

(譯本)

普通保全措施
要件

因企業轉讓而負有之“不競業義務”（《商法典》第 108 條）
不公平競爭

摘要

一、命令採取普通保全措施的構成要件如下：

- “權利”之存在或無爭議地認為“權利確有可能存在”；
- 有充分理由恐防權利受到“嚴重及難以彌補的侵害”；
- 所請求的措施對避免侵害而言是“適當的”；

— 所期望採取的措施與其他特定保全程序無關（該等特定保全程序由澳門《民事訴訟法典》第 2 卷第 3 編第 2 章調整），且措施造成之損害不大於欲透過該措施予以避免之損害。

二、被視作已獲證明的事實事宜顯示被聲請人將一家企業出售給聲請人，之後又經營另一家具有相同宗旨的企業，這一情況無可否認地侵犯了聲請人在《商法典》第 108 條所指的無競業情況下經營所取得之企業的權利。

三、“不正當競爭”的制度不僅僅限於對工業產權之自我權利的保護（商標、名稱、徽記、商業名稱，等等），該制度主要旨在確保從事同樣或類似活動的企業之間在從事商業活動中的誠信，從而禁止一名競爭者“以別人為代價冒充他人，在營業場所或產品上造成混亂”。因此，必須得出結論認為，被聲請人的行為（他們向公眾灌輸“知名老店已飯店現在是他們所經營的戊餐廳”的理念）屬於作出“不正當競爭”行為。

的確，如果一名商人的行為在其企業與另一名商人之企業之間造成混亂，那麼就是它就是最完全的不正當競爭行為的方式之一。

四、就“不正當競爭”而言，不必存在“確實的混亂”，而是以一名“普通消費者”的判斷只要存在具備該混亂的“危險”即告足夠。

2004 年 2 月 26 日合議庭裁判書

第 13/2004 號案件

裁判書製作法官：José M. Dias Azedo（司徒民正）

澳門特別行政區中級法院合議庭裁判

概述

一、甲有限公司，是住所位於澳門之商業公司，在澳門初級法院針對(1) 乙、(2) 丙及(3) “丁有限公司”（全部之認別資料均詳見卷宗）提起並提請保全措施。

在其提交的起訴狀結尾請求：

“a) 命令立即關閉戊餐廳：

b) 命令第 1、2 被聲請人立即終止以任何名義直接或間接經營戊餐廳：

c) 命令諸被聲請人立即停止為公眾準備及提供任何被視作已飯店特色菜的菜肴（即海鮮菜

肴），尤其是田雞蟹粥、豉汁蒸鱸、酥炸鯪魚球；

d)命令諸被聲請人不外泄該等菜肴的製作配方及秘密，也不允許該等菜肴因其行為以商業目的被銷售；

e)命令諸被聲請人立即終止以商業目的使用第 XXX 號電話號碼；

f)命令諸被聲請人放棄為該等菜肴作廣告，尤其是使用諸如“原創”、“由創始人製作”或其他類似的表達；

g)命令諸被聲請人在 5 年內放棄從事任何與已飯店相競爭的活動；

h)命令第 1、2 被聲請人向聲請人交付上述菜肴的所有配方及製作秘密，並交付確保聲請人有權使用第 XXX 號電話號碼的所有必要文件；總之；

i)警告諸被聲請人無限期放棄作出任何不法地造成已飯店顧客群流失、使自己或第三人得益的行為（尤其是直接或間接作廣告之行為），並遵守關於不正當競爭的規範，尤其是《商法典》第 158、159、162、163、164、165 條之規定，從而使聲請人根據《商法典》第 9 條享有對企業本身的全部所有權；”（參閱第 125 頁至第 184 頁）。

附入了 13 份文件；（參閱第 125 頁至第 184 頁）。

*

依規則傳喚諸被聲請人後，他們提出反對，主張聲請人提出的請求理由不成立；（參閱第 185 頁至第 193 頁）。

*

二、適時作出了判決，裁判如下：

“a)命令諸被聲請人立即停止為公眾準備及提供任何被視作已飯店特色菜的菜肴（即海鮮菜肴），尤其是田雞蟹粥、汁蒸鱸、酥炸鯪魚球；

b)命令諸被聲請人立即終止以商業目的使用第 XXX 號電話號碼；

c)命令諸被聲請人放棄為該等菜肴作廣告，尤其是使用諸如“原創”、“由創始人製作”或其他類似的表達；

d)命令第 1、2 被聲請人向聲請人交付確保聲請人有權使用第 XXX 號電話號碼的所有必要文件；”（參閱第 205 頁至第 211 頁背頁）。

*

三、聲請人與被聲請人均不服所作出的裁判，均針對該裁判提出上訴。

聲請人的理由陳述如下：

“結論：

A.關於上訴標的之界定

I.本上訴所針對的，是裁判中不下令採取第 a、b、d、g 及 i 項所聲請的措施且僅僅命令部分性採取第 c 項及 h 項所聲請的措施。上訴人僅認為，一方面，鑑於被視作已獲證明的事實，本應同樣命令採取此等措施；另一方面，所命令採取的措施不能避免對聲請人權利的嚴重侵害。

B.關於未命令採取 a、b 項所聲請的措施

I.卷宗中已廣泛地證實，諸被聲請人絕對嚴重違反了澳門《商法典》第 108 條及第 109 條規定的因轉讓商業企業而負有的不競爭義務（以及一般性規定於第 158 條，並特別規定於第 159、162、164、165 條中的不進行不正當競爭的義務），況且這也是被法院在原判中所承認的。

II.因此，獲證明的事宜明確顯示，聲請人所主張的權利（即被聲請人不進行不正當競爭，以允許聲請人影響並享有對企業本身的全部所有權）是存在的，充分具備了命令採取保全措施的第一個要件。

III.儘管如此，法院以不適當為由，認為不應採取在 a、b 項聲請的措施，因其似乎認為，沒有充分資料據以具體確定不競爭義務之時間限制（該時間限制對應於企業在取得手中站穩腳跟所必須之時間）及評估戊餐廳開業給已飯店帶來的所有損害。

IV.但是，恰恰是該法院本身正確地堅稱：商業企業轉讓人、其家人及其餘有義務者的不競爭之義務（以及不進行不正當競爭之義務），乃是基於這樣一個標準，即：就企業在取得人手中

站穩腳跟且取得人在總體上完全享用企業而言，這一競爭所代表的危險性（“只要有危險性即告足夠，不要求具備對聲請人造成的損害”）。

V.事實上，正如學說所說，因商業企業轉讓而產生的不競爭義務，其基礎在於轉讓人有義務交付被轉讓之物並確保對該物的平靜享用。轉讓人交出的企業必須是一個具有組織價值及經營價值的複合財產，它為轉讓人及其身邊的人所熟知及掌握，對於取得人來說，轉讓人或某些轉讓人身邊的人的競爭尤為危險。

VI.澳門的法律準確體現了這一見解，因為《商法典》第 109 條規定，如轉讓人違反因商業企業之轉讓而產生的不競爭義務，債權人有權要求立即終止這一違反；如轉讓人違反不設立新商業企業之義務，則債權人除有權要求競爭給所取得之企業帶來的損害賠償外，亦有權要求立即關閉該商業企業，但該商業企業之關閉使本地區經濟受損害者除外。

換言之，透過法律規定的“合法和依法推定”，可以推定：轉讓人的競爭本身就代表了對取得人權利的威脅，因為它可能妨礙取得人對企業的影響力。

VII.因此，在本案中，違反不競爭的義務表現為被聲請人經營戊餐廳。立即終止侵害聲請人（即該不競爭義務之債權人）權利，必須且必然表現為被聲請人立即終止經營該餐廳，或在認為它屬於一家新餐廳的情況下（這一點已經明確），立即按照《商法典》第 109 條關閉之。

VIII.此外，法律在提及立即終止競爭狀況（包括立即關閉轉讓人新企業）時，所要求的前提是：終止競爭狀況的司法手段必須是一種敏捷的手段，只有這樣才能賦予法律措辭“立即終止”以有用的含義，因此普通保全措施是適當的及有能力達到這一目的的司法手段。

IX.法院在命令採取有關措施時，不必分析這一不正當競爭對被轉讓之企業造成的影響或損害來據以確定不競爭義務之時間限制，而只需要查明違反不競爭義務之存在，並相應地由於它對取得人（本案中為聲請人）所體現的威脅，必須使該威脅終止。因為正如法院本身也堅稱，依據法律，對損害不必予以查明。

在本案中，對不競爭義務的損害表現為諸被聲請人經營戊餐廳。終止這一競爭的方式是命令被聲請人終止該經營甚至關閉之。

X.在這種不正當競爭中，不必在對取得人造成之損害與對轉讓人（即違反不競爭義務者）造成之損害之間進行考量。這種考量由立法者直接作出，立法者“合法和依法”地推定，在違反該不競爭義務的情況下，對取得人造成的損害永遠大於對轉讓人造成的損害。事實上也只能如此，因為轉讓人從競爭活動中得到的任何好處總是一個不法的好處，因為它源自所作出的一項不法事實。

法律要求作出的唯一考量與下述可能性有關，即：在關閉企業的情況下，會損害澳門特別行政區的經濟。本案的情況明顯不是這樣。

XI.因此，在 a、b 兩項所聲請的措施，終止侵害聲請人權利的適當措施，因為命令採取這些措施的所有前提均已具備，應該根據認為是否是新企業，而分別命令採取上述兩項中所指的其中一項措施。

XII.原審法院沒有命令採取上述兩項中的任何措施，因此違反了《商法典》第 95 條、第 96 條、第 105 條、第 106 條，尤其違反了第 108 條及第 109 條，並違反了《民事訴訟法典》第 326 條及第 332 條。因此應廢止是否採取措施的決定中關於不批准現被異議之措施的部分，並由另一個命令採取上述兩項或其中一項措施的決定取而代之。

C.關於不全部採取 c 項所聲請的措施

I.聲請人／現上訴人在其最初請求狀提出之要求的 c 項中，請求法院命令諸被聲請人立即停止為公眾準備及提供任何被視作己飯店特色菜的菜肴（即海鮮菜肴），尤其是田雞蟹粥、豉汁蒸鱔、酥炸鯪魚球。

II.卷宗證實，向聲請人轉讓的己飯店過去向公眾提供多種海鮮菜肴，尤其是上述菜肴，而且被聲請人在經營戊餐廳時也向公眾提供此等菜肴。

III.但是，儘管存在已經調查完畢的證據，但法院在沒有作出任何合理解釋的情況下，對措施進行了嚴格限制，使人認為有關的禁止只限於所列舉的主要菜肴（即只限於田雞蟹粥、豉汁蒸

鱈、酥炸鯪魚球）。

IV.所列舉的菜肴純屬示例性的，之所以強調它們，是因為它們是最著名的菜肴，但是法院卻將它們視作全部，認為應僅針對此等（示例性）菜肴命令採取措施。

V.在已證明被轉讓之飯店向公眾出售多種海鮮菜肴（其中強調了某些菜肴）的情況下，所請求的措施（換言之：禁止銷售已飯店之競爭性菜肴，即包括那些最著名菜肴在內的海鮮菜肴）是避免不正當競爭以及避免聲請人蒙受損失的適當措施。

VI.的確，法院本身也堅稱，被聲請人經營已飯店過去銷售的菜肴，將造成已飯店顧客群的流失，因此只能透過禁止銷售已飯店過去銷售的任何競爭性菜肴（而非只是禁止銷售最著名的菜肴）才能終止這種不正當的流失。

VII.因此，本應依照所作聲請（即：命令被聲請人立即放棄烹製及提供海鮮菜肴，尤其是那些最著名的菜肴）命令採取措施。

VIII.此外，面對被視作已獲證明的事實以及判決本身，法院作出的限制除不具合理解釋外，還使得有關措施不適於終止不正當競爭狀況，即使這並非法院的初衷。其理由是：該措施有可能造成下述錯誤的確信，即：它不禁止銷售多種海鮮菜肴，即使它們與聲請人銷售的菜肴是競爭性產品亦然，條件是此等菜肴未列明於裁判之中；而對於在裁判中列明的菜肴，只要它們另取他名並作出不影響其精髓的略微修改（正如之後確實發生的一樣 — 參閱附入的文件），也不在禁止之列。

因此，所聲請的措施的實質目的（即：終止不正當競爭並相應地避免由此給聲請人造成的損失）無可挽回地受到了影響。

IX.因此的結論是：對有關措施嚴加限制並僅僅明示地對所列舉的菜肴加以禁止，使有關措施不適於避免不正當競爭的狀況，並給聲請人造成損失。所聲請的才是適當的措施，所命令的不是適當的措施。

X.原審法院未命令採取c項所聲請的全部措施，這違反了《商法典》第95條、第96條、第105條、第106條、尤其是第108條及第109條和《民事訴訟法典》第326條及第332條的規定，因此原判在這一部分應被廢止，並以另一個命令採取該措施之全部（而非部分）的裁判取而代之。

D.關於未命令採取d項所聲請的措施以及h項第一部分所聲請的措施

I.聲請人／現上訴人在d項中，請求法院命令諸被聲請人不外泄已飯店銷售的菜肴的製作配方及秘密，也不允許該等菜肴因被聲請人的行為以商業目的被銷售；

在h項第一部分中，請求法院命令被聲請人向聲請人交付被視作已飯店主要菜肴的所有配方及製作秘密。

II.法院沒有命令採取此等措施，因認為此等菜肴的配方及秘密並不存在，因為它們是取決於廚師烹飪經驗的普通菜肴，因此有關措施無法實施。

III.但是，卷宗中的證據表明存在著特殊的配方及秘密（例如醃制時間）— 參閱就措施提交的反駁狀、與最初聲請書附入的文件以及判決書 — 尤其是諸被聲請人在廣告中大肆宣傳的第2被聲請人的20年的經驗，因為某些秘密恰恰來自經驗。某些積年累月逐漸透過經驗而獲得的經驗性知識，可以使某種普通的菜肴經某種特殊的方式烹煮後與眾不同，變成更為可口的特色菜肴。

IV.由《商法典》第106條第2款e項的規定可見，轉讓人的義務之一就是交出非專利性秘密。這裏所說的正是這種秘密，它們常常純屬經驗性質，因此未申請專利。

V.因此，在h項第一部分所聲請的措施，不過是要求履行企業轉讓所產生的義務之一。

在d項所聲請的措施，旨在避免此等經驗以及由此經驗必然累積的秘密被用於自我得利或使第三人得利，從而不法地使被轉讓的企業的顧客流失，損害取得人在企業中的完全影響力。

VI.因此，被上訴的裁判本應命令採取d項及h項第一部分所聲請的措施。

由於沒有這樣做，因此違反了《商法典》第95條、第96條、尤其是第105條及第106條第1、2款和《民事訴訟法典》第326條及第332條的規定，因此原判在這一部分應被廢止，並以另一個命令採取該等措施的裁判取而代之。

E.關於未命令採取g項所聲請的措施

I. 法院沒有命令採取 g 項所聲請的措施，因認為這一措施是一個一般的法定義務，而不是被聲請人應予遵守的具體命令，因此超越了一項措施的界限，故它應屬主要訴訟中的裁判事項。

II. 如果說所聲請的其他措施旨在終止違反不競爭義務（即經營戊餐廳並向公眾銷售己飯店提供的同樣菜肴），那麼在 g 項所聲請的措施就是為了達到更大範圍的禁止，避免嗣後以其他方式進行違反。

III. 儘管它是法律規定的義務，但是在命令採取措施後、在有依據證明已經違反義務的情況下、在合理擔心發生其他違反的情況下，一般的法律制度已經轉變成為一個具體的、指向具體主體（即被聲請人）、旨在保護具體主體（聲請人）及具體客體（即聲請人之企業）的法律制度，違反之就意味著增加懲處，尤其是刑事方面的懲處（《刑事訴訟法典》第 336 條）。

IV. 在此，即使認為法院沒有據以確定不競爭義務之持續時間的必要要素（我們僅對此不表贊同），但在已經存在具體違反的情況下，如果法院命令被聲請人在最長 5 年時間內放棄從事任何與被轉讓之企業有競爭關係的活動，亦屬合理。

V. 因此本應命令採取該措施，從而避免將來出現違反義務之情況，儘管我們承認可以不以 5 年為期而以 5 年為最高期限，正如《商法典》第 108 條所規定的那樣。

VI. 原判沒有命令採取有關的措施，故違反了《商法典》第 105 條、第 106 條、尤其是第 108 條及第 109 條和《民事訴訟法典》第 326 條及第 332 條的規定，因此原判在這一部分應被廢止，並依照上文所述以另一個命令採取該措施的裁判取而代之。

F. 關於為命令採取 i 項所聲請的措施

I. 法院沒有命令採取 i 項所聲請的措施，其理由與未命令採取 g 項所請求措施的理由一樣。因此，上文所述的、針對不命令採取 g 項所請求措施提出的反對理由，在此同樣有效。

II. 在此，已經作出的、對聲請人造成損害的、期望透過其他措施予以終止的不正當競爭行為（判決亦承認之），證明合理擔心嗣後發生其他違反義務行為是有道理的，因此在 i 項所聲請的措施旨在避免在命令採取其他措施後，被聲請人嗣後作出其他不正當競爭的行為。

III. 同樣，儘管它是法律規定的一項一般性義務，但是在命令採取措施後，它就已經轉變成為一個產生於一個具體法律制度中的、指向具體主體（即被聲請人）、旨在保護另一個具體主體（聲請人）權利的具體義務。

IV. 因此，它不僅沒有超越一項措施的範圍，而且它還是適於避免給聲請人造成損失的措施，故同樣本應被命令採取。

V. 原審法院沒有命令採取有關的措施，故違反了《商法典》第 95、96、158、159、162、163、164、165 以及後續條款和《民事訴訟法典》第 326 條及第 332 條的規定，因此原判在這一部分應被廢止，並以另一個命令採取該措施的裁判取而代之。”（參閱第 14 頁至第 51 頁）

*

被聲請人在提交的理由陳述中作出以下結論：

- “1. 第 1 被聲請人曾是己飯店的唯一所有權人，後該飯店以頂讓方式被讓與聲請人。
2. 第 2 被聲請人並未與第 1 被聲請人結婚。
3. 第 2 被聲請人從 2003 年 5 月 23 日起成為戊餐廳的股東，在那裏開始烹製她所創制的田雞蟹粥、豉汁蒸鱸、酥炸鯪魚球等菜肴。
4. 上文第 3 點所指的菜肴不涉及任何法律保護的專有權利。
5. 第 3 點所指的菜肴是普通的菜肴，在很多餐廳均有出售。
6. 第 1 被聲請人沒有直接或間接經營或者經營過戊餐廳。
7. 因此，不存在任何不正當競爭之情況。在餐飲業中，鑑於向公眾提供的產品的性質，不正當競爭幾乎不可能發生。
8. 第 XXX 號電話是安裝在第 1 被聲請人住所中的私人電話，其為著商業用途之使用已經完全停止。
9. 聲請人從未對該電話號碼表示異議，他的餐廳即使沒有該電話號碼，也非常受追捧，而且顧客群也和以前一樣。

10.己飯店的生意額下降與諸被聲請人完全無關，這一現象不過是‘非典’造成的後果。

最後，請求廢止原判，並由另一項‘承認第2上訴人及第3上訴人有權銷售有關菜肴，並有權透過一切現有法律手段對它們進行廣告宣傳，同時命令向第1被聲請人退還第XXX號電話號碼所有權人資格（但禁止其用於商業用途）’的裁判取而代之”；（參閱第2頁至第10頁背頁）。

*

在對所提交的理由陳述作出回答後，卷宗移送本院。

*

製作了初步批示，助審法官法定檢閱已畢，茲予裁判。

理由說明

事實

四、原審法院視下列事實事宜已獲證明：

“1.聲請人是一家從事食品進出口及投資的商業有限公司，在澳門商業及動產登記局的登記號碼為第XXX號。

2.2002年5月8日，第1被聲請人與聲請人訂立了一份名為“商業企業轉讓協議”的合同。

3.透過這一合同，第1被聲請人以港幣290萬元的價金向聲請人出賣（後者則以該價金買受）名為己飯店的商業企業。該商業企業在澳門財稅廳的工業記錄登記號碼為第XXX號，從事的活動為“其他餐廳”，位於澳門XXX。

4.同時，第1被聲請人向聲請人以港幣50萬元的價金出賣該企業所在地點的不動產，即位於XXX之都市樓宇，該樓宇以第XXX號標識在物業登記局第XXX卷第XXX頁背頁。

5.之後，聲請人相應地開始經營該企業。

6.有關的企業（己飯店）是一家餐廳。

7.其顧客主要是多種海鮮菜肴，尤其是田雞蟹粥、豉汁蒸鱸、酥炸鯪魚球的欣賞者。

8.自某日開始，該飯店就以此等菜肴為特色，廣為人知。

9.聲請人取得該飯店後，繼續提供此等菜肴，飯店繼續受到追捧，顧客群依舊。

10.聲請人憑藉經營該飯店，獲得的月淨利潤約澳門幣10萬元。

11.在今年4月初，第2被聲請人開始經營的另一家餐廳（具體而言是戊餐廳），位於XXX（無號碼）。

12.這家餐廳被第2被聲請人（或透過第3被聲請人或由第2被聲請人）登記。

13.第3被聲請人是一家商業股份公司，其宗旨是管理餐廳及食肆，在商業及動產登記局以第XXX號登記。

14.在澳門財稅廳工業記錄的登記中，戊餐廳或戊企業從事的是“西餐廳”活動，也的確在過去提供西餐。

15.戊餐廳完全改變了餐廳種類，開始烹製及提供與己飯店同樣的菜肴（即多種海鮮菜肴），尤其是田雞蟹粥、豉汁蒸鱸、酥炸鯪魚球。

16.將此等菜肴作為餐廳的特色菜及主要菜肴加以廣告宣傳。

17.在經營上述餐廳伊始，第2及第3被聲請人便向公眾灌輸這樣的理念：馳名港澳並以上述菜肴（尤其是田雞蟹粥）為特色菜的“知名老店”，過去和現在都是由他們所經營的戊餐廳。

18.在經營中作出並完成了廣告。

19.在餐廳門口豎立了巨型廣告牌及廣告板，遠遠便可見到。

20.在報刊上刊登了告示。

21.在雜誌上刊登了廣告性文章。

22.在所有這些廣告、廣告板及告示中，除將上述菜肴的名稱當作戊餐廳的特色及主要菜肴外，還一直用中文大書特書“馳名港澳”、由“創始人”烹製等字樣。

23.在香港“TVBweekly Book B”雜誌第XXX期刊登的廣告性文章中，指出“馳名的田雞蟹粥”已經遷移。

24.文章稱，戊餐廳的新老闆娘／現第 2 被聲請人已經將其老店出售，並轉至另一地點，在氹仔大橋邊開設了一家新餐廳，繼續出售他們所擅長的粥及菜肴，如果有人想吃到原味的蟹粥，就該知道到哪里去了。

25.這篇文章還配有一幅有解說詞的、使己飯店成名的田雞水蟹粥的照片。

26.同時還配有第 2 被聲請人在新餐廳烹飪的一張照片，其解說詞提及她有 20 多年製作田雞蟹粥的經驗。

27.第 2、第 3 被聲請人繼續使用經營己飯店時所使用的第 XXX 號電話號碼，作訂位及外賣之用。

28.還將電話號碼載於廣告板、廣告牌、告示及上述雜誌的文章中。

29.“馳名港澳”、“由創始人烹製”、“原創”。

30.第 1 被聲請人拒絕向聲請人交付必要的文件，使後者可以使用己飯店所使用的電話號碼第 XXX 號。

31.這一電話號碼轉而被第 2、第 3 被聲請人在經營戊餐廳時作為電話號碼使用。

32.第 2 被聲請人作為與第 1 被聲請人的妻子，與後者一起經營戊公司。

33.她也是烹製上述菜肴的主要負責人。

34.從今年 4 月起，己飯店的顧客平均減少了 70%。

35.聲請人在上文指出的菜肴，在許多其他餐廳都是普通菜肴，舉例而言：

a)[飯店(1)]，位於 XXX（即聲請人之飯店隔壁），自 2002 年 4 月運作，其活動似乎沒有造成聲請人不適：

b)Cheong Ka Chong 飯店，位於澳門士多紐拜斯大馬路 20 號 B-D；

c)Wai Kei 餐廳，位於澳門慕拉士大馬路；

d)Fei Chai Man，位於澳門孫逸仙大馬路 460 號地下；

e)Ho Sek Tim 飯店，位於澳門孫逸仙大馬路 Chun Fong 花園 C；

f)Lou Kei 飯店，位於澳門南灣大馬路；

g)Hou Hou Keng 飯店，位於澳門南灣大馬路；

h)Jai A Lai 餐廳，位於澳門 Jai A Lai 娛樂場大廈；

i)Fo Kai 飯店，位於氹仔孫逸仙大馬路；

j)IatKo 飯店，位於黑沙環區。

36. 根據澳門電訊公司的信函，第 XXX 號電話號碼是住宅電話，一直以第 1 被聲請人名義登記，最初安裝在[地址(1)]，之後自 2002 年 5 月 13 日起，被移至[地址(2)]。

37.2003 年 4 月，發生俗稱“非典”的現象。

38.澳門經濟活動的各個行業，從大到小均感受到其效果，後果十分嚴重。

39.2003 年 4 月來澳旅客的數字比 2002 年同期減少了 33.8%，5 月比 2002 年同期減少了 36.8%”；（參閱第 205 頁背頁至第 208 頁）。

法律

五、在作出這一概述並轉錄了據以作出原判（即本上訴之標的）的事實情狀後，我們看看哪一方持有理據。

原判駁回了聲請人起訴狀中提出的某些請求，故聲請人請求廢止這部分的原判，請求作出裁定此等請求理由成立的新裁判，以取代原判。

在被聲請人方面，他們請求廢止原判，由另一項“承認第 2 上訴人及第 3 上訴人有權銷售有關菜肴，並有權透過一切現有法律手段對它們進行廣告宣傳，同時命令向第 1 被聲請人退還第 XXX 號電話號碼所有權人資格（但禁止其用於商業用途）”的裁判取而代之。

一面對爭議中的雙方所採取的立場，作為“事先說明”，我們必須首先澄清：對於被聲請人在其理由闡述結尾部分提出的請求（即承認其“有權銷售有關菜肴，並有權...”），我們不將之視作在本上訴範圍內將審理之問題。由於這一請求未適時提出，因此它屬於一個“新問題”，

本審級（在本上訴範圍內）不能對這一問題表明立場。

肯定的是，上訴只能涉及向被上訴法院提出的問題，不能就新的事宜產生新裁判。有鑑於此，就被聲請人之上訴而言，我們只針對所採取的措施是否應被廢止作出裁判。

— 作出上述澄清後，我們開始審理上訴人的請求。

眾所周知，根據澳門《民事訴訟法典》第 1 條規定的“訴諸法院之保障”這一一般性原則，該法典第 326 條第 1 款規定：

“任何人有理由恐防他人對其權利造成嚴重且難以彌補之侵害，而下一章所規定之任何措施均不適用於有關情況者，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。”

該法典第 332 條規定：

“一、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。

二、如保全措施對聲請所針對之人造成之損害明顯大於聲請人欲透過該措施予以避免之損害，則法院仍得拒絕採取該措施。

（...）”

因此，人們一直認為命令採取普通保全措施的要件如下：

— “權利”之存在或無爭議地認為“權利確有可能存在”；

— 有充分理由恐防權利受到“嚴重及難以彌補的侵害”；

— 所請求的措施對避免侵害而言是“適當的”；

— 所期望採取的措施與其他特定保全程序無關（該等特定保全程序由澳門《民事訴訟法典》第 2 卷第 3 編第 2 章調整）。

作為次要要件，還要求措施造成之損害不大於欲透過該措施予以避免之損害（參閱本中級法院第 11/2000、115/2000 及 79/2002 號案件分別在 2000 年 3 月 9 日、2000 年 7 月 27 日及 2002 年 2 月 16 日中作出的合議庭裁判）。

在本案中，鑑於獲證明的事實事宜，原審法官作出了本合議庭裁判第 2 點轉錄的裁判。

— 考慮到現在諸位上訴人在其上訴中提出的問題（其中有涉及“第 1 被聲請人及第 2 被聲請人關係”的問題），我們認為應首先審理這一問題，因為這一問題與“事實事宜”有關，很明顯是對所提出的其他（法律）問題作出裁判之條件。

因此，我們從這一問題開始。

原審法院將“第 2 被聲請人作為與第 1 被聲請人的妻子，與後者一起經營戊公司”視作已獲證明；（參閱第 32 項已獲證明之事實）。

面對這一“堅稱”，上訴人（被聲請人）的結論是“第 2 被聲請人並未與第 1 被聲請人結婚”；（參閱第 2 項結論）。

我們認為，上訴人沒有道理。

事實上，儘管被聲請人在所提出的反駁狀中拒絕承認其夫妻關係，但是在所提交的起訴狀中已經被載明了這種身份，同時肯定的是（正如原判所寫的那樣），已經證明“不論在要式行為中（例如就位於 XXX 之不動產進行的買賣公文書中 — 參閱卷宗第 42 頁起及續後數頁），還是在第 2 被聲請人提交取得第 3 被聲請人之公司股份之文件作商業登記時（參閱卷宗第 125 頁），均聲明他們是夫妻”，因此，正如上述裁判得出的結論，必須承認“他們具有等同於配偶的關係”。

的確，我們所面對的不是“身份狀況之訴”（該類訴訟涉及婚姻倘有之有效性及效力），並且被聲請人在公私實體面前均表明身份稱他們是夫妻關係。在此情況下，我們相信原審法官所作出的決定是正確的。

因此，在這一部分，原判並無不當。

— 除此問題外，被聲請人／上訴人還提出另一問題。從實質上說，該問題是要指明是否存在據以命令採取上文第 2 點所指之措施的必要前提。

事已至此，在不忘記聲請人（他也是上訴人）之請求的情況下，我們首先必須調查從實事宜中是否得出了這些前提。

我們看看。

從實質上講，聲請人指稱，透過與第 1 被聲請人訂立的“企業轉讓”合同，他“同樣”取得了“原來屬於第 1 被聲請人的經營營業場所的權利”，轉讓人受“不競爭義務”之制約。因此，鑑於諸被聲請人的行為侵犯了該“權利”，同時又鑑於聲請人指稱被聲請人的行為構成作出“不正當競爭”之行為並由此給其造成了損失，因此作為主要訴訟的初步行為，聲請人請求命令採取其認為恰當之措施，以保證該訴訟具有有用之效果。

經分析上文所述的事實事宜，並鑑於澳門《商法典》第 108 條第 1 款之規定，我們相信有關指稱屬實。

我們詳細說明如下。

該法典第 108 條第 1 款規定，“自轉讓日起最多五年內，商業企業轉讓人不得自行、透過第三人或為第三人經營另一能因所營事業、地點或其他情況而使被移轉企業之顧客轉移之企業。”

向聲請人出賣己飯店，以及第 1、第 2 被聲請人嗣後經營戊餐廳並（尤其）在那裏烹製及提供與己飯店一樣的菜肴，均已明顯顯示於獲證明的事實事宜中。我們相信，本案的情況毫無疑問地體現出一種侵犯，即對聲請人在上述第 108 條規定的無競爭情況下經營所取得之企業的權利的侵犯。

但是，我們還認為，被聲請人在本案中的行為還不僅僅如此而已，因為他們不僅僅限於侵犯聲請人之“權利”以及他們自己的“不競爭之義務”，而且還進行了“不正當競爭”。

事實上，他們不是僅僅“經營”一家新餐廳並提供之前在己飯店提供的服務（即提供同樣的菜肴），而且其行為還違反了商業上的誠信原則以及善意原則，透過侵佔聲請人的客源給其造成損失。事實上，“向公眾灌輸知名老店己飯店現在是戊餐廳的理念”（參閱所指出的第 17、22、23、24 項事實），在我們看來是一種使消費者“產生混亂”的不誠實行為，將使消費者認為之之前在己飯店享受的服務現在已經被轉移到在戊餐廳提供。

“不正當競爭”的制度不僅僅限於對工業產權之自我權利的保護（商標、名稱、徽記、商業名稱，等等），該制度主要旨在確保從事同樣或類似活動的企業之間在從事商業活動中的誠信，從而禁止一名競爭者“以別人為代價冒充他人，在營業場所或產品上造成混亂”（O. Ascensão 之語，見《Concorrência Desleal》，第 15 頁）。因此，必須得出結論認為，被聲請人的行為屬於作出“不正當競爭”行為。正如 Ferrer Correia 在此意義上指出，“的確，如果一名商人的行為在其企業與另一名商人之企業之間造成混亂，那麼就是它就是最完全的不正當競爭行為的方式之一”（載於《Estudos de Direito Civil, Comercial e Criminal》，第 252 頁）。

因此，如果說（正如被證明的那樣）由此造成（聲請人之）己飯店減少 70% 的顧客，那麼我們同樣相信：不可否認的是，前述“權利”之存在或無爭議地認為“權利確有可能存在”以及對權利的侵害或“有充分理由恐防權利受到侵害”這些前提已經存在。

被聲請人指稱該“顧客減少”是因為害怕“非典”（又稱為“嚴重性呼吸綜合症”）。

的確，這一疾病影響了本地的經濟活動和企業活動，這是明顯的事實及眾所周知的。但是，同樣是事實的是，正如所指出，只要有“有充分理由恐防權利受到侵害”，便足以與其他上文列舉的要件一起，將保全措施視作合理之舉。況且，即使就“不正當競爭”而言，不必存在“確實的混亂”，而是以一名“普通消費者”的判斷只要存在具備該混亂的“危險”即告足夠；（參閱 Jorge Paúl：《Concorrência Desleal》，第 160 頁起及續後數頁）。

因此，鑑於上述獲證明的事實，必須將所指出的要件視作已經具備。同時，鑑於所請求的措施不涉及其他的特定保全程序，因此現在必須看看“適當性”這一要件是否具備。

行文至此，鑑於爭議中的雙方的請求，我們認為必須採用下述方法：對聲請人所請求的全部措施進行審理，以便（在聲請人之請求方面）裁判那些沒有命令採取的措施是否應被命令採取，抑或相反，（在被聲請人之請求方面）裁判那些被命令採取的措施是否不應命令採取。

因此重溫所提出的請求及所作出的裁判，是大有裨益的。

聲請人請求：

- “a)命令立即關閉戊餐廳：
- b)命令第1、2被聲請人立即終止以任何名義直接或間接經營戊餐廳：
- c)命令諸被聲請人立即停止為公眾準備及提供任何被視作己飯店特色菜的菜肴，即海鮮菜肴，尤其是田雞蟹粥、豉汁蒸鱔、酥炸鯪魚球；
- d)命令諸被聲請人不外泄該等菜肴的製作配方及秘密，也不允許該等菜肴因其行為以商業目的被銷售；
- e)命令諸被聲請人立即終止以商業目的使用第XXX號電話號碼；
- f)命令諸被聲請人放棄為該等菜肴作廣告，尤其是使用諸如“原創”、“由創始人製作”或其他類似的表達；
- g)命令諸被聲請人在5年內放棄從事任何與己飯店相競爭的活動；
- h)命令第1、2被聲請人向聲請人交付上述菜肴的所有配方及製作秘密，並交付確保聲請人有權使用第XXX號電話號碼的所有必要文件；總之；
- i)警告諸被聲請人無限期放棄作出任何不法地造成己飯店顧客群流失、是自己或第三人得益的行為（尤其是直接或間接作廣告之行為）...”

針對所提出的請求，作出了以下裁判：

- “a)命令諸被聲請人立即停止為公眾準備及提供任何被視作己飯店特色菜的菜肴，即海鮮菜肴，尤其是田雞蟹粥、汁蒸鱔、酥炸鯪魚球；
- b)命令諸被聲請人立即終止以商業目的使用第XXX號電話號碼；
- c)命令諸被聲請人放棄為該等菜肴作廣告，尤其是使用諸如“原創”、“由創始人製作”或其他類似的表達；
- d)命令第1、2被聲請人向聲請人交付確保聲請人有權使用第XXX號電話號碼的所有必要文件。”

— 比照所提出的請求與所作出的裁判後，首先可以看出 a、b 項請求的措施，其理由不成立。是否應對裁判予以更改（並相應地使聲請人的上訴在這一部分理由成立）？

第1、第2被聲請人受“不競爭義務”的制約（參閱《商法典》第108條第1款及第2款），而且他們作出的行為被定性為“不正當競爭”。我們認為，很明顯要求他們立即終止經營戊餐廳的請求是適當的（及必要的）。

至於說到關閉該餐廳，又當如何？

我們認為這有點過分。

事實上，如果憑藉前述措施，被聲請人已經被阻止經營該“餐廳”，那麼就看不到有何必要關閉之，因為如果該餐廳運作，將不再是由於被聲請人之活動造成的。

因此，關於 a 項所作請求（關閉餐廳）理由不成立之裁判予以維持，並相應更改就 b 項作出的裁判，使針對這部分（即請求立即終止經營戊餐廳）的上訴得直。

— 針對 c 項之請求，原審法官之裁判裁定請求理由（部分性）成立，其中未包括“海鮮菜肴”。

我們認為應對裁判予以更正，以便裁定在該項所作的全部請求理由成立。的確，如果被聲請人與聲請人競爭並經營他們在己飯店（該飯店現由聲請人經營）進行的同樣經濟活動，那麼就看不到其“不競爭義務”有何理由不涵蓋上述（之前在該己飯店提供的海鮮）菜肴。

因此，上訴理由在此成立。

— 關於 d 項所作請求（“外泄製作配方及秘密”）

我們承認任何“菜肴”的製作都有其“方式”和“方法”。

但是，在本案中，沒有證實被聲請人手中存在“特別配方和秘密”，因此看不出所作請求理由如何可以成立，故應維持原判。

— 關於 e 項所作請求（“以商業目的使用第XXX號電話號碼”）

我們認為，很明顯不應維持原判。

況且，對此，連以其名義進行登記的被聲請人也不反對，因此我們認為對這一點不必贅言。我們繼續審理。

— 關於在 f、g 項中所作的請求（“廣告”及“從事與己飯店競爭之活動”），我們認為，鑑於《商法典》第 108 條規定的“不競爭義務”以及在本卷宗中證實的第 1、第 2 被聲請人所作所為，這些請求是適當的。

因此，對 f 項的裁定理由成立。但現在仍必須對裁判予以更正，以裁定 g)項所作請求的理由同樣成立。

— 關於在 h 項中所作的請求（“向聲請人交付上述菜肴的所有配方及製作秘密”，並“交付確保聲請人有權使用第 XXX 號電話號碼的文件”）

我們認為該等請求毫不合理。

正如上文所述，就配方及製作秘密而言，同樣沒有證明它們是存在的。

至於“電話”，該電話根本沒有安裝在己飯店中，因此儘管它被用於“商業目的”，但由於已命令採取了 e 項所請求的措施（即禁止將其用於該等目的），故在此所作的請求已經失去了意義。為此，廢止在這一部分所作的裁判。

— 最後關於在 i 項中所作的請求（警告諸被聲請人“無限期放棄作出任何...行為”），我們認為，從實質上講，這是所命令採取的措施的一個（空洞的）重複，在我們看來，所命令採取的措施是適當的，可以確保聲請人憑藉所提起的主要訴訟而期望達到之效果。因此不能證明所請求的該措施屬合理。

本案所提出的全部請求均已審理，茲予正式裁判。

決定

六、綜上所述並以此為據，本合議庭裁判所提起的上訴理由部分成立，著依據上文所載之準確內容對所作出的裁判予以變更。

訴訟費用由上訴人按敗訴比例繳納。

José M. Dias Azedo（司徒民正）（裁判書製作法官）— 陳廣勝 — 賴健雄