

(譯本)

公示傳喚被告
檢察院的傳喚
不到庭的效果
欠缺辯論及審判聽證
無效

摘要

一、《民事訴訟法典》第 404 條及第 405 條規定絕對不到庭的情況，當中被告不作申辯，不委託訴訟代理人，亦不參與訴訟程序，被推斷為已依規則向其本人作出傳喚。

二、如傳喚是以公示傳喚作出時，並不能以核實存有不到庭的一般效果作為後果，因為傳喚非向被告其本人作出。更不用說由檢察院代理，其參與只基於法律的效力，產生把原告分條縷述的事實視為承認的效力。

三、被告被公示傳喚並直接作出終局裁判，但之前卻沒有定出辯論及審判聽證日期，證實是一項主要手續程序的遺漏。

2004 年 3 月 11 日合議庭裁判書

第 45/2004 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，男性，已婚，居於澳門，對乙，女性，未婚，居於澳門，提起平常宣告之訴，請求：

A.宣告被告基於完全可對其歸責的個人意願的事實，沒有履行須對原告承擔的義務，該義務是透過本起訴書第一及第二條所指的預約合同作出。

B.作出創設性的裁判以產生所欠缺的被告的法律行為意思表示的效力，並借此把標示於澳門物業登記局 XXX 冊第 XXX 頁第 XXX 號作居住用途樓宇的“G-12”獨立單位的所有權移轉予原告，而原告無須承擔任何債務或負擔。

C.補充地在本訴訟一旦被作出裁決的情況下，讓上述獨立單位在本起訴狀第 33 條及第 34 條所述的抵押繼續有效。

C1.作出創設性的裁判以產生所欠缺的被告的法律行為意思表示的效力，並借此把標示於澳門物業登記局 XXX 冊第 XXX 頁第 XXX 號作居住用途樓宇的“G-12”獨立單位的所有權移轉予原告，而原告承擔抵押責任。

C2.繼而判處被告須承擔為了上述抵押的撤銷或消除以及在物業登記局相應註銷而視為須支付的所有費用。

D.此外，僅基於某個原因而不能按上述請求的方式作出特定的執行時，不可避免和補充地應：

D1.宣告解除本訴狀第一及第二條所詳述的原告和被告之間訂定的預約合同，因被告的過錯而確實不履行該合同，並繼而

D2.判處被告向原告支付港幣 25 萬元，相當於雙倍訂金，並附加按法定利率計算的過期利息。

D3.宣告該支付按照 8 月 15 日第 20/88/M 號法令第 2 條以及 1999 年《民法典》的第 749 條第 1 款的規定作出，換言之，透過出售本請求 B 項所指不動產的所得，相對被告的其他債權人有優先權。

被告經公示傳喚，因此根據《民事訴訟法典》第 49 條傳喚檢察院。

新的期限過後，檢察院並沒有提交任何訴訟文書。

須履行《民事訴訟法典》第 431 條第 1 及第 2 款的規定（第 164 頁），合議庭主席隨即作出裁決，對原告分條縷述的事實視為確鑿，並作出如下的裁決：

1.鑑於被告基於完全可對其歸責的個人意願的事實，沒有履行須對原告承擔的義務，該義務是透過本卷宗所指的預約合同作出，只要原告以法定方式支付合同所定的餘額，則視為作為賣方的被告與作為買方的原告兩者之間就以下的獨立單位定立了一份合同，該獨立單位位於[...]“G-12”的獨立單位，標示於澳門物業登記局 XXX 冊第 XXX 頁第 XXX 號（以被告的名義登錄於該登記局 XXX 冊第 XXX 頁第 XXX 號）。

2.補充地，如仍然存有上述抵押，法院透過本裁判也宣告把有關單位的所有權移轉予原告（只要原告以法定方式支付合同所定的餘額）並負上抵押責任，繼而判處被告須承擔為了上述抵押的撤銷或消除以及在物業登記局相應註銷而視為須支付的所有費用。

因不服該判決，原告提起上訴，並陳述如下：

1.根據 1999 年《民法典》第 820 條第 6 款，此外也根據 1966 年《民法典》第 830 條第 5 款並結合 1999 年《民法典》第 422 條（此外根據 1966 年《民法典》第 428 條）的規定，如原告不在法院為其設定的期限內對其給付作出提存，作為本訴訟訴因的預約合同的特定執行便不能成立，因此法院在作出裁判前，須就該效果為原告設定期限，然而卻沒有設定。

2.所觸犯的不當情事影響到案件的裁決，因為裁判宣告了作為賣方的被告與作為買方的原告定立了某獨立單位的買賣，但有關的條件是原告必須支付該餘款，但原告對此並沒有提出訴求，也不符合原告的利益。

3.此外，不當情事影響到案件的審查，因為妨礙原告選擇作出餘款的提存（容許一個非條件性的決定）或妨礙原告選擇不這樣做是基於已沒有興趣取得該單位，尤其因為該單位 — 在作出裁判前的最後訴訟手續之日 — 已被及仍然被由有抵押權的債權人所提起的執行中查封，並因此產生惡劣和無可避免的後果。事實上被告擬希望的這個最後選擇並不是讓法院宣告單位的轉移，而只是讓法院裁定判處被告支付雙倍訂金的補充請求理由成立，因此削弱了原告的一項選擇，甚至是判決前的一項法定手續，該手續（因法律規定）涉及其利益和行使訴訟權利的特別重要方面。

再者，在作出裁判之前，並沒有訂定該期限，妨礙了原告行使直至在第一審法院辯論完結前在下面詳述的其餘可行的訴訟權利及權能。

4.作出裁判，但之前並沒有通知原告在某期限內作出餘款的提存，法院違反了 1999 年《民法典》第 820 條第 6 款的規定或也被認為可適用的 1966 年《民法典》第 830 條第 5 款的規定。因此，除了重大的尊重外，這尤其觸犯了《民事訴訟法典》第 147 條第 1 款規定的無效。基於應撤銷裁判並著令按照《民法典》第 820 條的規定向原告作出通知。

5.此外，有鑑於此，原審法院正是違反了該些條文並遺漏了該手續，在其裁判書中為買賣合同的訂定設定了一項條件，並以此判定與請求有別的標的，該裁判觸犯了《民事訴訟法典》第 571 條第 1 款 e 項規定的無效，基於該原因也應撤銷該裁判，同樣也應著令按照《民法典》第 820 條的規定向原告作出通知。

實際上，受條件限制的售賣，正如構成本裁判標的售賣，並不是原告請求的標的，也不等於該請求標的的成立，更不會觸及原告的利益。

6.在本卷宗的個案中，在《民事訴訟法典》第 431 條所規定的期限完結後，隨即作出裁判。但在此之前並沒有訂定辯論及審判聽證的日期，從而違反了《民事訴訟法典》第 431 條第 3 款的規定，而且從沒因此作過聽證。

7.該不當情事影響了案件的審查及決定，因為原告在直至辯論終結前和在聽證期間所享有的所有訴訟權利及權能被削弱，如以下闡述的那樣。

8.因此，剝奪原告在法定期限和按照 1999 年《民事訴訟法典》第 432 條提供證人名單的可能性。（有別於現行葡萄牙《民事訴訟法典》的規定，該條在仍沒有提供的情況下，還容許其指出）。

9.此外，還妨礙原告根據《民事訴訟法典》第 450 條（第及 451 條）提交書證，這點是非常

重要的，因為原告可充份地向法院證明不具備條件作出特定執行，因為該單位現在仍按上述的條款被扣押（直至在作出裁判前的最後程序步驟之日），而僅可作出判處支付雙倍定金的訴求。

10.更妨礙原告根據《民事訴訟法典》第 425 條呈交嗣後訴辯書，當中如辯稱尤其因為該單位由於抵押債權人提出執行而仍繼續被扣押並因此產生惡劣和無可避免的後果，因而對有關取得失去興趣時，是可以完全變更訴訟的進行，按之前解釋般，因此只限於作出判處支付雙倍訂金的決定。

11.原告還不可以按照《民事訴訟法典》第 217 條簡單地選擇改變請求，並根據已作出的那樣，把請求縮減至請求判處支付雙倍訂金，有鑑於此，其本身僅限於要求作出不同的終局決定。

12.有關《民事訴訟法典》第 555 條規定進行審判聽證的行為，這些行為對案件的審查和判決起著重大的作用，尤其限制了試行調解的可能；原告按《民事訴訟法典》第 432 條的規定提出證人名單而作出的證明措施；審議原告直至在辯論完結前可以提交的文件；以及就事實事宜進行辯論 — 當中原告的依職權在法院的代理人甚至有機會提醒法院關於該單位涉及上述的查封，如卷宗資料所述 — 參見第 29 頁及第 44 頁（法院對某執行案刊登公告的副本），第 91 頁（有關該執行的公告），第 101 頁（該卷宗的批示，當中認定該單位存有查封並請求提供有關查封的資料），本卷宗第 105 頁、第 106 頁及第 107 頁（第三法庭回覆確認該查封及手續以對該單位進行司法變賣），這一切可以要求作出如往下詳述的不一樣的裁決。

13.此外，繼而甚至剝奪了讓原告根據《民事訴訟法典》第 560 條提交關於案件法律狀況陳述的可能性，當中原告可以闡述有關單位由有抵押權的債權人對被告提起執行而存有查封，法院因此不能作出能產生被告所欠缺的法律行為意思表示效力的裁判，因為該行為無論是對執行人還是對執行甚至對在公共拍賣取得該單位者（《民法典》第 809 條）均是無效的，因此必然會作出一個不一樣的裁決。

14.綜上所述，在作出裁判前沒有指定辯論及審判聽證日期，沒有進行聽證、更沒有給予提交關於案件法律狀況陳述的可能，法院違反了上述的規範，以及除非是應有及重大的尊重外，觸犯了尤其《民事訴訟法典》第 147 條第 1 款所規定的無效，因此，應撤銷裁判並著令指定審判聽證日期，接著進行直至作出裁判前的繼後訴訟程序，尤其根據《民事訴訟法典》第 431 條第 3 款、第 555 條及第 560 條的規定進行聽證和關於案件法律狀況的陳述。

15.另一方面，從卷宗中的資料（參見卷宗第 29 頁及第 44 頁、第 91 頁、第 101 頁、第 105 頁、第 106 頁及第 107 頁）得知，作為本訴訟標的的獨立單位在本卷宗針對被告提起的執行中被由有抵押權的債權人查封，以補償所欠的被執行金額澳門幣 238,635 元，事實上，這要求作出一個不一樣的裁決。

16.誠然，該單位確實存有查封，這是因為對該單位的有抵押權的債權人對被告提起執行，根據 1999 年的《民法典》第 820 條以及其餘按 1966 年的《民法典》第 830 條的規定，法院不可以作出能產生被告所欠缺的法律行為意思表示效力的裁判，換句話說，就是把所有權移轉予原告，因為該行為無論是對執行人還是對執行甚至對在公共拍賣取得該單位者（《民法典》第 809 條）均是無效的。

17.因此，法院只應裁定補充請求理由成立，該請求就是因為按請求條款的特定執行不可行以及基於被告有過錯及確定的不履行而宣告解除上述預約合同，並判處被告向原告支付港幣 25 萬元，相當於雙倍的訂金及其相關的利息（起訴狀最後請求 D 項的補充請求）。

18.所作出的裁判違反了 1999 年《民法典》第 820 條的規定，或被認為適用的 1966 年《民法典》第 820 條並結合 1999 年《民法典》第 809 條的規定，因此，透過法官閣下的補充，該裁判應被廢止並以另一個裁決取代，在新的裁決中鑑於卷宗的資料，裁定原告的請求理由成立，即基於被告有過錯及確定的不履行而宣告解除上述預約合同，並判處被告向原告支付港幣 25 萬元，相當於雙倍的訂金及相關利息。

19.如不這樣認為，鑑於上一點的內容，宜對被上訴的裁判根據《民事訴訟法典》第 571 條第 1 款 d 項的規定視為無效，因為原審法院，除了應有的尊重外，沒有審理一個應當審議的問題：就是存有查封以及因此不可以作出能產生被告所欠缺的法律行為意思表示效力的裁判的問題，這

點只能要求判處雙倍訂金的補充請求理由成立。

20.此外，根據《民事訴訟法典》第 406 條 b 項的規定，並按照《民事訴訟法典》第 549 條第 2 款的規定，對事實事宜的審判及裁判書的製作由獨任庭法官負責，因此，裁判書由合議庭主席製作，除了應有和重大的尊重外，似乎違反了權限規則，這樣會影響到案件的審查和裁決，因此必將觸犯《民事訴訟法典》第 147 條規定的其他無效，也應撤銷裁判並產生上述的後果。

21.最後，值得強調的是，從原告的各项訴求以及本卷宗第 29 頁及第 44 頁、第 91 頁、第 101 頁、第 105 頁、第 106 頁及第 107 頁得知，有關獨立單位在本卷宗針對被告提起的執行中被有抵押權的債權銀行查封，以補償澳門幣 238,635 元的金額（此點可由 2003 年 3 月 3 日附入的房屋證明予以證實），因此卷宗的文件似乎不足以使法官具備條件裁定特定執行的理由成立，基於已詳述的原因，只可裁定判處雙倍訂金的訴求成立。

22.此外，原告也定期關注該執行的情況，目的是為了當被通知作出餘款的提存，以及／或指定辯論及審判聽證的日期時，知悉被執行人（本案的被告）有否向該執行人支付欠款，以及查封（及抵押）有否被撤銷，為的是以此作為維護其取得該單位並因此特定執行的利益或選擇進行雙倍訂金的程序。

同時，可以按上述各種法定機制（包括隨即減少訴求）張之完成（一如本案在仍有抵押時，就是這樣做），因此只須等待以上的其中一個通知以作出上述的行為，但該原因被裁判所忽略，因為當中根據以上所述均沒有觸及原告的利益。

23.事實上，裁判基於一項法律行為的意思表示而最終要求其作出一筆相當於澳門幣 382,835 元（餘款金額+被告在執行中被執行的債務）的最少支付，該意思表示最終絕不能把有關單位的所有權對其作出具有法律效力的轉移。因此，使其在該筆最少的總額中承擔損害。

24.因此，原告以其完全的正當性，提起本上訴以取得作出一個符合其利益的決定 — 雙倍訂金，現綜上所述 — （這甚至因為如屬不足時，該單位在上述的執行中已作出司法變賣予第三者，這就是因被上述裁判而導致的絕對不能避免的損失。）

請求廢止裁判並著令按《民法典》第 820 條向原告作出通知，訂定日期進行審判聽證，緊隨作出在裁判之前的其他訴訟程序，尤其根據《民事訴訟法典》第 431 條第 3 款、第 555 條以及第 560 條的規定進行聽證以及對本案的法律狀況作出陳述。

補充請求廢止該裁判並以另一個裁決取代，在新的裁決中鑑於卷宗的資料，裁定原告的補充請求理由成立，即基於被告有過錯及確定的不履行而宣告解除上述預約合同，並判處被告向原告支付港幣 25 萬元，相當於雙倍的訂金及相關利息。

對本上訴沒有答覆。

經助審法官法定檢閱。

須作出審理。

現審理如下。

曾提出以下問題：

- 根據《民法典》第 820 條作出通知；
- 欠缺辯論和審判聽證；
- 作出與請求標的相悖的判處；
- 各補充請求。

我們認為較正確的做法是首先審議第 2 條問題，因為該問題的得值將妨礙對其他所有問題的審議。

那麼，讓我們看看。

審視卷宗中已進行的訴訟程序後，察覺原審法院在訴訟程序上有明顯錯誤，就是錯誤地適用《民事訴訟法典》第 404 條及第 405 條的規定。

《民事訴訟法典》第 404 條及第 405 條規定絕對不到庭的情況和效果，當中規定被告不作申辯，不委託訴訟代理人，亦不參與訴訟程序，但這樣會推斷為「先前已」依規則向其本人作出傳喚”。

對於該情況，法官須證實的是傳喚是否依法定手續作出，如是者，且屬於平常訴訟，裁定原告分條縷述的事實被承認；如不是者，則命令重新作出傳喚。

裁定事實被承認，只須有書面陳述，在該陳述完成後須作出裁判，“按法律審判案件”。（這有別於簡易程序，在簡易程序中可以立即對請求作判處 — 第 673 條第 2 款）

這是不到庭的情況及其效果。

然而，如傳喚是以公示傳喚作出時，並不能以核實存有不到庭的一般效果作為後果，因為傳喚非向其本人作出。

即使在公示傳喚的情況中，被告在程序上的任何參與如不是在答辯期限內把法院的委任附入卷宗，同樣也不會有該後果。¹

更不用說由檢察院代理，其參與只基於法律的效力，具有與委託法院代理人同樣的效力 — 《民事訴訟法典》第 49 條第 1 款，因為雖然欠缺對檢察院的傳喚就是意味著所有訴訟行為無效，但按該規定已被傳喚的檢察院沒有作出答辯並不會產生把原告分條縷述的事實視為承認的效力。

在本案中，在命令執行《民事訴訟法典》第 431 條第 1 款的規定後，隨即作出裁判，但之前並沒有指定審判聽證及辯論日期，因此，證實存有一項主要訴訟手續的遺漏，從而必然地影響到案件的審查和判決，並因此導致根據《民事訴訟法典》第 431 條第 1 及第 2 款作出的載於卷宗第 164 頁的批示之後按《民事訴訟法典》第 147 條第 1 款規定作出的所有訴訟行為無效。

基此，不再贅言，撤銷所述批示（不包括批示）繼後作出的所有訴訟行為，包括被上訴的裁判，以便著令把繼後的訴訟程序正常進行。

作出該決定後，妨礙對其他問題的審議，包括根據《民法典》第 820 條規定著令作出通知的請求，因為該請求擬要原審法院按繼後的訴訟程序作出審議。

綜上所述，本中級法院合議庭裁定原告甲提起的上訴理由成立，按上述認定的規定撤銷所有的訴訟行為。

無須繳付訴訟費用。

蔡武彬（裁判書製作人） — José M. Dias Azedo（司徒民正） — 賴建雄

¹ 參閱 Abílio Neto：《Código de Processo Civil Anotado》，第 15 版次，第 628 頁。