

法政大學講義録

加藤, 正治 / 松岡, 義正

(出版者 / Publisher)

法政大學

(巻 / Volume)

3-35

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

125

(発行年 / Year)

1904-10-18

(明治三十六年十月十二日第三種郵便物認可)
每月十四日三十五日八日十一日十五日十八日廿一日廿五日廿八日發行

三十七年度

明治三十七年十月十八日發行

第三學年ノ三十五

法政大學講義録

第百五十五號



法政大學發行

第三學年第三十五號目次

商 法 海 商

(自一九七
至二八八)

法學博士 加藤 正 治

民事訴訟法

自第六編 (自二二五
至三六八)

法學士 松岡 義 正

雜 報

○收用補償額確定訴訟ノ相手方○判檢事及ヒ辯護士試験問題

稟告

本講義録ハ次篇ヲ以テ全部完結スヘキニ付キ殘
部印刷ノ都合上發行遲延スルコトアルヘシ

ルニ拘ハラス相當ノ理由ノ存スルトキハ給料ノ一部分若クハ全額ヲ請求シ得
ル場合アリ故ニ今其場合ヲ左ニ列舉スヘシ

(1) 重大ナル過失ニ因ラサル疾病傷痕ノ場合 第五百七十八條第二項本文ニ
依レハ海員カ服役中不行跡其他重大ナル過失ニ因ラスシテ疾病ニ罹リ又ハ傷
痕ヲ受ケタルトキハ海員ハ其服役シタル期間ニ對スル給料ヲ請求スルコトヲ
得ルモノトセリ是レ其疾病傷痕ノ重クシテ勞務ヲ完了セサル場合ヲ見タルモ
ノナリ若シ其疾病傷痕力輕クシテ尙ホ依然トシテ勞務ニ服シ契約上ノ勞務ヲ
完了シタルトキハ給料ノ全額ヲ請求シ得ルハ勿論ナリトス故ニ本條ノ場合ハ
契約上ノ勞務ヲ完了セサル場合ヲ見タルモノナリト雖モ不行跡等ノ如キ重大
ナル過失ナクシテ疾病傷痕ニ陥リタルモノナルカ故ニ全ク給料ヲ支給セサル
ハ酷ニ失ス仍テ服役セル期間ニ對スル給料ハ之ヲ與フルモノトス

(2) 職務ヲ行フニ因リテ疾病傷痕ニ陥リタル場合 商法第五百七十八條第二
項但書ニ依ルニ海員カ其職務ヲ行フニ因リテ疾病ニ罹リ又ハ傷痕ヲ受ケタル
トキハ其給料ノ全額ヲ請求スルコトヲ得トセリ是レ亦其疾病ノ重クシテ勞務

第三學年第三十五號目次

商 法 海 商 (自一九七
至二八八)

法學博士 加藤 正 治

民事訴訟法 自第六編 (自二二五
至三八八)

法學士 松岡 義 正

雜 報

○收用補償額確定訴訟ノ相手方○判檢事及ヒ辯護士試験問題

事 告

本誌編輯ハ大體ヲ以テ全編ヲ對シテハキニ付キ理
部印刷ノ都合ニ依リテ行進スルコトアルヘシ

090
1904
3-1-35

ルニ拘ハラス相當ノ理由ノ存スルトキハ給料ノ一部分若クハ全額ヲ請求シ得
ル場合アリ故ニ今其場合ヲ左ニ列舉スヘシ

(1) 重大ナル過失ニ因ラサル疾病傷痕ノ場合 第五百七十八條第二項本文ニ
依レハ海員カ服役中不行跡其他重大ナル過失ニ因ラスシテ疾病ニ罹リ又ハ傷
痕ヲ受ケタルトキハ海員ハ其服役シタル期間ニ對スル給料ヲ請求スルコトヲ
得ルモノトセリ是レ其疾病傷痕ノ重クシテ勞務ヲ完了セサル場合ヲ見タルモ
ノナリ若シ其疾病傷痕力輕クシテ尙ホ依然トシテ勞務ニ服シ契約上ノ勞務ヲ
完了シタルトキハ給料ノ全額ヲ請求シ得ルハ勿論ナリトス故ニ本條ノ場合ハ
契約上ノ勞務ヲ完了セサル場合ヲ見タルモノナリト雖モ不行跡等ノ如キ重大
ナル過失ナクシテ疾病傷痕ニ陥リタルモノナルカ故ニ全ク給料ヲ支給セサル
ハ酷ニ失ス仍テ服役セル期間ニ對スル給料ハ之ヲ與フルモノトス

(2) 職務ヲ行フニ因リテ疾病傷痕ニ陥リタル場合 商法第五百七十八條第二
項但書ニ依ルニ海員カ其職務ヲ行フニ因リテ疾病ニ罹リ又ハ傷痕ヲ受ケタル
トキハ其給料ノ全額ヲ請求スルコトヲ得トセリ是レ亦其疾病ノ重クシテ勞務

ヲ完了セザリシ場合ヲ見タルモノナルコト明カナリ何トナレハ勞務ヲ完了セシ場合ニ給料ノ全額ヲ請求シ得ルコトハ敢テ明文ヲ待ナテ始メテ然ルニ非サレハナリ然ルニ勞務ヲ完了セサルニ拘ハラヌ給料ノ全額ヲ請求スルコトヲ得ト爲シタル所以ハ畢竟其疾病カ本人ノ過失ニ因ラス全ク職務ヲ行フニ原因シタルモノニシテ實ニ職務ノ爲メニ其身ヲ犠牲ニスルニ至リタルモノナレハナリ而シテ法文何等ノ區別ヲ爲ササルカ故ニ其給料ハ期間ニ付キ定メラレタルト一航海ニ付キ定メラレタルトヲ間ハサルモノトス但海員ノ雇入期間ハ一年ヲ超ユルコトヲ得サルカ故ニ第五八五期間ニ付キ定メタル給料ニ付テハ請求シ得ル高ハ最高限一年分ナリトス

尙ホ以上述ヘタル(1)及ヒ(2)ノ場合ニ於テ給料ノ外ニ同條第一項ニ基キ治療及ヒ看護ノ費用ヲ請求シ得ルコトハ後ニ之ヲ詳述スヘシ

(3) 就役後死亡セル場合 商法第五百八十條第一項ニ曰ク海員カ就役ノ後死亡シタルトキハ船舶所有者ハ死亡ノ日マテノ給料ヲ支拂フコトヲ要スト本條モ亦契約上ノ勞務ヲ完了シ例ヘハ契約期間ノ定アルモノニシテ既ニ其期間經

過シタルトキハ給料ノ全額ヲ請求シ得ルコト勿論ナレハナリ尤モ民法第六百二十九條ニ所謂雇傭期間満了ノ後引續キ勞務ニ服セル場合ハ未タ契約上ノ期間満了セサル場合ト同視スヘキナリ

僱勞務ヲ完了セシテ死亡シタルトキハ猶ホ勞務ヲ終ラスシテ疾病傷病ニ罹リタル場合ト均シタ民法ノ通則ニ依レハ未タ給料ヲ支給スルノ要ナシト雖モ死亡セル場合ノ如キハ爾後其服役ヲ完了セシムル手段ナク憐ムヘキ境遇ニ在ルモノナルカ故ニ恰モ一部履行ニ對スル一部ノ報酬ヲ與フルカ如ク死亡ノ日マテノ給料ヲ支給スルモノト爲シタリ而シテ此場合ニ給料カ若シ日給ヲ以テ定メラレタルモノナルトキハ死亡ノ日マテヲ計算スルコト容易ナルヘシト雖モ或ハ期間ヲ以テ或ハ一航海ヲ以テ給料ヲ定メタル場合ニハ已ムコトヲ得ス其割合ニ從ヒテ日給ニ換算シ死亡ノ日マテノ給料ヲ算定シ之ヲ支給スルノ外其途アラサルヘキナリ

死亡ノ原因ニ付テハ本條第一項ニ於テハ法文何等ノ明言スル所ナキカ故ニ如何ナル原因ニ依ル死亡モ皆其内ニ包含スヘキニ似タリ然レトモ第五百七十八

條ト本條トハ併存シテ適用サルヘキ規定ナルカ故ニ若シ第五百七十八條第二項但書ニ言フカ如ク職務ヲ行フニ因リテ疾病ニ罹リ又ハ傷痕ヲ受ケ其結果遂ニ死亡セル場合ニ於テハ第五百七十八條第二項但書ハ尙ホ適用サルモノト謂ハサルヘカラス故ニ海員ノ相續人ハ唯リ死亡ノ日マテノ給料ノミナラス給料ノ全額ヲ請求シ得ト謂ハサルヘカラス加之第五百八十條第二項ニ所謂葬式費用モ亦請求シ得ヘキモノト謂ハサルヘカラス葬式費用ノ請求權ニ付テハ之ヲ説明スヘシ

以上説明シタル(1)乃至(3)ノ場合ノ外契約上ノ勞務ヲ完了セサル場合ニ於ケル給料ノ支拂ニ付キ第五百八十一條乃至第五百八十三條及ヒ第五百八十七條ニ特別規定ノ存スルモノナリト雖モ是レ寧ロ海員雇入契約ノ終了ノ節ニ於テ併セテ説明スルヲ便宜トスルカ故ニ茲ニ之ヲ略ス

第二 食料ノ請求權

商法第五百七十七條ニ之ヲ規定ス曰ク「海員ノ服役中ノ食料ハ船舶所有者ノ負擔トス」獨新海員條例第五四條海員ノ給料ハ比較的ニ少額ニシテ食料ハ其中

ニ包含セサルヲ通例トシ實際ノ慣習竝ニ各國ノ立法例モ亦海員ノ服役中ノ食料ハ船舶所有者ノ負擔ト爲スカ故ニ本條ノ規定アリ然レトモ特約ニ依リテ海員ノ負擔ト爲スハ固ヨリ之ヲ妨ケス又法文ニ「服役中」トアルカ故ニ休役中ノ食料ハ之ヲ支給スルニ及ハス又法文ニ「食料」ト云フト雖モ之ヲ廣ク解シ飲料モ亦其中ニ包含スルモノト知ルヘシ又飲食物ノ程度及ヒ分量ニ至リテハ何等ノ明言スル所ナシト雖モ海員相當ノ物ヲ支給スヘキハ勿論ニシテ之ニ關シテハ海員名簿中飲食物又ハ其代料ニ關スル記事ノ項目アリテ船長ニ於テ之ヲ記載スルコトヲ要スルカ故ニ自ラ管海官廳ノ取締ヲ受クルニ至ルヘキナリ又海員ニ衣類例ヘハ制服等ヲ給與スルコト又相當ノ船室ヲ供與スルコト等ニ付テハ是レ商法ニハ規定ナキモ雇入契約ノ要項トシテ掲ケラルルカ又ハ各會社ノ内規其他實際ノ慣習ニ依リテ定メラルヘキモノトス

第三 治療及ヒ看護ノ費用ノ請求權
商法第五百七十八條第一項ニ規定セリ曰ク「海員ノ服役中不行跡其他重大ナル過失ニ因ラスシテ疾病ニ罹リ又ハ傷痕ヲ受ケタルトキハ船舶所有者ハ三個月

ヲ超エサル期間内ノ治療及ヒ看護ノ費用ヲ負擔スル(獨新海員條例第五九條民
法一般ノ雇傭ノ規定ニ依レハ勞務者ハ此ノ如キ場合ニ治療及ヒ看護ノ費用ノ
請求權ヲ有セザレトモ海員ニ付テハ特ニ之ヲ保護スル爲メニ斯ル請求權ヲ與
ヘタルモノトス蓋シ海員カ不行跡其他重大ナル過失アリタル場合ハ固ヨリ之
ヲ保護スヘキ理由ナシ然レトモ其職務ヲ行フニ因リテ疾病傷痕ニ陥リタル場
合ハ勿論或ハ全ク過失ナク唯天候ノ不順等ニ因リテ疾病ニ罹リタル場合或ハ
過失アルトモ未タ重大ナル過失ト稱スヘカラサル場合ニ在リテハ其疾病傷痕
カ服役中ニ生シタルモノタル以上ハ特ニ之ヲ保護スルノ必要アリ而シテ斯種
ノ保護問題ハ固ヨリ公益上ノ理由ニ基クト雖モ其輕重及ヒ範圍ニ至リテハ程
度論ニシテ法理上必スシモ劃然タル限界アルニ非ス立法者カ認メテ相當ナル
程度ト爲シタル所ニ於テ斯ル規定ヲ爲シタルノミ故ニ疾病ノ輕重ニ從ヒ三箇
月ヲ起エサル期間内ノ治療及ヒ看護ノ費用ヲ給スルモノニシテ三箇月ト云フ
ハ畢竟程度論ナリ又他方ニハ船舶所有者ノ利益モ亦之ヲ顧ミサルヘカラス故
ニ之ニテ略ホ海員保護ノ目的ヲ達シ得ヘシト信シタルニ由ルモノナリ而シテ

其費用ヲ給與スルハ三箇月以内ニテ全治スルモノニ在リテハ必スシモ三箇月
分ヲ給與スルニ及ハス實際上其全治スルマテノ分ヲ負擔スレハ足レリ又三箇
月ヲ經過スルモ全治セサルモノニ在リテハ爾後ハ海員自身ノ負擔タラサルヘ
カラサルナリ尙ホ治療及ヒ看護ノ費用以外ニ給料ヲ請求シ得ヘキコトハ同條
第二項ノ規定スル所ニシテ其詳細ハ既ニ給料ノ請求權ノ項ニ於テ之ヲ述ヘタ
リ

第四 葬式費用ノ請求權

商法第五百八十條第二項ニ規定セリ曰ク「海員カ其職務ヲ行フニ因リテ死亡シ
タルトキハ其葬式ノ費用ハ船舶所有者ノ負擔トス」(獨新海員條例第六四條是
レ亦海員カ其職務ノ爲メニ其身ヲ犧牲ニスルニ至リタル場合ナルカ故ニ其葬
式費用ヲ船舶所有者ノ負擔タラシメタルモノトス而シテ其費用ノ多寡ニ至リ
テハ畢竟海員相當ノ程度ニ從フヘキモノトス

第五 雇入港マテノ送還ノ請求權

海員ハ商法第五百八十一條乃至第五百八十三條及ヒ第五百八十七條ノ場合ニ

於テ其雇入港マテハ送還ヲ請求シ得ル權利アリ其各場合ノ詳細ナル點ニ付テハ後ニ之ヲ述フヘシト雖モ概言スレハ何レモ海員ニ過失ナクシテ雇止ヲ爲スニ至リタル場合ナルカ故ニ彼ヲ雇入港マテ送還シテ契約當時ノ原狀ニ復シ敢テ損害ヲ生セラサシメントスルニ在ルナリ然ルニ雇入港マテノ送還ヲ請求スル權利ヲ有スル場合ニハ海員ハ自己ノ都合ニ依リ送還ニ代ヘテ其費用ヲ請求スルトヲ得ルモノト爲セリ第五八八條蓋シ船舶所有者ノ爲メニハ其負擔ヲ重カラシムルコトナクシテ海員ノ爲メニハ大ニ便益トスル所ナレハナリ唯實際上ニ於テハ船舶所有者ハ通例自己ノ船舶ヲ以テ送還スヘキカ故ニ之ニ代ヘテ現金ヲ請求サルルハ或ハ負擔ヲ重カラシムル結果ヲ生スルコトナキヲ保セスト雖モ一旦海員ノ爲メニ送還請求ノ權利ヲ認メタル以上ハ斯ル變通ノ途ヲ與フルモ亦不可ナシ殊ニ海員自ラ雇止ヲ請求シタル場合ノ如キハ同一ノ船舶ヲ以テ送還サルルコトハ感情上忍ヒサルコトモアルヘク又雇入港マテ歸航セスシテ其地ニテ直チニ他船ノ雇入ニ應スルコトモアルヘシ故ニ送還ニ代ヘテ其費用ヲ請求シ得ルモノトシタリ然レトモ海員ノ如キハ往往ニシテ其金錢ヲ消

費シ盡シテ本國ノ雇入港マテ歸還スルコト能ハサル場合之アルヘシ故ニ實際上ニ於テハ送還ニ代ヘテ現金ヲ給與スル場合ハ領事等ニ於テ之カ取締ヲ爲スコト肝要ナルヘシ

又送還費用ハ海員相當ノ程度ニ依リテ之ヲ定ムヘシ又其中ニハ食料衣類等何程マテヲ包含スルカ食料ハ必須物ニシテ其中ニ包含サルルコト勿論ナルヘキモ衣類ノ如キハ現存スル場合ハ支給ノ必要ナカルヘシ要スルニ細目ニ至リテハ各場合ニ於ケル實際ノ必要狀況ニ從ヒ支給スルノ外ナカルヘシ

第六 海員ノ船舶所有者ニ對スル債權ノ時効

船長ノ船舶所有者ニ對スル債權ニ付キ既ニ商法第五百七十五條ニ於テ一年ノ短期時効ノ規定ヲ設ケタリ之ト全ク同一ノ理由ニ基キ海員ノ債權モ亦一年ノ短期時効ニ羅ルモノト爲セリ即チ第五八十九條ニ於テ第五百七十五條ノ規定ヲ準用セリ

第二項 海員ノ義務

海員ハ其雇入ノ手續力終ハリタルトキハ船長ノ指定シタル時ニ於テ船舶ニ乗込ムコトヲ要ス

海員ハ船長ノ許可ヲ得ルニ非サレハ其乗込ミタル船舶ヲ去ルコトヲ得スト海員雇入契約ハ契約其モノトシテハ諸成ニ依リテ成立スルモ行政上ノ取締ノ爲メニ公認其他ノ手續ヲ必要トス其手續ニ付テハ船員法施行細則及ヒ船員法取扱手續ニ於テ詳細ニ規定セリ既ニ公認其他ノ雇入手續ヲ終リタルトキハ海員ハ船長ノ指定シタル時ニ於テ船舶ニ乗込ムコトヲ要シ又乗船後ハ獨ニ船舶ヲ去ルコトヲ得サルモノトス海員力若シ此義務ヲ盡ササルトキハ船舶所有者ニ對シテ唯リ私法上損害賠償ノ責ニ任スヘキノミナラス行政上ノ取締ノ爲

ノニ許多ノ罰裁ヲ受ケ殊ニ船長ハ海員カ指定ノ時期ニ船舶ニ乗込マサルトキ
 又ハ船長ノ許可ヲ得スシテ之ヲ去リタルトキハ其乗船ヲ強制スルコトヲ得又
 其命令ニ服従セサル者アル場合ニ於テ船長ハ必要ト認ムルトキハ海軍ノ艦船
 地方官廳又ハ管海官廳ニ援助ヲ求ムルコトヲ得船員法第四四條第五條而シ
 テ海員ニ對スル制裁トシテハ海員カ雇入手續ノ終リタル後正當ノ理由ナクシ
 テ船長ノ指定シタル時ニ於テ船舶ニ乗込マザリシトキハ二圓以上二十圓以下
 ノ罰金ニ處セラル(同第六一條)又海員カ船長ノ許可ヲ得スシテ二十四時間以上
 船内ニ在ラサルトキハ二圓以上二十圓以下ノ罰金ニ處セラル殊ニ海員カ脱船
 シタルトキハ十一日以上六箇月以下ノ重禁錮ニ處セラレ尙ホ外國ニ於テ此等
 ノ罪ヲ犯シタルトキハ一等ヲ加ヘラル(同第六四條)又船舶ニ急迫ナル危險アル
 ニ際シテ海員カ船長ノ許可ヲ得スシテ其船舶ヲ去リタルトキハ十一日以上三
 年以下ノ重禁錮ニ處セラル(同第五五條)又海員中運轉士、機關士等ノ海技免狀ヲ
 有スル者カ不當ノ所爲アリタルトキハ船長ト同シテ海員審判所ノ裁決ニ依リ
 懲戒ヲ加ヘラル此他海員ノ制裁ニ付テハ船員法中罰則ノ部及ヒ海員懲戒法ヲ

参照スヘシ

第三節 海員雇入契約ノ終了

海員ノ雇入カ公認ヲ爲スト同シク雇入契約ノ終了セル總テノ場合ニ於テ亦雇止ノ公認ヲ爲スコトヲ必要トス船員法施行細則第三三條故ニ雇止公認ノ手續ハ唯リ第五百八十一條ニ依リ船長カ海員ヲ雇止メ又ハ第五百八十三條ニ依リ海員ヨリ雇止ヲ請求シタル場合ノミナラス契約終了ノ總テノ場合ニ於テ必要ナリト知ルヘシ今契約終了ノ各原因ヲ左ニ説明スヘシ

第一項 勞務ノ完了

海員雇入契約ハ其契約上ノ趣旨ニ從ヒ勞務ヲ完了シタル場合ニ終了スルハ其終了ノ最モ普通ナルモノトス而シテ勞務ノ完了トハ例ヘハ一航海ニ付キ勞務ニ服スルコトヲ定メタルトキハ其一航海ヲ終リタルトキ又或期間ノ勞務ニ服スルコトヲ約シタルトキハ其期間ノ滿了シタルトキ是ナリ唯期間滿了後勞務

者カ引續キ勞務ニ服スル場合ニ於テハ同一條件ニテ更ニ契約ヲ爲シタルモノト推定サルルノミ(民法第六二九條)

然ルニ期間ヲ以テ勞務ニ服スルコトヲ約スル場合ニ付キ法律ハ契約自由ノ原則ニ制限ヲ加ヘテ其期間ヲ或一定ノ範圍ニ限定シタリ商法第五百八十五條ニ曰ク

海員ノ雇入期間ハ一年ヲ超ユルコトヲ得ス若シ之ヨリ長キ期間ヲ以テ海員ヲ雇入レタルトキハ其期間ハ之ヲ一年ニ短縮ス

海員ノ雇入ハ之ヲ更新スルコトヲ得但其期間ハ更新ノ時ヨリ一年ヲ超ユルコトヲ得ス

ト何カ故ニ此ノ如ク契約期間ニ制限ヲ加ヘタルカ是レ既ニ民法第六百二十六條ニ於テ普通一般ノ雇傭ニ付キ其契約期間ヲ五箇年ニ制限シタルト至ク同一ノ理由ニ基ク蓋シ雇傭ハ人ノ自由ヲ束縛スルモノナルカ故ニ長年月ニ涉リテ人ノ自由ヲ束縛スルコトヲ一時ニ契約セシムルトキハ社會ノ公益並ニ經濟上ニ害アルモノト斷ハサルヘカラス殊ニ海上ノ勤務ニ在リテハ船長ノ命令ノ下

ニ立チ自由ヲ束縛スルコト一層甚シク且陸上ニ於ケルヨリモ危險モ亦多キカ故ニ人ノ自由意思ニ從ヒ容易ニ其契約關係ヨリ離脱シ得ルノ途ヲ與ヘサルヘカラス仍テ雇入期間ハ一年ヲ超ユルコトヲ得サルモノトシ尙ホ該期間ノ經過前又ハ其後ニ於テ契約ノ更新ヲ許スモ其期間ハ更新ノ時ヨリ一年ヲ超ユルコトヲ得サルモノト爲セリ而シテ該規定タルヤ畢竟公益規定ナルカ故ニ當事者カ反對ノ契約ヲ爲スモ其效ナシ

第二項 海員ノ死亡

海員ノ死亡シタルトキハ雇入契約ノ當然終了スルコトハ言ヲ俟タス(第五八〇條而シテ此場合ニ海員ニ支給スル給料葬式費用等ノ點ニ付テハ海員ノ權利ノ節ノ下ニ於テ詳述シタルカ故ニ茲ニ再說セス

第三項 雇止ノ請求

民法第六百二十七條及ヒ第六百二十八條ニ於テ當事者各自カ契約ノ解約若ク

ハ解除ヲ爲スコトヲ得ル場合ヲ規定セリ即チ第六百二十七條ニ依レハ當事者カ雇傭期間ヲ定メサリシトキハ各當事者ハ何時ニテモ解約ノ申入ヲ爲スコトヲ得又第六百二十八條ニ依レハ當事者カ雇傭ノ期間ヲ定メタルトキト雖モ已ムコトヲ得サル事由ノ存スルトキハ各當事者ハ直チニ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得此規定ハ海員ニ付テモ亦適用サルヘキモノナリト雖モ商法ニ於テハ之ニ對スル特別規定ヲ設ケ即チ第五百八十一條及ヒ第五百八十二條ノ五箇條ニ於テ船長ヨリ海員ヲ雇止ムル場合ニ付キ第五百八十三條及ヒ第五百八十六條ノ二箇條ニ於テ海員ヨリ雇止ヲ請求スル場合ニ付キ規定セリ

第一 船長カ海員ヲ雇止ムル場合

船長カ海員ヲ雇止ムルニ付テハ其正當ナル事由ノ存スル場合ト然ラサル場合トニ付キ區別シテ考察セサルヘカラス而シテ其正當ナル事由ノ存スト爲ス場合ハ商法第五百八十一條第一項ニ之ヲ列舉セリ今其各號ヲ左ニ説明スヘシ

(一) 發航前海員カ其職務ニ不適任ナルコトヲ認メタルトキ 海員ハ運轉士、機関士ヨリ水火夫ニ至ルマテ各其分掌ニ依リテ職務ヲ執ルモノナルカ故ニ若シ

發航前ニ在リテ既ニ其任用シタル職務ニ不適任ナリト認メラレタルトキハ之ヲ雇止メテ他ノ適任者ヲ雇入ルルコトヲ得サルヘカラス然レトモ法文ハ本職ニ於テ唯リ發航前ノ場合ニミテ見タルカ故ニ發航後ニ於ケル雇止ノ場合ハ本職ニ包含サレズ第五百八十二條ノ適用ヲ受クヘキモノトス蓋シ發航後ニ在リテハ海員カ其職務ニ不適任ナルコトヲ發見スト雖モ之ニ對スル支給額ニ付キ發航前ニ於ケル雇止トハ其間ニ多少ノ區別ヲ設タル必要アルニ由ル

(二) 海員カ著シク其職務ヲ怠リ又ハ其職務ニ關シ之ニ重大ナル過失アリタルトキ此ノ如キ場合ニハ船内ノ規律ヲ維持スル爲メニ船長ニ懲戒權ヲ認メタルモ(船員法第三六條)海員ヲシテ其職務ヲ行ハシムルニ懲戒等ノ到底不十分ナルコトアリ斯ル場合ニハ固ヨリ海員ヲ雇止ムル必要アルナリ

(三) 海員カ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルトキ斯ル場合ニハ海員カ船内ニ在リテ事實上其職務ヲ執ルコト能ハサルハ勿論船長ハ直チニ之ヲ雇止メテ自己ノ船舶ニ於ケル海員タル資格ヲ奪ヒ去ランコトヲ欲スルハ固ヨリ至當ノ事トス

右(一)乃至(三)ノ場合ニ在リテハ何レモ海員自身ニ缺點アリテ解職サレタルモノナリ故ニ此等ノ事由ニ因リテ雇止メラレタル場合ニハ海員ハ唯服役シタル期間ニ對スル給料ヲ請求シ得ルニ過キサルモノトス第五八一條第二項唯第一號ノ場合ハ海員ノ不適任ニ基クモノニシテ之ヲ雇入レタル船長自身ニモ選任ニ付テ過失アルモノト謂フヘク雇入後假令解任サルルハ海員ニ取リテ大ニ迷惑ナルヘシ隨テ第二號及ヒ第三號ノ場合トハ多少區別スル必要アルカ如シト雖モ發航前ニ於ケル雇止ナルカ故ニ海員モ未タ左程ノ損害ヲ被ラサルヘク隨テ是レ亦服役シタル期間ニ對スル給料ヲ支給スルニ止ムルモノトス

(四) 海員カ疾病ニ罹リ又ハ傷痍ヲ受ケ其職務ニ堪ヘサルニ至リタルトキ此場合モ亦海員ヲ雇止ムルニ付キ正當ナル事由アリト爲スヘキハ勿論トス唯此場合ハ其疾病傷痍ノ原因如何ニ依リ海員ニ支給スヘキ額ニ差異アリ

(イ) 海員カ職務ヲ行フニ因リテ疾病ニ罹リ又ハ傷痍ヲ受ケタル場合ハ給料ノ全額並ニ三箇月ヲ超エサル期間内ノ治療及ヒ看護ノ費用ヲ請求スルコトヲ得ヘク且雇入港マテノ送還ヲ請求スルコトヲ得ヘシ(第五七八條第一項)第

二項但書第五八一條第三項

(ロ) 海員カ過失ニ因リテ疾病ニ罹リ又ハ傷痕ヲ受ケタル場合ハ本人自身ノ缺點ニ因リテ解雇サルルモノナルカ故ニ恰モ前(一)乃至(三)就ト其狀態ヲ同シクス故ニ第五百八十一條第三項但書ノ規定ニ依リ前三號ノ場合ト同一ニ之ヲ取扱ヒ唯リ服役シタル期間ニ對スル給料ノミヲ請求スルコトヲ得尙ホ其過失カ重大ナラサル場合ニ於テハ三箇月ヲ超エサル期間内ノ治療及ヒ看護ノ費用ノ支給ヲ受クルコトヲ得第五七八條第一項

(ハ) 其他ノ場合ニ在リテハ其雇止ノ日マテノ給料及ヒ雇入港マテノ送還ヲ請求スルコトヲ得尙ホ服役中疾傷ニ陷リタルトキハ三箇月ヲ超エサル期間内ノ治療及ヒ看護ノ費用ヲ請求スルコトヲ得第五八一條第三項本文第五七八條第一項

(五) 不可抗力ニ因リ發航ヲ爲シ又ハ航海ヲ繼續スルコト能ハサルニ至リタルトキ是レ亦船舶所有者ノ任意ニ出ツルニ非ス已ムコトヲ得シテ航海ヲ中止スルニ至リタルモノナリ故ニ海員ヲ雇止ムルコトヲ得ト爲スハ至當ナリ而

シテ海員ハ雇止ノ日マテノ給料及ヒ雇入港マテノ送還ヲ請求スルコトヲ得第五八一條第三項蓋シ前(一)乃至(三)號ノ場合ト異ナリ海員ニ毫モ責ムヘキ事情存セサレハナリ

以上列舉シタル(一)乃至(五)號ノ場合ハ海員ヲ雇止ムルニ付キ法律上認メテ以テ正當ナル事由アリト爲ス所ノモノナリ此以外ノ場合ニ在リテモ絕對ニ雇止ムルコトヲ得サルニ非ス然レトモ海員ハ船長ノ如ク重大ナル職責アルモノト異ナリ何時ニテモ之ヲ解任スルコトヲ得ト爲スノ理由ナシ第五七四條殊ニ海員ノ如キ勞働者ハ無學ニシテ壓制ヲ被リ易キカ故ニ之ヲ保護スルノ必要アリ仍テ海員保護ノ必要上法律ハ一方ニ於テハ海員雇止ノ正當ナル事由ヲ定ムルト同時ニ他方ニ於テハ此等ノ正當ナル事由ニ因ラスシテ雇止ヲ爲シタル場合ニ於ケル損害賠償額ヲ法定シタリ

商法第五百八十二條ニ曰ク

海員カ前條第一項ニ掲ケタル事由ニ因ラスシテ雇止メラレタルトキハ其服役シタル期間ニ對スル給料ノ外一個月分ノ給料ヲ請求スルコトヲ得若シ雇

入港外ニ於テ雇止メラレタルトキハ雇入港マテ歸航スルニ必要ナル期間ニ對スル給料及ヒ雇入港マテノ送還ヲ請求スルコトヲ得
ト本條ハ即チ正當ナル事由ニ因ラスシテ雇止メラレタル場合ニ於ケル損害賠償ノ額ヲ定メタルモノナリ若シ本條之ナクハ損害賠償ハ事實ノ證明ニ依リテ之ヲ確定セサルヘカラスト雖モ事實ノ證明ハ往往ニシテ困難ナルモノアリ仍チ海員保護ノ爲メニ此種ノ法定ノ損害賠償ノ規定ヲ置ケルナリ而シテ服役シタル期間ニ對スル給料ノ外一箇月分ノ給料ヲ請求スルコトヲ得ト爲シタル所以ハ一箇月ノ期間ノ餘裕アルトキハ海員ハ再ヒ他ニ雇入口ヲ求ムルコトヲ得ト認メタルニ由ルモノナリ而シテ本條ハ畢竟法定ノ損害賠償額ナルカ故ニ此丈ノ額ニ付テハ海員ヨリ損害アリシコトノ證明ヲ舉クルコトヲ要セス又此丈ノ額以上ノ實際ノ損害アリタルコトノ證明ヲ爲ストモ此ヨリ以上ハ支給スルモノニ非サルナリ尙ホ本條ニ於テ海員ノ送還ヲ發航港マテトセスシテ雇入港マテト爲シタル所以ハ海員ヲ雇入港マテ送還セハ海員ヲ最モ其原則ニ恢復スルコトヲ得セシメタルモノニシテ海員ノ爲メニハ其損害最モ尠キニ至リタ

ルモノト云フコトヲ得ヘク又船舶所有者ノ爲メヨリ言フモ雇入ヲ爲スニハ既ニ述ヘタル如ク公認ノ手續ヲ要スルカ故ニ何レノ地ニ於テモ雇入ヲ爲スコトヲ得サルヘク隨テ雇入港マテ送還スト爲スモ非常ニ不便ニハ非サルヘキヲ以テナリ

第二 海員ヨリ雇止ヲ請求スル場合

海員モ亦雇止ヲ請求スルニ正當ナル理由ヲ有スル場合アリ商法第五百八十三條ニ列舉ス(獨新海員條例第七四條)

(一) 船舶カ日本ノ國籍ヲ喪失シタルトキ 此場合ニ雇止ヲ請求スルコトヲ得ト爲スハ當事者ノ意思解釋ニ基ク蓋シ我海員ハ該船舶カ日本ノ國籍ヲ有スルカ故ニ其雇入ニ應シタル場合多カルヘシ然ルニ該船舶カ外國人ニ讓渡サルル等ノ原因ニ因リ我國籍ヲ喪失シタルトキハ其雇止ヲ請求スルコトヲ得サルヘカラスト然レトモ雇止ヲ請求スルマテハ契約關係依然トシテ存続スルノミナラス航海中船舶カ外國人ニ讓渡サレタル場合ニ於テハ商法第五百八十四條ノ規定ニ依リ海員ハ法律上當然新所有者ニ對シテ契約上ノ權利義務ヲ有スルカ故

ニ雇止ヲ請求スルニ至ルマテノ一時ノ間ハ外國人所有ノ船舶ノ爲メニモ亦其
 勞務ニ服セサルヘカラス
 (二) 自己ノ過失ニ因ラスシテ疾病ニ罹リ又ハ傷疾ヲ受ケ其職務ニ堪ヘサルニ
 至リタルトキ 海員自己ノ過失ニ因リテ疾病ニ陥リ職務ニ堪ヘサルニ至リタ
 ル場合ハ船長ヨリ進ミテ雇止ヲ爲スニ至ルヘシ然ルニ自己ノ過失ニ因ラスシ
 テ疾病ニ陥リ其職務ニ堪ヘサルニ至リタル場合ナルカ故ニ海員ヨリ之カ雇止
 ヲ請求スルコトヲ許スハ權衡ヲ得タルモノト謂フヘシ故ニ船長カ進ミテ雇止
 ムル場合モ海員カ雇止ヲ請求スル場合モ海員ニ支給スル額ハ二者共ニ同一ナ
 リトス(第五八一條第三項第五八三條第二項)
 (三) 海員カ船長ヨリ虐待ヲ受ケタルトキ 船長ハ海員ヲ指揮監督シ且懲戒ヲ
 加フル權アルモ其之ヲ行フハ固ヨリ適當ノ範圍ニ止ムヘキハ勿論トス然ルニ
 其域ヲ脱シテ虐待ヲ爲スニ至リタルトキハ海員ハ固ヨリ之ニ服從セサルヘカ
 ラサルノ理由ナシ故ニ之ニ雇止ヲ請求スル權利ヲ與ヘタリ
 以上ノ(一)乃至(三)號ハ海員ヨリ雇止ヲ請求スルニ正當ナル理由アリト爲ス所ノ

モノナリ故ニ海員ノ爲メニ其雇止ノ日マテノ給料及ヒ雇入港マテノ送還ヲ請
 求スルコトヲ得セシメタリ(第五八三條第二項蓋シ彼ラシテ損失ヲ被ルコトナ
 ク其原狀ニ復セシメシカ爲メナリ)

此以外ノ場合ハ若シ海員ヨリ雇止ヲ請求シタルトキハ其結果如何ニ爲ルヤ船
 長カ進ミテ雇止メタル場合ニ關スル第五百八十二條ノ如キ規定存セサルカ故
 ニ全然民法ノ規定ニ從ヒテ判斷セサルヘカラス即チ雇入期間ノ定アルトキハ
 蝦ニ雇止ヲ請求スルコトヲ得ス其期間ノ滿了ヲ以テ契約終了ス其滿了前ニ在
 リテハ民法第六百二十六條及ヒ第六百二十八條ニ從フヘキモノトス若シ此等
 ノ規定ニ從ヒテ解除ヲ爲サス漫然職務ニ服スルコトヲ怠リタルトキハ契約不
 履行ノ原則ニ因リ損害賠償ノ責ニ任スヘキハ勿論場合ニ依リ船長ヨリ懲戒ヲ
 受ケ又ハ所割ヲ受タルコトアルヘキナリ(船員法第五章第六條)
 雇入期間ノ定ナキトキハ民法第六百二十七條ニ依リ各當事者ハ何時ニテモ解
 約ノ申入ヲ爲スコトヲ得ト雖モ海員ハ特約アル場合ヲ除ク外船舶カ安全ニ碇
 泊シ且積荷ノ陸揚及ヒ旅客ノ上陸カ終リタル後ニ非サレハ雇止ヲ請求スルコ

トヲ得ス(第五八六條)獨新海員條例第六六條第六八條若シ終ラサルニ於テハ航海ハ中途ニテ廢絶シ船舶所有者其他ノ利害關係人ニ不慮ノ災害ヲ醸スニ至ルヘケレハナリ

尙ホ商法第五百八十六條ノ適用ト第五百八十三條ニ所謂海員ノ雇止請求權トノ關係ニ付キ一言スヘシ第五百八十六條ハ法文ノ明言スル如ク唯リ雇入期間ノ定ナキトキノミニ適用アル規定ニシテ雇入期間ノ定アルトキハ其期間ノ満了ヲ以テ契約終了シ航海ノ途中タルト否トヲ問ハス雇止ヲ爲スニ至ルヘキナリ而シテ第五百八十三條ノ雇止請求權ハ雇入期間ノ定アル場合タルト將タ定ナキ場合タルトヲ問ハス條件ヲ充タセハ發生スル權利ナルカ故ニ其雇止ヲ請求スルハ必スシモ第五百八十六條ノ制限ニ從フコトヲ要セサルナリ要スルニ第五百八十六條ハ第五百八十三條列舉以外ノ場合ニ於ケル雇止請求ノ場合ヲ見タルモノト謂フヘキナリ

最後ニ海員ヨリ雇止ヲ請求シ得ヘキ場合ニ付キ一考スヘキ點ハ船舶所有者若クハ船長ノ變更アリタルトキハ雇止ヲ請求シ得ル正當ナル理由ト爲スコトヲ

得ルヤ否ヤノ點是ナリ所有者ノ變更ニ因リ船舶ノ喪失アリタルトキハ海員カ雇止ヲ請求シ得ルコトハ既ニ述ヘタリ然レトモ縱令所有者ノ變更アリト雖モ未タ船舶ヲ喪失セサル間ハ雇止ヲ請求スルコトヲ得スト謂ハサルヘカラス但民法ノ通則ニ從ヒ解除若クハ解約ヲ爲スハ格別ナリトス(獨新海員條例第七四項末項)即チ我商法ハ航海中船舶所有者ノ變更アリタル場合ニ於ケル新所有者ト海員トノ關係ニ付キ第五百八十四條ニ於テ特別ノ規定ヲ置ケリ同條ニ曰ク航海中船舶ノ所有者カ變更シタルトキハ海員ハ新所有者ニ對シ雇傭契約ニ因リテ生シタル權利義務ヲ有ス

ト之ニ由リテ航海中ノ所有者ノ變更カ直チニ雇止請求ノ理由ト爲スニ足ラス却テ新所有者ト海員トノ間ニ契約關係ニ基ク權義ノ關係ヲ生スルコトヲ知ルヘシ民法ノ通則ニ從ヘハ契約關係ハ唯リ當事者間ニ維持サルルニ止マル殊ニ雇傭ニ在リテハ使用者ハ勞務者ノ承諾アルニ非サレハ其契約上ノ權利ヲ第三者ニ讓渡スコトヲ得ス(民法第六二五條)然レトモ海商法ニ在リテハ此通則ニ依ルコトヲ得ス蓋シ航海中ニ在ル船舶ヲ讓渡スコトノ如キハ日常生シ得ヘキ所

ナリ然ルニ一海員ノ承諾アルニ非スンハ其勞務ヲシテ船舶ノ讓受人タル第三者ノ爲メニ盡サシムルコトヲ得サルトキハ航海中ノ船舶ハ遂ニ之ヲ讓渡スヨトヲ得サルニ至ルヘシ故ニ本條ヲ置キ法律ノ力ニ依リ新所有者ト海員トノ間ニ雇傭契約ニ因リテ生シタル權利義務ヲ有セシムルモノト爲シタルナリ故ニ海員ハ當然新所有者ノ爲メニ勞務ニ服スル義務アリ又給料其他ノ請求ハ總テ新所有者ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得ルナリ蓋シ船舶讓受人ノ側ヨリ觀ルモ第五百四十二條ノ規定ノ如ク航海中ノ損益ヲ一團トシテ引受クル考ナルカ故ニ海員ニ對スル權利義務ニ付テモ之ヲ引受クルモノト看ルヲ當事者ノ意思ニ最モ適シタルモノト爲スナリ然レトモ第五百四十二條ニ付テ新舊所有者間ニ反對ノ特約ヲ爲シ得ルト均シク第五百八十四條ニ付テモ亦反對ノ特約ハ之ヲ爲スコトヲ妨ケサルナリ例ヘハ船舶所有者ノ變更アリタルニ拘ハラズ舊所有者カ依然トシテ海員ノ給料ノ支拂ヲ爲スヘキコトヲ新舊所有者間ニ於テ特約ヲ爲スコトハ固ヨリ之ヲ妨ケスト雖モ其特約ハ以テ海員ニ對抗スルコトヲ得ス故ニ海員ノ請求アレハ新所有者ヨリ其給料ノ支拂ヲ爲ササルヘカラス蓋シ

海員ノ該權利義務ハ法律ノ力ニ依リテ當然發生シタルモノナレハナリ然リ而シテ茲ニ所謂雇傭契約トハ舊所有者ト海員トノ間ニ本來締結サレタル雇傭契約ヲ指稱スルモノナルコト明カナリ何トナレハ唯漠然雇傭契約ト云フトキハ如何ナル體樣並ニ約款ヲ有スル契約ナルヤ全ク無意義ノモノナレハナリ故ニ舊所有者ト海員トノ間ニ存スル體樣並ニ約款ニ於テ新所有者ニ對シ權利ヲ有シ義務ヲ負フニ至ルヘキナリ

唯茲ニ一疑問ノ存スルハ舊所有者ト海員トノ關係是ナリ元來雇傭契約ニ因リテ生シタル權利モ一ニシテ義務モ亦一タルニ相違ナク其權利義務カ本條ニ依リテ既ニ新所有者ト海員トノ間ニ發生スルモノトスレハ最早舊所有者ト海員トノ間ニハ契約關係ヲ保有スヘキ餘地ヲ見出ササルモノト解釋セサルヘカラサルカ如シ然リト雖モ予ハ寧ロ反對ノ見解ヲ取リ舊所有者ト海員トノ間ニ未タ履行ノ手續ヲ爲ササル以上ハ其關係ハ依然トシテ持續スルモノト言ハント欲ス蓋シ本條ハ最モ異例ノ規定ニシテ法律ノ力ニ依リテ新所有者ト海員トノ間ニ契約關係同様ノ權利義務ヲ有セシメントスルモノナルカ故ニ最モ嚴正ニ

解釋スヘキモノトス然ルニ嚴正ニ解釋スルトキハ本條ハ獨リ海員ト新所有者トノ關係ヲ定メタルモノト謂ハサルヘカラス即チ海員ハ新所有者ニ對シ權利ヲ有シ義務ヲ負フモ舊所有者ニ對スル關係ハ本條何等ノ明言スル所ナシ明言スル所ナキ以上ハ其關係ハ依舊持續スルモノト解スルヲ至當トス尤モ前述セル如ク雇傭契約ニ因リテ生シタル權利義務ハ一アリテ二ナキモノナルカ故ニ海員ハ新舊所有者ニ對シテ二重ニ權利ヲ有シ義務ヲ負フモノニ非ス畢竟海員ハ同一ノ權利義務ヲ二人ニ對シテ有スルノ狀態ヲ爲スモノナリ故ニ海員ノ權利ノ側ヨリ考察セハ海員ハ新舊所有者ノ孰レニ對シテモ恰モ連帶債務ノ如ク債權ノ全額ニ付キ其權利ヲ行フコトヲ得然レトモ新舊所有者中孰レカ其義務ヲ履行セハ之ニ因リテ契約上ノ權利ハ消滅スルカ故ニ他ノ所有者ニ對シテ二重ニ其權利ヲ行フヘカラサルコト勿論ト謂フヘシ又海員ノ義務ノ側ヨリ言ヘハ新所有者ノ爲メニ其義務ヲ履行セハ之ニ因リテ契約上ノ義務履行ヲ了ルノ結果ヲ生スルカ故ニ舊所有者ニ對スル義務モ亦同時ニ消滅スルニ至ルモノナリ若シ海員カ任意ニ新所有者ノ爲メニ其義務ヲ盡ササルトキハ舊所有者ノ力

ヲ籍リ舊所有者ヲシテ之ヲ強制セシムルモ亦差支ナキ所ナリ要スルニ本條ハ海員ト新所有者トノ關係ノミヲ規定シ其相互ノ權利義務ヲ保護シタルモノト解釋スルヲ至當トス尙ホ本條ハ航海中ニ所有者ノ變更アリタル臨時緊急ノ場合ニ對スル特別規定ニシテ船舶カ其船籍港ニ碇泊中所有者ノ變更セルトキノ如キハ本條ノ適用外ナリ蓋シ此等ノ場合ニ於テハ海員ト新舊所有者トノ間ニ十分ナル交渉ヲ爲スノ暇アレハナリ

第四項 船舶ニ關スル事由ニ因ル終了

商法第五百八十七條ニ曰ク

海員ノ雇入契約ハ左ノ事由ニ因リテ終了ス

- 一 船舶カ沈没シタルコト
- 二 船舶カ修繕スルコト能ハサルニ至リタルコト
- 三 船舶カ捕獲セラレタルコト

前項ノ場合ニ於テハ海員ハ契約終了ノ日マテノ給料及ヒ雇入港マテノ送還

ヲ請求スルコトヲ得

ト凡ソ海員ハ船舶ヲ目的トシ其上ニ於テ勞務ニ服スルコトヲ約スルモノナルカ故ニ其船舶カ全ク没沈スルカ又ハ修繕不能ノ地位ニ陥リ又ハ捕獲セラレタルトキハ該契約カ當然終了スト爲スハ至當ト謂フヘシ即チ當事者ヨリ特ニ雇止ノ請求ヲ爲スコトヲ要セス該契約ハ終了スルモノナリ然レトモ雇止ノ公認ノ手續ハ此場合ト雖モ必要ナリ(船員法施行細則第三三條唯斯ル場合ニ海員ニ何程ノ給料等ヲ支給スヘキカカ問題ナレトモ從來ノ沿革ニ於テハ船舶カ海難其他ノ原因ニ因リ修繕スヘカラサルニ至リ又ハ沈没ノ厄ニ遭ヒタル場合ノ如キハ若シ海員ニ十分ナル給料ヲ支給セハ海員ハ或ハ十分ナル努力ヲ爲シテ船舶ヲ救助スルノ勞務ヲ取ラサルヘシトノ懸念ヨリ海員ノ給料ハ船舶ノ運命ト之ヲ共ニセシムヘシト云フ思想行ハレ斯ル場合ニハ海員ニ十分ナル給料ヲ支給セストノ原則行ハレタリ然レトモ今日ニ在リテハ海員ノ取締ハ取締トシテ別ニ之ヲ勵行スル途アリ船舶所有者モ亦保險ニ依リ船舶カ海難ニ遭遇セル場合ノ損害ヲ免ルルノ制度具ハルニ至レリ故ニ海員ノ給料ヲ削減スルカ如キ規

定ヲ設ケサルヲ至當トスルニ至レリ仍テ我商法ニ於テモ前掲第二項ノ如ク海員ハ契約終了ノ日マテノ給料ヲ請求シ得ルモノトシ殊ニ前掲第一號乃至第三號ノ場合タル第五百八十一條第一項第四號第五號及ヒ第五百八十三條第一項各號ノ場合ト均シク海員ニハ毫モ尤ムヘキ事情存セサルカ故ニ之ヲ同一ニ取扱ヒ雇入港マテノ送還ヲ請求シ得ルモノト爲シタルナリ

第五章 物品運送

第一節 物品運送契約總論

第一項 物品運送契約ノ種類竝ニ其性質

海上物品運送契約ハ之ヲ二種ニ分ツコトヲ得一ハ備船契約ニシテ他ハ箇箇ノ物品運送契約ナリ備船契約ハ又之ヲ船舶全部ノ備船契約ト一部ノ備船契約トノ二種ニ細別スルコトヲ得
備船契約トハ當事者ノ一方カ船舶ノ全部若クハ一部ヲ貸切リ之ニ船積シタル物品又ハ乗込ミタル旅客ヲ運送スルコトヲ約シ相手方カ之ニ報酬即チ運送賃

ヲ與フルコトヲ約スル一種ノ運送契約ナリ抑モ運送契約ノ性質ニ付テハ現今學者間ニ頗ル議論ノ存スル所ナリ然レトモ我商法ハ獨逸法ヲ母法トシテ採リタルコトハ疑ナシ然ルニ獨逸學者ノ見解トシテハ運送契約ハ請負契約ノ一種ナリト云フ説始ト一般ニ認識セラルモノノ如シ例ヘバ「テール」シヨット「エーデル」フツヒルト「ワルリッヒ」等ノ學者皆然リ獨逸高等商事裁判所ノ裁判例モ亦之ニ同意ス故ニ我商法ノ解釋トシテモ運送契約ハ一種ノ請負契約ナリト看ルヲ至當トス然ルニ佛ノ「リオン、カン」如キハ運送契約ハ寄託ト請負トノ混合契約ナリト曰ヘリ然レトモ運送人ハ運送契約ニ因リテ物品ノ受取、運送、保管及ヒ引渡ニ關シ總テ責任ヲ負擔スル者ニシテ物品ヲ受取リテヨリ到達地ニ著シ引渡ニ至ルマテ一切ノ仕事ヲ概括シテ其仕事ノ結果ヲ以テ當事者契約ノ目的ト爲スモノナリ故ニ「リオン、カン」等ノ如ク其中ノ各行爲ヲ分離シテ混合契約ト看ルハ不當ナリ運送契約ハ寧ロ統一シタル一箇ノ契約ト看ルヲ至當トス又或ハ運送ニハ必ス勞務ヲ必要トスルカ故ニ運送契約ハ雇傭ノ一種ナリト論スル者アルモ是レ亦不當ナリ何トナレハ當事者ハ仕事ノ結果ヲ目的トスルモノニ

シテ運送人ノ勞務其モノニ非ス故ニ運送人ハ事實上如何ニ多クノ勞務ヲ供スルトモ結果ニシテ得ル所ナクンハ運送賃ヲ請求スルコトヲ得我商法第三百三十六條ノ如キハ即チ其趣意ニ基ク規定ナリトス又或ハ運送具ニ重キヲ置キ運送契約ハ運送具ノ貸借契約ナリト論スル者アレトモ是レ亦不當ナリ蓋シ當事者ハ決シテ運送具ノ如何ヲ以テ契約ノ主タル目的ト爲スモノニ非ス運送具ハ唯運送ノ手段ノミ其鐵道タリ將タ船舶タルカ如キハ寧ロ其從タル條件ニ過キス當事者ノ期スル所ハ運送品カ安全ニ到達地ニ著スルニ在ルノミ故ニ運送契約ヲ以テ運送具ノ貸借契約ナリト看ルハ其當ヲ得ス唯人或ハ船舶契約ヲ他ノ普通ノ運送契約即チ箇箇ノ物品運送契約ト區別シテ箇箇ノ物品運送契約ニ付テハ請負契約ナリト云フ説ヲ是認スルニ拘ハラス船舶契約ニ付テハ貸借契約ヲ其中ニ包含スルモノナリト主張スル者ナキニ非スト雖モ是レ亦不當ナリ此點ニ關シテ船舶契約ト箇箇ノ物品運送契約トニ付テモ區別スヘキ理由ナシ備船契約ニ於ケル船舶ノ全部若クハ一部ノ指定ハ單ニ運送契約ニ於ケル一要件若クハ一體様ノミ猶ホ運送ノ期間ヲ定メ又ハ陸上運送ニ於ケル運

送具ヲ指定シタルト毫モ異ナルコトナシ今日鐵道運送ニ於テ客車ノ全備若クハ一部ヲ借切リタル者其客車ノ賃貸借契約ヲ結ビタリト思惟スル者一人トシテ之アルコトナキニ觀ルモ右ノ理由ハ當然明カナルヘシ殊ニ箇箇ノ物品運送ニ付テモ之カ運送サルヘキ船舶自身ヲ特約スルコトハ敢テ珍シカラス然ラハ則チ箇箇ノ物品運送ニ付テ既ニ請負契約説ヲ是認スル者焉シテ船舶契約ノミヲ別視スル理由アラシキ要スルニ備船契約ヲ賃貸借ト看ルノ思想ハ往昔貿易商人カ積荷ニ伴隨シテ積荷ヲ指揮シツツ船舶ニ乘込ミタル時代ノ遺的思想ニ外ナラス今日ニ在リテハ積荷所有者タル商人ハ船舶ニ同乗セス積荷ハ運送ニ付テハ運送人カ一切責任ヲ負ヒテ其仕事ノ完成ヲ期スルモノナルカ故ニ備船契約ハ一種ノ運送契約即チ請負契約ト看ルヲ至當ト爲スナリ

人或ハ運送人カ運送品ヲ保管スル點ヲ見テ運送契約ヲ寄託ノ一種ト看ル者ナキニ非スト雖モ保管ハ運送ニ伴フ自然ノ結果ニシテ契約ノ主タル目的ニハ非ス故ニ全ク保管ヲ必要トセサル人類若クハ巨石等ニ付テモ運送契約ハ成立シ得ヘシ故ニ此說ノ不當ナルコト多言ヲ費サスシテ明カナリ次ニ運送契約ハ委

任ト看ルヘカラサルコトハ最モ明カナリ何トナレハ委任ハ法律行為ヲ爲スコトヲ以テ契約ノ目的トシ運送契約ハ運送シタル仕事ノ結果ヲ目的トスルモノナレハナリ然ルニ人或ハ運送契約ヲ以テ民法第六百五十六條ニ所謂準委任ニ擬スル者アリ(志田博士日本商法論商行爲編第一五七頁)然レトモ準委任ハ猶ホ委任ノ如ク唯一方ハ法律行為ヲ契約ノ目的トシ一方ハ法律行為ニ非サル事務ノ委託ヲ契約ノ目的トスルモノニシテ二者ノ差異タル唯此一點ニ存スルノミ然ルニ委任ハ無償ヲ本則トシ準委任モ亦然リ然ルニ運送契約ハ補助的商行爲トシテ發達シ本來有償契約タリ故ニ運送契約ヲ以テ民法中ノ準委任ニ擬セントスルモ亦不當ナリ然ルニ請負契約ニ至リテハ性來有償契約ニシテ此點ニ於テモ運送契約ハ其範疇ニ列スヘキモノタリ

之ヲ要スルニ運送契約ノ性質ニ關シテハ其說許多アルモ請負契約ナリト看ルヲ至當トシ隨テ海上物品運送契約中備船契約箇箇ノ物品運送契約等ノ類別アルモ何レモ皆請負契約タル同一範疇ニ入ルヘキモノトス(備船契約ノ沿革並ニ性質ニ付テハ尙ホ法學協會雜誌第二十一卷第十一號第十二號拙著論文參照)

第二項 備船契約ト他ノ契約トノ區別

一 備船契約ト船舶賃借契約トノ區別
 二者ノ理論上ノ區別ハ既ニ前項ニ之ヲ述ヘタリ即チ備船契約ハ請負契約ノ一種ニ屬シ船舶ニ依リテ運送シタル仕事ノ結果ヲ契約ノ目的トシ賃借契約ハ之ニ反シテ船舶ノ使用並ニ收益ヲ爲サシムルコトヲ目的トスル契約ナリ尙ホ二者ノ效力ノ重要ナル差異一二ヲ述フレハ

(イ) 船舶ノ賃借ハ之ヲ登記シタルトキハ爾後其船舶ノ上ニ物權ヲ取得シタル者ニ對シテモ其效力ヲ生ス(第五五六條)之ニ反シテ備船契約ハ單ニ當事者間ニ契約關係ヲ生スルニ止マリ第三者ニ對スル物權の效力ヲ生セス
 (ロ) 船舶ノ賃借人カ商行爲ヲ爲ス目的ヲ以テ其船舶ヲ航海ノ用ニ供シタルトキハ第三者ニ對シテ船舶所有者ト同一ノ權利義務ヲ有ス(第五七七條)故ニ例

ヘハ船長ノ過失ニ因リテ船舶ノ衝突ヲ來シ之カ賠償ヲ爲スヘキ場合ニ於テ賠償責任者ハ船舶所有者ニ非スシテ船舶賃借人ナリ之ニ反シテ備船契約ノ

場合ニ在リテハ備船者ハ第三者ニ對シテ何等ノ責任ノ下ニ立タス故ニ船長ノ過失ニ因リテ船舶カ衝突セル場合ニ於ケル賠償責任者ハ備船者ニ非スシテ船舶所有者タリ彼ノ備船者カ更ニ第三者ト運送契約ヲ爲シ契約上ノ責任ヲ負擔セル場合ニ在リテモ其契約ノ履行カ船長ノ職務ニ屬スル範圍内ニ於テハ船舶所有者ノミ其第三者ニ對シテ履行ノ責任ヲ負スルナリ(第六一二條)蓋シ船長ハ備船者ノ指揮監督ノ下ニ立タサレハナリ尙ホ船舶ノ賃借人カ第五百四十四條ニ所謂委付權ヲ行フコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ既ニ船舶ノ賃借人ノ項ニ於テ之ヲ述ヘタリ

(ハ) 船舶ノ賃借人ハ船舶ノ利用ニ關シテ船舶所有者ト同一ノ責任ヲ負擔スルカ故ニ若シ第三者ト運送契約ヲ結ビテ運送ニ從事スルトキハ其相手方ニ對シテ發航ノ當時船舶カ安全ニ航海ヲ爲スニ堪フルコトヲ擔保スル義務アリ(第五九一條)之ニ反シテ備船者ニ在リテハ第三者ニ對シテ斯ル擔保義務ヲ負フコトナキカ故ニ自ラ船舶ノ機裝、船員ノ乗組、船體ノ健全等ニ付キ顧慮スルノ必要ナキナリ

右ノ如ク船舶貸賃借契約ト備船契約トハ其效力ノ上ニ非常ナル差異アルカ故ニ其貸賃借契約ト視ラルルカ將タ備船契約ト認メラルルカハ當事者ノ利害ノ上ニ大ナル關係ヲ有ス故ニ二者ノ區別ハ實際問題トシテ極メテ重要ナル事項ニ屬ス然ルニ船舶所有者カ其船舶ヲ舉ケテ他人ノ使用ニ委シタルニ當リ如何ナル事實ノ存スルアレハ之ヲ貸賃借トシ又ハ備船契約トスルカ是レ事實問題ニシテ固ヨリ各場合ノ事實ニ從ヒ爭アル場合ハ裁判所之ヲ認定スヘキモノトス然ルニ此點ニ關スル英國ノ實例ヲ見ルニ英國ニテハ備船契約タルカ船舶貸賃借契約タルカヲ區別スル事實上ノ標準ハ船員特ニ船長ノ選任並ニ指揮監督ノ權力何人ノ手ニ存スルカニ在ルモノノ如シ即チ船長ノ任免權ニシテ船舶所有者ノ手ニ存スルトキハ船舶所有者ハ船長ニ依リテ依然トシテ船舶ヲ占有シ第三者ニ對シテ所有者トシテノ責任ヲ負擔セサルヘカラサルナリ仍テ若シ船長ノ過失ニ因リテ船舶ノ衝突ヲ來シ他ノ船舶ニ損害ヲ來セハ船舶所有者其責ニ任セサルヘカラス之ニ反シテ船長ノ任免權カ船舶ノ借主ノ手ニ存スルトキハ衝突等ニ因ル損害賠償ノ義務ハ船舶所有者ニ存セスシテ船舶ノ借主ニ存ス

ルナリ之ヲ要スルニ英國ニテハ船長ノ任免權カ借主ノ手ニ在レハ之ヲ貸賃借契約ト看ルヘク然ラサレハ之ヲ備船契約ト看ルヘキモノトス我國ニ於テハ未タ此種ノ問題ニ付キ多ク實例ヲ生シタルヲ聞カス然レトモ船舶ノ貸賃ハ日ヲ追ヒテ増加スルノ形勢アリ然ルニ船舶カ船長ノ過失ニ因リテ衝突シタル場合ニ何人カ其賠償ノ責ニ任スルカ即チ船舶所有者ナルカ將タ船舶ノ借主ナルカ利害ノ關スル所頗ル大ナル問題ナルカ故ニ若シ當事者間ニ於テ十分ニ之カ特約ヲ爲シ置ケハ格別然ラサルニ於テハ異日必ス論爭ヲ生スルニ至ルヘシ斯ル場合ニ如何ナル標準ニ據リテ之カ責任ノ歸屬者ヲ定ムルカ我商法ニ於テモ備船契約ノ場合ハ船舶所有者ニ於テ船舶カ航海ニ堪フルコトヲ擔保スル義務アリ又備船者カ更ニ第三者ト運送契約ヲ締結シタル場合ニ於テ其契約ノ履行カ船長ノ職務ノ範圍内ニ屬スル事項ニ付テハ船舶所有者ノミ其履行ノ責ニ任ス此等ノ點ヨリ考フルニ備船契約ノ場合ハ船舶所有者常ニ船長ノ任免並ニ指揮監督ヲ爲スモノタルコトヲ豫想セリ(第六一二條)殊ニ船長ハ指揮統轄者ナルカ故ニ船長ノ任免並ニ指揮監督ノ權利ヲ有スル者ハ即チ船長ヲ

通シテ該船ノ占有ヲ保持スルモノト謂フベキナリ故ニ我國ニ於テモ英國ノ船長ノ任免權ノ何レニ存スルカニ依リテ傭船契約タルカ船舶貸賃借契約タルカヲ區別スルヲ至當トス

二 海上運送契約ト陸上運送契約トノ區別

海上運送ト陸上運送トハ之ヲ空ニ想像スルトキハ唯其路筋カ一方ハ海上ニシテ一方ハ陸上タルノ差異アルニ止マルカ如シト雖モ其海路タルト陸路タルトハ二者ノ發達ニ根本的大影響ヲ與ヘタルモノニシテ海商法其モノノ成立アルニ至リタルモ亦實ニ之カ爲メナリ換言スレハ海商法全部ノ規定ハ別種ノ契約關係タル保險ノ部分ヲ除ケハ總テ運送契約ニ關係シ陸上運送トノ差異ヲ示スモト云フモ可ナリ海上運送ニハ其運送具トシテ必ス船舶ヲ必要トシ爲メニ船舶ニ關スル特別規定ノ必要アリ又航海ノ事業タルヤ管ニ危險ニ富ムノミナラス資本ヲ多ク要スルカ故ニ之カ發達ヲ圖ルカ爲メニハ其危險ヲ多數者間ニ分配シ且多クノ資本ヲ集合セシムル必要アリ是ニ於テ社會思想ノ未タ能ク發達セサル時代ニ在リテハ船舶ヲ共有シテ以テ航海ノ事業ニ從事ス爲メニ船

舶ノ共有、竝ニ船舶管理、人ノ規定ノ必要アリ又船舶所有者ハ往昔運送營業ナル專門ノ營業ノ發達セサル時代ニ在リテハ貿易商人トシテ自ラ船舶ヲ指揮シ自己ノ船舶ニ自己ノ貨物ヲ積込ミ所謂自船運送ニ從事シタリト雖モ運送營業ノ發達スルニ至リテハ船舶所有者ハ運送營業ノ資本家トシテ陸上ニ退キ敢テ航海ノ危險ヲ冒シテ其實務ニ從事スルコトヲ爲サス從來勞務ノミニ從事セル船長ナルモノノ地位ヲ高メ自己ニ代リテ船舶ヲ指揮シ且航海ノ實務ニ當ラシム是ニ於テカ法律上船長ナルモノノ地位ヲ認メテ之ニ職務權限ヲ與フルノ必要アリ爲メニ船長ニ關スル規定ノ必要アリ又船舶ノ運轉ヲ爲スニ付テハ許多ノ勞務者ヲ必要トス爲メニ海員ニ關スル規定ノ必要アリ又運送契約其モノニ付テモ其成立ニ際シ陸上運送ニテハ運送狀ヲ作ルヲ例トシ海上運送ニハ運送狀ナルモノナク傭船契約書又ハ船荷證券ヲ作ルヲ例トス是レ亦二者ノ發達ヲ異ニスルニ基因ス陸上運送ニハ此他貨物引換證ナルモノアリト雖モ是レ頗ル後世ノ發達ニ屬シ海上運送ノ船荷證券ニ模倣シテ製作シタルモノニシテ其效力竝ニ運用ニ至リテハ殆ト相同シト雖モ其實用ハ現今迄ニ船荷證券ノ下ニ在リ我商

法ハ運送狀ニ付テハ唯第三百三十二條一箇條ヲ規定シ運送狀ノ作成ヲ豫想シ其記載事項ヲ定メタルノミニシテ法律上果シテ如何ナル效力運用作用アルモノナルヤ毫モ知ルヘカラス然ルニ外國殊ニ獨逸商法第四百三十二條第四百三十六條ニハ運送狀ノ效力並ニ運用ニ關シテ重要ナル規定アリ又運送契約ノ效力並ニ終了ニ關シテモ例ヘハ船積期間陸揚期間任意ノ解除不可抗力ニ基テ解除法定ノ原因ニ因ル終了等海上運送ニハ各特別ノ規定ヲ設クルノ必要アリ又船舶及ヒ積荷カ共同ノ危險ニ遭遇スルコトアリ其危險ヲ免レシメンカ爲メニ船長カ故意ニ爲シタル損害及ヒ費用ハ共同海損ノ精算ニ基キテ利害關係人之ヲ分擔ス故ニ共同海損ノ規定ノ必要アリ又船舶所有者ハ船員ノ行爲ニ對シテ海產有限ノ責任ヲ負フカ如キ其他特種ノ原因ヨリ或種ノ債權者ヲ保護スル必要上船舶債權者ナルモノヲ認メ之ヲ規定スルノ必要アリ總テ此等ノ海商法中運送ニ關スル規定ハ特種ノ發達若クハ必要ヨリ出テタルモノニシテ陸上運送ニ對スル差異ヲ示スモノト謂フモ可ナリ

三 儲船契約ト簡箇ノ物品運送契約トノ區別

前者ハ物品若クハ旅客カ積入レラルヘキ船舶ノ全部若クハ一部ヲ契約ノ目的トシ後者ハ簡箇ノ物品ヲ契約ノ目的トス其結果トシテ前者ニ在リテハ之ニ積入ルル貨物ハ不特定ナルヲ例トシ儲船者ハ自己ノ物品ノミナラス更ニ第三者ト運送契約ヲ締結シ其物品ヲ船積セシムルコトヲ得即チ商法第六百十二條ニ於テ儲船契約ノ場合ニハ儲船者ハ更ニ第三者ト運送契約ヲ爲シ得ルコトヲ豫想シ此場合ニハ其契約ノ履行カ船長ノ職務ニ屬スル範圍内ニ於テハ船舶所有者ノミ 第三者ニ對シテ直接ニ履行ノ責ニ任スルナリ簡箇ノ物品運送契約ノ場合ニ在リテモ理論上ハ荷送人ハ更ニ第三者ト運送契約ヲ締結スルコトヲ得サルニ非サルモ其契約ハ單ニ契約當事者間ノ關係ニ止マリ第三者タル船舶所有者ニ對シテ何等ノ關係ヲ及スモノニ非サルナリ

又儲船契約ノ場合ト簡箇ノ物品運送契約ノ場合トハ契約締結ノ方法ニ經濟上非常ナル差異アリ前者ハ不特定ノ航路ニ對シ臨時のナルヲ例トシ又船體モ左程大ナラサルヲ常トス隨テ各契約毎ニ船體ハ勿論船積陸揚碇泊期間運送貨航路責任ノ範圍等ヲ定ムルヲ常トス之ニ反シテ簡箇ノ物品運送契約ノ場合ハ特

定航路ニシテ定期航海ナルヲ例トシ船體モ亦益々大ナルニ至ルノ傾向アラントス隨テ船舶所有者ニ於テ豫メ運送ニ關スル總テノ條件ヲ定メ例ヘハ運送貨定期發著表等ヲ定メ之ヲ廣告シテ以テ運送品ヲ募集シ應募ニ因リテ契約成立ス隨テ同一約款ノ下ニ多數ノ荷送人カ運送契約ヲ締結スルナリ故ニ備船契約ト簡箇ノ物品運送契約トハ運送契約タル性質ニ於テハ同一ナリト雖モ二者ノ經濟的行動ニ至リテハ大ナル差異アリ

第三項 物品運送契約ノ成立

備船契約タルト簡箇ノ物品運送契約タルトヲ問ハス諸成契約ナリ故ニ契約成立ニ付キ別ニ何等ノ方式ヲ要セス然レトモ後日ノ證據ノ爲メニ備船契約ニ在リテハ各當事者ハ備船契約書ノ交付ヲ請求スルコトヲ得第五九〇條其備船契約書ヲ作成スルト否トハ當事者ノ自由意思ニ放任セリ然ルニ舊商法並ニ佛法系ノ諸國ニ在リテハ備船契約書ヲ作成スルコトヲ必要トセリ是レ亦必スシモ契約成立ノ要素ニ非ス畢竟證據保存ノ爲メニ之ヲ必要トシタルナリ然ルニ我

新商法ハ獨法系ニ倣ヒ商事契約ニ形式ヲ要セサルヲ本則トシタルカ故ニ備船契約書ニ付テモ之ヲ作成スルト否トハ當事者ノ意思ニ任セタリ而シテ備船契約書ニハ如何ナル事項ヲ記載スヘキカ法律上別ニ記載事項ヲ定メスト雖モ畢竟當事者ノ契約並ニ慣習ニ依ラシムル考ナリ法文ニ運送契約書ト云ヒタルハ適切ナラス宜シク備船契約書ト云フヘキナリ

簡箇ノ物品運送契約ニ在リテハ各當事者ハ別ニ運送契約書ノ交付ヲ請求スルコトヲ得ス又陸上運送ノ如ク運送狀ヲ發行セシムル慣習ナシト雖モ海上運送ニ在リテハ船長ヨリ船荷證券ヲ發行スルヲ例トシ又船長ハ其原本ヲ請求スルコトヲ得ヘキカ故ニ若シ後日ニ證據ヲ殘ス爲メヨリ言ヘハ之ニテ十分タルナリ(第六二〇條第六二三條)

海上運送契約成立上特ニ注意スヘキコトハ契約自由ノ原則ニ對スル制限是ナリ商法第五百九十二條ニ曰ク

船舶所有者ハ特約ヲ爲シタルトキト雖モ自己ノ過失船員其他ノ使用人ノ惡意若クハ重大ナル過失又ハ船舶カ航海ニ堪ヘサルニ因リテ生シタル損害ヲ

賠償スル責ヲ免ルルコトヲ得ス。本條ハ特約ニ因ル免責事項ノ範圍ヲ制限シタルモノナリ夫レ契約ノ自由ハ之ヲ尊重セサルヘカラスト雖モ其範圍ヲ餘リニ自由ニ放任スルトキハ公益ヲ害スルニ至ル蓋シ海上運送業ハ危險ニ富ムノミナラス資本ヲ多ク要スル事業ナルカ故ニ何人モ進ミテ之ヲ營ムコトヲ得ス自船運送ヨリ共有運送ト爲リ共有運送ヨリ進ミテ會社運送ト爲リ危險分擔ト資本集中トカ益多ク行ハルルニ隨ヒ急該事業ノ隆盛ヲ極ムルニ至ル會社思想ノ傳播シテヨリ海上運送業カ著シク進歩シタルハ以テ此消息ヲ知ルニ足ル此ノ如キ有様ナルカ故ニ海上運送業ハ近年益々資力ヲ集中セル大會社ニ依リテ營マルルノ傾向アリ隨テ海上運送業ハ事實上ニ於テ獨占業タルノ觀アラントス故ニ運送會社ニ在リテハ自己ノ爲メニ最モ便宜ナル條項ヲ船荷證券中ニ記載シ且既ニ之ヲ印刷シ付シ置キテ以テ運送契約ノ求メニ應シ其甚シキニ至リテハ極メテ廣汎ナル範圍ニ於テ免責事項ヲ記載シ積荷ヲ受取リテヨリ殆ト全ク其損害賠償ノ責ニ任セス英國ノ或有名ナル司法官力之ヲ冷評シテ運送人ハ唯今後運送貨ヲ受取ルタケノ義務

ヲ負擔スルノミナリト曰ヘリ事情此ノ如クナルトキハ荷送人ハ安心シテ積荷ヲ運送人ニ委託スルコトヲ得ス爲メニ運送營業ハ商業ヲ容易ナラシメ鞏固ナラシムル所謂補助的商行爲ノ任務ヲ完ウスルコトヲ得シテ其結果商業ノ衰退ヲ來スヲ免レス故ニ第十九世紀ノ後半ヨリ免責事項ノ記載ニ對シテ制限ヲ加フルノ必要ヲ感シ千八百八十二年リバール千八百八十五年ハンブルグ、千八百八十五年アントワープ、千八百八十八年ブルセル、千八百九十三年倫敦ニ於ケル國際會議ハ何レモ該問題ノ討議ヲ爲シ就中ブルセルニ於ケル國際商法會議ノ議決第二條ニ於テハ(イ)船舶ノ航海堪能ヲ擔保スル義務(ロ)積荷ノ保管引渡等ニ關スル義務(ハ)船員其他ノ使用人ノ重大ナル過失ノ三者ニ付テハ特約ニ依ルモ其責任ヲ免ルルコトヲ得サルモノトシ其主義ヲ各國商法ニ於テ採用スヘキ旨ヲ勸告セリ而シテ我商法ハ略ホ該議決ノ主意ヲ採用シタルモノナリ(ホ)イニス第二卷第一〇七頁、リオン、カン第三版第五卷第五三九頁法學協會雜誌第二十一卷第八號拙著講演參照。尙ホ第五百九十二條ニ付キ二三ノ注意スヘキ點ヲ説明スヘシ本條ニハ使用人

ノ惡意若クハ重大ナル過失トアルカ故ニ輕過失ヨリ生シタル損害ニ付テハ特約ニ因リ之ヲ免ルルコトヲ得ヘシ又特約ニ因リテ船舶カ航海ニ堪ヘサルニ因リテ生シタル損害ヲ免ルルコトヲ得サルハ唯リ發航ノ當時ノミニ關スルヤ或ハ發航ノ前後ヲ問ハサル趣意ナリヤ第五百九十一條ノ航海堪能ノ擔保義務ニ付テハ發航ノ當時ト明言シ發航ノ當時ニ於ケル航海堪能ノ擔保スルモノナルコト明白ナリト雖モ第五百九十二條ニハ發航ノ當時ナル文字ナキニ由リテ之ヲ觀レハ發航ノ前後ヲ問ハサル趣意ト解セサルヘカラス或ハ曰ク航海堪能ノ擔保義務ハ第五百九十一條ニ依リテ定マルカ故ニ第五百九十二條ハ畢竟其擔保義務ヲ特約ニ因リテ免ルルコト能ハサル旨ヲ規定シタルモノニシテ第五百九十二條ニハ發航ノ當時ナル文字ナシト雖モ之アルト全ク同一ニ解釋セサルヘカラスト是レ非ナリ成程航海堪能擔保義務ハ第五百九十一條ノ規定スル所ニ相違ナシト雖モ船舶所有者ハ此義務以外ニ於テ尙ホ運送契約上ノ責任ヨリ運送其モノヲ成就スル義務アルカ故ニ若シ航海ノ途中ニ於テ船舶航海ニ堪ヘサルニ至レハ或ハ該船舶ヲ直チニ修繕シテ航海堪能ナラシメ或ハ之ニ代フル

ニ他ノ船舶ヲ以テシ或ハ他船ニ積換ヲ爲シテ適宜運送ヲ完了スル義務アルモノトス然ルニ第五百九十二條ニ所謂航海堪能ノ免責事項ヲ發航ノ當時ノミノ意味ニ限局スルトキハ此等ノ船舶修繕ノ義務又代船使用ノ義務又ハ他船ニ積換フル義務等ヲ特約ニ因リテ免ルルコトヲ得ルニ至ルヘシ要スルニ第五百九十二條ノ場合ハ法文ニ發航ノ當時ナル文字ナキ以上ハ其前後ヲ問ハサル趣意ナリト解釋スルヲ至當トス(法典質疑錄第六十一號商第二九四號問題拙者解答參照)

第二節 物品運送契約ノ效力

第一項 船舶所有者ノ權利義務

第一 航海堪能ノ擔保義務

船舶契約ニ在リテハ船舶ノ全部若クハ一部カ契約ノ目的ナルカ故ニ其特定サレタル船舶ニ依リテ運送カ履行サルヘキコトハ勿論ナリトス故ニ船舶所有者ハ假ニ其船舶ヲ變更シテ他船ヲ之ニ代用スヘカラサルコトハ言フ待タス而シ

テ箇箇ノ物品運送契約ニ在リテモ明示若クハ默示ニ運送セラルヘキ船舶ハ定メラレ居ルヲ通例トス若シ定メラレ居ルトキハ其船舶ヲ用フヘキハ勿論トス而シテ之ニ關シテ若シ何等ノ定ナキト雖モ船舶所有者ハ當該運送ニ相當ナル船舶ヲ用フヘキハ其當然ノ義務ナリトス

然ルニ運送船舶カ右ノ如ク特定シタル場合タルト將タ特定セサル場合タルトヲ問ハス船舶所有者ハ運送ニ從事セシムル船舶ニ付テハ總テ發航ノ當時該航海ニ堪能ナルコトヲ擔保スル義務アリ(第五九一條)獨新第五九條而シテ船舶カ安全ニ航海ニ堪フルトハ唯リ船舶自體ニ損傷ナキノミナラス其屬具艤裝等皆完備シ乗組員ノ技能員數等モ皆完全ナルコトヲ包含スルモノトス又其航海ニ堪能ナルトハ當該航海ニ對シテ云フモノナリ蓋シ沿岸航海ニ堪フル船舶ト雖モ遠洋航海ニ堪ヘサルモノアルヘタ南方ノ航海ニ堪フルモ北海ノ航海ニ堪ヘサルモノ之アルヘケレハナリ然レトモ絕對ノ標準ニ依ル堪能ナルコトヲ要セサルナリ

右ノ擔保義務タルヤ唯發航ノ當時ニ於ケル狀況ニ付テノミ存在スルモノトス如何ニ資力ニ富ム者ト雖モ航海中終始航海ノ堪能ナルコトヲ擔保スルコト能ハサルナリ又終始之ヲ擔保セシメントスルモ事實上不可能ノ事タリ何トナレハ海難ハ何時來リテ船舶ヲ毀損セシメ航海不堪能ノ狀態ニ陷ラシムルヤモ測リ知ルヘカラサレハナリ故ニ契約當然ノ效果トシテ負擔セシムル義務トシテハ唯リ發航ノ當時ニ於ケル堪能ノ保證ノミニ限ルナリ故ニ發航ノ當時ニ於テ航海堪能ナラサリシニ因リテ生シタル損害ハ總テ之ヲ賠償セシム

然レトモ右ハ航海堪能ノ擔保義務ニ關スル說明ナルカ故ニ發航ノ當時ヲ要件トスト雖モ船舶所有者ハ運送契約上ノ責任トシテ運送ヲ完了スル義務アルカ故ニ若シ運送ノ途中ニ於テ船舶カ全ク航海ニ堪ヘサルニ至レハ其場合ノ狀況ニ從ヒ或ハ途中寄港シテ應急修繕ヲ爲ス必要アルヘク或ハ代船ヲ使用シ或ハ他船ニ積換ヘテ運送ヲ爲ス等適宜運送ヲ成就スル義務アルハ勿論トス故ニ此等ノ義務ニ至リテハ發航ノ前後ヲ問ハス存在スルモノトス但船舶全部ノ備船契約ニ至リテハ船舶ノ沈沒修繕不能捕獲等ノ原因ニ因リ該契約ハ當然終了スルカ故ニ契約終了後ハ固ヨリ新ナル船舶ヲ準備シテ運送ヲ繼續スル義務ナキ

モノトス(第六一三條)

右ノ擔保義務タルヤ全ク公益上ノ理由ニ基キ運送組織ノ安全ヲ期スル爲メニ船舶所有者ニ負擔セシメタル義務ナリ故ニ特約ニ因リ此義務ヲ免ルルコトヲ得サルモノトス(第五九二條)

第二 船積ニ關スル權利義務

(一) 義務 船舶所有者ハ運送契約ニ依リ船積シタル物品運送ノ義務ヲ負擔スルモノナルカ故ニ船積ニ付テハ先ツ其船積シ得ル準備ヲ爲スコトヲ要ス例ヘハ船舶ヲ船積シ得ル場所ヘ寄港接近セシメ船艙ヲ開キテ之ヲ片付ケ船積起重器ノ運轉ノ準備ヲ爲ス等總テ船積ニ適シタル方法ニ準備シ置クコトヲ要ス而シテ其準備ノ整頓シタルトキハ船舶全部若クハ一部ノ備船契約ノ場合ニ在リテハ備船者ニ對シテ遲滞ナク其通知ヲ發スルコトヲ要ス(第五九四條第六〇一條第三項、獨新第五六七條)

備船契約ニ在リテハ備船者自ラ荷物ノ船積ヲ爲サス或ハ荷物ノ賣主又ハ其代理人等ノ第三者ヲシテ荷物ノ船積ヲ爲サシムルコトアリ其第三者ト備船者ト

ノ契約關係ハ何ニ基クカハ固ヨリ問フ所ニ非ス例ヘハ單ニ發送ノ委任ヲ爲シタル場合モアルヘク又ハ代理商、倉庫營業者、運送取扱業者タル場合モアルヘシ斯ル場合ニ於テハ船長ハ船積ノ準備整頓シタルトキハ備船者ノ指定シタル第三者ニ通知スヘキモノトス然ルニ船長カ商業上普通ノ方法ニ依リ相當ノ注意ヲ用ヒテ其第三者ノ何人タルカニ付キ又ハ其住居所ニ付キ探索ノ手段ヲ執ルモ途ニ之ヲ確知スルコト能ハサルトキ又ハ之ニ反シテ其第三者ハ容易ニ知レルモ其第三者カ船積ヲ爲ササリシトキハ船長ハ直チニ其旨ヲ備船者ニ通知スルコトヲ要ス蓋シ備船者ハ其報告ニ接シテ更ニ第三者ニ督促ヲ爲シテ其船積ヲ爲サシムルカ又ハ自ラ進ミテ船積ヲ爲スカ何レニシテモ其備入レタル船舶ヲ利用スルノ途ヲ講スヘケレハナリ(第五九五條獨新第五七七條)

箇箇ノ物品運送契約ニ在リテハ船長ハ船積ニ關スル指圖ヲ與フルコトヲ要ス然ラズンハ適當ノ時期並ニ方法ニ於テ船積ヲ爲スコトヲ得サレハナリ第六〇二條第一項)

(二) 權利 船舶所有者ハ契約ノ趣旨ニ從ヒ船積ヲ受クルノ權利アリ相手方ヨ

リ言へハ即チ船積ヲ爲スノ義務アルナリ而シテ如何ナル荷物ヲ船積スヘキヤハ固ヨリ契約ニ於テ之ヲ定ムヘキ事項ニシテ箇箇ノ物品運送契約ニ在リテハ契約ノ際既ニ特定セル物品ナルコト多カルヘク備船契約ニ在リテハ之ニ船積サルヘキ物品ハ契約ノ際未タ特定セサルコト多カルヘキモ然レトモ大體ニ於テハ其種類、重量、容積等ハ明示若クハ默示ノ契約ニ依リテ定メラレタル所ナルヘシ何トナレハ船舶自體ニ對スル危險物例ヘハ爆發シ易キ火藥類、煙火類又ハ吃水ヲ非常ニ深カラシムル重量品等ヲ運送スルニ付テハ運送貨ノ率モ亦自然之ヲ異ニセシメサルヘカラサレハナリ然ルニ備船者又ハ荷送人カ法令ニ違反シ例ヘハ戰時禁制品又ハ輸出禁止品ヲ輸出セントシ又ハ關稅ヲ納メスシテ密輸出ヲ爲サントスル場合ノ如キ又ハ契約ニ依ラスシテ例ヘハ契約上ノ運送品ト異ナリタル物品ヲ船積シタル場合ノ如キ斯ル場合ニ在リテハ船長ハ之ヲ運送スル義務ヲ有セス何時ニテモ之ヲ陸揚スルコトヲ得若シ船舶又ハ他ノ積荷ニ危害ヲ及ホス虞アルトキ例ヘハ爆發物ニシテ他物ヲ焼失スル虞アル場合ノ如キハ之ヲ放棄スルコトヲ得ルナリ若シ放棄又ハ陸揚ヲ爲サスシテ船長カ之

ヲ運送シタルトキハ其船積ノ地及ヒ時ニ於ケル同種ノ運送品ノ最高ノ運送貨ヲ請求スルコトヲ得尙ホ損害ヲ生シタルトキハ其賠償ヲ請求スルコトヲ得而シテ其損害賠償請求權ハ唯リ船舶所有者ノミナラス他ノ荷送人其他ノ利害關係人モ亦之カ爲メニ損害ヲ生シタルトキハ之ヲ行フコトヲ得第五九三條、新第五六三條、第五六四條

又縱令契約ニ依リタルトキト雖モ法令ニ違反シタル場合ナレハ船長ハ右ノ陸揚又ハ放棄ノ權ヲ行フコトヲ得蓋シ之ヲ行ヒテ法文ニ差支ヘサルノミナラス不法ノ行爲ヲ目的トスル契約ナルカ故ニ無効ナレハナリ(民法第九〇條)

船積ハ如何ナル期間内ニ之ヲ終ハルヘキヤノ問題ニ付テハ備船契約ノ場合ト箇箇運送ノ場合ト區別シテ考フルコトヲ要ス

(イ) 備船契約ノ場合 船積期間ハ或ハ契約ニ依リ定マルモノアリ或ハ慣習ニ依リ定マルモノアリ舊商法第八十八條及ヒ第八十九條ニハ之ヲ淀泊期間ト云ヒ此期間ハ備船者ノ爲メニ設タルモノニシテ特別ノ報酬ヲ拂フコトヲ要セス然ルニ此期間内ニ船積ヲ終フルコト能ハスシテ爲メニ其期間ヲ延長

スルコトアリ之ヲ舊商法ニテ超過淀泊期間ト曰ヘリ斯ル淀泊期間又ハ超過淀泊期間ノ區別ハ獨商法新第五六七條以下ヲ始メ諸國ノ立法例ニ存シ法律上其期間ヲ定ムルモノ多シト雖モ我商法ニ於テハ寧ロ初ヨリ契約又ハ慣習ニ讓ルノ便宜ナルヲ認メ之ニ對スル規定ヲ設ケサリシ殊ニ近來起重器等ノ技術ノ進歩ハ船積ヲシテ益々容易ナラシメ多クノ日子ヲ要セサルニ至ル然ルニ法律ニ於テ之ニ一定ノ期間ヲ定メ置クトキハ或ハ時勢ノ進歩ニ伴ハサルニ至ルノ虞アリ例ヘハ獨逸法ニ於テ契約ナキ場合ニ於ケル超過淀泊期間ヲ十四日トスル規定ノ如キハ最早長キニ失シ今日ノ時勢ニ適セサルノ嫌アリ(獨新第五六八條第二項故ニ我商法ハ之ニ關スル規定ヲ設クスシテ契約又ハ慣習ニ一任シタリ然レトモ契約又ハ慣習ニ依リ船積期間ノ定アル場合ニ其起算點ヲ如何ニスルヤハ問題ト爲ルヘキカ故ニ此ニ關シテ規定ヲ置ケリ即チ船積期間ノ定アル場合ニ於テハ其期間ハ船積ノ準備ノ整頓シタルコトノ通知ヲ發シタル翌日ヨリ之ヲ起算ス(第五九四條第二項前項ニ於テ通知ヲ發スルコトヲ要ス)ト曰ヘルカ故ニ通知ノ相手方ニ到達セル翌日ヨリ起算スルニ非サルナリ而シテ不可抗力例

ヘハ暴風雨等ニ因リテ船積ヲ爲スコト能ハサル日ハ之ヲ算入セス又一般ノ休日ニ至リテハ之ヲ其船積期間中ニ加フヘキヤ否ヤニ付テハ契約又ハ慣習ニ讓リ別ニ法律上ノ規定ヲ設ケス
船積期間ハ傭船者ノ爲メニ設ケタル期間ニシテ之ニ對スル報酬ハ既ニ運送賃ノ中ニ包含セララルモノトス故ニ船積期間ニ對シテハ船舶所有者ハ別ニ報酬ヲ請求スルコトヲ得サルモノトス船積期間經過ノ後ハ船舶所有者ノ都合ニ依リ未タ運送品ノ全部ヲ船積セサルトキト雖モ船長ハ直チニ發航ヲ爲スコトヲ得第五九七條第一項故ニ發航ヲ爲シタルトキハ最早事實上船積ヲ爲スコト能ハスト雖モ若シ期間經過セルニ拘ハラス船長カ發航セサリシトキハ傭船者ハ期間經過後ト雖モ向ホ船積ヲ爲スコトヲ得此場合ニ在リテハ特約アレハ勿論特約ナキ場合ト雖モ船舶所有者ハ相當ノ報酬ヲ請求スルコトヲ得(第五九四條第二項蓋シ船積期間經過後ノ淀泊ノ爲メニ船舶所有者ハ船員ノ給料食料等種種ノ費用ヲ支出スルノ必要アリ然ルニ契約上ノ運送賃ハ唯リ船積期間ニ對スル報酬ヲ包含スルニ止マリ船積期間後ノ分ハ契約外ノモノナルカ故ニ之ニ對

スル報關ハ之ヲ其中ニ包含セザレハナリ
 備船者カ船積期間内ニ毫モ船積ヲ爲サザリシトキハ契約ノ解除ヲ爲シタルモ
 ノト看做サル(第五九八條第四項第五百九十五條ノ場合ニ於テ第三者ヲ確知ス
 ルコトヲ得ス又ハ第三者カ船積ヲ拒ミタルトキハ船積期間内ニ限リ備船者ニ
 於テ船積ヲ爲スコトヲ得蓋シ此場合ハ契約上第三者ヨリ船積ヲ爲スヘキ筈ナ
 リ然ルニ其第三者カ船積ヲ爲サザル場合ナルカ故ニ船積所有者ニ迷惑ヲ被ラ
 シメサル範圍ニ於テ備船者ヲシテ特ニ船積ヲ爲スコトヲ許スモノタリ故ニ船
 積期間内ニ限リ船積ヲ爲スコトヲ得ルモノトス若シ其期間ヲ經過シテ後尙ホ
 船積ヲ爲サントセハ特ニ船長トノ間ニ交渉ヲ爲シテ其允許ヲ經ルコトヲ要ス
 蓋シ船長ニ於テハ船積者タル第三者ヲ確知スルコト能ハス又ハ第三者カ船積
 セサル際ニ於テ其見込ヲ以テ總テ準備ノ都合ヲ計レハナリ尙ホ其允許ヲ經テ
 船積シタル場合ニ於テモ船積期間後ノ日取りニ對シテハ相當ノ報酬ヲ請求ス
 ルコトヲ得ルハ勿論トス
 (ロ) 箇箇ノ物品運送契約ノ場合ニ荷送人ハ船長ノ指圖ニ從ヒ遲滞ナク運送品

ノ船積ヲ爲スコトヲ要ス(第六〇二條第一項故ニ指圖ヲ受ケタル當日ヨリ早速
 船積ニ著手スルコトヲ要ス尤モ特約又ハ慣習ニ依リ箇箇ノ物品運送ノ場合ト
 雖モ船積期間ノ存スル場合ハ之ニ從フハ勿論トス
 尙ホ備船契約ノ場合タルト箇箇ノ物品運送契約ノ場合タルト問ハス備船者
 又ハ荷送人ハ運送ニ必要ナル書類例ヘハ檢疫證書關稅受取書關稅明細書等ヲ
 船長ニ交付スルコトヲ要ス(第六〇四條獨新第五九一條蓋シ船長ハ發航ニ先チ
 運送契約及ヒ積荷ニ關スル書類稅關ヨリ交付シタル書類ヲ船中ニ備ヘ置クコ
 トヲ要ス(第五六二條第一項第六號第七號故ニ備船者又ハ荷送人ハ唯リ荷物ノ
 船積ヲ爲スノミナラス此等ノ書類ヲ交付セスンハ未タ其義務ヲ十分履行シ丁
 リタルモノト謂フコトヲ得ス仍テ船積期間内ニ此等ノ書類ヲ交付セス爲メニ
 損害ヲ生シタルトキハ之カ賠償ヲ爲スノ責任アリ
 第三 發航ニ關スル權利義務
 義務
 (イ) 全部備船ノ場合ニ在リテハ備船者カ契約上ノ運送品ノ全部ヲ船積シタル

トキハ船長ハ發航ヲ爲スノ義務アルモノトス然ルニ運送品ノ全部ヲ船積セサルトキト雖モ備船者ハ其船積ノ權利ヲ拋棄シテ船長ニ對シテ發航ノ請求ヲ爲スコトヲ得然レトモ備船者ハ自己ノ勝手ニ運送品ノ全部ヲ船積セサルシモノナルカ故ニ運送貨ノ全額ヲ支拂フハ勿論運送品ノ全部ヲ船積セサルニ因リテ生シタル費用ヲ支拂フコトヲ要ス例ヘハ船舶カ航行スルニハ相當ノ吃水ヲ要シ積荷少キトキハ底荷ヲ入レテ之ヲ補ハサルヘカラス故ニ之ニ對スル費用ヲ支拂フコトヲ要スルカ如キ又ハ積換費用ヲ支拂フコトヲ要スルカ如キ是ナリ尙ホ船舶所有者ノ請求アルトキハ相當ノ擔保ヲ供スルコトヲ要ス(第五九六條)其理由ハ船舶カ途中ニ於テ海難ニ罹リ共同海損ヲ負擔スヘキ問題ヲ生スルニ當リ備船者カ全部ノ船積ヲ爲ササルニ因リ備船者ノ負擔ハ割合ニ減少シ船舶所有者ノ負擔額ヲ増加シ隨テ船舶所有者ニ損害ヲ被ラシムルニ至ルコトアルヘシ仍テ之ヲ豫想シテ相當ノ擔保ヲ供セシメ置クモノナリ

(ロ) 船舶一部ノ備船契約ニ在リテハ備船者カ一部ノ船積ヲ爲シタル場合ハ勿論縱令全部ノ船積ヲ爲シタル場合ト雖モ發航時期ノ至ラサル間ハ發航ヲ請求

スルコトヲ得サルモノトス然レトモ同一船舶ニ屬スル一部ノ備船者カ全部共同スルトキハ恰モ全部備船者ニ相當スルカ故ニ同シク發航ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ而シテ此場合ニ船舶所有者ニ支拂フ額ニ至リテハ全部備船ノ場合ト全ク同一ナリトス蓋シ第五百九十四條乃至第六百條ノ規定ハ總テ全部備船ノ場合ニ關スル規定ニシテ第六百一條末項ヲ以テ之ヲ一部備船ノ場合ニ準用スレハナリ

(ハ) 箇箇ノ物品運送契約ニ在リテハ船長ハ契約上ノ發航期ニ於テ發航ノ義務アルモノトス此外別ニ荷送人ヨリ發航請求權ノ問題ヲ生セス

(二) 權利

(イ) 全部備船ノ場合ニ在リテハ船積期間經過ノ後ハ備船者カ運送品ノ全部ヲ船積セサルトキト雖モ船長ハ直チニ發航ヲ爲スコトヲ得第五九七條是レ固ヨリ特約又ハ慣習ニ依リ所謂超過船積期間ノ存セサル場合ノ規定ナリトス若シ之アリタルトキハ其期間内ハ發航ヲ爲スコトヲ得サルモノトス而シテ右ノ場合ニ船長カ直チニ發航ヲ爲スコトヲ得ル所以ハ契約期間内ニ備船者カ全部ノ

船積ヲ爲スト否トハ備船者ノ勝手ニシテ船舶所有者ニ在リテハ船繰リノ都合上限ニ淀泊期間ヲ延長スルコト能ハサル場合之アルヘケレハナリ而シテ此場合ニ於テモ備船者カ全部ノ船積ヲ爲サスシテ自ラ進ミテ發航ヲ請求シタル場合ト均シク備船者ハ運送貨ノ全額ノ外運送品ノ全部ヲ船積セサルニ因リテ生シタル費用ヲ支拂ヒ尙ホ船舶所有者ノ請求アルトキハ相當ノ擔保ヲ供スルコトヲ要ス(第五九七條第二項)

(ロ) 一部備船ノ場合ニ在リテハ同一船舶ニ對スル一部備船者ノ全員ニ對シテ第五百九十七條ニ所謂船積期間ヲ經過シタル後ニ於テ始メテ發航ヲ爲スコトヲ得第六百一條末項)

(ハ) 簡箇ノ物品運送契約ノ場合ニ在リテモ荷送人カ運送品ノ船積ヲ怠リタルトキハ船長ハ直チニ發航ヲ爲スコトヲ得蓋シ一ノ荷送人カ船積ヲ爲ササルカ爲メニ船長カ發航ヲ遅延スルトキハ他ノ幾多ノ荷送人ノ爲メニ損害ヲ生スルニ至ルヘケレハナリ而シテ此場合ニ於テハ荷送人ハ運送貨ノ全額ヲ支拂フコトヲ要ス蓋シ此場合ニハ尙ホ他ノ幾多ノ積荷アルヘキカ故ニ航海ヲ全ク廢

止スルコトヲ得サレハナリ然レトモ一部ノ荷送人カ船積ヲ爲ササルカ爲メニ船舶内ニ空室ヲ生シ之ニ對シテ他ヨリ積荷ヲ募集スルコトヲ得爲メニ運送貨ヲ取得スルコトヲ得タルトキハ其運送貨ノ額タケ先キニ船積ヲ怠リタル荷送人カ支拂フヘキ運送貨中ヨリ控除スルコトヲ要ス然ラスンハ船舶所有者ハ同一ノ船舶ニ對シテ二重ノ運送貨ヲ取得スルノ結果ヲ生スルニ至ルヲ以テナリ(第六〇二條第二項)

第四 陸揚ニ關スル權利義務

陸揚ニ關スル權利義務モ亦船積ニ關スル權利義務ト同一ノ原則ニ從フ法文ノ書キ方モ亦同一ナリ今其權利義務ヲ左ニ分説スヘシ

(一) 義務

(4) 備船契約ノ場合ニ在リテハ全部備船タルト一部備船タルト間ハス運送品ヲ陸揚スルニ必要ナル準備カ整頓シタルトキハ船長ハ遲滞ナク其旨ヲ荷受人ニ通知スルコトヲ要ス(第六〇五條第一項)陸揚ニ必要ナル準備トハ陸揚港ニ到着シテ投錨ヲ爲シ船舶ヲ開キ起重器運轉ノ準備ヲ爲スカ如キヲ謂フ

(ロ) 簡箇ノ物品運送契約ノ場合ニ在リテハ船長ハ荷受人ニ對シテ陸揚ニ付テノ指圖ヲ與フルコトヲ要ス

(二) 權利

船舶所有者ハ契約ノ趣旨ニ從ヒ陸揚ヲ爲サシムル權利アリ

(イ) 備船契約ノ場合ニ在リテハ諸國ノ立法例中陸揚ニ付テモ亦船積ニ付テノ如ク陸揚期間超過陸揚期間ノ區別ヲ設ケテ之カ規定ヲ爲スモノアリト雖モ我商法ニ於テハ是レ亦契約又ハ慣習ニ一任シ斯ル區別ヲ設ケテ規定ヲ立テサリシ唯契約又ハ慣習ニ依リ陸揚期間ノ定マル場合ニ於ケル其起算點ヲ定ムル必要アリ故ニ之ニ付テモ亦船積期間ノ場合ト均シク陸揚準備ノ整頓シタルコトノ通知アリタル翌日ヨリ起算スルモノトス而シテ暴風雨等ノ不可抗力ニ因リテ陸揚スルコト能ハサリシ日ハ之ヲ算入セサルモノトス故ニ例ヘハ一週間ノ船積期間中二日間暴風雨ノ爲メ陸揚ヲ爲スコト能ハサリシモノトスレハ其日數タケ陸揚期間カ向フヘ延ヒルコト爲ルナリ而シテ船積期間ニ對シテハ別ニ報酬ヲ支拂ハサルカ如ク陸揚期間ニ對シテモ亦別ニ報酬ヲ支拂ハス是レ既

ニ運送貨ノ中ニ包含セラレタルモノト看做スナリ然ルニ其期間經過ノ後陸揚シタルトキハ船舶所有者ハ特約ナキト雖モ別ニ相當ノ報酬ヲ請求スルコトヲ得ルナリ蓋シ商行爲ノ性質トシテ他人ニ利益ヲ與フレハ之ニ對シ報酬ヲ請求シ得ルヲ常トスレハナリ(第六〇五條第二項)

(ロ) 簡箇ノ物品運送契約ニ在リテハ荷受人ハ船長ノ指圖ニ從ヒ運送ナク運送品ヲ陸揚スルコトヲ要ス(第六〇五條第四項尤モ契約又ハ慣習ニ於テ陸揚期間アレハ之ニ依ルハ勿論トス)

第五 備船者ト更ニ運送契約ヲ爲シタル第三者ニ對スル船舶所有者ノ責任

備船者ハ若シ其備船契約中ニ反對ノ約束ナキ限ハ更ニ第三者ト運送契約ヲ締結スルコトヲ得其契約タルヤ一種ノ獨立シタル運送契約ニシテ備船者カ船舶所有者トノ間ニ爲シタル備船契約ヨリ生シタル債權ノ讓渡ムハ非サルナリ今便宜ノ爲メニ備船者ト船舶所有者トノ間ニ成レル契約ヲ第一主運送契約ト名ク備船者カ更ニ第三者トノ間ニ締結シタル契約ヲ第二從運送契約ト名クヘシ此第一第二即チ主從ノ運送契約タルヤ全ク獨立シタル二箇ノ運送契約ニシテ

唯二者ノ關係スル所ハ同行爲ニ因リテ二者共ニ履行シテタル點ニ在リ
其他二箇ノ契約タルモ必スシモ其内容ヲ同シタルモノニ非ス事ハ其内容ヲ
異ニスルヲ常トス即チ契約ノ目的ニ付テ之ヲ言ヘハ第一ノ運送契約ハ備船契
約ニシテ第二ノ運送契約ハ備簡ノ物品運送契約タルヲ通例トス又運送貨ノ額
ニ付テ之ヲ言ヘハ前者ハ備船契約ノ定ムル所ニシテ後者ハ多數ノ備簡ノ物品
運送契約ニ依リテ定メラレ其合計ハ備船契約ニ依リテ定メラレタル運送貨ノ
額ヲ超過スルヲ常トス而シテ其超過額ハ即チ備船者ノ利潤ニ歸スヘキモノト
ス又兩契約ハ種種ノ點ニ於テ其約款ヲ異ニスヘシ例ヘハ一方ハ運送貨ノ前拂
ヲ約シ又ハ船積陸揚期間ニ對シテモ特別ノ報酬ヲ支拂フコトヲ約シタルニ他
ハ之ト反對ノ約束ヲ爲シタルカ如キ是ナリ其他免責事項ノ記載ニ付テハ一方
ハ非常ニ廣汎ナル範圍ニ於テ之ヲ記載シ他ハ之ヲ記載セサルカ如キコト之
アルヘシ總テ此ノ如ク第一ノ運送契約ト第二ノ運送契約ト其内容ヲ異ニシ就中
其免責事項ノ範圍ヲ異ニシタルトキハ當事者間ノ關係ハ如何ニ定メラルヘキ
モノナリヤノ問題ヲ生ス

今當事者間ノ關係ヲ觀ルニ第二ノ運送契約ニ付テハ其當事者ハ備船者及ヒ之
ト取引シタル第三者ナリ船舶所有者ハ該契約ニ與ラス故ニ船舶所有者ハ第三
者ニ對シテ直接ニ契約關係ニ立タス隨テ普通ノ原則ニ從ヘハ船舶所有者ハ第
三者ニ對シテ何等ノ責任ヲ負フコトナク備船者獨リ第三者ニ對シテ契約履行
ノ責任ヲ任スヘキノミ又第一ノ運送契約ニ付テハ船舶所有者ハ備船者ニ對シテ
獨リ其契約上ノ責任ヲ負擔スルノミ然ルニ備船者カ勝手ニ第三者ト運送契約
ヲ結ビ第一ノ運送契約ヨリモ異ナリタル約款ヲ結ビ例ヘハ到達港ハ當初ノ契
約ニ於テハ神戸ナリシニ第二ノ運送契約ニ於テハ橫濱トスルコトヲ約セシト
キノ如キ又當初ノ契約ニ於テハ甲板積ノ約束ヲ爲セシニ第二ノ運送契約ニ於
テハ之ヲ禁シタル場合ノ如キコトアルニ當リテハ船舶所有者ハ固ヨリ第二ノ
運送契約ノ履行ノ責任ヲ任スルノ必要ナシ然レトモ船舶所有者ハ備船者ニ對シ
テ第一ノ運送契約ノ履行ノ責任ヲ任スルカ故ニ第二ノ運送契約ノ履行カ第一ノ
運送契約ノ履行ノ範圍ト抵觸セサル限ハ船舶所有者ハ第一ノ運送契約履行ノ
爲メニスル同一ノ行爲カ第二ノ運送契約ノ履行行爲ト爲ルニキナリ隨テ其範

圖ニ於テ法律ノ力ニ依リ第三者ニ對シテ船舶所有者ヲシテ直接ニ責任ヲ負擔セシムルモ毫モ不可ナル所ナキナリ唯第二ノ運送契約ノ履行カ第一ノ運送契約ノ履行ト異ナル場合就中其責任ノ範圍異ナル場合ニ於テ船舶所有者ヲシテ總テ直チニ第三者ニ對シテ履行ノ責任セシメントスルハ縱令法律ノ力ニ依ルト雖モ不當モ亦甚タシト謂ハサルヘカラス故ニ第二ノ運送契約ノ履行カ第一ノ運送契約ノ履行ト異ナル場合ニ於テハ船舶所有者ハ第二ノ運送契約ノ履行ヲ拒ムコトヲ得サルヘカラス(シヤラス第五三三頁故ニ我商法第六百十二條獨新第六六二條ノ規定タルヤ畢竟第一ノ運送契約ノ履行カ第二ノ運送契約ノ履行ト異ナルコトナク船舶所有者カ之カ履行ヲ拒否スルコト能ハサル場合又ハ拒否セザリシ場合ニ於テノミ適用アル規定ト謂フヘキナリ即チ第二ノ運送契約ノ履行カ船長ノ職務ノ範圍内ニ屬スル事項ニ付テハ前述ノ理由ニ基キ直接ニ船舶所有者ヲシテ第三者ニ對シテ其履行ノ責任セシム蓋シ船舶契約ノ場合ニ在リテハ船長ハ依然トシテ船舶所有者ノ指揮監督ノ下ニ立チ之カ任免權ハ船舶所有者ノ手ニ存シ船舶所有者ハ容嘴スルコトヲ得サレハナリ而シテ此場合

ニ於ケル船舶所有者ノ責任ノ限度ニ至リテハ自ラ運送契約ヲ締結シタル場合ノ責任ト毫モ擇フ所ナキカ故ニ同法第五百四十四條ニ所謂委付權ヲ行フコトヲ得ヘキモノトス(其後ノ金貨ノ運送契約ノ責任ノ範圍ハ同ノ人ニ之ヲ要スルニ備船者ハ更ニ第三者ト況ク運送契約ヲ締結シ其備船ヲ利用シ且其契約ニ於テ第一ノ運送契約ト異ナリタル履行約款ヲ設ケタルコトハ固ヨリ之ヲ妨クスト雖モ若シ船舶所有者カ其履行ヲ肯セザルトキハ備船者ハ其相手方タル第三者ニ對シテ不履行ニ因ル損害賠償ノ責任セサルヘカラス事情此ノ如クナルカ故ニ備船者ハ實際上ノ事實トシテハ第二ノ運送契約ニ於テ第一ノ運送契約ト其履行ヲ異ニスルカ如キ約束ヲ爲ササルニ至ルヘキナリ(其後ノ金貨ノ運送契約ノ責任ノ範圍ハ同ノ人ニ第六六陸上運送ト共通ノ權利義務ニ付テハ陸上運送ノ規定ニシテ海上運送ト陸上運送トノ效力ノ差異ニ付テハ既ニ之ヲ述ヘタリ然レトモ契約其モノノ性質ニ至リテハ二者全ク同一ナルカ故ニ陸上運送ノ規定ニシテ海上運送ニ適用セラルヘキ規定抄カラス故ニ商法第六百十九條ニ於テ陸上運送ニ關スル規定ヲ船舶所有者ニ準用セリ即チ商法第三百二十八條、第三百三十六條

乃至第三百四十一條及第三百四十八條ノ規定是ナリ今其各條ヲ詳細ニ説明スルハ寧ロ陸上運送ノ歸義ニ讓ルヲ妥當スルカ故ニ之ヲ略ス

第二項 荷受人ノ權利義務

荷受人ハ運送契約ノ當事者ニ非ス然レトモ船舶所有者ハ船舶者又ハ荷送人ニ對シテ荷受人ニ運送品ヲ引渡スヘキコトノ義務ヲ負フカ故ニ船舶所有者ハ荷受人ニ運送品ヲ引渡ササルヘカラス然レトモ運送品ハ運送契約ノ履行上運送人ノ爲メニ經濟上擔保品ニシテ民法ニ於テモ既ニ運輸ノ先取特權ヲ認メタリ(民法第三一一條第三一八條故ニ)荷受人カ運送品ヲ受取リタルトキハ運送契約又ハ船舶證券ノ趣旨ニ從ヒ運送貨物隨ノ費用立替金及ヒ運送品ノ價格ニ應シ共同海損救済又ハ救助ノ爲メニ負擔スヘキ金額ヲ支拂フヲ當然トス然ルニ荷受人カ信用アル場合ニハ後日ニ此等ノ金額ノ支拂ヲ豫期シテ船長ハ荷受人ニ運送品ヲ引渡スモ毫モ差支ナシト雖モ若シ信用ナキ場合ニ於テハ船長ハ此等ノ金額ノ支拂ト引換ニ非サレハ運送品ヲ引渡スコトヲ要セサルナリ第六〇六

條新第六一四條ノ對ニ於テハ運送品ハ運送貨以下ノ金額ニ對シテ擔保品ナルカ故ニ荷受人カ運送品ヲ受取ルト同時ニ此等ノ金額ノ支拂義務ヲ負擔スルハ最モ當然ナリト雖モ法理上ノ性質トシテハ荷受人ハ何故ニ運送品ノ引渡ヲ請求シ又運送貨以下ノ金額ノ支拂義務ヲ負擔スルヤ換言スレハ荷受人ト運送人トノ法律關係ハ何ニ基因スルヤ此問題ニ付テハ唯リ海上運送ノミナラス陸上運送ニ付テモ學說區區ニ涉リテ一致スル所アラス或ハ運送人ト荷受人トノ間ニ一種ノ無名契約成立スト爲ス者アリ或ハ荷受人ハ荷送人ノ代理人ナリト爲ス者アリ或ハ法律上ノ讓渡ニ因リ荷受人ハ荷送人ノ契約上ノ權利義務ヲ承繼スト爲ス者アリ就中獨逸ニ於ケル最モ普通ナル學說ハ運送契約ハ所謂第三者ノ利益ノ爲メニスル契約ナリト看ルノ說是ナリ然レトモ我民法ニ所謂第三者ノ利益ノ爲メニスル契約ニ於テハ第三者ノ權利ハ第三者カ債務者ニ對シテ契約上ノ利益ヲ享受スル旨ヲ表示シタル時ニ發生シ爾後契約當事者ノ意思ノ如何ニ依リテ之カ變更ヲ許サス民法第五三七條然ルニ荷受人ニ在リテハ運送

品ノ到達ニ因リテ權利ヲ取得シ(第三四三條)尙ホ運送品カ到達地ニ達シタル後ニ在リテモ荷受人カ引渡ヲ請求セザル前ニ在リテハ荷送人ノ指圖權ハ未タ消滅セリト謂フコトヲ得(第三四二條)第二項故ニ我國法ニ於テハ運送契約ハ荷受人ナル第三者ノ利益ノ爲メニスル契約ナリト云ヒテ之カ説明ヲ爲スコトヲ得ス事ヲ運送組織ノ確實ヲ期スル爲メニ法律ハ力ニ依リ運送品ノ到達シタル後ハ荷受人ヲシテ運送契約ニ因リテ生シタル荷送人ノ權利ヲ取得セシメ(第三四三條)第一項又運送品ヲ受取リタルコトヲ條件トシテ運送貨以下ノ金額ヲ支拂フコトノ義務ヲ負ハシメタルモノト解釋スルヲ至當トス(第三四三條)第二項、第六〇六條第一項之ヲ要スルニ荷受人ノ權利義務タルヤ運送契約其モノノ當然ノ效力トシテ發生スルモノニ非スシテ法律ノ力ニ依リテ發生シタルモノト解釋スルヲ至當トス但船荷證券所持人ニ至リテハ自己ノ權利トシテ運送品引渡ノ請求權アルハ勿論トス

荷受人カ支拂フヘキ金額ノ範圍ハ商法第六百六條ニ列舉スル所ノモノ是ナリ此中共同海損ニ付テハ後ニ之ヲ説述スヘク救援及ヒ救助ノ意義ニ付テハ商法

第五百六十八條ノ説明ニ於テ既ニ之ヲ述ヘタリ唯茲ニ説明スヘキハ運送貨ノ算定如何ノ問題ナリトス

運送貨ヲ定ムルニ或ハ運送品ノ重量又ハ容積ニ依リテ之ヲ定ムルコトアリ例ヘハ噸何程ト云フカ如シ或ハ航海ノ期間ヲ以テ定ムルコトアリ例ヘハ一月何程ト云フカ如シ然ルニ斯ル場合ノ運送貨計算方ニ付キ或ハ疑ヲ生スルコトアルヘキカ故ニ商法第六百八條及ヒ第六百九條ヲ設ケテ其疑ヲ解ケリ

(1) 運送品ノ重量又ハ容積ヲ以テ運送貨ノ額ヲ定メタルトキハ其重量又ハ容積トハ船舶所有者カ運送品ヲ引受ケタル時ノ重量又ハ容積ナリヤ或ハ運送品カ到達地ニ著シ相手方ニ引渡サルヘキ時ニ於ケル重量又ハ容積ナリヤノ疑アリ然ルニ第六百八條ハ此問題ヲ決定シテ運送品引渡ノ當時ニ於ケル重量又ハ容積ニ依リテ之ヲ定ムト規定セリ法文ニ「引渡」云フ文字ヲ使用セル場合ハ常ニ運送人ヨリ荷受人ニ引渡ス場合ヲ見タルモノト知ルヘシ何故ニ荷受人ニ引渡ストキニ於ケル重量又ハ容積ニ依ルカト云フニ既ニ説明セル如ク運送契約ハ請負契約ノ一種ニシテ請負契約ニ於テハ報酬ハ仕事ノ結果ニ對シテ之ヲ與

ヲ所シトシ約スルモノナリ故ニ發航ノ當時ノ重量又ハ容積ニ依リシテ到達
地ニ著スルモノトシ得タル物品ノ重量又ハ容積ニ依リタルモノナリ是レ畢竟特
約ナキ場合ニ於ケル普通ノ有様ヲ見タルモノニシテ反對ノ特約アレハ之ニ依
ルハ勿論トス
(ロ)期間ヲ以テ運送貨ノ額ヲ定メタルトキハ其期間ノ始期及ビ終期ハ何レノ
時ヲ以テスヘキカノ問題ヲ生ス然ルニ其始期ニ付テハ各國ノ立法例區區多リ
或ハ發航ノ日ヨリ起算スルモノアリ或ハ船積準備ノ整頓シタル日ヨリ起算ス
ルモノアリ或ハ其準備整頓ノ通知アリシ日ノ翌日ヨリ起算スルモノアリ我商
法第六百九條ハ船積著手ノ日ヨリ起算スルモノト爲セリ蓋シ船積著手ノ日ヨ
リ該船舶ハ之ヲ他ノ用ニ充ツルモノト得テレハナリ終期ニ付テモ亦之ト同一
ノ理由ニ基キ船舶カ到達地ニ著シタル日ニ依テス陸揚終了ノ日マテ計算スル
モノト爲セリ
然ルニ始期及ビ終期ヲ右ノ如ク定メ之ヲ計算スルトキハ船舶カ不可抗力ニ因
リ發航港若クハ航海ノ途中ニ於テ碇泊ヲ爲スヘキトキ又ハ航海ノ途中ニ於テ

船舶ヲ修繕スルキトキニ當リ未タ商法第六百十三條又ハ第六百十四條ニ謂フ
所ノ理由ノ存在スルニ至ラサルトキハ契約ハ當然終了トス又ハ契約ハ解除セ
ラルルニ至ラス隨テ契約ハ依然繼續シ此等ノ期間ニ對シテモ亦運送貨ヲ支拂
ハサルヘカラサルニ至ル然ルニ不可抗力ニ因ル碇泊ノ費用ニ付テハ共同海損
ニ準シ各利害關係人ノ之ヲ分擔シ第六百五十二條獨新第六百三十七條第二項又航海ノ途
中ニ於テ船舶ヲ修繕スルキトキハ其期間ニ對スル航海ノ費用ハ船舶所有者負
擔スヘキヲ當然トス獨新第六百三十八條末段故ニ此等ノ期間ヲ運送貨支拂期間中
ニ算入セス又商法第五百九十四條第二項又ハ第六百五十五條第二項ノ場合ニ於テ
船積期間又ハ陸揚期間經過ノ後運送品ノ船積又ハ陸揚ヲ爲シタルトキハ其日
數ニ對シテ既ニ同條ニ依リ特ニ報酬ヲ支拂フカ故ニ若シ其期間ヲ運送貨支拂
期間中ニ算入スルトキハ該期間ニ對シテ二重ノ報酬ヲ支拂フニ至ル故ニ該期
間モ亦之ヲ運送貨支拂期間中ヨリ控除スルモノトス
荷受人カ運送貨以下ノ金額ヲ支拂ハサルトキハ救濟手段ヲ述ヘシニ法律ハ船
舶所有者ノ爲メニ裁判所ノ許可ヲ得テ運送品ヲ競賣スルコトヲ得ル權利ヲ認

タタリ(第六一〇條第一項)蓋シ運送品カ運送人ノ手ニ存スル間ハ運送人ハ其物ノ上ニ民法上留置權及ヒ先取得權ヲ有ス(民法第二九五條第三一八條)故ニ運送貨以下ノ金額ノ支拂ト引換ニ非サレハ運送品ヲ引渡スコトヲ要セス(第六〇六條第二項)然ルニ運送品ヲ引渡シタル後ニ在リテハ最早留置權又ハ先取得權ハ之ヲ行フコトヲ得ス然レトモ商法ニ於テハ引渡シタル後ニ在リテモ尙ホ右ノ競賣權ヲ行フコトヲ得ルモノト爲セリ(第六一〇條第二項)蓋シ從前ノ立法例ニ在リテハ荷受人カ運送貨以下ノ金額ヲ支拂ハサルトキハ運送品ヲ留置スルコトヲ得ル權利ヲ與ヘタルモ船内ニ荷物ヲ留置スルコトヲ許スハ航海ノ危險ヲ延長スルト均シク又貨物融通ノ進行ヲ害スルノ虞アリ仍テ船長ノ任意ニ運送品ヲ引渡スコトヲ得ルモノトシ引渡後ニ在リテモ尙ホ前項ニ所謂競賣權ヲ行フコトヲ得ルモノト爲セリ然レトモ該權利ヲ無制限ニ之ヲ行ハシムルハ取引ノ進行及ヒ安全ヲ害スルカ故ニ引渡ノ日ヨリ二週間ヲ經過シタルトキ又ハ第三者カ既ニ其占有ヲ取得シタルトキハ之ヲ行フコトヲ得サルモノト爲セリ(第六一〇條第二項但書)

備船者又ハ荷送人ハ元來運送契約ノ當事者ナルカ故ニ運送貨以下ノ金額ノ支拂義務ヲ負擔スルモノトス然レトモ前述セル如ク運送品ハ經濟上運送貨等ニ對スル擔保物ナルカ故ニ荷受人カ若シ運送品ヲ受取リタルトキハ法律ハ運送貨以下ノ金額ノ支拂義務ヲ荷受人ニ負擔セシメタルモノトス而シテ若シ其支拂ナキトキハ其救済手段トシテ運送品競賣ノ權利ヲ與ヘタルナリ然ルニ運送送ニ於テ若シ其權利ヲ行使セザリシトキハ最早備船者又ハ荷送人ニ對スル運人貨以下ノ金額ニ對スル請求權ヲ失フモノトス(第六一一條)蓋シ運送品ハ運送貨以下ノ金額ニ對スル擔保物ナルカ故ニ運送品ニ對シテ右ノ救済ヲ求ムヘキハ當然ニシテ該權利ヲ行使スルハ唯リ船舶所有者彼レ自身ノ爲メノミナラス又實ニ備船者又ハ荷送人ノ利益ノ爲メニ行フモノナレハナリ然レトモ備船者又ハ荷送人カ該運送ニ因リテ利益ヲ受ケタルトキハ其受ケタル限度ニ於テ運送人ニ償還ヲ爲スコトヲ要ス其利益ヲ受ケタル限度トハ例ヘハ備船者又ハ荷送人ト荷受人ト同一人タリシ場合ノ如キ又ハ備船者又ハ荷送人ト荷受人トノ契約ニ於テ運送貨以下ノ金額ハ備船者又ハ荷送人カ常ニ之ヲ支拂ヘキコトヲ

約束セシトキノ如キ又ハ荷受人ハ獨立ナル當事者トシテ表面上表ハレ居ルト雖モ其實備船者又ハ荷送人ヨリ荷物ヲ受取ルヘキコトヲ委託サレタルニ過キサル場合ノ如キ是ナリ總テ此等ノ場合ニ於テハ備船者又ハ荷送人彼レ自身カ運送ニ因リテ利益ヲ得テ居ルカ故ニ其限度ニ於テ償還ノ責任アルモノトセリ船船所有者カ右ノ競賣權ヲ行使シタルニ拘ハラズ運送賃等ノ全額ノ辨濟ヲ受タルコト能ハサリシトキハ其殘額ニ付テハ備船者又ハ荷送人ニ對シテ請求スルコトヲ得ヘキナリ是レ運送契約ノ當事者トシテ已ムコトヲ得サル所以ニシテ又第六百十一條ノ反對推題ヨリ考フルモ亦明カナリ以上述フル所ハ總テ荷受人カ運送品ヲ受取リタル場合ナリ然ルニ荷受人カ運送品ヲ受取ルコトヲ怠リタルトキハ船長ハ如何ナル權利ヲ有スルヤ此場合ニハ船長ハ自己ノ責任ヲ免ルル爲メニ運送品ヲ供託スルコトヲ得然レトモ此場合ニ於テハ運滞ナク荷受人ニ其通知ヲ發スルコトヲ要ス(第六〇七條第一項)供託セシテ陸揚期間後ノ報酬ヲ請求スルハ固ヨリ之ヲ妨ケス之ニ反シテ荷受人ヲ確知スルコト能ハサルトキ又ハ荷受人カ運送品ヲ受取ルコトヲ拒ミタル

トキハ船長ハ其義務トシテ運送品ヲ供託スルコトヲ要シ且運滞ナク備船者又ハ荷送人ニ其通知ヲ發スルコトヲ要ス(第六〇七條第二項)蓋シ運送品ヲ船内ニ留メ置タルハ危險ナルミナラズ備船者又ハ荷受人ニ於テ運送品受取ニ付テノ他ノ手段ヲ講スヘケレハナリ隨テ此場合ニ於テハ備船者又ハ荷送人ニ於テ第六百六條ニ所謂運送賃以下ノ金額ノ支拂義務ヲ負擔スルモノトス然ルニ備船者又ハ荷送人ニ於テ其義務ヲ履行セサルトキハ此場合ニ於テモ亦第六百十條ニ所謂競賣權ヲ行フコトヲ得ヘキモノトス抑モ運送賃ヲ請求スルコトヲ得ルハ運送品ヲ到達港マテ送付シテ運送ナル仕事ノ結果ヲ成就スルコトヲ得タル場合ヲ通例トス然ルニ此ノ如キ運送ノ目的ヲ達スルコトヲ得ズシテ而モ尙ホ運送賃ノ全額ヲ請求スルコトヲ得ル場合アリ商法第六百十七條ニ列舉スル如キハ其例ニ屬スルモノトス第一 船長カ第五百六十八條第一項ノ規定ニ從ヒテ積荷ヲ賣却又ハ買入シタルモノトキ 第二 船長カ第五百七十二條ノ規定ニ從ヒテ積荷ヲ航海ノ用ニ供シタルトキ

三 船長カ第六百四十一條ノ規定ニ從ヒテ積荷ヲ處分シルトキ
 是ナリ右第一號及ヒ第二號ノ場合タルヤ既ニ説明シタルカ如ク何レモ船舶所
 有者ノ利益ノ爲メニ積荷ヲ處分シタルモノニシテ隨テ船舶所有者ヨリ其積荷
 ニ對スル損害賠償ヲ爲スヘキヲ當然トス然ルニ其損害賠償ノ額ハ其積荷ノ到
 達スヘカリシ時ニ於ケル陸揚港ノ價格ニ依リテ之ヲ定ム第五六八條第二項第
 五七二條而シテ其中ニハ既ニ運送貨ノ全額ヲ包含スルカ故ニ船舶者又ハ荷送
 人ヲシテ亦運送貨ノ全額ヲ支拂ハシムルモノトス而シテ第三號ノ場合モ亦全
 ク同ニシテ共同海損トシテ積荷ヲ處分シタル場合ニ其損害ノ額ハ陸揚ノ地
 及ヒ時ニ於ケル價格ニ依リテ之ヲ定ム其中ニハ既ニ運送貨モ亦包含スルニ由
 ル(第六四七條)
 最後ニ船舶所有者カ船舶者荷送人又ハ荷受人ニ對スル債權ノ時効ニ付テ一言
 スヘシ其債權ノ主ナルモノハ運送貨ナリトス此等ノモノハ運送ノ執行後直チ
 ニ請求スヘキモノニシテ多年之ヲ延引セシムルモノニ非ス故ニ一年ノ短期時
 效ニ因リテ消滅スルモノト爲セリ(第六一八條)

第三節 物品運送契約ノ終了

物品運送契約ノ終了ニ二種アリ解除ニ因ル終了及ヒ法定ノ原因ニ因ル終了是
 ナリ

第一項 契約ノ解除

解除ニ因ル終了ニモ亦二種アリ船舶者又ハ荷送人ノ任意ニテ解除スル場合ト
 不可抗力ニ基キテ各當事者カ解除スル場合はナリ民法ノ一般ノ規定ニ基キテ
 解除スル場合例ヘハ不履行ニ因ル解除等ハ茲ニ説明スルヲ要セス
 第一 備船者又ハ荷送人ノ任意ニ解除スル場合
 解除ハ不履行ニ因ル解除等法律又ハ契約ニ於テ特定メラレタル場合ノ外假
 ニ之ヲ爲スコトヲ得サルモノトス若シ解除ヲ爲ナスシテ船舶者又ハ荷送人カ
 船積ヲ爲ナス契約不履行ニ了ルトキハ民法ノ通則ニ從ヒ損害賠償ノ責ニ任セ
 ナルヘカラス然レトモ海上商業ニ在リテハ必ズ此ノ如キ窮屈ナル方法

依ラシムル所トヲ要セオ海基貿易ノ商況變轉シ最果其商機喪失シタルキニ當リ備船者又ハ荷送人ヲシテ當初ノ如ク必ズ船積ヲ積荷送人トシテシテカラストセハ唯リ彼等ニ取リテ不利益ヲ蒙ルモ積荷送人トシテシテカラスニ至ル故ニ商法ハ商業ノ自由又保護ヲ爲スル備船者又ハ荷送人トシテ意ニ契約ヲ解除スル權利ヲ認メ之ト同時ニ船積所有者ニ對スル損害賠償ノ額ヲ定メタリ而シテ其解除權ヲ與フル所付キ舊商法第八百九十四條及ヒ外國ノ立法例中運送品ノ船積ノ前後ト依リテ之カ區別ヲ設クルモノナキニ非スト雖モ是レ毫モ理由ナキ所ニシテ事ヲ發航ノ前後ニ依リテ之ヲ區別シ船積所有者ニ對スル損害賠償ノ額ヲ定ムルヲ至當トスルカ故ニ我商法ハ其主義ヲ探レリ尙ホ解除ノ方法ニ付キ一言スヘシ解除ハ民法第五百四十條ノ規定ニ從ヒ相手方ニ對スル意思表示ヲ以テ之ヲ爲スラ常トスレトモ物品運送契約ノ場合ニハ備船者カ船積期間ヲ空過スレハ解除ヲ爲シタルモイト看做ス第五九八條末項蓋シ備船者カ船積期間内ニ船積ヲ爲ササルニモ拘ハラス船積所有者ヲシテ依然トシテ契約上ノ拘束ヲ受ケシメントスルハ酷ナルニ由ル

一 發航前ノ解除

(1) 全部備船ノ場合 全部備船者ハ發航前ニ在リテハ運送貨ノ半額ヲ支拂ヒテ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得何カ故ニ運送貨ノ半額ニテ足ルモノトセルカト云フニ此場合ニハ船積所有者ハ全ク航海ヲ廢止スルコトヲ得ルニ由ル故ニ運送貨ノ半額ヲ得レハ最早發航ノ準備其他ノ損害ヲ償フコトヲ得ヘシト認メタルニ由ルモノナリ第五九八條第一項而シテ是レ全部備船者カ發航前ニ於テ解除ヲ爲ス場合ノ通則ナルカ故ニ往復航海ヲ爲スヘキ場合ニ於テモ又他港ヨリ船積港ニ航行スヘキ場合ニ於テモ其最初ノ發航前ニ解除ヲ爲ス場合ニハ本項ノ適用ヲ受クヘキモノトス然ルニ往復航海ヲ爲スヘキ場合ニ於テ其歸航ノ發航前ニ解除スヘキ場合又ハ他港ヨリ船積港ニ航行スヘキ場合ニ於テ其船積港ヲ發スル前ニ解除スヘキ場合ハ特別ノ規則ニ從ヒ運送貨ノ三分ノ二ヲ船積所有者ハ支拂フコトヲ要スルモノトス第五九八條第二項往復航海ヲ爲スヘキ場合トハ例ハ門司ヨリ石炭ヲ積ミテ孟買ニ到リ孟買ニテ棉花ヲ積ミテ歸航スルモノト約スルカ如ク往復

航海ヲ一括シテ其運送貨ヲ定メタル場合ナリ此場合ニ最初ノ發航港門司ニ於テ解除ヲ爲サスシテ歸航ノ發航前即チ孟買ニ於テ解除ヲ爲サントスルトキハ航海ハ既ニ往復タケ履行サレタルモノナルカ故ニ船舶所有者ハ運送貨ノ半額ヲ取得スルノミニテハ到底其損害ヲ償フニ足ラス寧ろ運送貨ノ全額ヲ給與スルヲ至當トスルカ如キモ歸航ノ發航前解除サルルトキハ船舶所有者ハ其地ニ於テ直チニ運送品ヲ募集スルコトヲ得ヘキカ故ニ運送貨ノ三分ノ二ヲ支拂ヘハ其レニテ損害ヲ償フニ足ルモノト認メタルモノナリ尤モ此場合ニ運送貨ノ三分ノ二ヲ支拂ヒテ解除ヲ爲スコトヲ得ヘシトセハ備船者ニ於テ元來往航ニシテ荷物アリテ歸航ニハ毫モ荷物ナキ場合ニハ常ニ解除スル方利益アルカ如シト雖モ法律ハ凡テ一般ノ場合ヲ見タルモノニシテ船舶所有者ハ歸航ノ發航前解除サルルトキハ其地ニ於テ他ニ荷物ヲ募集シ得ルノ機會アルヘシ若シ全ク斯ル希望ナキ地方ニ向テ往復航海ヲ約スル場合ニハ船舶所有者ハ特約ニ依リ豫メ斯ル場合ニ備フル方策ヲ講スルナルヘシ故ニ實際ニ於テハ此規定ニテ毫モ差支ナキ所ナリトス

他港ヨリ船積港ニ航行スヘキ場合トハ例ヘハ横濱碇泊中ノ船舶ニ付キ備船契約ヲ結ヒ横濱ヨリ函館ヘ航行セシメ函館ニ於テ枕木ヲ積載シテ釜山ニ航行セシムル場合ノ如キ是ナリ此場合ニ既ニ横濱ヲ發航シテ船積港函館ニ至リタルモ函館ノ發航前解除ヲ爲サントスルトキハ往復航海ノ歸航前ノ解除ト均シク運送貨ノ三分ノ二ヲ支拂ハシムルモノトス蓋シ船積港マテ既ニ航行シタルモノナルカ故ニ最初ノ發航港ニ於ケル解除ト異ナリ運送貨ノ三分ノ二ヲ支拂ハシムルモノトシタルナリ

右ニ所謂運送貨ノ半額若クハ三分ノ二ト云フハ船舶所有者カ運送貨ヲ取得スヘキコトヲ豫期シテ發航ノ準備等ヲ爲シタルニ因リ之ニ對スル損害ヲ賠償セシメンカ爲メナリ故ニ備船者カ若シ運送品ノ全部若クハ一部ヲ船積シタル後ニ於テ契約ノ解除ヲ爲ストキハ右運送貨ノ額ノミヲ以テ足レリトセス尙ホ運送品ノ船積ノ費用及ヒ一旦船積シタル荷物ヲ陳揚スルニ要スル費用ハ備船者ニ於テ之ヲ負擔スヘキモノトス(第五九八條第三項)

此外備船者ハ尙ホ附隨ノ費用例ヘハ關稅ノ費用及ヒ立替金等ノ實費ヲ支拂フ

義務アルモノトス又商法第五百九十八條第二項ニ所謂往復航海ヲ爲スヘキ場合又ハ他港ヨリ船積港ニ航行スヘキ場合ニ於テハ既ニ多少ノ航海ヲ爲シタルモノナルカ故ニ其航海中解除ヲ爲ス前ニ於テ或ハ共同海損救援又ハ救助ノ費用ヲ負擔スル必要ヲ生シタルコトアルヘシ此場合ニ於テハ其費用ハ運送品ノ價格ニ應ジ儲船者ニ於テ負擔スヘキハ當然ナリトス蓋シ是レ皆儲船者ノ利益ノ爲メニ生シタル費用ナレハナリ(第五九九條)

(ロ) 一部儲船者又ハ箇箇ノ物品運送契約ノ場合 一部儲船者又ハ荷送人カ他ノ儲船者又ハ荷送人ト共同シテ解除ヲ請求スルトキハ其狀態モ全部儲船者カ解除ヲ爲ス場合ニ異ナラサルカ故ニ船舶所有者ニ對スル賠償額ニ至リテモ亦之ヲ同シウス即チ通則トシテハ運送貨ノ半額ナリトス第六〇一條第三項第六〇三條

一部儲船者又ハ荷送人カ他ノ儲船者又ハ荷送人ト共同セシテ解除ヲ請求スルトキハ運送貨ノ全額ヲ支拂フコトヲ要ス但船舶所有者カ其解除ニ因リテ生シタル空室ヲ利用シテ他ノ運送品ヲ募集シテ之ニ積ミ込因リテ以テ取得スル

コトヲ得タル運送貨ハ之ヲ免除ス(第六〇一條第一項第六〇三條然ラズンハ船舶所有者ト同一ノ船室ニ對シテ二重ノ利得ヲ爲スニ由ル舊商法ニ於テハ全部儲船ト一部儲船トニ付キ區別ヲ設ケス解除ノ際ハ何レモ運送貨ノ半額ヲ支拂フヲ以テ足レリト爲セリト雖モ本法ニ於テハ全部儲船ト一部儲船トヲ區別シ全部儲船ノ場合ハ發航前ニ於テ解除ヲ爲セハ運送貨ノ半額ヲ支拂フヲ以テ足レリトシ一部儲船ノ場合ハ運送貨ノ全額ヲ支拂フコトヲ要スルモノトセリ何カ故ニ斯ル區別ヲ設ケタルカ是レ他ナシ前者ニ在リテハ儲船者カ解除ヲ爲セハ船舶所有者ハ全ク航海ヲ廢止スルコトヲ得ルモ後者ニ在リテハ航海ヲ廢止スルコトヲ得サルニ由ル然レトモ一部儲船者又ハ荷送人カ總テ共同シテ解除スル場合ハ全部儲船者カ解除スル場合ト均シク航海ヲ廢止スルコトヲ得ルカ故ニ前述シタル如ク運送貨ノ半額ヲ支拂フ通則ニ依ルモノトス

右ニ述フル所ハ一部儲船者又ハ荷送人カ運送品ノ全部若クハ一部ノ船積ヲ爲ササル場合ヲ謂フ若シ既ニ運送品ノ全部若クハ一部ノ船積ヲ爲シタル後ニ在リテハ一部儲船者又ハ荷送人カ他ノ儲船者又ハ荷送人ノ同意ヲ得ルニ非スシ

ハ解除ヲ爲スコトヲ得ス(第六〇一條第二項第六〇三條其理由ハ之カ爲メニ荷物ノ積換ヲ必要トスル等當ニ日子ヲ多ク要スルノミナラス或ハ積荷ノ損傷ヲ來シ他ノ備船者又ハ荷送人ノ利益ヲ害スルニ至ルノ虞アレハナリ茲ニ所謂同意ヲ得ルトハ共同シテ解除ヲ爲スト云フトハ其意味ヲ異ニス共同シテ解除ヲ爲スト云フハ他ノ備船者又ハ荷送人モ亦共ニ其契約ヲ解除スル場合ナリ然ルニ同意ヲ得ルトハ單ニ或一部備船者又ハ荷送人カ解除ヲ爲スニ對シテ他ノ備船者又ハ荷送人カ異議ナキ旨ヲ答フルニ止マルナリ而シテ其同意ヲ得テ解除スル場合ニモ既ニ荷物ノ船積アリタル後ナルカ故ニ船積及ヒ陸揚ノ費用ハ解除請求者ノ負擔ニ歸スヘキモノナリトス第五九八條第三項第六〇一條第三項第六〇三條)

二 發航後ノ解除

(イ) 全部備船ノ場合 發航後ニ在リテモ亦商業ノ自由ヲ保護シ全部備船者ノ任意ニ解除ヲ爲スコトヲ許ス然レトモ發航前ノ場合ト異ナリ航海ハ中途マテ執行セラレ最早航海ヲ廢止スルコトヲ得サルハ勿論船舶所有者ニ生スル損害

ニ至リテハ莫大ナルモノアリ仍テ十分ニ其損害ヲ賠償セサルヘカラス故ニ先ツ運送貨ノ全額ヲ支拂フ外第六百六條第一項ニ掲ケタル債務即チ契約ノ趣旨ニ隨ヒ附從ノ費用立替金及ヒ運送品ノ價格ニ應シ共同海損救援救助ノ爲メ負擔スヘキ金額ヲ辨濟シ且陸揚ノ爲メニ生スヘキ損害例ヘハ陸揚費用陸揚ノ爲メニ寄港地ニ碇泊スル費用又ハ底荷積入ノ費用等ヲ賠償スルコトヲ要シ尙ホ其損害ハ陸揚前ニ在リテハ容易ニ算定シ難キ場合之アルヘキカ故ニ其損害ヲ見積リ之ニ對スル相當ノ擔保ヲ供シ尙ホ前掲第六百六條第一項ノ債務ニ付テモ直チニ之ヲ辨濟セサルトキハ相當ノ擔保ヲ供シ始メテ解除ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ(第六〇〇條獨新第五八二條)

(ロ) 一部備船又ハ箇箇ノ物品運送契約ノ場合 一部備船者又ハ荷送人ハ共同スレハ解除ヲ爲スコトヲ得而シテ船舶所有者ニ對スル賠償額ニ至リテモ亦全部備船者カ解除スル場合ト同シ(第六〇〇條第六〇一條末項第六〇三條然ルニ一部備船者又ハ荷送人カ他ノ備船者又ハ荷送人ト共同セスシテ解除ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤ發航前ニ在リテハ船積後ハ他ノ備船者又ハ荷送人ノ同意ヲ得

レハ解除ヲ爲スコトヲ得タリ(第六〇一條第二項然ルニ發航後ニ在リテハ如何是レ疑問ナリトス本問ニ對スル積極說トシテハ此場合タルヤ發航後ナルカ故ニ其船積後ナルコト勿論トス仍テ發航前ノ場合ト均シタ他ノ備船者又ハ荷送人ノ同意ヲ得レハ解除ヲ許シテ差支ナシ而シテ船舶所有者ニ對スル賠償額ニ至リテハ何レノ規定ニ依ルヘキカト云フニ第六百一條第一項ハ發航前ノ解除ノ賠償額ナルカ故ニ矢張り發航後ノ解除タル第六百條ヲ適用スヘキモノナリト主張スルコトヲ得ヘキカ如シ然レトモ予ハ論理上消極說ヲ取リ此場合ハ解除ヲ許サスト言ハント欲ス何トナレハ此場合ニハ全然之ニ適用スヘキ規定ナキカ故ニ解除ヲ許サスト主張スルノ外ナケレハナリ蓋シ第五百九十八條以下ノ解除權ハ總テ限定シタル場合ノミニ認メラレタル權利ナリ然ルニ一部備船者又ハ荷送人カ共同シテ解除スル場合ハ全部備船者カ解除スル場合ニ相當スルカ故ニ第六百一條末項ニ依リ第六百條ヲ準用スルコトヲ得ヘント雖モ一部備船者又ハ荷送人カ共同セサル場合ニ付テハ固ヨリ第六百條ヲ準用スルコトヲ得ス而モ第六百一條第一項及ヒ第二項ノ規定タルヤ總テ發航前ノ解除ニ適

用スヘキ規定ナリ故ニ發航後ニ於ケル一部備船者又ハ荷送人カ共同セサル解除ニ付テハ全然規定ヲ缺クモノト云フヘキナリ是レ予カ消極說ヲ取ル所以ナリ

第二 不可抗力ニ基キテ各當事者備船者又ハ荷送人及ヒ船舶所有者カ解除スル場合

一 發航前ノ解除

(イ) 全部備船ノ場合 航海又ハ運送カ法令ニ反スルニ至リタルトキ例ヘハ或地方ヘノ航海ヲ禁止セラレタル場合又ハ宣戰ノ布告ニ依リ運送品カ戰時禁制品ト化シ又ハ輸出禁止品ト爲リタル場合ノ如キ其他不可抗力ニ因リ例ヘハ到達港カ最早結氷シタル場合ノ如キ又ハ封鎖港ト爲リタル場合ノ如キ又ハ運送品カ全部軍需品トシテ徵發サレタルトキノ如キ又ハ船舶自體カ御用船トシテ徵發サレタル如キ場合ニ遭遇シ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサルニ至リタルトキハ唯リ備船者ノミナラス船舶所有者ニ於テモ亦解除ヲ爲スコトヲ得而シテ此場合ノ解除權發生ノ原因タルヤ毫モ各當事者ノ任意又ハ過失ニ

基クモノニ非ス故ニ雙方ニ對シテ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ス又發航前ノ解除ニシテ運送ハ未タ毫モ結果ヲ奏セサルカ故ニ船舶所有者ハ運送貨ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルハ勿論トス第六一四條第一項

(ロ) 一部備船又ハ箇箇ノ物品運送契約ノ場合 此場合モ亦全部備船ノ場合ト均シク航海又ハ運送カ法令ニ反スルニ至リタルトキノ如キ不可抗力ニ因リテ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサルニ至リタルトキハ當事者雙方契約ヲ解除スルコトヲ得サルヘカラス仍テ全部備船ノ解除ノ規定ヲ此場合ニ準用セリ第六一四條第一項第六一六條第一項

二 發航後ノ解除

(イ) 全部備船ノ場合 航海又ハ運送カ法令ニ反スルニ至リタルトキノ如キ不可抗力ニ因リテ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサルニ至リタルトキハ發航後ト雖モ亦各當事者ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得サルヘカラス而シテ解除ノ原因カ不可抗力ニ基クカ故ニ各當事者ハ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得スト雖モ發航後ニ於テハ既ニ幾分ノ運送ヲ成就シ其結果ヲ生シ居ルヘキカ故

ヤハ學者ノ爭フ所ナリ然レトモ予輩ハ斯ル債務名義ヲ有スル債權者ハ強制執行ニ因レル辨濟ヲ受クルコトヲ得ルヲ以テ或一定ノ給付ヲ命スル判決ニ依レハ法律保護ヲ求ムル必要ナク又斯ル訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノトセハ債務者ニ對シ同一ノ權利ニ基キ二重ノ強制執行ヲ受クルノ危險ヲ被ラシムルニ至ル(同一ノ權利ニ關シ數多ノ債務名義存スルニ至ルカ爲メニ)ヲ以テ消極的ニ論結スルヲ正當ト思フ故ニ公證人作成ノ執行證書ニ基キ債權者カ提起シタル訴ハ恰モ執行シ得ヘキ判決ニ基キ提起シタル訴ト同シク給付ヲ命スル判決ニ依レル法律保護ノ必要ナキモノトシ實體判決ヲ爲スコトナク之ヲ却下スヘキモノナリ但公證人作成ノ執行證書ノ確定判決ノ效力ナキヲ以テ債務者カ請求權ノ存否ヲ爭ヒタルトキハ斯ル效力ノ欠缺補充ノ爲メニ確認ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルヤ固ヨリ當然ナリ

(ロ) 假差押及ヒ假處分命令原本 判決ノ形式又ハ決定ノ形式ヲ以テスルトニ區別ナク強制執行保全ノ爲メニスル假差押及ヒ假處分命令原本ハ強制執行ノ債務名義タリ故ニ假差押及ヒ假處分命令ノ執行ニハ強制執行ニ關スル

規定ヲ準用ス(第七四二條、第七四八條、第七四九條、第七五六條、第七五七條)

第二節 執行力アル正本

執行力アル正本ノ本質ニ關シテハ學者間ニ爭アル所タリ獨逸ニ於テハ或ハ民事訴訟法ハ執行ノ手續ヲ狹義ノ民事訴訟(確定ノ手續)ト分離シ且執行行為ヲ極メテ些少ナル例外ヲ除ク外(第七三三條、第七三四條)受訴裁判所ト全然異ナレル獨立ノ執行機關ニ委任シタルヲ以テ執行行為ヲ實施スルニハ先ツ債權者カ執行ノ基本トシテ債務名義ノ執行力ノ存在ヲ證スル證明書ヲ提出シ執行機關ヲシテ正確ニ債務名義ノ執行力ノ存在ヲ認識セシムルコトヲ要ス蓋シ然ラサルハ執行機關ハ債務名義ノ執行力ノ存否ヲ認識シ其職權ヲ行使スルコト能ハサルヲ以テナリ執行力アル正本ハ斯ル目的ヲ達スルカ爲メニ存在ス故ニ執行力アル正本ハ債務名義ノ執行力ノ存在ヲ公證スル正本ナリト謂フヘシ而シテ債務名義ノ執行力ノ存否ニ關スル調査ハ其性質上執行前ニ爲スヘキ訴訟手續ナルヲ以テ又債務名義ノ原本ヲ保存スル國家ノ機關ニ於テ容易ニ調査スルコト

ヲ得ヘキモノナルヲ以テ之ヲ斯ル機關ノ職權ニ委シ第五一六條、第五六〇條、第五六二條執行機關ノ職權ニ委セス隨テ執行機關ハ執行力アル正本以外ニ存スル事項ニ基キ債務名義ノ執行力ノ存否ヲ調査スルコトヲ得スト立論シ(此學說ハ獨逸民事訴訟法理由書ニ重キヲ置キ專ラ「フハルクマン」ガウプ氏等ノ如キ多數ノ學者ノ主張スル所ナリ)又或ハ強制執行ハ受訴裁判所ノ管轄ニ屬スル訴訟事件ノ一部ニシテ且其事件ト分離スルコト能ハサルモノナルヲ以テ強制執行ハ受訴裁判所ノ管轄ニ專屬ス(第五六三條)故ニ受訴裁判所ハ或ハ自ラ之ヲ實施シ第五五七條或ハ執行機關ニ對シ債權者ノ爲メニ強制執行ヲ實施スヘキ旨ヲ命令スルノ職權ヲ有ス斯ル命令ハ之ヲ執行力アル正本ノ形式ニ依リテ之ヲ發ス故ニ執行力アル正本ハ斯ル命令ノ形式ニ過キス唯法律ハ裁判官ノ職務ヲ輕減スルノ目的ヲ以テ裁判所書記ヲシテ裁判所ノ機關トシテ執行力アル正本ノ付與ヲ取扱ハシムルノミ(第五一六條、第五一七條)是レ受訴裁判所カ執行力アル正本ノ付與ニ關スル事件ニ付キ管轄權ヲ有スル所以ナリ第五二二條、第四六五條、第四六六條、第五二一條、第五四六條ト立論セリ(此學說ハ獨逸普通法ニ重キヲ

置キ専ラ「ブランク氏」ノ主張スル所ナリ。我民事訴訟法ノ解釋トシテハ前説ヲ正當ト認ム蓋シ前述ノ如ク執行關係ハ狹義ノ訴訟關係ト異ナレル別箇ノ關係ニシテ又受訴裁判所カ唯一ノ執行機關ナリト云フ法則ハ我民事訴訟法ノ是認セサル所ナレハナリ。

強制執行ヲ實施スルニハ原則トシテ先ツ之ヲ求ムル債權者カ執行力アル正本ヲ執行機關ニ提出シテ執行行爲ノ實施ヲ申立ツルコトヲ要ス蓋シ執行力アル正本ハ前述ノ如ク執行ノ基本ニシテ又債務名義ハ單ニ債權者ニ公法的強制執行權ヲ付與シタルニ止マレハナリ(第五一六條第一項改正案第六三九條第一項)隨テ強制執行ヲ爲スニ際シ執行力アル正本ニ基クコトヲ必要ト爲ス旨ノ當事者間ノ意思表示ハ法律上其效ナシ次ニ執行機關ハ其提出アリタル執行力アル正本ノ適法ナルヤ否ヤ殊ニ適法ナル機關カ付與シタル執行力アル正本ナルヤ否ヤヲ調査シ其結果適法ナリト認メタルトキハ之ニ基キ債權者ノ爲メニ債務者ニ對シ強制執行ヲ實施ス(第五一六條第一項第五二八條改正案第六三九條第一項第六二五條隨テ執行機關ハ執行力アル正本ヲ提出セスシテ強制執行ノ

實施ヲ求ムル債權者ノ申立及ヒ執行力アル正本ニ表示ナキ債務者ニ對シ若クハ執行力アル正本ニ表示ナキ給付ヲ受クルカ爲メニ強制執行ヲ實施スヘキ債權者ノ申立ヲ却下スルコトヲ要ス但執行機關ハ執行力アル正本付與ノ條件到來ノ有無並ニ執行力アル正本付與カ法律上正當ナルヤ否ヤヲ調査スルノ職權ナキヲ以テ斯ル欠缺ヲ理由トシ執行ノ實施ヲ拒ムコトヲ得ス然レトモ執行命令及ヒ假差押並ニ假處分命令ニ基ク強制執行ノ實施ハ例^〇外トシテ此等ノ債務名義ニ表示シタル債權者又ハ債務者ノ承繼アル場合ヲ除ク外ハ執行力アル正本ニ基カスシテ之ヲ爲スコトヲ得第五六一條第七四九條第七五六條改正案第六八七條第九三四條第九四〇條蓋シ斯ル債務名義ハ其内容ニ於テ法律上當然執行文ヲ包含スルヲ以テナリ左ニ執行力アル正本ノ意義付與ノ手續及ヒ效力ヲ畧述スヘシ

(一) 意義 執行力アル正本トハ執行文ヲ附記シタル判決其他ノ債務名義ノ正本ナリ(1)執行文トハ裁判所書記又ハ公證人ノ作成スル證明書公正證書ニシテ如何ナル債權者ノ爲メニ如何ナル債務者ニ對シ債務名義カ執行シ得ヘキカヲ

證スルモノナリ(第五一七條改正案第六四二條)而シテ斯ル證明書ノ存在ヲ必要トスル理由ハ前述ノ如ク強制執行ノ實施ハ些少ノ例外ヲ除ク外(第七三三條第七三四條通則トシテ之ヲ受訴裁判所ト全然異ナレル國家ノ機關即チ執達吏及ヒ執行裁判所ニ委任シ且斯ル機關ハ受訴裁判所ト異ニシテ債務名義以外ニ存スル前提要件ニ基キ債務名義ノ執行力ノ有無ヲ調査スルコトヲ得ヘキモノニ非サルニ由ル換言スレハ執行機關タル執達吏及ヒ執行裁判所ハ債務名義ノ執行力ノ有無ヲ調査スルコトヲ得サルヲ以テ債務名義ヲ作成シタル國家ノ機關ヲシテ之カ執行力ノ有無ヲ調査セシメ其存在ヲ證明セシムルヲ正當トスルニ由ル(2)債務名義ノ正本トハ債務名義ノ原本ヲ官廳又ハ公吏ニ於テ保存スルコトヲ要シ之ヲ一私人ニ交付スルコト能ハサル場合ニ於テ原本ニ代用スルカ爲メニ作成セラルル認證原本ナリ而シテ此ノ如ク正本タルコトヲ要スル理由ハ蓋シ斯ル書類ニ非サレハ正確ニ債務名義ノ内容ヲ認識スルコトヲ得サレハナリ

(二) 付與ノ手續

執行力アル正本ハ裁判所書記又ハ公證人カ債權者ノ申立ニ

因リ執行文ヲ附記シタル債務名義ノ正本ヲ交付シテ之ヲ付與ス左ニ之ヲ分説スヘシ

(1) 付與ノ機關 執行力アル正本ハ裁判所書記又ハ公證人之ヲ付與ス(第五一六條第二項第五六〇條第五六二條改正案第六四〇條第六八六條第六八八條)
(a) 判決ニ關スル執行力アル正本ハ第一審裁判所ノ書記之ヲ付與シ訴訟カ上級裁判所ニ繫屬スルトキハ其裁判所ノ書記之ヲ付與ス(第五一六條第二項改正案第六四〇條)是レ畢竟執行力アル正本ハ判決確定ノ證明書ト同シテ債務名義ノ執行力ノ存在ヲ證スル證明書ナルヲ以テ其付與ハ公證事項ニシテ裁判事項ニ非ス隨テ執行力アル正本ノ付與ハ判決確定ノ證明書ノ付與ト同シテ裁判所書記ノ職權ニ類スルヲ正當トシ加之執行力アル正本ノ付與ハ其之ニ關スル手續ヲ迅速ニ終結スルカ爲メニ裁判所書記ノ職權ニ委スルヲ正當トス又執行力アル正本付與ニ關スル法定要件ノ存否ハ訴訟記録ニ基キ容易ニ之ヲ調査スルコトヲ得ヘキヲ以テ執行力アル正本ノ付與ハ判決確定ノ證明書付與ト同シテ訴訟記録現存ノ裁判所所屬ノ書記ノ職務トスルヲ當然トスレハナリ故ニ執行

カアル正本ハ判決確定ノ證明書付與ト同シテ訴訟記録現存スル裁判所所屬ノ書記即チ通常訴訟記録ヲ保存スル第一審裁判所所屬ノ書記カ之ヲ付與シ若シ訴訟カ上級裁判所ニ繫屬スルトキハ訴訟記録ハ此裁判所ニ現存スルヲ以テ其裁判所所屬ノ書記之ヲ付與ス而シテ茲ニ所謂繫屬ハ判決確定ノ證明書付與ニ關シ説明シタルモノト同一意義ヲ有スルヲ以テ上級裁判所ニ於テ判決ヲ言渡シタル後尙ホ訴訟記録ヲ第一審裁判所ニ返還セサルトキハ其上級裁判所ノ書記カ執行力アル正本ヲ付與スヘキモノナリ下級裁判所ノ判決カ上級裁判所ノ判決ニ依リ變更セラレタル場合ニ於テ下級裁判所ノ書記ハ上級裁判所ノ判決ニ關スル執行力アル正本ヲ付與スルニハ訴訟記録中ニ存スル上級裁判所ノ判決ノ認證謄本ニ依ルモノナリ蓋シ斯ル認證謄本ハ判決ノ原本ニ代用スルモノナレハナリ(第四三一條第二項第四五四條第八裁判所書記カ執行力アル正本ヲ付與スル前提要件トシテハ第一、二、判決カ言渡サレ且其言渡カ調書上明確ナラサルヘカラス何トナレハ若シ然ラスンハ判決ハ法律上完全ニ存在セサルヲ以テ之ニ基テ強制執行ハ無効ナレハナリ(第一三〇條第一三四條第二、三、判決原本

ニ判事ノ署名捺印アルコトヲ要ス何トナレハ判決ニ署名捺印ヲ具備セサル原本ハ判決原本ノ草案ニシテ判決原本其モノニ非ス隨テ之ニ基テ強制執行ハ適法ナル債務名義ニ因ラサルモノトシテ無効ナレハナリ(第二三七條第二三九條)然レトモ原本ニ判事ノ署名捺印アル以上ハ縱令送達シタル正本ニ於テ署名及ヒ捺印ノコトヲ表示セザリシ場合ト雖モ執行力アル正本ヲ付與スルニ妨ナシ第三、三、判決カ確定シタルカ又ハ之ニ假執行ノ宣言アリタルコトヲ要ス蓋シ未確定ノ判決ニシテ假執行ノ宣言ナキモノハ執行力ヲ有セザレハナリ而シテ執行文ハ外國裁判所ノ判決ニ付與スヘキモノニ非スシテ却テ執行判決ニ付與スヘキモノナルコトハ前述ノ法理ニ據リテ明白ナリ民事訴訟法第五百十六條第二項ノ判決ハ內國裁判所ノ判決ヲ指示ス隨テ執行判決ヲ爲シタル裁判所所屬ノ書記カ執行文ヲ付與スルモノト謂フヘシ和解、抗告ヲ以テ、不服ヲ申立、ツルコトヲ得ル裁判執行命令第五六一條並ニ假差押及ヒ假處分命令(第七四九條第七五六條)ニ關シテハ之ニ關スル記録ノ現存スル裁判所所屬ノ書記カ執行力アル正本ヲ付與スヘキモノナリ(第五六〇條改正案第六八六條)

(b) 公證人作成ノ執行證書ニ關スル執行力アル正本ハ該證書ヲ保存スル公證人カ之ヲ付與ス(第五六二條改正案第六八八條何トナレハ此公證人カ容易ニ執行力アル正本ヲ付與スルニ適當ナルヤ否ヤノ要件ヲ調査スルコトヲ得レハナリ隨テ自ラ執行證書ヲ作成シタル公證人タルコトヲ必要トセス後任者兼任者其他書類ノ引繼ヲ受ケ原本ヲ保存スル公證人ハ何レモ執行力アル正本ヲ付與スルコトヲ得ヘシ(公證人規則第五七條以下)

(2) 付與申請者 勝訴者又ハ債權者ハ申請ノ形式ヲ以テ口頭又ハ書面ニテ執行力アル正本ノ付與ヲ求ムルコトヲ得(第五一六條第三項第一三五條改正案第六三九條第二項又辯護士ニ非サル者ヲ代理人トシテ該申請ヲ爲スコトヲ得ヘシ)

送達ノ爲メニ交付シタル正本ニ執行文ヲ附記スル實際上ノ慣行ハ適當ト謂フヘカラス何トナレハ民事訴訟法第五百三十三條ノ規定ニ從ヘハ執達吏ハ債務者カ其義務ヲ完済シタルトキハ之ニ執行力アル正本ヲ交付スヘキヲ以テ送達ノ爲メニ交付シタル正本ヲ債務者ニ交付スルコトト爲リ其結果債權者ハ判決

確定ノ證明等ニ送達證書ヲ使用スルコトヲ得サルニ至ルヲ以テナリ

(3) 付與ノ方式 判決ノ執行力アル正本ハ判決正本ノ末尾ニ執行文ヲ附記シ且裁判所書記カ署名捺印シ並ニ裁判所ノ印ヲ押シテ之作ルモノトス(第五一七條改正案第六四二條執行文ノ文式ハ民事訴訟法第五百十七條第二項改正案第六四二條ニ明記セラレタリ此文式ハ執行文ノ何タルコトヲ認識セシムルノ目的ヲ以テ一般ニ至要ナル文例ヲ示シタルニ止マルカ故ニ特定ノ場合ニ於テ尙ホ他ノ特別ノ附記ヲ必要ト爲スコトアルヤ言フ俟タス例ヘハ判決ニ包含セラレタル執行ノ目的タル訴訟物ノ一部又ハ特定財産ニ於ケル執行上ノ制限ヲ附シ執行當事者ノ承繼人ヲ表示シ(第五一九條相續人又ハ讓受人トシテノ承繼關係ヲ表示シ承繼ノ明白ナルモノヲ表示シ(第五一九條保證ヲ立ツルコトニ關スル執行ノ制限ヲ表示シ假執行又ハ確定執行トシテノ執行力ヲ表示シ裁判長ノ命令ヲ表示スルカ如キ(第五二〇條即チ是ナリ又此文式ハ法律上執行文タルノ效力ヲ有スルニ必要ナル文面ニ非サルヲ以テ同一ノ意義ヲ有スル他ノ文面ヲ以テ有效ニ執行文ノ法定文面ニ代フルコトヲ得ヘシ執行文ニハ裁判所書記

署名捺印及ビ裁判所ハ押印ヲ必要トス。是レ適法ノ機關カ付與シタル執行力アル正本タル性質ヲ明確ナラシムルノ目的ニ基ケリ(第五一七條第三項改正案第六四二條第二項執行文ハ判決正本ノ末尾ニ之ヲ附記ス(第五一七條第一項改正案第六四二條第一項其判決正本ハ強制執行ノ性質上負擔ヲ言渡シタル判決ノ正本ニシテ負擔ヲ言渡シタル下級審ノ判決カ上級審ノ判決ニ依リ是認セラレタル場合即チ上訴カ適法ナラス又ハ理由ナシトシテ棄却セラレタル場合ニ在リテハ下級審ノ判決正本ノ末尾ニ執行文ヲ附記シ下級審ノ判決カ廢棄セラレタル場合ニ在リテハ負擔ヲ言渡シタル上級審ノ判決ノ正本ニ執行文ヲ附記シ一部分ノ變更アリタル場合ニ在リテハ兩級審ノ判決ノ正本ニ執行文ヲ附記シ又ハ負擔ヲ言渡シタル關席判決カ爾後ノ新辯論ニ基テ判決ニ依リ維持セラレタル場合ニ在リテハ後判決カ前判決ノ實體的裁判タルヲ以テ前判決ハ唯判決ノ形式ヲ保ツニ止マリ判決タルノ效力ヲ失フ隨テ維持判決カ強制執行ノ債務名義ト爲ル故ニ維持判決正本ノ末尾ニ執行文ヲ附記ス但假執行ノ宣告カ特別ノ判決ヲ以テ言渡サレタル場合ニ在リテハ(第五〇八條第五一一條判決ニ添

附スヘキ正本ヲ作り之ニ執行文ヲ記載スルコトヲ要セス唯執行文ニ於テ斯ル裁判ヲ附記スルヲ以テ足レリトス又本案ノ裁判カ強制執行ヲ爲スニ不當ナル判決例ヘハ原告ノ請求ヲ棄却シ訴訟費用ヲ原告ノ負擔トストノ判決アリタル場合ニ在リテハ執行文ヲ付與スルコトナシ蓋シ訴訟費用ノ負擔ヲ命シタル判決ハ費用額不確定ナルヲ以テ強制執行ノ債務名義タルニ適セス唯訴訟費用額確定決定ノ基礎タル效力執行力ヲ有スルニ過キナレハナリ(第八四條第二項三裁判所書記ハ執行力アル正本ヲ付與スル前ニ於テ其職責トシテ判決原本ニ原告若クハ被告ノ爲メニ付與シタル旨ト付與ノ時(第五二四條日時……)年ヲモ包含スルヤ當然ナリト記載セサルヘカラス(第五二四條改正案第六五〇條第一項蓋シ這ハ執行文カ強制執行ノ形式要素トシテ敗訴者又ハ債務者ヲ強制スルノ力アルカ故ニ付與手續ヲ明確ニシ債權者カ不法ニ數通ノ執行力アル正本ノ付與ヲ求メ之ニ基キ數回執行ヲ爲スコトヲ防止スル法意ニ出ツルモノナリ判決ハ原本トハ訴訟記録ニ存スル判事ノ署名捺印アル判決ニ付テノ書面ヲ指示スト雖モ下級審ノ書記カ上級審ノ判決ニ執行文ヲ付與スル場合ニ於テハ判決

ノ原本ナキヲ以テ之ニ代用スヘキ上級審ノ認證原本ニ之カ記載ヲ爲スヘキモノト思ハル(第二三七條第四三一條改正案第六五〇條第二項)而シテ上級審ニ於テ執行文ヲ附記シタルトキハ其所屬裁判所書記カ認證原本ニモ其旨ヲ附記シ下級審ニ之ヲ送付スルヲ適當トス何トナレハ認證原本ハ民事訴訟法第五百二十四條ノ手續ヲ爲ス場合ニ於テハ判決原本ト其效力ヲ同シウスルモノナレハナリ

執行文ハ執行機關カ裁判所ナルト執達吏ナルトヲ問ハス各種ノ強制執行ニ於テ必要ナルコトハ民事訴訟法第五百十七條カ民事訴訟法第六編ニ於テ占メタル位置ニ依リテ明確ナリ又執行文ハ各種ノ債務名義ニ關シテ必要ナルコトハ民事訴訟法第五百六十條ニ依リテ明確ナリ故ニ付與機關ハ前示ノ方式ニ準シ判決以前ノ債務名義ニ關シテモ亦執行文ヲ付與セサルヘカラス但例外トシテ執行命令(假差押命令及ヒ假處分命令ニ關シテハ執行當事者ノ承継アル場合ヲ除ク)ノ外執行文ノ附記ヲ必要トセス(第五六一條第七四九條第七五六條改正案第六八七條第九三四條第九四〇條蓋シ此種ノ債務名義ニハ當然執行力アル正

本ノ效力ヲ包含スレハナリ

(4) 付與ノ場合 強制執行ハ執行文ヲ付シタル判決ノ正本ニ基キ之ヲ爲ス第五一六條第一項改正案第六三九條第一項故ニ執行力アル正本ハ單ニ債務名義ヲシテ強制執行ヲ爲スノ用ニ充ツルヲ得セシムルニ止マルモノト謂フヘシ隨テ執行力アル正本ハ執行ヲ爲スコトヲ得ル場合ニ非スハ付與セサルモノト論結セサルヘカラス是ヲ以テ原告請求棄却ノ判決負擔ヲ言渡シタル判決ニ非ス(法律關係ノ確認判決性質上執行スヘキモノナシ婚姻ヲ爲スヘキ旨ヲ言渡シタル判決負擔ヲ言渡シタル判決ナレトモ其強制執行ハ法律上除外セラレタルモノナリ)等ニ關シテハ執行文ヲ付與スヘキモノニ非ス然レトモ執行文ノ付與ハ判決ニ於テ認メラレタル給付ノ目的物カ消滅シタリト云フカ如キ事實上強制執行ヲ爲スコト能ハサル判決外ニ存スル理由アルニ依リテ又給付ノ目的物カ判決ニ於テ明確ニ表示セラレス或ハ數多ノ債務者ノ負擔部分ノ明確ナル表示ヲ缺クト云フカ如キ強制執行ノ實施ヲ困難ナラシムル判決中ニ存スル理由アルニ依リテ其他執行文付與申請ノ當時債權者カ債務者ノ貧困或ハ所在不明

ナルカ爲メニ毫モ利益ヲ有セサルカ如キ理由アルニ依リテ拒絕スルコト能ハサルナリ何トナレハ遺ハ執行文付與ノ際ニ完全ニ調査スルコトヲ得ヘキモノニ非サレハナリ又執行力アル正本ハ付與ハ形式の執行力ヲ説明スルニ過キス故ニ債權ノ實體の當否及ヒ時效其他債權ニ對スル支拂等ノ如キ債權ヲ消滅セシムル事實ハ執行文付與ノ際ニ調査スルコトヲ得ヘキモノニ非ス隨テ斯ル事項ニ基キ執行文ノ付與ヲ拒絕スルコトヲ得ス(債務者ハ之カ爲メニ異議ヲ申立ツルコトヲ得ス然レトモ債務名義タル裁判力爾後ノ裁判ニ依リテ其效力ヲ失ヒ或ハ上訴ノ提起ニ依リテ執行ヲ中止第四六〇條セラレタルカ如キ債務名義自體ニ付キ其執行ノ不當ナルコト明確ナル以上ハ執行文ヲ付與スルコトヲ得ス故ニ此等ノ事項ノ存スルヤ否ヤハ執行文付與ノ際ニ調査スヘキモノトス但停止命令ニ依レル強制執行ノ停止ノ有無ハ執行文ノ付與ニ際シテ調査スヘキ必要アルモノニ非ス何トナレハ停止命令ハ執行力アル正本付與ノ手續ヲ包含スル執行手續ノ中止ヲ目的トスルモノニ非スシテ却テ執行ノ實施行為ノ中止ヲ目的ト爲スモノナレハナリ

執行力アル正本ハ執行ノ債務名義ノ提出セラレタル場合ニ付與スルヲ通則トス故ニ裁判所書記ハ判決ノ確定シタルトキ又ハ假執行ノ宣告アリタルトキニ執行力アル正本ヲ付與ス第五一八條第一項改正案第六四三條第一項判決ノ確定ハ民事訴訟法第五百四十四條ニ依リテ之ヲ證明シ判決ニ付シタル假執行ノ宣言ハ民事訴訟法第五百七條ニ基キ判決主文ニ於テ之ヲ認識ス判決ノ執行力或日時ノ到來ニ繋リ又ハ債權者ノ保證ヲ立ツルコトニ繋ルトキハ單ニ執行文ヲ付與スルコトヲ得蓋シ此等ノ事項ハ容易ニ調査スルコトヲ得ヘキヲ以テ執行機關ニ執行ノ前提要件タル該事項ノ調査ヲ委託シ執行著手ノ際ニ之ヲ調査セシムルヲ以テ足レハナリ第五一八條第二項第五二九條第一項改正案第六四三條第三項第六五三條第一項判決以外ノ債務名義ニ關シテモ亦然リ(第五六〇條改正案第六八六條然レトモ) (イ) 判決ノ執行力保證ヲ立ツルコトニ係ル以外ノ條件ニ繋ル場合ニ於テハ裁判所書記ハ該條件履行ノ證明及ヒ裁判長ノ命令アルニ非サレハ執行文ヲ付與スルコトヲ得ス第五一八條第二項第五二〇條第一項改正案第六四三條第

二項蓋シスル條件履行ノ有無ハ執行力アル正本以外ニ存スル事項ニ因リ執行力ノ存否ニ付キ實體上ノ調査ヲ爲スモノニ外ナラス隨テ執行機關ノ職權ニ屬セサルヲ以テナリ前述ノ說明參照第一執行力債權者ノ證スヘキ條件保證以外ノニ繫ル判決トハ債務者ノ給付力裁判ノ主文ニ從ヒ債權者ノ證スヘキ保證ヲ立ツルコト以外ノ事實ノ到來ニ繫ル判決ヲ指示ス故ニ敗訴者ノ給付力勝訴者ノ豫告ニ繫リ特定人ノ死亡又ハ成年ニ達シタルコトニ繫リ或ハ勝訴者ノ豫告の反對給付ニ繫ル裁判ハ之ニ屬ス保證人ニ對スル裁判モ亦然リ何トナレハ保證人ハ主タル債務者カ支拂ヲ爲ササル場合ニ履行ノ責ニ任スル者ナルカ故ニ債權者ハ保證人ニ對スル執行力アル正本ノ付與ニ關シテ斯ル事實ヲ證明スルノ責任アルヲ以テナリ利息若クハ定期金ヲ適當ナル時期ニ支拂ハサルトキハ元金若クハ元本ハ皆濟ヲ爲スヘキ旨ノ條款ヲ包含スル裁判ニ關シテハ民事訴訟法第五百十八條第二項ノ適用アルヤ否ヤノ問題ニ關シテハ學者間ニ爭アリト雖モ予輩ハ消極的ニ論決スルヲ正當ト信ス蓋シスル條款ハ債務者カ適當ノ時期ニ於テ利息若クハ定期金ヲ支拂フトキハ

元金若クハ元本ノ請求殊ニ其執行ヲ避クルコトヲ得ルノ意義ヲ有スルニ過キサルヲ以テ債權者ハ不支拂ノ立證ヲ爲スノ義務ナク却テ債務者カ適當ノ時期ニ支拂ヲ爲シタルコトヲ立證スルノ義務アリ而シテ民事訴訟法第五百十八條第二項ハ斯ル立證責任ノ原則ヲ變更シタルモノト謂フコトヲ得サレハナリ副位的法律關係ニ基キ複數ノ給付ノ負擔ヲ言渡シタル判決例ヘハ米百俵ヲ引渡スヘシ若シ之カ引渡ヲ爲スコト能ハサルトキハ其對價トシテ金五百圓ヲ支拂フヘシト言渡シタル判決ノ如キ若クハ選擇的法律關係ニ基キ複數ノ給付ノ負擔ヲ言渡シタル判決例ヘハ被告ハ原告ニ米百俵又ハ金五百圓ヲ給付スヘシト言渡シタル判決ノ如キニ關シテハ民事訴訟法第五百十八條第二項ノ適用ナシ蓋シ副位的給付ニ關シテ之ヲ言ヘハ同條ニ所謂條件ハ主位的給付ニ對スル強制執行ノ效ナキ事實ノ如キ強制執行ノ手續中執行機關カ公然認識スルコトヲ得ヘキ事實ヲ指示セサルヲ以テ執行文ハ主位的給付ニ關スル判決部分ニ付與スルト同時ニ副位的給付ニ關スル判決部分ニ之ヲ付與スルコトヲ得ヘク又選擇的給付ニ關シテ之ヲ言ヘハ選擇權ノ行使ハ

選擇權カ債權者又ハ債務者ニ屬スルヤ否ヤノ區別ナク強制執行ノ前提要件ニ非サレハナリ解除條件附給付ヲ言渡シタル裁判ニ關シテ亦民事訴訟法第五百十八條第二項ノ適用ナシ何トナレハ解除條件附給付ニ關シテハ債務者カ其實ノ到來ヲ立證スヘキモノナレハナリ養料請求權ニ關スル裁判亦然リ何トナレハ養料請求權ハ債權者カ死亡セサル旨ヲ適當ニ證明スルニ非スンハ存續スルコト能ハサル條件附請求權ニ非サレハナリ債務者ニ引換の給付當事者雙方ノ同時履行ヲ言渡シタル裁判ニ關シテ民事訴訟法第五百十八條第二項ノ適用アルヤ否ヤハ學者間ニ爭アリト雖モ予輩ハ我民事訴訟法ノ解釋トシテ消極的ニ論決スルヲ正當ト認ム何トナレハ債權者カ執行文付與以前ニ於テ其給付ヲ爲シタルコトヲ證明スヘキモノトセハ引換の給付ニ代ヘテ豫先の給付ヲ要求スルコトト爲リ債權者ニ債務者カ其義務タル給付ヲ爲スマテ自己ノ反對給付ヲ留置スルノ權能ヲ奪フニ至ルヲ以テナリ債務者義タル裁判ノ執行ノ際リタル條件履行ノ證明ハ執行文付與申請者カ證明書ヲ以テ之ヲ爲ササルヘカラス故ニ我民事訴訟法ハ獨逸新民事訴訟法第七百

二十六條第一項ニ於ケルカ如ク公ノ證明書即チ官廳カ其職權内ニ於テ作成セル所ノ證明書並ニ公ノ信用アル證明ノミニ限ラス私署證書ヲ以テ足レリトシタリ是レ證明ヲ容易ナラシムルノ目的ニ出ツ而シテ該證明書ノ證據力ハ執行文ヲ付與スル書記カ民事訴訟法第二百十七條ヲ準用シテ判斷スヘキモノタリ債權者カ斯ル證明書ヲ以テ證明スルコト能ハサルトキハ執行文付與ノ訴ヲ提起スルヲ得ルコト民事訴訟法第五百二十一條ニ依リテ明白ナル所ナリ第二裁判所書記ハ裁判長ノ付與命令ヲ求メサルヘカラス獨逸民事訴訟法草案ハ(獨逸民事訴訟法舊第六百六十九條新第七百三十三條我民事訴訟法第五百二十三條ヲ除ク)總テノ場合ニ於テ裁判所書記ニ執行文付與ノ職務ヲ一任シタリ而シテ國會ノ委員會ニ於テハ執行文付與ニ關スル前提要件ノ調査ニ付キ裁判所書記ノ授權ニ於ケル意見互ニ駁レ或委員ハ草案ノ採用シタル主義ヲ正當トシ或委員ハ總テノ場合ニ裁判官ノ同意ヲ得ルヲ要スル旨ヲ主張シタレトモ結局ストロクマシ氏ノ提議カ採用セラレ執行ニ付キ形式上ノ調査ニ伴ヒテ尙ホ實體上ノ前提要件ノ判斷ヲ必要トスル事實ノ到來及

ヒ當事者ノ承繼第五一八條第五一九條獨逸民事訴訟法第六六四條第六六五條新第七二六條第七二七條ノ場合ニ於テノミ裁判官ノ同意ヲ必要ト爲シ而シテ急速ニ處分シ且合議裁判所ヲシテ此等ノ問題ヲ審判セシメサシカ爲メニ執行文付與ノ同意ヲ裁判長ニ委任シタリ獨逸民事訴訟法第六百六十六條新第七百三十條及ヒ我民事訴訟法第五百二十條ハ實ニ此法理ニ依リテ生シタルナリ是ヲ以テ判決ノ外ニ存スル執行文付與ノ爲メニスル實體的の前提要件カ存スルヤ否ヤハ唯リ裁判長ノミ能ク判斷スル所ニシテ裁判所書記ノ判斷シ能ハサル所ナリ然レトモ其他ノ前提要件殊ニ形式的の前提要件ハ裁判所書記ノ獨リ調査シ能フ所ニシテ裁判長ノ調査シ得ル所ニ非ス故ニ裁判所書記ハ裁判長カ執行文付與命令ヲ拒絕シタルトキハ執行文ヲ付與スルコトヲ得サレトモ反對ニ裁判長カ執行文付與命令ヲ發シタルトキハ或ハ裁判長ノ命令ニ基キ付與スル旨ヲ附記スル執行文ヲ付與シ或ハ裁判長ノ付與命令ニ拘ハラス自己ノ職權内ニ屬スル事項ノ調査上不適當ナリト思料シタル場合ニ執行文ノ付與ヲ拒絕スルコトヲ得此ノ如ク裁判長ノ付與命令ヲ必要

ト爲ス理由ハ「ツキルモスキ」氏ノ如ク裁判所書記ノ過失豫防ノ目的ニ在リト云フヨリモ寧ロ「ハルクマン」氏ノ如ク困難ニシテ裁判所書記ノ判斷シ能ハサル執行文付與ニ付テノ實體的の前提要件ノ存否ニ關スル問題ヲシテ裁判所書記ノ判斷事項ヨリ除外スルノ目的ニ出ツト云フヲ以テ正當ト信ス又裁判長ノ付與命令ヲ執行文ニ記載スル理由ハ當事者並ニ執達吏等ニ對シ法定ノ調査カ行ハレタルコトヲ確認セシムルノ目的ニ出ツ故ニ裁判長ノ執行文付與命令ハ形式上一ノ裁判タルニ相違ナシト雖モ其實質ハ他ノ裁判ノ如ク直接ニ當事者ニ對スル裁判所ノ訴訟行為ニ非スシテ却テ裁判所内部ノ行為タルニ止マリ(Intram)執行文ノ付與ハ常ニ外部ニ對シ裁判所書記ノ處分トシテ現ハルモノタリ隨テ裁判長ノ付與命令ハ之ヲ送達スルコトヲ要セザルナリ(第五二〇條第一項第三項第二四五條改正案第六四六條第一項第二項而シテ裁判長ノ命令ヲ執行文ニ附記セザルトキハ執行文タル效力ナシ何トナレハ此種ノ命令ハ裁判所内部ノ行為ニ外ナラサレトモ而モ外部ニ對シテハ裁判所書記カ執行文ヲ付與スルニ付テノ前提要件ノ一ヲ成スモノナレハナ

ヲ執行交付與ニ際シ事情ヲ明カニセラルカ爲メニ當事者ヲ審訊スルニ必要アルトキハ裁判長ハ書面又ハ口頭ニテ債權者ハ勿論債務者ヲ審訊スルモトヲ得第五二〇條第二項改正案第六四六條第三項債務者ハ審訊ニ際シ條件ノ履行ニ關スル證明書ノ效力ヲ攻撃スルコトヲ得 第六四六條第一項第二項以上ノ法則ハ判決以外ノ債務名義ニ對シテ亦準用アリ第五六〇條改正案第六四六條但債務名義カ區裁判所ニ於テ爲シタル和解及ヒ裁判ナルトキハ裁判長ナルモノナキカ故ニ區裁判所判事力裁判長ノ職務ヲ扱フヘク又公證人作成ノ執行證書ナルトキハ民事訴訟法第五百二十條ノ適用ナキヲ以テ公證人カ裁判長ノ職務ヲ取扱フモノナリ

(ロ) 判決ニ表示シタル債權者ノ承繼人ノ爲メニ又ハ判決ニ表示シタル債務者ノ承繼人ニ對シ強制執行ヲ爲ス場合ニ於テハ裁判所書記ハ其承繼ノ證明アリタルトキ若クハ裁判所ニ於テ明白ナルトキ及ヒ裁判長ノ命令アリタルトキニ限り執行文ヲ付與スルコトヲ得第五一九條第五二二條改正案第六四四條第六四六條強制執行ハ唯判決又ハ執行力アル正本ニ表示シタル債權者ハ

爲メニ又ハ債務者ニ對シテ之ヲ實施スルコトヲ得ルノミ第五二八條第一項故ニ判決ニ表示セル債權者又ハ債務者ノ承繼アリタル場合ニ於テ承繼人ノ爲メニ又ハ承繼人ニ對シ強制執行ヲ實施スルニハ承繼人ノ氏名ヲ表示セル執行力アル正本ヲ必要トス而シテ承繼ノ有無ハ條件履行ノ有無第五一八條第二項ト同シク執行力アル正本以外ニ存スル事項ニ因リ執行力ノ存否ニ付キ實體上ノ調査ヲ爲スモノニ外ナラス隨テ執行機關ニ於テ之ヲ調査スルノ職權ヲ有セス是レ裁判所書記カ受訴裁判所ノ機關トシテ承繼人ノ爲メニ又ハ承繼人ニ對スル強制執行ノ爲メニ執行力アル正本ヲ付與スル所以ナリ第一承繼トハ權利主體ノ變更ナリ從前ノ權利主體ヲ前主ト稱シ之ニ代リタル權利主體ヲ承繼人ト稱ス承繼人ニ一般ト特定トノ別アリ一般承繼人トハ包括財產トシテ財產權ヲ承繼スル者ヲ謂ヒ特定承繼人トハ特定財產トシテ財產權ヲ承繼スル者ヲ謂フ而シテ斯ル承繼カ訴提起後當事者ニ生シタルトキハ其判決ニ基ク強制執行ハ承繼人ヲ表示シタル執行力アル正本ニ因ルニ非スンハ之ヲ爲スコトヲ得ス第五一九條第一項訴ノ提起後判決ノ確定又ハ假

執行宣言附判決ノ言渡マテニ當事者カ死亡シタルトキハ訴訟手續ノ中断ヲ來シ強制執行ノ開始ナキニ似タリト雖モ第一七八條訴訟代理人ニ依リテ訴訟ヲ爲ス場合ニ在リテハ當事者死亡ノ爲メニ生シタル承繼ノ有無ヲ調査スルコトナク判決ヲ言渡スコトアルヲ以テ第一八三條民事訴訟法第五百十九條ニハ判決言渡以前ニ於ケル當事者ノ承繼ヲ包含セスト斷言スルコト能ハス隨テ訴ノ提起後當事者ノ承繼アリタル以上ハ訴訟ノ繫屬中ニ生シタルト其終局後ニ生シタルト又強制執行開始前ニ生シタルト強制執行續行中ニ生シタルトヲ問ハス強制執行ノ爲メニ民事訴訟法第五百十九條第一項ニ規定シタル執行文ヲ必要トスト謂ハサルヲ得ス判決力確定シタルモノナルト又假執行宣言附タルトノ區別ハ民事訴訟法第五百十九條ノ適用上何等ノ影響スル所ナシ何トナレハ假執行宣言附判決ノ強制執行ニ關シテモ亦法律上反對ノ明文ナキ限ハ強制執行ノ規定ヲ適用スヘキモノナレハナリ民事訴訟法第五百十九條ハ訴訟ニ參與スルコトナクシテ判決ノ執行ヲ爲シ又ハ之ヲ受クル人ノ限界ヲ規定シタルニ過キス隨テ判決力當事者以外ノ人ニ對シ確定

力ヲ有スルモノ問題ニ付キ何等ノ關係ナシ換言スレハ判決ノ執行力ト其確定力實體的ト其範圍ヲ同シスルモノニ非ス斯ル承繼カ債權者ニ生シタルトキハ其承繼ノ一般タルト特定タルトニ拘ハラズ承繼人ノ求メニ依リテ其氏名ヲ表示シタル執行力アル正本ヲ付與セサルヘカラス第五一九條……債權者ノ承繼人……(一)一般承繼人ノ爲メニ判決ニ於テ言渡サレタル債權全部ニ付キ執行文ヲ付與スヘキヤ否ヤノ問題ハ相續法ニ從ヒテ之ヲ定ム例ヘハ家督相續ニ於テハ通常判決ニ於テ言渡サレタル債權全部ニ付キ遺產相續ニ於テハ分割セラレタル各自ノ所得部分ニ付キ承繼人ノ爲メニ執行文ヲ付與スルコトヲ得ルカ如シ遺言執行者カ相續人ニ代リテ執行力アル正本ノ付與ヲ求ムルコトヲ得ヘキヤ否ヤノ問題亦然リ(民法第一一七條又特定承繼人ハ傳來取得ナルト原始取得ナルトヲ問ハス又法律行為ニ依ルト法律ノ規定ニ依ルトヲ問ハス特定ノ權利ヲ取得シタル者ナルヲ以テ取立命令若クハ轉付命令ノ結果トシテ確定判決アリタル差押債權ヲ取得シタル債權者カ強制執行ヲ爲スニハ承繼ノ爲メニスル執行文ヲ要ス指圖證券ノ裏書讓受人無記名

證券ノ所持者モ亦然リ然レトモ判決言渡以後債權者無能力者ト爲リ(禁治產ノ宣告ヲ受ケタルカ如キ法定代理人カ任設セラレタルトキハ之カ爲メニ債權者ノ承繼アリト謂フコト能ハサルヲ以テ民事訴訟法第五百十九條第一項ノ適用ナキヤ當然ナリ債權者カ破産宣告ヲ受ケタル場合ニ於テハ自ラ破産財團ニ屬スル財産權ノ強制執行ヲ開始スルコトヲ得ス唯管財人カ代リテ之ヲ爲スコトヲ得ルノミ(商法第九八五條然レトモ之カ爲メニ承繼ノ爲メニスル執行文ヲ必要トセスシテ破産シタル債權者ノ氏名ヲ表示シタル執行文ニ依リ債務者ニ對シ強制執行ヲ開始スルヲ得ヘシ何トナレハ管財人ハ破産者ノ破産式ノ代表資格ヲ承繼シタルニ外ナラサレハナリ債權者ノ訴訟代理人ハ債權者カ死亡シ且其承繼人アル場合ニ於テハ委任セラレタル債權者ノ爲メニ付與セラレタル執行文ニ基キ強制執行ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ民事訴訟法第六十九條ニ依リ委任消滅ヲ通知スルニ非サレハ相手方ニ對シテ效力ナキヲ以テ民事訴訟法第六十五條ニ依リ強制執行ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖モ民事訴訟法第五百十九條第一項ハ債權者ニ承繼アル場合ニ承繼人ノ爲

メニスル執行文ヲ必要ト爲スヲ以テナリ法人ニ付與シタル執行文ハ爾後其法人カ清算中ノ法人ト爲リタルモ尙ホ其效力ヲ有ス何トナレハ之カ爲メニ債權者ノ承繼ナルモノ生セサレハナリ合名會社ニ新社員カ入社シタルモノカ爲メニ民事訴訟法第五百十九條第一項ノ適用ヲ受ケス何トナレハ之カ爲メニ從前ノ社會ノ位地ニ變更ヲ生セサレハナリ又斯ル承繼カ債務者ニ生シタルトキハ其承繼ノ一般タルト特定タルトニ區別シテ立論セサルヘカラス債務者ニ一般承繼アリタルトキハ債務者ノ一般承繼人ニ對スル執行文ヲ必要トス(第五一九條第一項)……債務者ノ一般ノ承繼人ニ對シ……而シテ判決ニ於テ認メラレタル債權ノ全部又ハ一部ニ付キ債務者ノ一般ノ承繼人ニ對スル執行文ヲ付與スヘキヤ否ヤノ問題ハ前述シタル所ノ法則ニ從ヒテ之ヲ定ム相續人ノ代理人タル遺言ノ執行者ニ對シ強制執行ヲ爲スカ爲メニ執行力アル正本ノ付與ヲ求ムルコトヲ得ヘキヤ否ヤノ問題亦然リ(民法第一一一七條但強制執行カ債務者ノ死亡以前ニ開始セラレタルトキハ相續財産ニ對シ之ヲ續行スルヲ得ルコト前述ノ如シ(第五二二條改正案第六七八條然レト

債權者カ執行力アル正本ヲ得タル後強制執行開始以前ニ債務者ノ一般ノ承繼アリタルトキハ更ニ承繼人ニ對スル執行文アルニ非サレハ強制執行ヲ開始スルコトヲ得ス判決以後債務者カ無能力者ト爲リ爲メ法定代理人ノ任設アリタルカ如キハ債務者ノ一般ノ承繼ニ非サルヲ以テ債務者ノ承繼人ニ對スル執行文ノ必要ナク債務者カ破産宣告ヲ受ケタルトキハ別除權取戻權ノ如キ破産手續ニ依ラスシテ行使スルヲ得ル權利ニ關シテハ商法第九八五條第二項債權者ハ破産シタル債務者ノ氏名ヲ表示シタル執行力アル正本ヲ以テ直チニ管財人ニ對シ強制執行ヲ開始スルコトヲ得民事訴訟法第五百十九條第一項ノ規定ニ依ルコトヲ要セス何トナレハ管財人ハ破産シタル債務者ヲ承繼シタルモノニ非スシテ唯其形式的代表資格ヲ承繼シタルモノニ外ナラサレハナリ破産債權ノ如キ破産手續ニ依ラサレハ行使スルコトヲ得サル權利ニ關シテハ債權者ハ破産シタル債務者ノ氏名ヲ表示シタル執行力アル正本ヲ以テ直チニ管財人ニ對シ強制執行ヲ開始スルコトヲ得然レトモ破産者ニ對スル執行文ノ付與ヲ求ムルコトヲ得ヘシ何トナレハ破産手續中

ハ唯強制執行ノ著手ヲ禁止シタルノミナレハナリ法人ニ對スル勝訴判決ヲ受ケタル債權者ハ該法人カ爾後解散シテ清算中ニ在リ又ハ其社員ニ變更アリタルノ故ヲ以テ強制執行ヲ爲スニ際シ民事訴訟法第五百十九條第一項ノ規定ニ依ルコトヲ要セス然レトモ社員ノ固有財産ニ對シ強制執行ヲ爲セント欲セハ特別ニ訴ヲ提起シ債務名義タル判決ヲ受ケサルヘカラス何トナレハ社員其モノハ法人ノ一般ノ承繼人ニ非サレハナリ債務者ノ營業ヲ讓受ケタル者ハ縱令債務ヲ引受ケタルモ之カ爲メニ債務者ノ一般ノ承繼人ト爲ラス隨テ債權者ハ此讓受人ニ對シ強制執行ヲ爲サント欲セハ特別ニ訴ヲ提起シ債務名義タル判決ヲ受ケサルヘカラス之ニ反シテ債務者ニ特定承繼アリタルトキハ其承繼人ニ對スル強制執行ノ爲メニスル執行文ヲ付與スルコトナシ何トナレハ強制執行ハ被承繼人ニ對シテ開始セラルヘキモノナレハナリ(特定承繼人ハ權利ヲ承繼シ義務ヲ承繼セス故ニ債權者カ斯ル承繼人ニ對シ強制執行ヲ爲サント欲キハ先ツ訴ヲ提起セサルヘカラス然レトモ權利拘束發生後債務者ノ承繼人ト爲リタル者例ヘハ訴訟物ヲ讓受ケタル特定承

繼人若クハ訴訟物ノ占有者例ヘハ受寄者、質借人ニ對シテハ獨逸民事訴訟法ニ於ケルカ如ク特ニ訴ヲ提起スルコトナク民事訴訟法第五百十九條第一項ノ執行文ヲ以テ強制執行ヲ開始スルコトヲ得ルモノト爲スヲ立法上正當トス蓋シ這ハ費用、勞力ノ節略ヲ主眼トスル民事訴訟法ノ原則ニ適スレハナリ(改正案第六四四條承繼カ裁判所ニ於テ明白ナルトキ承繼ヲ認メタル確定判決ノ言渡アリタルカ如キ)ハ證明ノ必要ナシ明白ナラサルトキハ公又ハ私ノ證明書ヲ以テ之ヲ證明スルコトヲ要ス第二、裁判所書記ハ裁判長ノ命令アルニ非スンハ執行文ヲ付與スルコトヲ得ス其手續ハ前述シタル所ト同一ナレハ茲ニ之ヲ省略ス而シテ承繼カ明白ナルトキハ其旨ヲ執行文ニ記載セサルヘカラス(第五一九條是レ民事訴訟法第五百二十九條第二項ニ依レル執行文ノ送達ヲ以テ債務者ニ承繼ノ有無ヲ認識セシムルカ爲メナリ判決以外ノ債務者名義ニ關シテハ(イ)ノ説明ヲ參照スヘシ(ロ)ノ説明ヲ參照スヘシ)債務者カ主張シタル承繼ニ關スル單純ナル爭ハ執達吏ヲシテ強制執行ヲ停止セシムルニ足ラス却テ執達吏ハ執行文ニ基キ債務者ノ爭ヲ排斥シ民事訴訟

法第五百二十二條第五百五十條ニ規定シタル裁判上ノ命令アルニ至ルマテ執行ヲ進行セサルヘカラス唯債務者ハ民事訴訟法第五百二十二條第五百四十五條及ヒ第五百四十六條ニ基キテ強制執行力ヲ攻撃スルコトヲ得ル(第五二〇條)

(二) 數通ノ執行力アル正本ヲ求メ又ハ更ニ同一ノ執行力アル正本ヲ付與スル場合ニ於テハ裁判所書記ハ裁判長ノ命令アリタルキトニ限リ之ヲ付與スルコトヲ得第五二三條改正案第六四九條ニ來執行力アル正本ハ債權者カ完済ヲ得タル後債務者ニ交付スヘキモノナルヲ以テ債權者執行ヲ爲スニ當リテハ數通ノ執行力アル正本ヲ必要トセサルヲ原則トス第五三五條第一項然レトモ債權者ハ數通ノ執行力アル正本アルニ非スンハ自己ノ權利ヲ執行スルニト能ハス又ハ其執行ヲ困難ナラシムル場合アリ是ニ於テ法律ハ例外トシテ數通ノ執行力アル正本ヲ付與スルコトヲ得セシメ以テ債權者ノ利益ヲ保護シタリ第一、債權者ハ同一當事者間ニ於テハ同一請求ノ強制執行ヲ全クセシカ爲メニ同時ニ執行力アル正本ハ數通ヲ求メ或ハ前ニ付與シタル正本ヲ

返還セシテ更ニ同一判決ノ正本ヲ求めル必要アル場合ハ種種アレトモ主トシテ(1)強制執行ノ目的物ハ數箇ノ地ニ散在シ又ハ住所ヲ異ニスル連帶債務者多數アリテ且一箇ノ地ニテ強制執行ヲ爲スモ完全ナル辨濟ヲ受クルコト能ハサレカ故ニ又ハ債務者ハ動産不動産及ヒ債權ヲ有シ且動産差押ノ如キ一方法ニテ強制執行ヲ爲スモ完全ナル辨濟ヲ受クルコト能ハサルカ故ニ同時ニ數箇ノ地又ハ數箇ノ方法ニテ強制執行ヲ爲ス必要アル場合(第五二六條)疑ニ付與セラレタル執行力アル正本ヲ喪失シタルカ故ニ更ニ執行力アル正本ヲ必要ト爲ス場合(3)執達吏カ法律ニ違背シ完全ナル辨濟ヲ受タル以前ニ於テ執行力アル正本ヲ債務者ニ交付シタルカ爲メニ更ニ執行力アル正本ヲ必要ト爲ス場合(4)執達吏ハ適法ニ執行力アル正本ヲ債務者ニ交付シタルトモ取立テタル金錢若クハ唯種類のニ特定シタル物件カ債務者ニ屬セタル理由ニ基キ第三者ニ返還セサルヘカラサルヲ以テ更ニ執行力アル正本ヲ必要ト爲ス場合殊ニ差押ニ依リテ賣却シタル物件カ第三者ノ所有ニ屬シ差押フヘキモノニ非サルコト顯然タル場合(此場合ニ於テハ判決ニ依リ確定

セラレタル請求ハ消滅シ之ニ代リテ新ナル請求ノ生シタルニ非ヌ却テ從前ノ請求カ存續スルモノタルヤ疑ヲ容レヌ然レトモ判決ヲ以テ所屬ヲ特定セラレタル目的物カ債權者ニ對シテ交付セラレタル後ニ追奪セラレタルトキハ判決ハ之ニ依リテ執行不能ト爲リ爲メニ更ニ執行力アル正本ヲ付與スルノ必要ナキヤ言フ埃タス(但「ウキルモスキ」及ヒ「ハルタマン」氏等ハ以上ノ如ク論結スレトモ「ガウブ」シ「エタウブ」氏等ハ新事實ニ基キ更ニ起訴スルコトヲ要スル旨ヲ主張シタリ)(5)前主ニ執行文ヲ付與シタルモ爾後承繼アリタルカ爲メニ民事訴訟法第五百十九條ニ依リ後主ニ承繼ノ爲メニスル執行文ヲ必要ト爲ス場合ハ之ニ屬ス同一ノ請求ニ非サル請求若クハ同一ノ請求ノ同一部分ニ非サル部分ニ關シテハ當然債權者ノ申請ニ因リ執行文ヲ付與スヘキモノナルヲ以テ民事訴訟法第五百二十三條ノ適用ナシ故ニ疑ニ數箇ノ請求中ノ一又ハ一箇ノ請求ノ一部ニ付キ執行力アル正本ヲ付與シ後ニ數箇ノ請求中ノ他ノ一又ハ一箇ノ請求ノ他ノ部分ニ付キ執行力アル正本ヲ付與スルカ如キハ固ヨリ該條ノ豫想スル所ニ非ヌ當事者ヲ同一ニセサル場合亦然リ故

(一) 數多ノ債務者カ共同訴訟ニ於テ負擔ヲ言渡サレタル場合ニ於テハ債務者ノ數ニ應シタル執行力アル正本ヲ交付スルコトヲ要ス何トナレハ各債務者ハ完全ナル支拂ヲ爲シタル後執行力アル正本ノ交付ヲ請求スルコトヲ得レハナリ多數債務者カ連帶債務ヲ負ヒタルトキハ一通ノ執行力アル正本ヲ以テ足レリ何トナレハ各債務者ノ支拂ハ該正本ニ記載シ得ヘキモノナレハナリ而シテ此場合ニ於テハ最後ノ支拂ヲ爲シタル債務者ニ執行力アル正本ヲ交付スヘキモノトス(二) 多數ノ債權者カ各自唯一ノ債務名義ニ於テ確定セラレタル請求權ノ特定部分ヲ專有シタルトキハ執行力アル正本ハ各債權者ニ其專有部分ニ應シタル請求額ニ關シテ付與セザルヘカラス之ニ反シテ多數債權者カ唯一ノ債務名義ニ於テ確定セラレタル請求權ヲ共有シタル場合ニ於テ債權者ノ一人ニ執行力アル正本ヲ付與シタルトキハ民事訴訟法第五百二十三條ノ規定ニ依ルニ非スハ他ノ債權者ニ執行力アル正本ヲ付與スルコトヲ得ス何トナレハ此場合ニ於テハ多數ノ當事者カ共同シテ一當事者タルヲ以テナリ執行力アル正本ヲ付與セル後債權者ニ承繼アリタルカ如キ

場合ニ於テハ原則上承繼人ノ爲メニスル執行文付與ニ關シテハ前ニ付與セル執行力アル正本ヲ返還セザルヘカラス蓋シ承繼人モ亦法律上同一當事者タルハナリ承繼カ請求ノ一部分ニ付キ生シタルトキハ債權者ヨリ前ニ付與シタル執行力アル正本ヲ提出セシテ承繼アリタル部分ヲ控除スル意味ノ變更ヲ加ヘ之ヲ返付シ承繼人ニ對シテハ承繼ノ部分ニ付キ執行力アル正本ヲ付與ス然レトモ適當ノ場合ニハ裁判長ノ命令ニ基キ前ニ付與シタル執行力アル正本ヲ提出スルコトナクシテ承繼人ニ對シ更ニ執行文ヲ付與スルコトヲ得ヘシ第二、強制執行ハ執行力アル正本ニ基キ之ヲ爲スモノナルカ故ニ執行力アル正本數通付與ノ濫用ヲ防止シ以テ債務者ノ利益ヲ保護スルヲ要スルコト疑ヲ容レズ此目的ヲ以テ執行力アル正本數通ノ付與ニハ裁判長ノ命令、債務者ノ爲メニスル通知及ヒ執行文ニ執行力アル正本數通付與ノ旨ヲ記載スルコトノ三要件アリ(4) 裁判長ノ命令ノ性質及ヒ其效力ハ前述シタル所ナルヲ以テ茲ニ之ヲ省略ス裁判長ハ數通ノ執行力アル正本付與ノ命令ヲ爲スニ際シテハ一方ニ於テ數通ノ執行力アル正本ノ爲メニ二重ニ強制執行ヲ

受クル危險ニ關スル債務者ノ利害ヲ慮リ他ノ一方ニ於テハ數通ノ執行力アル正本ヲ付與スルニ非スハ債權者ノ權利ノ實行カ或ハ無効ト爲リ或ハ困難ト爲ルカヲ慮リテ取扱ハサルヘカラス而シテ此等ノ點ヲ調査シ執行力アル正本ノ數通ヲ付與スル必要アリヤ否ヤヲ明カニスルカ爲メニ命令前ニ書面又ハ口頭ヲ以テ債權者ハ勿論債務者ヲモ審訊スルコトヲ得第五二三條第二項(2)同時ニ執行力アル數通ノ正本ヲ交付シ若クハ更ニ正本ヲ付與シタルトキハ裁判所書記ハ其旨ヲ相手方タル債務者ニ通知セサルヘカラス我民事訴訟法ハ相手方ヲ審訊セスシテト明言スルヲ以テ反對推理ニ依リ相手方ヲ審訊シタルニ於テハ通知ヲ不必要ト爲スニ似タリ獨逸ニ於テハ口頭辯論ニ依レル審訊ノ結果トシテ再度以上ノ正本ノ付與ヲ命スル裁判長ノ裁判カ言渡サレタルトキニ限り相手方ニ通知ヲ爲スヘキニ似タリ然レトモ審訊ハ必スシモ執行力アル正本ノ數通ヲ交付シタル旨ヲ認識スルノ原因ト爲ラサルカ故ニ立法上失當ト認ム通知ノ形式ニ關シテハ法律上別ニ明文ナシ隨テ送達ニ限ルト謂フコト能ハス通知ノ目的ハ債務者ヲシテ民事訴訟法第五百二

十二條第四百六十五條第四百六十六條末項ニ基キ不變期間ヲ遵守スルコトナクシテ不服申立ヲ爲スヲ得セシムルニ在リ(3)執行文ニ正本ノ數通ヲ付與シ又ハ更ニ正本ヲ付與シタル旨ヲ明記スルハ支拂ヲ爲シタル債務者ニ付與セラレタル執行力正本ノ交付ヲ求ムルノ途ヲ確保スルニ在リ然レトモ支拂ヲ爲シタル債務者ニ付與セラレタル總テノ執行力アル正本ノ交付ヲ求ムル權アルカ爲メニ非ス何トナレハ唯リ前ノ正本紛失ノ爲メニ又ハ前ノ正本ヲ返還セスシテ更ニ執行力正本ヲ付與スル場合アルノミナラス縱令數通ノ正本ヲ同時ニ交付シタル場合ト雖モ執達吏カ受取證ト共ニスル正本一通ノ交付ニ依リ法律上更ニ他ノ正本ニ依リ執行セラルコトナキ旨ヲ保護スルニ足レハナリ

裁判所ノ記書ハ民事訴訟法第五百二十三條ニ基キ執行力アル正本ヲ付與シタル場合ニ於テ尙ホ民事訴訟法第五百二十四條ノ手續ヲ盡ササルヘカラス以上ノ法則ハ判決以外ノ債務名義ニ對シテモ亦準用セラレ(第五六〇條改正案第六四六條但債務名義カ區裁判所ニ於テ爲シタル和解及ヒ裁判ナルトキ

ハ裁判長ナキヲ以テ區裁判所判事カ裁判長ノ職務ヲ取扱ヒ公證人作成ノ執行證書ナルトキハ公證人自身カ數通ノ執行力正本ヲ付與スルノ當否ヲ調査スヘク又執行命令ニ關シテハ執行力正本數通ヲ付與ノ能否ニ付キ學者間ニ爭アリト雖モ法律上別ニ除外スル旨ノ明文ナキヲ以テ原則ニ依リ積極的ニ論結セサルヘカラス其付與方法ハ通常執行命令ノ原本ヲ債權者ニ交付スルヲ以テ債權者カ執行命令ヲ提出シタル際ニ數通ノ執行力アル正本ヲ作成シテ付與スルコトヲ得ルノミ隨テ該原本ノ現存セサルトキハ新ニ訴ノ提起若クハ支拂命令ノ申請ニ因リテ債務名義ヲ作成セサルヘカラス執行命令ニ關スル記錄ニ基キ數通ノ執行力アル正本ヲ作成スルカ如キハ不適法ナリ何トナレハ道ハ第二ノ正本ニ非スシテ民事訴訟法ノ認メサル債務名義ノ再與ニ外ナラサレハナリ

(二) 訴訟ヨリ脱退シタル被告ニ對シ強制執行ヲ爲ス場合ニ於テハ裁判所書記ハ該被告ニ對スル執行力アル正本ヲ付與スルコトヲ得蓋シ判決ハ訴訟ヲ引受ケタル第三者ニ對シ當渡サレタルモノナルヲ以テ該判決ノ執行力アル正

本ニ基キ當然脱退被告ニ對シ強制執行ヲ爲スコトヲ得サレハナリ(第五一九條然レトモ斯ル執行力アル正本ノ付與ハ民事訴訟法第五十八條及ヒ第六十二條ノ規定ニ基クモノニシテ第五百十九條ノ規定ニ基クモノニ非ス何トナレハ訴訟ヲ引受ケタル第三者ハ脱退被告ノ訴訟上ノ承繼人ナレハナリ而シテ執行力アル正本付與ノ手續ニ關シテハ現行法ニ在リテハ別段ノ定ナキヲ以テ裁判所書記ハ單獨ニテ該正本ヲ付與スルコトヲ得ヘシ改正案ニ在リテハ承繼ノ爲メニ執行力アル正本ヲ付與スル規定ヲ準用スヘキ旨ヲ定メタリ立法上ノ見解トシテハ其當ヲ得タルモノト謂フヘシ

(5) 付與ニ關スル不服申立 執行文ノ付與ニ關シテ不服申立ノ利益ヲ有スル者ハ執行當事者ナリ是ヲ以テ
(イ) 債權者ハ執行文付與ノ拒絕處分ニ對シ申訴又ハ訴ヲ以テ不服ヲ申立ラハコトヲ得 裁判所書記ノ處分ニ對シテ不服アル者ハ該處分ヲ變更スヘキ受訴裁判所ノ裁判ヲ求ムルコトヲ得蓋シ裁判所書記ハ受訴裁判所ノ機關トシテ處分ヲ爲ス隨テ其處分ハ裁判所ニ於テ更正スル所ト爲ルヘキモノナレハ

ナリ(第四六五條改正案第四九八條故)債權者ハ執行文ノ付與ヲ拒絕シタル裁判所書記ノ處分ニ對シ受訴裁判所ノ裁判ヲ求ムルカ爲メニ申請ヲ爲スコトヲ得而シテ執行文ノ付與ハ執行手續ノ一部分ヲ成スモノナリ故ニ債權者ハ民事訴訟法第五百十八條及ヒ第四百六十六條第四項ノ規定ニ則リ即時抗告ヲ爲スコトヲ得換言セハ債權者ハ執行文付與拒絕ニ對スル不服申立方法トシテ受訴裁判所ニ對シ若シ同裁判所ニ於テ其裁判所書記ノ處分變更ヲ爲ササルトキハ當然即時抗告ノ提起ト爲ル效力アル裁判所書記ノ處分變更ノ裁判ヲ求ムルノ申請ヲ爲スコトヲ得是ヲ以テ裁判所書記ノ執行文付與拒絕ノ處分ハ不變期間進行ノ爲メニ之ヲ迅速シ該處分ノ原本ハ之ヲ記錄ニ添附シ又受訴裁判所ハ斯ル申請ヲ失當ト認メタルトキハ別段ニ決定ヲ爲スコトナク之ヲ抗告裁判所ニ送付セサルヘカラス該申請ニ對シテハ執行文ノ付與ヲ拒絕シタル裁判所書記ノ所屬裁判所之カ裁判ヲ爲ス故ニ或ハ上級裁判所タルコトアリ或ハ下級裁判所タルコトアリ公證人カ執行文ノ付與ヲ拒絕シタルトキハ債權者ハ民事訴訟法第四百六十五條第五百五十八條及ヒ第四百

六十六條ニ依リ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス何トナレハ公證人ノ行動ハ民事訴訟法ニ規定シタル抗告ノ目的ト爲ルモノニ非サレハナリ隨テ債權者ハ唯執行文ノ付與ヲ目的トスル債務者ニ對スル訴ニ依リ其目的ヲ達スルコトヲ得ヘキノミ執行文ノ付與ノ拒絕ニ對シ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルニハ該拒絕カ裁判所書記ノ單獨ノ處分ナルト裁判長ノ付與ヲ拒ミタルカ爲メナルトヲ區別スルヲ要セサルモノトス何トナレハ執行文付與ノ拒絕ハ外部ニ對シ常ニ裁判所書記ノ處分トシテ存在スルモノナレハナリ裁判長ノ執行文付與ノ拒絕命令ニ對シテ不服申立ノ途ナシ何トナレハ前述ノ如ク裁判長ノ命令ハ裁判所ノ内部ノ行爲ニ外ナラサレハナリ民事訴訟法第五百十八條第二項及ヒ第五百十九條ニ依リ必要ナル證明ヲ爲シ以テ執行文付與ノ目的ヲ達スルコト能ハサリシ債權者即チ裁判所書記ヨリ執行文付與ノ申請ヲ却下セラレ又抗告ヲ爲シタルモ却下セラレタル債權者及ヒ執行ノ繫リタル條件ノ履行並ニ承繼アリタル旨ヲ適當ニ證明スルコトヲ得サル債權者ハ訴ノ形式ヲ以テ執行文ノ付與ヲ求ムルコトヲ得ヘシ第

五二一條改正案第六四七條但數通ノ執行力アル正本付與ノ目的ヲ達スルコト能ハサリシ債權者ハ民事訴訟法第五百二十一條ニ規定セルカ如キ訴ヲ以テ執行文ノ付與ヲ求ムルコトヲ得ス執行文付與ノ訴ハ學者ノ爭フ所ナリト雖モ執行文付與ノ訴ハ執行權ノ設定ニ關スル裁判所ノ行爲ヲ目的トスル訴ニシテ私法上ノ給付ヲ主張スル訴ニ非ス又裁判外ニ成立シタル法律關係ノ確定ヲ目的トスル訴ニ非サルヲ以テ設定ノ訴設定判決ヲ求ムルノ訴ニシテ給付ノ訴ニ非ス又確認ノ訴ニ非スト云フヲ正當ノ見解ナリト信ス此訴ノ原因ハ執行ノ繫リタル條件ノ到來及ヒ承繼ノ存在ニ在リ故ニ債權者ハ通常ノ證據方法ヲ以テ斯ル事實ヲ立證スルコトヲ要ス此訴ノ目的ハ既ニ存在セル債務名義ニ基キ執行ヲ爲スカ爲メニ執行文ノ付與ヲ求ムルニ在リテ判決ヲ以テ確定スルコトヲ要スル給付ノ負擔ノ言渡ヲ求ムルニ在ラサルヤ明白ナリ故ニ債權者ハ通常訴訟手續ニ依リ起訴スルコトヲ得ルニ止マリ證書訴訟手續ニ依リ起訴スルコトヲ得ス縱令債務名義タル判決カ證書訴訟手續ニ依リ言渡サレタル場合ト雖モ亦然リ何トナレハ執行文付與ノ訴ノ目的

ハ執行文付與ヲ目的トスル訴訟請求權ニシテ一定ノ金額ノ支拂其他ノ代替物若クハ有價證券ノ一定ノ數量ノ給付ヲ目的トスル請求ニ非サレハナリ(第四八四條又請求權其モノノ成立ニ付キ裁判ヲ求ムルニ非ス故ニ債務名義タル判決ハ執行文付與ノ訴ニ於ケル辯論及ヒ裁判ノ基礎ト爲リ裁判所ニ於テ之ヲ動スコトヲ得ス隨テ債務者ハ判決ノ確定ニ因リテ提出スルコト能ハサルニ至リタル抗辯ヲ提出スルコトヲ得ス此訴ハ第一審ノ受訴裁判所ノ管轄ニ專屬ス(第五二一條第五六三條)是レ執行文付與ノ訴ヲ以テ本案ニ於ケル訴訟事件ノ繼續ト看做シタル結果タリ但債務名義カ執行判決ナルトキハ該判決ヲ言渡シタル裁判所ノ管轄ニ專屬スルヤ當然ナリ執行命令及ヒ公證人作成ノ證書ニ關シテハ民事訴訟法第五百六十一條第三項及ヒ第五百六十二條第四項ニ於テ執行文付與ノ管轄裁判所ヲ規定シタルトモ(第六八七條第三項民事訴訟法第三百八十一條ノ規定ニ從ヒ區裁判所ニ於テ爲シタル和解ニ關シテハ法律上執行文付與ニ付テノ訴ニ於ケル管轄裁判所ヲ規定セス而シテ該和解ニ於テハ受訴裁判所ナキヲ以テ民事訴訟法第五百二十一條ヲ適用シテ

管轄裁判所ヲ定ムルコトヲ得ス又當事者ハ和解ヲ爲シタルニ依リ和解ニ付キ生スヘキ訴訟事件ニ關シテハ價額ノ如何ヲ問ハス和解ヲ爲シタル區裁判所ヲ以テ管轄裁判所ト爲スノ意思アリタルモノト謂フコトヲ得ス故ニ和解裁判所ヲ受訴裁判所ト同視シ執行文付與ノ管轄裁判所ト爲スハ當事者ノ意思ニ反スルヲ以テ正當ノ見解ト謂フヘカラス是ヲ以テ予輩ハ類推解釋ニ基キ民事訴訟法第五百六十一條第三項ニ依リテ和解ニ關スル執行文付與ノ訴ノ管轄裁判所ヲ定ムヘキモノトスル學說ヲ正當ト信ス訴ノ提起後ノ和解ニ關シテハ訴訟カ繫屬シタル第一審受訴裁判所カ執行文付與ノ訴ノ管轄裁判所タルコトハ民事訴訟法第五百二十一條ノ適用トシテ明瞭ナリ此訴ハ債權者カ執行文付與ノ申請ヲ爲シ又ハ申請却下ノ處分ニ對シ裁判ヲ求メ且即時抗告ヲ爲セルモ其效ナカリシコトヲ前提要件トセシ何トナレハ債權者カ執行文付與ノ申請ヲ爲サス直チニ執行文付與ノ訴訟ヲ提起スルハ其權利ナレハナリ唯民事訴訟法第七十四條ノ適用ニ依リ訴訟費用ヲ負擔スルコトアルノミ又債權者カ執行文付與申請却下ノ裁判ニ對シ抗告ヲ爲スハ其權利ニ

シテ義務ニ非サレハナリ隨テ債權者ハ執行文付與ノ訴ヲ提起スルニ際シ民事訴訟法第五百十八條ニ規定シタル證明書ヲ有セサル旨ヲ立證スル責任ナク又裁判所ハ債權者カ執行文付與ノ訴ニ依ラスシテ却テ執行文付與申請却下ノ裁判ニ對スル抗告ヲ以テ其目的ヲ達スルコトヲ得ルモノト思料シタルノミニ依リ執行文付與ノ訴ヲ却下スルコトヲ得ス故ニ民事訴訟法第五百二十一條ニ所謂能ハサルトキハトノ文意ニ拘泥スヘカラス又此訴ニ於ケル被告ハ債務者ニシテ官廳又ハ公證人ニ非ス何トナレハ強制執行ハ債務者ニ對シテ之ヲ實施スルモノナレハナリ而シテ債務者ハ執行文付與ノ訴ニ對シ防禦方法トシテ判決ノ確定ニ依リ提出スルコト能ハサルニ至ラザリシ總テノ抗辯ヲ有效ニ提出スルコトヲ得ヘシ殊ニ民事訴訟法第五百四十五條第一項ニ規定シタル判決ニ依ル確定シタル請求ニ關スル異議ヲ民事訴訟法第五百四十五條第二項ノ制限ノ下ニ於テ主張スルコトヲ得ヘシ換言スレハ執行手續ニ於テ提出スルコトヲ得ヘキ一切ノ防禦原因ヲ抗辯トシテ提出スルコトヲ得ヘシ蓋シ執行文付與ノ訴ニ關スル辯論ニ在リテハ債務名義タル判決ノ

當否ニ付キ調査ヲ爲スコトヲ得スト雖モ強制執行ノ基本タル請求權ノ消滅ニ因リテ執行權亦消滅シタルヤ否ヤニ付キ調査ヲ爲シ得ヘキモノナレハナリ然レトモ債務者ハ斯ル異議ヲ申立ツルノ義務ナシ故ニ執行文付與ノ訴ニ於テ斯ル異議ヲ提出セルモ爲メニ爾後民事訴訟法第五百四十五條ノ異議ノ訴ヲ提起スルノ妨ト爲ルコトナシ

裁判所ハ債權者ノ請求ヲ正當ト認メタルトキハ債務者ニ對シ更ニ無條件給付ヲ命スルノ判決ヲ言渡スニ非シテ却テ執行文ヲ付與スヘキ旨ノ判決ヲ言渡ス。而シテ此判決ヲ確定シ又ハ此判決ニ假執行ノ宣言アリタルトキハ執行文付與ノ職責アル裁判所書記ハ適當ノ證明ヲ得タル後前判決ニ執行文ヲ付與スヘシ此場合ニ於テハ執行文ニ執行文付與ノ判決ニ依リタル旨ヲ記載スヘシ裁判所ハ債權者ノ請求ヲ不當ト認メタルトキハ原告タル債權者ノ訴ヲ却下ス此場合ニ於テハ原告ハ上訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ヘキヤ當然ナレトモ執行文付與ノ訴ノ再提起ハ敗訴者カ新事實ニ基クニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得ス

債權者ハ債務者カ民事訴訟法第五百四十六條ニ基キ提起シタル訴ニ對シ反訴トシテ執行文付與ノ訴訟的請求權ヲ主張スルコトヲ得何トナレハ法律上別ニ斯ル反訴ヲ禁止スルノ明文ナキヲ以テナリ(第二〇一條又本訴ノ訴訟代理人ハ執行文付與ノ訴ニ關シ訴訟行為ヲ爲スノ權限ヲ有ス何トナレハ執行文付與ノ訴ハ強制執行ニ因リテ生スル一ノ訴訟行為ナレハナリ

(ロ) 債務者ハ執行文ノ付與ニ對シ異議又ハ訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得法律ハ債務者ノ利益ヲ爲メニ執行文ノ付與ヲ廢除スル方法トシテ異議ヲ認メタリ(第五二條改正案第六四八條異議ハ手續上抗告ト同種ノ救済方法ニシテ法定ノ方式ナキ裁判所ニ對スル申立ニ因リテ之ヲ爲シ又之ニ關スル裁判ノ形式ハ決定タリ而シテ相手方ノ審訊ハ法律上ノ要件ニ非シテ之ヲ許スヘキモノトス然レトモ異議ハ抗告ト異ニシテ上訴裁判所ニ爲サスシテ却テ執行文ヲ付與シタル裁判所書記ノ屬スル裁判所ニ之ヲ爲シ異議ニ對スル裁判ハ抗告ヲ以テ攻撃スルコトヲ得ルモ再抗告ヲ以テ攻撃スルコトヲ得ス又異議ハ強制執行ノ完結ニ至ルマテ之ヲ提起スルコトヲ得提起ノ爲メ遲

守スヘキ不變期間ナルモノナシ
執行文付與ニ對スル異議ノ手續ニ關シテハ法律上何等ノ明文ナシト雖モ類
推解釋上民事訴訟法第四百五十七條ニ依リ異議ニ對スル裁判ヲ合議裁判所
カ爲ス場合ニ於テハ書面ニテ異議ニ關スル申請ヲ爲スヘク又區裁判所カ爲
ス場合ニ於テハ書面又ハ口頭ニテ異議ニ關スル申請ヲ爲スヘク又民事訴訟
法第六十三條ノ適用ニ依リ前ノ場合ニ於テハ辯護士ニ非サレハ當事者ヲ代
理スルコトヲ得スト解スルヲ正當ト信ス此異議ハ前提要件トシテ執行文カ
債權者ノ爲メニ付與セラレタルコトヲ要ス蓋シ執行文付與以前ニ異議ヲ申
立ツルノ必要ナケレハナリ隨テ執行文付與以前ニ於テハ債務者ノ爲メニ執
行文ノ付與ヲ豫メ防止スルノ途ナキモノト謂フヘシ執行文ノ付與アリタル
以上ハ裁判所書記官單獨ニ若クハ裁判長ノ命令ト共ニ執行文ヲ付與シタル
場合ナルト抗告ノ結果トシテ抗告裁判所カ執行文ヲ付與シタル場合ナルト
又強制執行開始前ナルト否トヲ問ハス執行文付與ニ對スル異議ヲ申立ツル
コトヲ得此異議ノ原因ニハ法律上明文ナシト雖モ執行文付與ニ對スル異議

タルノ性質ヨリ推理シテ二種アリト謂フコトヲ得ヘシ其第一ハ執行文付與
ニ關スル形式的、前提要件ノ欠缺ニシテ假執行ノ宣言ナキ判決未タ確定セ
サルコト判決未タ言渡サレサルコト裁判所書記官裁判長ノ命令ヲ要スヘ
キ場合ナルニ拘ハラス裁判長ノ命令ナクシテ執行文ヲ付與シタルコト提出
セラレタル證明書ハ條件ノ到來ヲ證セサルコト等ノ如キハ之ニ屬シ其第二
ハ執行文付與ニ關スル實質的、前提要件ノ欠缺ニシテ到來シタルモノトシテ
證明セラレタル事實カ事實上到來セサルコト發生シタルモノトシテ認メラ
レタル承繼カ事實上發生セサルコト和解若クハ公證人作成ノ公正證書カ債
務者ノ無能力ノ爲メニ又ハ債務者ヲ代理スルノ權限ナキ者ノ意思表示ニ因
リテ成リタルカ爲メニ法律上有效ナラサルコト等ノ如キハ之ニ屬ス但事實
到來及ヒ承繼發生ニ關スル執行文付與ノ要件ノ欠缺ハ尙ホ民事訴訟法第五
百四十六條ニ基テ請求ニ關スル異議ノ原因タルカ故ニ債務者ハ民事訴訟法
第五百二十二條ニ基キ異議ヲ申立ツルノ權能アルニモ拘ハラス異議ノ訴ヲ
以テ前示ノ欠缺ヲ主張スルコトヲ得ヘシ然レトモ債權者カ民事訴訟法第五

百二十一條ニ基キ執行文付與ノ判決ヲ受ケタル以後ニ在リテハ確定判決ノ效力トシテ債務者ハ民事訴訟法第五百二十二條並ニ第五百四十六條ニ基キ異議ヲ主張スルコトヲ得サルヤ言フ埃タス執行文ノ付與以後請求ニ對スル抗辯ノ發生若クハ相續ニ基キ權利承繼ノ如キ原因ニ因リ執行文カ其效力ヲ喪失シタルカ如キ事實ハ執行文付與ニ對スル異議ノ原因ト爲ラス何トナレハ前者ノ場合ニ於テハ民事訴訟法第五百四十五條ニ基キ又後者ノ場合ニ於テハ民事訴訟法第五百四十四條ニ基キ債務者カ其利益ヲ防禦スヘキモノナルヲ以テナリ異議ノ原因數箇アルトキハ法律上別段ノ定ナシト雖モ民事訴訟法第五百四十五條ノ準用ニ依リ同時ニ之ヲ主張スヘキモノト思フ

執行文付與ニ對スル異議ハ執行文ヲ付與シタル裁判所書記ノ所屬裁判所ノ管轄ニ專屬ス何トナレハ該裁判所カ其機關タル裁判所書記ノ爲シタル處分ヲ變更スルノ權限アルヲ以テナリ(第五二條、第五三條、第五一六條第二項、第四六五條第一項)公證人カ付與シタル執行文ニ對スル異議ハ公正證書ノ原本ヲ保管スル公證人ノ職務上ノ住所ヲ管轄スル區裁判所ノ管轄ニ專屬ス(第

五六二條第二項、第五六三條)

裁判所ハ債務者ノ異議ヲ不當ト認メタルトキハ經令債權者カ裁判以前ニ形式の法定要件ノ欠缺ヲ補正シタルニ因リ異議ヲ不當ト認メタル場合ト雖モ債務者ノ異議ヲ却下シテ兼ニ付與シタル執行文ヲ維持シ之ニ反シテ債務者ノ異議ヲ正當ト認メタルトキハ執行文ヲ取消シ且強制執行ヲ許ササル旨ノ裁判ヲ爲スヘシ此異議ノ當否ヲ判斷シタル裁判ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ(第五八條、第四六六條改正案第六九〇條、第四九九條而シテ該裁判ハ即時抗告ヲ以テ攻撃スルコトヲ得ル法意ヨリ推理シテ執行文付與ニ關スル形式的原因ニ基キ異議ヲ終局セシムルノ效力アリト認メサルヘカラス隨テ斯ル異議ヲ原因トシ執行文付與ニ對スル特別ノ訴ヲ許ササルノ效力アリト謂フヘシ然レトモ事實ノ到來若クハ承繼ノ發生ニ對スル實體的異議ヲ原因トスル訴ハ此限ニ在ラス何トナレハ此種ノ訴ハ民事訴訟法第五百一十二條ニ依レル裁判ヲ以テ豫斷セラレタルモノニ非サレハナリ(第五一八條、第五一九條、第五四六條)執行文付與ニ對スル債務者異議ノ申立ハ執行停止ノ

效力ナキヲ以テ法律ハ事情ニ從ヒ急速ニ處分セシムルノ目的ヲ以テ裁判長ニ許スニ執行文付與ノ當否ニ關スル裁判前ニ假命令ヲ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ發スルヲ得セシメタリ此假命令ハ(第五二條第二項、第四六〇條第五〇條、第五一二條、第五四七條、第五四九條、第五六五條改正案第六百四十八條第三項ニ於テハ獨逸民事訴訟法ト同シク裁判所ニ假ノ命令ヲ發スルノ權限ヲ認メ現行法ニ修正ヲ加ヘタリ)民事訴訟法第七百五十五條ニ規定シタル假處分ト同シカラス假命令ハ強制執行ノ制限ヲ目的トシ後者ハ強制執行ノ保全ヲ目的トス隨テ民事訴訟法第五百二十二條第二項ニ所謂假處分ナル用語ニ拘泥スヘカラス此假命令ノ内容トシテ強制執行力既ニ著手セラレタルトキハ保證ヲ立テシメ若クハ立テシメスシテ強制執行ノ一時停止ヲ命シ又ハ保證ヲ立テシメテ強制執行ノ施行ヲ命スルコトヲ得ヘシト雖モ民事訴訟法第五百條第五百十二條ニ基テ假命令ト異ニシテ既ニ爲シタル執行處分ノ取消ヲ許サス蓋シ民事訴訟法第五百二十二條第一項ノ裁判ハ決定ノ形式ヲ以テスルカ故ニ性質上裁判ニ多クノ時間ヲ消費スルノ虞ナキヲ以テ斯ル處分ヲ

爲スノ要ナケレハナリ此假命令ハ其性質ト目的トニ從ヒ即時ニ執行スルコトヲ得ヘク且執行文ヲ要セス民事訴訟法第五百五十條第二ニ從ヒ執行機關ニ提出スルニ因リテ行ハル又此假命令ハ異議ニ付キ裁判アリタルトキハ當然其效力ヲ失フ蓋シ異議ニ關スル裁判ハ執行ヲ許ササル旨又ハ執行ノ適法ナル旨ヲ宣言スルモノナレハナリ假命令ヲ求メタル申立ヲ却下シタル裁判ニ對シテハ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得第五〇八條(民事訴訟法第五百條第三項ニ於ケルカ如ク不服申立ヲ許ササル旨ノ明文ナシ債務者ハ裁判長ノ執行文付與ノ命令ニ對シテ異議ヲ申立ツルコトヲ得ス蓋シ斯ル命令ハ前述ノ如ク裁判所ノ内部ノ行爲ニ他ナラナレハナリ

債務者ハ民事訴訟法第五百十八條第二項及ヒ第五百十九條ノ場合ニ於テ執行文付與ノ條件タル事實ノ到來又ハ承繼ヲ爭ヒ以テ一旦付與セラレタル執行文付與ニ基テ強制執行ノ許スヘカラサル旨ノ宣言ヲ求メント欲セハ宛モ債權者カ執行文ノ付與ヲ求ムルカ爲メニ執行文付與ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルト同シク付與セラレタル執行文ニ基テ強制執行ノ許スヘカラサル旨ノ

宣言ヲ求ムルカ爲メノ訴ヲ提起スルコトヲ得、執行文付與ニ對スル實體的異議ナルモノ即チ是ナリ(第五四六條改正案第六七一條但同條ニ於テハ修正ノ結果トシテ占有關係ヲ爭フ場合ニモ斯ル訴ヲ提起スルコトヲ許シタリ)。執行文付與ニ對スル實體的異議ノ訴ノ性質ニ關シテハ學者間ニ爭アリト雖モ此訴ハ畢竟執行文付與ノ實體的前提要件欠缺ヲ理由トシ付與セラレタル執行文ニ付キ爲ス強制執行ヲ許ササル旨ノ宣告(第五五〇條第一)ヲ求ムルモノニシテ執行權不成立ノ確認ヲ求ムルモノニ非サルヲ以テ設定ノ訴訟設定判決ヲ求ムル訴ニシテ確認ノ訴ニ非ス此訴ハ付與セラレタル執行文ニ基ク強制執行ヲ許ササル旨ノ宣言ヲ目的トス故ニ債權者ハ通常訴訟手續ニ依リ起訴スルコトヲ得ルニ止マリ證書訴訟手續ニ依リ起訴スルコトヲ得ス此訴ノ原因ハ執行ノ繫リタル條件ノ到來セサルコト及ヒ承繼ノ發生セサルコト是ナリ故ニ債務者ハ證明書ノ當否ヲ爭ヒ之ニ對スル反證ヲ提出シ執行文付與ノ不當ナルコトヲ主張スルモノトス執行文付與ニ對スル異議ノ訴ニ於テハ債務者ハ該訴提起ノ當時ニ主張スルコトヲ得ヘキ總テノ異議ノ原因ヲ同時

ニ主張セサルヘカラス(第五四六條前條ノ規定ハ……準用ス)隨テ異議ノ或原因ニ關スル爾後ノ主張ハ縱令相手方ノ承諾アル場合ト雖モ法律上之ヲ許スコトヲ得ス又裁判所ハ職權ヲ以テ異議ノ亦張ニ關スル權利ノ喪失ヲ調査セサルヘカラス是レ唯リ債權者ノ私益ヲ慮リタルカ故ノミニ非シテ却テ公益上訴訟ノ錯雜ト執行ノ澁滞トヲ避タルカ爲メナリ然レトモ債務者ハ執行文付與ニ對スル異議ノ訴ノ當時ニ主張スルコト能ハサリシ異議ノ原因即チ該訴訟以後ニ成立シタルモノハ勿論該訴訟提起以前ニ於テ成立セルモノト雖モ該訴ニ於テ提出スルコト能ハサリシ旨ヲ證明シタル異議ノ原因ハ爾後有效ニ新ナル執行文付與ニ對スル異議ノ訴ノ原因トシテ主張スルコトヲ得而シテ曩ニ提起シタル執行文付與ニ對スル異議ノ訴ニ於テ有效ニ前示ノ原因ヲ主張スルニハ相手方ノ同意ヲ必要トス何トナレハ訴狀ニ於テ表示セラレタル異議ノ原因カ訴ノ基礎ナルヲ以テ特ニ異議ノ原因ヲ主張スルトキハ訴ノ變更ト爲ルヲ以テナリ又債務者ハ強制執行ノ終結以前ニ於テ之ヲ起訴セサルヘカラス(第五百四十五條ニ關スル後述ノ說明參考然レトモ債務者ハ

前述シタル執行文交付與ニ對スル異議ノ申請第五二二條ヲ爲サシテ執行文交付與ニ對スル異議ノ訴ヲ提起スルコトヲ得債務者カ異議ヲ申立ヲ爲スヲ得ヘキコト(第五二二條異議ノ申立ノ裁判ニ對シ抗告ヲ爲スコトヲ得ヘキ地位ニ在ルコト)(第五五八條及ヒ抗告裁判所ノ裁判ニ依リ異議ノ申立ノ不當ナルコトヲ宣告セラレタルコトハ毫モ訴訟提起ノ妨ト爲ラス蓋シ債務者ハ執行文交付與ニ對スル異議ノ申請ト其訴トヲ併用スル權アルヲ以テナリ(第五二二條第五四六條改正案第六七一條第二項)但債權者カ民事訴訟法第五百二一條ノ規定ニ則リ執行文交付與ノ訴ヲ提起シ勝訴ノ確定判決ヲ得タルトキハ債權者ハ該判決ニ基テ一事不再理ノ抗辯ヲ執行文交付與ニ對スル異議ノ訴ニ於テ主張スルコトヲ得ヘシ又債務者ハ民事訴訟法第五百四十五條第二項ニ從フコトヲ要セス何トナレハ該條ハ其適用ノ目的ヲ缺クヲ以テナリ執行文交付與ニ對スル異議ノ訴カ合議裁判所ノ管轄ニ屬スルトキハ辯護士ニ非サレハ當事者ヲ代理スルコトヲ得ス(第六三條其他ノ要件並ニ效果等ハ民事訴訟法第五百四十五條ノ說明ニ讓ル)

執行文交付與ニ對スル異議ノ訴ハ執行文交付與ニ對スル異議ノ申請ト同シテ第一審ノ受訴裁判所ノ管轄ニ專屬ス(第五四六條第五四五條第五六三條債務名義カ和解執行命令若クハ公證人作成證書ナルトキハ如何ナル裁判所ノ管轄ニ專屬スルヤハ民事訴訟法第五百四十五條第五百六十條ノ說明ヲ參考セラ

ルヘシ(第五六一條第五六二條)

裁判所ハ執行文交付與ニ對スル異議ノ訴ヲ不當ト認メタルトキハ判決ヲ以テ之ヲ却下シ又正當ト認メタルトキハ判決ヲ以テ執行文ノ付與ヲ許スヘカラサル旨ヲ宣告ス強制執行ノ許スヘカラサル旨ノ特別ナル宣告ハ不必要ナリ何トナレハ這ハ執行文ノ不存在ニ因リ當然解セラルルヲ以テナリ執行力アル正本ノ抹消モ亦不必要ナリ何トナレハ債務者ハ執行文ヲ廢棄シタル裁判ノ提出ニ依リ完全ニ保護セラルルヲ以テナリ同一ノ理由ニ依リ執行力アル正本ノ引渡ヲ強制スルコトヲ得ス執行文交付與ノ要件タル條件ノ履行カ未タ執行文交付與ノ當時ニ於テ存セサリシト雖モ判決言渡以前若クハ第二審繫屬中ニ於テ到來シタルトキハ執行文交付與ノ訴ハ其理由ナキモノトシテ却下セ

ナルヘカラス是レ判決ハ起訴當時ノ事情ニ依ラサル訴訟上ノ大原則ノ適用ナリ然レトモ條件ノ到来以前ニ於テ著手セラレタル強制執行行為ハ無効ナルヤ言フ歟タス故ニ債務者及ヒ第三者ハ其利益ノ爲メニ無効ヲ主張シ差押ノ表示ノ除去ヲ請求スルコトヲ得ヘシ判決ノ執行ハ民事訴訟法第五百五十條第一、第五百五十一條ノ規定ニ依ル

本案ノ訴ニ付キ訴訟代理權ヲ有スル者ハ執行文付與ニ對スル異議ノ訴又ハ其訴ニ付キ代理權ヲ有ス(第六五條)

(三) 效力 通常裁判所ニハ大審院ヲ除ク外法律上一定セル管轄區域アリト雖モ其判決ノ效力ハ此區域内ニ止マラス何トナレハ裁判權ノ行使ハ唯一ナル司法權ノ行使トシテ外部ニ對シ表彰セラルルモノナレハナリ故ニ強制執行ハ其債務名義タル判決ヲ爲シタル受訴裁判所ノ管轄區域内ニ止マラス司法權ノ行ハルル領土内ニ於テ行ハルルヤ明白ナリ隨テ執行力アル正本ノ效力ハ之ヲ付與シタル裁判所ノ管轄區域内ニ止マラス總テ本邦ノ裁判所區域内(我司法權ノ行ハルル領域)ニ及フモノナルコト固ヨリ當然ナリトス(第五二五

條判決以外ノ債務名義ニ基ク執行力アル正本ノ效力亦然リ(第五六二條故ニ公證人作成ノ執行證書ノ執行力アル正本ノ效力ハ之ヲ付與シタル公證人ノ受持區内ニ止マラス

第三節 債務名義ノ送達

強制執行ハ假差押命令及ヒ假處分命令ニ基ク執行ヲ除クノ外第七四九條、第七五六條執行スヘキ判決其他ノ債務名義ヲ既ニ送達シ又ハ同時ニ送達セルトキニ非サレハ之ヲ開始スルコトヲ得ス(第五二八條第一項、第五六〇條改正案第六五二條第一項、第六八六條是レ畢竟債務者ノ利益ヲ保護シ債務者ニ債務名義ノ内容及ヒ其存在ヲ認識セシメスシテ強制執行ヲ爲スコトヲ許ササルノ法意ニ基ケリ而シテ強制執行ノ開始ハ原則トシテハ債務名義ノ送達ヲ以テ足レリトス然レトモ例外トシテ債務名義ノ執行力其旨趣即チ内容ニ從ヒ民事訴訟法第五百十八條第二項ニ規定シアル事實ノ到来ニ際リ或ハ執行ヲ民事訴訟法第五百十九條ニ規定シタル承繼人ノ爲メニ又ハ承繼人ニ對シテ爲ス場合ニ在リテ

ハ強制執行ハ債務名義ノ外向ホ之ニ附記スル執行文ヲ既ニ送達シ又ハ同時ニ送達シタルトキニ非サレハ之ヲ開始スルコトヲ得ス若シ證明書ニ依リテ執行文ヲ付與シタルトキハ其證明書ノ謄本ヲモ強制執行開始前又ハ之ト同時ニ送達スルコトヲ要シ(第五二八條第二項第三項改正案第六五二條第二項第三項請求ノ主張カ或日時ノ到來ニ繫ル場合ニ在リテハ強制執行ハ其日時ノ經過後ニ非サレハ之ヲ開始スルコトヲ得ス若シ執行カ債權者ヨリ保證ヲ立ツルコトニ繫ル場合ニ在リテハ強制執行ハ債權者カ公正ノ證明書ヲ以テ保證ヲ立ツタルコトヲ證明シ且其證明書ノ謄本ヲ既ニ送達シ又ハ同時ニ送達シタルトキニ非サレハ之ヲ開始スルコトヲ得ス(第五二九條改正案第六五三條又豫備又ハ後備ノ軍籍ニ在ラサル軍人又ハ軍屬ニ對シ強制執行ヲ爲ス場合ニ在リテハ強制執行ハ上班司令官廳ニ通知ヲ爲シタル後ニ非サレハ之ヲ開始スルコトヲ得ス(第五三〇條改正案第六五五條斯ル原則及ヒ例外ノ規定ハ債務者ノ利益及ヒ軍紀保護ヲ目的トスル強行の性質ヲ有シ(第五二八條限リ(第五二九條限リ)單ニ執達吏ニ對スル訓示的法規タルノ性質ヲ有スルニ止マラサルヲ以テ斯ル規定ヲ遵

守セシメテ爲シタル執行行爲ハ違法ニシテ且無効ナリ隨テ法定ノ效力ヲ發生スルコトナシ故ニ斯ル規定ヲ遵守セシメテ爲シタル執行行爲ハ爾後欠缺セル法定ノ條件ヲ補充スルモ之ヲ有効ト爲スヲ得ス蓋シ民事訴訟法第五百二十八條乃至第五百三十條ニ規定セル條件ハ前述ノ如ク強制執行開始前ニ具備スルコトヲ要スレハナリ又斯ル執行行爲ノ無効ハ債務者ニ於テハ勿論差押債權者ト利害ノ衝突アル債權者及ヒ差押物ヲ買得シタル者ノ如キ第三者ニ於テ異議ヲ以テ之ヲ主張スルコトヲ得第五四四條但判決其他債務名義ノ送達及ヒ其他ノ書類ノ送達ニ關スル強制執行開始ノ條件ハ單ニ債務者ノ利益保護ヲ目的トスルヲ以テ斯ル條件ニ關スル債務者ノ利益ノ拋棄ハ法律上有效ナリ隨テ債務者ハ利益ヲ拋棄シタル後送達ナキヲ理由トシテ執行行爲ノ無効ヲ主張スルコトヲ得ス例ヘハ債務者カ主張シタル異議ニ付テノ口頭辯論ニ於テ拋棄ヲ爲シ(第一三〇條)又ハ債務者カ異議ヲ主張セシメテ強制執行ノ完了アリタル場合ノ如シ左ニ原則及ヒ例外ノ規定ヲ略述スヘシ

(一) 債務名義ノ送達 強制執行ハ之ヲ求ムル者及ヒ之ヲ受クル者ノ氏名ヲ判

決其他ノ債務名義又ハ之ニ附記スル執行文ニ表示シ且判決ヲ既ニ送達シ又ハ同時ニ送達シタルトキニ限り之ヲ始ムルコトヲ得第五二八條第一項第五六〇條改正案第六四三條第一項第六八六條

(甲) 強制執行ヲ求ムル者及ヒ之ヲ受クル者ノ氏名ノ表示 執行機關ハ前述ノ如ク債務名義以外ニ於テ存在スル前提要件ノ調査ヲ爲スノ職權ナシ故ニ強制執行ハ唯判決其他債務名義ニ於テ表示セラレタル者ノ爲メニ又ハ之ニ對シテ始ムルコトヲ得ヘキノミ又強制執行ハ判決其他債務名義ニ於テ表示セラレタルニ非サル者ノ爲メニ又ハ之ニ對シテ始ムル場合ニ在リテハ此等ノ者カ執行文ニ於テ新債權者又ハ新債務者トシテ表示セラレルコトヲ要ス判決其他ノ債務名義又ハ之ニ附記スル執行文ニ表示スヘキ強制執行ヲ求ムル者及ヒ之ヲ受クル者ノ氏名ハ權利ノ主體即チ債權者及ヒ債務者ノ氏名ナルコトヲ要ス是レ執行當事者ノ人違ナキコトヲ確保スルノ法意ニ基ケリ故ニ執行當事者カ通常人ナルトキハ其民法上ノ氏名ノ表示アルヲ以テ足レリトシ民法上ノ氏名ニ非ヌシテ探幽ト云フカ如キ稱號ノ表示亦執行當事者ノ人

違ナキコトヲ擔保スルニ足ル以上ハ茲ニ所謂氏名ノ表示タルヲ妨ケヌ又法人ナルトキハ其社名ノ表示アルヲ以テ足レリトス(法定代理人ノ變更ノ如キハ問フ所ニ非ス)執行當事者カ商人ナルトキハ其商號即チ商法上ノ氏名ノ表示ハ民事訴訟法第五百二十八條ニ所謂氏名ノ表示タルニ足ル蓋シ該條ハ單ニ執行當事者ノ氏名ノ表示ヲ必要トシ敢テ民法上ノ氏名ニ限定セザレハナリ而シテ此場合ニ於テハ執行機關ハ其職責トシテ權利拘束發生ノ當時ニ於テ判決ニ表示シアル商號ノ所持者ヲ調査スルコトヲ要ス蓋シ強制執行ハ判決ニ表示シアル商號ノ所持者ノ爲メニ又ハ之ニ對シテ實施スヘキモノニ非ヌシテ却テ斯ル商號ノ下ニ於テ起訴シ又ハ起訴セラレタル者ノ爲メニ又ハ之ニ對シテ之ヲ實施スルモノナレハナリ又債權者ハ商業登記簿謄本ノ提出其他ノ方法ヲ以テ執行機關ニ對シ起訴ノ當時判決ニ表示セラレタル商號ヲ有スル者ノ誰ナルヤヲ立證スルコトヲ得若シ執行機關ヲシテ之ヲ確認セシムルコト能ハサルトキハ之カ爲メニ確認判決ヲ受クルコトヲ要ス婚姻離婚、養子縁組其他行政上ノ許可ニ因レル單純ナル氏名ノ變更執行當事者カ無能

万者ト爲リタルカ爲メニ存スルニ至リタル法定代理人ノ任、説、判決其他ノ債務名義又ハ執行文ニ表示シタル法定代理人ノ變更若クハ其代理權ノ消滅等ノ如キ事由ハ強制執行ノ開始ニ關シ何等ノ影響ヲ及ボスコトナシ蓋シ強制執行ハ當事者ノ承繼アリタル場合ニ限リテ特ニ承繼ニ關スル執行力アル正本ニ基クコトヲ要スルモノナレハナリ(第五一九條)

執行機關ハ判決其他ノ債務名義又ハ之ニ附記スル執行文ニ表示シタル者以外ノ人ニ對シ又ハ之カ爲メニ強制執行上ノ助力ヲ供セサルノ責任ヲ負フヲ以テ債權者ノ提出シタル執行力アル正本ニ基キ執行當事者ノ氏名ノ表示ノ有無ヲ調査シ若シ斯ル表示ヲ缺キ又ハ斯ル表示ニ錯誤アリト認メタルトキハ執行上ノ助力ヲ拒ムコトヲ要ス故ニ斯ル欠缺カ執行文ニ存スルトキハ債權者ハ受訴裁判所書記ニ對シ執行文ノ更正ヲ求メ又斯ル欠缺カ判決ニ存スルトキハ債權者ハ受訴裁判所ニ對シ更正ヲ求メ(第二四一條)若シ執行文及ヒ判決ノ更正ノ目的ヲ達スルコト能ハサルトキハ債權者ハ執行當事者確認ノ訴ヲ以テ其目的ヲ達スルコトヲ得ヘシ又執行機關ハ判決其他ノ債務名義又

ハ之ニ附記スヘキ執行文ニ氏名ノ表示アル執行當事者ニ非サル者ノ爲メニ又ハ之ニ對シテ執行行為ヲ實施シタルトキハ爲メニ生シタル損害賠償ノ責任(第五三二條)然レトモ執行當事者カ民事訴訟法第五百四十四條ニ基ク異議申立權ヲ拋棄シ又ハ債權者ノ代理人カ執行ノ委任ヲ爲スニ際シ債權者カ既ニ死亡シタルコトヲ認シタルカ如キ事情ニ依リテ執行機關カ宥恕スヘキ錯誤ニ陷リタルトキハ此限ニ在ラサルヤ當然ナリ其他斯ル執行行為ハ無効ナリ蓋シ民事訴訟法第五百二十八條ハ前述ノ如ク強行的性質ヲ有スル規定ナルヲ以テナリ

② 判決其他ノ債務名義ヲ既ニ送達シ又ハ同時ニ送達シタルコト強制執行ハ前述ノ如ク假差押及ヒ假處分命令ノ執行ヲ除ク外第七四九條第七五六條執行スヘキ判決其他ノ債務名義カ其執行前ニ送達シ又ハ其執行ト同時ニ送達シタルトキニ非サレハ之ヲ開始スルコトヲ得ス是レ債務者ニ執行スベキ債務名義ノ内容及ヒ其存在ヲ認識セシメスシテ強制執行ヲ行フヲ許サザルノ法意ナリ送達ハ民事訴訟法第二百三十七條第二百三十八條ノ規定ニ從ヒ

ヲ爲スヲ以テ足レリトシ執行力アル正本ヲ送達スヘキモノニ非ス何トナレハ道ハ民事訴訟法第五百三十三條ニ從ヒ債務者カ其義務ヲ完済シタル場合ニ於テ債務者ニ交付スヘキモノナレハナリ債務名義ハ送達ハ債務者ニ完全ナル債務名義ノ存在ヲ認識セシムルニ在リ故ニ送達カ債務者ノ申立ニ因ルト又ハ判決確定ノ爲メニスルモノナルト否トヲ問ハサルナリ是レ法律カ送達ノミヲ以テ足レリトシ送達ヲ申立テタルモノノ區別ヲ問ハス又強制執行ノ爲メニスル特別ノ送達ヲ必要トセサル所以ナリ(上告審ノ對席判決ノ執行ニ關シテハ特ニ執行ノ爲メニスル送達アリ)判決其他ノ債務名義ヲ既ニ送達シタルトキトハ強制執行以前ニ送達ヲ爲シタルノ謂ニシテ同時ニ送達シタルトキトハ強制執行開始ノ際ニ送達ヲ爲スノ謂ナリ隨テ同時ノ送達ハ執行行爲ヲ爲ス場所及ヒ其時ニ於テ行ハルモノト謂フヲ得ヘシ之ヲ以テ執行機關カ執達吏ニ非スシテ裁判所ナルトキハ送達ヲ執行スル職權ナキヲ以テ同時送達ノ場合ナカルヘク又債權者ハ既ニ送達アリタルコトヲ立證セサルヘカラス送達カ一旦有效ニ爲サレタルトキハ強制執行開始以前ニ爲サレタ

ルモノナルト其開始ト同時ニ爲サレタルトニ拘ハラス同一債務名義ニ基キテ強制執行ヲ再施スルニ付キ又當事者間互ニ執行ヲ爲スニ付キ更ニ送達ヲ爲スノ要ナシ何トナレハ債務者ハ送達ニ依リテ既ニ完全ナル債務名義ノ存在スルコトヲ知リタレハナリ(第五二八條第一項後段第五六〇條第一四二條改正案第六四三條第一項後段第六八六條債務名義カ適法ニ送達セラレタルヤ否ヤハ債權者ヨリ執行上ノ助力ヲ求メラレタル執行機關カ獨立のニ調査セサルヘカラス故ニ上訴審カ上訴ノ提起ニ因リ送達ヲ無効ト認メ上訴ヲ棄却シタル判決ノ理由ニ拘束セラルコトナク又上訴審ニ於テ適法ト認メタル送達ヲ無効ト認ムルコトヲ得ヘシ唯當事者ハ民事訴訟法第五百四十四條ノ規定ニ則リ執行機關ニ對シ異議ヲ申立ツルコトヲ得ヘキノミ)

(二) 執行文及ヒ證明書ノ謄本ノ送達 執行文ノ送達ハ債務名義ノ執行力其旨趣即チ内容ニ從ヒテ民事訴訟法第五百十八條第二項ニ規定シタル事實ノ到來ニ際リ或ハ執行ヲ民事訴訟法第五百十九條ニ規定シタル承繼人ノ爲メニ又ハ承繼人ニ對シテ爲ス場合ニ在リテハ改正案ニ依レハ尙ホ脱退シタル被告ニ對

シテ執行力アル正本ヲ付與スヘキ場合ニ在リテハ例外トシテ判決其他ノ債務名義ノ外ニ尙ホ之ニ附記スル執行文ヲ強制執行開始以前ニ於テ又ハ同時ニ送達セサルヘカラス債務名義未タ送達セラレサルトキハ債務名義ト其ニ送達シ又既に送達セラレタルトキハ執行文ノミヲ送達ス又證明書ニ因リテ執行文ヲ付與シタル場合ニ在リテハ尙ホ其證明書ノ謄本ヲ強制執行開始以前又ハ同時ニ送達セサルヘカラス(第五一八條第二項第三項第一四二條改正案第六五二條第二項第三項)民事訴訟法第五百二十八條第二項ニ於テ執行文ニ限リ強制執行ヲ始ムル前ニ送達スルコトヲ要スルハ其理由ヲ知ルニ苦ム獨逸民事訴訟法第七百五十條第二項ハ同時ノ送達ヲ認メタリ是レ債務者ヲシテ執行文付與ノ當否ヲ調査シ民事訴訟法第五百二十二條ニ基テ異議ヲ申立ツルノ機會ヲ得セハムルカ爲メナリ判決ノ執行力其旨趣ニ從ヒ債務者ノ保證ヲ立ツルコトニ繋ル場合ニ於テハ執行文送達ノ必要ナシ何トナレハ此場合ニ於テハ保證ヲ立ツルコトノ證明ナクシテ執行文ヲ付與スヘキモノナレハ執行文付與ノ送達ハ債務者ニ對シ何等ノ目的ナク又債務者ハ法律上當然無條件ニ執行文ノ付與アル旨

ヲ知ルヘケレハナリ又判決ニ因リテ執行文ヲ付與シタルトキハ(第五二一條)執行文送達ノ際斯ル判決ノ送達ヲ必要トセス却テ斯ル判決ノ送達ハ執行文ノ送達ニ代ルヘキモノナリ

(三) 日時ノ到來又ハ保證ヲ立テタルコト 資料請求權ノ如キ請求ノ主張力或日時ノ到來ニ繋ルトキ又ハ債務名義ノ執行力債權者ノ保證ヲ立ツルコトニ繋ルトキハ日時ノ到來ノ有無又ハ保證ヲ立テタルヤ否ヤノ調査ハ其容易ナルノ故ヲ以テ法律ハ之ヲ執行機關ニ委任シタリ

故ニ裁判所書記ハ日時ノ到來又ハ債權者ノ保證ヲ立ツル以前ニ執行文ヲ付與スルコトヲ得ヘク執行機關ハ強制執行開始以前ニ此等ノ要件ノ存否ヲ調査セサルヘカラス日時ノ到來ハ曆ニ依リテ之ヲ知リ保證ヲ立テタルコトハ債權者ノ提出スル保證ヲ立ツルコトニ付テノ公正證明書即チ保證ヲ取扱フ官廳ノ作成シタル證明書ニ基キ之ヲ調査ス而シテ債務名義ノ執行力債權者ノ保證ヲ立ツルコトニ繋ルトキハ尙ホ前示證明書ノ謄本ヲ執行前ニ又ハ執行ト同時ニ債務者ニ送達スルコトヲ要ス(第五二九條第五六〇條改正案第六五三條第六八六

條然レトモ債務名義カ假差押命令及ヒ假處分命令ナルトキハ執行以後ノ送達ヲ以テ足レリトス何トナレハ保證ヲ立テタルコトノ公正證明書ノ謄本ノ送達ハ債務名義其モノノ送達ノ補充ニ外ナラサルヲ以テ後者ト同一ノ方法ニ於テ送達スルコトヲ得ヘケレハナリ(第七四九條第七五六條)

(四) 豫備又ハ後備ノ軍籍ニ在ラサル軍人又ハ軍屬ニ對スル強制執行ハ豫備又ハ後備ノ軍籍ニ在ラサル軍人又ハ軍屬(陸海軍)ニ對シ強制執行ヲ爲ス場合ニ在リテハ豫メ其上班司令官廳ニ通知ヲ爲スコトヲ要ス是レ軍事上ノ規律ヲ保持スルニ在リ豫備又ハ後備ノ軍籍ニ在ラサル軍人又ハ軍屬トハ常備又ハ現役ノ軍人又ハ軍屬ナリ通知ヲ爲ス者ハ債權者執達吏又ハ執行裁判所ナリ法文ニ區別ナシ債權者カ通知ヲ爲シタル場合ニ於テハ執行機關ニ對シ其旨ヲ立證セサルヘカラス是ヲ以テ法律ハ通知ヲ受ケタル上班司令官廳ニ債權者ノ求ニ因リ通知ノ受取證ヲ付與スヘキコトヲ命シタリ又通知ハ法律上送達ニ依リテ之ヲ爲スヘキ旨ノ規定ナキ限ハ書面又ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ル行爲ナリ而シテ茲ニ所謂通知ハ法律上別段ノ定ナキヲ以テ書面又ハ口頭ヲ以テ爲スコ

トヲ得而シテ通知カ各種ノ強制執行ニ付キ必要ナルコトハ民事訴訟法第五百三十條ノ位地即チ總則中ニ規定シアル法意ニ依リ疑ヲ容レズ軍人軍屬及ヒ上班司令官廳ノ意義ニ關シテハ陸海軍刑法治罪法等ニ付キ研究セラルヘシ(第五三〇條第五六〇條改正案第六五四條第六八六條)

第二章 執行ノ異議

強制執行ハ債權者ニ法定手續ニ依リ債務名義ニ於テ確認セラレタル請求ノ實在の満足ヲ享有セシムルカ爲メニ通常債務者ノ財産上ニ行ハル(民事訴訟法第七百三十六條ニ規定シタル強制執行ノ如キ財産上ノ満足ヲ目的トセサルモノハ此限ニ在ラサルヘシ故ニ通常ト謂フ)是ヲ以テ實施セラレタル強制執行カ法定要件ヲ具ヘスシテ付與セラレタル執行力アル正本ニ基ケルカ又ハ法定手續ニ適セサル所アルカ債務名義ニ於テ確認セラレタル請求權ノ消滅其他ノ原因ノ爲メニ許スヘカラサルカ或ハ強制執行ノ目的物タル財産カ法律上強制執行ノ目的物タルコトヲ得サルカ爲メニ許スヘカラサルノ事情アルトキハ各利害

關係人ハ(二)執行文付與ニ對スル異議(三)強制執行ノ方法ニ關スル異議(三)請求ニ關スル異議四執行ノ目的物ニ關スル異議ヲ主張シテ前示ノ強制執行ヲ排斥スルコトヲ得(一)ハ既ニ説明シタル所ナルヲ以テ唯左ニ(三)及ヒ四ヲ略述スヘシ

第一節 強制執行ノ方法ニ關スル異議

(一) 意義 強制執行ノ方法ニ關係スル異議トハ狹義ナル強制執行ノ方法ニ關シ又ハ執行ニ際シ執達吏ノ遵守スヘキ手續ニ關スル申立申請及ヒ異議強制執行ノ規定違背ニ根據セル反對辯明ニシテ或ハ法律上爲スコトヲ得サル執行處分ヲ爲シ又ハ法律上爲スヘキ執行處分ヲ爲ササルノ事實アルニ因リテ爲スモノナリ(第五四條第一項改正案第六六九條第一項)

(1) 狹義ナル強制執行ノ方法ニ關スル申立及ヒ異議トハ債務者債權者及ヒ第三者カ執達吏又ハ執行裁判所ノ爲シタル各強制執行ノ方法ニ關シテ爲ス申立及ヒ異議ナリ故ニ債務者カ執達吏ノ爲シタル強制執行ノ方法ニ關シテ爲ス申立ハ債務者カ執達吏ニ依レル執行力アル正本及ヒ受取證ノ交付ニ關

スル申立第五三五條執達吏ノ記録閲覧許可及ヒ記録ノ謄本付與ニ關スル申立第五三八條等ヲ總稱シ又債務者カ執達吏ノ爲シタル強制執行ノ方法ニ關シテ爲ス異議ハ民事訴訟法第五百二十八條乃至第五百三十條ノ規定ニ反シテ強制執行ノ開始アリタルカ爲メニ判決主文並ニ判決ニ附記シタル執行文ノ内容ニ適當セサル執行アリタルカ爲メニ民事訴訟法第五百三十九條並ニ第五百六十四條ノ規定ニ反スル執行ヲ爲シタルカ爲メニ差押フルコト能ハサルモノヲ差押ヘタルカ爲メニ第五六八條第五七〇條第六一八條債務者ノ破産宣告後ニ執行ヲ爲シタルカ爲メニ執行裁判所カ管轄權ヲ有セサルカ爲メニ民事訴訟法第五百五十條ノ規定ニ反シ執行ヲ續行シタルカ爲メニ主張スル異議ヲ總稱シ債權者カ執達吏ノ爲シタル強制執行ノ方法ニ關スル申立ハ執達吏ノ記録閲覧許可及ヒ記録ノ謄本付與ニ關スル申立第五三八條ノ如キモノヲ指示シ又債權者カ執達吏ノ爲シタル強制執行ノ方法ニ關スル異議ハ執行ノ遅延及ヒ執達吏カ債權者ノ同意ナクシテ爲シタル執行ノ延期ニ對スル異議ノ如キモノヲ指示シ第三者カ執達吏ノ爲シタル強制執行ノ方法ニ

關スル申立ハ執達吏ノ記錄閱覽許可及ヒ記錄謄本付與ニ關スル申立第五三八條ノ如キモノヲ指示シ又第三者カ執達吏ノ爲シタル強制執行ノ方法ニ關スル異議ハ第三者カ執行文ニ表示セラレサルニ拘ハラズ債務者トシテ取扱ハレタルカ爲メニ第三者カ自己ノ占有ニ在ル財産ヲ差押ヘラレタルカ爲メニ第五六七條差押ノ目的物ハ第三者ノ所有物ニシテ差押フルコト能ハサルカ爲メニ第三債務者カ執行裁判所ノ管轄達ナルカ如キ理由ニ依リ自己ニ對シ實施セラレタル手續ノ不適法ナルカ爲メニ差押ヘラレタル債權ハ差押フルコト能ハサルモノナルカ爲メニ主張スル異議等ヲ指示ス債務者若クハ債權者カ執行裁判所ノ爲シタル強制執行ノ方法ニ關シテ爲ス申立ハ民事訴訟法第五百八十六條ニ規定セル申立ノ如キモノヲ指示シ又債務者カ執行裁判所ノ爲シタル強制執行ノ方法ニ關シテ爲ス異議ハ審訊ヲ經シテ發シタル差押命令第五九四條取立命令並ニ轉付命令第六〇〇條民事訴訟法第六百十四條並ニ第六百二十五條ニ基キテ發シタル命令及ヒ競賣開始決定第六四四條ニ對シテ爲ス異議ヲ指示ス(債務者ヲ審訊シタル後ニ發シタル執行ニ關ス

ル決定殊ニ取立ニ換ヘ他ノ換價方法ヲ命スル決定第六一三條民事訴訟法第七百三十三條第七百三十四條第七百三十五條ニ依レル決定其他民事訴訟法第五百四十三條第三項ニ基キ口頭辯論ヲ經テ爲シタル決定ニ對シテハ債務者ヲシテ民事訴訟法第五百四十四條第一項ニ規定セル異議ヲ主張スルコトヲ得セシムルノ必要ナシ)執行ニ關スル債權者ノ申立ヲ却下シタル決定ハ強制執行ノ方法ニ關スル決定ニ非ス故ニ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レトモ民事訴訟法第五百四十四條第一項ニ規定セル異議ヲ主張スルコトヲ得ス執行裁判所カ債務者ノ異議第五四四條ニ依リ債權者ノ申立ヲ却下シタル決定亦然リ

(2) 執行ニ際シ執達吏ノ遵守スヘキ手續ニ關スル申立及ヒ異議ハ強制執行ノ實施ナルト其停止ナルト又其取消タルト問ハス法令民事訴訟法執達吏ノ規則執達吏職務細則ニ規定シタル手續ニ關スル申立及ヒ異議ナリ執達吏カ執行委任ヲ受クルコトヲ拒ミ又ハ委任ニ從ヒ執行行爲ヲ實施スルコトヲ拒ミタル場合ニ於テ債權者ハ執行裁判所ニ對シ執達吏ニ執行ノ委任ヲ受ケ又

ハ委任ニ從ヒ強制執行ヲ實施スヘキ旨ヲ命スヘキコトヲ申立ツルヲ得ルカ如キハ法律ノ例示シタル申立ニシテ(第五四四條第二項改正案第六六九條第一項)又執達吏カ強制執行ヲ爲シタル場合ニ於テ爲シタル費用ノ計算ニ關シ債權者カ其立替ヘタル費用ヲ執達吏カ計算ニ組入ルルコトヲ拒ミタルトキ或ハ債務者カ適當ナリト認メタルトキニ異議ヲ主張スルコトヲ得ルカ如キハ法律ノ例示シタル異議ナリ(第五四四條第二項改正案第六六九條第一項)執達吏カ管轄權ヲ有セサルコト、執達吏カ執行ヲ遲延シタルコト等ヲ原因トスル異議亦執達吏ノ遵守スヘキ手續ニ關スル異議ニ屬ス執達吏ハ如何ナル場合ニ執行委任ヲ受クルコトヲ拒ミ若クハ委任ニ從ヒ執行行爲ヲ實施スルコトヲ拒ムコトヲ得ルヤ否ヤハ裁判所構成法第九十七條執達吏規則第八條職務規則第十七條第四十二條等ノ規定ニ依リテ之ヲ定メサルヘカラス執達吏ハ裁判所ノ命令又ハ訴訟上救助ヲ得タル當事者ノ委任ノ場合ヲ除ク外豫メ手数料ヲ支拂フニ非スンハ執行委任ノ受任ヲ拒絕スルコトヲ得ヘシ又執達吏カ計算セシ手数料獨逸舊民事訴訟法第六百八十五條ノ如ク費用ト解スヘ

シトハ執達吏手数料規則ニ基キ執達吏ノ領收スヘキモノノミナラス民事訴訟法第五百五十四條ニ規定シタル執行費用モ併セテ包含スルモノト謂フヘシ而シテ民事訴訟法第五百四十四條ハ受訴裁判所カ強制執行ヲ實施スル場合ニ於ケル(第三七三條第七三四條該裁判所ノ決定ニ關係ナカルヘシ何トナレハ受訴裁判所ノ強制執行ノ方法ニ對スル異議ハ受訴裁判所カ強制執行ノ方法ニ關スル決定前ニ法律上義務トシテ債務者ヲ審訊スルヲ以テ此際ニ供述スヘキモノナレハナリ(第七三五條)

(二) 要件 民事訴訟法第五百四十四條ハ強制執行ニ關係ヲ有スル者ヲシテ其手續繼續中自己ノ利益ノ侵害ニ付キ審訊及ヒ裁判ヲ求ムルヲ得セシムルヲ目的トス故ニ同條ニ規定スル異議ニハ二ノ要件アリ其第一ハ執行力既ニ開始セラレ且未タ終局セサルコトヲ要件トス蓋シ執行力未タ開始セラレサルニ於テハ執行方法等ニ關スル申立及ヒ異議ヲ爲スノ謂レナク又執行手續カ既ニ終結シタルトキハ該申立及ヒ異議ヲ爲スノ實用ナキニ至ルノミナラス執行裁判所ノ權限消滅スルニ至ルヲ以テナリ隨テ執行手續終結後ト雖モ猶

ホ利害關係ノ存續スルトキハ強制執行ノ方法ニ關スル異議ヲ申立ツルコトヲ妨ケスト云フ學說ハ其當ヲ得サルニ似タリ其第二ハ執行裁判所ノ強制執行ノ方法ニ對スル異議ニ關シテハ當事者ノ審訊ナクシテ發セラレタル執行裁判所ノ命令タルコトヲ要ス蓋シ審訊シテ發シタルモノハ一ノ終局決定ナルヲ以テナリ(第五九七條第六二五條)

(三) 效力 執行ノ方法ニ關スル異議ハ原則トシテ執行ノ續行ヲ妨グルモノニ非ス然レトモ例外トシテ執行裁判所ハ裁判ヲ爲ス以前ニ民事訴訟法第五百二十二條ニ規定シタル命令ヲ發スルコトヲ得而シテ此命令ニハ民事訴訟法第五百條第五百十二條第五百四十七條第五百四十九條等ニ規定シタル場合ト異ニシテ既ニ爲シタル執行處分ノ取消ヲ命スルノ内容ナシ(改正案第六六九條第二項)

(四) 裁判 執行裁判所ハ執行ノ方法ニ關スル異議ニ付キ口頭辯論ヲ經スシテ之ヲ裁判スルコトヲ得又其裁判ノ形式ハ決定ナリ故ニ異議竝ニ申立ニ關スル裁判ノ手續ハ所謂任意的口頭辯論ノ原則ニ依ルモノト謂フヘシ(第五四四

條第五四三條第三項改正案第六六九條第六八九條第三項此裁判ニ於テハ手續費用ノ裁判ヲ爲スハ勿論ナリ第七二條以下執行處分ノ取消ヲ命シ又執達吏ニ對シ其過失又ハ懈怠ニ因リテ生シタル費用ノ負擔ヲ命スルコトヲ得ヘシ(第八三條執行ノ方法ニ關スル異議ヲ却下シタル決定ハ之ヲ申立人ニ又之ヲ認定シタル決定ハ總利害關係人ニ職權ヲ以テ送達スヘシ蓋シ即時抗告ノ途ヲ盡サシムルノ實用アレハナリ(第五五八條第二四五條但口頭辯論ヲ經テ爲シタル裁判ハ之ヲ言渡スコトヲ要ス(第二四五條)

(五) 不服申立 執行ノ方法ニ關スル異議ニ付テノ裁判ニ對シテハ民事訴訟法第五百四十四條ニ基キ申立竝ニ異議ヲ爲ス權アル者ハ皆即時抗告ヲ以テ不服ノ申立ヲ爲スコトヲ得(第五五八條改正案第六九〇條執達吏ハ其上級官廳タル執行裁判所ノ命令ニ從フヘク自ラ之ニ對シ抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス然レトモ該命令ニ付キ專屬の利害關係自己ノ金錢ヲ以テ支拂ヲ爲スカ如キ第八三條アルトキハ例外トシテ之ニ對シ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ

民事訴訟法第五百四十四條ノ規定ハ、執達吏ニ對スル懲戒處分ヲ妨クルモノニ非ス。又債權者及ヒ債務者ハ、原則トシテ民事訴訟法第五百四十四條ニ規定シタル方法ニ依リ強制執行ノ方法及ヒ執達吏ノ遵守スヘキ手續ニ對シ申立及ヒ異議ヲ爲スコトヲ得ルニ過キス。故ニ債權者ハ訴ノ形式ニ依リ債務者ノ請求ニ對スル異議ノ訴ニ依リ斯ル申立及ヒ異議ヲ爲スコトヲ得ス。唯例外トシテ債務者カ辨濟ヲ受ケ又ハ履行ノ猶豫ヲ承諾シタルニ拘ハラヌ第五五〇第五號執行ヲ爲サシメタル場合ニ於テ民事訴訟法第五百五十條ノ規定ニ違背セル旨ヲ理由トシ民事訴訟法第五百四十四條ニ基ク異議ヲ主張スルコトヲ得ルトキト雖モ、仍ホ民事訴訟法第五百四十五條ニ基ク異議ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルノミ之ニ反シテ第三者ハ民事訴訟法第五百四十四條ニ規定セル異議ノ要件カ同時ニ民事訴訟法第五百四十九條及ヒ第五百六十五條ニ規定シタル訴ノ要件ト爲ル場合ニ於テ民事訴訟法第五百四十四條ニ基ク異議ヲ主張スルコトヲ得且之カ爲メニ民事訴訟法第五百四十九條及ヒ第五百六十五條ニ規定シタル訴ヲ提起スルノ權利ヲ失フコトナシ例ヘハ第三者ハ其占有物ヲ民事訴訟法第五百六十

第二節 確定シタル請求ニ關スル異議

(一) 意義 判決其他ノ債務名義ニ於テ確定シタル請求ニ關スル異議トハ債務者カ判決其他ノ債務名義第四九七條第五六〇條ニ於テ確定シタル請求ニ關シ生シタル原因ニシテ強制執行ヲ排斥スルニ足ルモノニ基キ債權者ニ對シ訴ヲ以テ強制執行ヲ許ササル旨ノ宣言ヲ求ムル主張ヲ謂フ(第五四五條第五〇條第一號第五六〇條改正案第六七〇條第六七五條第一號第六八六條(I)判決其他ノ債務名義ニ於テ確定シタル請求ハ原則上實體的請求ヲ指示シ民事訴訟法第五百十四條ノ場合ニ於ケルカ如ク執行スヘキ判決ノ目的カ訴訟的請求ナルトキニ限り例外上訴的請求ヲ指示ス故ニ債務者ハ執行手續ニ於テ生スヘキ總テノ異議ノ原因ニシテ民事訴訟法第五百二十二條及ヒ第五百四十四條ニ屬セザ

ルモノニ基キ債務名義ニ於テ確定シタル請求ニ關スル異議ヲ申立ツルコトヲ得ト論決スヘカラス(2)債務者ハ債務名義ニ於テ確定シタル請求ニ關シ生シタル原因ニ基クニ非サレハ債務名義ニ於テ確定シタル請求ニ關スル異議ヲ主張スルコトヲ得ス故ニ債務者ハ執行文ノ付與又ハ強制執行ノ方法ニ關スル異議ノ原因ニ依リ斯ル異議ヲ主張スルコトヲ得ス強制執行ヲ排斥スルニ足ルヘキ原因ニハ二アリ其第一ハ既ニ開始セラレタル強制執行力債務名義ニ於テ確定シタルモノ以外ノ給付ヲ債務者ニ對シ強制スルニ至リタル事實ナリ蓋シ強制執行ハ國家カ其公力ヲ以テ債權者ニ債務名義ニ於テ確定シタル給付ノ實在的満足ヲ得セシムルモノナリ隨テ債務者ニ對シ債務名義ニ於テ確定シタルモノト異ナレル給付ヲ強制シタルトキハ其執行ハ之ヲ許スヘキモノニ非サレハナリ例ヘハ債務者ニ對シ債務名義ニ於テ明示セルモノ以外ノ給付ヲ強制シ債務名義ニ於テ認めラレタル給付不分明ナルニ拘ハラス或特定ノ給付ヲ強制シ債務名義ニ於テ確定セル給付義務ヲ超ユル義務ノ履行ヲ強制シ(限定承認ノ相續人ニ對シ其固有ノ財産ニ對シテ強制執行ヲ爲シタルカ如キ)債權者カ債務名義

ニ於テ確定セラレタル部分ニ屬セサルモノノ給付ヲ強制シ(判決ニ於テ確定シタル期間ニ相當スル定期ノ給付ヲ超ユル定期ノ給付ニ付キ)強制執行ヲ爲シタルカ如キ)タルトキノ如シ第二ハ債權者ヲシテ債務名義ニ於テ確定セル請求ニ基ク給付ヲ爾後債務者ニ對シテ絕對ニ又ハ一時請求スルコトヲ得サラシムル事實ナリ蓋シ強制執行ハ債務名義ニ於テ確定セル實體的請求權カ完全ニ存續スルコトヲ要ス隨テ爾後ニ斯ル請求權ヲ消滅セシメ又ハ一時其履行ヲ妨クルノ事實發生シタルトキハ強制執行ヲ許スコトヲ得サレハナリ例ヘハ債務名義ニ於テ確定シタル請求權カ辨濟ニ因リテ消滅シ又ハ斯ル請求權ヲ延期契約ノ成立ニ依リテ一時主張スルコトヲ得サルトキノ如シ債權者カ其債務名義ニ於テ確定セル請求ヲ讓渡シタルニ因リテ債權者タル資格ヲ喪失シタル事實及ヒ債務者カ第三者ト有效ナル債務引受ヲ爲シタルニ因リテ債務者タル資格ヲ消滅セシメタル事實亦債務名義ニ於テ確定シタル請求ニ關スル異議ノ原因ト爲ル然レトモ判決其債務名義ノ無効ノ原因タル事實及ヒ取消並ニ原狀回復ノ訴ノ原因タル事實ハ實體的請求ニ關スル異議ニ非サルヲ以テ債務名義ニ於テ確

定シタル請求ニ關スル異議ノ原因ト爲ルコトナシ(3)確定シタル請求ニ關スル異議ハ實體上ノ請求ニ關スルモノナルヲ以テ訴ノ形式ニ依リ之ヲ主張スルコトヲ要ス此訴ノ性質ニ關シテハ或ハ消極的確認ノ訴ナリト稱シ或ハ給付ノ訴ナリト稱シ又或ハ設定ノ訴トハ既存ノ權利狀態ヲ變更スルノ效力ヲ發生スル判決ヲ求ムル訴ニシテ離婚ノ訴ト其性質ヲ同シウスルモノナリナリト稱セリ予輩ハ第一說ヲ正當ナリト信ス何トナレハ確定シタル請求ニ關スル異議ノ訴ハ執行權不成立ヲ確認スル判決ヲ求ムル訴ナレハナリ又此訴ハ債務者カ執行ヲ爲ス權利者ニ對シテ之ヲ提起スルコトヲ得ルニ止マリ第三者カ之ヲ提起スルコトヲ得ス此訴ハ許スヘカラザル強制執行ヲ受クヘキ債務者ヲ保護スル方法ナレハナリ(第五四五條第一項第五六〇條改正案第六七〇條第一項第六八六條)

(二) 要件 確定シタル請求ニ關スル異議カ有效ナルニハ左ノ要件ヲ具備セザルヘカラス

(A) 終局判決ニ關シテハ異議ノ原因カ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ遅クモ異議

ヲ主張スルコトヲ要スル口頭辯論ノ終結後ニ生シタルコトヲ要シ且闕席判決ニ關シテハ尙ホ故障ヲ以テ之ヲ主張スルコトヲ得サルヲ要ス前述シタル第一ノ原因ハ執行機關カ債務名義ノ内容ニ適セサル行動ヲ爲シタルノ事實ニ基クモノナルヲ以テ其性質上債務者カ異議ヲ主張シタル請求ニ關スル訴訟事件ノ口頭辯論ノ終結以前ニ於テ存スヘキモノニ非ス故ニ第一要件ニ關スル所ナシ隨テ斯ル原因ノ爲メニ法律上特ニ第一要件ヲ規定スルノ必要ヲ見ス前述シタル第二ノ原因ハ之ニ反シ債務者カ異議ヲ主張シタル請求ニ關スル訴訟事件ノ口頭辯論終結以前ニモ生スルコトアリ故ニ斯ル原因ノ爲メニ法律上特ニ第一要件ヲ規定スルノ必要ヲ見ル是ヲ以テ第一要件ハ前述シタル第二ノ原因ノ爲メニ規定シタルモノト謂ハサルヲ得ス斯ル要件ノ存スル理由ハ蓋シ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ遅クモ異議ヲ主張スルコトヲ要スル口頭辯論終結後ニ其原因ヲ生シタル異議ニ限リ債務者ノ利益ノ爲メニ強制執行ニ對スル異議ノ訴ヲ以テ之ヲ主張スルコトヲ得セシムルニ在リ(斯ル辯論終結前ニ原因シタル異議ヲ強制執行ニ對スル異議ノ訴ヲ以テ主張スル

コトヲ許スハ確定判決ノ效力ヲ害ス而シテ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ遅クモ異議ヲ主張スルコトヲ要スル口頭辯論ノ終結トハ執行スベキ請求ノ全部又ハ一部ニ關スル第一審判決ニ接著スル口頭辯論若シ適法ノ控訴アリタルトキハ第二審判決ニ接著スル口頭辯論ノ終結ニ他ナラス第二〇九條蓋シ上告審ニ於テ新ニ成立セル實體上ノ異議ハ之ヲ上告審ニ於テ防禦方法トシテ提出スルコトヲ得サルヲ以テ玆ニ所謂口頭辯論ノ終結中ニ上告審ニ於ケル口頭辯論ノ終結ヲ包含スルモノト認ムルコトヲ得サレハナリ故ニ第一審ノ終局判決カ上訴期間ノ懈怠ニ因リ上訴ノ取下若クハ拋棄ニ因リ又ハ不適法トシテ上訴ヲ棄却セラレタルニ因リテ確定シタルトキハ第一審判決ニ接著スル口頭辯論ノ終結期ヲ以テ請求ニ關スル異議ノ當否ヲ定ムルノ標準トシ第二審ノ終局判決カ上告期間ノ懈怠ニ因リ上告ノ取下若クハ拋棄ニ因リ又ハ不適法若クハ理由ナキニ因リ上告ヲ棄却セラレタルニ因リテ確定シタルトキハ第二審判決ニ接著スル口頭辯論ノ終結期ヲ以テ請求ニ關スル異議ノ當否ヲ定ムルノ標準トシ又上告審ニ於テ言渡サレタル判決ノ強制執行ニ對スル請求

ニ關スル異議ハ第二審判決ニ接著スル口頭辯論ノ終結期ヲ以テ請求ニ關スル異議ノ當否ヲ定ムル標準トス但準備手續第二六六條アリタル場合ニ於テハ債務者カ民事訴訟法第二百七十二條第二項ニ從ヒ抗辯權ヲ喪失シタル時期ヲ以テ請求ニ關スル異議ノ當否ヲ定ムル標準トシ再審ノ手續アリタル場合ニ於テハ先ツ再審ノ訴カ適法ナリヤ否ヤヲ區別シ前者ノ場合ニ於テハ再審ノ訴ノ口頭辯論ヲ以テ又後者ノ場合ニ於テハ再審ノ訴ヲ以テ攻撃シタル判決前ノ口頭辯論ヲ以テ請求ニ關スル異議ノ當否ヲ定ムル標準トシ證書訴訟及ヒ爲替訴訟ニ依ル留保判決アリタルカ爲メニ爾後手續ノ開始アリタルトキハ(第四九一條第四九二條)此手續ニ於テ新ニ實體上ノ異議ヲ主張スルコトヲ得ルカ故ニ此手續ニ於ケル口頭辯論ノ終結期ヲ以テ請求ニ關スル異議ノ當否ヲ定ムルノ標準トシ又民事訴訟法第四百二十六條ノ規定ニ依ル留保判決アリタルカ爲メニ爾後手續ノ開始アリタルトキハ此手續ニ在リテハ留保セラレタル異議以外ノモノヲ提出スルコト能ハサルカ故ニ留保判決ニ接著スル口頭辯論ノ終結ヲ以テ請求ニ關スル異議ノ當否ヲ定ムル標準トス其他

請求ニ關スル異議ハ之ヲ執行判決請求スル訴又ハ執行交付與リ訴ニ於テ主張スルコトヲ得ルモノナルカ故ニ斯ル訴ニ付テノ口頭辯論終結以後ニ生ズタルトキニ限り之ヲ主張スルコトヲ得ルシ(證書訴訟及ヒ爲替訴訟ニ於ケル留保判決ニ關シテハ爾後ノ手續ニ依リ防禦方法トシテ異議ヲ提出スルコト能ハサルトキニ限り請求ニ關スル異議ヲ主張スルコトヲ得ルシ)又、異議ノ原因カ口頭辯論終結以後ニ發生シタルヤ否ヤハ實體法殊ニ民法ノ規定ニ依リテ之ヲ定ム例ヘハ債務者カ口頭辯論ノ終結後相殺スルコトヲ得ヘキ債權ヲ取得シタルトキハ相殺ノ原因トシテ請求ニ關スル異議ヲ主張スルコトヲ得ルカ如シ蓋シ相殺ノ抗辯原因ハ當事者カ相殺ノ意思ヲ表示スルコトヲ得ルニ至リタルニ因リ發生シタルモノト謂フヘキ相殺ノ意思ヲ表示シタルニ因リテ發生スルモノニ非サレハナリ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ運クモ異議ヲ主張スルコトヲ要スル口頭辯論ノ終結前ニ發生シタル強制執行ヲ排斥スルニ足ル事實ハ縱令債務者カ其發生ノ當時之ヲ知ラス若クハ知ルコト能ハサリシトキト雖モ確定シタル請求ニ關スル異議ノ原因トシテ之ヲ主張スルコト

ヲ得ス唯此場合ニ於テハ債務者ハ強制執行ヲ爲シタル債權者ニ對シ不法行爲ニ基ク損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ルノミ然レトモ債務者カ控訴ヲ提起シ以テ判決ノ確定ヲ妨ケ之ニ依リ異議ノ原因タル事實ヲ主張スルコトヲ得ヘカリシ事情ハ請求ニ關スル異議ノ訴提起ノ妨ト爲ラス蓋シ債務者ハ後述スル如ク控訴期間經過セサル間ハ第一審ノ口頭辯論終結後新ニ發生シタル異議ノ原因タル事實ヲ或ハ控訴ニ依リ或ハ異議ノ訴ニ依リ主張スルコトヲ得ルモノナレハナリ關席判決ニ關シテハ尙ホ故障ヲ申立ツルコトヲ得ツルヲ要ス換言セハ故障期間カ既ニ經過シタルコトヲ要ス何トナレハ故障期間經過前ニ在リテハ故障ニ依リ實體的異議ヲ主張スルコトヲ得ヘケレハナリ然レトモ債務者カ故障期間經過前ニ故障ヲ以テ實體上ノ異議ヲ主張スルコトヲ得ヘカリシ事情ハ確定シタル請求ニ關スル異議ヲ主張スルノ妨ト爲ラス何トナレハ法律ハ債務者ニ對シ故障申立期間經過後ニ在リテハ故障ニ依リテ訴訟ヲ終結シ此期間經過後ニ非サレハ確定シタル請求ニ關スル異議ヲ許ササルニ過キサレハナリ(第五四四條之ヲ主張スルコトヲ得サルトキ)故ニ

債務者カ確定シタル請求ニ關スル異議ノ訴ヲ故障期間經過前ニ提起シタル場合ニ於テ異議ニ付テノ裁判ヲ此期間經過前ニ爲ストキハ之ヲ不適法トシテ棄却スヘク此期間經過後ニ爲ストキハ之ヲ不適法トシテ棄却スルコトヲ得ス蓋シ異議ノ訴ノ適否ハ裁判ヲ爲ス時期ニ於テ之ヲ判斷スヘキモノナレハナリ獨逸民事訴訟法草案ハ控訴期間經過前ニ於テ亦同一論決ヲ採用セリト雖モ獨逸民事訴訟法及ヒ我民事訴訟法ハ故障ヲ以テト明示シ控訴期間經過セサル間ハ債務者ニ第一審ノ口頭辯論終結後新ニ成立シタル異議ノ原因タル事實ヲ或ハ控訴ニ依リ或ハ異議ノ訴ニ依リテ主張スルコトヲ得ルノ選擇權ヲ認メタリ故ニ債務者カ控訴ヲ提起シタル後確定シタル請求ニ關スル異議ノ訴ヲ提起シタルトキハ實益ナキヲ理由トシテ異議ノ訴ヲ却下スルノ裁判ヲ爲ス反對ノ場合ニ於テ亦然リ蓋シ控訴審ニ於テハ防禦方法カ口頭辯論ノ終結後ニ生シタル異議ニ制限セラレサルヲ以テ請求ニ關スル異議ヲ主張スル利益ハ其後ニ提起アリタル控訴ニ吸收セララルモノナレハナリ(第四五五條第二項改正案第六七〇條第二項)

和解及ヒ抗告ヲ以テ不服ヲ申立タルコトヲ得ル裁判ニ關シテハ異議ノ原因カ和解成立後及ヒ裁判成立後言渡又ハ送達ニ生シタルコトヲ要ス(第五五九條第一、第二、第五六〇條第五四五條第二項改正案第六八五條第一、第三、第四、第六八六條第六七〇條第二項)故ニ和解ニ基テ執行ニ際シテハ錯誤詐欺等ノ如キ取消ノ原因タル事實ヲ異議ノ原因トシテ主張スルコトヲ得ヘシ何トナレハ斯ル原因タル事實ハ和解ノ成立ト共ニ成立スルモノナレハナリ執行命令ニ關シテハ異議ノ原因カ其送達後ニ成立シタルモノナルヲ要ス第五五九條第一號、第五六〇條第五六一條第二項改正案第六八五條第二、第六八六條第六八七條第二項蓋シ送達前ニ成立シタル異議ノ原因ハ故障ノ申立ニ因リ之ヲ主張スルコトヲ得ルカ故ニ(第三四九條)確定シタル請求ニ關スル異議ヲ許スノ必要ナケレハナリ然レトモ異議ノ原因カ送達以後ニ生シタル以上ハ法律上何等ノ區別ナキヲ以テ故障ノ申立ニ因リテ之ヲ主張スルコトヲ得ルヤ否ヤヲ問ハサルナリ公證人作成ノ公正證書ニ關シテハ異議ノ原因ニ付キ法律上何等ノ制限ナシ第五六二條第三項改正案第六八八條第三項故ニ債務者ハ

證書作成ノ前又ハ其後ニ生シタル原因ニ基キ確定シタル請求ニ關スル異議
ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ
(B) 判決其他ノ債務名義ニ於テ確定シタル請求ニ關スル數箇ノ異議ノ原因ニ
シテ債務者カ同一ノ訴ヲ以テ主張スルコトヲ得ヘキモノハ之ヲ同時ニ即チ
脱離ナク主張スルコトヲ要ス是レ執行ノ延滞ヲ防止スルノ目的ニ外ナラス

(第五四五條第三項第五六〇條改正案第六七〇條第三項第六八六條故ニ債務
者ハ確定シタル請求ニ關スル異議ノ訴提起ノ當時ニ於テ既に認識シタル異
議ノ原因ニシテ訴狀ニ記載セス且口頭辯論ニ於テ主張セザリシモノヲ爾後
主張スルノ權利ヲ失フ隨テ裁判所ハ職權ヲ以テ各種ノ異議ノ原因ニ付キ債
務者力之ヲ主張スルノ權利ヲ喪失シタルヤ否ヤヲ調査スルコトヲ要ス確定
シタル請求ニ關スル異議ノ訴提起後ニ成立シ又ハ債務者カ認識シタル異議
ノ原因ニ關シテハ債務者ハ之ニ基キ異議ノ訴ヲ提起スルノ權利ヲ喪失セス
故ニ前ニ提起シタル異議ノ訴ト併行シテ或ハ其終結後ニ於テ新ニ確定シタ
ル請求ニ關スル異議ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ但前ニ提起シタル異議ノ

(C)

訴ニ於テ爾後新ニ成立シ又ハ認識シタル異議ノ原因ヲ主張スルトキハ訴ノ
變更ト爲ル故ニ第一審ニ在リテハ相手方ノ承諾アルトキニ限り有效ニ之ヲ
主張スルコトヲ(第一九五條第二項第三號第四一三條)
確定シタル請求ニ關スル異議ハ之ヲ強制執行終結前訴ノ形式ヲ以テ主張
スルコトヲ要ス(第五四五條第一項改正案第六七〇條第一項)斯ル異議ハ主張
ハ唯強制執行終結前タルコトヲ要スルハ必スシモ強制執行ノ開始後タル
コトヲ要セス何トナレハ確定シタル請求ニ關スル異議ノ訴ハ抽象的ニ強制執
行ヲ許ササル旨ノ宣言ヲ受クルコトヲ目的トシ具體的ニ或執行處分ヲ許サ
サル旨ノ宣言ヲ受クルコトヲ目的トセサルノミナラス債務者ノ爲メニ急迫
ナル危害ヲ避クルコトヲ得セシムルノ利益アルヲ以テナリ強制執行ノ終結
後ハ確定シタル請求ニ關スル異議ヲ主張スルコトヲ得ス蓋シ斯ル異議ノ主
張ハ強制執行ノ終結後ニ在リテハ其目的ヲ缺クニ至ルヲ以テナリ隨テ斯ル
異議ノ訴訟中強制執行ノ終結アリタルトキハ債務者ハ民事訴訟法第九十
六條第三ニ依リ後述ノ如キ異議ノ訴ノ申立ヲ變更シテ賠償ヲ求ムル申立ヲ

爲スコトヲ要ス但斯ル異議ヲ主張セザリシ債務者ハ不法行為又ハ不當利得ノ原則ニ基キ既ニ辨濟シタルモノノ取戻及ヒ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルヤ言フ埃タス又斯ル異議ノ主張ハ訴ノ形式ヲ以テスルコトヲ要ス何トナレハ斯ル異議ハ實體上ノ權利義務ニ關係ヲ有スレハナリ此訴ノ原因ハ前逃ノ如ク執行ヲ排斥スルニ足ル異議ノ原因タル事實ナリ故ニ之ヲ訴狀ニ記載スルコトヲ要ス其原因數箇アルトキハ之ヲ訴狀ニ記載セサルヘカラス此訴ノ申立ハ判決ニ於テ確定シタル請求ニ關スル異議ヲ是認シ且之ニ基キ債權者ニ對シ強制執行ヲ許ササル旨ノ宣言ヲ求ムル債務者ノ意思表示ナリ(第五五〇條第一號第五一條改正案第六七五條第一項第六七六條判決ノ廢棄ヲ求ムルモノニ非サルコト言フ埃タス執行ノ停止及ヒ執行處分ノ取消ハ該申立ヲ是認シタル判決ノ結果ナリ隨テ申立及ヒ判決ニ於テ特ニ之ヲ表示スルノ必要ナシ然レトモ請求ニ關スル異議ノ訴ト共ニ債務者カ強制執行ニ依リ給付シタルモノノ返還ヲ求ムルニハ其旨ノ申立ヲ爲スコトヲ要ス(第五一〇條第二項準用)

(三) 效力 確定シタル請求ニ關スル異議ノ訴ハ時效ヲ中斷スルモノニ非ス何トナレハ這ハ實體の請求權ヲ主張シタルモノニ非スシテ却テ訴訟の請求權ヲ主張シタルモノナレハナリ又此訴ノ提起ハ原則トシテ執行ノ續行ヲ妨クルモノニ非ス是レ債務者カ名ヲ異議ノ訴ニ籍リ以テ執行ヲ淹滞セシメントスル弊害ヲ防止センカ爲メナリ然レトモ例外トシテ決定五四七條改正案第六七二條又ハ判決五四八條第一項前條ニ掲ケタル命令ヲ發シ改正案第六七三條第六三四條ヲ以テ特別ノ命令ヲ發シテ執行ヲ制限スルコトヲ得第五四七條而シテ該特別命令ハ民事訴訟法第七百五十五條以下ニ規定シタル假處分ニ非サルコトハ一點ノ疑ナキ所ナリ

(四) 裁判 債務者又ハ其訴訟代理人ハ(第六五條第一項)請求ヲ確定シタル債務名義カ終局判決ナルトキハ請求ニ關スル異議ノ訴ヲ第一審ノ受訴裁判所ニ提起セサルヘカラス該裁判所ハ事物上訴訟物ノ價格ニ關係ナク故ニ土地上ノ專屬管轄權ヲ有ス(第五六三條改正案第六九一條)是レ該裁判所ヲシテ管轄裁判シタル實體の請求權ニ關スル訴訟事件ノ繼續トシテ取扱ハシムルカ爲メナリ然

レトモ之カ爲メニ受訴裁判所ハ事務分配ノ規則ニ關係タズ當テ裁判ヲ爲シタル部ヲ指示スルモノト謂フヘカラス何トナレハ各部ニ對スル事務ノ分配ハ裁判所ノ内部ノ關係ニ止マルヲ以テナリ隨テ確定シタル請求ニ關スル異議ノ訴ハ第一審ノ受訴裁判所ニ提起セラレタルヲ以テ足レリトシ當テ裁判ヲ爲シタル部ニ非サル部ニ於テ取扱ハサルカ爲メニ管轄違ト爲ルコトナシ請求ヲ確定シタル債務名義カ執行命令ナルトキハ執行命令ヲ發シタル區裁判所ニ請求ニ關スル異議ノ訴ヲ提起スヘク若シ其請求カ事物上區裁判所ノ管轄ニ屬セサルトキハ執行命令ヲ發シタル區裁判所ノ上級地方裁判所ニ起訴スヘク民事訴訟法第三百九十一條ノ規定ノ意味ニ於ケル地方裁判所ニ起訴スヘキモノニ非サルナリ何トナレハ這ハ民事訴訟法第五百四十五條ノ類推解釋トシテ正當ナルノミナラス若シ然ラスンハ債權者カ外國ニ居住シタル場合ニ於テハ債務者カ請求ニ關スル異議ノ訴ヲ提起スルカ爲メニ相手方ノ裁判籍ヲ見出スコト能ハサルニ至ルヘケレハナリ請求ヲ確定シタル債務名義カ公證人作成ノ公正證書ナルトキハ受訴裁判所ナルモノナシ故ニ法律ハ特ニ請求ニ關スル異議ノ訴ニ

付キ土地ノ管轄ヲ定メタリ事物ノ管轄ニ關シテハ裁判所構成法ノ規定ニ依ルコト當然ナリ(第五六二條第五六三條改正案第六八八條第六九一條)

管轄裁判所ハ通常ノ手續ニ從ヒテ判決ヲ爲ス此場合ニ於テ裁判所ハ職權ヲ以テ判決中ニ民事訴訟法第五百四十七條ニ規定シタル命令ヲ發シ或ハ既ニ發シタル命令ヲ取消シ變更シ若クハ之ヲ認可スルコトヲ得認可ノ宣言ナキトキハ既ニ發シタル特別命令ハ判決ノ確定又ハ其假執行宣言ニ依リ當然消滅ス民事訴訟法第五百四十七條判決ヲ爲スニ至ルマテ而シテ判決中ニ斯ル特別命令ニ關スル裁判ヲ爲シタルトキハ其裁判ハ判決ノ一部ト爲リ控訴ヲ以テスルニ非スンハ之ヲ攻撃スルコトヲ得是ヲ以テ第一審裁判所ノ爲シタル判決ニ於テ既ニ發シタル特別命令カ取消サレタルトキハ唯控訴ヲ提起シ同審裁判所ノ判決ニ於テ特別命令ノ取消ヲ除去スルコトヲ得ルニ過キス特別命令ニ關スル裁判ノ部分ハ迅速執行ヲ期スルカ爲メニ裁判所カ職權ヲ以テ假執行ノ宣言ヲ爲スヘキモノトス故ニ控訴審ニ於テハ民事訴訟法第五百十一條ノ適用ニ假執行ニ付キ辯論及ヒ裁判ヲ爲ス而シテ此裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得

ス(第五四八條改正案第六七三條)

(五) 不服申立 請求ニ關スル異議ノ訴ニ對スル裁判ノ形式ハ判決ナリ(第五四八條「……判決……」改正案第六七三條第六三四條故ニ當事者ハ之ニ對シ控訴又ハ上告ヲ以テ不服申立ヲ爲スコトヲ得

第三節 執行ノ目的物ニ關スル第三者ノ異議

(一) 意義 執行ノ目的物ニ關スル第三者ノ異議トハ強制執行ノ目的物ニ關シ讓渡若クハ引渡ヲ妨クル權利ヲ有スル第三者カ其目的物ニ付キ強制執行ヲ許ササル旨ノ宣言ヲ求ムルカ爲メニ訴ヲ以テ債權者ニ對シテ爲ス主張ヲ謂フ元來強制執行ハ唯債務者ノ財産ニ對シテ之ヲ爲スノミ蓋シ他人ノ財産ハ債務者ノ辨濟ノ用ニ供スルコト能ハサレハナリ然レトモ強制執行ノ實施ヲ迅速ニシ且執達吏ヲシテ執行機關ト爲シタルカ爲メニ執行實施前ニ差押フヘキ財産ノ所屬ヲ精密ニ調査スルコトナシ動産ニ關シテハ債權者ノ占有ヲ以テ差押ヲ爲スニ足レリトシ(第五六六條債權其他ノ財産權ニ關シテハ債權

者ノ主張ノミニ依リテ差押ヲ爲スニ足レリトシ(第五九七條又不動産ニ關シテハ登記判事ノ認證若クハ債務者所有ノ證明書ニ依リテ差押ヲ爲スニ足リトス(第六四三條故ニ事實上強制執行カ債務者ニ非サル第三者ノ財産上ニ行ハルルコトアリ此場合ニ於テハ第三者ハ第一ニ執行機關ニ對シ強制執行カ自己ノ權利ヲ侵害シタルヤ否ヤノ調査ヲ求メ執行機關ハ決定ヲ以テ之カ裁判ヲ爲スコトヲ得而シテ此方法ニ於ケル異議ハ民事訴訟上特別ノ明文ヲ要セスシテ當然爲スコトヲ得ルモノナリ第二ニ強制執行カ自己ノ權利ヲ侵害シタルト認メタルトキハ侵害者ニ對シ私法上ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ第三ニ強制執行ノ實施ヲ要求シタル債權者ニ對シ異議ヲ主張シ以テ實施セラレタル強制執行ノ許スヘキモノナルヤ否ヤニ付テノ判決ヲ求ムルコトヲ得此後者ノ權利ヲ強制執行ノ目的物ニ對スル第三者ノ異議又ハ執行參加訴訟ト謂フ是レ民事訴訟法ニ於テ強制執行權ノ發動カ法則ニ適合スルコトヲ擔保スルカ爲メニ第三者ニ是認シタル訴權ニシテ民法ノ全然關係セサル所ナリ故ニ此執行參加ノ訴訟物ハ強制執行ノ目的物ニ付キ第三者ノ有スル

私法上ノ權利ニ非スシテ却テ執行ノ目的物カ債權者ノ執行上ノ満足ノ用ニ供スルコトヲ得サル旨ノ宣言ヲ求ムルノ權利ナリ隨テ又此訴訟ニ於テハ單ニ強制執行ノ可否即チ訴訟ノ權利ニ付キ裁判ヲ爲スニ過キスシテ第三者ノ私法的權利ノ當否ニ付キ裁判ヲ爲サス第五四九條第五〇條第一號……強制執行ヲ許サストシテ宣言シ……改正案第六七四條第六七五條第一號……而シテ此執行參加訴訟ニ於テハ第三者カ其權利範圍ヲ侵サレタル各箇ノ執行行為ヲ許ササル旨ノ確認ヲ求ムルモノナルヲ以テ執行參加ノ訴ハ確定シタル請求ニ關スル異議ノ訴ト同シク消極的確認ノ訴ナリト謂ハサルヲ得ス但彼ニ在リテハ一般ニ強制執行ヲ許ササル旨ノ宣言ヲ求メ此ニ在リテハ特定ノ執行行為ニ付キ之ヲ許ササル旨ノ宣言ヲ求ムルノ差アリ

(二)

要件 執行參加訴訟ノ有效ナルニハ左ノ要件ヲ具備セサルヘカラス
(A) 原告タル第三者カ強制執行ノ目的物上ニ其讓渡若クハ引受ヲ妨クル權利ヲ有スルコトヲ要ス 第三者トハ執行ヲ爲ス權利ヲ有スル者及ヒ執行ヲ受クル者ニ非サル各人ヲ謂フ故ニ債權者其一般承繼人及ヒ債務者ハ勿論民

事訴訟法第六十二條第四項及ヒ民事訴訟法第五百十九條ノ意味ニ於ケル債務者ノ承繼人ハ茲ニ所謂第三者ニ非ス但例外トシテ債務者ノ相續人ハ其承認前ニ於テ相續債權者カ其債權ノ爲メニ相續人固有ノ財産ニ付キ執行ヲ爲シ相續人ノ債權者カ其債權ノ爲メニ相續財産ニ對シ差押ヲ爲シタルトキ又限定承認アリタル場合ニ於テ相續債權者カ其債權ノ爲メニ相續人固有ノ財産ニ對シ差押ヲ爲シタルトキハ第三者トシテ執行參加ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ破産管財人ハ破産債權者團體ノ代理人トシテ職務ヲ取扱フ場合ニ在リテハ破産宣告前ニ破産シタル債務者ニ對シ著手セラレタル差押ニ對シ法律上第三者ノ地位ニ在ルモノト謂ハサルヘカラス之ニ反シテ債權差押ノ場合ニ於ケル第三債務者ハ茲ニ所謂第三者ニ非ス何トナレハ第三債務者ハ差押ヘラレタル債權ニ付キ何等ノ權利ヲ有セザレハナリ故ニ第三債務者ハ債務ノ成立ヲ爭フトキト雖モ執行參加訴訟ヲ爲スコトヲ得ス執行參加訴訟ノ原因タル強制執行ノ目的物上ニ第三者カ有スル讓渡若クハ引渡ヲ妨クル權利トハ債權者ノ爲メ開始セル強制執行ヲ排斥スルニ足ル各種ノ權利ナリ

故ニ金錢債權ノ執行ノ爲メニ差押ヘタル有體物若クハ債權執行ノ目的物或ハ金錢ノ支拂ヲ目的トセサル權利ノ執行トシテ債權者ニ引渡スカ爲メニ執達吏カ債務者ヨリ取上ケタル物件執行ノ目的物ニ關シ債務者ト第三者トノ間ニ債務者カ有效ニ目的物ノ處分ヲ爲スコト能ハサルノ法律關係存在スルトキハ民事訴訟法第五百四十九條ニ所謂讓渡讓渡ハ訴訟的意義トシテノ承繼ヲ指示ス若クハ引渡ヲ妨クル權利アリト謂ハサルヲ得ス隨テ執行ノ目的ヲ達スルカ爲メニ目的物ノ讓渡有體物ニ對スル強制執行若クハ目的物ノ引渡(第七三〇條第七三一條)ヲ必要ト爲ササル財産權ニ對スル強制執行(第五九四條)ニ於テ亦第三者ノ執行參加ヲ爲スコトアルヘシ(例ヘハ第三者カ差押ヘラレタル債權ヲ差押前ニ讓受ケタルコトヲ理由トシテ執行ノ異議ヲ爲スカ如キ是ナリ)蓋シ法文上目的物ノ讓渡若クハ引渡ヲ妨クル權利ヲ主張スルトキハ「……」トアルヲ以テ金錢債權ノ執行トシテ目的物ノ讓渡或ハ非金錢の債權ノ執行トシテ目的物ノ引渡ヲ要スル強制執行ノミニ關スル場合ヲ指示スルノ觀アリト雖モ執行參加ニ關スル規定カ(第五四九條總則中ニ在ル點)ヨリ推

理スレハ總テノ強制執行ニ於テ其目的物ニ關シ債務者ノ處分ヲ妨ケ隨テ執行機關ノ處分ヲ妨クルニ足ル各種ノ權利ニ基キテ爲ス異議ヲ包含スルモノナルコト瞭然ナレハナリ是ヲ以テ第三者カ執行ノ目的物上ニ有スル所有權其他主タル物權ハ民事訴訟法第五百四十九條ニ所謂讓渡若クハ引渡ヲ妨クル權利ニ屬ス(第五四九條「……」所有權「……」何トナレハ此場合ニ於テハ執行ノ目的物ニ關スル權利全體ハ債務者ノ財産ニ屬セサルヲ以テ之ヲ債務者ノ財産ヨリ除去シ債權者ノ利益ノ爲メニ強制執行上ノ處分ヲ爲スコトヲ得サレハナリ)第三者ト債務者トノ共有ニ係ル有體動産ノ差押又ハ不動産ノ競賣ニ依リ執行ヲ爲スヘキ場合ニ於テハ第三者ノ有スル共有權モ亦執行參加訴訟ノ原因タル權利ニ屬ス何トナレハ差押ノ目的物ノ賣却ニ因リ第三者ノ共有權ハ侵害セラルヘキヲ以テナリ)第三者カ執行ノ目的物上ニ有スル占有權モ亦然リ何トナレハ物件ヲ占有スル者カ民事訴訟法第五百六十六條第五百六十七條ニ從ヒ執行機關ノ攻撃ニ對シテ保護セラルル如ク)第三者ノ占有權モ亦此攻撃ニ對シテ保護セラレサルヘカラサレハナリ然レトモ債權擔保ノ爲メ

ニスル第三者ノ從タル他物權ハ之ニ反シテ執行參加ノ原因タル權利ニ屬セサルヘシ何トナシハ斯ル權利ハ差押及ビ賣却ヲ妨タルモノニ非サレハナリ第五六五條債務者ノ有スル債權其他ノ財産權第六二五條ニ關スル第三者ノ權利債權讓渡ノ場合ニ於ケル讓受人タル權利ノ如キハ執行參加ノ原因タル權利ニ屬ス何トナレハ此權利ト雖モ第三者ノ財産權ニシテ強制執行ノ爲メニ其主張ヲ奪ハルルモノニ非サレハナリ第三者カ債務者ニ對シ其財産ニ屬セサル物件ハ引渡ヲ求ムル權利モ亦執行參加ノ原因タル權利ニ屬ス何トナレハ債務者カ第三者ヨリ信託セラレタル物件ハ之ヲ處分スルコト能ハサルヲ以テ執行機關モ亦有效ニ之ヲ處分スルコト能ハサレハナリ故ニ委任寄託、貸借等ノ契約ニ因リ第三者カ債務者ニ交付シタル物件上ニ執行カ實施セラレタルトキハ第三者ハ執行ノ目的物カ自己ノ財産ニ屬シ隨テ債務者ニ對シテカ引渡ヲ求ムル權利アル旨ヲ證明シテ執行參加ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ債務者ノ財産ニ屬スル目的物ノ給付ヲ目的トスル第三者ノ單純ナル對人的權利買賣交換等ノ法律關係ニ基キ第三者タル相手方ニ所有權等ノ移

轉セサル場合ニ於ケル權利ノ類ハ執行カ該目的物上ニ行ハレタル場合ニ於テ執行參加ノ原因タル權利ト爲ラサルヘシ何トナレハ第三者ハ未タ執行ノ目的物ニ對シ處分ヲ妨クヘキ權利ヲ有セサレハナリ之ヲ要スルニ如何ナル民法上ノ權利カ訴訟法上ノ第三者ニ執行參加ノ訴ヲ爲ス權利ノ原因ト爲ルヤノ問題ニ關シテハ法律ハ「所有權ヲ主張シ其他目的物ノ讓渡若クハ引渡ヲ妨タル權利」ト明言スルニ止メタルヲ以テ先ツ實體法ニ依リ第三者カ執行ノ目的物上ニ財産權ヲ有スルヤ否ヤヲ確定シ後ニ民事訴訟法ノ規定ニ依リ該權利カ執行參加權ノ原因タルヤ否ヤヲ確定セサルヘカラス(第五四九條第一項改正案第六七四條第一項)

(B) 執行參加ハ強制執行ノ繼續中、訴ノ形式ヲ以テ主張スルコトヲ要ス執行參加ノ訴ヲ提起スルニハ強制執行カ既ニ開始セラレ執行ノ目的物カ差押ヘラレタルコトヲ要ス是レ蓋シ強制執行開始前ニ在リテハ特定ノ財産ニ付キ行ハレタル不當ノ執行行為ナルモノナキヲ以テナリ執行參加ノ目的物カ差押ヘラレタルヤ否ヤハ執達吏ノ作成ニ係ル差押調書若クハ差押命令等ニ依

リテ之ヲ知ルコトヲ得ヘシ又執行參加ノ訴ヲ提起スルニハ強制執行ノ未タ終局セサルヲ要ス是レ執行參加ノ訴カ強制執行ヲ許ササル旨ノ宣言ヲ目的トスル訴タルノ性質ヨリ生スル當然ノ結果ナリ強制執行ノ終局シタルヤ否ヤハ民事訴訟法第五百七十四條第五百七十九條第六百一條第六百八條第六百十六條第七百三十條等ニ依リテ之ヲ定メサルヘカラス執行力執行參加ノ訴訟繫屬中ニ終局シタルトキハ異議ヲ申立テタル第三者ハ其申立ヲ民法ノ規定ニ從ヒテ主張スルコトヲ得ヘキ目的物ノ取戻賣得金ノ償還及ヒ損害賠償ヲ求ムル申立ニ變更スルコトヲ得ヘシ(第一九六條第三項)又執行ノ終局シタル以後ニ於テハ第三者ハ民法ノ規定ニ從ヒ或ハ第三取得者ニ目的物ノ追及ヲ爲シ物權關係ノ一作用タリ或ハ債權者ニ不法行為若クハ不當利得ニ基ク損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得ヘシ又執行參加ハ訴ハ形式ヲ以テ之ヲ主張セサルヘカラス蓋シ執行參加ニ於テハ單ニ執行手續ノ當否ヲ調査スルニ非スシテ却テ所有權其他執行ノ目的物ノ歸渡若クハ引渡ヲ妨クル權利ノ存否ヲ調査スヘキモノナレハナリ此訴ノ原因ハ債務者ノ財産ニ屬セサル物件上

ニ於ケル強制執行ノ不當ノ擴張ニシテ此訴ノ目的ハ原告ノ實體的權利ノ認定ニ非スシテ却テ執行機關ノ不當ナル差押ノ除去ニシテ又此訴ノ申立ハ特定ノ財産上ニ爲シタル強制執行ヲ許ササル旨ノ宣言ヲ求ムルニ在リ其他此訴ハ執行ノ一部ニ非サル獨立の訴訟ナルヲ以テ裁判所構成法ニ所謂休職事件ニ非サルヤ明カナリ(裁判所構成法第一九二條民事訴訟法第五四九條第一項改正案第六七四條第一項)

(C)

執行參加ハ常ニ債權者ヲ被告ト爲ササルヘカラス 執行參加ハ債權者カ特定ノ財産上ニ爲シタル執行ヲ妨クルヲ目的トスルヲ以テ第三者ハ常ニ債權者ヲ被告ト爲ササルヘカラス(第五四九條第一項改正案第六七四條第一項)債權者ノ承繼アリタルトキハ執行文ニ表示シアル承繼人ヲ被告ト爲ササルヘカラス何トナレハ強制執行ハ此承繼人ノ爲メニ行ハルモノナレハナリ(第五一九條又第三者ハ多數ノ債權者カ各自其債權ノ爲メニ執行ヲ爲シタルトキハ民事訴訟法第四十九條ニ從ヒ多數ノ共同債務者ノ爲メニ強制執行アリタルトキハ民事訴訟法第五十條ニ從ヒ共同訴訟人トシテ多數ノ債權

者ニ對シ執行參加ノ訴ヲ提起スルコトヲ得第五八六條第五九三條第六一九條第七一〇條債務者ハ債權者ノ爲シタル執行處分ヲ除去スルコトヲ得ルモノニ非ス故ニ第三者ハ債務者ヲ執行參加訴訟ノ被告ト爲スニ付キ何等ノ實益ナシ隨テ債務者ハ此訴ノ被告ト爲ルモノニ非ス但債務者ハ原告タル債權者勝訴ノ場合ニ於テハ他ノ財産上ニ更ニ強制執行ヲ開始セラルルコトナクシテ債權者カ執行上ノ満足ヲ得隨テ自己ノ債務ヲ消滅スルノ利益ヲ有スルトキハ債權者ノ從參加人トシテ執行參加訴訟ニ加ハルコトヲ得ヘシ然リ而シテ第三者カ執行ニ對スル異議ニ依ラスシテ執行ノ目的物引渡ヲ求ムルカ如ク執行訴訟ヲ以テ或ハ確認訴訟ヲ以テ自己ノ實體的財産權ヲ主張スル場合ニ於テ債務者カ之ヲ爭ヒタルトキハ民事訴訟法第五百四十九條……債務者ニ於テ其異議ヲ正當ナリトセサルトキハ……引用但此法文ハ甚タ失當ナリ何トナレハ本條ノ意義ハ實體上ノ權利ヲ主張スル訴ニ非サレハナリ被告ニ對シ訴ヲ提起セサルヲ得サルニ至ルヘシ斯ル場合ニ於テハ債權者ニ對スル執行參加ノ訴ト債務者ニ對スル私法上ノ訴トノ二者併存スルニ至ルヘシ

此兩者ハ事實上及ヒ法律上ノ原因ヲ異ニスルカ故ニ之ヲ併合スルトキハ民事訴訟法第四十八條ニ規定シタル要件ヲ缺キ適法ナル共同訴訟ト認ムルコト能ハサルヤ明白ナリ然レトモ法律ハ同一訴訟ニ於テ辯論及ヒ裁判ヲ爲スヲ得セシムルカ爲メニ此兩訴ノ併合ヲ許シ以テ債權者及ヒ債務者ヲ共同被告ト爲シタリ(第五四九條第二項改正案第六七四條第二項)此併合訴訟ハ民事訴訟法第五十條ノ意味ニ於ケル合一的確定ノ共同訴訟ニ非ス何トナレハ執行參加ノ訴ト前示債務者ニ對スル訴トハ各其申立及ヒ原因ヲ異ニスルヲ以テ債權者及ヒ債務者ニ對シ同一ニ確定スヘキモノニ非サレハナリ

執行參加訴訟ニ於ケル防禦方法トシテハ唯第三者ノ爲メニ執行ヲ妨クルニ至ル財産權成立セサル旨ヲ正當ナラシムル異議ノミカ適法ナルヘシ第三者ノ實體的權利ノ執行ヲ妨クル被告ノ反對的權利ノ如キハ防禦方法タルノ價値ナシ何トナレハ實體的權利ノ實行カ執行參加訴訟ノ目的ヲ成スモノニ非サレハナリ

(三) 效力 執行參加訴訟ノ提起ハ既ニ開始シタル執行ヲ妨クルモノニ非ス却

民事訴訟法第五百四十七條及第五百四十八條ノ規定ノ準用ニ依リ停止或ハ取消ヲ爲スコトアルノミ第六四七條第四項而シテ執行參加訴訟ニ在リテハ民事訴訟法第五百四十七條ト異ニシテ執行處分ノ取消ハ保證ヲ立テシメスシテ之ヲ爲スコトヲ得蓋シ第三者ニ對スル強制執行ハ一般ニ之ヲ許スヘキモノニ非サレハナリ執達吏ハ民事訴訟法第五百五十條第一、第三ニ該當スル書面ヲ提出スル者アルトキハ係争目的物ニ關スル執行ヲ止ムヘキヤ言フ埃タス

(四)

裁判 執行參加ノ訴ヲ提起セント欲スル第三者ハ其訴ヲ管轄裁判所ニ提起セサルヘカラス土地ハ管轄ハ執行手續ヲ爲スヘキ地又ハ爲シタル地ヲ管轄スル裁判所ニ專屬ス第五四九條第三項第五六三條改正案第六七四條第三項第六九一條蓋シ第三者ノ異議ハ特定ノ執行行為ニ對シ之ヲ爲スモノナレハナリ事物ノ管轄ハ訴訟物ノ價格ニ從ヒテ之ヲ定ム故ニ區裁判所或ハ地方裁判所タリ訴訟物ハ執行セル目的物ニ對スル差押權ノ不成立其モノタリ蓋シ執行參加訴訟ノ目的物ハ執行ヲ妨クル財産權ニ非スシテ執行ニ對スル異

議其モノナリ隨テ訴訟物ノ價格ハ民事訴訟法第六條ニ依リ之ヲ定ムヘシ事物ノ管轄ニ關シテハ民事訴訟法第五百六十三條ノ規定ニ拘ハラス合意變更ヲ許ス何トナレハ土地ノ管轄ニ於ケルカ如キ特別ナル利益ナケレハナリ執行參加訴訟ノ訴狀ハ債權者ノ本訴ニ於ケル訴訟代理人ニ送達スルコトヲ得ルハ民事訴訟法第六十條第一項ニ明示スル所ナリ第五四九條第三項改正案第六七四條第三項

受訴裁判所ハ辯論ノ結果執行參加ノ訴ヲ理由アリト認メタルトキハ他ニ併合シタル前示ノ如キ訴訟ニ不當ノ差押ニ基ク損害賠償請求ノ訴ナキニ於テハ判決ニ於テ執行ヲ許ササル旨ノ宣言ヲ下ササルヘカラス執行ノ停止及ヒ執行處分ノ取消ハ法律上當然ノ結果ニシテ特ニ之ヲ判示スルノ必要ナキモノナリ此判決ハ別ニ民事訴訟法第五百二十八條ノ意味ニ於ケル送達ヲ爲スコトナクシテ直チニ執行機關ニ之ヲ提出スルニ依リテ執行セラル第五〇條、第五五一條然レトモ之カ爲メニ執達吏或ハ債權者ハ執行開始以前ノ狀態ニ復スヘキ義務ヲ負フモノニ非ス執達吏ハ判決ノ結果トシテ執行ヨリ除去

セラレタル目的物ヲ債務者若クハ其受取ルヘキ權利アル者ノ處分ニ委セサルヘカサルノミ之ニ反シテ執行參加ノ訴ヲ理由ナシト認メタルトキハ之ヲ却下シ同時ニ民事訴訟法第五百四十七條ニ基キ發シタル特別命令ヲ取消ササルヘカラス此判決ヲ確定シ又ハ假執行ノ宣言アリタルトキハ債權者ハ執行機關ニ對シ裁判ノ正本ヲ提出シ強制執行ノ續行ヲ爲サシムルコトヲ得ヘシ(第五〇條第二)第三者ハ此場合ニ於テハ執行遲延ヨリ生シタル損害ニ付キ賠償責任ヲ負フ

(五) 不服申立 參加訴訟ニ對スル裁判ノ形式ハ判決ナルヲ以テ當事者ハ控訴又ハ上告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルハ當然ナリ

本節ヲ講了スルニ臨ミ一言注意スヘキモノハ主參加訴訟ト執行參加訴訟ノ差異是ナリ主參加トハ(第五一條)第三者カ他人間ニ權利拘束ト爲リタル訴訟ノ目的物ノ全部又ハ一部ヲ自己ノ爲メニ請求スル目的ヲ以テ本訴訟ノ繫屬中其訴訟ノ第一審ニ於テ繫屬シタル裁判所ニ提起シ且其本訴訟ノ原告及ヒ被告ニ對スル訴ヲ謂フ故ニ(一)主參加ノ訴訟物ハ當事者間ニ權利拘束ト爲リタル訴訟物

ニ對スル(第三者ノ權利ナリ)隨テ主參加ハ(第三者カ權利ヲ主張スルカ爲メ)民事訴訟法第三者ノ權利ナリ執行參加ノ訴訟物ハ前述ノ如ク執行ノ目的物ニ對スル(第三者ノ權利ニ非シテ却テ開始セラレタル強制執行方法ニ關スル適否ノ爭ナリ)隨テ執行參加ハ債權者ノ申立ニ因リ行動シタル執行機關ノ權限ニ對シテ異議ヲ主張スル訴訟法第三者ノ權利ナリ(二)主參加ハ本訴訟ノ判決確定前ニ之ヲ爲ササルヘカラス執行參加訴訟ハ其性質ヨリ生スル當然ノ結果トシテ判決ニ假執行宣言アル場合ヲ除ク外ハ本訴訟ノ確定後且執行ノ開始以後ニ非スンハ之ヲ爲スコトヲ得ズ(時ノ制限)(三)主參加ハ本訴訟カ第一審トシテ繫屬シタル裁判所ニ爲スモノナレトモ執行參加ハ常ニ執行手續開始地ノ裁判所ノ管轄スル所ナリ是レハ民事訴訟法第三者ノ權利ニ非シテ却テ開始セラレタル強制執行方法ニ關スル適否ノ爭ナリ(第五一條)執行參加ノ管轄ハ專屬ナリ(第五六三條)是レハ獨立シタル民事訴訟ニシテ他ノ一ハ同一訴訟事件ニ付キ附帶シタル訴訟法第三者ノ權利ナリ(四)主參加ニ於テハ請求ノ目的物ハ他人間ニ權利拘束ト爲リタルコトヲ要スレトモ執行參加訴訟ニハ斯ル要件ナシ唯執行ノ開始セラルルヲ要件

ト爲スノミ(五)主參加ハ常ニ本訴訟ノ兩當事者ヲ相手方ト爲スヲ要スレトモ執行參加ニ於テハ通常債權者ヲ相手方ト爲スノミ
假執行宣言アル判決ニ基テ執行ノ開始アリタルトキハ第三者ノ爲メニ主參加及ヒ執行參加ノ二者併存ス故ニ第三者ハ其選擇ニ從ヒ或ハ主參加ノ訴ヲ提起シ假處分又ハ中止ヲ利用シ第五二條第七五條以下改正案第二四條第六四條第九三九條或ハ執行參加ノ訴ヲ提起シ執行停止又ハ取消ヲ利用スルコトヲ得ヘシ(第五四九條第五四七條改正案第六七四條第六七二條)

第三編 執行ノ停止及ヒ其制限

強制執行ノ手續ニ於テハ不干涉主義ニ基テ法則行ハルルコト前述ノ如シ故ニ執行機關ハ債權者ノ申立ニ因リ強制執行ノ停止及ヒ其制限ヲ爲ササルヘカラス然レトモ債務者若クハ第三者ノ異議ニ因リテ強制執行ノ實施ヲ躊躇スルコトヲ得ス何トナレハ強制執行ハ前述シタル如ク國家ノ強力ノ適用ニ外ナラサレハナリ但左ニ説明スル各種ノ場合ニ於テハ執達吏其他ノ執行機關執行裁判

所受訴裁判所軍事官廳帝國領事ハ第三者若クハ債務者ノ申立ニ因リ既ニ開始シタル強制執行ヲ停止シ又ハ之ヲ制限セサルヘカラス強制執行ノ停止トハ強制執行ノ進行ノ全體ノ禁止ニシテ又強制執行ノ制限トハ強制執行ノ範圍ヲ限ルモノタリ故ニ前者ノ場合ニ於テハ強制執行ヲ其全體ニ付キ續行スルコトヲ得サルモ後者ノ場合ニ於テハ強制執行ヲ適當ニ縮少シタル範圍内ニ於テ續行スルコトヲ得ヘシ(第五五〇條第一項改正案第六七五條左ニ執行ノ停止及ヒ制限ノ場合、效果及ヒ手續ヲ略述スヘシ)

第一章 停止及ヒ制限ノ場合

強制執行ノ停止及ヒ制限ヲ爲ス場合ハ左ノ如シ
(一) 執行スヘキ判決若クハ其假執行ヲ取消ス旨又ハ強制執行ヲ許サス若クハ其停止ヲ命スル旨ヲ記載シタル執行力アル裁判ノ正本ノ提出
斯ル正本ノ提出アリタルトキハ執行機關ハ強制執行ヲ開始スルヲ得サルハ勿論其開始シタル強制執行ヲ停止シ又ハ之ヲ制限セサルヘカラス(第五五〇條第一第五五一

條改正案第六七五條第一第六條執行力アル裁判ハ正本トハ執行スルコトヲ得ヘキ裁判ノ正本ノ意義ニシテ執行力アル正本ト同視スヘカラス(第五一六條故ニ裁判力判決ナルトキハ執行シ得ヘキコト即チ確定シタルコト若クハ假執行ノ宣言アルコトヲ要ス但民事訴訟法第五百十條第一項ノ場合ニ於ケル判決ハ法律上當然強制執行ヲ取消スノ效力アルヲ以テ特ニ確定シタルコト又ハ假執行ノ宣言アルコトヲ要セサルナリ此ノ如ク執行スルコトヲ得ヘキ裁判タルコトヲ要スルハ蓋シ斯ル判決ニ非サレハ其效力ヲ生セサルヲ以テナリ判決カ上告審ノ對盾判決ニ於ケルカ如クニ言渡ニ依リ確定セサル場合ニ於テハ執行機關ハ判決ノ確定ヲ自覺スルコト能ハサルヲ以テ強制執行ノ停止又ハ其制限ヲ求ムルモノハ民事訴訟法第四百九十九條ニ基キテ適當ナル判決確定ノ證明書ヲ停止又ハ制限ノ爲メニ提出スヘキ裁判ノ正本ニ添附スルコトヲ要ス判決ニ假執行ノ宣言アル場合ニ於テハ執行機關ハ判決主文ニ依リテ之ヲ知ルヲ以テ特ニ之カ證明書ヲ添附スル必要ナシ(第五七〇條然レトモ裁判ノ正本ニハ執行文ノ附記アルコトヲ要セス何トナレハ強制執行ヲ爲スニ非シテ却テ

強制執行ヲ取消スニ在レハナリ(第五一六條第五一七條民事訴訟法第五百五十條第一項ニハ……執行力アル裁判ノ正本ト云ヒ執行力アル正本ト云ハサルハ之カ爲メナリ)執行スヘキ判決若クハ其假執行ヲ取消ス旨ヲ記載シタル裁判ハ正本トハ民事訴訟法第五百十條ニ依レル判決假差押及ヒ假處分ヲ取消シタル判決再審ノ訴ニ依リ確定判決ヲ取消シタル新判決ノ正本ヲ指示シ強制執行ヲ許サストシテ宣言シタル旨ヲ記載シタル裁判ハ正本トハ即チ民事訴訟法第五百四十五條第五百四十六條第五百四十九條ノ規定ニ基キ爲シタル裁判ノ正本ヲ指示シ特ニ強制執行ノ停止ヲ命シタル旨ヲ記載シタル裁判ノ正本トハ民事訴訟法第五百四十八條第五百四十九條第三項ノ規定ニ基キ爲シタル判決ノ正本ヲ指示ス

抗告ニ依リ裁判ヲ取消シタル決定(第五九條第一項及ヒ強制執行ヲ許スヘカラストシテ宣言シタル決定並ニ強制執行ノ停止ヲ命シタル決定(第五二二條第一項(第五四四條第一項ノ正本ノ提出アリタルトキハ強制執行ノ停止及ヒ制限ヲ爲ス(第五六〇條)

(二) 執行又ハ執行處分ノ一時停止ヲ命シタル旨ヲ記載シタル裁判ノ正本ノ提出 執行又ハ執行處分ノ一時停止ヲ命シタル旨ヲ記載シタル裁判ノ正本トハ民事訴訟法第四百六十條第二項第三項第五百條第五百十二條第五百二十二條第二項第五百四十四條第一項第五百四十七條第五百四十九條末項ノ規定ニ基キ受訴裁判所若クハ急迫ナル場合ニ執行裁判所カ爲シタル強制執行ノ一時停止ヲ目的トシタル裁判ノ正本ナリ(第五〇條第二改正案第六五七條第二面シテ此種ノ裁判ハ抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルモノナリ故ニ民事訴訟法第五百四十九條第一號ニ從ヒ法律上當然執行力アルモノタリ(民事訴訟法第五百五十條第二……記載シタル裁判ノ正本ト云フニ止メ第一ニ於ケルカ如ク)執行力アル裁判ノ正本ト云ハサルハ是ニ原因ス)

(1) 抗告ハ原則トシテ之ニ依リ不服ヲ申立タル裁判ノ執行ヲ停止スルノ效力ナキカ故ニ斯ル裁判ヲ爲シタル裁判所若クハ裁判長又ハ抗告裁判所ノ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ不服ヲ申立テラレタル裁判ノ執行中止ヲ命スルコトヲ得此場合ニ於テハ抗告人ハ斯ル命令ノ正本ヲ提出シテ強制執行ヲ避ク

ルコトヲ得又此命令ハ抗告ニ付テノ裁判ニ依リ當然其效力ヲ失フ(第四六〇

條第二項第三項改正案第四九四條第二項第三項)

(2) 原狀回復ノ申立第一四七條及ヒ再審第四六七條ハ民事訴訟法第四百九十八條ニ規定シタル不服申立方法ニ非ス故ニ判決ノ確定ヲ遮斷スルノ效力ナク隨テ又強制執行ノ開始ヲ妨クルモノニ非ス然レトモ原狀回復ノ申立又ハ再審ノ申立アリタルトキハ判決ノ存續ヲ確保スルコト能ハサルヲ以テ債務者ノ爲メニ其申立ニ因リ強制執行ヲ一時停止スヘキ特別ノ命令ヲ發スルヲ適當ナリトス故ニ此特別命令アリタルトキハ強制執行ノ開始ハ勿論其執行ヲ爲スコトヲ得ス此特別命令ハ一時の性質ヲ有シ原狀回復ノ申立又ハ再審ノ訴ノ棄却判決ノ確定ニ因リ當然其效力ヲ喪失シ斯ル申立又ハ斯ル訴ニ基キ執行スヘキ判決ヲ取消シタル判決ニ依リテ其目的ヲ欠缺シ法律上當然消滅ス(第五〇條第二改正案ニ於テハ此特別命令ヲ民事訴訟法第五百四十七條ニ規定セル特別命令ト同視シ第六百三十四條ヲ設ケ受訴裁判所カ原狀回復ノ申立又ハ再審ノ訴ニ付キ爲ス判決ニ於テ斯ル特別ノ命令ヲ爲シ又ハ

之ヲ取消シ變更シ若クハ認可スルモノト規定シタリ又此特別命令ハ假處分
ト其性質ヲ異ニス假處分ハ執行行為ヲ停止シ又ハ執行處分ヲ取消スモノニ
非ス(第五〇〇條改正案第六三三條此特別命令ヲ發スルニハ第一管轄裁判所
ニ原狀回復ノ申立及ヒ再審ノ申立アルコトヲ要ス(第一七六條第四七三條然
レトモ原狀回復及ヒ再審カ適法ノ期間ニ申立テラレタルヤ又ハ之ヲ許スヘ
キヤ否ヤハ調査スルコトヲ要セス何トナレハ法律ハ原狀回復又ハ再審ノ申
立アルヲ以テ足レリトスレハナリ又原狀回復ノ申立又ハ再審ノ申立ニ付キ
裁判ヲ爲ス裁判所ニ特別命令ヲ求ムル申立アルヲ要ス是レ不干涉主義ノ結
果ナリ第二強制執行力申立ニ付テノ決定ヲ爲スマテニ於テ未タ終局セサル
コトヲ要ス何トナレハ特別命令ハ執行ノ停止又ハ執行處分ノ取消ヲ爲スモ
ノナルノミナラス強制執行ニ依リテ債權者ノ受領シタル給付ヲ斯ル命令ニ
依リ返還セシムルコト能ハサレハナリ然レトモ之カ爲メニ強制執行力既ニ
開始セラレタルコトヲ要件ト爲スモノニ非ス何トナレハ保證ヲ立テシメテ
強制執行ヲ爲スヘキヲ命スルコトアルヲ以テ法律ハ強制執行開始以前ニ於

テモ民事訴訟法第五條ノ適用ヲ欲シタルモノト謂ハサルヲ得サレハナリ此
三箇ノ要件存スルトキハ原狀回復又ハ再審ノ申立ヲ裁判スル裁判所ハ直チ
ニ即チ口頭辯論ヲ經スシテ又ハ相手方ヲ審訊シタル後債務者ノ爲メニ特別
命令ヲ發スルコトヲ得其自由ナル意見ニ從ヒテ強制執行ヲ妨クヘキ原因ノ
存否ヲ定メ及ヒ特別命令トシテ或ハ申立人ノ爲メニ保證ヲ立テシメテ強制
執行ヲ一時停止スヘキコトヲ命シ或ハ相手方ニ對シ保證ヲ立テシメテ強制
執行ヲ爲スヘキ旨ヲ命シ(保證ノ種類ハ民事訴訟法第八十七條ニ從ヒ之ヲ定
ム故ニ訴訟物カ現金又ハ有價證券ニ非サルモノナルトキハ當事者ハ其供託
ニ依リ此特別命令ノ保證ニ代用スルコトヲ得ス)或ハ申立人カ強制執行ニ因
リ償フコト能ハサル損害ヲ生スヘキコトヲ證明スルトキニ限り保證ヲ立テ
シメテ強制執行ヲ一時停止スヘキコトヲ命シ又或ハ申立人ニ保證ヲ立テシ
メテ債權者ノ爲セル執行處分ヲ取消スヘキコトヲ命スルヲ得債權者ハ其爲
シタル執行處分ニ因リ權利ヲ取得ス故ニ取消スヘキ執行處分ニ依ル債權者
ノ利益ヲ完全ニ保護スルニ足ルヘキ保證ヲ立ツルニ非スシハ執行處分ノ取

消テ命スルコトヲ得ヌ又執行處分取消ノ命令ハ其性質上當然強制執行ノ開始ヲ前提トスルモノナリ此命令ノ形式ハ經令判決ト共ニ之ヲ發スルトキト雖モ決定ナリ隨テ之ヲ言渡ササルトキハ職權ヲ以テ當事者雙方ニ送達セサルヘカラス(第二四五條)特別命令ヲ求ムル中立ヲ實體上ノ理由アリトシテ採用シ又ハ理由ナキモノトシテ之ヲ却下シタル裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ヌ何トナレハ若シ之ヲ許ストキハ本案ヲ豫斷スルニ至ルノミナラス此裁判ハ一時即チ本案ニ關スル終局判決ヲ爲スマテ其效力ヲ保有スルニ過キス隨テ各審級ニ於テ特別命令ニ關スル申立ヲ爲スコトヲ得レハナリ然レドモ不當ニ前提要件ヲ具備セスト認メ又ハ之ヲ缺クモノト認メテ申立ヲ採用シ又之ヲ却下シタル裁判ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ(第五五八條)假執行ノ宣言ヲ付シタル判決ニ對シ故障ヲ申立テ又ハ上訴ヲ提起シタル當事者ハ民事訴訟法第五百條ノ規定ヲ準用シタル特別命令ヲ求ムルコトヲ得ルハ前述シタル所ナリ(第五一二條改正案第六三五條)

假差押及ヒ假處分ニ關シテハ民事訴訟法第五百條及ヒ第五百十二條ノ適用

ナシ蓋シ該條ノ適用ハ假差押命令及ヒ假處分命令ノ取消ト同一ノ效力ヲ生シ假差押及ヒ假處分ノ注意ニ反スレハナリ

(3)

執行文ノ付與ニ對シ異議ノ申立アリタルトキハ管轄裁判所ノ裁判長ハ異議ニ付キ裁判ヲ爲ス以前ニ於テ假處分特ニ假ニ執行文ヲ付與セル若クハ既ニ付與シタル執行文ヲ取消ス旨ノ裁判ヲ爲シ保證ヲ立テシメ若クハ之ヲ立テシメスシテ強制執行ヲ一時停止シ又ハ保證ヲ立テシメテ強制執行ヲ續行スヘキコトヲ命スルコトヲ得其他保證ヲ立テシメテ既ニ爲シタル執行處分ノ取消ヲ命スルコトヲ得然レトモ保證ヲ立テシメスシテ既ニ爲シタル執行處分ノ取消ヲ命スルコトハ假處分ノ範圍外ニ涉ルヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ヌ何トナレハ債權者ハ斯ル假處分ニ因リテ完全ニ取消シタル權利ヲ全然喪失スルニ至ルヲ以テナリ強制執行ノ方法ニ對シ異議ノ申立アリタル場合ニ於テ執行裁判所ハ前示ノ如キ假處分ヲ發スコトヲ得ヘシ(第五一二條第二項、第五四四條第一項改正案第六四八條第三項第六六九條第二項其詳細ハ前述シタル所ナルヲ以テ參考ヲ求ム)

(4)

確定シタル請求ニ關シ異議ノ訴ノ提起アリタルトキハ受訴裁判所即チ異議ノ訴ノ繫屬セル第一審裁判所又ハ第二審裁判所ハ強制執行ヲ一時停止スヘキ特別命令ヲ發スルコトヲ得又斯ル訴ノ提起前ニ在リテハ斯ル訴ニ付キ管轄權アル裁判所ハ起訴ヲ條件トシテ斯ル命令即チ起訴ノ停止條件附命令ヲ發スルコトヲ得此特別命令ハ一時的性質ヲ有シ受訴裁判所カ民事訴訟法第五百四十八條ノ規定ニ從ヒ之ヲ取消シ之ヲ變更シ若クハ之ヲ認可シタル判決ノ確定ニ依リテ當然其效力ヲ喪失ス又此特別命令ハ假處分ト其性質ヲ同シウセス假處分ハ此特別命令ノ爲メニ強制執行ヲ停止又ハ執行處分ヲ取消スモノニ非ス隨テ假處分ノ規定ノ準用ナシ(第五四七條改正案第六七二條)此特別命令ヲ發スルニハ第一ニ債務者ノ申立申請アルヲ要ス而シテ此申立ヲ正當ナラシムルニ必要ナル事實ハ之ヲ疏明セサルヘカラス第二〇條此申立ハ相手方ニ交付スヘキ訴狀ニ記載スルコトヲ要セス然レトモ事實上ノ疏明ハ假差押命令及ヒ假處分命令ニ於ケルカ如ク保證ヲ立ツルコトニ依リテ補充スルコトヲ得ス第二ニ異議ノ訴ノ適法ナルニ必要ナル總テノ要件ヲ

疏明セサルヘカラス故ニ受訴裁判所ハ民事訴訟法第五百四十五條ニ規定シタル前提要件ノ存スルトキハ特ニ管轄權ノ有無ヲ職權ヲ以テ調査セサルヘカラス(例外ナルカ故ニ斯ル嚴格ノ要件アリ)該二要件ノ存スルトキハ裁判所ハ特別命令トシテ執行ノ停止若クハ續行又ハ執行處分取消ノ命令ヲ發スルヲ得ヘシ(此特別命令ハ民事訴訟法第五百條ニ規定セル命令ト異ナル所アリ其第一ハ第五百四十七條第二項ニ在リテハ單ニ停止ト規定シ第五百條ニ於ケルカ如クニ一時停止ト規定セス然レトモ這ハ法文上ノ差異ニシテ法意上ノ差異ニ非ス何トナレハ第五百四十七條第二項ノ停止亦一時ノ停止ナルコトハ判決ヲ爲スニ至ルマテノ法文ニ徴シ明白ナリ其第二ハ彼ニ在リテハ強制執行ヲ續行スヘキコトヲ命令シト規定シ此ニ於ケルカ如クニ強制執行ヲ爲スト規定セス是レ法文上及ヒ法意上ノ差異ニシテ彼ハ強制執行ノ開始トシテハ急迫ナル場合即チ受訴裁判所ノ裁判ヲ求ムルニ迫ナキ場合ニ於テハ裁判長之ヲ發シ又訴ノ提起ノ前後ニ拘ハラス執行裁判所カ之ヲ發スルコトヲ

得然レトモ此場合ニ於テハ執行裁判所ハ債務者ヲシテ特別命令ヲ求ムル申立ニ付テノ受訴裁判所ノ裁判即チ民事訴訟法第五百四十七條第二項ニ規定セル裁判ヲ提出セシムルカ爲メ相當ノ期間ヲ定メサルヘカラス蓋シ道ハ急迫ノ事情ニ應スル一ノ變則ニ過キサレハナリ又此場合ニ於テハ債務者ハ急迫ノ事情ノ外ニ申立ヲ正當ナラシムル事實上ノ主張ヲ疏明セサルヘカラサルヤ明白ナリ而シテ債務者カ前示ノ期間ニ受訴裁判所ノ裁判ヲ提出セサルトキハ執行裁判所ノ特別命令ハ當然其效力ヲ喪失シ特別ニ執行裁判所ノ決定ヲ要スルコトナク債權者ノ申立ニ因リ執行ヲ續行スルモノタリ前示ノ期間經過後受訴裁判所ノ裁判特別命令アリタルトキハ執行裁判所ノ特別命令ノ失効ニ關係ナク民事訴訟法第五百五十條第二號ノ規定ニ從ヒ將來ニ向テ其效力ヲ生ス執行裁判所ノ裁判カ抗告ノ結果トシテ消滅シタル場合亦然リ特別命令ニ關スル受訴裁判所並ニ執行裁判所ノ裁判ハ口頭辯論ヲ經スシテ之ヲ爲スコトヲ得是レ急速ニ處分ヲ爲ス必要アルニ基キ此裁判ニ對シテハ民事訴訟法第五百五十八條ニ從ヒ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得

當ヘシ(第五四七條第三項改正案第六七二條正)對テ四條第六六〇條第五項前示ノ法則ハ執行文ヲ付與ニ對スル實體的異議ノ訴ニ適用アリ又執行處分ノ取消ニ付キ保證ヲ立テシムルコトヲ要セサル旨ノ差異ヲ以テ第三者ノ執行ニ對スル異議ノ訴ニ適用アリ前述ノ說明參考第五四七條第五四六條第五四九條末項改正案第六七二條第六七四條第四項(一)ハ執行裁判所ノ執行ヲ免ルル爲メ保證ヲ立テ又ハ供託ヲ爲シタル旨ヲ記載シタル公正證明書ノ提出 執行ノ停止又ハ取消カ保證ヲ立テ又ハ供託ヲ爲シタニ付キ信用アル公正ノ證明書ヲ提出シタルトキハ強制執行ヲ停止シ又ハ之ヲ制限セサルヘカラス(第五〇〇條第五一二條第五〇五條第二項第五二二條第五四七條第五四九條蓋シ執行ノ停止又ハ制限ニ付テノ條件到來シタルヲ以テナリ(第五五〇條第三號第五六〇條改正案第六七五條第三號第六八六條) 四 執行スヘキ裁判判決執行命令抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判ノ成立後又ハ其他ノ執行スヘキ債務名義ノ成立後裁判上ノ和解又ハ公證人作成ノ公正證書ニ債務者カ債權者ニ辨濟ヲ爲シ(辨濟ハ博義ニシテ相殺等ノ如キ

債權ノ消滅ヲ包含ス又ハ債權者ヨリ義務履行猶豫ノ承諾ヲ受ケタル旨ヲ記載シタル證書ノ提出、斯ル證書ヲ提出セシトキハ執行ヲ爲スコトヲ得ス又ハ執行ヲ猶豫スヘキモノナルヲ以テ執行ノ停止又ハ其制限ヲ爲スヘキヤ當然ナリ證書トハ唯リ公正證書ノミナラス私署證書ヲモ包含ス是レ單ニ證書ト規定シタル所以ニシテ又債權者カ債務者ニ交付シタル私署證書ハ其信用ノ程度ヲ公正證書ト同シウスルヲ以テナリ民事訴訟法第六百一條ニ規定シタル轉付命令ハ債權者ノ權利ヲ消滅セシムルモノナルヲ以テ該命令ニ關スル書面ハ債權者カ辨濟ヲ受ケタル旨ヲ記載シタル證書ト謂フコトヲ得ヘシ債務者ハ疏明其他ノ方法ヲ以テ執達吏ニ對シ證書ノ真正ナルコトヲ證シ又執達吏ハ證書ノ眞否ヲ調査シ且債權者ノ代理人カ證書ヲ交付シタルモノナルトキハ其代理權ノ有無ヲ調査セサルヘカラス若シ債權者カ證書ノ真正ヲ爭ヒタルトキハ執達吏ハ執行ヲ續行セサルヘカラス何トナレハ辨償又ハ履行猶豫ニ關スル證書ニシテ適當ノ證明ナク又ハ債權者ノ爭ニ係ルトキハ執行ヲ停止シ又ハ制限スルニ適當ナルモノト謂フコト能ハサレハナリ(第五五〇條第四號第五六〇條改正案第

六七五條第四號第六八六條

(五) 債務者ノ破産宣告、破産財團タルヘキ債務者ノ財産ニ付キ破産手續ヲ開始アリタルトキハ其手續中該財團ニ對シ破産債權者タルヘキ債權者ノ爲メニ強制執行ノ續行開始ハ勿論ヲ爲スコトヲ得ス是レ各破産債權者ニ平等ノ満足ヲ得セシムルカ爲メナリ(商法第九八六條故ニ執行機關ハ職權ヲ以テ執行ヲ停止セサルヘカラス然レトモ執行カ別除權若クハ取戻權ノ執行トシテ取扱ハルヘキモノナルトキハ此限ニ在ラス何トナレハ此等ノ權利ハ破産手續ノ外ニ於テ主張スルコトヲ得ヘケレハナリ

第二章 停止及ヒ制限ノ效力

強制執行ノ停止及ヒ其制限ハ唯強制執行ノ續行ヲ止ムルノミ之カ爲メニ既ニ發生シタル執行行為ヲ存在セサルモノト爲スヲ得ス隨テ債權者ノ差押權ハ依然存續ス而シテ前述シタル第一及ヒ第三ノ場合ニ於テハ執行機關ハ唯リ其行動ヲ停止スルノミナラス既ニ爲シタル執行處分(執行行為ノ結果)ノ結果ヲモ取

消ササルヘカラス差押權ノ效力ノ排去ノ如キ何トナレハ此場合ニ於テハ債務名義ノ執行力ハ確定のニ除去セラレタレハナリ第二ノ場合ニ於テハ裁判所カ其裁判ヲ以テ從前ノ執行行爲ノ取消ヲ命シタルトキニ限リ從前ノ執行行爲ノ取消トハ執行處分ノ取消ヲ指示スルモノタリ第五〇〇條第五一二條第五四七條第二項第五四九條末項等參照之カ取消ヲ爲レ反對ノ場合ニ於テハ既ニ爲シタル執行處分ヲ一時保持ス何トナレハ第二ノ場合ニ於ケル停止ハ執行ノ一時停止ナレハナリ第四ノ場合ニ於テハ既ニ爲シタル執行處分ヲ一時保持セシムヘク即チ既ニ爲シタル執行處分ハ債權者カ執行委任ヲ取下クルカ若クハ執行處分ノ取消ヲ命スル執行シ得ヘキ裁判正本ノ提出アルマテ其效力ヲ有スルモノトス債權者カ執行委任ヲ取下クスシテ却テ執行ノ續行ヲ爲サントスルニ當リテハ債務者ハ管轄裁判所ニ對シ強制執行ヲ一時停止スヘキコト又ハ之ヲ許サナル旨ノ裁判ヲ求メ其正本ヲ執行機關ニ提出スルコトヲ得ヘシ(第五四四條第一項第五四五條執達吏其他ノ執行機關カ不當ニ執行處分ノ取消ヲ排斥シ又ハ之ヲ承認セルトキハ民事訴訟法第五百四十四條ニ依リ執行裁判所ノ救済ヲ求

ムルコトヲ得ルヤ言フ換タヌ(第五五一條改正案第六七六條第五項場合ニ於ケル效果ハ破産法ノ規定ニ依ル)同様に破産法ニ依リ破産管財人ノ職務ニ關シテハ破産管財人ノ職務ニ關シテハ破産法ノ規定ニ依ル

第三章 停止及制限ノ手續

強制執行ノ停止又ハ制限ノ爲メニ適法ナル書面ヲ提出交付ハ必要ニ非シタル者アルトキハ執達吏ハ圖書ニ提出シタル書面ノ旨趣ヲ記載シ以テ適當ナル處分ヲ爲ササルヘカラス(第五四〇條)而シテ強制執行ノ停止又ハ制限アリタルトキハ之ヲ債權者ニ通知スヘシ何トナレハ債權者ハ之ニ付キ大ナル利害關係アレハナリ執達吏カ適法ナル書面ノ提出アルニモ拘ハラズ強制執行ノ停止又ハ制限ヲ拒絕シタルトキハ提出者タル債務者又ハ第三者ハ民事訴訟法第五百四十四條ニ基キ執行裁判所ノ裁判ヲ求ムルコトヲ得ヘク又執達吏カ不當ニ強制執行ノ停止又ハ制限ヲ爲シタルトキハ債權者モ亦同條ニ基キ執行裁判所ノ裁判ヲ求ムルコトヲ得ヘシ(第五四四條)又ハ之ヲ執行裁判所ノ執行ニ關シテハ法律上何等ノ明文ナシ然

レトモ強制執行ノ停止又ハ制限ノ原因カ裁判ナルトキハ(第五五〇條第一乃至第三)斯ル裁判ノ取消又ハ變更ヲ爲シタル裁判ノ提出アルニ非サレハ執行ノ續行ヲ爲スコトヲ得ス(之カ爲メニ特別ナル執行文ノ付與ヲ要セス但民事訴訟法第五百四十七條末項及ヒ第五百四十九條末項ノ規定ニ基キ執行裁判所ノ特別命令ヲ認可スル受訴裁判所ノ裁判ヲ提出スヘキカ爲メニ相當期間ノ定メアル場合ニハ該期間ノ徒過ニ依リ又ハ強制執行ノ續行カ債權者ノ保證ヲ立ツヘキ條件ニ繋リタルトキハ(第五〇〇條、第五一二條、第五四七條、第五四九條)債權者カ執行機關ニ保證ヲ立ツタルコトノ公正ノ證明書ヲ提出シテ之ヲ證明シ且其原本ヲ相手方ニ送達シタルコトノ證明ニ依リテ(第五二九條準用強制執行ヲ續行スルモノナリ又強制執行ノ停止若クハ其制限ノ原因カ猶豫第五〇條第四)ナルトキハ猶豫ニ期限アルト否トニ從ヒテ區別ヲ爲ササルヘカラス猶豫ニ制限ナキトキハ債權者カ自己ノ欲スル所ニ從ヒテ執達吏ニ對シテ特ニ強制執行ヲ續行スヘキ旨ノ申立ヲ爲スニ因リテ強制執行ヲ續行シ又猶豫ニ期限アルトキハ執達吏カ猶豫期限經過ニ依リ債權者ノ申立ヲ要スルコトナク強制執行ヲ續

行スルコトヲ得ルヤ否キハ債權者ト執達吏トノ間ニ存スル法律關係ノ内容ニ從ヒテ之ヲ定ム

第四編 執行ノ方法

強制執行ハ事物ノ性質ニ從ヒ或ハ直接強制ニ依リ或ハ間接強制ニ依リテ行ハル間接強制ニ依レル強制執行ハ國家カ申立ニ因リテ債務者ヲシテ債權者ニ對シ負擔シタル作爲又ハ不作爲ヲ目的トスル債務ヲ履行セシムルカ爲メニ相當ノ期間ヲ定メテ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シターノ賠償ヲ爲スヘキコト又ハ直接ニ損害賠償ヲ爲スヘキコトヲ命スル履行方法ナリ此強制執行ハ我民事訴訟法ノ法意ニ依レハ唯執行スヘキ請求權ノ性質上直接強制ニ依レル所ノ強制執行ノ行ハレタル場合ニ限リテ行ハルモノナリ(第七三四條、第七三三條參照)直接強制ニ依レル強制執行トハ國家カ債務者ノ意思ノ媒介ヲ俟タスシテ直接ニ債權者ヲシテ其債務者ニ對シテ有スル請求ニ適當ナル満足ヲ得セシムル執行方法ナリ此強制執行ニ在リテハ原則上國

家ノ機關カ債務者ニ代リテ債權者ニ債務者カ任意履行ニ因リテ債權者ニ供給スヘキ事物ヲ供給スルモノトス蓋シ民事訴訟法第五百七十四條第二項並ニ第五百七十九條ニ所謂債務者ヨリ支拂ヲ爲シタルモノト看做ストノ文意及ヒ同法第五百八十二條並ニ第五百八十三條ニ所謂債務者ニ代リトノ文意ヨリ推究セハ執達吏ハ動産ノ差押及ヒ其賣却ニ關シテハ債務者ノ代理人トシテ職務ヲ取扱フモノタルコトヲ認ムルコトヲ得ヘタ執達吏ハ前ニ述ヘタルカ如ク民事訴訟法第五百三十三條乃至第五百三十五條ノ規定ニ依レル債權者ノ代理人トシテ職務ヲ取扱フ者ナリ然レトモ之カ爲メニ民法第百八條ノ規定ニ抵觸スルモノニ非ス蓋シ執達吏ハ職權的代理人ナルヲ以テ當事者雙方ノ代理人タルコトヲ得ルヤ當然ナレハナリ又差押ヘタル債權ヲ轉付スル場合ニ於テハ執行裁判所ハ債務者ヲ代表スルモノト謂フコトヲ得ヘケレハナリ獨逸民事訴訟法第八三六條面シテ民事訴訟法第七百三十三條ニ規定シタル場合ハ斯ル原則ニ對スルノ例外タリ

此ノ如ク直接強制ニ依レル強制執行ニ在リテハ執行機關ハ原則上債務者ニ代

ルモノナルヲ以テ所有權ノ移轉等ノ如キ債權者ニ任意ノ履行ニ依リテ満足ヲ供スル場合ニ於テ必要ナルヘキ債務者ノ意思ハ國家ノ意思ニ依リテ代替セラレ(第五八二條第五八三條隨テ抵當權ノ登記相續ノ承認其他債權ノ讓渡等ノ如キ債務者カ單純ナル意思ノ陳述ヲ爲スヘキ判決ヲ受ケ又賣買行為ノ成立確認ノ如キ債務者カ法律關係ノ成立ヲ認諾スヘキ旨ノ判決ヲ受ケタル場合ニ於テハ其判決ノ確定ニ因リテ債務者カ認諾又ハ意思ノ陳述ヲ爲シタルモノトスルヲ以テ足レリトシ特ニ意思ノ陳述ヲ爲サシムヘキ強制手段ヲ必要ト爲サザルナリ蓋シ判決ノ確定ヲ以テ國家カ債務者ニ代リテ必要ナル意思ノ陳述ヲ爲シタルモノト謂フコトヲ得ヘケレハナリ然レトモ債務者ノ認諾又ハ意思ノ陳述カ債務者ノ豫先の又ハ同時の反對給付ニ係ルトキハ其認諾又ハ意思ノ陳述ハ第五百十八條及ヒ第五百二十條ノ規定ニ從ヒテ執行力アル正本ヲ付與シタル時ニ其效力ヲ生ス蓋シ執行力アル正本ノ付與ハ唯リ之ヲ執行機關ニ提出スルカ爲メニ必要ナルノミナラス反對給付ノ履行ヲ證明スヘキモノナルヲ以テ此確實ナル證明アリタルトキニ意思ノ陳述ノ成立セラルモノト爲スハ極メテ適當

ナレハナリ(第七三五條)獨逸民事訴訟法第八九四條第一項但此法則ハ判決以外ノ債務名義殊ニ和解調書ニ適用ナカルヘシ蓋シ此法則ノ適用ハ判決タルコトヲ前提要件ト爲セハナリ又婚姻ノ承諾ヲ爲スヘキ旨ヲ言渡シタル判決ニ關シテハ適用ナカルヘシ蓋シ斯ル判決ニハ民事訴訟法上強制方法ナキヲ以テナリ其他ハ意思ノ陳述ヲ爲スヘキ旨ヲ言渡シタル判決ニ附シタル假執行ノ宣言ハ斯ル意思ノ陳述ヲ爲シタルモノト認ムルノ效力ナシ何トナレハ民事訴訟法第七百三十六條ハ「意思ノ陳述ヲ爲シタルモノト看做ス」ニ付キ判決ノ確定ヲ前提要件ト爲セハナリ

強制執行ノ方法ハ執行スヘキ請求權ノ内容即チ金錢ノ支拂ヲ目的トスル權利、特定物若クハ代替物ノ引渡ヲ目的トスル權利、特定行爲ノ作爲若クハ不作爲ヲ目的トスル權利ノ爲メニ成立スル債務名義ニ從ヒテ當然異ナルモノトス金錢ノ支拂ヲ目的トスル請求權ノ強制執行ハ直接ニ債務者ノ總財産ニ對シテ行ハル(直接強制ニ依ル強制執行然レトモ金錢ノ債權ハ金錢ノ支拂ヲ以テ満足セラルルモノナルカ故ニ債權者ハ通常現金ヨリ又現金ナキトキハ債權額ヲ限度トシ

テ債務者ノ他ノ財産ノ金錢の價額ヨリ満足ヲ享有スルモノトス蓋シ現金アルニモ拘ハラズ現金以外ノ財産ヨリ満足ヲ受ケントスルカ如キハ徒ニ費用ヲ費スノミナルヲ以テナリ又其他ノ請求權ニ付キ強制執行ヲ爲ス場合ニ於テハ強制執行ハ或ハ債務名義ニ於テ表示セル特定物件ニ對シ(直接強制ニ依ル強制執行)或ハ損害ヲ賠償セシムルノ方法間接強制ニ依ル強制執行ニ依リ行ハル是ヲ以テ強制執行ノ方法ヲ分チテ「金錢債權ニ付テノ強制執行」及ヒ「金錢ノ支拂ヲ目的トセサル債權ニ付テノ強制執行」ト爲スハ學理上正當ニシテ又我民事訴訟法ノ採用シタル綱目タリ又金錢ノ債權ノ爲メニスル強制執行ニ關シテハ其強制執行ノ目的物カ債務者ノ動産、不動産及ヒ船舶ナルニ從ヒテ執行ノ目的ヲ達スルノ手續當然異ナラサルヲ得ス是ヲ以テ金錢ノ債權ニ付テノ強制執行ヲ更ニ分チ動産ニ對スル強制執行及ヒ「不動産ニ對スル強制執行」及ヒ「船舶ニ對スル強制執行」ト爲スハ學理上正當ニシテ又我民事訴訟法ノ採用シタル綱目ナリ故ニ以下此綱目ニ從ヒテ本編ヲ略述セントス面シテ法律ハ債權者カ強制執行ヲ爲スニ當リ前示セル各方法ヲ併用スルコト及ヒ自己ノ目的ヲ達スルニ足ル方法

ヲ選擇スルニトハ之ヲ債權者ノ判斷ニ任シタリ蓋シ斯ル事項ハ專ラ債權者ノ利益ニ關スルモノナレハナリ然レトモ各執行方法ノ續行ニ付テハ債權者カ十分ナル満足ヲ得ルノ程度ニ止マル制限アルヤ言フ埃ササル所ナリ

第一章 通則

(二) 執行ノ開始及ヒ終結 強制執行ノ執行機關ノ債權者ノ申立ニ基キ債務者ニ對シ執行ヲ爲ス爲シタルトキニ於テ開始スルモノトス(第五二八條改正案第六五二條受訴裁判所ニ對スル執行文交付與ノ申請ハ強制執行ノ準備手續ニ屬シ)強制執行ヲ開始スルモノニ非ス又執行機關ニ對スル強制執行ヲ開始スヘキ旨ノ申立ハ強制執行ノ實施手續ニ屬シ強制執行ヲ開始スルモノニ非ス是ヲ以テ第一執達吏ノ執行機關タル場合ニ於テ有體動産ニ對シ執行ヲ爲ストキハ有體動産ノ差押ニ因リテ執行ヲ開始シ(第五五六條第五六七條證券ニ對シ執行ヲ爲ストキハ證券ノ占有ニ因リテ執行ヲ開始シ第六〇三條民事訴訟法第七百三十條ノ規定ニ從ヒ執行ヲ爲ストキハ執行ノ目的物ノ取上ニ因リテ執行ヲ開始シ

又第七百三十一條ノ規定ニ從ヒ執行ヲ爲ストキハ執行ノ目的物ニ關スル債權者ノ占有解除若クハ執行ノ目的物ニ非サル動産ノ取除ニ因リテ執行ヲ開始ス
第二執行裁判所カ執行機關タル場合ニ於テ債權其他ノ財産權ニ對シ執行ヲ爲ストキハ差押命令ヲ發スルコトニ因リテ執行ヲ開始シ該命令ノ送達ニ非サルコトニ注意スヘシ(第五九八條第六一四條第六二五條)不動產若クハ船舶ニ對シ執行ヲ爲ストキハ競賣手續ノ開始決定若クハ強制管理ノ開始決定ヲ發スルコトニ因リテ執行ヲ開始シ第六四四條第七〇六條第七一七條又民事訴訟法第七百三十三條ノ規定ニ從ヒ執行ヲ爲ストキハ裁判所カ執行ノ爲メ債權者ノ申立ヲ是認シタル決定ヲ發スルコトニ因リテ執行ヲ開始ス第三受訴裁判所カ執行機關タル場合ニ於テ民事訴訟法第七百三十三條乃至第七百三十五條ノ規定ニ從ヒ執行ヲ爲ストキハ裁判所カ執行ノ爲メ債權者ノ申立ヲ是認シタル決定ヲ發スルコトニ因リテ執行ヲ開始ス而シテ強制執行開始ノ時期ハ主トシテ第三著ノ異議ノ訴ノ能否ニ付キ重大ノ關係アリ(第五四九條)
強制執行ハ右執行處分ノ效果ナキ旨ノ確定債權者カ執行ニ依リテ取得シタル

權利ノ拋棄差押權ノ拋棄取立權ノ拋棄(第六一二條債權者ノ全部若クハ一部ノ満足執行ノ目的物ヲ債權者ニ完全ナル辨濟ヲ得セシムルニ足ラサルトキ)ノ如キ享有ニ依リテ終結ス是ヲ以テ第一執達吏カ執行機關ナル場合ニ於テ有體動産ニ對スル金錢債權ノ強制執行アリタルトキハ其強制執行ハ執達吏カ差押ニ係ル現金又ハ執行ノ目的物ノ賣得金ヲ債權者若クハ其代理人ニ交付スルニ因リテ終結スルモノニ非ス是レ蓋シ執達吏カ債權者ノ純然タル受任者ニ非スシテ却テ法定ノ範圍ニ於テ債權者ノ爲メニ之ヲ代表スル官吏タルノ法理ヨリ推理シテ明瞭ナルノミナラス執達吏ノ職權ハ債務者カ民事訴訟法第五百七十四條第二項第五百七十九條ノ規定ニ從ヒ免責スルニ拘ハラス仍ホ終了セサルヲ以テナリ(第五八三條第六二六條民事訴訟法第七百三十條ノ規定ニ從ヒ強制執行アリタルトキハ其執行ハ執行ノ目的物ヲ債權者ニ引渡スニ因リテ終結シ其目的物ノ取上ニ因リテ終結セス又民事訴訟法第七百三十一條ノ規定ニ從ヒ強達執行アリタルトキハ其執行ハ執行ノ目的物ヲ債權者ニ占有セシムルニ因リテ終結ス第二、執行裁判所カ執行機關タル場合ニ於テ金錢債權ニ對スル強制執

行アリタルトキハ其執行ハ取立命令ニ依レル取立及ヒ轉付命令ニ依ル轉付ニ依リテ終結ス但民事訴訟法第六百七條ノ規定ニ從ヒ第三債務者ノ供託アリタルトキハ強制執行ハ供託アリタル債務額ヲ債權者ニ交付スルコトニ因リテ終結シ民事訴訟法第六百十四條ノ規定ニ從ヒ強制執行アリタルトキハ其執行ハ有體動産ニ對スル強制執行又ハ不動産ニ對スル強制執行ト同一ノ方法ニ依リテ終結シ又民事訴訟法第六百二十五條ノ規定ニ從ヒ強制執行アリタルトキハ其執行ハ賣得金ヲ債權者ニ交付スルコトニ因リテ終結ス又不動産及ヒ船舶ニ對スル強制執行アリタルトキハ強制管理ハ收益金ヲ以テ債權者ニ辨濟ヲ爲スニ因リテ終結シ強制競賣ハ賣得金ヲ以テ債權者ニ辨濟ヲ爲スニ因リテ終結ス第三、受訴裁判所カ執行機關ナル場合ニ於テ民事訴訟法第七百三十三條(民法施行法第五四條)ノ規定ニ從ヒ強制執行アリタルトキハ其執行ハ決定ニ因リ債權者カ満足ヲ享有スルコトニ因リテ終結シ又民事訴訟法第七百三十四條(民法施行法第五五條)ノ規定ニ從ヒ強制執行アリタルトキハ其執行ハ履行ノ完了若クハ損害賠償ノ完了ニ因リテ終結ス而シテ強制執行終結ノ時期ハ主トシテ強制執

執行ノ方法ニ關スル異議及ヒ債務者若クハ第三者ノ異議ノ訴第五四四條乃至第五四六條第五四九條ノ能否ニ付キ重大ノ關係ヲ有ス

(二) 執行手續ニ關スル裁判ニ對スル不服申立及ヒ執行ノ費用 強制執行ノ手續ニ於テ口頭辯論ヲ經スシテ爲スコトヲ得ル裁判ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得第五八條改正案第六九〇條強制執行ノ手續ニ關スル裁判トハ強制執行ノ實施手續ニ關スル終局的裁判ニシテ強制執行ノ準備手續ニ關スル裁判ニ非ス故ニ執行裁判所ノ裁判(第五四三條第三項)民事訴訟法第五百二十二條第一項第五百四十六條第五百四十九條第四項第七百三十三條第七百三十四條ニ規定シタル裁判其他強制執行ノ手續ニ於テ抗告ヲ許スヘカラサルモノトシテ却下スル裁判ヲ指示スハ之ニ屬スレトモ判決確定ノ證明書付與ニ關スル裁判ノ如キ執行ノ準備手續ニ屬スル裁判(第四九九條及ヒ執行手續ニ於テ爲シタル證據調査ニ關スル裁判ノ如キ終局的裁判ニ非スシテ爾後ノ裁判ニ對シテ爲スヘキ抗告ニ依リテ抗告裁判所ノ判斷ヲ受クヘキ裁判ハ之ニ屬セス執行手續ニ於テ口頭辯論ヲ經スシテ爲スコトヲ得ル裁判ニシテ法律上不服申立ヲ許ササル

雜 報

○收用補償額確定訴訟ノ相手方 土地收用法ニ依レハ收用土地ノ補償額ニ付キ收用審査會ノ裁決ニ不服ナル者ハ通常裁判所ニ出訴スルコトヲ得ルモノトス(土地收用法第三五條第一項第二號第五九條第八二條舊土地收用法第一五條今右ノ訴ノ起業者ヨリ提起スル場合ニ於テ補償權利者カ其權利ヲ他人ニ讓渡シタルトキハ何人ヲ被告トスヘキカ大審院ハ判決シテ曰ク土地收用ノ場合起業者ト土地所有者又ハ關係人ニ於テ補償金額ノ協議整ハスシテ土地收用審査會ノ裁決ヲ經ルモ其裁決ニ對シ不服アルモノハ一定ノ期間内裁判所ニ訴ヲ爲シ得ヘキコトハ明治二十二年法律第十九號土地收用法第十五條第二項ニ規定スル所ナレハ起業者及ヒ土地所有者又ハ關係人ハ各々其訴ヲ爲スノ權利ヲ有スルト同時ニ之ニ應スル義務ヲ負ヘルコト明カニシテ此補償金確定ノ權利關係ハ同法カ特ニ此等ノ者ノ間ニ定メタルモノニシテ土地所有者又ハ關係人カ起業者ニ對シテ有スル補償金請求ノ權利關係トハ全ク別箇ノモノトス然リ

而シテ被上告人ハ自己カ本件ノ當事者タルヲ専ラ補償金請求權利者タルニ因
リタルモノニシテ土地收用法ノ特別規定ニ依リタルニ非スト論辯スレトモ補
償金請求ニ付テハ上告人ハ寧ロ債務者ノ位地ニ在ルモノナリ債務者ヨリ債權
者ニ對シ訴ヲ爲スヘキ理由ナキノミナラス上告人ハ起業者トシテ土地收用審
査會ノ裁決ヲ不當トシ更ニ補償金額ヲ定ムル爲メ土地收用法第十五條ノ規定
ニ從ヒ本訴ヲ提起シタルモノナレハ即チ土地所有者タル被告人ニ對シ補償金
額確定ノ權利關係ニ基キ訴ヲ爲スモノタルヤ多言ヲ要セサル所トス然レハ被
告人カ其補償金額請求權ヲ訴外辻岡徳次郎ニ讓渡シタルニセヨ別箇ノ權利關
係ニ基キ補償金額ヲ定メントスル本件訴訟ニ何等ノ影響アルヘキニ非ス
又被上告人ハ補償金請求權利者タルト否トニ拘ハラス訴訟當事者トナルヘキ
モノトセハ訴訟提起前請求權ヲ讓渡シタル場合ノ如キハ何等ノ利害關係ナク
シテ尙ホ訴訟當事者トナラサルヘカラサル結果トナレト論スレリトモ前段説明
ノ如ク土地所有者ハ補償金額確定ニ付テハ起業者ニ對シテ權利者タルト同時
ニ義務者タルモノナレハ假令補償金請求權ヲ他ニ讓リタリト此義務ヲ免カ

ルモノニ非サルノミナラス補償金額ノ多少ニ付テモ讓受人トノ關係上其影
響ヲ蒙ムルコトアルヘケレハ全ク利害關係ナシト云フ可カラスト(大審院明治
三十七年五月二十八日第一民事部判決)
○判檢事及ヒ辯護士試験問題 去月十五日ヨリ同二十六日マテニ執行シタ
ル司法官及ヒ辯護士試験ノ問題左ノ如シ

憲 法

- 一 司法裁判ト行政裁判トノ區別ヲ問フ
- 一 特赦ト刑ノ執行猶豫トノ關係ヲ説明セヨ

行 政 法

- 一 徵發ト租税トノ異同ヲ説明スヘシ
- 二 公ノ組合團體ノ性質ヲ説明シ民法上ノ公益社團ト異ル所以ヲ示セ

民 法

- 一 代理ノ原因ヲ論セヨ
- 二 所有權ニ期限ヲ附スルコトヲ得ルハ併セテ買戻買戻ハ所有權ニ期限ヲ附シタルモノナルヲ否テ説明スヘシ

民 事 訴 訟 法

一 訴ノ變更ヲ許サストノ禁止ハ如何ナル意義、範圍及效力ヲ有スルヤ
二 書証ト檢體トノ異同ヲ說明スヘシ

商 法

一 株式トハ何ヲ又株式トハ何ヲヤ
二 手形ノ意義ノ種類及モ效力ヲ說明スヘシ

刑 法

一 直接正犯タルコトヲ得ザル者ハ亦間接正犯タルコトヲ得ザルヤ
二 委託者以外ノ者力受託者ニ對シ擅ニ委託物ヲ自己ニ賣却セシメタル場合其ノ處分如何

刑事訴訟法

一 一事不再理ノ條件如何
二 控訴審ニ於ケル審判ノ性質ヲ說明スヘシ

國際公法

一 治外法權ノ意義及モ效力ヲ說明スヘシ
二 國際條約ノ成立ニ要スル實體上及モ形式上ノ條件如何

國際私法

一 外國ニ於テ日本人ニ對シテ爲シタルを歸屬管ハ日本ニ於テ如何ナル效力ヲ有スルヤ
二 權利能力ハ何國ノ法律ニ依ルヘキモノナルヤ

學生募集

學則入用ノ向ハ
申込次第送呈ス

本大學ニ於テハ梅澤理、富井敦頭ヲ始め、金井、岡田、高橋、松波、中村、山田、志田、美濃部、加藤、範ノ諸博士其他新進ノ學士等數十名各専門ノ學科ヲ擔任シ懇切ニ教授ス
九月十二日新學年授業開始ニ付此募集生ヲ募集ス入學志願者ハ速ニ申込ムヘシ授業ハ大學預科ヲ除クノ外毎日午後五時三十分ニ開始ス午後一時三十分ヲ以テ始ム

○大學部

本大學大學預科卒業生又ハ之ト同資格者及中學校卒業生又ハ之ト同資格者ニシテ入學試験ニ合格シタル者又ハ之ト同等學校預科卒業生ヲ入學セシム

○專門部

中學校卒業生又ハ之ト同資格者ハ試驗ヲ要セズ正科生トシテ又ハ別科生トシテ第一學年級ニ入學ヲ許ス但別科生ハ其履歷ニ依リテ入學試験ヲ行フ

入學試験

十月十五日、二十五日、十一月四日、十五日、二十五日施行ス

○高等研究科

高等研究科學生ハ特ニ開ク講義ヲ聽聞スルノ外他ノ講義ヲ任意聽聞スルコトヲ得ルモニシテ新學年ノ授業ハ十月一日ヨリ開始セリ本大學卒業生又ハ他ノ同等學校卒業生ハ何時モ入學ヲ許ス

○大學豫科

第二期 中學校卒業生又ハ之ト同資格者ニシテ入學試験ニ合格シタル者ヲ入學セシム

○聽講生

本大學各都科ノ講義ヲ任意聽聞スルモノニシテ本大學ノ設備ヲ經テ方者ハ何時モ入學ヲ許ス

明治三十七年十月

司法省指定
文部省認定

私立 法政大學

東京市麹町區富士見町六丁目十六番地(電話番町一七四番)

一 訴ノ變更ナ許サストノ禁止ハ如何ナル意義、範圍及ヒ效力ナ有ハルヤ
二 書證ト檢證トノ異同ヲ說明スヘシ

商 法

一 株式トハ何ソヤ又株券トハ何ソヤ

刑 法

一 直接正犯タルコトヲ得タル者ハ亦間接正犯タルコトヲ得タルヤ

二 委託者以外ノ者力受託者ニ對シ擅ニ委託物ヲ自己ニ賣却セシメタル場合其ノ處分如何
三 刑事訴訟法

一 一事不再理ノ條件如何

二 控訴審ニ於ケル審判ノ性質ヲ說明スヘシ

國 際 公 法

一 治外法權ノ意義及ヒ效力ヲ說明スヘシ

二 國際條約ノ成立ニ要スル實體上及ヒ形式上ノ條件如何

國 際 私 法

一 外國ニ於テ日本人ニ對シテ爲シタル法律宣告ハ日本ニ於テ如何ナル效力サ有スルヤ

二 裁判能力ハ何國ノ法律ニ依ルヘキモノナルヤ

學生募集

學則入用ノ向ハ
申込次第送呈ス

本大學ニ於テハ梅總理、富井教頭ヲ始め、種積、金井、岡野、岡田、高橋、松波、中村、山田、志田、美濃部、加藤、鏡ノ諸博士其他新進ノ學士等數十名各專門ノ學科ヲ擔任シ懇切ニ教授ス
九月十二日ヨリ新學年授業開始ニ付此際學生ヲ募集ス入學志願者ハ速ニ申込ムヘシ授業ハ大學豫科ヲ除クノ外毎日午後五時三十分(土曜日午後一時三十分)ヨリ始ム

○大 學 部

本大學大學豫科卒業生又ハ之ト同資格者及中學校卒業生又ハ之ト同資格者ニシテ入學試驗ニ合格シタル者又ハ他ノ同學校豫科卒業生ヲ入學セシム

○專門部 (法律科 實業科)

中學校卒業生又ハ之ト同資格者ハ試驗ヲ要セス正科生トシテ又本大學ノ銓衡ヲ經タル者ハ別科生トシテ第一學年級ニ入學ヲ許ス但別科生ハ其履歷ニ依リテハ試驗ヲ行フ

入 學 試 驗

十月十五日、二十五日、十一月四日、十五日、二十五日施行ス

○高等研究科

高等研究科學生ハ特ニ開ク講義ヲ聽聞スルノ外他ノ講義ヲ任意聽聞スルコトヲ得ルモノニシテ新學年ノ授業ハ十月一日ヨリ開始セリ本大學卒業生又ハ他ノ同學校卒業生ハ何時ニテモ入學ヲ許ス

○大學豫科 第二期

中學校卒業生又ハ之ト同資格者ニシテ編入試驗ニ合格シタル者ヲ入學セシム

○聽 講 生

本大學各教科ノ講義ヲ任意聽聞スルモノニシテ本大學ノ銓衡ヲ經タル者ハ何時ニテモ入學ヲ許ス

東京市麴町區富士見町六丁目十六番地(電話番町一七四番)

明治三十七年十月

司法部指定
文部省認定

私立 法政大學

特別法講義錄

第十九號 (十月六日發行)

每月一回發行
謝金十五錢

市制町村制

法學士松浦鏡次郎

著作權法

法學博士水野鍊太郎

公證人規則

法學士山脇貞夫

執達吏規則

法學士岡八

○現行租稅法論(完結)法學士若槻禮次郎○戶籍法(完結)法學士島田鐵吉○競賣法(完結)法學士吾孫子勝○人事訴訟手續法(完結)法學士松岡義正○特許法(完結)法學士杉本貞治郎

●一號ヨリ缺本ナシ

十月

法政大學

(明治三十六年十月十二日第三種郵便物認可)
每月十四日、十五日、十六日、十七日、十八日發行

明治三十七年十月十五日印刷

明治三十七年十月十八日發行

(定價金四拾錢)

編輯者

東京市牛込區牛込北町十番地
萩原敬之

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町十一番地
金子活版所

東京市麴町區富士見町六丁目十六番地

發行所

司法省
指定

法政大學

(電話番町百七十四番)