

周翠 著



中外民事
临时救济制度
比较研究

清华大学出版社

周翠 著

中外民事
临时救济制度
比较研究

清华大学出版社
北京

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

中外民事临时救济制度比较研究/周翠著.--北京:清华大学出版社,2014
ISBN 978-7-302-37933-1

I. ①中… II. ①周… III. ①社会救济—福利制度—对比研究—世界 IV. ①D57

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 207899 号

责任编辑:傅向宇

封面设计:傅瑞学

责任校对:宋玉莲

责任印制:刘海龙

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编:100084

社 总 机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质量反馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 刷 者:三河市君旺印务有限公司

装 订 者:三河市新茂装订有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:170mm×240mm 印 张:17.25 字 数:296 千字

版 次:2014 年 9 月第 1 版 印 次:2014 年 9 月第 1 次印刷

定 价:58.00 元

产品编号:060657-01

献给我的导师江伟教授(1930—2012)

序

本书是对我的博士论文^{〔1〕}的更新与完善。之所以选择德国、英国、法国与荷兰作为研究对象,是因为这些国家的临时程序代表三种典型模式。德国关于临时程序的深入的理论探讨为比较法研究提供了坚实基础,英国关于临时救济体系的建构具有独特的对照意义,而法国的紧急审理程序和荷兰的短程序作为重要的程序分流机制在比较法上引起了广泛关注。

与博士论文相比,本书略去了国际法与欧盟法中关于临时救济的内容,并对德国和英国部分进行了重写。重要的变化有:增加了对2009年起生效的《德国家事程序与非讼事务法》中有关假命令的探讨,梳理了英国近十年来的判例发展,依照2008年和2012年生效的《法国民事诉讼法典》和《法国民事执行法典》对法国法的内容进行了更新,以及借助最新的文献资料对荷兰法进行了补充。本书反映了各国至2014年7月1日的法律状况。为了方便读者查阅,参考文献置于各章之前,书后附有各国法律的中外文对照。

本书受中央高校基本科研业务费专项资金资助。

诚挚感谢曹志勋博士(北京/雷根斯堡)、陈辽敏主任(杭州市西湖区法院)在资料收集方面提供的帮助。诚挚感谢汪小璐、马林冰同学对书稿的细心校对。诚挚感谢编辑傅向宇女士的严谨与耐心。

特别感谢 ZXJ。

周 翠

2014年7月,杭州

〔1〕 Cui Zhou, *Einstweiliger Rechtsschutz in China und im europäischen Justizraum* (Deutschland, Großbritannien, Frankreich und die Niederlande), Nomos Verlag, 2008.

目 录

绪论	1
一、临时救济概览	1
(一) 临时救济的概念界定	1
(二) 各国法律状况之比较	2
二、本书研究目的	3
第一章 德国	6
一、临时权利保护的体系	7
(一) 概念界定与意见争鸣	7
(二) 历史沿革与措施分类	9
(三) 功能承担与实践状况	13
(四) 诉讼标的与既判力	14
二、对物假扣押的前提要件与程序设计	20
(一) 前提要件	20
(二) 程序设计	26
(三) 作成裁判与诉讼救济	33
(四) 假扣押执行	45
三、对人假扣押的前提要件与执行措施	51
四、假处分的前提要件与程序建构	54
(一) 确保性假处分的前提要件与具体措施	54
(二) 定暂时状态假处分的前提要件	56
(三) 确保性和定暂时状态假处分的申请与命令内容	59
(四) 履行性假处分的前提要件与具体适用	64
(五) 假处分的审理与执行	71
五、损害赔偿请求权	77
(一) 概述	77
(二) 前提要件与损害后果	78
(三) 与其他民事责任的关系	82

六、家事与非讼程序中的临时权利保护	83
(一) 历史发展与规范现状	83
(二) 程序设计	86
(三) 假命令的前提要件	90
第二章 英格兰与威尔士	101
一、临时救济体系	102
二、临时禁制令	104
(一) 临时禁制令的起源与性质	104
(二) 临时禁制令的程序设计与前提要件	104
(三) 冻结令与全球冻结令	116
(四) 搜查令	131
三、中间支付令	136
(一) 前提要件	137
(二) 发布程序	140
第三章 法国	143
一、概述	144
二、紧急程序	146
(一) 紧急审理程序	147
(二) 紧急单方程序	154
三、保全措施	157
(一) 前提条件	157
(二) 保全扣押	158
(三) 司法担保	159
第四章 荷兰	161
一、概述	162
二、紧急短程序	163
(一) 紧急短程序：类本案程序	163
(二) 前提要件	165
(三) 程序设计	167
(四) 裁判的内容与效力	169
三、保全扣押	172

第五章 中国临时救济的体系与完善	173
一、法律基础与实践状况	174
(一) 历史发展与法律现状	174
(二) 现有分类与问题焦点	176
二、功能承担与措施分类	177
三、前提要件与具体措施	181
(一) 前提要件之完善	181
(二) 具体措施与完善建议	188
四、程序模式与具体选择	191
(一) 程序模式：以法国或荷兰为导向	191
(二) 完善程序设计	192
(三) 损害赔偿请求权	198
五、结论	205
附录 法典翻译	207
1. 《德国民事诉讼法典(ZPO)》节译	207
2. 《德国家事程序与非讼事务法(FamFG)》节译	217
3. 《德国暴力保护法(GewSchG)》	226
4. 《英国民事诉讼规则(CPR)》节译	229
5. 《法国民事诉讼法典(CPC)》节译	252
6. 《法国强制执行法典(CPCE)》节译	260
7. 《荷兰民事诉讼法典(WvBRv)》节译	264

绪 论

一、临时救济概览

(一) 临时救济的概念界定

至终局民事判决作成之前,可能有多种原因导致将来的判决失去意义:债务人的行为可能致使未来的强制执行无法实现;在漫长的诉讼进程中,可能需要暂时规制处于争执状态的法律关系;债权人还可能陷入危急之中而急需提前受偿^[1]。临时救济(Interim Remedies)或临时权利保护(einstweiliger Rechtsschutz)正是这样一种旨在弥补通常程序的滞后性或期间漫长所造成的不利的制度,其以“保全权利的可实现性”为目标。^[2]通过这种高效的权利保护,国家也就履行了其针对公民负担的司法保障义务(Justizgewährungspflicht)。

然而,无论我国还是他国的民事诉讼法典,乃至欧盟规范和国际协定均未能对临时救济作出确切定义。通常而言,各国公认临时救济具有预防性、紧急性、临时性和辅助性的特点^[3],并认为临时措施至少包括保全强制执行的措施和暂时规制暂时状态的措施。由于临时程序适用“禁止先期审理本案”(Hauptsachevorwegnahmeverbot)或者“禁止先决”(Präjudizverbot)的原则^[4]。故,仅在例外情况下,各国才许可通过临时措施给予债权人提前清偿。

至于证据获取与证据保全措施(Beweisbeschaffungs-und Beweissicherungsmaßnahme)是否属于临时救济的范畴,各国法律、欧盟规范以及国际协定的回答不尽统一。在我国、德国^[5]和荷兰,证据保全与临时救济分立,但

[1] Vgl. Schilken, Befriedigungsverfügung (1976), S. 20.

[2] Vgl. Eilers, Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes im europäischen Zivilrechtsverkehr (1991), S. 1; Grunsky, JuS 1976, 277.

[3] 详见李仕春. 民事保全程序基本问题研究. 中外法学, 2005(1): 52.

[4] 也即临时裁判不得先行对本案进行裁判,其也不对本案判决发生拘束力, Gaul, FamRZ 2003, 1141f.; Leipold, Grundlagen (1974), S. 77f.; Zöller/Vollkommer, § 938 Rn. 3; Brox/Walker, Rn. 1582, 1596.

[5] 德国的证据保全程序,也即独立的证据程序被规定在《德国民事诉讼法典》第 485 条以下,而临时权利保护却被规定在第 916 条以下。

在法国^[6]和英国(例如搜查令),证据收集和证据保全措施属于临时救济的一部分。依照《与贸易有关的知识产权协议(TRIPS)》第50条的措辞,临时措施亦包含证据保全措施在内^[7]。相反,欧盟指令2004/48/EG却清楚地区分证据保全与临时措施,并将其分别规定在两个章节中^[8]。基于这种复杂的状况,本书依照各国自身对临时救济的界定,对诉前取证、证据保全措施进行或者不进行讨论。

(二) 各国法律状况之比较

综观全球的临时救济体系,德国、英国、法国与荷兰的制度具有典型性。法国最早确立临时救济体系,1806年的《民事诉讼法典(CPC)》规定了紧急审理程序(référé),其对荷兰、德国乃至英国均产生不同程度的影响。以法国紧急审理程序为蓝本,荷兰于1838年引入紧急短程序(Kort Geding),其在实践中逐渐发展成为一种“类本案程序”,大约95%的当事人选择接受紧急裁判,而不再提起本案之诉。这一发展方向引起了欧洲比较法研究的极大关注。受法国法的影响并沿袭自身传统,德国在1877年颁行的《民事诉讼法典(CPO)》中设定了全新的临时权利保护体系:假扣押与假处分,其又对我国的法律产生较大影响。

与其他欧洲国家相比,英国建构临时救济体系的时间相对较晚:在借鉴法国临时措施(mesures conservatoires)的基础上,丹宁勋爵(Alfred Thompson Denning)于20世纪70年代为英国引入“玛利华禁令”(maveria injunction),从而揭开了通过中间禁制令对财产进行保全的开端。1999年生效的《英国民事诉讼规则(CPR)》确立了相当完备的临时救济体系,其中关于中间支付令(interim payment order)和临时禁制令(interim injunctions)的规范与判例均在比较法研究上具有重要价值。而在临时禁制令中,由“玛利华禁令”改名而来的冻结令(freezing order)和从“安东皮勒禁令”转化而来的搜查令(search order),又格外具有特色。

[6] 《法国民事诉讼法典》第145条规定的证据收集措施(mesures probatoire)和《知识产权法典》中规定的侵权扣押(saisie contrefaçon),均可在紧急单方程序中作成。

[7] 依照TRIPS第50条第一款第a)小项,“法院有权发布迅捷并有效的临时措施,以对所主张的侵权行为的相关证据进行保全”。

[8] 其中,“证据保全措施”被规定在第7条,置于第二章(证据)之下,而“临时与临时措施”规定在第9条,属于第四章。

表一 各国 2012 年度临时救济的状况统计〔9〕

法 院		全年审结的一审民商事案件的数量/宗	其中临时救济的数量/宗	临时救济所占比列/%
德国		1 521 679	52 016	3.42
法国		2 647 813	256 494	9.69
荷兰	州法院	551 308	20 894	3.79
	其中：州法院镇区分部	523 554(=514 894+8 660)	8 660	1.6
	其中：州法院民庭	27 754(=15 520+12 234)	12 234	44
浙江省杭州市西湖区法院		8 211	1 412	17.19

临时救济作为上位概念,在我国包括《民事诉讼法》第九章规定的保全、先予执行,知识产权法律中的禁令(行为保全)以及《海事诉讼特别程序法》规定的海事强制令等。但是,由于我国关于保全与先予执行的规范相对粗疏、法律规定过于分散,这在一定程度上造成了法律适用的困难。近几年,保全在我国民事诉讼中的比重较高(详见表一)。如何进一步完善我国的法律规定和建构统一的临时救济体系,尤其在保全规定于 2012 年轻微修订之后,如何解释与适用新的规范,成为亟待研究的问题。

二、本书研究目的

我国学界一向对民事保全制度的改革保持着持续关切,多篇论文与书籍均对此提出完善意见〔10〕,这为法律改革奠定了重要的理论基础。在临时救济体系的完善方面,比较法上的规范、学说与判例,也为我们提供了有益的借鉴与参考。法律比较的主要目的是为了能够进行正确的自我评价,而比较法研究可以促进与激发对自身法律系统的完善〔11〕。由此,本书主要在比较法研究的基础上对完善我国临时救济的可能途径进行探讨。由于我国临时救济的体系思想和程序设计与德国法极为接近,因此本书侧重于对德国学说与判例的研究。而且,相对而言,德国学界在临时救济的功能与目的、临时措施的分

〔9〕 各国具体数据分别详见本书表二(德国)、表三(法国)、表七(荷兰)、表十八(我国浙江省杭州西湖区法院)。

〔10〕 最早对保全制度提出完善构想的例如有:江伟,王国征,完善我国财产保全制度的设想,中国法学,1993(5): 92-93;江伟,肖建国,民事诉讼中的行为保全初探,政法论坛,1994(3): 56-59。

〔11〕 Vgl. Gottwald, Zum Stand der Zivilprozessrechtsvergleichung, in: FS Schlosser (2005), S. 229; Koch/Magnus/Mohrenfels, IPR und Rechtsvergleichung (2004), S. 312f.

类等方面的研究亦更为系统与全面,例如迄今共出版了三十余本博士论文^[12]、十几本专题研究^[13]和若干项重大的调研报告^[14]。

[12] Baur, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz (1967); Leipold, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes (1971); Schilken, Die Befriedigungsverfügung (1976); Kußmaul, Zur Vorgeschichte der Vorschriften der ZPO über einstweiligen und beschleunigten Rechtsschutz (1989); Vogg, Einstweiliger Rechtsschutz und vorläufige Vollstreckbarkeit (1991); Heiss, Einstweiliger Rechtsschutz im europäischen Zivilrechtsverkehr (Art. 24 EuGVÜ), 1987; Morbach, Einstweiliger Rechtsschutz in Zivilsachen (1988); Albrecht, Das EuGVÜ und der einstweilige Rechtsschutz in England und in der Bundesrepublik Deutschland (1991); Eilers, Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes im europäischen Zivilrechtsverkehr (1991); Walker, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren (1993); Weber, Die Verdrängung des Hauptsacheverfahrens durch den einstweiligen Rechtsschutz in Deutschland und Frankreich (1993); Leipold, Vereinfachung und Beschleunigung des Rechtsschutzes durch summarische Verfahren (1998); Grunert, Die "world-wide" Mareva Injunction; Eine Zwischenbilanz (1998); Norrenberg, Die Anton Piller order; ein Beweissicherungsmittel des englischen Zivilprozessrechts (1998); Kienzle, Schadensersatz bei einstweiligen Verfügungen in England und Deutschland (2000); Ingenhoven, Grenzüberschreitender Rechtsschutz durch englische Gerichte (2001); Müller, Die Worldwide Mareva Injunction; Entwicklung, internationale Zuständigkeit und Vollstreckung in Deutschland (2002); Willeitner, Vermögensgerichtsstand und einstweiliger Rechtsschutz im deutschen, niederländischen und europäischen internationalen Zivilverfahrensrecht (2003); Pansch, Die einstweilige Verfügung zum Schutze des geistigen Eigentums im grenzüberschreitenden Verkehr (2003); Kurtz, Grenzüberschreitender einstweiliger Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht (2004); Mossler, Beschleunigter Rechtsschutz für Zahlungsgläubiger in Europa (2004); Weibel, Enforcement of english freezing orders ("Mareva Injunctions") in Switzerland (2005); Kofmel, Der vorläufige Rechtsschutz im internationalen Verhältnis (2005); Weinert, Vollstreckungsbegleitender einstweiliger Rechtsschutz (2007); Baglietto Bergmann, Der einstweilige Rechtsschutz nach der neuen spanischen Zivilprozeßordnung und der deutschen Zivilprozeßordnung (2007); Scouteris, vorläufiger Rechtschutz in umweltrechtlichen Streitigkeiten (2007); Wannenmacher, Einstweilige Maßnahmen im Anwendungsbereich von Art. 31 EuGVVO in Frankreich und Deutschland (2007); Heinze, Einstweiliger Rechtsschutz im europäischen Immaterialgüterrecht (2007); Zhou, Einstweiliger Rechtsschutz in China und im europäischen Justizraum (2008); Sladić, Einstweiliger Rechtsschutz im Gemeinschaftsprozessrecht (2008); Kimmerle, Befriedigungsverfügungen nach Art. 24 EuGVÜ/31 EuGVO (2013); Schneider, Die Leistungsverfügung im niederländischen, deutschen und europäischen Zivilprozessrecht (2013).

[13] Ahrens, Einstweiliger Rechtsschutz und Vollstreckung in UWG-Sachen (2001), Rn. 1; Engels, Einstweiliger Rechtsschutz im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit (2004); Dose, Einstweiliger Rechtsschutz in Familiensachen (2005); Zackl, Einstweiliger Rechtsschutz im Gesellschaftsrecht (2006); Ebert, Einstweiliger Rechtsschutz in Familiensachen (2007); Korinth, Einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitsgerichtsverfahren (2007); Gießler/Soyka, Vorläufiger Rechtschutz in Famiensachen (2010).

[14] 例如,德国海德堡大学的海斯(Burkhard Hess)教授于2002年就曾主持了关于欧盟成员国临时救济与假执行的调查报告(Study No. JAI/A3/2002/02),详见:<http://www.ipr.uni-heidelberg.de/studie/index.htm>.

不仅德国,而且其他国家关于临时程序的规范设计与理论探讨,也为我国提供了对照与参考。通常的两造争讼程序因强制性的期间规定、严格的证据规则以及保障法定听审权等要求而耗时颇久,这样的程序显然不适宜于发布临时措施^[15]。故,临时程序或紧急程序(Eilverfahren)应当特别迅捷与简短,其主要特征就在于:省略言词辩论和省略完全的举证^[16]。法国的紧急审理程序与荷兰的紧急短程序即具备这样的特点。对这两个程序进行探讨,也有助于完善我国未来的临时程序之设计。给予申请人以临时保护,并不意味着应当忽视对被申请人利益的保护。因此,临时程序的设计要点主要在于如下几个方面:(1)发布临时措施的前提要件与证明标准;(2)是否省略言词辩论;(3)临时措施的效力;(4)对债务人的特殊保护,例如担保设定、上诉手段以及损害赔偿责任等。这些问题也构成本书另外的研究重点。换言之,临时救济的功能与目的、临时救济体系的建构、临时措施的分类与前提要件、临时程序与本案程序的关系、临时程序的具体设计、债务人损害赔偿请求权等问题,均属于本书的研究范围。

[15] Ahrens, Einstweiliger Rechtsschutz und Vollstreckung in UWG-Sachen, 2001, Rn. 1.

[16] Baumbach/Lauterbach/Hartmann, Grundz § 916 Rn. 12; Stein/Jonas/Grunsky, vor § 916 Rn. 6.

*
* 第一章 *
*

德 国

法条评注与个人专著：

- Baumbach/Lauterbach/Hartmann*, Zivilprozessordnung, ZPO, 69. Aufl. 2011;
Baur/Stürner/Bruns, Zwangsvollstreckungs-Konkurs-und Vergleichsrecht, Band I:
Einzelvollstreckungsrecht, 2010;
Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 8. Aufl. 2008;
Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier, Handbuch des vorläufigen Rechtsschutzes, 3. Aufl. 1999;
Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2010;
Jauernig/Berger, Zwangsvollstreckungs-und Insolvenzrecht, 23. Aufl., 2010;
MünchKomm/Drescher, ZPO, 4. Aufl. 2012;
Musielak/Huber, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 10. Auflage 2013;
Prütting/Gehrlein, ZPO Kommentar, 3. Auflage 2011;
Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., 2010;
Schuschke/Walker, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, Kommentar, 4. Aufl. 2008;
Stein/Jonas/Grunsky, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Aufl. 2002;
Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung, 32. Aufl. 2011;
Walker, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren,
1993;
Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze (Großkommentar), 4. Aufl. 2013;
Zöller/Vollkommer, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 28. Aufl. 2011.

论文：

- Demuth*, Neue Maßstäbe für einstweilige Verfügungsverfahren in Wettbewerbssachen,
GRUR 2011, 404;
Gaul, Zur Problematik des persönlichen Arreste, FS Bays 2003, S. 327-389;
Gaul, Die Entwicklung des einstweiligen Rechtsschutzes in Familien-und insbesondere in
Unterhaltssachen, FamRZ 2003, 1137-1232;
Gaul, Tendenzen zur vorzeitigen Erlangung von Zahlungstiteln und einstweiliger
Rechtsschutz, In: Neue Wege zum Recht (FG Vollkommer), 2006, S. 61-95;

Heinze, Einstweiliger und vorläufiger Rechtsschutz in Streitfällen des Arbeits-, Sozial- und Wirtschaftsrechts, in: FS Zeuner, 1994, S. 369-388;

Heinze, Die Leistungsverfügung, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Band III, 2000, S. 569-591;

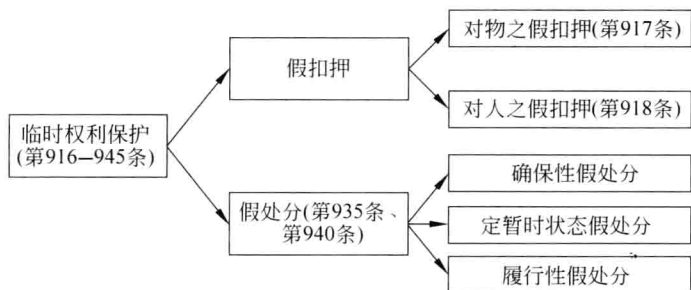
Ringer/Wiedemann, Die Durchsetzung des Besichtigungsanspruchs nach § 19a MarkenG, GRUR 2014, 229-233;

Schilken, Grundfragen zum Schadensersatzanspruch nach § 945 in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Band III, 2000, S. 593-614.

一、临时权利保护的体系

(一) 概念界定与意见争鸣

为了对债权人受到危及的权利提供保全^{〔1〕},《德国民事诉讼法典》第916—945条规定了假扣押(Arrest)与假处分(einstweilige Verfügung)(见图一)。虽然这两项制度被置于《德国民事诉讼法典》第八章(强制执行)之下,但通说一致认为,立法者在此犯了体系归属的错误^{〔2〕},因为临时程序并不单纯是执行程序,而是建立在两造当事人基础之上的两阶段程序(审理和执行程序),也即法院处理假扣押或假处分申请的程序是一种紧凑的审理程序,而



图一 德国普通民事诉讼领域内的临时权利保护体系

〔1〕 Vgl. Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, § 74 Rn. 2.

〔2〕 BVerfGE 46, 182; Zöller/Vollkommer, vor § 916 Rn. 1; Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier/Dunkl, Rn. 3, S. 4; Schuschke/Walker, vor § 916 Rn. 7; Wiczorek/Schütze/Thümmel, vor § 916 Rn. 4; Grunsky, JuS 1976, 277-280; Leipold, ZJP 90, 258, 261; Teplizky, JuS 1980, 882f.

对假扣押与假处分命令进行执行的程序属于强制执行程序^[3],只不过这样的执行通常仅是临时性的保全执行^[4]。唯一例外的是“不作为假处分”(Unterlassungsverfügung),其无须执行,而是自生效起就直接发生执行法上的效力^[5]。

学者一般使用“临时权利保护”(einstweiliger Rechtsschutz)或“暂时权利保护”(vorläufiger Rechtsschutz)作为假扣押和假处分上位概念^[6],但就此存在不同意见。部分学者赞同“暂时权利保护”作为上位概念^[7],其又分为“基本(或上游)的暂时权利保护”与“第二位(或下游)的暂时权利保护”^[8]两种类型,两者以“可被声明不服的本案裁判发布的时刻”为分界线,前者发生在裁判发布时刻之前,又可称为“临时权利保护”,包括假扣押、假处分以及假命令(einstweilige Anordnung),而后者发生在主裁判发布之后,包括假执行(vorläufige Vollstreckbarkeit)等制度^[9]。但其他学者对这一分类提出批评,认为依照裁判发布时刻为基准进行划分并不精确,因为即便债权人获得执行名义之后仍然还可以申请假扣押,故“暂时权利保护”并非上位概念,而是与“临时权利保护”平行的概念:前者包括假执行等制度,而后者包括假扣押与假处分^[10]。

上述观点不仅以法律措辞为依据——《德国民事诉讼法典》在规假处分时使用了“临时”的措辞,而在规假执行等制度时却使用“暂时”的表述,这表明当时的立法者意在对“暂时”与“临时”作清楚的区隔——而且也着眼

[3] Schuschke/Walker, vor § 916-945, Rn. 7; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, § 74 Rn. 12。相反意见认为,临时程序是一种简短的审理程序, Zöller/Vollkommer, vor § 916 Rn. 3; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, Grundz § 916 Rn. 1.

[4] Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier/Dunkl, Rn. 3.

[5] Schuschke/Walker, vor § 916-945, Rn. 7.

[6] 这两个概念的形成,归功于 Baur 与 Leipold 两位学者,详见 Bauer, BB 1964, S. 607-615; Leipold, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, 1971, S. 1ff. 混合使用这两个概念文献例如有 Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier/Dunkl, S. 1ff; Engers, Einstweiliger Rechtsschutz (2003), S. 1ff.

[7] Gießler/Soyka, Rn. 3; Vogg, S. 25; Ebert, Einstweiliger Rechtsschutz in Familiensachen, S. 51 Rn. 2.

[8] Baur 最早提起“基本的暂时权利保护”与“第二位的暂时权利保护”的概念,详见 Baur, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz(1967), S. 9ff. Walker 对此提出批评,认为这一表述具有误导性,致使假扣押与假处分丧失了优先地位, Walker, 1993, Rn. 6, S. 6.

[9] Gießler/Soyka, Rn. 3.

[10] MünchKomm/Heinze, 2. Aufl., vor § 916 Rn. 15; MünchKomm/Dreschner, vor § 916 Rn. 6.

于假执行与假扣押或假处分的功能差异：假执行规定在第 704 条以下，其容许法院对尚未发生既判力的执行名义进行执行，并主要服务于债权人要求尽快执行的利益，从而保护他不因债务人以拖延诉讼为目的提起无望之上诉从而遭受经济上的不利^[11]。由该制度可知，暂时权利保护属于仍可变更或撤销的权利保护，其从内容和执行法上看均可完整实施（也即不受限制地实施）；相反，以假扣押和假处分为代表的临时权利保护，其目的仅是为了维持本案裁判的能力^[12]。延续如上观点，清晰区分“临时权利保护”和“暂时权利保护”，逐渐成为近年来的主流观点，绝大多数学者选择将“临时权利保护”作为假扣押与假处分上位概念^[13]，仅少数学者选择将“暂时权利保护”作为这两个制度的上位概念^[14]。

（二）历史沿革与措施分类

1. 历史发展与分类之争

德国的临时权利保护制度一方面起源于伦巴第法律（langobardisches Recht）中的任意扣押制度；另一方面起源于德意志法律中针对窃贼乃至失去偿还能力而逃跑的债务人所采取的简单程序（所谓的 Handhaftverfahren），两者于 1600 年前后融合，并发展成为意大利的假扣押程序^[15]。1877 年的《德国民事诉讼法典》将假扣押分为两类：对物假扣押（dinglicher Arrest）和对人假扣押（persönlicher Arrest），前者指向债务人的财产，在实践中获得广泛的适用，而后者指向债务人人身，应当作为最后的武器使用（详见下文）。尽管立法者将假扣押视为基本形态详加规定，但在实践中广为应用的却是假处分。

直到 19 世纪，假处分才从假扣押制度中脱胎出来^[16]。但是，今日之假处分究竟源于日耳曼法中的简要程序（possessorium summarium）还是所谓的不附条件之督促程序（Mandatsprozess），仍然存在疑问^[17]。可以确认的是，19 世纪关于日耳曼诉讼的若干文献已经开始分别探讨假扣押或假处分，并普

[11] MünchKomm/Krüger, § 708 Rn. 2.

[12] Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, § 74 Rn. 6; MünchKomm/Dreschner, vor § 916 Rn. 9.

[13] Stein/Jonas/Grunsky, vor § 916 Rn. 1; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, § 74 Rn. 6; Brox/Walker, Rn. 1589 ff.; Schuschke/Walker, vor §§ 916-945 Rn. 1; AK-ZPO/Damm, vor § 916 Rn. 8; MünchKomm/Drescher, vor § 916 Rn. 9.

[14] Zoller/Vollkommer, vor § 916 Rn. 1, § 935 Rn. 3.

[15] Heinze, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Band III, S. 569.

[16] Gaul, FG Vollkommer, S. 62.

[17] Gaul, FamRZ 2003, 1137, 1142.