

和仏法律学校講義録

松岡, 義正

(出版者 / Publisher)

和佛法律學校

(巻 / Volume)

1-9

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

196

(発行年 / Year)

1901-12-24

明治三十四年十二月二十四日發行

(第壹部)

三十四年度乙種講習科用

和佛法律學校講義錄

第九號



民事訴訟法(自第六編至第八編)
(自四〇一至七八六)

法學士 松岡義正



090
1901
1-9

債務者ニ對シ債務者ニ支拂ヲ爲スコトヲ禁シ且ツ債務者ニ對シ債權ノ處分殊ニ其取立ヲ爲スヘカヲ旨ノ命令ヲ發シ職權ヲ以テ第三債務者及ヒ債務者ニ送達シ又債權者ニ送達シタル旨ヲ通知シテ差押ヲ爲ス
執行裁判所ハ債權者ノ申請ニ因リテ確實ニ表示セラレタル金錢債權ヲ有效ニ差押フルコトヲ得金錢債權ノ確實ナル表示トシテ債務者カ金錢債權ニ關スル債權者ナルコト第三債務者債權ノ目的並ニ數額其他債權ノ原因ヲ表示スルコトヲ要ス蓋シ斯ル表示ハ事實上必要ニシテ又第六百十八條ノ適用ヲ全スルカ爲メニ必要ナリ然レトモ差押フヘキ債權カ債務者ノ財産ニ屬スル旨ノ疏明ハ之ヲ必要トセス何トナレハ債權ノ差押ニ關シテハ唯債權者ヨリ申立テラレタル債權ヲ差押フルニ止マリ債權ノ有無ヲ調査スルモノニ非ズレハナリ但シ差押フヘキ債權カ形式上債務者ニ屬セサルトキハ債權者ハ適當ナル疏明ヲ爲ササルヘカラス又差押フヘキ債權カ期限附タルト條件附タルト爭ニ係リタルト訴訟ノ目的ナルト第三債務者カ内國ニ住スルト外國ニ住スルト我帝國ノ裁判權ニ支配セララルト否ト債權ノ履行地カ内國タルト否トハ之ヲ調査スルノ

必要ナシ蓋シ此等ノ問題ハ差押命令ヲ發スルニ際シテ必要ナルモノニ非スシ
テ却テ差押以後ノ手續ニ於テ必要ナルモノナレハナリ殊ニ執行裁判所ハ當然
我帝國ノ裁判權ニ支配セラレサル第三債務者ニ對シテ何等ノ命令ヲ發シ又禁
令ヲ發スルコト能ハス然レトモ賜託官廳ノ共助ニ依リテ職權ヲ以テ斯ル第三
債務者ニ對シ我帝國内ニ於テ爲シタル支拂ハ債務者カ我帝國内ニ於テ處分能
力ヲ喪失シタルカ爲メニ(第五九八條獨逸民事訴訟法第七三〇條有效ナリト認
メラレタル旨ヲ通知スルノ權ヲ有シ又斯ル第三者ニ對スル債務者ノ債權カ我
帝國内ニ於テ債權ノ讓渡ト同一ノ效力ヲ以テ債權者ニ移轉セララル旨ヲ通知
スルノ權ヲ有ス(第六〇〇條第六〇一條第六〇六條獨逸舊民事訴訟法第七三六
條第七三七條又執行裁判所ハ當然我帝國裁判權ノ行ハレタル事物ニ付キ有效
ナル差押ヲ爲スコト能ハス蓋シ差押ハ差押フヘキ債權カ國際法ノ原則ニ從ヒ
テ我帝國ノ強制權ニ支配セララルヲ前提要件ト爲スヲ以テナリ而シテ差押フ
ヘキ債權カ我帝國ノ強制權ニ支配セララルヤ否ヤハ第三債務者カ我帝國内ニ
於テ債務ヲ履行スヘキ義務ヲ負フヤ否ヤニ依リテ定マル蓋シ特約ナキ以上ハ

債權ノ履行地カ債權ノ所在地ナリ隨テ該地ニ行ハルル法カ準據法ナレハナリ
然レトモ此問題ハ債權ノ差押ニ際シテ調査セラレサルモノナリ何トナレハ債
務者及ヒ第三債務者ハ差押ニ際シテ審訊スヘキモノニ非ナレハナリ(第五九七
條隨テ第三債務者ハ債權ノ所在地ノ外國ニアラサル旨ヲ主張シテ差押ニ對シ
テ異議ヲ申立テ又債務者ハ同一ノ理由ニ基キ差押ニ對シ異議ヲ申立ツルコト
ヲ得ヘシ(第五四四條第五五八條)

金錢債權ノ差押ノ形式ハ第三債務者ニ對スル差押命令ノ送達ニ因リテ完成ス
(第五九八條第三項故ニ差押ノ效力發生ニハ第一ニ差押命令ヲ發スルコト第二
ニ其命令ヲ第三債務者ニ對シテ送達スルコトヲ要ス第一ニ差押命令ヲ發スル
コトハ強制執行手續ヲ開始スルニ非スシテ却テ強制執行ヲ開始スル執行裁判
所ノ行爲ナリ(執行手續ハ執行文付與ノ時ニ於テ開始シ執行ハ債權者ヨリ行動
ヲ要求セラレタル執行機關カ債務者ニ對スル執行行爲ヲ現實ニ爲シタル時ニ
於テ開始ス故ニ執行開始ノ條件カ成熟セサル間ハ差押命令ヲ發スルコトヲ得
ズ差押命令ハ第三債務者ニ對シ債務者ニ支拂フヘカラサル旨ヲ禁令即チ以後

債務者ニ對シ爲シタル支拂ハ以前ノ支拂ハ此限ニ在ラス債務消滅ノ效力ヲ生
セサルコトノ宣言ト債務者ニ對シ債權者ヲ害スヘキ債權ニ關スル處分殊ニ其
取立ヲ爲スヘカラサル旨ノ命令支拂フヘキ金額ノ供託ヲ求ムル訴ノ如キ債權
者ヲ害セサル行爲ハ此限ニ在ラス但後者ノ命令ヲ遺脱スルモ第三
債務者ニ送達セラレタル差押命令ノ效力ヲ害セス蓋シ債務者ニ對スル命令ハ
實際的ノ必要アルニ止マンハナリ然レトモ債權者ハ執行裁判所ヲシテ該命令
ヲ發セシムルノ權利ヲ有ス而シテ差押命令ハ送達機關ニ對シ送達スヘキ原本
ヲ交付スルニ依リテ送達セラルルモノタルヤ當然ナリ(第五四四條第五八條第
二ニ差押命令ノ送達ハ獨逸民事訴訟法ト異ニシテ職權ヲ以テ之ヲ爲ス第一三
六條第一五三條第一五五條等第三債務者ニ對スル送達ハ補充送達ニ依ルコト
ヲ得ルモ(第一四五條乃至第三四七條公示送達ニ依ルコトヲ得ス第一五六條第
一五七條何トナレハ第三債務者ハ當事者ニ非サルヲ以テナリ故ニ公示送達以
外ノ送達ニ因リ第三債務者ニ對シテ送達ヲ爲スコト能ハサル場合ニ於テハ金
錢債權ノ差押ハ其效ナキモノト知ルヘシ債務者ニ對スル送達ハ債務者ノ所在

明カナラサルカ又ハ債務者カ外國ニ在ルトキニ限リ之ヲ爲スコトヲ要セス(第
五四二條)而シテ此場合以外ニ於テ債務者ニ對シ送達ヲ爲テナリシカ爲メニ差
押ノ效力ハ毫モ害セラルルコトナシ唯裁判所書記並ニ執達吏ハ債務者ニ對シ
テ爲スヘキ送達ヲ爲サザリシ事實ニ因リテ債務者ニ生シタル損害ヲ賠償スヘ
キノミ執達吏ハ差押命令ノ送達ヲ爲スニ當リテ法律上明文ナシト雖モ第三債
務者ニ對シテ先ニ送達スルヲ適當トス何トナレハ若シ然ラスンハ債務者ハ第
三債務者ニ對スル送達ナキヲ奇貨トシテ債權ヲ處分スルコトヲ得レハナリ第
三債務者トハ債務者ノ債務者ナリ故ニ債務者及ヒ債權者ニ非タル第三者タル
コトアリ供託所ノ如キ差押ヘラレタル金錢其他ノ物件ヲ保管スル官廳ナルコ
トアリ又債權者タルコトアリ債權者カ第三債務者ナル場合ニ於テ差押ヲ爲ス
ニモ亦差押命令ヲ債權者ニ送達セラルヘカラス何トナレハ債權者ハ第三債
務者タル資格ヲ併有スルモノナレハナリ隨テ債務者ニ對シテノミ差押命令ヲ送
達シタルトキハ差押ノ效力ナシ第六百二十五條ハ金錢債權ノ差押ニ準用スヘ
キモノニ非サレハナリ但シ債權者カ第三債務者タルトキハ金錢債權ノ差押ノ

結果トシテ法律上相殺ヲ許ササル場合モ相殺ノ結果ヲ發生スルヲ理由トシテ、
差押ヲ許スヘキモノニ非スト主張スル反對說アレトモ採用スルニ足ラス何ト
ナレハ相殺カ法律上許サレタルノ理由ニ因リテ適法ナル他ノ行為ニ因リ同一
ナル結果ヲ發生セシムルコトヲ禁シタルモノト認ムルコト能ハサレハナリ第
三債務者カ多數ナルトキ(不可分又ハ連帶債務等)ハ各債務者ニ對シ差押命令ヲ
送達スルニ依リテ各債務者ニ對シ差押ノ效力ヲ生ス民法第四二九條第四三〇
條第四四〇條債務者及ヒ第三債務者ハ差押命令ヲ發スルコトニ對シテ異議ヲ
申立ツルコトヲ得第五四四條又其異議ニ對スル裁判ニ對シ即時抗告ヲ爲スコ
トヲ得第五八條(手續)

差押ハ第三債務者ニ對スル送達ヲ以テ效力ヲ生ス金錢債權ノ差押ノ效力トシ
テハ
(4) 第三債務者ハ差押命令ノ送達以後有效ニ債務者ニ對シ支拂ヲ爲スコトヲ
得ス然レトモ之カ爲メニ債務者ハ差押債權ニ關スル權利ヲ喪失スルモノニ非
ス適法ナル債權ノ轉付命令ヲ發セラルルマデハ依然差押債權ノ債權者ナリ故

三債務者ハ第三債務者カ破産宣告ヲ受ケタル場合ニ於テ債權ノ届出ヲ爲シ且
ツ破産債權者トシテノ議決權ヲ行使スルコトヲ得第三債務者カ差押命令ノ送
達アリタルモ差押ノ事實ヲ知ラナリシカ爲メニ差押命令カ補充送達ニ依リテ
送達セラレタル場合ノ如キ債務者ニ對シテ爲シタル支拂其他債務者ト結約シ
タル延期又ハ債務ノ免除等ハ差押債權者ニ對シテ效力ヲ有スルヤ否ヤハ民法
ニ依リテ之ヲ定ム何トナレハ第三債務者ニ對スル禁令及ヒ債務者ニ對スル命
令ハ債權差押ノ形式ヲ定メタルモノニシテ差押ニ附帶シタル民法上ノ效力ヲ
定ムルモノニ非サレハナリ
而シテ余輩ハ民法上ノ原則ニ從ヒテ有效ナリト論決スルヲ正當ト信ス何トナ
レハ第三債務者ハ善意ナルヲ以テナリ第三債務者ハ債權ノ差押アリタルニ因
リテ支拂期ニ達シタル債務ノ支拂ヲ免ルルモノニ非ス債務額ヲ供託シテ債務
關係ヨリ離脱スヘキ義務ヲ負ヒ又權利ヲ有ス是ヲ以テ債權ノ差押ハ債務者カ
第三債務者ニ對シテ債務額ノ供託ヲ爲スヘキコトヲ求ムル訴訟ニ同一ノ目的
ヲ爲メニスル強制執行ノ申立ヲ爲スコトヲ得ルノ妨ト爲ラス何トナレハ法律

ハ差押ニ因リ債務者ニ對シ唯差押債權者ヲ害スル行爲ヲ禁シタルニ止マリハナリ同一ノ理由ニ依リ債務者ハ第三債務者ニ對シ差押債權ニ關スル確認ノ訴ヲ提起スルコトヲ得第三債務者ハ債務者カ差押アリタルニモ拘ラス支拂ヲ求ムル訴訟ヲ提起シ又ハ差押以前ニ提起シタル支拂ヲ求ムル訴訟ヲ續行シタルトキニ於テ差押アリタルコトヲ理由トシテ原告タル資格ナキコト實體上ノ抗辯ヲ口頭辯論終結マテニ提起スルコトヲ得但シ差押カ第三債務者ニ對シ負擔ヲ言渡シタル判決確定以後ニ於テ行ハレタルトキハ前示ノ抗辯ヲ民事訴訟法第五百四十五條ノ規定ニ基キ訴ヲ以テ主張シ且ツ民事訴訟法第五百四十七條ノ規定ニ從ヒテ強制執行ヲ避クルコトヲ得民事訴訟法第五百五十條殊ニ同條第二ハ此場合ニ適用ナシ何トナレハ該規定ハ強制執行ノ停止ニ關スル裁判ヲ前提ト爲セハナリ故ニ第三債務者ノ差押命令ノ提出ハ執達吏カ執行ヲ停止スルノ效力ヲ生スルモノニ非スセテ却テ第三債務者ノ求ニ依リ債務額ヲ供託スルノ效力ヲ生スルニ過キス(第三債務者ニ對スル差押ノ效力)

(ロ) 債務者ハ差押債權者ノ差押權ヲ害スルニ至ルヘキ債權ノ處分ヲ爲スコト

ヲ得ス隨テ差押債權者ノ差押權ヲ害セサル範圍内ニ於テ差押債權ヲ處分スルコトヲ得ヘシ債務者カ爲シタル差押債權者ノ權利ヲ害スル行爲ハ無効ナルヤ否ヤハ民法ニ依リテ之ヲ定ム余輩ハ法理上無効ナリト論結スルヲ正當ト認ム(「デルンブルヒ、パンデクテン」第一卷第二百十七節參考然レトモ差押命令カ未タ第三債務者ニ對シ送達アラサル場合ニ於テハ之ニ反ス何トナレハ未タ差押ノ效力ヲ發セサレハナリ第三取得者カ善意ナル場合モ亦然ラン(債務者ニ對スル效力)

(ハ) 差押以前ニ於テ差押債權ニ付キ權利ヲ取得シタル第三者ハ其後ノ差押ノ爲メニ何等ノ不利益ヲ被ラサルコトハ敢テ疑ナキ所ナリ然レトモ債務者ニ對スル差押命令ノ送達以前ニ於テ債務者ヨリ差押債權ヲ讓受ケタル者ノ權利ハ債權讓渡ノ通知又ハ之ニ關スル第三債務者ノ承諾以前ニ於テ差押ヲ爲シタル差押債權者ノ權利ニ優先スルコト能ハサルヘシ何トナレハ第三債務者ハ差押命令ノ送達ヲ受ケタル後差押債權者ノ權利ヲ害スル方法ニ於テ債務者ヨリ債權讓渡ノ通知ヲ受ケ又ハ之ヲ承諾スルコト能ハサレハナリ(民法第四六七條又

第三債務者カ債權讓渡ノ通知ヲ受クル以前ニ於テ差押債權者ニ支拂ヲ爲シタルトキハ讓受人ハ其權利ヲ第三債務者ニ有效ニ主張スルコト能ハス何トナレハ讓受人ハ適當ナル時期ニ於テ債權讓渡ノ通知ヲ爲サザリシヲ以テナリ效力)
(第五九八條獨逸民事訴訟法第七三〇條)

抵當附(不動産質ヲモ包含ス)金錢債權ヲ差押ヘタル場合ニ於テハ債權者ハ債務者ノ承諾ヲ要セスシテ其債權ノ差押ヲ登記簿ニ記入スルノ權利アリ是レ債權者ノ爲メニ差押ノ效力ヲ擔保物ヲ買受ケタル者ニ對シ對抗スルコトヲ得セシムルカ爲メナリ(民法第三八二條以下債權者ハ執行裁判所ニ對シテ記入ノ申請ヲ差押命令ノ申請ト同時又ハ其申請以後ニ爲シ裁判所ハ擔保物ノ所有者ニ對シ差押命令ヲ送達セタル後ニ於テ記入ノ手續ヲ實施ス蓋シ擔保物ノ所有者即チ第三債務者ニ對シテ差押命令ヲ送達セナル以前ニ於テハ債權差押ノ效力ナキモノナレハナリ記入手續ノ實施ハ裁判所カ登記判事ニ記入ヲ囑託スルニ依リテ行ハル(第五九九條獨逸舊民事訴訟法第七三一條同新民事訴訟法第八三〇條)俸給又ハ此ニ類似スル繼續收入ノ債權ノ差押ハ債權額ヲ限トシテ差押以

後ニ收入スヘキ金額ニ及フモノナリ是レ我民事訴訟法カ獨逸民事訴訟法ト區シテ俸給其他此ニ類似スル繼續收入ヲ以テ全體ノ債權ト爲シ唯其履行カ各時期ニ分レタルモノト認メタルニ由レリ俸給ハ勞務ニ對スル報酬ニ非スシテ官吏タル地位ニ伴フ生活資料ナリ俸給ニ類似スル繼續收入ハ法規ノ目的ト原因トニ從ヒテ推究スレハ單一ナル法律關係ニ基キ第三債務者カ債務者ニ對シテ每期ニ給付スヘキ債務者ノ收入ナリト謂ハサルヘカラス故ニ恩給金ノ請求終身年金ノ請求養料ノ請求ノ如キハ之ニ屬ス賃金ノ支拂ヲ求ムル貸貸人ノ權利ハ契約ノ内容ニ從ヒテ唯一ノ權利ト認ムルコトヲ得ル場合ニ於テハ繼續收入ト爲ルヤ言フ埃タス然レトモ辯護士公證人カ當事者ヨリ受領スヘキ收入、醫師カ其醫術ノ應用ヨリシテ受取ルヘキ收入等ハ俸給ニ類似スル繼續收入ト認ムヘカラス何トナレハ該收入ハ繼續的性質ヲ缺クモノナレハナリ公私ノ職務上ノ收入ノ差押ハ以後ノ變更ニ因レル收入ニモ亦及フモノナリ債務者ニ對シ職務上ノ收入ヲ給付スル者即チ第三債務者國家又ハ一人ノ變更ハ新ナル差押行為ヲ必要トス故ニ債務者タル官吏カ會社員ト爲リタル場合ニ於テハ官吏タル

職務上收入ノ差押ハ會社員タル職務上ノ收入ニ及ハサルモノトス債務者ト第三債務者トノ間ニ於ケル單純ナル職務關係ノ變更ハ既ニ爲シタル職務上ノ收入ノ差押ニ對シ何等ノ影響ヲ及ホス所ナシ債務者ノ轉官兼任増俸ノ如キ即チ是ナリ故ニ職務上收入ノ差押ハ此等ノ變更ニ因レル收入ニモ亦及フヘキモノタルヤ當然ナリ同一ノ法理ハ恩給ヲ差押ヘラレタル退職官吏カ復職シタル場合若クハ職務上ノ收入ヲ差押ヘラレタル現任官吏カ退職セラレタル場合ニ於テ受領スヘキ職務上ノ收入ニ關シテモ行ハル(恩給ノ差押ヲ爲スコトヲ得ルト假定ス)第六〇四條第六〇五條

(二) 有體物ノ引渡若クハ給付ヲ目的トスル債權ニ關シテハ法律上何等ノ區別ナキヲ以テ目的カ占有ノ移轉ナルト損害ノ賠償ナルト目的物カ動產ナルト不動產ナルト又請求ノ性質ハ物權のナルト債權のナルトニ拘ラス立法の類推上前ニ述ヘタル金錢債權ノ差押ト略々同一ノ手續ニ依リテ差押フヘキモノトス(第六一四條獨逸民事訴訟法第七四五條引渡ハ特定物ノ交付ニシテ給付ハ代替物ノ交付ナルコトハ獨逸舊民事訴訟法第七百六十九條及ヒ第七百七十條ノ條

文上明白ナリ然レトモ我民事訴訟法第七百三十條ニ於テハ代替物ニ關シテモ亦引渡ト謂フカ故ニ法文上引渡ト給付トノ間ニ於テ何等ノ區別ナキカ如キモ引渡及ヒ給付ナル法語ヲ併用スルトキハ前ニ示シタルカ如キ區別ニ基キタル法意ナリト解釋スルヲ正當ナリト信ス而シテ特定ノ金錢ノ引渡ヲ目的トスル債權ハ第六百十四條ニ依リテ差押フヘキモノニシテ第七百三十條ニ規定シタル債權トシテ取扱フヘキモノニ非ス何トナレハ此種ノ債權ハ其内容ニ從ヘハ民事訴訟法等ノ百十五條獨逸民事訴訟法第七四五條ニ規定シタル以外ノ差押手續ト調和スルコト能ハサルハナリ但シ單純ナル行為若クハ不行爲ヲ目的トスル債權ハ此限ニ在ラサルヤ言フ族タス然レトモ變則トシテ(一) 差押フヘキ債權ノ目的物カ有體動產ナル場合ニ於テハ執行裁判所ハ民事訴訟法第五百九十八條及ヒ第六百十四條ニ基キテ差押命令ヲ發スルト同時に第三債務者ニ對シ目的物ヲ債權者カ委任タル執達吏ニ引渡スヘキ旨ノ命令ヲ發ス(第六一五條第一項)差押ニ付テハ獨逸舊民事訴訟法第七四六條第一項是レ差押フヘキ目的物ヲ公ノ保管ニ付スヘキ目的ニ出テタル規定ナリ此命令ノ

送達及ヒ差押ノ效力發生等ハ第五百九十八條ノ規定ニ依ル(第六一四條)目的物
カ第五百七十條ノ規定ニ從ヒ差押フルコト能ハサル物ナルトキハ差押ヲ爲
スコトヲ許サス故ニ執行裁判所カ差押命令ノ申請ヲ却下シ又ハ既ニ發シタル
差押命令ヲ債務者ノ異議ニ基キ(第五四四條)取消ササルヘカラス其他差押ハ常
ニ民事訴訟法第六百十八條ニ規定シタル制限ヲ受クルモノトス而シテ引渡ス
ヘキ差押物カ債務者及ヒ第三債務者ノ共有ニ屬セタルトキハ差押ハ唯債務者
ニ歸スヘキ持分ニ對シテノミ行ハル故ニ目的物ノ引渡命令ニ於テ債權者ヨリ
委任セラレタ 執達吏若クハ第三者カ目的物受領ノ權アル旨ヲ記載セサルヘ
カラス此記載ヲ缺キタル場合ニ於テハ第三者ハ第五百四十九條ノ規定ニ基キ
異議ノ訴ヲ提起シ以テ自己ノ利益ヲ防禦スルコトヲ得ヘシ執行裁判所カ引渡
命令ヲ發スルニ際リテ特ニ執達吏ノ氏名ヲ命令中ニ於テ表示スルコトヲ要セ
ス何トナレハ執達吏ハ第三者ニ對シ執行力アル正本ヲ所持スルニ因リテ目的物
ヲ受領スルノ權限アルヲ以テナリ(第五三四條)第三債務者ハ引渡命令ノ送達ニ
因リテ受領ノ權限ヲ有スル執達吏ニ目的物ヲ引渡スノ義務ヲ負フ然レトモ第

三債務者カ引渡命令ニ應セサルトキハ執達吏ハ目的物ヲ第三債務者ノ意思ニ
反シテ取立ツルノ權ナシ唯執行調書ニ於テ拒絕シタル旨ヲ記載スヘキノミ債權
者ハ斯ル場合ニ於テ其債權ヲ第六百條及ヒ第六百一條ニ基キテ自己ニ轉付セシ
メ第三債務者ニ對シ第六百十五條ノ趣旨ニ從ヒテ自己カ委任シタル執達吏ニ
目的物ヲ引渡スヘキ旨ノ訴ヲ提起スルコトヲ得(第六一〇條)獨逸舊民事訴訟法
第七四〇條此訴ヲ是認シタル判決ハ第七百三十條ノ規定ニ從ヒテ執行スルモ
ノタリ而シテ第三債務者カ任意ニ又ハ判決ノ結果トシテ目的物ヲ執達吏ニ引
渡セタルトキハ此時期ヨリシテ債權者ノ爲メニ目的物其物ニ對スル差押權カ
成立スルモノトス(第五六六條)第五六七條第三債務者タルト否トヲ問ハス引渡
スヘキ目的物上ニ有スル第三者ノ權利ハ民事訴訟法第六百十五條第一項ノ命
令ノ爲メニ損傷セラレス故ニ第一ニ第三債務者ハ斯ル權利ニ基キ引渡ヲ拒絕
シ且ツ訴訟ニ於テ抗辯トシテ提出スルコトヲ得ヘシ何トナレハ引渡命令ハ第
三債務者カ第三者ニ對スル目的物ニ關スル責任ヲ免除スルモノニ非サレハナ
リ第二ニ第三債務者カ引渡ヲ爲シタルトキハ第三者ハ目的物ニ關スル自己ノ

權利ヲ第五百四十九條及第五百六十五條ノ規定ニ從ヒテ主張スルコトヲ得
第三ニ第三債務者ハ目的物上ニ質權ヲ有スル場合ニ於テ之ニ基キ目的物ノ提出ヲ拒マサル以上ハ第五百六十五條ノ規定ニ基キ優先的辨濟ヲ求ムル權利ヲ主張スルコトヲ得ヘシ
(ロ) 差押フヘキ債權ノ目的物カ不動産ナル場合ニ於テハ其目的カ占有權ノ移轉ナルト所有權ノ移轉ナルトニ拘ラス(法律上區別ナキヲ以テ)執行裁判所ハ民事訴訟法第五百九十八條ニ基キテ差押命令ヲ發スルト同時に債權者ノ申立ニ因リテ第三債務者ニ對シテ目的物タル不動産ヲ其所在地ヲ管轄スル區裁判所ヨリ命シタル保管人ニ引渡スヘキ旨ノ命令ヲ發ス第六一六條第一項獨逸舊民事訴訟法第七四七條第一項是レ前ニ述ヘタル所ト同一ノ法意ニ出ツルモノニシテ唯其引渡ヲ受クヘキ者カ執達吏ニ非スシテ却テ區裁判所ヨリ命セラレタル保管人タルノ差異アルノミ此命令ノ送達及ヒ差押ノ效力發生等ハ第五百九十八條ノ規定ニ依ル引渡スヘキ不動産カ債務者及ヒ第三者ノ共有ニ屬シタル場合ニ於テハ差押ハ債務者ノ有スル持分ニ對シテノミ行ハルルコトハ前ニ述ヘタル

如シ保管人ノ任命ハ執行裁判所ノ職權ニ屬セスシテ不動産所在地ノ區裁判所ノ職權ニ屬スル理由ハ此命令ト共ニ不動産ニ對スル強制執行ヲ開始セラレタルハナリ第六四一條獨逸舊民事訴訟法第七五條債權者ハ引渡命令ニ包含シタル差押命令ヲ不動産所在地ノ區裁判所ニ提出シ以テ保管人ノ任命ヲ求メ裁判所ハ該任命ノ決定ヲ第三債務者ニ送達ス(第五九八條第三債務者カ引渡命令ニ應セサル場合ニ於ケル手續等ハ前ニ述ヘタル所ト同一ナルヲ以テ之ヲ省略ス而シテ目的物ヲ保管人ニ引渡スヘキ旨ノ訴ヲ是認シタル判決ハ第七百三十一條ノ規定ニ從ヒテ執行スルコトヲ得ヘシ
(三) 債權ニ非サル財産權ニ關シテハ前ニ述ヘタル差押方法ニ準據シテ差押ヲ爲ス(第六二五條第一項第五九四條乃至第六二四條殊ニ執行裁判所ノ管轄差押命令ヲ發スルコト及ヒ其送達ニ關シテハ金錢債權ノ差押ニ關スル規定ノ適用ヲ受クルモノナリ)第五九四條第五九八條而シテ差押フヘキ財産權ニ付キ其行使上第三者ノ給付若クハ承認ヲ必要ト爲ス場合之ヲ換言スレハ差押フヘキ財産權ニ對シテ特定ノ給付ヲ爲スヘキ義務ヲ負ヒタル第三者アル場合ニ於テハ

(地上權、永小作權等ノ如キ)第三者ニ對スル差押命令ノ送達ニ因リテ差押ヲ爲シ
新ル第三者ナキ場合ニ於テハ(專賣權ノ如キ)債務者ニ對シ少クモ權利ノ處分
ヲ禁スル旨ノ命令ヲ包含シタル差押命令ヲ送達スルニ因リテ差押アリタルモ
ノト看做ス蓋シ第三者ナキヲ以テ第五百九十八條ノ規定ヲ適用スルコト能ハ
タレハナリ其他執行裁判所ハ差押ニ因リ處分シ得ヘキ權利ニ付キ特別ノ命令
ヲ發スルノ權ヲ有ス殊ニ管理者ニ管理セシムルカ如キ命令ヲ發スルコトヲ得
此場合ニ於テハ管理スヘキ物件ヲ管理者ニ交付スルニ因リテ差押ノ效力ヲ生
スルモノナリ但シ第三者若クハ債務者ニ對スル差押命令ノ送達ニ因リテ既ニ
差押ノ效力ヲ生シタルトキハ此限ニ在ラス差押ノ消滅ハ前ニ説明シタル所ナ
ルヲ以テ茲ニ之ヲ省ク

財産權ハ總テ差押フルコトヲ得ルモノニ非ス動産中ニ於テ差押フルコト能ハ
タル物アルト同シク財産權中ニモ差押フルコト能ハサルモノアリ
(4) 民法上他人ニ移轉スルコト能ハサル財産權ハ強制執行ノ爲メニ差押フル
コトヲ得ス何トナレハ金錢債權ノ強制執行ハ債務者ノ財産ヲ以テ債權者ノ滿

足ニ供スルモノナルカ故ニ此種ノ財産權ハ強制執行ノ目的物タルコトヲ得ザ
レハナリ

(ロ) 特別法ヲ以テ差押ヲ禁止シタル財産權例ヘハ恩給官吏恩給法第一八條ハ
差押フルコトヲ得サルハ當然ナリ

(ハ) 實體法上及ヒ特別法上差押ヲ認許シタル財産權ト雖モ第六百十八條ノ制
限内ニ在ルモノハ之ヲ差押フルコトヲ得ス此制限ハ公益ト債務者ノ利益トヲ
保護スルカ爲メニ設ケラレタル制度ナリ故ニ第一ニ債務者ハ合意又ハ拋棄ニ
依リテ該制限ヲ排斥スルコトヲ得ス然レトモ實體法上反對ノ明文ナキ以上ハ
此制限内ニ於ケル權利ノ讓渡質入及ヒ之ニ依リテ生スル權利ヲ訴強制執行並
ニ相殺ヲ以テ主張シ得ルヤ言フ埃タス第二ニ裁判所ハ職權ヲ以テ調査ヲ爲シ
民事訴訟法第六百十八條ノ制限ニ觸ルモノト認メタル以上ハ債權者ノ差押
命令ノ申請ヲ却下セサルヘカラス而シテ差押ヲヘキ債權ニ付キ第六百十八條
ニ規定シタル制限ニ觸ルルヤ否ヤノ爭ヲ生シ且ツ制限内ニ在ルコト明瞭ナラ
サルトキハ制限内ニ在ルモノト主張スル當事者即チ債務者ハ舉證責任ノ原則

「從ヒテ立證セサルヘカラス又此制限ハ金錢債權ノ差押ノミナラス有體物ノ引渡若クハ給付ヲ目的トスル債權ノ差押破産の差押及ヒ假差押ノ執行ニ關シテモ亦行ハル第六一四條第七四八條第七五〇條商法第一〇〇一條然レトモ債務者カ差押フルコト能ハサル財産權行使ノ結果トシテ既ニ受取リタル金錢其他ノ物件ニ關シテハ及ハサルモノトス何トナレハ斯ル物件ハ第五百七十條ニ基キテ差押フルコトヲ得ルヤ否ヤヲ定ムヘキモノナレハナリ第六百十八條ノ制限ニ反スル執行裁判所ノ決定ハ第五百四十四條ニ基キテ債務者第三債務者及ヒ利害關係アル第三者第六一八條第二參考ヨリ異議ヲ以テ攻撃セラル而シテ差押カ此制限ニ反スル事實ニ基キ第三債務者若クハ利害關係アル第三者ノ爲スヘキ特別ナル異議ノ訴及ヒ第三債務者ニ對スル債權者ノ訴ニ對シ前者カ該事實ニ基ク抗辯ノ提出ハ異議ヲ申出ツル權アルノ故ヲ以テ除外セラレサルモノナリ

第六百十八條ノ規定ニ依リテ差押フルコトヲ得サル債權ノ第一ハ法定ノ養料請求權ナリ法定養料請求權ハ身分法上ノ關係ニ因リ生スル養料請求權ニシテ

如何ナルモノカ之ニ屬スルヤハ民法ノ定ムル所ニ依ル民法第七九〇條第八七九條第八九〇條等而シテ過去ノ養料ノ爲メニスル賠償請求權ハ養料請求權ノ性質ヲ喪失スルヲ以テ第六百十八條第一項ノ適用ヲ受ケタルヤ當然ナリ其第二ハ債務者カ義捐建設所ヨリ又ハ第三者ノ慈惠ニ因リ受ケ且ツ債務者及ヒ其家族ノ生活ノ爲メニ必要ナル程度ニ於ケル繼續ノ收入ナリ義捐建設所又ハ第三者ノ慈惠ニ因リテ受ケル收入トハ給與者カ給付スヘキ義務ヲ負ハス且ツ反對給付ヲ求メタル第三者ヨリ受ケル收入ニシテ債務者及ヒ其家族ノ生活ノ爲メニ必要ナル程度ニ於ケル收入トハ債務者ノ從來ノ生活上ノ位置ヲ標準トシテ執行裁判所カ必要ナリト認定セタル收入ナリ隨テ爾後必要ナキニ至リタルトキハ之ニ關スル部分ハ更ニ差押フルコトヲ得此種ノ收入ヲ差押フルコトヲ得サル理由ハ給付者ノ慈惠ノ目的ヲ空シウセサラシメシメカ爲メナリ其第三ハ下士兵卒ノ給料並ニ恩給及ヒ其遺族ノ扶助料ニシテ明治二十三年六月法律第四十五號軍人恩給法明治二十四年十二月法律第四號等ヲ參照スヘシ其第四ハ出陣ノ軍隊又ハ役務ニ服シタル軍艦ノ乗組員ニ屬スル軍人軍屬ノ職務上ノ收入

ニシテ出陣ノ軍隊トハ宣戰以後ニ於ケル軍隊ニシテ役務ニ服シタル軍艦トハ宣戰以後ニ於ケル軍艦並ニ演習ニ充テラレタル軍艦ナリ其第五ハ官吏神職僧侶及ヒ教師ノ職務上ノ收入即チ俸給並ニ報酬恩給及ヒ其遺族ノ扶助料ニシテ此等ノ事項ニ關シテハ種種ナル特別法アルカ故ニ參照ヲ望ム其第六ハ職工勞役者雇人カ其勞務又ハ役務ノ爲メニ受クル報酬ナリ而シテ法律ハ債權者ノ利益ヲ保護スル目的ヲ以テ前ニ示シタル第一、第五及ヒ第六ノ場合ニ於テ職務上ノ收入、恩給其他ノ收入カ一箇年間ニ三百圓ヲ超過シタルトキハ超過額ノ半額ヲ差押フルコトヲ得セシメタリ既ニ差押ヘタル債權ハ既ニ差押ヘタル有體物ト異ニシテ他ノ債權者ノ爲メニ差押フルコトヲ得サルモノニ非ス同一ノ債權ハ漸次ニ數名ノ債權者ノ爲メニ各獨立のニ第五百九十八條ノ形式ヲ履ミテ差押フルコトヲ得ルハ獨逸民事訴訟法上一點ノ疑ナキ所ニシテ又我民事訴訟法第六百九條第三ノ明文上一點ノ疑ナキ所ナリ而シテ手形其他裏書ヲ以テ移轉スルコトヲ得ル證券ニ因レル債權ノ差押ニ關シテハ例外トシテ第五百八十六條ヲ適用スヘキモノト信ス獨逸ニ於テハ「ガウプ」「ワールモースキー」氏等ノ如キ

多數ノ學者ハ例外トシテ獨逸民事訴訟法第七百二十七條ヲ適用スヘキモノナリト主張スレトモ獨リヘルマン氏ハ此種ノ債權ハ債權トシテ差押ノ目的物タルカ故ニ有價證券ヲ占有スルニ依リテ差押ヲ爲スノ一事ハ有體動産ニ關スル差押ノ規定ノ適用ヲ正當ナラシメスト主張シ以テ反對ニ論決セリ

(C) 差押以後ノ手續

差押ヘタル債權其他ノ財産權ニ付キ差押債權者ヲシテ満足ヲ得セシムル政務ヲ取扱フ者ハ執行裁判所ナレトモ其満足ヲ得セシムル手續ハ差押ヘタル財産權ノ種類ニ從ヒテ各同シカラス左ニ之ヲ分説スヘシ

第一 手形其他裏書ヲ以テ移轉スルコトヲ得ル證券ニ因レル債權ニ關スル差押以後ノ手續

此種ノ債權ニ關スル差押以後ノ手續即チ換價ハ總テノ債權ニ關スル規定ニ從ヒテ之ヲ爲シ(第六〇〇條乃至第六一三條、第六一四條、第六一五條、第六一七條、第六二一條、第五百七十二條以下ノ規定ニ從ヒテ之ヲ爲スヘキモノニ非ス何トナレハ第六百三條ハ唯差押ノ方法ヲ規定シタルニ止マレハナリ故ニ此種ノ債權

ハ有價證券カ繼令無記名ナル場合ニ於テモ第六百條第六百一條ノ規定ニ從ヒテ移轉スルコトヲ要ス

第二 金錢ノ支拂ヲ目的トスル債權ニ關スル差押以後ノ手續
此種ノ債權ニ關スル差押以後ノ手續ハ執行裁判所カ債權者ノ申請ニ因リテ第六百十三條ノ場合以外ニ於テ差押債權者ノ爲メニ取立又ハ轉付ニ關スル移轉命令ヲ發スルニアリ(第六〇〇條獨逸舊民事訴訟法第七三六條金錢債權ノ差押ハ前ニ述ヘタル如ク第三債務者ニ對シ其債權者タル執行債務者ニ支拂ヲ爲スコトヲ禁シタルニ止マルヲ以テ第三債務者ハ之カ爲メニ差押ヘタル債權ヲ主張スズノ義務ヲ負フコトナク又差押債權者ハ之カ爲メニ差押ヘタル債權ヲ主張スルノ權ヲ有セス是ニ於テカ差押債權者カ差押債權ニ付キ満足ヲ享有スルニ尙ホ特定ノ裁判所ノ行爲ヲ必要トスルハ固ヨリ怪ムニ足ラス斯ル目的ノ爲メニスル裁判所ノ行爲ヲ移轉命令ト稱ス有體物ノ強制執行ニ於ケル賣却ト相對シ且ツ法律上差押ト異ナレル別派ノ行爲ナリ(立法上ノ理由)
債權者ノ移轉命令ヲ求ムル申請ハ或ハ差押ノ完成後或ハ差押命令ノ申請ト同

時ニ爲スコトヲ得第六百三條ノ場合ニ於テハ差押ハ執達吏ノ占有ニ因リテ成ルモノナルカ故ニ同時ノ申請ハ事實上不能ニ屬スルヤ言フ俟タス此申請ニ付キ管轄權ヲ有スル執行裁判所ハ(第五四三條申請ヲ正當ト認メタル場合ニ於テ移轉命令ヲ發ス面シテ債務者ヲ審訊スルト否トハ執行裁判所ノ自由ニ判斷スル所ナリ蓋シ債務者ヲ審訊スルハ法律上明文ヲ缺クモ禁止シタルニ非テレハナリ移轉命令ハ或ハ單獨ニ或ハ差押命令ト共ニ發スルコトヲ得面シテ轉付命令ハ差押ノ完成ヲ前提要件ト爲スコトハ第六百條ニ所謂差押ヘタル金錢ノ債權ナル明文ニ徴シテ明瞭ナリ故ニ前者ノ場合ニ於テ未タ第三債務者ニ對スル差押命令ノ送達ナキトキハ移轉命令ハ當然無効ニシテ第三債務者ニ對スル差押命令ノ爾後送達ニ依リテ之ヲ補充スルコトヲ得ス後者ノ場合ニ於テハ移轉命令ハ第三債務者ニ對スル差押命令ノ送達ニ因リテ效力ヲ發生ス(第五九八條第三項執行裁判所ハ職權ヲ以テ移轉命令ヲ第三債務者及ヒ債務者ニ送達セザルヘカラス(第六〇〇條第二項移轉命令ノ效力發生ニ關シテハ獨逸民事訴訟法ノ解

釋トシテ學說三派ニ分レタリ第一說ハ「ブランク」ガウブ「ワカルモースキー」氏等ノ主張スル所ニシテ移轉命令ハ之ヲ債權者ニ交付スルニ因リテ完成シ該命令ヲ第三債務者及ヒ債務者ニ送達スルハ債權者カ取立ヲ爲シ又ハ債權ノ移轉ニ因リテ生シタル權利ヲ有スル旨ヲ通知スルノ目的ニ外ナラスト曰ヒザルベシ民ハ債務者ニ對スル送達ヲ以テ「ヘルマン」氏ハ第三債務者ニ對スル送達ヲ以テ移轉命令ヲ完成スルモノナリト曰ヘリ我民事訴訟法ノ解釋トシテ疑ナキニシモ非スト雖モ同法第六百條第六百一條ニ依リテ推究スレハ移轉命令ハ差押命令ト同シク第三債務者ニ送達スルニ因リテ完成スト論決スルヲ得ヘシ獨逸舊民事訴訟法第七百三十條ハ直接送達主義ヲ採用シタルヲ以テ我民事訴訟法第五百九十八條第二項ノ如ク債權者ニ其送達ヲ爲シタル旨ヲ通知スヘシトノ法文ナシ故ニ獨逸舊民事訴訟法第七百三十六條ニ於テ單ニ第七百三十條第二項ノ規定ハ之ヲ準用スト規定スルモ爲メニ債權者カ移轉命令ノ發セラレタルヤ否ヤヲ知ラサルノ事實ナシ然ルニ我民事訴訟法第六百條第二項ハ右命令ノ送達ニ付テハ第五百九十八條第二項ノ規定ヲ準用スト明言スルニ止メタルヲ

以テ債權者ニ移轉命令ノ送達ヲ通知スルコトナシ隨テ法文上債權者ハ移轉命令ノ發セラレタルコトヲ知ルニ由ナキコトト爲リ立法上甚タ失當タリト認ム然レトモ解釋上第二百四十五條第三項ニ依リ債權者ニモ送達スヘキモノトシテ缺點ヲ補フコトヲ得ヘシ移轉命令ニ對シテハ債務者及ヒ第三債務者カ第五百四十四條及ヒ第五百五十八條ノ規定ニ從ヒテ不服ヲ申立フルコトヲ得ルヤ言フ埃タス

執行裁判所カ移轉命令ノ申請ヲ不當ナリト認メタルトキハ決定ヲ以テ之ヲ却下ス該決定ハ職權ヲ以テ債權者ニ送達セラルヘカラス何トナレハ此債權者ハ第五百五十八條及ヒ第四百六十六條第二項ニ基キテ即時抗告ヲ以テ攻擊スルコトヲ得ヘケレハナリ有體動産ノ差押ニ於テ執達吏カ債務者ニ代リテ差押物ヲ賣却スルト同シク執行裁判所ハ金錢債權ノ差押ニ於テ債務者ニ代リテ差押ヘタル債權ヲ債權者ニ移轉ス之ヲ換言スレハ移轉命令ハ債務者ノ權利行爲ノ結果トシテ生スル所ト同一ノ效力ヲ生ス然レトモ差押ヘタル債權カ手形其他裏書ヲ以テ讓渡スルコトヲ得ル證券ニ因レル債權ナルトキハ移轉命令ハ裏書

譲渡ノ效力ヲ生セサルヘシ何トナレハ移轉命令ハ債權者ノ爲メニ差押債權ノ取立又ハ差押債權ノ譲渡ノ效力アルニ止マレハナリ移轉命令ハ債權者ニ其満足ヲ享有セシムルノ目的ニテ發セラル故ニ差押債權ノ履行ヲ擔保スル附帶ノ權利保證抵當等モ亦共ニ移轉スルモノト謂フヘシ又移轉セラレタル差押債權ノ主張ニ關シ證書ヲ必要ト爲ス場合ニ於テハ債權者ハ之ヲ差押債權者ニ引渡スヘキ義務ヲ負フ何トナレハ證書並ニ之ヲ占有スル權利ハ移轉セラレタル差押債權ノ從物トシテ移轉セラレタルモノナレハナリ而シテ債務者ノ任意ニ其義務ヲ履行セサルトキハ特別ナル債務名義ヲ要セスシテ強制執行ノ方法ヲ以テ該證書ヲ債務者ヨリ取上ケシムルコトヲ得第七三〇條獨逸民事訴訟法學者例ヘハ「ガクプ」(Qualitäts)氏等ハ債務者所持ノ證書取上ヲ目的トスル強制執行ノ債務名義ハ移轉命令其モノタリ又執行力アル正本トシテハ獨逸民事訴訟法第六百七十一條我民事訴訟法第五二八條ニ從ヒテ送達シ且ツ引渡スヘキ義務アル證書ヲ表示シタル移轉命令ノ正本ト結合シタル從前ノ債務名義ノ執行力アル正本ヲ以テ足レリトシ特ニ引渡義務ヲ表示シタル特別ナル執行力ヲ

ル正本ヲ必要トセス而シテ「ガクプ」氏ハ尙ホ債權者ハ之ヲ爲メニ移轉命令ヲ求ムル申請ニ於テ若クハ此命令中ニ引渡スヘキ證書ノ表示ナキ場合ニ於テ之ヲ補充スル申請ニ於テ可成の引渡スヘキ證書ヲ確實ニ表示スヘキコトヲ要スル旨ヲ明言シタリ又「ブランド」氏ハ債權者カ移轉セラレタル債權ヲ主張スルカ爲メニ證書ノ占有ヲ必要ト爲ス場合ニ於テハ移轉命令ハ債務者ニ對シテ差押債權ニ關スル證書ヲ債權者ニ引渡スヘキ旨ノ執行裁判所ノ命令ヲ認メタルモノナリ是ヲ以テ債務者カ證書引渡ニ關スル法定義務第六〇六條ヲ任意ニ履行セサルトキハ債權者ハ引渡スヘキ證書ヲ表示シ且ツ移轉命令ト結合シタル執行裁判所ノ命令ヲ得以テ之ニ基キ執達吏ノ助力ノ下ニ強制執行ヲ爲ス第七三〇條故ニ該命令カ債務名義ニシテ(第五五九條移轉命令ハ引渡義務ヲ認メタルニ止マリテ訴訟費用ノ負擔ヲ言渡シタル裁判ト同シク債務名義ト爲ラス又執行文ノ附記ハ之ヲ必要トセス從前ノ債務名義及ヒ執行裁判所ノ命令トシテ移轉命令ヲ提出シ及ヒ其送達ヲ證明スルヲ以テ足レリトスト曰ヘリ而シテ此種ノ強制執行ノ開始ハ民事訴訟法第七百三十條第五百二十八條乃至第五百三十條

ニ準據スヘキモノナルヤ學者間ニ疑ナキ所ナリ然レトモ我民事訴訟法第六百六條ハ「差押命令ニ基キ」ト明言シ恰モ此命令ヲ以テ債務者所持ノ證書取上ヲ目的トスル強制執行ノ債務名義ト認メタルカ如シ然レトモ差押命令ハ其内容トシテ前述ノ如ク第三債務者ニ對シ債務者ニ爲ス支拂ノ禁止ト債務者ニ對シ處分ヲ爲スヘカラサル旨ノ命令トヲ包含スルモノニ外ナラサルヲ以テ之ヲ債務者所持ノ證書取上ヲ目的トスル強制執行ノ債務名義ト爲スハ法理上失當ニシタ又實際上不能ナリ(取上クヘキ證書ノ表示ナキヲ以テ故ニ余輩ハ論理解釋上該差押命令ハ移轉命令ニシテ前ニ述ヘタル「ガワブ」氏ノ説明スル如ク執行スヘキモノト信ス

引渡スヘキ證書カ第三者ノ占有ニ在リテ且ツ其第三者カ引渡ヲ承諾セザルトキハ第三者ニ對シ民事訴訟法第六百六條ノ規定ニ基キテ執行ヲ爲スコトヲ得ス第六〇六條債務者ヨリ取上クモ唯債權者ハ第三者ニ對シテ訴ヲ以テ證書ノ引渡ヲ求ムル債務者ノ請求權ヲ第六百六條第六百一一條ニ規定シタル移轉命令ニ基キテ之ヲ換言スレム第七百三十二條ニ從ヒテ此請求權ニ關スル特別ノ移轉命令

ヲ要セスシテ主張スルコトヲ得何トナレハ差押債權ノ移轉ト共ニ其從物トシテ該請求權カ移轉セラレタルヲ以テナリ移轉命令ハ之ヲ分チテ取立命令及ヒ移轉命令ノ二トス債權者ハ此二者中ノ一ヲ選擇スルノ權利ヲ有ス移轉命令ノ申請ニ於テ債權者ノ選擇シタルモノノ明示ナキトキハ取立命令ヲ選擇シタルモノト認定スルヲ正當トス何トナレハ取立命令ハ差押債權者ニ對シ毫モ危險ヲ被ラシメサル換價方法ナルヲ以テ差押債權者ノ意思ニ適シタルモノト看做スコトヲ得ヘクレハナリ而シテ債權者ハ取立命令ニ因リテ得タル權利ヲ拋棄シテ爾後轉付命令ヲ請求スルコトヲ得然レトモ反對ニ轉付命令ニ因リテ得タル權利ヲ拋棄シテ取立命令ヲ請求スルコトヲ得ス(第六一二條何トナレハ後者ノ場合ニ於テハ轉付命令ニ因リテ移轉シタル債權ハ取立ツヘキ債務者ノ債權タル性質ヲ有セザレハナリ又前者ノ場合ニ於テハ債權者ノ債權ハ完全ナル辨濟ヲ受クルマデハ有效ニ存在スルモノナルヲ以テ債權者ハ何時ニテモ其選擇シタル強制執行ノ方法ヲ棄テテ他ノ方法ヲ採ルコトヲ得ヘクレハナリ(同一ノ理由ニ因リ差押權モ亦拋棄スルコトヲ得此場合ニ於テハ取立命令ニ因リテ取

得シタル權利ノ拋棄ヲ包含ス何トナレハ差押ハ取立命令ノ基礎ナレハナリ取立ノ爲メニ取得シタル權利ノ拋棄ハ確實ヲ期スルカ爲メニ屆書ヲ裁判所ニ提出シテ之ヲ爲ス拋棄ハ屆書ヲ債務者ニ送達スルニ依リテ效力ヲ生ス第三債務者ニ對スル送達ハ訓示の法意ニ基クモノト知ルヘシ拋棄ハ取立命令ノ效力差押權ノ拋棄差押ノ效力ヲ喪失セシメ之カ爲メニ取立命令ヲ取消スノ必要ナシ然レトモ第三債務者ノ爲メニ之ヲ取消スコトハ法律ノ禁セサル所ナリ又拋棄ハ何時ニテモ之ヲ爲スコトヲ得故ニ債權者カ第三債務者ニ對シテ起訴シタル後ニ於テモ之ヲ爲スコトヲ得唯此場合ニ於テハ債權者ノ代位權消滅ノ結果トシテ爾後債務者カ該訴訟ヲ續行スルコト爲ルノミ(第一八〇條)而シテ拋棄以前ニ於テ既ニ發生シタル債務者ノ損害賠償請求權第六一一條バ拋棄ノ爲メニ妨ケサルナリ拋棄シタル執行ニ關スル費用ノ負擔者ハ第七十二條及ヒ第五百五十四條ニ從ヒテ之ヲ定ム債權者ハ此ノ如ク取立命令又ハ轉付命令ヲ求ムルニ付キ選擇權ヲ有ス然レトモ第六百七條ノ場合ニ於テハ例外トシテ第三債務者ニ債務額ヲ供託セシムルノ效力ノミヲ有スル(支拂ハシムルノ效力ニ非

ス)取立命令ヲ求ムルノ權アルノミ何トナレハ此場合ニ於ケル強制執行ハ債權者ニ擔保ヲ得セシムルノ目的ヲ有スルニ止マリ即チ債權上ノ満足ヲ得セシムルノ目的ヲ有スルモノニ非サレハナリ(第五〇五條)第二項第五七四條第二項第五七九條(手續)

移轉命令ハ取立命令及ヒ轉付命令ノ二者アルコトハ前ニ述ヘタル所ナリ

第一 取立命令

取立命令トハ執行裁判所カ債務者ニ代リテ債權者ニ對シ債務者ニ代リテ其有スル差押債權ヲ執行スヘキ自己ノ債權ノ満足ニ供スル目的ヲ以テ第三債務者ヨリ取立ツルノ授權ニ外ナラス(第六〇〇條)一項故ニ債務者ハ有體動產ノ差押ニ於ケルト同シク依然移轉セラレタル債權ノ主體ニシテ又債權者ハ債務ノ法定代理人トシテ(債務者ノ意思ノ有無ニ關係ナキカ故ニ)取立ツタル金錢ヲ自己ノ満足ニ供スルカ爲メノ權限ヲ有ス有體動產ノ強制執行ニ於テハ執達吏カ債權者ノ法定代理人トシテ其有スル權限ヲ行使シ債權ノ強制執行ニ於テハ債權者其者カ其有スル權限ヲ行使スルノ差異アルニ注意スヘシ是ヲ以テ取立命令

場合ニ於ケル各利害關係人ノ法律上ノ地位ヲ略言スレハ

一 債務者ハ取立命令以後ト雖モ差押ニ因リテ發生シタル處分無能力ノ制限ヲ以テ差押債權ノ主體タルコトヲ妨ケラレス隨テ取立命令以後ニ於ケル差押債權ハ尙ホ債務者ノ財産ニ屬ス故ニ債務者ハ差押債權者ノ權利ヲ侵害セサル範圍内ニ於テ取立命令以後差押債權ヲ處分シ讓渡又行使第三債務者ノ破産ニ於テ届出ヲ爲シ債權確認ノ訴ヲ提起スルカ如キ(スルコトヲ得レトモ支拂ヲ請求シ債務ノ免除延期等ノ如キ行為ヲ爲スコトヲ得ス

又第三債務者ノ破産ニ於テハ差押債權者ト共同スルニ非スシハ議決權ヲ行使スルコトヲ得ス而シテ債務者ハ取立命令以後尙ホ債務額ノ供託ヲ第三債務者ニ對シ請求スルコトヲ得ルヤ否ヤハ學者ノ爭フ所ニシテ「ガウプ」氏ハ積極的ニ論結シ「ブランド」氏ハ消極的ニ論結シタリ余輩ハ後説ヲ正當ト認ム何トナレハ取立命令以後ニ於テハ唯リ債權者ノミカ債務者ノ法定代理人トシテ支拂並ニ供託ヲ求ムル訴ヲ爲スノ權ヲ有シ又義務ヲ負ヒ且ツ適任者ナレハナリ(證書ヲ占有スルカ故ニ)第六〇六條第六〇七條第六一一條

二 債權者ハ債務者ノ法定代理人トシテ自己ノ満足ヲ全ウスルカ爲メニ差押債權ノ取立ヲ爲ス故ニ債權者ハ之カ爲メニ必要ナル權利行為殊ニ支拂ノ受領支拂ヲ求ムル訴ノ提起債務額ノ供託ヲ求ムル訴ノ提起確認ノ訴ノ提起假差押ノ申請第三債務者ノ破産ニ於ケル債權ノ届出債務者ノ第三債務者ニ對シ提起シタル繫屬訴訟ニ於ケル從參加ノ申請差押債權カ債務名義ヲ有シタル場合ニ於テ債務者ノ承繼人トシテ自己ノ爲メニスル執行力アル正本ノ付與ヲ申請スルノ權アリ(債權者及ヒ債務者ハ共同シテ第三債務者ニ對シ差押債權ノ確認ノ如キ訴ヲ提起スルコトヲ得此場合ニ於ケル訴訟ハ民事訴訟法第五十條ニ規定シタル合一的確定訴訟ノ一ニ非サルヤ言フ俟タズ然レトモ債權者ハ自己ノ満足ヲ全クスルカ爲メニ必要ナル權利行為ヲ爲スノ權アルノミ故ニ債權者ハ債務者ニ代リテ移轉セラレタル債權ヲ讓渡シ之ニ關シ和解免除延期ヲ爲スカ如キ處分權ナシ(破産手續ニ於ケル破産債權者ノ議決權ハ債權者及ヒ債務者共同シテ行使スルコトヲ得ルモ一方ノ單獨ナル行使ハ他ノ一方ノ利益ヲ害スルニ違ルヘシ)

取立命令ハ債權者ニ外部即チ第三債務者ニ對スル制限の代理權ヲ授與スルノミナラス内部即チ債務者ニ對シテ自己ノ權限ノ正當ナル行使ヲ爲スヘキ義務ヲ負ハシム故ニ債權者ハ自己ニ移轉セラレタル債權ヲ適當ナル注意ヲ以テ裁判上又ハ必要ナル場合ニハ裁判外ニ取立テ第三債務者ニ對シテ訴ヲ起シタルトキハ此訴訟ヲ債務者ニ告知シ(第六一〇條)且ツ此義務ノ故意又ハ過失ニ基ク息慢ヨリ債務者ニ對シテ生シタル損害ヲ賠償スルノ責任ヲ負フ債權者カ第三債務者ニ對シテ提起シタル訴訟ヲ債務者ニ告知スルニハ其訴ノ執行のナルト確認的ナルトニ拘ラス第五十九條以下ノ規定ニ從ハサルヲ得ヌ又訴訟ノ告知ハ債務者ヲシテ債權者ニ對シテ訴訟ヲ不十分ニ爲シタリトノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得テラシム(第五七條第六一條)而シテ訴訟ヲ告知セラレタル債務者ハ其訴訟ニ參加スルコトヲ得此場合ニ於テハ債務者ハ從參加人ト爲ルコト訴訟ノ告知ナクシテ參加シタル場合ト同一ナリ參加ノ效力ハ第五十五條及ヒ第六十一條ノ規定ニ從ヒテ之ヲ定ム債權者カ第三債務者ニ對シテ提起シタル訴訟ヲ債務者ニ告知セザルトキハ債權者ハ訴訟ノ不十分ナル實施ノ爲メニ債務者ニ對シテ

生シタル損害ヲ賠償セザルヘカラス而シテ此損害賠償請求權ハ強制執行中債務者ノ爲メニ新ニ成立シタル權利ナルヲ以テ執行スヘキ債權ト相殺セント欲スル債務者ハ第五百四十五條ノ規定ニ從ヒテ之ヲ主張スルコトヲ得ヘシ然レトモ移轉セラレタル債權ノ不成立又ハ履行不能等ノ原因ニ基キ満足ヲ享有シ能ハサルシ債權者ハ債務者ノ有スル他ノ財産ニ對シ強制執行ヲ續行スルコトヲ得又債權者カ第三債務者ニ對シテ提起シタル訴訟ノ費用ハ債務者ニ對シテハ強制執行ノ費用ノ一部分ニ外ナラサルヲ以テ債務者ニ對スル從來ノ債務名義ニ基キテ取立ツルコトヲ得債權者ハ債務者カ内國ニ在リテ住所ノ知レタル場合ニ非サルトキニ於テハ訴訟ヲ告知スルノ義務ナシ何トナレハ債務者カ外國ニ在ルヲ以テ外國ニ於テスル送達又ハ住所ノ知レサルカ爲メニ公示送達ヲ要スル場合ニ於テ訴訟ヲ告知スルハ債權者ニ對シ甚タ困難ナレハナリ然レトモ之カ爲メニ訴訟告知ノ效力ヲ發生スルモノト誤解スヘカラス債務者ハ債權者ニ對シテ訴訟カ不十分ニ爲セラレタルコトヲ主張スルコトヲ得ヘシ又債權者ハ向ホ進ミテ訴訟ノ告知ヲ爲スコト能ハサルモノト誤解スヘカラス債權者ハ訴

「告知ノ義務ナキニモ拘ラス之ヲ爲シタルトキハ訴訟告知ノ效力ヲ生スルヤ」
當然ナリ第三債務者ハ債務者ノ参加ヲ妨ケ又訴訟ノ告知ナキヲ理由トシテ自
己ノ爲メニ異議ヲ申立ツルノ權ナシ然レトモ同一ノ請求ノ爲メニ債權者及ヒ
債務者ニ對シテ二ノ訴訟ヲ爲スノ義務ナシ訴訟告知ノ有無ニ拘ラス債權者ニ
對シテ言渡ナレタル判決ノ確定ハ債務者ニ對シテモ亦效力アリ何トナレハ債
權者ハ債務者ノ法定代理人ナレハナリ債權者カ取立ノ爲メニ移轉セラレタル
債權ノ行用ハ裁判上及ヒ裁判外手形ノ適時ノ呈示拒絕證書ノ作成等ノ行用並
ニ強制執行ヲ包含ス債務者ハ債權者カ取立ノ爲メニ移轉セラレタル債權ノ行
用ヲ怠リタルカ爲メニ生シタル損害賠償請求權ヲ第五百四十五條ニ從ヒテ或
ハ獨立ノ訴ヲ以テ債權者ニ對シテ主張スルコトヲ得損害ノ存在及ヒ數額ハ債
務者ノ立證スヘキ所ニシテ債務者カ移轉命令以後第三債務者ニ對シ債務額供
託ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルノ事實ハ債權者ノ責任ニ影響スル所ナシ
三 第三債務者ハ取立命令アルニモ拘ラス依然債務者ノ債務者タリ而シテ債
務ノ差押第三債務者ニ對シテ債務額ヲ債務者ニ支拂フコトヲ禁シタリ故

第三債務者ハ爾後債務者ニ對シテ支拂ヲ爲スコトヲ得ス又爲スヘカラス隨テ
債務者ヨリ差押債權者ニ對スル債務ノ履行ヲ強制セラルルコトナシ是ヲ以テ
第三債務者ハ債務者ノ差押債權ニ關スル支拂ノ要求ニ對シ處分能力欠缺ノ理
由ニ基テ異議ヲ申立ツルコトヲ得債務者カ差押以後支拂ヲ求ムル訴ヲ提起シ
タルトキハ原告タルノ資格ナキ旨ノ實體上ノ抗辯ヲ提出シ差押以前ニ繫屬シ
タル支拂ヲ求ムル訴訟ヲ差押以後ニ於テ續行スヘキ旨ヲ申立テタルトキハ前
示抗辯ヲ提出シテ債務者カ支拂ヲ求ムル訴ノ申立ヲ減縮スルニ非スンハ訴ヲ
却下セシムルコトヲ得ヘシ又債務者カ差押以前ニ於テ既ニ確定シ且ツ差押債
權ニ付キ第三債務者ニ對シテ負擔ヲ言渡シタル判決ニ基キ差押以後強制執行
ヲ爲ストキハ第五百四十五條ニ基テ異議ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルハ前ニ述
ヘタル所ナリ此法則ハ取立ノ爲メニスル移轉命令ニ依リテ前ニ説明シタルカ
如キ些少ノ變更ヲ生シ債務者ハ以後債權者カ法定代理人トシテ債務額ノ供託
ヲ求ムル訴ヲ提起シ又之ヲ續行スルコトヲ耐忍セサルヘカラス隨テ第三債務
者ハ債務者ニ對シテ此變更ヨリ生スル異議ヲ主張スルコトヲ得第三債務者ト

債務者トノ關係ニ於テ何等ノ實體的法律關係ヲ生スルモノニ非ス唯第六百九條ニ規定シタル陳述ヲ爲スノ義務アルノミ取立ノ爲メニ「裁判外ニ債權者カ債務者ノ法定代理人トシテ其債權ヲ差押當時ニ存在シ且ツ債務者ノ主張スルコトヲ得ルモノナル以上ハ自己ノ満足ニ供スル目的ヲ以テ主張スルコトヲ承認セサルヘカラス又債權者ハ債務者ノ法定代理人トシテ第三債務者ニ對シ繫屬シタル訴訟ヲ續行スルコトヲ得ヘシ此場合ニ於テハ債權者ハ將來ニ向テ訴訟ノ實施ヲ爲シ過去ニ向テ即チ差押以後取立命令以前ニ於テ拋棄認諾自白等ノ如キ自己ニ不利益ナル債務者ノ積極の權利行為ヲ自己ニ歸シテ效力ナキモノトシテ取扱フコトヲ得然レトモ差押以後取立命令以前ニ於テ債務者ノ責ニ任スヘキ懈怠ノ結果ハ訴訟ヲ續行スル債權者ニ對シテモ亦效力アリ債權者ハ差押以後取立命令以前ニ從參加人トシテ訴訟ニ干與シ斯ル不利益ヲ避クルコトヲ得ヘシ債權者ハ債務者ノ法定代理人トシテ取立權ヲ

有スルモ債務者ノ有スル以外ノ權利ヲ有スルモノニ非ス故ニ第三債務者ハ自己ノ爲メニ差押以前ニ於テ債務者ニ對シテ成立シタル總テノ抗辯例ヘハ相殺ノ如キ實體上ノ抗辯權利拘束訴訟費用未済ノ抗辯ノ如キ訴訟上ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得然レトモ債權者ノ權利ニ對シテ債務者ノ爲メニ成立シタル抗辯ハ之ヲ主張スルコトヲ得ス何トナレハ後者ハ債務者其者カ第五百四十五條ノ規定ニ從ヒテ主張スヘキモノナレハナリ但シ差押並ニ取立命令ノ適法及ヒ效力ノ有無ニ關スル抗辯ハ第三債務者ノ固有ノ抗辯トシテ主張スルコトヲ得ルヤ當然ナリ第三債務者ト債權者トノ關係取立命令ノ意義及ヒ利害關係人ノ法律上ノ地位)

債權者ハ此取立權ヲ有效ニ行使スルカ爲メニ債務者ニ對シテ差押債權ノ狀態ニ關レテ必要ナル通知ヲ求メ又債務者及ヒ占有者タル第三者ニ對シ差押債權ニ關スル證書ヲ引渡ヲ強制スルコトヲ得ヘシ又第三債務者ハ債權者ノ利益ノ爲メニ差押命令ノ送達ニ因リテ移轉命令ニ非ス之ヨリ七日ノ期間内ニ法定ノ事項ヲ通知スヘキ義務ヲ負フ(第六〇九條該義務ハ證言義務ニ歸納スルモノニ

シテ債權者ノ爲メニ差押債權ノ法律上ノ狀態ニ關スル必要ナル説明ヲ與ヘ且
ツ之ト共ニ第六百條第六百一一條第六百十條乃至第六百十三條ノ規定ニ基テ處
分ノ基礎ト爲ルモノタリ(立法上ノ理由)
第三債務者ヲシテ此義務ヲ履行セシムルニハ二ノ要件アリ其第一ハ第三債務
者カ債權者ノ求ニ因リテ第六百九條第一號乃至第三號ニ表示シタル事項ヲ陳
述スヘキコトヲ催告セラレタルヲ要ス此催告ハ差押命令ノ送達ニ際シテ之ヲ
爲シ且ツ送達證書ニ於ケル記載ニ依リテ確認セラレタルヘカラス然ラサルハ
催告ノ效ナシ債權者ハ此目的ノ爲メニ執行裁判所ニ申立ヲ爲ス其第二ハ催告
ハ總テ第六百九條第一號乃至第三號ニ規定シタル事項ヲ包含セサルヘカラス
故ニ其一事項ニ付キ制限セラレタル催告ハ第三債務者ノ義務ヲ完全ニ履行セ
シムルニ足ラス第六百九條第一號ハ裁判外ノ自白ヲ求ムルニ在リ第二號ハ差
押債權者カ差押債權ニ付キ直接ニ利害關係アル債權者ヲ認識スルノ利益アル
カ爲メナリ第三號ハ第六百二十一條ノ手續ニ依ラシムル必要アルカ爲メナリ
而シテ配當手續カ既ニ開始セラレ且ツ執行裁判所カ差押債權ニ付キ取扱ヲ爲

スニ至リタルトキハ第三號ノ義務ノ履行トシテ裁判所ノ記錄ニ基キ其旨ヲ指
示スルヲ以テ足ル要件

第三債務者ハ此要件ノ備リタル場合ニ於テハ七日ノ期間内ニ直接ニ債權者ニ
對シ又ハ間接ニ其代理人タル執達吏ニ對シ書面上ノ陳述ヲ爲スヘシ書面上ノ
陳述ヲ爲スヲ要スルハ確實ヲ期スルカ爲メナリ第三債務者カ其義務ヲ履行セ
サルトキハ之カ爲メニ生シタル損害殊ニ他ノ執行方法ノ消滅ニ因ル損害差押
債權ニ付キ爲セタル無益ナル訴訟費用ヲ賠償セサルヘカラス(第三者ノ通知義
務)

取立命令ノ範圍ハ原則トシテハ差押債權全額ニ涉ルヲ原則トス是レ分割辨濟
ノ勢力ヲ節略スルカ爲メナリ而シテ強制執行ハ債權者ニ正當ナル満足ヲ得
シムルニ止マルヲ以テ差押債權者ハ取立タル金額ニ付キ正當ナル満足ヲ得
タル後尙ホ剩餘額アリタルトキハ之ヲ債務者ニ返済スヘキヤ當然ナリ然レド
モ法律ハ債務者ノ爲メニ其申立ニ因リテ差押債權者ヲ審訊シテ利害關係アル
事故ニ差押債權額ヲ其要求額ヲテニ制限シ其超過額ノ處分殊ニ取立ヲ債務者ニ

許スヲ得セシメタリ此制限ニ關スル許可ハ第三債務者及ヒ債權者ニ通知スヘク又制限内ノ部分ニ限リテ他ノ債權者カ配當要求ヲ爲スコトヲ得サルノ效力ヲ生ス是レ差押債權者ノ利益保護ノ爲メニ差押配當主義ノ一例ナリ設ケタルナリ取立命令ノ範圍ニ關シテハ第五條ノ規定ニ依リテ差押債權者ハ差押債權ノ換價方法トシテ執達吏ト同シク自己ノ取立權ヲ行使ス差押債權ノ換價ハ強制執行上ノ満足ヲ享有スルカ爲メニ金錢ノ調達ヲ目的トスル行爲ナリ故ニ差押債權者ハ第三債務者ニ對シ裁判外ニ於テ差押債權ノ支拂ヲ求メ或ハ裁判上ニ於テ即チ訴ヲ提起シ若クハ既ニ第三債務者ト債務者トノ間ニ於テ差押以前ニ繫屬シタル訴訟ヲ續行セテ或ハ第三債務者ト債務者トノ間ニ於ケル訴訟ノ結果トシテ言渡サレタル終局判決ニ關スル自己ノ氏名ヲ表示シタル執行力アル正本ヲ付與セシメ以テ差押債權ノ支拂ヲ強制ス而シテ債權全額カ差押ヘラレタルトキハ差押債權者ハ其債權並ニ費用第五六四條ノ完済ニ必要ナル部分ノミニ付キ支拂ヲ求ムルコトヲ得ヘシ然レトモ債權額ノ部分ノミカ差押ニ係リタル部分ハ移轉セラレタル此都合ニ關シテノミ支拂

ヲ求ムルコトヲ得ヘシ但シ前者ノ場合ニ於テハ債權者カ執行上ノ満足ヲ享有スルニ至ルマテ差押權ノ存續スルコトハ疑ナキ所ナリ差押債權者ハ通則トシテ第三債務者ニ對シ自己ニ支拂ヲ爲シ又變則トシテ第五百五條ノ場合ニ於テハ供託所ニ供託ヲ爲スコトヲ求ムルコトヲ得後者ノ場合ニ於テハ債權者ハ供託金額ノ權利者ニシテ差押債權者ハ其債權ノ満足ヲ享有スルマテ差押權ヲ有スルニ過キス差押債權者ハ第三債務者ヨリ支拂ハレタル金錢ヲ自己ノ權利ニ歸セシメタルコトニ因リテ執行上ノ満足ヲ享有ス此觀念ニハ二ノ方面アルコトニ注意セサルヘカラス差押債權者ハ債務者ノ代理人トシテ第三債務者ヨリ金錢ヲ受取り且ツ之ニ因リテ第三債務者カ債務者ニ對シテ負ヒタル義務ヲ消滅セシメ同時ニ差押債權者ハ其受領シタル金錢ヲ自己ノ權利ニ歸セシメ且ツ之ニ因リテ自己ノ債權ヲ消滅セシムルモノタリ斯ル觀念ニ基キ吾人ハ差押債權者カ第三債務者ヨリ支拂ハレタル金錢ヲ受取りタルコトカ債務者ノ支拂ト同視スルコトヲ解スヘク得ヘシ差押債權者ハ取立ヲ爲シタル旨ヲ執行裁判所ニ届出テナルヘカラス(第六〇八條是レ配當要求ノ能否ニ關スル時期ヲ確定シ

(第六二〇條第一項又執行裁判所ヲシテ剩餘金等ニ付キ適當ノ處分債務者ニ返還スルカ如キヲ爲スヲ得セシムルカ爲メナリ取立權ノ行使)
取立費用ハ執行費用ニ屬ス(第五五四條故ニ取立ヲタル金錢ヨリ之ヲ取立ツルモノナリ然レトモ債權者カ不必要ナル費用ヲ執行費用トシテ取立タルトキハ債務者ハ強制執行終局以前ニ於テハ第五百四十五條ニ基キ此費用額ヲ差押債權者ノ要求額ヨリ控除スヘキ旨ノ訴ヲ提起シ又強制執行終局以後ハ不當利得ニ基キ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ取立費用)

第二 轉付命令

轉付命令トハ執行裁判所カ差押債權者ノ金錢債權ノ満足ヲ得セシムルカ爲メニ第三債務者ニ對シテ債務者ノ有スル債權ヲ差押債權者ノ財産ニ移轉スルモノナリ故ニ轉付命令ハ其目的ニ基キ必要上債權ノ讓渡ト法律上同一ノ效力ヲ有ス然レトモ債權ノ讓渡其モノニ非スシテ却テ債權ノ讓渡ニ類似シ且ツ民事訴訟法ノ規定及ヒ立法上ノ目的ニ從ヒテ定マルヘキ特種ナル債權移轉ノ一ノ形式ナリ隨テ債權讓渡ニ關スル民法上ノ法則ハ當然適用セラレルモノニ非ス

是ヲ以テ轉付命令ノ場合ニ於ケル各利害關係人ノ法律上ノ地位ヲ略言スレハ(差押以後轉付命令以前ニ於テハ各利害關係人ハ前ニ述ヘタルカ如キ地位ニ在リ又債權者ハ前ニ述ヘタルカ如ク第六百九條ニ規定シタル陳述ヲ求ムル申立ヲ爲スコトヲ得ヘシ)債務者ハ轉付セラレタル債權ノ主體タルコトヲ止ム故ニ轉付命令以後此債權ニ關スル債務者ノ總テノ處分ハ差押債權者及ヒ第三者ニ對シテ法律上效力ヲ生セス又債務者ハ此債權ニ付キ訴訟ヲ爲シ若クハ既ニ繫屬シタル訴訟ヲ續行スルノ權限ヲ失フ(2)差押債權者ハ轉付命令ニ因リテ移轉セラレタル債權ノ主體ト爲ル故ニ債權者ハ轉付命令以後此債權ヲ自由ニ處分スルコトヲ得唯第三債務者ニ對シテ起訴スルニ至リタルトキハ債務者ニ對シテ其訴訟ヲ告知セサルヘカラス(第六一〇條蓋シ轉付命令ハ差押債權ノ存スル限ニ於テ債務者カ辨濟ヲ爲シタルノ效力アルカ故ニ債務者ハ其債權ノ存在ヲ立證スルノ利益ヲ有スレハナリ而シテ債權者カ債務者ニ告知スルコトヲ怠リ且ツ差押債權ノ不存在ノ爲メニ敗訴シ爲メニ他ノ方法ニ於ケル強制執行ヲ爲シタル場合ニ於テハ債務者ハ差押債權ノ有效ニ存在シタル旨ヲ主張シ隨

テ債權者ハ強制執行上ノ満足ヲ得タルモノナリトシテ第五百四十五條ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ其他ハ前述ノ説明ヲ參考スヘシ從タル權利ハ轉付命令ト共ニ差押債權者ニ當然移轉ス(3)第三債務者ハ轉付命令ト共ニ差押債權者ニ對シ從來債務者ニ對シテ有シタル法律上ノ地位ヲ有ス故ニ第三債務者ハ一方ニ於テ差押債權者ヲ自己ノ債權者ト認ムヘキ義務ヲ負ヒ他ノ一方ニ於テハ債務者ニ對シテ有スル總テノ抗辯ヲ差押債權者ニ對抗スル權ヲ有ス是ヲ以テ差押債權者カ移轉セラレタル債權ノ主體トシテ第三債務者ト債務者トノ間ニ於テ繫屬シタル訴訟ヲ續行セサルヲ得ス轉付命令ノ意義及ヒ利害關係人ノ法律上ノ地位轉付命令ハ唯券面額即チ移轉セラルヘキ債權カ差押債權者ニ享有セシムヘキ實在的債權ニ非サル名義上ノ債權ニテ行ハル且ツ債權者ヨリ之ニ關スル特別ノ申立アルヲ要ス(前述ノ説明參考)而シテ券面額カ差押債權者ノ要求額ヨリ(執行費用ヲ包含ス)大ナルトキハ之ニ適當シタル券面額ノ一部分ノミヲ轉付スルコトヲ要ス隨テ差押債權ノ一部分ハ轉付命令ニ因リテ債權者ニ移轉シ他ノ一部分ハ依然債權者タル債務者ニ屬スル二箇ノ債權ニ分割セラルルノ

結果ヲ生ス定期金請求ノ如キ元本的券面額ナキ債權ニ關シテハ各定期金ニ付テノ轉付命令ヲ發スルコトヲ得ルハ當然ナリ然レトモ當事者ノ同意ニ因リテ定マルヘキ返還額又ハ利息割引ニ因レル元本額ニテ此種ノ債權ニ付テノ轉付命令ヲ發スルコトヲ得ヘシ其他ハ唯第六百十三條ニ基キテ換價スルコトヲ得ルニ止マレリ轉付命令ノ範圍(第六〇〇條第六〇一條券面額ニテ)差押債權者ハ轉付命令アルニ因リテ強制執行上ノ満足ヲ享有スルモノトス此效力ハ轉付命令ヲ第三債務者ニ送達スルニ因リテ發生シ前述ノ説明參考第三債務者ノ支拂實力ノ有無ニ關セサルナリ隨テ債權者ハ轉付セラレタル債權ノ實行ニ於ケル危險ヲ負擔スルモノト謂フヘシ是ヲ以テ債權者ハ此債權上ノ満足ヲ享有スルコト能ハサルヲ理由トシテ債務者ニ對シ何等ノ求債權ヲ行フコトヲ得ス然レトモ斯ル效力ノ發生ニハ轉付セラレタル債權カ其轉付ノ當時ニ於テ存在シタルコトヲ前提要件トス何トナレハ轉付ノ當時ニ存在セサル債權ハ之ヲ轉付スルニ由ナクレハナリ故ニ轉付命令ノ目的タル債權カ不成立又ハ消滅ニ因リテ轉付ノ當時既ニ存セザリシトキハ差押債權者ノ權利ハ強制執行上ノ満足ニ因リテ

消滅シタリト謂フコト能ハス故ニ他ノ目的物ニ對シ強制執行ヲ續行スルコトヲ得ヘシ此場合ニ於テ債務者ハ債權ノ存在ヲ理由トシテ強制執行異議ノ訴ヲ提起スルコトヲ得第五四五條ブランク氏ハ該訴訟ニ於テ債權者ニ債權不存在ノ立證責任アリト主張スト雖モ多數ノ學者ノ採ラサル所ナリ余輩モ亦債務者ハ原告トシテ債權存在ノ立證責任アルモノト信スルカ故ニ同氏ノ說ヲ贊セス(第六〇〇條第六〇一條)轉付命令ノ效力(移轉命令ノ種類)

(a) 債權カ數名ノ債權者ノ爲メニ同時第六一九條又ハ漸次ニ差押ヘラレ或ハ配當要求債權者アリタルトキ(第六二〇條)ハ第三債務者ハ債務額ヲ供託スルノ權利ヲ有シ又移轉命令ヲ得タル差押債權者第六一九條前數條ノ規定ヲ準用ス或ハ配當要求債權者ノ求メニ因リテ(第六二一條)債務額ヲ供託スルノ義務ヲ負フ債權カ數名ノ債權者ノ爲メニ漸次ニ差押ヘラレタル場合ニ於テ第一ノ差押債權者ハ第二ノ差押アルニモ拘ラス自己ニ差押債權ヲ轉付スルコトヲ得然レトモ第二差押債權者カ第一差押アルニモ拘ラス自己ニ差押債權ヲ轉付セシメタルトキ此轉付ハ第一ノ差押債權者ニ對シテ實體上ノ效力ナシ何トナレハ違

ハ差押債權者ノ權利ヲ害スルニ至ルヲ以テナリ故ニ第一ノ差押債權者ハ第五百四十四條及ヒ第五百四十九條ニ從ヒテ異議ヲ申立ツルコトヲ得ヘシ債權カ數名ノ債權者ノ爲メニ同時ニ差押ヘラレタル場合ニ於テハ各債權者ハ第三債務者ニ對シテ債務額ノ供託ヲ求ムルノ目的ニ基クニ非スルハ差押債權ノ移轉命令ヲ申請スルコトヲ得ス何トナレハ自己ノ權利ノ満足ヲ求ムルカ爲メニスル移轉命令ノ付與ハ他ノ差押債權者ヲ害スレハナリ第六一九條第三債務者ハ債權カ漸次又ハ同時ニ數名ノ債權者ニ差押ヘラレタル場合ニ其危險負擔ニ於テ差押債權者中ノ何人カ辨濟ヲ受タルノ權限ヲ有スル者ナルヤ隨テ此者ニ對スル支拂ノ有效ナルコトヲ調査スルノ義務ヲ負ヒ或ハ差押債權カ各差押債權者ノ要求額ヲ満足セシムルニ足ルヤ又各差押債權者ノ債權カ正當ナルヤ否ヤヲ調査スルノ義務ヲ負フモノニ非ス然レトモ第三債務者ニ其選定シタル差押債權者ニ支拂ヲ爲スノ權利ヲ認ムルハ他ノ差押債權者ヲ害スルニ至ルヘシ是ヲ以テ第三債務者カ債務額ノ供託ヲ爲ス權利ヲ有シ又差押債權者ノ求メニ因リテ供託ヲ爲スノ義務ヲ負フハ法理上正當ト謂ハサルヘカラス第六二一條準

第三債務者ハ數名ノ債權者ノ爲メニ差押アリタルトキハ直チニ債務額ヲ供託スルノ權利ヲ有ス而シテ第三債務者カ債務額ヲ供託シタルトキハ之ニ因リテ差押債權カ取立權アル債權者ニ支拂ハレタルト同シク消滅シ債務者ハ供託金ノ權利ヲ取得シ差押債權者ハ此金錢上ニ差押權ヲ有スルノミ第三債務者カ債務額ノ供託ヲ爲ササルトキハ之ヲ強制スルカ爲メニ差押債權者ノ一人ハ執行裁判所ヨリ移轉命令ヲ得テ第三債務者ニ對シ債務額ノ供託ヲ求メ第三債務者ハ之ニ因リテ債務額ヲ供託スヘキ義務ヲ負フ(移轉命令ヲ必要ト爲ス理由ハ差押命令ノ内容ニ供託ヲ要求スルノ權能ヲ包含セサレハナリ)第三債務者ハ其權利ノ實行トシテ又其義務ノ履行トシテ供託ヲ爲スニ際シテハ供託費用ヲ供託スヘキ債務額ヨリ控除スルコトヲ得ヘシ或ハ配當費用ト同シク配當額ヨリ優先シテ支拂ハルヘキ旨ヲ請求スルコトヲ得又供託ヲ完了シタル後ハ執行裁判所ニ其事情ヲ届出テテ配當手續ヲ準用スルコトヲ得セシム執行裁判所カ届出ヲ受理セサルトキハ此決定ニ對シテ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得

ヘシ(第五五八條)第三債務者カ其債務ノ存否クハ供託義務ノ有無ヲ爭ヒ供託義務ヲ履行セサルトキハ移轉命令ヲ得タル各債權者ハ第三債務者ニ對シ其供託義務ノ履行ヲ求ムル訴ヲ提起スルノ權ヲ有シ移轉命令ヲ得サル各差押債權者ハ斯ル權利ヲ有セス何トナレハ後者ハ第三債務者ニ對シ債務額ノ供託ヲ求ムルノ權ナケレハナリ然レトモ法律ハ各自獨立のニ其利益ヲ保護スルヲ得セシムルカ爲メニ後者ニ共同訴訟人トシテ移轉命令ヲ得タル債權者ノ提起シタル供託義務ノ履行ヲ求ムル訴訟ニ加ハルコトヲ得セシメタリ此訴訟ノ目的ハ債權者ニ移轉セラレタル第三債務者ニ對スル債務者ノ債權ナリ何トナレハ原告タル債權者ハ自己ニ移轉セラレタル債務者ノ債權ニ付キ第三債務者ニ對シ供託ヲ請求スルニ外ナラサレハナリ(支拂ノ代リニ差押債權ノ存否ニ關スル判決ハ共同訴訟人トシテ加リタルト否トニ拘ラス總テノ差押債權者ニ對シテ又ハ其爲メニ效力アリ何トナレハ差押債權ノ存否ハ其性質上合一的ニ確定スヘキモノナレハナリ其他ノ爭點ニ關スル判決ニシテ第三債務者ニ利益アルモノハ訴ヲ受ケタル

第三債務者カ其知リタル總テノ差押債權者ヲ共同訴訟人トシテ呼出アラジコトヲ口頭辯論ノ第一期日マテニ申立テタルトキニ非スシハ共同訴訟人トシテ訴訟ニ加ラサル差押債權者ニ對シテ第三債務者ノ爲メニ效力ヲ生セス然レモ移轉命令ヲ得タル債權者ト第三債務者トノ間ニ於ケル訴訟ニ於テ言渡サレタル判決ハ債務者ノ爲メニ又ハ之ニ對シテ效力アリ何トナレハ取立命令ヲ得タル債權者ハ債務者ノ法定代理人ニシテ又債務者ハ移轉命令ヲ受ケタル債權者ノ被承繼人ナレハナリ(第六二三條準用執行力アル正本ヲ有スル債權者及ヒ民法ニ從ヒ配當ノ要求ヲ爲スコトヲ得ヘキ債權者後者ニ關シテハ第五百九十條及ヒ第五百九十一條第二項第三項ノ規定ノ適用アリ)ハ差押債權者カ取立ヲ爲シ其旨ヲ執行裁判所ニ届出ワルマテ又ハ支拂ニ代ヘテノ轉付命令アルマテ配當ノ要求ヲ爲スコトヲ得レトモ取立ノ届出後又ハ轉付命令アリタル後裁判所ヨリ發シタル後ハ假令第三債務者ニ對シテ送達セサル場合ト雖モ(ハ配當要求ヲ爲スコトヲ得ス是レ移轉命令ヲ得タル債權者ノ利益ノ爲メニ配當要求ノ時期ヲ制限シタルナリ)配當要求ハ職權ヲ以テ之ヲ第三債務者債務者及ヒ差押債

權者ニ送達セサルヘカラス蓋シ第三債務者ハ配當要求ノ送達ヲ受ケタルニ因リテ債務額ヲ供託スルノ權ヲ有スルニ至リ債務者及ヒ差押債權者ハ配當要求ニ付キ利害關係アリ殊ニ債務者ハ配當要求ノ送達後三日内ニ第五百九十一條第二項ニ基キ配當要求債權者ノ債權ヲ認諾スルヤ否ヤヲ執行裁判所ニ申立ツルノ義務アレハナリ(第五百九十一條第一項ニ於ケルカ如ク通知ト爲ササルハ配當要求ヲ知ルノ確實ナルヲ期スルカ爲メナルヘシ)而シテ執行力アル正本ヲ有スル債權者ノ配當要求ハ既ニ爲シタル差押カ取消ト爲リタルトキニ於テ要求ノ順序ニ依リ差押ノ效力ヲ生ス其理由ハ執行力アル正本ヲ有スル債權者ノ利益ヲ保護スルニ在リテ漸次ノ差押ヲ許ササルノ故ヲ以テ配當要求ニ差押ノ效力ヲ認メタルニ非サルヘシ(第六二〇條)配當要求ノ送達ヲ受ケタル第三債務者ハ債務額ヲ供託スルノ權ヲ有シ又配當要求債權者ノ求メニ因リテ債務額ヲ供託スルノ義務ヲ負フ是レ第三債務者ヲシテ多數ノ債權者アル場合ニ於ケル煩累ヲ避ケ又配當要求者ヲシテ其利益ヲ防禦スルヲ得セシムルカ爲メナリ第三債務者ハ其義務ノ履行トシテ又ハ其權利ノ實行トシテ債務額ヲ供託スルニ

際シ供託費用ヲ債務額ヨリ控除スルコトヲ得ルハ前ニ述ヘタルカ如シ又債務額ヲ供託シタル後其事情ヲ届出テ執行裁判所ノ配當準備ノ用ニ供スルコト第五百九十三條末項ト其法意ヲ同シラス而シテ債務額ノ供託ハ差押債權カ取立權アル債權者ニ支拂ハレタルト同シク消滅スルノ效力ヲ生シ債務者ハ供託金ニ付キ權利ヲ取得シ債務者カ此金錢ニ付キ配當要求權ヲ有ス第三債務者カ其供託義務ヲ履行セサルトキハ差押債權者ハ(供託義務ノ履行ヲ求ムルカ爲メニ移轉命令ヲ得タル差押債權者ナルヘシ何トナレハ單純ナル差押債權者ハ差押債權アルニ止マレハナリ第六二三條取立手續ノ文字引用訴ヲ以テ供託義務ノ履行ヲ強制スルコトヲ得執行力アル正本ヲ有スル各債權者即チ副位の差押債權者(第六二〇條末項)ハ獨立シテ自己ノ利益ヲ防禦スルカ爲メニ共同訴訟人トシテ原告ニ加リ又訴ヲ受ケタル第三債務者ハ判決ノ效力ヲ對抗スルカ爲メニ原告ニ加ラサル執行力アル正本ヲ有スル債權者ヲ共同訴訟人トシテ呼出アラントヲ口頭辯論ノ第一期日マテニ申立ツルコトヲ得第六二三條差押債權者カ取立手續ヲ怠リタルトキハ即チ第三債務者ニ對シ供託義務履行ノ訴ヲ提起セ

サルトキハ執行力アル正本ニ依レル配當要求權者ハ自ラ取立手續ヲ爲スコトヲ得ヘシ(第六二四條)

(b) 執行裁判所ハ供託シタル金錢カ各債權者ニ満足ヲ得セシムルニ足ルニ於テハ之ニ債權額ヲ交付シテ執行手續ヲ終局ス各差押債權者ニ債權額ヲ支拂ヒ或ハ協議配當ヲ爲ス(反對ノ場合ニ於テハ)配當手續ニ依リテ執行ヲ終局ス第六二六條多數債權者アル場合差押ヘタル債權カ其性質上條件附期限附又ハ反對給付ニ繫ル場合其他ノ事情第三債務者カ破産シタルトキ又ハ外國ニ居住シタルトキノ如キニ因リ取立ヲ爲スニ困難ナルトキハ取立命令ノ發セラレタルト否トニ拘ラス執行裁判所ハ債權者及ヒ債務者ノ申立ニ因リテ他ノ換價方法即チ移轉命令ニ換ヘテ債權ノ競賣又ハ其任意賣却ヲ命スルコトヲ得移轉命令アリタル後ハ執行裁判所ハ斯ル命令ヲ發スルコトヲ得ス如何トナレハ債權者ハ強制執行上満足セラレタレハナリ此申立ニ關スル執行裁判所ノ管轄ハ申立ノ時ニ於テ之ヲ定ム(第五四三條裁判所カ申立ヲ許サント欲スルトキハ決定前ニ內國ニ在リテ住所ノ知レタル債務者ヲ審訊シ困難ナル事情ヲ審視セサルヘカ

ラス申立ヲ許シタル決定ハ言渡ササル場合ニ限リ職權ヲ以テ當事者ニ送達シ申立ヲ許ササル決定ハ唯申立者ニ送達ス債權者ハ申立ヲ許ササル決定ニ對シ債務者ハ申立ヲ許セタル決定ニ對シ即時抗告ヲ爲スコトヲ得第五八條面シテ取立命令カ既ニ發セラレ且ツ第三債務者ニ送達セラレタルトキハ此命令ヲ取消シテ他ノ換價方法ヲ命シタル決定ヲ第三債務者ニ送達セサルヘカラス第六一二條他ノ換價方法ヲ命シタル決定ノ實施ハ之ヲ執達吏ニ又ハ問屋營業者銀行營業者等ニ委任スルコトヲ得第五八五條競賣ハ裁判所カ特別ノ命令ヲ設ケタルトキハ第五百七十二條乃至第五百七十七條第五百八十五條ヲ準用シテ行フモノナリ

第三 有體動產ノ引渡若クハ給付ヲ目的トスル債權ニ關スル差押以後ノ手續
第三債務者カ有體物ヲ執達吏若クハ保管人ニ任意ニ交付シタルトキハ其有體物其モノカ強制執行ノ目的物タル場合ト同シテ換價ヲ爲スモノタリ第六一五條第二項第六一六條第二項獨逸舊民事訴訟法第七四六條第七四八條然レトモ第三債務者カ目的物ヲ任意ニ交付セザルトキハ差押債權者ハ取立命令ヲ以

テ差押債權ヲ自己ニ移轉セシメ以テ第三債務者ニ對シ目的物ヲ執達吏若クハ保管人ニ引渡スヘキコトヲ求ムル訴ヲ提起セサルヘカラス但シ此場合ニ於テハ債權者ハ民事訴訟法第六百十條ニ從ヒテ該訴訟ノ債務者ニ告知セサルヘカラス而シテ有體物ノ引渡若クハ給付ヲ目的トスル債權ハ券面額ナキヲ以テ轉付命令ヲ發スルコトヲ得サルヤ言フ埃タス第六一七條獨逸舊民事訴訟法第七四八條此種ノ債權カ同時又ハ漸次ニ數名ノ債權者ノ爲メニ差押ヘラレ又ハ配當要求此場合ニ於ケル配當要求ハ執達吏カ賣得金ヲ領收スルマテニ非スルハ爲スコトヲ得ス第六二〇條參考アリタルトキハ第三債務者ハ執達吏又ハ保管人ニ目的物ヲ交付スルノ權利ヲ有シ且ツ送達セラレタル命令第六一五條第六一六條ヲ添ヘ重複差押及ヒ配當要求ニ關スル事情ヲ執達吏又ハ保管人ニ開示セサルヘカラス故ニ差押物カ有體動產ナルトキハ第三債務者ハ民事訴訟法第六一五條第一項ニ從ヒ引渡受領ノ權限アル執達吏漸次差押ノ場合ニハ第三債務者ニ對スル決定送達ノ前後ニ依リ又同時差押ノ場合ニハ第三債務者ノ選擇ニ依リテ引渡ヲ受タヘキ執達吏ヲ定ムルヲ當然トスニ引渡シ若シ差押債

權者カ民事訴訟法第六百十五條第一項ニ從ヒテ執達吏ニ委任セサルトキハ第三債務者ノ申立ニ因リ物件ヲ引渡スヘキ他ノ管轄區裁判所カ選任シタル執達吏ニ第三債務者ハ民事訴訟法第六百二十三條ノ訴ヲ避クルノ利益アルヲ以テ斯ル申立ヲ爲スノ權アルハ當然ナリ引渡スヘキモノニシテ又差押物カ不動產ナルトキハ第三債務者ハ民事訴訟法第六百十六條第一項ニ從ヒ任命セラレタル保管人ニ若シ斯ル保管人ナキトキハ第三債務者ノ申立ニ因リ目的物所在地ノ區裁判所カ命シタル保管人ニ引渡ササルヘカラス引渡サレタル目的物ハ其目的物其モノカ差押ノ目的物ナル場合ニ同一手續ニ依リ換價セラル第六一五條第二項第六一六條第二項故ニ目的物カ有體動產ナル場合ニ於テハ執達吏ハ之ヲ競賣シ賣得金ヲ各差押債權者ニ交付シ又ハ協議配當ノ用ニ供シ當事者間ニ異議アルトキニ於テ賣得金ヲ供託シ執行裁判所ニ届出ヲ爲ス第五九三條第三項第三債務者ハ移轉命令ヲ得タル差押債權者又ハ配當要求債權者ノ求ニ因リ目的物ヲ交付スヘキノ義務ヲ負フ而シテ第三債務者カ該義務ヲ履行セサルトキハ訴ヲ以テ履行ヲ強制スルコトヲ得ルヲ前述如シ(第六二一條準用第六二二

條乃至第六二四條)

第四 移轉スルコトヲ得ヘキ財產權ニシテ債權ニ非ナルモノニ關スル差押以後ノ手續

此種ノ財產權ノ換價ハ民法上ノ性質ニ反セサル以上ハ執行裁判所カ命令ニ基キ權利ノ讓渡若クハ其行使ニ依リ或ハ裁判上任命セラレタル管理人ノ收益ニ依リテ行ハル而シテ第三債務者ニ對シ起訴ヲ必要ト爲スニ至リタルトキハ之カ爲メニ差押債權者ハ移轉命令ヲ以テ差押債權ヲ自己ニ移轉セシムルコトヲ得財產權カ數名ノ債權者ノ爲メニ差押ヘラレ又ハ配當要求アリタルトキハ執行裁判所ハ第二及ヒ第三ニ示シタル法則ニ基キ必要ナル命令ヲ爲スコトヲ得(第六二五條第一項讓渡又ハ管理ニ因リテ生シタル金錢カ總債權者ヲ満足セシムルニ足ラサルトキハ執行裁判所ハ債權者ノ申立ニ因リ金錢ノ供託ヲ命シ配當手續ニ著手セサルヘカラス(第六二五條末項)

第四項 配當手續

動産ニ對スル強制執行ニ於テ差押金錢及ヒ差押財産ノ賣得金カ差押債權者及ヒ各配當要求債權者ヲ満足セシムルニ足ラサル場合ニ各債權者カ配當方法ニ付キ協議調ヒタルトキハ此協議ニ基キ配當ヲ爲スヲ以テ國家ノ干渉ヲ必要トセサルヤ當然ナリ然レトモ各債權者間ニ配當ノ協議調ハサルトキハ各債權者ニ正當ナル満足ヲ得セシムルカ爲メニ國家ノ干渉即チ裁判上ノ配當手續ヲ必要トス蓋シ執達吏及ヒ第三債務者ニ其危害負擔ニ於テ各債權者ニ正當ナル配當ヲ施行スヘキコトヲ強フルハ失當ナレハナリ是ヲ以テ配當手續ハ公ノ手續タル性質ヲ有ス利害關係者又ハ各債權者ハ他ノ利害關係人ヲ認知セサルヘカラス若クハ配當ノ爲メニ事實上ノ基礎ヲ供スヘキ地位ヲ占メタルヲ以テ又執達吏有體動産ノ差押及ヒ第三債務者財産權ノ差押ノ場合ニ配當スヘキ金額ノ供託ニ際シ事情ノ届出ヲ爲ス義務ヲ負フニ止マルカ故ニ配當手續ハ職權ヲ以テ之ヲ實施セサルヲ得ス是ヲ以テ配當手續ニ於ケル送達及ヒ呼出ハ職權ヲ以テ之ヲ爲ス配當財産ニ對スル各債權者ノ配當要求權亦一ノ財産權ナリ是ヲ以テ該債權者ノ債權者ハ更ニ之ヲ差押ヘ自己ニ移轉セシムルコトヲ得ヘシ配當

手續ノ意義管轄裁判所及ヒ配當手續ノ進行ヲ畧述スヘシ
(A) 配當手續ノ意義
配當手續トハ動産ニ對スル強制執行ニ際シ各債權者ニ満足ヲ得セシムルニ不十分ナル供託金額ヲ各債權者ノ平等の満足ノ用ニ供スルコトヲ目的トスル裁判上ノ手續ナリ故ニ配當手續ノ行ハルニハ左ノ前提要件ナカルヘカラス

第一 多數ノ配當ヲ受クル債權者アルコトヲ要ス 配當ヲ受クル債權アル債權者トハ民事訴訟法ニ從ヒテ配當要求ヲ爲シタル債權者及ヒ差押ヲ爲シタル債權者假差押債權者ヲ包含スヲ謂フ差押債權者一人ノミナルトキハ利害ノ衝突ナキヲ以テ配當手續ノ要ナキコトハ言ヲ缺タス故ニ配當手續ニハ債權者ノ多數ヲ前提要件ト爲スハ明白ナリ法定若クハ約定ノ優先權又ハ讓渡ヲ妨タル權利ヲ差押ノ目的物タル動産ニ有スル第三者ハ配當ヲ受クル債權アル債權者ニ屬セス何トナレハ此第三者ハ其權利ヲ異議ノ訴第五四九條若クハ優先の満足ヲ求ムルノ訴第五六五條ヲ以テ主張シ且ツ此訴ヲ裁判スル裁判所ニ配當手續ノ停止ヲ申立タルコトヲ得ルモノニシテ第五四九條第五六五條配當手續ニ

於テ主張スルモノト得ルモノニ非ナレハナリ(第六二六條)債權者間(一)

第二 配當ヲ受クル權アル債權者ノ爲メニ金額ノ供託アルコトヲ要ス 配當
スヘキ金額ノ供託ハ執達吏又ハ第三債務者ノ爲スモノタルコトハ前述ヘタル
所ナリ(第五九三條第六二一條)而シテ執達吏カ供託ヲ遲滞セタルトキハ民事訴訟
法第五百四十四條ニ依リ又第三債務者カ供託ヲ爲ササルトキハ民事訴訟法
第六百二十三條ニ依リ債權者ハ供託ヲ強制スルコトヲ得但シ金錢ノ供託カ配
當ヲ受クル權アル債權者ノ爲メニ爲サレサルトキハ配當手續ヲ實施スルノ原
因ト爲ラサルヤ言フ埃タス(第五一三條第五二五條第五七四條第五七九條第六
〇七條第七五〇條第七五四條第六二六條)……競賣期日又ハ金錢差押ノ日ヨリ
十四日ノ期間内ニ……金額ヲ供託セタルトキ……但シ(競賣期日又ハ金錢差押ノ日
ヨリ十四日ノ期間内ニ)フ文言ハ不當ナリ何トナレハ該文言アルカ爲メニ民事
訴訟法第六百二十一條ノ供託ハ配當ニ關係ナキモノヲ示スニ至ルヲ以テナリ
第三 供託金額カ各債權者ヲ満足セシムルニ不十分ナルコトヲ要ス 供託金
額カ各債權者ヲ満足セシムルニ十分ナルトキハ配當裁判所カ裁判スヘキ債權

者ノ利害ノ衝突ナシ故ニ配當手續ノ要ナキヤ當然ナリ故ニ執達吏カ差押金錢
及ヒ賣得金ヲ供託スルトキハ常ニ各債權者ヲ満足セシムルニ不十分ナルヲ以
テ(差押金錢及ヒ賣得金カ各債權者ニ満足ヲ供スルニ十分ナルトキハ執達吏ハ
自ラ配當ヲ爲ス)第五九三條配當手續ヲ實施シ又第三債務者カ金額ヲ供託ス
ル場合ニ於テハ該供託金額カ各債權者ヲ満足セシムルニ十分ナルコトアリ第
六二一條此場合ニ於テハ各債權者ハ配當手續ニ依ルコトナク區裁判所ノ命令
ヲ以テ供託金錢ヨリ満足ヲ享有シ剩餘ヲ債務者ニ交付ス……
第四 債權者間ニ配當ノ協議調ハサルコトヲ要ス 各債權者カ配當ノ方法ニ
付キ合意シタルトキハ之ニ基キ各債權者ニ執行上ノ満足ヲ得セシメ特ニ裁判
上ノ手續即チ國家ノ干渉ヲ要セス何トナレハ斯ル場合ニ於テハ裁判所ノ判斷
ヲ要スル債權者ノ利害衝突ナクシテハナリ(第六二六條協議調ハサル……)
(B) 管轄裁判所
配當手續ヲ管轄スル裁判所ハ金額ノ供託ニ關スル情況屆書ヲ受クヘキ執行裁
判所ナリ(民事訴訟法第六百十九條ノ債權ノ差押ニ關シテ最初ニ差押ヲ爲シタ

ハ執行裁判所ナリ(第六二七條第五九三條第六二一條第五四三條執行裁判所ハ情況屆書ニ基キテ配當ヲ受クヘキ權アル債權者ヲ認識シ且ツ該屆書ニ基キ民事訴訟第六百二十七條ニ規定シタル催告ヲ爲ス是ヲ以テ執行裁判所ハ配當ニ際シテハ執達吏又ハ第三債務者ノ提出シタル屆書ニ於テ明白ナル債權者ノミヲ配當ヲ受クル權アル債權者トシテ取扱フノミ隨テ債權者ノ執行裁判所ニ對スル直接ノ届出ハ配當ニ關シテ何等ノ用ヲ爲ササルモノト知ルヘシ(第六二七條事情屆書ニ基キ……)(執行裁判所ハ供託ヲ爲シタル執達吏若クハ第三債務者カ情況屆書ヲ提出セタルトキ又ハ該屆書カ不完全ナルトキハ配當ヲ受クヘキ權アル債權者ヲ認識スルノ途ナキヲ以テ配當手續ノ著手ヲ拒絕スルコトヲ得是ヲ以テ法律ハ配當ヲ受クル權アル各債權者ニ對シ民事訴訟法第五百四十四條ニ依リ第三債務者ニ對シテハ民事訴訟法第六百二十三條ノ訴ヲ以テ其義務ノ履行ヲ強制スルコトヲ後セシメタリ然レトモ適法ナル情況屆書カ提出セラレタルトキハ職權ヲ以テ配當手續ニ著手シ且ツ之ヲ實施セタルヘカラス

(C) 配當手續ノ進行 第六二七條第五九三條第六二一條第五四三條執行裁判所配當手續ノ進行ハ配當表ノ作成異議期日異議訴訟及ヒ配當表ノ實施ノ四大部分ニ分ツコトヲ得左ニ之ヲ分説スヘシ(一)配當表ノ作成(二)執行裁判所ハ配當表作成ノ準備ノ爲メニ各債權者ニ對シ職權ヲ以テ送達スヘキ決定ヲ以テ第二四五條末項其送達後七日ノ期間内ニ(第一六四條乃至第一六六條書面又ハ口頭ヲ以テ元金利息費用其他附帶ノ債權ノ計算書ヲ差出スヘキ旨ヲ催告ス該期間ハ一ノ法定期間ナルヲ以テ申立ニ因リ伸縮スルコトヲ得ス(第一七〇條第二項)又該期間ヲ懈怠シタルモ失權ノ結果ヲ生セス配當表作成マテハ期間經過後ト雖モ計算書ヲ差押シテ補充スルコトヲ得第六二七條第六二八條第二項(二)執行裁判所ハ各債權者ニ對スル催告期間經過後職權ヲ以テ各債權者ヨリ差出シタル計算書及ヒ執達吏若クハ第三債務者ヨリ提出シタル屆書及ヒ憑證書類ニ依リ配當表ヲ作成ス執行裁判所ハ配當表作成ニ關シテ違算其他之ニ類スル著シキ誤謬ヲ更正シ配當ヲ受クヘキ債權者ノ順序計算差出ノ前後ニ依ルモノナランヲ定ム然レトモ各債權者ノ債權

ノ實質上ノ調査ヲ爲スヲ得ス又差出期間ヲ遵守セサル債權者ノ債權ヲ配當要求並ニ届出ノ旨趣及ヒ其憑據書類ニ依リテ計算ス配當手續費用即チ供託費用(第五九三條第六二)一條就賣費用保管人ニ支拂フヘキ報酬等ノ如キ共益費用ハ配當表作成ノ際ニ第一ニ控除シ(第三〇七條強制執行手續殊ニ配當手續ニ加リタルニ因リテ生シタル各債權者固有ノ費用ハ主タル債權ト共ニ配當セラル故ニ配當ノ用ニ供セラルル財産即チ執行財團ハ配當手續費用ヲ控除シタル殘額ナリト知ルヘシ第六二八條獨逸舊民事訴訟法第七六〇條(3)配當表ハ之ヲ作成スル裁判官カ裁判所書記課ニ交付スルニ因リテ作成セラレタルモノトス而シテ各債權者ハ配當表作成前ニ於テ其債權額ヲ補充ヲ爲スコトヲ得レトモ作成以後ハ之ニ反ス何トナレハ若シ然ラズンハ配當表ノ作成ヲ延滞セシムルヲ以テナリ故ニ差出期間ヲ懈怠シタル各債權者ハ異議若クハ原狀回復申立等ヲ以テ懈怠ノ結果ヲ除去スルコトヲ得ス然レトモ配當表作成ノ當時ニ存在シタル材料ニ基キ配當表作成後職權ヲ以テ又ハ民事訴訟法第六百三十條ニ依レル各債權者ノ申立ニ因リ不當ナル事項ヲ除去スルコトハ法律ノ禁セサル所ナリ何

トナレハ配當表ハ裁判ニ非サルヲ以テ裁判所ヲ羈束スルノ力ナケレハナリ配當表ハ各債權者及ヒ債務者ニ異議ノ準備ヲ爲サシムル目的ヲ以テ遅クモ異議期日ノ三日前ニ裁判所書記課ニ備ヘ置キ以テ閱覽セシメタルヘカラス然レトモ配當表備置ノ延滞若クハ之ヲ爲ササルコトハ各債權者ニ配當手續ヲ無効トシテ攻撃スルノ權ヲ得セシムルモノニ非ス唯酌當期日ノ延期ヲ申立タルノ正當ナル原因ト爲ルノミ又裁判所ハ異議ノ期日ノ終了マテハ配當表ヲ變更スルコトヲ得何トナレハ配當表ハ裁判ニ非サルヲ以テ毫モ裁判所ヲ羈束スルモノニ非サレハナリ

第二 異議期日 (1)裁判所ハ職權ヲ以テ(前述説明參考配當表ニ關スル陳述及ヒ配當實施ノ爲メニ期日ヲ指定シ且ツ該期日ニ各債權者及ヒ債務者ヲ呼出ササルヘカラス債務者ハ配當表ニ對シ異議ヲ申立タルノ權利ナキヲ以テ配當手續ハ唯配當ヲ受クル權アル債權者ノ爲メニ之ヲ爲スノミ債務者ヲ呼出スハ一見解スヘカサルニ似タリト雖モ債務者ハ期日ニ出頭シ誤謬ヲ注意シテ之ヲ訂正セシメ又ハ威債權者ヲシテ異議ヲ申立テシムルコトヲ得ルカ故ナリ債務者

ハ各債權者ニ對シ民事訴訟法第五百四十五條ニ規定シタル異議ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルヤ言フ埃タス但シ債務者カ外國ニ在ルカ又ハ其所在不分明ナルカ爲メ債務者ノ呼出ニ付キ外國送達若クハ公示送達ヲ要スル場合ニ於テハ例外トシテ債務者ヲ呼出スコトヲ要セス配當ハ配當ヲ受クル權アル各債權者ノ爲メニ行フモノナルヲ以テ之ヲ呼出ササルヘカラサルコトハ敢テ疑ナキ所ナリ故ニ外國送達若クハ公示送達ヲ爲ス場合ニ於テモ亦該送達ニ因レル呼出又ハ呼出ノ送達カ不適法ナルトキハ新期日ヲ指定セサルヘカラス第六二九條第一項獨逸舊民事訴訟法第七六一條債務者ノ關席ハ配當手續ノ進行ヲ妨ケタルコトハ民事訴訟法第六百二十九條但書ノ規定ヨリ推理シテ瞭然タリ(2)異議期日ハ破産手續ニ於ケルカ如ク届出ヲタル破産債權ノ調査ヲ爲スカ如キ旨趣ニ非スシテ却テ如何ナル債權者カ如何ナル異議ヲ執行裁判所カ假ニ確定シタル配當表ニ對シ爲シタルヤヲ確知スルヲ以テ目的トス(a)異議期日ニ於テ異議ノ申立ナキトキハ配當表ニ從ヒ配當ヲ實施ス異議ノ申立ナカリシ配當表ノ性質ハ各債權者カ承諾シタル裁判所ノ言以テ非スシテ却テ適當ナル時期ニ於テ

異議ノ申立ナキニ因リテ確定シタル裁判ナリ隨テ該配當表カ裁判所及ヒ各債權者ヲ羈束スルハ裁判タルカ故ニシテ各債權者ノ同意若クハ承認ニ基因スルモノニ非サルナリ而シテ法律ハ取立手續ニ於テ配當スヘキ財團ニ對スル諸種ノ法律關係ヲ確定スルコトヲ欲シタリ必要ノ場合ニ於テハ確定判決ヲ以テ第六三六條故ニ原則トシテ各債權者ニ唯配當表ニ對スル異議申立權ノミヲ認メ又例外トシテ異議ヲ申立テタル債權者ニ爾後優先權ヲ主張スルコトヲ得ルノ權ヲ認メタリ第六三三條(b)債權者カ期日ニ於テ又ハ期日以前ニ於テ口頭又ハ書面ニテ異議ヲ申立テタルトキハ即チ配當表ノ如何ナル部分ニ不服アリテ配當表ニ付キ如何ナル變更ヲ欲スルカヲ供述シタルトキハ之ニ關係ヲ有スル債權者民事訴訟法第六百二十六條第六百二十七條ニ所謂總テノ關係債權者ニ非タルヤ當然ナリハ直チニ異議ヲ正當ト認ムルヤ否ヤニ付キ意思ヲ表示スヘシ(第三者カ民事訴訟法第五百四十九條及ヒ第五百六十五條ニ基キ配當スヘキ財團ノ配當ニ對スル異議ハ配當手續ニ屬セス又債務者ハ配當表ニ對シ異議ヲ申立タルコトヲ得レトモ民事訴訟法第六百三十三條乃至第六百三十八條ノ適用

ナシ故ニ債務者ハ民事訴訟法第五百四十四條、第五百五十八條並ニ第五百四十五條、第五百四十六條、第五百六十一條、第五百六十二條ノ規定ニ從ヒテ各債權者（ニ對シ異議ヲ申立ツルニ如カス此場合ニ於テ受訴裁判所カ民事訴訟法第五百四十七條ニ從ヒテ執行殊ニ配當ヲ停止セサル以上ハ債務者ノ異議ニ拘ラス配當表ヲ實施ス）而シテ異議ニ關係アル債權者カ異議ヲ正當ナリト認メ又ハ他ノ方法ニ於テ合意シタルトキハ總關係債權者ノ期日ニ出頭シタルコトヲ前提要件ト爲スコトハ民事訴訟法第六百三十二條第二項ノ明文ニ依リ默然タリ之ニ從ヒ配當表ヲ更正シテ配當ヲ實施ス反對ノ場合ニ於テハ配當表ヲ更正セスシテ其儘ニ存シ異議申立債權者ニ關係債權者ニ對スル訴ノ提起ヲ許ササルヘカラス（第六三三條然レトモ異議ニ關係ナキ配當表ノ部分ハ配當實施ノ基本タルノ妨ト爲ラス隨テ前示ノ如キ確定シタル配當表ト爲ル是ヲ以テ異議ノ申立ハ停止ノ效力ヲ有スト謂フヘシ第六三一條獨逸舊民事訴訟法第七六二條期日ニ出頭セス又期日前ニ書面ヲ以テ異議ヲ申立テサリシ債權者ハ配當表其儘ノ實施ヲ欲シタルモノト看做ス此擬制ニハ二ノ觀念アリ其第一ハ此種ノ債權者ハ

配當表ニ對シ異議ヲ申立ツルコトヲ欲セシト言フヨリモ事ロ配當表ノ實施ニ同意シタルモノト看做スコト是ナリ故ニ此種ノ債權者ハ期日ニ出頭シテ異議ヲ申立ラス又ハ期日以前ニ異議ヲ申立テサリシ債權者ト法律上同一ノ地位ヲ有ス隨テ此種ノ債權者ニ對シテハ配當表カ前述ノ如ク確定シタルモノトシテ行ハル其第二ハ出頭セサル債權者カ他ノ債權者ノ申立タル異議ニ關係ヲ有シタルトキ即チ若シ異議カ正當ナレハ満足ヲ享有スルコトヲ得サルモノナルトキハ其異議ヲ正當ナリト認メサルモノ即チ之ヲ爭ヒタルモノト看做シ却テ配當表ニ同意シタルモノト看做スコト是ナリ故ニ此種ノ債權者ハ期日ニ出頭シテ自己ニ關係アル異議ニ對シ陳述ヲ爲ササル債權者ト法律上同一ノ地位ヲ有ス（陳述ハ當然默示ノ認諾ト謂フヘカラス）而シテ配當表ノ更正ニハ利害關係人ノ同意即チ明示又ハ默示的ニ表示セラレタル同意アルヲ要ス出頭若クハ出頭セサル債權者ノ單純ナル不陳述ハ配當表更正ノ同意ト謂フヘカラス是ヲ以テ配當表ヲ其儘ニ存シ異議ヲ申立タル債權者ハ同意ヲ表示セサル債權者（ニ對シ訴ヲ提起セサルヘカラス民事訴訟法第六百三十二條ニ基ク懈怠ノ結果

ヲ除去スル方法ハ法律ノ認メタル所ナリ(第七三二條)獨逸舊民事訴訟法第七六三條)

第三 異議訴訟 期日ニ於テ異議カ完結セサル場合ニ於テ異議ヲ申立テタル債權者ハ配當表ノ實施ヲ妨クルカ爲メニ訴ヲ提起シ且ツ其旨ヲ異議期日ヨリ七日ノ期間内ニ證明セサルヘカラス七日ノ期間ハ法定期間ノ一ナリ(第一七〇條)其期間ノ計算ハ民事訴訟法第六十六條、第六十七條ノ規定ニ依ル各別ノ異議訴訟ハ各別ノ訴訟手續ニ依リテ之ヲ爲ス然レトモ民事訴訟法第四十八條以下ノ要件アルトキハ共同訴訟トシテ提起スルコトヲ得又裁判所ハ民事訴訟法第二百十條ニ從ヒテ訴訟ノ併合ヲ爲スコトヲ得又裁判所ハ主トシテ訴訟受理ノ證明書ヲ以テ之ヲ爲ス適法ナル時期ニ於テ起訴ノ證明アルトキハ其判決ノ確定マテ配當表ノ實施ヲ停止シ(第六三八條)然ラサルトキハ異議ニ拘ラス職權ヲ以テ配當表ヲ實施ス其他期間ノ懈怠ノ結果トシテ債權者ハ民事訴訟法第六百三十三條ニ規定シタル訴ヲ爲スノ權ヲ失フ(1)配當表ノ變更ヲ求ムル訴即チ異議訴訟ハ配當表ニ表示シタル所ヨリモ一層優等ナル供託金上ニ

満足ヲ求ムル權利ヲ主張スルニ外ナラス故ニ此訴訟ニ於テ原告ハ異議ヲ申立テタル債權者ニシテ被告ハ異議ニ因リ配當表ニ不利益ヲ變更セラルヘキ債權者ナリ原告ハ法律上何等ノ區別ナキヲ以テ前示ノ權利ヲ維持スルカ爲メニ自己ノ有スル優先權ノミナラス被告ノ權利ノ不成立又ハ取消サレタルコト其他被告ハ權利者ニ非サルコト讓渡アリタル場合ノ如キ等ヲ主張スルコトヲ得訴ノ原因又被告ハ同一ノ方法ヲ以テ原告ノ權利ヲ爭フコトヲ得被告ノ答辯即チ配當表ノ防禦方法原告又ハ被告カ債務者ニ對シテ有スル執行名義タル確定判決ハ爭ヒタル債權者ニ對シテ效力ナシ何トナレハ判決ハ第三者ニ對シテ效力ナクレハナリ唯證據方法トシテ提出スルコトヲ得ヘシ同一ノ理由ニ依リ異議訴訟ニ付キ言渡サレタル判決ハ債務者ニ對シテハ何等ノ效力ナシ判決ノ效力(2)異議ヲ申立テタル債權者ノ訴ハ土地ノ管轄トシテハ配當手續ヲ行フ地ヲ管轄スル裁判所ニ又事物ノ管轄トシテハ訴訟物ノ價額ニ從ヒテ或ハ區裁判所或ハ其所在地ヲ管轄スル地方裁判所ニ專屬ス(第六三五條)第五六三條異議ヲ申立テタル債權者ノ訴即チ民事訴訟法第六百三十三條ニ規定シタル期間ニ提起シ

タル訴ニ關シテノ民事訴訟法第六百三十五條ノ管轄カ適法ト爲ルノミ故ニ民事訴訟法第六百三十四條ニ規定シタル訴及ヒ配當ヲ受クヘキ債權者ト其配當要求權ヲ差押ヘタル第三者トノ間ニ於ケル訴訟ニ關シテハ民事訴訟法第六百三十五條ノ適用ナシ第六百三十五條、異議ヲ申立タル債權者ノ訴ニ隨テ民事訴訟法第六百三十五條ニ於テ規定シタル管轄ニ關スル條文カ民事訴訟法第六百三十四條ニ規定シタル特別ノ訴ノ次位ニ在ルノ故ヲ以テ民事訴訟法第六百三十五條ノ管轄法規カ民事訴訟法第六百三十四條ノ訴ニモ亦適用アリト論結スヘカラス然レトモ民事訴訟法第六百三十三條ノ期間内ニ提起シタル訴タル以上ハ爾後起訴ノ證明ヲ爲サス隨テ該訴カ無效ト爲リタルノ事實ノ爲メニ管轄ヲ變動スルモノニ非ス(第一九五條第二號訴訟物ハ異議ヲ申立タル債權者カ配當表ニ揭示セラレタルモノヨリ他ノ配當ヲ求メンカ爲メニ申立タル數額ニシテ此種ノ債權者ノ爲メニ結局受領スヘキ部分ニ關スル數額ニ非ス配當裁判所トハ配當スヘキ金錢ヲ供託シタル又ハ供託スヘキ區裁判所ニシテ第五九三條第六二一條第六二七條此區裁判所ハ執行裁判所タリ(第五四三條第五四九

條地方裁判所ハ異議期日ニ於テ完結セザリシ數箇ノ異議ノ一ニ付キ訴訟物ノ價額ノ百圓以上ナルカ爲メニ管轄ヲ有スルトキハ縱令該異議ヲ申立タル債權者カ訴訟ヲ提起セサル場合ト雖モ總テノ異議訴訟ニ付キ管轄權ヲ有ス爾後異議ヲ金百圓以下ニ減少スルモ管轄ニ關シテハ影響スル所ナシ第一九五條第二號準用(第六三五條)數箇ノ訴ノ提起アリタル場合ニ於テハ規定ハ全然其法意ニ矛盾ス又各債權者即チ異議ヲ申立タル總テノ債權者及ヒ異議訴訟ノ被告ト爲ルヘキ債權者ハ管轄ノ專屬ナルニモ拘ラス總テ異議訴訟ニ付キ裁判ヲ受クヘキ事ヲ合意スルコトヲ得民事訴訟法第三十九條及ヒ第三十八條ニ規定シタル默示の合意管轄ハ此場合ニ存セス何トナレハ此場合ニ於ケル管轄ハ專屬ナレハナリ―第五六三條參考法律カ此ノ如キ變則ヲ設ケタル理由ハ唯一ナル配當表變更ニ關スル總テノ訴ニ付テノ裁判ヲ同一裁判所ニ委任シ以テ裁判所ヲ異ニスルヨリ生スル矛盾の裁判ニ基キ發生スル困難ヲ除去スルニ在リ(第六三五條獨逸舊民事訴訟法第七六五條(3)受訴裁判所ハ原告ノ異議請求ノ當否ヲ判決スルノミナラス適當ト認メタル場合ニ配當表ヲ認可シ若クハ之ヲ變

更ス而シテ後者ノ場合ニ於テハ配當額ノ係爭部分ヲ如何ナル債權者ニ如何ナル數額ヲ以テ支拂フヘキヤヲ定ム其理由ハ債權者タル原告ノ異議ヲ正當ナリト認ムルモ之カ爲メニ配當スヘキ係爭數額ヲ認メタルモノト謂フコトヲ得ス何トナレハ該債權者ノ請求額ノ計算ニ關シテハ他ノ債權者ヨリ異議ヲ申立テ及ヒ訴ヲ提起スルコトヲ得ルヲ以テナリト云フニ在リ(同一ノ理由ニ據リ原告ノ請求ヲ棄却シタルカ爲メニ被告ニ配當スヘキ數額ヲ認メタルモノト爲ラザルナリ)然レトモ受訴裁判所ハ異議ノ訴ニ關スル判決ヲ爲ス場合ニ於テ即時ニ配當額ヲ確定スルコトヲ困難ナリト認メタルトキ殊ニ配當表ノ確定カ未タ判決ヲ爲スニ熱セサル他ノ異議ノ訴ト牽連スルモノト認メタルトキハ原告ノ異議請求ノ當否ヲ判決スルノミニ制限シ該判決ニ於テ之ニ基キ新ナル配當表ノ調製及ヒ他ノ配當手續ヲ命スルコトヲ得第六三六條獨逸舊民事訴訟法第七六六條新配當表ノ調製ニ關シテハ民事訴訟法第六百二十八條乃至第六百三十五條ノ適用アリ然レトモ以前ノ手續ニ於テ當事者ノ行爲若クハ懈怠ニ依リテ確定シタル事項ハ依然存續シ新配當表ニ依リテ變更セラレヌ又新配當表ニ對シテ新ナ

ル異議ヲ申立フルコトヲ得然レトモ其異議ノ原因ハ調製セラレタル配當表カ言渡サレタル判決ノ旨趣ニ適セサルコトニ在リテ又其異議申立者ハ舊配當表ニ對シ異議ヲ申立テス若クハ申立テタルモ失權シ或ハ確定判決ヲ以テ排斥セラレタル債權者ニ非サルコトヲ要スルヤ當然ナリ(4) 關席判決ノ手續ハ民事訴訟法第二百四十六條以下ノ規定ニ依ル然レトモ特別トシテ異議ヲ申立テタル債權者カ口頭辯論期日ニ出頭セサルトキハ其原告タル債權者ニ對シ異議異議ノ訴ニ非スヲ取下ケタルモノト看做スヘキ旨ノ關席判決ヲ爲ス(第二四七條該判決ハ實體的異議ノ請求棄却ト同一ノ效力ヲ有ス故ニ該判決若クハ其維持判決第二六一條カ確定シタルトキハ(第四九八條配當手續ニ於ケル異議申立權カ除去セラレタルモノト看做サルルノミナラス第六百三十四條第二項ニ規定シタル權利ヲ喪失シタルモノト爲ル) 第四 配當表ノ實施 配當表ノ實施ハ支拂ニ依リ又未確定債權ノ權利者ニ關シテハ供託ニ依リテ行ハル未確定ノ債權即チ停止條件附債權(民事訴訟法第五百九十一條第三項ノ場合ニ於ケル債權及ヒ假差押債權者ノ債權其他異議アル

債權第六三一條第二項參考ニ對スル配當額ハ之ヲ支拂フトキハ債權ノ存在セタル場合ニ取戻スコト能ハサルノ危害アリ之ヲ他ノ債權者間ニ配當スルトキハ債權ノ存在シタルコト明確ト爲リタル場合ニ取戻スコト能ハサルノ危害アリ故ニ供託ノ方法ヲ以テ利害關係アル債權者雙方ヲ保護シタルモノタリ第六三〇條第二項第三項第六三八條ニ支拂ニ配當表ノ實施ハ配當表ノ全部又ハ一部第六三一條第二項カ適時ニ異議ノ申立ナキコト適時ニ申立テラレタル異議ノ取下、總利害關係人ノ合意第六三〇條第六三一條又ハ確定判決第六三八條ニ依リテ確定シタルトキニ於テ之ヲ爲ス而シテ此時期ヨリシテ各配當請求權者間ニ於ケル配當上ノ問題ハ終局シ爾後不足部分アリト稱シテ返還請求ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス唯例外トシテ異議ヲ申立テタル債權者カ法定期間ニ異議ノ訴ヲ提起シタルコトヲ配當裁判所ニ證明セサルトキハ異議ニ拘ラス配當表ノ實施ヲ爲ス(ブランク氏ハ異議ノ訴ヲ配當裁判所ニ提起シタルトキハ裁判所カ其旨ヲ知ルヲ以テ起訴ノ證明ヲ要セスト主張シガウブ氏ハ反對ニ論結シタリ余輩ハ我法文上何等ノ區別ナキヲ以テ後説ヲ採用ス故ニ已ニ提起セラレタ

ル異議ノ訴ハ適時ノ證明ヲ爲サザリシカ爲メニ目的ヲ缺クコトト爲ル(法律ハ異議ニ拘ラス配當表ノ實施ヲ命シ隨テ其實施ヲ妨クルコトヲ得サルカ故ニ)法律ハ斯ル嚴密ノ論結ヲ采クルカ爲メニ適法ノ時期ニ行使セラレタル異議ノ原因タル實體上ノ權利ハ全然喪失シタルモノト認メザリキ是ヲ以テ適時ニ異議ヲ申立テタル債權者ニ限リテ其損害ニ於テ満足ヲ享有シタル債權者ニ對シ爾後獨立シタル訴ヲ以テ前示ノ權利ヲ主張スルコトヲ得セシメタリ民事訴訟法第六百三十四條ニ所謂優先權ナル用語ハ狭キニ失スト認ム適時ニ異議ヲ申立テザリシ債權者ハ配當表ニ同意シタルモノト看做サルヘキモノナルヲ以テ又此效力ハ異議若クハ原狀回復ノ申立ニ因リ除去スルコト能ハサルモノナルヲ以テ配當手續以外ニ於テ自己ノ權利ヲ配當ヲ受ケタル債權者ニ對シ主張スルコト能ハサルヤ當然ナリ配當表ノ實施即チ配當實施ニ付テハ調書ヲ作り其實施手續ノ進行ヲ認識スルコトヲ得セシメサルヘカラス(第六三〇條末項殊ニ(4)金額配當ヲ受クル債權者抵當債權者其他配當額カ各債權者ヲ完済スルニ十分ナル場合ニ於ケル配當要求債權者及ヒ差押債權者ニ配當額支拂證ヲ交付シ

ルコト(供託所ニ於テ現金ヲ受取ルコトヲ得ルカ爲メニ之ヲ交付スルヲ當然トス若シ同時ニ其所持スル執行力アル正本又ハ債權ノ證書ヲ差出サシメ之ヲ債務者ニ交付シタルコト該書類ハ債權者ニ對シテ何等ノ必要ナク又債務者ニ對シテ債權者カ濫用スルノ危險アルヲ以テ債務者ニ交付スルヲ當然トス(2)債權一分ノミノ配當ヲ受クヘキ債權者ニ執行力アル正本又ハ債權ノ證書ヲ差出サシメ之ニ配當額ヲ記入シテ返還シタルコト債權者ハ殘額ニ付キ該證書ヲ使用スルノ必要アルヲ以テ返還スルヲ當然トス配當額支拂證ヲ交付スルト同時ニ受取證ヲ差出サシメテ之ヲ債務者ニ交付シタルコト(3)期日ニ出頭セサル債權者ノ配當額ハ之ヲ供託シタルコト等ヲ圖書ニ記載シテ之ヲ明確ニセサルヘカラス(第一二九條第一三〇條第一三三條準用)

第二款 不動産ニ對スル強制執行

金錢債權ニ付テノ不動産ニ對スル強制執行ハ金錢ノ支拂フ目的トスル債權者ヲシテ債務者ノ有スル不動産上ニ満足ヲ得セシムル強制執行ニシテ債務者ノ

有スル不動産ノ引渡フ目的トスル請求權ニ對スル強制執行ニ非ス(第六一六條又不動産ノ引渡フ目的トスル請求權ノ強制執行ニ非ス第七三一條準用ニ之ヲ混淆スルコト勿レ)

(一) 通論

金錢債權ニ付キ不動産ニ對スル強制執行ヲ説明スルニ當リテハ先ツ通論トシテ強制執行ノ目的タル不動産ノ意義執行ノ形式執行裁判所執行ノ效力及ヒ利害關係人ヲ略述セサルヘカラス是レ蓋シ本款ニ通スル觀念ナレハナリ

(A) 不動産ノ意義 強制執行ノ目的物タル不動産ハ民法ニ所謂不動産ト其意義ヲ同シウシ空間ニ於テ一定不動ノ地位ヲ有スル物ニシテ土地及ヒ其定著物殊ニ建物ノ如キ之ニ屬ス(民法第八六條其有不動産ノ持分ハ不動産トシテ強制執行ノ目的物ト爲ル唯此場合ニ於テハ債權者カ其差押ヘタル持分ヲ競賣シ又ハ裁判上ノ授權ニ因リ債務者ニ代リテ共有物ノ分割請求權ヲ行使シ分割部分ヲ競賣スルコトヲ得ルノミ農建具等ノ如キ不動産ノ從タル動産民法第八七條第二項ハ主タル不動産ニ對スル強制執行ノ目的物ト爲リテ獨立シタル強制執

行ノ目的物ト爲ラス又随テ斯ル動産ヲ強制執行上ノ不動産ナリト言フハ誤レ
○獨逸民事訴訟法第八六四條第八六五條

(13) 執行ノ形式 不動産ニ對スル強制執行ノ方法ニハ強制競賣及ヒ強制管理
ノ二者アリ(第六四一條第一項獨逸新民事訴訟法第八六六條第八七〇條獨逸不動
産強制競賣法第一五條第一四六條強制競賣ハ債務者ノ所有不動産ヲ差押ヘ之
ヲ競賣シ其代金ヲ以テ債權者ニ満足ヲ得セシムル行爲ニシテ又強制管理ハ債
務者ノ所有不動産ヲ差押ヘ之ヲ管理シ其收益ヲ以テ債權者ノ満足ニ供スル行
爲ナリ債權者ハ其利害得失ニ從ヒ自由ニ選擇ヲ爲シ執行ノ爲メ一箇ノ方法ヲ
用ヒ或ハ二箇ノ方法ヲ併用スルコトヲ得債務者ノ不動産ニ關スル管理カ其宜
キヲ得サルヲ以テ價額ヲ減少シタル場合ニ於テ先ツ強制管理ヲ爲シ價額ノ増
加ヲ待チテ之ヲ競賣スルカ如キハ債權者カ二箇ノ方法ヲ併用スルノ利益アル
一例ナリ

強制競賣ハ其目的物ヲ賣却スルニ在ルヲ以テ執行保全ノ目的ナルニ止マリ假
差押ノ執行トシテ用フルコト能ハサレトモ強制管理ハ單ニ目的物上ヨリ產出

スル收益ヲ債權者ノ満足ニ供スルニ止マルカ故ニ假差押ノ執行方法ト爲ルニ
妨ナシ但シ後者ハ船舶ニ對スル強制執行ノ方法トシテハ船舶ノ性質上用フル
コト能ハサルヤ言フヲ埃タス(第六四〇條第七一七條不動産ノ強制競賣ニ關ス
ル規定獨逸新民事訴訟法第八六六條第二項第八七〇條第一項)

(14) 執行裁判所 不動産ニ對スル強制執行ハ申立ニ因リ裁判所之ヲ命ス(第六

四一條第二項獨逸舊民事訴訟法第七五五條第二項獨逸不動産強制競賣法第一五

條(1)不動産ニ對スル強制執行ハ其目的物タル不動産所在地ノ區裁判所ノ管轄

ニ專屬ス(民事訴訟法第六四一條第一項第五六三條獨逸舊民事訴訟法第七五條

第一項第七〇七條獨逸不動産強制競賣法第一條不動産ニ對スル強制執行カ

裁判所ノ取扱フ所タルハ手續上煩雜ナルノ故ニシテ又目的物タル不動産所在

地ノ區裁判所ノ管轄土地ノ管轄及ヒ事物ノ管轄ニ屬スルハ法律カ政務取扱ノ便

宜上執行裁判所ノ取扱フヘキ政務第五四三條第五四四條第五四七條第三項第

五四九條第三項第五五五條ヲ委任シタルカ故ナリ

強制執行ノ目的物タル不動産ニ付キ何レノ區裁判所カ管轄權ヲ有スルヤ又ハ

一箇ノ不動産カ數箇ノ區裁判所ノ管轄區域内ニ跨レルトキハ直級上級裁判所カ各利害關係人ノ申立ニ因リ執行裁判所ヲ指定セサルヘカラス(義務的隨テ該指定以前ニ於ケル債權者ノ爲シタル強制執行ヲ命スルコトヲ求ムル申立ハ之ヲ却下セサルヘカラス而シテ此却下ノ裁判ニ對シテハ民事訴訟法第五百五十八條ニ基ク不服ノ申立ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ執行裁判所ノ指定ハ尙ホ強制執行前ニ爲スヘキモノナレハナリ利害關係人即チ債權者債務者其他不動産上權利者等ノ指定ヲ求ムル申立ニハ何等ノ要式ナク又此等ノ者ハ辯護士ニ非ナル者ヲ非訟代理人トシテ斯ル申立ヲ爲スコトヲ得何トナレハ該申立ハ司法行政上ノ行爲ヲ目的トシ受訴裁判所トシテノ行動ヲ目的ト爲スモノニ非サレハナリ強制執行ノ目的物タル同一債務者ニ屬スル數箇ノ不動産カ數箇ノ區裁判所ノ管轄區域内ニ散在スルトキハ亦利害關係人ノ申立ニ因リ直級上級裁判所カ管轄區裁判所ノ一ヲシテ他ノ區裁判所ノ管内ニ在ル不動産ニ對スル強制執行ノ執行裁判所タラシムル旨ヲ指定スルコトヲ得任意の斯ル指定ナキトキハ各管轄區裁判所カ執行裁判所トシテ強制執行ニ從事スルモノタリ利害關係

人ハ此場合ニ於テハ縱令數箇ノ裁判所ノ一ニ於テ執行手續ノ開始ヲリタルトキト雖モ指定ノ申請ヲ爲スコトヲ得義務的又ハ任意的指定執行裁判所ハ總テ不動産ニ付キ強制執行ヲ指揮スル權限ヲ有スルヤ當然ナリ(第六四一條第一項)獨逸舊民事訴訟法第七五六條獨逸不動産強制競賣法第二條(2)執行裁判所ハ債權者ノ申立ニ因リ強制執行ヲ命ス執達吏ノ直接關涉ハ法律ノ認メサル所ナリ)執行裁判所カ強制執行ヲ爲スニ付キ債權者ノ申立ヲ必要ト爲スハ不干涉整理主義ノ適用ノ然ラシムル所ナリ債權者ハ執行裁判所ニ對シ強制執行ヲ命スヘキ旨ノ申立ヲ口頭又ハ書面ニテ爲スコトヲ得第一三五條又本訴訟ノ代理人ハ特別ノ委任ヲ要セスシテ債權者ノ爲メニ斯ル申立ヲ爲セ之ニ必要ナル訴訟行為ヲ爲スノ權ヲ有ス(第六五條而シテ該申立ヲ爲スニ際シテハ執行力アル正本ヲ提出シ且ツ民事訴訟法第五百二十八條第五百三十條ニ規定シタル要件ノ具備シタルコトヲ證明シ又必要ノ場合ニハ強制執行ノ目的物タル不動産カ執行裁判所ノ管内ニ存スル旨ヲ證明シ以テ管轄權ヲ有スル旨ヲ明示セサルヘカラス

執行裁判所ハ決定ノ形式ヲ以テ口頭辯論ヲ經ルコトヲ要セスシテ強制執行ノ命令ヲ發ス(第五四三條第三項)執行裁判所ハ該命令ヲ發スルニ當リテ管轄權ノ有無及ヒ強制執行實施要件ノ存否ヲ調査スヘキヤ當然ナレトモ債權者カ債務者ノ有スル不動産以外ノ財産ニ付キ執行上ノ満足ヲ享有得ヘキヤ否ヤハ之ヲ調査スヘキモノニ非ス蓋シ債權者ハ先ツ債務者ノ有スル不動産以外ノ財産ニ對シ強制執行ヲ試ムルノ義務ナケレハナリ但シ強制執行ノ命令ハ執行文ニ於テ表示セラレタル債務者又ハ其承繼人ノ有スル不動産ニ對シテノミ許サルヘキモノニシテ執行文ニ表示セラレタル者カ執行ノ目的物タル不動産上ニ所有權ヲ有スルヤ否ヤハ一般ノ法則ニ從ヒテ之ヲ證明セサルヘカラサルハ瞭然タ

執行裁判所カ債權者ノ申立ヲ正當ト認メ強制執行ノ命令ヲ發シタルトキハ之ニ因リテ強制執行ノ開始アリタルモノニシテ該命令ノ債務者ニ對スル送達ニ因リテ強制執行ノ開始アルモノニ非ス唯債務者ニ對スル送達ハ執行ノ效力ヲ發生スルニ過キス債務者ハ強制執行ノ命令ニ對シテハ先ツ民事訴訟法第五百

四十條第四條ニ基キ執行裁判所ノ裁判ヲ求メ該裁判ニ對シ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘ(第五五八條)債權者ハ強制執行ノ命令ヲ求ムル申立却下ノ裁判ニ對シテ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ルヤ疑ナシ(第五五八條)獨逸不動産強制執賣法第二二條第一六條

(D) 執行ノ效力 不動産ニ對スル強制執行ハ不動産ニ對スル強制執行ト同シク差押賃權ヲ發生スルノ效力アルヤ否ヤハ普國不動産強制執行法ノ解釋トシテ學者ノ爭ヒタル所ナレトモ新獨逸帝國不動産強制執賣法ハ消極的ニ立法セ不動産ニ對スル強制執行即チ不動産ノ差押ハ唯債務者ノ處分能力ノ制限ヲ來シタルノミ我民事訴訟法ニ於ケル不動産ノ差押亦差押賃權ヲ設定スルモノニ非スセテ債務者ノ處分能力ヲ制限スルニ止マルコトハ平等配當主義ヲ認メタル法意ニ徴シ甚タ瞭然タリ詳細ハ強制執賣法ニ強制管理ノ説明ニ譲ルヘシ

(E) 利害關係人 不動産ニ對スル強制執行ノ實施ニ關シテハ債權者及ヒ債務者外ニ多數ノ利害關係ヲ有スルモノアルハ當然ナリ我民事訴訟法ハ此等ノ利害關係人ノ利益ヲ保護スルカ爲メニ執行手續ノ進行ニ際シ此等ノ同意ヲ得

又ハ意見ヲ聽カシメ或ハ此等ノ者ニ陳述ヲ爲スヲ得セシメタリ第六四七條第六四四條第六六七條第六七四條第六八〇條第六九三條第六九六條第七〇二條其利害關係人ノ第一ハ差押債權者及ヒ執行力アル正本ニ因リ配當ヲ要求スル債權者ナリ前者ハ金錢債權ニ關スル執行力アル正本ニ因リ強制執行ヲ申立タル債權者ニシテ後者ハ執行力アル正本ニ因リ配當ヲ要求スル即チ法律上執行手續ニ參加スルコトヲ許サレタル附帶的執行開始ノ申立ヲ爲シタル債權者ナリ此等ノ債權者ハ適當ナル執行手續ノ進行ニ依リ正當ナル執行上ノ満足ヲ享有スルノ利益ヲ有ス然レトモ執行力アル正本ニ依ラサル配當要求債權者即チ民法ノ規定ニ依ル配當要求債權者ハ執行名義ヲ有セサルヲ以テ執行手續ノ實施ニ關シ利害關係ヲ有スルモノニ非ス隨テ茲ニ所謂利害關係人ニ屬セス其第二ハ債務者即チ強制執行手續開始ノ際ニ於テ執行ノ目的物タル不動産ノ所有者ニシテ執行セラルル者タリ其所有權カ登記簿ニ記入シアラト否ト又債權者ニ對シ對人的債務ヲ負フト否トハ之ヲ問ハサルナリ債務者ハ執行當事者ナルヲ以テ執行ニ付キ利害關係ヲ有スルハ言フ埃タス其第三ハ不

動產ニ對スル執行ノ開始ヲ登記簿ニ記入スルニ際シ第六五一條既ニ登記簿ニ不動産上ノ權利者トシテ記入セラレタル權利者殊ニ登記簿記入済ノ他物權者タリ此種ノ權利者ハ執行ニ際シ不動産上ノ權利ヲ防禦スルノ利害關係ヲ有ス(不動産登記法第一條其第四ハ不動産上ノ權利者トシテ其權利ヲ疏明シ且ツ執行記録ニ備フヘキ届出ヲ爲シタル者ニシテ未納ノ租税其他ノ公課ヲ取立ツル權アル國家其他ノ公法人明治十三年三月布告第七號地租條例同年四月布告第十六號地方稅規則明治二十一年三月法律第九號國稅徵收法明治二十三年九月法律第八十八號府縣稅徵收法同年十二月法律第三十二號國稅滯納處分法同年同月法律第三十號地方稅及ヒ備荒蓄金滯納處分法等參考)一般ノ先取特權ヲ有スル者執行開始ノ登記記入後目的物タル不動産ノ所有權ヲ取得シタル者不動産ノ賃借者ノ如キ登記簿ニ記入シアラサル權利者ハ之ニ屬ス(第六四八條獨逸不動産強制競賣法第九條)

(二) 強制競賣

不動産ニ對スル強制執行ノ方法トシテ最も有力ナルモノハ強制競賣ナリ這ハ

不動産ノ所有者ニ對スル請求權ノ滿足ノ爲メニ該不動産ニ對シテ行フ裁判上ノ賣却ニ外ナラス左ニ競賣準備手續競賣手續競落ニ關スル決定配當手續及、再競賣等ニ關スル法則ヲ略述スヘシ

(A) 競賣準備手續 執行裁判所ハ債權者ノ申立ニ因リ開始セラレタル執行ヲ爾後職權ヲ以テ施行ス執行裁判所ハ一方ニ於テハ執行ノ目的物タル不動産ノ賣却及ヒ其實得金ノ配當ヲ實施シ他ノ一方ニ於テハ手續ニ依リテ生シタル爭訟事件ヲ終局ス此裁判ニ對シテ即時抗告ノ途アルコトハ前述シタル所ナリ但シ競賣手續ニ於テ爭訟ノ目的ト爲リタル實體上ノ權利ニ關シテハ通常ノ訴訟手續ニ依リ受訴裁判所ノ裁判スヘキモノナルヤ言フ俟タス

(1) 不動産ニ對スル強制執行ハ債權者ノ單獨の申立ニ因リ執行裁判所カ競賣手續開始決定ヲ以テ強制執行ヲ爲スヘキ旨ヲ命スルニ依リテ開始スルコトハ前述シタル所ナリ債權者ノ強制競賣ノ申立ニハ第一ニ債權者債務者及ヒ裁判所ヲ表示セタルヘカラス債權者ハ不動産ニ對スル強制執行ノ開始ヲ申立テタル權利者ニシテ債務者トハ強制執行ヲ受クヘキ執行ノ目的物タル不動産ノ所有者ニシテ又裁判所

トハ民事訴訟法第六百四十一條ノ規定ニ從ヒテ管轄權アル裁判所タリ第二ニ執行ノ目的物タル不動産ヲ表示セタルヘカラス第三ニ競賣ノ原因タル一定ノ債權即チ債權者ノ執行セントスル債務者ニ對シテ有スル請求權債務ノ原因カ債務名義ニ於テ明白ナラサルトキハ特ニ之ヲ表示セタルヘカラス及ヒ執行シ得ヘキ一定ノ債務名義即チ確定判決ナルヤ和解調書ナルヤ或ハ公正證書ナルヤノ點ヲ表示セタルヘカラス第四ニ執行力アル正本其他強制執行開始ノ爲メニ必要ナル證書ヲ添附セタルヘカラス(第六四二條第六四三條第一項獨逸不動産強制競賣法第一六條第五一六條第五二八條乃至第五三〇條第五六〇條隨テ民事訴訟法第五百二十八條ニ規定シタル同時ノ送達ハ不動産ニ對スル強制執行ニ於テ認メラレサルモノト謂フヘシ該要件ヲ具備セタル申立ハ執行裁判所ノ却下スル所ト爲ル何トナレハ此等ノ事項ノ一カ不分明ナルカ又ハ執行當事者ノ表示カ債務名義並ニ執行力アル正本ニ於ケル表示ト異ナルトキハ執行ヲ開始スルコトヲ得サルヲ以テナリ(申立ノ要件)(民事訴訟法第六百四十二條)要ス晋漏西不動産強制競賣法第十三條要ス)又強制競賣ノ申立ニハ債務者カ執行

ノ目的物タル不動産ノ所有者タルコトヲ證明シ且ツ最低競買價額ノ評價ヲ爲スノ便アルカ爲メニ民事訴訟法第六百四十三條第一項第一乃至第五ニ規定シタル書類ヲ添附スルヲ可トス而シテ第二第三及ヒ第四ノ事項ニ關シテハ債權者ハ公簿ヲ主管スル官廳稅務署郡役所市町村役場ノ類ニ其證明書ヲ求めルコトヲ得地券讓受證書等ノ如キ證明書ナキ場合ニ又第四及ヒ第五ノ事項ニ關シテハ債權者ハ證明不能ノトキニ限り貸借ニ關スル證明書ナク又建物ノ記入カ市町村役場主管ノ公簿ニ遺脱シタル場合ノ如キ競賣申立ノ際其取調ヲ執行裁判所ニ申請シ同裁判所ハ執達吏ヲシテ其取調ヲ爲サシム斯ル證明書ノ添附ハ要件ニ非ナルヲ以テ之ヲ缺キタル申請ハ法則上不適法トシテ却下スルコトヲ得然レトモ適當ナル證明ナキヲ以テ實體上不當トシテ却下セラルルコトアリ蓋シ不動産ニ對スル強制執行ハ其目的物タル不動産ノ所有者ニ對シテノミ加ハルヘキモノナレハナリ(第六四三條第一項)可シ……普通西不動産競賣法第一四條但シ強制管理ノ爲メ既ニ不動産ヲ差押ヘタル場合ニ於テ其執行記錄ニ第一乃至第五ノ事項ヲ證明シタル書類アルトキハ爾後競賣ノ申立ヲ爲ス

ニ當リテ更ニ前示ノ證明書ヲ添附スルノ要ナシ蓋シ申請者ニ對シ徒ニ時間ト費用ト勞力トヲ消費セシムルニ止マレハナリ而シテ法律上何等ノ區別ナキヲ以テ強制管理ヲ申立タル債權者ト強制競賣ヲ申立タル債權者ト同一ナルコトヲ要セサルナリ(第六四三條第三項執行裁判所ハ競賣手續開始ノ決定ヲ爲スハ際(第六五一條普通西不動産強制競賣法第一八條第一項)即チ該決定ヲ爲シタルトキハ勿論未タ該決定ヲ爲スニ熟シタル程度ニ達セサル場合ト雖モ職權ヲ以テ債權者ノ利益ノ爲メニ競賣ノ申立アリタルコトヲ登記簿ニ記入スヘキ旨ヲ登記判事ニ囑託セサルヘカラス(獨逸不動産強制競賣法第十九條第一項)カ普通西不動産強制競賣法第十八條第一項ト異ニシテ(裁判所ハ競賣手續開始決定ヲ爲スト同時ニ登記官衙ニ該命令ヲ登記簿ニ記入スヘキ旨ノ囑託ヲ爲スコトヲ要ス)ト規定シタルハ立法上正當ナリ我民事訴訟法第六百五十一條第一項ハ斯ル旨趣ノ法文ニ修正セラレンコトヲ望ム(第六五〇條登記判事ハ該囑託ニ應シテ記入ヲ爲シタル後登記簿ノ原本ヲ裁判所ニ送付シ且ツ不動産上權利者(不動産登記法第一條參考)ヨリ差出シタル證書質入抵當證書ノ類ノ抄本ヲ送付ス

(第六五一條第二項第六五二條不動產登記法第二五條以下普通西不動產強制競賣法第一九條獨逸不動產強制競賣法第一九條第二項是レ執行裁判所ヲシテ民事訴訟法第六百五十三條及ヒ第六百五十五條第六百五十六條ノ規定ニ則リ處分スルノ當否ヲ認識セシメ又配當表ノ材料ヲ得セシムルニ在リ) 執行裁判所ハ競賣ノ申立ヲ正當ト認メタルトキハ執行ヲ爲スヘキ旨ノ命令ノ一タル競賣手續開始決定ヲ爲シ職權ヲ以テ之ヲ債權者及ヒ債務者ニ送達ス(第二四五條債務者ハ該決定ニ對シ執行裁判所ニ異議ヲ申立テ(第五四四條之ヲ是認セサル執行裁判所ノ裁判ニ對シテ即時抗告ヲ爲スコトヲ得第五八條又競賣ノ申立ヲ不當ト認メタルトキハ之ヲ却下スル旨ノ裁判ヲ爲シ之ヲ債權者ノミニ送達ス而シテ債權者ハ該決定ニ對シ直チニ即時抗告ヲ爲スコトヲ得第五八條前者ノ場合ニ於テハ執行裁判所ハ前示ノ如キ登記記入ノ囑託ヲ爲シ(決定前ニ於テ登記記入ノ囑託ヲ爲ササルトキニ限り又租稅其他ノ公課ヲ主管スル官廳市町村役場郡役所稅務署等ニ競賣手續ノ開始決定アリタル旨ヲ通知シ其目的物タル不動產ニ對スル債權未納課稅其他ノ公課ノ有無及ヒ限度ヲ申

立ツヘキコトヲ期間ヲ定メテ催告セサルヘカラス是レ執行裁判所ヲシテ民事訴訟法第六百五十五條及ヒ第六百五十六條ニ則リ適當ナル處分ヲ爲スコトヲ得セシムルカ爲メナリ(第六五四條) 競賣手續ノ開始決定ヲ爲シタルコトハ債權者ノ爲メニ債務者ノ所有不動產ヲ差押ヘタルニ外ナラス第六四四條普通西不動產強制競賣法ハ第十六條第一項ト同シタ(同時ニ債權者ノ爲メニ不動產ヲ差押フルコトヲ宣言ズ可シ)ト規定シタレトモ立法上甚タ失當ナリ獨逸不動產強制競賣法第二十條第一項ノ如ク(強制競賣ヲ命シタル決定ハ債權者ノ爲メニ不動產ヲ差押ヘタルニ外ナラス)ト謂フヲ正當ト信ス蓋シ特ニ我民事訴訟法ノ如キ宣言ヲ爲スハ無益ノ手續ナルヲ以テナリ(不動產ノ差押即チ債務者ニ對スル其所有不動產ニ關スル處分權ノ制限ハ執行裁判所カ差押決定ヲ債務者ニ職權ヲ以テ送達スルニ因リテ効力ヲ生ス(第六四四條第三項普通西不動產強制競賣法第一六條第二項獨逸不動產強制競賣法第二二條第一項上段債務者ハ差押効力ヲシテ爾後債權者ノ利益ヲ害スヘキ差押不動產ニ關スル處分ヲ爲スコトヲ得ス故ニ債權者ノ權利ヲ害スヘキ差押不動產

ニ關スル法律上ノ處分ハ無効ニシテ又事實上ノ處分ハ不法ニシテ刑法上罰スヘキ價值アルモノナリ(獨逸刑法第一三七條參考)雖モ差押ニ因リテ發生シタル債權者ノ權利ヲ侵害セサル範圍内ニ於テ債務者ハ差押不動産ヲ讓渡シ若クハ之ニ他物權ヲ設定スルコトヲ得ヘシ又差押不動産ノ管理及ヒ利用ヲ爲スコトヲ得ヘシ第六四四條第二項普通西不動産強制競賣法第一六條第二項獨逸不動産強制競賣法第二四條隨テ飼料不足ノ爲メ家畜ノ一部分ヲ賣却セ傳染病ニ罹リタル動物ヲ殺スカ如キ差押物ノ主タル部分ヲ保全スルカ爲メニ其一部分若クハ從タル部分ヲ處分スルカ如キハ債務者ノ自由ニ爲シ能フ所ナリ債權者ハ債務者ニ斯ル權利ヲ行ハシムルコトヲ欲セサルトキハ強制管理ノ申立ヲ爲シ其目的ヲ達スルコトヲ得ヘシ債權者ハ差押ノ效力トシテ競賣ノ申立ヲ爲シ其目的ヲ達スルコトヲ差押物ヲ取得シタル第三者ニ對シ強制執行ヲ續行スルコトヲ得ルニ止マリ獨逸競賣法ニ於ケルカ如ク差押ニ因リ債權者ノ爲メニ抵當權ノ設定セラレタルモノトシテ債權者カ優先權ヲ取得シ差押以後ニ於ケル債務者ノ破産ニ於テ別除權ヲ主張スルコトヲ得又差押不動産上ニ權利ヲ取得シタル第三者ハ其取得

ノ際差押又ハ競賣ノ申立アリタルコトヲ知リタルトキハ差押ノ效力ニ對シ其善意ナリシコトヲ主張スルコトヲ得ス故ニ惡意ノ第三取得者ハ差押ノ效力トシテ其取得行為ノ相對的無効タルコトヲ知ラサルヘカラス隨テ惡意ノ第三取得者ハ差押ノ續行ヲ妨クルコトヲ得ス唯執行手續ニ於テ利害關係人ト爲ルノミ第三取得者カ善意ナルトキハ之ニ反ス是レ善意ノ取得ヲ保護スルノ法意ナリ(民法第一二九條參考)競賣ノ申立ヲ登記簿ニ記入シタル後ニ於テ差押不動産上ニ權利ヲ取得シタル第三者ハ記入ノ效力トシテ該申立ヲ知リタルモノト認メラル(第六四五條)但シ差押不動産カ差押ノ原因タル請求權ノ爲メニ義務ヲ負擔シタルトキ即チ質權抵當權ノ如キ擔保ノ目的物タルトキハ差押後該目的物上ニ所有權ヲ取得シタル第三者ハ其取得ノ際差押又ハ競賣ノ申立アリタルコトヲ知ラサルトキ即チ善意ナルトキト雖モ競賣手續ノ續行ヲ妨クルコトヲ得ス蓋シ第三取得者ハ差押又ハ競賣ノ申立ノ有無ニ關係ナク斯ル權利ノ主張アルコトヲ認識セサルヲ得サレハナリ(差押前)ノ取得ニ關シテハ新所有者ニ對スル債務名義アルニ非スンハ強制執行ヲ爲スコトヲ得ス民事訴訟法第六百五十

條第二項差押後又登記ヲ必要ト爲ス質權抵當權ノ如キ物上擔保權ニシテ登記ナキ以上ハ本條ノ適用ナキコトハ民事訴訟法第七十七條ニ依リ明瞭ナリ(第六五〇條第二項普通滯留不動産強制競賣法第一七條獨逸不動産強制競賣法第二六條)

差押ハ強制執行ノ目的ヲ達スルカ爲メニ之ヲ爲ス故ニ債權者カ競賣ノ申立ヲ取下ケタルトキ裁判所ノ決定ヲ要セスシテ當然消滅ス是レ不干涉主義ノ結果ナリ又ハ執行裁判所カ執行手續ヲ取消シタルトキハ差押ニ依リ發生シタル債權者ノ權利ト共ニ消滅スルヤ言フ埃タス(第六五〇條第三項第六五三條第六五六條普通滯留不動産強制競賣法第一七條第三項獨逸不動産強制競賣法第二八條第二九條)

總テノ不動産及ヒ其從タル物ハ總テ差押フルコトヲ得ルモノニ非ス第一ニ債權者ハ差押不動産ノ利用及ヒ管理ヲ爲スノ權利アルヲ以テ利用及ヒ管理ニ必要ナル產出物其他賃金等ハ不動産ニ對スル強制執行ノ目的物ト爲ラス普通滯留不動産強制競賣法第一六條獨逸不動産強制競賣法第二一條第二ニ華族世襲財

產ノ如ク法律上讓渡ヲ禁シタル不動産ハ強制執行ノ目的ヲ達スルコトヲ得ずルヲ以テ不動産ノ強制執行ノ目的物ト爲ラス第三ニ既ニ競賣手續ノ開始決定ヲ爲シタル不動産ニ關シテハ債權者ノ競賣ノ申立アルモ更ニ開始決定ヲ爲スコトヲ得ス是レ有體動產ニ對シ重復差押ヲ許ササルト同一ノ法意ナリ然レトモ該申立ハ之ヲ執行記録ニ添附スルニ因リテ配當要求ノ效力ヲ生シ又既ニ開始シタル競賣手續カ取消ト爲リタルトキハ第六百四十九條第一項ノ規定ヲ害セザル限ハ開始決定ヲ受ケタルノ效力ヲ生シ此種ノ債權者ノ爲メニ競賣手續ヲ續行ス此場合ニ於テ差押ノ效力ハ如何ナル時期ニ於テ發生シタルモノト認ムヘキヤノ點ニ關シテ法律上明文ヲ缺ケリ余輩ハ解釋上該申立ヲ債務者ニ通知シタル時ニ於テ發生スルモノト言ヘント欲ス(第六四七條第六四四條第三項引用獨逸不動産強制競賣法第二七條參考普通滯留不動産強制競賣法第一五條又該申立ハ登記簿ニ記入スヘキモノニ非ス隨テ開始決定ヲ受ケタルノ效力ヲ生シタル場合ニ於テ第三取得者ニ對スル差押ノ效力ヲ定ムルニ付キ事情ニ隨ヒテ該申立ヲ知リタルヤ否ヤヲ定メタルヘカラス(差押債權者ヨリ優待セラルヘキモ

ノニ非ス但シ假差押ノ命令アリタル不動産ニ付テハ競賣手續開始決定ヲ爲スコトヲ得蓋シ重複差押ノ禁止ハ已ニ差押アリタルコトヲ前提トスレハナリ(第六四五條)數名ノ差押債權者ノ爲メニ同時ニ不動産ノ差押ヲ爲ス場合ニ於テハ又前示法則ヲ準用セサルヘカラス(第七二一條)競賣手續ノ開始決定(第六五〇條)(2)競賣手續ノ取消及ヒ停止ハ民事訴訟法ニ規定シタル場合ニ於テ(第五五〇條第五一條第五六〇條)民事訴訟法ニ規定シタル手續ヲ盡スニ依リテ行ハル(第五五〇條第五一二條第五二二條第二項第五四四條第五四九條第五五一條第五六〇條第五六二條)殊ニ第三者ハ執行ノ目的物ニ付キ所有權其他目的物ノ讓渡若クハ引渡ヲ妨クルノ權利ヲ執行參加ノ訴ヲ以テ主張シタルトキハ競賣手續ノ取消ヲ爲スコトアリ然レトモ競賣若クハ其手續ノ續行ヲ妨クル權利ノ存スル事實カ登記判事ノ通知ニ因リテ顯ハルルトキハ執行裁判所ハ直チニ斯ル訴ヲ要セスシテ職權ヲ以テ手續ヲ取消シ又競賣手續ノ續行ヲ妨クル障礙ヲ除去スルコトヲ得ル場合ニ手續ヲ一時停止ス後者ノ場合ニ於テハ裁判所カ其意思ヲ以テ定ムル期間内ニ其障礙ノ消滅シタルコトヲ證明スヘキ旨ヲ債權者ニ命

シ債權者カ該期間ヲ徒過シタル後職權ヲ以テ競賣手續ヲ取消ス蓋シ執行ノ目的ヲ達スルコトヲ得サレハナリ(第六五三條)普通西不動産強制競賣法第二〇條(獨逸不動産強制競賣法第二八條)其他執行ノ目的物タル不動産ノ最低競賣價額ヲ以テ差押債權者ノ債權ニ先ツ不動産上ノ總テノ負擔及ヒ執行費用ヲ辨濟シテ剩餘アルノ見込ナク且ツ其旨ヲ差押債權者ニ通知シタルモ該債權者カ通知ヨリ七日ノ期間内ニ前示ノ負擔及ヒ費用ヲ辨濟シテ剩餘アルヘキ價額ヲ定メ且ツ其價額ニ應スル競賣人ナキ場合ニ於テ自ラ其價額ヲ以テ買受クヘキ旨ヲ申立テ之カ爲メニ十分ナル保證ヲ立テサルトキハ競賣手續ヲ取消ス蓋シ斯ル場合ニ競賣手續ヲ續行スルモ執行ノ目的ヲ達スルコトヲ得サレハナリ不動産ノ最低價額トハ裁判所カ登記判事及ヒ租稅其他ノ公課主管ノ官署ヨリ通知ヲ受ケタル後鑑定人ヲシテ鑑定セシメタル評價額ナリ通知ヲ受ケタル後ニ鑑定ヲ爲ス理由ハ通知ノ結果不動産ノ競賣ノ目的物タルニ足ラサルトキハ評價ノ手數ヲ省略スルコトアレハナリ(不動産上ノ總テノ負擔トハ租稅公課不動産上ニ設定セラレタル物上擔保抵當質等ヲ指示ス)(第六五五條第六五六條第六

四九條

競賣手續ノ取消及ヒ停止ヲ命シタル決定ハ債權者債務者若クハ第三者取消及ヒ停止ノ命令ヲ求ムル申立ヲ爲シタル第三者ニ送達シ又債權者ハ該決定ニ對シ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得第五八條而シテ競賣手續取消ノ場合ニ於テハ登記判事ニ競賣ノ申立アリタル旨ノ登記記入抹消ノ囑託ヲ爲サルヘカラス(第六九〇條)獨逸不動産強制競賣法第三二條第三四條競賣手續ノ停止及ヒ取消

(3) 執行裁判所ハ債務者ニ競賣手續開始決定ヲ送達シ且ツ不動産ノ最低價額ヲ以テ差押債權者ノ債權ニ先ツ不動産ノ負擔及ヒ手續費用ヲ控除シテ猶ホ剩餘ヲ得ルノ見込アリト認メタル後又ハ差押債權者カ民事訴訟法第六百五十六條第二項ニ規定シタル申立ヲ爲シ十分ナル保證ヲ立テタル後ニ職權ヲ以テ競賣期日及ヒ競賣期日ヲ定メ之ヲ公告ス(第六五七條)競賣期日ノ指定及ヒ其公告ハ賣却ノ申込ニ非スシテ却テ競買價額申出ノ一般の催告ナリ競買人ノ競買申出カ取引ノ申込ニシテ承諾ニ非サルナリ競賣期日ノ特定及ヒ公告ハ其固有ノ目

的ノ外ニ登記簿ニ記入ヲ要セサル不動産上權利ヲ有スル者ニ對シ遲クトモ其當然競落人ニ移轉セサル請求ヲ競賣期日ニ於ケル競買價額申出催告以前ニ届出テ且ツ利害關係人カ異議ヲ申立テタルトキハ其説明ヲ爲スヘキ旨ヲ催告スルノ目的ヲ有ス而シテ前示ノ權利者ハ之ニ應セサルトキハ競買ノ目的物ニ代リタル賣得金ニ付キ權利ヲ有スルニ過キサルヘシ(民事訴訟法第六百五十八條第九ハ立法上酷ニ失ス)普魯西不動産強制競賣法第四十條第八第九獨逸不動産強制競賣法第三七條第四第五ノ如ク立法スルヲ可トス競賣ハ總テ關係人ニ重大ナル利害アルヲ以テ各關係人ヲシテ其利益ヲ防禦スル地位ニ在ラシムルカ爲メニ法律ハ競賣期日公告ノ要件ト其方法トヲ規定シタリ第六五八條第六五九條第一項第六六〇條第六六一條要件ヲ缺キタル競賣期日ノ公告ハ無效トス故ニ裁判所ハ期日ヲ取消シテ更ニ競賣期日ヲ定メサルヘカラス但シ要件ヲ缺キタル事實カ競賣終了後ニ於テ顯ハレタルトキハ競落ヲ許ササル決定ヲ爲スヘキハ言フ埃タス公告ノ方法カ民事訴訟法第六百六十一條第一項第一及ヒ第二ニ適セサル場合亦然ラン(賣期日)

(4) 私法的買買ニ於テ當事者ノ權利及ヒ義務ヲ定ムル條件カ法律又ハ當事者ノ意思ニ因リテ定ムルト同シク民事訴訟法の買買タル強制競賣ニ於テ競落人ノ權利及ヒ義務ヲ定ムル條件カ法律又ハ當事者ノ意思ニ因リテ定マルモノアリ然レトモ後者ハ前者ト其性質ヲ同シウセサルヲ以テ該條件ノ同一ナラサルハ當然ナリ強制競賣ノ賣却條件トハ裁判官カ債務者ノ有スル不動産ヲ競落人ノ所有ニ移ス條件ナリ強制競賣ニ於ケル競落人ノ權利義務ヲ定ムル規則タリ該條件ハ其性質ニ從ヒテ效力ニ關スルモノト成立ニ關スルモノトニ分ツコトヲ得競賣ノ不動産所有權ノ取得第六八六條不動産上ノ負擔ノ免除及ヒ引受(第六四九條競落人ノ代金支拂義務第六八七條第六九三條費用ノ負擔等ハ前者ニ屬シ民事訴訟法第六百四十九條ニ規定スル制限最低競賣價額ノ確定第六五五條第六七〇條第一項競買保證ノ供託第六六四條競買人カ其申出タル競買價額ニ付キ羈束セラルル義務及ヒ其義務ノ免除第六六五條第六六六條競買取消第六七八條等ハ後者ニ屬ス後者ハ狹義ノ賣却條件ニ非ス又該條件ハ直接ニ法律ニ依リテ定マルト當事者ノ意思ニ因リテ定マルトニ從ヒテ法定賣却條件ト任

意賣却條件トニ分ツコトヲ得面シテ法定賣却條件中ニハ利害關係人ノ合意ニ因リ變更スルコトヲ得ルモノト否トアリ最低競賣價額及ヒ競落人カ競賣許可ニ因リテ所有權ヲ取得スルカ如キ事項ハ利害關係人ノ合意ニ因リテ變更スルコト能ハサル法定條件ニシテ競買代金ノ支拂期及ヒ不動産ヲ分割マテ讓渡スルカ如キ事項ハ當事者ノ合意ニ因リ變更スルコトヲ得ル法定條件ナリ利害關係人ノ合意ニ因リ變更シタル法定條件ヲ特別ノ賣却條件ト稱ス前者ハ公益ニ關スルカ最低競賣價額ニ關スル條件若クハ競賣ノ要素競落人ノ所有權取得ナルヲ以テ之カ變更ヲ許サス後者ハ主トシテ利害關係人ノ利益保護ノ爲メニ存スル條件ナルヲ以テ之カ變更ヲ許スモノタリ變更ノ合意ハ變更ニ因リ權利ニ影響ヲ蒙ル總利害關係人ノ意思ノ合致ニシテ競賣期日ノ開始マテニ非スンハ之ヲ爲スコトヲ得ス蓋シ特別ノ賣却條件ハ競賣期日ノ開始後ニ告知スヘキモノナレハナリ我民事訴訟法ハ普通西不動産強制競賣法普通西不動産強制競賣法第二條第五三條乃至第五六條及ヒ獨逸不動産強制競賣法獨逸不動産強制競賣法第四四條以下ト同シク不動産上ノ負擔消滅主義及ヒ不動産ノ負擔引受主義ヲ併

用シタリ前者ハ不動産上ノ負擔カ消滅シテ買主ニ脱落セラルル主義ナリ故ニ此主義ニ從ヘハ賣得金カ少クモ差押債權者ノ債權ニ先ツ權利ヲ償還スルニ非スルハ賣却ヲ許ササルモノタリ隨テ消滅主義ト言ハスシテ償還主義ト言フ者アリ(民事訴訟法第六百四十九條民法施行法第五十一條第三項及ヒ第四項ハ留置權者及ヒ質權者ノ利益ヲ特ニ保護シタルモノナリ後者ハ差押債權者ノ債權ニ先ツ權利即チ不動産上ノ負擔ヲ賣得金ヲ以テ完済セスシテ却テ脱落以後存額セシムルカ爲メニ競落人カ引受タル主義ナリ故ニ此主義ニ從ヘハ差押債權者ノ權利ニ先ツ權利ハ競落ノ爲メニ毫モ變動ヲ受ケサルナリ(第六百四十九條第一項是ヲ以テ民事訴訟法第六百五十五條ニ從ヒテ評價シタル債權カ不動産ノ負擔スル權利價額ニ違セサルトキハ最低競賣價額タルノ限ニ在ラサルナリ(民事訴訟法第六百五十五條ニ於テ不動産ノ評價ヲ裁判所カ登記判事及ヒ租稅其他ノ公課ヲ主管スル官署ヨリ通知ヲ受ケタル後ニ於テ爲サシムルハ評價額ノ最低競賣價額タルコト能ハサル場合アルカ爲メナル(ヘシ)(賣却條件)

(B) 競賣手續 競賣期日ハ執達吏カ執行裁判所ノ機關トシテ執行裁判所カ其意

見ヲ以テ定メタル場所裁判所内又ハ其他ノ場所ニ於テ之ヲ開ク(第六百五十八條第五第六百五十九條執達吏ハ事件ノ呼上ヲ以テ期日ヲ開キタル後第一六三條競賣ノ爲メニ出頭セタル者及ヒ利害關係人ニ執行記録ヲ閱覽スルコトヲ許シ登記判事並ニ公課主管官應ヨリノ通知書等特別ノ賣却條件ヲ告知シ(法定條件ハ各人ノ知ル所ナルヲ以テ告知スルノ要ナシ)且ツ競賣價額ノ申出ヲ催告ス(第六百六三條普通漏西不動産強制競賣法第五二條第五七條第六一條漏逸不動産強制競賣法第六六條)

法律ハ各利害關係人カ競賣價額カ支拂ハレナル場合ニ於テ彼ルヘキ危害ヲ保護スルカ爲メニ各利害關係人ニ許スニ競買人ニ保證ヲ立ラシムヘキ旨ヲ申立ツルコトヲ得セシメタリ然レトモ債務者若クハ差押後新ニ權利ヲ取得シタル所有者カ競買人ナルトキハ斯ル申立ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ此等ノ者ハ代金不支拂ノ爲メニ毫モ利益ヲ害セラサルコトナキヲ以テナリ競買人ニ保證ヲ立ラシムヘキ旨ノ申立ハ競賣價額ノ申出アリタル後直チニ述フルコトヲ要ス故ニ總テノ競買人ニ對シ又ハ或競買人ノ總テノ競買申出ニ對シ爲ス一般の保

證ヲ立ツヘキ旨ノ申立ハ之ヲ許サス然レトモ該申立ハ同一競買人ノ其後ノ競買ニ付テハ效力アリ是レ執行手續ノ進行ヲ可成ノ容易ナラシムルノ法意ナリ此申立アリタル場合ニ於テ競買人カ保證トシテ競買價額ノ十分ノ一ニ當ル金額ヲ現金又ハ有價證券ヲ執達吏ニ預ケサルトキハ其競買ヲ許ササルモノトス即チ之ヲ排付セサルヘカラス普法ハ嘗テ執行ノ目的物タル不動産ノ價格十分一ヲ以テ保證額ト定メタリシカ爾後競買價額ノ十分一ヲ以テ保證額ト定メタリ現行獨逸不動産強制競賣法ハ裁判所ノ判斷ニ委テタリ保證額ヲ法定スルハ執行手續ノ進行ヲ容易ナラシムル利アルヲ以テ我民事訴訟法ノ立法例ヲ學理上正當ト認ム(第六六四條)普漏西不動産強制競賣法第六二條第六三條獨逸不動産強制競賣法第六七條(第七〇條)

各競買人ハ競買ヲ許サレタル場合ニ限リ其申出價額ニ付キ拘束セラル是レ競賣ノ目的ヲ達スルカ爲メニ設ケラレタル競買ノ申出即チ申込ニ對スル制限アリ(第五二一條第一項「リヒタル」氏)競買ハ競買人ノ申込ナルヲ以テ競買人ハ通常承諾ヲ表示スルコトヲ得ル時間其表示シタル申込ニ拘束セラレサルヘカラ

ズ是レ法律カ競買ノ許サレタル各競買人ハ更ニ高價競買ノ許アルマテ其申出タル價額ニ付キ拘束ヲ受クルモノトスト規定シタル所以ナリト説明シタルトモ我民法ハ期間ノ定ナキ申込ハ何時ト雖モ之ヲ取消スコトヲ得ヘキモノト認メタルヲ以テ斯ル結論ニ依ルコトヲ得サルヤ當然ナリ競買ハ利害關係人ノ申立ニ因リ許サレサルコトアリ(第六六四條)或ハ執達吏カ職權ヲ以テ調査スヘキ要件ヲ具ヘサルニ因リテ許サレサルコトアリ競買人カ買賣契約ヲ取結ヒ不動産ヲ取得スルノ能力ナク競買人カ代理人ニ依リテ競買ノ申立ヲ爲シタル場合ニ於テ其權限ニ關スル證明ナク又ハ最低競賣價額ニ達セサル競買價額ノ申出ヲ爲シタルカ如キ即チ是ナリ強制競賣ニ於ケル賣却ハ債權者ノ名ヲ以テ爲スモノニ非サルカ故ニ債權者亦競買人トシテ申出ヲ爲スコトヲ得執行ノ目的物タル不動産ノ所有權者亦然リ唯此場合ニ於テハ所有權者ハ競落人トシテ所有權以外ノ權利ヲ取得スルニ止マルノミ隨テ債權者又ハ所有權者カ申出タル競買ハ許サレサルモノト論スヘカラス競買人ノ義務ハ第一ニ更ニ高價ノ競買ノ許アルトキニ消滅ス何トナレハ此場合ニ於テ高價ノ競買即チ新申込ニ對スル

競落アリテ舊競買ニ對スル承諾ノ存スヘキコトナケレハナリ故ニ更ニ高價ノ競買ノ許サレタルトキハ經令其申出ノ取下アルモ舊競買人ノ義務ノ消滅ニ影響ヲ及ホスコトナシ同高價ノ競買カ同時ニ申出タル各競買人ハ裁判所カ抽籤ヲ以テ申込ト認ムヘキ競買ヲ定ムルマテ拘束セラルル第二ニ手續ノ停止若クハ期日ノ廢棄ニ因リテ消滅ス競買手續ハ債務者又ハ第三者ノ異議ニ因リ或ハ債權者ノ承諾シタル義務履行ノ猶豫ニ因リ或ハ強制競買ノ申立取下ニ因リ一時停止或ハ確定的ニ停止取消スルコトアリ此場合ニ於テハ最高價競買人ノ義務ハ當然消滅スルヤ當然ナリ手續ヲ停止スルコトナクシテ之ヲ取消シタル場合第六七二條第六七四條普漏西不動強制競賣法第七四條第七九條亦然リ執行裁判所カ手續上缺點アルヲ以テ職權上競買期日ヲ廢棄シタル場合亦同シ然レトモ單純ナル手續上ノ延期ハ之ニ反ス而シテ手續ノ停止又ハ期日ノ廢棄ニ因リ一旦消滅ニ歸シタル最高價競買人ノ義務ハ爾後手續ノ停止又ハ期日ノ廢棄ニ對スル抗告カ理由アリト裁判セラレタルノ故ヲ以テ復活スルモノニ非ス蓋シ最高價競買人ノ義務ハ手續ノ停止又ハ期日ノ廢棄ナル處分アルノミニ因リテ消

滅シ該處分ノ理由アルト否トニ關係ナケレハナリ隨テ抗告裁判所ノ裁判ヲ以テ該義務ヲ復活スルコト能ハス第三ニ競落ヲ許ササル決定ノ確定ニ因リテ消滅ス第六六五條第一項普漏西不動產強制競賣法第六六條獨逸不動產強制競賣法第七二條競賣ハ執行ノ目的物タル不動產ノ一箇ノミカ競賣セラレタルト數箇カ競賣セラレタルトニ拘ラス競買價額ヲ申出ツヘキ旨ノ催告後滿一時間ヲ過タルニ非サレハ之ヲ終局スルコトヲ得ス又競買價額ヲ申出ツヘキ旨ノ催告アルニ拘ラス該申立ナキニ至ルマテ繼續ス是レ競賣ノ目的即チ最高價賣却ヲ達クニ力メタル法意ナリ執達吏ハ錯誤ヲ避クルカ爲メニ最高價競買人ノ氏名及ヒ其價額ヲ呼上ケタル後ニ於テ各人ニ競賣ノ終局ヲ告知ス競賣終局ハ其效力トシテ第一ニ債權者カ爾後競買ノ申立ヲ取下クルコトヲ得セシメス第六五〇第三項普漏西不動產強制競賣法第七三條何トナレハ競賣期日ノ終局ト共ニ讓渡契約ニ必要ナル總テノ事項カ完成スルモノナルヲ以テ取下ハ唯競賣期日ノ終局マラニ許サルヘキモノナレハナリ但シ利害關係人及ヒ最高價競買人ノ同意アルトキハ此限ニ在ラサルヤ言フ埃タス(リヒタル氏著普國不動產強制執行論參考又

債權者ハ競賣終局マテニ於テ利害關係人ノ同意ヲ得テ債務者ノ爲メニ猶豫ヲ承諾スルコトヲ得普通漏西不動産競賣法第七三條第一條第二ニ最高價競買人ニ非サル各競買人ハ競賣終局ノ告知ニ因リ競買ノ義務ヲ免レ即時ニ預ケタル保證ノ返還ヲ求ムザコトヲ得又執達吏ハ競買保證ノ爲メニ預リタル金銭又ハ有價證券ヲ價額ニ付キ拘束ヲ受ケサリシ各競買ノ申出人ニ返還シ受取證ヲ取リテ之ヲ調書ニ添附シ返還セザルモノ即チ最高價競買人ノ保證保證ノ性質ヨリ生スル當然ノ結果トシテ返還スヘキモノニ非ス及ヒ調書作成前ニ退席セタル競買人ノ保證第六六七條ノ保證ハ調書作成後三日内ニ裁判所書記ニ交付ス(法文ニ三日内ノ計算點ヲ明示セザレトモ調書ト共ニ交付スルノ法意ヨリ推究スレハ調書作成後タルヲ知ルニ足ル)第三ニ執行裁判所ノ所在地ニ住居ヲモ事務所ヲモ有セザル最高價競買人ハ其所在地ニ假住所ヲ選定シテ其旨ヲ口頭又ハ書面ニテ裁判所ニ届出テザルヘカラス是レ最高價競買人ニ對スル呼出及ヒ送達ニ關スル便宜ヲ得ルカ爲メナリ第六六五條第二項第六六六條第六六八條第六六九條普通漏西不動産強制競賣法第六八條獨逸不動産強制競賣法第七三條)

執達吏ハ競買期日ノ調書ヲ作成シ競落ニ關スル裁判ヲ爲ス材料ノ爲メニ又ハ利害關係人ノ權利ノ爲メニ必要ナル手續ノ進行ヲ明確ニセザルヘカラス第六六七條第五四〇條第六六八條而シテ該調書ハ作成後三日内ニ裁判所書記ニ交付スヘシ獨逸不動産強制競賣法第七八條第八〇條

執達吏ハ開始シタル競賣期日ニ於テ許スヘキ競買價額ノ申出ナキトキ(民事訴訟法第六百六十四條等)其他毫モ申立ナキトキハ其旨ヲ調書ニ記載シ之ヲ裁判所書記ニ交付シ裁判所ハ競賣ノ目的ヲ達スルカ爲メ民事訴訟法第六百四十九條第一項ノ規定ヲ害セザル限ハ最低競買價額ヲ低減シ新競買期日ヲ定メ競賣手續ヲ續行ス其期日ニ於テ仍ホ許スヘキ競買價額ノ申出ナキトキ亦同シ新競賣期日ハ少クモ開始シタル競賣期日ヨリ十四日ノ後タラサルヘカラス是レ民事訴訟法第六百五十九條同一法意ナリ普通不動産強制執行法第六十九條ニ於テハ三月以内ニ爲シタル債權者ノ申立ニ因リ競賣手續ヲ續行ス該申立カ適法ノ時期ニ於テ爲サレサルトキハ強制競賣ノ申立ヲ取下ケタルモノト看做セリ我民事訴訟法ニ於テハ競賣價額低減ノ結果トシテ結局最低競買價額力差押

債權ニ先ツ不動産上ノ總テノ負擔及ヒ手續ノ費用ヲ辨濟シテ剩餘アルノ見込ナキトキニ至リ民事訴訟法第六百五十六條ヲ適用シテ競賣手續ヲ取消スコトト爲ル
(C) 競落ニ關スル裁判 執行裁判所ハ競賣期日ノ終局後公示シタル競落期日ヲ裁判所ニ於テ開キ該期日ニ出頭シタル利害關係人ノ陳述ヲ聽キ競落ニ關スル裁判ヲ爲ス(第六五八條第六六〇條第六七一條)
競落期日ニ出頭シタル利害關係人ノミカ競落許可ニ關シ意見ヲ表示スルコトヲ得是レ不出頭ハ斯ル權利ノ拋棄ニ外ナラサレハナリ競落ノ許可ニ付テノ異議競落ヲ許スヘカラサルモノト認メタル陳述ノ形式及ヒ之ニ對スル陳述ハ何レモ競落期日ノ終局マテニ申立テサルヘカラス是レ競落期日ニ於テ利害關係人ノ陳述及ヒ反對陳述ノ口頭の審理ヲ爲シ其當否ヲ競落ニ關スル裁判ニ於テ判斷セシムルカ爲メナリ隨テ爾後ノ異議及ヒ之ニ對スル陳述ハ裁判所カ斟酌スルモノニ非ス然レトモ民事訴訟法ノ通則ニ從ヒテ異議ニ關スル審理期日ヲ延期シ或ハ續行スルコトヲ得ルハ敢テ疑ナキ所ナリ裁判所書記ハ競落期日ノ

調書ヲ作成セサルヘカラス是レ異議ノ終局手續カ口頭審理ナルヲ以テ調書ニ記載セラレタル陳述ニ非スシハ競落ニ關スル裁判ヲ爲スニ際シテ準據ト爲ササレハナリ(第六七七條第二項普通西不動産強制競賣法第八一條第二項又競落許可ニ付テノ異議ハ法定ノ理由タル競買ノ有效ナラサル事實ニ基カサルヘカラス(第六七二條普通西不動産強制競賣法第七五條第七八條其第一ハ強制執行ヲ許スヘカラサルコト又ハ執行ヲ續行スヘカラサルコトタリ強制執行ヲ許スヘカラサルコトトハ強制執行ノ實體的及ヒ形式的前提要件ノ欠缺ニシテ執行當事者ニ關シテ之ヲ言ハハ判決ノ執行ノ條件タル事實ノ到來セサルコト執行當事者承繼ニ關スル證明ナキコト執行ヲ開始スヘキ日時ノ到達セサルコト執行カ債權者ヨリ保證ヲ立ツルコトニ係ル場合ニ於テ債權者カ保證ヲ立ツルコトニ付テノ證明ナキコト軍人軍屬ニ對シ強制執行ヲ爲ス場合ニ於テ其上班司令官應ニ通知ヲ爲ササリシコト等ニシテ執行裁判所ニ關シテ之ヲ言ハハ執行裁判所カ管轄權ヲ有セサルコト執行シ得ヘキ債務名義ナキコト執行力アル正本ナキコト等ニシテ又執行ノ目的物ニ關シテ之ヲ言ハハ不動産カ讓渡スルコ

ト能ハサルモノナルコト、債務者ノ所有ニ屬セサルコト等ナリ執行ヲ續行スヘカラサルコトトハ執行手續ノ進行中ニ於テ發生シ且ツ其續行ヲ妨タル實體的及ヒ形式的性質ヲ有スル障礙及ヒ缺點タリ執行裁判所カ執行手續ヲ停止シ若クハ取消スヘキ場合ハ總テ之ニ屬ス(第五五〇條第五五一條第六五〇條第三項)其第二ハ最高價競賣人ニ賣買契約ヲ取結フノ能力ナキコト若クハ其不動産ヲ取得スルノ能力ナキコトニシテ競買人タル未成年者禁治產者妻ノ如キハ前者ニシテ競買人カ執達吏又ハ外國人土地ニ關シテ明治五年四月十四日布告第五十四號參考タル場合ノ如キハ後者ニ屬ス蓋シ此等ノ者カ爲シタル競買申出ハ法律上有效ナル申込ニ非サルヲ以テ有效ナル競賣行爲ヲ完成スルモノニ非ス故ニ能力又ハ資格ノ欠缺カ競落期日ノ終局ニ至ルマテ除去セラレサル限ハ競落ヲ拒絕セサルヲ得サルヲ以テナリ其第三ハ法律上ノ賣却條件前述參考)ニ抵觸シテ競買ヲ爲セタルコト又ハ總テノ利害關係人ノ合意ヲ得シテ法律上ノ賣却條件ヲ變更シタルコトタリ是レ不當ノ侵害ニ對スル各利害關係人ノ實體的權利ヲ保護スルノ注意ニ出フ其第四ハ競賣期日ノ公告ニ第六百五十八條ニ

掲ケタル要件ノ記載ナキコトニシテ斯ル公告ハ正當ニ競賣ノ目的ヲ達スルニ足ラス其第五ハ競賣期日ノ公告カ法律上規定シタル方法ニ依リ第六六一條爲サレサルコトニシテ前示ノ公告ト同シク競賣ノ目的ニ達スルニ足ラス其第六ハ民事訴訟法第六百五十九條ニ規定シタル期間ヲ存セナリシコト(第六五九條)ニシテ違ハ重大ナル手續上ノ缺點ナリ其第七ハ民事訴訟法第六百六十五條第二項及ヒ第六百六十六條第一項ノ規定ニ違背シタルコトニシテ法律ハ之ニ因リテ競賣ノ結果ヲ害スヘキ輕忽ノ終局ニ對シ各利害關係人ニ防禦スルノ機會ヲ與ヘタルモノト信ス其第八ハ民事訴訟法第六百六十四條ノ規定ニ違背シ最高價競買人ナリト呼上ケタルコトニシテ法律ハ之ニ因リテ各利害關係人ノ保證ヲ立ツルコトヲ目的トスル請求ノ保護ヲ全クシタリ而シテ各利害關係人ハ執行手續ニ於テ其固有ノ權利ノミヲ主張スルコトヲ得ルニ止マルヲ以テ其權利ニ對スル侵害ノミヲ理由トシテ異議ヲ申立ツルコトヲ得ルノミ隨テ各利害關係人ハ他ノ利害關係人ノ權利ノミニ關スル理由ニ基キテ異議ヲ主張スルコトヲ得サルヤ言フ埃タサル所ナリ第六七三條普遍西不動産強制競賣法第七六

執行裁判所ハ競落ニ關スル裁判ヲ以テ競賣手續ノ結果ヲ表示ス該裁判ノ内容ハ競落ノ許可承諾若クハ不許可拒絕ニシテ孰レモ競落期日圖書ニ記載シアル事項ニ基キテ之ヲ定ムルモノタリ

(4) 裁判所ハ第一ニ異議ヲ正當ト認メタルトキハ競落ヲ許サス(第六七四條第一項)普漏西不動産強制競賣法第七八條第一項第二ニ前示異議ノ理由タル事項ノ一アリト認メタルトキハ職權ヲ以テモ競落ヲ許サス強制競賣手續ニ於テハ裁判所カ利害關係人トシテ競賣手續ニ參加スル權利アル者ノ權利ヲ特定ノ範圍内ニ於テ職權ヲ以テ保護セサルヘカラサルノ原則行ハル故ニ裁判所ハ事情ニ從ヒテ競落ヲ唯リ正當ナル異議ノ結果トシテノミナラス又職權ヲ以テ拒絕セサルヘカラス是レ職權ヲ以テ競落ヲ許ササル決定ヲ爲スコトアル所以ナリ而シテ職權的競落拒絕ノ理由ニハ條件附及ヒ無條件ノ二種アリ民事訴訟法第六百七十二條第四乃至第八ハ後者ニシテ同條第一乃至第三ハ條件附拒絕理由タリ

強制執行ヲ許スヘカラサルコト又ハ執行ヲ履行スヘカラサルコトハ異議ノ理由ナルコト前述ノ如シト雖モ職權的競落不許可ノ理由トシテハ競賣シタル不動産カ讓渡スルコトヲ得サルモノナルトキ(強制執行ヲ許スヘカラサルコト又ハ競賣手續ノ停止ヲ爲シタルトキニ限レリ蓋シ競賣シタル不動産カ讓渡スコトヲ得サルモノナルトキハ有效ニ該不動産ノ所有權ヲ競落人ニ移轉スルコトヲ得ス隨テ競落ヲ許可スルコトヲ得ス又競賣手續ノ停止アリタルトキハ執行ノ履行ヲ希望スルコト能ハサルヤ明白ナルニモ拘ラス尙ホ停止シタル手續ノ履行ニ對スル利害關係人ノ異議ヲ必要トスルハ失當ナレハナリ然レトモ其他ノ理由(第六七二條第一ニ屬スル)ハ其性質上債務者又ハ第三者カ異議ヲ以テ之ヲ主張シタル場合ニ於テノミ斟酌スヘキモノナルヲ以テ職權的競落不許可ノ理由ト爲ラス最高價競賣人カ賣買契約ヲ取結フノ能力ナク若クハ其資格ナキトキハ有效ナル競賣ヲ爲スコト能ハサルモノナレトモ之ニ基キ異議ノ申立ナキ以上ハ爾後能力若クハ資格ノ欠缺ノ除去ヲ許スヲ適當トス故ニ法律ハ能力若クハ資格ノ欠缺カ結局除去セラレサルトキニ限り職權ヲ以テ競落ヲ許サ

タルモノト爲シタリ民事訴訟法第六百七十二條第三ハ利害關係人ノ利益保護トス故ニ利害關係人カ手續ノ續行ニ付キ承認セザルトキニ非スシハ職權ヲ以テ競落ヲ許ササルノ理由ト爲ラス(第六七四條第二項普通西不動産強制競賣法第七八條獨逸不動産強制競賣法第七九條第八三條以上第一及ヒ第二ノ場合ニ於テ全ク競落ヲ許ササル場合ナルモ更ニ競賣ヲ許スコトヲ得ヘキトキハ競落不許可ノ決定ヲ爲スコトナク職權ヲ以テ新競賣期日ヲ定メ競賣手續ヲ續行シ更ニ競賣手續ヲ開始スルノ手續ヲ省略ス民事訴訟法第六百七十二條第一ハ到底競賣ノ目的ヲ達スルコト能ハサル場合ナルヲ以テ競落不許可ノ決定ヲ爲シ執行手續ヲ完了セザルヲ得ス(第六七七條然レトモ民事訴訟法第六百七十二條第二號乃至第八號ハ之ニ反シ更ニ競賣手續ヲ續行スルコトヲ得ヘキ場合ナルヲ以テ新競賣期日ヲ定ムルコトヲ得ルノ効ト爲ラス(第六七六條第三ニ數箇ノ不動産ヲ競賣ニ付シタル場合ニ於テ其中ノ或不動産ノ賣得金ヲ以テ各債權者ニ辦濟ヲ爲シ及ヒ強制執行ノ費用ヲ償フニ足ルヘキトキハ他ノ不動産ノ競落ヲ許サス此場合ニ於テハ債務者カ賣却スヘキ不動産ヲ指定スルノ權アリ蓋ベ

執行ノ目的ハ債權ノ完済ヲ受クルニ在リ故ニ其目的以外ニ不動産ヲ賣却スルノ要ナク又賣却スヘキ不動産ノ何タルヲ問ハス賣得金ヲ以テ債權ヲ完済スレハ足レリ故ニ債務者ニ賣却スヘキ不動産ニ付キ指定權ヲ與ヘ其所有權ヲ尊重シタリ(第六七五條第四ニ競賣期日ト競落期日トノ間ニ天災其他ノ事變ニ因リ不動産カ著シク毀損シタルトキハ最高價競買人ハ其競買ヲ取消スノ權アリ而シテ斯ル權利ノ主張アリタルトキハ裁判所ハ其毀損ノ著シキヤ否ヤヲ情況ヲ斟酌シテ之ヲ定メ著シキモノト認定シタルトキハ競落ヲ許ササルノ決定ヲ爲ス(第六七八條第六八五條是レ物ハ所有者ノ爲メニ死ストノ原則ヲ適用シタルモノナルヘシ立法上ノ見解トシテハ物ハ債權者ノ爲メニ死スルノ原則ニ則リ反對ニ論結スルヲ正當ト信ス此場合ニ於テ裁判所ハ競賣手續ヲ取消シ(第六五五條第六五六條第二項或ハ新競賣期日ヲ定ム(第六七六條準用ルコトヲ得ルハ瞭然タリ我民事訴訟法ハ競落ヲ許ササル決定ニ記載スヘキ要件ヲ掲クルト雖モ是レ必要ナル體裁ヲ具備セザルヘカラサルコトハ疑ナキ所ナリ故ニ執行ノ目的タル不動産債務者ヲ表示シ裁判所ノ名稱裁判ニ參與シタル判事ノ氏名捺印

ヲ掲ケ且ツ裁判ヲ爲シタル日時ヲ記スルヲ適當トシ(第二四五條裁判ノ主文トシテ競落ヲ許サストノ宣言ヲ爲ササルヘカラス而シテ數人ノ競買人カ申出ヲ爲シタルトキニ於テ其一人ニ競落ヲ許可シタルトキハ該裁判ハ他ノ申出人ニ對シテ競落ヲ許ササル旨ノ裁判ト爲リ新ニ裁判ノ主文中ニ於テ之ヲ表示スルノ要ナシ)

裁判所ハ競落許可ニ關スル異議ヲ正當ト認メス或ハ職權的競落拒絕ノ理由ノ存セサルモノト認メタルトキハ競落許可ノ裁判ヲ爲ス第六七七條該裁判ニハ債務者ノ表示裁判所ノ名稱裁判ニ參與シタル判事ノ氏名捺印及ヒ競落ヲ許可シタル日時ヲ掲ケタルヲ適當トシ又裁判ノ主文中ニ競賣ヲ爲シタル不動産競落人及ヒ競落ヲ許シタル競買價額又特別賣却條件第六六二條第六六三條(特別ノ賣却條件ヲ以テ競落ヲ許シタルトキハ)ヲ掲ケサルヘカラス(第六七九條普通漏西不動産強制競賣法第八三條漏西不動産競賣法第八二條最高價競買人タルノ權利ハ讓渡スルコト能ハサルモノニ非サルヲ以テ最高價競買人カ競落以前ニ該權利ヲ他人ニ讓渡シ且ツ該讓渡カ裁判上明白ナルトキハ競落ヲ讓受人ニ許可ス

ヘキモノトス而シテ此場合ニ於テハ讓渡人タル最高競買人ト讓受人トハ連帶シテ競落人タル義務ヲ負擔スルモノナルヘシ普通漏西不動産強制競賣法第八三條漏西不動産競賣法第八一條隨テ競落許可決定ニ於テ斯ル趣旨ヲ掲ケサルヲ得ス

(b)競落許可ノ決定ハ口頭審理ニ基キテ爲スモノナルヲ以テ競落期日ニ若クハ同期日ニ於テ言渡ヲ以テ定メタル期日ニ言渡ササルヘカラス(第六七七條第二四五條第二三四條第二三五條普通漏西不動産強制競賣法第八一條漏西不動産強制競賣法第八七條(民事訴訟法第六百七十六條ニ從ヒ新競賣期日ヲ定ムル場合ハ決定ヲ爲スモノニ非ス隨テ言渡ノナキヤ當然ナリ)而シテ競落許可決定ハ利害關係人ニ知ラシムルカ爲メニ裁判所ノ揭示板ニ揭示シテ公告ヲ爲ス)

(c)我民事訴訟法ハ確定シ得ヘキ裁判ニシテ手續ノ進行ヲ適法ニ維持シ且ツ利害關係人ノ利益ヲ保護スルカ爲メニ必要ナルモノニ對スル不服申立方法トシテ即時抗告ナルモノヲ認メタリ競落許可ノ裁判ハ該種ノ裁判ノ一ナリ故ニ各利害關係人及ヒ競買人等ハ特定ノ要件ノ下ニ於テ即時抗告ヲ爲スコトヲ得(第

二八〇條第五五八條舊澤西不動產強制競賣法第八七條獨逸不動產強制競賣法第九七條

其要件ノ第一ハ抗告申立人カ競落許可ノ決定ニ因リ損失ヲ被ムルヘキ各利害關係人競落ヲ許スヘキ理由ナキコト又ハ決定ニ揭ケタル以外ノ條件ヲ以テ許スヘキコトヲ主張スル競落人及ヒ競落ヲ求メ之ヲ許スヘキコトヲ主張スル競買人タルコトヲ要ス競落許可ノ決定ニ因リ損害ヲ被ルヘキ利害關係人トハ違法ノ損失ヲ被ムルヘキ利害關係人ヲ謂フ法律上必要ニシテ避クヘカサル損失例ヘハ賣得金配當ノ債權額ニ對シ不足ナルカ爲メニ受クル損失ノ如キハ各利害關係人ノ堪忍スヘキモノナルヲ以テ茲ニ所謂損失ト謂フヘカラス故ニ此種ノ利害關係人ノ抗告原因ハ損失ヲ被ラシムル違法ニ存スト謂フヘシ如何ナルモノカ損失ヲ被ラシムル違法ナルヤハ事實問題トシテ裁判官ノ定ムル所ナリ又各利害關係人ハ其被ルヘキ損失ヲ證明スヘキ責任ヲ負フヤ當然ナリ競落人及ヒ競買人カ即時抗告ヲ以テ違法ノ結果ヲ除去スルコトヲ得ルヤ言ヲ換テ唯競落人ハ其申出タル價額ニ付キ拘束ヲ受ケ競買人カ即時抗告ヲ爲スニ

民事訴訟法第六編 手續ノ進行 特則

ルニモ拘ラス競落ヲ許シタルコト競落決定カ競落期日ノ調書ニ趣旨ニ抵觸スルコト殊ニ競落カ裁判ニ於テ表示セラレタル者以外ノ競買人ニ許サルヘキコト競落カ裁判ニ於テ表示セラレタルモノ以外ノ條件ニ於テ許サルヘキコト最高價競買ハ裁判ニ於テ表示セラレタル不動産以外ノ不動産ニ關シテ申出テラレタルコトヲ理由トシ即時抗告ヲ爲シ競落人ハ競落ヲ許シタル決定ニ對シ自己ニ決定ヲ許スヘカラサルコト裁判ニ表示シタルモノ以外ノ條件ニ於テ競落ヲ許スヘキコト競買申出價額ニ付キ拘束ヲ受クルニモ拘ラス不當ニ自己ニ競落ヲ得然レトモ競落人ハ利害關係人ノ異議ノ申立アルニ因リテ競落拒絶ノ理由ト爲ルヘキ事實ヲ理由トシテ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ス蓋シ斯ル理由ハ利害關係人ノ利益保護ニ專屬スルモノナレナリ第六八一條第四六六條第四六八條第四六九條普通漏西不動産強制競賣法第八七條第八八條獨逸不動産強制競賣法第一〇〇條(§ 100)ニ於テハ競落ニ關スル裁判ニ對スル抗告ノ理由ト爲ルト雖取消ノ訴ノ原因タル理由ハ競落ニ關スル裁判ニ對スル抗告ノ理由ト爲ルト雖

モ原狀回復ノ訴ノ原因タル理由ハ全部該裁判ニ對スル抗告ノ理由ト爲ルモノニ非ス唯調書ノ偽造又ハ變造ナルコト證人鑑定人又ハ通事カ偽證罪ヲ犯シタルコト等ノ理由カ競落ニ關スル裁判ニ對スル抗告ノ理由ト爲ルノミ是レ競落ニ關スル裁判ノ判決ニ非サルヨリ生スル當然ノ結果ナリ(第四六九條第一乃至第四(リヒタル)普通漏西不動産強制執行論參考)即時抗告ハ他ノ利害關係人ノ權利ニ關スル理由ニ基キテ之ヲ爲スコトヲ得サルヤ當然ナリ(民事訴訟法第六百八十二條第六百七十三條ノ說明參考獨逸不動産強制競賣法第一〇〇條第二項(理由ニ關スル要件)其要件ノ第三ハ競落ニ關スル裁判ノ言渡ヨリ七日間内ニ抗告ヲ爲スコトヲ要ス第四六六條第二項然レトモ再審ヲ求ムル訴ニ付テノ要件ヲ理由ト爲ストキハ不服ノ理由ヲ知リタル日若クハ決定確定ノ日ヨリ一月ノ期間内抗告ヲ爲スコトヲ得(第四六六條第三項第四七四條(時ニ關スル要件))競落ニ關スル裁判ニ對スル即時抗告ハ普通漏西不動産強制競賣法第九九條第二項ト異ニシテ執行ヲ停止スルノ效力ヲ有ス是レ抗告申立人ノ利益ヲ保護シタ

ルニ外ナラス(第六八〇條第三項第四六〇條故ニ賣得金ノ配當ノ如キハ競落許可ノ裁判確定マテ之ヲ中止セサルヘカラス然レトモ目的物ヲ占有シタル競落人ハ其占有以後ニ於ケル即時抗告ノ提起アリタルニモ拘ラス競落許可決定ノ取消アルマテハ依然善意ニシテ適法ナル占有者タル資格ヲ失ハス故ニ目的物ヨリ生スル果實ヲ取得スルモノタリ(民法第一八九條蓋シ競落許可決定ハ有效ニ存在シ唯抗告ニ基ク其取消ニ因リテ遡及力ヲ生スルニ外ナラサレハナリ效力ニ抗告審ニ於ケル手續ハ職權ヲ以テ之ヲ爲ス故ニ當事者ハ手續ノ休止ヲ合意スルコトヲ得ス(第一八八條參考)抗告裁判所ハ民事訴訟法第四百六十二條ノ規定ニ從ヒテ裁判ヲ爲シ書面又ハ口頭ノ反對陳述ヲ爲サシムルコトヲ必要ナリト認メタルトキハ該陳述ヲ爲サシムルカ爲メニ抗告人ノ相手方ヲ定ム(第六八二條第一項)普通西不動產強制競賣法第九一條第一項獨逸不動產強制競賣法第九八條面シテ抗告裁判所カ相手方ノ反對陳述ヲ聽キテ裁判ヲ爲スヲ適當ト認ムルコトハ全然其自由意見ニ從フモノナルヲ以テ反對陳述ノ爲メニ相手方ヲ指定セシテ裁判スルコトアルモ之カ爲メニ再抗告ノ理由ト爲ラズ抗告人ノ相

手方ト爲ル者ハ前審ノ裁判ヲ維持スルコトニ於テ直接ノ利害ヲ有スル利害關係人ナルヲ以テ抗告裁判所ハ各場合ニ於テ之ヲ判定スヘキヤ言フ埃タス而シテ競落拒絕ノ裁判ニ對シテ抗告アリタル場合ニ於テハ總テノ利害關係人カ抗告人ノ相手方タルヘシ何トナレハ競落拒絕ノ廢棄ハ此利害關係人ノ權利ニ抵觸スレハナリ競落拒絕ノ裁判ヲ求ムルカ爲メニ競落許可ノ決定ニ對シ抗告アリタル場合ニ於テハ競落人及ヒ賣得金ニ付キ満足ヲ請求スルコトヲ得ル不動產上ノ權利者カ抗告人ノ相手方タリ然レトモ申立タル競買ヲ採用セラレサル競買人及ヒ前審ニ於テ抗告ノ理由ヲ正當ナリト認メタル者ハ抗告人ノ相手方ト爲ラス何トナレハ此等ノ者ハ全然利害ノ關係ナケレハナリ抗告裁判所カ抗告人ノ相手方ヲ定メタル場合ニ於テ他ノ利害關係人カ該審理ニ參加スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ニ關シ(アレフ及ヒフセシヨル)民ハ獨逸舊民事訴訟法第六十三條第五三條ノ訴訟事件ニ於テノミ適用セラルヘキモノナリトノ理由ヲ以テ消極的ニ論結シ(リヒタル)民ハ反對ノ明文ナキヲ以テ同條ノ準用トシテ參加ヲ許スヘキモノナリトノ理由ヲ以テ積極的ニ論結シタリ余輩ハ後説ヲ正當ト認

▲抗告裁判所ハ審判ノ便宜上一ノ決定ニ關スル數箇ノ抗告ヲ併合スヘシ故ニ競落不許可ノ決定ニ對シ數多ノ利害關係人ヨリ許スヘシトノ抗告ヲ申立テ競落許可決定ニ對シ競落人ヨリ之ヲ許スヘカラスト申立テ他競買人ヨリ自己ニ競落ヲ許スヘシトノ抗告ヲ申立テタル場合ニ於テハ之ヲ併合セサルヘカラス但シ該併合ハ絕對的ニ爲シ得ルモノニ非ス蓋シ再審ノ要件タル理由ニ基ク抗告期間ハ一箇月ナルヲ以テナリ抗告裁判所ハ先ツ抗告ヲ許スヘキヤ否ヤ又法律上ノ方式ニ從ヒ若クハ其期間ニ於テ提出セラレタルヤ否ヤヲ職權ヲ以テ調査シ第四六三條該要件ノ一ヲ缺タトキハ抗告ヲ不適法トシテ棄却シ該要件ニ缺タル所ナキトキハ實體上ノ關係ニ基キ抗告ノ當否ヲ判定セサルヘカラス故ニ競落ヲ許ササル理由ノ一アリト認メタルトキハ前審ノ競落許可決定ヲ廢棄シ若クハ二審ノ競落拒絕決定ヲ認可シ競落許可決定ヲ求ムル抗告申立テ棄却シ而シテ競落ヲ許ササル原因ノ一アルトキハ職權ヲ以テ競落ヲ許ササルノ決定ヲ爲ス例ヘハ競落ヲ許シタル決定ニ對シ抗告人カ競落人ノ無能力ヲ主張シ自己ニ競落ヲ許ササル旨ノ裁判ヲ求メタル場合ニ於テ抗告裁判所カ抗告ヲ正

當ト認メタルニモ拘ラス職權の競落拒絕ノ理由タル目的物ノ讓渡スルコト能ハサルモノタルコトヲ發見シタルトキニ於テ抗告人ニモ其競落ヲ許ササルカ如シ(第六八二條第三項第六七四條第二項)又競落ヲ許ササル理由ノ存セサルモノタルコトヲ認メタルトキハ前審ノ競落ヲ許ササル決定ヲ變更シテ競落ヲ許ス決定ヲ爲シ(獨逸不動産強制競賣法第一百條ハ前審ニ委任ヲ爲スコトヲ禁シタレトモ我民事訴訟法ハ此點ニ關スル明文ナシ故ニ民法第四百六十四條ノ適用ニ依リ積極的ニ論結セサルヘカラス)若クハ競落許可ノ決定ヲ認可シテ抗告等ヲ棄却ス抗告審ノ決定ハ口頭辯論ニ基キタルトキニ限り之ヲ言渡シ(第二四五條其他ノ場合ニ於テハ抗告人ニ送達シ又相手方ノ定マリタルトキハ之ニ送達シ(第二四五條)又執行裁判所ノ決定ヲ變更シ又ハ廢棄シタル裁判ハ執行裁判所カ之ヲ裁判所ノ揭示板ニ揭示シテ公告シ以テ利害關係人ニ知ラシム前審裁判ヲ認可シタル決定ハ關係人ニ利害ヲ及ホスコトナキヲ以テ公告スルコトナキハ當然ナリ(第六八三條)普滿西不動産強制競賣法第九條獨逸不動産強制競賣法第一〇三條)

抗告裁判所ノ裁判ニ對シテハ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒテ再抗告ヲ爲スコトヲ得第四五六條再抗告ノ理由タル新ナル獨立ノ抗告理由ハ民事訴訟法第六百七十三條第六百七十四條ノ制限内ニ在ルヤ言フ埃タス(抗告手續)

(d) 競落ヲ許ササル決定カ不變期間ノ經過ニ因リ又ハ抗告ノ目的ヲ達スルコト能ハサルニ因リテ確定シタルトキハ競落人當初競落許可ノ決定ヲ受ケ爾後抗告ニ因リ競落拒絶ノ裁判ヲ受ケタル競落人及ヒ競落ヲ求メタル競買人第六六〇條第二項第四項ハ其競買ノ責務ヲ免ル(第六八四條第六七六條普通西不動産強制競賣法第九六條又執行裁判所ハ民事訴訟法第六百五十一條ノ規定ニ從ヒテ爲シタル差押記入ノ抹殺ヲ登記判事ニ囑託セサルヘカラス蓋シ競落拒絶決定ノ確定ハ競賣申立カ競落ヲ許スコトナクシテ完結シタルニ外ナラサルナリ(第六九〇條)競落許可決定カ言渡サレタルトキハ(1)競落人ハ債務者ノ意思ニ拘ラス執行ノ目的物タル不動産ノ所有權ヲ取得シ其所有權ヲ債務者ニ屬シタルト第三者ニ屬シタルト否トヲ問ハサルナリ隨テ第三者ハ競落許可ノ該言渡以後ニ於テハ執行ノ目的物上ニ付スル所有權ヲ主張シ執行參加ノ訴ニ提起スルコトヲ得ス

是レ我民事訴訟法ノ規定シタル競落ニ關スル實體的效力ナリ隨テ競落人ハ爾後執行ノ目的物タル不動産ニ付テノ危險ヲ負擔シ又之ヨリ生スル收益ヲ取得ス

(2) 所有權取得ノ時期ハ競賣ヲ許ス決定ノ言渡ニシテ其確定ニ非サルコトハ民事訴訟法第六百八十六條……決定ニ因リ……ア文言カ第六百九十四條第二ノ法意ニ據リテ明白タリ蓋シ該決定ハ言渡ニ因リ有效ニ存在スルモノナレハナリ(普通西不動産強制執行法第九十七條第一項亦然リ然レトモ同國法ハ該決定ニ對スル抗告ニ當然執行停止ノ效力アルコトヲ認メナルヲ以テ其理由ト爲セリ獨逸不動産強制競賣法第八十九條亦然リ

競落許可決定ニ因リテ執行ノ目的物タル不動産ノ所有權カ競落人ニ移轉スルコト前述ノ如シト雖モ之カ爲メニ裁判所ハ差押權者又ハ債務者ノ代理人トシテ競落許可決定ヲ以テ競落人ニ執行ノ目的物ヲ賣却スルモノト誤解スヘカラス差押債權者ハ其權利ノ満足ヲ享有スルカ爲メニ裁判所ニ對シ法律保護ヲ求ムルノ權アルニ止マルノミナラス裁判所ハ總利害關係人ノ利益ヲ保護シ又

差押債權者カ競買人タルコトヲ得ルノ點ヨリ推理セハ執行裁判所カ差押債權者ノ代理人トシテ行動スルモノニ非ナルコトヲ知ルニ足ルヘシ又執行ノ目的物ノ所有者ハ其所有不動産ヲ讓渡スルニ付キ耐忍ヲ爲スヘキ義務ヲ負フニ止マリ自ラ取引ヲ爲スモノニ非ス隨テ追奪擔保ノ責ヲ負フコトナク又競買人タルコトヲ得ル點ヨリ推理セハ執行裁判所カ債務者ノ代理人ニ非ナルコトヲ知ルニ足ルヘシ執行裁判所ハ當事者ノ代理人トシテニ非スシテ公ノ職務トシテ強制執行ニ付キ指揮ヲ爲スモノタリ此間ノ職務ハ總テノ利害關係人ノ爲メニ正當ナル滿足ヲ享有セシメ且ツ之カ目的ニ達スルニ必要ナル法律行為ヲ實行スルコトタリ執行裁判所ハ當事者ノ申立ニ因リテ此職務ヲ行ヒ當事者ノ委任ニ因リテ此職務ヲ行フヘキモノニ非ス故ニ申立債權者ハ執行裁判所ニ對シ委任關係ニ基テ訴ヲ爲スコトヲ得ス

競賣ハ裁判上ノ賣買ニシテ單純ナル民法上ノ賣買契約ニ非ス執行裁判所ハ競賣許可決定ニ因リテ裁判上賣買ノ賣主トシテ競落人ニ執行ノ目的物ノ所有權ヲ移轉シ又其公ノ職務トシテ競落人ニ執行ノ目的物ノ占有ヲ得セシメナルヘカ

ラス然レトモ這ハ民法上ノ賣主タルノ義務ノ履行ニ非ス其他競落人ハ民法上ノ賣買ニ於ケルカ如ク執行裁判所カ差押債權者債務者ニ對シ履行ノ訴、追奪擔保ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス何トナレハ此等ハ民法上ノ賣主ニ非サレハナリ(b)競落人ハ代金全額ヲ支拂ヒタル後ニ於テ執行ノ目的物タル不動産ノ引渡ヲ求ムルコトヲ得競落人ハ競落許可決定ニ因リテ所有權ヲ取得スルカ故ニ各所有者ハ同シク目的物ノ占有ヲ爲スコトヲ得ルハ當然ナリ占有者タル債務者カ其占有シタル不動産ヲ任意ニ競落人ニ引渡サナリシトキハ競落人ハ所有者トシテ債務名義タルヘキ競落許可決定ニ基キ執行裁判所ノ助力ヲ要セスシテ民事訴訟法第七百三十一條ニ依レル執行方法ニ因リ其目的ヲ達シ執行裁判所ニ申立ヲ爲シ該裁判所ハ執達吏ヲシテ債務者ノ占有ヲ解キ競落人ニ引渡サシム蓋シ強制競賣手續ハ執行裁判所カ職權ヲ以テ行フモノナレハナリ占有者タル第三者カ任意ニ競落人ニ引渡ヲ爲ササルトキハ所有權ノ主張ニ因リテ占有ノ目的ヲ達スルコトヲ得ヘシ賣買契約ニ基キ引渡請求權ハ競落人ノ有セサル所ナリ何トナレハ競賣ハ私法の賣買ニ非サレハナリ

競落人カ不動産ノ引渡ヲ求ムルニハ其前提トシテ代金全額ノ支拂ヲ爲シタルコトヲ要ス是レ利害關係人ノ爲メニ競落人ノ處分ヨリ生ズル損害ヲ防止スルノ法意ニ外ナラス代金全部ノ支拂トハ代金全額ノ支拂若シハ供託ニヤテ相殺ニ依レル債權額ノ受領ニ非サルヤ明白ナリ

引渡ハ執行裁判所カ執行力アル競落許可決定ニ基キ債務者若クハ其承繼人ヨリ執行ノ目的物ヲ取上ケテ爲スモノナルカ故ニ一ノ執行處分タルヤ言フ俟タス

法律ハ競落人及ヒ代金上ニ満足ヲ享有スル權アル債權者ノ權利ヲ保護スルノ目的ヲ以テ競落許可決定後引渡アルマテ執行裁判所ヲシテ此等ノ者ノ申立モ執行ノ目的物タル不動産ヲ特定ノ管理人ニ管理セシムヘキ旨ノ命令ヲ發スルコトヲ得セシメタリ該管理ハ強制管理ノ如ク執行處分ノ性質ヲ有スルモノニ非スシテ競落人及ヒ債權者ヲ保護スルカ爲メニスル單純ナル管理處分ナリ故ニ強制管理ハ競落許可決定以後ニ於テ存續スルコトヲ得サルモノナレトモ此裁判上ノ管理ハ却テ競落許可決定以後ニ於テ發生スルモノナリ該管理ヲ求ム

ル申立ニ付キ法律上何等ノ方式ヲ規定セタルヲ以テ口頭又ハ書面ニテ該申立ヲ爲スコトヲ得又競落人若クハ債權者ハ代金全額ノ支拂アルマテ何時ト雖モ該申立ヲ爲スコトヲ得競落期日ニ於テ亦然リ唯此場合ニ於テハ競落許可ノ決定アルコトヲ前提要件ト爲スノミ而シテ競落人ハ最高競買價額ノ範圍ニ於テ裁判上ノ管理ヲ求ムル債權者ノ取立額ニ適當スル保證ヲ此債權者ノ爲メニ立テテ以テ該申立ヲ妨クルコトヲ得ヘシ此申立ニ基キ裁判ハ口頭辯論ヲ經スシテ之ヲ爲スコトヲ得而シテ此場合ニ於テハ該裁判ヲ申立人競落人申立人ニ非タル場合及ヒ執行ノ目的物ヲ占有セル債務者ニ送達セサルヘカラス(第二四五條又此裁判ニ對シテハ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立タルコトヲ得第五八條債務者カ裁判上ノ管理命令ニ應シテ任意ニ執行ノ目的物ヲ管理人ニ引渡スコトヲ拒ミタルトキハ執行裁判所ハ該命令ノ實行トシテ競落人若クハ債權者ノ申立ニ因リ執達吏ヲシテ債務者ノ占有ヲ解キ其不動産ヲ管理人ニ引渡サシメタルヘカラス執達吏ハ執行裁判所ノ委任アルニ非スンハ裁判上ノ管理命令ニ基キ行動ヲ爲スコトヲ得ス蓋シ競落人ハ代金全額支拂以前ニ於テ執行ノ目的物

金上ニ所有權ヲ有スル者ハ債務者ニ非シテ代金ノ配當ニ與ル債權者ナリト主張シリトル其他二三ノ大家ハ債務者ヲ以テ所有者ナリト主張シタルモ亦後說ヲ主張セント欲ス蓋シ債務者ハ競落ニ因リテ其目的物タル不動産モ代リテ生シタル代金ノ所有者ニシテ唯差押不動産ニ於ケルト同シク其代金ニ處分權ヲ有セタルニ過キサレハナリ代金ノ支拂供託ハ債務者ノ計算ニ於テ又其危險ニ於テ爲ササルカ故ニ殘餘額ハ債務者ニ歸屬シ又裁判所ノ受領後代金カ天災其他ノ不可抗力ニ因リテ喪失シタルトキハ競落人ハ更ニ代金ノ支拂ヲ請求セラルルコトナシ裁判所ニ代金ヲ支拂フニ因リテ競落人タル義務ヲ完全ニ履行シタルモノナレハナリ競落人ハ執行ノ目的物カ果實其他金錢ニ見積ルコトヲ得ヘキ利益ヲ生スル場合ニ於テハ代金ノ外ニ賣却代金トシテ競落決定言渡ヨリ代金支拂マツル法定利息ヲ支拂ハサルヘカラス(第六九四條第二項、第五七五條)普通漏面不動産強制執行法第五七條第六項)是レ競落人ハ競落決定言渡ヨリ執行ノ目的物ニ關スル收益權ヲ有スルカ故ナリ

D) 配當手續 配當手續ノ法理ニ關シテハ前述シタル説明ヲ參考スヘシ(第六九一條)我民事訴訟法ニ依レハ執行、裁判所ハ職權ヲ以テ賣却代金ノ配當ヲ實施スルヲ原則トス然レトモ此裁判上ノ配當ハ協議配當ノ行ハレタル場合ニ限り爲スヘキモノナルヲ以テ若シ利害關係人カ信用スヘキ證據殊ニ公正證書ヲ以テ配當ノ協議調ヒタルコトヲ裁判所ニ對シテ證明シタルトキハ實施スヘキモノニ非サルヤ明瞭ナリ左ニ配當手續ノ進行ノ大要ヲ説明スヘシ

(甲) 法律上 配當要求ノ效力ヲ生スル申立ヲ爲サザリシ債權者ハ競落期日ノ終ニ至ルマテ執行裁判所ニ配當ノ要求ヲ爲スコトヲ得其手續ハ前述シタル所ト同一ナルヲ以テ省略ス(第六四五條第二項第六四六條第六四七條第五八七條第五九〇條第五九一條第五九二條)

(乙) 執行裁判所ハ競落ヲ許ス決定ノ確定後ニ於テ職權ヲ以テ代金ノ支拂及ヒ其配當ノ爲メニ期日ヲ指定セサルヘカラス而シテ該期日ニハ利害關係人執行力アル正本ニ因ラスシテ配當ヲ要求シタル債權者及ヒ競落人ヲ呼出スヘシ(第六九三條)普通西不動產強制執行法第一〇一條獨逸不動產強制競賣法第一〇五條

普通西及ヒ獨逸ノ法律ニ從ヘハ競落許可決定後職權ヲ以テ期日ヲ指定シ該決定ニ對シ抗告アリタルトキハ期日ヲ廢棄スルモノノ如シ(I) 期日ノ第一ノ目的ハ配當スヘキ財産ヲ確定スルニ在リ(第六九四條第一項)普通西不動產強制執行法第一〇二條第一項獨逸不動產強制競賣法第一〇七條第一項(配當スヘキ財産即チ賣却代金ハ競落代金及ヒ其支拂マテノ利息ヨリ成ル最高價競買ノ保證ノ爲メニ預リタル金額ハ代金ニ之ヲ算入シ以テ計算スルノ努力ヲ省略ス但シ保證ノ目的物カ有價證券ナルトキハ裁判所ノ命令ニ基キテ之ヲ賣却シ其賣得金ヲ以テ競落代金中ニ算入スルモノナルヤ言フ埃タス(第六九四條)普通西不動產強制執行法第一〇二條第一〇三條獨逸不動產強制競賣法第一〇七條第一〇八條(2) 期日ノ第二ノ目的ハ賣却代金ヲ配當スルニ在リ配當ノ實施ハ配當表ニ基キ(第トヲ要ス執行裁判所ハ各債權者カ競落期日マテニ差出シタル計算書ニ基キ(第六九二條)配當ノ期日ニ於テ配當表ヲ作成シ(第六百九十六條ニ依レハ賣却代金ハ期日ニ於テ確定スヘキモノナルヲ以テ配當期日ニ配當表ヲ作成スヘキモノナルヤ當然ナリ)且ツ之ニ賣却代金各債權者ノ債權ノ元金利息費用及ヒ配當ノ

順位民法、商法、特別法ノ定ムル所ニ依ル第六九一條並ニ其割合ヲ記載セサルヘカラス(第六九六條第一項但シ期日ニ出頭シタル總テノ利害關係人及ヒ執行力アル正本ニ依ラスシテ配當ヲ要求スル債權者カ配當ニ關シ一致シタルトキハ其一致ニ基キ配當表ヲ作ルヘシ是レ裁判上ノ配當ハ此等ノ者ノ爲メニ爲スモノナルヲ以テ此等ノ者ノ意思ニ反スル配當ヲ爲スノ必要ナクモ第六九六條第二項普通漏西不動産強制執行法第一〇五條而シテ執行裁判所ハ尙ホ此等ノ者ヲ訊問シテ配當表ヲ確定ス(第六九五條普通漏西不動産強制執行法及ヒ獨逸不動産強制競賣法ニ依レハ配當表ニハ土地臺帳ニ於テ明瞭ナル債權執行ノ原因タル債權及ヒ執行手續ニ於テ届出タル債權ヲ記載スヘキモノトシ其届出ハ配當期日以前ニ於テ期日ニ出頭スルコト能ハサル債權者ハ期日前ニ届出ヲ爲スヲ通例トス)又ハ期日ニ於テ之ヲ爲シ裁判官ハ期日ニ於テ出頭シタル利害關係人ヲ訊問シタル後ニ於テ配當表ヲ作成シ而シテ配當期日以後ニ於テハ債權額ノ補充ヲ許サス是レ不動産ニ對スル強制執行ニ於テハ配當ハ動産ニ對スル強制執行ニ於テ爾配當ニ比シ手續ノ煩雜ナル所アルヲ以テ専ラ書面ニ依ラス

期日ニ於テ利害關係人ヲ訊問シテ其口頭陳述ニ基キ配當表ヲ作成セシムルノ法意ニ基ケルナリ然ルニ我民事訴訟法ハ第六百九十一條ニ於テ競落期日マデニ計算書ヲ差出サシメ且ツ之ヲ差出ササル債權者ニ付テハ第六百二十八條第二項ヲ準用シテ債權額ノ補充ヲ許ササルニモ拘ラス民事訴訟法第六百九十五條ニ於テ利害關係人等ヲ訊問シテ配當表ヲ確定作成ノ意ナルヘシスヘント云フハ解スヘカラサルノ法規ナリト謂ハサルヘカラス(普通漏西不動産強制執行法第一〇四條第一〇六條)

配當表ニ對スル異議ノ完結及ヒ配當ノ實施ニ付テハ通則トシテ民事訴訟法第六百三十條以下ノ規定ヲ準用ス(第六九七條特則トシテ異議ニ關シテ之ヲ言ハハ期日ニ出頭シタル債權者ハ自禦方法トシテ出頭セサル債權者ニ對シテハ民事訴訟法第六百三十二條準用各債權者ノ債權ノ成立並ニ順位ニ對シ異議ヲ申立ツル權利ヲ有ス而シテ異議ヲ申立テラレタル債權者ノ債權カ執行スルコトヲ得ヘキモノナルトキハ民事訴訟法第五百四十五條第五百四十七條及ヒ第五百四十八條ノ規定ニ從ヒテ其異議ヲ完結シ執行スルコトヲ得サルモノナルト

ギハ通則即チ民事訴訟法第六百三十三條及ヒ第六百三十五條ノ規定ニ從ヒテ其異議ヲ完結ス普漏西不動産強制執行法ニ於テハ此場合ニ於テ債權者ヨリ債務者ニ對シ確認ノ訴ヲ提起スヘキ旨ヲ規定シタリ普漏西不動産強制執行法第一一三條第一一四條我民事訴訟法第六百九十七條ノ當然ノ適用トシテ異議ヲ申立テタル債務者ヨリ起訴スヘキモノト論結セサルヲ得サルハ法文ノ缺點ト謂フヘシ(第五九一條參考)又期日ニ出頭シタル債權者ハ出頭セサル債權者ニ對シテハ民事訴訟法第六百三十二條準用自己ノ利害ニ關シ他ノ債權者ニ對シ其債權ノ成立並ニ其主張シタル順位ニ對シ異議申立ノ權アリ自己ノ利害ニ關セサルモノニ付テハ何等ノ實益ナキヲ以テ異議申立ノ權ナキヤ當然ナリ故ニ第一順位ノ債權者ハ第二順位ノ債權者ノ爲メニ異議ヲ申立ツルコトヲ得ス配當ノ實施ニ關シテ之ヲ言ハハ執行裁判所ハ職權ヲ以テ配當ノ實施後民事訴訟法第六百八十八條ノ規定ニ依リ競落人ハ競落不動産ノ權利ヲ喪失スルコトアルヲ以テ法律ハ配當ノ實施後ニ爲スヘキモノト規定シタルモノナルヘシ果シテ然ラハ競落人ノ義務履行ノ完済後ト規定スルヲ優レリトス配當圖書及ヒ

競落許可決定ノ正本ヲ登記判事ニ送付シ第一競落人ノ所有權ノ登記第二競落人ノ引受ケサル不動産上負擔記入ノ抹消(第六四九條第三)民事訴訟法第六百五十一條ノ規定ニ從ヒテ爲シタル記入ノ抹消ヲ囑託セサルヘカラス而シテ此等ノ登記及ヒ抹消ハ何レモ競落人ノ利益ノ爲メニスルモノナルヲ以テ之ニ關スル費用ハ總テ競落人ノ負擔ニ歸ス(第七〇〇條)普漏西不動産強制執行法第一二四條

(丙)競落人ハ法定賣却條件ニ從ヒテ期日ニ裁判所ニ對シ賣却代金ヲ支拂フヘキ義務アルコトハ前述シタル所ナリ然レトモ競落人ハ自己ノ利益ニ從ヒテ期日前ニ賣却代金ヲ供託スルコトヲ得ルハ明瞭ナル法理ナリ唯該供託カ期日ニ於テハ代金支拂ト同一ノ效力ヲ有スルニハ競落人カ遅クトモ期日ニ於テ該供託ヲ立證セサルヘカラサルノモ賣却代金ハ現金ヲ以テ支拂フヲ原則トスト雖モ引受又ハ相殺ヲ以テ之ニ代ルコトアリ競落人ハ配當ノ實施ニ際シ關係債權者ノ承諾ヲ得テ買入代金ノ額ニ滿ツルマテ其支拂ニ代ヘテ買入代金上ニ満足ヲ求ムルコトヲ得ヘキ債權ヲ引

受タルコトヲ得此引受ハ債權ニ付テノ現實支拂ヲ求ムル權利ヲ拋棄シタル債權者ト競落人トノ合意ニ基クモノニシテ債務者ハ現金支拂ニ因リテ債權者カ満足ヲ享有スヘカリシ程度ニ於テ免責シ競落人カ爾後之ニ代リテ義務ヲ負フノ效力ヲ生ス故ニ其性質ハ大ニ民法上ノ更改ト類似ス謂フヘシ競落人カ同時ニ債權者ナルトキハ其債權ノ配當額ト其支拂フヘキ買入代金ト相殺シテ買入代金支拂ノ義務ヲ免ルルヤ明白ナリ而シテ法律ハ何レノ場合ニ於テモ引受タヘキ債權又ハ相殺スヘキ競落人ノ債權ニ對シ適法ナル異議第六九八條アルトキハ之ニ相當スル代金ヲ支拂ハシメ又ハ保證ヲ立テシメ以テ利害關係人ノ利益ヲ保護シタリ第六九九條普通漏西不動産強制執行法第一一六條

(四)再競賣 競落人カ代金支拂期日ニ於テ其義務ヲ完済セサルトキハ執行裁判所ハ職權ヲ以テ不動産ノ再競賣ヲ命ス(第五七七條)獨逸舊民事訴訟法第七一八條債務者ニ對スル執行手續ノ再施ニ非スシテ更ニ競落人ニ對スル執行手續ノ新ナル開始ナリ義務不履行ノ爲メニ競落人ノ所有權取得ヲ解除スル解除

條件若クハ競賣タル賣買ニ存スル解除約款ノ作用ニ非スシテ却テ競落代金上ニ満足ヲ受クル權利アル債權者ヲ債權者トシ該代金ノ支拂義務者タル競落人ヲ債務者トシテ行フ不動産ニ對スルノ強制處分タリ法律ハ再競賣ナル特別固有ノ制度ヲ設テ以テ競落人ニ對スル代金支拂ヲ目的トスル訴訟ニ競落人ノ財産ニ對スル強制執行ノ途ノ外ニ於テ尙ホ競落ノ代金上ニ満足ヲ求ムル權利ヲ有スル債權者ノ利益ヲ保護シタリ是ヲ以テ再競賣ハ以前ノ競賣ノ再開ニ非スシテ競落人ノ所有ニ屬シタル不動産ニ對シ該競落代金上ニ満足ヲ求ムル債權者ノ債權ノ爲メニ行フ新手續ナリト謂フヘシ第六八八條普通漏西不動産強制執行法第一二八條第一項(性質)再競賣ハ此ノ如ク競落人ニ對スル一ノ強制處分ナルヲ以テ(一)競落人ハ再競賣ニ於テ新競落人ニ競落ヲ許可セラルマデハ競落不動産ノ所有者タルコトヲ當然トス(二)競落人ハ再度ノ競落代價カ最初ノ競落代價ヨリ低キトキハ其不足額及ヒ手續ノ費用ヲ負擔ス(三)再度ノ競落代價カ最初ノ競落代價ヨリ高キトキハ其剩餘額ハ理論上競落人ノ所有ニ歸スルモノタリ故ニ斯ル論法ハアリト

ルニテ、再就賣ハ其諸學者ノ認ムル所ナリ、然ルニ我民事訴訟法ハ此論法ヲ否認シ、競落人ニ剩餘ノ額ヲ請求スルコトヲ得セシメスシテ以テ間接ニ剩餘額ヲ債權者ノ利益ニ歸スルキ者ヲ示シ、是レ不履行ヨリ生スル一種ノ損害賠償方法ナルベシ(第六八八條末項)(4)競落人ヲ所有權取得ニ因リ混同シテ消滅シタル權利ハ再就賣ノ爲メニ發生セズ(5)競落人カ競落不動産上ニ於テ再就賣開始マテニ設定シタル權利ハ有效タリ(結果)

再就賣ハ其性質上一ノ新手續ナレトモ以前ノ就賣手續ト密接ノ關係ヲ有ス故ニ實際上同一ノ記録ニ基キテ之ヲ爲シ最初ノ就賣ノ爲メニ定メタル最低就賣價額其他賣却條件ニ再就賣ノ手續ニ之ヲ適用シ第六八八條第二項再就賣期日ハ少クとも該就賣ノ公告ヨリ十四日ノ後トシ第六八八條第三項其他強制就賣ニ關スル手續ニ準據ス(普通西不動産強制執行法第一二八條第二項但シ再就賣ヲ爲ストキハ前ノ競落人ハ再就賣ニ加ハルコトヲ得ス第六八八條末項是レ不動産ノ再就賣ニ於テ前ノ最高價就買人カ就買ニ加ハルコトヲ得サルト同一ノ法意ナリ(第五七七條第二項)手續) 諸國(德國、日本、瑞士、法國、英國、美國、オーストリア、イタリア、スペイン、ポルトガル、ギリシャ、トルコ、ルーマニア、ハンガリー、チェコスロバキア、南斯拉夫、ユーゴスラヴィア、ルーマニア、ブルガリア、アルバニア、モンテネグロ、セルビア、クロアチア、スロベニア、マケドニア、ボスニア・ヘルツェゴビナ、コソボ、マケドニア、モンテネグロ、セルビア、クロアチア、スロベニア、マケドニア、ボスニア・ヘルツェゴビナ、コソボ)

再就賣手續ハ競落人カ再就賣期日ノ三日前マテニ買人代金及ヒ手續ノ費用ヲ支拂ヒタルトキハ之ヲ取消スモノトス(第五八八條第四項)是レ再就賣ノ必要ヲ缺クハナリ再就賣ハ競落人ノ承繼人ニ對シ開始スルコトヲ得ベシ何トナレハ後者ハ強制就賣ノ登記ノ結果トシテ再就賣ニ付セラルルコトアルベキ不動産タルコトヲ承認シタルモノニ外ナラサレハナリ代金支拂ハ其期間經過後ニ於テ再就賣ヲ開始スルノ妨ト爲ラス(取消) (F) 持分ノ強制就賣 共有不動産ノ持分ハ讓渡スルコトヲ得ルヲ以テ強制就賣ノ目的物タルコトヲ得ルハ當然ナリ共有船舶ノ持分ハ動産ニ對スル強制執行ノ規定ニ從ヒテ就賣スルモノトス(獨逸新民事訴訟法第八五八條參考) (G) 持分ノ強制就賣ニ於テハ(1)債權者ノ持分ニ付キ強制就賣ヲ申立アリタルコトヲ登記簿ニ記入ス何トナレハ若シ然ラスシテ不動産ニ付キ強制就賣ヲ申立アリタルコトヲ登記簿ニ記入スルカ如キコトアラハ他ノ共有者ハ權利ヲ害スルヲ以テナリ(2)他ノ共有者ニハ其強制就賣ノ申立ヲ通知ス是レ他ノ共有者ノ利益保護ノ爲メニ注意ヲ促スノ目的ニ外ナラス(3)最低就賣價額ハ共有物全部ノ

評價額ニ基キ債務者ノ持分ニ付キ之ヲ定ム蓋シ斯ル方法ニ依ルニ非ズンハ正確ナル持分ノ最低競賣價額ヲ定ムルコト能ハサルハナリ第六八九條普通西不動産強制執行法第一條獨逸不動産強制競賣法第一條並ニ其餘ノ諸國ノ法律ハ(G)入札拂 入札ヲ以テ不動産ヲ公賣スルハ我國ノ慣習ナリ故ニ我民事訴訟法ハ入札拂ノ不動産公賣方法ヲ採用シ競賣ニ換フルコトヲ許シタリ又ハ職權ヲ以テ命スルコトヲ得ヘキ書面ノ競賣ノ申立即チ入札ニ依レル競賣ナリ前述シタル通常ノ競賣ト異ナル所ハ最高價ヲ定ムルニ付キ口頭競賣ノ申立ニ因ラズシテ書面競賣ノ申立ニ因ルコト是ナリ第七〇二條(定義)

入札拂ノ手續ハ通則トシテ競賣ノ規定ニ準據ス第七〇二條特則トシテ(1)入札ニハ第一、入札人ノ氏名及ヒ住所第二、不動産ノ表示第三、入札價額(一定ノ額ヲ以テ入札價額ヲ表示セスシテ他ノ入札價額ニ對スル比例ヲ以テ價額ヲ表示シタル入札ハ之ヲ許サズ)ヲ記載セサルヘカラス該要件ノ一ヲ缺クトキハ入札タルヲ效ナシ第七〇三條第二項第七〇四條第三項(2)入札ハ入札期日ニ封緘シテ執

達吏ニ差出スヘシ第七〇三條第一項第七〇四條第一項……開封……(3)執達吏ハ入札人ノ面前ニ於テ入札ヲ開封シテ朗讀ス是レ公平ヲ擔保スルノ法意ニ出ツ(第七〇四條第一項(4)執達吏ノ開封朗讀ノ結果最高價入札人トシテ呼上ラレタル者ハ利害關係人ノ求ニ因リ保證ヲ立ツル義務ヲ負フ若シ之ヲ拒ムトキハ次位ノ入札人カ最高價入札價額ノ差額ヲ支拂フノ義務ヲ負フ第七〇五條二人以上同價額入札者アルトキハ執達吏ハ増額ノ爲メ追加入札ヲ爲ナシメ以テ最高價入札人ヲ定ム若シ追加入札ヲ拒ムトキハ法律上明文ナキト雖モ民事訴訟法第七百二十五條ヲ準用スヘキモノト思ハル

強制競賣ヲ終ルニ臨ミ一言注意スヘキハ數多ノ差押債權者ノ爲メニ同時ニ同一不動産ヲ差押フルコト是ナリ同一不動産ニ重複ノ差押ヲ爲スコトハ費用勞力省略ノ目的ニ反スルヲ以テ法律ノ認メサル所ナレトモ(第六四五條同時ニ同一不動産ヲ差押フルコトハ差押債權者ノ權利ニ差等ヲ設タルコト能ハサル結果トシテ之ヲ許ササルヲ得ス而シテ其手續ハ毫モ前述ノ手續ト異ナルヘキ謂レナシ是レ民事訴訟法第七百二十一條ノ規定アル所以ナリ(第六一九條參考)

(三) 強制管理

強制管理ハ強制競賣ト同シク不動産ニ對スル強制執行ノ一方法ニシテ債權者ヲシテ債務者ノ不動産ニ付キ満足ヲ得セシムルヲ目的トス然レトモ強制競賣ハ執行ノ目的物タル不動産ノ賣得金上ニ満足ヲ得ル執行方法ニシテ強制管理ハ債務者ノ所有ニ屬スル不動産ノ果實ニ付キ満足ヲ得ル執行方法ナリ故ニ前者ハ一ノ讓渡行為ニシテ後者ハ讓渡行為ニ非ス隨テ強制競賣ノ執行ノ目的物カ讓渡スルコト能ハサルモノナル場合ニ於テ行ハレタレトモ強制管理ハ之ニ反シテ斯ル場合ト雖モ有效ニ行ハル又強制管理ハ執行ノ目的物カ果實ヲ產出セサル場合果實ヲ生セサル土地住居ニ適スル程度ニ進マサル新築建築ニ於テ行ハレタレトモ強制競賣ハ之ニ反シテ斯ル場合ト雖モ有效ニ行ハル

強制管理ハ強制競賣ト同一ノ原因及ヒ同一ノ目的ヲ有スル限度ニ於テ後者ノ法則ハ前者ニ準用セララルモノナリ隨テ強制管理ニ特別ナル法則アルハ孰レモ該執行方法ノ特色ヨリ生シタルモノト知ルヘシ左ニ強制管理準備手續管理手續並ニ終局手續等ヲ略述スヘシ

(A) 管理準備手續 執行裁判所ハ強制競賣開始決定ヲ爲ス場合ト同シク債權者ノ申立ニ因リ強制管理ノ開始決定ヲ爲ス該申立ニハ強制競賣ノ申立ニ於ケルト同シク民事訴訟法第六百四十二條ニ規定シタル要件ヲ具ヘ且ツ民事訴訟法第六百四十三條ニ規定シタル證書ヲ添附セサルヘカラス(第七〇六條普通西不動産強制執行法第一三九條第一項)獨逸不動産強制競賣法第一四六條是レ強制管理ハ強制競賣ト同シク債務者ノ所有權若クハ少クモ收益權ヲ前提要件トシ且ツ債權者ハ斯ル證明ヲ爲スヘキ必要アルニ基ケリ但シ執行ノ目的物タル不動産カ債權者ノ債權ニ付キ不動産上ノ義務ヲ負ヒタル場合即チ債權者ノ爲メニ執行ノ目的物上ニ物上擔保質抵當ノ設定セラレタル場合ニ於テハ債權者ハ民事訴訟法第六百四十三條第一號第二號ニ依リ提出スヘキ證書トシテ債務者カ不動産ヲ占有所有ノ意思ヲ以テスル占有スルコトヲ疏明スル證書ヲ提出スルヲ以テ足レリ蓋シ強制管理ハ債權者ノ所有權ヲ喪失セシムル結果ヲ生スルモノニ非サルノミナラス債權者ハ他物權者トシテ其權利ヲ所有權の占有者ニ對シ對抗スルコトヲ得ヘキヲ以テナリ(第七〇六條第二項)普通西不動産強制執

行法第一三九條第二項、獨逸不動産強制競賣法第一四六條、普魯西不動産強制競賣法執行裁判所ハ職權ヲ以テ強制管理ノ申立アリタルコトヲ登記簿ニ記入スヘキ旨ヲ登記判事ニ囑託シ又租税其他ノ公課ヲ主管スル官署ニ強制管理ノ決定ヲ爲シタル旨ヲ通知シ其目的物タル不動産ニ對スル債權ノ有無及ヒ限度ヲ申出ツヘキコトヲ期間ヲ定メテ催告ス(第七〇六條第一項、第六五一條、第六五四條面シテ登記判事ハ民事訴訟法第六百五十二條ニ規定シタル手續ヲ盡ササルヘカラス(第七〇六條第一項、第六五二條)斯ル手續ノ必要ハ強制競賣ニ於ケルモノト同一ナリ

執行裁判所ハ強制管理ノ申立ヲ正當ナリト認メタルトキハ強制競賣ニ於ケルト同シク強制管理開始ノ決定ヲ爲ス該決定ニ於テハ債權者ノ爲メニ不動産ヲ差押フルコトヲ宣言シ且ツ債務者カ管理人ノ事務ニ干渉スルコト及ヒ不動産ノ收益ニ付キ處分スルコトヲ禁止又不動産ノ收益ノ給付ヲ爲スヘキ第三者アルトキハ其第三者ニ其後ノ給付ヲ管理人ニ爲スヘキコトヲ命ス(第七〇七條第一項、第七〇六條、第六四四條第一項)普魯西不動産強制執行法第一三九條第一四

三條第二項、獨逸不動産強制競賣法第一四八條該決定ハ之ヲ債務者ニ送達スルニ因リ又第三者ニ對シテ之ニ送達スルニ因リテ效力ヲ生ス(第七〇六條第一項、第六四四條第三項、第七〇七條第三項)普魯西不動産強制執行法第一三九條獨逸不動産強制競賣法第一四六條第二項面シテ債務者ハ管理開始決定ノ送達以後ニ於テハ執行ノ目的物タル收益ニ付キ處分ヲ爲スノ權能ヲ喪失シ已ニ收獲シ若クハ收獲スヘク又ハ期限ノ到來シ若クハ到來スヘキ果實ハ該收益ニ屬ス(第七〇七條第二項)普魯西不動産強制執行法第一四〇條第一項下段債務者カ執行ノ目的物上ニ住居シタルトキハ債務者及ヒ其家族ニ必要ニシテ管理ノ爲メニ必要ナラサル部分ハ當然債務者及ヒ其家族ノ爲メニ之ニ放任セラルヘキモノナリ執行裁判所ハ該部分ノ範圍及ヒ債務者並ニ其家族カ執行ノ目的物若クハ其強制管理ヲ害スル場合ニ於テ該放任處分ヲ取消スコトニ付テノ權限ヲ有スルヤ言フ埃タス(普魯西不動産強制執行法第一四一條)獨逸不動産強制競賣法第一四九條其他強制管理ノ範圍ハ債權者ノ特別ナル申立ニ因リテ制限セラル例ヘハ債權者甲不動産ノ收益ノ一部分ヲ執行の満足ニ供シ其他ノ部分ヲ債務者ノ爲

メニ之ヲ放任スルノ申立ヲ爲スカ如シ是レ執行ハ債權者ノ私益ノ爲メニスルモノナルヲ以テ強制管理ノ範圍ヲ定ムルニ付キ債權者ノ意思ヲ標準ト爲スコトヲ要スレハナリ

執行裁判所ハ強制管理ノ申立ヲ理由ナセト認メタルトキ殊ニ強制管理カ不動產ノ賃借權ニ對シテ申立テラレタルトキハ該申立ヲ却下セサルヘカラス蓋シ強制管理ハ不動產ノ所有者クハ所有占有者ニ對シテノミ行ハル執行方法タリ故ニ不動產ノ賃借權ニ對シ強制管理ヲ申立ツルカ如キハ法律ノ許ス所ニ非サレハナリ而シテ該權利ニ對スル強制執行ハ民事訴訟法第六百二十五條ニ依ルヘキコトハ前述シタル所ナリ總テノ不動產ハ強制管理ノ目的物タルコトヲ得ス收益ヲ生セサル債務者ノ財產ハ勿論已ニ強制管理ノ開始決定アリタル不動產ニ付キ更ニ強制管理ノ開始決定ヲ爲スコトヲ得サルハ強制競賣ノ場合ト同一ナリ(第七〇八條第六四五條其理由ハ強制競賣ニ於テ説明シタルモノト同一ナレハ茲ニ之ヲ省略ス)強制管理開始決定

執行裁判所ハ決定ヲ以テ(1)差押債權者カ強制管理ヲ求ムル申立ヲ取下ケタル

トキ(2)登記判事ノ通知ニ因リ豫メ知ルニ於テハ手續ノ開始ヲ妨ケヘキ事實カ顯ハルルトキ(此場合ニ於テ情況ニ因リ直チニ手續ヲ取消シ又ハ債權者カ裁判所ノ定メタル期間内ニ手續進行ノ障礙ノ消滅シタル旨ノ證明ハ盡ササルトキニ手續ヲ取消ス)(第七〇六條第一項第六五三條)普通西不動產強制執行法第一三九條第二〇條)獨逸不動產強制競賣法第一六一條第四項(3)管理進行ノ爲メ特別ノ費用ヲ要スル場合ニ於テ債權者カ必要ナル金額ヲ豫納セサルトキ(第七一六條第三項第五七一條)普通西不動產強制執行法第一五四條第二項)獨逸不動產強制競賣法第一六一條第三項(4)民事訴訟法第五百五十條第五百一十一條ノ規定ニ從ヒテ手續ノ取消ヲ爲スヘキトキニ於テ強制管理ヲ取消ス此取消ニ付キ執行裁判所ノ決定ヲ要スルハ若シ然ラサレハ執行裁判所ノ委任ニ依リ職務ヲ取扱フ管理人カ他ノ債權者ノ爲メニ已ニ差押アリタルヤ否ヤヲ知ルコトヲ得サレハナリ(第七一六條第一項)普通西不動產強制執行法第一五四條第一項)獨逸不動產強制競賣法第一六一條第一項)而シテ手續ノ取消ヲ表示シタル受訴裁判所ノ決定ハ執行裁判所ノ取消ノ決定ニ代ルヘキモノナリ何トナレハ一旦適法ニ取

消テレタル手續ハ更ニ取消スヘキ旨ヲ表示スヘキモノニ非サレハナリ
執行裁判所ハ總テノ利害關係人ノ申立又ハ第三者並ニ債務者ノ申立ニ因リテ
手續ヲ停止スルコトアリ(第五四四條)(管理手續ノ停止及ヒ取消)一
(B)管理手續 執行裁判所ハ強制管理ノ爲メニ適當ナル管理ヲ任命ス第七一
條第一項獨逸不動産強制競賣法第一五〇條第一項(普通西不動産強制執行法第
一四二條)管理人ノ任命ハ管理開始決定ニ於テ又ハ爾後特別ノ決定ヲ以テ之ヲ
爲シ又執行裁判所ハ任命權アルト同時ニ適當ナル管理人ヲ選定スルノ義務ヲ
負フ債權者ハ適當ハ人ヲ推薦スルコトヲ得ルト雖モ之ヲ管理人ニ任命スヘキ
ヤ否ヤハ裁判所ノ自由ニ判斷スル所ナリ而シテ裁判所カ不適當ナル人ヲ管理
人ニ任命シ若クハ適當ナル管理人ヲ解任シタル場合ニ於テ該決定ニ對シ利害
關係人カ抗告ヲ爲スコトヲ得ルハ毫モ疑ナキ所ナリ(普通西不動産強制執行法
第一四二條(任命))

強制管理ニ於ケル管理人ハ正當ナル見解ニ從ヘハ執行當事者ノ一方ノ代理人
若クハ承繼人ニ非スシテ執達吏若クハ破産管財人ト同シタ公ノ職務トシテ強

制管理ノ形式ニ於テ認メラレタル國家ノ法律保護ヲ有效ナラシムルカ爲メニ
債務者ノ權利ヲ行使スル機關タリ故ニ管理人ハ管理ニ必要ナル範圍内ニ於テ
管理ヲ爲シ又處分ヲ爲スノ權限ヲ有ス殊ニ管理人ハ管理及ヒ收益ノ爲メ自ラ
執行ノ目的物タル不動産ヲ占有スルノ權ヲ有シ又債務者ニ代リテ第三者ノ給
付スヘキ收益ヲ取立ツルノ權ヲ有ス

債務者カ執行ノ目的物ヲ占有シタル場合ニ於テ管理人ニ之ヲ占有セシムルコト
ヲ拒ミタルトキハ執達吏ヲ立會ハシメテ債務者ノ抵抗ヲ除去スルコトヲ得第
七一一條第二項末段第五三六條獨逸民事訴訟法第七七七條第三者カ執行ノ目
的物ヲ占有シタル場合ニ於テ管理人ニ之ヲ占有セシムルコトヲ拒ミタルトキ
ハ執達吏ヲ立會ハシメテ第三者ノ抵抗ヲ除去スルコトヲ得ス蓋シ強制管理ハ
第三者ノ完全ニ取得シタル權利ヲ害スルコトヲ得サレハナリ隨テ貸借人ハ賃
貸借ノ存スル限り占有ヲ繼續スルコトヲ得管理人ハ債務者カ解約權ヲ有スル
場合ニ於テ解約ヲ爲スコトヲ得ルノミ獨逸不動産強制競賣法第五二二條蓋シ
強制管理ハ第三者ノ完全ニ取得シタル權利ヲ害スルコトヲ得サレハナリ而シ

第三者ノ占有カ差押以後ニ係リ或ハ單純ナル占有ニシテ法律上占有スヘキ權利ニ基カス或ハ差押以前ニ係ルト雖モ己ニ第三者カ債務者ニ對シ明渡ノ義務ヲ負ヒタルカ如キ場合ニ於テハ執行債權者カ第三者ニ對シ引渡ヲ目的トスル勝訴ノ判決ヲ得テ管理人ノ占有ヲ全カラシムルコトヲ得但シ第三者カ執行ノ目的物タル不動産ニ付キ強制管理ヲ妨クルノ權利例ヘハ不動産權利ノ如キヲ有スルトキハ之ニ基キ執行参加ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルヤ當然ナリ(第七)一三條、本條ハ不必要ノ條文タリ第五四九條)

第三者カ執行ノ目的物タル不動産ニ付キ地上權永小作權ノ如キ物權又ハ貸借權ノ如キ債權ヲ有スル結果トシテ不動産ノ所有者ニ對シ果實ヲ給付スヘキ義務ヲ負フ場合ニ於テ管理人ハ其任命ニ因リ當然該收益ヲ取立テ必要ノ場合ニハ之カ爲メニ訴ヲ提起スルノ權ヲ有ス(第七)一一條第三項、普漏西不動産強制執行法第一四二條第三項條文中「……債務者ニ代リ……」トハ管理人ハ實體上債務者ノ權利ヲ主張スルコトヲ示シタルニ止マリ債務者ノ代理人トシテ其權利ヲ行使スルコトヲ示スモノニ非サルコトハ「リヒタル氏ノ普漏西不動産強制執行法

論ニ依ルモ明白ナリ)

管理人ハ強制管理ノ爲メニ代理人ヲ用フルコトヲ得ルヤ否ヤニ關シテ「リヒタル氏ハ消極的ニ論結シタレトモ余輩ハ我民事訴訟法ニ何等ノ明文ナキヲ以テ執達吏カ其代理人ヲ以テ行動スルコトヲ得ルト同シク管理人亦其代理人ヲ以テ管理ノ爲メニ行動スルコトヲ得ルト主張セント欲ス其他管理人ハ債務者ノ補助ヲ求メ家計ニ熱達シタル人ヲ雇入ルルコトヲ得ルハ疑ナキ所ナリ蓋シ此等ハ強制管理ヲ全ウスルニ有益ナルモノナレハナリ管理人ノ性質及ヒ其權限

管理人ハ執行裁判所ノ指揮及ヒ監督ノ下ニ於テ管理行為ヲ爲ス管理行為ハ執行ノ目的物ノ經濟上ノ狀態ヲ維持シ通常ナル收益ヲ爲スヲ目的トス故ニ管理人ハ自ラ執行ノ目的ヲ管理シ又ハ貸借ノ如キ方法ニ依リテ收益ヲ爲シ果實ノ賣買ヨリ生スル代金請求權、保險金額請求權ノ如キ差押權ノ下ニ在ル請求權ヲ主張シ又管理ニ屬スル請求ニ付テノ訴ヲ提起シ或ハ管理ノ目的物ニ關スル見込アル訴訟ヲ受理セサルヘカラス

執行裁判所ノ指揮ハ管理ノ方法ニ付キ疑アルカ若クハ爭アル總テノ場合ニ於
テ當事者若クハ管理人ノ求ニ依リ裁判ヲ爲スヘキ旨ヲ意味シ執行裁判所カ
事大小トナク管理行爲ニ干渉スルコトヲ意味スルモノニ非ス執行裁判所カ該
裁判ヲ爲ス以前ニ於テ債權者及ヒ債務者ヲ審訊スルハ當然ニシテ又適當ナル
場合ニ鑑定人ヲ立會ヘシムルハ事理ニ適シタルモノタリ該指揮ニ關スル裁判
ハ之ヲ言渡シ且ツ調査ニ記載セサルトキハ決定ノ形式ヲ以テ之ヲ爲シ且ツ當
事者及ヒ管理人ニ送達セサルヘカラス第二四五條第五四三條而シテ該裁判ニ
對シテハ當事者ノミカ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立フルコトヲ得管理人ハ利害
關係ナキヲ以テ斯ル權利ナシ(第四六六條第五八條却テ執行裁判所ノ指揮ニ
拘束セラレ之ニ適合セタル當事者ノ申立ヲ遵守スルノ義務ナシ然レトモ管理
ノ範圍ニ屬スル管理人ノ第三者ニ對シテ爲シタル行爲ハ執行裁判所ヲ指揮ニ
反シタルノ故ヲ以テ效力ヲ有セサルモノニ非ス唯執行裁判所カ其指揮命令ノ
強行並ニ其違背ノ爲メニ管理人ニ對シテ二十圓以下ノ過料執行罰ヲ言渡シ又ハ
其職ヲ免スルノ原因ト爲ルノミ過料ヲ命シタル裁判ニ對シテハ管理人カ即時

抗告ヲ爲スコトヲ得ヘク(裁判前ニ管理人ヲ審訊スルヲ適當トス)又免職ノ裁判
ハ管理人ノ外當事者ニモ亦送達セサルヘカラス蓋シ當事者ハ該裁判ニ對シ即
時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘケレハナリ第七一二條普通滯西不動產強制執行法第一
四四條獨逸不動產強制執行法第一五三條)

執行裁判所ノ業務施行ニ付テノ監督ハ管理人ノ法規ノ違背職務ノ怠慢ヲ豫防
シ又ハ之ヲ譴責シ其管理人ノ行爲カ不適當ナルカ若クハ不完全ナリト認メタ
ル場合ニ管理ニ干渉スルニ在リ執行裁判所ハ監督權ノ代用トシテ管理人ニ對
シ計算書第七一五條報告書其他帳簿書類等ノ提出ヲ求メ又財産ノ狀況ヲ調査
スルコトヲ得執行裁判所ハ此調査ノ結果トシテ其他當事者又ハ利害關係人ノ
申立ニ因リテ管理ヲ調査スルノ機會ヲ得ルモノタリ又執行裁判所ハ過料又ハ
免職ニ依リテ監督ノ行使ヲ有效ナラシムルノ權利ヲ有シ且ツ必要ノ場合ニ義
務ヲ負フ(業務ノ施行)

執行裁判所ハ管理人ノ勞務ニ對シテ與フヘキ報酬額ヲ定ム蓋シ無報酬ニテ適
常ナル管理人ヲ任命スルコトハ不能ナルヲ以テ法律ハ管理人ニ適當ナル報酬

ヲ與フルコトヲ得セシメタルモノナルヘシ報酬額ハ管理人ノ業務著手前ニ確定スルヲ適當トス(不服申立ノ原因ニ減少スルノ利益アリ)報酬額確定決定ハ差押債權者債務者及ヒ管理人ニ送達シ第二四五條又此等ノ旨ハ該決定ニ對シ抗告ヲ以テ不服ヲ申立フルコトヲ得其他ノ利害關係人ハ未タ此點ニ付キ利害關係アリト認ムルコト能ハサルヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス第七一二條普通西不動産強制執行法第一一四條第一項獨逸不動産強制執行法第一五三條第一項管理人ハ其職務ノ施行ニ付キ總利害關係人ニ對シ責任ヲ負フ普通西不動産強制執行法第一百四十四條第三項ハ管理人ハ良家父ノ注意ヲ爲スヘキ旨ヲ規定シ獨逸不動産強制執行法第一百五十四條第一項ハ獨逸新民法第二百七十六條第一項ノ程度ニ於ケル不注意ニ付キ責任ヲ負フモノト規定シタリ我民事訴訟法ニ於テハ注意ノ程度ニ付キ別段ノ規定ヲ缺クト雖モ類推ニ依リ管財人ト同シク善良ナル監理者ノ注意ヲ以テ業務ヲ施行スルノ業務ヲ負フモノト信ス民法第六四四條商法第一〇一一條隨テ管理人ハ該注意ヲ缺キタルカ爲メニ生シタル損害ニ付キ責任アリ斯ク管理人ハ業務施行ニ付キ損害賠償ノ責任ニ任スルコ

トアルヲ以テ執行裁判所ハ利害關係人ノ利益ノ爲メニ管理人ニ保證ヲ立タシムルコトヲ得其種類及ヒ方法ハ民事訴訟法第八十七條ノ規定ニ依ル立タタル保證ハ管理人カ完全ニ卸任ヲ受タルマテ效力ヲ存續スルコトハ言フ埃タス保證ヲ立ツルノ義務ハ管理人ノ任命ニ困難ヲ來ス原因タルコトアリ隨テ適當ナル管理人ノ任命ニ付キ利害關係アル各利害關係人等ハ保證ヲ命シタル決定ニ對シ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ヘシ利害關係人ハ保證ヲ立ツシムルコトノ利益ヲ放棄スルコトヲ得ルハ言フ埃タス(第七一二條第二項普通西不動産強制執行法第一四四條第二項獨逸不動産強制執行法第一五三條第一項(報酬及ヒ責任)

管理人ハ不動産ニ付キ得タル收益ヨリ其不動産ノ負擔ニ係ル租稅其他ノ公課ヲ控除シタル後別段ノ手續ヲ要セスシテ管理ノ費用即チ裁判上ノ費用訴訟費用執行裁判所ノ指揮ノ下ニ於テ管理人カ爲シタル行為ヨリ生シタル費用管理入ニ對スル報酬及ヒ執行ノ目的物ノ保存又ハ改良ノ爲メニ費シタル費用ヲ辨別シ(此等ノ費用ハ配當手續ニ依ラス即チ別段ノ手續ヲ要セスシテ優先的ニ支

拂ハルベキモノタリ其殘額ノ配當ニ付キ債權者間ニ協議調ハサルモ其ハ(配當ノ説明參考其者ヲ執行裁判所ニ届出テ配當ヲ準備セシメタルヘカラス)(第七一四條第五九三條)普漏西不動産強制執行法第一四八條)獨逸不動産強制執行法第一五五條又管理人ハ毎年強制管理力一箇年以上存續スル場合及ヒ其業務施行ノ終了後(總テノ手續ノ終了ハ勿論免職解任等ニ依レル)管理人ノ職務ノ終了ヲモ包含ス各債權者債務者及ヒ裁判所ニ收入支出ヲ精確ニ掲ケタル計算書ヲ差出ス義務ヲ負フ毎年差出ス理由ハ裁判所ニ對シテハ監督權行使ノ材料ニ供スルカ爲メニシテ各債權者及ヒ債務者ニ對シテハ職務上ノ責任ヲ明白ナラシムルニ在リ業務施行ノ終了後差出ス理由ハ卸任ヲ求ムルニ在リ執行裁判所ハ管理人ノ差出シタル計算書ヲ各債權者及ヒ債務者ニ送達スル以前ニ於テ監督權ノ代用トシテ之ヲ調査シ其結果訂正スルニハ補充ヲ命シ完全ト認メタル場合ニ於テ各債權者及ヒ債務者ニ各一通ヲ送達ス此二者ハ送達アリタルヨリ七日ノ期間内ニ執行裁判所ニ異議ノ申立ヲ爲スコトヲ得完済ヲ得タル債權者ハ新ル權利ナシ何トナレハ債權者ニ非サレハナリ)而シテ該期間内ニ異議ノ申立ナ

キトキハ計算ニ付キ異議ナク且ツ管理ノ卸任ヲ承諾シタルモノト看做シ異議ヲ申立テタルトキハ執行裁判所ハ管理人ヲ審訊シタル後之ヲ裁判シ異議ノ申立ナク又申立テタル異議ヲ完結異議ノ性質ニシテ監督權ノ作用ニ依リ除去スルコト能ハサルモノハ訴ヲ以テ完結スルノ外ナシト信ス我民事訴訟法ハ簡ニ失スル失當ノ規定タリ)シタルトキニ執行裁判所ハ管理人ヲシテ卸任セシム第七一五條)普漏西不動産強制執行法第一四四條第三項)獨逸不動産強制執行法第一五四條)管理人ノ卸任ハ執行當事者ノ與フルモノニシテ執行裁判所ノ與フルモノニ非ス故ニ執行當事者カ故ラニ卸任ヲ承諾セサルトキハ卸任承諾ノ訴ヲ提起スヘシ執行裁判所ノ卸任ニ關スル決定ハ卸任ノ確認ニ外ナラス又(管理ノ出テ強制執行スルコトヲ得ルハ當然ナリ然レトモ業務施行ノ終了後ニ於テ即チ管理入タル職務ヲ止メタル者ニ對シ管理手續ノ終局以後ニ於テ管理人ニ對シ監督權ナルモノ存セサルヲ以テ當事者ハ管理人若クハ管理人タリシ者ニ對シ執行裁判所ニ計算書ヲ差出スヘキ旨ノ訴ニ依リテ差出義務ヲ強制スルコトヲ得

（キ）ミニ 強制管理ハ共有物ニ關スル債務者ノ持分ニ對シテ行ハル此場合ニ於テ管理人ハ持分ノ有形的占有ヲ爲スヘキコトナキハ疑ナキ所ナリ然レトモ債務者ニ代リテ共有物ノ持分ニ應シタル收益ヲ爲スコトヲ得故ニ管理人ハ他ノ共有者ト收益ヲ清算シ債務者ニ歸スヘキ部分ハ配當ノ目的物ト爲ササルヘカラス其他管理人ハ共有物ノ收益ニ關スル以上ハ債務者カ第三者及ヒ共有者ニ對シテ有スル權利ヲ主張スルコトヲ得ルヤ言フ俟タス

（ク）終局手續 各債權者カ執行ノ目的物タル不動産ノ收益ヲ以テ辨濟ヲ受ケタルトキハ執行裁判所ハ職權ヲ以テ決定ノ形式ニ依リ強制管理ヲ取消シ且ツ登記判事ニ強制管理ニ關スル記入ノ抹消ヲ囑託セサルヘカラス第七一六條第二項第四項普通西不動産強制執行法第一五四條第一項、獨逸不動産強制執行法第一六一條第二項蓋シ各債權者ハ其満足ヲ享有シタルヲ以テ強制管理ヲ存續セシムルノ理ナクレハナリ

債權者一人ノミナルカ又ハ債權者多數アリテ一時ニ不動産ノ收益ヲ完済シ

受クルコトヲ得ルカ或ハ一時ニ完済スルニ足ラサル不動産上ノ收益ニ關シ多數ノ債權者間ニ配當ノ協議調ヒタルトキ（第六九一條、第七一四條）ハ裁判上ノ配當ヲ要セスシテ強制管理ヲ終局スルコトヲ得ヘシト雖モ一時ニ完済スルニ足ラサル不動産上ノ收益ニ關シ債權者間ニ協議調ヒサルトキ（第七一四條）ハ裁判上ノ配當ヲ以テ各債權者ニ平等ナル満足ヲ享有セシメサルヘカラス

強制管理ニ於ケル配當手續ノ進行ヲ略言セン（甲）配當要求ノ效力ヲ生スル申立ヲ爲サナリシ債權者第七〇八條第二項ハ強制管理手續ノ終局ニ至ルマテ執行裁判所ニ配當要求ノ届出ヲ爲ササルヘカラス配當要求ハ強制競賣ト異ニシテ執行力アル正本ニ依ラサルヘカラス是レ強制管理ハ不動産ノ收益ノミヲ以テ各債權者ノ満足ニ供スルニ止マレハナリ又裁判所ノ所在地ニ住居ヲモ事務所ヲモ有セサル配當要求債權者ハ假住所ヲ選定シテ之カ届出ヲ爲スヘシ第七〇九條第五九〇條（乙）執行裁判所ハ配當要求ノ效力ヲ生スル申立（第七〇八條第二項及ヒ配當要求第七〇九條）アリタルコトヲ債權者債務者及ヒ管理人ニ通知スヘシ（第七一〇條）是レ配當ノ協議及ヒ配當ニ關スル異議ニ付テノ準備ノ材料

又得セシムルニ外ナラズ當ニ留置スルモノハ異動ニ付テハ、申訴ノ條件
執行裁判所ハ管理人ヨリシテ民事訴訟法第七百十四條ニ規定シタル届出アリ
タルトキハ民事訴訟法第六百九十一條第六百九十六條乃至第六百九十八條ヲ
準用シテ強制管理ノ存續中申據スヘキ配當表ヲ作成シ且ツ之ヲ確定シ之ニ基
キ管理人ヲシテ配當スルニ足ルヘキ收益ノ生スル毎ニ債權者ニ支拂ヲ爲サシ
ム配當表ノ確定後ニ於テ適法ナル配當要求債權者アリタルトキハ執行裁判所
ハ決定ノ形式ヲ以テ配當表ヲ補充セラルヘカラズ配當表ノ變更而シテ該決定
ハ管理人及ヒ利害關係人ニ送達シ各利害關係人ハ之ニ對シ異議ヲ申立テ又之
ヲ排斥セタル裁判ニ對シ抗告ヲ爲スコトヲ得第五四四條第五五八條爾後配當
要求ハ將來ノ配當ニ與ルコトヲ得ルニ過キス何トナレハ已ニ配當表ニ基キテ
行ハレタル支拂ハ之カ爲メニ其效力ヲ失フモノニ非ス隨テ返還スヘキモノニ
非ナレハナリ(獨逸不動産強制競賣法第一五六條第一五七條)

第三款 船舶ニ對スル強制執行

船舶ニ對スル強制執行ニ二種アリ。船舶其モノニ對スルモノ及ヒ船舶ノ股分ニ
對スルモノ是ナリ先ヲ前者ヲ論シ次ニ後者ヲ述フヘシ
(一) 船舶ニ對スル強制執行 船舶ハ其性質上動産ニシテ又法理上動産トシテ取
扱ヒタリト雖モ其價額ノ高價ナルト形體ノ廣大ナルト耐久ノ性質アルトノ點
ニ於テ不動産ニ類似セリ是ヲ以テ法律ハ不動産ニ於ケルト同シク船舶登記ノ
制度ヲ設ケ船舶ヲ以テ抵當ノ目的物タルコトヲ許シ又船舶ニ對スル強制執行
ヲ不動産ニ對スル強制執行ニ關スル規定ニ從ハシメタリ(船舶登記法商法第六
八六條民事訴訟法第七一六條)

執行ノ目的物ト爲ル船舶ハ商船其他ノ海船及ヒ其屬具ニシテ端舟其他櫓權ノ
ミヲ以テ運轉シ又ハ主トシテ櫓權ヲ以テ運轉スル小舟トシテハ帆ヲ用フルコ
トアレトモ主トシテ櫓權ヲ以テ運轉スル小舟ノ類ノ如キハ動産ニ對スル強制
執行ニ依ルヘキモノナリ何トナレハ此等小舟ハ其價額高カラス其形大ナラス
又久シク耐フルモノニ非サルヲ以テ不動産ト類似スル所ナクレハナリ商船其
他ノ海船トハ航海ノ用ニ供スル船舶ヲ總稱スルモノニシテ商行爲ヲ爲ス目的

ヲ以テ航海ノ用ニ供スルモノヲ「商船」ト謂ヒ(商法第五三八條其他ノ目的例ハハ測量ヲ以テ航海ノ用ニ供スルモノヲ「其他ノ海船」ト謂フニ過キス第七一七條第一項前段第二項民法第八七條)普漏西不動産強制執行法第一六三條獨逸民事訴訟法第八六五條獨逸民法第一二六五條(商船其他ノ海船ノ意義)

船舶ニ對スル執行方法ハ不動産ノ強制競賣ニシテ不動産ノ強制管理ハ之ヲ許サス蓋シ船舶ノ收益ハ航海ニ因リテ生スルモノタリ而シテ船舶ニ對スル強制執行ノ適當ナル實施ハ船舶カ差押ノ港ニ碇泊スルニ因リテノミ確實ニ行ハルルモノタリ故ニ收益ヲ以テ債權者ノ満足ニ供スルコトヲ目的トスル強制管理ハ船舶ニ對スル強制執行タルニ適セシ(第七一五條)不動産ノ強制競賣ニ關スル規定ニ從ヒ……第七一九條船舶ハ執行手續中差押ノ港ニ之ヲ碇泊セシムヘシ(普漏西不動産強制執行法第一六三條第一項獨逸不動産強制競賣法第一六二條(執行ノ方法)

船舶ニ對スル強制執行ハ通則トシテハ不動産ノ強制競賣ニ關スル規定ニ從ヒ之ヲ爲スト雖モ事物ノ性質ニ因リ又ハ特別ノ取扱ヲ爲スノ必要アルニ因リテ

數多ノ特則ナキヲ得ス左ニ其特則ヲ略述スヘシ第七一七條第一項獨逸不動産強制競賣法第一六二條

(A)執行裁判所 船舶ノ強制競賣ニ於テハ船舶カ差押ノ當時碇泊スル港ノ管轄區裁判所カ執行裁判所タリ(第七一八條第五六三條)獨逸不動産強制競賣法第一六三條第一項是レ此裁判所ヲ以テ執行裁判所ト爲ストキハ競賣人ニ直チニ船舶ヲ引渡スコトヲ得ルノ便益アルカ爲メナリ不動産ノ強制競賣ノ管轄裁判所ニ關スル規定トモ其精神ヲ異ニセス二者共ニ目的物ノ所在地ヲ管轄スル區裁判所タリ(第六四一條)

差押ノ當時トハ現實ニ差押ヲ爲シタル時ニ非ズレテ強制競賣手續ヲ命令シタル時ヲ指示スルモノタリ故ニ該命令ヲ爲シタル當時ニ於テ船舶カ其命令ヲ爲シタル區裁判所ノ管内ニ在ラサルコト明白ナルトキハ手續ヲ取消スヘシ(第七二二條)普漏西不動産強制執行法第一六六條第三項又命令ヲ發シタル後船舶カ碇泊港ヲ出テタルカ爲メニ管轄違ト爲ルコトカシ……(當該)

執行裁判所ハ船舶ノ強制競賣ヲ命スルニ當リテ管轄ノ有無ヲ職權ヲ以テ調査

船舶ノ當該區裁判所ノ管内ニ在ルコトヲ裁判所ニ於テ明白ナラサルトキハ其存在スル事實ヲ競賣申請者ヨリ疏明セサルヘカヲサルハ當然ナリ

(B)利害關係人 船舶ニ對スル強制執行ニ於テハ民事訴訟法第六百四十八條ニ規定シタル利害關係人即チ債權者債務者船舶ニ對シ抵當權ヲ有スル權利者ノ外ニ船舶債權者船舶所有者及ヒ船長カ利害關係人タリ

船舶債權者即チ船舶所有者ニ對シ法定シタル特種ノ債權ヲ有スル者ハ(商法第六八〇條)獨逸商法第七五四條ハ不動産ニ對スル強制執行ニ於ケルト同シト説き期日マヲニ届出ヲ爲シ競落代金上ニ満足ヲ享有スルコトヲ得第六四九條第六九二條商法第六八一條以下)

船長ハ船舶ノ指揮及ヒ管理ニ關シテ船舶所有者ノ法定代理人タリ商法第五六六條第五六七條獨逸商法第七六一條故ニ船長ニ對シ其資格ニ於テ成立シタル判決其他ノ債務名義ハ更ニ執行文付與ヲ要セスシテ直チニ船舶所有者ニ對シテ效力アリ隨テ船舶債權者ノ爲メニ前示ノ債務名義ニ基キ船舶ヲ差押ヘタルトキハ其差押ハ船舶所有者ニ對シテ有效ナリ(第七二二條)普漏西不動産強制執

行法第一六六條第一項船舶債權者ニ非サル債權者ハ船長其人ニ對スル債權者ニシテ船長タル資格ニ付キ船長ニ對スル債權者ニ非ス

「是ヲ以テ此場合ニ於テハ船舶ノ所有者カ利害關係人ト爲ルヤ言フ埃タス(第七二二條)普漏西不動産強制執行法第一六八條第一項」

船長ハ船舶所有者ノ代理人トシテ船舶ニ對スル強制執行ノ利害關係人タリ故ニ其代理權ノ終了ニ因リテ利害關係人タルコトノ止ムヤ言フ埃タス又差押後新ニ船長ト爲リタル者其代理權ヲ得タル時ヨリ船舶所有者ノ代理人トシテ利害關係人タルヤ當然ナリ(第七二二條第三項)普漏西不動産強制執行法第一六八條第二項

(C)強制競賣手續 船舶ニ對スル強制競賣モ亦不動産ニ對スル強制競賣ニ於ケルト同シテ債權者ノ申立ニ因リ執行裁判所カ競賣開始決定ヲ爲スニ因リテ開始ス

債權者ノ申立ニハ民事訴訟法第六百四十二條ニ從ヒ特定ノ事項ヲ掲ケ(不動産ノ表示ニ代ヘ差押フヘキ船舶並ニ碇泊港ヲ表示スルコトハ説明ヲ要セス)且

執行力アル正本ノ外民事訴訟法第七百二十條ニ規定シタル證書ヲ添附スヘシ
(第六四三條)普通西不動産強制執行法第一六四條獨逸不動産強制執賣法第一六
四條其第一ハ債務者カ船舶所有者ナル場合ニ於テハ船舶ノ所有の占有者タル
コトヲ証明スルニ足ル證書又債務者カ船長ナル場合ニ於テハ船長トシテ船舶
ヲ指揮スルコトヲ証明スルニ足ル證書ニシテ所有の占有ヲ證明スル證明ヲ以
テ足レリト爲シタルハ執行ノ目的物タル船舶ノ必スシモ登記ヲ爲シタルモノ
ニ限ラサレハナリ又後者ハ商法第五百六十八條舊商法第八七一條第八七二
條ニ於ケル場合ヲ指示ス船長ハ船舶所有者ノ法定代理人タリ隨テ該場合ニ於
テ債務者ハ船長ニ非サルヤ明白ナリ故ニ債務者カ船長ナル場合ナル法文ハ當
ヲ失スルニ似タリ其第二ハ船舶カ船舶登記簿ニ登記シタル場合ニ於テハ其
船舶ニ關スル有效ナル各登記事項ヲ包含シタル登記簿ノ抄本タリ抄本ヲ以テ
足レリトス原本タルコトヲ要セス是レ手續省略ノ目的ニ出ツ有效ナル各登記
事項ヲ包含スルモノト云ヘリ故ニ一旦登記シタル事項ニシテ已ニ取消サレタ
ルモノハ抄本ニ掲クルノ要ナシ是レ何等ノ實益ナキヲ以テナリ而シテ登記簿

ヲ主管スル官署カ執行裁判所ヨリ遠隔ノ地ニ在ルトキハ債權者ハ前ノ抄本ノ
兼アラシコトヲ執行裁判所ニ申立ツルコトヲ得第六四三條
執行裁判所ハ競賣開始決定ヲ爲スノ際職權ヲ以テ競賣ノ申立アリタルコトヲ
船舶登記簿ニ記入スヘキ旨ヲ登記判事ニ囑託スヘシ第六五一條然レトモ差押
人タル船舶カ外國ノ船舶ナルトキ又ハ登記簿ニ登記セサル船舶登記ヲ受クル
ノ要ナキ船舶又ハ登記手續未済中ノ船舶等ナルトキハ此限ニ在ラス何トナレ
ハ斯ル船舶ニ關シテハ登記記入ヲ爲スコト能ハサレハナリ(第七二九條)又執行
裁判所ハ債權者ノ申立ニ因リ其利益ノ爲メニ船舶ノ監守及ヒ保存ノ爲メニ必
要ナル處分ヲ爲サシムヘシ此處分ハ船舶ノ損壞若クハ破損ヲ防止シ且ツ買入
ラシテ熟覽ヲ容易カラシムルカ爲メニ必要ナリ此處分ノ履行ニ必要ナル費用
ハ執行費用トシテ競落代金中ヨリ支拂フヘキモノナレトモ債權者ノ利益ノ爲
メニスルモノナレハ債權者ハ該費用ヲ豫納シ立替ヲ爲スノ義務ヲ負フ故ニ債
權者カ其義務ヲ履行セサルトキハ執行裁判所ハ前示ノ處分ヲ取消スコトヲ得
(第七二一條)第一項第三項普通西不動産強制執行法第一七五條獨逸不動産強制

競賣法第一六五條第一七〇條第二項

競賣開始決定ハ之ヲ船舶所有者又ハ船長ニ送達スルニ因リテ效力ヲ生ス第六四四條第三項然レトモ前示ノ處分ヲ爲シタルトキハ開始決定ノ送達前ト雖モ差押ノ效力ヲ生ス(第七二一條第二項)獨逸不動産競賣法第一六五條是レ必要ナル處分ノ實效アラシムルカ爲メニシタルモノタリ(註釋)差押ノ效力トシテ債務者其所有ノ差押ニ係ル船舶ヲ自由ニ處分スルコト能ハサルノ外又重複開始決定ヲ許ササルノ外(第六四五條)尙ホ差押ニ係ル船舶ヲシテ執行手續中差押ノ港ニ碇泊セシム(第七一九條)普漏西不動産強制執行法第一六三條第二項是レ競賣手續ヲ容易ナラシムルノ目的ニ出テタルニ外ナラス然レトモ商業上ノ利益ノ爲メニ適當ナル場合ニ於テハ裁判所ハ總テ利害關係人ノ申立ニ因リ航海ヲ許スコトヲ得普漏西不動産強制執行法第一六三條第三項獨逸不動産強制競賣法ハ此例外ヲ認メサリシ又差押後船舶所有者若クハ船長ノ變更アルモ執行手續ヲ續行ヲ妨ケス(第七二二條第二項)普漏西不動産強制執行法第一六六條第二項是レ民事訴訟法第五百十九條ノ解釋ニ依リ生スル當

然ノ結果ナリ(前説參考)強制競賣開始決定

執行裁判所ハ民事訴訟法第六百五十七條ニ從ヒテ競賣期日ヲ定メテ之ヲ公告ス該公告ニハ不動産ノ表示ニ代フルニ船舶ノ表示及其碇泊ノ場所ヲ以テシ第七二四條)普漏西不動産強制執行法第一七三條第一七四條)獨逸不動産強制競賣法第一六七條第一六八條又定繫港ノ區裁判所管外ニ於テ差押ヲ爲シタルトキハ執行裁判所ハ競賣期日ノ公告ヲ定繫港ノ區裁判所ニ送付シ其裁判所ノ揭示板ニ揭示スヘキコトヲ囑託ス(第七二五條)普漏西不動産強制執行法第一七四條第二項獨逸不動産強制競賣法第一六八條是レ訓示的法規ニシテ競賣ノ目的ヲ完全ニ達セシムル目的ニ外ナラス(競賣期日)

(二)船舶ノ股分ニ對スル強制執行 船舶ノ股分即チ商船其他ノ海船ノ共有者カ有スル持分ハ之ヲ讓渡スルコトヲ得ルヲ以テ強制執行ノ目的物タルコトヲ得ルハ當然ナリ(商法第五五一條)然レトモ其執行方法ハ船舶ニ對スル執行方法ニ依ルコトヲ得ス何トナレハ若シ然ラスンハ船舶ニ對スル強制執行ハ航行ヲ妨グルノ效力アルヲ以テ他共有者ノ權利ヲ害スルニ至ルヲ以テナリ又不動産ニ

對スル執行方法ニ依ルコトヲ得ス何トナレハ船舶ノ持分ハ不動産ニ非サレハナリ是ヲ以テ我民事訴訟法ハ普通西不動産強制執行法ニ於ケルト同シタ民事訴訟法第六百二十五條ニ規定シタル財産權ニ對スル執行方法ニ依ルヘキ旨ヲ規定シタリ(第七二六條普通西不動産強制執行法第一七九條第二項獨逸新民事訴訟法第八五七條第八五八條)

(A) 執行裁判所 船舶ノ持分ニ對スル強制執行ニ關シテハ定繫港ノ區裁判所ノ管轄ニ專屬ス第七二六條下段第五六三條普通西不動産強制執行法第一七九條第一項是レ該裁判所カ船舶ノ性質持分ノ範圍等ヲ知ルニ便益アレハナリ民事訴訟法第五百九十五條ト同一法意)

(B) 執行手續 船舶ノ持分ニ對スル強制執行ハ民事訴訟法第六百二十五條ノ規定ニ從ヒテ爲スヘキモノナリト雖モ事物性質上二三ノ特別ナキコトヲ得ス債權者ハ差押命令ノ申請ニ民事訴訟法第七百二十七條第一項ニ規定シタル書類ヲ添附スヘシ是レ民事訴訟法第七百二十條第六百四十三條ト同一法意ニ出

差押命令ハ債務者及ヒ船舶管理人(商法第五五二條ニ送達シ差押ハ該二者ノ一方ニ對スル差押命令ノ送達ニ因リテ效力ヲ生ス而シテ債務者ニ對スル送達ニ因リテ差押ノ效力ヲ生スルハ民事訴訟法第六百二十五條第二項ノ準用ニシテ又船舶管理人ニ對スル送達ニ因リテ差押ノ效力ヲ生スルハ該管理人カ共有者ニ代リテ特定ノ行爲ヲ爲ス權限ヲ有スルヲ以テナリ(第七二七條第二項第三項商法第五五二條普通西不動産強制執行法第一七九條第三項)

(C) 配當手續 船舶股分ノ競賣代金カ各債權者ニ完済スルニ足ラス且ツ各債權者間ニ配當ノ協議調ハサルトキハ民事訴訟法第六百二十六條以下ノ規定ニ從ヒテ配當手續ヲ實施ス第七二八條普通西不動産強制執行法第一七九條第五項獨逸新民事訴訟法第八五八條第六項)

第二節 金錢ノ支拂ヲ目的トセサル債權ニ付テノ強制執行

金錢ノ支拂ヲ目的トセサル債權トハ積極的ニ之ヲ言ハハ物ノ引渡又ハ給付ヲ目的トシ債務者ノ作爲ヲ目的トシ又ハ債務者ノ不作爲ヲ目的トスル權利ノ總

稱タリ判決其他ノ債務名義ニ於テ直接ニ物ノ引渡債務者ノ作爲等ニ付キ義務ヲ負フ旨ノ意味アルトキハ強制執行モ亦直接ニ此等ノ引渡又ハ作爲等ノ強制ニ依リテ實施セラルヘキヲ當然トス債務者ハ其義務ノ不履行ヲ以テ債權者ヲシテ損害賠償ノ請求ヲ爲スノミニ制限セシムルノ權利ナシ蓋シ債務者ニシテ無實力ナルカ又ハ目的物ヲ評價スルコト能ハサルトキハ債權者ノ權利ヲシテ往往有名無實ナラシムルヲ以テナリ又債權者カ其權利ノ目的ニ代ヘテ其價額若クハ其損害額ヲ請求スル權利ハ債權者カ此法ニ從ヒテ斯ル權利ヲ認メラレタル場合ニ限リテ有スルニ過キス

金錢ノ支拂ヲ目的トセサル權利ハ以上説明シタル事項ヲ目的トスルモノナルヲ以テ其目的ニ從ヒテ本節ノ強制執行ヲ物ノ引渡又ハ給付ヲ目的トスル債權ニ付テノ強制執行債務者ノ作爲ヲ目的トスル債權ニ付テノ強制執行及ヒ債務者ノ不作爲ヲ目的トスル債權ニ付テノ強制執行トニ分ツハ學理上正當ニシテ又我民事訴訟法ノ認メタル所ナリ

物ノ引渡又ハ給付ニハ動産タルト不動産タルトヲ問ハス有體物ノ交付ニシテ

(第七三〇條、第七三一條、獨逸舊民事訴訟法第七六九條、第七七一條無體物ノ交付即チ債權ノ讓渡物權ノ設定ヲ包含セン蓋シ此等ノ事項ハ債務者ノ作爲義務ニ屬スレハナリ債務者ノ作爲トハ有體物ノ引渡ヲ除外シタル債務者ノ各積極的行動ニシテ第三者ヲシテ爲サシムルコトヲ得ルモノト然ラサルモノトノ二種アリ(第七三三條、第七三四條、第七三六條、民法施行法第五四條、第五五條又債務者ノ不作爲トハ債務者ノ意思ノ受動的狀態ニシテ債權者ノ土地通行權及ヒ汲水權ニ對スル義務ハ債務者ノ不作爲ヲ目的トスルモノタリ左ニ各種ノ強制執行ヲ略述スヘシ

第一款 物ノ引渡又ハ給付ヲ目的トスル債權ニ付テノ強制執行

(一) 意義 引渡又ハ給付スヘキ物ハ動産タルト不動産タルトニ拘ラス特定シタル有體物タリ是レ強制執行ノ特質ヨリ生スル所ナリ特定セサル有體物ハ執行上引渡スニ由ナシ特定トハ執行機關カ如何ナル物若クハ如何ナル數量ヲ差押フヘキヲ確知スルコトヲ得ル狀態タリ故ニ(一)民事訴訟法第七百三十條ニ

所謂特定ノ動産トハ種類ノミヲ表示シタル給付ノ目的物ト相對スル目的物ニシテ甲ノ有スル第一號金剛時計ト云フカ如キ各箇特別ノ動産ノミナラス甲所有ノ圖書館ニ在ル書籍全部ト云フカ如キ各箇集合ノ動産ヲモ指示ス然レトモ各箇特定動産ノ三分ノ一ト云フカ如キ計算上ノ分量ヲ表示スルニ過キサルモノハ特定ノ動産ト爲ラス又甲船舶ニ在ル船中ノ一萬斤ト云フカ如ク特定シタル集合動産中ヨリ引渡スヘキ特定動産ノ一定ノ數量モ亦特定ノ動産タルニ妨ナシ但シ集合物ノ代替物タルコトヲ要セス而シテ引渡スヘキ一定ノ數量各箇特定ノ集合物全體ヲ成シ若クハ各箇特定ノ集合物全體ノ一部分ナルトキハ前示二者ノ觀念ノ綜合ヲ見ルモノナリ(2)民事訴訟法第七百三十一條ニ所謂「不動産下ハ債務者ノ占有スル不動産ガウヅ民ノ如ク土地ニ限定スルハ狭キニ失ス全部又ハ現實の一部(部分)室ノ如キ一部分ノ占有ヲ爲スコトヲ得ルモノ」ニ其附屬動産ヲ指示ス地役權ノ行使ノ如キ準占有並ニ不動産ノ理想的一部分ニ關シテハ民事訴訟法第七百三十三條第七百三十五條第七百三十六條ノ規定ヲ適用スヘキモノナルヲ以テ茲ニ所謂不動産中ニ包含セシ(3)人ノ住居スル船

舶トハ唯リ船舶其モノノミナラス其屬具ヲモ包含スルコトハ學者ノ一致セル所ナリ人ノ住居セサル船舶ハ民事訴訟法第七百三十條ノ規定ニ依ル蓋シ船舶ハ一ノ動産ナレハナリ(4)民事訴訟法第七百三十條ニ所謂給付ノ目的物タル代替物ノ一定ノ數量トハ特質ニ著眼セシ種類ト分量ニ著眼シテ取引ヲ爲ス有價動産一定ノ數量ニシテ肥後米百俵ノ如キ是ナリ金錢其他ノ代替物ノ一定ノ數量ノ給付ヲ目的トスル請求ニ關スル證書ニシテ其請求ノ主張並ニ價值ノ該證書ニ有スルモノ即チ有價證券ノ一定ノ數量ハ取引上代替物ノ一定ノ數量ト同視セラル而シテ債務者カ債權者ニ對シ肥後米百俵ヲ給付スヘキ義務アル者ヲ判決其他ノ債務名義ニ於テ記載セラレタルトキハ代替物ハ執達吏カ斯ル物件ヲ債務者ノ占有ヨリ取上ケタル時ヲ以テ特定物ト爲ルヤ言フ換タス目的物トシテ其占有移轉ノ原因カ所有權ノ如キ物權ニ基クト賃借權ノ如キ

債權ニ基クトヲ問ハサルナリ。民事訴訟法第七百三十條ハ兒女ノ引渡義務ニ付キ適用アルヤ否ヤハ學者ノ爭フ所ナリ「エンデマン」「ウィルモースキ」氏等ハ該條ニ適スル獨逸舊民事訴訟法第七百六十九條カ物ノ引渡ニ關スルモノノ引渡ニ關セサルヲ理由トシテ消極的ニ論結シ「ガウプ」「フツチング」「ストロツタマン」氏等ハ帝國議會ノ委員會ニ於ケル政府委員ノ民事訴訟法草案ノ説明トシテ一點ノ疑ナキト民事訴訟法第七百三十三條第七百三十四條獨逸舊民事訴訟法第七七三條第七七四條第七七七條ハ斯ル場合ニ適用ナキヲ理由トシテ積極的ニ論結シタリ兒女ノ引渡ハ民事訴訟法第七百三十條ノ意義ニ包含セサルコト「ウィルモースキ」氏等ノ言ノ如シ然レトモ類様の適用トシテ債務者カ兒女ニ對シテ有スル權力ヲ債權者ニ移スコトヲ得ルハ實ニ正當ナルコト「ブランド」氏ノ説明ノ如シ故ニ余輩ハ積極論ヲ正當ト認ム。

廣義ノ引渡ハ狹義ノ外ニ於テ尙キ代替物ノ給付ヲ意味ス代替物ノ給付トハ債權者ノ占有ニ目的物ヲ移轉スルニ付キ債務者カ自己ノ占有ヨリ分離シ又ハ自

己ノ代理人ヲシテ其占有物ヲ送付セシムルカ如キ引渡ニ關スル債務者ノ準備の行動ヲ必要トスル交付タリ債務者ハ執行處分ニ付キ其力ヲ爲スコトヲ得ス故ニ債務者ノ準備の行為ヲ必要ト爲ス給付義務ニ關スル執行ノ如キハ爲シ難ハサル所ナリ然レトモ法律ハ債務者ノ占有ニ屬スル代替物ノ給付義務ヲ執行ニ付キ執達吏ノ行動ヲ以テ債務者ノ行動ニ代ヘ債權者ニ目的物ノ給付ヲ得セシメタリ是レ代替物ノ一定ノ數量ノ引渡ヲ目的トスル債權ヲ特定ノ動産ノ引渡ヲ目的トスル債權ト同等ニ執行スルコトヲ得ル所以ナリ第七三〇條獨逸舊民事訴訟法第七六九條

明渡ハ引渡ノ一種ニシテ賃借人カ賃貸人ニ目的物ヲ交付シ又ハ不動産ノ一部分ノ占有有移轉ヲ爲ス場合ニ行ハル用語タルニ過キス（引渡ノ内容）

（二）執行實施機關 物ノ引渡又ハ給付ニ關スル強制執行ノ實施ハ執達吏カ執行裁判所ノ機關トシテ其特別ノ命令ヲ要スルコトナクシテ爲スモノタリ執達吏ハ唯法律上有效ニ債務者ノ占有ニ係ル執行ノ目的物ノミヲ債務者ヨリ取上ケテ債權者ニ引渡スコトヲ得ルノミ第三審ノ占有ニ係ル執行ノ目的物ハ之ヲ取

上ケテ債權者ニ引渡スコトヲ得ス其理由ハ前ニ有體動產ヲ差押ニ於テ略述シタルカ如ク執達吏ハ他人ノ占有ヲ害スルコトヲ得サルニ在リ故ニ執行ノ目的物ニ付キ債權者ノ所有權ヲ認メテ債務者ニ返還ヲ命シタル判決ハ第三者タル執行ノ目的物ノ受寄者若クハ轉借人ニ對シ直チニ執行スルコトヲ得ス第七三〇條乃至第七三二條第五六七條獨逸舊民事訴訟法第七六九條第一項第七七一條第一項乃至第七七三條執行ノ目的物カ金錢債權ニ付テノ強制執行トシテ他ノ債權者ノ爲メニ差押ヘラレタルトキハ該目的物ハ債務者ノ占有中ニ在ラシク之カ差押ヲ爲シタル執達吏ノ占有中ニ在ルヲ以テ執達吏カ債務者ヨリ取上ケテ債權者ニ引渡スコトヲ得ス執行ノ目的物カ債務者ノ保管ニ任セラレタル場合亦然リ(第五六六條第二項何トナレハ斯ル場合ニ於ケル保管ハ法律上有効ニ執達吏ノ占有ニ代ルモノニ過キサレハ債務者ノ占有ニ係ルモノト謂フコト能ハサレハナリ)是ヲ以テ引渡ヲ請求スル債權者ハ民事訴訟法第五百四十九條ノ規定ニ從ヒ執行ノ目的ニ關スル他ノ債權者ノ執行取消ヲ求メサルヘカラスハ引渡人マデ其古口與テ返付シタルモノハ該物歸還ニ關スル附屬者ノ事項

此ノ如ク引渡スルキ執行ノ目的物カ第三者ノ手中ニ存シ且ツ此第三者カ任意提出ヲ拒ミタル場合ニ於テハ執達吏ハ民事訴訟法第七百三十條第七百三十一條ニ基テ執行處分ヲ爲スコトヲ得ス隨テ該處分ハ斯ル場合ニハ實施不能ト謂フヘシ然レトモ引渡ノ目的物カ代替物ノ一定數量ニ非サル場合ニ於テハ債權者ハ其申立ニ因リ執行裁判所ヨリ債務者ノ第三者ニ對スル該物件引渡請求權ヲ移付セシメ之ニ基キ第三者ニ對シ執行處分ヲ實施セシメ以テ其目的ヲ達スルコトヲ得第七三二條獨逸民事訴訟法第七七二條此移付ハ民事訴訟法第六百條ニ規定シタル取立命令ニ依リテ行ハレ轉付命令ニ依リテ行ハルモノニ非ス何トナレハ此場合ニ於ケル移付ハ支拂ノ爲メニスルモノニ非サレハナリ引渡請求權ヲ移付スル取立命令ヲ發スル以前ニ於テ金錢債權ノ執行ヲ爲メニスル場合ト同シク差押命令ヲ必要ト爲スヤ否ヤハ學者ノ爭フ所ナリ(ガウプハ「ウキルモースキ」民等ノ如キ註釋家ハ積極的ニ「ブラント」民ハ消極的ニ論結シタリ法文上ハ解釋トシテハ前者ヲ正當ト認ムレトモ法意上ハ解釋トシテハ後者ヲ正當ナリト認メサルヲ得ス何トナレハ差押ハ債權者カ他人ノ財産ヲ自己

「充足ニ供セントスルカ爲メニスルモノタリ本節ノ執行ニ於テハ債權者ニ屬スル權利ノ目的物ノ取上ヲ目的トスルニ外ナラサルヲ以テ差押ノ必要ナキヲ明白ナリト謂フヘシ民事訴訟法第七百三十二條」……「金錢債權ノ差押ニ關スル……」ノ法文上ハ失當ナリ前説ヲ採用セハ……「差押債ニ取立命令ニ關スル……」トシ後説ヲ採用セハ唯「取立命令ニ關スル……」ト爲スヲ可トス學者ハ差押命令ニテ特別ナラサル法規商法第五百九十四條第五百九十七條乃至第六百一一條第六百六條第六百六十二條ノ適用ハ當然ナリ而シテ第三者カ取立命令ヲ得タル債權者ニ對シ目的物ヲ引渡ササルトキハ後者ハ前者ニ對シ引渡ヲ目的トスル訴ヲ提起セサルヘカラス然レトモ金錢債權ノ執行ノ爲メニ他ノ債權者ヨリ差押ヘラレタル債務者ノ第三者ニ對スル引渡請求權ハ差押物カ本節ノ執行トシテ取上ケラルルコトナキト同シク債權者ニ移付スルコトヲ得ス唯後者ニ民事訴訟法第五百四十九條ノ規定ニ從ヒ執行參加ノ訴ヲ以テ差押ノ取消ヲ求ムルコトヲ得ルノミ……」……「民事訴訟法第七百三十三條」……「代替物ノ一定ノ數量ノ引渡ヲ目的トスル權利ノ執行ハ其目的物ノ爲ルニキ種類

ノ代替物ヲ債務者カ占有セル場合ニ於テノミ行ハルルモノナラザリ以テ民事訴訟法第七百三十二條ノ適用ノ外ニ在ルコトハ「アルド氏ヲ除キタル他ノ學者ノ一致シタル所ナリ又債務名義カ直接ニ第三者ニ對シテ執行シ得ヘキトキハ民事訴訟法第七百三十二條ノ適用ヲ缺クヤ當然ナリ第六二條獨逸舊民事訴訟法第六六五條第七三條第二三六條」……「執行處分」……「本節ノ強制執行ニ關スル執行處分ハ執達吏カ引渡ノ目的物ヲ債務者(取立命令アルトキハ第三者ヨリ)取上ケテ債權者ニ引渡ス即チ占有ヲ得セシムルニ在リ……」……「第六六六條」……「(A)其執行ノ形式ヲ略言スレハ(1)引渡ノ目的物カ動産ナル場合ニ於テハ先ツ債務者ノ占有物中ニ付キ該目的物ノ存否ヲ搜索シ(第五三六條次ニ執行力アル正本ニ基キ又必要ナル場合ニ於テハ債權者ノ共助ニ依リテ代替物ノトキハ鑑定人ヲシテ鑑定セシムルコトヲ得)執行ノ目的物ノ差異ナキコトヲ確認シ執行力正本ニ於テ表示シタル數量ヲ特定動産ノ集合物又ハ代替物ヨリ別除シ終ニ特定シタル目的物ヲ取上ケテ債權者ニ引渡スモノタリ第七三〇條債權者ノ執行

目的物所在地ニ在ラサルトキハ、執達吏ハ債權者ニ引渡スヘキ義務アル當然ノ結果トシテ債權者ニ目的物ヲ送付セサルヘカラス而シテ之カ爲メニ生シタル費用ハ執行費用ニ屬スルヤ當然ナリ(第五五四條)債權者カ取上ケタル物ノ執行ノ目的物ニ非サルコト又ハ數量ノ適當ナルコトヲ爭ハント欲セハ民事訴訟法第五百四十四條ニ從ヒテ異議ヲ申立ツルコトヲ得ヘシ債權者ニ對シ執行ノ目的物ヲ即時ニ交付セザルトキハ執達吏ハ差押動産ニ於ケルト同シク執行ノ目的物ヲ取扱ハサルヘカラス(第五五六條(2)引渡ノ目的物カ不動産又ハ人ノ住居シタル船舶。ナル場合ニ於テハ執達吏ハ債務者ノ占有ヲ解キ債權者ニ其占有ヲ得セシムヘシ(第七三一條第一項)而シテ執行ノ目的物上ニ存在シタル動産ニシテ該目的物ノ附屬物ニ非ス隨テ執行ノ目的物ニ非サルモノハ執達吏之ヲ取除キテ民事訴訟法第七百三十一條第三項以下ノ規定ニ從ヒテ取扱ハサルヘカラス是レ法律カ可成の債務者ノ利益ヲ保護スルノ意ニ外ナラサルヘシ執達吏ハ債務者又ハ其代理人トシテ民事訴訟法第七百三十一條第三項記載ノ者カ現在シ且ツ後者ノ資格カ證明セラレタルトキハ之ニ引渡ヲ爲ス訴訟代理ハ斯ル

權限ヲ包含セス反對ノ場合ニハ債務者ノ費用ニテ保管ニ付シ債務者カ其受取ヲ怠ルトキハ執行裁判所ノ許可ヲ得テ賣却シ代金ヲ供託ス執行裁判所ノ許可ハ一ノ決定ナリ故ニ債務者ニ之ヲ送達セサルヘカラス而シテ債務者ハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得債權者ハ利害關係ナキヲ以テ該事項ニ付キ通知ヲ受クルコトナシ(第五五八條)債權者又ハ其代理人カ執行ノ目的物所在地ニ在ラサルトキハ執行ノ目的物タル不動産ノ占有ヲ得セシムルコト能ハス又人ノ住居スル船舶ノ占有ヲ得セシムルニ困難ナリ是ヲ以テ法律ハ民事訴訟法第七百三十一條第二項ニ於テ一ノ制限ヲ設ケタリ

(B) 其執行處分ノ效力ヲ略言スレバ此效力ハ有體動産ニ對スル執行處分ノ效力ト同一原則ニ依ルモノナリ即チ執達吏ハ其職權ヨリ生スル授權ニ基キ債務者ニ代リテ債權者ニ執行ノ目的物ヲ交付シタルトキハ法律上債務者カ任意ニ引渡シタルト同一ノ效力ヲ生ス故ニ債權者ハ之ニ依リテ其權利原因ニ應ジタル權利殊ニ所有權代替物ノ場合ニ占有權等ヲ有スルニ至リ又債務者ハ債權者ニ對スル義務ヲ免ルルニ至ル然レトモ任意引渡ノ場合ニ於テモ發生スル瑕疵及

追索擔保ノ責任アルハ當然ナリ故ニ債權者カ引渡ノ目的物ヲ爾後追索セラ
レタルトキハ債務者ニ對シ訴ヲ以テ追索ノ爲メニ生シタル賠償ノ請求ヲ爲ス
コトヲ得而シテ引渡シタル目的物カ執行力アル正本ニ表示シタル目的物ト同
一ナラサルトキハ債權者カ引渡シタル物件ヲ返還シテ更ニ執行ヲ爲スコト
ヲ得何トナレハ債務者ハ引渡シタル目的物カ執行力アル正本ニ表示シタル物
ト同一ナル場合ニ於テノミ免責スルモノナレハナリ
總テ此等ノ效力ハ執達吏カ執行ノ目的物ヲ債務者ヨリ取上ケ又ハ其占有ヲ解
キタルトキニ於テ發生ス何トナレハ執達吏ハ法律ニ依リ債權者ノ職權の代理
人トシテ唯リ金額ノ支拂ノミナラス其他目的物ノ給付ヲ受取ルノ權アルヲ以
テナリ第五三三條總レトモ執行手續ハ訴訟法上執達吏カ債權者ニ執行ノ目的
物ヲ引渡シ又ハ其占有ヲ得セシメタルトキニ於テ終了ス(前述ノ説明參考)

第二款 債務者ノ作爲ヲ目的トスル債權ニ付テ ノ強制執行

(一) 意義 債務者ノ作爲即チ債務者ノ積極的行爲ハ之ヲ分チテ第三者ヲシテ爲

セシムルコトヲ得ル行爲(代替行爲)第七三三條民法施行法第五四條ト第三者
ヲシテ爲テシムルコトヲ得サル行爲即チ債務者ノミカ爲シ得ル行爲不代替行
爲トシ(第七三四條民法施行法第五五條後者ハ之ヲ再別シテ特ニ債務者ノ意思
ヲミニ係ル行爲第七三四條第七三六條民法施行法第五五條第七三六條)然ラ
サルモノトス後者ニ關シテハ法律上直接執行ノ途ナシ唯債權者カ損害賠償ヲ
爲スコトヲ得ルニ過キス(民法第四一五條獨逸舊民事訴訟法第七七八條)
(二) 執行實施機關 債務者ノ作爲ヲ目的トスル債權ノ強制執行ハ民事訴訟法
第七百三十六條ノ場合ヲ除ク外執行機關トシテノ第一審ノ受訴裁判所ニ專屬
ス第七三三條第七三四條第五六三條是レ第一審ノ受訴裁判所ヲシテ適用ス
キ執行處分ノ適法ナルヤ否ヤヲ調査セムルカ爲メナリ故ニ執行セントスル
債權ニ關スル訴訟ニ付キ裁判シタル地方裁判所ノ判事ハ事務分配ノ規定ニ拘
ラス第一審ノ受訴裁判所トシテ本款ノ執行ヲ管轄シ仲裁判斷若クハ外國裁判
所ノ判決ニ基ク本款ノ強制執行ニ關シテハ執行判決ヲ爲シタル裁判所ノ管轄
スル所ト爲ル(第五一四條第八〇二條假處分ニ基ク本款ノ強制執行ニ關シテハ

該處分ノ申請ヲ第一審トシテ受理シタル裁判所之ヲ管轄ス民事訴訟法第七百六十一條ニ基キタル假處分ノ執行ニ關シテハ本案ノ第一審裁判所カ管轄シ假處分ヲ命ジタル區裁判所ノ管轄スル所ニ非ス蓋シ假處分ヲ發スルコトニ依リテ民事訴訟法第七百六十一條ノ區裁判所ノ權限ヲ消滅スルヲ以テナリ民事訴訟法第五百五十九條第四項ニ基ク本款ノ強制執行ニ關シテハ第一審ノ受訴裁判所ナキヲ以テ和解ヲ爲シタル區裁判所ノ管轄スル所ト論結スルヲ正當ト認ム蓋シ區裁判所ノ和解ヲ爲シタル區裁判所ノ管轄スル所ト論結スルヲ正當ト認フ得ス且ツ和解ヲ爲シタル區裁判所カ尤モ多ク法定前提要件アル事情ヲ認識シタルヲ以テナリ隨テ請求カ事物ノ管轄トシテ區裁判所ニ屬スルト地方裁判所ニ屬スルトノ區別ハ之ヲ問ハサルモノト論結セサルヘカラスフアチング氏ノ此點ニ於ケル反對ハ其當ヲ得サルナリ民事訴訟法第五百五十九條ニ於ケル強制執行ニ關スル執行機關ノ行動ハ債權者ノ申立アルニ由リテ顯ハルルモノナリ債務者ノ行為義務ヲ認メタル判決ニ於テ斯ル行動ヲ爲スノ權ヲ當然包含セシ此申立ハ強制執行ヲ開始スルモノナルヲ以テ執行力アル正

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) 債務者ノ代替行為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為義務ヲ確定シタルコトヲ要ス

第三者ノ爲スコトヲ得ヘキ作為義務ハ第三者若クハ債權者カ債權者ノ作為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為義務タリ債權者ノ爲メニハ債權者ノ作為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值ヲ有スル作為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為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為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實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共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説明シタル執行處分ニ依リ強制スルコトヲ得サルノミナラス本節ノ執行處分ニ依リ強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強制執行ノ停止又ハ制限ヲ爲サント欲セハ(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テ異議ノ申立ヲ爲シ(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テ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強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強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)

債權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強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ベ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ザ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遂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

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強制執行ニ於ケルト同シテ債務者ヨリ取立タルコトヲ得第五四四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タルコトヲ得ルヤ言フ族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タ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タ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「ブランド」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テ異議
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強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疵ハ第三
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強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)
(四)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ナ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(四)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ニ
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)計算書作成ノ爲メニ必要ナル書面ヲ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ノ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内ニ履行ヲ爲ササルトキハ其遲延ノ期間ニ應ジ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ズシテ爲スコトヲ得前述説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強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強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強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強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強制手段ニ代リテ一ノ擬制ヲ設ケタリ是レ斯ル強制手段ノ故ナク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オモノオ

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令ヲ妨ケス何トナレハ意思ノ表示ヲ爲スコトモノノ行爲ニ外ナラサレハナリ第七百三十六條……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フ族

タス然レトモ他人間ノ婚姻縁組等ニ同意ヲ爲スヘキ旨ヲ言渡シタルニ非シテ却テ婚姻縁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強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満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のナルト豫先の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り擬割ニ基テ執

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の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並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編造舊民事訴訟法第七九條)

第三款 債務者ノ不作爲ヲ目的トスル債權ノ強制執行

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ナルトキ(發明上ノ秘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
現時強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

渉ヲ要求スルノ必要ヲ見ルス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産若クハ不動産ノ引渡ノ如キノ成功ヲ保全スルヲ得而シテ各財産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強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テ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強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テ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ツ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強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ル債務者若クハ其法定代理人ハ身體的動作ナルト財産の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強制執行ヲ實施スル爲メニスル執行の假差押タルコトアリ或ハ未タ執行スルコト能ハサル強制執行ノ保全ノ爲メニスル保全の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の給付ノ強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強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産又ハ不動産ニ對スル強制執行保全ノ爲メニ債務者ノ財産又ハ其自由ニ於ケル裁判上ノ干渉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の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産

又ハ不動産ニ對スル強制執行保全ノ爲メニ債務者ノ財産ニ於ケル裁判上ノ干渉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産權上ノ請求權ノ成立シタルコトヲ要ス蓋シ假差押ハ財産權上ノ請求權ノ強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産權トハ義務ノ本旨ニ從テ履行ヲ爲ササルニ因リテ金錢の損害賠償ニ換フルコトヲ得ル財産權ニ外ナラス故ニ金錢の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

假差押ニ換フルコトヲ得ヘキ財産權ニ關シテハ其本旨ニ從テ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テ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フ埃タス、
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ヲ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其權利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
假差押ハ金錢の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強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権カ動産及ヒ不動産ニ對スル強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の給付ヲ目的トスルヲ以テ假差押ニ因リテ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ニハ請求ニ付テノ強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産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利益ニ陷ルコトヲ防止スルニ過キス故ニ現存財産ノ浪費讓渡隱匿其他財産ヲ他物權ノ目的物ト爲スカ如キ財産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醸スヘキ行爲其他外形上ノ事情ニ對シテ財産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

スニハ我帝國裁判所ノ判決ヲ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モス是レ我帝國裁判所ノ判決ヲ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内國人タルト外國人タルト外國ニ於ケル執行カ法律上ノ其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内國人ニ於テ財産ヲ有スルト否トヲ問ハサルナリ「ワキルモースキー」ゾイフヘルド氏等ハ假差押申請ノ當時債務者カ内國人ニ於テ財産ヲ有スルコトヲ要件ト爲スト主張スレトモ「ガロブ」(シユミツト氏等)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内國人ニ於ケル強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(舊法第七三八條)ニ於テ所謂判決ヲ將來ニ於テ成立スヘキモノ及ビ既に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五百十九條ノ法意ニ依

ヲ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」民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ナル所ナリ

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苛モ強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精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ベ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フ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令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撃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並ニ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ヲ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シハ支拂命令

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タ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(第二百七條ニ基テ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綜合違法ナリト雖モ假差押訴訟ニ於テ論争スルコトヲ許サズ又控訴裁判所ハ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ヲ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ナ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ザ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テ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ザ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絕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ニ依リて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債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ヌ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フ埃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)ノ豫先的強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

セ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蒙スヘキ延滞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滞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結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

ニハ其之ヲ爲メニスル特別ノ申立アルヲ要トセズ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ナリ獨逸新民訴訟法
第九百四十四條裁判所ニ代ル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(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)ヲ發スルノ權利ナシ蓋シ假差押命令ハ曩ニモ違ヘタルカ如
ク一ノ優先的強制執行ノ命令ニシテ仲裁人ハ毫モ強制執行ニ關シ權限ヲ有セ
ナ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モ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、内容及ヒ效力 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ナ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
ナシムルカ爲メニ口頭辯論ヲ經ルコトヲ要スル形式ナ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の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ヌヲ要スルノミ

請求ノ表示ハ假差押ニ因リテ保全セントスル請求カ財産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ザルトキハ其價額ヲモ併セテ表示セザ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ザル所ナリ故ニ假差押命令ヲ發スルニハ動産及ヒ不動産ノ區別ナク債務者ノ財産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産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總レトモ債權者ハ其利得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ヲ爲ル但シ假差押命令

「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フ埃タス

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條第二項(新第九二〇條第二項)疏明トハ特定事實ノ真實ナルコトニ付キ裁判官ノ完全ナル心證ヲ惹起スニ非シテ却テ當事者ノ主張ヲ真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)假差押訴訟ニ於テハ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産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内タルコトヲ疏明セサルヘカラス道ハ民事訴訟法第七百四十條第二項ノ適用ニ非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ノ效力)

(c) 裁判及ヒ其他ノ手續 假差押ノ申請ニ付テハ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テ請求ノ當否ニ付キ終局の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ハ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テ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の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フ埃タス

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)得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(出願)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、獨逸民事訴訟法舊第一一九條新第一二八條任意の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の口頭辯論ハ主張答辯及ヒ舉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關席判決アリテ關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ゼ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關席判決ヲ受クルコト能ハサル)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フ埃タス

假差押訴訟ニ於ケル口頭辯論ハ曩ニ違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の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モノニ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の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々其訴訟ノ方法ヲ異ニスルヲ以
テ民事訴訟法第二百十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の本訴訟ニ反訴ヲ提起スルコトヲ得ス蓋シ未タ
實體の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の請求權ニ關
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の請求權ニ關スル判決ノ確定力實體的ラ發生
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ス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ハ
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
訴訟法理由書ニ徴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ヲ申出ラ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ナ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新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

タルニ適セザ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一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「ガウプ」「フツチング」「ストロックマン」「エンデマン」「バーテルゼン」氏等ノ是認スル所ナリ然レトモ「ウキル」「モースキー」「プキフエルド」「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ナル理由ヲ發見スルコトヲ得サルカ故ニ後ノ說ニ賛成スルコトヲ得ス面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づ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ルキルモ一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づ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差押命令ヲ發スルモノナリト主張スレトモ違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」氏ノ明言スルカ如ク民事訴訟法ノ認メタル所ニ非ナレハシ

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

ニモ違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ザ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五四條其費用完済ニ充ツルコトヲ得
立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ザ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テ於テ保證ヲ立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ザ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ザ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ザルヘカラス予輩ハ後説ヲ正當ト認ムウキルモイスキトモ亦然リ(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ハ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勝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フ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ア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(a) 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違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ナリシ場合ト雖モ亦然リ債務者ハ後ニモ逃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レ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

護ニ違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違ハ「ガウプ氏」ノ言フカ如ク控訴裁判所ニ於テ言渡シタル裁判ニ非アレハナリ「ゾキフェルド」ニ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條假差押訴訟費用ニ關スル裁判ヲ認メ又ハ其費用賠償ヲ請求ヲ本案ノ訴訟ニ附帶シ若クハ該請求ヲ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

ニ必要ナル豫定費用賠償ノ請求マテ擴張シテ該請求ノ執行保全ヲ爲スコトハ法律ノ禁セサル所ナリ假差押申請却下ノ場合ニ於テハ債權者カ當然假差押訴訟費用ヲ負擔スヘキモノナリ

(二) 裁判所ハ假差押申請ニ付キ口頭辯論ヲ命シタルトキハ終局判決ヲ以テ裁判ス(a)當事者雙方カ辯論期日ニ出頭シ且ツ本案ノ第一審裁判所カ爲シタル判決ニ對シテハ上訴ヲ爲スコトヲ得第七百四十九條第二項ニ規定シタル期間ニ假差押ノ執行ナキノ故ヲ以テ控訴ノ目的ノ欠缺ト爲ラス第二審裁判所ノ爲シタル判決ニ對シテハ其判決カ第一審裁判所ノ判決ニ對スルモノタルト控訴審ニ於テ新ニ假差押申請ニ付テ爲シタルモノタルトニ拘ラス第七六二條上告ヲ爲スコトヲ得何トナレハ控訴審ノ判決トシテノ本案判決ノ性質カ上告ノ許否ニ關スル標準ト爲ルモノナレハナリ假差押被告カ辯論期日ニ出頭セサルトキハ關席判決ヲ以テ假差押ヲ命シ又ハ判決ヲ以テ假差押申請ヲ却下ス(第二四六條第二四八條)假差押訴訟ニ於テハ實體上ノ權利關係ヲ確定スルコトヲ目的トセス故ニ第二百四十八條ニ基テ懈怠ノ結果トシテ實體上ノ請求其モノヲ確定セ

シムルコトヲ得ス唯之ニ代リテ假差押ノ要件ニ付テノ疏明アリタルコトト爲ルノミ假差押原告カ辯論期日ニ出頭セザルトキハ闕席判決ヲ以テ假差押ノ申請ヲ却下ス(第二四六條第二四七條)而シテ闕席判決ニ對シテハ故障ヲ申立テ又民事訴訟法第四百七十四條ノ場合ニ於テハ上訴ヲ爲スコトヲ得假差押申請ニ付テノ判決ハ闕席判決タルト否トニ拘ラス民事訴訟法第四百九十八條ニ從ヒテ形式的確定力ヲ生ス隨テ再審ノ目的ト爲ルコトアリ又同一事實ニ基キテ爲シタル假差押申請ニ對シ假差押請求ニ關スル判決ノ實體的確定力ヲ生ス假差押訴訟ニ於テハ實體的請求ノ當否ニ付キ裁判ヲ爲ササルヲ以テ此請求ニ付テノ判決ノ實體的確定力ヲ生セザルヤ言フ埃タス隨テ債務者ハ假差押申請ヲ却下セラレタル債權者カ同一事實ニ基キテ更ニ爲シタル假差押申請ニ對シ一事不再理ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得但シ債權者ハ新事實ニ基キテ更ニ假差押ノ申請ヲ爲シ(疏明ノ補充ハ新事實ニアラス)又債務者カ民事訴訟法第七百四十六條及ヒ第七百四十七條ニ從ヒテ假差押ノ取消ヲ求ムルコトヲ得ルハ假差押判決ノ確定力ニ抵觸スル所ナシ判決ノ形式内容及ヒ送達ハ民事訴訟法第二百三

十三條乃至第二百三十七條及ヒ第二百三十九條ノ規定ニ依ル(ハ)假差押訴訟費用ハ民事訴訟法第七十二條以下ノ規定ニ從ヒテ假差押申請ニ付テノ終局判決ニ於テ裁判シ(第二三一條第二四二條)本案訴訟ノ裁判ヲ爲スマナ之ヲ留保スルコトヲ得ス何トナレハ假差押ハ一ノ特別ナル訴訟ニシテ又中間ノ争ニ非ザレハナリ然レトモ假差押被告ハ本案ニ於テ假差押原告カ全部又ハ一分ノ敗訴ヲ受クヘキ場合ニ於テ反訴トシテ假差押判決ニ於テ負擔ヲ命セラレタル費用賠償義務ノ免除又ハ既ニ支拂ヒタル費用ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ

(三) 假差押命令ハ其形式カ決定ナルト判決ナルトニ拘ラス假差押ニ因リテ保全セントスル請求ノ原因及ヒ數額(主タル請求附帶ノ請求訴訟費用ヲ表示セザルヘカラス假差押ノ目的物ヲ表示スルコトノ必要ナキコトハ難ニ述ヘタル所ナリ)第七四二條(獨逸民事訴訟法舊第八〇二條)新第九二二條其他(ハ)假差押命令ニハ裁判所カ職權ヲ以テ保證ヲ立タタルコト及ヒ如何ナル方法ヲ以テ之ヲ立タタルヤヲ記載シ債務者ニ之ヲ確知スルコトヲ得セシメ(第七四一條第三項)又

假差押ノ執行ヲ停止スルヲ得ルカ爲メ或ハ執行シタル假差押ヲ取消スコトヲ得ルカ爲メニ債務者ヨリ供託スヘキ金額ヲ記載スヘシ(第七四三條獨逸民事訴訟法舊第八〇三條新第九二三條此金額ハ裁判所カ假差押ニ因リテ保全セントスル請求額主タル請求及ヒ從タル請求並ニ訴訟費用)ニ準據シテ之ヲ定メ假差押ノ目的物ノ價額ニ準據シテ之ヲ定ムルモノニ非ス何トナレハ假差押ノ目的物ノ價額ハ假差押命令ヲ發スル當時ニ於テ未タ知ルコトヲ得サルノミナラス斯ル金額ノ供託ハ假差押ニ代リテ債權者ノ將來ニ於ケル満足ヲ擔保スルカ爲メノ方法ナレハナリ隨テ債務者ハ假差押ノ目的物ノ價額カ假差押ニ因リテ保全セント欲スル請求額ニ違セサル場合ニ於テ前者ノ價額ニ相當スル金額ヲ供託シテ假差押ヲ取消スノ權利ヲ有セス又裁判所ノ定メタル金額カ假差押ニ因リテ保全セントスル請求額ヨリ少額ナルトキハ假差押申請ノ一分却下ト爲ル故ニ斯ル金額ノ確定裁判ニ對シテ上訴ヲ爲スコトヲ得但シ裁判所ハ當事者ノ合意ナキ以上ハ金額ニ依ル供託ニ非サル供託ヲ假差押命令中ニ記載スルコトヲ得ス第七四三條)……蓋シ特定金額ノ供託ニ依リテ假差押ノ取消又ハ停止ア

ルモ適當ニ其目的ヲ達スルコトヲ得レハナリ(假差押ハ金錢的擔付ノ成功ヲ保全スルコトヲ目的トスルハ前述シタル所ナリ)又裁判所ハ該金額ヲ確定スルニ當リテ假差押ニ因リテ保全セントスル請求ノ一部分カ抵當其他ノ方法ニテ擔保セラレタルヤ否ヤヲ調査セサルヘカラス何トナレハ完全ニ擔保セラレタル部分ニ關シテハ假差押ヲ許スヘキモノニ非サルコト曩ニ述ヘタルカ如クナレハナリ債務者及ヒ第三者ハ該金額ヲ供託スルコトヲ得債務者カ供託シタルトキハ債權者ハ其供託ノ結果トシテ假差押ノ停止又ハ取消ニ因リテ假差押ノ目的物ニ對スル權利ト同一ノ權利ヲ有スルニ至ル而シテ供託シタル金額ハ假差押債權者ノ債權金額ノ爲メ擔保ノ用ニ供セラル假差押ノ目的物タリシ物件ノ價額ニ於テ擔保ノ用ニ供セラルモノニ非サルコト曩ニ述ヘタルカ如クナリヲ以テ假差押ノ執行トシテ爲シタル假差押ノ目的物ニ關スル差押ノ法律上有効ナルヤ否ヤヲ問ハサルナリ民事訴訟法第五百四十九條及ヒ第五百六十五條ニ基キテ權利ヲ主張セント欲スル第三者カ假差押ノ執行ヲ妨タルカ爲メニ假差押命令ニ記載シタル金額ヲ供託シタルトキハ其第三者ト債權者トノ關係ニ

於テ供託金額カ假差押ノ目的物又ハ其賣得金ニ換ハルニ止マリ第三者カ此金額ニ對シテ有スル權利ヲ失フモノニ非ス債務者ハ違ニ述ヘタル金額ヲ供託シタル旨ノ公正證書ヲ執達吏若クハ其他ノ執行機關ニ提出シテ假差押ノ執行ヲ停止セシムルコトヲ得第七四八條第五〇條第三號又執行裁判所ヲシテ假差押ノ取消ヲ爲サシムルコトヲ得金額ノ一部ノ供託ハ假差押ノ執行ノ一部ノ停止又ハ取消ヲ許スモノタリ第七五四條而シテ假差押ノ取消ハ既ニ爲シタル執行處分ノ取消ニシテ第七四三條第七五四條……執行シタル假差押ヲ取消ス……第五〇條第三號第五一條假差押命令其モノノ取消ニ非ス第七四四條第二項第七四五條第二項第七四六條第二項假差押ノ取消トアリテ執行シタル假差押ノ取消トナシ蓋シ假差押命令ノ取消ニハ民事訴訟法第七百四十四條第七百四十五條及ヒ第七百四十七條ニ基ク手續ヲ經ルコトヲ要スレハナリ債務者ハ債權者ノ承諾アルカ又ハ假差押命令ノ取消アルトキニ於テ其供託シタル金額ノ返付ヲ求ムルコトヲ得其取消判決カ假執行ノ宣言アルニ止マル場合ニ於テモ亦然リ第五〇條第一號第五一條第五〇一條第四號第五一條第二項而

シテ假差押命令ノ取消アリタル場合ニ於テハ裁判所ハ民事訴訟法第五百十條第二項ノ準用トシテ第七四八條債務者ノ申立ニ因リ取消判決ニ於テ債權者ニ對シ供託シタル金額ノ免責ニ付キ承諾ヲ爲スヘキ旨ヲ言渡スコトヲ得ヘシ(b)假差押裁判所カ假差押命令ニ民事訴訟法第七百四十一條第四項及ヒ第七百四十三條ニ從ヒテ記載スヘキ事項ヲ記載セザルトキハ假差押命令ノ形式カ判決ナルヤ又ハ決定ナルヤニ付テ區別シ前者ノ場合ニ於テハ上訴若クハ故障ヲ以テ救済ヲ受ケ追加裁判ヲ申立ツルコトヲ得ス第二四二條何トナレハ斯ル場合ニ於テハ請求ノ脱漏アルニ非スシテ却テ法律上失當ナル假差押命令ノ内容ノ擴張アルニ止マレハナリ後者ノ場合ニ於テハ債務者ハ異議申立ノ方法ニ依リテ救済ヲ受ク債權者ハ新ニ完全ナル假差押命令ヲ申請スルコトヲ得ヘシ(第四五五條)裁判ニ關スル手續……假差押命令……(B)假差押ノ執行……金錢債權ノ爲メニ被告ニ對シ辯論ヲ命シタル判決ハ國家カ其干渉ニ因リテ債權者ノ爲メニ其有シタル債權ニ付キ債權者ノ享有スヘキ即時〇〇満足ヲ擔保スルノ宣言ヲ表彰スルモノナルト同シテ假差押命令ハ國家

カ其干涉ニ因リテ債權者ノ爲メニ其有スル金錢債權ニ付キ將來ニ於ケル満足ノ保全ヲ擔保ストノ宣言ヲ表彰ス故ニ假差押ノ執行即チ國家カ其干涉ニ因リテ爲ス金錢債權ノ保全ノ實在の供給ハ金錢債權ノ爲メニスル強制執行ニ適當ス是ヲ以テ我民事訴訟法ハ別段ノ規定ナキ限リハ假差押ノ執行ニ付キ強制執行ニ關スル規定ヲ適用スヘキコトヲ規定シタリ(第七四八條)而シテ強制執行ノ開始及ヒ其實行差押ニ關スル規定殊ニ民事訴訟法第五百七十條第六百十八條)執行ニ關スル異議第五四四條第五四五條第五四九條但シ假差押ノ執行ハ第七百五十條第三項ノ場合ヲ除ク外換價スルコトナキヲ以テ第三者ハ執行參加訴訟ニ於テ既ニ爲シタル執行處分ノ取消ヲ申立ツルコトヲ得レトモ停止ヲ申立ハ適用ノ目的物ナキヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得タルヘシ)及ヒ執行費用ニ關スル法則(第五五四條)ハ假差押ノ執行ニ適用セラル然レトモ差押目的物ノ換價債權者ニ對スル辯論並ニ配當ニ關スル法則ハ假差押ノ執行ニ適用ナシ蓋シ假差押ハ屢ニ述ヘタルカ如ク准請求ノ執行保全ヲ目的トスルニ止マレハナリ又假差押ニ對シ異議ノ申立ヲ爲シタル場合ニ於テ民事訴訟法第五百條及ヒ第五百十

二條ヲ適用スルコトヲ得ス蓋シ假差押ノ執行ノ停止ハ唯民事訴訟法第七百四十三條ニ依リテ爲スコトヲ得ルノミナレハナリ是レ我民事訴訟法第七百四十八條力準用ト云ヒテ適用ト云ハナル所以ナリ左ニ假差押ノ執行ニ特定ナル法則ヲ略述スヘシ

(a) 債務名義及ヒ執行交付與ニ假差押命令ハ其形式ノ判決ナルト決定ナルトニ拘ラス債務名義ノ一種ナルコトハ疑ナキ所ナリ又假差押命令ハ當然債務者及ヒ執行ノ機關ニ對スル強制執行命令ヲ包含ス故ニ假差押命令ハ其形式ノ判決タルト決定タルトニ拘ラス即時ノ執行力ヲ有シ判決ノ形式ナル場合ニ於テ該判決ノ確定又ハ假執行ノ宣言アルコトヲ要セス又督促手續ニ於ケル支拂命令ト同シク執行文ノ付與アルコトヲ要セス是レ假差押ハ其性質上迅速ニ執行スルコトヲ要スルカ故ナリ唯假差押ノ命令ヲ發シタル後債權者又ハ債務者ニ於テ權利承繼アリタル場合ニ於テ執行文ノ付與アルコトヲ要スルノミ第七四九條第一項、第五一九條乃至第五二一條、第五六一條第一項、而シテ假差押命令ヲ發スル以前ニ既ニ債權者又ハ債務者ニ權利承繼アリタル場合ニ於テ之ニ注意

スルコトナク假差押命令ヲ發セラレタルトキモ亦類推解釋上民事訴訟法第五百四十九條第一項ノ適用ニ因リテ執行文ノ付與ヲ要スト論結スルヲ正當ト認ム

(第一八三條參考)

(b) 假差押ノ執行ヲ許ササルコト及ヒ其命令ノ送達ヲ要セサルコト假差押ノ執行ハ其命令ヲ言渡若クハ申立人ニ之ヲ送達シタル日ヨリ十四日ノ期間ヲ經過シタルトキハ之ヲ爲スコトヲ許サス是レ蓋シ假差押ノ執行ヲ爲スコトハ強制執行ヲ爲スコトト同シク債權者ノ行爲ニ委テタルヲ以テ債權者ハ其假差押申請ノ當時ニ於ケルモノト變更シ且ツ既ニ假差押ノ執行ヲ必要ト爲ササル狀況ノ下ニ於テ假差押ヲ執行スルノ危險ヲ避クル目的ニ出テタルモノタリ此十四日ノ期間ハ其性質上法定期間タリ故ニ當事者ノ合意ノ外ハ之ヲ伸縮スルコトヲ得ス(第一七〇條第一六八條第二項裁判所構成法第一二九條又此期間ハ假差押命令ノ形式カ判決ナルトキハ其言渡ノ日ヨリ決定ナルトキハ債權者ニ職權ヲ以テ送達シタル日ヨリ起算ス(第二四五條)而シテ假差押命令ノ形式カ決定ナル場合ニ於テ其送達力債權者ニ適法ニ爲サレサルカ爲メニ假差押ノ執行

ノ效力ニ影響ヲ及ホスモノニ非ス債權者カ適法ナル送達ニ依ラズシテ假差押決定ノ正本ヲ所持シタルトキハ債權者カ自己ニ對スル適法ノ送達ヲ受クルノ權利ヲ拋棄シタルモノト看做シ且ツ該正本受領ノ時期ヲ以テ此法定期間ノ起算點ト爲スヲ正當トス蓋シ債權者ハ債權者ニ假差押決定カ送達セラレタルト單ニ該決定ノ正本カ交付セラレタルトニ付キ利害關係ヲ有セサレハナリ

假差押ノ執行ハ此法定期間ヲ徒過シタルトキハ之ヲ許ササルヲ以テ此期間經過後ニ於ケル假差押ノ執行ハ假令債權者カ執行機關ニ對シテ爲シタル假差押ノ執行ヲ求ムルノ申立カ該期間經過前ニ在リト雖モ法律上何等ノ效力殊ニ民事訴訟法第七百五十條以下ニ規定シタル效力ヲ有セス故ニ執達更其他ノ執行機關ハ假差押命令ノ形式カ判決ナルトキハ其正本ニ附記シタル判決言渡ノ宣告ニ依リ(第二三七條又決定ナルトキハ債權者ノ所持スル送達證書ノ原本ニ依リテ前ニ示シタル期間ヲ經過セサルヤ否ヤヲ調査シ其結果徒過シタルモノト認メタルトキハ執行行爲ヲ爲スヘキコトヲ拒絕セサルヘカラス又債務者ハ民

民事訴訟法第五百四十四條ニ基キテ異議ヲ申立ツルコトヲ得第五五八條然レモ該十四日ノ期間内ニ著手セラレタル執行行為ノ續行カ此期間經過後ニ涉ルコトハ敢テ妨ナキ所ナリ何トナレハ法律ハ此期間經過後ニ新ナル執行行為ヲ著手ヲ許ササルニ過キサレハナリ故ニ十四日ノ期間内ニ差押ヘタル動産ヲ民事訴訟法第七百五十條第三項ニ從ヒテ期間後ニ賣却シ債權ニ關スル差押決定後此決定ニ因リテ債權ニ對スル強制執行ノ開始アルコト爲シ其決定ヲ送達シ不動産ニ關スル假差押命令ヲ登記簿ニ記入スルカ如キハ法律ノ許ス所ニシテ新ニ差押ヲ爲スコトハ法律ノ許ササル所ナリ

假差押ノ執行ハ債務者ニ假差押命令ヲ送達スル以前ト雖モ之ヲ爲スコトヲ得判決其他ノ債務名義ニ基テ執行ニ於ケルカ如ク執行前ニ既ニ送達シ又ハ執行と同時に送達スルコトヲ要セス(第七四九條第三項)獨逸民事訴訟法第八〇九條第三項第六七一條是レ畢竟假差押ノ執行ハ迅速ニ爲ササレハ債權者ノ目的ヲ達スルヲ得サルコト多キヲ以テ債權者ノ利益ノ爲メニ斯ル變例ヲ設ケタルニ過キス獨逸ノ民事訴訟法ハ其初メ舊民事訴訟法第八百九十三條第三項即チ新

民事訴訟法第九百二十九條第三項ノ如キ明文ヲ設ケザリシヲ以テ假差押ノ執行ニ關シテモ亦執行力アル正本ヲ執行前ニ既ニ送達シ又ハ執行ト同時ニ送達スルコトヲ要シタリ(獨逸民事訴訟法舊第八〇八條第六七一條而シテ獨逸民事訴訟法第八百八十二條、第八百八十九條、我民事訴訟法第五百十三條、第五百十八條ニ依レル送達ハ民事訴訟法第八百九條第二項ニ規定シタル期間内ニ事實上爲スコト能ハサルカ爲メニ債權者ハ斯ル送達ヲ爲スコト能ハサル場合ニ於テ送ニ假差押ノ執行ヲ爲スコトヲ得サルノ結果ヲ生シタリ故ニ千八百八十六年四月三十日ノ法律ヲ以テ民事訴訟法第八百九條第三項上段トシテ執行ハ債務者ニ對スル假差押命令ノ送達前ト雖モ之ヲ許ス)トノ規定ヲ設ケタリ然レトモ此規定ハ草案ト異ニシテ斯ル場合ニ其適用ヲ限定セシテ廣ク假差押ノ執行ノ開始ハ債權者カ該命令ヲ債務者ニ送達シタル以前ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得ル旨ヲ明示シタルヲ以テ假差押ノ執行ニ關スル獨逸民事訴訟法第六百七十一條(我民事訴訟法第五二八條)適用ヲ變更シタリ是ヲ以テ債務者ハ獨逸民事訴訟法第八百三條、我民事訴訟法第七四三條ニ基キテ特定ノ金額ヲ供託シ以テ假差

押ノ執行ヲ避クル權能ヲ事實上奪ハレタリト論結セサルヲ得ス我民事訴訟法
ノ解釋トシテモ亦同一ノ論結ヲ爲ササルヘカラス以テ執行力アル正本ノ送達
債權者ハ債務者ニ假差押命令ヲ送達スル以前ニ於テ其執行ヲ爲スコトヲ得ル
カ爲メニ民事訴訟法第五百二十八條ノ適用ノ結果タル執行力アル正本ノ送達
ヲ爲スヘキ義務ヲ免ルルモノト云フヘカラス第七四八條故ニ獨逸民事訴訟法
第八百九條第三項下段ニ於テハ送達ヲ執行後一週間ニ爲サス且ツ假差押ノ執
行ノ爲メニ前項ニ規定シタル期間ノ經過前ニ爲ササルトキハ執行ノ效力ナ
シト規定シ以テ債務者ニ對シ爾後送達ヲ爲スヘキ旨ヲ明示シタリ我民事訴訟
法ニ於テ斯ル明文ヲ缺クハ立法上ノ缺點タリ

(c) 動産ニ對スル假差押ノ執行 假差押ハ執行ノ保全ヲ目的トスルヲ以テ強
制執行ト同一ノ方法ニ依リテ執行スルヲ當然トス故ニ動産ニ對スル假差押ノ
執行ハ其動産カ有體動産タルト無體動産即チ債權其他ノ財產權タルトニ拘ラ
ス動産ニ對スル強制執行ノ實行ト同シク差押ニ因リテ之ヲ爲ス(第五六四條乃
至第五七〇條第五八六條乃至第五九七條第六〇九條第六一二條第六一四條第

六二一條第六二二條第六二五條)然レトモ債權ノ假差押ニ付テハ其命令ヲ發シ
タル假差押裁判所カ假差押ノ執行ヲ容易ナラシムルノ便宜上執行裁判所トシ
テ第三債務者ニ對シ支拂ヲ爲スコトヲ禁スル命令ノミヲ發シテ之ヲ爲ス(第七
五〇條第二項及ヒ第三項)第五九五條(第六百二十五條)規定シタル財產權ニ對
スル強制執行ニ關シテモ亦假差押裁判所カ執行裁判所ト爲ルコトハ(ガク)氏
ノ是認シタル所ナリ獨逸民事訴訟法ニ於テハ我民事訴訟法第七百五十條第三
項ノ如キ明文ナキヲ以テ債權ノ假差押ニ付テハ第三債務者ニ對シ其支拂ヲ債
務者ニ爲スコトヲ禁止スル命令ヲ發スルノ外ニ尙ホ債務者ニ對シ其債權ノ處
分ヲ禁止スルノ命令ヲ發スルコト債權ニ對スル強制執行ノ實施ト同一ナリ然
レトモ我民事訴訟法ニ於テハ單ニ第三債務者ニ對シ其支拂禁止ノ命令ノミヲ
發スルコトヲ以テ假差押ノ執行タルニ足ルト認メタルハ強制執行ニ於ケル差
押ト假差押ノ執行ニ於ケル差押トヲ區別シタルカ爲メナルヘシト雖モ立法上
其當ヲ得タルモノト云フヘカラス蓋シ債務者ニ對シテモ亦其債權處分ノ禁止
ヲ命スルコトヲ適當ト爲セハナリ

假差押ノ執行ノ效力ハ金錢債權又ハ金錢債權ニ換フルコトヲ得ヘキ請求ニ付
テノ強制執行ヲ保全スルニ止マリ強制執行ノ如ク債權者ニ辨濟ヲ得セシムル
モノニ非ス故ニ(1)有體動産及ヒ有價證券ニ關シテハ執達吏カ之ヲ差押フルニ
止マリ債權者ニ満足ヲ供スルカ爲メニ之ヲ換價スルコトヲ得ス然レトモ例外
トシテ假差押物ニ著シキ價額ノ減少ヲ生スル恐アルトキ又ハ其貯藏ニ付キ不
相應ナル費用ヲ生スヘキトキハ執行裁判所ハ第七百五十條第二項ニ所謂差押
裁判所ハ茲ニ所謂執行裁判所ニ非タルコトヲ注意スヘシ債權者又ハ債務者ノ
申立ニ因リ其自由ナル意見ニ從ヒテ執達吏ニ假差押物ヲ脱賣シ其賣得金ヲ供
託スヘキ旨ヲ命スルコトヲ得第七五〇條第四項(一)得第五七〇條以下而シテ
此裁判ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得第七四八條第五八條又假差押ノ
金錢ニ關シテハ執達吏カ之ヲ供託スルニ止マリ民事訴訟法第五百七十四條ニ
從ヒテ之ヲ債權者ニ引渡スコトヲ得ス其他甲債權者ノ假差押物ヲ乙債權者ノ
爲メニ強制執行ノ實施トシテ差押ヘ且ツ換價スルニ際シ第五六八條第四項(甲
債權者ノ受クヘキ配當額ヲ供託シ(第六三〇條第三項此配當額ヲ交付スルコト

ヲ得ス但シ假差押ヲ爲シタル債權者カ爾後強制執行ヲ實施スルニ必要ナル條
件ヲ備フルニ至リタルトキハ假差押物ニ代リタル斯ル供託額ヲ交付スヘキヤ
當然ナリ(2)債權ニ關シテハ第三債務者ニ對シ其債權者ニ對スル支拂禁止ノ差
押命令ヲ送達スルニ止マリ債權者ノ爲メニ取立命令又ハ轉付命令ヲ發スルコ
トヲ得ス(第六〇〇條其他假差押債權者ハ民法上ノ原則ニ從ヒテ假差押ニ係ル
債權ノ讓渡ヲ攻撃スルコトヲ得

假差押ノ效力ハ其效力カ強制執行上ノ效力ト爲リ若クハ假差押ノ取消アルマ
テ存續ス假差押ノ效力ハ債務者カ本案ニ付キ敗訴シタルトキハ其敗訴判決カ
執行力ヲ生スルニ因リテ當然強制執行上ノ效力ニ變更シ更ニ重複ノ差押ヲ爲
スコトヲ要セス是レ法律上明文ナシト雖モ事物ノ性質ニ適シ又費用勞力及ヒ
時間ノ節約ヲ目的トスル民事訴訟法ノ原則ニ適スル論結ニシテ學者間ニ爭ナ
キ所ナリ但シ假差押ノ效力ヲ條件附ト認メ本案ニ關スル債務者敗訴ノ判決ノ
執行力發生ヲ以テ其條件ノ到來ト認メテ斯ル論結ヲ説明スルハ正當ノ見解ナ
リト認メ難シ蓋シ假差押ノ效力ハ其執行ニ因リテ無條件ニテ發生シ條件附強

執行ノ效力ニ非テハナリ而シテ假差押ノ效力カ強制執行ノ效力ニ變性スルハ法律ノ力ニ因リ假差押ノ效力ニ強制執行上ノ效力カ聯合スルニ依リテ成ルモノナルヲ以テ第一ノ前提要件トシテ本案ニ關スル債務者敗訴ノ判決カ執行力ヲ發生スル當時ニ於テ既ニ假差押ノ效力ノ成立スルコトヲ要シ強制執行ニ關スル債務名義ノ送達ニ依リテ(第五二八條債務者カ民事訴訟法第七百四十三條ニ基テ假差押取消ノ權能ヲ喪失スルヲ以テ第二ノ前提要件トシテ斯ル債務名義ノ送達アルコトヲ要ス此二者ノ要件ノ存スル場合ニ於テハ債權者ハ強制執行上ノ債權者トシテノ總テノ權利ヲ有ス故ニ假差押物ヲ競賣シ(第五七二條但シ第五百七十五條ニ規定シタル期間ハ強制執行上ノ債務名義ノ送達ノ日ヨリ起算スルヤ言フ埃タス)供託シタル金錢ノ交付ヲ求メ又債權ノ取立命令若クハ轉付命令ヲ求ムルコトヲ得第六一三條第六一五條第二項第六一六條第二項假差押ノ效力ハ債權者カ本案ニ付キ敗訴シタルカ爲メニ當然取消ナルモノニ非ス債務者ハ斯ル判決ニ依リテ假差押ノ取消ヲ求ムルコトヲ得ルノミ(第七四六條)

(b) 不動産ニ對スル假差押ノ執行 不動産ニ對スル假差押執行ノ方法ハ強制競賣ト強制管理トノ二者アリ(第六四〇條)前者ハ執行ノ保全ヲ目的トスルニ止マリ假差押ノ執行ノ方法ト爲ラス故ニ不動産ニ對スル假差押ノ執行ハ假差押債權者ノ申立ニ因リテ執行裁判所カ假差押ノ命令ヲ登記簿ニ記入スル旨ヲ登記判事ニ囑託シ登記判事カ此記入ヲ爲スニ因リテ之ヲ爲シ強制競賣ヲ爲スコトナシ(第七五一條第七四八條第六五一條第六四一條)デレンブルヒ氏ハ其著書「西ノ私法論」ニ於テ債權者カ直接ニ假差押ノ命令ノ記入ヲ登記官吏ニ申立ツルモノト言ヘリ)蓋シ此登記ニ依リ特定不動産カ假差押物タルコトヲ公示シタルヲ以テ爾後所有權ヲ取得シタル第三者カ強制競賣ヲ拒ムコトヲ得ス隨テ斯ル方法カ執行ヲ保全スルニ十分ナレハナリ後者ハ假差押ノ執行方法トシテハ適度ヲ超越スルモノトシテ獨逸民事訴訟法ノ認メタル所ナリ我民事訴訟法ハ普漏西ノ法律ト同シタスル假差押ノ執行方法ヲ認メタリ而シテ假差押ノ執行方法トシテ強制管理ヲ爲ス場合ニ於テハ假差押ノ命令ヲ登記簿ニ記入スルノ外執行保全ヲ爲スヘキ債權ニ相當スル金額ヲ取立テ之ヲ供託シ假差押債權者ニ

(e) 船舶ニ對スル假差押ノ執行　船舶ニ對スル強制執行ノ方法ハ強制競賣ナ
リ(第七一七條此保全ハ假差押ノ執行ヲ目的トスルニ止マリ假差押ノ執行方法
ト爲ラス故ニ法律ハ船舶ニ對スル假差押ノ執行ハ執行裁判所カ(第七一八條)債
權者ノ申立ニ因リテ船舶ヲ差押ノ當時碇泊スル港ニ碇泊セシムルニ因リテ之
ヲ爲スモノト定メタリ其他執行裁判所ハ假差押ノ執行トシテ假差押ノ命令ヲ
船舶登記簿ニ記入スヘキ旨ヲ登記判事ニ囑託シ第七四八條第七一七條又價值
若ノ申立ニ因リテ船舶ノ監守例ヘハ流失ノ豫防及ヒ保存(浸水ヲ防キ腐蝕ヲ避
クル)類ノ爲メニ必要ナル處分ヲ爲スコトヲ得(第七五三條第七一九條第七二
一條第七四八條)

民事訴訟法第六編 附頁 執行命令 假扣押

定スルコトヲ目的トスル權利ハ假差押物ニ付キ爲シタル差押ノ解除若クハ債務者ノ協力ナクシテ爲シタル假差押ノ執行取消ニ因リテ消滅スルモノニ非ス隨テ假差押ノ執行ノ取消ハ異議ノ目的ヲ消滅セシムルモノナリト理由ヲ以テ異議ノ申立ヲ妨クト論結スヘカラス又假差押ノ執行カ民事訴訟法第七百四十九條第二項ノ期間ヲ徒過シタルカ爲メニ不能ト爲リタル事實若クハ假差押ノ執行不適法ナルコト等ヲ理由トシテ假差押ノ取消ヲ求ムルニハ民事訴訟法第五百四十四條第五百五十八條若クハ第五百四十六條ニ依ルヘク民事訴訟法第七百四十四條ニ依ルヘキモノニ非ス其他假差押ノ決定ハ唯之ニ對スル異議ノ申立ノミニ因リテ取消スコトヲ得假差押決定ノ取消ヲ目的トスル訴若クハ相手方ノ提起シタル訴ニ於テ假差押決定カ不適法又ハ不當ナル旨ノ抗辯ヲ以テ取消スコトヲ得ス這ハ異議ノ申立ヲ認メタル法意ヨリ生スル當然ノ論結ナリ又抗告ヲ以テ取消ナシムルコトヲ得ス蓋シ假差押ノ命令カ執行手續ニ屬セタルヲ以テ民事訴訟法第五百五十八條ヲ適用スルコトヲ得ス又民事訴訟法第四百五十五條ニ規定シタル要件ヲ具備セザルヲ以テナリ(第七四四條第一項)

(b) 裁判前手續 異議申立ノ形式辯論ノ準備及ヒ其進行ハ類推ニ依リ訴ノ提起ニ關スル法則ニ依ル故ニ異議ノ申立ハ其權利者カ書面又ハ口頭ニテ管轄裁判所ニ假差押決定ニ對シ異議ヲ申立ツル旨ノ意思ヲ表示シテ之ヲ爲ス(第三七四條參照)異議ニ付キ假差押ノ取消又ハ變更ヲ申立ツルノ理由ヲ開示スヘキコトハ口頭辯論ノ準備ノ爲メニスルニ外ナラス(第一〇四條第七四四條第二項可シ)文字引用故ニ異議申立人ハ爾後之ヲ追完シ又ハ口頭辯論ニ於テ他ノ理由ヲ演述スルコトヲ得

債務者其承繼人並ニ債務者ノ財産ニ付キ破産手續カ開始セラレタル場合ニ於テハ管財人ノミカ異議ヲ申立ツルコトヲ得(第三者ハ斯ル權利ヲ有セス蓋シ第三者カ假差押手續ニ干與スル場合ニ於テハ民事訴訟法第五百四十四條第五百四十九條及ヒ第六百六十五條ノ準用アルニ過キサレハナリ)異議ノ申立ヲ爲スヘキ期間ハ法律ノ規定セザル所ナリ故ニ(1)債務者ハ假差押決定ノ送達以前ニ於テ有效ニ異議ヲ申立ツルコトヲ得蓋シ該送達ハ唯假差押ノ執行ノ爲メニ必要ナルモノナレハナリ(第七四八條第七四九條第二項)(2)債務

若ハ民事訴訟法第七百四十三條ニ規定シタル供託ヲ爲シタル後ニ於テ有效ニ異議ヲ申立ツルコトヲ得蓋シ該供託ハ假差押ノ執行若クハ其停止ヲ申立ツルノ理由ト爲リ假差押ノ決定ニ對スル異議ニ付キ何等ノ影響スル所ナケレハナリ(3)債務者ハ假差押ノ執行以後又ハ本案ノ起訴後ニ於テモ亦有效ニ異議ヲ申立ツルコトヲ得ルハ疑ナキ所ナリ

異議ノ申立ハ假差押決定ヲ爲シタル裁判所ノ管轄ニ專屬ス第七百三十九條、第五六三條是レ此種ノ裁判所カ異議ノ申立ニ關スル裁判ニ付キ事物上ノ關聯アルヲ以テナリ故ニ(1)土地ノ管轄及ヒ事物ノ管轄ノ區別ヲ問ハス又本案カ既ニ或審級ノ裁判所ニ繫屬シタルト否トノ區別ヲ問フコトナク(2)當事者カ其合意ヲ以テ他ノ裁判所ヲ異議申立ニ關スル管轄裁判所ト爲スコトヲ得ス(第三一條又民事訴訟法第七條ノ適用ナキヲ以テ假差押裁判所タル區裁判所ニ屬スルノ理由ヲ以テ地方裁判所ノ判決ニ對シ攻撃ヲ爲スコトヲ得(3)抗告裁判所カ假差押命令ヲ發シタル場合ニ於テハ此裁判所カ其發シタル命令ニ對スル異議申立ニ付キ裁判ヲ爲シ其前審タル假差押裁判所タルヘキ裁判所カ裁判スヘキモノ非ニ

ス何トナレハ抗告裁判所ニ繫屬スル假差押事件ハ同裁判所カ假差押命令ヲ發スルニ因リテ異議ノ申立ヲ留保シテ假ニ終局スルモノナルコトハ控訴裁判所若クハ上告裁判所ニ繫屬スル訴訟事件カ同裁判所ノ言渡シタル關席判決ニ因リテ故障ヲ留保シテ假ニ終局スルト同一ナレハナリ隨テ「ウキルモースキー」ストロツクマン氏等ノ論結スルカ如ク抗告裁判所ハ其抗告ニ付キ裁判ヲ爲スニ因リテ職權ヲ終局ストノ理由ヲ以テ反對スルハ甚ダ失當ナリ但シ抗告裁判所カ自ラ抗告事件ニ付キ假差押命令ヲ發スルコトナクシテ民事訴訟法第四百六十四條ニ基キテ下級裁判所ニ相當ノ裁判ヲ爲スヘキコトヲ委任シタル場合ニ於テ其委任ニ基キ下級裁判所カ假差押命令ヲ發シタルトキハ該裁判所カ異議ノ申立ニ付キ管轄權ヲ有シ抗告裁判所カ管轄權ヲ有セサルヤ言ヲ俟タス異議ノ申立ハ假差押命令及ヒ其執行ニ何等ノ影響ヲ及ホサス殊ニ假差押ノ執行ヲ停止スルノ效力ナシ唯債務者ハ民事訴訟法第七百四十三條ニ從ヒテ供託ヲ爲シ以テ假差押ノ執行ヲ停止スルコトヲ得ルノミ第七百四十四條第三項)

(c) 裁判手續異議ノ申立アリタルトキハ管轄裁判所ハ口頭辯論ノ爲メニ當事

省ヲ呼出スヘシ第七四五條第一項此ノ如ク口頭辯論ヲ要スルハ異議ノ申立ニ付テノ裁判ノ形式カ終局判決ナルヲ以テナリ第七四五條第二項……終局判決……異議ノ申立ニ付テノ口頭辯論ハ假差押申請ニ付テノ口頭辯論ト其性質ヲ同シクス故ニ(1)口頭辯論ノ性質ハ義務的辯論ニシテ任意的辯論ニ非ス(2)當事者ノ地位モ亦假差押申請ニ於ケルモノト同一ナリ債權者ハ假差押原告トシテ假差押ノ理由アルコトヲ主張シ且ツ之ヲ疏明シ債務者ハ假差押被告トシテ債權者ノ攻撃ニ對シ防禦ヲ爲スモノタリ但シ假差押原告カ異議申立ニ付テノ口頭辯論ニ於テ爲スヘキ主張及ヒ疏明ノ責任ハ假差押被告ノ爲シタル異議申立ノ範圍ヲ超越スヘキモノニ非サルヲ以テ假差押被告ノ控訴審ニ於テ其異議ヲ申立テス且ツ前審カ判決セザリシ假差押命令ノ一部分ヲ攻撃スルノ權利ナシ假差押被告ハ該部分ニ付キ前審ノ管轄裁判所ニ對シ異議ヲ申立テサルヘカラス蓋シ第二審ニ於テ新ニ異議ヲ申立ツルコトハ法律ノ許ササル所ナレハナリ(3)辯論ノ目的ハ假差押請求其モノニシテ本案即チ假差押ニ因リテ保全セントスル債權ノ確定ニ非ス是ヲ以テ民事訴訟法第七百四十二條ノ規定ニ從ヒ終局

ノ判決ヲ爲ス場合ト同シク唯請求及ヒ假差押理由カ債務者ノ主張シタル反對理由ニ拘ラス法律上正當ニシテ且ツ疏明セラレタルヤ並ニ疏明ニ代ヘテ債權者ニ保證ヲ立テシメ假差押命令ヲ認可スルコトヲ適當ト爲スヤノ點ノミニ付キ辯論シ假差押ノ執行ニ付テノ異議ヲ主張スルコトヲ得ス第五四四條(4)請求及ヒ假差押理由ノ疏明ヲ爲ス責任ヲ負フ債權者ハ判決ノ言渡ニ至ルマテ又ハ控訴審ニ於テ新事實殊ニ假差押命令ヲ發シタル後ニ於テ成立シタル新事實及ヒ新ナル疏明方法ヲ假差押申請維持ノ爲メニ提出スルコトヲ得又債務者ハ異議申立書ニ掲ケサル抗辯殊ニ假差押命令ヲ發シタル後ニ於テ成立シタル抗辯ヲ提出スルコトヲ得(5)各當事者ハ其主張事實ニ付キ必要ナル以上ハ疏明ヲ爲スコトヲ得ルモ證明ヲ爲スコトヲ得ス(第二二〇條)

異議申立ノ裁判ノ目的ハ辯論ノ目的ト同シク假差押ノ當否其モノニシテ假差押ニ因リテ保全セントスル請求ニ非ス又該裁判ノ形式ハ終局判決タリ是レ控訴及ヒ上告ヲ以テ不服申立ヲ爲スコトヲ得セシムルカ爲メナルヘシ故ニ該判決ノ内容ハ假差押命令ノ全部又ハ一分ノ認可變更及ヒ取消タリ而シテ法律

ハ裁判所ニ其自由ナル意見ヲ以テ定ムル保證ヲ立ツヘキコトヲ假差押命令ノ認可變更及ヒ取消ノ條件ト爲ス權限ヲ認メ各當事者ノ利益ヲ平等ニ保護セシト欲シタリ故ニ裁判所ハ債權者カ保證ヲ立ツルコトヲ條件トシテ假差押命令ノ認可ヲ言渡シ債務者カ保證ヲ立ツルコトヲ條件トシテ假差押命令ノ變更及ヒ取消ヲ言渡スコトヲ得第七四五條第二項第八七條其他假差押命令ノ全部又ハ一分ヲ取消シタル判決及ヒ債權者カ保證ヲ立ツルコトヲ條件トシテ假差押命令ヲ認可シタル判決債務者ノ利益ノ爲メニ假差押命令ヲ變更シタル判決ナリニハ職權ヲ以テ假執行ノ宣言ヲ付ス第五〇一條第四號是レ債務者ノ利益ノ爲メニ即時ニ執行スルコトヲ得セシムルノ法意ニ外ナラス

管轄裁判所ハ本案ノ裁判ノ確定スルマテ異議申立ニ付テ裁判ヲ爲スコトヲ中止スルコトヲ得ス蓋シ斯ル場合ニ於テハ民事訴訟法第二百一一條ニ規定シタル繫屬關係ノ存セサルノミナラス本案ニ關係ナク假差押ニ關スル裁判ヲ即時ニ爲スヘキ法意ニ反スルヲ以テナリ又管轄裁判所ハ假差押ノ申請ヲ口頭辯論ヲ經テ裁判スル場合ト同シク假差押原告カ辯論期日ニ出頭セサルトキハ開席

判決ヲ以テ假差押命令ヲ取消シ且ツ假差押ノ申請ヲ却下ス(第二四六條第二四七條異議ヲ申立テタル假差押被告カ辯論期日ニ出頭セサルトキハ開席判決ヲ以テ假差押原告ノ口頭上事實ノ供述カ適當ナル時期ニ書面ヲ以テ假差押被告ニ通知セラレ且ツ該供述カ假差押ノ申請ヲ正當ナリト認メシムル場合ニ於テ假差押申請ノ理由タル事實ノ疏明アリタルモノト看做シ被告ノ異議申立ヲ排斥シ且ツ假差押命令ヲ認可スル旨ノ言渡ヲ爲ス蓋シ異議申立ニ付テノ辯論ニ於ケル當事者ノ地位ハ假差押申請ニ付テノ辯論ニ於ケル當事者ノ地位ト同シケレハナリ

異議申立ノ裁判ニ對シテハ故障並ニ上訴ヲ爲スコトヲ得又假差押命令ヲ取消シ又ハ變更シタル判決ノ提出ニ因リテ即時ニ假差押ノ執行ヲ停止シ且ツ既に爲シタル執行處分ノ取消ヲ來シ(第三五五〇條第一號及ヒ第三號第五五一條第七四八條之カ爲メニ判決ノ迅速アルコトヲ要セス而シテ假差押命令ヲ認可シテ假差押原告タル債權者ノ保證ヲ立ツヘキ條件ニ繫ル場合ニ於テハ假差押被告タル債務者ハ債權者カ保證ヲ供託セサルトキニ於テ判決ニ基キテ民事訴訟法

第五百四十四條ニ則リ執行裁判所ニ假差押令ヲ執行ノ取消ヲ求ムルコトヲ得假差押命令ノ取消若クハ變更カ債權者ノ保證ヲ立ツヘキ條件ニ繫ル場合ニ於テハ債務者カ公正證書ヲ以テ保證ヲ立テタルコトヲ證明シタルトキニ限リ該取消ヲ執行スルコト爲ル(第五〇條第三號其他管轄裁判所ハ債權者ノ申立ニ因リ第五〇六條民事訴訟法第五百四條及ヒ第七百五十條ノ適用ニ依リ判決ノ假執行ヲ除去シ若クハ之ヲ制限スルコトヲ得又控訴ノ提起アリタルトキハ民事訴訟法第五百十二條ニ則リ判決ノ執行ヲ停止スルコトヲ得立テタル保證ノ免責ニ關シテハ前述ノ說明ヲ參考スルシ)

(三) 假差押ノ取消

裁判所ハ債務者ノ異議ノ申立ニ因ラスシテ假差押命令ヲ取消シ又ハ其執行ヲ取消スコトヲ得民事訴訟法第七百四十六條及ヒ第七百四十七條ハ前者ノ權限ヲ認メタル規定ニシテ民事訴訟法第七百五十四條ハ後者ノ權限ヲ認メタル規定ナリ左ニ之ヲ分説スヘシ

(A) 起訴期間ノ徒過ニ因ル假差押命令ノ取消 債權者ハ假差押命令カ發セラレ

タル當時ニ於テ未タ繫屬セザリシ本案ノ訴ヲ該命令ヲ發セラレタル後特定期間内ニ提起スルノ義務ナシ然レドモ債務者ハ假差押裁判所ヲシテ債權者ニ該訴ヲ提起スヘキ旨ヲ強制スルノ權利ヲ有ス蓋シ假差押手續ニ於テハ假差押ニ因リ保全セントスル本案ノ請求ハ適當ニ調査セラレザリシヲ以テ假差押命令ヲ發セラレタル場合ニ本案ノ請求ノ存否及ヒ其效力ノ方法ニテ裁判セシムルコトニ付キ利益ヲ有スレハナリ是ヲ以テ我民事訴訟法ハ假差押裁判所即チ事物上ノ關聯アル假差押命令ヲ發シタル裁判所ニ債務者ノ申立ニ因リ決定ヲ以テ債權者ニ適當ノ期間内ニ本案ノ訴ヲ提起スヘキコトヲ命スルコトヲ得セシメ又債權者カ該期間ヲ徒過シタル場合ニ於テ終局判決ヲ以テ假差押命令ヲ取消スコトヲ得セシメタリ(第七四六條)(意義)

假差押裁判所カ相當ニ定ムル期間内ニ訴ヲ起スヘキコトヲ債務者ニ命スヘキコトヲ求ムル債務者ノ申立ハ假差押裁判所カ合議裁判所ナルトキハ書面ニテ又本人ニテ若クハ辯護士ヲ代理人トシテ之ヲ爲スコトヲ要シ區裁判所ナルトキハ口頭ニテ又本人ニテ若クハ辯護士ヲ代理人トシテ之ヲ爲ス

「コトヲ得(第七四六條第一項)債務者ノ申立……」第三七四條、第一三五條蓋シ訴ノ提起ニ關スル法則ノ類推ニ依リ此申立ニモ亦準用セラルヘキモノナレハナリ其他假差押裁判所カ債務者ノ申立ニ因リ訴ヲ起スヘキ旨ノ命令ヲ發スルニハ本案即チ假差押ニ因リ保全セント欲スル請求ニ關スル訴訟ノ未タ通常裁判所ニ繫屬セサルコトヲ要ス(第一九五條第三八七條(仲裁契約アル場合ニ於テハ仲裁手續ノ著手ナキコトヲ要ス)然レトモ該要件ハ債務者カ其申立ノ前提要件トシテ立證スヘキモノニ非スシテ却テ假差押原告カ民事訴訟法第七百四十六條第二項ニ基ケル申立ニ對スル防禦方法トシテ本案ノ繫屬ヲ主張スヘキモノタリ但シ假差押命令ノ形式カ決定ナルト判決ナルト假差押命令認可ノ判決カ確定シタルト否ト(第七四二條、第七四五條)債務者カ保證ヲ立テ假差押ノ執行ヲ免レタルトキ否ト(第七四三條)ノ區別ハ法律上開フ所ニアラス殊ニ後者ノ場合ニ於テハ債務者ハ假差押命令カ尙ホ存在シ且ツ債務者カ其立テタル保證ノ返還ヲ受タルカ爲メニ債權者ニ訴ヲ起サシムヘキノ利益ヲ有ス(第七四四條)假差押裁判所ハ前示ノ申立ニ付キ口頭辯論ヲ經シシテ決定ノ形式ヲ以テ裁判

ス然レトモ之カ爲メニ債權者ヲ審訊スルコトハ法律上禁スル所ニアラス、裁判所カ申立ヲ正當ト認メタルトキハ決定ヲ以テ其意見ニ從ヒテ相當ノ期間ヲ定メ其期間内ニ起訴スヘキ旨ヲ債權者ニ命ス該期間ハ該命令ヲ債權者ニ送達スルニ因リテ其進行ヲ始メ裁判所ノ休暇ニ因リテ其進行ヲ停止セス又當事者ノ合意若クハ申立ニ因リテ裁判所ノ伸縮スル所ト爲ル(第一七〇條)裁判所構成法第一二九條獨逸裁判所構成法第二〇二條第二號該期間内ニ爲スヘキ訴ノ提起ハ通常若クハ證書訴訟手續ニ於ケル訴ノ提起ナリ(仲裁判斷ノ手續ノ開始亦然ラン)督促手續ニ於テハ「ガウプ」「ウキルモースキー」「氏等ノ論結ノ如ク請求ニ付キ起スヘキ訴カ區裁判所ノ管轄ニ屬スルトキハ支拂命令ノ送達カ起訴ト同一ノ價值ヲ有シ(第三九〇條、第三八七條)地方裁判所ノ管轄ニ屬スルトキハ之ニ反シテ債權者カ訴ヲ起シタルコトヲ要ス(第三九一條)蓋シ前者ノ場合ニ於テハ訴ノ提起ト看做スヘキモノニシテ後者ノ場合ニ於テハ債權者カ原告トシテハ特ニ訴ヲ提起スヘキコトヲ要スレハナリ「ストロクマン」「ゾキフヘルド」「ハルマン」氏等カ「訴ヲ起ス可キコト……」(第七四六條)ノ明文ニ依リ督促手續ヲ絕對的ニ除外シ

タルハ民事訴訟法第三百九十條ヲ無視シタル失當ノ論結ナリ又假差押ニ因リテ保全セント欲スル請求カ期限附若クハ條件附ナルトキハ假差押原告ハ唯確ニ認訴訟ヲ提起スルヲ以テ足ル(獨逸民事訴訟法第二三一條假差押被告カ既ニ認訴スヘキ旨ノ決定ハ職權ヲ以テ假差押當事者雙方ニ送達ス(第二四五條第三項)面シテ債權者ハ該決定ニ對シ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス何トナレハ此決定ハ假差押ノ執行ヲ目的ト爲スモノニ非サルヲ以テ民事訴訟法第五百五十八條ノ適用ナケレハナリ本案カ既ニ繫屬シタルコト若クハ起訴ノ爲メニ定メラレタル期間カ甚タ短期ニ失シタルコトノ異議ハ債權者カ民事訴訟法第七百四十六條第二項ニ規定シタル申立ニ關スル口頭辯論ニ於テ提出スヘキモノタリ裁判所カ申立ヲ不當ト認メタルトキ殊ニ形式上ノ理由ヲ缺キ若クハ訴ノ提起カ法律上不能ナルモノト認メタルトキハ決定ヲ以テ該申立ヲ却下スルノ裁判ヲ爲ス該裁判ハ唯申立者タル債權者ノミニ送達シ(第二四五條條三項)又債務者ハ該裁判ニ對シ抗告ヲ爲スコトヲ得第四五五條債務者ノ申立ニ適セサル長キ期間ヲ

定メタルトキハ申立ノ一部却下ノ裁判ナルヲ以テ債務者ハ之ニ對シ不服ヲ申立ツルコトヲ得裁判前手續) 債權者カ裁判所ノ定メタル期間内ニ起訴シタルトキハ其訴カ法定要件ヲ具備セタルト又受訴裁判所カ管轄權ヲ有セタルトヲ問ハス民事訴訟法第七百四十六條第二項ニ基テ假差押命令ノ取消ヲ惹起スコトナシ蓋シ同條第一項ノ命令ハ訴ノ提起ニ因リテ充實セラレタレハナリ但シ該訴カ管轄違若クハ訴訟上ノ要件ヲ缺クノ理由ニ依リ却下セラレタルトキハ此限ニ在ラス債權者カ裁判所ノ定メタル期間内ニ起訴セサルトキハ假差押裁判所ハ債務者ノ申立ニ因リ口頭辯論ヲ經テ終局判決ヲ以テ假差押命令ヲ取消スノ裁判ヲ爲ス 債權者ハ假差押命令取消ノ終局判決ヲ受タルカ爲メ債權者カ起訴期間ヲ徒過シタル後假差押裁判所ニ申立ヲ爲シ(フenching)民力債權者ニ對スル訴ヲ以テ爲スト云ヘルハ法文ニ根據ナキ失當ノ論旨ナリ(假差押裁判所ハ口頭辯論ヲ爲メニ當事者雙方ヲ呼出ス是レ假差押命令取消ノ裁判ノ終局判決ノ形式ナルヨリ生スル當然ノ結果ナリ(第七四六條第二項)……終局判決ヲ以テ……)

此義務の口頭辯論ニ於テ債務者ハ假差押命令取消ヲ求ムル申立ヲ債權者カ起訴期間ヲ徒過シタル理由ニ依リテ不當ナラシメ債權者ハ起訴期間内ニ訴ヲ提起シタルコトヲ主張シ且ツ立證シ又債務者ハ該訴力取下ケラレ若クハ管轄違又ハ訴訟上ノ要件ノ欠缺ニ因リテ却下セラレタルコトヲ主張シ且ツ立證セサルヘカラス債權者カ起訴期間徒過後口頭辯論終結以前ニ於テ訴ヲ提起シタルトキハ假差押命令ノ取消ヲ免ルルコトヲ得(第一七三條獨逸民事訴訟法第二〇九條第二項)然レトモ債權者ハ斯ル場合ニ於テ債務者ノ正當ナル申立ノ爲メニ成立シタル費用ヲ負擔セサルヘカラス何トナレハ斯ル場合ニ於テハ債務者ノ申立ヲタル請求ニ對スル債權者ノ爾後ノ認諾カ成立シタルハナリ(第二二九條)假差押裁判所ハ債權者カ起訴期間内ニ訴ヲ提起シタルコトヲ證明セサルトキハ終局判決ヲ以テ假差押命令ノ取消ヲ命シ反對ノ場合ニ於テハ債務者ノ申立ヲ却下ス而シテ債權者カ辯論期日ニ出頭セサルトキハ起訴期間内ニ訴ヲ提起セタル事實ヲ自白シタルモノト看做シ(第二四八條)關席判決ヲ以テ假差押命令ノ取消ヲ言渡シ債務者カ辯論期日ニ出頭セサルトキハ關席判決ヲ以テ其申立

ヲ却下ス(第二四七條)該關席判決カ確定シタルトキハ債務者ハ民事訴訟法第七百四十六條第一項ニ從ヒテ更ニ申立ヲ爲シ債權者カ起訴期間ヲ徒過シタル場合ニ於テ同條第二項ニ從ヒテ更ニ假差押命令取消ノ申立ヲ爲スコトヲ得蓋シ債務者ノ申立却下ノ判決ハ現實的懈怠ノ結果ヲ言渡シタルニ外ナラサレハナリ假差押命令取消ノ申立ニ關スル裁判ノ形式カ終局判決ナル理由ハ上訴若クハ故障ヲ許スノ法意ニ外ナラス故ニ各當事者ハ上訴若クハ故障ヲ爲スコトヲ得

假差押命令取消ノ判決ニハ關席ナルト否トニ拘ラス職權ヲ以テ假執行ノ宣言ヲ付セサルヘカラス(第五〇一條第四號)債權者カ假差押ノ執行費用ヲ包含スル假差押訴訟費用ヲ負擔スヘキ旨ヲ言渡ササルヘカラス又該判決ニ基キテ債務者ハ假差押ノ執行ヲ停止シ又既に爲シタル執行處分ノ取消ヲ求ムルコトヲ得(第五五〇條第一號第五一一條)

(B) 情況ノ變更ニ因ル假差押命令ノ取消 債務者ハ假差押命令ヲ發セラレタル當時ニ於ケル情況カ變更シタルトキハ假差押命令其モノノ不當ニ非スシテ

却テ其繼續ノ不當ニ付キ申立ヲ爲シ以テ假差押命令ノ取消若クハ變更ヲ求ムルコトヲ得假差押ノ執行ノ取消ヲ求ムルモノニ非ス(第七四三條第七五四條)而シテ假差押命令ノ形式カ決定タルト判決タルト又決定タル假差押命令カ爾後終局判決ヲ以テ認可セラレタルモノナルト(第七四五條)否トハ問ハサル所ナリ債務者カ情況ノ變更ヲ假差押命令ニ對スル異議ニ付テノ手續ニ於テ若クハ民事訴訟法第七百四十二條及ヒ第七百四十五條ニ基キテ下サレタル判決ニ對スル控訴審ニ於テ主張スルコトヲ得ルコトハ毫モ民事訴訟法第七百四十七條ニ基キ申立ヲ爲スノ妨ト爲ラス蓋シ同條ニ於ケル假差押ノ認可後ト雖モ「テ」ル法文ハ債務者カ假差押ノ認可以前ト雖モ其選擇ニ從ヒテ情況ノ變更ニ因ル假差押命令ノ取消ヲ求ムル申立ヲ爲スヲ得ル旨ヲ明示スレハナリ隨テ假差押命令ヲ認可シタル終局判決ノ存セサル以上ハ債務者ハ情況ノ變更ニ因リ唯異議ヲ申立ツルコトヲ得ルニ過キストノ見解ヲ採ルニ足ラス情況ノ變更トハ假差押命令ノ必要ナル前提要件ノ消滅ニシテ假差押命令ヲ發スル當時ニ於テ裁判所ヲ認メタル假差押ノ前提要件ノ一カ客觀的ニ變更スル場合及ヒ債務者カ爾後

真實ナル事情ヲ知リタルカ爲メニ假差押ノ前提要件ノ一カ主觀的ニ變更シタル場合ヲ包含ス而シテ情況ノ變更ノ有無ヲ定ムルノ標準期ハ假差押命令ヲ發シタル時期ニシテ假差押命令ノ認可判決ノアリタル時期ニアラス蓋シ假差押命令ハ前者ノ時期ニ於テ有效ニ存在スレハナリ情況ノ變更ト認ムヘキ場合ノ第一ハ假差押ニ因リテ保全セント欲スル本案ノ請求ノ消滅若クハ本案訴訟ノ終局判決ニ於テ爲シタル請求ノ棄却タリ然レトモ本案ノ請求權ノ消滅若クハ原告ノ本案請求ノ棄却ハ假差押命令ヲ取消ス實體法上ノ理由タルニ止マリ其直接ノ結果トシテ當然假差押命令カ取消サルモノニアラス蓋シ假差押命令ハ之ト反對スル裁判ニ依リ取消サルマデハ有效ニ存續スルモノナレハナリ被告ハ本案ノ訴訟ニ於テ其口頭辯論ノ終結ニ至ルマデ假差押命令ヲ取消ノ申立ヲ爲シ以テ本案ノ裁判ト共ニ該取消ノ裁判ヲ受クルコトヲ得第七四七條第二項「本案カ既ニ繫屬シタルトキ……」引用又斯ル申立ヲ爲サザリシトキハ縱令原告ノ請求ヲ棄却シタル判決ノ未タ確定セザルトキト雖モ特別ノ手續ニ從ヒテ第七四七條假差押命令取消ノ判決ヲ受クルコトヲ得而シテ管轄裁判所カ其

自由ナル意見ニ從ヒテ原告ノ請求棄却ノ判決カ上級審ニ於テ變更セラレルコトナシト思料シタル場合ニ於テハ唯該判決ノ提出ノミカ假差押命令取消ノ判決ヲ爲スニ足ル是ヲ以テ管轄裁判所ハ該判決ノ確定ニ至ルマテ民事訴訟法第七百四十七條ニ基ク裁判ヲ中止スルコトヲ得ス其他債權者ノ請求ヲ非認シタル判決カ債權者ノ訴ニ基キタル債務者ノ消極的確認訴訟ニ基キタルト又判令取消ノ判決ヲ求ムルニ付キ何等ノ影響スル所ナシ何トナレハ假差押ニ因リテ保全セントスル請求ノ非認カ債權者ノ訴ニ基キタル債務者ノ訴ニ基キタルトニ依リテ其效力ヲ異ニスルノ理ナク又假差押ハ常ニ唯特定シタル且ツ確實ニ主張セラレタル請求權ノミニ關スルニ止マルヲ以テ期限附債權ノ爲メニ尙ホ假差押ヲ爲スコトヲ得ルノ理由ハ即チ他ノ原因ニ基キ假差押ヲ維持スルコトヲ得ルノ理由ハ假差押命令ノ取消ヲ妨クルニ足ラサレハナリ第二ハ假差押理由ノ消滅ナリ蓋シスル場合ニ於テハ假差押命令ヲ存續セシムルノ理由ナクレハナリ故ニ外國ニ於テ判決ノ執行ヲ爲スニ至ルヘキ情況カ消滅シタル

カ如キ場合第七三八條ハ斯ル情況アルカ爲メニ發シタル假差押命令取消ノ原因ト爲ル第三ハ債務者カ爲シタル裁判所ノ自由ナル意見ヲ以テ定ムヘキ保證ヲ立テントノ提供ナリ斯ル保證ヲ立ツルコトハ唯リ假差押命令ノ執行ヲ取消スノ效力アルノミナラス第七四三條第七五四條假差押命令其モノヲ取消スノ效力アリ蓋シ假差押原告ハ斯ル保證ノ爲メニ假差押ノ命令又ハ其執行ノ取消アルモ不利益ヲ被ルコトナクレハナリ此效力ハ保證ヲ立ツルコトニ因リテ發生シ保證ヲ立ツルコトノ提供ニ因リテ發生セス故ニ假差押命令ノ取消ノ判決言渡以前ニ於テ保證ヲ立テサリシ場合ニハ該判決ニ於テ其執行ノ條件トシテ保證ヲ立ツルコトヲ言渡ササルヘカラス立ツタル保證カ如何ナル效力ヲ生スルカハ民法ニ從ヒテ定ムル所ナリ第四ハ本案訴訟若クハ假差押訴訟ニ於ケル當事者ノ和解タリ債務者ノ財産ニ付キ開始セラレタル破産カ情況ノ變更トシテ假差押命令取消ノ原因ト爲ラサルコトハ學者間ニ爭ナキ所ナリ假差押原告ハ假差押被告カ破産宣言ヲ受ケタルカ爲メニ各別ニ執行ヲ爲スコトヲ得サルノミ(意義)

假差押命令ノ取消ヲ求ムル申立アリタルトキハ管轄裁判所ハ口頭辯論ヲ經テ終局判決ヲ以テ裁判ス申立ノ形式ハ假差押命令ニ對スル異議ノ申立ニ付キ説明シタル所ト同一ナルヲ以テ參考ヲ求ム第七四四條第一項假差押命令取消ノ申立ハ債務者若クハ其一般承繼人ノ爲シ能フ所ニシテ其特別ノ承繼人債權者及ヒ第三者ノ爲シ能ハサル所ナリ假差押命令ノ取消ハ債務者ノ利益ニ歸スルモノナルヲ以テ債務者若クハ一般承繼人ノ申立ヲ必要トシ裁判所ハ假令本案ノ訴訟ニ於テ債權者ノ請求ヲ非訟シタル場合ト雖モ職權ヲ以テ假差押命令ヲ取消スコトヲ得ス特別ノ承繼人ハ假差押命令取消ノ訴訟手續ニ於テハ第三者ニシテ債務者ノ代理人ニ非ス故ニ民事訴訟法第五百四十九條ニ基キ其權利ヲ主張スルコトヲ得ヘキモノニシテ民事訴訟法第七百四十七條ニ基キテ假差押ノ取消ヲ申立ツルノ權利ナシ債權者ハ其利益ノ爲メニ有スル假差押ノ權利ヲ使用スルノ自由ヲ有スルカ故ニ假差押ノ取消ヲ求ムル申立權ヲ有スルノ必要ナキノミナラス民事訴訟法第七百四十七條ノ取消ハ假差押ヲ存續スヘキ情況ノ有無ニ關スル攻撃ナルヲ以テ假差押ノ申立ヲ爲シ該命令ヲ得タル債權者カ

新ル攻撃ヲ爲スコトヲ得タレハナリ
申立ハ本案カ既ニ繫屬シタルトキハ其辯論期日ニ於テ之ヲ爲シ本案カ繫屬セ
ス若クハ繫屬スルヲ得ス又ハ債務者カ急速ノ終局ノ爲メニ別除ノ主張ヲ欲ス
ルトキハ獨立のニ之ヲ爲ス後者ノ場合ニ於テハ裁判所ハ假差押命令ニ對スル
異議ノ申立ニ於ケルカ如ク(第七四四條第七四五條第七四六條假差押原告ヲ辯
論ノ爲メニ呼出ササルヘカラス何トナレハ假差押命令取消ノ形式ハ終局判決
ナルヲ以テ義務的口頭辯論ニ依ルニ非スンハ申立ニ對スル裁判ヲ爲スコトヲ
得サレハナリ(第七四七條第二項……終局判決……)

申立ニ付テハ裁判ハ本案カ既ニ繫屬シタルトキニ於テハ本案ノ裁判所ノ管轄
ニ專屬シ假差押命令カ該裁判所ヨリ發セラレタルト否ト問ハサルナリ又本
案カ繫屬セサルトキニ於テハ假差押裁判所ノ管轄ニ專屬ス第七四七條第二項
第七六二條是レ蓋シ本案ノ繫屬シタル裁判所ハ即時ニ假差押命令取消ノ裁判
ヲ爲シ(第五〇一條第四號參照若クハ假執行ノ宣言ヲ拒絕スヘキ旨ヲ規定シタ
ル民事訴訟法第五百四條及ヒ第五百五條ノ適用ニ依リ假差押命令ノ取消ヲ本

案ノ請求棄却判決ノ確定ニ繫ラシムルコトヲ得ヘキ地位ニ在ルヲ以テ又假差押裁判所ハ假差押ノ命令ノ取消ト事物上ノ關聯アルヲ以テナリ(裁判前手續)假差押取消ノ申立ニ付テハ終局判決ヲ以テ之ヲ裁判ス第七四七條第二項故此裁判ハ第一ニ義務的口頭辯論ニ基カサルヘカラス此辯論ノ目的ハ假差押命令其モノノ當否ニ非スシテ其存續ノ當否ナリ一旦正當ト認メテ發セラレタル假差押命令ヲ爾後ノ情況ノ變更ノ爲メニ取消スコトノ當否ナリ故ニ假差押被告タル債務者カ攻撃者即チ原告トシテ取消ノ原因タル情況ニ付キ證明ヲ爲スヘキ責任ヲ負フ第二ニ假差押命令ノ形式カ決定ナル場合ト雖モ終局判決ヲ以テ之ヲ爲ササルヘカラス是レ控訴及ヒ上告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得セシムルカ爲メナリ隨テ債務者カ辯論期日ニ出頭セサルトキハ關席判決ヲ以テ假差押命令取消ノ申立ヲ却下シ債權者カ辯論期日ニ出頭セサルトキハ債務者ノ事實上ノ口頭供述ヲ自白シタルモノト看做シ假差押命令取消ノ申立ニ付キ裁判ス(第二四六條乃至第二四八條其他終局判決ノ内容ハ假差押命令全部ノ取消ニ限ルモノニ非ス其變更殊ニ假差押命令ノ取消ヲ債權者ノ保證ヲ立ツルコ

トニ繫ラシムルコトヲ得蓋シ債務者ノ利益ノ爲メニ假差押命令ヲ變更スル總テノ判決ハ民事訴訟法第七百四十五條乃至第七百四十七條ニ規定シタル假差押ヲ取消ス判決ナレハナリ判決ノ執行及ヒ之ニ對スル不服申立方法等ニ關シテハ前述シタル民事訴訟法第七百四十五條ノ說明ヲ參照スヘシ(裁判手續) (C) 假差押執行ノ取消 執行裁判所ハ債務者カ假差押命令ニ於テ定メタル金額ヲ供託シ又ハ債權者カ假差押ノ續行ニ付キ必要ナル費用ヲ豫納セサル場合ニ於テ決定ヲ以テ假差押執行ノ取消ヲ命令スルコトヲ得民事訴訟法第七百五十四條ニ於テ規定セル執行裁判所ノ權限ハ假差押命令ノ取消ニ非スシテ假差押執行ノ取消タルコトハ同條カ假差押ノ執行ニ關スル民事訴訟法第七百五十條乃至第七百五十三條ノ後ニ在ル地位同條第一項ト民事訴訟法第七百四十三條トノ關係及ヒ同條ニ於ケル裁判ハ決定ノ形式ヲ以テシ假差押命令ノ取消ハ終局判決(第七四四條乃至第七四七條)ノ形式ヲ以テ爲スノ法意ヨリシテ明白ナリ假差押ノ執行ノ取消ハ假差押命令ノ取消ト其效力ヲ同シクセス假差押被告ハ假差押ノ執行ノ取消アリタルニモ拘ラス假差押命令ニ對スル異議第七四四條

第七四五條其他民事訴訟法第七百四十六條及第七百四十七條ニ規定シタル申立ヲ爲シテ假差押命令取消ノ判決ヲ受クルニ非スルハ假差押ノ執行ヲ免ルルカ爲メニ申立ヲタル保證ノ免責ヲ得ス(第七四三條又ハ從前ノ假差押命令ニ基キ新ニ假差押ノ執行ヲ受クルノ危險ヲ除去スルコトヲ得ス是レ假差押命令カ其執行ノ取消以後ニ於テ尙ホ有效ニ存続スルカ故ナリ)(意義 第七四三條)假差押ノ被告カ假差押ノ執行ヲ免ルルカ爲メニ假差押命令ニ於テ定メタル金額ヲ供託シタルトキハ(第七四三條其證明書ヲ添ヘテ執行裁判所ニ假差押ノ執行ノ取消ヲ求ムル申立ヲ爲ス該申立ハ執行裁判所カ區裁判ナルトキハ書面又ハ口頭ノ申請ニテ之ヲ爲スコトヲ得合議裁判所ナルトキハ第七五〇條書面の申請ヲ以テ之ヲ爲ス本人ニ非スンハ辯護士ノ代理人タルコトヲ要ス)債權者カ假差押ノ執行ヲ取消ニ付キ執行裁判所ノ其力ヲ要スル場合ニ於テ該裁判所ニ假差押ノ執行ノ取消ヲ申請シ同裁判所カ該申請ニ基キテ假差押ノ取消ヲ命スルコトヲ得ルヤ當然ナリ(第七五〇條)假差押ノ執行ニ付キ特別ノ費用ヲ要シ且ツ之カ爲メニ必要ナル假差押原告ハ假差押ノ執行ニ付キ特別ノ費用ヲ要シ且ツ之カ爲メニ必要ナル

金額ヲ豫納セサルヘカラス蓋シ假差押物ノ保存ニ必要ナル費用競賣費用等ハ假差押物若クハ其實得金ニ於テ支辨スヘキモノニ非ス假差押ハ債權者ノ利益ノ爲メニ存スレハナリ故ニ執行裁判所ハ債權者カ斯ル豫納ヲ爲サザリシ場合ニ職權ヲ以テ假差押ノ執行ヲ取消スコトヲ得裁判前手續(第七四三條)假差押ノ執行取消ノ裁判ハ口頭辯論ヲ經スシテ之ヲ爲スコトヲ得第七五四條第三項是レ民事訴訟法第五百四十三條第三項ノ原則ノ適用ニ外ナラス又其裁判ノ形式ハ決定ニシテ判決ニ非ス(第七五四條第四項)決定……蓋シ任意的口頭辯論ニ基ケル裁判ノ形式ハ決シテ終局判決ニ非サルコトハ我民事訴訟法ノ通則ナレハナリ(第七百四十二條第七百五十六條ハ斯ル通則ニ對スル變則ヲ爲ス假差押ヲ取消ス決定及ヒ假差押ノ取消ヲ求ムル申請ヲ却下シタル決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得蓋シ該裁判ハ何レモ假差押ノ執行ニ關スルモノナレハナリ(第五五八條而シテ民事訴訟法第七百五十四條第四項ハ民事訴訟法第五百五十八條ノ適用ニ外ナラナレハナリ隨テ「ガクブ」「ストロツクマン」氏等ノ主張スルカ如ク假差押ノ取消ヲ求ムル申請ヲ却下スル裁判ニ對シテハ通常

「抗告ヲ爲スヘキモノナリト論結スヘカラス(此反對論ハ曩ニ示シタル論結カ民事訴訟法第七百五十四條第四項ヲ無用條文ト爲スニ至ルヲ理由トシテ攻撃シタリ)即時抗告ハ執行停止ノ效力ナキヲ以テ決定カ即時ニ執行セラレルノ妨ト爲ラス(第四六〇條)裁判手續及ヒ不服申立」

第二章 假處分

(一) 意義及ヒ要件

假處分トハ特定ノ給付特定物ノ引渡作爲不作爲ヲ目的トスル請求ノ強制執行保全ノ爲メニ又ハ著シキ損害ヲ避ケ若クハ急迫ナル強暴ヲ防ク目的ニテ又ハ其他ノ理由ニテ係争權利關係ノ假ノ地位ヲ定ムルカ爲メニ私人ノ自由及ヒ財産ニ於ケル裁判所ノ干渉ナリ(第七五五條第七六〇條)強制執行保全ノ爲メニスルモノヲ係争物ニ關スル假處分ト謂ヒ(第七五五條)……係争物ニ關スル假處分……係争權利關係ノ假ノ地位ヲ定ムルカ爲メニスルモノヲ假ノ地位確定ニ關スル假處分第七六〇條……假ノ地位……ト謂フ

係争物ニ關スル假處分ハ假差押ト異ニシテ金錢ノ給付ノ將來ニ於ケル成功ヲ保全スルモノニ非スシテ却テ財産權上ノ性質ヲ有スルト否ト又作爲ヲ目的トスルト不作爲ヲ目的トスルトニ拘ラス特定ノ給付ノ將來ニ於ケル成功ヲ保全スルモノナリ然レトモ假差押ト同シク強制執行ノ保全ヲ目的トスルヲ以テ殆ト其前提要件ヲ假差押ニ於ケルモノト同シウス(第七五五條第七三八條)對照特別法ニ規定シタル假處分ニ關シテハ人事訴訟手續法第十六條第二十六條第三十九條等ヲ參考スヘシ

假ノ地位確定ニ關スル假處分ハ係争物ニ關スル假處分及ヒ假差押ト異ニシテ將來ニ於ケル強制執行ノ保全ヲ目的トセスシテ權利關係ノ係争ノ狀態ヨリ生スヘキ著シキ損害ヲ避ケ急迫ナル強暴ヲ防キ又裁判所ノ意見ニ從ヒテ定マルヘキ他ノ結果ヲ遂クルコトヲ目的トス而シテ法律ハ假差押カ金錢ノ給付ヲ目的トスル請求ニ關スル執行保全ニ止マルヲ以テ係争物ニ關スル假處分ナル制度ヲ設ケ特定ノ給付ヲ目的トスル請求ニ關スル執行ヲ保全スルコトヲ得セシメ以テ假差押ノ及ハサル所ヲ補充スルト同シク係争權利關係ノ假ノ地位確定

ニ關スル假處分ナル制度ヲ設ケ該請求ノ爲メ他ノ結果ヲ遂クルコトヲ得セシメ以テ假差押及ヒ係爭物ニ關スル假處分ノ及ハサル所ヲ補充シタリ該請求ハ私法の請求權各箇ノ保護ニ非スシテ却テ係爭權利關係ニ關スル當事者ノ權能範圍ノ全體ノ保護タリ臨テ係爭權利關係ニ關スル假處分ハ唯リ特定ノ給付ヲ目的トスル請求ノ爲メノミナラス金錢ノ給付ヲ目的トスル請求ノ爲メニモ亦行ハレ同一ノ作用ヲ爲スモノト謂ハサルヘカラス(意義及ヒ種類)

係爭物ニ關スル假處分ハ特定ノ給付ヲ目的トスル請求ノ強制執行ノ保全ナルヲ以テ第一ニ係爭物ニ關スルコトヲ要ス、係爭物トハ金錢ノ給付ト相對スル特定ノ給付ニシテ人物作爲及ヒ不作爲ニ關スル給付ヲ包含ス假差押ハ曩ニ述ハタルカ如ク金錢ノ給付ヲ目的トスル請求ノ執行保全ニ止マリテ特定ノ給付ヲ目的トスル請求ノ執行保全ト爲ラス是レ法律カ假處分ナル制度ヲ設ケ特定ノ給付即チ兒女ノ引渡、特定シタル有體物ノ引渡及ヒ作爲、不作爲ヲ目的トスル請求ノ執行保全ヲ爲スコトヲ得セシムル所以ナリ但シ該請求カ既ニ權利拘束ニ繫リタルト否トハ假差押ニ於ケルト同シテ問フ所ニ非ス道ハ民事訴訟法第七

百五十六條カ假差押ノ命令及ヒ手續ニ關スル規定殊ニ第七百四十六條ヲ假處分ニ準用スル法意ニ依リテ疑ヲ容レサル所ナリ第二ニ假處分ノ原因トシテ當事者ノ權利即チ係爭物ニ關スル請求ノ實行カ不能ト爲リ又ハ困難ト爲ルノ危險、存スルコトヲ要ス、斯ル危險カ現狀ノ變更(既ニ變シタルト其恐アルニ止マルトノ區別ヲ問フコトナシ)ニ因リ特定ノ給付ニ於テ存スルコトヲ要セザルハ假處分ノ性質上明白ナル所ナリ此危險ノ存否及ヒ他ノ擔保處分ニ依レル此危險ノ避止ハ裁判所カ事實問題トシテ自由ニ判斷スル所ナリ而シテ特定ノ給付ノ目的物ノ本質ヲ變更シ、破壞シ其形體ヲ變更シ又ハ目的物ヲ讓渡シ之ニ他物權ヲ設定スルノ恐アル場合其他兒女ノ引渡ヲ困難ナラシムル事情ハ特定ノ給付ニ於ケル危險ニ關係ヲ有スルヤ當然ナリ(第七五五條)

係爭權利關係ニ關スル假ノ地位確定ノ假處分ハ主トシテ權利關係ノ關係の狀態ヨリ生スヘキ損害ヲ避クル目的ニ於テ成立スル假處分ナルヲ以テ第一ニ係爭權利關係ニ關スルコトヲ要ス、權利關係法律關係ト云フヲ正當トストハ或人

假處分ノ命令ハ唯申立ニ因リテ之ヲ發シ裁判所カ職權ヲ以テ之ヲ發スルコトヲ得ス其申立即チ申請ノ内容ハ民事訴訟法第七百四十條ニ則リ請求ノ表示假處分ノ理由タル事實ノ表示及ヒ其疏明タリ請求ノ金額若クハ其價額ヲ表示スルコトナキハ假處分ノ性質上疑ナキ所ナリ請求カ期限附若クハ條件附ナル場合ト雖モ假處分ヲ以テ保全スルコトヲ得ルハ民事訴訟法第七百三十七條第二項ノ適用ニ依リ明白ニシテ又債權者カ請求及ヒ其假處分理由ノ疏明ヲ爲ササル場合ニ裁判所カ其自由ナル意見ニ從ヒテ定ムル保證ヲ立テシメ假處分命令ヲ發スルコトヲ得ルハ民事訴訟法第七百四十一條第二項及ヒ第三項ノ適用ニ依リテ明白ナリ假處分命令ノ形式カ口頭辯論ヲ經ルト否トニ從ヒテ決定又ハ判決タルコトハ民事訴訟法第七百四十二條ノ適用ニ依リテ明白ナリ其他本訴訟ノ爲メニスル訴訟委任カ假處分ノ訴訟手續ニ關スル訴訟委任ヲ包含ス(第六五條)又假處分手續カ休職事件裁判所構成法第一二九條タルコトハ法文上明瞭タリ然レトモ假處分申請ニ關スル管轄裁判所ハ特ニ民事訴訟法第七百五十七條及ヒ第七百六十一條ノ規定スル所ナルヲ以テ第七百三十九條ノ適用ナ

キヤ當然ニシテ假處分申請ニ關スル裁判手續ハ特ニ民事訴訟法第七百五十七條第二項ニ規定スル所ナルヲ以テ第七百四十一條第一項ノ適用ナキヤ當然ニシテ又第七百四十三條第七百五十四條ハ假處分手續ニ準用ナシ蓋シ該規定ハ裁判所ニ對シ其裁判ニ無條件ニ債務者カ執行ヲ免ルル金額ヲ記載スヘキ旨ヲ命シタルモノナルヲ以テ民事訴訟法第七百五十九條ニ依リテ假處分ノ爲メニ廢セラレタルモノト謂ハサルヲ得サレハナリ
假處分命令ハ即時ノ執行力ヲ有シ且ツ其執行ニ付キ執行文ヲ要セサルヲ通則ト爲スコトハ民事訴訟法第七百四十八條第七百四十九條ノ準用ニ依リテ明白ニシテ假處分命令ノ執行ハ其命令ヲ言渡シ又ハ申立人ニ送達シタルヨリ十四日ノ期間ヲ徒過シタルトキ之ヲ爲スコトヲ得サルハ民事訴訟法第七百四十九條第二項ノ準用ニ依リテ明白ナリ但シ假處分命令カ債務者ニ對スル命令特定ノ金額ノ支拂ヲ命シタルカ如キ禁止若クハ特定ノ處分又ハ特定ノ狀態ヲ耐忍スヘキ旨ノ命令ニ於テ成立シタルトキハ該命令ヲ債務者ニ送達シタルニ依リテ執行ノ著手ト爲ルヲ以テ爾後ノ執行手續ノ施行殊ニ執行處分ハ民事訴訟法

第七百四十九條第二項ノ期間ニ拘束セラレルコトナシ(債務者ニ對スル迅速ハ同條第二項ノ期間遵守ノ用ニ供スルニ足ル)又假處分命令ノ性質ニ從ヒ其執行ヲ債務者ニ對スル命令ノ迅速以前ニ爲スコトヲ得ル場合ニ限リ民事訴訟法第七百四十九條第三項ノ準用アリ民事訴訟法第七百三十三條第五百二十二條第五百四十四條第五百四十五條ノ規定ハ第七百四十八條ニ依リ假處分ノ執行ニ適用アルヤ言フ埃タス其他第七百五十條乃至第七百五十三條ハ假處分ノ執行ニ準用セラレ第二ニ假處分命令ノ攻撃ニ關シテ之ヲ言ハハ其命令ノ形式カ決定ナルトキハ異議ノ申立ヲ爲スコトヲ得ルモ抗告ヲ爲スコトヲ得ス第七百四十四條第七百四十五條準用但シ民事訴訟法第七百四十五條第二項ニ於ケル假差押命令取消ノ爲メニスル保護ニ關スル規定ハ第七百五十九條ニ規定シタル制限ヲ受タルヤ當然ナリ然レトモ係争物所在地ヲ管轄スル區裁判所カ假處分命令ヲ發シタルトキハ該命令ニ對シテ異議ヲ申立ツルヲ得ス(第七六一條第三ニ假處分ノ取消ニ關シテ之ヲ言ハハ本案カ未タ繫屬セザルトキハ民事訴訟法第七百四十六條ノ適用ニ依リテ假處分命令ヲ取消スコトヲ得又情況ニ變更アルトキハ民

事訴訟法第七百四十七條ニ基キテ假處分命令ヲ取消スコトヲ得第七百五十九條其他民事訴訟法第七百五十四條第二項及ヒ第三項ノ準用ニ依リ假差押ノ施行ヲ取消スコトヲ得ヘシ然レトモ民事訴訟法第七百五十四條第一項ハ假處分手續ニ準用セラレヘキモノニ非ス(第七百五十九條假處分ニ基キテ給付シタル目的物ノ返還及ヒ假處分ニ基キテ生シタル損害賠償ノ請求ハ失當ナル假差押ノ執行ニ於ケルト同シク民法ニ從ヒテ之ヲ定メ民事訴訟法第四百二十七條第四百九十二條第五百十條第五百五十四條ヲ準用シテ之ヲ定ムルモノニ非ス)

(三) 假處分ノ特則

假處分ニ關スル特則ノ第一ハ假處分ノ命令カ原則トシテ本案ノ管轄裁判所ノ管轄ニ專屬シ例外トシテ係争物ノ所在地ヲ管轄スル區裁判所ノ管轄ニ專屬スルコト是ナリ(第七五七條第一項第七六一條第一項第五六三條假差押裁判所ト異ナル點ハ本案ノ管理裁判所ト目的物所在地ヲ管理スル區裁判所トカ並行スルト原則及ヒ例外ヲ爲ストニ在リ第七三九條……又ハ……)本案ノ管轄裁判所トハ假處分ニ依レル保護ヲ必要トスル本案ノ請求ニ關シ審理ヲ爲シ若クハ審

理ヲ爲スヘキ裁判所ニシテ第七六二條本案カ既ニ繫屬シタルコトヲ前提要件ト爲サス其詳細ハ假差押裁判所ノ説明ニ際シテ講述シタルヲ以テ茲ニ之ヲ省略ス其他假處分命令ニ對スル異議ノ申立第七四四條第七四五條起訴期間ノ指定及ヒ該期間ノ経過ニ依レル假處分ノ取消第七四六條及ヒ情況ノ變更ニ依レル假處分ノ取消第七四七條ハ本案ノ管轄裁判所ニ專屬ス第七五六條是レ假處分ノ命令及ヒ其取消カ本案ニ關聯スルヲ以テナリ

本案ノ裁判所ニ於ケル假處分命令ニ關スル裁判ハ通則トシテハ口頭辯論ヲ經テ終局判決ノ形式ヲ以テ爲ス是レ審理ノ鄭重ヲ欲シタルノ法意ニ外ナラス故ニ裁判所ヘ口頭辯論ノ爲メニ相手方ヲ呼出ササルヘカラス第七百四十二條ノ説明參考此辯論ハ民事訴訟法第七百四十二條ニ規定シタル假差押命令ニ關スル辯論ト同シタ義務的口頭辯論ノ性質ヲ有シ任意的口頭辯論ノ性質ヲ有セス故ニ當事者ノ一方カ期日ニ出頭セサルトキハ關席手續ニ於テ之ヲ處分シ(第二四六條以下)又裁判ノ形式カ終局判決ナルヲ以テ其判決ノ關席ナルト對席ナルトニ從ヒテ故陳控訴又ハ上告ヲ爲スコトヲ得本案裁判所ニ於ケル假處分ノ命

令ニ關スル裁判ハ急迫ナル場合即チ裁判所カ假處分ノ命令ヲ口頭辯論ヲ經テ發セハ其目的ヲ達セサルノ危險アリト認メタル場合第七百六十三條ニ於ケル急迫ナル場合ト異ナルコトヲ注意スヘシニ於テハ變則トシテ口頭辯論ヲ經スシテ決定ノ形式ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得該決定ニ對シテハ假差押手續ニ於ケルカ如ク異議ノ申立ヲ爲スコトヲ得レトモ(第七四四條第七四五條)抗告ヲ爲スコトヲ得ス蓋シ急迫ナル場合ハ口頭辯論ヲ經ヘキヤ否ヤノ問題ヲ決定スルニ關スルニ止マリ手續自體ニ關スルモノニ非サレハナリ(第七五六條)假處分ノ申請ヲ却下シタル決定ニ對シテハ債權者カ民事訴訟法第四百五十五條ニ從ヒテ抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ而シテ本案ノ裁判所ハ急迫ナル場合ニ於テモ亦口頭辯論ヲ命スルコトヲ得蓋シ急迫ナル場合ニ於テ口頭辯論ヲ經スシテ裁判ヲ爲スコトハ裁判所ノ自由意見ニ屬スレハナリ(第七五七條第二項)「得……」其他裁判長ハ本案ノ管轄裁判所カ合議裁判所タル場合ニ於テ假處分ノ申請ニ關スル裁判ヲ裁判所ノ評決ヲ經テ爲スニ至リテハ假處分ノ目的ヲ達セサルモノ即チ急迫ナル場合ト認メ且ツ口頭辯論ヲ要セスト認メタルモノニ限り管轄合議

裁判所ニ代リテ裁判ヲ爲スコトヲ得第七六三條其詳細ハ假差押裁判所ヲ講述スルニ際シテ説明シタルヲ以テ之ヲ省略ス(原則)。
係争物即チ本案訴訟ニ於テ請求スル給付ノ目的物其他争及ヒ申立テラレタル處分ニ關スル目的物人若クハ物ノ所在地債權カ目的物ナルトキハ第十七條ニ從ヒテ其所在地ヲ定ムヲ管轄スル裁判所ハ假差押手續ト異ニシテ其自由ナル意見ヲ以テ(急迫ナル場合即チ假處分申請ヲ本案ノ管轄裁判所ニ爲サハ係争物若クハ假ノ地位ノ維持ヲ害スヘキ遲滞ヲ生スヘキ虞アリト認メタル場合ニ於テ假處分命令ニ關スル裁判ヲ爲スコトヲ得本案訴訟カ既ニ管轄裁判所ニ繫屬シタルト否トノ區別ハ之ヲ問フコトナシ是レ當事者ノ利益ノ爲メニ設ケラレタル例外タリ隨テ本案管轄裁判所カ該裁判所ト同一ノ場所ニ在ルトキハ斯ル危險ナキヲ以テ此例外法規ノ適用ナシト謂フヘシ但シ係争物所在地ヲ管轄スル裁判所カ不當ニ急迫ナル場合ナリト認定シテ假處分命令ニ關スル決定ヲ爲シタルコトハ決定ニ對スル異議ノ理由ト爲ラスシテ却テ管轄權欠缺ノ理由ト爲ルヤ當然ニシテ又該裁判所カ假ノ地位確定ニ關スル假處分ニ關シテモ亦管轄

權アルコトハ民事訴訟法第七六十一條カ占ムル位置ヨリシテ疑ナキ所ナリ隨テ同條ニ所謂係争物ヲ民事訴訟法第七五十五條第一項ニ於ケル「係争物」ト同視スヘカラス

係争物所在地ヲ管轄スル區裁判所ニ依レル假處分命令ニ關スル裁判ハ口頭辯論ヲ經タルト否トニ拘ラス決定ノ形式ヲ以テ之ヲ爲ス「メルク」(ヘルマン氏等)ハ口頭辯論ヲ經テ爲シタル裁判ノ形式ハ假差押手續ニ於ケルト同シク終局判決ニシテ決定ニ非スト論結スレトモガウプ「ゾキフエルト」(ラキルモースキー)氏等ノ反對スル所ニシテ又余輩ノ採ラサル所ナリ何トナレハ民事訴訟法第七百四十二條第一項第七百四十五條第七百四十六條第七百四十七條等ニ於ケルカ如ク終局判決ヲ以テ裁判スヘキ旨ヲ規定セサルヲ以テ民事訴訟法第七百六十一條第三項ニ所謂口頭辯論(第七百六十一條第三項ニ所謂「右裁判」ハ本條ニ揭ケタル裁判ヲ意味スルモノニシテ唯同條第二項ノ裁判ノミニ關係スト解スヘカラス)ハ任意的口頭辯論ニシテ又裁判ノ形式ハ決定ナリト謂ハサルヘカラスナルノミナラス係争物所在地ヲ管轄スル裁判所ノ裁判ハ元來假定ノ性質ヲ有

スルニ過キサレハナリ随テ當事者ノ一方カ關府スルモ關府判決ヲ爲スコトヲ得ス裁判ノ形式該區裁判所ハ假處分カ申請ヲ正當ト認メ假處分命令ヲ發シタルトキハ同時ニ職權ヲ以テ申請人ニ對シ假處分當否ニ付テノ口頭辯論ノ爲メ本案ノ管轄裁判所ニ相手方ヲ呼出スヘキ申立ノ期間ヲ定メサルヘカラス第七六一條第一項該期間ハ一ノ裁判上ノ期間タリ故ニ同意又ハ申立ニ因リ伸縮スルコトヲ得又休暇ニ因リ其進行ヲ停止セス第一七〇條裁判所構成法第一二九條面シテ裁判所カ斯ル期間ノ指定ヲ遺脱タルトキハ之カ爲メニ假處分ノ無効ト爲ルモノニ非ス寧ロ債權者若クハ相手方ノ申立ニ因リ何時ニテモ期間指定ノ補充ヲ爲スコトヲ得其他相手方ノ放棄殊ニ其同意若クハ假處分ノ正當ナル旨ノ認許ニ因リ又ハ債權者カ本案ノ管轄裁判所ニ於テ任意ニ假處分ノ當否ニ關スル手續ヲ開始シタルニ因リ期間指定ノ補充ヲ省略スルコトヲ得債務者ハ假處分命令ヲ發シタル區裁判所ノ裁判ニ對シテ抗告ヲ爲シ又民事訴訟法第七百四十四條及七百四十五條ニ基キ異議ノ申立ヲ爲スコトヲ得ス唯裁判所ノ指定期間ヲ債權者カ徒過シタル場合ニ於テ區裁判所ニ對シ其發シタル假處

分取消ノ申立ヲ爲スコトヲ得ルノミ蓋シ假處分ノ當否ハ本案ノ管轄裁判所カ裁判スヘキモノナレハナリ(假處分ノ命令及ヒ之ニ對スル不服ノ申立假處分ノ當否ニ付テノ口頭辯論ノ爲メ相手方ヲ本案ノ管轄裁判所ニ呼出スヘキ申立ヲ爲ス者ハ債權者ニシテ債務者ニ非ス然レトモ債務者ハ本案ノ管轄裁判所ニ於テ假處分ノ當否ニ付キ裁判ヲ受クルノ權利アルヲ以テ之カ爲メニ債權者ヲ該裁判所ニ呼出ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘシ本案ノ管轄裁判所ハ當事者ハ申立ニ因リテ假處分ノ當否ニ付テノ口頭辯論ノ爲メ相手方ヲ呼出シテ該辯論ヲ開始ス第七六一條面シテ該辯論ハ民事訴訟法第七百四十二條第七百四十五條第七百四十六條第七百四十七條ニ於ケル口頭辯論ト同シタ義務的口頭辯論ニシテ其裁判ノ形式ハ終局判決ニシテ又其内容ハ區裁判所ノ發シタル假處分命令ノ認可變更及ヒ取消タリ(第七五六條第七四五條等)但シ本案ノ管轄裁判所ハ假處分ノ當否ニ付テノ裁判前ニ區裁判所ノ發シタル假處分命令ノ執行ヲ停止スルノ權限ナシ(第五〇〇條第五一二條又本案ノ終局ニ至ルマテ假處分當否ニ關スル手續ノ中止ヲ命スルノ權限ナシ蓋シ本案ノ管轄裁判所ハ唯民事訴訟法第

七百六十一條ニ於テ規定シタル手續ニ於テ假處分ノ當否ニ付キ判決ヲ以テ裁判スルノ權限ヲ有スルノミナレハナリ債權者カ相手方ヲ本案ノ管轄裁判所ニ呼出スヘキ申立ニ付テノ期間ヲ徒過シタルトキハ區裁判所ハ債權者ノ申立ニ因リ其利益ノ爲メニ假處分ノ命令ヲ取消スノ裁判ヲ爲ス此場合ニ於テ區裁判所ハ債權者ノ口頭辯論ヲ經シテ裁判スルコトヲ得又債務者ノ爲シタル期間徒過ノ主張ニ付キ申請者タル債權者ヲ審訊スヘキ義務ヲ負ハス故ニ債權者ハ指定期間ニ本案ノ管轄裁判所ニ假處分ノ當否ニ關スル辯論開始ノ申立ヲ爲シタル旨ノ證明ヲ區裁判所ニ爲スノ義務ヲ負ハサレトモ之ヲ爲スヲ適當トス然レトモ區裁判所ハ指定期間ノ伸長カ法律上許サルヘキモノナルヲ以テ期間經過後ニ於ケル呼出ノ申立ヲ斟酌スルノ權利ヲ有シ又假處分取消ノ申立ニ關スル裁判ノ爲メニ口頭辯論ヲ開始セラレタルトキハ其辯論終結マテニ爲シ且テ證明セラレタル期限經過後ニ於ケル呼出ノ申立ヲ斟酌スルノ義務ヲ負フ(第二一四條)獨逸舊民事訴訟法第二〇九條第二項參照假處分取消ノ決定ニ對シテハ何等ノ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス何トナレハ該決定ハ假處分ノ命令ヲ取消

スモノニシテ其執行ヲ取消スモノニ非サルヲ以テ民事訴訟法第五百五十八條ノ適用ナキハ勿論民事訴訟法第七百五十四條第四項ノ準用ナケレハナリ假處分當否ニ付テノ裁判及ヒ假處分取消ニ關スル裁判

係爭物所在地ノ管轄裁判所カ假處分ノ申請ヲ不當ト認メ之ヲ却下シタルトキハ債權者ハ該裁判ニ對シ抗告ヲ爲スコトヲ得(第四五五條)申請却下ノ裁判及ヒ之ニ對スル不服申立係爭物所在地ヲ管轄スル區裁判所ノ行動ハ甚ニ制限セラレタルモノニシテ民事訴訟法第七百三十九條ニ於テ規定シタル區裁判所カ假處分裁判斷トシテ行動スルカ如ク假處分裁判斷トシテ行動スルモノニ非ス唯急迫ノ場合ニ假處分ノ命令ヲ發シ又指定期間徒過ノ場合ニ之ヲ取消スノミ故ニ其他ノ總テノ裁判殊ニ情況ノ變更第七四六條若クハ保證ニ依レル取消第七五九條並ニ民事訴訟法第七百四十六條ノ規定ニ依レル假處分ノ取消ハ本案ノ管轄裁判所ノ管轄ニ屬シ區裁判所ニ於ケル手續費用ノ負擔ヲ定メ且ツ費用確定決定ヲ發スルコト亦然リ區裁判所ノ行動ハ一時ノ性質ヲ有スルモノナルヲ以テ事件カ本案ノ管轄裁判所ニ繫屬スルヤ否ヤ直チニ消滅スルヲ當然トス

(係爭物所在地ヲ管轄スル區裁判所ノ權限)
特別ノ第二ハ係爭物及ヒ假ノ地位確定ニ關スル假處分ノ目的ヲ達スルニ必要ナル處分ノ選定カ裁判所ノ自由ナル意見ニ委任セラレタルコト是ナリ假處分ニ因リ避クヘキ危險ハ甚々複雑ナルヲ以テ其防禦手段ヲ豫想シテ之ヲ規定スルコトハ殆ト爲スコトヲ得サル所ナリ是レ我民事訴訟法カ假差押手續ト異ニシテ裁判所ヲシテ假處分ノ目的ヲ達スルニ必要ナル處分ヲ選擇セシムル所以ナリ故ニ裁判所ハ適當ナル處分ヲ選擇スルニ當リ當事者ノ申立ニ拘束セラルルコトナシ又上告裁判所ハ違法ナル裁判ト爲ラサル限ハ假處分ヲ命シタル裁判所ノ選定シタル處分ノ當否ヲ調査スルコトヲ得ス
裁判所ハ動產及ヒ不動產ノ保管ヲ命シ行爲若クハ不行爲ヲ強制スルカ如キ強制執行ノ限界ニ於テ適當ナル處分ヲ選擇スルコトヲ得殊ニ民事訴訟法第七百五十八條第二項ニ於テ例示スルカ如ク保管人ヲ置キテ動產不動產及ヒ人ヲ監守セシメ相手方ニ行爲ヲ命シテ建物ヲ支持セシメ若クハ行爲ヲ禁シテ不行爲ヲ命シテ道路ノ通行ヲ止メ給付ヲ命シテ養料ヲ支拂ハシムルコトヲ得而シテ

保管ヲ命シタル假處分ノ執行ハ目的物カ動產若クハ不動產ナルトキハ執達吏ヲ共力ヲ以テ之ヲ爲シ(第七三〇條第七三一條第三者ニ對スル債務者ノ權利ナルトキハ差押命令ヲ以テ之ヲ爲シ(第七三二條金錢ノ支拂ヲ目的トセサル行爲若クハ不行爲ノ執行ハ民事訴訟法第七百三十三條乃至第七百三十五條ニ則リ之ヲ爲シ不動產ノ讓渡若クハ抵當ヲ禁止シタル假處分ノ執行ハ假處分命令ヲ發シタル裁判所カ執行裁判所トシテ該禁止ヲ登記簿ニ記入スヘキ旨ヲ登記判事ニ囑託シ該判事カ之ヲ爲スニ依リテ之ヲ爲ス(第七五八條第三項第七五一條)
特別ノ第三ハ保證ヲ立テシメテ爲ス假處分ノ取消ハ唯特別ノ情況アルトキニ限リ例外トシテ之ヲ許スコト是ナリ蓋シ特定給付ノ保全及ヒ假ノ地位ヲ確定ハ通常金錢の擔保ヲ以テ代償セラルルモノニ非サルヲ以テ之ヲ換言セハ假處分ノ目的ハ通常保證ヲ立ツルコトニ因リテ達スルコト能ハサルモノナルヲ以テ特定金額ノ供託ニ依リ假處分ノ取消ヲ請求スヘキ債務者ノ權利ノ特別ノ情況アルトキノ制限ノ下ニ於テ認メタリ特別ノ情況ノ存否ハ裁判所カ自由ニ

判斷スル所ナリ故ニ裁判所ハ假差押ト異ニシテ特別ノ情況ノ存スルモノト認
メタル場合ニ非スルハ民事訴訟法第七百四十三條第七百四十五條第二項第
七百四十六條第一項ニ則リ保證ヲ立テシメテ假處分ノ取消裁判ヲ爲スコトヲ
得ス假處分ノ執行ヲ取消ス裁判ハ決定ノ形式ヲ以テ第七百五十四條第一項又
假處分ノ命令ヲ取消ス裁判ハ終局判決ノ形式ヲ以テ之ヲ爲ス後者ノ判決ニハ
職權ヲ以テ假執行ノ宣言ヲ付シ(第五〇一條第四項)占有狀態ノ確定ノ如キ唯
一時ノ處分ニ關シテハ申立ニ因リ原狀ノ回復ヲ命スルコトヲ得然レトモ假處
分ノ結果トシテ既ニ給付シタルモノ(例ヘハ養料)ノ返還請求カ假處分ノ取消ヲ
爲シタル場合ニ成立スルヤ否ヤハ民法ニ從ヒテ定ムル所ニシテ民事訴訟法ニ
從ヒテ定ムルモノニ非ス其他假處分ノ費用ハ其取消カ假處分ヲ不當ナリト
スル理由ニ基クトキニ限リ申立人ノ負擔ニ屬ス又保證ヲ立テタル後ニ於テ執
行機關ニ依レル執行行為並ニ執行處分ノ停止並ニ取消タルヲ言テ埃タス(第五
五〇條第五一一條)

公示催告手續及ヒ仲裁手續

第一章 公示催告手續

(一) 意義及ヒ要件

公示催告ハ失權ノ效力ヲ付シテ不分明ノ相手方ニ對シ其有スル請求又ハ權利
ヲ行使セシムルカ爲メニ公示シテ爲ス裁判上ノ催告ナルヲ以テ公示催告手續
トハ法律ニ定メタル場合ニ限リ不分明ノ相手方ニ對シ其有スル請求又ハ權利
ヲ失權ノ效力ヲ付シテ裁判所ニ届出ツヘキ旨ヲ公示シテ催告スル裁判上ノ手
續ナリト謂フコトヲ得ヘシ是ヲ以テ公示催告手續ノ要件トシテ第一ニ催告ハ
裁判所ノ發シタルモノナルコトヲ要ス蓋シ公示催告手續ハ一ノ特別訴訟手續
タレハナリ(ワ)民ハ非訟事件ト認ムルモノノ如シ故ニ當事者ノ爲シタル催
告殊ニ債務履行ノ催告第五四一條ハ茲ニ所謂公示催告ニ屬セス第二ニ催告ハ
不分明ナル相手方ニ對シ公示シテ爲スモノナルコトヲ要ス不分明ノ相手方ト
ハ獨リ居所ヲ不分明ナル相手方ノミナラス何人タルコト分明ナラサル相手方

ヲ包含ス故ニ公示催告ハ不在者又ハ何人タルコト分明ナラサル相續債權者ニ對シテ爲スコトヲ得ヘシ分明ナル特定ノ相手方ニ對シテハ其有スル請求又ハ權利ノ行使ヲ公示シテ催告スルノ必要ナシ第三ニ催告ハ裁判所ニ請求又ハ權利ノ届出ヲ爲サシムルカ爲メタルコトヲ要ス民事訴訟法第七百六十四條第一項ニ於テ「請求又ハ權利ノ届出」ト規定シタルハ届出ノ目的カ既ニ請求ノ形體ヲ有シタル權利ノミナラス公示催告ノ申立人カ請求ノ成立ノ爲メニ保全行爲トシテ爲ス權利正當ノ希望ヲ包含スタルコトヲ示シタルニ外ナラス故ニ未タ特定ノ事項ヲ要求スルノ程度ニ達セサル利害關係人ノ權利狀態モ亦届出ノ目的ト爲ルコトヲ得ヘシ第四ニ催告ニハ届出ヲ爲ササレハ失權ヲ生スル效力アルコトヲ要ス催告ニ應ジテ届出ヲ爲ササリシ相手方ハ之ニ因リテ損害ヲ受ク其損害ハ權利ノ喪失又ハ其主張ノ困難タリ(第七百六十四條第一項ニ於テ「失權ヲ生ズル效力」ト規定シタルハ甚タ狭キニ失ス又其損害ハ特別法ノ規定ニ因リテ法律上當然生スルコトアリ或ハ除權判決ノ言渡ニ因リテ生スルコトアリ蓋シ我民事訴訟法ハ除權判決ヲ以テ失權ノ效力發生ノ前提要件ト爲ササリシヲ以テ

ナリ民事訴訟法第七百六十九條ハ唯失權ノ效力發生ニ付キ除權判決ヲ要スル場合ニ於ケル手續ヲ規定シタルニ止マレハナリ而シテ失權ノ效力ヲ發生スルニ非スシテ單ニ無効ナル法律關係カ有效ナル外觀ヲ有スルコトヲ防止スル爲メニスル催告ノ如キハ公示催告ニ屬セス第五ニ催告ハ法律ニ定メタル場合ニ屬スルコトヲ要ス民事訴訟法ハ公示催告ノ手續ヲ規定シ之ヲ許スヘキ法律關係前提要件申立權者及ヒ失權ノ效力範圍等ヲ規定セスシテ實體法ニ讓リタリ蓋シ斯ル事項ハ民事訴訟法ニ於テ規定スヘキモノニ非サレハナリ民事訴訟法第七百六十四條第一項ニ於テ「法律ニ定メタル場合」ト規定シタルハ斯ル法意ニ外ナラス民法施行法第五七條、人事訴訟手續法第七〇條、商法第二八一條(二) 催告手續ノ通知
我民事訴訟法ハ催告手續ノ通則トシテ管轄裁判所公示催告申立ノ形式之ニ付テノ裁判、公示催告ノ内容、公示催告ノ公告、公示催告期間、除權判決不服申立ノ訴及ヒ公示催告ノ併合ヲ規定シタリ
(A) 管轄裁判所 公示催告手續ハ實體法ヲ規定ニ從ヒテ不分明ノ相手方ニ對

シ其有スル請求又ハ權利ヲ失權ノ效力ヲ付シテ裁判所ニ届出ヲヘキ旨ヲ公示シテ催告スルノ權利アル者ノ申立ニ因リテ開始ス該申立ニ關スル事物ノ管轄ハ區裁判所ニ屬ス第七六四條第二項獨逸裁判所構成法第二三條第二號是レ事件カ其性質上簡易ナルヲ以テナリ土地ノ管轄ハ民事訴訟法第七十九條ニ規定シタルモノヲ除ク外民事訴訟法ニ規定セシメタルノ注意ニ外ナラス

(B) 申立ノ形式 公示催告ハ實體法ノ規定ニ從ヒテ申立權ヲ有スル者ノ申立ニ因リテ之ヲ爲シ裁判所カ職權ヲ以テ之ヲ爲スモノニ非ス不干涉審判主義ノ適用該申立ハ申請ノ形式ヲ以テシ訴ノ形式ヲ以テセサルコトハ明白ニシテ又區裁判所ノ管轄ニ屬スルカ故ニ書面又ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得第七六五條第一項第三七四條而シテ申立ニ表示スヘキ事項即チ内容ハ公示催告ヲ許ス法律關係ノ種類ニ從ヒテ各異ナレリ故ニ通則トシテ民事訴訟法ニ於テ之ヲ規定セス(第七八〇條參考)

(C) 申立ニ付テノ裁判 管轄裁判所ハ公示催告ヲ爲ス以前ニ於テ職權ヲ以テ

實體法ニ從ヒ公示催告ノ申立ヲ許スヘキヤ否ヤヲ調査セサルヘカラス而シテ申立ヲ直チニ却下スルコトヲ欲セサルトキハ申立人ニ書面又ハ口頭ニテ其申立ヲ釋明シ又ハ補充セシムルコトヲ得又同一ノ目的ノ爲メニ職權ヲ以テ申立人ヲ呼出シ口頭辯論ヲ命スルコトヲ得此場合ニ於ケル口頭辯論ハ片面的口頭辯論タリ斯ル場合ニ於テ申立人カ出頭セサルトキハ唯提出セラレタル申立ニ基キテ裁判ヲ爲シ關席判決ニ關スル規定ニ依ルヘキモノニ非ス管轄裁判所ハ其調査ノ結果申立ヲ不當ナリト認メタルトキハ決定ヲ以テ申立ヲ却下スヘキ旨ノ裁判ヲ爲シ決定ノ形式ヲ以テ裁判スルハ申立ニ付テノ裁判カ口頭辯論ヲ前提要件ト爲ササル法意ヨリシテ疑ヲ容レサル所ナリ該決定ハ言渡ヲ爲ササル場合ニ於テハ迅速ヲ爲ササルヘカラス(第二四五條第三項又該決定ニ對シテ抗告ヲ爲スコトヲ得第四五條)而シテ申立カ除去スルコトヲ得ヘキ欠缺ノ爲メニ却下セラレタルモノナルトキハ爾後適當ノ補充ヲ爲シ何時ニテモ更ニ申立ヲ爲スコトヲ得ルヤ當然ナリ之ニ反シテ申立ヲ正當ナリト認メタルトキハ公示催告ヲ爲ス面シテ此公示催告ハ申立ヲ是認シタル裁判ヲ當然包含スルモノ

ナルヲ以テ決定ノ形式ニ於テ申立人ニ言渡ヲ爲ササル以上ハ職權ヲ以テ逡遑ヲ爲ササルヘカラス(第二四五條)裁判所カ申立テ條件附又ハ其他ノ方法ニテ正當ナリト認メタルトキハ特別ノ決定ヲ以テ公示催告ノ體裁及ヒ之ヲ許スヘキ旨ヲ宣告シ申立人ヲシテ抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ欲スルカ又ハ裁判所カ適當ニ認メタル方法ニ從ヒテ公示催告ヲ爲スコトヲ欲スルカヲ選定セム

(D) 公示催告ノ内容 公示催告ノ内容即チ公示催告ニ表示スヘキ事項ハ各場合ニ於ケル法律關係ニ從ヒ實體法ノ規定裁判所ノ意見及ヒ申立人ノ利害ヲ標準トシテ之ヲ定メ民事訴訟法第七百六十五條第三項ハ例示的ニ必要ニシテ缺クヘカラスル事項ヲ規定シタリ(第七六五條第三項)………引用其第一ハ申立人ノ表示ニシテ通常申立人ノ氏名住所身分及ヒ職業ヲ表示シテ之ヲ爲ス其第二ハ請求又ハ權利ヲ公示催告期日マテニ届出ツヘキ旨ノ催告ニシテ單純ナル期日ノ指定ヲ以テ足レトセス其第三ハ届出ヲ爲ササルニ因リ生スヘキ失權ノ表示ニシテ這ハ民事訴訟法第七十三條第二項ニ規定シタル原則ノ例外

ヲ爲スモノタリ失權ハ實體法ニ從ヒテ生スルモノナレトモ公示催告中ニ於ケル失權ノ表示ハ公示催告ノ申立ニ符合セサルヘカラス隨テ該申立ト異ナル失權ノ表示ヲ爲スヘキ公示催告ハ其申立人ノ同意ナクシテ之ヲ爲スコトヲ得ス故ニ單ニ實體法ニ於ケル内容ヲ表示スルヲ以テ其效力アルモノト認ムヘカラス其第四ハ公示催告期日ノ指定ニシテ這ハ届出期間ノ終了期ト爲リ第七六八條「………看倣ス引用除權判決ノ申立第七六九條及ヒ該期日ニ又ハ其以前ニ爲シタル届出ニ關スル辯論期日ト爲ル

届出ハ其之ヲ爲スヘキ者ニ除權セラルヘキ虞アル請求又ハ權利ノ存スルコトヲ知ラシムル旨ノ意思表示ニシテ請求ノ主張ニ非ス隨テ其理由ヲ付シ又之ヲ證明スルノ要ナシ性質届出ハ公示催告ヲ命シタル裁判所ニ之ヲ爲スヘク申立ヲ爲スモ其效ナシ又其届出ハ其形式ニ付キ法律上何等ノ明文ナキヲ以テ書面又ハ口頭ニテ公示催告期日以外ニ之ヲ爲スコトヲ得若クハ該期日ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得後者ノ場合ニ於テハ調査ニ其旨ヲ記載セサルヘカラス届出ノ時期ハ除權判決前タルコトヲ要シ公示催告期日ノ終局前タルコトヲ要セス故

裁判所カ熟慮スルカ爲メニ又ハ其他ノ理由ニ因リ第七六九條第二項第七七一條第七七二條第七七四條公示催告期日ニ於テ直チニ除權判決ヲ言渡サスシテ新期日ヲ定メタル場合ニ於テハ該判決ノ言渡アルマテ有效ニ届出ヲ爲スコトヲ得且ツ成ルヘク懈怠シタル行爲ヲ追完セシムルコトヲ得セシムルノ法意ニ外ナラス(第七六八條)届出ノ形式及ヒ時期)

(四) 公示催告ノ公示及ヒ公示催告期間 公示催告ハ裁判所書記カ公示催告ヲ爲シタル決定ニ基キ職權ヲ以テ之ヲ公告ス(第一五七條第一項參考)而シテ其公告ノ方法ハ(1)裁判所ノ揭示板ニ公示催告ノ正本ヲ揭示シ(2)官報又ハ公報ニ公示催告ノ全文ヲ掲載シ(3)公示催告ノ抜抄ヲ一箇又ハ數箇ノ新聞紙ニ一同又ハ數回掲載シテ之ヲ爲ス(1)及ヒ(2)ハ命令的規定ナルヲ以テ他ノ特別法ニ於テ之ヲ變更スルコトヲ得ス又他ノ特別法ニ於テ別段ノ公示方法ヲ設ケタルトキト雖モ(1)及ヒ(2)ノ公示方法ハ之ヲ省略スルコトヲ得ス然レトモ(3)ハ補充的公示方法ヲ規定シタルモノニ過キサルヲ以テ若シ他ノ特別法ニ於テ別段ノ公示方法ヲ設ケタルトキハ後者ニ依ルヘキヤ當然ナリ證書無効ノ宣告ヲ爲ス場合ニ

關シテハ民事訴訟法第七百八十二條ノ規定ヲ參考スヘシ但シ公告ノ方法ニ關スル規定ハ必要の法規ナルヲ以テ之ニ適スル公告ヲ爲ササル場合ニ於テハ除權判決ニ對スル不服申立ノ理由ヲ成ス(第七六六條申立人ニ公告ノ施行ヲ通知スルコトハ特別法ニ於テ別段ノ規定ナキ限りハ法律上之ヲ必要トセス(第七六六條)蓋シ申立人ハ其申立ヲ是認シタル公示催告ニ關スル決定ノ逕達若クハ言渡ニ依リ公示催告期日ヲ知了シ且ツ適當ノ時期ニ書類ノ閱覽ヲ受タルコトヲ得ヘケレハナリ(第二二四條)

公示催告期間トシテ公示催告ヲ官報又ハ公報ニ掲載シタル日ト公示催告期日トノ間ニハ少クトモ二箇月ノ時間ヲ存スルコトヲ要ス此期間ハ最短期ヲ示シタルモノナルヲ以テ裁判所ハ自由ナル意見ニ從ヒテ之ヨリ長キ期間ヲ定ムルコトヲ得ヘシ又該期間ハ當事者ノ行爲ノ爲メニ規定セラレタルモノニ非スシテ却テ裁判所ノ爲メニ規定セラレタルモノナルヲ以テ民事訴訟法第六十四條ニ規定シタル期間ニ非ス隨テ民事訴訟法第六十八條ノ規定ノ適用ナシ其他公示催告期間ニ關スル規定ハ補充的性質ヲ有スルヲ以テ他ノ特別法ニ於テ

別段ノ規定アルトキハ後者ニ依リ又必要の規定ナルヲ以テ法律ニ適スル公示催告期間ノ存セザルトキハ除權判決ニ對スル不服申立ノ理由ヲ爲ス(第七六六條第七四條第二項)

(F) 除權判決 公示催告期日ニ於テ公示催告申立人カ出頭セザルトキハ唯公示催告期日ヨリ六箇月ノ期間内ニ限リ許スヘキ申立人ノ申請ニ因リ新期日ヲ定ム而シテ其新期日ハ之ヲ公告スルコトヲ要セス第七七一條第七七二條此ノ如ク申立人カ公示催告期日ニ出頭セザルトキハ除權判決ノ言渡ヲ爲サヌ又期日ニ出頭シタル利害關係人ヲシテ關席判決ヲ求ムル旨ノ申立ヲ爲スコトヲ許サスシテ申立人ノ申立ニ因リ新期日ヲ定ムル理由ハ蓋シ公示催告手續ハ訴ニ非ス故ニ關席判決ニ關スル手續ニ依ルコトヲ得ス(第二四六條申立人ノ申立ナキヲ以テ除權判決ヲ爲スコトヲ得ヌ又申立人ノ期日ニ出頭セザルカ爲メニ從前ノ公示催告手續ハ其效力ヲ失ハス是ヲ以テ公示催告期日ヨリ六箇月ノ期間内ニ申立人ニ新期日指定ノ申立ヲ認メ公示催告手續ヲ完結セシムルノ法意ニ外ナラス該六箇月ノ期間ハ公示催告期日ニ於テ定メタル期日ヨリ進行スヘ

キ一ノ法定期間ニシテ不變期間ニ非ス故ニ裁判所ノ休暇ニ因リテ其進行ヲ停止ス(第一六八條又該期間内ニ於テ唯一同ニ限リ公示催告申立人ハ新期日ヲ定ムル旨ヲ申請スルコトヲ得ルノミ蓋シ法律ハ申立人カ新期日ニ出頭セザル場合ニ於ケル手續ヲ規定セザルヨリシテ疑ナケレハナリ故ニ新期日ヲ懈怠シタル申立人ハ縱令前示ノ期間ヲ經過セザル場合ニ於テモ更ニ新期日ヲ定ムル旨ノ申立ヲ爲スコトヲ得ス然レトモ公示催告期日ニ出頭シタル申立人カ續行期日ト認ムヘキ期日ニ出頭セザリシ場合ニ於テハ新期日ヲ定ムル旨ノ申立ヲ爲スコトヲ得ルヤ當然ナリ該期間ノ經過後ハ申立人カ新ニ公示催告ヲ申請スルコトヲ得此場合ニ於テハ更ニ全手續ヲ施行セザルヘカラス該新期日ハ唯申立人ニ對スルノミナルヲ以テ之ヲ公告スルノ必要ナシ然レトモ新期日指定ノ決定ハ之ヲ言渡ササル場合ニ限リ公示催告申立人若シ公示催告期日ニ又ハ其以前ニ届出ヲ爲シタル關係人ニ職權ヲ以テ送達セザルヘカラス(第二四五條第三項何トナレハ民事訴訟法ハ公示催告期日ニ關スル審判ニ於テ口頭辯論ニ關スル通則ヲ適用シ(第七六九條第七七〇條)第七七十二條ニ於テ新期日ノ公告ヲ

要セサル旨ヲ規定シタルニ外ナラサレハナリ其他民事訴訟法第七百七十二條ハ除權判決ノ前手續民事訴訟法第七百六十九條第二項ニ基ケル探知ノ爲メニスル期日及ヒ民事訴訟法第七百七十條ニ基ク中止ニ因リテ定マルヘキ新期日ニ關シ適用セラル何トナレハ這ハ何レモ公示催告手續ヲ完結スル爲メノ新期日ナレハナリ

公示催告期日ニ於テ公示催告申立人カ出頭シタルトキハ適法ナル請求又ハ權利ノ届出アリタル場合ト否トヲ區別シ(ハ)後者ノ場合ニ於テハ申立人又ハ其承繼人カ一般ノ規定ニ從ヒ第一〇九條乃至第一一七條第一一二條第一一二條乃至第一三四條除權判決ヲ求ムル旨ノ申立ヲ爲シ且ツ公示催告ヲ許スヘキ前提要件並ニ除權判決ヲ爲スヘキ理由ニ付キ演述ヲ爲ス蓋シ裁判所ハ其公示催告決定ニ付キ他ノ訴訟指揮的決定ニ於ケルト同シク福束セラレサルヲ以テナリ裁判所ハ其調査上形式及ヒ實質ニ涉リテ民事訴訟法第一百十二條ニ從ヒ發問權ヲ行使シ裁判ヲ爲ス前ニ詳細ナル探知ヲ爲スヘキ旨ヲ命シ又證據調ヲ爲スコトヲ得是ヲ以テ性質上片面的タル辯論數同ニ涉リ且ツ辯論續行期日ヲ言渡サ

サルトキハ職權ヲ以テ申立人ヲ新期日ニ呼出ササルヘカラス而シテ辯論ノ結果申立ヲ形式上又ハ實體上不當ナリト認メタルトキハ決定ヲ以テ除權判決ノ申立ヲ却下スル旨ヲ言渡ス第二五三條第二四五條第一項申立人ハ該決定ニ對シ即時抗告ヲ爲スコトヲ得第四六六條第二項參考若シ即時抗告期間ヲ徒過シタルトキハ公示催告申立ノ效力消滅ス但シ新ニ該申立ヲ爲スコトヲ妨ケス之ニ反シ申立ヲ適法ニシテ且ツ理由アリト認メタルトキハ除權判決ヲ言渡ス(第二三二條乃至第二三七條第二四五條第一項第七五條第二項申立人ニ對スル此判決ノ送達ハ法律上之ヲ必要トセス但シ申立人ハ民事訴訟法第七百七十五條ニ規定シタル期間ヲ進行セシムルカ爲メニ分明ナル利害關係人ニ送達ヲ爲スヘキ旨ヲ申立ツルコトヲ得(第二三八條除權判決ニ或請求ノ留保又ハ失權ニ關スル附限ヲ附シタルトキハ此制限又ハ留保ニ對シ申立人ハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得何トナレハ斯ル制限又ハ留保ハ申立却下ト同視スヘキモノナレハナリ公示催告手續費用ハ前示ノ各裁判ニ於テ裁判セサルヘカラス而シテ民事訴訟法第七十二條ニ從ヒ期日ニ於テ異議ヲ申立テタル相手方ノ負擔ニ屬セ

タルモノハ公示催告申立人ノ負擔ニ歸スルヤ當然ナリ(b)前者ノ場合ニ於テハ即チ利害關係人カ期日前ニ於テ届出ヲ爲シ又ハ届出ノ目的ニテ期日ニ出頭シタル場合ニ於テハ届出ニ關シテ亦辯論ヲ爲ス蓋シ事情ニ從ヒ届出ノ事實カ公示催告ノ全手續ヲ終了シ茲ニ其申立却下ヲ正當ナラシムルニ足レハナリ是以テ裁判所ハ届出人カ公示催告期日ニ出頭セタルトキト雖モ届出人ニ對シテハ公示催告期日ニ呼出ノ手續ヲ爲スノ要ナシ該期日ニ公示セラルレハナリ(c)届出ヲ斟酌シ且ツ之ニ基キテ詳細ナル探知ヲ命スルコトヲ得又裁判所ハ届出人カ公示催告期日ニ出頭シタルトキト雖モ其届出人ノ請求又ハ權利ノ當否ニ付キ裁判ヲ爲スコトヲ得斯ル事項ハ公示催告手續ノ目的ニ非サレハナリ要スルニ届出ハ裁判所カ除權判決ヲ爲スノ前提要件存否ノ調査上參考ニ供スルモノニ外ナラス而シテ裁判所カ斟酌スヘキ届出ノ趣旨カ公示催告申立人ノ申立ノ理由トシテ主張シタル權利ヲ爭フモノニ非サルトキ即チ(d)届出ノ旨趣カ手續ノ欠缺殊ニ公示催告決定ニ際シ看過セラレ爲メニ手續ニ於ケル欠缺ト爲ルヘキ公示催告申立ニ關スル欠缺若クハ公示催告手續ノ前提要件ニ於テ存スル

欠缺ヲ主張スルニ在ルトキハ裁判所カ之ヲ正當ナリト認メタル場合ニ於テ除權判決申立却下ノ判決ヲ爲シ(2)公示催告事件ノ性質ニ從ヒ届出ノ事實ニ依リ公示催告ノ全手續ヲ當然終局シタルモノト看做ス場合例ヘハ不在者カ公示催告期日マテニ其生存ノ届出ヲ爲シ人事訴訟法手續法第七二條又ハ失權ノ宣告ヲ求ムヘキ證書ノ提出アリタル場合ニ於テ公示催告申立人カ斯ル届出アルニモ拘ラス除權判決ヲ求ムル申立ヲ爲シタルトキハ決定ヲ以テ之ヲ却下ス(3)届出ノ旨趣カ公示催告申立人ノ主張シタル權利ノ制限ノミヲ主張スルコトヲ目的トシタルトキ例ヘハ不動産ノ所有權ノ公示催告ニ付キ之ヲ制限スヘキ他物權ヲ届出ヲタルトキハ唯届出ヲタル請求ヲ失權セシムルニ至ルヘキ除權判決ヲ爲スコトヲ得サルノ結果ヲ生スルノミ然レトモ届出ノ趣旨カ公示催告申立人ノ申立ノ理由トシテ主張シタル實體的權利ヲ爭フモノナルトキ例ヘハ不分明ノ相續人ニ對スル公示催告ニ於テ近親相續人ナリト届出又ハ土地ノ所有權ノ公示催告ニ於テ反對所有權ノ届出アリタルトキハ届出カ適法ナル場合ニ於テ裁判所ハ裁判ヲ爲スヲ得ス蓋シ公示催告手續ハ届出ヲ爲ササル總利害關

係人ニ對シ法定ノ失權ヲ確定スルコトヲ目的トスルニ止マレハナリ唯事情ニ從ヒ届出タル權利ニ付テノ裁判確定スルマテ公示催告手續ヲ中止シ又ハ除權判決ニ於テ届出タル權利ヲ留保スヘキノミ事情ニ從ヒ届出權利カ有名無實ト認メタル場合ニ於テハ留保シテ除權判決ヲ爲スラ正當トス中止ヲ命スル決定ニ對シテハ抗告又中止ヲ拒ム決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得第一八九條但シ後者ニ對シテハ裁判所ハ即時ニ除權判決ヲ言渡ナスシテ詳細ナル探知ヲ命シタル場合ニ非スシハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得サルヤ明白ナリ又前者ノ裁判ヲ爲シタル場合ニ於テ裁判所ハ職權ヲ以テ又ハ抗告ニ基キテ該裁判ヲ取消シ職權ヲ以テ新期日ヲ定ムルコトヲ得ヘシ第七七二條中止又ハ留保ノ場合ニ於テハ民事訴訟法ニ從ヒ別訴訟ニ於テ届出タル權利ニ付キ管轄裁判所ノ判決ヲ受クヘキモノナリ届出ハ不適法ナル場合ニ於テハ除權判決ノ言渡ト併合シテ之ヲ却下スヘキモノナルヤ當然ナリ(第七七一條)

除權判決即チ失權ヲ宣言シタル裁判失權ノ程度ハ各實體法ニ依ルハ他ノ判決ニ同シタ公開シタル法廷ニ於テ言渡シテ之ヲ爲ス(第二三二條乃至第二三七條)

第七七五條第二項然レトモ他ノ判決ト異ニシテ(a)公示催告申立人カ期日ニ出頭セサルトキハ判決ヲ言渡サスシテ民事訴訟法第七七一條ノ規定ニ從フ(b)裁判所ハ其自由ナル意見ニ從ヒテ除權判決ノ重要ナル旨趣ヲ一同又ハ二回以上官報又ハ公報ニ掲載シテ公告ヲ爲スコトヲ得第七七三條第七八四條是レ利害關係人ニ除權判決ヲ知ラシムルノ法意ニ外ナラス(c)除權判決ノ形式的確定力ハ言渡ニ因リテ發生シ爾後之ニ對シ上訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス(第七七四條第一項)又故障ヲ申立ツルコトヲ得ス蓋シ公示催告申立人ハ除權判決ニ對シ不服ヲ申立ツヘキ理由ナク失權ノ效果ヲ受クヘキ届出ヲ懈怠シタル者ハ當事者ニ非サルヲ以テ上訴ヲ爲スコトヲ得ス又除權判決ハ口頭辯論ニ基キ本案ニ付キ爲シタル判決ニシテ關席判決ニ非サルヲ以テ故障ノ目的ト爲ルモノニ非サレハナリ但シ除權判決ニ付シタル制限又ハ留保ニ對シテハ前述ノ如ク即時抗告ヲ以テ攻撃スルコトヲ得ルカ故ニ言渡ニ因リテ確定シ上訴ヲ爲スコトヲ得タル除權判決ハ失權ヲ宣告シタル部分ニ外ナラサルヤ明白ナリ其他除權判決ニ對シテハ取消ノ訴又ハ原狀回復ノ訴ニ因リ再審スルコトヲ得

ス(第四六七條蓋シ民事訴訟法ハ除權判決ニ對スル特種ノ不服申立ノ訴ヲ認メ且ツ其原因ヲ制限シ規定シ他ノ不服申立方法ヲ認メザレハナリ除權判決ノ實體的確定力ハ公示催告ヲ以テ戒示シタル失權ノ確定ニ存ス該確定力ハ主觀的ニ公示催告ヲ受ケタル總利害關係人ニ對シテ發生スルノミ故ニ他ノ者殊ニ公示催告以後ニ權利ヲ讓受ケタル者ニ對シテハ除權判決ニ基ク確定力ヲ對抗スルコトヲ得ス

(G) 不服申立ノ訴 不服申立ノ訴第七七五條不服申立ノ訴……ハ除權判決ノ言渡ニ因リ其確定力ヲ對抗セラル利害關係人カ申立人ヲ相手方トシ法定ノ前提要件ノ下ニ於テ該確定力ノ除去ヲ目的トスル訴ナリ訴ノ形式ヲ以テスルハ當事者ノ權利ニ關係スルヲ以テナリ隨テ申立人ハ不服申立ノ訴ヲ提訴スルコトヲ得ナルヤ當然ナリ左ニ法定セル前提要件ヲ略述スヘシ

(a) 管轄裁判所 不服申立ノ訴ハ催告裁判所ノ所在地ヲ管轄スル(土地ノ管轄)地方裁判所ノ管轄事物ノ管轄ニ屬シ訴訟物ノ價額ハ之ヲ問ハサルナリ(第七七四條第二項)而シテ該管轄ハ專屬ナリトノ法文アラサルヲ以テ合意上他ノ裁判

所殊ニ催告裁判所ニ不服申立ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ(フツチング氏カ專屢管轄ナリト云ヘルハ法文上ノ根據ナキ見解ナリ)第七七四條第二項

(b) 場合 不服申立ノ訴ハ其範圍甚タ狹少ニシテ法定ノ場合ニ該當スルニ非スシハ之ヲ提起スルコトヲ得ス(第七七四條第二項「左ノ場合」)是レ公示催告手續ハ催告裁判所ニ證明セラレタル事實ト屆出期間ノ徒過トニ因リ確實ナリト認定スヘキ表面の結果ヲ表彰スルニ外ナラサルヲ以テ爾後ニ於ケル事實ノ調査及ヒ裁判官ノ判斷ヲ許ストキハ公示催告手續ノ目的ヲ達スルコト能ハサルニ至ルヲ以テナリ是ヲ以テ除權判決ノ前提要件タル事情カ爾後虛偽ナリトシテ證明セラレタルトキ例ヘハ滅失シタルトノ證書カ失權宣告再ヒ舊主ノ占有ニ歸シタルトキニ於テモ除權判決ヲ取消スコトヲ許サス斯ル場合ニ於テハ除權判決並ニ該判決ニ基キテ新調シタル證書ヲ所持シ被害者カ損害賠償又ハ不當利得ノ訴ヲ提起シテ救済ヲ得ルノ外何等ノ途ナシ法定ノ場合ノ第一ハ法律ニ於テ公示催告手續ヲ許ス場合ニ非サルトキニシテ法律上公示催告ヲ許サザル場合ニ公示催告ニ關スル法則ヲ適用シタルトキハ是レ公示催告ニ法律上ノ

基礎ヲ缺クニ外ナラス故ニ不服申立ノ訴ノ原因ト爲ルハ當然ナリ公示催告ニ於テ法律上理由ナキカ又ハ法律上發生セサル失權ヲ戒示シタル場合亦然リ之ニ反シテ公示催告ニ於テ適當ニ失權ヲ戒示シタルモ除權判決ニ於テ他ノ失權ヲ宣告シタルトキハ又公告ニ於テ毫モ失權ノ戒示ナキトキハ法定ノ場合ノ第二(第七七四條第二項第二號)該當シ其第一ニ該當セス第二ハ民事訴訟法第七百六十六條ニ從ヒ公示催告ニ付テノ公告ヲ爲サス又ハ他ノ法律ニ定メタル方法ヲ以テ公告ヲ爲ササルトキニシテ第三ハ公示催告ノ期間ヲ遵守セサルトキ(第七六七條)ニシテ第四ハ判決ヲ爲ス判事即チ公示催告ヲ爲ス判事ニ非スシテ除權判決ヲ爲ス判事カ法律上職務ノ執行ヨリ除斥セラレタルトキニシテ第四百六十八條第一項第二號第四百三十六條第二號ト同一法意ナリ(第五八適法ナル届出アリタルニ拘ラス其請求又ハ權利ヲ法律ニ從ヒ判決ニ於テ願ミサルトキ(第七七〇條)ニシテ第六ハ罰セラルヘキ行爲ノ爲メニ原狀回復ヲ許スヘキ要件ノ存スルトキ(第四六九條第一項第一號乃至第五號第二項是ナリ(第七七四條第二項此第二乃至第六ニ該當スル除權判決ハ法意ニ反セサル正當ノ判決ト認ムル

コトヲ得ス故ニ不服申立ノ訴ヲ以テ攻撃スルコトヲ得セシムルハ當然ナリ
(c) 期間 不服申立ノ訴ハ一箇月ノ不變期間内ニ之ヲ起ササルヘカラス第七五條第一項(第四七四條第一項)是レ事物ノ關係ヲ長期間不確定タラシムルハ公益ニ反スレハナリ故ニ裁判所ハ經令民事訴訟法第二百五十九條第四百十九條第四百六十三條ニ於ケルカ如ク明文ナシト雖モ職權ヲ以テ該期間ノ遵守ヲ調査セサルヘカラス(第四百七十七條)場合ト異ニシテ疏明ノ要ナシ該期間ハ前述シタル第一第二及ヒ第五ノ場合ニ於ケル不服申立ノ訴ニ關シテハ原告カ除權判決ヲ知リタル日ヨリ起算ス除權判決ヲ知リタル日トハ原告カ事實上之ヲ知リタル日ニシテ之ヲ知リタルモノト看做スヘキ日ヲ指示セス故ニ除權判決ハ官報又ハ公報ニ掲載シテ公告シアアルノミヲ以テ原告カ當然該判決ヲ知リタルモノト謂フコトヲ得ス唯此公告ハ原告カ事實上除權判決ヲ知リタル旨ノ證據ト爲ルノミ又前述シタル第四及ヒ第六ノ場合ニ於ケル不服申立ノ訴ニ關シテハ原告カ不服申立ノ理由ヲ知リタル日ヨリ起算ス但シ原告カ除權判決ヲ知ル日ノ以前ニ於テ既ニ不服申立ノ理由ヲ知リタルトキハ除權判決ヲ知リ

タル日ヨリ起算ス而シテ該期間ヲ徒過シタルトキハ不變期間ノ效力トシテ除權判決力縱令法律ニ於テ許ス場合ニ非ナルトキト雖モ第七七四條第二項第一號期間ヲ徒過シタル者ニ對シテ確定シ不服申立ノ訴ヲ以テ攻撃スルコト能ハサルコトト爲ル不服申立ノ訴ハ除權判決ノ言渡ノ日ヨリ起算シテ五箇年ノ満了後ハ提起スルコトヲ得ス斯ル制限ハ民事訴訟法第四百七十四條第三項ト同一法意ニ出ツ

(d) 不服申立ノ訴 不服申立ノ訴モ亦一ノ訴ニ外ナラサルヲ以テ訴訟物ノ價額ハ民事訴訟法第三條ニ從ヒ原告カ除權判決ノ除去ニ依リテ享有スヘキ利益ニ基キテ之ヲ定メ訴訟手續ニハ通常訴訟ニ關スル通則ヲ適用シ又不服申立ノ訴ニ付テノ判決ニ對シテハ上訴故障及ヒ再審ノ訴ヲ申立ツルコトヲ得而シテ除權判決ノ取消ニ因リ原告ノ敗訴ヲ前提トスル第三者ノ權利ノ被ルヘキ影響ハ實體法ニ從ヒテ之ヲ定ム

(II) 公示催告ノ併合 催告裁判所ハ時間ト費用トヲ節略スルノ目的ヲ以テ總令民事訴訟法第二百十條ノ條件ノ存セザルトキト雖モ同一ノ申立人若クハ種

種ノ申立人ノ爲シタル數箇ノ公示催告ノ併合ヲ命スルコトヲ得第七七六條是ヲ以テ催告裁判所ハ遲延ヲ來ササル限リハ申請者ノ意思ニ反シテモ公示催告ノ併合ヲ命シ又公示催告ノ期間及ヒ其期日ヲ同一ニ定ムルコトヲ得ル限リハ公示催告ノ場合カ同種ニ非スト雖モ公示催告ノ併合ヲ命スルコトヲ得

(三) 催告手續ノ特則

我民事訴訟法ハ催告手續ノ特則トシテ喪失シタル手形引受ノ有無ヲ問ハス其他商法ニ無効ト爲スコトヲ得ヘキ旨ヲ定メタル證書及ヒ法律上公示催告手續ヲ許ス他ノ證書ニ關スル公示催告手續ニ付キ特ニ民事訴訟法第七百七十七條以下ニ於テ規定ヲ設ケタリ(商法第二八一條舊商法第七一條第四〇三條)此ノ如ク民事訴訟法第七百七十七條以下ハ特則ナルヲ以テ之ト抵觸セサルモノニ關シテハ前述ノ通則ヲ適用スルヤ當然ニシテ又法律上公示催告手續ヲ許ス他ノ證書ニ關シテハ其特別法ニ於テ特別規定ヲ設ケタルトキニ限り該特別法適用スルヤ當然ナリ而シテ喪失シタル即チ盜取セラレ又ハ紛失所在不分明若クハ滅失形體ノ消滅シタル手形其他金錢其他ノ物ノ給付ヲ目的トスル指圖證

券又ハ無記名證券ヲ公示催告手續ヲ以テ無効ナリト宣言スルコトヲ得セシムルハ蓋シ證券カ盜難ニ罹リ又ハ紛失シタルトキハ不正ノ占有者カ該證券ヲ以テ支拂若クハ引渡ヲ受クルノ虞アリ此危險ニ對シテ權利者ヲ保護セサルヘカラス又權利者ハ一旦支拂又ハ引渡ヲ受ケタルニモ拘ラス爾後該證券ヲ發見シタルヲ奇貨トシ再ヒ權利ヲ主張スルノ虞アリ此危險ニ對シテ義務者ヲ保護セタルヘカラス又證券カ滅失シタルトキハ引替ノ方法ヲ以テ當事者雙方カ安全ニ目的物ノ授受ヲ完了スルコトヲ得サルヲ以テナリ(第七七七條)

(A) 管轄裁判所 證書無効宣言ノ公示催告手續ハ事物ノ管轄トシテハ區裁判所ニ屬スルコト明白ニシテ(第七六四條第二項又土地ノ管轄トシテハ第一ニ證書ニ表示シタル履行地ヲ管轄スル裁判所ニ屬ス證書ニ表示シタル履行地トハ唯テ證書ニ履行地ト明示シタルモノヲ指示スルノミナラス法律上ノ規定ニ依リ又ハ證書ニ記載シタル事項ニ基キ裁判上履行地ト認定スルコトヲ得ヘキ地ヲモ指示ス二箇以上ノ履行地カ證書ニ明示セラレタルトキハ各履行地ノ管轄裁判所カ管轄權ヲ有ス但シ履行地カ內國ニ在ルト外國ニ在ルトハ之ヲ區別ス

ルノ要アリ第二ニ證書ニ履行地ヲ表示セス隨テ第一ノ管轄裁判所ナキトキハ履行人カ公示催告ヲ申立ツルノ當時ニ於テ有スル普通裁判籍所在地ヲ管轄スル裁判所ニ屬ス(第一〇條以下普通裁判籍ヲ異ニスル數人カ證書ヲ發行シタルトキハ各履行人カ普通裁判籍ヲ有スル地ノ各裁判所ニ屬ス第三ニ第二ノ裁判所ナキトキハ履行人カ證書發行ノ當時ニ於テ普通裁判籍ヲ有セシ地ヲ管轄スル裁判所ニ屬ス而シテ履行人カ證書發行ノ當時ニ於テモ普通裁判籍ヲ有セシ地ナキトキハ我帝國ニ於テ公示催告手續ヲ爲スコトヲ得サルモノタリ此ノ如ク證書ニ履行地ノ表示ナキ場合ニ於テハ第二ノ裁判所又第二ノ裁判所ナキ場合ニ於テ第三ノ裁判所カ公示催告手續ヲ管轄スト規定シタルハ蓋シ當事者ハ公示催告申立ノ當時ニ於ケル履行人ノ普通裁判籍又若シ之ヲ缺クトキハ證書發行ノ當時ニ於ケル履行人ノ普通裁判籍所在地ニ於テ履行ヲ爲スヘキ意思ヲ有ストノ觀念ニ基キ(第七七九條第一項)證書ヲ發行スルノ原因タル請求ヲ登記簿ニ記入シタルトキハ其物ノ所在地ノ裁判所ノ管轄ニ專屬ス例ヘハ抵當債權證書ヲ發行シ且ツ之ヲ登記シタルトキハ抵當物ノ所在地ヲ管轄スル裁判所

カ公示催告手續ニ付キ管轄ヲ有スルカ如シ(第七七九條第二項民事訴訟法第七百七十九條第一項ニ規定シタル裁判所ノ管轄ハ同條第二項ニ規定シタル裁判所ノ管轄ト異ニシテ專屬タル旨ヲ明示セズ然レトモ數箇ノ管轄裁判所ナク又特定ノ相手方ナキ結果トシテ管轄ノ合意不能ナルヲ以テ專屬タルヤ明白ナリ(一) 申立ノ形式 證書ノ無効宣言ノ爲メニ爲ス公示催告ノ申立ハ其之ヲ求ムル證書ニ因リ權利ヲ伸張シ得ヘキ者カ申請ノ形式ヲ以テ之ヲ爲ス(第七七八條第二項)本條ニ於テ證書ニ因リ權利ヲ主張シ得ヘキ者テハ廣汎ノ用語ヲ採リタルハ唯リ債權ノミナラス株券ノ如キ共有權ヲ證スル證書ニ因リテ權利ヲ主張スルコトヲ得ヘキ場合及ヒ質入ノ場合ニ於ケルカ如ク一箇ノ證書ニ因リ種種ノ權利ヲ主張スルコトヲ得ヘキ總テノ場合ヲ包含セシメンカ爲メナリ故ニ(一)無記名證券又ハ裏書ヲ以テ移轉シ得ヘク且ツ略式裏書ヲ付シタル證書(商法第二八一條、第四五七條第二項等)ニ付テハ最終ノ所持人カ公示催告手續ヲ申立ツルノ權ヲ有シ最終ノ所持人ハ斯ル證書ニ關シテハ唯リ權利者タルノミナラス義務者タルコトアリ例ヘハ手形義務者カ其義務完済後受取リタル手形ヲ紛失

シタルカ如キ場合ニ於テハ該義務者カ最終ノ所持人トシテ公示催告申立メ權ヲ有ス(二)其他ノ證書指圖證券其他裏書ヲ以テ移轉シ得ヘク且ツ商法第四百五十七條第一項ノ裏書ヲ付シタル手形ニ付テハ實體法ノ規定ニ依リテ定マルヘキ證書ニ因リ權利ヲ主張シ得ヘキ者カ公示催告手續ヲ申立ツルノ權ヲ有ス證書ニ因リ權利ヲ主張シ得ヘキ者ハ唯リ債權者タルノミナラス債務者タルコトアリ例ヘハ債務者カ抵當權者ニ對シ債務ヲ完済シタルカ爲メニ抵當權者ヨリ受取リタル證書ニ因リ抵當ノ登記抹消ヲ請求スルコトヲ得ル場合ニ於テ該證書ヲ紛失シタルカ如キ是ナリ(第七七八條) 證書ノ無効宣言ヲ求ムル公示催告ノ申請ニハ其憑據トシテ民事訴訟法第七百六十五條ノ規定ニ依ルノ外第一ニ證書ノ謄本ヲ差出シ又ハ證書ノ重要ナル旨趣及ヒ證書ヲ十分ニ認知スルニ必要ナル諸件ヲ開示セザルヘカラス而シテ證書ノ重要ナル旨趣(内容)及ヒ證書ヲ十分ニ認知スルハ必要ナル諸件ノ如何ナルモノナルヤハ事實問題ニ屬ス又特ニ明文ナキヲ以テ聽證謄本タルコトヲ要セズ第二ニ證書ノ盜難紛失滅失及ヒ公示催告申請ノ權利ノ係ル事實ヲ疏明セザ

ルヘカラス而シテ證書ノ盜難紛失及ヒ滅失ノ疏明中ニハ證書ノ取得及ビ占有ノ疏明ノ存スルヲ疑フ容レス(第七八〇條)此第一及ヒ第二ノ事實ハ民事訴訟法第七百七十七條第一項ニ規定シタル證書ニ關スル公示催告手續ヲ申立ニ付テハ義務的ニシテ且ツ十分のタリ然レトモ同條第二項ニ規定シタル證書ニ關スル公示催告手續ノ申立ニ付テハ特別規定ニ依リ左右セラルルモノタリ(第七七七條第二項)

(C) 申立ニ付テノ裁判 公示催告許可ノ調査及ヒ其裁判ハ前述シタル所ト同一ナリ(第七六五條)

(D) 公示催告ノ内容 催告裁判所カ公示催告ノ申請ヲ正當ナリト認メタルトキハ公示催告ヲ爲ス而シテ公示催告ニハ民事訴訟法第七百六十五條ニ依リテ外向キ第一ニ證書ノ所持人ニ對シ公示催告期日ヲマテ第七六八條適用其有スル權利ヲ裁判所ニ届出テ且ツ其證書ヲ裁判所ニ提出スヘキ旨ヲ催告シ第二ニ失權トシテ證書ノ無効宣言ヲ爲スヘキ旨ヲ戒示セサルヘカラス(第七八一條)

(四) 公示催告ノ公告及ヒ公示催告期間 證書無効宣言ノ爲メニスル公示催告

ノ公告ハ通常ノ公示催告ノ公告ニ比シ甚タ嚴密ニシテ公示催告ヲ裁判所ハ揭示板ニ揭示シ且ツ官報又ハ公報ニ掲載スルノ外(第七八二條第一項第七六六條)新聞紙ニ三回掲載シ且ツ催告裁判所ノ所在地ニ取引所アルトキハ其取引所ニモ亦揭示シテ之ヲ爲ス(第七八二條)是レ利害關係人ニ成ルヘタ知ラシムルノ法意ニ外ナラス但シ該公告ハ唯民事訴訟法第七百七十七條第一項ニ規定シタル證書ノ公示催告ニ關シテノ義務的タリ何トナレハ其他ノ證書ニ關シテハ特別規定ノ左右スル所ナレハナリ(第七七七條第二項)

公示催告ヲ官報又ハ公報ニ掲載シタル日ト公示催告期日トノ間ニハ少クトモ六箇月ノ時間ヲ存スルコトヲ要ス(第七八三條)該期間ヲ存セサルトキハ公示催告期日ニ於テ除權判決ヲ爲スコトヲ得ス事口適當ノ時間ヲ存シテ新期日ヲ指定セサルヘカラス(第七七四條第二項第三號)

(F) 除權判決 公示催告期日ニ於テ公示催告申立人カ出頭セサルトキハ民事訴訟法第七百七十一條及ヒ第七百七十二條ノ規定ニ依リ新期日ヲ定メ公示催告申立人カ出頭シタルトキハ適法ナル届出及ヒ證書ノ提出ヲ受タルト否トヲ

四別シ此後ノ場合ニ於テハ除權判決ヲ宣渡ス第七六九條該判決ニ於テハ證書ヲ無効ナリト宣言シ(公示催告ノ目的且ツ法律上明文ナキモ當然證書ヲ成ルヘカ明白ニ表示シ又該判決ノ重要ナル旨趣ヲ官報又ハ公報ヲ以テ公示セサルヘカラス(第七八四條第一項第二項可シ第七七三條得)但シ此公告タルヤ裁判所ニ對スル職務ニ屬スルヲ以テ之ヲ缺クモ除權判決ノ失効ヲ來スモノニ非ス前者ノ場合ニ於テハ證書ノ適法ナル提出ニ因リ公示催告手續ノ終局ヲ來シ目的ヲ達シタルヲ以テ別ニ裁判ヲ爲スコトナシ然レトモ公示催告申立人ト證書ノ提出者トノ間ニ於テ喪失シタル證書ト提出シタル證書ト同一ナルヤ否ヤニ付キ爭ヲ生シ若クハ第三者カ公示催告期日ニ於テ又ハ其以前ニ於テ公示催告申立人ニ對シ此間ノ何人カ公示催告申立ノ權ヲ有スルヤ證書ニ因リ權利ヲ主張スルコトヲ得ルノ權ヲ有スルヤヲ爭ヒタルトキハ民事訴訟法第七百七十條ニ從ヒテ處分セサルヘカラス何トナレハ此等ノ爭ハ通常訴訟ニ於テ實體法ニ基キ裁判スヘキモノナレハナリ

除權判決ニ於テ言渡サレタル證書無効ノ宣言ハ申立人ノ爲メニ喪失シタル證書

書ヲ所持スルト同一ノ效力ヲ生シ申立人ハ證書ヲ所持スル場合ト同シテ證書ニ因リ義務ヲ負擔スル者ニ對シ(實體法ニ從ヒテ新ル義務ヲ定ム)第三者ニ非ス)證書ニ因レル權利ヲ主張スルコトヲ得蓋シ公示催告ハ證書ニ因リ權利ヲ主張スルコトヲ得ル者ノ申立ニ因リ爲シタルモノナルヲ以テ除權判決以後ト雖モ證書ニ因リ義務ヲ負擔スル者以外ニ效力ヲ及スモノニ非サレハナリ故ニ申立人ト第三者トノ法律關係ハ除權判決ニ於ケル證書無効宣言ノ爲メニ何等ノ影響ヲ受ケス唯無効ナリト宣言セラレタル證書ノ所持人カ爾後證書ニ因リ權利ヲ當然主張スルコトヲ得サルノミ(第七八五條)

(G) 不服申立ノ訴 證書ノ無効ヲ宣言シタル除權判決モ亦不服申立ノ訴ヲ以テ攻撃スルコトヲ得ルヤ前述スル所ニ同シ唯一點特別ナルハ無効宣言ヲ取消シタル判決ヲ其確定後官報又ハ公報ヲ以テ公告スヘキコト是ナリ(第七八四條第三項)是レ民事訴訟法第七百八十四條第二項ヨリ生スル結果ニ外ナラス而シテ公告ハ法律上別ニ明文ナキモ第一審裁判所ノ書記ノ爲スヘキモノナルヤ當然ナリ

第二章 仲裁手續

(一) 意義及要件

私法的法律關係ニ關スル訴訟事件ハ唯リ民事訴訟ノ途ニ依リ國家ノ法律保護ヲ直接ニ要求スルコトニ因リテ終局スルノミナラス又法律行為ニ基キ終局スルコトヲ得ヘシ蓋シ國家ハ其固有ノ強制手段ヲ以テ特定ノ前提要件ノ下ニ於テ訴訟事件ノ終局ヲ目的トスル法律行為ノ實效アラシムルカ爲メノミニ權力ヲ制限スルコトヲ得ヘケレハナリ民事訴訟法上ノ和展第五五九條第三號第四號及ヒ仲裁判斷ハ即チ民事訴訟ノ途ニ依ラス法律行為ニ基キ私法的法律關係ニ關スル訴訟事件ヲ終局セシムルノ制度タリ仲裁判斷ハ羅馬法ニ於テ認メラレ獨逸普通法ノ實際ニ於テ發達シ我國其他ノ諸國ノ法律ニ於テ採用シタル有益ノ制度ニシテ當初羅馬ニ於テハ當事者ハ仲裁契約ニ依リテ選定シタル一人若クハ數人ノ仲裁人ニ私法的訴訟事件ノ判斷ヲ委任スルコトヲ得而シテ該仲裁契約ハ當事者ノ一方カ審判ノ爲メ仲裁人ノ面前ニ出頭セス若クハ仲裁判斷

ニ服從セサル場合ニ於テ當事者ノ他ノ一方ニ違約金ヲ支拂フ旨ヲ約スルニ逸キス故ニ當事者ノ一方ハ仲裁契約ノ存スルニ拘ラス通常裁判所ニ起訴スルコトヲ得唯違約金トシテ特定ノ違約金ヲ支拂フヘキ責任アルノミ其他羅馬法ノ仲裁判斷ハ毫モ判決タルノ效力ヲ有セス故ニ該判斷ニ基キテ強制執行ヲ爲スコトヲ得ス事口違約金ノ支拂若クハ違約金損害賠償ヲ目的トスル所ノ原因タルコトヲ得ルノミ近世ノ法制ニ於テハ之ニ反シテ仲裁契約ハ其目的物ニ關シテ通常裁判所ニ起訴スルコトヲ得セシメタルノ效力ヲ有シ仲裁判斷ハ當事者間ニ於テハ確定判決ト同一ノ效力ヲ有シ且ツ執行判決ヲ受クル條件ノ下ニ於テ強制執行ノ基礎ト爲ルノ效力ヲ有ス故ニ近世ニ於ケル仲裁契約ハ羅馬法ニ於ケルモノト大ニ其趣ヲ異ニシ純然タル契約法上ノ基礎ヲ脱シ益々公法的制度ト爲レリ仲裁手續ハ訴訟ニ均シキ手續ナリ蓋シ仲裁契約ハ訴訟ト同シテ判斷的ニ訴訟事件ヲ終局スルコトヲ目的トシ且ツ訴訟ト殆ト類似シタル手段ヲ以テ其目的ヲ達スルヲ以テナリ然レトモ訴訟其モノニ非ス蓋シ仲裁契約ハ當事者ノ意思ニ根據シ法律保護強制力應用ニ根據スルモノニ非ス仲裁人ノ行動ハ

法則ノ適用ニ非スシテ其自由ナル意見ニ從ヒ爭ヲ調和セシムルニ外ナラサルハナリ

我民事訴訟法ハ獨逸民事訴訟法ト同シク民事訴訟法ニ於テ訴訟の性質ヲ有スル仲裁判斷ノ執行ニ關スル規定ヲ設クルニ止マラス實體法ノ範圍ヲ侵シ仲裁契約ノ成立效力及ヒ消滅仲裁判斷ノ效力等ニ關スル實體法ニ屬スヘキ規定ヲ設ケタリ是レ北獨逸及ヒ近世南獨逸ノ訴訟法ノ立法例ニ基ケルモノニシテ立法上ノ便宜ニ出テタルモノナリ立法上ノ見解トシテハ獨立ノ法典ヲ爲スヲ正當ト思フ(仲裁手續概念仲裁手續ハ國家ノ裁判所構成ニ依ラス一私人ノ法律行為ニ因リテ選定セラレタル第三者仲裁人カ訴訟事件ニ關シテ爲ス審理及ヒ判斷ノ手續ヲ總稱スルモノタリ是ヲ以テ仲裁手續ハ第一ニ、私人ノ法律行為ニ因リテ選定シタル第三者ノ判斷タルコトヲ要シ法律ニ依リテ任命セラレタル仲裁人ノ判斷ニ付キ適用ナシ訴訟事件ヲ裁判所ニ終局セシメスシテ一私人タル仲裁人ニ終局セシムル法律行為ニハ二種アリ其第一ハ仲裁契約ニシテ即チ當事者カ裁判所ノ判決の保護ヲ拋棄シ仲裁判斷ニ服從スヘキ趣意ニテ訴訟事件ヲ一人

若クハ數人ノ仲裁人ノ判斷ニ委スルコトヲ約スル私法の行為ニシテ和解ノ目的ト類似スル目的ヲ有ス其第二ハ第三者ノ仲裁人タル職務引受契約ニシテ即チ一方ニ於テハ仲裁契約ヲ締結シタル當事者カ他ノ一方ニ於テハ第三者ト此若クハ仲裁人タル職務引受ヲ爲スヘキコトヲ目的トスル契約ニシテ *Reephonabitt*ト稱スルモノタリ我民事訴訟法ハ獨逸民事訴訟法ニ於ケルト同シク引受契約ニ付キ何等ノ規定ヲ設クルコトナク之ヲ實體法ノ法則ニ委テ唯仲裁契約ノミニ付キ詳細ナル規定ヲ設ケタリ該規定ニ來レハ(a)仲裁契約ノ成立要件トシテ(1)當事者カ訴訟物ニ付キ和解ヲ爲ス權利アルコトヲ要ス蓋シ仲裁契約ハ和解ト同シク一ノ處分行爲ナレハナリ(第七八六條故ニ客觀的ニ訴訟物カ和解ノ目的タルコトヲ得ルモノナルヲ要ス隨テ身分ニ關スル訴訟物ノ如キ讓歩ヲ爲スコトヲ得サルモノニ付キ仲裁契約ヲ爲スコトヲ得ス又主觀的ニ當事者ハ和解ヲ爲スノ權利ヲ有セサルヘカラス即チ自由ニ訴訟物ヲ處分スルノ能力ヲ有セサルヘカラス(民法第五條第一二條第一四條無能力者ノ法定代理人カ爲ス仲裁契約締結ノ權限ニ關シテハ民法第八百八十六條第九百二十九條舊商法

第一千九條等ヲ參考スヘシ訴訟代理人ハ和解ヲ爲ス特別委任ヲ受タルニ因リ仲裁契約締結ノ權限ヲ有スヘシ(第六五條第二項)仲裁契約ノ目的ハ若シ仲裁契約微リセハ通常民事裁判所ノ管轄ニ屬スヘキ訴訟事件ノ判斷タルコトヲ要ス然レトモ該訴訟事件カ仲裁契約成立ノ當時ニ於テ既ニ現存スルモノタルコトヲ要セス契約ニ於テ表示セラレタル特定ノ權利關係及ヒ其關係ヨリ生スル將來ノ爭タルコトヲ得ヘシ權利關係ノ特定ヲ以テ足レリトシ仲裁契約成立ノ當時ニ成立セルコトヲ要セス故ニ既ニ締結シタル若クハ締結スヘキ會社契約若クハ保險契約ニ於テ成立スヘキ訴訟事件ニ關スル仲裁契約ハ適法ナレトモ仲裁契約ノ當事者間ニ於テ將來成立スヘキ不特定ノ訴訟事件ニ關スル仲裁契約ハ不適法ナリ蓋シ當事者間ニ於テ將來成立スヘキ總訴訟事件ヲ特定ノ一人ノ判斷ニ委スル旨ノ契約ハ空漠ニ失シ法律上之ヲ認ムヘキモノニ非サレハナリ(第七八六條第七八七條)仲裁人ノ表示若クハ其選定方法ノ表示ハ仲裁契約ノ成立要件ニ非サルコトハ民事訴訟法第七百八十八條ニ依リテ明白ナリ(b)仲裁契約ノ效力トシテ各當事者ハ訴訟事件ヲ仲裁手續ニ於テ終局セシムヘキ

義務ヲ負フ故ニ(1)各當事者ハ仲裁判斷ヲ爲サシムルカ爲メ必要ナル諸件ヲ爲スヘキ義務ヲ負フ隨テ當事者ノ一方カ其義務ヲ履行セサルトキハ之ニ對シ他ノ一方カ起訴及ヒ執行ニ因リ義務ノ履行ヲ強制スルコトヲ得ヘシ(第七三四條)民法施行法第五五條(仲裁契約成立確定ノ訴)仲裁人ノ選定ヲ目的トスル訴ヲ提起スルコトヲ得ルハ疑ナシ第八〇五條(2)當事者ノ一方カ其義務ニ反シ訴ヲ訴附帶訴訟若クハ督促手續ニ依リ仲裁契約ノ目的タル訴訟事件ニ於ケル請求ヲ通常裁判所ニ於テ主張シタルトキハ當事者ノ他ノ一方ハ仲裁契約ノ抗辯ヲ提出シテ訴ヲ却下セシムルコトヲ得ヘシ該抗辯ハ其性質上訴訟法上ノ抗辯ニシテ實體法上ノ抗辯ニ非ス又妨訴抗辯殊ニ無訴權又ハ管轄違ノ抗辯ニ非ス多數ノ學者殊ニ「ダウブ」「ウキル」「モースキー」「ゾキフエルド」氏等ハ仲裁契約ノ抗辯ヲ和解契約ノ抗辯ト同視シ契約上ノ義務ヨリ發生スルモノナルヲ以テ實體法上ノ抗辯ナリト主張スレトモ「ワラハ」「シニミット」氏等ノ主張スルカ如ク仲裁契約ノ抗辯ハ單ニ權利ヲ裁判スルニ依ラス却テ仲裁判斷ニ依リテ確定スヘキモノタル旨ヲ主張スルニ止マリ權利ノ性質及ヒ範圍ニ影響ヲ及ホスヘキ旨趣ヲ主

張スルモノニ非ス之ヲ換言セハ給付義務ニ對スル抗辯ニ非スシテ判決ヲ受タル義務ニ對スル抗辯タリ故ニ該抗辯ハ防禦義務ノ否認即チ權利ノ内容ニ關係ナキ權利實行ノ一形式ニシテ訴訟法上ノ抗辯タリ訴訟事件ハ仲裁契約ニ因リテ訴訟事件タル性質ヲ喪失スルモノニ非ス訴訟事件ハ當事者ノ意思ニ因リテ性質ヲ變更スルモノニ非ス故ニ仲裁契約ノ抗辯ハ無訴權ノ妨訴抗辯ニ屬セス(無訴權ノ抗辯ハ裁判所ト行政官廳トノ關係ニ於テ行ハルモノタリ)又コレレ氏ハ仲裁契約ヲ以テ管轄ノ合意ト同視シ仲裁契約ノ抗辯ハ管轄違ノ妨訴抗辯ナリト主張スレトモ仲裁契約ノ抗辯ハ前述ノ如ク甲裁判所ニ繫屬シタル事件カ乙裁判所ノ管轄ニ屬スル旨ヲ主張スルモノニ非ス故ニ管轄違ノ妨訴抗辯ニ屬セサルヤ當然ナリ(管轄違ノ抗辯ハ多數ノ裁判所間ノ關係ニ於テ行ハルモノタリ)仲裁契約ノ抗辯ハ仲裁手續開始セラレタルト否トニ拘ラヌ之ヲ提出スルコトヲ得然レトモ仲裁判斷ノ言渡アリタルトキハ仲裁契約カ之ニ依リテ終局スルヲ以テ該契約ニ基ク抗辯ハ之ヲ提出スルコトヲ得ス仲裁判斷カ其後取消サレタル場合亦同シ(第八〇一條第八〇二條外國ニ於テ締結シ

タル仲裁契約モ亦該契約ニ基ク抗辯權ヲ發生ス仲裁契約カ假差押及ヒ假處分ノ申請ヲ爲スノ妨ト爲ササルコトハ爭ナシ(○)仲裁契約ノ消滅トシテ當事者カ合意ヲ以テ豫定ヲ爲サリシトキニ限リ(1)仲裁契約ハ其之ニ於テ特定ノ人ヲ仲裁人ニ選定シ其仲裁人中ノ或人カ死亡シ又ハ其他ノ理由ニ依リ欠缺シ(疾病適當ノ忌避等ニ因リ職務ヲ施行スルヲ得サルニ至リシカ如キ)又ハ其職務ノ引受ヲ拒ミ又ハ引受ケタル後仲裁人ノ取結ヒタル契約ヲ解キ(第七百九十一條ニ所置職務ノ施行ヲ拒ミト同一意ニシテ明示タルト默示タルト又法律上理由アルト否トノ區別ヲ問ハサルナリ)仲裁人カ民事訴訟法第七百九十九條ノ手續ヲ盡スヲ拒ムカ如キハ之ニ屬ス而シテ法律ハ仲裁人ノ取結ヒタル契約ヲ解クノ事實アルノミヲ以テ足レリトシ當事者カ仲裁人ニ對シ其債務ノ履行ノ訴ヲ提起シ且ツ強制執行(第七三四條)民法施行法第五條ヲ爲スコトヲ前提要件トセス斯ル執行ハ殆ト仲裁契約ノ目的ヲ達スルコトヲ得サレハナリ但シ各當事者ハ仲裁人ニ對シ債務履行ノ訴ヲ起スノ權利ヲ有シ義務ヲ負ハサルハナリ又ハ其債務ノ履行ヲ不當ニ遲延シタルトキハ消滅ス(不當遲延ノ存否ハ事實問題ニシ

仲裁判官ノ自由ニ判斷スル所ナリ是レ當事者カ仲裁契約ニ於テ特定ノ仲裁人ヲ選定シタルハ唯該仲裁人ノ判斷ノミニ因リ爭ヲ終局センカ爲メナリ故ニ該仲裁人カ其職務ヲ施行スルコトヲ得ス又之ヲ拒絕シタルトキハ當事者カ斯ル場合ニ處スルカ爲メニ豫定ヲ爲サザリシ以上ハ仲裁契約ノ失效ヲ來スモノト謂フヘシ然ラズンハ當事者ノ意思ニ反スヘシ(2)仲裁人カ其意思ノ可否同數ナル旨ヲ當事者ニ通知シタルトキ(1)ノ場合ト異ニシテ仲裁契約ニ於テ仲裁人ヲ選定シタルトキノミナラス爾後民事訴訟法第七百八十八條第七百八十九條ニ則リ當事者若クハ裁判所カ仲裁人ヲ選定シタルトキニモ適用アリ又契約ニ於テ比較多數ヲ以テ足レリトストノ豫定ナキ以上ハ過半數ノ賛同意見ナキ場合ニモ本號ノ場合ト同視スヘキモノタリ(ニ消滅ス蓋シ斯ル場合ニ於テハ仲裁人モ亦裁判所モ優等ノ意見ヲ選定スルノ權限ナキヲ以テナリ)第七九三條當事者ノ死亡若クハ破産ハ仲裁契約ノ内容ニ從ヒ專屬ニ非サル限りハ該契約ノ消滅原因ト爲ラス破産手續中破産者ニ對スル手續ノ施行ハ訴訟ト同一ノ限界ニ於テ行ハル又相手方ノ認諾ハ仲裁契約消滅ノ原因ト爲ラス事ロ仲裁人バ認諾

ニ從ヒテ判斷セサルヘカラス而シテ仲裁人カ前示ノ(1)ノ場合ニ於テ仲裁手續ヲ進行シタルトキハ民事訴訟法第八百一條第一項第一號ニ從ヒテ取消ヲ求ムルコトヲ得ヘク又仲裁契約ノ消滅ハ訴ヲ以テ確定スルコトヲ得ヘシ(第八〇五條其他仲裁契約カ其仲裁判斷ノ目的タル權利關係ヲ定ムル他ノ契約ニ附帶シタルトキハ仲裁契約ノ失效ト共ニ本契約カ消滅スルヤ否ヤハ事情ニ從ヒ殊ニ契約ノ解釋上定マルヘキ問題ナレトモ本契約カ其效ヲ失ヒ又ハ爾後無効ナリト認メラレタル場合ニ於テハ仲裁契約亦其效ヲ失フヤ當然ナリ但シ契約上本契約ノ有效並ニ存續其モノモ仲裁判斷ノ目的ト爲リ隨テ本契約カ仲裁契約成立ノ前提要件ト爲ラサル場合ニハ此限ニ在ラス蓋シ斯ル場合ニ於テハ仲裁契約ハ獨立ニ存在スルモノナレハナリ又仲裁契約ハ一ノ契約ナルヲ以テ其無効取消及ヒ解除等ハ民法ノ定ムル所ニ依ル第二三三條第三者ヲシテ審理及ヒ判斷ヲ爲サシムルモノタルコトヲ要ス此第三者ヲ仲裁人ト謂フ和解ハ當事者自身カ若クハ其代理人カ判斷ヲ爲シ訴訟事件ヲ終局セシムルモノナルヲ以テ仲裁契約ニ屬セス仲裁契約ト和解トノ區別第三ニ權利關係、通、常、民、事、訴訟、事

件ハ審理及ヒ判斷ヲ目的トス故ニ行政上ノ訴訟事件ノ如キ公示の請求及ヒ特別裁判所ノ權限ニ屬スル請求ニ關スル判斷ハ仲裁手續ノ目的ト爲ラス又權利關係ニ關セスシテ第三者ニ爲サシムル損害範圍ノ鑑定及ヒ相當代價ノ評定等ノ如キ事實ノ調査ニ關スルモノハ仲裁手續ニ屬セス蓋シ民事訴訟法ノ一編タル仲裁手續ハ民事訴訟法ノ適用範圍ヲ超越スヘキモノニ非サレハナリ

(二) 仲裁人ノ選定

仲裁手續ノ進行ニ關シテハ第一ニ仲裁人ヲ選定セサルヘカラス仲裁人ノ選定ニ關シテハ先ツ仲裁契約ノ效力トシテ其定ニ依リ次ニ斯ル定ナキトキハ當事者各一名ノ仲裁人ヲ選定スルノ權利ヲ有シ又斯ル義務ヲ負フ(第七八八條是レ法律カ仲裁契約ニ於テ仲裁人ノ選定ニ關スル定ヲ爲ササル當事者ノ意思ヲ推定シ不完全ナル意思表示ヲ補足シタルモノタリ元來羅馬法及ヒ寺院法ニ依レハ選定スヘキ特定ノ仲裁人ヲ表示セサル仲裁契約ハ其效ナシ獨逸普通法ニ於テハ之ニ反シテ特定ノ仲裁人ノ表示ヲ以テ仲裁契約成立ノ要件ト爲サナリシ獨逸民事訴訟法及ヒ我民事訴訟法亦然リ(特定ノ仲裁人ヲモ表示シタルモノヲ

完全ノ仲裁契約ト謂ヒ將來選定スヘキ仲裁人ニ由リ特定ノ訴訟事件ヲ判斷セシムヘキ旨ヲ定メタルニ過キサルモノヲ不完全ノ仲裁契約ト謂フ加之獨逸民事訴訟法及ヒ我民事訴訟法ハ仲裁契約ニ於テ仲裁人選定方法及ヒ其員數ヲ約定スルヲ要件トセス却テ仲裁契約ニ於テ仲裁人選定方法及ヒ其員數ヲ約定セサル場合ニ前示ノ如キ法則ヲ設ケタリ(仲裁契約ニ於テ一名ノ仲裁人ヲ選定スヘキ旨ヲ約定シ又ハ第三者ニ選定ヲ委任スル旨ヲ約定シタル場合ニ於テ當事者カ選定シタル一人ノ仲裁人ニ付キ同意セス又ハ第三者カ仲裁人ヲ選定セサルトキハ當然仲裁契約ノ消滅ヲ來シ當事者ノ意思解釋ノ問題ト爲ラサルヤ當然ナリ斯ル場合即チ法律ニ依リ當事者カ各一名ノ仲裁人ヲ選定スルノ權利ヲ有シ又契約ニ依リ當事者カ各一名又ハ數名ノ仲裁人ヲ選定スルノ權利ヲ有スル場合ニ於テ仲裁契約ノ履行ヲ欲スル當事者ノ一方ハ其選定シタル仲裁人ヲ書面ニテ(確實ヲ期スルカ爲メニ)相手方ニ指示シ(送達ヲ要セス通知ヲ以テ足レリトス但シ當事者ハ其證據ヲ具フルヲ適當トス)且ツ同一ノ手續ヲ爲スヘキ旨ヲ催告ス其同一手續ヲ爲スヘキ期間ハ催告ヲ受ケタル日ヨリ七日内ニシテ

其計算ハ民事訴訟法第六十六條ノ規定ニ依ル而シテ該期間ハ純然タル民法上ノ行爲ノ爲メニ存スルモノナルヲ以テ當事者ハ合意ヲ以テ伸縮スルコトヲ得ヘシ相手方カ該期間ヲ徒過シタルトキ即チ該期間經過以前ニ催告ヲ爲シタル當事者カ仲裁人選定ヲ指示セタル書面ヲ受領セサルトキハ該當事者ハ相手方ノ義務不履行ニ因リ民法ニ從ヒ仲裁契約ヲ解除スルノ權ヲ有シ又ハ訴ヲ以テ管轄裁判所ニ仲裁人ノ選定ヲ申立ツルコトヲ得裁判上ノ選定ヲ目的トスル權利ハ仲裁契約ニ原因スルヲ以テ民法的性質ヲ有シ訴訟的性質ヲ有セス(第八〇五條此場合ニ於テ裁判所ハ其自由ナル意見ニ基キ終局判決ヲ以テ仲裁人ヲ選定ス第七八九條第二項(契約上仲裁人ノ選定カ當事者ノ一方又ハ第三者ニ委任セラレタルトキハ民事訴訟法第七百八十九條ノ適用ナシ)約定又ハ法定上仲裁人選定權ヲ有スル當事者ノ一方ハ相手方ニ仲裁人選定ノ通知ヲ爲シタル後ハ相手方ニ對シ其選定ニ羈束セララル(第七九〇條故ニ仲裁人ノ選定ハ其通知カ相手方ニ到達スル前又ハ之ト同時ニ取消スコトヲ得ルノミ此ノ如ク選定ナル單獨行爲ニ制限ヲ附シタル理由ハ選定ノ確實ナルコトヲ期スルニ

在リ
仲裁契約ヲ以テ選定シタル仲裁人カ死亡其他ノ原因ニ由リ欠缺シタルトキハ仲裁契約ハ當然其效力ヲ喪失スルコト前述ノ如シ(第七九三條第一項仲裁契約ヲ以テ選定シタルニ非サレハ仲裁人即チ民事訴訟法第七百八十八條及ヒ第七百八十九條ノ規定ニ從ヒ當事者ノ雙方又ハ當事者ノ一方若クハ裁判所カ選定シタル仲裁人カ死亡シ又ハ其他ノ理由ニ因リ欠缺シ疾病、忌避ノ如キ理由又ハ其職務ノ引受若クハ施行ヲ拒ミタルトキ(拒絕ノ事實ニシテ遲延ノ事實ニ非ス後者ハ民事訴訟法第七百九十二條第二項ニ依リ忌避ノ原因ト爲ル又拒絕カ理由アルヤ否ヤヲ區別セス蓋シ法律ハ當事者カ起訴及ヒ執行ヲ以テ仲裁人ニ對シ其債務ノ履行ヲ爲サシムルコトヲ希望セサレハナリ)ハ其仲裁人ヲ選定シタル當事者若クハ民事訴訟法第七百八十九條第二項ニ基ケル仲裁人ノ選定ハ當事者ノ選定ニ代ルモノナレハ當事者ノ選定ト同視スヘキモノタリ故ニ(民事訴訟法第七十九條)……仲裁人ヲ選定シタル當事者……ト規定シタルハ狹キニ失ス)相手方ノ催告ニ因リ七日ノ期間内ニ他ノ仲裁人ヲ選定スヘキ義務ヲ負

ヲ而シテ該期間ヲ經過シタルトキハ訴ノ形式ヲ以テ爲スヘキ相手方ノ申立ニ因リ管轄裁判所カ仲裁人ヲ選定シ(第七八九條參考)第七九一條第八〇五條又此裁判上選定ノ仲裁人カ死亡又ハ民事訴訟法第七百九十一條ニ規定シタル原因ニ因リ欠缺シタルトキハ尙ホ同一ノ手續ヲ爲シ仲裁契約ノ失効ヲ來スコトナシ是レ法律カ契約ノ維持ヲ欲スルヲ常トスル當事者ノ意思ニ依據シタルニ外ナラス

仲裁人タル能力ニ關シテハ法律上特ニ規定シタル所ナシ是レ當事者ヲシテ其最モ信スル者ヲ仲裁人トシテ選定スルコトヲ得セシムルカ爲メナリ(裁判上ノ選定ニ關シテハ最モ適當ナル者ヲ選定セシムルカ爲メニ何等ノ制限ヲ設ケス故ニ自然人ハ勿論法人モ仲裁人ト爲ルコトヲ得法人カ仲裁人ト爲ルトキハ其代表者カ判斷ヲ爲ス但シ判斷ヲ爲スニ必要ナル力ヲ有スルヲ要スルコトハ當然ナルヲ以テ羅馬法ニ於テハ二十歳未満ノ幼者啞者聾者狂者配偶者等ヲ仲裁人タルノ能力ナキ者トシ又癡逸ニ於テハ小兒及ヒ精神病者ヲ仲裁人タルノ能力ナキ者ト學說上認メタルカ如シ當事者自身カ仲裁人タルコトヲ得サルハ

仲裁契約ノ性質上明白ナリ仲裁人ノ忌避ニ關シテハ法律カ當事者ニ廣キ範圍ニ於テ仲裁人忌避權ヲ認メタリ是レ國家カ仲裁人ノ選定ニ付キ職權ヲ以テ調査ヲ爲スハ無益ナルヲ以テ選定ノ錯誤及ヒ其選定權濫用ニ對スル救済ヲ當事者ノ申立ニ因リテ爲スヲ以テ足レリト認メタレハナリ當事者ハ第一ニ判事ヲ忌避スルノ權利アルト同一ノ理由第三三條及ヒ條件ヲ以テ(第三四條第三五條、故ニ當事者カ其知リタル忌避ノ原因ヲ主張セスシテ仲裁人ノ面前ニ於テ申立及ヒ陳述ヲ爲シタルトキ及ヒ當事者カ仲裁契約ニ從ヒテ又ハ第七百七十七條ノ規定ニ從ヒテ仲裁人ヲ選定スルニ際シ其忌避ノ原因ヲ知レルトキハ忌避ヲ爲スコトヲ得ス但シ仲裁人選定ノ後忌避ノ原因カ成立シ若クハ當事者カ之ヲ知リタルトキハ此限ニ在ラス)仲裁人ヲ忌避スルコトヲ得第二ニ無能力者民法第三條以下聾者啞者及ヒ公權ノ剝奪又ハ停止中ノ者タル仲裁人ヲ忌避スルコトヲ得此等ノ者ハ裁判所構成法第六十六條及ヒ行政上ノ法則ニ依リ判事タルコト能ハサル者ナルヲ以テ仲裁人トシテモ不適任者タリト謂ハサルヲ得ス)第三ニ仲裁契約ヲ以テ選定シタルニアラサル仲裁人カ其債務ノ履行ヲ不當ニ

遅延スルトキハ之ヲ回避スルコトヲ得單純ナル遅延ハ回避ノ原因ト爲ラス遅延ノ不當ナルヤ否ヤハ管轄裁判所ノ判斷スル所ナリ(第七九二條)回避ノ手續ハ法律ノ規定セサル所ナリ故ニ當事者ハ特定ノ形式ニ依ラスシテ相手方若クハ仲裁人ニ對シ回避スヘキ意思ヲ表示スルコトヲ得但シ回避ノ理由ヲ證明スヘキ責任ヲ有スルヤ當然ナリ當事者ノ一方カ相手方ニ對シ回避ノ意思ヲ表示シタル場合ニ於テ相手方カ之ニ同意シ以テ回避問題ヲ有效ニ終局シタルトキハ(仲裁人ノ引受ハ當事者ノ合意ニ基ク仲裁人ノ解任ヲ妨クルモノニアラス)爾後何等ノ回避手續ノ存スルコトナシト雖モ斯ル終局ヲ告ケサルトキハ民事訴訟法第八百五條ノ規定ニ從ヒ回避ヲ主張スル當事者ハ不同意ナル當事者ニ對シ回避ノ理由アル旨ノ確認ノ訴ヲ若クハ後者カ前者ニ對シ回避ノ理由ナキ旨ノ消極的確認ノ訴ヲ提起セタルヘカラス(第三十五條第一項第二項第三十七條後段第三十六條第三十八條第三十九條ハ適用ナシ)當事者ノ一方カ仲裁人ニ對シ回避ノ意思ヲ表示シタル場合ニ於テ仲裁人カ辭任シタルトキハ之ニ依リ回避問題ノ終局ヲ告ケ(第七九一條第七九三條參照)爾後何等ノ回避手續ノ存スルコ

トナシト雖モ仲裁人カ其辭任ヲ拒絕シ且ツ當事者カ該仲裁人ノ解任ニ付キ同意セサルトキハ仲裁人ハ仲裁人回避ノ目的トスル訴ノ終局マテ仲裁手續ヲ停止シ其訴ノ結果ニ因リ進退ヲ決スルコトヲ得又ハ仲裁手續ヲ續行シ且ツ仲裁判斷ヲ爲スコトヲ得(第七九七條後者ノ場合ニ於テハ回避ヲ爲シタル當事者ハ仲裁判斷取消ヲ申立テ(第八〇一條第一號)若クハ執行判決ヲ求ムル訴ニ於テ仲裁手續ヲ許スヘカラサリ)旨ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得(ヘシ)

(三) 手續及ヒ判斷

仲裁人ハ裁判官ニアラサルヲ以テ仲裁ノ手續及ヒ其判斷ニ付キ實體法及ヒ民事訴訟法ノ法則ニ羈束セラルルコトナク自己ノ意見ヲ以テ手續ヲ定メ條約ニ從ヒテ判斷ヲ爲スヲ原則トス然レトモ(1)當事者ハ仲裁契約又ハ爾後ノ契約ヲ以テ仲裁人ヲシテ實體法及ヒ手續法ノ特定ノ規定ニ依ラシムル旨ヲ定メ仲裁人ノ自由ヲ制限スルコトヲ得殊ニ民事訴訟法ノ規定ノ一部殊ニ關席手續ニ關スル規定ヲ仲裁手續ニ準用シ上級仲裁人ヲ選定シ民事訴訟法ノ上訴規定ニ準シテ不服ヲ申立テ又下級仲裁人ノ判斷ハ假執行力ヲ有シ且ツ之カ爲メニ上級

仲裁人ノ判斷ヲ爲ス以前ニ裁判所ニ執行判決ヲ求ムルコトヲ得ル旨或ニ上級
仲裁人カ下級仲裁人ノ判斷ニ基キテ給付シタル金錢其他ノ物件ヲ返還スヘキ
旨ヲ約定スルコトヲ得判斷ノ變更ハ執行判決取消ノ原因ト爲ラス但シ當事者
ハ民事訴訟法ニ規定シタル上訴若クハ再審ノ訴ヲ以テ裁判所ニ仲裁判斷ニ對
スル不服ヲ申立ツルコトヲ得ル旨ヲ約定スルヲ得蓋シスル契約ハ仲裁契約
ノ本質ニ反シ且ツ之アルカ爲メニ裁判所ノ管轄權ヲ有スルニ至ルコトナキヲ
以テナリ隨テ斯ル契約ヲモ内容トスル仲裁契約ハ無効タルヲ當然ナリ(2)仲裁
人ハ法定制限トシテ(a)仲裁判斷前ニ當事者代理人ヲモ包含スル審訊セサルヘ
カラス審訊ニハ法律上特定ノ形式ナシ故ニ仲裁人カ當事者ニ書面又ハ口頭ニ
テ其主張ヲ爲スノ機會ヲ得セシムルヲ以テ足レリトシ當事者カ該機會ヲ利用
シタルト否トヲ問ハサルモノトス(第八〇一條第一項第四號參考)但シ仲裁人ハ
當事者カ別段ノ約定ヲ爲シタルトキハ該審訊ヲ省略スルコトヲ得(b)自由ナル
意見ヲ以テ必要ノ程度及ヒ方法ノ適否ヲ判定シ爭ノ原因タル事件關係ヲ探知
セサルヘカラス是ヲ以テ甲(仲裁人)ハ探知ヲ爲メニ其面前ニ於テ任意ニ出頭シ

タル證人及ヒ鑑定人ヲ宣誓セシムルコトナクシテ訊問スルコトヲ得仲裁人ハ
裁判官ニアラサルヲ以テ證人及ヒ鑑定人ニ對シ強制權ヲ有セス隨テ罰金ノ裁
判ヲ付シタル出頭ヲ命スルコトヲ得ス其他ノ力爲メニ裁判所ニ法律上ノ其助
ヲ求ムルコトヲ得(裁判所構成法第一三一條裁判所ニ……五ニ……)故ニ證人及
ヒ鑑定人カ任意ニ出頭セサルトキハ仲裁人ハ唯自己ノ指示シタル證人若クハ鑑
定人員數ノ指定及ヒ選定ヲモ包含スルヲ特定ノ事項ニ付キ訊問スヘキコトヲ必要
ト思科スル旨ノ意思ヲ表示スルニ止メ當事者ニ民事訴訟法第七百六十二條ニ
從ヒテ爲ス裁判所ニ依レル證人及ヒ鑑定人ノ訊問ヲ申立ツルコトヲ委セサル
ヘカラス又證人及ヒ鑑定人ヲシテ宣誓ヲ爲サシムルコトヲ得ス故ニ仲裁人ハ
宣誓ヲ必要ナリト認メタルトキハ宣誓スヘキ旨及ヒ宣誓ヲ以テ確實ナラシム
ル事項ヲ指示スルニ止メ當事者ニ民事訴訟法第七百六十二條ニ則リ爾後ノ手
續ヲ爲スヘキコトヲ委セサルヘカラス隨テ仲裁人ハ任意ニ出頭シタル證人及
ヒ鑑定人ヲ訊問シタル後其供通ニ付キ宣誓ヲ爲スヘキ旨ヲ表示シ若クハ當
初ヨリ宣誓ヲ必要ナリト認メタル場合ニ於テ指定ノ訊問事項ニ付キ特定ノ證人

及ヒ鑑定人ニ對スル宣誓付訊問ヲ爲スヘキ旨ヲ表示スルコトヲ得而シテ仲裁人ハ此二者中ノ一ニ從ヒテ爲シタル探知方法カ終局シタル後即チ民事訴訟法第七百九十六條ニ基キ爲シタル證據調ノ終局後ニ仲裁判斷ヲ爲ス若シ管轄裁判所カ民事訴訟法第七百九十六條ノ手續ヲ爲スコトヲ拒絕シタルトキハ仲裁人ハ自己ノ判斷ヲ取消シ終局的ニ判斷ヲ爲スカ或ハ自己ノ判斷ヲ維持シ之ト共ニ引受義務ヲ終局スルコトヲ得仲裁判斷ヲ爲スコトヲ得サレハナリ(第七九五條其他仲裁人ハ探知ノ爲メニ強制權ノ行使ヲ要セサル各種ノ方法殊ニ當事者本人ノ出頭ヲ求メ書類ノ提出筆蹟ノ對照並ニ檢證ヲ爲ス等ノ如キ方法ヲ用フルコトヲ得當事者ノ一方カ斯ル方法ニ應セザルトキハ仲裁人ハ之ニ基キ適當ノ判定ヲ爲スコトヲ得ヘシ又仲裁人ハ第三者ノ手及ヒ官廳ニ存スル書類ノ提出ヲ必要ナリト認ムル場合ニ於テ其第三者若クハ官廳カ任意ニ提出セザルトキハ立證責任ヲ負フ當事者ニ訴テ以テ裁判所ニ書類ヲ提出スヘキ旨ヲ申立タルコトヲ注意スヘシ蓋シ第三者及ヒ官廳ハ其保存スル書類ヲ裁判所ニ提出スヘキ義務ノミヲ負ヘハナリ(第七九六條第三四三條第三四六條第三項)乙仲裁

人ハ探知ノ爲メ必要ト認ムル判斷上ノ行爲ニシテ自己ノ權内ニ屬セザルモノニ付キ管轄裁判所ヲシテ當事者ノ申立ニ因リ之ヲ相當ト認メタルトキニ限リ取調ヲ爲サシムルコトヲ得是レ蓋シ仲裁人ハ裁判所ニアラサルヲ以テ法律上ノ其助ヲ裁判所ニ囑託スルコトヲ得ス(裁判所構成法第一三一條故ニ民事訴訟法第七百九十六條ヲ設ケ管轄裁判所ヲシテ當事者ノ申立ニ因リ仲裁人ノ權内ニ屬セザル判斷上ノ行爲ヲ爲シタルモノタリ該條ニ規定シタル前提要件ノ第一ハ仲裁人ノ爲スヲ得サル判斷上ノ行爲タルコトヲ要ス判斷上ノ行爲トハ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ裁判官ノ職權ニ屬スル行爲ニシテ裁判所書記若クハ執達吏ノ權内ニ屬スル行爲ト相對スルモノタリ仲裁人ノ爲スヲ得サルモノトハ獨リ民事訴訟法第七百九十五條ニ規定シタル行爲ノミナラス行爲ノ實施ニ付キ仲裁人カ強制スルコトヲ得サル總テノ行爲ヲ謂フ其第二ハ當事者ノ申立ニ因ルコトヲ要ス該申立ノ形式ハ申請ニシテ訴ニアラス何トナレハ仲裁手續ニ於テ訴ノ形式ヲ探ルコトヲ要スル總テノ事項ヲ規定シタル民事訴訟法第八百五條ニ於テ訴タルヘキ旨ヲ明示セサレハナリ該申立ハ管轄裁判所即チ訴訟事

件トシテ總則ニ基キ事物及ヒ土地ノ管轄權ヲ有スル裁判所カ多數學者カ當然第八百五條ヲ適用シ無條件ニ同條ニ規定シタル裁判所ヲ以テ管轄裁判所ナリト主張スルハ同條ヲ不當ニ擴張シタル失當ノ見解ナリ決定ノ形式ヲ以テ裁判シ義務の口頭辯論ニ基キ判決ノ形式ヲ以テ裁判スルモノニアラス蓋シ民事訴訟法第七百九十六條第一項ニ規定シタル裁判所ノ行為ハ法律上ノ共助ノ一種ニシテ判決行為ニアラス故ニ裁判所ハ裁判所構成法ニ於ケル法律上ノ共助ト同シク義務の口頭辯論ニ基キ判決ノ形式ヲ以テ行動スルモノニアラザレハナリ但シ當事者ヲ審訊スルコトヲ得ルハ勿論ナリ(多數學者カ義務の口頭辯論ニ基キ判決ノ形式ヲ以テ裁判スルモノナリト主張スルハ仲裁手續ニ關シ仲裁人ノ權内ニ屬スル判斷上ノ行為ニ付キ裁判所ノ補助ヲ供スルコトヲ目的トスル民事訴訟法第七百九十六條第一項ノ注意ヲ誤解シタルモノナリ)裁判所カ調査ノ結果申立ヲ不當ナリト認メタルトキハ之ヲ却下ス(第四五五條正當ナリト認メタルトキ即チ申立ニ關シ管轄權ヲ有シ前示ノ要件及ヒ仲裁人カ裁判所ヲシテ取調ヘシムルコトヲ必要ナリト認メタル意思表示第七百九十六條ニ規定セ

タル手續進行ノ基礎タリ存在シ且ツ仲裁人ヨリ表示セラレタル事實カ裁判上調査スルコトヲ得ヘキモノタルトキハ申立ヲラレタル行為ヲ爲ササルヘカヲス裁判所ハ申立ヲラレタル行為カ必要ナリヤ又適當ナルヤヲ調査スルノ權限ナシ這ハ仲裁人カ專斷スル所ナレハナリ故ニ裁判所ハ證據決定アル場合ト同シク證人鑑定人等ヲ呼出シ(第二九二條第三二二條)取調ヲ爲シ證言及ヒ鑑定拒絕ノ場合ニ於テ民事訴訟法第三百一一條第三二二條第三百二十八條ニ從ヒテ裁判ヲ爲シ第七九六條第二項又出頭セサル場合ニ於テ民事訴訟法第二百九十四條第二百九十五條第三百二十八條ニ從ヒテ裁判ヲ爲ス此等ノ權限ハ仲裁人ノ必要ト認ムル判斷上ノ行為ヲ爲スヘキ裁判所ノ職權ノ結果トシテ當然裁判所ニ屬スヘキモノナリ探知ハ仲裁人ノ自由意見ニ因ルモノナルヲ以テ(第七九四條「……必要トスル限りハ……」)之ヲ爲サスシテ仲裁判斷ヲ爲スモ取消ノ理由ト爲ラス仲裁人カ民事訴訟法第七百九十五條ニ規定シタル權限外ニ涉リ又ハ管轄裁判所ノ行為カ(第七百九十六條ニ基ケル行為)訴訟法ニ違背スル所アルモ仲裁判斷取消ノ理由ヲ成サス何トナレハ民事訴訟法第八百一一條第一項第一號ハ

仲裁手續カ其全體ニ於テ許スヘカラサヲシトキニ仲裁判斷ノ取消ヲ許スノ法意ナレハナリ(ウキルモースキー)其他少數ノ學者ハ同條第一項第一號ノ意義ニ斯ル制限ナキヲ理由トシテ反對ノ見解ヲ探レリ(3)仲裁判斷ハ後述ノ如ク原本ヲ作成シ當事者ノ合意ニ因リ別段ノ定ナキ以上ハ理由ヲ付シ當事者ニ送達シ且ツ管轄裁判所書記課ニ原本ヲ送達證書ヲ添ヘテ預ケ置カサルヘカラス第七九九條其他仲裁人ハ裁判官ノ有スル強制權ノ行使ニ外ナラサル權限ヲ有セス故ニ各種ノ執行行為及ヒ假差押並ニ假處分ヲ爲スコトヲ得ス又當事者間ニ於テ別段ノ定ナキ限りハ強制力アル命令ヲ命シ不利益ヲ被ルヘキ結果ヲ結付ケタル行為ヲ命シ殊ニ開席手續ニ依ルコトヲ得ス仲裁人ハ當事者ノ一方カ仲裁手續ニ應セサルトキニ於テモ事情ヲ探知スルノ義務ナキモノニアラス但シ仲裁手續ニ應セサル事實ヲ事情確定ノ材料ト爲スノ權能アルハ論ヲ待タス當事者カ仲裁手續ヲ許スヘカラサルコト即チ仲裁手續ノ全體カ許スヘカラサルコト(仲裁手續ニ關スル各箇ノ法定若クハ約定事項ノ違背ニアラス)主張スルトキ(第八〇一條第八〇五條)殊ニ法律上有効ナル仲裁契約ノ成立セサルコト

仲裁契約カ判斷スヘキ爭ニ關セサルコト又ハ仲裁人カ其職務ヲ施行スル權ナキコト例ヘハ仲裁人ノ選定カ不適法ナルコト仲裁人カ適法ニ忌避セラレタルコトヲ主張シタルトキハ仲裁人ハ其選擇ニ從ヒ該主張ニ關スル訴ニ付キ管轄裁判所ノ判決(第八〇五條)マテ仲裁手續ヲ停止シ或ハ之ヲ續行シ且ツ仲裁判斷ヲ爲スコトヲ得而シテ後者ノ場合ニ於テハ當事者ハ仲裁判斷ニ對シ仲裁手續ヲ許スヘカラサル旨ノ理由ヲ以テ取消ノ訴ヲ提起シ(第八〇一條第一項第一號)又ハ仲裁判斷ニ因レル執行力ニ對シ同一ノ理由ヲ以テ抗辯ヲ爲スコトヲ得此ノ如ク仲裁人カ選擇權ヲ有スルハ蓋シ一方ニ於テハ仲裁人ハ仲裁手續ヲ許ササル旨ノ主張ニ關スル訴ニ付キ判斷スルノ權ナク他ノ一方ニ於テ斯ル前提問題アル毎ニ仲裁手續ノ進行ヲ停止スヘキモノトセハ手續遲延ノ弊害ヲ生スル恐アルヲ以テ仲裁人ノ適當ナル意見ニ委テタルニ外ナラス又ハ當事者カ仲裁判斷ヲ爲スヘキ場合ニ於テ其評決方法ニ付キ當事者カ仲裁契約ニ於テ別段ノ定ヲ爲ササリシトキハ過半數ヲ以テ其判斷ヲ爲ス是レ裁判所構成法第二百二十三條ヲ準シタルモノタリ(第七九八條第七九三條第二號評

議ノ方法ニ關シテハ特ニ規定ナキヲ以テ仲裁人ハ口頭又ハ書面ニテ適宜ニ評議ヲ爲スコトヲ得評決方法ノ欠缺ハ仲裁判斷取消ノ理由ト爲ラス(第八〇一條)仲裁判斷ノ法律上成立スルニハ第一ニ原本ヲ作成シ其作成ノ年月日ヲ記載シ且ツ仲裁人之ニ署名捺印スルコトヲ要ス判斷ノ理由ハ仲裁契約ニ於テ別段ノ定ナキトキニ限り原本ニ附記セサルヘカラス仲裁判斷ノ言渡ヲ以テ原本ノ作成及ヒ仲裁人ノ署名捺印ニ代フルコトヲ得ス第二ニ仲裁人カ各當事者ニ總テノ仲裁人ノ署名捺印シタル判斷ノ正本ヲ送達セサルヘカラス故ニ仲裁人ノ求ニ因ラスシテ(當事者ノ求ニ因リ)爲シタル送達數名ノ仲裁人アル場合ニ於テハ委任ニ依リ其一人ヲシテ送達ヲ申請セシムコトヲ得若クハ仲裁人ノ署名捺印シタル正本ニアラサルモノノ交付(原本ノ交付)ハ茲ニ所謂送達タルノ效力ナシ送達ハ民事訴訟法第三百三十六條以下ノ規定ニ從テ外國送達及ヒ公示送達ニ於テ必要ナル手續ヲ爲ス裁判所ハ民事訴訟法第八百五條ニ規定シタル裁判所ニアラスシテ總則ニ依リテ定マル裁判所タリ第三ニ仲裁人ハ仲裁判斷ノ原本ヲ送達證書ニ添ヘテ管轄裁判所(第八百五條ニ規定シタル裁判所)ニアラスシテ

總則ニ依リテ定マル裁判所ナリ)ノ書記課ニ預ケ置カサルヘカラス(數名ノ仲裁人アル場合ニ於テハ其一人カ他ノ明示若クハ默示ノ同意ニ依リ預ケ置ノ行爲ヲ有效ニ爲スコトヲ得此ノ如キ三要件ヲ要スルハ仲裁判斷ノ正確ナルコトト仲裁手續ノ形式的終局トヲ擔保スルカ爲メナリ當事者ハ仲裁契約ヲ以テ該要件ヲ除去シ又ハ變更スルコトヲ得ス又裁判所ハ職權ヲ以テ執行判決ヲ爲スニ際シ該要件ノ存否ヲ調査セサルヘカラス而シテ該要件カ存シタルトキハ形式上完全ナル仲裁判斷カ法律上成立シ當事者ハ仲裁判斷ノ確定力ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得又仲裁手續ハ其終局ヲ告ク故ニ仲裁人ノ死亡其無能力署名捺印ノ拒絕及ヒ預ケ置手續ノ拒絕等ハ仲裁判斷ノ完成ヲ妨ケ(第七九一條第七九三條第一號民事訴訟法第二百三十七條)適用シテ補缺スルコトヲ得ス但シ該要件施行ニ關スル期間ノ定ナキヲ以テ送達及ヒ預ケ置等ハ執行判決ヲ求ムル訴ノ提起後ト雖モ有效ニ爲スコトヲ得ウキルモ一スキ一氏ハ該訴カ第二審ニ屬シタルトキ亦有效ニ爲スコトヲ得ト主張スレトモガッ氏ハ第一審ノ判決以後ハ有效ニ爲スコトヲ得サルモノト反對シタリ當否ハ諸君ノ研究ニ委スベシ余ハ

後説ニ從フ(前説ニ依レハ其當然ノ結果トシテ第一審カ執行判決ヲ爲スニ際シ要件ノ存否ヲ調査スルトナシ)

仲裁判斷ハ確定判決ト同シテ訴訟事件ヲ實體上終局セシムルモノタリ故ニ當事者間ニ承繼人ヲ包含スニ於テ確定シタル裁判所ノ判決ト同一ノ效力ヲ有ス故ニ當事者ノ一方ハ他ノ一方ニ對シ確定判決ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得第八〇條第二四四條該效力ハ當事者間ニ於テ制限セラルルヲ以テ實體法ニ從ヒ判決カ第三者ニ對シ效力ヲ及ホスヘキ例外則ハ仲裁判斷ニ付キ適用ナシ外國ニ於クル仲裁判斷ニ關シテハ該判斷カ民事訴訟法ノ規定殊ニ第五百十四條ニ適スル場合ニ限り第八百條ノ適用アリ

(四) 判斷ノ取消

仲裁判斷ハ確定判決ト同一ノ效力ヲ有スルヲ以テ(1)之ニ對シ上訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス仲裁契約其他ノ行爲ニテ仲裁判斷ニ對シ上訴ヲ爲スコトヲ得ヘキ旨ヲ特約シタルトキハ獨リ該特約カ無効タルノミナラス仲裁契約カ無効タルノ結果ヲ生ス蓋シ斯ル特約ノ無効ニ因リ當事者ノ意思カ合致シタ

ルコトヲ保スルヲ得サレハナリ仲裁人カ其判斷スヘキ請求ヲ看過シタルトキハ當事者ハ仲裁判斷ヲ補正スル目的ニテ仲裁手續ノ再施ヲ求ムルコトヲ得之カ爲メニ新ナル仲裁契約ヲ要セサルモノトス但シ當事者ノ一方カ仲裁手續ノ再施ニ助力スルコトヲ拒ミ又ハ仲裁人カ該手續ノ再施ヲ拒絕シタルトキハ當事者ハ訴ヲ以テ管轄裁判所ニ對シ仲裁判斷カ完全ナルヤ否ヤノ裁判ヲ求ムルコトヲ得(2)法律ハ原狀回復及ヒ取消ノ訴ニ應當スル特定ノ理由ニ因ル取消ノ訴ヲ認メ當事者ヲシテ仲裁判斷ノ取消ヲ求ムルコトヲ得セシム(3)其理由ノ第一ハ仲裁手續ヲ其全體ニ於テ許スヘカラザリシトキニシテ仲裁契約カ成立セス無効又ハ取消シ得ヘキモノナルコト、仲裁契約カ合意其他ノ原因ニ因リ效力ヲ失ヒタルコト(第七九三條)仲裁契約カ仲裁判斷ニテ判定シタル訴訟事件ニ關係ナキコト、仲裁判斷カ仲裁人ノ判斷スヘキ權内ニ屬セサル爭點ニ關係シタルコト、仲裁人ノ職務ニ關スル法定若クハ約定ノ規則カ遵守セラレザリシトキ(第七八八條、第七九一條)殊ニ忌避ニ依リ權限ナキ仲裁人カ仲裁判斷ニ干與シ又ハ選定セラレタル仲裁人カ仲裁判斷ニ干與セザリシトキ等ノ如キ即チ是ナリ故

ニ全體ニ於テ許スヘキ仲裁手續ニ關スル各箇行爲ノ缺點ハ民事訴訟法第八百一條第一項第三號乃至第六號ニ該當セサルモノナル以上ハ取消ノ訴ノ理由ト爲ラス(ワキルモースキー「ヘルマン」氏等ハ斯ル見解ニ反對シ手續上各區畫ヲキヲ以テ手續カ或一點ニ於テ法律上許スヘカラサルモノナルトキハ其全體カ缺點アルモノト爲リ仲裁判斷力取消サルルヲ當然トス又法律上仲裁手續カ其全體ニ於テ許スヘカラナリシトキヲ制限セサルヲ以テ手續ニ於ケル各箇ノ行爲ノ缺點亦民事訴訟法第八百一條第一號ノ理由ニ屬スト主張スルニ似タレトモ「ガッブ」氏ノ明言スルカ如ク斯ル反對説ハ民事訴訟法第八百一條第一項第四號ヲ贅文ト爲スノ論結ヲ生スルヲ以テ第八〇一條第一項第一號ニ包含スルコトト爲ル採用スヘカラス其第二ハ仲裁判斷力法律上禁止ノ行爲ヲ爲スヘキ旨ヲ當事者ニ言渡シタルトキニシテ法律上禁止ノ行爲トハ強制執行ヲ禁止セラレタル總テノ行爲即チ強テ爲サシムルコトヲ得サル行爲ヲ指示ス(第五一五條第二號其第三ハ當事者カ仲裁手續ニ於テ法律ノ規定ニ從ヒ代理セラレサリシトキニシテ民事訴訟法第四百三十六條第五號及ヒ第四百六十八條第二項第四

號ニ應當ス其第四ハ仲裁契約ニ於テ當事者ヲ審訊セサリシトキニシテ民事訴訟法第七百九十四條ノ規定遵守ヲ確保スルカ爲メタリ其第五ハ仲裁判斷ニ理由ヲ付セサリシトキニシテ民事訴訟法第四百三十六條第七號ニ應當ス但シ理由カ正當ナルヤ完全ナルヤ否ヤハ法律ノ間フ所ニアラス民事訴訟法第二百三十六條第三號及ヒ第四百三十六條第七號ハ此點ニ付キ適用ナシ其第六ハ第四百六十九條第一項第一號乃至第五號ノ場合ニ於テ原狀回復ノ訴ヲ許ス條中ノ存スルトキニシテ取消ノ訴ヲ許ス條件ニ關スル規定ハ茲ニ準用スルコトヲ得ヌ又第四百六十九條第一項第六號及ヒ第七號ノ規定ハ茲ニ適用ナシ蓋シ同號ノ原因ノ爲メニ仲裁判斷ヲ取消スニ至リテハ裁判所ヲシテ事件ノ判決ヲ爲サシムルニ至ルヲ以テナリ以上ノ理由中第四號及ヒ第五號ニ關シテハ當事者カ別段ノ合意ヲ以テ該理由ニ基キ取消ノ訴ヲ爲スヘキ權利ヲ拋棄スルコトヲ得レトモ其他ノ理由ニ關シテハ之ニ反シ當事者カ別段ノ合意ヲ以テ取消ノ訴ヲ排斥スルコトヲ得ス蓋シ前者ハ單純ニ私益ニ關シ後者ハ公益ニ關スレハナリ(6)其訴ノ提起ハ民事訴訟法ノ通則ニ從テ而シテ取消ハ前示ノ理由ニ基タコト

ヲ要スルヲ以テ訴ノ原因トシテ前示ノ理由タル事實ヲ表示セサルヘカラス若シ事此ニ出テスシテ訴ノ提起後他ノ理由ヲ原因トシテ提出シタルトキハ訴ノ變更ト爲ル但シ他ノ理由ヲ原因トシ別ニ提起シタルトキハ判決確定ノ抗辯ヲ以テ對抗セラルルコトナキヤ當然ナリ。其訴ノ管轄裁判所ハ民事訴訟法第八百五條ノ規定ニ從フ而シテ當事者ハ該裁判所ニ取消ノ訴ニ併合シテ本案ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ蓋シ仲裁人ノ職務ハ判斷ヲ爲スニ依リ終局スレハナリ但シ仲裁判斷取消ノ後尙ホ仲裁契約カ存續スル場合前示第一參照ハ此限ニ在ラス。其訴ノ提起ニ關シテハ民事訴訟法上ノ期間ノ定ナシ。民法第六十七條第二項ニ依ルヘキモノカ茲ニ疑ヲ存ス然レトモ執行判決ノ言渡ヲ求ムル起訴アリタルトキハ其判決言渡以前ニ於テ取消ノ訴ヲ提起セサルトキハ當事者ハ其訴提起ノ權利ヲ喪失シ(當事者カ取消ノ理由ヲ知レリヤ否ヤハ之ヲ問ハス)第一審ニ於テ執行判決ヲ言渡シ未タ確定セサル場合ニ唯之ニ對スル上訴若クハ故障ニ依リ取消ノ理由ヲ主張スルヲ得ルノミ上訴審ニ於テ執行判決ヲ取消シタルトキハ執行判決ノ言渡ナキコト爲ルヲ以テ當事者ハ何等ノ制限ナ

ク取消ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ又執行判決ノ言渡ヲ拒ム判決ノ確定シタルトキハ取消ノ訴カ目的ナキコト爲ル何トナレハ仲裁判斷カ取消サレタルト同一ナレハナリ但シ例外トシテ執行判決ヲ爲シタル後ト雖モ民事訴訟法第八百一條第一項第六號ニ掲ケタル理由ニ因ル取消ノ訴ハ當事者カ自己ノ過失ニアラスシテ前手續ニ從ヒテ取消ノ理由ヲ主張スルコト能ハリシ旨ヲ疏明シタルトキニ限リ提起スルコトヲ得。第八〇三條第四七〇條又該訴ハ當事者カ取消ノ理由ヲ知リタル日ヨリ起算シ且ツ執行判決確定後ニ於テ進行スヘキ一箇月ノ不變期間内ニ提起セサルヘカラス但シ執行判決確定後五箇年ヲ經過シタルトキハ該訴ヲ起スコトヲ許サス。第八〇四條第一項第二項第四七四條第一項乃至第三項管轄裁判所ハ訴ヲ理由アリト認メタルトキハ仲裁判斷ヲ取消スト同時ニ執行判決ノ取消ヲ言渡スヘシ。第八〇四條第三項又訴カ適法ナルトキハ強制執行ノ一時停止ヲ命スルコトヲ得ヘシ。第五〇〇條準用。 (五) 判斷ノ執行 仲裁判斷ハ外國裁判所ノ判決ト同シテ我國帝國裁判所ノ判決ニアラス當事者間

ニ於テ裁判所ノ判決ト同一ノ效力ヲ有スルニ止マリ判決其モノニアラス故ニ
仲裁判斷ニ因リ爲ス強制執行ハ債務名義トシテ之ヲ許ス旨ヲ言渡シタル執行
判決アルコトヲ要ス(第八〇二條第二項)執行判決ハ獨リ強制執行トシテ執行機
關ノ執行行爲ヲ要スル場合ニ必要ナルハミナラス民事訴訟法第七百三十六條
ニ基テ執行ノ爲メ仲裁判斷カ唯法律關係ノ確認ヲ言渡シタルモノナルトキハ
該判斷ヲ裁判上認諾セシメ且ツ仲裁判斷取消ノ訴ニ一定ノ限界ヲ付スルカ爲
メ第八〇三條又仲裁判斷ニ於テ定メタル仲裁手續費用取立ノ爲メニ必要ナル
ヤ言ヲ待タス(而シテ執行判決ハ訴ノ形式ニ依レル當事者ノ申立ニ因リ管轄裁
判所カ言渡スモノタリ)(a)該訴ハ請求ノ一部分又ハ費用ノミニ制限スルコトヲ
得又民事訴訟法第五百十九條ノ意味ニ於ケル承繼人ヨリ又ハ之ニ對シテ提起
スルコトヲ得其他該訴ハ通常訴訟手續ニ則リテ提起スヘキヤ疑ヲ容レズ(b)該
訴ノ管轄裁判所ハ民事訴訟法第八百五條ノ定ムル所ナリ該裁判所ハ先ツ職權
ヲ以テ管轄權ノ有無及ヒ形式上完全ナル仲裁判斷ノ存否第七九九條ヲ調査シ
テ(内國ニ於テ爲シタル仲裁判斷タルト外國ニ於テ爲シタル仲裁判斷タルトゾ區

別セス蓋シ仲裁判斷ハ當事者ノ意思ニ根據シ國家ノ主權ニ根據セサルヲ以テ
民事訴訟法第五百十五條ノ適用ナケレハナリ但シ外國ニ於テ爲シタル仲裁判
斷カ内國ニ於テ執行判決ヲ言渡スノ要件タル民事訴訟法第七百九十九條ノ規
定ニ適セサルトキハ該仲裁判斷ノ民法上ノ效力ニ基キ内國ノ管轄裁判所ニ仲
裁判斷ニ於テ定メラレタル給付ノ履行ヲ求ムル訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ又
ニ仲裁判斷取消ノ理由ノ存否ヲ調査ス(第八〇二條第二項第八〇一條該理由中
公益ニ關スルモノハ民事訴訟法第八百一條第二號仲裁契約カ當事
者ノ和解ヲ爲ス權利ナキ係争物ニ關スルカ如キ當事者ノ意思ヲ以テ左右スル
コトヲ許ササル法則ニ反スルカ故ニ仲裁手續ヲ許スヘカヲサル理由ハ職權ヲ
以テ調査シ公益ニ關セサルモノ例ヘハ仲裁人ノ選定ニ付キ錯誤アリシヲ以テ
仲裁手續ヲ許スヘカラスト云フカ如キ理由ハ當事者ノ申立ニ因リ調査ス仲裁
判斷其モノノ當否ハ之ヲ調査スルコトヲ得ス第五一五條第一項(外國ニ於テ爲
シタル仲裁判斷ニ關シテ亦然リ)而シテ裁判所カ訴ヲ理由アリト認メタルトキ
ハ終局判決タル執行判決ヲ言渡ス該判決ノ確定若クハ假執行ノ宣言アルニ因

執行力ヲ生シ執行判決ノ正本ニ執行吏ヲ付シテ執行ヲ爲ス又執行判決言渡以後當事者ハ取消ノ訴ヲ提起スル權利ヲ喪失ス第八〇三條然レトモ執行判決ニ對シ民事訴訟法第五百四十五條ニ從ヒ實體上ノ異議ヲ主張スルコトヲ得ヘシ裁判所カ訴ヲ理由ナシト認メタルトキハ訴ヲ却下シ執行判決ノ言渡ヲ拒絕ス此判決力確定シタルトキハ仲裁判斷力取消シタルト同一ノ效力ヲ有ス仲裁手續ヲ講了スルニ臨ミ一言スヘキモノハ民事訴訟法第八百三條ノ說明是ナリ同條ハ仲裁人ノ選定(第七八九條第七九一條)若クハ回避第七九二條仲裁契約ノ消滅第七九三條仲裁手續ノ許サレタルコト(第七九七條)仲裁判斷ノ取消第八〇一條第八〇三條第八〇四條又ハ執行判決ノ言渡ヲ目的トスル訴ニ付テハ管轄裁判所ヲ規定シタルモノニシテ該訴ノ外向キ仲裁手續ニ於ケル裁判上ノ行為第七百九十九條ニ規定シタル預ケ置若クハ仲裁判斷ノ公示送達若クハ外國送達及ヒ第七百九十六條ニ規定シタル裁判上ノ行為ニ付テハ管轄裁判所ヲ規定シタルモノニアラス(フランダ「ニ」ガ「ズ」氏等ハ第八百五條第二項ニ該當スル獨逸舊民事訴訟法第八百七十一條第二項ヲ引用シ反對說ヲ主張シ其他多數ノ

學者亦反對說ヲ主張スレトモ這ハ法文ヲ不當ニ擴張シタルモノト思フ該訴ハ給付ヲ目的トシ又ハ確認ヲ目的トシ回避原因ナキ旨ノ消極的確認訴訟ヲ包含ストスルコトアリ又該管轄裁判所ハ第一ニ仲裁契約ニ指定シタル區裁判所又ハ地方裁判所ニシテ獨逸民事訴訟法ノ如キ書面ヲ以テ指定スルノ權限ナシ當事者ハ仲裁契約ニ於テ前示ノ訴ノ爲メニ訴訟物ノ價額ニ拘ラス區裁判所又ハ地方裁判所ヲ指定シ或ハ裁判上主張セハ甲裁判所ノ管轄ニ專屬スヘキ場合タルニモ拘ラス乙裁判所ヲ指定スルコトヲ得第二ハ仲裁契約ニ於テ指定シタル裁判所ナキトキハ請求ヲ裁判上主張スル場合ニ管轄ヲ有スヘキ區裁判所又ハ地方裁判所ニシテ其事物ノ管轄ハ仲裁手續並ニ仲裁判斷ニ於ケル請求ノ價額ニ從ヒテ之ヲ定ム(第八〇五條第一項)

仲裁契約ニ於テ管轄裁判所ヲ指定セヌ又ハ仲裁契約ニ於テ指定シタル裁判所ヲ爾後合意ヲ以テ廢止シタル場合ニ於テ數箇ノ管轄裁判所アルトキハ當事者又ハ仲裁人カ最初ニ關係セシメタル裁判所カ前示シタル總テノ訴ヲ管轄ス第八〇五條第二項本項ハ土地ノ管轄ニ適用アルノミ當事者カ最初ニ關係セシメ

タル裁判所トハ民事訴訟法第八百三條第一項ニ規定シタル訴ノ一ヲ提起シタル裁判所タリ他ノ訴ハ爾後該裁判所ニ提起セサルヘカラス仲裁人カ最初ニ關係セシメタル裁判所トハ仲裁人カ民事訴訟法第七百九十九條第二項ニ從ヒ當事者ノ爲メニ仲裁判斷ノ原本ヲ預ケ置クニ際シ管轄裁判所ノ選定スル權限行使ノ結果トシテ定マリタル裁判所タリ是レ民事訴訟法第八百三條第一項ニ規定シタル訴カ互ニ關聯シ且ツ仲裁判斷ノ取消及ヒ執行判決ノ言渡ヲ容易ナラシムルカ爲メニ外ナラス

民事訴訟法第八百三條ニ規定シタル管轄ハ專屬管轄ニアラス故ニ當事者カ合意ヲ以テ管轄ヲ變更スルコトヲ妨ケス



民事訴訟法(自第六編至第八編)終

○稟告

三十四年度乙種講習科講義錄ハ十一月ヲ以テ完結スヘキ筈ノ處講師ノ公務多忙且印刷上ノ都合等ノ爲メ遅延相成居候ヘトモ明年二月マテニハ全部完結可致候間御諒承相成度此段稟告候也

明治三十四年十二月

和佛法律學校

明治二十二年十二月九日内務省許可

明治三十四年十二月二十二日印刷

明治三十四年十二月二十四日發行

編輯
發行

東京市牛込區早稲田町三十九番地
松田久次郎

印刷者

東京市牛込區矢來町三番地
小宮山信好

印刷所

東京市芝區西ノ久保明町十一番地
金子活版所

發行所
司法省
指定

和佛法律學校

(電話番町百七十四番)

東京市麹町區富士見町六丁目十六番地