

(譯本)

共有人在變賣共有物品時的優先權

摘要

在分割共有物程序中，若向第三方變賣，則共有人享有優先權。

2006年7月6日合議庭裁判書

第125/2006號案件

裁判書製作法官：João A. G. Gil de Oliveira（趙約翰）

澳門特別行政區中級法院合議庭裁判

一、概述

(A)在正於初級法院審理的第 CV3-02-0004-CPE 號分割共有物訴訟中，針對相關批示提起上訴，被上訴的批示未批准他行使優先權。上訴人的上訴陳述書總結如下：

利害關係人未能就判給某一或幾名共同權利人的價值達成共識，因此要變賣共有物。但這並非會使共同權利人失去其共有人身份，也不會因此喪失特別關係，每位共同權利人相對其他所有權利人的特別關係也不會改變，不變的還有各自的份額和事先放棄此相互關係的行為；

法律並不會制裁共同權利人之間的不能達成協議，而僅指出另一解決辦法——變賣——以彌補欠缺協議；

舊《民事訴訟法典》第1060條第2款最後部分和現行在澳門特別行政區生效的澳門《民事訴訟法典》第951條第2款的行文不同，內容也有異；

立法者明確規定：共有人可以參與變賣，相關法條中用「利害關係人」稱呼共同權利人。立法者這樣做，是想強調，共同權利人是以「共有人」的身份參與變賣程序的；

理想的情況是：若某一不動產有多位權利人，在向第三方變賣時，對每一共同權利人而言，其他共同權利人都向第三方變賣了自己的份額；

當共有人如參與變賣時，不可能以任意第三人的方式參與，並在司法變賣的具體情況中以密封標書的方式「在變賣中投標」，不應限於以密封標書的形式競標；

變賣時，共有人只能購入原不屬於自己的份額；

現被上訴的批示違反了澳門《民事訴訟法典》第951條第2款和第791條的內容。

因此，應被廢止並產生所有法律後果。

(A)還針對判給已變賣的不動產的批示提起上訴，上訴人的陳述總結如下：

(B)競標價格最高。批示不承認現上訴人（與其他共同權利人）有權利行使優先權，這就違反了澳門《民事訴訟法典》第951條和第791條的規定；

因此，批示也違反了澳門《民事訴訟法典》第951條和第791條的規定，應被廢止。

(C)也對不批准行使優先權的批示提起上訴，陳述主要說明：

《民法典》第1308條第1款承認「任何共有人向第三人出賣其份額或以其份額作代物清償時，其他共同權利人享有優先權，且優先於其他法定優先權人」，其最終目的是允許和平經營共有物，而並非使共有物為某一獨有。因此，此權利首先歸持有最大份額的共有人所有，或是在僅限於優先權人參加的競標中，為出價最高者所有。

立法者規定共有人出賣其份額或以其份額作代物清償時，與外人相比，享有優先權，有權要求分割。這樣規定的目的，主要是向共有人提供和平經營共有物的途徑，因為這就保證物仍然是

共有的，而並非單獨所有權物——儘管使共有物為某一人獨有是和平經營共有物的方式之一。

在物的分割訴訟中，司法變賣的標的首先是作為物的整體，但只要一位或多位共有人參加變賣，且出價（定價為整個物的價格）合理，也可能降為其他共有人的份額。此時，以邏輯論，不可購入自己持有的部分。若某共有人希望行使優先權，且其權利已經承認，則變賣標的就減為不屬他自己持有的部分。

強制變賣的情況與共有物的分割相似。應當承認共有人有意保留變賣標的物。此願望可通過行使自己作為共有人的優先權來實現。在其他共同權利人持有的份額的變賣中，共同權利人優先於外人。這種情況與承認某一層級的家屬有贖回權的情況類似。家人期望判給物或變賣物仍屬於家庭財產。

因此，

應當廢止被上訴的批示，以另一批示替換，新批示應當承認共有人有權在共有物變賣中，行使其優先權。

及時收集了法定檢閱。

二、事實

以下事實與案情相關，已經確定：

上訴人(A)針對(D)的不知名繼承人、(E)、(C)和其妻(F)、(G)和其妻(H)、(I)及(J)和其妻(K)提起特別訴訟程序中的共有物分割之訴。這些人的身份資料均載於卷宗。上訴人之所以提起訴訟，目的是使澳門[...]的大廈不再屬於共同財產。此大廈已被夷為平地。

檢察院收到傳喚，代表(D)的不知名繼承人和失蹤人（第 71 頁）。

第 73 頁有以下已宣佈批示：『共有物為一座大廈，因此只能從價值上分割。因此，本人按照《民事訴訟法典》第 951 條的規定，傳召各位利害關係人，出席將於本年 12 月 11 日 15 時舉行的利害關係人會議。

在利害關係人會議上（第 93 頁），證實在場的利害關係人無一是(D)的繼承人，也沒有(E)的繼承人。

會議紀錄已經寫明：「在場各方均聲明，沒有可能進行不動產判給，因為各方未能就價值達成共識」。

因此，決定「程序繼續進行，變賣財產，基於澳門《民事訴訟法典》第 372 條的規定，遵守第 755 條的要求」。

對在司法變賣上宣佈的價格產生分歧，因此各方請求土地工務運輸局對不動產估價，估計價格為澳門幣 54 萬元。

指定於 2005 年 1 月 18 日 10 時，以密封標書的形式，進行變賣。

開啟標書後，證實最高出價為澳門幣 1,571,828 元，出價人為(B)。

(A)和被告(C)在競標現場，「聲請行使購入不動產優先權，出價與已經接受標書的金額相同，為此，他們提到，自己是相關不動產的共同權利人」（第 158 頁）。

但二人的優先權未經批准，隨後作出如下判給批示：

「款額付訖，與轉移相關的各種稅已繳，根據《民事訴訟法典》第 795 條的規定，將本案中被查封不動產判給(B)，澳門居民身份證號碼 XXX。本案不動產的詳細資料載於第 158 頁背頁。

依據《民事訴訟法典》第 795 條第 2 款的規定，著令向取得人發出移轉憑證。

通知取得人，(A)和(C)針對不批准二人在變賣上述不動產中行使優先權的批示提起了上訴，此上訴還未經判決。

將本案情況告知澳門物業登記局。」

三、理由說明

(一) (A)和(C)分別是分割共有物訴訟中的原告和其中一名被告，二人聲請在本案中已宣佈的大廈變賣中行使優先權，出價與已獲接納標書中的出價相同。為此，二人提到自己屬於相關大

廈的共有人。

原審法官發出批示，反對上訴人的觀點。原審法官的批示有理有據，我們將在下文中分析。

此份批示引致了三項上訴：(A)提起了兩項上訴，其中一項針對此份批示，另外一項針對另一批示，此批示將分割共有物訴訟中的標的不動產判給(B)；(C)針對上訴標的是前述的法官批示也提出了一項上訴。

因此，本上訴的標的主要是回答下述問題：在分割共有物程序中，向第三人變賣不動產時，共有人究竟是否能享有優先權？

(二) 回答問題並不容易，被上訴的批示清楚地展示了提出的問題。此外，本問題還涉及比較司法見解的不同，本案中，葡國法律是我們結構的法律體制上層建築。

我們現在來關注相關法律架構：

《民法典》第 1308 條規定：

「一、任何共有人向第三人出賣其份額或以其份額作代物清償時，其他共同權利人享有優先權，且優先於其他法定優先權人。

二、第四百一十條至第四百一十二條之規定，經作出適當配合後，適用於共有人之優先權。

三、如有兩名或兩名以上行使優先權之人，則被轉讓之份額按各人所占之份額比例判給之。」

第 1309 條規定：

「一、就共有物之某一份額之出賣或以之作代物清償一事未獲通知之共有人，只要自其知悉有關轉讓之基本內容時起六個月內提出聲請，並在法院命令傳喚之批示作出後八日內，將應支付之價金連同按其受益程度而應支付之有關公證及登記手續費與相關之取得稅開支作出存放，即有權取得已轉讓之份額。

二、優先權及有關訴權不受轉讓之變更或廢止所影響，即使該變更或廢止係因自認或透過司法程序之和解而生者亦然。」

關於共有物的分割，第 1311 條規定：

「一、任何共有人均有權要求分割共有物；但有協議不將該物分割者除外。

二、訂立不分割共有物之期間不得超過五年；但可透過新協議將該期間延續一次或多次。

三、不分割共有物之條款，僅在下列情況下，方對第三人產生效力：

a) 共有物係不動產或須登記之動產者，該條款在有關登記上載明；

b) 共有物係無須登記之物者，該條款以具取得人簽名之書面聲明之方式在有關轉讓文件上載明。」

第 1312 條規定：

「一、分割可依協議或訴訟法之規定為之。

二、屬協議之分割時，須遵守就有償轉讓共有物所要求之方式。」

而關於共有物的分割，《民事訴訟法典》第 946 條規定：

「一、如欲結束共有物不可分割之狀況，原告須提出下列聲請：

a) 在確定各共有人之份額後，將共有物作原物分割；

b) 在認為共有物不可原物分割時，將共有物判給或出賣後，分割共有物之價值。

二、在提交起訴狀時，原告須立即提出所具備之證據。

三、如共有狀況因財產清冊程序所引致，而該財產清冊程序係在有權限審理分割共有物之訴之法院進行者，則分割共有物之訴以附文方式附於財產清冊程序。」

第 951 條規定：

「一、利害關係人會議旨在：

a) 共有物可原物分割時，將鑑定人所定之份額判給利害關係人；

b) 共有物僅可變價分割時，將共有物判給某一或某些利害關係人，而其餘利害關係人之份額以金錢組成。

二、如出席之利害關係人未達成協議，在上款 a 項所指之情況下，以抽籤方式判給；在 b 項所指之情況下，則將共有物變賣，各共有人均得參加競買。

三、第一千零一十六條之規定經作出必要配合後，適用於以金錢組成份額之情況。

四、如有利害關係人係無行為能力、失蹤或不能作出行為者，則有關協議必須經法院在聽取檢察院意見後許可。

五、第九百八十九條之規定經作出必要配合後，適用於利害關係人之代理及出席。」

(三) 本案中，有觀點認為不能行使優先權，其論據基本為《民法典》上引第 1308 條的字面內容：任何共有人向第三人出賣其份額。由於本案涉及的並非份額變賣，而是整座大樓的變賣，因此就不能行使優先權。

但是，為了更好地解釋此觀點，最好的辦法是引用被上訴的裁判義理清晰的解釋：

『為了簡化表達，我們可以這麼說：在轉讓共有物時，共有人的優先權的法律依據見於《民法典》第 1308 條第 1 款。此條規定「任何共有人向第三人出賣其份額或以其份額作代物清償時，其他共同權利人享有優先權，且優先於其他法定優先權人」。

根據上述法律規定的字面內容，我們可以說優先權的法定前提為下述者：

向第三人出賣或代物清償；

任何共有人的份額。

我們現在在另一層面上分析，即從目的論角度分析，我們馬上就可以知道這些法規追求的目的是甚麼，期望保護的利益為何。

「在共有財產的特別情況中，之所以允許行使優先權，主要目的有三點：1. 加強完全所有權，以便於平衡、友好地經營財產；2. 若無法形成專有所有權，則減少共同權利人的數目；3. 在共同權利人共同擁有權利的情況下，以任何理由，阻止不想與他人共有物件的人成為共同權利人」。我們剛剛引用了 Pires de Lima – Antunes Varela 的見解，參見《Código Civil Anotado》，第 3 卷，第二修訂增補版，第 367 頁。與前引註釋所討論的問題相關的法規，從總體上說，與澳門特別行政區現行法律體制相似。

我們再次需要強調一點，這點十分重要：保持自己對共有物的持有權是共有人的利益，但此處涉及的法規並非要保護此利益。原因很簡單：從抽象層面來說，此法規並未涉及此利益。由此看來，這是行使優先權的前提，即使某共同權利人在出賣或代物清償中已經獲准行使優先權，出賣或代物清償過後，此共同權利人仍然可能享有優先權。我們承認，此利益十分重要，當受法律保護。然而，客觀而言，根據成文法規定，在設計我們在此分析的法律規定時，立法者並未考慮到此利益。我們在下文中將會看到，立法者是在制度的其他地方考慮此利益的，且方式不同。

我們現在轉過頭來，分析一下與本案涉及的假設有關係的各項程序規定。我們可以看到，在共有物訴訟中，立法者認為，出賣共有物是解決上訴的方法。

實際上，共有物只能從價值上分割時——本案情況即如此，會傳召所有的利害關係人開會，會議的目的是將共有物判給某一或幾位利害關係人，用金錢補償其他所有人的份額——參見澳門《民事訴訟法典》第 951 條第 1 款 b 項規定。

當且僅當在場的利害關係人未能達成協議時，法律規定，要出賣共有物，共有人也可參加競買——澳門《民事訴訟法典》第 951 條第 2 款。

因此：立法者僅將變賣視為解決上訴的手段，確切地說，僅當各利害關係人未能在會議上達成協議時，才能進行變賣。

但是，我們還需要說明另外一點，即如何在分割共有物訴訟中定義司法變賣標的。

對此，我們認為應當採納 Antunes Varela 支持的比較司法學說的觀點。據此觀點，由於大廈為一整體，不可分割，為結束共有狀況，司法變賣的標的物是大廈整體。競買時，大廈會轉變為每位共有人的物權，依照所持共有物份額比例，根據每一份的價格，每位共有人持有一定量的債權——參見 Antunes Varela：《立法及司法見解雜誌》，第 119 年度，第 59 頁及第 60 頁。

由於共有物程序中的司法變賣標的是作為整體的物，我們不難得出結論：上述假設不符合澳門《民法典》第 1308 條第 1 款中賦予優先權的字面規定。本規定的字面內容十分明確：任何共有人向第三人出賣其份額或以其份額作代物清償時，其他共同權利人享有優先權，且優先於其他法定優先權人。

若我們考慮此法規的目的，我們就能明白此中涉及的利益，這些利益我們已在上文中說明。然而，若變賣物是物的整體，而非財產份額時，這些目的和利益就不存在。

實際上，在此情況中，得到完全所有權的目的已經達成。而另一方面，某一或幾位共同權利人與自己不期望的人共同分享財產所有權，這種情況也不存在。

因此，我們就得出另一結論，此結論確實有決定意義：從所謂的法理角度來看，我們不知為何提出本案中提出的假設。

我們也不要提及本案現分析的事實情況，也不要提及共同權利人期望繼續持有物的擁有權和共同權利人的利益，而為了說明澳門《民法典》第 1308 條第 1 款適用於本案，並且賦予其中所述的優先權。

我們已經展示理據，說明現分析的法律規定並無保護此利益或目的意圖。我們也不能期望法律通過某一特定的規定，以保護其中未提及的利益為目的。

若情況顯然不在某法律規定的字面規定範圍之內，從邏輯上分析也不在法律規定的範圍之內，則法規不可適用於此情況。

從某種角度說，我們雖然刻意運用早已過時的法律語言和方法，但這還是能加強我們觀點的說服力。我們要說，無論從字面還是精神上，本案情況都不在澳門《民法典》第 1308 條第 1 款規定的範圍之內。

除此之外，立法者並未忘記，繼續持有物是共同權利人的利益。遠非如此。

實際上，《民事訴訟法典》第 951 條第 1 款 b 項的規定期望保護的利益無他。此條文規定，只要利害關係人就共有物達成協議，就將共有物判給某利害關係人，並將此方案定為優先方案。

然而，即使不可能達成關於判給的協議，物將遭變賣時，立法者還是考慮到了共同權利人的上述利益，明文規定共同權利人可以參加競買。

可能有人會說，保護共有人繼續擁有所有權的權利的法律機制看起來是脆弱的。我們承認這一點。但事實就是這樣。儘管此觀點有理有據，但還是不足以說明某一解決方案是合法的——此方案即為，在分割共有物訴訟中，變賣作為整體的物之時，賦予某一共有人有優先權。我們之前也提過，這種方案明顯違反法律規定。

我們可以得出結論，在分割共有物程序中，以司法變賣的形式，向其他人出售作為整體的共有物時，共有人無優先權。比較司法見解中有類似的觀點，請參見最高法院第 97B248 號案件的 1997 年 12 月 17 日合議庭裁判。』

自此，我們就可通過字面和目的論詮釋，為判決說明理由。

(四)與原審法官見解相同者，不乏其人。除了上引學說和司法見解之外，另外還有可提供。

1

早在 1944 年，Pinto Loureiro 就在前引著作中回答了此難題。作者寫道：

『是否僅當部分出售共有物時，才可以行使優先權？還是整體出售共有物時，也可行使優先權？』

以前，有一派觀點認為，在整體轉讓不可分割物時⁽²⁾，仍然可以行使優先權，在司法見解中，我們仍能看到此種思想的痕跡。但另有一派學說，勢頭強勁，正與上述觀點相反，認為僅當部分轉讓物時，才可行使優先權⁽³⁾。原因不僅是第 1566 條在涉及進行轉讓的共有人時，明

¹ 科英布拉中級法院第 1748/98 號案件的 1999 年 1 月 26 日合議庭裁判，參閱 <http://www.dgsi.pt>；「在分割共有物程序中，以公開競標的形式向其他人整體出售不動產時，共有人不享有優先權」。
——Pinto Loureiro, 《Manual dos Dtos de Preferência I》, 1944 年, 第 209 頁。

² 最高法院合議庭裁判, 第 24-8.º-900 號案件, 《Col. Of.》, 第 1 卷, 第 51 頁, 第 17-1.º-908 號案件, 《Gaz. Rel. Lx.º》, 第 21 卷, 第 522 頁; 波爾圖中級法院, 第 25-2º-916 號案件, 《Gaz. Rel. Lx.º》, 第 29 卷, 第 405 頁; 《Rev. Trib.》, 第 34 卷, 第 343 頁; 《Rev. Trib.》, 第 34 卷, 第 369 頁。

³ 最高法院合議庭裁判第 2-5.º-916 號案件, 《Col. Of.》, 第 15 卷, 第 173 頁; 《Rev. Just.》, 第 1 卷, 第 173 頁; 第 16-3.º-926 號案件, 《Col. Of.》, 第 25 卷, 第 69 頁; 《Rev. Trib.》, 第 46 卷, 第 195 頁; 《Gaz. Rel. Lx.º》, 第 40 卷, 第 78 頁; 《Rev. Just.》, 第 11 卷, 第 239 頁; 《Rel. Lx.º》, 第 26-10º-907 號卷宗, 《Gaz. Rel. Lx.º》, 第 21 卷, 第 522 頁; 波爾圖中級法院第 25-6.º-916 號案件, 《Rev. Trib.》, 第 34 卷, 第 369 頁。

確提到了「各自的份額」，還在於這種方法可以將共有財產轉為個人財產，這即為法律的主要目的。在整體轉讓物時，此方法承認優先權。另外，隨著整體轉讓的發生，共有權停止，因此優先權的法律依據也就不復存在了。

1876年《民事訴訟法典》甚至還通過1931年7月21日的判例，以此點為學說。此判例內容如下：「優先權的理據見於《民事訴訟法典》第848條第7款和《民法典》第1566條，司法變賣程序中，共有人享有優先權。但競賣整棟共有樓宇而非屬於另一共同權利人的份額時，共有人無優先權」⁴。

雖然當時生效的程序法已經無效，因此本判例如今也無以前的法律效力。然而，毫無疑問，本判例的學說價值分毫不減。』

(五)為了試著解釋這個問題，首先需要說明一點。為了規範權力，並且結合作為依據的實際情況，形成權利，這一點非常重要。因為權利應當協調、規範而非禁止。所以，我們必須要探究為何要禁止或限制權利。換言之：如果優先權是法律賦予的，且我們認為賦予此權利的行為是有效的，那麼究竟是何因素致使我們限制權利的行使？

我們首先要說，法律是這麼寫的，之前我們已經論述過。

但此論據並無決定性作用。我們賣共有物時，此物仍然是共有份額的綜合。既然如此，那麼向第三人公開拍賣時，整個物可分為幾部分，分屬不同的共同權利人。若其中一共同權利人想行使優先權並獲准，那麼顯然，購入共有物時，此共同權利人並未購入本已屬於自己的那一部分。此論據貌似幾何學解釋，但實際並非如此。此共同權利人購入物時的支付的金額，要減去已屬於自己那一部分的價格，這難道不是事實嗎？即使此共同權利人付足價金，之後還會受到對應本已屬於自己那一部分的退款，這難道不是事實嗎？

若某一樓宇為幾位共有人持有，則拍賣此共有樓宇時，各共有人對其所有部分的身份保持不變。競買之後，雖然從客觀上說是不確定的，但其身份還是保持不變。若出價最高的競買人是共同權利人，則不可全部轉移或者整體轉移，這是因為此共同權利人不可再購入已屬於自己的部分，即使是理想份額的名義。共同權利人只能購入屬於其他共有人的部分，支付由這些共有人分擔的價格。這是某些比較司法見解⁵的觀點；但落敗票的觀點與此相反⁶，得到了Galvão Teles⁷教授和Alberto dos Reis教授的支持。

Antunes Varela教授為上述1982年的合議庭裁判作了註釋，在註釋中，教授的觀點是：如果認為作為共同權利人的出價人無法律賦予的優先權（無論是購入其他共同權利人的份額，還是整體購入共有物），為此我們看不到任何理由；也不見其他嚴肅原因，可讓我們推定，共同權利人參與共有不動產司法變賣時，希望放棄行使優先權。

上述觀點的成因，在此列舉如下：

—— 若共同權利人是出價最高的競買人，則對於被分割的競買標的物中屬於此共同權利人的部分，共同權利人既是自己的債權人，又是債務人；

—— 共同權利人不能購入已屬於自己的部分，這還是會對相應的價格寄存產生影響；

—— 出售自己份額的，並非共同權利人；是法院下令將樓宇整體拍賣的，因為法律是這麼

第35卷，第263頁，第6-2°-917號案件，《Gaz. Rel. Lx^o》，第31卷，第127頁；科英布拉中級法院，第15-1°-930號案件，《Rev. Just.》，第15卷，第26頁；《立法及司法見解匯編》，第24卷，第210頁；J. M. Barbosa de Magalhães：《Gaz. Rel. Lx^o》，第21卷，第523頁；Barbosa de Magalhães教授：《Gaz. Rel. Lx^o》，第40卷，第79頁；José Dias：《Rev. Just.》，第12卷，第50頁；Cunha Gonçalves，前引著作，第8卷，第487頁。

⁴公佈於《Col. Of.》，第30卷，第176頁；《立法及司法見解匯編》，第64卷，第184頁；《Direito》，第64卷，第20頁；《Rev. Trib.》，第49卷，第216頁，《Gaz. Rei. Lx^o》，第45卷，第131頁；《Rev. Just.》，第17卷，第22頁。

⁵最高法院的1982年4月22日合議庭裁判，《立法及司法見解匯編》，第119年度，第48頁起及續後數頁，裁判書製作法官為Cons. Santos Silveira。

⁶最高法院的1947年4月29日合議庭裁判，《立法及司法見解匯編》，第80年度，第315頁起及續後數頁。

⁷《Revista da FDL》，第4年度，第202頁。

規定的；

—— 因此，不是完整或整體轉移。

(六) 此觀點見於上述司法見解和學說。十多年來，未曾停止發展。⁸

分析當局的論據是次要的，在分割共有物訴訟中，我們首先要繼續分析各共有人行使優先權的合法理由。

要分析的觀點如下：共有人可在利害關係人會議上行使優先權，但公開拍賣時就不可行使了。若我們不局限於論據的字面內容，就不見有任何原因可以支持上述觀點。他們不還是共有人嗎？優先權是法律賦予共有人的合法利益，難道我們有理由不保護此利益？

我們在上文中已經提到了幾項原因，可以說明賦予優先權是合法的行為：「1. 加強完全所有權，以便於平衡、友好地經營財產；2. 若無法形成專有所有權，則減少共同權利人的數目；3. 在共同權利人共同擁有權利的情況下，以任何理由，阻止不想與他人共有物件的人成為共同權利人」。

請允許我們補充一點。這點可能與共有人的精神或經濟利益有關：某一共有人可能不希望將共有物轉移給某人。我們應當注意到，在普通出賣中，若所有人不想將物出賣給某人，此利益還是受保護的。既然如此，司法變賣中也允許所有人不將物出賣給某人，而不損害第三人或其他共同權利人的利益，又何嘗不合法呢？

可能有人會說這會危害市場運作，不利於第三方出價人的真實預期。我們並不認同，因為在所有行使優先權的情況中，都有這種可能。

司法變賣即使進行到上述程序階段，也還是沒有任何理由可以說明，存在優先權並可行使優先權的原因已不復存在。

(七) 我們還要考慮另一項論據，這項論據也十分重要。

關於分割共有物特別之訴，現行《民法典》第 1308 條與舊《民法典》第 1409 條的規定相似，但現行《民事訴訟法典》第 951 條的規定與舊《民事訴訟法典》第 1060 條的規定不相似。

1961 年《民事訴訟法典》第 1060 條第 2 款的規定僅是：「若無法就判給達成共識，物將被出賣」；若物只可從價值上分割，且在場的利害關係人未能達成協議，對此，現行《民事訴訟法典》第 951 條第 2 款規定：「將共有物變賣，各共有人均得參加競買」。

被上訴的批示考慮了此因素，認為此法律條文這樣說，目的僅是說明各共同權利人可以競投，參與競買。

但是我們不認同此觀點。這是因為，施行舊規定時，對於共有人能購買共有物這點，沒有人質疑。

因此，現行規定明確指出共同權利人可以作為共有人參加競買，對此我們應當這樣解讀：這就顯示共有人享有的權利比優先權人更多。只有這樣才能解釋立法者為何強調說明此點，而不像其他，將共有人簡單地稱為利害關係人或使共有人等同於任何第三人。此處，立法者將共有人認定為競買參與人，且共有人必然享有優先權。

綜上所述，法院承認上訴人享有優先權，應當應允上訴人的請求，允許他們行使優先權。因此，所有上訴理由均成立，應撤銷變賣及廢止原審對本案不動產的判給批示。

四、裁決

基於上述原因，合議庭裁定各項上訴理由成立，因而廢止被上訴的批示，以使各上訴人擁有優先權，將先前判給相關不動產的批示轉為無效。

無須支付訴訟費用。

⁸ 最高法院第 1779/92 號卷宗合議庭裁判也說明了此點，《司法部公報》，第 431 期，第 408 頁，波爾圖中級法院的 1992 年 12 月 17 日合議庭裁判，《司法見解匯編》，第 17 年度，第 240 頁，第 5 卷。另有一更近期的合議庭裁判也提到了此點，波爾圖中級法院的 2005 年 6 月 14 日合議庭裁判，第 52595 號卷宗，<http://www.dgsi.pt>。

Recurso Civil n.º 125/2006 Declaração de voto

Conforme a opinião da votação maioritária, na acção da divisão de coisa comum, na falta de acordo entre os interessados na conferência, cabe ao juiz declarar vanda da coisa comum nos termos legais. Depois de tomar conhecimento da oferta mais alta dos lances, os comproprietários poderão preferir enquanto tais para adquirir a coisa comum. Eu não concordo com a opinião que acabei por referir, pelos seguintes fundamentos:

No presente recurso, têm-se por assentes os factos seguintes:

- Os dois recorrentes e os vários réus do presente caso tinham em conjunto um terreno situado em Macau, cada um com proporções diferentes;
- Para pôr termo à compropriedade do terreno, o recorrente (A) intentou acção de divisão de coisa comum ao TJB nos termos do artigo 946.º do Código de Processo Civil;
- Após os procedimentos legais previstos pelos artigos 946.º - 950.º, todos os interessados foram convocados pelo juiz para participar na conferência;
- Na sequência da falta de acordo entre os interessados presentes em relação ao valor, não foi determinado a qual dos consortes seria adjudicada a coisa comum. O juiz ordenou a venda judicial a coisa comum por meio de propostas em carta fechada, nos termos do n.º 2 do artigo 951.º do CPC;
- Corridos os procedimentos legais, o Tribunal recebeu seis propostas em carta fechada;
- Uma das quais foi apresentada pelo recorrente (A);
- As seis propostas foram abertas na presença do juiz do processo. Verificou-se que a oferta mais alta tinha sido apresentada pela concorrente (B), no valor de MOP1.571.826,00;
- Depois de determinar a oferta mais alta, o autor que participou no concurso e um dos réus que não participou no concurso disse, ambos representados pelos próprios advogados, que queriam exercer o direito de preferência enquanto comproprietário da coisa vendida para adquirir o imóvel;
- O juiz entendeu que os dois recorrentes não gozavam do direito de preferência, pelo que adjudicou o imóvel a quem tinha apresentado a oferta mais alta;
- Não estando conformes com a decisão, os dois comproprietários acima referidos interpuseram o presente recurso.

A única questão em causa no recurso dos presentes autos reside no seguinte: na acção de divisão da coisa comum, durante a venda da coisa comum decretada pelo juiz devido à falta do acordo entre os interessados na conferência no que diz respeito à divisão, se os comproprietários podem gozar do direito de preferência nos termos do artigo 1308.º do C. Civil.

Segundo o entendimento maioritário do tribunal colectivo, embora o objecto da venda na acção de divisão de coisa comum seja uma coisa comum, os comproprietários mantêm as suas quotas e só podem exercer o direito de preferência na aquisição das quotas pertencentes aos outros comproprietários.

Além disso, diz também que os comproprietários podem preferir na aquisição das quotas não pertencentes a si próprios, mas isso não significa que haja qualquer razão para eles não preferirem durante a hasta pública na acção de divisão.

Não concordo com esses entendimentos devido às seguintes razões.

Nos termos do artigo 1308.º do C. Civil, o comproprietário goza do direito de preferência e tem o primeiro lugar entre os preferentes legais no caso de venda ou dação em cumprimento, a estranho da quota de qualquer dos seus consortes.

A norma legal em vigor tem origem no artigo 1406º do C. Civil de 1966.

Relativamente à *ratio legis* para introduzir o direito de preferência no C. Civil de 1966, o Prof. Antunes Varela indica que os comproprietários gozam do direito de preferência na aquisição das quotas pertencentes aos outros comproprietários na venda ou dação em cumprimento, três os fins principais que justificam a concessão da preferência:

- a) fomentar a propriedade plena, que facilita a exploração mais equilibrada e mais pacífica dos bens;
- b) mesmo não sendo possível alcançar a propriedade exclusiva, diminuir o número dos consortes;
- c) impedir o ingresso, na contitularidade do direito de pessoas com quem os consortes, por qualquer razão, o não queiram exercer (Cf. Pires de Lima, Antunes Varela, Código Civil Anotado, Volume III, Coimbra Editora, Limitada, pág. 347).

Daí se pode ver que a instituição do direito de preferência não visa assegurar que coisa que constitui o objecto da venda mantenha na propriedade de qualquer um dos comproprietários na venda ou dação em cumprimento, total ou parcial.

Este entendimento, além de se fundamentar na doutrina do Prof. Varela, também fica comprovado pela seguinte análise ao direito substantivo e ao regime de processo judicial.

De acordo com o CPC, a acção de divisão de coisa comum é classificada como processo especial.

Com base no fim especial da acção de divisão de coisa comum, o seu processo difere-se, em certa medida, dos processos comuns e dos outros processos especiais, cf. os artigos 946.º - 952.º.

Como complemento das disposições legais que se encontram no código concernentes ao procedimento dos processos especiais, o artigo 372.º dispõe:

1. O processo sumário e os processos especiais regem-se pelas disposições que lhes são próprias e pelas disposições gerais e comuns; em tudo quanto não estiver prevenido numas e noutras, observa-se o que se acha estabelecido para o processo ordinário.

2. Nos processos especiais observa-se ainda o seguinte:

a) O registo dos depoimentos segue o disposto no artigo 447.º e, quando a decisão final admita recurso ordinário, no artigo 448.º;

b) Sempre que haja lugar a venda de bens, é esta feita pelas formas prescritas para o processo de execução e precedida das citações ordenadas no n.º 1 do artigo 755.º, observando-se quanto à verificação dos créditos o disposto nos artigos 758.º e seguintes, com as necessárias adaptações.

Assim, nos termos do n.º 2, alínea b), a venda na acção de divisão de coisa comum deve ser feita pelas formas prescritas para o processo de execução.

Quanto ao procedimento de venda no processo de execução, encontram-se nos artigos 784.º - 809.º do CPC as disposições especiais.

O artigo 791.º, n.º 1 estipula o seguinte: “Aceite alguma proposta, são interpelados os titulares do direito de preferência presentes para que declarem se querem exercer o seu direito.”

Nos termos do art.º 372.º n.º 2, alínea b), a venda no processo de execução é aplicação subsidiária na venda na acção de divisão de coisa comum.

Então, pelos vistos, os comproprietários do objecto nos autos gozam todos do direito de preferência.

No entanto, o facto não é o que parece ser.

O art.º 791 é uma disposição de cunho processual, sendo que a sua aplicação obriga um pressuposto, segundo o direito substantivo, por exemplo o art.º 1308.º do C. Civil, existe alguém que goze do direito de preferência. Só nessa circunstância é que existe a necessidade de aplicar subsidiariamente o art.º 791.º do CPC.

Na realidade, o espírito legislativo do art.º 791.º do CPC é precisamente o de assegurar a concretização do fim legislativo concernente ao direito de preferência previsto pelo art.º 1308.º do Código Civil no processo de execução. Se a disposição sobre a natureza processual do processo de execução está conforme com o fim da acção de divisão de coisa comum, pelo que é aqui aplicável, veremos adiante.

Como se sabe, a acção executiva tem como objectivo permitir o credor intentá-lo para pedir a intervenção do tribunal, quando o devedor não cumprir voluntariamente as obrigações para com o credor, a fim de obrigar o devedor a cumprir as suas obrigações à força do poder do órgão judicial.

No caso de obrigação de pagamento, se o devedor não efectuou ou não consegue efectuar o pagamento directamente através de fornecimento de numerário, normalmente o tribunal penhora os bens do executado para ser futuramente vendidos, dessa forma as obrigações serão pagas.

Se os bens penhorados são propriedades comuns que o executado tem em conjunto com outros indivíduos, só a quota-parte do executado será futuramente vendido para pagar as suas obrigações.

No entanto, na venda judicial posterior, é previsto que a quota desse executado seja vendida a terceira parte.

Devido a algumas razões, essa terceira pessoa poderia não ser bem recebida pelos comproprietários do executado. Por causa disso, o legislador prescreve no art.º 1308.º do CC o seguinte: O comproprietário goza do direito de preferência e tem o primeiro lugar entre os preferentes legais no caso de venda, ou dação em cumprimento, para evitar a compropriedade com uma pessoa com quem não quer ser comproprietário.

Na realidade, à luz do princípio de livre acordo, todas as pessoas tem o direito de ser comproprietárias de bens com quem elas querem ser comproprietárias.

Mas no caso de venda pela vontade do comproprietário, ou venda obrigatória de quota na acção executiva para cumprir as obrigações, se não permitir outros comproprietários que não estejam a vender a sua quota e que não sejam executados gozarem do direito de preferência para adquirir a quota

a ser vendida, parece criar de propósito embaraços aos mesmos por obrigá-los a possuir e explorar os bens com um estranho de que não gostam!

Na venda da acção executiva, ao permitir o comproprietário gozar do direito de preferência para adquirir a quota do executado, vê-se cumprido um dos fins legislativos para a instituição do direito de preferência previsto no art.º 1308.º do CC, como também é garantido o interesse do credor através da venda da quota por preço razoável.

Por isso, na acção executiva, sendo abertas todas as propostas e conhecida a oferta mais alta, o juiz pergunta ao comproprietário que goza do direito de preferência se quer adquirir a quota em venda para cumprimento das obrigações a esse preço mais alto, exercendo o direito de preferência.

Indubitavelmente, como gozador do direito de preferência legalmente autorizado, o comproprietário não precisará de participar no concurso para arrematar a quota do executado juntamente com terceiros, e só exercer o direito de preferência quando a sua oferta for inferior do que a de outros, para poder adquirir a quota ao preço da oferta mais alta!

No entanto, na acção de divisão de coisa comum, parece que não há razão que justifique a atribuição do direito de preferência ao comproprietário, previsto no art.º 1308.º do CC, como acontece na acção executiva.

Na realidade, a acção de divisão de coisa comum tem como objectivo pôr termo à compropriedade duma coisa por várias pessoas.

Dependendo da possibilidade de a coisa original ser dividida, as soluções finais podem ter resultados diferentes.

Se a coisa comum pode ser dividida em substância, então pode-se proceder nos termos dos art.º 946.º, n.º 1, alínea a), art.º 951.º, n.º 1, alínea a) e a primeira parte do n.º 2 do Código de Processo Civil*. O resultado é: a coisa comum é dividida substancialmente em várias coisas independentes, e posteriormente é dividida entre os comproprietários, daí a inexistência do direito de preferência.

Se a coisa comum não pode ser dividida em substância, tal como o imóvel nos autos, age-se de acordo com os art.º 946.º, n.º 1, alínea b), art.º 951.º, n.º 1, alínea b) e a segunda parte do n.º 2. Portanto, na eventualidade de os comproprietários conseguirem chegar a acordo na conferência dos interessados quanto ao valor da coisa e ao valor das próprias quotas, o juiz adjudica a coisa comum a um dos comproprietários conforme o acordo e os outros receberão a quantia correspondente à sua quota original, em dinheiro.

À falta de consenso, o juiz ordenará a venda integral da coisa comum, e o resultado da venda será dividido entre os comproprietários de acordo com a proporção de quota de cada um.

Nos termos do art.º 951.º, n.º 2 do Código de Processo Civil, podem os comproprietários concorrer à venda.

Portanto, se a coisa comum não pode ser dividida em substância e tem de ser dividida em valor, então é possível a coisa comum passar a ser propriedade de um dos comproprietários ou de uma terceira pessoa.

Então, quando a coisa comum tem de ser vendida, os comproprietários originais gozam ou não do direito de preferência previsto pelo art.º 1308.º do CC?

* Artigo 946.º:

1. Quando pretenda pôr termo à indivisão de coisa comum, cabe ao autor requerer:
 - a) A divisão em substância da coisa comum, depois de fixados os quinhões de todos os comproprietários;
 - b) A divisão em valor da coisa comum, depois da respectiva adjudicação ou venda, quando a considere indivisível em substância.
2. Com a petição, o autor oferece logo as provas de que disponha.
3. Quando a compropriedade tenha origem em inventário judicial, processado no tribunal competente para a acção de divisão de coisa comum, esta corre por apenso ao inventário.

Artigo 951.º:

1. A conferência de interessados destina-se a:
 - a) Adjudicar os quinhões fixados pelos peritos aos interessados, nos casos em que a coisa comum seja divisível em substância;
 - b) Adjudicar a coisa comum a algum ou alguns dos interessados, preenchendo-se em dinheiro as quotas dos restantes, nos casos em que a coisa só seja divisível em valor.
2. Na falta de acordo entre os interessados presentes, é a adjudicação feita por sorteio, no caso da alínea a) do número anterior; no caso da alínea b), é a coisa comum vendida, podendo os comproprietários concorrer à venda.
3. Ao preenchimento das quotas em dinheiro aplica-se o disposto no artigo 1016.º, com as necessárias adaptações.
4. Se houver interessados incapazes, ausentes ou impossibilitados, o acordo tem de ser autorizado judicialmente, ouvido o Ministério Público.
5. É aplicável à representação e comparência dos interessados o disposto no artigo 989.º, com as necessárias adaptações.

Segundo a doutrina do Prof. Varella acima citada, o propósito pelo qual o legislador institui o direito de preferência de que o comproprietário goza não é garantir a manutenção em propriedade singular de um dos comproprietários depois de a coisa comum ser dividida ou a compropriedade extinta.

Além disso, o propósito da acção de divisão de coisa comum difere-se claramente daquilo da acção executiva.

Na acção executiva, a lei dispõe manifestamente que depois de conhecer a oferta mais alta na arrematação pública, o comproprietário prefere na aquisição da quota vendida pelo preço igual à proposta mais alta, o que já foi explicitado anteriormente.

É fácil de ver que a mesma razão já não existe na venda no caso de acção de divisão de coisa comum.

Na acção executiva, o objecto vendido é uma quota da coisa comum, enquanto na acção de divisão de coisa comum, o objecto vendido é a coisa na sua integridade. Portanto é impossível a coisa continuar a ser compropriedade por várias pessoas.

Além disso, na acção de divisão de coisa comum, se é impossível efectuar a divisão da coisa em substância e na falta de consenso quanto à adjudicação e ao valor das quotas, então é obrigatório proceder à venda. Nesse caso, quando o juiz ordenar a venda, o direito real dos comproprietários originais transformar-se-á em crédito proporcional a percentagem do valor que tinha, correspondente a uma parte do preço da venda integral a ser realizada em futuro.

Por isso, não existe a possibilidade de possuir bens em compropriedade com uma terceira pessoa de que não gosta, pelo que deixa de se verificar a razão pela qual o comproprietário goza do direito de preferência.

Além disso, nos termos do art.º 951.º, n.º 2, na venda de coisa comum, podem os comproprietários concorrer à mesma.

Se a intenção do legislador tivesse sido atribuir aos comproprietários o direito de preferência previsto pelo CC também na acção de divisão de coisa comum, então não devia ter dito que os comproprietários concorrer à venda, tal como o que acontece nas disposições relativas à acção executiva.

Na venda em acção executiva, os comproprietários não precisam de participar na venda. Eis porque afinal, independentemente do resultado da licitação, eles podem gozar do direito de preferência sobre os outros concorrentes para adquirir a quota originalmente pertencente ao executado.

Já o mesmo não acontece na acção de divisão de coisa comum. O legislador não pode permitir os comproprietários participar na venda ao mesmo tempo que lhes atribui o direito de preferência. Uma vez que o direito de preferência prevalece a todas as ofertas dos concorrentes que não sejam comproprietários, os comproprietários já não necessitam de participar no concurso. A única razão previsível é a esperança de que a proposta de um dos comproprietários seja mais alta do que todos os não comproprietários que participam na venda, para ser mais alto o valor a receber pelos outros comproprietários não interessados pela venda ou os que não conseguiram propor a oferta mais alta! Mas afinal de contas, a acção de divisão de coisa comum não tem como objectivo buscar um preço mais alto da coisa comum a favor dos comproprietários!

O art.º 87.º do Código de Processo Civil estabelece que não é lícito realizar no processo actos inúteis.

Na hipótese de o legislador pretender deixar os comproprietários gozarem de direito de preferência depois da abertura de arrematação na acção de divisão de coisa comum, então a previsão em relação à autorização aos comproprietários de participação na venda estaria aparentemente o princípio de não realizar no processo actos inúteis, consagrado no art.º 87.º anteriormente citado.

Portanto, apesar da disposição do art.º 372.º, n.º 2, alínea b) do Código de Processo Civil, de que são aplicáveis subsidiariamente ao processo especial as formas prescritas para a venda no processo de execução, o direito de preferência configura-se como direito legalizado pelo direito material. Caso se tenha formado a convicção de que o interessado não goza do direito de preferência nos termos legais, então não se aplica subsidiariamente à acção de divisão de coisa comum o art.º 791.º do CPC.

Além disso, relativamente a aspectos puramente processuais, nos termos do art.º 372.º, n.º 1, só se observa subsidiariamente o que se acha estabelecido para o processo ordinário nos processos especiais em tudo quanto não estiver prevenido nas disposições gerais e comuns. Uma vez estabelecido que os comproprietários possam concorrer à venda na acção de divisão de coisa comum, a intenção do legislador parece ser a de deixar os comproprietários adquirirem a coisa integral através de arrematação, em vez de exercício do direito de preferência.

Nos termos expostos, considero que nenhum recurso pode proceder. Deve manter a convicção do tribunal recorrido tal como argumenta a presente declaração de voto, no sentido de considerar que os comproprietários não gozam de direito de preferência previsto pelo art.º 1308 do CC na venda na

acção de divisão, e também manter a decisão *a quo* de adjudicar a coisa ao indivíduo que apresentou a oferta mais alta na arrematação.

6 de Julho de 2006

O juiz adjunto

Lai Kin Hong