

案外人异议之诉

张卫平^{*}

内容提要：新民事诉讼法第204条虽然设置了案外人异议之诉，但规定过于简单，在该诉的构造和适用要件方面尚有诸多内容需要通过司法解释和司法判例加以充实和完善。案外人异议之诉是执行救济的一种方法和手段，其目的在于阻止或撤销执行机构对执行标的的执行，在性质上属于特殊的命令诉讼。案外人异议之诉适用于所有的对财产的强制执行。

关键词：执行救济 案外人异议之诉 命令诉讼说

引言

2007年，全国人大常委会通过了《中华人民共和国民事诉讼法（修正案）》，于2008年4月1日正式生效。本次修改的一个主要内容是执行制度。在执行制度的修正和完善中，执行救济制度的修正和完善又是一项十分重要的内容。新民事诉讼法首次明确规定案外人对执行标的的执行错误可以以诉的方式请求救济，这一点为人们所特别关注。本次民事诉讼法的修改中，执行制度虽是其重点，但由于多方面的原因，许多地方依然不够具体，将许多问题留给了司法解释和司法实践。

新民事诉讼法第204条规定：“执行过程中，案外人对执行标的提出书面异议的，人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查，理由成立的，裁定中止对该标的的执行；理由不成立的，裁定驳回。案外人、当事人对裁定不服，认为原判决、裁定错误的，依照审判监督程序办理；与原判决、裁定无关的，可以自裁定送达之日起十五日内向人民法院提起诉讼。”根据该条规定，如果案外人对执行标的的异议与原判决、裁定无关，也就是说执行标的的错误不是由于执行根据（判决或裁定）的错误所致（例如在执行中错误地将案外人的特定财产作为应执行的标的），案外人可以通过诉的方式实现对自己实体权利的救济。尽管新民事诉讼法赋予案外人以诉的方式请求救济的权利，但这种诉是一种特殊的诉讼，还是一般的确认之诉？该诉的当事人应当是谁？该诉的提起须具备何种要件？这些问题民事诉讼法并没有具体和充分地规定。另一方面，在法理上也有诸多问题需要明确，如为何须以诉的方式寻求救济？诉的方式与案外人执行异议的非诉方式区别何在？如果第204条后段所规定的诉为异议之诉，那么又有何必要以异议之诉的方

^{*} 清华大学法学院教授。

式予以救济?案外人异议之诉与债务人异议之诉有何区别?案外人异议之诉与作为执行根据的判决既判力、执行力是一种什么关系?这些问题在人们的认识中也还存在争议。本文正是试图厘清这些问题和争议,以期推动相关问题的研究。

一、案外人异议之诉与执行救济

民事强制执行是实现权利义务的一种方法。当债务人或义务人拒不履行其债务或义务时,债权人或权利人可以借助国家公权力,由执行机关强制相对人履行执行根据,以实现其权利义务并达至维护司法裁判的权威和社会法律秩序的目的。为了保证强制执行的有效性及其在实体上和程序上的正当性,须有一整套法律规定加以规范,尤其是强制执行乃国家公权力的行使,具有强制性,如果没有相应的约束和救济,容易侵害债务人(义务人)或案外人(第三人)的正当权利或权益。因此,作为一种体系、结构完整的、具有程序正当性的执行制度就必须设置相应的救济措施,以避免或减少因违法或不当执行所造成的损害。这一救济措施作为一个完善的救济系统又应当包括各种具体的救济方法和手段。^{〔1〕}这些具体的救济方法和手段是根据所救济情形的不同,以及救济方法和手段本身的性质而设置的。案外人异议之诉就是执行救济^{〔2〕}的一种方法和手段,关于这种方法的规范就构成了案外人异议之诉制度。

根据新民事诉讼法,我国的执行救济体系中,有三类方法或三种制度,^{〔3〕}其一是异议声

〔1〕从大陆法系国家如德国、日本、韩国以及我国台湾地区既有的执行救济方法来看,主要有请求作为或不作为、声明异议、执行文付与异议、执行抗告、分配异议、债务人异议之诉、第三人异议之诉、执行文付与之诉、执行文付与异议之诉、分配异议之诉等等。

其中日本民事诉讼法关于执行文以及执行文付与的异议程序和异议诉讼制度比较复杂,也不大为我国熟悉,因此许多介绍国外执行救济制度的书著、论文回避了这一制度。较早时期国内有学者将“执行文付与”译为“执行文交付”,这也误导了人们的认识。理解这些制度首先需要理解“执行文”及其制度。所谓执行文,是指由法院的书记官或公证人根据申请执行人的申请,在债务名义(执行根据)正本末尾处注明的关于可以执行的法定结论。这一附在债务名义末尾处的结论实质上就是执行审查机关认为可以执行的审查意见。按照日本民事诉讼法的规定,在一般情形下,债务名义如果没有付与或记载此结论是不能直接执行的(小额诉讼判决等除外)。执行文制度的设置是考虑到法律文书并非都有执行力,或者虽有执行力,但执行条件并未成就或债务名义中的给付请求权已经消灭等情况。该制度的作用类似于我国的执行审查制度,只不过我国是以执行法院裁定的方式明确是否予以执行。由于执行文付与与否涉及到债权人或债务人的利益,因此日本法律规定了相应的救济,即债权人在被拒绝付与执行文时,可以提起执行文付与之诉;相应地,债务人则可以就己经付与的执行文提起要求撤销执行文的异议之诉。凡涉及付与执行文实体要件(如作为债务名义的法律文书是否存在或有效等)的争议须通过诉讼加以解决,对其形式要件的争议通过执行文付与异议程序加以处理。详见〔日〕吉野卫、三宅弘人等:《注释民事诉讼法(2)强制执行总则》,文唱堂1985年版,第14页以下,第301页以下。〔日〕扎屋礼二、小野寺规夫:《民事诉讼法辞典》,信山社2000年版,第140页。比较而言,我国虽有执行启动审查制度,但缺失相应的救济。

〔2〕执行救济的概念一般表述为,为了保护当事人和案外人(第三人)的合法权益免受法院的执行行为违法或不当的侵害,法律所规定的救济方法和制度。参见江伟主编:《民事诉讼法》,高等教育出版社2007年版,第470页。这也是大陆法系国家和地区所通用的概念表述。虽然我国不少教科书采用了这一表述,但对于执行行为违法与执行行为不当的区分标准,则几乎没有涉及。原因可能在于人们对实体与程序的不同性质没有深入的认识,对执行行为违法中的法域没有加以区分,既包含实体法,也包含程序法。其实在大陆法系国家和地区,执行行为违法仅指违反执行程序规范。相对地,虽然执行没有违反执行程序规范,但在实体法上却使权利人蒙受损失的情形,就是执行行为的不当。

〔3〕在民事诉讼法修改之前,由于没有设置异议之诉,因此执行救济方法只有两类,即执行异议和执行回转。但也有教科书认为在我国民事执行中实际上已经存在案外人异议之诉,其法律依据是原民事诉讼法第208条。参见前引〔2〕,江伟主编书,第474页。这种认识有失偏颇,该条并没有为案外人异议之诉提供任何法律依据。第208条规定,“执行过程中,案外人对执行标的提出异议的,执行员应当按照法定程序进行审查。理由不成立的,予以驳回;理由成立的,由院长批准中止执行。如果发现判决、裁定确有错误,按照审判监督程序处理。”该条中“按照法定程序进行审查”,显然只是异议审查程序,而非异议之诉的诉讼程序。即使将该条规定的“法定程序”理解为诉讼程序,但因为已经将审查结果限定在“理由成立的,由院长批准中止执行”,也就与异议之诉的功能和作用相去甚远。

明制度，其二是异议之诉制度，其三是执行回转制度。异议声明是执行当事人认为执行存在程序上的违法，对执行机关声明不服，请求予以撤销、更正的制度。其基本特点是基于程序上的事由而予以主张。^{〔4〕}与异议声明不同，异议之诉是以诉的方式实现对执行错误的救济，是原告基于实体上的权利，寻求排除执行机关的强制执行。正是因为涉及实体权利或事项，必须通过诉讼程序加以确定，因此也就必须通过诉的方式加以救济，由法院对实体权利是否存在予以确认，并作出是否排除强制执行的裁决，否则就有违设定民事诉讼的基本要求和诉的基本性质。执行回转是指在执行完毕后，原来的执行根据被法院撤销，为了维护原被执行人的合法利益，法院责令原申请执行人返还其执行财产，拒不返还的，通过强制执行将已经执行的财产返还给原被执行人，从而恢复到执行前状态的一种制度。执行回转与前两种执行救济最大的不同是，执行回转是在执行程序已经结束后，对错误执行的救济。^{〔5〕}

从民事诉讼法第204条的规定看，该条实际上包含了三种救济路径或渠道。第一种是异议声明，即该条前段规定的“执行过程中，案外人对执行标的提出书面异议的，人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查，理由成立的，裁定中止对该标的的执行，理由不成立的，裁定驳回”。这种异议声明由于是由案外人就执行的标的提起的，因此属于案外人异议制度，针对的是该执行涉及的程序上的事项。第二种是审判监督程序，即再审程序，也就是该条中段所规定的“案外人、当事人对裁定不服，认为原判决、裁定错误的，依照审判监督程序办理”。^{〔6〕}只不过该规定并不仅仅限于案外人，还包括当事人。该规定的适用前提是案外人（仅针对案外人而言）不仅对执行标的的错误提出异议，而且认为执行标的的错误是因为执行根据（原判决、裁定）有错误，由于直接涉及原判决、裁定的错误，因此需要通过审判监督程序来解决。^{〔7〕}第三种是案外人异议之诉，即该条后段所规定的“与原判决、裁定无关的，可以自裁定送达之日起十五日内向人民法院提起诉讼”。案外人异议之诉的前提是案外人的异议与原判决、裁定无关，如果与原判决、裁定有关，则应当适用第二种途径即通过审判监督程序加以解决。由于该规定没有限定提起诉讼的主体，因此提起此异议之诉的主体究竟是仅指案外人，还是既包括案外人，又包括债务人，并不十分明确。从第204条前段规定的主体来看，似乎应当仅适用于案外人，但该条中段又插入了“当事人”，似乎又可以理解为既包括案外人，也包括当事人，也就是执行债务人（债权

〔4〕也有学者认为现行法中规定的执行异议不能构成执行救济措施，理由是该异议并不必然引起救济程序（审判监督程序）的发生，侵害权利人的执行行为并没有得到纠正和制约。参见童兆洪：《民事执行前沿问题》，人民法院出版社2003年版，第142页。笔者认为，是否必然引起审判监督程序的启动以及救济效果的大小，并非判断现行法中执行异议是否属于救济措施的标准，而是执行救济措施的设置是否合理的问题。不能否认，能够中止执行也是一种救济效果。

〔5〕在大陆法系国家和地区，例如德国、法国、日本、韩国以及我国台湾、香港、澳门地区的民事执行制度中，均没有类似我国（内地）的执行回转制度，可以说这一制度具有我国（内地）的特色。在没有执行回转制度的情形下，即使原执行根据已经被撤销，如果没有新的执行根据，执行机构也不能通过强制执行恢复到执行前的状态。要想通过执行恢复原来的状态，就需要原被执行人提起要求原申请执行人或债权人返还被执行财产的诉讼，在获得该胜诉判决后，以该判决为执行根据要求予以执行。相对而言，执行回转无须获得新的执行根据便能简便高效地实现救济（法院撤销原判决、裁定或其他法律文书的裁判文书并不是执行根据）。这里涉及一个理论上的问题，即执行程序已经终结之后，再开执行，是否需要执行根据。从理论上讲，执行程序已经结束，如果要实施该执行（回转的执行），也应当具有执行根据。当然，如果将恢复执行前状态作为一种特殊情形对待，也并非不可以，其特殊性在于救济的便捷和高效，不过这种对救济效率的追求与程序的充分保障之间须有一个适当的平衡点。

〔6〕审判监督程序作为一种诉讼上的救济程序，其救济对象是已经生效的判决和裁定，而非直接针对执行行为或执行程序。尽管在再审撤销或变更原判决、裁定后，执行根据的改变会引发执行救济，但它仍然不是一种执行救济方法，而是一种诉讼救济方法。

〔7〕再审的对象显然应当理解为原判决、裁定，而不是驳回异议的裁定。只有认为原判决、裁定有错误的，才能针对原判决、裁定申请再审。并且再审的对象只能是审判程序中的裁判，审判程序以外，包括执行程序中的裁定不应当成为再审的对象。

人通常不可能就执行根据提出异议)。不过,由于该条中段是针对审判监督程序而言的,因此这里的当事人可以仅理解为寻求再审救济的当事人,即在原判决、裁定确有错误时,不仅案外人可以寻求再审救济,当事人(执行的债务人)也可以寻求再审救济。可以肯定的是,异议之诉的对象是执行标的,因此不可能存在对执行标的提出异议的债务人异议之诉,从而排除了该条包括债务人异议之诉的可能。因为对执行标的主张实体上的权利,并以此为根据排除执行的,只能是案外人。从制度设置的应然状态来看,在执行救济中,债务人也可以基于实体上权利而主张执行错误(不是执行标的的错误,而是涉及实体权利的错误,如执行根据中的请求权已经消灭、履行期限延期、存在同时履行抗辩权等,这些错误或违法并不涉及执行根据本身),也可以通过诉讼获得救济。也就是说,在异议之诉的制度体系中,根据诉的对象、目的、主体的不同,异议之诉又分为两类:债务人异议之诉和案外人异议之诉。本文的重心是案外人异议之诉,并主要以程序内容为主,关于两者的具体区别文中也有所涉及。

二、案外人异议之诉的功能和价值

在修改民事诉讼法的过程中,人们对是否需要规定案外人异议之诉以及修改后第204条后段的规定是否可以被理解为案外人异议之诉,一直存在相当大的争议。也正是由于前一争议的存在,才导致了后一争议的延续。^{〔8〕}一种观点认为,在执行过程中,案外人对执行标的的异议如果不涉及原判决、裁定,可以通过一般的民事诉讼加以解决,例如直接向执行债权人或债务人提起确认诉讼,一旦法院确认案外人对该执行标的拥有权利,该案外人就可以以该判决对抗执行,要求撤销对执行标的的执行。

这就涉及案外人异议之诉的功能和结构。在大陆法系国家和地区,案外人(第三人)异议之诉制度是一种重要的执行救济手段和方法。案外人异议之诉是案外人以执行债权人为被告(原则上)向法院提起的要求法院作出不得强制执行或撤销执行程序判决的诉讼,其目的在于阻止或撤销执行机构对执行标的的执行。就此而言,案外人异议之诉与通常的案外人向债权人或债务人提起的涉及执行标的的确认之诉和给付之诉有所不同。确认之诉的目的在于请求确认某种权利义务或法律关系的存在或不存在。原告的请求成立,法院将作出确认其权利义务存在或不存在的判决(积极确认之诉的场合,法院作出确认权利义务存在的判决;消极确认之诉的场合,法院则作出确认权利义务不存在的判决)。给付之诉,针对执行标的的情形,是要求义务人给付执行标的物,请求给付的依据是原告所享有的某种实体权利,如基于所有权的返还请求权。无论是确认之诉还是给付之诉,都不能直接使执行机关立即停止对执行标的的强制执行。在执行程序中,如果案外人欲持确认判决和给付判决对抗执行,则程序上应当先申请停止执行,其根据是民事诉讼法第232条第2项的规定,“案外人对执行标的提出确有理由的异议的”,应当停止执行。但即使法院停止执行,也不等于撤销执行程序。要撤销执行程序依然必须通过一定程序,在域外的相关法律制度中就是提起案外人异议之诉。当然,在修改民事诉讼法时,作为制度的设计和修正,虽然可以直接规定案外人有权获得确认判决或给付判决,并以此为根据要求法院撤销执行程序,但与其这样规定间接实现救济,还不如规定案外人异议之诉直接实现执行救济。

另外,案外人异议之诉只能由执行法院审理和裁判,这就使案外人异议之诉的判决能够很好地得以执行。确认之诉和给付之诉的管辖法院则未必是执行法院,其管辖法院的确定需要根据各

〔8〕其实早在2000年,最高人民法院在起草《民事强制执行法草案》时就提出要建立债务人异议之诉和第三人异议之诉。但由于人们并没有完全理解通过诉的方式予以救济的必要性和基本原理,因而对异议之诉制度的引进予以排斥。

诉的情况，按照相关的管辖规定而定。

案外人异议之诉的被告，原则上是执行债权人或其权利承继人，通常是执行债权人，只有在执行债务人也否认案外人对执行标的的权利时，才将执行债务人作为共同被告。因为拥有执行权利的人只能是执行债权人或其权利承继人，要实现对执行的排除，当然就只能以执行权利人或执行权利的承继人为被告。而确认之诉和给付之诉的被告只能是执行债务人，案外人提起的涉及执行标的上权利义务关系的确认之诉的被告不可能是执行债权人，给付之诉同样如此。

是否需要以诉的形式实现对案外人合法权益的救济也是一个有争论的问题，至少一些人对此存有疑问。需要以诉的方式实现救济，而不是简单地以非诉的执行异议加以救济，关键在于是否涉及实体事项或权利义务问题。如果涉及实体事项，则按照民事诉讼的基本原理应当通过诉讼（判决）程序加以解决，不能由法院通过非诉的方式加以解决。^{〔9〕}过去在考虑执行救济时，并没有考虑争端事项是否涉及实体事项，而是不分实体、程序事项笼统地通过执行异议程序加以解决。虽然有学者在若干年前就已经指出，我国应当区分程序上的执行救济和实体上的执行救济方法，并希望能够建立实体上的救济方法，但由于民事诉讼法修改的滞后，始终没有实现。^{〔10〕}究其深层原因还在于没有树立程序正当化的观念，对程序正当性缺乏充分认识，往往基于权利实现的效率性要求而忽视救济程序的正当性。如果单纯从执行救济的效率出发，就有可能赋予执行机构不通过审判监督程序而直接否定执行根据的权力。正是人们对救济手段和方法与实体和程序的内在联系存在模糊认识，才导致新民事诉讼法中的执行救济依然缺失债务人异议之诉制度，大概认为只要有民事诉讼法第 202 条规定的当事人、利害关系人异议制度便可以实现充分救济。^{〔11〕}

三、案外人异议之诉的性质

案外人（第三人）异议之诉的性质这一命题，实质是案外人异议之诉与其他诉讼的异同问题。对此，人们首先想到的是异议之诉的归类，一旦能够归于某一类，人们就能够十分准确地将预定的类型化规则适用于该诉讼，从经济学的角度而言，有助于提高效率。这也是比较典型的大陆法系司法的思维方式。在大陆法系民事诉讼理论体系中，各法律概念均有相应的法律构成、发生要件、法律后果。以诉为例，不同的诉就有不同的法律构成、发生要件和法律效果。一旦某种诉讼无法归入既定的诉讼类型，一种新的诉讼类型就会诞生，也就要求该种诉在要件、构成、法律后果等方面有其特殊性。关于案外人异议之诉的性质的争论并非是一个单纯的学术命题，也涉及案外人异议之诉的具体适用和相关的立法。

在大陆法系国家，案外人（第三人）异议之诉的性质是一个长期争论的问题，目前还没有能够终结各种争论的学说。在德国和日本，学者所认为的通说是“形成诉讼说”，判例通常也采此种学说。^{〔12〕}该说认为案外人异议之诉属于形成之诉。依照这种学说，当执行机构在执行中不当

〔9〕 参见〔日〕竹下守夫：《日本民事执行法理论与实务研究》，刘荣军、张卫平译，重庆大学出版社 1994 年版，第 54 页。

〔10〕 谭秋贵：《民事执行原理研究》，中国法制出版社 2001 年版，第 391 页。

〔11〕 民事诉讼法第 202 条的一个问题在于，没有明确实体问题和程序问题应当通过不同途径救济，只是笼统地规定“当事人、利害关系人认为执行行为违反法律规定的，可以向负责执行的人民法院提出书面异议”。究竟执行行为违反的是涉及执行程序的规定，还是实体法的规定，并不清楚。按照诉的制度要求，涉及实体权利的争议应该通过诉讼程序加以解决。所以民事诉讼法第 202 条遗留的这一问题还需要通过修改民事诉讼法或制定单行的民事执行法或强制执行法加以修正。

〔12〕 在我国台湾地区，理论和诉讼实务也都以形成诉讼说为通说。参见陈荣宗：《强制执行法》，台湾三民书局 1999 年版，第 177 页；杨与龄编著：《强制执行法》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 201 页。

执行属于第三人的财产时,第三人就具有了诉讼法上对抗该执行的异议权,凭借此异议权,第三人可以提起异议之诉。这种异议权在性质上属于形成权,因为该权利要求法院变更现有的执行法上的关系,即撤销执行机构的不当执行。异议之诉的判决具有撤销执行程序或执行行为的法律效果,这与形成诉讼的基本特点具有一致性。^[13]在原有的诉的种类范畴内,与将异议之诉归为确认之诉的“确认诉讼说”^[14]以及将其归为给付之诉的“给付诉讼说”^[15]相比,形成诉讼说似乎更具有说服力。

形成诉讼说的主要问题是,既然异议权是该诉的诉讼标的,那么按照既判力的一般理论和规则,只有关于异议权存在的判断才具有既判力,而作为异议权基础或原因的实体法上的权利或者实体法律关系只是法院判断的理由,因而不具有既判力。^[16]在实务上也就必然发生如此情形:第三人在异议之诉败诉后,还可以对同一被告(异议之诉的执行债权人)提起要求确认自己拥有对执行标的物实体上权利的确认之诉或要求给付该标的物的给付之诉,因为先前的异议之诉对后诉并没有既判力,因此不能约束后诉法院的判断。为了消除这一缺陷,有学者试图借助新诉讼标的理论^[17]和争点效理论^[18]对形成诉讼说进行修正,以使前诉法院对异议权基础或原因的实体权利或实体法律关系的判断同样对后诉法院具有约束力,防止法院作出相互矛盾的判断。这种观点就是所谓“新形成诉讼说”。^[19]但这种观点以新诉讼标的理论和争点效理论作为修正的支撑点,自然也就因为这些理论自身的缺陷或说服力不足而欠缺牢固的基础。

国外有学者在研究异议之诉的过程中,鉴于传统的诉的种类难以说明异议之诉的特殊性,寻求将异议之诉作为一种超越原有诉的种类或单一诉讼类型的新型的特殊诉讼加以对待。由于不受传统诉的类型的约束,因此解释也就比较灵活。这些学说主要有“诉讼救济说”和“命令诉讼说”。诉讼救济说认为,异议之诉是确认之诉和形成之诉的合成,不属于其中单一的某种诉,即一方面具有确认的法律效果,另一方面也具有排除执行的形成效果,这样就克服了单一的形成诉讼的既判力难题,又克服了单一的确认诉讼判决无执行力的问题。^[20]

[13] 形成之诉的目的在于要求法院变动既有的法律关系,这种变动既包括变更,也包括撤销和解除等变动形态。关于形成之诉,参见[日]新堂幸司:《民事诉讼法》,林剑峰译,法律出版社2008年版,第149页;张卫平:《民事诉讼法》,法律出版社2005年版,第38页。

[14] 此种观点又分为诉讼法上的确认诉讼说和实体法上的确认诉讼说。基本观点是,异议之诉的目的在于要求法院确认第三人享有排除执行的权利,一旦确认第三人对执行标的的权利存在,执行机关就应尊重法院的判决,接受判决的反射效力,也就当然不得实施强制执行,因此异议之诉为确认诉讼。该学说由日本学者兼子一、小野木、菊井维大等教授所提倡。该学说最大的瓶颈是,确认诉讼的判决何以有执行力,没有执行力如何排除原执行机关对执行标的物的执行。如果以判决的反射效力加以解释,则更大的问题是,确认之诉与给付之诉的主要区别将被颠覆。关于确认诉讼说及问题点,详见前引[1],吉野卫等书,第498页;前引[12],陈荣宗书,第185页。关于判决的反射效力,参见前引[13],张卫平书,第116页。

[15] 给付诉讼说之所以认为异议之诉的性质为给付诉讼,系认为异议之诉的诉讼标的为原告要求执行债权人不得为强制执行,或返还执行财产等就是给付请求的内容。此说由日本学者吉川大二郎所提倡。关于此说,参见前引[1],吉野卫等书,第500页;前引[12],陈荣宗书,第179页。

[16] 陈荣宗教授针对形成诉讼说的这一问题,提出应当坚持给付诉讼说,认为该诉的诉讼标的并不是执行异议权,而是作为异议权基础的实体权利或实体法律关系。并进一步论证认为,案外人异议之诉与民法上要求排除侵害或防免侵害发生的诉讼系同样性质,都属于给付诉讼,不同之处仅在于造成侵害的事实有所不同,前者是侵害人假借(利用)执行机关的行为导致侵害发生,后者系直接由侵害人造成。此说有相当的说服力。不过笔者认为,如果将诉讼标的直接视为实体权利或实体法律关系,则难以解释法院在请求成立的情况下直接裁判撤销执行法院的执行行为或程序。因为执行机关与执行债权人毕竟不是同一主体,该判决的既判力主体和执行力的主体均不可能涉及到执行机关。

[17] 关于新诉讼标的理论,参见张卫平:《民事诉讼:关键词展开》,中国人民大学出版社2005年版,第179页。

[18] 关于争点效理论,参见前引[13],新堂幸司书,第492页以下。

[19] 参见前引[12],陈荣宗书,第179页。

[20] 该学说为日本学者三月章、石川明等教授所提倡。参见前引[1],吉野卫等书,第498页;前引[12],陈荣宗书,第181页。

命令诉讼说与诉讼救济说在诉讼作用和目的的双重性方面有相同之处，即认为第三人异议之诉既解决第三人与执行债权人之间关于执行标的物的实体权利关系的争议，同时也解决第三人与执行债权人之间关于执行标的物的执行关系争议。从审判对象来看，实体权利关系和执行关系都是第三人异议之诉的审判对象。因此，第三人异议之诉的判决不仅对执行关系具有调整作用，在第三人的请求成立时排除对标的物的执行，同时对实体权利关系也具有既判力。与命令诉讼说不同的是，诉讼救济说认为，之所以需要救济是因为执行机构的执行存在瑕疵，一旦确定其瑕疵存在，法院就应当作出判决变更执行，实现对权利的救济。命令诉讼说则认为，执行机关是否有瑕疵不是执行关系诉讼的对象，因为执行关系诉讼属于私法关系的诉讼。^{〔21〕}第三人异议之诉的胜诉判决为执行机关设定了相应的义务，即宣告执行机关须为一定的行为，在这一点上具有其特色，它不属于任何一种既有的诉讼类型。这里的命令并非是指职务关系上的命令，而是设定特定的义务。^{〔22〕}

如何正确确定案外人（第三人）异议之诉的性质是一个比较复杂的问题，复杂性在于其性质的界定必须照顾以下几方面：第一，诉讼类型的划分根据；第二，异议之诉的目的、作用；第三，异议之诉的诉讼标的与诉讼标的理论；第四，异议之诉的既判力，如何得以防止前诉与后诉的矛盾；第五，争议中多重法律关系的存在；第六，公法与私法的不同性质。如果能够同时兼顾以上几个方面，并予以充分说明，那么从学术角度而言就是能够成立的学说。但难点在于这几个方面相互之间大多存在约束或牵制关系，在解释方面容易顾此失彼，难以周全、自洽。且上述各个方面中所涉概念、内涵均有一定的延展空间，人们的认识存有较大差异，因此难以普遍认同某种观点。笔者赞成命令诉讼说，虽然该说将异议之诉作为一种特殊诉讼类型对待，会遭遇诉的类型重新划分的根据问题，但相对较好地处理了上述几个方面的关系，基本上做到了理论上的自洽。

尽管学术界尚未有定论，但学术研究与具体司法之间毕竟有所不同，学术研究主要是为合理的司法适用和立法提供在理论与正当性上自洽的解释。就司法和立法上的处理而言，主要应注意防止前诉与后诉的矛盾裁判，这是关键点，是司法实践中必须回答和处理的问题，尤其是我国司法逐步进入精细化阶段，这些问题更为重要。

四、案外人异议之诉的诉讼程序

（一）案外人异议之诉的适用范围

案外人异议之诉适用于所有对财产的强制执行。从执行的对象来看，不仅包括对金钱债权的执行，也包括对物的交付的执行，只要涉及对财产的执行，案外人都可以提起异议之诉。在财产的形态方面，既不问系动产、不动产，也不问是船舶等有形财产还是债权等其他财产的强制执行。

从执行根据来看，案外人异议之诉可适用于依据任何执行根据所进行的强制执行。例如，法院制作的已经发生法律效力的民事判决书、裁定书、调解书、支付令和决定书，也包括法院制作的具有财产执行内容的刑事判决书、裁定书和调解书；仲裁机关的仲裁裁决书和调解书；公证机构制作的、已经发生法律效力并依法赋予强制执行力的债权文书等等。

从执行的内容来看，无论是财产交付的执行，还是对诉讼中法院对财产所采取的保全措施的

〔21〕 所谓执行关系诉讼，是指因执行所引起相关诉讼，如债务人异议之诉、案外人异议之诉、分配异议之诉、执行文异议之诉、执行文付与异议之诉等。这些诉讼涉及的是私法上的实体权利，争议的对方也不是执行机关，因而属于私法关系的诉讼。

〔22〕 关于命令诉讼说，参见〔日〕竹下守夫：《第三人异议的构造》，《法曹时报》第29卷第5号，第794页。

执行,也都属于案外人异议之诉的适用范围。对保全财产的执行,即使规定了财产保全异议程序,^[23]也不影响案外人就保全财产提起异议之诉,两者属于不同的救济方式。

(二) 案外人异议之诉的当事人

案外人异议之诉不同于一般的民事诉讼,也不同于债务人异议之诉,一个十分重要的特点就在于当事人方面。关于当事人,可以从案外人异议之诉的原告和被告两个方面进行分析。

1. 案外人异议之诉的原告

案外人异议之诉的原告自然应当是案外人。这里的案外人是指执行根据效力主体范围之外的人,也可以直接表述为执行当事人以外的第三人,即执行当事人以外的其他人。^[24]但似乎“执行根据效力主体范围之外的人”这一表述更为稳妥和准确一些。这里应当注意的是,执行根据效力的主体范围并非仅限于执行根据中直接载明的权利人和义务人,不仅包括原判决书中的原告、被告、享有权利的有独立请求权的第三人和承担民事责任的无独立请求权的第三人,还包括在执行中承继或承担执行根据中权利义务的人。因此,从排除的角度讲,所谓案外人应当是这些执行当事人以外的人。如果从肯定的角度讲,案外人应当是对执行标的拥有实体权利的人,如执行财产的共有人、案外人的债权人(案外人的债权人为了保全债权可以代位该案外人提起该异议之诉,因此,案外人异议之诉的原告也应当包括案外人的债权人)、对执行标的物拥有管理权和处分权的人(例如对破产财产拥有管理权的破产清算组、对遗产拥有管理权、处分权的遗产管理人或遗嘱执行人)。^[25]

2. 案外人异议之诉的被告

案外人异议之诉的被告应当是该诉原告诉讼请求的对方。从这个意义上讲,被告应当是本案的执行债权人。这不仅指执行根据中载明的权利人,也包括其权利承继人;既包括自然人,也包括法人或其他组织。否认案外人权利的债权人为二人以上时,二个以上的债权人为共同被告。此种情形下,该诉的性质为必要共同诉讼,还是普通共同诉讼,与案外人异议之诉的性质、目的、作用以及共同诉讼的划分依据有关。例如,需要考虑数个被告所依据的执行请求权是否源于同一执行根据,如果是同一执行根据,则为必要共同诉讼,如果不是同一执行根据,则为普通共同诉讼。

在案外人异议之诉的被告这一问题上,存在的争议是,当案外人与债权人和债务人之间就执行标的的权利发生争议时,案外人能否在对债权人提起要求排除执行的诉讼的同时,向债务人 also 提起有关执行标的物的诉讼,并且实现两诉的合并审理?如果可以合并审理,则法院应分别判决,还是应合一判决?

根据日本民事诉讼法第 38 条的规定,案外人(第三人)既可以分别向执行债权人和执行债务人提起诉讼,法院分别审理、裁判,也可以同时向债权人和债务人提起诉讼,如果同时起诉,法院可以合并审理,但仍然应当分别判决,而非合一判决。因为日本法的理论认为,第三人与债权人和债务人之间的诉讼属于普通共同诉讼,^[26]债权人和债务人为普通共同诉讼的被告。既然

[23] 民事诉讼法第 99 条规定:当事人对财产保全或者先予执行的裁定不服的,可以申请复议一次。复议期间不停止裁定的执行。

[24] 在大陆法系国家的民事执行救济中,案外人异议之诉制度被称为第三人异议之诉制度。在民事诉讼中第三人均有当事人以外其他人的含义,从这个意义上讲,第三人异议制度的名称也许更适当一些。但由于我国民事诉讼法已经使用了“案外人”以及“案外人异议”这些概念,扩展使用“案外人异议之诉”这一概念也是合适的。

[25] 参见前引[12],杨与龄编著书,第 203 页;前引[2],江伟主编书,第 474 页。

[26] 日本民事诉讼理论中的普通共同诉讼与我国民事诉讼理论通常所说的普通共同诉讼有较大差异。这种差异不仅体现在共同诉讼的分类根据上,同时也体现在普通共同诉讼的要件上。例如,我国通说认为普通共同诉讼应当是诉讼标的系同种类,法院予以合并的情形,而日本法理论则没有这样的要求。所以,尽管第三人与债权人和债务人之间的诉讼标的种类不同,但日本法仍然认为是普通共同诉讼。

是普通共同诉讼，即使针对债权人的诉讼原告胜诉，对执行标的的执行解除，案外人针对债务人的诉讼依然可以维持。^{〔27〕}

我国台湾地区民事执行法第15条规定：“第三人就执行标的物有足以排除强制执行之权利者，得于强制执行程序终结前，向执行法院对债权人提起异议之诉。如债务人亦否认其权利时，并得以债务人为被告。”理论上，学者认为，第三人异议之诉的被告原则上应当是执行根据中的权利人或其权利的承继人。作为例外情形，在债务人否认案外人对执行标的物所主张的权利时，第三人有将执行债务人同时作为被告一并起诉的必要。^{〔28〕}之所以将债务人作为被告，是由于第三人提出异议之诉的意图在于排除执行程序，维护自己的权利。如果债务人不对第三人的实体权利予以否认，该第三人也就没有必要将债务人作为被告。但如果债务人予以否认，就表明执行债务人与第三人之间就执行标的物的实体权利存在争议，因此有必要将债务人作为被告，通过诉讼加以解决。在以债务人为被告的案外人异议之诉中，实际上包含着两个目的，即确认案外人对执行标的的权利和排除对执行标的的执行。也可以说，这种诉讼存在两个诉讼标的，其一是案外人与执行权利人之间的法律关系；其二是案外人与执行义务人之间的法律关系。

与日本不同，我国台湾的理论界和实务界的通识是，虽然第三人对债权人和债务人的诉讼是两个不同的诉讼，但为了防止两个诉讼裁判之间的相互矛盾，应当共同诉讼，合一裁判，其性质应为类似必要共同诉讼。^{〔29〕}即一旦选择对执行权利人和执行义务人的共同诉讼，法院应当合一确定，不得分别裁判。如果第三人对债权人和债务人提起的涉及执行标的的诉讼不能合一确定，有可能导致这样的后果，即对债权人的诉讼胜诉，而对债务人的诉讼败诉，第三人对执行标的的并无实体上权利，却能够对抗强制执行，这显然自相矛盾。但是，正如有学者所言，第三人向债权人提起的诉讼与向债务人提起的诉讼标的不同，前者为第三人异议之诉，后者为普通的民事诉讼，或为确认之诉或为给付之诉，不同的诉讼标的和不同诉讼合一确定，在理论上缺乏根据。^{〔30〕}当然，如果第三人仅仅对执行债务人提起诉讼，该诉讼为一般的民事诉讼，不是第三人异议之诉。^{〔31〕}

笔者认为，从理论上讲，第三人异议之诉与第三人向债务人提起的诉讼是两个不同的诉讼，因此，分别诉讼是无法阻止的。一旦分别诉讼，在有些情况下，也就难以避免两诉裁判的矛盾。从避免裁判矛盾的角度出发，合一确定两个诉讼是符合司法正义的要求的，因为毕竟两个诉讼与同一执行标的有关，可以认为这种关联性就是合一确定的正当根据。

（三）异议事由

异议事由是指案外人提起异议之诉的理由，也称为“异议原因”，也就是可以排除强制执行的实体上的理由，这种实体理由的具体内容是异议当事人所享有的某种足以排除对执行标的实施强制执行的实体权利。如果不是实体权利，则不能通过诉的形式获得救济。这种能够对抗强制执行的实体权利的范围和种类是以实体法的规定为根据的。与案外人异议之诉的事由不同，债务人异议之诉的事由可以是执行债权消灭或者存在其他妨碍债权请求权发生的事由（这里所指事由均

〔27〕 前引〔1〕，吉野卫等书，第543页。第三人同时向债权人和债务人提起诉讼，法院合并审理，在性质上为普通共同诉讼，不仅为日本学界通说，亦为德国学界通说。

〔28〕 前引〔12〕，陈荣宗书，第192页。

〔29〕 类似必要共同诉讼，是指数人对作为诉讼标的的法律关系虽然不要求必须一同起诉或应诉，当事人可以选择一同起诉或应诉，或者分别起诉或应诉，但一旦选择共同诉讼，则必须对共同诉讼人的诉讼标的作合一确定。虽然民事诉讼法没有规定类似必要共同诉讼，但其他法律，例如担保法，就已经规定了类似必要共同诉讼。参见前引〔13〕，张卫平书，第151页。

〔30〕 前引〔12〕，陈荣宗书，第193页。

〔31〕 前引〔12〕，杨与龄编著书，第203页。

是执行根据成立以后所发生的事由,不受原执行根据的约束,例如执行债权因执行债务人在执行根据成立后、执行开始前的清偿而消灭)。案外人异议之诉的事由并不直接对抗或否定执行债权本身。

从实体权利的大类而言,以下实体权利可以成为异议事由:所有权、^{〔32〕}用益物权、担保物权(质权、留置权、抵押权)、收取权、债权。除此之外,对受法律保护的占有物和已采取诉讼保全措施的保全之物也不能够实施强制执行。^{〔33〕}

(四) 案外人异议之诉的提起

1. 提起的期间

关于案外人异议之诉提起的时间,我国民事诉讼法明确规定在异议审查法院驳回异议的裁定送达之日起15日内向人民法院提起诉讼。在理论上,由于案外人异议之诉的目的在于排除对执行标的的强制执行,因此异议之诉应当在对执行标的的执行程序终结^{〔34〕}前提出,否则没有意义。^{〔35〕}域外法并没有规定具体的提起诉讼的期间限制,可以理解为应在对执行标的的执行程序开始之后,该执行程序终结之前提起诉讼。在执行程序开始之前,由于没有执行程序存在,也就无所谓执行标的,虽然在执行程序开始前也可以就执行开始之后可能成为执行标的的财产提起诉讼,但只能是一般的民事诉讼,例如确认之诉。

我国民事诉讼法特别限定案外人提起异议之诉的期间,其意义可能在于促使案外人尽快行使诉权,以提高执行的效率。不过,这样的限定存在讨论的余地,因为如果案外人异议之诉应当在对执行标的的执行程序存在的期间内提起,那么专门规定驳回异议的裁定送达之日起15日内这一期限似乎就没有了实际意义。

2. 管辖法院

关于案外人异议之诉的管辖法院,大陆法系国家和地区均规定为执行法院。所谓执行法院,就是指具体实施强制执行措施的法院。因为案外人异议之诉的目的在于通过审判排除执行,因此由执行法院作为审理法院,既方便调查审理,也便于判决的执行,符合我国民事诉讼法确定管辖的“两便原则”。委托执行的,受委托执行的法院为执行法院,当然是案外人异议之诉的管辖法院。

3. 案外人异议是否为异议之诉的前置

我国民事执行中案外人提起异议之诉的另一个问题是,如何理解案外人异议与案外人异议之诉这两种程序的关系。按照民事诉讼法的规定,案外人可以自裁定(驳回案外人异议的裁定)送达之日起15日内提起案外人异议之诉。那么案外人异议是否是案外人异议之诉的前置程序?如果是前置程序,则只有在法院驳回案外人异议的裁定作出并送达之后案外人才能提起异议之诉。从案外人异议之诉以实体事项为基础,而案外人异议以程序事项为基础来看,两者是不同的救济途径,没有必然关联,因此案外人异议并非案外人异议之诉的前置程序。即使没有提起案外人异议或者案外人异议提出后、法院裁定之前,案外人也可以在具有实体上的事由时,提起案外人异

〔32〕 日本民事执行法第138条第1项将对执行标的拥有所有权明确作为排除执行的事由,突出了所有权的特殊地位。事实上,在案外人异议之诉的异议事由中最多的就是对执行标的的主张所有权的情形。

〔33〕 关于异议事由,可参见前引〔1〕,吉野卫等书,第507、544页;前引〔12〕,杨与龄编著书,第204页以下。

〔34〕 针对执行标的的强制执行程序与针对执行义务人的强制执行程序并不完全重合,在有的情形下本案的强制执行程序虽然已经开始,但针对具体的执行标的的强制执行未必已经开始;相应的,针对特定的执行标的的执行程序可能已经结束,但针对义务人的整个强制执行程序并没有结束。例如在执行开始后,执行法院已经通过拍卖程序将执行标的的拍卖,并将拍卖所得价款交付执行权利人,但执行权利人的权利并未得到全部满足。

〔35〕 案外人在强制执行程序中虽然提起了异议之诉,但在取得胜诉判决前并不能阻止对执行标的的执行,一旦在此期间执行标的的已经被执行,异议之诉也就丧失了意义。

议之诉。从民事诉讼法的规定来看，立法者也许认为人们在寻求救济时并不考虑救济方法和途径在实体与程序上的这种差异，因此设置这样的规定，但并不意味着案外人异议具有程序前置性。

4. 提起案外人异议之诉的效果

法院受理案外人异议之诉后，并不当然停止^{〔36〕}对执行标的的强制执行。但为了防止执行标的的错误所造成的损失，应当考虑在某些情形下停止对执行标的的继续执行。对此，可考虑两种情形。其一，由法院判断是否有必要停止，判断的标准自然是异议理由成立的可能性程度，如果明显有理的，可以依职权裁定中止执行。不过，这种做法因给予法官较大的自由裁量权而容易遭受质疑。其二，在案外人提出停止执行的申请并提供担保的情形下，法院可以停止执行。由于案外人已经提供担保，所以更容易为执行债权人所接受。但如果执行债权人也提供担保，要求继续执行，法院是否应当继续执行？对此情形，笔者认为不能简单地一概而论，应当根据执行标的的具体情形，由法院根据公平原理自由裁量，如应当考虑异议成立与否的程度，如果异议成立的可能性大，即使债权人提出担保，也未必继续执行。

五、案外人异议之诉的判决及效力

法院对案外人异议之诉进行审理后，认为案外人主张的事由成立的，应当作出撤销执行程序的判决。判决生效后还需要原告提出该判决正本（执行机关只能以判决正本为根据），执行程序才能停止，执行法院才能依据判决撤销已经实施的执行程序或行为。由于案外人异议之诉的判决仅仅是排除对执行标的的强制执行，即排除执行力对特定标的物的强制执行作用，因此既否定执行根据的既判力，也不否定执行根据的执行力。对执行标的的强制执行的错误在于执行力指向的错误，而不在于有无执行力，也不在于执行根据的错误。^{〔37〕}也正因为如此，才使得案外人异议之诉不受作为原执行根据的判决既判力的约束。^{〔38〕}与案外人异议之诉不同，债务人异议之诉虽然也不涉及作为执行根据的原判决的既判力，但会导致执行根据执行力的丧失。这是由于案外人异议之诉与债务人异议之诉的目的不同，确切地讲，债务人异议之诉就是以否定执行根据的执行力为目的的，两者的区别十分明显。两种诉的目的差异也说明确立债务人异议之诉非常必要，如此才能完善执行救济体系。

就异议之诉判决的既判力理论而言，如果异议之诉的诉讼标的是排除执行的异议请求权（按照形成诉讼说的观点），那么法院作出的排除执行的判决仅仅承认排除执行的异议事由存在，对异议请求权存在的法律关系没有既判力。按照既判力理论，^{〔39〕}即使案外人在异议之诉中败诉，执行已经结束，案外人仍然可以向获得执行标的的财产的执行权利人另行提起损害赔偿诉讼和返还不当得利的诉讼。当然，按照本文前述的命令诉讼说的观点，由于异议之诉的判决对实体权利或实体法律关系也有既判力，因此案外人不能就此实体权利和实体法律关系再行提起诉讼。

另一方面，在债务人作为共同被告的异议之诉中，被告方败诉的，债务人能否对案外人另行提起确认之诉或给付之诉，也与对案外人异议之诉的诉讼标的和性质的理解和判定有关。如果将

〔36〕 本文此处使用“停止”而没有使用“中止”，是因为中止是一个法律概念，中止的发生须有法定事由。

〔37〕 判决、裁定以及其他执行根据可以因为多种原因丧失执行力，例如债务已经履行、债务因和解已经免除，等等。执行力的丧失并不影响执行根据的其他效力。

〔38〕 如果要推翻作为原执行根据的判决的既判力，则只能通过再审这种特别的救济程序才能实现。民事诉讼法第204条后段关于“与原判决、裁定无关”的表述也指明案外人异议之诉的诉讼标的与原判决、裁定的标的并不同一，因而不会违反一事不再理的司法惯例和原则。

〔39〕 关于判决的既判力理论，可参见前引〔2〕，江伟主编书，第346页以下。

案外人异议之诉中案外人对债务人的诉讼标的理解为争议的实体法律关系,其诉的性质为确认之诉,则该诉讼判决的既判力将阻止债务人在败诉后另行提起与该争议的法律关系有关的确认之诉。从案外人异议之诉的实际构成来看,案外人以执行债权人或执行权利人为被告的诉讼请求是排除对执行标的的强制执行,争议的是案外人是否具有排除其强制执行的异议权(按照形成诉讼说的观点);而案外人以执行债务人或执行义务人为被告的诉讼请求是要求法院确认案外人对执行标的的拥有某种权利,争议的是案外人是否拥有某种实体权利,而不是对执行标的的异议权。债务人否认案外人具有排除强制执行的权力,是因为债务人认为案外人对执行标的的不具有实体上的权利,而自己拥有该权利。所以,案外人与债务人之间争议的实质是谁真正拥有该项权利,如果案外人没有该项权利,也就间接否定了其异议权。因此,债务人在案外人异议之诉中败诉的,不能另行提起确认之诉或给付之诉。

六、案外人异议之诉与确认之诉、给付之诉的关系

如前所述,案外人向执行债务人提起确认之诉、给付之诉并不能替代案外人异议之诉,案外人异议之诉具有自己独特的功能和意义,具有自己独立存在的价值。于是就存在案外人异议之诉与案外人以执行债务人为被告所提起的确认之诉、给付之诉相互之间的关系问题。该问题又具体包括两种情形:其一,在执行程序中,案外人并不提起异议之诉,而是向执行债务人提起涉及执行标的的确认之诉或给付之诉,是否应当允许这种做法?其二,如果允许案外人提起确认之诉或给付之诉,那么在执行过程中,一个案外人提起确认之诉或给付之诉,而另一案外人提起异议之诉,此时应当如何处理?

关于第一个问题,从诉权理论上讲,只要认为与自己具有实体法上利害关系的人都有权自由提起确认之诉或给付之诉,这一点应该没有疑问。但在实践中,案外人在提起诉讼后,可能与被告即执行债务人达成调解协议,形成调解书,可能以该调解书对抗对债务人的执行,至少可以使执行中止。因此,有人主张限制或禁止案外人提起与执行标的有关的确认之诉或给付之诉。但是,案外人提起确认之诉或给付之诉虽然涉及执行标的,但并不涉及原判决,既不违反一事不再理的司法惯例,也不违反前诉判决的既判力,不能以一事不再理或违反既判力为由禁止案外人提起确认之诉或给付之诉。

从司法实践来看,案外人提起确认之诉或给付之诉,尤其是确认之诉,很可能是与债务人合谋通过调解协议对抗债权人对执行标的的强制执行。因为如果案外人欲以法院的判决来对抗对标的的强制执行,更直接的方法应当是提起案外人异议之诉,而不是绕弯提起确认之诉或给付之诉。虽然民事诉讼法明确规定在事实清楚的前提下方能形成调解,但实际上由于当事人处分权的行使,这种外在的要求很难实现。也就是说,实际上很难避免案外人与债务人通过确认之诉或给付之诉中的调解恶意共谋对抗对执行标的的执行。那么,是否可以禁止案外人与债务人在确认或给付之诉中达成调解协议,以防止案外人与债务人之间的恶意共谋?这在理论上的难度与限制或禁止案外人提起确认之诉或给付之诉的情形是相同的,因为很难断定调解协议的达成是否是双方恶意共谋的结果。而且除达成调解协议外,当事人还可以通过对事实的自认等其他行使处分权的方式达到恶意共谋的目的。如果要限制当事人的处分权,则涉及民事诉讼的原则问题或者说底线问题。虽然可以以侵害第三人合法权益为由限制当事人的处分权,但合法权益本身的界定依赖于本案诉讼,本案诉讼的请求成立则执行债权人执行利益的合法性就会被动摇。对这一问题,可以从另一个视角来看,即尽管调解是在法院主持下达成的,但毕竟是当事人双方自由处分的结果,不能以当事人自由处分的结果对抗形式上具有合法性的强制执行,能够对抗强制执行的只有法院

对执行予以否定的判决，法院的否定判决使强制执行不再具有合法性。这是限制当事人自由处分的合理理由。

第二个问题的实质是，如果此案外人已经提起案外人异议之诉，法院是否还应当受理彼案外人就同一执行标的提起的确认之诉或给付之诉；或者相反，此案外人已经提起确认之诉或给付之诉，法院是否还应当受理彼案外人提起的涉及同一执行标的的案外人异议之诉；即前后两诉的关系问题。这里所谓已经提起前一诉讼，包括三种情形，其一，前一诉讼已经为法院受理，但尚未作出裁判；其二，法院对前诉已经作出裁判，但裁判尚未生效；其三，法院作出的裁判已经生效。前两种情形涉及一事不再理的问题，后一情形涉及裁判的既判力问题。在执行过程中，无论此案外人提起确认之诉还是案外人异议之诉，只要涉及同一执行标的，前后两诉之间有可能发生矛盾的，就会违反一事不再理的审判惯例和理论。在理解一事不再理的审判原则时，不仅要看诉讼标的是否同一，更重要的是看两诉的裁判是否可能发生冲突和矛盾。就具体的诉讼而言，案外人提起的确认之诉或给付之诉的诉讼标的与案外人异议之诉的诉讼标的有可能是不同的。例如，此案外人所提起的异议之诉是基于所有权这一实体权利主张执行标的物为自己所有，不应成为执行标的；彼案外人提起的后诉（给付之诉）却是基于买卖所得要求履行债务给付执行标的物。按照传统的诉讼标的理论，前诉的诉讼标的是所有权法律关系，后诉的诉讼标的是买卖法律关系，诉讼标的不同。但是，前诉与后诉有可能发生矛盾，因此，在前诉系属之后，后诉便不当受理，即使已经受理，法院也应当中止审理。

结 语

在实践中，不仅“执行难”的问题为社会所关注，执行违法和不当执行的问题也同样为人们所关注。因此，立法和司法政策一方面应当强化执行措施，在执行制度层面提高执行的有效性；另一方面也应当加强对执行违法和不当执行的救济，在制度体系上构建一个体系化的、相互协调、整合的执行救济系统。案外人异议之诉是大陆法系执行救济体系中的一环，它的构成和运行有相应的理论和制度作为支撑并加以规制。我国民事诉讼法虽然设置了这一制度，但在法律规定方面仅仅“指示”了一种途径，没有规定实际运行所需要的制度构成。另一方面，这一制度的运行更缺乏相应的制度、理论甚至观念的支撑。形象地讲，也就是缺失制度运行的硬件和软件。我国的案外人异议之诉取法域外，我国的体制环境与域外存在差异，是不争的事实。因此，执行救济问题和“执行难”的有效化解一样，还需要执行环境的改善和纯化。

Abstract: § 204 of the new Civil Procedure Law of China stipulates that, “If, during the course of enforcement, a person who is not involved in the case raises a written objection to the subject matter of the enforcement, the people’s court shall review the written objection within 15 days after receiving it. If the objection is tenable, the people’s court shall rule to suspend the enforcement on the subject matter; and if the objection is untenable, it shall be rejected. If a person who is not involved in the case or a party involved is not satisfied with the ruling and considers that there is an error in the original judgment or ruling, it shall be dealt with according to the procedure of adjudication supervision; and if a written objection is irrelevant to the original judgment or ruling, the relevant party may file a lawsuit with the people’s court within 15 days after the ruling is served.” That is to say, if the error concerning the subject matter of enforcement is not attribu-

ted to the original judgment or ruling, a person who is not involved in the case can achieve the relief for his substantive rights by way of filing a lawsuit. However, there exist still some questions about the so said lawsuit, such as its function and nature, its plaintiff and defendant, its area of application, etc., which should be clarified.

According to the tradition of civil law system, there are principally three types of lawsuits, that is, the lawsuit for performance, for confirmation and for alternation. But the so said lawsuit belongs to none of them. It is a special type of lawsuit, having dual functions and purposes, that is, to confirm the substantive right of the plaintiff on the subject matter of enforcement, and meanwhile to order the enforcement organ to terminate or withdraw the enforcement on the subject matter. To the contrary, in a pure confirmation or alternation suit, such dual purposes cannot be satisfied.

The plaintiff of the so said lawsuit is the person who is not involved in the original case but argues substantive right on the subject matter of enforcement. Usually, the defendant of the so said lawsuit is the applicant of enforcement, only in special circumstance can the obligor of the original case also be the defendant. The so said lawsuit can be applied as long as the subject matter of enforcement is about property.

Keywords: relief for error of enforcement, action filed by a third person on the subject matter of enforcement, lawsuit for order
