



最高人民法院审判指导书系
ZUI GAO REN MIN FA YUAN SHEN PAN ZHI DAO SHU XI

执行规范理解与适用

最新民事诉讼法与民诉法解释
保全、执行条文关联解读

江必新◎主编

ZHI XING GUI FAN LI JIE YU SHI YONG
ZUI XIN MIN SHI SU SONG FA YU MIN SU FA JIE SHI BAO QUAN ZHI XING TIAO WEN GUAN LIAN JIE DU

增订2版

【上册】

最新民事诉讼法及解释逐条对应权威适用解读
保全、执行最新热点疑难问题专题系统解答
根据新法全面修订，增加关联新法解读

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

执行规范理解与适用

——最新民事诉讼法与民诉法解释
保全、执行条文关联解读

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目（CIP）数据

执行规范理解与适用：最新民事诉讼法与民诉法解释保全、执行条文关联解读/江必新主编.—2版（增订本）.—北京：中国法制出版社，2018.8

（最高人民法院审判指导书系）

ISBN 978-7-5093-9642-1

I.①执... II.①江... III.①民事诉讼-执行（法律）-法律解释-中国
②民事诉讼-执行（法律）-法律适用-中国 IV.①D925.118.35

中国版本图书馆CIP数据核字（2018）第166654号

策划编辑 李小草（lixiaocao2008@sina.cn）

责任编辑 王熹（wx2015hi@sina.com）

封面设计 李宁

执行规范理解与适用（增订2版）

——最新民事诉讼法与民诉法解释保全、执行条文关联解读

ZHIXING GUIFAN LIJIE YU SHIYONG (ZENGDIJINGBAN)
——ZUIXIN MINSHISUSONGFA

YU MINSUFA JIESHI BAOQUAN、ZHIXING TIAOWEN
GUANLIAN JIEDU

主编/江必新

经销/新华书店

印刷/

开本/730毫米×1030毫米 16开
数/735千

印张/51.5 字

版次/2018年8月第2版
次印刷

2018年8月第1

中国法制出版社出版

书号ISBN 978-7-5093-9642-1

定价：159.00元

北京西单横二条2号

邮政编码 100031

传真：

66031119

网址：**http: //www.zgfzs.com**
66010493

编辑部电话：

市场营销部电话：**66033393**
话：**66033288**

邮购部电

（如有印装质量问题，请与本社印务部联系调换。电话：010-66032926）

作者简介

主编

江必新 男，1956年9月出生，湖北枝江人。西南政法学院法学学士、中国法制史硕士，北京大学宪法与行政法学博士。现兼任中国法学会副会长、中国行为法学会会长、中南大学、中国政法大学、国家法官学院教授。1999年被评为“全国十大杰出中青年法学家”、2009年被评为“当代中国法学名家”，2015年获中国行政法学“杰出贡献奖”、2016年获第二届“金平法学成就奖”。在《中国社会科学》《求是》《中国法学》《法学研究》等刊物发表论文200余篇。

副主编

何东宁 男，1966年11月出生，湖南慈利人，法律硕士，中国政法大学兼职教授。合著有：《民法总则与民法通则条文对照及适用提要》《民商审判疑难问题解析与典型案例指导》《新民事诉讼法配套规则适用指引》《新民事诉讼法再审程序疑难问题解答与裁判指导》等三十部著作。在《判解研究》等刊物上发表论文二十多篇。

毛宜全 男，1971年6月出生，湖南华容人，法律硕士。与人合著、编写《毒品犯罪审判理论与实务》《宽严相济刑事政策司法解读》《新民事诉讼法专题讲座》《民事诉讼新制度讲义》《强制执行改革的路径与成效》等书，在《人民司法》等刊物上发表文章多篇。

再版说明

近年来，为指导全国法院更好地开展执行工作，确保打赢基本解决执行难这场硬仗，最高人民法院从完善执行规范体系入手，着力解决执行中因法律资源不足，法律空白点多，法律规定不明确、缺乏可操作性导致的执行人员规范意识淡薄、执行行为失范等现象，相继出台了《最高人民法院关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定》《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》《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》《最高人民法院关于首先查封法院与优先债权执行法院处分查封财产有关问题的批复》《最高人民法院关于修改〈最高人民法院关于公布失信被执行人名单信息的若干规定〉的决定》《最高人民法院、最高人民检察院关于民事执行活动法律监督若干问题的规定》《最高人民法院关于民事执行中财产调查若干问题的规定》《最高人民法院关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》《最高人民法院关于执行和解若干问题的规定》《最高人民法院关于执行担保若干问题的规定》《最高人民法院关于执行案件移送破产审查若干问题的指导意见》等司法解释和规范性文件，涉及执行工作的各个环节、各个方面，有力填补了规则漏洞，大大推进了执行工作规范化进程。

笔者根据新出台和新修订的司法解释、规范性文件对全书所有涉及的相关内容进行了修订，并在目录中新增【关联新法解读】进行标示。相关司法解释和规范性文件，有的是对过去一些成熟作法的总结和固定，有的是对一些过时或者不完善依据内容的修正，有的是在总结实践经验基础上创设的新制度和新理念（如法院财产处置以网络司法拍卖为主，办理财产保全担保可提供保险，变更追加当事人必须法定，案外人

可以对恶意仲裁、虚假仲裁提出不予执行申请等），因此，本书在进行修订时，不是简单地将司法解释规定或规范性文件规定的条文进行替换或者粘贴，而是保留原有相关司法解释规定的内容，并根据新的或者新修订后司法解释制定的原则、依据以及背景，重点突出新的或者新修订后司法解释相关内容修改、补充的比较，重点突出新的或者新修订后司法解释所修改、补充条文涉及内容的理解，重点突出新的或者新修订后司法解释修改、补充内容在司法实践中的把握，以便读者全面对全书所涉及新的或者新修订后司法解释相关内容的整体理解和把握。

编者

2018年8月

前言

近年来，一系列有关人民法院执行工作的法律、司法解释和规范性文件相继出台和实施，为执行工作实务提供了更加具体的操作规程。特别是2012年8月31日第十一届全国人大常委会第二十八次会议审议通过的《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》，对有关执行程序作了重大修改和完善；2014年12月18日，最高人民法院审判委员会第1636次会议通过了《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》，对此前有关民事诉讼的司法解释和规范性文件进行了梳理、整合和修改完善，其中涉及执行程序的条文众多。

为帮助广大法官、律师和其他法律实务工作者更加准确理解和适用民事诉讼法中的执行程序，我们组织编写了这本《执行规范理解与适用——最新民事诉讼法与民诉法解释保全、执行条文关联解读》。本书按照执行工作流程涉及的保全、先予执行、执行一般规定、执行的申请和移送、执行措施、执行中止和终结为篇章顺序，对民事诉讼法涉及的每一个条文相对应的解释条文依次逐条进行全面、系统、深入阐释，不仅注重对条文涵义的准确解释、立法背景的深度透析，还注重紧密结合实际，全面归纳总结条文理解和适用中应当注意的问题，力求为执行工作实务操作提供切实可行的路径和指引。参与本书编写的作者多为最高人民法院长期从事执行工作的法官，既有深厚的理论功底，又有丰富的实务经验，部分人员还深度参与了民事诉讼法修改的调研、论证以及民事诉讼法司法解释的具体起草工作。

执行工作业务涉及的法律领域非常广泛，司法实务中需要研究和解决的新问题也很多，希望本书的编写出版，同时能为强制执行理论的深

入研究提供有价值的素材和参考。

由于时间和水平有限，本书疏漏之处，敬请各位读者拨冗指正。

编者

2015年3月

- [第一章 保全](#)
 - [第一节 诉讼保全](#)
 - [第二节 诉前保全](#)
 - [第三节 保全范围](#)
 - [第四节 财产保全措施](#)
 - [第五节 保全的解除](#)
 - [第六节 保全申请错误的处理](#)
- [第二章 先予执行](#)
 - [第一节 先予执行的适用范围](#)
 - [第二节 先予执行的条件](#)
 - [第三节 对保全或先予执行不服的救济程序](#)
- [第三章 执行一般规定](#)
 - [第一节 执行依据和执行管辖](#)
 - [第二节 对违法的执行行为提出异议](#)
 - [第三节 变更执行法院](#)
 - [第四节 案外人异议](#)
 - [第五节 执行机构和执行程序](#)
 - [第六节 委托执行](#)
 - [第七节 执行和解](#)
 - [第八节 执行担保](#)
 - [第九节 被执行人死亡或者终止的执行](#)
 - [第十节 执行回转](#)
 - [第十一节 调解书执行](#)
 - [第十二节 对民事执行的法律监督](#)
- [第四章 执行的申请和移送](#)
 - [第一节 申请执行和移送执行](#)
 - [第二节 仲裁裁决的执行](#)
 - [第三节 公证债权文书的执行](#)

- [第四节 申请执行期间](#)
- [第五节 执行通知](#)

第一章 保全

第一节 诉讼保全

【对应关系】

民事诉讼法条文	民诉法解释条文
第 100 条	第 152 条、第 161 ~ 163 条、第 168 条

【法律规定】

《中华人民共和国民事诉讼法》

第一百条 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。

人民法院采取保全措施，可以责令申请人提供担保，申请人不提供担保的，裁定驳回申请。

人民法院接受申请后，对情况紧急的，必须在四十八小时内作出裁定；裁定采取保全措施的，应当立即开始执行。

【立法背景】

2012年民事诉讼法修正以前，实务界和理论界均有将行为保全正式确立为我国民事诉讼保全制度的呼声，认为民事诉讼法仅规定财产保全，没有规定行为保全，已不能满足民事诉讼的现实需要，抑制了诉讼保全制度应有功能的发挥。2012年修改过程中，各界对确立行为保全制度意见基本趋于一致，鲜有不同声音。鉴此，2012年修正后的民事诉讼法增加了行为保全制度，将其与财产保全制度在同一法条中确立下来。

关于保全担保的范围问题，2012年修改民事诉讼法征求意见过程中，有一种意见提出，原来民事诉讼法只是笼统规定可以责令申请人提供担保，但对担保的范围没有涉及，实践中很多法院要求申请人按照保全财产的价值甚至争议标的额提供担保，给申请人造成过重负担，建议明确规定“可以责令申请人在保全财产价值的适当比例或可能造成损失的范围内提供相应的担保”，以解决担保门槛过高的问题。立法机关经过反复论证，考虑到具体案件千差万别，认为是要求足额担保还是只求适当比例的担保，应由人民法院视案件的具体情况灵活掌握，法律不宜规定得过于具体。

至于人民法院对不提供担保的申请人，驳回其申请是采取口头形式，还是书面形式；如果采取书面形式，是采取通知、决定形式还是裁定的形式，修改前的民事诉讼法未作规定，实践中的做法也不尽一致。为体现法律的严肃性和文书样式的一致性，2012年修正后的民事诉讼法要求驳回申请人的保全申请一律用裁定。

【条文解读】

本条是关于诉讼保全的条件、措施及保全裁定的规定。

诉讼保全是指人民法院在案件受理后作出判决前的诉讼过程中，为保证当事人民事诉讼目的得以实现，根据当事人的申请或者依职权采取的一种临时保护措施。债权人提起民事诉讼后，债务人可能对有关财产进行转移、隐匿、毁损、变卖或者继续实施某种侵权行为，为避免债权人胜诉后诉讼目的落空，民事诉讼法设立一种保全程序来预先保护债权人的权益。

根据本条规定，诉讼保全必须具备以下条件：

1.诉讼保全的适用时间必须在案件受理后，尚未作出生效判决前。在一审或二审程序中，如果案件尚未审结，都可以申请保全。如果法院的判决已经生效，当事人只能申请强制执行，不能申请诉讼保全。

2.诉讼保全的适用前提是，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损害，即存在实施保全措施的客观需要。

3.诉讼保全的发生，既可能是由于当事人申请，也可以是人民法院依职权主动进行。人民法院只有在必要时才能成为诉讼保全制度的发动者，一般应当由当事人提交符合法定条件的申请。自2016年12月1日起施行的《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》对当事人、利害关系人申请财产保全的申请书提出了明确要求，即第1条规定：“当事人、利害关系人申请财产保全，应当向人民法院提交申请书，并提供相关证据材料。申请书应当载明下列事项：（一）申请保全人与被保全人的身份、送达地址、联系方式；（二）请求事项和所

根据的事实与理由；（三）请求保全数额或者争议标的；（四）明确的被保全财产信息或者具体的被保全财产线索；（五）为财产保全提供担保的财产信息或资信证明，或者不需要提供担保的理由；（六）其他需要载明的事项。法律文书生效后，进入执行程序前，债权人申请财产保全的，应当写明生效法律文书的制作机关、文号和主要内容，并附生效法律文书副本。”应当注意的是，法律文书生效后进入执行程序前，债权人可以申请财产保全，但应当写明生效法律文书的制作机关、文号和主要内容，并附上生效法律文书副本，此时人民法院可以不要求其提供担保。

4.诉讼保全可以责令申请人提供相应担保，也可以不要求申请人提供担保。是否责令申请人提供担保，由人民法院视情况决定，因为在诉讼中人民法院对当事人的诉讼请求，事实和理由，经过审查，已有一定的了解。

5.人民法院责令申请人提供相应担保的，可以要求按照保全财产的价值或可能造成的损失提供足额担保，也可要求提供适当比例的担保。申请人不提供担保的，应当裁定驳回其申请。

6.对情况紧急的诉讼保全申请，人民法院受理后应在48小时内作出是否采取诉讼保全的裁定，决定保全的应当立即执行。应当注意，《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》对人民法院采取保全措施的裁定作出时间和保全措施的实施时间均作出了明确规定，即第4条规定：“人民法院接受财产保全申请后，应当在五日内作出裁定；需要提供担保的，应当在提供担保后五日内作出裁定；裁定采取保全措施的，应当在五日内开始执行。对情况紧急的，必须在四十八小时内作出裁定；裁定采取保全措施的，应当立即开始执行。”

【适用指导】

一、行为保全制度的确立

本条2012年修改新增了行为保全的规定，与财产保全设置在同一法条中，对二者的适用条件、措施及保全裁定作了统一规定。民事诉讼实践中，财产保全制度施行由来已久，对这一制度的理解适用无需赘言，但行为保全作为新确立的保全制度，对其属性和正确适用有必要做一些介绍。

所谓行为保全，是指人民法院为了保护当事人一方的合法权益，保证今后判决或裁定得以顺利执行，避免造成损失或损失扩大，在诉讼前或诉讼过程中，责令另一方当事人作出一定行为或禁止其作出一定行为的强制性措施。

虽然行为保全制度在2012年民事诉讼法修改中才正式作为一项诉讼制度予以确立，但这项制度早已在我国其他民商事法律和司法解释中得到零星体现。最高人民法院早在1987年1月1日起施行的《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第162条第1款就作了如下规定：“在诉讼中遇有停止侵害、排除妨害、消除危险的情况时，人民法院可以根据当事人的申请或者依职权先行作出裁定。”该条规定为法院及时地制止侵权行为提供了法律依据。1992年，最高人民法院又在《关于审理专利纠纷案件若干问题的解答》（已失效）中明确规定，人民法院认为必要时，可责令被告停止侵权行为或采取其他制止侵权损害继续扩大的措施，虽然这一规定名为“财产保全”，但实质上是直接针对被申请人的行为。此后，我国在涉及知识产权的相关立法上，出于与国际接轨的需要，对行为保全制度也作了一些积极尝试。如2000

年修订后的专利法第61条第1款规定：“专利权人或者利害关系人有证据证明他人正在实施或者即将实施侵犯其专利权的行为，如不及时制止将会使其合法权益受到难以弥补的损害，可以在起诉前向法院申请采取责令停止有关行为和财产保全的措施。”随后修订的商标法和著作权法也分别在第57条和49条作出了类似规定。同时，在最高人民法院2001年、2002年先后通过的《关于对诉前停止侵犯专利权行为适用法律问题的若干规定》《关于诉前停止侵犯注册商标专用权行为和保全证据适用问题的解释》和《关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》三个司法解释中也可见到行为保全的相关内容。不仅在知识产权立法和司法解释中涉及行为保全，2000年7月1日开始施行的《海事诉讼特别程序法》第51条规定的海事强制令制度也具有行为保全性质，海事请求人为使其合法权益免受侵害，可以依据该法请求海事法院责令被请求人作为或者不作为。与行为保全制度发展不相适应的是，我国1991年正式施行的民事诉讼法以及2007年进行第一次修正时均未正式确立这一制度，实务和理论界对此都感到遗憾。鉴于行为保全制度的设立既有理论依据，又有现实需求，而且在个别民商事领域已经开始施行，2012年民事诉讼法修改时予以正式确立也就成为必然。

二、诉讼保全对担保的要求

本条第2款规定：“人民法院采取保全措施，可以责令申请人提供担保，申请人不提供担保的，裁定驳回申请。”具体如何掌握，《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152条第3款进行了明确，解释为“在诉讼中，人民法院依申请或者职权采取保全措施的，应当根据案件的具体情况，决定当事人是否应当提供担保以及担保的数额。”具体而言，可以根据案件的实际情况，充分考虑胜诉的可能性及造成对方损失的可能性，要求提供担保或不要求提供担保。主要考虑到案件已经进入审理程序，原告能否胜诉以及可能给被保全人造成

多大损失相对容易判断，人民法院可以根据具体情况决定是否担保以及担保数额。如申请人追索赡养费、扶养费、抚育费、抚恤金、劳动报酬的案件，当事人申请财产保全的，一般可以不要求提供担保。需要注意的是，诉讼保全的担保方式不能仅限于现金，人的担保和其他物的担保也应纳入担保方式。另外，本条对责令当事人提供保全担保没有规定具体的形式，过往实践中操作很不规范，对此，《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152条第1款还明确规定，人民法院责令当事人提供保全担保时，应当采用书面通知的形式，以规范法院行为。由于实践中通行做法是要求当事人提供相当于请求保全数额的担保，而保全仅限制被保全财产的处分，一般不会导致财产灭失，所以，全额担保的数额通常远远高于可能对被保全一方造成的财产损失，导致担保要求过高，保全适用比例过低，保全作用难以有效发挥。对此，为进一步规范实际中的担保数额的问题，在充分考虑因保全可能对被保全财产造成实际损失的情况下，对保全担保数额予以合理调整，《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5条规定：“人民法院依照民事诉讼法第一百条规定责令申请保全人提供财产保全担保的，担保数额不超过请求保全数额的百分之三十；申请保全的财产系争议标的的，担保数额不超过争议标的价值的百分之三十。利害关系人申请诉前财产保全的，应当提供相当于请求保全数额的担保；情况特殊的，人民法院可以酌情处理。财产保全期间，申请保全人提供的担保不足以赔偿可能给被保全人造成的损失，人民法院可以责令其追加相应的担保；拒不追加的，可以裁定解除或者部分解除保全。”对此，应当注意：一是大大降低了当事人申请保全的成本，即在一般情况下，诉讼保全的担保数额不超过请求保全数额或争议标的财产价值的百分之三十；二是平衡保护各方当事人的合法权益，避免担保数额过低，当数额不足以赔偿因保全期间过长、市场发生巨变等增加的可能损失，人民法院有权根据实际情况对担保数额予以调整，责令当事人追加担保；三是在诉前财产保全情况下，利害关系人申请时应当提供相

当于请求保全数额的担保，人民法院可以根据特殊情况进行酌情处理。

三、行为保全与财产保全、先予执行的区别

从表面上来看，民事诉讼法规定的行为保全与财产保全、先予执行都属于人民法院在判决之前作出的强制性措施，但三者立法目的、适用条件上均存在本质区别，实践中应区分开来。

（一）行为保全与财产保全的区别

行为保全与财产保全都属于诉讼保全制度，都具有保障将来判决得以执行的目的，都可以在诉前或诉讼中适用，而且都可以视情况要求申请人提供相应的担保，以限制申请人滥用权利的情况发生，如果事后发现申请错误、被申请人因保全遭受损失的，申请人应当承担赔偿责任，但两者仍然存在明显差别。

1.立法目的不同。行为保全除了具有保障判决得以执行的目的外，还具有避免造成损失或损失进一步扩大的目的，而财产保全则主要从将来的判决能得到有效执行的角度出发的。

2.适用对象不同。行为保全适用于诉讼请求为非金钱请求的民事案件，保全对象为被申请人的行为；财产保全则适用于诉讼请求为金钱请求或可以转化为金钱请求的民事案件，保全对象是被申请人的财产。

3.保全方式不同。财产保全一般是采取查封、扣押、冻结等方式，以防止当事人隐匿、转移、变卖财产等情况发生；行为保全则是通过责令被申请人作出一定行为或禁止其作出一定行为，暂时满足申请人的现

有权益不受被申请人的继续侵害。

4.执行手段不同。财产保全完全可由法院主动完成，或由被申请人、第三方配合完成；而行为保全裁定的执行有赖于被申请人的切实履行，当其拒不履行时，人民法院不能直接强制，只能采取替代履行或罚款、拘留等间接强制措施来促使其履行保全裁定。

5.对反担保的处理方式不同。被申请人在财产保全中提供反担保的，法律规定人民法院应该解除财产保全；而行为保全是否因被申请人提供反担保而解除，法律没有规定，实践中一般不应解除，除非申请人自己表示同意。

（二）行为保全与先予执行的区别

行为保全和先予执行都强调了裁定事项的紧急性，其救济方式都可以表现为要求一方当事人为或不为一定行为，但二者存在本质差别。

1.制度目的不同。行为保全的目的在于，通过责令另一方当事人为一定行为或者不为一定行为，避免给申请人造成损失或使损失扩大；而先予执行的目的是解决申请人在生活或生产方面的迫切需要，使申请人的权利在判决之前获得全部或部分的满足。

2.发生时间不同。行为保全既可以在诉讼过程中进行，也可以在诉讼开始前进行；而先予执行只能在诉讼开始之后，判决作出之前作出裁定，因为先予执行是提前实现判决的全部或部分内容，要求当事人之间的权利义务关系经过法院的审理程序加以明确后方可作出决断，因此在诉讼前法院不能适用先予执行。

3.针对的对象不同。行为保全的对象只是行为；而先予执行的对象既可以是行为，也可以是财产。

4.适用范围不同。行为保全适用的范围比较宽泛，而先予执行只限于民事诉讼法明确规定的“追索赡养费、抚养费、抚育费、抚恤金、医疗费用的；追索劳动报酬的；因情况紧急需要先予执行的”三类情形。

5.法律后果不同。行为保全的着眼点在于保全，对于案件的实质一般不产生影响；而先予执行的着力点在执行，往往对案件的最终判决具有较强的预示效果，先予执行裁定与判决一致的可能性较高。

【民诉法解释】

《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》

第一百五十二条 人民法院依照民事诉讼法第一百条、第一百零一条规定，在采取诉前保全、诉讼保全措施时，责令利害关系人或者当事人提供担保的，应当书面通知。

利害关系人申请诉前保全的，应当提供担保。申请诉前财产保全的，应当提供相当于请求保全数额的担保；情况特殊的，人民法院可以酌情处理。申请诉前行为保全的，担保的数额由人民法院根据案件的具体情况决定。

在诉讼中，人民法院依申请或者依职权采取保全措施的，应当根据

案件的具体情况，决定当事人是否应当提供担保以及担保的数额。

【要旨】

本条是关于保全担保的规定。

【背景】

从通常的诉讼程序来看，原告提起诉讼后，经过受理、开庭审理、法庭调查、辩论等程序，到法院最终作出判决，这需要经过一段时间，在此期间，债务人有可能转移、处分财产而使判决最终无法得到执行，导致当事人胜诉也只是形式上的胜诉，实体上的权利并不能得到最终的保护和落实。为有利于切实、全面地保护当事人的合法权益，民事诉讼法设立了保全制度。通过保全制度，法院可以在诉前或者诉讼中对被申请人的有关财产采取限制处分或转移，或者在判决前责令被申请人作出一定行为或禁止其作出一定行为的强制措施，确保将来的生效法律文书得以顺利执行或者避免申请人遭受不可弥补的损害，及时、有效地保护当事人或者利害关系人的合法权益。由于民事诉讼法对申请人申请保全的条件进行了相应的规定，特别是规定了申请保全时应当提供相应担保的情形，但民事诉讼法对于提供担保的数额未作具体规定。1992年最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（已失效；以下简称《92年民诉意见》）第98条规定，在采取诉前财产保全和诉讼财产保全时责令申请人提供担保的，提供担保的数额应相当于请求保全的数额。这条规定，在实践中并没有得到切实落实，近年来地方法院还分别出台了不同的担保数额标准，在提供担保的形式上也多强调采用现金担保，限制适用物的担保和人的担保。社会各方面，包括全国两会的代表和委员，多次提出保全担保的门槛过高，不能很好地保护当事人的利益，要求最高人民法院解决这一问题。在修改此条文时，

仍然存在较大的争议。但就诉前保全和诉讼中保全的担保问题，在征求意见时，无论是全国人大法工委还是其他各单位对区分诉前保全和诉讼中保全适用不同的担保要求均持赞成意见。最后经研究，对过去的规定进行了修改，一是规定人民法院要求提供担保的，应当书面通知；二是区分诉前保全担保和诉中保全担保，规定不同的担保数额标准；三是增加行为保全担保的规定。总之，本条沿用《92年民诉意见》第98条部分内容，根据民事诉讼法第100条和第101条，结合《最高人民法院关于在经济审判工作中严格执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉的若干规定》第12条规定作了修改。

【解读】

本条是关于申请诉前保全和诉讼保全措施提供担保的规定。

一、责令申请人提供担保的形式

保全程序原则上应当依照当事人申请启动，只是在特殊情形下，人民法院知悉债务人正在实施或者准备实施转移、隐匿财产行为的，才会依职权采取保全措施，维护诉讼秩序。当利害关系人或者当事人向人民法院申请保全时，民事诉讼法第100条、第101条只规定可以责令申请人提供担保，但没有具体规定采用何种方式责令申请人。最高人民法院以前的司法解释对责令当事人提供保全担保没有规定具体的形式，实践中也存在不同的做法，有口头形式通知的，有电话形式通知的，有书面形式通知的，操作不规范。为了保证执法的统一性，本条司法解释明确，责令利害关系人或者当事人提供担保的，应当以书面形式通知申请人，以规范法院行为。同时，应当在通知中告知申请人不提供担保，将可能被驳回申请的后果。应当注意的是，这里的申请人包括利害关系人和当事人。其中利害关系人是诉前申请保全的主体。

二、区分诉前保全和诉中保全担保数额标准

根据申请保全的时间不同，保全可以分为诉讼中保全和诉讼前保全。所谓诉讼前保全，又称诉前保全，是指在起诉或者仲裁前，对于因情况紧急不立即申请保全，将会使利害关系人的合法权益受到难以弥补的损害，依据利害关系人的申请而采取的保全措施。所谓诉讼中保全，是指法院审理案件过程中，为防止当事人转移、隐匿、变卖财产，依当事人申请或职权对财产或行为作出保全措施，以保证将来判决生效后能得到顺利执行。

由于保全是一种临时性救济措施，且保全具有暂行性和非对审性。通常情况下，法院根据申请人提交的证据即可作出保全裁定，但由于当事人在起诉前或起诉时就提出保全，案件尚未审理，无法查明案件事实，即使查明了申请保全理由充分，应予保全，也不能保证申请人一定胜诉，可能会因申请人错误申请保全而给被申请人造成经济损失。因此，人民法院从平等保护双方当事人合法权益的角度出发，为避免申请人败诉后因申请人申请错误而导致被申请人基于保全所遭受的损失赔偿落空，申请人就应当通过事先提供担保来证实确有赔偿能力，这也充分体现了法律对被申请人合法权益的保护。是否所有保全案件都需要申请人提供担保？民事诉讼法只是笼统地规定可以责令申请人提供担保，这可以理解为法律并没有对此作出一刀切的规定，而只是规定“可以”，不是“应当”，更不是“必须”，赋予人民法院一定的自由裁量权。

基于申请财产保全的主要目的在于保证将来的生效判决能够得以执行，顺利实现债权，有必要立即制止债务人正在实施或者准备实施的转移、隐匿财产等行为。由此可见，财产保全的核心是防止债务人处分财产。在诉前保全中，因案件尚未进入诉讼程序，人民法院无法了解基本

案情，提出诉前保全申请的主体只能是利害关系人，而不是案件的当事人。正因为案件尚未进入诉讼程序，人民法院不了解基本案情，对申请人的经济状况、胜诉可能性、证据充分与否等情形都无法掌握，出现风险的可能性比诉讼中的保全要高，担保要求要高一些。因此，司法解释明确规定，对于利害关系人申请诉前保全的，应当提供担保，这样才能对被申请人因保全所遭受的损失提供保障。同时，结合《最高人民法院关于在经济审判工作中严格执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉的若干规定》第12条规定：“人民法院采取诉前财产保全，必须由申请人提供相当于请求保全数额的担保。担保的条件，依法律规定；法律未作规定的，由人民法院审查决定。”因此，经研究，对诉前保全的担保和诉中保全的担保数额进行了区分。对于诉前财产保全的担保，因财产保全的对象是标的物或者财物，为确保被申请人因保全所遭受的损失得到赔偿，对于申请诉前财产保全的，申请人应当提供相当于请求保全数额的担保。但在极其特殊的情况下，人民法院可以根据案件的具体情况酌情处理，可以不是全额担保。也就是说，对诉前财产保全的担保，要求申请人提供全额担保是原则，不提供全额担保是例外。有观点认为，对诉前保全要求提供相当于请求保全数额的担保过于严格，不利于诉前保全制度的实施。我们经研究认为，诉前保全是在未提起诉讼或者仲裁的情形下采取的措施，如果不严格限制，极易被滥用，但如果过于严格，又很难实现担保制度的目的。但应当注意，《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5条的规定对诉前财产保全的担保数额并没有进行改变，即“利害关系人申请诉前财产保全的，应当提供相当于请求保全数额的担保；情况特殊的，人民法院可以酌情处理。”

因为民事诉讼法对申请人在诉讼中申请保全提供担保的数额没有作出明确规定，司法解释是否有必要予以规定。在调研中发现，司法实践中对于诉讼中保全担保金额既有不同的做法，也存在不同的观点。有些

法院要求申请人提供全额担保，即提供的担保金额必须与保全金额相当，否则，该当事人因无法提供足额担保而被法院驳回保全申请。有的法院认为，担保金额不应超过保全金额的百分之二十。经研究认为，作出诉讼保全裁定，并不需要严格的对审程序，只是根据申请人的申请，并提供了相应的担保就可以，提供担保的目的是能及时有效地赔偿可能因申请人申请错误而给被申请人造成的损失。同时，也可以让申请人在申请保全时慎重考虑。从审判实际来看，不同的案件也是千差万别，有的申请人财力雄厚，如银行或金融机构，完全有能力承担因错误申请保全给对方当事人造成的损失，完全可以不要求其提供担保；有的申请人胜诉可能性较大，如借贷纠纷的债权人，且不会给对方当事人造成损失，也可以不要求担保。综上，基于上述各种原因，就申请人提供的担保金额而言，应当以被申请人可能遭受的损失为基础，综合考虑申请人的经济状况、胜诉可能性、证据充分与否等情形，人民法院对上述情况相对容易判断，故不宜明确要求申请人提供具体的金额或比例，以根据具体案件情况确定为宜。综上，本条司法解释明确规定，诉讼过程中，人民法院依申请或者依职权采取保全措施的，应当根据案件的实际情况，决定是否由当事人提供担保以及担保的数额。也就是说，对于诉讼过程中，需要采取保全措施的情形，人民法院根据案件的实际情况灵活掌握，既可以决定当事人提供担保，也可以决定当事人不提供担保，既可以决定当事人提供担保的数额与请求担保的数额相当，也可以决定当事人提供担保的数额少于请求担保的数额。应当注意，《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5条对诉讼保全提供担保的数额进行了新的规定，在实践中应当严格执行。对于涉及弱势群体以及公益诉讼等案件，如追索赡养费、扶养费、抚育费、抚恤金、劳动报酬等案件，当事人申请财产保全的，一般可以决定申请人不提供担保。《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9条规定：“当事人在诉讼中申请财产保全，有下列情形之一的，人民法院可以不要求提供担保：（一）追索赡养费、扶养费、抚育费、

抚恤金、医疗费用、劳动报酬、工伤赔偿、交通事故人身损害赔偿的；（二）婚姻家庭纠纷案件中遭遇家庭暴力且经济困难的；（三）人民检察院提起的公益诉讼涉及损害赔偿的；（四）因见义勇为遭受侵害请求损害赔偿的；（五）案件事实清楚、权利义务关系明确，发生保全错误可能性较小的；（六）申请保全人为商业银行、保险公司等由金融监管部门批准设立的具有独立偿付债务能力的金融机构及其分支机构的。法律文书生效后，进入执行程序前，债权人申请财产保全的，人民法院可以不要求提供担保。”当然，对于具体担保的数额也可以根据将要被保全的财产本身的特点来确定。例如，对不动产、现金、被申请人的到期收益等采取财产保全措施的情况，可以只要求申请人根据情况适当提供担保，可考虑不提供足额担保。因为此类物品属于非易耗品，价值稳定，即使采取保全措施错误，所造成的损失也往往小于被保全财产的自身价值。又如，对生产设备、重要经营设施、鲜货、容易腐烂变质或贬值较快的财产等采取保全措施时，则可考虑需要申请人提供足额担保。因为，生产设备、重要经营设施等财产关系到企业的正常经营，一旦采取保全措施，对经营活动会产生重大影响；鲜货、容易腐烂变质或贬值较快的财产等属于易耗品，价值不稳定，一旦保全措施错误，损失巨大且无法挽回。

三、增加行为保全的担保规定

根据申请保全的对象不同，保全可以分为财产保全和行为保全。所谓财产保全，是指人民法院作出裁定，对一方当事人的财产采取查封、扣押、冻结等保全措施，防止该当事人转移、处分被保全的财产，以保证将来生效判决的执行。所谓行为保全，是指人民法院作出裁定，责令一方当事人作出一定行为，或者禁止其作出一定行为，防止该当事人正在实施或者将要实施的行为给申请人造成不可弥补的损害。

行为保全是2012年修订民事诉讼法时新增加的内容。由于申请行为保全的目的主要在于避免债权人遭受其他不可弥补的损害，有必要立即制止债务人正在实施的侵权行为，或者要求债务人实施一定行为进行补救，可见，行为保全的核心是限制债务人的行为。因此，对于诉前行为保全，因保全的对象是债务人必须为或者不为一定行为，不存在具体的财产数额，提供担保的数额也无法与保全数额挂钩。为确保被申请人因保全所遭受的损失得到赔偿，对于申请诉前行为保全的，应当提供担保，只能由人民法院根据具体情况来决定担保数额。与诉讼中的财产保全同理，诉讼中的行为保全，是否需要提供担保以及担保的数额，由人民法院根据具体案情决定，既可以要求申请人提供担保，也可以不要求申请人提供担保。例如，在有些诉讼中的行为保全案件中，案件事实清楚，责任明确，要求对方当事人停止实施明显的侵权行为，也不会产生不良后果，无须要求担保。在人格权纠纷中，申请对人身行为实施保全的，可以不提供担保；知识产权纠纷中，采用行为保全的，一般要提供担保。

【适用】

1.本条规定与《92年民诉意见》第98条规定的情形有所不同，尤其是改变了过去不分情形一刀切的要求，即不再一律要求提供担保的数额应相当于请求保全的数额。

2.人民法院在采取诉前保全和诉讼保全措施时，对需要提供担保的利害关系人或者当事人应当用书面形式通知，不能用口头或电话、短信等方式。

3.对不同阶段申请人的称谓是不同的，申请诉前保全的为利害关系

人；申请诉讼保全的为当事人。

4.申请诉前保全中的财产保全担保与行为保全担保的数额要求是不同的，申请诉前财产保全的，原则上提供相当于请求保全数额的担保，申请诉前行为保全的，担保的数额由人民法院根据案件的实际决定。但两者都应当提供担保，只是数额不同而已。

5.诉讼过程中，人民法院无论是依申请还是依职权都可以采取保全措施，应当注意的是依职权采取保全措施的，也可以决定由当事人提供担保，并不因为是法院的职权行为而无需提供担保。

6.担保方式不能仅限于现金。担保可以分为人的担保和物的担保，人的担保可以分为保证人的担保和当事人签订的定金合同，物的担保又可以分为抵押、质押、留置。强制要求申请人缴纳现金进行担保是可以的，但不应局限于现金，只要能够确实起到担保作用的担保方式，法院都不应拒绝。应当注意的是，《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》对申请保全人或第三人提供财产担保提出了不同要求：以市场需求为参考，适时引入财产保险机制作为一种新的担保方式，当事人可通过购买财产保全责任保险，由保险公司为其财产保全提供担保、并依照民事诉讼法的规定承担保全错误的赔偿责任；对金融机构以独立保函形式为财产保全提供担保予以认可。即第6条规定：“申请保全人或第三人为财产保全提供财产担保的，应当向人民法院出具担保书。担保书应当载明担保人、担保方式、担保范围、担保财产及其价值、担保责任承担等内容，并附相关证据材料。第三人为财产保全提供保证担保的，应当向人民法院提交保证书。保证书应当载明保证人、保证方式、保证范围、保证责任承担等内容，并附相关证据材料。对财产保全担保，人民法院经审查，认为违反物权法、担保法、公司法等有关

法律禁止性规定的，应当责令申请保全人在指定期限内提供其他担保；逾期未提供的，裁定驳回申请。”第7条规定：“保险人以其与申请保全人签订财产保全责任险合同的方式为财产保全提供担保的，应当向人民法院出具担保书。担保书应当载明，因申请财产保全错误，由保险人赔偿被保全人因保全所遭受的损失等内容，并附相关证据材料。”第8条规定：“金融监管部门批准设立的金融机构以独立保函形式为财产保全提供担保的，人民法院应当依法准许。”

【民诉法解释】

《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》

第一百六十一条 对当事人不服一审判决提起上诉的案件，在第二审人民法院接到报送的案件之前，当事人有转移、隐匿、出卖或者毁损财产等行为，必须采取保全措施的，由第一审人民法院依当事人申请或者依职权采取。第一审人民法院的保全裁定，应当及时报送第二审人民法院。

【要旨】

本条是关于上诉期间保全措施的衔接和实施的规定。

【背景】

本条沿用《92年民诉意见》第103条基本内容，这些内容在司法实践中能得到较好执行，也能解决实践中的一些问题。在本次司法解释修

订中一致认为，只需对个别文字进行修改，将“提出”修改为“提起”，“财产保全”修改为“保全”，“或”修改为“或者”，“应”修改为“应当”，删除“制作”二字。

【解读】

民事诉讼法第100条第1款规定：“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。”第101条第1款规定：“利害关系人因情况紧急，不立即申请保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在提起诉讼或者申请仲裁前向被保全财产所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院申请采取保全措施。申请人应当提供担保，不提供担保的，裁定驳回申请。”由此可见，当事人可以根据案件的需要向人民法院申请保全，但并非所有案件都需要进行保全，也并不是所有的案件都是在一审程序开始前或诉讼中根据当事人申请或依职权进行保全。如果当事人在诉前或一审程序中申请保全的，人民法院均可依据法律规定作出保全裁定。当人民法院对案件作出一审判决后，如果一方或双方当事人不服一审判决均有权在法定期限内提出上诉。根据法律规定的程序，一审法院需要办理向对方当事人送达相关法律文书等手续后，才能将案件报送第二审人民法院。在二审法院接到案件之前，因一审期间没有采取保全措施，在一审诉讼活动与二审诉讼活动相互衔接这一期间，如出现当事人有转移、隐匿、出卖或者毁损财产等行为，必须采取保全措施的，也就是说符合采取保全措施的情形下，为保证当事人的权利处于司法保护状态，此时是由一审法院还是由二审法院采取保全措施？我们认为，此时虽然二审程序已经启动，但尚未与二审法院实质上发生诉讼程序上的法律关系，故本条司法解释明确，由一审

法院依当事人申请或依职权采取保全强制措施，即上诉期间的保全措施仍由第一审人民法院负责制作裁定和实施。应当注意的是，在上诉期间采取保全措施，法院既可能根据当事人的申请实施，也可以依职权实施，此时采取保全措施的条件应与其他情形采取保全措施的条件相同。同时，一审人民法院制作的财产保全的裁定，应及时报送第二审人民法院，以便二审法院及时掌握情况。

【适用】

当事人没有上诉或不上诉，而在此上诉期间，当事人有转移、隐匿、出卖或者毁损财产等行为，必须采取保全措施的，一审法院是否可以作出保全措施？有观点认为，一审法院诉讼程序已经全部结束，没有权利和义务进行任何诉讼活动，应该向当事人释明通过上诉途径，以不服判决为理由，同时申请上级法院进行诉讼保全；也有观点认为，当事人的财产发生新的形态变化，当事人应该向一审法院提出新的诉讼，并提出诉前保全申请；我们认为，虽然司法解释是规定当事人已经提起上诉的情形，但若当事人均没有上诉表示，表明当事人已经接受未生效的判决。一审宣判后，终结的仅是一审审判程序，并不包括执行程序。保全措施不仅属于审判程序范畴，而可视为执行的前置程序，根据民事诉讼法第224条第1款规定：“发生法律效力的民事判决、裁定，以及刑事判决、裁定中的财产部分，由第一审人民法院或者与第一审人民法院同级的被执行的财产所在地人民法院执行。”诉讼中的保全作为判决执行的一种保障性的手段或方法，按执行的管辖规定可由一审法院根据当事人申请采取保全措施。同时，也可以参照本司法解释的精神，由一审法院采取保全措施。同理，与一审法院同级的被执行财产所在地法院也可以采取保全措施。

【民诉法解释】

《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》

第一百六十二条 第二审人民法院裁定对第一审人民法院采取的保全措施予以续保或者采取新的保全措施的，可以自行实施，也可以委托第一审人民法院实施。

再审人民法院裁定对原保全措施予以续保或者采取新的保全措施的，可以自行实施，也可以委托原审人民法院或者执行法院实施。

【要旨】

本条是关于二审、再审中保全措施的衔接和实施的规定。

【背景】

新增本条的目的是解决审判实践中“续保”由哪级法院承办的问题，本条第一款规定是二审法院续保或采取新的保全措施的，可以自行实施也可以委托一审法院实施。第二款规定再审法院续保或采取新的保全措施的，可以自行实施也可以委托原审法院或者执行法院实施。

【解读】

根据民事诉讼法第100条的规定，人民法院依当事人的申请或依职权，有权采取保全措施，只要符合该规定的条件，当事人即可申请保全，并没有严格限定只有一审法院才能采取保全措施。由于保全分为诉前保全和诉讼保全。诉前保全是在诉讼开始前的保全措施，这是在一审

诉讼尚未开始前进行的，而诉讼保全是在诉讼中所进行的保全，不局限于一审程序。二审属于正常的诉讼程序，案件在二审期间，法院若不能进行保全，显然不符合法律的规定。因此，本条司法解释明确规定，二审法院既可以对第一审人民法院采取的保全措施予以续保，也可以根据当事人申请或依职权采取新的保全措施。二审期间的保全由哪一级法院实施？在调研中，存在不同观点。第一种观点认为，法院实施保全措施属于诉讼活动之一，案件一审判决后，一审已终结，一审法院未经二审法院授权便无权再进行该案件的诉讼活动，因此，应由二审法院实施保全措施。第二种观点认为，一审宣判后，终结的仅是一审审判程序，并不包括执行程序。保全措施不属审判程序范畴，而应视为执行的前置程序，诉讼中保全作为判决执行的一种保障性的手段或方法，应按执行的管辖规定由一审法院实施。因此，二审期间的保全措施应由一审法院实施。第三种观点认为，应根据原审案卷当时所在地法院确定财产保全法院。没有案卷，法院不好实施财产保全措施，案卷移送至二审法院前案卷尚在一审法院，此期间的财产保全应由一审法院实施；案卷移送后案卷已在二审法院，应由二审法院实施。最后经研究，司法解释明确规定，二审法院裁定对于第一审法院采取的保全措施予以续保或者实施新的保全措施的，二审法院可根据实际情况决定，既可以由二审人民法院自行实施，也可以委托第一审人民法院实施。理解本条司法解释第一款时，可从以下几个方面把握：第一，二审期间续保或者新保全的裁定，均由二审法院作出。第二，保全措施是由二审法院实施还是由一审法院实施，由二审法院决定。第三，二审法院决定续保或者新保全的措施由一审法院实施的，应当向一审法院出具委托书，同时将续保或者新保全裁定一同交给一审法院。

再审程序与二审程序均属于诉讼程序，只是其诉讼的目的不同。同理，本条司法解释第2款明确规定，在再审程序中，再审法院既可以对原审人民法院采取的保全措施予以续保，也可以根据当事人申请或依职

权采取新的保全措施。由于到再审程序时，有的案件可能已进入执行程序，而执行法院既可以是财产所在地法院，也可以是一审法院，并不一定都是一审法院。因此，再审法院采取续保或采取新的保全措施的，可实施的法院要比二审时还要多，既可以由再审法院自行实施，也可以委托原审法院实施，还可以委托执行法院实施。应当注意，《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2条规定：“人民法院进行财产保全，由立案、审判机构作出裁定，一般应当移送执行机构实施。”该规定进一步明确了保全的实施机构为执行机构，即作出裁定法院的执行局。

【适用】

1.在二审程序或再审程序中当事人申请保全，因为一审或原审的卷宗材料在二审法院或再审法院，案件在二审或再审审理期间，二审法官或再审法官根据具体案件情况作出裁定，也就是二审期间或再审期间的裁定由二审法院或再审法院制作，不同于上诉期间的裁定均由一审法院制作。应当注意，《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》对于再审审查期间的财产保全措施的处理作出特别规定，即第19条规定：“再审审查期间，债务人申请保全生效法律文书确定给付的财产的，人民法院不予受理。再审审理期间，原生效法律文书中止执行，当事人申请财产保全的，人民法院应当受理。”

2.案件在二审或再审法院审理期间需要办理续封、续冻手续时，为避免有关金融机构、国土、房地产管理部门误将其视为轮候查封，在办理保全措施的续封、续冻手续时，尽可能委托原作出保全裁定的法院办理续封、续冻手续。当然，对于二审或再审法院无论是自行办理续封、续冻手续，还是委托第一审人民法院实施或委托原审法院或执行法院实施，都不能将其作为轮候查封对待；即使有另案法院在前轮候查封，也

不能将其作为轮候查封对待。应当注意，对于续行财产保全，《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》进行了明确，必须由申请保全人申请，否则其法律后果自行承担；当然人民法院也应当明确书面告知保全期限届满日和相关的法律后果。即第18条规定：“申请保全人申请续行财产保全的，应当在保全期限届满七日前向人民法院提出；逾期申请或者不申请的，自行承担不能续行保全的法律后果。人民法院进行财产保全时，应当书面告知申请保全人明确的保全期限届满日以及前款有关申请续行保全的事项。”

【民诉法解释】

《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》

第一百六十三条 法律文书生效后，进入执行程序前，债权人因对方当事人转移财产等紧急情况，不申请保全将可能导致生效法律文书不能执行或者难以执行的，可以向执行法院申请采取保全措施。债权人在法律文书指定的履行期间届满后五日内不申请执行的，人民法院应当解除保全。

【要旨】

本条是关于法律文书生效后执行前保全的规定。

【背景】

本条是对民事诉讼法第100条规定新增加的司法解释，其目的是解

决审判实践中出现结案后进入执行程序前，当事人提出保全申请如何处理的问题。

【解读】

我国民事诉讼法规定了诉前保全和诉讼保全，其目的在于防止债务人转移财产，以利于将来判决的执行。但在司法实践中，由于许多当事人受到诉讼能力的限制，在诉讼前与诉讼中均没有及时向法院申请保全对方的财产，未行使这种权利，而当法律文书（包括民事调解书、判决书、仲裁裁决书等）生效后，当事人履行给付义务期限届满前，一方面，由于该案件尚未进入执行程序，法院暂不能对被执行人的财产予以强制执行；另一方面，目前实行立执分离，立案部门的审查需要时间，立案并移交执行部门后，执行部门又必须先发执行通知书，同样需要时间。一些不诚信的当事人利用此时机转移、转让、隐匿财产，严重损害了债权人的合法权益。本条司法解释的规定就是明确给债权人及时保护自身权益提供一个救济机会。

一、保全措施的提起条件

民事诉讼法第240条规定：“执行员接到申请执行书或者移交执行书，应当向被执行人发出执行通知，并可以立即采取强制执行措施。”《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第26条第2款规定：“在执行通知书指定的期限内，被执行人转移、隐匿、变卖、毁损财产的，应当立即采取执行措施。”按照上述规定，法院采取执行措施的最早日期是发出执行通知书后。而法律文书生效后到法院发出执行通知书这段时间可能要经过申请执行期间，在二年的时间内当出现义务人恶意转移、隐匿、毁灭财产，可能致使生效裁判不能执行的，如不及时采取保全措施将导致权利人无法通过强制执行程

序实现合法权利。为保持前后司法解释的一致性，本次司法解释规定法律文书生效后，进入执行程序前，债权人可以向有执行管辖权的人民法院申请保全债务人的财产，但并不是规定在任何情况下都允许债权人随意地提起保全申请，而是有条件的。因为，在司法实践中，许多案件通过人民法院的调解，当事人在诉讼中自愿达成协议，对债务约定一次性履行或者分期履行，当事人之间的纠纷得到解决，双方之间的对抗得到弱化，债务人也准备诚信地按期履行义务。此时，如果不加限制地允许债权人在法律文书生效后至申请执行前，随时无条件地向有执行管辖权的人民法院申请保全债务人的财产，这不仅会加剧当事人之间、当事人与法院之间的对抗，而且会损害债务人的合法利益，甚至严重损害诉讼诚信原则。故，本条司法解释规定，只有当债务人出现故意转移、转让、隐匿财产等紧急情况，故意规避法律，逃避执行，不申请保全将可能导致生效法律文书不能执行或者难以执行的，才允许债权人向有执行管辖权的人民法院申请保全。否则，人民法院对此保全申请不予受理。

可见，适用此类保全应当同时具备以下几个条件：第一，申请此类保全，当事人必须向法院提交书面申请。人民法院一般不主动依职权采取保全措施。第二，当事人应当提供生效的法律文书，且采取保全的案件必须是给付之诉，即该案的判决或调解结果具有财产给付内容；但在案件宣判之后至法律文书送达之前这一期间，当事人申请保全的，可以不提供法律文书。第三，申请人申请保全的范围应当是判决内容，即判决确定债务人履行义务的范围，人民法院根据判决内容予以保全。第四，申请保全的时间点必须发生在宣判之后或达成调解协议之后，案件尚未进入执行程序。第五，必须基于一方当事人转移财产等行为或者其他原因等紧急情况，可能导致生效法律文书将来不能执行或难以执行。所谓一方当事人转移财产等行为是指恶意将争议的诉讼标的物或者与案件有关财产毁损、变卖、转移、挥霍或者抽逃资金等。所谓其他原因主要是客观上的原因，如因变质、腐坏等自然规律使争议的标的物无法保

存。必须及时处理，保存价款，以减少当事人的损失。同时，应当注意此处的“可能”不是主观猜测的一种可能性，而是要具有客观现实性的一种可能性。

二、管辖法院的确定

我国民事诉讼法第224条第1款规定：“发生法律效力民事判决、裁定，以及刑事判决、裁定中的财产部分，由第一审人民法院或者与第一审人民法院同级的被执行的财产所在地人民法院执行。”从上述规定可见，享有执行管辖权的法院分为两类，一是案件的第一审人民法院，二是与第一审人民法院同级的被执行的财产所在地人民法院。本条司法解释规定：债权人可以向执行法院申请采取保全措施。这里的执行法院不能简单理解为执行受理法院，应当理解为有执行管辖权的法院。如果是法院裁判文书生效后，进入执行程序之前的情形，由于这种保全措施发生在法院裁判之后执行程序之前，审判程序已结束，而执行程序尚未启动，不能向执行受理法院申请保全（因为此时的执行受理法院尚没有确定）。故将司法解释规定的执行法院理解为有执行管辖权的法院是合适的。也就是说，如果债权人申请保全债务人的财产，可以向第一审人民法院申请保全，则由第一审人民法院负责实施保全措施。债权人也可以向与第一审人民法院同级的债务人财产所在地人民法院申请保全，由该法院负责受理与实施保全措施。

三、督促债权人及时申请执行

本条司法解释明确规定，人民法院采取保全措施后，债权人在法律文书确定的履行期届满后5日内不申请执行的，人民法院应当解除保全。这就要求债权人应当在申请财产保全后尽快向人民法院提出执行申请。人民法院采取保全措施后，申请人在法定申请执行期限内没有向人

民法院申请执行的，人民法院应当裁定解除保全措施。这里法定申请执行期限是在法律文书确定的履行期届满后5日内。如法律文书确定的履行期为2015年1月15日前债务人履行债务100万元，如果在法律文书生效后，进入执行程序前，一审法院根据债权人的申请，对债务人的财产采取了保全措施，但债权人在法律文书确定的履行期届满后五日内没有申请执行，即2015年1月21日前债权人不申请执行，人民法院应当解除对债务人的财产采取的保全措施。

【适用】

1.关于“法律文书生效后，进入执行程序前”这一期间的把握，主要是指四种情形，一是终审判决宣判之日起至裁判文书最后一方当事人送达时止的期间。二是法律文书生效后至文书确定履行期限之前的期间；此期间判决内容已确定，但义务人履行期限还未届满，裁判文书还未发生强制执行效力。三是执行案件立案后到发出执行通知书期间，这一期间可采取相应的执行措施，如采取查封、扣押、冻结等措施，属于执行措施。四是履行期限届满后，在执行时效期间内，至申请执行立案前。“法律不保护权利上的睡眠者。”当履行期限届满后，出现对方当事人转移财产等紧急情况，债权人完全可以通过申请执行，由执行法院采取查封、扣押、冻结等措施来解决。但从“债权人在法律文书确定的履行期届满后五日内不申请执行的，人民法院应当解除保全”来看，似乎可以倒推出当法律文书确定的履行期届满后超出5日后，在执行时效期间，才申请执行的，不能适用该规定解除保全。因此，在期限的把握上主要是前两种。

2.保全费用的承担。对于当事人申请财产保全，按照民事诉讼法以及《诉讼费用交纳办法》规定，应由申请人交纳相关的保全费用。对于这项保全费用，人民法院在裁判案件时，一并决定由当事人负担。但是

本条司法解释规定采取保全措施，由于是在法院裁判作出之后才由债权人主动提起，债权人交纳保全费用后，该费用由谁承担？可以根据公平原则，由实施该项保全的法院根据案件的实际情况作出书面决定，该保全费用由债务人承担，或债权人承担，或债务人和债权人共同承担，对此决定，当事人不可提起上诉。

3.债权人根据本条司法解释，在进入执行程序前采取保全的，一般情况下，不需由申请人提供担保。因为，双方的权利义务关系已经由生效法律文书确定，当事人之间的债权债务关系已经明确，不存在因申请错误而给被申请人造成损失的情况。

4.保全范围应仅限于法律文书所确定的给付内容，即标的款或标的物。被保全财产范围、数额、价值，应与判决书确定给付的款物相当，超出实际范围的，或与本案无关的物都不得保全。

【民诉法解释】

《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》

第一百六十八条 保全裁定未经人民法院依法撤销或者解除，进入执行程序后，自动转为执行中的查封、扣押、冻结措施，期限连续计算，执行法院无需重新制作裁定书，但查封、扣押、冻结期限届满的除外。

【要旨】

本条是关于诉讼保全与执行措施衔接的规定。

【背景】

由于我国民事诉讼法未对保全裁定的期限作出具体规定，《92年民诉意见》第109条规定，人民法院所作出的财产保全裁定的法律效力应一直维持到与该财产保全相关的诉讼案件作出的生效法律文书执行时。而进入执行程序后，财产保全中的查封、扣押、冻结措施的效力如何，是失效，还是继续有效，是否适用《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》，司法实务中存在不同的认识，也有不同的做法。为统一认识和做法。经研究，2015年司法解释修订中，决定沿用《92年民诉意见》第109条的基本精神，并结合《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第4条规定予以修改。该第4条对保全措施进入执行程序后自动转为执行中的查封、扣押、冻结措施予以了明确，但就过去保全期限以及是否需要重新制作裁定书没有明确，故在此修改时予以明确。

【解读】

保全程序作为我国民事诉讼法中的一项诉讼保障程序，其设立目的是保证生效裁判的顺利执行。查封、扣押、冻结作为保全中最为常见的措施，是否存在期限限制？由于我国民事诉讼法未对保全裁定的期限作出具体规定，《92年民诉意见》第109条规定：“诉讼中的财产保全裁定的效力一般应维持到生效的法律文书执行时止。在诉讼过程中，需要解除保全措施的，人民法院应及时作出裁定，解除保全措施。”从该规定的文意来看，在诉讼过程中，人民法院所作出的财产保全裁定（包括诉前财产保全裁定和诉讼中财产保全裁定）的法律效力应一直维持到与该财产保全相关的诉讼案件作出的生效法律文书执行时。在此期间，保全

裁定都有效力。按照此条规定，凡是诉讼中的查封、扣押、冻结等财产保全措施的裁定效力没有具体的时间限制，不论一审时间还是二审时间多长，作出保全裁定后，没有到生效法律文书执行时，保全裁定都有效。而《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第4条规定：“诉讼前、诉讼中及仲裁中采取财产保全措施的，进入执行程序后，自动转为执行中的查封、扣押、冻结措施，并适用本规定第29条关于查封、扣押、冻结期限的规定”，从上述文意来看，在诉讼前、诉讼中及仲裁中所采取的财产保全措施，在与保全案件相关的诉讼案件作出生效裁判文书并进入执行程序以后，上述财产保全措施就自动转化为执行中的查封、扣押、冻结措施。同时，这些自动转化后的查封、扣押、冻结措施将适用第29条所规定的期限规定。实践中对于保全中的查封、扣押、冻结措施是否适用《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》，存在两种不同的观点。第一种观点认为：应当适用上述规定，理由是：《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第32条已经明确规定：“财产保全裁定和先予执行裁定的执行适用本规定。”因此，保全裁定执行中的查封、扣押、冻结措施当然应适用上述期限规定。第二种观点认为：不应当适用上述规定，理由是：第一，上述规定的立法目的是规范民事执行程序中的查封、扣押、冻结措施，防止民事执行中的“久封不执”“久执不结”以及案件执结后未及时解除原查封、扣押、冻结措施而影响企业的正常经营活动，而非规范民事诉讼程序中的查封、扣押、冻结措施。第二，根据上述规定第4条，诉讼前、诉讼中及仲裁中采取财产保全查封、扣押、冻结措施的不受上述第29条规定关于期限的限制，而只有在进入执行程序后，财产保全中的查封、扣押、冻结措施才自动转为执行中的查封、扣押、冻结措施，并受上述规定第29条的期限限制。第三，设立保全制度的立法目的是保证将来生效裁判的顺利执行，保全中的查封、扣押、冻结期限应当是至生效法律文书执行时止。期间，除非法院因法定事由作出解除财产保全措施的裁定，否则保全措

施始终有效。若是从规范民事执行，提高执行效率的角度考虑，也应按上述第4条的规定理解，进入执行程序后，保全中的查封、扣押、冻结措施适用第29条关于期限的规定。第四，从司法资源方面考虑，若对保全中的查封、扣押、冻结措施作期限限制，将使法院在作出生效判决前的诉讼阶段，不得不多次采取续冻、续封措施，使法院耗费大量人力、财力，不仅徒增工作量，而且浪费司法资源。第五，从法律的体系解释来看，根据《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》，财产保全措施在未进入执行程序时，也就不存在自动转化为执行中的查封、扣押、冻结，自然不能适用上述规定第29条及第30条关于查、扣、冻期限方面的限制。综上，从立法意图和体系解释上讲，第二种观点更加符合。

法律设立保全制度的目的，是保证将来法院所作出的生效判决能够得到执行；而设立执行制度的目的，是将已生效的法律文书通过强制性执行措施的运用而得以执行，从而实现判决确定的内容，最终实现法律的权威性和尊严。对两者进行比较分析，可见，两种制度在司法实践中的表现形式都是人民法院裁定书；所采取的措施都是查封、扣押、冻结等方式；所追求的最终目的都是为了实现生效法律文书确定的权利。正是由于两者之间所存在的这些相通之处，本次司法解释修改时，经研究认为，可将《92年民诉意见》第109条所规定的内容与《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第4条所规定的内容相结合，将保全与强制措施进行转化。本条司法解释明确规定，保全裁定未经人民法院依法撤销或者解除的，进入执行程序后，自动转为执行中的保全，保全期限连续计算，执行法院无需重新制作保全裁定书，但查封、扣押、冻结期限届满的除外。同时，《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17条规定：“利害关系人申请诉前财产保全，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的，诉前财产保全措施自动转为诉讼或仲裁中的保全措

施；进入执行程序后，保全措施自动转为执行中的查封、扣押、冻结措施。依前款规定，自动转为诉讼、仲裁中的保全措施或者执行中的查封、扣押、冻结措施的，期限连续计算，人民法院无需重新制作裁定书。”该条规定解决了诉前保全与诉讼保全、诉讼保全与执行中强制措施衔接问题，明确两者可以自动转化。

对于上述司法解释所规定的内容，应当从以下几个方面把握：第一，由于保全的目的在于保证整个诉讼活动将来能够有财产可供执行，若保全裁定未经人民法院依法撤销或者解除，其法律效力应维持到生效法律文书进入执行程序。注意此次司法解释所明确保全裁定的法律效力，不同于《92年民诉意见》所规定的“诉讼中的财产保全裁定的效力一般应维持到生效的法律文书执行时止”。有观点认为“执行时止”所指代不明，它是执行程序开始时止？是已采取强制执行措施时止？还是执行完毕时止？容易让人产生错误认识，造成单从字面上理解成启动执行程序时财产保全裁定效力自然终止，就失效了。第二，已采取保全措施，包括诉前保全措施，而保全裁定没有被人民法院依法撤销或者解除，该案件进入诉讼或者仲裁的，诉前财产保全措施自动转为诉讼或仲裁中的保全措施；进入执行程序后，已采取的保全措施自动转为执行中的查封、扣押、冻结，查封等保全措施的效力具有法律延续性，并不是因为进入执行程序失去其效力，而是得以延续。同时，执行法院也不需重新制作裁定书。第三，关于动产和不动产的保全措施的期限，民事诉讼法、司法解释未具体规定，而关于单位存款的冻结，中国人民银行、最高人民法院、最高人民检察院、公安部曾在其发布的《关于查询、冻结、扣划企业事业单位、机关、团体银行存款的通知》中明确冻结单位存款的期限不得超过6个月，有特殊情形需要延长的，每次续冻期限不得超过6个月。也就是说，在2004年《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》出台之前，司法实务中，保全裁定只写明对标的采取何种保全措施，如对银行账户上的存款予以“冻

结”、对不动产（房地产等）予以“查封”、对动产（如车辆、电器等）予以“扣押”，但不写明保全何时到期。无论是法官，还是协助执行单位（协助执行人），以及申请人都认为，只要保全措施未被法院解除均有效。2004年《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》出台之后，对有关期限的理解不一，存在争议，为了统一执法尺度，2006年7月11日最高人民法院就民事执行中查封、扣押、冻结财产有关期限问题进行了答复（法函〔2006〕76号），该答复明确：“《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》施行前采取的查封、扣押、冻结措施，除了当时法律、司法解释及有关通知对期限问题有专门规定的以外，没有期限限制。”基于上述规定和答复意见，在司法实务操作中，通常根据保全标的不同，将对财产保全措施期限分别确定：冻结银行存款及其他资金不得超过6个月；查封、扣押动产的期限不得超过1年；查封不动产、冻结其他财产的期限不得超过2年。不论案件是否审结，法律文书是否生效执行，只要保全裁定的时间超过上述期限就自动失去法律效力。在财产保全措施查封、扣押、冻结期限届满前，申请人申请延长期限的，人民法院应当在财产保全措施届满前办理续行查封、扣押、冻结手续，续行期限不得超过前款规定期限的二分之一。如果申请人在财产保全期限届满前不申请续行保全的，人民法院不续行保全。案件进入执行程序后，保全裁定自动转为执行中的查封、扣押、冻结措施，保全期限只要没有到期（届满）就继续延续到执行程序，并且连续计算，不中断。例如，李四诉张三借款纠纷案，法院保全查封了张三房屋，期限从2013年6月19日至2015年6月20日，判决后，2015年1月20日案件进入执行程序，执行中的查封期限从2015年1月20日连续计算，至2015年6月20日到期。如果没有执行，李四应于2015年6月20日前申请续行查封。第四，本司法解释第487条对查封、扣押、冻结期限进行了调整。即：“人民法院冻结被执行人的银行存款的期限不得超过一年，查封、扣押动产的期限不得超过两年，查封不动产、冻结其他财产权的期限不得超过三年。申请执行人申

请延长期限的，人民法院应当在查封、扣押、冻结期限届满前办理续行查封、扣押、冻结手续，续行期限不得超过前款规定的期限。”就查封、扣押、冻结期限较2004年所规定的期限要长，应当注意其变化，同时，根据新法优于旧法的原则，在今后的司法实践中，应当适用本司法解释的规定。

【适用】

1.法院在裁定书中应写明保全措施的期限，并说明保全裁定在超过保全期限后就失去法律效力，以提示申请人到时是否申请续行保全。

《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》对申请保全人逾期申请或者不申请续行保全，由其自行承担不利的法律后果作出了明确规定，即第18条规定：“申请保全人申请续行财产保全的，应当在保全期限届满七日前向人民法院提出；逾期申请或者不申请的，自行承担不能续行保全的法律后果。人民法院进行财产保全时，应当书面告知申请保全人明确的保全期限届满日以及前款有关申请续行保全的事项。”

2.注意续行保全期限的变化。《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第29条规定，人民法院未能在查封、扣押、冻结期限内执结的，申请人可以申请续行查封、扣押、冻结，续行期限不得超过法律规定查封、扣押、冻结期限的二分之一。可见，上述司法解释对续行次数未作规定，法院可考虑案件的复杂性和执行标的物变价的艰难等因素，决定续行次数，注意不应限制次数。《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487条对查封、扣押、冻结续行期限进行了调整，修改了上述第29条规定的每次续行期限不得超过法律规定查封、扣押、冻结期限的二分之一，明确续行冻结被执行人的银行存款的期限不得超过1年，续行查封、扣押动

产的期限不得超过2年，续行查封不动产、冻结其他财产权的期限不得超过3年。

第二节 诉前保全

【对应关系】

民事诉讼法条文	民诉法解释条文
第 101 条	第 152 条、第 160 条

【法律规定】

《中华人民共和国民事诉讼法》

第一百零一条 利害关系人因情况紧急，不立即申请保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在提起诉讼或者申请仲裁前向被保全财产所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院申请采取保全措施。申请人应当提供担保，不提供担保的，裁定驳回申请。

人民法院接受申请后，必须在四十八小时内作出裁定；裁定采取保全措施的，应当立即开始执行。

申请人在人民法院采取保全措施后三十日内不依法提起诉讼或者申请仲裁的，人民法院应当解除保全。

【立法背景】

2012年民事诉讼法在诉前保全规定方面，增加和修改了如下内容：

一是利害关系人可以提起诉前行为保全申请。由于在本法第100条增加了诉讼中行为保全的内容，因此在本条诉前保全的条款中对“保全”的理解当然包括行为保全。二是增加了利害关系人在申请仲裁前也可以向人民法院申请保全的规定。三是对受理诉前保全的法院范围作了明确界定，即可以向被保全财产所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院申请，而修改前的民事诉讼法对此规定比较笼统。四是要求对驳回诉前保全申请的，必须用裁定，与上一条驳回诉讼保全要求裁定的要求一致。五是对人民法院采取诉前保全措施后，申请人正式提起诉讼或仲裁的期限作了延长规定，由原来规定的15日延长至30日。

【条文解读】

本条是关于诉前保全申请的条件、受理法院及采取保全后当事人起诉期限的规定。

根据本条的规定，采取诉前保全应当具备以下条件：

1.申请诉前保全的条件，必须是利害关系人因情况紧急，不立即申请保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害。既可以是申请财产保全，也可以申请行为保全。所谓“情况紧急”，一般是指紧急到申请人来不及起诉，必须立即采取财产保全措施的。“受到难以弥补的损害”是指被申请人可能随时转移被申请保全的财物，而该财物一旦转移，申请人的财产权利就难以实现或不能实现，或指申请人可能继续实施某种行为，这种行为将给申请人造成损失或进一步扩大损失。

2.申请诉前保全的时限，除了在向人民法院提起诉讼前可申请诉前保全外，根据本条规定，利害关系人向仲裁机关申请仲裁前也可以向人

民法院申请诉前保全。

3.必须由利害关系人提出申请。此处利害关系人，是指与被申请人发生争议，或者认为被申请人侵害其权利的人。

4.诉前保全申请必须向有关法院提出。被保全财产所在地、被申请人住所地或对案件有管辖权的人民法院均可受理诉前保全申请。

5.申请诉前保全必须提供担保。人民法院根据申请人的诉前保全申请，决定财产保全措施的，应当责令申请人提供担保；申请人不提供担保的，应当以裁定的形式驳回申请。

6.申请人提起诉讼的期限。申请人应当在人民法院采取保全措施后30日内正式提起诉讼或申请仲裁，否则，人民法院将解除保全。

以上条件必须同时具备，才能采取财产保全措施。人民法院接受诉前保全申请后，必须在48小时内作出裁定；对裁定采取财产保全措施的，应当立即开始执行。

诉前保全申请人在人民法院采取保全措施后，应当及时与被申请人解决民事纠纷，不能及时解决的，应当在采取保全措施后的30日内向人民法院起诉或向仲裁机关申请仲裁。如果在30日内不起诉，又不提出撤销保全措施的，为保护被申请人的合法权益，人民法院应当依职权解除财产保全，以免被申请人因保全时间过长而扩大经济损失。

【适用指导】

诉前保全是指人民法院在民事案件受理前，因情况紧急，为了不使利害关系人的合法权益受到难以弥补的损害，根据利害关系人的申请，对被申请人的财产进行保全，或者责令被申请人作出一定行为或禁止其作出一定行为的民事强制措施。比如，双方当事人签订买卖合同之前，买方按约定先支付100万元货款后，发现对方存在欺诈行为，根本没有履约能力，而且提前支付的100万元很可能被转移，如不及时采取冻结该账户相应存款的保全措施，将造成难以追回的损失，如果按照正常的起诉渠道，在人民法院受理起诉后再申请保全，需要等待一定时间，到时恐怕无法补救。针对这种情况，法律就有必要赋予利害关系人在情况紧急时，在起诉前请求人民法院及时保全可能被转移的财产的权利。根据本条的规定，在实践中，应注意掌握以下问题：

一、行为保全同样适用于诉前保全申请

跟修改前比较，民事诉讼法在第100条诉讼保全的规定中增加了行为保全的内容，因此本条诉前保全相应也应当包含行为保全的内容，利害关系人在诉讼前不仅可以申请对被申请人的相关财产采取保全措施，也可以请求人民法院责令被申请人作出一定行为，或者禁止其作出一定行为，避免造成损失或损失进一步扩大。对诉前行为保全的适用条件与诉前财产保全一样。

二、申请仲裁前也可以申请诉前保全

2012年修改前的民事诉讼法对申请仲裁的当事人能否提出保全申请以及向哪里提出申请没有涉及。仲裁法第28条第1款规定：“一方当事人因另一方当事人的行为或者其他原因，可能使裁决不能执行或者难以执行的，可以申请财产保全”，只规定在仲裁期间可以申请保全，对申请仲裁前能否申请保全也没作进一步规定。实践中，很多当事人由于约定

了仲裁条款，发生争议后只能依照约定首先选择申请仲裁机关裁决，而不能直接向人民法院提起诉讼，在这种情况下，如果遇到紧急情况需要及时保全的，也应当赋予利害关系人向有关法院提起保全申请的权利，否则其将面临难以补救的损害。基于这种情况，民事诉讼法修改时对此作了补充完善，明确规定利害关系人在提起诉讼或申请仲裁前均可申请诉前保全。应当注意，仲裁案件的当事人申请财产保全，是通过仲裁机构向人民法院提交申请书的，同时，人民法院作出的裁定书，除送达当事人外，还要通知仲裁机构。《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3条对此作出了明确规定，即“仲裁过程中，当事人申请财产保全的，应当通过仲裁机构向人民法院提交申请书及仲裁案件受理通知书等相关材料。人民法院裁定采取保全措施或者裁定驳回申请的，应当将裁定书送达当事人，并通知仲裁机构。”

三、诉前保全必须提供担保

诉前保全是在起诉前进行的，利害关系人是否起诉，即便是起诉能否胜诉尚属未知，而保全措施的适用可能会给被申请人造成一定的经济损失，为了平等地保护双方当事人的利益，本条硬性规定申请人申请诉前保全必须提供担保。至于是要求足额担保还是一定比例的担保，从本条与本法第100条规定的差别来看，第100条规定诉讼保全要求“可以责令申请人提供相应的担保”，而本条规定是“应当提供担保”。对“可以责令申请人提供相应的担保”可理解为根据案件的实际情况，可以要求担保，也可以不要求担保；要求担保的，既可以是足额担保，也可以是按一定比例担保。与此相对应，对诉前保全“应当提供担保”从字面上就应理解为应当提供足额担保。从现实情况来看，诉讼保全提起时人民法院经过了一定的审理程序，对那些事实清楚、法律关系十分明确、申请人胜诉几乎没有悬念的案件，一律要求提供担保甚至是足额担保没有必要，但诉前保全情况不同，申请人是否会起诉以及起诉后能否胜诉都还

是未知数，为避免给被申请人造成损失，要求其提供足额担保也在情理之中。对此，《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152条第2款进行了具体解释，规定：“利害关系人申请诉前保全的，应当提供担保。申请诉前财产保全的，应当提供相当于请求保全数额的担保；情况特殊的，人民法院可以酌情处理。申请诉前行为保全的，担保的数额由人民法院根据案件的具体情况决定。”《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5条亦作出了相同的规定。实践中，对于诉前保全的担保，一般情况下，要适用全额担保的规定。但在极其特殊的情况下，人民法院可以根据案件的具体情况酌情处理，可以不是全额担保。也就是说，对诉前财产保全的担保，要求申请人提供全额担保是原则，不是全额担保是例外。主要是考虑诉前保全采取时，还没有提起诉讼，出现风险的可能性比诉讼中的保全要高，担保要求要高一些。

四、诉前保全与诉讼保全的区别

诉前保全与诉讼保全虽然都是保全制度，但因为诉前保全发生在诉讼程序启动之前，对被申请人的影响更大，因此在制度设计上更为严格。具体而言，二者存在以下区别：

1.提起的时间不同。诉前保全只能在尚未起诉或者申请仲裁时提起，诉讼保全是在诉讼或仲裁过程中提起。

2.提起的主体不同。诉前保全只能是依据利害关系人的申请，诉讼保全除了当事人申请外，人民法院认为必要的，也可依职权启动。

3.对是否提供担保的要求不同。诉前保全的申请人必须提供担保，