

(譯本)

上訴效果  
對上訴予以爭執的適時性  
未作傳喚或傳喚無效  
法官無權限  
不正當性

摘要

一、得在上訴的理由陳述中，對確定該上訴之效果的裁判予以爭執。

二、根據《民事訴訟法典》第 196 條，如果被告參與訴訟程序後不立即就其未被傳喚提出爭辯，則該未作傳喚被視作已獲補正。

三、在不經答辯、未聲請合議庭參與且根據《民事訴訟法典》第 485 條 b、c、d 項之規定直接進入審判的訴訟中，應由負責案件的法官製作判決書。

四、如果證實被告／某一公司之股東經理在作為爭議事項的所有法律行為過程中，是作為單純的該公司代理人作出行為，而非以個人名義作出行為，則該被告就是不正當當事人，並因此應駁回針對該被告之請求。

2004 年 7 月 22 日合議庭裁判書

第 71/2004 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、(1°) 甲有限公司；

(2°) 乙；及

(3°) 丙；在當時的澳門普通管轄法院提起本宣告給付之訴，狀告：

(1°) 丁有限公司；

(2°) 戊有限公司；

(3°) 己有限公司；

(4°) 庚；

(5°) 辛；

(6°) 壬（所有人的身份資料均被恰當標識）。

其理由陳述如下：

“（一）直至 1995 年 1 月 19 日，第 2、3 原告是第 1 原告及第 3 被告僅有的兩名股東（...）；

（二）也是它們僅有的經理及法定代理人；

（三）第 2、3 原告憑藉其就上述兩家公司而擁有的全部權力，以第 3 被告（上述己有限公司）的名義，透過物之交付及分段付款之預約買賣合同，為該被告取得了位於澳門 XXX 大廈的 85 個單位及商舖及 90 個車位的權利（...）；

（四）此等不動產的支付，在與預約出賣人及作為第三人之仲介人約定的日期，已經以屬於原告及他們的另一企業的資金全部履行（...）；

（五）但是，1994 年 9 月 12 日，透過書面的私文書，前兩位原告自行並作為第 3 原告的法  
定代理人，與第 1 被告訂立了一份預約交換合同，他們稱之為[合同(1)]（...）；

(六) 這一合同分為三個組成部分，分別被稱作：[合同(2)]；[合同(3)]；[合同(4)](…)；

(七) 1994年9月27日，為了更好地完善法律行為，透過一個同樣以私文書方式作出的合同文件，將上述合同最終稱為“補充合同”，上條所指的三個合同作為該合同的附件 I、II 及 III，是該合同的組成部分，並在 1995 年 1 月 19 日由另一個合同補充(…)；

(八) 根據該合同，第 1 被告有義務在北京市 XXX 建造一個別墅-洋房樓宇群，名稱為 XXX 項目(…)；

(九) 總計 700 多套住宅或單位；

(十) 透過與原告訂立的合同，在上述樓宇群中，第 1 被告還有義務向原告轉移 40 棟洋房樓宇(共 381 個單位)及每一住宅區的 3 棟別墅(…)，歸原告所有；

(十一) 目的是交換上文已述的權利及股份(原告透過己有限公司 — 即本案中的第 3 被告 — 持有的、本訴狀第 3 條所指的不動產 — 全部位於澳門 XXX 大廈 — 的權利及股份)，雙方約定的金額為港幣 438,000,000 元(…)；

(十二) 原告將以港元將這一金額交付給第 1 被告或其指定之第三人，尤其是第 4、5、6 被告(已經在合同第 2 款第 2、3、5 點指明)，及/或由該第 1 被告及上述被指定人在澳門設立的一家公司(該公司的公司成員與第 1 被告相同或相似，其中第 1 被告持有 98% 的公司股份)(…)；

(十三) 以此方式，原告透過讓與全部的公司股份並經這一讓與，在沒有負債的情況下，將其己有限公司(現第 3 被告)及澳門 XXX 大廈的單位及車位的權利、用益及收入交換至第 1 被告的直接或間接財產內(…)；

(十四) 原告承擔該等單位及車位的價金(該等價金已經透過第 3 被告己有限公司支付，沒有任何針對該等財產的負擔、費用或者抵押)(…)；

(十五) 作為所約定的交換之對等給付，第 1 被告有義務在 1995 年 11 月 30 日前建造本訴狀第 10 條所指的位於北京的不動產，並將它們交付給原告，作為原告的不動產且立即可以入住，或者如果澳門的財產在 6 個月內不為被告產生債權，則上述交付日期為 1996 年 6 月 30 日前(…)；

(十六) 根據合同，在第 1 被告沒有將北京之不動產交付聲請人前，該被聲請人有義務：

— 不變更聲請人所讓與的公司(上述己有限公司)的公司成員；

— 不變更每一股東所持有的股份比例，以便公司的全部控制權、公司意思表示權力以及決策權力維持在第 1 被告及上述第 4、5、6 共同被告之手中；

— 不在股東之間或向第三人轉讓及抵押被讓與之公司股份(…)；

(十七) 至於被讓與之公司(己有限公司)用於交換的不動產及取得權利，第 1 被告得自行或透過第 12 條所指的第三人/共同被告採取措施對這些財產及權利進行銷售、轉讓或抵押，但有以下限制：

— 由第 1 被告及原告乙在澳門中國銀行開立一個聯名帳戶；

— 此等交易產生之金錢必須由這一帳戶控制及進行金錢往來；

— 諸被告透過第 1 被告，只享有自由處分港幣 1.2 億元的權利，而且必須透過上述帳戶進行，不得在該帳戶外進行；

— 至於餘款，則絕對禁止處分，除非有第 2 原告乙透過其在支付命令、支票或任何由第 1 被告出具的提款方式上的必要簽字加以明示同意(…)；

(十八) 規定這一控制，是為了保證在這一交換中被原告讓與的澳門財產、收入及金額，切實用於支付或交換起訴狀第 10 條所指的、用於交換的北京之不動產的建設及取得(…)；

(十九) 並保證它們不被挪作他用或揮霍；

(二十) 為了避免因其決議必須經領事認證而浪費時間，也為了避免其他在中國要辦理的程序之拖延，第 1 被告透過 1994 年 10 月 15 日的決議，決定在澳門重建公司，委託其大股東/董事長/總經理/現第 3 被告庚及其副總經理/現第 4、6 被告壬及辛在澳門設立一間接收財產並管理財產的公司戊有限公司，其章程及公司人員規定(…)；

(二十一) 第 1 被告因此委任此等第三人/第 2、4、5、6 被告從被告/公司手中接收原告

有義務交付交換的財產及權利；

(二十二) 第4、5、6被告構成了第1被告的公司人員及行政管理層(…)；

(二十三) 作出委任並接受了委任；作出了決議並接受了第1被告的決議；遵守了原告與第1被告及其大股東庚訂立的合同；訂立了設立該戊有限公司的公文書；訂立了接收交予交換之第2被告(即己有限公司)及其財產的公文書(其交換方式是以公文書形式將股份讓與第2、4、6被告)；實質性接收了鎖匙及應交予交換財產(…)；

(二十四) 根據《民法典》第452條以及該等行為及文書，按照預約交換合同之規定，取得了該合同規定的權利並承擔起其中規定的義務，因此他們有共同義務對所作承諾作出對等給付；

(二十五) 透過1995年1月10日的公文書，在同意並接受合同後，設立了上述戊有限公司，其註冊資本按照第1被告所作決議以及與原告在該交換合同中所作的約定出資，即第1被告佔98%，其他兩位董事/小股東壬及辛各佔1%(…)；

(二十六) 有關管理則交付給北京母公司(即第1被告)的相同經理，換言之，庚同時兼任首三位被告的董事長及總經理；壬及辛則為第1被告及其他兩位被告公司的副總經理(…)；

(二十七) 正如所約定的那樣，原告向他們給付了已經承諾交予交換的財產及權利，且沒有負債，同時還給付了其占有、鎖匙、用益及收入；

1. 第2、3原告作為己有限公司(該公司為責任有限公司，在登記局的註冊編號為XXX冊第XXX頁背頁第XXX號)僅有的股東而作為權利人的兩個股份(金額分別為澳門幣55,000元及澳門幣45,000元)；

2. 被告己有限公司享有的對90個車位的取得權利(該等權利以預約買賣合同為名義，已經被全部支付，並且被該公司占有及用益)。該等車位位於XXX街XXX大廈地庫1、2、3層，構成該大廈ACV單位之90/231，該大廈以第XXX號標示在澳門物業登記局XXX冊第XX頁，詳列如下：

- 在地庫1層(ACV1)：33個車位(21號至31號、50號至71號)；
- 在地庫2層(ACV2)：56個車位(1號至17號、41號至79號)；
- 在地庫3層(ACV3)：第81號車位。

3. 被告己有限公司享有的對該大廈85個商用獨立單位的取得權利(該等權利以預約買賣合同為名義，已經被全部支付，並且被該公司占有及用益)。詳列如下：

— 被稱為Ar/c、Br/c、Cr/c、Dr/c、Er/c、Fr/c、Gr/c、Hr/c、Ir/c、Jr/c、Kr/c的11個地面單位；

— 被稱為A1、B1、C1、D1、E1、G1、H1、I1、J1、K1、L1的11個第1層的單位；

— 被稱為A2、B2、C2、D2、E2、F2、G2、H2、I2、J2、K2、L2、M2、N2、O2、P2、Q2、R2、S2、T2、U2的21個第2層的單位；

— 被稱為A3、B3、C3、D3、E3、F3、G3、H3、I3、J3、K3、L3、M3、N3、O3、P3、Q3、R3、S3、T3、U3的21個第3層的單位；

— 被稱為A4、B4、C4、D4、E4、F4、G4、H4、I4、J4、K4、L4、M4、N4、O4、P4、Q4、R4、S4、T4、U4的21個第4層的單位；

(二十八) 因此，透過1995年1月19日之公文書，首兩名原告丙及乙按照合同約定，向前述3名第三人(第2、5、6被告—以下簡稱北京方面)讓與了上述己有限公司所有註冊資本中的全部構成股份(…)；

(二十九) 第1被告的前述3名經理也是被讓與之公司的經理，因此他們同時也管理3名被告/公司(…)；

(三十) 1995年5月10日，實質性交付了第27條所指的商舖及車位的鎖匙及取得權利憑證(…)；

(三十一) 因此並按照約定，第1被告控制及完全掌握了原告的舊公司(己有限公司)，並控制及完全掌握了XXX大廈85個商舖及90個車位的權利及收入；

(三十二) 估計被告在經營此等不動產時，收入高於每月澳門幣50萬元，因為兩間租給XXX

銀行的商舖就有每月澳門幣 20 多萬元的租金，每間澳門幣 10 萬元多一點；

(三十三) 所有被告均收租且在其之間分配；

(三十四) 原告因此嚴格按照所負有之義務，履行了合同約定；

(三十五) 但是，第 1 被告沒有(自行或經他人)向原告或者其中一名原告歸還位於北京的、承諾予以交換的、在起訴狀第 10 條所指的不動產，該等不動產的建設也沒有竣工(儘管向原告交付之合同期間已經在 1996 年 6 月 30 日結束)；

(三十六) 第 3 被告也沒有(自行或經他人)提出自己公司、或者其他被告公司、又或者其他任何人的意思表示，向原告償還用於支付 XXX 商舖及車位的資金；

(三十七) 第 1 被告也沒有自行或者透過其餘被告，開設有義務開設的、在起訴狀第 18 條指明的銀行帳戶；

(三十八) 而且至今也沒有透過任何方式，允許原告透過合同中指明的原告乙或其他任何人，可以控制以原告資金而在該 XXX 大廈占有的財產或財產收益；

(三十九) 肯定的是(事實也是如此)：在所有的法律行為過程中，是第 4、5、6 被告提出了諸被告公司的公司意思表示(...)；

(四十) 此等被告有合法的權力提出並出具被聲請人公司意思表示，也確實繼續有效地提出並出具這種意思表示；

(四十一) 但是，直至今日，還沒有提出履行之意圖；

(四十二) 相反，不僅一直拒絕開設該銀行帳戶，而且一直拒絕使澳門的該等單位及其收益去向受到起訴狀第 17 條及第 19 條所指的約定的控制及限制；

(四十三) 而且沒有交付位於北京的、承諾予以交換的、在起訴狀第 10 條所指的不動產，也沒有給予任何可在某日交付的希望，也沒有以另一種方式或方法準備支付被告因預約合同及原告切實履行該合同而享有的債權；

(四十四) 的確，北京專案的工程自 1996 年 9 月起就停頓，僅顯示建起了樓宇約一半的牆壁；

(四十五) 而且還是水泥牆，沒有內部及外部的塗層，也沒有收尾，無水、電、下水道及周邊道路，也沒有進行該等工程安裝的基建；

(四十六) 有明顯跡象表明被告不僅已經確定性放棄了總體建造專案，而且確定性放棄了承諾與原告交換的專案；

(四十七) 其過錯完全在於被告，他們自願及有意識地對本來不能或者不願意履行者作出了承諾；

(四十八) 同時嚴格按照約定收取原告承諾的給付及其收入；

(四十九) 而且仍在繼續接受此等收入，但其中的每一分每一毫他們都沒有投資在所承諾交換的、起訴狀第 10 條所指的建設中(至少自 1996 年 9 月份起)；

(五十) 鑑於被告在合同規定的期間內沒有作出承諾交換的對等給付，也不準備這樣做，因此已屬違約；

(五十一) 有關的預約合同是(事實上也確實是)一個交換合同，其調整適用買賣之特別規範(參閱埃武拉中級法院 1986 年 5 月 28 日合議庭裁判，載於《Colectânea de Jurisprudência da Assoc. Sindical dos Magistrados Judiciais Portugueses》，第 11 期，1986 年，第 3 卷，第 253 頁起及續後數頁)；

(五十二) 因此，原告有權對合同特別執行或者要求雙倍給付(《民法典》第 442 條)，除非有相反之約定(《民法典》第 830 條第 2 款)；

(五十三) 但是，雙方已經約定，如果被告在合同規定的期間內不履行建造之主要義務及將所承諾的位於北京的財產交付給原告，則原告除位於北京的物權外，還有權追回所有在澳門被讓與的財產(被告已有限公司的註冊資本中的代表性股份，第 27 條所指的 85 個商舖及 90 個車位) (...)；

(五十四) 因此，鑑於所作約定之優先性，且鑑於被告完全由於其過錯及責任之不履行，有

關的預約交換合同應被視作因被告之不履行而解除，因此，原告有權要求判令被告接受所約定的、在起訴狀第 53 條所指出的違約懲處；

(五十五) 但是，由於澳門法院不享有就位於北京之物權作出裁判的管轄權，因此請求僅限於澳門之管轄權範圍內。

基此，

並根據其他可適用之法律，應裁定本訴訟理由成立及已獲證實，並相應地應裁定因被告之不履行及其完全過錯和責任而解除有關合同；

以因不履行而進行所約定之懲處之名義（或者如果不這樣理解，則以不當得利之名義），判令被告：

1. 嚴格按照規定並按轉移給被告之日的狀態，在沒有任何負擔、債務、抵押或費用的情況下，向原告返還起訴狀第 27 條（在此視作全文轉錄）所指的全部財產；
2. 並返還所有已收到及將收到的收益；
3. 或者作為替代，對於因已被售出、讓與或以任何方式轉讓、抵押或設定負擔而使其完璧歸趙已屬不可能之財產，則判令被告支付相當於此等財產的金額，在判決執行階段再予以結算；
4. 另外，判令被告支付訴訟費用及職業代理費。”（參閱第 2 頁至第 10 頁）。

\*

程序繼續進行，對被告進行告示傳喚後，根據（當時生效的）1961 年《民事訴訟法典》第 15 條第 1 款，進行了審判聽證。

\*

負責案件的法官適時作出了判決，裁定訴訟理由成立，並判針對被告之主要請求理由成立（上述 a、b 項），判被告支付訴訟費用；（參閱第 142 頁至第 157 頁背頁）。

\*

第 4 被告庚不服判決，提起上訴。

其理由陳述及結論如下：

“1）由於起訴狀中可歸責於原告的事實（故意或嚴重過失），未對本人進行傳喚，不當適用了告示傳喚：

- (i) 指明了錯誤的住址及名稱；
  - (ii) 沒有以中文指明（錯誤的）住址，而是三種文字並用，但無一正確；
  - (iii) 由於住址及名稱錯誤，被告從未收到信函，也不知悉其內容，信函被退回澳門郵局；
  - (iv) 原告完全知悉正確的中英文地址及名稱；
  - (v) 原告負有正確指明被告之身份資料的訴訟責任。
- 2) 傳喚沒有起到告知被告已經針對後者提起某一訴訟的作用；
  - 3) 傳喚行為被完全遺漏，並且含有一處被傳喚人身份的錯誤，它們導致不當使用了告示傳喚；
  - 4) 第 1 被告不僅不知悉傳喚行為，而且這一錯誤也不可歸咎於該被告；
  - 5) 使用告示傳喚是不當的，因此是無效的，同樣，在起訴狀之後作出的所有行為均是無效的；
  - 6) 即使信函發往正確住址並且係以第 1 被告之名義發出，也不應該使用告示傳喚，而是應該發出傳喚囑託書。因此，出於這一原因，同樣是不當使用了告示傳喚，這構成未作傳喚這一瑕疵 —（1961 年）《民事訴訟法典》第 195 條第 1 款 c 項；
  - 7) 傳喚未被譯成中文，因為第 64 頁命令傳喚的批示未決定（這肯定是因單純文誤造成）將上述法典第 238-A 條第 2 款、第 242 條第 1 款及第 244 條第 2 款之警告譯成中文；
  - 8) 未作中文之警告，等同於未作警告，因此屬向本人傳喚無效，並造成告示傳喚無效；
  - 9) 沒有試圖在訴訟中傳喚所有被告，而只是意圖傳喚某些被告，因此相對於其他被告而言，未作傳喚；
  - 10) 對第 1 被告的傳喚本應依據《關於在外國的傳喚及通知公約》實現，因此，查明屬未作

傳喚，或者至少傳喚無效；

11) 第1 被告已經適時對訴訟程序之瑕疵提出了爭辯（第 259 頁起）；

12) 原審法院在第 414 頁背頁裁定，司法權已經終止，沒有適時審理第1 被告適時予以爭辯的無效；

13) 訴訟程序過去及現在均具有的瑕疵，不僅損害了第1 被告，而且損害了其他被告；

14) 由於訴訟程序在被告絕對未到場情況下進行，故使原告適用了卷宗第 66 頁所載的假文件；

15) 另一方面，原審法院不知道存在一個補充合同，這是一份在 1995 年 12 月 14 日簽署的真實文件，透過這一補充合同，合作發展合同的部分內容已被廢止；

16) 判決乃是以一份其內容已被變更（因為部分內容已被廢止）的合同為基礎對被告作出了判處；

17) 如果注意到補充合同（原告在卷宗中隱瞞了其存在），並且注意到如果第1 被告被傳喚則該合同可能會被原審法院審理這一事實，那麼原判可能做出完全相反的裁定；

18) 第1 被告無法“在作出裁判的訴訟程序中使用”（第 653 條 c 項）有關文件，因為係在一個絕對不到場（即無向本人作出之傳喚，也沒有介入卷宗）的情形下作出的裁定；

19) 審理案件的法官所確定的事實事宜在此視作全文轉錄；

20) 原審法官對起訴狀的一些條款作出的回答應更改如下：

a. 關於第 3、5、6 條：應將下述事實視作已獲證實：是己有限公司取得了 XXX 大廈 85 個單位及 90 個車位，而且 1994 年 9 月 12 日及 9 月 27 日的合同僅是在原告甲有限公司及被告丁有限公司之間訂立；

b. 對第 11 條的回答應該作出以下變更，即在該回答中載明，針對起訴狀第 3 條所指的不動產及股份之權利，其持有人僅是己有限公司且僅由第 2 原告及第 3 原告分別持有之；

c. 對第 12 條的回答應該作出以下變更，即在該回答中載明，第 4、5、6 被告被指定為被告丁有限公司的代理人，而非以他們本人名義；

d. 對第 13 條的回答應該是：交換之標的是屬於己有限公司的金額；

e. 對第 15 及 18 條的回答應該作出以下變更，即在該回答中載明，只有第 1 被告承擔起了建造位於北京之不動產並將之交付給第 1 原告的義務，且只有第 1 原告承諾讓與財產；

f. 應該在對第 23 條之回答中刪除關於上訴人庚的述及，因為他一直作為受託人參與，而非以本人名義參與；

g. 應該在對第 32、33 條之回答中刪除關於上訴人、第 5、6 被告的述及，因為他們是作為他人之代理人作出行為，而非以其本人名義作出行為；

h. 對第 34 條的回答應該作出以下變更，即在該回答中載明，上訴人、第 5、6 被告並非以其本人名義作出行為；

i. 對第 47、48、50 條的回答應該作出以下變更，即刪除關於上訴人、第 5、6 被告的述及；

j. 對第 53 條的回答應該刪除關於第 2、3 原告的述及。

21) 根據原告附入的文件（其內容因證人證言而不得變更）及《民事訴訟法典》第 712 條之規定，應該引入上文所述的變更；

22) 原審法官關於事實事宜作出的裁判，違反了 1966 年《民法典》第 373、374、376、393、410、238、262 條之規定；

23) 起訴狀中陳述的事實僅允許得出結論認為：第 1 被告存在遲延；

24) 該遲延沒有轉換為確定性不履行；

25) 針對第 1 被告履行其給付，沒有規定任何期間；

26) 原告沒有陳述已經對第 1 被告履行其義務喪失興趣；

27) 第 1 被告尚可作出其應付的給付；

28) 對這一陳述之未作出補正的人是原審法官，他考慮了在起訴狀中沒有指出的事實；

29) 關於此等事實的述及應被視作未書寫，同樣，在就法律事宜及單純結論作出的回答中作

出的述及也應當被視作未書寫；

30) 原判探討並未被提出之問題(即原告喪失興趣之問題)，屬於1961年《民事訴訟法典》第668條第1款d項規定的無效，違反了該條款之規定；

31) 原判違反了1966年《民法典》第801條及第806條；

32) 負責案件的法官沒有進行審判及作出判決之權限；

33) 這一權限屬於合議庭主席；

34) 這是一種無職能權限的情況，造成審判無效；

35) 還違反了1961年《民事訴訟法典》第646條第2款；

36) 上訴人沒有以其本人名義參與起訴狀所指的合同，而是以他人代理人之名義參與，因此針對其提出的訴訟請求理由絕不成立；

37) 在任何情況下，如果第1被告並沒有確定性不履行，而只是單純遲延，那麼就必須裁定：有關合同有效且仍然存在，所請求並被裁定的廢止應被視作無合理理由證明，針對上訴人的請求理由不成立；

38) 如果不這樣理解，則應裁定所提出的無效理由成立，並相應地裁定針對上訴人的請求理由不成立；

39) 如果同樣不這樣認為，則應取消所進行的審判，命令由一名合議庭主席重新審判。”(參閱第1205頁至第1260頁)。

原告作出回覆。

結論如下：

“1. 第168頁至第169頁的原審法院1999年5月14日之批示(就針對原判決部分第1項—即返還交予交換的財產及權利—而提起的上訴，該批示確定了中止效力；就針對該裁判決定部分第2項—即向原告交付所有已收到及將收到之收益—而提起的上訴，該批示確定了移審效力)是非法的，因為根據當時生效的《民事訴訟法典》第692、693條，上訴僅得要麼具有中止效力，要麼具有移審送效力，但決不能同時對上訴規定兩種效力。

2. 鑑於附文之關於收益的執行表明僅有兩個商舖及一個大廳被租出獲益，且在執行未決期間收取的租金、在執行中被扣押的租金以及在卷宗中存入的租金已經高達澳門幣700多萬元，很明顯，對卷宗中的90個車位及85個單位的未作利用表明，對於卷宗中的有關財產以及被上訴人的債權而言，經濟損失十分嚴重。

3. 鑑於所引用的法條之規定以及上述損失，應該僅確定一個上訴效力，即移審效力。

4. 不論是同意及補正(裁判)，還是質疑所述稱的未對丁有限公司及上訴人之其餘共同被告作出傳喚，均應由上述人士負責，不應由法院或者上訴人取代他們進行，因為：

1. 未作傳喚之無效不是不可補正的，因為被告在未被召集的情況下參加訴訟程序，將使該未作傳喚被視作已獲補正—《民事訴訟法典》第146條(參閱葡萄牙最高法院第078380號案件的1990年10月16日合議庭裁判，載於互聯網www.dgsi.pt/jstj.nsf/954，以傳喚、未作傳喚、訴訟無效、爭辯、爭辯期間等為關鍵字)；

5. 該北京之共同被告是在作出判決後才進入卷宗，並對未向其作出傳喚提出爭辯，但不論在一審的聲明異議階段，還是在針對駁回該聲明異議的批示而提起的上訴中，既沒有對保護該傳喚的補正批示提起上訴，也沒有對保護該傳喚的判決提起上訴。在上訴因中級法院之合議庭裁判作出之駁回已轉為確定而理由不成立的情況下，所指稱的未作傳喚(如果該未作傳喚存在的話—但我們不這樣認為)應被視作已獲補正，否則就違反對有關傳喚予以保護的裁判所作的裁定。

6. 此外：

1. 所作出的傳喚之無效，或者在作出傳喚時可導致次級無效的任何不當情事(《民法典》第198條及第201條)，都必須在收到所寄出的告知傳喚內容的附收件回執的掛號信後的5日之期間內，或者至少在通知之日起的5日之期間內提出爭辯，否則所有被視作不當情事者均獲補正(《民事訴訟法典》第198條第2款及第205條)

II. 在僅針對判決(而非宣告傳喚符合規則的批示)提起上訴的情況下，該批示已經轉為確定，

所有被查明的不當情事均獲得保護(載於葡萄牙最高法院第 080449 號案件的 1991 年 7 月 2 日合議庭裁判,載於互聯網 [www.dgsi.pt/jstj.nsf/954](http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954),以訴訟無效、訴訟中的不當情事、未作傳喚等為關鍵字);

7.同樣,上訴人指稱的傳喚無效即使存在,也已經獲得補正,因為上訴人早在指稱之傳喚無效被原判保護之前就已經積極參與到卷宗中,因為原判是在 1999 年 2 月 8 日作出的,而上訴人第一次參與卷宗是在 1998 年 11 月 26 日(第 99 頁),他參加了 1998 年 11 月 27 日舉行的審判(第 102 頁起之記錄)並在 1999 年 1 月 5 日提交了書面的理由陳述狀(第 115 頁起),但直到現在才在上訴理由陳述狀中針對無效提出爭辯;

8.在上訴人知悉並在所指稱之傳喚無效被原判保護之前(即在針對該判決提起之上訴之前)就已經參與卷宗的情況下,且在上訴人為針對補正批示提起上訴,也未針對現在提出的未作傳喚提出聲明異議的情況下,它們(如果存在的話—但我們不這樣認為)應被視作已獲補正—參閱最高法院合議庭裁判。

9.另一方面,在上訴人參與卷宗,且沒有根據 1961 年《民事訴訟法典》第 153 條及第 205 條之規定在 5 日之期間內提起聲明異議,或者根據“針對無效則聲明異議之;針對裁判則上訴之”的原則(如果認為它們受到補正批示的保護的話)針對補正批示提出上訴的情況下,就意味著上訴人默示同意不存在任何傳喚無效,因此不能在此之後才在上訴理由陳述中爭辯之,因為根據 1961 年《民事訴訟法典》第 203 條第 2 款之規定,禁止引致無效或明示或默示放棄爭辯無效的一方主張無效或者爭辯無效;

10.但是,根本不存在需要補正的瑕疵及 1961 年《民事訴訟法典》第 194 條 a 項規定的未作傳喚之無效(即原文中所稱的“完全被遺漏的行為”),因為試圖以掛號信郵寄方式作出行為,而且也確實寄到給了第 1 被告及其地址,只是由於該被告退回了該信函(而非起訴狀之副本)且自然沒有在相關收信通知書上簽字,該行為才未遂。此外,所有被告均被告示傳喚,其內容及規定不容置疑;

11.也不存在該條款 b 項所指的瑕疵(即原文所說的“被傳喚人之身份錯誤”),因為該條款所指的是被傳喚人的身份錯誤而非應被傳喚人的身份錯誤。換言之,這一瑕疵成立的必要條件,是傳喚了另一人而非被告。本案的情況並非如此,不論對於被實際(告示)傳喚的公司而言,還是對於試圖以郵寄方式被傳喚者而言,均不存在任何身份錯誤。確實掌握了被告的身份,也確實就是被告;

12.事實上,僅當實際被傳喚者為第三人而非被告時,方具備身份錯誤,本案並非如此:

I.僅當沒有傳喚被告本人,而是傳喚了其他人時,才發生身份錯誤(它是造成未作傳喚的原因);

II.以下情節不屬於身份錯誤,即:向被告本人發出傳喚時,雖遺漏其姓氏,但以其真實名字作出認別身份(參閱葡萄牙最高法院第 084058 號案件的 1993 年 11 月 4 日合議庭裁判,載於互聯網 [www.dgsi.pt/jstj.nsf/954](http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954),以未作傳喚、身份錯誤、實質性手續等為關鍵字);

13.也不存在告示傳喚之不當使用(第 195 條第 1 款 c 項),因為就唯一一名不在澳門擁有住所的被告而言,試圖在北京進行的傳喚是在正確住址進行的,因此,被告拒絕簽署收信通知以及收信,只能顯示在其被催告之日,他被視作已被傳喚或者對其使用了告示傳喚(後者是為了謹慎起見且更加保障有關傳喚行為,而且也是對《民事訴訟法典》第 245 條第 3 款的類推適用);

14.也不存在法院對外國機關的囑託書,這不僅是因為所適用的是法定途徑,而且還因為,與上訴人之陳述相反,北京不位於且從來也不曾位於外國,而是位於澳門一直是其一部分的國家之中。肯定的是,很長時間以來,葡萄牙法律將澳門視作屬於葡萄牙的地區,尤其是葡萄牙的省份,而中國則對於葡萄牙及澳門而言則是外國;

15.但是,由於中國在其憲法及一般法律中均不持這一解釋,因此不能贊同法院向外國機關發出囑託書的請求,更何況目前與澳門現行憲法性法律相抵觸的法律已經被確定性棄用;

16.也因為這一原因,不能有法院對外國機關的囑託書,也不能適用上訴人所主張的公約,因為北京不位於外國,而是與澳門位於同一國家,因此(有鑑於此,且鑑於拒絕收信及警務報告



的負面結果），確實發生了告示傳喚；

17. 同樣，也沒有證實忽略了其他任何手續（尤其是未以目的地的當地語言作出警告），因為確實已經送交了翻譯本，且沒有證據證明遺漏了翻譯本，而且在試圖以郵寄方式作出傳喚之日，沒有任何法條要求以目的地語言作出該警告（在此意義上參閱最高法院 1977 年 3 月 10 日合議庭裁判，載於《司法部公報》，265 期，175 頁，被 Abilio Neto 在《CPC Anotado》第 4 版一書中引用），且卷宗表明告示傳喚是以葡文及中文作出；

18. 同樣，對於其他被告而言也不存在不當情事，因為他們是澳門的法人及該等法人的法定代理人，法定地址在澳門且必須在澳門，而且住址與公司住所也相同並已被指明在第 68 頁之命令狀中，而第 69 頁的負面證明書也毫無疑問地證明，所有這些被告（除起訴狀之第 1 被告外）均被進行傳喚之文員前往該處找尋，但是他們都不在那裏，周圍的人也不認識他們，有關的設施大門緊閉。此外，保全措施附文第 614 頁、第 619 頁起及續後數頁、第 621 頁、第 622 頁的警務報告也證明，員警也沒有在該住所及其他任何地方獲悉他們的下落；

19. 在經第 242/85 號法令修訂的《民事訴訟法典》生效期間，尤其是根據所援引的第 646 條（即不經答辯的、必須根據《民事訴訟法典》第 485 條 b、c、d 項之規定進入的訴訟中，即使他們是平常訴訟亦然），獨任庭法官得支持證據調查。但是根據當時該條款的規定，案件的審判（不論是針對由獨任庭法官收集的或載於卷宗中的案件事實事宜的審判，還是針對案件法律事宜的審判）由主持合議庭的相關主審法官作出（參閱該條款），因此，乃是由這名法官作出判決，因為判決是審判決定的落實或者審判者就所審判的事項作出的結論，因此必須由審判者而非他人作出；

20. 在本卷宗開始之日（1997 年）、審判開始之日（1998 年 11 月）及以判決結案之日（1999 年 2 月 8 日），已經適用所引用的《司法組織綱要法》及調整性法規，因此，在允許由獨任庭審判及未聲請合議庭介入的案件中（本案中就確實沒有作出這樣的聲請），負責訴訟程序或程序組成的獨任庭法官是案件的唯一審判者（當時生效的 3 月 2 日第 17/92/M 號法令第 23 條第 2、3 款及第 55 條第 3 款），因此作為非審判者的法官不能在案件中作出自己的審判。如果判決由一名未參與審判的第三人法官作出並簽署，是無效的；

21. 另一方面且具有決定性的是，所指稱的法官/作出審判 — 判決者無權限的說法是完全不成立的，因為卷宗證明作出並簽署判決的法官恰恰是自始至終負責案件的另一法官，他一直負責並簽署了所有訴訟程序的行為，因此根據上述 3 月 2 日第 17/92/M 號法令第 23 條第 4 款之規定，他恰恰是判決的作者及有權作出判決的合議庭主席（上述第 23 條第 4 款），而且也確實作出了判決；

22. 被原審法院視作已獲證明的事實事宜不得變更，因為：

— 卷宗沒有顯示據以作出回答的所有證據資料（所援引的《民事訴訟法典》第 712 條 a 項），因為證人證言沒有被錄音，也沒有寫成文字（也沒必要這樣做）；

— 卷宗中沒有、上訴人也沒有指明哪些卷宗中的證據可以被其他任何證據推翻且必須作出他在其結論中所請求的不同回答（《民事訴訟法典》第 712 條 b 項）；

— 上訴人也沒有提交追加的新文件，更沒有提交追加的、本身足以推翻原審法院確定的證據的新文件。

23. 已經在卷宗中證實，我們所面對的是一項交換合同，根據原則並經配合，對該合同適用買賣規範，其相互的對等給付因其性質，也是同時到期及可被要求的；

24. 存在著對合同的確定性不履行，而非遲延，因為在合同中已經明示約定，如果向原告承諾作出的建造之對等給付及不動產之交付最遲不在 1996 年 6 月 30 日前作出，則原告有權追回所作出的給付。因此，上訴人堅持的可接受遲延履行是非法的，因為它直接及悍然抵觸上述如果不在規定期間內履行給付，則追回所作給付的法律約定，因此，我們所面對的是引致確定性不履行的解除期間；

25. 但是，即使我們所面對的不是解除合同約束的期間（相應地，所面對的不是確定性不履行），而是合同約束的繼續存在及可以遲延履行，但是鑑於原告/債權人已經客觀表明喪失了履

行這一約束的興趣（因為已經絕對明顯、客觀及肯定地沒有興趣進行這一約束及其遲延履行，而且原告已經前往法院準確請求解除或者終止這一聯繫），我們面對的還是確定性不履行；

26. 正如從原判中正確得出，喪失興趣維持遲延中的聯繫，不是透過主觀標準或者債權人的主觀聲明來表現或核查的（該興趣喪失可能被堅稱維持興趣的客觀行為所駁斥），而是透過客觀標準或者客觀證明債權人對該合同及其履行已經沒有興趣的表現來核查的；

27. 因此，原告前往法院請求動用該合同條款，請求解除合同並退回所作給付，這毫無疑問地表明原告不僅完全喪失了維持及履行合同的興趣，而且表明（並請求）他們有意透過解除合同而確定性撤銷該合同，而且也確實作出了這樣的請求；

28. 因此，喪失興趣維持合同及有意確定性終止合同已經在起訴狀及所提出的請求中被客觀及明確表達，因為很明顯，如果原告希望合同繼續存在並遲延履行，就不會請求解除合同及動用所引用的約定。”（參閱第 1265 頁至第 1290 頁）

法定檢閱已畢，應予裁判。

## **理由說明**

### **事實**

二、原審法院將下述事實視為已獲證明：

“直至 1995 年 1 月 19 日，第 2、3 原告是第 1 原告及第 3 被告僅有的兩名股東；

也是它們僅有的經理及法定代理人；

第 2、3 原告憑藉其就上述兩家公司而擁有的全部權力，以第 3 被告（上述已有限公司）的名義，透過物之交付及分段付款之預約買賣合同，為該被告取得了位於澳門 XXX 大廈的 85 個單位及商舖及 90 個車位的權利；

此等不動產的支付，在與預約出賣人及作為第三人之仲介人約定的日期，已經以屬於原告及他們的另一企業的資金全部履行；

但是，1994 年 9 月 12 日，透過書面的私文書，前兩位原告自行並作為第 3 被告的法定代理人，與第 1 被告訂立了一份預約交換合同，他們稱之為[合同(1)]；

這一合同分為三個組成部分，分別被稱作：[合同(2)]；[合同(3)]；[合同(4)]；

1994 年 9 月 27 日，為了更好地完善法律行為，透過一個同樣以私文書方式作出的合同文件，將上述合同最終稱為“補充合同”，上條所指的三個合同作為該合同的附件 I、II 及 III，是該合同的組成部分，並在 1995 年 1 月 19 日由另一個合同補充；

根據該合同，第 1 被告有義務在北京市 XXX 建造一個別墅-洋房樓宇群，名稱為 XXX 項目；總計 700 多套住宅或單位；

透過與原告訂立的合同，在上述樓宇群中，第 1 被告還有義務向原告轉移 40 棟洋房樓宇（共 381 個單位）及每一住宅區的 3 棟別墅，歸原告所有；

目的是交換上文已述的權利及股份（即原告透過已有限公司 — 即本案中的第 3 被告 — 持有的、本訴狀第 3 條所指的不動產 — 全部位於澳門 XXX 大廈 — 的權利及股份），雙方約定的金額為港幣 438,000,000 元；

原告將以港元將這一金額交付給第 1 被告或其指定之第三人，尤其是第 4、5、6 被告（已經在合同第 2 款第 2、3、5 點指明），及/或由該第 1 被告及上述被指定人在澳門設立的一家公司（該公司的公司成員與第 1 被告相同或相似，其中第 1 被告持有 98% 的公司股份）；

以此方式，原告透過讓與全部的公司股份並經這一讓與，在沒有負債的情況下，將其已有限公司（現第 3 被告）及 XXX 大廈的單位及車位的權利、用益及收入交換至第 1 被告的直接或間接財產內；

原告承擔該等單位及車位的價金（該等價金已經透過第 3 被告已有限公司支付，沒有任何針對該等財產的負擔、費用或者抵押）；

作為所約定的交換之對等給付，第 1 被告有義務在 1995 年 11 月 30 日前建造本訴狀第 10 條所指的位於北京的不動產，並將它們交付給原告，作為原告的不動產且立即可以入住，或者如

果澳門的財產在 6 個月內不為被告產生債權，則上述交付日期為 1996 年 6 月 30 日前；

根據合同，在第 1 被告沒有將北京之不動產交付聲請人前，該被聲請人有義務：

— 不變更聲請人所讓與的公司（上述己有限公司）的公司成員；

— 不變更每一股東所持有的股份比例，以便公司的全部控制權、公司意思表示權力以及決策權力維持在第 1 被告及上述第 4、5、6 共同被告之手中；

— 不在股東之間或向第三人轉讓及抵押被讓與之公司股份；

至於被讓與之公司（己有限公司）用於交換的不動產及取得權利，第 1 被告得自行或透過第 12 條所指的第三人／共同被告採取措施對這些財產及權利進行銷售、轉讓或抵押，但有以下限制：

— 由第 1 被告及原告乙在澳門中國銀行開立一個聯名帳戶；

— 此等交易產生之金錢必須由這一帳戶控制及進行金錢往來；

— 諸被告透過第 1 被告，只享有自由處分港幣 120,000,000 元的權利，而且必須透過上述帳戶進行，不得在該帳戶外進行；

— 至於餘款，則絕對禁止處分，除非有第 2 原告乙透過其在支付命令、支票或任何由第 1 被告出具的提款方式上的必要簽字加以明示同意；

規定這一控制，是為了保證在這一交換中被原告讓與的澳門財產、收入及金額，切實用於支付或交換起訴狀第 100 條所指的、用於交換的北京之不動產的建設及取得；

並保證它們不被挪作他用或揮霍；

為了避免因其決議必須經領事認證而浪費時間，也為了避免其他在中國要辦理的程序之拖延，第 1 被告透過 1994 年 10 月 15 日的決議，決定在澳門重建公司，委託其大股東／董事長／總經理／現第 3 被告庚及其副總經理／現第 4、6 被告壬及辛在澳門設立一間接收財產並管理財產的公司戊有限公司；

第 1 被告因此委任此等第三人／第 2、4、5、6 被告從被告／公司手中接收原告有義務交付交換的財產及權利；

第 4、5、6 被告構成了第 1 被告的公司人員及行政管理層；

作出委任並接受了委任；作出了決議並接受了第 1 被告的決議；遵守了原告與第 1 被告及其大股東庚訂立的合同；訂立了設立該戊有限公司的公文書；訂立了接收交予交換之第 2 被告（即己有限公司）及其財產的公文書（其交換方式是以公文書形式將股份讓與第 2、4、6 被告）；實質性接收了鎖匙及應交予交換財產；

透過 1995 年 1 月 10 日的公文書，在同意並接受合同後，設立了上述戊有限公司，其註冊資本按照第 1 被告所作決議以及與原告在該交換合同中所作的約定出資，即第 1 被告佔 98%，其他兩位董事／小股東壬及辛各佔 1%；

有關管理則交付給北京母公司（即第 1 被告）的相同經理，換言之，庚同時兼任首三位被告的董事長及總經理；壬及辛則為第 1 被告及其他兩位被告公司的副總經理；

正如所約定的那樣，原告向他們給付了已經承諾交予交換的財產及權利，且沒有負債，同時還給付了其占有、鎖匙、用益及收入；

a) 第 2、3 原告作為己有限公司（該公司為責任有限公司，在登記局的註冊編號為 XXX 冊第 XXX 頁背頁第 XXX 號）僅有的股東而作為權利人的兩個股份（金額分別為澳門幣 55,000 元及澳門幣 45,000 元）；

b) 被告己有限公司享有的對 90 個車位的取得權利（該等權利以預約買賣合同為名義，已經被全部支付，並且被該公司占有及用益）。該等車位位於 XXX 街 XXX 大廈地庫 1、2、3 層，構成該大廈 ACV 單位之 90/231，該大廈以第 XXX 號標示在澳門物業登記局 XXX 冊第 XX 頁，詳列如下：

— 在地庫 1 層（ACV1）：33 個車位（21 號至 31 號、50 號至 71 號）；

— 在地庫 2 層（ACV2）：56 個車位（1 號至 17 號、41 號至 79 號）；

— 在地庫 3 層（ACV3）：第 81 號車位。

c)被告已有限公司享有的對該大廈 85 個商用獨立單位的取得權利（該等權利以預約買賣合同為名義，已經被全部支付，並且被該公司占有及用益）。詳列如下：

— 被稱為Ar/c、B r/c、C r/c、D r/c、E r/c、F r/c、G r/c、H r/c、I r/c、J r/c、K r/c的11個地面單位；

— 被稱為A1、B1、C1、D1、E1、G1、H1、I1、J1、K1、L1的11個第1層的單位；

— 被稱為A2、B2、C2、D2、E2、F2、G2、H2、I2、J2、K2、L2、M2、N2、O2、P2、Q2、R2、S2、T2、U2的21個第2層的單位；

— 被稱為A3、B3、C3、D3、E3、F3、G3、H3、I3、J3、K3、L3、M3、N3、O3、P3、Q3、R3、S3、T3、U3的21個第3層的單位；

— 被稱為A4、B4、C4、D4、E4、F4、G4、H4、I4、J4、K4、L4、M4、N4、O4、P4、Q4、R4、S4、T4、U4的21個第4層的單位；

因此，透過1995年1月19日之公文書，首兩名原告丙及乙按照合同約定，向前述3名第三人（第2、5、6被告—以下簡稱北京方面）讓與了上述已有限公司所有註冊資本中的全部構成股份（...）；

第1被告的前述3名經理也是被讓與之公司的經理，因此他們同時也管理3名被告/公司；

1995年5月10日，實質性交付了第27條所指的商舖及車位的鎖匙及取得權利憑證；

因此並按照約定，第1被告控制及完全掌握了原告的舊公司（已有限公司），並控制及完全掌握了XXX大廈85個商舖及90個車位的權利及收入；

估計被告在經營某些不動產時有收入，其金額不詳，但肯定的是兩間租給XXX銀行的商舖每月租金收入澳門幣66,000元；

但是，第1被告沒有（自行或經他人）向原告或者其中一名原告歸還位於北京的、承諾予以交換的、在起訴狀第10條所指的不動產，該等不動產的建設也沒有竣工（儘管向原告交付之合同期間已經在1996年6月30日結束）；

第3被告也沒有（自行或經他人）提出自己公司、或者其他被告公司、又或者其他任何人的意思表示，向原告償還用於支付XXX商舖及車位的資金；

第1被告也沒有自行或者透過其餘被告，開設有義務開設的、在起訴狀第18條指明的銀行帳戶；

而且至今也沒有透過任何方式，允許原告透過合同中指明的原告乙或其他任何人，可以控制以原告資金而在該XXX大廈占有的財產或財產收益；

肯定的是（事實也是如此）：在所有的法律行為過程中，是第4、5、6被告提出了諸被告公司的公司意思表示；

此等被告有合法的權力提出並出具被聲請人公司意思表示，也確實繼續有效地提出並出具這種意思表示；

但是，直至今日，還沒有提出履行之意圖；

相反，不僅一直拒絕開設該銀行帳戶，而且一直拒絕使澳門的該等單位及其收益去向受到起訴狀第17條及第19條所指的約定的控制及限制；

而且沒有交付位於北京的、承諾予以交換的、在起訴狀第10條所指的不動產，也沒有給予任何可在某日交付的希望，也沒有以另一種方式或方法準備支付被告因預約合同及原告切實履行該合同而享有的債權；

的確，北京專案的工程自1996年9月起就停頓，僅顯示建起了樓宇約一半的牆壁；

而且還是水泥牆，沒有內部及外部的塗層，也沒有收尾，無水、電、下水道及周邊道路，也沒有進行該等工程安裝的基建；

但是，雙方已經約定，如果被告在合同規定的期間內不履行建造之主要義務及將所承諾的位於北京的財產交付給原告，則原告有權追回所有在澳門被讓與的財產；”（參閱第148頁背頁至第153頁背頁）。

## 法律

### 三、上訴效力這一先決問題

這一問題的提出，僅涉及命令向原告返還起訴狀第 27 條所指的不動產的原判之決定部分，因為原審法官僅對這一部分確定了“中止效力”（參閱第 168 頁至第 109 頁，而原告／現被上訴人現在請求對這一部分同樣確定移審效力。

我們認為原告有道理，這尤其是因為：關於起訴狀第 27 條所指的獨立單位，儘管已經裁定將它們返還給原告，但肯定的是：確定中止效力後，原告被阻止對它們加以任何利用並出租之，鑑於有關單位的數量，毫無疑問這意味著一項應根據《民事訴訟法典》第 692 條第 2 款 d 項之明示規定而認定的損失。

現上訴人反對所提出的請求，指稱該請求逾時。（參閱第 1298 頁至第 1299 頁）

我們認為並非如此。

現在審理的請求，是對上述裁判部分確定了中止效力的批示（依據第 693 條第 1、2 款）作出前，由原告提出的。該批示現在被依據第 694 條第 2 款予以爭執。這使我們得出結論認為，原告的請求是適時的。

因此，鑑於所述，全部本上訴具有單純的移審效力。

### 四、上訴

從上訴人提出的理由陳述及結論中得出，請求本審級表明立場的事項共有四個，它們與下述事項有關：

- （一）“未作傳喚或傳喚無效”；
- （二）“作出原判的法官無權限”；
- （三）“上訴人之不正當性”；及
- （四）“不存在合同之不履行”

#### （一）關於所指稱的“未作傳喚或傳喚無效”

我們認為不應贊成上訴人的觀點，我們認為無需長篇大論證明這一點。

事實上，有關的“問題”已經（以同樣內容）被第 1 被告丁有限公司提出，對此已經作出了已經轉為確定的否決裁判；（參閱第 259 頁至第 279 頁之處理性文書及第 414 頁背頁之批示）。

肯定的是，在該處指稱的未作傳喚不僅涉及第 1 被告丁有限公司，而且涉及“所有被告”。在對此予以駁回的裁判已經轉為確定的情況下，由於對已經形成的裁判已確定案件，本法院不得在現在對問題進行重審，因此其理由必不能成立。

但是，即使不這樣理解（我們相信不會不理解），還存在將上述問題認定為理由不成立的另一理由。

正如《民事訴訟法典》第 196 條明確規定的那樣，“如被告或檢察院參與訴訟時未即時提出未作傳喚之爭辯，則所生之無效視為已獲補正。”

在本案中，被告／現上訴人在指定審判日期後，委任了司法代理人，該司法代理人向卷宗附入了委託書，並且最終參與了審判聽證並根據《民事訴訟法典》第 657 條作出了書面理由陳述；（參閱第 96 頁、第 99 頁至第 104、第 115 頁至第 120 頁）

因此，在沒有在上述任何訴訟時刻提出現在指稱的“未作傳喚或傳喚無效”的情況下，我們認為很明顯，即使該等“瑕疵”存在，它們也已經獲得補正，因此結論同樣是該等瑕疵不存在。

#### （二）關於“作出原判的法官無權限”

上訴人堅稱作出判決的法官無權作出判決，因為“該權限屬於合議庭主席”，因此認為違反了《民事訴訟法典》第 646 條第 2 款。

正如上文所述，現在被質疑的判決是由（當時）負責本卷宗的法官作出的，而他無權主持有合議庭參與的聽證。

但是，正如和前一個問題一樣，很明顯上訴人在此處也不持理據。

我們看看。

當時生效（但現已被廢止）的第 17/92/M 號法令第 25 條規定，合議庭主席有權限“根據訴訟法律，製作屬合議庭管轄權之訴訟中之合議庭裁判及判決”（參閱 c 項）。

根據這一規定，（經 7 月 9 日第 242/85 號法令修訂的）《民事訴訟法典》第 646 條對“合議庭之參與及其管轄權”予以調整，規定：

“一、案件之辯論及審判須在合議庭參與下進行。

二、對於依據第 485 條 b 項、c 項及 d 項之規定進行之不經答辯之訴訟，使用第 791 條第 1 款規定的制度。然而，如果未聲請合議庭之參與，則必須主持合議庭之法官有責任對事實事宜進行審判，並製作終局判決書。

（...）”（底線為我們所加）。

我們恰恰處在一個“平常 — 不經答辯 — 訴訟”中，該訴訟因第 485 條 c 項之規定而交由審判聽證，正如上述條款第 2 款所明示規定的那樣。在此情況下，適用的是第 791 條之制度，該條規定，案件的組成、辯論及審判屬獨任庭法官之權限，“然而，如果未聲請合議庭之參與，則必須主持合議庭之法官有責任對事實事宜進行審判，並製作終局判決書”。

但是，在本案中，並沒有聲請合議庭之參與（特別是現上訴人沒有作出這一聲請，他甚至出席了審判聽證），因此，甚至鑑於上述第 17/92/M 號法令第 23 條第 2 款之規定（即“如法律無規定以合議庭參與，則法院以獨任庭運作”），有權作出現被上訴之判決的，是（當時）負責案件的法官。

因此，未查明所指責的“無權限”。我們繼續審理。

（三）關於“現上訴人之不正當性”：

被告／現上訴人指稱，他在上文所述的、被視作已獲證明的事實中的參與，僅限於行使其作為經理或其身為股東之公司代理人的職務，而非以其本人名義參與。因此得出結論認為是“不正當當事人”，相應地，請求判針對其請求理由不成立。

鑑於原審法官作出的補正批示堅稱他們是“正當當事人”（參閱第 93 頁），我們認為這一判決與前文審理的“未作傳喚或傳喚無效”問題相反，並不構成裁判已確定案件，這使我們可以現在就這一問題表明立場。

經進行可能之思考，我們認為現上訴人有道理。

況且，我們認為可以堅稱，原告根本不可能不知道現被告以單純的“代理人”名義參與，因為我們僅認為，這已經載明於所陳述之事實第 20、23、35 至 38 點中，尤其載明於所提交的起訴狀第 39、40 點中，而且正如從現被質疑的判決中所見，已經作為被證實的事實情狀被予以載明。

（參閱本裁判第 2 點）

在此可以使用《民法典》第 452 條（該條對“保留指定第三人權利之合同”這一制度進行調整），鑑於在該起訴狀第 12 點起陳述的、且已獲證實的事實，這甚至是值得一試的。

但是，我們認為在第 39、40 點中指出的所援引的事實，是澄清被告／現上訴人（在該處為認別為第 4 被告）之參與的真實性質的事實。

在該處視作已獲證實的是：

“肯定的是（事實也是如此）：在所有的法律行為過程中，是第 4、5、6 被告提出了諸被告公司的公司意思表示；

此等被告有合法的權力提出並出具被聲請人公司意思表示，也確實繼續有效地提出並出具這種意思表示。”

因此，如果發生了《民法典》第 453 條所指的“指定”，那麼就必須認定所指定的是第 2 被告戊有限公司，不能將這一被告混同於現上訴人（儘管現上訴人是董事長及總經理，但這只賦予其該公司的“代理權”）（《民法典》第 163 條）。

有鑑於此（根據對被視作確鑿的事實的總體分析，我們還認為不存在倘有之“矛盾”），必須指出：原判具體指出的現上訴人作為他人（第 1、2 被告）之單純代理人參與“法律行為的全

部程序”，並不能使其變為僅涉及其所代理之人之爭訟的“訴訟主體”，這就意味著必須得出結論認為，它具有被動的不正當性，而且針對其提出的訴訟請求理由不成立；（《民事訴訟法典》第 288 條第 1 款 d 項）。

因此，對這一問題，本上訴理由成立。

### **決定**

五、綜上所述，以評議會形式作出合議庭裁判，裁定所提出的先決問題理由成立，將本上訴確定為具有單純的移審效力。對於上訴，則裁定其理由成立，且針對上訴人提出的訴訟請求理由不成立。

關於上訴效力的附隨事項的訴訟費用由上訴人承擔，司法費為 2 個計算單位。上訴費用則由被上訴人承擔。

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