

淺談兩岸財產保全制度

文◎李永然·吳任偉

壹、前言

大陸地區與台灣地區之法規範制度裡，無論是實體法、亦或是在程序法上，均可看到「保全」的名稱。在台灣地區，所謂實體法之「保全」，專指台灣地區《民法》第242條所定之「代位權」，以及同法第244條所定之「撤銷權」而言；債權人如何行使其權利，依實體法之規定決之（註1）。而所謂訴訟法上之「保全」，則係指台灣地區《民事訴訟法》第七篇「保全

李永然

中國政法大學法學博士；國立台灣大學法律學研究所博士班研究；永然聯合法律事務所所長；中華人權協會名譽理事長。

吳任偉

輔仁大學財經法律研究所碩士；永然聯合法律事務所高雄所副主任律師；中華人權協會南台灣論壇執行長。

註1 吳明軒，民事訴訟法（下冊），第1617頁，2007年9月修定七版，三民書局出版。

程序」中，就債權人依該法第522條至第538條之4等規定，如何進行與取得「假扣押」、「假處分」或「定暫時狀態之假處分」等裁定之規範而言，又稱為「保全訴訟」。另外，台灣地區尚有《強制執行法》之法規範，此為大陸地區所無；依該法第五章「假扣押假處分之執行」，債權人得依台灣地區《強制執行法》第132條至第140條等規定，以上開裁定作為「執行名義」，據以進行強制執行之程序，學理上稱之為「保全執行」（註2），而與「終局執行」（例如以終局之確定判決作為執行名義）有所差異（註3）。

在大陸地區，其實體法之「保全」，於大陸地區《合同法》第73條及第74條以下，分別規定有「代位權」與「撤銷權」之制度設計（註4）。至於程序法之「保全」，則於大陸地區《民事訴訟法》第九章以下規定「財產保全和先予執行」，並無另外制定類如台灣地區《強制執行法》之法律規範，且亦無類似台灣地區《民事訴訟法》第538條第1項「定暫時狀態假處分」之規定。惟須特別注意者，乃大陸地區於程序法中，另以「限制出境」之方式，作為其程序法之「保全」制度的手段。茲分別就兩岸地區關於財產保全制度等相關規範，詳細介紹與分析如后。

註2 張登科，強制執行法，第581頁，2001年9月修訂版。

註3 原則上，「保全執行」僅具有「保全」之性質，惟由於時代之進步，現代社會之法律思想，已經由傳統之事後損害賠償制裁方法，進入到以事前的預防損害及實現權利保護措施。從而，保全程序的裁定內容與保全的執行方法，即由傳統所謂確保將來的本案訴訟執行，演進為暫時滿足權利而不受加害的執行。參陳榮宗，強制執行法，第653頁，1999年11月初版。

註4 王泰全，中國法律通論（上冊），第540至541頁，2009年10月一版一刷，新學林出版。

貳、台灣地區之財產保全制度

一、實體法之保全——台灣地區《民法》之「代位權」與「撤銷權」

此處所謂「實體法之保全」，即「債之保全」，另有稱之為「責任財產之保全」，蓋債務人總財產為債權人債權之總擔保，若債務人消極使財產流失或積極與第三人耗損財產者，債權人之債權自有不獲清償之虞。故「債之保全」乃債權人為確保其債權之實現，而防止債務人財產減少之一種手段^(註5)。

(一) 代位權：

1. 所謂「代位權」，乃債權人為保全其債權，得以自己的名義，行使債務人的權能；可以訴訟外或訴訟上之方式行使之。台灣地區《民法》第242條規定：「債務人怠於行使其權利時，債權人因保全債權，得以自己之名義，行使其權利。但專屬於債務人本身者，不在此限。」；在構成要件上，債權人必須對債務人有債權債務法律關係存在^(註6)，且須債務人怠於行使其權利，並對於該債權有保全之必要，且該債務人須負遲延責任後^(註7)，方

註5 林誠二，債法總論新解－體系化解說(下)，第190頁，2010年三月初版，瑞興圖書出版。

註6 台灣最高法院49年台上1274號判例：「代位權係債權人代行債務人之權利，故代行者與被代行者之間，必須有債權債務關係之存在，否則即無行使代位權之可言。」。

註7 台灣地區《民法》第243條規定：「前條債權人之權利，非於債務人負遲延責任時，不得行使。但專為保存債務人權利之行為，不在此限」。

得為之。

2. 上開所謂有「保全之必要」，係指若不代位行使權利，則將有害於債權人受清償之權利。至於判斷標準，有認為必以債務人因怠於行使權利而陷於無資力者為必要；但另有認為，只要有影響債務人對於債權人之給付即可。台灣學者通說認為：當債之標的與債務人之資力有關時，如貨幣之債、種類之債，其債務人應就債務之履行負無限責任，債務人苟有實力，債權即可獲清償；如果債務人陷於無資力，債權之經濟價值即行減損，故代位之行使應以債務人陷於無資力為必要。反之，債之標的與債務人之資力無關時，即使債務人尚有資力，因債務人怠於行使權利之結果，其債務仍有給付不能或給付困難之情形，債權人為保全其債權，宜許其行使代位權（註8）。
3. 另外，台灣地區最高法院92年台上字第1886號判例認為：「按民法第二百四十二條所定代位權行使之範圍，固可包括提起訴訟之行為在內，惟在訴訟程序進行中之行為，則僅訴訟當事人或訴訟法規定之關係人始得為之，債務人如已提起訴訟或被訴，該已由債務人進行之訴訟程序，唯有債務人始得續行，是債權人對該債務人所受法院之不利判決自無代位提起上訴之權。」；詳言之，「訴訟程序中之行為，僅訴訟當事人或訴訟法規定之關係人始得為之，是在訴訟程序上唯有債務人始得進

註8 孫森焱，民法債編總論（下冊），第609至610頁，2009年2月修訂版。

行之行為，尚非他債權人所得代位行使。依民事訴訟法第五百十九條第一項規定，債務人對於支付命令於法定期間提出異議者，支付命令失其效力，以債權人支付命令之聲請，視為起訴，即進入訴訟程序。且民法第二百四十二條規定之債權人代位權，係債權人以自己之名義，行使債務人之權利。若他債權人得代位債務人對支付命令提出異議，則異議人為該他債權人，被告反為債務人。故由他債權人以自己之名義代行被告之訴訟行為，並不妥當」(註9)。

4. 關於代位權之效力，因債務人之財產為所有債權之總擔保，故債權人代位債務人行使權利所得之結果，仍歸屬於債務人，而為所有債權人之共同擔保(註10)。

(二) 撤銷權：

1. 所謂「撤銷權」，乃債權人對債務人所為有害債權且以財產為標的之法律行為，為保全債權，得聲請法院撤銷之權能(註11)。台灣地區《民法》第244條規定：「債務人所為之無償行為，有害及債權者，債權人得聲請法院撤銷之。債務人所為之有償行為，於行為時明知有損害於債權人之權利者，以受益人於受益時亦知其情事者為

註 9 台灣地區最高法院 99 年度第 6 次民事庭會議決議。

註 10 台灣地區最高法院 21 年上字第 305 號判例：「債權人依民法第二百四十二條之規定，行使債務人對於第三債務人之債權時，雖應以其行使債權所得之利益歸屬於債務人，俾總債權人得均霑之，但不得因此即謂該債權人無受領第三債務人清償之權限。」。

註 11 林誠二，前揭著，第 211 頁。

限，債權人得聲請法院撤銷之。債務人之行為非以財產為標的，或僅有害於以給付特定物為標的之債權者，不適用前二項之規定。債權人依第一項或第二項之規定聲請法院撤銷時，得並聲請命受益人或轉得人回復原狀。但轉得人於轉得時不知有撤銷原因者，不在此限。」。

2. 台灣地區最高法院42年台上字第323號判例認為：「債權人依民法第二百四十四條規定，撤銷債務人所為之有償或無償行為者，祇須具備下列之條件，（一）為債務人所為之法律行為（二）其法律行為有害於債權人（三）其法律行為係以財產權為目的（四）如為有償之法律行為，債務人於行為時，明知其行為有害於債權人，受益人於受益時，亦明知其事情。至於債務人之法律行為除有特別規定外，無論為債權行為抑為物權行為，均非所問。」。概念上可以區分為「債務人之行為係無償行為」與「債務人之行為係有償行為」兩種類型；若係「債務人之行為係有償行為」，在構成要件上必須是債務人主觀上於行為時「明知」有損害債權人之權利，且須受益人於受益時亦「明知」有損害債權人之權利。
3. 再者，撤銷權之行使，依法須向法院以「訴訟方式」為之，不得僅以意思表示為之，故撤銷權又稱之為「撤銷訴權」。
4. 撤銷權因下列原因而消滅（註12）：
 - (1) 因債權人之行使而消滅；

註 12 林誠二，前揭著，第 226 至 227 頁。

(2) 債權人拋棄撤銷權，但效力不及於其他債權人，其他債權人仍得行使撤銷權。

(3) 除斥期間之經過，亦即台灣地區《民法》第245條規定：自債權人知有撤銷原因時起，一年間不行使或自行為時起，經過十年而消滅。

二、程序法之保全(一)——台灣地區《民事訴訟法》之「假扣押」、「假處分」及「定暫時狀態之假處分」

(一) 假扣押：

台灣地區《民事訴訟法》第522條、第523條規定，債權人就金錢請求或得易為金錢請求之請求，欲保全強制執行者，得聲請假扣押。惟須債權人之請求權有日後不能強制執行或甚難執行之虞者，才能依迅速、保密程序，就債務人之名下財產假扣押，防止債務人脫產，以保全將來之強制執行（註13）。

1. 假扣押之管轄法院：台灣地區《民事訴訟法》第524條規定，原則上假扣押之聲請，由本案管轄法院（為訴訟已繫屬或應繫屬之第一審法院）或假扣押標的所在地（如係債權或須經登記之財產權，以債務人住所或擔保之標的所在地或登記地）之地方法院管轄。例外訴訟現繫屬於第二審者，得以第二審法院為本案管轄法院。
2. 聲請假扣押之程序：台灣地區《民事訴訟法》第525條及第526條規定，假扣押之聲請，應表明下列各款事項：

註 13 張登科，前揭著，第 582 頁。

(1) 當事人及法定代理人。(2) 請求及其原因事實，倘非關於一定金額者，應記載其價額。(3) 假扣押之原因應釋明之。(4) 本案管轄法院，如依假扣押之標的所在地定法院管轄者，應記載假扣押之標的及其所在地。另外，假扣押原因之釋明如有不足，而債權人陳明願供擔保或法院認為適當者，法院得定相當之擔保，命供擔保後為假扣押。且請求及假扣押之原因雖經釋明，法院亦得命債權人供擔保後為假扣押。依台灣地區最高法院48年台抗字第18號民事裁定要旨所載：「法院就債務人因假扣押或假處分所受損害，命債權人預供擔保者，其金額之多寡應如何認為相當，原屬於法院職權裁量之範圍，非當事人所可任意指摘。」，而目前台灣地區法院在實務上命債權人供擔保之金額，約為所請求保全債權總金額之三分之一。惟2003年2月7日公布增訂台灣地區《民事訴訟法》第526條第4項規定之修正理由，考量法院於假扣押命供擔保時，幾乎一律要求債權人提供其所請求金額三分之一之擔保金，而長期為婚姻生活犧牲、貢獻而處於經濟上弱勢之家事勞動者，幾乎無力提供，故特規定其等於請求家庭生活費、扶養費、贍養費、夫妻剩餘財產差額分配之訴時，法院應降低所命供擔保之門檻，不得高於請求金額之十分之一，以免因程序規定而損及當事人實體利益，並保障其等之請求權。

3. 假扣押聲請程序：

(1) 書寫「民事聲請假扣押狀」，向管轄之地方法院送狀聲請。

- (2) 民事假扣押聲請狀，除應依台灣地區《民事訴訟法》第526條第1項規定，釋明請求的原因，並陳明願供擔保，以代釋明之不足外，並應依同法第525條第1項規定，表明上開各款事項。
- (3) 台灣地區《民事訴訟法》第77條之19第5款規定，聲請假扣押、假處分或撤銷假扣押、假處分裁定，徵收裁判費新台幣1,000元。
- (4) 法院准予假扣押的民事裁定：聲請手續及內容齊全時，法院民事庭原則上會於裁定後送達。如果文件不齊全，必須補正後才可裁定送達。
- (5) 提供擔保：依准予假扣押的民事裁定至法院提存所辦理提存擔保物。提存人並應依台灣地區《提存法》第9條及台灣《辦理提存及領取提存物（款）須知》等相關規定，提出提存書、國庫存款收款書或保管品聲請書及提存原因證明文件等資料；並依台灣地區《提存法》第28條第3項規定繳納新台幣500元擔保提存費。

4. 假扣押應注意事項：

- (1) 聲請假扣押的管轄法院，如非屬債務人之住所地管轄法院，係為假扣押標的所在地的法院，聲請狀中應記載假扣押標的及其所在地。
- (2) 債權人聲請假扣押時，得於聲請狀載明以現金或等值的有價證券（例如：銀行無記名可轉讓的定期存款單）以供擔保。
- (3) 提存後，如須變換提存物時，可向法院聲請變換提存

物；變換時，係採先提存准以變換擔保物裁定所示之提存物後，再辦理取回原提存物。

(二) 假處分及定暫時狀態假處分：

台灣地區《民事訴訟法》第532條第1項規定，債權人就金錢請求以外的請求，欲保全強制執行者，得聲請假處分。另同法第538條規定，於爭執之法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或其他相類之情形而有必要者，得聲請為定暫時狀態之處分。所謂法律關係，無論財產上或身分上之法律關係均有定暫時狀態假處分之適格，財產上之法律關係，亦不以金錢請求以外之法律關係為限。簡單地說，當事人成立契約關係後，債務人卻違約拒不履行債務，債權人為了防止契約標的之房屋或土地被賣掉，票據被債務人兌現，所有權、通行權、占有狀態、扶養義務、專利權、商標權等被侵害或有爭執及其他法律關係被變更時，可以向法院聲請假處分，以保全請求。

1. 假處分的限制：台灣地區《民事訴訟法》第532條第2項的規定，假處分非因「請求標的」的現狀變更，有日後不能強制執行或甚難執行之虞者，不得為之。
2. 假處分的管轄：台灣地區《民事訴訟法》第533條規定，假處分的管轄準用假扣押之規定，即由本案管轄法院或假處分標的所在地之地方法院管轄。
3. 假處分的程序：聲請假處分的程序大致與聲請假扣押程序相同，應遵守下列程序：
 - (1) 書寫「民事假處分聲請狀」，如請求債務人就不動產為移轉登記、禁止債務人向付款人為付款的提示及轉

讓第三人及禁止債務人向付款人請求付款及轉讓第三人，向管轄之地方法院送狀聲請。

- (2) 假處分聲請狀，除應釋明請求的原因，並陳明願供擔保以代釋明之不足外，且應表明當事人及法定代理人、請求及其原因事實、假處分的原因以及法院。
 - (3) 依台灣地區《民事訴訟法》第77條之19第5款規定，聲請假扣押、假處分或撤銷假扣押、假處分裁定，徵收裁判費新台幣1,000元。
 - (4) 法院准予假處分的民事裁定：聲請手續及內容齊全時，法院原則上會裁定後送達。如果文件不齊全，必須補正後才可裁定送達。
 - (5) 提供擔保：依准予假處分的民事裁定至法院提存所辦理提存擔保物。提存人並應依台灣地區《提存法》第9條及台灣地區《辦理提存及領取提存物（款）須知》等相關規定，提出提存書、國庫存款收款書或保管品聲請書及提存原因證明文件等資料，並依繳納新台幣伍佰元之擔保提存費。
4. 法院應依台灣地區《民事保全程序事件處理要點》辦理保全程序：
- (1) 民事保全程序事件之處理，除家事事件之假處分外，適用本要點之規定。
 - (2) 地方法院受理假扣押、假處分之聲請，應由執行法官兼辦裁定。其事務較繁之地方法院得指定專人辦理。
 - (3) 地方法院應設置收受關於保全程序書狀之人員。收受書狀人員於收受債權人聲請假扣押、假處分之書狀

後，應立即轉送辦理分案人員。辦理分案人員應立即分案，送交承辦法官。

- (4) 承辦法官收案後，除須調查或命補正者外，應即裁定；其應調查或命補正者，應儘速辦理後裁定之。
- (5) 前項裁定正本，書記官應迅速送達債權人；如債權人到院領取者，應當場交付之。對於債務人之送達，應與執行同時或事後為之。
- (6) 債權人向本案訴訟繫屬之法院聲請假扣押、假處分者，由本案訴訟之承辦法官裁定之，並準用前三項規定辦理。
- (7) 假扣押、假處分執行事件，除須調查或補正者外，應儘速辦理完畢。
- (8) 關於免為或撤銷假扣押、假處分之裁定或執行，除須調查或補正者外，應儘速辦理完畢。
- (9) 本要點自下達之日起實施。

三、程序法之保全(二)——台灣地區《強制執行法》之「假扣押假處分之執行」

台灣地區《強制執行法》之「假扣押、假處分之執行」，又稱「保全執行」，主要係為實現保全之目的而設的執行程序，重點在於迅速、保密及防止債務人脫產拒不履行債務。

(一) 假扣押執行：

1. 執行假扣押查封：

- (1) 檢附已依假扣押裁定完成提存之提存書影本並具狀向管轄法院的民事執行處聲請。
- (2) 繳納執行費：台灣地區《強制執行法》第28條之2規定，民事強制執行，依其聲請執行標的金額或價額繳交千分之七的執行費，但執行標的金額或價額未滿新台幣5,000元者免繳。而執行非財產案件，徵收執行費新台幣3,000元。但台灣地區《強制執行法》第28條之2第5項規定：「關於強制執行費用，本法未規定者，準用民事訴訟費用有關之規定。」準用台灣地區《民事訴訟法》第77條之23第4項規定，郵資送達費及司法人員於法院外為訴訟行為之食、宿、舟、車費，不另徵收。台灣司法院考量上開規定造成預算龐大支出，故依台灣地區《民事訴訟法》第77條之27規定，基於法律授權提高執行費千分之一，即自2003年9月1日起執行費提高為千分之八（註14）（參台灣地區司法院網站公布之《民事訴訟事件裁判費徵收核算對照表》）。另同一債權人前聲請保全執行之假扣押，嗣後聲請本案執行時，不再徵收執行費，但前聲請假扣押執行時，如未繳足執行費者，應再補徵收執行費至千分之八（註15）。
- (3) 完成查封：原則上，係先由債權人導引至現場查封假

註 14 陳志雄、陳信瑩、陳容正共同編著，訴訟標的價額之核定及裁判費暨執行費等之計徵標準，第 169 頁。

註 15 盧江陽，強制執行法實務，第 50 頁，2004 年 9 月修訂一版。

扣押標的。查封標的若係不動產，則由執行法官命書記官督同執達員依台灣地區《強制執行法》第76條第1項規定，擇「揭示」、「封閉」、「追繳契據」三種方法之一，或必要時併用，完成假扣押查封且發生查封的效力；而假扣押標的如為已登記之不動產，依台灣地區《強制執行法》第76條第3項規定，執行法院並應先通知登記機關為查封登記，其通知於上開執行行為實施前到達登記機關時，也發生查封之效力。查封標的若係動產，則由執行法官命書記官督同執達員依台灣地區《強制執行法》第47條規定，擇標封、烙印或火漆印、其他足以公示查封的適當方法之一，或必要時併用，完成假扣押查封且發生查封的效力。倘假扣押之動產，如有價格減少之虞或保管需費過多時，執行法院得因債權人或債務人之聲請或依職權，定期拍賣，提存其賣得價金，此有台灣地區《強制執行法》第134條規定可參；且台灣地區《辦理強制執行事件應行注意事項》第70條亦規定：「在假扣押或假處分中之財產，如經政府機關依法強制採購或徵收者，執行法院應將其價金或補償金額提存之。」。另外，台灣地區《強制執行法》第136條以下規定，另對於船舶、航空器之假扣押，係準用同法第二章第四節對於船舶及航空器之執行規定。而對於債務人就第三人之債權及其他財產權之執行，執行法院應分別發禁止處分清償之命令（台灣地區《強制執行法》第115條第1項禁止債務人收取處

分及同法第116條第1項前段禁止債務人處分，並禁止第三人交付或移轉），並準用對於其他財產權執行之規定，此有台灣地區《強制執行法》第135條規定可稽。

2. 假扣押送達前執行：台灣地區《強制執行法》第132條第1項規定，假扣押之執行，因債權人之聲請而開始，但應於假扣押之裁定送達同時或送達前為之，俾符假扣押執行之秘密性。實務上多係於假扣押執行時一併送達准予假扣押的民事裁定，惟假扣押執行後，如債務人送達處所不明致不能送達（如債務人遷居不明、逃匿），債權人應依台灣地區《強制執行法》第132條第2項規定，聲請公示送達；否則執行法院應依台灣地區《辦理強制執行事件應行注意事項》第69條第1項規定：「依本法第132條第2項規定，於送達前之執行，於執行後不能送達時，執行法院應將其事由通知債權人，並命其於相當期間內查報債務人之住、居所。倘債權人逾期未為報明，亦未聲請公示送達或其公示送達之聲請被駁回確定者，執行法院應撤銷假扣押或假處分之執行。」撤銷假扣押之執行。
3. 假扣押執行應注意事項：債權人取得法院核發准予假扣押的民事裁定時，應於收受該裁定後三十日內進行假扣押執行；否則，依台灣地區《強制執行法》第132條第3項規定，逾三十日者不得聲請執行。即逾期聲請，執行法院應依台灣地區《辦理強制執行事件應行注意事項》第69條第2項規定：「債權人聲請假扣押或假處分執行

時，已逾本法第132條第2項規定之三十日期限者，執行法院應以裁定駁回之。」裁定駁回其聲請，以符假扣押執行之緊急性。

4. 假扣押執行之效力，依台灣地區《強制執行法》第136條準用同法第51條第2項規定，實施查封後，債務人就查封物所為移轉、設定負擔或其他有礙執行效果之行為，對於債權人不生效力。參照台灣地區最高法院51台上字第156號民事判例要旨所載：「債務人在查封後就查封物所為之處分，對於債權人不生效力，所謂債權人非僅指聲請執行查封之債權人而言，即參與分配之債權人，亦包括在內。」可知本法規定之查封效力，似採程序相對無效，即債務人於查封後所為之處分行為，不僅對處分前之債權人不生效力；對處分後之債權人，以查封開始之執执行程序存續者為限，亦不得對抗，俾符台灣地區所採債權人平等主義之立法，以求執执行程序之安定、迅速及避免分配程序複雜化。

(二) 假處分執行

1. 向管轄法院的民事執行處聲請。
2. 繳納執行費：台灣地區《強制執行法》第28條之2規定，民事強制執行，依其聲請執行標的金額或價額繳交千分之七的執行費，但執行標的金額或價額未滿新台幣5000元者免繳。而執行非財產案件，徵收執行費新台幣3000元。但台灣地區《強制執行法》第28條之2第5項規定：「關於強制執行費用，本法未規定者，準用民事訴

訟費用有關之規定。」，準用台灣地區《民事訴訟法》第77條之23第4項規定，郵資送達費及司法人員於法院外為訴訟行為之食、宿、舟、車費，不另徵收。台灣地區司法院考量上開規定造成預算龐大支出，故依台灣地區《民事訴訟法》第77條之27規定，基於法律授權提高執行費千分之一，即自2003年9月1日起執行費提高為千分之八。另同一債權人前聲請保全執行之假處分，嗣後聲請本案執行時，不再徵收執行費，但前聲請假處分執行時，如未繳足執行費者，應再補徵收執行費至千分之八（註16）。

3. 完成假處分：台灣地區《民事訴訟法》第535條規定，假處分所必要的方法，由法院酌量定之。假處分，得選任管理人及命令或禁止債務人為一定行為。即假處分所適用之方法，法官有自由裁量權，非當事人所得任意指摘，因此假處分裁定所命假處分之具體內容不一而足，故假處分之執行方法亦呈多樣化，例如：

- (1) 選任管理人管理系爭物之執行：台灣地區《強制執行法》第137條規定，假處分裁定，應選任管理人管理系爭物者，於執行時，執行法院應使管理人占有其物。

- (2) 命令或禁止債務人為一定行為之執行：台灣地區《強制執行法》第138條規定，假處分裁定，係命令或禁止債務人為一定行為者，執行法院應將該裁定送達於

註 16 盧江陽，前揭著，第 50 頁。

債務人。且依同法第140條規定，準用同法第四章關於行為、不行為請求權執行之規定。

- (3) 台灣地區《票據法施行細則》第4條規定：「票據為不得享有票據上權利或票據權利應受限制之人獲得時，原票據權利人得依假處分程序，聲請法院為禁止占有票據之人向付款人請求付款之處分。」。
- (4) 禁止債務人設定、移轉或變更不動產上之權利之執行：台灣地區《強制執行法》第139條規定，假處分裁定，係禁止債務人設定、移轉或變更不動產上之權利者，執行法院應將該裁定揭示。再依同法第140條準用同法第76條第3項規定，已登記之不動產，執行法院並應先通知登記機關為查封登記，其通知於上開執行行為實施前到達登記機關時，也發生查封之效力。另外，台灣地區《辦理強制執行事件應行注意事項》第72條規定：「假處分裁定，係禁止債務人設定、移轉或變更不動產上之權利者，執行法院應將裁定揭示於船舶所在地，如該船係我國國籍船舶，應將裁定揭示於船籍港所在地，並通知船籍港航政主管機關登記其事由。」。又台灣地區《民事訴訟法》第254條第5項亦有類似之規定，為訴訟標的之權利，其取得、設定、喪失或變更，依法應登記者，於起訴後，受訴法院得依當事人之聲請發給已起訴之證明，由當事人持向該管登記機關請求將訴訟繫屬之事實予以登記。
- (5) 命給付金錢之執行：台灣地區《強制執行法》第140

條規定，假處分之執行，除前三條規定外，準用關於同法第二章關於金錢請求權執行之規定。而命給付金錢之假處分，如請求假處分命債務人給付扶養金、命債務人按月給付薪水等，準用關於金錢請求權執行之規定，就債務人之財產為查封、換價，並將所得金錢交付債權人，此時假處分債權人因執行而獲債權暫時性（如本案訴訟敗訴確定，仍應返還債務人。）滿足，學者稱為「滿足之假處分」（註17）。

- (6) 勿庸執行之假處分：假處分中有一旦假處分裁定發生效力，立即發生形成效果，勿庸強制執行者，如停止執行職務之假處分、保全受僱地位之假處分等（註18）。

4. 假處分應注意事項：

- (1) 關於債務人部分：台灣地區《民事訴訟法》第536條規定：「Ⅰ、假處分所保全之請求，得以金錢之給付達其目的，或債務人將因假處分而受難以補償之重大損害，或有其他特別情事者，法院始得於假處分裁定內，記載債務人供所定金額之擔保後免為或撤銷假處分。Ⅱ、假處分裁定未依前項規定為記載者，債務人亦得聲請法院許其供擔保後撤銷假處分。Ⅲ、法院為前二項裁定前，應使債權人有陳述意見之機會。」

註 17 張登科，前揭著，第 596 頁。

註 18 張登科，前揭著，第 594 頁。

- (2) 關於債權人部分：債權人聲請假處分時，得於聲請狀載明以現金或等值的有價證券（例如銀行無記名可轉讓的定期存款單）以供擔保。另外，債權人取得法院核發准予假處分的民事裁定時，應於收受該裁定後三十日內進行假處分執行，否則，依台灣地區《強制執行法》第132條第3項規定，逾三十日者不得聲請執行。即逾期聲請，執行法院應依台灣地區《辦理強制執行事件應行注意事項》第69條第2項規定：「債權人聲請假扣押或假處分執行時，已逾本法第132條第2項規定之三十日期限者，執行法院應以裁定駁回之。」裁定駁回其聲請，以符假處分執行之緊急性。
- (3) 假處分執行之效力^(註19)：若債務人有設定、移轉或變更不動產上之權利之執行，則於有害被保全權利之限度內對債權人不生效力。如債權人聲請保全移轉登記請求權之假處分執行後，債務人將不動產移轉於第三人，債權人於本案勝訴判決確定後，得主張其移轉無效。另外，被停止執行職務之債務人，於裁定生效時當然失其執行職務之權限，其所為行為無效。又，如假處分係禁止債務人將標的物占有移轉，惟債務人仍將之移轉占有於第三人，應認其移轉對於債權人不生效力。

註19 張登科，前揭著，第597頁。

參、大陸地區之財產保全制度

一、實體法之保全——大陸地區《合同法》之「代位權」與「撤銷權」

(一) 代位權

1. 大陸地區《合同法》第73條規定：「因債務人怠於行使其到期債權，對債權人造成損害的，債權人可以向人民法院請求以自己的名義代位行使債務人的債權，但該債權專屬於債務人自身的除外。代位權的行使範圍以債權人的債權為限。債權人行使代位權的必要費用，由債務人負擔。」。
2. 所謂債權人的「代位權」，是指當債務人怠於行使其對第三人享有的權利而害及債權人的債權時，債權人為保全其債權，可以以自己的名義代位行使債務人對第三人之權的權利^(註20)。概念上與台灣地區《民法》所稱之「代位權」概念相同。而大陸地區最高人民法院關於適用《合同法》若干問題的解釋（一）第11條規定：「債權人依照合同法第73條的規定提起代位權訴訟，應當符合下列條件：（一）債權人對債務人的債權合法；（二）債務人怠於行使其到期債權，對債權人造成損害；（三）債務人的債權已到期；（四）債務人的債權

註 20 魏振瀛主編，《民法》，第 337 頁，北京大學出版社、高等教育出版社 2006 年版。

不是專屬於債務人自身的債權。」。

3. 又，上開所謂「專屬於債務人自身的債權」，是指基於扶養關係、撫養關係、贍養關係、繼承關係產生的給付請求權和勞動報酬、退休金、養老金、撫恤金、安置費、人壽保險、人身傷害賠償請求權等權利（註21）。而「債務人怠於行使其到期債權，對債權人造成損害的」，是指債務人不履行其對債權人的到期債務，又不以訴訟方式或者仲裁方式向其債務人主張其享有的具有金錢給付內容的到期債權，致使債權人的到期債權未能實現；另外，次債務人（即債務人的債務人）不認為債務人有怠於行使其到期債權情況的，應當承擔舉證責任（註22）。
4. 在代位權訴訟中，債權人請求人民法院對次債務人的財產採取保全措施的，應當提供相應的財產擔保（註23）；另外，債權人行使代位權的請求數額不得超過債務人所負債務額，或者超過次債務人對債務人所負債務額（註24）。
5. 又，合夥人發生與合夥企業無關的債務，相關債權人不得以其債權抵銷其對合夥企業的債務；也不得代位行使

註 21 參中國大陸最高人民法院關於適用《中華人民共和國合同法》若干問題的解釋（一）第 12 條。

註 22 參中國大陸最高人民法院關於適用《中華人民共和國合同法》若干問題的解釋（一）第 13 條。

註 23 參中國大陸最高人民法院關於適用《中華人民共和國合同法》若干問題的解釋（一）第 17 條。

註 24 參中國大陸最高人民法院關於適用《中華人民共和國合同法》若干問題的解釋（一）第 21 條。

合夥人在合夥企業中的權利（註25）。

（二）撤銷權

1. 大陸地區《合同法》第74條規定：「因債務人放棄其到期債權或者無償轉讓財產，對債權人造成損害的，債權人可以請求人民法院撤銷債務人的行為。債務人以明顯不合理的低價轉讓財產，對債權人造成損害，並且受讓人知道該情形的，債權人也可以請求人民法院撤銷債務人的行為。撤銷權的行使範圍以債權人的債權為限。債權人行使撤銷權的必要費用，由債務人負擔。」；第75條規定：「撤銷權自債權人知道或者應當知道撤銷事由之日起一年內行使。自債務人的行為發生之日起五年內沒有行使撤銷權的，該撤銷權消滅。」。
2. 所謂「撤銷權」，係指債權人就債務人放棄對他人債權或無償、低價處分自己財產時，債權人得為撤銷之權利（註26）。概念上與台灣地區《民法》所稱之「撤銷權」概念相同。而大陸地區最高人民法院關於適用《合同法》若干問題的解釋（一）第25條規定：「債權人依照合同法第74條的規定提起撤銷權訴訟，請求人民法院撤銷債務人放棄債權或轉讓財產的行為，人民法院應當就債權人主張的部分進行審理，依法撤銷的，該行為自始無效。兩個或者兩個以上債權人以同一債務人為被告，就同一標的提起撤銷權訴訟的，人民法院可以合併審

註 25 參《中華人民共和國合夥企業法》第 41 條。

註 26 王泰銓，前揭著，第 541 頁。

理。」；換言之，債權人須向法院以訴訟為之；若經法院依法予以撤銷時，債務人所為之放棄債權或轉讓財產之行為，均自始無效。

3. 另外，債權人因行使撤銷權所支付之律師代理費、差旅費等必要費用，原則上均由債務人負擔；且倘若第三人有過錯時，亦應適當分擔之（註27）。

二、程序法之保全（一）——中國大陸《民事訴訟法》之「財產保全」

- （一）依大陸地區《民事訴訟法》第92條第1款規定：「人民法院對於可能因當事人一方的行為或者其他原因，使判決不能執行或者難以執行的案件，可以根據對方當事人的申請，作出財產保全的裁定；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財產保全措施。」；同法第93條第1款、第3款規定：「利害關係人因情況緊急，不立即申請財產保全將會使其合法權益受到難以彌補的損害的，可以在起訴前向人民法院申請採取財產保全措施。」、「人民法院接受申請後，必須在四十八小時內作出裁定；裁定採取財產保全措施的，應當立即開始執行。」。基此，依大陸地區《民事訴訟法》之規定，於民事訴訟起訴前或訴訟程序進行中，當事人均得申請財產保全，而於起訴前申

註 27 參大陸地區最高人民法院關於適用《合同法》若干問題的解釋（一）第 26 條。

請財產保全，限於申請人因情況緊急，不立即申請將使其權益受到難以彌補的損害之情形，且人民法院必須於四十八小時內作出裁定，並於裁定採取財產保全措施後，立即開始執行。

(二) 另依大陸地區《民事訴訟法》第92條第1款規定：「人民法院採取財產保全措施，可以責令申請人提供擔保；申請人不提供擔保的，駁回申請。」；同法第93條第2款亦規定：「申請人應當提供擔保，不提供擔保的，駁回申請。」。故申請財產保全，尤其於起訴前申請者，需提供擔保，且依大陸地區「最高人民法院關於適用《民事訴訟法》若干問題的意見」第98條規定：「人民法院依照民事訴訟法第九十二條、第九十三條規定，在採取訴前財產保全和訴訟財產保全時責令申請人提供擔保的，提供擔保的數額應相當於請求保全的數額。」。

(三) 再者，關於財產保全之執行範圍部分，依大陸地區《民事訴訟法》第94條規定：「財產保全限於請求的範圍，或者與本案有關的財物。財產保全採取查封、扣押、凍結或者法律規定的其他方法。人民法院凍結財產後，應當立即通知被凍結財產的人。財產已被查封、凍結的，不得重復查封、凍結。」惟應注意者，大陸地區《最高人民法院關於人民法院民事執行中查封、扣押、凍結財產的規定》第十七條：「被執行人將其所有的需要辦理過戶登記的財產出賣給第三人，第三人已經支付部分或者全部價款並實際佔有該財產，但尚未辦理產權過戶登記手續的，人民法院

可以查封、扣押、凍結；第三人已經支付全部價款並實際佔有，但未辦理過戶登記手續的，如果第三人對此沒有過錯，人民法院不得查封、扣押、凍結。」對於需辦理過戶登記之財產，如債務人已出賣予第三人，第三人已經支付全部價款並實際佔有，但未辦理過戶登記，於第三人無過失之情形下，人民法院不得查封、扣押、凍結。

三、程序法之保全(二)——大陸地區《民事訴訟法》之「限制出境」

(一) 大陸地區《民事訴訟法》第231條規定：「被執行人不履行法律文書確定的義務的，人民法院可以對其採取或者通知有關單位協助採取限制出境，在徵信系統記錄、通過媒體公佈不履行義務資訊以及法律規定的其他措施。」。上開條文中所稱之「限制出境」，係針對「被執行人」不履行其法律文書所「確定的義務」時；經由該等限制性措施，逼使義務人不履行義務的情況能在一定範圍內為社會公眾所知曉，藉此造成一定的社會影響和壓力，從而促使其自動履行義務。實質上，亦屬大陸地區「財產保全」制度之一環，此則為台灣地區所未有、且少見之民事保全規範設計；又稱之為「邊控措施」。法院實務曾對「邊控措施」做出定義略以：「邊控即邊境控制，它是為防止涉案的外國人或者中國公民因其借出境之機逃避司法機關追究法律責任，給境內的國家、集體或個人財產等帶來重大損失而通過法定程式在國邊境口岸對之採取限制出境的一種保全

措施。」(註28)。

(二) 原則上，上開程序須由申請執行人向執行法院提出書面申請；必要時，執行法院亦可依職權決定(註29)。倘若被執行人屬於「單位的」，可對其法定代表人、主要負責人或者影響債務履行的直接責任人員限制出境；若被執行人為無民事行為能力人或者限制民事行為能力人時，則可對其法定代理人限制出境(註30)。又，依照大陸地區《民事訴訟法》第231條的規定，執行法院可以依職權或者依申請執行人的申請，將被執行人不履行法律文書確定義務的資訊，通過報紙、廣播、電視、互聯網等媒體公佈。媒體公佈的有關費用，由被執行人負擔；申請執行人申請在媒體公佈的，應當墊付有關費用(註31)。另外，在限制出境之期間內，倘若被執行人有履行法律文書所確定的「全部債務」，此時執行法院應當及時解除限制出境之措施；另外，被執行人若有提供充分且有效的擔保，或是已取得申請執行人之同意，此時亦可解除其限制出境之措施(註32)。

註 28 南京市中級人民法院民五庭，《涉外民商事訴訟中實施邊控措施的實踐與完善》，資料來源：<http://szbxls.anyp.com/ulilongchang/4948-42029.aspx>。

註 29 大陸地區《最高人民法院關於適用〈民事訴訟法〉執行程式若干問題的解釋》第 36 條。

註 30 大陸地區《最高人民法院關於適用〈民事訴訟法〉執行程式若干問題的解釋》第 37 條。

註 31 大陸地區《最高人民法院關於適用〈民事訴訟法〉執行程式若干問題的解釋》第 39 條。

註 32 大陸地區《最高人民法院關於適用〈民事訴訟法〉執行程式若干問題的解釋》第 38 條。

(三) 其他可能會被施以「邊控措施」之情形：

1. 依據大陸地區《外國人入境出境管理法》第23條之規定，凡係「外國人」有下列情形之一者，「不准出境」：
 - (1) 刑事案件的被告人和公安機關或者人民檢察院或者人民法院認定的犯罪嫌疑人；
 - (2) 人民法院通知有未了結民事案件不能離境的；
 - (3) 有其他違反大陸地區法律的行為尚未處理，經有關主管機關認定需要追究的。

大陸地區《外國人入境出境管理法實施細則》第12條第3項另規定：「對下列外國人，邊防檢查站有權阻止入境或者出境：

- (1) 未持有效護照、證件或者簽證的；
- (2) 持偽造、塗改或者他人護照、證件的；
- (3) 拒絕接受查驗證件的；
- (4) 公安部或者國家安全部通知不准入境、出境的。

2. 依據大陸地區《公民出境入境管理法》第8條之規定，凡有下列情形之一者，「不批准出境」：

- (1) 刑事案件的被告人和公安機關或者人民檢察院或者人民法院認定的犯罪嫌疑人；
- (2) 人民法院通知有未了結民事案件不能離境的；
- (3) 被判處刑罰正在服刑的；
- (4) 正在被勞動教養的；
- (5) 大陸地區國務院有關主管機關認為出境後將對國家安全造成危害或者對國家利益造成重大損失的。

而大陸地區《公民出境入境管理法實施細則》第15條第

項另規定：「有下列情形之一的，邊防檢查站有權阻止出境、入境：

- (1) 未持有大陸地區護照或者其他出境入境證件的；
- (2) 持用無效護照或者其他無效出境入境證件的；
- (3) 持用偽造、塗改的護照、證件或者冒用他人護照、證件的；
- (4) 拒絕交驗證件的。

具有前款第2、3項規定的情形的，並可依照本實施細則第23條的規定處理。

3. 對於涉外「刑事案件」之被告，及人民法院所認定之其他相關犯罪嫌疑人，可「限制出境」：

大陸地區最高人民法院曾做出解釋認為：

- (1) 對涉外刑事案件的被告，及人民法院認定的其他相關犯罪嫌疑人，可以決定「限制出境」；對開庭審理案件時必須到庭的證人，亦可以要求「暫緩出境」。又限制出境的決定應當通報同級公安機關或者國家安全機關（註33）。
- (2) 再者，人民法院於決定限制外國人和中國公民出境前，應當以「口頭」或「書面」之方式通知上開被限制出境之人；亦可採取扣留其護照或者其他有效出入境證件的辦法，在案件審理終結前不得離境（註34）。

註 33 大陸地區《最高人民法院關於執行〈刑事訴訟法〉若干問題的解釋》第322條。

註 34 大陸地區《最高人民法院關於執行〈刑事訴訟法〉若干問題的解釋》第323條

4. 其他司法解釋：

(1) 大陸地區最高人民法院、最高人民檢察院、公安部、國家安全部「為有效地執行兩個出入境管理法，處理好不准出境的問題」，曾共同做出《關於依法限制外國人和中國公民出境問題的若干規定》。該規定第2條第4項即明確規定：「有未了結民事案件（包括經濟糾紛案件）的，由人民法院決定限制出境並執行，同時通報公安機關。」另外，該規定第3條亦指出，人民法院、人民檢察院、公安機關和國家安全機關在限制外國人和中國公民出境時，可以分別採取以下辦法：

- a. 向當事人「口頭」通知或「書面」通知，在其案件（或問題）了結之前，不得離境；
- b. 根據案件性質及當事人的具體情況，分別採取監視居住或取保候審的辦法，或令其提供財產擔保或交付一定數量保證金後准予出境；
- c. 扣留當事人護照或其他有效出入境證件。但應在護照或其他出入境證件有效期內處理了結，同時發給本人扣留證件的證明。人民法院、人民檢察院或國家安全機關扣留當事人護照或其他有效出入境證件，如在出入境證件有效期內不能了結的，應當提前通知公安機關。

(2) 大陸地區最高人民法院《關於審理涉港澳經濟糾紛案件若干問題的解答》，亦對限制出境措施的適用作出了規定。其第六點【關於訴訟保全和其他強制性措施

問題】即規定：

- a. 當事人申請訴訟保全的，人民法院認為必要時，可以責令申請人提供擔保；申請人拒絕提供的，駁回申請。
- b. 對於在內地沒有財產可供執行，責令其提供擔保又拒不提供的香港、澳門地區的當事人，人民法院可以按照大陸地區《公民出境入境管理辦法》第八條第二款或者大陸地區《外國人入境出境管理辦法》第二十三條第二款的規定，決定令其不准出境。
- c. 對於決定令其不准出境的人員，人民法院應扣留其身份證或者護照，並在其回鄉證、回港證或回澳證的附頁上簽明暫不准其出境的原因。在暫不准出境期間，不限制其人身自由。
- d. 被決定不准出境的人員或其保證人向人民法院提供適當的擔保後，人民法院應及時發還身份證或者護照，並在回鄉證、回港證或回澳證上註明准其出境，不准出境的決定自行撤銷。

肆、結語

自兩岸簽署ECFA之後，海峽兩岸往來、從事商業活動之人數，已與日俱增；而發生民事權益糾紛者，亦所在多有。海峽兩岸有關財產保全制度之法令，雖有部分相通或雷同；惟大陸

地區仍有其特殊之財產保全制度，係台灣地區人民所難以想像且不能接受，例如前述以「未了結民事案件」為由，即可對台商施以「限制出境」等「邊控措施」，即為適例。希冀藉由本文，將兩岸間關於財產保全制度之法令異同提出介紹，俾供兩岸相互研究、參酌並改進！