

【民事诉讼法学】

申请保全错误损害赔偿： 规范、定性及诉讼实现

占善刚

【摘要】民事诉讼法第108条是由完全法条构成的规范申请保全错误损害赔偿的独立实体法依据。学理及司法解释对“申请(保全)有错误”的理解或界定均是对民事诉讼法第108条的误读。审判实务中将申请保全错误损害赔偿责任定性为侵权责任,并将债权人是否有过错作为主观要件,不仅存在方法论及认识论上的错误,客观上也阻碍了债务人损害赔偿请求权的实现。申请保全错误损害赔偿责任为债权人基于非终局地确定债权人与债务人实体法律关系的保全裁定之执行而自担风险的风险责任。“申请有错误”之要义为法院依申请作出的保全裁定因欠缺保全的实体要件而自始不当。被保全的权利存在与保全具有必要性同为保全要件,欠缺其一则保全不当。应由申请保全错误损害赔偿诉讼法院依客观法律状况独立地审查保全是否不当,而不受保全诉讼裁判的拘束,但受本案诉讼法院就被保全的权利是否存在之裁判的拘束。应立足于平衡保护两造的立场,引入保险制度分散申请保全错误责任人之损害赔偿风险,完善诉讼保全责任保险与申请保全错误损害赔偿制度的对接。

【关键词】申请保全错误;法定之债;风险责任;保全必要性;诉讼保全责任保险

【作者简介】占善刚,武汉大学环境法研究所教授。

【原文出处】《法学研究》(京),2024.2.155~171

【基金项目】本文系高校人文社会科学重点研究基地重大项目“新时代生态文明建设司法保障与服务完善研究”(22JJD820014)的阶段性成果。

在民事诉讼中,保全乃保障债权人本案权利实现的临时救济程序。保全裁定并未终局地确定债权人与债务人间的实体权利义务关系,仅暂时地假定债权人的本案请求权存在。法院基于具有临时性的保全裁定对债务人进行保全执行,^①自难避免因保全不当或错误而损害债务人的利益。为救济债务人,民事诉讼法第108条规定:“申请有错误的,申请人应当赔偿被申请人因保全所遭受的损失。”据此,债权人负有赔偿债务人因错误的保全而遭受之损失的义务。在该损害赔偿之债中,债权人申请保全有错误、保全裁定已开始执行

及债务人因保全裁定的执行而遭受损害,^②共同构成损害赔偿法律效果发生的要件。^③由于未能厘定民事诉讼法第108条的规范性质与保全程序的构造,无论是学界还是相关司法解释对“申请有错误”的理解或界定均失之允当,审判实务中将保全错误损害赔偿责任定性为侵权责任,并将债权人是否有过错作为主观要件,更是存在方法论及认识论上的错误。这不仅阻碍了债务人损害赔偿请求权的实现,而且导致法律适用的不统一。欲正确理解“申请有错误”的内涵,不仅要立足于民事诉讼法第108条的规范性质,而且须将其置于保

全程序的框架内作体系解释。

一、申请保全错误的内涵亟待廓清

(一)理论认识多有分歧

自立法沿革观之,现行民事诉讼法第108条脱胎于1982年民事诉讼法(试行)第94条第2款的规定,即“申请人败诉的,应当赔偿被申请人因诉讼保全所遭受的财产损失”。1991年民事诉讼法第96条将“申请人败诉”修改为“申请有错误”并沿用至今。^④尽管时任全国人大常委会副委员长王汉斌在七届全国人大四次会议上所作《关于〈中华人民共和国民事诉讼法(试行)〉(修改草案)的说明》中,并未提及立法为何作此修改,但无论是立足于文义解释还是着眼于目的解释,均应承认“申请有错误”的内涵不同于“申请人败诉”。

关于“申请有错误”之解释莫衷一是,主要有以下几种代表性观点:(1)主观过错说。该说强调“申请保全有错误以申请人主观上是否具有过错为依归”;^⑤“申请是否错误应从一般侵权行为的角度认定,即申请人是否存在主观过错、是否造成损失、申请保全与损失间是否有因果关系。具体体现为保全请求权与保全的必要性不存在、采取保全措施的对象有错误、保全的财产价值远高于请求、采取的保全措施错误”。^⑥(2)客观标准说。该说认为申请是否有错误应以客观标准判断,而不论申请人是否有主观过错,即“申请财产保全的人,应当是民事法律关系中享有权利的一方,当申请人不享有权利时也即申请人败诉的,申请保全他方财产就是错误的”;^⑦“申请有错误是指保全的要件自始不存在,要件包括保全请求权和保全理由”。^⑧(3)综合认定说。“根据申请人的申请行为是否具有违法性将申请有错误分为申请人滥用保全构成侵权行为之实体法意义上的保全错误以及依法申请保全之纯粹程序意义上的错误”;^⑨也有观点认为,“以‘不享有权利’界定‘错误’是不客观、不全面的,必须根据财产保全的条件、范围、措施,从实体和程序上综合认定”,“违反法定条件或程

序采取财产保全的就是错误”,^⑩“应根据保全申请人的过错程度、权利行使是否符合比例、诚实信用原则综合判断是否错误”。^⑪(4)依据保全类型区分判断说。有观点认为,“在诉讼保全中,如法院最终判决驳回申请人起诉或者诉讼请求、申请保全的原因不存在、因被申请人提出异议法院撤销保全裁定,其他可归于申请人的原因导致裁定被撤销等”,即为“申请有错误”,“在诉前保全中,利害关系人申请保全后未在法定期限内提起诉讼或者仲裁导致保全裁定被撤销”,也为“申请有错误”;^⑫“诉前保全申请错误以败诉与否为主要判准,诉中财产保全申请错误应主要判断保全是否具有合理性,而不能以败诉与否作为唯一的判准”。^⑬还有观点主张行为保全与财产保全中的“错误”认定也有不同,在财产保全中,判决结果与申请保全的内容具有显著不合理差距时,则申请有错误。行为保全申请错误则应与判决结果相剥离,从具体案情以及申请时是否满足行为保全要件来判断。^⑭对保全错误界定的不一致也导致学界关于申请保全错误损害赔偿责任是过错责任、无过错责任还是客观的风险责任,存在认识分歧。

(二)司法解释立场不一

最高人民法院印发的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见的通知》(法发〔1992〕22号,已失效,以下简称“民诉意见”)、《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》(法释〔2015〕5号,已修改,以下简称2015年“民诉法解释”)均未对“申请(保全)有错误”作出解释。不过,2015年“民诉法解释”第166条第1款(该条在2020年、2022年修正时均未变动)规定:“裁定采取保全措施后,有下列情形之一的,人民法院应当作出解除保全裁定:(一)保全错误的;(二)申请人撤回保全申请的;(三)申请人的起诉或者诉讼请求被生效裁判驳回的;(四)人民法院认为应当解除保全的其他情形。”从中似可窥见,最高人民法院乃是将“申请人不享有被保全的权利”与

“申请保全错误”并列作为保全应当解除的列举事项,即保全错误并不包含债权人不享有实体权利这一情形。《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》(法释[2018]21号,以下简称“知产纠纷行为保全规定”)第16条对“申请有错误”作了专门解释:“有下列情形之一的,应当认定属于民事诉讼法第一百零五条规定的‘申请有错误’: (一)申请人在采取行为保全措施后三十日内不依法提起诉讼或者申请仲裁; (二)行为保全措施因请求保护的知识产权被宣告无效等原因自始不当; (三)申请责令被申请人停止侵害知识产权或者不正当竞争,但生效裁判认定不构成侵权或者不正当竞争; (四)其他属于申请有错误的情形。”不难看出,在该条中,最高人民法院乃是将“申请人在法定期间内未起诉或者申请仲裁”解释为“申请有错误”的情形之一,并与“申请人不享有被保全的权利”并列作为“申请有错误”的情形。尽管“知产纠纷行为保全规定”仅是针对知识产权纠纷的司法解释,但是因为知识产权纠纷保全为诉讼保全的类型之一,与财产保全、其他类型的行为保全可能在保全措施的采取、保全必要性的判断上存在差异,基本构造却无分别,该条对“申请有错误”的解释应可扩张适用于所有保全类型。因保全错误而产生的损害赔偿赔偿责任均适用民事诉讼法第108条,故关于“申请有错误”的解释立场应该一致。然而,2015年“民诉法解释”第166条与“知产纠纷行为保全规定”第16条却相互龃龉:在前者,“债权人不享有本案权利”不属于“申请有错误”,在后者,“申请人不享有本案权利”则为“申请有错误”的典型情形。当然,考虑到两个司法解释发布于不同时期,或可理解为最高人民法院就“申请有错误”的解释发生了变化。

由上可知,在保全错误的解释上,司法解释之立场不尽相同。但无论何种见解,司法解释均认为“申请有错误”乃不依附于申请人主观过错的客观情事,即“申请有错误”仅需从保全本身进行判

断,债权人申请时主观上有无过错则无关宏旨。

(三) 裁判实务的侵权责任定位

在审判实务中,无论最高人民法院还是地方法院,通常均将申请保全错误置于侵权责任的框架内进行解释,并遵循这样的理路:保全错误损害赔偿性质上为侵权责任,应适用侵权责任法上的过错责任原则,即“申请有错误”的要件有二:一为被保全的权利不存在即申请人败诉,二为申请人申请时存在过错。考察最高人民法院近年相关裁判,可以发现其在解释“申请有错误”时虽使用了不同表述,但均持该立场。^⑤

地方法院对申请保全错误的解释基本上采纳了最高人民法院的观点,最为常见的表述是:申请财产保全错误损害赔偿赔偿责任,应当适用一般侵权责任过错归责原则;“申请有错误”不能简单地以申请人的诉讼请求能否得到法院支持为判断依据,还应以申请人主观上是否存在过错为要件;只要申请人申请保全时尽到了合理注意义务,即便其诉讼请求未得到支持,也不能认为申请有错误。^⑥只有极少数地方法院的个别裁判持与最高人民法院不同的解释立场。比如,有法院认为,只有基于合法合理的诉讼请求,保全申请才是合法正确的,而诉讼请求的合法性和合理性需要通过法院终局裁判予以确认。只要申请人的诉讼请求未得到法院支持,就可以认定保全不当,而无须探究其是否存在故意。^⑦

审判实务中基本上将保全错误损害赔偿赔偿责任定性为侵权责任,并基于过错责任原则解释申请保全错误之做法,也可从民事案由制度中窥见端倪。《最高人民法院关于印发〈民事案件案由规定〉的通知》(法发[2008]11号,已失效,同系列司法解释以下统一简称“民事案由规定”)即将“因申请临时措施损害赔偿纠纷”作为三级案由归入二级案由“知识产权权属、侵权纠纷”,2011年“民事案由规定”(法[2011]42号,已修改)更是将“因申请诉前财产保全损害责任纠纷”“因申请诉中财产保全损

害责任纠纷”作为独立的案由纳入第九部分案由“侵权责任纠纷”中规定。2020年“民事案由规定”(法〔2020〕347号)虽对民事案由再次作了修正,将此前的诉前、诉中保全损害责任案由合并为“因申请财产保全损害责任纠纷”,但将申请保全错误损害赔偿作为单独的侵权责任形态的处理方案没有改变。由此不难推断,保全错误损害赔偿这一常见的纠纷类型,在审判实践中可能一直被作为侵权责任纠纷对待。

笔者认为,审判实务中将保全错误损害赔偿定位为侵权责任,并依侵权责任法的归责原则解释第108条中的“申请有错误”,因未能正确地认识到民事诉讼法第108条为独立的实体损害赔偿规范之性质,而存在方法论上的错误,既有研究及司法解释关于保全错误的解释也因没有科学厘定保全诉讼的本质,而存在认识论上的错误。因此,欲正确地理解“申请有错误”的内涵,首先需厘清民事诉讼法第108条的规范性质。

二、民事诉讼法第108条为保全错误损害赔偿责任的实体法规范

(一)民事诉讼法第108条为民事实体规范

民事规范依其规范内容的不同,区分为民事实体规范与民事诉讼规范。前者以规范民事主体间私法上的权利义务关系为内容,后者以规范诉讼主体的诉讼行为为内容,二者共同构成法院解决民事纠纷的裁判规范。在立法安排上,固然以专门的民事实体法规定民事实体规范、专门的民事诉讼法规定民事诉讼规范为常态,但基于事物的关联性或其他目的性考量,民事实体法中规定民事诉讼规范、民事诉讼法中规定民事实体规范,也非鲜见。民法典第1079条“人民法院审理离婚案件,应当进行调解”之规定,即为民事实体法中规定民事诉讼规范的典型例证,成为民事诉讼法第9条、第96条规定的“法院调解应当在当事人自愿的基础上进行”这一民事诉讼规范的例外规范。民事诉讼法第53条规定“双方当事人可

以自行和解”,乃民事诉讼法规定民事实体规范的适例,因为该条规定的和解实乃一项民事实体法制度,是指当事人约定互相让步,以终止争执或排除法律关系不明确状态之契约。^⑧民事诉讼法第53条的规定从某种意义上弥补了民法典未将和解契约作为有名契约进行规范的空白而有其价值。从民事诉讼法第108条的文义内容及规范目的看,其显然为一项实体法规范,主旨为在何种情形下或者满足何种实体要件,申请人应承担损害赔偿赔偿责任。从规范构成上讲,申请人赔偿被申请人因保全遭受的损失为其法律效果,损害赔偿的法律效果具有实体法的性质自无疑义。民事诉讼法第108条虽规定于民事诉讼法第九章“保全”部分,但其既未规定保全的要件,也未规定保全的方式及效果,故并非保全规范。之所以与保全规范规定于同一章,乃是体系性立法的安排需要。

将保全错误损害赔偿之实体法上的请求权规定于临时保护程序规范中,并非我国民事诉讼法独有,德国也将不当保全之损害赔偿规定于其民事诉讼法第945条。因为保全错误之损害赔偿肇因于不当的或错误的保全申请,或者说与保全程序具有事实上的关联(Sachzusammenhang),^⑨故不能因不当保全损害赔偿规定于民事诉讼法中而否认其实体法规范的性质。厘定我国民事诉讼法第108条之实体规范性质的实益在于,被申请人不能在保全程序中向申请人主张保全错误之损害赔偿,因为保全程序作为临时救济程序,只是为了紧急保全申请人的本案权利而设立的简略程序,基于公平地保障申请人与被申请人的实体权益,需在程序保障充分的通常诉讼程序中解决保全错误之损害赔偿问题,故被申请人主张损害赔偿只能以独立的诉的方式进行。^⑩当然,被申请人在其作为被告的本案诉讼(即以被保全的权利为标的之诉讼)中以保全错误损害赔偿债权主张抵销或者反诉,也是被允许的。^⑪

(二) 民事诉讼法第108条为完全法条

民事诉讼法第108条不仅是民事实体规范,而且是完全法条,因而在解释上应当遵循完全法条的内在规律或特质。所谓完全法条,是指以一般方式描叙的构成要件被赋予同样以一般方式描叙的法律效果。^②完全法条必然包含构成要件与法律效果两个部分,并且将法律效果的发生系于该构成要件。当构成要件所描叙的法律事实存在时,该法律效果即因之发生,易言之,在完全法条,构成要件乃法律效果发生的充分且必要条件。^③与完全法条相对的是不完全法条,是指仅规定构成要件或仅规定法律效果,借助指示性条款准用或参照适用其他法条才能发挥规范功能的法条。不完全法条的意义在于简化立法,避免重复或烦琐的立法。^④

从民事诉讼法第108条的内容看,申请人赔偿被申请人因保全遭受的损失,乃该条规定的法律效果,申请人申请保全有错误,乃该条规定的构成要件。根据完全法条的意旨,构成申请保全有错误的法律事实一旦发生,即产生申请人赔偿被申请人因保全遭受的损失之法律效果,^⑤而不能也无须援引其他法条充实、限制其所规范的“申请有错误”这一构成要件。审判实务中无视“申请有错误”本身即为独立的构成要件,援引民法典第1165条(侵权责任法第6条),将保全错误损害赔偿定性为侵权责任之一种,并将该条中的“过错”要件杂糅在“申请有错误”中,存在方法论上的错误。这种错误一如将民法典第1236条规定的从事高度危险作业致人损害、第1247条规定的危险动物致人损害之侵权责任定位为过错责任,并援引民法典第1165条“行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的,应当承担侵权责任”,将“过错”要件杂糅于第1236条及第1247条的构成要件中。毋庸讳言,这种方法论上的错误在审判实务中一般不会发生,这倒不是因为法院熟知这两种侵权责任为无过错责任,也不是因为民法典第1166条已经

明确规定,行为人造成他人民事权益损害,不论行为人有无过错,法律规定应当承担侵权责任的,依照其规定。而是因为,民法典第1236条、第1247条本身为完全法条,其已明确规定了何种构成要件应发生何种法律效果。在这两个条文中,“过错”均非构成要件,故即便没有第1166条的规定,对其所作之解释及所得结论也无不同。因此,基于民事诉讼法第108条乃完全法条之意旨,审判实务中将保全错误之损害赔偿责任定位为侵权责任,并按侵权法中的过错责任原则解释“申请有错误”,显然无法立足。

(三) 民事诉讼法第108条为独立于侵权责任规范的实体规范

民事诉讼法第108条为独立的实体法规范,可以从立法变迁中得到进一步佐证。该条关于保全错误损害赔偿的规定由1982年民事诉讼法第94条递嬗而来,后者颁布之时,只有婚姻法、经济合同法等少数几部民事单行法律,并无关于侵权责任及其他民事责任的法律规范。就不当保全的损害赔偿而言,1982年民事诉讼法第94条乃唯一的裁判规范。1986年颁行的民法通则(已失效)于第六章规定了民事责任,该章由“一般规定”“违约的民事责任”“侵权的民事责任”“承担民事责任的方式”四节构成,第106条规定了统率民事责任的归责原则及其例外:“公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产,侵害他人财产、人身的,应当承担民事责任。没有过错,但法律规定应当承担民事责任的,应当承担民事责任。”从该条内容及其所处地位来看,立法意旨是包括侵权责任在内的民事责任均以过错为归责原则,无过错仍应承担民事责任的情形仅限法律明文规定。此处的“法律规定”显然不仅指民法通则的相关规定,还包括其他法律的专门规定。否则,即应采用“本法规定”或“本章规定”等更为贴切也更符合立法技术的术语。因此,民法通则第106条不仅没有“挤兑”1982年民事诉讼法第94条的适用空间,排斥

其作为独立的实体规范之适用可能,反而为后者的独立适用提供了最佳注脚。

1991年民事诉讼法第96条除将1982年民事诉讼法第94条的“申请人败诉”改为“申请有错误”之外,未作其他修改。依体系解释,1991年民事诉讼法第96条的规范目的与性质并未更易,不取于申请人有过错的损害赔偿之定位,也未发生改变。2009年颁行的侵权责任法(已失效)第6条、第7条基本承袭了民法通则第106条关于民事责任承担的立场,但侵权责任法乃以侵权责任为规范对象,故将民法通则中的“民事责任”改为“侵权责任”。值得注意的是,侵权责任法颁行后,民法通则的相关规定并未随之废除,因此至少从立法上讲,1991年民事诉讼法第96条关于保全错误损害赔偿的规范,仍为民法通则第106条“无过错责任”规范的例证。2020年民法典颁行后,侵权责任法、民法通则等民事单行法被体系化地编纂纳入民法典相关章节。侵权责任法第6条、第7条被民法典第1165条、第1166条完全承袭。民法通则第106条关于民事责任的过错原则及无过错原则的规范随着民法典的施行而废止。类似民法通则第106条统率民事责任归责原则的规范在民法典中付之阙如,但并不能由此否认1991年民事诉讼法第96条(现行民事诉讼法第108条)的独立实体规范之意义和价值,因为该条及其前身1982年民事诉讼法第94条关于保全错误损害赔偿的规范先于民法通则存在,且并未随侵权责任法、民法典的施行而废止。

揆诸立法目的,若果真如审判实务的做法那样将其作为侵权责任的一种类型,则1991年民事诉讼法颁行之际,即应删除1982年民事诉讼法第94条的规定,因为随着民法通则于1986年颁行,其已丧失了作为独立实体规范的价值。1991年民事诉讼法第96条仅将构成要件“申请人败诉”改为“申请有错误”,此后民事诉讼法数次修改均未将其删除,表明其具有不同于侵权责任规范的规

范功能及内容。作为一项独立的实体规范,民事诉讼法第108条规定的是不同于侵权责任的损害赔偿赔偿责任。

衡诸民事法理及现行民事实体法损害赔偿规范体系,可以认为民事诉讼法第108条规定的是独立的损害赔偿赔偿责任。从损害赔偿产生的原因看,损害赔偿之债可以基于契约(保险契约、债务不履行)、广义上的契约上过失(缔约过失、意思表示错误之撤销、无权代理)、无因管理、不当得利、侵权行为、特别法的规定(如国家赔偿法等)而发生。^⑧保全错误之损害赔偿既非因契约也非基于侵权行为而生,而是基于特别的法律规范。民法典第118条第2款规定:“债权是因合同、侵权行为、无因管理、不当得利以及法律的其他规定,权利人请求特定义务人为或不为一定行为的权利。”从该款的内容看,基于法律的专门规定且非基于合同、侵权行为、无因管理、不当得利而生的独立的损害赔偿之债,为民法典所肯认。因此,随着民法典的颁行,民事诉讼法第108条规定的保全错误损害赔偿作为独立之债,不仅没有被侵权责任规范吸收,反而获得了坚实的法源支撑。甚至可以认为,民事诉讼法第108条乃民法典第118条第2款中“法律的其他规定”的最佳注脚之一。

将保全错误界定为侵权行为,并简单地以侵权责任法或民法典没有将保全错误损害赔偿规定为无过错责任为由径认其适用过错责任,在民法典颁行之之前,乃是未认识到民法通则第106条的规范功能及价值,在民法典颁行之后,乃是忽略了民法典第118条第2款之意蕴。如有论者认为:“民事法律关系中,债的发生原因包括侵权行为、合同、不当得利、无因管理。申请保全错误的,申请人应当承担赔偿责任,该责任并非因合同、不当得利或无因管理而产生,属于典型的侵权责任,申请保全错误行为相应地属于侵权行为的范畴。”^⑨该观点及其论证逻辑乃实践中法官关于保全错误损害赔偿之典型认识,显然没有注意到民法典第

118条第2款亦肯定基于法律的专门规定而产生的债,民事诉讼法第108条规定的保全错误损害赔偿即基于保全程序固有的构造与特质而产生的独立的损害赔偿之债。

或有人质疑,无论将保全错误损害赔偿定位为独立的损害赔偿之债还是特殊的侵权之债,在均适用无过错责任的情况下,其规范效果并无显著区别。这一质疑不能成立。因为在民事诉讼法立法之初,保全错误损害赔偿即被作为独立的法定之债予以规范,这种立法安排并未随民事诉讼法的修改及民事实体法的变迁而更易,将保全错误损害赔偿定性为特殊的侵权之债,缺乏立法上的基础,有违立法本旨。此外,独立的法定之债之定性能够有效避免司法实践中因将其理解为侵权之债而产生的适用何种归责原则之分歧。更为重要的是,这一定性为厘定“申请有错误”的内涵提供了正确的认知路径,即应回归保全程序本身,在保全程序的性质与框架内阐释保全错误损害赔偿责任的性质,进而理解作为其构成要件的“申请有错误”的内涵。

三、保全错误损害赔偿责任的诉讼动因的风险责任

(一)保全错误之风险

保全程序是为保障债权人本案请求权实现的临时救济程序,以服务于本案程序为目的。一如本案程序分为诉讼程序与执行程序,保全程序也分为保全诉讼程序与保全执行程序。在保全诉讼程序中,法院基于债权人的申请作出保全裁定,在保全执行程序中,法院基于保全裁定这一执行名义依强制执行程序在保全目的实现的必要范围内,对债务人的责任财产或债权人、债务人间的系争标的物采取执行措施。在保全诉讼中,由于案情的紧急性,法院不能像在通常诉讼程序中一般,采取口头辩论和两造对审,对债权人的保全申请是否有理由作完全的、充足的判断,而是适用简略的裁定程序,以不听审债务人的方式对债权人的

实体权利与保全的必要性(Sicherungsbedürfnis)进行判断。与此相应,法院在对保全事项进行判断时采较低的证明要求。德国民事诉讼法第92条、日本民事保全法第23条明确规定,对于保全事项仅需疏明即为明证。疏明乃与完全的证明相对,是指对待证事项仅要求薄弱心证即可由法院认定之证明:其一,证明要求相对于完全证明中的高度盖然性而言仅为优越盖然性;其二,为因应较低证明要求及法院迅速判断的需要,当事人用于疏明的证据必须能够为法院即时调查,与当事人一同到场的证人、当事人随身携带的书证及物证即为适例。^②我国民事诉讼法虽未明确规定疏明制度,但《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(法释[2019]19号)第86条第2款规定:“与诉讼保全、回避等程序事项有关的事实,人民法院结合当事人的说明及相关证据,认为有关事实存在的可能性较大的,可以认定该事实存在。”从中可以看出,我国对保全事项的证明也采相对低的证明要求,而与保全事项需要法院迅速判断之特质相适应。正是由于保全程序的临时救济程序之特质,法院对债权人实体权利的解明,相比本案诉讼程序中法院对债权人实体权利之裁判,在程序保障方面相对较少,自然易产生保全错误的风险。

(二)保全错误损害赔偿责任的为风险责任

民事保全具有附随性、暂定性、紧急性与密行性之特点。^③在保全诉讼中,法院基于申请作出保全裁定,仅暂时地确定债权人与债务人间的民事实体法律关系,而非终局地确定债权人享有本案请求权。尽管不能否认在具备保全必要性的情形下,债权人取得保全裁定并将其作为执行名义强制执行,具有保障债权人本案请求权实现的制度价值,但也应看到,保全执行名义乃是借助于证明要求的降低和听取债权人单方的陈述依简略程序获得,必然存在保全执行名义一开始即为不当或错误的风险。为了保护债务人的利益,基于尚未终局确定民事实体法律关系的执行名义而开始强

制执行的错误或风险必须由保全申请人即债权人承担,^③债权人有责任将其与债务人间的法律关系回复到执行名义取得前的状态,其损害赔偿义务由此产生。债权人的损害赔偿义务本身也反映了保全程序服务于本案程序,为本案程序之附随程序的性质。该风险责任乃不取于违法性与过错的实体法上的损害赔偿义务,以保护被申请人即债务人为目的。^④只要在本案诉讼程序中没有使保全程序中的临时救济措施合法化,因风险实现而产生的损害即应由申请人承担赔偿责任,与申请人是否善意无涉。^⑤质言之,保全错误损害赔偿义务是基于诉讼的理由或动因(Veranlassungs)的风险责任(Risikohaftung),^⑥也是债权人在享受权利保障的同时应当承担的成本。^⑦

应予注意的是,本文所述之风险责任,不同于侵权行为法上的危险责任(Gefährdungshaftung)。^⑧一般而言,“风险”具有积极与消极的双重含义:就消极含义而言,风险表达了规避不希望出现之结果的机会;但就积极含义而言,风险同人们掌控未来的观念休戚相关,蕴含了行为人期待通过承受风险在将来行为中获益的主观动念。^⑨质言之,风险乃中性概念,这决定了风险本身不存在法律意义上的可谴责性。就保全场景而言,债权人所为之保全申请系自愿承担风险的诉讼行为,^⑩该风险的积极意义在于通过执行保全裁定确保本案胜诉后实体权利完全实现的效果,消极意义即为须承担的保全错误损害赔偿义务。与风险不同,危险责任之“危险”仅具备纯粹消极意义,只不过某些经济活动(如核工业)虽具危险性但仍为现代社会所必需而被法特别容许,^⑪若危险实现,就具备了法律上的可谴责性;又因侵权行为概念本身即体现了法律的谴责,^⑫危险责任因而被归入侵权责任范畴。要言之,风险责任区别于危险责任而不应纳入侵权责任体系,保全错误损害赔偿义务的风险责任性质亦呼应了前文揭示的独立损害赔偿义务之定性。

(三)保全错误损害赔偿义务为风险责任的比较法支撑

比较法上,基于保全的损害赔偿基本有两种立法例。第一,立法就保全损害赔偿专设条文予以规范,德国民事诉讼法第945条即为适例。该条规定,债权人对债务人的损害赔偿有两类:一是据以保全执行的保全命令被证明自始不当,债权人应赔偿债务人因保全执行而遭受的损失;另一是债权人申请诉前保全,未依法院起诉命令在所定期间内提起本案诉讼,保全处分被撤销。这两类损害赔偿在构成要件及判断上存在差异,在第一类,法院必须审查保全命令是否在实体上不具有正当性,在第二类,法院仅需从形式上判断保全处分是否因债权人未遵守法院的起诉命令而被撤销,而无须就保全命令的发布是否正当进行实体上的审查。^⑬两类损害赔偿虽存在构成要件上的差异,但均不考虑债权人的过错,仅围绕构成要件进行客观情事上的判断。德国学者认为,德国民事诉讼法第945条规定的损害赔偿义务均是基于这种思想而设立,即保全错误损害赔偿是基于诉讼的理由或动因的风险责任。^⑭在德国早期学说中,有将第945条规定的损害赔偿义务理解为危险责任甚至是广义的侵权责任和私法上的牺牲补偿责任,并且由于这些学说在损害赔偿的构成要件上均不强调债权人的过错,故在法律效果上并无分别。但这些学说均不能很好地体现保全错误损害赔偿是基于以保全名义、在权利不确定状况下债权人自担风险之执行,故已不被当今德国主流学说与判例所采。^⑮

第二,日本民事保全法并未明确规定债权人损害赔偿的实体规范,^⑯因而在日本,因不当的或违法的^⑰保全而生之损害赔偿应基于何种责任适用,尤其在债权人过错是否应作为构成要件方面,不仅学说存在分歧,判例见解也不统一。日本主流学说认为,保全程序乃暂定地为保全本案权利而设立的救济债权人的程序,债权人基于保全命

令这一不确定执行名义具有不当地干预债务人财产或权利领域的风险,这一风险必须由引起临时保护程序的债权人承担,因此无须考虑债权人是否存在过失。为谋求对债权人、债务人利益保护的平衡,显然应以不当的保全自身作为构成要件为妥。^{④5}日本早期地方法院的判例类推适用日本旧民事诉讼法第198条第2款关于假执行错误损害赔偿的规定,认为保全不当产生客观上的损害赔偿,在被保全的本案权利于本案诉讼中被确定不存在时,即认为保全不当。^{④6}另一学说则认为,不当的保全执行之损害赔偿乃侵权行为(不法行为)的一种,应适用日本民法第709条关于不法行为责任的规定,债权人承担损害赔偿除保全命令的申请不当外,还须以债权人存在故意或过失为前提。因为关于不当保全损害赔偿并未规定专门的实体法规范,采无过错责任并无正当依据,从解释论的立场,依日本民法第709条采一般过失责任始为正当。不过,由于保全程序乃以简略程序取得执行名义,对债务人的保障较为薄弱,为公平承担损害赔偿,关于过失的举证责任与一般的不法行为损害赔偿应有不同,由债权人承担证明其申请保全无过错的举证责任较为妥当。^{④7}日本最高法院自大审院时期即采这种立场,将不当保全损害赔偿定位为不法行为的一种并持过失推定见解。不过,从日本最高法院判例的演变来看,关于过失推定的理解并不完全相同。其于1968年12月24日所作判例认为,保全处分被撤销或者本案诉讼中债权人败诉,即可推定债权人有过失。债权人只有证明其申请保全具有相当的理由,才能推翻此推定。因而,过失推定具有证明责任转换的意味,接近无过失责任。不过,其于1982年7月1日及1990年1月2日所作判例均持事实的推定说,认为申请人在本案中败诉仅具有在经验法则的运用上被推认其有过失的表征而已,仅此不能直接认定债权人申请保全有过失,应在具体案件中寻求其他能在法规范上被评价为过失的

事实,个别地判断债权人是否有过失。^{④8}

就我国而言,因民事诉讼法第108条明确为保全错误损害赔偿的实体法依据,因而至少在解释论上不存在日本经验中如何定性及适用不当保全损害赔偿的纷扰,更不应存在保全错误损害赔偿采过失责任还是无过错责任之分歧。通过比较可以发现,我国民事诉讼法第108条的“申请有错误”,与德国民事诉讼法第945条的“保全命令被证明自始不当”,内涵相当。当然,从我国民事诉讼法第108条规定的“申请有错误”中,并不能推导出其包含德国民事诉讼法第945条规定的第二类损害赔偿,就此而言,在保全裁定因债权人未提起本案诉讼而被法院撤销情形下的损害赔偿,在我国未有明确的实体法依据,而只能类推适用民事诉讼法第108条以填补此法律漏洞。一言以蔽之,我国民事诉讼法第108条既然一如德国民事诉讼法第945条明确规定了保全不当之损害赔偿责任,自应成为法院裁判保全错误的唯一的实体法依据,无须也不应援引其他规范。

四、保全错误乃欠缺保全实体要件

(一)保全错误的三种形态

债权人申请保全,除应具备通常诉讼程序所应具备的诉讼要件外,还应向法院陈述满足法院作出保全裁定的实体要件并提供证据证明(疏明)。与通常诉讼程序或本案诉讼程序仅以实体权利或本案请求为审判对象或诉讼标的不同,保全诉讼的审判对象或诉讼标的是具有保全必要性的实体权利主张。^{④9}虽然对保全诉讼之标的存在不同的界定,但被保全的权利与保全的必要性构成保全诉讼审理的核心内容,乃为共识。^{⑤0}被保全的权利即本案请求权,与本案诉讼的审判对象具有同一内涵,均指债权人意欲实现的请求法院裁判的实体权利。保全的必要性又称保全的理由或保全的原因,是指被保全的权利有不能实现或存在实现困难之虞,因而存在以保全处分进行干预的必要。^{⑤1}法院审查判断债权人的保全申请是否

有理由,即围绕保全诉讼的这两个实体要件进行。借助债权人的陈述与提供的证据,法院如果认为被保全的权利不存在或被保全的权利虽然存在但欠缺保全必要性,即认为保全申请没有理由,则驳回保全申请(不同于以缺少诉讼要件为理由的驳回);与之相反,法院如果认为被保全的权利存在且具有保全必要性,即认为保全申请有理由,则发布保全命令或作出保全裁定。

“申请有错误”即指法院作出的保全裁定欠缺实体要件,因而是没有理由的或不当的、错误的,具体包括被保全的权利不存在、保全的必要性欠缺、^⑤被保全的权利与保全的必要性均不存在三种形态。简言之,作出保全裁定的实体要件欠缺其一,即可认为保全不当或错误。^⑥因此,“申请有错误”并不是指申请保全欠缺诉讼要件,也不是指债权人因疏明方法的欠缺未对保全要件进行足够的证明。如果具备保全实体要件,即便法院在债权人缺乏充分疏明的情况下作出保全裁定,也不能认为保全申请不当或者错误。^⑦

需注意的是,保全实体要件是否欠缺,乃是客观角度根据保全裁定作出时的法律状况进行判断,因此,判断保全实体要件是否存在的基准时,为保全裁定作出之时。只要此时保全实体要件具备,即便由于事后法律状况的变更,被保全的权利事后丧失或保全的必要性不复存在,也不能认为保全不当。与之相反,如果保全裁定作出之时保全的实体要件不具备,并不会因权利的事后取得而认为保全正当。^⑧

我国部分学者及极少数地方法院的法官将“申请有错误”解释为“申请人败诉”或“诉讼请求未得到法院支持”,认识到了“申请人败诉”即意味着被保全的权利不存在因而保全不当,应值肯定。但这种观点不仅未注意到民事诉讼法已将保全错误损害赔偿的首要构成要件从“申请人败诉”改为“申请有错误”,而且没有认识到保全诉讼不同于本案诉讼,并非仅以本案请求权为审判对象,

而是以本案请求权与保全必要性为共同审判对象。如果采纳这种观点,将使债务人在债权人虽有本案请求权但欠缺保全必要性的情形下,因保全遭受的损失得不到赔偿,对债务人的保护显然不周全。将“申请有错误”解释为前文提及的诸如违反法定条件和程序的保全申请,则不仅内涵不确定而存在恣意解释的空间,而且未能正确认识保全诉讼程序的构造,将“申请有错误”扩张解释到保全实体要件欠缺以外的情形。^⑨其结果,债权人在被保全权利与保全必要性均具备的情形下,也可能赔偿所谓的保全执行之损失,对债权人未免过苛。区分诉前和诉中保全理解“申请有错误”的观点,也值得商榷。从“知产纠纷行为保全”第16条可以看出,最高人民法院乃是将债权人申请诉前保全后未在法定期间内提起本案诉讼解释为“申请保全错误”的情形之一,与德国民事诉讼法第945条将其作为独立的保全损害赔偿构成要件存在规范上的差异。不过,法院对其之审查判断并无二致,均仅须从形式上认定债权人是否在法定期间内提起了本案诉讼,而无须就保全的必要性及被保全的权利是否存在进行实体上的审查。而对于提起了本案诉讼的诉前保全或诉中保全,法院均应围绕被保全的权利及保全的必要性对保全申请进行审查判断。保全诉讼系保障权利人实体权利最终实现之临时救济这一程序性质,即涵括法院迅速处理的内在要求,“情况紧急”乃保全必要性的应有之义,因此对于申请保全错误的理解也不应因诉前保全抑或诉中保全而有差别。^⑩审判实务中,“申请人败诉”或“当事人的诉讼请求未得到法院支持”尚不足以认定申请有错误之见解,也存在无视保全诉讼乃基于保全本案请求权实现之本旨的错误。

(二)法院应基于客观立场独立判断保全有无错误

民事诉讼法第108条确立了被保全债务人独立的损害赔偿请求权,债务人主张债权人赔偿因

保全遭受的损失,必须以债权人为被告提起损害赔偿诉讼。在损害赔偿诉讼中,原告(保全诉讼的被申请人、本案诉讼的被告)的损害赔偿请求能否得到支持,端视债权人(损害赔偿诉讼的被告,本案诉讼的原告)申请的保全裁定在作出时是否具备保全的实体要件。损害赔偿诉讼法院应基于客观的立场作出独立判断,而不受保全诉讼法院裁判的拘束。^⑤这意味着,保全诉讼法院支持债权人的申请所作的关于被保全的权利及保全必要性存在的判断,对损害赔偿诉讼法院不产生拘束力。^⑥这不仅因为保全诉讼法院以裁定方式作出的判断本身即无实质确定力,更因为保全程序是为临时救济债权人而设的简略程序,通常不听取债务人陈述并且证明要求相比通常诉讼程序有所降低,法院所作判断的正确性本身就有所不及。无论是为保障当事人的程序权利还是考虑裁判的正当,由损害赔偿诉讼法院依通常诉讼程序作出独立判断,都更为合适,也更符合依法治国原则。^⑦

作为独立的诉讼,保全错误损害赔偿诉讼的提起及裁判并不依赖本案诉讼,债务人不必等本案诉讼结束才提起损害赔偿诉讼,法院亦不必俟本案诉讼作出终局裁判后才作出判决。因为两诉具有不同的诉讼标的,前者以损害赔偿请求权为诉讼标的,后者以被保全的权利为诉讼标的。如果本案诉讼与保全错误损害赔偿诉讼同时系属于法院,则理论上存在这种可能:本案诉讼原告胜诉,保全错误损害赔偿诉讼中法院却认定被保全的权利不存在。此际,两诉关于被保全的权利的认定相互矛盾,保全诉讼被告可提起上诉寻求救济自无疑问,若判决已生效,则可根据民事诉讼法第211条第1项“有新的证据,足以推翻原判决、裁定”之规定申请再审。当然,为避免矛盾判决,两诉可合并审理,债务人也可在本案诉讼中通过反诉乃至抵销的形式主张保全错误损害赔偿。^⑧不过,在损害赔偿诉讼进行的过程中,如果本案诉讼

法院已就被保全的权利是否存在作出终局判决,损害赔偿诉讼法院必须以之为基础判断损害赔偿赔偿责任是否成立。因为本案诉讼法院关于诉讼标的即被保全的权利是否存在的判断具有既判力,构成损害赔偿诉讼中法院关于诉讼标的判断的前提。^⑨因此,如果本案诉讼法院认为,被保全的权利在保全裁定作出这一基准时不存在,损害赔偿诉讼法院即应中止对损害赔偿请求权的审查,直接判决支持原告的请求。相反,如果本案诉讼法院作出了被保全的权利存在之裁判,则损害赔偿诉讼法院并不能当然认为损害赔偿请求权不存在,而应继续审查保全裁定作出时保全的必要性是否存在。即使在本案诉讼中法院就保全的必要性是否存在作出了判断,也不能拘束损害赔偿诉讼法院。因为保全的必要性不是本案诉讼之标的,法院对其所作的判断不具有既判力。^⑩

在保全错误损害赔偿诉讼中,被保全的权利及保全的必要性均存在,乃保全诉讼中债权人申请保全的实体要件或正当基础,因而应由债权人承担说服责任与证明责任。尽管在保全诉讼中,基于保全程序的特质及法院迅速判断的需要,债权人的说服责任及证明标准相应地减轻或降低,但债权人的证明责任并没有改变。因而,在损害赔偿诉讼中,不是由原告即债务人对被保全的权利及保全必要性的不存在承担说服责任与证明责任,而是应由被告即债权人对被保全的权利及保全必要性在保全裁定作出时存在承担说服责任及证明责任。^⑪因之,基于民事诉讼法第108条的规范构造与保全诉讼之本质,被告即债权人应对“申请保全没有错误”即保全裁定的作出有理由承担说服责任与证明责任,原告即债务人不对申请有错误承担说服责任与证明责任。当然,考虑到债权人在保全诉讼中因紧急性或其他原因不能提出能证明保全有理由的全部事实及证据,在损害赔偿诉讼中,债权人可提出保全诉讼中没有提出的诉讼资料与证据方法。^⑫

(三)对保全错误的理解应立足于平衡保护两造的立场

民事诉讼程序作为解决私权主体之间纠纷的司法手段,其制度认同在于平衡保护程序两造实体与程序权益的根本理念。无论是本案诉讼程序、保全诉讼程序抑或保全错误损害赔偿诉讼程序,皆是如此。面对司法实践中日益突出的被告一方在本案诉讼进程中甚至本案诉讼系属前大肆转移财产以逃避预期败诉后果之执行的情况,立法机关建构诉前保全制度确保公权力提前介入私权处分、开拓行为保全制度丰富保全执行样态,皆以保障债权人即本案诉讼原告为考量。立法取向之偏好传导至司法环节,法院呈现出宽松审查保全申请的趋势,典型表现为法院对作为保全诉讼程序固有实体要件之保全必要性的司法审查虚化。^⑥大量不具备保全实体要件的保全申请被裁定执行,导致债务人的财产权益与处分自由在本案判决尚未终局性生效前受到公权力不成比例地干预。为扭转保全制度运作中债权人与债务人保护失衡的局面,一方面需从前端贯彻对保全要件的司法审查,破除“唯担保论”的惰性思维,另一方面需从后端阐明保全错误损害赔偿诉讼的应然审理逻辑。

以本文解释的标准为鉴,本案诉讼原告(即债权人)必须确保本案胜诉,方可避免被追究损害赔偿赔偿责任,^⑦此种标准或被直观地认为是对债权人权利伸张的苛责。对此,基于比较法经验,发挥“与有过失”(Mitverschulden)规则对损害负担的分配功能,有助于平衡保护申请保全人与被保全人。若债务人在诉前或诉中的行为导致保全申请行为,例如大肆转移、减损资产,即使其责任财产尚能满足债务履行要求,该财产处置行为事实上将引起债权人的恐慌并基于此种不安申请保全。这种情况下,本案原告败诉的,法院可认定保全错误受害方与有过失并根据“权衡原则”(Abwägungsgrundsätze)斟酌由受害方即债务人自行承担部分损

失,从而减轻债权人的损害赔偿赔偿责任。基于同样的损害赔偿分配正义理念,债务人在债权人申请保全后大概率可以通过提出异议阻止该保全裁定执行但未及时提出的,法院亦可认定债务人与有过失。此外,债务人在损害发生后未及时采取法律补救措施致使损害扩大,因违反“损害避免与减少义务”(Schadensabwendungs- und -minderungspflicht)而就损害扩大部分自负其责。我国民法典第592条、第1173条均规定了与有过失规则。需要注意的是,由于申请保全系债权人自担风险之行为,与有过失规则的适用应谨慎;此外,与有过失就其法律性质而言乃须被告(即债权人)提出之抗辩(Einwendung),法院原则上不得依职权认定受害人与有过失。^⑧

此外,保全诉讼、本案诉讼与保全错误损害赔偿诉讼构成了整体意义上的保全运作程序群,其运作逻辑的过程性,决定了对某个具体环节的偏好性调整会将此操作的外部性向后传导,并最终集聚于流程末端的保全错误损害赔偿诉讼程序中。因此,上述隐忧并非保全错误损害赔偿权利要件设置之故,而肇因于作为制度前端之保全诉讼在实务运作中出现的程序控制失能,其并未在保全诉讼阶段按照应然审查标准驳回不适法的保全申请。保全错误损害赔偿责任的司法审查不应迁就保全诉讼程序控制失能所致不当保全损害泛滥之现实,抑制保全错误损害赔偿独立实体规范的应然适用,有悖平衡保护两造的正当程序理念。原告在本案诉讼中败诉并因被保全的实体权利不存在^⑨而罹承担损害赔偿责任的额外之难,确为贯彻依法治国原则须承受的代价。

我国审判实务中,由于一直将保全错误损害赔偿定位为侵权责任并强调以过错为要件,故在损害赔偿诉讼中,往往要求原告就被告在申请保全时存在过错负证明责任。很多案件中,原告均因此被法院驳回损害赔偿请求。^⑩即便搁置方法论及解释论上的错误不谈,就处理结果而言,也不

当加重了债务人的证明责任,从而在对债权人、债务人的利益保护上明显失衡,更是在客观上加剧了债权人不当申请保全的可能。在我国审判实务中法院普遍疏于审查保全必要性的背景下,这种危险倾向只会愈演愈烈。

(四)完善诉讼保全责任保险与保全错误损害赔偿制度的对接

《最高人民法院关于人民法院办理财产保全案件若干问题的规定》(法释[2020]21号)第7条规定了申请保全人以签订财产保全责任保险合同的方式为财产保全提供担保的相关要求。依据目前的司法解释,诉讼财产保全责任保险被认为是诉讼保全担保的具体方式,兼具保险与担保的功能,一方面可以缓解申请保全的债权人本案败诉后承担损害赔偿责任的后顾之忧,另一方面可以保险机构的偿付能力、商业信誉与处理效率为背书,更好地保障被保全人的合法权益。^①

然而,囿于其保险属性,诉讼财产保全责任保险无法适当地发挥担保机能。例如,其作为责任保险以保障被保险人即债权人利益为核心,囿于保险合同的相对性,作为非合同关系主体的被保全人无法在申请保全错误致损保险事故发生后直接向保险公司请求偿付,^②有待于债权人申请启动偿付程序,其制度保障力度较之法院强职权介入下达成的财产担保或第三人保证担保较弱。另者,诉讼财产保全责任保险嵌入保全担保制度,将大幅降低申请保全人的担保成本,鉴于我国保全诉讼实务中司法审查“唯担保论”的现状,或诱发保全滥用风险。因此,为厘清诉讼财产保全责任保险应有之保险属性,同时发挥诉讼保全担保抑制保全滥用的制度机能,应将诉讼保全责任保险与保全担保相分离,使其回归任意性补充商业保险之定位,不应将其作为诉讼保全担保的具体方式。

此外,责任保险制度出于对个人责任没落与道德滑坡危机的警惕及对保险成本的考虑,原则

上不将因故意或重大过失行为造成的损害赔偿赔偿责任纳入承保范围,而以无违法恶意的一般过失责任或法定的无过失责任为保险标的。^③因此,审判实践中过错归责的做法尤其是基于故意或重大过失的归责,无法与责任保险制度的理念完全相容,本文坚持的法定损害赔偿性质及不以主观过错为要件的审查标准,则可以与诉讼财产保全责任保险的属性相容,并且有助于责任保险与保全错误损害赔偿制度的科学衔接。

结语

民事诉讼法第108条明确将“申请有错误”作为保全错误损害赔偿的构成要件予以规定,但在该要件的解释或界定上,不仅学界多有分歧、司法解释立场不一,审判实务更是立足于侵权责任的立场,强调应以债权人的过错作为“申请有错误”的要件之一。这些解释立场或解释方法均未能正确理解民事诉讼法第108条本身即为由完全法条构成的、独立的实体法规范,也没有厘定保全诉讼的本质与构造,因而是错误的。以既有观点为据处理保全错误损害赔偿诉讼,或因失之过狭而影响债务人利益,或因失之过宽而对债权人利益保护不周。将保全错误损害赔偿纳入侵权责任的框架,更是失之允当而亟待纠正。立足于民事诉讼法第108条乃关于保全错误损害赔偿责任之独立实体法规范的本质,将“申请有错误”理解为在保全裁定作出这一基准时被保全的本案权利不存在或欠缺保全必要性,并由保全错误损害赔偿诉讼法院从客观角度独立作出判断,乃为正解。

注释:

^①保全执行旨在保障债权人的本案权利实现,因此,除满足保全要件外,法院采取执行措施限于冻结债务人的责任财产、扣押有争议的标的物等禁止债务人处分之措施,而不会进入本案执行中的拍卖、换价阶段。

^②所谓“保全裁定已开始执行”,是指保全裁定本身已对

债务人造成了执行的压力或威胁,并不要求裁定已完全执行。在不作为保全中,附有秩序手段的保全裁定送达给当事人即可认为已开始执行。“债务人因保全裁定的执行而遭受了损害”,是指债务人遭受了与保全执行有相当因果关系的直接或间接损失。例如,债务人为避免保全执行提供了担保,致使该担保物不能转让而遭受利益损失;又如,债务人因不作为保全裁定而停止生产,遭受损失。Vgl. BGH NJW 1988, 3268; BGHZ 131, 141; Musielak/Voit, ZPO, 18. Aufl., 2021, § 945 Rn. 11.

③虽然依民事诉讼法第103条第1款的规定,法院在必要时也可依职权保全,但实践中,保全程序几乎都是依债权人申请而启动,法院依职权启动绝少见之。法院依职权保全给债务人造成损害的,债务人得依国家赔偿法第38条申请赔偿,并无适用民事诉讼法第108条之余地(参见《最高人民法院关于审理涉执行司法赔偿案件适用法律若干问题的解释》,法释〔2022〕3号,第19条)。因此,本文的讨论对象为“依申请保全错误”,文中亦简称为“保全错误”。

④2012年民事诉讼法修正时增设行为保全制度,1991年民事诉讼法第96条中的“申请人应当赔偿被申请人因财产保全所遭受的损失”更易为2012年民事诉讼法第105条中的“申请人应当赔偿被申请人因保全所遭受的损失”。

⑤肖建国、张宝成:《论民事保全错误损害赔偿责任的归责原则——兼论〈民事诉讼法〉第105条与〈侵权责任法〉第5条的关系》,《法律适用》2016年第1期,第42页。

⑥李仕春:《民事保全程序研究》,中国法制出版社2005年版,第219页以下。类似观点,参见陈广华:《财产保全中被申请人利益的保护——以申请财产保全错误为契机》,《求索》2005年第5期,第89页;徐子良:《论财产保全异议的审查与申请保全错误的赔偿——兼析一起因财产保全引发的损害赔偿案》,《法学》2006年第12期,第138页;万发文:《财产保全申请错误的构成及赔偿》,《人民司法》2012年第6期,第23页以下。

⑦柴发邦主编:《民事诉讼法学新编》,法律出版社1992年版,第263页。类似观点,参见陈河:《论财产保全错误的损害赔偿问题》,《湖北警官学院学报》2012年第2期,第130页。

⑧周翠:《中外民事临时救济制度比较研究》,清华大学出版社2014年版,第202页。

⑨吴英姿:《论保全错误的程序法解释》,《现代法学》2023年第2期,第54页。

⑩最高人民法院法律政策研究室编著:《民事诉讼法修改研究综述》,吉林人民出版社2006年版,第212页。

⑪王亚明:《财产保全申请错误再探——从司法统计的视

角》,《法治研究》2014年第12期,第117页。

⑫全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《〈中华人民共和国民事诉讼法〉条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2012年版,第171页。

⑬李喜莲:《财产保全“申请有错误”的司法考量因素》,《法律科学》2018年第2期,第163页。

⑭参见李曼:《民事行为保全申请错误的判断与赔偿》,《昆明理工大学学报(社会科学版)》2019年第4期,第8页以下。

⑮参见最高人民法院(2017)最高法民终118号民事判决书;最高人民法院(2020)最高法民申282号民事裁定书;最高人民法院(2020)最高法民终1316号民事判决书。

⑯参见安徽省高级人民法院(2017)皖民终716号民事判决书;山东省高级人民法院(2017)鲁民终1932号民事判决书;江苏省高级人民法院(2017)苏民终257号民事判决书;河南省高级人民法院(2017)豫民终257号民事判决书;吉林省高级人民法院(2018)吉民终676号民事判决书。

⑰参见北京市高级人民法院(2018)京民终33号民事判决书。

⑱参见黄立主编:《民法债编各论》下,中国政法大学出版社2003年版,第830页。

⑲Vgl. Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, 41. Aufl., 2021, § 945 Rn. 1.

⑳Vgl. Saenger, ZPO, 9. Aufl., 2021, § 945 Rn. 17.

㉑Vgl. Drescher, Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl., 2021, § 945 Rn. 29.

㉒参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第133页。

㉓参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第113页。

㉔参见前引⑳,拉伦茨书,第141页;上引黄茂荣书,第128页以下。

㉕这仅是从完全法条的构成作如此演绎。从教义学分析,“申请人应当赔偿被申请人因保全遭受的损失”本身内含了保全裁定已开始执行、被申请人有损失以及被申请人所受损失与保全执行具有相当因果关系之构成要件。

㉖参见王泽鉴:《民法概要》,中国政法大学出版社2003年版,第230页;民法典第500条(缔约过失之损害赔偿)、第171条第3款(无权代理之损害赔偿)、第979条(无因管理之损害赔偿)、第987条(不当得利之损害赔偿)、第七编第二章(侵权责任之损害赔偿)等。

②⑦赵珂:《申请保全错误行为之司法认定——以案例为样本解读〈民事诉讼法〉第105条的适用》,《法律适用》2021年第8期,第118页。

②⑧参见占善刚:《降低程序事实证明标准的制度逻辑与中国路径》,《比较法研究》2021年第6期,第175页。

②⑨参见[日]须藤典明等:《民事保全(四訂版)》,青林书院2019年版,第15页以下。

③⑩参见前引②, Musielak等书,第945节,边码1。

③⑪同上。

③⑫Vgl. Drescher, Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl., 2021, § 945 Rn. 4.

③⑬Vgl. BGHZ 131, 141; NJW 2006, 2767; Kindl/Meller-Hannich, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 4. Aufl., 2021, § 945 Rn. 1; Zimmermann, ZPO, 9. Aufl., 2011, § 945 Rn. 1.

③⑭参见前引⑨,吴英姿文,第54页。

③⑮Vgl. Drescher, Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl., 2021, § 945 Rn. 3.

③⑯See A. Giddens, Risk and Responsibility, 62 Modern Law Review 3-4(1999).

③⑰对于私人财产权利纠纷引发的诉讼,不妨看作在法院场域内进行的经济行为博弈。就债权人而言,其提起诉讼理应基于其乃正当权利人并具备胜诉把握的自我认知,否则无法合理解释其诉讼动机。基于此诉讼动机,债权人对债务人财产无论基于何种客观情况提出保全申请,均无异于综合衡量预期败诉损失与预期胜诉收益的理性经济行为。以结果论,债务人大肆转移财产并未直接影响本案胜诉概率,而是间接影响了债权人的预期胜诉收益,这是行为主体必须承受的“诉讼行为收益波动”风险。因此,即使面对债务人大肆转移财产的情境,债权人看似紧急提出的保全申请并非真正的“迫不得已”,而是为提高预期胜诉收益的“风险投资”行为。

③⑱参见王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2016年版,第15页。

③⑲参见王利明等:《民法学》下册,法律出版社2020年版,第1040页。

④⑰Vgl. Gaul/Schilken/Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., 2010, § 80 Rn. 1.

④⑱参见前引③⑳, Zimmermann书,第945节,边码1。

④⑲Vgl. Zöller, ZPO, 28. Aufl., 2010, § 945 Rn. 3; BGH NJW 2017, 1600(1601).

④⑳日本曾在20世纪70年代试图效仿德国民事诉讼法第

945条,在其民事执行法中规定债权人不当保全的损害赔偿义务,但未成功。日本民事保全法第33条设立了原状回复裁判制度,针对给付金钱与物的假处分,债务人可以在对保全命令的异议程序中附随地申请法院命令债权人返还基于保全命令所为之给付。学界认为,原状回复请求权乃是基于保全命令被撤销、变更这一诉讼上的事实而发生,与实体法上被保全的权利是否存在无关,因而不是实体法上的不当得利返还请求权,而是诉讼法上的不当得利返还请求权。该项立法的意旨在于以简略程序实现不当得利的返还,但并未解决因不当保全的执行而产生的损害赔偿问题。参见[日]本間靖規:《不当な民事保全と損害賠償》,载[日]中野貞一郎等:《民事保全講座1》,法律文化社1996年版,第504页;[日]瀬木比呂志:《民事保全法(修订版)》,日本评论社2014年版,第372页以下。

④⑱在早期的日本学说及裁判实务中,将基于不正确的保全命令进行执行称之为“违法的”或“不法的”保全执行,近年的学说与判例将其称为“不当的”民事保全。参见[日]斎藤秀夫、桜田胜義:《保全処分の損害賠償責任》,载《吉川大二郎博士還暦記念文集:保全処分の体系》上卷,法律文化社1965年版,第15页以下;[日]竹下守夫、藤田耕三:《注解民事保全法》上卷,青林书院1996年版,第3页。

④⑲参见前引④⑱,本間靖規文,第599页;[日]松本博之:《民事執行保全法》,弘文堂2011年版,第580页。

④⑳参见前引④⑱,斎藤秀夫等文,第23页。

④⑲参见[日]菊井維大、村松俊夫、西山俊彦:《仮差押・仮処分》,青林书院1983年版,第476页;[日]上原敏夫、长谷部由起子、山本和彦:《民事執行・保全判例百選》,有斐阁2020年版,第211页。

④⑲参见前引④⑱,松本博之书,第580页;上引上原敏夫等书,第211页。

④⑲参见[日]上村明広:《保全訴訟における訴訟物》,载前引(43),中野貞一郎等书,第369页。

④⑲参见[日]戸根住夫:《民事保全法要论》,法律文化社2015年版,第9页。

④⑲参见[日]三谷忠之:《民事執行法讲义》,成文堂2011年版,第361页。

④⑲我国实践中有法院以债权人提供足额担保替代对保全必要性的审查。对保全申请的担保,即对债务人因违法或不当地执行保全处分而可能受到的损害承担担保责任;同时,担保还具备抑制滥用保全申请的机能。债权人提供担保意在表示并强化其主观上希望法院许可保全申请的意愿。就客观层

面而言,债权人提供担保的行为更多与嗣后保全错误损害赔偿责任的承担方式有关,与证明保全必要性这一实体要件事实之间不存在逻辑关联,因此不应影响法院对保全必要性的独立审查。有关保全担保的功能,参见前引⑳,须藤典明等书,第69页以下。

㉓参见前引㉒,菊井维大等书,第475页;前引㉑,本間靖規文,第507页;Baumbach/Lautbach, ZPO, 69. Aufl., 2011, § 945 Rn. 7; Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, 41. Aufl., 2021, § 945 Rn. 9; BGH NJW 1988, 3268。

㉔参见前引㉓, Zimmermann 书,第945节,边码2;前引㉒, Gaul 等书,第80节,边码5。

㉕参见前引㉒, Musielak 等书,第945节,边码2。这不适用于被保全的权利如专利权被事后追溯地宣告无效的情形。此时,仍应因被保全的权利不存在而认为保全不当。如果由于其他实体法上的原因导致请求权不存在,如因行使撤销权而使权利被追溯地消灭,则不能认为保全自始不当。Vgl. BGHZ 165, 311; Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., 2007, § 945 Rn. 19。

㉖例如,将“申请有错误”理解为保全的对象错误或者明显超额保全,便是将本属于法院违法保全的职务行为不当地理解为债权人申请保全错误。

㉗诉前保全与诉中保全均指向确保将来生效裁判的执行,所以在申请、审查和裁判上高度相似。只是诉前保全存在利害关系人事后不提起诉讼的风险,应有更严格的审查标准。参见王亚新、陈杭平、刘君博:《中国民事诉讼法重点讲义》,高等教育出版社2021年版,第246页。

㉘参见前引㉕, Stein 等书,第945节,边码23;前引㉒, Saenger 书,第945节,边码6;前引㉒, Musielak 等书,第945节,边码4。

㉙Vgl. Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, 41. Aufl., 2021, § 945 Rn. 21。

㉚Vgl. Thomas/Putzo, ZPO, 31. Aufl., 2010, § 945 Rn. 8; Zöller, ZPO, 29. Aufl., 2011, § 945 Rn. 9; Drescher, Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl., 2021, § 945 Rn. 16。

㉛参见前引㉑,周翠书,第201页。

㉜Vgl. BGH NJW-RR 1992, 998; BGHZ 122, 172; Drescher, Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl., 2021, § 945 Rn. 15。

㉝前引㉒, Saenger 书,第945节,边码6; Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, 41. Aufl., 2021, § 945 Rn. 20。

㉞参见前引㉓, Kindl 等书,第945节,边码1; BGH NJW-RR 1992, 998。

㉟参见前引㉒, Musielak 等书,第945节,边码3; BGH NJW 1988, 3268; BGH NJW-RR 1992, 998。

㊱参见占善刚:《民事保全的必要性及其司法审查》,《法学》2023年第10期,第154页。

㊲若被保全的实体权利与保全的必要性存在,但因存在法定障碍事由等特殊情形而致本案诉讼原告败诉,则不构成申请保全有错误。

㊳参见前引㉓, Kindl 等书,第945节,边码27; Saenger, ZPO, 10. Aufl., 2023, § 945 Rn. 15; Lorenz, Beck'scher Online-Kommentare zum BGB, 68. Ed., 2023, § 254 Rn. 63; Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl., 2022, § 254 Rn. 144; OLG München GRUR 96, 2685。

㊴被保全的权利部分存在、部分不存在,即债权人部分胜诉、部分败诉时,仍属申请保全错误,只是债权人仅需按比例对保全权利不存在的部分承担损害赔偿赔偿责任。Vgl. Musielak/Voit, ZPO, 20. Aufl., 2023, § 945 Rn. 11。

㊵参见最高人民法院(2020)最高法民终590号民事判决书;山东省高级人民法院(2019)鲁民申1652号民事裁定书;天津市高级人民法院(2020)津民终1280号民事判决书;四川省高级人民法院(2020)川民终1405号民事判决书。

㊶参见何启豪、常鑫:《诉讼财产保全责任险何以助力解决“执行难”》,《法律适用》2018年第23期,第81页。

㊷尽管保险法第65条第1、2款采取淡化合同相对性的方式规定了保险人的赔付选择权与第三人附条件的请求权,但从第2款“被保险人怠于请求的,第三人有权就其应获赔偿部分直接向保险人请求赔偿保险金”的规定可以看出,保险法认为被保险人的请求权仍优先于第三人的直接请求权。参见李玉泉:《保险法》,法律出版社2019年版,第162页。

㊸参见温世扬主编:《保险法》,法律出版社2003年版,第251页;贾林青:《保险法》,中国人民大学出版社2014年版,第225页;王利明:《建立和完善多元化的受害人救济机制》,《中国法学》2009年第4期,第153页以下。