

擔保權者ノ受任者從テ代理人ナリト解シ、競賣カ私賣ナルコトヲ斷スルモノナキニアラサルヘシ。然レトモ(イ)論者ノ所說ヲ一申スルニハ、我成法ニ使用スル委任ナル語ハ、常ニ民法上ノ委任契約ヲ指スモノナルコトヲ立證セサルヘカラス。然カモ民事訴訟法ニ於テハ、送達及ヒ強制執行ニ付キ等シク「執達吏ニ委任ス」ナル語ヲ使用スルニ拘ハラズ(二二六條二項五三一一條乃至五三三條)、謂フ所ノ委任トハ、民法上ノ委任契約ニハアラス、殊ニ執行ノ場合ニ委任ト云フハ國家ノ執行機關ニ對スル申請ヲ云フモノニ外ナラサルコトハ學說ノ認ムル所ナリ。(Hellwig, Lehrbuch Bd. II S. 105 f. a. a. O. S. 110)。從テ吾人ハ競賣法第三條ニ謂フ所ノ委任モ亦、同法第二二條ニ於テ申立ト云フカ如ク、國家機關タル執達吏ニ對スル競賣ノ申立ニ外ナラサルモノト解セントス。且(ロ)論者ノ如ク、謂フ所ノ委任ヲ解シテ民法上ノ委任契約ナリトスル場合ニハ執達吏カ其委任ノ趣旨ニ從ヒテ競賣ヲ爲ササル場合ニハ、委任契約ニ基キ其債務ノ履行ヲ通常ノ訴ニ依リテ請求スルコトヲ得ルモノト解セサルヘカラス。然カルニ、競賣法第一七條ハ民事訴訟法ニ於ケルト等シク(五四四條參照)斯ル場合ニハ、擔保權者ハ執達吏ノ處分ニ付キ其所屬區裁判所ニ異議ノ申立ヲ爲スヘキモノトシテ受任義務履行請求ノ訴ヲ認メス。之モ亦タ謂フ所ノ委任カ、民法上ノ委任契約ニ非サルコトヲ示ス一證左タリ。(Hellwig, edenda 116; Weismann, Lehrb, Bd. II S. 80 a. a. O.)。

II 競賣法ノ認ムル競賣ハ、國家機關カ金錢債權ノ強制執行ノ形式ニ從ヒテ行フ擔保物件ノ換價、

(Verwertung)ニ外ナラス。換言スレハ我競賣法ハ擔保權者カ強制執行ノ形式ニ從ヒテ行フ、擔保權ノ實行方法ヲ定メタルモノナリ。

吾人カ右主張ヲ爲ス根據ハ(1)一ハ法制沿革上ノ理由ニ依ルモノタリ獨逸普通法時代ニ於テ質權者カ公賣ニ依リテ擔保權ヲ實行スル場合、殊ニ抵當權者カ抵當權ヲ實行スル場合ノ Substitutionsverfahren ハ、羅馬法ノ金錢債權ニ關スル確定判決ノ執行手續ニ依リタルモノナルコト並ニ獨逸民法ニ於テハ擔保權ノ裁判上ノ實行ハ、強制執行ノ形式ニ從ヒテ行フヘキ旨ノ明文アルコト(獨逸第一草案第一〇七五條及ヒ第一一六九條、確定法第一一四七條及ヒ第一二二三條)ハ、前ニ述ヘタルカ如シ。而カモ我立法者カ擔保權ノ實行ニ關スル民法ノ規定若クハ競賣法ノ規定ヲ設クルニ當タリ、右獨逸普通法以來發達シタル沿革上ノ傾向ヲ打破シタルコトヲ認ムヘキ充分ナル證據ナシ。且(2)權利質ノ實行ニ關スル民法第二六七條及ヒ第三六八條ノ基礎トナリタル立法精神ニ徴スルモ、動産質權、不動産質權、又ハ抵當權實行ノ場合ニ於ケル競賣ハ「民事訴訟法ニ定ムル執行方法ニ依リテ、擔保權ヲ實行スルモノタルニ外ナラサルコトヲ知ルヘシ(本書二二六二頁參照)。(3)加之、民事訴訟法ニ於テ、「民法ノ規定ニ依ル配當要求」トハ擔保權ノ目的タル動産又ハ不動産ニ對シテ、無擔保ノ金錢債權カ執行セラルル場合ニ、擔保權者カ該執行ニ附帶シ、強制執行ノ形式ニ於テ擔保權ヲ實行スルモノニ外ナラサルコトハ前述ノ如シ。而カモ擔保權者カ國家機關ニ依リテ擔保權ヲ實行スル場合ニハ、獨

立シテナスト附帯シテナストニ依リテ其實行方法ヲ異ニスヘキ理由ヲ見出スコト能ハス。

是レ吾人カ我競賣法ノ認ムル競賣ヲ以テ、擔保權者ノ申請ニ因リ國家機關カ強制執行ノ形式ニ從ヒテ行フ擔保權ノ實行方法ナリトシ、從テ我競賣法ヲ以テ強制執行ノ形式ニ從ヒテ爲ス擔保權ノ實行方法ヲ規定シタルモノト解スル所以ナリ。論者ハ或ハ謂フヘシ。若シ所論ノ如シトセハ、立法者ハ民法第三六八條ニ於ケルカ如ク、權利質以外ノ擔保權ニツキテモ、「裁判上ノ實行ハ強制執行ノ形式ニ依リテ爲ス」旨ノ二三ノ規定ヲ民法中ニ設クレハ足り、競賣法ノ如ク五十餘條ノ規定ヲ設クルノ要ナカルヘシト。吾人モ亦立法論トシテハ論者ノ所說ニ賛スルモノナリト雖モ、是アルカ故ニ競賣法ノ競賣ヲ以テ、強制執行ノ形式ニ從ヒテ爲ス擔保權ノ實行ニアラスト解スルハ早計ニ失スト云フヘシ。何ントナレハ立法者ハ、「留置權者、先取特權者、動産質權者、不動産質權者及ヒ抵當權者ハ強制執行ノ形式ニ依リテ其權利ヲ行フコトヲ得」ト規定スル場合ニハ、解釋適用上疑義ヲ生スヘキ虞アリトシ、所謂「強制執行ノ形式ニ依リテ行フ擔保物ノ換價方法」ナルモノノ内容ハ、競賣法五十條ノ規定ヲ出テストシタルコトヲ、推及スルニ難カラサルカ故ナリ。——右立法者ノ豫期ハ今日ヨリ見ルトキハ謬想タリシコト疑ヲ容レズ。強制執行ノ形式ニ依リテ擔保權ヲ實行スト云フ趣旨ヲ細密ニ規定スルニハ競賣法ノ定メタルカ如キ五十條ノ規定ヲ以テハ足ラス、殊ニ擔保權實行ノ場合ノ債務名義ニ關スル規定、請求異議ニ關スル規定(民訴五四五條參照)、競賣開始效力等ニ關スル

規定ヲ缺キ適用上疑義ヲ生スルコト明カナルニ至リタリト雖モ、立法者カ競賣法ヲ制定シタル根本思想ハ之ヲ認メサルヘカラス。

要之、我競賣法ハ、強制執行ノ形式ニ依リテ爲ス擔保權ノ實行方法ヲ規定シタルモノニ外ナラス故ニ競賣法ニ反對ノ規定ナキ限リハ、金錢債權ノ強制執行ニ關スル民事訴訟法ノ規定ヲ準用スヘキモノナリ。

【註】擔保權ノ實行トシテ民事訴訟法ノ規定ヲ準用スルニ付キ疑ヲ生スルハ擔保權ニ關スル判決其他ノ債務名義ヲ要スルヤノ間ニモ證據ヲ要スルモノトシタルカ故ニ、(財産擔保條第百條其證書ヲ擔保權實行ノ債務名義トシテ、或ハ配當要求ヲ爲サシメ或ハ競賣ヲ申請セシムルニ付キ、實際上困難ヲ感スルコトナシ、我新民法ニハ斯ル規定ヲ設ケサルカ故ニ留置權者、先取特權者(但民法三三六條ノ規定ニ依リ、不動産上ノ先取特權ヲ登記シタル場合ヲ除ク)、動産質權者及ヒ權利質權者カ、民事訴訟法ノ規定ニ從ヒテ配當要求ヲ爲シ又ハ競賣ヲ申請スル場合ニハ如何ニシテ簡易ニ其擔保權ノ存在ヲ證スヘキヤ、換言スレバ、執行機關又ハ競賣機關カ簡單ナル形式上ノ調査ニ依リテハ擔保權ノ存在從テ其實行力ヲ認メ得ヘキ證書ヲ缺キ、實際ノ適用上疑ヲ生ス、解釋論トシテハ此等ノ擔保權者ハ、何等カノ證據方法ニ依リテ其擔保權ノ存在ヲ證明スルトキハ「擔保權實行ノ債務名義」ヲモ要セスシテ、配當要求ヲ爲シ又ハ競賣申請ヲ爲スコトヲ得ルモノト解セサルヘカラス、然レトモ立法論トシテハ判決、裁判上ノ和解又ハ公正證書ヲ以テ、擔保權ノ存在カ確定セラレタル場合ニ限リ、此等ノ擔保權者ハ配當要求シ若クハ競賣ヲ申請スルコトヲ得ルモノトナス可トス。——不動産上ノ擔保權ヲ實行スル場合ニハ、其擔保權ニ關スル、記録ノ正本ヲ以テ、該擔保權ノ實行ニ關スル債務名義ト解スルコトヲ得ヘシ。我民事訴訟法第六四六條ニ於テ、配當要求ハ「其原因ヲ開示シ」トシ、又競賣法第二四條ニ於テ「競賣ノ原因タル事由」ヲ開示スルハ、擔保セラレタル債權ヲ示スノ外擔保權ノ存在ヲ示

スコトヲ要シ、此ノ目的ノ爲メニハ登記簿ノ正本ヲ提出スルヲ適當ナリト信ス（競賣法第二四條第三項ニ於テハ、登記簿ノ原本ヲ添フヘキ旨ヲ規定スルモ、立法論トシテハ正本ヲ添フヘシトスルヲ可トス）。

第二項 競賣開始ノ效力

我競賣法ハ強制執行ノ形式ニ依ル擔保權ノ實行方法ヲ規定シタルモノニシテ競賣法ニ反對ノ規定ナキ限リハ金錢債權ノ強制執行ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノナルコトハ上來論スル所ノ如シ。

一 右ノ結果トシテ、吾人ハ競賣法ニ依ル競賣ノ開始ニ因リ、競賣申請者タル擔保權者（並ニ該競賣ニ附帶スル同一目的物上ノ擔保權者）ノ爲メニ該擔保權ノ目的物ハ差押ヘラルモノナリト解ス。——我民事訴訟法ニ於テ不動産ノ強制競賣ノ場合ニハ、競賣開始決定ニ於テ、同時ニ債權者ノ爲メ不動産ヲ差押フルコトヲ宣言スヘキモノトシ、且競賣申立ノ登記ヲ囑託スヘキモノトシタルハ（一六四條六五一條）、動産ニ對スル差押ノ場合ニ於ケル執達吏ノ占有（五六六條）、ニ該當スヘキ方法ヲ定メタルモノニ外ナラス。競賣法第二十六條ニ定ムル競賣申立ノ登記ノ囑託モ亦其立法趣旨ヲ同クス。

二 然ラハ差押ハ如何ナル效力ヲ生スルヤ。差押ノ效力ヲ詳論スルハ他ノ機會ニ譲リ、茲ニハ其要領ヲ示スヘシ。

(1) 羅馬法ニ於テハ差押ハ執行債務者ニ對シ、差押ヘラルタル財産ニ關スル處分ヲ禁止スル效力ヲ

生シタリ (Dernburg, Pändrecht Bd. I S. 417 f.; Windscheid, Pandekt. Bd. I § 233 u. dort Zitierte)。

獨逸普通法時代ニ於テハ多數ノ學者ハ、羅馬法ノ淵源ヲ誤解シ、差押ニ因リ差押質權 (Pändungs-pändrecht) 又ハ差押抵當權ヲ生スルモノト解シ從テ執行債務者ニ對スル處分禁止ノ效力ヲ觀過シタリト雖モ、少數ノ學者ハ差押ノ效力ハ執行債務者ニ對スル處分禁止ニアリトナス (Dernburg, ebenda; Windscheid, ebenda; Voss, in Gruchot Jahrg. 23 S. 246 f; Meibom, in Archiv für civ. Practis Bd. 52 S. 310 ff.)。而シテ謂フ所ノ處分禁止トハ、執行債權者カ「豫見スヘカラサル債務者ノ惡意ノ所爲ニ因リテ、其權利ヲ害セラルヘキ危險ニ對シテ、保護スルコトヲ目的トスルモノナルカ故ニ、此禁止ニ反スル債務者ノ處分行爲ハ執行債權者ニ對シテハ無効タルニ止マル」トナス。換言スレハ執行債務者ハ差押ヘラルタル財産ニ付キ法律上ノ處分ヲ爲スコトヲ得ト雖モ、差押アリタルコトヲ知リテ爲シタル處分ハ、差押債權者カ差押ニ因リテ得ル權利（即チ差押ヘラルタル財産ヨリ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘキ期待權）ヲ害スヘキ範圍内ニ於テハ、差押債權者ニ對シテ無効ナリトスルナリ (Voss, a. a. O.; Dernburg, Preussisches Privatrecht Bd. I § 347 Nr. II 2 u. Ann. 13 a. a. O.)。獨逸民事訴訟法ハ、普通法ノ學說ヲ認メ、動産ニ對スル執行ノ場合ニハ、差押質權ヲ生スルモノトナスト雖モ（同法八〇四條）債權ニ對スル差押ノ場合ニハ執行債務者ニ該債權ノ處分ヲ禁スヘキモノトシ（同法八二九條）、又不動産ニ對スル執行ノ場合ニ於テモ、競賣ノ開始決定從テ差押ニ因リ、執行債務者ハ差押ヘ

テレタル不動産ノ處分ヲ相對的ニ禁止セラルルモノトナス（獨逸不動産強制競賣法第三〇條及第二三條猶獨逸民法第一三五條及第一三六條參照）。

佛國ノ學說ニ於テモ執行行為ノ開始（差押）ニ依リ執行債務者ハ部分的且相對的ニ處分權ヲ制限セラレ、從テ執行債務者ハ執行債權者ヲ害スヘキ一定ノ行為ヲ爲スヲ得ス、殊ニ（イ）執行ノ目的タル不動産ヲ竊取シ、破壊又ハ毀損シ、（ロ）執行ノ目的タル債權ヲ取立テ若クハ之ヲ以テ相殺ヲ爲シ又ハ之ヲ讓渡シ、又（ハ）執行ノ目的タル不動産ヲ賃借シ又ハ讓渡スルコトヲ得ス。而シテ（イ）ニ掲ケタル所爲ヲ爲シタル場合ニハ形法上處罰セラレ又（ロ）以下ノ行為ヲ爲シタル場合ニハ、其行為ハ執行債權者ニ對シテハ無効ナルモノトシタリ（Garsonnet, Traité Théorique et pratique de Procédure Tom. IV No 1328）。

（2）我訴訟法ノ解釋トシテモ差押ハ執行債務者ニ對シ、差押ヘラレタル財産ノ處分ヲ、差押債權者（及ヒ附帶執行債權者）ノ利益ノ爲メ、相對的ニ禁止スルモノト解セサルヘカラス。（イ）債權其他ノ財産權カ差押ヘラルル場合ニハ、明文上疑ヲ容レス（五九八條一項二段六、四條六二五條參照）。（ロ）不動産差押ノ場合ニ於テモ第六四四條第二項ノ例外的法文ノ反對解釋ニ依リ、執行債務者ハ差押不動産ノ處分ヲ禁止セラルルモノト解スヘキカ如シ。（ハ）動産差押ノ場合ニ付キテハ、何等ノ明文ナシト雖モ、類推解釋ニ依リ又法制沿革ニ徴シ、同一ニ論セサルヘカラス。殊ニ（ニ）我刑

法ニ於テ、執行債務者カ差押ヘラレタル財産ヲ竊取シ又ハ之ヲ處分シタル場合ニハ竊盜罪又ハ横領罪ト爲スハ（新刑法第二四二條及ヒ第二五二條第二項舊刑法第三九六條參照）、畢竟執行債務者ハ、差押ヘタル財産ニ對スル處分權ヲ制限セラレ、其範圍ニ於テハ他人ニ屬スル財産ト相擇フコトナキカ故ナリ。

三 上來論スルカ如ク、競賣法ノ認ムル競賣ハ、強制執行ノ形式ニ依リテ、擔保權ヲ實行スルモノニシテ競賣ノ開始ハ競賣申請者並ニ之ニ附帶スル擔保權者ノ利益ノ爲メニ該擔保權ノ目的物ヲ差押フルモノタリ。而シテ差押ハ、執行債務者ニ對シ、差押ヘラレタル財産ノ處分ヲ相對的ニ禁止シ從テ此禁止ニ反スル惡意ノ行為ハ、差押ヘラレタル財産ヨリ辨濟ヲ受クヘキ執行債權者ノ期待權ヲ害スル範圍内ニ於テハ、執行債權者ニ對シ無効タルモノナリ。サレハ、競賣法ニ依ル競賣ノ開始ハ擔保物件ノ所有者ニ對シ、競賣ヲ申請シ（若クハ之ニ附帶シ）タル擔保權者カ、競賣ノ開始ニ依リテ得タル權利（即該競賣ノ實行ニ依リ、擔保物件カ相當ノ價格ニ換價セラレ、從テ之ヨリ其満足ヲ受クルコトヲ得ヘシトスル期待權）ヲ害スヘキ行為ヲ爲スコトヲ禁スルモノト解セサルヘカラス。而シテ擔保物件ノ所有者カ此禁止ニ反シ惡意ヲ以テ、該物件ニ關スル法律上ノ行為ヲ爲シ、之ニ依リテ右期待權ヲ害スヘキ場合ニハ、其行為ハ競賣申請人並ニ之ニ附帶シタル擔保權者ニ對シテハ、無効ナルモノト解セサルヘカラス。

抵當權者ノ申請ニ因リ、競賣ノ開始シタル後、抵當不動産ノ所有者カ(イ)該不動産上ニ他物權又ハ賃借權ヲ設定シ(ロ)若クハ開始前既ニ設定セラレタル他物權又ハ賃借權ノ登記ヲ爲シ、之ニ因リテ該競賣ノ實行カ困難トナリ若クハ競賣價格カ減少スヘキ虞アル場合ニハ、該設定行爲又ハ登記ハ競賣申請人タル抵當權者カ該競賣ノ實行ニ依リテ満足ヲ受クヘキ權利ヲ害スル範圍内ニ於テハ、競賣申請人ニ對シテハ無効タリ。從テ他物權ノ取得者又ハ賃借人ハ其他物權又ハ賃借權ヲ以テ、競賣申請人タル抵當權者ニ對抗スルコトヲ得サルモノト解スヘキナリ。

一一 訴訟當事者ノ隱居又ハ入夫婚姻

緒言

繫屬スル財産上ノ訴訟(判決手續又ハ執行手續)ノ當事者ノ一方カ隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シ之ニ因リテ家督相續カ開始シタル場合ニハ訴訟上ニ於テモ幾多ノ問題ヲ生ス即チ、

(一) 判決手續ノ原告又ハ被告カ隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シ依リテ家督相續カ開始シタル場合ニハ其訴訟ハ中斷スルヤ。

(二) 判決手續ノ終了後強制執行ノ開始前ニ債權者又ハ債務者カ隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シ依リテ家督相續カ開始シタル場合ニハ強制執行ハ如何ニシテ爲スヘキカ。

(三) 強制執行ノ開始後ニ、債權者又ハ債務者カ隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シ家督相續カ開始シタル場合ニハ執行手續ハ如何ナル影響ヲ受クルヤ。

等ヲ以テ主タル問題トシ猶ホ他ニ幾多ノ問題ヲ生ス、然ルニ我現行訴訟法ハ隱居又ハ入夫婚姻ニ因ル相續開始ヲ認メサル獨逸訴訟法ヲ母法トシタルカ爲メ、此等ノ問題ニ對スル直接ノ規定ナク、單ニ第五五三條ニ於テ強制執行ノ開始後ニ債務者カ隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シタル場合ヲ規定スルノミナリ。從テ實際上疑義ヲ生スルヲ免レス、又大審院ハ前掲第一問中被告カ隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シ

タル場合ニ付キ裁判シタルニ止マルト雖モ、其判例モ亦分ル、到底判例ニ依リテ此等ノ諸問題カ解決セラレタリト云ララ得ス。

サレバ、吾人ハ本篇ニ於テハ、先ツ、繫屬スル財産訴訟ノ當事者カ隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シ依リテ家督相續カ開始シタル場合ニ於ケル其當事者(前戸主)ノ訴訟法上ノ地位ヲ研究シ(第一款)次キテ其結果ニ基キ訴訟ノ中斷及ヒ強制執行ニ關スル前掲ノ問題ヲ研究スヘシ【註一】

【註二】 本篇研究ノ範圍テ(イ)財産訴訟ノ當事者カ隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シ、因テ家督相續カ開始スル場合ニ限定スル所以ハ、他ナシ、戸主又ハ女戸主カ戸主トシテ有スル親族法上ノ權利カ問題タル訴訟ニ於テ、其戸主又ハ女戸主カ隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲ス場合ニハ、或ハ Sachlegitimation ナキ、或ハ訴訟物ヲ缺クニ至ルヘシト雖モ、其關係ハ明白ナルヲ常トスルノミナラス、實際上從來生シタルハ、財産上ノ訴訟ニ關スルモノナリ。(ロ)又現ニ繫屬スル財産訴訟ノ當事者カ隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シタル場合ニ限定シタル所以ハ、他ナシ、訴訟ノ繫屬セサルニ先テ實體法上原告又ハ被告トスヘキ者カ、隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シタル場合ノ關係ハ、本體論スル所ニ依リテ類推スルコトヲ得ルカ故ナリ。

第一款 隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シタル當事者ノ訴訟上ノ地位

繫屬スル財産上ノ訴訟ノ當事者カ隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シ、因リテ家督相續カ開始スル場合ニハ、其當事者(前戸主)ノ訴訟上ノ地位如何。換言スレハ前戸主ハ當該訴訟ヨリ離脱スルヤ、又ハ依然其訴訟ノ當事者タリト雖モ、家督相續ノ開始ニ因リ當事者能力若クハ訴訟能力ヲ喪失スルヤ、若クハ又然ラスシテ、單ニ Sachlegitimation ヲ喪失スルニ止ルヤ、且其範圍如何、是レ本款ニ於テ研究セントスル問題ナリ。

一 財産訴訟ノ當事者タル戸主又ハ女戸主ハ、隱居又ハ入夫婚姻ニ因ル家督相續ノ開始ニ因リ當然其訴訟ヨリ離脱スルヤ、若クハ又訴訟ヨリ離脱セサルモ當事者能力又ハ訴訟能力ヲ喪失スルヤ。

I 隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シタル前戸主カ當然當該訴訟ヨリ離脱スルコトナク、依然其訴訟ノ當事者トシテ殘存スルコトハ疑ヲ容レス。夫レ自己ノ名ニ於テ判決、執行行為其他ノ保護行為アランコトヲ要求スル者ハ、當該訴訟ノ積極的當事者ニシテ又自己ニ對シテ判決、執行行為其他ノ保護行為カ要求セラルル者ハ當該訴訟ノ消極的當事者タリ、何人カ訴訟當事者ナルヤハ專ラ何人ノ名ニ於テ又何人ニ對シテ判決其他ノ保護行為カ要求セラルルヤニ依リテ定マリ、其者カ訴訟物タル權利ノ實體法上ノ主體タルヤ否ヤニ關セサルコトハ現代ノ學者ノ一致スル所タリ、サレバ戸主若クハ女戸主カ自己ノ名ニ於テ判決其他ノ保護行為ヲ要求シ、又ハ戸主若クハ女戸主ニ對シテ判決其他ノ保護行為カ要求セラレ、從テ其戸主又ハ女戸主カ當該訴訟ノ積極的當事者(原告、執行債權者等)、又ハ消極的當事者(被告、執行債務者等)タルコトカ定マリタル後ニ於テ、其戸主又ハ女戸主カ隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シ、因リテ家督相續カ開始スルモ、其戸主又ハ女戸主ハ死亡セルニ非ス、當該訴訟ノ完結スルニ至ルマテハ依然其訴訟ノ積極的又ハ消極的當事者トシテ殘存スヘキモノタリ。尤モ第二款ニ述フルカ如ク繫屬スル訴訟ノ原告カ隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シ、因リテ家督相續カ開始シタル場合ニ於テ訴訟物タル財産權カ家督相續人ニ依リテ承繼セラレタルトキハ、原告ニ對シテ破産カ宜

告セラレタル場合ニ準シ、繫屬訴訟ノ中断ヲ認ムルヲ可トス。從テ此場合ニハ家督相續人カ中断中ノ訴訟ヲ受繼スルニ因リ、前戸主ハ繫屬スル訴訟ヨリ離脱スルモノト解スヘキナリト雖モ、之アルハ畢竟原告タル前戸主ハ家督相續ノ開始ニ因リ、當然訴訟ヨリ離脱セサルニ因ルモノナリ。

II 繫屬スル訴訟ノ當事者タル戸主、又ハ女戸主カ、隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シ、家督相續カ開始スルモ、其戸主又ハ女戸主カ當該訴訟ヨリ離脱セサルコトハ前述ノ如シ。然ラハ、其戸主又ハ、女戸主ハ、家督相續ノ開始ニ因リ、當事者能力、又ハ訴訟能力ヲ喪失スルヤ。

(1) 訴訟當事者能力ハ、私法上ノ權利能力ノ有無ニ依リテ定マル、戸主又ハ女戸主カ、隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シ、家督相續カ開始スルモ、其戸主又ハ女戸主カ、權利能力ヲ喪失セス、從テ當事者能力ヲ失ハサルコトハ論ヲ俟タス、隱居又ハ入夫婚姻ハ死亡ニアラス、又法律上ノ死亡ト看做スコトヲ得サルカ故ナリ。

(2) 訴訟能力トハ、自ラ有效ニ訴訟行爲ヲ爲ス能力ヲ云フモノナリ。而シテ、我訴訟法ノ規定ニ依レハ、訴訟能力ノ有無、及ヒ訴訟無能力者ノ法定代理ハ、民法ノ規定ニ依リテ定マルモノナリ（民訴第四三條）。而シテ、我民法ニハ、準禁治產者、及ヒ妻ニ關スル規定ノ外（民法一二條四號及ヒ一四條一號）、訴訟能力ニ關スル直接ノ規定ヲ設ケス、從テ、訴訟能力ノ有無、其法定代理等ノ問題ハ、現行法ノ一不備タルヤ疑ヲ容レヌト雖モ、訴訟法第四三條ノ法意ハ、民法上獨立シテ有效ニ

法律行爲ヲ爲ス能力ヲ有スル者ヲ以テ、訴訟能力者トシ之ヲ有セサル者ヲ以テ、訴訟無能力者トスルニ在ルモノト解セサルヘカラス【註二】。

而シテ、(a) 訴訟當事者タル戸主ハ隱居ニ因リ民法上獨立シテ法律行爲ヲ爲ス能力ヲ喪失セサルコトハ論ナキカ故ニ、訴訟能力ヲ喪失セサルコトモ亦疑ナシ、(b) 訴訟當事者タル女戸主カ入夫婚姻ヲ爲ストキハ、妻タル身分ヲ取得シ夫權ニ服スルノ效果トシテ民法上獨立シテ法律行爲ヲ爲ス能力ヲ失フカ故ニ（民法一四條及ヒ一七條）、訴訟能力ヲモ喪失スルモノト解セサルヘカラス、然レトモ之ハ婚姻ニ因リ妻タル身分ヲ取得シタルニ因ルモノニシテ、入夫婚姻ニ基キ家督相續カ開始シアルニ因ルモノニアラズ、本篇ニ於テハ入夫婚姻ニ基ク家督相續ノ開始カ繫屬スル訴訟ニ及ホス關係ヲ察スルヲ以テ主眼トスルカ故ニ、妻タル身分ノ取得ニ因ル訴訟能力ノ喪失ハ暫ク別問題トスヘシ。

【註二】 我民法制定當時ニ於テハ、法律行爲ト訴訟行爲トノ區別及ヒ其性質上ノ差異ニ付キ確乎タル觀念ナシ、從テ民法ノ起草者等ハ行爲能力ニ關スル民法ノ規定ハ當然訴訟能力ニモ適用セラルヘキモノトスル意見ヲ懷抱シタルヤモ知ルヘカラス、然レトモ、訴訟行爲ハ法律行爲ニアラス、又法律行爲の性質ヲ有セサルコトハ通説ノ認ムル所ナルカ故ニ、民法法律行爲ノ規定從テ行爲能力ニ關スル規定ハ、直チニ之ヲ訴訟行爲又ハ訴訟能力ニ適用又ハ準用スルコトヲ得ス、殊ニ當事者ノ幾多ノ訴訟行爲ハ司法機關ノ幾多ノ訴訟行爲ト相連結シテ一ノ個訴訟手續ヲ構成スルモノナリ、故ニ若シ一當事者ノ或ル訴訟行爲ニ付キ、取消アルマテハ有效ナリト云フカ如キ不定ノ狀態ヲ許ス場合ニハ、之ト關連セル當事者ノ訴訟行爲、及ヒ司法機關ノ訴訟行爲モ總テ不定ノモノトナリ、其結果判決若クハ執行行爲ノ效力ノ如キモ確定のタルヲ得ス、等シク不定ナルニ至ル。然レトモ新トキハ私權ノ保護力不定トナリ權利關係ノ安固 (Rechtssicherheit) ナ期スル所以ニアラス、故ニ當事者ノ訴訟行爲ハ初メヨリ

確定ニ有效ナルカ又ハ無効ナルコトヲ要シ、取消アル迄ハ有效ト云フカ如キ中間不定ノ状態ヲ許ササルモノト云ハサルヘカラス。此結果民法上法定代理人ノ同意アルマテ取消シ得ヘキ法律行為ヲ爲シ得ル限定能力者ハ、訴訟法ニ於テハ絕對無能力ニシテ常ニ法定代理人ニ依リテ代理セララルコトヲ要スルモノト解セサルヘカラス。換言スレハ、民法上獨立シテ確定ニ有效ニ法律行為ヲ爲ス能力ヲ有スル者ニ限リ、訴訟能力ヲ有スル者ト解スヘキナリ。此コトハ我現行訴訟法ノ母法タル獨逸舊民事訴訟法(同法五一條同新民法五二條)ノ認メタル所ニシテ、我訴訟法第四三條モ亦此精神ヲ認メ、單ニ細目ノ規定ヲ民法ニ譲リタルモノト解スヘキカ如シ。詳細ハ他ノ機會ニ論スヘシ。

二 上來述フルカ如ク、繫屬スル訴訟ノ當事者タル戸主、又ハ女戸主カ隠居、又ハ入夫婚姻ヲ爲シ、家督相續ヲ開始スルモ、其當事者ハ當該訴訟ヨリ離脱セス、又當事者能力、若クハ訴訟能力カ失フコトナシ。然ラハ、其戸主、又ハ女戸主ノ繫屬スル財産訴訟ニ於ケル地位如何。

此問題ヲ研究スルニハ、繫屬スル訴訟カ、給付訴訟タル場合ト、確認訴訟タル場合トヲ區別シ、更ニ、隠居又ハ入夫婚姻ヲ爲シタル當事者カ、積極的當事者タル場合ト、消極的當事者タル場合トヲ區別スル要アリ。

I 繫屬スル訴訟カ給付訴訟タル場合

(甲) 隠居又ハ入夫婚姻ヲ爲シタル戸主、又ハ女戸主カ、積極的當事者(原告、執行債權者)タルトキ。

民法ニ依ルニ、家督相續人ハ相續開始ノ時ヨリ、前戸主ノ有セシ權利義務ヲ承繼スルモノナリト

雖モ、隠居者、及ヒ入夫婚姻ヲ爲ス女戸主ハ、家督相續人ノ遺留分ニ關スル規定ニ違反セサル範圍内ニ於テ、其財産ヲ留保スルコトヲ得ルモノナリ(民法九八六條、九八八條)。今此關係ヲ隠居又ハ入夫婚姻ヲ爲シタル前戸主ヨリ考察スルニ、

(1) 家督相續人ニ依リテ承繼セラレタル權利ハ、前戸主ヨリ觀察スレハ他人ニ屬スル權利ナリ。而シテ民法一般ノ原則ニ依リ、他人ニ屬スル權利ハ特別ノ事由アルニ非サレハ之ヲ管理シ處分スルコトヲ得サルカ故ニ、此場合ニ於テモ、前戸主ハ家督相續人ニ依リテ繼承セラレタル權利ヲ管理シ、處分スル權利ヲ有セサルモノト解セサルヘカラス。

(2) 反之、留保財産及ヒ前戸主ノ一身ニ專屬スル財産權(民法九八六條但書)ハ、家督相續ノ開始後ニ於テモ隠居又ハ入夫婚姻ヲ爲シタル前戸主之ヲ管理シ且處分スル權利ヲ有スルコトハ疑ヲ容レズ。是レ留保財産又ハ前戸主ノ一身ニ專屬スル財産權ハ、家督相續人ニ依リテ承繼セララルコトナク、從テ他人ニ屬スル權利トナラサルカ故ナリ。

以上ハ實體私法上ノ關係ナリ。此關係ヲ訴訟法ニ移シテ考察スルトキハ、隠居又ハ入夫婚姻ヲ爲シタル積極的當事者ノ財産訴訟ニ於ケル地位ヲ明ニスルコトヲ得。

(1) 繫屬スル給付訴訟ノ原告カ隠居又ハ入夫婚姻ヲ爲シタルニ因リ家督相續カ開始シタル場合ニ於テ、(イ)當該訴訟ノ訴訟物タル財産權カ前戸主ノ一身ニ專屬スルカ、又ハ留保財産ニ屬スルトキ

ハ其原告ハ民法上ニ於テハ依然其財産權ヲ處分スル權利ヲ有スルカ故ニ、訴訟法上ニ於テハ其財産權ニ付キテ訴訟ヲ爲ス權能 (Prozessführungsrecht) ヲ有スルモノト解セサルヘカラス(本書一頁以下「民事訴訟ニ於ケル正當ナル當事者ナル觀念及ヒ其訴訟法上ノ地位ヲ論ス」殊ニ五頁以下參照)。換言スレハ、訴訟物タル財産權カ前戸主ノ一身ニ專屬スル權利ナルカ、又ハ留保財産ニ屬スル場合ニハ、隱居又ハ入夫婚姻ニ因ル家督相續ノ開始ニ拘ハラズ、前戸主タル原告ハ依然正當ナル原告トシテ其訴訟ヲ爲ス Sachlegitimation ヲ有スルモノタリ。(ロ)反之訴訟物タル財産權カ家督相續人ニ依リテ承繼セラレタル場合ニハ、前戸主タル原告ハ民法上ニ於テハ其財産權ヲ處分スル權利ヲ喪失スルカ故ニ、訴訟法上ニ於テハ、其財産權ヲ訴訟物トシテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ喪失スルモノト解セサルヘカラス(前掲論文參照)。換言スレハ、訴訟物タル財産權カ家督相續人ニ依リテ承繼セラレル場合ニハ、隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シタル原告ハ家督相續開始後ニ於テハ正當ナル原告トシテ其訴訟ヲ爲ス Sachlegitimation ヲ喪失スルモノタリ。

(2) 以上ニ述フル所ハ隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シタル戸主カ執行債權者タル場合ニ準用スルコトヲ得。即チ(イ)執行セラルヘキ財産權カ前戸主ノ一身ニ專屬スルカ又ハ留保財産ニ屬スル場合ニハ隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シタル債權者(前戸主)ハ家督相續ノ開始後ニ於テモ執行セラルヘキ財産權ニ付キ依然處分權ヲ有シ Sachlegitimation ヲ有スルカ故ニ自己ノ爲メニ附與セラレタル執行力アル正本ニ基

キ強制執行ヲ爲スヲ得。(ロ)反之執行セラルヘキ財産權カ家督相續人ニ依リテ承繼セラレタル場合ニハ隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シタル債權者(前戸主)ハ執行セラルヘキ財産權ヲ處分スル權利ヲ失ヒ Sachlegitimation ヲ失フカ故ニ其債權者(前戸主)ノ爲メニ附與セラレタル執行力アル正本アル場合ニハ執行債權者ハ請求異議ノ訴ニ依リテ其債務名義ノ執行力ヲ排除スルコトヲ得サルヘカラス(本書二六一頁以下「請求ニ對スル異議ノ訴」殊ニ二七六頁以下參照)。

(乙) 隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シタル戸主又ハ女戸主カ(給付訴訟ノ)消極的當事者(被告、執行債務者)タルトキ。

民法第九八九條ノ規定ニ依レハ、隱居又ハ入夫婚姻ニ因ル家督相續ノ場合ニ於テハ前戸主ノ債權者ハ家督相續人ニ對シテ辨濟ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルノミナラス、尙ホ其前戸主ニ對シテ辨濟ノ請求ヲ爲スコトヲ得。

此規定タルヤ、家督相續人カ承繼シタル債務ニ付キテハ其家督相續人カ辨濟ノ責ニ任スルノ外、尙ホ Kumulativニ前戸主モ亦辨濟ノ責ニ任スルコトヲ定ムルモノタリ。一般的規定タルカ如キ外觀アルモ論理解釋上必然ナル制限ハ之ヲ附セサルヘカラス。即チ(イ)債務カ前戸主ノ一身ニ專屬シ從ヒテ家督相續人カ其債務ヲ承繼セサリシ場合ニハ本條ハ其適用ナシ。此場合ニハ債權者ハ民法第九八六條但書ニ依リテ前戸主ニ對シテノミ請求スルコトヲ得ルモノト云ハサルヘカラス。(ロ)債權ノ

目的カ特定物ノ引渡又ハ給付ナル場合ニ於テ、(a)前戸主カ其特定物ヲ留保財産ニ屬セシメタルトキハ前戸主ノ債權者ハ前戸主ニ對シテノミ請求シ得ヘク、又(b)其特定物カ家督相續人ニ承繼セラレタル場合ニハ家督相續人ニ對シテノミ請求シ得ルモノト解スヘキカ如シ。

以上ノ所述ニ依リ、苟モ前戸主ノ債權者カ前戸主ニ其債權ノ辨濟ヲ請求シ得ル場合ニハ、前戸主ハ其債權カ訴訟物タル給付訴訟ノ正當ナル被告タルコトハ疑ヲ容レズ。換言スレハ繫屬スル給付訴訟(財産上ノ)ノ被告カ隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シテ家督相續カ開始スルモ、其被告(前戸主)ハ給付訴訟ヲ爲ス Sachlegitimation ヲ失ハサルヲ常トス。但訴訟物タル債權カ特定物ノ引渡又ハ給付ヲ目的トシ、且其特定物カ家督相續人ニ依リテ承繼セラレタル場合ニハ前戸主ハ其給付訴訟ヲ爲ス Sachlegitimation ヲ喪失スルモノト解セサルヘカラス。——同一ノ理由ニテ繫屬スル強制執行ノ債權者カ隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シ、家督相續カ開始スルモ債權者ハ其債權者(前戸主)ニ對シテ強制執行ヲ續行スルコトヲ得(五五三條、猶第二款參照)。但繫屬スル強制執行カ特定物ノ引渡又ハ給付ヲ求ムル債權ノ執行タル場合ニ於テ、債務者カ隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シ、因リテ家督相續カ開始シ且家督相續人カ其特定物ノ所有權ヲ承繼シタル場合ニハ、前戸主ハ該特定物ノ處分權ヲ失フカ故ニ、債權者ハ家督相續人ニ對スル執行文ヲ受ケテ執行スルニ非サレハ(五一九條)、第三者異議ノ訴(五四九條)ヲ免ルルコトヲ得サルモノト解スヘキカ如シ(猶第二款參照)。

II 繫屬スル訴訟カ確認訴訟タル場合

(甲) 隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シタル戸主又ハ女戸主カ原告タルトキ。

(1) 積極的確認訴訟ノ原告カ隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シ、家督相續カ開始シタル場合ニハ給付訴訟ノ原告カ隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シタル場合ニ付キテ前ニ述ヘタル所ヨリ推及スルコトヲ得。即チ(イ)當該確認訴訟ノ訴訟物タル財産權カ前戸主ニ專屬スルカ、又ハ其留保財産ニ屬スルトキハ前戸主ハ其確認訴訟ヲ爲ス Sachlegitimation ヲ失フコトナシ。(ロ)反之、訴訟物タル財産權カ家督相續人ニ依リテ承繼セラレタル場合ニハ、前戸主ハ其確認訴訟ヲ爲ス Sachlegitimation ヲ喪失ス。

(2) 消極的確認訴訟ノ原告カ隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シタル場合ニハ如何、消極的確認訴訟ノ正當ナル原告ハ、被告カ不當ニ其權利ノ存在ヲ主張スルカ爲メニ私法上ノ地位(Privatrechtslage)ヲ侵害セラルヘキ危険ヲ感スルモノニ限り、又之ヲ以テ足ル。而シテ茲ニ私法上ノ地位ト云フハ社會上ノ地位、又ハ名譽、經濟上ノ信用、取引上ノ自由等ヲモ包含スル概括的ノ觀念ナリ。故ニ消極的確認訴訟ノ原告カ隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲スモ、被告カ其權利ノ存在ニ關スル主張ヲ止メス、且之ニ依リテ前戸主タル原告カ其私法上ノ地位ヲ侵害セラルルノ危険ヲ感スル場合ニハ、依然當該消極的確認訴訟ノ正當ナル原告ナリト云ハサルヘカラス。

(乙) 隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シタル戸主又ハ女戸主カ(確認訴訟ノ)被告タルトキ。

確認訴訟ノ被告カ隠居又ハ入夫婚姻ヲ爲シ「家督相續カ開始スルモノ之ニ因リテ直ニ其 Sachlegitimation」ヲ失フモノト解スヘカラス。元來確認訴訟ノ正當ナル被告ハ原告カ果シテ何人ニ對シテ確認判決ヲ受クルニ付キ法律上ノ利益ヲ有スルヤニ依リテ定ル（本書一頁以下「民事訴訟ニ於ケル正當ナル當事者ナル觀念及ヒ其訴訟法上ノ地位ヲ論ス」殊ニ二二頁以下參照）。(1)先ツ戸主又ハ女戸主カ原告ノ主張スル權利ノ存在ヲ争ヒ、從テ積極的確認訴訟ノ被告トセラレタル場合ヲ視ルニ其戸主又ハ女戸主カ隠居又ハ入夫婚姻ヲ爲シタル後ニ於テモ猶原告ノ權利ヲ争フトキハ其者カ積極的確認訴訟ノ正當ナル被告タルコトハ疑ヲ容レス。——此場合ニ於テ家督相續人モ亦原告ノ主張スル權利ノ存在ヲ争フトキハ、原告ハ更ニ其家督相續人ヲ被告トシテ積極的確認訴訟ヲ爲スコトヲ得ルヤ疑ヲ容レスト雖モ前戸主カ繫屬スル確認訴訟ノ正當ナル被告タルコトハ之カ爲メニ何等ノ影響ヲ受クルコトナシ。

(2) 次ニ戸主又ハ女戸主カ財產權ノ存在ヲ主張スルカ爲メ、消極的確認訴訟ノ被告トセラレタル後隠居又ハ入夫婚姻ヲ爲シ、依リテ家督相續カ開始シタル場合ヲ觀ン。此場合ニ於テ、(a)前戸主タル被告ノ主張スル權利カ其主張ニ從ヒ存在スルモノトセハ被告ニ專屬スルカ、又ハ留保財產ニ屬シ從テ家督相續人ニ依リテ承繼セラレサルトキハ、家督相續ノ開始後ニ於テモ前戸主カ依然正當ナル被告ナルコトトハ疑ヲ容レス。(b)疑ヲ生スルハ前戸主タル被告ノ主張スル權利カ其主張ニ從ヒ存在

スルモノトセハ家督相續人ニ依リテ承繼セラレヘキ場合ナリ、後ノ場合ニハ前戸主カ權利ノ存在ノ主張ヲ止メサルモ、主張ニ係ル權利ハ家督相續人ニ屬シ前戸主ハ之ヲ行フコトヲ得サルカ故ニ、原告ハ前戸主ノ主張ニ依リテ其私法上ノ地位ヲ侵害セラルヘキ危險ヲ感セサルヲ常トス。從テ此場合ニハ前戸主ハ繫屬セル消極的確認訴訟ノ正當ナル被告ニ非サルニ至ルモノト解セサルヘカラス。

三 上來ノ所述ヲ要約スレハ左ノ如シ。

(1) 繫屬スル財產訴訟ノ積極的當事者又ハ消極的當事者カ隠居又ハ入夫婚姻ヲ爲シ因リテ家督相續カ開始スルモ、其當事者ハ當然當該訴訟ヨリ離脱スルコトナク、又當事者能力若クハ訴訟能力ヲ失フコトナシ。

(2) 繫屬スル財產訴訟カ給付訴訟タル場合ニ於テ、(イ)原告又ハ執行債權者カ隠居又ハ入夫婚姻ヲ爲シ、依リテ訴訟物タル債權又ハ執行セラルヘキ債權カ家督相續人ニ依リテ承繼セラレタル場合ニハ、其原告又ハ執行債權者ハ、Sachlegitimation ヲ喪失ス。然レトモ、其債權カ前戸主タル原告又ハ債權者ニ專屬スルモノナルカ、又ハ留保財產ニ屬スル場合ニハ、其原告又ハ執行債權者ハ、Sachlegitimation ヲ失ハス。(ロ)反之被告又ハ執行債務者カ隠居又ハ入夫婚姻ヲ爲シ、依リテ家督相續カ開始シタル場合ニ於テモ、其被告又ハ執行債務者(前戸主)ハ、Sachlegitimation ヲ失ハサルヲ原則トス。唯特定物ノ引渡又ハ給付ヲ求ムル債權カ訴訟物タリ、又ハ執行セラルヘキ債權タル場合

中斷ヲ生スルモノト解スヘク、訴訟ヲ爲ス權能ヲ失ハサル場合ニハ、訴訟ノ中斷ヲ生セサルモノト解セサルヘカラス。其理由ハ左ノ如クナリ。

現行訴訟法ノ規定ヲ按スルニ、訴訟ノ中斷ヲ生スル規定ハ當事者ノ死亡(一七八條一八三條)、訴訟能力ノ喪失(一八〇條一八三條)、法定代理權ノ喪失(一八〇條一八三條)、裁判所ノ行務ノ停止(一八二條)、及ヒ原告又ハ被告破産ノ場合ニ於テ訴訟物タル權利又ハ其目的物カ破産財團ニ屬スルコト(一七九條)之ナリ。右中斷事由ハ制限的ノモノナリト雖モ、類推適用ヲ絕對ニ禁スルモノニアラス。例ハ當事者ノ死亡ニ基ク中斷ノ規定ハ當事者能力ノ喪失ヲ理由トスルモノナルカ故ニ、公私ノ法人カ解散ニ因リテ直ニ當事者能力ヲ喪失スル場合ニ類推スヘキカ如シ。尤モ法人カ解散スルモ清算又ハ破産ノ目的ノ範圍内ニ於テ存続スル場合ニハ、當事者能力ヲ喪失セサルカ故ニ類推適用ヲ爲スコトヲ得サルハ論ヲ俟タス (Hellwig, System des deut. Civilprozessrechts Bd. I S. 568. a. a. O.)。翻リテ原告又ハ被告カ隠居又ハ入夫婚姻ヲ爲シ因リテ家督相續カ開始シタル場合ヲ觀ルニ、(イ)隠居者又ハ入夫婚姻ヲ爲シタル前戸主ハ家督相續ノ開始ニ因リ當事者能力又ハ訴訟能力ヲ失フコトナキカ故ニ(本書二七六頁以下)、當事者能力又ハ訴訟能力ノ喪失ヲ事由トスル中斷規定ヲ類推適用スルコトヲ得サルハ論ヲ俟タス、(ロ)又當事者カ破産宣告ヲ受ケ且訴訟物タル權利若クハ其目的物カ破産財團ニ屬スル場合ノ中斷(一七九條)ノ根據ヲ觀ルニ破産手續ノ繼續中破産財團ニ屬スル財産ヲ管理シ

處分スルノ權利ヲ喪失シ(舊商法破産編九八五條一項猶獨逸破産法六條一項參照)、從テ財團ニ屬スル權利又ハ其目的物ニ付キ訴訟ヲ爲ス權能ヲ喪失スルニ因ルモノナリ (Hellwig, System Bd. I S. 571 fg. a. a. O. (本書一頁以下)「民事訴訟ニ於ケル正當ナル當事者ナル觀念及ヒ其訴訟法上ノ地位ヲ論ス」殊ニ九頁以下參照)、而シテ此規定ノ精神ハ繫屬スル訴訟ノ原告又ハ被告カ訴訟ノ進行中法律ノ規定ニ因リ訴訟ヲ爲ス權能ヲ喪失スル場合ニ類推スルコトヲ得(猶 Hellwig, ebenda 參照)、故ニ原告又ハ被告カ隠居又ハ入夫婚姻ヲ爲シ法律ノ規定ニ依リ訴訟物タル法律關係ニ付キ訴訟ヲ爲ス權能ヲ喪フ場合ニハ、訴訟ノ中斷ヲ生スルモノト解スヘキナリ。此場合ニ於テ若シ訴訟ノ中斷ヲ認メサルトキハ原告又ハ被告ハ訴訟物タル法律關係ニ付キ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有セサルカ故ニ此ノ一事ニ基キ原告ノ請求ヲ棄却セサルヘカラスト雖モ、此ノ如キカ實際ノ便宜ニ合セサルコトハ固ヨリ論ヲ俟タス。反之原告又ハ被告カ隠居又ハ入夫婚姻ヲ爲スモ訴訟物タル法律關係ニ付キ訴訟ヲ爲ス權能ヲ失ハサル場合ニハ、訴訟ノ中斷ヲ生スヘキ理由ナシ、恰モ原告又ハ被告カ破産スルモ訴訟物タル權利又ハ其目的物カ破産財團ニ屬セス(自由財産)、從テ破産シタル原告又ハ被告カ訴訟ヲ爲ス權能ヲ失ハサル場合ニ於テ【註】訴訟ノ中斷ヲ生セサルニ似タリ(一七九條反對解釋)。

【註一】破産者ハ破産宣告後ニ於テモ、破産財團ニ屬セサル財産ヲ管理シ處分スル權利ヲ有スルカ故ニ(舊商法九八五條)、又斯ル財産ニ關シテ訴訟ヲ爲スチ有權能ス。

(二) 當事者ノ隱居又ハ中斷ニ因リテ、訴訟ノ中斷ヲ生スルヤ否ヤニ關スル大審院ノ判例ハ區區タリ即チ、

(1) 給付訴訟ノ被告カ隱居シタル場合ニ付キ、以前ニハ隱居ヲ以テ死亡ニ準スヘキモノトシ、中斷ヲ認メタリト雖モ(大審院判決錄三〇年九卷七八頁三四六年六卷二六頁)、三八年ニ至リ民法第九八九條第一項ニ基キ、「隱居ニ因ル家督相續ノ場合ニ於テハ債權者ハ猶引續キ前戸主ニ對シテ請求ヲ爲シ得ヘキ權利アルヲ通例トス、然ラハ斯ル場合ニ於テ訴訟手續中斷ノ規定ヲ適用スルハ「民法ノ規定ト相容レス」トシテ中斷ヲ認メサルニ至レリ(三八年一一輯一一六頁)。

其後又被告ノ入夫婚姻ニ因ル家督相續開始ノ場合ニ付キ、民法第九八九條第一項ニ基キ、同一ノ理由ヲ以テ訴訟ノ中斷ヲ否認シタリ(四三年一六輯二六〇頁)。

吾人ハ後ノ判例ニ贊ス、是レ(イ)給付訴訟ノ被告カ隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲スモ當事者能力ヲ喪フコトナキカ故ニ被告ノ死亡ニ準スルハ失當ナリ。又(ロ)給付訴訟ノ被告カ隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲スモ、民法第九八九條ノ結果訴訟物タル債權其他ノ請求權ニ付キ訴訟ヲ爲ス權能ヲ喪失セサルヲ常トスルカ故ナリ(本書三八一頁參照)。

(2) 本年ニ至リ、大審院ハ可分債權ニ關スル給付訴訟ノ共同原告ノ一人カ隱居シタル場合ニ付キ裁判シ「訴訟當事者ノ一方カ隱居シタル場合ニ於テハ其訴訟手續カ中斷セラレサルコトハ當院判例

ノ示ス所ナリ」トナセリ(大正二年第一九輯一一八頁)。吾人ハ右判旨ノ當否ヲ疑フト同時ニ、大審院從來ノ判例ヲ不當ニ援用シタルモノナリトナス。吾人ノ見ル所ニ依レハ給付訴訟ノ原告カ隱居シタル場合ニハ、先ツ訴訟物タル債權カ家督相續人ニ依リテ承繼セラレタルヤ否ヤヲ明ニセサルヘカラス、而シテ承繼アリタルコトヲ認ムル場合ニハ隱居者ハ其債權ニ付キ訴訟ヲ爲ス權能ヲ失フカ故ニ、訴訟ノ中斷ヲ認メサルヘカラス。然モ右判決ニ於テハ訴訟物タル債權カ家督相續人ニ依リテ承繼セラレタルヤ否ヤヲ明ニセス、漫然「當事者ノ一方カ隱居スルモ訴訟手續ノ中斷ヲ生セサルハ當院判例ノ示ス所ナリ」ト云フ、何ソソ知ラン、大審院從來ノ判例ハ、被告カ隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シタル場合ニ關シ民法第九八九條第一項ヲ根據トシテ中斷ヲ認メサルモノナリ。左レハ案件ノ場合ニ於ケルカ如ク給付訴訟ノ原告(債權者)カ隱居シ、從テ民法第九八九條第一項ヲ適用スル餘地ナキ場合ニ猶從來ノ判例ヲ援用スルカ如キハ失當ノ甚シキモノト云フヘシ。

二 訴訟當事者ノ隱居又ハ入夫婚姻ニ因リ、訴訟ノ中斷ヲ生スル場合ニ於テ、家督相續人カ中斷セル訴訟ヲ受繼シタル後、隱居ノ取消又ハ入夫婚姻ノ取消若クハ離婚アリタルトキハ更ニ訴訟ノ中斷ヲ生スルヤ。

(1) 家督相續人カ隱居ニ因リ中斷シタル訴訟ヲ受繼シタル後、隱居ノ取消アリタルトキハ訴訟ノ中斷ヲ生スルモノト解セサルヘカラス。是レ隱居カ適法ニ取消サレタルトキハ(民七五八條七五九條

人事訴訟手續法三五條三六條、隱居ハ初メヨリ無効ニシテ家督相續ハ開始セサルモノト看做サル、從テ相續ニ因リ訴訟物ヲ爲セル權利ニ付キ訴訟ヲ爲ス權能ヲ取得シタル相續人ハ相續ヲ爲サザリシト一般初メヨリ訴訟ヲ爲ス權能ヲ取得セス。又隱居シタル者ハ初メヨリ訴訟ヲ爲ス權能ヲ喪失セザリシモノト看做サルカ故ナリ。斯クシテ復ヒ中斷シタル訴訟ハ隱居ノ取消ニ依リテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ復活シタル者ニ於テ受繼スルコトヲ得。——此場合ニ關シ或ハ隱居ノ取消カ遡及效ヲ生スルコトニ願ミ相續人カ中斷シタル訴訟ヲ受繼シタル後隱居ノ取消ニ至ルマテニ爲サレタル訴訟手續ノ效力ニ付キ疑ヲ生スルモノナキニアラサルヘシ。然レトモ相續人カ中斷中ノ訴訟ヲ受繼シタルハ裁判所カ隱居シタル當事者ノ相續人トシテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スルコトヲ認許スルニ因ルモノナリ。而モ國家機關ニ依リテ認許セラレタル權利ニ基キテ爲サレタル行爲ハ假令後ニ至リ該認許カ遡及效ヲ以テ取消サルルモ其效力ヲ失フコトナキコトハ一般ノ原則トシテ承認セラルル所ナルカ故ニ(Hellwig, Grauzer der Rückwirkung S. 5 f. a. O.) 問題ノ場合ニ於テモ相續人カ受繼シタル後隱居ノ取消アルマテニ爲サレタル訴訟手續ハ其效力ヲ失フコトナキモノト解セサルヘカラサルナリ。

(2) 入夫婚姻ニ因リテ中斷シタル訴訟ヲ受繼シタル入夫カ入夫婚姻ノ取消又ハ離婚ニ因リテ家ヲ去ルトキハ、家督相續人カ其訴訟ヲ受繼スルニ至ルマテ復ヒ訴訟ノ中斷ヲ來スモノト解スヘシ。何トナレハ入夫婚姻ノ取消ニ因ル入夫ノ去家又ハ入夫ノ離婚ハ、家督相續ノ開始原因ナルカ故ニ(民

法九六四條二號三號)、入夫ハ相續開始ト共ニ訴訟物タル權利ニ付キ訴訟ヲ爲ス權能ヲ失ヒ相續人ノ之ヲ取得スルカ故ナリ。

第三款 當事者ノ隱居又ハ入夫婚姻ト強制執行

當事者ノ隱居又ハ入夫婚姻ト強制執行トノ關係ヲ明ニスルニハ、執行債權者ノ隱居又ハ入夫婚姻ニ因リテ相續カ開始シタル場合ト、執行債務者ノ隱居又ハ入夫婚姻ニ因リテ相續カ開始シタル場合トニ區別シテ研究スルコトヲ要シ、何レノ場合ニ於テモ、隱居又ハ入夫婚姻カ執行行爲ノ開始前ニ爲サレタルヤ、若クハ開始後ニ爲サレタルヤヲ觀サルヘカラス。

一 債權者ノ隱居又ハ入夫婚姻

(一) 債務名義ニ掲ケタル債權者カ執行行爲ノ開始前隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シ。依リテ家督相續カ開始シタルトキハ、執行セラルヘキ債權、其他ノ請求權カ家督相續人ニ依リテ承繼セラレタル場合ト、承繼セラレザリシ場合トヲ區別セサルヘカラス。

(1) 執行セラルヘキ債權カ家督相續人ニ依リテ承繼セラレタル場合ニハ、(イ)家督相續人ハ訴訟法第五一九條ニ謂フ所ノ債權者ノ承繼人タルカ故ニ、自己ノ爲メニ附與セラレタル執行文ヲ受クルニアラサレハ執行機關ニ對シテ執行行爲ヲ爲サンコトヲ申立又ハ委任スルコトヲ得ス。(ロ)又隱居若クハ入夫婚姻ヲ爲シタル債權者カ自己ノ爲メニスル執行文ヲ受ケ執行セントスル場合ニハ、債務者ハ執行

セラルヘキ債権カ相續人ニ依リテ承繼セラレタルコト從テ債権者ハ該債権ヲ行フヘキ Sachlegitimation
ヲ喪失シタルコトヲ理由トシテ請求異議ノ訴ヲ爲シ依リテ隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シタル債権者カ有
スル債務名義ノ執行力ヲ排除スルコトヲ得(五四五條五五九條本書二六一頁以下)請求ニ對スル異議
ノ訴「殊ニ二七六頁參照」。——右ニ述フル所ニ依リ家督相續人カ自己ノ爲メニスル執行文ヲ受ケタ
ル後、(a)隱居カ取消サレタルトキハ隱居者ハ自己ノ爲メニスル執行文ヲ受ケルコトヲ要シ、又債務
者ハ請求異議ノ訴ニ依リ家督相續人カ受ケタル執行力アル正本ノ執行力ノ排除ヲ求ムルコトヲ、得
(b)入夫婚姻カ取消サレ又ハ入夫又ハ入夫ノ離婚ニ因リテ家督相續カ開始シタルトキ亦同一ナリ。
(2) 執行セラルヘキ債権カ債権者ニ專屬スル權利ナルカ又ハ留保財産ニ屬スルカ、爲メ家督相續
人ニ依リテ承繼セラレサル場合ニハ、第五一九條ノ適用ヲ生スルコトナシ。隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲
シタル債権者ハ、家督相續ノ開始ニ拘ハラス自己ノ爲メニスル執行文ヲ受ケテ強制執行ヲ爲スヲ得
ルコトハ論ヲ俟タス。

II 債権者ノ委任又ハ申立ニ基キ執行機關カ執行行爲(差押及ヒ其後、ノ行爲)ヲ初メタル後強制
執行ノ完結前ニ其債権者カ隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シ、相續カ開始シタル場合ニ於テモ執行セラルヘ
キ債権カ家督相續人ニ承繼セラレタル場合ト然ラサル場合トヲ區別スルコトヲ要ス。

(1) 家督相續人ニ依リテ承繼セラレ從テ債権者ハ執行セラルヘキ債権ヲ行フ Sachlegitimation ヲ失

ヒタル場合ニ於テモ、現ニ執行セラレツツアル債務名義ハ獨立シテ、存在シ當然其執行力ヲ失フコトナ
キカ故ニ當然強制執行ノ停止ヲ來スコトナシ。然レトモ(a)債権者ハ一般ニ執行行爲ノ委任又ハ申立ヲ
撤回シ又ハ之ヲ制限シ、執行機關ニ對シテ其撤回又ハ制限ヲ主張スルコトヲ得ルカ故ニ(五三四條
一項二段)、問題ノ場合ニ於テモ執行機關ニ對シテ執行行爲ノ停止ヲ求ムルコトヲ得ルモノト解セ
サルヘカラス。(b)債権者ハ又債権者カ Sachlegitimation ヲ失ヒタルコトヲ理由トシテ請求異議ノ訴
ヲ爲スコトヲ得(五四五條、前掲論文參照)、且假ノ處分トシテ執行行爲ノ停止ヲ求ムルコトヲ得ル
コトハ論ヲ俟タス(五四七條五四八條及ヒ五五〇條二號)。

(2) 執行セラルヘキ債権カ、債権者ノ隱居又ハ入夫婚姻ニ拘ハラス家督相續人ニ依リテ承繼セラ
レサリシ場合ニハ、執行行爲ハ何等ノ影響ヲ受クルコトナクシテ進行スヘキモクタリ。

二 執行債務者ノ隱居又ハ入夫婚姻

I 債務名義ニ掲ケタル執行債務者カ執行行爲ノ開始前、隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シタル場合ニ於
テモ、債務カ家督相續人ニ依リテ承繼セラレタル場合ト否トヲ區別セサルヘカラス。

(1) 作爲又ハ不作爲ノ債務ハ專屬的ニシテ家督相續人ニ依リテ承繼セラルルコトナキカ故ニ(民法
九八六條但書)、執行セラルヘキ債権カ作爲又ハ不作爲ノ給付ヲ目的トスルモノナルトキハ、債権者ハ
債務者ノ隱居又ハ入夫婚姻ニ拘ハラス其者ニ對スル執行文ヲ受ケテ執行スルコトヲ要ス。此場合ニ於テ

若シ債權者カ家督相續人ニ對スル執行文ヲ受ケントシタルトキハ、裁判長ハ執行文附與ノ命令ヲ拒絕セサルヘカラス(五二〇條)。是レ家督相續人ニ依ル承繼ナキカ故ナリ。然レトモ、若シ誤リテ家督相續人ニ對スル執行ノ爲メ執行文カ附與セラレタル場合ニハ家督相續人ノ執行文ノ附與ニ對シ異議ノ申立ヲ爲シ(第五二二條)、又承繼ナキニトテ理由トシテ請求ニ對スル異議ノ訴ヲ提起スルコトヲ得(五四六條)。

(2) 反之金錢債務ハ家督相續人ニ承繼セラルト雖モ、民法第九八九條第一項ノ規定ニ依リ債權者ハ隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シタル債務者ニ對シテモ辨濟ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルカ故ニ、債權者ハ或ハ隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シタル債務者ニ對スル執行文ヲ受ケテ強制執行ヲ爲スコトヲ得、或ハ又民事訴訟法第五一九條ノ規定ニ依リ家督相續人ニ對スル執行文ヲ受ケテ強制執行ヲ爲スコトヲ得。何レニ依ルヘキヤ、何レヲ先ニシ、若クハ何レヲ後ニスヘキヤハ債權者カ執行ニ依リテ受クヘキ満足ニ對スル見込ニ依リテ決スヘキ問題ナリ。

物ノ引渡又ハ給付ヲ求ムル債務モ、亦家督相續人ニ依リテ承繼セラルルヲ常トスルカ故ニ、亦同様ニ解セサルヘカラス。但物的請求權ニ於ケルカ如ク引渡債務カ目的物ノ占有ヲ要件トスル場合ニ於テ、(a)隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シタル債務者引渡ノ目的物ヲ占有スルトキハ引渡債務ノ承繼ナキカ故ニ債權者ハ其債務者ニ對スル執行文ヲ受ケテ執行ヲ爲スコトヲ要ス。又(b)家督相續人カ引渡ノ目

的物ヲ占有スルトキハ、債權者ハ家督相續人ニ對スル執行文ヲ受ケテ執行ヲ爲スコトヲ要ス。若シ債權者カ後ノ場合ニ於テモ、猶隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シタル債務者ニ對スル執行文ニ依リテ執行セントスルトキハ、債務者ハ引渡債務ノ喪失、換言スレバ Sachlegitimation ノ欠缺ヲ理由トシテ請求異議ノ訴ヲ爲スコトヲ得ルモノト解スヘキナリ。

II 執行行為ノ開始後債務者カ隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シ、依リテ家督相續カ開始シタル場合ノ強制執行ニ關シテハ第五三三條ノ明文アリ。同條ノ規定ニ依レハ、既ニ開始シタル強制執行ハ債務者ノ隱居又ハ入夫婚姻ニ依リテ何等ノ影響ヲ受クルコトナク、其當時債務者ニ屬シタル財産、即留保財産ノミナラス相續財産ニ對シテモ續行スルコトヲ得。唯此ノ規定ハ執行セラルヘキ債權カ債務者ニ屬スル財産ノ價格ニ依リテ満足セラルルコトヲ得ルモノ、即金錢債權ナル場合ニノミ適用アルモノト解スヘキカ如シ、故ニ、(1)既ニ開始シタル金錢債權ノ執行ハ債務者ノ留保財産又ハ相續財産ニ對シテ執行スル間ハ執行文ヲ改ムルコトヲ要セスシテ續行スルコトヲ得、然レトモ若シ家督相續人ノ固有ノ財産ニ對シテ執行セントスル場合ニハ、第五一九條ノ規定ニ依リテ其相續人ニ對スル執行文ヲ求メサルヘカラス、相續人ニ對スル執行文ナクシテ相續人固有ノ財産ニ對シテ執行セラレタルトキハ、相續人ハ自己ニ對スル執行力アル正本ノ欠缺ヲ理由トシテ強制執行ノ方法ニ對スル異議(五四四條)ヲ爲スコトヲ得、(2)反之既ニ開始セラレタル強制執行カ金錢債權ノ執行ニ非ザルトキハ、第

五五三條ヲ適用スルコトヲ得ナルカ故ニ一般ノ原則ニ依リテ決セサルヘカラス。此點ハ債務執行々爲ノ開始前ニ隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シタル場合ニ關スル所述(本款ノ二)ヨリシテ推及スルコトヲ得ルカ故ニ敢テ贅セス。

一二 供託ノ性質及ヒ其法律關係

緒言

供託ノ性質及ヒ法律ニ關スル研究ハ、學界ニ於テモ未タ完シト云フヲ得ス、吾人モ亦從來ノ學說ニ甘ンスルコト能ハス。茲ニ獨創ニ近キ私見ヲ公ニシ、大方ノ批判ヲ請ハントス、研究未タ盡ササル所アルヘキハ、吾人モ亦自ラ期スル所ナリ。

夫レ、民法、商法、民事訴訟法其他ノ法律ハ供託ノ原因及ヒ其原因ニ基キテ供託ヲ爲シタル場合ニ於ケル民法上、商法上、訴訟法上若クハ當該法上ノ法律關係ヲ定ム(註一)。然レトモ、供託其自體ノ内容タル法律關係(供託上ノ法律關係)ヲ定ムルコトナシ。前者ハ、特定ノ原因ニ基クテ供託カ爲サレタリト云フ事實(Thingstand)ニ、民法、商法、民事訴訟法其他ノ法律カ附スル效果ニシテ、供託ノ原因ノ異ナルニ從ヒ又互ニ異ナルヘキハ論ヲ俟タス。反之、供託上ノ法律關係ハ、供託所ト供託者及ヒ被供託者トノ間ニ生スル法律關係ニシテ、供託ノ原因如何ニ拘ハラズ、供託カ爲サル總テノ場合ヲ通シテ、同一ナラサルヘカラス(註二)。是レ、吾人カ兩法律關係ヲ截然區別セントスル所以ナリ。——從來ノ學說ニ於テモ、兩法律關係ヲ區別セントスルモノナキニ非ス、然レトモ充分明確

ナリト云フヲ得ス【註二】。

【註一】 供託ハ各種ノ原因ニ基キ種種ノ目的ヲ以テ爲サル。或ハ債務消滅ノ目的ヲ以テ爲シ（民法四九四條乃至四九八條）、或ハ抵當權排除ノ目的ヲ以テ爲シ（民法三七八條）、或ハ債權擔保ノ目的ヲ以テ爲シ（民法三六七條二項、四六一條二項五七八條、商法一六八條、四七七條乃至四八一條、民訴六五六條）、或ハ訴訟上ノ保證ノ目的ヲ以テ爲シ（民訴八七條二〇六條五號、五〇〇條五〇三條五〇五條五二二條五二九條五四七條五四九條七四一條七四五條七四七條七五九條等）、或ハ強制執行ヲ防止スル目的ヲ以テ爲シ（民訴五〇五條五〇三條五〇五條五〇七條五〇九條五七九條及七六〇七條七四三條七五四條）、或ハ保管殊ニ保管物保管ノ目的ヲ以テ爲スカ如シ（商法二八九條民訴五九二條六二一條六三〇條六九七條七一四條七五〇條）。——尙ホ刑事訴訟法第一五一條ノ規定ニ依リ、保釋ノ爲メニ爲ス金錢及ヒ有價證券ノ差出ハ勾留ノ停止ヲ目的トスル供託ナリト解スヘキナリ。

此等ノ法文ニ於テ定ムル供託ノ原因カ互ニ相異ナルコトハ論ナク、又其原因ニ基ク供託カ爲サレタル場合ニ於ケル當該法律上ノ關係カ相異ナルコトハ自明ノ理ナリ。然レトモ、總テノ場合ヲ通シ、供託其ノモノノ性質從テ供託上ノ法律關係ハ、常ニ同一ナラサルヘカラス。

【註二】 Cohn ハ以テラク、（イ）供託其自體ハ何等法律技術上ノ内容（Juristisch-technischer Inhalt）ヲ有セス。引渡其自體カ、何等法律上技術上ノ内容ヲ有セザルト一般ナリ。故ニ（ロ）供託ニハ、其カ爲サル、目的及ヒ原因ニ從ヒ法律上ノ效果ヲ附スルモノナリト（ahn, in *Crudat Jahrgang 32* (1888) S. 579 a. a. O.）。此見解ハ、供託其自體ト供託ノ原因（及ヒ目的）ニ附セラレタル法律上ノ效果トヲ區別スル點ニ於テハ、吾人ト其研究方法ヲ同クス。然レドモ、「供託其自體ハ何等法律上ノ内容ヲ有セス」ト爲スニ至リテハ誤マレリ。蓋往時債權契約ト物權契約トノ區別明確ナラザリシ時代ニ於テハ、Cohn ノ主張スルカ如ク引渡ヲ以テ何等法律上ノ内容ヲ有セザル行爲ナリトスルモ、亦タ一種ノ見解タルコトヲ失ハス。然レトモ、現代ノ獨逸私法ニ於テハ引渡ハ何等内容ヲ有セザル行爲ニ非ラス、物權ノ設定、移轉又ハ變更ヲ來タスヘキ要件タル行爲ナリ。故ニ若シ

【註三】 シテ現代私法ノ發達ヲ觀セシメハ、必スヤ供託其自體カ特種ノ法律關係ナルコトニ達シ、供託ノ原因ニ付セラレタル法律上ノ效果ヨリ之ヲ區別シタルヘキコトヲ疑ハス。

又私法學者ノ或ル者ハ「供託ノ公法上ノ方面ハ暫ク之ヲ度外視シ、其私法上ノ方面ノミヲ研究スル旨」ヲ前提シタル後、債務ノ消滅ヲ目的トスル供託ヲ論スルモノナキニ非ス（Ehneccerus, *Lehrb. des bürgerlichen Rechts* Bd. I. Abtheil. 2 § 289 S. 175 a. a. O.）。然レトモ供託ノ性質ヲ論スルニ及ンテハ、直チニ「第三者ノ爲メニスル寄託ヲ含ム契約ナリ」トナシ（Ehneccerus, *ebenda* § 290）、恰カモ所謂「公法上ノ方面」ヲ忘レタルモノ、如シ。蓋私法學者ニシテ、若シ謂フ所ノ「公法上ノ方面」ナルモノニ付キ、更ニ思索一考センカ、吾人カ目シテ「供託其自體ノ法律關係」ナリトスルモノニ到達スヘク、又謂フ所ノ「供託ノ私法的方面」トハ、畢竟特定ノ原因ニ基ク供託ニ、民法ノ規定カ附シタル法律上ノ效果タルニ過キサレコトヲ明ニスルコトヲ得ヘシ。

蓋、從來ノ學說ニ於テ、供託ノ性質ニ關スル見解カ岐カレ、殊ニ其法律關係カ明確ヲ缺ク嫌アルハ、特定ノ原因ニ基ク供託カ爲サレタル場合ニ於テ、其原因ヲ定ムル法律カ、之ニ付シタル法律上ノ效果ト供託上ノ法律關係トノ區別ヲ明確ニセサルニ坐スルモノト云フヘシ。——私法學者ハ、債務ノ消滅ヲ目的トスル供託ノミヲ眼中ニシテ、供託ノ性質及ヒ其法律關係ヲ論スルヲ常トシ、從テ供託ヲ以テ私法上ノ契約關係ナリトシ、殊ニ多數ノ學者ハ第三者ノ爲メニスル契約ヲ含ム寄託契約ナリトナス【註三】。然レトモ、債務ノ消滅ヲ目的トスル供託ノミヲ視テ、供託ノ性質及ヒ其法律關係ヲ定メントスルカ如キハ、正當ナル研究方法ト云フヲ得ス。私法學者ノ多數モ亦之ヲ自認スルカ故ニヤ、或ハ供託ハ其原因ヲ異ニスルニ從ヒテ其性質ヲ異ニスルモノナリトシ、或ハ「供託ノ私法的方面ノミヲ研究スルモノナリ」トシテ（Ehneccerus, *Lehrb. Bd. I. Abtheil. 2 § 289 S. 175 a. a. O.*）

慰安ヲ見出サントスルモノノ如シ。蓋慣ルル所ニ因ハレタルモノト云フヘキカ。

【註三】私法學者ノ通説ニ於テハ、供託ハ供託者ト供託所トノ間ニ於ケル私法上ノ契約ニシテ、且第三者ノ爲メニスル契約ヲ包含メル寄託契約ナリトナス(Windscheid, Pandekt. Bd. II § 316 c; Dernburg, Pandekt. Bd. II § 61 Anm. 9; Regelsberger, Kritische Vierteljahrsschrift Bd. II. S. 565 fg; Kohler, in Jhering Jahrb. Bd. 17 S. 317 fg; Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 445; Dernburg, Das bürgerl. Recht. Bd. II Abtheil. I § 123 II s. 314; Enneccerus, Lehrbuch Bd. I Abtheil. 2 § 290 S. 177 f; Ortmann, Schuldverhältnisse Anm. I u. 5 vor § 372 B.G.B. 尙ホ石坂博士日本民法第三篇第四卷一四八二頁以下京法八卷九號五頁以下民法研究第三卷一七五頁以下及ヒ同處引用ノ學說參照)。然レドモ、二三ノ學者ハ或ハ第三者ノ爲メニスル契約ニ準スルキ契約トイフ(Stammeler, Schuldverhältnisse S. 239 fg)。或ハ特種ノ契約ナリトナス(Beer, Hinterlegung zum Zweck der Schuldbefreiung 1900 S. 54 f. a. a. O.)。尤モ私法學者ニモ供託ヲ以テ公法上ノ關係ナリトナスモノナキニ非ス(Ortmann, im Archiv für civ. Praxis Bd. 79 S. 244 ff. Schey, Obligationenverhältnisse des Österreichischer Privatrechts S. 348; Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts Bd. II § 143) 反之公法學者ハ供託ヲ以テ公法上ノ關係ナリトナス(後述參照)。

第一項 供託ノ性質

吾人ハ供託ヲ以テ、國家機關カ非訟事件トシテ行フ公法上ノ法律關係ナリトナス。此見解ハ、一方ニ於テハ供託ヲ以テ私法上ノ契約關係ナリトスル説ヲ排シ、他方ニ於テハ又供託ヲ以テ公法上ノ法律關係ナリトスルニ拘ハラス、或ハ(イ)公法上ノ契約ナリトシ或ハ又(ロ)營造物ノ使用ナリトスル見解ヲ斥クルモノタリ。左ニ吾人ノ見解ヲ分説スル傍、此等ノ諸説ヲ批評スヘシ。

一 供託所ハ國家ノ機關トシテ供託ヲ管掌ス。

(一) 沿革 法制沿革ニ徴スルニ、中世ニ至ルマテハ、供託ハ必シモ國家機關ノ司ル所ニアラス(1)羅馬法ニ於テハ債務ノ消滅ヲ目的トスル供託ハ既ニ之ヲ認メタルニ拘ハラス、當初ハ利害關係ヲ有セサル私人ニ供託スヘキモノトシタリ。後ニハ尙ホ公ノ場所即寺院、銀行、等ニ爲ス供託并ニ裁判所ノ指定スル場所ニ爲ス供託ヲ認メタリト雖モ、供託ハ寄託ニ過キスト爲シタリ(Ulrich, Die De-position u. Dereliction behufs Befreiung des Schuldners S. 31 f; Kopf, Das Hinterlegungsverhältnis S. 41)。(2)獨逸固有法ニ於テハ、供託ハ初メヨリ公ノ場所ニ爲スヘキモノトシ、中世ノ獨逸固有法ニ於テハ、裁判所又ハ裁判所ノ指定シタル場所ニ爲スヘキモノトシタリ。然レトモ、各州法ニ於テハ此他尙ホ行政官廳若クハ其指定シタル場所ニ供託ヲ爲シ得ヘキコトヲ認メ、或ハ更ニ誠直ナル私人ニ供託シ得ヘキコトヲ認ムルモノ無キニ非ス。又當時ニ於テモ寺院ニ供託ヲ爲スヲ得タリ。(Mühsam, Die gerichtliche Hinterlegung S. 55, Endemann, Studien in der romanisch-Kanonistischen Wirtschaftslehre Bd. S. 427; Kopf, ebenda)。(3)普國法ニ於テモ、供託ハ初ハ裁判所ニ爲スヘキモノトシタリ。然カルニ佛國法ノ影響ヲ受クルニ及ヒ漸次之ヲ行政官廳ニ移スニ至レリ【註四】。即千八百七十九年四月十四日ノ供託法ニ於テハ、金錢、無記名證券、持參人拂ノ記名證券及ヒ高價品ハ行政官廳ニ供託セサルヘカラス 然レトモ急迫ナル場合ニハ、一時ノ保管ノ爲メ區裁判所ニ差出スコトヲ得ルモノト

シ、(同法一條及七〇條)、此他ノ證券及ヒ其他供託ニ適スル物ハ區裁判所ニ供託スヘキモノトシ
タリ(同法八七條)。然カレトモ他ノ諸州ニ於テハ、尙ホ供託ヲ以テ裁判所ノ管轄ニ專屬セシムルモ
ノナキニ非ス【註五】

【註五】 佛蘭西ニ於テハ、革命第八年五月六日ノ法律ニ依リテ認めラレタル債券消却金庫ハ、同第十三年五月二十八日ノ法律ヲ
以テ國庫ニ委託セラレ、國庫ハ供託所 (la caisse des dépôts et consignation) トシテ供託ヲ管掌ス (Ducroix, Cours du devit 1881
Tom 2 Nr. 1094-1099)。

【註六】 國庫ノ支分國ニシテ、供託ヲ以テ裁判所ノ管轄ニ專屬セシムルハ、Anhalt (Ausführungsgesetz zum BGB. vom 18 April
1899), Bayern (Verord. v. 18. Decemb. 1899), Bremen (Gesetz v. 18 Juli 1899), Hamburg (Gesetz v. 14 Juli 1899),
Hessen (Verord. v. 19 Aug. 1899), Lippe (Ausführung. z. BGB. 17 November 1899), Lübeck (Gesetz v. 20 März 1899),
Mecklenburg sekwrth (Verord. v. 9 A pril 1899) Mecklenburg-Strelitz (Verord. v. A April 1899), Oldenburg (Verord. v. 1
Decemb. 1899), Reuss v. n. L. (Gesetz v. 6 Novemb. 1899) Reuss j. L. (Gesetz v. 10 August 1899), Sachsen (Verord. v. 16 Juni 1900)
Sachsen-Altenburg (Ausführung. z. BGB. 4 Mai 1899) Schaumburg-Lippe (Gesetz v. 20 Juni 1899), Schwrtzburg Rudolstadt (Gesetz v. 11
Decemb. 1899), Schwarzburg-Sondershausen (Gesetz v. 29 Juli 1899), Württemberg (Ausführung. z. BGB. 28 Juli 1899) 以下ナク
W. H. Maden (Finanzgesetz. 7 Juni 1884), Braun schweig (Gesetz v. 12 Juni 1899) Sachsen-coburg-Cotha (Gesetz v. 26 Juni 1879
u. 23 Oktober 1899) Sachsen Weimar-Eisenach (Gesetz 28 Nov. 1899) Waldeck-Pyrmont (Gesetz v. 11 Dec. 1899) 於テハ、行
政官廳ノ外裁判所モ亦供託ヲ管掌スルモノトシタリ。

(二) 然レトモ現行法ニ於テハ供託ハ國家機關ノ掌ル所タリ。現行法ニ依レハ(イ)金錢及ヒ有
價證券ノ供託ハ金庫ニ爲スヲ以テ原則トスト雖モ(供託法一條)、民事訴訟法第六編(強制執行)
ノ規定ニ從ヒ訴訟上ノ保證又ハ執行防止ノ目的ヲ以テ爲ス金錢又ハ有價證券ノ供託ハ(民訴五〇〇

條五〇三條一號五〇五條五二二條五二二條二項五四七條二項五四九條四項六五六條二項七四一條二
項七四三條七四五條二項七四七條一項七五九條)更ニ供託者カ普通裁判籍ヲ有スル地ノ區裁判所又
ハ執行裁判所ニ爲スコトヲ得(五一三條)。又(ロ)金錢又ハ有價證券ニ非サル物品ノ供託ハ、司法
大臣ノ指定シタル倉庫營業者ニ爲スモノタリ(供託法第五條乃至第七條及ヒ明治三三年八月司法省
告示第四〇號參照)。而シテ、金庫又ハ裁判所カ國家機關即供託機關トシテ供託ヲ管掌スルモノ
ナルコトハ疑ヲ容レス【註六】 倉庫業者モ亦國家機關トシテ供託ヲ管掌スルモノト解セサルヘカラ
ス。何トナレハ、國權行使ノ委任ヲ受ケタル者ハ、其國權ヲ行使スル範圍ニ於テハ、國家ノ機關タ
ルコトハ學說ノ認ムル所ナリ、而カモ、司法大臣ハ、供託法第五條ノ規定ニ基キ、倉庫業者ヲ指定
シ、供託ニ屬スル國權ノ行使ヲ、之ニ委任スルモノナルカ故ナリ【註七】。

【註六】 裁判所カ國家ノ機關ニシテ、營造物ニ非サルコトハ論ヲ俟タス。反之、金庫ハ營造物タルヤノ疑アリト雖モ、現行法ニ
依レハ、金庫ハ「國家カ」保管出納スル現金ヲ取扱フ所」ナルカ故ニ(明治二八年九月勅令一二九號金庫規則第一條)、國家ノ機關
ト解スヘキカ如シ。假リニ、金庫ヲ以テ國家機關ニ非ストスルモ、供託ヲ管掌スル場合ニハ、非訟裁判權ヲ行フモノナルカ故
ニ(後述參照)、其範圍ニ於テハ國家機關ナリト解セサルヘカラス。

【註七】 國家ニ屬スル一定ノ事務ヲ處理スル權限ヲ授ケラレタル者カ國家ノ機關タルコトハ公法學者ノ一致スル所ナリ (Lindhard,
Das Staatsrecht Bd. I. S. 338 f; G. Meyer, Staatsrecht S. 344 美濃部博士日本國法學上卷一〇四頁以下、佐々木博士日本行政法論
上卷三〇三頁以下及ヒ同處引用ノ學說參照)。故ニ、供託ニ對スル干與カ國家ノ事務ニ屬スルコトヲ明ニセハ、供託所カ國家ノ

機關タルコトヲ認メサルヘカラス（此點ハ後ニ論スヘシ）。サレハ供託ヲ管掌スル倉庫業者モ亦、供託事務ヲ處理スル範圍ニ於テハ國家ノ機關ナルコトヲ認メサルヘカラス。——石坂博士ハ、倉庫業者カ供託物ヲ保管スルコトヲ以テ、供託カ公法上ノ關係ニ非サルコトヲ斷スルノ一根據トナサルルカ如シ。（石坂博士供託論、京法八卷九號七頁以下民法研究第三卷一六七頁參照）、然レトモ吾人ハ右ノ理由ニ基キ之ニ贊スルコト能ハス。

二 供託ハ更ニ國家機關カ非訟事件トシテ行フ公法上ノ關係ナリ。

供託ヲ以テ非訟事件ト爲スハ、一方ニ於テハ私法上ノ契約關係ナリトスル說ヲ排シ、他方ニ於テハ公法上ノ契約若クハ營造物ノ利用ナリトスル見解ヲ斥クルモノタリ。

(一) 供託ヲ以テ私法上ノ契約關係ナリトスルハ私法學者ノ通說ナリ。即供託所ハ供託者トノ契約ニ依リテ供託ノ目的物ヲ保管スルモノトナスナリ（前掲〔註三〕參照）。然レトモ此見解ハ非ナリ。供託所ハ、供託ヲ承諾スルト否トヲ決スル自由即契約締結ノ自由ヲ有セス、苟クモ形式上適法ナル供託ハ之ヲ受理スヘキ義務ヲ有ス。詳言セハ(a)供託者カ供託書ニ供託物ヲ添ヘテ提出シタル場合ニハ金庫ハ供託書カ法定ノ方式ニ合スルヤ、供託物カ供託ニ於ケル表示ニ適合スルヤ、其他供託申請ノ適法要件（後述第二項第一目參照）カ具備スルヤ否ヤヲ調査シ、之ヲ認ムル場合ニハ供託物ヲ受領スヘキ義務ヲ負フコトハ明文上疑ヲ容レズ（供託法二條及供託物取扱規程三條及ヒ四條參照）。(b)司法大臣ノ指定シタル倉庫又ハ裁判所カ供託ノ申請ヲ受ケタル場合ニ於テモ亦同様ニ論セカラス（供託法五條二項六條參照）。——約言セハ、供託所ハ國家ニ對シテ適法ナル供託ヲ受理

サヘスヘキ職責ヲ有スルノミナラス、供託者ニ對シテモ亦供託ノ申請ニ付キ調査シ、適法要件ノ存在ヲ認ムル場合ニハ其申請ヲ認メ且供託物ヲ受領スヘキ義務ヲ負フモノタリ。故ニ供託ハ契約ニ準ス。供託所ハ供託ノ申請ノ適否ヲ調査シ、之ニ關スル裁決ヲ爲スモノタリ、契約ノ申込ニ對シテ承諾ノ意思表示ヲ爲スモノニ非ス（Vgl. Oertmann, in Archiv für civ. Praxis Bd. 79 S. 248 f.）。

契約說ヲ認ムル學者ハ、或ハ(1)締結ノ強制ハ契約タルコトヲ妨ケス。鐵道カ一般人ニ對シ運送契約ヲ締結スヘキ義務ヲ負ヒ、演劇場若クハ旅店カ一般人ニ對シ契約ヲ締結スヘキ義務ヲ負フモ、尙契約タルヲ妨ケスト謂フ（Beer, Hinterlegung zum Zwecke der Befreiung von Schuldverbindlichkeiten S. 51 f; Biermann, in Jhering's Jahrbuch Jahrg. 32 S. 267 f; Oertmann, Schuldverhältnisse Nr. 5 vor § 372 B.G.B. 尙ホ石坂博士民法研究第三卷一六九頁、日本民法第三編第四卷一四七八頁以下參照）。然レトモ、所說ハ、或ハ營造物ノ利用ト契約ノ締結トヲ混同シ或ハ又營業許可ノ條件トシテ、國家ニ對シテ負フ義務ト契約ノ相手方ニ對スル締結ノ義務（斯ル義務ハ認ムルコトヲ得スト雖モ、暫ク論者ノ所說ニ從フ）トヲ混同スルモノタリ。(イ)營造物ハ、之ヲ利用セントスル者アル場合ニハ、其利用ヲ許ササルヘカラス。是レ營造物ハ恰モ公衆ニ利用セシムルコトニ依リテ、行政ノ目的ヲ達セントスルモノナルカ故ナリ。（Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. II. § 52 S. 333 a. a. O.）

然レトモ營造物ノ利用ハ法令ノ規定及ヒ當該營造物内部ノ使用規程ニ依ルモノニシテ契約ニ依ルコトナシ(Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. II § 51 S. 319 a. a. O.)^{〔註八〕}故ニ國家又ハ公共團體ノ營造物タル鐵道若クハ劇場等ノ使用ニ付キ許可ノ強制アルモ、其使用ハ契約ニ依ルモノニ非ルカ故ニ、之ヲ根據トシテ供託カ契約ナルコトヲ推斷スルハ非ナリ。又(ロ)營業許可ニ於テ、公衆ト營業上ノ取引ヲ爲スヘキコトヲ以テ許可條件ト爲スモノ少カラス。斯ル場合ニ於テハ、營業者ハ公衆ト該營業上ノ契約ヲ締結スルニ非ナレハ、其許可ヲ撤回セラルヘキ不利益ヲ受クルカ故ニ、該營業上ノ契約ヲ締結スヘキ間接ノ強制ヲ受クルモノト云フヲ妨ケス。然レトモ、此強制タルヤ學者ノ所謂「自己ニ對スル義務(間接義務)即「負擔」(Last)タリ。契約ヲ締結セントスル相手方ニ對シテ負フ義務ニハ非ス。故ニ若シ營業者ニシテ、苟クモ右不利益ヲ受クルニ甘ンスルトキハ、該營業上ノ契約ヲ締結セサル自由ヲ有ス。然カモ此自由ハ法律上ノ許容(rechtliche Dürfen)ニシテ事實上ノ可能ニ非ス。然カルニ、供託ノ場合ニ於テハ、供託所ハ供託者ニ對シテ、適法ナル供託ノ申請ヲ受理シ且供託物ヲ受領スヘキ義務ヲ負擔スルモノナルコトハ前述ノ如シ。サレハ、營業許可ニ於テ、契約締結ノ間接強制ヲ認ムル場合アルコトヲ根據トシテ、供託關係カ契約ナルコトヲ推斷セントスルハ、非類ニ基キテ類推セントスルモノニシテ(誤マレリト云フヘシ尙ホ、Biermann, Rechtszwang zum Kontrahieren in Jhering Jahrbuch Jahr 32 S. 276 a. a. O. 參照)。

〔註八〕 行政法學者ニハ、契約ニ依ル營造物ノ利用ヲ認ムルモノナキニ非スト雖トモ(Otto Mayer, ebenda)矛盾ト云ハサルヘカラス。何トナレハ、恰モ公衆ノ利用ニ供スルコトニ依リテ、行政ノ目的ヲ達スルコトヲ以テ、營造物ノ特質ナリト爲ス以上ハ苟クモ營造物ヲ利用スル權利アル者カ之ヲ利用セントスルトキハ、使用規定ニ特別ノ留保アル場合ノ外、其利用ヲ許可セサルヘカラス。換言セハ營造物ヲ利用セントスル私人ノ申請アリタル場合ニハ、營造物ノ管理者ハ、其申請力適法ナルヤ、申請者カ利用權ヲ有スルヤ、營造物使用規定ニ於テ留保シタル場合ニ非ササヤテ審査シ審査ノ結果ニ從ヒテ許可ノ裁斷ヲ爲ササルヘカラス。然レトモ右ノ理由ニ基カスシテ(換言セハ契約締結ノ自由ニ依リテハ)營造物ノ利用ヲ拒絕スルコトヲ得ル自由ヲ有スルモノトナストキハ、恰カモ行政ノ目的ヲ達セザラシムルモノニシテ、營造物其自體ノ觀念ト容レズ。

(2) 契約說ヲ採ル論者ハ、更ニ「供託所カ供託ヲ受理スヘキ義務ヲ負フトスルモ其強制ハ當事者間ニ發展スヘキ法律關係ノ外ニ在ルカ故ニ其法律關係カ契約タルコトヲ妨ケス」ト爲ス、(Beer, ebenda S. 55 尙ホ石坂博士民法研究第三卷一六八頁參照)。蓋、前掲營業許可ニ於ケル契約締結ノ間接強制ノ如キハ營業上ノ契約ノ外ニ存スル關係ナルカ故ニ、固ヨリ該營業上ノ契約カ契約タルコトヲ妨ルモノニ非ス。然レトモ供託ノ場合ニ於テハ、供託所ハ恰カモ供託者ニ對シテ適法ナル供託ノ申請ヲ受理シ且供託物ヲ受領スヘキ義務ヲ負フモノナルカ故ニ、之ヲ以テ供託ノ外ニ在リト云フヲ得ス。要之、供託ヲ以テ供託所及ヒ供託者間ノ契約ナリトスルハ、供託所カ供託者ニ對シテ負フ義務ト相容レズ非ナリト云フヘシ。

(3) 私法學者カ供託ヲ以テ契約ナリトシ殊ニ第三者ノ爲メニスル契約ヲ含ム寄託契約ナリトスル動機カ、被供託者ノ供託物交付請求權及ヒ供託者ノ供託物還附請求權ヲ説明セントスルニ在ルコト

4. 既に Otto Mayer の指摘スル所タリ (Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. II § 51 S. 323 Anm. 6. 尙 Kopf, ebenda S. 11 f. 石坂博士民法研究第三卷一七二頁以下)。然レトモ、契約説ハ各種ノ原因ニ基キ各種ノ目的ヲ以テ爲サル供託ヲ説明スルコトヲ得ス、殊ニ供託物ヲ受クヘキ者カ裁判ニ依リテ定マルヘキ場合ニハ(供託法八條一項後段)、其者ノ供託物交付請求權ハ第三者ノ爲メニスル契約ノ法理ヲ以テハ説明スルコトヲ得ス。且被供託者ノ供託物交付請求權及ヒ供託者ノ供託物還附請求權ハ、契約ノ法理ヲ假ラサルモ、總テノ場合ニ通シ且適切ニ説明シ得ヘキコトハ後ニ述フルカ如シ(後述第二項第二目參照)。

(II) 供託ヲ以テ公法上ノ關係ナリトスル一派ノ學者ハ、供託ヲ以テ公法上ノ契約ナリトナス、(Loaning, Haftung des Staates für die rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten S. 131. fg. a. a. O.)。蓋公法上ノ契約ナル觀念ハ、公法上ノ效果ヲ生スヘキ双方行爲タル法律行爲ナル意義ニ於テハ之ヲ認ムルコトヲ得、例ハ裁判所ノ管轄ニ關スル合意、(二九條)、訴訟休止ノ合意(民訴一八八條)、訴訟上ノ和解(二二一條五九條三號)等ノ如シ。此等ノ合意ハ直接ニ訴訟法上ノ效果ヲ生スル當事者間ノ合意ニシテ又法律行爲の性質ヲ有スルカ故ニ、訴訟法上ノ契約タリ。從テ公法上ノ契約ト稱スルコトヲ得ヘシ。然レトモ、之ハ原告及ヒ被告タル私人間ノ合意ニシテ、權力ノ主體タル國家ト私人トノ間ノ合意ニ非ラス。權力關係ニ立テル國家ト私人トノ間ニ於テモ、尙契約ヲ認ムルコトヲ得ルヤハ、公法學者ノ主張アルニ拘ラス、吾人ノ未ダ首肯スル能ハサル所ナリ。——尤モ、此點ハ何レニ決スルモ、供託カ公法上ノ契約ニ非サルコトハ疑ヲ容レズ。何トナレハ、公法上ノ契約ナル觀念モ亦、契約締結ノ自由アル場合ニ非レハ、之ヲ認ムルコトヲ得サルヤ固ヨリ論ナシ。然カニ供託所カ供託ノ申請ヲ受理シ且供託物ヲ受領スルニ付キ自由ヲ有セサルコトハ、私法契約説ヲ評スルニ當タリ、述ヘタルカ如クナルカ故ナリ。

(III) 他ノ學者ハ、供託所ヲ以テ營造物ナリトシ、供託者ハ營造物ヲ利用スルモノナリトナス、(Otto Mayer, ebenda S. 323 Anm. 9; Kopf, ebenda S. 47 a. a. O.)。尤モ Mayer ハ其理由ヲ示サス、又 Kopf ハ千八百九十三年十一月十四日ノ權限爭議裁判所ノ判決ニ於テ「供託所ハ法的秩序ノ維持ニ協力スル機關ニシテ、私權ノ保護ヲ目的トスル國家制度ニ屬スルモノナリ。供託所ハ法的秩序ヲ完成スト云フ(Ergänzung der Rechtsordnung)法政上ノ必要ニ因リテ生スルモノタリ、法政ニ屬スル事務ヲ行フモノタルカ故ニ法政ノ機關ナリ」ト謂フヲ援用シテ、其所説ノ主タル根據トナス(Kopf, ebenda S. 43 f.)。然レトモ、右權限爭議裁判所ノ判決ハ、供託カ營造物ノ利用タルコトヲ斷スルノ理由ヲ爲スモノタリ。夫レ供託カ非訟事件ニ屬スルヤ又ハ營造物ノ利用ナルヤハ供託所カ法政機關タルヤ又ハ營造物タルヤヲ決スルニ依リテ初メテ明ニスルコトヲ得。吾人ハ進ンテ此點ニ論及スヘシ。

三 供託所ハ、非訟事件裁判權ヲ行フ國家ノ機關ナルヤ又ハ營造物ナルヤ。

供託カ「法的秩序ヲ完成スヘキ法政上ノ必要」ニ基キ認めラルル制度ナルコトハ、前掲權限爭議裁判所ノ認ムル所ニシテ、又學者ノ贊スル所ナリ (Beer, Die Hinterlegung S. 46-48 a. a. O.; Kopf, ebenda S. 43 a. a. O.)。サレバ、供託所ニシテ若シ營造物タランカ、法政上ノ營造物タラサルヘカラス。夫レ營造物ノ觀念ニ付キテハ學說ハ必スシモ一致セス。然レトモ其特質カ恰モ公衆ヲシテ利用セシムルコトニ依リテ行政ノ目的ヲ達スルニ在ルコトハ疑ヲ容レサルカ如シ (Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. II § 52 S. 319 u. 333. a. a. O. 尙ホ織田博士行政法講義一七八頁參照)。故ニ、若シ供託所ハ供託者ニ依リテ利用セラルルニ止マリ、何等國權ヲ行フモノニ非サルトキハ、供託所ヲ以テ國家ノ營造物ト爲スハ正當ニシテ、又供託關係ハ營造物ノ利用關係ナリト云ハサルヘカラス。然レトモ、供託所ハ非訟事件ニ屬スル國權即所謂非訟裁判權 (Freiwillige Gerichtsbarkeit) ヲ行フモノナルカ故ニ、之ヲ以テ營造物ナリトスルハ非ナリ。

非訟裁判權ノ内容ニ付キテハ學者間異論ナキニ非ス。然レトモ、法律上ノ效果殊ニ私法上ノ效果ノ形成ニ干與スル國權ノ作用ナリトスルヲ以テ正當トス (Wach, Handbuch Bd I § 6 S. 53 a. a. O.)。故ニ、供託カ非訟事件ニ屬スルコトヲ斷スルニハ、供託ニ國スル國權ノ作用カ私法上又ハ訴訟法上ノ效果ノ形成ニ干與スルモノナルコトヲ明ニセサルヘカス。而シテ、此作用ハ供託所カ供託物ヲ受

領スルニ當タリ又供託物ヲ交付若クハ還付スルニ當タリテ彰ハル。

(一) 供託所カ(イ)供託ノ申請ヲ受ケタルトキハ、供託申請ノ適法要件(後述第二項第一目參照)カ具備スルヤ否ヤヲ調査シ、調査ノ結果其要件ノ具備セルコトヲ認ムルトキハ、供託ノ申請ヲ認め且供託物ヲ受領セサルヘカラス。即(a)供託所カ金庫タル場合ニハ、供託書カ法定ノ方式ニ合スルヤ供託者カ能力者ナルヤ又代理人ニ依リテ供託スル場合ニハ其者カ代理權ヲ有スルヤ、供託所カ管轄權ヲ有スルヤ、供託書ニ添ヘタル金錢又ハ有價證券カ供託書ニ於ケル表示ニ適合セルヤ等ノ適法要件ヲ調査セサルヘカラス。調査ノ結果其要件ノ存在ヲ認ムルトキハ供託ノ申請ヲ適法ナリトシ且供託物ヲ受領セサルヘカラス(供託法二條供託物取扱規程四條)。供託ノ申請ヲ適法ナリトスル裁決ハ、供託書ノ一通ニ爲ス受領ノ證明ニ包含セラルルモノト云フヘシ(同規程四條末段)。(b)司法大臣ノ指定シタル倉庫業者又ハ裁判所カ供託ノ申請ヲ受ケタル場合ニ關シテハ、何等ノ明文ナシ。然レトモ倉庫ニ於ケルト異ナルヘキ理由ナキカ故ニ、等シク供託申請ノ適法要件ヲ調査シ、其要件ノ存在ヲ認ムル場合ニハ供託物ヲ受領スルコトヲ要スルモノト解スヘキナリ。

而シテ、供託所カ供託ノ申請ヲ適法ナリトスル裁決ヲ爲シ、供託物ヲ受領スルトキハ、供託ハ茲ニ成立シ、私法、訴訟法若クハ其他ノ法律ノ要件 (Tharbestand) トナルコトヲ得。換言セハ、供託ノ申請ヲ適法ナリトスル裁決ハ、供託ヲ成立セシメ、依リテ私法、訴訟法若クハ其他ノ法律ノ要件

(Thatbestand)ヲ創設スルニ干與(Mitwirken)スルモノタリ【註九】故ニ、供託所ハ、供託物ヲ受領スルニ當タリ、非訟裁判權ヲ行フモノト云ハサルヘカラス。

【註九】 供託ノ申請ヲ違法ナリトスル裁決ハ供託ヲ成立セシメ、依リテ私法上、訴訟法上、若クハ他ノ法律上ノ要件(Thatbestand)ヲ創設スルヲ以テ、直接ノ内容トナスコトハ本文述フル所ノ如シ。今、供託力違法ニ成立シタルトキハ、私法、訴訟法若クハ其他ノ法律ノ規定ハ、其供託ノ存スルコトヲ以テ、要件(Thatbestand)又ハ要件ノ一部ヲ成ス事實(Fatsache)ト爲シ、之ニ對シテ法律上ノ效果ヲ付ス。例ヘイ)訴訟上ノ保證ヲ目的トスル供託ニ在リテハ、供託ノ成立ニ依リ訴訟上ノ保證力立テラレタルコトナリ。從テ、其結果トシテ(2)民訴第八八條ノ場合ニ於テハ、外國人タル原告カ訴訟ヲ爲スモ被告ハ訴訟費用欠缺ノ防訴抗辯(二〇六條五號)ヲ爲スコトヲ得ヌ又(3)五〇〇條、第五二二條、第五二二條第二項第五四七條第二項、第五四九條第二項等ノ場合ニ於テハ、保證ヲ命スル、裁判ノ趣旨ニ從ヒ或ハ債權者カ執行機關ニ對シ執行ヲ爲ノ開始又ハ續行ヲ求ムルコトヲ得、或ハ債務者カ執行機關ニ對シテ執行ヲ爲ノ停止又ハ制限ヲ求ムルコトヲ得(五五〇條二號)、又(4)強制執行ノ防止ヲ目的トスル供託ニ在リテハ、債務者ハ供託所ノ供託物領收證書ヲ執行機關ニ提出シテ、其執行ヲ免カレルコトヲ得ルカ如シ(五五〇條三號)。——新ル效果ハ、(供託所ノ裁決ニ依リテ違法ナリトセラレタル)供託力法文ノ Thatbestand トシテ生スル效力ニシテ、供託ノ申請ヲ違法ナリトスル裁決其モノノ效力ニハ非ス。裁決ノ效力ハ、供託ヲ成立セシムルコト換言セハ私法上、訴訟法上若クハ其他法律上ノ要件ヲ創設スルコトニ盡キタリト云フヘシ。

(11) 供託ニ關スル國權ノ作用カ非訟裁判權ナルコトハ更ニ供託物ノ交付及ヒ還付ノ場合ニ於テ彰ル。

(1) 供託所カ被供託者ノ供託物交付ノ請求ヲ受ケタル場合ニハ、其請求カ理由アルヤ否ヤヲ調査セサルヘカラス。即(2)金庫又ハ倉庫業者ハ交付請求者カ供託者ノ指定シタル者又ハ法令若クハ裁判ニ

依リテ定マラサル者ナルヤ、又供託物ヲ受取ルヘキ者ニ於テ、反對給付ヲ爲スヘキ場合ニハ更ニ其反對給付ヲ爲シタルヤ否ヤヲ調査セサルヘカラス(供託法八條一項、一〇條及ヒ供託物取扱規程第十二條)。尤モ、右調査ハ金庫ニ在リテハ、供託物ノ交付ヲ請求スル者ノ提出スヘキ書類(供託物取扱規程九條參照)ニ基キテ爲セハ足レリ(形式的調査)。又請求者カ必要ナル書類ヲ提出スルコト能ハサル正當ノ理由アル場合ニハ、金庫ノ承諾ヲ得タル二名以上ノ保證人ノ連署ヲ以テ供託物交付ノ爲メ政府ニ損害ヲ生シタルトキハ賠償ノ責ニ任スル旨ヲ記載シタル書面ニ基キテ交付スルコトヲ得(供託物取扱規程一一條)。供託所カ倉庫業者タル場合ニ於テモ、供託物取扱規程第九條及ヒ第一二條ノ規定ハ之ヲ準用スヘキナリ。又(b)供託所カ裁判所タル場合ニ於テモ、供託法第八條第一項并ニ供託物取扱規程第九條及ヒ第一二條ノ規定ハ之ヲ準用セサルヘカラス。

右 調査ニ依リ交付請求カ理由アルコトヲ認メタル場合ニハ、供託所ハ供託物ヲ請求者ニ交付スルコトヲ要ス(供託法八條一項及ヒ供託物取扱規程一二條)。而シテ供託物交付行爲ハ、(イ)供託ト共ニ供託物ノ所有權カ國家ニ移轉セサル場合ニ於テハ、供託物ニ對スル供託者ノ所有權ヲ徵收シテ、之ヲ請求者ニ移轉スル行爲ニシテ、其效力ニ於テハ公用徵收ノ裁決、競落決定等ニ類ス。又(ロ)供託ト共ニ供託物(即金銀)ノ所有權カ國家ニ移轉スル場合ニ於テハ(明治二六年一月大藏省訓令三九號金庫出納事務規程四條、尙ホ後述二項第二目參照)、其供託物ニ相當スル金額ノ所有權

ヲ請求者ニ移轉スル行爲ナリ。

右交付請求カ理由アルヤ否ヤノ裁決從テ交付行爲カ私法上ノ效果ノ形成ニ干與スル行爲ナルコトハ疑ヲ容レサルカ故ニ、供託所カ供託物ヲ交付スルハ非訟事件裁判權ヲ行使スルモノニ外ナラス。Beerノ如キハ私法契約說ヲ認ムルニ拘ハラズ、尙ホ此コトヲ認メタリ(Beer, eberda S. 48 a. a. O.)。

(2) 供託所カ供託者ノ還付請求(取戻請求)ヲ受ケタル場合ニ於テモ其請求カ理由アルヤ否ヤヲ調査セサルヘカラス。即チ、(a) 金庫又ハ倉庫業者ハ、(イ) 供託ノ申請カ民法第四九六條ノ規定ニ依リ若クハ錯誤ニ出テタリシコト(Causale Irrthum)ヲ理由トシテ取下ケラレタルヤ又ハ(ロ) 供託ノ原因カ消滅シタルヤヲ調査セサルヘカラス(供託法八條二項及ヒ規程一二條)。此調査モ亦供託者ノ提出スル書類(規程〇條)ニ基キテ爲セハ足レリ。(b) 供託所カ裁判所タル場合ニ於テモ供託ノ申請カ適法ニ取下ケラレタルヤ又ハ供託ノ原因カ消滅シタルヤヲ調査スヘキコトハ疑ヲ容レズ。從テ供託法第八條第二項及ヒ供託物取扱規程第十條及ヒ第一〇二條ノ規定ハ之ヲ準用セサルヘカラス。

右ノ調査ニ依リ還付請求カ理由アルコトヲ認ムル場合ニハ、供託所ハ供託物ヲ供託者ニ還付セサルヘカラス(供託法八條二項及ヒ規程一二條)。詳言セハ(1) 供託申請取下ノ場合ニ於テハ、供託關係ハ終了スルカ故ニ、(a) 供託所カ供託金錢ノ受領ト共ニ其所有權ヲ取得シタル場合ニハ、其金額ニ相當スル金錢ノ所有權ヲ供託者ニ移轉スヘク(前掲金庫出納規則四條參照)、(b) 供託物ヲ占有スル權利

ヲ取得シタニ止マル場合ニハ、其權利ヲ供託者ニ移轉セサルヘカラス。而シテ右移轉義務ノ性質ハ不當利得ノ返還ナリト解セサルヘカラス。反之、(2) 供託原因カ消滅シタル場合ニハ、供託者ハ供託上ノ法律關係ノ内容トシテ供託物ノ還付ヲ請求スルコトヲ得。故ニ(a) 供託所カ供託金錢ノ所有權ヲ取得シタル場合ニハ、其金額ニ相當スル金錢ノ所有權ヲ供託者ニ移轉スヘク又供託物ヲ占有スル權利ヲ取得シタルニ止マル場合ニハ、其權利ヲ移轉セサルヘカラス。義務ノ内容ニ於テハ、取下ノ場合ニ於ケルト大差ナシト雖モ其性質ハ異ナル。是レ此義務ハ供託法第八條第二項後段ノ規定ニ依リテ直接ニ生スル公法上ノ義務ナルカ故ナリ。

(三) 要之、供託所カ供託ノ申請ヲ受ケタル場合ニハ、供託申請ノ適法要件ノ存否ヲ調査シテ申請ノ適否ヲ裁決シ、依リテ供託物ヲ受領スルト否トヲ定ムルモノナリ。又供託物ヲ交付シ若クハ還付スル場合ニハ、之ニ先チテ交付請求若クハ還付請求ノ當否ヲ裁決スルモノナリ。而シテ、供託物ノ受領及ヒ其交付若クハ還付カ、私法上、訴訟法上若クハ他ノ法律上ノ效果ノ形成ニ干與スルモノナルコトハ、上來述フル所ノ如クナルカ故ニ、供託所ハ非訟裁判權ヲ行フ國家ノ機關ニシテ又供託ハ非訟事件ニ屬スルモノト解スヘキナリ。

裁判所ニ供託ヲ爲ス場合ニハ、供託カ非訟事件ナルコトハ、學說ニ於テモ亦認ムル所ナリ(Wach, Handbuch des deut. Civilprocess. Bd. I. S. 61; Aron, Die Hinterlegungsordnung v. 14 März

1879, 1900 S. 74; Kunze, Die Hinterlegungsordnung S. 141; Hirsch, Zur Revision der Lehre von Gläubigerverzug S. 87; v. Rönne, Das Staatsrecht der preussischen Monarchie Bd. 4 S. 21ff; Bornhack, Preussisches Staatsrecht Bd. 3 S. 110—Motive zum preussischen Ausführungsgesetz zum B. G. B. zu Artikel 84)° 既ニ、供託所カ裁判所タル場合ニ非訟事件タルコトヲ認ム可シトセハ、供託所カ金庫タル場合ニ於テモ亦之ヲ認ムヘキニアラスヤ。是レ、金銀ノ供託ヲ金庫ニ移シタルハ、之ヲ利殖スルコトヲ得セシムル便宜上ノ理由ニ基クモノニシテ、供託ノ法律上ノ性質ニ影響ヲ及ホスヘキ理由ナキカ故ナリ (Kopf, ebenda S. 6 f. u. 45f.) [註十]

[註十] Beer 前掲権限争議裁判所ノ判決ニ賛シ、「供託所ハ、法的秩序ノ完全ニ協力スル機關」ナルコトヲ認メ、更ニ供託所ト供託物交付請求者トノ關係ハ公法上ノ關係ナルコトヲ認ムルニ拘ハラズ、供託ハ其成立及ヒ主タル關係ニ於テ私法ニ屬スト爲ナク (Beer, ebenda S. 45 f. a. u. O.)、論理チ一貫セザレモノト云フヘシ。

又 Kopf (イ) 前掲権限争議裁判所ノ判決ニ賛成シ、且 (ロ) 裁判所ニ供託ヲ爲ス場合ニハ供託カ非訟事件ナルコトヲ認メ、更ニ (ハ) 行政官廳ニ供託ヲ爲ス場合ニ於テモ、其法律上ノ性質ヲ變スヘキ理由ナキコトヲ主張スルニ拘ハラズ (Kopf, ebenda S. 43—45)° 卒然供託ヲ以テ普通物ノ使用ナリトナスハ (ebenda S. 47) 矛盾ト謂ハサルヘカラス。

第二項 供託ノ法律關係

茲ニ供託ノ法律關係ト云フハ、「供託上ノ法律關係」ヲ謂フ、「特定ノ原因ニ基ク供託カ爲サレタリ

ト云フ事實 (Tatsbestand) ヨリ生スル民法上、商法上、訴訟法上、若クハ他ノ法律上ノ法律關係」ヲ論セントスルモノニ非ス。而シテ供託ハ、供託所カ國家機關トシテ行フ非訟事件ニ屬スルコトハ、第一項述フル所ノ如シ、從テ供託上ノ法律關係ノ法理的構成モ亦自ラ明ナリト云フヘシ。唯此問題ハ、從來ノ學者カ等閑視シタル所ナルカ故ニ、獨創ノ私見ヲ述フルノ外ナキハ、吾人ノ大ニ憾ミトスル所ナリ。

吾人ハ訴訟法學者カ、權利保護請求權 (Rechtsschutzanspruch) 殊ニ判決請求權及ヒ執行請求權並ニ其法理的構成ニ關シ爲シツツアル研究方法ヲ應用シ、更ニ訴訟法律關係ニ付キ論スル所ニ倣ヒ、一方ニ於テハ、供託自由 (Hinterlegungsmöglichkeit) 及ヒ供託權 (Hinterlegungsrecht) ヲ認メ、他方ニ於テハ公法上ノ法律關係タル供託上ノ法律關係ヲ認メントス。

第一目 供託自由及ヒ供託權

一 供託ノ自由及ヒ供託申請ノ適法要件

(一) 供託自由 (Hinterlegungsmöglichkeit)

供託自由トハ、供託所ニ供託ノ申請ヲ爲スコトヲ得ル自由ヲ云フモノナリ。何人ト雖モ、無條件ニテ供託ノ申請ヲ爲ス自由ヲ有スルモノト云フヘシ。蓋シ供託シ得ル自由ヲ認メサラシカ、供託ノ申請ヲ爲スコトヲ得サルカ故ニ、適法ニ供託ヲ爲スコトヲ得ヘキ理ナク、從テ民法、商法、訴訟法

其ノ他ノ法律カ適法ニシテ且供託權ニ基キ正當ニ爲サレタル供託ニ依リテ達セントスル法律上ノ目的ヲ達スルコトヲ得ス。夫レ、法律カ適法ニシテ且正當ニ爲サレタル供託ニ一定ノ效果ヲ付スル場合ニハ、目的タル供託ヲ認ムルモノナルカ故ニ、其目的ヲ達スヘキ手段即供託シ得ル自由ヲ認メサルヘカラス。若シ、夫レ供託ノ自由カ認メラルルカ爲メ各人カ其自由ヲ濫用シ、適法要件ニ合セサル供託ノ申請ヲ爲スカ如キ場合ニハ、供託所ハ其供託申請ヲ却下スレハ可ナリ、之カ爲メニ弊害ヲ生スルコトナシト云フヘシ。我供託法取扱規程第四條ニハ、「金庫カ供託書ヲ受ケタルトキハ之ヲ調査シ、其要件ノ具備シタルコトヲ認メタル後、」供託物ヲ受領スヘキモノトナス。謂フ所ノ「要件」タルヘキ事項ノ何タルヤハ不明ナリト雖モ、少クモ供託申請ノ適法要件カ之ニ屬スルコトハ、疑ヲ容レス(尙ホ後述四二九頁參照)。此規定ハ供託申請ノ適法要件カ具備スル場合ニハ、供託ノ申請ヲ認メ供託物ヲ受領スヘク、然ラサル場合ニハ供託ノ申請ヲ却下スヘシトナスモノニ外ナラス。從テ明ニ供託シ得ル自由ヲ認ムルモノト云フヘシ【註十一】。

【註十一】 訴訟法學者ハ判決請求權ノ外「訴ヘ得ル自由」(Klagentätigkeit)ヲ認ム。而シテ、前者ハ目的タル權利ニシテ、後者ハ其目的ノ爲メニ存スル手段タル權利ナリ。而シテ目的タル權利ノ存在ヲ認ムル場合ニハ又其目的ニ達スヘキ手段タルヘキ權利ヲ認メサルヘカラストナス(Wach, Handbuch Bd. I. S. 22 f.; Derselbe in Z. Z. P. Bd. 32 S. 1 f.; Hellwig, Klagrecht und Klag-möglichkeit S. 25 f. a. a. O. 尙ホ「最近十五年間ニ於ケル民事訴訟學說ノ變遷」法律新聞第一千號三九三頁以下及ヒ第一千一號四一一頁以下參照)。

(11) 供託申請ノ適法要件

供託申請ノ適法要件トハ、供託所カ供託ノ申請ヲ適法ナリトシテ、供託物ヲ受領シ得ル要件即チ供託ノ形式的要件ヲ云フモノナリ。

供託申請ノ適法要件ハ、供託ノ申請書其自體ニ關スル要件ト、其他ノ要件トニ大別セサルヘカラス、即チ、左ノ如シ。

(1) 供託書(供託ノ申請書) 供託書ハ法定ノ方式ニ從ヒテ作成シ且之ニ供託物ヲ添ヘサルヘカラス(供託法二條)。詳言セハ、(イ)金庫ニ供託セントスル場合ニハ、供託物取扱規程ニ定メタル事項ヲ記載スヘキナリ。即、供託者ノ氏名、供託セントスル金額又ハ有價證券ヲ表示シ、供託ノ原因及ヒ供託スヘキ法令ノ條項ヲ示シ且供託物ヲ受クヘキ者ノ指定ヲ要スル場合ニハ之ヲ指定シ、反對給付ヲ受クヘキ場合ニハ其反對給付ノ目的物ヲ示シ又官廳ニ對スル保證又ハ擔保トシテ供託スル場合ニハ其官廳ノ名ヲ表示シ、更ニ訴訟ニ關スルトキハ其件名及ヒ裁判所ヲ表示セサルヘカラス(供託物取扱規程三條)。又(ロ)倉庫營業者ニ供託ヲ爲サントスル場合ニハ司法大臣ノ定メタル書式ニ依リテ、供託書ヲ作成セサルヘカラス(供託法六條及ヒ明治三三年八月三日司法省告示第三九號參照)。(ハ)民事訴訟法第五一三條ノ規定ニ依リ、裁判所ニ供託ヲ爲ス場合ニ付キテハ規定ヲ缺ク。然レトモ供託ノ申請ニ付キテハ別段ノ方式ヲ定メサルカ故ニ書面又ハ口頭ヲ以テ爲スコトヲ得。而

シテ其申請ニ於テハ供託者ノ氏名、供託セントスル金額又ハ有價證券ノ表示、供託ノ原因(裁判)、及ヒ供託物ヲ受クヘキ執行債權者又ハ執行債務者ノ氏名ヲ表示シ、供託物ヲ之ニ添フルコトヲ要スルコトハ疑ヲ容レズ。

(2) 供託申請書以外ノ適法要件ハ更ニ之レヲ左ノ如クニ細別セサルヘカラス。

(イ) 供託者ノ能力及ヒ代理 供託ハ非訟事件ナルカ故ニ、供託者ハ訴訟當事者能力ヲ有シ又訴訟能力ヲ有セサルヘカラス。無能力者タル場合ニハ、法定代理人ニ依リテ代表セラルルコトヲ要ス、(Jastrow, in Z. Z. P. Bd. 25 S. 530 f.; Aron, ebenda S. 27f.; Nussbaum, Die freiwillige Gerichtsbarkeit § 12 S. 40 fg; Josef, Lehrbuch des Verfahrens der freiwillige Gerichtsbarkeit S. 68 f. a. a. O.)。任意代理人ニ依リテ供託セントスル場合ニハ、其代理人ハ代理權ヲ有セサルヘカラス、又代理人ハ書面ヲ以テ其委任ヲ證スヘク、供託所ハ私署證書ノ認證ヲ受クヘキ旨ヲ求ムルコトヲ得ルモノト解スヘシ(非訟事件手續法六條及ヒ七條準用、尙ホ Nussbaum, ebenda S. 42; Josef, ebenda S. 74 參照)。

(ロ) 管轄 供託申請ハ管轄供託所ニ爲スニ非サレハ不法ナリ。供託所ノ管轄モ亦之ヲ職務上ノ管轄事物ノ管轄及ヒ土地ノ管轄ニ區別セサルヘカラス。

(a) 職務上ノ管轄 (Funktionelle Zuständigkeit) 金庫及ヒ司法大臣ノ指定シタル倉庫營業者ハ、法令ノ規定ニ依リテ爲スコトヲ得ヘキ一切ノ供託ヲ管掌スル職務上ノ管轄權ヲ有スルモノト解スヘキナ

リ。但金庫ハ事物管轄トシテ、金銭及ヒ有價證券ノ供託ニ限り又倉庫營業者ハ金銭及ヒ有價證券ニ非サル物品ニシテ其營業ノ部類ニ屬スルモノノ供託ニ限り之ヲ管轄スルコトハ後ニ述フルカ如シ。反之、裁判所ハ強制執行ニ關スル規定ニ從ヒ、保證又ハ執行防止ヲ目的トスル供託ニ限り、之ヲ管掌スル職務上ノ管轄權ヲ有スルモノタリ(民訴五一三條、七四八條、七五六條)。

(b) 事物ノ管轄 金庫ハ金銭及ヒ有價證券ノ供託ヲ管掌スル事物管轄ヲ有シ(供託法一條)、裁判所モ亦然ルニ反シ(民訴五一三條、七四八條、七五六條及ヒ八六條)、倉庫營業者ハ、金銭及ヒ有價證券ニ非サル物品ニシテ且其營業ノ部類ニ屬シ、而カモ其保管シ得ヘキ數量ヲ超エサルモノノ供託ニ限り之ヲ管掌スル事物管轄ヲ有ス(供託法五條)。

(c) 土地ノ管轄 金庫ニ在リテハ、特別ノ規定アル場合ノ外(例ハ民法四九五條)明治三十五年五月二日大藏省告示第二五號金庫位置及ヒ出納區域(右告示ハ屢修正ヲ受ケ、大正三年一月告示第九七號ニ依ル修正ヲ以テ最近ノモノトナスカ如シ)ニ依リテ定ムヘク、倉庫營業者ニ在リテハ、特別ノ規定アル場合ノ外(例ハ民法四九五條)一般の規定ナキカ故ニ苟クモ其職務上ノ管轄及ヒ事物ノ管轄ニ屬スル供託ハ、一切之ヲ管轄スルコトヲ得ルモノト解セサルヘカラス。又供託所トシテノ區裁判所又ハ執行裁判所ノ土地ノ管轄ハ民事訴訟法ヲ定メタリ(同法五一三條及ヒ一〇條乃至一四條五四三條五九五條等)。

(ハ) 供託ノ目的物カ供託ニ適スル物ナルコトヲ要ス。
(ニ) 供託ノ申請ニ添ヘタル供託物ハ、供託書ニ於ケル供託物ノ表示ニ適合セサルヘカラス。
以上ハ供託申請ノ適法要件ナリ。供託ノ申請ヲ受ケタル場合ニハ、供託所ハ職權ヲ以テ右適法要件ノ存否ヲ調査シ、不存在ヲ認ムル場合ニハ供託ノ申請ヲ却下セサルヘカラス。又適法要件ノ存在ヲ認ムル場合ニハ、供託ノ申請ヲ認メ、供託物ヲ受領セサルヘカラス(供託物取扱規程四條尙ホ本書四一三頁以下参照)。

二 供託權及ヒ供託ノ實質的要件

(一) 供託ノ實質的要件(供託ノ原因)

吾人カ供託ノ實質的要件ト稱スルハ、民法、商法、訴訟法其他供託ヲ認ムル法令ノ條項(規程第三條ニ謂フ所ノ「供託スヘキ法令ノ條項」)ニ於テ、供託ヲ爲スコトヲ得ヘキ各場合ニ付キ定ムル要件ヲ云フ。供託物取扱規程第三條及ヒ供託書式(三三〇年八月司法省告示第三九號)ニ於テ「供託ノ原因」ト稱スルモノニ外ナラス。

供託ノ原因即供託ノ實質的要件ニ屬スル事項カ何タルヤハ、供託ヲ認ムル法令ノ規定ニ依リテ定メサルヘカラス。從テ、各場合ニ付キ固ヨリ同一ナラス。例ハ債務ノ消滅ヲ目的トスル供託ノ實質的要件カ何タルヤハ、民法第四九四條ニ依ルヘク、又訴訟上ノ保證若クハ執行防止ノ爲メニスル供託ニ在リテハ、保證ヲ命スル裁判若クハ強制執行ノ防止ヲ認ムル裁判ノ存スルコトナルカ如シ。——供託ノ實質的要件タル事項ニ付キ詳論スルハ、本論ノ範圍ニ屬セス。

(II) 供託權 (Hinterlegungsrecht)

供託ノ實質的要件カ具備セル場合ニハ、私人(供託者)ハ供託ヲ爲シ、依リテ民法、商法、訴訟法其他供託ヲ認ムル法令カ、供託ニ付シタル法律上ノ效果ヲ生セシムルコトヲ得。約言セハ、供託ヲ認ムル法令カ定メタル法律上ノ效果ヲ生スル供託ヲ爲スコトヲ得。例ハ債務ノ消滅ヲ目的トスル供託ニ在リテハ供託者ハ其債務ヲ免レ、執行ノ防止ヲ目的トスル供託ニ在リテハ供託者ハ強制執行ヲ免カルルコトヲ得ルカ如シ。——吾人ハ、供託ヲ認ムル法令(供託スヘキ法令)カ定メタル法律上ノ效果ヲ生スル供託ヲ爲ス權利ヲ稱シテ、供託權(Hinterlegungsrecht)ト稱スヘシ。

供託權ト供託自由トハ明ニ之ヲ區別セサルヘカラス。(イ)供託自由ハ各人カ無條件ニテ有スル所ナリ。何人ト雖モ、苟クモ供託ヲ爲サント欲セハ供託權ノ有無ニ拘ハラズ、常ニ供託ヲ爲スコトヲ得。即チ方式ニ適合セル供託書ヲ作成シ、供託物ヲ添ヘ管轄供託所ニ之ヲ差出スヘキノミ。供託所ハ、供託ノ申請カ適法要件ヲ具備スル場合ニハ、其申請ヲ適法ナリトシテ、供託物ヲ受領セサルヘカラス。(ロ)然レトモ供託權ヲ有セスシテ供託シタル場合ニハ、供託自由ヲ濫用シタルモノニシテ「供託スヘキ法令」カ供託ニ付シタル法律上ノ效果ヲ生スルコト能ハス。「供託スヘキ法令」カ定メタ

ル法律上ノ效果ヲ生スルハ、供託權ヲ有スル者カ、供託自由ニ基キテ供託ヲ爲シタル場合ニ限ル。

(二) 供託ノ實質的要件從テ供託權ノ存否ノ調査

供託ノ實質的要件ノ調査ニ付キテハ、場合ヲ區別スヘキカ如シ。

(1) 供託カ之ヲ命スル裁判ニ基カス、供託ヲ認ムル法令ノ規定ニ基キ直チニ爲サル場合ニハ、實質的要件ノ存否ノ調査ハ、供託所ノ權限ニ屬セス。是レ此場合ニハ、實質ニ立テ入りテ調査スルニ非ザラン(Sachprüfung)、果シテ供託ノ實質的要件カ具備スルヤ否ヤヲ明ニスルコトヲ得ス。從テ他ノ機關殊ニ通常裁判所ニ於テ調査スルヲ可トスルカ故ナリ。例ハ債務ノ消滅ヲ目的トスル供託ハ民法第四九四條ノ規定ニ依リテ爲スモノニシテ、供託ヲ命スル裁判ニ基キテ爲スモノニ非ス。又其實質的要件ハ、(イ)債權者カ辨濟ノ受領ヲ拒ミ若クハ之ヲ受領スルコト能ハス、又ハ辨濟者ノ過失ナクシテ債權者ヲ確知スルコト能ハサルコト、(ロ)供託ノ目的物カ、債務ノ本旨ニ適合セル辨濟ノ目的物ナルコト及ヒ(ハ)供託者カ辨濟ヲ爲スコトヲ得ル者ナルコトニシテ(民法四九四條)、其調査ハ實質ニ立テ入りテ爲スヘキモノナルカ故ニ、供託所ノ權限ニ屬セサルカ如シ。民法ノ規定ニ徴スルモ、債務ノ消滅ヲ目的トスル供託アリタル場合ニ於テ、其供託カ果シテ實質的要件ニ合スルヤ換言スレハ供託權ニ基キテ爲サレタルモノナルヤ否ヤハ、債權者ノ受諾アルニ非ザレハ、判決ヲ以テ定ムヘキモノトナセリ(民法、四九六條)。而シテ、同條講フ所ノ債權者ノ受諾ハ、債務者ノ爲シタ

ル供託カ、供託權ニ基キテ爲サレタルコト換言セハ實質的要件ニ適合スルコトヲ認諾スルモノニシテ、羅馬法以來一般ニ認メラレタル原則、即「請求ノ認諾ハ確定判決ニ代テ」(Confessus in jure pro judicato est)ト云フ原則ノ一應用ト觀サルヘカラス【註十二】民法學者モ亦債務ノ消滅ヲ目的トスル供託ノ實質的要件ノ存否ノ調査ハ、供託所ノ權限ニ屬セストナセリ(Oertmann, Schuldverhältniss Nr. 5 vor § 372 B. G. B.)。

【註十二】民法第四九六條ノ認ムル取戻權ノ性質ニ關スル民法學者ノ說ハ分レタリ。(イ)一派ノ學者ハ之ヲ以テ寄託物ノ返還請求權ナリトス(Stammler, Schuldverhältniss S. 236)。然レトモ、供託ハ寄託契約ヲ締結スルモノニ非サルカ故ニ、其誤レレコトハ論テ俟タス。(ロ)多数ノ學者ハ之ヲ以テ撤回權ナリトシ、從テ供託ニ合マレタル「第三者ノ爲メニスル契約」ヲ撤回スルモノナリトス(石坂博士前掲法學論叢第八卷一二號四四頁以下、民法研究第三卷二〇四頁以下及ヒ同處引用學說參照)。(ハ)吾人ハ同條ノ規定ヲ以テ、(a)供託ノ申請ノ取下(即撤回)ヲ認メ、更ニ(b)取下ニ因リ供託ハ終了スルカ故ニ、供託物取戻ノ請求權ヲ生スルモノナリトス(本項第二目參照)結果ニ於テハ、私法學者ノ通說ト異ナルコトナシト雖モ其理由ニ於テハ異ナレリ。

而シテ債務者ノ供託申請ノ取下權、撤回權(ハ)、(イ)債權者カ供託ヲ受諾シタルトキ又ハ(ロ)供託ヲ有效ト宣告シタル判決カ確定シタルトキハ消滅ス(民法第四九六條第一項)。此規定ノ理由ニ付キテモ私法學者ノ見解ハ岐カレタリ(石坂博士京法八卷第一二號四七頁以下民法研究第三卷二〇七頁以下參照)。吾人ノ立場ヨリスルトキハ頗ル簡明ナリ。供託所カ供託物ヲ受領スルトキハ供託ハ形式的ニハ成立ス。即供託ハ適法ナリ。然レトモ、供託所ハ供託ノ實質的要件ノ存否ヲ調査セス從テ、供託カ供託權ニ基キテ爲サレタリヤ否ヤノ點ハ未定ナリ。故ニ、債權者カ(イ)受諾ニ依リ、爲サレタル供託カ供託權ニ基クモノナルコトヲ認諾シ又ハ確定判決ヲ以テ供託權ニ基キ爲シタルモノナルコトヲ認メタル後ハ、供託申請ヲ取下クルコトヲ得ストナヌモノナリ。(ロ)立法理由ハ、債權者ノ認諾又ハ確定判決ヲ以テ、供託カ實質的要件ニ合シ、從テ供託權ニ基クモノナルコト

カ確定シ、依リテ債権力消滅シタル後ニ於テ、更ニ債務者タリシ者ノ一方的意思表示ノモニ依リ、確定シタル債権者ノ法律上ノ地位ヲ變動スルコトヲ得セシムヘカラストナスニアリ。

(2) 反之、供託ヲ命スル裁判ニ基キテ供託ヲ爲スヘキ場合ニハ供託所ハ果シテ供託ヲ命スル裁判ノ存在スルヤ否ヤヲ調査セサルヘカラス。又其調査ハ、提出セラレタル裁判ノ正本ヲ檢スレハ足り簡單ナルカ故ニ、供託所ノ權限ニ屬セシムルモ妨ナシ。何トナレハ、供託ヲ命スル裁判アリタル場合ニハ其裁判ヲ受ケタル者ノ供託權ハ之ニ因リテ發生ス。從テ其者カ供託ヲ申請スル場合ニハ供託ヲ命スル裁判ノ廣義ノ執行ニ外ナラサルカ故ナリ（廣義ノ執行ニ付キテハ民事訴訟法判例批評二九本誌ニ京法一〇卷二號一四七頁及ヒ同處引用ノ學說參照）。例ハ訴訟上ノ保證ヲ目的トスル供託ニ在リテハ、保證ヲ命スル裁判ヲ爲スコトヲ得ル要件ノ存否ハ、裁判所ノ調査ニ屬ス（五〇〇條五〇三條五〇五條五二二條五四七條五四九條七四一條七四五條七四七條七五九條等）。供託所ハ訴訟上ノ保證ヲ立ツルコトヲ得ル要件カ具備スルヤ否ヤヲ調査スルコトヲ要セス。訴訟上ノ保證ヲ命スル裁判アルヤ否ヤヲ調査スレハ足り又此ノ調査ハ省略スルコトヲ得ス。強制執行ノ防止ヲ目的トスル供託ニ在リテモ亦同一ナリ。供託ハ供託所ニ依ル執行防止ヲ認メタル裁判（五〇五條七四三條）ノ存否ヲ調査スレハ足り又此調査ハ省略スルコトヲ得ス。而シテ、訴訟上ノ保證ヲ命スル裁判又ハ執行ヲ防止シ得ヘキコトヲ認ムル裁判ノ存否ハ、提出セラレタル正本ヲ檢スレハ明ナルカ故ニ、簡單ナル

ヤ固ヨリ論ヲ俟タス（形式的調査）。

要之（イ）供託カ法令ノ規定ニ基キテ直チニ爲サル場合ニハ、其法令ニ掲クル要件（即供託ノ實質的要件）ノ存否ノ調査ハ、供託所ノ權限ニ屬セス。其供託アリタル後、他ノ機關殊ニ裁判所ニ於テ果シテ實質的要件カ具備セルヤ否ヤヲ調査セサルヘカラス。反之（ロ）供託ヲ命スル裁判ニ基キテ供託ヲ爲スヘキ場合ニハ、供託所ハ其裁判ノ存否ヲ調査シテ、供託物ヲ受領スヘク、從テ供託後ニ於テ、他ノ機關カ供託ノ實質的要件ノ存否ヲ調査スルコト無キモノト云フヘシ。——供託物取扱規程第四條ニ於テ「供託ヲ受ケタルトキハ之ヲ調査シ、其要件ノ具備シタルコトヲ認メタル後」ト云フハ、供託申請ノ適法要件ハ勿論、供託ノ實質的要件カ「供託ヲ命シタル裁判ノ存スルコト」ナルトキハ、其裁判ノ存否ノ調査ヲモ包含スルモノト解スヘキカ如シ。

第二目 供託上ノ法律關係ノ開始内容及ヒ終了

供託ニ因リ國家機關タル供託所ト供託者若クハ被供託者トノ間ニ生スル法律關係（供託上ノ法律關係）ハ、供託物受領前ノ法律關係ト受領後ノ法律關係ニ區別セサルヘカラス。前者ハ供託所カ供託申請ノ適否及ヒ當否ニ付キ裁決スルマテニ生スル法律關係ニシテ、後者ハ供託所カ供託申請ヲ適法ナリトナシ、更ニ供託ヲ命スル裁判ニ基キテ供託スヘキ場合ニ於テハ、其裁判アルコトヲ認メテ、供託物受領ノ裁決ヲ爲シタル後ニ於ケル法律關係ナリ。

第一段 供託物受領前ノ法律關係

一 供託物受領前ノ法律關係ノ開始及ヒ其内容

供託物受領前ノ法律關係ハ、供託ヲ爲サントスル者カ供託所ニ供託ノ申請ヲ爲スニ依リテ開始ス
 供託ノ申請カ爲サレタルトキハ(1)供託所ハ、(イ)供託申請ノ適法要件カ具備スルヤ否ヤヲ調査シ、
 (本書四二一乃至四二四頁)、又供託ヲ命スル裁判ニ基キテ供託ヲ爲スヘキ場合ニハ果シテ供託ヲ命
 スル裁判(供託ノ實質的要件)アルヤ否ヤヲ調査シ(本書四二八頁以下)、(ロ)調査ノ結果如何ニ從
 ヒテ、供託ノ申請ヲ却下スルヤ又ハ申請ヲ認メ供託物ヲ受領スルヤ若クハ之ヲ棄却スルヤノ、裁決
 ヲ爲スヘキ義務ヲ負フモノニシテ【註十三】、又(2)供託申請者ハ、自己カ爲シタル供託ノ申請ニ付キ
 調査ヲ爲シ、其調査ノ結果ニ從ヒテ、供託ノ申請ヲ却下スルト又ハ之ヲ認メ若クハ棄却スルトヲ
 問ハス、正當ナル裁決ヲ爲サンコトヲ要求スル權利ヲ取得シ【註十四】茲ニ供託所ト供託申請者トノ
 間ニ一種ノ公法上ノ法律關係ヲ生ス。此法律關係ヲ稱シテ、供託物受領前ノ法律關係ト云フヘキナ
 リ。

【註十三】 供託物取扱規程第四條ハ、金庫カ供託所タル場合ニ付キ、明カニ調査義務及ヒ裁決義務ヲ認メタリ。同條ノ規定

ニ依レハ、金庫カ供託ヲ受ケタルトキハ之ヲ調査スルコトヲ要シ、又、其要件ノ具備シタルコトヲ認メタルトキハ供託審ノ一
 通ニ受領ヲ證シ、供託者ニ交付スヘキモノトシタリ。即受領ノ裁決ヲ爲シ、之ヲ文書ニ作成シ、且供託者ニ告知スヘキモノト
 ナスナリ。而シテ供託ノ要件カ具備スルコトヲ認メタル場合ニハ受領ノ裁決ヲ爲スヘシトスル規定ノ反面ニハ、供託ノ適法要

件カ具備セザル場合ニハ之ヲ却下シ又供託ヲ命スル裁判ニ基キテ供託スヘキ場合ニ於テ、其裁判ノ存在ヲ認メサルトキハ、供
 託ノ申請ヲ棄却スル裁決ヲ爲スヘキ義務ヲ認ムルモノト云ハサルヘカラス。司法大臣ノ指定シタル倉庫業者又ハ裁判所カ供託
 所タル場合ニ付キテハ、特別ノ明文ヲ缺クト雖モ、亦同一ニ解セサルヘカラス。

而シテ供託所カ供託申請ニ付キ調査ヲ爲シ、且調査ノ結果ニ從ヒテ裁決ヲ爲スヘキ義務ハ、單ニ國家ノ機關トシテ國家ニ對
 シテ負フ義務タルニハアラス。供託所ハ、國家機關タルカ故ニ、供託事務ヲ正當ニ處理スヘキ職責ヲ國家ニ對シテ負フヤ同
 リ論ナシト雖モ、更ニ供託申請者タル私人ニ對シテ、供託申請ニ付キ調査ノ結果ニ從ヒ正當ナル裁決ヲ爲スヘキ
 義務ヲ負フモノタリ。從テ供託申請者ハ供託所ニ對シテ、供託申請ニ付キ調査ヲ爲シ且調査ノ結果如何ニ從ヒテ裁決ヲ爲サン
 コトヲ要求スル權利ヲ取得シ、茲ニ公法上ノ權利義務ノ關係即法律關係ヲ生スルナリ。

二 供託物受領前ノ法律關係ノ終結

供託物受領前ノ法律關係ハ、供託申請者カ其申請ヲ取下クル場合ノ外、供託所ノ裁決ニ因リテ終

結ス。

(1) 供託所カ供託物ヲ受領スルト否トヲ決スルニ先チ、供託者カ其供託申請ヲ取下ルカ如キハ、
 頗ル稀ナル事例ニ屬スルヤ論ナシト雖モ、尙タモ之ヲ取下ケントスル場合ニハ、其取下カ有效ナル
 ヤ論ヲ俟タス。尤モ右取下ハ供託所カ供託物ヲ受領シ從テ保管關係ヲ生シタル後ニ於ケル取下(後
 述四四二頁以下参照)ト區別セサルヘカラス。供託法ハ後ノ取下ニ付キテハ規定ヲ設ケタリト雖モ
 (八條二項前段)、供託物受領前ノ取下ニ付キテハ特別ノ規定ヲ設ケス。畢竟、事例稀ナルト又タ其
 取下ノ有效ナルコトハ、疑ヲ容レサルカ故ナリ。

(2) 供託物受領前ノ法律關係カ、供託所ノ裁決ニ因リテ終結スルコトハ論ヲ俟タス。(イ)供託所カ供託申請ノ適法要件欠缺スト認ムル場合ニハ、供託申請ヲ却下スル裁決ヲ爲スヘク、又(ロ)供託ヲ命スル裁決ニ基キテ供託ヲ爲スヘキ場合ニ於テ、方式ニ合シタル裁判無シト認ムルトキハ、供託申請ヲ棄却スル裁決ヲ爲ササルヘカラス。而シテ、供託申請ヲ却下シ又ハ棄却スル裁決ニ依リテ、供託物受領前ノ法律關係カ終結スルコトハ固ヨリ論ヲ俟タス。

反之(ハ)供託所カ供託申請ノ適法要件ノ具備スルコトヲ認メ、又供託ヲ命スル裁判ニ基キテ供託ヲ爲スヘキ場合ニ於テ方式ニ合シタル裁判アルコトヲ認メタルトキハ、供託所ハ供託物ヲ受領スル裁決ヲ爲ササルヘカラス。此裁決ハ(a)金庫カ供託所タル場合ニハ、供託申請書ノ一通ニ記入シ、之ヲ供託者ニ交付スヘキコトハ、供託物取扱規程ノ命スル所ナリ(同規程四條)。(b)司法大臣ノ指定シタル倉庫業者カ供託ノ申請ヲ適法ナリトシ且供託ヲ命スル裁判アリト認ムル場合ニ付キテハ、特別ノ規定ナシト雖モ、受領ノ裁決ヲ爲シ、適當ノ方法ヲ以テ之ヲ供託者ニ告知セサルヘカラス。又(b)裁判所カ供託ノ申請ヲ適法ナリトシ且供託ヲ命スル裁判アリト認ムル場合ニハ、供託物ヲ受領スル裁判ヲ爲シ、且相當ト認ムル方法ニ依リテ供託者ニ告知スルコトヲ要スルハ疑ヲ容レズ(非訟事件手續法一條及ヒ同一八條參照)。而シテ供託物受領ノ裁決又ハ裁判ニ因リ、供託物受領前ノ法律關係ハ終了シ、供託物受領後ノ法律關係ヲ生スルヤ固ヨリ論ヲ俟タス。

三 救済方法

(一) 供託所カ供託申請ニ付キ調査及ヒ裁決ヲ爲スコトヲ拒絶シ又ハ之ヲ遷延スル場合ニハ所謂裁判ノ拒絶ニ類スルモノナリ。故ニ供託申請者ハ、供託所ノ監督機關ニ對シテ其監督權ノ行使ヲ求ムルコトヲ得サルヘカラス。(1)裁判所カ非訟事件タル供託ヲ管掌スル場合ニ付キテハ、明文上疑ヲ容レズ(裁判所構成法一五條並ニ一三五條一三六條一號及ヒ一四〇條參照)。(2)金庫カ供託ヲ管掌スル場合ニハ、金庫規則ノ定ムル所ニ依リ金庫ノ監督機關(本金庫、中央金庫若クハ大藏大臣)ニ、監督權ノ行使ヲ求ムルコトヲ得ルモノト解スヘク(明治二八年勅令一二九號金庫規則四條五條參照)。又(3)司法大臣ノ指定シタル倉庫業者カ供託ヲ管掌スル場合ニハ、其所在地ヲ管轄スル地方裁判所ノ所長ニ監督權ノ行使ヲ求ムルコトヲ得ヘシ(明治三三年八月司法省訓令第二號參照)。

(二) 右ノ場合ト異リ、供託所カ不當ニ供託申請ヲ却下シ又ハ供託ヲ命スル裁判ニ基キ供託ヲ爲スヘキ場合ニ於テ、不當ニ供託申請ヲ棄却スル裁決ヲ爲シタル場合ニハ、元來供託者ハ其裁決ニ對シテ抗告ヲ爲スコトヲ得サルヘカラス。(1)裁判所カ供託ヲ管掌スル場合ニ付キテハ明文上疑ヲ容レズ(非訟事件手續法一條及ヒ二〇條二項參照)。反之(2)金庫又ハ倉庫業者カ供託ヲ管掌スル場合ニ付キテハ直接ノ明文ナシト雖モ、金庫ノ裁決ニ對シテハ大藏大臣ニ不服ヲ申立テ、倉庫業者カ供託機關トシテ爲ス裁決ニ對シテハ監督地方裁判所々長ニ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルモノト解スヘキカ如

第二段 供託物受領後ノ法律關係

供託物受領後ノ法律關係ハ、供託物ノ保管并ニ其交付及ヒ還付(取戻)ノ關係ナリ。

一 供託物ノ保管

供託物ノ保管モ亦「法的秩序ヲ完成スヘキ法政上ノ必要」ヲ充タスヘキ供託所カ、國家機關トシテ行フ公法上ノ法律關係ニシテ、私法上ノ寄託契約ニ基ク所ニ非ラス。

供託物ノ保管ニ關スル現行法ノ規定ハ完備セリト云フヲ得ス。裁判所又ハ司法省ノ指定シタル倉庫業者カ供託物ヲ保管スヘキ場合ニ付キ殊ニ然リトス。

(1) 金庫カ供託所タル場合ニハ、供託物ノ保管ニ付キ供託法第三條第四條及ヒ供託物取扱規程第七條第八條ノ規定アリ。此等ノ規定ハ固ヨリ完シト云フヲ得スト雖モ、其要ヲ得タルモノト云フヘシ【註十五、十六】。即(イ)金銀ノ供託ヲ受ケタル場合ニハ、受領ノ翌月ヨリ拂渡請求ノ前月マテ大藏大臣カ定メタル利息ヲ拂フヘク(供託法三條)、又(ロ)有價證券ノ供託ヲ受ケタル場合ニハ、該有價證券ノ償還金、利息又ハ配當金ヲ受取り、供託物ニ代ヘ又ハ其從トシテ之ヲ保管セサルヘカラス(供託法四條及ヒ供託物取扱規程七條八條)。

【註十五、十六】 我現行法ノ規定ハ、之ヲ舊國新供託法(一九一三年四月二十一日公布)ニ比スルトキハ、規定ノ不備ナルヲ認ム。

供託物ノ保管ニ付キテモ、(イ)金銀保管ノ場合ニハ所有權カ歸屬ニ移轉スヘキ旨ヲ規定セス(舊國新供託法六條參照)。尤モ、金銀ヲ供託スル場合ニハ、供託者ハ該金銀ノ所有權ヲ國家ニ移轉スル意思表示ヲ爲スモノト解スヘキカ如ク、又明治二六年大藏省訓令第三九號金庫出納事務規程第四條ニ依レハ、金庫ハ其在合セノ現金ヲ以テ仕拂ヲ爲スナ原則トシ、供託金ニ付キテモ高々同種ノ貨幣ヲ以テ拂戻スコトヲ要スル場合ヲ視ルニ過キサルカ故ニ、我現行法ニ於テモ、金銀ヲ供託シタル場合ニハ、其所有權ハ金庫ニ歸屬スルモノト解セサルヘカラス。(ロ)有價證券供託ノ場合ニ付キテモ亦其保管方法ヲ定メス。殊ニ供託所ハ該證券ノ償還ナキヤ、利息若ハ利益配當ノ支拂ナキヤ、如何ナル程度ノ注意ヲ以テ之ヲ監視シスヘキヲ定メス。畢竟金庫ノ事務ハ日本銀行ヲシテ取扱ハシムルモノナルカ故ニ(金庫規則六條)、日本銀行カ保護預リヲ爲ス證券ニ付キ用フルト同一ノ注意ヲ加フルハ足ルトスル趣旨ナルヘシ。

【註十六】 舊國新供託法ハ、尙ホ(イ)供託金銀ニ付キテハ保管ノ時ヨリ十年ヲ經過シタルトキハ利息ヲ付スルコトヲ止メ(同法二五)、更ニ右利息停止ノ時ヨリ二十年内ニ、供託金ヲ交付シ若クハ之ヲ拂戻ササリシ場合又ハ供託ノ時ヨリ三十年ヲ經過シタル場合ニハ、供託金ニ對スル權利者ノ届出ヲ催告スル裁判上ノ公示催告ヲ爲シ、一定ノ期間内ニ其權利ヲ届出テサル場合ニハ供託金ニ對スル權利ヲ喪失スヘキ旨ヲ警告スヘキモノトシ(同法二八條乃至三六條)、又(ロ)有價證券、若クハ貴重品ニ關シテハ供託ノ時ヨリ三十年ヲ經過シタルトキハ權利ヲ届出テサル場合ニハ同庫ニ對スル交付若クハ取戻請求權ノミナラス更ニ其物ニ對スル所有權ヲ喪失スヘキ旨ヲ警告シテ、公示催告ヲ爲スコトヲ得ルモノトシ(同法三四條三五條三七條)、而シテ(ハ)除權判決アリタル場合ニハ、同庫ハ供託セラレタル物ヲ自由ニ處分スルコトヲ得ルモノトシタリ。——此種ノ規定力存セサルコトハ、我現行法ノ不備ナリ。我國ノ實際ニ於テモ、交付又ハ取戻ノ請求ナキ供託物ノ保管ニ苦ミツツアリト云フニ非スヤ。

(2) 反之、司法大臣ノ指定シタル倉庫業者カ供託物ヲ保管スル場合ニ付キテハ、保管料ヲ請求スルヲ得ルコトヲ定メタルノミニシテ(供託法七條【註十七】)。保管方法及ヒ責任ニ付キ何等ノ規定ヲ設ケサルハ不備ト云フヘシ。又裁判所カ供託ノ目的タル金銀又ハ有價證券ヲ保管スル場合ニ付キ、何

等ノ規定ヲ設ケサルカ不備タルハ固ヨリ論ナシ。蓋シ金庫カ供託ヲ受ケタル場合ノ保管ニ關スル規定ヲ準用スルノ外ナカルヘシ。

【註十七】 司法大臣ノ指定シタル倉庫業者カ受ケル保管料ハ、其性質手数料ニシテ、國家機關タル倉庫業者カ自己ノ計算ニ於テ其手数料ヲ受ケルハ、公證人及ヒ執達吏カ國家ノ機關タルニ拘ハラズ、傳給ヲ受ケルコト無ク、自己ノ計算ニ於テ、委任者（即申請人）ヨリ直接ニ手数料ヲ受ケルト異ナルコトナシ。

供託機關ヲ組織スル官吏ノ過失ニ因リ供託物カ滅失又ハ毀損シタル場合ニ於ケル賠償責任ニ付キテハ、特別ノ明文ナキカ故ニ、官吏ノ行爲ニ關スル國家ノ賠償責任ニ關スル一般ノ規定ニ依ラサルヘカラス。從テ、現行法上、供託者又ハ被供託者ハ國家ニ對シテ右損害賠償ヲ請求スルコトヲ得サルモノト解スヘク、又如此ハ實際ノ必要ニ合セサルモノト云フヘシ。而シテ此結果ヲ避ケントスルハ、學者カ供託ヲ以テ私法上ノ法律關係ナリト解スルニ至リタル一動機ヲ爲スモノナリト雖モ（石坂博士日本民法第三編債權一四八一頁參照）、推理ヲ誤マレリト云フヘシ。是レ一般ノ規定ニ依リテハ國家ノ賠償責任ヲ認ムルコトヲ得スシテ、然カモ之ヲ認ムル實際ノ必要アリトセハ、立法ヲ以テ之ニ應スルノ外、他ニ途アルコトナキカ故ナリ。

二 供託物ノ交付

供託物ハ、供託物交付要求權者ノ申請ニ基キ、交付要求權ノ存在ヲ認ムル場合ニハ、供託物ヲ其者ニ交付セサルヘカラス、即交付ノ裁決ヲ爲シ且其裁決ヲ實行スヘキナリ。於是カ供託物交付要求

權及ヒ其要件如何、交付申請ノ自由及ヒ右申請ニ因リテ生スル法律關係如何ノ問題ヲ生ス。

(一) 供託物交付要求權及ヒ其要件

供託物ノ交付要求權ハ國家機關タル供託所ニ向テ、供託物交付ノ裁決ヲ爲シ且之ヲ實行センコトヲ要求スルヲ以テ其内容トスル公權ナリト解セサルヘカラス。而シテ、右公法上ノ供託物交付要求權ハ、私法、訴訟法其他供託ヲ認ムル法令ノ規定ニ從ヒ、供託者ニ對シテ債務ノ辨濟、損害ノ補填又ハ他ノ給付ヲ求ムル私法上ノ請求權ノ存在ヲ以テ要件トナスコト、恰カモ公權タル給付判決要求權カ (Urtheilsanspruch als Rechtschutzanspruch)、訴訟物タル私法上ノ請求權ノ存在ヲ以テ其權利保護要件ト爲スニ類スルモノト云ハサルヘカラス。供託法ノ規定ニ依ルニ、供託物ハ供託者ノ指定シタル者又ハ法令若クハ、裁判ニ依リテ定マリタル者ニ限り之ヲ受ケルコトヲ得トナセリ (同法八條一項)。供託者ノ指定シタル者トハ供託者ノ債權者ヲ云ヒ (民法四九四條參照)、又法令若クハ裁判ニ依リテ定マリタル者ト云フハ、供託ヲ認ムル規定ニ從ヒ、供託者ニ對シテ、訴訟費用ノ補償損害ノ賠償其他ノ給付ヲ求ムル請求權ヲ有スル者ニ外ナラス (後述及ヒ【註一八】、【註一九】參照)。畢竟、供託者ニ對シテ私法上ノ請求權ヲ有スル者ハ、國家機關タル供託所ニ對シテ、公權タル供託物交付要求權ヲ有スルモノナリ。

(二) 交付申請ノ自由

十二、供託ノ性質及ヒ其ノ法律關係

供託物交付要求權ハ、前掲要件(假ニ交付ノ實質的要件ト云フヘシ)ノ具備スル場合ニ限りテ存スル所ナルカ故ニ、交付要求權ヲ有スト信スル者ハ、其旨ヲ主張(Behauptung)シテ交付ヲ求ムル申請ヲ爲スコトヲ得サルヘカラス。是レ即供託物交付申請ノ自由ナリ。現行法ニ於テモ、苟クモ供託物交付要求權ヲ有スト信スル者ハ、供託所ニ「供託物交付ノ請求書」(即申請書)ヲ提出スルコトヲ得トシタリ、(供託物取扱規程九條一項)、畢竟、交付申請ノ自由ニ基キテ供託物ノ交付ヲ請求スルモノニ外ナラス。

(二) 交付ノ申請ニ因リテ生スル法律關係

供託物交付ノ申請ニ因リテ生スル法律關係モ亦供託ノ申請ニ因リテ生スル法律關係ニ類ス。即チ、(1)供託物交付申請者ハ、供託所ニ對シ、其申請ノ適否及ヒ當否ニ付キテ調査シ、且調査ノ結果如何ニ從ヒテ正當ナル裁決ヲ爲サントヲ要求スル權利ヲ取得シ、(2)供託所ハ又供託物交付申請ノ適否并ニ其當否ニ付キ調査シ、且調査ノ結果ニ從ヒテ正當ナル裁決ヲ爲スヘキ義務ヲ負フモノト解セサルヘカラス。詳言セハ、供託所ハ(イ)方式ニ合シタル供託物請求書アルキ、交付請求者カ能力者タリヤ又代理人ニ依リテ請求スル場合ニハ其代理權ニ付キ調査シ、之等適法要件ノ欠缺ヲ認ムル場合ニハ、交付申請ヲ却下セサルヘカラス。又反之(ロ)適法要件ノ存在ヲ認ムル場合ニハ、供託物交付ノ實質的要件ノ存否ヲ調査セサルヘカス。尤モ、此調査ハ供託通知書(規程九條一項一號及

民法四九五條三項參照)、受取ルヘキ事由ヲ證スルニ足ル書類(規程同條同項二號)(註十八)、又ハ訴訟費用ノ補償、損害ノ補填其他ノ目的ノ爲メ供託物ヲ受取ルヲ得ルコトヲ認メタル判決ノ正本若クハ裁判所ノ命令ノ存否ヲ調査スレハ足ルカ故ニ(規程九條一項三號)(註十九)、形式的調査ニ止マルヲ原則トス。唯法令ノ規定ニ依リテ、供託物ヲ受取ルヘキ理由アリヤ否ヤノ調査カ、實質ニ入ルコトヲ要スルノミナリ。

【註十八】 供託物取扱規程第九條一項一號ニ「法令ニ依リテ定マリタル者ハ、其受取ルヘキ理由ヲ證スルニ足ル書類」ヲ提出スヘシトナス。謂フ所ノ受取ルヘキ事由ノ何タルヤハ、民法、商法、訴訟法其他供託ヲ認ムル法律ノ規定ノ定ムル所ニ依リテ異ナル、即供託ノ原因及ヒ目的ノ異ナルニ依リテ異ナル。各場合ノ研究ハ之ヲ他ノ機會ニ譲ルヘシ。

【註十九】 又同項第三號ニ「裁判ニ依リテ定マリタル者ハ、執行力アル判決ノ正本又ハ裁判所ノ命令書」ヲ提出スヘシトナス。謂フ所ノ執行力アル判決ノ正本ト云フハ、廣義ノ執行ニ適スル判決即「其内容ニ從ヒ供託物ノ交付ヲ要求スルカ爲メ利用シ得ル判決」ヲ云フモノニ外ナラス。學者ハ判決ノ既判力ヲ援用スル場合ノ外、判決ヲ其内容ニ從ヒ他ノ目的ノ爲メニ利用シ得ルコトヲ稱シテ廣義ノ執行ト云フ(Gmein, Vollstreckbarkeit S. 11 ff.; Fischer, in Festgabe für Danz Bd. III S. 39 f., Forkel, Die vorläufige Vollstreckbarkeit S. 12 ff; Kutner, Die privatrechtliche Nebenwirkungen der Zivilurtheile S. 2 f; Gaupp-Stein, III vor § 704 C.P.O. a. O.)。狹義ノ強制執行ニ適スル判決ヲ意味セサルコトハ、供託所ニ對シテ強制執行ヲ爲シ、依リテ供託物ヲ取上ルコトヲ要セサルニ徴スルトキハ明ナリ。畢竟供託者ニ對シ供託物ヲ受取ルヘキ權利アルコトヲ、主文又ハ内容ヨリ認ムルコトヲ得ヘキ判決ナラント足レリ。裁判所ノ命令ニ付キ亦同一ナリ (Vgl. Albrecht und Loening, Kommentar zur Hinterlegungsordnung (1914) Nr. 9 zu § 14, S. 98 a. a. O.)

右調査ノ結果供託物交付要求權ノ實質的要件カ具備シタルコトヲ認メタル場合ニハ、供託物ヲ交

付スル旨ノ規決ヲ爲シ且供託物ヲ交付セサルヘカラス(規程一二條)。反之、供託物交付申請者カ右書類ヲ提出セス且提出スルコト能ハスト認ムヘキ正當ノ理由ナキトキ又ハ規程第一一條ニ定メタル保證人連署ノ引受證書ヲ提出セサルトキハ、供託物交付申請ヲ棄却スル裁決ヲ爲ササルヘカラス。

(四) 救済方法

(1) 供託所カ、供託物交付ノ申請ヲ却下シ又ハ棄却シタル場合ノ救済方法如何。供託ハ國家機關タル供託所カ非訟事件トシテ行フ所ナルカ故ニ、供託物交付ノ申請ヲ却下シ又ハ棄却スル裁決ヲ爲シタル場合ニハ、申請者ハ本來其裁決ニ對シテ抗告ヲ爲スコトヲ得サルヘカラス(Albrecht-Loening, Kommentar Nr. 2 zu § 3 u. Nr. 3 zu § 13 Hinterlegungsordnung, S. 33 88 u. dort Zitierte)。(イ) 裁判所カ供託ヲ管掌スル場合ニ付キテハ明文上疑ヲ容レズ(非訟事件手續法一條及ヒ二〇條二項)。反之、金庫カ供託ヲ管掌スル場合ニ付キテハ、直接ノ明文無キカ故ニ疑ナキニ非スト雖モ、金庫管理者タル大藏大臣ニ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルモノト解スヘシ。又司法省ノ指定シタル倉庫業者ハ、其所在地ヲ管轄スル地方裁判所長ノ監督ニ屬スルモノナルカ故ニ(明治三三年八月七日司法省訓令第二號參照)、若シ倉庫業者カ供託物ノ交付申請ヲ却下シ又ハ棄却シタル場合ニハ、供託申請者ハ其ノ地方裁判所長ニ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルモノト解セサルヘカラス。要スルニ、此點ニ關スル現行法ノ規定ハ頗ル不備ナリ云フヘシ。

此點モ亦タ、學者カ供託ヲ以テ私法上ノ法律關係ナリトスル一動機ヲ成スモノナリ。以テラテ、供託ハ私法上ノ法律關係ナルカ故ニ、供託所カ供託物ヲ引渡ササル場合ニハ、供託所ニ對シ供託物ノ引渡ヲ求ムル民事訴訟ヲ提起スルコトヲ得。如此キハ、恰モ供託ヲ以テ私法上ノ法律關係ナリトスル見解カ、實際ニ適スルコトヲ示スモノナリト(Forste-Eccius, Preussische Privatrecht Bd. II § 139 A. 95; Seligsohn, bei Gruchot Beiträge Jahrg. 34 S. 329, 尙ホ石坂博士日本民法前掲一四八一頁參照)。然レトモ、右推理ハ誤マレルモノト云フヘシ。更ニ、實際ノ結果ヨリ云フモ、裁判所カ供託ヲ管轄スル場合ニハ、裁判所ヲ被告トシテ他ノ裁判所ニ民事訴訟ヲ提起スルコトヲ必要トスルニ至リ不結果タルコトハ疑ヲ容レサルカ如シ。

(2) 供託所カ供託物ヲ受取ルヘキ者ニ非サル者ニ交付シタル場合ノ救済如何。此場合ニハ元來供託物ノ交付ニ因リテ其權利ヲ害セラレタリトスル利害關係人ハ、其裁決ニ對シテ抗告ヲ爲スコトヲ得サルヘカラス。(イ) 裁判所カ供託ヲ管掌スル場合ニ付キテハ明文上疑ヲ容レズ(非訟事件手續法一條及ヒ二〇條一項)、(ロ) 金庫又ハ倉庫業者カ供託ヲ管掌スル場合ニ付キテハ直接ノ明文無キカ故ニ疑ナキニ非スト雖モ、利害關係人ハ金庫ノ裁決ニ對シテハ大藏大臣、又倉庫業者ノ裁判ニ對シテハ監督地方裁判所長ニ、不服ヲ申立ツルコトヲ得ルモノト解スヘキナリ。

三 供託物ノ還付(取戻)

供託所ハ、供託者ノ申請ニ基キ、供託物取戻要求權アルコトヲ認ムル場合ニハ、供託物ヲ供託者ニ還附セサルヘカラス、即還附ノ裁決ヲ爲シ且其裁決ヲ實行スヘキナリ。於是カ、供託物取戻要求權及ヒ其要件、取戻申請ノ自由並ニ此申請ニ因リテ生スル法律關係如何ノ問題ヲ生スルコト、供託物ノ交付ニ於ケルト異ナルコトナシ。

(一) 供託物取戻要求權及ヒ其要件

供託物ノ取戻要求權モ亦、供託所ニ向テ供託物還附ノ裁決ヲ爲シ且其裁決ヲ實行センコトヲ求ムル公權ニシテ、此公權ハ民法第四九六條ノ規定ニ依リテ供託カ有效ニ取下ラレタルトキ(本書四二六頁)、錯誤ニ因リテ供託ヲ爲シタルトキ又ハ供託原因カ消滅シタルトキニ存在スルモノタリ(供託法八條二項)。

(二) 取戻申請ノ自由及ヒ取戻ノ申請ニ因リテ生スル法律關係

供託者カ取戻要求權アリトスル場合ニハ、其存在ヲ主張シテ供託物ノ還附ヲ要求スル自由ヲ認メサルヘカラス。此場合ニ於テモ供託者ハ供託所ニ對シテ、其取戻申請ニ付キ調査シ、調査ノ結果ニ從ヒテ正當ナル裁決ヲ爲サンコトヲ要求スル公權ヲ取得シ、又供託所ハ取戻申請ニ付キ調査シ、調査ノ結果ニ從ヒテ正當ナル裁決ヲ爲スヘキ義務ヲ負フコトハ、供託物交付請求ノ場合ニ於ケルト異ルコトナシ。即チ、供託所ハ(1)方式ニ合シタル供託物取戻申請アリヤ、供託者ノ能力、其代理人ノ

代理權ニ欠缺ナキヤノ適法要件ヲ調査シ、欠缺ヲ認ムル場合ニハ該申請ヲ却下スヘク、又(2)適法要件ノ存在ヲ認ムル場合ニハ取戻要求權ノ發生要件ノ存否ヲ調査セサルヘカラス。即チ、民法第四九六條ノ規定ニ因リ有效ニ取下ケラレタルヤ、供託カ錯誤ニ因リテ爲サレタルヤ又ハ供託原因カ消滅シタルヤヲ調査シ、(イ)之ヲ認ムル場合ニハ供託物還附ノ裁決ヲ爲スヘク、(ロ)然ラサル場合ニハ供託還附請求ヲ棄却スル裁決ヲ爲ササルヘカラス(供託物取扱規程一〇條及ヒ一二條參照)。此調査モ亦書面ニ基キテ爲シ且形式上ノ調査タルヲ原則トスト雖モ、民法第四九六條ニ依ル取下カ有效ナルヤ否ヤノ調査ハ、實質ニ入ラサルヘカラス(供託物取扱規程一〇條一號及ヒ三號參照)。(ハ)供託者カ右書面ヲ提出スルコト能ハサル正當ナル事由アル場合ニハ、供託所ハ其書面ニ代ヘ、其承諾ヲ得タル二名以上ノ保證人ノ連署ヲ以テ供託物還附ノ爲メ國家ニ損害ヲ生シタルトキハ賠償ノ責任スヘキ旨ノ引受證書ヲ入レシメ、供託物ヲ還附スルヲ得ルコトハ、供託物ノ交付ニ於ケルト異ナルコトナシ(規程一二條)。

(三) 供託物ノ取戻申請ヲ却下又ハ棄却スル裁決アリタル場合ノ救濟方法ニ付キテモ亦供託物ノ交付申請ヲ却下又ハ棄却シタル場合ニ於ケルト同一ニ論スヘキナリ。供託ハ國家ノ供託機關カ非訟事件トシテ管掌スル所ナルカ故ニ、取戻申請ヲ却下又ハ棄却スル裁決ニ對シテハ本來抗告ヲ爲スコトヲ得サルヘカラス。(イ)裁判所カ供託ヲ管掌スル場合ニ付キテハ明文上疑ヲ容レスト雖モ(非訟

事件手續法一條及ヒ二〇條)、(ロ)金庫又ハ倉庫業者カ之ヲ管掌スル場合ニ付キテハ明文ヲ缺キ、疑ナキニ非スト雖モ、金庫ノ場合ニハ大藏大臣、倉庫業者ノ場合ニハ監督地方裁判所長ニ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルモノト解セサルヘカラス。——此點モ亦、學者カ供託ヲ以テ私法上ノ法律關係ト解セントスル動機ノ一ヲ爲スト雖モ(石坂博士日本民法前掲一四八一頁參照)、等シク推理ヲ誤マレルモノト云ハサルヘカラス。

四 供託物交付要求權ト取戻要求權トノ關係

供託物ノ交付要求權ハ、前ニ述ヘタルカ如ク民法、商法其他供託ヲ認メタル法令ノ規定ニ於テ、供託ノ原因及ヒ目的ニ適合シタル者ニ限り有スル所ナルニ反シ、(本書四三七頁及ヒ「註一八」參照)、供託物取戻要求權ハ供託カ有效ニ取下ケラレ又ハ錯誤ニ因リテ爲サレ若クハ供託ノ原因カ消滅シタルトキ、約言セハ供託原因及ヒ目的ニ適合スルモノカ存セサル場合ニ限り存スルモノナリ。從テ、兩要求權カ互ニ相排斥シ不兩立ノモノタルコトハ疑ヲ容レズ。

右ニ述フルカ如ク、供託所カ保管スル供託物ハ、(イ)供託物ノ交付又ハ取戻ノ裁決アルマテハ、供託者又ハ被供託者(或ハ供託者ノ指定シタル者或ハ未定ノ者ナリ)ノ何レニ渡サルヘキヤ未定ニシテ、而カモ(ロ)供託物カ交付要求權者ニ交付セラレヘキ場合ニハ供託者ニ還附セララルコト無ク、又交付要求權者ニ交付セラレサル場合ニ限りテ、初メテ供託者ニ還附セララルモノナリ。Helwigカ

「供託者及ヒ被供託者ノ供託物ニ對スル關係ヲ以テ *Mitberechtigung* ナリトシ、而シテ之ハ共同債權 (*Gesamtschuldiger*) ノ一種ニシテ、互ニ競合シテ債權ヲ有スル場合ナリ」トノ法理的構成 (*Rechtskonstruktion*) ヲ試ミタニ、(Helwig, *Die Verträge auf Leistung, an Dritte* S. 310 ff. u. 447 f.)、畢竟右ノ關係ヲ説明セントスルモノナリ。然レトモ、此關係ハ供託ヲ以テ供託者、被供託者其他一切ノ利害關係人ノ上ニ超然トシテ其ノ利益ヲ公平ニ眼中ニセル、國家ノ供託機關カ、法的秩序ヲ完成スル、法政ノ必要上非訟事件トシテ管掌スルモノナリトスル場合ニ於テ、初メテ自然且適切ニ説明スルコトヲ得。供託ヲ以テ私法上ノ契約關係ナリトスル立場ヨリスルトキハ、到底右關係ヲ自然且適切ニ説明スルコトヲ得ス、Helwig ノ前掲法理的構成カ牽強ノ感ナキ能ハサルハ恰モ之ヲ證明スルモノト云フヲ得ヘシ。

一三 債權者取消ノ訴ノ性質(廢罷訴權)

民法第四二四條ニ謂フ所ノ、債權者取消ノ訴ノ性質ハ、我現行法上ノ一難問タルヲ失ハス。石坂博士ハ、夙ニ此訴ヲ以テ形成ノ訴ナリトスル獨創ノ見解ヲ立テラレ(石坂博士日本民法第三編第二卷六八九頁以下、民法研究二卷九〇頁以下)、仁井田博士亦之ニ賛セラル(仁井田博士「債權者ノ取消權論」法學協會雜誌第三一卷七一頁以下)。最近ノ判例ニ於テハ、債務者ノ法律行為ノ取消ト共ニ資產ノ原狀回復ヲ請求スル訴ナリトシ(明治四四年三月二十四日大審院判決)、其見解頗ル明瞭ヲ缺ク。吾人ハ、由來、同條謂フ所ノ取消請求ヲ以テ舊商法破産篇三「異議ヲ述フルコトヲ得」ト云フト其意曠ヲ同フスルモノトシ、又其内容ハ受益者又ハ轉得者ニ對シテ、債務者ノ辨濟實力カ受ケタル不利益ノ除去ヲ請求スルニ在リトナシ、從テ同條ノ訴ヲ以テ給付ノ訴トナス。其梗概ハ嘗テ之ヲ公ニシタリ(拙論「合名會社又ハ合資會社ノ設立行為ハ廢罷訴權ノ目的トナルヤ」法律新聞第九八六號、一〇頁以下參照)。茲ニ、前論ノ盡クササルヲ補ヒ、大方ノ批判ヲ仰カントス。

一

訴ノ性質ハ、其訴ヲ以テ要求スル判決ノ内容ニ依リテ定ムヘキコトハ固ヨリ論ナシ。而シテ、判決ハ其内容ニ依ルトキハ、確認判決、給付判決及ヒ形成判決ニ三分スヘキモノタルカ故ニ、訴モ亦要求スル判決ノ内容ニ從ヒ三分セラル。給付ノ訴ハ請求權ヲ訴訟物トシ、給付判決ヲ要求スル訴ナリ。給付判決ハ請求權ノ存在ヲ確認シ、且被告ニ給付ヲ命スル判決ニシテ、給付命令ハ存在ヲ確認シタル請求權ノ内容ヲ採リテ以テ其内容ト爲スモノタリ。而シテ給付判決カ確定スルトキハ(イ)請求權ノ存在ヲ確認スル範圍ニ於テハ既判力ヲ生シ、又(ロ)被告ニ給付ヲ命スル範圍ニ於テハ執行力

ヲ生ス、確定ノ給付判決ハ、狹義ノ強制執行ノ債務名義トナル。形成ノ訴ハ、形成權ヲ以テ訴訟物トシ、形成判決ヲ要求スル訴ナリ。形成判決ハ形成權ノ存在ヲ確認シ、且其形成權ノ内容ニ從ヒ、直接ニ法律上ノ效果ノ發生、變更、又ハ消滅(即形成)ヲ言渡スモノタリ。形成判決ノ確定ニ依リ、(イ)形成權ノ存在ヲ確認スル範圍ニ於テハ既判力ヲ生シ、當事者ヲシテ法律上有效ニ其形成權ノ存在ヲ争フコト能ハサルニ至ラシム。又(ロ)法律上ノ效果ノ形成ヲ言渡ス範圍ニ於テハ形成力(又創設力ト云フ)ヲ生シ、直接ニ法律上ノ效果ヲ發生、變更若クハ消滅セシム。法律上ノ效果ハ、形成判決ノ確定ニ依リテ直チニ發生、變更若クハ消滅スルカ故ニ、形成判決ハ之ヲ執行スル必要ナク、又之ヲ執行スルコトヲ得ス、即形成判決ハ狹義ノ強制執行ノ債務名義タルコトナシ。唯、私法若クハ訴訟法又ハ其附屬法規ニ於テハ、一定ノ形成判決ノ存在ヲ以テ法律要件(Thatsache)又ハ法律要件ニ屬スル一事實(Thatfache)ト爲シ、之ニ一定ノ效力ヲ附スルコトナキニ非ス。形成判決(確認判決亦同シ)カ、私法若クハ訴訟法又ハ其附屬法規ノ要件トシテ生スル效力ハ或ハ稱シテ「判決ノ從タル效力」(Nebenwirkung)又ハ「法律要件トシテノ效力」(Thatbestandwirkung)ト云ヒ、又判決カ法律要件トシテ利用セラルル點ヨリ觀察シテ、之ヲ廣義ノ強制執行ト云フ。形成判決ノ確定ニ依リ法律上ノ效果カ形成セラレタルトキハ、存在ヲ確認セラレタル形成權ハ其ノ目的完了(Zweckerreichung)ニ依リテ消滅ス。恰カモ、給付判決ノ強制執行ニ依リ、請求權カ其満足ヲ得タルトキハ、其請求權

ハ目的ノ完了ニ因リテ消滅スルカ如シ。

二

給付ノ訴ト形成ノ訴トノ異同及ヒ其結果ハ大要前述ノ如シ。債權者取消ノ訴ハ何レノ訴ナルヤ。

一 一派ノ學者ハ、民法第四二四條ノ「債權者取消權(廢罷訴權)ヲ以テ、「債務者ノ法律行為ヲ取消シ、初メヨリ之ヲ無効トナス形成權ナリ」トシ、從テ債權者取消ノ訴ヲ以テ、右形成權ヲ訴訟物トシ、債務者ノ法律行為ヲ取消ス判決即形成判決ヲ要求スル形成ノ訴ナリトナス。此說ヲ最モ明白ニ主張シタルハ、石坂博士(前掲)ニシテ、仁井田博士(前掲)モ亦之ニ贊セラル【註一】。——此說ハ通常物權の效力說ト稱ス。獨逸ノ學界ニ於ケル名稱ヲ假用シタルモノナリ。然レトモ、獨逸ノ學界ニ於ケル物權の效力說ハ債務者ノ法律行為ヲ取消ス判決ヲ必要トセス。謂フ所ノ取消ハ、或ハ訴ノ提起前或ハ又之ト同時ニ、裁判外ノ一方的意思表示ヲ以テ之ヲ爲シ、訴其モノハ其取消ニ因リ債務者ニ復歸シタル權利ニ基キ、債務者ノ資産ヨリ離脱シタル財産ノ回復ヲ請求スル給付判決ヲ要求スルモノトナシ、所說ノ内容ヲ異ニス(後述參照)。故ニ吾人ハ、右ノ說ヲ稱シテ形成權說(Gestaltungsrechtstheorie)トスヘシ。

【註一】岡松博士ハ「廢罷訴權ノ目的ハ、我法典ニ依レハ絕對的ニ債務者ノ行為ヲ取消シ、債務者ノ財産狀況ヲ行為前ノ有様ニ回復スルニ在リ」然レトモ、「對人訴訟ニシテ單ニ一定人ニ對シ行為ヲ取消ヲ確定シ、原狀回復ノ義務ヲ發生セシムルヲ目的ト

ス」トセラル(法學新報第一一九號所載「廢罷訴權論」五頁以下)。惟フニ博士ハ、債權者取消權ハ債務者ノ行爲ヲ初メヨリ無効トナスモノナリト雖モ、其取消ハ裁判外ノ一方の意思表示ヲ以テ爲スコトヲ得。故ニ債權者ハ單ニ一定人ニ對シ債務者ノ行爲ヲ取消ニ依リテ無効トナリタルコトヲ確定シ、原狀回復ヲ請求スルヲ以テ内容トストセラルモノノ如シ。果シテ然ラハ、博士ノ見解ハ獨逸ノ學界ニ於ケル物權的效力說ニ近ク、形成權說ヲ主張セラルモノニハアラス。

梅博士モ亦、民法第四二四條ノ權利ヲ以テ一ノ取消權ナリトシ、從テ民法第一二二條ノ適用アリトセラル。(民法要義第三卷八七頁)。然レトモ其取消ハ一方の意思表示ヲ以テ爲スコトヲ得ルヤ、若クハ又形成判決ヲ必要トスルヤノ點ニ付キテハ論及セラルコトナシ。横田博士ハ「債權者カ……債務者ノ行爲ヲ取消シタルトキハ其效果ノ對抗ヲ受クヘキ惡意ノ受益者轉得者ニ對シテハ其行爲ハ初メヨリ無効ナリシモノト看做サル」ト論セラル(債權總論四五頁)。蓋債權者取消ニ依リテ相對的無効ヲ生スルモノトナスモノノ如シ。然レトモ、其取消ハ一方の意思表示ニ依リテ爲スコトヲ得ルヤ若クハ又形成判決ヲ必要トスルヤチ明ニセス。

二 形成權說ハ、獨逸ノ學界ニ於ケル物權的效力說ト其内容ヲ同クセス。然レトモ其流ヲ汲ムモノナルコトハ想像ニ難カラス。故ニ、吾人ハ形成權說ノ論評ニ入ルニ先チ、獨逸ノ學界ニ於ケル物權的效力說ノ根據及ヒ其概要ヲ述ヘ、以テ形成權說ノ主張ト比照スヘシ。

獨逸ニ於テハ、債權者取消制度ハ、債權者取消法(Gesetz betr. die Anfechtung von Rechts-handlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens vom 21. Juli 1879 u. vom 20. Mai 1898) 及破産法(二九條乃至四二條)ノ規定スル所ニシテ、民法中ニ其規定ヲ設ケス。而シテ債權者取消法第一條ニハ「債務者ノ法律上ノ行爲(Rechtshandlungen)ハ、破産手續以外ニ於テハ、債權者ノ滿

足ノ爲メ、債權者ニ對シテハ無効トシテ、以下ノ規定ニ從ヒ、*anfechten* (取消ナルカ、不服申立若クハ)スルコトヲ得「……als diesem (Gläubiger) gegenüber unwirksam angefochten werden.」ト規定シ、又同破産法第二九條ニ於テモ、「破産宣告前ニ爲シタル法律上ノ行爲ハ、破産債權者ニ對シテハ無効ナルモノトシテ、以下ノ規定ニ從ヒ *anfechten* スルコトヲ得」ト規定ス。

債權者取消ノ效力ニ關スル獨逸ノ學說ハ、右規定ノ解釋論タル色ヲ帯ヒサルモノ無シ。而シテ現代ノ物權的效力說ノ始祖ハ *Hellwig* ナルカ故ニ、其主張ノ根據及ヒ要領ヲ窺ハサルヘカラス。

Hellwig ハ以爲ヘラク、(1)債權者取消制度ハ、債權者取消法又ハ破産法ノ規定スル所ニシテ、民法ノ規定スル所ニ非ス。然レトモ、(イ)兩法律ハ獨逸民法ト關連シ、一體ヲ爲スモノトシテ解釋セサルヘカラス。(ロ)殊ニ獨逸民法ノ制定ノ際、關係ノ諸法律モ亦修正セラレタルカ故ニ、關係諸法律ノ規定ハ民法ノ規定ト相調和スルカ如クニ解釋セサルヘカラス。(ハ)然カルニ、兩法律共ニ *Anfechtung* ナル文字ヲ存シタリ。故ニ、兩法律カ用フル所ノ *Anfechtung* ナル語ハ、獨逸民法ニ謂フ所ノ *Anfechtung* ト其意義ヲ同クセサルヘカラス。(2)而カモ、*Anfechtung* ナル語ハ、獨逸民法制定前ニ於テハ「取消サルヘキ法律上ノ效果ノ原狀回復ヲ求ムル請求權ヲ生ス」トノ意義ニ解シタリト雖モ(*Hellwig*, Die Verträge auf Leistung an Dritte S. 380 a. a. O.)「*Anfechtung*」獨逸民法ニ於テハ「一方の意思表示ニ依リ、法律上ノ行爲カ當初ヨリ其效力ヲ生セザリシモノト看做ス」ノ意義ニ使用スルカ故

ニ、兩法律ニ使用スル所ノ *Anfechtung* モ亦、獨逸民法ノ施行後ニ於テハ其意義ヲ變シタルモノト解ササルヘカラス (*Hellwig, in Busch Zeit. für deut. Civilprozessrecht Bd. 26 S. 476 f. u. Derselbe Die Verträge auf Leistung an Dritte ebenfalls*)。從テ(3)債權者取消法又ハ破産法ノ規定ニ依リ、債權者(又ハ管財人)カ一方的ノ意思表示ヲ以テ、債務者ノ法律上ノ行爲ヲ *anfechten* シタルトキハ、其ノ行爲ハ初メヨリ其效力ヲ生セザリシモノ (*unwirksam*) ト看做サル。尤モ、其效力ヲ生セサルハ、債權者(若クハ破産債權者)ニ對シテノミ然ルモノタリ、即相對的無効ナリト (*Hellwig, in Busch Zeit. Bd. 26 S. 477 f. a. a. O.) (Zitat)*。

要之、獨逸ノ學界ニ於ケル物權の效力説ノ根據ハ、*Anfechtung* ナル語ハ、民法上一定ノ意義ヲ有スル術語ナルカ故ニ、關係諸法律ニ於テ此語ヲ用フル場合ニ於テモ、亦同一ノ意義ニ解セサルヘカラスト云フニアリ。又其内容ハ債權者カ裁判外ノ一方的意思表示ヲ以テ、債務者ノ法律行爲ヲ取消シタルトキハ、其行爲ハ債權者ニ對シテハ初メヨリ無効トナルト謂フニアリ。之ヲ我民法ノ下ニ於テ唱道セラルル形成權説ニ比照スルトキハ、其根據トスル所ハ、相似タリト雖モ、其内容ニ至リテハ全く異なる。形成權説ノ主張ニ依レバ、(イ)債權者ハ裁判外ノ一方的意思表示ヲ以テ債務者ノ法律行爲ヲ取消スコトヲ得ス、形成ノ訴ヲ以テ之ヲ取消ス判決ヲ要求スルコトヲ要ス。又(ロ)取消ノ效果ハ、債務者ノ行爲カ債權者ニ對シテノミ無効トナルニハアラス、何人ニ對シテモ絕對ニ無効ト

ナルニ在リ。

【註一】 獨逸普通法ニ於テハ通説、債權の效力説ヲ認メタリ (*vgl. z.B. Windscheid, Pandekt. Bd. II § 463 a. Jäger, Ann. 9 u. 10 zu § 29 K.O. u. A.M.*)。

【註二】 獨逸ノ學界ニ於テハ *Hellwig* ノ所説ニ贊メタリト云カラス (*Kipp, bei Windscheid Pandekt. Bd. II § 463 a. II; Crome, Bhrig. Recht Bd. I S. 352 f; Voss, Z. Z. P. Bd. 31 S. 353 f; Wolff, Ann. 10 zu § 29. K. O.*)。然ハトモ、通説ハ之ニ反シ、依然債權の效力説ヲ認メ (*Jäger, Ann. 9 zu § 29. K. O. u. dort Zitierte* 尙ホ石坂博士民法研究九三頁以下及ヒ同處引用ノ學說參照)。

三 以下述ンテ形成權説ノ論評ニ入ラン。

形成權説ヲ認ムル論者カ其根據トスル所ハ、主トシテ文理解釋ニ在リ。曰ク、民法第四二四條ニハ、明ニ「債權者ハ債務者ノ法律行爲ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得」ト規定ス。而カモ、「取消」ナル語ハ、民法上一定ノ意義ヲ有スル術語ナルカ故ニ、第四二四條ニ謂フ所ノ「取消」モ亦同一意義ニ解セサルヘカラスト云フニ在リ(石坂博士前掲)【註三】、物權の效力説カ根據トスル所ニ似タリト云フヘシ。

【註三】 石坂博士ハ、右ヘ理解釋ノ外、更ニ二個ノ理由ヲ示サル(日本民法前掲六九六頁以下、民法研究第二卷一〇三頁以下)。

即チ(イ)其「ハ」民法ニハ債權者取消權ノ效果ニ關シ規定スル所ナシ。故ニ若シ取消權ヲ以テ債權の請求權ナリト解スルトキハ、何レノ規定ニ從ヒテ其效果ヲ定ムヘキヤ。民法カ取消權ノ效果ニ關シ規定スル所ナキ點ヨリ見レハ、第一二一條ノ規定ニ從ヒテ、之ヲ定ムルノ意ナリト解モサルヘカラストト謂フニ在リ。蓋、民法カ取消ノ效果ニ付キ特別ノ規定ヲ設ケザリシハ

法ノ不備ト云フヘク、解釋ヲ以テ之ヲ補フコトヲ要スルハ因ヨリ論ナシ。而シテ博士所論ノ如ク、(a)民法第四二四條ニ謂フ所ノ取消ハ、第一二一條ニ謂フ取消ト其意義ヲ同クスルモノト爲シテ、其效果ヲ定ムルカ、一解釋方法タルコトハ疑ナ容レズ。然レトモ、唯一ノ解釋方法ニハ非サルコトモ亦論ナシ。(d)羅馬法以來、中世以太利ノ諸市法並ニ獨逸普通法等ヲ通シテ發達シタル、債權者取消制度ノ目的ニ鑑ミ、所謂取消ノ效果ヲ定ムルモ亦、一解釋方法タルコトヲ妨ケス。——殊ニ第四二四條ニ謂フ所ノ取消力、第一二一條ノ取消ト其意義ヲ同クスヘシト云フ文理解釋ニシテ動搖セシカ(後述參照)、所謂債權者取消ノ效果ハ、債權者取消制度ノ目的ニ顧ミテ定ムルヲ以テ勝レリトスヘシ。

(ロ)他ノ理由ハ「民法第四二五條ニレ依ハ、取消ノ效力ハ總債權者ノ利益ノ爲メニ生ス。故ニ取消權ヲ行フ債權者ハ、受益者又ハ轉得者ニ對シ、直接ニ自己ニ給付ヲ爲スヘキコトヲ請求スルコトヲ得ス。獨逸法ニ於テハ、債權者ハ受益者又ハ轉得者ニ對シ直接ニ自己ニ給付ヲ爲スヘキコトヲ請求スルコトヲ得ルカ故ニ、債權者ハ債權者ノ請求權ヲ有ストナスヲ得ヘシ。然レトモ我民法ハ、受益者又ハ轉得者ノ取得セル財產ハ、取消ニ依リテ債務者ニ歸スルモノトナスカ故ニ、債權者ノ取消權ヲ以テ債權者ノ請求權ナリト解スルヲ得ス」ト謂フニ在リ。然レトモ(a)債權者カ受益者又ハ轉得者ニ對シ、其取得シタル利益ヲ債務者(即第三者)ニ返還スヘシト云フハ、何カ故ニ債權者ノ請求權ニ非サルヤ。我民法ニ於テモ、第三者ニ給付ヲ爲スヘキコトヲ請求スル債權者認ムルニ非スヤ。——若シ夫レ「受益者又ハ轉得者ノ取得セル財產ハ、債務者ニ歸スルモノトナス」ト謂フハ、物權的ニ當然復歸スルノ意ヲラハ、形成權說ヲ認ムル結果ニシテ、其理由タルヘキモノニ非ス。又(d)獨逸債權者取消法第七條第一項ニハ「債權者ハ其債權ノ満足ニ必要ナル範圍内ニ於テハ、取消ヲ受クヘキ行爲ニ因リテ債務者ノ資産ヨリ讓渡、離脱若クハ拋棄セラレタルモノヲ、尙ホ債務者ニ屬スルモノトシテ、受益者ヨリ返還スヘキコトヲ請求スルコトヲ得」ト規定ス。然レトモ受益者ヨリ債務者ニ返還スヘキヤ又ハ取消債權者ニ返還スヘキヤヲ明言セス。同國學者ノ解スル所ヲ見ルニ、(i)受益者ノ取得シタル財產カ現存スル場合ニハ債權者ハ尙ホ債務者ニ屬スルモノトナシ、其財產ニ對シテ直チニ強制執行ヲ爲セハ足レリ。此ノ場合ニハ受益者ノ返還義務ハ、債權者ノ爲ス強制執行ヲ甘受(accept)スト云フニ盡キタリ。反之(る)受益者ノ受ケタル財產カ物メヨリ金錢ナル場合又ハ金錢ニ非サルモ受益者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ、其財產カ受益者ノ資産中ニ現存セサル

場合ニハ、債權者ハ受益者ニ對シテ其返還ヲ請求セサルヘカラス。此場合ニ於テ、若シ受益者ハ先ツ債務者ニ返還シ、債權者ハ更ニ返還セラレタル財產ニ對シテ差押ヲ爲スヘキモノトナストキハ、獨リ迂還ナルノミナラス、若シ他ノ債權者カ先チテ差押ヲ爲ストキハ、取消債權者ハ、返還セラレタル財產ヨリ其債權ノ満足ヲ受クルコトヲ得サル虞アリ。故ニ取消債權者ハ受益者ニ對シ直接ニ自己ニ給付スヘキコトヲ請求スルコトヲ得ルモノト解スヘシト云フニアリ(Heger, Ann. 8 zu § 29 K. O. u. dot. Zitate)。——是ニ由リテ之ヲ觀ルニ、「取消債權者カ受益者ニ對シ、其取得シタル利益ヲ直接ニ自己ニ給付スヘシ」ト云フハ、獨逸債權者取消法ノ解釋ニシテ、又其解釋ハ獨逸訴訟法ノ認ムル差押債權者優先主義、即差押ニ依リテ差押債權者生スト爲ス主義)ヲ前提スルモノナルコトヲ知ルニ難カラス。畢竟受益者ヨリ先ツ債務者ニ返還セシメ、取消債權者ニ於テ其財產ヲ差押フルモノトセハ、差押債權ノ效力トシテ、他ノ債權者ニ優先スルカ故ニ、實際ノ結果ニ於テハ直接ニ取消債權者ニ返還セシムルト異ナルコトナクシテ、両カモ迂還ナルノ弊アリトスルナリ。我民事訴訟法ハ、差押債權ヲ認メス、債權者平等主義ヲ採ルカ故ニ、債權者取消ノ訴ニ付キ、形成權說ヲ採ルモ亦債權者カ先チテ差押ヲ採ルモ、獨逸法ノ下ニ於ケルトハ、結果ヲ異ニスルコトハ因ヨリ論ナシ。從テ吾人ハ「獨逸法ニ於テハ、債權者ハ受益者又ハ轉得者ニ對シ、直接ニ自己ニ給付ヲ爲スヘキコトヲ請求スルコトヲ得ルカ故ニ、債權者ハ債權者ノ請求權ヲ有スト爲スヲ得ヘシ」ト謂フ論旨ノ根底ニ潜在スヘキ論理ヲ發見スルニ苦ム。

然レトモ吾人ハ(一)前掲文理解釋其ノモノニ對シテモ疑無キ能ハス。蓋(1)債權者取消ナル制度ハ破產手續ニ於ケルソレタルト、破產外ニ於ケルソレタルトヲ問ハス、其沿革ニ徴シ又其立法上ノ根據及ヒ目的ニ顧ミ統一セラレタル制度ナリト解セサルヘカラス。此如キハ Hellwig, Kipp (前掲)ノ認ムル所ニシテ、石坂博士モ亦是認セラルル所ナリ(日本民法前掲六八八頁參照)。換言セハ民法第四二四條ノ規定ハ舊商法破產篇第九九〇條及ヒ第九九六條ノ規定ト相關連シ、統一ノ制度ヲ爲ス

モノトシテ解釋セサルヘカラス。殊ニ舊商法第九九六條ハ、民法第四二四條ト等シク、債務者ノ詐害意思ヲ要件トスル場合ニシテ、立法上ノ根據及ヒ目的ヲ等シクスルモノナルコトハ疑ヲ容レス。然カルニ、前掲舊商法破産篇ノ規定ニ於テハ、「之ニ對シテ異議ヲ述フルコトヲ得」トスルニ止マル。從テ、民法第四二四條ニ謂フ所ノ「取消」ハ、前掲舊商法ノ規定殊ニ第九九六條ニ謂フ所ノ「異議ヲ述フルコトヲ得」ト云フト同一ノ意義ヲ有スルモノト解スルヲ以テ正當トスヘシ。是レ、民法第四二四條ノ取消ヲ以テ同法第一二一條ニ謂フ所ノ「取消」ト同意義ナリトスル根據ハ、單ニ其文字カ同一ナリト云フニ在ルニ反シ、「異議ヲ述フルコトヲ得」ト同一ナリトスルハ、債權者取消制度ノ變遷ニ徴シ又其立法上ノ根據及ヒ其目的ニ顧ミルモノナルカ故ナリ。(2)或ハ謂フヘシ。舊商法破産篇ハ立法技術カ未タ幼稚ナル時代ニ制定セラレタルモノニシテ、其用語ノ如キモ古色ヲ帶ヒ、解釋ノ信賴スヘキ根據ト爲スコトヲ得スト。然レトモ舊商法破産篇ノ規定ハ民法及ヒ商法施行ノ際修正シタルモノナリ。商法施行法第一三八條乃至第一四五條ノ如キハ明ニ之ヲ證ス。然カモ、立法者カ尙ホ「異議ヲ述フルコトヲ得」ト云フ語ヲ維持シタルニ顧ミルトキハ、民法第四二四條謂フ所ノ「取消」ナル語ハ之ト其意義ヲ同クスルモノト解セサルヘカラス。斯ル論法ハ物權的效力說ヲ採ル論者ノ亦認ムル所ナリ(Hellwig, ebenda, Kipp, ebenda)。加之(3)我現行法ニ於テモ取消ナル語ハ必シモ常ニ之ヲ同一ノ意義ニ使用セス、又必シモ常ニ民法第一二一條ニ於ケル取消ノ意義ニ使用スルコトナシ。

既ニ民法中ニ於テモ、「撤回」ノ意義ニ使用スルコトアリ又(ロ)他ノ法律ニ於テハ、之ヲ不服申立ノ意ニ使用スルコトアリ(例ハ民法四六七條四六八條八〇一條八〇四條等)。獨逸法ニ於テモ、Anfechtung ナル語ハ之ヲ不服申立ノ意義ニ使用スルコト少カラス(例ハ獨逸民法一四二五條同民事訴訟法五二一條五三八條五六九條五八三條九五七條同破産法一八九條三項、同非訟事件手續法二三條等)。果シテ然ラハ、「取消」ナル語ハ民法上一定ノ意義(即同法第一二一條ノ意義)ヲ有スル術語ナルカ故ニ、常ニ同一意義ヲ有スト云フハ文字ノミヲ根據トスルトキハ下スコト能ハザル解釋ナリ。石坂博士モ亦、債權者取消制度ノ目的ニ考ヘ、民法第四二四條ニ謂フ所ノ「取消」カ「撤回」ヲ意義セサルコトヲ斷セラルルモノノ如シ(民法研究一〇三頁)。果シテ然ラハ、債權者取消制度ノ根據及ヒ其目的ニ鑑ミ、民法第四二四條ニ謂フ所ノ「取消」カ第一二一條ニ謂フ所ノ「取消」ト其意義ヲ同ウセストナスハ、博士ノ研究方法ニモ背反スルモノニモ非ス。

要之、形成權說カ其根據トスル所ハ、民法第四二四條ノ「取消」ナル文字ニ在リト雖モ、此語カ民法第一二一條ノ「取消」ト其意義ヲ同クスト認ムヘキ充分ナル論據ナシ。從テ形成權說ハ、文理解釋上ヨリスルモ、其論據ノ薄弱ナルコトヲ認ムルニ難カラス。更ニ進ンテ、法理的研究ニ入り又債權者取消制度ノ根據及ヒ、目的ニ考フルトキハ形成權說カ當ヲ得サルコトヲ一層明ニスルコトヲ得ヘシ(次述(一)(三)參照)。

(1) 法律行為ハ、當事者ノ效果意思ノ表示ヲ以テ主要ノ構成部分トスル法律要件(Tharbestand)ニシテ、法律カ當事者ノ效果意思ヲ是認シ、大體ニ於テ其效果意思ニ符合スル法律上ノ效果ヲ生セシムルモノタリ(岡松博士法律行為論一頁乃至六六頁及ヒ同處引用ノ學說、尙ホ Hellwig, System des deut. C. P. R. Bd. I S. 426 u. S. 448 參照)。故ニ若シ(1)當事者ノ效果意思ニ瑕疵アル場合ニハ、其效果意思ノ表示タリ又ハ之ヲ以テ主要ナル構成部分トスル法律行為ヲ取消シ、當初ニ遡リテ其效力ヲ生セサルモノト看做スハ(民法一二二條)其理由アリ。是レ、法律カ瑕疵無キ效果意思ナリトシテ是認シ、之ニ符合スル效力ヲ付シタルハ、既ニ瑕疵アルコトカ判明シタル後ヨリ顧ミルトキハ不當ナルカ故ナリ。又(2)無能力者ノ法律行為ノ取消ハ、效果意思ノ瑕疵其ノモノヲ以テ直接ノ理由トナスモノニアラス。然レトモ、未成年者又ハ禁治產者ノ如キハ、效果意思ノ決定ヲ適當ニ爲ス認識力若クハ判斷力ヲ有セサルヘキコトヲ理由トシテ無能力ヲ認メ、其無能力ヲ理由トシテ法律行為ノ取消ヲ認ムルモノナルカ故ニ、取消ニ依リテ法律行為カ初メヨリ其效力ヲ生セサリシモノト看做スハ(民法一二二條)、直接ニハ無能力者ヲ保護スルニ在リトスルモ、終局ニ於テハ效果意思カ瑕疵ヲ有スヘキコトヲ理由トスルモノニシテ、法理上其理由アリト云フヘシ。

然カルニ、債權者取消制度ノ立法上ノ根據カ全然之ト異スルコトハ多言ノ要ナシ。債權者取消制度ノ目的タル債務者ノ法律行為ハ(イ)瑕疵アル效果意思ノ表示タルニ非ス又(ロ)無能力者ノ法律行為タルニ非ス。債務者カ其辨濟資力ヲ減少スヘキ行為ヲ爲スニ放任シ、債權者カ其債權ノ満足ヲ受クルコトヲ得サルニ至ルモ亦妨ケストナスハ、法的感想ニ反シ又衡平ノ要求ト相容レズ。受益者又ハ轉得者ニ債權者ノ詐害ヲ疑ハシムヘキ事情アル場合ニハ、寧ロ其受ケタル利益ヲ失ハシムルモ、債權者ヲシテ其債權ノ満足ヲ得セシムルハ、衡平ニ合シ又法的感想ヲ充タスモノト云フヘシ。此如キカ債權者取消制度ヲ認ムル立法上ノ根據ニシテ且其目的タルコトハ、羅馬以來中世以太利法及ヒ普通法ヲ經テ發達シタル斯制ノ變遷ニ徴シ疑ヲ容ルルノ餘地ナシ。故ニ、債權者カ、受益者又ハ轉得者ニ對シ、其受ケタル利益ヲ債務者ニ返還スヘキコトヲ請求スルコトヲ得ルモノトナスハ、恰モ債權者取消制度ノ目的ニ適合シ、過不及アルコトナシ。然カルニ、今、債權者ノ取消モ亦、效果意思ノ瑕疵若クハ無能力ヲ理由トスル取消ト等シク、債務者ノ法律行為ヲ初メヨリ效力ヲ生セス無効ナリトスル效果ヲ生セサルヘカラスト謂フ。那邊ニ其法理上ノ根據ヲ求ムルモノナリヤ。

破產手續ニ於ケル債權者取消ニ付キテハ、破產者ハ未タ破產宣告ヲ受ケサリシ以前ニ於テモ、既ニ其財産ノ處分權ヲ喪失シタリシモノト看做シ(舊商法破產篇九八五條一項參照)、斯ル瑕疵アルカ故ニ、取消ニ依リ初メヨリ無効ナリト論スル者アリ。然レトモ(イ)債務者ハ破產宣告ニ因リテ初メテ財團ニ屬スヘキ財産ノ處分權ヲ失ヒ又ハ差押ヲ受クルニ因リテ初メテ差押ヘラレタル財産ノ處

分權ヲ失フモノタリ。未タ破産宣告ナク又差押ヲ受ケサルニ當タリテ、其財産ノ處分權ヲ失フヘキ理由アルコトナシ。擬制ハ到底説明スルコトヲ得ス。且若シ(ロ)債務者ニシテ果シテ其財産ノ處分權ヲ失ハンカ、其者ノ爲シタル處分行爲ハ、無權利者ノ行爲タルカ故ニ、當然無効ナラサルヘカラス。從テ債權者ハ更ニ之ヲ取消シテ無効トナス必要ナシ。

(三) 加之、形成權說ハ、一面ニ於テハ債權者ノ満足ヲ計ルカ爲メ其必要アルニ非スシテ取引關係ノ安固 (Rechtssicherheit) ヲ害スルモノタリ。又他ノ一面ニ於テハ、債權者取消制度ノ目的ヲ適切且迅速ニ達スルコト能ハサルノ憾ミアリ。何ヲ以テ爾云フヤ。

(1) 形成權說ニ依レハ債權者ノ取消ニ依リ債務者ノ法律行爲ハ初メヨリ無効ナリシモノト看做サレサルヘカラス、且其無効ハ何人ニ對シテモ亦然ルモノトスルニ非サレハ、論旨ヲ一貫スルコト能ハス(石坂博士民法研究前掲一五五頁以下、日本民法前掲七四〇頁註(一)參照)。又債務者ノ法律行爲ニシテ絶對ニ無効ナルトキハ、受益者カ轉得者ニ對シテ爲シタル行爲又ハ之ト爲シタル行爲モ、無權利者ノ行爲トシテ無効トナラサルヘカラス(石坂博士民法研究一六〇頁以下及ヒ日本民法七四二頁以下)。然レトモ、受益者又ハ轉得者ノ受ケタル利益カ債務者ニ返還セラレ、債權者カ其債權ノ満足ヲ受クルコトヲ得ヘクンハ、債權者取消制度ノ目的ハ完全ニ達セラレタルモノナリ。債務者ノ法律行爲ヲ絶對無効トシ、其結果債務者及ヒ受益者ノ法律關係ヲ動カシ、又牽キテ受益者及ヒ轉得

者間若クハ轉得者ト其後ノ承繼人トノ間ノ法律關係ヲモ變更スルカ如キハ、債權者ノ満足ヲ企圖スルカ爲メ何等其必要アルコトナシ。是レ吾人カ、形成權說ヲ以テ、債權者取消制度ノ目的ヲ超越シテ、取引關係ノ安固ヲ害スルモノト爲ス所以ナリ。

Hellwig, Kipp 其他物權の效力說ヲ認ムル論者ハ、債權者ノ取消ニ依リ、債務者ノ行爲ハ債權者ニ對シテノミ無効(相對的無効)トナルトナス(前掲)。夫レ(イ)相對的無効ヲ認メンカ、取消サレタル行爲ト雖モ債務者、受益者及ヒ轉得者間ニ於テハ有效ナルカ故ニ、債權者取消ノ目的ヲ超越シテ取引關係ノ安固ヲ害スル弊ナシ。然レトモ、(ロ)論者ハ自ラ其立論ノ根柢ヲ覆スモノタリ。是レ、意思表示ノ瑕疵又ハ無能力ヲ理由トスル取消ハ絶對的無効ヲ生スルモノニシテ、相對的無効ヲ生スルコトナキカ故ナリ。

(2) 更ニ形成權說ハ、物權の效力說ニ於テハ見サル不結果ヲ承認セサルヘカラス。而カモ其不結果タル實ニ致命的ナリト云フヲ妨ケス。是レ形成權說ニ依ルトキハ、債權者取消制度ノ目的ヲ適切且迅速ニ達スルコトヲ得サルカ故ナリ。吾人ハ項ヲ改メテ此點ニ論及スヘシ。

三

吾人ハ、上來、債權者取消ノ訴ヲ以テ、債務者ノ法律行爲ヲ取消ス判決(形成判決)ヲ要求スル訴ナリトスル說(形成權說)ノ根據タル文理解釋即取消ナル語ノ解釋カ必シモ確乎タラサルコトヲ說キ

又形成權説ノ法理上ノ根據ニ對シテ疑ヲ決ミ、更ニ形成權説ハ債權者ノ満足ヲ計ルニ其必要アルニ非スシテ取引ノ安固ヲ害スルモノタルコトヲ論シタリ。以下、進ンテ形成權説ニ依ルトキハ、債權者取消制度ノ目的ヲ適切且迅速ニ達スルヲ得サルコトヲ明ニシ、形成權説ノ價值ニ對スル最後ノ斷案ヲ下スヘシ。

(一) 形成權説ニ依レハ、債權者取消ノ訴ハ、債務者ノ法律行為ヲ取消ス判決即形成判決ヲ要求スル訴ナリ、故ニ該取消判決カ確定シタルトキハ、債務者ノ爲シタル法律行為ハ當初ヨリ無効ナリシモノト看做サレ其行為無カリシト同一ノ結果ヲ生ス。故ニ債務者カ其行為ニ依リテ債務ヲ負ヒタル場合ニハ之ヲ負ハサリシコトトナリ、物權ヲ移轉シタル場合ニハ之ヲ移轉セサリシコトトナリ、又他物權ヲ設定シタル場合ニハ之ヲ設定セサリシコトトナル。然レトモ、受益者カ右法律行為ニ因リ債務者ヨリ物ノ給付ヲ受ケタル場合ニ於テモ其物ハ未タ債務者ノ資産ニ回復セララルコトナシ。故ニ、債務者ハ或ハ不當利得トシテ受益者カ受ケタル利益ノ返還ヲ請求シ或ハ物の請求權ニ基キテ其物ノ返還ヲ請求セサルヘカラス【註五】。而シテ債務者カ其權利ヲ行ハサル場合ニハ、債權者ハ代位訴權(民法四二三條)ニ依リ、其物ノ回復ヲ求ムル給付訴訟ヲ爲ササルヘカラス(石坂博士日本民法七三九頁以下、七五〇頁、民法研究第二卷一二五頁以下參照)。然レトモ、債權者ノ取消ヲ必要トスル多數ノ場合ニ於テ、取消訴訟ニ於ケル判決カ確定シタル後、更ニ給付訴訟ヲ爲スニ非サレハ、

離脱シタル物ヲ債務者ノ資産ニ回復スルコトヲ得スト云フカ如キハ、迂遠ニシテ且債權者取消制度ノ目的ヲ適切ニ達スルモノト云フコトヲ得ス【註六】。

【註五】 債權者ノ取消ヲ必要トスル多數ノ場合ハ、債務者カ債權契約ト共ニ給付行為トシテ物ヲ給付シタル場合ナリ。而シテ形成權説ニ依ルトキハ、債權者カ債權契約ノミヲ取消シタル場合ニハ、給付行為ハ有效ニ存立スルカ故ニ、債務者ハ更ニ不當利得トシテ給付シタル物ノ返還ヲ求ムルコトヲ要ス。又債權者カ債權契約及ヒ給付行為ヲ取消シタル場合ニハ、取消ニ因リ其物ニ對スル權利ハ債務者ニ復歸スルカ故ニ、債務者ハ更ニ物の請求權ニ因リ其物ノ返還ヲ求メサルヘカラス(石坂博士日本民法七三七頁以下)。何レノ場合ニ於テモ、債務者カ其權利ヲ行ハサルトキハ、債權者ハ更ニ代位訴權ニ依リテ、債務者ノ給付シタル物ヲ債務者ニ返還スヘキコトヲ求ムル給付訴訟ヲ爲ササルヘカラス(石坂博士日本民法七五〇頁參照)。約言スレハ、債權者ノ取消ヲ必要トスル多數ノ場合ニ於テ、債權者ハ取消訴訟ニ於ケル判決カ確定シタル後更ニ代位訴權ニ依リテ給付訴訟ヲ爲スニ非サレハ、離脱シタル財産ヲ債權者ノ資産ニ回復スルコトヲ得サルナリ。

【註六】 獨逸ノ學界ニ於テ唱導セラルル物權の效力説ニ依ルトキハ、右ノ不結果ヲ生セス。是レ、物權の效力説ニ依ルトキハ、債權者ハ裁判外ノ一方的ノ意思表示ニ依リテ、債務者ノ法律行為ヲ取消スコトヲ得、從テ債務者ノ法律行為ヲ取消ス判決ヲ要求スルノ必要ナク、又其判決ノ確定ヲ俟ツ必要ナシ。求ムル給付者ハ(イ)或ハ其一方の意思表示ニ依リテ債務者ノ法律行為ヲ取消シタル後、債務者カ給付シタル物ノ返還ヲ求ムル給付訴訟ヲ提起シ、其訴狀ニ於テ債務者ノ法律行為ヲ取消ス旨ノ意思表示ヲ爲スコトヲ得ヘシ。——約言スレハ、債權者ノ取消ヲ必要トスル通常ノ場合ニ於テ、形成權説ニ於ケルカ如ク、取消訴訟ヲ爲シ其判決カ確定シタル後、更ニ財産回復ヲ求ムル給付訴訟ヲ爲ス要ナシ。單ニ給付訴訟ヲ爲セハ足レリ。此點ハ、形成權説カ物權の效力説ト異ナル重要ノ點ニシテ、又形成權説カ實際ノ必要ヲ充タシ難キニ反シ、物權の效力説カ必シモ然ラサル所以ナリ。

(二) 形成權説ニ依ルトキハ、債權者取消ヲ必要トスル多數ノ場合ニ於テ、取消訴訟ニ於テ爲サ

ルル取消判決カ確定シタル後、更ニ給付訴訟ヲ爲スニ非サレハ、離脱シタル財産ヲ債務者ノ資産ニ回復スル能ハス。又此如キハ債權者取消ノ目的ヲ適切且迅速ニ達スル所以ニ非サルコトハ前述ノ如シ於是カ、取消請求ト財産回復請求トノ併合ニ依リテ、右二重訴訟ニ依ル不便ヲ避ケントスル見解ヲ生ス。然レトモ非ナリ。是レ此見解ハ(イ)請求併合ノ適法要件(民訴一九一條)ノ具備セサルニ拘ハラス、請求併合ノ適法ナルコトヲ認メントスルモノタリ。又(ロ)假ニ請求併合ヲ適法ナリトスルモ裁判所ハ取消請求及ヒ財産回復請求ニ付キ、同時ニ辯論及ヒ裁判ヲ爲スコトヲ得ス、從テ實際ノ結果ニ於テハ、取消判決ノ確定シタル後、財産回復ノ給付訴訟ヲ起スト大差ナキカ故ナリ。左ニ此理由ヲ明ニスヘシ。

(1)形成權說ニ依レハ債權者取消訴訟ハ、債務者ノ法律行為ヲ取消ス判決(形成判決)ヲ要求スルモノナルカ故ニ、取消サルヘキ法律行為カ(イ)契約又ハ受益者ノ受領ヲ必要トスル一方行為ナルトキハ、其行為ノ關係者(Betheiligten)タル債務者及ヒ受益者ヲ共同被告トナスコトヲ絕對ニ必要トス(固有の共同訴訟)。是レ、關係者カ二人以上アル法律行為ニ付キテハ其關係者ノ或ル者ニ對シテノミ其法律行為ヲ無効ト爲スコトヲ得ス(Hellwig, Bd. I S. 335 a. a. O.)。又關係者ノ或ル者ハ、他ノ者ニモ關係セル法律行為ヲ取消シ又ハ其取消ヲ受クヘキ適格(Sachlegitimation)ヲ有セサルカ故ナリ(同說石坂博士日本民法前掲七三六頁以下、民法研究前掲一四八頁、京法一〇卷四號所載民事

訴訟法判例批評三二「廢罷訴權ノ正當ナル被告」參照)註七。仁井田博士カ債權者取消ノ訴ヲ以テ形成ノ訴トセラルルニ拘ハラズ、債權者取消ノ訴ハ、「債權者ト反對ノ利益ヲ有スル者」即受益者又ハ轉得者ノミヲ被告トスレハ可ナリトセラルルハ(前掲四七頁以下)、吾人ノ解スル能ハサル所ナリ。又(ロ)取消サルヘキ行為カ、受益者ノ受領ヲ必要トセサル行為ナルトキハ、取消ノ訴ノ正當ナル被告ハ債務者ナリ。

【註七】形成權ハ、形成ヲ受クヘキ行為ノ當事者ニ對シテ爲スヲ要スルコトハ、契約ノ解除權ニ關スル民法第五四四條ノ規定ニ依リテモ亦知ルコトヲ得。同條第一項ニ於テ當事者ノ一方カ數人アル場合ニハ、契約ノ解除ハ其全員ヨリ又ハ其全員ニ對シテノミ之ヲ爲スコトヲ得トナセリ。畢竟、當事者ノ或ル者ノミカ契約ヲ解除シ又ハ或ル者ノミニ對シテ契約ヲ解除スルコト能ハサルカ爲メナリ。

上述ノ如ク取消訴訟ノ正當ナル被告ハ、取消サルヘキ法律行為カ契約又ハ受益者ノ受領ヲ要スル一方行為ナル場合ニハ、債務者及ヒ受益者ニシテ、又取消サルヘキ法律行為カ受益者ノ受領ヲ要セサル行為ナル場合ニハ、債務者ナリ。然ルニ、債權者カ代位訴權ニ依リ債務者ノ給付シタル財産ノ回復ヲ求ムル給付訴訟ハ、受益者(又債務者及ヒ受益者間ノ法律行為カ取消サレタル結果トシテ、受益者及ヒ轉得者間ノ行為カ無効トナル場合ニ於テ、債權者カ債務者ニ復歸シタル物權ニ基キ、物的請求權ヲ行フ場合ニハ、轉得者)ヲ以テ正當ナル被告トナスコトハ論ヲ俟タス。——如此ク、債務者ノ法律行為ノ取消ヲ求ムル請求ノ被告ト爲スヘキ者ト、債務者ノ資産ヨリ離脱シタル財産ノ回

復ヲ求ムル給付訴訟ノ被告ト爲スヘキ者トハ異ナレリ、然ルニ請求ノ併合ハ、二以上ノ請求カ、被告ヲ同クスル場合ニ限り適法ナリ（一九一條）。故ニ債務者ノ法律行爲ノ取消ヲ求ムル請求ト、離脱シタル財産ノ回復ヲ求ムル請求トハ、一箇ノ訴ヲ以テ併合スルコトヲ得サルモノト解セサルヘカラス【註八】。故ニ若シ(a)債權者カ、債務者及ヒ受益者ヲ共同被告トスル法律行爲ノ取消請求ト、受益者若クハ轉得者ヲ被告トスル財産回復請求トヲ併合シ、又ハ債務者ヲ被告トスル法律行爲ノ取消請求ト、受益者若クハ轉得者ヲ被告トスル財産回復請求トヲ併合シタル場合ニハ、裁判所ハ職權ヲ以テ被告ヲ異ニセルコト、換言セハ請求併合ノ適法要件ニ合セサルコトヲ斟酌シ、一請求（即財産回復請求）ヲ不適法トシテ却下セサルヘカラス（Hellwig, Lehrbuch Bd. III S. 69 u. System Bd. I S. 320; Skonietzki-Gelpcke, Nr. 10 zu § 260 C. P. O. 尙ホ民ニ訴訟法判例批評二八、京法一〇卷二號一四二頁以下參照）。若シ又之ニ反シ(b)債權者カ、受益者ヲ被告トスル債務者ノ法律行爲ノ取消請求ト受益者ヲ被告トスル財産回復請求トヲ併合シテ、訴ヲ提起シタル場合ニハ、被告ヲ同クスルカ故ニ、請求併合ノ適法要件ハ具備スト雖モ、取消請求ハ正當ナル被告即被告タル適格 (Passive Legitimation) ヲ有スル者ヲ被告トセサルカ故ニ、裁判所ハ職權ヲ以テ當事者タル適格ノ欠缺ヲ斟酌シ取消請求ヲ棄却セサルヘカラス（尤モ、我大審院ノ判例ニ於テハ、當事者タル適格カ欠缺セル場合ニモ亦、訴ヲ不適法トシテ却下スヘキモノトナセリ、民事訴訟法判例批評二〇、京法九卷一一號

一四〇頁以下參照)。

【註八】 獨逸民事訴訟法ノ註釋家ハ、或ハハンノーバー草案理由書ニ「共同原告中ノ或ル者ノミカ其被告ニ對スル請求ヲ併合シ又ハ共同被告中ノ或ル者ノミニ對スル請求ヲ併合スルヲ妨ケス」(Hanover Protokoll V S. 1469, 1469) トアルヲ踏襲シ、共同被告中ノ或ル者ノミニ對スル請求ヲ併合スルモ請求併合ノ適法要件ニ反スルコトナシトナス(Struckmann-Koch, Nr. 3 zu § 260 C.P.O.; Gaupp-Stein, 11 c zu § 260 C. P. O.; Skonietzki-Gelpcke Nr. 3 vor § 59 u. 3 zu § 260 C. P. O.) 然レトモ、我民事訴訟法第一九一條ニハ、明ニ「同一ノ被告ニ對スル原告ノ請求數個アル場合ニ於テ云々」ト規定スルカ故ニ、右見解ヲ認ムルコトヲ得ス。

(2) 債權者カ取消請求ト財産回復請求トヲ併合シテ訴フル場合ニハ、請求併合ノ適法要件ヲ充タスコトヲ得サルカ、又適法要件ヲ充タサントスル場合ニハ當事者タル適格ヲ有セサル者ヲ被告トスルノ外ナキニ至リ、到底併合シタル兩請求ニ付キ勝訴判決ヲ受クルヲ得サルコトハ前述ノ如シ、從テ請求ノ併合ニ依リ、二重訴訟ニ因ル不便ヲ避ケントスル見解ノ誤マレルコトハ疑ヲ容レス。——然レトモ、吾人ハ尙一層議論ヲ進ムルカ爲メ、暫ク「ハンノーバー草案理由書ノ見解ヲ奉スル獨逸訴訟法註釋家ノ見解ニ依リ、取消請求ト財産回復請求トノ併合ハ適法ナルモノトシ(假リニ)、之ニ依リテ果シテ二重訴訟ニ依ル不便ヲ避ケ得ルヤヲ觀察スルニ到底其目的ヲ達スルコト能ハス。何トナレハ、形成權說ニ依レハ、債務者ノ法律行爲ハ之ヲ取消ス判決カ確定スルニ非サレハ、初ヨリ無効トナリシモノト看做サルルコトナシ。然ルニ債權者ノ取消ヲ必要トスル多數ノ場合ニ於テ、債務者

カ不當利得又ハ物的請求權トシテ、給付シタル利益又ハ財産(物)ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ルハ、取消判決ノ確定シタル後、換言セハ法律行為カ取消サレタル後ニ於テ初メテ然ルモノナルコトハ前述ノ如シ。故ニ取消請求ト財産回復請求ト併合ヲ適法ナリトスルモ、裁判所ハ兩請求ニ關スル辯論及ヒ裁判ヲ同時ニ爲スコトヲ得ス。是レ、取消請求ヲ認ムル判決ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤ、又假令斯ル判決ヲ爲シ得トスルモ其判決カ上級審ニ於テ維持セラルヘキヤ否ヤ豫知スルコト能ハス、從テ發生スヘキヤ否ヤ豫知スルコト能ハサル財産回復請求權(不當利得返還請求權又ハ物的請求權)ニ付キ辯論及ヒ裁判ヲ爲スコト能ハサルカ故ナリ。故ニ裁判所ハ、結局取消請求ヲ認ムル判決カ確定スルニ至ルマテ、財産回復請求ニ關スル辯論及ヒ裁判ヲ中止スルノ外ナシ。然レトモ、斯ルトキハ、取消請求ヲ認ムル確定判決アリタル後、不當利得又ハ物的請求權ニ基キ財産回復請求ノ訴訟ヲ提起スルト、實際ノ結果ニ於テハ大差アルコトナシ。約言スレハ、取消請求ト財産回復請求ト併合ヲ適法ナリトスルモ裁判所ハ取消請求ヲ認ムル判決カ確定スルニ至ルマテハ、財産回復請求ニ關スル辯論及ヒ裁判ヲ中止スルノ外ナキカ故ニ、二重訴訟ニ因リテ生スル不便ハ之ヲ避クルコトヲ得サルナリ。

要スルニ債權者取消ノ普通ノ場合ニ於テ債權者ハ法律行為ノ取消訴訟ヲ爲シタル後財産回復ノ給付訴訟ヲ爲スニ非サレハ、債權者ノ資産ヨリ離脱シタル財産ヲ其資産ニ回復スルコトヲ得スト云フカ如キハ、頗ル迂遠ニシテ又債權者取消ノ目的ヲ適切ニ達スルモノト云フヲ得ス。

(二)加之、債權者カ取消訴訟ヲ爲ス場合ニハ、執行保全ノ目的ニ出ツル假差押又ハ假處分ヲ爲スコトヲ得ス。從テ他日爲サルヘキ財産回復請求ノ執行ヲ保全スルコトヲ得ス。此點モ亦、形成權說ノ弱點ト云ハサルヘカラス。

形成權說ニ依レハ、(1)債權者ノ法律行為ノ取消請求ハ、其法律行為ヲ取消ス判決即形成判決ヲ要求スルモノニ外ナラス。然カルニ、形成判決ハ其確定ニ依リテ直チニ其内容タル法律上ノ效果ヲ形成シ(創設力)、取消判決ノ確定ニ依リ債權者ノ法律行為ハ初メヨリ無効トナルカ如シ。從テ執行(狹義ノ強制執行)ヲ必要トスルコトナク、又之ヲ執行スルコトヲ得ス。然カモ、執行ヲ必要トセス且執行スルコトヲ得サル判決ノ執行ヲ保全スト云フハ無意義ナリ。故ニ債權者ノ法律行為ノ取消ヲ求ムル請求ノ爲メニ、執行保全ヲ目的トスル假差押又ハ假處分ヲ爲スコトヲ得サルコトハ、寸毫ノ疑ヲ容レサルナリ。

(2)或ハ云フヘシ取消請求ノ爲メニ假差押又ハ假處分ヲ爲スコトヲ得サルヤ論ナシト雖モ、之ト同時ニ爲サルヘキ財産回復請求ノ爲メニハ、假差押又ハ假處分ヲ爲スコトヲ得ヘキカ故ニ、此點ハ形成權說ノ弱點ニ非スト。然レトモ、此見解ハ未タ盡ササルモノアリ。謂フ所ノ財産回復請求ハ、取消請求ヲ認ムル判決カ確定シ、從テ債權者ノ法律行為カ取消サレタル後ニ於テ、初メテ生スヘキ請

求權ナルコトハ前ニ述ヘタルカ如シ。然モ、果シテ取消請求ヲ認ムル判決カ爲サルヘキヤ、又其ノ判決カ確定スヘキヤ否ヤハ豫知スルコト能ハサルカ故ニ、財産回復請求權ヲ生スヘキヤ否ヤハ、全然豫知スルコトヲ得ス。從テ、取消請求ヲ認ムル判決カ確定スルマテハ、財産回復請求ハ、高々將來ノ請求權ト云ヒ得ルニ止マリ、停止條件附請求權トモ解スルコトヲ得ス。然ルニ、執行保全ヲ目的トスル假差押又ハ假處分ハ、期限ノ到來セサル請求權ニ付キテハ認メラルルモ（七三七條二項及ヒ七五六條）、停止條件附請求權ノ執行ヲ保全スルカ爲メ認メラルルコトヲ得ルヤハ疑アルノミナラス、將來ノ請求權ニ付キテハ到底之ヲ認ムルコトヲ得ス（vgl. Camp-Stein, II zu § 916 C. P. O.; Seuffert, Nr. 2 zu § 916 C. P. O.）。故ニ取消訴訟ニ對スル判決アルニ先チ、財産回復請求權ノ執行ヲ保全スルカ爲メ、假差押又ハ假處分ヲ爲スコトヲ得サルモノト解セサルヘカラス。

此如ク、形成權說ニ依ルトキハ、債權者カ取消訴訟ヲ提起スルニ先チ又ハ之ヲ提起スルト同時ニ財産回復請求ノ執行ヲ保全スルカ爲メ、假差押若クハ假處分ヲ爲スコトヲ得ス。然ルニ此點ハ又債權者取消ノ目的ヲ達スル妨ケトナルモノト云ハサルヘカラス。何トナレハ、受益者カ債務者ヨリ物ノ給付ヲ受ケタル通常ノ場合ヲ視ルニ、假令債權者カ取消訴訟ヲ起シタル當時ニ於テ、受益者カ仍ホ其物ヲ占有セルトキト雖モ、受益者ハ假處分ニ依リテ其物ノ讓渡ヲ禁止セラルルコトナキカ故ニ其物ヲ移轉スルコトヲ妨ケス。從テ取消請求ヲ認ムル判決ノ確定シタル後債權者カ代位訴權ニ依リ

債務者ニ復歸シタル物的請求權ヲ行ハントスル場合ニハ、當該時ノ占有者ヲ見出シ、其者ヲ被告トシテ、財産回復ヲ求ムル給付訴訟ヲ爲スノ困難アルノミナラス、若シ轉讓シテ善意ノ取得者ニ歸屬シタル場合ニハ、終ニ其物ヲ債務者ノ資産ニ回復スルコト能ハサルニ至ル【註九】。然レトモ、此如キハ債權者取消ノ目的ヲ完全ニ達スルモノト云フコトヲ得ス。

【註九】 債權者取消訴訟ノ提起ハ、受益者又ハ轉得者ノ處分ヲ禁止スルモノニ非ルカ故ニ、其後ニ爲サレタル處分カ處分禁止ニ反スル處分トシテ債權者ニ對シテモ亦無効トナラサルコトハ論ヲ俟タズ。又取消訴訟ノ提起ニ依リ、其後ノ轉得者ノ善意ヲ認定スルコトヲ得ス。故ニ轉得者カ其善意ヲ立證スル場合ナシト云フヘカラス。

(四) 要之、(1) 形成權說ノ根據トスル所ハ主トシテ取消ナル用語ノ文理解釋ニ在リト雖モ、民法第四二四條謂フ所ノ取消ナル語カ、民法第一二一條ノ取消ト其意義ヲ同クスト認ムヘキ充分ナル論據ナキノミナラス、寧ロ舊商法破産篇第九九〇條殊ニ第九九六條ニ於テ「異議ヲ述フルコトヲ得」ト云フト其意義ヲ同クスルト解スヘキ理由アリ（本書四五五頁以下）、(2) 法理論ヨリ云フモ、債務者ノ法律行爲ニハ何等效果意思ノ瑕疵又ハ欠缺アルニ非ス、從テ行爲ノ當初ニ遡及シテ其效力ヲ生セサリシモノトスル必要ナシ（本書四五八頁以下）、更ニ(3) 債權者取消制度ノ根據及ヒ目的ニ考察スルモ、形成權說ハ（イ）一方ニ於テハ、債權者ノ満足ヲ計ルカ爲メ其必要アルニ非スシテ、債務者ノ法律行爲ヲ絶對ニ無効トナシ、因リテ取引關係ノ安固ヲ害スルモノタリ（本書四六〇頁以下參照）、

(ロ)他方ニ於テハ二重ノ訴訟ニ依ルニ非ナレハ、債權者取消ノ目的ヲ充タスコト能ハス頗ル迂遠ニシテ、且適切ナリト云フヲ得ス。而シテ、此等法律上及ヒ實際上ノ不結果ハ、總テ「取消」ナル用語ノ文理解釋ニ胚胎シ、而カモ其文理解釋其自體カ薄弱ナル根據ニ立ツモノナルカ故ニ、吾人ハ形成權說ヲ非ナリトシ、寧ロ債權者取消制度ノ根據及ヒ目的ニ考ヘ、謂フ所ノ取消ノ内容ヲ定ムヘシトナスモノタリ(五以下)。之ニ先チ吾人ハ我邦ノ判例ニ於ケル債權者取消ノ訴ニ對スル見解ヲ批評スルノ必要アルヲ覺ユ。

四

一 債權者取消ノ訴ノ性質ニ付キ裁判シタル判決ハ其數少ク、又其見解モ必シモ明瞭ナラス。

(一) 一部ノ判例ニ依レハ、債權者取消ノ訴ヲ以テ、詐害行為ニ依リテ減少シタル債務者財産ノ原狀回復ヲ求ムル訴訟(給付訴訟)ナリト解スルモノノ如シ。即チ、明治三十二年三月二十九日大審院第二民事部判決ニ於テ、

「廢罷訴權ヲ許ス場合ハ、債務者カ債權者ニ對シ、債務ノ辨濟ヲ爲スヘキ資力ノ足ラサルニ拘ハラヌ、自己ノ財産ヲ他人ニ讓渡シテ減少スルカ若クハ他人ニ對シテ債務ヲ承諾シテ債權者ノ得ヘキ利益ヲ少カラシムルカ如キ、之ヲ廢罷スルニ非サレハ回復ノ途ナキ場合ニ限ル」(民事判決錄五輯三卷五一頁以下)。

ト云フカ如キハ、明瞭ヲ缺クト雖モ、尙ホ債務者財産ノ原狀回復請求訴訟ナリト解シタルモノノ如シ。又明治三十六年十二月七日大審院第二民事部判決ニ於テ、

「民法第四二四條ニ於テ、債權者ニ對シ債務者ノ爲シタル詐害行為ノ取消ヲ許シタルハ、債權者ノ受クヘキ損害ヲ救済スルニ在ルヲ以テ、場合ノ如何ト行爲ノ何タルト問ハス債權者ノ爲シタル行爲全部ヲ取消シ全ク行爲アラサル最初ノ狀態ニ復セシムルモノニ非ス」(民事判決錄九輯二十卷一三四五頁)

ト云フカ如キハ、債務者ノ爲シタル法律行為ヲ取消シテ無効トナスコトヲ目的トセス、債務者財産ノ原狀回復ヲ目的トスル訴訟ナリトスルモノタリ。此ノ判例ハ、更ニ明治四十二年六月八日大審院第一民事部判決ニ依リテ認メラレタリ(民事判決錄十五輯五八九頁以下)。

(二) 然ルニ、大審院ハ明治四十四年三月二十四日民事聯合部判決ヲ以テ、從來ノ判例ヲ改メントシタルモノノ如シ。然レトモ其判旨ハ矛盾撞著ヲ免レサルカ如シ。判旨ニ曰ク、

「民法第四二四條ニ規定スル詐害行為廢罷訴權ハ、債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル債務者ノ法律行為ヲ取消シ、債務者ノ財産上ノ地位ヲ其法律行為ヲ爲シタル以前ノ原狀ニ復シ、以テ債權者ヲシテ其債權ノ正當ナル辨濟ヲ受クルコトヲ得セシメテ其擔保權ヲ確保スルヲ目的トスルハ此訴權ノ性質上明確一點ノ疑ヲ容レサル所ナリ」(判旨第一點、民事判決錄十七輯一二〇頁)

ト。之ニ依レハ、民法第四二四條ノ訴ヲ以テ、債務者ノ法律行為ノ取消及ヒ債務者財産ノ原狀回復ヲ求ムル訴ナリトスルモノノ如シ。然カルニ、又直チニ

「詐害行為廢罷ノ訴權ハ、詐害行為ノ廢罷ト共ニ、其行為ニ因リテ債務者ノ資産ヲ脱シタル財産ノ回復、又ハ之ニ代ハルヘキ賠償ヲ求ムルコトヲ目的トスヘキヤ、從テ、單ニ法律行為ノ取消ノミヲ請求シ、財産ノ回復又ハ其賠償ノ請求ヲ伴ハサル訴ハ利益ナシトシテ之ヲ却下スヘキヤ。」ト自問シ、之ニ答ヘテ曰ク、

「蓋シ、詐害行為廢罷ノ訴ハ、債務者及ヒ第三者ノ詐害行為ニ因リテ債務者ノ資産ヨリ脱出シタル財産ヲ直接ニ回復シ、又ハ其代償ヲ得ルヲ目的トスルモノナレハ、其前提トシテ、單ニ詐害行為ノ取消ノミヲ請求スルハ、無益ノ訴トシテ許スヘカラサルニ似タリ。然レトモ、(イ)民法ハ法律行為ノ取消ヲ請求スルト同時ニ原狀回復ヲ請求スルコトヲ以テ、詐害行為廢罷訴權行使ノ必要條件ト爲ササルノミナラス、却テ訴訟ノ目的トシテ單ニ法律行為ノ取消ノミヲ規定シ、取消ノ結果直チニ原狀回復ノ請求ヲ爲スト否トテ原告債權者適宜ノ處置ニ委ネタルヲ以テ、此二者ハ相共ニ訴權ノ成立要件ヲ爲スモノニ非ス。加之(ロ)原告債權者ノ請求ニ基キ法律行為ノ取消ヲ命スル裁判ハ單ニ權利ノ成立不成立ヲ確定スル裁判ニアラスシテ、法律行為ノ效力ヲ消滅セシムルヲ以テ目的トシ云々、其訴訟ハ單純ナル確認訴訟ニアラス。從テ後ニ提起スル原狀回復訴訟ノ前提タル

ニ拘ラス、原告ノ爲メニ利益アル訴訟タルヲ妨ケサルヲ以テ、不適法ナリトシテ之ヲ却下スルコトヲ得ス」(判旨第三點民事判決録前掲一二三頁以下)

トナセリ。從テ、之ニ依ルトキハ債權者取消ノ訴ハ、債務者ノ法律行為ヲ取消ス判決(而シテ此判決ハ確認判決ニアラス形成判決ナリトナス)ヲ要求スル訴ナリトスルモノニシテ判旨第一點ニ於テ債務者ノ法律行為ノ取消及ヒ債務者財産ノ原狀回復ヲ請求スル訴訟ナリトスル判旨トハ相牴觸スルカ如シ(尙ホ後述ニ參照)。

右大審院判決ニ於テハ、尙ホ取消ノ意義ヲ定メテ

「詐害行為ノ廢罷ハ、民法カ「法律行為ノ取消」ナル語ヲ用ヒタルニ拘ハラズ、一般法律行為ノ取消ト其性質ヲ異ニシ、其效力ハ相對的ニシテ何人ニモ對抗スヘキ絕對的ノモノニアラス。詳言スレハ、裁判所カ債權者ノ請求ニ基キ債務者ノ法律行為ヲ取消シタルトキハ其法律行為ハ訴訟ノ相手方ニ對シテハ全然無効ニ歸スヘシト雖モ、其訴訟ニ干與セサル債務者、受益者又ハ轉得者ニ對シテハ依然トシテ存立スルコトヲ妨ケス。……債權者カ特定ノ對手人トノ關係ニ於テ法律行為ノ效力ヲ消滅セシメ、因テ以テ直接又ハ間接ニ債務者ノ財産上ノ地位ヲ原狀ニ復スルコトヲ得ルニ於テハ、其他ノ關係人トノ關係ニ於テ其法律行為ヲ成立セシムルモ、其利害ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナシ」(判旨第三點民事判決録前掲一二二頁)。

トナセリ。畢竟、判旨ハ債務者法律行為ノ取消ハ原告タル債權者ト被告トセラレタル受益者又ハ轉得者トノ間ニ於テノミ、債務者ノ法律行為ヲ無効トナシ、且之ニ因リテ債務者ノ財産上ノ地位ヲ原狀ニ復スルコトヲ得ルモノトナスモノナリ。

更ニ、右判決ニ於テハ、財産回復義務ノ性質ヲ説明セントシ、先ツ

「詐害行為廢罷ノ訴權ハ、詐害行為ニ干與シタル者ニ對シテ其詐害ノ因テ生スル債務者ノ法律行為ヲ取消シ、相手方カ尙債務者ノ財産ヲ所有スルトキハ直接ニ之ヲ回復シ、相手方カ之ヲ所有セザルトキハ其財産ヲ回復スルニ代ヘテ之カ賠償ヲ爲サシメ、以テ其擔保權ヲ確得スルコトヲ目的トスルモノ」ナリトシ次テ「其財産回復ノ義務タルヤ、受益者又ハ轉得者カ其財産ヲ所有スルカ爲メ負擔スル依物義務ノ一種ニアラスシテ其行為ニ因リテ債務者ノ財産ヲ脱漏セシメタルカ爲メニ生シタル責任ニ胚胎スルモノナレハ、其財産ヲ他人ニ讓渡シタルニ因リテ之ヲ免脱スルコトヲ得ス却テ其財産ノ回復ニ代ヘテ之ヲ賠償スルコトヲ要スルハ詐害行為ノ性質上明白ナリ（判旨第四點民事判決録前掲一二二頁）。

トナス。畢竟財産回復義務ハ物的請求權ニ對スル返還義務ニハ非ストスルノ意ナルカ如シト雖モ、不法行為ニ對スル責任ニ類スルモノトナスヤ、又單ニ法律ノ規定ニ依リテ直接ニ生スル責任トナスモノナルヤハ明ナラス。

(三) 前掲大審院民事聯合部ノ判決アリタル以來、下級審ノ判決ニシテ、右判旨ニ從ヒ、債權者取消ノ訴ヲ以テ、債務者ノ法律行為ノ取消及ヒ債務者財産ノ原狀回復ヲ求ムル訴ナリトスルモノ少カラス（例ハ大正三年一月二十八日東京地方裁判所民事第四部判決、法律新聞九三三號五三二頁所載同年七月一日東京地方裁判所民事第四部判決、同新聞第九八三號七八三號七八三頁以下所載）。

二 吾人ハ、以下進ンテ前掲大審院聯合部判決ヲ批評スヘシ。

前述ノ摘示ニ依リテモ既ニ明ナルカ如ク、前掲大審院聯合部判決ハ、債權者取消權ニ關スル諸說ヲ參酌シ、形成權說ニモ、物權的效力說ニモ、將タ又請求權說ニモ依ラントシタルモノニシテ、其趣旨頗ル不鮮明、不徹底、矛盾撞着ヲ免レサルモノナリ。

(一) 右判決ハ、債權者取消ノ訴ヲ以テ、債務者法律行為ノ取消及ヒ債務者財産ノ原狀回復ヲ求ムル訴ナリトシ、判旨第一點及ヒ第四點ハ之ヲ明言シタリ。然レトモ、右判決ハ法律行為ノ取消ト債務者財産ノ原狀回復トヲ以テ、一個ノ請求ノ内容ヲ爲スモノトスルヤ、又ハ二個ノ請求ヲ爲スモノトスルヤ。又二個ノ請求ナリトスル場合ニ於テ、其二箇ノ請求ハ必然的ニ併合スルコトヲ要スルヤ、若クハ之ヲ分離スルコトヲ得ルヤニ付キ、必シモ確固タル見解ヲ有セサルカ如シ。

(1) 判旨第一點ニ於テ、「詐害行為廢罷訴權ハ……債務者ノ法律行為ヲ取消シ債務者ノ財産上ノ地位ヲ原狀ニ復シ、以テ債權者カ其擔保權（共同擔保ノ意ナリ）ヲ確保スルモノナルコトハ、其性質上

明確一點ノ疑ヲ容レズ」ト云フニ徴スルトキハ、債權者取消權(詐害行爲廢罷權)其モノノ内容カ、債務者ノ法律行爲ノ取消及ヒ財産ノ原狀回復ニ在リトナスモノノ如シ。換言セハ一箇ノ權利カ右兩作用ヲ有シ、從テ訴訟法上ノ意義ニ於ケル請求(即法律關係ノ存在又ハ不存在ニ關スル主張ノ意)ハ一箇ナリトナスモノノ如シ。

(イ) 果シテ、斯カルトキハ誤レリ。前掲判決ニ謂フ所ノ取消ハ、債權者カ訴訟ノ相手方ト爲シタル受益者又ハ、轉得者ニ對シテノミ、債務者ノ法律行爲ヲ無效ナラシムト云フカ如キ、頗ル奇異ノモノナリト雖モ(後述判旨第三點批評參照)其範圍内ニ於テハ、取消カ形成作用タルコトハ疑ヲ容レズ。然ルニ、債務者ノ財産上ノ地位ノ原狀回復ヲ求ムルハ、受益者又ハ轉得者ニ對シテ給付(Lieferung)ヲ求ムル作用、即請求權的作用ナルコトハ疑ヲ容レズ、之ハ又判旨第四點ノ認ムル所ナリ。故ニ若シ、債權者取消權ニシテ前掲判決ノ認ムルカ如ク、一個ノ權利タランカ、其權利ハ形成權的作用及ヒ請求權的作用ヲ併有スルモノタラサルヘカラス。然レトモ權利ハ其作用ニ依リテ分類スルトキハ、支配權、請求權及ヒ形成權ニ區別スヘキコトハ、現代ノ學說ノ認ムル所ナルカ故ニ(Ernemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. I § 66 S. 100 fg. 松本博士民法全書一卷六五頁以下參照)、單一ノ權利ニシテ、形成權的作用及ヒ請求權的作用ヲ併有スルモノハ之ヲ認ムルコトヲ得ス。然ルニ他方ニ於テハ又

(ロ) 前掲大審院判決ハ、必シモ債權者取消請求權(詐害行爲廢罷請求)ヲ以テ、一個ノ權利ニ關スル請求ト爲スモノニハ非サルカ如シ。何トナレハ、債權者取消請求カ一個ノ請求ニシテ、形成權的作用及ヒ請求權的作用ヲ併有スル一個ノ權利ノ存在ヲ主張スルモノト爲ス場合ニハ、債務者ノ法律行爲ノ取消ノミヲ求ムル請求ハ(a)債權者取消請求ニハ非ス、別個ノ請求ナリト斷スルコトヲ要シ、又(b)債權者取消請求ヲ爲スコトヲ得ル場合ニハ、債務者ノ法律行爲ノ取消ノミヲ請求スル訴訟ハ、法律上ノ利益ナキモノト斷セサルヘカラス。是レ、法律行爲ノ取消及ヒ原狀回復ヲ請求シ得ルニ拘ハラス、原狀回復請求ヲ他日ニ留保シテ、取消請求ノミヲ爲ス法律上ノ利益存セサルカ故ナリ。然ルニ判旨第二點ニ於テハ、「民法ハ法律行爲ノ取消ヲ請求スルト同時ニ原狀回復ヲ請求スルコトヲ以テ詐害行爲廢罷權行使ノ必要條件ト爲ササルノミナラス却テ訴訟ノ目的トシテ單ニ法律行爲ノ取消ノミヲ規定シ、取消ノ結果、直チニ原狀回復ノ請求ヲ爲スト否トヲ債權者適宜ノ處置ニ委ネタルヲ以テ、此二者ハ共ニ訴權ノ成立要件ヲ爲スモノニ非ス。……從テ、債務者法律行爲ノ取消ノミヲ求ムル訴訟ハ、原狀回復訴訟ノ前提タルニ拘ハラス、原告ノ爲メ利益アル訴訟タルヲ妨ケス」ト爲シ、債權者取消ノ訴(詐害行爲廢罷訴權)カ、債務者法律行爲ノ取消及ヒ原狀回復ヲ求ムル一個ノ請求ナリトスル判旨第一點ノ見解ヲ自ら打破シタルカ如キ觀アルカ故ナリ。然レトモ、大審院民事聯合部ヲ組織シタル判事諸氏カ同一瞬間ニ斯ル自家撞着ニ陥レルコトハ之ヲ想像スルコト能ハサルカ

故ニ、判旨第一點及ヒ第四點ニ於テ、詐害行爲廢罷訴權ハ債務者ノ法律行爲ヲ取消シ、其財産上ノ地位ノ原狀回復ヲ求ムル請求ナリト云フハ、其文字ヨリ云ヘハ不當ナリト雖モ其意ニ於テハ債務者ノ法律行爲ノ取消ヲ求ムル請求ト其財産地位ノ原狀回復ヲ求ムル請求トヲ併合スルモノト云フニアルヘシ。若シ此解釋ニシテ、果シテ能ク大審院聯合部判事諸氏ノ意思ヲ付度シ得タリトセハ、吾人ハ此見解ニ對シテ形成權說ニ對スルト等シク、二重ノ訴訟ニ依ルニ非サレハ、債權者取消ノ目的ヲ達スルコト能ハス到底迂遠且不適切タルヲ免カレストノ非難ヲ加ヘサルヲ得ス。

約言スレハ、(1)判旨第一點及ヒ第四點ニ於テ、詐害行爲ノ廢罷訴權ハ債務者法律行爲ノ取消及ヒ其財産ノ原狀回復ヲ求ムル訴ナリトスル趣旨ニシテ、一個ノ請求(訴訟法上ノ意義ニ於ケル)ヲ主張スル訴ナリトスルニアランカ、判旨第二點ニ於テ、債務者ノ法律行爲ノ取消ノミヲ求ムル請求モ亦詐害行爲ノ廢罷訴權ナリトシ、又少クモ判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益アル訴ナリトスルハ自家撞着ナリ。判旨第一點及ヒ第四點ノ立場ヨリスレハ、債務者ノ法律行爲ノ取消ノミヲ求ムルハ詐害行爲ノ廢罷訴權ニ非ス。且債務者ノ法律行爲ノ取消及ヒ其財産ノ原狀回復ヲ求ムルコトヲ得ルニ拘ハラズ單ニ法律行爲ノ取消ノミヲ求ムルハ、法律上ノ利益ナキ不必要ノ訴ナリトスルニ非サレハ論旨ヲ一申スルコト能ハス。若シ又(2)判旨第一點及ヒ第四點ニ於テ詐害行爲ノ廢罷訴權ハ「債務者ノ法律行爲ノ取消及ヒ其財産ノ原狀回復ヲ求ムル訴權ナリ」ト云フハ一個ノ請求ヲ爲スモノニアラス、取消

請求ト原狀回復ノ請求トヲ併合シタルモノ即二個ノ請求ヲ併合シタルコトヲ意味スルニ過キストセハ、判旨第二點トハ調和スルコトヲ得ト雖モ、(a)其用語ノ不當ナルコトハ勿論、(b)二重訴訟ニ依ルニ非サレハ、債權者取消ノ目的ヲ達スルコトヲ得サル不結果ヲ生スルコトヲ免レス。然ルニ前掲大審院聯合部ノ判決ハ、此ノ結果ヲ是認スルニハ躊躇スルモノノ如シ。

(二) 又前掲大審院判決カ「債務者ノ法律行爲ノ取消」ニ付キ下シタル判旨第三點ノ見解ハ、頗ル奇異ニシテ、獨リ法理ヲ無視スルノミナラス、果シテ可能ナルヤヲ疑ハシムルモノナリ。

右判旨ニ依レハ、「民法第四二四條ニ謂フ所ノ「法律行爲ノ取消」ハ、一般法律行爲ノ取消ト其性質ヲ異ニス裁判所カ債權者ノ請求ニ基キ債務者ノ法律行爲ヲ取消シタルトキハ、其法律行爲ハ訴訟ノ相手方(即受益者又ハ轉得者)ニ對シテハ全然無効ニ歸スト雖モ、其訴訟ニ干與セサル債務者、轉得者又ハ受益者ニ對シテハ依然存立スルコトヲ妨ケス」ト云フナリ。此如キハ、法理ヲ無視シ、不能ヲ以テ可能トナスモノナリ。吾人ハ之ニ贊スルコト能ハス。先ツ判旨ヲ解剖スルニ、

(1)債務者ノ法律行爲ハ裁判所カ其判決ヲ以テ取消ス所ナリ。右判決カ債務者ノ法律行爲ヲ取消ス判決、即形成判決ナルコトハ、判旨第二點ニ於テ「法律行爲ノ效力ヲ消滅セシムル判決ニシテ、確認判決ニ非ス」ト爲スニ依リテ明ナリ。從テ、判旨ハ一方ニ於テハ(イ)債權者カ裁判外ノ一方の意思表示ヲ以テ、債務者ノ法律行爲ヲ取消スコトヲ得トスル獨逸學界ノ物權的效力說ヲ否認シ、形成

權説ト共ニ、形成判決ヲ要スト爲スモノタリ。然ルニ、(ロ)他方ニ於テハ、形成判決ヲ必要トスル論旨ヲ一申セス、或ハ債權者ト受益者トノ間ニ於テノミ、債務者ノ法律行爲ヲ無効トシ、或ハ又債權者ト轉得者トノ間ニ於テノミ、債務者ノ法律行爲ヲ無効トナスコトヲ得トス。夫レ、一法律行爲ノ存在(Existenz)ハ、其行爲ノ當事者間又ハ其當事者ニ對シテ破毀(vernichten)スルニ非サレハ、決シテ存立セサルモノ(即無効)トナスコトヲ得サルコトハ、一般ノ法理ニシテ又我現行法ノ認ムル所ナリ。故ニ債務者ノ法律行爲ヲ取消シ、之ヲ無効ナラシメントセハ、必スヤ其行爲ノ當事者タル債務者及ヒ受益者ニ對シテ取消ササルヘカラス。然カルニ、前掲判決ハ或ハ(a)取消サルヘキ法律行爲ノ一方ノ當事者タル受益者ニ對シテノミ取消シ、他方ノ當事者タル債務者ニ對シテハ存立セシムルコトヲ得トナス。然レトモ、此如キハ、一ノ法律行爲ヲ取消シ且取消ササルコトヲ得トスルモノニシテ、到底無意義(Nonsense, Nichtsgericht)ニ非スンハ、不能ヲ責ムルモノタリ。或ハ又(b)取消サルヘキ法律行爲ノ當事者ニ非サル債權者及ヒ轉得者ニ對シテ、當事者間(債務者及ヒ受益者間)ノ法律行爲ヲ無効即不存在ト爲スコトヲ得トスルモノタリ。甚シト云ハサルヘカラス。元來、第三者ハ當事者間ニ於ケル法律行爲ノ存在又ハ不存在ヲ援用スルコトヲ得ルモ、當事者間ニ存立スル行爲ヲ以テ不存立ナリト爲ス能ハス。又裁判所ニ於テモ、當事者間ニ於ケル法律行爲ノ存立ヲ認メツツ、第三者ニ對シテ其行爲ヲ不存立ナリト爲スコト能ハス。到底不能ヲ以テ可能ナリト誤認スルモノナタリ。

願フニ、前掲大審院判決カ、斯クノ如キ誤謬ニ陥リタルハ(イ)判決ノ既判力ト創設力トヲ混同シタルニ因ルモノノ如シ。夫レ、判決ノ既判力ハ訴訟當事者間ニノミ生スルヲ以テ原則トスト雖モ、既判力ノ内容ハ法律關係ノ存在又ハ不存在ヲ確定スルニ盡キタリ。反之、形成判決ノ創設力(形成力)ハ、法律上ノ效果ヲ發生、變更又ハ消滅セシムルヒアリ、而カモ法律上ノ效果ハ何人ニ對シテモ發生、變更若クハ消滅スルカ又ハセサルカノ、二者一ヲ出ツルコトヲ得ス。是レ、學説ニ於テモ判決ノ創設力ハ一般ノ第三者ニ對シテ生ストナス所以ナリ。サレハ、前掲大審院カ、詐害行爲ノ取消ハ債權者ノ請求ニ基キ債務者ノ法律行爲ノ效力ヲ消滅セシムルモノタルニ拘ハラズ、原告タル債權者ト被告タル受益者又ハ轉得者トノ間ニ於テノミ然カルモノトスルハ、全ク既判力カ當事者間ニ止マルヲ原則トスル法理ヲ以テ、判決ノ創設力(形成力)ニ擬セントスルモノニシテ、法理上誤マレルノミナラス、不能ヲ以テ可能ナリトスル妄斷ナリト云ハサルヘカラス。又(ロ)前掲判決ハ、或ハ獨逸ノ學界ニ於ケル物權の效力説カ、債務者取消ノ效果ハ相對的ナリ、即取消債權者ニ對シテハ無効ナリトスルヲ誤解シタルモノナルヤモ知ルヘカラス。物權の效力説ノ首唱者タル Hellwig ノ見解ニ依レハ、債權者ハ裁判外ノ一方的意思表示ニ依リテ、債務者ノ法律行爲其他ノ行爲ヲ、自己ニ對シテハ無効ナルモノト爲スコトヲ得トセルコトハ嘗テ述ヘタルカ如シ(本書四五二頁參照)。吾人ハ

物權の效力説ヲ取ル論者カ、取消ノ效果トシテ、相對無効(即債權者ニ對スル無効)ヲ生ストスルヲ以テ、自ラ其立論ノ根據ヲ覆スモノトナスモノナリ(本書四六一頁參照)。此點ハ暫ク別トセンニ、物權の效力説ヲ採ル論者ノ認メントスル相對的無効ハ、前掲大審院判決ノ認メントスル所謂相對的無効トハ全然異ナレリ。物權の效力説ニ依レハ、債務者及ヒ受益者間ノ法律行為、並ニ受益者及ヒ轉得者間ノ法律行為ハ、債權者ニ對シテハ無効ナリ。前掲判決ノ如ク、取消訴訟ノ當事者タリシ債權者ト受益者若クハ轉得者トノ間ニ於テノミニ無効ニシテ、訴訟當事者タリシ者ト其訴訟ニ干與セサル債務者又ハ轉得者若クハ受益者トノ間ニ於テハ有效ナリト云フニ非ス。

約言セハ、前掲判決ハ、詐害行為廢罷ノ訴ヲ以テ、債務者ノ法律行為ヲ取消ス判決ヲ求ムルモノナリト爲スニ拘ハラス、謂フ所ノ取消ノ内容トシテ説明スル所ノモノハ判決ノ形成力ト既判力トヲ混同シ、後者ノ主觀的範圍ニ關スル原則ヲ以テ前者ニ擬セントシ、其結果不能ヲ以テ可能トスルノ非理ニ陥リタルモノト云フヘシ。

(三) 更ニ、前掲大審院聯合部判決カ債務者財産ノ原狀回復義務ノ根據トシテ説明スル判旨第四點ノ見解モ亦法理ヲ無視スルモノト云ハサルヘカラス。

判旨第四點ニ於テハ、「財産回復義務ハ、受益者又ハ轉得者カ、其財産ヲ所有(占有ト云フヘキナリ)スルカ爲メ負擔スル依物義務ノ一種ニ非ス。其行為ニ因リテ債務者ノ財産ヲ脱漏セシメタルカ

爲メニ生スル責任ニ胚胎スルモノナリ。故ニ、其財産ヲ他人ニ讓渡(占有ノ移轉ト云フヘキナリ)シタルニ因リテ、之ヲ免脱スルコトヲ得ス」トナセリ。

然レトモ右判旨カ、判旨第二點又ハ第一點及第四點ニ適合スルヤ頗ル疑アリ。何トナレハ、(1)判旨第二點ニ依レハ、詐害行為廢罷ノ訴ハ、債務者ノ法律行為ヲ取消ス判決ヲ要求スル訴ナリトスルカ故ニ、(a)其論旨ヲ一申セントスレハ、債權者カ債務者ノ法律行為(原因タル債權契約及ヒ物權契約)ヲ取消シタル場合ニハ、受益者カ給付トシテ受ケタル財産ヲ占有スルハ違法ナルカ故ニ、債務者ハ受益者ニ對シテ所有物ノ返還ヲ請求スルコトヲ得 (re vindictio)、又債務者カ之ヲ行ハサル場合ニハ債權者ハ代位訴權(民法四二三條)ニ依リ、債務者ニ屬スル所有物返還請求權ヲ行フコトヲ得ルモノトナササルヘラス。故ニ、債權者カ此趣旨ノ訴ヲ起シタル場合ニハ、其訴カ物的請求權ヲ行フ訴(判旨ノ所謂依物義務ヲ主張スル訴)ニシテ、又占有者ヲ其資格ニ於テ被告トスル訴(判旨ノ所謂財産ヲ所有スルカ爲メ被告トセラルル訴)ナルコトハ疑ヲ容レズ。然カルニ判旨カ此ノ結果ヲ否認シ、其「行為ニ因リテ債務者ノ財産ヲ脱漏セシメタル責任」ナリトスルハ、形成判決ヲ必要ナリトスル判旨第二點ノ立場ヨリスレハ矛盾ト云ハサルヘカラス。尤モ(b)判旨第三點ニ於テハ、取消内容ヲ不鮮明ニシ、債務者及ヒ受益者間ノ法律行為又ハ受益者及ヒ轉得者間ノ法律行為ノ效力ヲ解シテ、訴訟當事者ニ對シテハ、不存立ナルモ、訴訟ニ干與セサル債務者又ヒ轉得者又ハ受益者ニ對シテハ

存立ストナセリ。從テ、債務者及ヒ受益者間ノ法律行為並ニ受益者及ヒ轉得者間ノ法律行為ハ其ニ存立スルカ如ク又存立セサルカ如キモノトナリタルカ爲メ、此前提ニ強制セラレテ物的請求權ヲ行フモノトナス結論ニ達スルコトヲ得サリシモノナルヘシ。然レトモ其誤マレルコトハ疑ヲ容レス。且(2)受益者(又ハ轉得者)カ「其行為ニ因リテ債務者ノ財産ヲ脱漏セシメタルカ爲メニ生シタル責任トシテ、回復義務ヲ負フ」モノトナスハ、債務者及ヒ受益者間ノ法律行為又ハ受益者及ヒ轉得者間ノ法律行為ヲ以テ、準不法行為(Quasi-Delikt)ト解セントスルモノノ如シト雖モ、誤マレリ、債務者ハ債權者ニ損害ヲ及ホスノ意思ヲ有シ又受益者ハ其情ヲ知リタルニセヨ、債務者ハ其管理權又ハ處分權ニ基キテ自己ノ財産ヲ管理シ又ハ處分スル行為ヲ爲スモノタルカ故ニ、債權者ノ權利ヲ侵害セサルヤ固ヨリ論ヲ俟タス。故ニ判旨ニシテ、債務者ノ法律行為ヲ以テ、不法行為爲視シ、原狀回復ノ義務ヲ以テ準不法行為ニ基ク責任ナリトスルモノタランカ到底誤マレリト云ハサルヘカラス(Vgl. Cosack, Anfechtungsrecht S. 15 ff. S. 91 ff.; Jäger, Kommentar Anm. 4 zu § 29 K. O. u. dort Zitherte)。

(四) 要之、明治四十四年四月二十四日ノ大審院民事聯合部判決ハ、既ニ下級審ノ之ニ倣フモノヲ生シタル判決ナリト雖モ、其判旨ハ頗ル不明ニシテ、然カモ自家撞着ヲ含ミ、甚シキハ不能ヲ以テ可能ト誤認シタル嫌アルモノニシテ、到底準據スルコトヲ得ヘキモノニ非ス。

五

吾人ハ、上來ノ記述ニ因リ、形成權說ノ非ナルコト並ヒニ最近ノ判例ノ趣旨カ不徹底ニシテ且矛盾セルコトヲ示シ得タリト信ス。而シテ、吾人ノ觀ル所ニ依レハ、(イ)形成權說ハ、民法第四二四條ニ謂フ所ノ取消ナル文字ニ因ハレ、文理解釋トシテモ當否ヲ疑フヘキ解釋ヲ以テ唯一ノ根據トナシ、法理ノ要求ヲ顧ミス、又債權者取消制度ノ根據及ヒ其目的ニ考エス、其結果債權者ノ利益ヲ保護スルニ必要アルニ非スシテ取引關係ヲ擾亂シ、甚シキハ債權者取消ノ目的ヲ達スルコトヲ得ス、少クモ迅速且適切ニ達スルコトヲ得サルニ至ルモ亦顧ミル所ニ非スト爲ス說ニシテ、大膽ニ失スルモノト云フヘシ。又(ロ)最近ノ判例ニ於ケル見解ハ、一方ニ於テハ民法第四二四條謂フ所ノ「取消」ナル用語ヲ形成權說ト同一ニ解セントスルニ拘ハラス他方ニ於テハ又其結果ニ辟易シ、所謂不即不離ノ態度ヲ以テ、債權者取消ノ性質ヲ解セントスルモノニシテ實際ノ結果ニ於テハ形成權說ノ下ニ於ケル不結果ヲ避クルコトヲ得ヘシト雖モ、其法理ハ一申スルコトナシ。畢竟、民法第四二四條謂フ所ノ「取消」ノ意義ヲ定ムル研究方法ニ於テ、未タ盡ササル所アルニ因ルモノト云ハサルヘカラス。

於是カ、吾人ハ民法第四二四條謂フ所ノ「取消」カ民法第一二一條謂フ所ノ「取消」ト其意義ヲ同クスル思想ヲ全然排斥シ、又其内容ハ債權者取消制度ノ根據及ヒ目的ニ顧ミテ定ムヘシトスル說ヲ

主張セントス。畢竟、學說ニ於テ請求權說(即債權の效力說)ト稱スルモノニ外ナラス。左ニ吾人所說ノ論據ヲ明ニシ又結果ニ付キ一言スヘシ。

一 吾人カ請求權說ヲ認メントスル論據ハ左ノ如シ。

(一) 民法第四二四條謂フ所ノ「取消」ハ、民法第一二二條謂フ所ノ「取消」ト其意義ヲ同クセス。却ツテ舊商法破産篇第九九〇條及ヒ第九九六條ニ於テノ「異議ヲ述フルコトヲ得」ト謂フト其意義ヲ同クスルモノタリ。

(1) 民法第四二四條謂フ所ノ「取消」ヲ以テ、民法第一二二條ニ謂フ所ノ「取消」ト同一意義ナリトスル思想ハ、「取消」ナル語ハ民法上一定ノ意義ヲ有スル術語ナルカ故ニ、常ニ同一ノ意義ヲ有スルモノト解セサルヘカラスト云フニ在リ。石坂博士ノ主張セラルル所、Hellingノ論スル所亦然リ(本書四五頁及ヒ四五三頁參照)。然カレトモ(イ)我民法ニ於テモ「取消」ナル語カ必スシテ常ニ同一ノ意義ヲ有セス、場合ニ依リテ「撤回」ヲ意味スルコトハ既ニ石坂博士ノ認メラルル所ナリ(同博士民法研究一〇三頁)。加之、(ロ)民法第一二二條ニ謂フ所ノ「取消」ハ裁判外ノ一方的意思表示ニ依リ法律行為ヲ適及シテ絶對ニ不成立トナスモノタルニ反シ、民法第四二四條ニ謂フ所ノ「取消」ハ形成權說ヲ首唱セラルル石坂博士ノ所論ニ從フモ、裁判所カ形成判決ヲ以テ取消スコトヲ要シ、且其判決ノ確定ニ依リテ初メテ所謂取消ノ效果ヲ生スルモノタリ、從テ必シモ其内容ヲ同クス

ルモノト云フヲ得ス。又 Hellingハ獨逸債權者取消法ニ於ケル、「取消」(Anfechtung)ヲ解シテ「債權者カ一方的ノ意思表示ヲ以テ爲ス取消ニシテ、之ニ因リテ債務者ノ法律上ノ行為ハ、初メヨリ其效力ヲ生セザリシモノト看做サルルモノ」トナスカ故ニ、獨逸民法ニ謂フ所ノ法律行為ノ取消(我民法第一二二條ノ取消ニ該當ス)ト、其意義ヲ同フスル觀アリ。然レトモ彼ノ所說ニ依レハ、右取消ニ因リ「債務者ノ法律上ノ行為ハ、債權者ニ對シテノミ其效力ヲ生セザリシモノト看做サルルニ過キサ」カ故ニ(本書四五二頁參照)、獨逸民法ニ謂フ所ノ取消カ絶對的ナルト其意義ヲ異ニスルモノト云ハサルヘカラス。

約言セハ、論者ハ、一方ニ於テハ「取消」ナル語ハ、民法上(又ハ成法上)、一定ノ意義ヲ有スル、術語ナルカ故ニ、常ニ同一ノ意義ヲ有スルモノト解スヘシトナスニ拘ハラヌ、他方ニ於テハ(a)直チニ其論據ヲ破壞シ、撤回(又ハ不服申立)ト云フカ如キ全然異ナルル意義ヲ有スル場合アルコトヲ認ムルノミナラス、又(b)謂フ所ノ「常ニ其意義ヲ同クス」ト云フモ亦、必シモ全然同一ナルコトヲ要スト云フニ非ス、石坂博士ニ依レハ、取消ノ方法カ異ナリ、又 Hellingニ依レハ取消ノ效果ヲ受クヘキ者カ異ナルモ、仍ホ同一ナリトスルヲ妨グストスルモノニシテ、獨斷ノ嫌ナキ能ハス。

(2) 形成權說及ヒ物權の效力說カ唯一ノ根據トスル「取消」ナル語ノ文理解釋其自體カ、既ニ獨斷ヲ含ミ、必シモ信憑スルヲ得サルコトハ前述ノ如シ。況ンヤ、右ノ研究方法ハ債權者取消制度ノ根

據及ヒ目的並ニ其變遷ヲ無視シ、單ニ「取消」ナル語ノ意義ノミニ依リテ、債權者取消權若クハ取消ノ訴ノ性質ヲ決セントスルモノニシテ、其研究方法ヲ誤マレルモノト云フヘシ。

夫レ現代ノ法制ニ於テハ、破産手續ニ於ケル債權者ノ取消ト破産手續以外ニ於ケル債權者取消トヲ區別スト雖モ、兩者ハ共ニ羅馬法ノ *actio Pauliana* ノ思想ニ胚胎シ、中世以太利諸市法並ニ佛法ニ於テ發達シタル制度ニ基クモノニシテ(後述(二)參照)統一ノ制度トシテ研究スヘキコトハ疑ヲ容レズ。此如キハ、形成權說ヲ認ムル學者、物權の效力說ヲ認ムル學者モ亦認ムル所ナリ(石坂博士日本民法前掲六八八頁、Hellwig, Kipp, ebenda)。故ニ我民法第四二四條ノ規定ハ、舊商法破産篇第九九〇條乃至九九二條及ヒ九九六條ノ規定ト共ニ、統一ノ制度ヲ爲スモノトシテ研究セサルヘカラス、殊ニ同法第九九六條ノ規定ハ、民法第四二四條ト立法ノ根據、目的並ニ其要件ヲ同クスルモノタリ。故ニ民法第四二四條謂フ所ノ「法律行為ノ取消」ト云フハ、舊商法破産篇第九九六條ニ謂フ所ノ「債務者ノ云云權利行為云云ニ對シテ異議ヲ述フルコトヲ得」ト云フト、同一ノ意義ヲ有スルモノト解スルヲ以テ正當ナリトセサルヘカラス。是レ、民法第四二四條ノ取消ヲ以テ、同法第一二一條ニ謂フ所ノ取消ト同意義ナリト解スル根據ハ、單ニ文字カ同一ナリト云フニ止マルニ反シ、右解釋ハ債權者取消制度ノ立法上ノ根據及ヒ目的ニ考ヘ又タ其變遷ニ徵スルモノタルカ故ナリ(本書四五五頁以下參照)。

(二) 民法第四二四條謂フ所ノ「取消」ハ、舊商法破産篇第九九一條殊ニ九九六條ニ於テ、債務者ノ行為ニ對シ「異議ヲ述フルコトヲ得」ト云フト、其意義ヲ同フスルモノト解スヘキコトハ前述ノ如シ。茲ニ於テカ、其「取消」ト云ヒ「異議ヲ述フルコトヲ得」ト稱スルモノノ内容如何ノ問題ヲ生ス。而シテ、我現行法ニハ、右取消又ハ異議ノ内容ヲ定メタル規定ヲ缺クカ故ニ、吾人ハ債權者取消制度ノ根據及ヒ目的並ニ其變遷ニ徵シテ、之ヲ定ムルヲ以テ正當ニシテ且安全ナル解釋方法ナリトナス。少クモ、形成權說又ハ物權の效力說ヲ認ムル學者カ債權者取消制度ノ根據、目的及ヒ其變遷ヲ度外視シ、專ラ取消ナル文字ヲ根據トシテ、試ミントスル解釋ニ比シ、一層有力ニシテ且安全ナル解釋方法ナルコトヲ信セントス。

(1) 夫レ羅馬法ニ於テ廢罷訴權ヲ認メタル根據及ヒ其目的ヲ顧ミルニ、債權ハ債務者ノ行為ヲ目的トスルモノニシテ、債務者ノ財產ヲ以テ直接ノ目的トセス、債務者ハ債務ヲ負擔スルカ爲メニ、其財產ヲ管理シ處分スル權利ヲ失ハス。故ニ債務者カ失當ナル資產ノ管理ニ依リシ其辨濟資力ヲ減少スルモ、債權者ノ權利ヲ害スルモノト云フヲ得ス。然レトモ、債務者カ債權者ヲ害スル意思ヲ以テ其財產ヲ減少シタル場合ニハ、債權者ニ對シテ誠實ナルヘキ義務ニ違背スルモノナルカ故ニ、苟クモ受益者ニシテ其情ヲ知ルニ於テハ、受益者カ受ケタル利益ヲ債務者ノ財產ニ返還セシメ、依リテ債權者カ其債權ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルモノトナスハ、衡平ノ要求ニ合スト云フニ在リ、即チ

儒帝ノ法典ニ依ルニ(Dig. 42, 8 quae in fraudem creditorum facta sunt ut restitatur, Cod. 7, 75 de reuocandis his, quae in fraudem alienata sunt)。破産外ニ於ケル債權者取消ト破産手續ニ於ケルンレトヲ區別セス、債務者カ債權者ヲ害スル結果ヲ生スヘキコトヲ豫見シ且之ヲ欲シテ財産ヲ讓渡シタル場合ニ於テ(alienatio in fraudem creditorum)受益者カ其意思ヲ知リタルトキ(particeps fraudis)及ヒ無償ニテ讓渡シタルトキ(ex lucrative titulo)ハ、受益者ハ其財産ヲ債務者ニ返還スヘキモノトシ、依リテ債權者ヲ保護シタリ。斯クノ如ク、羅馬法ニ於テモ無償行為ニ因リテ受ケタル利益ノ廢罷ヲ認メタリト雖モ、通説ニ依レハ、此場合ニ於テモ債務者カ詐害意思ヲ有スルコトヲ要件トスルモノタリ(Jäger, Gläubigeranfechtung ausserhalb Konkurs S. 15)。故ニ、債權者取消ノ制度ハ羅馬法ニ於テハ債務者ノ詐害意思ヲ理由トシ又害セラレタル債權者ヲ保護スル制度ニシテ、當時ノ見解ニ依レハ、準不法行為ニ基ク權利ニシテ、其内容ハ受益者カ受ケタル利益ノ返還ニアリト爲シタリ。

中世以太利諸市法ニ於テハ、一方ニ於テハ債務者ノ詐害意思及ヒ受益者カ之ヲ知リタルコトヲ立證スヘキ債權者ノ舉證責任ヲ輕減セントシ、又タ他方ニ於テハ、債務者カ詐害意思ヲ以テ爲シタルト否トヲ問ハス、一定ノ行為ハ債權者ニ對シテハ無効ナルモノトシテ、羅馬法ノ債權者取消制度ヲ擴張シタリ。即チ、「フローレンツ」¹⁾「グダア」²⁾「ミラノ」³⁾「ピアツェンサ」⁴⁾等ノ諸市法ニ依ルニ、或ハ(イ)債務者ノ破綻ニ先チ、家族的生活ヲ共同ニシタル一定ノ近親ハ債務者カ業務上負ヒタル債務ニ

付キ連帶責任ヲ負フモノトシ、又ハ(ロ)債務者ノ一定ノ近親ハ、債務者カ其破綻前六ヶ月内又ハ一年内ニ有シタル不動産ニシテ、其後自己ノ取得シタルモノヲ以テ、債務者ノ負ヒタル債務ヲ辨濟スル責ニ任スルモノトシタリ、或ハ又(ハ)債務者カ其破綻ニ先ツ一定ノ期間内(所謂嫌疑時代)ニ爲シタル不動産ノ讓渡所持シタル動産ノ讓渡贈與等ノ行為ハ、債權者ニ對シテハ無効ニシテ、受益者ハ受ケタル財産ヲ財團ニ返還スヘキモノトシ、又(ニ)債務者カ其破綻ニ先ツ二週間内ニ爲シタル處分行為ハ、凡テ債權者ニ對シテハ無効ナリトシタリ。——右規定ノ内(イ)ハ債務者ノ近親者ニ對シ法律上ノ保證債務ヲ負ハシムルモノニシテ、(ロ)モ亦此ノ趣旨ヲ帶ヒサルニハ非スト雖モ、破綻ニ際シ近親者間ニ於テ不動産ヲ讓渡スルカ如キハ、詐害意思ニ因ルモノト看做ス趣旨ナリト解スルコトヲ得(Cosack, Gläubigeranfechtung S. 5 a. a. O.)。又(ハ)及ヒ(ニ)ノ如キハ、專ラ詐害意思ノ有無ヲ問ハスシテ、債權者ヲ保護スル趣旨ナリト解スヘキカ如ク、從テ之ハ羅馬法ニ於ケル債權者ノ取消ノ制度ヲ擴張シタルモノト云フベシ(Cosack, ebenda)。

佛法ニ於ケル債權者取消ノ制度ハ、佛法系諸國ノ母法トナレルノミナラス、普國破産法及ヒ獨逸諸州法ノ母法トナリ、從テ又獨逸破産法ニ於ケル債權者取消制度ノ淵源ヲ爲スモノタリ。而シテ、佛法ノ債權者取消制度ハ、以太利諸市法ノ影響ヲ受ケタルモノナルヤ疑ヲ容レサルカ如シ。沿革ニ徴スルニ、千六百六十七年「リオン」市ノ商人組合(Kaufmannschaft)ハ、國王ノ認可ヲ得、債務者ノ破

綻カ公知ノ事實トナルニ先ツ十日以内ニ爲シタル行爲ハ凡テ無効ナリ」トスル規則ヲ設ケタリ。而シテ、千六百七十三年ノ商事勅令ニ於テハ、羅馬法ノ廢罷訴權ヲ屬行セハ足レリトシ、右商人組合ノ規則ヲ以テ一般ノ規定ト爲スニ躊躇シタリト雖モ、既ニ千七百三年ノ商事勅令ニ於テハ、右商人組合ノ規則ヲ以テ一般法ト爲スニ至リ、千八百七年ノ佛商法モ亦之ニ倣ヘリ。即破産者カ支拂停止前十日以内ニ爲シタル行爲及ヒ支拂停止後ニ爲シタル行爲ハ凡テ無効ナリトシ、所謂破産宣告遡及主義ヲ認メタリ。其後取引ノ安全ヲ期スルノ目的ヲ以テ右破産宣告遡及主義ヲ制限セントシ、千八百三十八年五月二日ノ法律ヲ以テ折衷主義ヲ認ムルニ至レリ。即チ(イ)債務者カ支拂停止後又ハ支拂停止前十日以内ニ爲シタル無償行爲、履行期ノ到來セサル債務ノ爲メニスル辨濟、相殺其他ノ行爲、若クハ從來負擔シタル債務ノ爲メニ擔保權ヲ設定スル行爲ハ、財團ニ對シテハ無効 (sont nul et sans effet) ナルモノトシテ、破産宣告遡及主義ヲ認ムルニ反シ、(ロ)支拂停止後破産宣告前ニ、債務者カ履行期ノ到來シタル債務ニ對シテ爲シタル支拂及ヒ有償行爲ハ、受益者カ支拂停止ヲ知りタル場合ニ限り、無効トスルコトヲ得 (être annulés) ルモノトシタリ (佛商法四四六條四四七條參照)。——我舊商法破産篇第九九〇條及ヒ第九九一條カ右佛商法ノ規定ヲ套襲シ、又同法第九九六條ノ規定カ羅馬法以來ノ思想ヲ認ムルモノタルヤ疑ヲ容レズ。

要之、羅馬法ニ於テハ專ラ債務者ノ詐害意思ヲ理由トスル債權者取消制度ヲ認メ、破産外ニ於ケルト否トヲ區別セズ。然カルニ、中世以太利法以來現代ノ法制ニ於テハ、此ノ制度ヲ擴張シ、獨リ債務者ノ詐害意思ヲ理由トスル場合ノミナラス、無償行爲並ニ支拂停止後又ハ支拂停止前一定ノ期間内ニ爲シタル行爲ノ廢罷ヲ認ムルニ至リ、又之ト同時ニ破産外ニ於ケル廢罷ト破産手續ニ於ケル廢罷トハ分化スルニ至レリ。然レトモ其ノ根據及ヒ目的カ同一ナルコトハ疑ヲ容レズ。即チ、債務者ハ債務ヲ負擔スルカ爲メニ其財産ヲ管理シ處分スル權利ヲ失フモノニ非スト云ヘトモ、其財産ノ管理權ヲ有スルニ任セ、或ハ債權者ヲ害スルノ意思ヲ以テ、其辨濟資力ヲ減少スヘキ行爲ヲ爲シ、或ハ又斯ル意思ヲ有セストスルモ、無償行爲若クハ之ト同一視スヘキ有償行爲ヲ爲シ、又ハ支拂停止後若クハ其前短キ期間内ニ辨濟資力ヲ減少スヘキ行爲ヲ爲シ、因リテ債權者ニ損害ヲ及ホシタル場合ニハ、專ラ受益者カ受ケタル利益ヲ債務者ニ返還セシメ、依リテ債權者ニ其債權ノ満足ヲ受クヘキ共同擔保ヲ得セシムルカ、衡平ノ要求ニ合スト云フニ在リ。

(2) 夫レ然リ、債權者取消ノ制度ハ、受益者ヲ保護スヘキヤ又ハ債權者ヲ保護スヘキヤノ分岐點ニ立チ、專ラ受益者ヲシテ其受ケタル利益ヲ債務者ニ返還セシムルカ衡平ニ合スト爲ス思想ニ基キテ認メラレタルモノナルコトハ前述ノ如シ。從テ、所謂債權者取消權(即廢罷訴權)カ、衡平上ノ理由ニ基キ、法律ノ規定ニ依リテ直接ニ生スル權利ニシテ、其内容ハ受益者ニ對シ、其者カ債務者ヨリ得タル利益ヲ債務者ニ返還スヘキコト、又受益者ヨリ更ニ其者カ受ケタル利益ヲ轉得シタル者ア

ル場合ニハ、轉得者ニ對シテ其轉得シタル利益ヲ債務者ニ返還スヘキコトヲ請求スルニ在リテ、之ヨリ多クノモノニモ、亦少キモノニモ非ルコトヲ知ルヲ得ヘシ。約言セハ、債權者取消權ハ、衡平ノ要求ヲ充タスカ爲メ、法律ノ規定ニ依リテ直接ニ債權者ニ認メタル請求權ニシテ、其内容ハ受益者又ハ轉得者ニ對シテ、其受ケタル利益ヲ債務者ニ返還スヘキコト即債務者ノ辨濟資力ヲ原狀ニ復スヘキコトヲ請求スルニ在リ (vgl. Jäger, Anm. 6 zu § 29 K. O., Cosack, ebenda § 6; Seuffert, Konkursprozessrecht S. 226)。

論者或ハ云フヘシ。前掲ノ所論ハ全然法理的構成 (Rechtskonstruktion) ヲ欠如スルモノナリ。債務者及ヒ受益者間ノ法律行為又ハ受益者及ヒ轉得者間ノ法律行為カ有效ニ存立スル以上、債權者ハ如何ナル法理ニ依リテ受益者又ハ轉得者ニ對シテ其ノ受ケタル利益ヲ債務者ニ返還スヘキコトヲ請求スルコトヲ得ルヤ。——債務者及ヒ受益者間ノ法律行為若クハ法律上ノ行為カ取消ノ結果、遡及シテ不存在トナル場合ニ於テ、初メテ債權者ハ、受益者ニ對シ其者カ受ケタル利益ヲ債務者ニ返還スヘキコトヲ請求シ得ヘシト。

吾人ハ、右ノ論者ニ對シテ、債權者取消制度ノ立法上ノ根據カ、單ニ受益者ヲ保護スルヨリモ、債權者ヲ保護スルカ、衡平ニ合スト云フ法的確信ニ在ルコトヲ三思センコトヲ切望セサルヲ得ス。夫レ、債權ハ債務者ノ給付ヲ目的トシ、直接ニ債務者ノ財産ヲ目的トセス。又債務者ハ債務ヲ負擔

スルカ爲メニ、其財産ヲ管理シ處分スル權利ヲ失ハスト云フハ、動カスヘカラサル法理ニシテ、之ヲ覆スヘキ法理アルコトナシ。唯右法理ノ結果ハ債權者ニ嚴ニシテ、且一般信用制度ヲ助長スル所以ニ非ラサルカ故ニ、衡平ノ要求ニ從ヒテ、此結果ヲ救済セントスルハ、恰カモ債權者取消制度ヲ認メタル所以ナリ。其間何ソソ法理的構成ヲ容ルルノ餘地アラシヤ。既ニ、法理ノ要求ノ結果ヲ非ナリトシテ、僅カニ衡平ヲ以テ之ヲ救ヒ、更ニ又法理的構成ヲ試ミントスルカ如キハ、到底自家撞著ト云ハサルヘカラス。

故ニ曰ク、民法第四二四條謂フ所ノ債權者取消ノ訴ハ、債權者カ受益者又ハ轉得者ヲ被告トシ、其者カ債務者ノ詐害行為又ハ受益者ノ轉得行為ニ依リテ受ケタル利益ヲ、債務者ニ返還スヘキコトヲ求ムル請求權ヲ訴訟物トスル給付ノ訴ナリト。

二 左ニ右見解ノ下ニ於ケル結果ノ一斑ヲ示シ、以テ曩キニ掲ケタル形成權說ノ結果ニ對照スヘシ。

(一) 右見解ニ依ルトキハ、債權者ノ利益ヲ保護スルニ必要アルニ非スシテ、取引ノ安全ヲ害スルコトナシ。

債權者カ受益者又ハ轉得者ニ對シテ其受ケタル利益ヲ債務者ニ返還スヘキコトヲ請求シタル場合ニハ、受益者ハ債務者ノ法律行為ノ有效ナルコト、換言セハ有效ナル法律行為ニ因リテ受ケタル利

益ナルコトヲ以テ抗辯(Einwand)ト爲スコトヲ得ス。立法例ニ於テ、「債權者ニ對シテハ無効」ナリト云フハ、此ノ意義ヲ示スモノニ外ナラス。然レトモ、受益者カ債務者ニ對シテ、該法律行為ノ有效ナルコトヲ主張スルコトヲ得ルヤ論ナキカ故ニ、之ニ依リテ自己ト債務者トノ間ノ法律關係ヲ定ムルコトヲ得。故ニ、受益者カ債務者ニ反對給付ヲ爲シタルカ如キ場合ニハ、不當利得トシテ反對給付ノ返還ヲ請求スルコトヲ得サルヘカラス。又轉得者ハ、受益者ノ法律行為カ有效ナルコト、換言セハ有效ナル法律行為ニ因リテ、其利益ヲ受ケタル旨ヲ以テ抗辯ト爲スコトヲ得スト雖モ、受益者ニ對シテハ其行為 有效ヲ主張シ、因リテ受益者トノ間ノ法律關係ヲ定ムルコトヲ得。約言セハ、債權者ハ其利益ノ爲メ必要ナル保護ハ之ヲ受クルコトヲ得、又取引ノ安全ハ之ニ因リテ害セラルルコトナシ。

(二) 更ニ又右見解ニ依ルトキハ、債權者取消ノ目的ハ適切且迅速ニ達セラルルコトヲ得。(1) 債權者ハ、初メヨリ受益者又ハ轉得者ヲ被告トシテ、其者カ受ケタル利益ヲ債務者ニ返還スヘキコトヲ求ムル給付訴訟ヲ提起スレハ足ル。先ツ債務者ノ法律行為ヲ取消ス判決ヲ要求スル形成訴訟ヲ爲シ且其判決カ確定シタル後、更ニ受益者又ハ轉得者ヲ被告トシ、其者ノ受ケタル利益ヲ債務者ニ返還スヘキコトヲ請求スル給付訴訟ヲ爲スノ要ナシ。又、(2) 若シ被告トスヘキ受益者又ハ轉得者カ其受ケタル利益ヲ、他ノ者ニ移轉スルカ如キ虞アル場合ニハ、其請求權ノ執行ヲ保全スヘキ假處分ヲ

申請シ、依リテ其移轉ヲ禁止スル裁判其他必要ナル裁判ヲ受ケ、且之ヲ執行スルコトヲ得【註十】。又之カ債權者取消ノ目的ヲ達シ易カラシムル所以ナルコトハ前ニ述ヘタルカ如シ。

【註十】 債權者カ受益者又ハ轉得者ニ對シテ債務者又ハ受益者ヨリ受ケタル財産ヲ、債務者ニ返還スヘキコトヲ請求スルハ、物ノ引渡又ハ給付ヲ求ムル請求ニ外ナラス。而シテ、物ノ引渡又ハ給付ヲ求ムル請求權ノ執行カ、執行保全ヲ目的トスル假處分ニ依リテ、保全スルヲ得ルコトハ固ヨリ疑ナ容ナス(Vgl. Gaupp-Stein, II zu § 985 C. P. O.)。

加之、(3) 此見解ニ依ルトキハ、債務者ノ不作爲ニ依リテ受益者カ利益ヲ受ケタル場合ニ於テモ、尙ホ其利益ヲ債權者ニ返還スヘキコトヲ請求スルコトヲ得、形成權說ニ依ルトキハ、不作爲ハ之ヲ取消シテ初メヨリ成立セサリシモノト爲スコト能ハサルカ故ニ、詐害行為カ不作爲ナルトキハ、債權者ハ取消權ヲ行フコトヲ得サルモノト爲ササルヘカラス(石坂博士日本民法前掲七二五頁以下、民法研究二卷一三五頁以下參照)、然レトモ、此如キハ債權者取消ノ目的ヲ達スルニ付キ不完全ナルモノト云ハサルヘカラス(Jäger, Anm. 14 zu § 29 K. O. a. a. O.)。更ニ又(4) 受益者ノ行為(例ハ受益者ノ申請ニ基ク強制執行)ニ依リテ債權者カ其辨濟資力ヲ減少シタル場合ニ於テモ、形成權說ニ依レハ債權者ハ取消權ヲ行フコトヲ得ス。是レ債務者ハ執行ヲ受クルニ止マリ、何等取消サルヘキ積極的行爲ヲ爲スコト無キカ故ナリ。然レトモ、請求權說ニ依レハ、本來債權者ハ斯ル場合ニ於テ苟クモ債務者カ詐害ノ意思ヲ以テ執行ニ服シ、又受益者(執行債權者)カ其情ヲ知リテ執行シタル場

各ニハ、執行ノ結果トシテ受ケタル利益ヲ、債務者ニ返還スヘキコトヲ請求スルコトヲ得サルヘカラス。唯我民法ニ於テハ、詐害行為カ債務者ノ法律行為タル場合ノミヲ見ルカ故ニ、我民法ノ解釋論トシテハ、之ヲ認ムルコトヲ得サルノミ。

要之、債權者取消ノ訴ヲ以テ、債權者カ、受益者(又ハ轉得者)ニ對シテ其者カ債務者ノ詐害行為(又ハ受益者ノ行為)ニ依リテ受ケタル利益ヲ債務者ニ返還スヘキコト、換言セハ債務者ノ辨濟資力ノ原狀ヲ回復スヘキコトヲ請求スル給付訴訟ナリトスルトキハ、一方ニ於テハ債權者ニ必要アルニ非スシテ取引ノ安固ヲ害スルノ虞ナク、他方ニ於テハ又債權者取消ノ目的ヲ適切且完全ニ、而カモ迅速ニ達スルコトヲ得。形成權說カ二重訴訟ニ依リ、頗ル迂遠且不完全ニ債權者取消ノ目的ヲ達スルヲ得ルニ止マリ、然カモ債權者ニ其必要アルニ非スシテ取引ノ安全ヲ害スルト、同日ノ談ニ非ルナリ。

一四 裁判ノ無効

題シテ「裁判ノ無効」ト云フハ司法機關ノ意思表現タル訴訟行為即裁判カ存在スルニ拘ハラズ、其内容ニ適合シタル效力ヲ生セサル場合アルヤヲ研究セントスルモノナリ。

蓋裁判無効ノ問題ハ其端ヲ、羅馬法トゲルマン古法トカ其思想ヲ異ニスルニ發ス。羅馬法ニ於テハ判決ノ無効ヲ認ムルモゲルマン古法ハ之ヲ認メス。中世以太利ノ諸市法ハ、一方ニハゲルマン法ノ觀念ニ出發シ然カモ羅馬法ノ思想ヲ參酌シテ所謂「判決無効ノ申立」(Nichtigkeitsbeschwerde)ヲ認メタリト雖モ、他方ニハ又純ラ羅馬法ノ思想ニ基ク「判決無効ノ抗辯」(Exceptio nullitatis)ヲ認メタリ。當時ノ學者ハ又之ニ反シ、一方ニ於テハ羅馬法ノ觀念ニ出發シテ、漸次ゲルマンノ思想ニ近キ「判決無効ノ申立」ヲ説明スルニ努メタリト雖モ、他方ニ於テハ依然「判決無効ノ抗辯」ヲ認メタリ。獨逸普通法ハ、以太利諸市法ニ發達シタル「判決無効ノ申立」ヲ套襲シタリト雖モ、尙ホ「判決無効ノ抗辯」ヲ認ム。獨逸現行訴訟法ノ認ムル確定判決無効ノ訴及ヒ我民事訴訟ノ認ムル確定判決取消ノ訴(再審ノ訴)カ「判決無効ノ申立」ノ發達シタルモノナルコトハ論ナシ。唯「判決無効ノ抗辯」ニ付キテハ訴訟法中直接ノ規定無シ、然カモ學說ニ於テハ、此ノ問題ヲ等閑ニ付シ、系統的研究ヲ試ミ

タルモノ少シ。最近に至リ、一訴訟事件ニ關スル鑑定ニ於テ、碩學 Wach 及ヒ Fischer カ「判決ノ無効」ニ付キ論争セラル（Wach, Urtheilsnichtigkeit in Rheinischer Zeitschrift für Zivil-u. Prozessrecht Jahrg. III (1911) S. 373 f; Derselbe, Nochmals die Urtheilsnichtigkeit, in derselben Zeitschrift Jahrg IV (1912) S. 509 f; Derselbe, Nachlese zur Urtheilsnichtigkeit, in derselben Zeit. Jahrg VI (1914) S. 357 f—Fischer, Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund bei Urtheilen u. Rechtsgeschäft (1912), Derselbe, Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund bei Urtheilen und Rechtsgeschäften Zweiter Beitrag (1913)）此問題ノ研究ヲ促進シタルモノト云ハサルヘカラス。吾人モ亦、此問題ノ解決ニ考慮ヲ回クラスコト茲ニ數年、機ニ觸レ折ニ際シテ、管見ノ一端ヲ公ニシタルコトキナニ非ス（京法所載民事訴訟法判例批評二五、一〇卷一號一四四頁以下。同判例批評、三五、一〇卷五號一四三頁以下）。然レトモ、今ヤ其完カラサルヲ覺リ、本篇ヲ以テ之ヲ補正セントス、讀者幸ニ之ヲ諒セヨ。

序 論

本論ニ入ルニ先チ、裁判及ヒ其性質並ニ無効ノ意義ヲ明ニスルノ要アルヲ覺ユ。

第一項 裁判及ヒ其性質

一 訴訟行為論ニ於ケル「裁判」ノ地位

訴訟行為ハ大別シテ、當事者ノ訴訟行為及ヒ司法機關ノ訴訟行為トナス。司法機關ノ訴訟行為トハ、裁判所、裁判長、受命判事、受託判事、書記又ハ執達吏ノ行為ニシテ、訴訟法上ノ效果ヲ生スヘキモノ詳言セハ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ訴訟ヲ開始シ發展シ若クハ終了スヘキモノ又ハ將來ノ訴訟ノ開始、發展若クハ終了ニ影響スヘキ行為ヲ云フモノタリ【註一】。

【註一】 訴訟行為ハ訴訟法上ノ法律事實ニ屬シ、後者ハ訴訟法上ノ效果ヲ生スヘキ事實ヲ云フモノナルカ故ニ訴訟行為ナル觀念ハ、其行為カ訴訟法上生スヘキ效果ニ着眼シテ定ムルヲ以テ、研究方法上當テ得タルモノト云フヘシ。而シテ行為カ訴訟法上生スヘキ效果ヲ觀ルニ、或ハ（イ）直チニ訴訟ヲ開始シ、又ハ現ニ繫屬スル訴訟ヲ發展シ若クハ終了スルモノタリ。或ハ（ロ）將來爲サルヘキ訴訟ノ開始發展若クハ終了ニ影響スルモノタリ。故ニ訴訟行為ハ、民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ、訴訟ヲ開始シ、發展シ若クハ終了スル行為又ハ將來ノ訴訟ノ開始、發展若クハ終了ニ影響スヘキ行為ナリト定義スルヲ以テ正當ナリトス（Cgl. Hellwig, *Prozesshandlung und Rechtsgeschäft* (1910) § 1, 2; Derselbe, *System des deut. Zivilprozessrecht* Bd I, § 144, S. 421 f. a. n. O.)。吾人モ亦嘗テ訴訟行為ノ意義ヲ論シタリト雖モ（京法六卷二一八頁以下）、當時將來爲サルヘキ訴訟ノ開始、發展又ハ終了ニ影響ヲ及ホスヘキ行為ノ效果ニ付キ誤マレル見解ヲ抱キタリ。此機會ヲ利用シテ之ヲ是正セントス。

司法機關ノ訴訟行為ハ（1）其行為ノ效果從テ訴訟ノ目的（*Processzweck*）ニ對スル關係ヲ標準トシテ區別スルトキハ、訴訟ヲ終了セシムル行為從テ私權ノ保護行為ト、訴訟ノ終了アルニ至ラシムル行為從テ保護行為ヲ準備シ若クハ之ヲ可能ナラシムル行為トニ大別スルコトヲ得。（イ）訴訟ヲ終了スルハ確定ノ終局判決及ヒ執行行為ナリ。而シテ、本案ノ終局判決カ確定スルトキハ、其既判力、執行力又ハ創設力ニ依リテ私權又ハ私法上ノ地位（*Privatrechtslage*）ヲ保護ス。又執行行為ハ、請求

權ノ強制的満足又ハ之カ保全ヲ目的トシ、畢竟請求權ノ實現ヲ期スルモノニシテ、私權ヲ保護スルモノタルヤ固ヨリ論ナシ。(ロ)訴訟ノ終了アルヲ得セシムル行爲、從テ保護行爲ヲ可能ナラシムル行爲ハ、法廷警察ニ屬スル行爲並ニ訴訟關係ヲ開始シ若クハ發展スヘキ行爲(訴訟指揮行爲及ヒ訴訟材料ニ關スル行爲)及ヒ將來ノ訴訟ノ開始若クハ發展ニ關スル行爲タリ。

更ニ(2)行爲ノ内容ヲ標準トシテ區別スルトキハ、意思表示タル行爲ト、然ラサル行爲トニ大別スルコトヲ得。(イ)後者ハ細別シテ、認識行爲(Wahrnehmung)證明行爲(Beurkundung)、及ヒ通知若クハ送達行爲(Mitteilung)ニ區別スルコトヲ得。又(ロ)前者ハ概稱シテ裁判(Entscheidungen)ト云フ。

裁判即意思表示タル司法機關ノ訴訟行爲ハ(a)其形式ヲ標準トシテ判決、決定、命令及ヒ處分ニ細別シ、又(b)其内容ヲ標準トシテ、確認的、命令的及ヒ形成的裁判ニ區別ス。判決トハ必要的口頭辯論ニ基キ、法定ノ方式ニ依リテ爲スヘキ裁判所ノ意思表示タル行爲ニシテ、或ハ訴訟事件ニ付キ爲スモノタリ(終局判決)或ハ先決問題タル争點ヲ判斷シテ、終局判決ヲ準備スルモノタリ(終局判決前ノ判決)。決定トハ裁判所ノ裁判ニシテ判決ニ非サルモノヲ云ヒ、命令トハ裁判長、受命判事又ハ受託判事ノ裁判ヲ云フ。處分トハ書記又ハ執達吏ノ意思表示タル行爲ヲ云フモノタリ。

本篇、裁判ノ無效ヲ論スルハ、畢竟判決、決定、命令及ヒ處分カ存在スルニ拘ハラズ、其内容ニ

適合スル效力ヲ生セサル場合アリヤヲ研究セントスルモノニ外ナラス。

二 裁判ハ法律行爲の性質ヲ有スルヤ。

民事訴訟ノ「私法的解釋觀」カ行ハレタル時代ニ於テハ、或ハ訴訟行爲ヲ以テ直チニ法律行爲ナリトシ或ハ又法律行爲ニハ非スト雖モ、法律行爲の性質(Rechtsgeschäftliche Natur)ヲ有スルモノナリトシタリ、殊ニ當事者ノ訴訟行爲ニ付キテ然リトナス。輒近ニ至リ一方ニ於テハ、法律行爲ニ關スル私法學者ノ研究カ長足ノ進歩ヲ爲シタルト共ニ、他方ニ於テハ訴訟行爲ニ關スル研究モ亦大ニ進ミ、獨リ司法機關ノ訴訟行爲ノミナラス、當事者ノ訴訟行爲モ亦法律行爲の性質ヲ有セサルコトヲ認ムルニ至レリ(拙文、最近十五年間ニ於ケル民事訴訟學說ノ變遷法律新聞千號三九六頁以下、及ヒ訴訟行爲論一斑、同新聞千二號四三二五頁以下參照)。

裁判ハ司法機關ノ意思表示タル行爲ナリト雖モ、其カ訴訟法上生スル效果ハ、形式上ノモノタルト内容上ノモノタルヲ問ハズ、司法機關カ其效果ノ發生ヲ欲シタルト否トニ拘ハラズ。法カ裁判ニ效果ヲ付スルハ、司法機關ノ效果意思ヲ是認シ、之ニ適合スル效果ヲ生セシメントスルカ故ニ非ラス。然カルニ法律行爲ノ特質ハ、效果意思ノ表示ニシテ且法律カ其效果意思ヲ是認シ、大體ニ於テ其意思ニ適合スル法律上ノ效果ヲ付スル意思表示ヲ以テ主要ナル事實(Thatssache)ナリトスル法律要件、(Thatbestand)タルニアリ(岡松博士法律行爲論及ヒ同處引用ノ學說參照、尙キ Helwig, System Bd. I

S. 423 (e.)。故ニ、裁判カ法律行為の性質ヲ有セサルコトハ寸毫ノ疑ヲ容レズ。
斯クノ如ク裁判ハ法律行為の性質ヲ有セサルカ故ニ、其成立、撤回、取消及ヒ無効等ノ問題ニ付
キ、法律行為ノソレニ關スル民法ノ規定ヲ適用若クハ準用スルコトヲ得ス。必スヤ、訴訟法規ニ依
リテ之ヲ決セサルヘカラス。裁判ノ撤回及ヒ不服申立ニ關シテハ、現行訴訟法モ亦其規定ヲ設ケ
タリ。唯裁判ノ無効ニ付キテハ、現行訴訟法ニハ特別ノ明文ナシ。抑モ明文ヲ設ケサリシハ、裁判
ノ無効ヲ認メサルカ爲メナルヤ或ハ又「裁判ノ無効ト云フカ如キハ稀有ノ事例ニシテ、而モ其事例
ノ發スル場合ニハ條理上其無効ヲ認ムルコトヲ得ルカ故ナル」ヤ (Skell, Die Urtheilsnichtigkeit im
österreich. Processrecht, bei Grünhut, Zeit. f. priv. u. öffent. Recht Bd. 14 S. 100 Anm. 51)。
是レ本篇ノ研究ヲ要スル所以ナリ。

第二項 無効ノ意義不成立ト無効 (Nonexistenz u. Nichtigkeit)

不成立即チ不存在ノ場合ト無効即チ成立スルモ效力ヲ生セサル場合トハ、明確ニ區別セラルヘキ
モノタルニ拘ハラズ、現代ニ至ルマテ一般ニ之ヲ同一視セリ。兩者ノ混同カ、法學界ヲ禍セルコト
鮮少ニアラス。私法學界ニ於テモ、兩者ノ混同カ觀念ノ錯亂ヲ來タスコトハ、近時ニ至リ幾多ノ學
者カ指摘スル所ナリ。(Schosmann, Zur Lehre vom Zwange (1374) S. 16 f; Leonhard, Das Recht
des bürgerl. Gesetzbuchs, Allgemeiner Theil §§ 94—95 S. 423 f; Oertmann, Allgemeiner Theil 6 vor

Dritter Abschnitt. S. 298 f u. vor § § 139 ff S. 437 f.)。然レトモ公法學界ニ於テハ、兩者ノ混同ハ
觀念ノ錯亂ヲ來タスノミナラス、又實際上ノ差別ヲ生スルモノタリ訴訟法學界ニ於テモ亦然リ此點
ハ從來訴訟法學者ノ輕々ニ看過シタル所ニシテ、吾人モ亦數年前ヨリ感ナキ能ハサリシ所ナリ。最近
ニ至リ驟然トシテ覺ル所アリ、又タ Wach ノ前掲論文ヲ讀ムニ及ンテ吾人ノ所信ヲ強メタリ。

蓋シ不成立ト無効トノ混同ハ其源ヲ羅馬法ノ翻譯ニ發スルモノノ如シ。羅馬法源ニ於テハ、諸處
ニ „nihilus” ナル語ヲ使用ス、然カルニ此語ハ獨語ノ „nichtig” ト等シク場合ノ異ナルニ從ヒ或ハ
不存在 (non existens) ヲ意義シ、或ハ瑕疵アルコト (Mangelhafte, vitiosum) ヲ意義ス。然カルニ、
羅馬法ヲ研究スルニ當リ必シモ此區別ヲ明ニセス Windscheid ノ如キ大家ニシテ、仍ホ negotium
nullum ハ其效力ヨリ觀察スレハ常ニ negotium non existens ナリトシ、不成立ト無効トヲ混同シタ
ル (Windscheid, Pandekt. 7. Auflage S. 220 Anm. 2.)。此思想ノ混亂ハ現行獨逸民法ニ及ヒ、同法ニ
使用セル Nichtig 又ハ Unwirksam ナル術語ノ意義カ頗ル晦澁ノモノタルコトハ既ニ同國學者ノ指
摘スル所ナリ (Leonhard, a. a. O.; Oertmann, ebenda a. a. O.)。我民法ニ於テハ成立ト效力ノ發生ト
ヲ同一視シ又不成立ト無効トヲ同一視セルコトハ、周知ノ事實ニシテ、吾人ノ喋々ヲ俟タス。然レ
トモ行為ノ成立ニ必要ナル要件 (Thatbestand) ノ或ルモノカ缺ケタル場合ニハ其行為ハ未タ成立セス
其行為ハ存在スルコトナシ (non existenz)。
從テ、斯ル場合ニハ其行為ハ不成立若クハ不存在ナリト

云ヒ又ハ「非行爲」(Nichthandlung)アリト稱スヘキモノニシテ、行爲カ無効(即効力ヲ生セスノ意)ナリト云フハ當タラス。恰カモ刑法學ニ於テ、一犯罪ノ構成要件(Thatbestand)カ未タ具備セサル場合ニハ、既遂罪ハ成立セス。犯罪不成立ニシテ刑ノ免除ニハ非サルカ如シ(Leonhard ebenda § 94 S. 433 ff. a. a. O.; Oertmann, ebenda)反之、一行爲ノ成立ニ必要ナル法律要件(Thatbestand)ハ完備シ從テ該行爲ハ成立セルニ拘ハラズ、尙ホ他ノ事情又ハ障礙(Nebenumstände, Hinderniss)ノ之ニ附加スルアリ因リテ其行爲ノ内容ニ適合スル効力ヲ生セサル場合アリ。斯ル場合ニハ、行爲ハ存在セサルニハ非ス然レトモ其効力ヲ生スルコトヲ得サルモノナリ故ニ稱シテ「行爲ノ無効」(Nichtigkeit)ト云フヲ以テ妥當トスヘシ(Leonhard ebenda § 94 S. 425 f.; Oertmann ebenda a. a. O.)。

吾人ハ右ノ見解ニ基キ非裁判(Nichtentscheidung)ト裁判ノ無効(Nichtigkeit der Entscheidungen)トヲ區別ス。非裁判トハ裁判ニ非ス、裁判存在セストナスモノニシテ、裁判ノ無効トハ、裁判ハ存在スト雖モ、其内容ニ適合スル効力ヲ生セストナスモノナリ。

第一款 沿革 一斑

「裁判ノ無効」ニ關スル論争ハ、羅馬法系ノ思想トゲルマン法系ノ思想トノ抵觸ニ初マリ、相互ノ交渉ノ歴史ハ、即此ノ問題ニ對スル法制及ヒ學說ノ變遷史ヲナスモノナリ。左ニ其一班ヲ窺ハシ。

第一項 羅馬法ニ於ケル判決ノ無効

一 羅馬法ニ於ケル „nullus” ナル語カ、場合ニ依リ或ハ不存在ヲ意義シ、或ハ存在スルモ効力ヲ生セサルコトヲ意義セルコトハ、最近ニ至リ初メテ學者ノ注意セル處ナリ (Schlossmann, Z r Lehrre vom Zwange 1874 S. 16 f. S.23 Anm. 30 u. S. 25 a. a. O.; Leonhard, ebenda)。從テ、羅馬法源ニ Sententia nulla, sententia nullius momenti sit ト稱スルモノモ亦、場合ニ依リ或ハ非判決ヲ意義シ、或ハ又判決ハ存スルモ其内容ニ從ヘル効力ヲ生セサルコト(即判決ノ無効)ヲ意義スルモノナルコトハ想像ニ難カラス (Schlossmann, ebenda S. 16 f.)。唯、從來ノ學者カ羅馬法源ニ付キ、何レノ意義ナルヤヲ一々判定シテ議論ヲ遣ラサリシハ、吾人ノ遺憾トスル所ナリ。吾人モ亦法源ニ付キ一々非判決ナルヤ又ハ判決ノ無効ナルヤヲ判定スルヲ得ス。從テ不完全ナルヲ免レスト雖モ、sententia nullanアル觀念ハ、各時代ノ羅馬訴訟法ニ通申スル所ナリ。

(1) Legis actiones 時代ノ羅馬訴訟法ニ於テモ亦、非判決若クハ判決無効ノ觀念ヲ認メタルカ如ク。即 „leges actio per manus iniectionem” ニ於テハ、強制執行ノ要件トシテ、確定判決アルコト („quod tu mihi indicatus es”) 及ヒ該判決ヲ以テ認メラレタル請求カ未タ辨濟セラレサルコト („quandoc non solvisit”) ヲ必要トシタリ。故ニ、原告ニ於テ強制執行ヲ爲サントスル場合ニハ、自己ノ爲メニスル確定判決アルコトヲ證明セサルヘカラス從テ被告力カニ對シテ „iudicatum non esse” ヲ以テ抗辯

スルハ、確定判決カ存在セサルコト(即非判決)又ハ判決カ其效力ヲ生スヘキモノニ非ルコト(判決ノ無効)ヲ以テ抗辯トナスモノニ外ナラス(Eiseler, Abhandlungen zum römischen Zivilprozess Bd. IV Über actio iudicati und Nichtigkeitsbeschwerde 1889 S. 141 ff.)。要スルニ、此時代ノ訴訟法ニ於テハ非判決若クハ判決ノ無効ナル觀念ヲ認メタルモ之ハ強制執行ニ對スル異議(Institutio)ヲ以テ主張スヘキモノニシテ、訴ヲ以テ主張スルコトヲ得ザリシナリ。

(一) Formula 訴訟時代ニ於テハ、勝訴ノ確定判決ヲ受ケタル原告ハ確定判決ニ基ク訴(actio iudicati)ニ因リテ強制執行ヲ要求セサルヘカラス。尤モ學說ニハ、確定判決ノ執行ヲ求ムルニハ原則トシテハ無方式ノ申請(Postulatio)ヲ爲セハ足り、確定判決ニ基ク訴ヲ提起スルコトヲ要セストナスモノアリ。然レトモ、Eiselerノ論スルカ如ク Praetor ハ確定判決カ存在セス又ハ其效力ヲ生セサル旨ノ異議(Institutio)ヲ爲ス機會ヲ被告ニ與フルカ爲メ、特ニ確定判決ニ基ク訴(actio iudicati)ヲ認メタルモノト解スルヲ正當トスヘシ(Eiseler, ebenda Bd. IV S. 154; Michael, Absolute Nichtigkeit S. 3 a. a. O.)。

(二) 帝政時代ノ訴訟法ニ於テハ、裁判機關ノ間ニ上下ノ階級ヲ設クルト共ニ上訴制度(appellatio)ヲ認ム。從テ上訴手段カ盡キタル場合又ハ上訴期間ヲ徒過シタル場合ニハ判決ハ確定シ、所謂形式的確定力ヲ生スルモノトシタリ。然レトモ非判決若クハ判決ノ無効ハ上訴ニ依ラスシテ主張ス

ルコトヲ得タリ。當時ノ思想ニ依レハ上訴ハ判決カ實體法ノ規定ニ違背セルコトヲ主張スル不服申立ノ方法ナリ。反之、判決カ訴訟手續若クハ訴訟ノ主體ニ關スル重要ナル規定ニ違背シタルモノナルトキ又ハ絶對的強行規定ニ違背シタルモノナルトキハ、該判決ハ非判決又ハ無効ノ判決ニシテ、(judicatum non est)上訴ニ依ラスシテ之ヲ主張スルコトヲ得タリ。而シテ其主張方法ハ(イ)原告ニ在リテハ確定判決ヲ以テ裁判セラレタル權利ニ關シ、新訴ヲ提起シ、被告カ之ニ對シテ既判力ノ抗辯(exceptio rei iudicatae)ヲ爲シタル場合ニハ、原告ハ其抗辯ニ對シテ、非判決又ハ確定判決無効ノ再抗辯ヲ爲スヘキモノトシタリ。又(ロ)被告ニ在リテハ“in duplum revocatio”ニ依リテ之ヲ主張スルコトヲ得タリ。蓋此ノ時代ニハ、原告カ強制執行ヲ求ムルニハ、確定判決ニ基ク訴(actio iudicati)ヲ提起スルコトヲ要セス、無方式ノ申請(Postulatio)ヲ以テ求ムレハ足ルモノトナセリ。從テ被告ハ異議(Institutio)ヲ以テ非判決又ハ無効ノ判決ニシテ執行シ得ヘカラサルモノナルコトヲ主張スル機會ヲ失ヒタリ。故ニ之ニ代ヘ、被告ハ原告カ判決ノ執行ニ依リテ得ヘキモノ又ハ得タルモノノ返還ヲ非判決又ハ判決ノ無効ヲ理由トシテ、請求スルコトヲ得ルモノトシタルカ如シ(Eiseler, ebenda S. 171 ff.; Michael, ebenda S. 5 f.; a. M. Skedl, Nichtigkeitsbeschwerde S. 2 Anm. 3)。

(四) 儒帝時代ノ訴訟ニ於テハ判決ノ不存在又ハ無効ハ上訴ヲ以テ之ヲ主張スルコトヲ得タリ。然レトモ上訴ヲ以テ不服ヲ申立テザリシコトハ、非判決又ハ判決ノ無効ヲ主張スル妨ケトナラス。Ap-

pellare n:cesse non est" (L. 1 Dig. 49. 8, C. 7. 44)即「上訴ヲ爲スノ必要ナシ」ト云フハ、非判決又ハ判決ノ無効ニ關スル當時ノ思想ヲ最モ明白ニ表彰シタルモノナリ。而シテ此ノ時代ニハ Revocatio in duplum ノ制度ハ行ハレス、原告カ非判決又ハ無効ノ判決ヲ執行セントスル場合ニハ、被告ハ之ニ對シ非判決又ハ判決無効ノ異議ヲ爲スコトヲ得、又原告カ新訴ヲ提起シタル場合ニ於テ被告カ既判力ノ抗辯ヲ爲シタルトキハ、原告ハ非判決又ハ判決ノ無効ヲ以テ再抗辯ヲ爲スコトヲ得タリ、(Skedl, ebenda S. 1 f.; Behnmann-Hollweg, Der Civilprocess des gemeinen Rechts Bd. II S. 721 ff.; Bayer, Vorträge über den deutschen gemeinen ordentlichen Civilprocess 10 Aufl. 1869 S. 1094 ff.)。

(二) 要之、羅馬訴訟法ニ於テハ何レノ時代ニ於テモ、(nulla sententia nullus momenti)即非判決又ハ判決ノ無効ナル觀念ヲ認メ、且上訴制度ヲ設ケタル後ニ於テモ仍ホ上訴ヲ以テ主張スル必要ナキモノトシタリ。而シテ、非判決又ハ判決ノ無効ハ(イ)被告ニ在リテハ、強制執行ノ申立ニ對スル異議又ハ抗辯ヲ以テ主張シ又(ロ)原告ニ在リテハ、確定判決ヲ以テ裁判シタル事項ニ關シテ新訴ヲ提起シ、被告カ一事不再理又ハ既判力ノ抗辯ヲ爲シタル場合ニ之ニ對スル再抗辯トシテ非判決又ハ判決ノ無効ヲ主張スルヲ通常トシタリ。

第二項 ゲルマン古法ニ於ケル判決ノ形式的效力及ヒ判決

案ニ對スル異議 (Urtheilsscheite)

一 ゲルマン古法ニ於テハ、裁判機關並ニ判決手續ハ羅馬法ニ於ケルト異ナル即チゲルマン古法ニ於テハ、判決案ノ作成者 (Urtheilfinder) ト判決ヲ爲ス者 (Richter) ヲ區別シタリ。判決ヲ爲シ、且之ヲ言渡スハ、民族最高機關タル人民總會 (Thing) ノ掌ル所ニシテ、判決案ハ民族ニ屬スル Schöffen ノ作成スル所タリ。人民總會ニ於テ Schöffen ノ作成シタル判決案ヲ是認スル場合ニハ、之ヲ裁可シ且之ヲ公布スルコト、現代立憲制度ノ下ニ於ケル立法手續ト異ナルコトナシ。サレハゲルマン古法ニ於ケル判決ハ、羅馬法若クハ現代ノ訴訟法ニ於ケル判決トハ全然其意義ヲ異ニス。ゲルマン法ノ判決ハ、特定ノ事件ニ對シテ已存ノ法律ヲ解釋シ、且之ヲ適用スルモノニ非ス。特定ノ事件ニ關スル法律ヲ制定シ且同時ニ其事件ニ於ケル權利ノ關係ヲ確認スルモノタリ。現代ノ立法ニ比シ其趣ヲ異ニスルハ、一方ニ於テ特定ノ事件ニ關スル法律ニシテ一般的法則ヲ制定スルモノニ非サルコト、及ヒ舊ニ法律ヲ制定スルノミナラス、同時ニ其法律ヲ適用シテ、特定ノ事件ニ於ケル法律關係ヲ定ムルモノナルコト約言セハ立法ト司法トヲ同時ニ行フノ點ニアリ (Schulze, Privatrecht und Process in ihrer Wechs:beziehung Bd. I (1883) S. 117 f. a. a. O.)。從テゲルマン法ノ判決ハ、法律タル效力 (Gesetzeskraft) ヲ有スルモノト解セサルハカラス (Schulze, a. a. O.; Skedl, Die Nichtigkeitsbeschwerde in ihrer geschichtlichen Entwicklung (1886) S. 5 Anm. 10; Michael, Absolute Nichtigkeit (1906) S. 7)。

二 斯クノ如ク、ゲルマン古法ニ於ケル判決ハ、法律タル效力ヲ有スルカ故ニ、ゲルマン古法ニ

於テハ判決ニ對スル上訴(appellatio)ヲ認メス又判決無効ノ申立ヲ認ムルコトナシ。——唯判決案ニ對スル異議(Urtheilsschelte)ヲ認メタリ。

判決案ニ對スル異議(Urtheilsschelte)ハ上訴ニ非ス、判決案作成者(Schöffen)カ法律思想ニ通曉セサルノ結果、不當ノ判決案ヲ作成シタルコトヲ提議スルモノニシテ其目的ハ民族總會カ言渡スヘキ判決ノ内容ニ影響ヲ及ホシ之ヲ變更セントスルニアリ。從テ判決案ニ對スル異議ハ上訴ノ如ク下級審ノ判決ニ對シテ上級審ニ不服ヲ申立テ之カ當否ヲ覆審センコトヲ求ムル手段ニハ非ス。判決案作成者ヲ相手方トシテ、當事者又ハ第三者カ提起スル獨立ノ異議ニシテ、此ノ異議ノ解決セラルルマテ、判決案ノ裁可及ヒ判決ノ言渡ヲ停止スヘキモノタリ(Schulze, ebenda S. 146 f.; Skedl, ebenda S. 8 f. a. O.)。異議理由ナカリシ場合ニハ、異議者ハ判決案作成者ヲ侮辱シタルモノトシテ、罰金(Buss)ヲ納ムルコトヲ要シタルカ如キモ、此ノ制度ニ件フ特徴ノ一タリ(Skedl, ebenda a. a. O.)。要スルニゲルマン古法ニ於テハ、判決ハ民族最高機關カ爲ス所ニシテ又法律ヲ制定スルト同時ニ之ヲ適用シテ特定事件ノ法律關係ヲ定ムル行爲ニシテ、法律タル效力ヲ有シタリ。故ニ獨リ判決無効ノ主張ヲ認メサルノミナラス、上訴(不服申立)ヲモ認ムルコトナシ。

第三項 中世以太利ノ法制及ヒ學說ニ於ケル判決ノ無効

西維帝國ノ滅亡スルヤ、日耳曼種族ノ蠻民ハ、羅帝國ノ舊地ヲ占領シ、ゲルマン法ヲ行ヒタリ。

然レトモ征服者タル蠻民ノ文化ハ被征服者ノ文化ニ比シ、遙カニ劣レルカ故ニ漸次羅馬化セラルルト同時ニ、法制モ亦タ羅馬法ノ影響ヲ受ケ依リテゲルマン法ト羅馬法トノ混合法ヲ生スルニ至タレリ。現代ノ法制ニシテ、其源ヲ當時ノ混合法ニ發スルモノ少カラス。非判決又ハ判決ノ無効及ヒ其主張方法ニ關スル論争ノ如キモ亦其端ヲ當時ニ發スルモノタリ。

第一目 中世以太利ノ法制ニ於ケル判決ノ無効

一 Longobardi 法ノ上訴及ヒ判決ノ無効

羅馬法トゲルマン法トカ混合シタル最初ノ法律ヲロンゴバルダイ法トナス。同法ノ認ムル上訴ハゲルマン法系ノ判決案ニ對スル異議(Urtheilsschelte)ヨリ發達シタルモノナリト雖モ羅馬法ノ上訴(Appellatio)ノ影響ヲ受クルコト少カラス。蓋同法ノ上訴ハ當事者ト判決案ノ作成者トノ間ニ生スル別個ノ争訟ニ非ス。下級審ノ判決ニ對シテ不服ヲ申立テ事件ヲ上級審ニ移シ、依リテ下級審ノ判決ノ覆審ヲ求ムルモノナル點ニ於テハ、羅馬法ノ上訴ニ基クモノナリ、然レトモゲルマン法ニ於テ判決ハ法律タル效力ヲ有ストナス思想ヲ繼續シ判決ニ形式的拘束力(Formalkraft)ヲ認メ、判決ニ對スル不服ハ、實體上不當ナルコトヲ理由トスルト、無効ヲ理由トスルトヲ區別セス總テ上訴ヲ以テ主張スルコトヲ要ストナシタル點ハ、羅馬法ニ於ケルト異ナル所ナリ(Skedl, Nichtigkeitsbeschwerde S. 8 f. S. 20 f. u. S. 32 a. a. O.)。

ロンゴバルダイ法ニ於ケル上訴制度ハ、ロンゴバルダイノ滅亡後(七七四年)モ尙フランク王國ニ於テ認メラレ、大ナル變更ヲ受クルコトナクシテ以テ第十二世紀ノ中葉ニ至レリ(Skedl, S. 34—51)。

二 諸市法ニ於ケル判決ノ無効

(一) 第十二世紀 ロンゴバルダイノ上訴ニ於テハ判決カ實體上不當ナル場合(Sententia iniqua)ト無効ナル場合 (sententia nulla) トヲ區別セサリシコト前述ノ如シト雖モ、第十二世紀ノ中葉ニ至リテハ、兩者ヲ同一視スルノ誤マレルコトヲ發見スルニ至レリ。諸市ノ法制ニ於テハ未タ之ヲ區別セサリシト雖モ、裁判所ノ實際ニ於テハ、漸ク兩者ヲ區別スルニ至リタルコトハ當時ノ文書、(例ハ一一八六年 Como 市ノ文書、一一九三年三月二日 Brescia ノ文書等)ノ證スル所タリ(Skedl, ebenda S. 52 f.)。

(二) 第十三世紀 二至リテハ、諸市法ニ於テモ違法ノ判決ト無効ノ判決トヲ區別スルニ至レリ。Como (一一八二) Novara (一一八一) Alessandria (一一四二) Verona (一一二八) Bologna (一一五〇) Padua (一一八五)等ノ諸市法皆然リ。殊ニ Pisa ノ市法(1241—1281)ニ於テハ、上訴ト判決無効ノ申立(Nichtigkeitsbeschwerde)トヲ區別シタリ。但後者モ亦タ移審ノ效力ヲ生スヘキ不服申立手段ニシテ上級裁判所ハ單ニ判決カ無効ナルヤ否ヤヲ裁判スヘキノミナラス、尙ホ本案ニ對スル裁判ヲ爲スヘキモノトシ、尙ホ例外トシテハ無効ヲ申立テラレタル判決ヲ爲シタル裁判所自ラ其

判決ノ無効ナルヤ否ヤヲ裁判スルコトヲ得ルモノトシタリ。判決無効ノ申立ハ上訴期間内(十日)ニ提起スルコトヲ要セス、其判決ヲ以テ裁判セラレタル權利カ時効ニ因リテ消滅スルマテハ提起スルコトヲ得。又判決無効ノ申立ハ上訴ト併合シテ提起スルコトヲ得タリ。而シテ判決ノ無効ヲ來タスヘキ事由ハ、管轄權並ニ實體上ノ事由ヲ參酌シテ之ヲ定メタリト雖モ、共通ノ主義ヲ發見スルコト能ハス(Skedl, ebenda S. 60 f. a. a. O.)。

(三) 第十四世紀乃至第十六世紀ニ於ケル判決無効

第十四世紀ノ中葉ニ至リ、判決無効ノ主張方法ハ大ニ發達シタリ。當時ノ諸市法ニ依レハ(1)判決ノ無効ハ無効ノ申立 (Nichtigkeitsbeschwerde) ヲ以テ主張スルコトヲ得。而シテ此申立ハ或ハ獨立シテ爲スコトヲ得或ハ又上訴ト併合シテ爲スコトヲ得タリ。加之(2)強制執行ニ對スル異議トシテ判決ノ無効ヲ主張スルコトヲ得タリ(Exceptio nullitatis)。

(甲) 判決無効ノ申立 (Nichtigkeitsbeschwerde)

(1) 獨立シテ無効ノ申立ヲ爲ス場合

(イ) 形式 當時ノ學說ニ於テハ、訴ヲ以テ判決ノ無効ヲ主張シ得ルコトヲ認メタリト雖モ諸市法ニ於テハ上訴ノ形式ニ依ルヘキモノトシ、又移審ノ效力ヲ生スルモノトナス、Rom(十四世紀) Bergamo(十五世紀) Milano(一四九八年) Verona(一四五〇年) Ferrara(一五六六年)等之ヲ證ス。但

特別ノ場合ニハ、上訴ノ形式ニ依ラス、訴ヲ以テ判決ノ無効ヲ主張スルコトヲ得ルモノト爲ス。又判決無効ノ申立ニ對スル裁判ニ對シテ更ニ上訴ヲ爲スコトヲ得ルモノトシタリ (Skedl, ebenda S. 67—83)。

(ロ) 無効申立期間 (a) 當時ノ實際ニ於テハ、羅馬法ノ影響ヲ受ケ無効ノ判決ニハ不當ノ判決ヨリモ弱キ形式の效力ヲ認ムヘキモノトシタリ。從テ、無効ノ申立ハ上訴ノ形式ニ依ルヘキモノトスルニ拘ハラズ、上訴期間ノ制限ニ從ハス。或ハ永遠ニ提起シ得ヘキモノナリトシ或ハ無効判決ヲ以テ裁判セラレタル權利ノ消滅時効期間提起スルコトヲ得ルモノトシタリ。尤モ之ニ依リ當時ノ實際ハ不知ノ間ニ自家撞着ニ陥リタリ。何トナレハ、判決ノ無効ハ上訴ノ形式ニ依リテ主張スヘキモノタルニ拘ハラズ、其ノ上訴期間ノ制限ニ從ハスシテ提起スルコトヲ得ルカ故ニ、判決ハ通常ノ上訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得サルノ點ヨリ觀レハ確定シタルカ如ク又上訴ノ形式ニ從フ不服申立ニ服スルノ點ヨリ見レハ確定セサルカ如キ外觀アルカ故ナリ (Skedl, ebenda S. 83 f. a. a. O.)。於是カ (b) 諸市法ハ羅馬法系ノ思想ヲ一申シテ「上訴ヲ必要トセサルノ原則」ヲ認ムルカ若クハ又タ漸次ゲルマン法從テロンゴバルダイ法ノ思想ニ復古スルカヲ選ムノ外ナキニ至レリ。故ニ其後ノ諸市法ニ於テハ判決無効ノ申立期間ヲ定メ、通常ノ上訴期間ヨリ稍々長キ期間ヲ以テ、無効ノ申立期間トシタリ。(例ハ Modena 市法(一三二七年)ニ於テハ上訴期間ハ十日ナルニ反シ、無効ノ申立ハ判決

ニ於テ定メタル期間内又斯ル定メナキ場合ニハ二十日間之ヲ爲スコトヲ得、Roni 市法ニ於テハ判決無効ノ申立ハ一年間之ヲ爲スコトヲ得ルカ如シ)。後ニハ更ニ上訴期間及ヒ判決無効ノ申立期間ヲ同一ニ定ムルニ至レリ、例ハ Cesena, Verona, Bergamo, Mailand, Ferrara 等ノ市法ノ如シ、但顯著ナル無効 (Nullitas notoria) 存スル場合ニハ、右ノ期間ニ從ハス、該判決ヲ以テ裁決セラレタル權利ノ消滅時効期間中尙ホ無効ノ申立ヲ爲スコトヲ得タリ。例ハ Cesena 市法ノ如シ。而シテ此等ノ市法ニ於テハ、苟クモ無効申立期間内ニ無効ノ申立ナカリシ場合ニハ、所謂無効ノ判決モ亦タ形式の效力ヲ生スルモノトシタリ。(Skedl, ebenda S. 87 a. a. O.)。

(2) 判決無効ノ申立ハ、獨立シテ提起スルコトヲ得タルノミナラス、多クノ市法ニ於テハ尙ホ上訴ト併合シテ爲スコトヲ得タリ、例ハ Ferrara, Mailand ノ市法ノ如シ。尤モ、上訴ト併合スル場合ニ於テモ判決無効ノ申立ハ、通常ノ上訴トハ異ナル上訴ナリトナセリ。(Skedl, ebenda. S. 91 f.)。

(乙) 判決無効ノ抗辯 (Exceptio nullitatis)

判決無効ノ申立 (Nichtigkeitsbeschwerde) ハ、第十四世紀乃至第十六世紀ノ諸市法ニ依リ、結局通常ノ上訴ト同一期間内ニ、上訴ノ形式ニ依リテ提起スヘキ不服申立ノ方法トナリ、又該不服申立期間ヲ經過シ又ハ不服申立ヲ使用シ盡クシタル場合ニハ、所謂無効ノ判決モ亦確定的ニ有效トナルコトハ前述ノ如シ。故ニ諸市法ノ認メタル無効ノ申立ハ名ハ判決ノ無効ノ主張ト稱スルモ其實ハ事由

ヲ異ニスル上訴ニ過キスシテ、羅馬法ニ於ケル「判決ノ無効」トハ其觀念ヲ異ニスルモノト云ハサルヘカラス。

唯、諸市法ニ於テモ狭キ範圍ニ於テハ判決無効ノ抗辯 (exceptio nullitatis) ヲ認め、此ノ範圍ニ於テハ羅馬法ノ思想ニ基ク判決ノ無効從テ「上訴ヲ要セス」トノ原則ヲ認めタリ。即チ

(1) 第十二世紀ノ市法ニ於テハ未タ無効ノ抗辯ヲ規定セスト雖モ、一一九三年八月一日ノ文書ニ於テハ、Veronaノ領事カ確定判決ニ基ク既判力ノ抗辯ニ對シテ、其判決ノ無効ナル旨ヲ主張スル再抗辯ヲ認めタル證アリ (Skedl, ebenda S. 100)。又十三世紀ヨリ十四世紀ノ前半ニ亘ル諸市法ニハ無効ノ抗辯ヲ間接ニ認めタルコトヲ示スヘキ規定アリ。即 Verona 市法(一二二八年)ニ於テハ、確定判決ノ執行ニ對シ、判決ノ確定後ニ於テモ法律上主張シ得ル抗辯 (quae post rem iudicatum de jure opponi potest) ハ尙ホ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトナス。而シテ此ノ抗辯中ニハ判決無効ノ抗辯ヲ包含シタリ。 (Skedl, ebenda S. 101) 又 Pisaノ市法(一一三三—一一三三七)ニ於テモ、不法行為ニ關スル給付判決ニ於テ、……non possint dici nulle, aut remedio nullitatis infringi……ト云ヘリ。謂フ所ノ nulle dici、remedium nullitatisニ對立セシメタルヨリ觀ルモ、判決無効ノ抗辯ヲ謂フモノト解セサルヘカラス (Skedl, S. 102 a. a. O.)。更ニ Paduaノ市法ニ於テハ、判決ハ上訴アリタル場合又ハ、„contra leges vel probatum usum vel statutum late fuerint”ノ場合ニ非サレハ執行シ得ヘキ

モノナルコトヲ定ム。此ノ規定ハ、此等ノ事由存スル場合ニハ、判決無効ノ異議ヲ以テ之ヲ主張シ、因リテ其判決ノ執行ヲ妨クルヲ得ルコトヲ示スモノタリ。又 Pisaノ市法 (Constitutum usus Pisanae civitatis) ニ於テモ一定ノ事由アル場合ニハ判決ハ無効ニシテ且上訴ヲ要セサルコトヲ認ム。故ニ當事者ノ一方カ無効判決ヲ援用シ又ハ之ニ基キテ執行セントスル場合ニハ、相手方ハ該判決ノ無効ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ルモノト解セサルヘカラス (Skedl, S. 103 a. a. O.)。

(2) 十五六世紀ニ至リ判決無効ノ申立カ上訴期間ト同一期間内ニナスコトヲ得ル不服申立タルニ過キサルニ至リタル時代ニ於テモ、尙ホ判決無効ノ抗辯ハ之ヲ認メタリ。即チ、(イ)判決タルニ必要ナル要件ノ缺ケタル場合、換言セハ判決不存在ノ場合(裁判權ノ欠缺及ヒ當事者ニ對スル呼出ノ欠缺 defectus jurisdictionis, defectus citationis ハ之ニ屬ストナセリ)、並ニ(ロ)實體上無効ナルコトカ顯著ナル判決 (nullitatis notoria)、相手方モ亦無効ナルコトヲ認ムル判決及ヒ、不能ノ給付ヲ命スル判決ハ無効ニシテ無効ノ抗辯ヲ以テ其無効ヲ主張スルヲ得ルモノトシ (Cesena, Ferraraノ市法等) 又當事者ノ一方カ無効判決ニ基キ執行セントスル場合ニハ、相手方ハ判決無効ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得此場合ニハ、強制執行ヲ管轄スル裁判所ニ於テ其抗辯ヲ裁判スヘキモノトシタリ (Skedl, ebenda S. 104 f. a. a. O.)。

(四) 要之、中世以太利ノ諸市法ニ於テハ、(イ) ゲルマン法ニ於ケル判決ノ形式的效力ヲ主義ト

スルロンゴバルダイノ上訴制度ニ基キ、而カモ判決カ實體上不當ナル場合ト無効ナル場合トヲ區別スル羅馬法ノ思想ニ從ヒ、所謂「判決無効ノ申立」(Nichtigkeitsbeschwerde)ナル制度ヲ認ムルニ至リタリト雖モ、其申立タルヤ判決ノ確定ヲ遮斷スルニ必要ナル上訴ニシテ移審ノ效力ヲ生シ且短キ申立期間内ニ提起スルコトヲ要シ、其期間ヲ經過スルトキハ所謂無効ノ判決モ亦確實ニ有効ノ判決トナレリ。從テ、諸市法ニ謂フ所ノ判決ノ無効(Nichtigkeit)ハ羅馬法ニ於ケルトハ大ニ異リ、單ニ不服申立ヲ以テ取消シ得ヘキコトヲ意義スルニ至レリ。約言セハ、所謂判決無効ノ申立ハ、不服ノ事由ヲ異ニスル上訴ニシテ、判決ノ確定ヲ遮斷スルモノタルニ過キス、羅馬法ニ於ケルカ如ク、判決カ存立セサルコト又ハ判決カ效力ヲ生セサルコトヲ確定スルノ手段ニハ非ラス。唯(ロ)諸市法ニ於テモ、狭キ範圍ニ於テハ、羅馬法ノ思想ニ基キ「判決無効ノ抗辯」(Exceptio nullitatis)ヲ認メ、依リテ判決カ存立セサルコト又ハ效力ヲ有セサルコトヲ主張スルコトヲ得ルモノトシタリ。但之ハ裁判權カ欠缺シ又ハ當事者カ存立セサルニ拘ハラス爲シタル判決、不能ノ給付ヲ命シタル判決其他無効ナルコトカ顯著ナル場合ニ限り然ルモノトナセリ。畢竟ゲルマン法ニ於ケル判決ノ形式的效力主義カ生スヘキ非條理ノ結果ヲ矯正セントスルニ出テタルモノナリ。

由是觀之、中世以太利ノ諸市法ハ判決ノ無効事由ヲ二種ニ區別スト云フヲ妨ケス。一ハ特別ノ不服申立方法ヲ以テ主張スルコトヲ要スル事由ニシテ、單ニ判決ノ確定ヲ遮斷スルニ止マリ、判決カ確定スルトキハ其判決ノ效力ヲ妨クルヲ得サルモノナリ、他ハ永遠ニ判決カ其效力ヲ生スルコトヲ妨クルモノナリ。

第二目 中世以太利ノ學說ニ於ケル判決ノ無効

Lib. Siedl, ebenda §§ 24-28, S. 111-172 n. a. O.

判決ノ不存在又ハ無効ニ關スル中世以太利ノ學說ハ、諸市法ノ規定トハ一致セス、然レトモ、獨逸普通法時代ノ學說ニ大ナル影響ヲ及ホシ、從テ現代ニモ影響アルカ故ニ、其一班ヲ叙スルノ要アリ。

I Glossatoren へ *sententia nulla* ヲ以テ非判決ナリトス。既ニ *Bulgarius* ハ、一切ノ法律上ノ要件ニ適合スル裁判官ノ裁判ニシテ、初メテ判決ト稱スルコトヲ得、故ニ其要件ニ缺ケタル場合ニハ判決アリト云フヲ得ストナシ (*Bulgarius, Ordo judiciorum* 1148)。*Placentin* 亦之ニ從フ (*Summa zum Codex*)。Azo へ *sententia nulla* ハ確定力ヲ生セス從テ繫屬スル訴訟ヲ終結スルコトナク (*Kommen-tar zum Codex ad I. 2 c. 7. 52*)。又執行力ヲ生セストナス (*Summa ad Codicem* 1557)。

Glossatoren ハ更ニ無効判決ニ對シテハ上訴 (*appellatio*) ノ必要ナキコトヲ説ク。以爲ラク上訴ハ違法ナルニセヨ、存在セル判決ニ對シテ爲スモノナリ、然カルニ *Sententia nulla* ハ存セサル判決ニシテ、法律上ノ重要ナラサルモノ (*rechtlich irrelevanten*) ト云フヲ妨ケスト。從テ *Bulgarius*

ハ上訴ノ必要ナク又上訴ヲ爲スコトヲ得サルモノナリトシ (Ordo iudicarius § 5) Azo 亦然ッ (Kommentar zum Codex ad I. 1 c. 7. 62 u. Summa Lib. VII rub.) Papiensis (Summa. cap. 27) 及 a Placentin (Summa. zum Codex Lid. VII tit. 64.) *sententia nulla* ニ對シテモ上訴ヲ提起スルコトヲ得サルニハ非ス、然レトモ其必要ナク又利益ナシトナス。

羅馬法ノ註釋家ハ或ハ無効判決ニ對スル上訴ヲ禁シ或ハ之ヲ不必要トナスコト前述ノ如シ。然レトモ註釋家ハ無効判決ノ爲メニ當事者カ不利ヲ蒙ルコトナキコトヲ主張ス。以爲ラク、無効判決ハ既判力及ヒ執行力ヲ生スルコトナシ故ニ(イ)原告カ敗訴シタルトキハ、該判決ニ拘ハラス新訴ヲ提起スレハ足レリ、被告ハ之ニ對シテ既判力ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ス。又(ロ)被告カ敗訴シタル場合ニハ該判決ノ執行ニ對シテ、判決無効ノ抗辯 (Exceptio nullitatis) ヲ爲セハ足レリトナセリ (Placentinus, Lib. VII tit. 60; Azo, Comment. ad I. 2 c. 7. 50; Summa Lib. VIII rub.)。

二十三世紀ノ中葉ニ至ルマテノ寺院法學者 (Kanonisten) ノ所説——モ亦註釋家ノ所説ト符合ス。v. Schulte (Ordo iudicarius p. 1. 11.) ハ以爲ラク、判決ハ條理及ヒ良俗 (naturae iurii, bonis moribus) ニ違反シタル場合ニハ當然無効ナリトシ、無効ノ判決ニ對シテハ上訴ノ必要ナシ、若モ當事者ノ一方カ無効ノ判決ヲ援用セントセハ相手方ハ、之ニ對シテ判決無効ノ抗辯ヲ爲スヘシトナス (Gross, Ordo iudicarius pars I cap. 19 § 9. Ricardus Anglicus, rub. De Exceptionibus)。

當時ノ學者ニシテ後世ノ訴訟學說ニ重大ナル影響ヲ及ホシタルハ Tancred ナリトナス。氏モ亦タ判決ノ無効ニ關スル羅馬法ノ思想ヲ認メ無効ノ判決ニ對シテハ上訴ノ必要ナシ。無効判決ハ既判力ヲ生セス又之ヲ執行スルコトヲ得ス。若シ何人カ無効判決ニ基キテ權利ヲ主張シ又ハ之ヲ行使セントスル場合ニハ、相手方ハ判決無効ノ抗辯ヲ爲セハ足レリトセリ (Tancred, Ordo iudicarius pars 4 tit. 2, tit. 3; Pars 2 tit. 5 § 1)。

三 諸市法ノ認ムル Nichtigkeitsbeschwerde ニ對スル當時ノ學者ノ解釋

以太利諸市ノ實際ニ於テ漸次認メラルルニ至リタル判決無効ノ申立 (Nichtigkeitsbeschwerde) ノ制度ハ、當時學者ノ注目ヲ引キ、從テ其學說ニ影響ヲ及ホスニ至レリ、夫レ「判決ノ無効ノ申立」ハゲルマン法上ノ判決ヲ形式的效力主義ニ基キテ認メラレタル制度ナルニ拘ハラス、(前述第一目(三)参照)、學說ニ於テハ判決ノ無効ニ關スル羅馬法ノ思想ヲ以テ之ヲ説明セントシタリ。即チ、當時ノ學說ハ判決無効ノ場合ニハ其判決ヲ爲シタル裁判所ニ更ニ同一ノ訴ヲ提起スルコトヲ認メタル羅馬法ノ法源 (C. quomodo et quando 7, 43 und 1. 46 c. de accusationibus et inscriptionibus 9,2) 並ニ特定ノ場合ニ限り判事カ自己ノ言渡シタル判決ヲ撤回スルヲ得ルコトヲ認メタル法源 (1. 6 § 9 Dig. 1. 18; 1. 6 c. 1, 54, et 1. 7 Dig. 4. 1.) ヲ根據トシ、判決無効ノ場合ニハ、其判決ニ爲シタル判事ニ於テ自ラ之ヲ撤回スルヲ得ルコトヲ認メ、一方ニ於テハゲルマン法ノ形式的效力ヲ認メツ、

他方ニ於テハ羅馬法ノ思想ニ基ク判決ノ無効ノ觀念ヲ串カントセリ。Hostiensisノ如キハ判決ハ之ヲ言渡シタル裁判所ニ於テ撤回スルヲ得サルヲ以テ原則トス(Unabänderlichkeit des Urtheils)。然レトモ、無効ノ裁判ハ此限ニ在ラス又受託判事カ爲シタル無効ノ判決ハ、囑託裁判所ニ於テ其ノ受託判事又ハ他ノ受託判事ヲシテ撤回セシムルコトヲ得トナセリ(Hostiensis, Apparatus (1271) ad c. 1x 2, 27)。

Durantisハ、有効ノ判決ハ之ヲ言渡シタル判事ニ於テ自ラ撤回スルコトヲ得スト雖モ、無効ノ判決ハ之ヲ撤回スルコトヲ得ルコトヲ以テ當然ナリトシ、有効ノ判決ニ對シテハ上訴ヲ以テ不服ヲ申立ツヘク(viam appellationis)無効ノ判決ニ對シテハ無効ノ申立(viam nullitatis)ヲ以テ不服ヲ申立ツヘク且無効ノ判決ヲ以テ裁判セラレタル權利ニ關シ新訴ヲ提起スルニ先チ無効ノ申立ヲ爲スコトヲ要スルモノトナセリ。加之、氏ハ更ニ右無効ノ申立ハ無効判決ヲ爲シタル裁判所ニ起スコトヲ得ルノミナラス上級裁判所ニモ起スコトヲ得ルモノトナス(Durantis, Speculum iudiciale Lib. VI part. II rub. De appellationibus § 1. Nr. 11; Lib. II part. III rub. De sententia etc. § 8. Nr. 25 et 30)。

約言セハ Durantisハ、羅馬法ノ見地ヨリ出發シツ、當時諸市法ニ於テ認ムルニ至リタル Nichtigkeitsbeschwerdeヲ解釋セントスルノ結果、漸次之ヲ日耳曼化シタルモノト云フヘキナリ。——斯クノ如ク無効ノ判決ト雖モ、無効ノ申立ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ要スト爲ス場合ニハ必然ノ結果セリ。

トシテ當事者カ無効ノ申立ヲ爲サザリシ場合ニハ其無効ハ補正セラルルモノト見サルヘカラス。故ニ Hatensis (Summa Lib. II rub. De mulcta. Nr. 4) Durantis (Speculum Lib. II part. III rub. De sententia)ノ如キモ、補正シ得サル無効ト補正シ得ル無効トノ區別ヲ認メ、前者ニ關シテハ上訴ヲ必要トセスト云フ原則ヲ認メタルモ、後者ニ關シテハ無効ノ申立ナキトキハ補正セラルルモノナリトセリ。

四 第十四世紀ヨリ第十七世紀ノ中葉ニ至ル學說ニ於ケル判決ノ無効

此時代ノ學說ニ於テモ、ゲルマン法ノ思想ニ基キテ認メラレタル Nichtigkeitsbeschwerdeヲ羅馬法ノ思想ニ依リテ説明セントスル傾向ハ、依然トシテ存シタリ。即チ當時ノ學說ニ於テハ、

(イ) Nichtigkeitsbeschwerdeヲ以テ remedium nullitatis 即無効ヲ理由トスル不服申立ニシテ、上訴ニ對當スヘキモノトナシ、且他ノ上訴手段ニ依ルコトヲ得ルト否トヲ問ハス起スコトヲ得ルモノナリトス。而シテ、此ノ制度ノ根據ニ付キテハ異論ナキニ非スト雖モ、當時ノ通說ニ依レハ、

ius naturaleニ基クモノナリト解シタリ(Vantius, Cap. I. Nr. 12; Alimannus, Rub. I qu. 12 Nr. 17)。Giphaniusノ如キハ、無効ノ判決即チ存在セサル判決ニ對シテ不服ヲ申立ツト云フカ如キハ本來無意義ナリト雖モ實際ノ便宜ニ基キ Nichtigkeitsbeschwerdeヲ認メタルモノトナセリ(Giphanius, Tract. II cap. 12.)。

(ロ) 無効ハ何レノ裁判所ノ判決タルト又訴訟物ノ種類如何ヲ問ハス、苟クモ無効判決ヲ破毀スルニ付キ利益ヲ有スル者ハ當事者タルト第三者タルトヲ問ハス、判決無効ノ申立ヲ爲スコトヲ得且無効ノ申立ナキトハ、無効判決ト雖モ尙ホ確定力ヲ生ストナセリ。更ニ

(ハ) 無効申立ノ方法 トシテ三方法ヲ認ム。主タル申立トシテ無効ヲ主張スル場合 (principali) 先決問題トシテ之ヲ主張スル場合 (incidenti) 及ヒ抗辯トシテ無効ヲ主張スル場合之レナリ。(a) 主タル申立トシテ主張スル場合ニ於テハ、無効ノ主張ハ或ハ獨立のニナスコトヲ得。或ハ上訴ニ豫備的ニ併合シテ爲スコトヲ得。即チ第一位ノ申立トシテ判決ヲ無効トスル宣言ヲ求メ、其申立棄却ノ場合ノ爲メニ、判決カ實質上不當ナルコトヲ理由トスル上訴ヲ爲スヘシトナスナリ (Bartolus, Comment. ad L. 19 Dig. 49, 1 Nr. 4; Baldus, Comment. ad L. 1 c. 7. 64 Nr. 13)。(b) 先決問題トシテ無効ヲ主張スル場合ハ或ハ、上訴ヲ起スニ當タリテ先決問題トシテ判決ノ無効ヲ主張シ (Bartolus, Comment. ad L. 1. c. 7. 64 Nr. 9) 或ハ無効判決ヲ以テ裁判セラレタル權利ニ付キ新訴ヲ提起シ、其訴ニ於テ先決問題トシテ判決ノ無効ヲ主張スルニ在リ (Bartolus, Comment. ad L. 19 Dig. 49, 1 Nr. 12; Vantius, Cap. 6 Nr. 17; Alimarus, Rub. I qu. 33—37; Giphanius, Tract. II cap. 12)。(c) 抗辯トシテ無効ヲ主張スル方法ハ、或ハ強制執行ノ請求ニ對シテ判決無効ノ抗辯ヲ爲シ (Alimarus Rub. I qu. 3 Nr. 8) 或ハ既判力ノ抗辯ニ對スル再抗辯トシテ判決ノ無効ヲ主張スルニ在リ

(Scaccia, Qu. XIX rem I concl. 3 Nr. 20)。(d) 又當時ノ學說ニ於テハ

(ニ) 無効ノ事由 ト判決カ違法ナルニ止マル事由トノ區別ヲ明ニスルニカメ、殊ニ Tancredノ如キハ、無効事由ヲ七種ニ區別セリ (Tancred, Pars 2 tit. 5 § 1; Pars 4 tit. 1 § 3—6. tit. 2)。(即チ左ノ如シ)。

(a) 裁判權ノ欠缺 (defectus jurisdictiones)。(b) 而シテ通常裁判所ニ關シテハ、(a) 判事トシテ任命セラレタルコトナキ者カ裁判シタル場合又ハ (b) 訴訟物ニ付キ管轄權ナキニ拘ハラス裁判シタル場合ニハ無効ナリトシ、又受託判事ニ付キラハ右事由ノ外、更ニ囑託裁判所カ囑託ヲ爲ス權限ナキトキ、受託判事カ之ヲ受クヘキ資格ナキトキ。及ヒ適法ナル囑託ナカリシトキハ、受託判事ノ裁判ハ無効ナリトナス。

(b) 當事者能力及ヒ訴訟能力ノ欠缺 (defectus litigatorum)

(c) 代理權ノ欠缺 (defectus comparientium alieno nomine)

(d) 呼出ノ欠缺 (defectus legitimae citationis) 呼出ナキトキ、適法ナル呼出ナキトキ、判事カ判決ヲ爲スニ當リ呼出アリタルコトヲ知ラザリシトキ、呼出サレタル者カ正當ナル事由ニ基キ出席スルコト能ハス且判事カ之ヲ知リタルトキハ呼出ノ欠缺アルモノトナス。

(e) 訴訟手續ノ欠缺 (defectus processus) 例ハ訴訟ヲ作成セス、應訴ナキトキ、期日ヲ遵守

セザリシ場合ニ於テハ、重要ナル訴訟手續ノ違背アリトナス。

(f) 判決ノ方式ノ欠缺 (defectus sollemnitatis formae sententiae)。即チ(a) 判決言渡ノ方式ニ從ヒテ言渡ササルトキ、(b)當事者カ在廷セサル場合ニ言渡サレタルトキ、及ヒ

(g) 判決ノ内容カ法律ニ違背スルトキ、即判決ノ内容カ法律ニ違背スルトキ (contra jus, contra constitutionis) 確定判決ニ牴觸スルトキ、計算上判然タル誤謬アルトキ、請求ト符合セサルトキ、訴訟ノ全部ヲ終結セサルトキ、本案ニ對スル判断ナキトキ、不分明又ハ自家撞着ナルトキ、不能ノ給付ヲ命シタルトキ、請求ヲモ棄却セス又給付ヲモ命セサルトキ、給付スル分量ヲ定メサルトキ、收賄シタル判事カ爲シタル判決ナルトキハ、内容ノ違法ノ爲メ無効ナルモノトセリ。尙ホ強制執行カ判決ノ趣旨ニ反シテ執行セラレ又ハ判決カ確定セサル間ニ爲サルルトキハ、其執行ハ無効ナルヘキモノトシタリ。

五 要之、中世ノ以太利學說ニ於テハ、初メハ(1)羅馬法ノ思想ヲ維持シ、「無効判決ニ對シテハ上訴ノ必要ナシ」ト云フ原則ヲ認メタルモ、(2)諸市法ニ於テ上訴ノ形式ニ依ル無効ノ申立ヲ認メタル後ハ、羅馬法ニ依リテ之ヲ解釋セントスルニ力メ、先ツ(イ)無効判決ヲ爲シタル判事ニ於テ自ラ之ヲ撤回シ得ルコトヲ認メ、從テ無効ノ申立ハ、無効判決ヲ爲シタル裁判所ニ三十年内(換言セハ無効判決ヲ以テ裁判セラレタル權利ノ消滅時効ノ時間内)ニ起スヘキモノト爲シタリ。然レトモ

(ロ)後ニハ更ニ諸市法ノ規定ニ促サレ、無効ノ申立ハ管轄上級裁判所ニ爲スコトヲ得ルモノナリトナシ、且(ハ)無効申立ノ必要從テ無効判決ノ確定力ヲ認ムルニ至リ遂ニゲルマン法ノ思想ニ轉化シタルモノト云フヲ妨ケス。尤モ此時代ニ於テモ仍ホ無効判決ヲ爲シタル裁判所ニ權利ノ消滅時効期間中、不服ノ申立ヲ爲スヲ得ルコトヲ認メタリ。加之(3)此時代ニ於テモ判決無効ノ申立 (Nichtigkeitsbeschwerde) ノ外、尙判決無効ノ抗辯 (Exceptio nullitatis) ヲ認メ、不服申立ニ依ルコトヲ要セストシ、此ノ範圍ニ於テハ依然羅馬法ノ思想ニ依ル判決ノ無効ヲ認メタリ。

第四項 獨逸普通法及ヒ各州法ニ於ケル判決ノ無効

一 中世以太利ノ諸市法並ニ學說ニ於テ發達シタル訴訟制度ハ、獨逸ニ受繼セラレ、普通法ヲ成シタリ。唯以太利ノ諸市法ノ認メタル判決無効ノ申立 (Nichtigkeitsbeschwerde) ハ、不服事由ヲ異ニスル上訴ニシテ、判決ノ確定ヲ遮斷スルモノタルニ過キス寧ロゲルマン法ノ思想ニ基クモノタリ。反之、諸市法ノ認メタル判決無効ノ抗辯 (exceptio nullitatis) ハ、判決カ存在セサルコト又ハ效力ヲ生セサルコトヲ主張スルモノニシテ羅馬ノ思想ニ基クモノタリ。等シク、判決ノ無効ト云フモ、其意義ハ互ニ相異レリ。又當時ノ學說ニ於テモ、一方ニ於テハ判決ノ無効ニ關スル羅馬法ノ思想ニ從テ「上訴ヲ必要トセス」ト云フ思想ヨリ出發シテ、終ニゲルマン法ノ思想ニ基ク Nichtigkeitsbeschwerde ヲ認ムルニ至レルニ拘ハラズ、尙ホ無効判決ヲ爲シタル裁判所ニ三十年間其撤回ヲ求ムルヲ得ルコ

トヲ認ムルノミナラス尙ホ判決無効ノ抗辯ヲ認メタルコトハ前述ノ如シ。

獨逸普通法ハ斯ル状態ニ於ケル法制位ヒニ學說ヲ受繼シタルモノナルカ故ニ受繼後ニ於テモ判決無効ノ問題ニ關シ異論ヲ絶タス。故ニ(1)千五百二十一年ノ Kammergerichtsordnung ヲ以テ、「判決ニ對シテ上訴ヲ爲ス場合ニハ同時ニ判決無効ノ申立(Nichtigkeitsbeschwerde)ヲ爲スコトヲ得。上訴ヲ提起セザリシ場合ニ限り、判決無効ノ時ヨリ三十年間、判決無効ノ申立(Nichtigkeitsbeschwerde)ヲ爲スコトヲ得」トナシ、千五百五十五年ノ Kammergerichtsordnung (Theil III tit. XXXIV § 1)ニ於テモ亦之ヲ認メタリ。千六百五十四年ノ Jüngster Reichsabschied ハ、判決無効ノ申立ト上訴トノ關係殊ニ無効ノ申立ハ上訴期間ニ拘ハラス三十年間申立ツルコトヲ得ルヤ否ヤニ關スル爭論ヲ決セントシ、第二百一十一條ニ於テ「……無効判決ニ對スル不服申立、違法判決ニ對スル上訴共ニ上訴期間内ニ提起スヘク、期間内ニ提起セザルトキハ懈怠ノ制裁ヲ受クヘキモノトシ、尙ホ Kammer-Gerichtニ於テモ此ノ規定ヲ確守スヘキコト」ヲ定メタリ。但同第二百一十二條ニ於テ、「補正シ得サル無効、即チ判事、當事者又ハ重要ナル訴訟手續ニ關スル欠缺ニシテ、補正シ得ヘカラサルモノニ付キテハ普通法ノ定ムル所ニ依ル」ト規定シ、補正シ得サル無効ハ、上訴期間内ニ主張スルコトヲ要セザル旨ヲ明ニシタリ。即無効判決ヲ以テ裁判セラレタル權利ノ消滅時効期間中其無効ヲ主張スルコトヲ得セシメントスルモノタリ。

尤モ、(2)普通法時代ノ學說ニ於テハ、Nichtigkeitsbeschwerde ヲ以テ主張スヘシトスル無効(補正シ得ヘキモノ及ヒ所謂補正シ得ヘカラサル無効)ノ外、尙ホ無効ノ抗辯又ハ再抗辯 (exceptio od. replicatio nullitatis) ヲ以テ主張シ得ル判決ノ無効ヲ認ム。即チ Linde ハ謂ヘラク「元來判決ナキトキ又ハ判決カ請求ヲ棄却セス又給付ヲ命セザルトキ、判決ノ内容カ不分明ナルトキ、不能若クハ許スヘカラサル事項ヲ命スルトキ約言セハ判決カ執行シ得ヘキモノニアラザルトキハ、所謂補正シ得ヘカラサル欠缺ニ比シ事態更ニ重大ナルカ故ニ、Nichtigkeitsbeschwerde ヲ以テ之ヲ主張スルコトヲ要セス。故ニ、若シ何人カ斯ル無効ノ判決換言セハ法律生活上ノ怪物 (juristischen Unding) ヲ援用セントスル者アル場合ニハ、判事ハ其者ニ對シテ其請求ノ基本トナスモノカ法律生活上ノ怪物ニシテ無意義ナルコトヲ注意スレハ、其ヨリ生スヘキ一切ノ不利益ヲ防止スルニ足レリ」トナセリ (Linde, Lehre von Rechtsmitteln 1840 S. 264 S. 548 ff.; Schmid, Handbuch des gemeinen deutschen Zivilprocesses Bd. III (1845) S. 527)。

尙ホ判決ノ無効ノ主張、即 *judicatum non esse* (有效ナル確定判決存セス)ノ主張ハ訴又ハ抗辯ヲ以テ爲スコトハ、普通時代ノ通説ノ認ムル所ナリ (Bayer, Vorträge über den deutschen gemeinen ordentlichen Zivilprocess 9. Aufl. (1865) S. 1095; Osterloh, Lehrb. des gemeinen ordentlichen Zivilprocesses Bd. II (1858) S. 248; Renaud, Lehrb. des gemeinen deut. Zivilprocessrechts 2. Aufl. (1873) S. 592 ff. Wetzell, System des ordentlichen Zivilprocesses 3. Aufl. (1878)

S. 784)。

要之、獨逸普通法ニ於テモ、以太利ニ於ケルト等シク、一方ニ於テハ(イ)ゲルマン法ノ思想ニ基ク Nichtigkeitsbeschwerde ヲ以テ主張スルコトヲ要スル判決ノ無効ヲ認ムルト同時ニ、他方ニ於テハ(ロ)羅馬法ノ思想ニ從ヒ、抗辯又ハ再抗辯 (exceptio od. replicatio nullitatis) ヲ以テ主張スルコトヲ得ル判決ノ無効ヲ認ムルモノト云ハサルヘカラス。而シテ前者ハ、名ハ無効ト稱スルモ、實ハ上訴期間内又ハ消滅時効期間内ニ主張シ得ヘキ取消事由ニ過キササルニ反シ、後者ハ眞ニ判決力存在セサルコト又ハ效力ヲ存セサルコトヲ主張スルモノタリ。

二 獨逸各州法ニ於テモ、亦タ上訴期間又ハ裁判セラレタル權利ノ消滅時効期間内ニ、Nichtigkeitsbeschwerde ヲ以テ主張スルコトヲ得ル無効ヲ認ムルト雖モ、他方ニ於テハ尙 exceptio nullitatis ヲ以テ主張スルコトノ眞正ノ無効ヲ認ムル^{【註】}、或ハ明文ヲ以テ之ヲ認ムルアリ (Württemberg gemein Landrecht (1567) Theil I rub. von Execution etc. rub. von Nichtigkeit der Vertheilen etc, Württemberg erneuert gemein Landrecht (1610) Theil I tit. 67, 68, 55, 56; Landrecht von Baden-Baden (1588) Theil I tit. 41 § 11, 12, tit. 39 § 4, tit. 40; Jülich Bergisch Rechts-Ordnung u. Reformation (1564) cap. 34, 65; Wornser Reformation (1498) Buch III Theil 26 tit. 11. Theil 3 tit. 26) 或ハ明文ヲ缺クモ學說及ヒ實際ニ於テ之ヲ認ムルアリ、例ハ普魯^{【註】} allgemeine Gerichtsordnung ニハ判決無効ノ抗辯

(exceptio nullitatis) ヲ認ムル明文ナシ。然レトモ學說ニ於テハ、方式ニ從ハサル判決力不存在ナルコトハ勿論、請求ヲモ棄却セス又給付ヲモ命セサル判決ノ如キハ、無効ナルカ故ニ、訴又ハ抗辯ヲ以テ其無効ヲ主張シ得ルモノトナセリ (Koch Der Preussische Zivilprozess, 2 Aufl. (1853) § 363)。

【註】各州法ニ於ケル制度ノ詳細ニ付テハ vgl. Stedl, Nichtigkeitsbeschwerde S. 178 Anm. 1

第五項 結論(沿革大觀)

上來ノ所述ヲ要約スルニ、(1)羅馬法ニ於テハ、判決ノ不存在及ヒ無効ヲ認め、且之ヲ主張スルニハ上訴ヲ必要トセス。訴又ハ抗辯若クハ再抗辯 (exceptio od. replicatio nullitatis) ヲ以テ、永久ニ主張シ得ルモノト爲セリ。反之(2)ゲルマン固有法ニ於テハ、判決ヲ爲スハ同時ニ立法スルモノニシテ判決ハ法律タル效力ヲ有シタルカ故ニ、獨リ無効ノ主張ヲ許ササルノミナラス、違法ナリトスル不服申立(上訴)ヲモ許サス。(3)ロンゴバルダイ法ニ至リテハ、羅馬法ノ觀念ヲ酌ミ、判決ニ對スル不服申立(上訴)ヲ許シタリト雖モ、判決ノ違法ヲ主張スルト不存在又ハ無効ヲ主張スルトヲ區別スルコトナシ。(4)中世以太利ノ諸市法ニ於テハ(イ)ロンゴバルダイ法ノ上訴制度ニ基キ、一方ニ於テハ判決無効ノ主張モ亦上訴ノ形式ニ依ツテ爲スヘキモノトシ且通常ノ上訴期間ニ比シ長キ期間内之ヲ爲スコトヲ得ルモノトシタリ(判決無効ノ申立 Nichtigkeitsbeschwerde) 然レトモ後ニハ通常ノ上

訴期間内ニ限キリ爲スコトヲ得ルモノトナスニ至リ、所謂判決無効ノ申立ハ、其實別ノ事由ニ基クテ上訴タルニ過キサルニ至レリ。然レトモ(ロ)他ノ一方ニ於テハ、羅馬法ノ思想ニ基クテ判決ノ不存在又ハ真正ノ無効ヲ認メ、且ツ其ハ上訴ニ依ルコトヲ要セス判決無効ノ抗辯又ハ再抗辯(*exceptio nullitatis*)ヲ以テ主張スルコトヲ得ルモノトシタリ。(3)獨逸普通法及ヒ各州法ニ於テモ、以太利諸市法ニ於ケルト大體ニ於テ異ナルコトナシ。普通法ハ(イ)無効事由ニ付キ、補正シ得ルモノト補正シ得サルモノトヲ區別シタリト雖モ、所謂補正シ得サル無効ハ上訴期間内ノミナラス、裁判セラレタル權利ノ消滅時効ノ期間内主張シ得ル不服申立ノ理由タルニ過キス。然レトモ(ロ)普通法ハ、尙ホ羅馬法ノ思想ニ依リ、抗辯又ハ再抗辯(*exceptio oder replicatio nullitatis*)ヲ以テ判決ノ無効ヲ主張シ得ルコトヲ認ム。此ノ抗辯又ハ再抗辯ハ、判決力存在セサルコト即非判決ナルコト又ハ判決力其效力ヲ生セサルコトヲ主張スルモノタリ。

第二款 現行法ノ解釋

總說

一 我民事訴訟法ハ、獨逸民事訴訟法ニ於ケルト等シク、上訴及ヒ再審ノ規定ニ依リテ、中世以太利ノ諸市法及ヒ獨逸普通法ヲ經テ發達シタル *Nichtigkeitsbeschwerde* (判決無効ノ申立)ノ制度ヲ認

メタリ。蓋シ、中世以太利諸市法ニ於テモ、其末葉ニ至リテハ「判決無効ノ申立」ハ、或ハ上訴ト併合シテ爲スコトヲ得又上訴アリタリトキハ當然無効ノ申立アリタルモノトナシ、或ハ又獨立シテ爲スコトヲ得ルモノトナセリ。獨逸普通法ニ於テモ判決無効ノ申立ハ上訴ト共ニ爲スコトヲ得、然レトモ上訴ヲ以テ主張セザリシ場合ニハ、三十年間此ノ申立ヲ爲スコトヲ得ルモノトシタルハ前述ノ如シ。我現行法ノ規定ニ依ルニ、「判決裁判所ノ構成カ法律ノ規定ニ反スルコト」、「除斥又ハ有效ニ忌避セラレタル刑事裁判ニ參與シタルコト」、及ヒ「當事者カ法律ノ規定ニ從ヒ代表セラレザリシコト」ハ(イ)上訴ヲ以テ主張スルコトヲ得(四三六條一號乃至五號、及ヒ四六八條二項參照)。然レトモ(ロ)上訴ヲ以テ之ヲ主張セス且ツ主張スルコトヲ得ザリシ場合ニハ、尙ホ原告又ハ被告カ右欠缺アリタルコトヲ知リタル日ヨリ起算シテ一ヶ月間(但判決確定ノ日ヨリ五ヶ年内ニ限ル)ハ、獨立ノ訴即取消ノ訴ヲ以テ之ヲ主張スルコトヲ得ルモノトシタリ。畢竟中世以太利以來ノ *Nichtigkeitsbeschwerde* ノ制度ヲ認ムルモノニ外ナラス。——獨逸訴訟法ノ如キハ取消ノ訴ト云ハス、*Nichtigkeitsklage* (無効ノ訴)ト稱シテ、名稱ノ上ニ於テモ *Nichtigkeitsbeschwerde* ノ發達シタルモノナルコトヲ示セリ。加之(2)取消ノ訴ハ、不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所 (*index a quo*) ニ爲スヘキモノトシ(四七二條獨訴五八四條)、從テ該裁判所ニ於テ自己ノ爲シタル確定判決ヲ撤回シ得ルコトヲ認ムルハ(四七九條、獨訴五九〇條)、中世以太利ノ學者カ、*ゲルマン法*ノ精神ニ基ク *Nichtig-*

keitsbeschwerde ヲ、羅馬法ノ思想ニ依リテ説明セントシ、已ムナク、自己ノ言渡シタル判決ノ撤回 (Abänderlichkeit) ヲ認メタル羅馬法ノ法源ヲ援用シタルト其軌ヲ一ニスルモノニシテ (前述第一款第二項第一目二ノ(三)參照) 取消ノ訴カ Nichtigkeitsbeschwerde ノ遺制タルコトヲ示ス一證左ナリト云フヲ妨ケス。

此如ク、我民事訴訟法ノ認ムル取消ノ訴ハ、Nichtigkeitsbeschwerde ノ遺制タルカ故ニ、再審ノ訴殊ニ取消ノ訴ノ事由タルヘキ欠缺ハ、假令羅馬法ニ於テハ判決ノ無効ヲ來タシタリシ事由タルモノト雖モ、我訴訟法ニ於テハ判決ノ無効ヲ來タスコトナシ。再審期間カ經過シタル場合ニハ、斯ル欠缺ハ補正セラレ、判決ハ依然トシテ其確定力ヲ保持スルモノト解セサルヘカラス。

二 然レトモ、此ノ問題ト明ニ區別スルコトヲ要スルハ非判決從テ非裁判ナル觀念ヲ認ムヘキヤノ問題及ヒ判決從テ裁判ノ無効ヲ主張スル抗辯及ヒ再抗辯 (exceptio od. replicatio nullitatis) ヲ認ムヘキヤ、又之ヲ認ムヘシトセハ其事由如何ノ問題ナリ。——中世伊太利諸市法、獨逸普通法及ヒ各州法ニ於テモ、一方ニ於テハ Nichtigkeitsbeschwerde ヲ認ムルト同時ニ、他方ニ於テハ exceptio nullitatis ヲ認メタルコトハ前款所述ノ如シ。我現行訴訟法ノ下ニ於テモ、再審ノ訴及ヒ再審的抗告 (四六八條乃至四六九條及ヒ四六六條三項) ノ外、尙ホ裁判無効ノ抗辯ヲ認ムヘキヤ。是レ以下ニ於テ研究セントスル所ナリ。

第一項 非裁判 (Nicht-Entscheidungen)

Literatur: Planck, Lehrbuch des deut. Civilprocessrechts Bd. II S. 566; Gaup-Stein, I vor § 573 C. P. O.; Seuffert, vor § 541 C. P. O.; Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe Bd. I S. 47 f.; Nusbaum, Die Processhandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse S. 14; Skedl, in Grünhut Bd. 14 S. 99; Hellwig, System des deut. Civilprocessrechts Bd. I S. 555 f.—Wach, in Rheinische Ztschr. Jahrg. III S. 895 f. a.a.O.

一 非裁判 (Nicht-Entscheidungen) トハ裁判タル法律要件 (Thatbestand) ヲ具備セサルモノヲ云フ。非判決トハ、判決タル要件ヲ缺クモノヲ云ヒ、非決定トハ決定タル要件ヲ缺クモノヲ云フ。非命令、非處分亦同シ。

然ラハ裁判ト非裁判トヲ區別スヘキ標準換言セハ裁判タル法律要件 (Thatbestand) 如何。

(一) 判決タル要件

裁判タル法律要件ニ關スル學者ノ見解ニ小異アルヲ免レス。然レトモ受訴裁判所カ、當事者間ノ訴訟事件ヲ解決スルノ目的ヲ以テ法定ノ方式ニ從ヒ爲シタル意思表現タルコトヲ要スルモノト云ハサルヘカラス。即チ

(1) 裁判所ノ意志表現タルコトヲ要ス故ニ非裁判所 (Nicht-Gericht) ノ意志表現ハ判決ニ非ラス。但裁判所カ法律ノ規定ニ從ヒ構成セラレス若シ又徐斥セラレ若クハ忌避ヲ理由アリトスル裁判ヲ受ケタル判事ニ依リテ組織セラルルモ未タ非裁判所ト云フヲ得ス (四六八條一號乃至三號反對解釋)。

非裁判所ト云フニハ、判事トシテ任命セラレタルコト無キ者(即非判事)又ハ斯ル者ノミニ依リテ組織セラレタル官廳タルコトヲ要ス。是レ苟モ判事トシテ任命セラレタル者ハ、假令法律上當然其職務ノ執行ヨリ除外セラレルモ、猶判事タルコトヲ妨ケス、從テ斯ル判事ヲ以テ組織シタル裁判所ハ猶裁判所タルコトヲ失ハサルカ故ナリ(四六八條一號、二號反對解釋)。私人ノ爲シタル判決、警察官廳ノ爲シタル判決ノ如キカ非判決タルヤ固ヨリ論ナシ。司法官試補ノ爲シタル判決亦同シ。學說ニ於テモ非裁判所又ハ非判事ノ爲シタル判決ト稱スルモノカ、非判決ナルコトハ之ヲ認メサルモノナシ(Planck, ebenda; Skedl, ebenda; Gaup-Stein, ebenda; Oetker, ebenda; Nussbaum, ebenda; Hellwig, ebenda; u. Wach, ebenda)。

(2) 受訴裁判所ノ意思表示タルコトヲ要ス。當該ノ訴訟事件カ繫屬スル裁判所ニ非サレハ、其ノ事件ニ關スル判決ヲ爲スコトヲ得ス。故ニ事件ノ繫屬セサル裁判所カ該事件ニ付キ爲シタル判決ナルモノハ非判決ナリト云ハサルヘカラス。此ノコトハ、第四六八條第一號ニ判決裁判所ト規定スルヨリシテ間接ニ知ルコトヲ得。判決裁判所ノ爲シタル判決ハ、假令ヒ法律ノ規定ニ依リテ構成セサル裁判所カ爲シタル場合ニ於テモ非判決ニハアラス。然レトモ判決裁判所ニ非ル裁判所即受訴裁判所ニ非ル裁判所カ爲シタル判決ト稱スルモノハ非判決ト解スヘキカ故ナリ。——事件カ適法ニ繫屬シタルヤ否ヤ(即訴カ適法ナルカ否ヤ)、管轄違ニ非ルヤ否ヤハ、判決タル要件ニ關セス。(Wach, ebenda)

S. 397 a. a. O.)。

(3) 受訴裁判所カ恰モ當該事件ニ對シテ爲シタル意思表示タルコトヲ要ス。是レ、裁判所カ他ノ事件ニ對スル判決ヲ此ノ事件ニ對シテ爲シ又ハ此ノ事件ニ對スル判決ヲ他ノ事件ニ對シテ爲スト云フカ如キ場合ニハ、當該ノ事件ニ對スル意思ノ表現ナキカ故ナリ。從テ斯ル場合ニハ二個ノ非判決アルモノニシテ、非判決ハ訴訟ヲ終了スルコトナキカ故ニ、裁判所ハ特ニ之ヲ撤回スルコトヲ要セスシテ、更ニ當該事件ニ對スル判決ヲ爲スコトヲ得ルモノト解セサルヘカラス (vgl. Wach, ebenda S. 398 a. a. O.)。或ハ、斯ル場合ニハ判決ノ更正ニ關スル規定(二四一條)ヲ準用セントスル說ナキニ非ス(Düringer, in Deutsche Juristen Zeitung 1911 S. 39)°。然レトモ、判決更正ノ場合ニ於ケル「著シキ誤謬」ト云フハ、表示ノ錯誤ヲ云フモノタリ。然カルニ問題ノ場合ニ於テハ、當該事件ニ對シテ裁判ヲ爲スノ意思ハ全然欠缺ス、表示ノ誤謬ニ非ルヤ論ヲ俟タス。故ニ此見解ハ誤マレリ。

(4) 受訴裁判所カ當事者間ノ事件ヲ解決スル意思ヲ表現シタルモノナルコトヲ要ス。事件カ訴訟上ノ争點ニ關スルト本案ニ關スルトハ問フコトナシ、然レトモ事件ヲ解決スル意思ノ表現セラレタルモノニ非サレハ、判決ト云フヲ得ス。(Planck, Stein, Oetker (S. 482), Skedl, Wrch, ebenda S. 398) 【註】。故ニ、「當事者ハ自ら満足シタルヘシ」ト云ヒ若クハ「事件ハ解決シタルヘシ」ト云フカ如キハ、非判決ナリト云ハサルヘカラス。

【註一】 Hellwig ハ、外見上判決ヲランコトヲ欲シ又其内容ニ依リ判決ヨリ得ルモノニ非サレハ、判決タルコトヲ得ストナス (Hellwig, System des deut. Civilprozessrechts Bd. I S. 555) 蓋シ當事者間ノ事件ヲ解決セントスル意思ヲ以テ爲シタルモノナ
ルコトヲ客觀的ニ認ムルヲ得ルヲ以テ判決タル要件トナスモノノ如シ然レトモ漠然タルニ失スト云フヘシ。

(5) 法定ノ方式ニ依リテ爲サレタル意思表現タルコトヲ要ス。裁判所ノ意思ハ表現セラレタルコトヲ要ス。而シテ其表現ハ要式行爲ナルカ故ニ(二三四條)方式カ欠缺セル場合ニハ、意思ノ表現無ク、從テ判決ハ存スルコトナシ(Stein, Nussbaum, Oetker, Wach, a. a. O.)。

(二) 判決以外ノ裁判タル要件

判決以外ノ裁判タル要件カ何タルヤハ、判決ニツキ述ヘタル所ヨリ推知スルコトヲ得。

(1) 決定タル要件 決定タルニハ申請ヲ受ケタル裁判所又ハ事件ノ繫屬スル裁判所カ、其申請又ハ事件ニ對シテ爲ス目的ヲ以テ、法定ノ方式ニ從ヒ爲シタル意思表現タルコトヲ要ス。即チ(イ)非裁判所ノ爲シタル決定ナルモノハ決定ニ非ス。又(ロ)申請ニ基キテ決定ヲ爲ス場合ニハ、當該申請ヲ受ケタル裁判所以外ノ裁判所カ爲シタル決定ハ等シク非決定ナリ。職權ヲ以テ決定ヲ爲シ得ル場合ニ於テ、其決定ヲ爲スヘキ事件ノ繫屬セサル裁判所カ爲シタル決定亦タ同シ。(ハ)裁判所カ當該ノ申請又ハ當該ノ事件ニ對シテ爲シタル決定タルコトヲ要スルヤ固ヨリ論ナシ。(ニ)決定モ亦タ裁判所カ當該ノ申請又ハ事件ニ關シ、或ハ訴訟指揮ノ目的ヲ以テ爲スト或ハ之ヲ解決スルノ目的ヲ以テ爲ストヲ問ハス、其申請又ハ事件ニ對シテ爲ス意思ヲ以テ爲シタルモノニシテ、且其ノコトハ決定其

自體ニ於テ表現セラレタルコトヲ要ス。更ニ(ホ)決定ノ方式ニヨリテ爲サレタル意思表現ナルコトヲ要ス。訴訟法ノ規定ニ依レハ、口頭辯論ニ基キテ爲ス決定ハ之ヲ言渡スコトヲ要シ、又口頭辯論ヲ經スシテ爲ス決定ハ之ヲ當事者ニ送達スルコトヲ要ス(二四五條)。故ニ言渡ヲ必要トスル場合ニ於テ言渡ヲ欠キ又ハ送達ヲ必要トスル場合ニ於テ適法ナル送達ナキトキハ決定存在スルコトナシ【註二】。

【註二】 口頭辯論ヲ經スシテ決定ヲ爲ス場合ニ關シ學說ニハ或ハ裁判所カ決定書ヲ書記ニ交付シタルトキ或ハ又書記カ決定書ヲ送達機關ニ交付シタルトキヲ以テ決定ハ成立スト爲スモノアリ(Planck, Lehrbuch des deut. Civilprozessrechts Bd. I S. 470)然レトモ此等ノ見解ハ誤マレリ。當事者ニ送達スルコトカ決定成立ノ方式ナルカ故ニ、決定ハ當事者ニ送達セラレタルトキヲ以テ初メテ成立ス。送達ナキ間ハ決定ハ未タ存スルコトナシ vlg. Hellwig, System Bd. I S. 509 a. a. O.)

(2) 命令タル要件 命令タルニハ申請ヲ受ケタル裁判長、受命判事若クハ事件ノ繫屬スル裁判長受命判事又ハ囑託ヲ受ケタル受託判事カ其申請若クハ事件又ハ囑託セラレタル事項ニ對シテ爲ス目的ヲ以テ、法定ノ方式ニ從ヒ爲シタル意思表現タルコトヲ要ス。

(3) 處分タル要件 書記ノ處分タルニハ申請ヲ受ケ又ハ書面ヲ受理シ若クハ口頭陳述ヲ聽取リタル書記カ、其申請又ハ其書面若クハ其口頭陳述ニ關シテ爲ス目的ヲ以テ法定ノ方式ニ從ヒ爲シタル意思表現タルコトヲ要ス。又執達吏ノ執行處分タルニハ執行委任ヲ受ケタル執達吏カ、委任ヲ受ケタル執行事件ノ爲メニ執行スル意思ヲ以テ、法定ノ方式ニ從ヒ爲シタル意思表現タルコトヲ要ス。要之。裁判タル法律要件 (Thatbestand) ヲ具備スルモノニ非サレハ、裁判ニ非ス。

二 非裁判ノ無効

非裁判ハ裁判ニ非ス。裁判ト稱スル怪物 („Urding“) ニシテ、裁判ニ非ス。非裁判ハ、裁判ニ非ナルカ故ニ、裁判カ生スヘキ效力ヲ生セサルヤ固ヨリ論ヲ俟タス。故ニ「非裁判ハ無効ナリ」ト云フハ、實ハ裁判ハ存在セス („iudicatum non esse“) 從テ裁判カ生スヘキ效力ヲ生セストナスモノニ外ナラス。故ニ、非裁判タルコト又ハ非裁判タルカ故ニ無効ナルコトヲ主張スルニハ、上訴、抗告其他ノ不服申立方法ニ依ルコトヲ要セス。羅馬法學者カ、 „appellare necesse non est“ 「上訴ノ必要ナシ」ト稱シタルハ、眞理ナリト云フヘシ。是レ、上訴、抗告其他ノ不服申立手段ハ、何レモ存在スル裁判即裁判タル法律要件ヲ具備スルモノニ對シテ爲スヘキ手段タルカ故ナリ。故ニ、非裁判ノ表見の確定力、執行力又ハ創設力ヲ援用セントスル者ナル場合ニ於テハ、之ニ依リテ其利益ヲ害セラレントスル虞アル者ハ、何人ト雖モ抗辯、再抗辯、異議其他任意ノ形式ニ依リ、其カ非裁判ナルコトヲ主張シテ、其虞ヲ除去スルコトヲ得サルヘカラス (Stein, I vor § 578; Skedl, ebenda; S. 100; Hellwig, ebenda; Wach, ebenda S. 395 a. a. O.)。例ハ、當事者ノ一方カ非裁判ノ表見の既判力ヲ主張スル場合ニハ、相手方ハ之ニ對シテ裁判存在セス從テ既判力無キ旨ノ抗辯ヲ爲シ、又當事者ノ一方カ非裁判ニ基キテ強制執行ヲ爲サントスル場合ニハ (イ) 債務者ハ或ハ執行文ヲ付與スヘキ裁判無キコトヲ理由トシテ執行文付與ニ對スル異議ヲ爲スコトヲ得、或ハ又執行スヘキ債務名義ナキコトヲ理由トシテ強

制執行ノ方法ニ對スル異議ヲ爲スコトヲ得。又 (ロ) 其利益ヲ害セラルヘキ第三者ハ、債務名義ノ存在セサルコトヲ理由トシテ、強制執行ノ方法ニ對スル異議ヲ爲スコトヲ得ルカ如シ。

第二項 裁判ノ無効 (Nichtigkeit der Entscheidungen)

總言

一 裁判無効ノ問題ハ、明ニ之ヲ非裁判又ハ非裁判ノ無効ノ問題ヨリ區別セサル可カラス。非裁判トハ、裁判存在セス、裁判タル法律要件 (Tatbestand) 欠如スルコトヲ云フモノナリ。非裁判カ無効ナリト云フハ、實ハ裁判ニ非ルカ故ニ、裁判カ生スヘキ效力ヲ生スルコトナシト云フニ外ナラス。反之、裁判ノ無効ト云フハ、裁判無キニハアラス。裁判タル法律要件ヲ具備スル意思表示 (即裁判) ハ存在ス然レトモ、其意思表示現ハ、其内容ニ適合スル效力ヲ生セストスルモノナリ。約言セハ、存在スル裁判カ其内容ニ適合スル效力ヲ生セサルヤ否ヤノ問題ナリ。

二 更ニ裁判無効ノ問題ハ、之ヲ解シテ一切ノ效力ヲ生セサルヤ否ヤノ問題ナリト爲スヘカラス。單ニ其内容ニ適合シタル效力ヲ生セサルヤ否ヤノ問題ナリ。本案ノ確定判決ニ付キテ云ヘハ、該確定判決ハ判決タル要件ヲ具備スルニ拘ハラズ、其内容ニ適合スヘキ效力即既判力、執行力又ハ創設力ヲ生セサルヤノ問題ナリ、何等ノ效力ヲ生セサルヤノ問題ニ非ス。故ニ確定判決カ繫屬スル訴訟ヲ終結スル效力ヲ生スルモ、苟クモ既判力、執行力又ハ創設力ヲ生セサル場合ニハ、茲ニ云フ意義

ニ於テハ無効タリ。——Hellwigハ非判決ト判決ノ無効トヲ區別スルニ拘ハラズ、所謂、判決無効トハ一切ノ效力ヲ生セサルコト(“im Ganzen nichtig”)從テ該判決ヲ無視スルヲ得ルコト(“einfach ignoriert werden können”)ヲ云フモノナリトナシ、此ノ意義ニ於ケル判決ノ無効ヲ否認セントス(Hellwig, System Bd. I. S. 556, 557 u. Anm. 18)然リ此意義ニ於ケル判決ノ無効ハ、之ヲ認ムルコトヲ得サルヘシ。然レトモ吾人ノ謂フ所ノ無効ハ此意義ノ無効ニハ非ス。一切ノ效力ヲ生セスト云フニハ非ス、單ニ内容ニ適合シタル效力ヲ生セスト云フノミ。夫レ無効ノ意義ヲ何レニ解スルヲ可トスルヤハ、研究方法上ノ問題ナリ。然レトモ何等ノ效力ヲ生セスト云フ意義ニ解スル場合ニハ、非裁判ナル觀念トノ區別ハ極メテ微妙ナリ、且實際生活上ノ現象ハ非裁判ナル觀念ノミヲ以テハ之ヲ説明スルコトヲ得ス。故ニ無効ノ意義ハ之ヲ内容ニ適合シタル效力ヲ生セサルノ意ニ解シ、果シテ然ル場合ノ存スルヤヲ研究スルヲ以テ、研究上價值アルモノト信ス(vgl. Wach, in Rheinische Zschr. Jahrg. IV S. 528 ff.)。況ンヤ、Hellwigモ亦タ「内容ニ適合シタル效力ヲ生セス」ト云フ意義ニ於テハ、裁判無放ヲ認メントスルモノナルニ於テヲヤ(Hellwig, ebenda S. 557 Anm. 18. 尙ホ後述參照)。

第一目 判決ノ無効

一 判決ノ形式的存在ト判決無効ノ主張

一派ノ學者ハ謂ヘラク、判決カ訴訟手續ノ規定ニ違背スルト、實體法上ノ規定ニ違背スルトヲ間

ハス、苟クモ判決カ違法ナル場合ニハ上訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得、又其違背ニシテ重要ナルトキハ判決確定後ニ於テモ亦タ再審ノ訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得。然レトモ上訴又ハ再審ヲ以テ、之ヲ覆スコトヲ得サルニ至リタルトキハ、其判決ノ存在ハ、否認スヘカラサルカ故ニ(形式的存在)、其判決ノ認メタル結果モ亦タ侵スヘカラサルモノタルニ至ル。從テ確定判決ニハ無効アルコトナシト。此見解ハ、Bilow (Dispositives Zivilprozessrecht in Arch. f. civilist. Praxis Bd. 64 S. 26)カ初メテ唱導シタル所ニシテ、Weismann (Lehrb. des deut. Zivilprozessrechts Bd. I S. 313), Kleinfelder (Lehrb. des deut. Zivilprozessrechts 2. Aufl. S. 25) Hellwig (System Bd. I S. 556)等ノ贊スル所タリ。吾人モ亦タ此見ヲ頌チタリト雖モ(前掲判例批評參照)、今ヤ其誤マレルコトヲ發見セリ。蓋シ此ノ見解ノ根本トナレル思想ハ、無効ノ意義ヲ解シテ、一切ノ效力ヲ生セサルコトナリトシ從テ存在(Existenz)ノ否認(Hellwigノ所謂 „einfach ignorieren“)ト相違フコトナシトスルニアリ。然レトモ判決カ其内容ニ適合スル效力ヲ生スルヲ得サルコト(吾人ノ所謂無効)ヲ認ムルハ、判決其モノノ存在ニ觸レントスルモノニハ非ス。判決ノ存在ハ之ヲ認ムト雖モ、其内容カ全然不明ナルカ又ハ不能若クハ法ノ禁止スル事項ヲ認ムルモノナルカ爲メ、其内容ニ適合スル效力ヲ生スルコト能ハス、Hellwigノ所謂「空中ノ打撃」(„Schlag in die Luft“)ナルコト(Hellwig, System I S. 557 Anm. 18 a. a. O.)ヲ認ムルモノナリ。夫レ判決ノ存在ハ、上訴、故障又ハ再審ノ訴ヲ以テスルニ非サレ

ハ、之ヲ破毀 (vernichten) スルコトヲ得サルヤ固ヨリ論ナシ、然レトモ判決カ其内容ニ適合スル效力ヲ生セサルコトヲ認ムルハ、判決ノ存在ヲ侵シ、之ニ觸レントスルモノニ非ス。故ニ、上訴、故障又ハ再審ノ訴ヲ以テ判決ノ存在ヲ打破スルコトヲ得サルカ故ニ、判決カ其内容ニ適合スル效力ヲ生セサルコトヲ認ムルコトヲ得スト云フハ、元來攻撃ノ矢ヲ向クヘキ的ヲ誤マレルモノナリ。Wachハ「判決カ無効ナルヤ否ヤ」問題ハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルヤ(當該ノ繫屬訴訟ニ於テ救済ノ方法アルヤ否ヤ)ニ依リテ解決スルコトヲ得ス。兩者ヲ混合スルハ、疑モナキ錯誤ナリ、判決ノ形式的確定力ト實質的確定力トヲ混同スルモノナリ。實質的確定力ハ判決カ確定スルニ非サレハ生スルコトナシ、然レトモ形式的確定力ノ存在ハ、實質的確定力ノ存否ニ關スルコトナシ。形式的確定力存在スルモ、實質的確定力ナキ判決(例ハ本案前ノ確定ノ終局判決)存スルコトヲ見ハ、論者ノ所說ノ誤マレルコトヲ知ルコトヲ得ヘシ」トナス、至論ト云フヘシ (Wach, in Rheinische Zechr. Jahrg. III S. 393 f.)。

夫レ判決ノ形式的效力形式的存在ナル觀念ハ、ゲルマン古法ニ於テ判決ハ法律タル效力ヲ有ストスル思想ニ胚胎セルコト前款述フルノ所ノ如シ。然レトモ、法律ト雖モ、不能ハ變シテ之ヲ可能タラシムルコト能ハス、男ハ之ヲ女ト爲スコトヲ得ス、女ハ之ヲ男トナスコトヲ得ス。斯ル場合ニ於テ、其法律カ實際上行ハレサル法律ナルコトヲ主張スルハ、決シテ其法律ノ存在ヲ否認スルモノニ

非ス、唯其内容ニ適合シタル效力ヲ生セサルコトヲ述フルモノタルニ過キス。法律ニシテ既ニ然リトセハ、判決モ亦タ然カラサルヲ得ス。判決ハ上訴又ハ再審ノ訴ニ依リ破毀セラレサル限リハ、形式的ニハ存在シ又形式的效力 (Formalkraft) ヲ有ス、然レトモ此ノコトト、判決ノ内容カ不能其他ノ事由ニ因リテ内容ニ適合シタル效力ヲ生セサルコトハ毫モ相妨クルコトナシト云ハサルヘカラス。中世以太利ノ諸市法ニ於テ、ゲルマン法ニ於ケル判決ノ形式的效力ヲ認ムルニ拘ハラス、尙ホ判決無効ノ抗辯 (exceptio nullitatis) ニ依リテ、判決ノ無効從テ其内容ニ適合スル效力ヲ有セサルコトヲ主張スルヲ得ルモノトシタルハ、其理由アリト云ハサルヘカラス。

二 判決無効ノ事由

如何ナル判決ハ其内容ニ適合シタル效力ヲ生セサルヤ。元來判決ハ當事者間ノ法律關係ヲ定メ、之ヲ羈束スル效力ヲ生スヘキモノタルカ故ニ、或ル判決其モノノ内容ヨリシテ、法規ノ規定ニ從ヒ全然當事者ヲ羈束スルコト能ハサルコトカ顯ハルル場合ニハ、其判決ハ其内容ニ適合スル效力(即既判力、執行力又ハ創設力)ヲ生セサルモノト解セサルヘカラス【註三】。何トナレハ(1)判決ハ、特定ノ事件ニ於ケル事實ニ法律ヲ適用シテ、其事件ニ於ケル當事者ノ法律關係ヲ定メ、之ヲ羈束スルモノナリ。確認判決ハ法律關係ノ存在又ハ不存在ヲ確定シテ當事者ヲ羈束シ、給付判決ハ請求權ノ存在ヲ確定シ、且其請求權ノ内容ヲ採リテ以テ其給付命令ノ内容トナシ、以テ當事者ヲ羈束ス、形成

判決ハ形成權ノ存在ヲ確定シ又其形成權ノ目的タル法律上ノ效果ヲ形成シ、依リテ當事者及ヒ一般ノ第三者ヲ羈束スヘキモノナリ。然カルニ其判決ノ内容自體ヨリシテ、法律ノ規定ニ從ヒ、羈束シ得ヘカラサルコトカ顯ハルル場合ニハ、其判決ハ羈束力ヲ生セサルモノト解セサルヘカラス。夫レ法律ハ不能ヲ責ムルモノニ非ス。法律ト雖モ不能ヲ變シテ可能ト爲スコト能ハス。故ニ法律ノ禁止シタル事項ヲ認ムル判決ハ勿論、不能ナル事項ヲ命スル判決ノ如キモ亦タ、法規ノ精神ニ照シ、當事者ヲ羈束スルコトヲ得サルモノト云ハサルヘカラス。尤モ(2)判決ノ内容カ非條理非論理ニシテ當事者ヲ羈束シ得サルコトハ、判決ノ内容ヨリ顯ハレサルヘカラス。是レ判決ノ内容カ、恰カモ非條理、非論理ナルカ爲メニ、其内容ニ適合スル效力ヲ生スルコトヲ得サルコトヲ認ムルモノナルカ故ナリ。故ニ(イ)判決ノ内容其自體カ矛盾シ、非論理ナルコトカ直チニ顯ハルル場合ハ勿論、(ロ)判決ノ内容カ顯著ナル事實ニ照ラシ、非條理、非論理ナルコトカ顯ハルル場合ニハ(例ハ法律上論理的ニ不能タリ又ハ事實上不能ナルコト顯著ナル場合ノ如シ)、判決ハ其内容ニ適合スル效力ヲ生スルコト能ハサルナリ。

【註】 Wach, 判決カ無効ナル否ヤノ標準ハ、"ob dem Urtheil der Natur der Sache nach, so wie es lautet, überhaupt die Kraft zukommen kann" ナリトシ、且謂フ所ノ "Natur der Sache" 云々 "die Struktur der Rechtsordnung insbesondere der Rechtspflegeordnung" ナリトシ、Wach, in Rheinisch Ztschr. Jahg. III S. 401 a.a.O. 其趣旨ニ於テ本文ト異ナルコトナカルハシ。

左ニ前記ノ標準ニ照ラシ、判決カ其内容ニ適合スル效力ヲ生スルコトヲ得サル場合ニ付キ細説スヘシ。

(一) 判決ノ内容カ全然不定若クハ不明 (unbestimmt od. unklar) ナルカ又ハ其自體撞着 (widerspruchsvoll) セル場合ニハ、其判決ハ内容ニ適合シタル效力ヲ生スルコトヲ得ス。不定又ハ不明ニシテ、何モノヲモ言ハサル (nichtsagende) 判決カ、其内容ニ適合シタル效力ヲ生スルヲ得サルコトハ自明ナリ。判決ノ内容自體カ矛盾、撞着ヲ含ミ、其結果積極的内容トシテ認ムヘキモノヲ演繹スルコト能ハサル場合ニ於テモ亦タ同シ。此種ノ判決カ無効ナルコトハ、羅馬法、中世以太利並ニ獨逸普通法時代ノ學說ノ認メタル所ニシテ、(前款第三項第二目) Taucred ノ所説及ヒ第四項參照)、現代ノ學者ノ一致スル所タリ (Wach, in Rheinisch. Ztschr. Jahg. III S. 402 u. dort Zitierte)。殊ニ判決ノ形式的存在ヲ主張シ、從テ判決ノ無効(一切ノ效力ヲ生セスノ意)ヲ否認スル學者モ、亦タ此ノ種ノ判決ノ無効ハ之ヲ認メタリ (Michael, Die absolute Nichtigkeit S. 51 a. a. O.) 【註】

【註】 確定判決ノ内容カ不定又ハ不明ナル場合ニハ、Stein モ亦其確定判決ヲ以テ裁判セラレタル權利又ハ法律關係ヲ訴訟物トシテ、更ニ新訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノトス (Gaupp-Stein, IV 2 vor § 704 C.P.O. vgl. auch I vor § 578 C.P.O.) 畢竟此種ノ判決カ其内容ニ適合シタル效力ヲ生スルヲ得サルコトヲ認ムルカ爲メナリト云ハサルヘカラス。

(二) 不能ナル事項ヲ認ムル判決ハ、其内容ニ適合シタル效力(殊ニ執行力及ヒ創設力)ヲ生スルコトヲ得ス。客觀的ニ不能ナル給付ヲ命シ又ハ客觀的ニ不能ナル法律上ノ效果ノ發生ヲ宣言スルカ

如キハ、條理ニ反シ、論理ヲ没却スルノミナラス、又法規ノ精神ト容レサルモノナリ。法ト雖モ不能ヲ變シテ可能トナスコト能ハス、從テ不能ナル事項ヲ認ムル判決ノ如キハ、法規ノ精神ニ從ヒ、當事者若クハ第三者ヲ羈束スルコト能ハサルモノト云ハサルヘカラス。換言セハ不能ナル事項ヲ命スル判決ハ其内容ニ適合シタル效力殊ニ執行力及ヒ創設力ヲ生スルコトヲ得ス、此意義ニ於テ無効タリ。

客觀的ニ不能ナル事項ヲ命スル判決ノ無効ハ羅馬法ハ勿論、中世以太利ノ諸市法ニ於テモ *ceptio nullitatis* ヲ以テ主張スルコトヲ得ルモノトシ、獨逸法ニ於テモ亦然カリシコトハ、前款述ヘル所ノ如シ。現代ノ學者モ一人トシテ之ヲ否定スルモノ無シト云フヲ妨ケス。即チ Ploss (匈牙利)ニ「趣旨不明ノ判決、法律ノ許ササル給付ヲ命シ又ハ不能ノ給付ヲ命スル判決ハ無効ナリ」トシ (Ploss, Beiträge zur Klagerechtslehre S. 113) Planck ハ「判決ノ内容カ不能ナルトキハ、確定後ニ於テモ其效力ヲ生スルコトヲ得ス。上訴ヲ以テ判決ノ無効ヲ主張スルコトヲ得サルニハ非ス、然レトモ上訴ヲ以テ主張スル必要ナシ」トシ (Planck, Lehrb. des deutschen Civilprocessrechts Bd. I S. 482 und Anm. 52 dort) Hellmann モ亦「判決ノ内容カ法律上許スヘカラサルモノナルカ又ハ不能ナルトキハ、判決ハ絶對ニ無効ナリ」トナス (Hellmann, Lehrb. des deutschen Zivilprocessrechts § 118.) Stein ハ「訴訟ノ進行中、給付カ不能ナルコトカ顯ハレタル場合ニハ、其給付ヲ命スル判決ヲ爲スコトヲ得ス」

トナシ (Stein, Voraussetzungen des Rechtsschutzes (1903) S. 108 ff.) Kisch ハ又「客觀的且絶對ニ不能ナル給付ヲ命シタル判決ハ無効ナリトシ、判決確定後ニ於テモ其無効ヲ主張スルコトヲ得」ルモノトナス (Kisch, die Wirkungen der Unmöglichkeit der Erfüllung 1900 S. 44 Note 1) Rehbein モ亦「不能ノ給付ヲ命シタル判決ハ無効ナリ」トシ (Rehbein, das bürgerliche Gesetzbuch Bd. II 1903 S. 114) Staudinger モ亦「不能ノ給付ヲ命スル判決ハ、自家撞着ヲ包含スルモノニシテ、無効ナリ」トナス (Kommentar zum BGB. 5/6 Aufl. Bd. II S. 161) 此他 Windscheid (Pandektenrecht Bd. II 94 Note 7; Eck, in Iherings Jahrbuch Jahrg. 35 S. 286) Oertmann (Recht der Schuldverhältnisse 2. Aufl. S. 84 Nr. 2) 等モ、給付カ不能ナル場合ニハ該給付ヲ請求スル訴ハ理由ナキモノトシテ、不能ノ給付ヲ命スル判決カ無効ナルコトヲ間接ニ認ム。然レトモ、不能ノ給付ヲ命スル判決カ、其效力ヲ生セサルコトヲ最モ詳細ニ論シタルハ Wach ナリ。Wach ハ不能ノ給付ヲ目的トスル債權ノ存在ヲ確認シ、不能ノ給付ヲ命スル給付判決ヲ爲シ、又ハ不能ナル法律上ノ效果ノ形成ヲ宣言スルハ、理性ニ反シ、條理ト容レズ、論理ヲ無視シタルモノニシテ、無効ナルコトヲ論シ、訴訟法學者、刑法學者及私法學者ノ通説ノ認ムル所ニシテ且獨逸大審院ノ判例ニテモ亦然ルコトヲ明ニセリ (Wach, in Rheinische Zeitschrift Jahrg. III S. 380 f. S. 403 f. u. S. 405 f.; Jahrg. IV S. 514 f. Jahrg. VII S. 357 f.) Hellwig ハ判決ノ無効ヲ解シテ、何等ノ效力ヲ生セサルコトトナスノ結果、非判決ノ無効ハ之ヲ認

ムルモ「無効ノ判決」(nichtiges Urtheil)ハ存在セストナス(Hellwig, System Bd. I S. 356)。然レトモ、仍ホ存在セサル法律關係ニ付キ法律上ノ效果ノ形成ヲ宣言スル判決、殊ニ婚姻關係ノ存セサル當事者ニ對シテ離婚ヲ宣言スル判決カ、„ein Schlag in die Luft“空中打撃ナルコトヲ認メ又存在セサル當事者ニ對シテ給付ヲ命スル判決カ事實上執行シ得ヘカラサルモノナルコト („das Urtheil natürlich tatsächlich unausführbar“)ヲ認メタリ(Hellwig, ebenda S. 557 Anm. 18 a. a. O.)。換言セバ、不能ナル事項ヲ認ムル判決カ、其内容ニ適合シタル效力ヲ生スルヲ得サルコトハ、無効ノ判決ハ存在セストナス Hellwigモ亦認ムル所ナリ。吾人カ謂フ所ノ判決ノ無効ハ、全ク此意義ニ於テ然カルモノニシテ、Hellwigノ云フカ如ク、全然何等ノ效力ヲ生セス、殊ニ繫屬スル訴訟關係ヲ終結スル效力ヲ生セストナスモノニ非ス。吾人モ亦不能ナル事項ヲ認ムル判決ナルニセヨ、其ノ判決ノ確定ニ依リ訴訟關係ハ終了シ、又該判決ヲ言渡シタル判事ニ於テ之ヲ撤回シ得サルコト (unabänderlich)ヲ認ム。然レトモ、其内容ニ適合シタル效力ハ生スルコトヲ得ス。Hellwigノ所謂「空中打撃」ナルコトヲ主張スルモノナリ。要スルニ、Hellwigト吾人トハ無効ナル語ヲ以テ示サントスルモノノ範圍ヲ異ニスルノミニシテ、趣旨ニ於テハ異ナルコトナシ。又 Fischerハ「給付ノ不能」ニ關スル私法上ノ法理ニ付キ異見ヲ有シ、「原始的且客觀的不能ノ給付ヲ約スル契約」ハ無効ニ非ス、從テ其ノ契約ニ基ク債權ハ存在ス。然レトモ其債權ノ目的タル給付ハ不能ナルカ故ニ、之ヲ爲スコトヲ得サ

ルモノナリトナシ(Fischer, Unmöglichkeit als Nichtigkeit und, I Beitrag, S. 22 f. a. a. O.)。此ノ觀念ハ、判決ヲ以テ不能ノ給付ヲ命シタル場合ニモ、適用ス可キモノナリトナス。詳言セバ、不能ノ給付ヲ命シタル給付判決カ執行シ得可カラサル判決タルコトハ自明ノ理ナリ。從テ該給付判決ニ包含セラレタル給付命令カ其效力ヲ生セサルヤ固ヨリ疑ヲ容レズ。然レトモ、斯ル給付判決ハ不能ノ給付ヲ求ムル債權ノ存在ヲ確認スル判決トシテ其效力ヲ有スルモノナルコトヲ認メントスルナリ(Fischer, ebenda S. 30 u. 34 a. a. O.)。然レトモ「不能ノ給付ヲ命スル判決ハ之ヲ執行スルヲ得サルコトハ、恰カモ不能ノ觀念中ニ存シ、」自明ナリトセハ【註五】Fischerモ亦此ノ範圍ニ於テ、判決カ其内容ニ適合シタル效力(即執行力)ヲ生セサルコトヲ認ムルナリ。又(2)不能ノ給付ヲ命スル判決ハ、不能ノ給付ヲ目的トスル債權ノ存在ヲ確認スル判決トシテハ有效ニシテ、從テ既判力ヲ生スト云フニ至リテハ誤マレルモノト云ハサルヘカラス。何トナレハ(イ)若シ、其不能ニシテ私法學者ノ所謂原始的不能タランカ、私法學者ノ通説ニ依ルモ、吾人ノ私見ニ依ルモ、債權ハ存在セス【註六】。故ニ不能ノ給付ヲ目的トスル債權ノ存在ヲ確認スト云フハ、存在セサル債權ノ存在ヲ確認スト云フモノニシテ判決ノ内容其自體ヨリシテ自家撞著アルコトカ顯ハルル場合ナリ、從テ既判力ヲ生スルコトヲ得サルヤ疑ヲ容レズ。若シ又(ロ)其不能ニシテ、私法學者ノ所謂後發不能タランカ、債權ハ、成立シタル後、給付ノ不能ニ依リテ消滅スルモノト解セサルヘカラス【註六】。從テ不能ノ給付ヲ目的トスル債

權ノ存在ヲ確認スト云フハ、實ハ消滅シタル債權ノ存在ヲ確認スト云フモノニシテ、等シク自家權著タリ。從テ既判力ヲ生スルコトヲ得サルヤ疑ヲ容レサル如シ(前述(一)參照)。Fischerハ給付ノ不能ノ場合ニ於ケル損害賠償ノ請求權ノ爲メニ、不能ノ給付ヲ命スル判決ノ既判力ヲ認メントスト雖(Fischer, ebenda S. 32 f. a. a. O.)、然レトモ、彼ノ云フカ如クハ、實ハ不能ノ給付ヲ命スル形式ニ於テ、損害賠償請求權ノ存在ヲ確認セントスルモノタリ。換言セハ可能ノ給付ヲ目的トスル賠償請求權ノ存在ヲ確定スルモノタリ。吾人ハ、不能ノ給付ヲ命スル形式ニ依リテ、賠償請求權ノ存在ヲ認ムト云フコトカ、牽強附會ナルヲ斷スルニ躊躇セスト雖モ、假リニ一步ヲ譲リ暫ク之ヲ許ストスルモ、其ノ可能ナル事項ヲ認ムル判決ノ既判力ヲ認ムルモノニシテ、不能ナル事項ヲ認ムル判決ノ既判力ヲ論スルモノニ非ス。從テ問題ニ觸レサルモノト云ハサルヘカラス(vgl. Wach, in Rheinische Zeitschrift Jahrg. IV S. 413 u. Jahrg. VI S. 367)。

【註五】 Fischer 自身ノ語ニモント「不能ノ給付ヲ命シタル判決ハ執行スルコトヲ得ス。此コトハ恰モ不能ナル觀念ノ中ニ存ス。眞ニ論理ノ要求ニ反ス」Die Verurteilung zu einer unmöglichen Verurteilung kann nicht vollstreckt werden. Das liegt im Begriffe der Unmöglichkeit. Die Logik steht in der That entgegen (Fischer, ebenda S. 30) ト謂フ。

【註六】 原始的且客觀的不能ノ給付ヲ約スル契約カ無効即不成立ナルコトハ、現代私法學者ノ通説ナリ。吾人ハ、此點ニ於テモ私法學者カ、困難ニ依リ不成立ト無効(效力ヲ生セザルノ意)トヲ混同シ、從テ所謂後發不能ニ付キ既ク所ト矛盾スルニ至ルヲ以テ遺憾トナス。後發不能ニ付キテハ、契約カ無効即不成立トナルコトヲ主張スル私法學者ハ一人モ存スルコトナシ。然レト

モ、不能ノ給付ヲ約スル契約ハ不成立ナルコトカ、論理ノ要求スル所タラハ、契約締結後ニ於テ其目的トシタル給付カ不能トナリタル場合ニ於テハ、其契約ハ其時ヨリ不成立、不存在トナラサルヘカラス。若シ然ラズンハ、曩キニ論理ノ要求ト稱スル所ノモノハ、今ヤ論理ノ要求ニ非サルニ至リ、曠ル奇ナリト云ハサルヘカラス。吾人ハ、此ノ問題ニ關シテモ、不成立、不存在ト無効(即内容ニ適合シタル效力ヲ生セザルノ意)トヲ明ニ區別シ、原始的客觀的不能ノ給付ヲ約スル契約ハ、不成立ニハ非ス、然レトモ、其内容ニ適合シタル效力ヲ生スルコト能ハス、換言セハ契約ハ成立スト雖モ契約上ノ債權ハ生スルコトナシトナス。又所謂給付ノ後發不能ハ契約カ成立シ且其效力ヲ生シタル後ニ給付カ不能トナル場合、換言セハ契約カ成立シ且契約上ノ債權カ成立シタル後ニ給付カ不能トナル場合ナリ。從テ此ノ場合ニハ債權ハ存在スト雖モ其内容ニ適合シタル效力ヲ生スルコトヲ得ス即チ其目的タル給付ヲ請求スルコトヲ得サルモノナリトナス。私見ノ詳細ハ他ノ機會ニ讓ルヘシ。

不能ノ事項ヲ認ムル判決カ其内容ニ適合スル效力ヲ生スルヲ得サルコトハ前述ノ如シ。然ラハ如何ナル判決ハ不能ナル事項ヲ認ムル判決ナリヤ。此ノ問題ハ、専ラ判決ニ接著スル口頭辯論終結ノ時ニ於テ、命セントスル給付又ハ宣言セントスル法律上ノ效果カ客觀的ニ不能ナルヤ否ヤニ依リテ決セサラヘカラス(Wach, in Rheinische Zeitschr. Jahrg. III S. 407 a. a. O.)。私法上、給付カ後發的ニ不能ナル場合ニ於テモ、判決ニ接著スル口頭辯論終結ノ時ニ於テ、其給付カ客觀的ニ不能ナルトキハ、裁判所ハ其給付即チ不能ノ給付ヲ命スル判決ヲ爲スコトヲ得ス。若シ、之ヲ觀過シテ不能ノ給付ヲ命スル判決ヲ爲スモ、其判決ハ既判力及ヒ執行力ヲ生スルコトヲ得ス。形成スヘキ法律上ノ效果カ不能ナルトキ亦同シ。例ヘハ配偶者ニ非サル當事者、若クハ死亡シタル配偶者ニ對シテハ離婚ヲ宣言スル判決ヲ爲スコトヲ得ス。又斯ル判決ヲ爲スモ、其判決ハ形成力ヲ生スルコトヲ得サルカ如シ。

是レ形成セントスル法律上ノ效果即チ婚姻關係ヲ消滅セシムル效果ハ、婚姻關係カ存在スルニ非サレハ不能ナルカ故ナリ。

不能カ或ハ法律上ノ不能タリ或ハ事實上ノ不能タルコトハ多言ヲ要セス。法律上ノ不能ト云フハ法律ノ規定ニ從ヒ論理的ニ不能ナルコトヲ云フモノナリ、論理的ニ不能ナルノ點ハ、法ノ許ササル事項ヲ認ムル場合ト區別スル所ナリ (Bieermann, Archiv für civilist. Prax. Bd. 91 S. 75 ff. Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse S. 157 尙ホ石坂博士日本民法五二四頁參照)。法律上不能ノ事項ヲ認ムル判決ノ著例ハ、存在セサル當事者(自然人又ハ法人)ニ對シテ言渡シタル本案判決ナリ。獨乙大審院ハ、嘗テ法人組織ヲ爲ササル集合ニ對シテ言ヒ渡シタル本案ノ確定判決ノ效力ニ付キテ判斷シ、「何人ニモ對セサル訴訟、何人トモ訴訟法律關係ヲ生セサル訴訟、從テ何人ニ對シテモ有效ナル判決ヲ生シ得サル訴訟」ナリト爲シタリ(獨獨大審院一九〇一年第四民事部判決 Juristische Wochenschrift Jahrg. 30 S. 302) 至當ナリト云フ(vgl. Wach, Rheinische Zechr. Jahrg. III S. 403 a. a. O.)。我國ニ於テモ數年前、三名ヨリ成ル合名會社ニ於テ、二名ノ社員ハ退社シ、因リテ會社ノ解散ヲ來タシタル場合ナルニ拘ハラズ、清算人ニ對シテ其二名ノ社員ノ退社ニ因ル持分拂戻請求ヲ命スル給付判決アリタルヤニ記憶ス。此如キ判決ハ、法律上不能ナル事項ヲ命スル判決タルト同時ニ又法律ノ許ササル事項ヲ命スル判決タリ。蓋シ、合名會社カ解散シタルトキハ清算ノ目的ノ範圍内ニ於テハ存

續スルモノト看做サルト雖モ(商法八四條)清算ノ目的ノ範圍外ニ於テハ會社ハ固ヨリ存在セス。然カモ清算ノ目的ハ、現務ヲ結了シ債權ヲ取立テ債務ヲ辨濟シ、依リテ殘餘財産ヲ生シタル場合ニハ之ヲ社員ニ分配スルニ在リ(商法九一條)。社員ノ退社ニ因リテ會社ノ解散ヲ來タシタル場合ニ於テ其退社ニ因ル持分ヲ拂戻スカ如キハ、清算ノ範圍ニ屬セス。故ニ右判決ハ、存在セサル會社ニ對シテ退社ニ因ル社員ノ持分ノ拂戻ヲ命スル判決ニシテ、法律ノ規定ニ從ヒ論理的ニ不能ナル事項ヲ命スル判決ト云ハサルヘカラス。從テ、其内容ニ適合スル效力ヲ生スルコトヲ得サル判決即無効ノ判決タルコトハ疑ヲ容レス(尙ホ法律ノ許ササル事項ヲ命スル判決タルノ點ニ付キテハ後述參照)。

要之、判決ニ接著スル口頭辯論終結ノ時ニ於テ、命セントスル給付又ハ宣言セントスル法律上ノ效果カ、法律上若クハ事實上不能ナルコトヲ認メタル場合ニハ、裁判所ハ原告ノ請求ヲ棄却スル判決ヲ爲ササルヘカラス。若シ誤リテ、原告ノ請求ヲ認メ、確認判決、給付判決若クハ形成判決ヲ爲シタル場合ニハ、假令其判決カ確定シタル後ニ於テモ、其内容ニ適合シタル效力、即チ實質的確定力(既判力)執行力及ヒ形成力ヲ生スルコトナシ。

(三) 法律ノ許ササル事項、禁止シタル事項ヲ認ムル判決モ亦其内容ニ適合スル效力ヲ生スルコトヲ得ス。蓋シ、判決ハ法律ヲ解釋、適用シ、當事者間ノ準則ヲ定ムルモノナリ。故ニ法律カ禁止スル事項又ハ法カ許ササル事項ヲ命スル判決ノ如キハ、其内容ニ適合スル效力ヲ生スルコトヲ得

ス、當事者ノ準則タルコトヲ得タルナリ。

勿論、法律ノ規定ニ違背スル判決ハ直チニ其効力ヲ生セスト云フカ如キハ廣キニ失ス、禁止的規定ニ違背シタル事項ヲ命スル判決ニシテ初メテ、其内容ニ適合スル効力ヲ生セサルモノト解スヘキナリ。我現行法ニハ、此ノ問題ニ關シ依ルヘキ標準ヲ示シタルモノナキニ非ス。即チ(1)法例第三十條ニ於テハ、「外國法ニ依ルヘキ場合ニ於テ、其規定カ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルトキハ之ヲ適用セス」トナス。蓋シ國內公益及ヒ國際公益ノ區別ニ付キテハ、學者間異論アル所ナリト雖モ、此規定ハ國法ノ目的又ハ善良ノ風俗ニ反スル外國法ノ適用ヲ認メサルモノト云フヘシ。從テ。此規定ノ精神ニ顧ミルモ、判決カ公ノ秩序又ハ善良ナル風俗ニ反スル場合ニハ、其内容ニ適合スル効力ヲ生スルヲ得サルコトヲ認ムルコトヲ得ヘシ。更ニ(2)民事訴訟法規ニハ直接ニシテ、類推解釋ノ根據ト爲スコトヲ得ヘキ規定アリ。即チ(イ)民事訴訟法ハ外國ノ給付判決カ、「本邦ノ法律ニ依リ強テ爲サシムルコトヲ得サル行爲ヲ執行セシムヘキトキ」ハ、執行判決ヲ以テ執行力ヲ附與スルコトヲ得サルモノトナシ(五一五條三號)、又仲裁判斷ニ於テ「法律上禁止ノ行爲ヲ爲スヘキ旨ヲ當事者ニ言渡シタルトキ」モ亦執行判決ヲ以テ執行力ヲ附與スルコトヲ得サルモノトナス(民訴八〇二條二項、從テ八〇二條二號)。(ロ)更ニ司法事務共助法(明治四四年法律第五二號)ニ於テハ「執行地ノ法令ニ依リ許スヘカラサル請求」ハ執行スルコトヲ得サルモノトナセリ(同法三條一項

但書參照)。此等ノ規定ハ、法律ノ許ササル事項又ハ禁止スル事項ヲ認ムル本案判決ハ、其内容ニ適合シタル効力ヲ生セサルコトヲ認ムルモノナリ。要スルニ本案判決ノ趣旨カ禁止的法律ノ規定又ハ其目的ニ違背シ又ハ公序良俗ニ反スル場合ニハ、其判決ハ内容ニ適合シタル効力即既判力、執行力若クハ創設力ヲ生スルコトヲ得サルモノ換言セハ無効ナリト云ハサルヘカラス、(Wach, in Rheinische Zeit Jahrg. III S. 404 a. a. O.)例ハ偽造紙幣ノ給付ヲ命スル判決、少女ノ節操ヲ害セシムルノ報酬トシテ約シタル金額ノ給付ヲ命スル判決ノ如キハ、確定スルモ既判力並ニ執行力ヲ生スルコトヲ得サルカ如シ。蓋シ、斯クノ如キ判決ハ、其事例ヲ見ルコト無カルヘキカ故ニ、人或ハ所論ノ實用ヲ見出ササルヘシ。然レトモ、前掲、解散後清算中ノ合名會社ノ清算人ニ對シ、退社ニ因リテ解散ヲ來タシタル社員ニ、退社ニ因ル持分ノ拂戻ヲ爲スヘキコトヲ命シタル給付判決ハ、實ニ我國ニ於テ實例トシテ生シタルモノナリ。夫レ清算人ハ會社ノ債務ヲ辨濟シタル後ニ非サレハ、會社財産ヲ社員ニ分配スルコトヲ得ス(商法九五條)、且此ノ規定ニ違背スルトキハ、十圓以上千圓以下ノ過料ニ處セラルヘキモノナリ(商法二六二條一二號)。故ニ、解散後清算中ノ合名會社ノ清算人ニ對シ、退社ニ因ル持分拂戻ヲ命シタル前掲給付判決ノ如キハ、法律ノ禁止的規定ニ反シ且清算人トシテハ過科ニ處セラルヘキ事項ヲ命スル判決ニシテ、其内容ニ適合シタル効力即既判力及ヒ執行力ヲ生スルコトヲ得サルヤ疑ヲ容レス【註七】。

【註九】 Wach、又々、訴訟法ノ認メサレ種類ノ判決ハ、無効ナリ（* Jedes Urtheil ist nichtig, welches dergestalt der Prozessordnung unbekannt ist）、例ハ婚姻事件ニ於テ、被告ニ防禦權ヲ保留シテ離婚又ハ婚姻ノ無効ヲ宣言スル判決ノ如シトナス（Wach, ebenda Jahrg. III S. 403）。而シテ Wach、ハ之ヲ以テ法律上不能ノ場合ナリトナスト雖モ、所謂法律上ノ不能トハ嚴格ナル意義（即チ法律上論理的ニ不能）ニ於テ然カルニ非ス。法律ノ許ササル事項ナリトスルノ意ナルヘシ。

三 判決ノ無効ノ主張方法

確定ノ本案判決カ無効ナル場合ニハ、其主張方法如何。羅馬法以來、中世以太利ノ諸市法並ニ獨逸普通法ニ於テモ、確定判決ノ無効ナルコトハ判決無効ノ抗辯又ハ再抗辯（exceptio od. replicatio nullitatis）ヲ以テ主張スヘキモノトシタルコトハ前款述フル所ノ如シ。

現代ノ學者ハ議論ノ序次、無効ノ主張方法ニ論及スルニ過キス、加之、多クハ沈黙ヲ守レリ。唯 Wach、ハ確定判決ノ無効ハ、現行法ノ下ニ於テハ「新訴訟ニ依ルカ又ハ強制執行ニ對スル異議ヲ以テ爲スヘク、前者ハ即チ訴又ハ判決無効ノ抗辯若クハ再抗辯ヲ以テ爲シ、後者ハ執行文付與ニ對スル異議ヲ以テ主張スヘキモノトナス」（Wach, ebenda Jahrg. III S. 400 a. a. O.）至當ナリト云フヘシ。何トナレハ、

(1) 確定判決カ既判力ヲ生セサルコトヲ主張スルニハ、或ハ（イ）確定判決ヲ以テ裁判セラレタル法律關係ヲ訴訟物トシテ更ニ新訴ヲ提起スルト、若クハ又（ロ）該法律關係ヲ先決問題（原因タル法律關係）トシテ、生スル法律關係（結果タル法律關係）ヲ訴訟物トシテ新訴ヲ提起スルトヲ問ハス、被

告カ該確定判決ノ既判力ヲ援用シタル場合ニハ、原告ハ其確定判決カ既判力ヲ生セサル旨ノ再抗辯（即判決無効ノ再抗辯）ヲ爲スコトヲ得【註八】。

【註八】 確定判決ノ内容カ不定又ハ不明ナル場合ニハ、Stein、モ亦、該判決ヲ以テ裁判セラレタル法律關係ヲ訴訟物トシテ新ナル訴訟ヲ提起スルヲ得ルコトヲ認ム（Stein, Kommentar IV 1 vor § 704 C. P. O. vgl. auch I vor § 578 C. P. O.）。畢竟内容カ不定又ハ不明ナル判決ハ無効ニシテ既判力ヲ生セス、從テ被告カ既判力ノ抗辯ヲ爲スモ、原告ハ、確定判決無効ノ再抗辯ヲ爲スヲ得ルコトヲ認ムルニ因ルモノト云ハサルヘカラス（vgl. Wach, ebenda Jahrg. III S. 393 ff.）。此論旨ハ判決カ他ノ事由ニ依リテ無効ナル場合ニ擴張セサルヘカラス。

(2) 確定判決カ無効ニシテ執行力ヲ生セサル場合ニハ、該確定判決ハ狹義ノ強制執行ノ債務名義タルニ適セス。（イ）然カルニ若シ、債權者カ該判決ヲ執行スルカ爲メ執行文ヲ受ケタルトキハ、債務者ハ執行文付與ニ對スル異議ヲ爲スコトヲ得サルヘカラス（民訴五二二條）。何トナレハ、我民事訴訟法第五一八條ニハ、「執行力アル正本ハ判決ノ確定シタルトキ又ハ假執行ノ宣言アリタルトキニ限り之ヲ付與ス」ト規定シ、謂フ所ノ確定判決ハ、文字上ヨリ云ヘハ一切ノ確定判決ヲ包含スルカ如キ外觀ナキニ非ス。然レトモ執行力ヲ有スル判決ニ限ルコトハ、確定判決又ハ形成判決ニハ狹義ノ強制執行ノ爲メ執行文ヲ付與スルコトヲ得ス若シ之ヲ付與シタル場合ニハ執行文付與ニ對スル異議ヲ爲シ得ヘキニ徴シテ疑ヲ容レス。故ニ給付判決ナルニ拘ハラズ、其ノ判決カ内容ニ適合シタル效力ヲ生セス從テ執行力ヲ生セサル場合ニハ、執行文ヲ付與スルコトヲ得サルモノト解スヘキナリ。