

财产保全责任险保险费承担机制研究

刘君博

(中央财经大学法学院 北京 100081)

内容提要:司法实践中对财产保全责任险保费诉请存在完全不支持、全部支持以及部分支持等三种迥然不同的裁判结果。由于缺少充分的说理和论证,最高人民法院的裁判立场并未获得广泛接受。在既有的诉讼成本转付模式中,基于知识产权诉讼特殊性发展而来的合理费用请求权模式可以类推适用于保全保险费请求,以解决请求权基础不明确的问题。同时,结合适用要件事实分配的“规范说”,申请保全人应对财产保全裁定生效和费用支出的权利发生事实承担主张和证明责任,被保全人则可以提出权利妨碍和减免抗辩。

关键词:财产保全 诉讼费用 财产保全责任险 保全保险费

DOI:10.16092/j.cnki.1001-618x.2020.06.010

《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》第7条正式确立了财产保全责任险制度。作为一种财产保全中的担保提供方式,申请保全人可以与保险人订立财产保全责任险合同,保险人据此向人民法院出具担保书,当“申请财产保全错误”时,保险人赔偿被保全人因申请保全错误所遭受的损失。应当说,财产保全责任险制度的引入对化解财产保全案件中“保全不难担保难”问题有积极

作用,^①不仅可有效提升财产保全的司法适用率,还可为推进“基本解决执行难”工作提供助力。不过,随着财产保全责任险在司法实践中广泛应用,针对此类保险的费用承担纠纷频频出现。由于缺乏明确法律规范、司法解释的指引,司法实务中对承担财产保全责任险保险费用(以下简称“保全保险费”)的主体认定分歧较大。^②财产保全责任险的设置不仅对激活财产保全制度、促进执行难化解意义重大,更是司

作者简介:刘君博(1985—),男,汉族,辽宁阜新人,中央财经大学法学院副教授,北京市房山区人民法院副院长(挂职)。

本文为司法部国家法治与法学理论项目“解决执行难视角下财产保全制度研究”(项目编号:18SFB3020)的研究成果。

① 参见吴在存《在财产保全中引入责任保险担保的路径及其价值》载《人民法治》2016年第9期;刘君博《保全程序中担保的提供与担保数额的确定——〈民事诉讼法〉司法解释第152条的意义及其解释适用》,载《法律适用》2015年第8期。

② 最高人民法院在部分判决中采取了支持败诉方承担保全保险费的立场,但其适用条件(有合同约定的情况)和说理均有一定局限之处,参见最高人民法院(2017)最高法民终414号民事判决书;与此形成对照的是,多个地方高院均不支持败诉方承担保全保险费,参见海南省高级人民法院(2016)琼民初6号民事判决书、云南省高级人民法院(2017)云民终568号民事判决书,等等。

法权社会化尝试的重要载体。^③在此意义上,构建合理的财产保全责任险保险费承担机制既是对统一司法裁判标准实务需要的有力回应,也关系到财产保全责任险的制度运行是否符合预设的规范目的。

学界一直以来对诉讼成本承担议题的研究更加侧重从财政保障以及法院资源获取等宏观视角切入;对律师费、公证费等当事人支出的诉讼成本问题的讨论和分析则止步于“英国规则”“美国规则”等域外立法的引介与评析。本文以保全保险费的合理承担作为切入点,尝试运用民事法教义学形成一定共识的方法论工具讨论费用承担机制的建构问题,提出系统的解释论方案以回应司法实务的需要。本文先梳理、考察近几年涉及保全保险费承担纠纷的裁判文书,以发现其规律和特点,分析其裁判思路的合理与不足之处;在此基础上,以请求权基础的探寻和要件事实的分类作为理论视角,提出可能的解释论路径和方案。笔者希望此项研究可以为处理民事诉讼中诉讼费用相关问题提供新的思路和启发。

一、保全保险费承担的裁判梳理

保全保险费是申请保全人为获取财产保全裁定而向第三方支出的费用。在司法实践中,申请保全人(通常是本案诉讼中原告方)往往会向法院提出要求被保全人(通常是本案诉讼中的被告方)承担保全保险费的诉讼请求。在中国裁判文书网中以“财产保全责任保险”为

关键词进行搜索,可以找到6000余篇涉及保全保险费争议的裁判文书。^④笔者在搜索结果中选取了最高人民法院、高级人民法院的全部裁判文书(合计107份),并抽取了部分具有代表性的中级人民法院和基层人民法院的裁判文书。经过仔细阅读与梳理,可以发现司法实务中对保全保险费的诉讼请求存在不支持、全部支持和部分支持三种截然不同的裁判结果;在相同裁判结果的情况下,裁判理由亦不尽相同。

1. 裁判结果之一:不支持。现行法律和司法解释并未就保全保险费的承担问题作出规定,因此,司法实务中倾向于认为保全保险费既非原告实现债权的必要费用,也难以认定为违约所致的必然损失;在没有法律规定亦无合同约定的情况下,纵然原告胜诉,也应判令原告自行负担该费用。^⑤这种裁判思路的典型说理包括“原告基于诉讼风险的不确定性”而自行购买保险支付费用;保全保险费的支出为原告所遭受的损失,但其并非被告违约所造成的必然损失。^⑥我们暂且将此类观点概括为“非必要支出说”,即保全保险费系申请保全人在选择担保提供方式时的自主选择,非申请财产保全的必然支出,故应当由申请保全人自行承担。

2. 裁判结果之二:全部支持。随着《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》正式确立财产保全责任险制度,司法实践中以财产保全责任险的方式提供担保、申请财产保全的案件越来越多。^⑦在此背景

③ 民事诉讼的社会化有多种理解,本文主要是在纠纷解决权力社会化和社会政策执行工具层面上使用这一概念。具体论述可参见王福华《民事诉讼的社会化》,载《中国法学》2018年第1期,第29-30页;王福华《论民事司法成本的分担》,载《中国社会科学》2016年第2期,第108页。

④ 数据来源中国裁判文书网,截至2019年6月5日。

⑤ 参见福建省高级人民法院(2017)闽民终140号民事判决书。原告主张“财产保全保险实际已经是各项担保方式中最为低廉和便捷的选择,对保障日后生效判决的执行亦为必要”,但福建高级人民法院认为保全保险费乃原告“基于诉讼风险的不确定性”而自行购买保险支付费用的行为,即原告须自担该风险,故驳回了该项请求。

⑥ 参见甘肃省高级人民法院(2017)甘民终97号民事判决书。一审法院认为“原告和谐建材由于没有自有财产担保也不能提供其他担保,故申请保险公司办理了诉讼财产保全责任保险,支出了一定费用,造成了损失,但该损失不是被告违约给其造成的必然损失,故该损失应由其自行承担”。二审法院予以支持。

⑦ 仅以中国裁判文书网上网文书进行统计,以“财产保全责任保险”为全文搜索词,从2016年(661份)到2018年(3435份),上网文书数量呈阶梯式增长。

下,有关保全保险费承担问题的裁判立场亦在发生变化。

在双方当事人事先约定的情况下,部分法院对申请保全人要求被保全人承担保全保险费的诉讼请求予以全部支持。例如,双方在合同中明确约定“因违约/侵权造成的损失及其他一切费用(包括但不限于律师费、公证费、保全保险费等)由违约方承担”,鉴于当事人的意思自治和权利处分,法院多数倾向于依照约定条款作出支持申请保全人的裁判。^⑧在约定“费用”合同条款情况下,可能存在一定争议的情形主要是约定的费用内容是否包括保全保险费。部分法院倾向于采取较为严格的文义解释立场,除非“保全保险费”的字眼清楚地出现在合同文本中,否则,便将保全保险费排除在约定条款中“其他一切费用”之外而不予支持。^⑨

在双方当事人未对保全保险费承担问题进行约定的情况下,最高人民法院在“中国房地产开发集团哈尔滨有限公司、江苏省苏中建设集团股份有限公司建设工程施工合同纠纷”(以下简称“施工合同纠纷案”)二审判决书^⑩中首先表示了支持的立场,提出保全保险费系申请保全人“支出的合理必要费用”,属于损失部

分,进而予以支持。我们暂且将此观点称为“合理支出说”。因为最高人民法院“施工合同纠纷案”民事判决并未对保全保险费为何属于合理必要费用作出解释或论证,“合理支出说”的内涵和外延尚不确定,故而在此裁判之后,各地法院以“合理支出说”支持保全保险费诉请的裁判并不多见。^⑪最高人民法院的相关判决在某种程度上代表了一种态度,即以降低门槛的方式来支持、鼓励申请人通过保全保险解决不敢保全、不能保全的问题。这种立场其实与最高人民法院以保全促进“执行难”化解的司法政策导向密切相关。^⑫不过,司法政策的转向既不能构成法解释学上当然的“正确答案”,也不足以提供充分的逻辑论证。

3. 裁判结果之三:部分支持。与前两种裁判结果形成对照的是,部分裁判文书对保全保险费请求采取了部分支持的立场。值得注意的是,部分支持并非是简单的折中,相反,此类裁判大都认可保全保险费系申请保全人的合理必要费用,应当予以支持;但同时又考虑到申请保全人与被保全人在本案诉讼中的胜负和损失填补情况,进而裁判部分支持其诉求。例如,在侵权纠纷诉讼尤其是交通事故责任纠纷中,部分裁判按照双方各自的责任大小确定保全保险费

⑧ 在最高人民法院(2018)民终192号民事判决书中,天津高院一审判令违约的五洋集团根据争议双方签订的合同(明确约定违约责任中包含支出的保全保险费)赔偿渤海租赁公司所支出的30万元保险费,最高法院对该项判决予以维持。类似的,在最高人民法院(2017)民终414号民事判决书中,最高人民法院认定该费用为合同“约定的损失范围”,进而予以支持。

⑨ 如四川省峨眉山市人民法院(2018)川1181民初2755号民事判决书就指出“原告虽约定一切为实现债权而发生的费用都由被告承担,但该费用由被告承担,必须有明确约定。……包括但不限于诉讼费、仲裁费、律师代理费、财产保全费、差旅费、执行费、评估费、拍卖费、公证费、送达费、公告费、邮寄费等。……但上述条款均未明确将‘诉讼财产保全责任保险费’罗列在内。……诉讼财产保全责任保险费的支出合理,但并非必要,因为原告本可以提供自有或第三人所有的房产、存款或机动车等财产作为保全担保,从而避免诉讼财产保全责任保险费的产生。因此,对原告的这一诉讼请求,本院不予支持。”类似裁判观点还可参见山东省济南市历城区人民法院(2018)鲁0112民初2811号民事判决书等。

⑩ 最高人民法院(2017)民终437号民事判决书。

⑪ 自最高人民法院(2017)民终437号民事判决作出至2019年6月5日止,从笔者在中国裁判文书网检索到的判决书来看,在最高人民法院、高级人民法院的107份公开判决书中,合同无明确约定而以“合理支出说”支持保全保险费诉请的也仅有32份。

⑫ 可参见《最高人民法院关于人民法院解决“执行难”工作情况的报告(2018)》:“全面推广由保险公司为申请人提供财产保全责任保险的做法,解决财产保全申请人难以提供保全担保的突出问题。”

的分担比例。^⑬在民间借贷纠纷中,因实体法上存在逾期利息与违约金或其他费用的主张以年利率24%为限的规定,^⑭即便双方当事人对保全保险费的承担进行了明确约定,法院也以原告主张的费用请求总计超过了24%的上限而对超过的部分不予支持。^⑮与此类似,有裁判认为保全保险费是一种财产损失,当被告承担的违约责任足以填平该损失时,法院对额外部分将不予支持。^⑯综上所述,部分支持的裁判立场其实是在承认保全保险费为申请财产保全合理必要费用支出的前提下,综合考量本案诉讼的裁判结果,进而对保全保险费进行酌减。

二、费用请求权的三种模式

申请保全人可否请求被保全人向其给付保全保险费?这一问题的本质是申请保全人有无主张保全保险费的请求权基础。种种不同裁判思路的分歧也主要在于对保全保险费请求权存在与否有着不同理解。立足于法教义学分析的基本方法,我们仍然可以从请求权基础的检索顺序和法官进行法律续造的原则和界限的视角,讨论保全保险费承担机制构建的理论基础。“一项请求权越是特别,就必须越早审查”。^⑰如果双方当事人就保全保险费承担问题进行了

明确约定,那么此项特别请求权就应当优先适用和审查。正如前文所述,司法实践中存在的约定费用条款范围不明确问题在性质上并非请求权基础缺失,而是属于合同解释问题。一方面,《合同法》第125条对合同解释的方法和考量要素进行了规定;另一方面,民法学界对意思表示解释和合同解释的方法论亦有诸多论述,^⑱笔者对此不再赘述。仅需说明的是,文义解释系合同解释一种方法,在双方约定费用条款未明确列举保全保险费的情况下,仍需结合其他列举费用项目进行整体解释,不宜一律将其排除在外。

接下来笔者将集中讨论当事人之间无约定情况下提出保全保险费请求的理论依据问题。传统上,一般认为法教义学是在“封闭”的法律空间内进行法律解释的工作。但法律必然“有漏洞”,法院也有填补法律漏洞的权限。^⑲现行法律、行政法规和司法解释并未就保全保险费的承担问题作出规定,这究竟是否属于法律漏洞应予澄清。《诉讼费用交纳办法》在制定之初就采取了“美国规则”,将律师费等当事人费用排除在诉讼费用之外。^⑳立法者的有意为之往往是考量多方面因素之后的立法选择,显然

^⑬ 参见天津市河东区人民法院(2018)津0102民初2236号民事判决书。法院认为“因被告的原因引起本案诉讼,原告为此向保险公司交纳的诉讼保全担保保险费系原告的合理必要费用……根据该事故的责任比例承担。”

^⑭ 参见《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第30条:“出借人与借款人既约定了逾期利率,又约定了违约金或者其他费用,出借人可以选择主张逾期利息、违约金或者其他费用,也可以一并主张,但总计超过年利率24%的部分,人民法院不予支持。”

^⑮ 参见湖北省荆门市东宝区人民法院(2018)鄂0802民初754号民事判决书。法院认为“在其一并主张违约金、逾期违约金及其他费用时,总计不应超过按年利率24%的利息损失。现垫富宝公司主张被告支付违约金以及本案的案件受理费、公告费、邮寄费、保全费用(包括保全费、财产保全保险费等)、鉴定费等诉讼费用及原告为追偿欠款而支付的律师费用或其他费用等请求,其总计计算标准已经超过上述规定,本院对超过部分不予支持。”

^⑯ 参见广东省韶关市中级人民法院(2017)粤02民终80号民事判决书。一审法院认为“本案已支持了潮阳公司要求和祖廷公司逾期支付工程款的违约责任,和祖廷公司应承担的违约责任已足以弥补其律师费和财产保全责任保险的保险费损失,因此,潮阳公司再要求和祖廷公司另外承担律师费和财产保全责任保险的保险费,理由不足,依法无据,不予支持。”

^⑰ [德]迪特尔·梅迪库斯《请求权基础》,陈卫佐等译,法律出版社2012年版,第13页。

^⑱ 朱庆育《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第223-224页;韩世远《合同法总论(第四版)》,法律出版社2018年版,第872-876页。

^⑲ 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246页。

^⑳ 吕锡伟主编《诉讼费用交纳办法释义》,中国法制出版社2007年版,第5页。

并非“自始的”漏洞。不过,随着诉讼活动的日益复杂、多元,加之知识产权司法保护的特殊需求,当事人费用等诉讼成本的转付问题开始逐渐呈现“嗣后的”法律漏洞的特征。^①具体来说,在当事人之间就诉讼成本未进行约定的情况下,我国现行法律、行政法规以及司法解释逐步发展了三类诉讼成本转付模式并将其“权利化”。

一是诉讼费用请求权模式。《诉讼费用交纳办法》第6条规定了两类诉讼费用:一是向法院交纳的案件受理费和申请费,二是由法院代为支付的证人、鉴定人出庭所产生的费用和补贴。诉讼费用实行的是败诉方负担原则。这一制度设计的理论依据主要有“权利既存观念说”“惩罚说”“损害赔偿说”“延迟履行说”“结果责任说”等观点。^②尽管各种理论学说存在一定分歧,但因为诉讼费用的范围较为明确、固定,^③世界上多数国家一般采取败诉方负担的立法模式。

二是必要费用请求权模式。所谓必要费用请求权是在债的保全诉讼中(代位权之诉、撤销权之诉),债权人有权要求债务人和有过错的第三人承担为提起代位权、撤销权之诉所支出的费用。特别是对于债务人积极向第三人转移财产的行为,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第26条规定债务人需承担债权人行使撤销权所支付的律师代理费、差旅费等必要费用。在债的保全诉讼中,要求债务人承担诉讼费用是第

一种请求权模式的题中之义,无须论述。只是在撤销权诉讼中要求债务人承担律师代理费、差旅费则更多体现了对债务人积极转移财产行为的加重惩罚。^④最高人民法院2016年发布的《关于进一步推进案件繁简分流优化司法资源配置的若干意见》[法发(2016)21号]第22条亦遵循了必要费用请求权模式下的加重惩罚逻辑,对滥用诉讼权利、拖延承担诉讼义务等行为,可以对无过错方依法提出的赔偿合理的律师费用等正当要求予以支持。

三是合理开支请求权模式。合理开支请求权模式最早被适用于知识产权诉讼领域。自2001年开始,修订后的《著作权法》第49条、《商标法》第63条、《专利法》第65条和《反不正当竞争法》第20条陆续增加了权利人可以请求支付维权所需“合理开支”的规定,相关司法解释也对合理开支的范围进行了界定。权利人可以请求侵权人承担的“合理开支”既包括“权利人或者委托代理人对侵权行为进行调查、取证的合理费用”,也包括“符合国家有关部门规定的律师费”。^⑤按照最高人民法院相关庭室对司法解释的解读,“合理开支”的核心含义主要是着眼于知识产权诉讼中的取证难和取证贵,故而将调查、取证进行明确列举;律师费则主要是基于TRIPS协议第45条要求才被纳入合理开支的范围。^⑥

在这三种诉讼成本转付请求权模式中,诉讼费用请求权的构成要件最为清晰、明确,同

① “自始的”与“嗣后的”法律漏洞的区分主要是以时间因素作为标准。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255-256页。

② 具体可参见王亚新《社会变革中的民事诉讼》,中国法制出版社2001年版,第286页;林剑锋《日本民事诉讼费用制度与理论》,载《司法改革论评》2002年第2期,第139页。

③ 廖永安等《诉讼费用制度专题实证研究》,法律出版社2016年版,第61-62页。

④ 参见韩世远《债权人撤销权研究》,载《比较法研究》2004年第3期。

⑤ 参见《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第26条,《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第17条。

⑥ 参见蒋志培《如何理解和适用〈最高人民法院关于审理商标权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释〉》,载《科技与法律》2002年第4期;蒋志培《如何理解和适用〈关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释〉》,载《人民司法》2002年第12期。

时,也明确排除了保全保险费请求的适用;必要费用请求权和合理支出请求权则是在特定类型诉讼程序中发展出来的,能否类推适用于保全保险费承担问题的处理尚需进一步分析。

正如前文所述,司法实践中不支持保全保险费请求裁判的主要理由就是该项费用并非申请财产保全的必要费用。被保全人转移财产、逃避执行引发的损失可以通过承担保全申请费来填补。法院要求申请保全人提供担保是为了避免保全错误给被保全人造成损失,向法院提供担保本身并非被保全人直接引起。同时,申请保全人在提供担保的方式上尚有选择权。^{②7}按照必要费用请求权模式进行分析,替代担保提供的保全保险费并非是因被保全人积极逃债或滥用诉权行为造成的额外损失,确实不宜“加重”处罚。

承前所述,最高人民法院“施工合同纠纷案”民事判决提出的“合理支出说”有明显的寻求合理开支请求权模式支撑的意图,遗憾的是,该判决书并未就此展开论证。在知识产权诉讼中发展起来的合理开支请求权模式具有一定特殊性:由于知识产权客体具有非物质性特征,侵权相关的证据材料极易被毁损或篡改,知识产

权侵权纠纷的审理高度依赖公证证据保全。^{②8}

《公证法》第11条第1款第9项明确将“保全证据”规定为公证事项。在司法实践中,公证证据保全费用已经成为权利人在知识产权诉讼中较为稳定支出的诉讼成本之一。易言之,适用合理开支请求权模式至少需要满足两项要件:一是特定类型案件的审理对某类程序事项高度依赖,缺少此类程序事项该审理程序无法顺利进行;二是当事人为此类程序事项向第三方稳定地支出诉讼成本。

三、保全保险费属于合理支出

随着《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》的施行,财产保全保险市场基本形成了以财产保全责任险为主,兼有少量财产保全保证险的运行模式。学界对于财产保全责任险和财产保全保证险在性质上是否属于担保尚存在不同理解。^{②9}按照我国《保险法》第65条第4款的规定,“责任保险是指以被保险人对第三者依法应负的赔偿责任为保险标的的保险。”如果按照保险而非担保的属性来定位财产保全责任险,那么很容易发现既有的财产保全责任险与保险法学说理论对责任保险中被保险人责任免除请求权、受害人

^{②7} 参见贵州省高级人民法院(2017)黔民终907号民事判决书,“因申请人申请诉讼财产保全提供担保的方式有多种,诉讼财产保全责任保险投保费并非必然产生的费用,亦非国务院《诉讼费用交纳办法》规定的诉讼费用范围,故对于路某某主张的诉讼财产保全责任保险投保费29,000元,不予支持。”同样的,在天津市高级人民法院(2017)津民终504号民事判决书中,天津市高级人民法院也认为,“担保的形式可以由当事人自由选择,向保险公司投保诉讼财产保全责任保险只是众多担保形式的一种而非唯一选择,韦某主张的保费并非其实现债权的必然支出,故韦某关于保险费的上诉请求依据不足,本院不予支持。”上述两案件均审结于最高人民法院(2017)民终437号民事判决之后。

^{②8} 根据浙江省高级人民法院课题组的研究,2007-2009年间,浙江省法院系统审结一审知识产权案件中涉及公证证据的案件数量占总数的65.48%;北京法院系统2009-2011年审理的一审专利侵权案件中,每年涉及公证证据保全案件的占比分别为80.15%、82.43%和92%。参见浙江省高级人民法院课题组《关于知识产权民事诉讼中公证证据审查与采信调研》,载《法律适用》2011年第1期;谭乃文《专利侵权诉讼公证证据实证分析》,载《中国司法》2013年第6期。

^{②9} 有观点主张财产保全责任险实际上提供的是一种担保,具体又可以区分为“公法担保”和“民事担保”两种观点。参见吕丹丹、陈禹彦《诉讼财产保全责任保险中的法律问题》,载《中国保险报》2016年3月24日第4版;吴在存:《在财产保全中引入责任保险担保的路径及其价值》,载《人民法治》2016年第9期。相反观点则认为诉讼财产保全保险只是具有一定担保功能的保险。参见乔石《论诉讼财产保全保险的模式选择》,载《湖北社会科学》2017年第10期,第140-141页。

保险金请求权的理解存在龃龉;^⑩进而在保险产品设计上改造现行的财产保全责任险模式或者以保证保险替代之就成了必然选择。^⑪不论采取何种保险产品模式,如果财产保全保险仅仅是一种保险产品的话,那么诚如“非必要支出说”所言,申请保全人自主选择保险产品,由其自行承担保险费也属于题中之义。

需要指出的是,在保险法理论层面,具有担保功能的保证保险固然可以为申请保全人、保险人和第三人的权责分配提供更为周严的解释方案,但这种解释方案其实仍忽略了财产保全程序的司法属性和《民事诉讼法》第105条对保全错误损害赔偿责任的制度安排。

财产保全是我国民事诉讼法上重要的临时救济程序之一。理论上,财产保全案件的立案、审查、救济、执行虽然都是独立的程序设计,但司法实务中却形成了“裁执一体化”的程序操作模式。^⑫相较于多数大陆法系国家立法例而言,我国《民事诉讼法》第100条、第101条通过依职权交付执行的方式衔接财产保全的审查和执行程序。^⑬在实务操作惯习中,申请保全人提供明确的财产信息或财产线索、提供符合要求的担保已经成为财产保全案件审查的核心要件。因此,担保提供可谓是我国财产保全案件审查的不可或缺事项。在功能主义意义上,我

国财产保全制度对担保提供的要求与美国联邦和州民事诉讼规则中多采纳的禁令保证金(injunction bond)制度更为接近。^⑭禁令保证金限定了禁令存在错误时申请人应当向被申请人承担赔偿责任的范围。主流观点一般以最终判决(final judgment)有利于哪一方作为判定禁令是否存在的具体标准。^⑮禁令保证金的执行无需再经过诉讼程序,被申请人认为禁令存在错误,可以向法院提出执行禁令保证金的动议;法院认定符合标准后会批准动议,直接命令申请人将保证金转交给被申请人。^⑯正如部分学者所指出的,《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》第7条其实是保险公司以财产保全责任险为基础法律关系向法院提供的公法担保,保险合同与提供担保是相互独立的。^⑰准确来说,保险公司向人民法院提供的担保书或独立保函在性质和功能上更类似于保证金提存。^⑱

再者,申请保全人在提供担保方式上固然有选择权,但需要指出的是,与法院所认可的保险公司、金融机构签订财产保全责任险合同和担保合同,进而由其提供保全担保本来就是为了解决“保全不难,担保难”问题而引入的。在“接近司法”和促进纠纷化解的意义上,引入财产保全责任险化解“担保难”本身就是司法社

⑩ 有关《保险法》第65条责任保险请求权主体和性质的讨论可参见沈小军《论责任保险中被保险人的责任免除请求权——兼评〈保险法司法解释四〉责任保险相关条文》,载《法学家》2019年第1期。

⑪ 乔石《论诉讼财产保全保险的模式选择》,载《湖北社会科学》2017年第10期,第140-141页。

⑫ 刘君博《“裁执一体化”财产保全的逻辑与改革》,载《中国法学》2017年第5期。

⑬ 例如在德国,提供担保更多情况下是假扣押执行的条件,假扣押命令是否执行取决于担保的提供。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30页。

⑭ 按照美国《联邦民事诉讼规则》第65条C款的规定,申请人提供法院认可数量的保证金是法院发布初步禁令(preliminary injunction)或者临时限制令(temporary restraining order)的必要条件。

⑮ 但实践中各个法院对“最终判决(final judgment)”标准的把握也会存在不一致,特别是法院对实体纠纷未进行实质审理的情况,所以有学者主张应当以“被告被禁止从事法律赋予其合法权利的行为是否实质性妥当”作为判断标准。参见Recovery For Wrongful Interlocutory Injunctions Under Rule 65(c), 99 Harv. L. Rev. 828, pp. 836-837.

⑯ SIONIX CORP. v. MOOREHEAD, 299 F. Supp. 2d 1082 (S.D. Cal. 2003).

⑰ 许尚豪《财产保全责任险不是财产保全担保》,载《人民法院报》2017年7月19日第7版。

⑱ 关于“担保提存”的解释和应用可参见肖建国等《民事执行法》,中国人民大学出版社2014年版,第181-182页;刘君博《执行和解协议中担保条款研究》,载《法律科学》2019年第4期。

会化的重要尝试。^③ 申请保全人往往都是在不能提供足额的现金担保,或者提供的担保物、保证人不能符合法院要求时才求助于保险公司或金融机构,实际上已经是被动选择。加之,银保监会对提供财产保全责任险和独立保函的保险公司、金融机构的资质有一定要求;为了贯彻落实基本解决执行难的司法政策目标,部分法院也在积极释明当事人申请财产保全,个别法院甚至与指定的保险公司、金融机构签订合作协议。^④ 这其实已经说明,申请保全人购买财产保全责任险不仅是被动选择,更是法院积极引入社会第三方参与民事诉讼和纠纷解决而增加的诉讼成本。

最后,我国财产保全保险之所以以财产保全责任险为主要运行模式其实是保全的损害赔偿制度设计使然。按照学界和司法实务界的通说,被申请人提起《民事诉讼法》第105条的保全错误损害赔偿之诉按照过错责任归责原则进行认定。^⑤ 一方面申请人在本案诉讼中败诉并不当然意味着其申请财产保全存在过错;另一方面,被申请人尚需证明其因保全行为遭受了损失。相较于申请财产保全案件的总量而言,司法实务中被申请人主张保全错误损害赔偿获得支持的案件数量殊为有限。^⑥ 正是因为保全

错误损害赔偿之诉胜诉少、承保风险小,保险公司才着力发展放弃追偿权的财产保全责任险。^⑦ 故而保全保险费实际上已经成为申请人在财产保全案件中稳定支出的诉讼成本。在涉及财产保全责任险的损害赔偿案件中,由于《民事诉讼法》第105条的约束,虽然我国并未采取赋予被申请人直接执行禁令保证金动议的程序设计,但是既有的司法实践基本上也坚持了前述将保险公司提供的担保视为保证金提存的立场。被申请人可以以申请人和保险公司为共同被告,主张赔偿因保全错误而遭受的损失,而即便申请人和保险公司之间存在免责约定,亦不在保全错误损害赔偿之诉的审理范围。^⑧ 目前,司法实践中尚未出现保险公司依据免责条款向申请人追偿的案例。

综上所述,在“裁执一体化”程序操作模式之下,提供符合法院要求的担保是当事人、利害关系人申请财产保全不可或缺的条件,财产保全立、审、执程序的运行对担保提供高度依赖。一方面,担保提供的要求实际上已经成为法院用于平衡利益、抵销保全错误风险的制度工具;另一方面,过错责任归责原则极大降低了财产保全错误风险发生的概率,使得财产保全责任险成为撬动担保提供的主流模式。在此意义

^③ 关于接近司法、纠纷解决与司法社会化的关系可参见范愉《诉前调解与法院的社会责任——从司法社会化到司法能动主义》,载《法律适用》2007年第11期。

^④ 在较早开展财产保全责任险试点的云南省,根据中国保监会云南监管局的公示,截至2019年5月,共有25家保险公司具备诉讼财产保全责任保险经营资质(<http://anhui.circ.gov.cn/web/site38/tab2223/info4141757.htm>)。部分法院还是会与个别保险公司订立双边合作协议,提高效率,参见《云南开远法院借力“诉讼财产保全责任险”攻坚执行难》, <http://jszx.court.gov.cn/main/ExecuteNewsletter/106555.jhtml>, 访问日期:2020年1月15日。

^⑤ 学界观点的梳理可参见肖建国、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》,载《法律适用》2016年第1期。最高人民法院的部分裁判可参见最高人民法院(2015)民申1147号民事判决书;最高人民法院(2016)民申1212号民事判决书。

^⑥ 以浙江省为例,2008-2010年三年内,全省范围内因保全错误所引发的民事诉讼共计3起,占财产保全案件总数的0.66%。参见浙江省高级人民法院课题组《从合法性关注到合理性考量——能动司法视角下财产保全司法对策之优化》,载《法律适用》2011年第12期。

^⑦ 当然,多数保险公司为了避免申请人恶意保全或者与被申请人恶意串通,一般也会在责任险合同上约定免责条款。

^⑧ 如山东省威海市环翠区人民法院(2019)鲁1002民初753号民事判决书中,法院指出“被告阳光财险主张免责条款及免赔额的约定,因其仅能提供其公司业务经办人员的证人证言,为单一证据,并无其他证据佐证,无法认定被告阳光财险履行了明确告知义务,上述免赔额及免责条款的约定不能就此对被告孙家疃居委会产生约束力”;类似说理还可参见重庆市第五中级人民法院(2017)渝05民终5686号民事判决书。

上,保全保险费已经成为当事人、利害关系人申请财产保全的必要、稳定支出,几乎不可替代和豁免。其与合理开支请求权模式的核心要件基本对应。据此,我们基本证成,可以类推适用合理开支请求权模式解决保全保险费请求权基础问题。

四、保全保险费的承担“规范说”视角下的要件事实分配

承前所述,就实体规则而言,如果法院作出了支持申请保全人的财产保全裁定,且未被复议程序撤销,那么可以认为申请保全人就保全保险费享有请求权。^⑤以德国、日本为代表的大陆法系国家对应于实体法上请求权与抗辩权的作用方式,构建了从辩论主义到主张责任、证明责任的一整套事实层面的攻击防御制度体系。法官判断实体权利存在与否实际上就是在审判“原告提出的支持权利存在的请求原因事实以及被告提出的推翻原告主张权利的抗辩事实”。^⑥权利发生(请求原因)事实和抗辩事实均属于发生特定法律效果“所必需的法律要件之构成要素相对应的具体事实”,即要件事实。^⑦因此,在民事诉讼法解释论层面,保全保险费请求能否获得支持主要取决于原告、被告双方对特定要件事实的主张与证明。2015年《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》第91条正式确立了“规范说”作为主张责任和证明责任分配的一般性规则。前述三类诉讼成本转付请求权的要件事实分配模式相对比较统一,即原告方对本案诉讼胜诉和实际费用支出承担主张和证明责任,被告方可以就支出费用过高或不符合法律规定进行抗辩。

作为临时性救济程序,财产保全案件的审理固然与本案诉讼情况有一定的联系,但其实是独立的诉讼程序。在程序原理上,财产保全案件的申请费也应当贯彻独立的败诉方负担原

则。^⑧然而,我国《诉讼费用交纳办法》第38条第3款却对保全案件申请费负担采取了与本案诉讼请求相结合的方式。易言之,申请保全人的保全申请费能否获得支持不仅取决于其有无提起本案诉讼,而且还需要考量其在本案诉讼中是否有获得胜诉判决。^⑨保全费用请求与本案诉讼请求“结合”模式的立法选择固然比较独树一帜,但其实也与我国长期以来保全案件整体数量少、诉前保全独立性功能不强的实务运行状况密切相关。相较于多采独立保全费用请求模式的立法例而言,在程序法解释论上讨论保全申请费和保全保险费请求能否获得支持需要考量的要素会更为复杂,无法简单照搬合理开支请求权的要件事实分配模式。

首先,《诉讼费用交纳办法》第38条第3款规定保全申请费可在本案诉讼请求中主张,并不当然解释为申请保全人需要对财产保全裁定生效、本案诉讼胜诉以及保全相关费用支出三项要件事实均承担主张及证明责任。所谓“本案诉讼胜诉与否”其实可能包涵了一个或数个请求权基础对应的多组权利发生和抗辩事实。严格来说,申请保全人只需要主张和证明其本案诉讼请求对应的权利发生事实即可,抗辩事实并不需要其主张。具体来说,保全保险费请求权对应的权利发生事实仍然只有支出保全保险费和财产保全裁定生效两项。本案诉讼请求与保全保险费请求是两项并行存在的请求权,只不过保全保险费请求能否获得支持取决于本案诉讼请求的胜负情况。

其次,被保全人在特定情形下仍可以提出权利妨碍抗辩。在审理保全保险费请求是否应当获得支持时,原则上法院不再考虑财产保全裁定本身的合法性问题,即财产保全案件的胜诉裁定获得就意味着保全保险费的权利发生要

⑤ 关于复议、解除、执行异议等财产保全救济程序的功能界分可参见刘君博《财产保全救济程序的解释与重构》,载《清华法学》2018年第5期。

⑥ 段文波《要件事实论下的主张责任》,载《法学评论》2006年第5期。

⑦ 许可《民事审判方法——要件事实引论》,法律出版社2009年版,第40-41页。

⑧ 可参见[德]狄特·克罗林庚《德国民事诉讼法法律与实务》,刘汉富译,法律出版社2000年版,第416-417页。

⑨ 参见吕锡伟主编《诉讼费用交纳办法释义》,中国法制出版社2007年版,第96页。

件已经齐备。一般来说,解除保全措施、执行异议等不指向财产保全裁定本身合法性的救济程序并不属于妨碍保全保险费请求权行使的抗辩事实。例如,在梁某与王某民间借贷纠纷一案中,梁某申请保全了王某和其前妻刘某名下的房屋、车辆、银行存款等财产,后刘某提出财产保全复议申请,主张其与王某已经离婚,且该借贷关系与其无关。法院查明事实后支持其复议申请,并裁定解除了对刘某名下部分财产的查封。在梁某提出保全保险费请求时,王某即以保全错误提出抗辩。法院认为保全对象虽然存在错误,但针对王某的保全仍有必要性,故支持了梁某提出的保全保险费请求。^{⑤0} 需要特别说明的是,考虑到司法实务中对解除保全的功能定位存在一定含混之处,而且《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》第167条又规定了保全错误、申请人撤回保全申请等情形下,法院应当裁定解除保全,故而还是承认被保全人在此类情形仍可以在本案诉讼中就保全保险费请求权行使提出权利妨碍抗辩。^{⑤1} 同时,基于《诉讼费用交纳办法》采取的结合立法模式,被保全人可以基于本案诉讼的胜负情况,提出权利妨碍抗辩。按照《诉讼费用交纳办法》第38条第3款的逻辑,保全保险费请求的支持比例应当与本案诉讼请求的胜负情况一致。在交通事故责任纠纷中,法院往往会按照双方当事人的责任比例,裁判保全保险费的分担情况。^{⑤2} 如果申请保全人的本案诉讼请求未获得全部支持,即便法院作出了支持其申请的财产保全裁定,那么被保全人亦可以据此抗辩拒绝或部分拒绝支付保全保险费。

最后,即便申请保全人在申请财产保全、本案诉讼中均获得胜诉,被保全人还可以提出酌减保全保险费抗辩。正如约定违约金虽属于合同当事人意思自治的私法原则体现,应予以尊重和实现;但是为了兼顾公平和实质正义,合同法亦需要司法酌减规则对个案进行调整。承前所述,类推适用合理开支请求权模式实际上就是采取了保全保险费败诉方负担原则。为了避免真正的权利人“不择手段”、过度耗费诉讼成本,法院仍需为其设定必要的限度和边界。^{⑤3} 由于保全保险费承担规则尚在建构之中,实务中涉及酌减问题的案例更是有限,尚且无法对保全保险费酌减需要考量的原则、要素和类型作出全面梳理和分析。这里我们可以讨论两种提出酌减保全保险费抗辩的典型场景:一是明显超出本案诉讼请求的高额恶意保全。司法实践中,不乏权利人基于其他目的,故意虚增诉讼标的额,并以此为基础向法院申请高额的财产保全。在实现保全目的后,又会依据《诉讼费用交纳办法》第21条申请变更诉讼请求、降低诉讼标的额。在此情形下,即便法院最终裁判支持其全部诉讼请求,也应当支持被保全人提出的酌减抗辩。^{⑤4} 二是法定赔偿限额的限制。《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第26条规定了司法保护的年化利率上限。同时,第30条规定,“出借人与借款人既约定了逾期利率,又约定了违约金或者其他费用,出借人可以选择主张逾期利息、违约金或者其他费用,也可以一并主张,但总计超过年利率24%的部分,人民法院不予支持。”如果双方当事人约定了违约金、律师费以及保全保险

⑤0 甘肃省张掖市山丹县人民法院(2018)甘0725民初2726号民事判决书。

⑤1 可参见吉林省松原市乾安县人民法院(2019)吉0723民初4号民事判决书。

⑤2 可参见贵州省安顺市中级人民法院(2017)黔04民终519号民事判决书、天津市河东区人民法院(2018)津0102民初2236号民事判决书等。

⑤3 廖永安等《诉讼费用制度专题实证研究》,法律出版社2016年版,第69页。

⑤4 类似情形可参见新疆维吾尔自治区高级人民法院(2018)新民终12号民事判决书,该股权转让纠纷中,一审法院认为“诉讼财产保全责任保险保费是松禾成长创业在本案诉讼保全中产生,但其保全金额超出欠款金额,故松禾成长创业主张的保费本院酌情支持35000元”。此外,当年轰动一时的“富士康公司诉记者名誉侵权纠纷”也是虚增诉讼标的额、恶意申请高额财产保全的典型。<http://it.people.com.cn/GB/8219/70080/70081/index.html>,访问日期:2019年12月10日。

费等费用,那么应当遵循前述规定的要求,不得超过年利率的24%;^⑤即便在未约定的情况下,法院亦可适当支持被保全人提出的酌减抗辩。^⑥

五、结语

从“基本解决执行难”到构建“解决执行难长效机制”,司法政策目标的变化凸显了将实务中形成的相对稳定、规范的制度经验予以梳理和概念化,并提炼为有效的制度模式或裁判机制的必要性。现代的法教义学不可能也没有必要成为一个完全封闭的体系,特别是在民事诉讼和司法制度领域,只有不断地将看似碎片化却又逻辑自洽的司法实务惯习调试、整合,中国的民事诉讼法教义学才能真正实现知识的体系化,进而为特定法秩序内的规范问题提供答案。财产保全责任险的引入在一定程度上已经重塑了财产保全制度各方主体的权责关系。在

与财产保全各类救济程序配合形成制度体系的前提下,“败诉方承担为原则,酌减为例外”的保全保险费承担机制不仅可以提升财产保全制度利用功效、预防规避执行,而且能够有效避免权利滥用。

此外,如前所述,“公法提存”性质的担保提供机制是关系到财产保全制度运行效率以及能否实现制度预设目标的核心“装置”,也是申请人支出的保全保险费功能转变的关键。受篇幅和讨论主题所限,本文未能就司法担保、公证取证、公证送达等司法社会化现象展开深入讨论。仅就当事人双方而言,败诉方负担规则无疑能够成为更好地撬动司法社会化的制度工具,但其对当事人与国家之间分担诉讼成本边界的厘定等理论议题提出的新挑战更加值得认真对待。

Research on the Mechanism of Cost – sharing in Property Preservation Liability Insurance

Liu Junbo

Abstract: There are three kinds of verdicts as for the claims of property preservation liability insurance expenses, overruled, supported and supported partially. The opinion of Supreme People's Court is not accepted widely because of its poor argument and inadequate demonstration. The rules of right of reasonable expenses which was developed in intellectual property litigation can analogize in the insurance expenses, and therefore the lack of legal basis can be overcome. At the same time, the applicant should claim and take the burden of proof of right elements, while the respondent can bring forward the obstructive and exempt facts of right defense according to the normative theory.

Keywords: property preservation; litigation expense; property preservation liability insurance; insurance expense

(责任编辑:程绍燕)

^⑤ 北京市第三中级人民法院(2018)京03民终2108号民事判决书。

^⑥ 湖北省荆门市东宝区人民法院(2018)鄂0802民初754号民事判决书。