法政大学学術機関リポジトリ
HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

PDF issue: 2024-07-29

和仏法律学校講義録

松岡，義正 / 加古，貞太郎

(出版者 / Publisher)
和佛法律學校
(巻 / Volume)
1
(号 / Number)
号外の12
(開始ページ / Start Page)
1
(終了ページ / End Page)
53
(発行年 / Year)
1901-07-20

私佛法律學校講義錄

第壹部

號外之拾貳

民法物權（自七章至十章）（自九三至一四二）法學士加古貞太郎

民事訴訟法（自六編至八編）（自五九九至六四八）法學士松岡義正

三十三年度講義錄月謝決算廣告

三十三年度校外生ハ左ノ區別ニ從ヒ講義錄號外ノ十二以後ニ對スル月謝ヲ納付セラルヘシ(更ニ月謝追徵セサルコトト知ラルヘシ)

全部校外生　一个月半分(金壹圓五拾錢)

第一部校外生　五个月分(金　貳　圓)

第二部校外生　一个月分(金四　拾　錢)

明治三十四年七月二十日

和佛法律學校

090
1900
1-2-12

甲者其住宅ヲ乙者ニ賣却シタリトセハ甲者ハ乙者ニ對シテ其代價ニ付キ其家屋ノ上ニ先取特權ヲ有スヘシ而シテ乙者ハ或請負人ヲシテ其家屋ニ工事ヲ施サシメタリ隨テ工事請負人ハ工事費ニ付キ先取特權ヲ有ス又乙者ハ其家屋ノ破損セシ部分ヲ修理セシメントセハ其修理ヲ爲セシ者ハ不動產保存ノ先取特權ヲ有スヘシ即チ三箇ノ先取特權カ同一ノ不動產タル家屋ニ付キ互ニ競合ス此場合ニ於ケル優先權ノ順位如何是レ第三百三十一條ニ規定スル所ニシテ其順位ハ第三百二十五條ニ揭ケタル順序ニ從フ即チ不動產保存費ハ第一位ニシテ工事費ハ第二位ニ在リ賣買ノ代價ハ最後ニ位ス

何故ニ不動產保存費ノ先取特權ヲシテ第一位ニ置キタルヤ是レ他ナシ保存費債權者カ之ヲ保存シタルヲ以テ他ノ債權者モ其不動產ニ依リテ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘシ隨テ保存者ヲシテ第一ニ辨濟ヲ受クルコトヲ得セシムルハ當然ノ事理ナリ次ニ工事費ノ債權者ヲシテ辨濟ヲ受ケシムル理由ヲ按スルニ不動產工事ノ先取特權ハ工事ニ因リテ生シタル不動產ノ增價カ現存スル場合ニ限リ其增價額ニ付テノミ存在スルモノナレハ之ヲシテ先ツ辨濟ヲ受ケシムルモ

爲メニ他ノ債權者ヲ害スルノ虞ナシ是レ本條ニ於テ第二位ニ辨濟ヲ受クルコトヲ得セシムル所以ナリ

「同一ノ不動產ニ付キ逐次ノ賣買アリタルトキハ賣主相互間ノ優先權ノ順位ハ時ノ前後ニ依ル」トハ是レ第三百三十一條第二項ノ規定スル所ナリ例ヘハ甲者カ不動產ヲ乙者ニ賣渡シ乙者カ讓受ケタル其不動產ヲ丙者ニ賣渡シタルカ如キ場合ニ於テハ甲者ハ乙者ニ先シテ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘシ是レ他ナシ第一ノ賣買アリタルカ故ニ第二ノ賣買ヲ爲スコトヲ得ルニ至リシモノナリ故ニ第一ノ賣主タル甲者ノ權利ヲ殺キテ第二ノ賣主タル乙者ヲ保護スルコトヲ得サルハ極メテ當然ノ事理ナレハナリ

第五　同一ノ目的物ニ付キ同一順位ノ先取特權者數人アル場合

第三百三十二條ハ規定シテ曰ク「同一ノ目的物ニ付キ同一順位ノ先取特權者數人アルトキハ各其債權額ノ割合ニ應シテ辨濟ヲ受ク」ト例ヘハ數人ノ雇人アル場合ノ如キ各其債權額ノ割合ニ應シテ平等ニ保護セラルルモノナリ

第四節　先取特權ノ效力

先取特權モ一種ノ物權ナレハ他ノ物權ト同シク優先權追及權及ヒ不可分權ヲ生スルコトハ前ニ說明シタル所ナリ本節ニ於テ先取特權ノ效力トシテ講述スヘキ事項ハ先取特權ト他ノ權利トノ關係及ヒ先取特權行使ノ條件是ナリ而シテ新民法ハ第三百四十一條ニ於テ「先取特權ノ效力ニ付テハ本節ニ定メタルモノノ外抵當權ニ關スル規定ヲ準用ス」ト規定セシヲ以テ以下講述セントスル以外ニ於テ抵當權ニ關スル規定ノ多數準用セラルヘシト雖モ此等ノ事項ハ抵當權ノ說明ニ讓リ茲ニハ省略スヘシ

第一　先取特權ト他ノ權利トノ關係

先取特權ト他ノ權利トノ關係ハ多ク先取特權行使ノ條件ヲ說明スレハ之ヲ知悉スルコトヲ得ヘキヲ以テ其重複ヲ避クルカ爲メニ之ヲ省キ茲ニハ先取特權ト動產質權トノ關係ニ付キ一言スヘシ

第三百三十四條ハ規定シテ曰ク「先取特權ト動產質權ト競合スル場合ニ於テハ

動產質權者ハ第三百三十條ニ掲ケタル第一順位ノ先取特權ト同一ノ權利ヲ有ス」ト而シテ第三百三十條ニ於テ第一順位ニ掲記セシモノハ不動產賃貸借權者旅店宿泊及ヒ運輸ノ先取特權ニシテ共ニ皆准質ト看做ス理由ニ基キ先取特權ヲ付與シテ其債權ヲ擔保セシムルモノナリ隨テ眞正ノ質權ノ場合ニ於テモ之ト同等ノ效力ヲ有スルモノト爲セシコトハ當然ノ事理ナリト謂フヘシ

我邦民法及ヒ佛蘭西民法等ニ於テハ動產質權ハ留置權ト先取特權トヲ包含スルモノト爲セシコトハ前ニ講述シタルカ如シ隨テ先取特權ト動產質權ト競合スル場合ニ處スル第三百三十四條ノ規定ノ如キハ先取特權間ノ順位問題ニ外ナラスト雖モ新民法ハ理論上ノ見解ヲ措キ實際ノ便宜ヲ計リテ留置權、先取特權質權ヲ以テ皆別箇ノ權利ト規定セルヲ以テ第三百三十四條ノ規定ハ先取特權ノ順位ヲ定ムルモノニ非スシテ先取特權ト他ノ權利トノ關係ヲ定ムルモノナレハ「先取特權ノ效力」ト題スル第四節中ニ之ヲ規定スルニ至レリ然リト雖モ第三百三十條ニ掲クル第一順位ノモノト動產質トハ理論上其性質ヲ同シウスルモノナレハ其效力ハ之ヲ同等ト爲セリ

第二　先取特權行使ノ條件

先取特權行使ノ條件ニ關シテ法律ハ先取特權ノ種類ニ依リ其規定ヲ異ニセリ以下順次各種ノ先取特權行使ノ條件ヲ講述スヘシ

(一)　一般ノ先取特權行使ノ條件　一般ノ先取特權ハ債務者ノ總財產ニ付テ存スルモノナレハ法律カ其行使ニ關シテ何等ノ制限ヲ規定セサレハ債務者ノ動產不動產ハ勿論其他一切ノ財產ニ付キ先ツ其何レヨリ辨濟ヲ受クルモ債權者ノ自由ニシテ任意ニ選擇シ得ヘシト雖モ之ヲ無制限ニ放任スルトキハ爲メニ他ノ債權者ニ影響ヲ及ホシ無擔保ノ債權者ハ勿論特別ノ擔保ヲ有スル債權者ニテモ尙ホ辨濟ヲ受クルコト能ハサル場合ヲ生スルコトナキヲ保セス然ルニ一般ノ先取特權ハ債務者ノ總財產ニ付キ存スルモノナレハ其行使ヲ制限スルモ爲メニ先取特權者ニ損害ヲ生スルコトナカルヘシ即チ法律ハ先取特權者ニ著シキ損害ヲ來スコトナクシテ正當ニ保護スヘキ他ノ債權者ノ利益ヲ害スルコトナキヲ目的トシテ權利行使ニ付キ制限ヲ設ク即チ第三百三十五條及ヒ第三百三十六條ノ規定是ナリ

一般ノ先取特權者ハ先ツ不動產以外ノ財產ニ付キ辨濟ヲ受ケ尙ホ不足アルニ非サレハ不動產ニ付キ辨濟ヲ受クルコトヲ得ス(第三三五條第一項)前述セシ如ク一般ノ先取特權ハ債務者ノ總財產ニ付キ存在スルモノナレハ何レノ財產ヨリモ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘシト雖モ先取特權ノ行使ヲ受クルカ如キ債務者ニ在リテハ其不動產ハ不動產質權、抵當權等ノ目的タル場合極メテ多カルヘク而シテ不動產質權、抵當權ノ效力ハ概シテ先取特權ニ及ハサルヲ以テ若シ一般ノ先取特權者カ第一ニ不動產ニ付テ辨濟ヲ受ケント欲スルトキハ此等ノ特別擔保ヲ有スル債權者ヲ害スルノ虞アリ是レ法律カ先ツ不動產以外ノ財產ニ付キ辨濟ヲ受クヘシト規定セシ所以ナリ

一般ノ先取特權者ハ先ツ不動產以外ノ財產ニ付キ辨濟ヲ受ケ尙ホ不足アレハ不動產ニ付キ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルコトハ第三百三十五條第一項ノ規定スル所ナリ然ラハ債權者カ不動產以外ノ財產ニ付キ辨濟ヲ受ケタルモ尙ホ不足アリテ不動產ニ付キ辨濟ヲ受ケント欲スルニ當リテハ何等ノ條件ナキヤ否ヤ同條第二項ハ規定シテ曰ク「不動產ニ付テハ先ツ特別擔保ノ目的タラサルモノニ付キ辨濟ヲ受クルコトヲ要ス」ト即チ一般ノ先取特權者ハ質權、抵當權等ノ特別擔保ノ目的タラサル不動產ニ付テ辨濟ヲ受クヘキモノニシテ以テ第一項規定ノ趣旨ヲ貫徹セリ

一般ノ先取特權者カ第三百三十五條第一項、第二項ノ規定ニ從フコトヲ怠リ不動產以外ノ財產即チ動產債權等ノ代價ノ配當アルニ當リ之ニ加入セスシテ不動產ノ代價ノ配當ニ加入セントシ又特別擔保ノ目的タラサル不動產ノ代價ノ配當ニ加入セスシテ特別擔保ノ目的タル不動產ノ代價ノ配當ニ加入セントスル場合ニ於ケル制裁如何是レ同條第三項ノ規定スル所ニシテ此等ノ場合ニ於テハ其動產債權等ノ配當又ハ特別擔保ナキ不動產ノ配當ニ加入セシナラハ一般ノ先取特權者カ受クヘカリシモノノ限度ニ於テハ登記ヲ爲シタル第三者即チ特別先取特權者、質權者、抵當權者、第三取得者等ニ對シテ其先取特權ヲ行フコトヲ得サルモノトセリ例ヘハ債務者カ價格一千圓ノ動產及ヒ價格一萬圓ノ不動產二箇ヲ所有スル場合ニ於テ二千圓ノ債權ヲ有スル一般ノ先取特權者カ若シ動產ヲ賣ラシメ之ニ依リテ辨濟ヲ受クレハ其債權ノ半額タル一千圓ヲ得ヘ

カリシニ其動產ノ代價ノ配當ニ加入セスシテ不動產ノ代價ノ配當アルニ當リ始メテ之ニ加入セシニ甲不動產ニハ第三取得者アリトセハ第三取得者ハ一般ノ先取特權者ニ對シテ汝ハ動產ノ代價ノ配當ニ加入セハ一千圓ヲ得ヘカリシニ之ニ加入セサリシヲ以テ甲不動產ノ代價ノ配當ニ對シテハ債權ノ全額ニ付キ加入スルヲ許サス單ニ一千圓ニ付テノミ加入ヲ許スト謂フコトヲ得ヘシ又乙不動產カ既ニ抵當權ノ目的ト爲レル場合ニ於テ一般ノ先取特權者ハ甲不動產ノ代價ノ配當ニモ加入セス乙不動產ヲ賣却スルニ當リ始メテ其代價ノ配當ニ加入セントセハ抵當權者ハ一般ノ先取特權者ニ對シテ汝ハ既ニ動產及ヒ甲不動產ノ代價ノ配當ニ加入セシナラハ債權全部ニ付キ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘカリシヲ以テ乙不動產ノ代價ノ配當ニハ毫モ加入セシメスト言ヒテ之ヲ排斥スルコトヲ得ルノ類是ナリ

以上講述セシ所ハ不動產ニ先チテ不動產以外ノ財產ノ代價ヲ配當シ又ハ特別擔保ノ目的タル不動產ニ先チテ特別擔保ナキ不動產ノ代價ノ配當スヘキ場合ヲ豫想シテ說明セシモノナリト雖モ若シ反對ニ不動產以外ノ財產ニ先チテ不動產ノ代價ヲ配當スヘキトキ又ハ他ノ不動產ニ先チテ特別擔保ノ目的タル不動產ノ代價ヲ配當スヘキトキニ於テモ亦等シク第三百三十五條第一項乃至第三項ノ規定ヲ適用スヘキモノトセハ一般ノ先取特權者ハ不動產ノ代價又ハ特別擔保ノ目的タル不動產ノ代價ニ付テハ竟ニ其權利ヲ行フコト能ハサルニ至リ極メテ不公平ナル結果ヲ生スルニ至ルヘシ是レ同條第四項ニ於テ「前三項ノ規定ハ不動產以外ノ財產ノ代價ニ先チテ不動產ノ代價ヲ配當シ又ハ他ノ不動產ノ代價ニ先チテ特別擔保ノ目的タル不動產ノ代價ヲ配當スヘキ場合ニハ之ヲ適用セス」ト規定シ此場合ニ限リ一般ノ先取特權者ヲシテ直チニ不動產又ハ特別擔保ノ目的タル不動產ニ付テ其權利ヲ行フコトヲ得セシメタル所以ナリ」

一般ノ先取特權ハ債務者ノ總財產即チ動產、不動產其他一切ノ財產權ノ上ニ存ス茲ニ不動產ニ付キ研究スヘキ一問題アリ即チ他ナシ一般ノ先取特權ハ登記スルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルヤ否ヤ是ナリ抑モ不動產ニ關スル物權ノ得喪及ヒ變更ハ其登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ストハ第百七十七條ノ規定スル所ナルハ若シ特別ノ明文

ナクンハ不動產ニ付テ一般ノ先取特權ヲ行ハントスルモ亦登記ヲ爲サザルヘカラザルハ勿論ナリト雖モ一般ノ先取特權タル共益費用葬式費用雇人給料及ヒ日用品供給ニ關スル債權ノ如キ悉ク登記手續ヲ爲スハ極メテ煩勞ニシテ實際之ヲ實行スル債權者ハ殆ト稀ナルヘク結局一般ノ先取特權ハ不動產ニ付テ存在ストハ單ニ空名ニ止マリ實際存在セザルト同一般ナルニ至ルヘシ是レ法律カ特殊ノ債權ヲ保護スル爲メニ先取特權ヲ付與セシ趣旨ニ反スヘク且ツ一般ノ先取特權ニ依リテ保護セラルル債權ハ概シテ少額ニ止マルヲ以テ第三百三十六條ニ於テ「一般ノ先取特權ハ不動產ニ付キ登記ヲ爲サザルモ之ヲ以テ特別擔保ヲ有セザル債權者ニ對抗スルコトヲ妨ケス」ト規定セシ所以ナリ然リト雖モ不動產ニ付キ特別ノ權利ヲ取得シ之ヲ登記シタル第三者ニ對シテモ尙ホ一般ノ先取特權者ハ無登記ニテ對抗シ得ヘシトセハ此等ノ第三者ハ不測ノ損害ヲ受クルコトアルヘシ如何トナレハ此等ノ第三者ハ皆登記簿ニ依賴シテ其權利ヲ取得シタルモノナリ然ルニ其當時登記簿ニ何等ノ登記アラザルニ突然一般ノ先取特權ヲ以テ之ニ對抗セラルルトセハ第三者ハ自己ノ豫期ニ反スル

ノ甚シキモノアレハナリ故ニ第三百三十六條ニ於テハ但書ヲ以テ「登記ヲ爲シタル第三者ニ對シテハ此限ニ在ラス」ト規定シ以テ之ヲ制限セリ

動產ニ付キ研究スヘキ問題ハ第三百三十三條ニ規定スル事項ニシテ即チ一般ノ先取特權(勿論他ノ先取特權ニモ適用セラルルト雖モ茲ニハ一般ノ先取特權ニ付キ講述スル場合ナルヲ以テ一般ノ先取特權ニ付キ說明スヘシ)カ有體動產ニ付キ行ハルルトキハ債務者カ其動產ヲ第三取得者ニ引渡シタルトキハ消滅スルコトハ是ナリ是レ取引ノ圓滑ヲ期スルニ出テタルモノニシテ動產ハ輾轉シテ其所在確定不動ニ非ス隨テ第三取特者ハ引渡ヲ受クルモ尙ホ先取特權ヲ有スル債權者ノ爲メニ其權利ノ行使ヲ甘受セサルヘカラストセハ何人モ安シテ各般ノ取引ヲ結了スルコト能ハサルヘク延テ社會ノ經濟ヲ擾亂スルニ至ルヘシ是レ本條ノ規定アル所以ナリ

(二)　動產ノ先取特權行使ノ條件ニ付テハ第三百三十三條及ヒ一般ノ先取特權カ動產ニ付キ行ハルル場合ニ付キ說明セシ事項ハ總テ應當スルモノナルコトヲ注意スルニ止ムヘシ

(三)　不動產ノ先取特權行使ノ條件

甲　不動產保存ノ先取特權　是レ第三百三十七條ノ規定スル所ニシテ曰ク「不動產保存ノ先取特權ハ保存行爲完了ノ後直チニ登記ヲ爲スニ因リテ其效力ヲ保存ス」ト即チ保存行爲ヲ完了セシ後直チニ登記ヲ爲セハ何人ニ對シテモ此先取特權ヲ行フコトヲ得ルモノト爲セリ何故ニ不動產保存ノ先取特權ニ此ノ如ク强力ナル權利ヲ與ヘタルヤ是レ他ナシ保存者カ之ヲ保存スルニ非サレハ其不動義ハ滅失スルニ非サレハ重大ナル毀損ヲ受クヘク若シ滅失スレハ全ク其價値ヲ滅盡スヘク大破損ヲ受クレハ非常ニ其價格ヲ低減スヘシ故ニ保護費ヲ支出セシ債權者ヲ保護シテ抵當權又ハ質權ヲ有スル債權者ニ先チテ辨濟ヲ受ケシムルコトト爲スハ當然ナリト謂フヘシ此ノ如ク特別ノ保護ヲ受ケント欲セハ先取特權者ハ保存行爲完了後直チニ登記ヲ爲ササルヘカラス尙ホ第三百三十九條ニ於テ保存行爲完了後直チニ登記シタル不動產保存ノ先取特權ハ抵當權ニ先チテ之ヲ行フコトヲ得ト明規シ質權ニ先チテ之ヲ行フコトヲ得ル旨ヲ明規セサリシハ或ハ法文ノ缺點ニ非サルナキカ

乙　不動產工事ノ先取特權　是レ第三百三十八條ノ規定スル所ニシテ曰ク「不動產工事ノ先取特權ハ工事ヲ始ムル前ニ其費用ノ豫算額ヲ登記スルニ因リテ其效力ヲ保存ス但工事ノ費用カ豫算額ヲ超ユルトキハ先取特權ハ超過額ニ付テハ存在セス」ト即チ工事ヲ始ムル前ニ於テ其費用ノ豫算額ヲ登記スレハ何人ニ對シテモ之ヲ行フコトヲ得ヘキモノト爲セリ而シテ工事ノ實費カ豫算額ヲ超過セシトキハ其超過額ニ付テハ先取特權ナシ抑モ此先取特權ハ工事ニ因ル不動產ノ增價額ニ付テノミ存スルモノナルヲ以テ抵當權質權等ニ先チテ其權利者ニ辨濟ヲ受ケシムルモ因テ以テ抵當權者質權者等ニ損害ヲ被ラシムル虞ナキモノナリ即チ價格一萬圓ノ土地ヲ開墾シタルカ爲メニ其價格ヲ增加シ二萬圓ト爲リ而シテ其開墾費用ハ二萬圓ヲ要セシト爲スモ先取特權ハ工事ニ因リテ增加シタル一萬圓ニ付テノミ存在スヘケレハナリ此ノ如ク此先取特權ハ工事ニ因リテ生シタル不動產ノ增價カ現存スル場合ニ限リ其增價額ニ付テノミ存在スルモノナレハ增價額算定ノ時期方法等ニ付テハ嚴正ナル規定ヲ設クルニ非サレハ爲メニ他ノ債權者ヲ害スルコトナ

キヲ保セス是レ第三百三十八條第二項ノ規定アル所以ニシテ即チ「工事ニ因リテ生シタル不動產ノ增價額ハ配當加入ノ時裁判所ニ於テ選任シタル鑑定人ヲシテ之ヲ評價セシムルコトヲ要ス」ト是ニ由リテ之ヲ觀レハ增價額ヲ評價セシムル爲メニ必ス鑑定人ヲ選任スルコトヲ要シ其鑑定人カ評價セル增價額ニ付テハ裁判所ハ之ヲ動カスコトヲ得サルモノナリ

丙　不動產賣買ノ先取特權　是レ第三百四十條ノ規定スル所ニシテ「不動產賣買ノ先取特權ハ賣買契約ト同時ニ未タ代價又ハ其利息ノ辨濟アラサル者ヲ登記スルニ因リテ其效力ヲ保存ス」ト即チ賣買契約ト同時ニ登記セサレハ先取特權消滅スルモノナリ如何トナレハ賣買契約成立後其登記ヲ爲スコトヲ許ストキハ往往詐欺ノ行ハルルコトヲ容易ナラシメ他ノ債權者ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルニ至ルヘケレハナリ

第三　先取特權ノ效力ニ付キ準用セラルヘキ抵當權ニ關スル規定

前ニ一言セシ如ク第三百四十一條ニ於テ「先取特權ノ效力ニ付テハ本節ニ定メタルモノノ外抵當權ニ關スル規定ヲ準用ス」ト規定セシヲ以テ先取特權ノ效力トシテ上來講述セシ外抵當權ニ關スル規定ノ準用セラルルモノ尠シトセス今ヤ「先取特權ノ效力」ト題スル本節ノ說明ヲ終ルニ臨ミ抵當權ニ關スル規定ノ準用セラルヘキ主要ナル條規ヲ擧ケ以テ先取特權ノ講義ヲ終了スヘシ

抵當權ニ關スル規定ニシテ先取特權ニ準用セラルル主要ナルモノヲ擧クレハ第三百七十條、第三百七十四條、第三百七十七條、第三百七十八條以下即チ溯除ニ關スル規定ノ全體、第三百八十七條、第三百九十五條等是ナリ

第九章　質權

質權ハ當事者ノ意思ニ因リテ設定セラルル擔保物權ノ一種ナリ物上擔保ハ不動產ニ付テハ主トシテ抵當權動產及ヒ債權ニ付テハ主トシテ質權カ最モ廣ク行ハル而シテ此二者相異ナル所ハ其設定ノ要件トシテ占有ノ移轉ヲ要スルト否ト及ヒ其效力ノ差違是ナリ民法ハ質權ヲ以テ物權ノ一ト爲シタリト雖モ斯ル狹キ觀念ヲ以テスルハ固ヨリ擔保ノ要ヲ全ウスルコト能ハサルヲ以テ別ニ權利質ナルモノヲ設ケ信用ノ保護ヲ全カラシメンコトヲ計レリ

不動產質ハ抵當制度ノ發達完備スルニ隨ヒ漸次其跡ヲ絕タヘキモノナルヘシ外國ニ於テハ用益權ハ猶ホ或程度ニ於テハ行ハルルト雖モ純然タル不動產權ハ殆ト存在セス我邦ニ於テハ不動產權ハ從來盛ニ行レ今尙ホ其習慣ヲ存スルヲ以テ民法ニ於テ之ヲ認ムルコトト爲セリ

第一節　總則

第一　質權ノ定義及ヒ其性質

第三百四十二條ハ質權ノ效力及ヒ其性質ヲ規定セシモノナリ曰ク質權者ハ其債權ノ擔保トシテ債務者又ハ第三者ヨリ受取リタル物ヲ占有シ且其物ニ付キ他ノ債權者ニ先チテ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クル權利ヲ有スト即チ質權ハ當事者ノ意思ニ因リ設定セラルル擔保物權ニシテ其最モ著シキ特質ハ有體物ニ付テハ其設定ノ要件トシテ占有ノ移轉ヲ必要トシ且ツ其效力トシテ質物ノ代價ノ上ニ優先權ヲ有スルコト是ナリ

質權ハ物上擔保ナレハ其結果トシテ優先權、追及權及ヒ不可分權ヲ生ス而シテ其優先權ハ最モ强方ナレハ質權ハ物上擔保中最モ有力ナルモノナリト謂フヒトヲ得ヘシ即チ優先權行使ニ際シ質權者カ他ノ權利者ヲ凌キ得ル場合多シト雖モ質權者ヲ凌ク者ハ極メテ尠シ又或制限內ニ於テハ第二取得者ニ對シテ追及權ヲ生ス而シテ不可分權ニ付テハ第三百五十條ニ於テ第二百九十六條ヲ準用スルニ依リテ明白ナリト謂フヘシ

質權ハ必ス契約ニ因リテ發生スルモノナリ此點ハ留置權、先取特權ト大ニ異ナル所ニシテ又抵權トモ異ナル所ナリ留置權、先取特權ハ當事者ノ意思ヲ俟タス法律ノ規定ニ依リ或種類ノ債權ニ當然附著スルモノナリ而シテ質權、抵當權ハ共ニ法律ノ規定ニ依リテ當然或種類ノ債權ニ附著セシムルモノニ非スシテ當事者ノ意思ニテ之ヲ設定スルモノナリト雖モ質權ハ契約ニ因ラスシテ當事者一方ノ意思ノミニテハ之ヲ設定スルコトヲ得ス即チ質權ノ設定ニハ目的物ノ引渡ヲ要シ引渡ヲ爲スニハ當事者雙方ノ意思即チ債務者又ハ第三者ハ占有拋棄ノ意思又債權者又ハ其代理人ハ占有取得ノ意思アルコト必要ナリ然ルニ抵當權ヲ設定スルニハ其目的物タル不動產ノ占有ヲ移轉スルコトヲ要セサルヲ

以テ理論上當事者一方ノ意思ノミニテ即チ遺言ニ因リテモ之ヲ設定スルコトヲ得ヘキモノナリ是レ質權ト異ナル點ナリ

第二　質權設定ノ要件

(一)　占有ノ移轉　質權ヲ設定セント欲セハ質權ノ目的物タル物ノ引渡ヲ爲スコトヲ要ス單ニ質權ニ設定スヘシトノ合意ハ質權設定ノ豫約ニ過キサルナリ(第三四四條參觀)而シテ占有ノ目的ト爲ル物ハ動產又ハ不動產ニシテ占有ヲ要素ト爲スコトハ留置權ト同シト雖モ留置權者ハ其目的物ノ代價ノ上ニ優先權ヲ有セス是レ質權者ト異ナル所ナリ亦質權者カ其目的物ノ代價ノ上ニ優先權ヲ有スルコトハ先取特權抵當權者ト同一ナリト雖モ此二種ノ物上擔保ト異ナル所ハ茲ニ講述スル所ノ占有ノ移轉ヲ要スルコト是ナリ但シ權利質ニ付テハ其目的ノ性質上此要件ハ存在セサルナリ後ニ說明スルノ機會アルヘシ

質物ノ占有ハ一般ノ原則ニ從ヒ代理人ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得(第一八一條乃至第一八四條參觀)然レトモ之ニ對スル一例外アリ即チ質權者ハ質權設定者ヲシテ自己ニ代リテ質物ノ占有ヲ爲サシムルコトヲ得サルコト是ナリ(第三四五條蓋シ質權ハ質權者ヲシテ質物ノ占有ヲ得セシムルト共ニ債務者カ辨濟ヲ爲ササルトキハ直チニ其物ヲ競賣シテ其代金ヲ先取セシメント爲スモノナリ然ルニ質權設定者ヲシテ債權者ノ代理人トシテ占有ヲ爲サシムルコトヲ得セシムレハ質權者ハ質物ヲ留置スルコトヲ得サルノミナラス債權ノ辨濟ヲ受ケサルニ當リ實際質物ヲ競賣ニ付スルコト能ハサルニ至リ殆ト質權ノ目的ヲ達スルコト能ハサルヘク加之專ラ第三者ヲ保護スル爲メニ設ケタル第三百五十二條ノ規定ノ如キモ爲メニ空文ニ屬シ第三者ヲ誤ルノ弊害ヲ生ス是レ此制限アル所以ナリ

(二)　讓渡スコトヲ得ル物ナルコト　此要件ハ第三百四十三條ノ明規スル所ニシテ即チ「質權ハ讓渡スコトヲ得サル物ヲ以テ其目的ト爲スコトヲ得ス」ト如何トナレハ質權ノ畢竟ノ目的ハ其目的物ヲ賣却シテ代價ヲ先取スルニ在リ然ルニ質物ニシテ若シ之ヲ讓渡スコトヲ得サレハ實際其上ニ質權ヲ行フコトヲ得ス是レ質權ノ目的ハ必ス讓渡スコトヲ得ル物タルコトヲ要スル所以ナリ

(三)　債權ノ現存　質權ハ債權ノ擔保タル從タル物權ナリ隨テ主タル債權ニシ

テ存在セサレハ之ヲ擔保スル質權成立スルコトヲ得サルハ當然ノ事理ナリト謂フヘシ故ニ債權ニシテ存在スル以上ハ如何ナル債權ト雖モ之カ擔保トシテ質權ヲ設定スルコトヲ得ヘシ唯茲ニ一言說明スヘキハ條件附債權及ヒ將來ノ債權ノ擔保トシテ質權ヲ設定スルコトヲ得ルヤ否ヤ是ナリ

條件附法律行爲ノ性質ニ付テハ古來學者間ニ議論紛紛タリト雖モ我新民法ニ於テ採用シタル主義ニ依レハ條件附法律行爲ナルモノハ(茲ニハ說明ノ煩雜ヲ避ケ停止條件ニ付キ講述ス)佛國一般ノ學者ノ唱道スルカ如ク條件ノ成否未定ノ間ト雖モ其條件ノ附著セル行爲ノ成立ヲ妨ケスシテ唯履行ヲ停止スルモノナリトノ見解ヲ採ラスシテ條件成就ノ時マテハ當事者ノ目的トスル效力ヲ發生セスト爲ス(第一二七條第一項參觀)ト雖モ又羅馬法學者等ノ主張スルカ如ク單純ナル希望ヲ生スルニ止マルモノナリトノ見解ヲ採ラスシテ直チニ一種特別ノ權利關係ヲ發生スルモノト爲セシコトハ第百二十八條乃至第百三十條ニ依リテ明白ナリ殊ニ此一種特別ノ債權モ質權等ニ依リテ之ヲ擔保スルコトヲ得ルハ第百二十九條ノ明規スル所ニシテ一點ノ疑ヲ挿ムノ餘地ナシ

將來ノ債權ノ爲メニ質權ヲ設定スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ニ關シテ民法ハ特別ノ明文ヲ規定セサルヲ以テ之ニ對スル學者ノ見解モ歸一セサルナリ獨逸民法ノ如キハ經濟上ノ必要ヨリシテ將來ノ債權ト雖モ質權ヲ以テ之ヲ擔保スルコトヲ得ヘキ旨ヲ定メ且ツ其順位ハ設定ノ時ヲ以テ之ヲ定ムル標準ト爲スト規定セリ(獨逸民法第一二〇四條第二項第一二〇九條參觀)ト雖モ主タル債權ノ存在セサルニ當リ縱令質契約ヲ爲スモ質權設定ノ豫約トシテハ有效ナルヘシト雖モ質契約ハ成立セサルモノナリト爲スコト正當ノ見解ナリト信ス然ルニ今日ノ商業社會ニ於テ極メテ頻繁ニ行ハルル所ノ信用契約ノ擔保トシテ設定セラルル質權即チ所謂根抵當ヲ以テ將來ノ債權ニ對シテ質權ノ設定ヲ認メタルモノニシテ債權ノ現存スルコトヲ要ストノ原則ニ對スル一例外ナリト論定スル學者アリト雖モ信用契約ハ條件附契約ニシテ爲メニ條件附債權ヲ發生ス而シテ條件附債權モ亦債權タルヲ失ハス故ニ此場合ニ質權ヲ設定スルコトヲ得ルハ債權設定ノ第三要件トシテ債權ノ存在ヲ必要ト爲ス例外ニ似タリト雖モ其實例外ニ非スシテ條件附債權ハ信用契約ノ當時ヨリ發生スルヲ以テ債

權ハ決シテ存在セサルニ非サルナリ

質權設定ノ第三要件タル債權ノ現存ノ說明ヲ終ルニ臨ミ質權ニ由リテ擔保セラルヘキ債權ノ範圍ニ付キ一言スヘシ第三百四十六條ハ規定シテ曰ク「質權ハ元本、利息、違約金、質權實行ノ費用及ヒ債務ノ不履行又ハ質物ノ隱レタル瑕疵ニ因リテ生セタル損害ノ賠償ヲ擔保ス但設定行爲ニ別段ノ定アルトキハ此限ニ在ラス」ト蓋シ質權ハ常ニ契約ヲ以テ設定セサルヘカラサルコトハ前述セシ如クナルヲ以テ質權ニ依リテ擔保セラルヘキ債權ノ範圍モ亦當事者ノ意思ニ依リテ決定スヘシト雖モ當事者カ其範圍ヲ定メサリシトキハ如何ニ解釋スヘキヤ豫メ法律ニ明規スルニ非サレハ紛爭ノ種子ト爲リ延テ社會ノ經濟上ニ影響ヲ及ホスコトナキヲ保セス是レ第三百四十六條ノ規定アル所以ニシテ同條ニ依レハ當事者カ反對ノ意思ヲ表示セサル以上ハ債權ノ利息其他一切ノ附從ノ債權ヲ擔保スルモノト爲セリ是レ最モ能ク當事者ノ意思ニ適合シ且ツ抵當權ノ場合(第三七四條參觀)ト異ナリ債權者ハ質物ヲ占有スルヲ以テ他ノ債權者ハ之ニ依リテ辨濟ヲ受クヘシト豫期セサルヘシ是レ元本ノ債權ニ止マラスシテ之ニ附從スル一切ノ債權ヲ擔保セシムル所以ナリ

第三　質權ノ效力

一言ニシテ之ヲ說明スレハ物上擔保ノ一般ノ效力ヲ有ス故ニ再ヒ茲ニ講述スルノ必要ナシ唯質權ニ特別ナル事項ヲ講述セント欲ス

(一)　優先權　第三百四十二條ニ依レハ質權者ハ質權ノ目的タル物ニ付キ他ノ債權者ニ先チテ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クル權利ヲ有ス而シテ茲ニ所謂他ノ債權者トハ絕對ニ總テノ債權者ヲ包含スルモノニ非ス動產質權者ハ略ホ最優ノ權利ヲ有スト雖モ不動產質ニ付テハ抵當權ニ關スル規定準用セラルルヲ以テ其順位ハ登記ノ順序ニ依ルモノタルコトヲ注意スヘシ

質權ハ物ニ關スル權利ナリト雖モ第三百五十條ニ於テ先取特權ニ關スル第三百四條ノ規定ヲ質權ニ準用スルヲ以テ物ノ代價ノ上ニ優先權ヲ行フコトヲ得ヘキナリ然リト雖モ民法ニ於テハ第三百五十四條及ヒ第三百六十七條ノ外質權實行ニ關スル一般ノ方法ヲ規定セス蓋シ質權實行ノ方法ハ抵當權實行ノ方法又ハ先取特權實行ノ方法等ト同一ノ手續ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得而シテ民

事訴訟法ニ規定スル强制執行ニ比シテ簡便ナラサルヘカラス故ニ總テ之ヲ特別法ニ讓リ民法中ニ規定セサルナリ(明治三十一年法律第十五號競賣法參觀)

質權實行ノ普通ノ方法ハ競賣ノ手續ニ依ルコト是ナリ勿論競賣ハ之ヲ爲スニ多額ノ費用ヲ要シ加之實際ニ於テハ其目的物ヲ比較的廉價ニ賣却スルコトハ事實ナリト雖モ他ニ公平ヲ得ヘキ方法ナキヲ以テ此手續ニ依ルヘキモノト爲セシナリ然リト雖モ質權者ハ質權設定者ノ承諾アレハ競賣ノ方法ニ依ラサルモ其實行ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論ニシテ通俗ニ之ヲ流質ト稱スト雖モ法理上其性質ハ代物辨濟ナリト謂フヘシ代物辨濟ノ有效ナルハ辯ヲ俟タサル所ナリ然ラハ所謂流質ノ豫約即チ代物辨濟ノ豫約ハ有效ナルヤ否ヤ之ニ關シテハ諸國ノ法律ニ明文ノ規定アリ我民法ニ於テモ第三百四十九條ニ於テ流質ヲ許ササル旨ノ禁止的規定ヲ設ケタルヲ以テ一言辯明スヘシ

第三百四十九條ノ規定ハ公益上ノ理由ニ依リ設ケラレタル命令的規定ナリ隨テ當事者ハ特約ヲ以テ此規定ヲ動カスコトヲ得ス尙ホ近時ノ編纂ニ係ル進步シタル法律ニ於テモ同樣ノ規定アルヲ見ル獨逸民法第千二百二十九條ノ如キ其一例ナリ蓋シ本條ヲ規定セシ立法上ノ理由ヲ按スルニ質權設定者ハ金錢ヲ得ル急遽ノ必要ニ迫ラレ自己ニ不利益ナル條件ニ甘シテ流質契約ヲ爲スコト尠シトセス是レ公益上默視スヘキニ非ストシテ斷然之ヲ禁止セシモノナルヘシト雖モ是レ深タ思ハサルモノニシテ若シ之ヲ禁止スヘシトセハ質戻特約附賣買モ亦禁止セサルヘカラス然ルニ我民法ハ買戻特約附賣買ヲ認ムルヲ以テ狡猾ナル金錢貸付業者ノ如キハ本條ノ禁止アルヲ以テ流質契約ヲ締結セスシテ買戻特約附賣買ノ方法ニ依リテ同一ノ實益ヲ收ムルコトヲ得ヘシ故ニ此ノ如キ規定ハ其豫期セシ實效ヲ奏スルコト極メテ困難ニシテ理論上ヨリ觀察スレハ固ヨリ其理由ナキヲ以テ政府案ニ於テハ斯ル規定存セサリシニ拘ラス衆議院ニ於テ挿入シ遂ニ確定スルニ至リタルモノナリト雖モ其理由ヲ發見スルニ困マサルヲ得ス殊ニ我商法ハ其第二百七十七條ニ於テ本條ノ規定ハ「商行爲ニ因リテ生シタル債權ヲ擔保スル爲メニ設定シタル質權ニハ之ヲ適用セス」ト規定セルヲ以テ商事ニ關シテ全然其適用ヲ見サルコトト爲リ其適用ノ範圍ハ極メテ狹隘ナルニ於テヲヤ故ニ本條ノ規定ハ實際有名無實ノ徒法空文

ナルノミナラス會金錢ヲ得ント欲スル者ヲシテ此規定アルカ爲メニ流質契約ヲ爲スコト能ハスシテ其需用ニ應セントスル債權者ヲシテ之ニ應セサラシムルニ至リ却テ此等ノ者ヲシテ金錢ヲ得ルニ困難ヲ感セシメムルカ如キ有害ノ結果ヲ生スルニ至ルノ虞ナシトセサルナリ

(二)　留置權　質權ハ留置權ヲ生スルコトハ第三百四十七條ノ明規スル所ナリ即チ「質權者ハ前條ニ掲ケタル債權ノ辨濟ヲ受クルマテハ質物ヲ留置スルコトヲ得」ト是レ前述セシ如ク占有ノ移轉ヲ以テ質權設定ノ要件ト爲セシ以上ハ當然言ヲ俟タサルカ如シト雖モ民法ニ於テハ留置權ヲ以テ當事者ノ意思表示ヲ必要トセサル別種ノ物權ナリト規定セルヲ以テ質權ハ當然留置權ヲ包含スルモノニ非スト爲スコト正當ノ見解ナリト謂フヘシ然リト雖モ實際上ニ於テハ留置權ヲ有スルト同一ナラサルヘカラサルヲ以テ第三百五十條ニ於テ「第二百九十六條乃至第三百條及ヒ第三百四條ノ規定ハ質權ニ之ヲ準用ス」ト規定シ留置權ニ關スル多數ノ規定ヲ準用セリ然レトモ第三百四十七條ノ但書ニ依リ唯一點一般ノ留置權ト異ナル所アリ是レ他ナシ質權者ノ有スル留置權ハ之ヲ以テ自己ニ對シ優先權ヲ有スル債權者ニ對抗スルコトヲ得サルコト是ナリ而シテ其優先權者ハ既ニ說明セシ如ク多數ナラスシテ質權者ヲ凌ク者ハ極メテ尠シ(第三三〇條第二項、第三三四條參觀其稀ナル場合ニ於テ優先權ノ行使ニ付キ質權者ノ保護ヲ後ニセシ所以ハ既ニ說明セシ如ク此等ノ優先權者ハ其債權ノ性質上特ニ法律ノ保護ヲ受クヘキ理由ヲ有スルヲ以テ質權者ニ於テ其留置權ヲ行使シテ此順序ヲ有名無實ナラサラシメンコトヲ計ルニ出テタルモノナリ

(三)　不可分權　質權ハ不可分權ヲ生スルコトハ第三百五十條ニ於テ第二百九十六條ヲ準用スルニ依リテ明白ナリ而シテ不可分權ノ何物タルハ前ニ留置權ノ條下ニ於テ詳說セシヲ以テ茲ニ再ヒ贅セス

(四)　轉質權　質權者ハ質物ヲ轉質ト爲ス權ヲ有ス(第三四八條)抑モ質權ハ或債權ノ擔保トシテ之ヲ設定セシモノナレハ之ヲ他ノ債權ノ擔保トシテ移轉シ得ヘカラサルカ如シト雖モ此ノ如クンハ實ニ不便ナルノミナラス財產ノ效用ヲ縮少シ延テ社會ノ經濟上其發達ヲ阻害スルコトナキヲ保セス故ニ財產ヲシテ最モ多クノ效用ヲ爲サシメンカ爲メ且ツ我邦從來ノ慣習ニ徵シ又諸國ノ立法

例ニ鑑ミ民法ニ於テモ轉質權ヲ認メタリ然リト雖モ爲メニ質權設定者ニ損害ヲ生セシムヘカラス是レ第三百四十八條ニ於テ二箇ノ條件ヲ附シタル所以ナリ即チ

一　自己ノ權利ノ存續期間内ニ限ルコト

二　轉質ヲ爲ササレハ生セサルヘカリシ損害ニ付テハ縱令其損害ハ不可抗力ニ因ルモ之ヲ賠償スヘキコト是ナリ

第四　第三者カ質物ヲ供シタル場合

是レ講學上所謂物上保證ニシテ此場合ニ於テハ其性質稍ヤ保證契約ニ類スルモノアリ是レ物上保證ノ稱アル所以ナルヘシ而シテ第三百五十一條ハ質權ニ關スル物上保證ヲ規定セシモノナリ即チ「他人ノ債務ヲ擔保スル爲メ質權ヲ設定シタル者カ其債務ヲ辨濟シ又ハ質權ノ實行ニ因リテ質物ノ所有權ヲ失ヒタルトキハ保證債務ニ關スル規定ニ從ヒ債務者ニ對シテ求償權ヲ有ス」ト故ニ債務者ト物上保證人トノ關係ハ主タル債務者ト保證人トノ關係ト同シ而シテ此場合ニ準用セラルヘキ規定ハ第四百五十九條乃至第四百六十四條是ナリ

第五　質權ノ消滅

質權消滅原因ニシテ他ノ權利ト共通ナルモノヲ擧クレハ拋棄目的物ノ滅失添附混同時效ニシテ質權ニ特別ナル消滅原因ヲ示セハ(一)主タル債權ノ消滅(二)質權實行ノ終了及ヒ(三)質權ノ滌除是ナリ

第二節　動產質

前節ニ講述セシ事項ハ總テ皆動產質ニ適用セラルヘキモノナリ故ニ本節ニ於テハ動產質ニ關スル特殊ノ事項ニ付テノミ說明スヘシ

第一　動產質權ノ定義

動產質權トハ債權者カ債務者又ハ第三者ヨリ債權ノ擔保トシテ動產ノ引渡ヲ受ケ且ツ其動產ニ付キ他ノ債權者ニ先チテ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クル權利ナリト謂フヘシ前節ニ於テハ一般ニ質權ノ定義ヲ揭ケタルヲ以テ廣ク物ト言ヒタルモ動產質權ノ定義トシテハ之ニ代フルニ動產ナル語ヲ以テセシニ過キスシテ他ニ說明ヲ要スヘキ點ナシ

第二　動產質權設定ノ要件

動產質權設定ノ當事者間ニ於ケル要件ハ前節ニ於テ說明セシ如シト雖モ動產質權ヲ以テ第三者ニ對抗スルニ必要ナル新條件アリ是レ占有ノ繼續ニシテ第三百五十二條ノ規定スル所ナリ即チ「動產質權者ハ繼續シテ質物ヲ占有スルニ非サレハ其質權ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス」ト蓋シ動產ニハ登記ノ如キ公示方法ナキヲ以テ占有ヲ以テ公示方法ト爲スハ諸國ノ立法例ノ等シク採用スル所ナリ故ニ動產質權ノ設定セラレシニ當リ質權者カ其動產ノ占有ヲ喪失セシ間ニ第三者カ之ニ付キ權利ヲ取得セハ第三者ハ何ヲ以テカ其動產カ質權ノ目的物タルコトヲ知悉スルヲ得ンヤ然ルニ動產質權者ハ其三者ニ對シテ質權ヲ對抗スルコトヲ得トセハ第三者ノ迷惑察スルニ餘アリト謂フヘシ是レ此條件ノ規定アル所以ナリ

此占有ノ繼續ニ付キ注意スヘキハ第三百五十二條ヲ嚴正ニ解釋シテ動產質權者カ縱令一日ナリトモ占有ヲ喪失スレハ是レ占有ノ不繼續ナルヲ以テ後ニ占有ヲ同復スルモ最早第三者ニ對シテ質權ヲ對抗スルコトヲ得サルヘシト爲ス議論ヲ生スルコトヲ保セサルヘシト雖モ是レ深ク思ハサルノ甚シキモノナリ如何トナレハ占有ノ繼續ハ第三者ニ對抗スル要件ニシテ占有ヲ喪失スルモ當事者間ニハ質權成立シ居ルモノナリ故ニ再ヒ占有ヲ同復スレハ亦第三者ニ對抗スルコトヲ得ルモノナリ尙ホ第三百五十二條ハ固ヨリ代理占有ヲ無效トスルノ意ニ非ス舊民法債權擔保編第百二條ニ於テハ現實ニシテ且ツ繼續シタル占有ヲ必要ト爲セリ所謂現實ヲフ意義明カナラスシテ或ハ代理占有ヲ許ササルカ如ク解セラルル虞アルヲ以テ新民法ニ於テハ現實ナル語ヲ削除セリ

動產質權者カ自己ノ意思ニ反シテ占有ヲ失ヒタルトキハ之ニ因リテ直チニ質權ヲ失フヤ否ヤ第三百五十三條ハ規定シテ曰ク「動產質權者カ質物ノ占有ヲ奪ハレタルトキハ占有同收ノ訴ニ依リテノミ其質物ヲ同復スルコトヲ得」ト故ニ此場合ニ於テ動產質權者ハ直チニ質權ヲ失フコトナク占有同收ノ訴ニ依リテ質物ヲ同復スルコトヲ得ヘシ但シ侵奪ノ時ヨリ一年內ニ之ヲ提起スルコトヲ要ス(第三〇一條第三項參觀)

第三　動產質權ノ效力

動產質權ノ效力ニ關シテハ二箇ノ特別規定ヲ說明セサルヘカラス其一ハ動產質權ノ實行方法ニシテ其二ハ動產質權ノ順位是ナリ

(一) 動產質權ノ實行方法　質權實行ノ一般ノ方法ハ競賣手續ニ依ルヘキモノナルコトハ前節ニ說明セシ所ナリ然ルニ第三百五十四條ハ動產質權者カ其債權ノ辨濟ヲ受ケサル場合ニ於テ競賣手續ニ依ラサル實行方法ヲ規定セリ即チ債權者ハ質物ヲ以テ直チニ辨濟ニ充ツルコトヲ得ルナリ是レ一ハ競賣手續ニ依ル費用ヲ節約スルコトヲ得ヘク亦債權者カ其質物ヲ自己ノ所有ニ歸セシメント欲スル希望ヲ有スル場合ニハ之ヲ滿足セシムルコトヲ得而シテ債務者ハ競賣ニ依ルモ尙ホ其質物ヲ賣却セラルヘキモノナルヲ以テ此便法ヲ規定セシモノナリ然リト雖モ爲メニ債務者及ヒ他ノ債權者ヲ害セシムヘカラス故ニ質權者カ此便宜方法ニ依ラント欲セハ左ノ四箇ノ條件ニ從ハサルヘカラス

(イ) 正當ノ理由アルコトヲ要ス　如何ナル事項ヲ以テ正當ノ理由ト爲スヘキモノナルヤ法律ハ之ヲ裁判官ノ自由ナル判斷ニ一任セシト雖モ各國ノ立法例及ヒ學說ニ於テ此方法ヲ用フヘキ正當ノ場合ト認メラルルモノヲ擧クレハ(一)質物ノ賣却ヲ困難ナラシムル事情アルトキ(二)買手ヲ見出ササルトキ是ナリ此等ノ場合ニハ到底質權實行ノ普通ノ方法ニ依ルコトヲ得サルヲ以テ此特別方法ニ依ルヘキハ至當ノコトナリトス

(ロ) 裁判所ニ請求スルコトヲ要ス　此便宜方法ハ一般ノ手續ニ對スル例外方法ニシテ極メテ簡便ナリト雖モ其簡便ナル所ハ即チ弊害ノ伏在スル所ナリ是レ裁判所ノ干涉ヲ必要ト爲シタル所以ナリ

(ハ) 鑑定人ノ評價ニ從フコトヲ要ス　此條件ハ主トシテ質權者カ質權設定者ト通謀シテ他ノ債權者ヲ害センコト謀ルヲ豫防セシモノナリ勿論質權者ニシテ鑑定人ノ評價ヲ不當ナリト思慮セハ再鑑定ヲ爲サシムルコトヲ得ヘシト雖モ畢竟其評價ニ服從セサルヘカラサルモノナリ

(ニ) 豫メ債務者ニ通知スルコトヲ要ス　此條件ハ債務者保護ノ爲メニ規定セシモノナリ

(二) 動產質權ノ順位　質權ハ占有ヲ要素ト爲スヲ以テ同時ニ二箇以上ノ質權カ同一ノ動產ニ付テ存在スルコト能ハサルカ如ク解セラルルト雖モ既ニ代理

占有ヲ許ス以上ハ此ノ如キ場合ヲ生セサルコトナキヲ保セサルナリ例ヘハ甲ノ爲メ質入セシ動產ヲ更ニ乙ノ爲メニ質入シ丙カ甲乙兩人ノ代理人ト爲リテ質物ヲ占有スル場合ノ如シ是レ債務者ノ爲メニハ極メテ有益ナルモノト謂フヘシ如何トナレハ質物ノ價格ニシテ第一質權者ノ債權額ニ超過スル場合尠ントセス然ルニ再ヒ之ヲ擔保ニ供スルコトヲ得ストセハ當ニ債務者ニ取リテ不利益ナルノミナラス社會ノ經濟上亦不得策ナリト謂ハサルヘカラス而シテ理論上勿論正當ニ之ヲ爲シ得ルモノナルコトハ前述セシ如クナルヲ以テ實際ニ於テモ債務者ハ屢其便益ヲ得以テ其財產ノ效用ヲ全ウスルコトヲ得ヘシ果シテ然ラハ此等ノ場合ニ於ケル質權ノ順位如何是レ第三百五十五條ノ規定スル所ニシテ數箇ノ債權ヲ擔保スル爲メ同一ノ動產ニ付キ質權ヲ設定シタルトキハ其質權ノ順位ハ設定ノ前後ニ依ルカ故ニ前例ニ於テ質物ノ價格千圓ト假定シ債務者ハ之ヲ甲ニ質入シテ七百圓ニ借入レタル後ニ又之ヲ乙ニ質入シテ五百圓ヲ借入レタリトセハ甲ハ債權ノ全額ナル七百圓ニ付キ弗濟ヲ受ケ乙ハ殘金三百圓ニ付テノミ質權ヲ行フコトヲ得ヘキモノナリ是レ物權ノ性質上當然ノ事理ナリト謂フヘシ

第三節　不動產質

不動產質ハ前ニ一言セシ如ク歐洲ニ於テハ今日殆ト其例ヲ認メサルノミナラス或ハ全然之ヲ禁止スルモノナキニ非ス蓋シ抵當制度ニシテ完備スレハ不動產質ハ漸漸其效用ヲ減少スヘキモノナレハナリ然リト雖モ我邦ニ於テハ從來盛ニ行ハレタルヲ以テ新民法ニ於テモ其慣習ヲ激變スルコトヲ爲サスシテ之ヲ認ムルコトト爲セリ而シテ其性質竝ニ效力モ他ノ質權ト同一ナルヲ本則ト爲スヲ以テ第一節總則ノ條下ニ於テ講述セシ事項ハ總テ不動產質ニモ適用セラルヘキモノナリ故ニ本節ニ於テハ唯不動產質ニ特別ナル事項ヲ說明スヘシ

第一　不動產質權ノ定義

不動產質ノ定義ニ付キ第一節總則ニ於テ一般質權ノ定義トシテ講述セシ外二箇ノ特質ヲ說明セサルヘカラス即チ其一ハ不動產質權ノ目的物ノ不動產ナルコトニシテ其二ハ不動產質權ハ其權利者ニ質入不動產ノ使用及ヒ收益ヲ爲ス

ノ權利ヲ與フルコト是ナリ而シテ其目的物ノ不動產ナルコトニ關シテ特ニ說明スルノ必要ヲ見スト雖モ第二ノ特質ニ關シテハ一言之ヲ講述セサルヘカラス第三百五十六條ハ規定シテ曰ク「不動產質權者ハ質權ノ目的タル不動產ノ用方ニ從ヒ其使用及ヒ收益ヲ爲スコトヲ得」ト抑モ動產質權者ハ其質物ノ使用及ヒ收益ヲ爲スコトヲ得サルニ反シ不動產質權者カ之ヲ爲スコトヲ得ル所以如何是レ他ナシ動產ハ之ヲ使用スレハ多少之ヲ損壞スルノ虞アルノミナラス之ニ就テ收益ヲ爲サントスルモ直接ノ收益ハ殆ト之ヲ爲スコト能ハス又間接ノ收益方法トシテ之ヲ他人ニ賃貸スルトキハ紛失毀損ノ虞ナキニ非ス故ニ動產質權者ハ質物ノ使用及ヒ收益ヲ爲スコトヲ得サルヲ本則ト爲スト雖モ不動產ハ紛失ノ憂ナク又之ニ付テ直接ノ收益ヲ爲ス能ハス極メテ易々タルノミナラス質權者自ラ其使用及ヒ收益ヲ爲ササルモ他人ニ貸與シテ間接ノ收益ヲ爲サシムルモ啻ニ毀損ノ虞尠キノミナラス土地家屋ノ如キ全然其使用ヲ爲スコトヲ得ストセハ社會ノ經濟上極メテ不利ナリト謂ハサルヘカラス加之我邦從來ノ慣習ニ徵スルニ亦質權者ヲシテ之カ使用及ヒ收益ヲ爲サシメタルヲ以テ民法ハ不動產質權者ニ此權利ヲ付與シタル所以ナリ

第二　不動產質權設定ノ要件

不動產質權設定ノ要件トシテ不動產ノ引渡ヲ要スルコトハ總則ニ於テ說明セシ所ナリト雖モ之ヲ第三者ニ對抗セント欲セハ登記ヲ爲スコトヲ要ス

第三　不動產質權ノ效力

(一)　不動產質權者ハ不動產ノ使用及ヒ收益ヲ爲スコトヲ得ルハ第三百五十六條ノ明規スル所ナリ而シテ其使用及ヒ收益ヲ爲スニハ質權ノ目的タル不動產ノ用方ニ從フヘキモノナルコトヲ注意セサルヘカラス

(二)　不動產質權者ハ管理費用其他不動產ノ負擔ニ任セサルヘカラス　不動產質權者ハ前述セシ如ク不動產ノ使用及ヒ收益ヲ爲ス權利ヲ有スルヲ以テ其使用及ヒ收益ノ對價トシテ管理費用其他不動產ノ負擔ニ任セサルヘカラス不動產ノ負擔トハ租稅等ノ如キ是ナリ此等ノ支出ハ通常不動產ノ果實ヲ以テ支辨スヘキ性質ノモノナルカ故ニ不動產質權者ニシテ果實ヲ採收スル以上ハ其負擔ヲ爲スヘキハ當然ノ事理ナリト謂フヘキナリ(第三五七條)

(三)　不動產質權者ハ其債權ノ利息ヲ請求スルコトヲ得ス　不動產質權者ハ不動產ノ使用及ヒ收益ヲ爲スコトヲ得ルモノナレハ其債權ノ利息ヲ請求スルコトヲ得トセハ二重ニ利益ヲ享受スルモノト謂ハサルヘカラス是レ第三百五十八條ノ規定アル所以ナリ或ハ債權ニ利息アルハ例外ニシテ何等ノ特約ナキトキハ利息ナキモノナレハ斯ル明文ヲ要セサルヘシト爲ス論者アルヘシト雖モ是レ非ナリ利息附ノ債權ニ對シテ後日不動產質ヲ設定スレハ其日ヨリ利息ヲ支拂フニ及ハサルコトト爲ルヘク加之慣習上債權ニ利息ヲ附スル場合アルヘク尙ホ商法ニ於テハ商人間ニ於テ金錢ノ消費貸借ヲ爲シタルトキハ何等ノ特約ナキモ當然利息ヲ附スヘキモノト爲スヲ以テ(商法第二七五條)第三百五十八條ノ明規アルハ其當ヲ得タルモノト謂フヘシ

以上講述セシ三事項ハ從來我國ノ慣習トシテ行ハルル所ニシテ不動產質ヲ認ムル以上ハ其當然ノ效果ナルヘシト雖モ之ニ反スル特約ハ公益ニ關スルモノニ非サレハ勿論有效ナリト謂ハサルヘカラス(第三五九條參觀)

(四)　前述セシ事項ノ外總テ抵當權ニ關スル規定ヲ準用スルハ第三百六十一條ノ規定スル所ナリ舊民法(債權擔保編第一一六條)ニ於テハ不動產質ハ留置權收益權及ヒ抵當權ヲ包含スルモノト爲セシモ新民法ニ於テハ不動產質ヲ以テ抵當權ト異ナル一種ノ物權トシテ規定シタルヲ以テ隨テ抵當權ニ關スル規定ヲ準用スト規定セシ所以ナリ而シテ其準用セラルル重ナル規定ハ第三百七十七條乃至第三百九十四條ニ依ル抵當權ノ實行方法及ヒ第三百七十三條ニ依ル抵當權ノ順位ニ關スル條則ニシテ此等ハ皆不動產質權ノ實行方法及ヒ不動產質權ノ順位ヲ定ムル場合ニ準用セラルルモノナリ

第四　不動產質權ノ存續期間

不動產質權ノ存續期間ニ最長期ヲ定メタルハ不動產質ニ關スル特約規定ニシテ動產質及ヒ抵當トモ異ナル所ナリ即チ第三百六十條第一項ハ規定シテ曰ク「不動產質ノ存續期間ハ十年ヲ超ユルコトヲ得ス若シ之ヨリ長キ期間ヲ以テ不動產質ヲ設定シタルトキハ其期間ハ之ヲ十年ニ短縮ス」ト抑モ不動產質權ハ主タル債權ヲ擔保スル爲メニ設定セシ從タル物權ナリ而シテ債權ニ關シテハ其期間ニ付キ何等ノ制限ナキヲ以テ或ハ之ヲ十五年ト爲シ或ハ之ヲ二十年ト爲ス

モ當事者ノ自由ナルヘシ然ルニ其債權ヲ擔保スル爲メニ設定セシ不動產質ニシテ其最長期日十年ニ制限セラレナハ十分擔保ノ效用ヲ爲スコト能ハサル場合ヲ生スルニ至ルヘク立法上幾分ノ批難アルヘシト雖モ是レ實ニ已ムヲ得サルニ出テタル及益規定ニシテ契約ヲ以テ自由ニ其期間ヲ伸長スルコトヲ許サスシテ若シ十年以上ニ亘ル期間ヲ以テ之ヲ設定セハ之ヲ十年ニ短縮スルコトト爲セリ蓋シ不動產質ニ最長期ヲ設ケタル所以ハ他ナシ全ク經濟上ノ理由ニ基クモノニシテ長日月間存續スルコトヲ得トセハ爲メニ不動產ノ改良ヲ妨ケ其價格ヲ低減スルニ至ルヘケレハナリ然リト雖モ一旦十年以下ノ期間ヲ以テ不動產質ヲ設定シタル後更ニ之ヲ更新スルヲ妨ケサルナリ而シテ其新期間モ必ス更新ノ時ヨリ十年ヲ超ユルコトヲ得サルモノナルコトハ第三百六十條第二項ノ明規スル所ナリ

第四節　權利質

動產質及ヒ不動產質ハ直接ニ有體物ヲ目的ト爲スヲ以テ普通ノ觀念ニ從ヘハ純然タル物權ナリ然リト雖モ債權擔保ノ效用ヲ全カラシメント欲セハ質權ノ目的ヲ獨リ有體物ニ限ルコトヲ得ス殊ニ況ヤ動產質又ハ不動產質ノ場合ニ於テ其目的ヲ以テ有體物ナリト稱スルモ理論上ハ動產又ハ不動產ノ所有權ヲ以テ其目的ト爲スト看ルヲ以テ正當ノ見解ト爲スニ於テヲヤ故ニ動產又ハ不動產ノ所有權以外ノ權利ナルモ苟モ財產權ニシテ其性質擔保ノ用ヲ爲スニ妨ケサルモノナレハ之ヲ以テ質權ノ目的ト爲スコトヲ得サルヘカラス是レ近世一般ニ權利質ヲ認ムルコトト爲リタル所以ニシテ又新民法カ第九章質權ノ第四節ヲ「權利質」ト題シ第三百六十二條第一項ニ於テ「質權ハ財產權ヲ以テ其目的ト爲スコトヲ得」ト規定セシ所以ナリ即チ質權ハ一切ノ財產權例ヘハ地上權、永小作權、債權、版權、特許權、商標權、意匠權等ノ如キ皆其目的ト爲スコトヲ得ヘシ而シテ此等ノ權利質ハ物權ナルヤ否ヤノ問題ニ關シテハ之ヲ區別シテ研究スルノ必要ヲ見ル即チ地上權又ハ永小作權ヲ目的トスル權利質ハ物權ニシテ其他ノ財產權ヲ目的トスル權利質ハ物權ニ非スシテ一種ノ財產權ナリト謂フヘキナリ如何トナレハ物權トハ物ノ上ニ直接ニ行ハレ且ツ其權利ヲ行フニ付キ他人

ノ積極的消極的行爲ヲ要セサルモノヲ指スモノナリ而シテ質權カ地上權又ハ永小作權ヲ目的トスル場合ニ於テハ同シク物ノ上ニ直接ニ行ハレ且ツ其權利ヲ行フニ付キ毫モ他人ノ行爲ヲ要セサレハナリ之ニ反シテ質權カ債權其他ノ財產權ヲ目的トスル場合ニ於テハ其性質物權ニ非サルハ勿論債權ニモ屬セスシテ一種ノ財產權ナリト看ルヲ以テ正當ノ見解ナリトス蓋シ新民法ハ一切ノ財產權ヲ以テ物權、債權ニ兩分スルノ主義ヲ採用セサリシヲ以テ財產權中物權、債權ニ屬セサル一種ノ財產權多數存在スヘシ而シテ地上權又ハ永小作權以外ノ財產權ヲ目的トスル權利質モ亦其一種ナリ

權利質中最モ重要ニシテ且ツ頻繁ニ行ハルルモノハ債權質ナリトス今日社會ノ實際ヲ觀察スルニ物上擔保ト稱スルハ質ニ在リテハ動產質及ヒ株券質專ラ行ハレ不動產質ハ漸漸減少シテ抵當多ク行ハルルモノノ如シ隨テ民法ハ「權利質」ト題スル第四節ニ於テモ其最モ適用多キ債權質ニ關シ特別ノ規定ヲ設キ他ノ權利質ニ關シテハ何等ノ規定ナク第三百六十二條第二項ニ於テ「前項ノ質權ニハ本節ノ外前三節ノ規定ヲ準用ス」ト明規セリ故ニ第三百四十三條ノ準用ニ

依リ讓渡スコトヲ得サル權利ハ之ヲ以テ權利質ノ目的ト爲スコトヲ得ス又地上權又ハ永小作權ヲ以テ權利質ノ目的ト爲サント欲スル場合ニ於テハ第三百四十四條ノ準用ニ依リ債權者ニ其目的物ノ引渡ヲ爲スニ因リテ其效力ヲ生スヘク第三百五十六條ノ準用ニ依リ質權者ハ地上權若クハ永小作權ノ範圍內ニ於テ物ノ使用及ヒ收益ヲ爲スコトヲ得ヘク第三百六十條ノ準用ニ依リ其存續期間ハ十年ヲ超ユルコトヲ得サルカ如キ其他第三百四十六條、第三百四十九條、第三百五十一條等皆準用セラルヘキモノナリ

以下債權質ニ特別ナル事項ヲ說明スヘシ

第一　債權質ノ定義

質權ノ總則ヲ講述スルニ際シ說明セシ如ク第三百四十二條ハ質權ノ定義ヲ下シ併セテ其主要ナル效力ヲ規定セシモノナリ隨テ今之ヲ債權質ニ當嵌ムレハ同條ニ明規セル物ニ代フルニ債權ヲ以テシ占有ニ代フルニ準占有ヲ以テセハ直チニ債權質ノ定義ト看ルコトヲ得ヘシ

第二　債權質設定ノ要件

質權ノ目的ト爲ルヘキ債權ハ無形ニシテ有體物ニ非サルヲ以テ占有ノ移轉ヲ以テ債權質設定ノ要件ト爲スコトヲ得ス隨テ債權質ハ原則トシテハ單純ニ當事者ノ合意ヲ以テ成立スヘシト雖モ質ノ效用ヲ全カラシメ又主トシテ質權者ノ利益ノ爲メ併セテ第三者ノ爲メニ其債權ノ證書アル場合ニ於テハ其證書ノ交付ヲ以テ質權設定ノ要件ト爲セリ(第三六三條蓋シ質權ヲ設定セント欲セハ其目的物ノ占有ヲ移轉スルコトヲ要スヘキハ總則ニ於テ講述セシ所ナリ果シテ然ラハ債者質ヲ設定スルニ當リ其債權ニ證書ナキ場合ハ如何トモ爲スコト能ハスト雖モ之ニ證書アル場合ニ於テハ其交付ヲ要スト爲セシハ極メテ事理ニ適シタルモノト謂フヘキナリ如何トナレハ債務者ハ證書ノ返還ヲ受クルニ非サレハ辨濟ヲ爲ササルヲ通例ト爲スヲ以テ其證書ヲ質權者ニ交付スルハ殆ト債權其物ヲ交付シタルニ均シケレハナリ而シテ第三百六十三條ノ規定ハ債權ニ證書アル場合ニ適用スヘキ特別規定ナリト雖モ實際ノ適用ヨリ觀察スレハ寧ロ原則ナリト謂フコトヲ得ヘシ如何トナレハ普通債權ニハ證書ノ存在スル場合多ク殊ニ債權質トシテ最モ頻繁ニ行ハルル指圖證券、公債證書、株券等ニ

於テ全然其適用ヲ見ルヘケレハナリ

無記名債權モ亦債權ノ一種ナレハ其質入ヲ爲ス場合ニ於テハ第三百六十三條ノ規定ノ適用ヲ受クヘキモノナリト雖モ第八十六條第三項ニ於テ「無記名債權ハ之ヲ動產ト看做ス」ト規定セシヲ以テ其質入ニハ動產質ノ規定ヲ適用スヘキノモナルコトヲ注意セサルヘカラス

債權質設定ノ當事者間ニ於ケル要件ハ前述ノ如シト雖モ之ヲ第三者ニ對抗セント欲セハ如何ナル條件ヲ必要ト爲ススヤ法律ハ債權ノ種類ニ依リ其要件ヲ異ニセリ故ニ之ヲ區別シテ說明スヘシ

(一)　指名債權ヲ以テ質權ノ目的ト爲シタル場合　是レ第三百六十四條第一項ノ規定スル所ニシテ第四百六十七條ノ規定ニ從ヒ第三債務者ニ質權ノ設定ヲ通知シ又ハ第三債務者カ之ヲ承諾スルニ非サレハ之ヲ以テ第三債務者其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得スト即チ第三者ニ對抗セント欲セハ債權讓渡ト同一ノ條件ニ從フコトヲ必要トセリ蓋シ指名債權トハ指圖債權、無記名債權ニ對シテ之ヲ區別スル爲メニ使用セシ名稱ニシテ普通ノ債權ハ皆指名債權ナリ故

ニ單ニ債權ト云ヘハ是レ指名債權ヲ指スモノナリ而シテ指名債權ニハ必スシモ常ニ證書アルニ非ス又證書ヲ必要トセサルヲ以テ舊民法ニ於ケルカ如ク之ヲ記名證券又ハ記名債權ト稱スルハ狹キニ失スルモノト謂フヘシ是レ新民法ニ於テ指名債權ト稱セシ所以ナリ而シテ前述セシ通知若クハ承諾ハ債務者ニ對シテハ何等ノ方式ヲモ要セスト雖モ債務者以外ノ第三者ニ對シテハ必ス確定日附アル證書ヲ以テセサルヘカラス(第四六七條第二項參觀)而シテ確定日附ノ何者タルハ民法施行法第五條ヲ參觀スヘシ

商法第百九十九條以下ノ規定ニ依リ株式會社カ發行セシ記名社債券モ亦一種ノ指名債券ナリ隨テ其質入ヲ會社其他ノ第三者ニ對抗セントスル欲セハ第三百六十四條ノ通則ニ依リ債務者タル會社ニ質權ノ設定ヲ通知シ又ハ會社カ之ヲ承諾スルコトヲ要スヘシト雖モ法律ハ第三百六十五條ニ於テ特別ノ規定ヲ設ケタリ即チ「記名ノ社債ノ以テ質權ノ目的ト爲シタルトキハ社債ノ讓渡ニ關スル規定ニ從ヒ會社ノ帳簿ニ質權ノ設定ヲ記入スルニ非サレハ之ヲ以テ會社其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス」ト蓋シ會社ハ社債原簿ヲ備附クルヲ以テ之ニ

其質入ヲ記入セハ十分公示ノ目的ヲ遂シ第三者ヲ保護スルコトヲ得ヘケレハナリ

記名ノ株式モ亦指名債權ノ一種ナリ隨テ其質入ヲ第三者ニ對抗セントスル前述セシ記名ノ社債ニ關スルト同一條件ニ從フヘキモノト爲スコト當然ノ事理ナリト謂ハサルヘカラス然ラスンハ第三百六十四條ノ通則ニ依リ會社ニ質權ノ設定ヲ通知シ又ハ會社カ之ヲ承諾スルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得スト爲サスンハ何等ノ公示方法ナク第三者ノ保護ヲ缺クモノト謂ハサルヲ得サルナリ政府案ニ於テハ諸國ノ立法例ヲ參酌シ第三百六十五條ニ於テ「記名ノ株式又ハ社債ヲ以テ債權ノ目的ト爲シタルトキハ株式又ハ社債ノ讓渡ニ關スル規定ニ從ヒ會社ノ帳簿ニ質權ノ設定ヲ記入スルニ非サレハ之ヲ以テ會社其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス」ト爲シ以テ從來行ハレタル白紙委任狀等ノ弊習ヲ一洗セントスシモ衆議院ニ於テハ從來ノ慣習ヲ存スルヲ以テ實際ニ便益ナリトシ同條中「株式又ハ」ノ四字ヲ削除シ尙ホ第三百六十四條ニ第二項ヲ設ケ「前項ノ規定ハ記名ノ株式ニハ之ヲ適用セス」ト爲シ遂ニ確定

スルニ至リシモノナリ隨テ株式ニ關シテハ單ニ第三百六十三條ニ從ヒ株券ノ交付ノミニ依リ第三者ニ對シテモ質權ノ設定ヲ對抗シ得ルコトト爲レリ

(二) 指圖債權ヲ以テ質權ノ目的ト爲シタル場合　指圖債權トハ一定ノ債權者又ハ其指圖人ニ支拂ヲ爲スヘキ旨ヲ書面ニ記載セシ債權ナリ例ヘハ爲替手形約束手形小切手運送狀保險證券船荷證券等ノ如キ是ナリ而シテ此等ノ債權ハ裏書ノミニ依リテ流通スヘキモノナルヲ以テ其權利ノ消長ニ關スル事項ハ必ス之ヲ證券ニ記載スルコトヲ要ス故ニ質權ノ設定モ亦之ヲ裏書スルニ非サレハ第三者ニ對抗スルコトヲ要スト爲セシ所以ナリ(第三六六條)

(三) 無記名債權ヲ以テ質權ノ目的ト爲シタル場合　既ニ說明セシ如ク第八十六條第三項ニ於テ(無記名債權ハ之ヲ動產ト看做ス)ト規定セシヲ以テ無記名債權ヲ以テ質權ノ目的ト爲シタル場合ハ動產質ト看做シ總テ動產質ニ關スル規定ニ依ルヘキモノナリ故ニ茲ニ再說セス

第三　債權質ノ效力

債權質ノ效力トシテ特ニ說明スヘキ事項ハ第三百六十七條及ヒ第三百六十八條ニ規定スル債權質ノ實行方法是ナリ抑モ質權ノ普通實行方法ハ競賣手續ニシテ第三百五十四條ニ依ル動產質ノ實行方法及ヒ滌除ニ依ル不動產質ノ實行方法ノ如キ共ニ通則ニ對スル例外手續ナリト謂フヘシ然リト雖モ債權質ニ在リテ競賣手續ニ依ルコト最モ不利ナルヲ以テ債權質ノ實行方法トシテハ此普通ノ方法ニ依ルコトヲ避ケサルヘカラス是ニ於テ立法者ハ第三百六十七條ニ於テ債權質ノ實行方法ハ本則トシテハ質權ノ目的タル債權ヲ直接ニ取立ツルコトト爲セリ而シテ債權ノ目的ノ金錢ナルト否トニ依リテ區別ヲ爲セリ

(一) 債權ノ目的カ金錢ナル場合　質權者ハ自己ノ債權額ニ對スル部分ニ限リ債權ヲ取立ツルコトヲ得第三六七條第二項即チ質權者ハ其債權額カ自己ノ債權額ヨリ少キトキハ其全部ヲ取立テ以テ其辨濟ニ充ツルコトヲ得ヘシト雖モ若シ其債權額ニシテ自己ノ債權額ヨリ大ナルトキハ自己ノ債權額ニ達スル範圍ニ於テ其辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘク其以上ニ於テハ之ヲ取立ツルコトヲ得サルナリ如何トナレハ自己ノ債權額以上ヲ取立ツル必要ヲ見サレハナリ

以上ハ債權ノ辨濟期カ質權者ノ債權ノ辨濟期後ニ到來シタル場合ニ付キ說明

シタルモノナリト雖モ債權ノ辨濟期ニシテ質權者ノ債權ノ辨濟期前ニ到來シタルトキハ如何ナル結果ヲ生スヘキヤ質權者ハ自己ノ債權カ未タ辨濟期ニ到ラサルヲ以テ其權利ヲ行フコトヲ得サルカノ疑ヲ生スヘク假ニ之ヲ取立ツルコトヲ得ト爲スモ第三債務者ハ果シテ何人ニ支拂ヲ爲スヘキモノナルカノ疑問ヲ生スヘシ故ニ法律ハ第三百六十七條第三項ニ於テ右ノ債權ノ辨濟期カ質權者ノ債權ノ辨濟期前ニ到來シタルトキハ質權者ハ第三債務者ヲシテ其辨濟金額ヲ供託セシムルコトヲ得此場合ニ於テハ質權ハ其供託金ノ上ニ存在スト規定シ以テ質權者ヲ保護セリ即チ一方ニ於テハ第三債務者カ後日無資力者ト爲リ爲メニ質權者カ其辨濟ヲ得サルカ如キ危險ヲ豫防シ又他方ニ於テハ債務者ニ辨濟スヘキモノトセハ益〻質權者ニ取リテ危險ナルヲ以テ今ヨリ其取立ヲ許スト雖モ直チニ之ヲ以テ自己ノ債權ノ辨濟ニ充ツルコトヲ許サスシテ第三債務者ヲシテ其辨濟金額ヲ供託セシメ質權者ハ其供託金ノ上ニ質權ヲ有スルモノト爲セシナリ

(二)　債權ノ目的カ金錢ニ非サル場合　此場合ニ於テハ債權ノ辨濟期カ質權者本送達ヲ要スルトキハ正本ノ已ニ送達セラレタルコトヲ要ス、(第六七一條)ニ基キテ之ヲ爲ササルヘカラス(第五一六條)

(三)　執行處分　(1)債務者ノ代替行爲ヲ目的トスル債權ノ執行處分ニハ前提要件トシテ第一ニ判決其他ノ債務名義ニ於テ第三者ノ爲スコトヲ得ヘキ債務者ノ作爲義務ノ確定シアルコトヲ要ス

第三者ノ爲スコトヲ得ヘキ作爲義務ハ第三者若クハ債權者カ債權者ノ作爲義務ヲ履行シテ債務者カ該義務ヲ履行シタルト同一ノ實益ヲ債權者ニ享有セシムル作爲義務タリ債權者ノ爲メニハ債權者ノ作爲義務ノ履行カ債務者以外ノ人ニ依レル該義務ノ履行ト辨濟上同一價値ヲ有スル作爲義務タリ如何ナル義務カ之ニ屬スルヤハ事實問題トシテ作爲義務ノ特質ニ依リ裁判官ノ自由ニ判斷スル所ナリ農工業其他器械上ノ仕事ハ勿論他人カ債務者ニ代リテ其共力ナクシテ債權者ノ爲メニ義務ヲ履行シ債權者ハ之ニ依リテ債務者ノ履行シタル場合ト同一ノ實益ヲ享有スルコトヲ得ヘキ權利行爲ニ基ク義務殊ニ債權者ニ支拂ヲ爲シ保證人ヲ免責スヘキ義務、質權抵當權ヲ消滅セシメテ目的物ヲ供シ

タル第三者ヲ免責セシムヘキ義務(民法第三四二條第三六九條金錢供託ニ依リ擔保ヲ供スル義務其有物ノ分割ヲ爲スヘキ義務ノ如キハ第三者ノ爲スコトヲ得ヘキ作爲義務タリ債務者ノ意思ノ陳述ヲ目的トスル權利行爲ハ民事訴訟法第七百三十六條ニ依リ物ノ引渡ヲ目的トスル權利行爲ハ民事訴訟法第七百三十條乃至第七百三十二條ニ依リテ執行シ得ヘキモノナルヲ以テ茲ニ所謂作爲義務ニ屬セス計算書若クハ報告書ヲ提出スヘキ義務ノ如キ義務者其人ノ責任アル表示ヲ必要ト爲スモノノ如キ亦然リ債務者ノ占有ニ屬セサル代替物ノ一定ノ數量ノ給付ハ唯リ前節ニ說明シタル執行處分ニ依リ强制スルコトヲ得サルノミナラス本節ノ執行處分ニ依リ强制スルコトヲ得ス債權者ハ唯義務不履行ノ債務者ニ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ルノミ第二ニ債務者カ其義務ヲ履行セサルコトヲ要ス(民法第四一四條該要件ノ存否ハ事實問題トシテ裁判官カ事情ニ從ヒテ之ヲ定ム而シテ債務名義ノ執行カ發生後善意ノ債務者トシテ其義務ヲ履行スルニ適當ナル時間ヲ經過シタルトキハ此要件ノ存在シタルモノト認ムルコトヲ得ヘキハ學者ノ疑ナリ債權者ハ斯ル要件ノ存在後直チニ執行

處分ヲ求ムル申立ヲ爲スコトヲ得豫メ債務者ニ其義務ノ任意履行ヲ催告シ若クハ猶豫期間ヲ與フルカ如キコトヲ必要トセス債務者ハ强制執行ノ停止又ハ制限ヲ爲サントスルトキハ(a)債權者ノ申立カ大早計ニ失シタルコトヲ理由トシテ民事訴訟法第五百四十四條ニ基ク異議ノ申立ヲ爲シ(b)作爲義務ノ完了即チ其義務ノ消滅シタルコトヲ理由トシテ民事訴訟法第五百四十六條ニ基ク訴ヲ提起セサルヘカラス蓋シ裁判所ハ職權ヲ以テ作爲義務ノ有無ヲ調査スヘキモノニ非サレハナリ而シテ債務者ハ債權者カ强制執行ヲ求ムル申立ヲ爲シタル後ニ於テ尙ホ任意ノ履行ヲ爲シ强制執行ヲ避クルコトヲ得ルハ言ヲ俟タサル所ナリ(前提要件)

債務者ノ代替行爲ヲ目的トスル債權ノ執行處分ハ債務者其人ニ對スル直接强制ヲ許ササルヲ以テ受訴裁判所カ債權者ノ申立ニ因リ債務者ヲ審訊シタル後ニ於テ決定ノ形式ヲ以テ債務者ノ費用ヲ以テ第三者ニ其作爲ヲ爲サシムヘキ權限ヲ與ヘ又同時ニ債權者ノ申立ニ因リ債務者ニ對シ其作爲ヲ爲スニ因リテ生スヘキ費用ヲ豫メ支拂ハシムルノ宣言ヲ爲スニ因リテ成立スルモノタリ

此授權及ヒ宣言ハ何レモ口頭辯論ヲ經スシテ爲スコトヲ得蓋シ斯ル裁判ハ本案訴訟ノ繼續ナリト雖モ變更スルコト能ハサル債務名義ニ基クモノナルヲ以テ豫メ口頭辯論ヲ經ルコトヲ要セサルモノト思ハル然レトモ裁判前ニ債務者ヲ審訊スヘキコトハ法律ノ無條件ニ命スル所ナリ故ニ債務者ハ審訊ヲ爲ササリシ此種ノ裁判ニ對シ之ヲ理由トシテ即時抗告ヲ爲スコトヲ得審訊ハ口頭又ハ書面ヲ以テ之ヲ爲ス後者ノ場合ニ於テハ債務者ヲシテ裁判所ノ定ムル一定ノ期間内ニ其事情ヲ表示シタル申立ヲ爲サシメサルヘカラス(第一審ノ受訴裁判所カ區裁判所ナル場合ニ於テハ債務者ハ裁判所書記ノ調書ヲ以テ申立ヲ爲スコトヲ得第一三五條)裁判所ハ提出セラレタル證據ヲ取調フルコトヲ得ヘシ」

前示ノ授權及ヒ宣言ノ形式ハ決定タリ該決定ハ口頭辯論ヲ經サルトキハ職權ヲ以テ送達シ反對ノ場合ニハ言渡ヲ爲ササルヘカラス(第二四五條)而シテ該決定ニ對シテハ停止ノ效力ナキ即時抗告ヲ爲スコトヲ得(第五五八條、第五五九條第一項、第四六〇條)

授權及ヒ宣言ニ關スル決定ノ實施ハ債權者ノ爲スヘキ所タリ故ニ第一ニ授權ニ關スル決定ノ實施トシテハ債權者ハ先ツ自己ノ費用ヲ以テ債務者ノ作爲ヲ爲シ又ハ之ヲ爲サシム債務者カ斯ル行爲ニ付キ耐忍ヲ爲サスシテ障害ヲ試ミタルトキハ債權者ハ執達吏ヲ立會ハシメ其共力ニ依リ斯ル障害ヲ除去スルコトヲ得蓋シ授權ニ關スル決定ハ執達吏ニ對シテハ一ノ執行力アル債務名義タルヲ以テナリ(第五三六條、獨逸舊民事訴訟法第七七七條)授權ニ關スル決定ハ同時ニ作爲ヲ爲スコトニ因リテ生スル費用取立ニ付テノ債務名義タリ故ニ債權者ハ該費用ヲ執達吏或ハ執行裁判所ニ依リテ金錢債權ノ强制執行ニ於ケルト同シク債務者ヨリ取立ツルコトヲ得(第五五四條但シ債務者ハ民事訴訟法第五百四十四條及ヒ第五百四十五條ニ基ク異議ヲ申立ツルコトヲ得ルヤ言ヲ俟タス又民事訴訟法第八十四條ニ從ヒ授權ニ關スル決定ニ基キ第一審裁判所ヲシテ費用額確定決定ヲ爲サシメテ執行ヲ爲スコトヲ得第二ニ豫メ債務者ニ費用ヲ支拂ハシムル決定ノ實施トシテハ債權者ハ該決定ニ基キ裁判所カ自由ニ定メタル一定ノ費用ヲ債權者ヨリ取立ツルコトヲ得何トナレハ該決定ハ債權者ノ爲メニ差押ニ依リテ特定ノ金額ヲ取立ツルコトヲ認メタル一債務名義ニ

外ナラサレハナリ(第五五九條第一項)而シテ債權者ノ取立テタル費用額カ作爲ヲ爲スニ因リテ生スル費用其他ノ旅行費用ヲ償フニ足ラサルトキハ債權者ハ其不足部分ニ付キ前述ノ實施方法ニ依リ之ニ反シテ剩餘アルトキハ債權者ハ之ヲ債務者ニ返還セサルヘカラス債權者カ其返還義務ヲ任意ニ履行セサルトキハ債務者ハ之カ履行ヲ特別ニ通常手續ニ依レハ訴ヲ以テ請求スルコトヲ得ヘシ(プランク氏ハ債務者カ斯ル場合ニ民事訴訟法第五百四十五條ニ基ク異議ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ル旨ヲ主張シタリ蓋シ債權者ハ結局債務名義ニ於テ表示セラレタル數額ヨリモ多額ノ强制執行ヲ受ケタリトノ理由ニ依レルニ似タリ)

債權者ハ授權決定ノ結果トシテ自己ノ名ニ於テ第三者ト作爲ヲ爲サシムルカ爲メニ契約ヲ爲スコトヲ得隨テ之カ爲メニ第三者ト債務者トノ間ニ何等ノ法律關係ヲ發生セサルカ故ニ第三者ノ故意又ハ過失ニ基キテ生シタル瑕瑾ハ第三者ノ選擇ヲ誤リタル債權者ノ責任ニ歸ス又債務者ハ第三者ノ作爲ニ著手シタル後ニ於テ自ラ其作爲義務ヲ履行シ以テ强制執行ヲ避ケ得タル場合ニ於テモ已ニ生シタル費用ニ付キ辨償責任アルヤ當然ナリ(執行處分ノ構成)

(2)債務者ノ不代替行爲ヲ目的トスル債權ノ執行處分ニハ前提要件トシテ第一ニ判決其他ノ債務名義ニ於テ新ニ債務者ノ意思ノミニ係リ第三者ヲシテ代リテ爲サシムルコトヲ得サル作爲義務ノ確定アルコトヲ要ス如何ナル行爲カ債務者ノ意思ノミニ係ル不代替行爲ナルヤハ事實問題トシテ行爲履行ノ時期ヲ標準トシ行爲ノ特色ト實際ノ事情ニ基キテ之ヲ判斷スヘキモノタリ故ニ報告ヲ爲スノ義務、計算書ヲ提出スルノ義務、財產目錄ヲ提出スルノ義務、代理委任狀ヲ授與スルノ義務等ノ如キ之ニ屬ス然レトモ作爲義務ノ履行ニ付キ債務者ノ意思ノ外ニ尙ホ他ノ條件ノ關係タルコトヲ要スル場合ニ於テハ債務者ノ意思ノミニ係ル行爲ト謂フコト能ハサルヲ以テ民事訴訟法第七百三十四條ヲ適用スルコトヲ得ス而シテ債務者カ斯ル場合ヲ發生セシメタルニ付キ過失アルト否トハ之ヲ問ハサルナリ故ニ(b)債務者ノ意思ノ外ニ特定ノ資金ヲ要シ且ツ債務者カ之ヲ供スルコト能ハサル場合ニ於テハ行爲ノ性質ヲ債務者ノ意思ノミニ係ルモノト認ムルコトヲ得ス但シ債權者カ斯ル資金ヲ支出シタルトキハ障

害ノ除去アリタルヲ以テ民事訴訟法第七百三十四條ノ適用ヲ妨ケサルハ當然ナリ(b)計算書作成ノ爲メ必要ナル書面カ第三者ノ手中ニ存スルカ如キ作爲義務ノ履行ニ付キ債務者ノ助力ヲ要スル場合ニ於テハ縱令其第三者カ債務者ニ對シ助力ヲ爲スヘキ義務ヲ負フト雖モ行爲ノ性質ヲ債務者ノ意思ノミニ係ルモノト認ムルコトヲ得ス(c)作爲義務ノ履行ニ付キ債務者カ特別ノ技能ヲ有スルコトヲ要スル場合亦然リ(精神的仕事ハ茲ニ之ニ屬セス(d)債務ノ代替行爲債務者ノ意思ノ陳述及ヒ物ノ給付ヲ目的トスル債權ニ關シテハ民事訴訟法第七百三十四條ノ適用ナシ蓋シ法律ハ此種ノ債權ノ執行ニ付キ特種ノ規定ヲ設ケタレハナリ第二債務者カ其義務ヲ履行セサルコトヲ要ス其說明ハ前述シタル所ト同一ナルヲ以テ參考ヲ望ム

債務者ノ意思ノミニ係ラサル代替行爲ヲ目的トスル債權ノ執行處分ハ第一審ノ受訴裁判所カ債權者ノ申立ニ因リ債務者ヲ審訊シタル後決定ノ形式ヲ以テ作爲義務履行ノ爲メニ相當ノ期間ヲ定メ債務者カ其期間內ニ履行ヲ爲ササルトキハ其遲延ノ期間ニ應シ一定ノ賠償ヲ爲スヘキコト又ハ直チニ損害賠償ヲ爲スヘキコトヲ命スルニ因リテ成立スルモノタリ該決定ハ口頭辯論ヲ經スシテ爲スコトヲ得前述說明參考又該決定ノ實施ハ債權者ノ爲スヘキ所ナリ而シテ該決定ハ民事訴訟法第五百五十九條第一項ニ規定シタル債務名義ニ外ナラサルヲ以テ損害賠償ノ目的物ノ金錢ナルト否トニ從ヒテ民事訴訟法ニ規定シタル執行ノ方法ニ則リ强制執行ヲ爲スコトヲ得ヘシ(第七三三條、第七三四條、民法施行法第五四條、第五五條、民法第四一四條、强制履行ヲ許ス場合ト否トハ事實問題トシテ裁判官ノ定ムル所ナリ而シテ若シ强制履行ヲ許セハ不當ニ債務者ノ自由ヲ拘束スルニ至ルカ如キ場合ハ債務ノ性質カ强制履行ヲ許ササルモノト知ルヘシ)

(3)債務者カ權利關係ノ成立ヲ認諾スヘキコト又ハ其他ノ意思ノ陳述ヲ爲スヘキコトヲ目的トスル債權ノ執行處分ニ關シテハ法律ハ意思ノ表示ヲ爲サシムル强制手段ニ代リテ一ノ擬制ヲ設ケタリ是レ斯ル强制手段ノ故ナタ債務者ヲ苦マシメ又債權者ニ時間ヲ空費セシムルニ止マレハナリ隨テ此種ノ執行處分ニハ前述シタル(1)及ヒ(2)ノ執行處分ニ於ケルカ如ク執行實施機關ナルモノナ

シ此執行處分ニハ前提要件トシテ第一ニ判決ニ於テ債務者カ意思表示ヲ爲スヘキコトヲ言渡サレタルコトヲ要ス

債務者ノ意思表示義務ヲ確認シタル債務名義カ判決タラサルトキハ民事訴訟法第七百三十六條ノ執行ヲ爲スコトヲ得ス然レトモ民事訴訟法第七百三十三條第七百三十四條ニ依レル執行處分ヲ妨ケス何トナレハ意思ノ表示ヲ爲スコトモ一ノ行爲ニ外ナラサレハナリ(第七三六條「……判決……」獨逸舊民事訴訟法第七九條)

債務者カ意思表示ヲ爲スヘキコトヲ言渡サレタルモノナル以上ハ其表示ノ形式カ口頭ナルト書面ナルト其表示ヲ受クヘキ者カ債權者ナルト第三者殊ニ裁判所其他官廳ナルト否トヲ問ハサルナリ蓋シ法律ハ何等ノ區別ヲ爲スコトナク判決ノ確定ヲ以テ各場合ニ於ケル意思表示カ其要求セラレタル方式ニ於テ爲サレタルモノト看做シタレハナリ其他債務名義タル判決カ債權ノ讓渡受領免除登記並ニ其抹消ノ同意ノ如キ權利行爲ノ實行ニ關スル意思表示ヲ確認シタルト法律行爲ヲ約スル意思表示ヲ確認シタルトノ區別ヲ問ハサルハ言ヲ俟ス然レトモ他人間ノ婚姻、緣組等ニ同意ヲ爲スヘキ旨ヲ言渡シタルニ非スシテ却テ婚姻、緣組等ヲ承諾スヘキ旨ヲ言渡シタル判決ハ民事訴訟法第七百三十六條ノ適用ナシ何トナレハ斯ル判決ハ其性質上强制執行ヲ爲スコトヲ得サレハナリ其他陳述スヘキ意思ノ不明確ナル判決債權者ニ滿足ヲ供スルカ爲メニ債務者ノ意思表示ノ外ニ尙ホ特定ノ行爲ヲ債務者ニ命シタル判決(手形ノ署名、有價證券ノ裏書ノ讓渡ノ如キ之ニ屬ス)債務者ノ爲メニ意思表示ヲ爲スカ又ハ他ノ給付ヲ爲スカヲ選擇スルノ權ヲ認メタル判決ノ如キ亦然リ何トナレハ陳述スヘキ意思ノ不明確ナル判決ハ其判決確定ヲ以テ表示セラレタルモノト看做スニ由ナク又意思表示ノ外ニ債務者ノ特定行爲ヲ命シタル判決ハ其行爲ノ代替スルコトヲ得ルト否トニ從ヒテ民事訴訟法第七百三十三條或ハ第七百三十四條ニ依リテ執行スヘキモノナレハナリ但シ債務者ノ意思表示カ債權者ノ反對給付(引替的ナルトヲ問ハス民事訴訟法第七百三十六條ニ所謂「……反對給付ノ有リタル後……」ハ狹キニ失スル明文ナリト認ム)ニ係ルトキハ債權者カ反對給付ヲ供シタル者ノ證明書ヲ有スル場合ニ限リ擬制ニ基ク執

行ヲ認メタリ第二ニ意思ノ陳述ヲ爲シタルモノト看做スノ擬制ハ原則トシテ判決ノ確定ニ因リ(判決ノ假執行宣言ハ斯ル效力ヲ發スルニ不十分ナリ唯訴訟費用ニ付キ必要アルニ過キス又判決ノ假執行宣言ニ付キ民事訴訟法第七百三十三條第七百三十四條ニ則リテ執行ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ意思陳述ニ關スル直接履行ハ法律ノ認メサル所ナレハナリ)法律上當然發生シ他ニ何等ノ助力ヲ必要トセス然レトモ例外トシテ債務者ノ意思表示カ債權者ノ爲スヘキ反對給付ニ係ルトキハ該擬制ハ債權者カ其反對給付ヲ爲シタル旨ヲ證スル證明書ヲ裁判所書記ニ提出シ該書記カ裁判長ノ命令ニ基キ確定判決ノ執行力アル正本ヲ付與シタルトキニ於テ發生ス是ヲ以テ債權者其反對給付カ引替的給付ナルニモ拘ラス常ニ豫先的ニ給付セサルヲ得サルニ至ル而シテ斯ル豫先的給付ハ債權者ノ實體上ノ權利ヲ害スルモノニ非ス何トナレハ民事訴訟法第七百三十六條ノ規定ニ依リ債權者ノ債務者ニ對スル權利ノ執行ハ完全ニ擔保セラレタレハナリ

債務者ノ意思ノ陳述ヲ目的トスル債權ノ執行處分ハ債權者カ其義務タル意思ノ陳述ヲ爲シタリトノ法律上ノ擬制ニ因リテ成立スルモノタリ故ニ債權者ノ爲メニ債務者カ約定セラレタル形式ニ於テ其義務タル意思ノ表示ヲ爲シタルト同一ノ效力ヲ發生ス隨テ債權カ讓渡セラレ受領證書登記竝ニ其抹消ノ同意カ與ヘラレ債務者ノ爲スヘキ署名カ爲サレタルモノト爲ル而シテ債權者カ登記及ヒ其抹消ニ際シテ意思陳述ノ效力發生ヲ證スルノ必要アルトキハ判決確定ノ證明アル判決正本若クハ執行力アル且ツ確定判決ノ證明アル判決正本ヲ以テ其用ニ充ツルコトヲ得(第七三六條獨逸舊民事訴訟法第七七九條)

第三款　債務者ノ不作爲ヲ目的トスル債權ノ强制執行

債務者ノ不作爲ヲ目的トスル債權ハ債務者ノ行動ニ關係ナキ單純ナル受動的行爲ヲ目的トスル債權ナリ債務者カ或行爲ヲ爲サス又ハ或行爲ヲ耐忍ス即チ或行爲ノ成功ニ反對ヲ爲ササルノ義務ニ對スル權利ナリ此權利ハ債務者ノ代替行爲ヲ目的トスル債權ト同一方法ニ於テ執行ス(第七三三條第七三五條民法施行法第五四條民法第四一四條第三項是ヲ以テ債務者カ其不作爲義務ニ反シ

ヲ爲シタルモノカ除却スルコトヲ得ルトキハ(築造セサル義務ニ反シテ爲シタル建物ノ如キ債務者ノ費用ヲ以テ之ヲ除却スル旨ノ決定ヲ求メ且ツ將來ノ爲メニ適當ナル處分(擔保ヲ立ツルカ如キ)ヲ爲スコトヲ請求スルコトヲ得之ニ反シテ除却スルコトヲ得サルトキ(發明上ノ祕密ヲ他人ニ告ケサル義務ニ反シタルモノノ如キ)ハ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ルニ過キス蓋シ前示ノ如キ執行方法ニ依ルコト能ハサレハナリ

附言　執行保全(假差押及ヒ假處分)

總論

(一)　執行保全ノ生存

現時强制執行ノ要件ヲ缺クカ爲メニ執行スルコト能ハサル請求權ハ將來執行ノ要件ヲ備フルトキニ當リ其間ニ於ケル事情變更ノ爲メニ事實上執行ヲ爲スコト能ハス若クハ執行ヲ爲スニ困難ナルコトアリ是ヲ以テ斯ル危險ニ因リテ脅迫セラレタル債權者ハ其請求權ノ將來ニ於ケル執行保全ノ爲メニ國家ノ干

涉ヲ要求スルノ必要ヲ見ル斯ル必要ノ爲メニ其差別ニ應シ我民事訴訟法ハ獨逸民事訴訟法ト同シク二種ノ執行保全方法ヲ認メタリ假差押及ヒ假處分ナルモノ即チ是ナリ債權者ハ假差押ノ處分ヲ爲シテ將來ニ於ケル特定物給付特定動產若クハ不動產ノ引渡ノ如キ)ノ成功ヲ保全スルヲ得而シテ各財產權上ノ請求權ハ債權者ノ爲メニ金錢的價格ヲ有シ且ツ金錢ノ支拂ヲ目的トスル債權ニ變性スルコトヲ得ルヲ以テ目的トス債權者ハ債務者カ其責任ニ歸スヘキ原因ニ基キ其債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲ササル場合ニ於テ假處分ニ因リテ債務ノ本旨ニ從フ履行ノ將來ニ於ケル成功ヲ保全シ或ハ假差押ニ因リ金錢的損害賠償ノ將來ニ於ケル成功ヲ保全スルコトニ付キ選擇ヲ爲スコトヲ得其他債權者ハ假處分ニ因リテ係爭權利關係ニ付テノ假ノ地位ヲ定ムルコトヲ得

(二)　執行保全ノ手續

執行保全ノ手續ハ他ノ民事訴訟手續ニ於ケルカ如ク假差押及ヒ假處分命令ニ關スル手續即チ裁判手續ト假差押及ヒ假處分命令ノ執行ニ關スル手續即チ執行手續トノ二者ヨリ成立セリ前者ハ債權者カ國家ニ對シテ爲シタル執行保全

ヲ求ムル申立ニ付キ法定要件ノ存スルヤ否ヤ又債權者ノ申立ニ因リテ假差押若クハ假處分ヲ命スヘキヤ否ヤ若クハ債務者ノ申立ニ因リテ之ヲ取消スヘキヤ否ヤノ裁判ニ關スル手續ニシテ法律上嚴格ニ後者ト區別セラレタルコトヲ注意セサルヘカラス(第七百三十九條乃至第七百四十七條ハ裁判手續ニ第七百四十八條乃至第七百五十四條ハ執行手續ニ關係ス)而シテ裁判手續ニ關シテハ民事訴訟法第七百三十七條乃至第七百四十七條(假差押)及ヒ第七百五十五條乃至第七百六十一條(假處分)ニ於テ特別ノ規定ナキ限リハ民事訴訟法第一編乃至第四編ノ規定ヲ適用シ又執行手續ニ關シテハ民事訴訟法第七百四十八條乃至第七百五十四條(假差押)及ヒ第七百五十六條(假處分)ニ於テ特別ノ規定ナキ限リハ民事訴訟法第六編第一章乃至第三章ノ規定ヲ適用ス

執行保全ノ手續ハ此ノ如ク裁判手續及ヒ執行手續ヨリ成リ純然タル强制執行手續ニアラス證書訴訟、爲替訴訟、督促手續等ト同シク特別訴訟ノ一タリ而シテ此手續ヲ我民事訴訟法第六編第四章ニ於テ規定セラレタルハ執行保全手續カ强制執行手續ト事物ノ關聯アルカ爲メニシテ事物ノ性質ニ基キタルモノニ非

サルナリ

(三)　執行保全ニ關スル損害賠償

假差押及ヒ假處分命令カ元來不當ナルコト明確ナルトキ民事訴訟法第七百四十六條ニ從ヒテ假差押及ヒ假處分命令ヲ取消シタルトキ若クハ民事訴訟法第七百六十一條ニ從ヒ假處分命令ヲ取消シタルトキハ債權者ハ債務者ニ對シテ假差押及ヒ假處分ノ執行ニ因リ若クハ其執行ヲ避ケ或ハ既ニ爲シタル執行處分ノ取消ヲ有效ナラシムルカ爲メニ保證ヲ立テタルニ因リテ生シタル損害ヲ賠償セサルヘカラス(獨逸民事訴訟法第九四五條是レ不法行爲ニ基ク損害賠償ニ關スル原則ノ適用ナリ

第一章　假差押

(一)　意義及ヒ要件

假執行ナル制度ハ獨逸法ノ產出物ニシテ中古ニ於ケル强制執行ヨリ發生シタルモノナルコトハ沿革上疑ナキ所ナリ獨逸普通法ニ於ケル假差押ハ現行民事

訴訟法ニ於ケル假處分ヲ包含シ擔保ノ如ク債務者ノ其助ヲ要セスシテ裁判權ノ活動トシテ執行セラレ債務者若クハ其法定代理人ハ身體的動作ナルト財產的處分ナルトニ拘ラス其自由ヲ拘束スルコトヲ目的ト爲シタリ而シテ此廣義ノ假差押ハ强制執行ヲ實施スル爲メニスル執行的假差押タルコトアリ或ハ未タ執行スルコト能ハサル强制執行ノ保全ノ爲メニスル保全的假差押タルコトアリ然レトモ獨逸民事訴訟法ハ大ニ獨逸普通法ニ於ケル假差押ノ意義ヲ縮少シ金錢的給付ノ强制執行ノ保全ヲ目的トスル對物又ハ對人(獨逸民事訴訟法第七九六條第七九八條)假差押ヲ假差押ト爲シ特定物給付ノ强制執行ノ保全及ヒ係爭權利關係ノ假ノ地位確定處分ヲ假處分ト爲シタリ故ニ獨逸民事訴訟法ニ從ヘハ假差押ハ金錢債權又ハ金錢債權ニ換フルコトヲ得ル請求ニ付キ債務者ノ動產又ハ不動產ニ對スル强制執行保全ノ爲メニ債務者ノ財產又ハ其自由ニ於ケル裁判上ノ干涉ニ外ナラス我民事訴訟法ハ獨逸民事訴訟法ニ於ケル假差押ノ範圍ヲ尙ホ縮少シテ對人的假差押ヲ認メサリシ故ニ我民事訴訟法ニ從ヘハ假差押ハ金錢又ハ金錢ノ債權ニ換フルコトヲ得ル請求ニ付キ債務者ノ動產又ハ不動產ニ對スル强制執行保全ノ爲メニ債務者ノ財產ニ於ケル裁判上ノ干涉ナリト云フヲ得ヘシ(意義)

是ヲ以テ假差押ニハ第一ニ金錢ノ支拂ヲ目的トスル債權タルト該債權ニ變性スルコトヲ得ル債權タルトヲ問ハス財產權上ノ請求權ノ成立シタルコトヲ要ス　蓋シ假差押ハ財產權上ノ請求權ノ强制執行保全ノ爲メニ認メラレタル制度ナレハナリ(第七三七條「金錢ノ債權又ハ金錢ノ債權ニ換フルヲ得ヘキ請求ニ付キ……」獨逸民事訴訟法舊第七九六條新第九一六條)

金錢ノ支拂ヲ目的トスル債權ニ換フルコトヲ得ヘキ財產權トハ義務ノ本旨ニ從フ履行ヲ爲ササルニ因リテ金錢的損害賠償ニ換フルコトヲ得ル財產權ニ外ナラス故ニ金錢的價格ヲ算定スルコト能ハサル請求權親族權上ノ請求權等ノ如キハ假差押ニ因リテ執行ヲ保全スルコトヲ得ス然レトモ法律ハ金錢債權ニ換フルコトヲ得ヘキモノナルヲ以テ足レリトシ現ニ換ハリタルコトヲ必要トス爲ササルヲ以テ假差押ノ申請ヲ爲スニ當リ債權者カ副位的ナル金錢ノ支拂ヲ目的トスル請求權ヲ主張セント欲スルノ決心ヲ爲スノ要ナシ債權者ハ金錢債

又ハ不動產ニ對スル强制執行保全ノ爲メニ債務者ノ財產ニ於ケル裁判上ノ干涉ナリト云フヲ得ヘシ(意義)

權ニ換フルコトヲ得ヘキ財産權ニ關シテハ其本旨ニ從フ履行ヲ假處分ニ因リテ保全シ又ハ副位的ナル損害賠償請求權ヲ假差押ニ因リテ保全シ若クハ同時ニ此二者ノ併用ニ依リテ執行ノ保全ヲ爲スコトヲ得但シ純然タル金錢ノ支拂ヲ目的トスル債權及ヒ特定物ノ給付ヲ目的トスル債權ニシテ其本旨ニ從フ不履行ノ爲メニ金錢ノ支拂ヲ目的トスル損害賠償請求權ニ變性シタルモノハ唯假差押ニ因リテ執行ヲ保全スルニ止マルヤ言ヲ俟タス、

財産權上ノ請求權ノ成立トハ内外人ノ區別ヲ問ハス假差押ヲ申立テタル者カ其相手方ニ對シテ保全セント欲スル請求權ノ成立カ不確實ニシテ且ツ將來ノ事實ノ成否ニ繫ラサルモノニ外ナラス故ニ未タ期限ノ到來セサル財産權ハ假差押ニ因リテ保全スルコトヲ得第七三七條第二項解除條件附債權モ亦然リ蓋シ此種ノ債權ハ解除條件成就マテ成立セルモノナレハナリ停止條件附債權カ假差押ニ因リテ保全スルコトヲ得ルヤ否ヤハ此種ノ債權カ民法ノ原則ニ從ヒテ成立シタルモノト認ムルヲ得ヘキヤ否ヤノ問題ニ關係ヲ有ス予輩ハ我民法ノ解釋トシテ停止條件附債權ハ其條件ノ成否未定ノ間ニ於テハ法律上未タ成立セスト信スルヲ以テ此種ノ債權ハ假差押ニ因リテ保全スルコトヲ得スト主張ス但シ條件ノ成否未定ノ間ニ於テ擔保ヲ求ムル權利(民法第一二九條)ハ條件附權利其モノニアラサルヲ以テ假差押ニ因リテ執行保全ヲ爲スコトヲ得ヘシ訴訟費用ノ賠償請求權ハ民事訴訟法第七十二條ノ法意ニ從ヘハ訴訟手續ノ開始ニ因リテ成立シ判決ハ唯其成立ヲ確定スルニ過キサルヲ以テ停止條件附權利ニアラス隨テ未タ判決ヲ以テ負擔ノ言渡ヲ爲ササル場合ト雖モ假差押ニ因リテ保全スルコトヲ得ヘシ然レトモ財産權カ質權、抵當權等ニ因リテ完全ニ擔保セラレタルトキハ假差押ニ因リテ保全スルコトヲ得サルヘシ何トナレハ此場合ニ於テハ假差押ニ因リテ執行ヲ保全スルノ必要ナケレハナリ擔保カ不完全ナルトキハ之ニ反シテ假差押ニ因リテ執行ヲ保全スルコトヲ得何トナレハ不完全ナル範圍内ニ於テハ執行不能ノ危害ノ存スレハナリ

假差押ハ金錢的給付ノ成功ヲ保全スルモノナルヲ以テ假差押ニ因リテ執行保全ヲ爲サントスル財産權上ノ請求權カ强制執行ヲ爲スニ適スルモノタルコトヲ要ス隨テ確認請求權ノ如キハ假差押ニ因リテ保全スルコトヲ得サルナリ又

假差押ニ因リテ保全セントスル請求權カ動產及ヒ不動產ニ對スル强制執行ヲ爲スニ適スルモノナルコトヲ要ス但シ民事訴訟法第七百三十三條及ヒ第七百三十四條ニ規定シタル費用及ヒ損害賠償請求權ハ金錢的給付ヲ目的トスルヲ以テ假差押ニ因リ執行保全ヲ爲スコトヲ得ヘシ

第二ニ假差押ノ理由ノ存スルコトヲ要ス　假差押ノ理由ハ之ヲ爲スニ非スンハ請求ニ付テノ强制執行ヲ爲スコト能ハス又ハ之ヲ爲スニ著シキ困難ヲ生スル虞アル事情ニシテ其存否ハ事實問題トシテ裁判官ノ自由ニ判斷スル所ナリ然レトモ假差押ハ債務者ノ財產ニ對スル債權者ノ地位ヲ改良スルモノニ非スシテ唯其地位ノ不利益ニ陷ルコトヲ防止スルニ過キス故ニ現存財產ノ浪費讓渡隱匿其他財產ヲ他物權ノ目的物ト爲スカ如キ財產ヲ減少シ若クハ其發見ヲ困難ナラシムル事情ハ假差押ノ理由タルニ適スト雖モ債務者カ無資力ニシテ且ツ他ノ債權者ノ競合ノ虞アル如キ事情ハ毫モ假差押ノ理由ト爲ラス債權者ハ唯假差押ニ因リテ債務者若クハ第三者ノ損害ヲ釀スヘキ行爲其他外形上ノ事情ニ對シテ財產ノ現狀ヲ維持スルコトヲ得ルノミ而シテ假差押ヲ爲スニ非スンハ我帝國裁判所ノ判決ノ執行ヲ外國ニ於テ爲スニ至ルヘキトキハ法律上當然假差押ノ理由ノ存在スルモノト看做シ例外トシテ裁判官ノ自由判斷ニ任セス是レ我帝國裁判所ノ判決ノ執行ヲ容易ナラシムル法意ナリ故ニ我帝國裁判所ノ判決タルヲ以テ足レリトシ債務者カ內國人タルト外國人タルト外國ニ於ケル執行カ法律上ノ共助ニ依リテ實施セラルルト更ニ訴訟ノ提起ヲ要スルト債務者カ內國ニ於テ財產ヲ有スルト否トヲ問ハサルナリ(「ウヰルモースキー」「ダイフヘルド」氏等ハ假差押申請ノ當時債務者カ內國ニ於テ財產ヲ有スルコトヲ要件ト爲スト主張スレトモ「ガウブ」「シュミット」氏等ノ見解ニ從ヒ反對ニ論結スルヲ正當ト認ム何トナレハ此場合ニ於ケル假差押ハ內國ニ於ケル强制執行ヲ保全スルモノニ非サレハナリ)(第七三八條、獨逸舊民事訴訟法第七九七條、第九一七條)

民事訴訟第七百三十八條ニ所謂判決ハ將來ニ於テ成立スヘキモノ及ヒ既ニ成立シタルモノヲ指示ス而シテ判決ナル債務名義ニ適用セラルル事項ハ其他ノ債務名義ニ適用スルコトヲ得ルコトハ民事訴訟法第五百五十九條ノ法意ニ依

リテ明瞭ナリ故ニ民事訴訟法第七百三十八條ハ判決以外ノ債務名義ニモ適用アリト云ハサルヘカラス獨逸ノ「ヘルマン」氏ハ獨逸民事訴訟法カ債務名義ナル用語ヲ採ラスシテ判決ナル用語ヲ採用シタルヲ失當ナリト評セリ此批評ハ亦我民事訴訟法第七百三十八條ノ甘受セサルヲ得サル所ナリ

以上述ヘタル二箇ノ要件ノ存スルトキハ假差押ニ因リテ執行ヲ保全セントスル請求カ既ニ執行ヲ爲スニ熟シタルトキ即チ執行力アル債務名義ヲ備フルトキト雖モ又執行手續ヲ開始シタルトキト雖モ苟モ强制執行ノ完了セサル以上ハ有效ニ假差押命令ヲ發スルコトヲ得

(二)　假差押手續

舊獨逸普通法ニ依レハ假差押ハ債權者ノ申請ニ因リ假差押ノ理由ノ立證アリタル場合ニ於テ之ヲ命シ且ツ裁判所カ之ヲ執行シ同時ニ期日ヲ指定シ以テ該期日ニ於テ債權者ヲシテ假差押ノ取消ヲ避クルカ爲メニ假差押命令ノ正當ナルコトヲ辯明セシム現行獨逸民事訴訟法ハ之ニ反シテ假差押命令ハ判決ト同一ノ手續ニ依リテ執行スヘキモノトシ債務者ヲシテ之ニ對シ異議ヲ申立テ又ハ爾後ニ於ケル事情ノ變更ニ因リテ假差押ノ取消ヲ申立ツルコトヲ得セシメタリ我民事訴訟法亦然リ故ニ假差押ハ裁判所カ之ヲ命シ其執行ハ原則トシテ判決ノ執行ト手續ヲ同シウス左ニ假差押ノ命令其執行及ヒ其攻擊並ニ取消ヲ略述スヘシ

(A)　假差押ノ命令　如何ナル裁判所カ如何ナル申請ニ因リテ如何ナル裁判ヲ爲スカノ問題ニ關シ我民事訴訟法ハ第七百三十九條以下ニ於テ之ヲ詳細ニ規定セリ

(a)假差押裁判所　假差押ハ債權者ノ選擇ニ從ヒテ本案ノ裁判所又ハ假差押ノ目的物所在地ヲ管轄スル區裁判所ノ管轄ニ專屬ス(第七三九條第五六三條蓋シ假差押ノ執行ハ之ヲ其目的物所在地ニ於テ爲スヲ正當ト爲セハナリ假差押及ヒ假處分ニ對スル本案トハ執行ヲ保全セントスル請求及ヒ民事訴訟法第七百六十條ノ場合ニ於テハ確定スヘキ權利關係ニ付テノ手續タリ故ニ取消權ノ執行保全ニ關シテハ取消ノ訴訟カ本案ニシテ取消ヲ正當ナラシムル權利其モノハ本案ニアラス是ヲ以テ本案ノ裁判所トハ第一ニ本案カ起訴若クハ支拂命令

ノ送達ニ因リテ既ニ裁判所ニ繫屬シ且ツ權利拘束カ未タ消滅セサルトキハ假差押申請ノ當時ニ於テ本案ノ繫屬シタル裁判所ニシテ本案カ(第二百七條ニ基タ前提問題ハ此本案中ニ包含セス)控訴審ニ繫屬シタルトキハ之ニ對スル控訴審判決ノ送達マテ控訴裁判所ヲ以テ本案ノ裁判所トシ其他ノ場合殊ニ本案カ上告審ニ繫屬シタル場合ニ於テハ第二審裁判所ヲ以テ本案ノ裁判所トス而シテ本案ノ繫屬ヲ以テ足レリトシ其繫屬裁判所カ本案ニ付キ果シテ管轄權ヲ有スルヤ否ヤハ假差押ノ申請ヲ裁判スルニ當リテ調査スヘキコトニ非ス隨テ本案ノ管轄ニ關スル裁判ハ假差押ノ管轄ノ標準ト爲リテ縱令違法ナリト雖モ假差押訴訟ニ於テ論爭スルコトヲ許サス又控訴裁判所ノ假差押ニ關スル管轄權ハ假差押申請以後ニ於テ控訴事件ノ終了ノ爲メニ變更スルモノニ非ス蓋シ管轄權ノ有無ハ假差押申請ノ日時ヲ以テ標準トシテ之ヲ定メ爾後ノ事情ノ變更ハ毫モ影響ヲ及ホスヘキモノニ非サレハナリ(第一九五條第二號參考)其他本案カ上告審ニ繫屬シタル場合ニ於テ同審カ假差押ノ申請ヲ裁判スルノ權限ナキハ主トシテ法律違背ノ調査ヲ爲ス權限ヨリ生スル當然ノ結果ナリ(第七三九條後段)第七六二條第七四六條第二項、第七五七條第七六一條第二ニ本案カ未タ裁判所ニ繫屬セサルトキハ本案カ事物ノ管轄及ヒ土地ノ管轄ニ關スル規定ニ從ヒテ繫屬スルコトヲ得ル裁判所ニシテ債權者ハ本案ニ付キ管轄權アル數箇ノ裁判所ノ一ヲ假差押ノ爲メニ選擇スルコトヲ得第二五條是ヲ以テ假差押命令ノ申請ハ本案ニ付キ管轄權ヲ有スヘキ財產所在地ノ裁判所(第一七條若クハ當事者ノ契約ニ因リテ本案ニ付キ管轄權ヲ有スル裁判所ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得但シ假差押申請ノ當時ニ於テ其申請ヲ受理シタル裁判所カ管轄權ヲ有スルコトヲ必要ト爲スカ故ニ將來ニ於テ契約ニ因ル管轄カ成立スルニ至ルヘキ事情ノ如キハ假差押申請ニ付テノ管轄裁判所ヲ定ムルノ標準ト爲ラス而シテ本案カ未タ繫屬セサル場合ニ於テ爲シタル假差押ノ申立ハ債權者ニ對シテ本案ニ付キ數箇ノ裁判所ノ一ヲ選擇スルノ權利ヲ喪失セシムルモノニ非ス(第七百四十六條中「訴ヲ起ス」ノ文字引用)又本案ノ權利拘束ヲ發生セシムルモノニ非ス(第七百四十六條中「訴ヲ起ス」ノ文字引用)故ニ各當事者ハ本案ヲ債權者カ假差押ヲ申請シタル裁判所以外ノ裁判所ニ繫屬セシメテ本案ノ裁判所トシテ行動シ

タル假差押裁判所ノ管轄ヲ拒絶スルコトヲ得(第七三九條第七四六條獨逸民事訴訟法舊第七九九條、第八〇六條、新第九一九條、第九二六條)

假差押ノ目的物所在地ヲ管轄スル裁判所ハ債權者ノ選擇ニ從ヒテ假差押訴訟ニ付キ管轄權ヲ有シ請求價額カ金百圓ヲ超過シタルモノナルト否ト本案カ既ニ他ノ管轄裁判所ニ繫屬シタルト否ト特別ナル急迫ノ事情カ存スルト否トヲ問ハサルナリ而シテ裁判所ノ管轄ハ假差押申請以後執行ノ目的物カ他ノ裁判所ノ管轄ニ移リタルカ爲メニ變更セラレス又該裁判所カ發シタル假差押命令ハ執行名義トシテ我司法權ノ及フ範圍ニ於テ效力ヲ有スルヤ言ヲ俟タス(第七三九條前段、獨逸民事訴訟法舊第七九九條、新第九一九條、同條ニ所謂物ニハ債權ヲモ包含ス而シテ其所在地ニ關シテハ第十七條ニ從ヒテ之ヲ定ム)

以上述ヘタル二箇ノ裁判所ノ管轄ハ專屬ナリ是レ假差押(並ニ假處分)ノ豫先的强制執行ノ命令ヲ包含スルモノナレハナリ(第五六三條獨逸民事訴訟法舊第七〇七條、新第八〇二條)是ヲ以テ假差押ノ裁判カ口頭辯論ヲ經テ發セラルルニ當リテハ先ツ職權ヲ以テ管轄地外ノ如何ヲ調査シ當事者ハ妨訴抗辯ヲ以テ之ヲ主張シ(第二〇六條)職權ヲ以テ之ヲ調査シ又上訴ノ理由ト爲スコトヲ得(第四一四條、第四三六條第四號)反對ノ場合ニハ抗告ノ理由ト爲スコトヲ得(第四五五條)

此二箇ノ裁判所ヲ總稱シテ假差押裁判所ト謂フ(第七四六條)而シテ此裁判所カ原則上假差押ノ申請ヲ裁判スルヲ當然トス然レトモ例外トシテ「急迫ナル場合」即チ管轄裁判所ノ合議的裁判カ債權者ノ爲メニ損害ヲ釀スヘキ延滯ノ原因ト爲ル場合ニ於テ裁判長カ口頭辯論ヲ不必要ト認メタルモノニ限リテ假差押ノ申請ニ付キ裁判ヲ爲スコトヲ得(第七六三條獨逸民事訴訟法舊第八二二條新第九四四條)蓋シ總テノ假差押(假處分亦然リ)事件ハ其性質上急迫ナルモノナルヲ以テ特ニ民事訴訟法第七百六十三條ニ所謂(急迫ナル場合)ハ債權者カ假差押申請ヲ合議裁判所タル假差押裁判所即チ地方裁判所及ヒ控訴裁判所ニ提起シ且ツ裁判長カ裁判所ノ評決ヲ以テ此申請ニ對スル裁判ヲ爲スニ至ラハ大ニ延滯シ債權者ニ對シ損害ヲ生スト認メタル場合ナリト解スルヲ正當トシ又口頭辯論ヲ經タルヲ必要トシテ終局判決ヲ以テ言渡スヘキ場合(第七四二條)ニ於テハ裁判長單獨ノ權限ニ委任セサルヲ正當トスルヲ以テナリ裁判長カ裁判ヲ爲ス

ニハ其之カ爲メニスル特別ノ申立アルヲ要件トセス裁判長ハ自己ノ意見ニ從ヒテ裁判所ニ提出セラレタル假差押ノ申請ニ付キ裁判ヲ爲スコトヲ得裁判長ハ此場合ニ於テハ管轄合議裁判所ニ代リテ裁判スルモノタリ(獨逸新民事訴訟法第九百四十四條「裁判所ニ代ル」ノ文字引用故ニ管轄合議裁判所ノ裁判ニ對シテ爲スコトヲ得ヘキ總テノ不服申立ハ又裁判長ノ裁判ニ對シテ爲スコトヲ得隨テ異議ヲ申立(第七四四條)又ハ直近上級裁判所ニ抗告スルコトヲ得(第四五五條、第四五六條)仲裁人ハ縱令本案ニ付テ判斷ヲ爲ス手續續行中ニ在リト雖モ假差押命令(假處分亦然リ)ヲ發スルノ權利ナシ蓋シ假差押命令ハ曩ニモ述ヘタルカ如ク一ノ優先的强制執行ノ命令ニシテ仲裁人ハ毫モ强制執行ニ關シ權限ヲ有セサレハナリ(第八〇二條是ヲ以テ民事訴訟法第七百三十九條ニ所謂本案ノ裁判所ハ若シ仲裁契約ナカリセハ本案ニ付キ管轄權アル裁判所ヲ指示スルモノト謂ハサルヘカラス(第七五七條、第七六一條)

(b)假差押申請ノ形式內容及ヒ效力　假差押訴訟ハ假差押命令ヲ求ムル申請ヲ裁判所ニ差出スニ因リテ開始スルモノタリ申請ハ直接ニ裁判所ニ對スル要求ニシテ其之ニ對スル裁判ヲ爲スニ付キ口頭辯論ヲ經ルコトヲ要セサル形式ナリ元來裁判所ノ職權調査ニ對スル申立ハ申請及ヒ狹意ノ申立ノ二者ヲ包含シ申請ニ對スル申立ハ其之ニ對スル裁判ヲ爲スニ付キ當事者雙方ヲ審問シテ爲サシムルカ爲メニ口頭辯論ヲ經ルコトヲ要スル形式タリ隨テ申立ハ申請ノ如ク單ニ裁判所ニ對スル要求ノミニ非スシテ裁判所ヲ經由シテ相手方ニ對シテ爲ス要求ナリ我民事訴訟法ハ假差押命令ヲ發スルニ付キ口頭辯論ヲ經ルコトヲ要セサルモノト認メ其要求ノ形式ヲ申請ト爲シタリ假差押申請ハ書面又ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲ス(第一三五條、第七四〇條第三項)然レトモ本案ノ口頭辯論中ニ於テ單ニ口頭ヲ以テ表示セラレタル申請ハ假差押命令ヲ求ムルニ適當ナル形式ト爲ラス隨テ裁判所ハ此申請ニ付キ取調ヲ爲スノ義務ナシ何トナレハ這ハ本案ノ辯論ニ屬スルモノニ非ス又民事訴訟法ノ意味ニ於ケル申請ノ形式ヲ爲ササルモノナレハナリ其他數箇ノ假差押ヲ一ノ申請ヲ以テ爲スコトヲ得ルハ主觀的及ヒ客觀的併合訴訟ノ原則ノ適用トシテ敢テ疑ナキ所ナリ(第四八條、第一九一條)(形式)

假差押申請ハ其内容ニ於テ假差押ニ因リテ保全セントスル請求ト假差押ノ理由タル事實トヲ表示スヘシ此表示ハ訓示的規定ニ基クモノナルヲ以テ(第七四〇條第一項可シ)裁判所ハ斯ル表示ヲ缺ク申請ヲ直チニ却下スルコトヲ得ス寧ロ其補充ヲ命スルヲ適當トス而シテ民事訴訟法第七百四十一條若クハ第八百四條ニ基キ假差押ニ關スル口頭辯論ヲ開始スルニ至リタルトキハ該辯論ニ於テ有效ニ斯ル表示ノ欠缺ヲ補充スルコトヲ得(第二〇九條)唯債權者カ民事訴訟法第七百四十一條第二項ニ從ヒ口頭辯論ヲ經スシテ假差押命令ヲ受クルカ爲メニハ曩ニ示シタル表示ヲ申請ニ於テ爲スヲ要スルノミ

請求ノ表示ハ假差押ニ因リテ保全セントスル請求カ財產權ニ基クモノニシテ且ツ債權者ノ主張シタル事實カ此請求ヲ正當ト認メシムルニ適當ナルヤ否ヤヲ判斷スルカ爲メニスルモノナルヲ以テ請求ノ原因ト其目的トヲ確實ニ明示シ又債務者ハ請求金額ノ供託ニ因リテ假差押ヲ取消スコトヲ得ルヲ以テ(第七四三條)請求カ一定ノ金額ノ支拂ヲ目的トスルトキハ其金額ヲ若シ一定ノ金額ノ支拂ヲ目的トセサルトキハ其價額ヲモ併セテ表示セサルヘカラス假差押ノ理由タル事實ノ表示ハ民事訴訟法第七百三十八條ニ從ヒテ假差押ヲ爲スニ適當ナル事情ヲ明示スルニ在リ而シテ假差押ノ目的物ノ表示ハ法律ノ規定セサル所ナリ故ニ假差押命令ヲ發スルニハ動產及ヒ不動產ノ區別ナク債務者ノ財產上ニ於ケル假差押命令ヲ求ムル申請アルノミヲ以テ足レリトシ又何等ノ制限ヲ設ケスシテ發シタル假差押命令ハ縱令民事訴訟法第七百三十九條ノ規定ニ從ヒテ區裁判所ヨリ發セラレタルモノト雖モ債務者ノ總テノ財產上ニ於テ執行スルコトヲ得蓋シ假差押ノ目的物ノ表示ハ債權者カ假差押命令ノ執行ニ際シ執達吏其他ノ執行機關ニ對シテ爲スヘキモノナレハナリ(第五六六條第五四九條、第五五五條、第六四一條、第七五〇條、第七五一條)然レトモ債權者ハ其利益ノ爲メニ假差押命令ヲ求ムル申請中ニ假差押ノ目的物ヲ表示シ以テ執行ニ關スル裁判所ノ助力ヲ即時ニ要求スルカ如キハ法律ノ禁スル所ニアラス(第七五〇條、第七五一條是ヲ以テ假差押ノ目的物ヲ表示シタル申請ニ基キテ發シタル假差押命令カ其目的物ヲ表示シ且ツ其目的物カ債權ナルトキハ差押命令ヲ包含スルヲ以テ假差押ノ執行ニ關スル一部分ヲ成スコトト爲ル但シ假差押命令

ヲ本案裁判所以外ノ裁判所即チ民事訴訟法第七百三十九條ニ規定シタル區裁判所ニ申請シタルトキハ其管轄權ノ存スルコトヲ明白ナラシムルカ爲メニ假差押ノ目的物ヲ表示セサルヘカラサルヤ當然ナリ其他假差押ノ申請ニハ假差押ニ因リテ相手方ニ生スルコトアルヘキ損害ヲ擔保スルカ爲メニ保證ヲ立ツル旨ノ申出ヲ附加スルコトヲ得ルヤ言ヲ俟タス

請求及ヒ假差押理由ハ之ヲ疏明スヘシ(第七四〇條第二項)獨逸民事訴訟法舊第八〇〇條第二項(新第九二〇條第二項)疏明トハ特定事實ノ眞實ナルコトニ付キ裁判官ノ完全ナル心證ヲ惹起スニ非スシテ却テ當事者ノ主張ヲ眞實ナリト認メシムルニ付キ裁判官ヲ信用セシムルニ足ル程度ニ止マル舉證ノ一種ナルコトハ學者間爭ナキ所ナリ(第二二〇條)假差押訴訟ニ於テ疏明ヲ以テ足レリトシ證明ヲ要セス又之ヲ許ササル理由ハ該訴訟ニ於テハ假差押ノ當否ヲ判斷シ請求其モノノ當否ヲ終局的ニ判斷スルモノニ非サレハナリ疏明ハ假差押申請中ニ於テ爲スコトヲ必要トセス爾後ノ口頭辯論ニ於テ之ヲ爲シ又之ヲ補充スルコトヲ得或ハ保證ヲ立テテ疏明ニ代フルコトヲ得唯假差押ノ申請ニ付キ口頭辯論ヲ經テ裁判スヘキヤ或ハ保證ヲ立テシメ疏明ニ代ハラシムヘキヤ否ヤハ裁判所ノ自由ナル意見ニ基クモノナルヲ以テ假差押申請中ニ疏明ヲ爲ササル債權者ハ其申請ノ即時却下ノ危險ヲ冒スニ至ルノミナリ又本案裁判所ニ非サル裁判所カ民事訴訟法第七百三十九條ニ基キ管轄權ヲ有スル事實即チ假差押ノ目的物タル財產カ債務者ニ屬シ其所在地カ假差押ノ申請ヲ爲シタル區裁判所ノ管內タルコトヲ疏明セサルヘカラス這ハ民事訴訟法第七百四十條第二項ノ適用ニ非スシテ却テ假差押訴訟ニ於テハ請求ニ付キ終局的ニ裁判ヲ爲ササルヲ以テ疏明ニテ足レリト爲ササルヲ得サレハナリ(內容)

假差押申請ハ假令假差押裁判所カ本案ノ管轄裁判所ナル場合ト雖モ本案ニ關スル權利拘束ノ效力ヲ生スルモノニ非ス又他ノ假差押申請ニ對スル權利拘束ノ抗辯ト爲ラス獨逸帝國裁判所ハ費用省略ノ爲メ獨逸民事訴訟法第二百三十五條我民事訴訟法第百九十五條ノ類推解釋ニ依リテ反對ニ論結シタリト雖モ(千八百八十二年十月二十四日獨逸帝國裁判所ノ判決)ガウプ(シュミット)氏等ノ贊成セサル所ナリ蓋シ獨逸民事訴訟法第二百三十五條ニ規定シタル權利拘束ハ

訴ノ提起ノミニ適スルモノナレハナリ我民事訴訟法ノ解釋トシテモ亦然リト云フコトヲ得ヘシ假差押ノ申請ハ時效中斷ノ事由ト爲ル(民法第一七四條、第一五五條×效力)

(c)裁判及ヒ其他ノ手續　假差押ノ申請ニ付テノ裁判ハ口頭辯論ヲ經スシテ之ヲ爲スヲ原則トス是レ假差押訴訟ニ於テハ其性質上迅速ニ終局スルコトヲ要シ且ツ請求ノ當否ニ付キ終局的裁判ヲ爲ササルヲ以テ相手方ニ通知スルコトナク債權者ノ片面的申立ニ因リテ裁判スルヲ正當ト爲セハナリ(第七四一條第一項、獨逸民事訴訟法舊第八〇一條第一項、新第九二一條第一項)而シテ法文ニ所謂「口頭辯論ヲ經ス」ト「豫メ相手方ヲ審訊セス」ト同義ニ非サルヲ以テ相手方ヲ審訊スルコトハ法律ノ禁スル所ニアラス故ニ裁判所若クハ之ニ代ハル裁判長ハ即時ニ假差押ノ申請ヲ正當ト認メ若クハ直チニ該申請ヲ不當トシテ却下スヘキモノト認メ且ツ口頭辯論ヲ命セサルトキハ疏明ニ供スルカ爲メニ債權者即チ假差押原告若クハ相手方即チ假差押被告ニ裁判ヲ爲ス以前ニ於テ書面上ノ陳述ヲ爲サシムルコトヲ得該陳述ハ假差押裁判所カ合議裁判所ナル場合ニ於テハ各當事者ハ辯護士ニ非サル者ヲ訴訟代理人ト爲スコトヲ得ス(第六三條)裁判所若クハ之ニ代ハル裁判長ハ假差押ノ申請ヲ裁判スルニ當リテハ先ツ職權ヲ以テ管轄權ノ有無第五六三條)代理ノ欠缺ノ有無並ニ假差押申請カ民事訴訟法第七百四十條ニ適スルヤ殊ニ請求及ヒ假差押理由カ疏明セラレタルヤ請求カ法律上正當ナルヤ否ヤヲ調査ス而シテ後者ノ調査ハ請求ヲ終局的ニ不當ナリト認定スルノ程度ニ達スルモノニ非サルヤ言ヲ俟タス

裁判所ハ例外トシテ假差押申請ノ裁判ヲ爲ス以前ニ於テ口頭辯論ヲ命スルコトヲ得(第七四一條第一項)此命令ハ裁判所ノ自由ナル意見ニ屬シ當事者ノ意思ニ關係ナシ故ニ債權者ハ其爲シタル假差押申請ニ付キ口頭辯論ヲ經テ裁判スヘキ旨ヲ求ムルノ權利ナク又口頭辯論ヲ爲スヘキ旨ノ命令カ口頭辯論ヲ經スシテ裁判ヲ求ムル旨ノ申請ノ却下ナリト認ムルコトヲ得ス

假差押訴訟ニ於ケル口頭辯論ハ他ノ任意的口頭辯論ト異ニシテ單ニ審問的性質ヲ有スルニ非スシテ却テ判決裁判所ニ於ケル義務的口頭辯論タルノ性質ヲ有ス蓋シ我民事訴訟法ニ於テハ各判決ハ義務的口頭辯論ニ基クヲ原則トシ又

民事訴訟法第七百四十二條、第七百四十五條乃至第七百四十七條ニ於テ口頭辯論ヲ經タル裁判ハ終局判決ノ形式タルヘキ旨ヲ明言シタレハナリ(第一〇三條、舊逸民事訴訟法舊第一一九條、新第一二八條)任意的口頭辯論ハ裁判所カ適當ト認メタル場合ニ行フ審問手段ナルヲ以テ當事者カ該辯論期日ニ出頭セサル場合ニ於テ裁判所ハ事情ニ基キテ判斷シ出頭セサル當事者ノ主張事實ニ重キヲ置クコトヲ妨ケラレス義務的口頭辯論ハ主張、答辯及ヒ擧證等ニ依リテ判決ノ基礎タル訴訟ノ材料ヲ提出スル當事者ノ行爲ニシテ裁判所ハ其提出セラレタル材料以外ノ材料ニ基キ判決ヲ爲スコトヲ得サルナリ是レ我民事訴訟法ニ於テ闕席判決アリテ闕席決定ナキ所以ナリ

裁判所カ其意見ニ從ヒテ口頭辯論ヲ經ルヲ適當ナリト認メタルトキハ一方ニ於テハ裁判長カ期日ヲ定メテ辯論ノ爲メニ當事者雙方ヲ呼出シ(第一五九條、第一六一條)他ノ一方ニ於テハ債權者ニ口頭辯論ヲ命シタル旨ノ決定ヲ職權ヲ以テ送達シ(第二四五條)債權者ハ之ニ依リテ闕席判決ヲ受クルコト能ハサルノ不利益ヲ避クルカ爲メニ民事訴訟法第二百五十二條第二號ニ規定シタル書面ヲ裁判所ニ差出シ裁判所書記ヲシテ之ヲ債務者ニ送達セシム但シ假差押ノ申請ハ訴ニ非サルヲ以テ民事訴訟法第百九十四條ニ規定シタル控訴期間ヲ存スルノ必要ナキヤ言ヲ俟タス

假差押訴訟ニ於ケル口頭辯論ハ曩ニ述ヘタルカ如ク義務的口頭辯論ナルヲ以テ(第七四二條、第七四五條乃至第七四七條)民事訴訟法第百三條以下ノ規定ノ適用アルハ當然ナリ

假差押訴訟ニ於ケル辯論及ヒ裁判ノ目的ハ債權者ノ假差押請求其モノニシテ假差押ニ因リテ保全セント欲スル請求權ヲ確定スルニ在ラサルナリ是ヲ以テ第一ニ債權者ハ請求及ヒ假差押理由ノ事實的關係ヲ疏明スルコトヲ要シ又疏明スルヲ以テ足リ證明スルコトヲ要セス又證明ヲ許サス債務者ノ防禦方法殊ニ債權者ノ權利ニ反對スル抗辯ニ關シテモ亦然リ蓋シ債務者ノ防禦方法ハ唯債權者ノ假差押請求ノ疏明ヲ排斥スルノミノ效力ヲ有スルノミナラス債權者及ヒ債務者ヲ此點ニ於テ同等ナル地位ニ置クハ極メテ正當ナレハナリ第二ニ裁判所ハ假差押請求ノ當否ニ付テ裁判シ債權者ノ實體上ノ權利ノ有無ニ付テハ

假令口頭辯論ノ結果トシテ確定的言渡ヲ爲スヲ得ルト雖モ裁判スルコトヲ得ス蓋シ假差押訴訟ハ實體的法律關係ヲ確定スルコトヲ目的トセス且ツ疏明ハ之ヲ確定スルニ不適當ナレハナリ其他假差押申請ヲ本案ノ訴ト同時ニ又ハ本案ノ訴訟進行中ニ受訴裁判所ニ提出セラレタル場合ニ於テ該裁判所ハ此二者ヲ併合スルコトヲ得ス何トナレハ此二者ハ各〻其訴訟ノ方法ヲ異ニスルヲ以テ民事訴訟法第百二十條ヲ適用スルコトヲ得サレハナリ第三ニ假差押訴訟ニ於テハ之ニ依リテ保全セントスル請求其モノニ關スル反訴及ヒ民事訴訟法第二百十一條ニ規定シタル附帶的本訴竝ニ反訴ヲ提起スルコトヲ得ス蓋シ未タ實體的請求其モノニ關シ權利拘束ナク殊ニ反訴提起ニ必要ナル本訴ナルモノナケレハナリ第四ニ假差押ニ於ケル裁判ハ假差押請求即チ訴訟的請求權ニ關スルモノナルヲ以テ縱令請求カ事實上及ヒ法律上失當ナルカ爲メニ假差押申請ヲ却下シタル場合ト雖モ實體的請求權ニ關スル判決ノ確定力(實體的)ヲ發生スルモノニ非ス然レトモ全然同一ノ事實ニ基キタル再度ノ假差押申請ニ對スル確定裁判ノ抗辯タル效力ヲ發生スルハ固ヨリ疑ナシ隨テ假差押申請カ新事實單純ナル疏明ニ非ス)ニ基キタルトキハ債務者ハ該抗辯ヲ以テ反對スルコトヲ得ス(裁判前手續)

假差押申請ニ對シ裁判ヲ爲ससカ爲メニ口頭辯論ヲ經ルト否トニ拘ラス請求又ハ假差押理由ノ疏明ナキトキト雖モ保證ヲ立テシメテ假差押命令ヲ發スルコトヲ得是レ法律カ債務者ニ損害ヲ被ラシメサル範圍内ニ於テ債權者ノ利益ノ爲メニ保證ヲ請求及ヒ假差押理由ノ疏明ニ代用スルコトヲ許シタルニ在リ故ニ債權者カ請求又ハ假差押理由ヲ疏明セサルトキハ勿論請求及ヒ假差押理由ノ疏明ナキトキト雖モ保證ヲ立テシメテ假差押命令ヲ發スルコトヲ得我民事訴訟法第七百四十一條第二項ニハ(請求又ハ假差押理由ヲ疏明セサルトキト雖モ)ト明記シアルヲ理由トシテ請求及ヒ假差押理由ノ疏明ナキトキハ裁判所ハ縱令債權者カ保證ヲ立ツルト雖モ假差押命令ヲ發スルコトヲ得スト論結スヘカラス蓋シ斯ル場合ニ於テモ亦保證ヲ疏明ニ代用スルコトヲ得ルハ獨逸民事訴訟法理由書ニ徵シテ明白ナルノミナラス斯ル場合ニ保證ヲ疏明ニ代用シテ假差押命令ヲ發スルコトヲ正當ナラシメサル理由存セサレハナリ保證ハ此ノ

如ク疏明ニ代用スルコトヲ得ルヲ以テ裁判所ハ縱令債權者カ假差押申請ニ於テ保證ヲ立ツヘキ旨ノ申出ヲ爲ササルトキト雖モ職權ヲ以テ保證ヲ立テシメテモ尙ホ假差押申請ヲ採用シテ假差押命令ヲ發スルコトヲ適當ト爲ササルヤ否ヤヲ調査セサルヘカラス隨テ該調査ヲ爲スコトナクシテ申請ヲ却下スルコトヲ得ス而シテ裁判所ハ其自由ナル意見ヲ以テ各差押事件ニ於テ保證ヲ以テ疏明ニ代用スルニ適當ナルヤ否ヤヲ定ムト雖モ單ニ疏明ナキノ故ノミヲ以テ直チニ申請ヲ却下スルコトヲ得ス蓋シ這ハ違法タルヲ免レサレハナリ其他裁判所ハ債權者カ請求及ヒ假差押理由ヲ疏明シタルトキト雖モ保證ヲ立テシメテ假差押ヲ命スルコトヲ得是レ法律カ斯ル方法ニ依リテ過度ナル懸念ニ基ク危險ヲ豫防シ且ツ假差押カ著シキ損害ヲ生スルノ虞アル場合ニ於テ債務者ヲ保護スルコトヲ欲シタルニ外ナラス保證ノ數額及ヒ其方法ハ裁判所ノ自由ナル意見ヲ以テ之ヲ定ム故ニ保證人ヲ立ツルコトヲ保證ト爲スコトヲ得(第八七條)但シ保證ハ疏明ニ代ハルコトヲ得ルニ止マリ假差押ノ理由タル事實ニ代ハルコトヲ得サルナリ故ニ當事者ノ主張シタル事實カ假差押理由及ヒ請求ノ原因タルニ適セサリシトキハ直チニ假差押申請ヲ却下スルコトヲ得ルヤ當然ナリ」裁判所カ債權者ニ保證ヲ立テシムル方法ニ二種アリ其第一ハ裁判所カ保證ヲ立ツルコトヲ條件トシテ直チニ假差押命令ヲ發スル方法ニシテ其第二ハ裁判所カ決定ヲ以テ債權者ニ豫メ保證ヲ立ツヘキ旨ヲ命シ其保證ヲ立テタル後ニ於テ假差押命令ヲ發スル方法ナリ此二者ノ方法ノ存スルコトハ我民事訴訟法第七百四十一條第二項(同項ハ第一ノ方法ノ存スルコトヲ認ム)第三項(同項ハ第二ノ方法ノ存スルコトヲ認ム)及ヒ第七百四十二條第二項(同項ハ兩者ノ方法ノ存スルコトヲ認ム)獨逸民事訴訟法舊第八〇一條第二項、第八〇二條第三項、新第九二一條第二項、第九二二條第三項)ノ法文ニ依リテ明白ニシテ又「ガウブ」「フォチング」「ストロックマン」「エンデマン」「ベーテルゼン」氏等ノ是認スル所ナリ然レトモ「ヒキルモースキー」「ゾキフエルド」「ヘルマン」氏等ハ第一ノ方法ノ存在ヲ否認シ其理由トシテ保證ハ假差押命令ノ前提要件ニシテ其命令ヲ執行スルニ付テノ要件ニアラス法律ハ裁判所カ債權者ノ保證ヲ立テタル後ニ於テ執行シ得ヘキ假差押命令ヲ豫メ發スルコトヲ得ル旨ヲ規定セス却テ特定ノ保證ヲ立テタル

後ニ於テ假差押命令ヲ發スルコトヲ得ル旨ヲ規定シタリ獨逸ノ舊民事訴訟法第八百一條第二項即チ我民事訴訟法第七百四十一條第二項、第三項カ斯ル法意ヲ表示シタルコトハ毫モ疑ナキ所ナリ故ニ同條ニ於テ反對說ノ如キ區別ノ存スルコトハ殆ト解スヘカラスト言ヘリ予輩ハ條件附假差押命令ヲ發スルコトヲ得サル理由ヲ發見スルコトヲ得サルカ故ニ後ノ說ニ贊成スルコトヲ得ス而シテ裁判所カ第一ノ方法ニ從ヒテ假差押命令ヲ發シタルトキハ其執行ハ民事訴訟法第五百二十九條第二項ノ規定ニ依ル而シテ條件附假差押命令ハ其性質上假差押申請ノ一分却下ナルヲ以テ債權者ハ假差押命令ノ形式カ決定ナルトキハ抗告ヲ以テ判決ナルトキハ控訴及ヒ上告ヲ以テ攻擊スルコトヲ得債務者ハ假差押決定ニ對シ異議ヲ申立テ或ハ控訴及ヒ上告ヲ爲スコトヲ得又第二ノ方法ニ從ヒテ假差押命令ヲ發スルニハ其形式カ決定ナルト判決ナルトニ拘ラス先ツ常ニ決定ヲ以テ保證ヲ立ツヘキ旨ヲ命シ職權ヲ以テ該決定ヲ債權者ニ送達シ(第二四五條)債權者ハ之ニ對シ不服アルトキハ抗告ヲ爲スコトヲ得蓋シ此事ハ曩ニ述ヘタルカ如ク假差押申請ノ一分ノ却下ナレハナリ不服ナキトキハ裁判所ニ保證ヲ立テタル旨ヲ證明シ口頭辯論ヲ經タルト否トニ隨ヒテ判決若クハ決定ノ形式ニ於ケル假差押命令ヲ發スルコトヲ得ウヰルモースキー氏ハ假差押申請ニ付キ口頭辯論ヲ經タルトキハ先ツ終局判決ヲ以テ保證ヲ立ツヘキ旨ヲ命シ其保證ヲ立テタルコトノ明確ナル場合ニ於テ更ニ口頭辯論ヲ經タルトキハ終局判決ノ形式ニテ口頭辯論ヲ經サルトキハ決定ノ形式ニテ假差押命令ヲ發スルモノナリト主張スレトモ這ハ甚タ迂遠ニシテ實際上ノ需要ニ適セサルノミナラス「ガッヴ」氏ノ明言スルカ如ク民事訴訟法ノ認メタル所ニ非サルヘシ

保證ハ其性質上假差押命令カ異議若クハ上訴ノ結果トシテ失當ト爲リ又ハ假差押ニ因リテ執行ヲ保全セントスル請求カ其後通常訴訟ニ於テ失當ト爲リタル場合ニ於テ假差押ノ爲メニ債務者ニ生シタル損害賠償請求ノ擔保ニシテ裁判所ノ爲メニ立ツルモノニ非ス損害賠償請求ノ存否ハ民法ノ定ムル所ニシテ又其裁判ハ特別ニ訴ヲ提起シタルト反訴ヲ以テシタルトニ拘ラス通常訴訟手續ニ從ヒテ之ヲ爲シ假差押訴訟手續ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ曩

ニモ述ヘタルカ如ク假差押訴訟ハ請求ノ存否ニ付キ終局的ニ確定スルノ裁判ヲ爲スニ適セサレハナリ其他保證ハ假差押カ失當ナリトシテ取消サレ假差押原告カ費用ヲ負擔スヘキ場合ニ於テ(第七二條、第五五四條)其費用完濟ニ充ツルコトヲ得

立テタル保證ノ免責手續ハ我民事訴訟法及ヒ獨逸ノ民事訴訟法ノ規定セサル所ナリ然レトモ保證ヲ立ツルニ至リタル原因消滅シ且ツ假差押被告カ假差押原告ニ對シ費用並ニ損害賠償ノ請求ヲ爲ササル場合ニ於テ債權者カ其立テタル保證ノ免責ヲ請求スルコトヲ得ルハ當然ナリ而シテ保證ノ免責ニ關シテ假差押當事者間ニ爭アル場合ニ於テハ假差押原告カ其提起シタル通常訴訟手續ニ基ク訴ニ於テ保證ヲ立テタル原因ノ消滅ヲ演述シ假差押被告ハ抗辯トシテ自己ニ保證ニ對スル或請求權ノ發生シタルコトヲ演述シ且ツ立證シ裁判所ハ假差押被告ノ抗辯カ理由ナシト認メタルトキハ同被告敗訴ノ言渡ヲ爲ス該判決ハ保證免責ニ關スル假差押被告ノ承諾ニ代ル(第七三六條但シ異議申立後ニ於ケル假差押ノ取消若クハ認可本案ニ於ケル假差押被告敗訴ノ確定判決ハ供託所ヨリシテ立テタル保證ヲ還付セシムルニ十分ナル原因ト爲ラス蓋シ假差押被告カ保證ニ對スル請求ヲ主張セサル旨ノ意思表示ヲ爲ササレハナリ其他保證ノ免責ニ關シ債權者カ債務者ノ同意若クハ之ニ代ルヘキ確定判決ニ基キテ供託所ニ對シ保證ノ還付ヲ請求シ此供託所カ之ニ應セサル場合ニ於テ司法手續ニ依ルヘキヤ或ハ行政手續ニ依ルヘキヤハ又我民事訴訟法ノ規定セサル所ナリ供託ハ供託者ト國家トノ間ニ於テ寄託契約ヲ成立セシムルモノニ非ス供託所ハ供託ヲ受クルノ職權ヲ有シ又其職務ヲ負フハ國法上ノ命令ニ基ケリトノ見解ニ從ヘハ司法手續ニ依ルコトヲ得ス之ニ反シ供託ハ國家ト供託所トノ間ニ私法的法律關係ヲ成立セシムトノ見解ニ從ヘハ司法手續ニ依ルコトヲ得ト論結セサルヘカラス予輩ハ後說ヲ正當ト認ム「ウキルモースキー」氏モ亦然リ(第七四一條第二項、第三項)(保證ニ關スル手續)

假差押ノ申請ニ付テノ裁判ハ口頭辯論ヲ經タル場合ニ於テハ終局判決ヲ以テ之ヲ爲シ其他ノ場合ニ於テハ決定ヲ以テ之ヲ爲ス此ノ如ク裁判ノ形式ニ區別アルハ不服申立方法ヲ異ニスルノ實益アルカ爲メナリ

(一)　假差押申請ニ付テノ決定ニハ法律上理由ヲ附スヘキ旨ヲ規定セス然レトモ理由ヲ附スルコトハ法律ノ希望スル所ナリ殊ニ假差押ヲ命シタル決定ニ其理由ヲ附スヘキコトハ甚タ條理ニ適シタルコトト信ス蓋シ假差押申請ノ謄本ハ法律上之ヲ債務者ニ送達セス故ニ債務者カ假差押命令ニ對シ民事訴訟法第七百四十四條ニ從ヒテ異議ヲ申立テントスルニ當リ必要ナル假差押ヲ命シタル理由ヲ假差押命令其モノニ付キ認メ知ルコト能ハサル結果トシテ常ニ民事訴訟法第二百二十四條ニ規定シタル手續ヲ盡ササルヲ得サラシムルカ如キ方法ハ唯リ債務者ヲ酷待スルノミナラス甚タ不便ナレハナリ(ⓐ)假差押ヲ命シタル決定ハ職權ヲ以テ之ヲ各當事者ニ送達セサルヘカラス(第二四五條、第六五條)殊ニ債權者ニ對スル送達ハ假差押ノ執行ニ關スル期間ヲ進行セシムルノ實用アリ(第七四九條第二項「……申立人ニ命令ヲ送達シタルヨリ十四日ノ期間ヲ……」)但シ假差押ノ執行ハ債權者ニ對スル假差押命令ノ送達ノ進法ナルカ爲メニ效力ヲ失ハス債權者ニ對スル正本交付ノ外別ニ送達ヲ爲ササリシ場合ト雖モ亦然リ債務者ハ後ニモ述フルカ如ク假差押ヲ命シタル決定ニ對シテ異議ヲ申立ツルコトヲ得ルニ止マリ(第七四四條)抗告ヲ爲スコトヲ得ス抗告裁判所カ下級裁判所ニ假差押ヲ命スヘキ旨ノ裁判ヲ爲スコトヲ委任シタル裁判ニ對シテモ民事訴訟法第四百五十五條ニ基キテ抗告ヲ爲スコトヲ得ス假差押申請ノ全部又ハ一分ヲ却下シタル決定殊ニ保證ヲ立テシムル裁判ハ職權ヲ以テ之ヲ債權者ニ送達(第二四五條)スルヲ要シ債務者ニ通知スルコトヲ要セス蓋シ斯ル裁判ハ唯申請者ノ利害ニ關スルニ止マレハナリ債權者ハ假差押申請却下ノ裁判ニ對シテ抗告ヲ爲スコトヲ得レトモ(第四五五條)即時抗告ヲ爲スコトヲ得ス(第五五八條)蓋シ假差押申請ヲ却下シタル決定ハ執行手續ニ屬セス而シテ民事訴訟法第五百五十八條ハ第七百四十八條ニ依リ假差押ノ執行手續ニ準用セラルヘキモノナレハナリ抗告裁判所カ抗告ヲ理由アリト認メ口頭辯論ヲ經スシテ假差押ヲ命スル決定ヲ爲シタルトキハ債務者ハ之ニ對シテ異議ノ申立ヲ爲スコトヲ得(第七四四條)假差押ヲ命スヘキ旨ノ裁判ヲ爲スヘキコトヲ下級裁判所ニ委任シタルトキハ該委任ノ裁判ニ對シテ何等ノ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス(第四六四條)又抗告裁判所カ抗告ヲ理由アリト認メ口頭辯論ヲ命シタルトキハ

曩ニ述ヘタルカ如キ手續ヲ履ミタル後ニ於テ終局判決ニテ假差押命令ヲ發ス債務者ハ該判決ニ對シテ上告ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ這ハ「ガウブ」氏ノ言フカ如ク控訴裁判所ニ於テ言渡サレタル裁判ニ非サレハナリ「ゾキフエルド」「ウキルモースキー」氏等ハ該判決ヲ控訴裁判所ニ於テ言渡シタル裁判ト同視シ上告ヲ許スヲ適當トスト反對シタリ(b)假差押訴訟費用ハ之ヲ決定ノ形式ニ依レル假差押ノ命令ニ於テ當然債務者ノ負擔スヘキモノナリト爲スコトヲ得ス何トナレハ口頭辯論ヲ經サル假差押訴訟ニ於テ債務者ヲ民事訴訟法第七十二條ノ意味ニ於ケル敗訴者ト認ムルコトヲ得サルノミナラス假差押命令其モノハ民事訴訟法第五百五十四條ノ適用アル執行手續ニ屬セサレハナリ隨テ假差押ヲ命シタル決定ハ債權者ノ爲メニ債務者ニ對スル費用取立ニ付テノ債務名義ト爲ラス是ヲ以テ債權者ハ假差押訴訟費用ヲ豫メ支出シ債務者ノ異議ニ因リテ終局判決ヲ爲ス場合ニ於テ(第七四四條假差押訴訟費用ニ關スル裁判ヲ認メ又ハ其費用賠償ノ請求ヲ本案ノ訴訟ニ附帶シ若クハ該請求ノ爲メニ特別ナル訴ヲ提起セサルヲ得サルヘシ然レトモ債權者カ假差押ノ申請ヲ其申請ノ爲メ

○生徒募集廣告

本年九月ヨリ新學期ヲ開始ス入學志望者此際其手續ヲ履マルヘシ

入學試驗（甲種）九月七日午前八時ヨリ

編入試驗（二年級ヘ）九月二十日午前八時ヨリ

授業開始　九月十一日ヨリ

○規則書入用ノ向ハ郵券二錢ヲ送ラルヘシ

明治三十四年七月　司法省指定　文部省認定

和佛法律學校

校外生規則摘要

一 講義錄ハ各部毎月二回發行シ滿一个年ヲ以テ卒業トス

一 講義錄ハ之ヲ三部ニ分ツ其發行定日左ノ如シ

第一部　毎月　五　日　二十日

第二部　毎月　十　日　廿五日

第三部　毎月　十五日　三十日

一 月謝金ハ全部壹圓、各一部四十錢トス但シ入學金ヲ要セス

一 校外生ハ本校講談會、討論會ニ出席傍聽スルコト及ヒ本校ノ出版ニ係ル書籍雜誌ハ特別ノ廉價ヲ以テ購求スルコトヲ得

一 校外生全部卒業證書ヲ有スル者ハ試驗ノ上校內生三年級ニ編入セラルルコトヲ得

一 校外生ハ講義錄中ノ疑義ニ付キ質問スルコトヲ得問題ハ一問毎ニ別紙ニ認メ且一問毎ニ返信用郵券ヲ封入スルコトヲ要ス

一 三个月以上月謝不納ノ者ハ退學者ト看做ス

一 月謝ハ東京飯田町郵便支局拂和佛法律學校會計係宛トスヘシ

明治廿二年十二月九日內務省許可

明治三十四年七月十六日印刷
明治三十四年七月二十日發行

東京市四谷區四谷仲町三丁目三十八番地
編輯兼發行者　小田幹治郎

東京市芝區櫻川ノ久保明舟町十一番地
印刷者　金子鐵五郎

東京市芝區櫻川ノ久保明舟町十一番地
印刷所　金子活版所

東京市麹町區富士見町六丁目十六番地
發行所　司法省指定　和佛法律學校
（電話番町百七十四番）