

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学 号: X2010120091

UDC_____

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

行为保全制度实践运作探讨
——新《民事诉讼法》行为保全之适用

Discusse of Act Preservation Operation Practice System
——Apply for Act Preservation to New Civil Procedure Law

林玮玮

指导教师姓名: 张榕教授

专 业 名 称: 法律硕士

论文提交日期: 2013年 月

论文答辩时间: 2013年 月

学位授予日期: 2013年 月

答辩委员会主席: _____

评 阅 人: _____

2013年 月

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()课题(组)的研究成果,获得()课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人：

年 月 日

摘要

传统的事后补救性质的赔偿制裁方法，通常不能及时高效的对当事人权利进行司法救济，导致当事人时常陷入“赢了官司，却输了权益”的窘境。新《民事诉讼法》增设的行为保全制度恰好可以填补现行法律的这一缺陷，以事前预防损害弥补事后救济带来的滞后与不完善，以保证当事人自身利益损失的最小化。其实，我国的海事诉讼、知识产权等领域的单行法中早已相继出现类似行为保全的规定，为司法实践提供了有力的法律依据。但是，这些具有行为保全性质的法律规定适用范围过窄，仅能在特定范围内应用，直至这次新《民事诉讼法》的修改，行为保全才在诉讼法中得到了正式的法律身份，适用范围扩张至整个民事诉讼领域。其满足了当事人多元的利益需求，有助于弥补我国民事保全制度中的不足之处，引发了学术界、实务界的一片赞誉，成为新《民事诉讼法》的亮点之一。面对新制度，为更好地适用行为保全措施，有必要对我国行为保全的规定进行有益探索。在此契机下，文章第一部分将以公众误读“李阳离婚案”中所涉及的行为保全措施为引子，切入分析司法实践中法官适用行为保全规定时可能面临的现实困惑；第二部分通过透析研究行为保全适用条件及程序的理论价值，为最终形成具有可操作性的适用规则提供理论参考；第三部分立足我国现有法律框架，采用比较法的视野，对照两大法系域外法官裁定行为保全时的成熟做法，得出有益启示；第四部分阐述现有行为保全制度的不足之处，从适用范围、提起条件、管辖法院、被申请人的救济手段等方面对我国行为保全制度的具体程序提出构建，以期对审判实践具有一定的启发和借鉴意义。

关键词：行为保全；民事诉讼；制度构建

厦门大学博硕士学位论文摘要库

ABSTRACT

The traditional way of compensation remedial sanctions, usually can not be timely and efficient judicial relief rights of the litigant, the litigant often lead into a dilemma of “win the case, but lost right”. The act preservation system with the new Civil Procedure Law just can fill this gap in the existing law, in order to compensate for damage prevention in advance to bring relief after the hysteresis and imperfect, to ensure that the litigant to minimize the loss of their own right. In fact, China's maritime procedure, intellectual property and other areas of a single law already have appeared in similar provisions of act preservation for judicial practice provide a strong legal basis. However, these acts of nature preservation narrow scope of the legal provisions can only apply within a specific range, until the new Civil Procedure Law amendment, act preservation only in procedural law has been a formal legal status, applicable range expansion to the entire area of civil actions. Which satisfies the diverse interests and needs of the litigant, to help make up our civil preservation system inadequacies, causing a praise of academia and practitioners, to become one highlights of the new Civil Procedure Law. Face to the new rule, in order to better apply the act preservation measures, it's necessary to explore the provisions on the China's act preservation. In this situation, the part one of the article will use the public misunderstanding of “Li Yang, a divorce case” involved in acts of protective measures for the introduction, analysis of judicial practice, the judge analysis act preservation applicable provisions may face the reality of confusion; second part through theoretical value dialysis study on the act preservation conditions and procedures, for the eventual formation of the applicable rules operable to provide theoretical references; third part based on our existing legal framework, to use of comparative law perspective, to rule that the extraterritorial judge controls two legal systems when mature act preservation practices draw beneficial enlightenment; fourth part describes the existing act preservation system inadequacies, form the scope of application, qualifications of proceeding, jurisdiction of the court, the means of relief and other aspects

of our act preservation system specific procedures proposed to build in order to initiate the trial practice have some inspiration and reference.

Key Words: Act Preservation; Civil Procedure; System Construction.

厦门大学博硕士学位论文摘要库

| | |
|--------------------------------|----|
| 目 录 | |
| 引 言 | 1 |
| 第一章 困境审视：行为保全适用可能存在的现实隐忧 | 3 |
| 第一节 李阳离婚案中社会公众对行为保全的误读 | 3 |
| 第二节 行为保全等同财产保全可能引致混乱 | 4 |
| 第三节 混淆了行为保全与先予执行的司法功能 | 5 |
| 第二章 价值考量：细化保全适用条件与程序的必要性 | 7 |
| 第一节 有益推进行为保全的立法发展 | 7 |
| 第二节 有效平衡立法技术的价值冲突 | 8 |
| 第三节 充分实现行为保全的司法功能 | 9 |
| 第三章 域外考察：两大法系行为保全制度的适用 | 11 |
| 第一节 英美法系“禁止令”的适用 | 11 |
| 第二节 大陆法系“假处分”的适用 | 12 |
| 第三节 两大法系行为保全制度比较 | 14 |
| 第四章 机制优化：行为保全制度的完善 | 17 |
| 第一节 区分类似措施的适用范围 | 17 |
| 一、与财产保全的区分 | 17 |
| 二、与先予执行的区分 | 18 |
| 第二节 确立合理的审查标准 | 18 |
| 第三节 行为保全的启动主体 | 21 |
| 第四节 申请行为保全的管辖法院 | 23 |
| 第五节 行为保全的救济手段 | 25 |
| 一、担保 | 25 |
| 二、复议 | 26 |

| | |
|------------|----|
| 结 语 | 28 |
| 参考文献 | 29 |

厦门大学博硕士论文摘要库

CONTENTS

| | |
|--|-----------|
| Introduction | 1 |
| Charpter 1 Trouble Review:Act Preservation Apply May be Found in the Reality Concerns | 3 |
| Subchapter 1 Pubic Misunderstanding of Act Preservation in Li Yang Divorce Case | 3 |
| Subchapter 2 Act Preservation Equivalent Property Preservation May Cause Confusion | 4 |
| Subchapter 3 Confusion of Act Preservation and Advance Execution of Judicial Function | 5 |
| Charpter 2 Values consideration: The Necessary to Refining the Preservation Conditions and Procedures | 7 |
| Subchapter 1 Beneficial to Promote Act Preservation Legislation Development | 7 |
| Subchapter 2 Effective Balance Value Conflicts Legislative Lechnique | 8 |
| Subchapter 3 Fully Realize Judicial Function of Act Preservation ... | 9 |
| Charpter 3 Foreign Investigation:The Application of the Act Preservation System of Two Legal Systems | 11 |
| Subchapter 1 The Application of the “Junction” in Common Law ... | 11 |
| Subchapter 2 The Application of the “false punishment” in th Civil Law | 12 |
| Subchapter 3 Comparison of Act Preservation system in Two Legal Systems | 14 |
| Charpter 4 Mechanism Optimization: Perfecting the Act Preservation System | 17 |
| Subchapter 1 Applicable Scope of Distinguish Similar Measures ... | 17 |
| Section 1 Distinction with the Property Preservation..... | 17 |
| Section 2 Distinction with the Advance Execution | 18 |

| | |
|---|-----------|
| Subchapter 2 Establishing Reasonable Review Standards | 18 |
| Subchapter 3 Start the Main Body of Act Preservation | 21 |
| Subchapter 4 The Jurisdiction Court of the Apply for Act Preservation | 23 |
| Subchapter 5 Relief of Act Preservation | 25 |
| Section 1 Guarantee | 25 |
| Section 2 Reconsideration | 26 |
| Conclusion | 28 |
| Bibliography | 29 |

厦门大学博硕士论文摘要库

引言

法谚有云：“没有救济的权利不是真正的权利”。可见，法律就是保障权利的安全卫士。然而梳理我国的法律法规，我们不难发现，临时救济几乎仅限于财产保全和先予执行，除此之外，行为作为保全的客体鲜少涉及。新《民事诉讼法》的修改，有效的回应了司法实践中存在的问题，在第九章进行了结构性调整，将标题“财产保全和先予执行”及相关条款中的“财产保全”更改为“保全”，突出了行为保全制度的存在。这一修改，在立法中首次明朗了行为保全，指出了保全对象并不仅仅局限于财产，将保全的范围延伸至可能损害当事人合法权益的所有不当行为。使得行为保全终于有了正式的“法律身份证”。那么，究竟何为行为保全呢？行为保全是指在民事诉讼中，为避免当事人或者利害关系人的利益受到不应有或进一步的损害，根据当事人或利害关系人的申请，在诉前或诉讼中责令另一方当事人或侵权人为一定行为或不为一定行为的临时性保全措施。^①对于我国民事诉讼法而言，行为保全是一项崭新的制度，这一制度的正式确立，确实是司法实务的一大进步，它的积极意义毋庸置疑。作为一项在我国还未大量适用的新制度，行为保全对当事人的利益影响甚巨，法官在裁定是否采取行为保全措施时，首先应审查当事人的申请是否符合行为保全的法定适用条件，此外，还需要结合案件的具体情况，慎重考量各种因素，平衡申请人、被申请人之间的利益，甚至公共利益之间的冲突。然而，新《民事诉讼法》条文中并未涉及行为保全适用的具体内容，构建的行为保全制度仍有一定程度的缺失，行为保全规定于原本只适用于财产保全的法律条文中，易产生司法实务的困惑，法官极有可能有法不敢适用或是适用不合理，使得行为保全成为摆设，甚至影响行为保全的司法功能。为此，本文拟以李阳离婚案为切入点，分析法官在面对行为保全的适用时可能存

^① 《中华人民共和国民事诉讼法》（2012年修改）第100条第1款：“人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决难以执行或者造成当事人其他损害的案件，根据对方当事人的申请，可以裁定对其财产进行保全、责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为；当事人没有提出申请的，人民法院在必要时也可以裁定采取保全措施。”

在的困惑，通过域外比较，对现有制度的不合理之处加以改造，研究的重点在于怎样建立该制度，以保证这一制度在我国的良好运行。

厦门大学博硕士论文摘要库

第一章 困境审视：行为保全适用可能存在的现实隐忧

第一节 李阳离婚案中社会公众对行为保全的误读

2013年2月3日，“疯狂英语”创始人李阳的离婚案在历时一年之久而后终于正式宣判。由于“疯狂英语”的名人效应，让该案自开始就受到社会公众的诸多关注。该案亦是新《民事诉讼法》第100条新增的行为保全规定实施以来北京地区的首次适用。在此案件诉讼过程中，根据当事人李金（李阳前妻）的申请，法院对婚姻家庭案件中遭受家庭暴力的李金作出涉及人身安全的行为保全裁定，裁定禁止李阳殴打、威胁李金。若李阳违反该裁定，继续对李金实施暴力行为，法院可视情节轻重对其处以罚款、拘留，构成犯罪的，还可以依法追究其刑事责任。

通过此案，“人身安全保护令”这一新鲜名词第一次大范围的出现在公众视线之中。然而，部分媒体和司法工作者在报道、分析本案中涉及的“人身安全保护令”时，却将其与2008年3月最高人民法院发布的《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》（以下简称《审理指南》）中的“人身安全保护裁定”完全等同，误读了行为保全的本质内涵。从《审理指南》第26条^①的规定我们不难看出，二者虽然同是以“民事裁定书”的形式发布，但《审理指南》适用的法律依据是原《民事诉讼法》第140条第1款第11项，^②是人民法院为了保护家庭暴力受害人及其子女和特定亲属的人身安全、确保民事诉讼程序的正常进行而作出的裁定，该申请可以在离婚诉讼提起之前、诉讼过程中或者诉讼终结后的六个月内提出。

李阳离婚案中的人身安全保护令，目的是避免当事人或者利害关系人的利益受到不应有的损害或进一步的损害，法院依据他们的申请对相关当事人的侵害或有侵害之虞的行为采取的保全措施。对行为保全的裁定，不

^① 最高人民法院《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》（2008年）第26条：“人身安全保护裁定是一种民事强制措施，是人民法院为了保护家庭暴力受害人及其子女和特定亲属的人身安全、确保民事诉讼程序的正常进行而做出的裁定。人民法院做出人身安全保护裁定，以民事诉讼法第140条第1款第11项规定等为法律依据。”

^② 《中华人民共和国民事诉讼法》（2007年修改）第140条第1款第11项：“其他需要裁定解决的事项。”

可以上诉，但可以申请复议。二者在性质、依据、申请时间和法律效力方面是完全不同的。现在，新《民事诉讼法》关于行为保全的相关规定已经开始施行，而最高人民法院发布的《审理指南》尚未失效，法官在审理婚姻家庭纠纷案件中，可以援引这两种不同的法律依据来保护弱势妇女儿童，禁止施暴者在一定期限内从事家暴等行为，若是理解不当产生混淆，极易适用错误。因此，合理区分不同规定可能带来的误读，可更好地保障双方当事人利益。

第二节 行为保全等同财产保全可能引致混乱

长期以来，我国的民事保全程序中只有财产保全程序，因此，有一种习惯性的观点认为保全制度就等同于财产保全制度，笔者认为此种观点有失偏颇，故这次《民事诉讼法》的修改，立法者意图将行为保全制度纳入到立法当中，与财产保全制度共同构成我国的保全制度。然而，修改后的新《民事诉讼法》只是在原有条文的基础上以“责令作出一定行为或者禁止作出一定行为”规定了行为保全，简单地将财产保全与行为保全作了捆绑式的规定，立法者并没有针对行为保全的独特性而新增其他专门的内容，行为保全的适用条件和司法程序仍是套用原财产保全的相关法律条文，如此设立容易造成司法的逻辑混乱，若法官在适用行为保全规定时出于保守的司法思维而弃用该制度或是简单地将行为保全与财产保全等同化，最终将导致行为保全司法价值的减损。故而，在司法实务中，为更好地适用行为保全制度，需明确行为保全与财产保全的区别与联系。

其实，行为保全与财产保全同属于民事保全制度，都是法院在判决作出之前限制当事人对财产及权利进行处分的强制性措施，二者在司法程序和裁量因素上的确也有一定的相似性，但表达形式的相似并不能掩盖和否定行为保全与财产保全在立法目的、本质内涵、功能效果、适用对象、执行措施等方面的不同，财产保全更是不能统揽行为保全，在具体操作中不能简单地以相同的考量因素混同适用。比如，司法实践中一般将申请人提供担保作为法院裁定采取财产保全措施的必要条件，对申请人的担保形式提出较为严苛的要求。有的法院出于对被申请人的保护或者其他方面原因的

考量，往往要求申请人提供足额现金担保或实物抵押，并规定现金必须存入特定账号，汽车等实物必须查封于某处，^①这虽然能最大限度地维护被申请人的合法权益，但如果将该标准完全适用于行为保全中，可能会带来诸多问题。事实上，行为保全的申请人往往处于相对弱势的地位，且支付担保的对价较难衡量，实践中若一味将提供担保作为裁定采取保全措施的必要条件，很可能无法保障申请人的合法权益，甚至超出了担保所能承载的作用。因此，在衡量行为保全中类似的条文与财产保全相捆绑的实务问题时，若尚且未制定详细的操作规则，法官更应全面、慎重考虑，明确地区分行为保全的实质要件，以保障它的正确适用。

第三节 混淆了行为保全与先予执行的司法功能

在行为保全正式确立之前，先予执行与财产保全并列，新《民事诉讼法》在第九章引入行为保全后，对先予执行仍未进行任何的修改，而是将其继续留在了该章，明确规定了先予执行的适用范围与适用条件。根据新《民事诉讼法》第106条、^②第107条^③的规定，先予执行的适用范围是：追索赡养费、抚养费、抚育费、抚恤金、医疗费费的案件；追索劳动报酬的案件；因情况紧急需要先予执行的案件。主要包括需要立即停止侵害、排除妨碍的；需要立即制止某项行为的；需要立即返还用于购置生产原料、生产工具货款的；追索恢复生产、经营急需的保险理赔费的。先予执行必须满足两个条件：其一，当事人之间的权利义务关系明确，不先予执行将严重影响申请人的生活或者生产经营；其二，被申请人有履行能力。^④从以上的规定来看，先予执行在某种程度上更多的涵盖了一些类似于行为保全的内容，当事人关于先予执行的申请，都是请求法院裁定其中一方当事

^① 陈莹. 我国行为保全制度的建构[A]. 廖益新. 厦门大学法律评论(11)[C]. 厦门: 厦门大学出版社, 2006. 78-109.

^② 《中华人民共和国民事诉讼法》(2012年修改)第106条:“人民法院对下列案件,根据当事人的申请,可以裁定先予执行:(一)追索赡养费、抚养费、抚育费、抚恤金、医疗费用的;(二)追索劳动报酬的;(三)因情况紧急需要先予执行的。”

^③ 《中华人民共和国民事诉讼法》(2012年修改)第107条:“人民法院裁定先予执行的,应当符合下列条件:(一)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的;(二)被申请人有履行能力。人民法院可以责令申请人提供担保,申请人不提供担保的,驳回申请。申请人败诉的,应当赔偿被申请人因先予执行遭受的财产损失。”

^④ 金健. 观《〈民事诉讼法〉修正案草案》中行为保全制度的回归[J]. 广州广播电视大学学报, 2012, (1): 78-83.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库