

民事诉讼行为保全制度若干问题的探析

黄龙友

(厦门大学法学院 361005)

【摘要】英美的“中间禁令”制度、德国、日本和我国台湾地区的“假处分”制度、法国的“紧急审理程序”为我国民事诉讼行为保全制度的理论研究和立法工作提供了可靠的参考价值。值此民事诉讼行为保全制度即将在我国法律上确立之际,文章针对目前存在的行为保全制度若干问题进行论述,提出见解,以期推进行为保全制度的理论研究。

【关键词】行为保全;性质;区别;范围

一、前言

2011年公布的《中华人民共和国民事诉讼法修正案(草案)》(以下简称草案)中增加了有关行为保全制度的规定,它对弥补我国民事诉讼法上保全制度的结构性缺陷迈出了重要的一步,是立法工作的进步。在此之前,我国法学界通过借鉴其它国家和地区类似制度对民事诉讼行为保全制度已经做了比较多的理论研究,对于在我国建立行为保全制度的必要性也已达成了共识,现在草案的规定是对行为保全制度理论研究的一种肯定。

本文主要针对笔者比较有心得的行为保全制度若干问题进行探析,主要包括行为保全制度的性质、行为保全的客体与强制措施对象的区别、行为保全与财产保全和先予执行的区别、适用范围等方面。

二、行为保全制度的概念与性质

1、行为保全制度的概念

汉语辞海将“保全”定义为:保护使不受损害或使正常使用。这一定义基本揭示了保全的内涵与功能。目前,我国法律上的保全制度有合同的保全等实体法上的保全,也有财产保全、证据保全等诉讼法上的保全。保全被视为对利害关系人的一种紧急性救济制度,是利害关系人享有的一种权利。行为保全制度是一种与财产保全制度同位阶的保全制度,结合财产保全的概念和草案的规定,行为保全可定义为:人民法院在诉讼、仲裁开始前或诉讼、仲裁过程中,为使利害关系人的合法权益免受难以弥补的损害,避免损害扩大,或将来的生效判决得以顺利执行,依申请或依职权责令被申请人作出一定行为或者禁止作出一定行为的保护性措施。这一概念基本揭示了行为保全制度的价值定位、基本功能、性质等方面的内容,为今后的研究探讨提供了基础。

2、行为保全制度的性质

有关行为保全制度性质的观点多种多样,概括起来大体可分为“程序说”和“强制措施说”两大类,其中“程序说”又分为“非讼程序说”、“特别诉讼程序说”、“简易程序说”、“执行程序说”、“并行说”等多种小类。这些观点有其合理的一面,但又都不够准确。笔者以为,行为保全制度作为保护利害关系人的紧急性救济措施,而为规范这种紧急性救济措施依法进行以避免损害被申请人的合法权益,有必要制定一套程序并依此程序进行,从而保证程序正义。据此,笔者以为行为保全制度具体紧急性救济措施的内在性质和特别程序的外在性质,是一种突破单一性质的混合性质。

三、行为保全的客体与强制措施对象的区别

笔者详阅多篇有关行为保全制度的著作发现它们拥有一个共

同的表述,那就是将行为保全的客体等同于行为保全强制措施的对象,笔者以为这是值得商榷的。行为保全的客体也可称为行为保全的对象、标的,指的应是利害关系人请求保护的物权或债权等实体权利而非“行为”本身,“行为”应是行为保全强制措施的对象,正如财产是财产保全强制措施的对象而非财产保全的客体一样。行为保全客体与行为保全强制措施对象二者从某种意义上讲是一种类似目的与手段的关系,正确区别行为保全的客体与行为保全强制措施对象是必要而有意义的,因为只有对二者的区别有比较清楚的把握,才能避免将行为错视为保全的对象而忽视了需要真正保护的权益,否则,有可能造成南辕北辙的后果,损害了司法的权威性与公正性。

四、行为保全与财产保全、先予执行的关系

行为保全与财产保全的区别是多方面的,包括目的、适用范围、保全对象、措施、审理方式、解除条件等方面存在区别,因此,二者不具有相互替代性,各有独立存在的价值。但行为保全与财产保全的共同点也是明显的,它们都是保护利害关系人合法权益的紧急性救济措施和特别程序,属于保全体系下的同位阶具体保全类型,具有严格的程序性,都只能通过向人民法院提出申请,并由人民法院执行保全行为。同时,二者在必要的情况下,是可以经合使用了,互为补充,以便更充分地保护利害关系人的合法权益。

行为保全与先予执行都是通过责令被申请人作出一定行为或禁止其作出一定行为的方式来保护利害关系人权利的紧急性救济措施,都具有紧急性、简易性等共同特征。当然,二者的区别也是比较明显的,从根本上讲,行为保全并不涉及案件实体争议的内容,而先予执行则是对案件实体争议标的部分或全部的紧急性处理,基于这点区别,决定了先予执行的适用条件要比行为保全更加严格,适用范围也要比行为保全更窄。

五、行为保全的适用范围

法谚云:“没有救济的权利不是权利。”实体权利需要通过程序权利来救济,同时,这种救济要求是及时的,因为“迟到的正义是非正义的”。由于诉讼或仲裁可能需要花费较长的时间,存在对利害关系人的权利迟延性保护,有违正义的精神,为此,国家制定了一系列的紧急救济措施来弥补诉讼或仲裁的迟延性保护缺陷,行为保全正是其中的一项弥补性措施。行为保全体现了法律追求公正与效率的内在价值,是弥补诉讼或仲裁滞后性缺陷的有效方法。因此,行为保全制度的适用性应是普遍性的,行为保全不是民事诉讼所独有的制度,其不但适用于民事诉讼,也可适用于刑事诉讼和行政诉讼,还可适用于仲裁等非诉讼案件,只有这样才能充分发挥行为保全制度的立法精神与立法价值。

【参考文献】

- [1]齐树洁. 民事诉讼法[M]. 厦门大学出版社 2010
- [2]江伟. 民事诉讼法学[M]. 复旦大学出版社 2002
- [3]江伟,肖建国. 民事诉讼中的行为保全初探[J]. 政法论坛 1994 (3)
- [4]董华,范跃如. 试论行为保全—兼论我国诉讼保全的立法体系[J]. 北京审判 2003 (5)