

澳門新民事訴訟法典第 326 條第 3 款 在適用方面的一些思考 *

何偉寧

澳門大學法學院兼職講師

I. 研究內容

雖然在澳門新民事訴訟法典內加強了調查性理念的規範，但在我們的民事訴訟中最根本的原則仍屬處分原則。

然而，在保全措施方面，立法者邁出了一大步，在第 326 條第 3 款規定“法院得命令採取非為所具體聲請採取之措施”。

本文旨在分析該規定之範圍及其與第 564 條第 1 款之間的關係。根據該條第 1 款規定，法官的判處不得高於所請求之數額或有別於所請求之事項。本文還要分析該規定與民事訴訟法典第 394 條第 1 款 a) 項，連同第 139 條第 1 款 a) 項規定之可被初端駁回的關係，以探求新民訴法典是否真正賦予法官為更能滿足聲請人的利益，得命令採取非為所具體聲請採取之措施。

有鑒於草擬新民事訴訟法典文本中資料不足，尤其欠缺新民事訴訟法典之起草委員會的會議紀錄，令本文的研究具有一定的難度。

然而，我們可從處分原則和調查原則的歷史發展分析，嘗試得出一些結論。

* 此文章是 1996/1997 年在澳門大學法學院私法碩士課程之民事訴訟法科目的功課報告。

II. 處分原則的歷史發展

處分原則源於古老的羅馬法，“*ius utendi, fruendi et abutenti*”（使用權、收益權和濫用權）¹。

根據 José João Baptista 的觀點，“對於該原則屬程序上私人性質的概念，即程序的基礎是取決於雙方當事人的意願，而法官只是作為一個被動的仲裁者，其負責遵循、規範及宣判結果。法官不得不經當事人的請求而自行決定作出調查事實，因程序僅限於當事人提出的事實”²。

該原則有下列後果：

- 程序僅透過一方提起訴訟狀開始（“*nemo iudex sine actore*”）；
- 由雙方當事人決定案件標的，即何種事宜內容交予法院作決定；
- 程序的進展應由雙方當事人不斷地作出推動；且
- 雙方可隨時終結程序（捨棄訴訟請求或權利）甚至決定判決的內容（作出認諾、和解及捨棄請求）。

該原則的依據是：

- 倘若實質法律關係是可以處分的，則其程序也應該是可以處分的；
- 解決訴訟糾紛是原被告雙方最直接的利益，因此，其積極地參與可令程序更簡捷，且
- 程序只涉及雙方當事人的利益，因不存在公共利益保障的問題（私人程序概念），所以雙方可以自由處分。

在 1876 年民事訴訟法典中處分原則具有絕對性地位。

隨著 1926 年至 1932 年的改革，法官之被動中立仲裁者形象被改變，法律改革授予法官新的權力，例如：

- 初端駁回起訴狀；
- 作出知悉無效行為、欠缺正當性和任何可以阻礙對實體問題審議，規範性批示。
- 親自詢問證人，甚至聽取律師詢問證人程序。

¹ 《民事訴訟的基本原則》，Helder Martins Leitão 和 Manuela Neto 著。

² 《民事訴訟 I》。

法官權力的擴大以達到下列目的：

- a) 保障法官與原被告雙方、專家和證人之間直接和持續的聯繫；
- b) 儘快作出批示程序，以排除阻礙審理實體問題的困難；且
- c) 允許法官中斷無理訴訟並迅速尋找到公正的解決辦法³；

與處分原則相對的是調查原則，而調查原則由 1939 年始被民事訴訟法典所採納⁴。

根據調查原則，程序不但止根據原被告雙方的意願進行，同時也要遵循法官的意思。

因此，從其純粹及絕對的根源來看，只要法官認為有必要調查事實的真相則可完全自由行使調查權作出超出聲請或不同標的判決，其真實意義在於將程序作為一種實現司法良政和社會和平的形式。

1939 年的新民事訴訟法典建立在原被告雙方與法院合作機制的關係上，當中作為司法機關的法院佔主導地位，而當事人則負責啟動程序，只為裁判作出必要的準備方面與法院合作⁵。

法官被賦予下列權力：

a) 消除所有使案件無法正常進行的障礙，當中包括：無論是拒絕作出任何無關或純為拖延程序而進行的行為，還是為不損害由雙方當事人所發起的程序的前提下，而作出必要指令（批示）而令程序繼續進行；

b) 針對依職權或依法審理的事實，採取或命令採取認為對發現事實真相的必要調查工作。

此外，法典還規範了選擇適用的法律和程序方面，法官不需依照當事人的意願。

在這方面，法官僅被法律所限制，而並非被當事人的意願所限制。原被告雙方不可以也不能通過共同協定改變訴訟程序的機制或正常訴訟程序。

另一方面，當雙方當事人的行為或案件中任何情況令法官確信雙方利用案件從事虛假行為或為達到法律禁止之目的，法官應作出阻止雙方

³ 《民事宣告程序》，Fernando Luso Soares。

⁴ José João Baptista，前述著作。

⁵ Fernando Luso Soares，前述著作。

欲達非正當目的之決定。

1961年民事訴訟法典也跟隨了這些原則的一般規定，而這些規定也一直適用到1999年澳門新民事訴訟法典生效為止。

III. 澳門新民事訴訟法典簡析

今天，處分原則越來越被人忽略。雖然民事訴訟的客體仍屬私人利益的爭議，其間接目的也是為了實現公正。因此，在學說和立法方面傾向於公共概念程序，而非私益概念⁶的程序。

正因爲此，澳門新民事訴訟法典中強調了調查的概念，給予法官更多的權力以實現正義目的。

那麼，在認定事實方面，法官不僅以雙方當事人陳述的事實作爲裁判基礎，而且也可通過職權，從案件調查得出的輔助性事實爲依據。“法官須考慮之事實尙包括對所提出之請求或抗辯理由成立屬必需之事實，而該等事實能補充或具體說明當事人已適時陳述之其他事實，且從案件調查或辯論中得出者；但有利害關係的當事人獲給予機會就該等事實表明其意見，且他方當事人獲機會行使申辯權時，法官方考慮該等事實”（澳門民事訴訟法典第5條第2款及第3款）。

在訴訟程序的領導方面，法官可以（澳門民事訴訟法典第6條）：

- a) 法官應作出安排，使訴訟程序能依規則迅速進行，因而應命令採取必需措施，使訴訟正常進行，並拒絕作出任何無關或純屬拖延程序進行之行爲；但此並不影響當事人主動行爲之責任；
- b) 如所欠缺之訴訟前提係可彌補者，法官須依職權採取措施予以彌補，因而應命令作出使訴訟程序符合規範所需之行爲，或在訴訟程序中出現主體變更時，請當事人作出該等行爲；且
- c) 法官就其依法可審理之事實，應依職權採取或命令採取一切必需措施，以查明事實真相及合理解決爭議；
- d) 排除當事人在獲得某些文件或資料困難的障礙，這些困難可以影響其有效行使權能或履行訴訟上之責任或義務（澳門民事訴訟法典第8條第4款）；

⁶ 《民事訴訟法》第I卷，João de Castro Mendes。

- e) 如法律規定之程序步驟不適合案件的特殊情況，法官經聽取當事人意見後，應依職權命令作出更能符合訴訟目的之行爲（澳門民事訴訟法典第 7 條）。

儘管澳門新民事訴訟法典加強了調查原則的規範，但在我們的民事訴訟中最根本的原則依舊是處分原則，因為提起訴訟程序的仍是當事人（第 3 條第 1 款），法官的判處範圍亦應與當事人的請求和陳述之事實相聯繫（第 564 條第 1 款），但案件調查所得出的輔助性事實除外（第 5 條）。

IV. 分析澳門民事訴訟法典第 326 條第 3 款：

澳門民事訴訟法典第 326 條第 3 款規定：“法院得命令採取非爲所具體聲請採取之措施”⁷。

該規定的範圍是哪些？

我們認爲下列問題需要討論：

- a) 該規定是否構成完全違反處分原則的根本性質，法官不受聲請人具體聲請的保全措施的約束，可作出對情況更適當的保護、更有利於聲請人權利的保障或通過主要行爲提前達到的效果，或自行作出決定，甚至超出聲請人請求的數額？
- b) 僅訴訟授予法官更改訂定措施的錯誤的權力，當中是否也包括相關的程序？
- c) 是否只在普通措施上適用？或
- d) 也同時適用於特定措施？
- e) 是否允許作出空泛的請求，例如，是否可要求法院批示一項合適的措施或更有效保障自身權利的必要手段，而並不具體指出法院應決定何種措施、採用何種標準，僅認定措施的適當性？
- f) 是否還存在一種可能性，就是法官因起訴狀屬不當而初端駁回有關措施之聲請？

⁷ 與意大利法律不同，意大利法律規定法官不可以批准一項與請求不同的保全措施。

爲了回答上述問題，我們認爲應分析葡國現行民事訴訟法典第 392 條第 3 款以及前法典草案的行文。如果沒錯的話，葡國民事訴訟法典第 392 條第 3 款對澳門這一規定提供了啓示。

葡國現行民事訴訟法典第 392 條第 3 款規定：“法院不受被具體聲請的措施的約束……”，這一行文與前法典草案行文不同。

在 1988 年的草案中，在第 307 條第 3 款規定“在決定適當的措施時，法院不受聲請人指示的約束”。

而 1993 年的草案在第 318 條中寫道：“法院不受聲請人聲請措施的定性的約束”。

在 1995 年草案修訂中，批准了法律的改革，因此，在第 381 條第 4 款規定：“法院不受被具體聲請的措施種類的約束”。

通過了解上面不同的表述，可以看出從一開始，澳門法律就賦予法官更直接的方式和在保全措施方面更廣泛的權力。

另一方面，我們認爲有必要在“保全程序”和“保全措施”的概念之間作出某種界定。

澳門民事訴訟法典的行文中既使用“保全程序”又使用“保全措施”。

在司法活動及司法慣例中，有人將兩者視爲同義詞或者可以互相調換的詞語。

然而，兩者的含義卻不相同。

“保全程序”是指一系列旨在獲得“保全措施”的程序機制的總稱或保護司法決定效力的安排。

應注意到“保全程序”偏向於形式或程序方面，而“保全措施”傾向於實體方面，對應聲請內容的請求。

通過這一辨析，可以看出澳門民事訴訟法典第 326 條第 3 款不僅僅賦予法官改正措施定性方面錯誤的權力，同樣還包括相應的程序。否則，立法者會用程序一詞代替“措施”一詞。正如第 334 條，隨著措施失效，保全程序消滅，從而對兩個術語作出了明確的區別。

所以，除了改變程序形式，還可以改變所具體聲請的手段，以更有效合理地保護援引之權利並避免實際表明存在遲延的危險。在法律上這

⁸ 持有相同見解的有 Lopes do Rego，載於《民事訴訟法典評論》。

種轉換是可被接受的⁸。

那麼，法官是否真正擁有自由批示一項其認為更適當且沒有任何限制的措施，即使超出了聲請者的請求數額？

我們假設某人向法院請求批示一項普通保全措施，命令被聲請人不要對某一不動產設定義務，該不動產是被聲請人的唯一財產。批示中宣佈聲請人為該財產的債權人，對該不動產設定義務會造成嚴重損失並對自身權利造成難以彌補的損害，即喪失對債權的財產擔保。聲請人還請求法院無需預先對被聲請人進行聽證就批示普通保全措施，因為考慮到開展聽證會對該措施的目的和效力造成嚴重風險。

在核實了提供的事實後，法官是否可以取代聲請人請求的措施而下令假扣押？因其認為假扣押可更好保護聲請人的利益，一旦作出禁止設定義務的批示後，被聲請人還可以轉讓該不動產。

Abílio Neto 在為葡國民事訴訟法典第 392 條第 3 款進行之註釋中寫道：“在保全程序中，法院擁有廣泛的權力以批示採取適當的措施，不受被請求原則的約束，抑或說，法院可以不僅只對所具體聲請的措施作出給予或拒絕的決定”⁹。

他還指出葡萄牙民事訴訟法典第 661 條第 1 款確定的規則（澳門民事訴訟法典第 564 條第 1 款）不適用於保全程序¹⁰。

在另一位學者 António Santos Abrantes Geraldès¹¹ 認為，法官在該方面的決定權並非絕對自由，因葡國民事訴訟法典第 664 條規定了限制（對應澳門民事訴訟法典第 567 條），這就是法院應當把決定同法律所允許的不同方式引入程序之事實相適應。

他認為：“對保全措施進行調整的自由受到當事方所提交的法律事實援引和代表的法律關係的限制，法律事實還包括從案件調查或辯論中得出的輔助性事實，並對所提出之請求有需要、能補充或具體說明當事人已陳述之事實。此外，輔助性事實也可以從案件調查和辯論中得出並由法官依職權收集來作為裁判基礎¹²”。

我們同意 António Santos Abrantes Geraldès 的立場，即法官不能以

⁹ 《民事訴訟法典註釋》第 16 版，Abílio Neto。

¹⁰ Abílio Neto，引用著作（第 661 條註釋）。

¹¹ 科英布拉中級法院法官。

¹² 載於《民事訴訟改革研究》，第三卷。

更好保障受威脅的權利為由，利用其沒有職權審理的事實來批示一項不同的措施，否則就會違反處分原則。

然而，我們認為除了上述性質限制外，還應該對法官批示保全措施的數量規定限制，這正是澳門民事訴訟法典第564條第1款的規定，即法官雖然可以批示一項不同於所請求的措施，但是所作之判處不得高於所請求之數額。

上面的分析解釋了處分原則越來越讓位於調查原則的事實。

然而，我們在前文指出，儘管澳門民事訴訟法典加強了公益的重要性，處分原則依然是民事訴訟的主導性原則。

適用一項規定意味著將它適用於整個規定，也就是說，澳門民事訴訟法典第326條第3款的規定應當與該法典的其他條文相適應，特別是第564條第1款。

第564條第1款設置了兩方面的限制：一個是數量，法官不可以判處高於所請求的數額；另一個是性質，法官之判處不得有別於所請求之事項。

第326條第3款僅僅賦予法官超越性質方面限制的權力（只要有事實，法院得命令採取非為所具體聲請採取之措施），但是從未指出法官可以判處超過所請求的數額，即超過數量限制。

我們認同法官擁有該權力是危險的，特別是在沒有預先對被聲請人聽證就批示一項措施的情況。

如果法官批示一項決定高於所請求的數額，而後來又發現該批准措施是過份的行為，也就是說，措施帶來的損失高於其要避免的損失，那麼，由誰對被聲請人的損失承擔責任？

在我們的例子中，如果被聲請人反駁聲稱在他與聲請人之間存在一項協議，根據該協議，如果被聲請人在3個月之內沒有賣掉不動產且以銷售價格償還債務，將無償把不動產交給聲請人，以免除債務。

一旦批示了假扣押，未來的買方就喪失了購買的興趣，且隨著時間的推移，不動產市場價格下跌。

應該由聲請人對被聲請人的損失負責嗎？

答案看起來是否定的，因為聲請人雖然隱藏了存在協議這一事實，但並沒有聲請該假扣押措施，而只是請求法院批示禁止設定義務。

那麼，該假扣押的批示是由法官作出的，是否應由法官負責？

我們知道，依據法律規定，司法官對自己的決定不負責任，除非該

決定是由於故意或者嚴重疏忽作出。

如果法律的明確保護（主要指宣告或執行之訴）不允許法官判處或執行超出被請求的數額，那麼在保全措施方面就更不會允許法官這樣做，因為考慮到相對於主要訴訟而言，保全措施的功能是輔助性，即消除延誤的危險並有效保障受到威脅的權利。

根據上文闡述，我們認為，雖然法官可以批示一項不同於具體聲請的請求，這一新的措施應該被聲請人所請求的數額所限制，不可以超越聲請人的請求。

所以，為了更好協調整個民事訴訟制度，應該同時平衡和保障調查的意義和處分原則。

* * *

關於是否允許當事人提出一項空泛的請求，例如請求法院批示一項適當的措施或者必要的手段以更加有效保障自身的權利，而不把請求具體化，里斯本中級法院在 1970 年 4 月 1 日的判決中，作出了肯定的回答。

除了應有的尊重外，我們並不同意這種觀點，因為看來該決定違反了民事訴訟法的基本原則，其中，聲請人有義務將物質主張具體化，否則就構成了起訴狀不當，從而導致初端駁回。

即使是在訴訟過程中的保全程序裏，法官已經掌握聲請人請求的更多要素，但是，通常不允許一般性的請求，除非構成了第 392 條規定的例外情況，即 a) 訴訟之間接標的為一集合物；b) 仍未能確定指出不法事實之後果，又或受害人欲行使《民法典》第 563 條賦予其之權能；c) 數額之訂定取決於帳目之提交或其他應由被告作出之行爲。

在對保全程序規定進行謹慎分析之後，可以看出立法者未在第 326 條第 3 款允許當事人提出一般性的請求，更不用說在保全程序中允許提出空泛的請求了。

* * *

既然法官不受被請求措施的約束，因起訴狀不當而引致的初端駁回還會發生嗎？

科英布拉中級法院在2000年7月5日的判決中作出了否定的回答，其中寫道：“法官不能也不應該基於程序並非具體適合所請求的措施這一理由，駁回任何提起的程序，無論是普通程序還是特定程序。因為在保全程序方面，主要的是保障，而保障的方式在某種程度上並非重要。”

除了應有的尊重之外，我們並不認為答案是正確的。

比如，如果聲請人只提交了一個空泛的請求，請求法院批示一項適當的措施來保障一項權利，而法官完全可以邀請當事人對其請求具體化之後再作出批示。而如果聲請人不這樣做的話，法官可以基於請求無法理解、起訴書不當而初端駁回聲請。

再來分析另外一個例子，如果某人請求裁定給予臨時損害賠償，但是他所陳述的事實表明是臨時扶養，因為排除了在措施定性方面的錯誤，法官也應該基於請求與訴因不一致而初端駁回。

* * *

關於澳門民事訴訟法典第326條第3款是否僅適用於普通程序，還是也適用於特定程序，我們需要區分下列的情況：

- a) 把一項特定的保全措施合併成為普通措施；
- b) 把一項特定的保全措施合併為另一項特定的保全措施，且
- c) 把普通措施合併為特定措施。

在上面a項提到的情形裏，我們依照法律規定，可以無需太多困難就提供肯定的答案，但需要滿足下列條件：i) 已提起的對已存在的權利保障之訴或者將提起形成之訴的獲保障的權利概率很大；ii) 存在合理並且有根據的擔心其他人會造成嚴重損害或對權利造成難以彌補的損害；iii) 不存在適當的特定措施以保全這一聲請人描述的權利且；iv) 採取措施避免發生的損失不超過批示措施所造成的損害（澳門民事訴訟法典第326條）。

關於把普通保全措施和特定保全措施進行合併處理，我們仍需要區分下列情況：

- 1) 在措施性質上發生的錯誤，也就是說，聲請人考慮自己陳述的事實和物質請求，合理地請求一項措施，然而錯將該措施定為普通措

施，所以並不牽涉到缺少特定措施的某些要件問題；

2) 被聲請的物質請求與一項特定保全程序相一致，但是聲請人因為缺少法律所要求的條件，聲請了普通程序。

在第一種情況中，法官糾正聲請人請求措施性質上的錯誤沒有任何困難。而在第二種情況中，則不是這樣顯而易見，考慮到第 326 條第 1 款規定的普通保全措施的輔助功能，即只有缺少特定的措施來保障權利時，才會適用普通保全措施。

例如，法官在聲請人沒有承認並預先證實對財產移轉之司法爭議的情況下，不能針對被實施假扣押債務人財產之取得人而批示一項普通保全措施（禁止轉讓和對某些不動產設置負擔）¹³。

參考資料：

- 《民事宣告程序》，Fernando Luso Soares
- 《民事訴訟 I》，José João Baptista
- 《民事訴訟法》第 I 卷，João de Castro Mendes
- 《民事訴訟的基本原則》，Helder Martins Leitão 和 Manuela Neto
- 《民事訴訟改革研究》，第三卷，António Santos Abrantes Geraldés

¹³ 《澳門民法典》第 615 條第 2 款規定債權人可以有权針對取得人聲請將財產進行假扣押，但需已透過司法途徑就財產移轉提出爭議。然而，新民事訴訟法典第 352 條第 2 款允許對債務人財產之取得人實行假扣押，僅要求提出有助證明爭執之理由可成立之事實，如果聲請人沒有表明已透過司法途徑對該取得提出爭執。這一規定與澳門民法典的規定相矛盾（第 615 條第 2 款）因為後者規定只有已經透過司法途徑對財產取得提出爭議，針對債務人財產取得人進行的假扣押才是被允許的。如何解決這一問題呢？考慮到訴訟法的性質，即旨在建立程序制度以對實體法進行具體化，我們認為實體法的規定，也就是澳門民法典規定優先。

