故ニ若シ書記カ誤リテ執行文ヲ付與シタル場合ニハ、債務者ハ執行文ノ付與ニ對スル異議（五二二條）ニ依リテ其判決ノ執行ヲ防止スルコトヲ得サルヘカラス【註九】。

【註九】Stein モ亦タ確定判決ノ内容カ不定ナル場合ニ關シ、債務者ハ執行文ノ付與ニ對スル異議ヲ以テ其判決ノ執行ヲ停止スルヲ得ルコトヲ認メタリ（St. in, IV 1 vor § 704 C. P. O. u. Derselbe Voraussetzungen des Rechtsschutzes S. 101 f.; vgl. auch Hellwing, Anspruch u. Klagrecht S. 169）。右論旨ハ判決カ無效ナル他ノ場合ニモ擴張セサルヘカラス。

加之、（ロ）執行力ヲ生セサル給付判決ノ執行ニ依リテ第三者カ其利益ヲ害セラルヘキ場合ニハ、其第三者ハ强制執行ノ方法ニ對スル異議ヲ以テ、該給付判決ノ無效卽チ執行力ヲ有セサル判決ナルコトヲ主張スルコトヲ得サルヘカラス（民訴五四四條）。是レ、執行力ヲ生セサル給付判決ニ基キテ執行スルハ、債務名義無クシテ執行スルモノニ外ナラス。然カモ債務名義ノ欠缺ハ、强制執行ノ方法ニ對スル異議ヲ以テ主張スルヲ得ルコトハ學說ノ認ムル所ニシテ（Gaup-Stein, I 1 zu § 766 C. P. O.; Entsch. des Reichsgerichts Bd. 56 S. 70 f. 尙法學新報所載訴訟判例二參照）。且此異議ハ、强制執行ニ因リテ其利益ヲ害セラルヘキ第三者モ亦タ之ヲ提起シ得ルカ故ナリ（Gaup-Stein, I 3 zu § 766 C. P. O.; Seuffert, Anm. 2 d zu § 766 C. P. O.）。

第二目　判決以外ノ裁判ノ無效

判決以外ノ裁判ノ無效ハ、判決ノ無效ニ關スル上來ノ所述ヨリシテ推論スルコトヲ得ヘシ。

一　決定又ハ命令カ其趣旨ニ從ヒ、不定若クハ不明ナルカ、法律上若クハ事實上不能ナル事項ヲ命シ若クハ法律上不能ナル效果ノ發生ヲ宣言スルカ、又ハ法律上許ササル事項ヲ命スル場合ニハ、其決定又ハ命令ハ其内容ニ適合シタル效力ヲ生スルコトヲ得ス。例ハ内容ノ不明ナル訴訟指揮決定ノ如キハ訴訟ノ進行ヲ促ス效力ヲ生セサルカ如シ。

我國ノ實際ニ於テ生シタル一例ハ、登記簿上存在シ且實際ニ於テハ存在セサル家屋ニ付キ爲シタル競賣決定又ハ競落決定ノ效力ナリ。夫レ存在セサル物ノ競賣並ニ競落ハ不能ナリ。故ニ競賣ノ目的トナリタル家屋カ存在セサルコト明ナル場合ニハ、其競賣決定又ハ競落決定ハ不能ナル事項ヲ認ムル裁判ニシテ、且其コトカ裁判自體ヨリ顯ハルル場合ナリ。從テ該競賣決定若クハ競落決定ハ、確定スルモ其内容ニ適合シタル效力ヲ生スルコト無シ。換言セハ該競落決定ニ依リ、競賣シタル家屋ノ所有權（實ハ存在セサル所有權）ハ競落人ニ移轉スルコトナシ。

處分ノ内容カ不定若クハ不明ナルカ、不能ナル事項ヲ命スルカ又ハ法律ノ許ササル事項ヲ命シタル場合亦同シ。

二　判決以外ノ裁判ノ無效モ亦、抗告異議ニ依ルノ外、訴訟、抗辯其他適當ノ方法ニ依リテ主張スルヲ得ルモノナルコトハ、判決無效ノ主張方法ニ關スル所述ヨリ推及スルコトヲ得ヘシ。

一五　強制執行ノ優先主義及ヒ平等主義

（對人信用制度ノ消長）

緒言

現代ノ法制ニ於ケル金錢債權ノ强制執行ヲ視ルニ、或ハ優先主義ヲ認ムルアリ、或ハ平等主義ヲ採ルアリ、或ハ折衷主義（集團執行主義）ニ依ルアリ、而シテ、優先主義ヲ採ル法制ニハ、差押質權（Pfändungspfandrecht）ヲ認ムルアリ、差押ノ順序ニ依ル優先權ヲ認ムルアリ。又平等主義ヲ認ムル法制ニシテ尙ホ裁判上ノ一般的抵當權ヲ認ムルアリ、又之ヲ認メサルアリ、而シテ我現行法ハ後者ニ屬ス。蓋シ、現行法制ノ爾ク區區タル所以ハ、一ハ債權ノ實現ニ關スル法制ノ分化ニ關スル思想ヲ異ニスルニ因ルト雖モ、他ハ信用制度ノ維持及ヒ發達ヲ圖ルノ方法ニ對スル見解ヲ異ニスルニ因ルモノト云ハサル可カラス。

夫レ優先主義及ヒ平等主義ノ由來スル所果シテ如何、又其立法上ノ根據如何。兩主義カ信用制度殊ニ對人信用制度ニ及ホス影響如何。＝此ノ問題ニ對スル研究カ强制執行法ノ內容殊ニ其社會的、經濟的使命ヲ明ニスルカ爲メ頗ル重要ナルコトハ固ヨリ論ヲ俟タス。殊ニ、我國ニ於ケルカ如ク、

近キ將來ニ於テ訴訟法ヲ改正セントスルモノニ在リテハ、又當面ノ急務ナリト云ハサルヘカラス。顧ルニ、我現行訴訟法ノ實施以來、實ニ四半世紀ヲ經タリ。現行法ノ成績ヲ驗シ、其可否得失ヲ斷スルニハ、既ニ充分ノ歲月ヲ經タルモノト云フヘシ。吾人カ實際界ノ空氣ニ接スルノ機少ク、又信用制度ノ實際ニ付キ多クノ經驗ヲ有セサルニ拘ハラス、學窓ノ下本篇ヲ草シテ、之ヲ公ニセントスルハ、一ニ法律界並ニ經濟界ノ學者及ヒ實際家諸氏カ、其研究ヲ公ニセラレ、其所信ヲ發表セラルルノ機ヲ促シ、以テ將來ノ立法ニ資セントスルニ外ナラス。

吾人ハ、以下左ノ順序ニ從ヒ、此問題ヲ研究スヘシ。

第一節　沿革

金錢債權ノ執行ニ關スル現行法制ノ主義カ頗ル區々タルコトハ前述ノ如シ。而シテ學者カ優先主義殊ニ差押質權ヲ說明スルヤ或ハ羅馬法ノ Pignoris capio ヲ援用シ或ハ日耳曼法ノ Pfandnahme ニ基クトナシ、又平等主義ハ羅馬法ニ胚胎ストナセリ。然レトモ、優先主義ハ寧ロ日耳曼法ノ思想ニ基クモノト云フヘク、而カモ日耳曼法ハ差押質權ヲ認メスシテ單ニ差押ノ前後ニ因ル優先權ヲ認メタルカ如ク、又平等主義(比例辨濟主義)ハ、源ヲ羅馬法ニ發スト云フヲ妥當トスルカ如シ。加之集團執行主義ハ日耳曼法ノ思想ニ發シ、羅馬法ノ平等主義ヲ折衷シタルモノノ如シ。是レ吾人カ沿革ニ遡リテ、現行法制ノ淵源ヲ研究スル必要ヲ覺ル所以ナリ。

第一款　羅馬法ニ於ケル金錢債權ノ執行

第一項　執行方法一班

一　羅馬十二標法ニ於ケル金錢債權ノ執行ハ、manus injectio ニ依ルモノニシテ、人身執行タリ。債務者ハ債權者ノ債奴トナル、六十日ノ期間內ニ債務者カ、其金錢債務ヲ辨濟スル能サルトキハ、債權者ハ債務者ヲ殺害シ又ハ奴隸トシテ之ヲ賣却スルコトヲ得、又債務者カ從來有シタル財產(家族亦然リ)ハ、債務者ノ從物(attribut)トシテ、當然債權者ニ歸屬シタリ。要スルニ、manus injectio ノ制度ハ、債務者及ヒ家族ノ身代金又ハ債務者ニ屬スル財產ヲ以テ、債權者ノ金錢債權ヲ滿足セントスル直接執行方法ニハ非ス。債務者ヲ債奴トシテ拘禁スル等ノ方法ニ依リ、其意思ヲ强制シテ、債權者ノ金錢債權ヲ辨濟セシメントスル間接的執行方法ナリ。

二　共和時代ニ至リ、財產ニ對スル執行制度カ認メラルルニ及ンテモ、其初ハ仍ホ間接的執行方法ニ依リタリ。卽 Praetor ニ依リテ認メラレタル missio bonorum 殊ニ missio rei servandae causa ト稱セラルルモノハ、間接的執行方法ニ外ナラス。

missio rei servandae causa ハ、確定判決若クハ請求ノ認諾(confessio in jure)ヲ以テ確定セラレタ

十五、强制執行ノ優先主義及ヒ平等主義

ル金錢債權ヲ執行スルカ爲メ又ハ被告缺席ノ場合ニ於ケル救濟トシテ依ルヘキ制度ナリ。暫ク金錢債權ノ執行方法タル場合ノミヲ觀察スルニ、此制度ノ直接ノ目的ハ債務者ノ意思ヲ强制シテ、金錢債權ノ辨濟ヲ爲サシムルニアリ(間接的執行)然レトモ債務者カ任意ニ辨濟セサル場合ニハ、破產制度ニ於ケルト等シク、競合債權者ノ平等滿足ニ終ハルモノタリ (Bethmann-Hollweg, Der römische Civilprocess Bd. II § 113 S. 667 ff.; Keller-Wach, Der römische Civilprocess § 78 S. 391 a. a. O.)。

左ニ此ノ制度ニ依ル場合ノ手續ノ一班ヲ述フヘシ。

(1) 確定判決又ハ請求ノ認諾ヲ以テ其金錢債權ヲ確定セラレタル債權者カ、Praetor ニ對シテ missio (管財命令)ヲ發センコトヲ申請シタル場合ニハ、Praetor ハ要件ノ存否ニ關スル簡易認定ヲ爲シ、之ヲ認ムル場合ニハ管財命令ヲ發シタリ。

(2) 管財命令ヲ受ケタル債權者ハ、二ノ權能ヲ取得ス。(イ)其一ハ債務者ニ屬スル總財產ニ對シテ detentio (握持)ヲ得、更ニ債務者ノ財產管理ヲ監督(custodia)スルヲ得ルコト之レナリ。ⓐdetentio ハ法律上ノ占有(Besitz)ニ非ス。法律上ノ占有ハ依然債務者ニ屬シタルカ故ニ、取得時效(usucapio)ノ如キハ、依然債務者ノ利益ニ於テ進行シタリ。且 detentio モ亦債權者カ專ラ有スル所ニ非ス、債務者ト共同ニ有シタリ。又(b) custodia ハ、債務者ニ對シテ其財產ヲ減少スルニ至ルヘキ處分ヲ禁止シ、債務者ノ處分ヲ妨クルニ必要ナル行爲ヲ爲ス權能ヲ債權者ニ授與スルモノタリ (Bethmann-Hollweg, ebenda Bd. II s. 675 a. a. O.)。(ロ)他ハ、管財命令ヲ受ケタル旨ヲ公告シ、債務者ニ對シテ債權其他ノ請求權ヲ有スル者ハ、其權利ヲ屆出ツヘキ旨ヲ催告スルヲ得ルコト之レナリ (Proscriptio bonorum)。

(3) 右ノ狀態カ三十日間繼續スルモ、債務者カ辨濟ヲ爲ササル場合ニハ、Praetor ハ債權者ヲ招集シ、其中ヨリ管財人(magister)ヲ選任シ、債務者ニ屬スル總財產ヲ賣却スル準備ヲ爲サシム。更ニ三十日ノ期間カ經過シタル後、管財人ハ Praetor ノ認可ヲ受ケ、債務者ノ總財產(積極的財產及ヒ消極的財產)ヲ包括的ニ競賣ニ付ス。管財人ハ最高價ノ競買人ニ競落シ(addictio)、之ニ依リテ競賣ハ完結ス。

(4) 競賣ノ效果トシテ(イ)買主(bonorum emptor)ハ、債務者ノ總財產ノ包括的承繼人トナル。又(ロ)債務者ノ債權者ハ、質權其他優先權アル場合ノ外、買主ニ對シ、債權額ニ比例シタル辨濟(代金ノ支拂)ニ限リ請求スルコトヲ得タリ(Bethmann-Hollweg, ebenda II S. 684 f.; Keller-Wach, ebenda S. 443)。

三 pignoris capio (債務者ノ財產ニ對スル個別的執行)

共和時代ニ於テ、missio ノ制度ト並行シテ更ニ pignoris capio(債務者ノ財產ニ對スル個別的執行)ヲ認メタルヤ、或ハ帝政時代ニ至リテ初テ之ヲ認メタルヤニ付キテハ異論ナキニ非スト雖モ(前說

Savigny, verm. Schr. II. 19 S. 4, 50; Dernburg, Emtio Bonorum S. 7; 後說 Bethmann-Hollweg, ebenda § 115 S. 691 f.; Keller-Wach, ebenda § 83 S. 432 f.)、本問題ニ關係ナシ。此手續ノ大要ハ左ノ如シ。

(1) 確定判決又ハ請求ノ認諾ニ依リテ確定セラレタル金錢債權ヲ有スル債權者ハ、裁判官ニ向ヒ債務者ニ對シテ一定ノ期間内ニ右金錢債權ヲ支拂フヘキ旨ノ命令ヲ發センコトヲ申請ス。裁判所カ右支拂命令ヲ發シタルニ拘ハラス、債務者カ仍ホ支拂ハサル場合ニハ、補助機關タル執達吏 (apparitores, exsecutores, officium) ニ命令 (iussum, interlocutio) ヲ發シ、債務者ノ財產ヲ差押シム。但第一ニ動產(家畜、奴隷、金錢等)ヲ差押フヘク、動產ナク又ハ之ヲ差押フルモ債權者ノ滿足ニ不足セル場合ニハ土地ヲ差押フヘク、最後ニ存在ノ爭ナキ債權其他ノ權利ヲ差押フヘキモノタリ。

(2) 差押アリタル後、二ケ月内ニ債務者カ任意辨濟ニ依リテ差押ヲ解カサリシ場合ニハ、執達吏ハ差押ヘタル動產又ハ不動產ヲ公賣ニ付シ、最高價競買申込人ニ競落ス。又差押ヘタル債權其他ノ權利ハ便宜トスル所ニ從ヒ或ハ之ヲ取立テ或ハ之ヲ賣却ス。賣得金及ヒ取立タル金額ヲ以テ、差押債權者ヲ滿足シ、剩餘アル場合ニハ之ヲ債務者ニ還付ス(Bethmann-Hollweg, ebenda II S. 693 f.; Keller-Wach, ebenda S. 432 f.; Dernburg, Das Pfandrecht Bd. I § 53 S. 417)。

第二項　羅馬法ノ平等主義

羅馬法ニ於ケル金錢債權ノ執行方法ノ大要ハ前項所述ノ如シ。羅馬法ノ財產ニ對スル强制執行ハ

果タシテ平等主義ニ依リタルモノナルヤ又ハ優先主義ニ依リタルモノナルヤ。

一　missio rei servandae causa ノ場合ニハ、債權者ハ債務者ノ總財產ノ上ニ detentio 及ヒ又 custodia ヲ得、更ニ praetor ノ命令アリタル場合ニハ之ヲ競賣スルコトヲ得タルカ故ニ、實際ノ結果ヨリ觀察スルトキハ、債權者ハ債務者ノ總財產ニ對シテ恰カモ質權ヲ取得スルカ如キ觀ナキニアラス、羅馬法學者モ亦 pignus praetorium ト稱シタルコトハ法源ノ示ス所ナリ。故ニ獨逸普通法時代ニ於テモ、債權者ハ missio ニ依リ債務者ノ總財產ノ上ニ質權ヲ取得スルモノトナス說ヲ生シタリ (Bachhosen, Pfandrecht S. 426 u. 429)。

然レトモ、missio ノ制度ハ(イ)本來、債權者カ債務者ノ總財產ニ對シテ detentio (握持)ヲ得、且債務者ノ財產管理ヲ監督シ、自由ニ處分セシメサルコト(custodia) ニ依リテ、債務者ニ苦痛ヲ與ヘ、之ニ依リテ債務者ノ意思ヲ强制シ、債務者ノ辨濟ヲ促ス間接的執行方法ナリ。missio ニ因リテ質權ヲ設定セントスルカ如キハ、此ノ制度ノ目的ニ非ス(Dernburg, pfandercht Bd. I §§ 51 u. 52 S. 400 f. u. 412 a. a. O.)。且(ロ)債權者カ missio ニ因リテ得ル權能ハ、質權ノ效力ト同一ニ非ス。(a)質權者ハ質物ニ對シテ法律上ノ占有 (Besitz) ヲ得タリト雖モ、missio ヲ受ケタル債權者ハ detentio ヲ債務者ト共同ニ有シ又 custodia ヲ有スルノミ。故ニ取得時效(usucapio) ノ如キハ、債務者ノ利益ニ於テ進行シ、債權者ノ利益ニ於テ進行スルコトナシ。更ニ(b)質權者ハ actio hypothecaria ニ依リ、占有者

ニ對シテ質物ノ返還ヲ請求スルコトヲ得タリト雖モ、missio ヲ受ケタル債權者ハ侵害者ニ對シ、侵害ニ因リテ生シタル損害ノ賠償ヲ請求スル對人訴訟ヲ起スコトヲ得タルニ過キス (Bethmann-Hollweg, ebenda II S. 673 f; Dernburg, ebenda S. 4126.)。故ニ、債權者ハ missio ニ因リ債務者ノ財產ニ對シテ質權ヲ取得スルモノト解スルコトヲ得ス。所謂 pignus praetorium ナル語ハ、missio ヲ受ケタル債權者ノ地位ヲ譬喩的ニ稱シタルモノト視ルヘキナリ。

而シテ、missio ノ制度ニ於テ、管財人 (magister) カ債務者ノ總財產ヲ競賣シタル場合ニハ、債權ノ屆出ニ因リテ missio ニ加入シタル無擔保債權者ハ、其債權額ニ比例シタル辨濟ニ限リ、買主 (bonorum emtor) ニ對シテ請求スルヲ得タルコトハ前項所述ノ如シ(前述七五一・七五二頁參照)。故ニ missio rei servandae causa ハ、現代ノ破產制度ニ於ケルト等シク、債權者ノ比例辨濟ヲ目的トスル制度ナリト云ハサルヘカラス。

二　pignoris capio ニ因リテ質權ヲ發生スルヤ。

獨逸普通法時代ニ於ケル一派ノ學說ニ依レハ、pignoris capio ニ因リ、債權者ハ差押ヘラレタル財產ノ上ニ質權ヲ取得スルモノトナセリ。以爲ラク、praetor 並ニ其補助機關タル執達吏ハ、債權者ノ代理人 (Mandator) タルカ故ニ、債務者ノ財產ヲ差押フルトキハ債權者ノ爲メニ質權ヲ取得シ、又金錢ヲ差押フルトキハ債權者ノ爲メ所有權ヲ取得スト (Sintenis, Pfandrecht S. 353 u. 401, Derselbe Das praktische gemeine Civilrecht Bd. I S. 645; Gesterding, Pfandrecht § 19 S. 121 f.; Vangerow, Pandekten Bd. I § 37 Anm 2 S. 839 f.; Glück, Pandekten Bd. 18 § 1080 S. 273; Bethmann-Hollweg, ebenda Bd. II S. 696)。

然レトモ、右見解ノ誤マレルコトハ、既ニ Dernburg ノ論破シタル所ナリ (Dendurg, ebenda S. 418 f. vgl. auch Windscheid, Panekten Bd. I § 233 Anm. 5; Rudolph, in Ihering Jahrbuch. Bb. 19 S. 311 ff.)。(イ) praetor ハ私權ヲ保護スヘキ公法上ノ職責ヲ完フスルカ爲メ、國家機關トシテ執行スルモノニシテ、債權者ノ代理人トシテ然カルニ非ス。殊ニ羅馬法ニ於テハ代理ヲ認メサルカ故ニ、此見解カ誤マレルコトハ論ヲ俟タス。(ロ) 差押ニ因リ債務者ハ差押ヘラレタル財產ニ對スル占有 (Besitz) ヲ失ハス、裁判官ハ單ニ差押ヘタル財產ヲ握持 (detentio) シ、之ヲ保管シテ强制執行ヲ妨クルコトヲ得サラシム。而シテ、Praetor カ債務者ニ屬スル財產ヲ握持スルハ、又同時ニ「差押ヘタル財產ハ主トシテ之ヲ執行スヘキ債權ノ滿足ニ資スヘキコト、從テ債務者カ此目的ヲ害スヘキ法律上ノ處分ヲ爲スモ、其效力ヲ認メサル旨」ヲ命令スルモノタリ (Dernburg, ebenda S. 419 a. a. O.)。此命令ニ依リ債務者ハ執行ノ目的ヲ害スヘキ處分ヲ爲シ又ハ擔保權ヲ設定スルヲ得サルニ至リ (處分禁止)、又債權者ハ差押ヘラレタル財產ヨリ其債權ノ滿足ヲ受クルコトヲ得ヘキ希望ヲ獲得ス。然レトモ、差押ヘラレタル財產ノ上ニ質權其他私法上ノ權利ヲ取得スルコトナシ。(ハ) 此コトハ、差押

ヘラレタル財產ノ競賣方法ヲ視ルトキハ疑ヲ容ルル餘地ナシ。執達吏ハ現金ニ對シテ競落スルヲ常トスト雖モ、若シ代金ノ支拂ヲ猶豫シテ競落シタル場合ニ於テ、競落人カ競落代金ヲ支拂ハサルモ債權者ハ競落人ニ對シテ代金ノ支拂ヲ請求スヘキ訴權ナシ。裁判官ハ競落人ヨリ競買ノ目的物ヲ取上ケ、更ニ之ヲ競賣ニ付スルノ外他ノ方法ナシ(l. 15 § 7 D. de re jud. 42. 1.)。之ハ明ニ債權者カ差押ヘラレタル財產ニ付キ何等私法上ノ權利ヲ取得スルモノニ非サルコトヲ示スモノタリ。

而シテ、執達吏カ賣得金ヲ取立テタルトキハ債權者ニ交付スヘク、又差押債權者カ競合セル場合ニハ裁判所ハ債權額ニ應シテ賣得金ヲ分配シタリ(Dernburg, ebenda Bd.II S. 406)。債權者カ賣得金ノ交付又ハ分配ヲ受ケタルトキハ、初メテ其金錢ノ上ニ所有權ヲ取得スルニ至ル。

三　要之、(イ)missio ノ制度ニ於テハ、missio ノ發布ニ因リ債權者ハ債務者ノ總財產ニ對シ detentio 及ヒ custodia ヲ取得シタリト雖モ、質權ハ之ヲ取得セス。稱シテ pignus praetorium ト云フハ譬喩タルニ過キス。又此制度ニ於テハ債權者カ總財產ノ賣却代金ヨリ其債權額ニ比例シタル辨濟ニ限リ之ヲ受ケタルコトハ疑ヲ容ルヘキ餘地ナシ。反之(ロ)pignoris capio ノ場合ニハ、債權者ハ差押ヘラレタル財產ニ對シテ何等ノ私權ヲ取得セス、固ヨリ質權ヲ取得スルコトナシ。又差押債權者ノ競合セル場合ニハ債權額ニ比例シタル辨濟ヲ受ケタルモノト解スヘキカ如シ。故ニ羅馬法ニ於ケル金錢債權ノ執行ハ平等主義ヲ認ムルモノト云ハサルヘカラス。

第二款　日耳曼法ニ於ケル金錢債權ノ執行

第一項　日耳曼古法ノ Acht 及ヒ Pfandnahme

一　日耳曼古法ノ Acht. Friedlosigkeit。

日耳曼古代ノ社會ハ平和團體(Friedensgenossenschaften) ヨリ成ル、Sippe(家族團體) ハ最小團體ヲ爲シ、其上ニ民族團體 (Volksgemeinde) アリ。而シテ日耳曼古法ニ於テハ債務者カ債務ヲ履行セサルモ、直チニ「平和ノ破壞」Friedensbruch トハナラス。當時裁判所ノ權力ハ極メテ薄弱ニシテ、相爭ヘル者ノ間ニ調停ヲ試ムルト、平和ヲ破壞シタル者ニ對シテ「治外ノ者」(Acht, Friedlosigkeit) タル旨ヲ宣告スルコトヲ得ルニ止マレリ。故ニ、債務者カ債務ヲ履行セサル場合ニハ、債權者ハ先ツ裁判外ニ於テ債務者ニ支拂ヲ催告シ、債務者カ催告ニ應セサル場合ニハ、債權者ハ債務者ヲ裁判所ニ呼出サンコトヲ申請セサルヘカラス。而シテ、債務者カ呼出ニ應シテ裁判所ニ出頭スル場合ニハ、債務額及ヒ遲延ノ罰金ヲ支拂フカ又ハ裁判所ノ判決ニ服スヘキ旨ノ宣誓ヲ爲ササルヘカラス。債務者カ兩者ノ何レヲモ拒絕スルカ又ハ呼出ヲ反復セラルルモ裁判所ニ出頭セサル場合ニハ、裁判所ハ「治外ノ者」タル旨ヲ宣告シタリ。債務者カ判決ニ服スヘキ旨ノ宣誓ニ從ヒテ其債務ヲ履行セサリシ場合亦同シ(Planitz, Die Vermögensvollstreckung im deut. Mittelalter Bd. I S. 1 f. u. dort zit.)。而シテ「治外者」

タル旨ノ宣告ヲ受ケタルトキハ、債務者ハ民族ノ敵トナル。故ニ民族ニ屬ス者ハ、治外者ニ邂逅シタル場合ニハ之ヲ毆打セサルヘカラス。又親族ト雖モ治外者ヲ宿泊セシメ若クハ衣食ヲ給スルコトヲ得ス。其妻ハ寡婦トナリ、其子ハ孤兒トナル。又其財産ハ遺棄セラレ、或ハ民族ノ有ニ歸シタリ (Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte Bd. I S. 232 ff. Bd. II S. 467 ff.; Amira, Grundriss des germanischen Rechts. S. 145 ff.; Planitz, ebenda S. 4)。其後、王者ノ權力ノ漸次强大トナレルニ從ヒ、王者ハ「治外」ヲ宣告シタル債務者ノ財産ヲ沒收シ、其財産ヨリ債權者ノ滿足ニ必要ナルモノヲ交付スルニ至レリ。

二　裁判外ノ Pfandnahme

日耳曼古法ニ於テハ、債權者ノ自助方法トシテ、Pfandnahme(財産ヲ取去ルコト)ヲ認メタリ【註一】。即チ、債務者カ債務ヲ辨濟セサル場合ニハ、債權者ハ證人ノ面前ニ於テ方式ニ從ヒ債務者ニ支拂ノ催告ヲ爲シタル後、其欲スル所ニ從ヒ、債務者ニ屬スル財産ヲ奪ヒ去ルコトヲ得タリ (Westgötalagen, I Retl. b 7; Amira Obligationenrecht I S. 66 u. 235 f.)。是レ、Pfandnahme ハ日耳曼古法ニ於テハ、債務者ノ意思ヲ强制シテ辨濟ヲ爲サシメントスル間接ノ强制方法タルニ過キサルカ故ニ、債權者ハ其欲スル所ニ從ヒ債權額ニ制限セラルルコトナク、如何ナル財産ヲモ取リ去ルコトヲ得タルナリ。從テ又債權者ハ取リ去リタル財産ヲ留置シテ債務者ノ辨濟ヲ促スヲ得ルニ止マル、債權者ハ其財産ヨリ債權ノ辨濟ヲ得ルコト能ハス。若シ債務者カ辨濟セサル場合ニハ、裁判所ニ債務者ヲ呼出サンコトヲ申請シ、前述一ノ手續ニ從ヒテ債務者ヲ「治外者」トスル宣告ヲ「求ムルノ外ナシ (Planitz, ebenda S. 11 f. u. dort zit.)。

【註一】日耳曼法上ノ Pfand ナル語ハ二ノ意義ヲ有ス。一ハ Pfandnahme ヲ意味ス。即 pant, phant, fant (ahd.) Phant, pfant (mhd.) panar (altfanz.), panar (provenz.) ヲ語源トシ、Wegnahme 即債務者ノ意思ニ反シテ其財産ヲ取リ去ルコトヲ意味スルモノナリ。他ハ、Pfandsetzung ヲ意味ス。両シテ Satzung 即ヲ wedde, wettschaft ハ wetti (ahd.), wette (mhd.) ヲ語源トシ「自ラ羈束ス」ノ意ナリ。サレハ、Satzung ハ當事者ノ一方カ他方ニ對シテ羈束セラルヘキ旨ヲ約スル行爲其モノヲ云ヒ、又其内容ハ或ハ(イ)一定ノ事項カ發生シタル場合殊ニ自己ノ約束ヲ充タササル場合ニハ罰トシテ Pfand ヲ沒收セラルヘキコト、或ハ(ロ)當事者ノ一方カ他方ヨリ受ケタル財産上ノ給付ノ對價トシテ、他方ニ Pfand ヲ交付シ又其物ノ使用收益ヲ爲スコトヲ得セシム。然レトモ受ケタル金額其他ノ給付ヲ返還シタル場合ニハ其物ヲ贖回スルヲ得ヘキコトヲ約シ、或ハ又(ハ)期限ニ至リ債務ヲ辨濟セサル場合ニハ、債權者ハ Pfand ヲ處分シテ其債權ノ滿足ヲ求ムルヲ得ヘキ旨ヲ約スル等區區タルコトヲ妨ケス (Meibom, Deutsches Pfandrecht S. 22 f.; Planitz, ebenda S. 8 Anm. 19)。

要スルニ Pfandnahme ハ債務者ノ意思ニ反シテ其財産ヲ取去ルコトニシテ、Pfändung (差押)モ亦タ之ト意義ヲ同クセリ。

然レトモ、其後ブルグンド法ニ於テハ、債權者ハ債權額ニ三片(Pfennig)タケ超過スル財産ヲ取リ去ルコトヲ得、債務者カ三ケ月内ニ之ヲ請戻ササルトキハ、債權者ハ其財産ヲ以テ債權ノ辨濟ニ充ツルコトヲ得トシ(Lex Bulgund 19. 6)、又ロンゴバルダイ法殊ニリユトプランド法ニ於テハ、債權者ハ二度支拂ヲ催告シタル後、債權ノ倍額ニ相當スル債務者ノ財産ヲ取去ルコトヲ得、三十日又ハ

六十日内ニ債務者カ之ヲ請戻サザルトキハ、債權者ハ其財產ヲ自己ノ所有物ト爲スコトヲ得又ハ裁判所ニ申請シテ債務者ヲ「治外ノ者」トナスコトヲ得タリ(Lex Liutprand 108)。尤モ何レノ法ニ於テモ債務者カ其財產ノ取去ヲ拒ミ、之ニ抵抗シタル場合ニハ債權者ハ裁判所ニ申請シテ「治外者」トスル宣告ヲ求ムル外ナシ。

三　要之、日耳曼古法ニ於ケル Acht, Friedlosigkeit ハ債務者ニ對スル刑罰ニシテ、債務者カ「治外者」トナリ、其財產ハ民族又ハ王ニ依リテ沒收セラルル結果トシテ、債權者ハ其債權ノ滿足ヲ得タリト雖モ、之ヲ以テ强制執行ト云フヲ得ス。又 Pfandnahme ハ債權者カ債務者ノ財產ヲ取リ去ルコトニ因リ、債務者ノ意思ヲ强制シ、其辨濟ヲ促ス間接ノ强制方法タリト雖モ、債務者カ辨濟セサル場合ニハ結局 Acht ニ依ルノ外ナカリシカ故ニ、未タ金錢債權ノ執行方法ト云フコトヲ得ス。然レトモ、此ノ兩者カ結合シテ、中世日耳曼ニ於ケル執行法トナリタルコトハ疑ヲ容レス。

第二項　中世日耳曼法

第一目　執行方法一班

中世日耳曼法ニ於ケル執行方法ハ時代ヲ異ニシ、又法系ヲ異ニスルニ從ヒ其手續ヲ同ウセス、殊ニザクセン法系トフランク、パイエルン、シュワーベン法系トノ間ニ於テ然リトス。然レトモ、初期ニ於テハ何レノ法系ニ於テモ動產ニ對スル執行ト不動產ニ對スル執行トヲ區別セス。第十三世紀後ニ至リ初メテ之ヲ區別スルニ至レリ。又執行手續ヲ分チテ二段トナシ、第一段ハ差押從テ債權者ヲシテ其債權ノ滿足ヲ受クヘキ保證ヲ得セシムルヲ以テ目的トシ、第二段ノ手續ハ債權者ノ滿足ヲ目的トシタリ。

一　Lex Salica ニ依レハ、(1)執行手續ハ、債務者ニ屬スル總財產ノ差押(Beschlagnahme)ヲ以テ初マル。債權者ハ、三度債務者ニ支拂ヲ催告スヘク、四十日ノ猶豫期間內ニ債務者カ辨濟セサル場合ニハ、債權者ハ債務者ヲ裁判所(Thunginus)ニ呼出シ、債權額ヲ表示シテ、執行處分ノ申請ヲ爲サザルヘカラス。裁判官ハ右申請ニ對シテ、開始決定(nexi cantichio ego illum in hoc quod lex salica habet)ヲ爲ス。決定謂フ所ノ nexi cantich io ノ意義ニ付キテハ、異論ナキニ非スト雖モ、サリカ法ニ依リテ、債權者ノ滿足ニ充ツヘキ總財產ニ付キ債務者ノ處分ヲ禁止スルモノト解セサルヘカラス(Meibom, S. 73 u. dort cit.)。次テ(2)債權者ノ滿足ヲ目的トスル第二段ノ手續ニ入ル。卽、Graf ハ債權者ノ申請ニ基キ七人ノ鑑定人ヲ伴ヒテ債務者ノ住所ニ至リ、債務者ニ出合ヒタル場合ニハ辨濟ヲ爲スカ又ハ債權者ノ滿足ニ供スルカ爲メ評價スヘキ財產ヲ指示スヘキ旨ノ催告ヲ爲シ、次テ債務者カ現在スルト否トヲ問ハス、鑑定人ヲシテ債權ヲ滿足スルニ充分ナル財產ヲ評價セシメ、其財產ヲ債務者ヨリ取リ去リ、之ヲ支拂ニ代ヘ債權者ニ交付シタリ。

二　フランク王國ノ立法ニ於テモ、大體ニ於テハサリカ法ノ執行手續ニ依リタリ唯不動產ニ對

スル執行トノ關係ニ於テ多少ノ變更ヲ加ヘタルニ過キス。卽チ不動產ニ對スル執行ヲ認メタル勅令(Cap. 817 c. 11)ノ定ムル所ニ依レハ、missio in bannum ハ不動產ノミナラス其上ニ存スル動產ヲモ同時ニ差押フルモノニシテ、差押アリタル後、一年一日ノ期間ヲ置キ、動產ヲ換價スルモ仍ホ債權ヲ完濟スルニ足ラサル場合ニハ、不動產ヲ換價スヘキモノトナセリ。從テ、債務者カ不動產ヲ有セサルカ又ハ債權者カ動產ノミヲ差押フル場合ノ執行手續ハ依然舊ニ依ルモノタリ(Meibom, S. 75 f. a. a. O.)。

三　第十三世紀ニ至リ、初メテ動產ニ對スル執行手續ト不動產ニ對スル執行手續トヲ區別スルニ至レリ。是レ此ノ時代ニ至リ、差押ハ債務者ノ總財產ニ對スル處分禁示ニ依ラス、動產ノ差押ハ處分禁止ヨリモ更ニ有力ナル占有ノ獲得ヲ以テ爲スヘキモノトシタルカ故ナリ。

(一)　動產ニ對スル執行手續ハ之ヲ二段ニ分チタリ。卽チ、(1)第一段ノ手續トシテ(イ)執達吏(Fronbote)ハ債務者ヨリ差押フヘキ動產ヲ取去リ、(ロ)裁判所之ヲ占有シ且保管シタリ。尤モ裁判所ハ私人ノ申請アル場合ニハ、何時ニテモ返還スヘキ旨ヲ約セシメテ、差押ヘタル動產ノ保管ヲ私人ニ囑託スルコトヲ得タリ(之ヲ zu Borge thun ト云フ)。次テ(ハ)裁判所ハ、差押ヘタル動產ニ關スル公告(Aufbieten des Pfandes)ヲ爲ササルヘカラス。公告ノ目的ハ、差押ノ事情ヲ一切ノ利害關係人ニ知ラシメ若シ異議アラハ、一定ノ期間內ニ其異議ヲ屆出ツヘク、然ラサル場合ニハ其異議ハ除斥セラルヘキ旨ヲ通告スルニ在リ、尤モ此制度ハ、ザクセン法系ノ法律ニ於テノミ認ムル所ナリ。他ノ法系ニ於テハ之ニ代ヘテ、(ニ)債務者ニ對スル贖回ノ催告(Das Anbieten des Pfandes zur Einlösung)ヲ認ムルヲ通常トス(Meibom, S. 86 a. a. O.)、贖回ノ催告ハ、債權者カ債務者ノ住所ニ至リ、一定ノ期間內ニ差押ヘラレタル動產ヲ贖回スヘキ旨ヲ催告シ、然ラサル場合ニハ、贖回權ヲ失フヘキコトヲ通知シテ爲セリ。動產ニ屬スル第一段ノ手續ハ之ヲ以テ終結ス。ザクセン法ニ依レハ、差押ノ開始ヨリ第一段ノ終結ニ至ルマテ、通常六週間ト三日ヲ要シタリ。

(2)　第二段ノ手續ハ(イ)Geweldigung(Ausantwortung)ニ初マル。Geweldigung ハ、裁判所カ差押ヘタル動產ヲ債權者ニ交付シ且之ト同時ニ、其ノ債權ノ滿足ニ充ツルノ目的ヲ以テ、該動產ヲ法律ノ定ムル所ニ從ヒ適當ニ處分スル權限ヲ債權者ニ授與スル行爲ナリ(Sachsenspiegel III. Meibom, S. 91)。右ノ授權ニ因リ、債權者ハ交付セラレタル動產ニ對シテ如何ナル權利ヲ取得スルヤハ、日耳曼法ノ解釋上異論アル所ナリ(後述第二目五八八頁參照)。次テ債權者ハ(ロ)右動產ヲ可及的ニ有利ニ換價(VersatzS)スヘク、若シ債務者ニシテ贖回セントスル場合ニハ先ツ贖回ヲ許ササルヘカラス、(ハ)債權者ニシテ有利ニ換價スルノ方法ヲ見出スコト能ハサル場合ニハ、賣却(Verkauf)セサルヘカラス。賣却ハ債權者カ證人ノ立會ノ下ニ公明ニ行フヘキモノナリト雖モ、裁判所ハ別ニ之ヲ監督セス。債務者之ヲ監視シ、必要アル場合ニハ裁判所ニ相當ノ處分ヲ求ムヘキナリ。第十五世紀ニ至リ初メテ

賣却ハ裁判所カ公賣ニ依リテ爲スモノトスルニ至レリ。又(ニ)債權者カ適當ニ換價若クハ賣却スルコト能ハザリシ場合ニハ、裁判所ハ支拂ニ代ヘ差押ヘタル動產ノ評價額ヲ以テ、之ヲ債權者ニ轉付(Uebereignung des Pfandes an den Gläubiger) シタリ (Magd. Sys. Schöff. R. III. 2. 76; vgl. Meibom, S. 96)。

(二) 不動產ニ對スル執行手續

不動產ニ對スル强制執行カ日耳曼法ノ明文ニ顯ハレタルハカールリングン時代ノ勅令ニ初マル。ルードウッヒ・デル・フロンム王ノ勅令 (Kapitulare Ludwigs des Frommen von 817 c. 11.) ハ、此種勅令中、不動產ニ對スル執行ヲ一般的ニ規定スルモノタリ。右勅令ニ依レハ、(1)不動產ニ對スル差押トシテ、地方官(graf) ハ債務者ニ對シテ、missio in bannum ヲ宣言ス。此ハ債務者ヲ追放シ、債務ヲ完濟スルニ非サレハ其家屋ニ還ルヲ得サルコトヲ命シ、依リテ債務者ニ屬スル不動產及ヒ其不動產上ニ存スル動產ノ處分ヲ禁止スルモノタリ。而シテ(2)債務者カ追放セラレタル時ヨリ、一ヶ年一日ノ間ニ債務ヲ完濟シテ、其不動產及ヒ動產ヲ回復セサル場合ニハ、國家ハ之ヲ沒收シ、沒收シタル財產ノ全部又ハ一部ヲ評價額ニ從ヒ債權者ニ轉付シ、依リテ債權ノ滿足ヲ計リタリ (Meibom, S. 98 a. a. O.)。

中世ノ末葉ニ於ケル不動產執行手續ハ、右ニ述ヘタル手續ニ胚胎シタルモノニシテ、多少異同ナキニ非スト雖モ、大要ハ左ノ如シ。

(1) 不動產ニ對スル執行手續ノ第一段ハ、missio in bannum ヲ以テ初マル(獨語ニテハ、Ironung, Verbot, Kummer, Sperr, Besatz 等ト稱シタリ)。卽、債務者ヲ追放シテ該不動產ノ占有ヲ失ハシメ且其處分ヲ禁スルモノタリ。尤モ裁判所ハ場合ノ事情ニ依リ、債務者ニ不動產ノ占有ヲ許ルスヲ得タリ。此場合ニハ、差押ハ單ニ債務者ノ處分ヲ禁止スル效力ヲ生スルニ過キス。

(2) 次テ爲サルヘキ手續ハ、評價額ニ依リ不動產ヲ轉付シテ債權者ヲ滿足セシメントスル法制ト、不動產ノ換價ニ因リ取得シタル金錢ヲ以テ債權者ヲ滿足セントスル法制トニ依リテ異ナレリ。

(甲) 第一ノ主義ハ Sachsenspiegel ヲ初メザクセン法系地方並ニフランク法系地方ノ法律ノ認ムル所ナリ、(イ)ザクセン法系ノ法律ニ依レハ、不動產ノ差押アリタル後先ツ(a)差押ヘタル不動產ニ關スル公告 (Aufbieten des Pfandes) ヲ爲シ、該不動產ニ對シテ權利ヲ主張セントスル者ニ、其權利ヲ屆出ツルコトヲ得セシム。次キテ(b)差押ヘタル不動產ノ占有ヲ債權者ニ委付ス (Die Einweisung des Gläubigers in den Besitz des gefronten Gründstucks, Insatz)。是レ債務者ノ追放後、差押ヘタル不動產ハ裁判所ノ占有スル所ナルカ故ナリ。右委付ニ因リ債權者ハ獨リ差押ヘラレタル不動產ヲ占有スルニ至ルノミナラス、同時ニ其不動產ノ使用收益ヲ爲ス權利ヲ取得ス。而シテ(c)一年ヲ經過シタル後評價額ニ依リ不動產ノ所有權ヲ債權者ニ轉付シ、其債權ヲ滿足スルコトヲ得セシム。評價額カ

債權額ニ超過スル場合ニハ、其超過額ハ之ヲ債務者ニ還付ス。尤モ Sachsenspiegel ニハ超過額ノ返還ニ關スル明文ナシ(Meibom, ebenda S. 105-109 u. dort zit.)。(ロ)フランク法系ノ法律ニ依レハ不動産ノ差押後三週間及ヒ三日ヲ經過シタル後(a)差押ヘタル不動産ノ占有ヲ債權者ニ委付シ(Einwerung od. Insatz) 又債權者ヲシテ不動産ノ使用及ヒ收益ヲ爲スヲ得セシム。次テ(b)差押ヘタル不動産ヲ公告シテ利害關係人ニ其權利ノ屆出ヲ催告ス (Auf bieten des Pfands)、又(c)委付ノ時ヨリ一年一日ヲ經過シタル後、評價額ニ依リ不動産ノ所有權ヲ債權者ニ轉付ス、但債權者カ不動産ノ使用收益ニ依リテ其債權ノ滿足ヲ得サリシ場合ニ限キレリ(Meibom, ebenda S. 110 f.)。(ハ)マグデブルク市法、ハンブルグ・リユーベック市法ノ如キモ亦第一主義ヲ認ムルモノナリト雖モ、不動産ニ對スル執行ノ第二段ノ手續トシテ、轉付ト換價トヲ選擇シ得ルモノトナスノ點ニ於テ異ナレリ。卽チ(a)マグデブルク市法ニ依レハ、不動産ノ差押アリ且差押ヘラレタル不動産ノ占有カ債權者ニ委付 (Gewedling)セラレタル後、債權者ハ或ハ直チニ其不動産ヲ賣却スルヲ得或ハ又賣却セスシテ其使用收益ヲ爲スヲ得タリ。而シテ債權者カ賣却シタル場合ニハ、其通知後一年一日ノ期間內ハ、債務者之ヲ贖回スルヲ得タリ。又賣却セサリシ場合ニハ、一年一日ヲ經過シタル後、評價額ニ依リ不動産ヲ債權者ニ轉付シタリ。(b)ハンブルク、リユーベック市法ニ依レハ、不動産ヲ差押ヘタル後其公告ヲ爲シ次キテ債權者ニ該不動ノ占有ヲ委付(Geweldigung)ス。委付ヲ受ケタル債權者ハ、直チニ之ヲ賣却スルヲ得ス、一年一日ノ期間ノ經過ヲ俟タサルヘカラス。而シテ其期間內ト雖モ、債權者ハ委付セラレタル不動産ヲ自ラ使用スルヲ得ス、債務者ニ賃貸シテ賃金ヲ收得スヘキモノトシタリ。右期間ノ經過後ニ於テモ、苟クモ債權者カ賣却ヲ選マサル場合ニハ、依然賃借關係ヲ持續スルヲ得タリ。而シテ債權者カ賣却ヲ選ミタル場合ニ、相當ノ代價ヲ以テ賣却スルコト能ハサリシトキハ、裁判所ハ評價額ニ依リ不動産ノ所有權ヲ債權者ニ轉付スヘキモノトナセリ。

(乙) 第二ノ主義ハ、Schwaberspiegel ヲ初メバイエルン、シユワーベン、シユワイツ法並ニ後世ノフランク法系ノ認ムル所ナリ。卽チ(イ)不動産ノ差押後六週間ハ、裁判所ニ於テ該不動産ヲ保管ス。此期間內ハ債務者之ヲ贖回スルヲ得タリ。(ロ)次キテ、第二段ノ手續ニ入リ、(a)裁判所ハ差押ヘタル不動産ノ占有ヲ債權者ニ委付スルト同時ニ、尙ホ債權者ニ其不動産ヲ換價シ又ハ賣却スルノ許可ヲ與ヘタリ (Vergönnung des Gantrechts)。而シテ(b)賣却ハ、債權者カ證人ノ立會ノ下ニ正直ニ爲セハ可ナリ。尤モ裁判所ノ指揮監督ノ下ニ行フヘキモノトスル法制ナキニ非ス (Frankf. Schöffengerichts O.)。又(c)換價若クハ賣却ヲ爲スコトヲ得サル場合ニハ、裁判所ハ評價額ニ依リ不動産ノ所有權ヲ債權者ニ轉付シタリ。評價格カ債權額ニ超過スル場合ニハ、或ハ債權者ニ超過額ヲ債務者ニ交付スヘキ義務ヲ負擔セシメテ全部ノ不動産ヲ轉付シ、或ハ又債權額ニ相當スル一部ノ不動産ノミヲ轉付スルコトヲ得タリ (Meibom, ebenda S. 121. f.)。

第二目　差押ヘタル財産ニ對スル債權者ノ權利

日耳曼法ニ於ケル金錢債權執行手續ノ大要ハ、前述ノ如シ。然ラバ、差押ニ因リ債權者ハ、差押ヘタル動產又ハ不動產ニ對シテ、何等カノ權利ヲ取得スルヤ殊ニ質權ヲ取得スルヤ。是レ吾人カ進ンテ研究セントスル所ナリ。

一　差押ニ因リテ生スル法律關係如何

中世日耳曼法ニ依レハ、動產又ハ不動產ニ對スル差押(Pfandung, Fronung)ニ因リ、債務者ハ(イ)差押ヘラレタル動產又ハ不動產ニ對スル處分權ヲ喪失スルノミナラス。更ニ(ロ)其動產又ハ不動產ノ占有ヲ喪失シタリ。而シテ、差押ヘタル動產又ハ不動產ハ裁判所之ヲ占有シ且保管スルカ故ニ、差押ニ因リ債權者カ差押ヘラレタル動產又ハ不動產ノ上ニ何等ノ權利ヲ取得セサルコトハ毫末ノ疑ヲ容レス。―尤モ裁判所ハ、差押ヘタル動產ノ保管ヲ債權者ニ囑託(zu Borge geben)スルコトヲ得(前述五八二頁參照)、其結果債權者ハ差押ヘラレタル財產ヲ占有スルニ至ルト雖モ、裁判所カ第三者又ハ債務者ニ保管ヲ囑託シタル場合ニ於テモ然カルカ如ク、囑託ニ因リテ生シタル法律關係ニシテ差押自體ニ因リテ生シタル法律關係ニ非ス(Meibom, ebenda S. 135 a. a. O.)。約言スレハ、債權者ハ差押ニ因リ差押ヘタル動產又ハ不動產ニ對シテ、何等ノ權利ヲ取得セス。殊ニ現代ノ法制ノ認ムル差押質權(Pfandungspfandrecht)ノ如キハ、日耳曼法ノ認メサル所ナリ。

差押ニ因リ、債務者ハ差押ヘラレタル財產ヲ處分スル權利ヲ喪失ス。故ニ債務者カ處分禁止ニ反シテ、差押ヘラレタル財產ニ付キ法律上ノ處分ヲ爲スモ、其處分ハ無效カリ(Franks. Bac. jud. 41 Thomas 239)【註一】。差押ヘラレタル財產ノ處分ハ無效ナルカ故ニ、債權者ハ其財產ヨリ其債權ノ滿足ヲ受クルコトヲ得ヘキコトヲ確保セラルト雖モ、此保障ヲ得ルハ債務者ニ對スル處分禁止ノ結果ニシテ、物權殊ニ質權ヲ取得スルカ爲メニ非ス(vgl. Meibom, ebenda S. 136 a. a. O.)。

【註一】Franks. Bac. jud. 41.8 (Thomas 239) ニ於テハ、"o'e er solichen sinen (in Kommer gelegten) anfalle verkauffen, veruszerin oder mit willen verziehen wurde, es hilfet yn nit. ト云フ。債務者カ差押ヘラレタル物ヲ賣却シ、讓渡シ又ハ處分スルモ、債務者ニ何等ノ用ヲ爲サス、卽無效ナリトナセリ。

二　第二段ノ手續トシテ爲サヽル動產ノ Geweldigung 又ハ不動產ノ占有委付(Insatz, Vergönnung des Grntrecht)ニ因リ債權者ハ動產ニ付キテハ占有ヲ得ルノミナラス其債權ノ滿足ヲ得ルカ爲メ適當ナル處置ヲ爲スコトヲ得、又不動產ニ付キテハ占有ノミナラス用益權ヲ得タリ。加之一部ノ法制ニ於テハ一定ノ期間ノ經過後評價額ヲ以テ所有權ヲ債權者ニ轉付スルコトヲ得又他ノ法制ニ於テハ不動產ヲ換價シ若クハ賣却シテ其債權ノ滿足ニ充ツルコトヲ得ヘキ權利ヲ授與スルヲ得タルコトハ前述ノ如シ(前述五八二頁、及ヒ五八四頁以下參照)。從テ、結果ヨリ觀察スルトキハ債權者カ質權ヲ授與セラレタル場合ニ於ケルト大差ナキカ如ク、學者ニモ亦 Geweldigung 若クハ Insatz ニ因リ債權者ハ質權ヲ取得ストナス者アリ(Kohler, Pfandrecht, Forschung S. 22 f.; Heusler, Institut II S. 129 f.; S. 206;

Hübner, Grundzüge S. 431 f.; Oertel, Antheilige Gläubigerbefriedigung S. 61; Planitz, kaufmanische Zurückbehaltungsrecht S. 48; Schröder, Rechtsgeschichte S. 753 Anm. 32)。然レトモ裁判所ハ一個ノ處分ニ依リテ前掲總テノ權利ヲ債權者ニ授與スルニ非ス。裁判所ハ先ツ Geweldigung 又ハ Insatz ニ依リテ債權者ニ占有ヲ授與シ、不動產ニ付キテハ用益權ヲモ授與シ、更ニ他ノ Insatz ヲ以テ、或ハ不動產ノ所有權ヲ轉付シ、或ハ又換價若クハ賣却ニ依リテ其債權ヲ滿足スルノ權利ヲ授與スルモノタリ。從テ裁判所カ一個ノ處分ニ依リ質權ヲ授與シ、該質權ノ效力トシテ債權者カ占有シ、用益シ且流質若クハ換價ニ依リテ其債權ノ辨濟ヲ求ムルモノナリトスルハ、不動產ニ關シテハ少クモ當タラス（尙ホ Meibom, ebenda S. 141 a. a. O., Otto Gierke, Schuld u. Haftung S. 45 Anm. 90 參照）。且假リニ一歩ヲ讓リ、Geweldigung 又ハ Insatz ニ依リ。債權者ハ質權ヲ取得スルモノトナスモ、差押（Pfandung od. Fronung）ニ因リテ質權ヲ取得スルニハ非ス。從テ日耳曼法ハ現代法制ノ認ムル差押質權（Pfandungspfandrecht）ノ起源ト爲スコトヲ得ス。

第三項　日耳曼法ノ優先主義及ヒ折衷主義

日耳曼法ノ執行手續ニ於テハ、差押質權ヲ認メサルコト前述ノ如シト雖モ、之ヲ以テ直チニ平等主義ヲ認ムルモノト速斷スルヲ得ス。日耳曼法ハ差押ヘタル時ノ前後ニ依ル優先主義ヲ認メタルカ如ク、更ニ第十三世紀ニ至リ債權額ニ應スル比例辨濟ノ思想ヲ之ニ加フルニ至リ折衷主義ヲ生スルニ至レリ。

（一）優先主義

日耳曼法ニ於テハ、先シテ强制執行ヲ爲シタル者ハ又先シテ辨濟ヲ受クヘキモノトシタルカ如シ。既ニ日耳曼民族ノ法諺ニ於テモ、Der Erste in der Zeit, der Erste im Recht bei Graf und Dietherr（先シテ裁判官ニ申請シタル者ハ權利ニ付キテモ亦優先ス）トナシ、西ゴート法ニ於テモ亦同一ノ原則ヲ認メタリ。中世ノ末葉ニ至リテハ、ザクセン法、オストフエリヤ法、ウエストフエリア法　南獨ノ諸法及ヒ瑞西法等ノ認ムル所ニシテマルデブルク法ノ如キハ、此原則ニ基キテ詳細ノ規定ヲ設ク。同法ノ規定ニ依ルニ、(1)强制執行又ハ假差押トシテ、最先ニ差押ヲ爲シタル者ハ最先ニ辨濟ヲ受クヘキモノトシタリ。而シテ、（イ）最先ニ差押ヘタル者ハ、單ニ執行命令ヲ受ケタルニ止マル者ニ優先シタリ。又（ロ）數多ノ債權ノ爲メニ同時ニ差押ヘタル場合ニハ最先ニ訴ヘタル債權者カ優先スヘキモノトシタリ。尤モ(2)最先ニ差押ヘタルニ拘ハラス、其債權ノ履行期日カ到來セサル等ノ爲メ、執行手續ヲ續行スルコト得ザル場合ニハ、之ニ先チテ執行手續ヲ續行シ得ル債權者カ優先スルモノトセリ（Meibom, S. 445 f.）。

（二）折衷主義

第十三世紀ニ至リ、ハンブルグ、リユーベツタ、ブレメン、ゴスラー、フランクフルト等ノ商業

市ニ於テハ、漸次羅馬法ニ從ヒ債權額ニ比例シタル辨濟ヲ受クヘシトスル思想發達シタリト雖モ、尙ホ日耳曼法ノ優先主義ヲ捨テス、其結果折衷主義ヲ生スルニ至レリ。

(1) リユーベック市法ニ依レハ、債務者カ死亡又ハ逃亡シタル後、三十日以內ニ差押ノ申請ヲ爲シタル者ハ、遲クレテ差押ノ申請ヲ爲シタル債權者ニ先チ、差押ヘタル財產ヨリ債權額ニ應シテ平等ニ辨濟ヲ受ク、反之右期間後ニ申請シタル債權者ハ、申請ノ順位ニ從ヒテ辨濟ヲ受クヘキモノトシタリ。畢竟、債務者ノ死亡又ハ逃亡後三十日間ハ遺產ニ對スル差押ハ休止ス。故ニ其期間內ニ差押ノ申請ヲ爲シタル者ハ、期間滿了ノ時ニ同時ニ且最先ニ差押ヘタルモノト看做シ、期間後ニ申請シタル債權者ニ優先セシムルモノニ外ナラス (Meibom, S. 468 a. a. O.)。他ノ地方ニ行ハレタル法律ニ於テモ、債務者ノ死亡後、成文法又ハ慣習法ニ依リテ定マレル一定ノ期間內ニ、差押ノ申請ヲ爲スニ非サレハ、債權額ニ比例シタル辨濟ヲ受クルヲ得ストナセリ (Billward. Recht)。

(2) 又他ノ法律ニ於テハ、差押ノ申請ヲ爲スヘキ期間ヲ定メス。此種ノ法制ニ於テハ、差押ヘタル財產ノ賣得金ヲ未タ配當セサル間ハ、差押申請ヲ爲シ、依リテ債權額ニ應シタル平等辨濟ヲ受クルコトヲ得ルモノトシタリ (平等主義)。

第三項　獨逸普通法及ヒ各州法ニ於ケル差押質權

羅馬法ニ於ケル Pignonis capio ハ差押質權制度ノ起源ト爲スコトヲ得サルノミナラス、全然優先主義ノ根據ト爲スコトヲ得ス(第一項)。又日耳曼法ニ於テハ、差押質權ノ制度ハ之ヲ認メサリシト雖モ、差押ヲ爲シタル時ノ先後ニ依ル優先主義ヲ認メタルコトハ前述ノ如シ(第二項)然カルニ獨逸普通法時代ニ至リテハ、或ハ日耳曼法ノ優先主義ノ思想ヲ容レテ羅馬法源ヲ解釋セントシ、或ハ又羅馬法上ノ質權ノ思想ヲ以テ日耳曼法ノ優先主義ヲ說明セントシ、依リテ差押質權 (Pfändungspfandrecht) ナル制度ヲ認ムルニ至リタルモノノ如シ。

一　獨逸普通法ノ學說トシテハ、多數ノ學者ハ、羅馬法源、殊ニ l. 2. C. qui Potiores 8, 18; l. 1. C. in causa judicati 8, 23; l. 3 C. de executionines rei judrcati 7, 53 等ヲ援用シ、差押ニ因リ債權者ハ差押ヘタル財產ノ上ニ質權ヲ取得スルモノトナセリ (Sintenis, Pfandrecht S. 353, u. 401; Derselbe Das praktische gemeine Civilrecht Bd. I S. 645; Gesterding, Pfandrecht § 273, S. 121 f; Vangerow, Pandekten Bd. I § 373 Anm. 2 S. 839; Glück, Pandekten Bd. 18 § 1080, S. 19 Stölzel, in Archiv für civ. Praxis Bd. 45 S. 272 ff.; Waldeck, diselbst Bd. 55 S. 484 u. A. M.)。然レトモ、此等ノ法源ニ於テ pignus praetorium ト稱スルハ missio ニ依リテ債權者ノ取得シタル權利ヲ、譬喩的ニ質權視シタルモノニ過キス又 missio ハ威嚇强制ヲ目的トシ質權ノ發生ヲ目的トスル制度ニ非サルコトハ前述ノ如シ(前述五七二頁以下參照)。固ヨリ差押 (pignoris capio) ニ因リテ質權ノ發生スルコトヲ認ムルモノニ非ス (Dernburg, Pfandrecht Bd. I S. 420 a. a. O.)。故ニ、獨逸普通法トシテハ、差押ニ因リ質權ヲ生セ

ストスルノ說ヲ正當ト爲サザルヘカラス(vgl. auch Windscheid, Pandekten Bd. I § 233 Anm. 5; Rudolph, in Ihering Jahrb. Bd. S. 311 ff.)。

二　獨逸民事訴訟法制定當時ノ各州法ニ於ケル差押ノ效力ハ頗ル區々タリ。

(1)　一部ノ法制ニ於テハ差押質權ヲ認メタリ。卽(イ)動產ニ對スル執行ノ場合ニハ、差押ニ因リテ質權ヲ生ストナス。(ロ)又不動產ニ對スル執行ノ場合ニハ差押ニ因リテ直チニ抵當權ヲ生スルモノト爲サス、差押ハ抵當權登記簿ニ抵當權ノ登記ヲ申請スルコトヲ得ル原因ナリトナシ、依リテ抵當權ハ登記ニ因リテ生スルモノトスル主義(登記創設主義)ヲ一串シタリ。ザクセン訴訟法(一六二二年、一七二四年、一八三八年)及ヒ同民法(四八七條、三九四條)ヘッセン公國訴訟法(一七六七年)及ヒ同質權法(一八五八年)、メクレンブルヒ質權法ノ如キ之レナリ(vgl. Meibom, Vorzug eingeklagter Forderung in Konkurs, bei Archiv für civilist. Praxis Bd. 52 S. 297 f.)。

(2)　一部ノ州法ニ於テハ佛法ニ於ケルト等シク差押質權ヲ認メス。然レトモ强制執行ノ債務名義タルヲ得ル判決、執行判決アリタル仲裁判斷、又ハ請求ノ認諾アリタルトキハ、當然裁判上ノ抵當權(hypotheque judiciaire)ヲ生スルモノトシタリ。卽ラインデン地方ニ行ハレタル佛法系ノ州法及ヒバーデン訴訟法(一八六四年)等之レナリ(vgl. Zacharia, Hdb. des franz. Civilrechts Bd. II, S. 102; Philippi, Hypothekenrecht in des preuss. Rheinprovinz S. 142; Meibom, ebenda S. 303)。

(3)　一部ノ州法ニ於テハ差押質權ヲ認メス、然レトモ債務者破產ノ場合ニハ破產前ニ差押ヲ爲シタル債權者ハ、無擔保債權者ニ優先シテ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルモノトナセリ。バイエルン州法(一七五六年)ハンノーバー抵當權法(一八六四年)等ノ如シ(vgl. Meibom, ebenda S. 304)。

(4)　更ニ他ノ州法ニ於テハ差押質權ヲ認メス又優先權ヲモ認ムルコトナシ。普國州法及ヒヴュルテンブルヒ改正州法之レナリ。——普國一般州法ニハ「執行ニ因リ質權ヲ生スルヤ否ヤハ訴訟法之ヲ定ム」ト規定ス(Allgemeine Landrecht I. 20. §5.)。然レトモ普國一般裁判法ニハ、差押質權ニ付キテハ何等ノ規定ヲ設ケス、單ニ執行債務者破產ノ場合ニハ、其破產宣告前ニ差押ヲ爲シタル債權者ノ優先權ヲ認メタリ(Allgemeine Gerichtsordnung. I, 50. §§ 447—449)。然ルニ普國破產法(一八五五年)ニ於テハ此優先權ヲモ廢シタリ(同法七二—八二條)。又ヴュルテンブルヒ質權法(一八二五年)ニ於テモ、執行債務者破產ノ場合ニハ、其破產宣告前ニ差押ヲ爲シタル債權者ハ、優先權ヲ取得スルモノト爲シタリト雖モ、同商法施行法(一八六五年)ヲ以テ右優先權ヲ認メサルニ至レリ(vgl. Meibom, ebenda S. 306 f.)。

第二節　現行法制ノ比較

現代ノ立法例ニ於ケル金錢債權執行制度ヲ視ルニ、或ハ優先主義ヲ認ムルアリ、或ハ平等主義ヲ

採ルアリ、或ハ集團執行主義ニ依ルアリ。此問題ニ關スル各國ノ立法ヲ一々比較センコトハ本篇ノ期スル所ニ非ス。茲ニハ、主ナル法系ニ付キ、其大綱ヲ述フヘシ。

第一款　優先主義

優先主義ヲ認ムル法制ニ於テモ、或ハ差押質權ヲ認ムルアリ、或ハ然ラスシテ、單ニ差押ノ前後ニ依リ優先權ヲ認ムルアリ、或ハ又兩者ヲ併用スルアリ。英法ハ差押質權ヲ認メス然レトモ優先主義ハ之ヲ認メタリ、又獨法系ノ諸法ハ差押質權主義ヲ採レリ。

第一目　英法ノ優先生主義

英法ニ於テハ金錢債權ノ執行ハ、動產、不動產若クハ債權ヲ差押ヘテ爲スヲ原則トシ、又例外ノ場合ニ於テハ債務者ノ人身ニ對スル執行 (writ of capias ad satisfaciendum) ヲ認メタリ。

(1) 動產ニ對スル執行ハ、Sheriff ノ發スル writ of fri facias (略シテ fi-fa ト云フ) ニ基キテ爲ス。此命令ニハ債務者ノ動產 (goods anb chattels) ヨリ一定ノ金額ヲ取立ツルコトヲ得 (that of the goods and chattels of A. you cause to be made the sum of etc.) ル旨ヲ記載ス、執行命令ト云フコトヲ得ヘシ。而シテ、執行機關 (Under-Sheriff タルヲ常トス) ハ、出來得ヘクンハ執行スヘキ債權額ニ相當スヘキ價格ノ動產ヲ差押ヘサルヘカラス。然レトモ、若シ差押ヘタル動產ノ價格カ、債權額ニ超過スル場合ニハ、裁判所カ別段ノ處分ヲ爲ス場合ノ外之ヲ公賣ス。而シテ賣得金ハ、Sheriff カ前記執行命令 (Writ of fieri facias) ヲ交付シタル順序ニ從ヒテ、債權者ニ交付スヘキモノトナセリ (County Courts Act, 1856. (19 & 20 Vict. c. 108) s. 401. 尙ホ Archbold's County Court Practice sect. 152; Schuster Die bürgerliche Rechtspflege in England S. 213 參照)。

(2) 債權ニ對スル執行ハ、Attachment of debts ニ依リテ爲ス。債務名義ヲ受ケタル債權者ハ、債務者ニ屬スル債權ヲ差押ヘンコトヲ裁判所ニ申請スルコトヲ得、但第三債務者カ裁判所ノ管轄區域ニ住スル時ニ限ル。裁判所ハ第三債務者 (garnishee) ニ對シテ、債務者ニ支拂フヘキ金額若クハ執行債權者ノ債權ヲ滿足スルニ必要ナル額ヲ執行債權者ニ支拂フカ又ハ其債務カ已ニ消滅シタルコトヲ立證スヘキ旨ヲ命ス。第三債務者カ其債務ノ存在ヲ認ムル場合ニハ、裁判所ハ直チニ執行ヲ命スルコトヲ得又之ヲ爭フ場合ニハ、判決ニ依リテ之ヲ確定セサルヘカラス。若シ第四者カ執行債權者ニ先ツ優先權ヲ有スル旨ヲ主張スルトキハ、辯論期日ヲ指定シテ其當否ヲ裁判セサルヘカラス、又第四者カ期日ヲ缺席スルカ若クハ其優先權ヲ證明スルコト能ハサルトキハ直チニ執行ヲ命シタリ。而シテ債務者カ執行命令ニ基キ差押債權者ニ支拂ヒタルトキハ、執行命令カ後ニ至リ取消サレタル場合ニ於テモ、尙ホ其債務ヲ免カル。又差押債權者ハ他ノ債權者ニ優先シテ、差押ヘタル債權ヨリ辨濟ヲ受クルコトヲ得タリ (vgl. Schuster, ebenda S. 217 Anm. 2)。

(3) 不動產ニ對スル執行ハ Writ of elegit ニ依リテ爲ス。元來 Edward 第一世ノ制定シタル法律 (Stat. Westminster II, c. 18) ニ依リ、確定判決ヲ以テ認メラレタル金錢債權又ハ損害賠償ノ請求權ヲ有スル者ハ、Writ of fieri facis ヲ求ムルヤ又ハ他ノ Writ ヲ求ムルヤヲ選擇スルヲ得。而シテ後者ヲ選ミ (elegit) タル場合ニハ、債務者ニ屬スル全部ノ動產及ヒ半分ノ不動產ニ對シテ執行スルヲ得タリ。後 1 & 2. Vict. c. 110 s. 11 ヲ以テ、Writ of elegit ニ依リ全部ノ不動產ニ差押フルコトヲ得ルモノトシ、更ニ一八八三年ノ Bankruptcy Act s. 146, 1 ニ依リ、此命令ニ依リテハ動產ヲ差押フコトヲ得サルモノトナセリ。

Writ of elegit ノ目的ハ本來不動產ノ差押ニ依リテ債權者ヲ保全スルニアリ。卽、債權者カ Writ of elegit ヲ受ケ之ヲ Sheriff ニ交付スルトキハ、Sheriff ハ其管轄區域內ニ存スル債務者ノ不動產ヲ調査シ、其結果ヲ此ノ命令ニ附記ス (return of writ)。右附記ニ依リ債權者ハ其不動產ノ上ニ擔保權ヲ取得スルモノトナセリ (Law Quaterly Review II p. 519; Schuster, ebenda S. 216 u. 229 a. a. O.)。然レトモ、債權者ハ Chancery Devision ニ申請シ、簡易手續ニ依リ差押ヘタル不動產ノ賣却ヲ命スル裁判ヲ求ムルコトヲ得タリ。

第二目　獨逸法ノ優先主義

獨逸法ニ依レハ、金錢債權ハ動產又ハ不動產ニ對シテ執行スルコト得。動產ニ對スル執行ハ、同國民事訴訟法ノ規定スル所ナリト雖モ、不動產ニ對スル執行中、强制競賣及ヒ强制管理ハ、特別法ヲ以テ定メタリ。

一　動產ニ對スル金錢債權ノ執行

動產(有體動產及ヒ債權其他ノ財產權)ニ對スル執行ハ差押 (Pfändung) ヲ以テ爲シ、又差押ハ債權者カ其債權ノ滿足ヲ得且執行費用ヲ償フカ爲メ必要ナル以上ニ及ホスコトヲ得ス (獨訴八〇三條一項)。

差押ニ因リ(一)債務者ハ差押ヘラレタル動產ニ對スル處分權ヲ喪失スルノミナラス (獨訴八二九條)(二)債權者ハ又差押ヘラレタル動產ニ對シテ質權 (Pfandungspfandrecht) ヲ取得ス(八〇四條一項)而シテ差押質權ハ(1)差押債權者ト他ノ債權者トノ關係ニ於テハ、契約上ノ質權ト同一ナリ。故ニ、(イ)先シテ差押ヘタル債權者ハ後レテ差押ヘタル債權者ニ優先シ且(ロ)債務者破產ノ場合ニ於テ、契約上ノ質權ト同視セラルル質權若クハ優先權 (獨逸破產法四九條) 以外ノ質權若クハ優先權ニ優先シテ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルモノトナセリ(獨民訴八〇四條二項及三項)【註1】。從テ、差押質權ハ、契約上ノ質權及ヒ債務者破產ノ場合ニ之ト同視セラルヘキ法定質權、留置權トノ關係ニ於テハ成立ノ前後ニ依リテ其順位ヲ定ムルニ反シ、契約上ノ質權ト同視セラレサル質權及ヒ優先權トノ關係ニ於テハ成立ノ前後ニ拘ハラス常ニ優先スルモノタリ。然レトモ(2)差押債權ハ差押債權者ト債務者トノ關係ニ於テハ、契約上ノ質權ト同一ノ效力ヲ生スルコトナシ。卽チ差押債權者ハ(イ)差押ヘタル

動產ヲ直接ニ占有セス又(ロ)差押ヘタル動產ヲ、質權ニ關スル民法ノ規定ニ從ヒテ換價スルコトヲ得ス。民事訴訟法ノ規定ニ依ル執達吏ノ換價ニ俟タサルヘカラス。

【註一】獨逸破產法第四八條ハ、破產財團ニ屬スル財產ニ付キ契約上ノ質權ヲ有スル者ハ別除權ヲ有スル旨ヲ規定シ、同第四九條ニ於テ、契約上ノ質權者ト同視スヘキモノヲ規定シタリ。即チ(イ)帝國金庫、國庫公共團體ハ、差押ヘ若クハ留置シタル課稅物件ニ對シテ公課債權ノ爲メ契約上質權者ト同順位ノ別除權ヲ有シ又(ロ)財團ニ屬スル財產ニ對シテ法定質權若クハ差押質權ヲ有スル者并ニ(ハ)民法上若クハ商法上ノ留置權ヲ有スル者ハ其權利ノ目的タル財產ニ付キ、契約上ノ質權者ト同順位ノ別除權ヲ有スルモノトナセリ。

二　不動產ニ對スル金錢債權ノ執行

獨逸民事訴訟法ニ依レハ、不動產ニ對スル金錢債權ノ執行ハ、執行スヘキ債權ノ爲メニスル强制抵當權ノ登記、强制競賣又ハ强制管理ニ依リテ爲スモノタリ。而シテ、債權者ハ右三制度ノ一ノミヲ要求スルコトヲ得、又他ノ制度ト併セ行ハンコトヲ要求スルコトヲ得(同法八六六條)。

(一)　强制競賣又ハ强制管理　ハ獨逸民事訴訟第八六九條ノ委任ニ依リ、强制競賣及ヒ强制管理法(Gesetz über die Zwangsversteigerung u. die Zwangsverwaltung vom 24. März 1897, Fassung vom 20 Mai 1898)ノ規定スル所ナリ。

裁判所カ債權者ノ申請ニ基キ、强制競賣又ハ强制管理ノ開始決定ヲ爲シタル場合ニハ、債權者ノ爲メ其目的タル不動產又ハ不動產ノ收益ハ同時ニ差押(Beschlagnahme)ヘタルモノト看做サル。於是カ差押ノ效力如何ノ問題ヲ生ス。

(1)　債務者ニ對スル處分禁止　不動產ノ强制競賣ノ場合ニハ、差押ニ因リ債務者ハ差押ヘラレタル不動產ニ付キ處分ノ禁止ヲ受ク。從テ(イ)債務者カ右禁止ニ反シテ處分シタル場合ニハ、其處分ハ差押債權者ニ對シテハ無效ナリ。又(ロ)處分ノ效力カ、處分ヲ受ケタル者ノ善惡若クハ惡意ニ繫ル場合ニハ、其者カ競賣ノ申請アリタルコトヲ知リタルトキハ、差押アリタルコトヲ知リタルモノト看做サル(强制競賣法二三條及ヒ獨民法一三五條參照)。不動產强制管理ノ場合ニ於テモ亦之ニ準スヘキナリ(强制競賣法一四六條及ヒ一四八條參照)。

(2)　差押債權者ノ優先權　不動產ノ差押ニ關シテハ、動產差押ノ場合ニ於ケルカ如ク、差押ニ因リ債權者ハ差押ヘタル不動產ノ上ニ抵當權ヲ取得スル旨ヲ定メタル直接ノ規定ナシ。然レトモ、强制競賣及ヒ强制管理法第一〇條ニハ、差押ヘラレタル「不動產ヨリ辨濟ヲ求ムル權利」ノ第四級ニ位スルモノトシテ、不動產上ノ物權者ヲ擧ケ、第五級トシテ執行債權者ノ請求權ヲ掲ケタリ。而シテ同法第一一條第二項ニハ、「第五級ニ屬スル二以上ノ請求權間ニ在リテハ、其請求權ノ爲メ先シテ差押カ爲サレタルモノハ他ノ請求權ニ優先スル」旨ヲ規定ス。右規定ニ對スル理由書ノ說明ニ依レハ「執行債權者又ハ强制執行ニ附帶シタル債權者ハ、其差押又ハ附帶差押ノ時ニ、抵當權ヲ登記シタルモノノ如クニ看做シテ、差押ヘタル不動產ヨリ辨濟ヲ求ムル權利ノ順位ヲ定ムルモノニシテ、動產ニ對

スル差押ニ因リ、差押質權ヲ取得スルト其法意ヲ同クス」トナセリ（Denkschrift S. 37; vgl. Fischer—Schaefer, Kommentar Nr. 5 zu § 10; Jaeckel, Anm. 19 zu § 10 Zw. Versteig. u. Verwalt. G.）。要ニ、獨逸現行法ニ依レハ、債權者カ不動產ノ强制競賣又ハ强制管理ノミヲ申請シタル場合ニ於テモ差押債權者ハ差押ノ順序ニ因リ、差押ヘタル不動產ヨリ優先シテ辨濟ヲ求ムル權利ヲ取得シ、實際ノ結果ニ於テハ、差押ヘタル不動產ノ上ニ抵當權ヲ取得スルト異ナルコトナシ。尤モ、此權利ハ强制競賣又ハ强制管理ノ解止ニ依リテ消滅スルカ故ニ、此點ハ眞ニ抵當權ヲ取得シ、之ヲ登記シタル場合ニ於ケルト異ナル所ナリ。故ニ債權者ニシテ若シ强制競賣又ハ强制管理ノ禁止後ニ於テモ尙ホ抵當權ヲ有セントセハ、更ニ「强制抵當權ノ登記」ヲ申請セサルヘカラス。

(ii) 强制抵當權ノ登記（Eintragung einer Sicherungshypothek）　强制抵當權ノ登記ハ、獨逸普通法及ヒ普國古法ニ於テハ認メス、佛法ニ於ケル裁判上抵當權（hypothèque judiciaire）ノ思想ヲ套襲シテ設ケタル制度ナリ。

佛法ニ於テハ、裁判所カ原告ノ債權ヲ認ムル判決ヲ爲シタルトキ、被告カ原告ノ請求ヲ認諾シタルトキ、其他强制執行ノ債務名義カ成立シタルトキハ、債權者ハ現ニ債務者ニ屬スル不動產及ヒ債務者カ將來取得スヘキ不動產ノ上ニ裁判上ノ抵當權ヲ取得スルモノトナセリ（佛民法二一一二三條、尙二一一七條、二一四八條及ヒ一八〇七年九月三日法律一條參照）。此制度ハ初メ普國一八〇三四年三月四日ノ勅令第二二條及ヒ第二三條ニ依リテ套襲セラレ、「債權者ハ强制執行ノ債務名義タル判決和解又ハ執行命令ヲ得タルトキハ、其元本、利息及費用ノ債權ノ爲メ債務者ニ屬スル不動產ニ對シテ質權ヲ設定スル權限ヲ取得スル」モノトシ、受訴裁判所ハ執行力アル債務名義ノ正本ヲ添ヘ職權ヲ以テ登記判事ニ該質權ノ登記ヲ囑託シ、且其旨ヲ債務者ニ通知スヘキモノトシタリ。尤モ後ニハ一八四九年三月一九日ノ法律第二二條ヲ以テ、受訴裁判所ニ依ル登記ノ囑託ヲ廢止シ、債權者ヨリ直接ニ質權ノ登記ヲ申請スヘキモノトシタリ（vgl. Fischer-Schaefer, Zwangsvollstreckung in das unbeweg. Vermögen Nr. 1 zu § 867, 868 C. P. O.）。獨逸民法第一草案ニ於テモ亦佛民法ニ倣ヒ裁判上ノ抵當權ヲ認メタリ（同案第一一三〇條乃至第一一三三條）。然レトモ同第二草案ニ於テハ、民法中ヨリ裁判上ノ抵當權ニ關スル規定ヲ削除シ、之ヲ民事訴訟法ニ移スト同時ニ(1)强制抵當權ノ登記ハ不動產ニ對スル執行方法トシテ債權者ノ申請ニ基キテ爲スヘキモノトシ、從テ債務名義ノ成立ニ因ル抵當權ノ發生ヲ認メス。更ニ(2)强制抵當權ハ其目的タル特定ノ不動產ノ上ニノミ存シ、且二個以上ノ不動產ニ對シテ之ヲ登記スル場合ニハ、擔保セラルヘキ債權額ヲ分配スヘキモノトシテ連帶ヲ許サス。從テ佛法ニ於ケル裁判上ノ抵當權カ現在債務者ニ屬スル一切ノ不動產及ヒ將來取得スヘキ一切ノ不動產ニ對シテ存シ、且各不動產カ擔保債權ノ全額ヲ負擔スルモノトハ大ニ異ナルニ至レリ。加之(3)强制抵當權ニ付キテハ抵當證券ヲ發行スルコトヲ得サルモノトシ、擔保債權ニ對スル從屬性

ヲ保持シ債務者ヲ保護スルニ力メタリ。

而シテ、獨逸訴訟法カ、不動産ニ對スル執行方法トシテ、强制抵當權ノ登記ヲ認メタル所以ハ(イ)執行債權者カ、債務者ニ屬スル不動産ニ對シテ抵當權ヲ取得シ、債權ノ擔保ヲ得ルニ甘スル場合ニハ、强キテ强制管理殊ニ强制競賣ヲ爲サシムル必要ナシ。斯ル場合ニ於テモ、尙ホ强制競賣ヲ爲スノ外ナキモノトスルハ、債權者ノ利益ヲ保護スルニ付キ其必要アルニ非スシテ、債務者ニ不利益ヲ被ラシムルモノナリ。且(ロ)他日、該不動産ニ對シテ强制競賣又ハ强制管理カ開始セラルル場合ニハ、差押債權者及ヒ差押ニ加入シタル債權者ハ、第五級ノ債權者トシテ辨濟ヲ受クル權利ヲ有スルニ過キスト雖モ、曩ニ强制抵當權ヲ登記シタル債權者ハ、其抵當權ニ基キ第四級ノ債權者トシテ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルカ故ニ(不動産强制競賣及ヒ强制管理法第一〇條第四號及ヒ五號)、後日爲サルヘキ强制競賣又ハ强制管理ニ依リテ其權利ヲ害セラルルコトナシ。約言セハ、不動産ニ對スル金錢債權ノ執行方法トシテ、强制抵當權ノ登記ヲ認ムルハ、債務者ニ有利ニシテ且債權者ニ害ナキカ故ナリ【註二】。

【註二】强制抵當權ノ登記ヲ認ムルノ可否ニ付キテハ、同國立法ノ際、大ニ討論セラレタリ、Mot. z. BGB. III S. 349 ff., Zusammenstellung der gutachtlichen Aeusserungen zu dem Entw. eines BGB. III S. 349 ff., VI S. 582; Prot. z. BGB. III S. 694 ff.; Stegemann, Materialien z. Gesetz. v. 13 juli 1883 S. 48, 142 ff.; Wagner, in Schönbergs Handbuch der Staatswissenschaften Bd. 1 § 38; Dernburg, preuss. Hypothekenrecht II S. 12 ff.; Rothenberg. bei Gruchot Jahrg. 36 S. 610; Scholmeyer, bei Gruchot Jahrg. 29 S. 431 ff.; Hinrichs, Studien aus den Gebiete des preuss. Hypothekenrechts S. 52.; Birnbaum, in Schmollers Jahrbuch f. Gesetzgebung Jahrg. 12 S. 831 ff.; Schneider, im Archiv f. civil. praxis 81 S. 36 ff.; Puchelt, rhein-franz. Hypothekenrecht § 98; Challamel, l' hypotheque judiciaire s. 9. 231 等參照。

三　要之、獨逸法ニ於テハ、(1)動産ニ對スル執行ノ場合ニハ、差押債權者ハ差押ニ因リテ差押質權ヲ取得シ、又差押質權ハ他ノ債權者トノ關係ニ於テハ、契約上ノ質權ト同一ナルカ故ニ、先シテ動産ヲ差押ヘタル債權者ハ、後レテ差押ニ加入シタル債權者ニ優先シテ、其債權ノ滿足ヲ受ク。又(2)不動ニ對スル强制競賣ノ場合ニハ、差押債權者ハ差押ニ因リ其目的タル不動産ノ上ニ當然抵當權ヲ取得スルコトナシト雖モ、後クレテ差押ニ加入シタル債權者ニ優先シテ不動産ノ賣得金ヨリ辨濟ヲ受クルコトヲ得(優先權)。若シ差押債權者ニシテ、眞ニ差押ヘタル不動産ノ上ニ抵當權ヲ取得セントセハ、强制競賣ノ申請ト共ニ强制抵當權ノ登記ヲ申請スヘキナリ。不動産强制管理ノ場合ニ於テモ、先シテ差押ヘタル債權者ハ、後クレテ其差押ニ加入シタル債權ニ優先シテ、不動産ノ收益ヨリ辨濟ヲ受クル權利ヲ有ス。此場合ニ於テモ、債權者ハ差押ヘタル不動産ノ上ニ强制抵當權ノ登記ヲ申請スルコトヲ妨ケス。

第三項　埃太利法ノ優先主義

埃太利執行法(Die Exekutions-Ordnung vom 27 Mai 1896)ニ於ケル金錢債權ノ執行方法ハ大體ニ於テ、獨逸法ニ於ケルト異ナルコトナシ。

一　動產ニ對スル執行

(一)　有體動產ニ對スル執行ハ差押及ヒ賣却ヲ以テ爲ス(二四九條)。差押方法ハ、執行機關カ債務者ノ占有中ナル有體動產ヲ、差押調書ニ記入スルニ在リ(二五三條)。而シテ、差押ニ因リ執行債權者ハ、執行スヘキ債權ノ爲メ、執行調書ニ記入セラレタル有體動產ニ對シテ質權ヲ取得ス。此質權ハ差押アリタル日ヨリ一年內ニ、賣却ノ許可ヲ求ムル申請(二六四條)ヲ爲シ且賣却手續ヲ續行スルニ非レハ消滅ス。二人以上ノ債權者ノ爲メニ同時ニ差押ヲ爲シタル場合ニハ、之ニ因リテ生スル質權ハ其順位ヲ同クス、各債權者ハ執行債權者トシテ執行手續ノ續行ヲ促スコトヲ得(二五六條)。

他ノ執行力アル債權ノ爲メニスル差押トシテ既ニ調書ニ記入セラレタル有體動產ニ對スル差押ハ該調書ノ附記ニ依リテ爲ス。附記ニハ、新差押ヲ求メタル債權者ノ姓名、其者及ヒ代理人ノ住所並ニ、執行スヘキ債權ヲ記載セサルヘカラス(二五七條)。

(二)　債權其他ノ財產權ニ對スル執行ハ大體ニ於テ獨逸訴訟法ニ於ケルト異ナルコトナシ。卽チ(1)金錢債權ニ對スル執行ハ差押ヲ以テ爲ス。而シテ差押ノ方法ハ、手形其他裏書ヲ以テ移轉スルコトヲ得ル證券上ノ債權等ヲ除クノ外、第三債務者ニ對シテ債務者ニ支拂ヲ爲スコトヲ禁シテ爲ス、又同時ニ、債務者ニ其債權並ニ之カ爲メニ設定セラレタル擔保ニ付キ何等ノ處分ヲ爲スコト殊ニ其債權ヲ取立ツルコトヲ禁スルコトヲ要ス(二九四條一項)。更ニ執行債權者カ差押ヘラレタル債權ノ上ニ質權ヲ取得シタル旨ヲ第三債務者及ヒ債務者ニ通知セサルヘカラス(同條二項)。——手形其他裏書ヲ以テ移轉スルコトヲ得サル小切手、商人證券及ヒ債務證券、銀行預金帳並ニ貯金ヨリ生スル債權ノ差押ハ、執行裁判所ノ囑託ニ基キ、執行機關之ヲ執行調書ニ記入シ且取上ケタル後、裁判所又ハ書記課ニ差出シテ爲ス

並ニ二人以上ノ債權者カ時ヲ異ニシテ右證券上ノ債權ヲ差押ヘタル場合ニ於ケル質權ノ順位ハ、執行機關カ證券ヲ保管シタル時ヲ標準トシテ定メサルヘカラス(三〇〇條)。又既ニ差押ヘラレタル證券上ノ債權ノ差押ハ、執行調書ニ新ニ之ヲ差押フル旨ヲ附記シテス(第二九三條二項)、此場合ニ於ケル質權ノ順位ハ其附記ヲ爲シタル時ノ先後ニ依ルモノタリ(三〇〇條一項)。(2)物ノ引渡又ハ給付ヲ求ムル請求權ニ對スル差押ハ、金錢債權ニ對スル差押ノ規定(二九四條乃至二九八條)ニ依リテ爲シ、又之ニ因リテ質權ヲ生ス(三二五條)。(3)他ノ財產權ニ對スル差押ハ、債務者ニ對シテ其權利ニ付キ何等ノ處分ヲ爲スヘカラサルコトヲ命シテ爲ス(三三一條)。此場合ニ於テモ差押ニ因リ質權ヲ生スルコトハ論ヲ俟タス。

二.　不動產ニ對スル執行

墺太利執行法ニ於テハ、不動產ニ對スル執行ハ獨逸法ニ於ケルト等シク、質權ノ强制設定、强制管理又ハ强制競賣ニ依リテ爲スモノタリ。右三種ノ方法ハ獨立シテ別ニ行フコトヲ得。(1)質權ノ强

制設定ハ債權者ノ申請ニ基キ、執行スヘキ債權ノ爲メ、債權者ニ屬スル不動產又ハ不動產ノ持分ニ質權ヲ設定スルモノニシテ(八七條)、(イ)既登記ノ不動產ニ在リテハ、登記簿ニ質權ヲ登記シテ爲シ(八八條)、(ロ)未登記ノ不動產ニ在リテハ、執行裁判所カ執行許可ノ命令(執行文)ニ基キ、差押フヘキ不動產ヲ質權設定ノ爲メ明確ニ表示シテ爲ササルヘカラス(九〇條)。而シテ此方法ニ依ル場合ニハ差押ニ因リ債權者カ差押ヘタル不動產ノ上ニ質權ヲ取得スルコトハ固ヨリ論ヲ俟タス。反之(2)强制管理又ハ强制競賣ノ場合ニハ、債權者ハ差押ヘラレタル不動產ノ上ニ質權ヲ取得スルコトナシ。然レトモ先シテ强制管理又ハ强制競賣ヲ申請シタル債權者ハ差押ヘタル不動產ノ果實(强制管理ノ場合)又ハ不動產ノ賣得金(强制競賣ノ場合)ヨリ、後クレテ强制管理又ハ强制競賣ニ加入シタル債權者ニ優先シテ辨濟ヲ受クル權利(Befriedigungsrecht)ヲ取得ス(一〇四條、一三五條)。

三　要之、墺太利執行法ニ於テハ、獨逸法ニ於ケルト等シク、動產ニ對スル執行ハ差押ヲ以テ爲シ、又差押ニ因リ債權者ハ差押質權ヲ取得ス。反之、不動產ニ對スル執行トシテ强制管理又ハ强制競賣ニ依ル場合ニハ、差押ニ因リテ質權ヲ生スルコト無シト雖モ、差押ヘタル時ノ順序ニ因リ優先シテ辨濟ヲ受クル權利ヲ取得ス。又質權ノ强制設定ノ方法ニ依ル場合ニハ、之ニ依リテ質權ヲ取得スルヤ論ヲ俟タス。

第二款　平等主義

茲ニ平等主義ト稱スルハ差押質權ヲ認メス又差押ノ時若クハ差押ヲ申請シタル時ノ順序ニ依リテ優先權ヲ認メス、執行債權者及ヒ執行ニ參加シタル債權者ハ其債權額ニ比例シテ、差押ヘタル動產又ハ不動產ヨリ辨濟ヲ受クヘシトスル主義ヲ謂フ。破產制度ニ於ケル債權者平等主義ニ比スルトキハ、仍ホ優先主義タルコトヲ免レス。是レ、破產ノ場合ニ於ケルカ如ク、總債權者カ、債務者ニ屬スル總財產ニ對シテ包括的ニ執行スルニ非ス。執行債權者及ヒ執行ニ參加シタル債權者從テ一部ノ債權者ノミカカ、他ノ債權者ニ優先シテ、差押ヘタル財產ヨリ債權額ニ比例シタル辨濟ヲ受クルモノナルカ故ナリ。

右ノ意義ニ於ケル平等主義ヲ認メタルハ裁判上ノ抵當權ヲ認メサル佛法系ノ執行法(例ハ白耳義訴訟法)及ヒ我訴訟法ナリ。佛訴訟法ハ執行規定其ノモノニ於テハ平等主義ヲ認メタリト雖モ、同民法ニ於テ債務名義カ成立シタルトキハ裁判上ノ抵當權ヲ生スルモノトナスカ故ニ、實際ノ結果ニ於テハ一般的强制抵當權ヲ認ムルモノニシテ、優先主義ノ甚シキモノナリ。暫ク、平等主義ノ題下ニ同法ヲ論スルハ執行規定自體ハ平等主義ナルカ爲メナリ。

第一項　佛法ノ平等主義及ヒ裁判上ノ抵當權

一　動產ニ對スル執行　佛訴訟法ニ依レハ(1)有體動產ニ對スル差押ハ執達吏カ二人ノ證人ヲ伴ヒ債務者ノ住處ニ至リ、動產ヲ差押ヘ、之ヲ調書ニ記入シ、監視者(Gardien)ヲ附シテ爲スモノタリ(佛訴訟法五八三條—六〇七條)又(2)佛訴訟法ハ債權其ノモノニ對スル差押ヲ認メス、然レトモ Saisie-arret ou opposition ナル特種ノ制度ヲ認メ、債權ニ對スル執行ヲ認ムルト同樣ノ結果ヲ收メントセリ。此制度ニ依レハ、債權者ハ公正證書又ハ私署證書ニ基キ、債務者ニ屬スル金錢又ハ動產ヲ第三者ノ手中ニ在ル間ニ差押ヘ又ハ債務者カ第三者ニ對シテ其權利ヲ行使スルニ付キ異議ヲ申出ツルコトヲ得(同法五五七條)。右差押又ハ異議ヲ爲シタル後八日內(但里程猶豫ヲ認ム)ニ、債權者ハ其差押又ハ異議ヲ債務者ニ通知シ、且債務者ヲ被告トシテ差押又ハ異議ヲ有效トスル判決ヲ要求スル訴ヲ起サヌヘカラス、右期間內ニ訴ヲ提起セサリシ場合ニハ差押又ハ異議ハ無效トナル(五六三條及ヒ五六五條)。又此訴ヲ提起シタル後八日內ニ、其旨ヲ第三債務者ニ通知シ其者ヲ呼出ササルヘカラス(五六四條五六八條—五七〇條)。第三債務者ハ、其債務ノ原因及ヒ額、又債務カ既ニ消滅シタリトスル場合ニハ、債務ヲ免カレタル理由若クハ原因ヲ陳述シ、且之ヲ證明セサルヘカラス。第三債務者カ右ノ陳述又ハ其證明ヲ懈怠シタル場合ニハ、其債務ハ確定セラル(五七一條五七三條五七七條)。而シテ、第三者ノ手中ニ於ケル差押又ハ異議ヲ有效ナリトスル判決アリタル場合ニハ、差押ヘタル金錢又ハ動產ノ賣得金ヲ、債權ノ順位及ヒ額ニ應シテ配當スルモノタリ(五七九條)。—約言スレハ、此制度ハ第三債務者カ債務者ニ對シテ負擔セル給付ノ目的タル金額又ハ動產ヲ以テ、恰カモ既ニ債務者ニ屬スル金錢又ハ動產カ第三債務者ノ占有ニ在ルカ如クニ視、其差押(卽有體動產ニ對スル差押)ヲ認メントスルモノニシテ、法理上誤マレルコトハ論ナシ【註三】。然レトモ、佛訴訟法カ此制度ニ依リテ債權其他ノ請求權ニ對スル差押ノ實ヲ擧ケントスルモノナルコトハ、之ヲ認メサルヘカラス。

【註三】債權ノ目的物ハ債務者ノ作爲又ハ不作爲(卽給付)ナリ、債權ハ給付ノ目的タル物ニ對スル權利ニ非ス。從テ佛訴訟法カ給付ノ目的タル物ヲ以テ、既ニ債權者(執行債務者)ニ屬スル物タルカ如クニ視、其物カ債務者(第三債務者)ノ占有ニ在ルニ過キスト爲セルハ、債權ノ性質ヲ誤解スルモノタリ。不幸ニシテ、同一ノ謬想ハ、物上代位ニ關スル民法第三〇四條ノ認ムル所ナリ。同條ニハ「先取特權者ハ其目的物ノ賣却、賃貸云云ニ因リテ債務者カ受クヘキ金錢其他ノ物ニ對シテモ之ヲ行フコトヲ得、但先取特權者ハ其拂渡又ハ引渡前ニ差押ヲ爲スコトヲ要ス」ト爲セリ。我訴訟法ノ認メサル Saisie-arret ノ思想ヲ不知不識ノ間ニ採用シ、債務者カ受クヘキ金錢其他ノ物ヲ以テ既ニ債務者ニ屬スルカ如クニ視、從テ其物ノ拂渡又ハ引渡前卽其物カ未タ第三債務者ノ占有ニ在ル間ニ、有體動產トシテ差押フヘシトナスナリ、誤マレリト云ハサルヘカラス。

而シテ、佛訴訟法ニ依レハ動產ノ差押又ハ第三者ノ手中ニ在ル動產ノ差押ニ因リ、債權者ハ差押ヘラレタル動產ノ上ニ質權ヲ取得スルコトナシ。勿論、佛法ノ下ニ於テモ(イ)債務者ハ差押ヘラレタル動產ヲ竊取シ又ハ破毀スルコトヲ得ス(佛刑法四〇〇條)。(ロ)又第三者ノ手中ニ在ル動產ヲ差押ヘタル場合ニハ、債務者ハ其債權ヲ讓渡シ又ハ辨濟ヲ受クルコトヲ得ス(佛民法一二四二條一二九〇條)。又右差押アリタル後ニ、債務者カ第三債務者ニ對シテ債務ヲ負擔スルモ、相殺ヲ爲スコトヲ得ス(佛民法一二九八條)。約言スレハ、債務者ハ差押ヘラレタル有體動產(又ハ債權)ノ處分權ヲ失フ

カ故ニ、債權者ハ差押ヘラレタル有體動產(又ハ債權)ヨリ執行スヘキ債權ノ滿足ヲ受クルコトヲ得ヘキ希望ヲ獲得スト雖モ、差押質權ヲ取得スルコトナシ(Garsonnet, Traité théorique et pratique de procédure Tome IV No. 1328, p. 228 suiv.)。——故ニ他ノ債權者カ動產(又ハ債權)ニ對スル差押ニ加入シタル場合ニハ、賣得金ハ差押ヘタル債權及ヒ加入シタル債權額ニ比例シテ平等ニ配當セサルヘカラス(佛民訴五七九條六五六條尙ホ佛民法二〇九三條以下參照)【註圖】。

【註圖】佛民法第二〇九三條ニハ「債務者ノ總財產ハ其債權者ノ一般擔保(le gage commun)ナ爲ス。又其賣得金ハ、債權者間ニ優先權ヲ認ムヘキ正當ナル事由アルニ非サレハ、債權額ニ比例シテ其債權者ニ分配(distribution par contribution)スヘシ」ト規定ス。又同民事訴訟法第五七九條ハ Saisie-arret ニ關シ「差押又ハ異議カ有效ナリト宣言セラレタル場合ニハ、換價シ且其賣得金ヲ債權ニ比例セル配當ナル章下ニ定ムル所ニ從ヒテ配當スヘシ」ト規定シ、又同法第十一章ハ「債權ニ比例スル配當」ト題シ、其章下ニ於ケル第六五六條ニハ「差押ヘタル金錢及ヒ賣得金カ債權者ノ全部ニ辨濟スルニ足ラサル場合ニハ、債務者及ヒ債權者ハ一ケ月ノ期間內ニ、債權ニ比例シタル配當ニ付キ協議スヘシ」ト規定セリ。

要之、佛法ハ動產(又ハ債權)ニ對スル執行トシテハ、差押質權ヲ認メス、又裁判上ノ質權ヲ認メス、債權者平等主義ヲ採レリ。

二　不動產ニ對スル執行

(1)　佛訴訟法ノ規定ニ依レハ、不動產ニ對スル金錢債權ノ執行ハ强制競賣ニ依リテ爲スモノタリ。卽チ、債務者ニ對シテハ支拂ヲ督促スル支拂命令ヲ送達シ、三十日ヲ經過シタル後ニ非サレハ、不動產ヲ差押フルコトヲ得ス(同法六七三條六七四條)。差押ノ方法ハ、差押フヘキ不動產ニ付キ調書ヲ作成シ、之ヲ債務者ニ送達シ、且該不動產所在地ノ抵當登記所ニ差押ノ登記ヲ爲スニアリ(六七五條—六七八條)。而シテ競賣ハ、差押ヲ債務者ニ通知シ(六八一條)、且公告シタル後(六八三條六四條)、競賣ノ條件ヲ定メ、之ヲ公告シ且債務者ニ通知シタル後、競賣期日ニ爲スヘキモノタリ(六九七條七一七條)。又競落決定ノ送達アリタル後、一ケ月ノ期間內ニ債權者及ヒ債務者ハ、賣得金ノ配當ニ關スル協議ヲ爲スヘク(七四九條)協議整ハサル場合ニハ、債權並ニ其順位確定手續(Collocation)ニ依リ、配當ヲ受クヘキ債權ノ順位並ニ其額ヲ確定シタル後、配當ヲ受ケサルヘカラス(第七五〇條—七七九條)。

不動產ニ對スル差押ハ次ノ效力ヲ生ス。卽(イ)債務者ハ其不動產ヲ占有スルヲ得ス。該不動產ニ付キ賃貸借カ存セサル場合ニハ、裁判所ノ任命シタル保管人之ヲ占有シ且其果實ヲ收得シ、之ヲ賣却スルコトヲ得(六八八條)又債務者ハ差押ヘラレタル不動產ヲ毀損スヘキ行爲ヲ爲スコトヲ得ス(六九〇條)。(ロ)差押カ債務者ニ通知セラレタル後ニ生シタル果實並ニ借貸セラレタル場合ニ於ケル賃金ハ通知ノ時ヨリ不動產ト同一視シ不動產ノ賣得金ト共ニ抵當權ノ順位ニ從ヒテ配當セラル(六八九條六九一條)。(ハ)又差押ノ通知アリタル後ハ、債務者ハ、差押ヘラレタル不動產ヲ讓渡スルコトヲ得ス之ニ反シタル讓渡ハ當然無效ナリ(六九二條)。——約言セハ不動產ノ差押ニ因リ債務者ハ差押ヘラレタル不動產ノ占有使用及ヒ收益ヲ爲ス權利ヲ失ヒ又之ヲ處分スル權利ヲ失フモノナリト雖モ差押ニ因リ債權者ハ差押ヘタル不動產ノ上ニ質權若クハ抵當權ヲ取得スルコトナク又差押ノ前

後ニ因リ優先權ヲ取得スルコトナシ。

(2) 佛訴訟法ニ依レハ、不動產ノ差押ニ因リ債權者ハ差押質權又ハ優先權ヲ取得セサルコト前述ノ如シ。然レトモ債權者カ債務名義ヲ受ケタルトキハ、佛民法第二一二三條ノ規定ニ依リ、債務者ニ屬スル一切ノ不動產及ヒ債務者カ將來取得スルコトアルヘキ一切ノ不動產ニ對シテ、當然裁判上ノ一般的抵當權ヲ取得スルモノトナスカ故ニ、(イ)該債務名義ノ執行トシテ爲ス差押ニ因リ更ニ抵當權若クハ優先辨濟權ヲ取得スルノ要ナキハ勿論、(ロ)結果ヨリ云フトキハ獨逸法系其他ノ諸法系カ强制執行方法トシテ初メラ個別的ノ抵當權ノ發生ヲ認メ又ハ優先權ヲ認ムルニ比シ、一層强力ナル優先主義ヲ認ムルモノト云ハサルヘカラス【註五・六】

【註五】佛民法ノ認ムル裁判上ノ抵當權 (hypothoque judiciaire) ナル制度ハ、羅馬法ノ pignus praetorum 又ハ pignus in causa judicati captum ヨリ發達シタルモノニ非ス。第十六世紀ニ於ケル同國ノ裁判上ノ實際ニ基キテ生シタルモノナリ。以爲ク「債權者カ公證人 (judex cartulanus) ノ面前ニ於テ貸借契約ヲ締結シタル場合ニハ、債權者ノ爲メ自己ニ屬スル總財產ノ上ニ質權ヲ設定スルコトヲ暗默ニ承諾シタルモノト認メサルヘカラス。果シテ然ルトキハ、裁判官カ債權者ニ有利ナル判決ヲ爲シタル場合ニ於テモ亦同樣ナラサルヘカラス」ト。此思想ハ Ordonance de Moulins (1556) 第五三條ニ依リ、判決ニ付キ認メラレ又 Ordonance de Villers-Cotterets (1539) 第九三條ニ依リテ、更ニ債務者カ請求ヲ認諾シタル場合ニ擴張セラレ、其後ノ法令 (déclaration 2. Jan. 1717 等) ニ依リテ、終ニ佛民法ニ襲用セラレタリ (Mittermaier bei Archiv f. civ. Praxis Bd. 39 S. 134; Melbom, daselbst Bd. 52 S. 303; Zachariae-Crome, Handbuch des franz. Civilrechts Bd. II § 235. S. 56 Anm. 1; Fischer—Schifer, Zwangsvollstreckung in das unbeweglichen Vermögen 2 Aufl. I zu §§ 867. 868 C. P. O.)。

【註六】佛民法ノ認ムル所ニ依レハ、債權者カ判決（對席判決タルト缺席判決タルト又終局判決タルト條件付判決タルトヲ問ハス）ヲ受ケタルトキ、債務者カ裁判上請求ノ認諾ヲ爲シタルトキ、私署證書ニ於ケル署名カ認證セラレタルトキ又ハ執行判決ヲ以テ佛裁判決若クハ外國判決ニ執行力ヲ付與シタルトキハ當然抵當權ヲ生ス。且其抵當權ハ現ニ債務者ニ屬スル一切ノ不動產及ヒ債務者カ將來取得スヘキ一切ノ不動產ニ及フモノトナセリ（佛二一二三條）。故ニ裁判上ノ抵當權ハ、公示方法ノ全然缺如セル一般的抵當權 (Generalhypothek) ニシテ、第三者ノ保護ヲ缺キ、不動產信用制度ヲ害スルモノト云ハサルヘカラス。

三　要之、佛法ニ於ケル金錢債權ノ執行ハ、(イ)動產（又ハ動產ノ引渡若クハ給付ヲ目的トスル債權）ニ對シテ執行スル場合ニハ債權者平等主義ニ依ルト雖モ、(ロ)不動產ニ對スル場合ニハ、同國民法ノ認ムル裁判上ノ抵當權ノ結果、執行方法トシテ强制抵當權若クハ質權ノ强制設定ヲ認メ又ハ差押ニ因ル優先權ヲ認ムル他ノ法制ニ於ケルヨリモ、一層極論ナル優先主義ヲ認メ、其結果ハ第三者ノ保護ヲ全然缺クニ至レルモノト云フヘシ。

第二項　裁判上ノ抵當權ヲ認メサル佛法系ノ諸法

佛法系ノ訴訟法ニシテ、而カモ裁判上ノ抵當權ヲ認メサルモノカ、平等主義ニ屬スルコトハ多言ノ要ナシ。

佛法ノ裁判上ノ抵當權ハ、公示方法ヲ全然缺如セル一般的抵當權ニシテ、第三者ノ保護ヲ缺キ又不動產信用ヲ助長スル所以ニ非サルカ故ニ、佛法系ニ屬セル白耳義ニ於テモ其抵當權法 (Loi par le régime hypothécaire 1851) ヲ以テ、從來認メタル裁判上ノ抵當權ヲ廢シタリ (vgl. Mittelmaier, in

Archiv für civ. Praxis Bd. 36 S. 413; Bd. 36 S. 301; Bd. 38 S. 133 f. u. Bd. 39 S. 133 f.)。從テ白耳義法ハ平等主義ノ執行法ヲ認ムルモノト云ハサルヘカラス。

第三款　瑞西法ノ集團執行主義（折衷主義）

佛法ノ如キモ、一種ノ見地ヨリスレハ平等主義ト優先主義トヲ折衷シタルモノト云フヲ得サルニハ非ス、然レトモ、何カ故ニ債務名義ヲ得タル債權者ハ債務者ノ動產ニ對シテハ擔保權ヲ取得セシテ、不動產ニ對シテハ一般的抵當權ヲ取得スルヤ。到底條理ヲ缺キ、且其析衷モ亦器械的ナリト云ハサルヘカラス。反之、瑞西債權取立及ヒ破產法（Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11 April 1889）ノ認ムル集團執行主義（Gruppenvollstreckungsprincip）ハ、第十三世紀ニ於ケルハンブルク、リューベック、フレメン等ノ諸市法ニ於ケルト等シク（前逸第五九一頁以下參照）優先主義ト平等主義トヲ巧ニ折衷シタルモノナリ。

瑞西債權取立法ニ依レハ、金錢債權ハ「支拂ヲ督促スル命令ヲ發シタル後、或ハ差押ノ方法ニ依リ或ハ質物換價ノ方法ニ依リ或ハ破產ニ依リ取立ツルコトヲ得」ルモノトナス（同法三八條）。本篇ニ於テ研究スルヲ要スルハ所謂「差押ノ方法ニ依ル取立」（Betreibung auf Pfändung）卽强制執行ニ外ナラス。

一　執行手續一班

(1)　差押　支拂命令ヲ債務者ニ送達シタル日ヨリ二十日ノ期間ヲ經過シタル後ハ、債權者ハ差押ノ申請ヲ爲スコトヲ得（八八條）。執行機關ハ右申請ヲ受ケタルトキハ、三日內ニ差押ヲ爲ササルヘカラス（八九條）。差押ヲ爲スヘキ旨ハ遲クモ前日マテニ債務者ニ通知シ且債務者ハ差押ニ立會ハサルヘカラス（九〇、九一條）。差押ハ第一ニ動產（債權ヲ含ム）ニ對シテ爲シ且日常取引ノ目的タル動產ヲ先ニセサルヘカラス。動產ノ差押ニ依リテ債權ヲ滿足スルニ足ラサル場合又ハ債權者及ヒ債務者カ一致シテ要求セル場合ニ限リ不動產ヲ差押フルコトヲ得。假差押ノ目的タル財產又ハ債務者カ第三者ニ屬ストナシ若クハ第三者カ自己ノ物タルコトヲ主張スル財產ハ、最後ニ差押フルコトヲ得（九五條）。執行機關ハ必要ナル場合ニハ鑑定人ヲ立會ハシメ、差押ヘタル財產ヲ評價ス。差押ハ差押債權者ノ債權、其利息及ヒ費用ヲ滿足スルニ必要ナル以上ニ及フコトヲ得ス（九七條）。差押ヲ爲シタル場合ニハ、執達吏ハ（イ）金錢、兌換券、無記名證券、手形其他裏書ニ依リテ移轉シ得ル證券、金銀物其他ノ貴重品ヲ取上ケ且之ヲ保管スヘク（九八條）、債權ヲ差押ヘタル場合ニハ第三債務者ニ對シ、執行機關ニ對シテノミ有效ニ給付スルヲ得ル旨ヲ通知シ（九九條）又不動產ヲ差押ヘタル場合ニハ、登記簿ニ執行スヘキ債權額ヲ表示シ、差押ノ登記ヲ爲ササルヘカラス（九八條乃至一〇一條）。

(2)　差押ノ效力及ヒ集團執行　債務者ハ差押ヘラレタル財產ニ對シ、執行機關ノ許可セサル處分

ヲ爲スコトヲ得ス。債務者カ爲シタル處分ハ、差押ニ因リ債權者ニ生シタル權利(aus der Pfandung den Gläubiger erwachsenen Recht)ヲ害スル範圍ニ於テハ無效トス但善意ノ第三者カ取得シタル占有ノ效果ニ付キテハ此限ニ在ラス(同九六條及ヒ瑞西民法施行法五八條)。差押アリタル後、三十日以內ニ差押ノ申請ヲ爲シタル債權者ハ其差押ニ加入ス、又債權者集團(Gläubigergruppe)ノ總債權ヲ滿足スルカ爲メ必要ヲ生スル每ニ、其範圍ニ於ケル差押ノ補充ヲ爲ス(一一〇條)。

(3) 換價　債權者ハ差押ヘタル動產又ハ債權ニアリテハ差押後早クモ一ケ月遲クモ一年以內、又不動產ニ付キテハ差押後早クモ六ケ月遲クモ二年內ニ限リ、換價ヲ申請スルコトヲ得(一一六條)。又債權者集團ニ屬スル各人ハ換價ヲ申請スルコトヲ得(一一七條)。換價ハ賣得金カ差押ニ加ハリタル確定債權ノ總額ヲ充タスニ足ルトキハ直チニ停止セサルヘカラス(一一九條)。(イ)動產及ヒ債權ノ換價ハ公賣ニ依ル(一二五條)。但(a)債務者ノ金錢債權ハ、差押債權者ノ全員ノ申請ニ依リ債權者ノ全員又ハ總債權者ノ利益ノ爲メ其各員ニ、支拂ニ代ヘ名義額ヲ以テ轉付スルコトヲ得。此場合ニハ、債權者ハ其債權額ニ達スルマテハ、執行債務者ノ權利ヲ承繼ス(一三一條一項)。(b)同一ノ條件ノ下ニ、執行債權者ノ全員又ハ各員ハ、其責任ニ於テ差押ヘタル債權ノ取立ヲ引受クルコトヲ得、但之カ爲メ執行債務者ニ對スル權利ヲ害セラルルコトナシ(一三一條二項)。(ロ)差押ヘタル不動產ノ換價ハ競賣條件ヲ定メ、之公告シタル後、競賣ヲ以テ爲ス(一三三條—一四三條)。

(4) 配當　差押ヘタル財產ヲ換價シタルトキハ卽時ニ配當ヲ爲スコトヲ要ス(一四四)、賣得金カ總債權額ヲ充タスニ足ラサルトキハ、執行機關ハ遲滯ナク差押ヲ補充シ且職權ヲ以テ通常ノ期間ニ從ハスシテ換價スルコトヲ要ス、但右差押ノ補充ヲ爲スニ至ルマテニ爲サレタル差押ニ因リテ生シタル權利ヲ害スルコトヲ得ス(一四五)。總債權者カ滿足ヲ得ルコト能ハサルトキハ、執行債權者ハ債權者ノ順位表ヲ作成セサルヘカラス、債權者ハ債務者破產ノ場合ニ有スヘキ順位ヲ有ス(一四六條及ヒ二一九條)【註七】。

【註七】債務者破產ノ場合ニ關スル第二一九條ノ規定ニ依レハ、債權者ノ順位ハ左ノ如シ

(一) 擔保債權ハ優先シテ辨濟ヲ受ク——土地擔保相互ノ順位ハ各州法ノ定ムル所ニ依ル

(二) 無擔保債權及ヒ擔保ニ依リテ滿足ヲ得ル能ハサリシ殘額債權ハ左ノ順位ニ依ルトシテ、五階級ノ順位ヲ認メタリ。又同階級ニ屬スル債權者ノ權利ハ同等ニシテ、後ノ階級ニ屬スル債權者ハ、前ノ階級ニ屬スル者カ滿足ヲ得タル後ニ非サレハ賣得金ヨリ滿足ヲ受クルコトヲ得ス(二二〇條)。

二　瑞西債權取立法ニ於ケル執行規定ノ大要ハ前述ノ如シ。左ニ此ノ規定ニ基キ、同法ニ於ケル差押ノ效力及ヒ集團執行ニツキ觀察スヘシ。

(一) 差押ノ效力　同法第九六條ノ規定ニ依レハ差押ノ效力ハ債務者ニ對スル處分禁止ニアルヤ疑ヲ容レス。換言セハ債務者ハ差押ヘラレタル財產ニ付キ處分權ヲ喪失スルカ故ニ「執行機關ノ許可ヲ受ケサル處分」ヲ爲ストキハ刑法上ノ制裁ヲ受ケ又其處分ハ私法上無效タルナリ。

唯、瑞西民法施行法第五八條ヲ以テ「差押ニ因リ債權者ニ生シタル權利」ヲ害スル範圍ニ於テハ處分ハ無效ナリト規定シタルカ爲メ、所謂「差押ニ因リテ生シタル債權者ノ權利」カ、差押質權(Pfandungspfandrecht)ナルヤ否ヤニ付キ疑ヲ生シタリ。一派ノ學者ハ之ヲ以テ差押質權ナリトス(Zeerleder, in Zeitschrift des bernischen Juristenvereins Bd. 25 S. 174; Reichel, dasselbe Bd. 27 S. 29; Curti, Pfandungspfandrecht u. Gruppenpfandung S. 58; Heuberger, Kommentar; Kraus, Die Pfändgläubiger und Nachlassvertrag S. 14; Jäger, Kommentar Anm. 4 zu § 96 Schuldbetreibungsgesetz)。然レトモ(イ)差押ニ因リテ債權者ニ生シタル權利ト云フハ債權者カ國家ニ對シテ有スル訴訟法上ノ權利(公權)ニシテ其內容ハ訴訟法ノ規定ニ從ヒ、差押ヘタル財產ヲ換價シタル賣得金ヨリ其債權ヲ辨濟センコトヲ要求スルニアルモノト解セサルヘカラス(Leo Weber, zur Kritik über des Schuldbetreibung u. Konkursgesetz S. 11; Bundesrat in Botschaft vom 23. Feb. 1886 〔Bundesblatt 1886 Jahrg. 2 S. 1 ff.〕; Bericht der ständerätlichen Kommission von 13 Nov. 1886 〔Bundesblatt 1886 Jahrg. 2 S. 885〕)。加之(ロ)同條ヲ解シテ差押質權ヲ認メタルモノトナストキハ、瑞西債權取立法ノ集團執行主義ト相容レス、集團執行主義ハ、第十三世紀ニ於ケルリユーベック市法等ニ於ケルト等シク、日耳曼法ノ優先主義(差押質權ヲ認メサル)ト平等主義トヲ折衷セントスルモノナルヤ、法制沿革上疑ヲ容レサルカ故ナリ(前述五九二頁參照)。

(二) 集團執行　瑞西債權取立法第一一〇條ニ依レハ、差押アリタル後三十日內ニ差押ノ申請ヲ爲シタル債權者ハ、其差押ニ加入シ、一集團ヲ爲ス。又其後ニ差押ヲ爲シタル債權者及ヒ此ノ差押アリタル後三十日內ニ差押ノ申請ヲ爲シタル債權者ハ、更ニ他ノ集團ヲ爲ス。斯クシテ同一債務者ニ對スル金錢債ノ權執行上、債權者ノ第一集團、第二集團、第三集團等ヲ生ス。而シテ、第一集團債權者ハ、其集團ノ爲メニ差押ヘラレタル財產及ヒ其財產カ第一集團債權者ノ總債權ヲ滿足スルニ不足ナル場合ニ於テ、(第二集團ノ權利ヲ害セスシテ)差押ヲ補充シタル財產(同法一一〇條一四五條)ヨリ、第二集團ノ債權者ニ優先シテ滿足ヲ受ク。然カモ第一集團ニ屬スル債權者相互間ニ於テハ、私法上ノ擔保權又ハ債務者破產ノ場合ノ爲メニ認メラレタル優先權ナキ限リハ、債權額ニ比例シタル辨濟ヲ受ケサルヘカラス。第二集團ノ債權者カ第三集團ノ債權者ニ對スル關係亦之ニ異ナルコトナシ。約言セハ同一集團ニ屬スル債權者ノ全員ハ、其集團ノ爲メニ差押ヘラレタル財產ヨリハ、他ノ集團ニ屬スル債權者ノ全員ニ優先シテ辨濟ヲ受クト雖モ、同一集團ニ屬スル債權者相互間ニ於テハ平等主義ニ依ルモノナリ。而シテ、第一集團ハ最先ニ差押ヲ爲スモノニシテ、第二集團ハ之ニ遲クルカ故ニ、第一集團ノ債權者ノ受クヘキ辨濟ノ割合カ、第二集團ノ債權者ノ受クヘキ辨濟ノ割合ニ比シテ大ナルコトハ、固ヨリ論ヲ俟タス。

三　要之、瑞西債權取立法ニ於ケル金錢債權ノ執行ハ、集團執行(Gruppen-Vollstreckung)ニシテ、

其ハ又優先主義ト平等主義トヲ折衷スルモノタリ。

第三節　我現行法ノ平等主義

我民事訴訟法ハ範ヲ獨逸民事訴訟法ニ取リ、金錢債權ノ執行ニ付テモ亦然リト雖モ、其根本主義ヲ異ニセリ。動產ニ對スル執行ニ在リテハ差押質權ヲ認メス又不動產ニ對スル執行ニ在リテハ、(イ)執行方法トシテ强制抵當權ヲ認メス、且(ロ)强制競賣又ハ强制管理ノ開始決定ト同時ニ宣言スル差押ノ順序ニ依リ、優先權ノ發生ヲ認ムルコトナシ。更ニ佛法ニ於ケルカ如ク裁判上ノ抵當權ヲ認メス、又瑞西法ニ於ケル如ク、集團執行主義ヲ採ルコトナシ。我民事訴訟法ハ卽平等主義ノ執行法ヲ認ムルモノニシテ、現行法制中其例ヲ見ルコト少シ。

我民事訴訟法ノ認ムル平等主義ノ內容ヲ明ニセントセハ、一面ニ於テハ差押效力ヲ研究シ、他ノ一面ニ於テハ配當要求ノ範圍ヲ明ニセサルヘカラス。

第一款　差押ノ效力並ニ差押債權者及ヒ差押債務者ノ地位

第一項　差押ノ效力

我訴訟法ニ於テハ、動產ニ對スル金錢債權ノ執行ハ差押ヲ以テ爲シ(五六四條)、不動產ニ對スル金錢債權ノ執行ハ强制競賣又ハ强制管理ニ依リテ爲スモノタリ。而シテ、强制競賣ノ開始決定ニ於テハ同時ニ債權者ノ爲メ不動產ヲ差押フル旨ヲ宣言セサルヘカラス(六四四條)、而シテ此ノ規定ハ强制管理ノ開始決定ニ準用セラル故ニ强制管理ノ開始決定ニ於テハ、同時ニ不動產ノ收益ヲ差押フル旨ヲ宣言セサルヘカラス(六八〇六條)。如此動產ニ對スル執行及ヒ不動產ニ對スル執行ニ通シテ、差押ヲ認ムルカ故ニ、其效力ヲ論スルコトヲ得サルヘカラス。

一　我訴訟法ニ於テハ、差押ニ因リ債務者ハ差押ヘラレタル財產ニ對スル處分權ヲ喪失シ、更ニ執行手續ノ種類ニ依リ占有並ニ使用、收益ヲ爲ス權利ヲ失フモノタリ。

(一)　處分權ノ喪失　處分權ノ喪失ハ、羅馬法及ヒ日耳曼法ヲ初メ、現代ノ立法ニ於テモ、差押ノ效力ノ主要ナルモノタルコトハ前述ノ如シ(前述、五七五頁、五八一頁、五八八頁、五九九頁、六〇一頁、六一一頁、六一三頁、六一七頁、六一九頁、參照)。我訴訟法ニ於テモ、處分權ノ喪失ハ差押主ノ要ナル效力ヲ爲ス。

(1)　債務者カ差押ヘラレタル財產ニ對スル處分權ヲ喪失スルコトハ、(イ)債權其他ノ財產權ニ對スル執行ニ付キテハ明文上疑ヲ容ルルノ餘地ナシ。卽(a)金錢債權ヲ差押フル場合ニハ、差押命令ニ於テ「債務者ニ對シ債權ノ處分殊ニ其取立ヲ爲スヘカラサルコト」ヲ命セサル可カラス(五九八條)。(b)有體物ノ引渡又ハ給付ヲ求ムル請求權ヲ差押フル場合ニ於テモ、債務者ニ對シテ其請求權ノ處分

及ヒ行使ヲ禁セサルヘカラス(六一四條從テ五九八條)。又(c)他ノ財產權ニ對シテ差押フル場合ニ於テモ、債務者ニ其權利ノ處分ヲ禁止スルコトハ缺クヘカラサル要素ナリ(六二五條一項及ヒ二項)。(ロ)不動產ニ對シテ(a)强制競賣ノ開始決定ヲ爲シ、從テ之ヲ差押ヘタル場合ニ於テモ、債務者カ其不動產ノ處分ヲ禁セラレタルモノナルコトハ、第六四四條第二項ノ反對解釋ニ依リテ自ラ明ナリ。同項ニ於テ、特ニ「不動產ノ利用及ヒ管理ヲ爲スコトヲ妨ケス」トスルハ、利用、管理(卽使用、收益)ニ限リテ爲スコトヲ得從テ處分ハ然ラサルコトヲ示スモノナリ。又(b)强制管理ノ場合ニハ、債務者ニ對シテ差押ヘラレタル不動產ノ收益ニ關スル處分ヲ禁止スヘキコトハ明文ノ定ムル所ナリ(七〇七條)。(ハ)有體動產ノ差押ニ付キテハ、債務者ニ處分ヲ禁スル直接ノ明文ナシ。然レトモ(a)動產タル債權其他ノ財產權、又ハ不動產ニ對スル差押ニ於ケルト其效力ヲ異ニスヘキ理由ナシ。且(b)金錢債權ノ包括的執行タル破產ノ場合ニハ、債務者カ「破產宣告ニ依リ破產手續中自己ノ財產ヲ處分スル權利ヲ失フ」コトハ、舊商法破產篇第九八五條ノ定ムル所ニシテ、債務者カ其有體動產ニ對スル處分權ヲ失フヤ論ヲ俟タス。故ニ、金錢債權ノ箇別的執行ノ場合ニ於テモ、債務者ハ差押ニ因リ、差押ヘラレタル有體動產ニ對スル處分權ヲ喪失セサルヘカラス。加之(c)刑法ニ於テ、債務者カ差押ヘラレタル自己ノ有體動產ヲ處分シタル場合ニハ、橫領ヲ以テ論スルハ(新刑法二五二條二項、尙ホ舊刑法三九六條參照)、畢竟債務者ハ差押ヘラレタル動產ヲ處分スルコトヲ得ス。從テ、刑法上他人ノ物ト同一視スヘシト爲スモノニ外ナラス。若シ差押ヘタル有體動產ニ付キテハ債務者ハ處分權ヲ喪失セサルモノタランカ、刑法第二五二條第二項ノ規定ハ、無意義トナラサルヘカラス。

(二) 占有並ニ用益權

(1) 有體動產差押ノ場合ニハ、差押ハ執達吏差押フヘキ物ヲ占有シテ爲スモノタルカ故ニ(五六〇條一項)、債務者ハ直接占有ヲ失ハサルヘカラス。又執達吏ハ法定ノ要件存スル場合ニハ差押ヘタル物ヲ債務者ノ保管ニ委スルコトヲ得ト雖モ(五六六條二項)、此場合ニ於テモ直接ノ占有ハ執達吏之ヲ有シ、其ハ封印其他ノ方法ヲ以テ明示スヘク(Weigert, Besitz an gepfandeten Sachen S. 26 a. a. O.)、債務者ハ單ニ占有使用人(Besitzdiener)タルモノト解セサルヘカラス【註一】。斯クノ如ク、債務者ハ差押ヘタル動產ノ占有ヲ喪失スルカ故ニ、又其物ノ使用收益ヲ爲ス權利ヲ失フヤ固ヨリ論ナシ。

【註一】一派ノ學者ハ、執達吏カ差押ヘタル動產ヲ債務者ニ保管セシメタル場合ニハ、債務者ハ直接占有ヲ有シ、執達吏ハ間接占有ヲ有スルニ過キストナス Gaup-Stein, IV zu § 808 C. P. O.。然レトモ、第五六六條第一項(獨訴八〇八條一項)ニハ「有體動產ノ差押ハ執達吏之ヲ占有シテ爲ス」ト規定シ、執達吏カ占有ヲ獲得スルニ非サレハ、差押ヲ爲スヲ得サルコトヲ示ス。而シテ、第二項ニ於テ、法定要件ノ任スル場合ニハ「差押ヘタル動產」ヲ債務者ニ保管セシムルコトヲ得ト雖モ、此場合ニハ「封印其他ノ方法ヲ以テ差押ヲ表示」セサルヘカラス。畢竟、既ニ獲得シタル占有ヲ表示スルモノニ外ナラス。換言セハ封印其他ノ方法ハ執達吏從テ國家カ獲得シタル占有ノ體素ヲ成スモノタリ。斯クノ如ク、執達吏從テ國家ハ占有ヲ獲得シ且ツ之ヲ保持シツツアルカ故ニ、債務者ノ保管ニ任シタル場合ニ於テモ執達吏カ直接占有者ナリト解セサルヘカラス。Weigert モ亦之ヲ認ムルニ拘ハラス(S. 26) 債務者ハ執達吏從テ國家ニ對シテ、獨民法第八五五條謂フ所ノ從屬的關係(Abhängigkeitsverhältnis)

アルヤナ疑ヒ、債務者カ占有使用人タルコトヲ否認シ、其結果執達吏及ヒ債務者ハ共同ニ直接占有ヲ有スルモノトスル結論ニ達シタリ(Weigert, ebenda S. 52 f.; S. 62 f.)然レトモ、差押ヘラレタル動産ノ保管ヲ任セラレタル債務者ハ、單ニ臣民トシテ國權ニ服スルノミニ非ス。保管ノ委託ニ依リ國家ニ對シ特別ノ從屬關係ニ立ツモノト見サルヘカラス。封印ノ破棄、差押ヘラレタル物ノ隱匿、損壞、傷害等ハ總テ刑罰ヲ課シテ之ヲ禁スルニ徴スルモ(刑法九六條二四二條二六二條、舊刑法一七四條一七五條三七一條)特別ノ從屬的關係ニ立ツコトヲ認ムルヲ得ヘシ。從テ、差押ヘラレタル動産ノ保管カ債務者ニ委セラレタル場合ニハ、債務者ハ占有使用人ト解スルヲ以テ正當トスヘシ。

(2) 債權其他ノ財產權ニ對スル執行ニ付キテハ區別ヲ爲ササルヘカラス(a)手形其他裏書ヲ以テ移轉スルコトヲ得ル證券ニ因ル債權ノ差押ハ執達吏其證券ヲ占有シテ爲スモノナルカ故ニ(六〇三條)有體動產差押ノ場合ニ於ケルト等シク、債務者ハ證券ノ直接占有從テ債權ノ準占有ヲ失ハサルヘカラス。反之(b)他ノ金錢債權ヲ差押フルモ、債務者ハ直チニ其準占有ヲ失ハス。債務者カ債務證書ヲ差押債權者ニ引渡シタル場合ニ、初メテ準占有ハ移轉スルモノト解セサルヘカラス(六〇六條)。金錢債權以外ノ財產權差押ノ場合ニ於テモ亦同樣ニ論スヘキナリ。

(3) 不動產ニ對スル執行ヲ視ルニ(イ)强制競賣ノ場合ニ於テハ、債務者カ依然不動產ヲ占有シ且之ヲ使用收益シ得ルコトハ明文上疑ヲ容レス(六四四條二項)。又(ロ)强制管理ノ場合ニハ、債務者ハ强制管理ノ目的タル不動產ノ使用收益ヲ爲スコトヲ得サルノミナラス(七〇七條)、又其不動產ヲ占有スルコトヲ得ス(七一一條二項)是レ占有ハ用益ノ手段タルカ故ナリ。

二　債務者ノ喪失シタル處分權其他ノ權利ハ何人ニ歸屬スルヤ。

(一) 債務者カ差押ヘタル財產ニ對シテ喪失シタル處分權其他ノ權利ハ國家ニ歸屬ス。國家ハ其執行機關ニ依リテ、差押ヘタル財產ヲ換價シ、依リテ債權者ニ滿足ヲ與ヘ、請求權ヲ實現スルモノタリ。

(二) 債權者ハ差押ニ因リ債務者カ差押ヘラレタル財產ニ對シテ喪失シタル處分權其他ノ權利ヲ取得スルコトナシ。是レ(イ)執行機關ハ國家ノ機關ニシテ、債權者ノ代理人ニ非ス【註二】。又(ロ)差押、競賣其他ノ行爲ハ、國家カ其執行機關ニ依リ私法法規ヲ實現シ、請求權ヲ保護スル公法上ノ行爲タリ、換言セハ司法權ノ發動タル行爲ニシテ、債權者ノ名ニ於テ、其者ノ爲メニ私權（處分權其他ノ權利）ヲ取得スル行爲ニ非ルカ故ナリ。

【註二】執行裁判所カ差押ヲ爲ス場合ニハ、國家ノ機關タルコトニ付キ疑ヲ容ルルモノナシ。唯執達吏カ、差押ヲ爲ス場合ニハ、成法上債權者ノ「委任」ニ因リテ爲スモノトスルカ故ニ、執達吏ハ債權者ノ代理人トシテ差押ヲ爲スモノニ非ルヤノ疑ヲ生シ、現ニ斯ル見解ヲ抱ク學者ナキニ非ス。然レトモ、(イ)民事訴訟法第一三六條、第五三一條乃至第五三四條ニ謂フ所ノ「委任」ハ民法上ノ委任契約ニハ非ス。蓋ニ執行ノ委任ハ、國家ノ執行機關ニ對スル執行行爲ノ申請ニ外ナラサルコトハ學說ノ認ムル所ナリ(Hellwig, Lehrbuch d. deut. Civilprocessrecht Bd. II. S. 105 f. S. 110 a.a.O.)(ロ)若シ謂フ所ノ委任ニシテ、民法上ノ委任契約タランカ、執達吏カ執行行爲ヲ爲ササル場合ニハ、債權者ハ委任契約ニ基ク債務ノ履行ヲ求ムル訴ヲ提起スルコトヲ得サルヘカラス。然カルニ、民事訴訟法第五四四條第二項ハ、斯ル場合ニハ異議ノ申立ヲ爲スヘキモノトシテ、訴ノ提起ヲ認メス。畢竟前揭法文謂フ所ノ委任ハ、民法上ノ委任ニ非サルカ爲メナリ(Hellwig, ebenda S. 116; Weismann, Lehrb. Bd. II S. 80 f. a.a.O.)。執行裁判所及ヒ執達吏カ國家ノ機關トシテ差押ヲ爲スモノタルコトヲ明ニセハ、債務者カ差押ヘタル財產ニ付キ喪失

セル權能ハ、國家ニ歸屬スルコト、從テ債權者ニ歸屬スルモノニ非サルコトハ、多言ヲ俟タスシテ明ナリ。

第二項　差押債權者及ヒ差押債務者ノ法律上ノ地位

差押ニ因リ、債務者ハ差押ヘラレタル財產ニ對スル處分權其他ノ權能ヲ喪失シ、且其權能ハ國家ニ歸屬スルコト、從テ債權者ハ之ヲ取得スルモノニ非ルコトハ前述ノ如シ。於是カ、差押後ニ於ケル債權者及ヒ債務者ノ法律上ノ地位如何ノ問題ヲ生ス。

一　債務者ノ法律上ノ地位ハ、實體法、訴訟法及ヒ刑法ヨリ觀察セサルヘカラス。

（一）實體法上ノ地位

債務者カ處分禁止ニ違背シテ爲シタル處分行爲ノ效力如何。(a)處分權ヲ有セサル者カ爲シタル處分行爲ハ、無權利者ノ處分ナルカ故ニ、私法上無效ナルコトハ論ヲ俟タス。——問題タルハ、其無效ハ絕對的ナルヤ若クハ相對的ナルヤノ點ナリ。然レトモ、差押ニ因リテ生スル處分禁止ハ、差押債權者及ヒ其差押ニ於テ配當要求ヲ爲スヘキ者ノ利益ノ爲メニ爲スモノニ外ナラサルカ故ニ、差押債權者及ヒ其差押ニ加入スル者（卽配當要求ヲ爲ス者）ニ對シテノミ無效ナリト解セサルヘカラス。此如キハ羅馬法、日耳曼法以來認メラレタ所ナルノミナラス、現代ノ法制及ヒ學說ノ認ムル所ナリ【註三】。

【註三】羅馬法ニ於ケル Pignoris capio ハ一方ニ於テハ債權者ニ對スル處分ノ禁止ヲ含ミ從テ債務者カ差押ヘラレタル財產ニ付キ、債權者ノ滿足ヲ害スヘキ行爲ヲ爲スモ Praetor ハ其行爲ノ效力ヲ認メサリシコトハ前述ノ如シ（前述五七五頁參照）、ius ノ場合ニ於ケル custodia モ亦債務者ニ對シテ債權者ノ滿足ヲ減少スヘキ行爲ヲ爲サシメサルモノニ外ナラス（前述五七〇頁參照）。中世ノ日耳曼法ニ於テモ、債務者カ處分禁止ニ反シテ爲シタル行爲ハ之ヲ無效トセリ（Meibom S. 136. 前述五八八頁）。

現代ノ法制ヲ見ルニ、獨逸法ノ如キハ明ニ處分禁止ニ反シテ爲シタル債務者ノ處分行爲ハ差押債權者及ヒ差押ニ加入シタル債權者ニ對シテ無效ナルモノトシ（獨民法一三五條、同强制競賣法二三條一三五條）、佛法ニ於テモ、差押ヘラレタル財產ニ付キテハ債務者ハ處分權ヲ喪失シ、從テ債務者ノ爲シタル行爲カ債權者ニ對シテ無效ナルコトハ同國學說ノ認ムル所ナリ（Garsonnet, Traite theoriqueet practique Tome IV No. 1328 suiv.）。瑞西法ニ於テモ、債務者ノ處分行爲ハ差押ニ因リテ債權者ニ生シタル權利ヲ害スル範圍ニ於テハ無效トシタリ（瑞西債權取立法二六條及ヒ同民法施行法五八條）。

(b)　次ニ問題タルハ、善意取得者ノ保護ニ關スル規定ノ適用アリヤ否ヤナリ。差押ニ因リ債務者カ處分權ヲ喪失シタルコトヲ知リタルニ拘ハラス、處分行爲ノ相手方トナリタル者、換言セハ、差押アリタルコトヲ知リタル者カ惡意ナルコトハ固ヨリ論ナシ。差押アリタルコトヲ知ラサル者ハ善意ナリト雖モ、差押ハ或ハ占有ノ移轉ニ依リ（有體動產差押ノ場合）或ハ登記ニ因リテ（不動產及ヒ船舶ニ對スル執行ノ場合六五一條七〇二條七一七條）公示セラルルカ故ニ、無過失ナリト云フヲ得ス。從テ、善意及ヒ無過失ヲ要件トスル取得時效ノ規定（民法一六二條二項及一六三條）、占有ノ效果ニ關スル民法第一九二條ノ規定等ノ如キハ、適用スルコトヲ得ス。

尙ホ、我訴訟法ハ、不動產强制競賣ノ場合ニハ、競賣開始決定（從テ差押）アルヲ俟タス、更ニ其以前ニ遡リ、「第三者カ取得ノ際差押又ハ、競賣ノ申立アリタルコトヲ知リタルトキハ、差押ノ效力

ニ對シ、善意ヲ主張スルコトヲ得ス」トナセリ(六五〇條、獨逸强制競賣法二三條二項參照)。故ニ苟クモ差押又ハ競賣ノ申立アリタルコトヲ知リタル場合ニハ善意ヲ主張スルコトヲ得サルナリ。

(二) 訴訟法上ノ地位　執行債務者ハ差押ヘラレタル財產ニ付キ實體法上處分權ヲ喪失スルコトハ前述ノ如シ。從テ、訴訟法ニ於テハ、執行債務者ハ差押ヘラレタル財產ニ關スル訴訟ヲ爲ス權能(Processführungsrecht)ヲ失フモノト解セサルヘカラス。換言セハ、執行債務者ハ差押ヘラレタル財產ニ關スル訴訟ニ付キテハ當事者タル適格(Sachlegitimation)ヲ失フモノタリ(Hellwig, Lehrbuch Bd. I S. 241 尙本書一頁以下「民事詐訟法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)。

此原則ヨリシテ幾多ノ結果ヲ生ス。一一論スルノ餘地ナシト雖モ、一例ヲ擧ケンニ、(イ)原告(甲)カ被告(乙)ニ對シテ給付訴訟ヲ爲シタル場合ニ於テ、訴訟物タル金錢債權カ、原告ノ債權者(丙)ノ申請ニ基キ差押ヘラレタリト假定セヨ、此場合ニハ原告甲ハ原告タル適格ヲ喪失スルカ故ニ、何等ノ規定ナクンハ、原告ノ請求ハ棄却セラレサルヘカラス。然レトモ、我民事訴訟法ハ、破產宣告ニ依ル訴訟ノ中斷ヲ認メ(一七九條)而シテ此規定タルヤ、破產者ノ處分權ノ喪失從テ當事者タル適格ノ喪失ヲ理由トスルモノナルヤ疑ナキカ故ニ(Hellwig, System Bd. I S. 571 f.) 設例ノ場合ニ於テモ此規定ノ類推解釋ニ依リ、繫屬スル訴訟ハ中斷スルモノト解セサルヘカラス(Hellwig, ebenda 尙本書三七三頁以下訴訟當事者ノ隱居又ハ入夫婚姻、殊ニ三八七頁以下參照)。而シテ差押債權者カ取立命令又ハ轉付命令ヲ受ケタル場合ニハ、中斷セル訴訟ヲ受繼スルコトヲ得サルヘカラス。又(ロ)債權者(甲)カ債務者(乙)ニ對シテ、債務名義ニ揭ケタル金錢債權ヲ執行セル場合ニ於テ、甲ノ債權者(丙)カ該債務名義ニ揭ケタル金錢債權ヲ差押ヘタル場合ニハ、甲ハ自己ノ金錢債權ヲ行使スヘキ適格(Sachlegitimation)ヲ失フカ故ニ、債務者乙ハ債權者甲ヲ被告トシテ、請求ニ對スル異議ノ訴(五四九條)ヲ提起スルコトヲ得サルヘカラス。(拙論請求異議ノ訴、法學新報二三卷一號四八頁參照)而シテ、丙カ其差押ニ基キ取立命令又ハ轉付命令ヲ得タル場合ニハ、丙ハ債務者甲ノ承繼人ニ準シ又ハ承繼人トシテ、第三債務者乙ニ對スル强制執行ノ爲メ自己丙ニ付與セラレタル執行文ヲ受ケ(五一九條)乙ニ對シテ强制執行ヲ爲スコトヲ得サルヘカラス。

(三) 刑法上ノ地位　債務者カ差押ヘラレタル自己ノ財產ニ付キ(イ)法律上ノ處分ヲ爲シタル場合ニハ橫領ヲ以テ論セラレ(刑法二五二條二項尙ホ舊刑法三九六條參照)(ロ)事實上ノ處分ヲ爲シタルトキ卽之ヲ損壞又ハ傷害シタルトキハ毀棄罪ニ處セラル(刑法二六二條)。又(ハ)差押ヘラレタル自己ノ財產ヲ竊取シタル場合ニハ竊盜罪ヲ構成ス(刑法二四二條、舊刑法三七一條)。畢竟差押ヘラレタル財產ニ付キテハ債務者ハ處分權ヲ失ヒ、從テ刑法上之ヲ他人ノ物ト同一視スルカ爲メナリ(尙ホ刑法二四二條參照)。

二　債權者ノ法律上ノ地位

(1)　差押ニ因リ債權者ハ差押ヘラレタル債務者ノ財產ニ對スル處分權其他ノ權能ヲ取得スルモノニ非サルコトハ前述ノ如シ(本書六二七頁)、然レトモ差押ニ因リ債務者ハ其財產ニ對スル處分權ヲ失ヒ又訴訟法上ニ於テハ當事者タル適格ヲ失ヒ、更ニ刑法ノ規定ニ依リ法律上ノ處分及ヒ事實上ノ處分(損壞又ハ傷害)ニ對シテ刑罰ヲ課セラルノ結果、差押ヘラレタル財產カ債務者ノ法律上ノ行爲又ハ事實上ノ行爲ニ因リテ消滅シ若クハ損壞スルカ如キ虞ハ減少ス。從テ執行機關カ執行法ノ規定ニ從ヒテ、差押ヘタル財產ヲ處理シ、或ハ競賣及ヒ賣得金ノ交付ニ依リ或ハ差押ヘタル權利ノ轉付若ハ移轉ニ依リテ、差押債權者ニ其債權ノ滿足ヲ得セシムヘキコトハ頗ル確實トナル。故ニ、債權者ハ執行法ノ規定ニ從ヒ差押ヘラレタル財產ヨリ其債權ノ滿足ヲ受クルコトヲ得ヘキ希望(Aussicht)ヲ抱クヲ得、又其希望タルヤ、實體法、訴訟法殊ニ執行法並ニ刑法等法律ノ規定ニ依リテ保護セラルル所ナルカ故ニ、權利ト稱スルコトヲ得。約言セハ、債權者ハ差押ニ因リ國家ニ對シテ、差押ヘラレタル財產ヨリ、執行法ノ規定ニ從ヒ自己ノ債權ヲ滿足センコトヲ求ムル公權ヲ取得スルモノト云ハサルヘカラス。吾人ハ此權利ヲ稱シテ債權滿足要求權(Befriedigungsrecht)ト云ハントス【註四】。

【註四】債權者カ差押ニ因リ、差押ヘラレタル財產ヨリ其債權ノ滿足ヲ受クルコトヲ得ヘキ希望(Aussicht)ヲ確定ニ取得スルコトハ從來學者ノ既ニ唱導シタル所ナリ(Dernburg, Pfandrecht ebenda; Meibom, Pfandrecht ebenda; Garsonnet, ebenda)然レトモ、謂フ所ノ希望ハ法律ノ規定ニ依リテ保護セラルル所ニシテ、畢竟ナル事實上ノ希望ニ非ス、又法ノ反射作用タルニ止マラス故ニ權利ト稱セサルヘカラス。嚮西債權取立法ニ於テ「差押ニ因リ債權者ニ生シタル權利」ト稱スルモノハ、實ニ此債權滿足要求權ヲ云フモノニ外ナラス。而シテ、此權利カ國家ニ對スル公法上ノ權利ナルコトハ既ニ同國ノ學者ノ認ムル所ナリ(本書六二〇頁參照)。

(2)　債權者カ差押ニ因リテ取得スルハ、國家ニ對スル債權滿足要求權ニ限ル。債權者ハ差押ヘラレタル財產ニ對シテ、質權(Pfändungspfandrecht)其他ノ物權ヲ取得スルモノニ非ス。——尤モ、此コトハ强制執行カ進ンテ換價手續又ハ賣得金交付手續ニ入リ、國家カ更ニ他ノ處分ヲ爲シ、因リテ債權者ニ私權ヲ授與シ得ルコトト混同スヘカラス。卽、(イ)債權其他ノ財產權ニ對スル執行ノ場合ニ於テハ、國家從テ執行機關ハ、取立命令ニ依リテ、差押ヘタル債權ヲ取立ツル權能ヲ授與シ、又ハ轉付命令若クハ讓渡命令ニ依リテ、差押ヘタル金錢債權又ハ他ノ財產權其自體ヲ債權者ニ授與スルコトヲ得。又(ロ)國家從テ執行機關カ、有體動產若クハ不動產ニ對スル執行ニ於テ、賣得金ヲ交付シ若クハ配當スル處分ヲ爲シ因リテ債權者ニ其金錢ノ所有權ヲ授與スルヲ得ルコトハ固ヨリ論ヲ俟タス。

三　要之、我現行訴訟法ニ於ケル差押ノ主要ナル效力ハ、債務者カ差押ヘラレタル財產ニ對スル處分權ヲ喪ヒ、且其處分權ハ國家ニ歸屬スルコトニ在リ。而シテ、差押債權者ハ、差押ニ因リ、國家ニ對シ、執行法ノ規定ニ從ヒ、差押ヘラレタル財產ヨリ自己ノ債權ヲ滿足センコトヲ求ムル公權卽債權滿足要求權(Befriedigungsrecht)ヲ取得スト雖モ、差押ヘラレタル財產ニ對シテハ差押質權其

他ノ物權ヲ取得スルコトナシ。

第二款　配當要求

差押ニ因リ、債權者ハ國家ニ對シテ、差押ヘタル財產ヨリ訴訟法ノ規定ニ從ヒ、自己ノ債權ヲ滿足センコトヲ求ムル公法上ノ權利ヲ取得スルモノナルコトハ前述ノ如シ。故ニ、(1)若シ訴訟法カ他ノ債權者ニ差押加入ヲ許サザルモノトナサンカ、差押債權者ノミ差押ヘタル財產ヨリ債權ノ滿足ヲ受クルコトヲ得ルニ至リ、茲ニ優先主義ハ確立ス。反之(2)若シ訴訟法カ他ノ債權者ノ差押加入ヲ認メ、然カモ(イ)其債權者ヲ一定ノ要件ニ適合スル一部ノ債權者ニ止ムルトキハ、茲ニ集團執行主義ヲ生ス。又若シ(ロ)差押ニ加入シ得ル債權者ノ範圍ヲ擴張スルトキハ漸次平等主義ニ近ツクニ至ル。是レ、我强制執行法ノ平等主義ヲ明ニスル爲メ配當要求ヲ論スルノ必要アル所以ナリ。

第一項　配當要求ノ性質

差押質權ヲ認メ又ハ差押ヲ爲シタル時ノ前後ニ因ル優先權ヲ認メントスル法制ニ於テハ、各債權者ヲシテ、差押タルト附帶差押(Anschlusspfandung)タルトヲ問ハス、一々差押ヲ爲サシメ、且其差押ノ時ノ前後ヲ明ニスル必要アルコトハ論ヲ俟タス。反之、差押質權ヲ認メス又差押ヲ爲シタル時ノ前後ニ因ル優先權ヲ認メス、債權者平等主義ニ近ツカンコトヲ期スル法制ニ於テハ各債權者ヲシテ一々差押ヲ爲サシムル要ナク、又各債權者ノ爲メ差押ヲ爲シタル時ノ前後ヲ明ニスル要ナシ。

我現行訴訟法ハ、强制執行ニ於テモ亦平等主義ヲ理想トセルカ故ニ（破產法ノ商人主義タルトノ對照上）、一債權者ノ申請又ハ委任(其性質ハ申請ニ外ナラス)ニ基キ、既ニ差押ヘラレタル財產ニ對シテハ、他ノ債權者ハ更ニ差押ヲ申請スルノ要ナク、既ニ爲サレタル差押ニ於テ、得ラルヘキ賣得金ノ配當ヲ要求スレハ足レルモノトナセリ。

右、原則ノ結果トシテ我訴訟法ハ二ノ原則ヲ認メタリ。卽左ノ如シ。

（一）既ニ差押ヘラレタル財產ニ對シテ、同一ノ債權者又ハ他ノ債權者カ、他ノ債權ノ爲メ、差押ノ申請(申立又ハ委任)ヲ爲スモ、更ニ差押ヲ爲ス必要(法律上ノ利益)ナキカ故ニ、執行機關ハ更ニ差押ヲ爲スコトヲ得ス。右差押ノ申請ハ他ノ債權ノ爲メ配當要求ヲ爲シタルモノト看做ス。左ニ此原則ヲ分說スヘシ。

(1)　執行機關ハ、既ニ差押ヘタル財產ニ對シテ、他ノ債權ノ爲メ更ニ差押ヲ爲スヲ得サルコトハ、有體動產ニ對スル執行幷ニ不動產又ハ船舶ニ對スル執行ニ付キテハ明文上疑ヲ容レス（五八六條一項、六四五條一項、七〇八條一項、七一七條）。—債權其他ノ財產權ニ對スル執行ニ付キテハ、同趣旨ノ明文ヲ缺クノミナラス、第六〇九條第三號ニ「差押債權者ハ第三債務者ヲシテ差押命令ノ送達ノ日ヨリ七日ノ期間內ニ、債權カ既ニ他ノ債權者ヨリ差押ヘラレタコトノ有無ニ付キテ陳述ヲ爲サ

シメンコトヲ裁判所ニ申請スルコトヲ得」ルモノトナスカ故ニ、債權其他ノ財產權ニ付キテハ再度ノ差押ヲ爲スコトヲ妨ケストスル說ヲ生シタリ。然レトモ、(イ)我訴訟法カ金錢債權ノ執行ニ付キテハ一般ニ平等主義ヲ採ルニ拘ハラス、動產ニ對スル執行中無體動產タル債權其他ノ財產權ニ對スル執行ニ付キテノミ優先主義ヲ採リタルモノト認ムヘキ根據ナシ。然カモ、優先主義ヲ認メサル場合ニハ既ニ差押ヘラレタル債權其他ノ財產權ニ對シテ更ニ差押ヲ爲ス法律上ノ利益ナシ、差押ヘラレタル債權又ハ他ノ財產權ノ取立、換價等ニ依リテ取得セラルヘキ金額ノ配當ヲ要求スルヲ得ルモノトスレハ足レリ。然カモ、法律上ノ利益ナキ保護行爲ハ司法機關之ヲ爲スコトヲ得サルコトハ訴訟法上ノ根本原則ナリ。判決タルト執行行爲タルトニ依リテ區別スヘキ理由ナシ。且(ロ)債權其他ノ財產權ニ對シテモ亦再度ノ差押ヲ爲スヲ得サルコトヲ間接ニ示ス規定ナキニ非ス。卽チ配當要求ニ關スル第六二〇條ニ依レハ「執行力アル正本ヲ有スル債權者云云ハ、差押債權者カ取立ヲ爲シ、「其旨ヲ執行裁判所ニ屆出ツルマテ又ハ執達吏カ賣得金ヲ領收スルマテ、配當ヲ要求スルコトヲ得」ト爲セリ。執行力アル正本ヲ有スル債權者ニシテ尙ホ配當ヲ要求スヘシトスルハ、再度ノ差押ヲ爲スノ要ナク又之ヲ爲スコトヲ得ストスルモノニ外ナラス。若シ、反之債權其他ノ財產權ニ對スル執行ニ付キテハ優先主義ヲ認ムルモノト爲サンカ、他ノ債權者ハ既ニ差押ヘラレタル債權其他ノ財產權ニ對シテモ常ニ差押(又ハ附帶差押)ヲ爲シテ其優先權ヲ取得スヘク、配當要求ニ甘スルヲ得サルニ非スヤ。又(ハ)前揭第六〇九條第三號ノ規定ニ於テ、再度ノ差押ヲ認ムルカ如キ外觀ナキニ非サルコトハ吾人モ亦之ヲ認ムルニ躊躇セス。然レトモ此規定タルヤ差押質權主義ヲ認ムル獨逸舊民事訴訟法第七三九條(同新民訴第八四〇條)ヲ、其儘ニ襲用シタルモノニシテ、我訴訟法ト獨逸訴訟法トノ間ニ於ケル根本主義ノ異同ニ想到セサリシモノナリ、偶々以テ當時ノ法律思想カ幼稚ナルコトヲ示スモノタルニ過キス。蓋佛訴訟法カ債務者ノ手中ニ在ル金錢又ハ動產ノ差押卽 Saisie-arrêt ヲ認メテ、債權ニ對スル差押ヲ認メサルカ爲メ、啓發セラルル所ナカリシモ、亦本號前段ノ規定ヲ認ムルニ至リタル一因ナランカ。要スルニ債權其他ノ財產權ニ付キテモ再度ノ差押ハ之ヲ認ムルコトヲ得ス(尙ホ板倉判事財產權ニ對スル强制執行ノ重要問題法學志林一五卷九號二四頁以下、殊ニ三三頁以下參照)。

(2) 既ニ差押ヘラレタル財產ニ對シテ、他ノ債權ノ爲メ、更ニ差押ノ申請アリタルトキハ配當ノ要求ヲ爲シタルモノト看做スヘキコトモ亦、有體動產ニ對スル執行幷ニ不動產又ハ船舶ニ對スル執行ニ關シテハ明文上疑ヲ容レス(五八七條前段六四五條二項前段、七〇八條二項前段七一七條)。債權其他ノ財產權ニ對スル執行ニ付キテ等シク明文ヲ缺クト雖モ、亦同一ニ解セサルヘカラス(橫田博士債權ノ二重差押、法律評論二卷七號參照)。

(二) 配當要求ハ差押カ取消サレタルトキハ差押ノ效力ヲ生ス。再度ノ差押申請カ配當要求ト看

做サレタル場合ナルト又執行力アル正本ニ基キ配當ヲ要求シタル場合ナルコトヲ問フコトナシ。然レトモ執行力アル正本ニ基カスシテ配當ヲ要求シタル者ハ此ノ限ニ非ス。

(1) 此原則モ亦明文ノ認ムル所ナリト雖モ、明了ヲ缺クノ嫌ナキニ非ス。有體動產ニ關スル第五八七條ニ於テハ、「前條ニ掲ケタル照査手續ハ配當要求ノ效力ヲ生シ又既ニ爲シタル差押カ取消ト爲リタルトキハ差押ノ效力ヲ生ス」ト規定シ、更ニ第五八九條ニ至リテ、民法ノ「規定ニ從ヒ配當ヲ要求シ得ヘキ者ノ配當要求ニ付キ規定ス、又不動產ノ强制競賣ニ關スル第六四五條ニ於テハ、「右申立(競賣開始決定ヲ爲シタル不動產ニ對シ更ニ强制競賣アランコトヲ求ムル申立)ハ、執行記錄ニ添付スルニ因リ配當要求ノ效力ヲ生シ、又既ニ開始シタル競賣手續取消トナリタルトキハ云云、開始決定ヲ受ケタル效力ヲ生ス」ト爲シ、强制管理ニ關スル第七〇八條ニ於テモ之ト同樣ノ規定ヲ設ク。從テ再度ノ差押又ハ强制競賣若クハ强制管理ノ申請ヲ爲シ、依リテ配當要求等ヲ爲シタルモノト看做サレタル場合ニ限リ、差押カ取消サレタルトキハ、差押ノ效力ヲ生スルモノト解セラルルノ嫌ナキニ非ス。然レトモ、此ノ解釋ノ誤マレルコトハ、(イ)第六二〇條第三項ニ於テ廣ク「右配當要求(執行力アル正本ヲ有スル債權者及ヒ民法ニ從ヒ配當ノ要求ヲ爲シ得ヘキ債權者ノ配當要求ヲ概稱ス)ハ云云、既ニ爲シタル差押カ取消ト爲リタリトキハ、執行力アル正本ニ因リテ要求シタル債權者ノ爲メ、要求ノ順序ニ因リ、差押ノ效力ヲ生ス」ト規定セルニ依リテ明ナリ。是レ執行力正本ニ因リ配當要求ヲ爲シタル債權者ハ、再度ノ差押ヲ申請シ、配當要求ト看做サレタル場合ニ非サルモ、尙ホ差押カ取消サレタルトキハ、要求ノ順序ニ因リ差押ノ效力ヲ有スルニ至ルカ故ナリ。且(ロ)平等主義ヲ認ムル結果再度ノ差押ハ之ヲ爲スノ要ナク、配當要求ヲ爲セハ足レリトスル法制ニ於テハ、苟クモ既ニ爲サレタル差押カ取消サレタル場合ニハ、配當要求ヲ爲シタル者ニ差押債權者タル地位ヲ認ムルニ非サレハ、總テノ配當要求カ無效トナリ、其目的ヲ達スルコトヲ得サルニ至ル。而カモ、(ハ)配當要求ヲ爲シタル者ニ、差押債權者タル地位ヲ認メントセハ、(a)執行力アル債務名義ノ正本ヲ有シ、從テ既ニ爲サレタル差押無シトセハ差押ヲ申請シ得タル者ニシテ、且(b)最先ニ配當要求ヲ爲シタル者ヨリ、順序ニ從ヒ差押債權者タルコトヲ認ムルハ、最モ公平ニ合ス。執行力アル正本ヲ有スル債權者カ、既ニ爲サレ差押アリタルコトヲ知レルニ拘ハラス、再度ノ差押申請ヲ爲シタルト、若クハ又配當要求ヲ爲シタルトニ依リテ區別スヘキニ非サルカ故ナリ。

(2) 次ニ右謂フ所ノ「差押ノ效力」ナルモノ如何ヲ觀察スヘシ。差押ニ因リ債務者カ受クル處分禁止ハ、獨リ差押債權者ノ利益ノミナラス又配當要求ヲ爲ス者ノ利益ノ爲メニ存スルモノナルコトハ疑ヲ容レス。從テ、配當要求ヲ爲シタル者ハ、配當要求者タル資格ニ於テ、國家ニ對シテ差押ヘラレタル財產ヨリ訴訟法ノ定ムル所ニ從ヒ、自己ノ債權ヲ滿足センコトヲ求ムル公權(債權滿足要求權、本書六三二頁參照)ヲ有スルモノト解セサルヘカラス。故ニ、前掲ノ諸法文ニ於テ「差押ノ

效力ヲ生ス」ト云フハ、右債權滿足要求權ニハ何等ノ關係ナキモノト解スヘキナリ。是レ配當要求者ハ既ニ爲サレタル差押カ取消サルルニ因リテ、初メテ債權滿足請求權ヲ取得スルモノニアラサルカ故ナリ。

サレハ、謂フ所ノ「差押ノ效力」トハ、執行手續ノ追行（Betrieb）ニ關スル差押債權者ノ權利ヲ云フモノト解スヘキカ如シ。換言セハ執行力アル正本ニ基キテ配當要求ヲ爲シタル者ハ、既ニ爲サレタル差押カ取消サレタル場合ニハ、最先ニ配當要求ヲ爲シタル者ヨリ要求ノ順序ニ從ヒ、差押債權者タル地位ヲ得、執行手續ヲ追行シ得ルモノト解スヘキナリ。——强制執行手續ハ職權ヲ以テ追行セラレ、從テ當事者ノ追行ヲ要セサルヲ原則トスト雖モ、尙ホ債權取立命令ヲ發シタル場合ニ於ケル取立訴訟ノ如キハ、明ニ差押債權者之ヲ爲スモノトセルカ故ニ（六二三條一項）、既ニ爲サレタル差押カ取消サレタル場合ニハ、「差押ノ效力ヲ生ス」ト認メラレタル配當要求者カ、取立訴訟ヲ提起スヘキモノト解スヘキナリ。

第二項　配當要求權者

我民事訴訟法ニ於ケル配當要求ナル觀念ハ、佛法ニ於ケルト等シク、「債務者ノ總財產ハ債權者ノ一般擔保ヲ爲ス」ト云フ思想ニ基クモノタリ。故ニ、執行債務者ニ對シテ金錢債權又ハ金錢債權ニ替リ得ヘキ債權ヲ有スト信スル者ハ、其債權ノ存在カ判決其他ノ債務名義ヲ以テ確定セラレタルト否トヲ問ハス、苟クモ債務者ノ財產ニ對シテ金錢債權ヲ執行スルカ爲メニ、强制執行手續カ開始セラレタルトキハ、其執行手續ニ於ケル換價（廣義）ニ依リテ得ラルヘキ金額ノ配當ヲ要求スルコトヲ得サルヘカラス。又執行債務者ニ對シテ、金錢債權又ハ之ニ替リ得ヘキ債權ヲ有セサルモ、苟クモ差押ヘラレタル財產中ニ在ル特定ノ動產又ハ不動產ニ對シテ、物的擔保權ヲ有ストナシ、從テ其目的タル動產又ハ不動產ヨリ一定ノ金額（擔保セラレタル債權額）ヲ取立ツル權利ヲ有ストナス者ハ、又其動產又ハ不動產ノ賣得金ヨリ優先シテ辨濟ヲ受クルコトヲ得サルヘカラス（尙ホ民訴五二五條參照）。而シテ、配當要求ヲ爲シタル者カ主張スル權利ノ存否若クハ其順位ニ付キ、他ノ債權者若クハ債務者カ異議ヲ述ヘサル場合ニハ、執行機關ハ實體法ノ認メタル順位ニ從ヒ、又同順位者間ニ在リテハ債權額ニ應シテ平等ニ、差押タル金錢、取立テタル金額若クハ賣得金ヲ配當スヘキナリ。然レトモ、若シ他ノ債權者又ハ債務者カ異議ヲ爲シ、且其異議カ撤回、和解其他ノ方法ニ依リテ解決セラレサリシ場合ニハ、配當裁判所ニ於テ其異議ノ當否從テ配當要求ヲ爲シタル債權又ハ擔保權ノ存否及ヒ順位ヲ確定シ、民法、商法其他實體法ノ規定ニ依リテ配當セサルヘカラス（五九三條五六二條乃至六三九條六九一條乃至七〇〇條七一四條七一七條參照）。約言セハ、我訴訟法ハ、一債權者ノ金錢債權ヲ執行スルカ爲メ債務者ノ動產又ハ不動產ニ對シテ差押ヲ爲シタルトキハ、其差押ヘタル財產限リノ一部破產ヲ宣告シタルカ如クニ看做シ、執行債務者ニ對シテ破產宣告アリタリト假定シタル

場合ニハ、其破産ニ於テ破産債權トシテ其權利ヲ屆出ツルコトヲ得ル者ハ勿論別除權ヲ屆出ツルコトヲ得ル者モ亦、右强制執行ニ於テ配當要求ヲ爲スコトヲ得ルモノタリ【註五】。

【註五】我民事訴訟法カ、强制執行ニ於テモ、本文述フルカ如キ配當要求ヲ認メ、其結果差押ヘタル財産隈リノ一部破産タルカ如キ觀アラシメタルハ、現行破産法ノ商人主義タルニ對照スルトキハ、其理由ナキニ非ス。破産制度ハ商人ニ對シテノミ適用セラルヘキモノトスレハ、非商人ニ對スル唯一ノ執行方法ハ、可及的之ヲ破産化シ、可及的債權者ノ平等辨濟ヲ期セサルヘカラサルカ故ナリ。

第三項　配當要求ノ制限及ヒ之ヲ爲シ得ル時期

一　配當要求ノ制限　配當要求權者ノ範圍ハ前述ノ如ク廣汎ナルカ故ニ、何等カノ制限ヲ設ケサルトキハ、差押債權者ハ假令ヒ一定ノ動産又ハ不動産ニ對シテ差押ヲ求ムルモ、其後ニ爲サルヘキ配當要求ニシテ多數又ハ多額ナランカ、實體法ノ認ムル順位ニ依リテ配當セラルヘキ比例的滿足ニ甘スルノ外ナク、其結果差押債權者ハ其執行セラルヘキ債權ニ對シテ少許ノ滿足ヲ受クルニ止マリ又ハ之ヲ受ケ難キ虞ナシトセス。從テ、差押債權者ハ苟クモ債權者カ差押フヘキ財産ヲ有スル限リハ總テ之ヲ差押ヘントシテ執行力アル正本ノ數通ヲ受ケ(五二三條、五二六條)數個ノ方法ニ依リテ同時ニ執行スルコトモアルヘク或ハ又他ノ差押債權者カ他ノ財産ニ對シテ爲スヘキ執行ニ於テ配當要求ヲ爲サントスルコトモアルヘシ。何レニセヨ、差押債權者ハ一債權ノ滿足ヲ得ルカ爲メ其債權額ニ比シテ遙カニ價格ノ大ナルヘキ財産ヲ差押フルニ非サレハ其債權ノ全部ノ滿足ハ到底之ヲ期スルコトヲ得ス。其結果「差押ハ執行力アル正本ニ掲ケタル請求及ヒ其執行費用ヲ滿足スルニ必要ナル以上ニ及ホスコトヲ得ス」トスル原則ハ(五六四條二項)到底空文トナラサルヲ得ス。換言セハ、債務者ハ差押債權者ノ小額債權ノ爲メ、個別的ナルニセヨ、差押フルコトヲ得ヘキ財産ノ全部ヲ差押ヘラレ、實際ノ結果ニ於テハ破産宣告ヲ受ケタルト相選フコトナキ狀態ニ陷ラストセス。此如キカ立法上避クヘキ結果タルヤ固ヨリ論ヲ俟タス。

我現行法上右ノ目的ヲ以テ配當要求ヲ制限セントシタル規定ハ左ノ如シ。

(1)　配當要求ヲ爲シ得ル場合ニ關スル第五八六條第二項ノ規定ハ其一ナリ。同項ノ規定ニ依レハ執達吏ハ差押調書ノ閲覽ヲ求メ、物ノ照査ヲ爲シタル後、未タ差押ニ係ラサル物アルトキハ之ヲ差押フルコトヲ要シ、差押フヘキ物アラサル場合ニ限リ、照査調書ヲ既ニ差押ヲ爲シタル執達吏ニ交付スヘク、之ニ依リテ債權者ハ配當要求ヲ爲シタルモノト看做サル(五八七條參照)。此規定ニ謂フ所ノ「差押ニ係ラサル物」トハ、未タ差押ヘラレサル有體動産ヲ謂フモノナルコトハ、執達吏ノ差押ヘ得ル權限(五六六條、尙ホ五九四條及ヒ六四一條對照)ニ徵シテ疑ヲ容レス。

從テ、第五八六條第二項ノ認ムル配當要求ノ制限ハ決シテ有力ナルモノト云フヲ得ス。是レ、(イ)差押ニ係ラサル債權其他ノ財産權、不動産若クハ船舶アルヤ否ヤハ之ヲ視スシテ專ラ有體動産ノミヲ視、苟クモ差押ニ係ラサル有體動産ナキ場合ニハ配當要求ヲ爲スコトヲ得ルモノトナスノミナラ

ス、又(ロ)右制限ハ執達吏カ差押ノ委任ヲ受ケタル場合ノ規定ニシテ、債權者カ初メヨリ既ニ差押ヲ爲シタル執達吏ニ對シテ配當要求ヲ爲シタル場合ヲ視サルカ故ナリ。

(2) 他ノ制限ハ差押債權者ノ爲メ「支拂ニ換ヘテ轉付命令アリタル後ハ、配當要求ヲ爲スコトヲ得ス」トナス第六二〇條第二項ノ規定ナリ。—轉付命令ハ苟クモ轉付セラレタル債權カ存在スル限リハ、第三債務者カ辨濟資力ヲ有スルヤ否ヤヲ問ハス、債權ノ名義額ヲ以テ辨濟ヲ受ケタルモノト看做サルルカ故ニ(六〇一條)、元來取立命令ヲ受ケ實際取立テタル金額ヨリ確實ニ辨濟ヲ受タル場合ニ比シ、債權者ハ第三者カ辨濟資力ヲ有セサル場合ノ損失ヲ負擔スヘキ危險多キ制度ナルニ係ハラス、我國ノ實際ニ於テ轉付命令カ歡迎セラルルハ、第六二〇條第二項ノ規定ニ依リテ配當要求ヲ排除シ得ルカ爲メナリト云ハサルヘカラス。

二、配當要求ヲ爲シ得ル時期　上述ノ制限アルノ外、配當要求ハ一定ノ財產ニ對スル執行手續ノ完結ニ接着スル時ニ至ルマテ之ヲ爲スコトヲ得、瑞西債權取立法ニ於ケルカ如ク差押ノ後三十日內ト云フニ非ス(本書六一八、六二一頁參照)。都配當要求ハ(イ)有體動產ニ對スル執行ノ場合ニハ、就賣期日ノ終ニ至ルマテ之ヲ爲スコトヲ得(五九二條)、(ロ)債權其他ノ財產ニ對スル執行ノ場合ニハ、差押債權者カ差押ヘラレタル債權ヲ取立テ其旨ヲ執行裁判所ニ屆出テ又ハ執達吏カ賣得金ヲ領收スルマテ之ヲ爲スコトヲ得(六二〇條一項、六二五條)、又(ハ)不動產强制競賣ノ場合ニ於テハ、競落期日ノ終ニ至ルマテ之ヲ爲スコトヲ得(六四六條二項)。船舶ニ對スル强制執行ノ場合ニ於テモ亦同一ナリ(七一七條)。(ニ)强制管理ニ付キテハ、配當要求ヲ爲シ得ル終期ヲ定メタル明文ナシト雖モ、他ノ場合ニ於ケルト異ル理由ナキカ故ニ强制管理ノ終結決定アルマテハ、之ヲ爲スコトヲ得ルモノト解スヘキカ如シ。

第三款　要約

强制執行ノ平等主義ニ關スル我現行制度ニ付キ、上來述ヘタル所ノモノヲ要約スレハ、左ノ結果ニ達ス、

(一) 我現行ノ强制執行法ニ依レハ、債權者ハ差押ニ因リ差押ヘタル財產ノ上ニ質權(差押質權)又ハ優先權ヲ取得スルコトナシ。

(二) 差押ニ因リ債權者ハ國家ニ對シテ、訴訟法ノ規定ニ從ヒ差押ヘラレタル財產ヲ換價シテ自己ノ債權ヲ滿足センコトヲ要求スル公權(債權滿足要求權)ヲ取得ス。然レトモ、差押債權者ノミカ之ヲ取得スルニ非ス。配當要求ヲ爲ス者モ亦之ヲ取得ス。

(三) 而シテ(イ)配當要求ヲ爲シ得ル者ノ範圍ハ制限セラルルコトナシ。執行債務者ニ對シテ金錢債權者クハ之ニ替リ得ヘキ權利ヲ有スル者及ヒ差押ヘラレタル財產ニ對シテ物上擔保權ヲ有スル

者ハ、債務名義カ存スルト否トニ拘ハラス、配當要求ヲ爲スコトヲ得。又(ロ)差押ヘラレタル財産カ何タルヤニ依リ、爲シ得ヘキ配當要求ニ制限アルニ非ス。加之(ハ)配當要求ヲ爲シ得ル終期モ差押ヘタル財産ニ對スル執行行爲ノ完結ニ接着スル時ニ至ルマデ之ヲ爲スコトヲ得。差押後一定ノ期間内ニ限ラルルニ非ス。唯轉付命令(若クハ之ニ準スル讓渡命令)アリタル後ハ配當要求ヲ爲スコトヲ得サルノミ。

故ニ、我訴訟法ノ金錢債權ノ執行ハ、差押質權(獨法及ヒ墺法)若クハ差押ヲ爲シタル時ノ前後ニ依ル優先權(日耳曼法及ヒ英法)ヲ認メントスル優先主義ヲ採ラス。又差押後一定ノ期間内ニ限リ配當要求ヲ認メントスル集團執行主義(瑞西法)ニ依ラス。更ニ又債務名義ノ成立ニ因リ當然生スル裁判上ノ一般的抵當權ヲ認ムル形式的平等主義(佛法)ニ倣ハス。平等主義ノ理想ニ近キ制度ナリト云ハサルヘカラス。

從テ我訴訟法ニ於ケル金錢債權ノ執行ハ、差押ヘラレタル財産限リノ破産ト云フヲ妨ケス。加之、無制限ニ配當要求ヲ許スノ結果、差押ヘタル財産カ差押債權者ノ債權ヲ滿足スルニ必要以上ナルヤ否ヤヲ知ルコト能ハス、從テ少額ノ債權ヲ執行スルカ爲メニモ、債務者ニ屬スル財産ニシテ苟クモ差押ヲ禁セサル一切ノ財産ヲ差押フルコトヲ得ヘキ制度ナリ。換言セハ財産上ノ關係ノミヲ見ルトキハ、少額債權ノ執行ノ爲メ、一般破産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ於ケルト選フコトナキ結果ニ到達シ得ヘキ制度ナリト云ハサルヘカラス。

第四節　兩主義ノ得失及ヒ立法政策（信用制度ノ消長）

吾人ハ第一節乃至第三節ノ所述ニ依リ、强制執行ノ優先主義及ヒ平等主義ニ關スル羅馬法及ヒ日耳曼法以來ノ沿革ヲ溫ネ、又現代ノ法制ヲ比較シ、依リテ我現行訴訟法カ東西古今ノ法制ニ占ムル地位ヲ明ニスルヲ得タリト信ス。而シテ、其結果ハ立法例ニ於テモ多ク其比ヲ見サル程度ノ平等主義ヲ認ムル執行法ニシテ、少額ノ金錢債權ノ執行ノ爲メニモ一般破産ニ於ケルト選フ無キ結果ヲ生シ得ヘキ制度ナルコトヲ知レリ。於是カ、吾人ノ研究ハ進ンテ現行制度ノ實際ニ於ケル成績ノ調査ニ入リ、又之ニ基キテ將來ノ立法政策ヲ論スヘキ順序ナリ。唯吾人ハ、自ラ實際ニ親シムノ機ナク又現行法ノ實施後既ニ四半世紀ヲ經タルニ拘ハラス、此點ニ關スル實際ノ成績ニ付キ公表セラレタルモノヲ觀ルコトヲ得ス。已ムコトヲ得サルカ故ニ、茲ニハ學窓ノ下、兩主義ノ得失ヲ考慮シ、立法政策ニ付キ私見ヲ述フルニ止ムヘシ。畢竟、法律界並ニ經濟界ノ學者及ヒ實際家カ、既ニ研究セラレタル結果ヲ公ニセラレ又其研究ヲ進メラレンコトヲ希望スルノ微意ニ出ツルモノニ外ナラス。

第一款　兩主義ノ得失

一　外國ニ於ケル研究

吾人ハ未タ我法律界及ヒ經濟界ノ學者及ヒ實際家ノ研究ニ聽クコトヲ得ス又自ラ現行法ノ成績ヲ斷スヘキ充分ナル資料ヲ有セサルカ故ニ、外國法制ノ立法理由トシテ論セラルル者ヲ參酌シ、他山ノ石ト爲ササルヘカラス。

(一)　平等主義ノ主張

平等主義ノ理由トスル所ハ左ノ如シ。

(1)　無擔保債權者カ差押ニ因リテ差押ヘタル財產ノ上ニ質權(差押質權)ヲ取得シ又ハ優先權ヲ取得スト云フハ債權平等ノ原則ニ反ス。實體法ニ於テハ債權ハ平等ナルヲ以テ原則トシ又債務者ノ財產ハ總債權者ノ一般擔保ヲ爲スモノタリ。然カルニ執行開始(差押)ニ依リテ債權者カ差押ヘタル財產ノ上ニ擔保權(質權若クハ抵當權)ヲ取得シ又ハ優先權ヲ得トナスハ債權者平等ノ原則ニ反シ、又一般擔保ノ思想ト容ルルコトヲ得ス。

(2)　或ハ債權者カ差押ニ因リ差押タル財產ニ對シテ質權(差押財產)又ハ優先權ヲ取得ストスルハ、差押債權者カ差押ヘタル財產ヨリ其債權ノ滿足ヲ確實ニ受クルコトヲ得セシムルカ爲メニ必要ナリト云フ。然レトモ、差押ヘラレタル財產ニ對スル債務者ノ處分ヲ禁止シ、一方ニ於テハ右禁止ニ違反シタル法律上ノ行爲ハ無效トシ、他方ニ於テハ刑罰ヲ以テ處分禁止ノ違背ヲ威嚇スルトキハ、債權者カ差押ヘラレタル財產ヨリ滿足ヲ受クルコトヲ得ヘキコトハ確保セラルルト云フヘシ。從テ差押ニ因ル優先權又ハ擔保權ヲ認ムルノ要ナシ。

(3)　優先主義ノ論據トシテ權利ノ行使ニ勉勵ナル者ハ權利ノ行使ヲ懈怠スル者ニ優先シテ滿足ヲ求ムルコトヲ得サルヘカラストナス。然レトモ(イ)先ンシテ差押カ爲サレタル債權者ハ必スシモ權利ノ行使ニ勉勵ナリト云フヲ得ス、是レ(a)債務名義タル判決ハ訴ヲ提起シ訴訟審理ヲ經ルニ非サレハ得ル能ハサルヲ常トスルニ反シ、督促手續ニ依ランカ苟クモ債務者ニ異議ナキ場合ニハ旬日ヲ出テスシテ債務名義タル執行命令ヲ得ルコトヲ得(三八六條三九三條及ヒ五五九條二號)、又初メヨリ執行シ得ヘキ公正證書ヲ得ンカ(五五九條五號)判決手續ニ依ラスシテ直チニ執行スルコトヲ得ルニ非スヤ、故ニ先ンシテ權利ノ行使ニ着手スルモ、差押ハ後クレテ爲サルコトアリ、或ハ又之ニ反スルコトアリ。且(b)同種ノ債務名義例ハ判決ニ付キテ云フモ、或ハ債務者タル被告カ原告ノ請求ヲ認諾スルコトアリ(二二九條)、爭フコトアリ、或ハ又債務者タル被告カ原告ノ請求ノ理由タル事實ヲ自白スルコトアリ、爭フコトアリ。又裁判所ニ事務ノ繁閑アリ、司法官ニ優劣アリ。從テ、同時ニ訴ヲ提起スルモ債務名義タル判決ヲ同時ニ受クルコト能ハス。加之(c)同時ニ債務名義ヲ得、同時ニ執行文ヲ申請ストスルモ(五一六條以下)、執行文付與ノ機關ニ事務ノ繁閑アリ、能否アリ。更ニ又(d)同時ニ差押ヲ委任シ若クハ申請ストスルモ(五三一條五四三條)執達吏又ハ執行裁判所ニ事務ノ繁閑アリ、良否アリ。約言スレハ債權者ノ爲メニ差押カ爲サルルノ前後ハ必シモ債權者カ其

權利ノ行使ニ勤勉ナルト否トニ依ルモノニアラス。偶然ノ事情ニ依リテ決スルコト少シトセス。然カモ偶然ノ事情ニ因リテ債權ノ滿足ヲ受クヘキ順位ヲ定メントスルカ不當ナルヤ論ヲ俟タス。(ロ)假ニ一歩ヲ讓リ、差押ノ前後ハ、權利行使ノ勉不勉ニ依リテ定マルモノトナスモ、權利ノ行使ニ不勉ナリト云フ事實ハ、未タ以テ債權平等ノ原則ヲ打破スヘキ充分ノ理由ト爲スヲ得ス。加之

(4) 優先主義ヲ認ムル場合ニハ、一方ニ於テハ債權者カ其權利ノ行使ニ於テ假借セサルコトヲ奬勵スルモノニシテ、債務者ニ酷ナリト云ハサルヘカラス。且他方ニ於テハ、遠隔ノ地方殊ニ外國ニ在ル債權者カ債務者資產ノ狀況ヲ知ラサルニ乘シテ、內國債權者殊ニ附近ニ在ル債權者カ卒先シテ差押ヲ爲シ、優先權ヲ取得スルコトヲ認ムルモノニシテ、現代商業ノ發展ニ伴フ所以ニ非スト云フニアリ (Meibom, in Archiv für civil. Praxis Bd. 52 S. 310 ff. 尙同處引用ノ普國破產法及ヒヴユルテンブルヒ抵當權法修正理由參照)。

(二) 優先主義ノ理由ハ左ノ如シ。

(1) 平等主義ハ、公平ノ名アリテ其實ナシ。優先主義ニシテ初メテ債權者間ノ公平ヲ得ルモノト云フヘシ。何トナレハ、平等主義ニ依ルトキハ、日常債權者ノ資產ノ狀況ニ注意シ、且權利ヲ行使スルニ付キ油斷セサル債權者カ差押ニ因リテ得ントスル結果ヲ、後クレテ差押ニ加入シタル他ノ債權者ニ於テ分配スルコトヲ得、從テ勉勵ナル者ハ懈怠者ノ爲メニ苅ルカ如キ結果ヲ生シ、公平ト云フヲ得ス。殊ニ差押債權者ハ、差押ヘラレタル財產ニ付キ所有權其他讓渡若クハ引渡ヲ妨クル權利ヲ主張スル第三者カ提起スル異議訴訟ノ被告トセラレ(五四九條)、漸クニシテ贏チ得タル結果ヲ、後クレテ差押ニ加入シタル他ノ債權者ニ奪ハルト云フカ如キハ、到底公平ナリト云フヲ得ス。故ニ、權利ノ行使ニ勉勵ナル者ハ後クレテ差押ニ加入シタル者ニ優先シテ差押ヘタル財產ヨリ辨濟ヲ受クルコトヲ得トスルハ、寧ロ公平ニ合スト云フヘシ。

或ハ謂フ、優先主義ニ依ルトキハ、遠隔ナル地ニ在ル債權者殊ニ外國ノ債權者ハ至近ノ地ニ在ル債權者ニ比シ不利益ヲ受クト。然レトモ、此如キハ皮想ノ見解ナリ、外國ノ商人ト雖モ、內國ノ著シキ商業市ニハ市店若クハ代理商ヲ置クヲ常トス、從テ此等ノ者ト雖モ其利益ヲ擁護スルコトヲ得、商業ノ發達ヲ妨クルカ如キコトナシ。

(2) 優先主義ヲ認ムル場合ニハ强制執行ノ完結ヲ迅速ナラシメ、信用制度ヲ維持シ、之ヲ助長スルノ利アリ。或ハ以爲ラク、(イ)優先主義ヲ認ムル場合ニハ、債權者カ權利ノ行使ニ假借セス、從テ債務者ノ破綻ヲ速ナラシムルモノタリト。然レトモ(a)此如キハ杞憂ニ過キス、差押質權ヲ認メタル制度ノ下ニ於テモ、斯ル現象ヲ生シタルコトナシ。又假令(b)斯ル虞アリトスルモ、債權者カ其權利ノ行使ヲ假借セス、債務者カ其債務ノ履行ニ付キ精確ナルハ、一般信用制度ヲ維持スル所以ナリ。且(c)差押フルコトヲ得サル財產ノ範圍ハ漸次擴張セラルヘキカ故ニ、債權者カ權利ノ行使ニ假借ス

ル所ナキモ、必シモ債務者ノ破綻ヲ速ニスルモノト云フヲ得ス。加之(d)差押ハ、債權者カ其債權及ヒ執行費用ヲ滿足スルニ必要ナル以上ニ及ホスコトヲ得サルカ故ニ、優先主義ヲ採ルモ債務者ノ破綻ヲ促スモノニ非ス。(ロ)平等主義ヲ認ムル場合ニハ、却テ債務者ニ殘酷ニシテ、其破綻ヲ速ニスル虞ナシトセス。是レ(a)平等主義ニ依レハ、後クレテ差押ニ加入シタル債權者(配當要求者)モ亦、差押ヘ若クハ取立テタル金錢又ハ賣得金ノ配當ヲ受クコトヲ得ルカ故ニ、差押債權者ニ於テ、苟クモ其債權ノ全部ノ滿足若クハ可及的大ナル滿足ヲ得ントスル場合ニハ、勢ヒ差押フルコトヲ得ヘキ債務者ノ財產ノ殆ント全部ヲ差押ヘ之ヲ換價セシメサルヘカラス。此如キハ恰カモ債務者ニ酷ニシテ、且其破綻ヲ速ナラシムルモノタリ。(b)平等主義ヲ認ムル法制ニ於テモ亦、差押ハ債權者ノ債權ヲ滿足シ且其執行費用ヲ償フニ必要ナル以上ニ及ホスコトヲ得サル旨ヲ規定セサルモノナシ。然レトモ必要以上ノ執行ノ禁止ハ平等主義ノ執行法ニ於テハ到底空文タラサルヲ得ス。是レ他ノ債權者ノ若干カ、如何ナル債權額ヲ以テ配當ニ加入スルヤヲ豫知スルコトヲ得ス。從テ若干ノ財產ノ差押カ果シテ差押債權者ノ債權及ヒ費用ヲ滿足スルニ必要ナルヤヲ豫知スルコトヲ得サルカ故ナリ。(c)平等主義ヲ認ムル法制ニ於テハ、此結果ヲ免レントシテ、或ハ差押加入又ハ配當要求ヲ制限シ、苟クモ、未タ差押ニ係ラサル物アル場合ニハ、他ノ債權者ハ差押ニ係ラサル物ヲ差押ヘタル後ニ非サレハ、差押ニ加入シ又ハ配當要求等ヲ爲スコトヲ得ストスルモノ無キニ非ス（例ハバーデン訴訟法三九七條、尙ホ我民訴五八六條二項參照）。然レトモ、未タ差押ニ係ラサル財產ハ債務者自由ニ之ヲ處分スルコトヲ得ルカ故ニ、此ノ制限ハ必シモ其目的ヲ達スルコトヲ得ス。又(ハ)不動產ニ對スル執行方法トシテ强制抵當權又ハ質權ヲ認ムルトキハ、債權者カ擔保權ノ取得ヲ以テ足レリトスル場合ニハ、競賣ヲ申請セサルニ至ル。而シテ之カ債務者ニ利益ナルヤ論ナシ(Hahn, gesammte Materialien zu Reichs Justizgesetzen Bd. II S. 446 f.) ト云フニアリ。

二　私見　以上ハ、外國法制ノ立法理由トシテ論セラルル所ナリ。吾人ハ之ニ加フルニ左ノ所見ヲ以テセントス。

（一）强制執行手續ニ於テモ債權者ハ債權額ニ比例シタル辨濟ニ限リ受クルコトヲ得トスルハ、强制執行ト破產制度トカ分化シタル現代ニ於テハ、其理由ナシ。

(1)　實體法上債權ハ平等ナルヲ原則トスルカ故ニ、强制執行ニ於テモ債權者平等主義ヲ採ラサルヘカラス。差押ノ前後ニ因リ優先シテ辨濟ヲ得ヘキモノニアラスト云フハ平等主義ノ根據トスル所ニシテ、一應正當ナル如キ觀アリト雖モ、實ハ誤レリ。何トナレハ、

（イ）　右ノ見解ハ、債權其ノモノニ順位ヲ設クルト、先ンシテ債權ヲ行使シタル者カ、先ンシテ辨濟ヲ受クルトヲ混同スルモノナリ。實體法上、債權ニハ順位ヲ認メス、平等ナルヲ原則トスト雖モ、先ンシテ債權ヲ行ヒタル者カ後クレテ其債權ヲ行使スル者ニ關係ナク、其債權ノ全額ヲ受クル

コトヲ得又受ケツツアルコトハ、何人モ否認スルコトヲ得ス。換言セハ、債務者カ其財産並ニ信用ニ基キ支拂手段ヲ得、支拂フヘキ總債務ヲ完濟シ得ル間ハ、債務者カ債權者ノ請求アルニ從ヒ、其債權者ニ全部ノ辨濟ヲ爲スヲ妨ケサルコトハ、何人モ承認セサルコトヲ得ス。我國ノ學說及ヒ實際ニ於テモ自明ナリトスル所タリ。蓋債務者カ、其總財産ニ基キ又其信用ニ依リテ融通ヲ爲スモ、支拂手段ヲ得ル能ハス、依リテ卽時ニ支拂フヘキ一切ノ金錢債務ヲ支拂フコト能ハサル旨ヲ表示シタル場合(支拂停止)又ハ支拂フコト能ハスト認ムヘキ場合ニハ(支拂不能)、債權者ハ其債權額ニ比例シタル辨濟ニ限リ受クルコトヲ得ルモノトスルニ非サレハ、或ル債權者ハ全部ノ滿足ヲ得ルニ反シ、他ノ債權者ハ何等ノ滿足ヲ得ス、債務者ノ支拂手段ノ不足又ハ缺乏ニ因ル損失ヲ、一部ノ債權者ニ限リ負擔セサル可カラサルニ至リ衡平ニ合セス、且負擔ハ可及的多數ノ者ニ分擔セシメ、依リテ其苦痛ヲ輕減スルカ社會政策ノ根本義タルヤ論ナキ所ナリ。故ニ債務者カ支拂ヲ停止シ又ハ支拂不能ニ在ル場合ニハ破產ヲ宣告シ、總債權ノ屆出テヲ催告シ債權額ニ比例シタル辨濟ヲ受クヘキモノトスルカ必要ナルコトハ固ヨリ論ヲ俟タス。然レトモ支拂停止又ハ支拂不能ナキ場合換言セハ債務者カ總財産ニ基キ其信用ニ依リテ、支拂フヘキ總債務ヲ支拂フコトヲ得ル場合ニハ、債務者ハ、債權者ノ請求アルニ從ヒ、其債權者ニ全部ノ辨濟ヲ爲スヲ妨ケサルコトハ疑ヲ容レス。約言セハ、債務者カ支拂ヲ停止セス又ハ支拂不能ニ在ラサル限リハ、先ンシテ權利ヲ行使スル者ハ、後レテ其權利ヲ行フ者ニ顧慮セス、其權利ノ滿足ヲ受クルコトヲ得ルナリ。

(ロ) 前揭ノ原則ハ、金錢債權者カ其債權ノ滿足ヲ得ルカ爲メ債務者ニ對シテ强制執行アランコトヲ申請シ、依リテ差押カ爲サレタル場合ニモ亦行ハレサルヘカラス。換言セハ、支拂停止又ハ支拂不能ナキ限ハ先ンシテ差押カ爲サレタル債權者ハ後レテ其差押ニ加入シタル債權者ニ顧慮スルコトナク、差押ヘラレタル財産ヨリ其債權ノ全部ノ滿足ヲ得サルヘカラス。是レ差押其ノモノハ直チニ債務者カ支拂ヲ停止シ又ハ支拂不能ニ在ルコトヲ表彰スルモノニアラサルカ故ナリ。通常ノ强制執行手續ニ於テモ差押債權者及ヒ差押ニ加入シタル債權者(配當要求ヲ爲シタル者)ヲシテ、差押ヘタル財産ヨリ其債權額ニ比例シタル滿足ニ限リ受クルコトヲ得ルモノトスルハ(平等主義)、差押ヲ以テ直チニ債務者ノ支拂停止又ハ支拂不能ト同一視セントスルモノニ外ナラス。蓋羅馬古法ノ Mis io bonorum ニ於ケルカ如ク、一債權者ノ申請ニ基キ債務者ノ總財産ヲ債權者ニ委付スル命令ヲ發シ、其債權者カ一方ニ於テハ他ノ債權者ニ債權ノ屆出ヲ催告シ、他方ニ於テハ債務者ノ總財産ヲ競賣シ、其代金ヲ債權額ニ應シテ總債權者ニ分配スヘキモノトスル制度ニ於テハ、强制執行ト破產トハ未タ分化セス、債務者ニ對スル金錢債權ノ執行ハ其總財産ニ對スル包括的執行(現代ノ破產)ニ依ルノ外ナキカ故ニ此時代ニ於テハ執行ノ開始ハ卽破產ノ開始タリ(前述五六九頁頁以下參照)。然レトモ、個別的强制執行ト破產トカ截然分化シタル現代ニ於テ尙ホ差押ヲ以テ破產ノ開始ト同一視セン

トスルカ誤マレルモノタルハ云フヲ俟タス。債務者カ差押ヲ受クルハ支拂ヲ停止スルモノニアラス又支拂不能ニ在ルモノニ非サルカ故ナリ。若シ夫レ債務者カ差押ヲ受クルハ支拂ヲ停止シ又ハ支拂不能ニ在ルコトヲ認ムヘキ特別ノ事由アル場合ニハ破産ヲ宣告スヘキナリ。強制執行ヲ續行スヘキニ非ス【註一】。

【註一】債務者ニ對スル破産宣告ニ因リ強制執行ヲ停止スヘキコトハ我現行法モ亦認ムル所ナリ。執行スヘキ金錢債權カ、破産債權タルヘキ債權ナル場合ニ於テ、執行債務者カ破産宣告ヲ受クルトキハ「各個債權者ハ破産手續ノ繼續中强制執行ヲ爲スコト能ハサル」カ故ニ（舊商法破産篇九八七條、尙ホ破産法改正草案八條參照）、破産宣告決定ハ執行債權者其他配當要求ヲ爲シタル金錢債權者ニ對シテ、破産手續中其債權ノ執行ヲ許サストスル裁判ニ外ナラス。故ニ、破産宣告決定アリタルトキハ、執行機關ハ執行手續ヲ停止シ且既ニ爲シタル手續ヲ取消ササルヘカラス（五五〇一條、五五一條、vgl. auch Gaup-Stein, IV 3 vor § 704 C.P.O.）。

（ハ）約言セハ、支拂停止又ハ支拂不能ナキ限ハ、裁判外ニ於テモ、先ンシテ債權ヲ行使スル者ハ、遲クレテ債權ヲ行使スル者ニ顧慮セスシテ全部ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルカ故ニ、債權者カ其債權ノ滿足ヲ得ントシテ强制執行ヲ申請シ、依リテ其ノ者ノ爲メ差押カ爲サレタル場合ニ於テモ亦同一ニ解セサルヘカラス。是レ債務者カ差押ヲ受クルハ直チニ支拂停止又ハ支拂不能ヲ表明スルモノニ非サルカ故ナリ。若シ夫レ、債務者カ差押ヲ受クルハ、支拂ヲ停止シ又ハ支拂不能ニ在ルコトヲ認メシムヘキ事由アル場合ニハ、破産ヲ宣告スヘキモノニシテ强制執行ヲ續行スヘキモノニ非ス。

又差押ヲ以テ、債務者カ支拂停止又ハ支拂不能ヲ表明シタルモノナルカ如クニ視、從テ强制執行ニ於テモ差押債權者及ヒ配當要求ヲ爲シタル債權者ハ其債權額ニ比例シタル辨濟ニ限リ受クルコトヲ得ルモノトスルハ、强制執行ト破産制度トカ未タ分化セサル古代ノ思想ヲ套襲スルモノタリ。從テ、兩者カ截然分化シタル現代ニ於テハ其理由ナシ。

(2) 佛法系ノ諸法及ヒ我現行法ニ於テ斯ル見易キ理ヲ認メス、强制執行ヲ破産化シ、强制執行ニ於テモ亦比例辨濟ニ限リ受クルコトヲ得ルモノトシタルハ、一ニ破産制度ハ商人ニ對シテノミ適用スヘシトスル誤マレル前提ニ依リテ强制セラレタル結果ナリ。

佛法系ノ商法若クハ破産法並ニ我現行法ニ於テハ、破産ハ非商人ニ對シテハ宣告スルコトヲ得サルカ故ニ、非商人ニ對スル唯一ノ執行方法タル强制執行ニ於テモ、亦比例辨濟ニ依ルヘキモノトナセリ。然レトモ、破産ハ商人ニ限リ適用スヘシトスル前提カ誤マレルコトハ多言ヲ要セス。苟クモ債務者カ支拂ヲ停止シ又ハ支拂不能ニ在ル場合ニハ、債權者ハ比例辨濟ニ限リ受クルコトヲ得ヘキモノトスルハ衡平ノ要求スル所ナリ。債務者カ商人タルト非商人タルトニ依リテ區別スヘキニ非ス。又之ニ反シ、苟クモ債務者カ支拂ヲ停止セス又支拂不能ニ在ラサル場合ニハ、債權者ノ請求アルニ從ヒ、其債權者ニ全部ノ辨濟ヲ爲スコトヲ得サルヘカラス。債務者カ商人タルト非商人タルトニ依リテ區別スヘキ理由ナシ。サレハ、明治三十五年司法省ニ於テ起草シタル破産法改正草案第一三一

條ニ於テモ、「債務者カ支拂ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキハ云云決定ヲ以テ破產ヲ宣告ス」トス、苟クモ支拂ヲ爲スコト能ハサル場合ニハ、破產ヲ宣告規定シ、商人タルト非商人タルトヲ問ハス、苟クモ支拂停止アル場合ニハ破スヘキモノトセリ。近キ將來ニ公ケニセラルヘキ改正案ニ於テモ亦然ルヘキコトハ想像ニ難カラス。——而シテ、商人タルト非商人タルトヲ問ハス、苟クモ支拂不能又ハ支拂停止アル場合ニハ破產ヲ宣告シ、債權額ニ比例シタル辨濟ニ限リ受クルコトヲ得ルモノトスル以上ハ、支拂不能又ハ支拂停止ナキ場合ニ於ケル執行手續卽强制執行ハ之ヲ破產化シ、債權額ニ比例シタル辨濟ニ限リ受クルコトヲ得ルモノトスル必要無シ。

(二) 强制執行手續ニ於テモ債權額ニ比例シタル辨濟ヲ受クルコトヲ得ルモノトナスハ、債權者並ニ債務者ニ不利シテ、信用制度ヲ害スルモノタリ。——現行法ノ成績ニ徵スルモ、其一端ハ之ヲ認ムルコトヲ得。

(1) 强制執行ノ破產化ハ債權者ニ不利ナリ。何トナレハ(イ)差押債權者ノ爲メニ、債務者ニ屬スル財產カ差押ヘラレタルトキハ、本來差押債權者ハ其財產ヨリ其債權ノ全部ノ滿足ヲ受クルコトヲ得ヘキ理ナリ。然レトモ、强制執行ノ完結ニ至ルマテニ、若干ノ債權者カ配當要求ヲ爲スヤ又若干ノ債權額ヲ以テ配當要求ヲ爲スヤヲ知ルコト能ハス。若シ多數ノ債權者若クハ多額ノ債權者カ配當要求ヲ爲シタル場合ニハ、差押債權者ハ債務名義並ニ執行文ヲ受ケ又差押ノ委任若クハ申請ヲ爲シ、更ニ場合ニ依リテハ第三者異議ノ訴ノ被告トナリテ、僅ニ差押ヘタル財產ヲ維持シ得タルニ拘ハラス(五四九條)、其ノ結果ノ大部分ハ配當要求者ノ爲メニ奪ハレ、少額ノ滿足ニ甘スルノ外ナキニ至ル。且(ロ)配當要求ハ苟クモ債務者ニ對シテ金錢債權又ハ之ニ替リ得ヘキ債權ヲ有スル限ハ、債務名義ノ有無ニ拘ハラス爲シ得ルモノタルカ故ニ(本書六四〇頁)、獨リ差押債權者ノ受クヘキ辨濟ヲ減少セシムルノミナラス、配當要求者カ主張スル債權ノ存否ニ對スル異議ヲ生シ易ク、從テ債權者カ受クヘキ滿足ヲ遲延セシムルヲ免レス。此如キハ必然對人信用制度ノ破壞トナラサルヘカラス。——我國ノ實際ニ徵スルモ、此ノ認定ノ誤マラサルコトヲ示スヘキモノアリ。卽チ(a)我國ニ於テハ普通ノ貸金業者ノミナラス、銀行家ト雖モ仍ホ專ラ物上擔保ヲ重ンシ、無擔保信用ヲ避ケントセルコトハ疑ヲ容レス而シテ其原因ノ一ハ最後ノ手段タル强制執行ニ依ルモ、制度上ニ於テタニ、仍ホ全部ノ滿足ヲ得ルヲ期スルコト能ハス、勞シテ其效無キニ依ラスンハ非ス。若シ夫レ、高利貸ノ天引、手數料、「オドリ」ト稱スルモノノ如キハ、危險ニ對スル保險料ヲ含ムヘシト雖モ、其謂フ所ノ危險ノ一部ハ、必スヤ强制執行ニ於ケル比例辨濟主義カ與カリテ力アリト云フヘシ。又(b)我國ノ實際ニ於テ、債權者カ力メテ、債權其他財產權ノ差押ノ申請ト同時ニ轉付命令又ハ讓渡命令ヲ申請シ、兩者ヲ同時ニ送達シテ、配當要求ヲ除外セントシ(六二〇條二項及ヒ六二五條參照)、其結果違法ト認ムヘキ轉付命令カ濫發セラルルコトハ(例ハ京都法學會雜誌民事訴訟法判例批評三五、同誌一〇卷五

號一三九頁以下。法學新報所載訴訟判例一五、同誌二五卷一六號五四頁以下等參照)、明カニ强制執行ニ於ケル比例辨濟主義カ誤レルコトヲ證スルモノト云ハサルヘカラス。殊ニ、轉付命令ハ、差押ヘラレタル債權カ存在スル限ハ、第三債務者ノ辨濟資力如何ニ拘ハラス、其債權ノ名義額ヲ以テ辨濟ヲ受ケタルモノト看做サルルモノニシテ(六〇一條)、第三債務者ヨリ果タシテ轉付サレタル債權ノ滿足ヲ受クルコトヲ得ルヤ否ヤノ危險アリ。サレハ取立命令ニ基キ實際取立テタル金錢ヨリ滿足ヲ受クルカ遙カニ確實ナルニ拘ハラス、仍ホ債權者カ競テ轉付命令ヲ受ケントスルハ、一ニ全部ノ滿足ヲ受ケサルノ危險アルニ拘ハラス、配當要求ヲ排除シ(六二〇條二項)己ノミ辨濟ヲ受クルノ安全ナルニ如カストスルモノニ非スヤ。加之(c)債權者ハ自ラ差押ノ委任又ハ强制競賣若クハ强制管理ノ申立ヲ爲シ、其勤勉ノ結果ヲ他人ニ奪ヒ去ラレンヨリハ、寧ロ他人カ之ヲ申請シタルニ乘シ、配當要求ヲ爲スノ易クシテ、而カモ多大ノ結果ヲ收ムルノ利ナルニ如カサルニ顧ミ、互ニ相推移シ、互ニ他人ノ勤勉ノ結果ヲ奪ハントスルカ如キコトモ亦、吾人ノ日常目睹スル所ナリ。此如キハ獨リ正義ノ思想ト容レサルノミナラス又信用制度ヲ麻痺スルモノタリ。

(2) 强制執行ニ於ケル比例辨濟主義ハ、債務者ニモ不利ニシテ其破綻ヲ急ニスルモノタリ。差押ヲ爲スモ、配當要求ノ爲メ、受クヘキ滿足ヲ減少セラルヘキ虞アル以上ハ、債權者ハ法律上差押ヲ禁セサル一切ノ財產ヲ差押ヘ、依リテ受クヘキ滿足ノ可及的大ナルコトヲ努ムルハ勢ノ免レサル所ナリ。果シテ然ルトキハ債務者ハ財產關係ニ於テハ破產宣告ヲ受ケタルト全ク選ム所ナキニ至ラサルヘカラス。夫レ差押ハ差押債權者ノ債權及ヒ執行費用ヲ滿足スルニ必要ナル以上ニ及ホスコトヲ得サルコトハ、强制執行ノ根本原理ノ一ニシテ又我訴訟法第五六四條第二項ノ認ムル所ナリト雖モ、執行ノ完結ニ至ルマテ、債務者ニ對スル總債權者ノ配當要求ヲ許ス法制ノ下ニ於テハ、果シテ若干ノ債權者カ若干ノ債權額ヲ以テ配當要求ヲ爲スヤ否ヤヲ知ルコトヲ得ス、從テ差押ヘントスル財產ニ依リ果シテ差押債權者カ其債權及ヒ執行費用ノ全部ノ滿足ヲ受クルニ足ルヤ否ヤヲ豫知スルニ由ナシ。故ニ此ノ規定ハ到底空文トナラサルヲ得ス——而シテ、差押債權者カ少額ノ債權ニ基キ、差押ヲ禁セサル債務者ノ一切ノ財產ヲ、個別的タルニセヨ、同時ニ差押フルコトヲ得ルモノトスル場合ニハ、强制執行ノ制度ハ自滅セサルヘカラス。强制執行ハ變シテ破產制度トナラサルヘカラス。

(III) 要之、强制執行ニ於テモ債權者ノ比例辨濟主義ヲ認メ、執行完結ニ至ルマテ無限ニ配當要求ヲ爲スコトヲ得ルモノトスルハ、法理上ニ於テモ誤マレリ(前述一)、且實際上ヨリ論スルモ、(1)債權者カ結局、其債權ノ全部ノ滿足ヲ受クルヲ得ヘキコトヲ期スルコトヲ得ス、對人信用制度ヲ破壞スルモノタリ。加之(2)債務者ニモ亦不利ニシテ、財產關係ニ於テハ破產宣告ヲ受ケタルト異ナルコトナキ結果ヲ生シ得ヘキモノタリ。

・我現行訴訟法ノ認ムル金錢債權ノ强制執行ハ、立法例ニ於テモ多ク其比ヲ視サル債權者比例辨濟

主義ヲ採リ、强制執行ヲ破產化シタル結果、執行制度トシテハ自滅シ、羅馬古法ニ於テ强制執行ト破產トカ未タ分化セサリシ當時ノ狀態ニ退步シタルモノト云フモ過言ニ非ス。

第二款　立法政策

論シテ、茲ニ至リ將來改正セラルヘキ訴訟法ニ於テ採ラルヘキ立法方針及ヒ之ニ關連セル立法政策ハ自ラ定マレリ。

一　破產法ニ於テ商人主義ヲ廢止シ、商人タルト非商人タルトヲ問ハス苟クモ支拂ヲ爲スコト能ハス又ハ支拂ヲ停止シタルトキハ破產ヲ宣告スヘキモノトスルト同時ニ、强制執行ニ於テハ、差押債權者ハ、他ノ無擔保債權者又ハ後クレテ差押ニ加入シタル債權者ニ顧慮セス、優先シテ差押ヘタル財產ヨリ、其債權及ヒ執行費用ノ全額ノ滿足ヲ受クモノトナササルヘカラス)優先主義)、又差押加入ハ、執行力アル債務名義ノ正本ニ基キ附帶差押ノ方法ニ依リ爲スモノトセサルヘカラス。

(一)　右ノ理由ハ、上來既ニ述ヘタル如シ。

(1)商人タルト非商人タルトヲ問ハス、苟クモ支拂ヲ爲スコト能ハス又ハ支拂ヲ停止シタルトキハ破產ヲ宣告シ、總債權者ヲシテ債務者ノ總財產ヨリ、債權額ニ比例シタル辨濟ヲ受クルコトヲ得又比例辨濟ニ限リ之ヲ受クルコトヲ得ルモノトセサルヘカラス(一般破產主義)。(2)既ニ非商人ニ對シテモ、支拂停止又ハ支拂不能アル場合ニハ破產ヲ宣告スヘキモノトスルトキハ、强制執行ハ比例辨濟主義ヲ採ルヘキニアラス。先シテ差押ヘタル債權者ハ、後クレテ差押ヘタル債權者ニ優先シテ其債權ノ滿足ヲ受クルコトヲ得サルヘカラス。此如キハ、裁判外ニ於テ債權ヲ行使シ、辨濟ヲ求ムル場合ニハ自明ノ理トシテ、學者及ヒ實際家ノ認ムル所ナリ。差押ハ破產ヲ宣告スルモノニ非サルカ故ニ、强制執行ニ在リテモ亦同一ナラサルヘカラス。或ハ差押カ前後スルハ、債權者カ權利行使ニ勉不勉ナルニ因ルモノミナラス、偶然ノ事實ニモ因ルモノナルカ故ニ、優先權ヲ認ムヘカラストスル說ナキニ非ルヘシト雖モ誤マレリ。差押債權者ナシテ差押ヘタル財產ヨリ其債權ノ全部ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得トスルハ、實ハ優先權ヲ認ムルモノニ非ス、他ノ債權者ニ顧慮セスシテ差押ヘタル財產ヨリ、辨濟ヲ受クルコトヲ得トスルモノニ外ナラサルカ故ナリ。(3)强制執行ヲ破產化シ、强制執行ハ差押ヘラレタル財產限リノ破產ニ外ナラストスル場合ニハ、差押債權者ハ其債權ノ全部ノ滿足ヲ受クルヲ得ヘキコトヲ豫期スルコト能ハサルカ故ニ、一方ニ於テハ對人信用制度ノ破壞トナリ、又他方ニ於テハ、債務者ニ屬スル財產ニシテ、苟クモ差押フルトコヲ得ルモノハ、一切之ヲ差押フルノ必要ヲ生シ、債務者ハ財產上ノ關係ニ於テハ眞ニ破產宣告ヲ受ケタルト異ナルコトナク、債務者ニ不利ナルノミナラス又强制執行制度ノ自滅タリ。

(二)　以上ノ理由ハ、吾人カ右立法方針ヲ立テタル所以ノ大要ナリ。或ル實際家ハ以爲ラク、若シ强制執行ニ付キ優先主義ヲ採用センカ、先シテ差押ヲ爲スモノハ必スヤ貸金業者又ハ高利貸ニシテ、商業上ノ債權者若クハ民事債權者ノ如キハ必スヤ害セラルルニ至ルヘシ、故ニ比例辨濟主義ヲ可トスト。論旨ハ、要スルニ、「高利貸ノ跋扈ヲ助クヘキカ故ニ、信用制度殊ニ對人信用制度ハ破壞セラレ若クハ麻痺スルモ妨ケス」ト爲スモノナリ。吾人ハ之ニ對シテ云ハントス。「對人信用制度ハ之ヲ助長シ發達セシメサルヘカラサルカ故ニ、强制執行ニ於テハ優先主義ヲ採用スヘシ。而シテ對人信用發達スルトキハ高利貸ハ自ラ衰運ニ向フヘシト雖モ、更ニ他ノ適當ナル手段ニ依リテ高利貸其他ノ不正掠利者(Wucher)ヲ禁壓セサルヘカラス」ト。左ニ其梗概ヲ述ヘ、法律界及經濟界ノ學

者及ヒ實際家諸氏ノ一考ヲ煩ハサントス。

(1) 金錢債權ノ强制執行ハ有力(energisch)且迅速ニ行ハレ、之ニ依リテ、差押債權者カ其債權ノ全部ノ滿足ヲ受クルヲ得ヘキコトヲ豫期スルコトヲ得ルニ非サレハ信用取引ハ其安固ヲ缺クニ至ル。其結果ハ、必スヤ信用制度殊ニ對人信用ノ麻痺トナルカ又ハ多大ノ對價ヲ拂フニ非ンハ對人信用ヲ得ル能ハサルニ至ルヘキコトハ(高利貸ノ跋扈)、經濟學ノ泰斗 Wagner カ既ニ喝破セル所ナリ(Wagner, in Schönberg Hand-buch National Oekonomie Bd. I § 38 S. 453)。故ニ金錢債權ノ强制執行ハ、信用制度殊ニ對人信用制度ヲ維持シ且之ヲ發達セシムルノ必要上、有力且迅速ニシテ、債權者カ强制執行ニ依ルトキハ、其債權ノ全部ノ滿足ヲ確實且迅速ニ受クルヲ得ルコトヲ豫期シ得ヘキモノ卽チ優先主義ノ制度タラサルヘカラス。然レトモ、又他ノ一面ニ於テハ、斯ル有力ナル執行制度ハ、高利貸其他不正掠利者(Wucher)カ之ヲ利用シ若クハ濫用スルコトヲ防止セサルヘカラス(Wagner, ebenda)。於是カ、必然不正掠利者ノ禁壓ヲ案セサルヘカラサルニ至ル。

(2) 不正掠利者ノ禁壓　吾人カ不正掠利者(Wucher)ト稱スルハ、信用掠利(Krediwucher)及ヒ物件掠利(Sachwucrer)ヲ概稱スルモノニシテ信用掠利者トハ消費貸借、金錢債務履行ノ猶豫、其他經濟上之ト同一ノ目的ヲ達スヘキ双方行爲ニ關シ、相手方ノ窮迫、輕卒又ハ無經驗ニ乘シ、場合ノ事情ニ依リ又一般取引界ニ普通ノ利息ニ從ヒ、不相當ト認ムヘキ財產上ノ利益ヲ自己又ハ第三者ニ給スヘキコトヲ約セシメ又ハ之ヲ給セシメタル者ヲ云ヒ、又物件掠利者トハ、前揭以外ノ法律行爲又ハ法律上ノ行爲ニ關シ、相手方ノ窮迫、輕卒又ハ無經驗ニ乘シ、場合ノ事情ニ依リ又一般取引界ノ觀念ニ從ヒ、不相當ト認ムヘキ對價ヲ自己又ハ第三者ニ給スヘキコトヲ約シ又ハ之ヲ給セシメタル者ヲ云フモノタリ。而シテ吾人ハ不正掠利ヲ排除スルカ爲メ、一方ニ於テハ、法律上ノ禁壓手段ニ依リ、他方ニ於テハ經濟上ノ信用制度ヲ發達セシメ、根本的豫防政策ヲ取ルヘシトナスモノタリ。

(イ) 法律上ノ禁壓手段トシテハ(a)私法上ニ於テハ、不正掠利行爲ハ、總テ之ヲ無效トセサルヘカラス【註一】。又(b)訴訟法上ニ於テハ、不正掠利者若クハ不正掠利行爲ニ依リテ利益ヲ受クヘキ第三者又ハ此等ノ者ノ承繼人カ、不正掠利行爲ニ基ク法律關係ノ存立ヲ主張シテ訴訟ヲ爲シ又ハ强制執行ヲ爲サントシタル場合ニハ、臆測罰(Mutmassstrafe)トシテ罰金ヲ課スヘク、又被告若クハ執行債務者トセラレタル者ハ、之ヲ事由トシテ慰藉的損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ルモノトスヘシ。更ニ(c)刑法上ニ於テハ、不正掠利者、若クハ不正掠利行爲ニ因リ約セラレタル利益ヲ獲得セントシタル第三者又ハ此等ノ者ヨリ情ヲ知リテ權利ヲ承繼シタル者ニ對シテハ、自由刑又ハ罰金刑ヲ課スヘク、更ニ常習トシテ右ノ行爲ヲ爲ス者ニ對シテハ其刑ヲ加重セサルヘカラス。

【註一】相手方ノ窮迫、輕卒又ハ無經驗ニ乘シ、社會觀念上不相當ト認メラルヘキ利益ヲ約セシムル行爲ハ、我現行法ニ於テモ、公序良俗ニ反スル行爲トシテ無效ナルモノト解ササルヘカラス(民法九〇條尙獨逸民法一三八條參照)。實際家ハ宜シク、法ヲ解釋シ又之ヲ運用スルニ當リ、法ノ社會的使命ニ想倒セサルヘカラス。

前掲法律上ノ禁壓手段トシテ、吾人ノ逃フル所ハ英、米、佛、墺、匈、獨逸等歐米諸國ノ立法者カ不正掠利者ニ對シテ採レル近代又ハ現代ノ禁壓政策ニ參照シタルモノニシテ（vgl. Lexis, „Wucher" in Conrad Handwörterb ch, der Staatswissenschaften 3 aufl. Bd. 8 S. 973 f. a. a. O.）、不正掠利者ヲ根絶スルコト能ハストスルモ、之ヲ抑壓スルニ於テ頗ル有力ナルモノナルコトハ疑ヲ容レス（Lexis, ebenda S. 978 a. a. O.）。然レトモ吾人ハ之ヲ以テ甘スルモノニ非ス。更ニ、

（ロ）信用機關ノ發達ヲ劃シ、不正掠利ヲ拔本的ニ根絶スル必要アリトナスモノタリ。—信用組合ノ發達、低利資金ノ利用等ハ勿論、國家公共團體等ニ於テモ一定ノ資金（例ハ郵便貯金）ヲ利用シテ、小企業者ニ低利資金ヲ給スルノ道ヲ購スヘキモノナリト信ス（vgl. Lexis, ebenda a. a. O.）。

二　吾人ハ更ニ不動產ニ對スル執行方法トシテ强制抵當權ノ設定ヲ認メンコトヲ提案ス。

蓋シ金錢債權者カ債務者ノ不動產ニ對シテ抵當權ヲ取得シ、他日ノ滿足ヲ保全スルコトヲ得レハ足レリトスルニ拘ハラス、其意思ヲ認メスシテ、强制競賣ヲ爲スノ外ナシトスルハ、債權者ニ其必要アルニ非スシテ、債務者ヨリ其不動產ヲ奪ヒ往往ニシテ其業務ヲ喪フニ至ラシムルモノタリ。是レ獨逸民事訴訟法カ不動產ニ對スル金錢債權ノ執行方法トシテ差押ヘタル不動產ニ對スル抵當權ノ强制登記ヲ認メ（獨訴八六六條、本書六〇二頁以下）、又墺太利執行法カ之ニ倣ヒ質權ノ强制設定ヲ認メタル所以ナリ（同法一八七條、本書六〇七頁）。獨逸ニ於ケル一部ノ農政家ハ、此制度ノ制定セラレントスルニ際シ小農民ヲ不正掠利業者ノ餌食トナスモノナリトシテ反對シタリト雖モ、全局ヲ達觀セサル偏見ト云ハサルヘカラス。以爲ラク、「金錢債權ノ强制執行トシテ、强制抵當權ヲ認ムルトキハ、債權者ハ親切ニシテ且友情ニ富ムカ如キ假面ヲ裝ヒ、小農民ニ資金ヲ融通シ、金利ノ計算等ノ通知タモ爲サス、融通ニ次クニ融通ヲ以テシ、漸ク小農ノ家計困難トナルヲ見ルヤ支拂命令ヲ申請シ、小農カ支拂フ能ハサルニ乘シ執行命令ヲ受ケ、依リテ小農ノ不動產ニ抵當權ヲ取得シ、遂ニ小農ヲシテ其業務ヲ失ヒ流浪スルニ至ラシム」ト（Birnbaum, in Schmoller Jahrb. für Gesetz, Verwalt. u. Volkswirtschaft Jahrg. 12 S. 50 f. a. a. O.）。然レトモ論者ニ問ハン、若シ其債權者ニシテ直チニ不動產ノ强制競賣ヲ申請シ、小農民ニシテ其競落ヲ防ク能ハストセハ如何、一層小農民ノ沒落ヲ速ニスルニ非スヤ。故ニ此種ノ論者ノ提案ハ結局「無擔保ノ金錢債權ニ基キテハ不動產ニ對シテ强制執行ヲ爲スコトヲ得ス」ト云フニ終ハレリ（Birnbaum, ebenda S. 47）。然レトモ無擔保ノ金錢債權ハ、不動產ニ對シテ執行スルコトヲ得スト云フカ如キハ對人信用制度ノ麻痺ヲ眼中ニセサルモノニシテ到底僻見ト云ハサルヘカラス。更ニ小農民ノ不動產ト雖モ苟クモ契約上ノ抵當權ノ實行トシテハ之ヲ競賣スルコトヲ得トナスカ故ニ、論旨ハ到底徹底セルモノト云フヲ得ス。當時獨逸農會ハ「小農民ノ爲メ最少限度ノ農業地（Besitz m nimum）ヲ認メ、最小限ノ農業地ハ、獨逸民事訴訟法第八一八條第四號（我民訴第五七〇條四號）ノ精神ニ基キ農業上缺ク可カラサル地トシテ差押フルコトヲ得サル財產

ト爲サンコトヲ提案シ、更ニ支拂命令從テ執行命令ニ基ク執行方法トシテハ强制抵當權ノ登記ヲ否認セントシタリト云フ（Beschluss des deutschen Landwirtschaftsrathes von 1891—dazu Schneider in Archiv für civ. praxis Bd. 81 S. 30 f. a. O.）。前者ハ Homestead（家產）ト其思想ヲ同クスルモノニシテ別ニ研究スヘキ問題ナリ。後者卽チ執行命令ニ基ク執行方法トシテハ、抵當權ノ强制登記ヲ爲スコトヲ得サルトスル提案ハ、獨逸帝國議會ノ採用シタル所ナリト雖モ（獨訴第八六六條第二項參照）、吾人ハ之ニ贊スル能ハス。是レ執行命令ニ基キ强制抵當權ハ之ヲ設定スルコトヲ得ストスルモ不動產ノ强制競賣ハ之ヲ申請スルコトヲ得、從テ競落ニ依リ債務者ハ一層速ニ其不動產ヲ喪失スヘキカ故ナリ。

一六　法律要件及ヒ既判力

（最近大審院判決參照）

緒言

大正四年五月二十八日大審院第一民事部判決（大正二年（オ）第五百九十號、民事判決錄第二十一輯第十六卷八二四頁以下所載）ハ、合資會社ノ退社員ノ持分拂戻請求權ノ發生要件ニ付キ判斷シ、依リテ既判力ノ抗辯ノ當否ヲ裁判シタル判決ニシテ、吾人ハ不幸ニシテ該判旨ニ贊成スルコト能ハスト雖モ、私法及ヒ訴訟法ノ研究上、着目スヘキ判決ナルコトハ疑ヲ容レス。是レ吾人カ右判決ヲ批評スルト同時ニ、此問題ヲ研究セントスル所以ナリ。

（一）　判決事實　前揭判決文ニ表ハレタル上告論旨幷ニ判決理由中ニ散見シタル事實ヲ綜合スルニ、判決事實ハ凡ソ左ノ如シ。

「舊商法ノ規定ニ依ル某合資會社アリ。其社員ノ總數ハ若干ナルヤ不明ナルモ【註一】、甲某及ヒ乙某ナル二名ノ社員ハ、該會社ノ代表者丙某ナル社員ニ對シテ、明治三十五年十二月二十七日退社ノ豫告ヲ爲シ、其後更ニ明治三十七年十二月二十七日退社ノ豫告ヲ爲シタリ。

而シテ、(1)右退社員甲某乙某カ會社ヲ被告トシテ提起シタル前訴訟ニ於テハ、「明治三十七年十二月二十七日退社ノ豫告ヲ爲シ、翌三十八年七月二十二日被告會社ヨリ退社シタルコトヲ主張シテ、持分ノ拂戻ヲ請求シタリ。而シテ、該訴訟ニ於テ、原告甲某及ヒ乙某ハ明治三十六年七月ノ事業年度末ニ退社スヘキ旨ヲ、明治三十五年十二月中ニ被告會社ニ通知シタル旨ヲ陳述シ、被告會社ハ該通知アリタルコトヲ認ムル旨ノ陳述ヲ爲スト同時ニ(請求原因ノ認諾)、明治三十六年七月ノ事業年度末ニ於テ、被告會社ノ債務ハ資產ヲ超過シ持分ノ拂戻スヘキモノナキコトヲ以テ抗辯シタリ(數額ヲ爭フノ意ナルヘシ)(民事判決錄前掲八三九頁)。然カルニ、右前訴訟ニ於テ大阪控訴院ハ、「明治三十七年十二月二十七日退社豫告ヲ爲シ、因リテ明治三十八年七月二十二日退社シタリト爲ス持分請求訴訟ハ理由無シトシテ、原告ノ請求ヲ棄却スル」判決ヲ爲シ、原告甲某及ヒ乙某ハ該判決ニ對シテ上告ヲ爲サス。依リテ該控訴院ノ判決ハ確定シタリ。

又(2)本訴訟事件ハ、前掲甲某及ヒ乙某カ、前掲合資會社ノ代表者丙某ヲ被告トシ、明治三十五年十二月二十七日退社ノ豫告ヲ爲シ、翌三十六年七月二十二日退社シタリトシテ持分ノ拂戻ヲ請求スルモノニシテ、被告會社ハ前掲大阪控訴院ノ確定判決ニ基キ既判力ノ抗辯ヲ援助シタリ。═然カルニ、(イ)第一審裁判所ハ、「前訴ノ判決ハ、原告甲某及ヒ乙某カ三十七年ニ退社ノ豫告ヲ爲シ、三十八年ニ退社シタルモノトシテ、持分拂渡ノ請求權ナキコトヲ判示シタルニ止マリ、三十五年ニ豫告ヲ爲シ三十六年ニ退社シタルニ因リ、持分拂戻ヲ請求スルコトヲ得ルヤ否ヤハ、之ヲ判斷シタルコトナシトシテ、既判力ノ抗辯(一事不再理ト稱シタリ)ヲ棄却シタリ。依リテ、(ロ)被告會社ハ、右一審判決ニ對シ、大阪控訴院ニ控訴シ、大阪控訴院ニ於テハ、「原告ハ前訴ニ於テ明治三十七年十二月二十七日退社ノ豫告ヲ爲シ、翌三十八年七月二十二日被告會社ヨリ退社シタルコトヲ原因トシテ、持分ノ拂戻ヲ請求シ(中略)敗訴ノ判決ヲ受ケタルコト明白ナリ。果シテ然ラハ、前訴ハ明治三十五年十二月二十七日退社ノ豫告ヲ爲シ翌三十六年七月二十二日退社シタル事ヲ原因トスル本訴トハ全然請求原因ヲ異ニス」トシ、從テ既判力ノ抗辯ヲ理由ナシトシテ第一審判決ヲ維持シタリ、而シテ被告會社(控訴人)ハ、右控訴判決ニ對シテ上告シタリ。

【註一】前掲合資會社ノ社員總數カ若干名ナルヤハ、判決文ノ記載ヨリシテハ必シモ明ナラス。然レトモ、若シ社員總數カ三名ニシテ、其中二名ノ社員カ同時ニ退社シタルモノナルトキハ、合資會社ハ之ニ因リテ解散スルカ故ニ、會社ハ清算手續ヲ爲スヘキモノニシテ、持分ノ拂戻ヲ爲スコトヲ得ス(後述餘論參照)。

(二)　上告論旨　ハ、頗ル多端ニ亘レリト雖モ、其要綱ハ左ノ諸點ニ在ルカ如シ(民事判決錄前掲八二六頁乃至八四四頁參照)。

(1)　判決ハ訴又ハ反訴ヲ以テ起シタル請求ニ付キ主文ヲ以テ裁判シタル範圍、換言セハ訴又ハ反訴ノ申立ニ依リ訴訟物トシタル權利又ハ法律關係ニ付キ、主文ヲ以テ裁判シタル範圍ニ限キリ確定力ヲ生ス。判決ノ理由ニ含マルル各種ノ判斷ハ確定力ヲ生スルコトナシ(判決錄八二六及八二七頁參照)。

十六、法律要件及ヒ既判力

前訴訟ニ於テ爲サレタル大阪控訴院ノ確定判決ノ主文ニハ「原告ノ請求ヲ棄却ス」トアリ。而シテ原告ノ請求トハ、原告カ訴ヲ以テ起シタル請求換言セハ前訴訟ノ訴訟物タル請求權ニシテ卽原告甲某及ヒ乙某カ被告會社ヨリ退社シタルニ因リ發生シタル持分拂戻請求權ナルカ故ニ、前訴訟ニ於ケル確定判決ハ其理由ノ如何ニ拘ハラス、主文ヲ以テ原告甲某及ヒ被告某カ退社ニ因ル持分拂戻請求權ナキコトヲ判示シタルモノナリ(判決錄八二九頁參照)。

(2) 一ノ請求權ヲ他ノ請求權ヨリ識別スルニ足リ且缺クヘカラサル標準ハ、(一)權利者及ヒ義務者、(二)目的卽給付ノ內容及ヒ(三)請求權ノ發生原因(事實)ノ三者ナルコトハ學說ノ一致スル所ナリ云々、

持分拂戻請求權ノ發生ハ舊商法第一二三條及ヒ一二四條ノ規定カ退社ナル事實ニ付シタル效果ナリ、退社ノ事實アラハ、法律ノ規定ニ因リ立トコロニ、持分拂戻請求權ノ發生原因ハ、退社ナル事實其モノニシテ又之ニ基クセリ。之ニ反シテ、(イ)除名、退社ノ躍告、社員ノ死亡、破產、能力ノ喪失(舊商法一二一條)ノ如キハ、退社ノ理由タル事實ニシテ、持分拂戻請求權ノ發生原因ニ非ス。而シテ此等ノ事實カ持分拂戻請求權ノ發生原因ニアラサルコトハ、一社員カ特定ノ會社ニ對シ、退社ノ理由タル事實ヲ異ニスルニ從ヒ、二箇以上ノ持分拂戻請求權ヲ有スルコト能ハサルニ徵スルモ亦明ナリ。社員ハ單ニ退社ニ因ル一個ノ持分拂戻請求權ヲ有スルニ過キス。且(ロ)退社ノ時期モ亦、持分拂戻請求權ノ發生原因ニ屬セス。蓋シ一社員ハ同一會社ヨリ一度以上退社スルコト能ハス。而シテ苟クモ退社シタルトキハ、持分拂戻請求權ヲ生ス。是ヲ以テ、本件當事者間ニ於ケルカ如ク、時期ヲ異ニシテ退社ヲ躍告スルコト數回ニ及フモ、三十六年七月ノ退社ニ因ル持分拂戻請求權、三十八年七月ノ退社ニ因ル持分拂戻請求權ト云フカ如ク、躍告ノ度數ニ應シ、數箇ノ持分拂戻請求權ヲ生スル事ナキハ言ヲ俟タス(判決錄八二八頁參照)。

(3) 請求權ノ發生原因ハ法律ノ規定スル所ナリ。裁判所ハ法律ノ定ムル以外ノ事實ヲ以テ發生原因トナスコト能ハス。唯原告ノ主張スル事實カ、法律ノ定ムル發生原因ニ適合スルヤ否ヤ及ヒ其事實ノ眞僞ヲ判斷スル職權ヲ有スルニ過キス。—持分拂戻請求權ノ發生原因カ退社ニシテ又退社ノミナルコトハ舊商法ノ明文上疑ヲ容レス。故ニ舊商法ヲ改廢スルニ非サレハ、退社以外ノ事實ヲ以テ、持分拂戻請求權ノ原因ト爲スコト能ハス(判決錄八三頁)。

若シ、夫レ前段ノ判決ハ單ニ三十八年ノ退社ヲ原因トシテハ持分拂戻ヲ請求スル權利ナキコトヲ判示シタルニ止リ、三十六年ノ退社ヲ原因トシテモ、其權利ナキコトヲ判示シタルモノニアラサルカ故ニ、本訴ト前訴トハ同一ノ訴ニ非スト云ハンカ、是レ卽本來一箇ノ訴訟物タル請求權ヲ、强テ思想上數箇ニ分割スルモノニシテ、違法ナリ。

(4) 若シ又持分拂渡請求權ハ「社員ノ退社」ナル事實ヲ以テ其原因ト爲サス。(イ)退社ノ事由タル除名、退社ノ躍告、死亡、破產、能力喪失等ヲ以テ其原因ト爲スモノトシ且是等ノ各事由ニ因リ別箇ノ持分拂戻請求權ヲ生スルモノトシ、又(ロ)退社ノ躍告ニ付キテハ、躍告ノ年月日ヲ異ニスルニ從ヒ、各別個ノ持分拂戻請求權ヲ生スルモノトセンカ、退社員ハ會社ニ對シ際限ナク持分拂戻請求ノ訴ヲ提起スルコトヲ得、而カモ會社ハ既判力ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得サルヲ以テ、一一事件ノ內容ニ立入リ、煩雜ナル審辯ヲ爲ササルヘカラス。裁判所モ亦、各ノ持分拂戻訴訟ニ付キ事實及ヒ證據ヲ審理セサルヘカラサルニ至リ、一般裁判事務ノ澁滯ヲ見ルニ至ル(民事判決錄八三六頁)。

(5) 判決ノ既判力ハ判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時マテニ提出シタル攻擊方法及ヒ防禦方法並ニ其時マテニ提出スルコトヲ得ヘクシテ提出セサリシ一切ノ攻擊方法及ヒ防禦方法ニ關連シテ生スルモノタリ云々。而シテ持分拂戻請求權ノ發生原因ハ社員ノ退社其ノモノニシテ、退社ノ躍告、除名等ハ退社シタルコトヲ示スヘキ攻擊方法タルニ過キス。

然リ而シテ、本訴ニ於テ被上告人(原告)カ主張スル事實ハ、何レモ前訴ノ確定判決ニ接着スル口頭辯論終結前ニ生シタルモノナルヲ以テ、前訴ニ於テ攻擊方法トシテ提出シ得ヘカリシナリ(判決錄八四〇頁)。

(6) 被上告人(原告)ハ、前訴ニ於テモ明治三十六年七月ノ事業年度末ニ退社スヘキ旨ヲ、明治三十五年十二月中、上告會社(被告)ニ通知シタルコトヲ陳述シ、上告人ハ之ニ對シ同一ノ陳述ヲ爲スト同時ニ、明治三十六年七月ノ事業年度末ニ於テ上告人ノ債務ハ資產ヲ超過シ持分ノ拂戻スヘキモノナキコトヲ抗辯セリ。左レハ、大阪控訴院ハ前訴ニ於テ、三十六年七月二十二日ニ於ケル上告人ノ資產狀況ヲ審究シ、其實力ヲ認ムルニ於テハ、本訴ニ於ケルカ如ク持分ノ拂戻ヲ命スル判決ヲ爲スコトヲ得ヘカリシナリ。然カルニ同院カ此重要ノ爭點ヲ看過シ、直チニ被上告人ノ請求ヲ棄却シタルハ不法ナリ。故ニ被上告人(原告)ハ前訴ノ判決ニ對シ上告ヲ爲シ、事件ノ同院ニ差戻サルルヲ俟チ、前訴ニ於テ其請求ヲ貫徹シ得ヘカリシニ拘ラス、上告ヲ怠リ、該判決

十六、法律要件及ヒ既判力

ヲ確定セシメタリ。而シテ、後日ニ至リ新タニ本訴ヲ提起シ、前訴ニ於テ判決ヲ受クルコトヲ得ヘカリシ事項ニ付キ更ニ判決ヲ求ムルモノナレハ、本訴カ一事不再理ノ原則ニ反スルコト洵ニ明ケシト謂フヘシ(判決錄八三九頁以下)。

(7) 以上論述シタル所ニ依リ、其結果ヲ觀レハ法律上ノ感想ニ反シ、事件ノ性質ト相容レサルカ如キ感アルモ、不當ナル判決カ確定シタル時ハ、其内容カ眞實　反スルヲ以テ常ニ此感アルヲ免レス。是レ畢竟、被上告人(原告)カ上訴ヲ怠リタル結果ニ外ナラス。若シ夫レ被上告人カ救濟ヲ受クルノ方法ニ至テハ、法律上他ニ自ラ其途ノ存スルアリ(判決錄八三〇頁)。

以上ハ、上告論旨ノ要點ナリ。說キ去リ說キ來タル所、大綱ヲ統ヘ細目ヲ漏サス、名將ノ大軍ヲ行ルカ如シ。右上告論旨ニ對スル

(三) 判決幷ニ其理由　ヲ觀察スルニ、

(1) 民事訴訟法第二四四條ニ判決ハ其主文ニ包含スルモノニ限リ確定力ヲ有ストアルハ、請求ニ付キ主文ニ於テ爲シタル裁判カ確定力ヲ有ストノ意ナリ(判旨第一點前段)。一事再理ノ抗辯ハ判決ノ主文ニ於テ是認シ又ハ否認シタル請求ニ付キ、更ニ訴ヲ提起シタルニ對シ提出シ得ヘキモノナリ。一事再理ノ抗辯ハ前訴ト後訴ノ當事者カ同一ナルコトノ外、請求ノ同一ナルコト卽請求ノ目的及ヒ原因ノ同一ナルコトヲ要ス(判旨第一點後段)。

(2) 請求ノ原因トハ實體法ニ從ヒ請求ヲ生セシムルニ適スル具體的事實ヲ謂フモノニシテ、民事訴訟法第一九〇條第二項ニ訴狀ノ要件トシテ揭ケタル請求ノ原因トハ、此意味ニ於テ具體的ニ特定シタル請求ノ原因ノ義ニ外ナラス(判旨第二點前段)。前訴ト後訴トノ請求原因タル具體的事實カ相異ナルニ於テハ、其法律上ノ觀念ハ一ニ歸スルモ、其請求原因ヲ以テ彼是同一ナリト云フヲ得ス(判旨第二點後段)。

(3) 合資會社ノ社員ノ退社ニ因ル持分拂戻ノ請求ニ付テ論スルニ、單ニ退社ト云フノミニテハ、請求原因ニ屬スル退社事實ノ表示ヲ盡シタルモノニアラス。從テ、未タ請求原因ヲ完全ニ表示シタルモノト爲スニ足ラス。――退社ニハ、豫告、除名等ノ事由アルカ故ニ、當該事由ニ從ヒ、具體的ニ退社ノ事實ヲ、表示シ(!!!)、之ヲ特定スルコトヲ要ス。

退社事由カ豫告ナルモ除名ナルモ、法律上ノ觀念ニ於テハ、等シク退社ナリト雖モ、具體的事實トシテハ相異ルヲ以テ、彼ヲ原因トスルト此ヲ原因トスルトハ請求原因ヲ異ニシ、從テ其請求同一ナリト云フヲ得ス(判旨第三點)。

(4) 均シク、豫告ニ因ル退社ナルモ、前後二回ノ豫告ヲ爲シタル事實アリテ、前ノ豫告ニ因ル退社ヲ原因トスルト後ノ豫告ニ因ル退社ヲ原因トスルトハ、請求ノ原因ヲ異ニスルモノト云フヘシ。何トナレハ、持分ハ退社當時ニ於ケル會社財產ノ狀態ニ從ヒ拂戻スヘキモノナレハ、退社ノ時期ニ從ヒ、持分ノ價値一ナラス。前ノ豫告ヲ事由トスル退社ニ因ル請求トハ、法律上ノ觀念ニ於テハ均シク持分拂戻ノ請求ナルモ、彼此其目的ヲ異ニスルモノト云フヘク、隨テ彼ノ退社ハ此ノ請求ノ原因トナラス、此退社ハ彼ノ請求ノ原因トナラザレハナリ。

故ニ訴訟ニ於テ後ノ豫告ニ因ル退社ヲ請求ノ原因ト爲シタルニ、口頭辯論ニ於テ之ヲ變更シ、前ノ豫告ニ因ル退社ヲ請求ノ原因ト爲セハ是レ明ニ請求原因ヲ變更シタルモノナリ。之ヲ唯一ノ豫告ニ付キ其時期ヲ更正シタル場合ト同一視スルヲ得ス(判旨第四點)。

(5) 持分ハ之ヲ二重ニ請求スルヲ得サルニ依リ、前ノ豫告ニ因ル退社ヲ原因トスル訴ト、後ノ豫告ニ因ル退社ヲ原因トスル訴トヲ、同時ニ提起スルカ如キハ實際ニ於テハ殆ント生スルコト無カルヘシ。偶〻之アリトスルモ、請求原因ノ異ナルコト前示ノ如クナル以上ハ權利拘束ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得サルヤ明ナリ。唯此場合ニ於テハ一ノ訴ニ於テ勝訴ノ判決ヲ得レハ、他ノ訴ハ理由ナキニ歸スルヲ以テ、一ノ訴ノ完結スルマテ他ノ訴ノ手續ヲ中止スルヲ適當トスルノミ(判旨第五點)。

(6) 社員ニシテ一タヒ或事由ニ因リ退社シタランカ、再ヒ退社ノ事實ヲ生セス。從テ一タヒ持分拂戻請求ノ發生シタルニ於テハ、再ヒ發生スルコトナキハ寔ニ所論ノ如シト雖モ、是唯前訴ニ於テ既ニ退社ヲ認メ、持分拂戻ノ請求ヲ容レタル場合ニ於テ、後訴ニ於ケル持分拂戻ノ請求ヲ却下スヘキ理由トナルニ過キスシテ、前訴ノ判決カ其確定力ヲ後訴ニ及ホス理由トナラス(判旨第六點)ト云フニアリ。

右判決ハ一方ニ於テハ(イ)法律要件ナル觀念ヲ明ニセス。從テ持分拂戻請求權ノ發生要件ニ付キ明確ナル思想ヲ缺キ、他方ニ於テハ又(ロ)訴訟物ノ同一認識ニ關スル法理ヲ誤マリ、從テ既判力ノ抗辯ノ當否ニ關スル裁判ヲ誤マレルモノニシテ、其結果、判旨ハ矛盾撞着支離滅裂ヲ免レサルニ至レリ。吾人ハ先ツ(1)法律要件ノ觀念ヲ明ニシ、持分拂戻請求權ノ發生要件カ何タルヤヲ研究シタル後、(2)既判力ニ關スル訴訟法理ヲ明ニシ、傍ラ右判旨ノ當否ヲ評スヘシ。

第一款　法律要件及ヒ持分拂戻請求權

第一項　法律要件一班

參考書　Regelsberger, Pandekt Bd, I S. 436 f.; Windscheid, Pandekt. Bd. I § 67; Dernburg, Pandekt. § 79; Bekker, Pandekt. II § 80; Zitelmann, Irrthum u. Rechtsgeschäft S. 200 ff.; Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin S. 152 ff.; Derselbe Lehrbuch des deut. bürg. Rechts Bd. I Abth. I § 127 S. 327 f.; Köppen, in Iherings Jahrb. Bd. XI S. 145 f.; Pininski, Der, Thatbestand" des Sachbesitzerwerbs II S. 282; —岡松博士法律要件論(京法第六卷第一〇號)、同博士法律行爲論第一章第一節京法第七卷一一號以下)。

法律要件(Thatbestand)ヲ構成スル材料及ヒ其構成方法ニ付キ詳論ヲ試ムルハ本篇ノ目的トスル所ニ非ス。茲ニハ法律要件ノ觀念ヲ明ニシ、依リテ持分拂戻請求權ノ發生要件カ何タルヤヲ判斷スルノ資ト爲スニ止ムヘシ。

一　法律要件(Thatbestand)　トハ、一定ノ法律上ノ效果ヲ生スルカ爲メ、法律ノ規定ニ依リ、必要ナル條件ノ全體ヲ云フモノナリ【註一】。元來、法律要件ナル觀念ハ刑法學ニ於ケル犯罪ノ構成要件

(Thatbestand des Verbrechens) ナル觀念ヲ、私法學ニ輸入シタルモノナリ (Regelsberger, ebenda S. 436 u. dort Zitierte; Enneccerus, Lehrbuch S. 328; 岡松博士法律行爲論九頁)。刑法學ニ於テハ、犯罪ノ構成要件ナル觀念ハ周知ノ事項タルニ拘ハラス、法律要件ナル觀念ハ、私法學界ニ於テハ未タ必シモ普及セリト云フ能ハサルカ如シ。恐クハ法律上ノ事實(juristische Thatsache) ヲ以テ、直チニ法律上ノ效果ノ原因トナス思想ニ誤マラルルニ因ルモノト云フヘシ。然レトモ、法文ハ法律要件ニ法律上ノ效果ヲ附スルモノニシテ、其法律要件ヲ構成スル事實其他ノ要素ニ直チニ法律上ノ效果ヲ附スルモノニ非ス。學界ニ於テ、往々外界ノ出來事又ハ狀態等ノ事實ヲ以テ、直チニ法律上ノ效果ヲ生スル原因ナリトナス嫌アルハ、外界ノ事實ハ、五官ノ作用ヲ以テ容易ニ知覺シ得ルカ爲メ、之ニ眩惑セラルルモノニ外ナラス(Regelsberger, ebenda S. 437 a. a. O.)。

【註二】法律要件論ノ權威ト認ムヘキ Regelsberger ハ、Die Gesammtheit der vom Recht geforderten Voraussetzungen für den Eintritt einer Rechtswirkung, also Geschehnisse und sonstige Voraussetzungen zusammengenommen, heist der juristische Thatbestand, (ebenda S. 436) ナリトシ給ヘリ。

二　私法ノ法文カ法律要件　トナスモノノ構成ヲ研究スルハ、本篇ノ企及スル所ニ非スト雖モ、其多種多樣ナルコトハ論ヲ俟タス。先ツ、

(1)　法律要件ヲ構成スル材料ヲ觀ルモ、(イ)廣義ニ於ケル行爲アリ、不行爲アリ又懈怠アリ。而シテ、廣義ノ行爲ニハ、更ニ效果ヲ欲スル意思ノ表示(法律行爲)タルアリ、觀念若クハ認識ノ通知タルアリ。意思ノ通知タルアリ。更ニ(ロ)外界ニ於ケル事件ノ發生又ハ不發生ナルコトアリ。(ハ)心裡ノ狀態ナルコトアリ。加之(ニ)一ノ法律上ノ效果其自體(例ハ權利)カ、他ノ法律上ノ效果ヲ生スヘキ法律要件ノ全部又ハ一部ヲ成スコトアリ(Enneccerus ebenda. 岡松博士法律要件論、京法六卷十號四頁註(一)參照)。

(2)　更ニ、此等ノ材料カ結合セラレテ、法律要件ヲ構成スル體樣ヲ研究スルモ、其多種多樣ナルヲ知ルコトヲ得。或ハ(イ)廣義ノ行爲、事實又ハ他ノ法律上ノ效果ノミヨリ成ルコトアリ、或ハ(ロ)數多ノ行爲、事實又ハ他ノ法律上ノ效果ノ結合ニ依ルコトアリ。而シテ、數多ノ行爲、事實若クハ法律上ノ效果カ結合シテ一ノ法律要件ヲ構成セル場合ニハ、數多ノ行爲、事實又ハ他ノ法律上ノ效果カ同時ニ結合シテ法律要件ヲ構成スルコトアリ、或ハ時ノ關係ニ於テ前後セル行爲、又ハ事實カ累加シテ法律要件ヲ構成スルコトアリ。最後ノ場合ニハ、累加ノ經過中ニアル一定ノ行爲又ハ事實其自體ニ、特別ノ法律上ノ效果ヲ附スルコトアリ。斯ル場合ニハ、累加ノ經過中ニ在ル其行爲又ハ其事實ハ、該特別ノ法律上ノ效果ニ對シテハ、完全ナル法律要件(Thatbestand)ヲ爲スト同時ニ、問題タル法律上ノ效果ニ對シテハ、尙ホ未タ完備セサル法律要件タルニ過キス (Regelsderger, ebenda S. 438 a. a. O.)。恰カモ、刑法學ニ於テ一犯罪ノ豫備行爲ヲ獨立ノ犯罪トシテ處罰スル場合ニハ、其豫備行爲ハ未タ問題タル犯罪ノ構成要件ヲ爲スモノニハ非スト雖モ、該獨立犯罪ノ構成要件ヲ爲

スカ如シ。

三　要之私法上ノ法律要件ヲ構成スル材料並ニ其構成方法ハ頗ル多樣ナリト雖モ、特定ノ法律上ノ效果ヲ生スル法律要件カ何タルヤハ、其法律上ノ效果ヲ定ムル、法文ノ規定其自體ニ依リテ、定マルモノタリ。從テ該法文ヲ改廢スルニ非サレハ、法律要件タル事項ヲ變更スル能ハサルコトハ特ニ注目スヘキ點ナリ。

第二項　持分拂戻請求權

第一目　持分拂戻請求權ノ發生要件

退社員ノ持分拂戻請求權ノ發生要件如何。換言セハ、持分拂戻請求權ヲ生スル法律要件（Thatbestand）如何。

一　合名會社ニ付キ規定シ、又合資會社ニ準用セラルル商法第七一條ヲ視ルニ、「退社員ハ、勞務又ハ信用ヲ以テ出資ノ目的ト爲シタルトキト雖モ、其持分ノ拂戻ヲ受クルコトヲ得」ル旨ヲ規定ス。此規定ニ據リテ、持分拂戻請求權ヲ生スル法律要件ノ何タルヤヲ研究スルニ、「社員ノ退社」其自體ナリト云ハサルヘカラス。何トナレハ、右條文ニハ「退社員ハ云々其持分ノ拂戻ヲ受クルコトヲ得」トナシ、而シテ之ハ「社員カ退社シタルトキハ、其持分ノ拂戻ヲ受クルコトヲ得」ト規定スルト同一ナリ。然カルニ、後ノ形ニ依ルトキハ、持分拂戻請求權ヲ生スル法律要件卽其發生要件カ「社員ノ退社」其自體ナルコトハ疑ヲ容ルルノ餘地ナキカ故ナリ。

勿論、「社員ノ退社」ハ、其自體法律上ノ效果ニシテ、行爲又ハ外界ノ事實ニ非ス。退社ハ商法第六八條及ヒ第六九條ノ規定カ、豫告、定欵ニ定メタル事由ノ發生、總社員ノ同意、死亡、破產、禁治產又ハ除名ナル退社事由（卽退社ナル效果ヲ生スルニ必要ナル法律要件）ニ附シタル法律上ノ效果ニシテ事實ニハ非ス。然レトモ、法文ハ一法律上ノ效果其自體ヲ法律要件トシテ、之ニ他ノ法律上ノ效果ヲ附スルヲ得ルコトハ前ニ述フルカ如シ（vgl. Enneccerus, Lehrbuch Bd. I. S. 328 尙ホ岡松博士法律要件論京法六卷一〇號四頁註（一）參照）。

要スルニ、持分拂戻請求權ノ發生ハ、商法第七十一條ノ規定カ「社員ノ退社」ナル法律要件ニ附シタル法律上ノ效果ニシテ、退社其自體ハ又商法第六八條及ヒ第六九條ノ規定カ、豫告、定欵ニ定メタル事由ノ發生、總社員ノ同意、死亡、破產、禁治產又ハ除名ナル法律要件ニ附シタル法律上ノ效果ナリ。——而シテ、持分拂戻請求權ノ發生ニ必要ナル法律要件卽發生要件カ、「社員ノ退社」ニシテ、此以外ノ要件ニ非サルコトハ、商法第七一條ノ明文上疑ヲ容ルノ餘地ナシ。若シ、夫レ「社員ノ退社」以外ノ要件例ヘ退社ノ豫告、定欵ニ定メタル事由ノ發生、總社員ノ同意、死亡、破產、禁治產又ハ除名其自體ヲ以テ、持分ノ拂戻請求權ノ發生要件ト爲サントセハ、商法第七一條ノ規定ヲ改廢セサルヘカラス。換言セハ、退社ノ豫告、定欵ニ定メタル事由ノ發生、總社員ノ同意、死

亡、破産、禁治産又ハ除名ハ、退社ナル法律上ノ效果ヲ生スル法律要件ナリト雖モ、持分拂戻請求權ヲ生スル法律要件ニハ非ス。「社員ノ退社」其自體カ持分拂戻請求權ヲ生スル法律要件タリ。

二　以上ハ、新商法ノ合名會社又ハ合資會社ニ於ケル社員ノ退社ニ因ル持分拂戻請求權ニ付キ述ヘタリト雖トモ、舊商法ニ依リ成立シタル合資會社ノ社員カ退社シタル場合ニ於ケル持分ノ拂戻請求權ニ付キ論スルモ亦同一ナリ。

舊商法ニ依ル合資會社ノ退社員ノ拂戻請求權ニ付キテモ亦、合名會社(舊商法上ノ、合名會社ヲ云フ以下倣之)ノ規定ヲ準用スヘキモノタリ(舊商法一三七條)、而シテ合名會社ニ關スル舊商法第一二三條第一項ニハ、「會社ハ退社員ノ爲メ特ニ作リタル貸借對照表ニ依リ、退社ノ時ノ割合ヲ以テ、其持分ヲ退社員又ハ其相續人若クハ承繼人ニ拂戻スコトヲ要ス」ト規定セリ(第二項略)。此規定ニ依レハ、會社ハ「其持分ヲ退社員又ハ其相續人」云々ニ拂渡スコト、換言セハ社員カ退社シタルトキハ、其持分ヲ其社員又ハ其相續人ニ拂渡スコトヲ要スルモノタリ。故ニ、舊商法第一二三條ノ規定モ亦新商法第七一條ト等シク「社員ノ退社」其自體ヲ以テ持分拂渡請求權ノ發生要件ト爲スモノト解セサルヘカラス。而シテ、社員ノ退社ハ其自體法律上ノ效果ニシテ、舊商法第一二〇條及ヒ第一二一條ノ規定カ、豫告、除名、死亡、破産若クハ家資分産又ハ能力ノ喪失ヲ法律要件トシテ、之ニ附スル法律上ノ效果ナルコトハ新商法第六八條及ヒ第六九條ニ於ケルト異ナルコトナシ。

要之、舊商法ニ於テモ、持分拂渡請求權ノ發生要件ハ、「社員ノ退社」ニシテ、之以外ノ要件ニ非ス。故ニ此以外ノ要件例ハ豫告、除名、死亡、破産若クハ家資分産又ハ能力ノ喪失ヲ以テ、持分拂戻請求權ノ發生要件ト爲サントセハ、舊商法第一二三條ノ規定ヲ改廢セサルヘカラス。

三　前掲大審院判決カ、持分拂戻請求權ノ原因トシテ掲クルモノヲ見ルニ、

「合資會社ノ社員ノ退社ニ因ル持分拂戻ノ請求ニ付テ論センカ、單ニ退社ト云フノミニテハ、請求原因ニ屬スル退社事實ノ、表示ヲ盡シタルモノニ非ス云々、退社ノ事由カ豫告ナルモ、除名ナルモ法律上ノ觀念ニ於テハ均シク退社ナリト雖モ、具體事實トシテハ相異ナルヲ以テ、彼ヲ原因トスルト此ヲ原因トスルトハ請求原因ヲ異ニシ、從テ其請求同一ナリト云フヘカラス」(判旨第三點判決錄前掲八四五頁參照)。

トナセリ。右理由ハ、一面ニ於テハ思想ノ混亂ヲ示シ、他方ニ於テハ司法裁判所ノ權限ニ屬セサル立法行爲ヲ爲サントスルモノニシテ、背理ノ甚シキモノト云フヘシ。卽チ、(1)「退社事由カ豫告ナルモ、除名ナルモ、法律上ノ觀念ニ於テハ均シク退社ナルモ、具體的事實トシテハ相異ナル」ト云フハ、退社事由(卽退社ノ法律要件)ト其法律上ノ效果タル退社トヲ混同シ、之ヲ同一視スルモノタリ。原因ト結果トヲ同一視スルモノニシテ、思想ノ混亂ト云フヘシ。商法第六八條及ヒ第六九條(舊商法第一二〇條及ヒ一二一條)ハ列記事由ノ何レカ一存スルトキハ、之ニ退社ナル法律上ノ效果ヲ附

スルモノタリ。退社事由ヲ以テ、直チニ退社ト爲スモノニ非サルヤ多言ヲ要セス。且同一ノ社員カ同一ノ會社ヨリ一度以上退社スルヲ得サルコトハ自明ノ公理ナルカ故ニ、同一社員ノ同一會社ヨリスル退社ハ數多存スルコトヲ得ス。從テ退社事由モ亦、同一會社及ヒ同一社員ニ付キテハ二以上併存スルコトヲ得ス。互ニ相排斥スルモノタリ。或ハ云フヘシ、社員カ退社ノ豫告ヲ爲シタル後死亡シ又ハ除名セラレタル後死亡スルカ如キ場合ニハ、併存スルニ非スヤト。然レトモ非ナリ、社員カ退社ノ豫告ヲ爲スモ事業年度末ノ到來セサル間ニ死亡シタルトキハ、其死亡ニ因リテ直チニ退社スルカ故ニ、先キニ爲サレタル豫告ハ、最早社員ノ豫告タラサルニ至リ、退社ナル效果ヲ生スルコトナシ。社員カ除名セラレタル後死亡シタル場合ニ於テモ亦同一ナリ。除名ニ因リテ社員ハ退社スルカ故ニ、其死亡ハ社員ノ死亡ニアラス、從テ退社ナルノ法律上ノ效果ヲ生スルコトナシ。要スルニ、退社ノ事由ハ直チニ退社ナル法律上ノ效果其ノモノニ非ルノミナラス、一社員カ退社ノ事由ヲ異ニスルニ從ヒ、同一會社ヨリ一度以上退社スルカ如クニ考フルハ、到底思想ノ混亂ナリト云ハサルヘカラス。

又、(2)「彼ヲ原因トスルト此ヲ原因トスルトハ請求原因ヲ異ニシ、其請求同一ナリト云フ可カラス」トアルハ、文章ノ關係上、豫告ヲ原因トスルト、除名、其他ノ退社事由ヲ原因トスルトニ因リ、持分拂戻請求權ノ原因ヲ異ニシ、持分拂戻請求權ハ別異トナルモノト讀マサルヘカラス。然レトモ、此如キハ、(イ)自家撞着ノ甚キモノナリ。豫告、除名、等カ退社ノ事由(原因)ナルコト及ヒ持分拂戻請求權ノ原因カ退社ナルコト(卽チ判決ニハ退社ニ因ル持分拂戻請求權ト云ヘリ)ヲ認ムルニ拘ハラス、急轉直下、豫告若クハ除名カ持分拂戻請求權ノ原因ナリト云フハ、矛盾モ亦甚シト云フヘシ。加之(ロ)商法第七一條及ヒ舊商法第一二三條ノ規定カ、「社員ノ退社」其自體ヲ以テ持分拂戻請求權ノ發生要件トナスコトハ前述ノ如クナルカ故ニ、若シ大審院判決ニシテ、眞ニ豫告、除名等ヲ以テ持分拂戻請求權ノ發生原因トナサントセハ、大審院ハ舊商法第一二三條(商法第七一條)ノ規定ヲ改廢セサルヘカラス。

第二目　持分拂戻請求權ノ目的

一　退社員ノ持分拂戻請求權(又ハ拂渡請求權)ハ、其社員カ會社財產ニ對シテ有スル持分ノ拂戻ヲ請求スルヲ以テ內容トナスコトハ、法文ニ「其持分」トアルニ依リテ疑ヲ容レス(新商法七一條舊商法一二三參照)。換言セハ、會社カ退社員ニ爲スヘキ給付ハ、其社員ノ會社財產ニ對スル持分ヲ拂戻スニアリ。而シテ、退社員ノ持分ハ、退社ノ當時ニ於ケル會社財產ノ狀況ニ從ヒテ定ムヘキモノナルコトハ、組合ニ關スル民法第六八一條ノ準用上疑ヲ容レス(新商法五四條及ヒ一〇五條)。舊商法第一二三條ニハ、「退社ノ時ノ割合ヲ以テ、其持分ヲ退社員ニ拂渡スコトヲ要ス」ル旨ヲ明言セリ。

夫レ同一ノ社員ハ同一ノ會社ヨリ、一度以上退社スル能ハサルコトハ自明ノ公理ナリ。一社員カ同一ノ會社ヨリスル退社ハ、唯一ニシテ二アルコトナシ。故ニ、其退社ノ時モ亦、唯一ノ時點ニシテ二アルコトヲ得ス。從テ、一社員ノ退社ノ時ニ於ケル會社財產ノ總額、從テ之ニ對スル退社員ノ持分ノ額ハ、確定ニシテ不變ノモノタリ、退社員ハ、其退社ノ時ニ於ケル確定不變ノ持分額ノ拂戻ヲ請求スルコトヲ得、會社ハ又右確定不變ノ持分額ヲ拂戻ス債務アリ。

而シテ、右確定不變ノ持分額ハ、會社ノ積極的財產ヲ評價シ、其債務ヲ計算シ、會社財產ノ總額ヲ明ニシタル後ニ非レハ、知ルコトヲ得ス。故ニ退社員カ會社ニ對シテ、其持分ノ拂戻ヲ請求セントセハ、先ツ(イ)會社ニ對シテ其財產及ヒ債務ヲ計算シ、貸借對照表ヲ作成シ、之ニ依リテ會社ノ總財產ノ額、從テ退社員ノ持分ノ額ヲ明ニスヘキコトヲ請求シ、(ロ)右計算ニ依リ、持分カ積極的內容ヲ有スル場合ニハ、其持分ヲ拂戻スヘキコトヲ請求スヘキモノナリ。約言セハ、退社員ハ會社ニ對シテ、先ツ自己ノ持分ヲ計算スヘク、其計算ニ依リテ持分カ積極的內容ヲ有スル場合ニハ其持分額ヲ拂戻スヘキコトヲ請求スヘキナリ。而シテ右計算ニ依リテ明確トナリタル持分ノ額ハ、會社財產ノ評價ヲ改メス又其計算ニ誤ナキ限リハ確定不變ナルヤ論ヲ俟タス。

サレハ、一退社員カ、退社シタル會社ニ對シ、自己ノ持分トシテ金若干圓ノ拂戻ヲ請求スト云フカ如キハ、我國ノ實際ニ於テ屢々見ル所ナリト雖モ、元來退社ノ時ニ於ケル會社ノ財產ノ狀況從テ其持分ノ內容ヲ推測シ、推測額ノ拂戻ヲ請求スルモノニシテ、其額カ計算上明確トナルヘキ持分ノ額ト一致セサルヘキコトハ論ヲ俟タス。加之、先ツ會社ニ對シテ會社財產從テ持分額ノ計算ヲ爲スヘキコトヲ請求セスシテ、直チニ推測ニ依ル持分額ノ拂戻ヲ請求スルハ、訴ノ申立ノ一定(一九〇條三號)ヲ充タスニ急ナルカ爲メ、實體法上ノ關係ヲ度外視スルモノニシテ、誤マレリト云ハサルヘカヲス(後述第二欵參照)。

二　前掲大審院判決ニ於テハ、

「均シク豫告ニ因ル退社ナルモ前後二回ノ豫告ヲ爲シタルノ事實アリテ、前ノ豫告ニ因ル退社ヲ原因トスルト、後ノ豫告ニ因ル退社ヲ原因トスルトハ、請求ノ原因ヲ異ニスルモノト謂フヘシ。何トナレハ(!!!)、持分ハ退社當時ニ於ケル會社財產ノ狀態ニ從ヒ拂戻スヘキモノナレハ、退社ノ時期ニ從ヒ其價値一ナラス云々彼此其目的ヲ異ニスルカ故ナリ」(判旨第四點判決錄八四五頁)トナス、此ノ判旨モ亦思想ノ混亂ヲ含ム。(イ)退社事由タル豫告ハ、「社員ノ退社ノ告知」ナリ。從テ同一社員ノ同一會社ニ對スル退社ノ豫告ナルモノハ二以上併存スルコト能ハス。一豫告ニシテ、社員カ退社ノ告知ヲ爲シタルモノナランカ、之ニ因リテ社員ハ退社スルカ故ニ、更ニ社員ノ退社ノ告知ナルモノ存スルコト能ハス。從テ、同一社員カ同一ノ會社ニ對シテ、一度以上退社ノ豫告(告知)ヲ爲スコトヲ得トスルハ、不能ヲ以テ可能トナスモノタリ。更ニ(ロ)一社員ハ同一ノ會社ヨリ

一度以上退社スルコト能ハサルカ故ニ、一社員カ同一會社ヨリ退社スル時期ハ唯一ニシテ二アルコトナシ、又一社員ノ退社ノ時ニ於ケル會社ノ財產ノ總額ハ、其內容カ積極的タルト消極的タルトヲ問ハス、確定不變ナルコト、從テ退社ノ時ニ於ケル退社員ノ時分ノ額モ亦確定不變ノモノナルコトハ前述ノ如シ、故ニ、一社員カ同一ノ會社ヨリ退社スル時期ノ異ナルニ從ヒ持分ノ價値ヲ異ニスルト云フハ、妄想ト云ハサルヘカラス。加之(ハ)判旨ノ所謂「彼此目的ヲ異ニスルカ故ニ、持分拂戻權ノ原因カ異ナル」ト云フハ、請求シ得ヘキ持分ノ額カ異ナルコトヨリシテ、持分拂戻請求權ノ發生原因カ異ナルコトヲ結論セントスルモノナリト雖モ、此如キハ、論理ヲ沒却スルニ非サレハ、考エ得ヘカラサルコトナリ。吾人ハ大審院判事諸氏カ斯クノ如キ沒論理、沒常識ノ判斷ヲ宣言セラルルノ勇氣ヲ驚歎セサルヲ得ス。

第三目　持分拂戻請求權ノ同一認識

持分拂戻請求權ハ、商法第七一條又ハ舊商法一二三條ノ規定ニ依リテ、直接ニ生スル請求權卽法律ノ規定ニ因リテ生スル請求權ナリト解セサルヘカラス。

而シテ、請求權ハ凡テ(イ)權利者及ヒ義務者、(ロ)目的タル給付並ニ(ハ)發生要件(又發生原因若クハ發生事實ト云フ)ナル三標準ニ依リ、他ノ權利又ハ法律關係ヨリ區別シテ、其同一(Identität)ヲ認識シ得ヘキコトハ、學界ノ定說ニシテ異論アルコトナシ(Hellwig, Anspruch u. Klagrecht S. 868; Lehrbuch Bd. 1 S. 261 f.; System Bd. 1 S. 310; Langheinecken, Anseruch u. Einrede S. 135 f. 仁井田博士訴訟ノ目的ノ表示(京法一卷七號、尙本書「訴ノ原因ヲ論ス」八一頁以下參照)。故ニ持分拂戻請求權モ亦、右ノ三標準ニ依リテ其同一ヲ認識スルコトヲ得、又之レ以外ノ標準ヲ示スコトヲ要セサルモノト解セサルヘカラス。

而シテ、持分拂戻請求權ノ發生要件ハ商法ノ規定上(商法七一條舊商法一二三條)「社員ノ退社」ニシテ(第一目參照)、又其目的タル給付ハ、退社ノ時ニ於ケル會社財產ニ對スル持分額ノ拂戻ニ在ルコトハ前述ノ如シ(第二目參照)。而シテ同一ノ社員ハ、同一ノ會社ヨリ一度以上退社スル能ハサルコトハ、自明ノ公理ナルカ故ニ、某社員ノ某會社ヨリノ退社ト云ヘハ、發生要件トシテノ退社ヲ他ノ法律要件ヨリ區別シテ、其同一ヲ認識スルカ爲メニモ、亦給付セラルヘキ持分額ヲ定ムルカ爲メニモ、必要ニシテ且充分ナルコトハ、上來述フルカ如シ。

要之、乙ナル社員カ甲ナル合名會社ヨリ退社シタルニ因リテ生スル其持分ノ拂戻請求權ト云ヘハ、其持分拂戻請求權ノ同一ヲ認識シ、之ヲ他ノ權利又ハ法律關係ヨリ區別スルニ充分ニシテ此以外ノ標準ヲ示スコトハ必要ナラス。大審院前掲判決ニ於テハ、「退社ニハ豫告除名等ノ事由アルカ故ニ、當該事由ニ從ヒ具體的ニ退社ノ事實ヲ表示シ、之ヲ特定スルヲ要ス」(判旨第三點判決錄八四五頁)トナスト雖モ、之ハ、二個ノ別異ノ觀念ヲ一個ノ思想ナリトスルモノニシテ、思想ノ混亂ト云ハザ

ルヘカラス。(1)退社ハ法律上ノ效果ニシテ、事實ニ非ラス。退社ノ事由ヲ示スハ、退社ナル法律上ノ效果ヲ生シタルコトノ理由ヲ示スモノナリ、退社ヲ特定スル所以ニハアラス。又(2)退社ヲ特定スト云フハ、他ノ退社ヨリ區別シテ識別シ得ルコトヲ云フモノナリ。而シテ、退社ヲ特定スルニハ、某社員ノ某會社ヨリセル退社ト云フヲ要シ又之ヲ以テ充分ナルハ、同一社員ハ同一會社ヨリ、一度以上退社スル能ハサルニ徵シ疑ヲ容ルヘキ餘地ナシ。要スルニ、判旨ハ退社ナル法律上ノ效果ヲ生シタル理由ヲ明ニスルコトト、一社員ノ一會社ヨリスル退社ヲ、他ノ會社ヨリスル退社若クハ他ノ社員ノ退社ヨリ區別シテ認識スルコトトヲ混同スルモノニシテ、到底思想ノ混亂ト云ハサルヘカラス。

第二款　既判力

第一項　既判力ノ客觀的範圍一班

確定判決ノ既判力(Rechtskraft)即所謂實質的確定力ハ、其訴訟ノ當事者、訴訟物及ヒ判決ヲ爲シタル時ニ關連シテ生スルモノタリ。即チ、確定判決ノ既判力ハ(1)其判決カ爲サレタル訴訟ノ當事者ノミニ對シテ生スルヲ原則トシ、例外トシテ當事者以外ノ第三者ニ及フモノタリ。此點ヲ研究スルハ既判力ノ主觀的範圍ノ問題ナリ、又(2)既判力ハ、(イ)確定判定ノ主文ヲ以テ裁判シタル法律關係ニ付キテノミ生シ、更ニ(ロ)判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時マテニ、提出セラレタル事實及ヒ提出スルヲ得ヘクシテ而カモ提出セラレサリシ事實ニ關連シテ生スルモノタリ。後ノ兩者ヲ研究スルハ、既判力ノ客觀的範圍ノ問題ニ屬ス。

既判力ノ性質ヲ論シ、其根據ヲ研メ、更ニ其主觀的及ヒ客觀的範圍ニ付キ詳論スルハ、本篇ノ目的トスル所ニ非ス。茲ニハ係爭持分拂戻請求事件ニ於ケル既判力ノ抗辯ノ當否ヲ判斷スルニ必要ナル程度ニ於テ、其客觀的範圍ノ一班ヲ說明スルニ止ムヘシ。

第一目　主文ニ包含シタル裁判

一　『判決ハ其主文ニ包含スルモノニ限リ確定力ヲ有ス』ルコトハ、民事訴訟法第二四四條ノ定ムル所ナリ。此規定ハ、主文ヲ以テ裁判シタル事項ハ、既判力ヲ生スト雖モ、主文ヲ以テ裁判セサル事項即判決ノ理由中ニ於ケル裁判、所謂判決ノ元素(Elemente)ハ既判力ヲ生セサルコトヲ定ムルモノタリ【註一】。唯、第二四四條ニ於テハ如何ナル事項ハ判決主文ヲ以テ裁判スヘキヤヲ明ニセサルカ故ニ、缺文タルヲ免レス。是レ、我大審院從來ノ判例ニ於テモ、所謂『主文ニ包含シタルモノ』ノ範圍ニ付キテハ、見解頗ル區々ニ分レ、定說ナキカ如キ觀ヲ呈シツツ有ル所以ナリ【註二】。故ニ、既判力ノ客觀的範圍ヲ明ニセントセハ、先ツ主文ヲ以テ裁判スヘキモノカ何タルヤヲ明ニセサルヘカラス。

【註一】獨逸普通法時代ノ學說殊ニ Savigny ノ說ニ依レハ、判決ノ理由中ニ於テ爲サルル裁判、即チ事實ノ眞僞ニ關スル判斷、先決問題タル法點若クハ中間ノ爭ニ關スル裁判等所謂判決ノ元素(Elemente des Urtheils)モ亦確定力ヲ生スルモノトシタリ

(Savigny, System des heutig. röm. Rechts Bd. IV S. 350 ff. 429 ff. u. 451 f.; weit. Lit. vgl. Windscheid, Pandekt. Bd. 1 § 130 N. 20)。然カルニ、普國裁判所ノ實際ニ於テハ、訴訟ノ直接ノ目的タル、請求ニ付キ判決ノ主文ヲ以テ裁判シタル事項ニ限リ確定力ヲ生スルモノトシ(vgl. Seuffert, Nr. 2 a zu § 322 C. P. O.; Gruchot Beiträge Jahg. VII S. 194, 195)佛國ノ學說及ヒ實際ニ於テモ、主文ヲ以テ裁判シタルモノ(dispositif du jugement)ニ限リ確定力ヲ生ストナス。尤モ、同國ノ學說及ヒ實際ニ於テハ、主文ヲ以テ裁判シタルモノノ範圍ハ訴訟ノ目的物タル請求并ニ當事者カ明ニ主張シタル理由(conclusions formelles prises par les parties)ニ依リテ決スヘキモノト爲セリ(Aubry et Rau Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemend de C. S. Zachariae, (3) tom VI § 769 pag. 489, 490)。我訴訟法カ、獨逸普通法時代ノ學說ヲ斥ケタルコト從テ、判決ノ理由中ノ裁判カ確定力ヲ生セサルコトハ、第二四四條及ヒ第二一一條ノ規定ニ依リテ明ナリ。然レハ、我訴訟上多少問題トナルハ、主文ニ包含シタルモノノ範圍ハ、何ヲ資料トシテ解釋スヘキヤノ點ナリ

【註二】我大審院從來ノ判例ハ顧ル區區タリ。或ハ(1)『判決主文ノ因テ生シタル理由卽チ判決ノ基礎タル理由』(民事判決錄三二年四卷一一頁)、『主文ニ密着ノ關係ヲ有スル理由』(同上三二年一一卷四〇頁)、若クハ直接ニ主文ヲ生シタル理由』(同上三三年一〇卷九九頁)ハ確定力ヲ生ストナシ、或ハ又(2)『訴又ハ反訴ヲ以テ主張シタル請求ニ對スル裁判ニ限リ確定力ヲ生ス』ト爲シタリ(同上三五年一卷一五頁)。詳細ハ菅テ花岡(敬夫)學士カ研究セラレタル所ナリ(日本辯護士協會錄事一九五號四七頁以下參照)。

二　判決ノ主文ヲ以テ裁判スヘキ事項

現行訴訟法ニハ、判決ノ主文ヲ以テ裁判スヘキ事項カ何タルヤヲ示スヘキ規定ナキニアラス。卽チ

(一)　第一審ノ訴訟手續ニ關スル規定ニ在リテハ第二三一條及ヒ第二四二條ハ主文ヲ以テ裁判スヘキ事項カ何タルヤヲ定ムルモノタリ。

(1)　第二三一條ノ規定　ニ依レハ、裁判所ハ申立テサル事物ヲ原告又ハ被告ニ歸セシムルコトヲ得ス。此規定ハ(イ)當事者カ訴又ハ反訴ノ申立(訴若ハ反訴ノ申立ヲ擴張シ又ハ之ヲ變更スル申立、中間確認ノ訴ノ申立等亦同シ)ヲ以テ、判決アランコトヲ要求シタル法律關係ニ非ル他ノ法律關係ニ付キ裁判スルコトヲ得ス、又(ロ)該法律關係ニ付キテモ、當事者カ要求シタル範圍ヲ超エテ裁判スルヲ得サルコトヲ定ムルモノニシテ(Gaup-Stein, I 1 u. 2 zu § 308; Seuffert Nr. 1 zu § 308; Förster-Kann, Nr. 1 b u. c zu § 308 C. P. O.)、所謂當事者處分主義(Dispositionsprincip)ヲ宣言スルモノタリ。然リ、第二三一條ハ當事者カ訴又ハ反訴ノ申立ヲ以テ判決アランコトヲ要求シタル法律關係卽チ『起シタル請求』(一九〇條第二項二號)以外ノ法律關係(卽チ「請求」)ニ付キ又其範圍ヲ超エテ裁判スルヲ得サルコトヲ規定スルモノナリト雖モ、其反面ニ於テハ當事者カ訴又ハ反訴ノ申立ヲ以テ判決アランコトヲ要求シタル法律關係、卽起シタル請求ニ付キテハ判決ヲ以テ裁判スルヲ要スルコトヲ定ムルモノト解ササルヘカラス【註三】。勿論、此規定ニ依リテハ、單ニ判決ヲ以テ裁判スヘキコトヲ知リ得ルノミニシテ、未タ判決ノ主文ヲ以テ裁判スルヲ要スルコトヲ明ニスルヲ得サルヤノ嫌ナキニ非ス。然レトモ判決ヲ以テ裁判スルコトヲ要スト云フハ、判決ノ主文ヲ以テ裁判スルヲ要スルコトヲ意味スルモノト解スヘキノミナラス、更ニ第二四二條ノ規定ニ徵スルトキハ、此ノコトハ疑ヲ容レサルカ如シ。

【註三】民事訴訟法ニ於テ「請求」若クハ「起シタル請求」(Anspruch oder erhobene Anspruch)ト云フハ訴訟物タル法律關係(即訴又ハ反訴ノ申立ヲ以テ判決アランコトヲ要求スル法律關係)ノ存在又ハ不存在ニ關スル主張(B. hauptung)ヲ云フモノニ外ナラス。實體法ニ於テ謂フ所ノ請求權(Anspruch)ト其意義ヲ同フセス。故ニ請求權以外ノ權利例ハ物權ノ存在又ハ不存在ヲ主張シテ、判決アランコトヲ要求スルハ、訴訟法謂フ所ノ「請求ヲ起ススモノ」ニ外ナラス。

(2) 第二四二條　ニ依レハ『主タル請求若クハ附帶ノ請求又ハ費用ノ全部若クハ一分ノ裁判ヲ爲スニ際シ、脫漏シタルトキハ、申立ニ因リ追加裁判ヲ以テ判決ヲ補充セサルヘカラス。(イ)所謂裁判ノ脫漏ハ、之ヲ判決理由ニ徵スルトキハ、裁判所カ起シタル請求ノ全部又ハ一部ニ付キ裁判ヲ爲ス意思ヲ有シタルコトカ明ナルニ拘ハラス、判決ノ主文ニ於テハ其全部ノ請求又ハ其一部ノ請求ノ全般ニ付キテ裁判ヲ爲サス、從テ其一部分ニ關スル主文ノ裁判ヲ脫漏スルコトヲ云フモノナリ(Gaup-Stein, I Nr. 1; Seuffert, Nr. 1; Föster-Kann, Nr. I a zu § 321 C. P. O.)、從テ(ロ)追加裁判卽補充判決ヲ以テ補充スルハ、脫漏セラレタル主文ノ裁判ニ外ナラス。主文ノ裁判ニ脫漏アルカ故ニ追加裁判ヲ以テ其主文ノ裁判ヲ補充スルナリ(Gaup-Stein, Seuffert, Föster-Kann ebenda)。

約言スレハ、第二四二條ノ規定ハ、主タル請求若クハ附帶ノ請求又ハ費用ノ全部若クハ一分ノ裁判ヲ爲スニ際シ、主文ノ裁判ヲ脫漏シタルトキハ、追加裁判ヲ以テ其主文ノ裁判ヲ補充スヘキコトヲ規定スルモノニシテ、間接ニ主タル請求若クハ附帶ノ請求又ハ費用ニ關スル裁判ハ判決ノ主文ヲ以テ爲スヲ要スルコトヲ示スモノタリ。請求ニ關スル裁判ハ主文ヲ以テ爲スコトヲ要スルカ故ニ、之ヲ脫漏シタルトキハ補充判決ヲ以テ其主文ノ裁判ヲ補充スルモノナリ。

(3) 要之、當事者カ訴又ハ反訴ノ申立(之ヲ擴張若クハ變更スル申立、中間確認ノ訴ノ申立等亦同シ)ヲ以テ存在又ハ不存在ヲ主張シテ判決アランコトヲ要求シタル法律關係(訴法物タル法律關係)、卽チ起シタル請求ニ付キテハ、(イ)裁判所ハ判決ヲ以テ裁判スルコトヲ要シ(二三一條)、又(ロ)其裁判ハ主文ヲ以テ爲スコトヲ要スルモノタリ(二三一條及ヒ二四二條參照)。

(二) 控訴裁判所ハ控訴申立又ハ附帶控訴ノ申立ヲ以テ、變更ヲ申立テタル部分ニ限リ、第一審ノ裁判ヲ變更スルコトヲ得ルモノニシテ(四二〇條)、上告裁判所モ亦然リ(四五四條七號)。而シテ控訴申立又ハ附帶控訴ノ申立ハ、第一審判決ニ對スル不服申立ナルカ故ニ、一審判決ヲ以テ「是認シ又ハ否認シタル請求ノ範圍ヲ超エテ不服ヲ申立ツルヲ得サルコトハ論ヲ俟タス(四〇二條二項四一一、四二一、尙ホ Gaup-Stein, zu §§ 525, 536 u. 537 C. P. O.)。又上告ノ申立ハ、控訴判決ニ對シ法律ノ違背ヲ理由トシテ不服ヲ申立ツルモノナルカ故ニ、一審判決從テ控訴判決ヲ以テ「裁判シタル請求」ノ範圍ヲ超エテ上告ノ申立ヲ爲スヲ得サルヤ固ヨリ多言ヲ要セス(四三八條三項、四四五條參照)。

要スルニ控訴又ハ上告ノ申立ハ、一審判決又ハ控訴判決ニ對シテ不服ヲ申立ツルモノニシテ、控訴裁判所又ハ上告裁判所ハ、其不服申立ニ付キ裁判ヲ爲スモノナリト雖モ、控訴申立ハ第一審判決ヲ

以テ裁判セラレタル請求ノ範圍ヲ超ユルコトヲ得ス（尙ホ新請求ニ付キテハ第四一六條參照）、又上告申立ハ一審判決從テ控訴判決ヲ以テ裁判セラレタル請求ノ範圍ヲ超ユルコトヲ得ス。故ニ控訴審ノ本案判決並ニ上告審ノ本案判決ハ、控訴又ハ上告ノ理由アルヤ否ヤニ付キ裁判シ、依リテ起シタル請求ノ理由アルヤ否ヤニ付キ裁判スルモノニシテ、又其裁判ハ判決ノ主文ヲ以テ爲スヘキコトハ前述第一審ニ付キ述ヘタル所ニ依リテ明ナリ（尙四〇八條及ヒ四四四條參照）。

三　主文ニ包含シタル裁判

（一）　訴又ハ反訴ノ申立（之ヲ擴張シ若クハ變更スル申立、中間確認ノ訴ノ申立、控訴審ニ於ケル新請求トシテ爲サルル申立ノ擴張若クハ變更又ハ反訴ノ申立等亦同シ）ヲ以テ訴訟物トセラレタル法律關係卽チ起シタル請求ニ付キテハ、判決ヲ以テ裁判スルコトヲ要シ、且其裁判ハ主文ヲ以テ爲スヲ要スルコトハ前述ノ如シ。從テ、第二四四條ニ於テ『判決ノ主文ニ包含スルモノ』詳言セハ本案ノ確定判決ノ主文ニ包含スル裁判ト云フハ訴又ハ反訴ノ申立（並ニ前掲ノ申立）ヲ以テ起シタル請求ニ付キ主文ヲ以テ裁判シタルモノヲ云フモノタルヤ寸毫ノ疑ヲ容レス。

要之、第二四四條ノ規定ハ、判決ハ（イ）訴又ハ反訴ヲ以テ起シタル請求ニ付キ、（ロ）主文ヲ以テ裁判シタル範圍ニ限リ、既判力ヲ生スルコトヲ定ムルモノト云ハサルヘカラス。獨逸民事訴訟法第三二二條（同舊民事訴訟法第二九三條）ノ如キハ、「判決ハ訴又ハ、反訴ヲ以テ起シタル請求ニ付キ裁判シタル範圍ニ於テノミ既判力ヲ生ス」ト規定ス。主文ヲ以テ裁判シタル範圍ナルヘキコトヲ明言セスト雖モ、同國ノ學說ニ於テハ判決理由中ノ裁判カ既判力ヲ及ササルコトニ付キテハ異論ナキカ故ニ、我訴訟法第二四四條ノ謂ふル所ト、全然一致スルモノト云ハサルヘカラス（尙ホ前揭【註一】、六九一頁參照）。

（二）　故ニ、本大審院判決判旨第一點前段ニ於テ、『民事訴訟法第二四四條ニ判決ハ其主文ニ包含スルモノニ限リ確定力ヲ有スルトアルハ、請求ニ付キ主文ニ於テ爲シタル裁判カ確定力ヲ有スト云フノ意ナリ』トシタルハ正當ニシテ、吾人ハ本判決カ同院從來ノ判例ニ於テ、或ハ「判決主文ノ因テ生シタル理由卽チ判決ノ基礎タルヘキ理由」（判決錄三二年四卷一一頁）、「主文ニ密著ノ關係ヲ有スル理由」（三二年一一卷四〇頁）、若クハ「直接ニ主文ヲ生シタル理由」（三三年一〇卷九九頁）ハ既判力ヲ生ストセルヲ排斥シ、明治三十五年一月十八日同院第一民事部判決ニ於テ、「訴又ハ反訴ヲ以テ主張シタル請求ニ對スル裁判ニ限リ」既判力ヲ生ス（民事判決錄第八輯一卷一五頁以下）ト爲セルニ與ミシ前揭【註二】（六九二頁參照）、此ヲ確定シタルコトヲ喜フモノタリ。

（三）　第二四四條ハ、上述ノ如ク訴又ハ反訴ノ申立（並ニ前揭ノ申立）ヲ以テ起シタル請求ニ付キ主文ヲ以テ裁判シタル範圍內ニ限リ既判力ヲ生スルモノナルカ故ニ、確定ノ本案判決カ生スル既判力ノ客觀的範圍ヲ明ニセントセハ、主文ヲ視ルト同時ニ、訴又ハ訴ノ申立ニ依リテ起シタル請求カ

何レノ請求ナルヤ、換言セハ訴又ハ反訴ヲ以テ訴訟物トセラレタル法律關係カ何レノ法律關係ナルヤヲ究メサルヘカラス。――殊ニ、(1)判決ノ主文ニ於テ『原告ノ請求ヲ棄却ス』ト云フニ過キサル場合ニハ、謂フ所ノ「原告ノ請求」換言セハ「起コシタル請求」カ何レノ請求ナルヤヲ明ニセサルヘカラス。而シテ、起シタル請求カ何レノ請求ナルヤハ、(イ)第一ニ判決事實ノ記載ニ依リテ究ハムヘキモノタリ。是レ、判決事實ニハ、當事者ノ提出シタル申立ヲ表示スルコトヲ要シ（二三六條第二號）、而カモ訴ノ申立、反訴ノ申立其他所謂本案ノ申立(Sachantrag) 卽判決ヲ受クヘキ事項ノ申立ハ主要ナル申立ニシテ、之ヲ掲ケサル判決文ナルモノハ、訴訟法上存在シ得ヘカラサルカ故ナリ。若シ夫レ(ロ)判決事實ノ記載ニシテ不明若クハ不充分ナルカ如キ稀有ノ場合ニハ、口頭辯論調書ニ依リテ、訴ノ申立又ハ反訴ノ申立等ニ於テ當事者ノ起コシタル請求カ何タルヤヲ探求スヘキナリ（一三〇條二項二號、一三五條參照）。漫然、判決ノ理由中ヨリ「判決ノ基礎タルヘキ理由」、「主文ニ密著ノ關係ヲ有スル理由」又ハ「直接ニ生シタル理由」ト云フカ如キ、範圍不明不定ノ理由ヲ搜索シ、之ニ依リテ主文ノ範圍ヲ解釋スヘキモノニアラサルヤ多言ヲ要セス。此如キハ、訴訟法第二三一條、第二四二條並ニ第二三六條第二號及ヒ第四號ニ包含セラレタル法ノ精神ヲ視サル謬想ナリト云ハサルヘカラス。又(2)控訴棄却ノ判決ハ、第一審ノ判決ヲ維持スル判決ニシテ、一審判決ノ主文ノ內容ヲ採リテ、其判決ノ內容ト爲スモノニ外ナラス。又一審判決ヲ變更スル控訴審ノ判決ハ、變更セサル範圍內ニ於テハ一審判決ヲ維持シ、從テ其範圍內ニ於テ後者ノ主文ノ內容ヲ採リテ、控訴判決ノ主文ノ內容トナスモノタリ。從テ、一審判決ノ主文ニ於テ、起シタル請求ニ付キ裁判シタル範圍ヲ明ニスルトキハ、控訴ヲ棄却シ又ハ、控訴ニ基キ一審判決ヲ變更スル判決ノ主文ヲ以テ、起コシタル請求ニ付キ裁判シタルモノノ範圍ヲ明ニスルコトヲ得。又(3)上告ヲ棄却スル判決ハ控訴判決ヲ維持スル判決ニシテ、控訴判決ノ主文ノ內容ヲ採リテ、其判決ノ主文ノ內容トナスモノナル故ニ、一審判決ノ主文ノ內容從テ控訴判決ノ主文ノ內容ヲ明ニスルトキハ、上告棄却ノ判決ノ主文ノ內容ヲ明ニスルコトヲ得。之ニ依リテ既判力ノ客觀的範圍ヲ定ムルコトヲ得ヘキハ論ヲ俟タス。

第二目　判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時マテニ提出セラレ又ハ提出セラルヘカリシ事實

一　確定判決ノ既判力ハ、判決ヲ爲シタル時ニ關連シテ生ス。換言セハ、判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時マテニ、提出セラレタル事實(判決事實)及ヒ此ノ時マテニ提出スルコトヲ得ヘクシテ提出セサリシ事實(懈怠シタル事實)ニ關連シテ生スルモノタリ。

夫レ、本案判決ハ原告カ被告ニ對シ、訴又ハ反訴ノ申立(前揭ノ申立亦同シ)ヲ以テ存在又ハ不存在ヲ主張シタル法律關係(請求權タリ形成權タリ、又ハ他ノ法律關係タリ)ニ付キ、存在又ハ不存在ヲ確認(feststellen) シ、其範圍ニ於テ既判力ヲ生スルモノナリト雖モ（暫ク、判決ヲ受クヘキ法律上

ノ利益又ハ當事者タル適格ノ欠缺ヲ理由トシテ、請求ヲ棄却シタル本案判決ヲ度外視ス)、裁判所ハ(1)判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時マテニ原告及ヒ被告カ提出シタル攻擊方法及ヒ防禦方法ニ基キ(辯論主義)、從テ此時ニ於ケル判決事實ヲ憑據トシテ、該法律關係ノ存在又ハ不存在ヲ確認スルモノニ外ナラス。將來其法律關係カ消滅セサルヘキヤ又ハ發生セサルヘキヤヲ豫見シテ判決ヲ爲スモノニ非ス。故ニ、判決ノ確定力カ判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時マテニ提出セラレタル攻擊及ヒ防禦ノ方法、從テ此時ニ於ケル判決事實ニ關連シテ生スルヤ論ヲ俟タス。更ニ又(2)當事者カ、判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時マテニ、提出スルコトヲ得ヘキ攻擊方法又ハ防禦方法ヲ提出セサリシ場合ニハ、提出行爲ヲ懈怠シタルモノナルカ故ニ、後ニ至リ之ヲ追完スル權利ヲ失フコトハ云フヲ俟タス(一七三條)。從テ、起シタル請求ニ付キ、確定判決ヲ以テ裁判セラレタル後ニ至リ、其判決ニ接着スル口頭辯論ノ終結ニ至ルマテニ提出スルコトヲ得ヘクシテ提出セサリシ攻擊方法又ハ防禦方法ヲ提出シテ、該確定判決ノ既判力ヲ無視スコトヲ得サルヤ疑ヲ容レス。

是レ、確定判決ノ既判力ハ、判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時マテニ提出セラレタル攻擊方決及ヒ防禦方法(判決事實)、竝ニ其時マテニ提出スルコトヲ得ヘクシテ提出セラレサリシ攻擊方法及ヒ防禦方法ニ關連シテ生ストナス所以ナリ。學者カ略言シテ判決ヲ爲シタル時ニ關連シテ生スト云フモ(Wach, Vorträge z. Aufl. S. 135 Anm.)、亦此意味ヲ表彰スルモノニ外ナラス。此點ハ、明々白々、固ヨリ、議論ヲ俟タサル所ナルニ拘ハラス、實際ニ於テハ往々ニシテ顧慮セラルルノ嫌ナキニ非ス。故ニ冗長ヲ厭ハス分說スヘシ。

(一)　判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時　ト云フハ、一審判決カ確定シタル場合ニハ、其一審判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ヲ云ヒ、又控訴審ノ判決カ確定シタル場合ニハ、其控訴審ノ判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ヲ云フモノナリ。是レ、攻擊方法及防禦方法ハ、第一審ノ判決ニ接着スル口頭辯論ノ終結ノ時マテ提出スルコトヲ得ルノミナラス(二〇九條)、控訴審ニ於テ新ナル攻擊方法及ヒ防禦ノ方法ヲ提出スルコトヲ得ルカ故ナリ(四一五條四一七條)。反之上告審ノ判決カ確定シタル場合ニハ、不服ヲ申立テラレタル控訴審ノ判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ヲ云フモノタリ。是レ、上告裁判所ハ控訴裁判所カ其ノ裁判ノ憑據トシタル事實ヲ標準トシテ裁判ヲ爲スモノタルカ故ナリ(四四六條)。

又(イ)　證書訴訟若クハ爲替訴訟ニ於テ爲サレタル第一審ノ留保判決カ確定シタル場合ニハ、被告ハ爾後ノ手續(Nachverfahren)ニ於テ一切ノ防禦方法ヲ提出スルコトヲ得ルカ故ニ(四九二條)、爾後手續ニ於テ爲サレタル判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ依リテ決セサルヘカラス、反之(ロ)遲クレテ提出セラレタル防禦方法ヲ留保シタル控訴判決カ確定シタル場合ニハ(四二六條)、爾後ノ手續ニ於テハ其防禦方法ニ付キテノミ審理スヘキモノタルカ故ニ、此場合ニハ、留保判決ニ接着ス

ル口頭辯論終結ノ時ヲ謂フモノタリ(Falkmann, Zwangsvollstreckung 2 Aufl. Bd. I S. 392)。更ニ(ハ)請求ノ原因及ヒ數額ニ付キ爭アル場合ニ於テ、一審裁判所カ先ツ原因ヲ正當ナリトスル判決ヲ爲シ其一審判決カ確定シタル場合ニハ、數額ニ關スル辯論ニ於テハ、原因ノ存否ニ關スル攻擊方法ヲ提出スルコトヲ得サルカ故ニ、原因(卽請求權)ノ存否ニ付キテハ、原因ニ關スル判決ニ接着シタル口頭辯論終結ノ時ニ依リテ決スヘク、數額ニ關スル判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ依ルヘキニ非ス(Haas, in Gruchot Jahrg. 33 S. 345; Schmidt-Bardeleben, in Gruchot Jahrg. 47 S. 413—A. M. Franck ebenda S. 392 f.; Francke in Z. Z. P. Bd. 6 S. 86; Gaup-Stein, II b zu § 767 C. P. O.)。原因ニ關スル控訴審ノ判決カ確定シタル場合ニハ、其控訴審ノ判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ヲ云ヒ、上告審ノ判決カ確定シタルトキモ亦然カルコトハ前述ニ依リテ明ナリ。

(二) 裁判所ハ前掲ノ區別ニ從ヒ、判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時マテニ提出セラレタル攻擊方法及ヒ防禦方法ヲ斟酌シテ裁判スヘキモノタルヤ論ナキカ故ニ(二三〇條)、判決ノ既判力ハ此ノ時マテニ提出セラレタル攻擊及ヒ防禦ノ方法、從テ判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ於ケル判決事實ニ關連シテ生スルモノナルコトハ論ヲ俟タス。

(三) 更ニ、判決ノ既判力ハ、前掲ノ區別ニ從ヒ判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時マテニ、提出スルコトヲ得ヘクシテ而カモ提出セサリシ攻擊方法及ヒ防禦方法ニ關連シテ生スルモノタリ。何ントナレハ(1)前掲ノ區別ニ從ヒ、判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ至ルマテハ、當事者ハ各其攻擊方法並ニ防禦方法ヲ提出スルコトヲ得ルカ故ニ、苟クモ提出シ得ヘカリシ攻擊方法ヲ提出セサリシ場合ニハ、提出行爲ヲ懈怠シタルモノナリ。從テ、其訴訟行爲ヲ爲ス權利換言セハ該攻擊方法又ハ防禦方法ヲ提出スル權利ヲ失フカ故ナリ(一七三條)。更ニ(2)請求ノ異議ノ訴ニ關スル第五四五條ノ規定ニ依ルモ、亦同一ノ結論ニ達ス。同條ノ規定ニ依レハ、請求異議ノ訴ハ債務名義タル判決ノ正本ニ揭ケタル請求權カ消滅シ、債權者若ハ債務者カ其適格ヲ失ヒ又ハ履行期ノ猶豫アリタルニ拘ハラス、債務名義タル判決カ獨立シテ形式的ニ有スル執行力ヲ排除スル判決ヲ要求スル訴ニシテ、此ノ訴ノ訴訟物タルヘキ異議權ハ、前掲請求權ノ消滅、適格ノ喪失又ハ履行期ノ猶豫等カ、訴訟法ノ規定ニ從ヒ、「遲クトモ之ヲ主張スルコトヲ要スル口頭辯論ノ終結後」ニ生シタル場合ニ限リ、存スルモノナルコトハ同條第二項ノ規定スル所ナリ(本書二六一頁以下請求ニ對スル異議ノ訴參照)。此如ク、遲クトモ之ヲ主張スルコトヲ要スル口頭辯論ノ終結後ニ、執行スヘキ請求權カ消滅シタル等ノ場合ニ限リ、債務名義タル判決ノ執行力ヲ除クコトヲ得ルモノトシタル所以ハ他ナシ。右口頭辯論ノ終結前ニ請求權カ消滅シタル等ノ場合ニハ、被告ハ該口頭辯論ノ終結マテニ、請求權カ消滅シタルコト、當事者カ適格ヲ喪失シタルコト又ハ履行期ノ猶豫アリタルコトヲ示スヘキ防禦方法ヲ提出スルコトヲ得、從テ之ヲ提出セサリシハ懈怠ニシテ後ニ至リ之ヲ追完スル權利ヲ失フカ爲メナリ。

而シテ、第五四五條ノ規定ハ判決ノ執行力ニ關スル規定ニシテ、既判力ニ關スル規定ニハ非ス。然レドモ、本條ノ精神ハ之ヲ既判力ニ準用スヘキコトハ學說ノ認ムル所ナリ。換言セバ、確定判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時マテニ、提出スルコトヲ得ヘクシテ提出セナリシ攻擊方法又ハ防禦方法ニ基キテハ、該確定判決ノ既判力ノ援用ヲ免カルルコト能ハサルモノト云ハサルヘカラス（Wach, Vortrläge 2 Aufl. S. 138 ff.; Hellwig, Lehrbuch des deut. Civilprocessrechts Bd. I S. 187 u. bort Anm. 11; Derselbe, System, Bd. I 8 243 S. 806 f.; Oertmann, Archiv für civ. Praxis Bd. 109 S. 270; Gaup-Stein, VIII a zu § 323; Förster-Kann, Nr. 5 b zu § 322 C.p.O.）。

第三圖　前訴訟ニ於ケル確定判決ノ既判力ノ客觀的範圍

一、係爭持分拂戻請求ニ關スル前訴訟ニ於ケル大阪控訴院ノ確定判決ノ既判力ノ客觀的範圍ヲ、明ニセントセバ、該訴訟ニ於テ「超コシタル請求」カ何タルヤヲ見、更ニ該判決ノ主文ヲ以テ右請求ニ付キ爲シタル裁判ノ內容ヲ明ニセナルヘカラス（第二表第一目、六九一頁以下參照）。

（一）前訴訟ニ於テ超シタル請求、換言セバ前訴訟ノ訴訟物タリシ法律關係ハ何ソヤ。

判決事實ニ徵スルニ（本書六六九頁參照）、前訴訟ハ舊商法ノ規定ニ依ル某合資會社（丙）ノ退社長甲基及ヒ乙某カ原告トナリ、會社（丙）ヲ被告トシ、「原告等ハ明治三十七年十二月二十七日退社ノ承告ヲ爲シ翌三十八年七月二十二日被告會社ヨリ退社シタルコトヲ主張シテ、持分ノ拂戻ヲ請求」シタルモノナリ。――尤モ口頭辯論ニ於テ、原告等ハ之ヨリ先キ、明治三十六年七月ノ事業年度末ニ退社スヘキ旨ヲ、明治三十五年十二月中被告會社ニ通知シタル旨ヲ陳述シ、被告會社ハ其通知アリタルコトヲ認ムルノ陳述ヲ爲スト同時ニ、明治三十六年七月ノ事業年度末ニ於テ、被告會社ハ其通知アリハ資產ヲ超過シ、從テ持分ノ拂戻スヘキモノナキコトヲ抗辯シタルカ如シ。

右判決事實ノ記載ニ基キ、原告等ノ被告會社ニ對スル「前訴訟ニ於テ、超コシタル請求」卽チ訴訟物タル法律關係ヲ視ルニ、(1)前訴訟ハ共同訴訟ニシテ、共同訴訟ニ在リテハ各共同訴訟人ハ相手方（又ハ相手方ノ各）ニ對シテ各一請求ヲ主張スルモノナルカ故ニ（Hellwig, Lehrbuch des deut. Civilprozessrechts Bd. III S. 92）、本件ニ於テハ、原告甲某及ヒ乙某ハ被合會社ニ對シテ各々其請求ヲ超コシタルモノト解スヘク、從テ原告甲某カ訴訟物トセルハ「自己カ被告會社（丙）ヨリ退社シタルコトニ因リテ生シタリトスル持分拂渡請求權」ニシテ、又原告乙某カ訴訟物トセルハ「自己カ被告會社（丙）ヨリ退社シタルコトニ因リテ生シタリトスル持分拂渡請求權」ナリト云ハサルヘカラス。

夫レ、請求權ハ、(イ)權利者義務者、(ロ)給付及ヒ(ハ)其發生要件ニ依リテ其同一（Identität）ヲ認識スルコトヲ得、又之ヲ以テ足ルコトハ、認識論上疑ナキ所ニシテ、又學說ノ一致スル所ナリ（本書六八八頁參照）。而シテ、持分拂渡請求權ノ發生要件ハ舊商法第一二三條ノ明文ヲ改廢セサル限リ、社員ノ退社其自體ニシテ（前述第一欵第二項第一目本誌本號六八〇以下殊ニ六八二頁參照）、

又持分拂戻請求權ノ目的トスル給付ハ、退社ノ時ニ於ケル會社財產ニ對スル持分ノ拂戻ヲ求ムルニ在ルコトモ亦前述ノ如シ（前述第一欵第二項第二目六八五頁以下參照）【註五】。而シテ一社員ハ同一ノ會社ヨリ一度以上退社スル能ハサルコトハ、自明ノ公理タルカ故ニ、(a)退社ナル發生要件ヲ、他ノ法律要件ヨリ識別スルカ爲メニハ、社員ノ氏名ト會社トヲ表示スルコトヲ要シ又之ヲ以テ充分ナリトス。從テ其年度ヲ示スノ必要ナシ。更ニ(b)一社員カ同一會社ヨリ退社セル時期ハ、唯一ニシテ二ナキカ故ニ、退社ノ時ニ於ケル持分ノ內容ハ、確定不變ノモノナルコトモ亦前述ノ如シ（六八五頁及ヒ六八六頁參照）。

故ニ、前訴訟ニ於テ、原告甲某ハ「自己カ被告會社內ヨリ退社セルニ因リテ生シタリトスル持分ノ拂渡請求權」ヲ訴訟物トシ、原告乙某ハ「自己カ被告會社丙ヨリ退社セルニ因リテ生シタリトスル持分ノ拂渡請求權」ヲ訴訟物トスルモノニシテ、兩者共ニ、權利者義務者、給付及ヒ發生要件ヲ表示スルカ故ニ、(其持分拂渡請求權ノ存否卽請求ノ當否ハ暫ク別論トシ、)原告等ハ各其主張スル持分拂渡請求權ヲ明ニ他ノ法律關係ヨリ區別シテ其同一ヲ認識スルニ必要ニシテ且充分ナル標準ヲ示シタルモノト云ハサルヘカラス。從ス、原告等カ、初メハ明治三十七年十二月二十七日退社ノ豫告ヲ爲シ、因リテ翌三十八年七月二十二日退社シタリト云ヒ又タ後ニハ明治三十五年十二月被告會社ニ退社スヘキ旨ノ豫告ヲ爲シタリト云フカ如キハ、退社ノ理由ヲ示ス攻擊方法ヲ提出スルモノニ外ナラス。故ニ、原告等カ(イ)明治三十七年十二月二十七日退社ノ豫告ヲ爲シタリト云フ陳述ヲ變更シテ、明治三十五年十二月中退社ノ豫告ヲ爲シタリト云フ陳述ニ改メタリト解スルモ、訴ノ原因ノ變更ニ非ス。又(ロ)明治三十七年十二月二十七日退社ノ豫告ヲ爲シタルトノ陳述ヲ變更シテ、更ニ明治三十五年十二月中、退社ノ豫告ヲ爲シタリトノ陳述ヲ爲シタルモノト解スルモ、訴ノ原因ヲ追加スルモノニ非ス。是レ訴ノ原因ハ、同一認識說(Individualisierungstheorie)ニ依レハ、同一認識標準ニ依リテ明確ニセラレタル訴訟物タル法律關係其自體ニシテ、案件ニ於テハ甲又ハ乙カ被告會社丙ヨリ退社シタリト云フ發生要件ノ外、更ニ其目的タル給付ニ依リテ明確ニセラレタル持分拂戻請求其自體ニ外ナラス。又事實記載說(Substantierungstheorie)ニ依レハ、訴ノ原因ハ訴訟物タル法律關係ノ發生要件ヲ云ヒ、案件ニ於テハ甲又ハ乙カ被告會社(丙)ヨリ退社セルコト自體ニシテ、何レノ說ニ從フモ、退社ノ豫告其モノハ訴ノ原因ニ屬セサルカ故ナリ。

【註五】一退社員カ持分ノ拂渡又ハ拂戻ヲ請求スルニ當タリテハ、先ツ(イ)會社ニ對シテ、其總財產ヲ計算シ、從テ自己ノ持分ノ額ヲ明ニスヘキコトヲ請求シ、(ロ)右計算ニ依リテ持分カ積極的內容ヲ有スルコト明トナリタル場合ニハ、其持分ヲ拂渡又ハ拂戻スヘキコトヲ請求スルノ外ナシ、從テ本來二重ニ訴訟ヲ必要トスルモノタリ。故ニ一回ノ訴訟ニ依リテ、持分ノ拂渡又ハ拂戻ヲ命スル判決ヲ受ケントスル場合ニハ、或ハ(a)申立ノ一定ヲ缺クカ（卽チ先ツ持分ヲ計算シタル後、持分カ積極的ナル場合ニハ其持分ヲ拂戻スヘシト申立ツルトキ）、又ハ(b)推測額ヲ請求スルノ外ナシト雖モ、推測額カ實際ノ持分額ト一致セサルコトハ論ヲ俟タス。故ニ獨逸民事訴訟法ニ於テハ「計算ヲ爲スヘキコトヲ求ムル請求ト被告カ根本タル法律關係ニ基キ負フモノノ給付ヲ求ムル請求トヲ併合スル場合ニハ、原告ハ其計算カ爲サレ又ハ財產目錄カ提出セラ

ルマテ、其求ムル給付ノ一定ノ表示ヲ留保スルコトヲ得」ルモノトシタリ(同過民訴二五四條)。此規定ハ計算カ困難ナレ又ハ財産目録カ提出セラルルマテ、訴ノ申立カ不定ナルモ寧ロ妨クストナスモノニシテ(Helwig, Lehrbuch Bd. III S. 48 f.; System I S. 423; Kommentar II S. 348 f. P. O.)、二重訴訟ヲ防カントスルノ目的ニ出ツルモノタリ。伊牙利新訴訟法ニ於テモ「計算ヲ爲スヘキ給付ノ確定ヲ求ムル訴ニ於テハ、原告ハ被告カ其計算ヲ提出セサル場合ニ、確定センコトヲ求ムル計算書ヲ提出スルコトヲ得」ト規定シテ、實際ノ便宜ニ應セントシタリ(同法一三〇條、二項末段參照)。

(二) 前訴訟ニ於ケル確定判決ノ主文

判決事實ニ依ルニ、前訴訟ニ於ケル大阪控訴院ノ判決ハ、其主文ニ於テ「原告ノ請求ヲ棄却ス」ル旨ノ裁判ヲ爲シ、該判決ノ理由中ニ於テ、「明治三十七年十二月二十二日退社ノ豫告ヲ爲シ、因リテ明治三十八年七月二十二日退社シタリト爲ス持分請求訴訟ハ理由無」キ旨ヲ掲ケタリ。然カルニ、原告等ハ右判決ニ對シテ上告ヲ爲サヽリシカ爲メ、確定シタルモノノ如シ。吾人ハ、右確定判決カ生スヘキ既判力ノ客觀的範圍ヲ究ムルニ先チ、其當否ヲ批評スルノ要アルヲ覺エ。

(1) 前掲大阪控訴院ノ確定判決ノ理由ノ趣旨ハ、恐クハ「既ニ原告等カ明治三十五年十二月中退社ノ豫告ヲ爲シタルコトハ、被告ノ爭ハサル處ナルカ故ニ、原告等カ明治三十七年十二月二十二日退社ノ豫告ヲ爲シ、因リテ明治三十八年七月二十二日退社シタリト云フ主張ハ其理由ナシ」ト云フニアルモノノ如シ。而シテ退社シタル社員カ同一會社ヨリ更ニ退社シ得サルコトハ自明ノ理ナルカ故ニ、右ノ理由カ正當ナルコトハ論ヲ俟タス。然レトモ其理由ニ基キテ「原告等ノ請求ヲ棄却」シタルハ、誤判タルコト疑ヲ容レス。何トナレハ、本件訴訟ニ於テ、原告甲某及ヒ乙某カ被告會社ニ對シテ起シタル請求ハ自己等カ被告會社ヨリ退社シタルニ因ル持分ノ拂渡ヲ求ムルニ在リテ、其請求ノ原因ハ退社自體ナルコト並ニ明治三十七年十二月二十二日退社ノ豫告ヲ爲シタリト云ヒ若クハ明治三十五年十二月中ニ退社ノ豫告ヲ爲シタリト云フカ如キハ、退社ノ理由ヲ示ス攻擊方法タルニ過キサルコトハ前述ノ如シ(前述七〇六頁以下)。而シテ、原告等カ明治三十五年十二月中退社ノ豫告ヲ爲シタリト云フ事實ハ、被告モ亦爭ハサル處ナルカ故ニ、大阪控訴院ハ宜シク此事實ニ基キ(民訴一一一)、原告等カ明治三十六年事業年度末ニ被告會社ヨリ退社シタルコトヲ認メサルヘカラス。從テ、大阪控訴院ハ進ンテ明治三十六年事業年度末ニ於ケル、會社財産ノ狀況ニ付キ審理シ、該審理ノ結果、會社ノ積極的財産カ消極的財産ニ超過シ、從テ原告等ノ持分ノ內容カ積極的ナルコトヲ認メタルトキハ、被告ハ原告甲某及ヒ乙某ノ各ニ其持分ヲ拂渡スヘキ旨ノ判決ヲ爲ササルヘカラス。尤モ本件ニ於テハ原告等ハ訴ノ申立ノ不定ヲ避クルカ爲メ(民訴一九〇條二項三號)、其持分ノ額ヲ推測シテ訴ヘタルカ如タナルカ故ニ其推測額カ審理ノ結果ニ依リテ明トナリタル持分ノ額ニ達セサル場合ニハ、裁判所ハ被告ニ對シテ該推測額ノ拂渡ヲ命スルノ外ナシ(二三一條)。然カルニ、大阪控訴院カ事茲ニ出テスシテ、原告ノ請求ヲ棄却シタルハ明白ナル誤判ト云ハサルヘカラス。約言セハ社員(原告等)カ退社ノ豫告ヲ爲シタルコトハ自白ノ撤回ニ依リテ證據ヲ要セス、從テ其豫告ニ因

リ退社シタルコトハ之ヲ認ムヘキニ拘ハラス、持分ノ内容ヲモ調査セスシテ、直チニ持分拂戻請求ヲ理由ナシトシテ棄却スト云フカ背理ノ甚シキモノタルハ多言ヲ要セスシテ明ナリ。而シテ大阪控訴院カ斯ル見易キ誤謬ニ陷リタルハ、一ニ舊商法第一二三條第一項ノ規定ニ於テ（新商法第七一條亦同シ）、持分拂渡請求權ノ發生要件トセルハ退社其自體ナルコトヲ觀過シ、退社ナル法律上ノ效果ト其事由タル退社ノ豫告トヲ混同シ、從テ退社ノ豫告ヲ以テ直チニ持分拂渡請求權ノ原因（發生要件）ナルカ如クニ誤解シタルニ因ルモノト云ハサルヘカラス。

然カルニ、原告等ノ訴訟代理人モ亦、右判決ニ對シテ上告ヲ爲サス、依リテ之ヲ確定セシメタルハ「善良ナル管理者ノ注意」ヲ以テ、委任セラレタル法律事務ヲ行ヒタルモノト云フヲ得ヘキヤ頗ル疑ナキ能ハス。

(2) 右大阪控訴院ノ確定判決ハ誤判決ナルコト前述ノ如シト雖モ確定シタル以上ハ既判力ヲ生セサルヘカラス。而シテ、其既判力ハ(a)訴又ハ反訴ヲ以テ起シタル請求ニ付キ、判決ノ主文ヲ以テ裁判シタル範圍ニ於テ生シ、且(b)判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時マテニ提出シタル攻擊及ヒ防禦ノ方法、並ニ提出スルコトヲ得ヘクシテ提出セサリシ攻擊及ヒ防禦ノ方法ニ關連シテ生スルモノナルコトハ前述ノ如シ。

本件前訴訟ニ於テ(イ)原告等カ起シタル請求ハ、原告等カ被告會社ヨリ退社シタルニ因リテ生シタル持分ノ拂渡請求權ノ存在ヲ主張シ其拂渡ヲ求ムルニ在リテ、又大阪控訴審確定判決ノ主文ハ右『請求ヲ棄却』スルニ在リ。故ニ、右大阪控訴審ノ確定判決ハ原告甲某及ヒ乙某カ被告會社ニ對シテ、退社ニ因ル持分拂戻請求權ヲ有セサルコトヲ確認(feststellen)シ、此ノ範圍ニ於テ既判力ヲ生スルモノナルヤ疑ヲ容レス。加之(ロ)原告等ハ前訴訟ニ於テ(a)其退社ノ理由ヲ示スカ爲メ、獨リ明治三十七年十二月二十二日退社ノ豫告ヲ爲シタリト云フ事實ノミナラス、更ニ明治三十五年十二月中退社ノ豫告ヲ爲シタリト云フ事實ヲモ攻擊方法トシテ之ヲ提出シタルカ故ニ、右大阪控訴院ノ確定判決ノ既判力ハ獨リ明治三十七年十二月二十七日退社ノ豫告ヲ爲シタリト云フ事實ニ關連シテ生スルモノタリ。――又假令(b)原告等カ前訴訟ニ於テ明治三十五年十二月中退社ノ豫告ヲ爲シタリト云フ攻擊方法ヲ提出セサリシモノト假定スルモ、該攻擊方法タルヤ原告等ノ前掲大阪控訴院ノ確定判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時マテニ之ヲ提出スルコトヲ得タルコトニ疑ナキカ故ニ、右確定判決ノ既判力ハ提出スルコトヲ得ヘクシテ提出セサリシ攻擊方法卽チ明治三十五年十二月中退社ノ豫告ヲ爲シタリ」ト云フ攻擊方法ニ關連シテ生スルモノト解セサルヘカラス。換言セハ原告等カ前訴訟ニ於テ明治三十五年十二月中退社ノ豫告ヲ爲シタリトノ事實ヲ提出シタリトスルモ又ハ之ヲ提出セサリシトスルモ、之ヲ提出スルヲ得タルコトハ論ナキカ故ニ、原告等カ右攻擊方法ニ基キ前掲大阪控訴院ノ確定判決ノ内容ニ矛盾

スル判決ヲ要求スルヲ得サルコトニ疑ヲ容レス。

(5) 要之、前掲大阪控訴院ノ確定判決ハ、原告等カ被告會社ヨリ退社セルコトニ因ル持分拂戻請求權ノ不存在ヲ確認シ、且明治三十七年十二月二十七日退社ノ豫告ヲ爲シタリト云フ攻擊方法並ヒニ明治三十五年十二月中退社ノ豫告ヲ爲シタリト云フ攻擊方法ニ關連シテ、其既判力ヲ生スルモノタリ。

熟々案件訴訟ヲ視ルニ、苟クモ明治三十六年ノ事業年度末ニ於ケル被告會社ノ財產狀況ニシテ、積極的財產カ消極的財產ニ超過シ、從テ原告等ノ會社財產ニ對スル持分ノ內容ニシテ積極的ナランカ、原告等ハ被告會社ニ對シテ退社ニ因ル持分拂渡請求權ヲ有スヘキ理ナリ(舊商法第一二三條)。故ニ、前掲大阪控訴院ノ確定判決カ、原告等ノ請求ヲ棄却シ、依リテ原告等ハ持分拂渡請求權ヲ有セストシタルハ、頗ル法的感想ニ反スル嫌ナキニ非ス。然リ、不當認定判決(Unrichtiges Urtheil)カ確定シタルトキハ、存在スヘキ權利カ存在セストセラレ又ハ存在セサルヘキ權利カ存在ストセラルルカ爲メニ、常ニ此感想ヲ生スルコトヲ免レス。然レトモ、確定判決カ既判力ヲ有スルハ、其內容カ實體的眞實(Wahrheit)ニ合スルカ爲メニ非ス。苟クモ、確定判決ノ內容カ實體的眞實ニ合セサル場合ニハ、其內容ノ當否ヲ爭ヒ、更ニ新訴訟ニ依リテ、前ノ確定判決ニ牴觸スル判決ヲ受クルコトヲ得ルモノトセンカ、復タ後ノ確定判決ノ當否ヲ爭ヒテ新訴ヲ起シ、之ニ牴觸スル判決ヲ受クルヲ得ルコトヲ認メサルヘカラサルニ至リ、窮極スル所ヲ知ラス。其結果(イ)法律關係ノ安固(Rechtssicherheit)ハ固ヨリ之ヲ期スルコトヲ得サルノミナラス、(ロ)司法機關ノ威嚴モ失墜シ、又司法事務モ澁滯シテ遲捗スルコトナシ。到底司法制度ノ破產ニ終ラサルヲ得ス。故ニ、少數ノ場合ニ於テハ、不當認定判決カ法律關係ヲ紊ルノ虞ナキニ非スト雖モ、法律關係ノ安固カ一般ニ期セラルルコトヲ得ス又司法制度カ破產ニ終ルノ外ナシト云フ弊害ニ比較スルトキハ、輕重大小固ヨリ日ヲ同クシテ論スヘキニ在ラサルカ故ニ、不當認定判決ニモ亦既判力(確定力)ヲ認ムルモノナルコトハ、現代ノ學者ノ一致スルナリ。不當認定判決ノ既判力ヲ以テ「已ムヲ得サルノ弊害」(notwendige Uebel, necessary Evil)ナリトスルハ、頗ル善ク箇中ノ意味ヲ表ハスモノタリ(Stein, Bindende Kraft S. 5 f.; Hellwig, Wesen u. subjektive Grenzen der Rechtskraft S. 10 f.; Derselbe, System Bd. I S. 777; Gaupp-Stein, II zu §322; Seuffert, Nr. 1 zu § 322 C. P. O.)。然レハ、司法官ハ、宜シク事實ノ認定ヲ愼重ニシ、法ノ解釋適用ヲ詳ニシ、以テ不當認定判決ノ發生ヲ防カサルヘカラス。既ニ、不當認定判決ヲ生シタル後ニ於テ、所謂「案件ノ性質」ニ基キ、不當認定判決ノ既判力ヲ無視セントシテ、姑息ノ手段ヲ講スルカ如キハ、偶々以テ法律關係ノ安固ヲ害シ、司法機關ノ威嚴ヲ失墜シ、司法制度ノ破綻ヲ暴ハスノ危險ヲ伴ヒ得ヘキモノナルコトヲ注意セサルヘカラス。

第二項　既判力ノ抗辯

第一目　既判力ノ抗辯一班

一　既判力ノ抗辯トハ、訴又ハ反訴ノ申立ヲ以テ(之ヲ擴張シ若クハ變更スル申立、中間確認ノ訴ノ申立等亦同シ)訴訟物トセラレタル法律關係ニシテ且確定判決ノ主文ヲ以テ裁判セラレタルモノカ、當事者ヲ同クスル將來ノ訴訟ニ於テ、更ニ訴訟物トセラレ又ハ攻擊方法若クハ防禦方法トシテ援用セラレタル場合ニ於テ、相手方カ該法律關係ノ存在又ハ不存在ニ付キテハ、確定判決ノ內容ニ矛盾スル裁判ヲ爲ス能ハサルコトヲ主張スル抗辯ヲ謂フモノタリ。

故ニ、既判力ノ抗辯ノ當否ヲ判斷スルニハ、(イ)新訴訟ニ於テ、訴訟物トセラレ又ハ攻擊方法若クハ防禦方法トシテ援用セラレタル法律關係カ、前訴訟ニ於ケル確定判決ノ主文ヲ以テ裁判セラレタル法律關係ト同一ナルヤ否ヤ、又(ロ)同一ノ法律關係ナリトスル場合ニハ、更ニ該確定判決ニ接着スル口頭辯論終結後ニ生シタル事實ニ基キ、其法律關係ノ存在又ハ不存在ニ付キ、確定判決ノ認ムル所ニ反スル主張ヲ爲スモノニ非サルヤ否ヤヲ檢セサルヘカラス。――而シテ、(イ)前訴訟ノ確定判決ノ主文ヲ以テ裁判シタル法律關係カ、新訴訟ニ於テ訴訟物トセラレ又ハ攻擊方法若クハ防禦方法トシテ援用セラレ(法律關係ノ同一)、而カモ該確定判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時マテニ、提出セラレタル事實若クハ提出スルコトヲ得ヘクシテ提出セサリシ事實ニ基キ、該法律關係ノ存在又ハ不存在ニ關シ、確定判決ノ內容ニ牴觸スル裁判ヲ要求セントスルモノナルトキハ、既判力ノ抗辯ハ理由アリト云ハサルヘカラス。反之、(ロ)新訴訟ニ於テ、(a)訴訟物トナシ又ハ攻擊方法若クハ防禦方法トシテ援用シタル法律關係カ、確定判決ノ主文ヲ以テ裁判シタル法律關係ニ非サルトキ(法律關係ノ不同)、又ハ(b)法律關係カ同一ナル場合ニ於テモ、該確定判決ニ接着スル口頭辯論終結後ニ生シタル事實ニ基キ、其法律關係ノ存在又ハ不存在ニ付キ確定判決ノ認ムル所カ最早適合セサルコトヲ主張スル場合ニハ既判力ノ抗辯ハ理由ナシト云ハサルヘカラス。

而シテ、新訴ニ於テ訴訟物トセラレ又ハ攻擊方法若クハ防禦方法トシテ援用セラレタル法律關係カ、果タシテ確定判決ノ主文ヲ以テ裁判セラレタル法律關係ト同一ナリヤ又ハ別異ナリヤハ、法律關係カ其同一(Identität)ヲ認識セラルヘキ標準ニ依リテ決セサルヘカラス。(イ)物權其他ノ支配權ハ、主體(權利者)、目的物(又ハ客體)、及ヒ其權利ノ種類ニ依リテ、其同一ヲ認識スルコトヲ得又之ヲ以テ充分ナリトス。尤モ擔保權ニ在リテハ右標準ノ外、尙ホ擔保セラルル債權ヲ表示セサルヘカラス。反之(ロ)債權其他ノ請求權及ヒ形成權ハ、主體(權利者義務者)、給付又ハ形成セラルヘキ法律上ノ效果、及ヒ其權利ノ發生ニ必要ナル法律要件(Thatbestand)ニ因リテ、其同一ヲ認識スルコトヲ得又之ヲ以テ足ル(Hellwig, Lehrbuch Bd. I S. 258 u. III S. 12 f.; System Bd. I S. 310. 尙ホ本書五七頁以下「訴ノ原因ヲ論ス」及同處引用學說參照)。故ニ、問題タル法律關係カ物權其他ノ支配權ナルヤ、又ハ請求權若クハ形成權ナルヤニ依リ、右ノ標準ニ從ヒテ同一ナルヤ別異ナルヤヲ認識シ、

因リテ既判力ノ抗辯ノ當否ヲ判斷セサルヘカラス。

二　然レハ、本件大審院判決ニ於テ、「一事再理ノ抗辯ハ、判決ノ主文ニ於テ是認シ又ハ否認シタル請求ニ付キ、更ニ訴ヲ提起シタルニ對シ提出シ得ヘキモノナリ。「一事再理ノ抗辯ハ、前訴ト後訴ノ當事者カ同一ナルコトノ外、請求ノ同一ナルコト卽請求ノ目的及ヒ原因ノ同一ナルコトヲ要ス」(判旨第一點後段)トシタルハ不精確、不充分ナルヲ免レスト雖モ、大體ニ於テハ正當ナリ。(1)既判力ノ抗辯ヲ目シテ一事不再理ノ抗辯ト稱スルハ誤マレルノミナラス【註一】、(2)既判力ノ抗辯ハ、確定判決ノ主文ヲ以テ裁判セラレタル法律關係カ、單ニ後訴ノ訴訟物トセラレタル場合ノミナラス、後訴ニ於テ攻擊方法若クハ防禦方法トシテ主張セラルルトキ、殊ニ訴訟物タル權利ニ對スル先決問題トシテ主張セラレ又ハ抗辯トシテ主張セラレタル場合ニ於テモ、爲スヲ得ルモノナルコトハ疑ヲ容レス。更ニ(3)確定判決ニ接着スル口頭辯論終結後ニ生シタル事實ニ基キ、該確定判決ヲ以テ存在ヲ認メラレタル法律關係カ消滅シタルコト又ハ不存在ヲ認メラレタル法律關係カ發生シタルコトヲ主張スル場合ニハ、假令同一ノ法律關係ニ關スルトキト雖モ、既判力ノ抗辯カ理由ナキコトハ疑ヲ容レス。此如ク、右判旨ニハ不精確且不充分ナル點ナキニ非スト雖モ、大體ニ於テハ正當ナリト云フヲ妨ケス。

【註一】既判力ノ抗辯ハ一事不再理ノ抗辯トハ同一ナラス。羅馬ノ Formula 訴訟法ニ於ケルカ如ク、一法律關係ニ付キ一タヒ訴ヲ提起スルトキハ、其法律關係ニ關スル訴權(actio)カ消耗セラルトナス主義(訴權消耗主義 Konsumtionstheorie)ヲ採ル法制ニ於テハ、一旦訴ヲ提起シタルトキハ、其訴ニ付キ判決アリタルト否トヲ問ハス、訴權ハ全然消耗スルカ故ニ、重ネテ訴ヲ提起スルコトヲ得サルニ至ル、是レ一事不再理ノ名アル所以ナリ(vgl. Keller-Wach, Der römische Civilprocess § 60 f.。然レトモ、訴權消耗主義ハ既ニ Justinian 帝時代ノ羅馬訴訟法ニ於テハ之ヲ認メス。現代ノ訴訟法ニ於テモ亦然カリ。現代ノ訴訟法ニハ於テハ、假令確定判決ヲ以テ裁判セラレタル法律關係ト雖モ、更ニ之ヲ訴訟物トシテ再訴ヲ爲スコトヲ妨ケス。又再訴ヲ受ケタル裁判所ハ、該法律關係ノ存否ニ付キ裁判スルコトヲ要スト雖モ、該確定判決ノ內容ニ拘束セラレ(既判力)、從テ之ニ抵觸シタル裁判ヲ爲スコトヲ得サルノミ (Wach-Laband, Rechtskraft S. 76; Hellwig, Anspruch u. Klagrecht S. 162 f.; Seuffert, Nr. 2 zu § 322 C. P. O.——尙ホ仁井田博士「判決ノ既判力」內外論叢三卷二四一頁以下參照)。

第二目　係爭事件ニ於ケル既判力ノ抗辯ノ當否

一　原告甲某及ヒ乙某カ被告會社(丙)ニ對シテ起シタル持分拂渡請求ノ前訴訟ニ於テ、爲サレタル大阪控訴院ノ確定判決カ生スヘキ既判力ノ客觀的範圍ハ、吾人カ既ニ研究シタル所ナリ。而シテ、其結果ハ

『右大阪控訴院ノ確定判決ハ、(イ)原告甲某及ヒ乙某カ、被告會社ヨリ退社セルコトニ因ル持分拂戾請求ノ存在セサルコトヲ確認セル範圍ニ於テ既判力ヲ生シ、更ニ(ロ)其既判力ハ、甲某及ヒ乙某カ明治三十七年十二月二十七日退社ノ豫告ヲ爲シタリト云フ攻擊方法並ニ明治三十五年十二月中退社ノ豫告ヲ爲シタリト云フ攻擊方法ニモ關連シテ生ス』

ト云フニ在リタリ(本書七一一頁以下參照)、而シテ、本件持分拂戾請求訴訟ハ、原告甲某及ヒ乙某カ

同一ノ被告會社(丙)ニ對シ、明治三十五年十二月二十七日退社ノ豫告ヲ爲シ翌三十六年七月二十二日退社シタリトシテ、持分ノ拂渡ヲ請求スル訴訟ニシテ、被告會社ハ前掲大阪控訴院ノ確定判決ニ基キ既判力ノ抗辯ヲ爲シタルモノナリ(本書六七〇頁參照)。故ニ、本件ニ於ケル既判力ノ抗辯ノ當否ハ、(1)本件訴訟ノ訴訟物タル持分拂渡請求權ハ前訴訟ニ於ケル大阪控訴院ノ確定判決ノ主文ヲ以テ裁判シタル持分拂渡請求權ト同一ニ非サルヤ。又(2)同一ナリトスル場合ニハ、明治三十五年十二月二十七日退社ノ豫告ヲ爲シタリト云フ攻擊方法ハ、前訴訟ニ於ケル大阪控訴院ノ確定判決ニ接着スル口頭辯論ノ終結後ニ生シタル攻擊方法ナルヤ否ヤヲ明ニスルトキハ直チニ解決スルコトヲ得。

(一)　兩訴訟ニ於ケル持分拂渡請求權ハ同一ナリヤ。

持分拂渡請求權カ請求權ニシテ、從テ權利者義務者、目的タル給付及ヒ發生要件ニ依リテ其同一ヲ認識セラルヘキモノナルコト、並ヒニ其發生要件ハ「社員ノ退社」其自體ニシテ、又一社員ハ同一ノ會社ヨリ一度以上退社スルコトヲ能ハサルカ故ニ、同一會社ヨリスル同一社員ノ退社ハ唯一ニシテ二アルコトヽ得ス。更ニ、持分拂渡請求權ハ、退社員カ會社財產ニ對シテ有スル持分ノ拂渡ヲ請求スルモノナリト雖モ、退社ノ時期ハ唯一ニシテ二アルコトナキカ故ニ、其時ニ於ケル會社財產從テ之ニ對スル持分ノ內容カ確定不動ノモノナルコトハ前述ノ如シ(本書六八〇頁以下、六八五頁以下參照)。

而シテ、前訴訟ハ社員甲某及ヒ乙某カ被告會社(丙)ニ對シ、退社ニ因ル持分ノ拂渡ヲ請求スル訴訟ニシテ、本件新訴訟モ亦、同一ノ社員甲某及ヒ乙某カ同一被告會社(丙)ニ對シ、退社ニ因ル持分ノ拂渡ヲ請求スル訴訟ナリ。兩訴訟ノ訴訟物ヲ爲セル拂渡請求權ハ、其權利者及ヒ義務者ヲ同クシ、其發生要件ヲ同一ニシ(等シク、社員甲某及ヒ乙某ノ被告會社ヨリスル退社ナリ)、又其目的タル給付ヲ同クス(等シク、社員甲某及ヒ乙某カ被告會社ヨリ退社セル時ニ於ケル其持分ノ拂戻ナル給付ナリ)、從テ兩訴訟ノ訴訟物ヲ爲セル持分拂渡請求權カ同一ナルコトハ疑ヲ容ルルノ餘地ナシ。

(二)　然ラハ、進ンテ、本件原告等ハ、前訴訟ニ於ケル大阪控訴院ノ確定判決ニ接着スル口頭辯論終結後ニ生シタル攻擊方法(事實)ニ基キ、同一ノ持分拂渡請求權ニ關シ、確定判決ノ內容ニ抵觸セル主張ヲ爲スモノナルヤヲ視ルニ、

本件原告等ハ既ニ前訴訟ニ於テ、其退社ノ理由ヲ示スカ爲メ、初メハ明治三十七年十二月十二日退社ノ豫告ヲ爲シタル旨ノ攻擊方法ヲ提出シタリト雖モ、後ニハ明治三十五年十二月中退社ノ豫告ヲ爲シタル旨ノ攻擊方法ヲモ提出シタルコトハ判決事實ノ示ス所タリ(本書六六九頁)。然カルニ、原告等カ本件新訴訟ニ於テ、其退社ノ理由ヲ示スカ爲メ提出シタル攻擊方法ハ、等シク明治三十五年十二月二十七日退社ノ豫告ヲ爲シタリト云フニ過キス。從テ此ノ攻擊方法カ(イ)既ニ前訴訟ニ於テ提出シタル攻擊方法ナルコトヲ認ムルニ難カラス。假リニ、一歩ヲ讓リ(ロ)前訴訟ニ於テ

ハ、提出セサリシ攻撃方法ナリト假定スルモ、前訴訟ニ於ケル大阪控訴院ノ判決ニ接着スル口頭辯論ノ終結ノ時カ明治三十八年七月以後ナルコトハ論ナキカ故ニ（判決書ノ記載ヨリハ精確ナル時ヲ知ルコトヲ得ス）、此時ニ至ルマテニ提出スルコトヲ得タル攻撃方法ナルコトハ疑ヲ容レス。故ニ提出行爲ノ懈怠ニ因リ、提出スル權利ヲ喪失シタルモノト云ハサルヘカラス（一七三條）。

約言セハ、本訴訟ニ於テ主張セル攻撃方法、即『明治三十五年十二月二十七日退社ノ兼告ヲ爲シタリ』ト云フ攻撃方法ハ、前訴訟ニ於テ既ニ提出シタル攻撃方法（少クモ提出スルコトヲ得可クシテ提出セサリシ攻撃方法）ニシテ、前訴訟ニ於ケル大審院及控訴院ノ確定判決ニ接着セル口頭辯論ノ終結後ニ生シタル攻撃方法ニハ非ス。故ニ本件原告等カ、右攻撃方法ニ基キ、前訴訟ニ於テ爲サレタル確定判決ノ内容ヲ否認セントスルハ不當ナリト云ハサルヘカラス。

（三）　要之（イ）原告甲某及ヒ乙某カ、被告會社（丙）ニ對シテ起シタル本權持分拂戻請求訴訟ハ、前訴訟ニ於ケル大阪控訴院ノ「請求棄却」ノ確定判決ニ因リ、不存在ヲ確定セラレタル持分拂渡請求權ヲ以テ、更ニ訴訟物トナスモノニシテ、兩訴訟ニ於ケル持分拂渡請求權カ同一ナルコトハ疑ヲ容レス。更ニ（ロ）新訴訟ニ於テ、原告カ提出セル攻撃方法ハ、前訴訟ニ於テ提出セラレタル攻撃方法ナリ、少クモ提出セラルルコトヲ得ヘクシテ提出セラレサリシ攻撃方法ナリ。前訴訟ニ於ケル大阪控訴審ノ判決ニ接着スル口頭辯論ノ終結後ニ生シタル攻撃方法ニハ非ラス。故ニ、（ハ）原告等ノ新訴ハ、同一ノ法律關係ニ關シ、然カモ既ニ提出シタル攻撃方法ニ基キ、前訴訟ニ於ケル大阪控訴院ノ確定判決ノ既判力ヲ無視セントスルモノニシテ其不當ナルコトハ論ナク、從テ本件被告カ提出シタル既判力ノ抗辯カ正當ナルコトハ寸毫ノ疑ヲ容ルヘキ餘地ナシ。

二　上來ノ所述ニ依リ、本件持分拂渡ノ新訴訟ニ於テ爲サレタル既判力ノ抗辯カ正當ナルコトハ疑ヲ容ルヘキ餘地ナシ。然カルニ、本件大審院判決ハ、右既判力ノ抗辯ヲ理由ナシトシタリ。其不當ナルヤ論ヲ俟タスト雖モ、暫ク判旨ノ理由（本書六七六頁以下參照）ニ付キ批評スヘシ。

（一）　判旨第一點　前段ノ正當ナルコト及ヒ後段ハ不正確且不充分ナルヲ免レスト雖モ、大體ニ於テ正當ナルコトハ前述ノ如シ（本書六九七頁以下及七一六頁參照）。

（二）　判旨第二點　ハ、判旨第三點乃至第四點ノ大前提ヲ爲スモノニシテ、抽象的ニ適用セラルヘキ法理ヲ宣言シタルモノナリ。

(1)　前段　ニ於テ（イ）『請求ノ原因トハ實體法ニ從ヒ請求ヲ生セシムルニ適スル實體的事實ヲ云フ』モノナリト云フハ、請求權ノ原因ハ實體法ノ規定ニ依リ、其請求權ノ發生ニ必要ナル法律要件（Thatbestand）ヲ云フモノナリトスノ意義ニ於テハ正當ナリ。然レトモ、之ト同時ニ忘却スヘカラサルコトハ、請求權ノ發生要件ハ、其請求權ヲ認ムル當該ノ法條ノ規定スル所ニシテ、恣意ヲ以テ之ヲ變更スルヲ得ス。從テ、持分拂渡請求權（若クハ持分拂戻請求權）ノ發生要件ハ舊商法第一二三

條(若クハ新商法第七一條)ノ規定ニ準據シテ定ムヘキコト之レナリ。(ロ)第二點前段ニ於テハ更ニ、「民事訴訟法第一九〇條第二項ニ訴狀ノ要件トシテ掲ケタル請求ノ原因トハ、此意味ニ於テ具體的ニ特定シタル請求ノ原因ニ外ナラス」ト云ヘリ。判旨ハ所謂事實記載說(Substantierungstheorie)ノ立場ヨリシテ、訴訟法第一九〇條第二項第二號ヲ解セントスルモノナリ。吾人ハ之ニ反シ、現行訴訟法ニ於ケル訴狀ノ意義ニ考ヘ、同號ノ規定ハ「訴訟物タル法律關係ノ表示」換言セハ同一認識ノ標準ニ依リテ明確ニセラレタル、訴訟物タル法律關係(Individualisiertes Rechtsverhältniss)ヲ記載スヘキコト尙ホ「當事者ノ表示」(同條同項一號)ニ於ケルト異ナルコトナシ(同一認識說 Individualisierungstheorie)トスルモノタリ(本書五七頁以下「訴ノ原因ヲ論ス」參照)。然レトモ、此點ニ付キテハ暫ク論及セス、是レ訴訟物カ請求權タル場合ニハ、兩說何レニ從フモ實際ノ結果ニ於テハ大差ナシ。同一認識說ニ依ルモ、請求權ノ同一ヲ認識スルカ爲メニハ、權利者義務者及ヒ目的タル給付ヲ示スノ外、尙ホ其發生要件ヲ示スコトヲ要スルカ故ニ、事實記載說ヲ採ル者カ、所謂「請求原因」トシテ、直チニ請求權ノ發生要件ヲ記載スヘシトスルト、理由ニ於テハ異ナレリト雖モ實際ノ結果ニ於テハ大差ナキカ故ナリ——何レノ見解ニ從フモ、一發生要件ハ更ニ之ヲ他ノ發生要件ヨリ區別シテ認識シ得ルカ如クニ表示スレハ(Individualisierung)足レルコト、從テ發生要件ノ理由ヲ示スヘキ事實(Thatsache)ヲ示ス要ナキコトハ疑ヲ容レス。是レ、請求ノ理由ヲ示スヘキ事實ノ如キハ、攻擊方法トシテ口頭辯論ニ於テ提出スルコトヲ要シ(一一〇條二項一一一條二〇九條四一五條四一七條)從テ訴狀ニ之ヲ記載スルモ、苟クモ口頭辯論ニ於テ之ヲ提出セサルトキハ、裁判所ハ該事實ヲ斟酌シテ裁判ヲ爲スコト能ハサルカ故ナリ(二三二條二三六條二號「口頭演述云云」參照)。故ニ、判旨ニ謂フ所ノ「具體的ニ特定ス」ト云フカ、(a)「一發生要件ヲ他ノ發生要件ヨリ識別シ得ヘキ標準ニ依リテ特定ス」ト云フニアラハ正當ナリト雖モ、(b)後述判旨第三點ニ於テモ現ハルルカ如ク、「發生要件ノ理由ヲ示スヘキ記載ニ依リテ特定ス」ト云フニアラハ、誤解ナルコトハ勿論、到底思想ノ錯亂ト云ハサルヘカラス。一發生要件ヲ他ノ發生要件ヨリ區別シテ其同一(Identität)ヲ認識スルト一發生要件(殊ニ發生要件自體カ法律上ノ效果ヨリ成ル場合ニ然リトス)ノ理由ヲ示ス(Begründung)トハ、全然別箇ノ觀念ナルカ故ニ、兩者ヲ混同シテ、「理由ヲ示スニ依リテ特定ス」ト云フカ思想ノ錯亂タルヤ疑ヲ容レサルカ故ナリ(本書六八九頁以下參照)。判旨第三點以下ノ誤判ニシテ、其原因ヲ茲ニ胚胎ストセハ、吾人ハ大審院カ斯ル見易キ區別ヲ判別シ得スシテ、遂ニ其思想ノ混亂ヲ暴ハセルヲ遺憾トセサルヲ得ス。

(2) 判旨第二點後段　ニ於テハ、「前訴ト後訴ト請求ノ原因タル具體的事實カ相異ナルニ於テハ、其法律上ノ觀念ハ一ニ歸スルモ、其請求原因ヲ以テ彼是同一ナリト云フヲ得ス」ト云ヘリ。第二點前段後半「理由ヲ示スコトニ依ツテ特定ス」ト云フ思想ノ錯亂ヲ承ケタルモノニシテ無稽ノ言ナリ。

請求ノ原因ヲ解シテ、請求權ノ發生ニ必要ナル法律要件ナリトシ、更ニ斯ル法律要件ハ該請求權ヲ認ムル法文ノ規定ニ準據シテ決スヘキモノタルコトヲ知ラハ、同一ノ法文カ同一請求權ノ發生要件ヲ數樣ニ規定スルコトヲ認メントスルカ如キハ、到底荒唐無稽ト云ハサルヲ得ス。判旨ハ結局、一ノ法律要件ハ其理由ヲ付スル方法ノ異ナルニ從ヒ、別異ノ法律要件トナルトスル誤謬ニ陷リタルモノニシテ、法律要件ハ法文ノ定ムル所ナルコトヲ忘却シタルニ因ルモノタリ。

(三) 判旨第三點　ハ、判旨第二點ヲ持分拂戻請求ニ適用シタルモノニシテ、「理由ヲ示スコトニ依リテ特定ス」ト云フ思想ノ錯亂ハ、愈々其形跡ヲ明ニスルニ至タレリ。

判旨ニ曰ク、『退社ト云フノミニテハ、請求原因ニ屬スル退社事實ノ表示ヲ盡シタルモノニアラス、從テ未タ請求ノ原因ヲ完全ニ表示シタルモノト爲スニ足ラス。――退社ニハ豫告、除名等ノ事由アルカ故ニ、當該事由ニ從ヒ具體的ニ退社事實ヲ表示シ、之ヲ特定スルコトヲ要ス』ト。然レトモ、(イ)舊商法第一二三條第一項並ニ新商法第七一條ノ規定ニ於テ、持分拂渡（又ハ拂戻）請求權ノ發生要件トナスモノカ、「社員ノ退社」自體ナルコトハ前ニ詳述シタル如シ（本書六八〇頁以下）。而シテ、(ロ)一社員ハ同一ノ會社ヨリ一度以上退社シ能ハサルコトハ、自然人ハ一度以上死亡シ得サルト一般、自明ノ公理ナルカ故ニ、社員某カ某ノ會社ヨリセル退社ト云フ場合ニハ、其退社ヲ特定スルニ必要ニシテ且充分ナルコトハ疑ヲ容レス。從テ、某社員カ某會社ヨリ退社セルニ因リテ生シタル持分拂渡（又ハ拂戻）請求權ト云フトキハ、其持分拂戻請求權ノ原因（卽發生要件）ヲ、必要ナル限リ充分「具體的ニ表示シテ且之ヲ特定」シタルモノナリ、其同一ヲ認識シ之ヲ他ノ退社ヨリ區別スルコトヲ得セシメタルモノナリ。從テ(ハ)『豫告、除名等ノ事由ヲ示シテ、退社ヲ表示シ之ヲ特定ス』ト云フカ誤マレルコトハ寸毫ノ疑ヲ容レス。(a)退社ノ理由ヲ付スルハ(Begründung)、其退社ヲ他ノ退社ヨリ識別スル所以ニ非ス。「理由ヲ付シテ特定ス」ト云フハ思想ノ系統ヲ異ニセル二ノ觀念ヲ同一ノ思想系統ニ屬セシムルモノニシテ、到底思想ノ錯亂タルヲ免レサルコトハ前ニ述ヘタルカ如シ（本書六八九頁以下及ヒ七二三頁以下）。更ニ(b)同一社員ノ同一會社ヨリスル退社ノ事由ナルモノカ併存シ得サルコトモ亦前ニ述ヘタルカ如シ（本書六八四頁）。

要スルニ、一社員カ同一會社ヨリ、事由ヲ異ニスルニ從ヒ一度以上死亡シ得サルト一般、自明ノ公理ナリ。而シテ、舊商法第百二三條並ニ新商法第七一條ノ規定ハ、社員ノ退社自體ヲ以テ、持分拂渡請求權ノ發生要件トナス。退社ノ事由タル豫告、除名等ヲ以テ直チニ持分拂戻請求權ノ發生要件ト爲サス。從テ、一社員カ同一ノ會社ニ對シテ、退社ノ事由ヲ異ニスルニ從ヒ、多數ノ持分拂戻請求權ヲ有スル能ハサルコトハ疑ヲ容レス。

(四) 判旨第四點

（イ）前段　ハ判旨第三點ノ思想ヲ進メ、『均シク豫告ニ因ル退社ナルモ、前後二回ノ豫告ヲ爲シタル事實アリテ、前ノ豫告ニ因ル退社ヲ原因トスルト、後ノ豫告ニ因ル退社ヲ原因トスルトハ請求ノ原因ヲ異ニスルモノト云フヘシ』トナス。右判旨ニ於テハ（イ）持分拂戻請求權ノ原因カ退社ナルコトハ明ニ之ヲ認ムルカ故ニ、此點ニ付キ論スルノ要ヲ見ス。然カルニ（ロ）年度ヲ異ニスルニ從ヒ、同一社員ノ同一會社ニ對スル退社ノ豫告（告知）カ二回以上存シ得トスルハ既ニ誤マレルノミナラス（本書六八三頁參照）、更ニ（ハ）一方ニ於テハ持分拂戻請求權ノ原因ハ退社ニシテ、退社ノ豫告ハ單ニ退社ノ原因タルニ過キス、從テ持分拂渡請求權ノ原因ニ非サルコトヲ認ムルニ拘ハラス、他方ニ於テハ又同時ニ、退社ノ豫告ヲ以テ直チニ持分拂渡請求權ノ原因ナルカ如クニ考ヘ、從テ同一社員カ同一會社ニ對シ時ヲ異ニシテ退社豫告ヲ爲スニ從ヒ、多數ノ別箇ノ持分拂渡請求權ヲ取得ストナスハ、同一瞬時ニ於テ黑ナリトシ又白ナリトスルモノニシテ、自家撞着ノ甚シキモノト云ハサルヘカラス。更ニ、

(2)　判旨第四點後段　ニ於テ、『退社ノ時期ノ異ナルニ從ヒ持分ノ價値ノ異ナルコト』ヨリシテ『豫告ヲ爲ス時期ノ異ナルニ從ヒ、持分拂戻請求權ノ原因ノ異ナルコト』ヲ推論セントセルハ、沒常識、沒論理ト云ハサルヘカラス。（イ）同一社員ハ同一會社ヨリ一度以上退社スルコト能ハサルカ故ニ、同一社員カ同一會社ヨリ退社スル時期ハ唯一ニシテ二アルコトナシ。從テ一社員ノ退社ノ時ニ於ケル持分ノ額カ異ナリ得ヘキ理由アルコトナシ。更ニ（ロ）持分ノ額カ異ナルコトヨリシテ、持分拂渡請求權ノ原因カ異ナルコトヲ歸納セントスルカ如キハ、論理ヲ沒却スルニ非サレハ、思索シ得サルコトナルコトハ、既ニ詳述シタル所ナリ（本書六八七頁以下）。

（五）　判旨第五點　ハ、第四點ニ於テ、時ヲ異ニシテ退社ノ豫告ヲ爲スニ因リ、別異ノ多數ノ持分拂渡請求權アリトスル結果ノ非理ヲ救濟セントスル趣旨ニ出ソルモノニシテ、（イ）『前ノ豫告ニ因ル退社ヲ原因トスル訴ト、後ノ豫告ニ因ル退社ヲ原因トスル訴トヲ同時ニ提起スルカ如キハ、實際ニ於テハ殆ント生スルコト無カルヘシ』ト爲ス。然レトモ判旨ノ認ムルカ如ク、果シテ豫告ノ時カ異ナルニ從ヒ、同一社員カ同一會社ニ對シテ多數ノ別異ノ持分拂渡請求權ヲ有スルコトヲ得ルモノタランカ、同時ニ其別異ノ持分拂渡請求權ヲ訴求シ得サル理由アルコトナシ。又（ロ）既ニ『同時ニ之ヲ請求スルモ權利拘束ノ抗辯ヲ爲シ得ス』トセハ『一ノ訴ニ於テ勝訴判決ヲ得レハ、』何カ故ニ『他ノ訴ハ理由ナキニ歸スルヤ』其理由ヲ解スルヲ得ス。蓋シ『持分ハ二重ニ之ヲ請求スルコトヲ得スト』云フニ依ルモノナルヘシト雖モ、持分ヲ二重ニ請求シ得サルハ、持分拂渡請求權ノ發生要件ハ退社ニシテ、同一社員ハ同一會社ヨリ一度以上退社スルコトヲ得サルカ爲メナリ。若シ、夫レ判旨ノ認ムルカ如ク退社ノ事由カ異ナルニ從ヒ、更ニ又豫告、除名等ニ在リテハ時ヲ異ニスルニ從ヒ、果シテ多數ノ持分拂渡請求權ヲ生シ得ルモノタラハ、二重ニモ亦三重ニモ持分ノ拂戻ヲ請求シ得ヘキニ

非スヤ。故ニ判旨第五點ハ偶々以テ判旨第二點乃至第三點ニ於ケル主張カ誤マレルコトヲ自認セルコトヲ示スモノト云ハサルヘカラス。

（六）判旨第六點　ニ於テハ(1)『一タヒ或ル事由ニ因リ退社シタランカ再ヒ退社ノ事實ヲ生スルコトヲ得ス。從テ一タヒ持分拂戻請求ノ發生シタル後ニ於テハ再ヒ發生スルコトナシ』ト云ヘリ。右判旨ハ持分拂渡請求權ノ發生要件カ社員ノ退社ニシテ、又同一ノ社員ハ同一ノ會社ヨリ一度以上退社シ得サルコトヲ認ムルモノニシテ正當ナリ。然カルニ又(2)直チニ『是唯前訴ニ於テ既ニ退社ヲ認メ、持分拂戻ノ請求ヲ容レタル場合ニ於テ、後訴ニ於ケル持分拂戻ノ請求ヲ却下スヘキ理由トナルニ過キスシテ、前訴ノ判決カ其確定力ヲ後訴ニ及ホスニ非ス』トナセリ。（イ）判旨ハ夫レ、退社ニ因ル持分拂戻請求權ノ存在ヲ認ムル確定判決カ、既判力ヲ生セサルコトヲ認メントスルモノナルヤ(!!!)。持分拂戻請求權ノ發生原因カ社員ノ退社ナルコトヲ認ムル以上ハ、一社員カ一ノ會社ヨリ退社シタルコトヲ原因トスル持分拂渡請求訴訟ニ於テ勝訴判決ヲ受ケタル後、更ニ同一會社ヨリスル退社ヲ原因トスル持分拂渡請求訴訟ヲ起シタル場合ニハ、裁判所カ前訴ノ確定判決ノ既判力ニ依リテ覊束セラルヘキコトハ、民事訴訟法第二四四條ノ明文上疑ヲ容ルル餘地ナシ。故ニ判旨ニ於テ「判決カ其確定力ヲ後訴ニ及ホスニ非ス」ト云フハ、理由ナキ暴斷ト云ハサルヘカラス。（ロ）後訴ノ裁判所ハ前訴ニ於ケル確定判決ノ既判力ニ覊束セルルヤ論ナシト雖モ、原告ハ同一ノ持分拂渡請求權ニ付キ再ヒ確定判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益ナキカ故ニ其請求ヲ棄却セラルルモノタルニ過キス。

（七）要之、本件大審院判決ハ、（イ）舊商法第一二三條（若ハ新商法第七一條）ノ規定カ、持分拂戻請求權ノ發生要件トスル所ノモノハ、「社員ノ退社」ニシテ、退社ノ事由タル豫告、除名等ニ非サルコトヲ充分ニ理解セス。更ニ（ロ）同一ノ社員ハ同一ノ會社ヨリ一度以上退社シ得スト云フ自明ノ公理ヲ忘レ、從テ又退社ヲ表示シ、之ヲ特定スルニハ社員カ何人ニシテ、會社カ何レナルヤヲ示セハ必要ニシテ充分ナルコトニ想倒セス。『退社ノ理由ヲ示シテ、之ヲ特定ス』ト云フカ如キ、思想ノ錯亂ニ陷リタルカ爲メ、其判旨第二點乃至第六點カ、思想ノ錯亂ニ非サレハ、論理ヲ沒却スルモノタリ、然ラサレハ又自家撞着ニ陷ラサルモノナシト云フカ如キ、支離滅裂ノ結果ニ到達シタルハ吾人ノ大ニ遺憾トスル所ナリ。

吾人私カニ惟フ、大審院判事諸氏カ、斯クノ如キ不當且不似合ノ判決ニ達セラレタルハ、恐クハ所謂『案件ノ性質』ニ顧ミ、前訴訟ニ於ケル大阪控訴院ノ誤判決（不當認定判決）ニ基ク結果ヲ救濟セラレントシタルカ爲メニ非ルカト。然レトモ、不當認定判決カ既判力ヲ生スルコトハ「已ムヲ得サルノ弊害」トシテ認ムヘキモノナルコトハ前ニ述ヘタルカ如シ。到底各場合ノ事情ニ基キテ、之ヲ糊塗彌縫スヘキモノニ非ラス。大審院判事諸氏カ下級審裁判所ニ示サルヘキハ、（イ）事實ノ認定ハ之ヲ愼重ニシ、法文ノ解釋及ヒ適用ハ之ヲ詳ニシ、依リテ不當認定判決ノ發生ヲ防止スヘキコト

ニ在リ、決シテ(ロ)不當認定判決ノ結果ヲ彌縫シ、一方ニ於テハ安シテ不當認定判決ヲ爲スノ弊ヲ助長シ、他方ニ於テハ法律關係ノ安固ヲ害シ、司法、機關ノ威嚴ヲ損シ、從ツテ司法制度ノ破綻ヲ來タスヘキ虞ヲ國民ニ抱カシムルニ非ルヤ喋々ヲ俟タサルナリ。

第三款　餘　論

（社員ノ退社ニ因リ會社ノ解散ヲ來タス場合ニ於ケル持分拂戻請求）

一　上來ノ所述ニ於テハ、吾人ハ係爭事件ニ於ケル被告合資會社カ四名以上ノ社員ヨリ成リ、從テ社員甲某及ヒ乙某ノ同時退社ニ因リ、會社ノ解散ヲ來タササルコトヲ前提シテ、大審院判決ヲ評スルニ止メタリ。然レトモ、若シ案件ニ於ケル被告合資會社ニシテ、社員甲乙及ヒ丙ノ三名ヨリ成レルモノタランカ、社員甲及ヒ乙ノ退社ニ因リ、被告會社ハ當然解散スルカ故ニ（商法七四條五號參照）、更ニ此見地ヨリシテ、前訴訟並ニ本件訴訟ニ於ケル判決ヲ評スルノ餘地アリ。

（一）社員ノ退社ニ因リ、同時ニ會社ノ解散ヲ來タス場合ニハ、其社員ハ該會社（清算中ノ會社）ニ對シテ殘餘財產ノ分配ハ之ヲ請求スルコトヲ得ト雖モ、退社ニ因ル持分ノ拂戻ヲ請求スルコトヲ得ヘキ理由ナシ。

蓋シ(1)　舊商法第一二三條又ハ商法第七一條ニ於テ、退社員ハ會社ニ對シテ其持分ノ拂渡又ハ拂戻ヲ請求スルコトヲ得ト云フハ、其社員ノ退社ニ因リテ、會社ノ解散ヲ來タササル場合ヲ視ルモノタリ。換言セハ、持分拂戻請求權ノ發生ニ必要ナル法律要件ハ、(イ)社員ノ退社セルコト及ヒ(ロ)其退社ニ因リテ會社カ解散セサルコトナリト解ササルヘカラス。是レ、社員ノ退社ニ因リ同時ニ會社ノ解散ヲ來タス場合ニハ、清算手續ニ因ルコトヲ要シ（舊商法一二九條商法八六條）、從テ、清算手續トシテ會社債權ヲ取立テ、會社債務ヲ辨濟シタル後、尙ホ殘餘財產ヲ生シタルトキハ、初メテ之ヲ社員ニ分配スルコトヲ得ルモ（舊商法一三〇條一三二條一三三條新商法九一條九五條）條未タ會社債務ヲ辨濟セサルニ當タリ持分ヲ社員ニ拂戻スコトヲ得サルカ故ナリ。約言セハ、社員ノ退社ニ因リテ會社ノ解散ヲ來タササル場合ニハ、商法持分拂戻ノ規定ヲ適用スヘキナリト雖モ、社員ノ退社ニ因リテ同時ニ會社ノ解散ヲ來タス場合ニハ、解散ニ關スル規定從テ清算ニ關スル規定ヲ適用セサルヘカラス。恰モ、毆打ニ依リテ他人ヲ傷害シタルニ止マル場合ニハ傷害罪ニ關スル刑法ノ規定ヲ適用スヘキナリト雖モ、若シ其他人カ之ニ因リテ直チニ死亡シタル場合ニハ殺人ニ關スル刑法ノ規定ヲ適用スルト異ナルコトナシ。畢竟一ハ社員ノ退社ニ因リテ會社ノ解散ヲ生セス、他ハ退社ニ因リテ同時ニ會社ノ解散ヲ生シ、法律要件異ナルカ故ニ、各法律要件カ生スヘキ特別ナル法律上ノ效果ヲ研究スルモノタルニ外ナラヌ。——或ハ云フヘシ、社員カ退社シタルトキハ之ニ因リテ直チニ持分拂戻請求權ヲ取得ス。故ニ、其退社ニ因リ同時ニ會社ノ解散ヲ來タシタル場合ニ於テモ、該退社員

ハ清算手續ニ於テ、其持分拂戻請求權ヲ、會社債權トシテ行フコトヲ得ヘシト。然レトモ、此見解ハ、退社員カ退社ニ因ル持分ノ拂戻ヲ請求スルコトヲ得ルハ、其退社ニ因リテ會社ノ解散ヲ來タササル場合ニ限ルコト、恰カモ傷害罪ノ規定ヲ適用スヘキハ、被害者カ毆打ニ因リテ直チニ死亡セサル場合ニ限ルト一般ナルコトヲ忘レタルモノニシテ、謬見ト云ハサルヘカラス。更ニ又

(2) 會社カ解散シタルトキハ、清算ノ目的ノ範圍內ニ於テノミ存續シ、從テ其範圍內ニ於テノミ法人格ヲ有スルモノタリ(舊商法一三〇條乃至一三三條新商法八四條)。然カルニ、清算ノ目的ノ範圍ハ現務ヲ結了シ、會社債權ヲ取立テ且其債務ヲ辨濟シ、殘餘財產ヲ生シタルトキハ之ヲ社員ニ分配スルニ在リ(商法施行法三五條三八條從テ新商法九一條)。故ニ、(イ)社員ノ退社ニ因リテ同時ニ會社ノ解散ヲ來シタル場合ニ於テモ、仍ホ其社員ニ退社ニ因ル持分ヲ拂戻スヘシトスルハ、會社債權ヲ取立テ、會社債務ヲ辨濟スルニ先チ、會社財產ノ評價額ニ依リテ退社員ノ持分ヲ定メ、且會社債權者ニ先チ若クハ之ト競合シテ、其持分ヲ拂戻スヘシトスルモノニシテ、清算ノ目的ノ範圍外ニ在ルモノト云ハサルヘカラス。故ニ、社員ノ退社ニ因リ同時ニ會社ノ解散ヲ來タシタル場合ニ於テ、其退社員カ、清算中ノ會社ニ對シテ、持分ノ拂戻ヲ請求スルハ、清算ノ目的ノ範圍外ニ在ル給付卽チ法律上論理的ニ不能ナル給付ヲ求メントスルモノニ外ナラス。且(ロ)清算人ハ會社債務ヲ辨濟シタル後ニ非サレハ會社財產ヲ社員ニ分配スルコトヲ得ス(舊商法一三三條新商法九五條)。而カモ右ノ禁止ハ罰則ニ依ル制裁ヲ課シテ强行スル所タリ。卽チ、清算人カ右ノ禁止ニ違背シタル場合ニハ、舊商法ニ在リテハ、貳拾圓以上貳百圓以下ノ過料ニ處セラレ、又新商法ニ在リテハ拾圓以上千圓以下ノ過料ニ處セラル(舊商法二六〇條二號、新商法二六二條一二號)。故ニ、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、其社員カ清算中ノ會社ニ對シテ、退社ニ因ル持分ノ拂戻(現在ノ給付)ヲ請求スルハ、罰則ニ依リテ强行セラルル禁止規定ニ違背シ、會社財產ノ評價額ニ依リテ持分ヲ拂戻サンコトヲ要求スルモノニシテ、違法ト云ハルヘカラス。

(3) 要之、社員ノ退社ニ因リ會社ノ解散ヲ來タシタル場合ニ於テ、其社員カ清算中ノ會社ニ對シテ、退社ニ因ル持分ノ拂戻ヲ請求スルハ、(a)清算ノ目的ノ範圍外ニ在リ、從テ法律上論理的ニ不能ナル給付ヲ求メ、且(b)罰則ニ依リテ强行セラルル禁止的規定ニ違背スヘキコトヲ求ムルモノニシテ、到底其理由ナキモノト云ハサルヘカラス。

(二) 上述ノ如ク、社員ノ退社ニ因リ同時ニ會社ノ解散ヲ來タス場合ニハ、其退社員ハ會社ニ對シテ殘餘財產ノ分配ハ之ヲ請求スルコトヲ得ルモ、退社ニ因ル持分ノ拂戻ハ之ヲ請求スルコトヲ得サルカ故ニ、案件ニ於ケル舊商法上ノ合資會社ニシテ、甲、乙、丙ナル三人ノ社員ヨリ成ルモノトセンカ、前訴訟ニ於ケル大阪控訴審ノ確定判決並ニ本件大審院判決ハ更ニ此見地ヨリシテ誤判決タルヲ免レサルモノト云ハサルヘカラス。卽チ、

(1) 前訴訟ニ於テハ、大阪控訴院ハ退社シタル甲某及ヒ乙某カ被告會社ニ對シテ、持分拂戻請求權ヲ有セサル旨ヲ裁判シタリト雖モ、其理由トスルハ、時ヲ異ニシテ退社ノ豫告ヲ爲シタル場合ニハ、右ノ豫告カ請求ノ原因ヲ爲スカ如クニ考エ、從テ後ノ豫告ヲ原因トスル持分請求ハ理由ナシトシタルモノニシテ、社員ノ退社ニ因リ同時ニ會社ノ解散從テ清算ヲ來タス場合ニハ、其社員ハ殘餘財產ノ分配ヲ請求スルヲ得ルニ止マリ、退社ニ因ル持分ノ拂戻ヲ請求スルヲ得サルコトヲ理由トシタルモノニアラス。又

(2) 本件大審院判決ハ、上來所述ノ如ク被告會社ノ既判力ノ抗辯ヲ棄却シテ、結局被告會社ニ對シテ、退社シタル社員甲某及ヒ乙某ニ其持分ヲ拂戻スヘキコトヲ命シタル判決ナリ。然レトモ、上述ノ見地ヨリスルトキハ、大審院ハ社員甲某及ヒ乙某ノ退社ニ因リテ、被告會社カ解散シタルコト、從テ又清算中ニ在ルヘキコト若クハ在ルコトヲ斟酌セサルヘカラス。是レ被告會社ニシテ、苟クモ清算中ニ在ル場合ニハ、原告等カ被告清算中ノ會社ニ對シテ、殘餘財產ノ分配ヲ請求スルハ格別ナリト雖モ、會社債權者ニ先チ又ハ之ト競合シテ、未タ會社債務ヲ辨濟セサルニ當リ、持分ノ拂戻ヲ請求スルハ其理由ナキカ故ニ、大審院ハ此ノ趣旨ニ基キ、原判決ヲ破毀シ、事件ヲ差戻シ又ハ移送スル判決ヲ爲スヘカリシカ故ナリ。

或ハ云フヘシ、被告會社ニシテ現ニ清算中ニ在ルモノトスルモ、苟クモ被告カ清算中ナル旨ヲ主張シテ、持分ノ拂戻ヲ爲スヲ得サル旨ノ抗辯ヲ爲ササル限リハ、裁判所ハ此點ヲ斟酌シテ裁判スルコトヲ得サルニ非スヤ(辯論主義)ト。然レトモ、被告合資會社カ社員甲、乙、丙ノ三人ヨリ成レルコト並ニ甲及ヒ乙カ同時ニ退社シタル旨カ陳述セラレタル場合ニハ、裁判所ハ此事實ニ基キテ、該會社カ解散シタルコトヲ認メサルヘカラス。此如キハ、社員カ一人ト爲リタルトノ事實ニ基キ、會社カ解散シタルコトヲ結論スルモノニシテ、法律問題ニ屬シ(新商法七四條五號參照)、裁判所ノ固ヨリ知悉スヘキ事項タリ(jura novit curia 二一九條反對解釋)。而シテ會社ハ解散スルトキハ、破產ノ場合ヲ除ク外、清算手續ヲ爲スヘキコトハ舊商法第一二九條ノ認ムル所ナリ(尙ホ新商法八六條)。故ニ苟クモ裁判所ニ於テ會社ノ解散ヲ認ムヘキ場合ニハ、裁判所ハ其會社カ清算中ニ在ルヤ否ヤヲ釋明セサルヘカラス(一一二條)。而シテ當事者カ右釋明ニ對シ清算中ナル旨ノ陳述ヲ爲シ且之ヲ立證シタル場合ニハ、裁判所ハ原告等カ殘餘財產ノ分配ヲ請求スルハ格別ナリト雖モ、持分拂渡ヲ請求スルハ其理由ナキモノト爲ササルヘカラサルハ前述ノ如シ。

要スルニ、(イ)社員カ一人トナレル旨ノ陳述アリタル場合ニ於テ、會社カ解散ヲ來タセルコトニ注意セス、從テ清算中ニ在ルヤ否ヤヲ釋明セサルハ、職責ヲ完フシタルモノト云フヲ得ス。更ニ又(ロ)清算中ナル旨ノ陳述アリタル場合ニ於テ、之ヲ斟酌セスシテ持分ノ拂戻ヲ命スルカ如キハ、誤マレリト云フヘシ。加之、

二　清算中ノ會社ニ對シ、退社ニ因リテ解散ヲ來タセル社員ニ、其持分ヲ拂戻スヘキコトヲ命スル判決ノ如キハ、假令確定シ且再審ノ訴ヲ以テ其廢棄ヲ求ムルコトヲ得サルニ至リタル場合ニ於テモ、仍ホ其內容ニ適合セル效力ヲ生スルコト能ハス、卽此意義ニ於テ無效ナリト云ハサルヘカラス。何トナレハ、(イ)社員ノ退社ニ因リ同時ニ會社ノ解散、從テ清算ヲ來タシタル場合ニ於テ清算中ノ會社ニ對シ、其社員ニ、退社ニ因ル持分ノ拂渡又ハ拂戻ヲ命シタルカ如キハ、清算ノ目的ノ範圍ニ屬セス、從テ法律上論理的ニ不能ナル給付ヲ命スルモノニシテ、且(ロ)清算中ノ會社（從テ清算人）ニ對シ、罰則ニ依リテ强行セラルル禁止規定ニ違背スヘキ事項ヲ命スルモノナルハ前述ノ如シ。然カルニ、不能ナル事項ヲ命シ又ハ强行規定ノ目的ニ反スル事項ヲ命スル判決ノ如キハ、假令確定シ且再審訴訟ニ依リテ廢棄セラレサルモ、其內容ニ適合スル效力ヲ生セス卽チ無效ナルカ故ナリ。此點ニ付キテハ、吾人嘗テ詳論シタル所ナルカ故ニ(本書「裁判ノ無效」五四五頁以下殊ニ五五一頁以下並ニ同處引用學說參照)、重ネテ贅セス。

三　要之、社員ノ退社ニ因リテ會社ノ解散ヲ來シタル場合ニ於テ、(1)其社員カ解散シ從テ、清算中ニ在ル會社ニ對シテ、退社ニ因ル持分ノ拂戻ヲ請求スルハ、法律上論理的ニ不能ナル給付ニシテ且强行法規ノ禁止セル給付ヲ求ムルモノニシテ、其理由ナキハ云フヲ俟タス。然カルニ若シ(2)裁判所カ誤マリテ、清算中ノ會社ニ對シテ、右退社員ニ持分ノ拂戻ヲ爲スヘキ旨ヲ命スル判決ヲ爲シタルトキハ、假令其判決カ確定シ且再審ニ依リテ廢棄スルコトヲ得サル場合ニ於テモ、該確定判決ハ無效ナリ。換言セハ、其內容ニ適合スル效力ヲ生スルコトヲ得ス、故ニ(イ)該確定判決ハ持分拂戻請求權ノ存在ニ付キ既判力(確定力)ヲ生スルコトヲ得ス。又(ロ)執行力ヲ生スルコトヲ得ス。故ニ若シ、原告等カ右確定判決ヲ執行セントシテ執行文ヲ受ケタル場合ニハ、債務者ハ執行文ノ付與ニ對スル異義ヲ以テ(五二二條)、該執行文ノ廢棄ヲ求ムルコトヲ得サルヘカラス。是レ、執行文ハ執行力アル判決其他ノ債務名義ニ限リ付與セラルヘキモノナルカ故ナリ (Wach, in Rhein. Zschr. Jahrg. III S. 400 a. a. O. 尙ホ前揭「裁判ノ無效」殊ニ五六二頁以下參照)。

一七　請求ノ豫備的併合及ヒ選擇的併合

緒言

一　二以上ノ請求カ互ニ相排斥シ、一請求ニシテ理由アル場合ニハ、他ノ請求ハ總テ理由ナク又一請求カ理由ナキ場合ニハ他ノ請求ハ理由アリ得ヘシト云フ現象ハ、法律生活ニ於テ、屢々見ル所タリ。然カルニ、(1)民事訴訟法ニ於テハ處分主義(Dispositionsprincip)ヲ認メ、申立テサル事物ハ裁判所之ヲ當事者ニ歸スルコトヲ得ス、(二三一條)、卽チ主張セサル請求ニ付キテハ裁判スルコトヲ得サルモノトシ、又辯論主義ヲ認メ、當事者ノ陳述セサル事實ハ之ヲ斟酌スルコトヲ得ス且原則トシテハ當事者ノ提出セサル證據方法ハ證據調ヲ爲スコトヲ得サルモノトシタリ。故ニ、私人ニシテ若シ民事訴訟ニ依ル救濟ヲ受ケントセハ、一定ノ請求ヲ爲シ、其請求ノ理由タル事實ヲ陳述シ、且必要ナル場合ニハ、該事實ヲ立證セサルヘカラス。

然カルニ、(1)事實ハ頗ル錯雜ニシテ、法律生活上生スル現象モ亦然リ。從テ、社會上若クハ經濟上ノ關係ニ於テハ同一ナル事實ト雖モ、民事訴訟上ノ救濟ヲ仰カンカ爲メ該事實ニ關シ、一定ノ請求ヲ起サントスルニ及ヒテハ、當事者ハ勿論、法曹家タル訴訟代理人ト雖モ、仍ホ何レノ見解ニ

依ルヘキカニ付キ、惑フ所ナキコトヲ得サル場合アリ。又假令、當事者若クハ其代理人ニ於テハ、起スヘキ請求ニ付キ惑フ所ナシトスルモ、裁判所カ果シテ其見地ヲ頒ツヘキヤニ付キ確信ヲ抱ク能ハサル場合モ亦少カラス。且(2)民事訴訟ニ依ル救濟ヲ受ケントシテ、請求ヲ起サントスル者ハ、其請求ノ理由タル事實ヲ主張シ（主張責任）又必要ナル場合ニハ其事實ヲ立證セサルヘカラス（擧證責任）。詳言セハ、請求トシテ、法律關係ノ存在ヲ主張スル者ハ、主張責任並ヒニ擧證責任ノ分配ニ關スル訴訟上ノ原則ニ依ルモ、少クモ其法律關係ノ發生ニ特別ナル法律要件ヲ構成スル一切ノ事實(specifische begründende Thatbestand)ヲ主張シ、必要ナル場合ニハ之ヲ立證セサルヘカラス【註一】。然レトモ、發生ニ特別ナル法律要件ヲ構成スル事實ト雖モ、尙ホ之ヲ證明スルノ困難ヲ感スルコト少シトセス、從テ、發生要件タル事實ヲ立證シ易スキ請求ヲ爲サントスルカ如キ形勢ナキニ非ス。又假令、發生要件タル事實ヲ立證スルカ爲メ、或ル證據方法ヲ提出シ得トスルモ、裁判所カ該證據方法ニ依リテ、該事實ノ眞ナルコトヲ認ムヘキヤニ付テハ、當事者又ハ訴訟代理人ハ必シモ常ニ充分ノ確信ヲ有スルコトヲ得ス。――此等ノ事情ニ依リ、民事訴訟上ノ救濟ヲ仰カントスル原告又ハ其代理人ハ、社會上及ヒ經濟上ノ關係ニ於テハ、同一視スヘキ事項ニ關シ、一請求ヲ起スヘキヤ又ハ他ノ請求ヲ起スヘキヤヲ決スルニ付キ困難ヲ感スル場合決シテ少カラス。我國ノ實際ニ於テハ、斯ル場合ニハ、先ツ一ノ請求ヲ主張シテ訴ヲ起シ、該訴訟ニ於テ若シ敗訴ノ判決ヲ受ケ、其カ確定シタルトキハ、更ニ他ノ請求ヲ主張シテ訴ヲ起シ、右確定判決ノ理由中ニ於テ爲サレタル裁判ヲ利用センコトヲ期スルモノノ如シ。然レトモ、先ツ一請求ニ關スル訴訟ニ於テ敗訴ノ危險ヲ犯シ、該判決カ確定シタル後、更ニ他ノ請求ヲ主張シテ訴訟ニ代ル救濟ヲ求メントスルカ如キハ、獨リ該請求ヲ起サントスル原告ニ不便ニシテ且訴訟上ノ救濟カ遲延スルノ結果ヲ生スルノミナラス、相手方タル當事者並ニ司法機關ニ於テモ亦、二重乃至數重ノ訴訟ニ於テ防禦ヲ講シ又ハ審理及ヒ裁判ヲナスノ煩勞ヲ免レス。到底民事訴訟ニ依ル救濟ヲ迅速且廉價ニ行ハレシメントスル所以ニ非ス。

然カルニ、前揭ノ不便並ニ弊害ハ、請求ノ豫備的併合(Eventualklagehäufung)ニ依ルトキハ、大半之ヲ除クコトヲ得。詳言セハ、一箇ノ訴ヲ以テ、二箇又ハ二以上ノ請求ヲ豫備的(eventuell)ニ併合シ、裁判所ニ於テ第一位ノ請求(Principalod. Hauptanspruch)ヲ理由ナシト認メラルル場合ノ爲メニ第二位ノ請求(Eventualanspruch)ヲ爲シ、又第二位ノ請求ヲ理由ナシト認メラルル場合ノ爲メニ第三位ノ請求ヲ爲ス等先順位ノ請求カ理由ナシトセラルル場合ニハ、遞次、次順位ノ請求ニ付キ判決アランコトヲ要求スルコトヲ得ルモノトナストキハ、一箇ノ訴訟ニ於テ、互ニ相排斥シ且順位ヲ異ニスル數箇ノ請求ニ付キ同時ニ辯論及ヒ裁判ヲ爲スコトヲ得、上訴審ニ於テモ亦然リ。從テ、先ツ第一位ノ請求ニ付キ訴訟ヲ爲シ、該訴訟ニ於テ敗訴ノ判決ヲ受ケ、其カ確定シタル場合ニハ、更ニ第二位ノ請求ヲ主張シテ別ノ訴訟ヲ起シ、該訴訟ニ於テモ敗訴シ且其判決カ確定シタル場合ニハ、

更ニ第三位ノ請求ニ付キ別ノ訴訟ヲ爲ス等遞次、後順位ノ請求ニ付キ、別訴訟ヲ爲スノ煩累ヲ避クルヲ得ヘキハ固ヨリ疑ヲ容レス。――我國ノ實際ニ於テハ、二箇以上ノ請求ヲ豫備的ニ併合シ、之ト共ニ各請求ニ該當スル訴ノ申立ヲ豫備的ニ結合シテ訴ヲ起ストキハ、不定ノ申立ヲ爲スモノ若クハ訴ノ申立ヲ條件付ニ爲スモノナリト解セントスルニヤ、請求ヲ豫備的ニ併合シタル實例モ無ク又訴ノ申立ヲ豫備的ニ結合シタル實例モ無シ、從テ判例ニ於テモ、未タ其適否ヲ裁判シタルモノ無キカ如シ。然レトモ、請求ノ豫備的併合自體ハ固ヨリ適法ニシテ（一九一條）、訴ノ申立ノ豫備的結合モ亦適法ナリ、不定ノ申立ヲ爲スモノニモ、亦訴ノ申立ヲ條件付ニ爲スモノニモアラス。獨逸ノ學說及ヒ判例ニ於テモ、請求ノ豫備的併合ニ並訴ノ申立ノ豫備的結合ノ適法ナルコトハ、大體ニ於テ一致スル所ナリ。

吾人カ本篇ヲ草セントスルノ目的ハ、請求ノ豫備的併合(Eventualklagehäufung)並ニ訴ノ申立ノ豫備的結合(Eventualanträge)ハ啻ニ現行訴訟法上適法ナルノミナラス寧ロ現行訴訟法ノ奬勵スル所ナルコトヲ明ニシ、其審理及ヒ裁判ニ關スル一班ヲ察シ、以テ實際家諸氏ノ一考ヲ煩ハサントスルニ在リ。若シ夫レ請求ノ豫備的併合及ヒ訴ノ申立ノ豫備的結合ニシテ利用セラレンカ、之ニ依リテ幾多ノ不便ヲ避ケ且無用ノ手數、費用及ヒ日子ヲ節約シ得ルノミナラス、幾多ノ裁判ノ牴觸ヲ避ケ得ヘキコトハ吾人ノ確信シテ疑ハサル所ナリ。故ニ、請求ノ豫備的併合ヲ利用スルハ民事訴訟制度ノ使命ヲ完フシ、其理想ヲ實現スルノ一端ニシテ、切ニ實際家諸氏ノ一考ヲ希望セサルヲ得サルナリ。

【註一】主張責任及ヒ擧證責任ハ之ヲ當事者双方ニ分配スルニ非サレハ、衡平ノ要求ト相容レス。從テ、之ヲ分配スヘキモノナルコトハ、學說及ヒ實際ノ一致スル所ナリト雖モ、如何ナル原則ニ依リテ分配スヘキヤハ、古來議論ノ岐カルル所ナリ。(一)「消極的事實ハ立證スル(Negative Thatsache) コトヲ要セス」トニフハ、無ハ證明スルコト能ハストニフ思想ニ基クモノニシテ羅馬法以來認メラレタル所ナリ。然レトモ、消極的事實卽無ト雖モ、間接證據法(人爲的證據法)ニ依ルトキハ、證明スルコトヲ得サルニ非ス。故ニ此說ハ漸ク其勢力ヲ失フニ至レリ。(二)現時ニ行ハルル學說トシテハ、(獨逸民法制定以後唱導セラルルニ至リタル法規分類說ナリ。卽チ私法法規ヲ、其用語若クハ文體並ニ編別上ノ位置等ニ依リテ、原則的規定及ヒ例外的規定若クハ特別規定ニ分類シ、原則的規定ノ援用ヲ求ムルモノハ其法文ノ要件トスル事實ヲ主張シ且之ヲ立證スヘク又例外的規定ノ援用ヲ求ムルモノハ、該規定ノ要件トスル事實ヲ主張シ且立證スヘシトナスナリ。――此說ハ獨逸民法制定ノ由來ニ關連スルモノタリ。獨逸民法第一草案ニ於テハ、總則篇ニ擧證責任ノ分配ヲ規定シタル數條ノ規定ヲ設ケタルモ、第二草案制定ノ際ニハ擧證責任ノ分配ヲ一般的ニ定ムルハ困難ナリ且假令一般的ノ原則ヲ設クヘキモノトスルモ、其ハ民事訴訟ニ讓ルヘシトス意見勝チ制シ、終ニ同法第二草案ニ於テハ、擧證責任ヲ定ムル原則的規定ヲ總則篇中ヨリ削除シタリ。但之ニ代ヘ、民法各篇ノ法條ヲ規定スルニ當タリ、擧證責任ノ分配ヲ示スノ目的ヲ以テ、一々用語例及ヒ文體ヲ區別スルノ主義ヲ採用シタリ。法規分類說ハ、右ノ由來ニ鑑ミ、獨逸民法ノ用語例並ニ文體ニ基キ主張責任並ニ擧證責任ヲ分配セントスルモノナリト雖モ、(イ)獨逸民法ノ下ニ於テモ、用語例若クハ文體ニ依リテ、擧證責任ノ分配ヲ明ニスルコト能ハサル幾多ノ場合アルコトハ、既ニ同國ノ學者ノ指摘スル所ナリ(Wach, Beweislast S. 23 f.)、況ヤ、特ニ擧證責任ヲ定ムルノ目的　以テ、一般ニ用語例並ニ文體ヲ區別スルノ主義ヲ以テ制定セラレサリシ我法制ノ下ニ於テハ、此ノ說ニ依ルコトヲ得サルハ論ヲ俟タス。且(ロ)法規分類說ヲ採ル學者カ、獨逸民法債權篇、物權篇、親族篇又ハ相續篇中ニ規定セラレタル法文ハ、原則的規定ニシテ、同法總則篇中ニ規定セラレタル法文ハ、例外的規定ナリトスルカ如キハ、永ニ遠フヘキ特別要件說(Spezialtheorie)ヲ採用シ、其趣旨ニ從ヒテ演繹シタ

十七、請求ノ豫備的併合及ヒ選擇的併合

ルモノト稱スルニ非サレハ、到底說明スルコトヲ得ス。從テ、法規分類說ノ採ルヘカラサルコトハ、疑ヲ容レサルカ如シ。(2)現代ノ通說ハ特別要件說（Spezialtheorie）ニ傾クトニフヲ妨ケス。即チ、(イ)法律關係ノ存在ヲ主張スルモノハ、其法律關係ノ發生ニ特別ナル法律要件（Tatbestand）ヲ構成スル事實ヲ主張シ且必要ナル場合ニハ之ヲ立證スルヲ要シ又之ヲ以テ足ル——從テ、(a)該法律關係ノ發生ニ必要ナル一般要件ノ存在、(b)發生ヲ妨クヘキ障礙ノ存セサルコト、並ニ(c)發生後消滅ヲ來タスヘキ一切ノ事由ノ存在セサリシコトヲ主張スルヲ要セス。若シ夫レ(ロ)相手方ニ於テ、一般要件カ缺ケタリトシ若クハ發生ヲ妨クヘキ障礙カ存シタリトナシ、又ハ發生後消滅シタリト爲ス場合ニハ、其事由ヲ主張シ、且之ヲ立證スヘトシナスナリ詳論ハ之ヲ他ノ機會ニ讓ルヘシ。

二　又我國ノ實際ニ於テハ、「被告ハ原告ニ特定ノ給付ヲ爲スヘキコト、若シ其給付ヲ爲サス若クハ爲スコト能ハサル場合ニハ一定ノ損害ヲ賠償スヘキコト」ヲ命スル給付判決ヲ爲スコトヲ得ルモノト爲シ、且其ハ請求ヲ未必的若クハ假定的ニ併合（Eventualklagehäufung）スルト同時ニ訴ノ申立ヲ未必的若クハ假定的ニ結合（Eventualantrage）スルモノト解スルモノノ如シ。吾人ハ此種ノ請求ノ併合並ニ訴ノ申立ノ結合ヲ以テ適法ナリトスルモノナリト雖モ、稱シテ請求ノ選擇的併合（Alternativeklagehäufung）及ヒ訴ノ申立ノ選擇的結合（Alternativeantrage）ト云ハントス。何レノ名稱ヲ可トスルヤハ別箇ノ問題ナリト雖モ、吾人ノ稱シテ請求ノ豫備的併合若クハ訴ノ申立ノ豫備的結合トナスモノトハ、併合若クハ結合ノ態樣ヲ異ニシ、從テ其カ適法ナル理由ヲ異ニシ、審理及ヒ裁判上ノ關係モ亦異ナレリ。是レ選擇的併合若クハ選擇的結合ノ場合ニ於テハ、「原告ハ兩請求共ニ之ヲ認ムル判決アランコトヲ要求スル」モノニシテ判決手續ニ於テハ何等ノ豫備的關係（Eventualität）ノ存スルコトナク、單ニ强制執行手續ニ至リ、被告タル債務者カ原給付ヲ爲ササル場合ニ限リ、初メテ賠償請求權ヲ執行スルヲ得ルコトヲ特色トスルニ反シ、請求ノ豫備的併合若クハ訴ノ豫備的結合ノ場合ニ於テハ、「原告ハ先順位ノ請求從テ申立カ認メラル場合ニハ後順位ノ請求從テ申立ヲ認ムル判決アランコトヲ要求セス、唯先順位ノ請求從テ申立カ認メラレサル場合ニ限リ、後順位ノ請求從テ申立ヲ認ムル判決アランコトヲ要求ス」ルモノニシテ、其間徑庭ノ差異ナルカ爲メナリ。

本篇ニ於テハ、請求ノ豫備的併合ヲ論スルノ序次、其異同ヲ明ニスルカ爲メ、選擇的併合ニモ論及スヘシ（第二款）。

第一款　請求ノ豫備的併合

參考書　Wetzell, System des ordentlichen Civilprocesses (3 Aufl.) S. 841 ff.; Eccius, in Gruchots Beiträgen Jahrg. 33 S. 139 ff.; Lümmert in Z. Z. P. Bd. 16 S. 428 ff.; Petersen, in Z. Z. P. Bd. 16 S. 493 ff. bes. S. 505 ff.; Vierhaus, in Z. Z. P. Bd 18 S. 543; Pfizer, in Z. Z. P. Bd. 21 S. 380 ff.; Meyer, in Z. Z. P. Bd. 22 S. 32 f.; Bucerius, Z. Z. P. Bd. 37 S. 193 ff.（講谷學士抄撰、「條件付申立」京法三卷一三〇三頁以下）、Hellwig, Anspruch u. Klagrecht S. 111 ff.; Derselbe, Lehrbuch des deut. Civilprocessrechts Bd. III S. 37 ff. u. 78 ff.; Derselbe, System d. deut. Civilprocessrechts Bd. I S. 327 ff.; Weismann, Lehrbuch d. deut. Civilprocessrechts Bd. I § 104; Strackmann-Koch, I zu § 260; Gaup-Stein, II c zu § 260; Seuffert, Nr. 2 zu § 260; Förster-Kann, Nr. 2 d zu § 260; Skonietzki-Gelpcke, 十七、請求ノ豫備的併合及ヒ選擇的併合

Nr. 6 zu § 260 C. P. O.

第一項　請求ノ豫備的併合並ニ訴ノ申立ノ豫備的結合ノ適否

第一目　請求ノ豫備的併合及ヒ其適否

第一段　總　說

(一)　請求ノ併合(卽チ客觀的併合)ノ適法要件ハ訴訟法第一九一條ノ規定スル所ナリ。同條ノ規定ニ依レハ、請求ノ併合カ適法ナルニハ、

(イ)　併合セラルヘキ請求カ同一ノ被告ニ對スル數箇ノ請求ナルコト、

(ロ)　受訴裁判所カ其各請求ニ付キ管轄權ヲ有スルコト、

(ハ)　併合ヲ禁止スル明文ノ存セサルコト、

(ニ)　同一種類ノ訴訟手續ニ依ルヘキモノトシテ起サルルコト、

(ホ)　一箇ノ訴ヲ以テ其數箇ノ請求ヲ同時ニ起スコト、

ヲ要シ且之ヲ以テ足レリ。本篇ニ於テハ右要件ノ各事項ニ論及スル必要ヲ認サルカ故ニ、之ヲ省略ス。

苟クモ、前掲ノ要件ニ適合スル場合ニハ、請求ノ併合ハ適法ナリ。併合セラルヘキ數箇ノ請求權間ニ、一定ノ關係ノ存スルヤ否ヤハ問フ所ニアラス。是ヒ、適法ナル請求ノ併合ニ、數種ノ態樣ヲ生スル所以ナリ。

(二)　請求併合ノ各種ノ態樣ニ付キ詳論スルモ亦、本篇ノ目的トスル所ニ非ス。茲ニハ豫備的併合ヲ他ノ態樣ヨリ區別シ得ヘキ一班ヲ示スニ止ムヘシ。

請求ノ併合ハ之ヲ三種ニ大別スルコトヲ得。卽チ單純併合、豫備的併合及ヒ選擇的併合之レナリ。

(1)　單純併合(Einfache Klagehäufung)トハ、原告カ同一ノ被告ニ對スル數箇ノ請求ヲ同等ニ併合シ且其數箇ノ請求ノ總テヲ認ムル判決アランコトヲ要求スル場合ニシテ(Hellwig, Lehrb. Bd. III S. 70 f. a. a. O.; System Bd. I S. 320)、細別シテ狹義ノ單純併合ト從屬的併合トニ區別ス。

(イ)　狹義ノ單純併合トハ、何等ノ關係ナキ數箇ノ請求ヲ同等ニ併合シ、其數箇ノ請求ノ總テヲ認ムル判決アランコトヲ要求スル場合ニシテ、例ハ被告ハ原告ニ貸金若干圓ヲ返還シ且代金若干圓ヲ支拂フヘシトノ判決アリタシト云フ如シ。

(ロ)　從屬的併合トハ、併合セラルヘキ請求間ニ、從屬的關係(Abhängig Keitsverhältniss)ノ存スル場合ニシテ、根本タル法律關係ノ存在ヲ主張スル請求ト之ヨリ派生スル法律關係ノ存在ヲ主張スル請求トヲ同等ニ併合シ、其總テヲ認ムル判決アランコトヲ要求スル場合之レナリ、例ハ被告ハ原告ノ一定ノ物ニ對スル所有權ノ存在ヲ確認シ且其物ヲ返還スヘシト云ヒ、若クハ被告ハ一定ノ賃貸借關係ノ存在ヲ確認シ、且賃借料若干圓ヲ支拂フヘシト云フカ如シ(Hellwig, Lehrb. III S. 70 f.)。

從屬的併合ノ場合ニ於テハ、根本タル法律關係ニ關スル請求カ理由アル場合ニ非サレハ、派生セル法律關係ニ關スル請求ハ到底理由アルコトヲ得ス。此點ハ、豫備的併合ノ場合ト異ナル所ニシテ、後者ニ在リテハ先順位ノ請求カ理由アル場合ニハ後順位ノ請求ハ理由アルコトヲ得ス。唯先順位ノ請求カ理由ナキ場合ニ限リ後順位ノ請求カ理由アルコトヲ得ヘキニ止マル。

(2) 豫備的ノ併合(Eventualklagehäufung)トハ、後ニ述フルカ如ク、法律上論理的ニ、先順位ノ請求ノ理由アルコトカ後順位ノ請求ノ積極的要件タリ。又先順位ノ請求ノ理由ナキコトカ、遞次、次順位ノ請求ノ積極的要件タル關係アル場合ニ於テ、其關係ニ從ヒテ該別異ノ請求ヲ併合シ、先順位ノ請求カ理由ナシトセラルル場合ニハ遞次、次順位ノ請求ヲ理由アリトスル判決アランコトヲ要求スル併合ノ態樣ヲ云フモノナリ。

(3) 選擇的併合(Alternative Klagehäufung)トハ、原告カ被告ニ對スル數多ノ請求ヲ併合シ被告(又ハ原告)ノ選擇ニ從ヒ、一給付又ハ他ノ給付ヲ爲スヘキコトヲ命スル判決ヲ要求スル場合ヲ云フモノタリ。詳細ハ後ニ論スヘシ(第二款參照)。

第二段　請求ノ豫備的併合ノ觀念

一　請求ノ豫備的併合トハ、法律上論理的ニ、先順位ノ請求ノ理由アルコトカ後順位ノ請求ノ消極的要件タリ且先順位ノ請求ノ理由ナキコトカ遞次ニ次順位ノ請求ノ積極的要件タル關係アル場合ニ於テ、該別異ノ請求ヲ其關係ニ從ヒテ一箇ノ訴ニ併合シ、先順位ノ請求カ理由ナシトセラルル場合ニハ、遞次、次順位ノ請求ヲ理由アリトスル判決アランコトヲ要求スルヲ云フモノタリ。左ニ此觀念ヲ分說スヘシ。

(一)　請求ノ豫備的併合モ亦、別異ノ請求ノ併合ナリ。

(1)　訴訟法上ニ於テ「請求」ト稱スルハ法律關係ノ存在又ハ不存在ニ關スル主張(Rechtsbehauptung)ニシテ訴又ハ反訴ノ申立(之ヲ變更シ又ハ擴張スル申立亦同シ)等ニ於テ、判決ヲ受クヘキモノトセラレタルモノ約言セハ訴訟物タル法律關係ノ存在又ハ不存在ニ關スル主張自體ヲ云フモノナリ。自己ニ有利ナル判決アランコトヲ求ムル要求即權利保護要求自體ヲ謂フモノニアラス(本書五七頁以下「訴ノ原因ヲ論ス」殊ニ六二頁以下 Hellwig, Lahrbuch Bd. III. S. 17 a. a. O.; Derselbe, System Bd. I S. 37 f. a. a. O.)。

斯ク、訴訟法上ノ意義ニ於ケル請求トハ、訴訟物タル法律關係ノ存在又ハ不存在ニ關スル主張自體ヲ云フモノナルカ故ニ、存在又ハ不存在ヲ主張セラルル法律關係カ異ナル場合ニハ、請求モ亦別異ノ請求トナル。而シテ法律關係カ同一ナルヤ別異ナルヤハ、法律關係カ其同一(Identität)ヲ識別セラルヘキ標準(Individualisierungsmomente)ニ依リテ決スヘキモノナルコトハ疑ヲ容レス。然カルニ、法律關係カ同一ヲ認識セラルヘキ標準ハ、其カ支配權タルト、請求權若クハ形成權タルトニ

依リテ異ナル。(イ)支配權ハ物權タルト否トヲ問ハス、主體、目的物(又ハ客體)及ヒ權利ノ種類ニ依リテ其同一ヲ認識スルコトヲ得又之ヲ以テ充分ナルニ反シ、(ロ)請求權ニ在リテハ對人的請求權ナルト物的請求權ナルトヲ問ハス、權利者及ヒ義務者、目的タル給付、並ニ發生要件ニ依リテ其同一ヲ認識セラルルモノタリ。發生要件トハ、實體法ノ規定ニ依リ、請求權ノ發生ナル效果ヲ生スヘキ法律要件(Thatbestand)ヲ云フモノナリ。而シテ、法律要件ヲ構成スル分子ハ必シモ常ニ事實ニ限ラス、法律上ノ效果自體カ法律要件ヲ構成スル分子タル場合モ亦少カラス(本書六六九頁以下「法律要件及ヒ既判力」殊ニ六七七頁以下參照)。殊ニ物的請求權ハ、他ノ權利ノ侵害ニ因リテ生スルモノナルカ故ニ、物的請求權ノ發生要件ハ、侵害行爲及ヒ侵害セラル權利ヨリ成ルモノニシテ、其何レカ異ナルニ依リテ、別異ノ發生要件トナリ、從テ別異ノ請求權トナル。又二箇ノ法律要件ハ之ヲ構成スル事實共他ノ分子カ、全然同一ナルニ非サレハ、別異ナルモノト解セサルヘカラス。即チ、二箇ノ法律要件ニ關シ、其ヲ構成スル一部ノ事實其他ノ分子ハ同一ナルモ、他ノ一部ノ事實其他ノ分子カ異ナル場合ニハ、其法律要件ハ別異ナルモノト解セサルヘカラス(Hellwig, Lehrb. I S. 263 a. a. O.)。例ハ一定ノ賣買契約ニ基ク目的物ノ移轉請求權ト其賣買カ無效ナリシコトヲ理由トシテ既ニ支拂ヒタル代金ノ返還ヲ求ムル請求權トハ、其發生要件ヲ異ニスルカ如シ。是レ、目的物移轉請求權ハ、賣買ノ合意カ有效ナルコトヲ以テ發生要件ト爲スニ反シ、既ニ支拂ヒタル代金ノ返還ヲ求ムル請求權ハ、賣買ノ合意カ無效ナルコト、從テ賣主カ代金ヲ受ケタルハ法律上ノ原因ヲ缺クコト(Causafinis)ヲ以テ、法律要件トスルモノナルカ故ナリ。消費貸借ニ基ク貸金返還請求權ト、該消費貸借ノ無效ナルコトヲ理由トシテ、交付シタル金額即不當利得ノ返還ヲ求ムル請求權ニ付キテ云フモ亦同シ。前者ハ同額ノ金錢ヲ返還スヘキコトノ合意カ有效ニシテ其效力ヲ持續シ且其金錢ノ授受アリタルコトヲ以テ法律要件トナスニ反シ、後者ハ該合意カ無效ナルコト及ヒ金錢ノ授受アリタルコトヲ以テ法律要件トナス。即合意アリタルコト及ヒ金錢ノ授受アリタルコトハ、二箇ノ法律要件ニ共通ナル事實ナリト雖モ、前者ニ在リテハ此外、尙ホ其合意カ有效ニシテ且其效力ヲ持續セルコトヲ示スヘキ事實ヲ要スルニ反シ後者ニ在リテハ其合意カ無效ナルコトヲ示スヘキ事實ヲ必要トスルカ故ナリ(Hellwig, ebenda)、(ハ)形式權モ亦、主體、形成セラルヘキ法律上ノ效果並ニ其發生要件ニ依リテ其同一ヲ認識セラル(本書五七頁以下「訴ノ原因ヲ論ス」殊ニ七八—八九頁參照)。‖要スルニ、法律關係ハ、前揭同一認識標準ニ屬スル各事項カ異ナルニ從ヒ、別異ノ法律關係トナリ、從テ又該法律關係ノ存在若クハ不存在ヲ主張スル「請求」モ亦別異ノモノトナルハ論ヲ俟タス。

(2) 而シテ、同一ノ請求ハ之ヲ併合スルコト能ハサルカ故ニ、請求ノ併合カ別異ノ請求ヲ前提トスルモノタルヤ固ヨリ疑ヲ容レス。

(二) 法律上論理的ニ、先順位ノ請求ノ理由アルコトカ後順位ノ請求ノ消極的要件タリ又其請求

ノ理由ナキコトカ次順位ノ請求ノ積極的要件タルヘキ請求ナラサルヘカラス。詳言セハ(イ)法律上論理的ニ併合セラルヘキ請求ニ付キ順位ヲ定メ得ルコトヲ要ス。原告カ其ノ自由ナル意見ヲ以テ順位ヲ定ムト云フノミニテハ足ラス。更ニ又(ロ)先順位ノ請求ノ理由アルコトハ後順位ニ在ル一切ノ請求ノ消極的要件タリ又其請求ノ理由ナキコトハ次順位ノ請求ノ積極的要件タルコトヲ必要トス。併合セラルヘキ請求カ互ニ相排斥スト云フノミニテハ足ラス【註二】。‖是レ、先順位ノ請求ト後順位トノ間ニ、前掲ノ關係アル場合ニハ、先順位ノ請求ニ付キ審理シ且裁判スルハ、同時ニ又次順位若クハ後順位ノ請求ニ付キ審理シ且裁判スルモノニシテ、後順位ノ請求ニ關スル權利拘束ノ發生ヲ、先順位ノ請求ニ關スル審理及ヒ裁判ノ結果ニ繫ラシムル疑ヲ生スヘキ餘地ヲ存セス。從テ其適法ナルコトニ付キテハ寸毫ノ疑ヲ容レサルカ故ナリ(後述參照)。

【註二】Likmmert ハ第一位ノ請求カ理由アルコトカ第二位ノ請求ノ消極要件タル關係アル場合ニ限リ、請求ヲ豫備的ニ併合スルコトヲ得ルモノトシ(Likmmert, in Z. Z. P. Bd. 16 S. 433)、Weismann ハ「第一位ノ請求カ理由アル場合ニハ、第二位ノ請求ハ當然解決スト云フ、論理上ノ關係アル請求ニ限リ豫備的ニ併合スルコト得」ルモノトナス(Weismann, Lehrb. I § 104 III)、吾人カ本文論スル所ト其趣旨ヲ同フスルモノト云フヘシ

尤モ此點ニ付イテハ異論ナキニ非ラス。(イ)一派ノ學者ハ、原告カ自由ナル意見ニ依リテ併合セラルヘキ請求ニ順位ヲ附シ、先順位ノ請求カ理由ナシトセラルル場合ニハ、次位ノ請求ヲ認ムル判決アランコトヲ要求スレハ可ナリトナス(vgl. Bucerius, S. 120 f.)。然レトモ先順位ノ請求ト次順位ノ請求トノ間ニ、法律上論理的ニ前掲ノ如キ不兩立ノ關係アルコトヲ要セサルモノトスルトキハ、先順位ノ請求ニ對スル審理及ヒ裁判ノ結果ニ因リテ、初メテ次順位ノ請求ニ付キ審理及ヒ裁判ヲ爲スヘキヤ否ヤハ確定スルニ至ルモノト云ハサルヘカラス。換言セハ次順位ノ請求ニ關スル權利拘束ノ發生即チ(イ)裁判所ニ在リテハ次順位ノ請求ニ付キ審理シ且ツ裁判スヘキ義務アリヤ否ヤ、被告ニ在リテハ次順位ノ請求ニ對シテ防禦ヲ講スルノ必要アリヤ否ヤヲ先順位ノ請求ニ對スル審理及ヒ裁判ノ結果ニ繫カラシムルモノタリ。然レトモ權利拘束ノ發生ヲ條件ニ繫カシムルコトハ現行法ノ許ササル所ナルコトハ後ニ述フルカ如シ。或ハ又(ロ)「互ニ相排斥スル別異ノ請求ナルトキハ、豫備的ニ併合スルコトヲ得」トナス(Hellwig, Lehrb. III S. 78)。是レ、氏ノ說ニ從ヘハ、原告カ「第一位ノ請求ヲ理由ナシトセラルル場合ノ爲メニ、第二位ノ請求ヲ爲スト云フハ、同時ニ又第一位ノ請求カ理由アリトセラルル場合ニハ、第二位ノ請求ヲ拋棄スル旨ノ陳述ヲ豫見的ニ爲スモノナリ」トスルニ基クモノタリ(vgl. ebenda S. 78)。然レトモ、第一位ノ請求カ理由ナキ場合ニハ第二位ノ請求ニ付キ裁判セラルヘク、又第一位ノ請求カ理由アル場合ニハ第二位ノ請求ヲ拋棄スヘシト云フハ、等シク第二位ノ請求ニ關スル審理及ヒ裁判ヲ第一位ノ請求ニ對スル審理及ヒ裁判ノ結果ニ繫ラシメントスルモノニシテ、非ナリト云フヘシ。

(三)　原告ノ法律上論理的ニ定マレル前掲ノ順位ニ從ヒ、別異ノ請求ヲ一箇ノ訴ニ併合セサルヘ

カラス。卽チ、先順位ノ請求ヲ認ムル判決ヲ要求シ、裁判所ニ於テ該請ナ求ヲ理由シトセラル場合ニハ、遞次、次順位ノ請求ヲ認ムル判決アランコトヲ要求スヘキナリ。例ハ、「被告ハ原告ニ消費貸借ニ基ク貸金若干圓ヲ返還スヘシ、但裁判所ニ於テ本件消費貸借ヲ無效ナリトセラルル場合ニハ、被告カ貸金トシテ受取リタル金額ニ因リテ不當ニ利得シタル利益若干ヲ返還スヘシ」ト云ヒ、若クハ「被告ハ原告ニ賣買ノ目的タル一定ノ物件ヲ移轉スヘシ、但裁判所ニ於テ本件賣買ヲ無效ナリトセラルル場合ニハ、代金ノ前拂ニ依リ不當ニ利得シタル利益若干ヲ返還スヘシ」ト云フカ如キハ、法律上論理上、貸金返還請求權若クハ代金請求權ト不當利得返還請求權トノ間ニ存スル先後ノ順位ニ依リ、第一位ノ請求トシテ貸金ノ返還若クハ代金ノ返還ヲ命スル判決ヲ要求シ、裁判所ニ於テ該請求カ理由ナシトセラル場合ノ爲メニ、第二位ノ請求トシテ不當利得ノ返還ヲ請求スルモノナルカ故ニ、之カ請求ノ豫備的併合ノ適例タルコトハ疑ヲ容レス。

第三段　豫備的併合ノ適否

請求ヲ併合スル場合ニハ、併合ノ態樣ノ如何ヲ問ハス、併合セラレタル各請求ニ該當スヘキ訴ノ申立ヲ爲ササルヘカラス。豫備的併合ノ場合ニ於テモ亦然リ。換言セハ、請求ノ豫備的併合(Eventualentstätigung)ハ、常ニ訴ノ申立ノ豫備的結合(Eventualanträge)ヲ伴フモノタリ。前揭ノ例示ニ於テモ、貸金返還請求及ヒ不當利得返還請求ノ豫備的併合ハ、之ニ該當スル訴ノ申立ノ豫備的結合ヲ伴フカ如シ。

故ニ、請求ノ豫備的併合カ適法ナルヤ否ヤヲ決スルニハ、先ツ第一ニ、請求ヲ豫備的ニ併合スルコトカ適法ナリヤ否ヤヲ研究シ、次ニ、之ニ該當スル訴ノ申立ヲ豫備的ニ結合スルコトカ適法ナリヤ否ヤヲ決セサルヘカラス。

(一)　我訴訟法カ請求併合ニ特別ナル適法要件トシテ揭クルハ第一九一條ニ定メタル事項ニ限レリ、然カモ(1)同條ニ於テハ請求併合ノ態樣ヲ限定セサルコトハ前述ノ如シ(前述第一目第一段)。故ニ請求ヲ豫備的ニ併合スルコト自體ハ、決シテ訴訟法ニ違背スルモノニ非ス。且(2)訴訟法カ、請求ノ併合ナル制度ヲ認メタル精神ヲ探究スルニ、各請求ニ付キ別訴訟ヲ爲サシムル場合ニハ、獨リ(イ)裁判所及ヒ當事者ニ於テ無用ノ勞力、費用並ニ日子ヲ冗費シ且訴訟ニ依ル救濟カ遲延スルノミナラス、(ロ)併合セラルヘキ請求間ニ一定ノ關係アルカ如キ場合ニハ、別訴訟ニ依ラシムルトキハ、各訴訟ニ於ケル審理並ニ辯論ノ狀況如何ニ依リテハ、趣旨ニ於テ相抵觸スル裁判ヲ生スル虞ナキニ非スト爲スカ爲メナリ。故ニ訴訟法ノ精神ヨリ云ヘハ、數箇ノ請求間ニ一定ノ關係アル場合ニハ、其關係カ從屬的ナルト、選擇的ナルト、將タ又豫備的ナルトヲ問ハス、其數箇ノ請求ヲ一箇ノ訴ニ併合シテ提起スルコトハ、當ニ之ヲ認ムルノミナラス、寧ロ奬勵スル所ナリト云ハサルヘカラス。

(二)　要スルニ、請求ノ豫備的併合ハ訴訟法第一九一條ノ認ムル所ナルノミナラス、訴訟法ノ精

神ヨリ云ヘハ寧ロ奬勵スル所ナリ。從テ、豫備的併合ノ適否ヲ決スルカ爲メ更ニ研究スルノ要アルハ、豫備的ニ併合セラレタル各請求ニ該當スヘキ訴ノ申立ヲ豫備的ニ結合スルハ果シテ適法ナルヤノ點ナリ。――學者カ、請求ノ豫備的併合ノ適否ハ訴ノ申立ノ豫備的結合ノ適否ヲ決スレハ直チニ解決セラルルカ如クニ思料セルモノアルハ、不周到ナルヲ免レスト雖モ、一半ノ眞理ハ存スルモノト云ハサルヘカラス。吾人ハ第二目ニ於テ此問題ニ論及スヘシ。

第二目　訴ノ申立ノ豫備的結合及ヒ其適否

第一段　訴ノ申立ノ豫備的結合

一　訴ノ申立ノ豫備的結合(Eventualanträge)ト云フハ、原告カ第一位ノ申立(pincipal od. Hauptantrag)ヲ爲シ、該申立カ理由ナシトセラル場合ノ爲メ第二位ノ申立(Eventualantrag)ヲ爲シ、又第二位ノ申立カ理由ナシトセラルル場合ノ爲メ更ニ第三位ノ申立ヲ爲ス等、一ノ申立ヲ爲シ其ノ申立カ理由ナシトセラル場合ノ爲メニ次位ノ申立ヲ爲ス場合ヲ云フモノタリ。

二　訴ノ申立ノ豫備的結合ト請求トノ關係

(一)　訴ノ申立ノ豫備的結合ニ論及スルニ先チ、考察スルコトヲ要スルハ此種ノ申立ト請求トノ關係ナリ。卽チ、訴ノ申立ノ豫備的結合ハ別異ノ請求ニ關スルニ非サレハ生シ得サルヤ又ハ同一ノ請求ニ關シテモ亦生シ得ルヤノ問題ナリ。

此問題ハ請求カ同一ナルヤ別異ナルヤハ何ニ依リテ決スヘキヤヲ明ニスルトキハ解決スルコトヲ得。而シテ、訴訟法ニ於テ「請求」ト云フハ法律關係ノ存在又ハ不存在ニ關スル主張ニシテ訴又ハ反訴ノ申立等ニ於テ判決ヲ受クヘキモノト爲サレタルモノヲ云フモノタリ。故ニ、請求カ同一ナルヤ否ヤハ、存在又ハ不存在ノ主張セラル法律關係カ同一ナルヤ否ヤニ依リテ決セサルヘカラス。尤モ可分的ノ法律關係ニ於テ、原告カ特ニ其法律關係ノ一部ノミニ付キテ判決アランコトヲ要求シ、更ニ他ノ一部ノミニ付キテ判決アランコトヲ要求シタルトキハ、該可分的法律關係ハ、其分割ニ依リテ別異ノ法律關係トナリタルモノト解スヘク、從テ一部ヲ求ムル請求ト他ノ一部ヲ求ムル請求トハ別異ノ請求タルモノト解ササルヘカラス。一例ヲ以テ之ヲ明ニセンニ、甲者カ乙者ヲ被告トシ、乙者ノ同一ノ不法行爲ニ基ク損害トシテ千圓ノ賠償ヲ命スル判決ヲ要求スト云ヒ又七百圓ノ賠償ヲ命スル判決ヲ要求スト云フハ、乙者ノ不法行爲ニ基ク同一ナル損害賠償請求權ノ存在ヲ主張シ、賠償セラルヘキ損害カ千圓ナリ、七百圓ナリト云フニ過キス、換言セハ賠償セラルヘキ損害ノ金錢的評價額ヲ異ニスルニ過キサルカ故ニ、此場合ニハ請求ハ同一ナリト解セサルヘカラス。反之甲者カ乙者ニ對シテ、消費貸借ニ基キ千圓ノ貸金返還債權ヲ有スルニ當タリ、先ツ其一部例ハ七百圓ノ返還ヲ命スル判決ヲ要求シ、次キテ別ニ他ノ一部卽チ三百圓ノ返還ヲ命スル判決ヲ要求シタリトセヨ。此場合ニ於テハ、原告ハ可分的ノ貸金返還債權ヲ分割シテ、先ツ其一部ノミニ付キ判決ヲ要求シ更ニ

他ノ一部ノミニ付キテ判決ヲ要求スルモノナルカ故ニ、貸金債權ハ右分割ニ依リテ別異ノ債權トナリタルモノト解スヘク、從テ請求ハ別異ナリト解セサルヘカラス。學者カ權利拘束ノ抗辯若クハ既判力ノ抗辯等ニ付キ論スル所ヲ視ルモ、法律關係ノ一部ト他ノ一部トカ別箇ノ訴訟ノ訴訟物タル場合ニハ、兩訴訟ノ訴訟物タル法律關係ハ同一ニ非ルカ故ニ權利拘束ノ抗辯ハ理由ナク、又法律關係ノ一部ノ存否ヲ認ムル確定判決ハ、他ノ一部ノ存否ニ關スル訴訟ニ對シテ既判力ヲ及ホササルモノトナセリ。畢竟分割ニ依リテ別箇ノ法律關係トナルモノトスルニ因ラスンハアラス。

(二) 上來述フルカ如ク、請求カ同一ナルヤ否ヤハ、結局存在又ハ不存在カ主張セラルル法律關係ノ同一ナルヤ別異ナルヤニ依リテ決スヘキモノタルカ故ニ、訴ノ申立ノ豫備的結合ハ同一ノ請求ニ關シテ爲サル場合及ヒ別異ノ請求ニ關シテ爲サル場合アルコトヲ認メサルヘカラス。

(1) 同一ノ請求ニ關スル訴ノ申立カ、豫備的ニ結合セラルルハ例ハ前揭不法行爲ニ基ク損害賠償ノ場合ニ於テ『被告ハ原告ニ不法行爲ニ基ク損害トシテ千圓ヲ賠償スヘシトノ判決アリタシ、但裁判所ニ於テ多キニ失ストセラルル場合ニハ金七百圓ノ損害ヲ賠償スヘシトノ判決アリタシ』ト云フカ如シ。如此キハ、同一ナル損害賠償請求ニ關シ、賠償額ヲ異ニスル申立ヲ豫備的ニ併合シタルニ過キス。此ノ場合ニハ訴ノ申立ノ豫備的結合ハ存スルモ請求ノ豫備的併合ハ存スルコトナシ、此點ハ特ニ注意スヘキナリ。

(2) 訴ノ申立ノ豫備結合ハ又別異ノ請求ニ關シテ爲サルルコトヲ得。即チ、數箇ノ別異ノ請求ヲ豫備的ニ併合シ、其各請求ニ該當スル訴ノ申立ヲ豫備的ニ結合スル場合ナリ(Eventaulklagehäufung mit Eventualantrage)、前揭ニ例示セル『被告ハ原告ニ代金(若クハ貸金)若干圓ヲ支拂フヘシ、但裁判所ニ於テ本請求ヲ理由ナシトセラルル場合ニハ、不當利得トシテ金若干圓ヲ支拂フヘシトノ判決アリタシ』ト云フカ如キハ、皆此場合ニ屬スルモノタリ。

(3) 要之、訴ノ申立ノ豫備的結合ハ或ハ同一請求ニ關シテ爲サレ、或ハ別異ノ請求ヲ豫備的ニ併合シテ爲サルルモノナリト雖モ、(イ)後ノ場合カ多數ヲ占ムルコトハ推測スルニ難カラス。且、(ロ)同一ノ請求ニ付キ訴ノ申立カ豫備的ニ結合セラルルニ過キサル場合ニハ、訴訟物タル法律關係ハ一箇タルニ過キサルカ故ニ、訴訟物ノ權利拘束ノ發生カ、條件ニ繫ルヤ否ヤノ疑ヲ生スヘキ餘地アルコトナシ。反之、別異ノ請求ニ付キ訴ノ申立カ豫備的ニ結合セラルル場合ニハ訴訟物タル法律關係ハ多數トナルカ故ニ、或ハ第一位ノ請求ニ關スル權利拘束ハ無條件ニ生スルモ第二位以下ノ請求ニ關スル權利拘束ノ發生ハ條件ニ繫ルモノニ非サルヤノ疑ヲ生スル虞ナシトセス。此點ニ付キテハ後ニ述フヘシ(第二段)。

(三) 訴ノ申立ノ豫備的結合ハ、同一請求ニ關シテ爲スコトヲ得又別異ノ請求ニ關シテ爲スコトヲ得、且後ノ場合ヲ多數トスヘキコトハ上述ノ如シ。然カルニ、學者ニハ訴ノ申立ノ豫備的結合ハ

同一ナル請求ニ關スルニ非サレハ爲スコトヲ得ストスルモノアリ。畢竟、別異ノ請求ニ關シテ、訴ノ申立ノ豫備的結合ヲ爲スコトヲ得ルモノトスルトキハ、第二位以下ノ請求ノ權利拘束カ條件ニ繫ラサルヤノ點ニ疑ヲ存シ、之ヲ避クルカ爲メニ、同一ノ請求ニ關スルニ非サレハ、訴申立ノ豫備的結合ヲ爲スコトヲ得ストナスモノタリ。此見地ヨリスルトキハ、勢ヒ「請求」ノ意義ニ强制ヲ加フルニ非サレハ、恰モ訴ノ申立ノ豫備的結合ヲ認ムル目的ヲ達スルコトヲ得サルニ至ル。‖Bucerius ノ研究カ (Bucerius, ebenda 神谷學士抄譯「條件付申立」參照)、此傾向ヲ帶フルハ、吾人ノ採ラサル所ナリ。

Bucerius ハ以爲ラク、「訴ノ申立カ豫備的ニ結合セラルル場合ニハ、數箇ノ請求アリト云フハ誤マレリ。豫備的ニ結合セラレタル申立ヲ有スル訴ヲ觀ルニ、何レノ申立モ同一ナル經濟上ノ經過 (nur ein äusserer wirtschaftlicher Vorgang) ニ基クモノニ外ナラス。原告ハ同一ナル經濟上ノ經過カ法律上ノ幾多ノ見地ヨリシテ觀察セラレ得ヘキコト、殊ニ裁判所ハ原告カ陳述スル同一ナル經濟上ノ經過中、原告ノ觀ル所トハ異ナレル他ノ事實ヲ法律上重要ナリトシ、依リテ裁判ヲ爲スヘキ場合アルコトヲ豫想シテ、第一位ノ申立ノ外、尙第二位以下ノ申立ヲ爲スモノニ外ナラス。故ニ、原告ハ數多ノ觀察方面 (Gesichtern) ヲ有スル一箇ノ請求ヲ起スモノト解セサルヘカラス。‖從テ、訴ノ申立ノ豫備的結合ノ適否ノ問題ハ、請求併合ノ適否ノ問題ニ非ス。訴ノ原因トシテ一定ノ經濟上ノ經過ヲ陳述シ、該經過ニ對スル法律上ノ見解ハ裁判所ノ見ル所ニ一任シ、且裁判所ニ依リ採ラルヘキ一切ノ見地ニ應スヘキ申立ヲ豫備的ニ結合シテ、訴ヲ提起スルハ適法ナルヤ否ヤノ問題ナリ」トナセリ (Bucerius, ebenda S. 195 f. 神谷學士前掲一七二頁及ヒ一七三頁參照)。畢竟、同一ナル經濟上ノ經過ニ付キ、何等カノ法律上ノ見地ヨリシテ判決アランコトヲ要求スルカ、「請求」ヲ起スルモノニシテ、苟クモ經濟上ノ經過カ同一ナル以上ハ請求ハ同一ナリトナスナリ。

然レトモ、此如キハ、訴訟法謂フ所ノ請求ノ意義ニ强制ヲ加フルモノニシテ、誤マレリト云フヘシ。何トナレハ、(イ)一箇ノ經濟上ノ經過ヲ逃ヘ、何等カノ法律上ノ見地ヨリシテ、原告勝訴ノ判決アリタシト云フカ如キハ、到底原因不定ニシテ、且訴ノ申立モ亦不定ナルモノト云ハサルヘカラス (本書五七頁以下「訴ノ原因ヲ論ス」參照)。且(ロ) Bucerius ハ、經濟上ノ經過カ同一ナル場合ニハ、該經過中一部ノ事實ヲ重要ナリトスルト、他ノ事實ヲ重要ナリトスルニ因リテ、請求ノ異同ヲ生セストナス。然レトモ其誤マレルコトハ論ヲ俟タス。經濟上ノ經過ハ同一ナリトスルモ、該經過ニ屬スル一部ノ事實ハ、一法律關係例之請求權ノ發生要件ヲ構成シ、他ノ事實ハ別異ノ請求權ノ發生要件ヲ構成スル場合ハ決シテ少カラス。Bucerius 自身ノ例示ニ依ルモ「賣買ノ目的物ニ瑕疵アリタル場合ニ於テ、買主カ擔保契約ニ基キ損害ノ賠償ヲ請求シ、該請求カ理由ナシトセラルル場合ニハ、錯誤ヲ理由トシテ賣買ヲ取消シ、因リテ不當不利得ノ返還ヲ請求」スルハ、同一ノ請求ニ關シテ訴

ノ申立ヲ豫備的ニ結合スルモノナリトナセリ(Bucerius, S. 195)。然レトモ、此場合ニ於ケル、請求カ別異ナルコトハ固ヨリ疑ヲ容ルノ餘地ナシ。是レ前者ハ擔保契約ニ基ク損害賠償請求權ノ存在ヲ主張シ、後者ハ賣買カ取消ニ依リテ無效トナリ、從テ法律上ノ原因カ缺ケタルコト(causa finita)ヲ理由トシ、賣主カ代金ノ受取ニ因リテ不當ニ利得シタル利益ノ返還ヲ求ムル請求權ノ存在ヲ主張スルモノタルカ故ナリ。‖故ニ、Bucerius カ、經濟上ノ經過ニシテ同一ナル以上ハ、之ニ基ク請求ハ同一ナリトセルハ、偶々法律カ各請求權ノ發生ニ必要ナル法律要件(Thatbestand)ヲ區別シテ規定シ、且請求權ハ其發生要件ノ異ナルニ從ヒ別異ノ請求權トナルコトヲ忘レ、更ニ別異ノ請求權ノ存在ヲ主張スル「請求」ハ又別異ノモノタルコトヲ無視シタル謬論ナリト云ハサルヘカラス。從テ、Bucerius カ同一ノ請求ニ關スル訴ノ申立ノ豫備的結合ナリトシテ、適法ナルコトヲ認メントスルモノノ多數ハ、實ハ別異ノ請求ニ關スル訴ノ申立ノ豫備的結合ナルコトニ留意セサルヘカラス。然カモ彼ハ、訴ノ申立ノ豫備的結合ハ常ニ同一ノ請求ニ關スルモノナリト誤解シタルノ結果、請求ノ併合ニ論及セス、從テ又豫備的ニ併合シ得ヘキ請求間ノ關係ニ論及セサリシハ、彼ノ所說ヲ根柢ヨリ覆スニ足ルヘキ缺點ナリト云フヘキナリ。

第二段　訴ノ申立ノ豫備的結合ノ適否

一　訴ノ申立ノ豫備的結合ハ或ハ同一ノ請求ニ關シテ爲サレ、或ハ別異ノ請求ヲ豫備的ニ併合シ、其各請求ニ該當スル申立ヲ豫備的ニ結合シテ爲サルルコトハ前段所述ノ如シ。右何レノ場合ニ於ケルヲ問ハス、訴ノ申立ヲ豫備的ニ結合スルハ不適法ナリヤ。

此問題ニ關シ、主張セラルヘキ反對論ハ、或ハ之ヲ以テ不定ノ申立ナリトシ、或ハ又訴ノ申立ヲ條件付ニ爲スモノナリトスルニアルヘシ。現ニ獨逸ノ學界ニ於テハ、別異ノ請求ヲ豫備的ニ併合シテ、各請求ニ該當スル申立ヲ豫備的ニ結合スルハ、訴ノ申立ヲ條件付ニ爲スモノニ非サルヤニ付キ疑ヲ抱クモノナキニアラス(Eccius, ebenda)。吾人ハ以下、主トシテ請求ノ豫備的併合ニ伴フ訴ノ申立ノ豫備的ニ結合シタル訴ノ申立ハ、不定ノ申立ナルヤ。

二　訴訟法カ、訴狀ノ要素トシテ、訴ノ一定ノ申立ヲ記載スヘキモノトセル所以ハ(一九〇條二項三號)『原告某カ被告某ニ對シ、何レノ法律關係ニ付キ、如何ナル內容ノ判決アランコトヲ要求スルヤ』ヲ明確ニスルニ在リ。然カルニ原告カ何人ニシテ又被告カ何人ナルヤハ、既ニ「當事者ノ表示」トシテ記載セラレ(同條同項一號)、又判決アランコトヲ要求セラルル法律關係カ何レノ法律關係ナルヤハ、既ニ同條第二項第二號ノ規定ニ依リ、同一認識標準ニ依リテ明確ニセラルルカ故ニ『註三』、當事者並ニ訴訟物タル法律關係ノ表示ニ關スル詳細ハ之ヲ右第一號及ヒ第二號ノ記載ニ讓ルコトヲ妨ケス。從テ訴ノ申立トシテ、特ニ明確ニスルコトヲ要スルハ、如何ナル內容ノ判決アランコトヲ要