



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

肖建国 张宝成*

摘要 民事保全错误的损害赔偿责任的归责原则,应该以过错责任原则为归责原则,过错的判断应采用客观标准,以兼顾申请人与被申请人的利益,也更符合司法实践的需求。

关键词 民事保全 申请有错误 损害赔偿 归责原则

一、问题的提出

《民事诉讼法》第105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。”学术界普遍认为,在“申请有错误”的损害赔偿中,被申请人的损害是由申请人错误地申请民事保全的行为所造成的,与一般的侵权行为没有本质区别,不同之处在于申请人利用司法程序侵犯被申请人的合法权益,是一种新类型的民事侵权行为。^[1]即“申请有错误”的损害赔偿责任属于民事责任范畴中的侵权损害赔偿。实践中,法官也是做如此认定,例如,“申请财产保全错误,本质上属于一种民事侵权行为。”^[2]“诉中财产保全损害赔偿责任本质上属于民事侵权责任。”^[3]虽然针对这一基础前提已经达成共识,但从法条的规定上来看,关于民事保全错误损害赔偿的归责原则,究竟采过错责任原则还是无过错责任原则,理论上尚有争议,司法实践中也有不同认识。为此,我们在“中国裁判文书网”上收集了自2013年1月1日以来关于申请民事保全错误损害赔偿的案件,^[4]并对全部案件的裁判理由进行梳理,以考察人民法院对民事保全错误损害赔偿案件归责原则的认定,并进行理论上的总结和评析,从理论上证成过错责任原则的妥当性。

二、过错责任与无过错责任原则的论争

目前民事诉讼法学界围绕《民事诉讼法》第105条的规定,对于申请保全错误赔偿责任的归责原则,存在着过错责任与无过错责任原则两种观点的对立。

(一)过错责任原则说

有学者认为我国申请保全错误赔偿案件中的归责原则应该适用过错责任原则,理由主要有。

1.适用过错责任原则符合法律规定。^[5]根据我国《侵权责任法》的规定,适用过错责任原则是侵权案件的通常情形,而无过错责任原则的适用则为例外,即在法律没有明文规定的前提下都适用过错责任原则。目前,关于申请民事保全错误损害赔偿并没有被吸纳进《侵权责任法》规定的特殊侵权类型的范畴,所以应适用过错责任原则。

2.适用无过错责任原则不公平。^[6]当事人申请民事保全的目的就是避免“难以弥补的损害”或者确保将来判决的顺利执行。当事人在申请民事保全时,是基于当时掌握的情况并提交相应的证据材料,并不一定与法院在经过详细的调查和严密的逻辑推理后得出的裁判相契合。如果一味地认定申请人的客观错误要求其承担损害赔偿责任,而不考虑申请人的主观过错,对其是不公平的。

3.过错责任原则有助于兼顾双方利益。当事人申请民事保全,无疑会限制被申请人对自己财产的使用、处分或者约束其某种行为,但无论是法律规定还是实践做法,一般法官在作出保全裁定时都要求申请人提供价值相当的担保,^[7]这是对双方利益的平衡。以无过错责任原则作为申请保全错误损害赔偿责任的归责原则,会造成新的不平衡。所以,在“申请有错误”的情况下,有必要考虑其主观过错,进而平衡双方的利益。

*肖建国,中国人民大学法学院教授,博士生导师;张宝成,中国人民大学法学院2014级博士研究生。

[1]参见潘牧天:《滥用民事诉权的侵权责任研究》,上海社会科学院出版社2011年版,第108页。

[2]浙江省宁波市中级人民法院(2014)浙甬民一终字第755号民事判决书。

[3]四川省成都市武侯区人民法院(2014)武侯民初字第38号民事裁定书。

[4]最后检索日期为2015年10月25日。

[5]参见徐子良:“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”,载《法学》2006年第12期。

[6]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”,载《求索》2005年第5期。

[7]参见李仕春:《民事保全程序研究》,中国法制出版社2005年版,第140—141页。

4.比较法上的支持。从域外来看,采取过错原则的典型国家或地区有日本、英国、美国以及我国澳门地区等。例如,《日本民法典》第709条规定:“因故意或过失侵害他人权利或受法律保护的利益的人,对于因此发生的损害负赔偿责任。”^[8]该条确立了日本民法上一般侵权行为的构成要件。^[9]而《日本民法典》第714条以下的规定以及特别法上的侵权行为才属于特殊侵权行为,^[10]关于民事保全错误的损害赔偿问题不在特殊侵权行为之列,因此仍然在过错原则的涵摄范围之内。还如,英国《民事诉讼规则》中诉讼指引的规定:“如法院日后发现本命令造成相对人损失,并裁决由相对人承担损失的,则申请人应服从法院作出的命令。进而,如执行本命令违法本命令有关条款,或者采取与申请人律师作为法院派出人员职责不相称的方式执行命令,则法院可责令申请人赔偿因此给相对人造成的损失,申请人须服从。”^[11]而且,即便被申请人在主诉中胜诉,该胜诉判决也不意味着准与被申请人的损害赔偿请求。^[12]可见,在英国,如果出现临时禁令发出错误或者被撤销的情况,被申请人可就禁令的错误或被撤销而遭受的损失向法院提起侵权损害赔偿,发起侵权损害赔偿之诉,此类侵权损害赔偿之诉以过错原则为归责原则。

(二)无过错责任原则说

也有学者认为,在我国申请保全错误损害赔偿案件中,应适用无过错责任原则。^[13]主要理由如下。

1.申请有错误主要是指事实错误。我国《民事诉讼法》第105条规定的“申请有错误”应该是指申请行为最终被法院的裁判文书认定为是错误的,是事实上的错误,而不是指申请人主观上存在过错。即使申请人主观上没有错误,但申请最终没有得到法律的支持或最后的裁判文书确认申请人的诉讼请求没有得到支持,那么该申请行为就是错误的,申请人就应该赔偿被申请

人因此而遭受的损失。^[14]简而言之,此处的错误应该是一种客观上的判断,而不是主观上的认定。

2.适用无过错责任原则有理论依据。根据民法理论,由于错误的申请民事保全而对被申请人造成损害应该属于由于特定的危险事物享受了利益,那么对于该危险事物引起的损害赔偿就应该承担责任。之所以说申请民事保全的行为是一种危险行为,是因为申请民事保全的时候,事实尚未查清,申请人是否享有法律上的权利尚处在不确定状态,在这一系列的不确定之下而采取的保全措施也是不确定的,可能申请人确实有法律上的权利,保全维护了申请人的利益,也可能申请人没有法律上的权利,保全申请限制了被申请人对财产的自由处分而给被申请人造成损害。利益与风险并存,享受了利益,那么对于风险引起的赔偿就应该承担责任,^[15]这是理所应当的,是符合公平、正义的要求的。同时,要求申请人承担无过错责任有利于申请人慎重地行使民事权利,有利于减少由于滥用申请保全权利而给他人造成的损害。

3.比较法上的支持。从域外来看,采取无过错原则的典型国家和地区主要是德国、荷兰以及我国台湾地区等。例如,《德国民事诉讼法》第945条规定:“假扣押或假处分的命令经判明自始为不合法时,或者依第926条第2款或第942条第3款发出的命令被撤销时,请求发出命令的当事人,对于对方当事人因执行该命令而受到的损害,或因免除执行或撤销处分而提供担保发生的损害,负赔偿之责。”^[16]从体系上看,第945条规定的损害赔偿并不属于民事诉讼法的内容,而是应当属于侵权法的内容,只是由于实用性的原因而规定在了民事诉讼法典中。与通常的损害赔偿不同,第945条规定的损害赔偿不以过错和违法性为前提要件。^[17]还如,我国台湾地区“民事诉讼法”第531条规

[8]渠涛编译:《最新日本民法》,法律出版社2006年版,第151页。

[9]参见[日]田山辉明:《日本侵权行为法》,顾祝轩、丁相顺译,北京大学出版社2011年版,第22页。

[10]参见[日]吉村良一:《日本侵权行为法》,张挺、文元春译,中国人民大学出版社2013年版,第25页。

[11]徐昕译:《英国民事诉讼规则》,中国法制出版社2001年版,第485页。

[12]参见周翠:《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128页。

[13]参见陈河:“论财产保全错误的损害赔偿问题”,载《湖北警官学院学报》2012年第2期。

[14]参见蔡维力、吴晓静:“论现行财产保全制度的三大缺陷及其弊害”,载《甘肃社会科学》2012年第2期。

[15]同注[12],第199页。

[16]谢怀栻译:《德意志联邦共和国民事诉讼法》,中国法制出版社2000年版,第260页。

[17]同注[12],第77页。



定：“假扣押裁定因自始不当而撤销，或因第529条第4项及第530条第3项之规定而撤销者，债权人应赔偿债务人因假扣押或供担保所受之损害。假扣押所保全之请求已起诉者，法院于第一审言词辩论终结前，应依债务人之声明，于本案判决内命债权人为前项之赔偿。债务人未声明者，应告以得为声明。”根据“台湾民法典”第184条的规定：“违反保护他人之法律，致生损害于他人者，负赔偿责任。”即因错误假扣押所引起的损害赔偿适用无过错责任原则。^[18]

三、过错责任原则之证成

(一)基于《民事诉讼法》第105条与《侵权责任法》第5条关系的思考

《侵权责任法》第5条规定：“其他法律对侵权责任另有特别规定的，依照其规定。”那么，《民事诉讼法》105条关于“申请有错误”损害赔偿责任的规定与《侵权责任法》第5条的关系如何处理呢？

《侵权责任法》第5条规定了侵权责任法与其他民法部门法以及民事特别法之间的关系。^[19]《侵权责任法》是侵权法基本法，其他法律规定的侵权责任法律规范则应当是侵权特别法，立法机关在处理《侵权责任法》与侵权特别法之间的关系上主要考虑的是：侵权特别法分别属于不同的部门法，在民商事法律中规定的侵权特别法，应当予以更高的效力，因此，第5条做出这样的规定，侵权特别法具有特别的效力，应当“依照其规定”。^[20]有学者进一步论述到，适用侵权特别法，应当坚持区分总则和分则的原则，在特别法的适用上，应当区分有关总则的一般性规定和有关分则的具体规定。对于属于《侵权责任法》总则性的一般规定，应当更多地依照《侵权责任法》第一章至第三章的规定适用法律，因为这部分是总则性规定，是《侵权责任法》确定侵权责任的基本规则。对于属于侵权责任法分则的具体规定，应当更多地适用侵权特别法的特别规定，因为特别法规定特别侵权责任，总是根据侵权责任的特殊情形规定的，具有特别的要求，应当优先适用。^[21]这样的区分观点，值得我们重视和推广适用，对于《侵权责任法》中的总则性规定和分则性规定，应赋予不同的效力。因此，虽然《民事诉讼法》105

条的规定属于关于侵权责任的特殊规定，但并不属于侵权责任法分则的具体规定，依然在侵权责任总则的效力范围之内，其归责原则的确定，依旧需要适用侵权责任法的总则规定。

综上所述，我们认为，结合我国目前的实际情况和司法现状，应该将过错原则作为申请民事保全错误损害赔偿的归责原则。这样的选择主要是考虑以下因素。

首先，适用无过错责任不符合体系解释原则。一般而言，只有在法律有明确规定的情形下，才适用无过错责任原则，对于《民事诉讼法》第105条规定的“申请有错误”，应适用《侵权责任法》规定的基本归责原则，即过错责任原则，民事保全的申请人仅在对保全出现错误存在一定主观过错的情况下，才能构成“申请有错误”，这是侵权责任法归责原则体系一致性的应有之义和必然要求。另外，《民事诉讼法》第107条第2款规定“申请人败诉的”即应承担被申请人因先予执行遭受的财产损失，而对民事保全却无类似规定，如何看待这种差别？立法者为何对两种赔偿责任赋予了不同的构成要件？因此，对于二者的理解应该予以区别对待，“申请有错误”中必然有过错要件的要求。

其次，过错责任原则有助于民事保全功能的发挥。诉讼是存在风险的，申请人在申请民事保全时，对于判决结果是否支持其诉讼请求的判断并不一定是完全正确的，随着审判使得诉讼结果越来越明朗化，当事人的诉讼请求不一定会得到法律的支持。如果采用无过错责任原则，那么申请人在考虑是否申请民事保全时必然会因考虑保全错误承担的责任而畏手畏脚，影响民事保全功能的发挥。这将会使得民事保全的规定成为“休眠条款”。民事保全的目的之一是为了保证判决得到执行，但同时还应防止债权人滥用诉讼保全侵害债务人的权益。两项利益的比较上，债权人的可能诉讼利益与其滥用权利之间，需要利益衡量。以我国目前的诚信状况，债务人逃避执行的严重程度显然要高于后者，因此，将民事保全损害赔偿性质确定为一般侵权，在主观上要件上要求故意或重大过失，有其现实合理性。

最后，过错责任原则符合我国的实际情况。有观点

[18]郑玉波：《民法债编总论》（修订二版），陈荣隆修订，中国政法大学出版社2004年版，第118页。

[19]参见高圣平主编：《〈中华人民共和国侵权责任法〉立法争点、立法例及经典案例》，北京大学出版社2010年版，第61页。

[20]杨立新：《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文释解与司法适用》，人民法院出版社2010年版，第22页。

[21]参见杨立新：《侵权责任法》，法律出版社2010年版，第51页。

认为,在《民事诉讼法》第105条的责任性质上,应当采取德国法、我国台湾地区法的作法,将其确定为法定责任,不以故意或过失为要件,只要申请保全有错误,即应承担赔偿责任。我们不赞同此种观点,原因在于:首先,虽然德国法、我国台湾地区法上不考虑申请人的过错,但是,其在损害赔偿责任的构成上,则要求保全裁定因“自始不当”而撤销。在程序条件上,要更加严格。其次,“自始不当”的判断标准,需要综合所谓申请保全的合法性(即申请人是否能够说明自己拥有充分的胜诉可能性)及申请保全理由(即申请人是否能够说明危及日后强制执行的事实)进行判断。但事实上,在诉讼未决之前,上述两个条件在实践中仍然存在着证明困难的现实问题。换言之,以申请保全自始不当为标准并不会使被申请人的损害赔偿请求权更易成立。最后,我国台湾地区判例认为,申请保全的原因消灭债务人申请法院作出撤销保全裁定,并不属于保全裁定自始不当,债务人不能据此请求申请人承担赔偿责任,这里仍然考虑到了申请保全时的权利状态。

综合两大法系来看,两种原则在各国(地区)的法律规定中都有体现,我国应该采用何种归责原则,域外国家和地区的规定为我们提供了参考。但是,我们在确定民事保全错误损害赔偿的归责原则时,还要考虑民事保全适用的频率。一般而言,民事保全适用的频率越高,错误的可能性越高,这时无过错责任原则的适用空间就要扩张;反之,错误的可能性越低,适用过错责任原则就显得有必要。从我国目前的实际情况来看,保全的适用比例不高,其发生损害的可能性也必然不高,在这种现实因素之下,适用过错责任原则更符合我们国家的实际情况。

(二)对《民事诉讼法》第105条中“申请有错误”的解读

如前所述,《民事诉讼法》第105条“申请有错误”中内含“过错”以及“申请行为”要件,这一点,在各地法院的裁判文书中,也得到了印证。^[22]而从《民事诉讼法》第105条后半句可以推出侵权责任中的“损害后果”这一

要件,而对于侵权责任中的因果关系这一要件,就需要依据《侵权责任法》第5条的规定予以补足。

对于“申请有错误”中的过错,全国人大常委会法制工作委员会民法室指出:申请有错误的原因是多种多样的,在诉中保全中,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、其他可以归责于申请人的原因导致保全裁定被撤销等;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也将导致保全裁定被撤销。^[23]

值得注意的是,最高人民法院法释[2005]第11号文件《关于当事人申请财产保全错误造成案外人损失应否承担赔偿责任问题的解释》指出:“根据《中华人民共和国民事诉讼法》第106条、《中华人民共和国民事诉讼法》第9条等法律规定,当事人申请财产保全错误造成案外人损失的,应当依法承担赔偿责任。”最高人民法院法官在解释该文件时认为,《民法通则》第106条、第117条等确定了侵权责任的一般原则,法人、自然人或者其他组织因其过错造成他人损失的,即应当承担民事责任。^[24]也即,此处的《民法通则》第106条是指其第二款规定的“过错原则”,针对案外人的损害采用过错责任原则,那么对于被申请人的损失加以区别对待似乎不妥,应该统一解释。

另外,最高人民法院也指出:……申请有错误可以理解为,申请人在申请保全的过程中存在过错,包括主观故意和过失,例如申请人在可以保全其他相应价值财产的情况下,申请保全价值明显超过诉讼标的的财产。^[25]

最高人民法院公布的2起典型案例,对于申请保全错误的赔偿责任,也采用了过错责任原则。一是李正辉诉柴国生财产损害赔偿纠纷案。最高人民法院认为,申请采取保全措施是当事人的诉讼权利,但申请有错误的,申请人应当赔偿被申请人因保全所遭受的损失。如何判断当事人的申请是否有错误,《民事诉讼法》对此并没有做出规定。判断申请人的申请是否存在错误,应

[22]参见江苏省苏州市虎丘区人民法院(2013)虎商初字第0635号民事判决书、上海市浦东新区人民法院(2014)浦民一(民)初字第16660号民事判决书、安徽省合肥市中级人民法院(2014)合民一终字第02014号民事判决书、江苏省苏州市吴中区人民法院(2014)吴商初字第0077号民事判决书、江西省浮梁县人民法院(2013)浮民一初字第124号民事判决书。

[23]参见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》(2012年修订版),北京大学出版社2012年版,第106页。

[24]参见奚晓明、张卫平主编:《民事诉讼规则适用指引》,人民法院出版社2012年版,第284页。

[25]参见江必新主编:《新民事诉讼法理解适用与实务指南》,法律出版社2012年版,第400页。



当结合具体案情,通过审查申请人是否存在通过保全损害被申请人合法权益的过错、保全的对象是否属于权属有争议的标的物、被申请人是否存在损失、是否为了保证判决的执行等因素予以考虑,不宜简单地以判决支持的请求额与保全财产数额的差异判断申请人是否有错误。^[26]二是工程公司诉浦某申请财产保全错误损害赔偿案。最高人民法院认为,财产保全申请错误属一般侵权行为。当事人为保证将来判决生效后能得到顺利执行,依法有权在争议标的范围内申请保全对方当事人财产。至于法院所作生效判决判令被申请人给付的具体数额,则由双方当事人诉讼行为、对法律法规的认识理解以及法院认定事实和适用法律等诸多因素决定,并非当事人于保全时即可准确预见。故仅生效判决中相关金额与申请保全金额不一致的事实,并不足以认定申请人主观上存在过错。在工程公司与浦某之间进行的另一民事诉讼中,法院考虑到双方对工程结算方式未予明确,同时结合工程公司提供的新证据,才对其中85万余元承包结算款未予确认。然就浦某而言,其对该部分金额予以主张并采取相应保全申请措施,属正常诉讼行为范畴,主观方面难谓过错。故判决驳回工程公司诉讼请求。^[27]

在各地法院的裁判案例中,多数法院将申请保全错误损害赔偿责任认定为一般侵权责任,适用过错责任原则,申请人应当承担过错责任。^[28]因此,在判断申请保全是否有错误时,强调以申请人“主观上是否具有过错”^[29]为依归。

四、申请有过错的判断标准

关于过错责任原则中“过错”的判断标准,理论界存在着主观标准、客观标准等争议。实践的案例中,对于申请保全错误过错责任原则的判断标准也没有形成统一的做法,两种认定标准在实践中都有体现。

(一)主观标准与客观标准之争

1.主观标准。主观判断标准的核心是“主观”,具体含义一般是指在判断行为人是否存在过错时,不能运用客观化的标准来衡量行为人的过错,必须结合行为人的年龄、性别、健康程度、知识水平、认知能力等具体的、个性化因素来衡量。通过结合个性化的因素来考察其对自己的行为和该行为所产生后果的理解、判断和控制能力,由此判断行为人对于损害是否有预见的可能性。^[30]法官在判断行为人是否有过错时,在主观标准的指引下,需要全面考察行为人当时的心理状态和对行为后果所持的心理态度,^[31]如果行为人在当时的情形下并不能预见到行为的后果,那么行为人主观上就不能认定有过错,反之,行为人如果可以预见或应当预见,那么行为人主观上就可以被认定有过错。目前的实践中,采用主观认定标准的案例都是依据申请人的主观心态和对诉讼结果的态度来确定其是否存在过错。

第一,一审法院认为,某个申请是否有错误,当结合个案具体情形,审查申请人是否依法、正当行使其权利。二审法院予以确认。^[32]第二,原审法院认为,对于申请是否存在错误的判断,应当结合具体案情,审查申请人是否存在通过保全损害被申请人的合法权益的过错以及保全对象是否属于权属有争议的标的物等因素来进行判断,不能简单地以申请人的诉讼请求是否得到支持来判断。二审法院予以确认。^[33]第三,法院的判决结果则由双方当事人的诉讼行为、对法律法规的认识理解以及法院认定事实和适用法律等诸多因素决定,并非当事人于申请保全时即可准确预见,不能简单地以该案的诉讼结果作为判定徐建忠申请财产保全错误与否的依据。^[34]第四,认定申请财产保全是否错误不能仅以前案的诉讼结果为依据,而是应当从申请人的主观认知角度判断,审查申

[26]参见《最高人民法院公报》2014年第3期,第26—29页。

[27]参见最高人民法院审判监督庭编:《审判监督指导》2014年第2辑,第185页。

[28]参见浙江省宁波市中级人民法院(2014)浙甬民一终字第755号民事判决书、上海市奉贤区人民法院(2014)奉民二(商)初字第962号民事判决书、浙江省绍兴市中级人民法院(2012)浙绍民终字第1516号民事判决书等。

[29]参见广东省江门市蓬江区人民法院(2014)江蓬法民三初字第121号民事判决书。

[30]参见张民安:《现代法国侵权责任制度研究》,法律出版社2003年版,第155页。

[31]参见王卫国:《过错责任原则:第三次勃兴》,中国法制出版社2002年版,第258页。

[32]参见湖北省荆门市中级人民法院(2013)鄂荆门民二终字第00115号民事判决书。

[33]参见江苏省南京市中级人民法院(2014)宁民终字第3189号民事判决书。

[34]参见上海市浦东新区人民法院(2014)宁民终字第3189号民事判决书。

请人提起诉讼及申请保全是否具有恶意、是否滥用诉讼权利。^[35]

2.客观标准。客观判断标准的核心是“客观”,这一标准并不考虑行为人的个性化因素,而是以某种客观的行为标准来衡量行为人的过错,进而做出其是否有过错的判断。^[36]这种标准可能是法律明确规定的行为人应当作为或者不作为的义务,也可能是一个法律拟制的理性人^[37]或者善良管理人应当尽到的注意义务,违反了该行为标准就表明行为人有过错。法官如果运用客观标准,只要将行为人的行为与法律所拟制的“理性人”或“善良管理人”的行为相比较,而不需要对行为人的个性化因素进行检验。我国澳门地区确立了判断过错的客观标准,即“一般应有之谨慎”。在英国,注意义务是侵权责任法的核心概念之一,英国通过一系列的案例确立了“注意义务”,以“注意义务”这一概念来处理过失侵权中所产生的绝大多数问题。^[38]在美国侵权法中,注意义务主要是作为判断过错的标准,而且通常是在过失侵权(无名侵权)的项目下讨论注意义务问题。^[39]在法国,法学界对理解民法典第1382条和1383条中的“faute”也经历了一个从主观过错理论到客观过错理论然后到折中过错理论的过程。在我国目前的实践中,针对“申请有错误”中过错的判断标准多为客观标准,如前文所述,《民事诉讼法》第105条“申请有错误”包含了过错和侵权行为等一般侵权责任的两个构成要件。申请人有过错,才能认定“申请有错误”。而过错的判断,往往与申请人在本案诉讼中能否胜诉相关。目前

的司法实践中,申请人的诉讼请求、反诉请求获得法院支持的,即使申请保全给被申请人造成损失,也不认可过错存在;申请人的全部或部分本案诉讼请求、反诉请求未获得法院支持的,则认定存在过错;违反相应的注意义务则认定存在过错。^[40]具体而言,“申请有错误”在以下几种情形被认定为存在过错。

第一,申请人的诉讼请求被法院全部或部分驳回的情形。申请人的本案诉讼请求、反诉请求^[41]未得到法院判决的支持,或者被法院判决驳回的,即可认定申请保全行为存在过错。^[42]第二,超额保全情形。例如,一方当事人申请财产保全,其保全标的额,超出法院判决胜诉标的额,或者保全申请冻结金额严重超额,超出合理范围,属于错误地行使了民事保全权利,给对方或案外人造成了损失,应予赔偿,属于存在过错。^[43]第三,原告撤诉或按撤诉处理情形。在法院作出裁判前,原告向法院申请撤诉,或者法院按撤诉处理时,由于原告的诉讼请求未获得生效裁判的支持,被告所受的损失系由保全所造成,即存在过错。^[44]第四,违反合理的注意义务情形。以“普通人的合理注意义务”或者“法律相关规定的注意义务”等客观标准来确定申请人的主观过错,认定财产保全申请是否错误,关键在于申请人是否尽到了合理注意义务。只要申请人系基于其掌握的现有事实和证据提出诉讼请求,并确实尽到了一个普通人的合理注意义务,即使法院判决最终没有支持或仅支持其部分诉讼请求,也不能认定其财产保全申请有误。^[45]

[35]参见江苏省苏州市虎丘区人民法院(2013)虎商初字第0635号民事判决书。

[36]参见张新宝:《侵权责任构成要件研究》,法律出版社2007年版,第465页。

[37]参见[美]理查德·A.波斯纳:《法律的经济分析》(上),蒋兆康译,中国大百科全书出版社1997年版,第216页。

[38]同注[36],第455页。

[39]同注[36],第457页。

[40]“对于《民事诉讼法》第105条规定的‘申请有错误’,不能仅从字面上将其理解为申请人败诉或未完全胜诉则构成‘申请有错误’”。参见安徽省淮北市相山区人民法院(2014)相民一初字第01004号民事判决书。

[41]参见浙江省宁波市中级人民法院(2014)浙甬民一终字第798号民事判决书。

[42]参见山东省滨州市中级人民法院(2014)滨中民一终字第474号民事判决书、吉林省长春市南关区人民法院(2014)南民初字第1477号民事判决书等。

[43]参见新疆维吾尔自治区哈密地区中级人民法院(2014)哈中民一终字第183号民事判决书、黑龙江省绥化市中级人民法院(2014)绥中法民一民终字第125号民事判决书等。

[44]参见广东省中山市中级人民法院(2014)中中法民二终字第260号民事判决书、天津市第二中级人民法院(2014)二中民一终字第311号民事判决书、安徽省合肥市中级人民法院(2014)合民一终字第02014号民事判决书。

[45]参见广西壮族自治区那坡县人民法院(2013)那民一初字第442号民事判决书、浙江省宁波市中级人民法院(2014)浙甬民一终字第755号民事判决书等。



(二)判断标准的评判与选择

通过对比过错判断的主观标准和客观标准,我们可以看到,二者均有一定的合理性,过错表现出强烈的个案性,同时也具有一定的道德性,过错认定是属于司法者的工作,而不是属于立法者的任务。主观标准依据的主要是行为人的主观心态和对行为结果的认识程度,这与近代民法理论上所强调的“意思自治”理论相吻合,但要求法官对个体的预见能力作出完全准确判断是不太可能的,甚至有可能出现个案认定情况违背法律上所规定的公平原则。客观标准在一定程度上可以避免这一问题,但容易导致法律适用结果的不确定性,因为不管是“一般理性人”还是“善良管理人”的注意义务,其判断必然含有一定的主观因素。也有学者主张穿梭在主观标准和客观标准之间的混合标准,认为判断申请人的主观过错应当建立在主客观相统一的认识基础上,因为判断申请人的主观意识状态,必须结合行为人外在活动的内容和形式,“一方面,行为人的主观过错只有表现为外在行为才具有可归责性,另一方面,行为人的外在行为也必然在一定程度上反映其主观状态。”^[46]这样的探讨在理论上似乎完美无缺,但是这也注定也只是“镜中花,水中月”,只是一种无限美好的愿景,实践操作起来困难重重,尽管目前已有司法案例做了尝试,但仍然不是完全意义上的混合标准。^[47]因此,我们认为采用判断过错的客观标准符合我们国家的实际情况,也更符合司法实践的需求。

首先,客观标准有助于兼顾申请人与被申请人的利益。在实践中,被申请人对于申请人申请保全存在过错的证明是非常困难的,在侵权责任法领域一般都通过法律规定,将这一事项的证明责任进行转移。因此,采用客观标准既能保障申请人申请保全的权利,又能兼顾被申请人主张保全错误损害赔偿的权利。

其次,客观标准的实践操作性更强。判断过错的主观标准要全面分析行为人内在的心理状态和对行为后果所持的心理态度,如果行为人在主观上无法预见行为的后果,则认定其没有过错;若能够预见或者应当预见,

那么就有过错。这样的标准对被申请人课以过高的证明义务,增加了被申请人申请保全错误损害赔偿的难度。而实践中运用的“在提出财产保全申请时申请人应当尽到谨慎合理的注意义务,对自己可能享有的权利有合理的预见,对可能存在的风险有合理的评估。如因申请人的过错,未能尽到该注意义务且法院未支持其诉讼请求,致使该财产保全丧失保障执行的目的,并因该财产保全造成被申请人财产损失的,申请人应当就该过错承担相应的赔偿责任。”^[48]“只要申请人基于现有事实和证据提出诉讼请求,并确实尽到了一个普通人的合理注意义务,即使案件最终处理结果与申请人的诉讼请求存在差异,也不能认定财产保全申请有错误”^[49]等认定过错的客观判断标准更具有实践的应用性。

最后,在坚持客观标准的前提下,可以适当考虑当事人的某些主观因素。^[50]当事人的年龄、智力、性格、经验等方面的情况尽管是主观因素,但是也是客观存在的。即使是在法律规定了“一般理性人”注意义务的前提下,仍然需要法官运用自己的经验和理解进行个案的认定们,依旧摆脱不了主观因素的考察。

(三)客观标准的类型化梳理

从目前认定保全错误的案例来看,法院认为申请保全错误需要考虑申请人的过错,但法院以申请保全(诉讼未决)时申请人对权利的判断与法院最终判决所认定的权利的内容、数额、对象、范围之间的差距为理由认定为过错,我们认为是有待商榷的。判断申请民事保全是否存在过错,并不能简单地以胜诉或败诉等案件的最终处理结果作为判断依据,因为保全的审查程序只是民事诉讼中的一个程序性事项,不同于实体审理,更不是对案件实体权利义务的终局判决,要求申请人的诉讼请求及申请保全的范围与将来人民法院生效判决的支持程度达到完全一致是不现实的,也是不合理的。目前的裁判思路需要反思的是,过错的认定与民事保全的条件之间并无关联。如果将申请人关于申请民事保全的条件的认识内容作为错误的主观要件的判断标准,一方面更有利于被申请人损害赔偿请求权的成立,另一方面《民事诉讼法》第105条

[46]江平、费安玲主编:《中国侵权责任法教程》,知识产权出版社2010年版,第249页。

[47]参见王泽鉴:《侵权行为法》(第一册),中国政法大学出版社2001年版,第14页。

[48]天津市和平区人民法院(2014)和民一初字第0079号民事判决书。

[49]浙江省宁波市中级人民法院(2014)浙甬民一终字第755号民事判决书。

[50]同注[36],第464页。

限制申请人滥用权利的制度功能也会更充分地得到发挥。从域外来看,尽管有的大陆法系国家或地区的立法和实践认为,因保全自始不当而撤销的,申请人应负赔偿责任,该赔偿责任不论申请人有无故意或过失,系基于法律规定的赔偿责任。即使按照这种不考虑主观过错的损害赔偿请求权构成,损害赔偿请求权的成立也必须满足“自始不当”的条件,而自始不当并不以最后的裁判结果为标准,而是以申请民事保全时是否具有法律规定的理由为标准。^[51]实践中确立的“合理的注意义务”可以给我们提供原则,在这一原则之下进行更加具体的考量,关于申请有错误损害赔偿责任中过错的判断,法院应该采取综合判断的态度,在对申请人过错的认定上,需要结合被申请人在诉讼中是否提出异议、是否申请置换查封标的等因素。我们认为可以区分为以下两个方面。

1.肯定类型。实践案例显示,认定申请保全错误,往往是多种因素综合作用的结果。以下因素多种并存时,人民法院往往倾向于认定申请保全存在过错。(1)请求数额与法院支持数额差距非常大(不可分割标的物除外)。^[52](2)保全财产价值明显大于请求数额且申请人对于保全财产价值有合理的预见能力或对判决结果过度自信。^[53](3)被申请人诉讼中多次提出异议申请人不同意解封。^[54](4)法院在诉讼中释明保全财产价值超出请求数额且申请人作出愿意承担错误保全的责任

的意思表示。^[55](5)未仔细甄别,保全本属于第三人的财产。^[56](6)基于当事人自身原因以撤诉等方式拖延诉讼。^[57]当然,除了这些肯定类型之外,虽未出现在前述案例中但仍可以作出判断的明显的积极类型有:诉前保全申请人未在法定期间内起诉的;申请人恶意诉讼的等。

2.否定类型。(1)申请人的诉讼请求数额与申请保全数额相当,原则上不宜认定有错误。^[58]即申请人提起诉讼的请求数额与申请保全的财产价值相当的情况下,多数法院不认为该申请为错误。(2)法院支持申请人的债权数额与申请保全数额之间即使存在较大差距,原则上不能认定错误及过错。^[59]在个别案例中,法院会考虑申请人的诉讼请求明显不成立及申请人举证不能导致败诉的情形。^[60](3)针对特定标的物的保全,即使申请人的诉讼请求未能得到支持或者得到部分支持,亦不构成过错。这种情况与前述第二种情况只有形式的差别,而无实质的不同。(4)共同被告之一不承担责任的,申请人对不承担责任的被告财产申请保全,亦不构成错误。^[61](5)申请人提起的诉讼被驳回起诉,因该案未作实体评价,申请保全亦不构成错误。^[62](6)申请保全的财产只要具备被申请人所有的权利外观,即使实际权利人非为被申请人,申请保全亦不构成保全错误。^[63]

(责任编辑:杨小利)

[51]姜强:《申请诉讼保全错误赔偿责任的实务认定》,载海法网<http://www.sea-law.cn/html/5402712929.html>,2015年10月22日访问。

[52]参见新疆维吾尔自治区哈密地区中级人民法院(2014)哈中民一终字第183号民事判决书、黑龙江省绥化市中级人民法院(2014)绥中法民一民终字第125号民事判决书、湖南省常德市武陵区人民法院(2014)武民初字第00086号民事判决书。

[53]参见最高人民法院(2013)民申字第1520号民事裁定书、广东省江门市中级人民法院(2014)江中法民一终字第234号民事判决书、广东省江门市蓬江区人民法院(2013)江蓬法民一初字第1706号民事判决书。

[54]参见安徽省淮北市杜集区人民法院(2014)杜民一初字第00419号民事判决书。

[55]参见广东省江门市蓬江区人民法院(2014)江蓬法民三初字第121号民事判决书。

[56]参见上海市黄浦区人民法院(2014)黄浦民五(商)初字第1361号民事判决书、广西壮族自治区那坡县人民法院(2013)那民一初字第442号民事判决书、四川省乐山市中级人民法院(2013)乐民终字第561号民事判决书。

[57]参见安徽省合肥市中级人民法院(2014)合民一终字第02014号民事判决书、浙江省绍兴市中级人民法院(2013)浙绍民终字第257号民事判决书。

[58]参见四川省攀枝花市中级人民法院(2014)攀民终字第110号民事判决书。

[59]参见湖北省荆门市中级人民法院(2013)鄂荆门民二终字第00115号民事判决书、浙江省宁波市中级人民法院(2014)浙甬民一终字第755号民事判决书。

[60]参见最高人民法院(2015)民申字第115号民事裁定书、最高人民法院(2015)民申字第1147号民事裁定书。

[61]参见最高人民法院(2014)民申字第2172号民事裁定书。

[62]参见最高人民法院(2015)民申字第1178号民事裁定书。

[63]参见广东省深圳市中级人民法院(2013)深中法民终字第2481号民事判决书。