



中国优秀博士论文
DOCTOR
法学

民事诉讼侵害 阻断制度研究

郭小冬 著



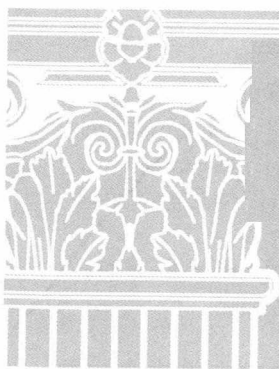
知识产权出版社
INTELLECTUAL PROPERTY PUBLISHING HOUSE



中国优秀博士论文
DOCTOR
——法学——

民事诉讼侵害 阻断制度研究

郭小冬 著



知识产权出版社
INTELLECTUAL PROPERTY PUBLISHING HOUSE

责任编辑：刘 睿
特约编辑：刘小红

责任校对：韩秀天
责任出版：卢运霞

图书在版编目 (CIP) 数据

民事诉讼侵害阻断制度研究/郭小冬著. —北京：知识产权出版社，2010.5
ISBN 978-7-5130-0029-1

I. ①民… II. ①郭… III. ①民事诉讼—司法制度—研究—中国
IV. ①D925.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 094148 号

中国优秀博士论文·法学

民事诉讼侵害阻断制度研究

郭小冬 著

出版发行：知识产权出版社

社 址：北京市海淀区马甸南村 1 号

邮 编：100088

网 址：<http://www.ipph.cn>

邮 箱：bjb@cnipr.com

发行电话：010-82000860 转 8101/8102

传 真：010-82005070/82000893

责编电话：010-82000860 转 8113

责编邮箱：liurui@cnipr.com

印 刷：北京富生印刷厂

经 销：新华书店及相关销售网点

开 本：880mm×1230mm 1/32

印 张：13.625

版 次：2010 年 5 月第一版

印 次：2010 年 5 月第一次印刷

字 数：328 千字

定 价：35.00 元

ISBN 978-7-5130-0029-1/D·1000 (2968)

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题，本社负责调换。

序

《民事诉讼侵害阻断制度研究》是郭小冬博士多年潜心研究的成果，凝聚了她的心智、勤奋、汗水，也许还有泪水。可以肯定地说，这部著作的确是一部心血之作。

从书名可以看出，这是一个崭新的题目，是对在民事诉讼中如何阻断对权利的侵害行为这一问题的思考。我认为，这一思考是深入的、系统的。这种深入、系统思考所取得的成果就是她对侵害阻断制度理论和制度的双重建构。就我看来，她在书中所阐述的理论是较为完备的，对制度建构的尝试不仅是大胆的，而且也是言之成理的。考察全面、论证细密、结构周全、制度架构合理等这些概括的词语，用于《民事诉讼侵害阻断制度研究》一书，应该是恰如其分的。

对于任何一个正在攻读博士学位并且有责任感的学生而言，以什么题目作为博士论文的研究课题是一个非常困难的事情。现在，民事诉讼法专业的博士和博士生已经不计其数，许多题目早已被人写过，因此，试图在研究题目上有所创新不是一件容易的事情。小冬博士当年考入清华大学法学院后，也面临同样的问题。虽然她之前已经在西北政法学院（现西北政法大学）讲授了多年的民事诉讼法，但是要找到一个恰当的博士论文选题，依然是一个难题。因为博士论文不仅必须具有理论性和创新性，还要

具有一定的规模。所以，许多博士研究生倾向于选择宏大的题目作研究。小冬博士没有选择这种宏大叙事的做法，而是本着更加务实的态度，希望从小的问题、小的制度着手，进行极为细致和深入的挖掘，以小见大展开讨论。这就要求作者要有相当的耐心和细心，才能寻找到这样的问题。因为并非任何一个民事诉讼中的小问题都可以无限展开，还必须考虑这一问题是否具有基础性、原理性、整体性和理论性。通过艰苦的搜寻，小冬博士终于找到了适合自己研究的课题——侵害阻断制度研究。

可以说发现和构建这一题目，最重要的是需要先建构一个概念。没有这一概念——“侵害阻断”的提出，整个研究将是无法进行的。许多人没有意识到问题的存在，因为我国民事诉讼中已有财产保全的制度。但正如小冬博士所指出的那样：财产保全在基于绝对权请求权而提出的制止侵害、排除妨害请求方面则显得无能为力。一方面是因为财产保全的立法目的仅在于为了保证将来生效判决的执行，而不具有诉前或诉中禁止侵害的功能；另一方面即使赋予它此种功能，事实上也很难产生制止的实效。因为对财产的查封、扣押和冻结并不总是能够有效地制止侵害行为的发生或者继续。事实上总会有一些人并不在乎财产被查封和扣押，也不在乎账户被冻结，或者虽然在乎财产被查封和扣押，但与继续行为所带来的收益相比，后者依然有利可图，因此，在财产被查封、扣押或者账户被冻结之后，仍然继续从事违法行为的现象也会存在。那么，如何才能做到在民事诉讼的过程中，制止侵害、排除妨害以防止损害的扩大呢？这显然需要提出一个制度设想来加以实现。那么，这一制度用什么概念来加以概括呢？对此，我与小冬博士进行了认真的讨论。最终，她使用了“侵害阻断”这一概念。这一概念的提出实际上就意味着一种全新制度的



建构。这一制度不同于已有的财产保全制度，具有自己的功能和意义。一旦提出这一概念和制度预设，就相当于提出一个规划蓝图，其他的工作就是对工程的具体施工作业了。

在具体的研究和写作方面，小冬博士的精神是十分可嘉的。尽管身兼多种角色，有着诸多的牵绊，她依然能够全身心地投入到研究和学习之中。许多已经是教师的在读博士研究生常常还“牵挂”着自己任职的学校，或者家庭和孩子，无法或不能全身心地投入研究和学习中，但小冬博士显然不是这样。她脱产来攻读博士学位，并且牺牲了与家人团聚的时间；在资料的获取方面几乎不计经济成本；每一个问题，无论是实体的还是程序的、历史的还是现实的，都要进行深入地讨论，谨慎地求证，直到获得确定的结果。如此投入进行研究的精神必然结出丰硕的果实。按照《古兰经》的教谕，有投入必然有回报，不在此时，即在彼时。小冬博士的论文在毕业时获得各位评审老师大小评价指标几乎全优的成绩，荣获法学院以及清华大学当年的优秀博士学位论文一等奖，她本人也被评为清华大学的优秀毕业生。



中国优秀博士论文
DOCTORAL
THESIS
AWARD

现在郭小冬博士已经离开了西北政法大学，来到天津师范大学，开始了她全新的工作和生活。但在迁移、改变与适应中，她的研究并未中止，陆续有论文公开发表。她成功地申请到北京师范大学从事博士后的研究工作，继续着对侵害阻断制度问题的研究，并且获得了国家对该项目的资助。经过认真修改，她的辛劳之作《民事诉讼侵害阻断制度研究》一书终于面世。此时，我为此书作序，视为一个老师对学生的努力的赞赏和肯定，尽管我对她的研究并没有给予更充分的指导和帮助。

张卫平

2009年12月9日于清华大学荷清苑善斋



目 录



第一章 引言

第一节 问题的提出	3
第二节 选题背景及意义	5
第三节 国内外的研究状况	13
第四节 研究方法	18



中国
优秀
博士
论文
法学
DOCTOR

第二章 侵害阻断制度概述

第一节 侵害阻断制度的界定	23
一、对“行为保全”等概念的反思	23
二、“侵害阻断”释义	29
三、侵害阻断制度与财产保全制度的区别	33
四、侵害阻断制度与先予执行制度的区别	36
五、“假处分”制度与侵害阻断制度的关系	42
六、“中间禁令”与侵害阻断制度的关系	51
第二节 侵害阻断制度的功能和作用	60
一、作为诉讼保全的侵害阻断制度	60
二、诉讼保全制度的功能和作用	61

三、对侵害阻断制度功能和作用的总结	67
第三节 作为诉讼保障制度的侵害阻断	68
一、传统的观点	68
二、对传统观点的挑战	69
三、两种观点的权衡	71
第四节 阻断命令的分类	75
一、禁止性阻断命令和履行性阻断命令	75
二、预防性阻断命令和中止性阻断命令	81
三、诉前阻断命令和诉讼中阻断命令	84



第三章 侵害阻断制度的实体法基础

第一节 问题的提出	89
第二节 绝对权请求权的基本理论	92
一、请求权理论的历史发展	92
二、传统绝对权的保护方式	97
第三节 侵害阻断请求的实体法基础	123

第四章 侵害阻断制度与本案诉讼的关系

第一节 侵害阻断与诉的种类	131
一、侵害阻断与给付之诉	131
二、侵害阻断与确认之诉	137
三、侵害阻断与形成之诉	140
第二节 侵害阻断的“本案化”	150
一、概述	150
二、本案化现象出现的原因及表现	152
三、对本案化现象的评价	159

四、我国侵害阻断制度的本案化问题	162
第三节 侵害阻断的裁定对本案后续诉讼的影响	169
一、既判力抑或争点效	169
二、对“拘束力”或争点效观点的质疑	172
三、本书的观点	174

第五章 侵害阻断制度中的利益保障与衡量

第一节 引言	179
第二节 侵害阻断制度中的利益保障	180
一、英美法系的理论与实践	180
二、与侵害阻断制度相关的程序保障理论	184
三、侵害阻断制度中的利益保障	187
第三节 侵害阻断制度中的利益衡量	190
一、德国和日本的利益衡量理论	190
二、英美法系禁令授予过程中的衡平观念	197
三、侵害阻断制度中的利益衡量	203

第六章 侵害阻断制度的审理程序

第一节 程序的开始	211
一、谁有权启动程序	211
二、程序开始的要件	215
三、对被告送达	221
第二节 合议庭的审理	225
一、审理的对象	225
二、疏明	262
三、双方当事人陈述意见或展开辩论	273

第三节 对阻断申请的裁定	274
一、作出裁定	274
二、裁定的内容	276
三、裁定的公告与送达	278
四、准予阻断裁定的效力	278
第四节 诉前侵害阻断的审理程序	286
一、管辖	286
二、担保	288
三、审理方式	291

第七章 阻断侵害措施的执行

第一节 执行的开始	295
一、开始的方式	295
二、执行的机构	302
三、执行开始的时间	307
四、准备执行	310
第二节 对行为的执行措施	311
一、行为的分类	311
二、对行为的执行措施	314
三、执行措施的具体运用	327
第三节 侵害阻断裁定执行中的几个问题	345
一、阻断措施	345
二、阻断裁定的执行与本案终局执行的关系	346
三、阻断执行的竞合	347
四、对违反执行结果的处理	349
五、阻断措施的撤销	349



第八章 侵害阻断制度中的救济规定

第一节 概述	353
第二节 提出异议	354
一、异议方式的选择	354
二、可以提出抗告的裁定	366
三、抗告的提出	367
四、抗告请求的审理	372
五、裁定	375
第三节 阻断措施的解除	376
一、因阻断裁定被撤销而解除	376
二、其他解除情形	377
第四节 回复原状与赔偿损失	383
一、适用情形	383
二、赔偿损失的适用	384

第九章 结论

第一节 本书基本内容的回顾	393
第二节 本书的主要创新点	395
第三节 对本书研究制度的展望	398

参考文献	401
------------	-----

附 录	411
-----------	-----

附录 1 侵害阻断制度的立法建议	411
------------------------	-----

附录 2 先予执行裁定书	416
附录 3 诉前停止侵权裁定书	417
附录 4 大阪国际机场噪音案	419
 跋	 421





第一章



引言



第一节 问题的提出

依我国民法的传统理论,侵权行为产生侵权民事责任,而民事责任的承担以义务的确定为前提,故通常只能在判决确定了实体权利义务关系之后才能对侵害权利的行为采取措施。在此之前,权利人必须得忍受侵害的继续,即使是可能遭受难以弥补的损害也不能有所作为。这种无奈的情形不仅在道义上有失公正,在实际结果方面,也会使原告即使胜诉,诉讼所得也会因诉讼中持续扩大的损害而抵消,因为法院判决的数额只能限制在当事人于诉讼开始时提出的诉讼请求之内。又,损害结果是判断侵权成立的主要构成要件,因此受害者只能对已经完成的侵权或进行中的侵权申请救济,对于尚未发生但又极有可能发生的危害行为缺乏有效的预防措施。听任损害的发生,固守事后救济的模式,不仅违背了对权利应有的保护之道,而且也有违公平正义之理,还会造成社会资源的极大浪费。因此,有必要设立一种在判决前甚至侵害行为发生之前阻止其发生或者继续发生的机制。绝对权请求权的理论使这种必要性成为可能。以物权为代表的绝对权受到侵害或者以侵害相威胁的时候,国家允许权利人通过行使绝对权请求权的方式向相对人提出停止侵害、排除妨害、消除危险或者返还财产等请求来保护自己的权利,回复权利行使的圆满状态。绝对权请求权是绝对权自身固有的权能,它的行使不受时间、地点、场合以及相对人是否有过错的影响。因此,权利人可以要求相对人在判决作出前甚至诉讼提起前停止对权利的侵害或者消除

权利行使的危险状态。法院对这些请求的承认以及相应措施的采取,可以暂时保持当事人间权利义务关系的现有状态,避免损害的发生或继续发生,尽可能地将权利人的损失降低到最小的程度。

为了避免因债务人转移、隐匿、毁损或其他针对财产的侵害行为对权利造成损害,我国设立财产保全制度来制止债务人在判决前对财产进行处分,以保障法院作出的给付金钱和物的判决能够顺利执行。禁止处分的财产范围包括债务人的一般财产和争执的标的物。尽管财产保全制度在实施多年以后,逐渐暴露出一些问题,也遭到理论界的不少诟病,^①不过就对债权人金钱和标的物请求的保护而言,它仍然是有效的,也是充分的。但财产保全在基于绝对权请求权而提出的直接针对侵害本身的制止或排除等请求方面则显得无能为力。尽管财产保全在表面上也表现为禁止当事人实施某种行为——转移、隐匿、毁损、变卖等处分财产的行为,但这是为了保障物的返还占有或者保证金钱的支付而存在的。也就是说,禁止当事人实施行为的目的,在于对财产进行保护——保持金钱的充足或标的物的完整:禁止,只是达到这一目的所必需的手段而已。而依绝对权请求权所要求停止的行为,针

① 有关这些问题的论述详见以下著述:江伟、王国征:“完善我国财产保全制度的设想”,载《中国法学》1993年第5期;李汉昌、吴德桥:“适用财产保全制度应注意的几个问题”,载《法学评论》1996年第4期;史魔:“完善我国财产保全制度初探”,载《法治与社会发展》2002年第1期;洪冬英:“财产保全功能有效实现的障碍及对策”,载《法学》2009年第3期等。此外,登陆中国期刊网:<http://ckrd.cnki.net>,博士学位论文库和优秀硕士学位论文库,以“财产保全”为关键词,在1999~2010年进行搜索,于2010年3月12日收集到的数据为:直接以“财产保全”为标题的硕士论文5篇,以“诉讼保全”为题目但主要论述财产保全制度的硕士论文1篇,博士论文4篇。



对的是物权的非占有侵害或者对非物权的侵害，例如对相邻权和名誉权的侵害行为。这种行为不涉及财产的处分，行为本身就是当事人请求和法院裁判的目的。

财产保全对于正在进行的侵害很难产生制止或者排除的实效。也就是说，对财产的查封、扣押和冻结并不能够有效地制止侵害的发生或者继续。通常情况下，行为人在实施某种行为之前总是会进行综合了各种因素的权衡，例如，做与不做的收益、做的目的与不做的收益等。权衡的结果是，事实上总会有一些人并不在乎财产被查封或者被扣押，也不在乎账户被冻结，却仍然要实施侵害行为。不在乎的原因有很多，有可能是债务人资金雄厚不惧怕对部分财产采取保全措施；也有可能是资金尽管不那么雄厚但实施侵权行为的目的更为重要；还有可能是债务人资力匮乏、无财产可供保全等。这些都会造成财产保全在制止侵害发生或者继续方面的力不能及。因此，为了避免债权人在诉讼中因侵害的发生或者继续而遭受难以弥补的损害，有必要针对判决前的侵害专门设立一种制度，基本原理是：在作出实体判决之前，申请人可以请求法院命令相对人暂时停止某种争议中的行为或者状态，避免申请人的利益可能遭受难以弥补的损害，最终达到保护申请人权利的目的。

第二节 选题背景及意义

以2007年修订后的《中华人民共和国民事诉讼法》为依据，可以说，我国至今尚未有专门针对判决前的非占有侵害本身进行