

Angle

目錄

- 122 論督促程序中相對人之程序保障
——以有理由性審查之充實
為核心 楊淑文等 1
- 123 送達之不知與民事訴訟法
第164條之回復原狀 王欽彥等 111
- 124 準諮商式家事法院審理
功能之必要與侷限 郭書琴等 207
- 125 既判力之客觀範圍
——論訴訟標的概念作為判準
的意義與侷限 陳瑋佑等 301
- 126 終止收養事件之審判
——非訟化審理及程序法理
交錯適用 沈冠伶等 415
- ※附錄：民事訴訟法之研討(一)至(廿)目錄



研 討 次 別：民事訴訟法研究會第一百二十二次研討紀錄

報 告 人：楊淑文

時 間：二〇一四年三月十六日下午二時至五時

地 點：臺灣大學法律學院第一會議室

主 持 人：邱聯恭

參加討論人：郭書琴 周廷翰 陳真真 彭昭芬 曾華松
：王甲乙 許士宦 沈方維 陳毓秀 孫森焱
邱聯恭

【依發言先後序】

記 錄 人：王惟佳、江嘉瑜

主 辦 單 位：財團法人民事訴訟法研究基金會

壹、督促程序之意義與相關規定

貳、督促程序與通常訴訟程序之差異

參、德國法上之督促程序

肆、相對人救濟程序

伍、結論——相對人程序保障之充實

邱聯恭：

今天我們舉行本會第122次研討會，由政治大學的楊淑文教授以「論督促程序中相對人之程序保障——以有理由性審查之充實為核心」為題，來進行論文報告。今天楊教授擔任報告人，我們非常感動，因為她今天雖然重感冒，仍依預定的日期來擔任報告人。記得她上次是在本會第107次擔任過報告人，沒想到一晃已經快要4年，這4年來因為楊教授都沒有來參加討論，所以我們會員很多人都在懷念。而今天楊教授願意把研究的成果來跟各位分享，我們也要表示感謝。最近司法官學院正在上課，我講授民事集中審理的課時，有學員提問：為什麼國內民事訴訟法的學者沒有都經常來參加研討會，他們看歷次本會研討紀錄後提出這個疑問，讓我不好代為回答，因為可能有種種理由。不過楊教授由於兼任政治大學法學院院長的行政事務，特別忙碌，負有改革法學教育以及提升法學研究水平的重責大任，所以她今天來報告其實也等於用行動表示認同本會舉辦的意旨。今天有好多位司法官學院的學員來參加，也親眼看到楊教授用行動來回答他們的疑問。這些年來，本會已經討論了好多的問題，或許其中的討論內容有相當部分也跟今天的報告論旨有關聯，所以今天的共同研討內容也可能提供一些有需請楊教授一併指教的素材。我們現在就開始今天的會議。

由於楊教授已經在4、5天前事先寄發論文書面給各位，而她今天感冒，我們今天是不是不要太勉強，所以口頭報告的時間如果能夠節省的話就盡量縮短也無妨，由楊教授自己決定。謝謝各位，現在就請開始報告。

楊淑文：

主席、各位在場的法學先進，以及同學們大家午安。非常碰巧剛好感冒，可能報告的不是很清楚，不過我想我盡量把一些比較重要的問題，有關於督促程序中這個特別的程序，其展現的問題來跟大家報告，也跟與會的專家、先進們共同討論。

4 民事訴訟法之研討(四)

通常我們在上課的時候大概很少會上到督促程序的部分，因此，督促程序看起來好像它只有一些短短少數的條文，但實際上就我們現在法院的案件量來看，我曾經去看了一下司法院統計處所公告的，也就是說它有公告大概這些民事紛爭的解決透過這種非訟的解決，大部分占了大概70%左右，那其餘的30%才是進入一般的訴訟程序來審理。那第二點就是說，在法院的這些統計處裡面，我其實沒有辦法去查出就每一個相對人在督促程序裡面，他能夠甚或他提出異議的案件。那這個部分如果我們看到德國法的相關資料的話，他們平均會異議的件數大概是10%左右，也就是說，無論如何100件裡面只有10個人會異議。那如果會異議，原則上法院在現在當然就是司法事務官會把督促程序的聲請駁回。反之，如果說一般人對於收受這樣的一個支付命令，跟他的經驗法則不是很符合，因為很多人可能看到這個督促程序，像我所引的就是報紙所寫的，他說這個人收了這個所謂的支付命令，因為他以前被詐騙集團所騙，他就以為是詐騙集團。所以有支付命令法展現出來令人非常擔憂的一面，也就是說，是不是這樣子的一個異議實際上雖然是快速解決，那這樣快速解決它的依據到底何在？到最後原則上我報告的部分大概就是聚焦在，在它快速解決的同時，它解決的方式，到底是一個當事人合意解決，還是靠著所謂的訴訟程序由法官來審理、認定事實、適用法律而解決這樣子的一個紛爭。最後是把一些國內尋找到的支付命令所衍生的爭議，這些爭議可以看出甚至有那種上更三字，也就是說，可能法院本身的見解會不一致，那我當然是在判決裡只是把一些它有論述到支付命令的部分，我把這樣的一個判決摘出來。那當然是說，希望從當事人這些判決，然後來看看這樣一個支付命令我們是不是有可能在形式上再把關，然後在後面的法律救濟程序時，是不是有創設另外一個救濟程序的可能。因為也會談到說再審有沒有辦法、適不適合作為支付命令的特別救濟程序。從判決的結果來看，其實大部分的再審訴訟相對人都是敗訴的，也就是說最重要一句話，債權憑證並非可以取得支付命令的依據，所以

債權憑證縱使非屬真正，實際上它都不構成所謂民事訴訟法第496條各款所載明的事由，就是說它是不是證據有經過變造等等。意思就是說，這樣子是不是有其他讓相對人可以尋求救濟的可能。

在督促程序的部分，當然主要的目的是認為說它是一個非訟程序，在當事人就他們的權利義務的存在並沒有爭執的時候，是不是就賦予債權人享有一個執行名義來實現他的債權。但是它所發生的問題就在於說，督促程序的請求其實完全沒有經過法院的實質審查，只是因為相對人沒有即時提出異議，那這個可能背後也有很多因素，那在這個情況之下，我們就阻絕了他請求法院就其答辯事由跟理由予以審查的可能性。那這個就是我剛剛所說的，在再審程序裡面其實依第521條第2項再去必須符合所謂第496條第1項所定各款的情形，但是第496條其實它主要的目的是在救濟前訴訟程序當中法院的審理跟認定有重大違誤、重大違法的問題，因此基於維護一般國民對於司法的信賴，必須要把這樣子有重大瑕疵的確定判決重開，然後來廢棄原來的確定判決。因此，如果我們要把督促程序裡面第521條第2項，意思就是說法院完全沒有對聲請人的請求來進行所謂的正確性的認定，也就是認定事實跟適用法律，那如果他完全沒有進行正確性的認定，怎麼會有所謂的認定事實、適用法律所產生的這些重大瑕疵的問題。

在督促程序跟通常訴訟程序的差異，也就是說，督促程序我們是聚焦於求快速實現債權人的權利，然後賦予債權人最大的便利性，但是在這個當中如果我們沒有兼顧對相對人的程序保障，那麼毋寧會使支付命令的確定判決效力失其妥當性。而且也有一些一般人的經驗法則，在現代他收到任何文書，他可能會覺得說我在家裡我什麼事情都不知道，怎麼會有法院寄一封東西來，而且法院在支付命令上面所揭示的也是非常的簡單，完全是依債權人的聲請，然後把債權人的聲請就放在這個支付命令上。如果我們從第508條這樣的規定，跟第244條以下關於通常審理程序，它其實是具有重大的不同，意思就是說，一般的民事紛爭解決我們認為當事人享有程

6 民事訴訟法之研討(四)

序選擇權，原則上他可以選擇不同的方法來解決紛爭，但原則上並不會跳脫兩種：一種就是所謂的當事人合意解決紛爭這樣的機制，那另外一個是當事人的紛爭向法院起訴，透過法院的審理認定，以法院作成的判斷跟決定來作為當事人紛爭解決的方法。那看起來這個督促程序好像也不像，意思就是說我們能夠把相對人不異議當作他合意運用這種方式解決嗎？這樣督促程序的本質，它其實是在不同的兩邊，就是說一個是合意解決紛爭，另外一個是由法院來認定事實、適用法律來解決紛爭。督促程序到底我們要把它歸屬於哪一種，好像它都不是這樣子的適合。

另外，我們一般都認為說督促程序本身是屬於非訟程序的一部，因此，當事人之間存有明確的實體權利義務，當事人也不爭執，所以不具有訟爭性，無庸進行嚴密的審理程序。意思就是說當事人不爭執這個部分，它的確定性到底在什麼地方？只是因為當事人他不異議，那我們就認為說他願意依債權人請求的方式來解決紛爭嗎？

關於督促程序請求的部分，第一個原則上就是金錢或其他代替物或有價證券，這個部分我不知道在法院聲請就代替物或有價證券聲請的案件多不多，因為實際上在德國法它已經把它限為債權人的請求必須以金錢給付為標的才能夠聲請法院來發支付命令。這裡面當然就是有督促程序要提起的一些比較高的門檻，譬如說：聲請人應為對待給付尚未履行，或者是支付命令的送達應為外國為之。那另外在所謂的送達的部分，當然我們也有排除依公示送達或是在外國為之的情形，但實際上我們在很多的案例裡面，最後我跟大家報告的就是，很多的案例裡面它其實還是會發生很多送達的問題，譬如說所謂的留置送達。留置送達雖然會發生送達的效力，但有可能這個相對人並不知，然後就過了二十天，或者是也有些人可能在當中他搬家，那搬家以後這個部分訴訟中就會一直去討論說他到底住所地在何處。也就是說在督促程序裡面因為要去確定他到底是不是真正的不異議，這一點恐怕要去突破很多的關卡，一個就是所謂的當

事人之間他到底是不是有受到送達，而真正的瞭解到他相關的權利。

關於這個損害數額的酌定，原則上其實在支付命令請求時，就沒有辦法依民事訴訟法第222條第2項來適用，所以在支付命令原則上還是要為一定數額的表明。

在整個督促程序我想最大宗的恐怕就是所謂銀行的這些消費借貸契約，或者是各個3C產品它們的月租費。這個部分也是支付命令中最大的爭議問題，因為從我們支付命令的利用率來看金融機構的比率超過一半以上，所以其實在這一類消費借貸契約，如果債務人沒有在合法期間裡面提出異議，這個情況下債務人就因此而必須去對債權人為清償，因此在消費借貸的部分其實也是督促程序裡面一個大量運用的類型。在這個地方我要稍微說明一下，也就是德國法在1979年的時候，它實際上就由聯邦法院判決金融機構對借款人收取市場放款利率2倍以上的放款利息時，這個借款契約就認定違反公序良俗而歸於無效。所以這個部分就是在德國法院他們本身要去抗爭、要去對抗的一個部分，就是說如何能夠阻絕這些銀行本來是一個無效的法律關係而不能請求的利息，然後他透過督促程序的方式來取得這樣子的一個權利。那這邊也就是我剛剛所說的，其實支付命令在國外顯示，通常全部聲請案的10%到11%才會去提出異議。

接下來我想說或許德國法上它們的一些督促程序的作法是不是跟我們有所不同，那有沒有我們可以值得參考或借鏡的地方。

關於德國法是規定在第688條以下，原則上它提出聲請的時候也應該載明一定請求。那比較重要的它說是應該提出請求相對人給付的債權金額，聲請人的債權如果係金錢借貸而生的話，應該表明它的利息計算依約定的方式。這個部分在德國法其實就是在大概快2000年的時候，他們在修改為了配合這些他們認為所謂的無效的借貸，他們要阻絕這樣子的債權人到法院請求發聲請人的督促決定。德國法上當然它本來也稱為所謂的支付命令，那它現在已經把它改

8 民事訴訟法之研討(四)

成所謂的督促決定，意思就是說它表明這個是法院發的，這個只是一個決定，這個決定並不是因為法院對債權人發出一個命令。所以它認為這個部分它都不再使用所謂的*Entscheidung*，而使用的是所謂的決定，就是一個*bescheid*的意思。在這個德國法上的督促程序還有一個其實是非常重要的原因，也就是說關於有理由審查的廢除，也就是說於督促程序的核准或駁回的權限，在1977年所謂的簡速民事訴訟法的規範以後，就已改由司法輔助官來享有。因此，這個有理由性審查的廢除實際上就不可行，因為本於一個法定法官的原則，不可能讓司法輔助官來就當事人請求權的理由予以審查。而且原來的有理由審查也僅限於聲請人所陳述的事實跟理由，而無法如同一般的訴訟程序當中是透過當事人對於請求以及答辯的事實理由具體化的過程中，來進行的比較嚴密、慎重的有理由性的審查。那這一點也有一個覺得蠻有趣要補充的，意思就是說在瑞士他們認為督促程序是可以、應該要由法院來做有理由性的實質審查，那這一點德國立法的時候曾經在1930年考慮過，不過後來他們還是沒有採取，因為他們說這個支付命令主要還是要能夠快速地解決當事人的紛爭，實現當事人的權利，所以德國法在1930年的時候並沒有引進這樣所謂法官應為有理由性審查的依據。

關於執行決定的核發，在德國民訴法規定，法院所核發的執行決定其實是等同於暫時有執行力的缺席判決，亦即，聲明執行決定的功能，其實就是讓債權人可以取得一個執行名義。立法後在德國也遭受非常多學者強烈的批評，因為他們認為說一個沒有實質審查所做的決定到底是不是法院的決定，在這邊德國人講得比較強悍一點，他們說：難道法院在這裡面要扮演的是債權人的代言人的角色嗎？

於執行決定的效力，實際上，執行的效力我們看到的就是他有兩次異議的機會，因為他會先作成所謂的督促決定，那督促決定以後當事人他就可以來提出異議，當事人提出異議以後，當然原則上程序就駁回，但是如果當事人在第一次沒有提出異議，在發執行決

定的時候，他還是同樣可以再提出異議。所以在這裡面，其實當然他們所謂的對於執行決定因為是等同於缺席判決，所以他們就認為說缺席判決原則上它是可以提出所謂的申訴，因為他這個部分所使用的字眼，其實就跟原來的申訴或者是裁定其實是意義有所不同。

關於相對人所能夠享有的救濟程序，第一個也就是原則上支付命令在3個月內不能送達於債權人者，命令失其效力。然後債務人的異議原則上也只有一次。這個部分我們的修法其實主要是在1971年的時候，我們認為說爲了要讓債權人可以快速實現權利，所以於快速實現權利的同時，就認為說賦予債務人再一次的異議機會其實是多此一舉，所以在1971年的時候就把它刪除。

在實務上所發生的一個問題，也就是說督促程序的主觀合併，債權人可不可以同時對多數債務人合併爲一個命令聲請呢？這個部分也有肯定說跟否定說，在否定說裡面它認爲其實它就是迅速的使債權人取得執行名義，而不是在避免裁判矛盾，所以並無須去允許他們合併對多數債務人來發支付命令。那當然比較大的問題就會認爲說，對多數債務人合併提起督促程序的聲請，如果一個債務人異議，那異議的效力會不會及於其他的連帶債務？這個反而是一個比較大的問題。因此，我們一般搜尋到的判決講到支付命令對於數個債務人，結果他就把它寫爲這是共同債務人，那共同債務人如果回歸到實體法的體系裡面，其實並沒有所謂的共同債務，除非它是共同共有債務。因此以我們一般的連帶債務類型來看，這個時候是不是應該要由一個債務人異議以後，效力及於其他債務人，以避免在他們之間有裁判分歧的情況發生。

那我個人是比較傾向於一個人的異議不應該依第272條及於其他債務人，因爲多數債務人如果是屬於普通共同訴訟，那其實也沒有必要。在固有必要共同訴訟的情況，雖然我們一般認爲說有合一確定的必要，但在督促程序裡面，相對人與他人間是否有連帶債務等等，既然法院不予以審理，其實就沒有辦法去發現說在數個債務人之間到底是不是屬於連帶債務的情形。

10 民事訴訟法之研討(四)

接下來當然就是支付命令確定的效力，在我國第521條，如果對於支付命令沒有在法定期間內提出，支付命令就跟確定判決發生同樣效力。修正的立法理由其實係以舊法所定支付命令宣告假執行的程序，徒增債權人聲請跟法院的裁定之煩，所以修正的目的是朝向要更便利債權人權利的實現。

我個人認為支付命令的異議它其實應該要有兩個層面，第一個層面就是它到底是不是爭執債權人對於債務人的債權存在，那在這一點德國法上的規定它就會附上一個事先的表格，附在督促決定當中，由債務人來勾選他到底要不要異議，而且會表明這個異議的表格要寄往何項有管轄權的法院。這個部分我想是我們也應該要能夠做到的，也就是說讓債務人要主張權利提出異議的時候，有一個比較方便的機制。第二個有關於督促程序跟民事紛爭解決的機制，也就是剛剛提到的，如果是以當事人合意解決途徑，實際上這一類的紛爭解決並非是以確定當事人實體法上權利義務是否存在，而是以雙方當事人讓步的結果來形成或者是創設當事人的權利義務，那麼另外一個當然就是國家建置的司法審判機關，依據法定程序來就原告的請求跟原因事實，依證據法對於當事人實體法上的權利義務是否存在來予以進行所謂的有理由性審查，認定原告跟被告之間的權利義務是否存在，因此判決原告之訴是不是有理由。那這樣子兩個不同的紛爭解決機制，督促程序到底應該要把它放在哪一邊呢？因為它沒有進行嚴密的審理程序，但是也不能說它是當事人合意、雙方退讓的一個結果，所以督促程序這樣子的一個制度設計，實際上在民事訴訟法相關的法理，其實它好像就是剛好站在所謂合意紛爭解決跟強制紛爭解決的中間。

最後要來討論一下，相對人可能行使的救濟途徑。第一個也就是在2003年的時候，就第521條第2項的增設，如果有第496條第1項的情形，可以提起再審。但實際上當事人所提起能夠廢棄再審、能夠廢棄原來支付命令決定的幾乎完全沒有。

接下來應該是在最後有一些案例，也就是在文章第25頁以下相

對人所提起的再審，實際上適用顯有困難，因為實務見解大部分認為債權憑證是否偽造或有疑，其實並非是原來支付命令取得的基礎，意思就是說，我們雖然把支付命令最後的效力把它認同是一個所謂的有執行名義的確定判決，但實際上它是一個完全沒有確定判決本質的類型，這裡面也沒有法官去認定事實時所需要的證據跟資料，所以相對人提起的再審，原則上大概都是敗訴的。

第二個也是關於支付命令到底有沒有合法送達這個部分，相關的判決在第27頁。

那另外一個異議就是支付命令的異議跟連帶債務人到底要不要認為他的異議效力會及於其他？在這邊所提到台南高分院99年度抗更(一)字第5號，它就說實際上這裡面是相對人跟吳○竹三人要共同給付，所以他認為說其實他並沒有連帶債務的主張，因此，在抗告人也沒有理由的援引，所以該案的聲請如何記載支付命令如何核發，均不得引為抗告人在本件為連帶債務之主張，也不應核發確定判決書之理由。所以這裡面就會發生說，法院根本沒有去審查，因此也不知道它是一個連帶債務。那所謂的共同給付是什麼意思呢？如果三個人要付120萬，那是三個人共同給付120萬，那就是一個債權人對一個債務人請求120萬，那是3倍嗎？如果說不是這樣的情形，而是三個人共同給付，三個人所負的其實在法律上就只有連帶債務這種可能。所以……（在座與會人士：40、一個人40、一個人40……）啊？（陳毓秀：一個人就40萬。）啊？你們共同給付就是這樣。（陳毓秀：就是除以三，平均。）就是除以三。（陳毓秀：對對對。）

對啊，可是我們在法條好像看不到這樣的依據。因為你共同給付應該就是只能寫一個債權人對一個債務人可以請求40萬，意思就是說，我們可能看那個文句，我們會覺得除非是連帶債務你才會……你這個如果是可分之債的話，就是每一個人付40萬，根本沒有共同之可言。

那在第30頁這邊就我剛才所提到的，債權人在聲請核發支付命

12 民事訴訟法之研討(三)

令時，是否有檢附債權憑證、債權憑證是否屬實，均不在法院依職權調查範圍，因此，被上訴人所提出的現金保管切結書與應否核發支付命令無關。所以他認為這個情況你本來是可以異議，但是你既然不異議，那實際上你就不能夠再依第521條提起再審。

其實在前面因為我這個PowerPoint後來就叫學生做，學生他們在心目中認定的跟我們認定的會不同，就是他會把我們認為是石頭的當作鑽石。

我剛剛有提到，這個再回到第14頁，也就是說他們認為為了避免銀行利用督促程序來取得高額的不合法利息，所以他們在2000年時就立法修正，規定只要銀行約定利率在12%以上，就不能夠循督促程序來提起，也就是說這個部分其實就是一個門檻，在合法性的部分就有一個這樣的規定。

接下來要講到第26頁的最高法院101年度台抗字第664號裁定，這裡面其實主要就是說到底可不可以在支付命令沒有提出異議，或者在本件是它提出異議是不是已經超過了20日期間，所以它說這個部份原則上就核發確定書如果被駁回，它認為說這樣的一個決定還是應該要回到法院來做最後決定，我想這一點我是肯定贊成最高法院這樣的一個見解。

那第二個當然就是這些連帶債務的部分，因為我個人是認為說共同給付應該就是可分之債，也不用三個人連在一起。

那我們如果從第29頁這邊來看，其實看到當事人所提起的再審之訴呢，沒有看到當事人所提起的再審之訴能夠成功地廢棄原來的支付命令決定，那這個a、b等等，還有這些判決都是我們看到說債權憑證的有無等等它說不是核發支付命令的基礎，因此也不能依第496條提起再審之訴。在這邊倒是有一個非常經典的判決：就是84年度台上字第196號判決，這個判決裡面就是聲請人原來持的是一張影印的支票影本，然後去聲請核發，後來這個當事人是另外援引侵權行為的損害賠償，也就是我們的民法第184條第2項來請求。在這一點最高法院其實理由論述的非常完整，它說本件訴訟標的為侵

權行為損害賠償請求權，確定支付命令之請求為票款請求，兩者既不相同，因此並沒有違反一事不再理原則之問題。這樣的一個見解其實也像德國它們認為說支付命令到底應不應該跟確定判決一樣效力，它們採取的是一種在例外的情況之下就可以去廢棄它的確定判決效力。在德國法上會去廢棄支付命令決定大部分都是有關於銀行跟消費者之間消費借貸的情形，因為只要是年息超過12%以上，在1979年以後，德國就一直認為說這樣子的一個高利息，他的高利息在當年只有12%喔，它就是說你已經高於一般尋常的利息2倍，這個時候就認為是一個暴利的借貸，認為它違反公序良俗而無效。所以實際上這些非常多的判決它們都是認為用所謂的第184條第2項，也就是德國民法第826條來作為相對人請求的依據，這邊當然在前面德國的最高法院它認定要有兩個原則，第一個就是說這個聲請人明知他沒有債權，然後他去利用督促程序的這個漏洞來實現他的權利，如果有這兩個問題，原則上就可以依他們的第826條，也就是我們的第184條第2項來廢棄原來的支付命令或是執行決定。另外也有一個判決它其實也是肯定這樣的見解，也就是在第33頁以下所提到的這個案例，它認為雖然他曾經否認被上訴人負有該支付命令所載之借據，這個僅是法院就該項攻擊防禦方法不得為相反之判斷，而不能認定法院不能就這個嚴什麼有不法侵害、應否負債務人損害賠償等情，再予以審判。

最後講到第三人另行起訴的情況，這個大部分涉及脫產的問題，那倒是很特別在這邊看到最高法院有兩個不同見解，一個就是說認為既判力相對性及當事人程序保護之原則，只有在支付命令的債權人跟債務人之間發生所謂的既判力效力，而不應該及於第三人；那另外也有反對的見解，在第35頁下面，也就是最高法院98年度台上字第112號，那這裡面其實債務人所提起的是一個撤銷詐欺債權，也就是說在這個情況大部分涉及的就是由聲請人跟相對人合謀，然後去聲請一個假的支付命令，然後藉此來沖淡或稀釋其他債權人的權利，因此大部分相對人就不會去提訴，因為他自己其實就是

14 民事訴訟法之研討(三)

共謀，這個情形實際上最高法院也有見解認為說，不應該予以承認。

最後我就把結論稍微說明一下，我覺得在我們現行的督促程序，如果要保有督促程序快速實現債權人權利，這個部分其實還是應該有其他不同情況，也就是第一個，這個表格可不可以設計說你到底有沒有異議，那原則上應該是你同意不異議，或者是你要異議，意思就是說當事人的決定必須是比較明確的，而不能夠直接把當事人的不行為直接賦予他確定判決效力，因為我們如果把它拿來比擬的話，其實就是等同於一個所謂的認諾判決，在認諾判決的情況下，其實就應該要明確的表明相對人的確是承認債權人對他的權利存在。

第二個也就是說，支付命令不應該跟確定判決同樣的效力，而且應該要回復到相對人兩次的異議的機會，因為第一次的異議機會其實是他到底有沒有爭執權利這件事，那第二個呢，如果法院因此再發另外一個督促決定，原則上還是要給予他一個程序保障，也就是說他對於法院所核發的督促決定，他其實還是應該有最低的法定救濟程序予以保障。所以我認為說在這個部分應該要回復相對人兩次的異議，意思就是說其實我們不應該認為說它直接跟確定判決發生同樣效力，而應該在強制執行法第14條第2項裡面所定的來賦予相對人事後的這種可以提出、可以再重新起訴的可能性，因為我們現行強制執行法第12條第2項它所載明的是執行名義沒有跟確定判決同樣效力的情況。

那另外一個部分當然主要就是認為非訟程序其實只是在確認、補充、形成一些當事人實體法上權利義務，以臻明確，對於當事人之間存有訟爭性的案件，其實必須要透過我們原來的兩個方式，也就是合意解決紛爭的方式，或者是依通常訴訟審理的程序。也就是說如果這樣子的一個看起來是非訟程序，但是是以相對人不為一定的行為，然後就把它擬制為它承認債權人權利存在，這一點其實我覺得有可能無法疏減訟源，反而會因此發生很多新增的案源。

很抱歉，我今天思緒混亂，講得不太清楚，尚請各位見諒。

【報告論文書面如下】

壹、督促程序之意義與相關規定

一、快速簡易實現權利

督促程序係規定於民事訴訟法第508條以下，依該條之規定，債權人之請求，以給付金錢或其他代替物或有價證券之一定數量為標的者，即得聲請法院依督促程序發支付命令。而就支付命令之聲請，同法於第509條亦設有限制，如聲請人應為對待給付尚未履行，或支付命令之送達應於外國為之，或依公示送達為之者，則不得行之。而債權人聲請支付命令時則須表明下列各款事由：一、當事人及法定代理人。二、請求之標的及其數量。三、請求之原因事實。其有對待給付者，已履行之情形。四、應發支付命令之陳述。五、法院。法院就聲請人提出之支付命令聲請為裁定時，依同法第512條之規定，應不詢問債務人。

關於聲請人所提出之支付命令聲請，如不合同法第508條所定關於聲請支付命令之限制，第509條所定關於專屬管轄之規定，第511條所定應聲明之事項之規定，或法院依聲請之意旨認債權人之請求為無理由者，法院即應以裁定駁回之。關於法院所核發之支付命令之全部或一部，債務人得於送達20日之不變期間內，不附理由向發命令之法院提出異議。

就此，債務人如係於法定期間內合法提出異議者，支付命令於異議範圍內失其效力，並以債權人支付命令之聲請，視為起訴或聲請調解。惟第521條亦規定，債務人對於支付命令未於法定期間合法提出異議者，支付命令與確定判決有同樣之效力。

上開督促程序之相關規定，乃在使債權人享有能迅速、簡易取得執行名義以實現債權之機會，如債務人對債權人明確之請求或主張不爭執時，即無必要再令當事人依通常訴訟程序行起訴、審判、法律救濟等程序以確定當事人之權利確屬存在，不僅可快速實現債

16 民事訴訟法之研討(三)

權人之債權，亦避免法院及當事人之勞費，可收訴訟經濟之效。

惟日前有報紙以「支付命令淪為詐騙工具」為標題，載明有立法委員陪同詐騙被害人及其家屬舉行記者招待會。律師表示，支付命令原是用來幫助有正當債權之民眾迅速請求債權實現，制度設計原立意良善。但因法院核發支付命令條件寬鬆，法院僅因詐騙集團附上「未曾寄出之存證信函」，即通過審查，向相對人發出4,990萬元之支付命令。相對人因認支付命令為詐騙，置之不理，而未對支付命令提出異議，該支付命令即已視同判決確定而發生效力。在此情形下，相對人之救濟機會很困難，幾乎等於零¹。

上開案例之發生值得吾人深思，現行督促程序是否在立法設計上過於向債權人傾斜，如果在督促程序中雖賦予相對人有提出異議之機會，但相對人一旦因某種原因錯失提出異議之程序，例如將法院之支付命令誤以為係詐騙集團所為時，相對人在制度上是否仍有救濟程序可資利用？現行民訴法第521條第2項雖在制度上設有相對人可提起再審程序之可能性，惟實務運作上成功案例微乎其微，相對人所應受到之訴訟權保障是否不足，實值吾人深思檢討。

二、沒有實質審理的判斷

又民訴法第521條第1項規定債務人未於合法期間內提出異議時，支付命令與確定判決有同一之效力，惟民事確定判決具有之效力為形式確定力與實質確定力（即既判力），此項既判力之意義與法律效果，使得確定判決不僅不可再被廢棄，且該確定判決所認定之事實之正確性，亦不得再被爭執或為不同之主張。亦即既判力實具有「最殘酷地形式界線」（die brutalste Formalgrenze）²的法律意義，立法者對於未於法定期間內合法異議之支付命令直接賦予與確

¹ 中央社，2014/1/17。

² Braun, Die materielle Rechtskraft des Vollstreckungsbescheids-Ein juristisches Lehrstück, Jus 1992, 177 ff.

定判決同一之既判力，卻未考量確定判決之既判力本質係因通常程序中之審理程序已賦予當事人足夠之程序保障，為訴訟法上之核心機制，亦即在通常訴訟程序中原告所主張之事實是否足以支撐其請求與聲明，必須經由法院依法定程序對於原告請求有無理由之正確性（或正當性）予以審查（die schlüssigkeitsprüfung）。反之，支付命令之核發係由法院不詢問債務人而為之，債權人所主張之請求是否有理由，法院單依債權人所提出之事實主張是否即可認為債權人請求為正當，則法院扮演之角色就為客觀中立之判斷者或債權人之代理人角色，亦有疑慮。

三、再審程序——何項程序之再開與續行

此外，支付命令所具有之簡速實現權利之目的，制度上是否應令法院仍有就債權人請求之正當性再行審理之程序？民訴法第521條第2項之規定，賦予支付命令之相對人得依再審程序提起再審，前提是支付命令必須符合民訴法第496條第1項之情形。惟再審程序係針對確定判決之重大瑕疵，賦予受既判力所及之原、被告有重新啟動審理程序以避免斷傷一般人民對司法之信賴，因此第496條第1項之事由係以為確定判決之原法院在訴訟合法要件或認定事實適用法律之審判程序中有重大瑕疵之情形為限。督促程序中法院既未對聲請人之請求進行正確性或是否有理由之審理，則焉有審理程序中之認定事實或適用法律之構成重大瑕疵之具體事由？則民訴法第521條第2項所定之救濟程序能否提供相對人可能或真正之程序保障？

抑有進者，強制執行法第14條就執行名義之債務人定有得提起異議之訴之依據，惟第1項係規範債務人所主張之消滅或妨礙債權人請求之事由係發生於執行名義成立後之情形。而第2項所規定者雖包含執行名義成立前有消滅或妨礙債權人請求之事由之情形，惟卻僅以「執行名義無確定判決同一效力之情形」，例如非訟事件法第72條所定關於擔保物權人拍賣擔保物之裁定，票據法第123條所

定就本票強制執行之裁定等屬之。因上開事件並未經法院於為裁定時就當事人之請求之有無理由予以實質審理，但卻未包含民訴法第521條法院未對支付命令之聲請人之請求予以有無理由之實質審理之情形。或許立法者就法院未對支付命令之聲請人之請求有無理由未予審查，卻直接賦予既判力之情形無從想像吧！

綜上，督促程序中聲請人之請求有無理由縱未經法院予以實質審查，僅因相對人未即時提出異議，即阻絕其請求法院就其答辯事由及理由予以審查之可能性，則憲法所賦予人民之訴訟權保障是否已有重大破綻，而應於現行制度上尋求賦予相對人程序保障之機制，本文將就現行司法實務機關判決與外國法上相關制度之運用予以分析與探討。

貳、督促程序與通常訴訟程序之差異

一、概 說

如上所述，督促程序賦予聲請者快速實現權利之可能性，其理由在於，如相對人對聲請人之權利並無異議，則無須耗費法院審理所須支出之勞費，並賦予支付命令與確定判決同樣之效力，在民訴法之相關規定上其立論為何，與其他相關訴訟程序之規定互相比較，是否妥適，可分別從確定判決之既判力本質，或在訴訟程序中一造當事人（被告）不到場或其他類似規定探尋之，如民訴法第384條所定之認諾判決，第385條所定之一造辯論判決與第280條第2項所定對於他造主張之事實，為不知或不記憶之陳述可否視同自認等之相關規定均屬之。而通常訴訟程序經由起訴、審理程序中之事實之主張、調查證據以認定事實乃迄適用法律作成判決，再經上訴審之救濟程序始形成之確定判決固為求程序之保障而有慎重繁複之時間與勞費，卻亦為確定判決得以具有既判力之依據與基礎所在，亦即當事人所主張或所爭執之權利義務已得法院予以實質審理，並判斷原告之請求是否有理由，法院所為之判斷即可對當事人發生拘

束力，當事人即不可於後訴為反於既判力之不同之主張，法院亦不得就既判力所及當事人間之法律關係為不同之判斷³。反之，在督促程序如為求快速實現債權人之權利，賦予其最大之便利性，而忽略對相對人足夠之程序保障，毋寧將使支付命令之確定判決效力失其妥當性。因為，簡速程序之進行與追求不應成為排除憲法賦予人民訴訟權程序保障之合理化依據，而仍應在程序進行中賦予相對人有補正或再次異議之機會，或設定一定之程序障礙，排除強勢、具有專業知識之債權人濫用此程序之機會，以平衡一定弱勢之相對人因欠缺法律專業知識而通常不會主動提出異議致無法同等利用法院尋求保護之情況。此外，如欲賦予支付命令之相對人有重啟程序主張權利之機會，是否應在再審程序上亦應特別明定為法定事由，而不應將支付命令等同為已依通常程序進行訴訟而確定之情形，亦值吾人深思檢討之。

二、督促程序之開啟與排除規定

民訴法第508條以下所定之督促程序與民訴法第244條以下所定之通常訴訟程序不論在程序之開啓、程序之進行方式與法定救濟程序方面均有重大不同。督促程序制度之設計，其目的係令債權人對於可預見債務人不會爭執債權之效力時，可以快速且節省訴訟費用的情況下取得對債務人之執行名義。如債務人對於債權人聲請而法院核發之支付命令提出異議，則依民訴法第519條第1項之規定支付命令在異議範圍內失其效力。此時債權人之聲請即轉換為起訴或調解之聲請。

督促程序因此在制度設計上應僅限縮於下列情形，即債務人在債務成立之原因或債權之金額不會爭執，而僅是因其欠缺清償能力之情形。債權人對於究依通常訴訟程序起訴，或依督促程序聲請支

³ 陳計男，民事訴訟法論（下），修訂5版，頁51以下；姜世明，民事訴訟法基礎論，2013年，頁201以下。

20 民事訴訟法之研討(三)

付命令係屬債權人之程序選擇自由權。惟如果可以預見債務人將會爭執債權之情形，則債權人即應直接向法院循一通常訴訟程序起訴，以避免程序之重複與迂迴進行。事實上債權人縱使事前與債務人協商債務清償時，債務人未曾為爭執債權之表示，亦無法確定債務人是否不爭執債權之存在，債務人亦有可能在事後提出異議，以達到拖延清償期程之目的。

惟督促程序之作用與影響則展現於民事紛爭事件大量化現象下。舉例而言，在德國於1990年約有510萬支支付命令之聲請案，而循一般通常訴訟程序提起之民事訴訟事件則僅有57萬8千件⁴。其中僅有11.2%的支付命令聲請因相對人提出異議而進入通常訴訟程序，其餘則因相對人未異議而終結程序。由於此種大量且快速「消滅」民事事件之程序能立即減少法院審理民事訴訟事件之沉重負擔，而且當督促程序在使用上設計的對債權人越有利時，則此種減輕法院案件負荷的結果就會更驚人。由於督促程序所具有對債權人「極大便利化」及對法院審理負擔「快速減壓」之特質，則在程序中即應更關注債務人之保護不致因而被不合法地減縮。因此，督促程序中可能發生之訴訟詐欺亦為大量使用督促程序解決民事紛爭中必須嚴肅以對之課題。

三、聲請支付命令之要件與限制⁵

督促程序雖規定於民事訴訟法中，惟卻屬於非訟程序之一部。督促程序開啓之前提即為當事人間存在明確之實體權利義務，且當事人間亦不爭執，故不具訟爭性而無庸進行嚴密之審理程序。此種可迅速解決當事人權益之功能固有劃為非訟事件之立法政策上之必

⁴ MünchKomm/Holch, ZPO, 2. Aufl., Bd2, §§ 355-802, vor § 688 Rdnr. 5.

⁵ 相關規定之說明請參見陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（下），修訂5版，頁873以下；陳計男，前註3，頁443以下；駱永家，新民事訴訟法II，2011年10月，頁389以下；駱永家，督促程序汎論（上），軍法專刊，第40卷第10期，頁10；王甲乙等三人，民事訴訟法新論，2010年6月，頁737以下。

要性⁶。程序進行中亦不經法定法官對於當事人實體上權利義務是否存在之審理程序。卻僅因相對人單純之不作為，即發生與確定判決同樣不異議之效力。在此程序中並無訴訟法理之適用，未予當事人較優厚足夠之程序保障，亦未賦予當事人充分之攻擊防禦方法提出之機會，在此情況下實不宜輕率賦予支付命令與確定判決有同樣之既判力始符合既判力之本質與規範意旨⁷。

(一)金錢或其他代替物或有價證券

關於支付命令聲請之要件係規定於民訴法第508條第1項，即債權人之請求，以給付金錢或其他代替物或有價證券之一定數量為標的者，得聲請法院依督促程序發支付命令。本條文雖將聲請人明定為債權人，相對人明定為債務人，惟此僅係宣稱自己為債權人之入即為已足，而債權人所宣稱之債權必須是屬於債務人有給付一定金錢或其他代替物或有價證券。據此，如金錢債權未屆清償期或附有條件之債權，在形式上即無法即時一望即知可以認定當事人間之權利義務明確之情形存在。

(二)對待給付

其次第509條亦規定，如聲請人應為對待給付尚未履行，或支付命令之送達應於外國為之，或依公示送達為之，則不得行之。依上開規定，當事人間之實體法權利義務如係基於雙務契約而生，則債權人即應於聲請中敘明其應為之對待給付已經履行，並提出相關事證，以供法院審查。又對債務人應為之支付命令之送達如須依公示送達方式為之時，債務人實際上難以知曉支付命令之存在，因此即會錯失在法定期間內提出異議之機會。此項規定之意旨乃係基於

⁶ 邱聯恭等，訴訟法法理與非訟法理之交錯適用——從民事事件之非訟化審理及訴訟化審理論程序保障之機能，民事訴訟法之研討(二)，2002年12月，頁427以下、457。

⁷ 邱聯恭等，同前註，頁451。

22 民事訴訟法之研討(三)

兼顧對債務人之保護目的，因此法院在收受支付命令之聲請後，雖係由司法事務官辦理督促程序規範要點第5條之規定，係由司法事務官核發支付命令，仍應為債權人之權利確係明確存在之審查。亦即如債權人之權利之存在，對待給付已履行等事項無法明確認定時，應即不予核發支付命令。

如債權人已提出其對待給付已履行之相關資料，並經法院核發支付命令，且債務人未於法定期間內提出異議時，此時支付命令是否依民訴法第521條之規定，發生與確定判決同樣之效力。此時應認民訴法第521條關於支付命令之效力規定，係以法院核發之支付命令為合法之支付命令為其前提。如違反民訴法第508條與第509條關於要件與限制之規定，應認法院此時核發之支付命令並非合法存在，債務人仍得循通常訴訟程序另行起訴，以確認當事人間並不存在因無效支付命令而就當事人間實體法上權利義務存否受既判力之拘束。

(三)損害數額之酌定

債務人之給付義務確係存在且債權人通常無對待給付義務之情形，以債務人之損害賠償責任或消費借貸之借款返還義務最為常見。前者如民法第195條所定之慰撫金或消費借貸契約中遲延損害與違約金等均屬之。此時關於損害賠償債務即無由經由司法事務官依民訴法第222條第2項就當事人已證明受有損害而不能證明其數額或證明顯有重大困難者，請求法院審酌一切情況，依其所得心證定其數額。亦即債權人此時仍須為一定數額之表明，而不得請求法院酌定其數額。

(四)消費借貸契約

另外，對於消費借貸契約之借款人請求核發支付命令則是督促程序最為常見之類型。一方面係由於貸與人大都為金融機構，金融機構為消耗大量游資，往往大量核發信用卡與現金卡而未嚴格審核

申請人之債信能力，一旦借款人消費過度或以債養債，即衍生借款債務無法清償之情形，數年前台灣社會亦因此而發生雙卡風暴，有大量借款人陷於清償不能之困境。觀其原因，一方面係因金融機構未嚴格審核借款人之清償能力，一方面金融機構對於信用卡之「循環族」收取高額之循環利息與違約金，致其債務如滾雪球般激增。雖然學說上⁸對於金融機構收取高於一般擔保放款利息15倍以上之循環利息另再加收懲罰性違約金之情形，大都認為違反誠信原則應歸於無效，實務上亦有肯認上述學說理論之判決意旨者，惟在司實務上仍未形成共識⁹。因此，金融機構利用督促程序之快速、便宜達其確定債權之情形更屬常見，而對於此類聲請中金融機構所請求之債權金額中之遲延利息、違約金債權與民法誠信原則之規定有所違背，大部分均因借款人未於合法期間內提出異議，而完全無受法院實質審查之餘地，形同司法體系對此種依法律規定應認定為無效而不存在之債權完全撤守防備，致實體法上之規範形同單方由金融機構操控決定之結果，與實體法上無效規範之立法意旨完全牴觸。

反之，在德國法上早於1979年即由聯邦法院判決金融機構對於借款人收取超過市場放貸利率2倍以上之放款利息時，該借款契約即屬違反公序良俗而應歸於無效，此種高於市場通常放款利率2倍以上之情形，在約定利率年息超過12%或14%時即已符合「暴利借

⁸ 詹森林，信用卡利息實務問題，新世紀經濟法制之建構與挑戰——廖義男教授六秩誕辰祝壽論文集，2002年9月，頁607；詹森林，信用卡定型化契約與卡債風暴，月旦法學雜誌，第135期，頁39-40；拙著，消費者借款債務（雙卡債務）之清償不能，消保法與民法之分與合，2013年8月，頁183-186。

⁹ 例如台北地方法院95年度訴字第844號民事判決、台北地方法院95年度訴字第2864號民事判決、板橋地方法院94年度訴字第1935號民事判決、板橋地方法院94年度訴字第1110號民事判決即認為發卡銀行與持卡人間之違約金約定之定型化契約條款有效，惟與循環利息合計通常超過民法第205條法定最高利率之限制，而依第252條將違約金酌減。

24 民事訴訟法之研討(四)

貸契約」¹⁰。

有鑑於此，德國民事訴訟法於1990年12月配合修正將此種暴利借貸契約排除適用督促程序¹¹，此項規定，其之立法目的一方面不希望破壞督促程序所能發揮快速終結當事人間紛爭之功能，一方面亦希望同時能過濾篩選當事人權利義務仍有詳細審查必要之案例。

上開德國法之關於督促程序排除規定，乃基於督促程序中無法依訴訟法理對於當事人實體法上權利義務存在與否予以審理確定，因此更有必要設置一合法性之排除規定，以過濾並阻絕此種實體法上係屬無效之法律關係利用督促程序之便利性以遂其法律上不承認之權利。此項排除規定得以平衡兼顧債務人之保護，並確保國家立法政策不被架空，自有其必要性與妥當性。

四、督促程序之進行

支付命令之聲請，依民事訴訟法第511條規定所須聲明之事項如下：一、當事人及法定代理人。二、請求之標的及其數量。三、請求之原因事實。其有對待給付者，已履行之情形。四、應發支付命令之陳述。五、法院。上開規定之意旨乃在使法院得以調查一般程序要件、督促程序之特別要件及聲請是否有理由。此外，立法者為鼓勵債權人多加利用迅速簡易之督促程序，以疏減訟源，減輕法院工作負擔，對於聲請人之聲請，依民事訴訟法第77條之19第4款之規定，僅須繳交新台幣1千元之裁判費。

反觀民事訴訟法第244條第1項之規定，原告依通常訴訟程序起訴時，則須於起訴狀中表明下列事項：一、當事人及法定代理人。二、訴訟標的及其原因事實。三、應受判決事項之聲明。另依民事訴訟法第265條第1項：「當事人因準備言詞辯論之必要，應以書狀記載其所用之攻擊或防禦方法，及對於他造之聲明並攻擊或防禦方

¹⁰ Zöller/VollKommer, 27. Aufl., vor § 688 Rdnr. 6.

¹¹ MünchKomm/Holch, a.a.O. (Fn. 4), §§ 355-802, § 688 Rdnr. 9.

法之陳述，提出於法院，並以繕本或影本直接通知他造。」及第266條第1項：「原告準備言詞辯論之書狀，應記載下列各款事項：一、請求所依據之事實及理由。二、證明應證事實所用之證據。如有多數證據者，應全部記載之。三、對他造主張之事實及證據為承認與否之陳述；如有爭執，其理由。」亦即，原告透過提出起訴狀與準備狀，必須將其請求予以具體化，因此應表明其所依據之事實及理由及證明應證事實之證據。此項規定之立法目的乃在充分準備言詞辯論，當事人應將其所掌握之事實、證據相關訴訟資料，盡可能於訴訟前階段提出，以使法庭與當事人能整理，確定簡化爭點以闡明訴訟關係。上開準備程序即係為言詞辯論程序之準備，經由本案之言詞辯論，當事人就訴訟標的之法律關係為實體法上權利義務是否存在之辯論，法院即係對此就原告之訴為有無理由之審理，始得形成心證而為原告之訴是否勝訴之判決。亦即在通常訴訟程序中，法院係本於對原告所主張之實體法上法律關係與權利義務是否確係存在為正確性之實質審理而為判決原告之訴是否有理由。

反之，於督促程序中聲請人僅須提出請求之原因事實及為應發支付命令之陳述，而無庸就其請求之依據賦予理由說明，亦無庸提出證據。而法院於為支付命令之裁定時，依民事訴訟法第512條之規定，應不訊問債務人。法院既未對聲請人主張之請求權是否存在為本案言詞辯論之審理，聲請人復未提出理由說明與支撐其請求之證據資料，對於聲請人之請求是否有理由，並無法確定其正確性。惟此項規定之立法目的乃在儘快確定債務人是否不爭執聲請人之請求。如債務人否認聲請人之請求，則債務人自可依民事訴訟法第516條第1項不附理由，向法院提出異議。此時，支付命令在債務人異議範圍內失其效力，以債權人之聲請，視為起訴或聲請調解程序，而督促程序即行終結。惟上開規定係以債務人對法院所發支付命令如有爭執，即會透過民事訴訟法第516條向法院提出異議為其前提，故無庸再浪費法院之訴訟資源予以審查債權人請求之必要。此項規定在相對人依法提出異議而致督促程序終結時固無疑慮。但

26 民事訴訟法之研討(三)

實際上對於法院所發出之支付命令，經債務人依法於法定期間內提出異議者，依國外統計資料顯示，僅占全部申請案之10%至11%¹²，從統計數字上亦顯示其確實達到快速終結程序之立法規範意旨。

參、德國法上之督促程序

至於大部分對於支付命令之裁定未於法定期間內合法提出異議之債務人（與德國相較我國之實際情形應較德國法之統計人數更多）是否即因其單純地不作爲而在立法政策上即應被視爲承認債權人之請求在法律上有理由而賦予與認諾判決之一樣之效力？債務人是否有爲一定訴訟行爲之義務，如消極不作爲時可否將之等同於承認債權人之請求有理由，而完全無庸經法院就當事人之請求爲法律上有無理由之實質審查（die Schlüssigkeitsprüfung）。未經法院就請求有無理由之實質審查，是否已賦予債務人充分之程序保障，而得以正當化其既判力之基礎。此外，相對人提出異議之權利是否一次即爲已足，欲賦予支付命令之裁定與確定判決同一之效力，是否仍應賦予相對人較足夠之救濟程序，以下將輔以外國之相關制度司法實務與學說理論之探討，針對我國司法實務之爭議判決分析之。

一、督促程序之聲請

德國法上關於督促程序（Das Mahnverfahren）係規定民事訴訟法第688條以下。第688條係就督促程序之合法性設有規定，亦即僅有聲請人係請求相對人給付一定金額且以歐元計價之金錢債權，企業經營者或其受託人依德國民法第491條至第504條關於金錢借貸契約而對消費者所得主張之債權，如其契約訂立時約定之利率超過年息12%以上時，不得依督促程序提出聲請。

關於聲請人提出聲請時，依同法第690條規定，應載明下列事

¹² MünchKomm/Holch, a.a.O. (Fn. 4), §§ 355-802, vor § 688 Rdnr. 6.

項：1. 當事人與其法定代理人、訴訟代理人 2. 提出之法院 3. 申請人得請求相對人給付之債權數額，申請人之債權如係基於消費者金錢借貸契約而生時，應表明其年息計算依約定利率，並分別將主債權與利息債權分別標示。4. 表明債權是否有對待給付或對待給付已履行之情形。此外，聲請新本法第703c條第2項之規定，必須使用司法部所規定印製之申請表格。

關於聲請人提出督促程序之聲請後，依德國司法輔助官法（Das Rechtspflegergesetz）第20條第1項之規定，係由司法輔助官審查應否對債權人發「督促決定」（Mahnbescheid）或駁回聲請人之聲請。

德國民訴法第688條所定聲請人得聲請督促程序之債權限於歐元計價之金錢債權，而不再包含其他替代物及有價證券。此項規定之目的乃為因應自1970年代起由德國各邦開始推展的「督促程序之自動化」以一致、快速地以電腦系統和核發督促決定行動有關¹³。金錢以外之其他替代物與有價證券在核發督促決定時，在利用自動化電子設備上仍有重大困難，故德國民訴法第688條第1項將可聲請督促決定之債權限於一定數額之歐元。

此外，雖然督促程序可大量減輕法院之案件負荷與訟源，但對於債權人聲請督促程序之便利性亦可能影響對債務人應有之保護。因此，現行德國民訴法關於督促程序之規定係首先1977年7月1日生效之德國簡速審判程序法（Das Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtliche Verfahren）簡稱簡速法（Vereinfachungsnovelle）在督促程序為加強對債務人之保護而修正部分條文，其後更於1990年12月17日通過司法輔助官簡速化（das Rechtspfleger Vereinfachungsgesetz）與配合德國消費者借貸法及其後得德國債法現代化法關於金錢借貸契約之修正，而修正關於金錢借貸契約年息超過12%以上，不得提出督促程序聲請之合法

¹³ MünchKomm/Holch, a.a.O. (Fn. 4), §§ 355-802, vor § 688 Rdnr. 14.

28 民事訴訟法之研討(三)

要件¹⁴。首先在本法第692條第1項及明文規定發督促決定時應載明：法院對於聲請人對相對人之請求權是否存在並未予以審查。且為避免法院對於聲請人主張之請求權是否存在未置可否之態度，條文中均不使用「債權人」、「債務人」之字語而使用「聲請人」（*der Antragsteller*）、「相對人」（*der Antragsgegner*）。而原條文用語之「支付命令」（*Zahlungsbefehl*）與執行命令（*Vollstreckungsbefehl*）亦改為「督促決定」（*Mahnbescheid*）與執行決定（*Vollstreckungsbescheid*）。此項用語之改變乃在表明依督促程序法院所為之督促決定與實體上之催告（*privatrechtliche Mahnung*）並不相同，但亦不意謂法院已對聲請人之聲請作成了法院之判斷（*richterliche Entscheidung*）。

其次，法院發出督促決定與執行決定時，均應載明並詳盡告知督促決定與執行決定之法律救濟途徑。同時於督促決定之次頁亦應負有提起異議之表格（本法第692條第12項第5款），以供相對人便於提出異議。而相對人提出異議亦不須符合一定之方式¹⁵。

二、督促決定之核發與駁回

(一)駁回聲請

本法第691條第1項規定法院（司法輔助官）在何種情形下應將聲請人之聲請駁回，第1項規定之情形包含第688條所定關於與歐元計價之金錢債權，以及金錢借貸貸款其年息超過12%之債權之合法要件、第689條所定有管轄權法院之要件，由法定代理人提出之聲請是否符合法定代理之要件，是否使用本法第703條第2項所規定之聲請表格等等事項。

一般而言，司法輔助官之審查限於聲請書是否以所規定之表格提出，所有法定應載明包含之事項是否已完整記載，亦即審查聲請

¹⁴ MünchKomm/Holch, a.a.O. (Fn. 4), §§ 355-802, vor § 688 Rdnr. 1.2.

¹⁵ MünchKomm/Holch, a.a.O. (Fn. 4), §§ 355-802, vor § 688 Rdnr. 18.19.20.

格式中是否具完整性（Vollständigkeit）、合法性（Zulässigkeit）甚至請求之理由是否具有正確性（Richtigkeit）。

如聲請人之聲請表格上存有可補正之瑕疵時，則司法輔助官應給予聲請人一定期間命其補正瑕疵尤其是應載明之事項未完整表明之情形。在1991年以前之舊法規定，如聲請人之聲請不符合法律規定之要件時，可無庸給予聲請人補正而應立即駁回之見解，嗣後則已變更¹⁶。而關於聲請人聲請表格所表明之事項是否正確則通常無法在督促程序予以審查，法院在督促程序中並無職權探知主義之適用。

惟關於聲請人如向無管轄權之法院提出聲請時，則該法院依法僅能予以駁回，因為督促程序中並無言詞辯論程序，故受聲請之法院即無法依本法第281條之規定予以移轉管轄至有管轄權之法院¹⁷。另關於無法補正之瑕疵，例如聲請人或相對人欠缺當事人能力或訴訟能力，權利保護之必要性等欠缺一般訴訟合法要件而無法補正時，司法輔助官亦將督促程序之聲請予以駁回。

對於聲請人請求權之審查，依本法第690條第1項第3款之規定，由於依本法第690條第1項第3款之規定，聲請人對於其請求權存在只須予以表明（bezeichnen）而無須賦予理由，因而聲請人對相對人之請求權是否具有確係存在，即無法依本法第331條第2項之規定，審查其是否具有理由（schlüssigkeitsprüfung）。反之，司法輔助官之審查只能及於請求權是否已充分特定予以表明（hinreichend bestimmt bezeichnet sein）。亦即，以聲請人所表述之事實範圍為限。例如聲請人所主張的是自然債務（無法律上拘束力的）或法律上客觀不能之債權。亦即司法輔助官僅能對聲請人之債權為極有限的有無理由之審查（eingeschränkte Schlüssigsprüfung）

¹⁶ Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 6. Aufl., 2009, § 691 Rdnr. 2.

¹⁷ KG NJW 1983, 2709, 2710; MünchKomm/Holch, a.a.O. (Fn. 4), §§ 355-802, vor § 691 Rdnr. 11.

30 民事訴訟法之研討(三)

司法輔助官對於聲請人請求權審查範圍限於從聲請人表明之事實是否一望即知（gleich wohl erkennbar sein）完全不足以支撐其法律效果。因此，如從聲請人之聲請表格所陳述之事實，完全無法推出聲請人之請求權存在時，司法輔助官即應將聲請人之聲請予以駁回。此項有限度之審查範圍目的在於防止聲請人重大惡意行為而取得督促決定，係屬濫用權利利用督促程序取得一定法律上權利（rechtsmißbräuchlichen Ansnutzung des Mahnverfahrens）。

反之，如聲請人就其與相對人間基於消費者借貸契約請求手續費時，可否以此項手續費債權比較有可能（viel wahrscheinlicher）不存在，且無法排除其客觀上有依據的疑慮時（objektiv begründete Bedenken nicht ausräumen），由司法輔助官駁回聲請人之聲請。對於此項問題多數學說與實務見解均予以否認。通說認為僅有在聲請人之請求顯而易見係屬不存在，且一望即知聲請人提起督促程序之聲請係屬權利濫用與誠信原則有違時，始能駁回其聲請¹⁸。此種爭議僅能於當事人依通常訴訟程序透過言詞辯論程序予以確定，在督促程序中並無法透過言詞辯論予以確定聲請人請求之手續費是否違反債權人得請求遲延利息範圍之規定。

(二)有理由審查之廢除

在1997年7月1日開始施行之簡速法關於督促程序之修正內容中，關於督促程序之核准或駁回權限，轉由司法輔助官所享有。因此督促程序中法官本應依聲請人所表明請求權之理由予以審查之權限，在新法中即予以廢除，以符合法定法官原則。此項有理由性審查之廢除亦招致許多學界之批評，認為此將造成債權人任意主張其法律上為無理由之權利，並對具從屬性之保證人造成權益之侵害。

¹⁸ Stein-Jonas-schlosser, ZPO, 21. Aufl., Bd7, vor § 691 Rdnr. 7a; Musielak, ZPO Komm, 7. Aufl., § 691 Rdnr. 2; Zöller/VollKommer, ZPO Komm, vor § 691 Rdnr. 4; MünchKomm/Holch, a.a.O. (Fn. 4), §§ 355-802, vor § 691 Rdnr. 22.

學者亦認為對聲請人之請求不予進行有理由性之審查，將導致債務人保護之目的落空，而欠缺有理由性審查之執行決定可否具有既判力，即有重大疑慮¹⁹。

反之，亦有許多學者認為督促程序與通常訴訟程序本即有別，亦即有理由性之審查亦僅限於聲請人所陳述之事實及理由，而無法如同通常訴訟程序中透過對於雙方當事人對於請求原因事實及理由及答辯之事實及理由予以具體化之過程中所進行之有理由性審查。因此，在現行法中亦僅能加強對相對人保護之一些特定之措施²⁰。

(三)督促決定之發出

如司法輔助官未發現聲請人之聲請有不合訴訟合法要件或督促程序之合法要件或有顯然濫用權利之情形，則司法輔助官即會對相對人發出「督促決定」。而司法輔助官所發出之督促決定內容包含下列事項：1. 聲請書依本法第690條第1項第1款至第5款應表明之事項。2. 表明法院對於聲請人請求權是否存在一事並未予以審查。3. 要求相對人應於督促決定送達後二週內，對於聲請人所主張之債權及其利息債權向聲請人清償或通知法院，相對人對於聲請人主張之債權在何種範圍內聲明異議。4. 表明督促決定將使聲請人取得執行決定，依執行決定聲請人即可聲請對相對人之財產開啓執程序。5. 相對人欲提出異議（Widerspruch）或申訴（Einspruch）時，應使用所附之特定表格為之，此特定表格亦可於任何區法院取得。6. 告知異議應向本條第1項第2款明定，督促決定中應說明聲請人之債權是否存在並未經法院予以審理，同而相對人應自我負責予以審查聲請人之債權是否存在，及其範圍為何。第3項則表明相對人承認相對人之債權存在時應及向聲請人清償。聲請人如否認相對人之債權存在時，即應依法提出異議。對此條文所使用的並非是法院的支

¹⁹ Braun, a.a.O. (Fn. 2), 177H.

²⁰ MünchKomm/Holch, a.a.O. (Fn. 4), §§ 355-802, § 691 Rdnr. 21.22.

32 民事訴訟法之研討(四)

付命令（Zahlungsbefehl）而是法院之要求（Aufforderung）相對人應自行審查再為決定是否提出異議。

三、相對人之異議

依德國民訴法第694條之規定，在法院未為執行決定前相對人得對聲請人請求權之全部或一部以書面向為督促決定之法院提出異議。異議係對督促決定之唯一法定救濟途徑，相對人合法提出異議，督促決定即失其效力。相對人所提出之異議不僅為訴訟行為發生訴訟法上效果，同時亦屬相對人在實體法上之意思決定，亦即拒絕承認或履行聲請人所主張之請求權。

此外，當相對人爭執督促程序之合法性時，例如聲請人尚未履行對待給付，或相對人之名字係屬誤植之情形，或相對人在德國境內並無住居所而無普通審判籍之情形（§ 703d）或聲請人之債權嗣後已不存在時亦同。相對人提出異議如使用法院附於督促決定後之表格，則表格上已有督促決定之案號，與法院之地址。表格上亦有可供相對人選擇是否異議之選項或填入異議之金額。相對人所提出之異議無庸附理由。

此外，依德國民訴法第696條之規定，如相對人對督促決定提起合法之異議，而雙方當事人中的一方當事人向法院聲請續行訴訟程序時，為督促決定之法院應依職權將爭議事件移交由第692條第1項第1款所定有管轄權之法院或雙方當事人合意選定之管轄法院²¹。

四、執行決定之核發

依德國民訴法第699條之規定，如相對人未提出合法之異議，則法院可基於督促決定依聲請核發執行決定。但執行決定之聲請不得於異議期限未屆滿前為之。聲請人如果早於異議期間屆滿前即提

²¹ MünchKomm/Holch, a.a.O. (Fn. 4), §§ 355-802, § 696 Rdnr. 4.

出執行決定之聲請，則聲請人必須於期限屆滿後再重新為之，始生訴訟法上效力。此乃因在異議期間未屆滿前尚無法確定相對人是否提出異議，提出後是否撤回，其異議之範圍為何，故以異議期間屆滿後，聲請人提出聲請核發始生效力。

此外，依本條第4項第1款前半段之規定，執行決定應由法院依職權送達予相對人，令相對人可對執行決定為法律救濟²²。

五、相對人提出申訴

依本法第700條之規定，法院所核發之執行決定等同暫時有執行力之缺席判決（*vorläufig vollstreckbar erklärten Versäumnisurteil*），亦即聲明執行決定之功能之一即係可為執行名義（*Vollstreckungstitel*），此外，相對人對法院所核發之執行決定僅能依本法第338條以下對缺席判決提出申訴之法律救濟。而且當相對人針對執行決定程序提出申訴時，督促程序將轉換為訴訟程序。且依本條第3項之規定，督促程序之轉換並非基於申訴提起人之聲請而係由法院依職權為之。

六、執行決定之效力

如相對人未於申訴提出之合法期間內對執行決定提起申訴，則依德國民訴法第700條、第338條以下以及第705條之規定，該執行決定具有形式確定力。關於是否具有實質確定力則屬督促程序之重要關鍵問題。原則上，執行決定依德國民訴法第794條第1項第4款可為執行名義（*Vollstreckungstitel*）而可依德國民訴法第795條聲明異議或第767條提起債務人異議之訴（*Vollstreckungsabwehrklage*）。但上開規定之適用限於執行決定核發後債務人發生有消滅或阻礙債權人請求之事由為限。此外，相對人亦可依德國民訴法第584條第2項之規定提起再審。除此之外，執行決定在相對人所有法定救濟程

²² MünchKomm/Holch, a.a.O. (Fn. 4), § 699 Rdnr. 9.

34 民事訴訟法之研討(三)

序已窮之情況下，除了形式確定力，亦將生實質確定力²³。有執行決定亦有實質確定力之見解，引起學說上許多疑慮，認為在督促程序中至核發執行決定時均未有如同通常訴訟程序一般對於聲請人主張之債權由法院在言詞辯論程序中審查（die Schlüssigkeit prüfung）。此外，學說亦批評督促程序係由司法輔助官核發督促決定及執行決定並不符合基本法第92條所定當事人之紛爭應由法官依法定程序判斷之法定法官原則之意旨。因此，亦有學說主張督促程序中並未對聲請人請求權是否存在經法院予以實質審理其是否有理由，不應承認其具有實質確定力，認為相對人可主張此項執行決定不具實質確定力，聲請人必要時亦可提起德國民訴法第578條所規定之再審程序提起確認判決無效之再審訴訟²⁴。

另外，亦有學說則將執行決定是否具有實質確定力聚焦於執行層面，認為如聲請人係以濫用權利之方式取得執行決定，則聲請人不具備權利保護必要之要件，因此不得主張執行決定之實質確定力²⁵。

惟如在督促程序上不因其欠缺法院對訟爭法律關係之有理由性審查，而仍承認其執行決定之實質確定力時，則必須面對相對人透過德國民法第826條（即相當於我國民法第184條第2項）之規定大量提起廢棄執行決定之損害賠償回復原狀之訴訟之情形。德國聯邦法院肯認執行決定之相對人得依德國民法第826條之規定主張聲請人係以故意背於善良風俗之方式加損害於他人，而法院因此作成執行決定時，得將該執行決定之實質確定力予以廢棄。依其見解，相對人所提起廢棄執行決定（與其他確定判決同）之實質確定力必須具備下列要件：一為執行決定具有與當事人實質法律關係之權利義

²³ MünchKomm/Holch, a.a.O. (Fn. 4), vor § 700 Rdnr. 8.

²⁴ Braun, a.a.O. (Fn. 2), 177, 1992, 2412; Grün, NJW 1991, 2860, 2864; Musielak/Bearb, 7. Aufl., 2009, § 700 Rdnr. 3.

²⁵ Vollkanmer, Festschr. F. Gaul, 1997, S. 759, 776 f. 轉引自 Musielak/Brearb, a.a.O., § 700 Rdnr. 3 Fußn. 25.

務具有彼此牴觸之內容，亦即不正確性（Unrichtigkeit），其次是他方當事人明知此情形且利用法院不實質審理當事人間權利義務存否之機會以遂行其取得執行名義之目的。德國聯邦法院肯認執行決定之實質確定力應予廢棄之案例有許多是涉及「暴利借貸」契約之類型，亦即年息超過通常利率一定比率以上之金錢借貸而應認為違反公序良俗而無效之案例，如聲請人利用督促程序無實質審理權利義務之機制，違法取得執行名義之情形者即屬之。

反之，如聲請人係受讓他人暴利借貸債權而係善意時，則雖其受讓之債權係屬無效而不存在，聯邦法院此時即否認聲請人使用督促程序係屬背於善良風俗之行為而未廢棄原執行決定之既判力²⁶。由於聯邦法院在為數眾多之案例（例如分期付款買賣之高額利息、保證債務、媒介婚姻之酬金等）中肯認督促程序之聲請人所主張之債權如在後訴的審理中經法院予以實質審理而可確認當事人實體法上之權利確係不存在時，即考量聲請人係濫用此督促程序實現其不存在之權利而應將原執行命令之實質確定力予以廢棄，以將當事人之損害予以回復原狀，此即排除實質確定力（Die Durchbrechung der materiellen Rechtskraft）之訴訟。

肆、相對人救濟程序

督促程序在制度設計上係以快速實現債權人債權並減輕法院訟源為其立法目的。依本法第521條規定，法院應不訊問債務人，就支付命令之聲請為裁定。法院應專以債權人提出之聲請書意旨及附屬文件之內容為基礎，調查聲請支付命令之一般程序要件及督促程序之特別要件是否合法以及其聲請有無理由。亦即法院受理債權人支付命令之聲請後，應依職權先就當事人能力、法定代理權、訴訟代理權有無欠缺，同一請求是否已在訴訟繫屬中、以前是否有既判力之確定判決或已成立和解、調解等一般程序要件為審查。其次亦

²⁶ BGH NJW 2005, 2991, 2994.

36 民事訴訟法之研討(四)

應調查支付命令之聲請是否符合本法第508條至第511條之督促程序之特別要件。最後，則須調查支付命令之聲請有無理由。

法院審理債權人聲請支付命令之結果，認為合法且有理由者，應發支付命令。此項支付命令，其性質為裁定。依本法第514條規定，支付命令應記載下列各款事由：(1)第511條第1款至第3款及第5款所定事項。(2)債務人應向債權人清償其請求並賠償程序費用，否則應於支付命令送達後20日之不變期間內，向發支付命令之法院提出異議。

一、督促程序之開啟與效力

(一)支付命令之送達

支付命令之送達對於債務人之權益影響重大，因為債務人必須於受支付命令送達後20日之不變期間內，向法院提出異議，否則支付命令即發生與確定判決同一之效力。因為債務人如未受送達即無法得知之命令之內容，亦無法提出異議。因此本法第515條亦規定，發支付命令後，3個月內不能送達於債務人者，其命令失其效力。此際，不問不能送達之原因為何，該支付命令均失其效力，債權人因聲請支付命令所發生之訴訟繫屬亦歸於消滅，督促程序即至此終結。有疑義者為民訴法第137條及第138條關於補充送達與寄存送達之方式雖非公示送達，但是否因而使相對人確實已收受支付命令，而處於可考量是否提起異議時，否則應認有不能送達於債務人之情形。

(二)債務人之異議

依本法第516條規定，債務人對於支付命令之全部或一部，得於送達後20日之不變期間內，不附理由向發支付命令之法院提出異議。債務人得在調解成立或第一審言詞辯論終結前，撤回其異議，