

(譯本)

非特定保全措施
要件
法院命令採取與具體請求所不同之措施的權力

摘要

- 一、命令採取非特定保全措施取決於具備下列要件：
 - 存在一項“權利”，或像普遍認為的那樣，有權利存在之極大可能性；
 - 依據地恐防權利受到嚴重且難以彌補的損害；
 - 為避免損害而請求的措施適當；
 - 所聲請的措施不屬於任何其他的特定保全措施（第 338 條起）；且（作為第二要件），
 - 措施造成的損害不大於其旨在避免的損害。
- 二、但是，依據澳門《民事訴訟法典》第 326 條，“法院得命令採取非為所具體聲請採取之措施。”
- 三、因此，面對要求採取返還占有之非特定措施之請求，且在不具備有依據地恐防（權利）受到嚴重且難以彌補的損害的情況下，法院得行使上述權能，在具備相關要件的前提下（即占有、侵奪及該侵奪之暴力性），命令採取返還占有之特定措施。

2002 年 12 月 16 日合議庭裁判書

第 79/2002 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、甲銀行，住所位於澳門，在初級法院針對乙（身份資料載於卷宗）提出非特定保全措施，並陳述如下：
 1. 聲請人係一間在澳門合法設立並以經營銀行業務為標的的信貸機構。
 2. 在此範疇內，向丙批出了一項借貸，用於在財政上支援其向預約出賣人丁有限公司支付價金餘款，以購置一個獨立單位。
 3. 的確，依據日期為 1995 年 6 月 15 日的預約買賣合同，丁有限公司承諾向丙出賣（後者亦承諾向前者買受）位於 XXX 的 XXX 大廈（以前的號碼分別為 XXX 及 XXX 號以及 XXX 至 XXX 號）名為 XXX 的獨立單位。
 4. 約定的價金為澳門幣 8,049,600 元（折合港幣 780 萬元），該價金應根據第 2 條（支付方式）中載明的分期付款表支付。
 5. 1995 年 9 月 8 日，甲銀行向該丙批出了一項金額為 380 萬港元的貸款，用於在財政上支持有關的買受。
 6. 貸款在 1995 年 9 月 8 日被使用，根據該債務人的指示，港幣 28,835 元被貸入丙所持有的戶口，餘款（港幣 3,771,165 元）則被貸入丁有限公司所持有的戶口。
 7. 為了保障該港幣 380 萬元的貸款、其利息以及其他負擔之歸還，甲銀行、丁有限公司及丙

於 1995 年 9 月 8 日訂立了一項合同（行話稱為“三方約”）（第 5 號文件），其中確認了：

- a) 港幣 780 萬元之售價的全部支付，由丁有限公司交付相關的受領證書；
- b) 合同標的（XXX 大廈 XXX 座的獨立單位）。

8. 第 10 條規定：

- i) 債務人丙有義務支付合同規定的每月還款；
- ii) 如不履行，則甲銀行得立即解除相關合同，丁有限公司有義務在甲銀行提出要求後，將該獨立單位的取得權或其所有權轉移給該銀行；
- iii) 在此情況下，買受人 — 債務人丙有義務立即及無條件地將該不動產交付甲銀行，並撤出人員及財產。

9. 丙未履行償還貸款之義務。

10. 2000 年 6 月 13 日，丁有限公司及甲銀行簽署了合同地位轉移合同（第 6 號文件），合同確認：

- 丁有限公司與丙就 XXX 座單位已簽署了預約合同；
- 丁有限公司簽署了旨在保障歸還該港幣 380 萬元貸款的三方約；
- 債務人丙已不再履行支付合同之債；

11. 透過 2000 年 6 月 13 日這一合同，該 XXX 座單位的取得權以及其他由預約買賣合同中衍生的權利被轉移給甲銀行。

12. 所有這些合同（預約買賣合同、貸款合同、三方約以及合同地位轉移合同）均是有效的且對當事人具約束力，這些合同不能被債務人丙或丁有限公司異議。

13. 有關的獨立單位現在在物業登記局被識別如下：

— 位於 XXX 之都市不動產 XXX 座（XXX 號）之住宅，以第 XXX 條在房地產記錄中註冊，並以第 XXX 冊第 XXX 號標示（第 7 號文件）。

14. 因此，甲銀行是 XXX 這一單位的預約買受人，占有丙源自 1995 年 6 月 15 日預約買賣合同中的合同地位。

15. 丁有限公司在訂立三方約後，向丙讓與了不動產的占有。

16. 後者未間斷地行使這一占有，自 1995 年 9 月 8 日至 2000 年 6 月 13 日。2000 年 6 月 13 日，XXX 這一單位的預約買受人的合同地位被轉移給甲銀行。

17. 自 2000 年 6 月 13 日起，對不動產的占有轉由甲銀行行使。

18. 從那時起在銀行/聲請人的許可下對該單位內部進行了多項工程，正如所附入的照片所證明（參閱第 8 號至第 13 號文件）。

19. 該不動產被配備了多個傢俱，正如該等照片所證明（參閱第 8 號至第 13 號文件）。

20. 丁有限公司沒有再行使對不動產的占有。

21. 但是在 2001 年 6 月 1 日，丁有限公司無視自預約買賣合同、三方約以及合同地位轉移合同中產生的承諾，向一名合夥人（戊公司）出售了該 XXX 號單位（第 7 號文件）。

22. 甲銀行在得知這一售出後，恐防蒙受更多損失，故在 2001 年 8 月 16 日在該不動產的入門處張貼了一張封條，告知該不動產的所有權屬於甲銀行。（參閱第 14 號至第 16 號文件）

23. 對不動產的占有屬於甲銀行。

24. 自 1995 年起，丁有限公司就先後將占有讓與丙及聲請人。

25. 有關的占有並未被轉移給被聲請人。

26. 2001 年 10 月 19 日一名叫 Tommy Chow 的人士聲稱是被聲請人的律師，期望撬開入口大門並佔用該獨立單位。

27. 兩名甲銀行職員當時與該人士進行了交談，後者確認是受被聲請人的委託來打開不動產的大門並占有之，以便作下一次轉售。

28. 銀行職員當時告訴該名人士，銀行/現聲請人對該獨立單位擁有權利，而且銀行已經向司警檢舉丁有限公司。

29. 銀行職員還向該名人士作出了不得撬門以及佔用該不動產的詳細命令。

30.2001年8月21日，甲銀行在該不動產入口大門上還安裝了一個新鎖（第16號及第17號文件），以阻止第三人濫用該不動產。

31.但是，2001年10月22日，在未經聲請人同意的情況下，該單位的大門被不明身份者根據被聲請人的命令撬開。

32.該不動產的入口大門之後被用一條鎖鏈及一個大鎖鎖住（第18號文件），被聲請人開始佔用該不動產。

33.丁有限公司以公文書向戊公司出售該不動產，有過錯地不履行前述預約買賣合同、三方約以及合同地位轉移合同。

34.這一不履行是確定性不履行。

35.“在買賣之預約合同中，預約買受人向預約出賣人交付之全部金額，即使以提前履行或首期價金之名義交付者，亦推定具有定金性質。”— 澳門《民法典》第435條。

36.“交付定金之當事人基於可歸責於其本人之原因而不履行債務者，他方立約人有權沒收交付物；如因可歸責於他方立約人以致合同不被履行，則交付定金之當事人有權要求返還雙倍定金。”— 澳門《民法典》第436條第2款。

37.因此，甲銀行是預約出賣人丁有限公司雙倍予以支付的買賣價金之金額（即澳門幣16,099,200元或港幣1,560萬元）的債權人。

38.在移轉或設定物權之預約中，已獲交付本約合同標之物之接受許諾人，因可歸責於他方當事人之不履行而產生之債權，針對該物；— 澳門《民法典》第745條第1款f項。

39.另一方面，“留置權涉及不動產者，留置權人在尚未交出留置物時，有權按抵押權人執行抵押物之規定執行留置物，並有權優先於債務人之其他債權人受償。”— 澳門《民法典》第749條第1款。

40.目前，被聲請人是該XXX號單位的所有權人。（第7號文件）

41.但是，所進行的轉移中存在因聲請人留置權而產生的責任，該責任是隨著確定性不履行有關的預約買賣合同而產生的。

42.上文描述的事實符合侵奪的情況。

43.的確，被聲請人強行期望行使對同一獨立單位的占有，以此針對聲請人對該獨立單位的占有。

44.聲請人擁有對該不動產的留置權，這一權利表現為對該不動產的直接及立即權力。

45.聲請人期望以確定性不履行1995年6月15日之預約買賣合同及合同地位轉移合同為由，提出司法訴訟狀告丁有限公司，訴訟標的是XXX之都市不動產XXX座（XXX號）之住宅。

46.同時請求支付雙倍於預約出賣人所收取之款項的金額。

47.法律賦予聲請人對不動產的留置權。

48.一直以來所行使的占有已被被聲請人作出的侵奪擾亂。”

最後，請求命令向其返還對該不動產的占有；（參閱第2頁至第7頁背頁）

附入了文件並指出了證人名單。（參閱第8頁至第62頁）

交付了預付金後，卷宗移送原審法官。原審法官作出了下述批示：

“甲銀行現針對乙（第XXX號單位之所有權人）聲請採取非特定保全措施，請求命令返還銀行對該單位之占有。

澳門《民事訴訟法典》第326條規定，‘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。’

換言之，僅在實質上具備下述要件的情況下，方可命令採取非特定保全措施（又稱為普通保全措施）：

- 有極大可能存在所主張的權利；
- 有依據地恐防他人在訴訟提出前或待決期間，對權利造成嚴重且難以彌補的損害；

對於第一個要件，一直以來的理解是給予保全保護不必有一項肯定的判斷，而是只要有一項表現為所主張的權利有存在之強烈可能的似真判斷即告足夠，這一判斷是在所提交的證據基礎上形成的（參閱最高法院 1999 年 9 月 28 日合議庭理由說明，其中指出有必要存在一種‘強烈可能性’）。

在本案中，聲請人指稱是第 XXX 號單位的占有人，因為預約出賣人向其讓與了該占有，從而佔據最初預約買受人的合同地位（參閱連同最初申請附入的第 6 號文件）。

但是存在這一權利的可能性是否如此強烈，以至於可以馬上在這一初步階段便採取保全措施嗎？

本席謹認為，儘管在上述第 6 號文件中載明了向聲請人轉移合同地位這一事實，但是同樣真實的是：第 7 號文件表明目前有關單位的所有權人是被聲請人本人（他享有對該不動產的所有權利），而且更有甚者，該獨立單位出現在 — 雖然是臨時性地 — 兩宗有其他主體或實體參與的法院訴訟中。

因此，必須得出結論認為：至少在現階段，在聲請人所主張的權利方面不存在一種‘強烈可能性’，因此本席判斷不具備的一項要件。

即使不持此理解，本席亦認為：依據聲請人提交的事實闡述，我們尚不能（將有關事實）納入下述情形中，即存在有依據地恐防他人對權利造成嚴重且難以彌補的損害。

法律規定只有對嚴重的、同時又是不可彌補或難以彌補的損害方予以保全保護，換言之，排除了那些不嚴重的或嚴重程度較小的、以及那些雖然嚴重但可被輕鬆彌補的損害。

聲請人指稱它作為該單位的占有人，在該不動產的入口大門上張貼了一張封條，但是被聲請人作為該單位的所有權人，撬開了大門並在之後在大門上安裝了一個鐵鏈及一把大鎖。

綜上所述，本席認為所涉及的並不是一種不可彌補或者難以彌補的情況，因為有關單位只是處於被聲請人自由處置的範疇之外，這在本席看來是符合邏輯的，因為被聲請人是該單位目前的所有權人，因此享有針對該不動產的所有權利。為此，本席判斷現在所主張的恐防並非有依據，因此第二項要件亦不具備。

因此，鑑於聲請人所陳述的情況與允許適用現被聲請的措施之情況並不相符，本席初端駁回所聲請採取的措施。

訴訟費用由聲請人負擔。

著通知。

(...)

將這一裁判通知聲請人後，聲請人不服此裁判，及時向本中級法院提出本上訴。

其理由闡述結論如下：

- “1. 上訴人主張的不是一項而是三項權利。
2. 上訴人有 2000 年 6 月 13 日起轉而佔據丁有限公司與丙訂立之預約合同之預約買受人地位。
3. 上訴人向預約買受人批出了金額為 380 萬港元的貸款，這一貸款被用於部分支付所商定的價金澳門幣 8,049,600 元。
4. 透過訂立現作為第 5 號文件附入的的合同，借款之償還已被保證。
5. 2000 年 6 月 13 日訂立了現作為第 6 號文件附入的的合同。
6. 因最後這項合同之效力，上訴人透過轉移收取了原屬預約買受人所有的全部權利。
7. 自 2000 年 6 月 13 日起，上訴人開始行使對該被承諾買賣的單位的有效占有，但這一占有因被聲請人之侵奪而被剝奪。
8. 自該日起，上訴人還開始享有對有關單位的留置權。
9. 預約出賣人已經收取了全部協定價金。
10. 當留置權係針對不動產時，在不交付被留置之物的情況下，相關的權利人具有請求執行之權能，一如抵押權人可以做的那樣。

11.承認留置權之權利人可作占有（權）之辯護。

12.留置權所含有的對保障的行使，不能與對物的有效占有相互分割開來，後者是前者的基礎。

13.如果物轉由第三人占有，則對物的執行就是不可行的。

14.不能排除被聲請人將該單位轉讓給第三人之可能性，同樣也不允許排除以該單位為標的進行一系列轉讓的可能性。

15.在這種情況下，上訴人將被禁止有效地行使其留置權或面臨的以行使該權力的極大困難。

16.現實已經具備了《民事訴訟法典》第 326 條要求的兩項要件。

17.被上訴的批示違反了這一規定，並違反了《民法典》第 666 條、第 744 條、第 745 條及第 749 條的規定。”

因此，主張“廢止被上訴的批示，並命令採取所聲請的措施”，或至少“廢止被上訴的批示，命令原審法院對名單列舉的證人進行詢問，之後作出相應的裁判。”（參閱第 74 頁至第 79 頁）。

上訴被受理後，卷宗移送本院。

在初步查核範疇內且在查明被聲請人／被上訴人與所有已作出的訴訟無關的情況下，現裁判書製作法官裁判命令將卷宗退還原審法院，“以在該法院執行澳門《民事訴訟法典》第 395 條之規定...”（參閱第 84 頁背頁至第 86 頁）。

移送卷宗並對有關遺漏予以補正後 — 但沒有提交“針對性陳述” — 卷宗再次移送本中級法院。

似乎對審理被提出的上訴已無障礙，助審法官的檢閱已畢。

現移送評議會，應予裁判。

理由說明

二、正如上文轉錄者顯示，面對現上訴人提出的起訴狀，法官作出了初端駁回批示。

法官認為，“聲請人主張的權利不存在（受嚴重損害的）強烈可能性”，而且有關情況不是“不可彌補或難以彌補的情況”，故認為很明顯，其理由成立的必要法定前提並不具備，為此作出了成為本上訴標的的裁判。

我們看看是否維持所作裁判。

鑑於所請求的措施的種類 — 非特定保全 — 我們首先看看對其予以規範的法律規定。

澳門《民事訴訟法典》第 326 條規定：

“一、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。

二、聲請人之利益得以一已存有之權利為依據，或以已提出或將提出之形成之訴中作出之裁判所產生之權利為依據。

三、法院得命令採取非為所具體聲請採取之措施。

四、（...）

五、（...）”（底線為我們所加）。

該法典第 329 條第 1 款規定：

“一、提出保全程序之請求時，聲請人應提供扼要之證據，證明權利受威脅，以及解釋恐防受侵害之理由。

二、(…)

三、(…)”(底線為我們所加)。

之後的第 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。

三、(…)

四、(…)”(底線為我們所加)。

作出上述闡述後，我們相信 — 至少到目前為止 — 已經得出將要裁判之問題的必要法律框架。我們現在開始展開其審理。

在命令採取一項非特定（即普通）保全措施的要件方面（本案即是如此），鑑於其法律制度，我們一直認為其要件如下：

— 存在一項“權利”，或像普遍認為的那樣，有極大可能存在權利；

— 有依據地恐防權利受到嚴重且難以彌補的損害；

— 為避免損害而請求的措施適當；

— 所聲請的措施不屬於任何其他之特定保全措施（第 338 條起）；且（作為第二要件），

— 措施造成的損害不大於其旨在避免的損害；（參閱本中級法院第 11/2000 號案件的 2000 年 3 月 9 日合議庭裁判及第 115/2000 號案件的 2000 年 7 月 27 日合議庭裁判）。

在本案中，正如所載明者，原審法院認為：(a)不可能賦予上訴人所主張的權利；(b)由其指稱的該“侵害”不可能對其產生一項“無法彌補或難以彌補的”損害。

我們看看。

— 就其主張的權利而言，或者說就其主張的“權利表象”而言，上訴人在其起訴狀中聲稱，由於欠缺償付向該獨立單位（上訴人期望以現在的措施再次行使對該單位的占有）的（前）預約買受人批出的一項貸款，2000 年 6 月 13 日該單位的取得權已向上訴人轉移，因此在該日預約出賣人（丁有限公司）向其讓與了對該單位的占有。總之，主張其占有以及對不動產的留置權。

鑑於此 — 姑且不論目前存在的對該單位的登記如何，因為一個不動產的所有權及對該不動產的占有不必同時集中在同一人身上 — 我們看不出如何可以在沒有任何現行措施的情況下，就表示現上訴人不是（更準確地說，不曾是）該不動產的（合法）“占有者”以及對有關不動產的留置權的權利人；（因為眾所周知，交付了定金並有交付之物的任何一項預約合同的受益人，交付定金並在“物之交付”後，對所承諾的合約的標的物享有占有極留置權；參閱 Calvão da Silva, 《Sinal e Contrato Promessa》，第 120 頁；A Costa, 《Direito das Obrigações》，第 826 頁；最高法院 1986 年 2 月 25 日合議庭裁判，《葡萄牙司法公報》，第 354 期，第 549 頁，1993 年 1 月 12 日合議庭裁判，《CJ》，第 1 卷，第 31 頁，里斯本上訴法院 1993 年 11 月 4 日合議庭裁判，《CJ》，第 5 卷，第 112 頁及 1997 年 3 月 4 日合議庭裁判，《葡萄牙司法公報》，第 465 期，第 635 頁）。

毫無疑問，卷宗在目前的狀態下（即僅有目前這樣作出的陳述），不允許就這樣視作確鑿或視作確切無疑。但是，我們也不認為一所由所作出的訴訟為基礎，便可以立即作出相反的堅稱，即（不是也）從未是有關的單位的占有者或該單位留置權的權利人。

因此，（至少）應該對上訴人列出的證人進行詢問，以便以所期望的信心及合理的肯定可以認為，“針對上訴人主張的權利，不存在強烈的可能性”。因為我們認為，在不對任何證人進行詢問的情況下就“捨棄”現上訴人作出的陳述，而沒有給予其些許機會對其起訴狀予以確認，是不適當的。

基此，必須得出結論：在此部分上訴人是有道理的；（這不是說它曾經占有該不動產，而只是說原審法院不應在這一方面以如此形式作出裁判）。

我們現在看看“侵害或者損失”。

原審法院在此部分認為所涉及的不是“一種不可彌補或難以彌補的情況”。

該法院的意見是，在被聲請人的行為面前，有關的單位“只是處於被聲請人自由處置的範疇之外”。

如何裁判？

正如所知，一個“物”的占有者的權利之一，恰恰是依據其意思而擁有該物，因此隨著（所指稱的）“被剝奪占有”，合乎邏輯的立即效果，就是被剝奪了所擁有的權利。

如果說一個占有者的權利恰恰是對物的“占有”、“處置”、“用益”權利並針對該物行使該等權利，那麼剝奪對該物的占有後，只能怎樣做呢？

除了（倘有之）將該物奪回的期望之外 — 這也許是促使上訴人提出後被駁回的請求的原因 — 甚少或不會再有什麼可做的了。

那麼，難道這一情況不嚴重嗎？或者至少面對所作出的陳述，難道不可以是難以彌補的嗎？

我們暫時認為可以這樣承認。

但是，即使不持這一理解，我們也認為不應維持作為本上訴標的之裁判。

因為必須注意澳門《民事訴訟法典》第 326 條第 3 款的規定，即“法院得命令採取非為所具體聲請採取之措施。”

因此，如果認為很明顯不屬一種嚴重的且難以彌補的情況，我們還是相信，（很明顯）現上訴人指稱的事實一旦其強烈可能性被確認，將導致命令採取澳門《民事訴訟法典》第 338 條規定的“臨時返還占有”之特定保全措施（而非所聲請的普通措施）。

的確，正如前文所轉錄，上訴人指稱對有關不動產的占有，並同時指稱了“侵奪”及“暴力”（即給予該“臨時返還占有”之特定措施的法定要件）。

因此，（且同樣在這裏），也必須得出結論認為有必要對所列出的證人進行詢問，以便在此之後查核是否具備其要件，並作出相應裁判。（在此意義上參閱里斯本上訴法院第 0046896 號案件的 2001 年 2 月 15 日合議庭裁判，載於 www.dgsi.pt/jurl）。

由於在上訴範疇內，我們無法進行該預審（特別是對所列出的證人進行詢問），因此上訴理由必須成立，相應地廢止被上訴的裁判並將卷宗移送，以便在此之後在毫無阻礙並且亦持這一理解的情況下（沒有其他措施 — 第 331 條），作出新的裁判。

決定

三、綜上所述，以評議會形式作出合議庭裁判，廢止被上訴的裁判，命令將卷宗移送以便對所列出的證人進行詢問，之後繼續進行後續程序。

免繳訴訟費用。

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