



熊才別號養三籍隸浙江杭縣歷任遼陽地方
審判廳長奉天高等審判廳庭長兼任奉天法
政專門學校教授旋復調任鐵嶺地方審判廳
長河南高等審判廳推事仍留廳長原資嗣因
病辭職經大總統指令照准來京改充律師
當選爲北京律師公會副會長全國律師協會
理事歷辦要案兼在直隸高等審判廳管轄區
域內執行律師職務著有商標法要義特別訴
訟程序法詳論等書現設法律事務所於北京
崇文門內益甲廠六號電話東局四一八九號

序一

民事訴訟條例頒行後不佞曾有釋義之作其上卷已印行中下二卷本定今歲次第出版顧以頃來從公渺暇日力所餘勉事纂述進行殊緩承海內人士不遺曹陋多有寓書相促者而事與願違深愧無以屢讀者之望近熊君養三著有特別訴訟程序法詳論於余未竟之功已不啻代完其一部分熊君爲好學深思之士任法官暨從事律師有年此書雖未窺全豹然信其攷求法意必已周洽無間其裨益於法界者固非淺鮮余雖紛冗喜同志之不孤操簡執削以從君後商量邃密心

序 言

竊企之矣

民國拾壹年玖月孝感石志泉序

二

序二

民事訴訟條例近因世局推移社會需要急遽以命令公布其所踐程序出入之間關乎吾人利害甚鉅凡屬國民當然受其拘束即當然應知其義且其中特別程序一編值此延訟之風幾靡全國尤係補偏救蔽爲目前切要之圖惟世無盡利無弊之事容有矯枉過正之時苟吾人平時不求甚解而遇事復失措張皇則小民手胼足胝錙積銖纍所欲賴以維護生命之泉淵或將因不諳程序於不知不覺中失却幾多應享之權利矣夫果若是則此項程序之法意及其實際之運用不僅

爲一般人應具之常識而吾人研究法律既忝有一日
之長則對於社會貢獻自亦有相當之任務在也惟鄙
人服務渺暇倉卒屬稿魯魚之誤知所難免尙希
海內宏碩加以糾正則不惟著者獲賜也已

民國拾壹年拾月熊才識於京寓

特別訴訟程序法詳論上卷目次

緒言

特別訴訟之意義——設置特別訴訟之理由

第一編 證書訴訟

第一章 意義

(壹) 性質

(貳) 特別訴訟

(參) 保留判決

第二章 要件

(壹) 實體的要件

(一) 要以可存物之一定數量為標的之財產上請求——(二) 要能以證書證明原告請求原因之事實

(貳) 形式的要件

(一) 訴狀內要証明提起證書訴訟之陳述并求給付判決之聲明
(二) 要附證書原本或繕本於訴狀或辯論日期前之準備書狀

第三章 程序

第一節 判決前程序

目次

(壹) 起訴程序.....一九

(貳) 就審期間.....二〇

(參) 起訴效力.....二〇

(肆) 言辭辯論.....二一

 (一) 妨訴抗辯——(二) 提起反訴——(三) 證據方法——

 (四) 表示停止審判訴訟之意思——要件——效力——移轉之效力——存續之效力

第二節 判決程序及上訴程序.....二八

(壹) 原告敗訴之判決.....二八

 (一) 訴訟判決——(二) 實體判決

(貳) 被告敗訴之判決.....三〇

 (一) 不保留被告行使權利之判決——(二) 保留被告行使權利之判決

(參) 上訴程序.....三五

第三節 嗣後程序.....三六

(壹) 開始.....三七

(貳) 言辭辯論.....三八

(參) 終結.....三九

 (一) 維持前判決之判決——變更前判決為駁斥原告之訴之判決

(肆) 嗣後程序與對於保留判決上訴程序之關係.....四一

◎附錄各種文例.....四三

(壹) 原告敗訴之判決五九一條之應用.....四三

(貳) 被告敗訴之認諾判決四五六條之應用.....四四

(參) 嗣後程序原告勝訴之判決五九五條之應用.....四五

(肆) 嗣後程序原告敗訴之判決五九五條之應用.....四七

(伍) 保留判決五九四條之應用.....四八

第二編 票據訴訟.....五〇

第一章 意義.....五一

(壹) 性質.....五一

(貳) 標的.....五二

第二章 要件.....五三

(壹) 實體的要件.....五三

(一) 票據上之請求 (二) 原告請求之原因事實須能以證書證明者

(貳) 形式的要件.....五四

第三章 程序.....五五

(壹) 審判籍.....五五

(貳) 指定日期與就審期間.....五七

目次

第二編 督促程序 五八

第一章 意義 六〇

(壹) 性質 六〇

(貳) 特別訴訟 六一

(參) 支付命令 六三

第二章 要件 六三

(壹) 實體的要件 六三

(貳) 形式的要件 六四

第三章 程序 六五

第一節 關於支付命令之程序 六七

(壹) 支付命令之聲請 六七

(一) 方式——(二) 內容——(三) 管轄法院——(四) 併合——(五) 撤回

(貳) 支付命令之程序 七〇

一 駁斥支付命令聲請之裁判——方式——內容——效力
二 准許支付命令聲請之裁判——方式——內容——效力

(參) 程序費用 七八

第二節 關於異議之程序 七八

(壹) 異議之提出……………七九

 (一) 方式——(二) 期間——(三) 效力——(四) 撤回——(五) 捨棄

(貳) 爾後訴訟……………八二

(參) 程序費用……………八四

第三節 關於宣示強制執行之程序……………八五

(壹) 宣示得爲強制執行之聲請……………八六

(貳) 宣示得爲強制執行之審判程序……………八六

(參) 程序費用……………八八

(肆) 異議程序……………八八

 (一) 異議之提出——(二) 審判程序——(三) 程序費用

第四節 關於中斷及中止之程序……………八九

(壹) 支付命令聲請後異議期間未滿前發生中斷原因之際……………九〇

 (一) 亡故——(二) 訴訟能力之喪失——(三) 破產

(貳) 對於支付命令提出異議後發生中斷原因之際……………九四

(參) 中止原因發生時……………九五

◎附錄各種文例……………九七

(壹) 支付命令之聲請五九六條之應用……………九七

(貳) 支付命令聲請駁斥之裁決六〇二條之應用……………九七

(參) 支付命令送達通知書六〇二條第二項之應用 九八

(肆) 支付命令六〇三條之應用 九八

(伍) 對於支付命令提出之異議六〇五條之應用 九九

(陸) 宣示強制執行裁決之聲請六〇六條第一項之應用 九九

(柒) 宣示強制執行之裁決六〇六條第一項之應用 一〇〇

(捌) 宣示強制執行聲請駁斥之裁決六〇七條二項之應用 一〇〇

第四編 保全程序 一〇二

第一章 假扣押 一〇四

第一節 意義 一〇四

第二節 要件 一〇五

(壹) 實體的要件 一〇五

(一)須為保全強制執行之標的者——(二)須為金錢債權或得為金錢債權之請求——

(三)須得選為強制執行之債務名義不存在——(四)須有以假扣押為必要之理由

(貳) 形式的要件 一〇七

(一)須有專屬管轄權者——(二)須有請求及假扣押原因之釋明者

(三)須依法院裁前已命債權人擔担保者

第三節 程序 一〇八

第一款 審判程序 一〇八

(壹) 聲請之方式 一〇八

(一) 請求之表示——(二) 假扣押原因事實之表示——(三) 假扣押標的之表示

(貳) 聲請之審理 一〇九

(一) 審狀審理——(二) 言辭辯論——(三) 釋明——(四) 抵保命令——

(五) 對於聲請之裁判——形式——內容——送達

第二款 上訴程序 一一一

第三款 撤銷程序 一二二

(壹) 本于起訴期間空過之撤銷 一二二

(貳) 本于情事變更之撤銷 一二三

第四款 執行程序 一二三

(壹) 對於動產之執行 一二四

(貳) 對於不動產之執行 一二四

(參) 執行之撤銷或停止 一二四

第二章 假處分 一二五

第一節 意義 一二五

第二節 要件 一二六

(壹) 關於爭執物假處分之要件.....二一六

- 一 須為金錢請求以外之請求——
- 二 須有以假處分為必要之理由——
- 三 須無可得逕為強制執行之債務名義者

(貳) 關於爭執法律關係假處分之要件.....二一六

- 一 須就爭執權利關係定暫時狀態者——
- 二 須有以假處分為必要之理由者

第三節 程序.....二一七

(壹) 法院之管轄.....二一七

(貳) 聲請之裁判.....二一八

(參) 假處分之撤銷.....二一九

◎附錄各種文例.....二二〇

(壹) 動產假扣押之聲請 六一二條之應用.....二二〇

(貳) 不動產假扣押之聲請 六一二條之應用.....二二一

(參) 債權假扣押之聲請 六一二條之應用.....二二二

(肆) 命供擔保之裁決 六一八條之應用.....二二三

(伍) 不動產假扣押之裁決 六一八條之應用.....二二三

(陸) 動產假扣押之裁決 六一八條之應用.....二二四

(柒) 債權扣押之裁決 六一八條之應用.....二二五

(捌) 假扣押聲請駁斥之裁決 六一七條之應用.....二二六

第五編 公示催告程序

第一章 意義

(壹) 性質

(貳) 特別訴訟

(參) 法定之場合

第二章 要件

(壹) 須於法律有規定者

目次

(玖) 對於假扣押裁決聲明之異議 <small>民訴執行規則第十一條之應用</small>	一二七
(拾) 假扣押裁決異議之判決 <small>維持假扣押裁決之判決</small>	一二七
(拾壹) 假扣押裁決異議之判決 <small>變更假扣押裁決之判決</small>	一二九
(拾貳) 假扣押裁決異議之判決 <small>撤銷假扣押裁決之判決</small> <small>六一九條之應用</small>	一三〇
(拾參) 起訴命令 <small>六二一條之應用</small>	一三一
(拾肆) 假扣押因空過起訴期間所為撤銷之裁決 <small>六二一條二項之應用</small>	一三一
(拾伍) 假扣押因情事變更所為撤銷之裁決 <small>六二三條之應用</small>	一三二
(拾陸) 假處分之裁決 <small>(一) 六三〇條之應用</small>	一三三
(拾柒) 假處分之裁決 <small>(二) 六三〇條之應用</small>	一三四
(拾捌) 假處分之裁決 <small>(三) 六三〇條之應用</small>	一三五
第五編 公示催告程序	一三六
第一章 意義	一三七
(壹) 性質	一三七
(貳) 特別訴訟	一三九
(參) 法定之場合	一四〇
第二章 要件	一四一
(壹) 須於法律有規定者	一四一

(貳) 須對不分明相對人爲之者……………一四一

(參) 須爲審判上之催告者……………一四一

(肆) 須爲使其呈報權利者……………一四二

(伍) 須因不呈報權利生法律上不利之效果者……………一四二

第三章 程序……………一四三

第一節 通則……………一四五

(壹) 管轄法院……………一四五

(貳) 公示催告之聲請……………一四五

(參) 公示催告之裁判……………一四六

(一)駁斥公示催告之裁決——(二)公示催告之實施

(肆) 關於除權判決聲請之裁判……………一四九

(一)異列前程序——除權判決之聲請——權利之呈報——除權判決前之辯論——(二)審判程序

——呈報之效力——除權判決之性質——(三)對於就除權判決聲請之裁判聲明不服之方法——

聲請人得以抗告聲明不服——利害關係人僅得以訴聲明不服不得以抗告聲明不服

(伍) 不服除權判決之訴……………一六〇

(一)管轄法院——(二)原因——違反再審之訴原因之法則——違反公示催告特有之法則——

(三)期間——(四)程序

第二節 特則……………一六九

(壹)	管轄法院	一六九
(貳)	公示催告之聲請	一七一
(參)	就于公示催告聲請之裁判	一七三
(肆)	就于除權判決聲請之裁判	一七四
(伍)	不服除權判決之訴	一七七
◎附錄各種文例			
(壹)	公示催告之聲請(六三六條之應用)	一七八
(貳)	公示催告(一六三七條之應用)	一七八
(參)	除權判決(一六四一條之應用)	一七九
(肆)	公示催告(一六五七條之應用)	一七九
(伍)	除權判決(一六六一條之應用)	一八〇

MG
D9:5.18



特別訴訟程序法詳論

杭 縣 熊 才 著

緒 論

特別訴訟，本隱括証書訴訟、督促程序、保全程序、公示催告、人事訴訟、及破產程序之總稱。惟破產程序，我國以其有獨立法典之資格，故不規定於民訴條例，非從略也。

特別訴訟，在德國民法上，稱爲本於非常訴訟或特別訴訟而起之訴訟。(Ausserordentliche Processarte) 蓋德國民法分爲通常訴訟及非常訴訟，而非非常訴訟則爲簡易訴訟及破產訴訟之總稱。至婚姻事件，則因屬於寺院審判權而不屬於通常之法院，故其一切程序，不屬於特別訴訟。又如禁治產程序及公示催告程序，則屬於非訟事件，而不屬於非常訴訟。近世各國之民訴法，依德國者頗多，故亦分民訴法爲通常訴訟及特別訴訟。然其特別訴訟之範圍，則各國立法，頗不一致。而學說亦甚紛歧。我國民訴條例，亦分通常訴訟及特別訴訟。徵諸編制，固已明顯。然學說亦頗形紛雜。以余之見，不如從程序立論。謂通常訴訟爲依訴訟法中一般規定所提起之訴訟。特別訴訟，爲依訴訟法中特殊規定所提起之訴訟。似其說較

易了解也。民訴法上特設特別訴訟之理由。約有數端。一、因有必須迅速終結或保全執行之事件。二、因訴訟物之性質上有關公益之事件。三、爲適應特別情況而須設適當程序之事件。例如(一)証書訴訟、督促程序、保全程序、則爲必須迅速終結或保全執行之事件。須依簡易程序而爲之。(二)人事訴訟、則爲訴訟物之性質上有關公益、必須發見真實之事件。須依職權訴訟主義、及干涉審理主義而爲之。(三)公示催告及破產程序、則爲有特別情況、須依特種程序而爲之。蓋欲程序之簡易、則不得限制其審判上調查之材料。欲注重乎公益、則又不得不擴張其審判上調查之材料。欲確定不分明相對人之權利狀態、或欲使各債權人各得平均分配之利益、則不得不適合特別情況而設特種之程序。此種特別訴訟、既有若許之特質、自與通常訴訟迥乎不同。

第一編 證書訴訟

證書訴訟者。各當事人之證據方法。僅以提出證書爲限之特別訴訟也。變詞言之。即原告請求給付可代替物或有價證券之一定數量。須以證書證其請求原因之事實。或於前開事實以外關於請求之事實。及證書之真偽。僅得以證書爲證據方法之特別訴訟也。(五八三五八)證書訴訟。即德國普通法所稱執行訴訟 (Zweyter process) 進化物也。執行訴訟。在意大利發達之法院。已稍引其端緒。對於記載證書之認諾。直與審判上之認諾同視。法院爲保護債權人起見。以支付命令 (其中記有能證明請求原因之意旨) 送達債務人。許債權人即時得爲執行之訴訟。即爲證書訴訟前身之簡易程序也。惟彼時可得證明債權人請求原因之證書。限定於公證書。且不許債務人提出一切之抗辯。嗣後准許債權人提出審判外所記載債務認諾之私證書。同時復准許債務人提出能就證書證明之抗辯。惟不許敗訴被告。嗣後提起新訴主張權利。(例如以不當利得或不法行爲爲原因是) 此項制度。至於近世。已受多少變更。先是索遜國之實際及立法。均已採用。故依索國法制。凡有能以證書證明其事實之權利者。得對法院。爲即時執行之聲明。而對手人又不能提出以證書證明事實之抗辯。則以

命令（附有非爲給付即須執行之條件使其清償）但不能以証書證明之抗辯。仍許嗣後以新訴主張之。次於索逕而採用此制者。即爲德日墮匈等國。（日四八四德五九二）此德國普通法所以稱此種証書訴訟。爲執行訴訟之進化制度也。

第一章 意義

証書訴訟者。爲就給付可代替物一定數量（一定金額之支付、有價証券、一定數量之給付等）之財產上請求。得以書狀、證明其請求原因之訴訟。而法院。爲使迅速進行所特設之程序也。此種訴訟之特質。在於無論原告被告所用證據方法。均以書狀爲限。且法院僅就書証爲証之請求事實及證據方法。而斟酌之。以爲保留判決之特別訴訟也。

（壹）性質

証書訴訟。亦爲一種訴訟程序。故於法院確定請求當否之裁判。無論直接與間接。不能不有幾多之牽連。蓋法院對之本有確定該請求當否之裁判義務者也。然証書訴訟之主要標的。則（1）在於迅速執行其權利。非欲確定請求之當否。（2）在得可爲執行之債務名義。非得有實體的確定力之裁判。（3）在受被告敗訴之裁判。非受確定請求之裁判。故此種裁判爲有得以

執行之效力。而非有確定請求當否之效力。法律爲使原告得以迅速實行其權利。不得不於辯論及裁判。加以特別之限制。（能以証書證明者爲限）夫訴訟材料既受限制。則原告請求究屬當否。自難速斷。故爲保護被告利益計。又不得不使其有日後更爲防禦之機會。（保留被告得於通常訴訟行使其權利）是証書訴訟之前判決。（即保留判決）殆爲欲得可
得債務名義之一種手段也。或以証書訴訟及原告。其標的乃在確定請求之當否。隨之而爲被告敗訴之判決。其所請求就於証書調查而爲請求當否之確定。非執行也。然証書訴訟。既爲訴訟程序之一種。則此種標的。或可依保留判決而直達之。或須於保留判決後而依終局判決以達之。譬如証書訴訟中。被告認諾原告請求之判決。或駁斥原告請求之判決。固可依保留判決而直達其確定請求當否之標的。反之。被告爭執原告請求而受敗訴之判決。則此種標的。非依通常訴訟之終局判決。不能達到。非可僅依保留判決而直達之。蓋此種判決。乃爲原告所不願之一種例外。本非証書訴訟原來之標的。不過爲將來通常訴訟確定請求當否所爲終局判決之前提耳。故証書訴訟之裁判。可謂僅以迅速執行爲標的。而非以確定請求當否爲標的也。

(貳) 特別訴訟

通常程序者何。即一切證據方法。皆許提出之謂也。證書訴訟者何。即其證據方法。專以證書爲限。於證書外。絕對不許提出之謂也。故證書訴訟。實爲一種特別之訴訟。而與通常訴訟迥異。因其訴訟不同。故其程序亦異。即一以詳慎爲歸。一以簡易爲主也。夫此種訴訟。既以簡易爲主。則凡爲被告敗訴之判決。應以職權宣示假執行。(五九)若被告爭執其請求。更應爲被告保留其得於通常訴訟程序行使其權利。(五九三、五九四)蓋法律爲持保護兩造之平衡。不得不有此種適當手段之特別程序。

(叁) 保留判決

保留判決者。爲對於爭執原告請求之被告。諭知敗訴之判決。同時將被告不能以證書證明而被駁斥之一切防禦方法。應爲被告保留於通常訴訟程序。得以行使之判決也。(四一九)但此種判決。於證書訴訟。亦有不必要者。例如被告認諾原告請求時。或原告請求爲無理由而被駁斥時。均不發生保留判決之問題。若被告爭執原告請求。而不依合法之證據方法盡其責任。則依證書訴訟之原則。自應認其抗辯爲不應准許而駁斥之。(五九)然此種抗辯之被

駁斥。究係未經法院實體之審理。故法院對之應爲保留判決。俾其日後尙得依通常訴訟程序。以行使其保留權。蓋因原告既向法院提起証書訴訟。則被告即不能請求變更証書訴訟爲通常訴訟。故被告一造。雖有他種防禦方法。亦被証書訴訟所限制。不能完全提出。以行其圓滿之抗爭。若使後日不予被告以防禦之機會。則待遇被告。未免失之過酷。而亦失國家保護人民之本旨。此保留判決所以濟債務人之窮也。至於保留判決之性質。學者間雖有議論。然關於上訴、再審、及強制執行時。視爲終局判決。法律上已有明文。（五九四Ⅲ）自無待於再論。惟德國普通法。凡敗訴被告。若欲提出此種抗辯。須另行起訴。而我國民訴條例。則於保留判決確定後。其訴訟即擊屬於通常訴訟程序。無須另行起訴。於費用勞力時間。均可節省。洵爲適當之規定。

第二章 要件

証書訴訟。除須適法一端爲一般之要件外。尙須具備左列特別要件。

（壹）實體的要件

証書訴訟之實體的要件。即爲原告以請求給付可代替物之一定數量爲標的。且能以証書

證明其請求原因之事實是也。(蓋證書訴訟，本圖程序之簡易。若非推定其所提出之證書爲眞正。殊與法律特設證書訴訟之法意相背。)(五八)試分述之。

(一)要以給付可代替物之一定數量爲標的之財產上請求。給付可代替物(以交易之一般觀念。凡得以同種、同等、同量、代替之物。如金錢有價証券)之一定數量(如云大洋千元之確定數量。及自民國七年一月十七日至民國十一年一月十六日止。前開原本千元常年五釐利息。在數理上可得確定之數量)爲標的之請求。法律上不問其權利性質爲債權與物權。其發生原因。不問其爲法律行爲抑不法行爲。其訴訟標的。不問其數額之多寡。又不問其金錢爲本國貨幣抑外國貨幣。均與證書訴訟之特質無關。惟特定通貨。(依當事人意思而成特定物之可代替物)則不得爲證書訴訟之標的。蓋此已非可代替物也。至於有價証券之有無記名。皆可不問。蓋有價証券。亦爲可代替物也。惟有價証券若依當事人意思而成特定物。則不得爲證書訴訟之標的。蓋此與請求可代替物或有價証券爲標的之法意不合也。若爲其他一種代替物。(例如券面額五百元之無記名公債証券)仍得爲證書訴訟之標的。若其請求標的。乃須就數個給付中選定者。則可不問其請

求爲屬於債權人抑屬於債務人。惟限於被選之給付。須爲可代替物或有價証券之一定數量。始得爲証書訴訟之標的。蓋以選擇給付爲標的之請求。必以此爲限。始得謂合於其實體的要件也。若該請求。爲非原告已爲反對給付不得主張之請求。即以須與反對給付交換而爲給付之請求。（例如買主請求賣主給付白米五百石。而須與賣主米價五百元交換。因以給付白米爲標的。而爲同時履行之請求。）得爲証書訴訟之標的。蓋以反對給付爲標的之請求。僅於強制執行時。發生履行與否之問題。至判決之際。則法院僅得對於被告。命其同時得受反對給付。而爲自己給付者也。（反對說謂以反對給付爲標的之請求。關係煩雜。不適用於証書訴訟之標的。）

欠缺前開要件。則爲不合法而有被駁斥之原因。且以前列要件。爲受法院判決權利之要件。法院應以職權調查之。不問被告有無相當之責問也。

(二)要能以証書證明原告請求之原因事實。原告請求之原因事實者。爲原告發生訴權之必要事實（即訴之原因之事實）*Klaggrund* 及甲爲原告乙爲被告對之可得爲一定請求之原因事實（即關於當事人資格之事實）*Sachlegitimation*之總稱。蓋原告對於

請求原因之事實，應負立証之責任，若非原告請求之原因事實，而僅關於一部分之事實，則無關於原告之訴權。單有訴訟的效力，惟如何事實，乃為屬於訴之原因之事實，及關於當事人資格之事實，則應依實體法所定，試分述之。

第一 關於訴之原因之事實。

(甲)原告請求權發生之事實。例如期限已屆，條件成就，催令歸還，(民草七)任遲延之責

(民草三六)
(七三六八)等

(乙)原告本諸雙務契約，對被告應先負履行債務之義務者，則該原告已履行其義務之事實，即為訴之原因之事實。若為同時履行之雙務契約，則原告主張已為履行義務之事實，不屬於訴之原因之事實。何則，蓋屬於對被告提出同時履行抗辯所為之再抗辯也。

(丙)原告之請求，本於無能力人之行為時，則為法定代理人、輔佐人、或夫之同意。(民草十)或本於代理人之行為時，則為代理授權之事實。

(丁)原告請求償還票據時，則為請求償還之通知。(票草六(八七四))若請求票據之遲延利息，則為呈示票據之事實。

第二 關於當事人資格之事實。

- (甲)原告因繼承、讓與等而承繼前主權利之事實。或被告因繼承而承繼前主義務之實事。
- (乙)準於產人爲訴訟行爲。已得輔佐人同意之事實。或妻爲訴訟行爲。已得其夫同意之事實。(民草二七)

第三 無關於訴之原因之事實

- (甲)關於一般的訴訟要件。即對法院受實體判決權利之前提條件之事實。(例如法院管轄、訴訟能力、法律上代理資格)
- (乙)關於被告之作爲。而至於起訴之事實。(民草九九)
- (丙)關於再抗辯之事實。例如被告抗訴原告現時所爲訴求之債權。已經讓與於他人。而原告主張其讓與契約。已解除之事實。
- (丁)屬於當事人之表示。當原告表示姓名或商號。而提起証書訴訟時。雖或有其姓名商號是否與原告爲同一人之慮。然原告亦無須豫防被告將來或有此慮。而先將得以証明其姓名及商號意旨之証書。附於訴狀。

法律上所謂能以證書證明者。即依法律上有證據力之證書。及法院自由心証之判斷。得以達到其舉証標的之各種文字記載之書狀也。(五八三)故不問其方式之或爲通常文字之記載。或爲速記式文字之記載。或爲印刷文字之記載。其材料之或爲紙。或爲布。或爲革。其性質之或爲公証書。或爲私証書。或爲直接。或爲間接。或爲設權。(即其証書與法律關係之存在。有不可分離關係者。)其作成人之或爲債務人。(如票據。乃債務人依實體法而作成者。)或爲舉証人。(如商業帳簿。或爲第三人。)如債權讓與証書証人訊問筆錄。其證據力之或爲不完備。(如未署名捺印。)或爲不充分。(如商業賬簿之摘錄。)任何書狀。皆爲各種証書也。故原告若非依前開証書。(即能証明前開事實。)提起証書訴訟。即不得受証書訴訟之權利保護。然(甲)原告請求原因以外之事實。極爲顯著。則無須依証書而爲立証。蓋此就第五八三條及五八七條規定之法意。固以法院未經顯著之事實。爲前提也。(九三二)至被告認諾原告請求時。又自認証書所証之事實爲真正時。亦然。蓋在前者。既經被告認諾原告之主張。則原告已無立証之必要。而在後者。被告既爲証書真正之陳述。亦無立証之必要也。反對說以提出証書爲証書訴訟之起訴要件。非本於請

求原因上舉証之必要。不屬於當事人處分權之範圍。故被告雖已自認，而原告一造，仍不得以証書爲証據方法。否則不能受証書訴訟權利之保護。然此說偏於形式，未免不當。蓋此種事實，既經被告自認，實與顯著事實相等。當然無須立証，殊無強爲區別之理。

(乙)關於原告請求原因以外之事實上，得以證明之一切証書，無須一律提出。蓋若依甲証書之提出，而同時可得證明乙証書之內容時，單提出甲証書足矣。例如提出可得證明債權証書內容之設定抵押權証書，則無須提出可得證明債權內容之証書。又以指示証券，或無記名証券，提起証書訴訟，其原告或其代理人，於辯論日期提出該証券時，則此種証券，固爲請求原因事實自體之証據。同時且爲執有証券之証據。故原告或其代理人，不必提出可以證明提出人即爲執有人之特別証書。

欠缺前開要件時，與欠缺(一)之要件同。應認該証書訴訟爲不應准許而駁斥之。(五九)
(貳) 形式的要件

証書訴訟之形式條件，即訴狀內，應記明提起証書訴訟之陳述，並聲明要求給付判決之意旨。且將請求原因事實之証書原本或繕本，附於訴狀，或言辭辯論日期前之準備書狀，是也。

(八四、五)

(一)要記明提起證書訴訟之陳述，且求給付判決之聲明於訴狀。

提起證書訴訟之陳述者，乃原告求依證書訴訟，以保護權利之意思表示也。此種意思表示，乃爲原告選擇保護權利之意思，故應記明於訴狀也。若不記明於訴狀，則與普通訴狀之提出，同其效力。不過得依普通程序，使繫屬於法院。然惟此項陳述，究非應受裁判事項之聲明，故不適用二、三、五條之規定。無須於言辭辯論爲之，亦無須列有提起證書訴訟一定之名詞。僅有表示同意旨之文言爲已足。惟(甲)提起證書訴訟之陳述，既要記於訴狀，若不記明於訴狀，而已繫屬於通常程序，則原告不得更依其他書狀之送達，或於言辭辯論時，更爲此項陳述之補充，使通常訴訟改爲證書訴訟。(被告雖無異議，亦然)蓋通常訴訟，有本於訴狀之提出而生訴訟拘束之效力，故爾後不得變更爲證書訴訟。(反對說，得依被告同意而補充，應與訴之變更同視。)

欠缺前開條件，則依證書訴訟有不應准許而被駁斥之原因。何則，以其未依證書訴訟程序起訴也。(乙)依證書訴訟起訴者，該訴狀內要記載要求給付判決之聲明。變詞言之，凡

依証書訴訟起訴者。須爲給付之訴也。蓋証書訴訟之性質。一以請求給付可代替物之一定數量爲標的。一使債權人得以迅速實行其權利。故給付之訴。雖得依証書訴訟而提起之。若求確認判決（確定法律關係之判決）之訴。（確認之訴）及創設判決。（學者稱爲形成判決。即變更已存之權利狀態之判決）之訴。（形成之訴）則不得依証書訴訟而提起之。故於証書訴訟進行中。雖有法律關係之爭執。仍不得擴張聲明。而求確認之判決。此爲証書訴訟之特質。所以有記明此項聲明之必要也。然依証書訴訟提起之給付之訴。須該請求。依法已屆可得執行時。（即限於現時可得請求履行時）始得提起。蓋債權人必限於此種請求。始能得提起証書訴訟之實益。（迅速實行之利益）故若爲期限未屆或條件未成就之請求。則不得提起証書訴訟。

欠缺前開要件時。應認爲証書訴訟。爲不應准許而駁斥之。蓋此項要件。乃對法院求受証書訴訟判決權利之要件。法院應以職權調查之。不在當事人之處分權內。故法院可不問被告對於前開要件之欠缺。有無相當之責問。應絕對以爲不合法而駁斥之。

(二)要附証書原本或繕本。於訴狀或辯論日期前送達之準備書狀。此爲得以証明請求原

因之書証。自不待論。而其內容之或爲外國文字、或爲本國文字。(二四)其種類之或爲合法繕本(三二)或爲任意抄本。則皆可不問。祇須其內容足可據以証其請求原因之事實。即爲合法提起之證書訴訟。蓋其所附之証書。無論繕本或抄本。不過在使被告得有準備機會耳。(送達被告之書狀及証書。皆以繕本抄本爲通例。)以此之故。不附証書於書狀。即爲要件之欠缺。(甲)証書繕本或抄本未於適當時期(至遲在辯論日期前送達準備書狀時)。合法送達于被告。即應認爲不合法。(乙)附於法院所存訴狀原本之証書繕本或抄本。固已完全。而附於送達被告訴狀繕本之証書繕本或抄本。若不完全。仍應認爲不合法。(丙)提起證書訴訟後。或爲訴之變更。或且擴張聲明。縱令具備二九八條或二九九條或一九六條之要件。若其所附之書証。不足証明其變更之請求。或擴張之請求上一切必要事實者。仍應認爲不合法。但二九九條三項所規定之訴訟標的變更。常得以附於書狀之証書証明之。故應認爲合法。得依証書訴訟而爲之。欠缺前開要件。提起證書訴訟者。則爲不合法而有駁斥之原因。蓋証書訴訟。爲本於公益的規定而設。故當事人不得左右其要件。縱令被告捨棄其責問。亦不得藉以補充其欠缺。

第三章 程序

証書訴訟者。特別之民事訴訟也。以無法律上別段之規定爲限。凡關於普通訴訟之法則。皆得準用於証書訴訟。故關於法院轄管、當事人能力、當事人代理、共同訴訟、參加訴訟、中斷及中止、起訴方式、言辭辯論、訴訟拘束、遲誤訴訟行爲、上訴審程序之法則。皆可準用。例如依証書訴訟起訴者。其訴訟標的物。屬於地方審判廳之管轄時。則依第二百八十四條之規定。提出訴狀於法院爲之。其在初級審判廳之管轄時。則或從同條之規定。提出訴狀於法院爲之。或從第四七七條之規定。以言辭爲之。如須交換準備書狀者。則從第三〇九以下之規定爲之。又如証書訴訟之訴訟拘束之效力。^(四)^(二九)則繫屬於宣告被告破產之當時。且其訴訟標的。在破產債權之際。則該訴訟。依第二百十四條之規定。於依破產法則訴訟之承受或破產程序終結前中斷之。

証書訴訟之爲特別訴訟。既如上述。則不得不與通常訴訟無所異。其中尤顯者。如(1)對於原告請求原因之事實。^(三)^(五八)(2)無關於請求原因之請求事實。及証書真僞之各種攻擊防禦方法。(抗辯、再抗辯等之証據方法)均以証書爲限。^(五八)被告不得提起反訴。^(五八)被

告敗訴之判決。應即宣示假執行是也。(五九)於此有應研究者。即被告本於妨訴之抗辯。得以拒絕本案辯論否。以無明文之規定。尙爲待決之問題。然其立法之本意。固不難就各個法條。及其精神所在。推測而得之。蓋證書訴訟之實質。既在使原告得以迅速實行其權利。若許被告得以種種妨訴抗辯。拒絕本案之辯論。反使訴訟延長。實爲法律所不許。故於此際。應貫徹同條第二四〇條二項立法之本意。以爲立論也。

証書訴訟。爲一種訴訟之程序。故因訴之提起而開始。因確定判決和解。訴之撤回等而終結。與通常訴訟程序無異。然依第五九〇條。不因停止証書訴訟之陳述而終結。(此不外爲普通訴訟前提之結果。而原告捨棄法律上限制被告。僅得以証書爲防禦方法之利益。)復不因保留判決而終結。此可徵諸五九四條。得於通常訴訟程序。行使權利之文義而得知者也。原告提起訴訟時。或依通常訴訟而爲之。或依証書訴訟而爲之。均得自由選擇。然不可因此謂原告具有通常訴訟。及証書訴訟。二個訴權也。(依不保留被告行使權利之判決而爲之權利保護請求權。及依保留被告行使權利之判決。而爲之權利保護請求權)何則。蓋通常訴訟及証書訴訟。不過爲同一訴權所具有之一種主張方法也。原告於訴權之行使。或依証

書訴訟而爲之。或依通常訴訟而爲之。既得由其自由之選擇。則不得使被告負擔通常訴訟比較証書訴訟多額之訴訟費用。又爲當然之結論也。

債務人若與債權人豫訂將來不依証書訴訟起訴之特約。即爲民訴法所不認。故於法律爲無效。反對說主張証書訴訟爲原告之利益而設。原告無論何時。皆得捨棄依証書訴訟起訴之利益。故得豫訂不依証書訴訟起訴之特約。茲就証書訴訟程序。分爲三節。述之於左。

第一節 判決前程序

依証書訴訟起訴之判決前程序。與依通常訴訟起訴之判決前程序。其異點頗多。試析述之。
(壹) 起訴程序

提起証書訴訟。與提起通常訴訟同。得以提出訴狀或訴狀代用之筆錄爲之。(二八四、四七)而不得依言詞演述爲之。(一四八)蓋証書訴訟之提起。須以証書能證明其請求原因之事實爲限。故此証書。要與訴狀或言辭辯論日期前送達之準備書狀。一併送達於被告。(五八)

通常訴訟之被告。不得依証書訴訟提起反訴。蓋程序既異。不能對於二個之訴。爲一體的辯論也。其他反訴之提起。則不問依通常訴訟或証書訴訟。對於依証書訴訟提起之訴。不得提

起。(五八)蓋反訴之提起與證書訴訟之本質決不相容也。

(貳) 就審期間

證書訴訟之就審期間。(二九)與通常訴訟無異。但該訴訟若係本於票據為請求時。得留較短之就審期間。(五八) (參照票據訴訟) 惟為達簡易實行之標的。不僅限於票據之請求。故日本改正案五百十八條第一項。『有為達證書訴訟之標的。得以短縮就審之期間』之規定。洵足供吾立法之參考。

(參) 起訴效力

依證書訴訟而起訴。與依通常訴訟而起訴同。得發生訴訟之拘束。(二九)蓋於證書訴訟所為保留判決前程序及其後程序 (嗣後程序) (五九)本為一個訴訟。而非各獨立而為二個訴訟。不過為前後程序之關係耳。故證書訴訟之訴訟拘束。當然存續於嗣後程序。(五九)並非證書訴訟與通常訴訟。其訴訟拘束。此生而彼滅。變詞言之。其訴訟繫屬。亦非此生而彼滅。蓋若有證書訴訟。因保留判決而終結。通常訴訟。因保留判決而開始之觀念。則被告於證書訴訟為不應准許而被駁斥之防禦方法。若仍欲在審判上更為主張。尚須提起新訴。殊與

第五九〇條之法意不相容。

(肆) 言辭辯論

本於証書訴訟而爲之言辭辯論。應注意左列特則。

(一) 妨訴抗辯。被告就本案辯論前。雖得將各種妨訴抗辯。同時提出。(二四〇)但不得本於妨訴抗辯。以拒絕本案辯論。是不外爲達証書訴訟標的(使債權人可得迅速實行其權利)之法意。乃當然之結論。故我國民訴條例。未訂明文。

(二) 提起反訴。被告於保留判決後之程序。雖得提起反訴。而在保留判決前之程序。則不得提起反訴。已如上述。然原告本於曩有假執行宣示之判決。而爲強制執行時。則被告得爲第四六七條規定之聲明。

(三) 証據方法。對於原告請求之事實。各當事人之証據方法。均以証書爲限。(五八)然

第一、無關於原告請求之事實。如法院管轄、當事人能力之一般的訴訟要件及習慣法、自治法、外國現行法等所有之事實。(三三)其証據方法。斷無必以書証爲限之理。蓋關於一般的訴訟要件存否之事實。爲求法院爲實體判決權利存否之事實。故訴訟要件之是否

欠缺。可不問其爲法院應以職權而爲調查者。及因當事人之異議而爲調查者。法院應依一切證據方法，逐一調查其是否真正也。（學者間有以反乎證書訴訟標的爲理由，謂證據方法之限制尙及於有關訴訟要件存否之事實，蓋請求之事實，（即第五八三條所揭以外關於請求之事實）爲無關於一般訴訟要件存否之事實。故應以書証爲限。而習慣法、自治法、外國現行法等所有之事實，則不問當事人舉証與否。法院得以職權，爲其必要之調查。惟限於法院所不知者。當事人始有舉証之責任耳。（此等事實非爲證據法上所稱之事實，而爲當事人間所存之事實。）第二、原告或被告提出証書之真僞上抗辯再抗辯等。雖不屬於原告請求原因之事實。然依法文之明定。亦僅得以証書爲證據方法。（五八）故不得依人証、鑑定等以証前列之事實。若（甲）被告爭執原告請求原因之事實時。無論被告有無到場。或不爭執原告請求原因事實而僅申述異議時。（五九）在原告之一造仍不可不以証書証明其請求原因之事實。但爲顯著事實，或經被告自認，及認諾時。不在此限。（乙）若爭執五八三條所揭以外關於請求之事實。仍除其事已顯著或經自認或當事人間無爭者爲限外。各當事人間不可不以証書証明之。第三、當事人聲明書証。非提出

書証。不得爲之。(五八)變詞言之。聲明第四〇四條四〇〇九條四一五條所規定之書証。不應准許。蓋舉証人僅爲書証之聲明。而不能提出。則與証書訴訟之本質。實不相容也。

(被告爭執私証書之真偽時。得依書類之對照而爲檢証否。即得爲証書訴訟之証據方法否。雖爲待決之問題。然依第五八七條之法意。寧取消極說爲是。但於此有應注意者。即如(1) (訴狀或準備書狀內証書繕本之添附。雖爲起訴之要件。然與立証義務無關。故原告雖將証書繕本添附於訴狀。不可遽謂原告於言辭辯論已無提出証書或其他証書之義務。2) 茲之所謂証書之提出。僅如上述不許聲明四〇四條四〇九條四一五條所規定之証書之法意而止。非謂舉証人必須提出自己所執証書原本或正本之法意也。(四七) 故聲明引用受訴法院所現存之訴訟記錄。於証書訴訟亦得爲之。3) 法院於言辭辯論之際。提出証書。恐有毀損或亡失之虞。或有其他顯著之障礙時。得命其於受命推事或受託推事前。提出証書。(四一) 4) 法院於當事人提出已受認証之公証書繕本。得命其提出正本。(四一) 5) 証據方法限制之結果如下。(甲) 原告不依合法之証據方法。盡其舉証責任者。應認証書訴訟爲不應准許而駁斥原告之訴。(五九) (乙) 被告不依合法之証據方法。盡其

舉証責任者應認其抗辯爲非在証書訴訟所應准許而駁斥之。(五九)

(四) 表示停止証書訴訟之意。原告於第一審言辭辯論終結前。得表示停止証書訴訟之意。(五九) 夫原告表示停止証書訴訟之意思者。即原告捨棄証書訴訟所加被告防禦方法限制之利益。同時表示除去法律上所加自己所受証書訴訟限制之意思。非表示以通常訴訟上保護權利之請求。代証書訴訟上保護權利之請求之意思也。(效力之說)(明參照) 蓋証書訴訟。單爲原告之利益而設。故原告爲避法院駁斥而表示停止之意思。實爲適當之立法。又依証書訴訟而生之訴訟拘束。同時發生於將來可得實踐之通常訴訟。變詞言之。即因証書訴訟之提起。同時繫屬於通常訴訟。故法律不須被告之承認。又不拘証書訴訟合法與否。其因証書訴訟提起而生之訴訟拘束。使其存續於通常訴訟。且使原告得以停止証書訴訟之權利。蓋表示停止與訴之撤回(三〇) 異。其訴訟拘束依然存續。(訴之撤回。則權利拘束消滅) 又與訴之變更異。於訴訟物。(實體的請求) 不生何等之變更。茲將其要件與效力分述於左

(1) 要件 原告就於主請求及附帶請求之全部或一部。停止証書訴訟時。須具備三種

要件。(甲)表示停止証書訴訟之意思。須爲單純，而無何等之保留。蓋非表示此種之意思爲不確實表示之意思。故原告於法院已認該証書訴訟爲不合法時，若表示將該訴訟繫屬於通常訴訟之意思，則不爲行使停止証書訴訟之權利。(乙)表示停止証書訴訟之意思。須於言辭辯論爲之。(五九)表示此種意思，非爲請求判決事項之聲明。故不須提出書狀。(二八)若以書狀送達於被告，僅有準備之效力耳。(丙)表示停止証書訴訟之意思。須於第一審之言辭辯論終結前爲之。蓋上訴審之所以不許表示此種意思者，因第一審依証書訴訟所爲之判決，若非允當而被上訴者，如許原告得表示此種意思，有害被告得以証書訴訟以達其撤銷原判之權利也。(五九)

(2) 效力 表示停止証書訴訟後，僅依通常訴訟進行訴訟，而不生証書訴訟特別之效力而止。至於証書訴訟之保護權利請求權，與通常訴訟之保護權利請求權，則無何等之變更。蓋証書訴訟與通常訴訟，不過爲主張同一訴權之方法。故証書訴訟之保護權利請求權，與通常訴訟之保護權利之請求權，於法實無所區別。惟就效力分之，則有使証書訴訟得依通常訴訟程序進行之效力。(移轉之效力)及使訴訟拘束存續於通

常訴訟之效力。(存續之效力)而已。

(甲)移轉之效力。原告表示停止證書訴訟之意思時。各當事人得使證書訴訟依通常訴訟程序。即時進行。故(子)兩造當事人。於辯論日期均已到場。而原告表示停止證書訴訟之意思時。各當事人得即時依通常訴訟程序。爲言辭辯論。但被告不過爲證書訴訟之辯論。而被傳喚。故得聲請延期。(三九)(丑)被告於辯論日期不到場。若原告早已表示停止證書訴訟之意思。則原告得即時依通常訴訟。由其一造辯論而請求判決。(四五)但法院非於原告在適當時期。以書狀將此表示停止之意思。通知於被告。則不得爲此種判決。(四五八)(寅)原告以書狀。將此表示停止之意思。通知被告後。經法院指定新日期。傳喚被告時。如第一次傳喚。於證書訴訟。已留合法就審期間時。則於送達傳票日至新日期間。無須再留就審期間。(二九)蓋於此際。被告爲續行訴訟而被傳喚者也。(卯)依第一二三條第一項第一款規定之法意。凡外國人爲原告者。得依原告之本國法。凡中國人在其國爲原告。提起通常訴訟時。雖無免供擔保之明文。若提起證書訴訟。毋庸供擔保時。則亦無須供擔保。(日民八八)(參照)苟原告一旦表示停止證書訴訟之意思。則即喪

失嗣後免供擔保之利益。此爲保持國際雙方之衡平，而得之正當之解釋也。（反對說主張民訴條例一、二、三條之各款，既不若日本民訴於証書訴訟，有免供擔保之義務規定，則証書訴訟免供擔保之立法，已爲同條例所不採，似不能以原告爲外國人而免除之。反失內外國人之平衡。）

(乙)存續之效力 訴訟拘束存續之效力者，乃謂依此種程序起訴所發生訴訟上，(二九至二九)實體上，(民草二八)訴訟拘束之效力。於証書訴訟外，更存續於通常訴訟。故在証書訴訟之訴訟拘束，與在通常訴訟之訴訟拘束，互成一體。（反對說主張互相接續，非成一體。）故子受訴法院管轄之變更，不受影響。若被告就同一訴訟物提起新訴，則原告得爲訴訟拘束之抗辯。(二九四)丑証書訴訟之當事人及法院所爲之訴訟行爲，於通常訴訟，亦有效力。故關於本案言辭辯論，審判上自認、認諾、捨棄、調查證據筆錄，失權效果，（例如被告不爲何等保留，出而應訴，致喪失法院管轄錯誤之抗辯權，又如對於訴之變更，未述異議，而應訴，致喪失聲明異議權之類。）及証書訴訟之中間判決，於通常訴訟，亦有效力。(寅)關於証書訴訟之訴訟費用，更與通常訴訟之訴訟費用，合成一體。

應於通常訴訟之判決，定其負擔。非表示停止證書訴訟意思之原告，法律上當然負擔證書訴訟費用也。(九九一〇) (三二〇四)

第二節 判決程序及上訴程序

證書訴訟之判決，大別之得分爲二。

(壹)原告敗訴之判決 此種判決，亦得分爲二。

(一) 訴訟判決 提起證書訴訟，欠缺一般要件時，或欠缺證書訴訟特別要件時，或原告對於證書之真偽，及請求原因以外之事實，不以合法證據方法立証時，(五八) 則應認爲不合法，而爲駁斥原告請求之訴訟判決。故(甲)有無欠缺一般的訴訟要件，與通常訴訟爲同一之法則。法院或以職權調查之，或因到場被告之責問而調查之，若有欠缺時，則應認爲不合法而駁斥之。(乙)有無欠缺證書訴訟之特別要件。法院亦以職權調查之。若有欠缺。(即原告提出證書，全然不足以證明，或所証不完備) 則被告於辯論日期，無須到場。(應以職權調查之要件，不在當事人處分權範圍內，故不得因被告缺席而補充其欠缺) (乙)於辯論日期到場之被告，雖以無法律上理由之異議，或以證書訴

訟所不許之異議，而爲抗辯。應以職權調查之要件，無因抗辯之不當而補正其欠缺。仍應認爲不合法而駁斥原告之訴。(五九)但被告並不爭執原告請求原因事實時，或已自認時，則不在此限。若不附証書原本或繕本於訴狀，及準備書狀之欠缺，則或因職權之調查，或以到場被告之責問，而駁斥之。(要件之說 明參照)至於訴狀內不記明提起証書訴訟之陳述，僅依通常訴訟程序受判決，無依証書訴訟而駁斥之必要。(丙)原告於証書之真否，及五八三條所揭以外關於請求之事實，不依合法之證據方法，盡其舉証責任者，應認爲不合法而駁之。但不屬於証書真偽，及上述請求事實，則非其特別要件。故以被告有爭執時爲限，原告始爲立証。

(二) 實體判決 如對於原告捨棄請求。(四五)或原告請求於自體主張見爲無理由，或以被告抗辯而見爲無理由，或以原告請求爲無理由而被駁斥之判決，或原告於日期不到場，因被告之聲請，由到場之被告辯論，認爲無理由，而駁斥原告請求之判決是。(四五)以下分段說明之。(甲)原告捨棄請求時，無論証書訴訟之特別要件，是否存在。須本於被告聲請而爲捨棄判決。蓋其特別要件，爲原告依証書訴訟之特別要件，而受勝訴判

決之必要條件也。(乙)原告請求於其自體主張見爲無理由，或當事人間無爭執而已合法立証，乃依抗辯（時效、清償、免除、抵銷等）而見爲無理由時，可不拘其特別要件之存否，而爲駁斥原告請求之判決。其理由與（一）之說明同。(丙)原告之請求爲無理由而駁斥之判決，爲實體判決。得使已繫屬之訴訟，有確定的終局之效力且，有實體的確定力。

(四七) 故原告爾後對於同一請求，不得更依通常訴訟，或證書訴訟，再爲起訴。

駁斥原告之訴，或請求之判決。若有數個理由時，法院應先本於欠缺一般訴訟要件之理由，而爲駁斥原告之判決。蓋此種要件，爲求法院爲實體判決之必要條件也。故原告捨棄請求，或其請求無理由，仍應本於此種要件之欠缺，爲駁斥原告之訴訟判決。而不得爲捨棄判決，或駁回請求之判決。（實體判決）若既有此種要件之欠缺，又有請求無理由之原因，則法院應先爲駁斥請求之實體判決。蓋此種要件，不過爲程序法上得受勝訴之必要條件。故若請求無理由，則法律爲使發生實體確定力，應爲駁斥請求之實體判決也。

(貳) 被告敗訴之判決。此種判決，亦得分爲二。

(一) 不保留被告權利之判決。被告雖於日期不到場，或到場而不爲辯論時，依四五七條規定之結果，仍不得本於其不到場之效果，而爲缺席判決。故於証書訴訟時亦然。被告雖於日期不到場，法院仍應以職權調查其一般的訴訟要件，及証書訴訟之特別要件，有無欠缺。若有欠缺，則應認爲不合法而駁斥原告之訴，不得爲被告敗訴之缺席判決也。

被告認諾原告請求時，因原告之聲明而爲認諾判決。蓋於証書訴訟之際，被告認諾請求時，原告就其請求原因之事實，毋庸立証。故因原告聲請，應爲認諾判決。但法院應以職權調查之一般訴訟要件，爲求法院爲實體判決所必要者。故其要件若有欠缺，雖經被告認諾請求，亦不得因原告聲請而爲認諾判決。

(二) 保留被告行使權利之判決。此種判決，須於一般的訴訟要件，及証書訴訟之特別要件，已經完備，而被告爭執原告請求，經法院認該請求爲有理由時，爲之。蓋法院對於欠缺前述之訴訟要件，應認爲不合法而駁斥之。對於原告請求不見爲有理由者，則以無理由而駁斥之。

被告對於原告請求之爭執者。謂於言辭辯論時所表示單純之反對的意思。依法無須別段之方式。故縱以證書訴訟所不應准許之異議。(五九)或無法律上理由之異議。爲原因。或不表示何等原因而爲者。仍認其爲爭執也。夫被告所爲證書訴訟不應准許之異議者。即被告對原告請求所應立証之各種防禦方法。不依合法証據盡其舉証之責者也。(五九)故若爲已經清償之狹義抗辯自可不論。即若証書偽造之反對陳述。亦爲對於實體請求之防禦方法。應負立証之責任。但不屬於茲所謂被告之異議。至妨訴抗辯。(二四)因非對於實體請求之防禦方法。(此種防禦方法。於證書訴訟。並無必以証書爲立証之限制。蓋其抗辯之當否。係平有無得受法院實體判決之權利。)而本於顯著事實。或原告自認事實所爲之防禦方法。亦無立証之必要。不屬於茲所謂被告之異議。且此種異議。(証書訴訟不應准許之異議)爲關於原告請求之訴訟全體而提出。非獨爲証書訴訟前程序(保留判決前程序)而提出。自不得不許其得於嗣後程序主張之。故此種異議。非僅於証書訴訟不應准許而駁斥之爲已足。尙得於嗣後程序更爲實體的審究也。(五九)夫所謂無法律上之理由者。非証書訴訟不應准許之異議。而

爲本於法律上不當之理由。以爲防禦方法也。此種駁斥法律上無理由之裁判。於嗣後程序。固得存續其效力。(二七)然於保留被告行使權利時。則被告於嗣後程序。得提出不抵觸該裁判效力之其他防禦方法。是被告之異議。已被法院認爲無法律上理由。而駁斥時。其效力無諱得以存續於嗣後程序與否。而被告得以行使其權利。固甚明也。夫所謂被告不表示何等原因之異議者。爲欲保留其權利之行使。不得已於証書訴訟而主張必被駁斥之陳述也。例如被告於日期到場辯論。否認原告請求之事實。惟不能以証書爲合法証據。而受証書訴訟敗訴判決之陳述也。

保留行使權利者。保留被告得行使一切防禦方法之權利。不僅保留被告更得行使証書訴訟所已提出而被駁斥之各防禦方法。蓋保留行使權利者。乃以構成被告得於通常訴訟提出一切防禦方法。而確定請求當否之基礎爲標的者也。保留行使其權利。本爲被告之利益。故所保留者。爲保留行使實體的防禦方法之權利。非保留行使訴訟的防禦方法之權利。蓋以保留判決。非判定訴訟上防禦方法之當否而宣告者也。(前述說)保留行使其權利。須表示於判決主人中。(二六)蓋於判決之效力有關係。(四七)故

對於保留行使權利之判決。得以上訴聲明不服。或因脫漏。向原審聲請補充判決。(五九四)(二)蓋此種裁判。不但爲訴訟上所稱脫漏之裁判。且爲違背法則之裁判。故有於合法上訴或聲請補充時。若有理由者。則上訴法院(第二審或第三審法院)(五四)及原審法院。應爲補充判決之法院。(三七)以判決宣示保留被告行使權利之旨。反之。若無合法上訴或聲請補充。則不揭保留之判決。當然確定。自後被告於嗣後程序。不得有何等之訴訟行爲。

保留判決之性質。學者間頗有議論。有謂保留判決。爲中間判決。而非終局判決。以訴訟繫屬於所爲判決之法院爲論據。(五九)有謂保留判決。爲附有解除條件之終局判決。即以保留判決於嗣後程序可得撤銷爲論據。(五九五)(二)有謂保留判決。非中間判決。與終局判決。而爲特種判決。以原告在保留判決確定後。至嗣後程序撤銷保留判決之通常判決確定時止。得爲假執行爲論據。(三五九)然保留判決。爲對於訴之聲明之裁判。非僅爲終局準備之裁判。故以其爲中間裁判。未免失當。保留判決確定後。既仍繫屬於宣告此種判決之法院。(五九)是其訴訟並未終局。雖於上訴或執行視爲終局判決。而

法文既謂視與終局判決同。(四九)則其非當然爲終局判決。已可概見。關於同條較日德民訴。增入再審二字。謂係參照四五四條之法意而增入。則似已得保留判決。即爲中間判決之論據。不知參照該條。無非以保留判決確定後。有與視作終局判決之確定中間判決。同一之性質。前項中間判決。一旦確定而有再審原因。既准其提起再審之訴。則類似中間判決之保留判決。自無不許其提起再審之理。蓋縱令同條例不增入再審二字。而參照四五四條之法理。當然得以提起也。惟法律爲免爭議起見。故以明文規定。實爲適合我國現情之立法。

(參) 上訴程序

証書訴訟之上訴程序。與通常訴訟無異。故原告對於駁斥之判決。以具備通常訴訟上訴之要件爲限。得爲上訴。被告對於保留判決。亦以具備通常訴訟上訴之要件爲限。亦得上訴。上訴法院與第一審法院。須依同一訴訟程序。即第一審爲通常訴訟。而上訴審爲証書訴訟。及第一審爲証書訴訟。而上訴審爲通常訴訟。皆爲法律所不許。第二審法院若認原告對於駁斥請求之判決提起之上訴爲有理由時。則依五九四條宣告保留判決。第三審

法院若認原告對於第二審維持第一審駁斥請求之判決。提起上訴爲有理由。而應爲保留判決時。不得將自己宣告保留判決之事件。而爲發還第二審或第一審法院之判決。

(五四) (關於嗣後程序之管轄法院參照)

第二節 嗣後程序

保留判決確定時。該訴訟繫屬於通常訴訟程序。(四九)即所謂嗣後程序是。因保留判決之前程序。及其後程序。乃實體上一體之訴訟。故保留判決。實無終結訴訟之效力。變詞言之。對於爲得執行名義之訴訟。Causa executiva 及關於本案請求之訴訟。Causa principalis 認其爲相互獨立二個訴訟之觀念。乃爲民事訴訟所否認。故嗣後程序。爲證書訴訟之續行也。因爲訴訟之續行。故生下列之結果。第一。嗣後程序。於當事人地位。及其訴訟物。不生何等之變更。故證書訴訟之原告。或被告。於嗣後程序。亦爲原告及被告。而爲證書訴訟標之原告請求。仍爲嗣後程序之訴訟物。第二。嗣後程序。常屬於第一審法院管轄。(證書訴訟續行之效力)。(五九)蓋嗣後程序。若得繫屬於宣告保留判決之上訴法院。是無故妨碍被告反訴提起權。對於被告失之過酷。故(一)第一審法院宣告保留判決時。則嗣後程序屬於同一法院。

(2) 第二審法院認原告人提起之上訴爲有理由。或認被告人對於脫漏保留之判決提起上訴爲有理由。而宣告保留判決時。其嗣後程序。仍繫屬於第一審法院。而不屬於第二審法院。

(3) 第三審法院認原告人對於兩審敗訴之判決。提起上訴。爲有理由。或認被告人對於脫漏保留之第二審判決提起上訴爲有理由。而宣告保留判決。其嗣後程序。亦繫屬於第一審法院。而不繫屬於第三審法院。此就第五九〇條明定「第一審」及同條例五九四條渾言「法院」而無審級限制上。尋繹其法意。其嗣後程序之管轄。當然得此論結者也。第三。提起證書訴訟所生訴訟拘束之訴訟上。及實體上之效力。(二九四、二九五、民尊二八〇、二八二)亦存續於嗣後程序。(証書訴訟續行之效力)故於受訴法院之管轄無變更。又原告若就同一訴訟物。提起新訴時。被告對之。得提出訴訟拘束之抗辯。(二九四以下)

(壹) 開始

學者中有以嗣後程序。應自宣告保留判決時開始。不以此項判決確定與否爲前提。然就學理言之。嗣後程序。既爲保留判決之效力。則應自其確定時開始。實爲當然之論結。故原告因欲除去行使權利之保留。或被告因欲撤銷保留判決。則自保留判決確定後。得對第

一 審法院聲請指定日期。以進行嗣後程序之訴訟。此種程序。既爲續行訴訟。自無更留就審期間之必要。(二九)

(貳) 言辭辯論

嗣後程序之言辭辯論。爲證書訴訟之續行。故於前程序所爲辯論之結果。其效力依然存續。因此以不害此種效力爲限。當事人得於嗣後程序。更爲提出前被駁斥之各種攻擊防禦方法。即如(甲)當事人之陳述。(被告對於變更訴之原因之同意)(二九)審判上之自認。(承認証書爲真正)認諾。捨棄。及因証書訴訟終結前不爲訴訟行爲而致發生失權之效果。(妨訴抗辯提出之失權)(二四一、四)於嗣後程序。固屬有效。然儘本於証書訴訟辯論終結而失權之訴訟行爲。則得於嗣後程序追加爲之。(例如當事人依三三一條二項之規定。對於不應視同自認之事實。於嗣後程序。得爲爭執)又如爲保留判決基礎之言辭辯論終結後所生之事實。於嗣後程序主張之。亦屬有效。(例如原告於宣告判決後亡故。而承受該訴訟者。非爲已故原告之承繼人。則被告於嗣後程序。仍得主張)(乙)不包含於保留判決之裁判。以關於法律上判斷爲限。於嗣後程序。繼續有效。於其宣告保留

判決之法院。固屬有效。(二七)而於嗣後程序裁判之上訴法院。亦受拘束。蓋對於保留判決。得以獨立聲明不服也。多數學者。爲說明此種關係。主張保留判決。於嗣後程序。有中間判決之效力。然亦非正當。蓋保留判決。非中間判決。而爲特種判決。已如上述。故訴之合法者。及原告請求其主張事實於自體非爲不當者。又爲異議及異議之立証而提出法律上判斷。爲關於証據效力者。例如就於被告拒絕証書之異議所爲之法律上判斷。若已明示於保留判決中。其效力仍存續於嗣後程序之法院。故有因無法律上理由。致被駁斥之防禦方法。於嗣後程序不得提出之。但若爲証書訴訟不應准許而被駁斥之防禦方法。(九五)

(二) 則仍得於嗣後程序提出之。依証書訴訟程序提出而未爲裁判之防禦方法。亦然。

(二六)
(六二)

(叁) 終結

保留判決確定後。其訴訟即繫屬於通常訴訟程序。所謂嗣後程序是也。嗣後程序乃依通常訴訟而行。故嗣後程序與通常訴訟同。得依判決而終結。於此之際。得分二項說明之。

(一) 維持前判決之判決。法院對於當事人兩造辯論之結果。或因一造不到場。依到

場當事人之聲請。由其一造辯論之結果。認原告請求之全部或一部為有理由時。即認被告爭執之全部或一部為無理由時。則於認為有理由之部分。應為維持前判決之判決。(五九)

訴訟費用。須依第九十條以下規定裁判之。此種判決。為終局判決。當事人得提起上訴。聲明不服。(四九)

(二) 廢棄前判決。為駁斥原告之訴之判決。法院就於當事人兩造辯論之結果。或因一造不到場。依到場人之聲請。由其一造辯論之結果。認原告請求之全部或一部無理由時。則應廢棄前判決。為駁斥原告之訴。及關於訴訟費用總額之裁判。蓋保留判決前程序。及嗣後程序之訴訟費用。為一體。須依第九十條以下之規定裁判之。(五九)故被告於証書訴訟。本可提出之抗辯。而未經提出。直至嗣後程序。始行提出者。則雖係被告勝訴。法院得使被告負擔訴訟費用之全部或一部。(一〇二)若為駁斥原告請求之判決時。則法院因被告之聲明。應命原告返還被告本於前判決所為之給付。及賠償被告因執行前判決所受之損害。(五九)是被告對於原告依簡易方法所為之給付。在被告

仍有受其返還之權利。惟(1)此種聲明。爲屬於可受判決事項之聲明。依第二三五條之規定。應於言辭辯論爲之。(2)被告因執行前判決所受之損害。其中包含執行費用。自不待論。惟因執行前判決。而爲任意給付所致之損害。是否包含在內。尙屬疑問。蓋是爲關於損害賠償之問題。以一時不易確定爲通例。應提起別一訴訟請求之。似於立法政策。較爲適當也。

(肆) 嗣後程序與保留判決(前判決)上訴程序之關係。

近世各國中。關於証書訴訟之法例。有許嗣後程序得與上訴程序。同時併行者。(德日民訴法即其一)

然實際頗形煩雜。有使訴訟容易紊亂之虞。故爲我國民訴條例所不取。蓋自理論言。

嗣後程序。爲保留判決之效力。應自其確定時開始。即就實際言。嗣後程序。若與保留判決之上訴程序。同時併行。未免不便。並因上訴結果。亦有不必要嗣後程序者。故訴訟之繫屬於通常訴訟程序。應自保留判決確定後而開始。此按諸我國實際情形。固不得謂非適當之規定。(五九)惟於被告因証書訴訟所不應准許。而被駁斥之各種防禦方法。(人証或鑑定)爲貫徹法律特設保留判決之法意。有務使被告得以迅速提出之利益。若因受第五

九五條『嗣後程序之訴訟繫屬。須在保留判決確定後』之限制。致使嗣後程序。不得依保留判決之宣告而開始。則待遇被告。未免過酷。故學者折衷其說。謂於此之際。不如使嗣後程序。可本於法院命令而開始。則一以使審判官有得應實際之利益。一以免被告耽延防禦之機會。較爲適當之處置。且此種情形。直可與同條例四五四條之規定情形同視。尤不能不予審判官以斟酌之權利。况反對此說之學者。無非以無法文上根據爲立論。而查照同條例一八八條『審判長得以職權定其日期』之規定。似亦非絕無根據。故其訴訟之繫屬。不必限於保留判決確定後。則遇有類似前述情形時。法院對之得有伸縮之餘地。而證書訴訟之本質。亦覺較易貫徹也。

特別訴訟程序法詳論附錄

◎ 證書訴訟各種文例

原告敗訴之判決五九一條之應用

民國何年月日宣告判決
民國何年月日宣告原本
審判廳書記官姓名 ㊦

判決

原告姓名 年齡 籍貫 住址 職業

被告姓名 年齡 籍貫 住址 職業

右當事人間民國何年(甲)第幾號借金請

求證書訴訟事件經本廳審理判決如左

主文

原告之訴駁斥

訴訟費用歸原告負擔

事實

原告聲明判令被告支付原告大洋若干，訴訟費用歸被告負擔，原告請求之原因則謂，原告於民國何年月日借給被告大洋若干，定於何年月日歸還，乃被告逾期不償，故依證書訴訟請求等語。被告聲明求為與主文第一第二兩項同旨之判決，被告答辯之意旨則謂，原告主張依證書訴訟提起本訴，姑無論其理由如何，即以本件訴狀及言辭辯論日期前送達之準備書狀論，並未附有何等證書之原本或繕本，欠缺證書訴訟之要件，實不合法等語。

理由

查本訴是否合法，應以民訴條例第五百八十五條如何規定為斷，查該條既有證書原本或繕本應附於訴狀或言詞辯論日期前送達之準備書狀之明文，則前開書狀不備此等要件時，即不得不謂為不合法，本件訴狀，雖經記明提起證書訴訟之陳述，然既未具備前述要件，自應認為不合法而駁斥之，訴訟費用，依民訴條例第九十七條前段，判歸敗訴之原告人負擔，特為判決如右。

民國何年月日

京師地方審判廳民事第幾庭

審判長推事姓名

推事姓名

推事姓名

被告敗訴之認諾判決（四五六條之應用）

民國何年月日言告判決
民國何年月日訖收原本 審判廳書記官姓名

判決

原告姓名 住址

原告姓名 住址

右當事人間民國何年(甲)第幾號請求給

付米穀證書訴訟事件，經本廳審理判決

如左。

主文

被告應交付原告頭等白米百石。

訴訟費用歸被告負擔。

本判決應予假執行。

事實

原告聲明、求如主文第一第二兩項所表示之判決、其請求原因、則謂原告於民國何年月日用洋若干元、向被告購買頭等白米百石、言明於是月何日以前交付、乃被告迄今並不履行義務、故依證書訴訟、請求貴廳本於被告認諾為判決等語、被告認諾原告請求等語。

理由

依民訴條例第四百五十六條之規定、應本於認諾為被告敗訴之判決、依同條例

第九十七條前段、定訴訟費用之負擔、依同條例第四百六十二條第一款、應以職權宣示假執行、本此理由、特為判決如右。

京師地方審判廳民事第幾庭

推事姓名

嗣後程序之判決(原告勝訴之判決)
(五九五條之應用)

民國何年月日宣告判決
民國何年月日宣收判決
審判廳書記官姓名

判決

原告姓名 住址

被告姓名 住址

右當事人間民國何年(甲)第幾號某某請求事件、經本廳審理判決如左。

主文

民國何年月日本廳就於何年(甲)第幾號某某請求證書訴訟事件所爲之判決、維持之、

通常訴訟程序之訴訟費用、歸被告負擔、

事實

原告聲明、判令被告支付原告大洋若干、訴訟費用、歸被告負擔、原告請求之原因、則謂如何如何等語、立證方法、係提出甲第一號證、乃至三號證、認乙號各證之成立、

被告聲明、求爲廢棄原判、訴訟費用、歸原告負擔之判決、其答辯則謂原告主張中某種之事實、是誠有之、然其他等項、則絕

無其事、故依某某理由、該原告本訴之請求、實難謂當等語、立證方法、係提出乙第一第二號證、求傳喚證人訊問、認甲號各證之成立、

理由

查如何如何之理由、應認原告本訴之請求爲正當、被告之抗辯無一足採、故訴訟費用、依民訴條例第九十七條、令被告負擔、因與以前證書訴訟程序中本廳所爲之判決符合、認爲應予維持、特爲判決如右、

京師地方審判廳民事第一庭

推事姓名(印)

嗣後程序之判決(原告敗訴之判決)
(五九五條之應用)

民國何年月日宣告判決
民國何年月日領收原本
審判廳書記官姓名

判決

(當事人之表示做前例)

右當事人間，民國何年(甲)第幾號某某請求事件經本廳審理判決如左

主文

民國何年(甲)第幾號某某請求證書訴訟事件，經本廳於同年何月何日所爲之判決，廢棄之。

原告之請求駁斥。

訴訟費用，歸原告負擔。

原告應返還被告大洋若干元。

第一編 證書訴訟 附錄各種文例

事實

原告聲明，判令被告支付原告大洋若干元，訴訟費用，歸被告人負擔。原告請求之原因，畧謂如何如何等語。被告主張事實中，原告本於前判決已受被告支付若干元，原告承認之。立證方法，係提出甲第一號證至三號證，認乙號各證之成立。

被告聲明，求爲如主文第二第三第四項所揭之判決。其答辯意旨，則主張謂依某某理由，原告之本訴請求爲失當，不能應允。且原告前於證書訴訟程序，本於被告敗訴之判決，因對被告爲強制執行，於民國何年月日被告支付原告大洋若干元。

求令返還等語並提出乙第一第二號證
求傳喚證人某人訊問認印號各證之成
立。

理由

查依某某理由應認原告之本訴請求為
不當而被告之抗辯有理由該被告本於
證書訴訟之前判決向原告支付大洋若
千元已為原告所承認是該原告實有返
還之義務故依民訴條例第九十七條及
第五百九十五條判決如主文。

京師地方審判廳民事第幾庭

推事姓名

保留判決(五九四條之應用)

民國何年何月何日宣告判決
民國何年何月何日領收原本
審判廳書記官姓名

判決

原告姓名 住址

被告姓名 住址

右當事人間民國何年(甲)第幾號某某請
求證書訴訟事件經本廳審理判決如左

主文

被告應支付原告大洋若干元
訴訟費用歸被告負擔
本判決應予假執行
本案應為被告保留得於通常訴訟程序
行使之權利

事實

原告聲明求爲主文第一第二項所揭之判決，其請求原因爲某某之事，依證書訴訟請求之等語，立證方法，係提出甲第一號至三號証，認乙號各證之成立。

被告聲明，求爲駁斥原告請求之判決，其答辯意旨，依某種理由，該原告本訴請求實爲不當等語，並提出乙號一乙號二兩證，認甲號各證之成立。

理由

查甲第一號證至三號證，均於成立上毫無爭執，故原告主張之事實，足可認其全部之存在，被告之抗辯，依某種理由，不可排斥，故原告之本訴請求，應認爲正當。

訴訟費用，依民訴條例第九十七條定其負擔，并依同條例五百九十三條，宣示假執行，依第五百九十四條，保留權利之行使，特爲判決如主文。

京師地方審判廳民事第幾廷

推事姓名[㊦]

第二編 票據訴訟

本於票據爲請求所提起之証書訴訟。德日等國稱謂票據訴訟。然其所謂票據訴訟者。亦即本於票據上爲請求。而爲証書訴訟之一種。蓋同義異名耳。故本編爲便於論述起見。仍以票據訴訟稱之。

票據訴訟與証書訴訟同。由德國普通法所謂執行訴訟所發達之制度也。在第十三世紀。意大利之商業雖極繁盛。而票據上之交易亦極發達。然於票據上尙無特別訴訟制度之存在。惟以銀行發行之票據。關於公衆信用。故與公証人作成之公証書同視。許其本乎此而着手執行程序。若由銀行外一私人所發行之票據。則與拒絕証書同。與債務人認諾債務之私証書同視。亦許着手執行程序。嗣至十五世紀。意大利都市。設票據訴訟之法則。至第十七世紀及十八世紀。德意志諸國。制定票據法。設票據訴訟之規定。因此德意志日本。於民事訴訟法上。規定票據訴訟。

票據訴訟。在我國民訴條例。直與証書訴訟同視。無票據訴訟名目。僅以証書訴訟若本於票據爲請求時。則與法院以得留較短就審期間之權利。在目前票據條例尙未頒行時。不得不

謂爲適當之規定。然在日本民訴法上，因與証書訴訟同視，學者謂實際尙難達標的。則我國票據交易，如將來一旦發達，似應加以考慮。蓋德國民訴法上，因與証書訴訟矯然獨立。故此項訴訟，年增其數。然其主要原因，殆由於有縮短就審期間利益之故耳。故現時法律，於就審期間，既予法院以自由伸縮之權。則法院應於此點，十分斟酌，以達立法之本意也。(五八六
六德六
〇四六)

第一章 意義

票據訴訟者，即本於票據爲請求之証書訴訟也。變詞言之，即本於票據爲請求，爲証書訴訟之一種也。

(壹) 性質

票據訴訟者，証書訴訟之一種也。我國規定該訴訟於証書訴訟內，尤無何等之問題。惟票據訴訟，究與証書訴訟有異，非可直視爲証書訴訟。何則，蓋票據訴訟，除關乎証書訴訟之法則外，尙得行特別之法則故也。(五八六
二一六)在德日等國，其票據請求，得依通常訴訟主張之，亦得依証書訴訟主張之。或以票據訴訟主張之。而票據之實體法，不問依通常訴訟與依証書訴

訟或票據訴訟，皆適用之。是故原告若於審判上主張票據之權利時，則該票據，要具備票據法上所規定之要件。要有拒絕証書之作成，要未經過票據之時效。又被告若於審判上主張票據上之抗辯時，則其抗辯，要爲本於票據法上規定之事由。即要本於可得直接對抗票據上請求之事由。學者所謂實體的票據之嚴正也。(九票草)然在通常訴訟上票據之訴，則當事人雖得提出一切証據方法，以證明其攻擊及防禦方法。而在票據訴訟，則當事人除須提出証書以証其主張事實外，並須依其他特則耳。(二一五八六參照)惟關於票據嚴正之法則，不僅適用於票據訴訟也。

(貳) 標的

票據訴訟之標的，即票據上之請求也。而票據上之請求，則以票據証券上所附義務負擔爲標的之各種請求。故票據上請求之標的，不須爲一定數量也。又不當利得返還之請求，(四商四)對於惡意取得票據人之返還票據之請求，(九票草)付欸之票據並其拒絕証書返還之請求，(五票草七)等不屬於票據上之請求。學者間有以民訴條例所謂『若訴訟（即指証書訴訟）係本於票據爲請求者』云云之法文，在文理解釋上，凡關於實體的要件，除第五百八

十三條前段規定外。當然適用票據條例。故非以一定數量爲標的之票據上請求。則不得依票據訴訟主張之。然該法文甯視爲明示其証書訴訟程序之法則。有得準用於票據訴訟之意旨。較爲適於實際也。況前項解釋。減縮票據訴訟之範圍。妨害票據之效用。故不得認爲正當。但在票據亡失時。得以除權判決代票據。即可本此除權判決之請求。而爲票據之請求。此依第六百六十二條第一項規定甚明。無待贅論也。

第二章 要件

票據訴訟。既係本於票據爲請求。爲証書訴訟之一種。(民訴條例若訴訟云云)故於須爲適法爲一般要件外。尙須具備左列特別要件。

(壹) 實體的要件。

証書訴訟實體之要件。即原告本於票據爲請求。且其理由上一切必要事實。能以証書以証明者是也。蓋票據訴訟。乃本於票據上爲請求。爲証書訴訟之一種也。

(二) 票據上之請求。票據上之請求。(五八)即本於票據、証券所附之義務負擔而主張之各請求也。(票草六)故以票據金額、或償還金額之支付、爲標的之請求。(票草五〇)担保

送達之準備書狀是也。(五五八四、五八)至該訴狀內應否記明依票據訴訟起訴之意旨。雖無明文規定。尚爲待決問題。然據余所見。法律上既無此項限制。則祇須合乎証書訴訟之要件。復爲本於票據之請求。當然適用第二十一條及五八六條之規定。若求確認判決。(六)或創設判決。(即形成判決)。意旨之聲明。則反乎証書訴訟之本質。亦即反乎票據訴訟之本質。而不附証書原本或繕本。則被告更將何所準備耶。(僅有票據訴訟之表示。因依通常訴訟程序。亦得爲票據訴訟之表示。不免有形式要件不備之虞。)(証書訴訟形式之要件之說明參照)

第三章 程序

票據訴訟。既爲証書訴訟之一種。而我國又無票據訴訟名目。則關乎証書訴訟之規定。當然得以適用。無所謂準用也。惟該訴訟既爲特別訴訟。則以無法律上別段規定爲限。得準用通常訴訟規定。(証書訴訟程序之說明參照)左列法律上別段之規定。即爲該訴訟之特則。試述如次。

(壹) 審判籍

票據訴訟之事物管轄。依法院編制法及民事訴訟條例之規定。例如票據金額超過八百元。(一)依票據訴訟起訴時。屬於地方審判廳管轄。(二)又訴訟物之價額。不算入利息及費用。

(二七)反之，票據訴訟之土地管轄。民訴條例有別段之規定。(二)即本於票據有所請求而涉訟者。得由票據支付地之法院管轄。是不外乎其易於提起訴訟之法意也。第一、票據支付地者。不問外國內國。凡票據之付款人。或期票之發行人。指定應為付款之地。而記載於票據之地域（如城鎮鄉之獨立行政區劃）也。（北京天津柏林巴黎等）（日商四四五、四五二、四五五、四五六）故票據支付地者。對於票據付款義務人固為債務履行地。至如票據償還義務人。因非票據付款義務人而為依票據負義務之人。故其現在地或其財產所在地。不為履行地。又票據上若記載無論何地均可付款之意旨時。則因其所記載之付款地點尚不一定。故不為商法及民訴條例所謂票據支付地之記載。惟所謂有此記載之票據。不限於必須有明白之記載。縱無明白之記載。若有法定的一定付款地。（票草一〇）仍不得謂為無付款地之票據。（票草八）該票據內若有此種記載時。則滙票承諾人或期票發行人。有甘心認諾於其現在地。或可得強制執行財產所在地。法院起訴之訴訟上效力。（參照三九）票據權利人對於滙票承諾人。或期票發行人。得向其現在地。或其財產所在地法院。本於票據請求。提起訴訟。然對於其他依票據負義務之人。（例如償還義務人）則不得向上述法院起訴。蓋無論何地可為付款之記

載。不爲付款地之記載。第二、此二個審判籍。因非專屬管轄。故原告依第十七條乃至第十九條之規定而被告得向有特別審判籍所在地之法院。本於票據請求提起訴訟。又得向有合意上所定審判籍所在地之法院。本於票據請求。提起訴訟。(四〇)(三九)第三、依票據負義務之人有數人(承諾人、發行人、裏書人、保證人)共同受訴時。於付款地之法院外。被告各人普通審判籍所在地之法院各管轄之。故原告對依票據負義務之人數人。本於票據請求。共同起訴時。在選擇甲被告普通審判籍所在地法院之際。其法院雖對於乙被告其他之被告之訴。不有管轄權。亦得爲裁判。至被告中有一人爲外國人。或雖係內國人而其任所在外國。或票據付款地在外國。則非所問也。

(貳) 票據訴訟。以迅速終結爲必要。惟各案情形。不能一概豫定。故法律付與法院以得留較短就審期間之權。俾有伸縮餘地。以應實際之需要。洵爲適當規定。至其就審期間之規定。則不適用於上訴審。何則蓋第五百八十六條。僅爲該訴訟而設者也。

第二編 督促程序

督促程序者。法院本於債權人一造之聲請。對於債務人發支付命令。若債務人於一定期間內。不提出異議。仍可本於債權人聲請。宣示得爲強制執行之程序也。

督促程序。發源於德意志普通法之督促訴訟。(Mahnung) 夫德意志普通法上所謂督促

訴訟。有無條件督促訴訟。及附條件督促訴訟二種。前者。爲法院不就債權人之請求。實體的

調查其常否。而對於債務人發支付命令之簡易訴訟。日本民事訴訟法及德意志民事訴訟

法上所謂執行証書訴訟。(日民訴五五九第五款德意志民訴七九四第五款) 即此種訴訟之進化制度也。而後者。爲

法院不就債權人請求。調查其實體之當否。而僅對債務人。附以一定期間不提出異議之條

件。而命其支付之簡易訴訟。日本民事訴訟法德意志民事訴訟法匈國民事訴訟法及奧國

之法律上所謂督促程序。(五九六以下日三八二德六八八匈五八八一) 即此種訴訟進化

之制度也。(法國民事訴訟法無與督促程序相當之制度。而依德國柯烈爾之見解。於英國

亦有類似之制度。即所謂 *Writ mit special Indorsement* 是也。) 夫德意志普通法所謂

附條件之督促訴訟。係由羅馬法上所謂禁令的保護之程序。 *Interdicta* 而起者。抑由德意

志古代法上所謂催令支付之程序 *Botver Tailren* 而起者。學者間頗有爭議。然此由德意志古代法催令支付之程序而起。爲羅馬後注釋派所公認。自十三世紀以來。發達於意大利及德意志。以保護其商業。後爲近世各國所採用。其說較爲正當也。

督促程序者。債權人以請求給付可代替物。或有價証券之一定數量爲標的。達此標的之手段。即爲簡易之聲請。及附有條件之支付命令。而非起訴及判決。^(五九)管轄法院。僅調查其聲請之適否。及其法律上之當否。而發支付命令。^(六〇)支付命令之聲請。與訴之提起。有同一之效力。^(二九四)對於支付命令。有合法異議之提出時。視債權人支付命令之聲請。與起訴同。法院應於訴訟之判決。宣示維持支付命令或廢棄之。^(六一)反之。對於支付命令若無合法異議之提出時。應依債權人之聲請。宣示支付命令得爲強制執行。^(六二)此項宣示強制執行之裁決。若債務人對之。不於不變期間提出異議。即爲確定。^(七〇)

債權人就於訴權之行使。(保護權利之請求權)或以通常訴訟主張之。或依督促程序主張之。皆得由其自由之選擇。然不可遽謂法律上當然有依通常訴訟行使與依督促程序行使之二種訴權。蓋通常訴訟與特別訴訟。不過爲唯一訴權之主張方法。此種方法。債權人雖

有自由選擇之權。而却無何等義務。故債權人若依通常訴訟行使訴權。縱然比依督促程序生多額之費用。亦不得謂當然歸於債權人之負擔。

第一章 意義

督促程序之意義。即關於以給付可代替物（一定金額之支付、有價証券一定數量之給付等）爲標的之財產上請求。初級審判廳、因債權人之聲請。對於債務人發支付命令。命其於該命令送達後十五日內、向債權人清償請求。並賠償所揭定額之程序費用。（三六〇）若不於前開期間內提出異議。則與確定判決、有同一之效力。更得依債權人聲請。而宣示強制執行之裁判之特別訴訟也。

（壹）性質

督促程序。爲權利確定之程序。即訴訟也。夫督促程序之究爲訴訟程序。抑爲執行程序。或非訟程序。學者間頗有爭議。然督促程序。爲債權人對於債務人命其履行義務而有確定力（六一）之命令。即以支付命令或宣示強制執行之裁判爲標的者。故不得不謂爲訴訟也。

（貳）特別訴訟

督促程序乃以簡易方法。使迅速得爲強制執行而設之程序。故欲踐行督促程序。一須爲財產上之請求。二須以可代替物一定數量之給付爲標的。因請求程序簡易。則執行程序亦異。爲有不須多額程序費用之本質之特別訴訟也。蓋以給付可代替物或有價証券之一定數量爲標的之請求。大半爲簡單而無爭執者。故債務人若不清償其債務。究屬於債務人自己懈怠或資金缺乏所致。法律爲簡易程序迅速執行起見。不就債權人請求調查其當否。且不使債務人提出防禦方法。而依費用較省之程序。可得有執行力之債務名義。（即宣示強制執行而不於不變期間提出異議之裁決）（七六）於公私兩有裨益。是即督促程序制度所由生也。據此以觀。可謂督促程序。乃以可代替物一定數量之給付爲標的。而不查債權人實體請求之當否。不訊債務人有無正當之抗辯。而使債權人可得有執行力之債務名義。爲一種簡易程序也。

（叁） 支付命令

支付命令者。法院因債權人之聲請。對於債務人。命其清償請求。並賠償所揭定額之程序費用所發之命令。若債務人不於合法期間。提出異議。則與確定判決有同一之效力者也。蓋督

督促程序。既爲簡易訴訟。而僅就片面審理。自與通常訴訟不同。故法院因債權人一造聲請。而發之支付命令。爲保護債務人利益計。不可不許債務人於合法期間內。得以提出異議。以免宣示強制執行也。學者間有以支付命令。係以債務人之異議爲解除條件之裁判者。然我國民訴條例。並不以異議之提出而使喪失其效力。故在我國現行法令上。殊無辯論之必要也。
(八六)

債務人對於支付命令。於送達後十五日內。得不附理由。提出異議。發該命令之法院。即視債權人支付命令之聲請。與起訴同。(八六)應於訴訟之判決。宣示維持該命令或廢棄之。蓋督促程序。爲片面審理。對於爭執請求而爲之裁判。不適宜也。反之。債務人不爲異議之聲明。或該異議被駁斥。則與確定判決。有同之效力。法院應依債權人之聲請。宣示支付命令得爲強制執行。蓋債務人既不利用提出異議之機會。則該命令。直與確定判決無異。而須使債權人得以迅速執行其請求也。(八六)

支付命令內。包含向債權人清償請求。並賠償所揭定額程序費用之旨。而命債務人給付之命令也。蓋此種命令給付之內容。雖得依通常之訴及判決爲之。然法律限於一定之際。得

依聲請及支付命令爲之。^(五九)故此種支付命令。若因無異議而確定。則與確定判決。有同一之效力。反之。而有異議時。則其支付命令之聲請。應與起訴同視也。

第二章 要件

督促程序。既爲關於以給付可代替物一定數量爲標的之財產上請求。法院因債權人之聲請。對於債務人。命其於適當期間內。清償請求。並賠償程序費用。若不提出異議。復不履行義務。而即發支付命令之特別訴訟。故除須適法一端。爲一般之訴訟要件外。尙須具備左列特別要件。

(壹) 實體的要件

依督促程序受保護權利之請求。須以給付不代替物或有價証券爲標的。^(五九)即時可得主張者。^(六〇二)現^(現)（但利息之支付。其性質上屬於將來之部分。亦不妨與原本一併請求。）且依聲請意旨。不須該聲請人爲反對給付者。蓋非爲此種標的之請求。不得豫想其爲簡單而無爭執者也。又非即時可得主張之請求。不得迅速執行者也。實不副法律爲圖迅速終結該事件而設督促程序之法意。故以不代替物爲標的之請求。或期限未到。（但被告有

到期不履行之虞者，不在此限。）或條件未成就之請求，及聲請人非爲反對給付不得主張之請求，（例如聲請人係賣主，須依同時履行之原則，爲賣却物之交付時。）則因聲請人之相對人，此時尙無履行義務，聲請人即得支付命令，尙不能遽迅速執行之標的。故不准許踐行督促程序（七^{一九}）又關於其請求之通常訴訟，不屬初級審判廳之事物管轄者，不應准許踐行簡易之督促程序。即行此種程序，亦難達其標的。故民訴條例採取匈牙利民法例，明定通常訴訟，應屬初級審判廳管轄之條件（五^{九六}八^八）至其請求之性質，則不問其爲物權與債權，而其請求之原因，亦不問其爲法律行爲，或不法律行爲。（但依聲請意旨，已明敘不法原因而顯見爲無理由者，不在此限。）

本於票據之請求，雖得依督促程序爲之。然不若依證書訴訟爲便。蓋證書訴訟，無以初級管轄事件爲限，而尤得迅速終結其事件故也。

（貳）形式的要件

支付命令之送達，須不於外國或依公示者。蓋於外國送達或依公示送達，勢必多費時日。雖踐行督促程序，並無實益（五^{九七}一^七七^一八^三至^一八^五）故債務人或其法律上代理人，居住外國，或不

知其現在地時。不得依督促程序而求權利之保護。從可知若依聲請意旨。該支付命令之送達。須於外國或依公示送達爲之。之情況顯著者。須駁斥其聲請。又發支付命令後。前述情況始行顯著時。則法院書記官。須停止其送達。於此之際。該支付命令。因未送達。不有效力。支付命令之撤銷。以無法律上別段之規定。不得爲之。縱然爲之。亦無實益。又法院書記官。須將未爲送達之意旨。通知債權人。(六〇四)更待債權人呈明支付命令之送達於內國。可不依公示送達方法而得爲之意旨。以爲其送達者也。

對於欠缺前開要件之支付命令。債務人雖得提出異議。(五六)然不得抗告。蓋對於支付命令。以異議之提出。爲唯一聲明不服之方法也。又債務人若不聲明異議時。不妨發支付命令。(學說中有謂欠缺形式的要件時。有妨於執行命令之發給云)(參照第三章第三節(貳)執行命令之程序)

第三章 程序

督促程序者。民事訴訟也。故民事訴訟條例第一編之規定。以本於督促程序之規定。無生差異爲限。適用於督促程序。例如關於法院職員迴避之規定。及關於訴訟救助之規定。(有偏頗之虞之迴避。在債權人主張之際。須於支付命令之聲明前或執行命令之聲明前爲之。在

債務人主張之際則不可不於第一次言辭辯論之聲明前爲之。(三四四日)然關於中斷中止之規定。以多與督促程序之組織不調和。(例如第二百二十五條第二項所定傳喚之規定)(八一七)僅於督促程序有補充的準用。又督促程序者。特別訴訟也。故以無別段之規定爲限。凡通常訴訟之規定。當然準用於督促程序。例如關於訴之撤回之規定。(一九八)但因督促程序無所謂言辭辯論。故民事訴訟條例中唯關於言辭辯論所行者。不準用於督促程序。

督促程序。因債權人之聲請支付命令而開始。與通常訴訟。因提出訴狀於法院而開始同。(二八四、五九六、德六八八、日三八二、句)然聲請。有求法院不必經過言辭辯論而爲裁判之意。思表示。與求法院本諸必要的言辭辯論而爲判決之意思表示。其間訴訟上之處置。不能無異。即法院逕以職權調查支付命令聲請之適否。或有無法律上理由爲裁判。得不訊問債務人而發支付命令。無若通常程序。非經言辭辯論。不能調查判決也。又如駁斥支付命令聲請之裁判。與以訴爲不適法而駁斥之訴訟判決。或以無理由而駁斥之實體判決。其內容雖無所異。然既非判決。且不能視爲判決。故無實體確定力。(四七一、日)(二四四)

督促程序因債務人對支付命令聲明異議而終結。通常訴訟即繼續進行之。以達訴訟之標的。蓋以督促程序乃就片面之審理。不適於就爭執請求而爲之裁判也。又督促程序因債務人不提出適法之異議。宣示得爲強制執行而終結。蓋以督促程序之標的。因該執行之宣示而得達者也。

督促程序約可分爲關於支付命令之程序。（支付命令前程序及支付命令程序）關於異議之程序。關於宣示得爲強制執行之程序。（支付命令以後之程序）及關於中斷及中止之程序。

第一節 關於支付命令之程序

（壹） 支付命令之聲請。

督促程序本於債權人聲請支付命令而開始。

（一） 方式 支付命令之聲請得以書狀或言辭爲之。（四八二、五九九、日三八四、句五九）蓋督促程序爲簡易訴訟。又如後所示。屬於初級審判廳之管轄者也。（四七七、五九八、日三九六、句一三八、一）

(二) 內容 支付命令之聲請。不可不與訴狀有同一之內容。所異者。惟以求發支付命令之聲明。代其求爲判決之聲明(二八四、五九九、九三、八)而已。此足見支付命令。將來可至有判決之效力者也。

(三) 管轄法院 支付命令之聲請。以其通常訴訟。應屬於初級審判廳之事物管轄者爲限。專屬於債務人普通審判籍所在地之初級審判廳管轄(五九六)按我國民訴條例。因其請求之通常訴訟。不屬初級審判廳之事物管轄者。不應准許踐行簡易之督促程序。即行此種程序。亦難達其標的。故以通常訴訟。應屬初級審判廳之事物管轄。爲得行此項程序與否之條件。^{八八}然鄙見竊有所疑。蓋督促程序。本爲簡易訴訟。祇問其標的。是否爲可代替物。或有價証券。其內容。是否爲一定數量。即爲已足。不必問其請求數額之多寡。因其訴訟之標的。既已合乎(1)可代替物。(2)有價証券。(3)一定數量等條件。其權義已顯然明確。不必以其不屬初級廳事物之管轄而駁斥之。反於立法上設置簡易程序之原意。不能完全貫徹也。至謂難達督促程序之標的。殆爲實際債務人。十之八九提出異議而云然。但此種情形。亦不儘限於不屬初級事物管轄者。縱爲屬於初級事物管轄者。何嘗不可以利用

異議方法，以妨碍此項程序之標的耶。故余對於此條，以不必增入此項條件，較爲適當。支付命令之聲請，因管轄錯誤而被駁斥，固如後所說明。然若已發支付命令後，則不得以其無管轄權而拒絕強制執行之宣示。惟於對支付命令或強制執行之宣示，聲明異議後，始因債務人之責問，或法院逕以職權而爲調查者也。故在無異議之際，雖無管轄權，法院所發之支付命令或強制執行之宣示，於法仍屬有效。

(四) 併合 債權人於一個支付命令之聲請，雖得併合數個請求而爲之。然法院不得依第二百四十八條之規定，併合數個支付命令之聲請。蓋該條之適用，以言辭辯論爲前提也。(主觀的併合及客觀的併合) (六四六六二) (八八準用)

(五) 撤回 債權人得在支付命令送達後，撤回支付命令之聲請。對於支付命令之聲明異議後，或對於強制執行之宣示聲明異議後，亦然。在對於支付命令聲明異議後，及對於強制執行之宣示聲明異議後，債權人至被告未就本案爲言辭辯論以前，得不待被告之承諾而撤回之。但債權人須負擔督促程序費用，且消滅支付命令聲請之效力。(發支付命令)而在支付命令送達後，且遡及以前所生訴訟拘束之效力。(三〇七) (準用)

(貳) 支付命令之程序

督促程序。限制審判上所應調查之訴訟材料之簡易訴訟也。故法院爲發支付命令所行訴訟材料之調查。須受一定之限制。即法院對於支付命令之聲請爲裁判之際。僅得調查其適法要件。訴訟要件之存否。及債權人主張有無法律上理由而止。不得對於債權人主張之請求。爲事實上正當與否之客觀的調查也。

(一) 駁斥支付命令聲請之裁判 法院認支付命令之聲請爲不適法時。(前示之適法要件不完備時。又訴訟要件不完備時。即如無管轄權時。則駁斥支付命令之聲請。然依支付命令聲請之意旨。債務人顯有避止訴訟之權利(例如權利拘束或公斷契約)則亦無須駁斥該聲請。何則。蓋此非法院可得以職權斟酌者也。又法院就支付命令聲請之意旨。即支付命令聲請所載債權人主張之自體。認該請求爲無法律上理由。又現無理由時。(請求未得主張時。即如期限未屆時)則駁斥支付命令之聲請。就請求之一部不得發支付命令時。(例如就於主請求得發支付命令。而就於從請求不得發支付命令時)亦然。是蓋出於防止同一原因請求之二部。各別訴訟。而發生二個裁判抵觸之弊害。反之。數

個請求中，甲請求無理由，乙請求有理由時，則對於甲請求應爲駁斥支付命令聲請之裁判，而對於乙請求，則准許聲請而發支付命令。蓋在此際，無前示弊害之虞也。我國民訴條例，雖不若日本民訴三八五條第二項之下段，有「數項請求中某項無理由某項有理由，則惟於其有理由者許其申請」之明文，然究其立法本意之所在，固爲當然解釋無疑也。

(六〇)
II)

(1) 方式 駁斥支付命令聲請之裁決，以無法律上別段之規定，固無須附以理由。然究以附之爲當。又此裁判，雖爲一個之裁決，然只須以書狀或言辭（債權人不到場時）通知於爲此聲請之債權人爲已足，不必送達裁決也。

(2) 內容 駁斥支付命令聲請之裁決，僅依督促程序以駁斥其訴訟的請求而止。至於對於債權人實體的請求，進而爲當否之判斷，則爲法律所不許也。

(3) 效力 對於駁斥支付命令聲請之裁決，不得聲明不服。然債權人得更爲支付命令之聲請，或依通常訴訟程序另行起訴。（六〇二III、日）（三八五III、日）此在民訴條例，雖不若日本民訴訂有明文，然其駁斥內容，既僅依督促程序而爲駁斥，則被駁斥以後，更依通常訴訟程

序而起訴。當然無何等疑問。故民訴條例未加明訂。非略也。

(二) 准許支付命令聲請之裁判。法院認支付命令之聲請爲合法。而請求且有理由時。則准許之。應不訊問債務人而發支付命令。

(1) 方式 支付命令爲一種之裁決也。故法院以職權送達於債務人。(二七)又支付命令之原本。保存於法院。(不應交付於債權人)而對於債務人所爲支付命令之送達。與訴狀之送達同。僅有使債務人得有準備異議之機會。非若日本民訴支付命令送達之效力。發生訴訟拘束。蓋我國之訴訟拘束。自起訴起。(四九)或自聲請始也。(六〇)當欲送達支付命令於債務人。而該債務人之住所。係在他一法院之管轄區域內。而在發支付命令之法院管轄區域內。不有普通審判籍已經明顯時。則對於無管轄所發之支付命令。應否送達。固有疑問。然審取積極說爲當。蓋無管轄法院所發之支付命令。於法固非常然無效也。又有支付命令之送達時。法院書記官應以職權通知債權人。蓋此通知。在使債權人得知支付命令之送達爲標的。故僅表示業經送達爲已足也。如發支付命令後。三個月內。不能送達於債務人。則支付命令及訴訟拘束。失其效力。法院書記官

須以其趣旨通知於債權人。蓋債權人就於此種事項。有重大之利害關係也。(六〇)至於駁斥支付命令聲請之裁決。則毋庸送達於債務人。(四三)

(2) 內容 支付命令所記載之事項。除與聲請書上所記載之事項。須為同一外。應記明債務人若為圖免強制執行時。應於支付命令送達後十五日內。向債權人清償請求。並賠償所揭定額之程序費用。或向發支付命令之法院提出異議。此項記載。若有欠缺。在德日民訴於送達前。債權人得向法院聲請補充。若送達後。則有主張不得聲請補充者。蓋以訴訟拘束。自支付命令送達後發生為論據。然我國條例。既有訴訟拘束。自聲請始發生之明訂。則不問送達與否。應採消極說為宜。(六〇三)又有此項記載之誤算錯寫或其他顯然錯誤時。法院隨時得依聲請或依職權。以裁決更正之。(二七二)此為當然可得準用者也。

(3) 效力 支付命令所揭期限內。若債務人對之並未提出何等異議。至該期限已滿後。發該命令之法院。應依債權人之聲請。宣示支付命令得為強制執行。若其期限已滿後三個月內。債權人不為宣示強制執行之聲請。或雖已聲請而被駁斥者。則支付命令及

訴訟拘束。失其效力。(六〇六)支付命令。因債權人之聲請而生下列之效果。第一、訴訟拘束。與訴之提起而生訴訟拘束。出於同一之法意。(六〇四)(甲)蓋訴訟拘束。爲就於審判上所主張請求之訴訟。繫屬於法院之狀態。(訴訟的法律關係之存在)非因訴之提起及其他法院之主張所生訴訟法上之效力及實體法上之效力之總稱。即爲事物單一之觀念而非事物集合之觀念。此民訴條例所以有如左之規定也。夫訴訟拘束所有之效力。約分爲二。即(一)訴訟法上之效力(二)實體法上之效力而已。訴訟法上之效力。爲結合於民事訴訟法上訴訟拘束之效力。而實體法上之效力。爲結合於實體法上訴訟拘束之效力也。故因支付命令之聲請而生訴訟拘束之效力。亦有二種。(a)因支付命令之聲請而生訴訟拘束之訴訟法上效力。即得提出訴訟拘束之抗辯之效力。蓋當事人不得就訴訟拘束中之事件。更行起訴。此項情形。法院應以職權調查之。(二九)若法院不爲調查。則當事人一造。得提出抗辯。無待明文規定也。(第一九五)接續於督促程序之通常訴訟之管轄。不因支付命令聲請後。情事變更而受影響之效力。(二九)訴訟拘束發生後。訴訟之標的。雖有讓與。於訴訟無影響。(七九)訴訟拘束發生後。原告不得將

訴變更或追加他訴之效力。(八)(九) 第三人得提起主參加之訴之效力。(六五) 及第三人得爲參加之效力。(從參加人爲對於支付命令異議有實用)(六) 然相對人不得以提起反訴之效力。相對人以督促程序爲通常訴訟而接續時爲限。即於爾後訴訟時。得提起反訴。(三〇二)(b) 因支付命令之聲請所生訴訟拘束實體法上之效力。即爲時效之中斷也。(民草二八)(八) (支付命令之送達。依民草三六六條第二項之規定。尙生遲滯之效力。然依第六〇條「支付命令之聲請。自聲請始。發生訴訟拘束。」則其遲滯之責。似應自支付命令聲請時發生。於現行法意。始能彼此貫徹也。故民草三六六條第二項。應修改爲「提起給付之訴。及聲請支付命令。與前項催告。有同一之效力」也。蓋時效之中斷。因支付命令之送達而發生。抑因支付命令之聲請而發生。不過爲中斷之存續要件。學說不一。然自民草二八三條「至訴訟拘束失其效力時。不生中斷之效力」之規定觀之。則民法上時效之中斷。因自支付命令之聲請。始發生訴訟拘束之效力。較爲適當也。(六) 假令民草三三六條及二八三條。不加修改。(德民二一二參照) 則既明訂有送達云云。則時效之中斷。究以支付命令之送達時。生其效力。抑自支付命令之

聲請提出於法院時，遡及生其效力。其學說亦不一。然無法律上別段之規定。於民法之下而認遡及的效力。似不得其當。故不得不云。自支付命令之送達時。生時效中斷之效力。於此之際。於我國雖無實例可循。而近今各國。頗有足爲我國他山之助者。即爲日本大審院判示。有遡及效力之意旨。(日本大正四年第二一七號)德國民事訴訟法。以明文規定有遡及效力之意旨。則立法上之見解。以認遡及效力爲正常。蓋支付命令之送達。法院以職權爲之。故債權人常受送達遲誤而生之危險。實爲立法上失當之政策也。又時效之中斷。於支付命令之訴訟拘束不失其效力之際。至如何時期存續。即因支付命令之送達。而生時效中斷之事由。於如何之時終竣。學者之所爭也。(訴訟拘束失其效力時。不生時效中斷之效力。依民草二八三條。規定甚明。故以訴訟拘束。不失其效力爲前提。自不待言。)然在對於支付命令。不提出異議之際。則至異議之提出期間終竣而存續。自此期間終竣時。其時效更新進行。如是解釋。始爲正當。蓋在此期間。債權人就於該事件。何事不得爲。故斷無再受其因何事不爲所生不利益之理也。(反對說。有主張自支付命令之送達時。更始進行者。又有主張準用民草二八八條之規定。自支付命令即裁判之

確定時。更新時效之進行。然在異議提出之期間內。債權人何事不得爲。故前說爲不當。又民草二八八條所謂起訴。因即民草二八二條指示所謂起訴。故後說亦爲不當。反之。於有異議提出之際。督促程序依通常訴訟而接續時。(六〇)其訴訟依確定裁判。或其他事由(例如和解)終竣時爲止。存續中斷之效力。(民草二八八)爾後更新時效之進行。(二九)對於強制執行之宣示。有提出異議時。亦然。(督促程序不依通常訴訟而接續時。即如債權人不依第六〇八條起訴時。訴訟拘束。失其效力。依民草二八三條不生時效中斷之效力。)又債務人對支付命令提出異議。而債權人或債務人不聲請指定辯論日期時。依民草二九一條。有提出異議爲中斷事由之終止時。即應自此。更始進行其時效。因當事人聲請指定辯論日期而中斷者。則此項聲請。殆可與起訴時情形等量齊觀也。(乙)因支付命令之聲請所生之訴訟拘束。至有支付命令之聲請撤回時。(三〇)或債權人不於法定期間內起訴時。(八六)失其效力。宣示強制執行之聲請。因已有異議之提出而被駁斥。且其裁判確定時。(六六)依第六百十條後段之規定。其債務人對於支付命令及訴訟拘束。應失其效力。蓋於此際。缺督促程序之標的。而自然終結也。

對於支付命令不提出異議，且不爲宣示強制執行之聲請時，依我國民訴訟條例第六百十條，係仿德民訴七〇一條前段，特設除斥期間（三個月）明示喪失訴訟拘束之效力。洵爲適當之規定。至訴訟拘束失其效力時，則不生時效中斷之效力。（民二一三三日民一五）蓋時效中斷之效力，因聲請支付命令之訴訟拘束而生之效力者也。第二，生訴訟拘束效力以上之效力，即債務人對支付命令不提出異議時，則債權人發生宣示支付命令得爲強制執行之請求權也。（六〇六、六〇六、六〇六）

（叁） 程序費用

督促程序費用，於債權人撤回支付命令之聲請，或被駁斥時，則歸其負擔。又債務人對支付命令，不提出異議，或對強制執行之宣示，不提出異議時，則歸其負擔。

第二節 關於異議之程序

法律僅使債務人得對支付命令提出異議。此異議爲保護債務人特種聲明不服之方法，而非上訴。（六〇三一）對於強制執行之宣示，（我國民訴訟條例，倣照匈牙利民訴五九六條規定，不用執行命令名稱）假令有違法則時，即如尙在異議期間經過前，而爲強制執行之宣

示時。在日本民訴固得有得以聲明故障而不得聲明異議之區別。然在我國民訴，則仍得提出異議。無故障與異議之分也。

(壹) 異議之提出

債務人得對支付命令提出異議

(一) 方式 異議之提出者。債務人得以書狀或言辭。對於支付命令所揭之數請求或一請求全部或一部爲之。(三六) 從參加人得爲債務人提出異議。(五九、四一) 無代理權限者所爲之異議。當然無效與否。及債務人對於法院。無代理權之授與。或對於異議之追認。不表示拒絕之意思爲限。爲有效與否。雖爲有爭議之問題。然亦依前說爲正當。又於適當時期。提出異議時。法院應否通知債權人。爲學者所爭議。然我國民訴條例之立意。則以債權人提出異議書狀之繕本或書狀代用之筆錄。依第一百四十五條規定。應送達於債權人。若異議合法時。且應傳喚債權人。爲訴訟之辯論。債權人一受傳喚。自知已有合法之異議。更無庸特將此事通知之也。惟有無此項異議。於債務人之利害關係。出入甚巨。故法律爲保護債務人利益計。有因其聲請。付與適當時期。提出異議之證明書之規定也。(五〇)

(二) 期間 異議須在第六〇三條第二款所定之期間內。固可無論。然即使其已經過後。當該推事作成宣示強制執行之裁決。而尙未交付書記官時。爲之。仍屬有效。(六〇六) 故此項異議期間。乃得延長至債權人聲請宣示強制執行者也。是不外保護債務人利益之法意。又此項異議期間。(六〇三條所定期間非六〇七條所定期間) 非不變期間。故若有遲誤。不爲原狀回復之事由。(五〇)

(三) 效力 後時期而提出異議者。即對於宣示強制執行之裁決。於法定不變期間經過後。提出異議時。法院應以裁決駁斥之。此項裁決不得聲明不服。爲當然解釋。蓋依第六一條之規定。支付命令。於第六〇七條之期限內。未經提出異議。或該期限內提出之異議。被駁斥者。既與確定判決有同一之效力。(甸五九八II 參照) 則六〇七條所揭期限已滿後。當然不得再有異議之聲明。既有聲明而復被駁斥。尙何有聲明不服之餘地。此爲貫徹防止訴訟延遲之法意。爲當然之論結。但對於前項支付命令。若依通常訴訟之規定。向發該命令之法院提起再審之訴。則不在此限。反之。就於支付命令所揭請求之全部或一部。於適當時期。有合法聲明之異議時。則支付命令。因其條件之成就。其效力及於請求之

全部。又就於支付命令所揭數請求之一請求。於適當時期。有合法聲明之異議時。則支付命令。就於該請求及相當費用。因其條件之成就。發生異議之效力。（各請求互爲獨立）然因支付命令之聲請而生訴訟拘束之效力。並不從此而喪失。仍結合於接續督促程序之爾後訴訟。故我國民訴。不曰支付命令失其效力。（日三八）而謂就請求之一部。提出異議者。其效力及於請求全部。即明示異議之效力。一可阻止法院發宣示強制執行之裁決效力。（六〇三條所揭之異議）二可阻止支付命令發生實體的確定力也。（六〇七條所揭之異議）

（四）撤回 債務人得撤回異議與否。爲學者所爭議。然依第六百一十一條。支付命令於第六百零七條之期限內。未經提出異議者。與確定判決。有同一之效力。則此項異議。雖非普通之聲明不服方法。而却可與其同視。（五二六）
（準用）故一經撤回異議。實無異撤回上訴。法律既許上訴之撤回。則此項異議之撤回。當然爲法律所許。然第六百零三條所揭之異議。則爲防止訴訟遲延之流弊。似應不許其有撤回之餘地。否則一旦撤回。已回復未經異議之狀態。法院復可本於債權人之聲請。而爲宣示強制執行之裁決。迨裁決後。債務人仍得提

出異議，以遲誤其訴訟，殊於法律特設此項程序之法意，不能貫徹也。

(五) 捨棄 債務人在支付命令送達後，已得有異議之機會。故債務人於支付命令之送達後，得捨棄異議提出權。(四九八)

(貳) 爾後訴訟

爾後訴訟，為異議之效力。即接繼於督促程序之爾後程序也。此項訴訟之標的，乃在求就支付命令所揭請求為判決。而以債權人為原告，債務人為被告。以支付命令記載之事項為訴之原因。又此訴訟，有主張在休止之狀態，其進行，應從當事人訴訟專行主義之原則。須當事人自求之。然依第六〇八條。既經明示債務人對於支付命令，於適當之時期提出異議者，視債權人支付命令之聲請，與起訴同。此訴訟，非在休止之狀態。不待當事人更就支付命令所揭之請求，另為起訴也明矣。至於此訴訟，各國間有依該聲請支付命令之事件，視其屬於初級審判廳管轄，抑屬於地方審判廳管轄，分別起訴之規定。我國民訴條例，既不許屬於地方審判廳事務管轄之請求，踐行督促程序，則前開起訴管轄之區別，當然無何等問題也。故在我國，其支付命令之聲請，應與訴之提起同視。其訴與支付命令之聲請，視為同時提起於

初級審判廳。即督促程序因對於支付命令異議之提出而終結。視爲支付命令聲請之訴訟拘束。存續於通常訴訟程序。然其訴訟拘束。非可視爲更新發生而遯及於支付命令之聲請時。否則與第六百條規定之法意。不能貫徹也。故(甲)法院應自以職權或本於聲請。指定辯論日期。(八八)傳喚兩造到庭辯論。(當事人兩造均有訴訟進行權)若爲本於聲請時。則此項聲請。得以書狀或言辭爲之。(四七)債權人於支付命令之聲請或同時有異議之提出時。得爲指定辯論日期之聲明。又債務人得與異議之提出。同時爲此項之聲明。(乙)債權人不得選定証書訴訟。若選定証書訴訟時。相對人得以提出訴訟拘束之抗辯。(八六)我國民訴訟條例。不許屬於地方審判廳事物管轄之請求。踐行督促程序。殆亦有故。蓋以支付命令之聲請。既專屬於初級審判廳之管轄。則一經依法聲請。其訴訟拘束業已發生。而又向地方審判廳更爲起訴。於理論實有未當。况另行起訴。當然要留就審之期間。必致生訴訟遲延之結果。實際上亦不免爲失當。惟我國於上述請求。絕對不許踐行此程序。亦未免有因咽廢食之嘆。故據余所見。似宜倣照德國國民訴訟之法意。規定爲就於支付命令所揭請求所起之訴。視爲已起訴於前所聲請支付命令之(原文爲送達)初級審判廳。若就其請求所起之

訴屬於地方審判廳之管轄時。則因當事人之聲請或逕以職權。(一八八)須為移送地方審判廳之裁決。以改正從來之規定而免如上失當之結果。(德六九六、六九七、六)

管轄法院之事物管轄。應以支付命令之聲請時為準。(二九)故其所異議、雖僅對於支付命令所揭請求之一部、或督促程序之費用提出時。亦依該請求全部之價額、以定事物之管轄。故其支付命令所揭之請求。若係屬於地方審判廳事務之管轄者。當然為法律所不許。又此督促程序之土地管轄。(即審判籍)我國民訴亦限定專屬於債務人普通審判籍所在地之初級審判廳管轄。(五九八、八三、八)不為當事人意思所左右也。(非可為合意管轄)

(叁) 程序費用

債務人提出合法異議時。視為督促程序及爾後訴訟接續一體。故有上述情形時。其督促程序費用。視作債權人起訴後關於訴訟所生費用之一部。(六)(包含異議費用)(九六六以以下參照)債權人於合法期間內。不為宣示強制執行之聲請時。則督促程序。全然歸於無益。該程序費用即應歸於債權人負擔。因此為當然之結果。故我國民訴條例無明文之規定也。債務人爾後依債權人之訴而受敗訴判決之事由。於前開費用之負擔。不受何等之影響。蓋彼此無相

互之關係也。又債權人於債務人提出異議後，撤回支付命令之聲請時，其程序費用歸債權人負擔。^(四一)債權人爾後對於債務人起訴而受勝訴判決之事由，於此費用之負擔，不受何等之影響。蓋彼此無相互之關係也。但在前者，債務人爲索取程序費用之故，尙須另行起訴，或依督促程序而得債務名義。若在後者，則可依民訴條例第壹百零三條之規定辦理。

第二節 關於宣示強制執行之程序

宣示支付命令得爲強制執行者，僅爲證明訴訟要件（即爲證明已有可得執行之效力）已存在之裁判也。蓋督促程序，爲使債權人得以迅速執行爲標的，故須付予支付命令有可得執行之效力。然支付命令爲始終未訊債務人而發者。^(六〇)故法律不得一再予債務人以延長異議之機會。^(六〇三)又支付命令，因債務人不爲六〇三條之異議，而生宣示可得執行之效力。即依債權人之聲請，得爲強制執行之效力。^(六〇六)又因債務人不爲六〇七條之異議而確定其有與判決同一之效力。^(六一)變詞言之，即支付命令因有債務人之異議，即喪失六〇六條或六一一條之效力也。故我國民訴雖無支付命令一經異議，即喪失效力之明文。^(日三八九)而就前後法文以爲探究，當然有如此論結也。學者間有以支付命令

乃以債務人異議爲解除條件之裁判。故審判上解除條件之不成就（不提出異議）確定。其應有判決效力之訴訟要件業已存在。而加以適當公証之效力者。即爲法律特設此種宣示得爲強制執行之所由也。

(壹) 宣示得爲強制執行之聲請

此種聲請。乃對於支付命令所揭數請求或一請求全部或一部。以書狀或言辭（六〇）向發該命令之法院爲之。（當事人訴訟專行主義）但此聲請。不以於支付命令所揭期限已滿後爲之爲必要。債權人得於聲明期間經過前。爲此宣示強制執行之聲請。蓋於此之際。法院無以其聲請尙在期間經過前之一事而駁斥之理由也。但法院爲此宣示之裁判。則不可不於期間經過後爲之。又此聲請可否與支付命令之聲請併合爲之。雖爲學者所爭議。然附有條件之聲請。以無特別明文爲限。不應准許。爲訴訟法上之原則。而我國民訴。復明訂期限已滿後。應依債權人聲請。則自宜採取消極之說也。

(貳) 宣示得爲強制執行之審判程序

宣示得爲強制執行之裁決。乃爲證明支付命令已有可得執行效力之訴訟要件已存在之

裁判也。故法院爲此裁判之際，僅須審查其訴訟要件存否爲已足，而無須就其所揭請求之當否、支付命令之適否（督促程序之許否）及發支付命令之法院有無管轄權（五九）數項，更爲審查。蓋常法院未發支付命令時，已就請求之當否、管轄之有無、審查之而認其請求爲正當，且有管轄權。始發此項支付命令，則於已發支付命令，且已經過期限後，自無更爲重複審查之必要。蓋前之審查，縱令或有舛誤，而在債務人之一造，於發此裁決後，依六〇七條之規定，於不變期間內，仍有異議之權也。然法院有無發此裁判之管轄權，（是否爲支付命令之法院）六〇三條所揭異議期間已滿否，支付命令得爲強制執行之宣示前，債務人提出異議否，則爲支付命令發出後新生之事，無重複審查之問題，仍應就此等訴訟要件，逐一調查也。六六）第一，認此要件具備時，則宣示支付命令得爲強制執行之裁決。（甲）其形式，宣示支付命令得爲強制執行，併須記明債權人所計算至該裁決送達爲止之程序費用。六〇六）（乙）其效力，債務人不於六〇七條所揭期限內提出異議，或該期限內提出之異議已被駁斥者，則與確定判決，有同一之效力。六一）債務人仍得於此裁決送達後十五日內提出異議。六七）第二，認此要件爲不具備時，則法院應以裁決駁斥之。六七）蓋法律雖僅

以經過不變期間爲駁斥聲請之原因。然其所聲請之法院。若非即爲前發支付命令之法院。則以前記錄。既不在該法院存置。而輾轉移送。多費時日。於當事人亦多不利。故就情理論。當然得以準用之也。對於駁斥聲請之裁決。得爲抗告。^(六)_(三六〇六)惟其支付命令。於宣示此項裁決前。已經債務人提出異議者。則債權人雖於支付命令所揭期限已滿後聲請者。法院當然駁斥其聲請。此項駁斥之裁決。爲終局的裁判。雖不得更爲宣示強制執行之聲請。而因其他事由駁斥聲請之裁決。因非終局的裁判。得更具備其要件。而爲宣示強制執行之聲請也。

(叁) 程序費用

督促程序費用。歸於不提出異議之債務人負擔。又爲索取未揭示於支付命令一切程序費用。(脫漏之費用。及支付命令。並宣示得爲強制執行之裁決之送達費用等)不宜依訴訟費用確定裁決之程序。故該項費用。即由債權人計算。而由法院確定之。以記明於此項裁決內。命債務人賠償。^(六)_(六二〇)故此項宣示得爲執行之裁決。同時復爲訴訟費用確定之裁決也。

(肆) 異議程序

民訴條例定爲宣示強制執行之裁決送達後十五日內。尙得對於支付命令提出異議。不用

聲明窒碍名目。故本書仍以異議稱之。惟此異議與前之異議性質不同。前之異議縱已經過法定期間。尚不失為適當期間之異議。而此之異議。設一旦經過法定期間。則必被法院之駁斥。實不容或有伸縮之餘地也。試述其程序如下。

(一) 異議之提出 債務人須自宣示強制執行之裁決送達後十五日之不變期間內。向發該裁決之法院提出之。

(二) 審判程序

法院認異議為合法時。則視債權人所為支付命令之聲請。與起訴同。更依通常程序進行訴訟。以審判其請求上實體之當否。而定維持或廢棄支付命令之標準。若認其異議為不合法。被駁斥且確定時。則其效果與確定判決有同一之效力。(六〇一八)

(三) 程序費用 六〇八條所述情形之督促程序費用。視作債權人起訴後。關於訴訟所生之費用。依九六條以下規定。定其負擔。(九六〇)

第四節 關於中斷及中止之程序

踐行督促程序時。不能謂絕不發生中斷中止之原因。若有此原因之發生。則督促程序當然

中斷或中止。此爲學說所一致也。然民事訴訟法之總則上，關於中斷中止之規定，有與督促程序之性質不洽者甚多。自不得不彼此補充的準用。故於程度上，其學說頗不一致。有主張中斷中止原因發生於支付命令送達後，則支付命令失其效力者。有主張關於中斷之規定，以債務人提出異議後，發生中斷原因時爲限。始適用於督促程序。又有主張因承受訴訟，傳喚承繼人之規定，(五二)有適用於督促程序者。或爲反對之立論者。茲將信爲正當者，分述於左。

(貳) 支付命令聲請後，異議期間未滿前，發生中斷原因之際。

(一) 亡故 債權人於聲請支付命令後，異議聲明期間中亡故時，則程序中斷。(三二)但債權人依訴訟代理人而聲請支付命令時，至有委任消滅之通知前，則程序不中斷。(三二)
但書債權人之承繼人得依第二百二十五條，應提出陳述承受之書狀於受訴法院。送達於他造當事人，而承受中斷之程序。債務人若爭執承受人非爲債權人之承繼人時，則不可不依債務人異議之聲明。債權人之承繼人若延不承受訴訟時，則債務人得與提出之異議，同時爲承受訴訟及本案辯論，向受訴法院聲請傳喚承繼人。(五二)提出異議之期

間。於承受後，更始進行。(二二)

債務人於聲請支付命令後，異議聲明期間中，亡故時，則程序中斷。(三一)而債務人之承繼人得從第二百五條，應提出陳述承受之書狀於受訴法院，由法院送達於他造當事人，而承受中斷之程序。此承受之程序，得與對於支付命令所聲明之異議，併合爲之。又債務人之承繼人延不承受訴訟時，債權人得變更第二百五條第二項所定之傳喚。代以下列程序。如於催告書狀內，記明他造當事人應於法院所定之一定期間內，就於受繼爲陳述。若其期間已滿後，不爲前開之陳述，則視爲業已承受該程序之意旨，而送達之。以完結其受繼之程序。學者間有以此項意旨之書狀，不適於事理，故債權人得以書狀，聲明對於被承繼人所發支付命令，於承繼人亦屬有效，以爲第二百五條所定傳喚之代用。較爲至當云。若他造當事人爭執其非債務人之承繼人時，須對於支付命令提出異議。學者間有以此種書狀，以代第二百五條之傳喚。因於法意無違，故依同條之規定，因受繼訴訟傳喚他造當事人到場，僅就受繼辯論而爲判決。且他造當事人不到場時，即依到場當事人之聲請，由其一造辯論而爲裁判。(四五七)蓋僅爲受繼而傳喚他造，在通

常訴訟於終局判決宣告後發生中斷原因時亦時有之故準用於督促程序於法亦非全然無據者然與督促程序之本質（即保留異議提出權與依片面審理之法則）不相容故仍難認為正當至於異議之聲明期間於承受後更始進行（二四）

以上法則債權人或債務人於異議之聲明期間經過後宣示得為強制執行前死亡時準用之但異議之聲明期間無論已否經過於受繼後更始為全期間之進行（二四四）

（二） 訴訟能力之喪失 債權人於聲請支付命令後異議之聲明期間中喪失訴訟能力時督促程序至依第二百五條所定通知前中斷之（六二）但債權人有訴訟代理人代理聲請支付命令時則於委任消滅之通知前該程序不中斷（二二六）異議之聲明期間於承受後更始進行（六八）債權人因第二百一十六條所定原因發生時亦然。

債務人於支付命令聲請後異議之聲明期間中喪失訴訟能力或債務人因第二百一十六條所定原因發生時債權人得本於訴訟能力之喪失或第二百一十六條所定原因發生時所行之法則處置之。

以上法則債權人或債務人於異議之聲明期間已滿後宣示得為強制執行前訴訟能力

之喪失。及第二百一十六條所定原因發生時。準用之。但異議之聲明期間。無論已滿與否。於承受後。更始爲全期間之進行。(二四四)

(三) 破產 債權人於聲請支付命令後。提出異議前。受破產宣告時。其爲支付命令標的之請求。以屬於破產財團爲限。該程序中斷。(四二一) 此際破產管財人。得爲破產財團。承受程序。即如提出異議期限已滿後。得證明破產程序。業已開始。而爲破產財團。聲請得爲強制執行之宣示。或拒絕承受程序。(破產管財人爲破產財團拒絕程序之承受時。則其程序於破產程序無關。故受破產宣告之債權人。得自相對人之債務人承受之。)(四二一) 又破產管財人延不承受訴訟時。則依第二百五條二項之規定。

債務人於支付命令聲請後。異議聲明前。受破產宣告時。其爲支付命令標的之請求。以屬於破產債權爲限。該程序中斷。(四二一) (若非破產債權時。則督促程序。於破產程序。無何等關係。) 此際。債權人依破產程序。至可得呈報債權前爲止。不得承受中斷程序。蓋督促程序。不惟不適用於確定訟爭債權。而破產債權。於債權審查會有異議時。應另行起訴以確定之也。破產法院至爲裁判時。債權人應否向踐行破產程序之法院。撤回支付命令之聲

請。以免受訴訟拘束之抗辯。爲學者所聚訟。然據余所見。若採積極之說。反使債權人無故負擔督促程序費用。且喪失督促程序所生訴訟拘束之利益。不免失當。故於債權審查會有異議時。即與對於支付命令提出異議同視。何嘗不可利用督促程序。蓋就我國民訴訟。其所以踐行此項程序者。以屬於初級審判廳之事物管轄爲訴訟標的者也。決不致於同一標的。有一方踐行督促程序。一方於他一法院踐行破產程序。以確定債權審查會所異議之債權也。

(叁) 對於支付命令提出異議後。發生中斷原因之際。

此際。關於中斷之規定。全然適用。蓋督促程序。因提出異議而終結。其繼續而爲之爾後通常訴訟。其關係。無異於通常訴訟與承受訴訟之關係。(對於支付命令提出異議之後。對於債權人有破產宣告之際。爲支付命令之標的之請求。屬於破產財團時。破財管財人爲破產財團。應承受中斷程序與否。任由其選擇。若破產管財人延不表示此項選擇之意。則債務人因承受訴訟及本案辯論。聲請傳喚破產管財人。得強令其表示此項之意思。反之。若對於債務人有破產之宣告時。其爲支付命令標的之請求。爲破產債權時。則債權人

依破產程序於可得呈報債權前爲止，如依德國破產法，就於已經呈報之債權有異議時，不得因確定其當否而承受程序。若於日本破產法，則於已經呈報之債權，應於破產法院爲裁判。(日商一〇二七)

如前之法則，於宣示得爲強制執行之裁決已有異議後，發生中斷之原因時，亦可適用。蓋於此際，其督促程序既經終結，爾後程序，不過爲繼續而爲之另一通常訴訟耳。若於宣示得爲強制執行後，未經提出異議前，則程序未終結，當然中斷。此與他國以支付命令爲終結訴訟者，不能強同者也。(宣示得爲強制執行後，對於債務人，有破產宣告時，其爲支付命令標的之請求，屬於破產債權之際，依前述同一理由，債權人依破產程序至得以呈報債權爲止，在德國破產法，得就呈報之債權爲執行命令，依破產程序，爲債權審查之際，對之提出異議者，應即起訴，從而對於執行命令，應爲窒礙之聲明，故須承受程序。)(德破一四六) 支付命令於第六〇七條之期限已滿後，即其期限內未經提出異議後，不生中斷之問題，固屬當然之事也。

(肆) 中止原因發生時

中止之原因、於支付命令之聲請後發生時。法院得命中止程序。又其中止、因法院爲撤銷裁決而終結。(八二二) 支付命令或宣示強制執行之裁決、於送達程序有中止時。其六〇三條或六〇六條所揭之期間、均於中止終竣後、更始爲全期間之進行。(四二二)

特別訴訟程序詳論附錄

◎督促程序各種文例

支付命令之聲請(五九六條之應用)

支付命令之聲請	
債權人	姓名
住址	
右代理人律師	姓名
事務所	
債務人	姓名
住址	
一大洋若干、	民國何年月日借款之原
本	
一大洋若干、	督促程序費用、

第三編 督促程序 附錄各種文例

請就前開債權發支付命令、

右請

京師某某初級審判廳公鑒

債權人代理人姓名

民國何年月日

支付命令聲請駁斥之裁決(六零二條之應用)

裁決

債權人 姓名 住址

右代理人 姓名 住址

債務人 姓名 住址

右當事人間民國何年(甲)第幾號支付命令聲請事件經本廳審查裁決如右

主文

本件聲請駁斥、

理由

依某種理由、應認本件為失當、特為裁決如右、

京師某初級審判廳

推事姓名(印)

民國何年月日

支付命令送達通知書(六零二條第一項之應用)

支付命令送達通知書

對於債務人某所發民國何年(甲)第幾號支付命令、已於民國何年月日送達債務人、所定提出異議之期限、為十五日、

京師某某初級審判廳

審判廳書記官姓名(印)

右件通知

債權人

右代理人某律師某君

民國何年月日

支付命令(六零三條之應用)

民國何年(甲)第幾號

支付命令

債權人姓名 住址

債務人姓名 住址

一大洋若干、民國何年月日借本、

一大洋若干、督促程序費用、

合計大洋若干

右債務人爲圖免強制執行應於本件送達之日起十五日之期間內將前開金額清償債務人否則應於上開期間內向本廳以書狀或言辭提出異議

京師某初級審判廳

推事姓名

民國何年月日

對於支付命令提出之異議(六零五條一)
項之應用

對於支付命令之異議

債權人姓名 住址

債務人姓名 住址

右當事人間民國何年(甲)第幾號支付命

第三編 督促程序 附錄各種文例

令聲請事件對於債務人所發同年何月

何日送達之支付命令不服提出異議

右請

京師某初級審判廳

推事某公鑒

債務人姓名

民國何年月日

宣示強制執行裁決之聲請(六零六條一)
項之應用

宣示強制執行裁決之聲請

債權人姓名 住址

債務人姓名 住址

右當事人間民國何年(甲)第幾號支付命

令聲請事件債務人已於同年何月何日

九十九

收受送達，在適當期間內，並不提出異議，應請宣示前發支付命令得為強制執行之裁決。

本案程序費用，前後共計大洋若干，

右請

京師某初級審判廳推事某公鑒

債權人姓名^①

民國何年月日

宣示強制執行之裁決(六零六條第一項之應用)

宣示強制執行之裁決

右支付命令所揭金額及本程序費用共計大洋若干，應予宣示得為強制執行。

京師某初級審判廳

民國何年月日

推事姓名^①

宣示強制執行聲請駁斥之裁決(六零七條第二項之應用)

裁決

債權人 住址

債務人 住址

右當事人間民國何年(甲)第幾號宣示強制執行聲請事件，經本廳審查裁決如右。

主文

本件聲請駁斥。

理由

依某種理由，應認該聲請為不當，特為裁決如主文。

京師某初級審判廳

推事姓名

民國何年月日

第三編 督促程序 附錄各種文例

一百零一

第四編 保全程序

民事訴訟有廣義狹義之分。廣義之民事訴訟，包括訴訟程序與執行程序而言。狹義之民事訴訟，則僅指訴訟程序而言也。德日立法例，取廣義。故其民法中，包含訴訟程序與執行程序。而我國現行民訴條例，則倣奧大利取狹義。將訴訟程序與執行程序，分別規定。故同條例僅有訴訟程序之規定，而無執行程序之規定。夫民事訴訟，既有廣狹之分。各國法例，又不一致。然則爲保全執行計，有所謂假扣押假處分者。當屬於訴訟程序乎。抑當屬於執行程序乎。此問題在取廣義之民事訴訟，以訴訟程序與執行程序，同規定於民事訴訟法中之立法例上，尙未見其重要。而在取狹義之民事訴訟，分別訴訟程序與執行程序，如我國之民訴條例，則有研究其應屬於何者之必要。就此問題，以假扣押假處分，在於保全行使請求權爲標的之點言之。此種程序，似可謂爲當屬於執行程序。然執行程序，通例必先有執行名義而後開始。無執行名義，即不能開始強制執行。故執行程序之成立，以執行名義之存在爲前提。而於假扣押假處分之際，則無所謂執行名義之存在。僅以債權之存在爲前提。得爲假扣押假處分之聲請。即其已得假扣押假處分之裁決後，亦不過本於該裁決，得爲保全程序之扣押處

分而已。故無論其實行假扣押假處分時，與聲請此裁決時，均無執行名義存在。苟已有執行名義存在，即無聲請假扣押假處分之必要。直可着手執行。無所用其保全也。是則假扣押假處分，爲執行名義不存在時之保全程序。不當屬於執行程序，而應屬於訴訟程序。惟此訴訟程序，非通常訴訟程序，而爲特別訴訟程序而已。故我國關於民訴條例之立法上，既取狹義，分別訴訟關係與執行關係，而以假扣押假處分之聲請，爲保全程序，規定訴訟條例中，亦未可厚非。況如日本民訴法，自其表面觀之。假扣押假處分，雖規定於強制執行編中，而其民訴法第七四八條之規定，『假扣押之命令，準用關於強制執行之規定。』第七五六條之規定，『假處分之命令，其他之程序，準用關於假扣押之命令及程序之規定。』就此法文觀之，可知其立法之命意，亦未嘗視假扣押假處分，本爲執行程序，其所以規定於強制執行編中者，不過爲立法上之便利計耳。否則，何必曰準用關於強制執行之規定。綜上所述觀之，以理論言，訴訟關係，其主旨在確定私權之存否，執行關係，其主旨在使得實行私權之效果。兩者程序，自不相同。故我國立法上，使訴訟關係之程序與執行關係之程序，分別規定，而以假扣押假處分，爲特別訴訟程序，仍以民訴條例中規定之，自較日本民訴法之編別爲正當。然以適

用言。則訴訟程序與執行程序，往往互相牽連。且假扣押假處分程序，可準用強制執行之規定者又甚多。故日本合訴訟程序與執行程序，均規定於民事訴訟法。而以假扣押假處分。規定於強制執行編中。較之我國分訴訟法與執行法爲二。似爲便利。此兩國關於民訴立法上之大較也。我國立法上，既取狹義之民事訴訟。而狹義之民事訴訟，依民訴條例所規定者。可別爲二。一曰通常程序。一曰特別程序。而此保全程序，即規定於特別程序中者也。何謂保全程序。即恐將來權利不能執行，或難於執行，或雖能執行而不能完全，爲保全強制執行特設之訴訟程序也。其中有假扣押假處分之別。假扣押就金錢債權，或可得身爲金錢債權之請求，爲保全強制執行，得聲請之。而假處分，則因金錢債權以外爭執物之現狀變更，爲保全強制執行，得爲之。此二者之聲請裁判，以屬於訴訟程序爲當。前已述之。故我國民訴條例雖取狹義，仍規定爲特別訴訟之一種。茲將其類別，分述於次。

第一章 假扣押

第一節 意義

假扣押者。關於金錢債權，或可易爲金錢債權之請求權，爲保全強制執行之訴訟是也。此種

假扣押發源於中古德意志法。爲德意志法系諸國所採用。意大利、法蘭西、無此制度也。所謂可易爲金錢者。如以不代替物爲標的之債權。因債務人不履行而爲損害賠償之請求時。則變爲金錢債權是也。強制執行。須在判決後。若債務人利用此機會。乘其未確定時。將財產移轉於他人。於債權人大有妨害。故爲保全強制執行起見。特設此假扣押之規定。此種程序。利在迅速。故聲請假扣押。祇須釋明。不必証明。釋明與証明之程序。非有一定界限。不過分量稍有差別。使審判官確信其如此。爲証明。使審判官推想其如此。爲釋明。如當事人以証書之繕本提出於法院。爲釋明。法院就此繕本。推想其如此。即爲假扣押之裁決。若通常訴訟。則必將証書之原本提出。乃可。因不如此。則不足以証明也。故証明程序之煩難。不如釋明程序之簡易。

第二節 要件

(壹) 實體的要件

債權人依假扣押程序。保全其強制執行時。須具備左列要件。

(一) 須爲保全強制執行之標的者。蓋假扣押之制度。在於保全強制執行。若無保全

強制執行之理由。則不許假扣押。(六一二)

(二) 須爲金錢債權。或得易爲金錢債權之請求。即以保全一定金額之給付爲標的。或以債務人因不照債務本旨履行。將來所發生之損害賠償請求爲標的。均可爲扣押。故法律有請求雖未到期。或條件未成。亦得爲之之規定。蓋不外使其得因假扣押訴訟。以達保全強制執行之標的。(六一三)

(三) 要可得逕爲強制執行之債務名義不存在。假扣押既係僅爲保全強制執行而設者。則於可得逕爲強制執行之債務名義存在時。或於強制執行開始後。自無更爲保全強制執行之必要。若於本案訴訟判決後。而該判尙未確定前。或其附有假執行宣示之判決。尙未宣告或送達前。以其時強制執行之債務名義尙不存在。只須具備前開二要件。當然得爲假扣押。至本案訴訟已否繫屬。則可不問。蓋依第六百二十一條之規定。債權人於起訴之先。亦可聲請也。

(四) 須有以假扣押爲必要之理由。債權人釋明非爲假扣押。有日後不能強制執行。或執行顯有困難之虞者。即如我國債務名義。應在外國爲強制執行。或如債務人浪費。

現存財產。讓與、隱匿、設定他物權，以減少財產。若發見其困難情事時，是其通例。(六一四)

(貳) 形式的要件

(一) 須有專屬管轄權者。假扣押之聲請，本專屬於本案之管轄法院。惟本案之管轄法院，乃專指第一審法院而言。故本案繫屬於第二審，固可以第二審法院爲管轄。若本案業已繫屬於第三審，則第三審法院，自不能自爲該訴。仍由第一審管轄爲宜。蓋以保全程序之性質，與第三審專查違法之本質不符也。但有時未經起訴，亦可爲此聲請。已如前述。然既無本案管轄，則可由假扣押標的所在地之初級審判廳管轄之。自屬無疑。(六一五)

(二) 須有請求及假扣押原因之釋明者。蓋法院欲斷定假扣押聲請之當否，不可不知債權人實體請求之當否。故請求原因及假扣押原因之事實，應釋明之。以求速行關於此項聲請之裁判。(六一七)

(三) 須依法院之裁酌，已命債權人供擔保者。蓋假扣押之聲請，非債權人釋明其請

求原因不可。否則駁斥其聲請。已如上述。惟有時不免失之過當。於實際亦有不適者。故於債權人雖不釋明請求之原因。若能就債務人所受損害有確定擔保者。仍可爲其假假扣。以保護債權人。故法院爲假押假之裁決時。以提存擔保爲條件。在未有擔保以前。不得發此項裁決。(六一八)

第三節 程序

第一款 裁判程序

(壹) 聲請之方式 此項聲請。與他聲請同。在初級廳。得以言辭。在地方廳。得用書狀。惟須表明左列各款事宜。(六一五)

(一) 請求之表示 即欲依假扣押程序所保全之金錢債權。或可易爲金錢之請求。須表示之。若其請求非爲一定金額。則不可不表示其價額。此外。對於本案訴訟之已否提起。亦以表示爲便。

(二) 假扣押原因事實之表示。即非爲假扣押。則後日不能爲判決之執行。又執行判決顯有困難之處時。是假扣押之原因。債權人不可不釋明之。若不釋明時。則較有釋明

時，以其多供擔保爲通例。

(三) 假扣押標的之表示 即債權人聲請假扣押之裁決時，對於債務人應供扣押之財產，要特定表示之。例如表示坐落何縣何門何街何胡同，又何種建築物，何種船舶幾隻。又如表示債務人對於第三人何債權。但僅就債務人動產聲請假扣押時，不須特定表示其品目。

假扣押之聲請，須表示以上之事項者，乃爲訓示的規定，而非絕對的要件。故雖欠缺此項表示之聲請，法院不得逕行駁斥之。以使債權人補正爲宜。然債權人不從補正之命，則除駁斥該聲請，無他術也。至假扣押之聲請，應準用第二百九十四條之規定，發生訴訟拘束之效力。此亦毋庸有明文也。(六一六)

(貳) 聲請之審理

(一) 書狀審理 假扣押，以不經言辭辯論而依書狀審理爲原則。蓋假扣押程序，若非迅速終結，不能達其標的。然法院訊問債務人，得不爲書狀上之陳述，固可勿論。而法院依債權人所提出之聲請書，或言辭辯論筆錄，及釋明書類，不可不審查假扣押聲請之

當否。即該法院有管轄權否，及具備聲請之要件否。又以上之審查，於急迫之際，該合議庭之審判長，得爲與否（六二六）皆須逐一審查也。

(二) 言辭辯論 踐行假扣押程序之法院，以得命言辭辯論爲例外。若經法院裁決，須經言辭辯論時，則審判長可逕行指定該日期，使法院書記官傳喚兩造。（一九〇）惟假扣押程序，因其非爲訴，故不必留存就審期間也。

(三) 釋明 債權人若不釋明請求及假扣押之原因時，法院應使債權人供擔保而爲假扣押。（六二三）

(四) 擔保命令 假扣押之聲請，無論釋明請求及假扣押之原因與否，法院得使債權人就債務人因假扣押所應受之損害，供擔保。蓋此擔保，乃保證假扣押裁決，嗣經債務人抗告結果，而被撤銷，或債權人於本案訴訟敗訴時，債務人因假扣押所生損害賠償之請求權。故法院於使債權人供擔保時，應裁酌相當金額，或有價證券，以保護債務人將來之利益。若債權人所供擔保爲保證人，只須身分財產相當，亦非法律所禁也。

(五) 對於聲請之裁判 債權人若從法院之命，供擔保，則法院自應進而爲假扣押之

裁決。若債權人不供擔保。則法院應駁斥其聲請。

(甲) 裁判之形式。假扣押訴訟。極應迅速終結。不必就債權人實體請求之當否。爲終局判決。故關於聲請假扣押之裁判。可不經言辭辯論。而以裁決之形式裁判之。日德二國民訴訟法。凡聲請假扣押。須經言辭辯論。則其言辭辯論爲不可缺者。故以終局判決裁判之。當事人對之得爲上訴。然此訴宗旨。不過爲保全將來之執行。並不在審判實體請求之當否。故民訴條例認爲不當。規定以裁決裁判其聲請。藉以發揮簡易程序之特則。

(乙) 裁判之內容。法院准許聲請而爲裁決時。應將其應供擔保。記明於裁決。並應記明債務人因停止撤銷假扣押應供担保之金額。(六一八_三)。蓋法院所定債務人提存之金額。即爲債權人依假扣押所保全之請求。故以主請求。從請求。及訴訟費用額等爲標準。非以假扣押標的物之價額爲標準。

(丙) 裁判之送達。法院准許聲請而爲假扣押時。應以職權送達於兩造。若爲駁斥聲請時。則僅送達於債權人爲已足。毋庸送達債務人。(六二〇)

第二欸 上訴程序

對於駁斥聲請假扣押之裁決。或命供擔保之裁決。(駁斥假扣押一部聲請之裁決) 因非訴訟進行中之裁決。依第五百五十一條之反對解釋。當然得爲抗告。惟法律爲免爭議起見。於六百二十條第二項。規定關於二字。以明示駁斥聲請之裁決。亦得抗告也。至於假扣押之裁決。亦須使債務人得以抗告。聲明不服。以保護其利益。日本及德國民事訴訟法。使債務人得爲異議之聲明。是不過就假扣押之當否。得以終局判決裁判。以控告聲明不服之意耳。我國民訴。爲假扣押之訴訟簡便起見。故使債務人得爲抗告。

第三款 撤銷程序

(壹) 本於起訴期間空過之撤銷。法律之所以設有假扣押者。爲保全強制執行。非即強制執行也。故爲此聲請。必在判決確定前。不審唯是。對於未屆期限之權利。亦可爲此聲請。甚而言之。尙未起訴前。亦可爲此聲請也。債權人既未起訴而爲此聲請。若法院據其聲請。准爲扣押。而債權人漫不起訴。勢必被扣押之權利狀態。永久不能確定。甚非保護公益之道也。故法律規定。若本案尙未繫屬者。命假扣押之法院。應依債務人聲請。命債權人於一定期限內起訴。(六二) 若債權人仍不於法院所定一定期限內起訴。則據債務人之聲請。

以裁決撤銷從前所爲假扣押之裁決。以保護債務人之利益。(六二二II) 惟債權人當爲撤銷裁決之聲請時。應就聲請是否正當。詳爲釋明。以省法院之努力。

(貳) 本於情事變更之撤銷。法院雖已准予假扣押。而債務人主張原因已消滅。或情事已變更。或且聲明可供擔保時。則法院即應據其聲請而撤銷裁決。惟此項聲請。應向命假扣押之法院爲之。若在起訴後。則應向本案法院爲之。(六二二) 假扣押之原因消滅者。即爲假扣押命令前提要件之理由消滅。爾後假扣押命令之效力。無繼續之必要時是。情事變更者。即如債權人之本案請求權。因清償和解。其他原因消滅時是。

假扣押之裁決。無論因上訴而被撤銷。或因上述(壹)之原因而被撤銷。債權人即應負責。申言之。不問該債權人有無故意或過失。對於債務人因假扣押或供擔保所受之損害。應負賠償之責任。以防濫用假扣押之弊。(六二四)

第四款 執行程序

對於扣押裁決之執行。於強制執行律未施行以前。應依民事訴訟執行規則辦理。若有未經民事訴訟執行規則規定者。又依一般之執行通例辦理。故舉示以下特則如左。

(壹) 對於動產之執行。對於動產所爲假扣押之執行，與對於動產之強制執行，依同一原則爲之。(執行規則一四)但對於債權之假扣押，則以發該命令之法院爲管轄執行法院。又對於第三債務人，應僅爲禁止支付於債務人之命令。又假扣押金錢，應提存之。又假扣押爲貨物，則一時不得拍賣。假扣押爲有價證券，則一時不得換價。若該假扣押物，不爲迅速處置，顯有價格減少之虞時，或其貯藏須過多之費用時，執行法院得因聲明，即命承發吏拍賣該物而提存之。(日七五)參照)

對於債權之假扣押，該假扣押法院同時爲執行法院。雖如上述，然假扣押事件與其執行事件，應加區別。故非待債權人爲執行處分之聲請時，法院不能自進而爲執行行爲。

(貳) 對於不動產之執行。對於不動產假扣押之執行，應記入假扣押裁決於登記簿，而爲之。故其記入登記簿之囑托，應於不動產所在地法院內登記處爲之。(日六五)參照)

因執行假扣押爲強制管理時，應索取與其應保全之債權相當金額，提存之。

(參) 執行之撤銷或停止。債務人對於假扣押裁決所記明因停止或撤銷應供擔保之金額，於執行已爲提存時，則法院應撤銷(或停止)執行之假扣押。(六一九)

第二章 假處分

第一節 意義

假處分，分廣狹二義。廣義之假處分，乃合關於爭執物之假處分，與關於爭執法律關係之假處分而言。前者，為關於非以給付金錢為標的之請求，強制執行保全訴訟。後者，則係法院據當事人一造聲請，為避重大之損害，或防急迫之強暴，及其他理由，而就爭執法律關係所定之暫時狀態，以保護其權利範圍之暫時處分也。狹義之假處分，則專指關於爭執物之假處分而言。故學者間，對於爭執法律關係之假處分，目為準假處分也。假處分與假扣押，似同而實異。茲為區別如次。第一，假扣押之客體，專屬於金錢債權。因保全強制執行時，雖及於一般之物。而假處分，則就金錢債權以外，特定供給對於其標的所為相當之處分。又就爭執之法律關係，定暫時狀態之相當處分。而以保全權利之實行為標的。第二，假扣押之標的，係以就財產權上之物，保全強制執行為標的。而假處分，不必定以強制執行為標的。有時就爭執法律關係，因定暫時地位，亦得為之。第三，假扣押之範圍，雖受聲請人聲明部分之限制。而假處分，則以審判官自由之意見，定其必要之處分。第四，假扣押聲請之審判，任由法院裁酌。可不

經言辭辯論而爲之。而假處分之裁決。惟限於急迫時。可不經言辭辯論。

第二節 要件

(壹) 關於爭執物之假處分。關於爭執物之假處分者。因就金錢以外給付爲標的之請求。保全強制執行之程序也。故須具備左列要件。

- (一) 須爲金錢請求以外之請求。即須非以給付金錢爲標的之請求。故須爲保全幼兒之交付。或其他關於特定有體物之交付。或關於作爲不作爲爲標的之請求之執行也。
- (二) 須有以假處分爲必要之理由。即假處分於請求標的之現狀有變更。或日後有不能強制執行。或甚難執行之虞時。准許之。即債務人變更爭執物之本質。或讓與之。或設定他物權等情事。皆適合於假處分之理由。例如某甲約以不代替物。給付於乙。當未給付前。某乙恐某甲將該物移轉於某丙。爲保全該物計。可聲請假處分是。

(三) 須無可得逕爲強制執行之債務名義時。此點與前述假扣押之要件同。

(貳) 關於爭執法律關係之假處分。定爭執法律關係之暫時狀態者。即爲關於爭執權利關係之假處分也。爲避爭執權利關係所生顯著之損害。或防急迫之強暴。或本於其他

理由爲必要。就權利範圍所爲之保護方法。而非強制執行之保全程序。此即與關於爭執物之假處分相異之一點。茲更述其要件如左。

(一) 關於爭執權利關係者。即就爭執之財產上及身分上法律關係。定暫時之狀態。例如占有關係、鄰地關係、扶養上及教育上之關係、屬之。又如甲村與乙村共同利用之水利、遇乾旱時。兩村不能同時灌溉。因起爭議。各主張其權利時。法院於確定判決前。先爲假處分。以水利暫歸甲村或乙村。使不致因爭執而生危險之虞是。

(二) 有以假處分爲必要之理由時。即爲避顯著之損害。或防急迫之強暴。或本於其他理由。須以有定暫時狀態爲必要者是。

第三節 程序

假處分與假扣押同爲保全強制執行之方法。故關於假扣押之規定。假處分亦準用之。以下僅舉示假處分程序之特則。

(壹) 法院之管轄。

假處分乃一保全執行之方法。故假處分之聲請。與假扣押之聲請同。使其專屬於本案之

管轄法院。或請求標的所在地之初級審判廳管轄。(六二九)

(貳) 聲請之裁判。

對於假處分之聲請。仍以裁決之形式爲之。遇急迫時。審判長得逕爲裁決。當裁決時。應酌量必要方法。爲如左之處置。

(一) 選任管理人。蓋以另選管理人管理該物。可防債務人自由處置也。

(二) 命債務人爲某行爲。即令債務人自爲管理。則債務人已立於管理人之地位。不能對物爲所有人之處置也。

(三) 禁債務人爲某行爲。例如對於其夫。暫定無管理其妻財產之權利。俾爲妻者。得免於損害之假處分。

(四) 禁止設定、移轉、或變更不動產上之權利。此際。法院應囑托登記處。將該裁決。登記於不動產登記簿。(六三〇)

(五) 其他必要之方法。訴訟上應爲假處分之事實甚多。法律不能列舉。故有此概括規定。以彌其缺。所謂必要方法。略舉其例。如被扣押物。須多費用。始得保管。(猛虎之類)

或不易保存。(水菓之類)可定變價保存之方法是。

遇有急迫情形。管轄請求標的所在地之初級審判廳。爲假處分之裁決時。同時應定期限。命債權人向本案管轄法院。求就假處分之當否爲裁決。(此項裁決。不得抗告。)若債權人逾其所定期限。不求本案管轄法院之裁決時。初級審判廳應依債務人之聲明。撤銷假處分之裁決。(六三二)

(參) 假處分之撤銷

假處分之裁決。以非金錢債權之保全方法。多關於人之行爲。得以金錢補償者甚少。其性質上。實爲不易准許撤銷之裁決。故如債務人僅供擔保。不得撤銷。然若有特別情事。即債權人因假處分裁決之撤銷所應受之損害。得以金錢賠償時。則使債務人供担保。而撤銷假處分。(一三二)例如甲爲建築時。乙主張觀望權而起訴。經法院暫禁其建築。使甲預繳日後敗訴。足以破壞其建築物費用之保證。而撤銷前爲假處分是也。

特別訴訟程序詳論附錄

保全程序各種文例

動產假扣押之聲請(一)六二二條之應用

動產假扣押之聲請

債權人姓名 住所

債務人姓名 住所

聲請標的

一大洋千元、民國何年何月何日立約

之貸款、

聲請理由

債權人於何年月日、借給債務人大洋若干元、言明何年月日本利一併歸還、現因債務人過期未償、債權人不得已於本日

逕向

貴廳提起貸款請求之訴在案、惟債務人恐將來難免敗訴、爲圖免強制執行計、將其所有動產、隱匿某處、目下正在暗中搬運、設此際不將該動產暫行扣押、則後日雖受勝訴判決、畢竟有不能執行之虞、現因有此項急迫情事、故急求貴廳速將該動產暫行扣押、

聲請要旨

債務人所有動產、請以備抵債權人之請求金額若干爲度、准予假扣押、

釋明方法

一 何種文件 幾件

右請

京師地方審判廳長某公鑒

債權人姓名[Ⓞ]

中華民國何年何月何日

不動產假扣押之聲請(二)之應用 六一二條

不動產假扣押之聲請

(當事人之表示同前例)

聲請標的

一大洋千元、除欠何物價金、

聲請理由

債權人對於於何年月日除給債務人貨物計值大洋一千元、已將貨物交楚、惟該

第四編 保全程序 附錄各種文例

債務人領貨以後、迄未支付貨價、故債權人目下正在準備起訴、本應靜候解決、祇以債務人商業失敗、負債甚鉅、爲欲避強制執行起見、竟將唯一財產(另單開列)之不動產、讓與他人、目下正在進行中、債權人不得已請求

貴廳、迅將該不動產暫予扣押、(該不動產約值五百元)以保債權而杜狡計、

釋明方法

一 何種文件 幾件

右請

京師地方審判廳長某公鑒

債權者代理人姓名[Ⓞ]

二百二十一

民國何年何月何日

債權假扣押之聲請(三)六二二條之用應

債權假扣押之聲請

債權人姓名 住址

債務人姓名 住址

第三債務人姓名 住址

請求之表示

一 大金千元

此係民國何年何月何日債務人發行

債權人名下第幾號期票之金額

假扣押債權

一 大洋五百元

此係債務人對於第三人所有民國何

年何月何日貸款餘額

假扣押理由

債權人對於債務人，有前開期票債權，故於民國何年何月何日，向債務人呈示該期票，請求付款，乃該債權人無理推搪，拒絕付款，是以債權人於本日逕向 貴廳提起期票金額請求之訴，該債務人對於第三債務人，因除有前開貸款債權外，別無何等資產，為圖免強制執行起見，目下正在請求中，若非速為假扣押，勢必將來不能為右開期票債權之執行，甚明，故求 貴廳就於前開債權，速為假扣押。

釋明方法

一何種文件 幾件

右請

京師地方審判廳長某公鑒

債權人姓名

右代理人姓名

民國何年何月何日

命供擔保之裁決六一八條之應用

裁 決

債權人姓名 住址

債務人姓名 住址

右當事人間民國何年(甲)第幾號假扣押

聲請事件經本廳審查裁決如左

主 文

第四編 保全程序 附錄各種文例

債權人應自本件送達之日起向本廳提

供擔保大洋若干元或提存相當金額之

有價證券

民國何年何月何日

京師地方審判廳民事第幾庭

審判長 推事姓名

推事姓名

推事姓名

假扣押裁決(一) (不動產之假扣押)
六一八條之應用

裁 決

債權人姓名 住址

債務人姓名 住址

右當事人間民國何年(甲)第幾號不動產

一二三三

假扣押聲請事件、經本廳審查裁決如左、

主 文

債務人所有另單開列之不動產、應行假
扣押、以備抵償債權人之請求金額大洋
若干元、債務人得提存現款或有價證券
若干、聲請停止或撤銷假扣押、

理 由

查債權人之聲請、尙屬相當、爰命債權人
提存擔保金、計現款或有價證券若干、存
置本廳會計科、特爲裁決如主文、
京師地方審判廳民事第幾庭

審判長推事姓名(甲)

推事姓名(乙)

推事姓名(丙)

(注意)

債權人得此裁決後、應向

裁決法院、更聲請囑託登

記、

假扣押裁決(動產之假扣押)
六一八條之應用

裁 決

債權人姓名 住所

債務人姓名 住所

右當事人間民國何年(甲)第幾號動產假

扣押聲請事件、經本廳審查裁決如左、

主 文

債務人所有動產、以備抵償債權人之請求

金額若干元爲度應行假扣押、

債務人得提存現款或有價證券若干，聲請停止或撤銷假扣押。

理由

查債權人之聲請尙屬相當，爰命債權人提出擔保金計若干，存置本廳會計科特爲裁決如右。

京師地方審判廳民事第幾庭

審判長推事姓名 ㊦

推事姓名 ㊦

推事姓名 ㊦

假扣押裁決

(債權之假扣押)
六一八條之應用

裁決

債權人姓名 住所

第四編 保全程序 附錄各種文例

債務人姓名 住所

第三債務人姓名 住所

右當事人間民國何年(甲)第幾號債權假扣押聲請事件，經本廳審查裁決如左。

主文

債務人對於第三債務人之債權大洋若干元，應行假扣押，以備抵償債權人之請求金額大洋若干元。

第三債務人不得將扣押債權金額，支付於債務人。

債務人得提存現款或有價證券若干，聲請停止或撤銷假扣押。

理由

一百二十五

查債權人之聲請尙屬相當，爰命債權人提出擔保金計若干，存置本廳會計科，特爲裁決如右。

民國何年月日

京師地方審判廳民事第幾庭

審判長推事姓名

推事姓名

推事姓名

假扣押聲請駁斥之裁決六一七條之應用

裁 決

債權人姓名 住所

債務人姓名 住所

右當事人間民國何年(甲)第幾號聲請假

扣押事件經本廳審查裁決如左

主 文

本件聲請駁斥

理 由

本件聲請要旨、略謂……等語、並提出釋明方法、

查該債權人提出之釋明方法、不足釋明該債權之成立、核與得命供擔保而爲執行之情形不相當、應將本件聲請、予以駁斥、故爲裁決如主文、

民國何年月日

京師地方審判廳民事第幾庭

審判長推事姓名

推事姓名
推事姓名

對於假扣押裁決聲明之異議民訴執行規則十一條之應用

對於假扣押裁決聲明之異議

債權人姓名 住所

債務人姓名 住所

聲請要旨

右當事人間民國何年(甲)第幾號聲請動產假扣押事件，請求撤銷同年何月何日所為假扣押之裁判。

聲請理由

債權人對於債務人主張有大洋若干元貸金債權之意旨，為保全強制執行，對於

債務人所有動產，聲請 貴廳假扣押，業經 貴廳裁判，准許假扣押在案，惟債權人所主張前開之貸金，債務人已於何年月日全數清償，目下已無何等殘額之債款，該裁決實為失當，故求撤銷。

釋明方法

一 何種文件 幾件

右 請

京師地方審判廳民幾庭公鑒

債務人姓名

民國何年月日

(注意) 聲請書須備正副二份

假扣押裁決異議之判決(維持假扣押裁決之判決)

民國何年何月何日宣告判決
民國何年何月何日訂收原本
審判廳書記官姓名

判決

債權人姓名 住所

債務人姓名 住所

右當事人間民國何年(甲)第幾號動產假
扣押聲請事件、右債務人對於本廳所爲
假扣押裁決、提出異議、經本廳審理判決
如左、

主文

本廳中華民國何年月日就於本件所爲
假扣押之裁決、應予維持、
聲請費用、歸債務人負擔、

事實

債權人聲明、求爲與主文同旨之判決、而
其理由、則謂(表示請求及假扣押之理
由)等陳述、並提出甲第一號乃至第五
號證、以爲釋明方法、

債務人聲明、求爲撤銷主文所揭之假扣
押裁決、而其理由、則謂(表示異議之理
由)等陳述、且認甲號各證之成立、

理由

債權人對於債務人主張所有之債權、及
以假扣押爲必要之情事、依甲第一、二、三
各號證、均有相當之釋明、而債務人主張
之事實、並無何等之釋明、是以本件聲明
之異議、實屬末由採用、從而債權人所爲

假扣押之聲請，實爲正當，本廳前所准許假扣押之裁決，應予維持，聲請費用，依民訴條例第九十七條之規定，責令債務人負擔，特爲判決如主文。

京師地方審判廳民事第幾庭

審判長推事姓名 ㊟

推事姓名 ㊟

推事姓名 ㊟

假扣押裁決異議之判決 (一) 變更假扣押裁決之判決

民國何年何月何日宣告知決 審判廳書記官姓名 ㊟

判決

(當事人之表示同前例)

右當事人間民國何年(甲)第幾號不動產

假扣押聲請事件，右債務人對於本廳所爲假扣押裁決，聲明異議，經本審理廳判決如左。

主文

本廳中華民國何年月日所爲假扣押之裁決主文中某某部分應予變更。

(揭示變更後之新主文)

聲請費用，歸債務人負擔。

事實

(事實之揭示，做前例)

理由

(理由之說明，亦做前例，惟須易爲變更裁決之理由而說明之)

京師地方審判廳民事第幾庭

審判長推事姓名

推事姓名

推事姓名

假扣押裁決異議之判決(三) (撤銷假扣押裁決之裁判) 六一九條之應用

民國何年何月何日宣告判決 審判廳書記官姓名

判決

(當事人之表示同前例)

右當事人間民國何年(甲)第幾號債權假
扣押聲請事件,右債務人對於本廳所為
假扣押裁決,聲明異議,經本廳審理判決
如左,

主文

中華民國何年月日本廳所為假扣押裁
決,於債務人提供大洋若干元之擔保後,
撤銷之,

聲請費用歸債權人負擔,

事實

(事實之摘示做前例)

理由

本廳查(如何如何)之理由,該債務人應
提供大洋若干元之擔保,以撤銷前開假
扣押之裁決,聲請費用,依民訴條例九十
七條之規定,責令債權人擔負,特為判決
如主文,

京師地方審判廳民事第幾庭

審判長推事姓名 ㊟

推事姓名 ㊟

推事姓名 ㊟

起訴命令六二條之應用

裁 決

債權人姓名 住所

債務人姓名 住所

右當事人間民國何年(甲)第幾號假扣押聲請事件、本廳因債務人之聲請、特為裁決如左、

主 文

債權人自本裁決送達之日起七日內應向管轄法院、提起本案訴訟、

第四編 保全程序 附錄各種文例

民國何年月日

京師地方審判廳民事第幾庭

審判長推事姓名 ㊟

推事姓名 ㊟

推事姓名 ㊟

假扣押撤銷之裁決(一) (起訴期間之空通) 六二一條二項之應用

裁 決

(當事人之表示做前例)

右當事人間民國何年(甲)第幾號假扣押命令聲請事件、經本廳審查裁決如左、

主 文

中華民國何年何月何日日本廳就本案所為假扣押裁決、應予撤銷、

一百三十一

聲請費用、歸債權人負擔。

事實及理由

債權人爲保全某債權執行起見，曾於本案之訴訟提起前，向本廳聲請假扣押，經本廳裁決，准許假扣押各在案。嗣因債務人之聲請，本廳即於民國何年月日，命令債權人依法起訴，乃該債權人經過前項命令所揭起訴期間，迄未起訴，因當事人間已無爭執，依民訴條例第六百二十一條第二項之規定，應認債務人聲請爲正當，依同條例九十七條，定訴訟費用之負擔，特爲裁決如主文。

中華民國何年何月何日

京師地方審判廳民事第幾庭

審判長推事姓名[㊟]

推事姓名[㊟]

推事姓名[㊟]

假扣押撤銷之裁決(一)(二)(情事之變更六二二條之應用)

裁 決

(當事人之表示做前例)

右當事人間民國何年(甲)第幾號假扣押聲請事件，經本廳審查裁決如左。

主 文

(主文同前例)

事實及理由

債務人聲請要旨，略謂債權人對於債務

人主張有某債權，業於何年月日向本廳提起某某請求之訴訟，爲保全執行，同時對於債務人所有動產聲請假扣押，經本廳於何年月日裁決，准予假扣押在案，惟債務人自後於何年月日，對於債權人清償該債，業將本案訴訟撤回，因此聲請撤銷前開假扣押等陳述，並提出釋明方法。

債權人對於債務人前開主張之事實，全部承認等陳述。

本廳查債務人聲請甚屬正當，依民訴條例第六百二十二條第九十七條之規定，特爲裁決如主文。

京師地方審判廳民事第幾庭

審判長推事姓名 ㊟

推事姓名 ㊟

推事姓名 ㊟

假處分裁決(一)六三〇條之應用

裁 決

債權人姓名 住所

債務人姓名 住所

右當事人間民國何年(甲)第幾號假處分聲請事件，經本廳審查裁決如左。

主 文

債務人對於所有另單開列之不動產，不得爲讓與，或設定質權、抵押權、賃借權，及

其他一切處分。

理由

本廳依如何如何之理由，認債權人之聲請尙屬相當，爰命債權人提出擔保金，計若干，存置本廳會計科，特爲裁決如右。
民國何年何月何日

京師地方審判廳民事第幾庭

審判長推事姓名

推事姓名

推事姓名

假處分裁決(一)六三〇條之應用

裁決

(當事人之表示做前例)

右當事人間民國何年(甲)第幾號假處分聲請事件，經本廳審查裁決如左。

主文

所有另單開列之建築物，至本案判決確定止，暫歸某某保管之。

理由

本廳依如何如何之理由，認債權人之聲請尙屬相當，爰命債權人提出擔保金，計若干元，存置本廳會計科，特爲裁決如右。
民國何年何月何日

京師地方審判廳民事第幾庭

審判長推事姓名

推事姓名

推事姓名[㊟]

假處分裁決(三六三〇條之應用)

裁決

(當事人之表示做前例)

右當事人間民國何年(甲)第幾號假處分聲請事件、經本廳審查裁決如左。

主文

所有另單開列之物件、至本案判決確定止、暫由某某保管之、債權人自本裁決送達之日起、十日內、應向本案管轄法院、聲請傳喚相對人到場辯論、就本件假處分之當否、爲裁決

理由

第四編 保全程序 附錄各種文例

本廳依如何如何之理由認債權人聲請

尙屬相當爰命債權人提出担保金若干

元存置本廳會計科特爲裁決如主文

民國何年何月何日

京師地方審判廳第幾分庭

推事姓名[㊟]

第五編 公示催告程序

公示催告程序。謂以法律所規定者爲限。對於不分明之相對人。催告其於一定期間內。爲權利之呈報。證券之提出。事實之報告。若不應其催告時。則宣告無效之審判上程序也。

公示催告程序。由德國普通法所稱審判上催告程序 (Ediktverfahren) 發達之制度也。蓋德國普通法所謂審判上催告程序者。發源於德國法之除權制度 (Verschreibung) 而於羅馬法。殊無根據也。在德國法。無論何人。皆得否認其所認爲不合法之權利狀態。若於法定期限內。不爲合法之否認。則依喪失否認權之法則。行之。此期限。以有審判上催告時進行。爲通例。以當然進行。爲異例。此項合法之否認。乃爲審判上之異議 (呈報) 而不爲異議之效果。即除權也。故於一切否認權者。不行使其否認權時。則自後不得對於其所認爲不合法之權利狀態。否認之。蓋除權制度。殆出乎權利狀態。與其正權利狀態。有同一效果之思想也。迨自羅馬法受繼以後。將其一半。吸收於時效制度。尙有一半。殘存於實體法及民事訴訟法。故現時仍不失爲重要法律淵源之一。例如與時效併存之除斥期間 (民草一二九九) 及審判上之催告程序。又德國普通法所稱審判上之催告程序。約可分爲對於特定之人主張權利

之審判上催告，及對於不特定人（多數不定之人）或居所不分明人主張權利之公示催告。在德國民事訴訟法，既係題爲公示催告程序，則其所爲之公示催告，當然爲對於不特定人，或居所不分明人而爲之者。蓋對於特定人主張權利所爲審判上催告之標的，本可依確認之訴而達之。故於公示催告，無特設規定之必要也。我國民訴條例亦然。

公示催告程序，乃對於居所不分明，或何人不確定之利害關係人，就於其現有權利，或自以爲有之權利，強制其於一定期限內，應即呈報。若不呈報，使生法律上不利利益之效果。以擔保公示催告聲請人安全地位爲標的。故其程序，不得不謂爲極有實用之制度。

第一章 意義

公示催告程序，乃以法律有規定時爲限，始得爲之。爲對於不分明之相對人，就權利應爲呈報。若不呈報，使生法律上不利利益效果之特別民事訴訟也。

（壹）性質

公示催告程序，乃爲民事訴訟，而非爲非訟事件。惟其性質，因爲羅馬法上所不存，故自來學者發生幾多之爭論。或謂公示催告程序，爲非訟事件，以其標的，非在保護私權之受侵害而

在確定私權上消滅變更之事實。欠缺民事訴訟之本質故也。雖其對於除權判決聲明不服之程序。固依民事訴訟之方式。然其程序之本質。則不因之而生變更。故不屬於民事訴訟。至民事訴訟法中所以規定該程序之理由。則因德國當制定民事訴訟法時。尙未確定非訟事件程序。爲單行法典之方針。及因不服除權判決之程序係依訴之方法之事實。故該程序。存於民訴法中之一事。不足即據爲典要。或以公示催告。非就權利當否之裁判。及實行。爲標的之程序。而爲關於權利之成立。或消滅。爲標的之程序。故理論上。雖屬於非訟事件。而本於民訴法中規定之事實。則實際上不可不謂爲屬於民事訴訟法。或以民事訴訟。須有特定之相對人。而公示催告程序。在除權判決聲明不服之訴訟前。尙無特定相對人。應屬於非訟事件。若在此項訴訟後。因其已有特定相對人。則屬於民事訴訟。然民事訴訟。乃爲依判決或強制執行。以保護權利爲標的之程序。非以權利現被侵害或將被侵害之事實爲標的之程序。而其判決。亦非僅以發生權利變更或權利消滅爲標的之判決。且以特定相對人爲不可欠缺之要素。而公示催告程序。則該聲請人就於權利。依除權判決。對於不分明相對人。以受權利保護爲標的之程序也。例如無記名證券執有人。有聲請宣示亡失或滅失之證券爲無效之

權利。從而對於發行人，得主張證券上之權利。此權利之實行，固可對於不分明之相對人爲之。然對於此項權利之保護，（即以證券爲無效）同時求爲確認聲請人即爲發行人之權利人之裁判，亦爲法律所准許。故該程序，仍爲依判決以保護權利之程序。自不得不謂其全然屬於民事之訴訟。

（貳） 特別訴訟

公示催告者，對於不分明之相對人，就其所有權利，將付以失權之效果，而使其呈報權利所爲審判上催告之特別訴訟也。是以第一，於公示催告程序之相對人，非爲居所不分明者，即爲何人不確定者。蓋對於居所分明之確定相對人，可得依確認之訴，或給付之訴，主張其權利。故無踐行公示催告之必要。第二，公示催告，爲審判上之催告也。故非法院之官署所爲之催告。即非公示催告。且該程序，乃初級審判廳因聲請人之聲請而開始。非因訴而開始。（訴之提起，須有分明之相對人）（六三六）第三，依公示催告程序受催告之相對人，不於適當時期呈報權利時，則生法律上不利之效果。（六三三）法律使其發生不利之效果之方法，即依除權判決爲之。（六四一）對於除權判決，得以公示催告聲請人爲被告，提起不服除權判

決之訴。^(六四)故民律草案一千五百五十九條所規定之公告，民事訴訟執行規則第六十三條所規定之公告，雖亦爲法院所爲者，然不屬於公示催告程序。何則，蓋其不利益之效果，不因除權判決而發生之故也。

(壹) 須於法律有規定時爲之

呈報權利之公示催告，限於法律有規定時爲之。^(六一)試爲分述如下。

(二) 法院對於不分明之相對人，與以不利益之效果，而爲合法傳喚時，非依法律所定，不得爲之。(如援用民草第五六、第五九、第一二七、第二二七、第一一七七、第九零五、第九零六、第九零九、第九一七、第一五五九、各條而爲聲請是) 蓋公示催告，對於相對人，得生法律上不利益之效果，自不得取嚴格主義也。若無法律上之規定，則相對人雖不分明時，亦不得爲此聲請。例如關於民草第一千零三十三條之招領遺失物，清查遺失人，係屬行政處分，第四百六十二條但書情形，並無一定辦法。又如第九百十四條規定，利息定期金，及分配利益之無記名證券執有人，得向發行人主張證書上請求。蓋法既不許以公示催告，宣示無效，故別定如此方法也。

(二) 由既知之關係人，聲明尙有他之關係人時。例如特定承繼之際，因宣告破產而催告搜索不分明之債權人時，或如無記名證券之宣示無效是。(民草九零五條參照)

(三) 已知相對人住址而不能直接傳喚時，在民訴條例可行公示催告程序者，僅有一二規定，即如應受送達人之所在不明者。(一八二以下) 催告呈報權利者。(六二七) 宣示亡失之證券或由裏書人簽名以爲裏書之指示證券無效者。(六五三) 是也。

第二章 要件

公示催告程序，除須適法爲一般之訴訟要件外，應具備左列要件。

(壹) 須於法律有規定者。故若依契約規條而爲者，不屬於茲所謂之公示催告。

(貳) 須對不分明之相對人爲之者。變詞言之，須對居所不明，或未知誰何之相對人所爲之催告。即須對不知誰何之繼承債權人，或失蹤人所爲之催告是。

(參) 須爲審判上之催告者。即由法院所發之催告是。若非審判上之催告，如返還標的物之催告。(民草五) 使繼承人與承受人出而承認之公告。(民草五) 照繳股銀之催告。

(商草一) 則不屬於茲所謂之公示催告。惟法律既無別段規定之區別，故其標的之屬於

訴訟事件與否。自可不問。

(肆) 須爲使其呈報權利者。公示催告，爲使權利人於期限內，呈報權利於法院，若該權利人不於期限內呈報權利時，則應得法律上所生不利益之效果。至第六百三十四條規定權利云者，包含對於特定相對人請求一定給付之權利，與此外尙未達到如此程度之權利而言。（例如附有停止條件之權利，或希望權等）所謂呈報云者，尤可望文生義。不須受條件成就，期限已屆之限制。故未達請求一定給付程度之權利狀態，亦可得爲呈報。

(伍) 須因不呈報權利，生法律上不利益之效果者。

公示催告，爲公示催告聲請人，對不呈報權利人，須有法律上不利益效果之戒示。蓋法律上不利益之效果，（即失權之效力）乃法律上當然發生者。故不因除權判決而發生不利益效果之公示催告，非茲所謂公示催告也。學者雖有以第六四一條至六四四條，僅規定發生失權效果之除權判決爲必要時之程序而止，而非以除權判決爲失權之效力發生之絕對的前提要件。故不妨有公示催告，法律上當然發生失權效果之特別規定，爲主張者。然依第六四〇、六四四、六四五、六四七、六四九等條，則除權判決，爲終結公示催告程

序之要件，甚明。故不因除權判決而生不利益效果之催告。不得不謂其非屬於茲所謂之公示催告程序也。

不利益之效果者。不外乎一面，使不呈報權利人之權利喪失，主張困難。（權利內容或效力受損害）他一面，則使公示催告聲請人，對於相對人，受責任之免除。且同時取得其權利。故若非爲使發生失權之效果，而僅爲豫防將來無效之法律關係爲有效之催告，或爲確定事實之催告。（民草一五五九）則不屬於茲所謂之公示催告。總之，公示催告有不利於不呈報權利人之效果。其不利益之範圍。有喪失權利之本質者，有難於主張權利者，又其效果之發生。有法律上爲當然者，有須除權判決者。要而言之。權利人若不應公示催告而呈報權利。實無異表示其捨棄權利，而甘受不利益結果之意思也。

第三章 程序

公示催告程序。乃民事訴訟，又特別訴訟也。故以不牴觸公示催告程序者爲限。則可適用民事訴訟條例第一編總則之規定。及準用通常民事訴訟之法則。例如關於法院職員迴避之規定。當事人能力及訴訟能力之規定。關於訴訟委任及訴訟救助之規定。送達及共同訴訟

之規定。調查證據及證據方法抗告之規定等是。

關於程序中斷及中止之規定。(二一三^至二一三〇)得適用於公示催告程序與否。爲學者所爭議。然關於中斷之規定。當然得以適用。不生準用之問題。公示催告聲請人亡故。或其他中斷事由發生時。(二一四)依關於中斷之規定。當然由其繼承人承受訴訟。(二一)或實施訴訟者(本人或法定代理人)之變更。(二一五)繼承人承受第二百二十五條規定之程序後。因其相對人不分明之故。對於公示催告之法院。祇須將承受或實施訴訟人變更之證明書。附於書狀而呈報之。即爲已足。毋庸中斷其程序。故第六百四十五條所規定之期間。無因公示催告聲請人之亡故及破產而中斷。(在德國施泰音氏主張。公示催告聲請人。於此期間亡故或破產時。程序中斷)反之。關於訴訟程序中止之規定。則以第六百四十四條規定。應由法院酌量情形爲限。爲適用該條之前提也。

民事訴訟條例。先設一般之公示催告程序。而於呈報權利人前提要件。失權效果之範圍。則讓之於其他法律。次就關於亡失之證券。及祇由裏書人簽名以爲裏書之指示證券。及其他證書之公示催告程序。設別段之規定。(二一六^至二一六五)故公示催告程序。得分通則與特則二節。說明

之。

第一節 通則

民事訴訟法。以規定管轄法院。公示催告之聲請。公示催告之裁判。除權判決。對於除權判決。不服聲明之訴。爲公示催告程序之通則也。

(壹) 管轄法院。

公示催告。由初級審判廳管轄。(六三三)蓋公示催告程序。甚屬簡易。故由初級審判廳管轄。至關於土地之管轄。應以其法律關係之種類。設適當規定於關係法典中也。

法院。(或公示催告聲請人)以節省時間勞力費用等爲標的。雖於第二百四十八條第一項之要件不存在時。亦得合併一聲請人或各聲請人所爲之數種公示催告程序。(六五二)故法院以不致遲延程序爲限。縱令反乎公示催告聲請人之意。得合併公示催告。又公示催告之期間及期日。苟能同時指定時。則雖其場合各異。亦得合併之。

(貳) 公示催告之聲請。

法院應就公示催告之聲請爲裁判。(六三六)故公示催告因聲請而開始。除法律有別段規

定外。法院無以職權開始者。（不干涉審理主義之適用）至於何人得以聲請公示催告，及以何事實爲公示催告聲請之事由而表示之。則各因其他關係之法典而異。不能遽定。故民訴條例以不規定爲通則也。（六五五、五六參照）又公示催告之聲請，得以書狀或言辭爲之。（六三六一）蓋公示催告程序，屬於初級審判廳之管轄也。（五六三）但此聲請之形式，除有別段規定應以訴之形式爲之外，應依聲請形式爲之。至其他公示催告之聲請，至有除權判決之布告前，得撤回之。而此撤回，則生停止公示催告或撤銷審判上所准許公示催告之效力。

（二零六）

（卷） 公示催告之裁判。

公示催告聲請之裁判，其形式爲裁決也。此裁判不以必經言辭辯論爲前提。（二七四參照）至於裁判之內容，不外駁斥聲請，或實施公示催告也。

（一） 駁斥公示催告聲請之裁判。 法院對於公示催告之聲請，認爲不應准許時。（六三三）應爲駁斥之裁判。第一、第六百三十六條所謂准許聲請者，即指公示催告之聲請，具備形式上，及實體上之要件而言。故於一面，須具備聲請之方式，聲請人之訴訟能力，法定代理

大、聲請公示催告之代理權、訴訟代理人、爲此聲請之代理權、受理聲請之法院管轄權、等形式的要件。而於他一面、則爲關於該聲請實體的要件。故如聲請人之有當事人能力、並有實施聲請之權利、等、不可不逐一記明。例如屬於破產財團之無記名證券、被竊取時、聲請公示催告者、則應爲有實施權限之破產管財人、而該證券所有者之破產人、不得爲之。此項事實、法院於爲公示催告前、須以職權調查而確定之。第二、對於駁斥公示催告聲請之裁判、得以抗告聲明不服。此就第五百五十一條規定反對解釋之。當然得此結論。蓋以此種裁判、非爲訴訟進行中之裁決也。惟此種裁判、當事人無論何時、不妨補正其欠缺。更爲公示催告之聲請。

(二) 公示催告之實施。 法院准許聲請時、應爲公示催告。(六三)而於公示催告之際、其公示催告、當然即爲不宜告之裁決。故須送達於公示催告聲請人。(一七六)若法院對於公示催告之聲請、認爲應附條件、或其他方法而准許者、則爲別段之裁決。或宣告公示催告之體樣、及可得准許之旨、使公示催告聲請人以抗告聲明不服。或聽由法院酌量情形、以適當方法爲公示催告。第一、公示催告之內容、即應記明於公示催告之事項。應斟酌

聲請人之利害。并準據關係法典所規定而爲之。至第六百三十七條所規定之各款事項。僅其大體而已。如甲聲請人之表示。從公示催告之標的。或記明聲請人之姓名住址。爲之。或記明職業爲之。(乙)即爲呈報權利之期限及應於期限內呈報權利之催告。若僅指定其期限。則尙爲未足。但其呈報權利。雖在期限已終竣後。而若在未爲除權判決前呈報。於法仍屬有效。(六四)(丙)因不呈報權利所應受之不利利益。此即學者所稱失權之表示也。此種表示。不可不與公示催告之聲請符合。(六三)故公示催告中之失權表示。若與聲請不符合。則非得聲請人之同意。不得爲之。故僅抽象的表示。不利益之效果。不應認爲有效。第二。公示催告。由法院書記官將公示催告之布告正本。黏貼於法院之牌示處行之。并得登載於一種或數種新聞紙及其他相當方法。通知或布告之。(六三八)但此不過爲補充的公示方法。六三八條但法律有特別規定者云云若法律定有別段之公示方法。則當然從其規定。(六五)惟關於公示方法之規定。爲必要的法規。故其所爲布告。若不適當時。得據爲理由。對於除權判決。聲明不服。(六五)已爲公示催告後。對於利害關係人。以法律上無別段規定爲限。毋庸通知。蓋公示催告聲請人。因法院准許聲請。而送達或宣告公示催告之裁決。已知悉法

院准許其聲請。且得於適當時期閱覽書類故也。(二八二)

(肆) 關於除權判決聲請之裁判。

關於除權判決聲請之裁判者。即駁斥除權判決聲請之裁判。或准許聲請之除權判決也。

(一) 裁判前程序。關於除權判決聲請之裁判前程序者。大別之。爲除權判決之聲請。權利之早報。及除權判決前辯論日期之辯論是。

(1) 除權判決之聲請。除權判決。乃本於聲請而開始。復本於辯論而爲之。(六四)

(不干涉審理主義)此項辯論。法院應以職權傳喚公示催告聲請人到場。使其就聲請釋明之或補正之。蓋爲片面的辯論也。是以第一。欲受除權判決之公示催告聲請人。於聲請除權判決後。須不遲誤言辭辯論之日期。(六四五)從而公示催告聲請人。若不於言辭辯論日期到場。或雖到場而不爲辯論。則縱令呈報權利人到場。應以該日期起算。於三個月內。因公示催告聲請人之聲請指定新日期。而不得宣示除權判決。(甲)前項三個月之期間。非從新日期進行。乃從辯論日期進行。且此期間不得伸縮。何則。蓋在公示催告程序。對於期間之伸縮。有無利害關係人之合意。難於懸斷。而又無准許法院伸縮

之論文也。(一九九)於此期間內，公示催告聲請人，僅以一次爲限，得聲請指定新日期。故若聲請人遲誤新日期，不得聲請更指定新日期。(五四)(六四)(乙)此項指定新日期之判決，以未經宣告者爲限。法院應以職權送達於公示催告聲請人，及其呈報權利人。(即利害關係人)。(六一)何則，蓋除權判決前之辯論日期，以適用關於言辭辯論之規定，爲通則也。(一九三)第六百四十五條所規定之新日期，乃爲關於除權判決前提條件之辯論日期。(一九三)故依第六百四十二條所定調查之日期，及依第六百四十四條中止事由終竣後，所定之日期，皆可適用。何則，蓋何莫非爲終結公示催告程序之新日期也。(丙)公示催告聲請人空過前項期限時。(六四五)則公示催告程序，當然終結。但公示催告聲請人，不妨更爲公示催告之聲請。

(2) 權利之呈報。權利之呈報者，呈報權利人，有因公示催告，自己反被除權之虞，且爲對於法院所表示之意思，不過供法院裁酌而調查，其可得宣告除權判決前提要件之存否而已。(六四七)非如訴之以主張請求爲標的，故無須就於理由立證也。又呈報時所敘理由或立證，若有欠缺時，得於嗣後補充之。第一，權利之呈報，須對於爲公示催

告之法院爲之。若不向法院表示而逕自爲之，則無效。蓋權利之呈報，如前所述，須向法院表示也。第二，權利之呈報，得以書狀或言辭爲之。^(六四)第三，權利之呈報，在未爲除權判決前，無論何時，均得爲之。故於除權判決前，言辭辯論時，到場呈報，則法院書記官，應將其呈報意旨，載於筆錄。^(四七七)權利之呈報，雖在期限已終竣後，而在未爲除權判決以前爲之，亦屬有效。故法院於爲除權判決前，得依職權爲必要之調查。如有其他理由^(六四二、六四四)則在不爲除權判決而定新期日時，於未爲除權判決前呈報，亦屬有效。是法律使其得以追復遲誤行爲也。^(六四)

(3) 除權判決前之辯論 除權判決須宣告。^(六四九、五、五)故該判決以須經言辭辯論爲前提。至此項辯論，則仍依一般法則。^(三〇三、五至二六〇)又此項辯論之性質，爲片面的。故若非涉及數次辯論續行日期而不能宣告時，則法院應以職權指定新日期，傳喚公示催告聲請人。第一，於除權判決前之辯論，以聲請人聲明應受除權判決之事項爲始。^(五、三)此項聲明，若非以書狀爲之時，則依第一百四十八條之規定，法院書記官應作筆錄而明確之。又此項聲明，就理論言，自應於除權判決前之言辭辯論日期

爲之。(言辯辯論主義之適用) 惟圖實際之便利。得於呈報權利之期限已滿後，二個月內。或該期限未滿前。以書狀或言辭爲之。(六四) 有爲此聲明之權利人。即爲公示催告聲請人及其一般承繼人也。若公示催告聲請人受破產之宣告時。破產管財人爲得行使此項權利者也。聲請除權判決人。就於應許公示催告之前提要件。及爲除權判決之前提要件。須爲湏述且立證。第二。法院須以職權調查應許公示催告之前提要件。及應爲除權判決之前提要件。是否存在。蓋法院不受其前就公示催告聲請所爲裁判上判斷之拘束也。又除權判決之聲請有理由否。即如公示催告聲請人爲受破產之宣告。已喪失除權判決聲請權否。應調查之。故法院得命除權判決聲請人。就於公示催告及除權判決之前提要件。爲陳述及立證。且爲必要之調查。(六四二) 即如得命爲各種證據調查。從而得依一般規定。爲證人或鑑定人之訊問。第三。六百四十五條所揭言辯論日期前或即該日期。若有權利之合法呈報時。則於該日期。公示催告聲請人就於呈報之權利。應爲辯論。又法院應調查其權利之呈報。有妨於除權判決之宣告否。蓋權利之呈報。爲供裁判材料之用。應斟酌情形。視其應爲除權判決否。或應駁斥除權判決

之聲請否。或應中止公示催告程序否。予以適當之處置也。故若有此項權利之呈報。自可據爲除權判決之資料。該呈報權利人雖於言辭辯論日期不到場。仍應斟酌呈報之權利。及爲必要之調查。(六四二)但法院爲達必要調查之標的。應併傳喚呈報權利人屆期到場也。(六四四)又若呈報權利人雖於言辭辯論日期不到場。不得就該權利之當否爲裁判。何則。此項裁判。非應踐公示催告程序而爲者。尋繹其第六百四十四條之意。甚明也。

(二) 審判程序 法院經調查之結果。對於除權判決之聲請。認爲形式上或實體上失當時。應以裁決爲駁斥聲請之裁判。而此種裁判。須爲宣告。(六四二、六四四)蓋除權判決。畢竟爲因不早報而宣示失權效果之形成判決。(七三三)故與其他判決同。非經宣告。對於外部不成立也。至除權判決之送達。即如對於聲請人所爲之送達。假使聲請人雖於宣告日期不到場。仍屬無須送達也。(二六五)但聲請人爲進行第六百四十九條規定之日期。對於所在不明之相對人。可得求爲除權判決之送達。(九一六)又法院於終結公示催告程序之裁判。(即駁斥除權判決聲請之裁決。或除權判決)於公示催告程序之費用。須定負擔

之裁判。(九I)其有不應歸於辯論日期提出異議(即爲爭執公示催告聲請人所主張之權利而爲權利之呈報者)之相對人負擔之費用。則歸於公示催告聲請人負擔。

(I) 呈報之效力 呈報權利。依其內容。有種種效力。第一、呈報權利之意旨。若係主張程序欠缺。即如公示催告聲請人雖於形式上或實體上前提要件有欠缺。而准許公示催告。經呈報權利人出而爭執時。(欠缺第六三六條第三項所謂准許聲請之前提要件)則以裁決駁斥除權判決之聲請。例如無記名證券所有人甲。將該證券寄託於乙後。被乙竊取而爲公示催告之聲請。則甲以自己爲公示催告聲請權之事由。爲權利之呈報時是。第二、呈報權利之意旨。若非對於聲請人主張權利之自體上。爭執。僅爲限制其範圍而止時。即非以反對公示催告爲標的。却以限制聲請人主張之權利爲標的時。不過得爲失權效果不及於呈報權利人之除權判決而已。例如對於指示證券之公示催告限制之。而有質權之呈報時。得爲不使質權失權之除權判決是。(日民施五七參照) (民草一二五七)第三、呈報權利之意旨。若係對於聲請人主張權利自體上。有爭執時。(即以反對公示催告爲標的時。則或爲駁斥除權判決聲請之裁決。或中止公示催告程序。或於除權判

決保留其權利。(六四)例如呈報權利人提出其所求宣示失權之證書，又呈報權利人主張其爲證券真正之債權人時是。若權利之呈報於形式上爲不合法時，須與除權判決之宣告同時認爲不合法而駁斥之。但若認呈報權利爲無實體上理由而駁斥時，則爲法律所不許。蓋法院於公示催告程序，不得就其呈報權利之當否爲裁判也。(後述明參)

(甲)聲請人雖已承認相對人呈報之權利，而仍維持其除權判決之聲請時，(不撤回時)法院應依呈報權利人之聲明，認爲無理由而爲駁斥除權判決聲請之裁決。又依呈報之事實，視爲已足終結公示催告全部程序之際，及如提出可求失權宣言之證書之際，聲請人雖已承認其除權判決之聲請爲無理由，而仍爲除權判決之聲請，或維持之亦然。(學者間有持公示催告程序因呈報而當然終結之論者，然非正當，但公示催告程序於任何之際，皆得因聲請人聲請撤回除權判決而終結。(三〇七)其他聲請人已知所爲除權判決之聲請爲無理由而不撤回時，則爲公示催告之休止。(乙)聲請人否認呈報權利時，法院不得於公示催告程序，就此爭執爲裁判。蓋公示催告程序，對於不爲呈報之一切利害關係人，僅以確定法定之失權爲標的而止也。然法院斟酌情

形於權利爭執之確定裁判前，中止公示催告程序，或於除權判決，留保其呈報之權利。若果斟酌情形，有就於聲請人之權利及應否准許公示催告，發生疑問時，則自以中止爲當。又若斟酌情形，對於呈報權利足可認爲有名無實時，則保留之而爲除權判決爲當。(六四) 命中止之裁決，以法院不宣告者爲限，應以職權送達於聲請人及呈報人。(六七) 對此裁決，得以抗告聲明不服。(二三) 對於拒絕中止之裁決，則不得抗告。以其爲程序進行中之裁決也。(五五) 然法院於拒絕中止後，不可遽爲除權判決，而應以職權更爲必要之調查。此徵之第六百四十二條之規定，無待多述也。又命中止之裁決，法院得以職權或因聲請而撤銷之。(八二) 於此之際，法院應以職權指定新日期。此爲續行訴訟一定之程序，無待明文規定者也。中止或保留之際，若爲請求就呈報權利之當否爲裁判時，則應依一般法則，向管轄法院起訴。(按我國民訴律草案六八〇條及日本民訴七七〇條，均係裁判二字，故依前說，自屬當然解釋。而我國民訴條例六四四條，係規定裁決二字，則將誤爲即係爲公示催告法院之裁決，故疑裁決爲裁判之誤，而確定二字，依同條例二八七條所規定之用語，應修正爲確認二字。) 至此訴應由何人提

起。則法律無別段規定。然於聲請人有利時爲多。故通例由聲請人提起。（聲請人得以提起消的極確認之訴，自不待言。）中止後之確認裁判，認呈報人之權利爲正當時，即如甲就於證券爲公示催告之聲請，而乙呈報其爲證券所有人，經法院裁判認乙爲證券所有人時，則駁斥其除權判決之聲請。又於除權判決保留權利後，其確認判決，認呈報人之權利爲正當時，即如甲就於證券聲請公示催告，而乙呈報其即爲證券所有人，經法院裁判認乙之權利爲正當時，則除權判決，全然喪失其效力。反之，聲請人受勝訴之裁判時，除權判決，即保留權利而存續有效。

(2) 除權判決之性質。除權判決者，因不爲呈報，可使喪失權利之效力發生之判決。（使喪失證書）而非確認權利喪失效力之判決。變詞言之，爲宣示權利無效（宣示證書無效）之判決，而非確認權利無效（或確認證書無效）之判決。故除權判決，屬於形成判決，而與其他判決，異點甚多。略示於下。第一，法院爲使利害關係人得知除權判決之內容，故得依相當方法布告其要旨。（六四六）變詞言之，除權判決之應公告與否，及其公告內容之範圍。一任法院之裁酌而定。但在第六百六十一條第二項之際，則爲

例外。法院應以職權爲布告。第二、除權判決之形式確定力。因其宣告而發生。(四七)故爾後對之不得以上訴聲明不服。(六四)(對於就除權判決聲請之裁判聲明不服之方法參照)對於除權判決所附之限制或保留得爲抗告。(六五)故不因宣告而確定。其有本於此項保留或限制而使公示催告聲請人受不利益之附加事項。不屬於除權判決。第三、除權判決之實體確定力。包含認公示催告並除權判決爲合法之確定及公示催告所戒示失權效力之確定也。又除權判決以其屬於形成判決。故對於已受公示催告之一切利害關係人生其效力。此項利害關係人。於除權判決前。應就自己所有反對之權利。爲合法之呈報。得爲應否准許踐行公示催告程序之爭執。又在除權判決後。僅得依第六百四十七條所限定之理由。提起不服除權判決之訴。以爲攻擊。不得依其他方法。爭執除權判決之當否。例如某甲所有無記名證券。被人竊取。而竊取人即賣於善意第三人某乙時。某甲就於被竊取之無記名證券。受除權判決。若某乙不爲合法之呈報。則某乙不但喪失其所已讓受之無記名證券所有權。且不得本於不當利得之原因。對某甲主張返還請求權。不過對於讓與人。有本於追奪擔保之損害賠償請求權。反之。

除權判決對於不受公示催告之各人。不生其效力。例如有宣示證書無效之除權判決後，聲請人對於依證書負義務之人，得主張證券上之權利。而關於就證書有權利之第三人，則無效力。(六六)但除權判決之內容，若未確定，則當事人得依確認之訴確定之。(三)對於就除權判決聲請之裁判，聲明不服之方法有二。即抗告及不服除權判決之訴是。

(1) 對於駁斥除權判決聲請之裁決，聲請人得以抗告聲明不服。依抗告程序編之規定，已甚明瞭。故於公示催告程序，毋庸規定也。此項裁決，若因經過抗告期間，或其他理由而確定時，則公示催告開始之效力，當然歸於消滅。但不妨更新聲請公示催告。若為第三人之利益，於除權判決附以保留或限制時，則對於其保留或限制，得以抗告聲明不服。何則，蓋此種保留或限制，不合於其原來求為除權判決之聲明。應與駁斥聲請同視也。

(2) 對於除權判決利害關係人，僅得以訴聲明不服。不得以上訴聲明不服。(六四)不得以原狀回復之聲請。(五)或再審之訴。聲明不服。蓋除權判決，因宣告而確定。

(二六) 又於不服除權判決之訴未被撤銷以前，效力存續，因而不服除權判決之訴，乃為除去除權判決效力之唯一方法。是殆出於欲圖交易安全之法意也。（為達同一標的，不服除權判決之訴之原因，以法律限定之，僅許自後於極狹範圍內，就公示催告法院所為法律上判斷為調查，而不得就事實上判斷為調查。^(六四七) _(二))

(伍) 不服除權判決之訴

對於除權判決，不得以上訴或原狀回復之聲請，聲明不服。雖如上訴，然法律使利害關係人於有法律上一定原因時，對於除權判決，得以訴聲明不服。^(六四七II) _(不服) 故得為宣示變更除權判決（訴訟上權利狀態）或撤銷（此項權利狀態不當處分）之權原。Tilvei 由是觀之。此訴，為對抗除權判決確定力之各利害關係人，以公示催告聲請人為被告，為除去此項確定力，本於法律上一定原因，而以特定之聲明，為標的之訴。^(六四七II) _(六四八) 故以撤銷確定判決為標的之再審之訴，^(五六八) _(以下) 對於禁治產宣告聲明不服之訴^(七二) _(OII) 等，同屬於異議之訴或聲明不服之訴。Widerspruchsklagen, Rechtsmittelklagen 蓋此訴性質，乃為使除去除權判決確定力之判決。（訴訟上權利狀態使生變更之判決）即求為形成判

決之訴。(權利變更之訴)而非求爲確認判決之訴。或求爲給付判決之訴。至對於除權判決。須以訴之形式聲明不服者。無他。乃以除權判決之撤銷。於當事人之權利。有重大之關係故也。又此訴之原告。即爲對抗除權判決確定力之利害關係人。(即爲被公示催告使依該催告程序呈報權利人)而此訴之被告。即公示催告聲請人也。故僅與除權判決有關係之人。(除權判決爲權利變更之判決。雖於利害關係人以外之各人。有時亦能發生幾多牽連之關係。然究非就於除權判決。直接發生關係者。故不可即云當然有關係。從而此項人等。不爲利害關係人)或公事催告聲請人。對於除權判決。不得提起聲明不服之訴。蓋非利害關係人。就於除權判決。不有法律上之利益。而此聲請人。對於除權判決。尤無有不服之理也。

(一) 管轄法院 聲明不服之訴。無論訴訟物價額之多寡。由爲公事催告之法院所在地之地方審判廳管轄。(六四)是蓋出乎鄭重審判之法意也。

前開法院管轄。是否爲專屬管轄。學說殊不一致。然對於除權判決聲明不服之訴。因有上述的性質。故其法院管轄。與法院階級的管轄。同爲專屬管轄。(反對說以無專屬管轄之。法文爲理由。認爲非專屬管轄)。

(二) 原因 對於除權判決聲明不服之原因。爲第六百四十七條第二項所限定也。(七七)

[左列各款] 蓋公示催告程序。乃爲催告之法院。本於聲請人提出之資料。與呈報期間之

情形之一。經推定其爲確實而表彰之。純爲表面的結果。且以消滅不確實而不分明之關係爲標

的。變詞言之。公示催告程序。不過單有形式的性質。故在除權判決之宣告後。若無何等之

限制。仍使公示催告之法院。得就提出材料及判斷調查其當否。則不能達公示催告之標

的。故不服除權判決之訴。以不害公示催告之價值爲限。始得許之。此即第六百四十七條

第二項限定不服原因之故也。是以除權判決前提之事情。若至除權判決後。其虛僞已經

明顯時。即如公示催告之法院。料其已亡失而宣示失權之證書。爾後再歸公示催告人所

占有之事由。則不爲對於除權判決聲明不服之原因。於斯之際。本於除權判決所新作成

之證書。尙存續其效力。被害人除依損害賠償。或不當利得之訴。得受救濟外。別無他法。又

爲公示催告之法院。雖有管轄錯誤之事由。亦不爲聲明不服之原因。

對於除權判決聲明不服之原因。(六四)約可分爲再審原因法則之違反。及公示催告程序
特有法則之違反二項。(七二)

(1) 再審原因法則之違反。應迴避之推事，參與裁判。或其參與裁判之推事，關於訴訟對當事人違背職務，犯刑事上之罪，二項事實。本得據為再審之原因。故於除權判決，亦有此種事由存在時，自不得謂為正當之判決。故對於此項除權判決，得以聲明不服。凡在通常訴訟，依法得由當事人聲請迴避之推事，則於除權判決時，亦當然得由當事人聲請迴避。(四二五)惟為除權判決之推事，為恐有偏頗情事而被聲請迴避之情事，則不為對於除權判決聲明不服之原因。(五六八)蓋此種聲請迴避原因之事實，於為除權判決之際不顯也。若以應被處罰之行為，據為再審原因時。(五六八)則當然適用五六九條二項之規定。

(2) 公示催告特有法則之違背。此際，約可分為法律不許公示催告時。未為公示催告之布告，或未以法律所定之方法為布告時。不遵守公示催告之布告期間時。及雖經呈報權利而違背法律未於判決斟酌之時是。

法律不許為公示催告者。公示催告之法院，陷於法律之錯誤。於法律上不許公示催告之際，而實施公示催告。於此之際，公示催告之法院所認定之事實，若非為法律不許公

示催告之事實，又此種事實，雖係合法，而其所戒示失權之效力，及除權判決宣示失權之效力，於法律上不許發生者，則無論若何，因缺法律上基礎，故對於除權判決，當然許其聲明不服。反之，催告法院，陷於事實之錯誤，致將公示催告原因之事實，不當的確定，而實施公示催告程序時，縱令事實上或有違背，然不得爲不服除權判決之原因。

除權判決，宣示失權之效力，雖係合法，然其失權之效力，若全不戒示於公示催告時，則依第六百四十七條第二項第二款所謂「未爲公示催告之布告，而爲除權判決者」之規定，而非同條第二項第一款之情形。（除權判決宣示失權之效力，雖係合法，而與公示催告所戒示失權之效力，異其性質時，亦然。）此際，除權判決因提起聲明不服之訴，而受撤銷，該判決當然無效，故若持各利害關係人，無必須提起聲明不服之訴之見解，則與未爲公示催告之布告，爲對於除權判決聲明不服原因之法意不符也。^{（六四七）}
但除權判決，依其所應準據之法則，對於第三人，不有效力時，則第三人無須提起不服除權判決之訴，蓋此際除權判決之效力，當然不及第三人也。

除權判決宣示失權之效力，雖係合法，但較公示催告上所戒示失權之效力，若其範圍

爲廣時。則依第六百四十七條第二款，而不依同條第二項第一款。又除權判決宣示失權之效力。雖係合法。若較公示催告所戒示失權之效力範圍爲狹時。則不依第六百四十七條第二項第一款及第二款。但此際，因除權判決受不利益之公示催告聲請人。得依第六百五十一條，以抗告聲明不服。

未爲公示催告之布告者。則不但全然未爲公示催告之布告。即或未揭示公示催告之重要內容，（如因不呈報所應受之不利益）（六三）及除權判決所宣示失權之效力，與公示催告所戒示失權之效力互異時。亦包含於未爲公示催告之布告一款中。（前遮參照）故若非公示催告之重要內容，而僅不記明公示催告聲請人之職業時。則不得據爲不服除權判決之原因。

未以法律所定之方法爲布告者。不但第六百五十八條所定之方法。即其他特別法所定方法。亦包含之。

不遵守公示催告之期間者。不但第六百五十九條所定公示催告之期間。即不遵守其他特別法所定公示催告之期間。亦同。

雖經呈報權利，而違背法律，未於判決斟酌之者，即其權利已爲合法之呈報。而於除權判決，未如法律所要求以斟酌之者是也。(六四七)

(三) 期間 不服除權判決之訴，應於三十日之不變期間內提起。(六四) 蓋若使事物關係永在不確定狀態，有反乎公益故也。(與五七三條同一之法意) 是以此項程序，雖不若第五百零七條第五百六十二條之設有明文，而法院仍應以職權調查也。至於原告應否釋明遵守不變期間之事實，雖爲學者所爭議，然依第六百五十條，既得準用五百七十四條之規定，則其一項四款之後段，固明定有遵守不變期限之證據方法，應以訴狀表明也。

(1) 依第六百四十七條第一乃至第三及第五款所揭理由起訴時，則自原告得知除權判決時起算。蓋得知除權判決時，可逕得發見聲明不服之理由者也。其得知除權判決之日，即原告現實得知之日，而現實得知與不應不知，應有區別。故法院以相當方法，布告除權判決之要旨。(六四) 不可即謂原告已知除權判決，僅得以此布告爲原告已可得知除權判決之證據方法而已。但有提起該訴之權利人，若爲無訴訟能力人，或受破

產宣告人，則此項不變期限，應自其法定代理人，或破產管財人，得知除權判決之日起算。(六四九
II 前段)

(2) 此項期限，依第六百四十七條第四款或六款所揭理由起訴時。若原告於得知除權判決而不知其理由者，則自其得知理由時起算。但原告在得知除權判決以前，既知其聲明不服之理由時，則自原告得知除權判決時起算。此與第五百七十三條所規定之法律同。若不於此項不變期間內提起該訴，則發生經過不變期間之效力。縱令該除權判決，依法律不許行公示催告而為之者，該逾期之利害關係人，仍不得以該訴攻擊之。(六四
I 四)

不服除權判決之訴，自除權判決宣告之日起算。已逾五年時，則不得提起。此項制度，與第五百七十三條第三項之法律相同。(六四
III)

(四) 程序 不服除權判決之訴，得適用通常訴訟程序之規定。蓋此訴亦為一訴也。委任聲請公示催告之代理範圍，是否包含公示催告聲請人，對於相對人所為不服除權判決之訴，有代理應訴之權。雖為學者所爭議。然此訴既有上訴之性質，則依第八十五條

但書之規定，自以須受特別委任之說爲當。

對於此訴所應宣告之判決，即(1)爲否認此訴之判決。(本於形式的或實體的理由駁斥之判決)及(2)是認此訴之判決。(是認其聲明不服權之判決)即撤銷除權判決之判決。(依第六百四十七條第二項第五款所揭原因。提起不服除權判決之訴。經法院認有理由時。依第六百四十四條爲原告揭示保留其所呈報權利於除權判決中之判決。乃爲變更除權判決之判決。不外爲一種撤銷除權判決之判決。)而撤銷除權判決之判決。爲一個權利變更之判決。有溯及既往。回復除權判決前權利狀態之效力。不然。不能達保護聲明不服當事人利益之標的。但因除權判決之權利狀態。其效力得及于第三人取得之權利否。其學說雖不一致。然爲保護第三人之利益。自應以不害第三人之權利爲限。其效力可得及於第三人。(反對說。則以撤銷除權判決之判決。爲權利變更之判決。爲根據。謂不必有前項限制。其效力當然及於第三人)。

對於此訴所宣告之判決。得以上訴。聲請回復原狀。或再審之訴。聲明不服。

第二節 特則

公示催告程序之特則。無他。即爲關於亡失之票據（不問承任之有無）其他商法可得以爲無效之證書。就於公示催告所設別段之規定也。（日商二八）蓋亡失（即被盜取或遺失或滅失）之票據。及以給付金錢或其他物件爲標的之指示證券。或無記名證券。應使其得依適當之公示催告程序宣示無效也。夫證券被盜或遺失時。則有不正當之占有人。依該證券受支付或交付之虞。故對此危險。不可不保護正當權利人。又權利人無論其已受支付或交付與否。有自後發見該證券再爲主張權利之虞。故對此危險。不得不保護義務人。又證券滅失時。則與證券交換之雙方當事人。均不得安全授受標的物。故爲須確保安全交易計。不得不設此項之特則。

第六百五十三條以下之規定。爲宣示票據及其他商法定爲可得無效之證券所爲公示催告程序之特則。故以不與抵觸爲限。當然得以適用前述通則（六三四）之公示催告。

（壹） 管轄法院

宣示證券無效之公示催告程序。其事物管轄。屬於初級審判廳。（六三）至土地之管轄。則第

一由證券所載履行地之法院管轄。夫證券所載履行地。則不僅指證券所載之履行地而言。且指依法律規定。或證書所載之事項。(內容)可得認為審判上履行地而言。(日商四五二、五照^{四參}) 若證券所載有二個以上之履行地時。則由各履行地之法院管轄。至履行地之在內國與外國。則可不問。唯其所載履行地。不在內國時。則本國法院不有管轄權。第二、證券不載履行地。因而無前述第一之管轄法院時。則屬於公示催告聲請時。公司事務所所在地之法院管轄。(五^{六四}) 又普通審判籍不同之數人。發行證券時。(例如連帶債務人發行證券時)則屬於各發行人普通審判籍所在地之各法院管轄。此際公示催告聲請人。得準用第三十四條之規定。於數處法院中。選擇其一處。第三、無前述第二之法院時。則屬於證券發行人發行時普通審判籍所在地之法院管轄。若發行人發行證券時。於內國無有審判籍。則法院不得實施該公示催告程序。夫證券所載履行地之法院為管轄法院。按其理由係與第二十一條規定之法律意相同。(德國票據法^{七三參照}) 若此證券未載履行地。而又無第一或第二之法院時。則第三之法院。就於公示催告程序。有土地管轄權。蓋當事人原有公示催告聲請時。若無前項審判籍。應在發行人發行時普通審判籍所在地為履行之意思也。(六^{四五}) 此項法院之管轄。雖

無專屬之明文。但其性質上，當然爲專屬管轄。然在公示催告，因其相對人不明，不能爲管轄之合意。故此項法院之管轄，是否爲專屬，殆不致發生何等問題也。

(貳) 公示催告之聲請

以宣示證券無效爲標的所爲公示催告之聲請，乃求宣示證券存在，因而能據證券主張權利之人，以聲請之形式爲之者也。(六五) 故第一，能據證券主張權利之人，乃爲能據證券主張一切權利之人。不必要有就於證券有爲處分之權利。(反對說，主張就於證券無處分權之人，不得爲公示催告之聲請) 是以(1)無記名證券或祇由裏書人簽名以爲裏書之指，示證券，則其最後之執有人，得有聲請公示催告之權。(六五) 夫所謂最後之執有人者，不外爲依公示催告程序，求宣示無效之證券，亡失前之占有人，故最終之執有人，不僅爲權利人。且有時爲義務人。例如票據義務人，因清償債務後所受取之票據遺失之際，對於第三人爲償權債務之計算，尙有此種票據存在之必要時，則該義務人，即爲最終之執有人。得有聲請公示催告之權。至於執有證券之權原，是否合法，對於公示催告之聲請權，並無何等之影響也。故法院於公示催告程序，不有調查之權限。何則，蓋因證券占有之一事，得爲公示催告

之聲請者也。⁽²⁾其他證券。即如股票、指示證券、其他可得以裏書移轉之票據、^(日商四五)得由能據証券主張權利之人、聲請公示催告。^(五六五)夫何人始為能據証券主張權利之人。則依實體法之規定而定。且其能據証券主張權利之人。不但為債權人。有時且為債務人。例如債務人對於抵押權人、因清償債務、由抵押權人手受取之證券、於可得請求塗消抵押之登記時遺失。則債務人亦得聲請公示催告。⁽³⁾能據証券主張之權利、若為共有時。則其公示催告之聲請。即須共同為之。第二、宣示證券無效之公示催告之聲請。除第六百二十七條所揭各款之事由外、⁽¹⁾聲請人應提出繕本、或開示證券要旨、^(內容)及足以辯認證券之必要事項。夫提出證券之繕本。以法律上無別段之規定。故不以認證繕本為必要。至如何事項、為證券之要旨、及足以辯認証券之必要事項。則屬於事實問題。又所謂開示云者。則不可不載明證券種類、及號數。若為確定證券內容、有必須證券發行人說明時。則該發行人應負此項說明之義務。⁽²⁾聲請人應釋明證券亡失、^(被竊遺失滅失等)及有聲請權之原因事實。夫於證券被竊時。則如證券之占有人、竊取證券及其所在不明之事實是。於證券遺失時。則如證券占有人、非出於自己本意、而遺失證券及其所在不明之事實是。又於證券滅失時。則如證券

占有人毀滅證券之物質或其要旨（重要內容）不能辯認之事實是。至證券占有人之究爲故意滅失證券，抑爲過失滅失證券，則可無區別。蓋權利人爲欲捨棄其能據證券主張之權利，而故意滅失其所有之證券，爲絕無之事也。又釋明證券亡失語中，尙包含證券之取得及占有之釋明。此（1）及（2）之事項，爲聲請公示催告，不可缺之要件。又須同時具備者也。

（叁） 就於公示催告聲請之裁判

宣示證券無效之公示催告程序，就於聲請之裁判，其特則如下。法院准許聲請時，應爲公示催告。第一，公示催告之內容，除第六百三十七條所定應記各款事項外，尙應記明執有證券人，應於期限內呈報權利，及提出證券，並告以若不呈報權利，及提出證券，即應宣示證券無效。（六五）第二，公示催告，最後登載新聞紙或公報之日，與呈報權利之期限，至少須留六個月。（九五）若不留此期限時，則不得於辯論日期宣告除權判決。而應留適當期限，指定新日期。若不踐行此項程序而爲除權判決時，則依第六百四十七條第三款之規定。對於除權判決，得以訴聲明不服。第三，爲宣示證券無效所爲公示催告之布告，較通常公示催告爲尤密。除黏貼於法院之牌示處外，並應登載新聞紙。若無相當新聞紙可登載者，則登載中央或地

方公報，若公示催告之法院所在地有交易所者，並應將公示催告黏貼於交易所。(六五)是不外務使利害關係人得知公示催告之法意也。但此布告對於第六百五十三條所規定之證券，必須爲之。若因宣示無記名證券之無效，聲請公示催告，而法院准訴其聲請時，應依亡失無記名證券人之聲請，不經言辭辯論，對於發行人爲禁止支付之命令，蓋以保護最終執有人，因證券之亡失而一時不得主張權利時之利益而設者也。(六六三)至於無記名證券發行人，於公示催告程序終結前，對於宣示無效之無記名證券執有人，可得聲請法院爲禁止支付之命令，以保護亡失無記名證券人之利益，乃爲當然之處置，無待法律設有別段之規定。此項命令，應附記已開始催告之事由，此爲六六三條第二項所明定，無待多述也。聲請禁止支付之命令，得以書狀或言辭爲之，駁斥前項聲請之裁決，得爲抗告，禁止支付之命令，應以公示催告之布告規定布告之。(六六四)

(肆) 就於除權判決聲請之裁判

宣示證券無效之除權判決，其程序之特則，略述於次。第一，執有證券人應於呈報權利期限內，呈報權利，並提出證券。(六六)此際法院，應將其事由，通知聲請人，並於相當期限內，使聲

請人閱覽證券。若經執有證券人聲請。法院應指定提出證券之日期。使聲請人於該日期閱覽證券。公示催告聲請人。若認提出證券爲亡失之證券時。則可據以達到公示催告之標的。故其程序。即爲終結。法院應依職權。以裁決撤銷禁止支付之命令。若其已經提出證券者。此項裁決。應依第六百六十條規定。許公示催告聲請人。閱覽證券後爲之。至於公示催告聲請人與提出證券人間。其亡失之證券與提出之證券。是否同一。發生爭執。或第三人並非提出聲請人所稱亡失之證券。僅呈報其有優先之權利時。則應依第六百四十四條之規定處置之。蓋亡失之證券。與提出之證券。是否同一。發生爭執。或公示催告聲請人。就於亡失之證券。有如何之權利。而第三人較之有無優先之權利。皆應於通常訴訟程序。依實體法之規定而爲裁判者也。第二。除權判決。應宣示證券無效。且須明白表示之。至該判決之要旨。則法院應依職權。以相當方法布告之。⁽¹⁾_(六六一)但與第六百四十六條之際異。⁽²⁾_(六六二)不但屬於法院之職權。且屬於職務。故法院是否布告。及布告方法是否相當。均與除權判決之成立要件。有直接之影響。第三。宣示證券無效之除權判決。爲公示催告聲請人之利益。應與亡失證券之執有。生同一之效力。變詞言之。有除權判決後。其受除權判決宣告之公示催告聲請人。

恰與執有證券同。對於依證券負義務之人，得主張證券上權利。(六六)如何權利。依證券而成立。如何之人。爲依證券負義務之人。則依實體法之所定。宣示票據無效之除權判決。若其票據爲拒絕支付之票據。則執有票據人。對於滙票承認人。期票發行人。及裏書讓與人。得依票據主張權利否。雖不無可疑。然究以得依票據主張權利之說爲當。故關於償還請求時。則本於除權判決之效力。其依票據能主張償還請求權者。對於依票據應負償還義務之人。得主張償還請求權。然償還義務人。當然不喪失其抗辯權。故票據支付之拒絕。不可不依拒絕證書證明之。但宣示證券無效之除權判決。公示催告聲請人。對於證券發行人。有得請求發行新證券之效力否。則依實體法之所定。(德民八〇)而非民訴條例所應規定也。此項除權判決。對於依證券負義務之人。雖有與證券之執有。生同一之效力。然關於公示催告聲請人。與第三人之法律關係。不生何等之效力。蓋除權判決。爲公示催告聲請人。僅有與亡失證券之執有。生同一之效力。而無變更其他法律關係之效力也。故就於除權判決宣示無效之證券有權利之第三人。則無妨依該證券而主張之。然因除權判決宣示無效。依證券負義務之人。對於受除權判決之公示催告聲請人。不得不爲清償。(六六)故以後除權判決雖經撤銷。

而其效力依然存續。但清償以不知有除權判決之撤銷爲限。對於提起不服除權判決之訴之第三人。亦得以其清償爲對抗。不然。將害善意之交易。例如依證券負義務人。對於公示催告聲請人所爲之清償。公示催告聲請人。應負返還不當利得於第三人之義務。(六六二)

(伍) 不服除權判決之訴。

宣示證券無效之除權判決。亦得以不服除權判決之訴。攻擊之。已如前述。唯其所異者。即證券無效之宣示。因不服除權之訴。經以判決撤銷者。爲公示催告之法院。於該判決確定後。應依聲請。以相當方法布告之。(六六三) 是由第六百六十一條第二項之規定所生當然之結果。此項布告。法律雖無別段之規定。而第一審法院書記官。應以職權爲之。固屬當然也。

特別訴訟程序法詳論附錄

公示催告程序各種文例

公示催告之聲請六三六條之應用

公示催告之聲請

聲請人姓名 住所

權利之表示

一 何 何

右開權利，請爲公示催告。

右 請

京師某處初級審判廳公鑒

聲請人姓名 〇

民國何年月日

(注意) 聲請書備一件已足

公示催告六三七條之應用

公示催告

聲請人姓名 住所

一 何種權利

右聲請人對於前開權利所爲公示催告之聲請，經本廳審查，認爲合法，應予照准。即仰右開權利之利害關係人，務於民國何年月日以前，向本廳呈報權利，若逾前開期限不爲呈報，該權利之利害關係人將受法律上不利之效果，且將因聲請以除權判決宣示無效。

民國何年何月何日

京師某處初級審判廳

推事姓名 ㊟

除權判決六四一條之應用

除權判決

聲請人姓名 住所

一 權利之表示

右聲請人對於右開權利聲請公示催告，經本廳認為合法，准予公示催告。在案，惟至民國何年月日，業已逾期，尚無來廳呈報權利之人，自應依該聲請，對於前開某權利，宣示無效。

民國何年何月何日

第五編 公示催告程序 附錄各種文例

京師某處初級審判廳

推事姓名 ㊟

公示催告六五七條之應用

公示催告

聲請人姓名 住所

一 某證券（無記名證券或祇由裏書人簽名以爲裏書之指示證券）之表示

右聲請人對於前開證券所爲公示催告之聲請，經本廳認為合法，應予照准。即仰該廳執有證券人，務於民國何年月日以前，向本廳呈報權利，並提出證券。若逾期不爲呈報，及提出證券，即應宣示無效。

一百七十九

民國何年何月何日

京師某處初級審判廳

推事姓名 〇

除權判決六六一條之應用

除權判決

聲請人姓名 住所

一 某某證券（無記名證券或祇由裏

書人簽名以爲裏書之指示證券）

之表示

右聲請人對於前開證券聲請公示催告，經本廳認爲合法，准予公示催告在案，惟至民國何年何月日業已逾期，尙無來廳呈報權利，並提出證券之人，自應依該聲請，

宣示前開證券無效，

民國何年何月何日

京師某處初級審判廳

推事姓名 〇