

第 6/2012 號案

民事上訴

上訴人：乙

被上訴人：甲

會議日期：2012 年 3 月 28 日

- 主題：
- 保全程序
 - 遲延風險
 - 不動產的使用准照
 - 遺漏審理

摘 要

1. 如有關權利確有可能存在，且顯示有充分理由擔心該權利將會遭受侵害，則命令採取保全措施。

2. 保全措施就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致將來在有關訴訟中所作出的有利判決失去所有或部分的效力。希望透過此方式來消除遲延風險(因程序不可避免的遲延而造成的損失)，以避免判決淪為一個沒有實際意義的決定。

3. 即使承認取得相關使用准照為合法使用涉案不動產所必需，我們亦不認為欠缺使用准照構成採取保全措施的障礙，因為該欠缺可以隨時被消除。

4. 如案中已認定的事實顯示被聲請人經濟能力不足的話，我們可以合理地得出如下結論：因剝奪本保全措施聲請人即涉案不動產的所有人使用該等不動產而造成及將造成的經濟損害是難以彌補的。

5. 根據《民事訴訟法典》第 571 條第 1 款 d 項第一部分的規定，遺漏審理將導致裁判無效，因此，按照《民事訴訟法典》第 651 條第 2 款的規定，應將案件發還中級法院以便對相關問題作出審理。

裁判書制作法官

宋敏莉

澳門特別行政區終審法院裁判

一、概述

在之前提起並正待決的宣告給付之訴中，甲針對乙提起了非特定保全程序，請求立即返還作為原告和被告之間繕立的使用許可合同標的物，即位於漁人碼頭的建築物，該建築物由[地址(1)]、[地址(2)]及[地址(3)]組成。

初級法院作出判決，不批准上述保全措施的請求。

聲請人甲不服該決定，向中級法院提起上訴。

根據在第 658/2011 號案件中作出的合議庭裁判，中級法院裁定上訴勝訴，並撤銷了第一審判決中認為不存在遲延風險的部分和不批准返還請求的決定，裁定保全措施請求理由成立並命令立即返還涉案的建築物。

針對此合議庭裁判被聲請人現向終審法院提起上訴，並提出下列結論：

(一) 應由普通保全程序的聲請人提出和證明構成遲延風險的事實，尤其是那些依據舉證責任和當事人自我歸責原則用來合理解釋需要臨時解決爭議的事實。

(二) 被上訴的合議庭裁判在既沒有證明因何沒有使用准照，也沒有證明要獲得這些准照為何取決於本普通保全程序的情況下，撤銷了初級法院認定不存在遲延風險的決定，被上訴的合議庭裁判違反了《澳門民法典》第 335 條第 1 款、《澳門民事訴訟法典》第 437 條及同一法規第 332 條第 1 款第二部分的規定。

(三) 另一方面，被上訴裁判所闡述的論據：“我們不能夠肯定這些財產，即使將之交還予聲請人，聲請人也未能採取必要的措施以取得准照”，對此我們認為不具有決定性。

(四) 該論據既沒有否定也沒有排除初級法院作為認定不存在遲延風險依據的前提，亦即不能夠使用樓房的原因並不是由於被聲請人所占用，因為，當屬為取得使用准照而進行程序的話，根據使用許可合同，聲請人完全具備正當性進入及檢查涉案的建築物，並

可以為獲得有關准照而實施任何必需的行為，但正如我們曾提到的，聲請人也沒有對其他完全受其支配的樓房作出任何行為。

(五) 這樣，欠缺不動產的使用准照的原因是由於上訴人沒有將不動產返還予被上訴人這一情節並沒有得到證實，並不足以顯示出《澳門民事訴訟法典》第 332 條第 1 款第二部分所要求的有充分理由擔心受威脅之權利遭受嚴重且難以彌補之侵害這一要件，因此，不應命令採取措施。

(六) 被上訴裁判在沒有證實有臨時解決爭議的需要的情況下認定存在遲延風險並命令採取保全措施，違反了《澳門民事訴訟法典》第 332 條第 1 款後一部分的規定，因而應被撤銷並賦予相關法律後果。

(七) 另一方面，從對已認定之事實來看，我們認為並沒有存在有依據和確實的遲延風險，也就是說不擔心因最終解決爭議的延遲而導致經濟損失。

(八) 首先因為欠缺構成恐怕出現迫在眉睫的損失的事實。

(九) 在現正審理的個案中，我們認為並沒有存在有依據和確實

的遲延風險，因為，從已獲認定之事實可見，並不能客觀地認為我們所面對的是一個對被上訴人的所有權造成嚴重且難以彌補之侵害的緊急情況，或者說是出現了因剝奪了對不動產的使用和支配能力而產生經濟損失的緊急情況。

(十) 這是因為，為了要出現因剝奪不動產的使用和支配能力而產生經濟損失的可能性，該等不動產必須是可以被使用的，也就是說，需要有相關的使用准照。

(十一) 從初級法院判決中認定事實第十八項¹中可見，在現正審理的個案中，被上訴人並不是一個如得以維持的話便賦予被上訴人從中得益的權利法律狀況的持有人²，也就是，被上訴人並不是賦予其使用(或透過一個價格而向第三者轉讓其使用權)現所涉及的不動產的准照的持有人。

(十二) 因此，按照《澳門民法典》第 558 條，現被上訴人並不是一個允許其向第三者轉讓有關不動產的法律狀況(使用准照)的持有人，故我們預見不到有任何迫在眉睫的損失的可能，因此對現被上訴人來說不存在有依據和確實的擔心(《澳門民事訴訟法典》第 332

¹ 從來沒有取得有關[地址(1)]或[地址(3)]的使用准照。

² 最高司法法院 1978 年 5 月 30 日的合議庭裁判：《BMJ》第 277 期—第 258 頁。

條第 1 款第二部分)。

(十三) 這樣，在本具體個案中，因欠缺確定構成擔心出現迫在眉睫的損失的事實，故被上訴裁判違反了《澳門民法典》第 332 條第 1 款的規定。

(十四) 另一方面，原審法院認為有必要避免對保全措施的聲請人的所有權造成難以彌補的損失，因為當不動產由被聲請人持有的話，聲請人便不能對其進行管理及支配，尤指不能從該等不動產中獲利。

(十五) 有趣的是保全措施的聲請人沒有請求就不動產的使用和占有支付費用(在訴訟待決期間應該支付的費用)，因為這樣做與其提出的解除自 2009 年 11 月 4 日起簽訂的合同的請求便不相容了。

(十六) 關於被上訴裁判所闡述的第二個論據：案件沒有迹象顯示有賦予被聲請人正當性繼續持有不動產的任何事實，我們認為這一論據違反了《澳門民法典》第 370 條第 1 及 2 款的規定。

(十七) 這是由於在初級法院判決中已認定之事實第十五項和第十六項所提到“諒解備忘錄”和一套“投資文件”內所作出的聲明

相當於自認，因此，應賦予這些文件完全的證據力，即一如賦予自認所具有的完全的證據力那樣。

(十八) 由於這些文件獲賦予完全的證據力，特別是主卷宗第 252 至 255 頁及第 295 至 416 頁內的合同，故在該等合同內所代表的與現被上訴人的利益相對立的事實應被視為獲認定之事實。

(十九) 該等事實與現被上訴人的利益處於對立面的，因為 2006 年 10 月 19 日“諒解備忘錄”(主訴訟第 252 至 255 頁)、續後的 2008 年 9 月 5 日“條件承諾書”(主訴訟第 295 至 297 頁)及其所包含的合同，尤其“退租協議書”(主訴訟第 298 至 301 頁)、“投資協議書”(主訴訟第 302 至 398 頁)及“修改協議書”(主訴訟第 399 至 416 頁)構成了對源自主訴訟第 27 至 58 頁及第 63 至 66 頁的合同的權利和義務的變更。

(二十) 從併入“條件承諾書”的一套“投資文件”的內容(該文件的作者是根據《澳門民法典》第 370 條獲認定的)以及已認定之事實亦沒有得出被上訴人已履行載於“條件承諾書”又或其所附的，特別是“投資協議書”內的合同中所要承擔的義務，或並沒有得出債務之不履行或帶瑕疵之履行並非因其過錯所造成來看，以《澳門

民法典》第 422 條第 1 款規定的不履行來對被上訴人進行抗辯，即當被上訴人沒有為其應作之給付或不同時履行給付時，上訴人亦得拒絕作出其本身之給付。

(二十一) 這是因為就債務之不履行或帶瑕疵之履行，須由債務人證明非因其過錯所造成(《澳門民法典》第 788 條第 1 款)。

(二十二) 如果沒有得到證明的話，一如現正在審理個案的情況，就推定債務人存在過錯(透過《澳門民法典》第 788 條第 1 款適用第 343 條)。根據初級法院判決內所載的已認定事實表，被上訴人並沒有推翻此一推定。

(二十三) 因此，根據初級法院判決中的已認定事實表第十五項和第十六項的事宜，認為案件內沒有得出賦予被聲請人正當性繼續持有不動產的任何事實的觀點違反了《澳門民法典》第 370 條第 1 款、根據第 788 條第 1 款適用的第 343 條和第 422 條。

(二十四) 另一方面，對於雙方當事人而言這一“條件承諾書”是繼續有效及不可廢止其約束力的，該承諾書沒有載明執行承諾的到期日和在沒有雙方當事人的同意下不可更改的事實—載於第 182 頁及續後各頁的律師行的法律意見，及“條件承諾書”所包含的合

同代表了對源自主訴訟第 27 至 58 頁及第 63 至 66 頁的合同的權利和義務的明確變更，這樣起碼使涉及遲延風險有關的事實受到質疑，根據透過《澳門民法典》第 339 條適用的《澳門民事訴訟法典》第 437 條規定，“合理擔心”的問題作出不利於負舉證責任一方的決定。

(二十一) 這樣一來，由於主訴訟第 28 至 62 頁的“使用許可協議”及第 63 至 65 頁的“許可協議”所提到的原始合同關係已在初級法院判決中認定之事實第十五項和第十六項所提到的，併入“條件承諾書”的一套“投資文件”內被更改了，由於被上訴人沒有履行其應履行的義務，構成一個在爭議待決期間阻礙可能出現因剝奪不動產的使用和支配能力而產生經濟損失的“合理擔心”的阻礙性事實。

(二十二) 從這一角度來看，被上訴裁判認定存在受威脅的權利將會遭受侵害的合理擔心就違反了《澳門民法典》第 335 條第 1 款和《澳門民事訴訟法典》第 332 條第 1 款第二部分的規定。

(二十三) 撤銷初級法院判決的決定還違反了透過《澳門民法典》第 370 條第 1 及 2 款第一部分、第 788 條第 1 款、第 343 條和第 339

條適用於現正審理的個案的《澳門民事訴訟法典》第 437 條，以及同一法規第 422 條第 1 款所提到不履行的抗辯。

(二十四) 作為補充，現被上訴的裁判沒有對保全程序的工具性的問題作出審理，該問題在上訴答辯狀中以補充請求的方式請求重新審議，因而沾有遺漏審理的瑕疵並導致裁判陷入無效的境地。

(二十五) 在附卷 C 第 3 頁及續後各頁的保全措施第 104 至 130 條所提出的訴因(有關除 2009 年 11 月 4 日以外，因剝奪不動產的使用和支配能力而產生經濟損失的事實)和主訴訟的訴因(有關自 2009 年 11 月 4 日起解除主訴訟第 27 至 58 頁和第 63 至 66 頁的合同和要求至該日“到期的”月報償的事實)並不一致，我們認為第一個訴因並不是旨在保全任何構成第二個訴因標的的訴訟請求。

(二十六) 本普通保全程序的目的並不是要以保全形式提前實現主訴訟內所提出的其中一個訴訟請求，因為在主訴訟中，聲請人沒有就除 2009 年 11 月 4 日以外，因剝奪不動產的使用和支配能力而產生的經濟損失提出賠償請求。

(二十七) 我們看不到以那種方式，本保全程序理由成立後可以容許提前實現一個沒有在主訴訟中提出來的請求。

(二十八) 因此，除有更好的意見外，我們認為應維持初級法院不批准普通保全程序請求的決定，即使以不同的理據亦然，尤其是因為欠缺《澳門民事訴訟法典》第 328 條第 1 款規定的保全程序的工具性或取決於主訴訟的這一要件。

聲請人提交了答覆，認為應確認現被上訴的合議庭裁判。

經助審法官檢閱。

二、獲認定之事實

案中認定了下列事實：

“(一) 原告為一間在工商業方面提供服務及投資的公司。

(二) 被告為一間經營餐飲業的公司。

(三) 原告為名為甲又稱甲一的商業綜合體的東主及合法所有人，該綜合體建於友誼大馬路的土地上，無門牌，無房地產紀錄，於物業登記局的標示為第 XXXXX 號。

(四) 甲商業綜合體由經營零售和提供附屬性服務的商舖組成，並設有一停車場。

(五) 原告對上述商業綜合體進行管理，當中包括對其營運和設於其內的商舖使用該綜合體進行組織和管理，並對綜合體進行總體上的推廣、組織、管理、領導與監管。

(六) 自 2006 年 1 月 1 日起，聲請人與被聲請人之間簽訂了幾份合同，有關副本載於主卷宗第 28 至 62 頁和第 63 至 66 頁並在此為著所有效力視為全部轉錄。根據有關合同，聲請人將[地址(1)]、[地址(2)]及[地址(3)]的使用准照轉讓予被聲請人，而被聲請人則向聲請人繳付合同內所指的金額。

(七) 聲請人每月發出欠款單並交予被聲請人繳付，見載於主卷宗內第 119 至 207 頁的文件，總金額為 76,055,418.61 澳門元。

(八) 聲請人向被聲請人發出主卷宗內第 208 至 211 頁的債權通知單，總金額為 3,268,132.74 澳門元；

(九) 至現時為止，被聲請人僅繳付了 839,450.00 澳門元—聲請人自認—；

(十) 被聲請人並沒有在第六項所指之處經營業務亦不能夠與其取得聯繫－見證人證言－；

(十一) 作為第六項所提到的合同標的的建築物和地方正處於關閉的狀態，且自 2009 年 4 月起，被聲請人便沒有在該處經營任何業務－見證人證言－；

(十二) 在命令對被聲請人的財產作出假扣押的案件中(該案件作為附卷 A 併附於主卷宗)，被假扣押的財產的評估價值為 290,764.50 澳門元－見附卷 A 第 148/174 頁－；

(十三) 第六項所提到的地方處於關閉狀態和沒有營業的事實對於聲請人的形象來說是負面的，因此而影響到有意投資人士的意欲－證人證言－；

(十四) 聲請人聲稱有人有意取得第六項提到的地方的使用准照－證人證言－；

(十五) 聲請人與被聲請人於 2006 年 10 月 19 日簽訂了名為“諒解備忘錄”的協議，該協議載於主卷宗第 252 至 255 頁並在此為著所有效力視為全部轉錄。

(十六) 2008 年 9 月 5 日，雙方簽署了一套“投資文件”，該套文件併入一份由“退租協議書”、“投資協議書”及“修改協議書”組成的“條件承諾書”，該等文件載於主卷宗第 295 至 416 頁並在此視為全部轉錄。

(十七) 在載於主卷宗第 56 頁的“計劃表”第五點所列的十一間場所中，被聲請人只開展了其中四間的業務。

(十八) 從來沒有取得有關[地址(1)]或[地址(3)]的使用准照。”

三、法律

在本上訴中，上訴人提出的問題有兩個：

— 被上訴裁判認為存在遲延風險要件的部分出現審判錯誤；

— 作為補充，根據《民事訴訟法典》第 590 條第 1 款的規定，被上訴裁判因遺漏審理而無效，因為被上訴裁判沒有審理被上訴人在向中級法院提交的上訴答辯狀中所提出的與保全程序的工具性有關的問題，因為保全程序和主訴訟之間訴因並不一致。

(一) 針對第一個問題，我們認為被上訴裁判認定存在該遲延風險的決定正確。

根據《澳門民事訴訟法典》第 326 條第 1 款的規定，任何人當有理由恐防他人對其權利造成嚴重且難以彌補之侵害時，得聲請採取適當之保存或預行措施，以確保受威脅之權利得以實現。

《澳門民事訴訟法典》第 332 條第 1 款則規定“如有關權利確有可能存在，且顯示有充分理由恐防該權利受侵害，則命令採取保全措施”。

關於保全措施的目的，學術界指出：“保全措施就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致將來在有關訴訟中所作出的有利判決失去所有或部份的效力。希望透過此方式來消除遲延風險(因程序不可避免的遲延而造成的損失)，以避免判決淪為一個沒有實際意義的決定。”³

在現正審理的個案中，現被上訴人的權利並未受到質疑，有爭論的是是否符合為命令採取保全措施的第二個必要要件：出現不能實現該等權利的危險。

³ 見 Antunes Varela、J. Miguel Bezerra 及 Sampaio e Nora 合著：《Manual do Processo Civil》，第二版，第 23 頁。

現上訴人的觀點為，被上訴裁判在既沒有證明因何原因沒有使用准照也沒有證明要獲得這些准照取決於本普通保全程序的情況下便撤銷了初級法院的決定，違反了《澳門民法典》第 335 條第 1 款、《澳門民事訴訟法典》第 437 條以及因此而違反了同一法規第 332 條第 1 款第二部分的規定。

上訴人還提到，從卷宗內獲認定之事實來看並不存在有依據和確實的遲延風險，也就是說不擔心最終解決爭議的遲延而導致經濟損失。

不可否認的是一直以來均沒有取得有關[地址(1)]或[地址(3)]的使用准照，正如在已認定之事實事宜中可明顯看到的。

但是，即使承認取得相關使用准照為合法使用涉案不動產所必需，我們亦不認為欠缺使用准照構成採取保全措施的障礙，因為該欠缺可以隨時被消除。

事實上，卷宗內沒有載明因為何種原因還沒有發出使用准照，這一事實可能歸咎於不同的原因，甚至是由於為取得該准照的行政程序還沒有完成，這樣就不可以完全排除不動產的所有人將來取得使用准照的可能性。

重要的是保全措施的聲請人不必指出亦不必證明未獲發出准照的具體原因。

另一方面，從卷宗內已確定之事實來看，我們認為應得出嚴重且難以彌補之侵害的合理擔心的結論。

要着重指出的是現上訴人負有一項巨額欠款要支付，已繳付的金額僅為 839,450.00 澳門元，而在命令對上訴人的財產作出假扣押的案件中，被假扣押的財產的評估價值為 290,764.50 澳門元。

同時也證實被上訴人並沒有在有關地點經營任何業務且沒有辦法與其取得聯繫。

面對上訴人須繳付和已繳付金額之間所存在的巨大差異、上訴人被假扣押財產的價值及未能與其取得聯繫的事實，我們可以合理地得出如下結論：因剝奪本保全措施聲請人即涉案不動產的所有人使用該等不動產而已造成及將造成的經濟損害是難以彌補的。

因此，確實存在遲延風險的要件。

(二) 針對第二個問題，我們認為道理在上訴人一方。

事實上，卷宗內載明，在向中級法院提起的上訴中，現上訴人在其所提交的上訴答辯狀中補充提出了現涉及的問題，並指出“針對保全措施第 104 條至第 122 條所提出的訴因和主訴訟的訴因之間”不存在一致性，所得出的結論是欲通過本保全措施擬達到的目的和所提出的訴訟請求明顯不符。

經審閱被上訴裁判後，我們發現中級法院確沒有對上述問題作出審理，因為在其概述部分沒有提及任何與之有關的敘述；正常來講，如果要對有關問題進行審理的話，必定會有所提及。而在被上訴裁判的概述部分只提及當時的上訴人的上訴陳述。

另一方面，被上訴人所提到的與現要審理的問題有關的合議庭裁判部分與該問題根本毫不相干，該裁判部分所涉及的是審理是否存在遲延風險的問題。

根據《民事訴訟法典》第 571 條第 1 款 d 項第一部分的規定，遺漏審理將導致裁判無效，因此，按照《民事訴訟法典》第 651 條第 2 款的規定，應將案件發還中級法院以便對相關問題作出審理。

四、決定

綜上所述，合議庭裁定關於沒有出現不能實現權利的危險的上訴部分理由不成立，裁定上訴的其餘部分理由成立，命令將案件發還中級法院以便對上訴人提出的與遺漏審理有關的問題作出審理。

訴訟費用由上訴人及被上訴人雙方平分承擔。

澳門，2012年3月28日

法官：宋敏莉（裁判書制作法官）—岑浩輝—利馬