

(譯本)

被抵押之不動產的買賣預約  
特定執行  
抵押權人在訴訟中的正當性  
抵押權（作為擔保物權）之優先性及後果

摘要

一、在不動產預約買受人狀告違約之預約出賣人的“特定執行之訴”中，後者的抵押權人不是必要共同訴訟人，因為在該債務人與被抵押財產之預約買受人之間存在的、並體現於預約買賣合同中的有爭議實體關係方面，訴訟理由的可能成立不會給抵押權人帶來任何損失，故該抵押權人不具反駁之正當性。故立即排除在本案中適用澳門《民事訴訟法典》第 61 條。

二、因為，抵押權作為預約買賣之財產被設定之債的擔保物權，因自身所具有的優先性及後果之法律效力，使抵押權人的債權權益永遠得到適當的保全。

三、由此，特別是結合澳門《民法典》第 691 條之規定，應更可理解“禁止有關所有權人轉讓被抵押之財產之約定屬無效”這一規定的理由所在。

四、為此，必須區分兩個層面：一個是訴訟前提方面的正當性，另一個是訴訟的實體問題方面理由成立的條件。在後一個層面中，要依據卷宗中所載之事實資料，審理預約買受人狀告違約之預約出賣人及狀告有抵押權之債務人的請求理由是否成立且在何方面成立。

2002 年 1 月 24 日合議庭裁判書  
第 181/2001 號案件  
裁判書製作法官：陳廣勝

澳門特別行政區中級法院合議庭裁判

I

甲，身份資料載於卷宗，在初級法院第六庭審結的第 CAO-006-00-6 號平常之訴中狀告被告乙，現就原審法官駁回其起訴狀的批示，向本中級法院提起上訴並請求廢止該批示，其上訴陳述書的結論如下：

“（...）

1. 本上訴係針對在題述案件中宣示的、載於第 25 頁的批示而提起，該批示以裁定被告為不正當當事人為由，初端駁回了（上訴人的）起訴狀。

2. 2000 年 4 月 14 日，現上訴人以視為全文在此複製的、被綜述於本陳述書第 II 點的理由，以平常程序提起給付之訴，狀告被告乙。

3. 原告使用原告與被告之間訂立的預約買賣合同之特定執行權利，在前述訴訟中請求法院宣示裁判，以產生（被告）未作出之法律行為之意思表示的效力，並相應地判令將第 G-12 號住宅單位的所有權不附帶任何負擔或費用地由被告移轉給原告，或退而言之，在訴訟裁判裁定抵押權繼續有效的情況下，判令有關（單位的）所有權連同抵押負擔一起作出移轉。

4. 原審法官認為，如果法院裁定原告的主要請求理由完全成立（即宣告第 G-12 號住宅單位

的所有權不附帶任何負擔或費用地移轉給原告)，就不可能“保全抵押權人的利益，因為如果已存在一項判令不附帶任何負擔或費用進行移轉的司法裁判（...），對債權人而言，就只能選擇提起另一項訴訟來要求他應該得到的東西。”

5.現被上訴的批示裁定，由於在本案之有爭議之關係中，“永亨銀行（現抵押權人）亦是必要共同訴訟人”，故被告是訴訟之不正當當事人，因此依據澳門《民事訴訟法典》第 394 條第 1 款 c 項，對起訴狀予以初端駁回。

6.根據澳門《民法典》第 725 條之規定，僅在出現該條規定之任一原因時，抵押權才被消滅。

7.如果至本訴訟被裁判之時，仍未查明澳門《民法典》第 725 條指出的任一情形，並相應地，向永亨銀行股份有限公司作出的抵押權繼續有效，則原告的主要請求一定不得被駁回，因為雖然被告曾作出承諾—即不附帶任何負擔或費用—但在法律上不可能獲得其作出（仍未作出的）該等法律行為上的意思表示。

8.在此情況下，將要作出的判決只能認定載於起訴狀 c 項的次等請求理由成立，並宣告將第 G-12 號獨立單位連同抵押負擔一起向上訴人移轉。

9.原審法官在被上訴之批示中提出的情形—即主要請求理由成立，則永亨銀行的利益得不到保全—不會發生，因為要麼抵押權被取消—它以支付或抵押權所擔保之債以其他任何方式被消滅為前提—要麼獨立單位連同附加於其上的負擔一起被移轉。

10.依據澳門《民法典》第 716 條起（前 1966 年葡萄牙《民法典》第 721 條起）及 1999 年《民事訴訟法典》第 911 條起（前 1961 年葡萄牙《民事訴訟法典》第 998 條起）之規定，上訴人作為被抵押財產的取得者，有權利消除登記於該財產之上的抵押權。

11.所提起的有關訴訟雖然僅針對被告（預約出賣人），但是抵押權人（永亨銀行股份有限公司）的利益亦得到保障。

12.法律（澳門《民法典》第 691 條）允許被抵押財產之轉讓而無須抵押權受益人的任何許可，意味著該等財產的移轉絲毫不影響有關擔保的存在，很自然地，該等擔保依然有效。

13.透過 2000 年 4 月 14 日提起之訴，在主要請求方面，現上訴人期望宣示形成性判決，以產生（被告）未作出之法律行為之意思表示的效力，並據此向其移轉起訴狀第 2 條更詳盡標示的第 G-12 號住宅單位的所有權。

14.在補充請求方面，上訴人請求，在因任何原因而不可能對有關的預約合同予以特定執行的情況下，則宣告該預約合同解除，並判令被告向原告支付雙倍於所付定金之金額及法定遲延利息。

15.澳門《民事訴訟法典》第 58 條規定，“在原告所提出出現爭議之實體關係中之主體具有正當性。”

16.在本案中，正如原告所述，出現爭議之實體關係僅與原告和被告有關，永亨銀行因係不正當當事人，不得參與訴訟。

17.根據原告作出的描述，原告提起的平常之訴不構成抵押權人用於要求債權或執行所擁有的抵押權的適當手段。

18.在本案出現爭議之關係中，抵押權人不是必要共同訴訟人，因為法律及法律行為並未如此要求，且銀行的參與對於裁判產生正常有用之效果亦非必要（參閱 1999 年《民事訴訟法典》第 61 條）。

19.澳門特別行政區各級法院已宣示了上訴人在本陳述書狀中堅持的同一立場，尤其是在初級法院第四庭第 1204/99 號上訴案中及在中級法院第 4/2000 號民事及勞動訴訟程序的上訴案中。

20.原審法官對起訴狀的初端駁回，違反了 1999 年澳門《民事訴訟法典》第 58 條、第 61 條、第 394 條第 1 款 c 項及第 911 條起的規定，並違反了澳門《民法典》第 691 條、第 716 條起及第 725 條的規定。

（參閱本卷宗第 70 頁背頁至第 73 頁的內容。）

已遵行上訴之後續程序，助審法官之檢閱已畢，茲審理本案問題。

## II

為此，必須收集卷宗中**對裁判**具有意義及相關性的**以下要素**：

2000年4月14日，現上訴人甲起訴乙，並在其起訴狀中請求：

“ (...) 應裁定本訴之理由成立，因為 (下列事實) 已證實並相應地：

A) 因被告自願做出完全歸咎於其的事實，**宣告被告**未透過起訴狀第 1 條及第 2 條所指的預約合同，履行對原告承諾的義務；

B) **宣示形成性判決**，以產生被告未作出之法律行為之意思表示之效果，並據此**不附帶任何負擔或費用**地向原告移轉以第 XXX 號標示於澳門物業登記局第 XXX 冊第 XXX 頁之**不動產第 G-12 號獨立住宅單位**。

C) 作為**補充請求**，如果在本訴中裁定起訴狀第 33 條及第 34 條載明的對前文所指之單位之抵押權繼續有效，則：

C.1) **宣示形成性判決**，以產生被告未作出之法律行為之意思表示之效果，並據此**連同抵押權負擔一起**，向原告移轉以第 XXX 號標示於澳門物業登記局第 XXX 冊第 XXX 頁之**不動產第 G-12 號獨立住宅單位**。”

C.2) **相應地，判令被告**承擔因**解除及/或消除**前述抵押權和在物業登記局做出相關取消而引致的**所有必要支出**。

D) **退而言之——作為補充請求——**僅在因任何原因而不可能依照原告請求予以特定執行之情況下，應：

D.1) **宣告**因被告確定性並有過錯地不履行原告與被告之間訂立並詳細列明於本訴狀第 1 條及第 2 條之預約合同，故**對該預約合同予以解除**，並相應地，

D.2) **判令被告**向原告支付相當於雙倍定金之金額**港幣 25 萬元**，及按法定息率計算之遲延利息。

D.3) 宣告按 8 月 15 日第 20/88/M 號法律第 2 條及 1999 年《民法典》第 749 條第 1 款之規定進行上述支付，即透過出售本請求書狀 B) 項所指之不動產之所得進行支付，並優先於被告之其他債權人受償。

最後，被告應被判令**繳付訴訟費用**。(…)”

(參閱本卷宗第 8 頁背頁至第 10 頁之內容。)

對這一請求，最後作出了現被上訴的初端駁回批示，其內容如下：

“如果能以澳門《民法典》第 716 條規定的任一方式，特別是通過清償該抵押權所擔保之債務的方式消除抵押權，則抵押權人的利益肯定不會受到影響。本席還坦言，如果經宣示之裁判宣告有關獨立單位連同相關抵押負擔一起移轉，抵押權人的利益亦不受到影響。

但是，原告在本案中的**主要請求**，是請求宣示裁判宣告預約合同不獲履行完全是被告的過錯，且請求這一判決產生被告未作出之法律行為之意思表示，**同時不附帶任何負擔或費用**地向原告移轉有關的獨立單位的所有權。

這樣，如果法院裁定這一 (主要) 請求理由完全成立，那麼如何可以保全抵押權人的利益？因為如果已存在一項判令不附帶任何負擔或費用進行移轉的司法裁判，對債權人而言，就只能選擇提起另一項訴訟來要求其應得之物。

這是因為，只有在維持抵押負擔或該抵押權所擔保之債務完全付清的情況下，抵押權人的利益才得以保全，而此等情形僅在主要請求理由不成立且原告附帶之**補充請求**被接受的情形下才會產生。

基於所述之理由，且鑑於被告係不正當之當事人 (因在這一出現爭議之關係中，永亨銀行即現抵押權人亦是必要共同訴訟人)，本席謹依據澳門《民事訴訟法典》第 394 條第 1 款 c 項之規定，對起訴狀予以初端駁回。

著通知。

免繳訴訟費用。

澳門，2000 年 5 月 26 日。”

(參閱本卷宗第 25 頁至第 25 頁背頁之內容。)

### III

在法律層面上可以認為，無論是原審法院還是上訴法院，對本上訴案審理時要具體回答如下問題：

一 在未違約之不動產預約買受人狀告違約之該不動產預約出賣人的“特定執行之訴”中，後者的抵押權人是不是必要共同訴訟人？

我們認為答案必須是否定的，因為事實上，在該債務人與被抵押財產之預約買受人之間存在的、並體現於預約買賣合同中的有爭議之實體關係方面，該抵押權人不具反駁之正當性。這是因為，該抵押權人的債權權益，即根據向其作出抵押的、屬於債務人或屬於第三人——該第三人優先於不享有特別特權或登記上之優先權的其他債權人——之物的價值受償（參閱特別規定於澳門《民法典》第 682 條第 1 款的抵押權概念），因就預約買賣之財產而依法設定並登記之抵押權自身所具有的優先性及後果之法律效力，而永遠得到適當的保全。

這樣，恰恰是因為抵押權（學說稱之為一種“擔保物權”）的性質和作用，被抵押財產由其債務人向第三人作出之移轉絕不消滅作為抵押權權利人的債權人的權利。

由此，應更可理解“禁止有關所有權人轉讓被抵押之財產之約定屬無效”這一規定的理由所在（澳門《民法典》第 691 條之規定）。

為此，鑑於訴訟前提方面的正當性與案件的實體問題方面理由成立的條件兩者之間的區別（本案中，在後一個層面中，要依據卷宗中所載之事實資料，審理預約買受人狀告違約之預約出賣人及狀告有抵押權之債務人——即被告——的請求理由是否成立且在何方面成立），原審法官在未違約的預約買受人提起的被抵押獨立單位預約買賣合同的“特定執行之訴”中，不應將抵押權人永亨銀行股份有限公司視作其債務人（被告乙）的必要共同訴訟人，因為訴訟理由的可能成立不會給該抵押權人帶來任何損失，故立即排除在本案中適用澳門《民事訴訟法典》第 61 條。

出於這一思路，不應以被告乙之具（多重）不正當性為由，對本案起訴狀予以初端駁回。因此必須廢止現被上訴的批示。

#### 結論如下：

一、在不動產預約買受人狀告違約之預約出賣人的“特定執行之訴”中，後者的抵押權人不是必要共同訴訟人，因為在該債務人與被抵押財產之預約買受人之間存在的、並體現於預約買賣合同中的有爭議實體關係方面，訴訟理由的可能成立不會給抵押權人帶來任何損失，故該抵押權人不具反駁之正當性。故立即排除在本案中適用澳門《民事訴訟法典》第 61 條。

二、因為，抵押權作為預約買賣之財產被設定之債的擔保物權，因自身所具有的優先性及後果之法律效力，使抵押權人的債權權益永遠得到適當的保全。

三、由此，特別是結合澳門《民法典》第 691 條之規定，應更可理解“禁止有關所有權人轉讓被抵押之財產之約定屬無效”這一規定的理由所在。

四、為此，必須區分兩個層面：一個是訴訟前提方面的正當性，另一個是訴訟的實體問題方面理由成立的條件。在後一個層面中，要依據卷宗中所載之事實資料，審理預約買受人狀告違約之預約出賣人及狀告有抵押權之債務人的請求理由是否成立且在何方面成立。

### IV

綜上所述，本合議庭裁判上訴理由成立，廢止載於卷宗第 25 頁及其背頁、於 2000 年 5 月 26 日在初級法院第六庭第 CAO-006-00-6 號平常之訴中作出的司法批示，如無其他法律理由阻止，應以另一份命令訴訟繼續進行之批示取代之。

訴訟費用由最終敗訴方承擔。

陳廣勝（裁判書製作法官）—Sebastião Póvoas（白富華）—賴健雄