

執行之訴的訴訟前提

瑪利亞·約瑟·加彼璐

Maria José Capelo

葡國科英布拉大學法學院教授

對於獲邀請出席是次澳門民事訴訟法草案的研討會，我感到十分榮幸。還記得在學生時代，我曾經讀過Khalil Gibran的一首詩，引起我對法律在社會被確認及由此而產生之不變性等問題的思考。詩內容是：「難道生命不是大海？難道法律不是沙堡？對於那些不相信的人，你又作何感想？」我相信，對於我們留給澳門的法律遺產，它的接受與延續主要取決於新的訴訟制度是否能够有效及快捷地實現法律。

我發言的內容是關於執行之訴的訴訟前提，這個論題涉及了複雜的問題，不可能在這次研討會中作出全面的探討，因此，我將集中分析執行之訴的正當性問題。

我認為 Verdera Server 就「債的強制履行」所發表之意見非常有趣，他批評執行程序的效力不大，以及在學說和立法程序上一直對其排斥所產生的爭論。他認為，這個「批評有其重要性，因為執行是衡量國家司法效力最重要的方式之一¹」。

重新肯定法規所保護之價值是社會和諧的前提，為此，首要的任務

¹ 參閱 Verdera Server, Rafael, “El cumplimiento forzoso de las obligaciones”, Bolonha, 1995 年, (Publicaciones del Real Colegio de España) 第152頁。

是制訂能使受損的權利得以快速彌補的強制性手段。但所指的法律之「貶值」與社會經濟實際難題有關：一方面，在現代人的眼中，不會因成為債務人而受到譴責，信貸的方便取得使我們養成成為債務人的習慣²；另一方面，由於實質上及法律上之阻礙，要揭示及識別債務人的財產似乎越來越困難。

《澳門民事訴訟法典草案》有否正確地考慮這些社會衝突的情況？、有否因此訂出扭轉這種倍受爭議的趨勢的規則呢？

1. 配偶之正當性

眾所周知，民事訴訟法為民法服務，因此，訴訟規定之制訂必須能實現實體法的規定。查核在執行之訴中正當性的規則與夫婦因債務而承擔民事責任制度之間的配合程度，這是一項很有趣的工作。

原則上，只有在執行名義中作為債務人的主體，才有以被告身份參與執行之訴的正當性（《澳門民事訴訟法典草案》第68條）。在宣告之訴中，正當性是根據是否屬於爭議的實質關係的關係人釐定³，而在執行之訴中，有關訴訟前提則是根據執行名義決定。

倘決定執行之目的及範圍的執行名義⁴是由夫婦雙方聯署（或在司法執行名義中，夫婦雙方已被判要作出給付），雙方可同時被起訴。如果不自願履行共同債務，共同財產將被扣押（但採用《澳門民法典草案》第1562條a項及c項所指之分別財產制及取得財產分享制者除外），若被扣押之財產不足夠時，則可扣押夫婦各自之個人財產。這意味著，遇有不履行夫婦雙方須負責的債務時，不論他們的意願如何，他們的共同財產得被扣押。

當債務屬共同負擔者但執行名義由夫婦一方簽署時，就出現民法與訴訟法之間的配合問題。倘屬司法執行名義，債權人總可以在宣告之訴中起訴夫婦雙方，從而取得針對他們之執行名義。若債權人只起訴夫婦的其中

² 有關這事宜，參閱 Perrot 的 Roger, L'effectivité des décisions de justice, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture française, 1995 年，第106頁。

³ 請看《澳門民事訴訟法典草案》第58條。

⁴ 請看《澳門民事訴訟法典草案》第12條。

一方，則被告之一方得以債務為夫婦雙方共同負責為理由，按《澳門民事訴訟法草案》第267條規定，有責任⁵ 召喚配偶另一方以主當事人之身份參與訴訟。因此，夫婦共同被訴體現於以財產履行債務責任的制度上⁶。

現行的做法是，債務只由夫婦其中一方設立（即單據上只有一方的簽名），但根據民法的規定，是要雙方共同負擔的，對此，請參閱《澳門民法典草案》第1558條b、c及d項關於債務只由夫婦一方設定但要雙方共同負擔之規定。

根據《澳門民事訴訟法典草案》第68條第1款規定，執执行程序應針對執行名義中作為債務人之人提起。在這情況下，即只應對在執行名義中載明之夫婦一方提起，因此，債權人並沒有即時扣押夫婦共同財產之依據，那麼，負責承擔債務的應該是甚麼財產呢？

在純訴訟的角度下，上述情況可能應被視為夫婦一方的債務責任，誠然，按法律規定，姓名沒有在執行名義中載明之配偶另一方屬於第三者，故被執行者首先要用自己的財產承擔，在共同財產制度之情況下，則補充地用共同財產中自己擁有之半數承擔⁷，在訴訟上，債務視為不能互相負責（即只屬配偶一方的責任）。對於這些情況，立法者沒有制定例外於確定執行正當性一般規則的其他規定⁸。然而，這個解決方法（認為債務是屬於被執行之配偶之個人債務）遇到阻礙，由於執行名義中主體範圍與債務性質並不相符，因此，被執行人得引用其個人財產只補充地承擔透過有關執行予以清償之債務等理由反對查封，因為涉及的是互相承擔的債務（參閱《澳門民事訴訟法典草案》第753條第1款及第2款b項），在這種情況下，執行名義將失去其效力。

然而，這情況並不妨礙債權人如欲執行夫婦共同財產時，得向夫婦雙方提起給付之訴，因此，債權人毋需使用已擁有之非司法執行名義。然而，這個對債權人實施規定違反了訴訟的經濟性及快捷性原則，亦與

⁵ 關於這點，參閱 Lebre de Freitas 的《執行之訴》，科英布拉出版社，1997年，第185頁。倘被告不傳喚配偶參與以便承擔責任時，則不可在執行之訴中陳述有關的債務是共同債務。根據《澳門民法典草案》第1565條之規定，應對被執行之配偶作出補償。

⁶ 有關這事宜，請看 Teixeira de Sousa 的《有關新民事訴訟法之研究》。里斯本，1997年，第159頁。

⁷ 參閱《澳門民法典草案》第1564條。

⁸ 參閱《澳門民事訴訟法典草案》第68及第69條。

立法者的精神相違背，因為立法者之目的顯然是：要重視非司法之執行名義、擴大私文書的執行效力及簡化其可執行性之要件^{9、10、11}。

1995/1996年對訴訟法進行改革時，我們曾考慮協調上述兩個制度，按Lopes de Rego的書面資料，當時考慮了「在執行之標的及主體的界定總要嚴格根據執行名義之規定」中¹²引進一些彈性處理，其中一個例外情況涉及在執行程序初期接納事實之陳述，由於債務屬互相承擔者，導致債務人之配偶亦須承擔文件載明之債務，但這情況沒有在現行的《葡國民訴法典》中載明。

II. 聯合

在執行之訴中，「聯合」事宜之修改亦值得思考。

按《澳門民訴法典草案》第71條規定，接納擴大聯合起訴及被訴的範圍，亦容許訴訟主體為複數的模式與共同訴訟的情況並存，接納這個訴訟主體為複數之方式不再局限於支付固定金額的執行上¹³。此外，亦對訴訟方式的要件作彈性處理¹⁴，新條文不再要求聯合之主體必

⁹ 按照舊《民事訴訟法典》，某些學者認為（其中請參閱Rui Pinto的《因配偶雙方的債務而查封》，里斯本，1993年，第60頁及續後數頁），如執行名義僅由一方簽署，以及是由配偶雙方承擔之債務時，應首先執行共同財產，而當不足時，才指定被執行人之個別財產。類推適用《民事訴訟法典》第825條第2款之規定。（在無展期的情況下，只要請求執行之人在指定查封的財產時，要求傳喚被執行之人的配偶，以便其聲請分產，可立即查封夫妻的共有財產）。

¹⁰ 僅排除交付動產之債的創設或證明文件之可執行性（參閱《澳門民事訴訟法典草案》第677條c項）。

¹¹ 僅要求確認代簽的私文書中之簽名（參閱《澳門民事訴訟法草案》第682條）。但是，倘我們考慮請求執行之人在執行之異議中可能遇到被執行的債務人的（未確認的）簽名之真實性的陳述時，確認其他私文書上的簽名對請求執行之人來說是一好處。今天，這一種情況可成為中止有關執行的依據，且被執行之人無須提供擔保（參閱《澳門民事訴訟法典草案》701條第2款）。

¹² Lopes do Rego, 《有關執行之訴改革的簡短反思》，sub judice, 5, 1993年，第35頁。

¹³ 雖然聯合並沒有規定某些種類的執行之訴，但执行程序目的之認別是接納聯合之要件（《澳門民事訴訟法典草案》第12條及第71條第1款b項）。

¹⁴ 參閱《澳門民事訴訟法典草案》第71條第1款c項。

須是普通債權人（即可接納一名普通債權人與一名有物權擔保的債權人之聯合）¹⁵。

按新的《澳門民訴法典草案》第71條的行文，在任何種類的執行程序中，執行之主體有以下模式：

- 1) 聯合訴訟人之數名債權人起訴一名債務人或屬共同訴訟之數名債務人；
- 2) 一名或多名共同訴訟債權人或多名聯合訴訟債權人起訴多名聯合訴訟債務人，只以後者是在同一執行名義中負有債務責任為限。

《澳門民事訴訟法典草案》第684條規定了“執行之自始合併”，其特色是一切有關的權利及債務可針對相同的債權人及債務人。例如，某人沒有向一位債權人履行以兩份文件為依據之金錢債務，債權人因此可要求同時執行這兩個名義，倘當事人為多名共同訴訟人時，有關執行之合併亦得適用（在上述例子中，倘屬連帶債務時，就出現共同訴訟被告人之情況）。

不同的是，在聯合訴訟中，訴訟之數目相當於當事人之數目，每一個訴求分別由或向不同之當事人提出。

必須指出，《民事訴訟法典》中這個別具「聲明主義」特色之法定制度有其不利之處，立法者訂出在執行之訴中接納聯合訴訟；而在宣告之訴中，接納的理由也相同。在宣告之訴中，訴訟人為複數之聯合方式符合經濟性及快捷性原則，但在執行之訴中，所涉及的是對遭違反之權利實行強制性彌補，倘當事人為複數，可能延誤及阻撓訴求之滿足。

若是對上述情況有所懷疑，請看這個例子：若某人基於不同債務起訴兩名債務人，這樣將出現：開列兩個財產清單的行為、分別對每項財產及權利進行各種查封、或有的不同變賣方式、傳喚對被查封財產享有擔保物權之債權人等……。試問同時執行有何好處？

對於本人這些考慮的合理性，只有法院的實踐才可以確認或否定。

¹⁵ 參閱比較《民事訴訟法典》第58條的舊行文及《澳門民事訴訟法典草案》第71條之規定。

III. 第三者擔保之正當性以及已被設定負擔之財產之占有人之正當性

在例外的正當性方面，《澳門民事訴訟法典草案》規定所作的修改是值得強調的。

如上所述，通常只有在執行名義中作為債務人之被告主體才具有參與執行的正當性（《澳門民事訴訟法典草案》第55條）。原則上，債務人之組成財產才得被查封，但在執行他人財產的查封時（已設有了物權擔保負擔之財產），必須確保財產合法所有人或占有人的出席，賦予這個組別之主體正當性偏離了決定訴訟前提之一般規則¹⁶，因為他們不是予以執行之權利或債務之權利人，然而，他們的正當性是建基於另一個原則：某人若須以其財產承擔債務時，便應具有主要當事人之地位。

《澳門民事訴訟法典草案》第704條第2款的行文清楚規定：“在法律特別規定之情況下，只要执行程序係針對第三人提起，亦得查封第三人之財產”。

今天，根據《澳門民事訴訟法典草案》第68條第4、5及6款的行文，我們必須分辨兩種賦予正當性之情況。

- A) 第三人之財產作物之擔保之情況；
- B) 已設有負擔之財產占有人的情況，但有關財產屬債務人所有。

立法者明確賦予上述兩個組別之主體有出席訴訟之正當性，被訴的第三人不是債務人，而只是作為物權擔保之財產占有人或所有人。

A) 第三者提供擔保

如債權人欲實現第三人所提供之擔保，第68條第4及第5款規定了對主要債務人及第三人一併起訴（出現了“自始共同訴訟”之情況）的可能性，或可選擇只傳喚債務人，但僅以作為物權擔保之財產不能滿足清償之債權為限（我們面對的將是第三人提供擔保與主要債權人間“繼後共同訴訟”的情況）。

¹⁶ 在葡萄牙生效的《民事訴訟法典》，有關這事宜（提供擔保之第三人的正當性及設有負擔的財產之占有人的正當性）的規範為：“與決定正當性之一般規定不同”（參閱《民事訴訟法典》第56條）。

似乎立法者應規定一併傳喚設有負擔的財產之物主和債務人，不賦予債權人延遲傳喚債務人或決定債務人不出席有關的訴訟之可能性。

正當性不是由請求執行之人處分確定性因素的前提，而是或應是客觀地決定。傳喚債務人不單只以執行屬於其債務的事實為依據，同時，當有關的債務僅屬設有負擔財產的權利人時，亦是確保債務人面對一個可能不存在的權利時作出辯護的方法。

除了給付判決外，非司法之執行名義亦作為執行的依據，由於這些非司法之執行名義不是透過宣告之訴而獲得，因此，可能基於已消滅的債務或甚至從來都是無效的債務而執行。今天，隨著私文書的執行效力擴大，必須以更快捷及有效的方法來確保準確的執行。

請求執行之人應促進債務人的出席，以便傳喚其支付或指定財產或提出反對。倘請求執行之人欲實現物之擔保，則應傳喚提供擔保之第三人以便執行。

請注意，《民事訴訟法典》修改後，作為與實體法規定（參閱《澳門民法典草案》第693條）相配合的程序中，無須一定先執行屬於第三人的設有負擔之財產，但如請求執行之人欲實現擔保時除外（參閱《澳門民事訴訟法典草案》第719條）。

倘請求執行之人不是自始起訴債務人，則提供擔保的第三人亦可能受損害。如訴訟是針對債務人，該第三人可因債務人的反對而受益，因為，很多時，當履行債務時，擔保的設立對第三人代位取得債權人之權利是有利的（參閱《澳門民法典草案》第586條）。這樣，假如提供擔保的第三人獨自承擔債務，債務人可主張對抗原債權人的防禦方法。

此外，當執行之債是未確定、未確切定出或不可要求及必須進行初步措施時，請求執行之人選擇起訴債務人並不符合債務人出席訴訟之法律規定。即使證實決定應否自始起訴債務人之權限屬請求執行之人所有，法律制度規定其參與執行之初步階段的所有情況應予保留¹⁷。

然而，這理解並不導致貶低設有負擔財產的第三所有人之法律訴訟地位。根據《澳門民法典草案》第694條第1款之規定，除了其他權力外，該第三所有人有權以債務人的防禦方法對抗債權，但僅得由債務人

¹⁷ 有關債務成為確定、可要求履行及確切定出的措施，請參閱《澳門民事訴訟法典草案》第686條至694條之規定。

主張者除外。因此，例如，第三所有人可主張債務之時效（參閱《澳門民法典草案》第298條第1款）。

倘屬司法性質的執行名義，必須在宣告之訴中起訴將財產設定負擔的主體，否則有關的裁決不可對抗該主體¹⁸。在這情況下，對於提供擔保的第三人來說，是適當的時刻（在宣告之訴內）提出任何對其有利的防禦方法，否則就會喪失訴訟權能。從而防止宣告之訴中聽證結束後出現可成為防禦方法的事實出現，而在這情況下，僅可在異議程序中主張該等防禦方法。

B) 已設有負擔的財產之占有人

當立法者規定可接納起訴設有負擔的財產之占有人，而該財產是屬於債務人時，由第68條產生的問題就變得尖銳。

倘被執行的債務人是已設有負擔財產之所有人時，先行查封該等財產¹⁹，以及僅在認定該擔保不足以滿足債務時，方可查封其他財產。

然而，如請求執行之人欲同時起訴設有負擔的財產之占有人時，法律是容許這樣做的。因為財產是屬於債務人，且是設有負擔的，所以不存在任何查封的障礙。對於因查封而感到受侵害的占有人，有權使用屬其之防禦方法上訴。《澳門民事訴訟法典草案》第715條的規定體現出這種理解，該條文是複製舊法典的行文，規定“被執行之財產即使由第三人以任何名義持有，亦予以扣押”，但該文本賦予“第三人得針對請求執行之人行使應有之權利”。

那麼，根據《澳門民事訴訟法典草案》的第68條第6款之規定，提起程序之理由是什麼呢？屬於債務人且設有負擔的財產之占有人的訴訟法律地位是什麼？是主要當事人還是次要當事人？在請求執行之人知道其可能面對“由沒有起訴利益的占有人提出第三人的異議”之情況下，為確保獲得公正而賦予請求執行之人起訴或不起訴第三人的權能是否合理？

具有第三人身份的主體才擁有提出第三人異議的正當性，即是，該人非為案中之當事人²⁰。當賦予設有負擔的財產之占有人正當性時，該

¹⁸ 參閱《澳門民法典草案》第631條第1款及712條第2款之規定。

¹⁹ 參閱《澳門民事訴訟法典草案》第719條。

²⁰ 參閱《澳門民事訴訟法典草案》第292條。

正當性僅限於提出第三人的異議（給予第三人有當事人的地位），即是說：禁止其實現與債務人的權利不相容的權利。更甚者，是行使該事實的權利在請求執行之人的手上——喪失合法主張該占有人權利的能力。這立法抉擇導致違反民事訴訟法基本原則，尤其是獲得公正的原則，且抵觸《澳門民事訴訟法典草案》第715條之規定。

當占有人在執行中可能行使某些權利時才有理由被起訴，即是說：對其法律地位要求保護。一方面，單純的持有人（以被執行者的名義占有一財產），由於執行的效力，面對其占有的財產之物權，將其地位作出讓步（保留承租人地位²¹）。即是說：在執行之範圍內，倘被查封的財產被第三人借用或存放於第三人處，將引致合同的消滅，因這合同對第三人不產生效力²²。

另一方面，應透過使用合法的方法（尤其是第三人異議的方法²³），賦予占有人以其名義保護其法律地位之可能性。假設財產因屬於被執行人而被查封及第三人以其本人名義占有的情況，應以第三人的異議為基礎，環繞設有負擔的財產之擁有權來進行辯論。由於推定占有人擁有本權²⁴，因此，應維護受法律保護之地位。然而，僅第三人的身份才獲賦予這類保護的正當性，因此，在執行之訴中作為主要當事人出席是不合邏輯及不合理的。

相信我這些疑問將會獲得機會解決，並為服務司法界而留下有組織的司法系統之永恆基礎。正如孔子說：“最高等的生物沒有利於什麼或反對什麼的主導思想，他只是追求公正”。

1999年10月

縮寫：

CPC Macau —— 澳門民事訴訟法典

CC Macau —— 澳門民法典

²¹ 參閱《澳門民法典草案》第1004條。

²² 參閱《澳門民法典草案》第400條第2款。

²³ 參閱《澳門民事訴訟法典草案》第292條及續後條文。

²⁴ 參閱《澳門民法典草案》第1193條。

