



0016546-000

637-22

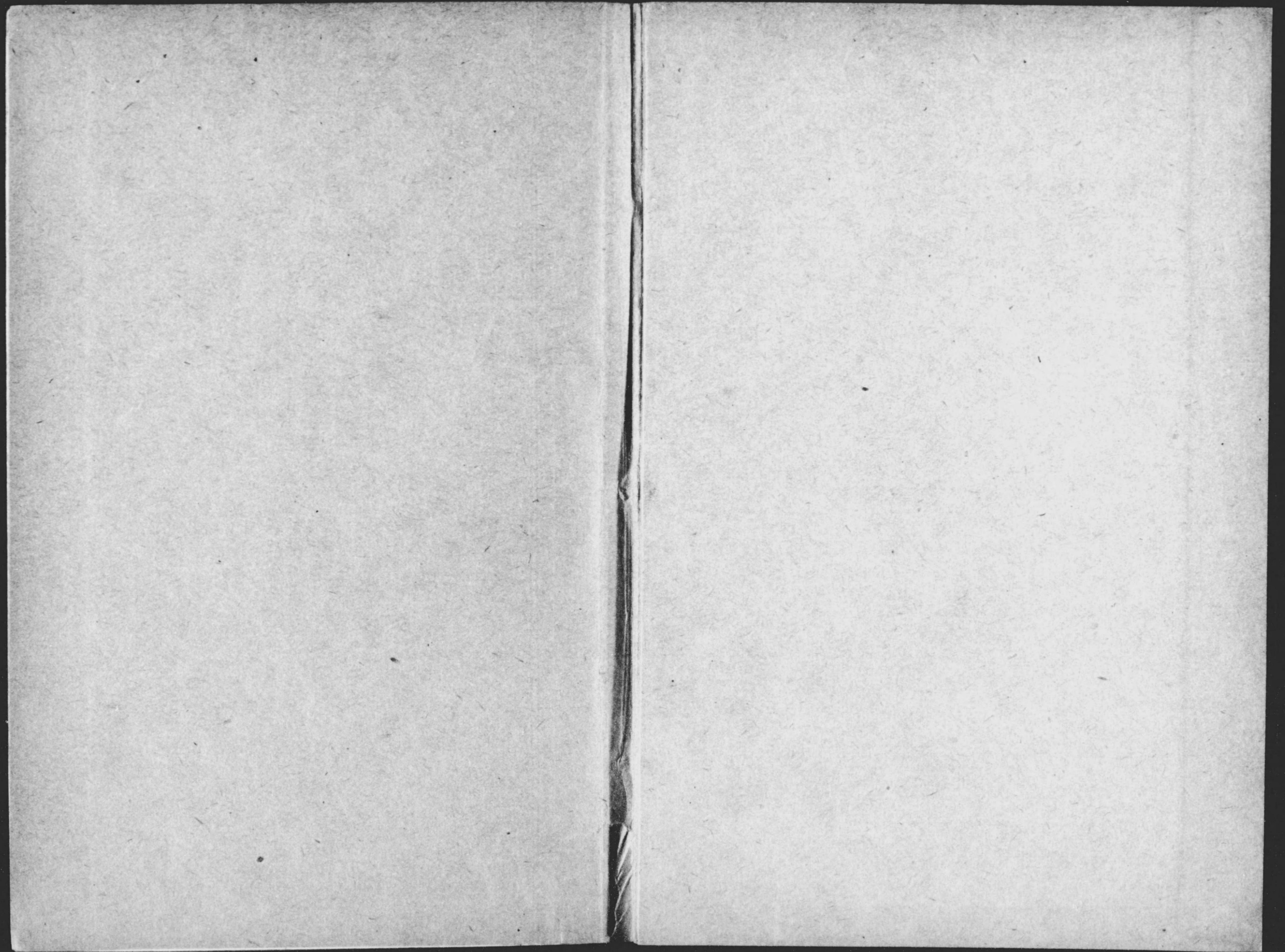
仮差押及仮処分手続

谷井辰蔵・著

巖松堂書店

昭和7

ACH



谷井辰藏著

假差押及假處分手續

東京 巖松堂書店發兌



序

一 本書は假差押及び假處分の法規を運用する者の爲めに其の手續の大略を叙述し、執務上参考資料の一端に供すべく之れを公にした。固より廣く諸外國の法規を參酌しての業ではない。我民事訴訟法に於ける假差押及び假處分に關する法規の運用に付ての實際的方面に立脚して著者の淺薄なる力量に依り物したので、勿論萬全を期し得ぬことは豫期してゐる。

一 本書中極めて獨斷的の解釋を爲せりとの謗りを受けることのあるべきことも亦著者の豫期するところである。けれども法文の不備を補ふには又所謂條理を以て之れが結論を得るの止むを得ざるものあるによる。

一 本書は其の法規の解釋を補ふため、要所に判例、回答、決議、其の他學說を挿入し、以て現在本法運用の大勢を看取するの便に供することにした。

昭和七年晩秋

著

者

序

一

假差押及假處分手續 目次

第一章 假差押	一
第一節 假差押の意義及び性質	一
第二節 適用の範圍	三
第三節 本案の請求權	四
第四節 假差押の物體	九
第五節 假差押の制限	三五
第一款 民事訴訟法上の制限	三五
(一) 民事訴訟法上の制限に関する疑問	三九
(二) 収入金、恩給金額	四〇
(三) 恩給	四一

(四) 共有物……………四三

第二款 其の他の制限……………四四

第六節 假差押の理由……………四九

第七節 管轄裁判所……………五三

第八節 假差押申請……………五七

第一款 要件……………五七

第二款 説明……………六七

第三款 方式……………七〇

第一項 申請書の欠缺……………七三

第四款 第三債務者……………七四

第五款 申請の効果……………七七

第六款 申請の取下……………七九

第九節 假差押の裁判……………八二

光
し
休

第一款 總説……………八二

第二款 裁判手續……………八六

第一項 書面審理……………八六

第二項 口頭辯論……………八七

第三款 裁判の形式……………八九

第四款 主文(裁判の内容)……………九一

第五款 債務者の供託……………九三

第六款 却下の裁判……………九八

第七款 裁判の効果……………九九

第八款 假差押の效力……………一〇一

第九款 裁判の告知……………一〇七

第十款 裁判の更正……………一一四

第十一款 保證の裁判……………一二五

第十二款 保證……………一三二

 第一項 保證の性質……………一三二

 第二項 疏明の代用……………一三三

 第三項 保證の種類……………一三五

 第四項 供託の手續……………一三六

 第五項 管轄……………一三九

 第六項 第三者の供託……………一四八

 第七項 擔保物の變換……………一四九

第十節 擔保權利者……………一五一

 第一款 擔保權の性質……………一五二

 第二款 擔保權の行使……………一五三

 第三款 擔保の取消……………一五八

 第一項 管轄裁判所……………一七九

第二項 擔保取消の裁判……………一八〇

第四款 擔保物の差押……………一八一

第十一節 假差押の裁判の不服……………一八五

第十二節 假差押の異議……………一九一

 第一款 異議の理由……………一九四

 第二款 異議の裁判……………一九六

 第一項 管轄裁判所……………一九七

 第二項 裁判手續……………一九八

 (イ) 假差押の變更又は取消……………一九八

 (ロ) 假差押の全部又は一部の認可……………一九八

 (ハ) 保證の性質……………一九九

 (ニ) 假執行の宣言……………二〇三

 (ホ) 執行手續……………二〇四

第十三節 起訴命令……………二〇六

第一款 申立手續……………二〇六

第二款 管轄裁判所……………二〇九

第三款 裁判手續……………二〇九

第四款 假差押命令の取消……………二一〇

第一項 裁判手續……………二一一

第二項 裁判の執行……………二一三

第十四節 事情變更等に因る假差押の取消……………二一三

第一款 總說……………二一四

第二款 取消申立權者……………二一六

第三款 取消原因……………二一六

第四款 管轄裁判所……………二三一

第五款 裁判手續……………二三一

第六款 裁判の執行……………二二三

第七款 其他……………二二三

第十五節 不服申立權の選擇……………二二四

第十六節 假差押の執行……………二二五

第一款 債務名義の送達……………二二六

第二款 執行文付與……………二二七

第三款 執行力の制限……………二二八

第四款 期間の算定……………二二九

第五款 執行の開始……………二三〇

第六款 執行拒絶と期間の關係……………二三三

第十七節 動産に對する執行……………二三五

第一款 有體動産に對する假差押の執行……………二三五

第一項 執行機關……………二三五

第二項 執行の方法……………二四三

第三項 假差押物の換價……………二四五

 第一目 申立権者……………二四六

 第二目 管轄裁判所……………二四七

 第三目 裁判手續……………二四八

 第四目 裁判に對する不服……………二四八

第四項 執行の效力……………二五一

 第一目 效力發生時期……………二五三

 第二目 效力發生後に於ける債務者の權能……………二五三

 第三目 效力の消滅……………二五四

第二款 金錢債權に對する假差押の執行……………二五七

 第一項 執行機關……………二五七

 第二項 執行の方法……………二五九

第三項 其他……………二六〇

第三款 手形其他裏書を以て移轉することを得る證券に因る債權の假差押及び其の執行……………二六七

第四款 金錢債權以外の有體物の引渡若くは給付を目的とする請求權に對する假差押の執行……………二六六

第一項 特定物の引渡を目的とする請求權に對する執行……………二六九

第二項 代替物の一定の數量の給付を目的とする請求權に對する執行……………二七三

第三款 不動産の請求權に對する執行……………二七四

第五款 其他の財産權(不動産を除く)に對する假差押の執行……………二七七

第十八節 不動産に對する假差押の執行……………二八一

第一款 登記簿記入……………二八二

第二款 執行機關……………二八二

第三款 執行の手續……………二八二

第四款 執行の效力……………二八四

第十九節 強制管理……………二八六

第一款 執行機關……………二八七

第二款 執行の手續……………二八七

(一) 開始決定……………二八八

(二) 管理人の任命……………二八八

(三) 管理人の権限……………二九〇

第三款 執行の效力……………二九二

第四款 執行の效力の消滅……………二九五

第五款 強制管理の取消……………二九六

第二十節 船舶に對する假差押の執行……………二九七

第一款 執行機關……………二九九

第二款 執行の手續……………二九九

第三款 執行の效力……………三〇三

第四款 執行の效力の消滅……………三〇七

第二十一節 執行の取消……………三〇八

第一款 執行取消の申立……………三一〇

第二款 管轄裁判所……………三一一

第三款 裁判手續……………三一一

(一) 裁判の形式……………三一一

(二) 裁判に對する不服……………三一二

(三) 取消決定の執行……………三二三

第二章 假處分……………三二五

第一節 係争物に關する假處分……………三六

第一款 意義……………三六

第二款 要件……………三八

第三款 管轄裁判所……………三八

第二節 係争權利關係に關する假處分……………三七

第一款 意義……………三七

第二款 要件……………三九

第三款 管轄裁判所……………三五

第三節 申請手續……………三四

第四節 假處分の裁判……………三五

第一款 保證……………三五

第二款 裁判の内容……………三五

第三款 假處分命令に因る保護手段……………三五

第四款 保護手段の例示……………三六

第五款 假處分の範圍……………三七

第六款 裁判の效力……………三八

第七款 不服の申立……………四〇

第八款 急迫なる場合に於ける區裁判所の處分手續……………四〇

第一項 裁判の形式……………四〇

第二項 裁判の内容……………四〇

第三項 裁判に對する不服……………四一

第四項 本案管轄裁判所……………四一

第五項 相手方呼出の申立……………四二

第六項 本案管轄裁判所の裁判……………四二

第七項 區裁判所の爲すべき取消の裁判……………四二

第五節 起訴命令……………四二

第六節 假處分の取消……………四一九

第一款 異議の申立……………四一九

第二款 起訴期間の徒過に因る假處分の取消……………四二一

第三款 假處分の理由の消滅又は事情の變更に因る假處分の取消……………四二二

第四款 特別事情に基く保證提供に因る假處分の取消……………四二三

第五款 假處分命令に記載したる金額の供託に因る假處分の取消……………四二五

第六款 保證の性質……………四三〇

第七節 假處分の執行……………四三二

第一款 總説……………四三三

第二款 執行の要件……………四三四

第三款 執行の方法……………四三六

第四款 執行機關……………四四〇

第八節 執行處分の取消……………四四三

第三章 特殊の假處分……………四四九

第一節 假登記假處分……………四四九

第二節 婚姻事件の假處分……………四五二

第三節 養子縁組事件の假處分……………四五三

第四節 親子關係相續人廢除隱居事件の假處分……………四五三

第五節 禁治産及び準禁治産事件に於ける必要處分……………四五四

第六節 法律上の代位……………四五六

第七節 親權者の懲戒權行使……………四五七

第八節 戸主權の行使及び遺産の管理に付ての處分……………四五八

第九節 其の他の處分……………四五九

附 録

目 次

一六

一 執行と損害との關係に付ての判例……………四六七

二 論 文……………四七五

 手形債權の差押に就て……………四七七

 土地の一部と抵當權……………五〇〇

 民事訴訟法第百十五條に就て……………五三三

——「目次了」——

假差押及假處分手續

谷 井 辰 藏 著



第一章

假差押

第一節

假差押の意義及び性質

假差押は債權者が將來一定の債務名義に依り債務者の財産に對する強制執行を不能又は困難ならしむる虞れある場合に一定の權利(請求權)に基き假差押裁判所の裁判を求め當該裁判に依り債務者の財産に對し其の暫定的現状維持を確保(保全)する爲め實施せらるゝ訴訟手續を謂ふ。従つて假差押手續に於ては本來の強制執行手續に於けるが如く債務者の財産を換價し其の換價金を以て債權の辨済に充當するが如き手續は之れを爲し得ざること勿論なり。

第一節 假差押の意義及び性質

一

假差押手續に於ける債権者の所謂保全請求權自體は債権者の有する當該實體權に包含せらるゝ一つの權利にあらずして其の實體權を前提として民事訴訟法に依り付與せられたる公法上の私權保護請求權の一種にして之れ當事者の利益保護の爲め設けられたるものなれば固より當事者は此の保護請求權を拋棄し得べきものとす。當事者が一定の權利に付き假差押を爲さざることを合意を爲したる場合は右合意は法律上有效なりと解す。従つて債権者が斯かる合意あるに拘らず假差押命令を受けたるときは債務者は其の特約を理由として之れが異議を主張し得るは勿論其の特約違反に因る損害の賠償をも求め得るものとす。

假差押命令は彼の假執行の宣言と其の性質を異にす。假差押は之れに依り債務者の財産の現状維持を期し因て以て後日本案事件の強制執行をして有意義ならしめんが爲め債務者の資産状態の確保を目的とし敢て債権者の實體上の權利の本來の實現を期せしめ又は其の執行權を行使するものにあらず。然るに假執行の宣言は之れと異なり一定條件の下に債権者の實體上の權利の實

行を許容するに在り。換言すれば前者は權利實行の準備乃至其の前提的段階を越えざる範圍内に於て許されたるものにして後者は本來の權利其のものゝ實行を許容せられたるものなり。

第二節 適用の範圍

假差押手續は所謂保全訴訟にして此の手續に於ては民事訴訟の目的物たる權利の保全を以て目的と爲すものなり。従つて假差押手續に於ては當該手續に依り保全せんとする權利が民事訴訟の目的物(所謂本案)たり得る場合に限り假差押に依る保護を求め得るを原則とす。

本案が通常裁判所の權限に屬せざる場合又は假令通常裁判所の權限に屬するも(選舉訴訟事件の如き)當該事件が固有の民事事件にあらざる場合に在りては固より假差押手續は許容せられざるものとす。尙又本案が通常裁判所の權限に屬する場合に於ても假差押物體の如何に依りて保全手續を許されざる場合あり。例へば民事訴訟法が強制執行を禁止したる債務者の財産又は發航の

準備を終りたる船舶に對する假差押の如し。

刑事訴訟手續に於て私訴を提起したるときは其の本案の權利保全の爲め假差押命令を求め得べし(刑訴第五六七條五七二條)。

著作權法第三十六條は偽作に關し刑事の起訴ありたる場合に裁判所は告訴人の申請に因り假りに著作物を差押へ得る旨を規定す。之れ特別法に依る例外に屬するものとす。

第三節 本案の請求權

假差押は金錢又は金錢に換ふることを得る請求權に付てのみ之を許さるべきものにして(民訴第七三七條第一項)本案が右以外の請求に係る場合に於ては假差押は固より許容せられざるものとす。然り而して金錢債權又は之れに換ふることを得る請求なるに於ては其の未だ期限に至らざる請求と雖も之れ亦假差押を許可さるべし(同條第二項)。條件附請求權も亦同様本案たり得るものとす。但し現在權利の成立其のものが實在せざる請求權は此の限りに在らず。

利息請求權又は賃料請求權にして未だ支拂時期の到來せざるもの(將來の期間に對する利息又は賃料請求權)も亦假差押に依り保全せらるべき本案の請求權と解し得べきものなり。斯かる請求權は消費貸借又は賃貸借の成立と同時に發生し唯其の現實支拂の義務が一定の期間の經過又は賃借物の使用なる事實に繋れるに過ぎず。斯かる請求權を目して現在當該請求權は未だ成立せざるものと解するは妥當なる見解と認め難し。尙之れに類する請求權を參考の爲め左に列擧す。

- (一) 保険料の支拂請求權
- (二) 扶養料の支拂請求權
- (三) 條件附請求權

停止條件附請求權は期待權に基く。解除條件附請求權は現在無條件の請求權と同一なり。
- (四) 求償權

例へば連帶債務者又は保證人の求償權の如し。

(五) 償還請求権

手形上の権利

(六) 損害賠償請求権

損害賠償請求権は債務不履行に因り始めて成立すとの非難あるも此の請求権は債務不履行の事實を其の實行條件となすものと解すべく右不履行の事實を此の権利の成立條件と解する説は妥當の見解と謂ふを得ず。

(七) 違約金請求権

損害賠償額の豫定たる違約金請求権又は履行確保の約定違約金の請求権の如し。此の約定違約金は違約を條件とする期待権として現在保全し得べき財産權上の権利なり。

(八) 民事訴訟費用の請求権

原告は訴の提起と同時に又は其の後に於て費用負擔の判決言渡前に於ても此の請求権を保全せんが爲め假差押命令を求め得べく又被告

は其の應訴以後に於ては原告に對する訴訟費用賠償請求権の實行條件の成就前に於て原告同様其の請求権の保全を爲し得る権利あるものと解す。

金錢債權に換ふることを得る請求権とは當該請求権が將來滅失其の他の事由に因り履行不能となりたる場合に於て本來の給付に代へて損害の賠償を求め得る請求権を謂ふ(有體物の引渡請求権の如し)。然れども此の金錢債權に換ふることを得る請求権に基き假差押を求めんとする場合に於ては債權者は當該請求権の評価を爲すの要ありとす(民訴第七四〇條)。例へば小作米百俵の給付を求めんとする場合に於ける假差押手續に在りては請求の表示としては右小作米百俵の價額を表示すべきものとす。

金錢債權に換ふることを得る請求は其の現在に於て保全せらるべき本案たり得るべく必ずしも現在金錢債權に換はりたることを必要とせざるは勿論なり。従つて債權者は斯かる請求権に基き假差押命令を求むると同時に又假處分命令を求むることを得べし(二者選擇又は併用)。尤も共に其の保全の必要な

る理由の疏明せられたる場合に限るは勿論なりとす。

要するに財産上の請求権は假差押に依り之れが執行の保全を爲し得るを原則とし又非財産上の請求権は之れが執行の保全を爲し得ざるを原則とす。

民事訴訟法第七百三十四條及び第七百三十六條に基き強制執行を爲し得べき請求権又は同法第七百三十三條に依り強制執行として支拂はるべき費用の請求権竝に民法第四百二十四條の取消権も亦金銭債權に換ふることを得べき財産上の請求権と謂ふことを得べし。

債權者が直ちに執行し得べき債務名義を有する場合に於ても其の請求権の執行保全の理由を疏明したるときは之れ亦假差押を求め得るものと解す。而して此の場合に於ては民事訴訟法第七百四十六條の適用なきものとす。

【判例】

一 條件附債權

假差押は金銭の債權の請求に付き動産又は不動産に對する強制執行を保全する爲め之を爲すことを許したるものなることは民事訴訟法第七百三十七條第一項の規定する所にして未だ期限に至らざる請求に付ても亦之を爲すことを得るは是れ亦同條第二項の規定する所なり而して條件附の請求に付ては明文なしと雖も亦一の請求

權にして條件の到來するに於ては之が強制執行を要すること勿論なれば豫め其強制執行を保全する爲め假差押を爲すの必要あること明かなれば條件附の請求權に付ても假差押を許すべきものとす(四一年大審院)

第四節 假差押の物體

假差押は債權者の一定の請求權に付き債務者の動産又は不動産に對して行はるべきものなり(民事第七三七條)。右に所謂動産中には獨り有體動産のみならず債權其の他の財産權をも包含すべきものと解すべし。其の理由は民事訴訟法第六編の強制執行編に於ける成文の構成に依れば第一章總則第二章金銭の債權に付ての(對するにあらず)強制執行第一節動産に對する(付てにあらず)強制執行第一款通則第二款有體動産に對する強制執行第三款債權及び其の他の財産權に對する強制執行とあり又第四章假差押及假處分の章下に於ては其の第三百七十七條の規定の外に第七百五十條に於て債權の假差押に付ての手續を規定するのみにして假差押は債權其の他の財産權に對しても亦之れを爲し得べき前提的規定なきに徴し疑ひなき所なりとす。

假差押の目的は強制執行の保全に在り。然り而して金銭債権又は之れに換ふることを得る請求権に基く強制執行は債務者の一定の財産を差押へて之れを換價し其の換價金を以て債権者の債権辨済に充當するに在り。従つて假差押の物體たる財産権は其の性質上又は法律上之れが讓渡性を有し又は法律を以て特に強制執行を禁止せられざるものに限るべきは之れ亦當然の事理に屬す。従つて一身に專屬する財産権、民法第六百二十五條の權利裁判に因り讓渡を禁止せられたる財産権、相對的禁止なり例へば假差押又は處分禁止を命ぜられたる財産権の如し、其他瓦斯、電力の供給を目的とする債権の如きは民法第四百六十六條第一項に所謂其の性質が讓渡を許さざる債権なるを以て假差押の物體となり得ざるものとす。

次に假差押の物體たり得る債権、其の他の財産権として學者の指示するもの及び實例に依り認められたるものを左に參考の爲め例示す。

金銭債権。有體動産。不動産。有體物又は有價證券の引渡若くは給付を目的とする債権。財産権取得の期待權、民法第一二九條、民訴第六二五條。條件附

財産権、民法第一二八條。期限附財産権、例へば約定の利息、賃金。支拂期未到來の保険料。雙務契約に因る財産的請求權。違約金債権。賃借權、但し賃貸人の承諾又は轉貸の特約ある賃借權に限る。組合員の組合に對する持分。財産権の移轉又は設定を目的とする請求權。共有者の持分。地上權。永小作權、但し例外あり、民法第二七二條。婚姻豫約不履行に基く損害賠償請求權。相續分、民法第一〇〇九條、但し相續開始後分割に至るまでの間に限る。遺贈に因る請求權。遺留分權利者の權利。社員の時分。株式、但し株券發行後に於ては有體動産をして取扱ふべきものとす。交互計算に依る殘額請求權。商號權、但し法人の商號は之れを除く。匿名組合員の財産的權利。荷送人の運送品返還請求權。保險契約者の權利。民事訴訟費用の賠償請求權。民事訴訟に於ける日當、滯在費、旅費及び立替金の辨済請求權。刑事訴訟に於ける保證金返還請求權。不動産所有權の移轉、其の他の登記を目的とする請求權。身元保證金。特許權。意匠權。商標權。著作權。出版權。郵便爲替の拂渡請求權。電話使用權、加入權。公有水面埋立權。地方鐵道營業免許權。鑛業權。漁業權。入漁權。魚市

場組合加入権。立木法に依る立木。部分林の民收権。同報電信加入権。刑事事件の領置金品の返還請求権。郵便貯金。振替貯金。銀行預金等。

【判例】

一 刑事被告事件の證據品と假差押

刑事被告事件に關し私人の財物を證據品として押收し之を保管すること竝に其證據品を沒收すべきや否やを確定することは何れも刑事訴訟法所定の手続に依り之を爲すものなりと雖も證據品が其差出人に對し還付すべきものと確定せる場合に差出人は證據品保管者たる官廳に對し其返還を請求し得ることは其證據品に對し本來有せる私權に基くものなるが故に右返還請求權其ものは一種の財産權として私法上の法律關係の支配の下に立つことを得べく從ひて民事訴訟法上其請求權者たる差出人に對する債權保全の爲め右證據品保管官廳に對し右請求權に付き假差押を爲し得べきものとす(大正四年(一)第(一八號大阪地方)

一 魚市場組合加入権と強制執行

本件東京魚市場組合加入権が強制執行の目的たり得るや否やに付按ずるに右加入権が相続又は營業權の任意讓渡により移轉し得ることは當事者間に争なく而して證人何某の證言に依れば該權利が讓渡性を有する財産權なることを認め得べきを以て強制執行に依り之を讓渡し得べきものと謂はざるべからず(昭和四年(五)第五〇民事部)

一 公有水面埋立権の性質

公有水面埋立権は公有水面を埋立て民有地と爲す目的を有する權利にして埋立免許者は其の埋立を條件として埋立地域の所有権を取得するものなれば私權の範疇に屬し普通財産權と同じく融通性を有するものとす(昭和四年(ア)第二〇二號長崎控訴第二民事部)

一 公有水面埋立免許權と融通性

公有水面埋立免許權は官許を得るに於ては之を他に移轉し又は擔保貸付に供することを得るものなる以上は其免許が依法處分なると裁量處分なるとを問はず該權利は普通財産權と同じく融通性を有し權利者の一身に專屬するものと謂ふ可からず從て其權利は債務者の共同擔保として強制執行の目的と爲り得べく埋立權者が債權者を害するの意思を以て此共同擔保を處分するに於ては債權者は之を詐害行爲として取消すことを得ざる可らずして偶々免許を得たる一事を以て其處分の詐害行爲たる性質を否定すべきものに非ず然らば斯る處分を爲すことを得ざらしむるが爲め假處分を求むるが如きは固より正當なり(昭和六年(オ)第三八三號大審院第一民事部判決法律新聞一三三四號三一頁)

一 土地所有者と桑葉の所有權

桑葉は桑樹又は其の定著せる土地より分離して賣買取引の目的物と爲し得べきことは上告人所論の如くなれども土地の所有者は反證なき限り之に定著せる桑樹及之れに生育せる桑葉の所有權者と推定すべきものなれば上告人が原審に於て被上告人以外の者が本件桑葉を所有したりとの立證を爲さざりし以上は原裁判所が右桑葉の所有權は被上告人にありたる旨を判示したるは不法にあらず(昭和五年(オ)第一四五號大審院第一民事部)

一 相続人の保險金請求權假差押の有効

本件保険金請求権は債務者先代の相続財産なりや否やに付按ずるに右勇吉が前示各第三債務者と夫々債権者主張の如き生命保険契約を締結し第三債務者大同生命保険株式會社に對する分に付きては初め保険金受取人として指定せられたる債務者先代の養父造酒が大正五年五月二十三日死亡したるに其後勇吉は更に右受取人の指定を爲すことなく死亡し又第三債務者日清生命保険株式會社に對する分に付ては其保険金受取人として被保險者右勇吉の相続人と指定しあるに止り特に其氏名の表示なかりしこと當事者間に争なきところなれば右勇吉の死亡に因り債務者は同人の相続人たる身分を獲得したる結果として本件各保険金請求権を取得するに至りたるものにして初めより特に債務者を保険金受取人と指定せられたるが爲めに非ず即ち何れの場合に於ても前記各保険金請求権は債務者の固有財産たる性質を有せずして債務者の先代勇吉の相続財産を構成するものと謂はざるべからず然らば本件假差押の理由は債権者の疏明方法に依りては未だ疏明せざるも債権者の前記金五百七十三圓二十七錢の債権の執行を保全するが爲め債務者の第三債務者大同生命保険株式會社に對する本件保険金請求権に付金三百二十圓同金九百九十三圓の執行を保全するが爲め債務者の第三債務者日清生命保険株式會社に對する同請求権に付金三百圓の保證を立てしめ債務者の本件申請を許容するを相當と認む(大正一〇年(サ)第六八號東京地方)

一 合資會社の社員に對する出資請求権と強制執行

合資會社の社員に對する出資請求権は假令其の目的物が金錢なるときと雖も特定の出資額請求権と爲らざる以上會社に對する強制執行の目的と爲らず(昭和五年(オ)第四四四號大審院第二民事部)

一 株式の強制執行

株式に付き株券を發行せられたるときは其の株式に對する強制執行は有體動産に對する強制執行と等しく民事訴訟法第五百六十六條以下の規定に従ひ執達更其の株券を占有するにより之れを爲すべきものにして同法第五百九十四條以下の規定により執行裁判所の差押命令を以て之れを爲すべきものにあざると同時に若し叙上の方法に違背して執行裁判所の差押命令を以て爲したる強制執行は其の取消を俟たずして當然無効のものと解すべきこと毫も疑ひを容れず(昭和六年(キ)第一五三三號東京控訴第四民事部)

一 株金拂込請求権の差押

株金拂込催告後の株金拂込請求権は會社が其の拂込ましめんとする金額以上の對價を得たるが如き場合に於ても其の讓渡性を否定すべき理由なきを以て會社の他の一般金錢債権と同様會社債権者の差押の目的物たる性を有す(昭和四年(ネ)第一四八四、一五三四號東京控訴第三民事部)

一 部分林民收權の差押

國有林野部分林規則第三條の規定は營林局長の許可を得れば同規則に依る造林者の權利を處分し得る趣旨にして該權利は融通性を全然有せざるにあざざるを以て差押の目的物たり得べく而も差押自體は其の目的物に對し處分行爲を爲すものにあざざるを以て右權利の一たる本件民收權に付ても其の差押は營林局長の許可を俟たずして之れを爲し得るものと謂はざるべからず(昭和六年(ク)第九〇三號大審院第二民事部)

一 民法第三百四條第一項先取特權の差押の一適用

執行命令に基き他人が債務者の有體動産に對し假差押を爲し其の保管上競賣したる賣得金を供託局より受取

り之れを執行に移したる場合には民法第三百四條第一項但書に所謂差押たること疑なし而して本件上告人が執行命令に基き債務者たる訴外旭商會の有體動産に對し被上告人が假差押を爲し其の保管上競賣したる賣得金に付き右の如き處置を採りたる事實あるに於ては上告人は差押を爲したるものと謂ふべく従つて先取特權者として民法第三百四條第一項但書の條件を備ふるものと謂はざるべからず(昭和六年第二三九八號大審院第三民事部)

一 記名株式質權實行の方法

記名株式を目的とする質權實行の方法に付きては競賣法中何等の規定なく且記名株式は有價證券の一種にして直接取立つる事を得ざる權利なるが故に之れが質權の實行を爲さんとするには競賣法に依り競賣することを得ざるのみならず民法第三百六十七條に依ることを得ずして民法第三百六十八條に依り民事訴訟法中動産に對する強制執行の規定を準用すべきものなれば競賣の場所及日時は之れを公告するを以て足り特に利害關係人に通知を發することを要せず(昭和四年(マ)第三五號廣島地方吳支部)

一 夫の債務に關し内縁の妻の所有物件差押と不法行爲

内縁の妻は通常内縁の夫の收入により生計を維持するものなるが故に内縁の妻の自己の營業の用途に供したる物件は格別の事情なき限り内縁の夫が其の所有に係る物件を妻の利用に供し居るものと推認するを相當とすべく之れに付假差押を爲すも不法行爲としての責任を負擔すべき限りにあらず殊に近時種々の奸策を弄し執行逃避を企つるもの尠からざること裁判上顯著なる事實なればなり(昭和七年(ハ)第八號名古屋區)

一 商標權の性質(廣瀬松夫氏論說新聞第三三二二一、三三二二二號)

【學說】

商標權の性質に付ては議論の存する所にして之を登録前の商標と登録後の商標とに分ちて考究することを要す

一、登録前の商標 商標專用權 (Recht auf den ausschliesslichen Warenzeichen; Recht zum Alleinwarenzeichen)が商標の登録によりて發生し(法第七條)他人の同一又は類似の商標の登録並此種の商標の使用を排斥するを以て其の内容とすること明なりと雖商標の使用は商標の登録前に於ても其の上に權利を有するや否やの點に付ては議論の存する所なり思ふに商標の撰定者は其の撰定によりて商標使用權 (Recht auf den Warenzeichen; Warenzeichenrecht) を有し商標使用權は他人が同一又は類似の商標を撰定し之を使用することを排斥する作用を有せざるも自其の商標を使用すると同時に同一又は類似の商標を撰定せざる他人の商標を濫用するものに對しては之を排斥するの效力を有するものと見ざるべからず何故法は登録前に於ける商標の使用を禁じたる所なければ商標使用者は何人よりも其の使用を妨げられざるの使用權を有し其の使用權の侵害に對しては一般不法行爲の原則を以て對抗することを得るのみならず商標にして客觀的存立(法第九條ニ所云取引者又ハ需要者間ニ廣ク認識セラレタル)の認めらるゝに於ては爾後他人が同一又は類似の商標を登録するも尙其の使用を繼續することを得(法第九條)加之「第二條第八號違反ノ登録」を理由として審判によりて之を無効となし(法第一六、二二條)法第一條第二條第八號によりて其の登録を請求することを得るものにして商標法上に於ても尙且其の保護を受くることを得べく(註、一)而登録前の商標權には他人の商標使用を排斥するの權能なしとするも排他力の有無によりて一を權利とし他を權利に非ずとするを得ざればなり(註、二)従て通説の商標登録前の權利を以

て登録出願より生じたる権利(法第六條)のみにして商標登録出願前の商標を以て單なる事實關係たるに止り何等の権利の存在するものに非ずとなすは其の據るべからざるや明なり(註、三、四) 即ち登録前の商標の法律上全く無意味の者には非ずして商標使用権は登録の前後を不問存在するものと解せざるべからず反之商標專用權は登録によりて始めて發生するものなること前述する所の如し而かゝる商標使用権は之を積極的權利と云ふを得べく人格に關する權利に非ずして商品の個性を表彰し營業と共に移轉することを得るものなるが故に一種の財産權にして然も商標なる無形のものに對象とする權利なるが故に無體財産權たる性質を有す

(註一) 博覽會等に出品したる商品に使用したる商標に付ての保護又商標登録出願前の商標權に對する保護の場合と見ることを得べし(法第三條第三項)

(註二) 登録出願前の商標權の移轉承繼に付ては其の手續並に對抗要件等の規定を爲すもの無きも之單に權利の移轉承繼に關する一般則に委ねたるに過ずして之を以て登録出願前の商標權を認めざるが爲なりと連斷すべきにあらざるべし

(註三) 三宅氏商標法講話第一一頁は商標登録出願前の關係を以て單なる事實にして何等權利關係を爲すものにあらざとせらる

(註四) 村山氏四法要義第三九二頁は原簿登録に至るまでは所謂登録出願より生じたる權利を有するに過ぎずとせらる

二、登録後の商標 商標は前述の如く商標の使用を其の内容とする無形的財産權にして商標を登録するときは一定の期間之を専用することを得る排他獨占的效力を有するに至る即ち登録されたる商標權は商標を有期的に専用する無體財産權 (Immaterial Giterrecht) にして此の種權利は産業上に利用し得べき一定の利益を客體となすものなれば工業所有權保護同盟條約第一條に所謂工業所有權 (Industrieigentum; Les propriétés industrielles.)

の一に屬するものたるや疑なし(註、一)

即ち商標權は財産權なり、上述せるが如く商標權は權利にして私權なりとするも之を其の客體上より分類するときは財産權なるや或は然らざるや思ふに商標は使用者の信用を代表することありとするも商標使用語を以て人格保護の權利なりと云ふことを得ず何故商標は其の使用の効果より見るときは使用者の信用を代表することありと雖商標の使用其のものは自他商品の甄別の書にするものにして(註、二) 表はされたる信用の如きは其の附屬的效果に過ぎざればなり同様の意味に於て之を以て人格權並に財産權たるの兩性を有するものなりと云ふことを得ざるや明なり然而法は商品甄別の具たる商標の使用を保護せんとするものにして商標權は商標の利益によりて需要を充さんとする使用者を保護する爲にせるものなるが故に之を財産權となすを至當とす尙商標權は商標なる無形貨物に關して享益行爲を爲すを其の内容とするものなるが故に之を無體財産權と云ふを得べきも其の物權的性質を具ふるの故を以ては之を物權となすことを得ざるべし(民法第一七五、八五、一七七、一七八條)

積極的權利なり、商標權者の地位は一般行爲の禁止に對する特許に存せずして所有權が物的支配を爲し之が權利によりて保護せらるゝの結果第三者は之を侵害するを得ざると同一の法理に立つものにして又留保的權利に非ずして究竟的性質を有するものなり(註、三)

商標權は支配權なり、上述の如く商標權は商標に付て積極的に享益する權利にして其の對象とする所は無體貨物なり今之を權利の作用より分類するときは物權と同じく支配權にして商標を以て其の目的とす即ち商標法

第七條に於て商標權に付て規定する所は民法第二〇六條に於て所有權に付て爲す所と趣を同ふし權利の作用の方面より之が規定を爲すものにして本質に於ては所有權の如く物的支配權にして一定の需要を充すが爲にする商標の支配は單に其の使用のみに止らずして商標に關する總ての行爲に及ぶものとす然而商標權は商標の使用竝に其他の權能よりなると雖其の本質に於ては商標の支配にあるを以て他の工業所有權に於けるが如く其の內容に於て單一の權利なりと云ふことを得べし

商標權は一定の存在期間を有す、商標の制度は其の使用を保護して商品の甄別に便にし併て不正競争を防止する等を以て目的とするものなれば其の使用の點より見るときは永く續用せしむるを至當となすも社會事情の變遷は商標の登録要件に大なる影響を及すものありて今日に於ては登録要件を具備するものも幾年の後は必しも然らざるものあるが故に隨時或は一定時に商標の適性を檢して其續用の拒否を決するか或は一定期間を限りて更新登録せしむるかの要あり而前者は公益上は最も當を得たる方法と云ふを得べけんも使用者は爲に常に不安の状態に置かるゝのみならず假令有期に之を爲すも不必要のものに對しても尙其の手續を爲すの不利あり然るに後者によるときは前述の如き何れの不利をも之を避くることを得べし然れ共其の期間にして短きときは前者同様の不利を受くるべくさればとて餘りに長きに失するときは使用者の爲には有利ならんも公益上の不利あるを以て法は其の兩者を考量して之を二十年となしたり(法第一〇條)從て商標の使用者にして商標を續用せんとする者は其の存續期間を更新することを要し(註、四)而其の更新登録に際しては商標としての登録適性を具備するを要するは勿論なるも元商標權の存續期間更新登録の制度は上述の如く公益上の理由に存するものな

るが故に商標の登録出願の場合と其の趣を異にし公益的適性を具備するを以て登録適性に缺くる所無きものと云ふを得べし從て商標法又第一一條に於て其の趣旨を明にしたり即ち上來述ぶる所によりて明なるが如く商標權は他の工業所有權と共に有期的權利なりと雖他のものに於けるが如く權利の對象自體の消滅を前提し且豫定するものに非ず即ち社會事情の變化に伴ひて公益を維持するを得しめんが爲に然るものたるに過ぎずして商標の性質に基くものにあらず(註、五)

(註一) 三宅學士商標法講話第一二三頁以下吉原學士商標法詳論第一三九頁等

(註二) 獨逸商標法草案(一九二九)第一條 zur Unterscheidung seiner Waren von den waren eines Warenzeichens bedienen will

(註三) 法學協會雜誌第三二卷第二號第二二頁參照

(註四) 昭和四年第九五二號昭和四年一月二七日大審院判決「本來登録商標の更新登録は従前の指定商品に對する商標權の保全を目的とす」と云ひて商標權の存續期間更新登録の性質に付て吾人と同様の見解を採れるものゝ如し而して此點に付ては三宅學士商標法講話第一四五頁以下村山氏四法要義第四〇二頁以下參照

(註五) 商標權の存續期間に付て其の立法例を見るに之を以て多くは有期となすも不定期となすもの(露)期間の定めなきもの(伊)或又無期限となすもの(ユーゴスラヴィア)ありて必しも一樣ならず而して後三者の如きは商標權の性質的には有期的權利にあらざることを示すものにはあらざるか

商標權は之を移轉することを得(法第六、一二條)以下商標の登録の前後に分ちて之を説明せんとす

一、商標の登録前に於ける商標權の讓渡 商標の登録せらるゝ以前に於ても商標權存し然も一の財産權なるこ

と前述せる所の如し従て此種権利も亦移轉の客體たり得ることに於て疑を生ずることなし然り而法は其の第六條に於て商標權と云はずして「商標の登録出願より生じたる權利云々」と云へるよりして議論を生じ通説は此の規定等よりして商標の登録前の商標の使用關係を以て事實に過ぎずとなすの結果商標登録前の商標權の移轉を認むることなく且凡そ商標の登録出願より生じたる權利は一つの公權なるを以て移轉性を有せざるも本條によりて其の移轉を認めたるものとなせり之又前提に基く當然の歸結と云ふべきか(註、一、二) 然れ共本條は商標權の移轉に伴ひて移轉すべき商標の登録出願者の地位に付てのみ言へるに止まるのみならず商標の登録前の商標權の否認し得べきものにあらざること上來述ぶる所の如くなるを以て通説に據るべからざるや明なり従て出願中のものは勿論出願前のものと雖移轉承繼の客體たり得るものなり只登録出願前のものにありては元商標の撰擇は自由なれば取引者又は需要者間に於て廣く認識せられたるものにあらずる限り實際上に於て取引の目的とせらるゝこと少きのみ商標權は營業と共にするに非れば之を移轉するを得ずと雖(法第六條)所謂營業たるや必しも現に營業の爲さるゝことを要せず其の客觀的存在を以て其の存在の準則となすべく従て營業の計畫と雖之と共にする商標權の移轉を以て營業と共にする商標權の移轉と云ふことを得べし若し商標權にして共有に係るときは共有者は他方の同意を得るに非れば其の持分を移轉するを得ざるや共有の性質上勿論なれ共(法第六條第二項)單に營業のみを共有する場合に於ては營業に付ては他方の同意を得るを要するも商標權に付ては自由に之を處分するを得べし而商標の登録出願中に於ける商標權の移轉に付ては其の名義の變更を届出るにあらざれば之を以て第三者に對抗することを得ず(法第六條第三項)此所に一つの問題たるは商標登録出願中に於

て商標權の分割移轉を爲すことを得るや否や思ふに出願中の權利に付ては法第一二條の如き規定を見ずと雖之單に明定する所無しと云ふに過ぎずして商標の登録の前後によりて其の權利の性質に差異の存するものに非れば出願中の商標權に付ても亦商品によりて商標權の分割移轉を爲し得るものと解するを妥當とすべきか(註、三)

(註一) 商標法詳論第一三九頁商標の登録出願より生じたる權利は原則として之を移轉することを得ざるものなるも出願中に於て出願人の死亡等の爲其の商標を使用せむとせし商品に關する營業を移轉するの必要を生ずること多きを以て商標の登録出願より生じたる權利亦其の營業と共にする場合に限り之を移轉することを得るものとなしたるものなり

(註二) 商標法講話第一一二頁商標法第六條は商標に關する權利は登録出願によりて生ずる趣旨の規定なるのみならず出願前の商標にして若權利關係に存するものならば營業と共に移轉し又は其の移轉の届出無きときは第三者に對抗することを得ざることとなすの必要あるに拘らず(商六III參照)此等の規定無きは即ち商標法上に於ては出願前の商標は權利ならずと看做せるものと解せらる云々

(註三) 商標法施行規則第二條は錯誤によりて二以上の類別に互り二以上の商品を指定したる場合に之を二以上の出願とみなすことを得る旨を規定せるも斯の如きは登録出願に際し如上の錯誤ありて法第五條に違反したる場合に對する規定にして之を以て上述の如き違反なき登録出願中の權利の商品による分割を否定するの理由となすことを得ず況出願者は同一類別内に於ける全部又は一部の商品を隨意に指定し得るに於ておや(法第五條)

二、登録後に於ける商標權の移轉 商標權は營業と共にする場合に限り之を移轉することを得(法第一二條)之商標は一定の營業に係る商品の區別標なるが爲にして假令商品にして同種なりとするも營業にして異るときは

其の商標を使用することを得ず即ち同種商品の營業者と雖商標を分離して之を譲受くることを得ざるものとす之單に取引者又は需要者をして商品に付て誤認混同を生ずることなからしむるが爲なるのみならず商標の本質上然るものにして英獨瑞等の立法例に見るも亦異なることなし(註一、二)

而共有者の持分の移轉は他の共有者の同意を得るを要すること登録前の商標權に異なることなし(法第一二條第四項)

尙商標權の移轉に付ては之を三方面より考究することを要するものあり即ち1.營業2.指定商品3.類似商標之なり

1. 商標と共に移轉さるべき營業の意義及其の範圍 (イ)營業の意義に二あり一定の商品に關する産業的活動を云ふもの及其の活動の爲にする客觀的存在物たる企業全體を云ふもの之なり營業の讓渡とは後者の意味に於ける用例によるものにして(法第六、一二條)以下此の例による此の意義に於て營業とは特定の商品に關する營業の爲にする組織的財産を云ひ有體の物又は無形の權利等よりなる積極的財産は勿論消極的財産をも包含して組織的に統一されたる一體を爲すものなり而其の最基本的の形態に於ては茶又は海苔等一種の商品に付て其の製造又は販賣等の如く一種の營業を爲すものなるも此を實際に徴すれば斯の如きは寧稀の事例にして所云百貨店の如く諸種商品に關する營業を複組織したる營業の存するのみならず一種の商品に付ても製造加工販賣等の數種營業の複組織されたるものゝ存するを通常とす然れ共一の統一體として營業と稱せらるゝが爲には之に據る行爲によりて行爲者の營業を決定するものなることを要するが故に營業の爲にする附屬倉庫又は運輸設備

の如きは之を以て別個の營業又は複組織内に於ける一營業と稱するを得ざるべし要するに商標法上に於ける營業は商法上に於けるそれと趣を異にし一定の商品に關する産業組織體を指稱するものと云ふべきか

(ロ)然らば移轉せらるゝ營業の範圍如何の一に移轉せられたる營業が移轉の前後を通じて同一性を維持するや否やによりて決すべきものなるべく而其の同一性の如何は營業の種類によりて必しも同様に律すべきに非れば一に取引界に行はるゝ一般の見解に據るの他なかるべく商法上に行はるゝ營業の範圍の觀念と其の趣を異にすることなし而商標と共に移轉せらるべき營業は單組織なる一營業のみなる場合に於ては其の全部を移轉すべきも複組織のものなる場合に於ては契約によりて其の内の一又は數個のみ移轉することを得べきも一定の商品に關する營業の讓渡は類似商品に關する營業を伴ふや否や思ふに法第二條は他人の登録商標と同一又は類似の商標は同一又は類似の商品に付て登録せざる旨を定めたるのみならず商標權の効力は類似商品にも及ぶものと解せられ又類似商標の分離移轉を禁じたる點より見るときは類似商品に關する營業は當然他の營業に附隨して移轉するものと解すべきなり(註、三)

2. 指定商品による商標權の分割 凡そ商標を使用する商品は其の類別を異にせざる限り二種以上を指定することを得るものなれば(法第五條施行規則第十五條)時に二種以上の指定商品を有する商標權の存することあるべくかゝる場合に於ては各種商品によりて商標權を分割することを得べし(法第一二條第二項(註、四)之一類別内に於ける一部の商品を指定することを得しめ從て同一類別内に於て數個の商標權の存在を認めたる以上又當然と云ふべし而既に指定商品による商標權の分割を認めたる以上標章にして少くも同一にして其の指定商品

の類別を同ふる範囲に於ては商標權の併合を認むるは至當にはあらざるか然り商品による商標權の分割を認むること前述の如しとするも之を以て類似商品に付ても一樣に律すべきにあらず蓋若類似商品による商標權の分割を認むるときは前項(ロ)に於ても述べたるが如く法第三、二の九、三四條等の規定の趣旨に反するの結果を生ずべければなり(註、五、六)

3. 聯合の商標權並外國商標權は原商標權と歸屬を同一にす聯合の商標並に外國の商標の商標權は元原商標權の保護の爲に存するものなれば常に原商標權者に屬すべきものなり即ち前者は法第三條によるものにして通常保護商標と稱せらるゝが如く商標權を確保するが爲に設けたるものなるを以て此種のものには性質上同一人に歸屬するを要し其の分離移轉を許さざるものにして(法第一二條第三項)(註、七、八、九)後者は本國に於ける商標を保護せんが爲に設けられたるものなるを以て前者と同様に本國に於ける商標權と其の運命を共にすべきものとす(法第一三條第二項)

(註一) 獨逸商標法草案(一九一九)第八條第一項 Das Recht kann jedoch nur mit dem Geschäftsbetrieb, zu dem das Warenzeichen gehört, auf einen anderen über gehen. 瑞西商標法第一一條第二項 La marque ne peut être transférée qu'avec l'entreprise dont elle sert à distinguer les produits. 尙此點に關しては商標法講話第一五六頁は「商標が營業に係る商品の表彰の標識にして營業と不可分の關係ある事實に因り云々」と云ひ各國商標法提要第五三頁は「商標權の移轉は營業と共にすることを要すべきは解釋上當然の事に屬す」となせるのみならず佛法等の如きは商標權の移轉に付て營業と共にすべきことを規定せず思ふに商標は其の性質上營業と共に存すべきものなれば我商標法の如く(現、六、一、二、舊、四、八、舊々六、現一三、舊一〇)營業と共にすることを要するものとなし或は營業の廢止により

て商標權消滅するものと規定するときは反て商標權の性質に付て誤解を爲すの因子を播くものにあらざるか故に佛法等の立法例の如く解釋に委ねるを以て寧當を得たるものと思惟す

(註二) 商標權は附隨性を有す即ち商標權は營業の存在を前提として發生し其の消滅によりて存在を失ふ之を商法上に求むれば商標權は營業財團の一部を爲すものとして營業に伴ひて移轉すべきこと多くの學者の異論なき所にして又商標法上に於ては商標は營業上に於ける自他商品の區別標にして其の使用によりて使用權即ち商標權發生す該商標權は營業と分離しては移轉することを得ざるものにして之を分離する時は消滅すること規定の明かにする所にして尙此の點を一層明かにしたるものは「ホルトガル」並「オーストリア」の商標法にして商標權は營業に隨伴するものとなせり

葡萄牙商工業所有權法第八八條反對の契約ある場合を除き商標は其の關係する工業若くは商業上の營業場に隨伴するものと認む

奥地利商標法第九條商標權は其の商標を使用する營業に附隨するものとす

(註三) 英商標法第二二條の如きは only in connection with the goodwill of the uses concerned in goods for which it has been registered 本問に付て一の原となし得べし。

(註四) 商標は如斯く其の指定商品によりて分割することを得るとするも之を以て商標權の減縮又は制限と見るべきものにあらず之一に土地の分筆による土地所有權の分割と同様支配の客體に大小多少の差異を生ずると云ふに過ぎずして商標權自體に變化あることなし只商標に於ては其の性質上一類別を以て最大限となし同種並類似を以て最小限となすを以て土地の如く殆無に分割し得るものと其の趣を異にするのみ

(註五) 商標法詳論第一五九頁

(註六) 獨逸商標法草案(一九二九)第一四條 Waren der angemeldeten Art. と云ふも我商標法に於ては單に指定商品と

云ふのみ

(註七) 聯合の商標は他人の類似商標の使用又は自己の商標の附記變更等他日生ずることあるべき問題を未然に防がんが爲にするも類似商標と認めらるゝ限度に於ては之即ち原商標の使用の一態様と見るべきものなればかゝる商標に付ては一個の商標として別個の存在を認むべきものに非ずして原商標権に合體すべきものにはあらざるか(意匠法第八條參照)

(註八) 明治三十二年商標法第六條第二項登録商標主同商品に付類似の商標を有するときは共に讓渡し若は共有となし又は類似商標の使用を廢止するに非ざれば前項の登録を受くることを得ず(移轉登録)

(註九) 獨逸商標法草案(一九二九)第三〇條 Die Anwendung der Bestimmung dieses Gesetzes wird verdrer durch Verscheidenheit der Zeichenform 9 (Bild- und wortzeichen) noch durch sonstige Abweichungen ausgeschlossen, mit denen Zeichen, Wappen, Namen, Firmen, und andere Kennzeichnungen von Waren wiedergegeben werden, sofern ungeachtet dieser Abweichungen die Gefahr einer Verwischung im Verkehr vorliecht.

一 商標法に於ける營業の讓渡を論ず

(昭和七年九月五日法律)
新聞山内辯護士論說

東京地方裁判所民事第十五部の判決理由に『凡ソ商標權ノ讓渡ハ其營業ト共ニスル場合ニ限り之ヲ爲スコトヲ得ルモノナル處本件ニ於テハ債務者會社ノ右藥品ノ製造販賣ニ關スル營業即チ之レカ營業上ノ組織的財產其物ニ付債權者主張ノ如キ讓渡行爲カ爲サレタリトノ事實ハ之ヲ認ムルニ足ル疎明ナク云々(昭和六年(サ)第一四六七號同年八月四日言渡)』とあり、其所謂組織的財產とは、營業を組成する個々の財産に對稱するものであるが、其如何なる範圍の、組織的營業財產の讓渡があれば、商標法上の營業讓渡たるに、缺くるところなしと爲すや。如上の判文によりては、未だ之を窺ひ知ることを得ないが、從來の通説に依れば商法上營業の讓渡は特

定營業者の客觀的營業財產の包括的移轉であり、商標上の營業讓渡も亦之れと同一に解するものゝ如くである。

(註一、二、三)

(註一) 『營業ノ移轉ハ、被承繼人チシテ自己ニ代リテ營業ノ經營者タルノ地位ニ就カシムルノ約束ヲ以テ、營業財產ヲ一括シテ承繼人ニ移轉スルコトヲ謂フモノト解ス』(三宅氏日本商標法二七四頁)

(註二) 『營業ノ移轉トハ營業財產、得意先ノ移轉ヲ意味ス』(吉原氏商標法詳論一三六頁)

(註三) 『營業讓渡ノ場合ニ於テ如何ナル營業財產カ移轉セラルヘキヤハ一ニ當事者ノ契約ノ定ムル所ニ從ヒ決スヘキハ多言ヲ要セサル所テアルカ、少クトモ營業ノ同一性ヲ害セサル範圍ニ於テソノ營業財產カ移轉サレナケレハナラナイ。』(葛氏特許實用新案意匠商標學說判例總攬七二二頁)

蓋し、商法に所謂營業は、特定營業者の組織的企業の全體であり、其の營業讓渡は當事者の意思に依る組織的企業に屬する客觀的營業財產の包括的移轉であつて、商標法上の營業及營業讓渡の觀念も、亦之れと同一であるとするならば、例之ば、同一の清酒に對し「金釜正宗」及「銀釜正宗」なる二個の商標を使用する單一組織の營業者は、其の一商標「金釜正宗」の商標權を他の一商標「銀釜正宗」と之を分離して適法に、讓渡し得べきか。實際斯る事實は日常見聞するところであつて、之れが商標權移轉登録手續も滞りなく行はれ居ることは、予も亦經驗するところである。さりながら、商標法に所謂營業及營業讓渡を商法に於ける其れと同一に解する者に取りては、此の如き事實は承認せられざるべき筈である。何となれば、設例の者は、同一商品に付單一組織の營業者であるから、其清酒營業に關する客觀的營業財產を包括的に移轉する以上は、其の客觀的營業財產の一つである右「銀釜正宗」の商標權も亦「金釜正宗」の商標權と共に、讓受人に移轉せらるゝであらうし、縦や特約

に依りて之を留保し得たりとするも、其清酒營業は讓渡の結果、廢業したることとなり其留保に係る「銀釜正宗」の商標權は消滅せざるを得ないからである（商標法第一三條）。即ち、商標法上の營業及營業讓渡の如何なるものなるかを、再認識の下に修正を要する次第である。

先づ、商法上營業及營業讓渡とは、如何なるものであるかと云ふことに付、今一應、検討を要する。

商法上營業と謂ふことに、動的意義のものと、靜的意義のものとの、二つがある。前者は、商人の營業上の活動を總稱し（主觀的營業）、後者は、商人の營業上の財産を總稱する（客觀的營業）。商法第九條、同第二十條の二、同第二百六十五條、同第二百七十一條に所謂營業は前者の謂で、同第二十二條、同第二十三條に所謂營業は後者の謂であるが、此營業の讓渡と謂ふことは組織的營業財産の包括的移轉である、と云ふのを通説とする（松本博士法學協會雜誌三三卷第一號四五頁以下、青木博士商法總論一七六頁、竹田博士商法總論二五四頁、片山博士商法總則一八五頁、西本博士商法總論二二一頁）。併し、營業讓渡契約の法律上の性質に付ては、複數契約説（松本博士同上雜誌六三頁、青木博士同總論一七六頁、竹田博士同總論二六〇頁）と單一無名契約説（西本博士同總論二二二頁、片山博士同總則一九二頁）とに岐れて居る。予は、商法上、營業の讓渡は讓受人をして、同一の商業を繼續せしむる目的で、讓渡人が其の商業に付從來利用して居つた特定の設備及得意を、讓受人に引継ぎ、讓渡人は其の商業を廢止することを約する單一無名契約であつて、財産權の移轉は、其の要素にあらず、と解する者であるが（同説、猪股博士法曹公論三〇卷一頁以下）、以上營業讓渡に關する孰れの説に従ふも、商法上、營業は、特定營業者の組織的企業の全體であるから設例の營業者は前に述べた通り、「金釜正宗」の商標權を、其清酒營業と共に讓渡して「銀釜正宗」の商標權を留保し、依然として、同一清酒營業を繼續することは理論上不可能である。然るに、商標法は其の第十二條第二項に於て「商標權ハ第五條ノ規定ニ依リ指定シタル商品ニ依リ之ヲ分割シテ移轉スルコトヲ得」と規定して居るから、商標法に所謂營業及營業の讓渡は、商法に於ける、其れに對し、特別の意義を有して居るものであると、解せざるを得ない。

惟ふに、商法に於ては、商人を基礎として、其の營業を觀察して居るものゝ如くであるが（商法第四條乃至同第八條、同第四二條、同第二六五條等）、商標法に於ては、商標を使用すべき商品を基礎として、營業を觀察して居る。商標法第九條に、……同一又ハ類似ノ商品ニ付……營業ヲ承繼シ云々なる規定、大正十年十二月十五日勅令第四百六十四號商標ニ關スル審判其他ノ手續ノ費用及登錄ニ關スル件第四條第二項に、商標法第五條ノ規定ニ依リ指定シタル商品ノ一部ニ係ル營業ノ廢止云々なる規定及大正十年十二月十九日農商務省令第四十二號第九條に、商品ノ一部ニ係ル營業云々なる規定のあるのに徴して、之れを推斷し得るであらう。故に、余は、商標法上、所謂營業とは、其の商標を使用する特定商品に屬する營業者の企業の全體なり、と解する。即ち、商標法に於ては商標又は商品の異なる毎に各別異の營業あり、其各商品に關する營業者の特定企業の全體が所謂營業であつて、商標法に所謂營業と商法に於ける其れとの差異は(1)其の企業主體に於て、前者は商、工業及生産營業者であり、後者は商人である。(2)其の企業の單位に於て、前者は商標を使用する特定商品に關する企業の全體であり、後者は特定商人の組織的企業の全體である。尙、意味の徹底を期する爲左に圖解する。

商標法上の營業

商標 指定 商品
第四十一類

醬油及酢 (a) 酢に關する營業
(b) 醬油に關する營業

商標 (d) 銀釜正宗 指定 商品
(a) 金釜正宗 第三十八類

清 酒 (b) 商標に關する營業
(a) 商標に關する營業

斯く解してこそ、商標法第十二條第二項を解し得べく、設例の事實も之れを承認し得るのである。

商標法に所謂營業は其の商標を使用する特定商品に關する營業者の企業全體である、と解すべきものなることは前陳の如くであるが、其の營業の讓渡たるが爲には如何なるもの、讓渡を必要とするか、と云ふことは、更に研究を要する問題であるが、此點に付き從來學者の説くところでは、唯單に商標權は營業と不可分の關係あり且營業者の信用を代表するものであるから、其營業と共に之れを移轉するを要す、と云ふに過ぎずして(註一、二、三、四) 其の營業讓渡たるが爲めには如何なるもの、讓渡を要するや、と云ふことに付毫も言及して居ないのを遺憾とする。

(註一) 『商標ハ素ト商品ノ信用ヲ代表シ營業ト分離スヘカラサルモノナルヲ以テ法律ハ其移轉ハ營業ト共ニセサルヘカラサルコトヲ規定ス云々』(清瀨氏工業所有權概論二八九頁)。

(註二) 『商標カ營業ニ係ル商品表彰ノ標識ニシテ營業ト不可分ノ關係アル爲法ハ特ニ營業ト共ニスル場合ニ限り商標權ヲ移轉スルコトヲ得ト定メタ云々』(三宅氏日本商標法二七一頁)。

(註三) 『商標權ノ移轉ニ關スル特色ハ商標カ營業權ヲ表彰スルモノナルカ爲營業ト共ニスルコトヲ要スルノテアツテ云々』(法學全集安達氏商標法三九四頁)。

(註四) 『商標ハ特定人ノ營業ニ係ル商品ナルコトヲ表彰スルカ爲ニ必要ナルモノニシテ營業上ノ信用ヲ確保スルカ爲ニ使用セラルルモノナルニ依リ必ス特定ノ商品ニ限り使用セラルヘク……商標法ハ現實ノ營業ト共ニスル場合ニ非サレハ之ヲ移轉スルコトヲ得サルモノトス』(吉原氏商標法詳論一五九頁)。

予の見るところでは、商標法第十二條第一項は同法第二條第一項第十號、同第十一號と其の立法趣旨を同ふし、商標使用者の交替の爲同一の商標を使用する商品でありながら、其品質、品位等に相異を來し、需要者をして、所期に反する商品を購入するが如きことをなからしめんとするのである。從て同條に所謂營業讓渡たるが爲には、商品の具體的同一性を維持するに必要なるものと、其營業者たる地位の引繼あることを必要とし、且之を以て十分とする。其の組織的營業財産の讓渡は之を必要としない。現に英國商標法は商標權の讓渡は其商品に關する營業の得意と共に移轉すれば足るものとし(同國商標法第二二條)、米國商標法も亦同様である(同國商標法第一〇條)。然らば、何を以て商品の具體的同一性を維持するに必要なるものと爲すか、這是畢竟當該商品の性質如何に依り決すべき事實問題なるも、其の商品が發明方法に依り製造せられ、例之ば味の素の如き、或ひは、人的要素を有し、例へば下山氏肝油の如き、或ひは特殊の原料を使用するもの、例之ばウイールキンスン炭酸水の如きにあつては之等商品の生産又は加工に必要な特殊の設備又は原料等の引渡(使用權の

設定又は所有権の移轉)を要するも、市販の原料を以て何人も自由に製造し得べく且何等特殊の設備を必要とせざるものにあつては、舊營業主の商品の生産又は加工に關する秘訣を譲受人に移付すれば、商品の具體的同一性を維持するに足るべきものゝ引渡ありと爲すに足り、又營業者たる地位の引繼は、積極的には、舊營業者の商品に關する得意の引渡であり、消極的には、舊營業者に於て爾後當該商標を使用する同一商品の營業を廢止すれば可なりである。

之れを要するに、商標法に所謂營業と商法に於ける其れとは其の抽象的觀念を同ふするも其の具體的觀念を異にし、又其の所謂營業の讓渡は、之れが爲、讓渡を必要とすべき客觀的營業の範圍に付兩者の間に異同あるものと解す。

【判例】

一 公吏の退隱料と差押

按ずるに市制第六六條に基き制定せられたる大阪市條例第二號市吏員退隱料條例第十一條の規定は退隱料に付任意處分を禁止するの趣旨に過ぎざること文理上明白なるのみならず之が差押をも許さざる趣旨なりと解すべき何等の根據あることなし而して民事訴訟法第六百十八條は差押ふることを得ざる債權に付規定するところあるも公吏の退隱料に付觸るゝところなく而かも同條第一項第五號第二項の官吏の恩給差押制限に關する部分を實質上改めたるものと見るべき恩給法第十一條第二項の規定の如きは官吏と公吏とは其性質を異にするが故に素より公吏の退隱料に類推適用さるべきものに非らず従つて大阪市條例第二號市吏員退隱料條例並同第十八號退隱料及扶助料の増額に關する條例に基き退隱料は之を差押へ得るものと謂はざるべからず果して然らば原

判決が右退隱料は大阪市條例第二號市吏員退隱料條例第十一條の規定に依り之が差押を爲し得ざるものなりと説明し之を前提として被上告人の本訴請求を認容したるは違法にして原判決は此の點に於て全部破毀を免れず論旨理由あり、而して原判決の確定するところに依れば被上告人の本訴請求に係る大阪市條例第二號退隱料條例並同第十八號退隱料及扶助料の増額に關する條例に基き退隱料に付ては本訴提起前訴外木村峯之助が大阪區裁判所昭和五年(ハ)第三三三八七號事件の執行力ある正本に基き昭和五年七月二十四日神戸區裁判所昭和五年(チ)第三二九號債權差押及轉付命令を得該命令は孰れも翌二十五日債務者たる被上告人及第三債務者たる上告人に夫々送達せられたりと謂ふに在りて右退隱料が差押を許さるべきものなることは上叙説明の如くなるを以て此の點に關する原審に於ける上告人の抗辯は其の理由あり被上告人の本訴請求は失當たるを免れず(昭和六年六八七號大審院民事部)

第五節 假差押の制限

第一款 民事訴訟法上の制限

假差押は將來の強制執行を保全するに在るを以て民事訴訟法上の強制執行の手續は總べて假差押の執行に準用せらるべきものとす(民訴第七四八條)。從

つて民事訴訟法上の強制執行に關する制限規定は之れ亦假差押の執行手續に準用あること明白なり。今左に同上に於て制限せらるゝ場合を列擧す。

(一) 第三者の占有中に在る有體動産

假令債務者所有の有體動産と雖も假差押の當時其の物が債務者以外の第三者の占有中に在り且つ其の第三者が當該假差押を拒みたるときは假差押の執行は之れを爲し得ざるものとす(民訴第五六七條)。

(二) 天然果實

未だ土地より分離せざる果實にして通常の成熟期より一ヶ月を經過したるときは之れを差押ふることを得ざるは民事訴訟法第五百六十八條第一項の反則解釋に依り明かなり。

(三) 蠶

蠶は其の大部分が繭を成造する爲め揚り蠶と爲りたる後に非ざれば之を差押ふることを許さず(民訴第五六八條第二項)。

(四) 民事訴訟法第五百七十條所定の物件

- (1) 衣服、寢具、家具及び厨具 但し此の物が債務者及び其の家族の爲め缺くべからざるときに限る。
- (2) 債務者及び其の家族に必要な一ヶ月間の食料及び薪炭
- (3) 技術者、職工、勞役者及び穩婆に在りては其の營業上缺くべからざる物
- (4) 農業者に在りては其の農業上缺くべからざる農具、家畜、肥料及び次の收穫まで農業を續行する爲め缺くべからざる農産物
- (5) 文武の官吏、神職、僧侶、公立私立の教育場教師、辯護士、公證人及び醫師に在りては其の職業を執行する爲め缺くべからざる物並に身分相當の衣服
- (6) 文武の官吏、神職、僧侶及び公立私立の教育場教師に在りては第六百十八條に限定する職務上の收入又は恩給の差押を受けざる金額 但し差押より次期の俸給又は恩給の支拂までの日數に應じて之れを計算す。
- (7) 藥舖に在りては調藥を爲す爲め缺くべからざる器具及び藥品
- (8) 勳章及び名譽の證標
- (8) 實印其の他職業に必要な印

- (10) 神體、佛像、其の他禮拜の用に供する物
 - (11) 系譜
 - (12) 債務者又は其の家族の未だ公にせざる發明に關する物及び債務者又は其の家族の未だ公にせざる著述の稿本
 - (13) 債務者又は其の家族が學校に於て使用に供する書籍
- 但し右(1)(2)(9)(10)(11)(12)(13)に掲げたる物件は債務者の承諾あるときは之れを差押ふることを得るものとす。

(五) 民事訴訟法第六百十八條

- (1) 法律上の養料
- (2) 債務者が義捐建設所より又は第三者の慈惠に因り受くる繼續の收入
但し債務者及び其の家族の生活の爲め必要なるものに限る。
- (3) 下士、兵卒の給料並に恩給及び其の遺族の扶助料
- (4) 出陣の軍隊又は役務に服したる軍艦の乗組員に屬する軍人、軍屬の職務上の收入

(5) 文武の官吏、神職、僧侶及び公立私立の教育場教師の職務上の收入、恩給及び其の遺族の扶助料

(6) 職工、勞役者又は雇人が其の勞力又は役務の爲に受くる報酬

但し右(1)(5)(6)の場合に於て職務上の收入、恩給、其の他の收入が一ヶ年間に三百圓を超過するときは其の超過額の半額を差押ふることを得るものとす。

(二) 民事訴訟法上の制限に關する疑問

民事訴訟法第五百七十條第一項列記の物件中債務者の家族の公にせざる發明品又は著述の稿本及び家族が學校に於て使用する書籍は債務者たる戸主又は其の家族の孰れに屬するか不明なるものとして一應戸主たる債務者の財産と推定(民法第七四八條)したるものにして敢て債務者にあらざる家族特有の財産に對して強制執行を禁止したるものにあらずと解すべきや又は債務者たる戸主に對する強制執行に於て其の家族の所有物件たることを前提として尙且つ之れが強制執行を禁止したるものなるや將た又斯かる物件は當然戸主たる債務者の所有物と認めたるものなるや不明なり。學者は單に公益上の理由に

基くものと説明するものゝ如し。然れども他人の物を差押へ得ざるは強制執行の本質上自明の理なり。吾人は之れを當然戸主たる債務者の物と認めて他の列記の物と同様公益上の理由に依り之れが差押を禁止したるものと解す。

(二) 収入金、恩給金額

民事訴訟法第五百七十條第一項第六號に所謂「職務上の収入又は恩給の差押を受けざる金額云々」とあるは職務上の収入又は恩給の請求権たる債権にあらずして其の収入又は恩給として現に支給せられたる現金たる有體動産を指稱するものなることは法文の位置竝に債権及び他の財産権に對する強制執行の題下に規定せる同法第六百十八條との對照に依り之れを知ることを得べし。従つて債務者所藏の現金が斯かる特殊の原因にて收入せるものなること明白なる場合に於てのみ差押を禁止せらるゝものとす。然れども此の證明は困難なる場合多かるべし。

然り而して民事訴訟法第五百七十條に依り差押を禁止せられたる現金は収入金の全部にあらずして同法第六百十八條第二項に依り差押可能の範圍に屬

する部分は之れを除外せらるべきを以て當該部分は尙有體動産たる現金として差押を爲し得べきものとす。茲に於て同法第五百七十條第一項第六號但書を以て之れが計算の方法を定めらる。右計算方法に依れば其の差押の日より次期の収入日までの日數に應じ計算すとあり。例へば債務者が現金特殊の収入金百圓を所有せりとせば其の現金が差押以前如何なる時期に於ける収入金なりや否やは之れを問はず(但し一ヶ年分の収入三百圓を超過する場合に限る、若し之れを超過せざるものときは其の現在有金高の如何を問はず之れを差押ふることを得ず)先づ債務者本來の一ヶ年の収入額を基本として其の内より金三百圓を差引き其の残額の二分の一を算出し更に之れを一ヶ年間の日數にて除したる商を求め其の商に本條所定の差押の日より次期の収入日までの日數を乗じたる答を求め此の最後の答に表はれたる金額が前示金百圓より多き場合は最早右金百圓の現金は之れを差押ふることを得ず若し又少なきときは其の差額丈けは之を差押ふることを得ることゝなるべし。

(三) 恩給

恩給法第十一條に依れば恩給を受くるの権利は之れを譲渡又は擔保に供することを得ざると同時に右の権利は之れを差押ふることを得ざる旨を規定せり。然り而して民事訴訟法第六百十八條第一項に於ても亦恩給債權の差押を禁止せり。然るに右民事訴訟法の第二項に依れば其の恩給収入の一ヶ年分の金額が金三百圓を超過するときは其の超過額の半額は尙之れが差押を許可せられ居れり。右第二項の規定と恩給法第十一條との關係如何。學者或は右民事訴訟法と恩給法とは通法特法の關係に立つを以て先づ恩給法を適用せらるの結果民事訴訟法の適用を排除せらるゝに止まり敢て恩給法を以て間接に民事訴訟法を改廢したるものにあらず。従つて特法たる恩給法の改廢せらるるときは通法たる民事訴訟法の適用を見るに至ると解す。然れども吾人は右恩給法第十一條所定の恩給を受くるの権利とは其の恩給受領の基本的權利を指し其の基本的權利に因りて定期に支拂はるべき支分權を指稱するものにあらずと解せんとす。

恩給を受くるの権利それ自體を差押へ之れを換價せば其の結果其の基本的

權利たる恩給を受くるの権利は何等恩給法に依り恩給を受くる資格なき者に移轉するの現像を來し一身專屬の權利たる性質を沒却するに至ること明白なり。されば恩給を受くるの権利は恩給法の規定を俟つまでもなく恩給の本質上之れが讓渡性を有せざるものとす。然れども其の基本權それ自體に基き別に發生する恩給金支拂請求權は一種の定期金債權にして何等恩給法の禁止すべき所にあらず。従つて民事訴訟法第六百十八條第二項の所定の範圍内に於ては現在尙之れが適法に差押を爲し得るものと解せんとす。同法が一定の範圍に止めたるは此の債權は權利者の生活保障の爲め國家より支給せらるゝ金錢にして彼の私法上の扶養料と其の類を同じくし公益上の見地より之れが一定の範圍に止めたるものとす。

(四) 共有物

共有者の一人たる債務者に對する債權に基き其の共有物たる有體動産を差押へ得るや否やは一つの問題なり。共有物は其の所有權が單獨に共有者各自に歸屬せず其の物に對する一箇の所有權が共有者全體を主體として之れに歸

屬す。然り而して其の各共有者各自は唯其の物の所有權に付ての持分を單獨に有するのみにして此の持分は其の物の所有權それ自身にあらざして所有權と別箇に存する一の財産權なりと謂ふべし。されば共有物自體を共有者の一人たる債務者のみの有體動産として之れが差押を爲し得ざるものと解せざるべからず。従つて債務者の持分たる財産權に對する差押の方法に依り之れが差押を爲すべきものとす(共有不動産に付き亦同じ、民訴第六八九條)。

一 佛壇の差押の效力

佛壇と雖單に商品又は骨董品として之れを所藏する場合に於ては固より民事訴訟法第五百七十條第十號に掲けたる物件に該當せずと云ふを得べけんも其の佛壇中に佛像又は位牌を安置し之れを禮拜せるに於ては其の禮拜の用途よりすれば佛壇は其の中に安置せる佛像又は位牌と離るべからざる關係に在るものにして相共に同號に因り差押を禁ぜられたるものと解するを正當とす(昭和六年(ウ)第一〇〇三號大審院第三民事部)

【判例】

第二款 其他の制限

差押又は假差押の制限に付き民事訴訟法所定以外の各場合を考察すれば左の如し。

(一) 商法第五百四十三條

差押又は假差押は發航の準備を終はりたる船舶に對しては之れを爲すことを得ず。但し其の船舶の發航を爲す爲めに生じたる債務に付ては此の限に在らず。

(二) 華族世襲財産法

第十六條 世襲財産及其の法定果實を收取する權利は之れを讓渡し又は質權若は抵當權の目的と爲すことを得ず。株券が世襲財産たる場合に於て利益又は利息の配當を受くる權利に付き亦同じ。

第十八條 世襲財産及第十六條に掲ぐる權利は世襲財産の管理に因りて生じたる權利及不法行爲に因る損害賠償の請求權に基く場合を除く外民事上の強制執行の目的を以て之れを差押へ又は一般の先取特權に基き之れを競賣することを得ず。

世襲財産の果實及第十六條の利益又は利息が他の財産と混同せざる間其の三分の二に付き亦前項に同じ。

前二項の規定は世襲財産の效力を第三者に對抗することを得るに至りたる日前に爲したる假差押に基き差押を爲し又は一般の先取特権に基き着手したる競賣を續行さるゝことを妨げず。

第二十五條 管理財産は管理人に於てのみ之れを處分し又は管理に因りて生じたる権利又は不法行爲に因る損害賠償の請求權に基きてのみ民事上の強制執行若は競賣を爲すことを得。

第十六條及び第十八條第二項の規定は管理財産の果實に之れを準用す。管理財産中株券ある場合に於て利益又は利息に付き亦同じ。

(三) 工場抵當法

第七條 抵當權の目的たる土地又は建物の差押、假差押又は假處分は第二條の規定に依りて抵當權の目的たる物に及ぶ。

第二條の規定に依りて抵當權の目的たる物は土地又は建物と共にするにあらざれば差押、假差押又は假處分の目的と爲すことを得ず。

第十三條 工場財團に屬するものは之れを讓渡し又は所有權以外の權利、差

押、假差押若は假處分の目的と爲すことを得ず。

(四) 漁業財團抵當法

第六條 漁業財團に付ては本法に規定するもの及び罰則を除くの外工場抵當法中工場財團に關する規定を準用す。

(五) 鑛業抵當法

第三條 鑛業財團に付ては工場抵當法中工場財團に關する規定を準用す。

(六) 鐵道抵當法

第四條 鐵道財團は所有權及び抵當權以外の物權又は差押、假差押若くは假處分の目的と爲すことを得ず。

鐵道財團に屬するものは所有權以外の物權又は差押、假差押若くは假處分の目的と爲すことを得ず。

(七) 軌道財團

軌道の抵當に關する法律第一條に依れば、軌道の抵當に關しては本法に別段の規定あるものを除くの外鐵道抵當法を準用すと定められたり。

(八) 運河財團

運河法第十三條に依れば運河財團には軌道の抵當に關する法律を準用すことあり。従つて運河財團も亦結局鐵道抵當法を準用せらるゝこととなるべし。

(九) 自動車交通事業法

第四十四條に依れば自動車交通事業財團を組織するものは差押、假差押又は假處分の目的たることを禁止せり。

【判例】

一 工場抵當權に抵觸する強制執行

工場抵當法第二條に依れば工場に屬する建物の上に設定したる抵當權は其の建物に備附けたる機械器具其の他工場の用に供する物に及ぶものなれば工場建物を目的とする抵當權を有する者は之れに備附けたる機械器具其の他工場用の物に付ても抵當權を有するものとす而して此等の物は建物と共にするに非ざれば差押假差押又は假處分の目的と爲すことを得ざること同法第七條第二項の規定に依り明なれば他の普通債權者が債務名義に基き如上の物件のみに對し動産の強制執行として差押を爲したるときは其の違法なること論を俟たざれども此の違法なる差押を爲し遂に競賣手續に及ぶときは該物件は競落人に競落し建物より分離せられて工場建物に對する抵當權者が該物件に對する抵當權を喪失するに至ることあるべきのみならず該物件の賣却代金は建物と共に賣却したる場合に比し低廉なること尠からずして抵當權者に不利益を來すを以て該工場建物の抵當權者は民

事訴訟法第五百四十九條に所謂目的物の讓渡若は引渡を妨ぐる權利を有するものと解するを相當とす故に工場建物の抵當權者は之れに備附けられたる物件が動産に對する強制執行として差押へられたる場合に於ては其の賣却金より優先辨濟を受くるのみを以て満足すべきに非ずして民事訴訟法第五百四十四條に依る異議の申立を爲し得ると同時に同法第五百四十九條に依る異議の訴を提起することを得るものと謂はざるべからず(昭和五年八七五號大審院第一民事部)

第六節 假差押の理由

假差押債權者は其の保全せらるべき實體法上の請求權を有することのみを以て當然に債務者の財産に對し假差押を爲し得べきにはあらず。債權者が假差押を爲さんとするには民事訴訟法第七百三十八條所定の理由あることを要件とす。

民事訴訟法第七百三十八條に依れば假差押は之れを爲すにあらざれば將來判決の執行を爲すこと能はず又は判決の執行を爲すに當り著しき困難を生ずるの虞れあるとき又は外國に於て判決を執行するに至るべき場合に限り許さ

るべきものとす。但し茲に判決とあるも必ずしも判決のみに限るべきにあらず判決以外の執行名義にも亦準用あるものとす(民法第五五九條第五六〇條)。又保全せんとする判決は將來のものたるも現在のものたるも之を問はざるなり。此の後の場合に於ては民事訴訟法第七百四十六條の規定(所謂起訴命令)は蓋し之れが適用なきものと解すべし。

將來判決の執行を爲す能はざる事情又は將來判決の執行に付き著しき困難を生ずる虞れある事情の如何は各個の場合に於て當該具體的事件に於て假差押裁判所が客觀的見地に依り之れを決すべく債權者の主觀的見地に基き之れを判断すべきものにあらず。

假差押の要件たる前示の理由は唯單に債權者の豫想のみを以ては之れを正當の理由と爲すに足らず其の豫想の原因たる具體的事實の存在を主張し之れを以て假差押の理由と爲さざるべからざるものとす。

債務者の總財産が同人の全部の負債額を超過する場合に於ては假差押の理由を生ぜざるを原則とすると共に(債務者が其の全財産を金錢に換へて之れを

所持し又は其の財産は之れを内地に其のまゝ存置しながら外國に移住せんとするが如き場合は之れ亦假差押の理由たり得るものとす)債務者が現在貧困にして其の全財産を以ては到底全債權を辨濟する見込なき一事のみを以てしては亦假差押の正當なる理由と爲すに足らざるものとす。然れども前者の場合に於ても債務者の行動如何に依りては必ずしも其の資産と負擔額との比較の結果如何に拘らず假差押の理由たり得る場合あること勿論なり。例へば其の資産家たる債務者が財産を浪費するが如き事實あるときは債權者は請求權保全の爲め適當なる範圍内に於て之れが假差押を求め得るものとす。

要するに債務者の現在の作爲不作爲に因り若くは債務者側の偶然の出來事或は身分の異動其の他の行動に因り債權者が將來強制執行を爲すこと能はず又は強制執行を爲すに付き著しき困難を生ずる虞れありと認めらるゝ一切の場合に於て假差押を爲し得るものと謂ふを得べし。

將來外國に於て強制執行を爲すに至るべき事情が現在存するときは當該事情それ自身を以て假差押の理由と爲すことを得るものとす。従つて斯かる場

合は後日強制執行を爲し得べく又強制執行を爲すに付き著しき困難を生ずる虞れなしと認むる場合に於ても裁判所は當然假差押を許さざるべからず。茲に外國とは我が國の司法權の行はれざる場所を指すものと解すべきを以て臺灣、朝鮮、關東州の如きは所謂外國にあらず。

【判例】

一 執行名義存在と假差押の必要

即時に執行し得べき執行名義を債權者に於て有する場合は原則として假差押は之れを爲すべき必要なし然るに所論執行名義に對しては停止命令あり而かも此の命令以前已に何等かの執行を爲したりとのことは原判決の認定せざるところなるを以て本件假差押は其の必要あること論を俟たず蓋し即時の執行は右停止命令の爲め之れを爲すを得ざる状態にあるを以てなり(昭和元年(オ)第一三七) (一號大審院第三民事部)

一 辨濟資力ある債務者の財産隠匿と假差押の許否

假差押は金錢債權又は金錢債權に換ふることを得べき請求權に付ての強制執行保全の爲に行ふ權利保護の手段なるを以て假令債務者に於て債務辨濟の資力あるときと雖或は其の財産を隠匿する等後日強制執行を爲すに付き著しき困難を生ずる虞れある場合に於ては之れを許すべきものなり(昭和四年(オ)第一〇八) (七號大審院第一民事部)

一 假差押許可の條件

假差押は金錢の債權又は金錢債權に換ふることを得べき請求に付き之れを爲さざれば判決の執行を爲すこと

能はず又は判決の執行を爲すに著しき困難を生ずる恐れあるとき債務者の動産又は不動産に對して爲すことを得べきものなること民事訴訟法第七百三十七條第七百三十八條に規定する所なりとす故に債務者の資産状態が悪化し又は悪化せんとする恐れあるにあらざれば債權者は濫りに假差押の申請を爲し之れが命令の執行を爲すべきものにあらざることと言を俟たざる所なりとす(昭和六年(オ)第一四七) (〇號大審院第五民事部)

一 抵當權者の他の財産に對する執行

民法第三百九十四條第一項の規定は抵當權者が抵當不動産に先ち他の財産に依り辨濟を受けんとする場合に他の債權者に異議權を與へたるに止まるものにして抵當權を實行したる後にあらざれば債務者又は保證人に對し辨濟を請求することを得ざる旨を規定したるものにあらず(昭和六年(オ)第三四五) (五號大審院第五民事部)

第七節 管轄裁判所

假差押事件に付ての管轄は假りに差押ふべき物の所在地の區裁判所又は本案の管轄裁判所地方裁判所又は區裁判所之れを管轄す(民訴第七三九條)。

茲に本案の裁判所とは本案の第一審裁判所を指すものとす但し本案が控訴審に繫屬するときに限り控訴裁判所を以て本案の裁判所と爲す(同法第七六二條)。本案が上告裁判所に繫屬するときは嘗て繫屬したる第一審の裁判所管轄

権を有するものとす。然り而して右の管轄は總べて專屬管轄たるものとす(同法第五六三條)。

假差押手續には其の假差押命令の申請に對する裁判手續と其の裁判の執行手續とあることは後に述ぶるが如し。本節に所謂管轄裁判所とは其の裁判手續に於ける管轄裁判所を指稱し執行手續に於ける管轄裁判所を包含せざるものと知るべし。

債権者は前示の數個物の所在地又は本案の裁判所の管轄裁判所中之れが選擇を爲すことを得。尙民事訴訟法中管轄に關する第二十四條(指定管轄裁判所)第三十條(事件の移送)第三十二條乃至第三十四條(移送の裁判の羈束力)再度の移送の禁止)移送の裁判に對する抗告等に關する規定(の規定は本節の管轄に付ても亦之れが適用あるものと解す。

合議裁判所の裁判長は事件が急迫にして合議の上之れが裁判を爲すときは債権者に損害を及ぼすべき虞れある場合に於ては假差押事件に付き裁判所に代はり之れが裁判を爲し得るものとす(民訴第七六三條)。

假差押は本案が未だ繫屬せざる場合に於ても亦之れを申請し得るは勿論なり。然れども此の場合に於て假差押裁判所が(民訴第七四六條)假差押命令を發したるときは債務者は其の裁判所に對し口頭辯論を経ずして相當に定むる期間内に(訴(本案)を提起すべきことを債権者に命令(所謂起訴命令)せられんことを申立つることを得べし。然り而して債権者が右の命令に依り其の指定せられたる期間内に管轄裁判所に本案を提起せざるときは其の一事を以て後に述ぶる假差押取消の原因となる(同條)。

現に本案が繫屬せる場合に於ては其の裁判所が本來の管轄権を有せざる場合に於ても亦假差押事件の管轄を定むる上に於ては尙其の裁判所を以て本案裁判所と解すべきものとす。換言すれば假差押裁判所は本案が現に其の裁判所に繫屬せる場合に於ては其の本案が管轄違と認むる場合に於ても尙假差押事件に付き管轄違の決定を爲し得ざるものとす。従つて假差押命令を發せられたる後其の本案の裁判所が其の本案に付き管轄違の裁判を爲したりとするも之れを理由として其の假差押命令が管轄権なき裁判所の發せられたる違法

の命令として之れを攻撃することを得ざるものとす。

本案が未だ繫屬せざる時は假差押裁判所は職権を以て本案裁判所の如何を調査すべきものなること勿論なり。

第一審の終局判決あり事件が未だ控訴審に繫屬せざる間は尙第一審の裁判所に對し假差押の申請を爲し得べく控訴審と上告審との間に於ても亦上告審に事件が未だ繫屬せざる間は控訴審に對し之れを申請し得べく事件が上告審に繫屬したる以後に於ては假差押の申請は本案の第一審たりし裁判所に之れを爲すべきものとす。

【判例】

一 管轄裁判所

地方裁判所の本案に關する移送言渡判決の未だ確定するに至らざる間は訴訟は現に繫屬中なる裁判所の管轄に屬し居るものなるを以て本案の管轄裁判所の管轄に屬すべきものとせられたる假處分命令の如きも亦其實質上の管轄の如何に拘らず本案訴訟の繫屬中なる地方裁判所を以て管轄裁判所と看做すべきものとす(三九年大審院)

一 管轄裁判所

民事訴訟法第七百六十二條の法意は本案の未だ何れの裁判所にも繫屬せざる場合及び其上告裁判所に繫屬する場合に於てのみ第一審裁判所を以て本案の管轄裁判所とすと解釋せざるべからず(三、四年大審院)

一 債權差押と管轄

假差押命令は假に差押ふべき物の所在地を管轄する區裁判所又は本案の管轄裁判所之れを管轄すべきことは民事訴訟法第七百三十九條の規定する所なり而して同條に所謂差押ふべき物が債權なるときは第三債務者の普通裁判所の所在地を以て債權の所在地と解するを相當とすることは同法第五百九十五條第二項の規定に依りて極めて明なり(昭和五年(オ)第九〇〇號大審院第二民事部)

第八節 假差押申請

第一款 要件

假差押の申請には左の事項を掲ぐることを要す。

(一) 請求の表示

請求とは假差押に依り保全せんとする本案に於ける請求にして民事訴訟法第七百三十七條所定の金錢債權又は金錢債權に換ふることを得る請求を謂ふ。従つて其の請求が金錢債權なるときは其の金額を表示し又金錢債權に換ふる

ことを得る請求の場合に於ては其の請求と其の換價の價額とを併記す而して其の換價額は申請人の見積りにて可なり(民訴第七四〇條)。

(二) 假差押の理由たる事實の表示

假差押の理由たる事實とは前第六節に述べたる假差押の理由たる事實を指すものにして民事訴訟法第七百三十八條に所謂判決の執行を爲すこと能はざるべしと爲す事實又は判決の執行を爲すに付き著しき困難を生ずる虞れありとする事實乃至は外國に於て判決の執行を爲すに至るべしと爲す事實を謂ふ。約言すれば假差押の訴訟手續に於ける請求原因たる事實を謂ふ(同上)。

(三) 申請の趣旨

債務者の如何なる財産に對し假差押を求むるに在るかを明白ならしむるを要す。假差押の申請に付て其の差押ふべき目的物の表示を命じたる直接の明文なしと雖も假差押事件に於ても亦特別なき限り一般の訴訟手續に關する規定を準用すべきものとす。従つて假差押命令の申請に當りても之れが其の申請の趣旨を明白ならしむることを要するものとす(民訴第二二四條準用)。而し

て目的物の表示としては有體動産の場合に在りては具體的の物件を表示するの要なしと雖も有動産に對する強制執行は具體的に物件を表示せざるも其の強制執行可能なり(不動産の場合に於ては具體的に其の不動産を表示するの要あり。其の他の財産權に付ても右不動産の場合に同じ)。

假差押命令は其の性質上債務者の一切の財産に對し假差押を爲し得るものなるを以て特に其の目的物を表示するの必要なし。債權者は其の命令の執行を委任する際又は其の執行權を行使するに當り執行せんとする債務者の財産を指示するを以て足るべしと解く學者あり(但し目的物の所在地如何に依り管轄裁判所を選択する場合に於ては目的物を表示するの要ありと爲す)。然れども吾人は前示の理由に依り斯かる解釋に贊同し難し。殊に假差押命令の申請に其の差押ふべき目的物の表示を要せざるものと解するときは假差押に因り債務者に生ずることあるべき損害を算定するに當り何を標準として之れを決するや。別に債務者の總財産の證明書の如きものを添附せしめざる以上如何とも爲し難かるべし。而かも右の如き證明書の添附を要求せる法規なきを如

何せん。

又假差押命令に目的物の表示なきときは債務者の財産中有體動産及び不動産以外の財産権例へば債務者の貸金債権等に對する執行は不可能となるべし。何者、假差押債権者は其の假差押の執行に付き債務者乙が第三債務者たる丙に對して有する貸金壹千圓也の債権を指示して執行を求めたりとするも執行裁判所は右丙に對し之れが執行を爲すべき方法なかるべし。單に債権者債務者間の命令の正本のみを丙に送達したりとするも丙に對し其の債権の差押を爲したる効力は之れを生ずるに由なし。何者、丙は斯かる他人間の裁判に拘束せられざるを以てなり。

(四) 當事者の表示

當事者の表示としては債権者、債務者又は第三債務者の住所、氏名又は名稱、商號、職業を記載し若し當事者が訴訟行爲無能力者なるときは法定代理人を又訴訟代理人に依る申請の場合は各其の代理人の氏名、職業及び住所を記載すべきものとす(民法第二二四條第二四四條)。

法人に非ざる社團又は財團にして代表者又は管理人の定めあるものは其の社團又は財團の名稱を以て當事者として記載することを得、此の場合に於ては其の名稱の外其の社團又は財團の代表者又は管理人の氏名をも併記すべし(民訴第四六條第五八條)。

共同の利益を有する多數者にして而かも法人に非ざる社團又は財團に該當せざるときは其の多數者の中より總員の爲めに債権者となるべき者一人若くは數人を選定して當事者たる債権者と爲し得べく(民訴第四七條)但し此の場合には總員の氏名及び其の選定の事實を明白ならしむるを要す(民訴第五二條)。

(五) 裁判所の表示

(六) 年月日

申請書の表題が假りに假處分命令申請とありたる場合に於て其の他の申請事項全體を綜合するときはその申請の内容が假差押たること疑ひなきに於ては敢て其の申請書の表題の字句に拘泥せずして假差押の申請事件として取扱ふべく時に或は補正を爲さしめたる上之れが申請に對する裁判を爲すべく其

【判例】

の申請の表題の不備を名として却下せざるを相當とす。

一 判決と當事者の法定代理人の表示

判決其の他の裁判に當事者の法定代理人を表示せず若くは其の表示を誤るも之れが爲め裁判其のものの效力には何等の影響を及ぼすことなきは夙に當院判例の趣旨とするところなり(昭和五年(オ)第一五〇) (二號大審院第四民事部)

一 債權差押及び轉付命令と當事者の表示

債權差押及び轉付命令に於て債務者たる會社が其の正當なる商號及營業所を以て表示せられ従つて何人が債務者たるやに付何等疑ひを生ぜざるも其の法定代理人として表示せられたる者が實際法定代理權を有せざること明なる場合には即債務者の法定代理人の表示に明白なる誤謬あるものにして假令其の誤謬が申請人自ら其の申請書に債務者の法定代理人の表示を誤りたるに基因するるときと雖又其の誤謬が差押及び轉付命令ありたる後に發見せられたるときと雖尙民事訴訟法第二百七條第九十四條に依り更正決定を爲し得べきものとす唯差押及轉付命令が右の誤謬に依り債務者の法定代理人として表示せられたる者に對し送達せられ其の結果實際法定代理權なき者が之れを受けたる場合には未だ債務者に對する適法なる送達なきが故に實際其の法定代理權を有する者に對し更に之れが送達を爲すにあらざれば差押の轉付命令の效力を生ぜざるべしと雖之れが爲め右更正決定を爲すを妨ぐるものにあらず(昭和六年(ク)第一〇〇) (四號大審院第五民事部)

一 相續人なき相續財産と特別代理人の選任

相續人なき相續財産に付ては民法の規定に従ひ當該相續財産に對する管理人選任の申請を爲し得べきも必要

【勅令】

に應じて特別代理人選任の申請をも亦爲し得べきものとす(昭和四年(ク)第二〇五) (號大審院第四民事部)

○民事訴訟法に依り國を代表するに付ての規定(明治三十四年一月七日勅令第三號、改正三十五年第六號、四一年第一六〇號) (第三〇三號、四二年第一六六號、四三年第九號、大正一五年第六六號)

第一條 各省、内閣印刷局、樺太廳、北海道廳及府縣は其所管又は監督する事務に係る民事訴訟に付國を代表す

第二條 各省大臣は省令を以て所屬特別地方機關中其司掌事務に係る民事訴訟に付國を代表するものを定むることを得

第三條 前二條の場合に於て國を代表し訴訟を爲すものは各官廳の長官又は長官の指定したる所屬官吏とす

第四條 官制其他特別の勅令を以て民事訴訟に付國を代表する者を定めたるときは本令に依るの限に在らず

○明治三十五年四月一三日内務省令第四號(其の後數) (次改正)

鐵道廳内務省土木出張所社會局衛生試驗所警視廳特殊財産管理局明治神宮造營局傳染病研究所國立癩療養所
道路管理者及集治監は各其司掌事務に係る民事訴訟に付國を代表す

○明治三十五年二月四日大藏省令第二號

本年勅令第六號第二條に據り造幣局及各稅關に係る民事訴訟に付國を代表する者左の通相定む

造幣局及各稅關は其司掌事務に係る民事訴訟に付國を代表す

○明治三十五年一月五日大藏省令第二七號

稅務監督局及稅務署は其の司掌事務に係る民事訴訟に付國を代表す

本令は明治三十五年十一月五日より施行す

○明治四〇年九月二七日大藏省令第三八號(其の後二回改正)

專賣局、地方專賣局は其の司掌事務に係る民事訴訟に付國を代表す

附 則

本令は明治四十年十月一日より施行す

○大正四年三月二日大藏省令第九號

醸造試験所は其の司掌事務に係る民事訴訟に付國を代表す

本令は公布の日より之を施行す

○明治三十五年二月一日陸軍省令第三號(其の後數次改正)

明治三十二年陸軍省令第十八號左の通改正し明治三十五年二月一日より施行す

明治二十五年勅令第六號第二條に依り陸軍經理部は其の司掌事務に係る民事訴訟に付國を代表す

○明治二十六年七月一日海軍省令第四號(明治四十二年改正)

明治二十五年三月海軍省令第一號左の通改正す

鎮守府は其の司掌事務に係る民事訴訟に付國を代表す

○明治二十五年四月二七日司法省令第五號

司法官廳より起すべき民事の訴訟に於ては明治二十五年勅令第六號第二條に依り訴訟を受くべき裁判所の檢

事局をして國を代表せしむ

○明治三十六年三月二四日司法省令第九號

各監獄は其の司掌事務に係る民事訴訟に付國を代表す

本令は明治三十六年四月一日より之を施行す

○昭和六年六月一八日文部省令第十九號

帝國大學、官立大學、文部省直轄諸學校、帝國圖書館、氣象臺、緯度觀測所、東京科學博物館、體育研究所

は其の司掌事務に係る民事訴訟に付き國を代表す

附 則

本令は公布の日より之を施行す

明治三十年文部省令第二十八號は之を廢止す

○大正一四年四月一日農林省令第一號(昭和二年四年改正)

民事訴訟法に依り國を代表する官廳指定の件左の通定む

農事試験場、蠶業試験場、生絲検査所、茶業試験場、園藝試験場、營林局、營林署、林業試験場、水産講習所、水産試験場、畜産試験場、獸疫調査所、種羊場、種馬牧場、種馬育成所、種馬所及種鶏場は各其の司掌事務に係る民事訴訟に付國を代表す

附 則

本令は公布の日より之を施行す

○大正一四年四月一日商工省令第一號(昭和三年五年改正)

民事訴訟法に依り國を代表する官廳指定の件左の通定む

製鐵所、特許局、工業試験場、陶磁器試験所、絹業試験所、花筵検査所、輸出絹織物検査所、工藝指導所、鑛山監督局、燃料研究所及臨時産業合理局は各其の司掌事務に係る民事訴訟に付國を代表す

附 則

本令は公布の日より之を施行す

○大正二年九月四日逓信省令第八五號(大正八年九年改正)

逓信局及臨時電信電話建設局出張所は其の司掌事務に係る民事訴訟に付國を代表す但し訴を受理すべき裁判所が當該逓信局若は臨時電信電話建設局出張所の管轄區域外に在るとき又は同一人に對し國より訴訟を提起する場合に於て二以上の逓信局若は臨時電信電話建設局出張所の司掌事務に係るときは此の限に在らず

本令は公布の日より之を施行す

明治四十五年^六逓信省令第三十二號は之を廢止す

○朝鮮總督府及所屬官署民事訴訟に關し國の代表に付ては明治三九年七月一日勅令第一八四號(明治四三年勅令第四一三號)及び明治四三年一月一日朝鮮總督府令第四二號(其後數次改正)を参照すべし。

○臺灣總督府各官廳民事訴訟に關し國の代表に付ては明治三一年八月一日勅令第一八一號及び明治三三年一

【決議】

月一七日臺灣總督府令第一〇七號、同三四年七月三十一日同令第五〇號、同三六年九月一八日同令第六四號、同三八年八月五日同令第五七號、大正七年三月二七日同令第一六號を参照すべし。

一 法人に非ざる社團又は財團の代表者數人ある場合の代表權に關する件(議按(昭六)第三二七號昭和七年三月三十日委員會第二科決議)
民事訴訟法第四十六條の法人に非ざる社團又は財團の代表者若は管理人は各自裁判上の行爲を爲すを得るものとす。

問 題

民事訴訟法第四十六條の法人に非ざる社團又は財團の代表者若は管理人が數人ある場合に各自代表の定も亦共同代表の定も全く存在せざるときは裁判上の行爲に付各自代表して之を爲し得べきや

決 議 理 由

貴問の通り(民事訴訟法第八十三條參照)

第二款 疏 明

假差押申請の請求の事實即ち請求權及び假差押の事由たる事實は申請人に於て之れを疏明することを要す(民訴第七四〇條)。假差押手續に於ては假差押債權者の保全せんとする實體上の權利の存否を判斷するにあらずして斯かる

權利に基き假差押裁判所に對し假差押の請求を爲し得るや否や換言すれば假差押請求權自體の當否を判斷するに止まるものなるを以て判決手續に於けるが如く一定の證據方法に依る證明を要求せず假差押裁判所をして即時に爲すことを得る證據調に依り其の申請理由たる事實を一應納得せしむるに足る證明を(疏明)爲すを以て足るものと爲せり。然れども申請人が此の疏明を爲さざりしとするも之れが爲めのみを以て其の申請を却下せざるべからざるものにあらざることは後に述ぶるが如し。但し裁判所が疏明なきの故を以て申請を却下したりとするも之れを違法の處分と謂ふを得ず。裁判所は當事者若くは法定代理人をして保證金を供託せしめ又は其の主張の眞實なることを宣誓せしめて疏明に代ふることを得べし(民訴第二六七條)。此の宣誓には總べて民事訴訟手續に於ける宣誓の方式形式宣誓無能力等に關する同法第二百八十六條乃至第二百八十九條の規定を準用せらる(同法第二六七條)。疏明に代へて供託したる保證金は民事訴訟法第七四十一條の債務者に生ずることあるべき損害の擔保たる保證金にあらざるを以て當事者の主張事實の虚偽なること分明

したる場合は供託したる保證金は沒取せらるゝものとす(同法第二六八條)。

即時に證據調を爲し得べき證據方法としては人證、鑑定、書證、檢證物、本人訊問等孰れも疏明方法として提出することを得るも人證、鑑定、本人訊問の如きは書面審理手續に於ては疏明方法として之れを用ゆることを得ず。假差押事件に付き口頭辯論を開始する場合に在りては證人及び鑑定人を裁判所に同行し證據調を爲し得べく又檢證物件を裁判所に提出して疏明の資料と爲すことを得べし。檢證物として提出し得ざるものは疏明の資料と爲し難し。

疏明は即時に證據調を爲し得べき證據方法なるを以て假差押手續に於ては之れが口頭辯論を開始したる場合に於ても亦職權に因る證據調又は其の他の調査の囑託に關する民事訴訟法の規定は之れが準用なきものとす。

同一の債權者より同一の債務者に對する假差押申請に於て既に曩きに假差押の申請を許可せられたる場合に於て其の裁判所に曩きの假差押事件の記録存するときは其の記録中の一定の資料を以て疏明として採用することを得るも他の裁判所より取寄せの上之れを疏明せんとする申出の如きは許さるべき

限りに在らず

第三款 方式

假差押の申請は書面又は口頭を以て之れを爲し得べし(民訴第七四〇條)。書面に依る場合には申請書に前示の各事項を記載するの外申請人之れに署名捺印することを要す(同法第二二四條第二四四條)。但し申請書は訴の場合に於ける訴狀の如く相手方に送達することを要せざるを以て申請書の副本は之れを提出するの要なし。

申請書には其の請求の價額二十圓以下なるときは五十錢の印紙を又二十圓以上なるときは一圓の印紙を貼用することを要す(民事訴訟用印紙法第六條の三)。口頭申請の場合には右印紙は口頭受付の調書に貼用す(同法第一條)。但し訴訟上の救助を受けたるときは印紙の貼用を一時免除せらるゝものとす。

印紙を貼用せざるものは申請書又は口頭調書としての効なし。但し裁判所は之れを貼用せしめて有效ならしむることを得、貼用印紙不足の場合亦同じ(同

法第十一條)。

茲に印紙とは収入印紙を指稱す(大正九年六月勅令第一九〇號第二條)。

民事訴訟法第五十九條所定の共同訴訟人として訴へ又は訴へらるゝ場合に於ては一通の申請書にて數人より一人又は數人に對し假差押の申請を爲し得べし。然れども此の場合に於ける貼用印紙は合算額に依るにあらずして債權の個數に依る請求の價額を標準とすべきものと解せんとす。

民事訴訟法第八十一條に依れば訴訟代理人は特別の委任なき場合に於ても其の委任を受けたる事件に付き假差押の申請を爲し得べき權限ありと雖も本案が未だ繫屬せざる場合は勿論本案繫屬後と雖も目的物所在の裁判所に假差押命令を申請せんとする場合に於ては申請書に委任狀の添附を要すべきものとす。本案の委任を受け本案を提起したる以後に於て假差押の申請を爲す場合に於ても亦假差押事件の記録上本案の代理權の證明を要すべき筋合なるを以て本案の代理權を證明したる書面を添附すべきものとす。此の場合に於て假差押裁判所は本案の記録を調査し其の權限の有無を調査すべき職責を有せ

ざるものとす。裁判所は假差押事件記録上に於て代理権限を調査するの職責を有すべきものとす。従つて既に本案の委任を受け本案は現に繫屬せる場合と雖も本案裁判所と假差押裁判所とが同一なる場合に於ても其の記録は別個に編成せらるゝを以て代理人は假差押事件に於て本案の代理権ある旨を主張するのみにては民事訴訟法第八十條第一項の要求に該當せざるものと謂ふべし。茲に於て假差押事件に於ては現に本案が繫屬すると否とを問はず常に獨立の委任状を提出するか又は代理権限の證明書を添附すべきものと解す。

第一項 申請書の欠缺

申請書に記載すべき事項中には訓示的性質を有するものあり。例之當事者の職名の如し。斯かる事項の記載を缺くの故を以て該申請を不適法として却下すべきにあらざることとは勿論なりと雖も苟くも之れが必要條件たる事項の記載を缺く場合に於ては不適法として却下し得るは當然なりとす。然れども假差押手續が口頭辯論を開かざる場合に在りても印紙を貼用せず又は貼用印

紙の不足其の他當事者の住所乃至請求金額等の遺脱にして當事者が容易に補正し得べき事項に付ては之れが補正を命じ得べきものたると同時に斯かる場合は書面審理手續に於ても亦補正せしむるを相當と解す。口頭辯論を開かざる假差押手續に於ては民事訴訟法第二百二十八條の規定は之れが準用なきものと信ず。従つて口頭辯論を開かざる假差押手續に於て補正を命じ當事者が其の補正を爲さざりしとするも當該事實を理由として假差押申請書を却下すべきにあらざり。斯かる場合は申請其のものを不適法又は理由なしとして却下すべきものとす。

當事者が請求又は申請事由たる事實を疏明せざるときは此の一事を以て申請を却下し得るものとす。唯此の場合に裁判所は保證を立てしめて假差押を命ずることを得るのみにして保證を立つるに於ては必ず之れを許さざるべからざるものにあらざるなり。

申請書は唯單に其の記載せる文字の形式のみを以て之れが適否を判断すべきにあらざるは勿論にして申請書記載の内容實質を基本として其の適否を判

斷すべきものとす。従つて假差押の申請を爲す場合に偶々假處分命令の申請と記載せりとするも其の請求の趣旨乃至請求原因より見て假差押の命令を求むるに在ること明白なる場合の如き他に欠缺なき限り假差押を許可すべきものとす。

第四款 第三債務者

假差押手續に於ける第三債務者とは債務者に對し私法上又は公法上一定の財産的負擔の責に任ずべき地位に在る者は勿論斯かる負擔の責に任ずべき地位に在らずと雖も債務者の一定の財産權の設定移轉等に付き法令上必然的に之れに關與すべき權限ある者も亦第三債務者たる地位に在る者と謂ふを得べし。従つて必ずしも債務者に對し一定の金錢を支拂ふべき義務ある者のみに限らず有體物の引渡請求權に於ける引渡義務者の如きは勿論電話加入權の假差押の場合に於ける電話に關する事務を管掌する官廳の如きは孰れも第三債務者たる地位に在るものとす。

工業所有權たる特許權の假差押手續に於ては夫々原簿に依り權利の設定移轉を明確ならしむるを以て彼の不動産の假差押に於けると同様其の假差押の事實を公簿に記入するの手續あるに依り特に第三債務者として之れが處分の禁止を命令するの要なきものとす。電話加入權には斯かる命令記入の手續なきを以て特に第三債務者として債務者の申出に係る加入名義の變更の禁止を命ずるの要ありとす。

申請人が債務者の債權者たると同時に別個の權利義務の關係に於て申請人が債務者の債務者即ち第三債務者たる場合換言すれば申請人は自己に對する債權をも假差押を爲し得るや。之れを禁止したる法規なきのみならず彼の相殺の規定あるの一事を以て之れを禁止したりと解し得ざるを以て斯かる場合に於ても亦適法に之れが假差押を爲し得べきものと解す。

【勅令】

一 政府差押命令を受くる場合會計上の規定(明治二六年勅令第二六一號)

第一條 政府を第三債務者として發したる差押命令は左の四項に掲ぐるものの外任拂命令官に宛て之を發するものとす

仕拂命令官既に現金前渡の仕拂命令又は仕拂請求書を發したる場合に於ては現金前渡を受けたる官吏に向て差押命令を發するものとす但記名公債元利に對する差押命令は公債元利の仕拂を取扱ふ銀行に向て發するものとす

出納官吏が繰替拂を爲す歳出金に對する差押命令は其の繰替拂を命令する官吏に向て發するものとす

預金、保管金、供託金に對する差押命令は中央金庫に係るものは金庫出納役に、本支金庫に係るものは關係の金庫出納役代理人に向て發するものとす但し出納官吏の保管に係る歳入歳外現金に對する差押命令は當該出納官吏に向て發するものとす

郵便爲替金及郵便取立金に對する差押命令は之が仕拂を爲すべき出納官吏に、郵便貯金に對する差押命令は其の原簿を保管する官署の長に向て發するものとす但し郵便貯金にして拂出證書を發したるもの及通帳の呈示に依り即時拂渡を爲すべきものに對する差押命令は之が仕拂を爲すべき出納官吏に向て發するものとす

第二條 繼續収入の債權差押の場合に於て關係官廳又は金庫に變更あるときは甲官廳又は甲金庫の受けたる差押命令は乙官廳又は乙金庫に於て之を繼續するものとす

第三條 差押債權者差押命令送達の通知を受けたるときは緊急の場合に於ては仕拂を執行すべき金庫又は出納官吏に向ひ假りに仕拂の停止を求むることを得

第四條 仕拂命令、仕拂請求書、集合仕拂命令、集合仕拂請求書及現金引出切符を政府の債權者に交付したる後差押命令を受けたるときは當該仕拂命令官又は出納官吏は速かに金庫に向て差押金額の仕拂を停止すべし

繰替拂を命ずる官吏が繰替拂の命令を發したる後差押命令を受けたるときは速に出納官吏に向て差押金額の仕拂を停止すべし

第五條 差押られたる金額を裁判所の命令に依り差押債權に仕拂を要するときは當該仕拂命令官、郵便貯金の原簿を保管する官署の長、繰替拂を命令する官吏、出納吏、銀行又は金庫に於て仕拂の手續を爲すべし

第六條 配當要求の送達又は民事訴訟法第六百七條の命令を受けたる場合に於ては當該仕拂命令官、郵便貯金の原簿を保管する官署の長、繰替拂を命令する官吏、出納官吏、銀行又は金庫に於て供託の手續を爲すべし

第七條 差押金額の仕拂停止、仕拂銀行又は供託に關する手續は大藏大臣之を定むべし

第八條 假差押命令の場合に於ては本令を準用す

第九條 本令は明治二十七年一月一日より施行す

【判決】

一 假差押事件と國の二人格

假差押事件に付ては國は債權者たると同時に第三債務者たることを得るものとす何となれば他人に對して債權債務を有する者が自己に對する其他人の債權に付き假差押を申請することを得ざる者と解すべき法規の存するものなければなり(五年(ネ)第一九八號六年八月三〇日大審院 第二民事部判決法律新聞一三〇三號三一頁)

第五款 申請の效果

債権者は一度假差押の申請を爲したるときは其の裁判前重ねて同一の債務者に對する同一内容の假差押申請を爲し得ざるものとす。假差押の申請は訴の場合に於けるが如く申請書の副本を債務者に送達することを要せざるも一度申請を爲したるときは訴の場合に於けるが如く一の権利拘束的の效力を生ずべきものと解すべし(民訴第二三一條)。換言すれば債権者が民事訴訟法第七百三十七條所定の假差押を請求する権利即ち假差押請求権を現に行使せる以上重ねて之れが行使を許されざるのみならず國家も亦二重に之れを保護すべき義務なく又二重の保護請求は其の實益なければなり。従つて假差押手續に於ても所謂一事不再理の法則の適用あるものとす。

然れども假差押の申請は其の裁判前に於ては其の請求又は假差押の理由を變更し得べきものとす。

假差押の申請は其の裁判前は何時にても之れを取下げ得べく其の取下以後更に同一の申請を爲すことを妨げざるは勿論なり。

假差押裁判所の管轄は假差押申請の當時を標準として之れを定むべきもの

なるを以て假差押の申請は亦假差押裁判所の管轄を定むるの効果を有するものとす。

假差押の申請を爲したる一事は未だ以て時效中斷の效力を生ぜざること明かなり。民法第四百四十七條第二號に所謂假差押とあるは假差押の執行を意味するものなるを以てなり。

第六款 申請の取下

假差押の申請の取下は全部又は一部其の申請に付き口頭辯論手續を開始したる場合に於ては債務者が口頭辯論を爲したるときは債務者の同意を得ることを要す(此の場合には債務者は訴訟費用に付き裁判を受くるの利益を有するを以てなり)も債務者が未だ口頭辯論を爲さざる以前に於ては何時にても債務者單獨に之れを取下げることを得べし(取下の書面は債務者に送達するの要なし)。

口頭辯論を開始せざる場合に在りては未だ其の申請に付き裁判なき以前に

於ては之れ亦債権者の任意に取下を爲し得る所なりとす(債務者に對し取下書面の送達を要せず)。

訴は判決の確定に至るまでは其の全部又は一部を取下げ得るを原則とし(民訴第二三六條第一項本文)又終局判決後に於て訴を取下げたる者は爾後同一の訴を提起することを得ざるものなるも(同法第二三七條)假差押を命じたる決定及び命令に對しては民事訴訟法第四百九十八條の準用なきを以て其の裁判は直ちに之れが執行力を有す。従つて訴に對する確定の裁判と同様假差押を命じたる決定又は命令ありたる以後に於ては最早假差押の申請其のものは之れを取下げ得ざるものと解せんとす。

假差押を却下したる決定命令に對しては債権者より普通抗告を爲し得るも現に却下の裁判ありたる以後は之れ亦申請其のものゝ取下は之れを許されざるものとす。

假差押の申請に付き口頭辯論を経たる場合に於ては其の申請を許可したると將た又排斥したる場合とを問はず共に終局判決を以て裁判すべきものなれ

ば右裁判に對しては上訴を許さるべきに依り其の裁判の確定までは前示民事訴訟法第二百三十六條に則り裁判後と雖も申請其のものゝ全部又は一部を取下げ得るものとす。然れども此の場合に於ても前示民事訴訟法第二百三十七條は之れが準用なきものと解せんとす。其の理由は假差押請求權の本質に鑑みて然るべきものと信ずればなり。

前説示の如く既に決定又は命令の裁判ありたる爲め申請其のものゝ取下を許さざるものとせば債権者に對し裁判を強要するが如き觀なきにあらざるも夫れ然らず。斯かる場合に於ては債権者が未だ其の裁判の執行を開始せざるときは民事訴訟法第七百四十九條第二項所定の期間の経過を俟つて其の裁判の執行力を喪失せしむれば足るべく又既に執行を開始した以後なるに於ては債権者は任意に執行處分の取消を求め得べきを以てなり(債権者は假差押を命じたる裁判に基き爾後之れを執行すると否とは債権者の任意に決定し得べき所なるを以て既に執行したる場合に於ても爾後其の執行を廢止せんとするも亦自己の任意に決定し得べく敢て債務者の同意を要せざるものなり)。

第九節 假差押の裁判

第一款 總 說

民事訴訟法第七百四十一條第一項に依れば假差押申請に付ての裁判は口頭辯論を経ずして之れを爲すことを得る旨を規定せり。此の規定の趣旨は假差押手續に於ける審理は他の訴に於けるが如く口頭辯論を経て之れを爲すことを原則とし例外として書面審理の手續に據ることを得る旨を定めたるものなりとの見解と之れに反し右規定は書面審理を原則とし口頭辯論に據ることを例外と定めたるものなりとする見解とあるも後の見解を正當とす。元來假差押の請求は其の本質上民事訴訟法第七百三十七條第一項所定の強制執行保全の必要を疏明したるときは保證を立てしめて之れを許可し又申請事實を疏明せざる場合に於ても亦債務者に生ずることあるべき損害を擔保せしめて之れを許可し得べきものなるを以て寧ろ債権者一方の申請のみに因り裁判を爲し

得べきものと解せらるゝを以てなり。

假差押裁判所は假差押申請に對し口頭辯論を経ると否とは全く其の自由裁量に依り之れを決定し得るものにして此の點に付ては債権者たる申請人の申請に拘束せられざるものとす。従つて債権者が特に口頭辯論を経ずして其の裁判を求むる旨を申請書に記載したる場合に於ても裁判所は必要ありと認めたるときは申請人の申請如何に拘らず口頭辯論を経て之れが裁判を爲し得るは勿論又債務者より不日一定の債権者より自己に對し假差押の申請ありたる場合に於ては必ず口頭辯論を経て裁判せられたき旨の上申乃至申請を爲したりとするも斯かる上申乃至申請は法律上何等の効果をも發生せざるのみならず斯かる書面は當初より之れを受理すべき限りに在らず。假りに受理したりとするも裁判所は斯かる上申に對し何等の裁判を爲すべき義務なきものとす。債権者より假差押申請ありたる後に爲されたる債務者の上申に對しても亦同様決定すべきものなり。

假差押申請に對し口頭辯論を経て裁判すべきや將た又辯論を経ずして裁判

を爲すべきやを決定するに付ての標準乃至理由に關しては特に何等の法規なしと雖も右は條理上當該申請を債權者一方の主張のみを以て(疏明あると否とを問はず)假差押を許容するを不相當と認めらるゝ場合たらざれば輒く假差押を許されざるものと認めたる場合に於ては口頭辯論を経て其の裁判を爲すべきものとす。然り而して其の不相當なるや否やは各個の具體的事件に於て之れを決するの外なし。然れども口頭辯論を経て裁判を爲すべき必要な事に拘らず口頭辯論を開き又は口頭辯論を経て裁判を爲すべき事情あるに拘らず書面審理を以て裁判を爲したりとの理由を主張し以て當該裁判を攻撃し得ざるは勿論なり。何者其の孰れに據るべきかは假差押裁判所の所謂自由裁量に依り決定し得べき事項なるを以てなり。殊に孰れの手續に據るを相當とするや否やは假差押裁判所の専權に屬するを以て上告の理由とならざるものとす。

假差押の申請に對し假差押裁判所が口頭辯論を経て裁判すべきや否やを決定するに付ては特に一定の形式に則り其の意思を表明すべきことは法規の要

求せざる所なるを以て裁判所は口頭辯論を経るの必要なしと認めたるときは直ちに書面審理に依り之れが裁判を爲し得べく又口頭辯論を経て裁判を爲すことを相當と認めたるときは裁判長は口頭辯論の期日を指定し當事者を呼出すを以て足るべく特に口頭辯論を開始する旨の特別の裁判書を要せざるものとす。斯かる場合は裁判所が既に當該事件に付き口頭辯論を開始すべき必要あるものと認めたる結果に基き裁判長が期日の指定を爲したるものと解し得らるゝを以てなり。

假差押事件に付き口頭辯論を経たる場合は其の裁判は結局判決を以て之れを爲すべきものとする民事訴訟法第七百四十二條第一項を根據として一度口頭辯論手續を開始したるときは其の事件は必らず其の手續を一貫すべく中途之れを書面審理に移すことを得ざる如く解する學者ありと雖も吾人の解する所に依れば假差押裁判所は一度口頭辯論を開始したる場合に於ても中途其の必要なしとする事情の顯はれたる場合に於ては爾後本件に付ての手續を書面審理に移すべき旨の宣言を爲したる上其の手續を變更し得べきものと信ず。

第二款 裁判手續

第一項 書面審理

書面審理に依り假差押に付ての裁判を爲す場合に於ては當該申請書口頭申請の場合は其の調書に基き管轄の有無並に代理權の有無及び當該申請が民事訴訟法第七百三十七條に適合し且つ同法第七百四十條の要件を具備するや否やを調査し叙上の欠缺なきときは其の假差押の申請を許容すべく若し又管轄違以外の不備欠缺あるときは直ちに其の申請を却下することを得るものとす。

假差押申請が當該裁判所の管轄に屬せざる場合は民事訴訟法第三十條を準用し決定を以て管轄裁判所に事件を移送すべきものとす(移送の決定に對しては即時抗告を爲し得べし)民訴第三三條移送の裁判確定したるときは移送の決定を爲したる裁判所の書記は其の決定の正本を假差押事件の記録に添附し移送を受けたる裁判所書記に送付すべきものなり(民訴第三四條)

裁判所は假差押申請が管轄違以外の事項に付き欠缺ある場合には直ちに之れを却下し得べきことは前説明の如しと雖も其の欠缺が直ちに補正し得べき事項に屬するときは口頭又は書面を以て一定時期を限り之れが補正を命ずるを相當とす。然れども補正を命ぜずして却下したる裁判は之れが爲め違法とならざるは勿論なり。

假差押の申請が其の請求及び假差押理由の疏明を缺く場合に於ても裁判所は其の假差押の爲め債務者に生ずることあるべき損害を擔保せしめて之れが假差押を許すことを得べし。然れども裁判所は其の申請が前示の如き欠缺なく適法なる場合に於ては常に無條件に其の假差押を許さざるべからざるものにあらず。即ち斯かる場合に於ては裁判所は無條件にて之れを許容すべきや將た又保證を立てしめたる上之れを許すべきやは裁判所の自由に決定し得るものとす(民訴第七四一條)。

第二項 口頭辯論

假差押の申請に對し口頭辯論の手續に依ることを適當と認めたる場合に於ては訴の審理に適用さるべき訴訟手續は其の性質の許す限り假差押事件の口頭辯論手續にも亦準用あるは勿論なり。

假差押事件の當事者の主張は疏明を以て足るが故に其の證據方法の如きは即時に爲すことを得る證據調に制限せらるべきものとす。

假差押事件の債務者は當該口頭辯論に於て債權者を債務者とする假差押の申請口頭を以てを爲すことを得ざるものと解す。何者、口頭辯論調書に斯かる申請を記載せりとするも適法の假差押の申請と解し得ざるを以てなり。此の場合に債務者が別個に獨立して書面に依り債權者を相手方として假差押の申請を爲し又は適法の口頭申請を爲したりとするも其の申請に對し書面審理に依るや口頭辯論を開始するやは全く裁判所の任意に決定し得べき所なるを以て必ずしも現に口頭辯論を経て審理しつゝある假差押事件と併合して審理せらるべき限りに在らず。要するに假差押事件の口頭辯論に於ては反訴に關する規定は之れが準用なきものと知るべし。

第三款 裁判の形式

假差押の申請に付ての裁判は口頭辯論手續に依る場合に於ては終局判決を以て之れを爲し書面審理の手續に依る場合は決定を以て之れを爲す(民訴第七四二條第一項)。又急迫なる場合に於て口頭辯論を経ざるときは命令を以て之れを爲す(同法第七六三條)。

終局判決を以て裁判すべき場合は其の判決に記載すべき事項は總べて判決に關する規定を準用せらるゝは勿論なり。

假差押の申請に付ての裁判たる決定又は命令に記載すべき事項に付ては強制執行編に於て特別の規定なしと雖も民事訴訟法第二百七條に於て決定及び命令には其の性質に反せざる限り判決に關する規定を準用すべき旨を定められたるを以て假差押の申請に對する決定及び命令には左記事項を記載し裁判を爲したる判事之れに署名捺印すべきものとす(民訴第二〇七條第一九一條第七四一條第七四三條)。

- (一) 主文
- (二) 事實及び理由
- (三) 當事者及び法定代理人(訴訟代理人の申請なるときは其の訴訟代理人)
- (四) 保證を立てしめたるときは其の事實
- (五) 假差押の執行停止又は執行處分取消の爲め債務者の供託すべき金額
- (六) 裁判所
- (七) 年月日

但し假差押の申請を却下する決定には前示(四)(五)の事項の記載を要せざるは勿論なり。

判決、決定、命令の各裁判書に當事者及び法定代理人の外訴訟代理人を表示すべき旨を命じたる法規なしと雖も當事者の爲め現に訴訟行爲を爲したる代理人を裁判書に表示すべきは事理當然の事項に屬す。

決定及び命令に年月日を記載すべきことを命じたる直接間接の法規なし。判決に付ても亦然り。決定命令に年月日の記載を爲すは裁判事務上の慣例と

見るの外なし。従つて決定、命令に年月日の記載を遺脱したりとするも之れが爲め當該裁判を違法ならしむるものにあらず。

第四款 主文(裁判の内容)

假差押は金錢債權又は金錢債權に換ふることを得る請求に付き債務者の一定の財産に對する強制執行を保全する爲めに之れを爲すべきものなるを以て、其の裁判は債務者の一定の財産に對し法律上事實上其の散逸を防止し因て以て債務者の一定の財産の現状保持を期するに在るは勿論にして債權者は其の目的を達する爲め假差押命令を發せられんことを求むべきものなり。されば之れに對する裁判は其の裁判が判決たると決定又は命令たるとを問はず債務者の一定の財産を假りに差押ふべき旨の宣言を以て之れを爲すべきことは事理當然の事に屬す。之れ民事訴訟法第七百四十一條第二、三項の規定に依りて明白なりとす。

尙假差押の裁判には後に述ぶる債務者より供託すべき金額を記載すべきも

のとす(民訴第七四三條)。

債権の假差押の裁判に於ては債務者の第三債務者に對する債権を假りに差押ふる旨の外第三條債務者に對し債務者に支拂を爲すことを禁止する旨を宣言することを要す(同第七五〇條第三項)。

第五款 債務者の供託

假差押命令には既に述べたるが如く其の假差押の執行を停止することを得る爲め又は執行したる假差押を取消すことを得る爲めに債務者より供託すべき金額を記載すべきものとす(民訴第七四三條)。

債務者の供託すべき金額は裁判所の職權を以て之れを假差押命令に記載すべき事項にして敢て債権者又は債務者の申立に因るべきものにあらず。右は債権者を害することなく又債務者の利益に於て而かも債権者が保全せんとする本來の目的を阻害することなくして假差押命令の執行停止又は其の執行したる處分の取消の方法を定められたるものとす。従つて此の場合は假差押命

令其のものは依然として存續し而かも其の効力は債務者の供託したる金額の上に移るべきものなり。斯くて債権者は其の假差押命令の執行を停止せられ又は既に執行したる處分を取消さるゝも何等の苦痛を受けざるものとす。

債務者の供託すべき金額は民事訴訟法第五百條、第五百十二條、第五百四十七條等の場合に於ける停止又は取消の爲めの保證金と其の性質を異にするを以て裁判所は常に債権者の假差押命令の申請に於て保全せんとする請求額を以て標準とし假差押命令の執行の停止たと其の執行したる處分の取消たるとを問はず右請求額と同額の金額を供託せしむべきものとす。而かも供託すべきものは金錢に限るものと解す。有價證券の類の供託を命すべきにあらず。何者、一度許されたる假差押命令の執行を停止し又は執行したる處分を取消すことを得せしめたるは一つに債権者を害することなく債務者の利益に於て認められたる制度なるを以て債権者をして之れが爲め後日、本案の執行に付き不便を生ぜしむるが如き結果を來たさしむるは其の本來の趣旨に反するを以てなり。

債務者の供託すべき金額は假差押命令に記載したる金額の全額にあらざれば本條の適用なきものと解す。従つて一部の金額を供託し一部の執行の停止又は執行したる處分の一部の取消は之れを求め得ざるものと信ず(反對の學說あり)。若しも一部のそれを是認するときは之れが停止すべき部分又は取消すべき部分の如何を判断する上に著しき不都合と困難とを生ずるに至るべし。されば債務者は其の假差押を命ぜられたる物件の價額が債権者の請求債權額より低き場合に於ても亦假差押命令に記載したる金額の全額を供託するにあらざれば停止又は取消を求め得ざるものとす。

債務者が其の金額を供託したるときは其の供託の事實を證明し執行機關に對し執行の停止を求むべく(民訴第七四八條第七四三條第五五〇條第三號又既に執行したる處分の取消を求めんには執行處分の取消を申請すべきものとす。此の後の場合は執行裁判所に對し取消の申請を爲すべし。此の取消の裁判は口頭辯論を経ることなく決定を以て之れを爲す。

假差押手續に於て第三者が民事訴訟法第五百四十九條所定の權利を主張せ

んとするときはその第三者は假差押命令に記載したる債務者の供託すべき金額を供託し假差押の執行の停止又は執行したる處分の取消を求め得べしとの説あるも吾人は之れに反對す。斯かる場合は其の第三者は其の本來の法律上の保護を求むべく民事訴訟法第七百四十三條に依るべきにあらずと信ず。債務者が假差押命令に記載したる金額を供託し其の執行を免れたりとするも之れが爲め債務者が當該假差押に對する不服申立權を拋棄したるものと認められざるは勿論なり。従つて債務者は供託後に於ても尙異議其の他の方法に依り假差押命令自體の取消を求め得るは言を俟たず。裁判所が假差押命令に債務者の供託すべき金額の記載を脱漏したる場合は職權を以て之れが追加決定を爲し得べきものと解せんとす。但し反對説あるものゝ如し(民訴第一九四條準用)。

【判例】

一 假差押の執行取消と供託金額

假差押は金錢の債權又は金錢の債權に換ふることを得べき請求に付き執行保全を目的とするものにして假差押命令は特に執行文を要せず直に執行することを得べきを通常とすと雖も假差押命令の執行に關する手續と假

差押命令を執行する手續とは劃然たる區別を存し彼此混同すべきに非ざることは一は裁判手續にして一は執行手續たる性質上の差異あるのみならず民事訴訟法第七百三十七條以下の規定に依るも之を知り得べし而して假差押執行の要件を規定せる同條第七百四十條に依れば債権者は假差押命令の執行を爲さんとする債務者の如何なる財産に付假差押の執行を許すべきやは之を掲記すべき者に非ずして單に債務者の財産に付假差押を許すべきことを宣言するを以て足るものなり債務者が假差押命令の執行を爲さんとするときは任意に債務者の財産を選択し或は有體動産に對し或は債権に對し或は不動産に對し執行の申立を爲し假差押申請の基本たる請求の金額又は價額に充つる迄其執行を爲し得べきことは民事訴訟法第七百四十八條に於て假差押の執行に付強制執行の規定を準用せる法意に徴して明かなりとす然らば即ち假差押裁判所が假差押命令を發する當時に在ては債権者が債務者の如何なる財産に對し假差押の執行を爲すべきや之を知ること能はざるものなれば民事訴訟法第七百四十三條の規定に依り假差押命令の執行を停止することを得る爲め又は執行したる假差押を取消すことを得る爲め債務者の供託すべき金額を定むるには債権者が假差押の申請の基本として主張する請求の金額又は價額を標準とすべきものにして假差押命令の執行の目的と爲るべき債務者の財産を標準とすべきものに非ず從て同法第七百五十四條第一項の規定に依り債務者が假差押の執行の取消を求めんとするには執行ありたる財産の價額如何に關せず假差押命令に於て定められたる金額の全部を供託することを要するものにして執行ありたる財産の全部又は一部の價額に相當する金額を供託して執行の全部又は一部の取消を許したるものと解するを得ざるを以て假差押命令の執行ありたる財産の價額が債権者の請求の金額又は價額を超過する場合に於ても其超過

部分の財産の價格に相當する金額を供託して執行の一部の取消を求むることを得ざるものとす(五年(ウ)第一二四號大審院第一民事部)

一 供託金の性質

假差押の執行を取消す爲めに供託したる金額は假差押の目的物に代ふものにして其の供託金正確に云へば其の供託金返還の請求權が本案の請求に付き勝訴の判決を得たるときは強制執行の目的物となる可きものなり債権に對する強制執行に在りては民事訴訟法第六百二十條に於て他の債権者も配當を要求し得ることを規定し間接に假差押債権者が假差押の目的物より辨済を得可き權利の他の債権者も平等なることを規定す法例第二條に所謂法令に規定なき事項とは直接間接に法令に規定なきの謂なれば假差押債権者が假差押を取消す爲め供託したる金額より優先辨済を受くるの慣習ありとするも其の慣習は法令に規定なきの事項と謂ふ可からず(大正三年七號大審院第一民事部)

一 民事訴訟法第七百四十三條に假差押命令には假差押の執行を停止することを得る爲め又は執行したる假差押を取消すことを得る爲めに債務者より供託す可き金額を記載す可しと規定せるは畢竟假差押の目的は金錢債権に付き債権者の後日の執行を保全する爲めなれば債務者にして右債権を辨済するに足るだけの金額を提供すれば債権者は假差押を爲したると同一の目的を達し得可く強ひて動産又は不動産に對して假差押を爲すの必要なきの故に外ならず故に假差押を受けたる債務者が其の執行を取消したるが爲め債権者に生ずることあるべき損害を賠償する趣旨の擔保にあらず然るに假差押を爲したるのみにては我國に於ては其の目的物に

付き債権者に別段の優先権を生ずることなきが故に單に假差押物に代はれる供託金に付ても亦假差押債権者に優先権を生ず可き理なしと云はざる可からず(大正二年第四九四(本)號東京控訴)

一 債務者が假差押の執行を停止し又は取消す爲め供託したる金額は假差押の目的物に代はるものにして之を供託せしむるの目的は假差押の執行と同じく強制執行を保全するに在り假差押債権者は假差押の目的物に付き優先辨済を受くるの權利を有せざれば其の目的物に代る供託金に付き優先辨済を受くるの權利なきは明白の理なり(大正三年(オ)第七七(號)大審院第一民事部)

第六款 却下の裁判

假差押申請が却下せらるゝは當該申請が不適法理由なき申請なるか又は申請自體は適法なるも其の請求又は假差押の理由を説明せざるとき若くは保證決定に指定したる期間内に擔保を供せざるとき此の場合には民法第百十四條但書の準用ありとす(其の他欠缺を補正せざるとき等にして假差押申請が單に管轄違なる場合に於ては既に説明せるが如く事件を他の管轄裁判所に移送すべきものなるを以て之れを理由として却下すべきものにあらず。

本案が既に一定の裁判所に繫屬したる後に申請せられたる假差押に付ては其の假差押裁判所は其の本案裁判所の管轄權の有無を判斷し假差押の管轄を確定し得べきものにあらず。此の場合は形式的に本案裁判所が同時に假差押裁判所となるべきものとす。

假差押の申請を却下する裁判の形式も亦口頭辯論を経たるときは終局判決を以てし其の他の場合は決定を以てす。決定を以て假差押の申請を却下したる裁判は之れを債務者に告知するの要なきものとす(民訴第七四二條第二項)。

第七款 裁判の效果

假差押申請に付き爲されたる裁判は其の判決たると決定又は命令たるとを問はず其の假差押手續に於て保全せんとする本案の請求權又は假差押其のものゝ請求權に關し既判力を有せざるものとす。斯かる裁判は其の具體的の假差押申請其のものゝ當否のみを判斷するに在るを以てなり。従つて假差押申請を理由なしとして却下せられたる場合に於ても假差押債権者は其の却下後

更に全く同一内容の假差押を申請したりとするも一事不再理の法理に則り右後の申請を却下し得ざるものと信ず。又債務者は右後の申請が許可せられたる場合に於て其の許可の裁判に對し前示の事由に基き異議を申立つるも其の異議事由は採用せられざるものとす。

假差押を命じたる裁判は性質上更に特に執行文の付與を求めずして其の裁判の執行を爲し得べし。殊に此の執行は其の裁判を債務者に對し告知する以前に於ても之れを爲し得るものとす(民訴第七四九條第三項)。

然れども假差押を命じたる裁判は其の言渡又は債權者が告知を受けたる時より十四日の期間を経過したる以後に於ては前示の執行権は消滅すべし(同條第二項)。右は強制執行保全の爲めの假りの執行を爲すことを以て唯一の目的と爲す裁判なるに因るべし。

一 執行の着手

民事訴訟法第七百四十九條第二項は正當の理由なく十四日の期間を経過したる時は其執行を許さざるの法意なれば期間内一旦執行に着手し期間後之を繼續するが如きは違法の執行に非ずと雖も期間後の執行が全く新な

【判例】

る執行行爲と見るを得べき場合に於ては假令期間内に一旦執行を爲したるものなると否とを問はず之を許すべきものに非ず(四四年大(分地方)

一 假差押の續行の適否

債權者が他に尙假差押を爲し得べき物件の存在を主張し之れが執行續行の申請を爲したる場合に於ては當該執達吏は費用其の他の點に於て故障なき限り之れが申請を受理し債權者の指示に従ひ當該物件に對する執行を爲すべきものとす(昭和七年(一)第一五七(號東京地方第十民事部)

第八款 假差押の效力

假差押は強制執行の場合に於ける差押の效力と異なり債務者に對し其の假差押に係る財産に付き絶對的に其の處分を禁止するの效力を有せず。唯假差押の存続中は債務者は有效適法に之れが自由處分を爲し得ざるに止まり假りに假差押存続中に於て債務者が第三者に對し其の假差押に係る財産を讓渡し又は權利を設定したりとするも當該債務者の行爲は當然無効のものにあらずるのみならず後日假差押が取消さるゝに至らば其の行爲の時に遡り完全に有效の行爲となるべし。然れども假差押債權者が本案に於て勝訴の判決を得て

其の假差押を本差押に移したるときは假差押存続中に債務者より一定の権利を取得したる第三者は之れを以て債権者に對抗し得ざるは勿論なり。それ斯くの如しと雖も債務者對第三者間の法律行為自體は之れが爲め無効となるべきものにあらず。

【判例】

一 假差押の效力

假差押は債権者が後日に爲す可き強制執行を保全するを以て目的と爲すものなるを以て不動産に對する假差押に付ては其の命令を登記簿に記入したるときは此登記に因り後日其の不動産の譲渡若くは不動産の負擔に歸す可き權利の登記あるも之を以て假差押債権者に對抗するを得ざるものとす(大正二年(ネ)第五) (二四號東京控訴)

一 假差押と抵當權

原判決の確定したる所に依れば株式會社東京銀行は小山孝右衛門に對する債權に付き強制執行保全の爲め同人所有の不動産に對し假差押を爲し其假差押命令が登記簿に記入せられたる後上告人は該不動産上に有する抵當權の假登記及本登記を爲し其後株式會社東京銀行は小山孝右衛門に對する本案訴訟に於ける勝訴の判決に基て假差押不動産に對し強制競賣を申立てたる結果假差押は其儘本差押と爲り當事者雙方は此競賣に付き配當要求を爲し執行裁判所は競賣代金の配當表に於て上告人を被告人の先順位者として其債權に對する配當額を定め被告人の債權に對しては配當額を定めざりしものなり上告人の競賣不動産上に有せし抵當權の設定時期に

付ては原判決の確定せざる所なるも其設定は株式會社東京銀行が該不動産に對し假差押を爲したる前に在る場合として之を論ぜんか其抵當權を以て假差押の効果として假差押債権者に對抗し得べからざるものと爲すを得ざるは勿論其登記は假差押後なるも其公示方法に過ぎずして假差押不動産に對する處分に屬せざるが故に固より假差押命令の禁止する所に非ず從て其登記も假差押の結果として假差押債権者に對抗し得べからざるものと論ずるを得ず唯假差押當時未だ存せざりしを以て假差押債権者に對しては抵當權の對抗條件たるの效力を有せざるに過ぎず故に此場合に於ては上告人は唯對抗條件欠缺の爲め其抵當權を以て假差押債権者たる株式會社東京銀行に對抗するを得ざるに止まり之を以て其登記後に配當要求を爲したる被告人に對抗することを得るは論を俟たず右に反し抵當權の設定が假差押命令の登記簿に記入せられたる後ならんか假差押の効果として之を以て假差押債権者に對抗するを得ずと爲すは固より正當なり然れども假差押は假差押債権者の債權に付き強制執行を保全するを以て目的と爲すものなれば假差押の效力の利益は獨り假差押債権者のみに存し他の債権者は其效力の利益を享くるものに非ず假差押が其儘本差押と爲りたる場合に假差押の效力が依然存続することは假差押の目的より見て當然の事なるも其效力の利益を享くるものは依然假差押債権者のみに止まり假差押が本差押と爲りたるが爲め其利益が當然配當要求を爲したる債権者にも及び假差押債権者と同一の待遇を受くべき理由は到底之を發見すること能はず故に上告人は此の場合に於ても其抵當權を以て其登記後に配當要求を爲したる被告上告人に對抗することを得るや復疑を容れず之を要するに原判決の確定したる事實に依れば上告人は其抵當權の設定時期如何を問はず之を以て被告上告人に對抗することを得べく之を否定すべきの理由一も存せざれば上

告人は被上告人に優先して競賣代金の配當を受くべき権利を有するものと謂はざるべからず配當裁判所が上告人を被上告人の先順位者として其債權に對する配當額を定めたるは正當にして被上告人の之に對する異議は理由なし然るに原院が假差押の効力は配當要求者の爲めにも生ずる者なりとの見解の下に上告人は其抵當權を以て被上告人に對抗するを得ざるものと爲し當事者の間に於ては對等の配當を爲すべきものなりと爲したるは假差押の効力を誤解して抵當權の効力を無視したるの違法あるを免れざるものとす(大正三年(オ)第一二五) 號大審院第一民事部)

一 假差押の效力

假差押は差押債權者に優先權を附與するものにあらずと雖も之に依り差押物に關する處分は差押債權者の爲めには禁止せられたるものと看るべきものなるが故に爾後差押物に付き爲したる處分は差押債權者に對しては效力無きものとす從て假差押の執行後に於て差押物に對して設定したる抵當權は假差押債權者に對しては效力無しと雖も配當に與かる普通債權者に對しては固より效力を有すべきものなるを以て丙の抵當權は甲に對しては效力無く丁に對しては效力あるものとす仍て配當額如何を考ふるに若し丙の抵當權なかりせば甲丙丁は各債權額ABCに對する按分比例に依りたる賣得金の配當abcを受くることを得べきものなれば丙の抵當權の爲めに害せられざる假差押債權者甲はaを配當額として受くることを得べく丙の抵當權の爲め害せらるる普通債權者丁はcを丙の債權額中bを控除したる殘額に滿つる迄之に持去らるることとなるべし故に甲の配當額はa丙の配當額はbトローに達するを限度とするcとなり丁の配當額はcがbを超過する場合の其超過額なりとす(大正四年法曹會決議)

【判決】

【判例】

一 假差押と其の效力

假差押は強制執行の保全を目的とするを以て其基本たる請求權に付き強制執行の要件完備するに至りたるときは假差押は強制執行として存続し其效力を失ふべき筋合にあらず(五年(オ)第五三一號) 號大審院第一民事部

一 債權假差押と債務者の請求訴訟

債權假差押命令の執行は第三債務者に對し債務者に支拂を爲すことを禁ずる命令に依りて之れを爲すべきことは民事訴訟法第七百五十條第三項の規定する所なるが故に其の假差押の存する限り債務者は第三債務者に對し自己に支拂を爲すべきことを請求する訴を起すことを得ざるや明なるのみならず訴訟の提出當時に於ては未だ假差押なかりし場合と雖其の繫屬中假差押ありたるときは原告たる債務者は自己に對し即時給付を爲すべき旨の請求を持続することを得ざるものにして必ずや其の申立を改めて債權の存在を確定せんことの申立若しくは他の適當なる申立と爲すことを要すべく若し原告たる債務者が假差押ありたるに拘らず尙被告たる第三債務者に對し即時の給付を求むる請求を持続するときは其の請求は全然不當にして却下するを正當とす條件を附して其の請求を認容すべきにあらず(昭和四年(オ)第三七七) 號大審院第三民事部

一 登記權利者の第三者に對する登記抹消請求權

假登記後其の目的たる權利と相容れざる第三者の權利取得の登記あるときは假登記權利者は假登記義務者に對して本登記を請求すると同時に右の第三者に對して抹消登記を請求し得るものとす(昭和五年(オ)第二九五) 號大審院第四民事部

一 債務名義の基本たる債權と轉付命令執行の效力

執行力ある債務名義に基き債権に對する強制執行として債権の差押命令並轉付命令が適法に發せられ民事訴訟法第五百九十八條第二項の手續を爲したるときは差押へられたる債権は執行債権者に其の存する現度に於て移轉するものにして其の移轉は債務名義の内容たる債権が既に消滅したるものたる又は其の債務名義の内容を爲す債権を譲り受けたりとて執行を爲す場合に於て其の讓渡行爲が無効たる否とは其の效力發生に何等の消長を來すものにあらず(昭和六年(オ)第四四八號大審院第三民事部)

一 假差押に依り保全すべき請求權と其の發生時期

假差押に依りて保全すべき請求權の存在することは假差押に依る權利保護の要件なるが故に其の請求權が假差押申請の當時未だ成立せざるも其の申請に付裁判を爲すの當時既に成立せる以上之れに付假差押を命ずることを得べきものとす(昭和七年(オ)第八一號大審院第五民事部)

一 假差押後の強制執行と其の假差押の效力

假差押を爲したる有體動産に對し別異の債権に基き債務名義に依りて強制執行を爲したる場合は前の假差押は強制執行に於て配當要求の效力を生じ目的物件の競賣代金を配當するに當りては假差押債権に對する配當額は執達吏に於て之れを供託すべきものなるを以て後の強制執行に依り目的物件が競賣せられたる一事に依り假差押手續は終了するものにあらず(昭和六年(オ)第二八三號大審院第四民事部)

第九款 裁判の告知

假差押を許したる裁判は決定命令當事者に之れを告知するに因りて其の效力を生ず其の告知の方法は相當と認むる方法を以て足るものとす(民訴第二〇四條)。従つて單に其の裁判を口頭を以て告知するが如きは之れを相當の方法と謂ふを得ず。何者當事者は其の裁判に對し不服の申立を爲し得るものなるを以て單に口頭のみにより告知を受くるも當事者は之れが不服を申立つる上に支障を來たすを以てなり。決定命令には判決に關する規定を準用せらる(民訴第二〇七條)。而して判決は言渡に依り告知するの外其の正本を送達す(同法第一九三條)るものなれば決定命令も亦其の裁判の正本に依りて之れを告知するを相當とす。然れども必ずしも送達の方法に依ることを要せず。債権者は裁判所に出頭し自ら進んで裁判の告知を受くるも可なり。此の場合は裁判の正本を交付して之れを告知すべきものとす。

假差押の申請を却下する裁判は之れを債務者に告知するの要なきは民事訴訟

訟法第七百四十二條第二項の明定する所なり。

假差押の申請に付き口頭辯論を経たるときは終局判決を以て裁判を爲すべきものなれば(同法第七四二條第一項)此の場合に於ける裁判の告知は言渡に依るは勿論なり。當事者が言渡期日に出頭せざる場合に於ても其の言渡は告知の效力を有するのと解すべきものなり(同法一八八條第一九〇條)。然れども判決は告知の外更に職權を以て之れを當事者に送達すべきは勿論なり(同法第一九三條)。

判決以外の決定、命令の告知は裁判所書記に於て其の方法及び場所、年月日を裁判の原本に附記し之れに捺印することを要するは既に述べたる所の如し(同法第二〇四條第二項)。

【判例】

一 判決言渡期日の告知

口頭辯論終結の際判決言渡期日を指定し之を出頭せる當事者雙方に告知したる後該期日開始後裁判所に於て言渡期日變更の決定を爲し之を言渡したるときは其の決定は之によりて相當なる告知方法を盡したるものなり(昭和五年(オ)第二二〇一號大審院第三民事部)

一 送達證書の形式

送達を證する書面換言すれば送達證書の形式に付ては何等規定する所なし(昭和五年(オ)第一八五八號大審院第四民事部)

一 送達を受くべき場所の届出なき場合と郵便送達

上告人等が第一審の受訴裁判所の所在地に住居所營業所又は事務所を有せざるものにして而かも同裁判所の所在地に於て送達を受くべき場所及送達受取人を定め之れを届出づるの手續を爲さざりしものなることは一件記録上明白なるが故に上告人等が右受訴裁判所所在地外に於て住所居所營業所又は事務所を有すると否とを問はず第一審の受訴裁判所が上告人等に對し判決正本を書留郵便に付して發送したるは毫も違法にあらず(昭和五年(オ)第二六二四號大審院第二民事部)

一 判決正本に判事の署名を缺きたる場合の效力

第一審判決原本には判事野田又右衛門の署名捺印あるを以て上告人に送達せられたる同判決正本に同判事の署名なしとせば該判決正本を作成したる裁判所書記が之れを脱漏したるものなれば何時にても之れが補正を求め得べきものにして斯る脱漏あるの故を以て其の送達を不合法なりと謂ふを得ず(昭和五年(オ)第一八二七號大審院第一民事部)

一 決定の效力發生時期

原審は本件當事者雙方が合式に呼出を受けたる昭和五年四月十五日午後一時の口頭辯論期日に當事者雙方不出頭のまま判決言渡期日を同年四月二十六日午後一時に延期する旨の決定を言渡したること原審口頭辯論調書に依り明白なり而して決定の言渡は當事者が期日に出頭せざる場合に之れを爲すを妨げざるところにして而か

も決定は言渡に依り其の效力を生ずることは當院の判例とする所なり(昭和五年(オ)第一二二一) (三號大審院第三民事部)

一 決定告知の方法

決定は相當の方法を以て之れを告知すれば其の效力を生ずること民事訴訟法第二百四條の規定に徴し明なり
原審が判決言渡期日延期の決定を法廷に於て言渡せるは即ち相當の方法を以て告知したることに該當し而して
其の際當事者雙方が曩に指定せられたるに拘らず偶出頭せざりしことの爲言渡の適法なることを失ふことなき
ものとす(昭和六年(オ)第一三五) (八號大審院第三民事部)

一 公示送達に関する件

改正民事訴訟法中公示送達に關し管内執達吏役場幹事長より別紙寫の通請訓有之候處右は全國同様に解釋取
扱ふべきものと思料候に付貴局の御意見拜承致度候

(別紙)

公示送達に關する件請訓

強制執行の目的たる債務者の財産存在するも債務者の住所、居住不明にして強制執行の開始條件たる債務名
義又は保證を立てたることの證明書等の送達を爲すこと能はざる場合に於ては公示送達の方法に依り送達を爲
すの外無之筋合に候處民事訴訟法上公示送達は裁判所書記に於て裁判長の許可を得て爲すべきものに有之(民
訴一六一條一項一七八條一七九條)從て右の場合に在りては債權者に於て執行裁判所書記に公示送達の申立を
爲し書記は判事の許可を得て(民訴五四三條一八一條)公示送達を爲すべきものの如く解せられ候得共客年十一

月二日附民訴一七二條の解釋に關する當職の請訓に對する同年十一月十四日日記第三九六號御訓令の趣旨に
準據し執達吏に於て債權者の委任に依り執行裁判所判事の許可を得て公示送達を爲すことを得るものと解し差
支無之候哉何分の御指示相仰ぎ度此段及請訓候也

回 答

本月十四日日記第一六〇號を以て御照會相成候標記の件債務者の住所居住等不明の爲め公正證書の謄本又は
保證を立てたることの證明書を送達し能はざる場合に於ては債權者は執行裁判所に對し公示送達の申立を爲し
其の許可を得たる上執達吏に對し該送達の施行を委任し得るものと思料致候此段及回答候也(昭和五年一月十四
東京區裁判所監督判事照會同年同月
二十三日民事第六〇號民事局長回答)

一 決定及び命令の送達と民事訴訟法第二百四條第二項の適用に関する件

決定及命令を送達したる場合に於ては民事訴訟法第二百四條第二項の手續を爲すことを要せざるものとす

問 題

決定及命令を執達吏又は郵便に依りて送達したる場合に於ても民事訴訟法第二百四條第二項の手續を爲さざ
るべからざるものなりや

附言 小生は消極説を維持するものなり決定命令は必ずしも送達を爲すべき規定なく場合により口頭を以て
告知し或は裁判書を直接當事者に交付することもあり此の場合に於ては原本に其の旨記載し置かざる時は
效力の發生時期を知る由なし然れども送達手續をとりたる場合に於ては送達證書により效力發生の時期は

判然するを以て民事訴訟法第二百四條第二項の手續は必要なきものと思料す若し必要とせば支拂命令の如きは一々當事者に告知したる方法場所及年月日を命令原本に記載せざる可からざるものと信ず

決議

消極説を可とす(議按(昭五)第一〇號昭和六年三月四日委員會第二科決議)

【同答】

一 公示送達に関する疑義の件

民事訴訟法第六十條に送達は別段の規定ある場合を除く外職權を以て之を爲すべき旨規定しあるも同第七十八條に至り公示送達は申立に依り裁判長の許可を得て之を爲すことを得と定めあるを以て公示送達は職權送達を許さざる趣旨と解すべきものならむも若夫れ絶対に申立あるにあらざれば公示送達を爲し得ざるものとせば左記の場合に於て事件は永久に完結出來ざる不都合あるに依り公示送達の申立は唯單に送達に關する裁判所の職權行動を促すに過ぎざる趣旨と解し申立なき場合に於ても尙且職權を以て公示送達を爲し得るものとし事件を處理し可なるべき歟尤も左記第二第三の場合は民事訴訟法第二百二十四條、第二百二十八條、第二百二十九條、第三百七十條、第二百二十八條の法意を汲み前者の場合は原告に後者の場合は控訴人に何れも欠缺補正を命じ之に應ぜざる時は訴狀又は控訴狀を却下し以て事件を處理し可なりとの説あり然れども以上何れの見解を採るも前示關係法條の正面に牴觸する疑ひあるを以て茲に左記場合に於ける事件の處理方法に付き御指示を相仰度此段及稟伺候

左記

第一 原告に對し期日の呼出狀送達不能となりたる場合に於て被告より公示送達の申立を爲さざる時

第二 被告に對し訴狀は適法に送達せられたるも其の後期日(變更又は續行期日)呼出狀が送達不能となりたる

場合に於て原告より公示送達の申立を爲さざる時

第三 被控訴人(原告)に對し控訴狀は適法に送達せられたるも其後期日(變更又は續行期日)呼出狀が送達不能

となりたる場合に於て控訴人より公示送達の申立を爲さざる時

右各場合共現に繫屬する事件相當數有之處理上困難致居候

回 答

本月十四日日記第一二六一號を以て御問合相成候標記の件問合面の場合に於ては其の儘となし置くの外なかるべくと思考致候此段及回答候也

追て斯る場合に於ては事件の整理上成るべく公示送達の申立を爲さしむるか又は取下を爲さしむる様特に御

配慮相煩度此旨申添候(昭和六年三月十四日日記第一二六一號名古屋地方裁判所長問合同年四月六日民事第三二二號民事局長回答)

一 民事訴訟法第六十八條在監者に對する送達に関する件

在監者に對し送達する書類の宛名は監獄の長と爲すべきものとす

問 題

民事訴訟法第六十八條の送達は書類の受領者即宛名を監獄の長と爲すべきや若は監獄の長に書類交付せられたき囑託書の如きものを添附したる上在監者宛に書類の送達を爲すべきものなりや

第九節 假差押の裁判 第九款 裁判の告知

決議

前段貴見の通り(議按(昭六)第一四六號昭和七年二月二十四日委員會第二科決議)

第十款 裁判の更正

假差押申請に付ての裁判たる判決、決定、命令も亦違算書損其の他之れに類する明白なる誤謬あるときは裁判所は申立に因り又は職權を以て其の裁判の更正を爲すことを得るものと解す(民訴第一九四條第二〇七條)。然れども更正せんとする裁判が既に民事訴訟法第七百四十九條第二項所定の期間を經過し其の裁判が執行力を失ひたる以後に於ては之れが更正決定を爲し得ざるものとす。

既に申請に係る假差押を認可せられたる後に至り追加申立を爲し曩きの裁判に對する追加裁判を求むるが如きは之れを許されざるものとす。然れども裁判所が職權を以て假差押命令に記載すべき事項を遺脱したる場合は職權を以て當該事項に付き追加の裁判を爲し得べきものとす。反對の説に依れば斯

かる遺脱の裁判は違法の裁判なるを以て當事者は之れに對し異議其の他の不服の方法に依り裁判の更正を求むべきものにして裁判所は追加裁判を爲し得ざるものと解するものゝ如し。

【判決】

一 和解調書と更正決定

和解調書は判決と同一の效力を有するものなるを以て同調書中違算書損其他之に類する明白なる誤謬あるときは民事訴訟法第九十四條に準じ之が更正を爲し得べく右誤謬は裁判所の行爲に出たと將又當事者の行爲に因るとを問はざるものとす(昭和五年(ソ)第二四號 奈良地方裁判所民事部)

第十一款 保證の裁判

假差押手續に於て債權者に對し保證を立てしめて假差押を許可せんとするに當りては假差押申請に對する裁判前特に保證を立てしむべき旨の裁判を爲すことを要す(所謂保證決定之れなり)。

保證の決定には其の供託すべき擔保物を明示することを要す。即ち金錢を供託せしめんとせば其の金額を表示し金錢以外の有價證券を供託せしめんと

せば有價證券の種類額面を表示するの外擔保を供すべき(保證を立つべき)期間を定むべきものとす(民訴第一一〇條第一項)。右保證決定は當事者の申立に對する裁判にあらざるを以て右決定に對しては抗告を許さず。又保證決定の形式に付ては何等の規定なきのみならず判決に關する規定も亦悉く準用せらるべきにあらず。保證決定は其の裁判のありたること及び其の裁判の内容が一件記録に依り明白なるを以て足る。然れども裁判は原本の作成を原則とす。従つて保證決定も亦如何なる裁判所が何時如何なる保證決定を與へたるやに付き書面に之れを表示するを要するも右書面は特に用紙を用ゆると申請書の餘白等に其の裁判を表示するも又可なり。

裁判には其の裁判を爲したる判事の署名捺印を要するを原則とす(民訴第一九一條第二〇七條)。然れども保證の裁判たる決定は當事者の申立に對する裁判にあらざる假差押の裁判の前提たる裁判なるを以て(殊に抗告を許さざる裁判なり)右保證決定たる裁判が判事の署名なく判事の捺印のみに依り爲されたりとするも必ずしも違法の裁判と斷ずるの要なきものと解す。

口頭を以て假差押の申請を爲したるときは其の調書に保證の裁判を爲したることを明確にするを以て足り特に原本を要せず調書の記載が原本となる。

假差押を許す場合に於て其の假差押決定の作成は保證の裁判を爲したる判事に限り之れを爲し得べきや將た又保證決定に干與せざる判事に於ても亦假差押の決定を作成し得べきやは一個の問題なりとす。實例に徴すれば保證決定を爲したる以外の判事に於て假差押の裁判を爲しつゝあり。然れども假差押を許すべきや否やの内部關係に於ける裁判は既に保證決定の際確定し保證を立つるときは當該申請を許容すべきものなりとして成立せるものなるを以て假差押決定の作成は判決に於ける言渡の場合の關係と同一視し裁判に干與せざる判事に於ても亦之れを作成し得るものなりとの見解を採らざる限り右實例を適法と爲すを得ず。然るに假差押決定なる裁判は假差押の裁判に干與したる判事にあらざれば當該裁判の原本作成に干與し得ざるものなりとの見解を採るときは前示實例は違法たるを免れず。若し後の見解を採るときは原本作成の場合に於ては判決原本作成の場合と同様保證決定に干與したる判事

(實は假差押の裁判に干與したる判事)が後に假差押決定原本作成の際差支あるときは其の差支なき判事のみにて原本を作成し其の旨を附記するの外なしと信ず(民訴第一八七條第一九一條第三項)。

保證決定は之れを債權者に告知するにあらざれば其の效力を生ぜざるものとす(民訴第二〇四條第一項)。裁判所書記は右告知の方法、場所及び年月日を決定原本に附記し之れに捺印することを要す(同條第二項)。

保證の裁判は之れを債務者に通知するを要せず(同法第七四二條第二項)。

保證を立てしめて假差押を許すべき場合は其の假差押の裁判には前既に述べたるが如く債權者が保證を立てたること及び如何なる方法(金錢又は有價證券、特約に基く擔保の方法)を以て保證を立てたるかを假差押の裁判書に記載することを要す(同法第七四一條第四項)。

説を爲す者あり。曰く、保證を條件として假差押を許し得べしと。然れども吾人は此の説に賛同し難し。民事訴訟法第七百四十一條を率直に讀下するときは假差押を命ずる裁判は保證を立てしめたる上之れを爲すべきものと解せ

らるべし。殊に保證を立てたること及び其の方法を假差押の裁判に記載すべきものと爲す以上右決定に「如何なる方法に依り保證を立つべきことを命じたる旨」を記載するも嚴格なる意味に於ては右の記載は民事訴訟法第七百四十一條第四項に反すべし。論者或は謂はん。訓示規定たるに過ぎざるを以て後日債權者が保證を立てたることを證明せば其の時に於て假差押決定完成するに至り其の假差押の執行も亦可能なりと。然れども之れ牽強附會の論たるを免れず。現行法に於ては保證を條件として爲し得べき場合は常に明文を以て之れを明白ならしむに徴すれば其の非なることを知るに足る(民訴第七四五條等)。殊に決定正本の送達が同時に假差押の執行たる作用を併有するが如き場合に在りては保證を立てたる證明書を提出するまでは右正本は之れを送達し得ざるを以て結局保證を立てたる上假差押を許したる場合と何等擇ぶ所なし。尙又決定正本の送達が假差押の執行とならざる場合に在りては未だ保證を立てざるに先ち決定正本を債務者に送達したりとするも保證を條件としての裁判なるを以て保證を立つるまでは債務者は其の裁判に拘束せらるゝことなし。

従つて條件成就前即ち債権者が保證を立つるまでの間に假差押の執行を免るるの方法を講ずるの危険ありとす。此の場合に決定正本の送達を保證を立つるまで留保するとせば結局保證を立てしめて許したると何等擇ぶ所なし(債権者に何等の利益あることなく徒らに手續を煩雜ならしむるのみ)。且つ又債権者が保證を立てざる時は既に條件附に許したる假差押命令の處置に付き餘分の手續を要するに至る。即ち指定期間内に保證を立てざる時は申請を却下すべきものなるも既に假差押の裁判を爲したる以後に係るを以て申請のみを却下したりとするも假差押の裁判は依然として存続す。此の場合に假差押決定を職權を以て取消し得ざるべし。結局申請の却下を爲さずして之れを放任し假差押裁判を債権者に送達したる日より十四日の期間の經過に因り其の裁判の執行を爲し能はざるに至るを待ち即ち自然に假差押決定の效力の消滅を待つの外なし。然れども斯くの如きは後日擔保取消手續上に於て幾多の煩雜なる事項を惹起し當事者は記録以外の各資料を蒐集し事件の結末を計らざるを得ざるに至るべし。

第十二款 保證

第一項 保證の性質

假差押手續に於て債権者に保證を立てしむるは當該假差押に因り將來債務者に生ずることあるべき損害を擔保せしめんが爲めなり。

元來假差押は當該申請が法定の要件を具備し且つ其の疏明ある場合は無保證にて假差押を許し得べきものとす。然れども前に述べたるが如く假差押手續は原則として書面審理の手續に則り債権者一方の主張に基き急速に爲さるべきものなるのみならず口頭辯論手續に依る場合に於ても亦其の證據方法に制限あるを以て假差押裁判所が債権者の主張を一應正當なりとして假差押を許容せりとするも後日其の疏明が眞實に反し之が爲め債務者に對し損害を及ぼすことなきを保し難く且つ當事者雙方を出來得る限り公平に保護し萬全を期し其の他濫訴の弊を防止せんが爲め債権者をして保證を立てしめて假差押

を許すや否やを裁判所に任せたるものとす。

債権者が假差押の請求又は其の理由を疏明せざるときと雖も裁判所は其の假差押申請を相當とするときは之れ亦債権者に擔保を供せしめて其の假差押を許容し得るものとす(此の場合の保證を以て疏明の代用なりと説く者あるも右保證は民事訴訟法第二百六十七條所定の保證に該當せざるは勿論同法第七百四十一條第二項の明文に依れば右の保證は債務者に生ずべき損害を擔保せしむるに在ること明白なるを以てなり)。元來假差押は債務者の動産又は不動産たる財産権に對して行はるべく萬一債権者の主張が眞實に反し債務者に損害を蒙らしめたるときはそれは金錢賠償を以て之れを填補し得べきを以て一定の疏明なきの故を以て當然假差押を却下せしむることなく保證を立てしめて之れを許容し得べき旨を定めたるものとす。勿論債権者が一定の疏明を爲さざる場合に於て裁判所は保證を立てしめて其の申請を許可すべきことを相當と爲さざるときは疏明なきの理由を以て當該申請を却下し得るものとす。而かも此の場合に保證を立てしめて假差押を許すべき規定あるの理由を以て右

却下の裁判を違法と爲すことを得ざるものとす。要するに假差押裁判所の自由裁量に任せられたるものなり。

訴訟上の救助は保證金に及ばざるものとす。

第二項 疏明の代用

疏明は即時に取調ぶることを得べき證據に依りて之れを爲すことを要するは民事訴訟法第二百六十七條第一項の規定する所なり。然り而して裁判所は當事者をして保證金を供託せしめ又は其の主張の眞實なることを宣誓せしめて之れを以て疏明に代ふることを得るは同條第二項の明定する所なり。

然れども右の規定は假差押手續に於ける疏明に關しては其の實益尠なかるべし。何者假差押手續に於ては前に説明せる如く疏明の有無に拘らず保證を立てしめて假差押の許否を決定し得るを以てなり。唯問題となるは債権者が當初より疏明不可能なるの故を以て法定の代用疏明の方法に依り假差押の申請を爲したる場合なりとす。斯かる場合に於ては裁判所は疏明なきの理由の

みを以ては其の申請を却下し得ざるものとす。従つて裁判所が當該申請を理由ありと認むるも其の疏明なく且つ當事者より代用疏明の申立あるときは疏明の代用としての保證金を供託せしむるか又は宣誓を爲さしめて其の假差押を許容せざるべからざるものとす。

尤も當事者より斯かる代用疏明に付き申立なき場合に於ても裁判所は債權者が請求又は假差押理由に付き何等の疏明を爲さざる場合に職權を以て疏明の代用として保證を立てしめ又は其の主張の眞實なることを宣誓せしめて假差押を許すことを得るは論なきも前示の如く假差押は疏明なき場合に於ても債務者に生ずることあるべき損害の擔保としての保證を立つるときは之れを許容し得るを以て何を苦んで疏明の代用を命ずるの要あらんや。殊に代用疏明たる保證金は後日沒取せらるゝことあるべく又宣誓したる者は後日五百圓以下の過料に處せらるゝことあるを以て民法第二六八條第二六九條職權を以て疏明の代用を命ずるは最も慎重なるを要す。

第三項 保證の種類

保證は金錢又は有價證券の外當事者の契約に依り其の他の方法を以て之れが擔保を供することを得るは民事訴訟法第一百十二條の明定する所なり。然れども假差押手續に於ては書面審理の場合は勿論口頭辯論の場合に於ても其の擔保の方法に付き當事者の契約に依る場合は殆んど之れを想像し得ず。尤も當事者間に一定の法律關係發生したる場合に於て先づ將來を慮り管轄裁判所を合意し續いて訴訟費用の擔保等に付き擔保の種類方法を合意することあるは之れを想像し得られざるにあらず。又擔保の變換の契約の如き然り民法第一一六條。斯かる契約あるときは擔保の種類は金錢又は有價證券に限らず其の特約に依り人證又は物的擔保たる質權、抵當權等を設定するも可なり。有價證券は其の種類如何は之れを問はざるも擔保として相當なる有價證券たることを要す。従つて物權的有價證券(荷物引換證、船荷證券、倉庫證券)は擔保として相當ならず。又債權的有價證券(手形)の如きも亦擔保として不相當なりと

す。要するに後日債務者が其の擔保の上に権利を行使するに當り容易に之れを換價し得べき有價證券を以て相當なりと解す。例之、所謂公債國庫債券其の他各種の公共團體の發行したる債券其の他勸業債券、府縣農工債券又は取引上信用ある株券、全部拂込濟のもの又は一部拂込濟のもの等の如し。株券は通常有價證券中より除外せらるゝも假差押手續に於ける保證たる擔保としては有價證券に準じ支障なきものと解す。

第四項 供託の手續

供託法第一條に依れば法令の規定に依りて供託する金銭又は有價證券は供託局に於て之れを保管すとあり。従つて假差押手續に於て債權者に對し保證として金銭又は有價證券の供託を命じたるときは債權者は司法大臣の定めたる一定の書式に依りて供託書(二通)を作成し金銭に添へて之れを供託局に差出すものとす(供託法第二條)。大正十一年三月一日司法省令第一二號供託物取扱規則第二條に依り定められたる供託書の様式左の如し。

第一號書式(用紙半紙、紙數二枚以上ニ及フ)

供託書(金銭ト有價證券トハ各別ニ作成スルコト)

住所

供託者 何

某

(第三者ニ於テ供託スルトキハ供託者第三者ト記入スルコト)

一金何圓也

又ハ

一何々公債證書額面何圓也(尙全額拂込未済ノモノハ其ノ拂込額ヲ記載スルコト)

何圓券何第何番又ハ何第何番ヨリ第何番マテ何枚

但何年何月又ハ何期渡以降利札付

又ハ

一何會社株券額面何圓也

又ハ

一何々

同上

同上

第九節 假差押の裁判 第十二款 保證

供託ノ原因タル事實

供託スヘキ法令ノ條項

供託物ヲ受取ルヘキ者ノ指定又ハ之ヲ確知シ得サル事由

反對給付ノ目的物其ノ他供託物ヲ受取ルニ付テノ條件

裁判所其ノ他官廳ノ名稱及件名

右供託ス

年 月 日

右

何

某團

供託局宛

右日本銀行ニ於ケル供託局口座ニ拂込ムヘシ

年 月 日

供

託

局 團

受入書式

右受入ヲ證ス

年 月 日

日本銀行團

奥書ノ式

前書ノ金額(有價證券)受領候也

年 月 日

住所

受取人 何

某團

供託局宛

有價證券を供託したる場合に於ては供託者は有價證券より生ずる利息又は配當金の拂渡を請求することを得るものとす(供託法第四條但書)。従つて擔保權の効力は右利息又は配當金の上に及ばざるものと解すべきものとす。此の場合に於て配當金は供託局とは無關係に有價證券の發行者より之れが配當を

受くべきも利息は利札として有價證券に接續せるを以て利息の拂渡を請求せんとせば先づ以て利札を入手するの必要あり。供託物取扱規則第十二條に依れば保證金に代へて有價證券を供託したる者利札を受取らんとするときは第九號書式の供託有價證券利札請求書二通を供託局に差出すべく供託官吏は其の請求を理由ありと認むるときは請求書に其の旨を記載し之れに捺印して其の一通を請求者に交付し日本銀行より利札を受取らしむべしとあり(供託有價證券取扱規程第一條に依れば供託局の保管する供託有價證券は之れを日本銀行に寄託すべしとあり、大正十一年二月一日大藏省令第九號)。

第九號書式

供託有價證券利札請求書

供託番號第 號

何年何月渡

一何々公債證書何圓券附屬利札

何枚

又ハ

一何々附屬利札

何枚

右及請求候也

年 月 日

住所

何

某團

供託局宛

右拂渡ヲ認可ス

年 月 日

供

託

局 宛

右受領候也

年 月 日

住所

何

某團

日本銀行宛

供託せる現金に付ては命令の定むる所に依り利息を附することを要するは供託法第三條の明定する所なり。然り而して大正十一年三月一日司法省令第三號に依れば供託金の利息は一ヶ年三分六厘と定む、但し受入の月及び拂渡の月は利息を附せざるものとす、尙又一圓未滿の端數の金錢に付ては之れ亦利息を附せざるものとす。

供託金の利息は供託元金と同時に拂渡すべきものとす、但し元金の受取人と利息の受取人とを異にするときは元金拂渡の後利息を拂渡すべきものとす(供託物取扱規則第一三條第一項)。尤も供託が一年以上繼續するときは其の利息の支拂は右に拘らず毎年六月に於て前月までに生じたる金額を計算して之れを拂渡すべきものとす(同條第二項)。従つて保證として金錢を供託したるときは其の利息の上には擔保權の及ばざること有價證券の利息又は配當金と同様なりと解すべし。

供託金利息請求書は第十一號書式に則り二通を作成し供託局に差出すべきものとす。

第十一號書式

供託金利息請求書

供託番號第 號

供託金何圓(但シ何年何月何日供託受入濟)ニ對スル利息支拂相成度及請求候也

年 月 日

住所

受取人 何

某團

供託局宛

一金何圓也

(金何圓ニ對スル何年何月何日ヨリ何年何月何日ニ至ル迄ノ年何分何厘ノ割合ニ依ル利息)

右拂渡ヲ認可ス

年 月 日

供託局 團

右受領候也

第九節 假差押の裁判 第十二款 保證

年 月 日

住所

受取人 何

某團

日本銀行宛

供託者は民法第四百九十六條の規定に依るか又は供託が錯誤に出でたる場合若くは供託の原因が消滅したることを證明するにあらざれば供託物を取戻すことを得ざるは供託法第八條第二項の規定する所なり。而して供託物の還付を請求する者は司法大臣の定むる所に依り其の權利(還付を受くるの權利)を證明することを要す(供託法第八條)。又供託物取扱規則第五條に依れば供託物の還付は第四號様式の供託物還付請求書(有價證券の場合は二通金銭の場合は一通)に左の書面を添附し供託局に差出すべきものとす。

- (一) 供託物受入の記載ある供託書
- (二) 辨濟供託に在りては供託通知書

(三) 法令に依りて定まりたる者は其の受取るべき事由を證するに足る書類

(四) 裁判に依りて定まりたるときは其の執行力ある裁判の正本又は裁判所の命令書

(五) 反對給付を爲すべきときは供託法第十條の規定に依る證明書類(法第十條供託物を受取るべき者が反對給付を爲すべき場合に於ては供託者の書面、公正證書其の他の公正の書面に依り其の給付ありたることを證明するにあらざれば供託物を受取ることを得ず)

第四號書式

供託物還付請求書(供託書一通毎に作成スルコト)

供託番號第 號

一金何圓也

又ハ

一何々公債證書額面何圓也 何圓券何第何番又ハ何第何番ヨリ第何番マテ何枚

又ハ

第九節 假差押の裁判 第十二款 保證

一何會社株券額面何圓也

同上

又ハ

一何々

同上

前書ノ金額(有價證券)何々ノ事由ニ因リ還付相成度別紙供託書及證明書類相添及請求候也

年 月 日

住所

受取人 何

某 ㊦

供託局宛

右還付を認可す

年 月 日

供託局 ㊦

供託物の取戻に付ては供託物取扱規則第六條に依れば供託物の取戻を爲さんとする者は第五號書式の供託物取戻請求書供託物が有價證券なる場合は請求書二通に左記書面を添附して供託局に差出すべきものとす。

(一) 供託物受入の記載ある供託書

(二) 債権者が供託を受諾せざる場合に於ては其の旨を記載したる債権者の書面及び供託を有効と宣告したる確定判決なきことを證する書面

(三) 民法第四百九十六條第二項の場合に該當せざることを證する書面

(四) 供託の原因消滅し又は供託が錯誤に出でたる場合に於ては其の事實を證するに足る裁判の正本其の他の書面

第五號書式

供託物取戻請求書(供託書一通毎ニ作成スルコト)

供託番號第 號

一金何圓也

又ハ

一何々公債證書額面何圓也 何圓券何第何番又ハ何第何番ヨリ第何番マデ何枚

一何會社株券額面何圓也 同上

又ハ

一何々

同上

前書ノ金額(有價證券)何々ノ事由ニ因リ下戻相成度別紙供託書及證明書類相添及請求候也

年 月 日

住所

供託者 何

某

供託局宛

右取戻ヲ認可ス

年 月 日

供託局印

供託物の還付とは供託の本旨に則り供託者以外の者が當該供託物を受領する場合にして供託物の取戻とは供託者自ら之れが返還を受くる場合なること明白なりとす。従つて假差押假處分の債権者が擔保取消決定確定の後曩きに供託したる供託物の返還を求むる場合は常に供託物取戻の手續に依るべきも

のとす。

供託物の還付又は取戻を請求する者が其の還付又は取戻の請求に付き司法大臣の定むる書類を提出すること能はざる場合に於て供託官吏必要と認むるときは請求者をして其の還付又は取戻に因りて生ずることあるべき損害の擔保として現金又は國債を提供せしむることを得。

前項の場合に於て供託官吏が司法大臣の定むる公告の手續を爲すときは供託官吏は請求者をして公告費用を豫納せしむることを得大正十一年三月三十日勅令第七十五號。

第五項 管轄

假差押裁判所より保證として金錢又は有價證券の供託を命ぜられたる假差押債権者は右金錢又は有價證券を供託するに當り何れの供託局に供託を爲すべきやに付ては直接の規定なきが如し。果して然らば債権者は任意に全國中何れの供託局に之れが供託を爲すも可なりや。

民事訴訟法第五百十三條に依れば「本編の規定に従ひ原告若しくは被告に保證を立つる義務を負はしめ若しくは保證を立て又は供託を爲すことを許したる場合に於ては原告若しくは被告は其の普通裁判籍を有する地の區裁判所又は執行裁判所に保證を立て又は供託を爲すことを得」とあり。又供託法第一條に依れば「法令の規定に依りて供託すべき金銭又は有價證券は供託局に於て之を保管す」とあり。是に由りて之れを觀れば假差押債權者は自己の普通裁判籍を有する地の區裁判所又は執行裁判所々在地の供託局に於て供託すべきものと解せらるべし。

然るに假差押の申請に付ての管轄裁判所は常に債權者の普通裁判籍又は執行裁判所々在地の一致せざることあるべし（民訴第七三九條）。此の場合に假差押裁判所々在地の供託局に供託を爲すは前示見解に反するに至り違法となるや。

吾人は債權者の普通裁判籍又は執行裁判所若しくは假差押裁判所々在地の何れの供託局に供託するも敢て違法にあらずと解せんとす。然れども以上三者

以外の他の供託局に供託するが如きは之れを許さざるものと解せんとす。

民事訴訟法第五百十三條に依れば「云々裁判所に保證を立て又は供託を爲すことを得」とあり。而して供託法第一條に於ては「云々供託局に於て保管す」とありて兩者の關係不明なり。右は民事訴訟法制定の際裁判所に供託せしむる趣旨なりしも民事訴訟法の實施に伴ひ裁判所に供託せしむべき施設を爲さずして別に勅令を以て供託規則なるものを設け供託は同規則に依り裁判所外即ち國庫に之れを供託せしめ當時當該事務は大藏省の所管なりしも其の後供託法を設け同時に右供託規則を廢し供託事務は司法省の所管となし爾後改正せられ現行供託法となり金庫を廢し供託局を設けられたるものなり。之れ大略の沿革なりとす。従つて民事訴訟法第五百十三條と供託との關係は之れが論理的に解釋し得ざるものとす。殊に現在供託書を裁判所に保管する手續の如きも直接の法規なく唯司法省の回答が基本となり爾來一の慣例としての取扱に過ぎざるものとす（明治三六年三月一四日民刑第五二號民刑局回答大正六年八月一日民第一三六五號法務局長回答）。

保證を條件とする場合は債務名義は既に債権者之れを所持せるを以て債権者は其の命ぜられたる保證を供託したる上供託局より受領したる供託書を執行機關に提出して之れが執行を求め得べし(假差押又は假處分の執行に付ては民事訴訟法第五百二十九條第二項の準用なし)。従つて供託書は理論上必らずしも之れを裁判所に納付せざるべからざるものにあらず。殊に民事訴訟法第五百十三條に依れば「保證を立て又は供託を爲したることに付ては求に因り證明書を付與すべし」とあるも右證明書は供託局に於て之れを爲すを至當とす。然れども同條と供託の關係は前示の如き沿革あるを以て現在の慣例に依るべきのみ。

【同答】

一 供託事務取扱に關する件

當管内竹田出張所並に佐伯出張所に於て昭和三年中供託有價證券取戻認可をなしたる後權利者右認可書並に供託書を紛失し日本銀行代理店より受取不能と相成居候處目下權利者より其手續申出有之候條政府保管有價證券取扱規定第二十三條に準據取扱ひ可然哉何分の御指示相仰ぎ度候(昭和四年八月二十四日第八五〇號大分供託局長照會同年十月七日民事第八七八〇號民事局長回答)

回 答

本年八月三十日附日記第八五〇號會計課長宛照會に係る件は日本銀行と左の通協定致候條御諒相成度此段及回答候也

供託局は供託者の請求に依り取戻認可を爲したる旨の證明書を交付すること

日本銀行(拂渡銀行)は供託者より證人連署の紛失事由書を徴し拂戻を爲すこと

一 供託有價證券及び札拂渡認可書紛失の場合に關する件

供託有價證券取戻請求書及札請求書に對し拂渡認可の上交付したる證書を未だ日本銀行より現物受領前(受入の記載ある供託書共)供託者に於て紛失したる場合は民事訴訟法第七六四條の公示催告手續に依り先きの證書の除權判決を得たる上再交付の請求を爲さしめ之を認可すべきものにあらざるやと思料致候得共大正十二年八月三十日第一一三一號神戸供託局長問合に對する同年十月二十六日民事第三四二七號貴局長回答利息請求認可書紛失の例に準じ再交付の取扱ひをなすべきや差懸りたる事件に付疑義相生じ候條至急御教示相煩度此段及稟伺候也

回 答

本年十一月七日附日記供第一三六三號稟伺の件供託有價證券取戻認可請求書及供託書紛失したる場合に關しては別紙大分供託局長に對する民事局長回答に依り御了知相成度供託有價證券利札請求認可書紛失したる場合に關しては右回答に準據し取扱可然此段及回答候也

(別紙)

大分供託局長照會(昭和四年八月三十日
日記第八五〇號)

供託事務取扱に關する件

當管内竹田出張所並に佐伯出張所に於て昭和三年中供託有價證券取戻認可をなしたる後權利者右認可書並に供託書を紛失し日本銀行代理店より受取不能と相成居候處目下權利者より其手續申出有之候條政府保管有價證券取扱規定第二十三條に準據取扱ひ可然哉何分の御指示相仰ぎ度候

民事局長回答(昭和四年十月七日
民事第八七八〇號)

本年八月三十日附日記第八五〇號會計課長宛照會に係る件は日本銀行と左の通協定致候條御諒知相成度此段及回答候也

供託局は供託者の請求に依り取戻認可を爲したる旨の證明書を交付すること

日本銀行(拂渡銀行)は供託者より證人連署の紛失事由書を徴し拂戻を爲すこと(昭和四年十一月七日日記供第一十一月二十二日民事第一〇二四五號民事局長回答)

一 假差押保證金拂渡に關する件

假差押の保證供託金に付相手方が有する民事訴訟法第百十三條の質權者と同一の權利の行使に付左の疑義有之候間何分の御回示相煩度候

一、甲は乙に對し假差押に因る損害賠償の訴を提起し勝訴の判決を受け該判決に基き乙が供託したる假差押保證金に付民事訴訟法第百十三條の權利實行として供託書並判決正本(判決主文、乙ハ甲ニ對シ)を添付し拂渡の

請求ありたるときは其の支拂を認可し可なるや

從來の取扱例 甲は右判決に基き供託債權の差押及轉付命令を以て之が拂渡を請求せり

二、右假差押保證供託金に對し丙債權者は乙供託者に對する手形債權を原因として債權差押及轉付命令を受けたり

次で甲は假差押に因る損害賠償を原因として右供託金に對し債權差押及轉付命令を得(差押及轉付命令ニハ乙ヨシ丙ニ轉付アリシコトハ記載ナシ) 甲より民事訴訟法第百十三條の權利實行として供託書轉付命令正本並損害賠償事件の判決正本を添へ優先辨濟として拂渡請求ありたるときは其の支拂を認可し可なるや

三、前と同一の場合即丙は債權差押及轉付命令を受け次で甲は乙に對する損害賠償の債務名義に基き右供託金には民事訴訟法第百十三條の質權ありとし民法第三百六十八條に依る質權の實行として丙轉付權利者名義の供託金なることを表示し轉付命令を得甲より拂渡の請求ありたる時は其の支拂を認可し可なるや

回 答

本年十月十一日附日記第一〇六二號を以て問合に係る件は左の通思考致候

第一項 貴見の通

第二項 丙を債務者とする債權差押及轉付命令に基き甲よりの拂渡請求に非ざれば之が認可をなすことを得ざるものとす但し甲より乙に對する損害賠償の債務名義に基き直接取立の爲め甲より之が拂渡請求ありたるときは之を認可することを妨けず

第三項 貴見の通

右及回答候也(昭和四年十月十一日日記第一〇六二號大阪供託局長照會同年十二月十一日日記第一一〇二二號民事局長回答)

一 供託金取戻還付請求權消滅時效に関する件

保證供託金の消滅時効は主管官廳が供託原因消滅の證明若くは供託物還付に付證明を爲したる日より起算すべしとは佐賀供託局長問合に對する大正十一年九月十八日民事第二二一四號貴官の御回答に候處更に日本銀行國庫局長問合に對する昭和四年七月三日民事第五六一八號を以て爲されたる御回答には供託金の取戻及還付請求權は何れも權利を行使し得る日より十年を經過するに因り消滅すと有之前段の御回答は後者に對する御回答に依り自ら變更せしめられたるものと解し可然や或は供託金の取戻又は還付の請求をなすには必ず其の原因消滅したることの證明書若くは還付に付ての證明書を添付すべきものなるを以て後段に所謂權利を行使し得る日とは前段と同一の趣旨なるやにも解せられざるに非らず疑義相生し候若し同一の趣旨なりとせば供託後多年を經過せるも取戻又は還付の請求なきときは時効の起算日たる證明書の日付を知ること能はざるに依り歳入へ編入すべきにあらざることは當然の結果と心得可然義に候や

回 答

客年十二月十四日附日記第三一五號を以て問合に係る保證供託金の消滅時効は供託の原因消滅の日より起算すべきものにして前者に對する回答は實務上に於ける一例を示したるものに過ぎず後者に對する回答と同一趣旨なりとす即ち證明書に供託の原因消滅の日の記載あるものに付ては其の日より之なきものに付ては其の日を

知ること能はざるを以て便宜證明書の日附より時効を起算すべき意に有之候此段及回答候也(昭和四年十二月十四日供託局長問合同五年一月七日民事第一一三九六號民事局長回答)

一 供託事務取扱方の件

假差押保證の爲め爲したる供託金に對し債權差押及轉付命令ありたる場合に差押債權者より該供託金に對し供託證書及供託原因消滅證明書債權轉付命令正本及印鑑證明書を添付し供託金取戻の請求ありたる場合は取戻を認可すべきものなるや或は債務者に對し債權轉付命令の適法に送達ありたる證明書をも添付せしむべきや

回 答

本年一月十八日附稟伺の件は民事訴訟法第五百九十八條第二項の通知書又は債權轉付命令が債務者に送達ありたることの證明書をも添付せしむるを相當と思考致候此段及回答候也(前橋供託局長稟伺民事局長回答昭和五年一月二十五日)

一 供託有價證券利札拂渡に関する件

川崎信託株式會社より當局に保證として供託中の南滿洲鐵道株式會社英貨社債の本年八月五日渡利札を支拂期前に拂渡請求致來候右は利子請求に要する相當期日前にこれを認可せざるときは當事者の蒙る損害は尠からざるも利札の本質に鑑み之れが認否に付疑義相生候間電報を以て御回答相煩度此段及御問合候也

回 答

七月十一日問合の件は拂渡を認可することを得ざる儀と思考す(昭和五年七月十一日京都供託局問合同年同月民事局長回答)

一 供託事務取扱方に關する件

民事訴訟法第七百三十二條により供託有價證券轉付の場合差押命令なく轉付命令のみ發せられ轉付命令による供託物還付請求は認可差支無之哉何分の御指示相成度監督地方裁判所長の檢印を経て此段稟伺候也

同 答

本年九月三十日附供イ一第五九〇稟號伺の件は拂渡を認可し差支無之儀と思考致候此段及回答候也(昭和五年九月三十日供イ一第五九〇號長野供託局長稟伺同年十月二十一日民事第一〇七八號民事局長回答)

第六項 第三者の供託

假差押手續に於ける擔保義務者は債權者なること明白なるも此の擔保の供與は必ずしも債權者に限るべきものにあらず。債權者にあらざる第三者と雖も債權者の爲めに擔保物を貸與する意味に於て(第三者所有の金錢又は有價證券を供託することを得べし。殊に之れが爲め假差押手續の債務者に對し何等の不利を與へざるのみならず直接又は間接に之れを禁止せりと認むべき法規なきを以てなり。尤も第三者の供託に付き擔保權利者(假差押手續の債務者)が同意したるときは何等の問題を生ぜざるや勿論なりと雖も(民事第一一二條)

假差押は債務者をして假差押の執行を無意味ならしめざる方法に依り之れを爲さざれば其の效用を完ふする能はざるものなるを以て保證の供託に付き同意を求むるが如きは事實上あり得べからざるなり。唯假差押の裁判が口頭辯論手續に依りて爲さるゝ場合に於て若しも本件假差押が許さるべき場合に於ては債權者の保證は人的擔保又は金錢若くは有價證券以外の物的擔保にても異議なきことを債務者が承諾したるが如き場合に於てのみ民事訴訟法第一百二條所定の當事者の別段の契約を想像し得るに過ぎず。殊に債權者は裁判所の命に依り保證供託を爲すに在り。債務者は債權者に對し保證を供せしむべき權利を有するにあらざれば此の場合に民法第四百七十四條を準用すべき限りに在らず。供託書には擔保義務者の外擔保供與者を記載すれば可なり。

一 第三者の供託

第三者が假處分命令申請人の爲めに供託を爲すことは敢て違法にあらず(四五年(ネ)第七〇號東京控訴)

【判例】

第七項 擔保物の變換

既に供託したる供託物は假差押手續の完結に至るまでは之れが變換を許さざるものとせば徒らに擔保義務者の利益を害するに至るを以て擔保權利者に不利益なき限り擔保義務者單獨に之れが變換を爲し得べきものと爲すを至當とし現行民事訴訟法は明文を以て之れを認めたり。即ち既に供託したる擔保物は擔保供與者の申立に因り決定を以て擔保物の變換を許すことを得るものと爲せり(民訴第一一六條第一項第五一三條第三項)。

尙既に供託したる擔保物は其の後當事者の契約に因り之れを他の擔保に變換し得べし(同法第一一六條第二項第五一三條第三項)。従つて債權者が供託命令に因り既に一定の擔保を供託したる後債務者との契約に因り金銭又は有價證券の供託に代ふるに保證人を立て或は新に質權、抵當權を設定することを得るものとす。此の場合は斯かる合意ありたることを理由として擔保物變換の效力を生ずべきにより擔保物變換の裁判は之を要せざる場合多かるべし。但し曩きに金銭を供託したる後合意に依り有價證券を以て之に代ふるときは其の後の擔保物たる有價證券は之れを供託するの要あるを以て擔保物變換の裁

判を要することとなるべし。殊に合意に因る場合は後の擔保物と曩きの擔保物との價額の比較は何等考慮の要なきも合意に因らざる債權者の申立に因る變換の裁判を爲す場合は右の前後の擔保物の價額は常に平均し得る場合に限り之れを許容せらるべく後の擔保物の價額著しく低廉なる場合は之れが擔保物の變換を許可すべきにあらず。尙此の事は後に述ぶる擔保取消の部の説明を参照すべし。

【判例】

一 保證金代用としての有價證券と其の所有權

門倉啓太郎より神奈川縣に爲したる本件農工銀行債券の占有移轉は請負工事に關し神奈川縣が蒙むることあるべき損害の擔保とする目的を以て爲されたものにして直ちに所有權を移轉する意思を以て爲されたるにあらずるを以て之れに民法第九十二條を適用するも神奈川縣が何等かの他の權利を取得するは格別所有權を取得するの理なし(昭和六年(ホ)第七〇七號東京控訴第一民事部)

第十節 擔保權利者

擔保物に對する擔保權利者は假差押事件の債務者にして第三債務者又は第

三者は擔保權利者に該當せざるものとす。何者民事訴訟法第七百四十一條に依れば債務者に對し生ずることあるべき損害を擔保せしむるに在ること明白なればなり。

第一款 擔保權の性質

擔保權利者の擔保權の性質に付ては現行法は其の第一百十三條同法第五一三條第三項に於て之れを規定し其の供託したる金錢又は有價證券の上に質權者と同一の權利を有すと定められたり。同一の權利を有すとあるを以て民法所定の質權其のものにあらざるは明かなり。假差押手續に於ける債權者の擔保の供與は裁判所の命令に基くものにして債務者は單に假差押の爲め後日損害を蒙りたる場合に其の損害賠償債權の支拂を受くるに際し其の供託物に付き他の債權者に優先して之れが辨濟を受くるの權利を有するものとす。此の事たるや敢て之れが明文を待つまでもなく保證の性質上事理當然の事に屬す。従つて民事訴訟法第一百十三條は單に其の擔保權の性質を明かならしめたるに

止まるものと解す。

然れども債務者は假差押の爲め損害を生じたる場合に於て始めて擔保權を取得するに在るを以て假令債權者が供託を爲したりとするも供託と同時に直ちに供託物の上に質權者と同一の權利を有すべき筋合にはあらざるなり。されば債權者は債務者の損害發生前に於ては何時にても供託物を取戻し得るや。之れ民事訴訟法第一百五條以下の規定あるを以て一度供託したる供託物は假令債務者に未だ損害發生せざる場合と雖も擔保取消なき限り之れが取戻を爲し得ざるものとす。

第二款 擔保權の行使

擔保權利者は供託物の上に質權者と同一の權利を有するを以て後日債權者の假差押の爲め損害を生じたるときは債務者は當該損害賠償債權の行使に當り債權者の供託したる金錢又は有價證券に對し質權行使の方法に依りて之れが履行を求むべきものとす。

擔保権利者の権利は被擔保債権が裁判に因りて確定したる上にあらざれば之れを行使し得ざるものとす。唯單に権利者のみの見解に依る損害の發生竝に損害額を以て直ちに擔保權を行使し得ざるものとす。之れ合意に因り質權を設定したる場合と其の趣きを異にする所なり。但し其の損害の發生竝に損害額に付き擔保義務者が承諾を與へたるが如き場合に於ては必ずしも裁判に因り之れを確定することを要せざるものとす。

擔保権利者は質權者と同一の權利を有すとありて其の質權の種類を指定せざるも右は民法所定の權利質の場合に於ける質權者と同一の權利を有するものと解すべきを以て其の擔保權の行使も亦民法所定の權利質に關する規定に依るべきものとす。

(二) 民法權利質の規定に依れば質權者は質權の目的たる債權を直接に取立つることを得べし(民法第三六七條第一項)。

従つて擔保権利者は其の被擔保債權の確定を證明し供託局に對し之れが支拂を求め得るものとす。尤も右は自己の債權額の範圍内に限るは勿論な

り(同條第二項)。但し供託物が金錢以外の有價證券にして不可分の關係に在るときは不可分物自體の請求權自體が擔保權の目的となれるものなるを以て不可分物自體の引渡を求め得るものと解せんとす。而して此の場合に於ては擔保権利者は爾後其の引渡を受けたる有價證券の上に質權を有するに至る(同條第四項)。而して之れが辨濟の充當に際しては競賣法第三條に則り有價證券の競賣を執達吏に委任すべきものとす。尤も賣得金に殘金を生じたる場合は供託者たりし債權者に交付すべきは勿論なり。

(三) 民法第三百六十八條に依れば質權者は民事訴訟法に定むる執行方法に依り其の質權の實行を爲すことを得る旨を定む。

従つて擔保権利者は前示(一)の方法に依るの外民事訴訟法の強制執行の方法に依り確定したる被擔保債權を證明し他に特段の債務名義を要することなく供託者の供託物還付請求權に對し供託局長を第三債務者として債權差押の方法に依り其の權利を行使し得るものとす。供託物が金錢なるときは轉付命令の申請を爲し有價證券たるときは差押命令の外引渡命令を求め其

の有價證券の競賣々得金に付き支拂を受くべきものとす。

民法第三百五十條に依り準用せらるゝ同法第二百九十七條に依れば質権者は質物より生ずる果實を自ら收取し自己の債權の辨濟に充當し得るも既に述べたるが如く供託物の利息又は利札及び配當金は供託者に於て供託中と雖も自ら其の支拂を求め得るものなるを以て擔保權利者の擔保權は供託金の利息又は供託有價證券の利息、利札、配當金には及ばざるものとす。

【判例】

一 供託物の性質

我法律には供託したる金錢又は有價證券に對する被假處分者の權利に付き特に明言する所なしと雖も供託行為自體によりて法律上質權を設定したると同一の效力を生ぜるものと解せざるべからず而らば供託の効果は供託物自體(若し供託物が一旦金庫の所有に移るときは其返還請求權)より損害の填補を受くる權利にして供託物を離れ其の價格を限度として一種の對人的擔保義務を發生せしむるものに非ず故に被假處分者は須らく質權實行の方法に準じて假處分者の保證として供託せる物を賣却し其賣得金中より損害の填補を爲すべし然るに事爰に出でず第三者が供託せる社債券の價格の範圍内に於て法律上保證義務を負擔せると同一の効果發生せるものと解し之に基き金員の支拂ひを求むるは失當なり(四五年(ネ)第七七〇號東京控訴)

【同答】

一 供託金に對する民事訴訟法第百十三條に依る權利實行に關する件

債權者甲が債務者乙に對し假差押決定に基き乙所有の物件(動産)を差押へたるに第三者丙が該差押物件は自己の所有なりと主張し異議の訴を提起し右物件に對し差押の取消を申請し保證として金五百圓を供託して其の取消を得たる上該物件を賣却處分したり然るに右異議の訴は請求棄却せられ其の判決確定したるも乙者は他に資力を有せず依て丙者の前記行為に因り甲者は債權の實行不能に歸したる爲結局金六百圓の損害を被りたるを以て右丙者に對し損害賠償の請求訴訟を提起し該損害額に付甲者勝訴の確定判決を受けたり而して甲者は右損害賠償に充當する爲丙が曩に供託し置きたる供託金五百圓を以て右損害賠償額に充當せんが爲に自ら供託金下渡申請手續をなし供託書の下付を得たり

敍上の如き丙者の供託物に對しては供託權利者たる甲者は右供託物上に質權を取得することは民事訴訟法第百十三條第百十三條の明定するところとなるを以て甲者は一般質權者として民法第三百六十七條第一項に則り直接右供託物を取立て得るものとし現に右甲者より供託書の還付を受け之に前記強制執行異議事件の甲者勝訴の確定判決及損害賠償請求事件の勝訴の確定判決を添付し當供託局に右供託物の還付申請を爲し來りたり仍て右の場合甲者は質權實行として民法第三百六十七條に則り直接取立の方法として供託物の還付を求むることを得るや

右の方法に依らず常に丙者の供託物の還付は債權差押並に轉付命令に因りてのみ權利實行を爲すことを得るものなりや疑義相生じ候に付何分の御指示相仰ぎ度此段稟申候也

民事局長回答

第十節 擔保權利者 第二款 擔保權の行使

本年十一月二十六日附日記第一八三號稟申の件は左の通思考致候
甲よりの供託金還付請求は之を認可し得べし

供託金に對する民事訴訟法第百十三條に依る權利實行に付ては直接取立又は債權差押竝に轉付命令其の孰れの方法を以て供託金の還付を請求するも權利者の任意たるべし

右及回答候也(昭和五年十一月二十六日附供第一八三號那覇供託局長稟申同年十二月十三日民事第一二八八號民事局長回答)

一 質權實行の手續に關する件

民法第三百六十八條には單に質權者は(中略)民事訴訟法に定むる執行方法に依りて質權の實行を爲すことを得とあるに止り債務名義を必要と爲す旨規定せざるを以て質權者が同條に基き民事訴訟法に定むる執行方法に依り質權の實行を爲すには債務名義の必要なきものとす(昭和五年十月八日法曹會決議)

【決議】

第三款 擔保の取消

擔保を供したる者は爾後左記各項に則り之れが擔保取消の申立を爲し得るものとす(民訴第一一五條第五一三條第三項)。

第一 擔保の事由止みたることを證明したるとき

擔保の事由の止みたることとは擔保原因の消滅に外ならず。假差押に於

て債權者に保證を命ずるは既に述べたるが如く當該假差押に因り債務者に生ずることあるべき損害賠償債權を擔保せしむるに在り。尤も假差押の爲めに假りに債務者に損害を生じたりとするも債權者の當該假差押が適法なるに於ては債權者は之れが爲め債務者に對し何等の責を負ふべきにあらざるは固より當然なりとす。従つて債權者が債務者に生じたる損害に付き賠償の義務を負ふは不當の假差押たりしことを前提要件となすこと亦事理當然の事項に屬す。

以上の見地に基き如何なる場合に於て擔保の事由止みたるものと爲すべきや否やを考察せんとす(東京地方裁判所に於ける實例)。

- (一) 擔保供與者に於て本案の勝訴の判決確定證明を提出したる場合
- (二) 擔保供與者が執行着手前執行委任を取下げ且つ十四日の期間經過したることの明白なる場合
- (三) 擔保供與者が執行調書其の他の書面に依り執行不能の事實を證明したる場合

- (四) 擔保供與後假差押命令前假差押又は假處分の申請を取下げたる場合
- (五) 擔保権者が供託物返還請求権を差押へ且つ轉付命令又は引渡命令を受けたることを證明したる場合

(六) 其の他後出(實例)民事局長の回答参照

第二 擔保の取消に付き擔保権利者の同意を得たることを證明したるとき

此の場合には擔保の事由未だ止まざるは勿論本案又は假差押事件の完結前若くは其の完結後權利行使の催告申立の有無に拘らず苟くも擔保権利者の同意だにあれば其の同意を得たる一事を以て之れが擔保取消の申立を爲し得べきものとす。

假差押を爲したる後當事者間に於て示談成立し又は裁判上の和解成立したる場合に於て其の示談書又は和解調書中「債務者は擔保の取消に付き同意を爲すこと」なる條項あるを通常とす然れども。斯かる條項記載の書面のみを以ては未だ擔保の取消に同意したるものと認め難く右は單に同意すべき義務を負ふに止まるを以て當事者は斯かる示談書作成に當りては「債務者は

擔保取消に同意したり」と記載するを要す。

第三 擔保権利者が擔保権を行使せざるとき

訴訟が完結したる後擔保供與者の申立に因り裁判所が擔保権利者に對し一定の期間内に其の權利を行使すべき旨を催告したる場合に於て擔保権利者が其の權利を行使せざるときは擔保の取消に付き擔保権利者の同意ありたるものと看做さる。従つて前示第二に則り當該事實を證明して之れが取消の申立を爲すべきものとす。

茲に訴訟の完結とあるは假差押手續に於ては假差押に於て保全せんとする本案事件の完結は勿論本案を取下げ又は本案が和解に因り終結したるが如き場合又は未だ本案を提起せざるに先ち債権者が假差押の執行處分を取消したる場合をも包含す。假差押債権者が本案に於て勝訴の判決確定し之れに基き強制執行を爲したるときは假差押債権者の假差押は一應適法なりしものと認められ所謂擔保の事由の止みたるものと認めらるゝを以て本項に基き權利行使の催告の申立を爲すの必要なかるべし。

然れども債権者が本案に於て敗訴し又は自ら本案を取下げ或は本案提起前假差押の執行を取消したるが如き場合に於ては債権者一方の任意の申立のみに因りて擔保の取消を爲し得べきものとせんか、之れ擔保を供せしめたる趣旨に反するに至る。又擔保権利者をして任意に其の擔保物に對し擔保權の行使を許すべきものとせんか、之れ擔保義務者に酷に失するを以て當該法律關係を可及的速に確定するを以て公平且つ得策とし斯かる場合は擔保權利者の發動を待つことなく擔保義務者より進んで之れが解決の方法を定め權利行使の催告申立權を付與したるものとす。

擔保權利者の權利行使の方法に付ては何等の規定なしと雖も徒らに擔保の取消を妨害せんとするを防止するの必要上其の權利の行使は裁判上の請求(和解の申立を含む)に限るものと解せんとす。従つて單に裁判外に於て其の權利を行使したるのみにては未だ民事訴訟法第一百五條第三項に所謂權利を行使したるものと看做されざるものと解す。

擔保權利者が裁判所より權利行使の催告を受け其の指定の期間内に裁判

上の請求を爲したりとするも其の旨を右期間内に裁判所に届出でざるときは裁判所は指定の期間内に權利を行使せざるものとして擔保取消の決定を爲し得るものと解すべし。然れども期間經過後に權利行使の旨を届出でたるときと雖も裁判所が未だ擔保取消決定を爲さざる以前なるに於ては右届出を無視し擔保の取消決定を爲さざるを可とす。

權利行使の催告の申立を爲したる一事は債権者に於て損害を生ぜしめたることを自認するものにあらざるは勿論權利者が裁判所の催告に應じて一定期間内に裁判上の權利行使を爲さざりしとするも此の一事を以て眞實發生したる損害の賠償債權を消滅せしむべきにあらざるは勿論なりとす。

【回答】

一 改正民事訴訟法の疑義に関する件

來る十月一日より實施せらるゝ民事訴訟法中改正法律第九十七條及第五百十三條第三項の規定に依れば訴訟上の擔保及保證に付廣く同第一百十二條以下の規定を準用することに相成候處該規定の運用は金錢又は有價證券の供託受拂事務にも關聯致候に付之が取扱方を一定致度と存候條左記事項に付貴見御指示相成度此段及御問合候也

記

- 一 有價證券の種類を明示せざる擔保命令ありたる場合に於て已に供託したる甲有價證券を償還其の他の事由に依り乙有價證券に変更せんとする場合には擔保變換決定を俟たずして之を許容すべきや
- 二 民訴第百十五條の擔保を供したる者の中には擔保を命ぜられたる者の家督又は遺産の相続人及供託物に對し轉付命令引渡命令を受けたる者をも包含するや
- 三 民訴第百十五條第二項に依れば擔保權利者の同意あるときは事件完結前と雖擔保取消決定を爲さざるを得ざるが如きも假差押、假處分、執行停止又は假執行の保證の場合は假令相手方の同意あるも執行の取消、假差押、假處分を強制執行手續に移したること又は本案判決確定等の事實を俟つに非ざれば取消決定を爲すべきものに非ずと解すべきや
- 四 民訴第百十五條第三項の訴訟の完結後とは假差押假處分の場合は其の執行の取消、執行の不能、又は強制執行手續に移したる場合、或は執行し得べき期間の徒過等の場合を云ひ執行停止命令の場合は停止命令の認可、取消の判決又は停止命令失效等の場合を云ふや
- 五 擔保取消決定は即時抗告を許され而して抗告は原裁判所又は抗告裁判所に爲し得るが故に擔保取消決定の確定の有無を調査するには抗告審の抗告なき證明を徴する必要があるべしと雖決定送達後相當期間を経過したるときは右證明を徴せずして確定の事實を認めて差支なきや
- 六 擔保取消決定は擔保權利者の同意を要せずして擔保取消決定を爲し得る場合（本案勝訴判決確定假差押執行不能等の場合）には擔保權利者に送達せずして可なりや

行不能等の場合）には擔保權利者に送達せずして可なりや

- 七 民訴第百十五條第三項の催告の名義は裁判長なりや又は裁判所書記なりや
 - 八 民訴第百十五條第三項の催告は被催告者住所不明の場合は公示送達を爲さざるべからざるや
 - 九 擔保取消決定に對しては即時抗告を許さるが故に該決定確定後にあらざれば供託證書還付の請求を爲し得ざるべきも供託證書還付請求書に抗告を爲さざる旨を記載し相手方之に連署するときは抗告期間中と雖之を還付し差支なきや
 - 一〇 擔保を供すべきことの申立、擔保取消決定の申立、擔保物變換の申立には民事訴訟用印紙法第十條に依る印紙の貼用を要するや
 - 一一 擔保取消決定の申立及擔保變換申立は事件簿に登録し事件番號を附すべきや
 - 一二 尙事件完結後の擔保取消決定の申立の場合如何
 - 一二 供託證書の還付請求を爲すには先づ供託者即ち擔保を立つべきことを命ぜられたる者又は其の承繼人より第百十五條に依り擔保取消の申立を爲し該決定確定後にあらざれば供託證書還付請求を爲し得ざるや從て供託證書の還付請求は常に擔保取消決定確定を事由とすべきや
 - 一三 從來供託證書を還付する場合には供託證書に供託原因消滅したることの證明文の附記を爲したりしが改正法實施後は擔保取消決定を爲すが故に斯る證明文を附記せずして還付すべきや
- 若し然りとせば供託者が供託局に對し供託物下戻の請求を爲すには該供託證書に擔保取消決定謄本を添附

するの外擔保取消決定の確定證明書をも提出せざるべからざるや

回 答

客月三日日記第四五〇號を以て御問合相成候標記の件に付ては問の趣旨抽象的にして總ての場合を想像すること困難なるも大體左の通考致候

第一項 擔保變換決定を爲すべきものとす

第二項 貴見の通

第三項 相手方の同意ある場合に於ては取消決定を爲すことを要す

第四項 前段假差押假處分の場合は執行の不能、執行し得べき期間の徒過、本案の確定判決に基く強制執行手續に移したる場合を云ひ執行の取消は種々の場合を想像し得べきを以て一概に定め難し

後段執行停止命令の場合は之を認可し又は取消したる判決の確定即異議の訴の判決確定の場合等を云ふ

第五項 證明を徴するを可とす

第六項 送達すべきものとす

第七項 地方裁判所部名にて足る

第八項乃至第十項 貴見の通

第十一項 訴訟手續中の申立は登録せず事件完結後の分は登録する方針にて一先處理せられたし

第十二項 第九項に依り了知せられたし

【判 例】

第十三項 前段貴見の通後段第五項に依り了知せられたし

右及回答候也(昭和四年九月三日日記第四五〇號大阪地方裁判所
長問合同年十月三日民事第八二七一號民事局長回答)

一 數人が共同して爲したる保證の爲めの供託と返還請求權

數人が共同して保證金額の供託を爲したる場合に在りても元來金錢の給付は性質上不可分のものにあらざるが故に該供託金の返還を求むる請求權は特別の事情なき限り民法第四百二十七條の規定の適用により各人に分割せらるべきものとす(昭和五年(ラ)第七六號
東京控訴第二民事部)

一 債權者の敗訴と擔保取消

債權者に於て催告及擔保取消の申立を爲すは之れ即債務が假差押の執行に因る損害賠償請求權を有すること従て之に付供託金の上に擔保權を有することを争ふものなれば債務者が權利行使を爲すには少くとも其期間内に權利行使に必要な行爲として損害賠償請求權を主張する訴を提起することを必要とす(昭和六年(ク)第六九號
大審院第五民事部)

一 供託物の果實と其の歸屬

被供託者の有する法律關係は一般の質權の關係と甚だしく其の趣を異にするものあり加之供託物取扱規則第十三條第二項に依れば保證供託金の利息は供託が一年以上繼續するときは供託者又は之れを受取るべき者に毎年六月に於て拂渡すべき旨規定せるを以て被供託者は供託金の利息に對しては質權を有せず従つて諸利息は毎年供託者若は其の他の受領權者に拂渡すべきものと解するを妥當とす(昭和七年(サ)第一號
長崎控訴第一民事部)

一 擔保事由の消滅

第十節 擔保權利者 第三款 擔保の取消

擔保の取消に於て事件終了に依り擔保の事由止みたりと爲すべきや否に付ては各個の場合に於て其の軌を一にせず擔保を立たる當時の事件終了するも猶擔保の事由止みたりとして直ちに其の取消を爲すべからざる場合あり彼の假差押の擔保關係に於て假差押事件終了し且假差押債權者の本案判決に勝訴するも直ちに假差押の擔保取消を爲すべからざるは其の一例なり斯くの如き場合は假差押債權者に債權ありしとのこと、果して假差押を爲すの必要ありしやとのこと換言すれば其の假差押の正當合法のものなりやとのこと、は自ら個々別異の問題たるべければなり然りと雖本件假處分事件の擔保關係に於ては相手方が抗告人に對する相續回復の請求を本案事件とし其の權利の實行を保全する爲め被相續人の財産の管理に付右本案事件の判決に至る迄第三者をして爲さしむる趣旨の假處分を得たりしものなれば右本案事件に於ける相手方の勝訴判決の確定は本件假處分事件に對し之れを全部的に正當合法のものとして於て餘あり彼の上訴に因る假執行に對する強制執行防止決定の擔保關係に於て其の上訴者が本案事件に於て勝訴したる場合に於ける其の勝訴は右上訴に因る停止事件に對し全部的に之れを正當合法のものとして爲し上訴の相手方に擔保權利のあるべき餘地なきことは其の理正に本件と一つなるべきなり(昭和七年(ラ)第一二二號)
(大阪控訴第二民事部)

一 擔保取消決定に對する抗告權拋棄と供託物還付

【主文】 本件抗告は之を棄却す

【理由】 抗告論旨は一、原決定は其の理由に於て、而して當廳に於て前記決定に付確定證明書を下附したるは抗告人主張の如く即時抗告の申立なかりしに依るものに非ずして擔保權利者たる訴外三鹽鐵道株式會社の爲し

たる擔保取消決定に對する抗告權の拋棄に依るものなる處該決定に對し右訴外會社より右抗告權拋棄が正當なる代表者に依りなされたるものに非ざるが故に無効なりとの理由を以て即時抗告の申立を爲したることは當裁判所に顯著なる以上は形式的には該決定に付確定證明書ありたりとするも該決定は未だ確定せざるものと謂ふべきものとす」云々と説示せられたれども擔保權利者たる訴外三鹽鐵道株式會社は適法に民事訴訟法第一百五條四項の即時抗告權の拋棄を甲府地方裁判所に申述し擔保取消決定は直ちに確定したるものなるを以て原審裁判所は抗告人に對し擔保取消決定並に同決定確定證明書を下附せられたる次第故原裁判の所論の趣旨定に諒解に苦しむ所なり不變期間は之を延長し得ざるも拋棄短縮し得るは法規上當然定められたるものにして何人も之れに疑を容るゝ者なからん従つて原審裁判所は擔保取消決定並に同決定に對する確定證明書を下附したること記録上明瞭なり然るに何ぞや原裁判所は自ら下附せる本件擔保取消決定確定證明書に對し形式的に確定證明書存するも實質上確定せざる旨の前記説示は再讀三考到底首肯し得ざるものなり二、供託官吏は供託物の取戻請求ありたるときは供託物取扱規則第六條による添付書類を審査する權限あるも其の審査は所謂形式的審査權に止まるべきものにして實質的審査權を有するものに非ざれば法理上當然のことなり何となれば假りに實質的審査權を認むるならば裁判所の裁判と矛盾を生じ其の歸趨を知らざるに至る怖あればなり本件に於て抗告人は甲府地方裁判所の擔保取消決定確定證明書を供託局に提出したるに供託局長が右決定は未だ確定せずとの理由にて供託物取戻請求に不認可の處分をなし原審裁判所も亦之を維持したるは全く供託局に内容審査權を附與したる解釋にして供託法を曲解せる違法ありと云はざるべからず三、尙原決定は抗告の理由第五點に對し何等の

判断を加へず即ち十分なる審理を加へずして裁判したるものなり此の點に關する貴院の御審理を仰ぐ次第なり即ち擔保取消決定に對し即時抗告ありとするも之れを理由に還付竝に取戻請求を拒否する法理上の根據なきこととを再告人は主張し居るものなりと云ふに在り

【決定理由】 然れども本件に於ける擔保権者たる訴外三鹽鐵道株式會社より同會社の爲したる抗告權拋棄の意思表示は正當なる代表者に依り爲されたるものに非らずとの理由の下に本件擔保取消決定に對し即時抗告の申立を爲し且其の旨の證明書が當該供託局長に提出せられたることは原決定の確定せる事實なり惟ふに供託局長の擔保取消決定の確定を待て供託物還付の處分を爲すべき場合に在りては若該決定に對し即時抗告あること明なる以上供託局長は民事訴訟法第四百十八條の律意を酌み還付處分に出でざるを以て相當の措置と爲さざる可らず尤も本件に於ては擔保取消決定に對する抗告權の拋棄ありたりと爲し同取消決定の確定證明書下附されたることは原決定の判示するところなるも若即時抗告理由あり當該抗告權拋棄の無効なること確定するに於ては自ら本件擔保取消決定の確定せざることに歸するを以て右即時抗告の未確定なる以上供託局長としては前示の如く擔保物還付の處分を爲さざるを相當とす原裁判所は右と同趣旨に出でたるものにして何等の違法あることなく又論旨第三點に指摘する抗告理由に付ては原決定が採用するに足らざるものとして排斥したるものなることと原判文上看取するに難らざるを以て本件抗告は其の理由なきものとして棄却せらるべきものとす仍て主文の如く決定す(昭和七年(ラ)第八五一號大審院第五民事部)

一 擔保事由の消滅

假處分に依り保全せらるべき請求權の存在したることは確定判決に依り肯定せられたりと雖も該假處分の執行の正當なりしことは擔保權利者の損害賠償請求事件の判決が確定し其の損害賠償請求權の成立が否定せらるるに非ざれば確定せられざること勿論にして若し右損害賠償請求權の成立にして肯定せられんか其の損害賠償請求權は右假處分債權者が假處分に付き供託したる金貳萬圓に依りて擔保せらるべきものと謂はざるべからず從て右假處分の本案請求權の存在が確定判決に依り肯定せられ且つ該判決の執行が完了し尙一旦爲されたる假處分の執行が取消されたりとするも其の時迄の間に生じたる損害の賠償を求むる右損害賠償請求事件の判決が確定し其の損害賠償請求權が否定せられざる限り未だ民事訴訟法第一百五條第一項に所謂擔保の事由止みたるものと謂ふを得ず(昭和七年(ラ)第四七號東京控訴)

(註) 右東京控訴院の決定理由は大審院第三民事部に於て採用せられ大審院昭和七年(ク)第九一〇號を以て同年七月二十日控訴院の決定に對する再抗告は棄却せられたり(然れども著者は前記決定理由には贊同し難し末尾拙稿論文參照)。

一 擔保取消に就ての若干の考察(平石氏論說法律新聞第一三二七、三二七八號)

民事訴訟法第一百五條は、訴訟費用に付供せられたる擔保の取消を規定し、同法第九十七條に依り、假執行竝に之が防止の爲にする擔保供與の場合に、又第五百十三條第三項に依り、第六編の規定に従ひ保證を供したる場合に、更に他の法令に依りて訴の提起に付供すべき擔保に夫々準用せられたる(第一一七條)廣汎なる規定なれば、之が解釋運用に付疑義あるを免れず(法曹會雜誌、新民事訴訟法實施記念號第二八四頁乃至二八九頁參照)。故に是れに付若干の考察を試みることに必ずしも無益の業に非ずと信じ、本紙の餘白を藉りて大方の示

教を乞はんとす。

第一百七七條に所謂「他の法令」に依りて訴の提起に付擔保を供すべきものと考へらるゝは、商法第六十三條の三に依り取締役又は監査役に非ざる株主が、株主總會決議無効の訴を提起したる場合に、會社の請求に因り供すべき擔保、竝に衆議院議員選舉法第九章の規定に依り提起する、所謂「選舉訴訟」「當選訴訟」の提起に當り、供與すべき保證（同法第八七條）を言ふものならんも、此等は論外に置かんとす。

民事訴訟法の規定に基き擔保を供し又は供すべき場合を擧ぐるに凡そ左の如し。

- (イ) 訴訟費用の擔保（一〇七—一一〇）
- (ロ) 假執行に付ての擔保（一九六一）
- (ハ) 強制執行に付ての擔保

確定したる請求に關する異議の訴、或は執行參加の訴ありたる場合等を謂ふ（第五〇〇條第五二二條二項末段、第五四七條第二項第五四九條末項）

- (ニ) 假執行防止の爲にする擔保

右は口頭辯論に於ける被告の申立に因り判決主文に掲げられたる場合、竝に假執行の宣言を付したる判決に對し上訴を提起したる場合、竝に假執行の宣言を付したる支拂命令に對し異議の申立ありたる場合に、上訴裁判所或は異議の申立に因り訴の繫屬したりと看做さるゝ裁判所の決定に依り供すべき場合を謂ふ（一九六二—五〇〇）。尙此機會に一言したきは、被告として應訴する者が辯論に於て假執行防止の爲

にする擔保供與を申立つること殆ど稀にして判決の言渡、送達を受くるや急遽上訴を爲し假執行防止の爲にする擔保供與の多きことなり。素より其效力に差異なしとするも訴訟の拙劣を免れず、場合によりては其目的を達し得ざることあり、切に被告として應訴する者の注意を喚起せんとす。

- (ホ) 再審の訴の提起に因る執行停止の爲の擔保（五〇〇）
- (ヘ) 執行文付與に對し債務者が異議を申立て、執行を停止せんが爲の擔保（五二二、II）
- (ト) 確定したる請求に關する異議の訴の提起に因る執行停止の爲の擔保（五四五、五四七）
- (チ) 執行文付與に對する異議の訴の提起に因る執行停止（五四六、五四七）
- (リ) 執行參加の訴の提起に因る執行停止の爲の擔保（五四九）

- (ヌ) 假差押、假處分に付ての保證（七四一、七四五）

(ル) 假差押、假處分取消の爲にする保證（七四三、七四七、七五九）
以上如何なる場合に於ても同様、擔保（保證）は擔保權利者に於て生ずることある可き、損害を擔保するものなれば（但、假差押取消の爲にする保證を除く）訴訟が如何なる状態にあるや否やを問はず、擔保權利者の同意あらば、取消を得べきものと謂はざるべからず。

本案に付裁判上の和解ありたるときは、此點に關する意思表示あるを通常とするも、之に付何等の意思表示無かりしときは、單に裁判上和解ありたるの一事を以て、擔保取消に付同意ありたるものと謂ひ得ず。又後に述ぶる「擔保の事由消滅」と云ふに由なく、又敗訴者として遇するは之亦正當の見解に非ざるべし。従つて同

意を得る能はずんば、之が取消に二あり。「催告」に基くか「事由消滅」と解するやの二なり。私は多少の無理は有るも民事訴訟法第九十七條の規定に鑑み「催告」の方法に依るよりも「事由消滅」したりとの主張を試みるとする者なり。

民事訴訟法百十五條第一項に所謂「擔保の事由消滅」とは、擔保供與者が、擔保供與の訴訟に於て勝訴の確定裁判を受けたることを謂ふ。詳言せば

- (イ)の場合に於ては、費用を負擔せざることを確定判決ありたること
 - (ロ)の場合に於ては、假執行の宣言ありたる判決の確定したること
 - (ホ)及(ト)乃至(ヌ)の場合にありては、原告勝訴の確定判決ありたること
 - (ヘ)の場合にありては、申立人の勝訴の決定(確定を要すとの説あり)ありたること
 - (ハ)の場合にありては、原告の敗訴の確定判決、又は申立人の決定ありたること
 - (ル)の場合にありては、本案に於ける原告敗訴の確定判決ありたることを、を夫々指稱す。
- 以上を通じて、原告は常に判決ありたる場合のみならず、請求の認諾を以て、原告の敗訴は請求の抛棄、訴の取下を以て代用し得べきことを俟たず。

然して、右の場合に於ける勝訴とは全部勝訴をのみ謂ひ、一部勝訴を包含せず。蓋し「擔保不可分」の原則(民法第三五〇條第二九六條参照)は此の場合にも尙演繹せらるべきものと謂ふべければなり(民事訴訟法第一三三條)。

尙(リ)の場合に於て、本案訴訟の繫屬中被告が任意に差押を解放したる爲、訴訟は其目的物を喪失し、原告敗訴の判決を受ける場合は、本來の敗訴に非ずして、(判決の形式上にして)實質上の勝訴なれば、該判決の確定を以て「事由消滅」と解せんとする説あるも、其必ずしも然らざることには、拙稿、本誌、第三千二百四十號二十頁四參照。

(ニ)乃至(リ)の場合に於て、擔保供與者が執行停止後の訴訟に敗訴の言渡を受け曩に爲したる執行停止が其效力を失ひ(五四八、II參照)、更に執行防止の爲、控訴、上告を爲し、控訴又は上告裁判所に於て執行停止の決定を求むる爲擔保を供したる場合に於て、新に供せられたる擔保は、單に其審級に於ける停止に因り生ずることある可き損害を擔保するのみならず、重ねて原審に於ける損害をも併せ擔保するものなれば、原審に於ける擔保供與は、其事由消滅したりとの見解は、大審院の判例とするところにして(大正十一年四月四日昭和三年十一月十五日第一民事部決定)新に供せられたる擔保額の多少を問はずとするものゝ如し(大正十一年の事件は、控訴審に於て六千圓、上告審に於て五千圓、昭和三の事件は、控訴審に於て六千圓、上告審に於て百五十圓を夫々供せられたり)。此點多少の疑問なきに非ざるも、凡て上級審に於ける擔保供與は、重ねて下級審に於ける損害を擔保すとの論旨を貫徹せば「事由消滅」を以て遇するを正當とすべきか。

右の場合に於て「事由消滅」と解することなく、後に述べる「催告」に依らんとするの取扱を嘗て見たることあるも、正當ならざるべし。

同條第三項は第一第二項の規定に依るを得ざる場合