

# 人格权侵害禁令的程序实现

朱 虎

(中国人民大学法学院,北京 100872)

**摘要:**人格权侵害禁令是人格权侵害领域中预防性责任形式的快速实现机制,其独立于先予执行和普通的行为保全,是不必然伴随诉讼程序、具有非暂时性和非保全性的人格权独立保护制度。根据此种实体法功能,禁令的程序模式在价值上要权衡程序的便利高效和当事人的程序利益保障。基于非讼程序法理的发展和现行法,虽然禁令案件是真正的诉讼案件,但仍可将其作为非讼程序的审理对象,并以非讼程序作为禁令的基本程序模式。据此,禁令程序应采用职权探知主义,建立被申请人最低限度的程序保障规则,确立非讼程序和诉讼程序之间的合理转换条件和方式,且禁令程序中的裁定不具有既判力。其他的具体程序规则也应根据非讼程序予以解释构建。

**关键词:**人格权侵害禁令;非讼程序;行为保全;人身安全保护令

中图分类号:DF529 文献标志码:A

DOI:10.3969/j.issn.1001-2397.2022.01.12 开放科学(资源服务)标识码(OSID):



《民法典》第997条规定了人格权侵害禁令规则。据此,最高人民法院《民事案件案由规定》在“非讼程序案件案由”部分新增加了“申请人格权侵害禁令”案由。但是,关于人格权侵害禁令与行为保全的关系仍存在争议。这涉及人格权侵害禁令在功能和体系上的定位差异,由此导致人格权侵害禁令的基本程序模式以及对应的具体程序规则也存在巨大争议。最高人民法院目前启动了关于人格权侵害禁令的司法解释起草工作,同样面临这些基本难题。本文即着眼于此,核心主旨是:根据人格权侵害禁令的功能和体系定位,可以以非讼程序作为禁令程序的基本模式,并注重最低限度的程序保障,据此构建具体的程序规则。为实现此主旨,本文的论证结构如下:首先,分析人格权侵害禁令的功能和体系地位;其次,分析禁令程序以非讼程序作为基本程序模式具有理论上的可行性;再次,通过非诉讼程序法理在禁令程序中的具体展开,进一步证成此种程序模式的可行性;最后,简要分析禁令的其他程序规则。

收稿日期:2021-10-09

基金项目:国家社会科学基金重点项目“民法典多人债之关系及其诉讼构造研究”(21AFX017)

作者简介:朱虎(1982),男,安徽宿州人,中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员,中国人民大学法学院教授,法学博士。

## 一、人格权侵害禁令的功能和体系定位

### (一)人格权侵害禁令的功能定位

依据《民法典》第179条,民事责任除赔偿损失等补救性的形式之外,还有停止侵害、排除妨碍、消除危险等预防性的形式。这两种责任形式的功能截然不同,损害赔偿是使权利人恢复到原有状态的一般性救济;而预防性责任形式是使原告保持在现有状态的具体救济,由此避免损害赔偿中权利人面临的赔偿不充分、损害不可逆以及被损害利益的不可替代等诸多风险。<sup>①</sup> 在经济学理论中,损害赔偿和预防性责任形式可能涉及“责任规则”和“财产规则”“禁易规则”的不同,实质上是交易成本、赔偿的计算成本以及执行成本的不同:当交易成本较低、赔偿的计算成本较高时,就有可能采取预防性责任形式,从而便利当事人后续通过市场确定权利交易的价格甚至禁止交易,但此时执行成本较高。<sup>②</sup> 人格权侵害禁令的构成要件之一是“不及时制止将使其合法权益受到难以弥补的损害”,这主要是指,不及时制止行为人正在实施或者即将实施侵害其人格权的行为,则权利人的合法权益受到的损害具有不可逆性,难以通过其他方式予以弥补,事后的恢复不可能或者极为困难;如损害的发生不具有急迫性,或者即便发生也可通过其他方式完全弥补,则不可使用人格权侵害禁令。<sup>③</sup> 同时,人格权侵害禁令所产生的后果是人民法院“责令行为人停止有关行为”。这表明,人格权侵害禁令是不同于损害赔偿责任形式的预防性责任形式的实现机制之一。

同时,人格权侵害禁令仅适用于人格权侵害领域,且行为人具有致害倾向(propensity),即“民事主体有证据证明行为人正在实施或者即将实施侵害其人格权的违法行为”。行为人正在实施侵害他人人格权的违法行为是指正在发生的侵害,例如,行为人已经在网上发布他人的裸照,如果不及制止,就可能使受害人的名誉、隐私进一步遭受不可逆的重大损害;行为人即将实施侵害他人人格权的违法行为,是指未来有可能发生侵害人格权的现实危险,例如,侵害他人名誉权的文章即将刊载。<sup>④</sup> 这意味着,人格权侵害禁令是预防性责任形式的快速实现机制。

应当注意的是,有观点认为,人格权侵害禁令仅适用于人格权而不能适用于人格利益,毕竟人格利益是否值得保护必须交由人民法院通过审判程序确定,而作为一种高效便捷的实现程序的人格权侵害禁令,其适用范围不应包括那些保护强度较弱的人格利益。<sup>⑤</sup> 但是,该观点可能会导致个人信息、声音、死者人格利益等在出现类似情况时无法获得及时的救济,人格权利益的不确定性当然应被考量,如果某人格利益过分不确定,可认为不符合人格权侵害禁令的要件,但不应在一开始

① [美]理查德·L.哈森:《民事救济法:案例和解释》,吴国喆译,商务印书馆2020年版,第159页。

② See Calabresi and Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 *Harvard Law Review* 1089 (1972). 当然,在法律实践中可能较少有意识地运用此种经济理论,并且当事人在取得预防性责任形式的救济后,很少就此继续谈判, See Ward Farnsworth, *Do Parties to Nuisance Cases Bargain after Judgment? A Glimpse Inside the Cathedral* 66 *U. Chi. L. Rev.* 373 (1999).

③ 黄薇主编:《中华人民共和国民法典解读:人格权编 侵权责任编》,中国法制出版社2020年版,第41页。

④ 黄薇主编:《中华人民共和国民法典解读:人格权编 侵权责任编》,中国法制出版社2020年版,第41页。

⑤ 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3期,第144-145页;周汉华:《平行还是交叉——个人信息保护与隐私权的关系》,载《中外法学》2021年第5期,第1174页。

就直接将人格利益排除出人格权侵害禁令的适用范围。<sup>①</sup>全国人大常委会法工委认为:“本法人格权编第一章关于人格权的一般规定中,所出现的‘人格权’这个语词,一般就包括了法律所明确列举的人格权,也包括了自然人所享有的除明确列举的人格权之外的,基于人身自由、人格尊严产生的其他人格权益。”<sup>②</sup>《最高人民法院关于审理使用人脸识别技术处理个人信息相关民事案件适用法律若干问题的规定》(法释〔2021〕15号)第9条也将人格权侵害禁令适用于其他人格权益。

综上所述,人格权侵害禁令的功能可以被概括为,人格权侵害领域中的预防性责任形式的快速实现机制。

## (二)人格权侵害禁令的体系定位

现行法中,除人格权侵害禁令之外,同样可以快速实现人格权侵权领域的预防性责任形式的机制,可能还有《民事诉讼法》第100条和第101条所规定的行为保全、第106条所规定的先予执行以及《反家庭暴力法》第四章所规定的人身安全保护令。在此需要厘清这些机制之间的相互关系,以在现行法中实现对人格权侵害禁令的体系定位。

比较清晰的是人格权侵害禁令与先予执行之间的关系。根据《民事诉讼法》第107条第1款,当事人之间权利义务关系明确,不先予执行将严重影响申请人的生活或者生产经营,且被申请人有履行能力的,人民法院可以根据当事人的申请裁定先予执行。在《民事诉讼法》第106条规定的基础上,《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》(以下简称“《民事诉讼法解释》”)第170条第(一)、(二)项将“需要立即停止侵害、排除妨碍的”和“需要立即制止某项行为的”也列入先予执行的适用范围,由此先予执行的适用对象由财产扩张到行为,与行为保全制度产生了一定交叉。但是,先予执行应当在受理案件后终审判决作出前采取(《民事诉讼法解释》第169条),要经人民法院开庭审理后才能作出,由此无法实现案件受理且开庭审理前的权利保护。

较为困难的是人格权侵害禁令与行为保全之间的关系。有观点明确将人格权侵害禁令理解为一种行为保全<sup>③</sup>;也有观点虽未如此理解,但主张按照行为保全的程序规则构建人格权侵害禁令的程序规则<sup>④</sup>;另有观点明确将两者区分开<sup>⑤</sup>,但此种观点的有些主张者仍在程序规则中将两者等同。的确,《民法典》第997条的措辞与《民事诉讼法》第100、101条的措辞极为相似,这很容易将人格权侵害禁令作为一种行为保全。同时,《民法典》第997条中的“依法”也具有一定的模糊性,认为人格

<sup>①</sup> 持同样观点的有:王利明:《隐私权与个人信息的规则界分和适用》,载《法学评论》2021年第2期;丁宇翔:《民法典保护个人信息的三种请求权进阶》,载《人民法院报》2020年9月25日,第005版。

<sup>②</sup> 黄薇主编:《中华人民共和国民法典解读:人格权编 侵权责任编》,中国法制出版社2020年版,第19页。

<sup>③</sup> 姚辉:《当理想照进现实:从立法论迈向解释论》,载《清华法学》第2020年第3期,第58-59页;杨立新:《我国民法典人格权立法的创新发展》,载《法商研究》2020年第4期,第24-25页;张红:《〈民法典(人格权编)〉一般规定的体系构建》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2020年第5期,第164页;袁雪石:《民法典人格权编释论》,中国法制出版社2020年版,第165页以下。

<sup>④</sup> 陈甦、谢鸿飞主编:《民法典评注 人格权编》,中国法制出版社2020年版,第58-59页。

<sup>⑤</sup> 王利明:《论侵害人格权禁令的适用》,载《人民司法·应用》2020年第28期,第56页;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942-943页;吴英姿:《人格权禁令程序研究》,载《法律科学》2021年第2期,第136-138页;郭小冬:《人格权禁令的基本原理与程序法落实》,载《法律科学》2021年第2期,第147-148页;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3期,第141页;徐伟:《〈民法典〉人格权侵害禁令的法律适用》,载《法制与社会发展》2021年第6期,第203页。

权侵害禁令是一种行为保全者。可以主张将“依法”解释为依据《民事诉讼法》等法律所规定的行为保全,故《民法典》第997条仅是不完全规范,需要结合现行法中行为保护的规则予以适用;但认为人格权侵害禁令不同于行为保全者,可将“依法”解释为仅是依据法律所规定的程序,但这些程序规则并不限于甚至并非现行法中的行为保全规则。<sup>①</sup>

但是,从体系解释的角度,《民法典》第997条是在现行法关于行为保全的规则之外增加的规则,这意味着前者可能具有独立于行为保全的特殊功能,否则完全没有必要规定。从历史解释的角度,《民法典各分编草案》(一审稿)第780条曾规定:“民事主体有证据证明他人正在实施或者即将实施侵害其人格权的行为,如不及时制止将会使其合法权益受到难以弥补的损害的,可以在起诉前依法向人民法院申请采取责令停止有关行为的措施。”在二审稿中将“可以在起诉前”修改为“有权”,《民法典》沿用这一修改。之所以删除一审稿中的“起诉前”这个要件,目的就是要将人格权侵害禁令与行为保全,尤其是诉前行为保全区分开来,人格权侵害禁令具有独立于行为保全尤其是诉前行为保全的功能。

特别值得注意的是,现行法中的行为保全制度均为程序范畴的保全,必然要与诉讼程序联系在一起,诉中的行为保全必须在受理案件后申请,而诉前的行为保全是在人民法院采取保全措施后三十日内依法提起诉讼或者申请仲裁,且保全范围必须与本案诉讼有关。如果将人格权侵害禁令纳入行为保全,这可能会倒逼当事人不得不提起诉讼或者申请仲裁维系禁令的效力。这样一来,势必减损人格权侵害禁令的权利保护效能。因此,人格权侵害禁令作为一种实体上的行为禁令,是与程序上的行为保全不同的,是独立于民事诉讼法所规定的行为保全之外的不必然伴随诉讼程序、具有非暂时性和非保全性的直接实现权利的,具有实体法效果的制度。<sup>②</sup>当然,将《民法典》第997条解释为包括抑或不包括行为保全,共识在于是:《民法典》第997条不排除行为保全的适用可能性,且具有独立于行为保全的功能。

还值得考虑的是人格权侵害禁令与《反家庭暴力法》第四章所规定的人身安全保护令之间的关系。如上所述,现行法中的行为保全制度具有依附于本案诉讼的暂时性和附随性特点,但是,人身安全保护裁定的申请、审查、执行、变更和撤销均具有一定的独立性,不一定以离婚等家事诉讼的提起或者程序进行为前提条件,“可以说人身安全保护令是从民事诉讼法中的行为保全制度发展出来的一项新的法律制度”<sup>③</sup>,人身安全保护令可被认为是一种特殊类型的行为保全。但是,因为家庭暴力的受害人可以独立于诉讼单独提出申请,人身安全保护令又被认为一种特别程序。<sup>④</sup>不论将人身

<sup>①</sup> 在全国人大常委会法工委的释义书中,虽然在禁令程序中列举了现行法行为保全的一些规则,但并未排除其他程序规则的可能性,参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典解读:人格权编 侵权责任编》,中国法制出版社2020年版,第42页。

<sup>②</sup> 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943页;郭小冬:《人格权禁令的基本原理与程序法落实》,载《法律科学》2021年第2期,第147-148页。就此,经常被作为《民法典》实施前人格权侵害禁令适用典型案例的“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),恰恰是诉前行为保全而非禁令的适用。

<sup>③</sup> 全国人大常委会法工委委员会社会法室:《中华人民共和国反家庭暴力法解读》,中国法制出版社2016年版,第105页。

<sup>④</sup> 王亚新、陈杭平、刘君博:《中国民事诉讼法重点讲义》(第2版),高等教育出版社2021年版,第256页;吴英姿:《人格权禁令程序研究》,载《法律科学》2021年第2期,第137-138页。2008年最高人民法院发布的《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》第31条第2、3款即将人身安全保护裁定纳入诉前行为保全范畴;但《反家庭暴力法》中不再有类似表述而将人身安全保护令与诉讼脱钩,《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》(法释〔2016〕15号,以下简称“《人身安全保护令批复》”)中认为人身安全保护令案件“可以比照特别程序进行审理”。

安全保护令程序理解为特殊的行为保全还是非讼程序中的特别程序,共识在于:该程序不必然伴随诉讼程序的提起和进行。据此,人身安全保护令的立法考量与人格权侵害禁令的立法考量是一致的,只是由于人身安全保护令仅局限于家庭暴力领域,且仅涉及家庭暴力所侵害的生命权、身体权、健康权等人格权的保护。人格权侵害禁令对此予以扩展,不仅适用于家庭暴力,而且扩展适用于所有的侵犯人格权行为;不仅涉及生命权、身体权、健康权的保护,而且扩展涉及所有人格权的保护。<sup>①</sup>

综上所述,人格权侵害禁令的体系定位可以概括为:人格权侵害禁令独立于先予执行和普通的行为保全,是不必然伴随诉讼程序、具有非暂时性和非保全性的对人格权的独立保护制度;人身安全保护令是人格权侵害禁令在反家庭暴力领域中的特殊运用,故人格权侵害禁令规范与人身安全保护令规范是一般法和特殊法的关系。

## 二、非讼程序作为人格权侵害禁令的基本程序模式

### (一)程序模式争论中的同异

由于名称的相似,人格权侵害禁令很容易让人联想起英美法中的禁令,由此就有可能主张按照英美法的禁令程序构建人格权侵害禁令程序。但是,在英美法中,禁令在历史上是不同于普通法的衡平法救济方式,其可以区分为永久禁令(permanent injunction)和预先禁令(interlocutory injunction)。前者是诉讼程序完成后对实体问题作出的终局裁判;后者是在实体判决前作出的,根据是否给予被申请人听证机会和时限,又可以进一步区分为临时限制令(temporary restraining order)和预备禁令(preliminary injunction)<sup>②</sup>。故此,英美法禁令制度涵盖了实体性的和程序性的、保全性的和非保全性的规定,根据禁令的种类规定不同的条件和程序,既类似于我国法律中的停止侵害、排除妨碍和消除危险的终局裁决,也类似于我国法律中的保全以及人格权侵害禁令。<sup>③</sup>按照英美法禁令程序构建人格权侵害禁令程序,忽视了英美法中不同禁令的程序,并且不符合我国《民事诉讼法》中诉讼程序、行为保全等既有规范,造成叠床架屋,致使体系过于复杂化以及法律适用混乱。

在此前提下,关于禁令的程序模式仍存在争论。一种观点认为,禁令是一种涉及权利义务的实体措施,具有争讼性,故应当采取诉讼解决原则,程序的设置必须给予当事人最低的程序保障,同时为避免影响禁令裁决的效率,要兼顾程序正义和效率,可以考虑将禁令程序设置为准诉讼程序,兼具诉讼程序和非讼程序的特征。<sup>④</sup>另一种观点认为,禁令程序属于非讼程序,如果将其理解为诉讼

<sup>①</sup> 程啸:《论我国民法典中的人格权禁令制度》,《比较法研究》2021年第3期,第142页;持不同观点的有:徐伟:《〈民法典〉人格权侵害禁令的法律适用》,载《法制与社会发展》2021年第6期,第204页。在《民法典》实施之前,有的人民法院就将人身安全保护令嫁接到对医疗卫生人员的保护,也有观点认为可以将人身安全保护令扩展适用于对法官的保护。

<sup>②</sup> 参见[美]理查德·L.哈森:《民事救济法:案例和解释》,吴国喆译,商务印书馆2020年版,第203页以下;毕潇潇、房绍坤:《美国法上临时禁令的适用及借鉴》,载《苏州大学学报(哲学与社会科学版)》2017年第2期,第86页以下。

<sup>③</sup> 这也是《民法典》第997条在表述上不使用禁令的原因,以避免与英美法禁令的混淆;但《民事案件案由规定》称之为禁令,本文且从之。

<sup>④</sup> 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944页;郭小冬:《人格权禁令的基本原理与程序法落实》,载《法律科学》2021年第2期,第149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。

程序,则会导致人格权侵害禁令程序的效率低下,导致人格权侵害禁令的规范目的无法实现。<sup>①</sup> 还有观点是在实质上将人格权侵害禁令理解为在行为保全的基础上,以行为保全的程序模式构建人格权侵害禁令的程序模式。<sup>②</sup>

这些不同观点具有一些价值共识,即:一方面基于人格权侵害禁令的功能定位,考量程序的便利高效,另一方面基于现代法治理念,考量当事人的程序利益保障。这两种价值考量存在一定的矛盾,前一种价值考量应当通过职权主义实现,而后一种价值考量则应当通过当事人主义实现。不同观点所存在的差异,仅是实现相同价值共识的技术手段的差异。抛开上文所述的现行法上的行为保全制度与人格权侵害禁令制度之间的差异不论,即使将禁令程序理解为行为保全程序,仍会因为禁令具有非暂时性和非保全性的特征,为实现当事人的程序保障,而使得审理程序本案化。如此,就仍有必要在行为保全的程序设置中,区分暂时性、保全性的行为保全程序和非暂时性、非保全性的行为保全程序,从而仍然会在行为保全的模式内部存在程序模式的区分。《民事诉讼法》等现行法仅以暂时性、保全性的行为保全程序为原型构建了具体程序规则,这势必要重新构建人格权侵害禁令的具体程序规则,克服现有的行为保全规则所存在的必然伴随诉讼的提起和进行、时限较短、提供担保以及程序本案化等各种缺陷。由此所导致的立法和适用成本,较之前两种观点的建构思路,不见得要降低多少。

如此,需要重点考虑的就是前两种思路。前两种思路同样存在上述价值共识,结论的差异可能要归因于两者所理解的非讼程序的基本原理的不同。第一种思路将非讼程序理解为纯粹的职权主义,当事人完全成为程序客体,所适用的对象也仅是一般非讼事件。而第二种思路可能认为非讼程序虽然是职权主义主导,但仍容纳了最低限度的当事人程序保障规则,当事人并非是完整的程序客体,所适用的对象也并非仅仅是一般非讼事件,而且应包括部分的真正诉讼事件。这些事件是适用诉讼程序还是非讼程序并无严格的界分。换言之,前两种思路所理解的非讼程序是不同的,故而导致了结论上的差异。据此,应当先将非讼程序的法理结合《民事诉讼法》相关规范进行一般性的分析。

## (二) 非讼程序法理和人格权侵害禁令

传统上将非讼程序理解为司法权基于国家监护作用行使行政权<sup>③</sup>。所处理的原初对象是某种法律状态的权威性宣告和确认等具有非争讼性的案件。要求程序简单、快速审理,强调事务处理的快捷而非程序保障,由此一般由基层人民法院管辖、原则上独任审理、审查方式原则上采取书面审理主义、程序上以不公开审理为主、禁止上诉和程序期限较短。案件处理不采取“两造”对立的程序结构,不以当事人主义为原则,采取职权干预、职权探知、职权进行、职权裁量等职权主义,证明上采

<sup>①</sup> 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3期,第142-143页。《民事案件案由规定》也将“申请人格权侵害禁令案件”与“申请保全案件”一同规定于“非讼程序案件案由”部分。

<sup>②</sup> 陈甦、谢鸿飞:《民法典评注 人格权编》,中国法制出版社2020年版,第58-59页;袁雪石:《民法典人格权编释论》,中国法制出版社2020年版,第165页以下。

<sup>③</sup> [日]伊藤真:《民事诉讼法》,曹云吉译,北京大学出版社2019年版,第5页。非讼程序不完全等于《民事诉讼法》的特别程序。章武生:《非讼程序的反思与重构》,载《中国法学》2011年第3期,第82-90页;《民事诉讼法解释》第297条第(一)项和第380条将特别程序、督促程序、公示催告程序、破产程序等作为非讼程序,但特别程序中的选民资格案件比较特殊。

取自由证明或者证明标准较低的疏明。<sup>①</sup>

但是,非讼程序与诉讼程序的区别本来就是相对的,两种程序之间具有流动性。从描述的视角来看,裁量性和对审性较强的案件是强调程序保障的诉讼案件,相反是非讼案件,但有些案件处于中间地带。<sup>②</sup> 非讼程序的审理对象在德、日等国也不限于一般的非讼事件,还包括一些真正的诉讼事件<sup>③</sup>,即“诉讼案件的非讼化”现象。我国《民事诉讼法》在修法时即将担保物权实现的程序纳入非讼程序。即使《民事诉讼法》第 177 条规定了特别程序的法定类型,我国非讼程序的适用范围也在不断扩张,除了法定的案件类型之外,《民法典》通过“申请”表明可被纳入非讼程序审理对象的还包括:申请确定、指定、变更监护人和申请撤销、恢复监护人资格,申请公司清算,申请指定遗产管理人等。<sup>④</sup> 《民法典》第 997 条也特意采用了“申请”,至少初步表明该类型案件并非属于诉讼程序的审理对象。如果观察比较法上的非讼程序审理对象,非讼程序审理的真正诉讼案件多以公益性强、持续性法律关系或者事实、需法官裁量性、需迅速处理、多具有形成作用作为主要特点。<sup>⑤</sup> 人格权侵害禁令事件可能会涉及“两造”之间的争议,是真正的诉讼事件,但是,真正的诉讼事件不见得必然对应于诉讼程序,其同样也可能成为非讼程序的审理对象。基于人格权侵害禁令事件本身的公益性、可能的持续性、紧迫性、法官裁量性等特点,更有理由将人格权侵害禁令作为非讼程序审理对象。

如果非讼程序扩展适用于人格权侵害禁令事件,同时采取职权主义,就可能导致当事人的程序利益保障不足。这也是主张将人格权侵害禁令程序构造为准诉讼程序的最重要理由。但是,程序保障的基本理念在非讼程序中并非毫无价值,即使不采诉讼程序中辩论主义那样严格的形式,仍需给予实质的主张和举证机会。<sup>⑥</sup> 德、日近年来的非讼程序改革也是在坚持职权主义以保障程序的效率前提下,着力构建关系人在非讼实践审理中的程序保障机制,维护关系人最低程度的程序性权利。<sup>⑦</sup> 但即使如此,毕竟非讼程序中的程序保障机制存在限度,否则,非讼程序的过度本案化会导致程序效率的低下。故还需细致考量非讼程序和诉讼程序的合理转换机制。即使将人格权侵害禁令作为非讼程序的审理对象,通过非讼程序中当事人的程序保障机制以及非讼程序和诉讼程序的合理转换机制,仍可避免当事人程序利益的受损。

据此,侵害人格权所可能导致的停止侵害、排除妨碍和消除危险责任形式就有可能以三种方式实现:经诉讼程序审理以后作出终局裁决,保全程序中作出裁定,人格权侵害禁令的非讼程序。为

<sup>①</sup> 江伟、肖建国主编:《民事诉讼法》(第 8 版),中国人民大学出版社 2018 年版,第 397-398 页;王亚新、陈杭平、刘君博:《中国民事诉讼法重点讲义》(第 2 版),高等教育出版社 2021 年版,第 407 页。

<sup>②</sup> 张卫平:《民事诉讼法》(第 5 版),法律出版社 2019 年版,第 465 页;魏大晓:《新非讼事件法总则问题解析》,载《月旦法学杂志》2005 年总第 123 期,第 264-265 页。

<sup>③</sup> 郝振江:《非讼程序研究》,法律出版社 2017 年版,第 81 页以下。学者也多主张拓展非讼程序的适用范围以实现程序分类,傅郁林:《小额诉讼与程序分类》,载《清华法学》2011 年第 3 期,第 53 页;肖建国:《回应型私法下的程序选择与程序分类——民事诉讼程序建构与立法的理论反思》,载《中国人民大学学报》2012 年第 4 期,第 10-11 页。

<sup>④</sup> 最高人民法院《民事案件案由规定》也将这些作为非讼程序案件案由。比较法上,尤其是《德国民法典》中,“申请”和“请求(诉)”是适用非讼程序或者诉讼程序的重要区别,我国《民法典》对这两个术语的使用虽然并不十分工整,但仍可大致区分。

<sup>⑤</sup> 郝振江:《非讼程序研究》,法律出版社 2017 年版,第 100-102 页。

<sup>⑥</sup> [日]伊藤真:《民事诉讼法》,曹云吉译,北京大学出版社 2019 年版,第 7 页。有学者将诉讼程序和非讼程序的此种区别总结为“对抗”与“协同”。赵蕾:《非讼程序论》,中国政法大学出版社 2013 年版,第 62-71 页。

<sup>⑦</sup> 郝振江:《非讼程序研究》,法律出版社 2017 年版,第三、四章。

使得这三种程序相互衔接配合,避免出现当事人实体人格权益保护的漏洞或者程序上的叠床架屋<sup>①</sup>,需要考虑以下方面:第一,禁令的非讼程序可以方便快捷地保护人格权,避免不可逆的损害,但在非讼程序中要考量最低限度的程序保障机制;第二,非讼程序和诉讼程序的顺畅衔接,一方面要考虑非讼程序裁定在诉讼程序中的效力问题,另一方面,禁令的非讼程序在一定条件下可以通过合理方式转换为诉讼程序,同时通过诉前和诉中的行为保全解决快捷保护人格权的问题。相应地,如果将禁令作为非讼程序的审理对象,则在程序构建中应考虑的重点问题就包括:程序中的最低限度的程序保障机制,裁定在诉讼程序中的效力,非讼程序和诉讼程序的转换条件和转换方式。

即使将人格权侵害禁令程序作为行为保全程序构建,如上所述,仍然要考虑对禁令特别规定较长时限、允许不提供担保、通过疏明标准避免保全程序本案化以及构建特别速裁程序等问题。人格权侵害禁令程序模式的争论仅是程序构建起点和基础的争论。事实上,无论对禁令采取何种程序模式,都无法避免程序之间的衔接配合、程序效率和程序保障的权衡等问题,所潜藏的想法可能就是通过人格权侵害禁令整体反思我国既有的行为保全、准诉讼程序或者非讼程序制度。既然如此,程序构建起点和基础的争论就容纳不同可能性,但不可回避的仍然是上述实质性问题,这也充分体现了不同程序法理之间的交错可能。这同时意味着,本文的立场更多是尊重现行法,即使构建禁令程序规则也尽量以现行民事诉讼法规则的适度延伸作为基础,而暂不考虑大的体系性变化。

### 三、非讼程序法理在人格权侵害禁令程序中的规则展开

如果将人格权侵害禁令作为非讼程序的审理对象,在具体程序规则的构建中,由于其是快速实现人格权保护的程序,可以以《反家庭暴力法》第四章所规定的人身安全保护令程序为基础,参考快速实现担保物权的实现担保物权案件的特别程序以及快速实现金钱债权的督促程序的具体程序规则,借鉴现有的行为保全规则中与人格权侵害禁令密切相关的规则,分析同异,同时注重上文所述的非讼程序构建中的重点问题。

#### (一) 职权探知和最低程序保障

既然人格权侵害禁令适用非讼程序,依据《民事诉讼法》第178条,人格权侵害禁令案件由审判员一人独任审理,在必要时可以由审判员组成合议庭审理。在人格权侵害禁令的案件审理中,根据非讼程序法理,并非“两造”对立结构,故采职权探知主义,即人民法院有权并有责任就构成裁判基础的事实与证据进行收集。与辩论主义相对,职权探知主义具体体现为:(1)当事人没有主张的事实人民法院也可以作为裁判资料,必要时应当作为裁判资料;(2)当事人之间没有争议的事实人民法院也可以不作为裁判资料,人民法院可以就承认的事实进行证据调查,可以做出与当事人承认相

<sup>①</sup> 广州互联网法院(2021)粤0192民初10232号之二《民事裁定书》中认为:“关于处理本禁令申请的程序问题,本院认为根据人格权侵害禁令制度的立法精神,综合考虑诉中人格权侵害禁令的法律效力、救济程序以及实施方式与效果,比照诉中行为保全程序处理”;同时,“因本案禁令是在案涉诉讼请求待决状态下作出,故其效力具有临时性。结合本案具体情况,本禁令效力维持至申请人与二被申请人网络侵权责任纠纷案裁判发生法律效力时止”。但是,首先,“比照”的具体含义并不清晰;其次,这会导致禁令制度和诉中行为保全制度的叠床架屋。在该裁定书所涉情形中,更好的方式是通过直接适用诉中行为保全实现相同的裁判目的。

悖的认定;(3)当事人没有申请的证据人民法院也可以调查,必要时应当进行调查。<sup>①</sup>就此,在事实调查层面,人民法院可以依职权采取除证据调查方法之外的收集资料的方法<sup>②</sup>;在证据调查层面,采用不同于严格证明的自由证明逻辑,法官可以依职权自由使用一切有利于其对案件事实形成内心确信的证明方式,在裁判资料形成上的裁量权较大。因此,在人格权侵害禁令案件中,法官的审查方式以书面审查为主,如果证据的证明力有显著性,法官可直接作出判断,但在申请人提供的证据材料的证明力显著性不够充足,人民法院必要时可依职权调查相关事实。相应地,申请人和被申请人具有人民法院调查时的协助义务,依据是《民事诉讼法》第13条第1款中的诚实信用原则。同时,由于程序快捷的要求,禁令中的证明要求不能等同于诉讼程序的证明要求,无须达到高度盖然性的要求,但由于禁令涉及对方当事人利益甚至公共利益,且并不必然伴随诉讼,故也不宜采取较低的初步证明标准。可参考《民事证据规定》第86条第2款关于诉讼保全的规则<sup>③</sup>,人民法院结合当事人的说明、相关证据以及调查等,认为侵权行为存在的可能性较大时,即申请人主张为真的盖然性较其主张为伪的盖然性具有优势时,可以认定该侵权行为的存在。<sup>④</sup>

即使如此,为实现对被申请人最低限度的程序保障,有必要在人格权侵害禁令的非讼程序中,考量此种程序保障机制。首先,要保障被申请人的意见陈述权。依据《民事诉讼法》第159条结合第177条,被申请人应当有陈述意见的权利。<sup>⑤</sup>这一方面体现为人民法院一般应当询问被申请人,甚至在必要时可以组织听证。只有侵权行为特别清晰且不立即作出禁令将显著造成或者增加申请人难以弥补的损害(例如,在网络上发布他人裸照)、询问可能影响禁令措施的执行、情况紧急且无法联系到被申请人或者联系被申请人有困难等特殊情况下才可以不询问被申请人。另一方面体现为被申请人有在一定期限内提出异议的权利,同时说明理由并提供相应的证据材料,相应地,人民法院对被申请人的异议具有斟酌义务而应当进行审查。<sup>⑥</sup>但无论异议还是听证,都不是按照对审原则设计的,不采取诉讼程序的开庭审理的方式,而属于法官职权调查过程。<sup>⑦</sup>其次,要保障被申请人的获悉通知权和笔录查阅权,例如,驳回申请或者作出禁令的,应当向申请人、被申请人送达裁定

① 郝振江:《非讼程序研究》,法律出版社2017年版,第107页。

② 例如,《民事诉讼法》第185、188、192条规定的人民法院应当发出公告,必要时可以进行鉴定、要审查核实;《民事诉讼法解释》第370条规定实现担保物权案件中,可以询问申请人、被申请人和利害关系人,必要时可以依职权调查相关事实。

③ 关于行为保全的证明标准分析,参见任重:《我国诉前行为保全申请的实践难题:成因与出路》,载《环球法律评论》2016年第4期,第101页以下。

④ 同样的观点参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典解读:人格权编 侵权责任编》,中国法制出版社2020年版,第41页;郭小冬:《人格权禁令的基本原理与程序法落实》,载《法律科学》2021年第2期,第152页。在人身安全保护令中,申请人身安全保护令对证据的要求不能太高,不能等同于离婚案件中对家庭暴力证据的要求,参见全国人大常委会法制工作委员会社会法室:《中华人民共和国反家庭暴力法解读》,中国法制出版社2016年版,第95页。《瑞士民事诉讼法》第261条第1款也要求不必严格意义上确信,但应认为其为(极有可能)真实,对于主要的请求应存在有利的征兆,参见[瑞士]贝蒂娜·许莉蔓-高朴、耶尔格·施密特:《瑞士民法:基本原则与人法》,纪海龙译,中国政法大学出版社2015年,第323页。另有观点认为应当居于行为保全和普通诉讼的证明标准之间,参见徐伟:《〈民法典〉人格权侵害禁令的法律适用》,载《法制与社会发展》2021年第6期,第211-214页,但其似乎未从程序区分衔接视角通盘考虑。

⑤ 例如,《民事诉讼法解释》第370条规定实现担保物权案件中,可以询问申请人、被申请人、利害关系人;《人身安全保护令批复》中认为,是否需要就发出人身安全保护令问题听取被申请人的意见,由承办法官视案件的具体情况决定。

⑥ 例如,《民事诉讼法解释》第368条第2款规定实现担保物权案件中,被申请人有权提出异议,同时第371条第2款规定人民法院对异议应一并审查。

⑦ 吴英姿:《人格权禁令程序研究》,载《法律科学》2021年第2期,第140页。

书,只有在向被申请人送达裁定书可能影响禁令实施的,人民法院才可以在采取措施后及时向被申请人送达裁定书。再次,要保障当事人的复议权,参照《反家庭暴力法》第31条规定,考虑到原审人民法院复议更具有便利性,并且原审人民法院复议效率高,案件材料不需要在人民法院之间转移,复议裁定的作出更为迅速及时,申请人对驳回申请不服或者被申请人对人格权侵害禁令不服的,可以自裁定生效之日起五日内向作出裁定的人民法院申请复议一次,人民法院依法作出人格权侵害禁令的,复议期间不停止禁令的执行。在复议时,可以由原审判组织进行复议,人民法院认为必要的,也可以另行指定审判组织进行复议。人民法院应当对当事人提出的复议申请进行全面审查,必要时可以组织听证。对禁令不服的复议申请理由成立或者部分成立的,作出新的裁定撤销或者变更原裁定;理由不成立的,裁定驳回。对驳回申请的裁定不服的复议申请理由成立的,裁定撤销原裁定,并依法作出人格权侵害禁令;理由不成立的,裁定驳回复议申请。但是,根据《民事诉讼法解释》第380条,对适用非讼程序审理的案件,当事人不得申请再审,人格权侵害禁令案件同样如此。

## (二) 审查重点

人民法院应当重点审查是否符合《民法典》第997条的要件。<sup>①</sup> 首先,要审查被申请人是否正在实施或者即将实施侵害他人人格权的违法行为。此时,仍要根据《民法典》第998条,动态地综合权衡各种因素。要区分正在实施的和即将实施的侵害行为,前者的审查更为容易和方便。区分第一次侵害和第一次之后的侵害,前者的审查要求更高。<sup>②</sup> 区分人格权的不同类型,对生命权、身体权、健康权而言,审查可以从宽,而对侵害名誉权、隐私权等人格权而言,需要与其他价值保护相平衡,审查要求更高。当然,还要审查是否可能存在抗辩事由,如果行为人方面涉及的公共利益较强,则有可能并非是违法行为而不能作出禁令,这就要区分不同的行为目的。如果行为人实施的是新闻报道、舆论监督等行为,依据《民法典》第999条,需要对权利人的个人利益以及对新闻批评、舆论监督可能产生的影响作妥当的利益平衡,审查时应当更加审慎。

其次,还要审查是否不及时制止将使人格权主体遭受到难以弥补的损害。此时,可以根据权利人的具体情况、人格权的类型、侵害行为的性质等,对权利人因侵害行为所遭受的不利以及行为人被责令停止有关行为所遭受的不利,加以衡量比较,进行综合评估。<sup>③</sup> 例如,侵犯生命权、身体权和健康权,就当然符合该要件;而对精神性人格权和标表性人格权进行的侵犯,则只要具有造成精神损害的可能,就可以认定符合该要件;如果是未经权利人同意对姓名、名称、肖像等进行商业化利用,此种侵权行为就大多不会导致难以弥补的损害,即使损害难以计算,也可以根据《民法典》第1182条规定确定赔偿数额,一般不认为符合该要件,除非同时导致人格权主体的名誉权等其他人格权受损。<sup>④</sup> 如果人格权主体是企业,则一方面因为企业更为类似于自然人中的公共人物,应当容忍

① 《最高人民法院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》第6-8条、第10条规定具有一定的参考价值。

② 王泽鉴:《人格权法》,北京大学出版社2013年版,第390页。

③ 黄薇主编:《中华人民共和国民法典解读:人格权编 侵权责任编》,中国法制出版社2020年版,第41页;[美]理查德·L.哈森:《民事救济法:案例和解释》,吴国喆译,商务印书馆2020年版,第172页。

④ 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3期,第146页;徐伟:《〈民法典〉人格权侵害禁令的法律适用》,载《法制与社会发展》2021年第6期,第206页。

对商品和服务质量所提出的合理批评,在判断是否是违法行为时应当更为慎重<sup>①</sup>;此时也较小可能构成难以弥补的损害。但是,也不应绝对排除对企业人格权的保护禁令,以避免出现“造谣动动嘴,辟谣跑断腿”的实践困境。

在审查过程中,人民法院无须审查被申请人是否具有过错,依据《民法典》第 1167 条,停止侵害、排除妨碍和消除危险不以过错为前提。<sup>②</sup>同时,也无须审查在可能的诉讼程序中的胜诉可能性<sup>③</sup>,即使在诉前保全程序中,胜诉可能性也仅是一种体现慎用诉前行为保全的政策工具,不宜作为前提条件<sup>④</sup>。在并非必然伴随诉讼的非讼程序中更是如此,法官也很难在非讼程序中于短时间内且信息不充分的情形下作出胜诉率的预判。被申请人是否具有赔偿能力也无须被审查,否则就会产生被申请人富有即不能寻求禁令、贫穷就能够寻求禁令,如此富有者就比贫穷者有更多机会。<sup>⑤</sup>

### (三) 审理期限和结果

为实现人格权侵害禁令的制度目的,考虑到程序迅捷性的要求,较之《民事诉讼法》第 180 条所规定的特别程序的审理期限,人格权侵害禁令的审理期限应当缩短。《反家庭暴力法》第 28 条则规定人民法院应当在 72 小时内作出裁定,情况紧急的,应当在 24 小时内作出。考虑到暴力侵害生命权、身体权、健康权的情形一般较为容易判断,《反家庭暴力法》的上述审理期限是合理的。但是,在性骚扰以及侵害其他人格权的情形中,尤其是考虑到传统的侵权行为与利用信息技术的侵权行为审查难度上的不同,同时人格权侵害禁令是对被申请人采取的限制其一定行为自由的强制措施,上述审理期限可能就过于严苛,可以考虑适当放宽。

在审查之后,应参照《反家庭暴力法》第 26 条作出裁定<sup>⑥</sup>,并根据《民事诉讼法》第 154 条第 3 款,裁定书应写明裁定结果和作出该裁定的理由;裁定书由审判人员、书记员署名,加盖人民法院印章;口头裁定的,记入笔录。依据《民事诉讼法》第 178 条实行一审终审,该裁定属于不准上诉的裁定,一经发出即具有法律效力,但当事人可以申请复议。基于目前的实践,被申请人很有可能会提出异议,但这些异议有可能是“无理搅三分”,因而可能是通过审查即刻排除的异议,也可能是无法通过审查即刻排除的异议,此时可能会出现不同的裁定结果。如果人民法院经审查发现,申请人能够按照非讼程序的证明要求证明禁令申请符合《民法典》第 997 条的要件,被申请人提出的异议属于通过审查即刻排除的异议,例如,在网络上发他人裸照,具备《民法典》第 997 条的要件十分明显,被申请人提出的异议大多数情况下属于通过审查即刻排除的异议,则裁定作出人格权侵害禁令;如

① 例如,业主因对房屋质量不满在自媒体账号上发布多篇文章批评房地产开发公司、后者申请人格权禁令,人民法院驳回禁令申请,理由是业主出于维权目的可能性较大,房地产公司应对此作出必要容忍,参见张红:《论〈民法典〉之人格权请求权体系》,载《广东社会科学》2021 年第 3 期,第 240-241 页。

② 王利明:《论侵害人格权禁令的适用》,载《人民司法·应用》2020 年第 28 期,第 57 页。

③ 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 3 期,第 148 页;吴英姿:《人格权禁令程序研究》,载《法律科学》2021 年第 2 期,第 143 页。不同观点参见:王利明:《论侵害人格权禁令的适用》,载《人民司法·应用》2020 年第 28 期,第 57 页;郭小冬:《人格权禁令的基本原理与程序法落实》,载《法律科学》2021 年第 2 期,第 150 页。

④ 江伟、肖建国主编:《民事诉讼法》(第 8 版),中国人民大学出版社 2018 年版,第 259 页。

⑤ See Willing v. Mazzone, 393, A 2d 1155 (Pa. 1978)。

⑥ 《民事诉讼法》中非讼程序采取的裁判形式有些是判决,有些是裁定。有观点认为应采命令形式,参见郭小冬:《人格权禁令的基本原理与程序法落实》,载《法律科学》2021 年第 2 期,第 154 页。

果申请人不能按照非讼程序的证明要求证明禁令申请符合第997条的要件,被申请人提出的异议无法通过审查即刻排除,例如,行为可能涉及人格权保护和新闻媒体监督等价值方面的权衡,因此,是否违法有相当的权衡空间,则可以裁定驳回申请;如果针对申请人的申请所提出的异议,部分属于通过审查即刻排除的异议,部分属于无法通过审查即刻排除的异议,则可以就通过审查即刻排除的异议所针对的申请部分裁定作出人格权侵害禁令。<sup>①</sup>在裁定驳回申请后,《民事诉讼法》第271条第2款在督促程序中规定原则上自动转入诉讼程序,而《民事诉讼法解释》第372条第(三)项在实现担保物权程序中告知申请人向人民法院提起诉讼,考虑自动转入面临非讼程序和诉讼程序管辖的不同且当事人具有选择权,以及避免过分增加人民法院负担,可采取权利告知的方式,即告知申请人可以依据《民事诉讼法》的规定向人民法院申请诉前行为保全或者提起诉讼。

如果裁定作出人格权侵害禁令,具体的措施应当列明。《反家庭暴力法》第29条列举了四种情形,即禁止被申请人实施家庭暴力、禁止被申请人骚扰跟踪或者接触申请人及其相关近亲属、责令被申请人迁出申请人住所以及保护申请人人身安全的其他措施。除此之外,还可能包括以下措施:销毁或者交还侵害隐私的照片,停止继续发售侵害名誉的书刊,对未经同意的使用他人姓名或者肖像推荐商品的网页予以删除、屏蔽或者断开链接,在刊载行为人不符事实言论的网页上注明是谣传或者不实言论,禁止对权利人实施谩骂、恐吓、推搡、殴打等行为,禁止以电话、短信、微信、邮件等方式对权利人实施骚扰、侮辱、诽谤等行为,禁止通过电子技术手段定位、追踪他人的位置信息等方式跟踪接近权利人,禁止在权利人所在住所、工作场所的特定范围内或者其他特定地点驻留,责令行为人迁出其与权利人共同居住的住所等。<sup>②</sup>应注意的是,人民法院采取的措施应当符合比例原则,根据所欲追求的合法目的,其所采取的措施是合理的。例如,某文章的部分内容侵害他人名誉或者隐私的,可以责令作者除去相关部分内容,而非禁止整篇文章的发表。<sup>③</sup>在瑞士法中,申请针对定期出版之媒体侵权的禁令,应满足更严格的其他要件,只有当人格侵害导致特别严重的不利后果,不存在正当性事由,并且措施也并非不合比例时才允许此种措施,例如,未经父母双方同意,电视节目中包含离异夫妇的十二岁女儿的访谈,指控父亲性虐待。<sup>④</sup>

如果禁令旨在实施一次性的行为,如删除,则禁令无须期限限制;但持续性的责令行为人停止有关行为的措施,同样基于比例原则,可根据保护人格权的必要程度而有一定的合理期限限制,否

<sup>①</sup> 在督促程序中被申请人只要提出异议,依据《民事诉讼法》第271条第1款,支付令即自行失效;而在实现担保物权程序中,依据《民事诉讼法解释》第372条,只要当事人无实质性争议,则认可裁定准许拍卖、变卖担保财产,这里的“实质性争议”理解在实践中存在一定分歧。考虑到督促程序目前的规定导致的保护不力且很可能要交纳两次费用,进而提出督促程序较少的现象,在实现担保物权程序和人格权侵害禁令程序中,都可认为要根据被申请人提出的异议是否属于通过审查即刻排除的异议予以判断,如是,则当事人之间不存在“实质性争议”,如否,则存在“实质性争议”。应当注意的是,在民法理论中,区分诉讼事件和非讼事件的标准就是有无“实质性争议”,即针对实体法律关系可能的争议;但是,本文所阐述的是在非讼程序中是否驳回申请的标准,两个标准当然不同,后一个标准,即使使用了“实质性争议”这个表达,所指向的也为是否存在通过审查即刻排除的异议。

<sup>②</sup> 《瑞士民法典》第28b条列举了接近禁止、地点禁止、联系禁止、赶出住处等方式。

<sup>③</sup> 黄薇主编:《中华人民共和国民法典解读:人格权编 侵权责任编》,中国法制出版社2020年版,第43页。

<sup>④</sup> [瑞士]贝蒂娜·许莉蔓-高朴、耶尔格·施密特:《瑞士民法:基本原则与人法》,纪海龙译,中国政法大学出版社2015年,第323页。《德国民事诉讼法》第940条之一中,对规制性假处分的迁出房屋措施,只有在他人非法干扰或者危及生命健康时才可作出。

则可能会不当限制和影响被申请人的权利和正常生活。<sup>①</sup> 例如,《反家庭暴力法》第 30 条规定人身安全保护令的有效期不超过六个月,人民法院在失效前可以根据申请人的申请撤销、变更或者延长。<sup>②</sup> 在禁令存在期限限制的情形中,可能会有观点认为,为了与可能的后续诉讼相衔接,如果申请人在禁令有效期内起诉的,人格权侵害禁令的效力应维持至案件裁判生效时止。但是,此种观点仍具有依附于诉讼程序的行为保全的痕迹,这与禁令的特点不符。同时,在后续诉讼中,如果禁令期限届满后不再有延长必要,无须一概将禁令效力维持至案件裁判生效时。如果期限届满后仍有必要,则可以通过延长禁令有效期予以解决。

#### (四) 裁定效力

生效裁定的确定力可区分为形式上的确定力和实质上的确定力或既判力。前者是指生效裁定的终局性和不可撤销性,旨在防止当事人在同一程序内对请求标的再次产生争议;后者是指终局裁决生效之后,当事人不得在后诉讼中主张与该裁决相反的内容,人民法院也不得在后诉中作出与该裁决相矛盾的判断,旨在防止当事人在非同一程序的后诉中提出矛盾的主张和证据。<sup>③</sup> 具有实质确定力的裁定一定具有形式确定力,但具有形式确定力的裁定未必有实质确定力。在人格权侵害禁令非讼程序中作出的裁定,具有形式确定力,人民法院不得任意撤回。关于裁定是否允许经申请的变更,则由于非讼程序内部的聚合性或者非统一性,不同的非讼程序基于其制度目的不同而有不同规定。<sup>④</sup> 但是,对于禁令裁定而言,应当不适用裁判变更。与此不同的是禁令的解除,如果申请人申请解除,或者当事人提起诉讼,且案件生效裁判认定被申请人的行为不构成侵权的,则人民法院可以解除部分或者全部禁令。但人民法院不应仅依据被申请人提出担保解除禁令,因为提供担保仅能解决后续的财产利益的赔偿问题,不能解决禁令所要发挥的对人格利益进行预防性保护的问题,如仅依据被申请人提出担保就解除禁令,那么导致的后果就是人格权侵害禁令的失能。

在非讼程序中作出的裁决是否具有实质既判力或既判力,存在不同观点。<sup>⑤</sup> 之所以要赋予一项确定裁决以既判力,主要是两方面根据:一是终局性地解决纠纷,体现为既判力的“一事不再理”的消极作用和禁止矛盾裁判的积极作用;二是程序保障和自我责任,即在当事人已经获得了充分的程序保障时,基于自我责任的理念让其承受既判力的拘束。<sup>⑥</sup> 在确定是否发生既判力及其具体范围时,可能呈现出紧张关系,通说认为程序保障较之纠纷解决的必要性应具有一般的优先地位。考虑到非讼程序并不能提供类似诉讼程序的程序保障,只是在维持程序快捷、迅速的前提下设定一些基

① 王利明:《论侵害人格权禁令的适用》,载《人民司法·应用》2020年第28期,第60页;全国人大常委会法制工作委员会社会法室:《中华人民共和国反家庭暴力法解读》,中国法制出版社2016年版,第113页。

② 也有观点认为,人身安全保护令的最长期限也不超过六个月,侵害其他人格权的情形不可能更严重,故将六个月作为禁令的最长有效期限具有一定合理性,参见郭小冬:《人格权禁令的基本原理与程序法落实》,《法律科学》2021年第2期,第154页。于此可以考虑折中方案,即有效期原则上不得超过六个月,特殊情况下可以超过六个月。

③ 张卫平:《民事诉讼法》(第五版),法律出版社2019年版,第443页;[日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第472页。

④ 《民事诉讼法》根据不同的案件类型限制裁判变更的适用范围,第186、190、193条对宣告失踪和宣告死亡案件、认定公民无民事行为能力能力和限制民事行为能力案件、认定财产无主案件,规定适用裁判变更。

⑤ 赵蕾:《非讼程序论》,中国政法大学出版社2013年版,第162-164页。

⑥ [日]高桥宏志:《民事诉讼法制度与理论的深层分析》,林剑锋译,法律出版社2003年版,第480-483页。

本的程序保障,对事实上的认定也未达到严格证明的程度,不足以产生完整的既判力。<sup>①</sup>但是,在人格权侵害禁令程序中,如果裁定驳回申请,申请人自然不得基于同一事实和证据再次申请人格权侵害禁令。但是,这并不妨碍其起诉请求停止侵害、排除妨碍和消除危险,并依据行为保全的规定申请行为保全。尤其考虑到人格权侵害禁令和行为保全是否必然伴随诉讼、是否要求提供担保等存在不同的审查标准,且在人格权侵害禁令中达不到发生预决效力的条件——与确定裁决发生既判力相同,生效法律文书中所确认的事实要发生预决效力的前提是,当事人在获得充分程序保障的前提下已经把该事实作为主要争点进行充分辩论,并且人民法院对其作出认定——因此,人民法院之前作出的驳回申请裁定中所作出的判断对后续的保全申请裁定不具有预决效力。<sup>②</sup>同样,如果裁定作出禁令,被申请人之后提起诉讼,则裁定中的判断也不具有预决效力。<sup>③</sup>当然,即使裁定作出人格权侵害禁令,申请人仍可以就赔偿损失提起诉讼。

#### 四、人格权侵害禁令程序作为非讼程序的其他规则

首先,申请的提出。人格权侵害禁令必须由人格权主体提出申请时,人民法院不能依职权启动。在生命权、身体权和健康权受到侵害的情况下,为实现对这些最为重要的物质性人格权的保护,可以参照《反家庭暴力法》第23条第2款的规定,在人格权主体是无民事行为能力人、限制民事行为能力人,或者因受到强制、威吓等原因无法提出申请,考虑到近亲属对受害人情况比较了解且方便与受害人进行沟通,一些机构负有保护受害人合法权益的法定职责,故其近亲属、公安机关、居民委员会、村民委员会、救助管理机构可以代为提出申请。人格权侵害禁令的申请应当以书面方式提出,但如果书面申请确有困难或者情况特别紧急的,基于便民考虑,参照《反家庭暴力法》第24条,可以口头申请,由人民法院记入笔录。申请人在提出口头申请过程中表述不清,内容不完整的部分,人民法院可以进一步询问或者向申请人核实,并记入笔录。申请应当有明确的申请人和被申请人,包括具体的身份、送达地址、联系方式等基本信息;有申请采取禁令措施的具体内容等具体请求和所依据的事实、理由;同时提供《民法典》第997条所规定要件的初步证明材料,这些证明材料可以是受伤害照片、微信短信记录、录音录像等视听资料、报警(出警)记录、证人证言、社会机构的相关记录或者证明等。

关于申请人是否需要交纳诉讼费用,按照《诉讼费用交纳办法》第8条第(一)项规定,适用特别程序审理的案件不交纳案件受理费,禁令案件也不属于第10条规定的应当交纳申请费的事项。可

① 郝振江:《非讼程序研究》,法律出版社2017年版,第139页。

② 关于《民事诉讼法解释》第93条第1款第(五)项所确认的“已为人民法院发生法律效力裁判所确认的事实”所具有的预决效力,学界争议极大,存在既判力遮断效力说、争点效力说、反射效力说、证明效力说等,共识是倾向于解构预决效力这个概念。参见曹志勋:《反思事实预决效力》,载《现代法学》2015年第1期,第130页以下;段文波:《预决力批判与事实性证明效展开:已决事实效力论》,载《法律科学》2015年第5期,第106页以下。

③ 相同的观点参见郭小冬:《人格权禁令的基本原理与程序法落实》,载《法律科学》2021年第2期,第154页;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3期,第150页。

以考虑参照《人身安全保护令批复》中的意见,向人民法院申请人格权侵害禁令,不收取诉讼费用。<sup>①</sup>

同时,如果网络用户利用网络服务实施侵害人格权行为,则可能涉及《民法典》第 1195、1196 条规定的“通知-反通知”规则。据此,可能有观点会认为,应当将“通知-反通知”规则的适用作为人格权侵害禁令的前置程序。<sup>②</sup>但是,首先,前置程序限制人格权主体的选择自由,并无足够的正当性理由,且与《民法典》避免任意规定前置程序的基本理念不合,《民法典》取消之前的一些前置程序要求,例如,在指定监护中,第 31 条第 1 款明确规定“有关当事人也可以直接向人民法院申请指定监护人”。其次,较之“通知-反通知”规则,禁令虽然维权成本高一些,但效力可及于未来行为,且有效性较强<sup>③</sup>,如果将前者作为禁令的前置程序,可能会导致程序的延宕,反而无法充分实现人格权侵害禁令的制度目的。即使不将“通知-反通知”规则的适用作为人格权侵害禁令的前置程序,对网络服务提供商并无实质性影响,且只有在申请人能够按照非讼程序的证明要求证明禁令申请符合《民法典》第 997 条的要件,被申请人提出的异议属于通过审查可即刻排除的异议的情形中,人民法院才可裁定作出禁令,人民法院工作量并未显著地实质性增加。因此,不应将“通知-反通知”规则作为人格权侵害禁令的前置程序。<sup>④</sup>当然,如果申请人在申请禁令前先通知了网络服务提供商,网络服务提供商接到通知后未及时采取必要措施的,申请人可以将网络服务提供商一并列为被申请人。

申请人在申请时是否应提供担保,对此也存在争议。<sup>⑤</sup>关于人身安全保护令,《人身安全保护令批复》中认为,申请人不需要提供担保。担保具有保障赔偿以及增加心证的作用,通过向申请人转移部分风险的方式减少不确定的风险,该作用在保全程序中比较明显,但在人格权侵害禁令案件中,只有在申请人能够按照非讼程序的证明要求证明禁令申请符合《民法典》第 997 条的要件,被申请人提出的异议属于通过审查即刻排除的异议的情形中,人民法院才可裁定作出禁令,如此,对申请人造成损害的可能性极小,且一般判断不是过于困难,担保的作用很弱。<sup>⑥</sup>同时,提供担保也可能会阻碍经济能力较弱的原告提出申请,而对经济能力极强的原告而言,也并无减少恶意申请禁令的正向效应,且担保数额也难以确定。<sup>⑦</sup>尤其是他人和组织代为申请的情况下,更可能涉及公共利益,此时要求提供担保更为不妥和不现实。据此,在人格权侵害禁令案件中,申请人无须提供担保。

① 诉讼案件应当交纳案件受理费,一般因为程序比较复杂;而督促、公示催告程序等也应当交纳申请费,一般因为这些程序最终涉及财产标的。但是,禁令案件一方面为非讼程序,程序较为简单,另一方面不涉及财产标的。当然,是否交纳诉讼费涉及更多的政策考量,即使交纳申请费,也不宜太高,最多参照非财产案件按件收费。

② 广州互联网法院(2021)粤 0192 民初 10232 号之二《民事裁定书》。

③ 徐伟:《人格权侵害禁令制度与通知制度比较研究》,载《宁波大学学报(人文科学版)》2021 年第 4 期,第 37 页。

④ 同样的观点参见程啸:《论我国民法典中的人格权禁令制度》,载《比较法研究》2021 年第 3 期,第 148 页。

⑤ 肯定的观点参见王利明:《论侵害人格权禁令的适用》,载《人民司法·应用》2020 年第 28 期,第 60 页;袁雪石:《民法典人格权编释论》,中国法制出版社 2020 年版,第 170 页;徐伟:《〈民法典〉人格权侵害禁令的法律适用》,载《法制与社会发展》2021 年第 6 期,第 215 页。反对的观点参见程啸:《论我国民法典中的人格权禁令制度》,载《比较法研究》2021 年第 3 期,第 150 页。

⑥ 有学者认为原则上申请人格权侵害禁令无须提供担保,但同时认为,如果被申请人提出的异议有相当的理由和依据,或者禁令必定对被申请人合法权益造成损害的,人民法院认为必要时可以要求申请人提供担保,参见吴英姿:《人格权禁令程序研究》,载《法律科学》2021 年第 2 期,第 144 页。但是,如果被申请人提出的异议无法通过审查即刻排除,则人民法院即应裁定驳回申请。

⑦ 即使在诉前保全中,强制担保也是造成申请难的原因之一,参见任重:《我国诉前行为保全申请的实践难题:成因与出路》,《环球法律评论》2016 年第 4 期,第 100 页。

其次,禁令案件的管辖。关于地域管辖,除《民事诉讼法》第28条所规定的被申请人住所地和侵权行为地人民法院管辖之外,按照最有利于人格权保护的原则,同时考虑便于人民法院受理查明案件事实、监督禁令执行以及社会效果,还可以参照《反家庭暴力法》第25条增加申请人住所地。其中,住所地的判断按照《民法典》第25、第63条确定;侵权行为地按照《民事诉讼法解释》第24、第25条的规定,包括侵权行为实施地和侵权结果发生地,同时信息网络侵权行为实施地包括实施被诉侵权行为的计算机等信息设备所在地,侵权行为地和被告住所地均难以确定的,申请人发现侵权内容的计算机终端等设备所在地可以视为侵权行为地。<sup>①</sup> 申请人向两个以上有管辖权的人民法院提起申请的,根据《民事诉讼法》第35条,由最先受理申请的人民法院管辖。关于级别管辖,为便于及时申请、调查以及禁令实施,参照人身安全保护令和《民事诉讼法》中关于一些非讼程序的级别管辖,由基层人民法院管辖。人民法院受理申请后的案由即为“申请人人格权侵害禁令”。在程序衔接上,如果申请人已经提起诉讼或者申请了诉前行为保全,则人民法院应当不予受理。<sup>②</sup>

再次,禁令的执行。如果人格权侵害禁令存在执行内容,则作出禁令的裁定具有执行力,被申请人应当按照禁令要求主动执行,拒绝执行的,申请人可以申请人民法院强制执行。被申请人违反该义务产生的后果需要消除,但被申请人拒不配合的,对于可以替代完成或者协助完成的,人民法院可以委托有关组织或者个人代为履行或者要求有关组织、个人协助完成,相关费用由被申请人负担。无论禁令是否存在执行内容,被申请人拒不履行生效裁定的,都可依据《民事诉讼法》第111条的规定,根据情节轻重予以罚款、拘留等,构成犯罪的,依法追究刑事责任。当然,最理想的图景是,人格权侵害禁令由人民法院执行,同时公安机关、网信部门、居民委员会、村民委员会等有关组织协助执行,这也是《反家庭暴力法》第32条的意图所在。

最后,恶意申请禁令的赔偿。一般情形下,禁令申请人即使错误申请,也不存在赔偿问题。<sup>③</sup> 在当事人有实质性争议的情况下,人民法院就应当裁定驳回申请,一般不会产生错误申请的问题。如果此时存在赔偿问题,一方面,申请人仅提出申请,而人民法院依据职权审查,是否会同时产生司法赔偿问题呢? 另一方面,也可能妨碍申请人的诉权行使。但是,如果申请人通过虚构事实、伪造证据等方式恶意申请人格权侵害禁令的,人民法院发现后应当立即撤销禁令,并依照《民事诉讼法》第111条对申请人进行处理;被申请人因此受到损害并提起诉讼请求申请人赔偿的,人民法院依法予以支持;因此提起的赔偿诉讼,由作出禁令的人民法院管辖。

<sup>①</sup> 参见《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第15条以及《最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第2条第1款。

<sup>②</sup> 当然,这里说的已经提起诉讼,指的是提起针对同一请求事项的诉讼,如果已经提起诉讼,但诉讼与禁令针对的并非同一请求事项,则仍然可以申请禁令。例如,在离婚诉讼中,因为提起离婚诉讼导致家庭暴力,此时离婚诉讼程序所针对的请求事项与申请人人身安全保护令的请求事项不同,并非同一请求事项,仍然可以申请人身安全保护令。《人身安全保护令批复》中载明“家事纠纷案件中的当事人向人民法院申请人身安全保护令的”,这也体现出这一点。

<sup>③</sup> 相同的观点参见程啸:《论我国民法典中的人格权禁令制度》,载《比较法研究》2021年第3期,第150页;不同的观点参见王利明:《论侵害人格权禁令的适用》,载《人民司法·应用》2020年第28期,第59-60页。

## 五、结论

本文结论可以概括如下:

第一,人格权侵害禁令在功能上是人格权侵害领域中的预防性责任形式的快速实现机制。在体系定位上,其独立于先予执行和普通的行为保全,是不必然伴随诉讼程序、具有非暂时性和非保全性的对人格权的独立保护制度;人身安全保护令是人格权侵害禁令在反家庭暴力领域中的特殊运用。

第二,关于人格权侵害禁令程序模式的不同观点,在价值上都要权衡程序的便利高效和当事人的程序利益保障。程序构建起点和基础的争论容纳不同的可能性,但不可回避的仍然是实质价值权衡,这体现了不同程序法理之间的交错可能。基于现行法的规范,虽然禁令案件是真正的诉讼案件,但基于非讼法理的发展,仍可以将其作为非讼程序审理对象。同时,确立非讼程序和诉讼程序之间的合理转换机制,通过诉前和诉中的行为保全解决诉讼程序的快捷保护人格权的问题,实现非讼程序、诉讼程序和保全程序之间的衔接配合,避免出现规则的叠床架屋和保护漏洞。

第三,以非讼程序为基础,构建人格权侵害禁令的具体程序规则。这些规则中的重点是,首先,采用职权探知主义,同时为实现对被申请人最低限度的程序保障,要保护被申请人的意见陈述权、获悉通知权、复议权等,人民法院的审查应围绕《民法典》第 997 条所规定的要件,综合各种因素加以权衡;其次,建立非讼程序和诉讼程序之间的合理转换机制,如果申请人不能按照非讼程序的证明要求证明禁令申请符合《民法典》第 997 条的要件,被申请人提出的异议无法通过审查即刻排除,则可以裁定驳回申请,并告知申请人可以依法启动保全程序和诉讼程序;最后,由于非讼程序不能提供类似诉讼程序的程序保障,裁定不具有既判力。

第四,其他的具体程序规则也应根据现行法予以解释构建。例如,申请禁令时,不将通“知-反通知”规则的适用作为人格权侵害禁令的前置程序,无须提供担保。

人格权侵害禁令是人格权侵害领域多层次综合协同治理理念的典型反映,此种协同治理一方面是不同的国家机关、不同社会主体之间的协同,另一方面在法律内部是实体法和程序法的协同。《民法典》作为实体法规范,相应的程序衔接极为重要,实体法和程序法之间的割裂伤害指向法律本身,以实体奠定程序和以程序实现实体同等重要。因此,法学应当尽量实现民法典和程序规则之间的衔接,沟通民事实体法和民事诉讼法,甚至还要考量民法典与更广义的民事程序法、纠纷解决机制等多元化的权利综合实现机制的衔接。据此,《民法典》的颁布实施是良好开端,之后法学将进一步显示出其更大的重要性和更强大的生命力。法学必须对整体法秩序进行再次的整合,寻找并抓住历史和体系的线索,将不同法律相互连接,为它们找到有序且有意义的安身之所,这意味着法学更为艰巨的新的时代使命。ML

## Procedural Realization of Injunctions against Infringement of Personality Rights

ZHU Hu

(Law School, Renmin University of China, Beijing 100872, China)

**Abstract:** Injunctions against infringement of personality rights are quick realistic mechanisms for preventive form of liability in the field of infringement of personality rights, which is independent of preliminary execution and ordinary behavior preservation, and is an independent system that protects personality rights, which does not necessarily accompany contentious procedures and has the non-interim and non-preservative character. Based on above functions in substantive law, the procedural mode of injunction should weigh the convenience and efficiency of the procedure and the protection of the procedural interests of the parties. According to this substantive function, the development of the jurisprudence of non-contentious procedure and the current law, although injunction cases are real contentious cases, they can still be considered as the object of non-contentious procedure, and the non-contentious procedure can be the basic procedural mode of injunctions against infringement of personality rights. Accordingly, the injunction procedure should adopt the doctrine of investigation by the court, establish the rules of minimum procedural protection for the respondents, and establish reasonable conditions and ways of conversion from the non-contentious procedure to the contentious procedure. Rulings in the injunction procedure does not have res judicata effect. Other specific procedural rules should also be interpreted and constructed according to the non-contentious procedure.

**Key Words:** injunctions against infringement of personality rights; non-contentious procedure; behavior preservation; personal safety protection orders

本文责任编辑:林士平

青年学术编辑:孙莹