

民事禁令程序构建原理

吴英姿*

内容提要 民事诉讼行为保全制度不能满足民事禁令制度的程序规范需要。临时禁令程序是一种独立的程序,具有实体法与程序法双重属性,其目的不在解纷,而在于维系权利现状。普通程序无法适应禁令快速反应的需要。非讼程序与禁令程序的本质特征不相契合。诉讼与非讼程序法理交错适用论因理论缺陷无法为禁令程序构建提供理论支持。略式程序契合禁令程序简速裁判的要求。申请人启动禁令程序应当提供表面证据确凿的事实。法院无需对本案进行完整、实质审理即可作出裁定,但不能突破最低限度程序保障要求。临时禁令具有形式确定力和执行力,无既判力,适用“异议—撤销”简式救济途径。禁令保证金有助于保证禁令程序的可逆性。

关键词 民事禁令程序 略式程序 表面证据 人格权禁令
知识产权禁令

目 次

- 一、问题的提出
- 二、禁令程序的独立性
- 三、禁令的正当程序选择
- 四、禁令程序规则

* 南京大学法学院教授。

一、问题的提出

《民法典》第 997 条规定了人格权侵权行为禁令（以下简称“人格权禁令”），民事禁令程序构建成为亟待研究的问题。禁令是指法官发布的要求当事人为某种行为或禁止其实行某种行为的司法命令。^① 禁令的本质是一种民事权利救济措施。就是否有终局性和期限性而言，禁令可以分为永久禁令和临时禁令。永久禁令是终局性、无期限的，只能作为事后救济，通过普通诉讼程序在终局裁判中确立。其效力等同于生效裁判，具有既判力和执行力。永久禁令确有错误的，当事人只能通过再审程序寻求救济。也就是说，永久禁令无需专门设置或采用独立程序。临时禁令是法院在未对当事人的民事争议进行实质审理、作出实体裁判的情况下作出的，目的是维持权利关系现状，防止因被申请人的行为给申请人的民事权利造成无法弥补的损害，从而满足民事权利预防性救济的需要。因为临时禁令是在法院查清全部案件事实、明确当事人是非责任之前发布的，所以含有事前司法干预的性质。那么，法院如何判断才能保障这种司法干预的正当性？这是禁令程序必须解决的问题。为使行文简洁，如无特别说明，下文所讨论的禁令程序均指法院发布民事临时禁令适用的程序。

目前，我国法院处理民事权利预防性保护或临时救济请求的程序规则只有民事诉讼法规定的保全制度。如在知识产权保护领域，根据 2001 年最高人民法院发布的《关于对诉前停止侵犯专利权行为适用法律问题的若干规定》，权利人在没有提起诉讼的情况下，请求人民法院责令行为人立即停止侵害专利权、注册商标权、著作权的，法院按照诉前保全程序处理。《民事诉讼法》（2012 年修正）增加了行为保全制度，这一制度成为法院审理诉前请求停止知识产权侵权行为案件的直接法律依据。最高人民法院 2018 年发布《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》，以《民事诉讼法》为依据，就诉前停止侵害知识产权行为的程序规则进行了细化。可以肯定的是，诉前行为保全对民事权利临时救济发挥了积极作用。或许是因为与禁令制度功效近似，有人把诉前停止侵害知识产权行为的裁定称为“诉前禁令”。最高人民法院公报也使用了这个概念。^② 但是，行为保全裁定与禁令毕竟是两种不同性质的制度，不能混用。法院审理禁令申请时需要对请求是否满足实体法规定的要件等实体问题进行判断。而诉前行为保全作为诉讼法上的程序规范，其标的以单纯的程序事项为限，与禁令制度的实体判断不能无缝对接。让法官在作出保全裁定时揉入申请人胜诉可能性的预判，^③ 不仅超出了该制度的能力范围，而且引发无实体审理却行实体权利司法干预的程序正当性诘问。^④ 行

① 参见《元照英美法词典》，北京大学出版社 2013 年版，第 696 页。

② 参见“杨季康（笔名杨绛）与中贸圣佳国际拍卖有限公司、李国强诉前禁令案”，《最高人民法院公报》2014 年第 10 期。

③ 参见宋晓明等：《〈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》，载《人民司法·应用》2019 年第 7 期，第 23 页。

④ 参见胡充寒：《我国知识产权诉前禁令制度的现实考察及正当性构建》，载《法学》2011 年第 10 期，第 147 页。

为保全的制度功能也十分有限,不能取代禁令制度。诉前保全裁定的效力以申请人提起诉讼或申请仲裁为维系条件。如果当事人不想进行诉讼或仲裁,保全裁定的效力最多维持30天(2012年《民事诉讼法》修改之前只有15天)。如果套用保全制度作为禁令程序,不仅会折损禁令制度的功效,还有强迫当事人诉讼的嫌疑。这在针对家庭暴力的人身安全保护令实践中显得特别突出。^⑤另外,按照程序性审查标准设置的诉前保全程序,对禁令申请的审理有诸多不适应。《民事诉讼法》规定,人民法院审查诉前保全申请必须在48小时内作出裁定。然而,在审理诉前停止侵害知识产权行为申请的案件时,法院需要考虑诸多复杂的因素,包括知识产权的真实性和稳定性、难以弥补的损害以及申请人与被申请人之间的利益权衡,有的还可能涉及公共利益,等等。要求法官在48小时之内做出判断,时间过于局促,以至于很多法官不敢轻易适用诉前禁令,客观上降低了该制度的实际利用率。^⑥

正是考虑到行为保全制度的局限,《反家庭暴力法》将申请人身安全保护令与诉讼程序脱离,使其成为“不必然伴随诉讼程序,可以独立于民事诉讼法所规定的行为保全之外的”新的法律制度^⑦。最高人民法院2016年发布的《关于人身安全保护令案件相关程序问题的批复》(以下简称《人身保护令批复》)建议比照民事诉讼法上的特别程序审理此类案件。这表明禁令程序的独立性已得到立法与司法解释的承认。不过,由于没有专门的程序规则,禁令制度的实践运行仍处于摸索状态。2021年1月,广州互联网法院在审理《民法典》实施后第一个人格权禁令案件时,还是参照适用了民事诉讼法上的行为保全程序。^⑧

实践证明,民事诉讼法上的行为保全程序在理论支撑与规则供给两个方面都不能满足禁令制度的需要,勉强搬用保全程序会限制禁令制度功能的发挥。构建独立的禁令程序首先需要准确把握禁令制度的法律属性、制度目的和本质特征,按照程序相称原理,以保障禁令正当性为目标,选择最为适配的程序类型。在此基础上,围绕禁令申请审查的重点与难点,提出具体程序规则的设计思路。

二、禁令程序的独立性

理解禁令程序的性质,应当按照民法关于禁令制度的规定,紧扣禁令的法律属性和制度逻辑。禁令是实体权利自我防卫权能的外化形式,是以排除妨害为目的的防御性请求权实现的制度化方式。禁令制度的功能侧重于预防或及时制止侵权行为,让民事权利

^⑤ 参见李瀚琰:《人身安全保护令独立性的制度价值及其实现》,载《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2017年第2期,第128页。

^⑥ 参见前注^④,胡充寒文,第149页。

^⑦ 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典释义》(下),法律出版社2020年版,第1826页。

^⑧ 参见《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》,载中国法院网, <https://www.chinacourt.org/article/detail/2021/01/id/5782110.shtml>, 2021年12月27日访问。

恢复圆满状态,防止发生无法弥补的损害结果。临时禁令的本质是事先救济和暂时救济。所谓“事先”有两层含义:一是实体法意义上的“事先”,即在侵害行为和损害结果实际发生之前;二是程序法意义上的“事先”,即在法院对案件作出实体裁判之前。^⑨而“暂时”救济意味着禁令对权利主体的救济是应急性、临时性的,通常是有期限的。暂时性也意味着救济措施的可逆性,即嗣后一旦认定禁令申请错误,将无条件恢复到禁令发布之前的状态;如果无法恢复原状,给相对一方当事人造成损害的,申请人应当承担赔偿责任。禁令制度的本质属性决定了禁令程序在法律属性、制度目标、判断标准、程序效力等方面与行为保全程序均有本质区别。禁令程序应当作为独立的程序进行构建。

(一) 禁令程序的实体法与程序法双重属性

与行为保全程序的法律制度属性不同,禁令程序具有实体法和程序法双重属性。其实体法属性是指,禁令程序是实体法上禁令制度的组成部分。禁令的请求权基础是实体法上的民事权利请求权。例如,人格权禁令是民法规定的人格权固有的一种权能——人格权请求权的行使方式之一。但是由于禁令包含强制执行的内容,而法律规定法院是强制执行权唯一合法主体,所以民法要求权利主体必须向法院提出禁令申请,并由法院负责禁令的执行,其目的在于通过司法干预保证民事权利保护措施公正性,防止民事主体滥用权利,危及社会秩序。因此禁令制度中必须包含司法程序规则。同时,基于法律体系内在逻辑的考虑,民事实体法不便直接规定禁令的程序规则,只能将这部分规则置于民事诉讼法中。但这一点并不影响禁令程序的实体法属性,法院裁判发布禁令的直接依据是实体法的有关规定。在英美学者看来,申请禁令能否被法院接受是由实体法规定的,因为申请人提出的禁令请求以实体法上的权利为依据。无独有偶,德国学者也认为,申请禁令的诉权是实体法给予的。^⑩《法国民法典》没有就人格权预防性保护措施的程序规则作出规定,法国法院一直以来依据《法国民事诉讼法》关于临时命令(紧急审理裁定)程序规则处理人格权预防性保护请求案件。但法国学理上认为,法院在判决对人格权采取阻却性或停止性法律保护措施时,法律依据是《法国民法典》第9条关于私人生活受尊重权法律保护的规定,法院裁决在性质上是实体法命令,而不是诉讼法上的诉前保全或诉讼保全裁定。^⑪继《法国民法典》(1970年)第16-2条增加了对身体完整权的法律保护措施的规定之后,法国1976年修改《民事诉讼法》时,在第810条明确,紧急审理法官有权把临时命令程序的适用范围扩大到“所有没有特别临时救济程序的事项”^⑫,建立起正式的临时禁令程序。2019年修改后的《法国民事诉讼法》(以下简称《法国民事诉讼法》(2019))第836条保留了这一规定。这没有改变禁令程序首先是民事权利防御性保护的手段或实现路径的本质,其制度设计与运行必须遵循实体法逻辑。

禁令程序同时又具有程序法属性,这是它与合同签订程序等纯粹的民事行为程序的

⑨ See *Interlocutory Injunction and the Injunction Bond*, Harvard Law Review, Vol.73:333, p.334-335 (1959).

⑩ 参见沈达明编著:《比较民事诉讼法初论》,中国法制出版社2002年版,第243-244页。

⑪ 参见张民安:《法国人格权法》(上),清华大学出版社2016年版,第542-545页。

⑫ 罗结珍译:《法国新民事诉讼法典》,法律出版社2008年版,第824页。

不同之处。禁令程序是基于司法权干预民事活动的必要性而设置的,其核心内容是规范法院发布禁令行为的规则。法院审查禁令申请,判断申请人提出的请求是否符合法律规定的条件与理由,作出驳回或准许发布禁令的裁定,以及执行禁令等,较之审理普通民事案件的审判权都更为积极主动,因而需要发挥程序约束权力的作用,以保障禁令的公正性。而禁令程序追求效率与公平的双重目标,即不仅要平等保障双方当事人的程序权利,还要满足民事权利保护的及时性要求,既涉及程序正当与程序效率等基本问题,又须体现民事程序基本原理与民事诉讼法基本原则。

与诉前行为保全裁定仅产生程序上的约束力不同,法院发出的禁令不仅有程序上的效力,而且具有实体法上的效力。禁令的程序效力表现为:禁令一经作出立即生效,成为强制执行的名义。非经正当程序,任何人不得否认禁令的效力,不得要求重新审理。禁令的实体法效力表现为:权利人获得法院发布的禁令即拥有了权利防卫的武器,可以要求相对人遵守禁令宣布的限制性命令,比如禁止处分特定财产;立即从特定不动产中退出;立即停止公开发表、复制、销售、传播特定作品;停止拍卖、开展展览特定作品;停止生产、销售和许诺销售被控侵权产品;禁止辱骂殴打;禁止进入特定区域;等等。执行禁令即获得实体权利预防性保护效果。违反禁令属于违反实体法,应当承担实体法上的法律责任。

(二) 禁令程序的目的是维系民事权利现状

与行为保全的制度目标是保证将来生效裁判的实现不同,禁令程序的制度目标在于保持民事权利现时状态,防止无法弥补的损害结果发生。维持现状的办法可以是阻止申请人为一定行为,也可以是责令其继续为一定行为,客观上起到为民事权利保护提供暂时救济的效果。德国《家事事件和非讼事件程序法》(以下简称《德国国家事程序法》)规定的家事事件暂时命令(Einstweilige Anordnung),制度目的是“确保或临时规定某种既存状况”(第49条第2款)。暂时命令的内容可以是要求某一关系人为或者不为具体行为,通常是禁止处分某标的物或强制履行某项法定义务的临时措施。例如,在婚姻案件待决状态下,命令当事人履行照顾父母的义务、将子女交给一方当事人、履行未成年子女抚养或配偶扶养义务、维持分居的状态、交出对方当事人或子女个人专用物品、禁止家庭暴力行为等等。^⑬可见,禁令就像一个保护罩,将损害权利的行为和危险状态暂时隔离在外,其作用并不在于彻底解决当事人的权利义务纠纷,也不需要考虑未来生效裁判的执行,而在于维持权利现状。美国学界公认的关于临时(中间)禁令的统一标准是:“中间禁令在性质上只是临时性的(救济),并不构成一项权利。中间禁令的效果和目的仅仅是在听证或进一步命令之前让争议财产保持现状。一般情况下法院并不指望确定权利。到法院申请中间禁令的人不需要提出一个他笃定能获得救济的案件。”^⑭

^⑬ 参见王葆苒等译注:《德国国家事事件和非讼事件程序法》,武汉大学出版社2017年版,第26-28页;〔德〕罗森贝格等:《德国民事诉讼法》,李大雪译,中国法制出版社2007年版,第1306-1309页。

^⑭ John Leubsdor, *The Standard for Preliminary Injunctions*, Harvard Law Review, Vol.91:525, p.536 (1978).

（三）法院审查禁令申请需进行实体判断

法院审查行为保全申请属于纯粹的程序性裁量,不包含对当事人争讼的实体问题的预判。法院裁定行为保全,不意味着申请人胜诉可能性提升。与此不同,禁令程序必须对民法规定的禁令实体要件及其相关事实进行判断。例如,人格权禁令申请条件包括:(1)申请人是所申请保护的人格权的主体;(2)被申请人正在实施或者即将实施侵害其人格权的违法行为;(3)不及时制止被申请人的行为将使申请人的合法权益受到难以弥补的损害。再如,知识产权禁令的申请条件包括:(1)申请人系所要保护的知识产权的权利主体;(2)所要保护的知识产权是真实的、有效的,外观设计和实用新型专利的效力还需要有稳定性;(3)被申请人正在实施或即将实施知识产权侵权行为;(4)如果不及时采取保护措施将使申请人受到无可弥补之损害。上述要件事实中,权力主体的判断,权利的有效存在与稳定性,被申请人行为对权利构成妨害,难以弥补损害的可能性以及情况的紧迫性等,无不是实体问题。

禁令申请条件中“不及时制止被申请人的行为将使申请人的合法权益受到难以弥补的损害”与《民事诉讼法》第101条规定诉前保全的适用条件之一“情况紧急,不立即申请保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害”在文字表述上雷同。但是,纯粹程序意义上的“情况紧急”“难以弥补的损害”,与实体意义上相同概念所包含的法律含义是不相同的,法院审查的标准与判断方法也不一样。法院单纯在程序意义上判断情况是否紧急,申请人是否将遭受难以弥补的损失,是以被申请人正在进行的行为是否会导致将来生效裁判失去意义或无法执行为标准。如果被申请人虽然有转移、隐匿财产的行为,但还有其他财产可供强制执行,法院也不一定采取保全措施。而法院在审查禁令申请是否属于情况紧急时,是以权利人的合法权益是否面临迫在眉睫的侵害行为或危险状态为标准;判断是否构成难以弥补的损害,须考虑当事人将来的损失是否难以计算,将来是否能够通过损害赔偿的方式获得弥补,是否可能用金钱方式获得补偿等因素,即是从实体法上的损害填补可能性角度进行判断。例如,“雅培贸易(上海)有限公司与台州市黄岩亿隆塑业有限公司等诉前停止侵害外观设计专利权纠纷案”中,法院判断申请人是否将受到无法弥补的损害以及是否属于情况紧急时,考虑的因素包括:(1)奶粉从生产到销售的各个环节都很有可能构成对涉案专利权的侵权,且每增加一个销售环节,都会导致损失扩大、侵权行为人增多、申请人维权成本随之增加、难度加大,由此造成的损失难以计算;(2)涉案专利权系外观设计专利,具有有效期短而产品更新换代快等特点,如不责令被申请人立即停止侵权行为,即便申请人将来获得胜诉,侵权行为对其合法权益造成的损失也难以弥补。^⑮再如在“诺华(中国)生物医学研究有限公司与贺峰停止侵害商业秘密纠纷案”(以下简称“诺华案”)中,法院认定申请人主张的商业秘密将遭受难以弥补的损害的判断理由是:被申请人从申请人企业离职后到有竞争关系的同行企业任职,而且有证据证明被申请人带走了记载有关药物研发成果的资料备份。如果被申请

^⑮ 参见北京市第三中级人民法院(2013)三中民保01933号民事裁定书。

人将其运用于相同领域,向特定主体披露这些研发资料甚至将其公诸于众,无疑会给申请人前期投入大量时间和金钱所建立的竞争优势造成难以用金钱来衡量且难以挽回的损害。^⑩

(四) 禁令程序不依附于诉讼程序,可以与诉讼程序并行

禁令程序不是诉讼程序的附属程序,可以独立存在。当事人提起一个民事诉讼时所提出的诉讼请求与申请禁令的请求可能是不一样的,即诉讼请求不一定是“禁止实施某种行为或责令实施某种行为”,实践中经常会出现本案诉讼请求与禁令请求平行的情况。例如,当事人起诉离婚,在诉讼过程中遭遇家庭暴力,当事人可能单独申请人身安全保护令;或者为防止对方以离婚为借口而拒绝承担抚养子女的义务,当事人申请法院发布强制对方继续履行抚养义务的临时命令。再如,知识产权侵权纠纷诉讼中,当事人的诉讼请求是要求对方承担侵权赔偿责任,但为制止即将实施或正在实施的侵权行为,当事人可以在诉前或诉中申请单独的禁令。原告在起诉时是否申请禁令,以及申请禁令后是否提起诉讼是其处分权事项,法律应当尊重其选择权。《反家庭暴力法》第23条规定,当事人向人民法院申请人身安全保护令的条件是“当事人因遭受家庭暴力或者面临家庭暴力的现实危险”,并不要求当事人在人民法院发布人身保护令后的法定期限内提起侵权诉讼或离婚诉讼。我国《民法典》关于人格权禁令的规定也没有与提起诉讼挂钩。在制止相对人实施特定行为方面,禁令与行为保全有功能上的交叉。当事人在提起诉讼之前,既可以向法院申请诉前行为保全,也可以申请禁令;在诉讼过程中,当事人亦可申请行为保全或单独申请禁令。法院可以根据情况将禁令程序与诉讼程序合并审理。至于两者的识别,主要以当事人申请禁令的目的和所依据的法律为标志。如果当事人申请的法律理由不明确,法官应当进行释明。当事人同时援引两个法律条文申请禁令的,法院应当晓谕其作出选择。

在禁令制度比较成熟的美国,禁令程序与诉讼程序是分开的,虽然二者也可以合并进行。美国的临时禁令有两种:(1)初步禁令(preliminary injunction),也称中间禁令(interlocutory injunction),是法院在初步听证和听取被告辩论意见后、对案情作出最终决定之前发布的禁令;(2)临时限制令(temporary restraining order),是法院在没有聆讯被告的情况下,应申请人单方面请求发布的禁令,也称为单方限制命令(ex parte restraining order)。两种禁令程序与主诉案件审理程序是分离的,独立运行的。《美国联邦民事诉讼规则》(以下简称《美国民诉规则》)第65条对两种临时禁令的程序作出了规定。第65(a)规定,在聆讯被告之前或聆讯程序开始之后,法院可根据实际情况提前对(主诉)案件进行审理,与禁令程序合并进行。第65(b)规定,如果申请人有证据证明其将遭受无法弥补的损害且情况紧急,或者书面证明其已经尽到通知被申请人的努力,或者确有不通知被申请人的理由时,法院可以不经通知被告即发出禁令。^⑪ 法国法上的临时命令程

^⑩ 参见上海市第一中级人民法院(2014)沪一中民保1号民事裁定书。

^⑪ 参见[美]Joseph W. Glannon:《民事诉讼法》(第4版),孙邦清等注,中国方正出版社2004年版,《附录》第74-75页。

序是独立程序,也可以与主诉案件合并审理。《法国民事诉讼法》(2019年)第837条规定,紧急审理法官在审理临时命令案件时,可以应一方当事人的请求,或者基于情况紧急证明有必要,有权将(主诉)案件移送开庭审理,作出实质裁决。《德国家事程序法》规定的暂时命令也是具有相对独立性的程序。该法第51条第3款规定:“暂时命令在程序上具有相对独立性,即使主诉案件已经发生诉讼系属。若暂时命令程序已经开始且无从得知其为重复行为的,法院可以不受主诉案件中程序行为的约束。”^⑮这与诉前保全依附于诉讼程序形成鲜明对比。

综上,禁令程序与诉讼行为保全是可以区分开的。而且从充分发挥禁令制度效能的角度考虑,也有必要承认禁令程序的独立性。就司法实践的情况来看,肯定禁令程序的独立性具有重要的现实意义。如家庭暴力受害人申请人身保护令时,可能并不以离婚为目的。有的申请人因考虑生活来源、抚养孩子、婚姻尚可持续、维持家庭完整等复杂因素,尚不想离婚,申请禁令只是为了让相对人停止施暴。如果按照诉前保全处理,要求申请人在禁令发布后的规定时间内必须起诉离婚,不仅客观上导致该制度的有效性不足,还使得申请人被迫起诉离婚,这将陷入妨害婚姻自主的悖论。^⑯此外,不同的权利保护禁令申请条件不同,法院审查内容也不一样,在审理期限、禁令有效期等方面不能一刀切,需要预留法官自由裁量空间。

三、禁令的正当程序选择

按照程序相称原理,民事程序的设置一方面要契合民事纠纷个性化解决的需要,另一方面要遵循实体法关于权利保护与权利实现的制度逻辑。禁令程序因其中的实体法属性,且不以解纷为目的之特质,更侧重第二个方面的相称性,即程序设计应当突出实体法逻辑。同时,禁令是一把双刃剑,为申请人提供临时救济的同时,对被申请人的权利形成强制性限制。有些禁令还可能涉及公共利益。对于法院来说,临时禁令需在尚未对案件事实充分审理前就作出决定,是否发出禁令很大程度上依赖法官的自由裁量。由于每个案件都有自己的特殊性,几乎不可能找到一个统一的判断标准,法官如何在保护申请人的权利免遭不可弥补的损害与避免被申请人因禁令而受到损失之间寻找平衡、如何评估申请人即将发生的损害的严重性和中间司法判断错误的可能性二者的分量,永远是一个难题。^⑰因此,需要设置一个合适的程序,既能防止当事人滥用禁令制度,约束法官自由裁量权,确保禁令的正当性与公平性,也能帮助法官克服利益权衡难题,简化程序,提高禁令制度效能。比较而言,普通诉讼程序、非讼程序均不适合禁令程序制度要求,只有略式程序最为匹配。

^⑮ 前注^⑬,王葆蔚等译注书,第26页。

^⑯ 参见前注^⑤,李瀚琰文,第128页。

^⑰ See John Leubsdor, *supra* note 14, 537-540.

（一）普通诉讼程序的不适应

以为民事权利提供及时有效的应急保护措施为目标,禁令程序的设计应该符合简便、迅速做出裁判的要求。尤其在妨害权利行为即将发生的危险状态下,需要法官快速反应,立即发出命令。而普通诉讼程序审理周期长、成本高,对于急迫需要获得保护的民事权利来说,经过漫长的诉讼过程获得的胜诉结果,未必能够让其得到切实的保护,反而因损害后果已经实际发生,需要保护的权益永远失去而变得毫无意义。这种情况在人格权、知识产权、商业秘密保护中尤为常见。正如法院在“诺华案”的裁定理由中指出:“在理想状态下,对申请人是否会受到侵害作出判断须以听取双方当事人诉辩的方式来查明,但如此需要花费大量的时间。本案申请人保护商业秘密的请求具有时间上的紧迫性,采取上述方式审理不切实际。但如果法院以短时间内无法查明事实为由驳回申请,申请人的损害即有可能成为现实,且一旦发生将难以弥补。”^① 如此有悖法律制度的初衷。

（二）禁令程序不是非讼程序

最高人民法院2020年公布的《民事案件案由规定》把申请人格权禁令案件、申请人身安全保护令案件列入“非讼程序案件案由”部分,与诉讼保全申请案件、诉前停止侵害知识产权案件并列。^② 学者中也有支持禁令程序是非讼程序的。^③ 从外观上看,禁令程序不开庭审理、快速作出裁判的节奏很有非讼程序的风格,但这只是禁令程序的表相。究其实相,禁令程序在程序标的、程序结构、审判方式等方面与非讼程序存在本质差异。首先,非讼程序处理的是民事法律事实的确认问题,呈“申请—裁判”的单边程序结构。禁令程序处理的是民事权利保护问题,必然涉及主张权利保护的一方与对立一方当事人,程序结构上呈现“两造对抗—居中裁判”的三边结构。其次,法院处理禁令程序需要对申请人主张的权利的真实性与合法性、发出禁令的必要性与合理范围、是否涉及公共利益、双方利益权衡等等包含价值判断在内的实体问题进行审查与判断,不是单纯地对法律事实进行认定。再次,禁令程序中,法官的判断主要依赖当事人提供的证据,除非涉及公共利益,一般不采用职权探知、自由证明等非讼程序法理进行操作。而且,禁令的发出事关双方当事人重大利益,不仅需要考虑不发出禁令对申请人的影响,还需要考虑发出禁令对被申请人的影响,有时候还要兼顾公共利益,因此法院会非常慎重。因此审判组织形式不宜像非讼程序那样采用独任制。《法国民事诉讼法》(2019年)第487条规定,紧急审理法官可以根据案件情况将临时救济案件交合议庭审理。就我国知识产权诉前停止侵权行为案件的司法实践来看,法院多数情况下采用合议制进行审理,且对当事人证明责任要求很高;凡对申请予以支持的裁定,裁判文书说理之详尽不亚于普通诉讼的判决书。最后,非讼程序裁判结果是对特定法律事实的确认,如宣告某公民失踪、死亡,认定某民事主体为限制行为能力或无民事行为能力人等等,其法律效果是引发特定

^① 前注⑩,上海市第一中级人民法院(2014)沪一中民保1号民事裁定书。

^② 参见最高人民法院《民事案件案由规定》(法〔2020〕347号)第10部分。

^③ 参见程啸:《论我国民法典中的人格权禁令制度》,载《比较法研究》2021年第7期,第142页。

法律关系的发生、变化或消亡,是一种实体法上的形成力。而禁令的效果是暂时固定权利义务关系的现状,发生法律效力禁令虽具有强制执行力,但并不直接引起权利义务关系的变动。综上,非讼程序与禁令制度的基本特征与制度目标不匹配,故不能按照非讼程序原理构建禁令程序。

(三) 诉讼与非讼程序法理交错适用论的理论缺陷

还有一种观点是主张交错运用诉讼程序法理与非讼程序法理(以下简称“交错论”)来设计、运作禁令程序。^{②④}但是,交错论隐含的理论缺陷不容忽视,以它作为禁令程序的理论基础,可能给禁令程序正当性和制度运作留下隐患。交错论的主要观点是通过把不同程序法理要素化,以程序保障的实质正当要求为标准,在具体案件同一程序中的不同阶段或事项,交错或分别适用两种法理的审理方式,以期整合不同性质的程序机能,继而有条件地承认非讼程序裁判的实质既判力,赋予非讼程序解纷功能,从而扩大民事程序(特别是非讼程序)机能。^{②⑤}交错论的理论愿景是美好的,但其缺陷也很明显:其一,理论出发点建立在倒果为因地理解程序本质特征与程序法理的关系内容上,将程序法理的外部特征作为程序内在本质,抹杀了两种程序的本质区别和不兼容性。而选择性适用程序规则不仅模糊了诉讼与非讼案件的界限,还牺牲了程序安定与规则刚性。其二,交错论主张根据程序样态的不同类型,按照程序保障程度,分别承认裁判效力,在程序保障充足的前提下,赋予非讼程序裁判实质既判力。此论不仅破坏了既判力理论的根基,其得出同一程序可以分事项、分阶段得出不同裁判、产生不同法律效力的结论,还令程序效力紊乱。而同一程序前后阶段程序保障标准的不对等,不仅违背民事诉讼当事人诉讼权利平等原则,而且令法院裁判效力性质呈现因案而异的不确定状态,从根本上冲击了民事诉讼程序的理论基础。其三,交错论提倡实质的程序保障标准,必然要赋予法官极大的决定权。且不论法官是否能完成此项艰巨的任务,如果不同审级的法官对此有不同看法,如何保证裁判结论的可接受性?对禁令程序而言,法官的自由裁量权本来就很大,如果按照交错论进行设计,主要依赖法官来决定具体案件审判方式和裁判效力性质,不仅超出了法官的能力,还给审判权滥用创造太多空间,可能危及禁令程序的正当性。

(四) 略式程序的适配性

略式程序是一种省略实质审理环节、快速作出裁判的诉讼程序。作为一个历史悠久的程序门类,略式程序最早可以溯源到罗马法的简易程序(*summaria cognitio*)。^{②⑥}美国学者罗伯特·威尼斯·米拉尔(Robert Wyness Millar)认为,英美法上表达简易程序的术语“summary”来源于罗马法上的“*summaria cognitio*”。因此,他在翻译德国学者亚瑟·恩格尔曼(Arthur Englmann)关于欧陆民事诉讼制度史研究的著作时,直接将罗马法上

^{②④} 参见张卫平:《民法典的实施与民事诉讼法的协调和对接》,载《中外法学》2020年第4期,第941-944页;吴英姿:《人格权禁令程序研究》,载《法律科学》2021年第2期,第139-141页。

^{②⑤} 参见邱联恭:《程序制度机能论》,台湾地区三民书局1996年版,第61-112页。

^{②⑥} See Arthur Englmann, *A History of Continental Civil Procedure*, translated by Robert Wyness Millar, Boston, Little, Brown and Company, 1927, p.557-586.

的“*summaria cognitio*”翻译为“summary procedure”。我国学者则将它直译为“简易诉讼”。^{②7}根据恩格尔曼的考证,罗马法简易程序包含两种变体程序:一种是与普通程序的区别仅在于元素简化、删节和加速的程序,另一种是以罗马法术语“*summaria cognitio*”为原则所指导的特种诉讼程序。德国学者布里格莱布(Briegleb)指出,第一种简易程序根本不是严格意义上的“*summaria cognitio*”,而只是普通程序的一种加快形式。真正的“*summaria cognitio*”是通过实质性地缩小防御的维度来限制诉讼材料的数量。两者的区别不是体现在程序的形式上,而是在审理的实质内容即诉讼理由及其依据的材料(cause-material)上。后一种简易程序“已经脱离了(普通程序)公认的基本规则,其结果是变成与普通程序完全不同的特别程序。”^{②8}美国学者亨利·G. 麦克马洪(Henry G. McMahon)也认为,“*summaria cognitio*”或“summary procedure”是一个具有独特内涵的程序术语,表示一种单独的和不同的程序模式。^{②9}因此,为了保持概念内涵与外延的一致,有必要重新斟酌“*summaria cognitio*”和“summary procedure”的中文表达。就字面意思而言,“summary”有“概括的”“即刻的”含义,结合该种类型程序的本质特征,日本学者采用的“略式诉讼程序”的表达似乎更为贴切,^{③0}“略式诉讼程序”可以简称为“略式程序”。

今天大陆法系民事诉讼上的督促程序^{③1}、证书诉讼和票据诉讼^{③2}、(法国法上的)临时命令适用的紧急审理程序^{③3}、(意大利法上的)驱逐(出建筑物)诉讼(Eviction Proceedings)和占有诉讼(Possessory Proceedings)^{③4},英美国家的临时禁令程序所适用的“summary proceedings”等^{③5},都带有“*summaria cognitio*”的基因。中世纪时期的意大利法规定的单方命令(the ex parte issuance of orders)中已经出现了禁令程序的雏形。该程序适用于为简单而容易证明的请求提供快速裁决的案件,如果被告缺席或不能提

②7 参见前注⑩,沈达明编著书,第237页。

②8 Arthur Englmann, *supra* note 26, 578.

②9 See Henry G. McMahon, *Summary Procedure: Comparative Study*, Tulane Law Review, Vol.31:573, p.573 (1956-1957).

③0 松浦馨「略式訴訟の性格:保全訴訟・手形訴訟・督促手続等の理論」民事訴訟雑誌8号(1962年)231-236頁参照;松浦馨「略式訴訟の必要性和その性格」民事訴訟雑誌11号(1965年)1-29頁参照;[日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第677页。

③1 督促程序的前身是罗马法“*summaria cognitio*”的一种“Executory Procedure”,是债权人直接向债务人行使债权的私人执行程序。1495年的《治安法》(The Public Peace)要求法院必须介入债权人执行程序,由此确立“支付命令程序”(Mandats prozess),后来被普通法确立为正式制度,即督促程序。See Arthur Englmann, *supra* note 26, 582-583;小池和彦「ドイツ普通法における条件付命令訴訟——督促手続の前身として視点から」近畿大学法学66卷3・4号(2019年)279-291頁参照。

③2 《德国民事诉讼法》第796条之一、之二规定的“通过律师的和解的执行宣告”程序,也是一种无需庭审,法官在听取对方当事人意见后就可以作出裁定的略式程序。参见《德国民事诉讼法》,丁启明译,厦门大学出版社2015年版,第197-198页。德国的证书诉讼、督促程序等,参见前注⑬,罗森贝克等书,第1232-1256页。日本相关程序,参见前注③0,新堂幸司书,第677-697页。

③3 法国的无庭审程序由2019年《司法改革及规划法》第26条创设,《法国司法组织法》第212-5-1条规定。参见申军:《法国民事诉讼法改革特点》,载《人民法院报》2020年6月5日,第8版。

③4 See Mauro Cappelletti & Joseph M. Perillo, *Civil Procedure in Italy*, Martinus Nijhoff, The Hague, Netherlands, 1965, p.344-351.

③5 See John Leubsdor, *supra* note 14, 525-566.

出有效的抗辩表明双方存在实质争议,从而使程序转换成一个对抗程序,法院将发布一个单方命令作为强制执行依据。1942年通过并于1946年和1950年修订的现行《意大利民事诉讼法典》保留了该程序,明确适用于申请禁令(injunctions)的案件。^{③6}上述程序虽然用途各异,但有一个共同点:都没有对案件所涉及的权利争议进行实质审理的环节。这是略式程序区别于普通诉讼程序的标志。日本学者新堂幸司曾给略式程序下过定义:“与普通诉讼程序相比,其审理程序在某些方面被省略,在此基础上作出大致裁判的程序。”^{③7}此概念未能揭示略式程序的本质特征,容易与普通程序简化、加快型简易程序混同。略式程序的本质特征是:未对主诉案件实质审理,紧急情况下甚至可以不经开庭审理,法官主要通过形式审查就快速作出裁判。并不是所有省略了某些程序环节的程序都是略式程序。例如,我国《民事诉讼法》规定的简易程序可以省略审理前准备程序,但不可省略开庭审理环节,法官必须对案件作出实质审理和裁判。因此,我国的简易程序不属于略式程序范畴。而督促程序、担保物权实现程序、调解协议司法确认程序是典型的略式程序。

略式程序的目标很简单,不为解纷,只为满足民事主体快速获得民事权利保护的执行名义的诉求。在此目标指引下,略式程序审理的对象仅为民事主体要求实现权利的请求,包括权利是否存在、是否确实需要预防性保护、是否达到实现的条件等方面的判断与审理。如果当事人有外部性很强的证据证明上述事实,法院不需要开庭审理,甚至不经当事人言词辩论即可作出判断。由于略式程序以当事人对权利义务没有争议为基本预设,因此不可能按照普通程序以当事人利益对立与角色对抗关系所产生的张力为程序驱动力,而必须利用实体权利自身的“力”来设计动力装置。因此,略式程序法理及其运行机制主要遵循实体权利自身的逻辑。如督促程序主要遵循债权请求权逻辑,担保物权实现程序主要遵循物权逻辑,司法确认程序主要遵循合同法律制度逻辑等。

略式程序的结果是对特定民事权利的保护或实现请求作出肯定或否定的裁判,其法律效果在本质上是实体法意义上的拘束力,即要求当事人按照实体法规定实现权利、履行义务的强制力。这种效力体现在诉讼法上是执行力,不属于既判力。因为既判力作为民事诉讼法上成熟的制度,其基本理论内核系“程序保障—排除再争议”,即法院对案件实体争议的裁判建立在对审充实、当事人辩论权充分实现的基础上,排除当事人对法院已经判断过的争议事项再次争议的效力。略式程序没有对案件整体进行实质审理,裁判标的中不包含对事实和权利争议事项的判断,自然对该事项没有排除再争议的效力。如果认为略式程序裁判也有既判力,无疑与上述原理相冲突,导致既判力理论根基松动。因此,只能承认该种程序裁判的执行力,以及程序经过所发生的形式确定力。^{③8}

^{③6} See Henry G. McMahon, *supra* note 29, 575-576.

^{③7} 前注③0,新堂幸司书,第677页。

^{③8} 所谓形式确定力,是指确定裁判所具有的,当事人不得上诉,法院自己也要受拘束的法律效力,是一种非经法定程序(如再审程序或撤销程序)不能废弃或变更的约束力。参见杨建华原著,郑杰夫增订:《民事诉讼法要论》,北京大学出版社2013年版,第320页。

从制度目的与制度逻辑上看,禁令程序与略式程序具有高度的匹配性:

第一,禁令程序不直接处理民事权利争议,目的在于保护权利现时状态。对于这样的申请,法院审查的重点不是纠纷事实、损害结果、赔偿数额,而是对申请是否符合实体法上规定的立即排除妨害行为的条件进行审理和判断。对此,法官通过对申请书和证据材料进行书面审理即可作出判断,并非一定要用开庭审理的方式让当事人面对面质证、辩论。

第二,禁令程序运行机理遵循实体权利保护逻辑。禁令制度属于实体法上的权利保护措施。为保护不同的权利发布禁令的程序,应当遵循民法对该种权利保护的法律规定。例如,人格权法的“权利法”逻辑不同于侵权责任法的“救济法”逻辑,表现在人格权保护方式与请求权法律要件有明显不同于债权请求权的特征。人格权请求权是一种排除妨害请求权,只要相对人的行为对人格权圆满状态造成威胁,权利人就可以行使人格权请求权,不以行为人有过错、已经实施侵权行为或已经产生损害后果为前提要件。^③人格权禁令程序应当按照人格权请求权的上述特征进行设计,在程序启动条件、动力机制、审查与判断、裁判效力、救济机制等各个方面都要体现人格权请求权的本质特征与实现逻辑。

第三,因为不经过实质审理即可以作出裁判,略式程序的审判节奏较之普通诉讼的简易程序更为简洁明快,审理周期大为缩短,特别适合禁令制度快速作出裁判的特殊要求。美国的临时禁令适用的“summary proceeding”就是这样一种没有对案情进行充分审理(full hearing)就发布命令的略式程序。^④虽然《法国民事诉讼法》没有专门针对人格权禁令程序的程序规则,但长期以来法国法院同时依据《法国民法典》和《法国民事诉讼法》上的临时命令程序发布人格权保护命令,^⑤事实上形成了以略式程序为本质特征的人格权禁令程序。《法国民事诉讼法》(2019年)第484条规定,临时命令是应一方当事人的申请,法官在未审理案件的情况下作出的采取必要措施的临时裁决。第486-1条规定,凡临时措施申请涉及技术人员进行的调查或专家评估,被告人如在聆讯前表示同意该申请,可获豁免出庭。该法根据法国新《司法组织法》在第836-1条增加了“无庭讯程序”,即在临时命令程序中的任何时候,当事人均可达成合意,明确表示在不开庭听审的情况下进行诉讼。《瑞士民法典》为人格权等民事权利的保护规定了防御之诉、停止侵害之诉和确认(侵害违法性)之诉等三种救济途径,但没有规定具体程序规则。2011年1月1日起,上述人格权保护制度的诉讼程序问题由《瑞士民事诉讼法》进行规制。按照该法第248、261、262条的规定,案情清晰无异议的人格权权利救济、法院禁令、(消除不利威胁的)预防措施、排除不法状态的法院命令,均适用简易程序处理。就该法第265条关于禁令审理程序的规定来看,所谓的简易程序具有略式程序的特质:法院对于人格权保护请求应当毫不延迟地进行审理。法院可以决定传唤双方当事人出庭参与

^③ 参见杨立新、袁雪石:《论人格权请求权》,载《法学研究》2003年第6期,第64-66页。

^④ See John Leubsdor, *supra* note 14, 525-566.

^⑤ 参见前注^④,张民安书,第534-545页。

审理,也可以要求被诉当事人提供书面意见。在特别紧迫的情形,尤其是权利面临不能实现的危险时,法院可以不经聆讯对方当事人,立即发布采取预防措施的命令。^{④②}《德国家事程序法》规定的暂时命令程序与之大同小异。

四、禁令程序规则

禁令程序处理的往往是侵害行为和结果尚未实际发生的预防性保护请求,这类请求在侵害行为是否有发生的危险,损害结果是否无法弥补等事实的判断上本来就比较困难,在包含复杂技术因素的商业秘密、发明专利案件中更是如此。而禁令又是一种较为严厉的救济措施,一旦实施必定给被申请人的权利造成重大影响。因此,法院斟酌是否支持禁令申请时常常面临两难境地:如果不及时给予救济,原告可能会遭受无法恢复的损失;但法院在实质审理之前的判断可能是错误的,被告因此也会遭受损失。如何做到既发挥禁令的作用,又尽可能将这种错误及其损失降到最低,同时不突破实体判断所必须的程序保障底线,满足临时救济的可逆性要求,是禁令程序规则设计时要解决的重点与难点问题。

(一) 申请证据与证明标准

为保证禁令的正当性,实体法对禁令的申请设置了较高的门槛,要求申请人提供证据证明其申请具备了实体法规定的条件。例如《民法典》第 997 条规定,民事主体申请人格权禁令,要提供能够证明以下事实的证据:(1) 行为人正在实施或者即将实施侵害其人格权的违法行为;(2) 不及时制止将使其合法权益受到难以弥补的损害。所谓“证明”,应当指能够让法官对申请条件中的要件事实形成内心确信,作出明确判断。根据美国法官的经验,在判断是否发出禁令的时候,需要进行两次调查和评估,将可能错误发出禁令造成损失的几率降到最低。第一步,法院需要分析评估双方当事人对于事实和法律的意见,确定谁更占上风。第二步,法院需要评估对方当事人在禁令发布错误的情况下权利可能遭受的损失。^{④③}因此,禁令程序虽然不是对案件进行实质审理,仍然要求申请人提供的证据能够让法官完成上述评估并作出决定。在请求阻止或责令他人停止侵害人格权的禁令申请中,申请人需要举证证明的对象主要集中于被申请人正在实施的行为或因被申请人行为所造成的人格权受损的危险状态,以及申请人将遭受难以弥补的损失的可能性。申请人不需证明行为人有过错和已经产生的损害结果。^{④④}

申请禁令的证据应当是那些能够让法官通过形式审查就能形成内心确信的证据,称为“表面证据”(prima facie evidence),是指令事实显而易见的外部性强、证明力高的证

^{④②} 参见[瑞]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》,金可可译,载《东方法学》2013年第3期,第136页。

^{④③} See John Leubsdor, *supra* note 14, 541.

^{④④} 参见前注①①,张民安书,第557页。

据,即《德国民事诉讼法》上的“疏明”所指的“可以即时调查的证据”。^{④⑤}这种证据以直接证据为主,通常是书证、物证等法官可以直截了当地作出判断的证据类型。英美法的禁令程序要求申请人提供能强有力地表明 (strong showing) 禁令必要性与正当性的表面证据 (a strong prima facie case)。^{④⑥}法院通常认为,除非原告“明确表明”其胜诉可能性和遭受不可弥补损害的可能性,否则不应当授予其禁令,以免被告的行动自由在没有犯错误的情况下受到限制。^{④⑦}《法国民事诉讼法》(2019年)第835条规定:“为了防止即将发生的损害,或者为了制止明显非法的侵害,法院院长可以紧急命令采取保全措施,或者命令采取必需的恢复原状的措施。即使存在严重争议,亦无影响。”该条规定的“明显非法的”侵害行为,是指那种一目了然、通过形式审查就能判断的显著情形。因此,紧急审理法官在实务中被称为“显然的以及无可争议之事由的法官”。^{④⑧}观察我国诉前申请停止知识产权侵权行为案件的司法实践,法院对证据的要求基本符合上述条件。如在“诺华案”中,申请人为证明商业秘密面临被泄露的危险,提供了下列证据加以证明:(1)被申请人签署的员工手册和劳动合同,证明被申请人对申请人的商业秘密负有保密义务,以及被申请人在职期间成果的知识产权均归属于申请人;(2)涉案879个电子文件及其存储服务器,证明涉案两个项目项下的电子文件属于申请人的商业秘密,相关文件存储于申请人的服务器中,设置了访问权限;(3)鉴定意见,即鉴定机构通过恢复数据得出的结论,证明被申请人在离职前大量访问并转存服务器上的前述文件,并将上述保密文件复制到移动硬盘带走。以上证据主要是书面证据、经公证的证据等外部性很强的证据。反之,如果是间接证据、证人证言等不经过言词辩论难以判断的证据,则不符合禁令申请的条件。

就证明标准而言,民事诉讼证明标准由低到高大致可以分为“初步证明”“可能性较大”“高度可能性”和“排除合理怀疑”等四个层次。“初步证明”是指证明待证事实的存在达到并非没有可能、可以进一步争辩的程度即可,主要适用于起诉证据证明标准。“可能性较大”是指证明事实存在的可能性超过不存在的可能性,主要适用于保全、回避等程序事项的证明标准。“高度可能性”,也叫“高度盖然性”,是民事诉讼案件一般证明标准。“排除合理怀疑”相当于“充分证明”,主要适用于口头赠与、口头遗嘱、欺诈、恶意串通等事实的证明。申请禁令不同于普通诉讼起诉,实体法规定的申请条件高于普通诉讼的起诉条件,因此可以排除“初步证明”这种最低层次的证明标准的适用。

在诉前停止侵害知识产权案件的司法实践中,我国法院通常要求申请人提供的证据

^{④⑤} 《德国民事诉讼法》第294条规定的“疏明”,也译为“说明”,是一种用“可以即时调查的证据”来说明某种事实主张的证明方法。参见前注^{③②},丁启明译书,第81页。

^{④⑥} See Mauro Cappelletti & Joseph M. Perillo, *supra* note 34, 913; Gang Mei, *Interlocutory Injunctions in IP Infringement Actions in England and Wales and in Ireland - American Cyanamid Revisited*, Max Planck Institute for Innovation and Competition, Munich, Feb.19,2015, p.176-201.

^{④⑦} See Eugene J. Metzger & Michael E. Friedlander, *The Preliminary Injunction: Injury without Remedy?* The Business Lawyer, Vol.29:913, p.915 (1974).

^{④⑧} 前注^⑫,罗结珍译书,第806页。

达到“充分证明”的程度。例如在“戴森技术有限公司与苏州捷尚电子科技有限公司等诉前停止侵害专利权纠纷案”中,虽然申请人戴森公司提供证据证明自己是涉案专利权人,证明被控侵权产品对应技术特征与涉案专利独立权利要求各技术特征一一对应,因而完全属于诉争专利权利要求的保护范围。但是法院认为,“根据现有证据,申请人未能充分证明其诉争专利权利要求的稳定有效性,且申请理由中有关行为如不及时制止会使其合法权益受到难以弥补的损害的说明亦并不充分”。^{④⑨}最终认定申请不符合法律规定条件。再如“山东霓虹王电子有限公司与中山市格林曼光电科技有限公司诉前停止侵害专利权纠纷案”,法院指出,申请人提供的证据是一份电子邮件翻译本,对于待证事实而言不是直接证据,无法证明拟出口的货物就是申请人主张的涉诉产品,亦不能证明该产品即将出口国外,不属于不立即采取措施将导致申请人的损失无法弥补的紧急情况。^{⑤⑩}因而法院没有支持申请人的申请。“充分证明”或者“排除合理怀疑”是民事诉讼证明标准中的最高要求,适用于人格权禁令和知识产权禁令程序不乏其正当性,因为这两种禁令都可能涉及重要的权利保护或重大利益竞争,较高的证明标准有助于防止当事人滥用禁令制度损害对方当事人合法权益,或者致禁令沦为不正当竞争的工具。但是,考虑到民事案件当事人搜集证据困难,要求申请禁令的证据一律达到“排除合理怀疑”的程度,似乎过于苛刻,可能有碍禁令制度效能的发挥。

笔者认为,禁令程序申请证据的证明标准应当适用民事诉讼一般证明标准,即“高度可能性”。同时,考虑到当事人在申请阶段可能面临情况紧急、法官需要快速作出判断等特殊情形,具体案件中的证明标准还可以适当降低,达到“可能性较大”或者德国法上的“疏明”方法所要求的证明标准即可。根据《德国民事诉讼法》立法理由和学理解释,所谓“疏明”的证明标准,是指证明程度达到较之“高度盖然性”略低的“优势盖然性”,即法官对相关事实获得相当程度的可能性之印象,同时不完全排除其他可能性的心证状态。这种标准主要用于临时性权利保护,是法官适用简易程序对带有紧迫性的问题作出即时判断时适用的证明标准。瑞士联邦最高法院的判例将之解释为“简单的可能性”。^{⑤⑪}就人格权保护带有公益性质而言,法院在审查人格权禁令申请时,可以依职权调查,弥补申请人举证能力不足的问题。这在人身安全保护令司法实践中已经积累了很好的经验。^{⑤⑫}此外,如果诸如家庭暴力等损害行为曾屡次发生,该事实本身就成为“妨害可能再次发生”这一事实推定的表面证据。申请人只要证明损害行为存在重复发生之危险(Wiederholungsgefahr),就被认为完成了疏明责任,^{⑤⑬}法官应当作出肯定的判断。

④⑨ 参见苏州市中级人民法院(2014)苏中知禁2号。

⑤⑩ 参见广州知识产权法院(2019)粤73行保2号。

⑤⑪ 参见柴永旺:《民事诉讼中的疏明标准适用之新进展——以德国、瑞士的实践为中心》,载《西部法律评论》2021年第1期,第75-76页。

⑤⑫ 参见《最高法、妇联、女法官协会联合发布人身安全保护令十大典型案例》,载中国法院网, <https://www.chinacourt.org/article/detail/2020/11/id/5624494.shtml>, 2021年10月8日访问。

⑤⑬ 参见王洪亮:《妨害排除与损害赔偿》,载《法学研究》2009年第2期,第61页。

（二）审理方式与最低限度程序保障

禁令程序的审理方式主要是形式审查。形式审查是指法官主要依据申请文件和证据材料进行书面审查即作出判断的审理方式。禁令程序并非一律不开庭,是否传唤被告出庭,组织双方当事人当庭言词辩论,属于法官自由裁量权的范畴。例如,《法国民事诉讼法》(2019年)第486-1条和第845条规定,紧急审理法官始终有权命令被告出庭,在言词辩论后作出裁决。同时,法官在法律有专门规定的情况下,有权依当事人申请受理临时命令案件,并根据具体情况决定是否采取对席审理方式。在需要采取紧急措施时,法官可以依当事人申请不开庭审理即发布命令。美国法院在发布中间禁令前,要进行初步听证,听取被告辩论意见;临时限制令则是法院应申请人单方面请求且未经聆讯被告的情况下发布的禁令。

那么,省略了实质审理环节、有时甚至在不开庭审理的情况下就发布命令的禁令程序,何以能发挥程序的正当化机能?禁令程序中,约束法官自由裁量权的主要是实体法规范,而不是当事人的辩论结果。但程序对审判权的约束作用也非常重要。禁令程序采用略式程序的简式保障标准,底限要求是保障当事人的法定听审权。法定听审权是指当事人在民事诉讼过程中,就法院裁判所依据的事实、证据和法律问题,有权陈述意见和表达主张。两大法系国家均将当事人的法定听审权(或称听审请求权)作为判决正义与正确性的前提以及正当程序的底限要求。保障被告得到合法通知并接受听审的机会,是《美国宪法第十四修正案》规定的正当程序的基本内容之一,也是法院裁判生效的第一要件。^{⑤4}在德国,当事人法定听审权被认为事关人性尊严及法治价值,被明确列为宪法保护的基本权利。^{⑤5}《德国基本法》第103条规定的法定听审权主要包括:(1)获得程序通知的权利,是指当事人或利害关系人于诉讼系属之时受合法通知、及时了解相对人陈述内容和阅卷权,即知悉权;(2)提出事实主张和为此提供证据的权利,指在正式程序中提出申请、主张、说明的陈述权;(3)获知对方当事人对事实和法律状况的陈述以及对此发表意见的权利;(4)听取法庭所调查的或者被法院直接考虑的事实和证据的权利。^{⑤6}后面两项法定听审权旨在保障当事人的辩论权。受合法通知权是陈述权、辩论权实现的前提。陈述权和辩论权是法定听审权的核心。法定听审权的程序价值在于:保障可能受裁判影响的当事人对于足以影响裁判结果的重要事项有充分参与的机会,以便他能够衡量实体利益及程序利益,就诉讼行为作出理性的决定。法定听审权的义务主体指向法院,法院相应地承担着包括倾听、释明和完整记录以供查阅职责在内的审酌义务。^{⑤7}

禁令程序对于当事人,特别是被申请人知悉权的保障,重点在于法律文书的送达。《美国联邦地区法院民事诉讼规则》第65(a)规定,初步禁令必须事先通知对方当事人,

^{⑤4} See *Restatement (Second) of Judgments*, at <https://1.next.westlaw.com>(Last visited on Oct 8, 2021).

^{⑤5} 参见姜世明:《非讼案件法新论》,新学林出版股份有限公司2011年版,第40页。

^{⑤6} 参见前注^{⑤3},罗森贝克等书,第571页。

^{⑤7} 参见郝振江:《德国非讼事件程序法的新发展》,载《河南省政法管理干部学院学报》2011年第2期,第101-102页。

否则不得发布。^{⑤8} 当事人有证据证明未收到合法通知的,应当赋予其申请撤销裁判、重新受审的权利。在送达方式上,与简易程序可以采用打电话、捎口信等非正式的方式送达不同,禁令程序的申请书、通知书、裁判文书等法律文书的送达应当采用能够确认当事人收到的正式的方式,原则上应当采用书面方式。

在最低限度上保障当事人和利害关系人的陈述权,要根据禁令程序申请与受理、审查与裁判的不同阶段,结合权利保护的紧急程度加以考量。在申请与受理阶段,法院主要根据申请人的陈述进行审查,决定是否按照禁令程序受理。在决定受理后,应当及时通知对方当事人,征询对方意见,或告知对方可以提出异议或抗辩。如《法国民事诉讼法》(2019年)规定,法官审理临时命令案件原则上应当传唤对方当事人到场接受聆讯,且应确保从传票发出到听讯之间有足够的时间,以便被传唤方准备答辩。被告如在聆讯前表示同意该申请,则可获豁免出庭。在紧急情况下,法官可以不经询问当事人而作出裁判,但事后要通知当事人,并听取当事人意见。因采形式审查,当事人陈述方式主要以书面形式进行,包括申请书、异议书等。在书面意见和证据尚不足以判断时,法官可以口头询问当事人。如果需要判断的事实或法律问题可能影响其他利害关系人,法院认为有必要时还可以采取听证方式。如“诺华案”中,法院就采取了听证方式。美国法院在处理事实不够清楚,以至于法律问题不够明确或没有足够的时间进行考虑的案件时,也倾向于采用听证的方式,而不是冒着让申请人值得保护的权益遭受不可弥补的损失的风险简单地驳回申请。当然,听证只是一种帮助法院迅速作出判断的手段,而不是取代诉讼程序对案件事实进行审理。^{⑤9}

保障被申请人异议权是防止禁令程序被滥用的重要约束机制。禁令程序当事人的异议包括程序异议权与实体抗辩权。程序异议权是当事人指责法院或对方当事人诉讼行为违反程序,主张其无效的权利。^{⑥0} 如当事人以自己未收到合法通知为由提出异议,并有证据加以证明的,禁令程序将恢复到文书送达前的程序状态。实体抗辩权可以是被申请人针对申请人的申请是否符合法律规定的条件提出不同意见,也可能是针对申请人申请保护或实现的权利的合法性、有效性、数额、期限、方式等实体问题行使抗辩权。例如知识产权禁令程序中,被申请人可能提出的抗辩有:申请不符合法定条件;申请证据无法证明申请主张;相关专利权无效或已经失效;被申请人使用专利技术与产品在先;已经停止销售相关产品,没有对申请人的专利权造成很大损失;发布禁令给被申请人造成的损害可能超过申请人要保护的利益等等。

(三) 保证可逆性: 禁令保证金

在英美国家的禁令程序中,临时禁令申请人一般需要提供保证金。特别是临时限制令,法院仅凭申请人单方面的申请就作出判断,意味着法院将法庭尊严和裁判权威建

^{⑤8} See Joseph W. Glannon, *supra* note 17, 74.

^{⑤9} See John Leubsdor, *supra* note 14, 556-557.

^{⑥0} 参见占善刚:《民事诉讼中的程序异议权研究》,载《法学研究》2017年第2期,第113页。

立在没有给当事人充分陈述和辩论的机会而作出决定之上。所以法院在作出禁令决定时,必须仔细权衡原告对事前救济的需要和可能对被告造成伤害的程度两个因素。禁令保证金制度是这两个竞争因素博弈的结果,目的在于为禁令程序设置一种可以逆转的机制:提前为禁令错误可能造成的损害获得事后弥补提供保证。禁令保证金制度的作用有以下几个方面:一是充当过滤器。要求提供保证金可能会让那些对自己的权利主张保护不那么确定的人放弃禁令申请。虽然保证金对申请人来说是一个经济上的负担,或许会导致一些人只是因为无法凑够足够金额的保证金而不能获得事前救济,但这枚硬币的另一面是保护被申请人和法院免受那些不那么正当的申请(虽然未达到恶意诉讼的程度)的困扰。二是充当复原器。一旦最终表明申请人的申请出于恶意或没有正当理由,被告可以利用保证金获得及时的补偿,无需另外提起侵权损害赔偿诉讼。三是充当平衡器。保证金可以减轻法官利益权衡负担,为法院适用略式程序作出决定提供正当性。尤其是在申请人申请禁令的证据表面性不是那么充分,或者情况紧急需要当机立断作出决定的情形中,禁令保证金可以让法院免于在权衡被告可能受到伤害的程度时为难,简化作出决定的程序。即便事后证明禁令是错误的,只要被告受损的利益可以用金钱来衡量,这些保证金可以短时间内让被申请人获得赔偿;而申请人付出这一代价却获得了事前救济,双方的利益得到了平等的保护。这让法院发布禁令的“错误”可以为司法系统所容忍。^{⑥1}

具体案件中申请人应当提交的保证金数额属于法院自由裁量事项。法院应当根据禁令可能给被告造成的损失估计一个合适的金额。禁令保证金的例外情形是,如果原告确属经济困难,或旨在保护公共利益时,法院可以不要求申请人交保,或者确定一个低于被申请人可能受损害数额的金额。^{⑥2}典型如具有公益性质的人格权禁令案件就不应当要求申请人提供保证金。《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》中明确规定申请人不需要提供担保。

(四) 禁令效力性质与有效期

作为实体法上的权利保护手段,禁令程序的裁判效力主要是实体法上的约束力,具体表现为强制实现禁令的执行力。因为没有对主诉案件实质审理,禁令的程序效力是形式确定力(亦称形式既判力),不具有实质既判力。美国法上,无论法院裁定发布禁令还是驳回申请,其裁定理由都不涉及对案件实体问题的判断,不会产生排除当事人以同一理由就案涉民事权利争议提起诉讼的权利。^{⑥3}《法国民事诉讼法》(2019年)第488条也明确规定:“临时命令对主诉案件不具有既判力。”罗森贝克指出,《德国家事程序法》上的临时命令一经颁布即有形式既判力,但不具有实质既判力。^{⑥4}同时,禁令通常用于

^{⑥1} See Harvard Law Review, *supra* note 9, 335-356.

^{⑥2} See *Recovery for Wrongful Interlocutory Injunctions under Rule 65(c)*, Harvard Law Review, Vol.99:828, p.828 (1986).

^{⑥3} See William F. Elliott, *Commentaries on the Law of Contracts: Being a Consideration of the Nature and General Principles of the Law of Contracts and Their Application in Various Special Relations*, Bluebook, 1913, p.742.

^{⑥4} 参见前注^⑬,罗森贝克等书,第1311页。

人格权、知识产权、物权等民事权利的保护。这些权利的共同特点是属于绝对权,即权利实现的绝对性,不得为权利行使附加任何条件,主张权利的请求权没有诉讼时效的限制。例如,权利主体主张物权保护,排除对物权的危害行为,不以加害人有过错为必要条件,也不需要其他人的同意。法官为上述权利保护而作出的禁令也具有绝对性,即对特定事项的命令构成绝对禁止,与当事人的意思没有关系。第三人知情而帮助或者煽动相对人违反禁令同样构成违反禁令。^{⑥5}在这个意义上,人格权、物权禁令效力的主观范围是不特定多数人,其效力是一种对世效力。

禁令一旦生效,就意味着对被申请人的权利和行动自由形成一定的限制。为将这种限制控制在合理限度内,有必要明确临时禁令的有效期限。美国法上的临时禁令救济根据案件情况的不同,可以持续数月甚至数年。^{⑥6}禁令期限过短不足以保护民事权利,过长则对被申请人不公平。民事诉讼法可以规定一个禁令有效期的上限或者法定幅度,赋予法官针对不同禁令类型和具体案件情况酌定禁令有效期的自由裁量权,在满足个案当事人权利保护需要的同时,兼顾对方当事人的合法权益保护。《瑞士民事诉讼法》第 263 条规定,法院可以为禁令申请人指定提交诉状的期间,并告知申请人,指定期间经过申请人未提交诉状的,命令立即失效。^{⑥7}从字面意思看,是否指定起诉时间以及期间的长短属于法院的自由裁量权。如果把禁令期间简单与诉前保全期间相等同,将在无形中否定禁令程序的独立性,并不可取。《德国家事程序法》第 52 条规定,法院作出暂时命令后,关系人可以申请启动主诉案件审理程序。法院在发布暂时命令时可以指定申请启动主诉案件审理程序的期间,该期间不能超过三个月。法院指定期间届满当事人没有提出申请的,不得再提出申请。^{⑥8}

(五) 低门槛救济机制: 异议—撤销

与略式程序的简式程序保障相对应,禁令救济程序门槛不宜过高,不能与普通程序一样适用再审程序,宜采用“异议—撤销”程序进行救济。《法国民事诉讼法》规定,只有在出现新情况的情况下,临时命令才可根据简易程序修改或撤销。在知识产权保护领域,为防止恶意诉讼者滥用禁令制度从事不正当竞争,应当允许案外利害关系人提出异议、申请撤销禁令。为了维护禁令的权威性和实体法的安定性,还应当为异议撤销申请的提出设定合理期限,避免禁令效力处于不确定状态。对此可以比照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第 374 条对特别程序救济规则的解释,该条规定,禁令案件当事人在收到裁判文书之日起 15 日内,利害关系人在知道或应当知道法院作出裁判后 6 个月内,认为禁令确有错误的,可以申请撤销或变更。

至于当事人或利害关系人应当向哪一个法院提出异议,《德国家事程序法》第 54 条第 2 款规定向作出暂时命令的法院提出。但是,考虑到禁令程序对双方当事人利益的

^{⑥5} 参见前注^{③9},杨立新等文,第 68 页。

^{⑥6} See John Leubsdor, *supra* note 14, 525.

^{⑥7} 前注^{④2},贝蒂娜·许莉蔓—高朴等文,第 136 页。

^{⑥8} 前注^{④3},王葆莪等译注书,第 27 页。

影响甚大,有的案件还涉及公共利益,有必要设置上级法院的审判监督机制。特别是当事人对禁令所保护的权利可能存在较大争议、但又确有必要制止明显违法的行为的情况下,法院也会发布禁令,此时特别需要上级法院的审判监督,确保禁令的正当性与合法性。因此,禁令异议原则上应当向发出禁令的上一级人民法院提出。《法国民事诉讼法》(2019年)第490条规定,临时救济令可予上诉,除非该命令是由上诉法院首席法官发出的,或是在终审时发出的。法国最高司法法院的司法解释认为,紧急审理法官在当事人对标的权利存在严重争议的情况下作出裁决的,应当接受最高司法法院的监督。如果造成最高司法法院无法行使监督权的,该裁决应当被撤销。^⑨《美国法典》第28条1292(a)(1)规定,初审法院关于禁令的裁定可以立即上诉,包括授予、维持、修改、驳回或撤销初步禁令的命令。但对临时限制令当事人不能上诉。

Abstract: The preservation system of civil procedure can not meet the requirements of injunction procedure. A temporary injunction procedure is an independent procedure with the dual attributes of entity law and procedural law. Its purpose is not to resolve disputes, but to maintain the status quo of rights. Ordinary procedures cannot accommodate the need for rapid response to an injunction. The essential characteristics of the non-litigation procedure do not correspond to those of the injunction procedure. The theory of staggered application of legal principles of litigation and non-litigation procedure cannot provide theoretical support for the construction of injunction procedure because of its theoretical defects. Summary proceeding meets the need of brief adjudication of injunction procedure. In initiating the injunctive proceedings, the applicant shall provide prima facie facts. The court can make a ruling after a formal review without a full hearing, but cannot exceed the minimum procedural safeguards requirements. Because the injunction is made without a full hearing on the merits of the case, the effect of the injunction is the execution and the formal determination, but no res judicata. A validity period shall be set for the temporary injunction, and use the simple relief method 'objection-revocation'. In order to ensure the reversibility of the injunction procedure, an injunction bond is necessary.

(责任编辑:陈贻健)

^⑨ 参见前注^⑫,罗结珍译书,第808页。