〔千八百八十八年五月一日判決〕

(一)我第七百四十九條ニ當ル

(二)我第七百六十一條ニ當ル

(三)我第七百五十六條ニ當ル

〔第八百六十〕民事訴訟法第八百九條第二項(三)ノ規定ハ假處分ノ場合ニモ適用シ得ヘキモノナルヤ否ヤ

(千八百八十八年五月一日判決)

ビーベル區裁判所ハクラウスタール鑛山監督署ノ申立ニ因リ一ノ假處分命令ヲ發シ申立人ハ被告ヨリ申立人ニ賣渡シ一定ノ期限内ニ運送ス可キモノト定メタル鑛物ヲ鑛山監督ノ傍ニ在ル場所マテ引取ルコトヲ得ル者ナリト言渡シ同時ニ又民事訴訟法第八百二十條(二)ニ從テ期間ヲ定メ申請人ハ假處分ノ當否ニ付テノ口頭辯論ノ爲メ相手方ヲ本案事件ノ裁判所ニ呼出ス可キコトヲ命シタリ而シテ假處分ノ命令ハ千八百八十七年六月一日ニ於テ各當事者ニ送達セラレ相手方ノ呼出モ正當ノ時期ニ於テ爲サレタリ然ルニ本案裁判所ニ於テ被告ハ原告ハ民事訴訟法第八百十五條(三)及ヒ第八百九條第二項ニ從ヒ二週ノ執行期間内ニ鑛物ヲ引取ラサル可ラサリシモノナリトノ抗辯ヲ爲シ本案裁判所ハ之ヲ正當ト認メ假處分ヲ取消シタリ依テ原告ハ控訴ヲ爲タルニ控訴院ハ前審判決ニ同意ヲ表シ控訴ヲ棄却セリ而シテ原告ノ上告ニ因リ控訴院判決ハ破毀セラレタリ其理由左ノ如シ

(四)我第七百四十二條ニハ此第二項ナシ

(五)我第七百四十八條ニ當ル

理由

假差押手續ニ關シ民事訴訟法ノ定ムル所ヲ觀ルニ裁判所ヨリ假差押ヲ命シタル後尚ホ假差押執行ノ爲メ申請人ニ於テ獨立ノ行爲ヲ爲スコトヲ必要トセリ即チ申請人ハ相手方ニ假差押決定ヲ送達セサル可ラス(第八百二條第二項)又強制執行ニ關スル規定ヲ各場合ニ應シテ準用シ(第八百八條(四))詳言スレハ事件ノ狀況ニ應シテ或ハ執達吏ニ依リ或ハ執行裁判所ノ共力ニ依リ假差押命令ノ言渡サレタル日又ハ申請人ニ送達セラレタル日ヨリ十四日ヲ經過シタル後ハ假差押ノ執行ヲ許サヽルモノトシ(第八百九條第二項)以テ事情ノ全ク變更シタル後ニ尚ホ其執行ヲ爲スコトヲ得サラシメリ

民事訴訟法第八百十五條ニ據レハ假差押ノ命令及ヒ假差押手續ニ關スル規定ハ民事訴訟法ニ於テ之レト異ナル規定ヲ爲サヽル限リハ假處分ノ命令其他ノ手續ニ之ヲ準用ス可キモノナリト云ヘリ故ニ假處分ノ執行ニ付テハ他

(六)我第七百四十八條及ヒ第七百四十九條ニ當ル
(七)我第五百二十八條ニ當ル

ノ規定ナキ限リハ假差押ノ執行ニ關スル規定ヲ準用セサル可ラス然ラハ則チ第八百二條第二項ト第八百八條第八百九條第二項第三項第六百七十一條(七)ヲ對照シテ生スル結論ハ亦之ヲ假處分ニ適用スヘキモノタリ曰ク假處分ハ第八百九條第二項ニ掲クル期間內ニ於テ申請人ニ之ヲ送達セサル可ラサルコト是レナリ然レトモ假處分ニ於テ爲ス事項ヲ實行スルハ亦其期間內ニ於テ爲ス可キモノナルヤ否ヤハ尙ホ未定ノ疑問ニ屬ス而シテ此問題ハ蓋シ否定スヘキモノタリ抑モ假差押ニ必然伴フ可キ意義ニ於ケル執行ハ假處分ニ付テハ之ヲ認ムルコトヲ得ス假差押ノ執行ハ假差押命令ノ實行ナリ而シテ被申請人ノ一定ノ物又ハ債權ニ關スル處分權ハ假差押ノ執行ニ依リ申請人ノ撰ミタル執行方法ニ從テ制限セラレ則チ被申請人ノ意思ハ執行ニ依リ羈束セラルルモノトス然ルニ假處分ノ場合ニ於テハ既ニ命令ノ送達ニ依リ被申請人ノ意思羈束セラル可シ是レ蓋シ假處分ニ依リ被申請人ニ一定ノ行爲ヲ禁止スル場合ニ就テ之レヲ見レハ甚明瞭ナル所タリ斯カル禁令ハ被申請人ニ之ヲ送達スルト共ニ効力ヲ生スルモノトス尤モ此禁令ノ第三者ニ對シテ有効ナルニハ尙ホ他ノ事項ヲ必要トスルコト例ヘハ土地ノ讓與又ハ負擔ヲ禁スル場合ニ於テハ其禁令ノ外尙ホ登記ヲ爲スコトヲ要スト雖モ是レ敢テ上來所述ト矛盾スルモノニ非ラス當事者相互ノ關係ニ於テハ此場合ト雖モ亦其送達ニ依リテ禁令ノ効力ヲ生スルナリ而シテ禁令ニ違反スルトキハ法律上又ハ裁判所ヨリ警戒シタル權利上ノ不利益ヲ被ムルヲ免レス而シテ此不利益ヲ强制執行ヲ以テ實行セラルルコトハ是レ民事訴訟法第八百八條ノ意義ニ於ケル假處分執行ニ非ラスシテ被申請人ノ禁令違反ニ對スル申請人ノ反働ナリト謂フ可シ而シテ此反働ハ毫モ期間ノ羈束ヲ受ケサルモノトス

民事訴訟法第五百八十四條ノ場合ニ於ケル如ク被申請人ニ或ル事項ヲ命セラレタル場合モ假處分ハ被申請人ニ之ヲ送達スルニ依リ其効力ヲ生スルコト禁令ノ場合ニ於ケルト異ナル所ナシ命令ヲ遵守セサルコトハ裁判所ノ命令ニ背反シタルコトノ點ヨリ觀察シテ之ヲ論ス可キノミ即チ被申請人カ命令ヲ遵守セサリシ結果トシテハ申請人ハ强制執行ヲ以テ其命令ノ實行ヲ强

制スルノ權利ヲ得ルモノトス此權利ノ行使ハ亦等シク期間ヲ遵守スルコトヲ要セサルナリ

次ニ又假處分ニ依リ申請人ニ或ル行爲ヲ爲スノ權ヲ附與シタル場合換言スレハ被申請人ニ或ル事項ヲ忍フ可キ命ヲ與ヘタル場合ニ於テモ亦上來所述ト異ナル所ナシ此場合ニ於テモ假處分ハ申請人ニ之ヲ送達スルニ依リ其効力ヲ生スルモノトス申請人ノ爲スコトヲ得ル行爲ハ申請人ニ對シ之ヲ强制ス可キモノニ非ラス故ニ裁判所ニ於テ職權ヲ以テ又ハ申立ニ因リ民事訴訟法第八百十七條ニ從ヒ期間ヲ定メ以テ申請人ノ權利ノ期間ヲ制限シタル場合ヲ除クノ外ハ申請人ハ何時ニテモ其行爲ヲ爲スコトヲ得ヘク被申請人其義務ニ背反スルトキハ民事訴訟法第七百七十五條ノ規定ニ準據シテ强制執行ヲ爲シ得ヘキナリ

已上説示シタル所ニ據レハ原告カ假處分命令ノ送達後二週間ニ鑛物ヲ引取ラサリシコトノ爲メ假處分ヲ取消シ理由ナキモノト認メタルハ法律ニ違背セルモノナリト謂ハサル可ラス

第十章　仲裁裁判手續

〔第八百六十一〕外國ニ於テ爲シタル仲裁裁判ニ下スヘキ執行判決ノ要素

〇千八百八十一年十一月五日判決

民事訴訟法第八百六十五條ノ解釋○仲裁人ニ依リテ送達ヲ爲シ得ルヤ

〇千八百八十二年十一月二十八日判決

裁判官ハ職權ヲ以テ仲裁裁判ハ形式ニ違背セスシテ完結セルヤ否ヤヲ調査スヘキヤ

〇千八百八十三年二月八日判決

第二編第三章第三節辯論主義ノ部ニ記載セル千八百八十一年十一月五日ノ判決ヲ見ルヘシ

〔第八百六十二〕係爭權利關係ニ付テハ仲裁裁判所ニ於テ之ヲ決スヘシト約束シタリトノ抗辯ハ妨訴抗辯

ナルヤ否ヤ

第二編第四章第四節妨訴抗辯ノ部ニ記載セル千八百八十二年十一月二十八日ノ判決及ヒ千八百八十三年二月八日ノ判決ヲ見ルヘシ

〇千八百八十三年一月二十六日判決

〔第八百六十三〕 上告裁判所ハ仲裁裁判ノ内容就中該裁判カ仲裁裁判所ニ提出セラレタル總テノ爭點ヲ包含スルヤ否ヤノ問題ニ付キ自由ニ調査ヲ爲シ得ルヤ將タ此點ニ付テモ亦控訴院ノ解釋ニ拘束セラルヘキヤ

仲裁裁判所ニ裁判ヲ求メサル點マテモ仲裁裁判ヲ爲シタル爲メ之ニ對シ不服ヲ申立ツル事

仲裁裁判所ノ調査ハ如何ナル効力ヲ有スルヤ

第二編第五章第六節上告ノ理由ト爲スヲ得ヘキ法律違反ノ部ニ譯載セル千八百八十三年一月二十六日ノ判決ヲ見ルヘシ

〇千八百八十五年二月五日判決

〔第八百六十四〕 仲裁裁判所ハ訴訟カ仲裁判事ニ依リテ若シクハ現在ノ組織ノ仲裁裁判所ニ依リテ裁判シ得ヘキモノナルヤ否ヤノ點ニ付キ裁判ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤ○此點ニ付テ其爲シタル決定ハ仲裁裁判ナルヤ否ヤ○偏頗ノ恐アルニ由ル仲裁判事ノ忌避

〇千八百八十五年三月二十九日判決

〇(一)我第七百九十九條二當ル

第二編第一章第七節裁判所職員ノ忌避及ヒ除斥ノ部ニ譯載セル千八百八十五年二月九日判決ヲ見ルヘシ

〔第八百六十五〕 仲裁契約ノ有効ナルニ付テノ要件如何

民事訴訟法第八百六十五條(一)ニ所謂仲裁判斷ノ正

本ノ送達ハ當事者本人ニ之ヲ爲スヘキヤ將タ又當事者ノ代理人ニ之ヲ爲スモ有効ナルヤ

（千八百八十五年三月二十九日判決）

理由

第一　被告ハ仲裁契約ハ保險證書ノ末文ニ「仲裁判斷ニ對シテハ法律ニ定ムル上訴ヲ爲スコトヲ得」トアルカ爲メ法律上無効ナルモノナリト主張セリ嘗テ大審院ニ於テ裁判シタル事件（ワルマン獨逸法曹新聞第七卷所載千八百八十二年二月十一日判決參照）ハ仲裁裁判ニ付キ本件ノ保險證書ト同一ノ但書アル保險證書カ千八百七十九年九月六日即チ民事訴訟法ノ實施前ニ作製セラレタル場合ナリシナリ故ニ其但書ニ留保シタル上訴ノ方法ハ前訴訟法ニ於テハ認メタル所ナルモ當事者間ニ爭訟ヲ生シタルハ民事訴訟法ノ行ハル際ニシテ既ニ認メラレサリシモノナルカ故ニ其留保ハ無効ト爲リ從テ仲裁契約全体モ無効ト爲リタルモノト認メラレタルナリ

然レトモ本件ハ全ク之ト異ナル場合アリ保險證書用紙ハ久シキ以前ヨリ傳來セルモノニシテ其作製ノ當時ニアリテハ所謂上訴ハ前訴訟法ニ所謂上訴ナリシヤ或ハ知ルヘカラス然レトモ保險證書ヲ取交ハシタルハ千八百八十二年九月六日ニシテ仲裁契約ノ日附ハ之ニ據ル可キモノタリ然ルニ民事訴訟法ノ實施後ニ取結ヒタル契約ニ於テ法律上ノ上訴ト云ヘルハ民事訴訟法ニ於テ許セル所ノ上訴ト云フノ意ナリト解釋スルニ非ラサレハ即チ民事訴訟法ニ於テ之ヲ許ス限リト云フノ意ニ解釋スルノ外ナシ而シテ孰レノ解釋ニ據ルモ其結果ヲ異ニスルコトナシ尤モ前解釋ニ據レハ民事訴訟法第八百六十七條ニ定ムル救濟法ヲ以テ上訴ナリトセサル可ラスト雖モ是レ用語ノ誤謬ニ過キサルナリ

第二　上告人ハ質實シテ曰ク仲裁裁判ハ民事訴訟法第八百六十五條ニ之ヲ送達ス可キモノナリト規定セルニ拘ハラス未タ嘗テ當事者ニ送達セラレサルナリ蓋シ仲裁手續ニ於ケル當事者ノ代理人ハ民事訴訟法ノ意義ニ於ケル訴訟代理人ト看做ス可カラサル者ナリト然レトモ此理由ノ當否并ニ民事訴

(一)我第百四十二條ニ當ル

訟法第百六十二(一)條ニ基キテ仲裁裁判ヲ爲シタルノ當否如何ハ措テ論スルヲ須ヒス如何トナレハ民事訴訟法ノ用語例ニ據レハ當事者トハ當事者本人ヲ指スノミナラス代理ヲ許ス場合ニ於テハ本人ノ代理人ヲモ指稱スルモノナレハナリ故ニ第八百六十五條ニ於テ仲裁裁判ノ正本ノ送達ハ仲裁手續ニ於テ任設セラレタル代理人ニ之ヲ爲スモ有効ナリトス

第三　初メニ仲裁裁判ノ謄本ヲ被告ノ代理人ニ送達シタルハ不可ナリ第八百六十五條ニ據レハ正本ヲ送達ス可キモノトス然レトモ控訴審ハ一ノ新ナル裁判所ナルカ故ニ控訴審ニ於テ之ヲ追完シタルヲ以テ足レリ控訴院カ最初ノ欠點ノ爲メニ民事訴訟法第九十二條第二項ノ職權ヲ行ハサリシハ蓋シ被告カ第一審ニ於テ仲裁裁判ノ効力ヲ爭フニ際シテ毫モ最初ノ送達ノ欠點ニ論究セサリシコトニ注意シテ能ク法律ヲ誤ラサリシモノト謂フヘシ

〇千八百八十六年六月二十八日判決

〔第八百六十六〕 執行行爲ヲ爲スコトヲ得サル(例ヘハ意思ノ表示ヲ爲ス可キコトヲ言渡シタル如キ)仲裁裁判ノ爲メニ執行判決ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤ

本章第一節總則ノ部ニ譯載セル千八百八十六年六月二十八日判決ヲ見ル可シ

〇千八百八十七年三月七日判決

〔第八百六十七〕 數個ノ仲裁裁判ノ審級ニ付キ合意ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤ

(千八百八十七年三月七日判決)

(二)我第七百八十九條ニ當ル

原告ハ第二審ノ仲裁裁判所ヲ裁判所ニ依リテ指定(民事訴訟法第八百五十五條第二項)セラレンコトヲ申立テタルナリ

(二)我第八百條ニ當ル、

理由

民事訴訟法ニ於テハ仲裁裁判ハ當事者間ニ於テ裁判所ノ確定力アル判決ノ効力ヲ有スルモノト爲セリ(第八百六十六條)(一)故ニ裁判所ノ判決ニ對シテ爲シ得ヘキ通常ノ上訴ヲ以テ仲裁裁判ニ對シテ不服ヲ申シ立ツルコトヲ許サス當事者間ニ於テ通常ノ上訴方法ヲ留保スルノ合意ヲ爲スモ何等ノ効ナキモ

(三)我第八百一條

(四)我第八百四條及ヒ第八百五條ニ當ル

ノトス仲裁裁判ニ對スル不服ノ申立ハ第八百六十七條(三)ニ掲クル理由ニ基キ訴ヲ以テシ(第八百七十條及ヒ第八百七十一條(四)又ハ執行判決ノ言渡ニ付テノ訴(第八百六十八條第二項)ニ對スル異議ヲ以テスルノ外之ヲ爲スコトヲ得サルモノトス(草案第八百一條理由書)然レトモ已上擧示シタル所ハ仲裁裁判ニ對シ通常裁判所ニ於テ審級順序ヲ逐フコトヲ得サルノ義タルニ過キス仲裁裁判上ノ審級逐進ニ付キ合意ヲ爲スハ素ヨリ當事者ニ許サレタル所ナリトス仲裁裁判ノ手續ハ僅少ナル場合ヲ除クノ外(第八百六十條第二項)一般ニ當事者ノ定ムル所ニ據ルモノナリ故ニ第一ノ仲裁裁判ハ上訴ヲ提起セサル限リ有効ナル可ク而シテ正當ナル時期ニ上訴ヲ提起シタルニ於テハ上級仲裁裁判所ノ裁判ヲ以テ當事者ノ依遵ス可キモノトストノ合意ハ完全ナル効力ヲ生スルモノナリ而シテ仲裁人ノ選定ニ關シテハ民事訴訟法ニ其規定ノ在ルアリ控訴院カ第八百五十五條第二項ノ規定ヲ本件ニ適用シ仲裁人ヲ選定スル爲メニ定メタル期間ノ空シク滿了シタル後ハ管轄裁判所ヨリ仲裁人ヲ選定ス可シトシタルハ當ヲ得タルモノナリトス

〔千八百八十三年十二月七日判決〕

第十一章　公示催告手續

〔第八百六十八〕　證書ノ公示催告

公示催告ヲ指定地ニ於テ發行スル新聞紙ニ公告ス可キコトヲ定メタル會社定款ノ規定ノ効力如何

〔千八百八十三年十二月七日判決〕

甲某ノ申立ニヨリクルツ地方裁判所ハライン鐵道會社株券ノ無効ノ宣告ノ爲メ公示催告手續ヲ施行シ千八百八十一年十二月十九日判決ヲ以テ右株券ノ無効ノ宣告ヲ爲セリ而シテ甲ハ鐵道會社ニ對シテ訴ヲ提起シ會社ハ新ナル株券ヲ調製ス可シトノ言渡アリタキ旨ヲ申立テタルニ被告會社ハ之ニ對シテ公示催告カ會社ノ定款ニ定ムル新聞紙ニ公告セラレ(民事訴訟法第八百三十四條)ザリシハ普魯西民事訴訟法施行細則第二十條ニ違背セルモノナリト抗辯セリ第一審ニ於テハ原告ノ訴訟却下セラレ第二審ニ於テハ原告ノ申

立通リ裁判ヲ爲シ而シテ被告ノ上告ヲナシタルモ左ノ理由ニ依テ却下セラレタリ

理由

被告ノ上告理由ト爲セル點ハ普魯西民事訴訟法施行細則第二十條第三項ノ規定ノ違背ヲ質責スルニ在レドモ此質責ハ至當ト認ムルコトヲ得ス其規定ニ曰ク

特約書又ハ定款ニ於テ或ル證書公示催告ハ特ニ指名セル新聞紙ニ之ヲ公告ス可キコトヲ規定セルトキハ公示催告ノ公告(民事訴訟法第八百四十二條第一項)ハ其新聞紙ニ一回掲載シテ之ヲ爲ス

控訴院ノ以爾ラク右規定ハ本件ニ適用ス可カラサルモノナリ如何トナレハライン鐵道會社ノ定款ニ於テハ此種ノ公告ハベルリンクルンアーヘンアウグスブルク及ヒブリユッセルノ各一新聞紙ニ掲載シテ之ヲ爲スヘキコトヲ規定セルモ而カモ一定ノ新聞紙ヲ指名セサレハナリト

右ノ見解ハ一點ノ誤ナキモノタリ特ニ指名セル(Nament lich bezeichnet)新聞紙トハ其名ヲ(Namen)示シタル新聞紙ナリト謂ハサル可カラス是レ其語ノ當然ノ意義ナリト又法律ノ旨趣ハ契約ニ因リ設定セラレタル權利若シクハ利益ヲ及フ限リ障害セサルノ目的ニアリトス故ニ控訴院ノ見解ハ能ク自然ノ語意ニ適シ亦能ク法律ノ精神ニ合ヘルモノナリ凡ソ所持人拂ノ證券ヲ發行スルノ際ニ於テ其證券ヲ無効トスルニ必要ナル公告ハ其名ヲ示セル一定ノ新聞紙ニ掲載シテ之ヲ爲スコトヲ豫告シタルトキハ是レ證券所持人ニ對シテ其指定以外ノ新聞紙ニ注意スルコトヲ要セストノ證認ヲ與ヘタルモノナリ然レトモ公告ハ一定ノ地ノ新聞紙ニ掲載シテ之ヲ爲スト定メタルトキハ全ク是レト異ナリ其地ニ於テ發行セラルル新聞紙數多アリ特ニ新ニ發行セラルルモノアル限ハ契約上保證ヲ與フルノ趣意顯ハレス單ニナルヘク便宜ナル公告方法ヲ定ムルノ目的ヲ認ムルニ足ルノミナリ故ニ若シ法律ニ於テ新ナル其他ノ公告方法ヲ以テ一層便宜ナリト認メ之ニ依ルヘキコトヲ定ムルモ決シテ契約上ノ利益ヲ侵害スルコトナカル可シ

前記普魯西施行細則ノ規定ノ沿革ニ徵スルモ上段所說ノ正當ナルコトヲ證

スルニ足レリ草案ニ於テハ此規定ヲ掲ケサリシモ普魯西國會ニ於テ所持人拂證券ノ所持人ハ其證券發行ノ際ニ公示催告ヲ公告スヘキ新聞紙ト指名セラレタル新聞紙ニ公告ス可キコトヲ要求スル權利ヲ有セサルヤ否ヤニ付キ議論ヲ生シ斯カル權利ヲ云々スルハ素ヨリ不可ナルモ其證券ノ文面通リニ爲スコト公平至當ナル可シトノ說起リ左ノ追加文提出セラレタリ

定款ニ依リ一定ノ種類ノ有價證券ニツキ民事訴訟法第百八十七條ニ掲クル新聞紙以外ノ新聞紙ヲ公示催告ノ爲メニ定ムルトキハ其新聞紙……

然ルニ第二讀會ニ於テ此文躰ハ汎漠ニ失スルカ故ニ制限ヲ加ヘサル可ラストノ反對論アリ遂ニ現行法文ノ如ク改メ且ツ「特ニ指名シタル」ノ語ヲ加ヘタルナリ

已上述ヘタル如クナルヲ以テ控訴院ノ爲シタル解釋ハ正當ニシテ上告人ノ賈實ハ理由ナキモノナルコト毫モ疑フ可ラサルナリ

73
19

明治二十九年五月廿三日印刷
明治二十九年五月廿六日發行

（定價金五拾錢）

著作者　東京市芝區愛宕下町四丁目五番地　宮田四八
著作者　東京市本郷區弓町一丁目廿六番地　瀨田忠三郎
著作者　東京市本郷區春木町二丁目六十一番地　豐島直通
發行兼印刷者　東京市本郷區森川町一番地仲通第二二九號　望月良彥
印刷所　東京市京橋區西紺屋町廿六七番地　株式會社秀英舍

版權所有

73
19

明治二十九年五月廿三日印刷
明治二十九年五月廿六日發行

（定價金五拾錢）

著作者　東京市芝區愛宕下町四丁目五番地　宮田四八

著作者　東京市本郷區弓町一丁目廿六番地　瀨田忠三郎

著作者　東京市本郷區春木町二丁目六十一番地　豐島直通

發行兼印刷者　東京市本郷區森川町一番地仲通第二二九號　望月良彦

印刷所　東京市京橋區西紺屋町廿六七番地　株式會社秀英舍

版權所有

14,
4

14
4

036574005-9
CG3-2781-01

独逸帝国大審院民事訴訟法判例

宮田　四八／等訳

M28—29
BBR-771

【17 冊】

79
19