

澳門與內地新民事訴訟保全制度比較研究

賴建國*

一、兩地保全制度概述

在民事訴訟中，保全制度往往是為日後判決的有效執行或者基於緊急情況而採取的預防措施。無論在澳門特區還是在中國內地，保全制度都是一項非常重要的保障制度。司法實踐中，保全措施常常是資深律師優先考慮的項目，雖然設置這種制度的目的並非為了直接解決糾紛，但其可起到一種威懾的作用，採取保全措施後，某程度上有助於與對方當事人進行和解。

（一）兩地保全制度的內涵和外延

澳門和內地都沒有為保全制度和保全程序訂定概念，以下結合主流學說與司法裁判的見解，就保全制度一些核心概念的內涵和外延進行比較分析。

在澳門，保全措施（葡文：*providência*）與保全程序（葡文：*procedimentos cautelares*）是兩組不同的概念。保全措施是一種措施，保全程序是一種程序。立法者為採取保全措施訂定了一系列程序性規定，並視乎普通保全措施或特定保全措施而有所區別。

學說指出，保全程序是旨在就審判或訴訟程序中出現的危險而採取的簡單預防措施。¹澳門終審法院司法見解指出：保全措施是為了在任何宣告之訴或執行之訴待決期間，防止因出現事實狀況的變更而導

* 中國政法大學民事訴訟法學博士研究生，澳門大學法學院及澳門城市大學《商法》兼職講師，澳門政府法律改革及國際法事務局首席高級技術員（法律研究範疇）。

1. 【葡】Viriato Manuel Pinheiro de Lima：《民事訴訟法教程（第二版譯本）》，法律及司法培訓中心，2008年5月，第369頁。

致將來在訴訟中的有利判決失去所有或部分效力而設的。希望透過此方式來消除遲延風險，不因程序之不可避免造成損失，避免判決淪為一個沒有實際意義的決定。²保全措施的功能還包括保存標的物原有狀況，使不致因訴訟期間出現變更而難以重組，例如製作清單、假扣押和新工程之禁制；也包括在緊急情況下提前實現將被確認的權利，例如裁定給予臨時彌補、臨時扶養和臨時返還佔有，均達到提前實現將被確認的權利的效果。在內地，與《澳門民事訴訟法典》保全制度相類似的設計³，有保全和先予執行兩個制度。經現行法修改後⁴，原2007年《民事訴訟法》的章節名“財產保全和先予執行”改為“保全和先予執行”，現行法將“行為保全”納入保全制度，構建起由行為保全和財產保全組成的保全體系。⁵學說理出四種保全類型：在司法程序中，包括訴前保全、訴訟保全，以及執行前保全；在非司法程序中，則有仲裁保全。⁶保全又分財產保全和行為保全，“行為保全”制度的設置，主要是為解決無法用金錢彌補的那類保全措施。現行法尤其規範了行為保全的適用條件和適用程序。

學說認為：“民事保全”是指人民法院為保證將來生效判決能切實執行，或者為了及時有效避免當事人或者利害關係人的合法權益受到難以彌補的損害，在訴訟過程中，或者訴訟開始前，根據當事人的申請，或者必要時依職權對當事人爭議的財產或者與本案有關的財產進行保全、責令其作出一定行為或者禁止其作出一定行為的法律制度。“先予執行”是指人民法院在訴訟過程中，為解決一方當事人在

-
2. 澳門終審法院2012年3月28日第6/2012號民事上訴案，第2頁。
 3. 《澳門民事訴訟法典》，主要指透過第55/99/M號法令核准並自1999年11月1日生效的《民事訴訟法典》，此外，還應包括其他法律修改時直接間接地對其所作的修改部分。
 4. 現行法即2012年《民事訴訟法》，是2012年8月31日由第十一屆全國人民代表大會常務委員會第二十八次會議通過，於2013年1月1日施行的《中華人民共和國民事訴訟法》。
 5. 新法前，內地民事訴訟法並未確立行為保全制度。參見宋朝武主編：《民事訴訟法學》，中國政法大學出版社，2008年9月第1次印刷，第251-252頁。台灣的比較法著作，則將財產保全和先予執行制度一併列入，與本文所選的制度類型可謂一致，參見宋峻主編，沈關成、徐平副主編：《我國大陸與台灣三大訴訟法律制度比較》，中國紡織出版社，1994年5月，第287頁。
 6. 北京市高級人民法院課題組：《關於財產保全工作中存在的問題及對策的調查研究》，《中國審判》2011年第2期。另參見奚曉明主編：《中華人民共和國民事訴訟法修改條文理解與適用》，人民法院出版社，2012年9月第一版，第220頁及第224頁。

生活或生產的緊迫需要，根據當事人的申請，裁定對方當事人預先給付申請一方當事人一定數額的金錢或其他財產，或者實施或停止某種行為，並立即付諸執行的法律制度。⁷

綜上，兩地保全制度的主要功能可謂大同小異。內地2012年新法對保全制度章名進行修改後，章名未採用“程序”的表述，僅在內文提及“保全措施”，與澳門明確以“保全程序”命名存在明顯的差別，反映了法律改革當中一種穩中求進的取態。

（二）適用範圍

1. 兩地適用範圍概要

在澳門特區，若從普通程序與特別程序兩分法角度看，按照普通程序被各程序互補適用的邏輯，可視保全程序為特別程序的一種。保全程序又分普通保全程序和各特定保全程序：普通保全程序載於《澳門民事訴訟法典》第326條至第337條；特定保全程序載於同一法典第338條至第368條，列有七大種類，即佔有之臨時返還、法人決議之中止執行、臨時扶養、裁定給予臨時彌補、假扣押、新工程之禁制、製作清單。

“佔有之臨時返還”，例如物件被暴力侵奪時，便可以向法官聲請，要求侵奪人將物件返還。“法人決議之中止執行”，例如社團、合夥或公司作出違法、違反章程或設立文件之決議，只要能夠證明該決議的執行會造成相當損害，便可以附具有關決議副本，在10天之內，向法院提出中止執行法人決議的聲請。“臨時扶養”，是指在扶養給付的訴訟中，利害關係人可於獲支付首次確定扶養金之前，聲請以臨時扶養的名義，訂定他每月應收的金額。“裁定給予臨時彌補”，例如因死亡或因交通意外身體受傷而提起損害賠償訴訟，臨時扶養事項可作為附屬於該訴訟的一項保全措施，受害人或其他法定權

7. 宋朝武主編：《民事訴訟法學》（第三版），中國政法大學出版社，2012年12月，第244頁及第250頁。

利人可以請求以月定期金方式收取一定金額，臨時地彌補有關損害。

“假扣押”，例如債務人即將潛逃，把財產轉移到外地或他人名下，債權人便可以請求法官扣押債務人的財產，確保民事訴訟的有用效果。“新工程之禁制”，例如一項新工程將會給他人造成損失，或侵害共同的所有權，將受損害或正在受損害的人便可以請求法院立即中止該項工程。“製作清單”則是指為防止文件遺失、財產被隱藏、被浪費，因而聲請先行製作有關清單的又一項特定保全措施。

普通保全程序適用範圍的法律依據，參見同一法典第326條第一款的規定。⁸普通保全措施是除特定保全措施外的措施，“具體適當”便是適用的參考標準，法院在決定適用範圍方面有裁量權。

普通保全程序補充適用於特定保全程序。⁹然而，當保全措施對被聲請人造成的損害明顯大於聲請人欲避免的損害，法院可以不批准保全措施。此外，在“假扣押”和“新工程之禁制”這兩種特定保全程序中，法官可以要求聲請人提供適當的擔保。對於保全措施依附於主訴訟這個問題，學說認為，保全措施的標的與主訴訟的標的不一定要完全相同。

在內地，保全和先予執行的規範比澳門對普通保全程序和特定保全程序的規範精簡。保全和先予執行都是人民法院為確保將來的判決得以順利執行或者基於緊急案情的需要，在執行文書生效前採取的措施，以限制被申請人處分其財產，或者令其作為或者不作為而設置的制度。

內地財產保全措施包括查封、扣押、凍結或者法律規定的其他方法。學說認為，財產保全的範圍比較有限，主張財產保全的標物可以擴大到與本案標的物有關的其他財物或者其他可能影響本案執行的財物，甚至是只要可供執行，被申請人的一切財產都可作為保全物件；

8. 【葡】Abílio Neto Advogado：《Código de Processo Civil Anotado》，19.A Edição Actualizada Dezembro, 2007, P.502. 該頁闡述了葡國的類似規定：“Que ao Caso Não Convenha Nenhuma das Providencias Tipificadas nos Arts.393 a 427 do cpc.etc.”

9. 參見《澳門民事訴訟法典》第337條及第332條第二款規定。

但也有人主張兼顧合理性，不要輕易的妨礙企業的經營活動。¹⁰至於“先予執行”的制度，僅為解決生活或者生產上的急需而設置。¹¹

2. 兩地適用範圍剖析

本文認為，《澳門民事訴訟法典》將普通保全程序和特定保全程序明確區分，並具體列舉了七大種類特定保全程序的適用範圍，而內地立法體例並沒作如此設置，而是將各保全內容予以抽象，統一劃分為財產保全和行為保全兩大類。

本著同一邏輯，澳門七大種類特定保全程序的內容，其實也可按上述劃分方法，分為財產保全和行為保全兩大類。因為進一步分析不難發現，澳門七大種類保全程序中，明顯具有財產內容的種類包括“臨時扶養、裁定給予臨時彌補、假扣押”三類，而明顯地透過法官命令作為或不作為因而具行為保全特性的，包括“佔有之臨時返還、法人決議之中止、執行新工程之禁制和製作清單”，故澳門的特定保全措施七大種類，為內地財產保全和行為保全所涵蓋。

至於澳門普通保全程序，又是否也能全由財產保全和行為保全所涵蓋？似乎尚不能下如此斷言，尤其在內地新法剛出臺，有關內含和外延權威學者們尚未細加剖析的情況下。

說到內地的先予執行，澳門似乎在兩類保全內容中均有體現，如特定保全程序中的“臨時扶養、裁定給予臨時彌補”。至於內地第106條規定的“追索勞動報酬的”及兜底式條款的規定“因情況緊急需要先予執行的”，澳門第326條第一款的規定結合澳門保全程序均具緊急

10. 有意見認為，在商業企業當事人有資金的情況下，不應扣押企業正在使用的生產設備。即財產保全時也要講求合理性。參見廖中洪主編：《民事訴訟改革熱點問題研究綜述1991-2005》，中國檢察出版社，2006年1月第1次印刷，第424頁及第429-430頁。

11. 現行《民事訴訟法》第106條規定，人民法院對以下三類案件，根據當事人的申請，可以裁定先予執行：第一類案件，是追索贍養費、扶養費、撫育費、撫恤金或醫療費用的案件；第二類案件，是追索勞動報酬的案件；第三類案件，是因情況緊急需要先予執行的案件。這裏的“情況緊急”，按照該法第107條規定，包括四種情況：情況一，需要立即停止侵害、排除妨礙的；情況二，需要立即制止某項行為的；情況三，需要立即返還用於購置生產原料、生產工具貨款的；情況四，追索恢復生產、經營急需的保險理賠費的。

性，故應足以涵蓋，該第一款規定：得聲請採取具體適當之“保存”或“預行措施”，以確保受威脅之權利得以實現。綜上，儘管立法技術和表述等原因，導致兩地的保全制度範圍表面上不完全相同，但經上述分析後清晰可見，兩地保全制度的適用範圍大致相同。

（三）程序屬性

1. 非獨立程序

在澳門，保全措施在其歷史上曾經歷過獨立訴訟和非獨立訴訟的階段。之前的保全程序，是一種獨立訴訟程序。發展到現在，保全程序失去其獨立性，依附於“主訴訟”中。法律規定，聲請人自接獲命令採取保全措施的裁判通知日起30天內，還沒提起保全措施所取決的主訴訟，保全措施失效。¹²

此外，在保全程序中所作的有關事實事宜的裁判或者終局裁判，對主訴訟的裁判不構成任何影響。

對主訴訟的依附也有例外，即無需提起主訴訟，如提出保全措施後當事人雙方達成和解，自無提起主訴訟的必要。或保全措施本身，已能滿足申請人的利益。如申請人的休息權受到侵害要求批准取消某場晚間演奏會，法官禁止涉案樂隊演奏，申請人的權益已得到保障，沒必要再提起主訴訟。

在內地，2012年《民事訴訟法》第101條規定，申請人在人民法院採取保全措施後30日內不起訴的，人民法院應當解除財產保全，該

12. 《澳門民事訴訟法典》第334條（措施之失效）規定：“一、在下列情況下，保全措施失效：a）聲請人自接獲命令採取保全措施之裁判通知之日起三十日內，仍未提起該措施所取決之訴訟，但不影響第二款規定之適用；b）提起訴訟後，因聲請人之過失而導致訴訟程序停頓逾三十日；c）有關訴訟被裁定理由不成立，而該裁判已確定；d）對被告之起訴被駁回，而聲請人未有及時提起新訴訟，以致未能利用先前起訴之效果；e）聲請人欲保全之權利已消滅。二、如命令採取保全措施前並無聽取聲請所針對之人陳述，則該措施所取決之訴訟提起之期間為十日，自聲請人獲通知已向聲請所針對之人作出第三百三十條第五款所規定之通知之日起算。三、如保全措施已由擔保替代，則擔保在被替代之措施應失效之情況下失效，且須命令終止該擔保措施。四、卷宗內一旦顯示發生使保全程序消滅之事實，法官須裁定保全程序消滅以及有關保全措施終止，但事先須聽取聲請人之陳述。”

條將前法的15天期限延長，加強了對原告權利的保護，另一方面可以看出財產保全依附於主訴訟的從屬性質。分析認為，在非獨立性方面，兩地的制度是相同的。

在澳門，保全程序並非必經程序。保全程序可以在宣告之訴出現，也可以僅出現在執行之訴中，保全程序可以在宣告之訴或執行之訴開始前提起，也可以作為它們的附隨事項提起。至於受理的法院，保全程序按其於提起訴訟前或提起訴訟後聲請而定，須向可受理有關訴訟之法院，或正在審理有關訴訟之法院提起。如主訴訟處於上訴審程序，保全措施仍然由原審法院作為第一審法院。¹³

在內地，財產保全可以發生在第一審、第二審或者再審的程序中，甚至在特殊情況下，也可出現在上訴進行中的原審人民法院與上訴審人民法院之銜接時段。¹⁴按照《民訴意見》規定¹⁵，上訴案件在上訴審人民法院接到報送的案件之前，當事人有轉移、隱匿、出賣或者毀損財產等行為必須採取財產保全措施的，由原審人民法院依當事人申請或依職權採取。原審人民法院的裁定應及時報送上訴審人民法院，該規定與澳門的處理辦法相似。

2. 程序屬性剖析

兩地保全程序比較大的差別，程序屬性可謂其中一項。光看澳門自己的制度難以發覺，惟與內地比較後，澳門立法程序正當性的特點便即突顯。理由如下：

其一，立法體例上，澳門章節名是保全程序；程序分類上，條文明確規範了普通程序與特別程序兩大程序種類，以程序作為分類標

13. 【葡】Viriato Manuel Pinheiro de Lima：《民事訴訟法教程（第二版譯本）》，法律及司法培訓中心，2008年5月，第374頁。學說認為，在執行程序中，傳喚被執行人時拖延了時間，執行程序的申請人便有申請假扣押的正當利益，隨後還可依法將假扣押轉為查封，保障申請人的利益。

14. 宋朝武主編：《民事訴訟法學》，中國政法大學出版社，2008年9月第1次印刷，第253頁。

15. 《民訴意見》，是指1992年7月14日通過的《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國民事訴訟法〉若干問題的意見》。

準，程序個性鮮明。其二，接續以上分析，澳門的普通保全程序，性質上是一種“訴訟程序”，儘管以附隨事項依附於主訴訟，然而實際操作層面，如訴訟前僅提起的保全程序，無疑是一系列類似於宣告之訴普通訴訟程序中的各訴訟進程，如從申請人向法院提交申請，法官對管轄權等訴訟前提的審查及批示，以致對申請作出批准與否的決定等等。

而特定保全程序中，澳門以各專門章節，訂定了七大種類中的不同規定，包括對程序的特別規定，以及程序外的其他特別規定。

本文認為，內地《民事訴訟法》的立法設計與程序的性質相左，因為對保全措施的申請作出裁定是一種動態的過程，要經過一系列的階段和環節，應定性為一種“程序”，受到程序正當性之保障。實際操作層面，缺乏“程序”的認識，將導致審判人員僅對保全申請予以“必要的”審理，認為提供了擔保並符合形式上的要件便可以作出保全裁定，把民事保全作為一種“強制性措施”來對待，而非審理程序。¹⁶綜上而言，澳門法彰顯其程序正當性，值得內地將來再修法時參酌適用。

二、具體進程

（一）進程概要

在澳門，民事糾紛或者商事糾紛同樣適用民事訴訟法。司法實務中，先審視可否適用特定保全程序，倘不能適用，則適用普通保全程序，遇到特定保全程序沒有規定的，補充適用普通保全程序的規定。

保全措施的目的在於其快捷性，學說還強調不能忽略程序的正當性。程序的正當性體現在必要的情况下配合適用普通程序一系列程序：訴辯書狀，例如申請人的申請文件、被申請人陳述的文件、申請

16. 廖中洪主編：《民事訴訟程序制度研究》，中國檢察出版社，2006年6月，引用了第434-435頁的部分主張。相關主張還有：這樣的司法理念，必然影響保全制度的成效，難以貫徹最高人民法院關於要慎用保全措施的理念。

人的再答覆；調查取證，儘管調查視乎需要，並且僅要求扼要之證據，未及普通程序之詳細和深入；對已證未證事實的清理批示；辯論及審判，儘管在缺席審判等環節往往有不同的規定；判決；被申請人的申辯或申請人的上訴救濟。¹⁷即一系列普通程序中會進行的程序，在保全程序中都有可能被進行，並視乎採取保全措施前是否要聽取被申請人的陳述，而在通知被申請人及其陳述或申辯等環節有不同的規定。

除不能忽略程序的正當性外，學說同時還強調不能忽略法官職權的義務性，即法官在保全程序中的決定，在性質上不應視為一種自由裁量，法官此時行使的，是兼有義務性質的職權。¹⁸

在內地，2012年《民事訴訟法》第九章專門對保全制度進行規範。下文將按照訴訟法慣有的程序，從申請、審查與決定、執行三個環節分析有關程序。這些環節在《澳門民事訴訟法典》中都有體現。

綜上，本文認為，撇開因補充適用普通程序而導致訴訟進程的差別不說，兩地法律僅就為保全制度設置的專門規範而言，其訴訟進程大同小異：從訴訟階段看，內地解讀立法理由的著作，強調訴訟前有個訴前保全措施，訴訟中有個訴訟保全措施。從各具體的流程看，申請、審查受理、裁定和執行是兩地的共性。¹⁹從法律的明文規定看，事實上不難找出兩地相對應的規定，例如澳門法律規定：保全程序可於宣告之訴或執行之訴開始前提起，或作為其附隨事項提起。本文在分析兩地保全制度時，基於實務考慮，將保全制度的適用條件納入以下具體程序中一併研究。當然，如從法律條文方面俱細考察，則有因詳略規定不同，而抽象出程序正當性之差別。

17. 相應的條文參見《澳門民事訴訟法典》：申請人的申請文件（第326條第一款）、被申請人陳述的文件（第330條第一款，第330條第二款）、調查取證（第331條第一款和第三款）、扼要之證據（第329條第一款）、被申請人的申辯或申請人的上訴救濟（第333條，第332條第四款）。

18. 【葡】Viriato Manuel Pinheiro de Lima: 《Manual de Direito Processual Civil, Centro de Formação Jurídica e Judiciária》, Macau, 2010, 2.a edição -1. a reimpressão.p.608-615.

19. 參見奚曉明主編：《中華人民共和國民事訴訟法修改條文理解與適用》，人民法院出版社，2012年9月第一版，第229頁。

（二）具體進程之：提出申請

在澳門，保全程序開始於當事人的申請，與一般民事訴訟程序的啓動並無差別。任何人都可以申請採取具體適當之保存或預行措施，以保障受威脅的權利。

值得強調的是，澳門法律並沒賦權法官依職權起動保全程序。充其量僅可在當事人提起申請後，法官的決定可有別於當事人的請求。

保全程序的申請，也不取決於損害的出現，法律規定，提起保全程序，須以存在被保全的權利為依據，或以已提起或將提起的形成之訴中作出的裁判所產生的權利為依據。

在特定保全程序中，各特別事項由專章規定，例如在法人決議之中止執行中，法律允許合夥人或者股東聲請中止執行該等決議，申請提起並經傳喚後具有中止效力。

在內地，就“財產保全”和“行為保全”，人民法院根據對方當事人的申請，可以裁定對其財產進行保全、責令其作出一定行為或者禁止其作出一定行為；當事人沒有提出申請的，人民法院在“必要時”也可以裁定採取保全措施。

該法又規定：利害關係人因情況緊急，不立即申請保全將會使其合法權益受到難以彌補的損害的，可以在提起訴訟或者申請仲裁前，向人民法院申請採取保全措施。

學說關注程序的啓動可否由法官依職權為之，認為應視乎是訴前保全或訴訟保全而有所不同。“訴前財產保全”，由於訴訟尚未發生，不存在人民法院依職權採取保全措施的條件，必須由利害關係人提出申請，人民法院在任何情況下不可能依職權採取保全措施。²⁰即“人民法院在必要時也可以裁定採取財產保全措施”是發生在“訴訟財產保全”中。

20. 宋朝武主編：《民事訴訟法學》，中國政法大學出版社，2008年9月第1次印刷，第252-253頁。

內地法律明文規定法院可主動裁定採取“保全”措施。至於“先予執行”，只能基於當事人申請，人民法院不能依職權作出“先予執行”的裁定。²¹

分析認為，基於內地律師強制性代理制度尚未設立，當事人法律保障不足，此時法官應對具備先予執行條件的當事人承擔一部分告知責任，使該制度更具有可操作性。

綜上，兩地明顯的差異至少有兩項。第一項是保全範圍的劃分，第二項是法官可否依職權採取保全措施。對於第一項，澳門的劃分法，可避免內地將出現的，需先區分先予執行與行為保全兩者，從而將因定性不同影響有關審批後果。

第二項法官可否依職權採取保全措施，內地法律明文規定法院可主動裁定採取“保全”措施，這點與澳門的規定明顯不一樣。當然，如法官對保全和先予執行的定性不同，則實踐中也有可能出現本不應依職權作出的裁定，法官卻主動作出。

本文還想說，內地法律條文之間的規定有明顯不協調處，這次新法修改時也沒將之調過來。因為該法第102條明文規定“保全限於請求的範圍，或者與本案有關的財物。”那麼，在當事人沒提出請求的情況下，程序上法律又沒要求法官應先聽取當事人的意見，法官在依職權主動採取保全措施時，又如何使“保全限於請求的範圍”，對此本文不無疑問。²²

21. 2012年《民事訴訟法》沒明文賦予人民法院依職權採取先予執行措施，相反，該法第106條明文規定先予執行的裁定是根據當事人的申請，故此，與“保全”不同，“先予執行”只能基於當事人申請。此外學說認為，先予執行應在案件受理後提出。參見宋朝武主編：《民事訴訟法學》（第三版），中國政法大學出版社，2012年12月，第251頁。如此，“先予執行”便不似“保全”申請般，除了可以在案件受理後提出外，還可以在訴訟前提出。

22. 此外，由法官依職權採取保全措施有違當事人處分原則，如果基於內地未建立律師強制代理制度，而國民法律素質不高，作為過渡規範，可考慮由法官承擔一部分告知責任以為彌補，最終，應取消法官主動採取保全措施的規定，還自由處分權予當事人。如此，公權在民事訴訟中的有限度介入，方符合民事訴訟的法理。

（三）具體進程之：審查與決定

在澳門，在普通保全程序中，保全措施要獲得批准，取決於兩個要件：一是權利在表面上存在，二是當權利沒得到滿足時會存在危險。司法見解指出，只有證明有關權利確實可能存在，而且有充分理由恐防該權利受侵害時，才可宣布採取保全措施。²³

實際上，結合法律的規定，還應加上第三個要件：當保全措施對被聲請人造成的損害，明顯大於聲請人欲避免的損害，法院可以不批准保全措施，這是在保全措施中對適度原則的遵循。有關舉證責任落在被聲請人身上。²⁴

在內地，人民法院按照法定條件裁定採取或裁定駁回保全措施。值得一提“訴前保全”的審批條件之一，是必須提供擔保。“訴訟保全”擔保的提供與否，由法官決定。²⁵

人民法院審查“先予執行”措施時，應在接到申請後立即進行審查。主要審查適用的範圍和條件兩項。適用條件有三個：一個是當事人之間權利義務關係是否明確，一般而言，當民事權利義務具體且不存在爭議，則為“明確”。分析指出，司法實踐中可能會出現因審前難以確定權利義務，而導致審查時過於審慎的問題。第二個條件是假如不先予執行，將嚴重影響申請人的生活或者生產經營，這裏的“嚴重影響”，主要指需達致基本生活無法維持或者生產經營難以為繼的程度。第三個條件與被申請人的履行能力有關，因為只有被執行人有履行能力，法院的裁定才有可能落實，申請人的訴求才可以得到滿足。

學界普遍關注審查先予執行措施時是否要提供擔保的問題，現行法規定，人民法院可以責令申請人提供擔保，申請人不提供擔保的，

23. 澳門終審法院2007年5月2日第15/2007號民事上訴案，澳門法院官方網站。

24. 【葡】Viriato Manuel Pinheiro de Lima: 《Manual de Direito Processual Civil, Centro de Formação Jurídica e Judiciária》, Macau, 2010, 2.a edição -1. a reimpressão.p.598,e p.614 “o princípio da proporcionalidade” .

25. “訴前保全”的另一審批條件是基於緊急性。有關擔保的設置，學理認為，除可制約訴訟的濫用外，還可以確保在申請錯誤或敗訴等情況下賠償被申請人損失，財產保全的擔保因而具有促進程序正義和實體公正的雙重價值。應否提供擔保，是由法律直接規定還是交由法官決定，視乎保全的申請在訴訟前提起或訴訟中提起而不同。對於“訴前保全”，申請人必須提供擔保，否則將按該法第101條駁回申請。

駁回申請。本文作者認為，該規定不盡合理。因為一般情況下，能提供擔保意味著有一定的經濟能力，故與“先予執行”第二個適用條件中的“基本生活無法維持”自相矛盾。²⁶

在澳門，保全程序具有緊急性，法律並就有否傳喚被申請人規定了作出裁判的期間。澳門現行法規規定，保全程序的申請出現在第一審時，有關裁判應於兩個月內作出，如沒傳喚被申請人，作出裁判的期間縮短為15天。法官如違反該規定，將受到紀律程序調查。

在內地，對於“訴前保全”，人民法院受理申請後應在48小時內作出裁定；對於“訴訟保全”，一般情況下，除緊急情況外，由人民法院根據案情的緊急與否衡量裁定的時間。學者提出，對於非緊急的情況，法律似乎沒有明確作出裁定的時間。²⁷筆者認為，由於“緊急性”為不確定概念，這與保全措施對期限的緊急性要求不相適應。

在澳門，對於法官的裁決是否受制於申請之請求範圍，或法官是否可以裁決給予另一有別於申請中指出的保全程序。一致的理解是，法官原則上不受制於申請人對訴訟形式的理解，只是在“事前是否應聽取一方或雙方當事人的陳述”方面有不同的主張。葡國學者A. Abrantes Galdes等認為，對於拆除某工作物的申請，法官如認為符合“新工程之禁止”這一特定保全程序的條件，可改為宣告中止有關工程。葡國學者C. Lopes do Rego認為，基於辯論原則，法官得先聽取申請人的陳述。

就上述主張應當認為，按照法典第330條第一款的規定，原則上法院必須在命令採取保全措施前聽取被申請人的陳述，例外地，聽取陳述可能嚴重妨礙措施達致目的和效力時才不用聽取。當申請人反對法官批准的措施時，基於處分原則，法官不應直接命令採取其決定的措施。²⁸

26. 馬滔：《論我國民事訴訟中的先予執行制度》，《湖南大學》學位論文，2010年5月。

27. 類同的看法參見堯光寶：《論民事訴訟中的財產保全》，《現代商貿工業》2012年第二期，第245頁。當中提到：訴前與訴中兩種財產保全的比較中，對於“訴前財產保全”，人民法院須在接受申請後的四十八小時內作出裁定，立即開始執行；而“訴中財產保全”，人民法院在接受申請後，只有情況緊急的申請，才須在48小時作出裁定，情況不緊急的，法律沒有明確的時間限制。

28. 【葡】Viriato Manuel Pinheiro de Lima:《Manual de Direito Processual Civil, Centro de Formação Jurídica e Judiciária》，Macau, 2010, 2.a edição -1. a reimpressão.p.599-600.

在內地，2012年《民事訴訟法》規定，保全限於請求的範圍或與本案有關的財物。對“限於請求的範圍”學說有不同的理解，例如主張人民法院在進行保全時應以訴訟請求為限。²⁹

綜上，本文想談兩點，一是對擔保的合理要求，二是保全程序的緊急屬性。對於第一點，內地新法第107條第二款對先予執行所訂定的擔保的要求不合理，因為擔保的提供與先予執行適用條件之一“不先予執行將嚴重影響申請人的生活或生產經營”自相矛盾。³⁰對於第二點，保全程序的緊急屬性，澳門立法者明確訂定了該種屬性，不管它是何種類型的保全程序或保全措施，其實都適用緊急程序來處理，以有效保障當事人權益。相對於內地學說所關注的對“緊急性”難以定性的問題，以及非緊急性保全措施沒明確期限的問題，澳門現行法所規定的期間，應理解為期間的上限，基於緊急性，司法假期也不影響對保全措施的審批，並應在法定限期內作出裁定。如此可見，澳門有關緊急性的定性，至少在法理上有其合理性。

（四）具體進程之：執行

在澳門，為促進保全措施的執行，訂定了包括民事制裁和刑事制裁在內的措施，以及其他適當的措施。

民事制裁是指強迫性金錢處罰的措施³¹，刑事制裁是指判處加重

29. 廖德功等：《論完善民事財產保全制度和民事執行制度》，《法學研究》1992年第4期。另參見法院網<http://fjfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=11086>網上文章，鍾晨莉、張曉妃：《我國民事訴訟財產保全制度存在的問題及完善探討》。

30. 類同見解參見馬滔：《論我國民事訴訟中的先予執行制度》，《湖南大學》學位論文，2010年5月。

31. 《澳門民事訴訟法典》第329條規定了強迫性金錢處罰的制裁辦法。強迫性金錢處罰的具體規定則參見《澳門民法典》第333條：“一、法院在判令債務人對因合同而擁有獲得給付權利之債權人履行給付之同時，或在判令當事人終止侵犯絕對權利或承擔損害賠償義務之同時，可應權利被侵害之一方之請求、按照最適宜於有關個案之具體情況之處理方式，而判令債務人須就其有過錯之遲延履行裁判而向受害人支付一項按日、按周或按月計算之金額，或判令債務人須向受害人支付一項按債務人每一有過錯之違反裁判之行為而計算之金額；對裁判之遲延履行推定屬有過錯。二、對於命令作出該處罰之判決成為確定前之期間，不得設定強迫性金錢處罰，而就損害賠償算出前之期間，亦不得設定該金錢處罰；但債務人純粹以拖延為目的提起上訴而被判敗訴者除外，在此情況下，有關處罰自命令該處罰之裁判被通知之日起適用。三、法院僅在

違令罪刑罰的措施。至於其他適當措施，按照《民事訴訟法典》第336條規定，在以加重違令罪威嚇以敦促措施的執行的同時，還可以採取其他適當措施。此外，法律還直接規定，在“裁定予以臨時彌補”之特定保全程序中，如義務人不按照法官的裁決支付金額，即可透過“扶養之特別執行程序”執行裁決。

在內地，人民法院一旦對保全措施作出裁定後，應當立即移交執行局執行，執行局的執法依據，主要是現行《民事訴訟法》有關執行的規定，以及《最高人民法院關於執行權合理配置和科學運行的若干意見》的規定。

對於第二審人民法院接到上訴案件之前需要採取保全措施的，根據《民訴意見》第103條的規定，由第一審人民法院依當事人申請或依職權採取保全措施；第一審人民法院製作的保全裁定，應及時報送第二審人民法院。

此外，在當事人不服裁定申請復議期間，不停止裁定的執行。至於對“執行標的”不明時由誰審查的問題，應當由作出裁定的原人民法院去審查，因為如由執行機構審查，對其審查結果提異議時，執行機構受理異議沒有法律依據。

綜上，本文認為，兩地就保全措施的促進機制存在差異，澳門立法者分別設立了民事、刑事以及適當的措施，多方位促使保全措施的落實。在內地，則主要交由執行程序予以落實，在內地“執行難”的現狀下，目前較為單一的落實機制便存在檢討的空間。值得探討的是，就法理層面而言，執行程序和保全程序應當是不同性質的程序，是否可以將執行程序中適用的執行異議機制及復議機制套用到保全程序中，不無疑問。³²立法者似乎還應訂明保全措施裁定書的內容，尤其應列明具體而明確的執行標的。

認為合理之情況下，方作出強迫性金錢處罰之命令，而有關處罰金額須根據衡平原則確定，其中包括對債務人之經濟條件、有關違法行為之嚴重性及處罰金額對達成強迫履行之目的是否適當作出考慮。四、對已設定具相同目的之強迫性違約金之情況，不適用強迫性金錢處罰；如屬判令債務人對因合同而擁有獲得給付權利之債權人履行給付之情況，且給付之內容係要求債務人具有特別之學歷或藝術水平方可作出之不可替代之積極或消極事實，則對作出此命令之裁判，亦不適用強迫性金錢處罰。”

32. 北京市高級人民法院課題組：《關於財產保全工作中存在的問題及對策的調查研究》，《中國審判》2011年第2期。

三、救濟途徑

(一) 失效與解除

1. 失效與解除的不同規定

在澳門，《澳門民事訴訟法典》第334條對保全措施的失效作出了明文規定，分六類情況。一是“聲請人自接獲命令採取保全措施之裁判通知之日起三十日內，仍未提起該措施所取決之訴訟”；二是“提起訴訟後，因聲請人之過失而導致訴訟程序停頓逾三十日”；三是“有關訴訟被裁定理由不成立，而該裁判已確定”；四是“聲請人欲保全之權利已消滅”；五是“如保全措施已由擔保替代，則擔保在被替代之措施應失效之情況下失效，且須命令終止該擔保措施”；六是“卷宗內一旦顯示發生使保全程序消滅之事實，法官須裁定保全程序消滅以及有關保全措施終止，但事先須聽取聲請人之陳述”。

對於以上所述的第六類情況，法官在遵守法定限制下可依職權採取保全措施，學說持有不同觀點。C. Lopes do Rego、Rui Pinto、J. Lebre de Freitas 和A. Montalvão Machado持贊同說，認為法官應依職權終止保全程序；M. Teixeira de Sousa持反對說，認為保全措施的終止必須取決於被申請人的請求；A. Abrantes Geraldès則持折衷立場，認為法官應依職權調查，看是否存在法律所規定可導致程序立即失效的情況；而澳門終審法院法官Dr. Viriato Manuel Pinheiro de Lima則主張，應適用權利失效的一般規定，在可處分的權利中，失效需取決於利害關係人的意思表示，而非由法官依職權提出。³³

在內地，2012年《民事訴訟法》沒有“失效”的明文表述，類似澳門保全措施失去效力的明文規定有“解除”，有關規定為：（1）申請人在人民法院採取保全措施後30天內不依法提起訴訟或者申請仲裁的，人民法院應當解除保全。（2）對於財產糾紛案件，被申請人提

33. [葡] Viriato Manuel Pinheiro de Lima: 《Manual de Direito Processual Civil, Centro de Formação Jurídica e Judiciária》, Macau, 2010, 2.a edição -1. a reimpressão.p.620-621.

供擔保的，人民法院應當裁定解除保全。對於不能轉化為金錢給付的“行為保全”請求，即使提供擔保，也不宜解除保全。³⁴

接上，學說進一步主張，以下情形也應適用於“解除”：（3）申請人自願申請解除保全措施的；（4）申請撤訴而人民法院准許的；（5）財產保全的原因發生變化或者消失的；（6）被申請人對財產保全裁定申請復議成立的。就撤訴是否一概經人民法院准許的問題，學者認為應以是否有利於原告作為判斷的準則，防止主觀臆斷。³⁵

就依職權解除問題，學說認為，不排除由作出裁定的人民法院或其上級人民法院對保全措施予以解除；或人民法院撤銷先予執行的裁定，使其效力消失。³⁶

有關保全措施之繼續查封問題，學說主張應由當事人啓動，但人民法院應有對當事人闡明有關權利及法律後果的義務，以保障當事人的合法利益。

2. 失效與解除問題剖析

綜上，本文認為，儘管兩地對失效與解除的表述不一樣，但法律效果都是終止或令保全措施失去效力，故有可比之處。

相關重要事項在此想談兩點。第一點，對於擔保的提供能否讓保全措施的效力終止的問題：首先，從兩地民事訴訟法的明文規定看，規定有所差別。澳門統一交由法官根據具體案情作出裁定；內地則就“財產保全”限制法官的裁量權，規定此類案件如被申請人提供擔保，人民法院應當裁定解除保全。其次，從學說層面看，內地闡明立法原意的學說，認為對於新法增設的“行為保全”，即使提供了擔保，也不宜解除保全措施。

34. 江必新主編：《新民事訴訟法理解適用與實務指南》，法律出版社，2012年9月，第398頁。

35. 何文燕等著：《民事訴訟理念變革與制度創新》，中國法制出版社，2007年，第50頁。

36. 宋朝武主編：《民事訴訟法學》，中國政法大學出版社，2008年9月第1次印刷，第256頁。再參見最高人民檢察院法律政策研究室編著：《民事訴訟法修改研究綜述》，吉林人民出版社，2006年12月第1版，第211頁及第217頁。

第二點，法官可否未經當事人申請，主動終止保全措施的效力。首先，從兩地民事訴訟法的明文規定看，規定也有所差別：澳門交由法官依職權審查，當法官發現失效的情況時，先聽取當事人陳述，然後決定是否終止保全措施的效力；內地則沒有明文表述。其次，從學說層面看，兩地主流學說的理解不盡一致，澳門終審法院法官主張終止保全措施的效力，應取決於當事人的意思自治；而內地主流學說，則認為法律雖無明文規定，但不排除法官可以主動解除保全措施。本文認為，內地學說的以上理解與其法律的規定相一致。

綜上，本文認為，基於民事訴訟法的處分原則，應當尊重當事人的意思自治，內地將來修法時，如作為過渡規定，可參考澳門現行的規定，但對澳門特區而言，則宜更進一步，例如應取締法官依職權終止保全措施的有關規定，或以增加法官闡明及告知義務予以平衡，最終是讓當事人瞭解其權利後，決定是否向法院提出申請，讓保全措施失效。

（二）上訴救濟

在澳門特區，對法官就保全程序所作的決定或者裁決不服，可以依法直接提出上訴；或者先依法提出申辯，對申辯所作的裁判不服時才提起上訴。

按照《澳門民事訴訟法典》第332條及第333條的規定，當法官作出批示，批准以擔保替代有關保全措施時，可對該批示直接提起上訴。如法官命令採取措施前並無聽取被申請人陳述，則被申請人可按一般程序，對法官的批示提起上訴。

至於提出申辯的情況，按照《澳門民事訴訟法典》第333條規定，當存在法院未考慮的事實或者證據方法，且該等事實或證據方法可使採取有關措施的依據不成立，或導致採用較輕的措施，則可以提出申辯。法官對申辯必須作出裁判，裁判的結果將是：維持先前的措施、廢止先前的措施或採用較輕的措施。最後，如申辯人不服法官的裁判，還以上訴。

在內地，就保全或者先予執行沒賦予上訴的權力。按照現行《民事訴訟法》第108條規定，當事人對保全或者先予執行的裁定不服的，

可以申請復議一次。復議期間不停止裁定的執行。《民訴意見》第110條也有類似的規定，對當事人不服財產保全、先予執行裁定提出的復議申請，人民法院應及時審查。裁定正確的，通知駁回當事人的申請；裁定不當的，作出新的裁定變更或者撤銷原裁定。值得留意，現行法所設置的“行為保全”，也應適用於“財產保全”的有關規定。

綜上，本文認為，與澳門所規定的聲明異議及上訴兩種救濟途徑相比，內地2012年《民事訴訟法》現行法明文訂定的救濟途徑僅有復議一種，且有關規範從立法技術而言有相當彈性，從復議的申請到審查，都沒訂定期限。學說認為，法律沒明確規定受理復議的人民法院，只能向原審人民法院申請復議。³⁷

對“復議”這一救濟途徑，應與對“裁定”可否提起上訴的制度有關，因為對保全措施所作的裁定，屬於不可以上訴的裁定，所以如對保全措施新增上訴救濟的途徑，應對保全措施裁定的可上訴性，一併作出修訂。

本文認為，內地法律的復議救濟無疑較澳門的保障少，而且也沒明確是否要另組有別於原裁定機構的復議機構，較明顯地傾向司法效率，將導致申請人權益救濟之不足，所以，僅就過渡立法而言，如果不增設上訴救濟加強程序保障，也可以考慮另組有別於原裁定機構的復議機構，增加權益保障的元素。

四、結語

澳門與中國內地的民事保全措施既有共性也有個性，本文因應兩地程序法整體而具緻的比較研究欠奉的現狀，對制度進行系統性研

37. 劉長玉、張曉寧：《財產保全復議制度之重構》，《山東審判》2011年第6期。第86頁還提到：“復議期限及復議審查期限不確定，帶來的問題一是當事人隨時可以提出復議申請而可能借此將對方當事人導向訴訟拖延，二是法院可能因無期限限制而對復議申請不予重視，久拖不決。”另參見郭志強、胡志中：《論我國財產保全制度的缺陷及完善》，《法制與經濟》2010年10月總第254期。第109頁提到：由於相配套制度沒予規定，實踐當中，申請人只能向作出裁定的法院提出復議申請。

究，期以整體性創新的定位，為日後各專項比較點的研究提供支持，成就本文的研究價值。

作為民事訴訟法專業比較研究的作品，本文遵循程序特性，以程序進程為主綫，透過對保全措施一系列程序如啓動、審查與批准，直致上訴救濟之比較，把握制度的整體。³⁸透過比較，本文發現，內地2012年新法出臺前，有關“保全難”的問題普遍存在，而澳門則運行良好，之所以這樣，謹以法制而言，主要的問題至少有兩個：一是內地保全制度的設計明顯與澳門不同，內地新法沒將保全措施的處理以“程序”定性，從程序法角度看，這不符合程序正當的法理。程序正當這一理念，對現階段的內地司法具有一定的現實意義。程序正當的價值，在於制約主觀臆斷，在主觀臆斷思維比較嚴重的領域設置程序，倡導程序正當的思維，至少在理論上，有助於調節“保全難”現狀。

也與主觀臆斷有關，思維上以致立法體例上，應確立法院在保全裁定方面的權利義務性質，也針對性的回應司法實務中普遍存在的，不決定保全措施好當官的“無為而治”樣態。澳門學說所主張的不能忽略法官職權的義務性，值得內地法學家深思。對澳門特區而言，雖然沒“保全難”的困擾，惟對“法律滯後”或“法律效率”的普遍關注，足見有必要反思現有制度。而由於“保全程序”補充適用於普通宣告之訴之一般程序，因此一般程序的修改將影響保全程序的運作，當然這已超出拙作的研究範圍。在此僅想強調，制度性的整體創新，於各專項的比較提供支持，從來都不失其研究價值。

在立法體例或具體制度方面，通過拙作的比較研究，至少有以下結語：其一，澳門法例同時確立“保全措施”和“保全程序”兩項提述，應程序正當理念所需故有合理性，似乎值得內地將來立法關注。其二，內地新法對行為保全的確立，至少反映了法理的劃分，有一定的價值，惟日後學理或司法見解，應關注是否會因概念之間的糾結而影響保全制度設置的保障意義。而澳門有關普通保全措施和特定保全

38. 值得補充：兩地的程序法制，從立法開始足見不少差異，而從浩瀚而繁雜的各學說和司法實務中，“開荒牛”式一一理出比較的重點，有助於衡平所謂“簡單比較”的結論式說詞。是而本文將專項比較點的理論創新留給後人，而更充足的法改意見以致條文草擬之勞作，理當留給兩地立法者。

措施的劃分方法，也許為專家提供了多一個解決問題的捷徑。其三，有關擔保的提供，與“先予執行”制度的立法目的相矛盾，應予“揚棄”。第四，有關法官依職權決定保全措施的立法，不盡合法理有待改進。拙作認為，以時下內地學界研究較為成熟的“闡明權”機制用之保全程序，還當事人意思自治，更能符合民事訴訟處分原則之初衷。與此有關，兩地法例中，都有法官可採取有別於請求的規定，除“闡明權”機制可加入外，國內還可以收窄裁量權，例如僅在申請人客觀上不能行使其意思自治時公權才介入，尤其在國人法治素質提升的文化語境下。最後，救濟途徑受制於“執行難”，在後者未能改善的情況下，如澳門般多設置一些救濟途徑，將有助於權益的維護。

