

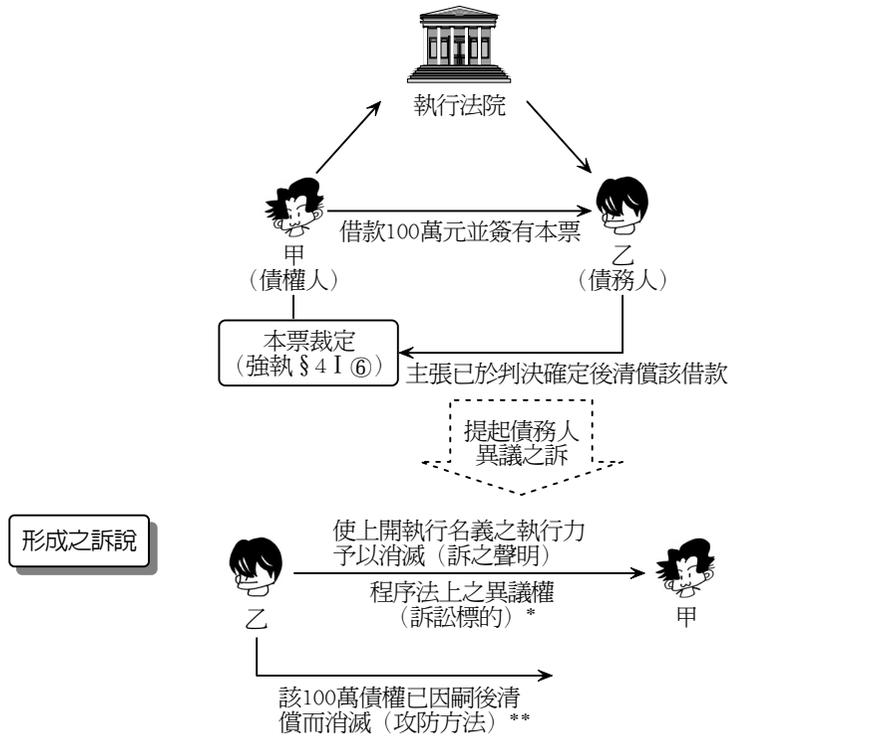
認其為一特殊之訴，含有實體權利之確定及執行力之排除，確認與形成之二種機能，有似訴訟法上再審之訴之二階段訴訟。

- (5)命令之訴說：日本學說有採，此說認債務人異議之訴兼具兩種構造，即可同時確定執行名義所示實體法律關係，並基於該確定結果生命令執行法院之效力。故其勝訴判決，其本質應解為對執行機關之指示或命令，使執行機關不得執行原執行名義。債權人則係立於執行機關進行訴訟之訴訟擔當身分。



作者叮嚀

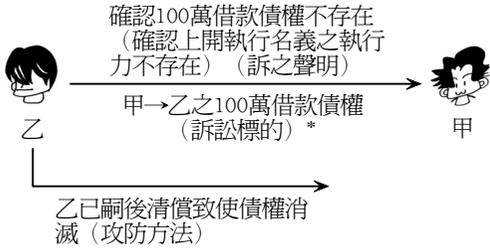
有關債務人異議之訴之性質爭議，爭執的重點在於：究竟此訴的訴訟標的為何？因為訴訟標的認定的不同，非但既判力之範圍不同，也將使此訴訟能夠產生不一樣的效果。我們先就各種爭議的訴訟構造作一個圖示的說明：



*此形成權係程序法所創設，因實體權利不存在而生。而乙若勝訴，就此異議權（形成權）之存否生既判力，且生執行力消滅、執行程序撤銷之形成力。

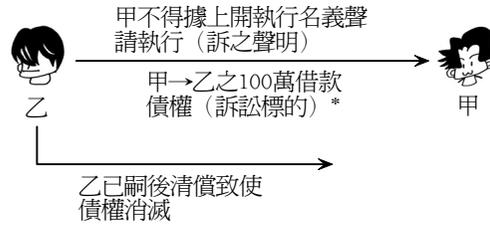
**惟甲與乙間實體權利（100萬之借款債權）之存否並不生既判力，故甲之後仍可再就該實體權利另行起訴爭執，後訴法院亦有可能作成矛盾之判決。

確認之訴說



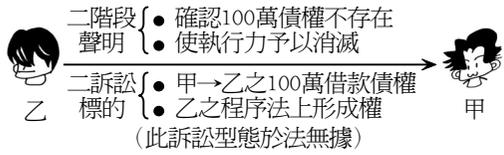
*乙若勝訴，則甲乙間該實體權利存否即生既判力，甲無從就該100萬債權再行爭執，使紛爭得一次解決。惟確認之訴無使已生之執行力消滅之效果，亦無法解釋所謂「反射效力」從何而來。

給付之訴說



*乙若勝訴，則甲、乙間該實體權利存否即生既判力，甲無從就該100萬債權再行爭執，使紛爭得一次解決。此與確認之訴同，惟執行係執行法院之公法行為，不因債權人之不作為而得阻止。

救濟之訴說



命令之訴說



執行機關不得進行此執程序



二訴訟 { 甲→乙之100萬借款債權
乙 標的 { 乙之不當執行防止請求權 甲
(此訴訟型態於法無據)

而從訴訟法的理論來說，只有形成之訴的形成力才有使已經發生的執行效力產生變更消滅的效果，所以採取「形成訴訟說」比較符合我們在訴訟法上所學的訴訟構造，這也是形成之訴說成為通說的原因。而確認之訴、給付之訴說，把執行名義所示實體請求權列為訴訟標的，雖然能有效的使當事人的紛爭一次解決，但無法解釋為何會有阻止執行法院進行執程序的效力；而救濟之訴說及命令之訴說則與訴訟法上通說承認的訴訟類型不合，自然也無法被通說所採。我們將這些爭議的見解簡單整理如下：

學說	訴訟標的	既判力範圍	缺失
形成之訴說	程序法上之形成權 (異議權)	該形成權 (異議權) 之存否，不 及於實體權 利法律關係	此說雖符合訴訟法之原則（僅有形成力方能創設法律關係消滅之結果），惟因不以執行名義所載實體權利為訴訟標的，故異議之訴之既判力不及於該實體上請求權，使當事人得於本訴敗訴後，又得以該實體權利再行提起後訴，而有使法院審理重複、裁判矛盾之虞。
確認之訴說	執行名義所示實體法律關係	及於實體權利法律關係	此說雖能有效避免本訴後當事人另行提起後訴，但無法說明確認訴訟之效力如何排除該執行名義所生執行力。
給付之訴說	執行名義所示實體法律關係	及於實體權利法律關係	此說雖亦能有效避免本訴後當事人另行提起後訴，惟執行機關之執行不因債權人之不作為而得阻止，又債務人未必因執行名義之存在或執行而具有實體法上不當得利請求權。
救濟之訴說	二訴訟標的： (1)執行名義所示實體法律關係 (2)程序法上之形成權	及於實體權利法律關係	此說雖能有效解決上開訴訟性質之缺失，惟將異議之訴視為救濟訴訟，與傳統學說難以相容 ⁷³ ，且此混合之類型，與債務人異議之訴為單一之訴亦不相同 ⁷⁴ 。
命令之訴說	二訴訟標的： (1)執行名義所示實體法律關係 (2)不當執行防止請求權	及於實體權利法律關係	此說雖亦能有效解決上開訴訟性質之缺失，但無法解釋何以債權人須擔當此訴訟，且日本民事執行法上解釋與我國未盡相同。

73 楊與齡，強制執行法論，頁238。

74 陳計男，強制執行法釋論，頁213。