

(譯本)

非特定保全措施 對措施之異議 訴訟裁判 措施之前提

摘要

一、非特定保全措施的法定前提如下：

a)以所欲保護的權利為由而提起或將提起的訴訟中，體現出權利確有可能存在；

b)有充分理由恐防他人對該權利造成嚴重及難以彌補的侵害；

c)不存在保護該權利的特定措施；

d)措施造成之損害不大於欲透過該措施予以避免之損害。

二、之所以異議，是因認為保全措施與事實不符。異議的作用是推翻保全措施的依據，而不是針對保全措施所取決之主要訴訟之尚有標的，對作為該標的的問題進行討論。

三、就保全措施之訴訟程序作出裁判後，只要針對該裁判提起的上訴與針對訴訟裁判提起的上訴一併上呈，且法院選擇首先審理針對訴訟裁判的上訴，那麼在審理前者時，就可以考慮在訴訟中作出的事實上以及法律上的裁判，以避免作出一項相互矛盾或不相容的裁判。

四、如果已證實雙方當事人均有權進行建築群之銷售，那麼就不具備決定採取保全措施的實質性要件之一，即“危險”之存在。

五、即使查明措施聲請人之權利確有可能存在，亦不能針對同樣擁有該權利之人命令採取該措施。

2004年3月4日合議庭裁判書

第142/2001號案件

裁判書製作法官：蔡武彬

澳門特別行政區中級法院合議庭裁判

甲有限公司針對乙有限公司聲請非特定保全措施。

在聲請狀中羅列了多個證人。

法院應聲請人之請求，在未聽取被聲請人意見的情況下，命令採取措施勒令被聲請人立即：

不再承諾出售、銷售、抵押或以其他方式處分、轉讓以第[...]及[...]號標識於澳門物業登記局的樓宇中的現有獨立單位或將建造之獨立單位，或設定負擔；不再使聲請人無法持有上述不動產或者以任何方式干擾聲請人持有該等不動產。

命令致函法務局，將上述勒令通告本地區所有公證處及私人公證員。

獲通知所命令的措施後，被聲請人乙有限公司針對聲請人甲有限公司提出異議，並依據(1961年)《民事訴訟法典》第406條第4款，針對保全程序卷宗中羅列的證人丙、丁（其身份資料詳見卷宗）提出異議，其理由陳述如下：

1.所命令的措施禁止轉讓、設定負擔及持有兩個不動產，其效果與預防性假扣押完全相同。

2.被異議人／保全措施卷宗中的聲請人在手中截留有至少港幣8,000萬元的鉅款，該款項來

自建築物之單位的銷售收入。

3.根據 1989 年 11 月 1 日合同的第 2(e)(iv)款，不可以得出被異議人有權銷售獨立單位這一結論，而應該得出這樣的結論，即：它有促使該等單位投放市場並招攬顧客之義務。

4.從 1995 年 1 月 24 日的會議記錄中，不可以得出這樣的結論：提出異議人有義務在 1995 年 2 月 28 日前向被異議人交付港幣 13,851,098 元。

5.1989 年 11 月 1 日的合同不禁止提出異議人（即唯一有權確定價格之實體）直接銷售獨立單位。

6.被異議人未經提出異議人許可，不得銷售有關單位。

7.被異議人有義務支付工程圖則編制費用，但只有提出異議人才可以介入工程圖則。

8.提出異議人未許可過戊公司訂立“臨時承諾出賣合同”。

9.承諾出賣 B1 座及第 8 號別墅，不構成對 1989 年 11 月 1 日之合同的違反。

10.不得單方要求提前分配利潤。

11.被異議人正在截留資金，因此不可能侵害或恐防侵害其倘有之權利。

12.在所失收益方面也不存在恐防受到侵害的問題，因為：

a)A4 座與 1989 年 11 月 1 日合同無關，因為被異議人繼續受到約束來建造及銷售 A4 座（在此被異議人有銷售權，而非僅僅有促銷之義務）；

b)1989 年 11 月 1 日之合同不可被特定執行，被異議人的債權也不享有物權擔保；

c)如果說存在銷售權，該權利也是在相關樓宇建造及竣工後方告存在 — 參閱合同的第 2(e)(iv)款。

13.提出異議人是一個有誠信的公司，它在澳門及中華人民共和國其生意夥伴中享有很好的聲譽，其在銀行界中的地位也很穩固。

14.被異議人處於破產狀況。

15.被異議人的夥伴（戊公司）由於大規模參與澳門的地產行業，面臨嚴重的經濟困難。

16.被異議人對建造的樓宇無滯留權及管理權。

17.措施給提出異議人造成無法彌補的損失，因此急需伸張正義。

請求立即解除所命令的措施，或者如不這樣理解，則將措施降低至其公正之界限，即不涉及：

a)A1 座及 A2 座，因為它們不是由被異議人建造的；b)A3 座及 A4 座，因為其建造及銷售不屬於 1989 年 11 月 1 日之合同內容，而是屬於仍然有效的 1991 年 7 月 1 日之合同的內容；c) 已經向第三人承諾出賣且已經完全由該等第三人占有的單位（這甚至是因為，預約買受人比提出異議人更具有受到更好法律保護的權利 — 參閱 8 月 15 日第 20/88/M 號法令第 2 條：“倘承諾出賣物已告交付，承諾買方的債權將優先於其他一般債權人，而由該物的價金為償付。”）

還請求將措施限於僅涉及將要建造的單位，並請求判令被異議人及其證人因有意識地不講真話，對給提出異議人之聲譽造成的損失，連帶向提出異議人作出損害賠償（該等損害計約澳門幣 3,000 萬元）。

異議獲受理後，被異議人提出反駁。

製作了詳述表並組織了答問表，之後進行了審判聽證。

合議庭主席作出判決，裁定：

— 針對 A1、A2 座，著解除措施；

— 針對被甲有限公司及戊公司預約出賣的、已經支付購房款的所有單位，著解除措施；

— 針對其他所有在命令採取措施前被預約出賣且已將物交付給預約買受人的單位，著解除措施；

— 針對已建造完成但尚未被預約出賣的單位，以及已被預約出賣但尚未交付給預約買受人的單位，應維持措施；

— 禁止對上述財產進行轉讓、承諾轉讓及設定負擔，其禁止上限定為港幣 18,503,308.25 元，應另加自傳喚及通常訴訟起至實際及完全支付止按法定利率計得之利息。

被異議人甲有限公司不服裁判，提起上訴，其理由陳述簡要如下：

1.本上訴乃是針對原審法官作出的一審判決。本上訴限於判決之主文部分（第4章）中所載的以下裁判：

a.決定“針對其他所有在命令採取措施前被預約出賣且已將物交付給預約買受人的單位，著解除措施”（卷宗第552頁背頁）這一裁判；及

b.決定（針對某些財產，措施僅限於）“禁止對上述財產進行轉讓、承諾轉讓及設定負擔，其禁止上限定為港幣18,503,308.25元”（卷宗第553頁）且“應另加自傳喚及通常訴訟起至實際及完全支付止按法定利率計得之利息”（參閱第560頁之說明第2點）這一裁判。

2.除了在本異議中獲證明的事實外，還在主要的平常之訴中（第79/95號訴訟程序，其當事人相同，同時由同一合議庭審理）證實了多項重要的事實。此等事實在措施中（第79/95/A號訴訟程序）亦已獲證明，且在本異議中爭執未果，即使對於本異議之裁判而言，它們也毫無疑問具有很高的重要性，因此應予考慮。

3.綜上所述，在此明示請求：在審理相關上訴時，將本卷宗以及平常之訴卷宗作為附文。

4.“非特定保全措施的法定前提如下：

a)以所欲保護的權利為由而提起或將提起的訴訟中，體現出權利確有可能存在；

b)有充分理由恐防他人對該權利造成嚴重及難以彌補的侵害；

c)不存在保護該權利的特定措施；

d)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《民事訴訟法典》第384條、第399條及第401條）

5.保全措施有自己本身的訴訟要件，這些要件的基礎是訴因（或法律事實 — 《民事訴訟法典》第498條第4款），以訴因對措施要件之具備加以理由說明，並繼而提出要求（即請求，或者說法律效果 — 《民事訴訟法典》第498條第3款）。

6.作為對措施的反對，異議的目的在於根據提出異議人提出的事實上及法律上的理由，（全部或部分）解除措施。

7.因此，在全部事實方面，應根據（且只根據）在異議中被確實證實的事實是否與證明措施屬合理的事實相沖突，來解除或維持措施，因為當（且只有當）證明措施屬合理的事實在異議中被成功爭執的情況下，此等事實才會被質疑。

8.但是，在本案中，對平常之訴卷宗（該平常之訴以透過措施予以保護的權利為依據，且有相關措施取決於該平常之訴 — 參見可適用之（1961年）《民事訴訟法典》第384條作出判決的時間先於對本異議作出之裁判）。

因此，已無法獨立及單獨分析全部事實，也無法獨立及單獨審理對本異議中的有關法律問題，而是應根據訴訟中作出的（記載上訴階段將要作出的）裁定而作出及解決。

9.這是因為現上訴人對訴訟判決（之一部分）同樣提起了上訴，並在2001年5月4日提交了相關的理由陳述（在此視作全文轉錄），其中得出結論認為：一審判決應予變更，並請求中級法院承認命令採取之措施所意在保護的權利。

10.因此，考慮到其所涵蓋之內容，針對訴訟中作出的判決而提起的該另一項上訴是否（全部或部分）得直，必然影響本上訴的結果。為此，僅請貴院依據1961年《民事訴訟法典》第279條第1款及第276條第1款c項或現行《民事訴訟法典》第223條第1款及第220條第1款d項，以本上訴之裁判取決於對另一項上訴（即針對附文第79/95/A號平常訴訟卷宗中作出的裁判而提起的上訴）作出之裁判為由，命令中止本上訴。

11.在措施中（即在本異議所反對的措施中），被異議人的請求（這一請求被法院命令接受）是：勒令提出異議人不再“承諾出售、銷售、抵押或以其他方式處分、轉讓以第[...]及[...]號標識於澳門物業登記局的樓宇中的現有獨立單位或將建造之獨立單位，或設定負擔；不再使聲請人無法持有上述不動產或者以任何方式干擾聲請人持有該等不動產”。

12.被異議人據以作為措施依據的權利如下：

a.銷售、管理及持有建築群的權利（參閱措施，第152頁，第3段及第6段）；

b.收取必要金額支付建築費的權利以及相關的收取利潤的權利（參閱措施，第152頁及其背

頁)；

c.收取港幣 23,204,298.05 元建築費及分享港幣 39,639,424.69 元利潤的權利(參閱措施,第 152 頁背頁)。

13.事實上,“被異議人在其作為原告的主要訴訟中(本異議程序是該訴訟的附文),針對提出異議人其除了三項如下請求:

- 判令被告向原告支付港幣 62,843,722.80 元,另加利息;
- 判令被告對原告持有、管理及銷售 XXX 花園建設不再作出任何擾亂行為;
- 判令被告履行與原告訂立的聯營合同,尤其在因 XXX 花園建設的重新開始、建築完工及銷售而產生的費用的支付和利潤的分配方面,其金額在未來再予查明。”(參閱判決,第 547 頁背頁起及續後數頁)。

14.在訴訟判決中,主要裁定:

a.以原告有過錯不履行為依據,宣告 1989 年 11 月 1 日訂立的合同以及 1989 年 12 月 18 日訂立的補充協議已被被告合法解除;

b.判令被告向原告支付港幣 18,503,308.25 元,另加利息;

c.裁定其他訴訟請求未獲證明且理由不成立。

15.“依據在訴訟中作出的終局裁判,發現就其中一項請求(即支付特定款項之請求),裁定被異議人的請求理由部分成立,因此尚有之權利在這一部分已經得到確認及確保。

由此得出,在這一部分,提出異議人所質疑的這一要件沒有被推翻(...),因為被告被判令支付的金額是過去的(...)建築費”,因此“就港幣 18,503,308.25 元而言,維持所欲保護之權利的性質以及原有來源”。

至此,對異議作出的判決並無不當。

16.但是,在此之後,根據裁定被告是正當解除合同的訴訟中作出的判決,對異議作出的判決審核維持措施之適當性時,沒有考慮據以採取措施的其他權利(此等權利體現在原告在平常之訴中提出的另外兩項請求中),而只是將禁止作出財產處分的上限定為不超過訴訟中判令被告向原告支付的金額。

17.判決這樣裁定的唯一依據是:在對訴訟作出的裁判中,僅承認原告有權收取某一特定款項(並承認相關的侵害),但沒有承認原告在該訴訟中主張的、同樣是措施之依據的其餘權利(即持有、銷售及管理之權利、要求被告履約支付費用及分配利潤之權利)。

18.這樣,從對異議作出的判決之邏輯上看,原審法官在考慮 1961 年《民事訴訟法典》第 399 條之規定以及“措施對案情的適當性”後,認為:

a.禁止對上述財產進行轉讓、承諾轉讓及設定負擔,其禁止上限定為港幣 18,503,308.25 元,應另加自傳喚及通常訴訟起至實際及完全支付止按法定利率計得之利息。

b.對被告處分財產的禁止上限應低於被告在訴訟中被判令支付的金額(港幣 18,503,308.25 元以及直至全部支付止的利息)。

19.但是,正如所述,原告(現上訴人)針對該訴訟判決提起上訴,並在 2001 年 5 月 4 日提交了相關的理由陳述,其中簡要得出結論認為,在平常之訴中作出的判決應予變更,請法院按照上訴所請求的內容作出補正。該等請求內容簡述如下:

- 請求中級法院不承認被告作出的解約;
- 請求中級法院承認原告持有、管理及銷售(或參與銷售)建築群的權利、要求被告履行與原告訂立之聯營合同的權利 — 尤其是(在具有尚未開銷的收入的情況下)支付費用及分配未來將予結算的利潤(此等費用及利潤來自建築群重新開工及竣工後的建造和銷售) — 並鑑於被告作出的違反以及預計作出的不斷侵害,相應地判令被告尊重這些權利。

20.按照所作請求對平常之訴作出判決後,對異議作出之判決(即決定針對某些財產,措施僅限於“禁止對上述財產進行轉讓、承諾轉讓及設定負擔,其禁止上限定為港幣 18,503,308.25 元”及利息)的唯一依據(第 7.4 點)已不成立。

21.的確,在上訴階段,原告(被異議人)持有及管理(尚未向預約買受人交付的部分)建

築群權利之確立，首先要求在措施中繼續包含勒令被告不再使被異議人無法進行這一持有或以任何方式擾亂這一持有（見措施的第一部分命令），這是保護該等權利的唯一方式。

22.另一方面，在上訴階段，原告銷售（或參與銷售）建築群的權利以及要求被告履行與原告訂立之聯營合同的權利 — 尤其是（在具有尚未開銷的收入的情況下）支付費用及分配未來將予結算的利潤 — 要求措施不受任何金額之限制。

23.因此的結論是：如果依據現上訴人提出的上訴請求對訴訟判決予以變更，意味著在異議判決中作出的裁判（即措施僅限於處分某些財產，且其金額上限為港幣 18,503,308.25 元及利息）同樣應予廢止。

的確，在該案件中，該對異議作出的裁判可能已經固地違反了訴訟判決違反的上述第 7.4 點提及的規定 — 1961 年《民事訴訟法典》第 405、406、237、762、763、799、428 及 334 條 — 以及該法典第 399 條。

24.此外，透過對該異議中所證實的事實以及此等事實所要求的解決辦法的分析，如果針對該訴訟的上訴理由成立，同樣可以得出這一結論。

25.的確，在預見到原告／被異議人依據所訂立的合同管理、持有及銷售建築群的權利被違反並相應地受到侵害或有被侵害之虞，或以此為前提的情況下（《民事訴訟法典》第 399 條），該等權利之存在也首先證明措施是合理的。

26.根據獲證明之事實，同樣不僅證明原告／被異議人管理、持有及銷售（或參與銷售）XXX 花園建築群的權利是存在的，而且還證明受到了侵害及持續這一侵害之虞。

27.因此，完全證明應維持措施且不規定現被質疑之在異議中作出的裁判所規定的限制，因為為了確保該等權利，措施必須：

a.繼續包含勒令被告不再使被異議人無法進行這一持有或擾亂這一持有；

b.在不捨任何金額限制的情況下繼續維持措施，以便確保原告／現被異議人依據所作約定，同樣參與建築群的銷售（當然這裏指尚未銷售之部分）。

28.另外，措施的理由依據首先基於原告／被異議人的下述權利，即：在被告違反或嚴重侵害有關權利的前提下或預見違反該等權利的情況下（《民事訴訟法典》第 399 條），要求被告／提出異議人履行聯營合同的權利（一般而言），以及要求被告支付費用以及分配利潤之權利（特別而言）。

29.同樣，依據獲證明的事實，證實原告／被異議人有權要求履行聯營合同 — 尤其是（在具有尚未開銷的收入的情況下）支付費用及分配（未來將予結算的）利潤（此等費用及利潤來自建築群重新開工及竣工後的建造和銷售）。同時還證實，如果在不設任何金額限制的情況下，不繼續勒令被告／提出異議人未經原告／被異議人同意，不得對原告依據所作約定而有權履行的權利加以處分，則恐防此等權利受到嚴重及難以彌補的侵害。

30.這是因為：毫無疑問，根據獲證明的事實以及對訴訟提起的上訴中的主張，不論在過去、現在還是將來，所命令採取的措施對於避免侵害原告／被異議人的權利都是適當的。

30.1.的確，確保銷售、管理及持有建築群的權利在過去、現在及將來不受侵害的唯一方式，一直而且繼續是勒令被告／提出異議人：

— 不再使原告／被異議人無法持有不動產或擾亂這一持有（該行為對被異議人管理權及持有權構成侵害）；

— 不再未經原告／被異議人同意，便自行對被異議人應參與銷售、但尚未被銷售的不動產加以處分（因為這一行為對被異議人銷售或至少參與銷售該等不動產之權利構成侵害），且該禁止處分沒有任何金額限制。

30.2.這一勒令不僅對於保護原告收取被告已到期的 1,800 萬元的權利而言一直是適當的，而且對於原告收取發展所必須的金額（尤其是建築費用）的權利而言也一直是適當的（因為被告根據合同規定，在項目中掌握尚未開銷的收入），此外對於確保原告其分享未來結算的利潤金額之權利也是適當的。

31.因此，針對某些財產而對措施加以限制（即禁止處分金額高於港幣 18,503,308.25 元另加

直至全部支付止之利息）就失去了意義。

的確，在此所保護的不僅僅是收取該款項的權利（正如在判決中所期望的那樣），而是所有因所作約定而產生的權利（即因聯營及建設發展而產生的“地位”），這一“地位”的前提是原告之持有和管理，它要求因重新開工以及竣工／履行而產生的全部其他收入都用於上文所述的目的（該等目的中包含了被異議人的權利）。

32.決定（針對某些財產）措施限於“禁止對上述財產進行轉讓、承諾轉讓及設定負擔，其禁止上限定為港幣 18,50,308.25 元另加利息”，違反了 1961 年《民事訴訟法典》第 399 條以及 1966 年《民法典》第 406、762、237、763、799 及第 428 條或者現行《民法典》中相對應的條款（它們是訴訟判決所固有的）。

33.因此，綜上所述，對異議作出的判決中的這一裁判應予廢止。

34.另一個問題是要知道：是否應將措施降低，以便不涉及某些樓宇或獨立單位甚至某些車位之權利。

35.對異議作出的判決命令解除針對 A1、A2 座、被甲有限公司（被異議人）以及其分包合同人（戊公司）收取付款後而承諾出售的所有單位所採取的措施。

這一決定將所有 A1、A2 座的所有單位、A3 座及 B2、B3 座塔樓中的單位（以及車位）從措施中排除。這些單位都是被異議人或其分包合同人累計銷售的，其價金已經向被異議人或其分包合同人支付。因此，裁判並無不當且在意不予爭執。

36.但是，在對異議作出之判決的另一項決定中，還決定“針對其他所有在命令採取措施前被預約出賣且已將物交付給預約買受人的單位，著解除措施”。

現在藉本上訴期望同樣予以爭執的正是這一決定，因為這一決定命令解除針對 B1 座及 M1 之第 8 號別墅採取的措施。

37.對這一決定作出的理由說明，一方面是基於對訴訟作出的判決以及受上文所述之規定保護的預約買受人的正當期望，另一方面是基於多種相關利益及損失之間的公正平衡。

38.但是，我們僅認為，我們對此持相反意見，不贊同此等依據。

38.1.首先，B1 座以及 M1 連體建築之第 8 號別墅之所以存在，完全是由於被異議人安排並承擔了其建造。但是，其銷售卻是在提出異議人未經被異議人知悉、同意或追準的情況下，由提出異議人一人進行的，而肯定的是，提出異議人沒有將其銷售收入用於在會議上向被異議人承諾用於的地方。

38.2.因此，在對訴訟的判決判令被告／提出異議人向原告支付特定金額（依據會議約定內容，該金額相當於該銷售收入之一部分收入）的情況下，在邏輯上講，應繼續以措施中禁止對該等財產（B1 座及第 8 號別墅）予以處分這一決定，對原告收取該金額的相關權利進行保護。

38.3.只有這樣，才必然地使措施適宜於 1961 年《民事訴訟法典》第 399 條所要求的情況，也只有這樣，才是尊重被異議人的留置權利（該留置權係以類推方式產生自 1966 年《民法典》第 754 條及第 1207 條）。

39.根本不能像判決中所言，認為第 20/88/M 號法令第 2 條以及現行《民法典》第 795 條第 1 款 f 項之規定要求部分解除現被質疑的措施，因為它們根本不直接適用於所爭議之關係。

40.此類依據被推翻後，我們現在應分析一下有關損失之平衡，以便對有關爭執作出結論。

40.1.一方面，（鑑於上訴所針對的上文所述的決定），原告／被異議人期望避免（且應繼續試圖避免）的損失雖然難以計算其全部，但明顯是巨額的。

的確，原告還有權從收入中得到：

- 上文所述的 1,800 萬元；
- 除此之外尚未收取的用於發展支出的收入；
- 用於建造其餘都市建築所必需的收入，估計至少 4,000 萬元；
- 分享一個銷售收入已超過 2 億、且根據將作出之銷售其收入肯定更多的建築群的利潤（60%）。

40.2.另一方面，被告／提出異議人沒有證明措施所產生的損失高於上述損失。

至於 B1 座以及第 8 號別墅預約買受人的損失，沒有證明它們大於原告／被異議人期望避免的損失，而且很明顯不可能超越上述損失。

40.3.因此，認為措施對 B1 座及 M1 座第 8 號別墅的預約買受人造成之損失高於期望避免對被異議人造成之損失，從而解除針對該等財產之措施的想法，是違反 1961 年《民事訴訟法典》第 401 條末尾之規定的（取其反義）。

41.綜上所述，鑑於所調查的證據以及針對訴訟之上訴而在上文所請求的解決辦法，措施應該繼續涵蓋 B1 座及 M1 座第 8 號別墅。

針對異議作出的判決命令解除針對此等不動產之措施（即“針對其他所有在命令採取措施前被預約出賣且已將物交付給預約買受人的單位，著解除措施”），故在這一部分違反了 1961 年《民事訴訟法典》第 399 條、1966 年《民法典》第 754 條（類推適用）及 1961 年《民事訴訟法典》第 401 條第 1 款末尾部分（取其反義）之規定，不當適用了（因不是應當適用之條款）現行《民法典》第 745 條第 1 款 f 項及第 20/88/M 號法令第 2 條之規定。

42.因此，在針對異議之判決中，命令“針對其他所有在命令採取措施前被預約出賣且已將物交付給預約買受人的單位，著解除措施”這一決定應予廢止。

針對上訴，提出異議人乙有限公司以其第 715 頁至第 727 頁之針對性理由陳述作出回覆。

在本上訴進行期間，本法院首先裁定了針對主要訴訟程序的上訴。作出裁定後，裁判書製作法官發出意見書認為審理本上訴已屬無用之舉（第 893 頁及其背頁）。

將批示作出通知後，只有上訴人表態認為有必要維持保全措施及擴大保全措施（理由是：鑑於本法院維持現行合同且判令被告履約及支付港幣 18,503,308.25 元之裁判，存在對權利之威脅），也有必要依據 1961 年《民事訴訟法典》第 339 條之規定使措施適宜於具體案情。

助審法官的法定檢閱已畢。

茲予裁判。

原審法院將確鑿之事實事宜載明如下：

— 1989 年 11 月 1 日，提出異議人與被異議人訂立了副本載於附文之保全措施第 38 頁至第 42 頁的合同（其中葡英版分別載於本卷宗第 20 頁至第 33 頁、第 56 頁至第 60 頁及第 100 頁至第 103 頁），在此被視作全文轉錄。

— 提出異議人承諾出賣 B1 座之單位及 M1 建築群的第 8 號別墅。

— 在 A3、B2、B3 座之單位方面，被異議人將收到的預約買受人的部份款項存入在中國銀行開立的銀行戶口中，以分期支付銀行貸款。

— 另一部份以償還提出異議人所作出的墊付的名義，由被異議人存入提出異議人的帳戶中。

— 而“相當可觀的部份”被被異議人或戊公司截留。

— 被異議人向提出異議人交付了港幣 39,958,207.16 元。

— 1995 年 1 月 24 日，在提出異議人、被異議人及戊公司之間舉行了一次會議，其會議記錄附入於第 35 頁起及續後數頁，其內容在此被視作全文轉錄。

— 1991 年 7 月 1 日，在被異議人與己公司之間訂立了其副本附入於保全措施第 56 頁起及續後數頁的合同，其內容在此被視作全文轉錄。

— 在上文第 7 點所詳述的會議上，被異議人要求由他並在他的公司住所進行 B1 座單位的交付。

— 除其他義務外，被異議人還有義務對獨立單位的銷售展開促銷活動並承擔相關費用。

— 包括吸引有興趣者並將他們介紹給提出異議人以訂立確定性合同。

— 原告不能參與建築項目的設計。

— 由被異議人負責承擔此等項目的所有費用及參與其中的專業人員的酬金。

— 上文第 9 點詳述的合同還授權被異議人銷售 XXX 花園第 2、3、4 及 5 期，並授權其在向購買者本人確實交付前進行管理。

— 透過第 H 項所詳述的合同，被異議人獲得了第 1 期的該等權利。

— 根據對批給合同的修訂，本地區許可對建築總面積作出一項增加，該總面積轉而成為

97689 平方米。

- A1 及 A2 座及其相關的基建，由己公司按照其與提出異議人之間訂立的合同完成。
- A3 及 A4 座不是提出異議人宣告解除之聯營合同的組成部份。
- 它們是將己公司之權利讓與被異議人之合同的組成部份。
- 在確定單位之價金後，提出異議人及被異議人均可吸納倘有之有興趣者。
- 一旦就其他條件達成協議，將訂立相關的預約合同。
- 在對第 16 項答問題之回答已獲證明的範圍內，承諾出售 B1 座之單位及 M1 建築群第 8 號別墅。
- 除 B 項所詳述者外，提出異議人還承諾出售 B1 座的 37 個車位。
- 還有 B2 座 4 個獨立單位及 1 個車位、M1 建築群 1 個別墅、B3 座 3 個車位。
- 被異議人還同意價金餘款用於分期償付銀行為 B1 座的施工提供的貸款，並在此之後向工人、分包商及供應商作出支付，最後才分期償付 B3 座的貸款。
- 銷售以市場價格進行。
- 提出異議人向被異議人及戊公司的股東庚簽署了關於 16 個獨立單位的承諾買賣合同。
- 還有 B3 座的 12 個獨立單位及 A3 座的 4 個獨立單位（的承諾買賣合同）。
- 上述單位為港幣 10,230,774 元。
- 所進行的全部銷售可收款港幣 215,177,180.48 元。
- 提出異議人因其本人進行的銷售，至少收款港幣 68,096,415 元。
- 被異議人交付了 F 項所詳述的金額，以補償由其墊付的負擔。
- 提出異議人向被異議人及戊公司至少交付了總計約港幣 7490 萬元。
- 提出異議人分期償還貸款及相關的財務負擔之金額約計港幣 8,300 萬元。
- 至少從某個特定時刻起，認為利潤的分配在所計劃的建設完成後才進行。
- 以此可以設立必要的基金，以應對來自不同工程中的開支。
- 施工的中斷導致提出異議人解除了上文第 1 點詳述的合同。
- 提出異議人占據了土地，不允許重新開工。
- 在第 31 項答問題中所詢問的金額（港幣 21,049,985.15 元）被用於對 B1 座施工貸款、其利息及其他財務負擔的分期償付。
- 此外，港幣 7,307,111.85 元被用於對 B2 座施工貸款、其利息及其他財務負擔的分期償付。
- 此外，港幣 3,501,608 元被用於支付被異議人所欠的補充所得稅。
- 另外，港幣 500 萬元為向被異議人的轉帳款。
- 提出異議人與名為辛集團的經濟集團有聯繫。
- 辛集團在澳門有投資（路環大理石廠），在中華人民共和國也有投資。
- 辛集團在[有限公司(1)]有股份，其主要業務是開採大理石及花崗石。
- 辛集團在[有限公司(2)]也持有股份，其主要投資是在 Fang Cheng 建設一個建築群，對一片廣闊的土地進行城市化並在 Zhan Shan Da Ping Po 建造一個旅遊度假村。
- 辛集團還持有[企業(1)]的股份，其業務是銷售汽油、柴油及潤滑劑。
- 辛集團還持有[有限公司(3)]的股份，其業務是生產及銷售多類紡織產品。
- 1994 年 3 月的報導稱，與提出異議人有聯絡的該集團將牽頭在廣西省進行一項地產項目，10 年內投資約澳門幣 10 億元。
- 戊公司將 A3、B2、B3 座之單位的鑰匙交給了相關的預約買受人。
- B1 座之單位的鑰匙也交給了相關的預約買受人。
- 提出異議人替換了 B1 座 21 個單位的大門鎖，因為被異議人不將相關鎖匙交付給預約買受人。
- 儘管預約買受人已經支付了應付的價金全款。
- 第 8 號別墅的鑰匙也已經交付給其購買者。
- 提出異議者沒有全部履行 G 項所詳述的會議中提及的承諾。

- 預約買受人持有相關的獨立單位並在其中居住。
- 因此所下令的措施對獨立單位的預約買受人同樣造成損失。
- 提出異議人因自己銷售的單位而得到的收入金額超過港幣 68,204,302.04 元。
- 尚欠建築費，金額不詳。
- 時至今日支付的、且未規定於合同中的建築費超過港幣 136,961,521.46 元，其中 A1 及 A2 座為港幣 15,405,211 元。
- 同時還進行了在合同中未規定、但對建設屬實質性的工程，其金額至少超過港幣 14,928,232 元。其中 A1 及 A2 座為港幣 1,739,479 元，非實質性工程“XXX”為港幣 1,043,656 元。
- 所請求並被用於建設上的貸款不超過港幣 7,450 萬元，其中不包括 A1 及 A2 座。
- 上述貸款已透過與此同時產生的收入被完全支付。

審理如下：

正如上文所述，就非特定保全措施之請求，負責案件的法官裁定予以批准，“命令採取措施勒令被聲請人立即不再承諾出售、銷售、抵押或以其他方式處分、轉讓以第[...及...]號標識於澳門物業登記局的樓宇中的現有獨立單位或將建造之獨立單位，或設定負擔；不再使聲請人無法持有上述不動產或者以任何方式干擾聲請人持有該等不動產。”

原則上，在命令採取這一措施後，被聲請人可以（以抗告形式）上訴，或“依據第 405、406 條 — 《民事訴訟法典》第 401 條第 2 款”透過異議反對這一裁判。

之後確實也針對措施提出了合法異議，並且針對異議作出的最後裁判裁定縮小措施，僅僅命令“禁止對已建造完成但尚未被預約出賣的單位，以及已被預約出賣但尚未交付給預約買受人的單位進行轉讓、承諾轉讓及設定負擔，其禁止上限定為港幣 18,503,308.25 元，應另加自傳喚及通常訴訟起至實際及完全支付止按法定利率計得之利息。”

針對這一裁判，只有被異議人向本院提起上訴。這意味著構成本上訴標的的，只有關於解除措施之裁判，維持（措施）部分之裁判已經轉為確定。

同時，主要訴訟的一審裁定：

a. 以原告有過錯不履行為依據，宣告 1989 年 11 月 1 日訂立的合同以及 1989 年 12 月 18 日訂立的補充協議已被被告合法解除；

b. 判令被告向原告支付港幣 18,503,308.25 元，另加自傳喚起至完全支付止的按法定利率計得之利息；

c. 因被告支付本應由原告支付的 1993 年所得補充稅，判令向被告支付 3,501,608 元，另加自 1995 年 11 月 30 日至被確切及完全支付止的、按法定利率計得的已到期及將到期利息；

d. 判令原告拖延履行其在 1989 年 11 月 1 日合同及當年 12 月 18 日補充協議中之債，並對由此造成的損害向被告支付 270,000 元，另加自 1995 年 11 月 30 日至被確切及完全支付止的、按法定利率計得的已到期及將到期利息；

e. 裁定其他訴訟請求及反訴請求未獲證明，並分別將被告及原告自該等請求中開釋。

針對這一主要訴訟中作出的最後裁判也提起了上訴。所提起的上訴在主要訴訟及本訴訟中分別上呈後，本院選擇首先審理主要訴訟之上訴。

就主要訴訟之上訴，本院裁定：

“— 原告甲有限公司提起的上訴理由部份成立，並因此：

- 裁定訴訟請求之 c 項¹理由成立，廢止宣告合同是被正當解除的裁判，同時反訴第 j 項²請求理由不成立；

- 原告之 b 項³請求理由不成立；

¹ 這一請求的內容如下：“c. 判令被告履行與原告訂立的聯營合同，尤其在因 XXX 花園建設的重新開始、建築完工及銷售而產生的費用的支付和利潤的分配方面，其金額在未來再予查明。”

² 這一反訴請求的內容如下：“j. 以原告有過錯不履行為依據，宣告 1989 年 11 月 1 日訂立的合同以及 1989 年 12 月 18 日訂立的補充協議已被被告合法解除。”

³ 這一請求的內容如下：“b. 判令被告對原告持有、管理及銷售 XXX 花園建設不再作出任何擾亂行為。”

- 廢止就反訴請求之 d、e、f 及 g 項⁴作出的裁判。

— 駁回被告乙有限公司提起的上訴，並相應地維持就原告之 a 項⁵請求以及就反訴中的其他請求作出的裁判。”

針對這一裁判，只有下述部分稱為想終審法院提起之上訴的標的：

- 1) 就原告的 c 項請求作出的裁判；
- 2) 就被告的 d、e、j 項請求作出的裁判。

面對這一狀況，意味著判令被告向原告支付港幣 18,503,308.35 元賠償之裁判，以及裁定要求判令被告對原告持有、管理及銷售 XXX 花園建設不再作出任何擾亂行為之請求理由不成立的裁判，均已轉為確定。

因此，在審理本上訴時，應考慮事實上及法律上的訴訟裁判，尤其是看看所命令的措施是否存在消滅性要素。

我們看看。

非特定保全措施的法定前提如下：

- a) 在以所欲保護的權利為由而提起或將提起的訴訟中，體現出權利確有可能存在；
- b) 有充分理由恐防他人對該權利造成嚴重及難以彌補的侵害；
- c) 不存在保護該權利的特定措施；
- d) 措施造成之損害不大於欲透過該措施予以避免之損害。⁶

眾所周知，保全措施的作用在於，在滿足法定要件的情況下，臨時確保擬以訴訟加以保護的可能存在之權利。

正如 Alberto dos Reis 教授指出⁷，保全措施不是目的，而是手段；保全措施不以直接及立即實現客體法為前提，而是採取措施確保一項後續措施的有效（該後續措施旨在使實體法發揮作用）。因此，保全措施是為另一項必須最終性確定爭訟法律關係的措施服務的。在保全措施與最終措施之間的這一聯繫可以表達如下：前者具有臨時性，後者具有確定性。

因此，透過預防程序而加以保護的權利，只能是在主要案件中可以嗣後被宣告成為已創設或被要求之權利者。

在這一措施的另一端的，是透過異議進行的辯護，其目的是以保全措施與事實不符為由，推翻保全措施的依據，而不針對保全措施所取決之主要訴訟之倘有標的，對作為該標的的問題進行討論。⁸

在措施具有臨時性質的情況下，它可以依據 1961 年《民事訴訟法典》第 382 條之規定而失效。

為此，提出異議人／現被上訴人在其針對性理由陳述中主張，既然已經裁定原告在主要訴訟中的第二項請求理由不成立，那麼措施就已經失效。

《民事訴訟法典》第 382 條規定：

“一、在下列情況下，保全措施無效：

- a) 聲請人自接獲命令採取所聲請的保全措施之裁判通知之日起三十日內，仍未提起該措施

⁴ 此等反訴請求的內容分別如下：

“d. 因被告支付本應由原告支付的 1993 年所得補充稅，判令向被告支付 3,501,608 元；

e. 因未及時支付上款之債而造成的遲延損失，判令原告向被告支付 321,691.70 元。該等損失按法定利率計得，另加直至該款項被確切支付止的將到期利息；

f. 判令原告拖延履行其在 1989 年 11 月 1 日合同及當年 12 月 18 日補充協議中之債，並對由此造成的損害向被告支付 270,000 元；

g. 因未及時支付上款之債而造成的遲延損失，判令原告向被告支付 11,884 元。該等損失按法定利率計得，另加直至該款項被確切支付止的將到期利息。”

⁵ 這一請求的內容如下：“a. 判令被告向原告支付港幣 18,503,308.25 元，另加自傳喚起至完全支付止的按法定利率計得之利息。”

⁶ 參閱葡萄牙最高法院的 1980 年 1 月 15 日合議庭裁判等，載於 www.dgsi.pt。

⁷ 《Código de Processo Civil Anotado》，第 1 卷，第 263 頁起及續後數頁。

⁸ 參閱葡萄牙最高法院的 1995 年 12 月 12 日合議庭裁判，載於 www.dgsi.pt。

所取決之訴訟，或提起訴訟後，因聲請人在提請相關程序或案件之進展所取決的某一附隨事項時的過失而導致訴訟程序停頓逾三十日；

b) 有關訴訟被裁定理由不成立，而該判決已確定；

c) 對被告之起訴被駁回，而聲請人未有及時在第二百八十九條第二款規定的期間內提起新訴訟；

d) 欲保全之權利已消滅。

二、如判決轉為確定後，聲請人未在此後六個月內提請執行，或提請執行後，訴訟程序因請求執行人之過失停頓三十日以上，則所聲請並取決於給付之訴的假扣押同樣無效。

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。

四、由擔保替代，不妨礙針對命令採取被替代之措施的批示提起上訴，也不妨礙針對這一措施提起異議。”

我們可以看到，雖然法律沒有明示提及，但是應該認為⁹：保全程序不僅僅維持到裁定主要訴訟中的請求理由成立之裁判轉為確定止，而且還維持到此後的执行程序終結為止，以便“只有在聲請人除程序之終局判決外，還確實實現了其受威脅的權利、肯定能完整地形式該權利且不再受到被聲請人／被告之阻撓的情況下”，該保全程序才告消滅。

換言之，在就原告的 a 項請求作出的這一裁判部分已轉為確定的情況下，只有在具備了上述第 382 條第 2 款所規定的情況時，措施才告失效。

從卷宗所在的全部事實資料中看，不具備上述條款規定的任何情況。

因此不存在保全措施之失效。

那麼是否存在措施消滅的其他原因？

我們看看並首先由保全措施的前提入手。

我們已經指出，原告藉主要訴訟期望判令被告支付港幣 18,503,308.25 元之賠償，判令被告履約及判令被告對原告持有、管理及銷售 XXX 花園建設不再作出任何擾亂行為。

作為確鑿之事實，在該訴訟中已經證實“根據 1989 年 11 月 1 日的合同規定，原告也負責銷售建築群”，且“在這一範圍內原告也負責採取措施銷售建築物”，這意味著雙方在過去均有權進行建築群之銷售。

本院裁定合同繼續有效，判令被告履行合同，並鑑於現引述之事實事宜，裁定原告的請求（即“判令被告對原告持有、管理及銷售 XXX 花園建設不再作出任何擾亂行為”）理由不成立。

根據在事實上及法律上作出的裁判以及主要訴訟中的終局裁判，這意味著：一方面，將所命令的措施內容與就原告在主要訴訟中的第二項請求作出的裁判內容相比較後，其內容相同，因此本院不能對這一內容作出新的裁判，或者以其他方式就維持在主要訴訟中作出的裁判作出裁判。

另一方面，由於雙方在合同中約定雙方均有權銷售建築群的單位，應該認為任何一方均無權排他性地“持有”、“管理”及“銷售”。因此，不再存在給聲請人造成無法彌補或難以彌補之“損害”之“危險”（這是裁定保全措施的實質要件之一）。

更何況，即使查明措施聲請人之權利可能存在，亦不能針對同樣擁有該權利之人命令採取該措施。

原則上，以上述觀點看，所命令的全部保全措施均不能予以維持，並應該相應地命令解除之。但是，鑑於上文作出的對上訴標的之界定，我們不能針對這一不構成上訴標的之部分作出裁判。因此，應維持原判，但所持理由不同。

俱經考量，茲予裁判。

綜上所述，本中級法院合議庭裁判駁回被異議人甲有限公司提起的上訴，維持原判，但所持依據不同。

訴訟費用由上訴人繳納。

⁹ Abilio Neto: 《Código de Processo Civil anotado》，第 15 版次，1999 年，第 536 頁，其中引述了 Carla Amado Gomes: 《Contributo para o estado das Operações materiais da Administração Pública e do seu Controlo Jurisdicional》，1999 年，第 441 頁，第 1220 註。

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