



数据加载失败，请稍后重试！



数据加载失败，请稍后重试！



数据加载失败，请稍后重试！

内容提要

在一个走向权利的时代，权利救济问题为社会广为关注。本文认为，以损害赔偿为本位的侵权行为制度存在于标榜“亡羊补牢未为晚”的时代；而今天，我们更应该强调“防患于未然”！鉴于此，（本文将停止侵害请求权、排除妨害请求权和预防妨害请求权概括为民事保全请求权，并将其作为一种具有权利保全功能的实体权利来加以探讨。

（本文认为，作为一种实体权利，民事请求权的产生具有法律体系上的原因。）文章通过追踪请求权制度的发展与完善提出，作为物权等绝对权的下位概念，（民事保全请求权具有独立存在的价值和必要。）在论述中，本文采用纵横考察的方法，既考察各国的立法规定与司法实践发展，又对英美法的禁令制度与大陆法系的德国、法国、瑞士和日本的请求权制度进行相应地比较。通过考察认为，虽然各国在立法、判例与学说的立足点上有所不同，但实际上（各国都存在着与民事保全请求权相类似的制度；）文章（由此论证了建立作为实体权利的民事保全请求权制度的可行性。

在对物权、人格权、知识产权以及环境保护各个部分的具体考察中，本文借鉴了各国的立法规定、判例实践和理论学说，又对各个领域具体地适用民事保全请求权的构成要件、适用依据、权利内容等作了探讨。）文章认为，虽然民事保全请求权不以主观过错为构成要件即只要存在着客观违法即可，但主观状态却至少影响民事保全请求权的具体内容的确定；在采取具体的保全措施中，应该根据个案的具体情况，采取最适于保全权利的措施；同时，在不违背权利的本质规定的基础上，应考虑个案的妥当性。（在结论部分，文章结合我国现行立法与实践，提出了相应的立法建议。

在文章的结尾，本文以网络为例指出，民事保全请求权在网络时代更有用武之地，并提出了其在新的时代会呈现的一些特点。）文章认为，网络不但为民事保全请求权带来了新的、更为广阔的施展空间，还在这个虚拟空间中获得了自己存在的必要性的有力佐证。文章强调提出，在很容易失去人们控制的技术发达领域，更应该重视民事保全请求权作为实体权利的存在，完善事前预防制度，制止、排除侵害发生。

关键词：

民事保全请求权 损害赔偿 过错 环境权 网络

Injunctions

ABSTRACT

Right and the remedies for right have been drawing the people's attention. The paper holds that the tort in the past, which focused on damages has got to be outdated, while now, we should emphasize on taking measures before the event. So, the paper takes the substantive right existing in injunction as subject.

The paper holds that consideration for legal system structure played a role in the appearance of this right. Then it gives a look on the history of claim and draws the conclusion that it is necessary for the substantive right existing in injunction, as a subordinate concept to absolute rights, to go independently. The legislation and legal practice of main countries in the world are studied and it has come out that there are similar legal principles about the right in different countries, which makes it clear that to set up the legal system on this substantive right is possible.

After that, the paper gives a detailed study on property, personal right, intellectual property and environmental right, and explains the elements, basis and concrete contents of injunction in these fields. It insists that fault is not a necessary element for injunction, while we must take it into consideration in order to settle a dispute justly.

At the last part, the paper compares China's legislation with other countries and points out the weak ones in our law.

Finally, the inter-net problem is expounded. It says that injunction has found its own way in cyber space and its development in this new world has told people that injunction is necessary to us.

Keywords:

injunctions damages fault environmental right inter-net

目 录

引言	1
第一部分 总的考察	1
一、 请求权与民事保全请求权	3
二、 民事保全请求权与侵权责任	5
三、 大陆法系民事保全请求权沿革	8
四、 英美法系的禁令制度	16
五、 民事保全请求权性质与地位的认定	22
六、 小结	23
第二部分 具体的考察	23
考察点一 物权保全请求权	23
一、 物权保全请求权的类型	24
二、 物权保全请求权的构成要件	34
三、 物权保全请求权在禁令中的体现	26
考察点二 人格权保护中的保全请求权	41
一、 有关立法例的考察	42
二、 人格权保护中适用保全请求权的依据	43
三、 人格权保护中保全请求权的适用	45
四、 人格权保护中保全请求权的构成要件	45
五、 人格权保护中保全请求权的具体内容	48
考察点三 知识产权保护中的民事保全请求权	48
一、 工业产权保护中的民事保全请求权	48
二、 著作权保护中的民事保全请求权	53
考察点四 环境权保护中的保全请求权	57
一、 各国法律对环境保全请求权的态度	57
二、 环境权保护中民事保全请求权的依据	58
三、 环境权保护中行使民事保全请求权的要件	60
四、 环境权保护中民事保全请求权具有的扩散效应	63
五、 加害人是多数人时的责任承担问题	63
第三部分 结论—对我国相关立法的评价和建议	64
第四部分 余论	59
参考文献	73

论民事保全请求权

引言

人们说，今天的时代是知识经济的时代，是网络的时代。我却要说：这是个危险的时代，是人们不知自己身在何处的时代，是人们丧失了更多的主体性而受制于科学技术的时代。有人说，语言控制着人们的行为，法律语言甚至比条文规定本身更强制着社会生活。那么，我说，科学技术也在人格化，人却在技术化。在人逐渐淹没于机器之中的时候，我们从传统概念中再找回主体的人，该不会是无用之举，虽有不和时势之疑。

在人与技术控制与反控制的对峙中，科学技术本身是主角；而在人与操纵着技术的“技术的人”斗争的场中，法律该充当主力。人至少可以通过约束利用和创造技术的人找到引导技术更好地为人类服务的途径。这样，选择本文这个题目似乎就“沾”上了时代的气息，而传统的概念本身该具有传统的意义。

希望这样一种权利——民事保全请求权，能够在传统领域和现代空间中成为权利维护的使者。

第一部分 总的考察

民事保全请求权这一概念在我国的法学研究中并不存在，它是在笔者考察了功能相同的三种民事请求权之后作出的概括。这一概念的产生和发展需要进行历史的追溯，并需要与相关的概念作以区分。那么，就从请求权的诞生说起。

一 请求权与民事保全请求权

请求权这一概念不是与法律同时出现的，考察罗马法的有关规定会发现罗马人并不不知请求权为何物。这并不表明近代人在“杜撰”出了这一概念之后便明证了头脑的进步，而是因为罗马法的体系自身并不需要这样一个概念。

翻开让现代人叹服和惊异的这部浸透着罗马人智慧的法典，我们会发现，罗马法的体系是包含着私法内容的诉讼法的体系。诉讼与抗辩权构成了贯穿罗马法的基本概念，诉讼也是权利与私权保护之间不可或缺的媒介。在罗马法中不存在一般诉讼的概念，而是每一个实体权利对应一种具体的实体利益保护的诉讼。在现代人的眼里也许对此感到迷惑，认为本末倒置，但是事实就是如此，罗马法那里私权是第二位的東西，而只有诉讼才是第一位的。据此，罗马法确立了以诉讼为中心的民法体系。

诉讼法与实体法的分离使得私权与诉权分离，为架起私权与诉权之间的桥梁，请

求权的概念出现而逐渐确立。完成这一使命的法典当属德国民法典。¹德国民法典超越了罗马法的诉讼法体系，而以实体法体系为立足点。权利与私权保护之间的媒介不是诉讼而是请求权。请求权概念的确立使得诉讼法体系向实体法体系的转换得以实现和完成。²请求权概念的确立同样带来了民法典权利体系构造的变化，在物权之外又出现了基于物权的请求权概念，而与债权对应的是债权请求权。日本学者认为，把请求权作为一个完全独立而定型化的权利，与债权、物权等实质性的权利相提并论是不合适的，请求权应该是实体权利的权能或者是一个下位权利概念；但是，正因为它是一个实体法上的概念，就不能从诉讼法的角度来把握，不能作为诉权把握，是可以在诉讼之外行使的。

3

无论如何物权请求权以独立于物权规定的形式出现在民法典之中，开始了它在实践与学说中争取自己一席之地的漫漫历程。正如上述，人们对请求权的内涵和地位的认识还有争议之处，对物权请求权的性质认定也还众说不一，⁴但是，对物权请求权的内容已经基本上取得了一致的认识。物权请求权又称物上请求权，即基于物权而生的请求权，是指物权的圆满状态受到妨害或有被妨害之虞时，物权人为回复其物权的圆满状态，请求妨害人为一定行为或不为一定行为的权利。⁵学者们一般认为，物权请求权主要包括所有物返还请求权、所有权妨害排除请求权、所有权妨害防止请求权、恢复原状请求权以及基于他物权的物上请求权。⁶而物权保全请求权，重点在于对物权侵害的排除和预防，即主要论述物权妨害排除请求权、物权妨害停止请求权和物权预防妨害请求权。

7

¹ 德国民法典是否真正完成了这一使命还存在争议，有人认为，德国民法典的体系只不过是罗马法以诉为中心的体系的翻版，是从“诉(actio)”向物权和债权的简单的语言置换。见[日]奥田昌道：《请求权概念的生成与展开》，创文社昭和55年3月30日初版，第200页。但是，谁也不能否认，德国民法典创建的这一体系被效仿和传承，而以实体权利为构建民法典体系主线的观念也成为了我们意识之中的无意识的存在。

² 实际上，这种转化是经历了一个复杂的过程的。在德国民法典制定之前，学者认为，债权与请求权是同一的，物权是对所有人的不作为请求权的集合，物权和债权都可以通过请求权而进行统一理解，这样，与其说是通过物权和债权这样的实体法概念来建立民法典体系，毋宁说请求权是贯穿体系的一个中心概念。而在德国民法典制定之后，学说又倾向于将请求权与债权同一化，而认为没有必要使用债权的概念，债权关系以及从中产生的请求权的构造足以解决问题；物权仍然是禁止第三人侵害的不作为请求权的集合体；还出现了将请求权进行诉权性质的、诉讼性质的把握的倾向。而这种倾向的反对者也存在，认为，请求权只不过是实体法上的权利的一种权能，债权除了请求权以外，还有抗辩权、告知及抵消权等附随权能；请求权也可以通过诉讼之外来行使，这样从诉讼的角度对请求权进行把握是不对的。见[日]奥田昌道：《请求权概念的生成与展开》，创文社昭和55年3月30日初版，第196-198页。

³ 参见[日]奥田昌道：《请求权概念的生成与展开》，创文社昭和55年3月30日初版，第203页。

⁴ 这一点后文有述。

⁵ 参见陈华彬：《物权法原理》，国家行政学院出版社1998年4月版，第97页。也有学者认为，上述定义是狭义的物权请求权的概念，广义的物权请求权还包括占有人的占有保护请求权（参见王利明：《物权法论》，中国政法大学出版社，1998年4月版，第145页）。但是，无论是狭义的物权请求权说还是广义的物权请求权说，学者也都认为占有保护请求权与所有人提起的物权请求权是不同的。笔者认为，对这一问题的认识与对占有的性质认定紧密相关，而本文基于狭义的对物请求权意义上论述物权请求权，对占有之诉的问题不作论述。

⁶ 参见王利明：《物权法论》，中国政法大学出版社1998年4月版，第155-181页。

⁷ 我国台湾学者有“所有物保全请求权”的提法，认为所有物保全请求权的有二：一为除去妨害；一为防止妨害（参见梅仲协：《民法要义》，中国政法大学出版社1998年月版，第547-548页）。有学者将所有权妨害防止请求权即称为“所有物保全请求权”（参见王泽鉴：《民法物权（通则·所有权）》，台湾三民书局1992年版，第152页）。笔者认为基于对权利进行将来保护的考虑，停止侵害请求权也具有面向未来的保全性质；同时，考虑到在他物权中也存在类似请求权，故将此三类请求权暂统称为

那么,除了物权之外,其它绝对权也存在着这种请求权,如人格权、知识产权和环境保护等领域,也会有人格权侵害停止请求权、人格权侵害排除请求权和人格权侵害预防请求权等,这与物权保全请求权共同构成了民事保全请求权。这样,笔者试给民事保全请求权下定义为,是指受害人或有受害之虞的人,在侵害行为或违法状态持续或有实施、发生之虞而实行损害赔偿以及恢复原状救济困难或不力时,要求加害人或有加害之虞的人停止或排除已经存在的妨害或预防妨害发生的请求权。保全请求权作为与损害赔偿请求权、恢复原状请求权相对应的一种请求权,特征如下:

1 行使请求权的主体不仅包括已经受到侵害的人,还包括有可能受到侵害的人。这与保全请求权具有的包括预防在内的保全功能相关,而这种功能主要由预防妨害请求权承担。侵害即使尚未发生,但一旦发生则会产生金钱损害赔偿所无法弥补的后果,更不可能恢复原状,在这种事后救济无法奏效的情况下强调预防妨害请求权的存在。

2 保全请求权具有的功能主要是预防妨害和使妨害中止。排除妨害请求权实际上也是使妨害停止的一种方式。狭义的保全功能实际上只有预防才具有,但是从保持权利的正常状态角度出发,保全的功能应该包括停止和排除妨害。因此,本文将停止侵害请求权、排除妨害请求权与预防妨害请求权一并放入保全请求权中。

3 保全请求权的存在是以适用损害赔偿救济和恢复性救济困难或无法达到充分的救济效果为前提条件的。⁸这种不充分体现在要保护的权利或法益的重大性以及受到侵害以后权利或法益的不可恢复性,前者如在人格权受到侵害的情况下;后者如环境受到破坏的情况。困难性主要表现在损害赔偿金额无法估价。在工业化程度极高的现代社会,随着科学技术在工业中的广泛应用,工业生产造成的损害越来越无法正确评价,尤其是对于潜在性的侵害的认识,而在这种情况下,保全性救济就体现出了巨大的优越性。

4 虽然停止侵害请求权以侵害行为的持续存在为构成要件,排除妨害请求权要求侵害存在,预防妨害请求权并不要求侵害曾经发生,只要判断侵害发生的盖然性极高或确实存在侵害的危险即可以适用预防妨害请求权。

5 民事保全请求权在物权法中体现为物上请求权,可以说物上请求权同时具有保全性,虽然物上请求权首先应该作为物权的效力而存在。民事保全请求权发端于物上请求权,是物上请求权在民法其它领域的扩张适用。因此,保全请求权以物上请求权为核心,适用物上请求权的基本原理。

二 民事保全请求权与侵权责任

民事保全请求权在各国民法规定中所占的位置决定于各国民事救济制度的基本构成。英美法沿袭罗马法诉对应权利保护的救济制度框架,法学研究中,将救济制度作为单独的研究领域;大陆法系国家的德国和瑞士都在物权法中设有物上请求权作为物权的效力之一,而将侵权行为法中的救济与这种物上请求权分离开来。人格权等绝对权中又存在准物权请求权,⁹也独立于侵权行为法中的救济。我国有学者认为,作为物权效

⁸ “物权保全请求权”。

⁹ 这是英美法系禁令的构成要件,在我们看来未免失之过严。但是,如果在解释中认为,绝对权的保护是第一位的,保全措施对绝对权的保护优于损害赔偿的话,这一要件是可以接受的。

⁹ 这里的“准”字并不表明人格权等绝对权中的保全请求权的地位不及物权请求权中的相关部分,而

力的物上请求权与侵权行为中的回复原状请求权是不同的，因为“因侵权行为而产生的回复原状请求权，是对过去损害进行填补的一种方法，而物上请求权是对正在进行的侵害的排除或对将来有可能发生的侵害进行预防”。¹⁰但是，也有学者认为，目前我国将这种将物上请求权与侵权行为请求权合并，仅承认物权人在权利受到损害以后依侵权行为法产生请求权，受害人利益受侵权行为法保护的具有合理性，完全能够达到保护受害人利益的要求。理由主要有：首先，这种模式扩大了几种民事责任形式的适用范围，从而使法律关于人身权、知识产权保护的措施更为周密；其次，将停止侵害等作为民事责任加以规定，并不妨害对所有人、占有人利益的保护，所有人可以基于侵权行为提出请求和提起诉讼；最后，把停止侵害等作为民事责任加以规定，使物上请求权不再作为独立的请求权，从而简化了请求权形式，这对于受害人提出请求和提起诉讼也提供了方便。¹¹然而，物权请求权乃至本文所述的保全请求权的独立提出是有必要的。

首先，脱离作为物权效力的一个部分的物上请求权制度，物权法是不完整的。前文已述，请求权概念是实体法与诉讼法之间的桥梁，通过这一概念，法律体系的构造变得严谨而突出了大陆法富有逻辑性的特征。

其次，象在我国，并没有将民事保全请求权独立出来规定或研究，而是将这一问题放入民事责任领域，作为民事责任的承担方式而与民事责任的其它问题进行一并规定和研究。这种作法有着内在的弊端。规定为请求权与规定为民事责任的出发点是不同的。以请求权的形式规定，其出发点在于排除侵害和保护，强调权利人的主体性，是一种积极意义上的规定；而民事责任的出发点在于对一种消极后果的责任分配，强调对加害人的责任赋予，强调的是加害人的义务，旨在补救，是一种消极意义上的责任承担制度。

再次，侵权的侧重点在于通过诉讼获得损害赔偿，这可以从布莱克法律词典对侵权的定义中看出，其定义为“侵权是一种私的、民事的侵犯或损害，而不是违反合同，法院通过诉讼的形式提供损害赔偿救济。是对一般法设定的义务、或者是对所有在特定交易关系中与其他人存在相互关系的人设定的义务的违反”，“必须存在相对于原告的某种义务的违反，这种义务通常起源于法律的运行，而非当事人之间的协议”。¹²而民事保全请求权是一种既可以通过诉讼又可以通过诉讼外的方式实现的权利，其内容也不是要求进行损害赔偿，而是进行权利保全。

又次，民事保全请求权既为物权等具有支配效力的权利的效力表现，就不罹于时效。¹³而责任是受时效之约的。

最后，侵权行为的责任承担要件与民事保全请求权的构成要件是不同的。侵权行为的构成要件比后者更严格。所以二者毕竟不能等而视之。

笔者认为，德国的规定模式可取，即在物权法中规定物上请求权，将其它领域中适用的类似请求权规定为准物上请求权，作类推适用。为本文论述之便，本文将德国作为形式上和实质上都规定了民事保全请求权的典型加以考察，将分析集中在其物权请求权的规定上；而对我国这种实质上有民事保全请求权，形式上以侵权行为和民事责任为依

是在原理上类似，可以准用物权请求权的有关规定。

¹⁰ 梁慧星主编：《中国物权法研究 上》，法律出版社1998年版，第90页。

¹¹ 参见王利明：《民法·侵权行为法》，中国人民大学出版社1993年7月版，第165-166页。

¹² 《布莱克法律词典》第5版，第1335页。

¹³ 对这一问题的认识与对物权请求权等性质的认识相关，将物权请求权视为债权性权利的认为此种权利同样罹于时效，本文不采此说。

据的国家，法律的分析重点放在侵权行为和民事责任部分。

三 大陆法系民事保全请求权沿革

民事保全请求权发端于物权请求权，这样，考察民事保全请求权的发展就得以物权请求权的沿革为线索。大陆法肇始于罗马法，但是，正如前文所述，罗马法中没有民事保全请求权的规定，然而，这并不表明它没有类似的制度，它是通过诉讼来展示这种请求权的。因为，在罗马法中有三种对物之诉实际上发挥着物权请求权保护的效能。其一，所有物返还之诉（*rei vindicatio*），是市民法保护所有权的诉讼，指所有人对非法占有其物的人提起的返还原物的诉讼。¹⁴其二，排除妨害之诉（*actio negatoria*），最初只有所有人才可以提起，后来他物权人也可以提起，指在物权受到侵害时物权人要求排除行为人妨害的诉讼；¹⁵其三，普布利西安之诉（*actio publiciana*），是一种裁判官法之诉权，占有人要求返还根据正当理由而由非所有人交付于他的尚未被他通过时效取得的物。¹⁶实际上，这里的妨害排除之诉就是典型的本文所要论及的保全请求权之诉，查士丁尼法中又扩张其适用范围，认为它可以对有出现前兆的役权剥夺性事实作用行为进行对抗。而除此之外，尚有特别命令以及取代特别命令的诉讼。因此，可以说物权请求权的基本构造在罗马法时代既已完成。

《法国民法典》制定之时并没有明确规定物权请求权，而对物权的保护主要是通过诉讼法来规定和完成的。这与罗马法以诉权的方式对应实体权利的保护相比，虽形式上取得了一定进步，实质上却仍没有突破罗马法的框架。法国未对物权保全请求权制度进行法典化，侵夺役权之诉以及确认役权之诉都是习惯法上的制度，而且，体系上仅适用于相邻关系，在这种诉中，原告必须证明自己拥有所有权，诉讼手续繁琐，因而通过占有制度来保护更为方便。

法国虽未在立法中将物权保全请求权制度立法化，实践中和学说中却通过灵活适用侵权行为规定的第 1382 条来完成对权利的保全性保护。这一条中在评价加害行为的性质时所使用的 *faute* 概念，不仅是指过失，还包括违法性、违反义务、非难可能性等诸种要素；而损害的概念中也包括了损害发生的危险。因此，可以说法国是通过对侵权行为的灵活解释，即主观因素上不拘泥于必须具有过错，而损害概念中又包括将来确实可发生的损害将保全性权利保护制度纳入侵权行为法的保护之中的。

法国的近邻妨害（*trouble de voisinage*）的概念所包含的内容比德国的 *immission* 要广，可以是对土地的“消极作用”“观念性的作用”以及“直接作用”，同样它也不要求主观过错要件，因为其立足点为“近邻间存在的平衡关系的破坏”。¹⁷但是与德国还不同的是，它不区分不作为请求权¹⁸、消除请求权与损害排除请求权，而用侵权行为进行

¹⁴ 周相：《罗马法原理》，商务印书馆 1994 年 6 月版，第 350 页。

¹⁵ 周相：《罗马法原理》，商务印书馆 1994 年 6 月版，第 355 页。

¹⁶ [意]桑德罗·斯奇巴尼选编：《民法大全选译（III）：物与物权》，范怀俊译，中国政法大学出版社 1993 年 12 月版，第 144 页。

¹⁷ [日]上村明广：《不作为请求制度に关する一考察》，载《实体法と手続法の交错》（下），有斐阁昭和 53 年 9 月 30 日版，第 58 页。

¹⁸ 不作为请求权是德国民法典第 1004 条中的规定，主要指停止侵害请求权和预防妨害请求权，学者也有对此进行扩张解释的，这在后文详述。

一元化的调整。所以说，德国因对侵权行为的解释过于严格而无法在侵权行为中包含不作为请求权，而法国民法典的第 1382 条具有一般条款的性质，解释上非常灵活，可以将不作为请求权制度直接吸收到侵权行为法的调整中。

《德国民法典》首次明确规定物权请求权概念，并建立了相应的制度。法典规定了三种物权请求权，即所有物返还请求权、所有权除去妨害请求权以及不作为请求权。该法第 862 条第一款规定，占有人因不法私力被妨害占有时，可针对妨害者要求排除妨害。有继续侵害之虞时，占有人可以提出不作为之诉。第 985 条规定了返还请求权，所有人对占有人可以要求物的返还。第 1004 条规定了所有权的排除妨害请求权和不作为请求权；其第一款规定：“所有权受到剥夺占有或扣留以外的方法侵害时，所有人对妨害人可以请求排除妨害。有继续侵害之虞时，所有人可以提起不作为之诉。”同时，也规定对他物权的保护，可以准用所有权保护的有关规定。¹⁹以《德国民法典》为蓝本的 1907 年《瑞士民法典》同样确立了物权请求权制度。

日本虽然在民法起草过程中明文规定了物权请求权，²⁰法典修订过程中将其取消，于是现行《日本民法典》在条文中并没有规定物权请求权。对此，法典的起草者之一梅谦次郎在解释租赁权的效力时作了如下说明“承租人为保持其权利，可对出租人行使第 67 条规定的诉权。但草案中至此未规定诉权问题，而且即使是不明文设置第 136 条的规定，这一点也很清楚。因此，虽然国外有例如此规定，也对此条予以取消。”²¹因此，《日本民法典》里没有明确规定物权请求权是因为把这一问题当作了一个不证自明的前提存在。但是物权请求权是通过学说与判例的发展在法律体系以及社会生活中确立的。然而，近来的民法解释学受英美理论的影响，越来越重视利益衡量，而不关心构建体系化的理论，因此学者担心仅停留于此而不进行技术上的研究会使人失去对法律进行预测的可能性。²²当然，关于物权请求权也可以在日本民法典法典条文中寻找到形式上的条文依据，如规定善意占有人于本权之诉败诉之时视其从起诉之时为恶意占有人的第 189 条中，本权之诉为所有权回复之诉；第 202 条规定了本权之诉与占有之诉的关系；第 191 条规定了恶意占有者与善意占有者针对收回人的不同责任。这些实际上都是关于返还请求权的规定。

而日本的学界是存在着民事保全请求权的，日本法学中将其称为“差止请求权”。“差止”一词在日语中本义为停止和禁止，在法律中的具体含义则因学者的解释不同而不同。有人认为“差止是指就特定事件，为阻止违法或不当状态深入或持续进行而针对当事人作出的面向将来的禁止性具体处分，通过司法处分（法院）和行政处分实现”。²³有人认为，“差止（INJUNCTION）是指在公害等侵权行为持续进行的情况下，为防止现在和将来发生损害使侵权行为停止”。²⁴法律上，差止一词除包含停止侵害之义外，还有禁止将来发生侵害之义。与差止相对应的请求权是差止请求权，有人从公害的角度来定义

¹⁹ 参见《德国民法典》第 1017、1027 条。

²⁰ 在起草中，于第 37 条第一款规定，“所有人在其物之占有遭妨害或者剥夺时，可向持有人提起恢复之诉，但有关动产及不动产时效规定的第五编所记之规则不在此限”；在第 70 条第一款中又规定，“用益权人可直接向虚有人及第三人行使其收益权相关之占有及权原的物上诉讼”。参见《日本近代立法资料丛书 11》，商事法务研究会昭和 63 年 4 月 30 日，第 44 页、69 页。

²¹ 日本学术振兴会：《法典调查会民法议事速记录》，33 卷 5 丁。

²² 参见〔日〕石川喜久夫：《物权法拾遗》，成文堂 1986 年 10 月 20 日版，第 1 页。

²³ 〔日〕林修二等编《法令用语辞典》，学阳书房昭和 61 年 3 月 10 日第 6 次改订版，第 293 页。

²⁴ 〔日〕杉村敏正、天野和夫：《新法学辞典》，日本评论社 1991 年 2 月 28 日版，第 415 页。

差止请求权，认为它是指“针对制造公害的人，请求设置防止公害发生的设施，进行设备改良，停止其营运的诸项权利。在持续性公害中多与损害赔偿请求权合并使用，在噪音妨碍和日照事件中也经常运用差止请求”。²⁵有人从侵权行为的整体定义，认为“差止请求权是请求停止违法侵犯他人利益行为的民法上的手段，在公害、名誉毁损、信用毁损等侵权行为反复、持续进行的情况下，侵害造成的损害发生后，除进行损害赔偿的救济外，有必要请求停止今后进行侵害，防止将来损害的发生；同时，在侵害只发生一次的情况下，若可充分认定将来侵害确可发生时，同样有必要请求防止侵害发生。”²⁶也有人将请求权类型化后下定义，认为“差止请求权是指在可能发生侵权行为的情况下（预防性差止）或侵权行为持续的状态下（差止、排除妨害）要求进行中止的请求权的总称”。²⁷从上述定义中可以看出，日本法中的差止请求权除内含停止侵害请求权外，还有排除妨害请求权以及预防侵害请求权。而差止请求权是随着社会生活的发展，侵权行为形式的多样化，继损害赔偿之后出现的一种新的救济方式。如果说有关损害赔偿请求权的运用已经渐趋定型化、与社会生活相切合的话，有关差止请求权的行使还仍处于变动不居而与社会生活相磨合的状态。其原因除社会发展本身的经济因素外，还有差止请求权内在的问题。因此，虽然日本的判例和学说承认差止请求权的存在，但是其民法典中并没有明文规定。

《中华人民共和国民法通则》（以下简称“《通则》”）中没有形式意义上的物权保全请求权的规定，仅在相邻关系中作出了规范，而实质意义上的保全请求权的规定是存在于民事责任承担的规定中的，以民事责任承担方式的方法作以规范。

我国学者将侵权的民事责任的方式作的分类如下：一，财产责任方式，主要是救济受害人的财产损失，包括返还原物、恢复原状和损害赔偿；二，精神型的责任方式，主要是精神性人格权的损害救济，包括停止侵害、消除影响和恢复名誉；三，综合性的责任方式，对一切侵权行为都可以适用，包括排除妨碍和消除危险。²⁸但是，在对财产造成侵害的时候也可以适用停止侵害的救济方式，因此，笔者认为，将停止侵害仅划归为精神型的责任方式是不妥的，可以将其划入综合性的责任方式中。也有学者作了不同的划分，认为可以从三种角度对民事责任作三类划分，即财产性的民事责任和非物质性的民事责任；物权性的民事责任方式和债权性的民事责任方式；防止性的民事责任方式、回复性的民事责任方式和补救性的民事责任方式。防止性的民事责任是预防即将或可能发生的损害的民事责任，主要表现为排除妨碍和消除危险；回复性的民事责任主要表现为返还原物和恢复原状；补救性的民事责任是具有补偿或救济已经被损害的权利功能的民事责任形式，主要表现为停止侵害、赔偿损失和赔礼道歉。²⁹第一种分类方法与上述学者的分类标准一致，而上述学者划分的内容更为精确。值得探讨的是该学者将停止侵害作为补救性的民事责任方式归类，这是从侵害已经发生的角度出发而强调对已经受侵害的权利的补救。但是如果从将来对权利的继续侵害着眼则停止侵害具有对权利的保全功能。因此，笔者将对侵权采取的民事救济方式分为恢复性民事救济、补救性民事救

²⁵ [日]《图解による法律用語辞典》，自由国民社1994年12月20日版，第965—966页。

²⁶ [日]伊藤正己：《国民法律百科大辞典》，株式会社ぎょうせい平成3年10月1日版，第489页。

²⁷ [日]和田真一：《差止请求权—人格と環境分野での体系化》，载长尾治助、中坊公平编《七十三—生活者と民法》，悠悠社1995年9月5日版，第174页。

²⁸ 参见杨立新：《侵权法论》，吉林人民出版社1998年10月版，第222-231页。

²⁹ 参见马俊驹、余延满：《民法原论（下）》，法律出版社1998年8月版，第1063页。

济和保全性民事救济。恢复性民事救济主要包括恢复原状和返还原物；补救性民事救济主要包括赔偿损失和赔礼道歉；保全性民事救济主要包括停止侵害、预防妨害和排除妨害。

四 英美法系的禁令制度

根据英美法学者的划分，诉可以通过三种方式对权利进行保护，即预防、恢复和赔偿。严格意义上说，“补救(remedy)”的意义只是在第二种模式(恢复)或第三种模式(赔偿)中存在，因为补救的字面意义是治愈而非预防。然而法律上补救的一般意义既为治愈也为预防。在衡平法中，经常用“relief”代替“remedy”。³⁰为此该学者认为，救济有三类，其一为损害赔偿(Damages)；其二为恢复救济(Restitution)；其三为衡平救济(Equity)。³¹衡平救济中的主要救济方式为禁令救济(Injunction)。

保全性救济在英美法中主要表现为禁令(injunction)，关于禁令有各种定义方式，有人定义为英美法中的禁令是指在违法行为实施、继续或反复的可能性极大且将来一旦被告因此而遭受损失便无法受到充分救济的情况下，为防止违法行为的实施、继续或反复而由法院发出的命令。³²有人从禁令的功能进行定义，认为禁令用于侵权行为，法院禁止被告实施将来可能给原告造成损害的行为，是在公害、诽谤等侵权行为具有继续性或反复性的案件中经常采取的一种救济。³³而从禁令的内容进行定义的学者认为，禁令统称为 injunctions，规定为一种法院命令(court order)，它禁止某人作出某种行为或要求某人作出某种行为，是一种自由裁量的衡平救济。³⁴禁令是一种对人的命令(personam order)，他要求被告行为或限制被告以某种方式行为。³⁵笔者从禁令的存在前提、禁令的内容以及禁令的功能出发对禁令下定义，禁令是指在普通法的救济无法对原告充分进行损害赔偿的情况下，为防止侵害行为或侵害状态产生、持续或反复而由法院依据衡平的原则发出的以禁止或限制被告行为或要求其为一行为的一种命令。在英美法中，禁令的发出是有一定的制度背景的，也即其前提要件是普通法的救济不充分，而这种不充分表现为损害赔偿救济和恢复原状救济无法达到救济目的，所以不考虑这种制度背景的差异，禁令与大陆法系的保全性救济的适用前提是相同的。但是，禁令与保全性救济并不等同，这是因为禁令的适用范围非常广泛，正如下文所述，禁令有好多种，而在诉前也可以使用禁令达到对被告财产进行保全的目的，这种禁令相当于大陆法系国家的诉前财产保全措施，但是不属于本文所要论述的保全性救济。而且，广义的禁令还包括“特定履行(specific performance)”这种救济方式，而大陆法系国家一般是不承认保全性救济在债权领域的适用的。

(一) 禁令的起源和发展

前文已述，英美法的民事司法救济体系是由三个部分构成的，一为衡平(equity)救济；

³⁰ Kellis E. Parker: *Modern Judicial Remedies*, Little, Brown and Company, 1975, P5.

³¹ Kellis E. Parker: *Modern Judicial Remedies*, Little, Brown and Company, 1975, P12.

³² [日]家本重赖:《英美民事法の研究》，中央大学出版部昭和62年1月20日版，第50页。

³³ Tony Dugdale ect.: *"A" Level Law*, London, Edinburg, Butterworth, 1988, P475-476.

³⁴ David Stockwood Q.C., *Injunctions*, The Carswell Company Limited, 1985, P16.

³⁵ Dan B. Dobbs: *Dobbs on Remedies*, West 1973, P105.

一为损害赔偿救济(damages); 一为恢复原状救济(restitution)。而通过诉讼对权利进行保护的途径也是有三种, 第一是防止侵害之诉; 第二是侵害后恢复之诉; 第三是金钱损害赔偿之诉。每一种救济对应着一种受保护的权利, 而每一种诉也对应着一种救济, 于是形成权利、诉、救济这样一种模式。³⁶衡平法与普通法的划分带来了衡平法上的权利与普通法上的权利的划分, 同时也产生了英美救济法上特有的衡平法上的救济与普通法上的救济的区别。然而, 虽然衡平法上的权利对应的是衡平法上的救济, 可普通法上的权利却既可以通过衡平救济来保护也可以通过普通法上的救济来保护。因此, 权利系统的区分对应的并不是救济体系相应的对应关系。而禁令就属于既可以用于保护衡平法上的权利又可以用于保护普通法上的权利的衡平法上的救济措施。

传统的观点都认为禁令是衡平法的特权领域, 起源于衡平法院的特殊救济, 然而细细考察禁令的发展轨迹, 可以看出, 禁令实际上起源于普通法。这还尚需从衡平这一概念的语义演变谈起。最早提及衡平概念的是古希腊的亚里士多德, 但是他并没有从两种法院管辖体制的设立出发对这一概念进行阐释, 更不会想到将这一概念与预防性救济如何紧密相联, 他意识中的衡平只是“法失之于普遍性中的矫正”。³⁷而学者就这一概念的解释也是从两个方面分析, 其一为道德和规范的(moral or normative)角度, 是一种衡量正义价值的规则, 即给予每一个人其应有的(his due); 其二为非道德的或实证的(amoral or positivist), 认为道德、法律和政治秩序都是人为的存在, 受外部责任强制下的义务所约束, 衡平只是一种感情或随时空变化的一种良心或是一套主观性的规则。³⁸这里也并没有将衡平与禁令乃至预防性救济联系在一起。在衡平法院出现的 14、15 世纪也很少提及衡平而只是强调衡平法官的“良心正义”, 而良心正义一词并非是衡平法所独有的, 良心正义等同于道理(reason), 是上帝的意思, 是公正; 而这都是普通法中所具有的。衡平的概念成为衡平法院的标志的原因还是 16 世纪以后衡平法院为了让自己地位合法化、正当化而逐渐频繁地使用衡平一词, 这一概念也便由此而付与衡平系统。因此, 从语义上讲, 不能说只有衡平法才能够给禁令一个说服人的依据。

探究禁令的原型后, 可以说禁令实际上是起源于普通法的。在普通法中有两种救济与禁令极为相似, 其一为 estrepement, 是一种中间禁令, 在衡平法院的禁令出现后普通法院也试图通过扩大 writ of estrepement 的适用范围而增强其发出预防性救济的权力, 但是 1594 年 Keeper Egerton 公爵发布命令, 要求除非依据传统的法律程式, 否则普通法院不得再发出这种令状, 这样, 衡平法院的救济令占上风后, 普通法院的这种令状渐渐地被人遗忘。其二为 writ of prohibition, 这种令状与禁令惊人地相似, 适用范围更广而不限于中间救济及废弃物诉讼。对这一令状有学者进行总结时说“法院命令不仅在废弃物处置、公害及其它侵权案件中发行, 同时也用于合同和物权保护, 它不仅具有消极效果而对为某种行为作出限制, 同时还发生肯定和强制行为的效果而要求为某种行为。因为当事人不仅会被要求不得放置废弃物、制造公害, 还会被要求修复墙或建筑……命令不仅可以是暂时的, 中间性的, 也可以是永久的最终的”。³⁹因此, 也可以说, 实际上, 衡平系统的新的裁判体制在一定程度上是建立

³⁶ Kellis E. Parker: *Modern Judicial Remedies*, Little, Brown and Company, 1975, P5, P12.

³⁷ David Stockwood Q.C. : *Injunctions*, The Carswell Company Limited, 1985, P75.

³⁸ Kellis E. Parker: *Modern Judicial Remedies*, Little, Brown and Company, 1975, P13.

³⁹ Kellis E. Parker: *Modern Judicial Remedies*, Little, Brown and Company, 1975, P73.

在普通法的实践基础上，即使是在防止性救济这一领域也如此，只不过是衡平系统将防止性救济发展到了顶峰。今天，普通法中仍存有禁令的痕迹，但是主要是在程序意义上使用，多用于确定案件的管辖，进行案件的移送。如 *mandamus, certiorari*。因此，在实践中占主导地位的禁令已经是衡平法的禁令，可以说，尽管普通法令状的痕迹虽存，但是也只是在禁令的影子下存在，以禁令为表现形式的防止性救济还是更为突显地与衡平法联系在一起。

当然，禁令之所以能够在实践中取得它不可替代的地位还与衡平救济与普通法救济分治而各司其职有关。禁令为一种对原告极为有效的救济措施，因为，禁令是在普通法救济所无法触及的领域、无法充分发挥效用的领域存在的一种救济方式，因此，比较而言，比普通法的救济有力。这一点与普通法救济同衡平法救济的根本区别相关，普通法不能于审判结束之前进行救济，而衡平法却可以；普通法不能要求对潜在的危险进行消除，但是衡平法却可以；普通法只能以现在为救济点，而衡平法的禁令却可以针对将来并持续到永久。而另一方面，禁令是以承担藐视法庭的后果为保障而发出的，在被告不遵守禁令、对其不加以执行的话，会构成藐视法庭罪而入狱或受罚金乃至被剥夺诉讼的权利，因此，可以说，禁令的强制力较一般救济方式强。禁令强制性的另一个表现是除非禁令被撤销，否则，即使是发令错误或发令法院没有管辖权，禁令也必须被遵照执行。

但是，在禁令的产生之初，禁令不用于保护人身权利而仅用于保护财产权利，这一限制起源于 1818 年的 *Gee V. Pritchard* 一案，这是与反映衡平规则的法言“衡平对人而为”（*equity acts in personam*）相悖的。而最初对这一限制进行突破是将某些法定的人格利益进行准财产利益的特征化，但是这样不受制定法保护的或尚未上升至宪法权利高度的民事权利主张仍然无法得到保护。后来，法院否定了财产权和人身权的二分法。美国联邦最高法院在 *Lynch V. Household Finance Corporation* (1972) 一案中对此中述了理由，首先最主要的原因是这种划分方法在实践中不可能实施。“联邦法院为既牵涉财产权又牵涉人身权的混合案件所困扰，而很难在二者之间找到一条自始至终或能够作为原则性标准的分界线，这种困难性说明财产权和人身权的划分方法是错误的。不受非法侵夺而对财产享有的权利正象言论权和旅游权利一样，实质上是一种人身权利，而不论这种财产是福利券、住宅还是存单。实际上，对于自由的人身权和对于财产的人身权之间存在一个基础性的互相依存关系，一方离开另一方没有任何意义。”⁴⁰于是，而后随着禁令的广泛适用，法院认为只要必要且对其实行没有原则性理论的阻碍就可以将禁令用于人身权的保护。因此，禁令不仅可以用于刑事程序、犯罪、政治、宗教信仰、一般民事案件及民事程序中，也可以用于诋毁和名誉毁损的案件中，法院不再仅仅是因为因人身权的侵害而要求发出禁令即立即否认原告请求，往往是因为附加有其它原因的存在。

而在强制执行方面，衡平法与普通法的区别也渐趋淡化。普通法的诉讼主要是对物诉讼，其判决也是对物判决，而判决的执行表现的是剥夺财产利益；与此相对，衡平法的诉讼主要是对人诉讼，判决是对人判决，强制执行主要执行的是对人义务。基于上述区别，普通法院采用的强制方法主要是对物强制，而衡平法院采用的强制方法主要是对人强制。普通法院的强制执行方法主要是针对被告的物品或土地权益的 *writ of levari*

⁴⁰Kellis E. Parker: *Modern Judicial Remedies*, Little, Brown and Company, 1975, P263-264.

facias; 针对被告物品或动产的 writ of fieri facias; 针对被告物品或土地占有的 writ of elegit。对被告人身也可以进行监禁, 直至其偿还完债务并进行了损害赔偿为止。这时它要通过司法执行官(sheriff)发出 writ of capias ad satisfaciendum。衡平法与衡平程序的特征是对被告进行人身限制, 这是其发展之初的主流, 也是衡平法官最初所能操作的唯一机能。而这完全适应或者说足以应付 15 世纪时衡平法院出现的诉讼。普通法院之所以在发出禁令和强制执行命令上让位于衡平法院是因为其自身对适用惩罚性赔偿金设定了限制, 而且其对自己发出的命令不能直接强制执行, 所以往往停留在权利宣告阶段。衡平法院因自己配备有执行官, 组织上也具有集权特征不象普通法院那样松散。16 世纪末, 衡平法院发现监禁被告的人身并非是实现禁令的万全之策, 因此, 往往对被告处以罚金, 同时加强债案犯监狱(fleet)的威慑力, 如改变原来宽松的监管方式, 而配置囚衣, 对被告进行囚徒式的监禁。然而, 这对顽固的被告仍不奏效。17 世纪便出现了 writ of assistance 和 writ of sequestration, 前者是要求司法执行官 (sheriff) 对禁令的执行进行协助。而此时开始允许对被告的土地进行占有转移。writ of sequestration 在此时也出现了适用扩大的倾向, 这种令状是由 sequestrator 占有被告所有的动产, 并收取其不动产收益而用于对原告偿还债务。由此, 可以看出, 历史上在普通法院系统也运用人身强制的强制执行方法, 但是普通法院在适用对人程序时受到比衡平法院适用时更多的限制, 同时也并非对所有的诉讼都可以适用对人程序。而衡平法院虽渐渐地可以采用对物执行程序, 但是, 衡平法院因要求被告履行义务而首先要求被告选择对人执行程序。而衡平执行与普通法的执行程序的最终融合是在 1828 年完成的, 当时衡平法院的副大法官接到了下述指示, “法院若在其职权范围内有其它手段实现其目的时, 就不应干涉个人人身自由。法院依据法院程序可以占有当事人的财产时, 就无权使其入狱, 而且不能同时使用两种方法。”⁴¹由此, 确立了不论是普通法还是衡平法都以对物执行为原则的规则。

因此, 不能简单地断言, 什么制度就是衡平法, 什么是普通法的专有属区。制度本身有一个历史渊源问题, 还存在着一个发展和传袭的问题。对于禁令制度我们只能说它是凸显于衡平法中的一种制度, 却与普通法有着割舍不断的渊源。

(二) 禁令的类型

依不同的标准, 可以将禁令划分为不同的类型, 从禁令的内容来看, 禁令可以分为限制性禁令(a restrictive injunction)和强制性禁令(a mandatory injunction or order)。强制性禁令要求被告作出一定行为, 而限制性禁令限制被告的行为。

依禁令的效力发生的时间, 可以将禁令分为永久性禁令(a permanent or perpetual injunction)和临时性禁令(a temporary injunction), 永久性禁令仅在当事人权利最后确定时作出, 但是时间上并不一定为永久存在, 如三年内必须遵守竞业禁止义务即属于永久性禁令; 临时性禁令是指到一定的日期即失效的禁令(interim injunction)或至判决及其它裁决作出之时为止存在的禁令(interlocutory injunction)⁴²。另外, 还有因害怕禁令⁴³(a quia timet injunction), 即在被告行为尚未作出, 但是一旦作出即

⁴¹ David Stockwood Q.C. : *Injunctions*. The Carswell Company Limited, 1985, P705, 711.

⁴² Debra M. Mc Allister: *Mareva Injunctions*, 2nd ed. Carswell, 1987, P2.

⁴³ 此种翻译方式是援引沈达明先生的翻译方式。见沈达明:《比较民事诉讼法初论 上册》, 中信出版