紧迫,则法院可以依职权作出临时性的人格权侵害禁令,防止人格权遭受无法弥补的损害继而使人格权侵害禁令程序失去继续进行的价值。

由于侵权行为正在实施或即将实施,此时当事人面临紧迫的危险,不宜将人格权侵害禁令作出程序的启动门槛“高教化”,以防当事人难以得到及时救济。法院对当事人申请人格权侵害禁令的条件,或者说启动人格权侵害禁令审理程序的条件仅需作形式审查即可。根据《民法典》997条,结合起诉条件、人身安全保护令申请条件等规定,申请人格权侵害禁令应当满足如下条件:(1)申请人是人格权人;(2)有明确的被申请人;(3)人格权侵害禁令的申请内容具体,有具体的事实、理由;(4)提交相应的证据;(5)属于接受申请的人民法院管辖;(6)申请人应法院的要求提供担保。

其一,《民法典》997条仅规定了人格权人自身可以申请人格权侵害禁令,文义并未允许其他主体申请。这不等同于人格权侵害禁令只能由人格权人亲自申请,人格权人的代理人(不论法定代理人还是委托代理人)当然可以人格权人名义代为申请。人格权包含了生命权、身体权等权利,这些权利受限将阻碍人格权侵害禁令的申请,所以有必要设置其他的代为申请主体。《反家庭暴力法》第23条第2款规定人身安全保护令的代为申请,但人身安全保护令有其特定的适用环境:法定代理人可能就是人身安全保护令的被申请人,家庭暴力也常伴随着强制、恐吓,让当事人难以申请。因此除代理人之外,其他主体的代为申请资格需要进一步考量,不能照搬《反家庭暴力法》。结合人格权侵害禁令自身的特点,宜认为除人格权人的代理人之外,其近亲属及负有保护人格权职责的机关、社会组织可以以人格权人名义代为申请人格权侵害禁令。

其二,被申请人是侵害人格权的行为人,既涵盖了作为过错侵害人格权,也包括有作为义务却不作为导致或将导致人格权受损的行为人。若出现网络暴力等侵权人人数众多或难以明确被申请人的情形,为了防止“打地鼠”困境,即权利人发现一个通知一个,网络服务提供者删除一个,反复循环^[24],以及互联网环境的匿名性导致侵权行为人难以明确,当事人可以将网络服务提供者作为被申

请人。法院对于此种情形也可释明当事人将被申请人变更为或追加网络服务提供者。

其三,人格权侵害禁令的申请内容具体,有具体的事实、理由。人格权侵害禁令构成对被申请人行为自由的限制,尤其是没有经过正当程序审理的临时性人格权侵害禁令。按照英国《实践指南》(Practice Direction,以下简称PD)的规定,所有发出禁令的命令必须清晰说明相对人必须做什么或必须不做什么^⑩。我国法院作出的人格权侵害禁令的内容应当足够具体,因而人格权侵害禁令的申请内容也应当尽可能具体。当事人可以明确说明法院对被申请人应当采取什么措施,例如《反家庭暴力法》第29条规定了人身安全保护令可以包括的措施,当事人可以请求法院实施其中一项或若干项。考虑到人格权种类众多使得侵权方式众多,在程序法规定法院可以采取的措施时,不宜采取穷尽式的列举,而应当通过列举典型措施加兜底条款的方式加以规定,当事人请求法院实施已经明文列举的措施时,视为申请内容具体。同时,由于侵权方式众多,当事人未必具有能准确选择具体措施的法律素养。因此,若当事人在申请中表达的侵权行为为足够具体,并要求法院制止侵权行为,也应当视为有具体的申请内容。

其四,提交相应的证据。依照《民法典》第997条的规定,人格权人“有证据证明”时,才有权申请,因此当事人申请人格权侵害禁令时即应提交相应的证据。但立案阶段不应当要求当事人提交的证据足以达到证明标准,一是因为立案庭法官无权就是否达到证明标准作出判断,二是基于人格权侵害禁令“及时救济”的目标,如果当事人必须收集足够的证据才能申请并启动程序将严重妨碍人格权侵害禁令实现制度目的。

其五,属于受申请的人民法院管辖。人格权侵害禁令的管辖法院应当考量有利于及时救济人格权、便于执行以及和与可能的诉讼衔接等因素。具体由申请人、被申请人住所地或侵权行为地法院管辖。

其六,申请人应法院的要求提供担保。要求申请人提供担保可以避免权利滥用^[25],因而我国申请诉前保全“应当提供担保”,行为保全也不例外,诉讼中的保全法院“可以责令申请人提供担保”,先予执行也可以要求申请人提供担保。申请人身安全保护令不需要担保,这主要是基于人身安全保护令法益保护的特殊性^[26]。英国法上,除非另有命令及PD25A.5.3情形之外^⑪,任何禁令必须包含申请人向法院作出的,就法院认为申请人应当承担的相对人受到的损失的保证^⑫。同时,《美国联邦民事诉讼规则》第65条第3款规定,临时限制令和临时禁制令原则上都需要担保方可作出,数额要能足以付清法院认为合理的、错误限制行为引发的损害和成本。人格权侵害禁令的保护范围与人身安全保护令有重合之处,而申请人身安全保护令不需要担保,因而是否需要担保应当由我国法院根据具体情形决定,“一刀切”地要求提供担保或不要求提供担保都不妥当,由法院根据人格权的种类、所需采取的措施等因素判断是否要求申请人提供担保。

(二)人格权侵害禁令的审查

1. 审查的程序方式

前文已述,人格权侵害禁令程序可以通过内置的多重结构实现程序正义与效率的协调统一,作出效力不同的人格权侵害禁令所需的程序也应当不同。对于效力持续到人格权侵害禁令审查程序

^⑩参见PD25A.5.5。

^⑪PD25A.5.3涉及保护环境的禁令,被特别安排。

^⑫参见PD25A.5.1。

结束的临时性人格权侵害禁令,参照保全程序审查足以满足程序正当的需要。

下文论述的人格权侵害禁令审查程序以进一步的人格权侵害禁令的审查程序为中心。

对于审查结束后持续生效的人格权侵害禁令,程序设置上需要在保证及时救济的前提下赋予参与者更为完善的程序保障。此前我国《反家庭暴力法》规定人身安全保护令后,《民事诉讼法》并未进行修订推出专门适配的程序,最高人民法院认为“可以比照特别程序进行审理”^⑬。但是特别程序并非审理某种特定案件所适用的程序,特别程序共性主要在于不解决民事权利义务争议,而不同种类案件的审理程序也并不完全相同^[27]。“比照特别程序”没有明确的指向性,对于人格权侵害禁令的审查程序,不宜参考人身安全保护令的规定将审理程序指向特别程序。人格权侵害禁令的审查程序如何规定首先要基于审查程序自身的性质。民事司法程序可以分为民事诉讼程序、非讼程序和执行程序,在禁令程序上,问题集中在该程序性质和定位是前两者中的何者。人格权侵害禁令中存在相互对抗的申请人和被申请人,当事人在可以申请人格权侵害禁令的情形下,也可以提起民事诉讼,独立于诉讼程序的人格权侵害禁令解决的是实体权利义务纠纷,其不属于非讼程序。“完全采取非讼方式审理裁决(如行为保全裁决程序)是否应采取行为禁令显然过于轻率”,但“采取典型的诉讼程序又将影响禁令裁决的效率性”^[28]。衡量偏向于诉讼程序还是非讼程序可以从争讼性、对审性和公开性三个标准出发,典型诉讼程序(如一审普通程序)的争讼性、对审性和公开性最强;与此相反,典型的非讼案件(如宣告失踪案件)的争讼性、对审性和公开性最弱,甚至可能完全没有争讼性、对审性和公开性^[29]。人格权侵害禁令审查程序解决的是民事权利义务争议,这一因素使人格权侵害禁令审查程序在三个标准构成的坐标系中偏向于诉讼程序,人格权侵害禁令及时救济的制度目的则使之偏向于非讼案件程序。因此,人格权侵害禁令的审查程序应当介于诉讼程序与非讼程序之间,在情况紧急且没有采取临时措施制止侵害行为时,审查程序应当接近非讼程序;其他情形则应当接近诉讼程序。法院在审查人格权侵害禁令时,因涉及实体权利,应当通知对方当事人,听取相对方的意见。相对方未按时提出意见的,为提高效率,应根据审查时所持有的材料进行判断,相对方的实体权利通过事后救济的方式加以保护。是否采取听证会或庭审的方式听取意见或查明事实不应作硬性要求,由承审法官根据案件具体情况决定。

2. 审查的实体内容

按照《民法典》对人格权侵害禁令的规定,申请人需要证明的对象是,行为人正在实施或即将实施侵害人格权的违法行为,并且不及时制止将使其合法权益受到难以弥补的损害。把握审查的实体内容需要强调以下两点:第一,合法权益可能受到的损害必须是“难以弥补”的损害才可以发出人格权侵害禁令。人格权侵害禁令程序并非诉讼程序却可以分担人格权诉讼功能的正当性前提是及时保护合法权益的必要性,该必要性必须体现为这种合法权益一旦受损则难以弥补,难以弥补的典型表现是损害不可用金钱弥补,“可以用金钱进行弥补的,则一般不能行使该项权利”^[30],或者说难以用金钱恢复原状。第二,虽然《民法典》997条并未说明,但《民法典》第132条规定了不得滥用权利损害国家利益和社会公共利益。美国最高法院认为,作出临时禁令时,寻求临时禁令一方必须力证禁令符合公共利益^⑭。法国巴黎法院认为,依照言论自由原则,应当限制紧急审理法官适用禁止

^⑬参见《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)。

^⑭Winter, Secretary of the Navy, et al. v. Natural Resources Defense Council, Inc., et al. 555 U. S. 7 (2008).

公开发表言论的措施,禁止公开发表言论仅适用于极特别的情形:没有任何其他方式可以保护言论所针对的人不受侵犯,并且如果不采取这种禁止措施,将造成立即损害或造成明显非法的损害,其中至少部分损害无法挽回^[31]。瑞士法上,如果针对定期发行的媒体申请预防措施,需要符合更为严格的要件,以此保障言论自由,“防止民事法院间接对媒体进行言论审查”^[32]。总之,在普通法国家的民法里,媒体的法律地位是被特别承认的,大陆法系同样也以明示或暗示的方式保护人格权的不同方面,人格权被大众媒体损害,通说认为不论是媒体的表达自由还是个人的人格权都不应当受到绝对保护^[33]。我国《民法典》第1025条也规定了为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为影响名誉的,原则上不承担民事责任,其基础也在对表达自由、公共利益(此处是公众知情权)的保护。因此,法院审查是否作出人格权侵害禁令时应当考虑禁令对公共利益的影响。

(三)人格权侵害禁令与人格权诉讼的衔接

如果将人格权侵害禁令定性为一种诉前禁令或诉讼保全措施,应当集中讨论人格权侵害禁令与保全制度的功能分野,但本文的立场是人格权侵害禁令独立于诉讼,则必须讨论人格权侵害禁令与人格权诉讼及其相关的救济方式之间的衔接。虽然最高法院认为,人身安全保护令程序可以与家事诉讼一体进行,“家事纠纷案件中的当事人向人民法院申请人身安全保护令的,由审理该案的审判组织作出是否发出人身安全保护令的裁定”^⑤,但家事诉讼中当事人的诉讼请求,如请求法院判决离婚,该请求本身不能容纳保护人身安全的请求,人身安全保护令在家事诉讼中审理不会造成明显的混乱。然而当事人提起的人格权诉讼中,当事人提出的诉讼请求可能包含停止侵害、排除妨碍或消除危险等防御性请求,法院作出终局裁判与人格权侵害禁令效果一致,二者在功能上存在重叠之处。

因此,在人格权诉讼进行过程中,行为保全制度足以保障当事人的人格权不受进一步侵害,当事人申请人格权侵害禁令的法院应当不予受理。在人格权侵害禁令程序进行过程中,申请人提起人格权诉讼的,由于人格权侵害禁令不解决损害赔偿等争议,应区分是否提出损害赔偿请求分别处理:如果人格权侵害禁令足以容纳当事人的诉讼请求,法院应释明,并要求当事人说明选择何种救济方式,若当事人选择诉讼程序的,法院应将审理程序转为诉讼程序,当事人已经实施的程序上的行为仍然有效;如果诉讼请求中包含损害赔偿等人格权侵害禁令无法容纳的内容,则法院应依职权将审理程序转为诉讼程序。转为诉讼程序的,为防止程序空转,已经作出的临时性禁令性质自动变为行为保全,当事人实施的程序性行为继续有效。之所以只能由人格权侵害禁令审查程序转换为诉讼程序而不能“反其道而行之”,是因为当事人有权选择救济程序,所以可以由人格权侵害禁令审查程序转为诉讼程序,而诉讼程序会为双方提供更完备的程序保障,诉讼程序转为人格权侵害禁令程序虽然能加快效率,但会导致程序正当性的降低,已经进行的诉讼活动在人格权侵害禁令的框架下难以充分发挥作用。例如当事人已经在诉讼程序中对案件的鉴定材料进行了充分的质证,未经质证的材料将不得作为鉴定的依据,但在人格权侵害禁令审查程序中为提高效率不宜作此种限制,这意味着如果从诉讼程序转为人格权侵害禁令审查程序,将导致部分诉讼活动的价值降低,实质上浪费了部分已经进行的诉讼活动。与之同理的是,我国简易程序可以转为普通程序,而按照普通程序审理的案件,开庭后不得转为简易程序审理。

^⑤《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)。

“人格权侵害禁令程序结束后能否提出后续诉讼”这一问题与法院发出人格权侵害禁令或法院拒绝作出人格权侵害的效力密切相关。如果认为人格权侵害禁令程序的裁判会发生既判力,这意味着“当事人不得再就同一诉讼标的再行起诉或者在其他诉讼中提出与确定判决相反的主张”^[34],但人格权侵害禁令程序并未向当事人提供诉讼层级的程序保障,存在过度剥夺当事人(尤其是被动加入程序的被申请人)程序利益的嫌疑。反之,不赋予既判力则要具体讨论人格权侵害禁令程序的裁判具有何种效力,申请人或被申请人可能另行起诉推翻程序的结论,并把关键证据留到后续诉讼中提出,削弱人格权侵害禁令程序解决纠纷的功能。出于强化人格权侵害禁令解决实体争议功能的考量,应当考虑赋予该裁判以既判力,防止被申请人因有后续的充分救济而消极参与程序。终局性的人格权侵害禁令作出之后,当事人提出与人格权侵害禁令内容相同的诉讼请求将丧失诉的利益,即对该请求,没有进行本案判决的必要性和实效性,当事人的请求已经实现。但已经作出的人格权侵害禁令不妨碍当事人提出损害赔偿、赔礼道歉等人格权侵害禁令无法涵盖的诉讼请求。如果法院已经拒绝作出人格权侵害禁令,当事人能否提起诉讼需要考虑法院具体的裁判理由:法院认为不构成侵权的,当事人不得再次提起要求停止侵害的诉讼;法院认为存在侵权行为但不适用人格权侵害禁令的,如不属于难以弥补的损害,不影响当事人提起后续诉讼。若人格权诉讼的终局判决已经生效,当事人已经接受了更为完整的程序保障,已无申请人人格权侵害禁令及时保护人格权的需要,此时不允许当事人另行向法院申请人格权侵害禁令。

(四) 人格权侵害禁令程序的救济与执行

如果申请人、被申请人服从人格权侵害禁令程序的结论,被申请人自觉遵守人格权侵害禁令设定的义务,就没有启动救济程序或强制执行程序的必要——救济程序与执行程序是人格权侵害禁令的必备程序规则,但不是必经环节。因而置于本部分最后简要阐述。

人格权侵害禁令程序应与特别程序一致,实行一审终审。理由在于,为及时救济处于危险中的人格权,使作出的终局性的人格权侵害禁令立即发生效力,不能采取上诉审的方式加以救济。对法院发出或不发出人格权侵害禁令的裁判不服的,可以通过向上一级法院提出复议的方式加以救济,复议期间不停止执行,已经采取的临时性禁令应持续到复议审理完毕,防止人格权在复议期间受到损害。被申请人无论是否向上一级法院提出复议,都必须按禁令要求履行义务^[35]。

人格权侵害禁令必须具有作为后盾的执行力,在被申请人拒绝履行人格权侵害禁令设定的义务时,申请人可以申请法院强制实现人格权侵害禁令所设定的义务。终局性的人格权侵害禁令的生效期限由审理人格权侵害禁令的法官根据保护人格权的需要裁量判断,在该期限内被申请人违反义务的,申请人都可申请法院强制执行。人格权侵害禁令的内容是制止或预防违法行为,违法行为包括作为和不作为两类。在执行领域,以积极的作为为标的的又应当区分是否可以代履行,即行为是否具有可替代性^[36],而不作为义务则不能由其他人代为不作为,无必要区分是否可以替代。对于可替代的行为,被申请人拒绝实施的,法院可以委托其他主体代为实施,费用由被申请人承担。例如作为网络用户的被申请人拒绝删除发布的信息时,法院可以委托网络平台检索并代为删除相关信息^⑩。对于不可替代的行为,被申请人拒绝实施的,《民事诉讼法解释》第503条第1款规定,“被执行人不履行法律文书指定的行为,且该项行为只能由被执行人完成的,人民法院可以依照民事诉讼

^⑩此种情形属于代履行还是协助执行可以进一步分析,但已超出本文论述范畴,故不再讨论。

法第一百一十四条第一款第六项规定处理”。即可以罚款、拘留,构成犯罪的追究刑事责任。此时由于只能由被申请人实施,不能代为实施,法院若要实现人格权侵害禁令确定的义务,只能以某种方式向被申请人施加心理压力促使其自行履行,也就是采取间接执行措施^[37]。例如作为网络平台的被申请人拒绝删除网络用户发布的信息时,法院可以采取罚款、拘留等方式迫使其履行义务。

四、结语

《民法典》就人格权侵害禁令的规定为人格权提供了更完备的保护,实现人格权侵害禁令的制度目的需要相应的程序安排,实践中的落地以程序上的明确为前提。尽管我国已有人身保护令制度,但构架不足以完全容纳人格权侵害禁令制度,亟需程序法就2021年生效的人格权侵害禁令的程序加以明确。人格权侵害禁令制度涉及程序法与实体法交叉的诸多问题,需要民事实体法学者和程序法学者进一步深入研究,完善我国的人格权侵害禁令制度,乃至构建我国的禁令制度体系。

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] 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.
- [3] 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组.中华人民共和国民法典人格权编理解与适用[M].北京:人民法院出版社,2020:88.
- [4] 黄风.罗马法词典[M].北京:法律出版社,2002:133.
- [5] 费安玲.罗马私法学[M].北京:中国政法大学出版社,2009:149.
- [6] 戴维·M·沃克.牛津法律大辞典[M].李二元,译.北京:法律出版社,2003:562.
- [7] RAACK D W. A history of injunctions in England before 1700[J]. Indiana Law Journal,1986,61:541.
- [8] 周翠.中外民事临时救济制度比较研究[M].北京:清华大学出版社,2014:9.
- [9] 张平华.认真对待民事保护令:基本原理及其本土化问题探析[J].现代法学,2012(3):178-193.
- [10] 全国人大常委会法制工作委员会民法室.2012民事诉讼法修改决定条文释解[M].北京:中国法制出版社,2012:136.
- [11] 沈达明.衡平法初论[M].北京:对外经济贸易大学出版社,1997:291.
- [12] 杨良宜,杨大明.禁令[M].北京:中国政法大学出版社,2000:34.
- [13] 王泽鉴.人格权保护的课题与展望:人格权的性质及构造:精神利益与财产利益的保护[J].人大法律评论,2009(1):51-103.
- [14] 宋晓明,王闯,夏君丽,等.《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》的理解与适用[J].人民司法,2019(7):19-27.
- [15] 李扬.中国需要什么样的知识产权行为保全规则[J].知识产权,2019(5):3-15.
- [16] 周翠.行为保全问题研究:对《民事诉讼法》第100—105条的解释[J].法律科学(西北政法大学学报),2015(4):92-106.
- [17] 谷口安平.程序的正义与诉讼[M].王亚新,刘荣军,译.北京:中国政法大学出版社,1996:22.
- [18] 毕潇潇,房绍坤.美国法上临时禁令的适用及借鉴[J].苏州大学学报(哲学社会科学版),2017(2):86-95.
- [19] 罗斯科·庞德.通过法律的社会控制[M].沈宗灵,译.北京:商务印书馆,2010:36.
- [20] 杜万华.最高人民法院民事诉讼法司法解释实务指南[M].北京:中国法制出版社,2015:295-296.
- [21] 李瀚琰.人身安全保护令独立性的制度价值及其实现[J].安徽大学学报(哲学社会科学版),2017(2):124-131.
- [22] 易前,黎黎.人身安全保护令制度的入法思考——以长沙反家暴审判实践为视角[J].人民司法,2014(7):17-21.
- [23] 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(2):133-144.

- [24] 朱开鑫. 从“通知移除规则”到“通知屏蔽规则”:《数字千年版权法》“避风港制度”现代化路径分析[J]. 电子知识产权, 2020(5):42-52.
- [25] 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.
- [26] 李龙, 李一鑫. 民事行为保全的功能定位与制度重塑[J]. 江西社会科学, 2020(1):192-199.
- [27] 张卫平. 民事诉讼法[M]. 5版. 北京:法律出版社, 2019:471-472.
- [28] 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(4):933-950.
- [29] 张卫平. 仲裁裁决撤销程序的法理分析[J]. 比较法研究, 2018(6):10-25.
- [30] 江必新. 中华人民共和国民法典适用与实务讲座[M]. 北京:人民法院出版社, 2020:848.
- [31] 法国新民事诉讼法典(下)[M]. 罗结珍, 译. 北京:法律出版社, 2008:821.
- [32] 贝蒂娜·许莉蔓-高朴, 狄安娜·奥斯瓦尔德. 瑞士民法上的人格权保护[J]. 金可可, 译. 东方法学, 2013(3):119-136.
- [33] 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[M]. 匡敦校, 余佳楠, 张芸, 等, 译. 北京:中国法制出版社, 2012:677-679.
- [34] 李龙. 论民事判决的既判力[J]. 法律科学(西北政法学院学报), 1999(4):82-89.
- [35] 赵春兰. 民法典背景下网络侵害人格权的救济机制[J]. 浙江万里学院学报, 2021(1):39-45.
- [36] 董少谋. 民事强制执行法学[M]. 北京:法律出版社, 2011:272-273.
- [37] 陈荣宗. 强制执行法[M]. 台北:三民书局, 1988:596.

The origin, nature and system construction of the injunction of personality right in the Civil Code

WU Aibin¹, FAN Xiang²

(1. Research Center for People's Court, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, P. R. China; 2. School of Law, Tsinghua University, Beijing 100084, P. R. China)

Abstract: In order to meet the demand for the supply of rules to stop infringement of personality rights in a timely manner, Article 997 of the Civil Code has added the injunction of personality right. However, the Civil Procedure Law, which has yet to be amended, does not provide a supporting procedure for this, and the Civil Code does not make corresponding provisions. So it is necessary to analyze how to construct the system of the injunction of personality right. The prerequisite for the construction of the system is to clarify its nature. But the academic community has not yet formed a consensus on the nature of the injunction of personality right: most hold that it is an interlocutory injunction, a minority of views hold that it is a perpetual injunction. Because of the fact that it is borrowed from foreign systems, the nature of the borrowed object and the corresponding rules are of great significance to the analysis of the nature of China's injunction of personality right and its construction. So this paper starts from the tracing of the system, combining the nature and function of the borrowed object and the local context of China, analyzing the nature of China's injunction of personality right and putting forward suggestions for its improvement. The injunction of personality right in China is derived from the injunction system under the common law, rather than directly from the interdictum or interdictum prohibitoria under the Roman law. The common law injunction system includes both permanent and temporary relief, as well as other orders issued by judges; both the content of property preservation and the content of act preservation, as well as the content of behavioral payment judgment. For the majority view, there are

insufficient grounds treating the injunction of personality right as an interlocutory injunction. An injunction system that is not independent of litigation duplicates our established system. A more appropriate solution is to make the injunction of personality right independent of litigation, so that it has a relatively independent institutional function. Based on the balance between efficiency and justice, the court can issue both an interlocutory injunction quickly, and can also issue a perpetual injunction in a timely manner. In the same procedure, the court can first issue an interlocutory injunction to ask the parties to cease their conduct before the end of the procedure, then issue a perpetual injunction at the end of the procedure. The internal differences in the injunction of personality right should also lead to a corresponding distinction within the review procedure of it. In general, the review procedure for injunction of personality right should fall between litigation and non-litigation procedures, with a preference for non-litigation procedures in urgent cases or where an interlocutory injunction is granted, and a preference for litigation procedures in other cases. When examining application for an injunction of personality, the judge should determine whether the party is committing or is about to commit an illegal act that infringes on others' personality rights, and whether failure to stop it in time will cause irreparable damage to rights and interests. Meanwhile, the judge should take the public interest into consideration. An injunction of personality right takes effect upon service, and a party who is not satisfied with the decision may apply to a higher court for review, during which time the injunction remains in force. If the respondent does not comply with the injunction, the court may enforce the injunction in accordance with the rules of behavioral enforcement.

Key words: injunction of personality right; civil code; interim relief; act preservation; personality rights litigation

(责任编辑 胡志平)