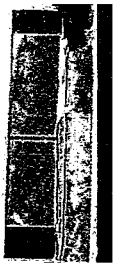


法政講義第一集

第十五冊

民生學

丙午社印行



惠贈



民事訴訟法

第六編

(第十五册)

MG  
D915.201  
7



# 民事訴訟法第六編目次

緒論.....一

總論.....七

第一章 強制執行之要件.....七

第一節 判決.....七

第二節 判決以外之執行名義.....二九

第三節 執行名義所當備之要素及執行之效力.....三六

第四節 執行文.....四〇

第五節 執行文以外之要件.....五〇

第六節 不具備強制執行之要件之執行行為之效力.....五四

第二章 關於強制執行之實施之通則.....五七

第一節 強制執行之機關.....五七

第一款	執達吏	五八
第二款	裁判所	七三
第二節	強制執行之關係者	七五
第三章	關於強制執行之申立、異議、上訴	八三
第一節	申立	八四
第二節	異議	八六
第一款	對於執行文之付與之異議	八七
第二款	對於執行機關之行爲之異議	九三
第三款	關於請求之異議	九八
第四款	執行參加(關於強制執行之目的物之異議)	一〇八
第三節	上訴	一一二
第四章	強制執行之停止及制限	一一五
第五章	關於強制執行之保證、供託及費用	一一八

各論……………一二一

第一部 金錢債權之強制執行……………一二一

第一章 關於動產之強制執行……………一二一

第一節 通則……………一二一

第二節 對於有體動產之強制執行……………一二五

第一款 可得差押之有體動產……………一二五

第二款 差押之實施……………一二九

第三款 差押之效力……………一三一

第四款 差押實施後之手續……………一三一

第一項 換價之手續……………一三一

第二項 照查手續……………一四〇

第三項 配當要求……………一四二

第二節 對於財產權之強制執行……………一四六

第一款	可得爲差押之目的之財產權	一四六
第二款	差押之實施	一四八
第三款	取立命令	一五二
第四款	轉付命令	一五八
第五款	取立轉付以外之換價方法	一六一
第六款	對於金錢以外之財產權之差押後之手續	一六二
第四節	配當手續	一六八
第一款	配當手續之開始及配當表之作成	一六八
第二款	異議及異議之訴	一七〇
第三款	配當之實施	一七五
第二章	對於不動產之強制執行	一七六
第一節	通則	一七六
第二節	依強制競賣之執行手續	一七八

第一款	競賣之申立	一七八
第二款	競賣手續開始決定	一七九
第三款	競賣之實施	一八三
第一項	競賣前之手續	一八三
第二項	競賣前之手續之取消	一八八
第三項	競賣	一八九
第四項	關於競落之異議	一八三
第四款	關於競落之決定	一九六
第一項	競落許可決定	一九六
第二項	競落不許可決定	一九八
第五款	新競賣	二〇一
第六款	再競賣	二〇三
第七款	對於關於競賣之決定之上訴	二〇七



第八款 對於共有不動產之持分之競賣手續	二二四
第九款 入札拂	二二五
第十款 競賣申立之湊合及配當要求	二一九
第一項 競賣申立之湊合	二一九
第二項 配當要求	二二〇
第十節 配當手續	二二一

# 民事訴訟法(第六編)

順德 黃祖詒 編輯

## 強制執行

### 緒論

強制執行之定義。法定之機關。因債權者之請求。在執行名義範圍內。對於不履行之債務者。照法定條件。加國家之強制力。以滿足債權者之權利時。有種種手續。此種種手續。即強制執行也。

若就此定義。分析而說明之。當包含以下諸觀念。

- (一)民事訴訟法之執行名義及範圍。
  - (二)有執行名義之權利。
  - (三)着手于強制執行之要件。
  - (四)強制執行之機關。
  - (五)強制執行之目的。
  - (六)執行手續之種類是也。
- (第二)執行名義及其範圍。在日本民事訴訟法。其第四九六條及第五九條。乃

規定執行名義之爲何。蓋第四九六條之規定。謂強制執行者。當照確定之終局判決。或照宣告假執行之終局判決而爲也。云云。是即以判決爲執行名義之謂也。第五五九條之規定。乃謂對於以下諸件。亦得爲強制執行云云。(一)僅用抗告而可申立不服之裁判。(二)執行命令。(三)訴訟提起後。在受訴裁判所。或在受命判事受託判事之面前所成之和解。(四)照第三八一條所規定。在區裁判所所得之和解。(五)公證人於其權限內照成規之方式。所作之證書。但證書俟有請求之後而作。其請求之目的。須在支拂一定金額或在給與他種代替物及有價證券之一定數量者且須記載即受強制執行之旨者。然民事訴訟規定之外。亦有爲民事強制執行之名義者。其重要者如左。

- (一)刑事裁判之私訴判決 刑事訴訟法第三二三條之規定。謂關於賠償及訴訟費用之私訴。判決得以民事強制執行之名義。行之。
- (二)行政裁判所之判決 行政裁判法第二一條。規定行政裁判所之判決執行。得囑託通常裁判所。
- (三)軍事裁判所(即軍法會議)之私訴判決 私訴判決之執行。可囑託民事裁判所。

(陸軍治罪法一條)(海軍治罪法一條)(陸海軍私訴裁判執行法一條)

(四)商事上破產手續中所確定之權利。商事破產手續所確定之權利者。破產手續開始時。所確定之權利。而在破產手續終決後。尚存在者之謂也。破產手續開始中。其確定之權利。得以破產管財人。為執行之機關。與民事訴訟法。了此無關係。得照特別之手續以執行之。然破產手續所確定之權利。在其手續開始中。雖非民事訴訟執行名義。而于其手續終結後。尚存在者。即為民事訴訟法之執行名義也。

其他非訴事件手續法中。及人事訴訟手續法中。亦有為民事訴訟法強制執行名義者。臺灣法院之裁判。亦得為民事訴訟法之執行名義。

(第二)前述定義中所謂有執行名義之權利。是無須深說。即以民事訴訟法之執行手續而得滿足其權利者之謂也。更換言之。則自私法的法律關係所生之權利也。例如以賣買、貸借、寄託、不當利得、不法行為、所生之權利。

(第二)着手於強制執行之要件。從來學者。區別強制執行之着手要件。為實體的要件與形式的要件之二者。前者。如判決及公正證書之類是也。後者。如送達執行文

于債務者。及關於要反對給與之權利。而提出載明已了反對給與之證明書。及當着手此類強制執行之時。裁判所及債務者之所當爲者之謂也。此區別。爲一部學者所認。但予不能以爲正確。元來判決之爲物。其意義如何。則曰確認一種權利之存在。而命履行義務者之謂也。但其性質爲形式的。故對于一種權利。俟起訴而得勝訴之判決。後方爲確定。則判決爲強制執行之形式的要件之一。能爲強制執行者。乃因實際上權利之存在。故強制執行之重要原因。即權利自身是也。雖然權利非經裁判所之確認。不得爲強制執行。確認之手續(即訴訟)乃一種形式的手續。判決。乃其結果。故亦不得不謂之爲形式的。若強欲定二者之區別。則以權利自身爲實體的要件。其他。如判決執行文等。皆謂之爲形式的要件可也。

第四 執行機關 執行機關者爲何。對於債務者。有實施強制執行之職權者之謂也。依日本民事訴訟法。分爲二種。

一 執達吏。

二 裁判所。

執行機關中。有所謂補助機關者。此謂爲主要機關作補助行爲之機關也。裁判所爲強制執行之機關。執達吏。則爲其補助機關。例如關於債權執行。裁判所所發之轉付命令。取立命令。而執達吏送達之之際。則執達吏爲補助機關。在外國之強制執行。有領事爲其補助機關者。但實際。多以執達吏爲其補助機關者。就執達吏之性質議論之者。有以爲官吏。有以爲公吏。至今日。則確定執達吏爲官吏。茲舉其議論之主要者。裁判所構成法第二編。則以裁判所及檢事局之官吏爲題。其中第九五條之規定。曰。「執達吏由司法大臣任補之。」又執達吏規則第一條。則謂「執達吏屬于區裁判所。準照法律。送達關於訴訟之書類及執行裁判。」故理論上。或得稱之謂公吏。而在現行法上。則不得不以之官吏。更自執達吏受恩給之規定觀察之。則執達吏之爲官吏。益明瞭也。從來以爲公吏者之論據。則以爲官吏。乃受俸給者。而執達吏不受一定之俸給。故非官吏。此論爲最強。然官吏未必盡受俸給。例如式部官。雖稱官吏。而不受俸給。三等郵便局長亦同。

(第五) 強制執行之目的 強制執行之目的。不外使權利得滿足。後當詳論。茲但

一言而已。使權利得滿足云者。在以權利自身爲基礎。收附隨之利益也。強制執行之目的。畢竟以使權利得滿足爲主眼。但得其滿足之手段方法。因權利之種類而異。例如貸金之債權。則以取立金額爲目的。或使債務者爲每種作爲之權利之時。債務者不履行。雖可強使爲之。但日本法律。對於身體自由。不許施行強制。故使他人代爲其作爲。以使其權利得滿足。此即以債務者之費用。使他人代爲之者。若權利之性質。不得使他人代爲之者。則隨其遲延期間之長短。使爲一定之賠償。或隨其最初測度金額之多少。以爲賠償。此皆認爲執行方法之一種也。反是在不作爲之際。則以某程度爲限。凡限內許之。蓋法律雖不許束縛債務者。使不行爲。但許強制權務者。除去其所作爲之結果。

(第六)強制執行手續之種類 強制執行手續之種類。在日本民事訴訟法。對於動產與不動產。異其手續。以金錢之支拂爲目的者。與以作爲不作爲爲目的者。亦異其手續。

## 總論

### 第一章 強制執行之要件

強制執行之要件云者。債權者在爲強制執行時。自己具備之執行名義。及對於債務者及第三者。所當爲之手續之謂也。今自其主要者說明之。

#### 第一節 判決

判決有二種。其一爲確定之終局判決。其一爲宣告假執行之終局判決。判決者。乃行司法權之裁判所。對於訴訟。所下之命令是也。然則。確定之終局判決者何。苟分析而解釋之。自可明瞭。蓋終局判決。爲對於中間判決所用之語。即對於訴訟所請求之全部或一部。已至無裁判之餘地者之謂也。更換言之。終局判決者。乃與判決之宣告有關係之事件之全部或一部。與其宣告。同時共脫離裁判所之繫屬者也。雖無終局判決之性質。而涉于強制執行者。亦有以爲終局判決者。即第四二六條第四九一條所載者是也。至所謂確定判決者。非謂爲形式上確定之判決。在絕對的不得攻擊之狀



態者。是不過到達以普通訴訟方法不能攻擊之地位之判決而已。故即再審原因存在之判決。苟至不得以控訴、上告、申出不服之際。皆不妨視作確定判決。至于不得以故障申出不服之際。亦然。然則其確定力。果存于判決之何部分。答之曰。第二四四條所規定者。爲「判決之有確定力。但限于其主文所包含者」。從來說者。多曰。判決之理由。非確定也。雖然。謂僅判決主文。乃確定者。此論殊非正確。譬之于有形之物。判決。物之外包。判決理由。其內容也。引導判決主文之結論所必須之論理上之前提者。其理由也。則判決理由。不可謂無確定力。譬之被告。當支拂千圓于原告。苟有如此之判決主文。則其作爲理由之法律關係。亦必確定。若判決理由不確定。則其主文自身。亦不能解釋。倘或強制執行之際。債務者提出異議。亦不能排斥之矣。

茲欲說明關於判決確定之證明手續。當先就民事訴訟法第四九九條以下之規定觀之。此等法文。最先所規定者。乃爲得請求判決確定之證明者爲誰。曰。原告及被告是也。如本條之解釋。不但原告及被告。即其承繼人。亦得請求之。原告被告之法。定代理人。亦然。但茲所謂承繼人者。乃廣義。（即一般之承繼人及特別之承繼人皆包含其

內)蓋判決確定之後。從原告讓受權利之第三者。亦可不提起訴訟。而得判決之確定證明。以施強制執行。其付與證明書者。為第一審裁判所之書記。判決確定之證明書。有時。其事件雖不繼續。亦付與之。此即訴訟之僅受一審判決。而不提起上訴。即行完結之時也。此時。上級裁判所之書記。乃作證明未提起上訴之書面。以為判決確定之證明書。是即第四九九條第三項所規定也。設此規定之理由。特因民事訴訟法。與刑事訴訟法不同。蓋不對於第一審裁判所。為上訴之提起時。僅以判決送達之日起算。已經過上訴期間。即作為判決確定。則第一審裁判所。不得而知。是以由上級裁判所。付與證明未提起上訴之書面。此最為便利也。同條第三項。亦因此理由而規定者也。茲就宣告假執行之判決。述之。判決之假執行者。非法律指定之事件。不許。不但當事者不得為假執行。即裁判所。亦不得對於認為適當之判決。付與假執行之宣告。蓋因保護債務者之利益之趣旨所作者也。即法律所特定者之中。左之判決。亦非性質上當宣告假執行者也。

### 第一 上告棄却之判決。

第二 破毀第二審判決。而移送其事件于他裁判所之上告裁判所之判決。

第三 訴訟却下之判決。或請求棄却之判決。

日本民事訴訟法。分當宣告職執行之判決爲二。一以職權而宣告假執行者。二因申立而宣言告假執行者。

(第一) 以職權而宣言假執行之際。(五〇一條)

(一) 因認諾而言渡敗訴于被告之判決。即指第二二九條所規定者而言。對於此判決。宣言假執行之理由。蓋因有認諾之際。判決所確定之法律關係。既已明確。雖對而上訴。其結果。亦與第一審判決無異故也。

(二) 證書訴訟或爲替訴訟時所言渡之判決。遇此等訴訟之際。第四九一條之規定。曰。若被告爭原告之請求。則爲被告而下留保其防禦之方法之判決。且假執行之宣言。雖此等掲載留保之判決。亦付與之。付與假執行之宣言于此判決之理由。蓋因遇爲替訴訟證書訴訟。大概準照原告所提出之證書。而其請求原因。自可明確。即提起上訴。其結果亦不異於第一審判決。故爲此推定。以迅速其權利之確定故也。

(三)在同一審。對於同一之原告或被告。就本案而言。渡之第一之闕席判決。或其後之闕席判決。茲所謂對於原告而言。渡之判決云者。想像被告提起反訴時而爲之者之謂也。本案。蓋指請求自體之意味而言。闕席判決。日本訴訟法上。有二種。其一爲訴訟法第二六三條之新闕席判決。即受闕席裁判之當事者。申立故障。而到新辯論期日。再不出頭。更因相手人之申立。言渡破棄其故障之判決也。其二爲申立故障人。于新口頭辯論時。曾經出頭。訴訟仍回復于闕席前之程度。其後。更在相手方闕席時。所言渡之闕席判決也。是稱第二闕席判決。對於執行命令。申立故障。而其後。更爲闕席判決之際。亦然。

以上二種之闕席判決。付與假執行之宣言之理由。蓋因此二者。其一。則爲屬闕席而受敗訴之判決者。可推定其無正當抗辯之理由。其二。則欲防再度以上闕席尙遲延訴訟之弊之故也。

(四)取消假差押或假處分之判決。此爲第七四七條及第七五六條所規定。對於此判決。付與假執行之宣言之理由。蓋此等判決。非審查錯雜之事實而下者。雖提起上

訴。其結果當亦不異。故因此推定而付與之。

(五)言渡支拂養料之義務之判決。此即照民法之規定。負擔扶養之義務者所被言渡之判決也。此判決之請求之原因。非但法律上有扶養之權利者。即因合意當受養料者。亦依本條。應付與假執行之宣言者也。其理由。蓋不問法律上有扶養之權利者。及由于契約而生者。凡受養料者。大概皆在以自己之力不得生活之狀態。故法律。於此際。宣言有支拂之義務之判決。即付與假執行之宣言。使可直逕執行。以期免受扶養者之生活困難。雖時間極短。亦務使免之者也。但於此時。有一制限。即對於提起訴訟前。最後三箇月所該當之分。許為使執行。其以前之分。則不許。是使養料義務者。不至受一時支拂多額之困難者也。

(第二)因申立而付與假執行之宣言之際

民事訴訟法第五〇二條規定之。

(一)凡關於住家或住家之一部及其他建物。或建物之一部。之受取。明渡。使用。占據。修繕。及關於賃借人之家具。或其所持品而為賃貸人所差押之事。賃貸人及賃借人之

間所之起訴訟之判決。就等此判決。所當注意者。蓋賃借料之請求。不含有其內是也。

(二) 僅關於占有之訴訟之判決。

(三) 僱主及雇人間。關於雇期限一箇年以下之契約。所起之訴訟之判決。

此規定中。限定于一箇年以下之理由。因舊民法財產取得編第三條。載有除使用人、番頭、手代外。凡雇人不得以一年以上之契約雇入之規定故也。其注意所在。蓋爲保護婢僕等薄資者。欲使迅速收訴訟之結果也。學者中有以爲金錢之請求。不含有條規定之內。其故以二十圓以下給料之請求。乃第五號所規定。至二十圓以上之金額。則不必付與假執行之宣言也。然予以爲解釋本號之規定。以取廣義爲當。蓋此條文上。並無何等之區別。況在實際。本條適用。以財產上之請求（即給料之請求）爲最多。若以不包含有內解釋之。則此條。幾成虛設。更徵之改正案。其三六三條之四。于以上趣旨。已明瞭言之。「對於關於給料賃金之判決。當付與假執行之宣言者。」乃其所規定也。

(四)揭載于左之事項中。旅人及旅店主或飲食店主之間。及旅人及水陸運送人之間。所起之訴訟之判決。

(甲)餽料、或宿料、或旅人之運送料、或旅人隨身之手荷物運送料。

(乙)旅店、飲食店、運送店之主人、或運送人。由旅人託其保護、存放之手荷物、金錢、及有價物。

設以上之規定者。蓋以此等事。非迅速決之。且迅速執行之。則權利者。當受困難也。

(五)關於其他財產權上之請求。金額價額之不超過二十圓之訴訟。但其物價。為適用第三條乃至第六條之規定者。

其理由。蓋因薄資者之訴訟。往往有迅速收判決之結果之必要。且二十圓之訴訟。其為利益甚少。故許假執行。亦不生難回復之危險。

(第二)在完備一定之條件之際。因申立而付與假執行之宣言者。

民事訴訟法第五〇三條所規定者。茲舉其條件。

(一) 必為關於財產權上之請求者。

(二) 債權者。于執行前。有建立保證之申出。或在判決確定以前。中止執行。而由債權疏明受不可償還之損害時。或疏明受不可測之損害時。

以上二條件。爲所必要。所謂不可償還之損害。及不可測之損害。不必真有不可償不可測之性質。但言其困難而已。

民事訴訟法第五〇四條。謂「當付與假執行之宣言之際。若有原因。可不爲假執行之宣言。」設此規定者。爲保護債務者起見。即債務者。辯明其在判決確定前。若爲執行。當受不可回復之損害時。則不可付與假執行之宣言者是也。其裁判形式。若在第一五條所規定之際。而債權者。爲本條之疏明。則裁判所。于其判決主文上。揭載不付與假執行宣言之字樣。若于第五〇二條第五〇三條之際。則揭載却下債權者之假執行之申立之字樣。

第五〇五條所規定者。謂凡債權者。苟豫爲建立保證之申立。皆可許假執行也。但債務者。疏明在判決確定前。若受執行。則受不可回復之損害之故。且請在債權者欲執行之時。使債權者建立保證。而此時之債權者。于執行前。並不請求建立保證。則因債



權者之申立使債務者建立保證。或使爲供託。以免執行。

(甲)假執行之法律上之性質。假執行者。有解除條件之強制執行也。詳言之。蓋其執行之原因。若破毀或廢棄。則債權者所受領之金錢及物品。當返還之。在此條件之下。所爲之強制執行是也。其執行之實施。全然與強制執行無別。此區別。不過就法律上效果而言也。

(乙)關於假執行之訴訟手續。假執行之申立。當于何時期。照何方法而申立之乎。爲民事訴訟法第五〇六條所規定。即「假執行之申立。當在緊接于判決之口頭辯論之終結前爲之」是也。蓋以請求宣告假執行之申立。究適法與否。爲當要裁判所之判斷。故于口頭辯論。務必使相手方互相辯論也。本條之申立。不但債權者之申立。即債務者所爲之申立。謂「是不可許假執行」者。亦包含在內。因此皆關於假執行之申立者也。若口頭辯論以外。不爲辯論之準備。而僅以書面申立宣告假執行。或申立不許假執行者。皆爲不適法。必却下之。故口頭辯論中。當照第五〇二條以下條文。遺脫其中立者。則不能得假執行之宣言。而因辯論之再開。更得爲假執行之申立。

請求假執行之申立。究可以書面爲基本乎。關於此問題。學說分積極消極二派。積極論者。謂照民事訴訟法第二二二條。此不外當受判決之事項。故法律上之規定。極明瞭也。云云。其理由曰。于訴訟法第二五二條之際。訴狀上。無假執行之申立之記載。而于口題辯論時。申立之。則生却下闕席判決之申立之結果。蓋以第二五二條第二號之規定。謂「對於不出頭之被告或原告。于適當時期。不以口頭上事實之供述或申立。用書面通知。則當却下其闕席判決之申立」明治三十五年五月之大審院判例。乃採此說。因不基于書面之假執行之申立。而付與假執行之宣言者。是爲不法。反是爲消極論者。（予輩信以爲至當）謂第二二二條之規定。有所謂應受判決事項之申立云者。指請求之實體而言。換言之。即請求金貳圓之辨濟之申立。或請求家屋之明渡之申立等類是也。若誤解請求實際之趣旨而申立之。則當事者。或因而敗訴。受大損害。否則裁判所。或誤解其趣旨。則誤其判決之基本。故規定其申立必基于書面。所以鄭重共手續也。就假執行之申立。則甚簡易。以一言已足。裁判所當無誤解。故假執行之申立。屬于第二二二條所規定之趣旨以外。其申立（例如闕席判決之申立）

屬於形式上之申立。不必基于書面也。

關於假執行之申立。以如何之形式裁判之乎。

假執行之宣言。當掲載于判決主文者也。已如前述。故在判決理由中。凡關於假執行之裁判者。皆作為形式上有瑕疵之判決。此為第五〇七條所命者也。而掲載其事于判決主文之理由。學者或謂假執行之宣言。乃命令訴訟當事者之權利上之處置也。云云。蓋因假執行宣言。為重要之事項。而在判決之確定前。發生得為權利之強制執行之効力者也。

因此而生左之結果。

第一 于主文上。脫漏假執行之宣言之字樣。則得為補充判決之申立。(五〇八條)  
第二 對於付與有條件之假執行宣言之判決。或對於元來不付假執行宣言之判決。而為上訴之申立時。若繼續于上訴審之訴訟物。非全部有第一審之判決。而為一部者。則僅對於無上訴之部分。在上級審。付與假執行宣言于其判決者也。此為本法第五〇九條所規定。或有發疑問曰。何故有設本條之必要乎。對於第一審判決。若無

不服部分則爲既已確定者。然則豈非無設本條之必要者乎。殊不知民事訴訟法之主義。許附帶控訴。故對於二箇之請求。下第一審判決之際。若原告于其一箇請求。得勝訴。而于其他一箇之請求。受敗訴。則關於其敗訴之請求（甲）之判決之部分。以爲不當。而上訴之。則其事件。就合甲乙二者而成之物。皆繼續於第二審耶。抑僅就甲而繼續於第二審耶。若自純粹理論上論之。則僅就有不服之點之甲而繼續之者。爲當然。日本民事訴訟法。不採此主義。原告不服之點。雖僅限于甲之請求。而被告以附帶控訴。在控訴繫屬中。關於乙之請求。得申立其不服。故有設立本條之必要。

對於無不服之一審判決。而由上級審付與以假執行之宣言者。果用何形式乎。日本民事訴訟法。別無明文。故有三說。其一、爲當用中間判決以付與假執行宣言之說。其二、爲當用一部判決之說。其三、爲當用決定之說。若依第一之中間判決說。則因往往有用終局判決。以變更付與假執行之判決之一部分之事。故不得以終局判決之一分判決。而付與假執行宣言也。雖然。此說之缺點。則在于此。蓋日本民事訴訟法。已限定當爲中間判決之事情。中間判決。乃爲對於攻擊防禦之方法。或對於中間之爭。

而爲之者也。於本問題中。付與假執行宣言者。即第一審判決之結果。尙無不服之申立者是也。即至于無爭之請求也。故中間判決說。未爲得當。其第二之一分判決說。則使二審以上之裁判所。雖二度以終局判決。亦不得變更其原判決。是甚不便。然則二說。皆不可。其正解。自歸第三說。蓋法律不限定當爲決定之事情。故必以此說爲正當。且改正案。有以決定爲之之明文。故無須贅論也。

其第五〇九條及第五一一條之規定中。今舉其差異。蓋第五〇九條。在對於不爭之請求。而爲假執行宣言者也。第五一一條。在對於係于爭之請求之假執行。而爲裁判者也。至第五一一條之解釋。有左之二說。

甲說。曰。第五一一條。謂「因申立之故。當先就假執行。而爲裁判。」蓋此規定。在第一審無假執行之裁判時。則無待論。即却下假執行之申立等諸種事情。皆包含在內。而此規定也云云。乙說。則謂在第一審。常有假執行之裁判者。乃爲裁判。故以一審。即付與假執行宣言者。爲不當。雖爲上訴之事情。亦包含在內。而在爲一審對於假執行無裁判時。亦不得適用第五一一條。

予以乙說爲至當。是蓋以有第二審可爲裁判之規定。故在第二審。爲複審。苟爲複審。則當以在第一審有裁判者爲前提。所以爲此規定。因關於假執行之裁判。要迅速爲之。若不可付與假執行宣言而付與之。則害于債務者甚大。反是。當付與之而却下之。則債權者之權利。無由保護。無論從何方面觀察之。皆有最迅速裁判之必要。因此趣旨。而爲此規定者也。

在第二審。下假執行裁判。用何形式以下之乎。此有二說。一謂以決定爲之。二謂以判決爲之。如從後者。則即一部之終局判決乎。抑或即中間判決乎。此皆獨逸訴訟法自來之問題。諸說皆有理由。若依決定說之所主張。則謂關於假執行之裁判。元來非關於本案之裁判。乃附帶裁判也。是與規定當爲中間判決及一分判決之事情之第一二二六條第二二七條不相合。何者。其第二二六條。非規定對於形式的之論點。而下判決者。且非規定對於附帶中立。而爲判決者。乃規定對於主要之請求自身。而判決者也。至第二二七條。乃規定對於各箇攻擊及防禦之方法。或對於中間之爭。而下判決者。假執行宣言。非中間之爭。故不相合。然則。除用決定之外。別無他法云云。予以

爲此說。論證較薄。果如其說。則生形式上之極大不便。蓋關於假執行之裁判。乃在一審用判決以裁判者也。雖云第二審。以決定而變更其判決。是混同兩者之本質者也。若依一分判決說。則謂第二二六條。不但爲實際的請求。即形式的請求。亦包含在內。故本問題所舉者。當然可適用於第二二六條也云云。

中間判決說。則謂此雖對於假執行而爲裁判者。然非離事件之繼續者。且不可不就本案而與以判決。故以一部判決行之。則違第二二六條所規定。況在第二審觀之。爲中間之爭。故以中間判決爲之云云。日本判例。亦採此說。

在上告審與第二審異。在本案裁判之前。而下假執行之裁判者。所無也。何則。在第二審。對於假執行所之裁判。不得申立不服故也。

假執行効力之消滅

假執行之効力。何時消滅乎。是爲第五一〇條所規定。

第一 判決之確定。假執行宣言。對於未確定之判決所下者。故因判決之確定。而生確定執行力。則假執行之効力。當然消滅。

第二 本案裁判之廢棄。

第三 本案裁判之變更。

第四 本案裁判之破毀。包含形式上及實體上二者而言。

第五 假執行宣言之廢棄。

第六 假執行宣言之變更。假執行宣言之變更。與本案裁判之變更異。此變更。

乃該當一部之廢棄。何則。此乃形式上之物。非實際上之物也。例如。在第一審。認可對於百圓之假執行。而在第二審。則僅對於五十圓。爲執行之宣言者是也。

第七 假執行宣言之破毀。

於以上諸種。假執行之效力。在變更廢棄破毀之限度內。即行消滅。而其判決之效力。與言渡同時發生。第五一〇條所規定。謂「假執行。于廢棄、破毀、變更之限內。失其効力。」此蓋以表明與言渡同時而效力消滅者也。故此效力之發生。不以判決之送達爲必要。如此之際。若既爲假執行。則裁判所。因原告或被告之申立。令其相手方償還之。此爲便宜上所設之規定。若無之。則假執行宣言。雖失效力。而爲支拂者。亦不能



即行取戻。不得不更起訴。元來假執行宣言。爲債權者之便宜起見。乃對於未確定之裁判而付與之者。故於他一面。爲債務者之利益起見。亦不得不設如此之便宜規定也。

第五一〇條第二項。有假執行宣言之本案之判決。如廢棄、破毀、變更之際。則對於受支拂人。或受給付人。命其辨濟。此時。裁判所得于上告審爲之與否。乃屬學者間之問題。獨逸學者。謂舊獨逸訴訟法第六五五條。(該當日本民法六一〇條)雖無關於破毀之規定。然在上告審。當可爲此裁判云云。然日本訴訟法。特行揭載破毀之規定。則日本立法者。已明示得于上告審爲之。作此解者。實爲至當。而反對論者曰。上告審。非當爲事實之裁判者。若對於債權者。得命令其受取者之辨濟。則上告審。不得不爲事實之審理。此非顯違上告審之性質者耶云云。殊不知此爲上告審之例外事項。故本條揭載之也。蓋此種事情之審理。非錯雜者可比。據執達吏之記錄。多可證明之者。若于上告審。不得爲其審理。則破毀該判決之後。更不得不差戾于原裁判所。因之當事者間。費許多時間。手數費用者。在所不免。蓋欲使不生此種不經濟之結果。故設此條。

## 執行判決。

廣義之執行判決者。乃形式的判決之一種。即對於外國裁判所之判決。或對於仲裁判斷。宣言其爲適于爲強制執行者之形式的判決也。

茲先述對於外國裁判所之判決之執行判決言之。元來獨立國。不受外國統治權之支配。若外國裁判所之判決。在本國而許強制執行。則外國主權。行于本國。有損獨立之體面。故原則。凡爲執行名義之判決。爲我統治權之活動而發表之者。是不可不爲本國裁判所之判決。然交通頻繁之今日。其原則。絕對而應用之。不便孰有甚焉。故日本之法律。一以適于此原則。一以應實際之便利。而設執行判決之制。故外國裁判所之判決。因執行判決而得爲強制執行。非外國判決。直執行于本國。不過因本國之執行判決。使爲強制執行而已。

執行判決之性質。執行判決之性質。學者間。議論不定。甲說。以爲執行判決。乃有確定之性質之判決也。乙說。以爲執行判決。有給付的性質之判決也。詳言之。與外國裁判所之判決之所命。爲同一之給付。而命執行判決者也。丙說。則以爲有創設的性質

之判決也。日本訴訟法採何說乎。則據第五一四條所規定。自其文理解釋之。則如甲說。所謂有確定之性質者也。蓋外國裁判所之判決之強制執行。本國裁判所。以執行判決。言渡其適法時。方得爲之。執行判決。爲形式的判決。不涉于訴訟之內容。且不爲事實之審理。及調查其證據。惟審理許外國判決主文之執行。有碍與否而已。是所以爲形式的。即外國判決。在確定許強制執行與否也。反對論者曰。若以之爲確認判決。則執行名義。不外于以外國判決。使外國主權。行于本國領土內而已。是爲反認執行判決之趣旨。答曰。外國主權。直行于本國。專就不爲執行判決者言之。苟審查外國判決。適我法律。乃許執行之。不適法。乃不下執行判決。則外國判決。不爲直有效于我國。因我執行判決。而生效力者也。故不得言外國主權行于我國。

以上所論。就對於仲裁判斷所之執行判決言之。亦同一也。

求執行判決之要件 民事訴訟法第五一五條。自反對之方面規定之。

第一 不可不證明外國裁判所判決之確定者。茲所謂確定者。指在外國訴訟手續之確定而言。

第二 外國判決所令者。必須爲在我法律。有許強制執行之性質者。故如命身體之拘束之判決。不得與以執行判決。

第三 外國裁判所之判決。必須不牴觸關於裁判管轄之本國法律。所謂關於管轄之規定者。學者多以爲關於土地之管轄。非關於事物之管轄。蓋若土地之管轄。反乎本國法律。而執行外國判決。則爲害主權。若就事物之管轄言之。則不然也。牴觸本邦之法律云者。即外國裁判所。侵害我關於裁判管轄之法律。而下判決者之謂也。例如土地有專屬管轄之規定。而外國裁判所。關於在本國之不動產。下侵害管轄權之判決之際。乃爲不法。

第四 反訴之債務者。爲本國人時。必須在受訴裁判所所屬國。或依法律上之共助。在本國。送達其訴訟開始之呼出。或其命令。否則必須債務者已應訴。呼出與命令之文字。所以用者。因獨逸訴訟法學。有不以裁判所長之命令爲之。而自當事一方。爲他當事之呼出之手續故也。此要件所以必要者。因執行判決。雖審查外國判決之實質。然不使相手方知起訴之事。僅以當事者一方之申立。而下判決者。則執行此判

決。爲有害公益也。

第五 以國際條約而得相互之時。

以上五條件。若具備之。乃與以執行判決。

當與以執行判決時。裁判所。非可以財權調查外國判決言渡後勝訴者之權利。有否變更也。然被告。若以爲執行原因之權利。既已消滅。以之抗辯。而提出之。則執行裁判所。對於其爭點。有審理之責任否。予則斷言其無。執行判決。非在實體上。當調查其責任之有無。但調查形式的條件即足。因而於如上之際。然當基于被告之抗辯。而審理其事實。或者。謂果然。則必至雖權利既已消滅。而當許爲不當之強制執行。殊不知以上之際。受強制執行者。因第五四五條。得申立實體上之異議。而取消執行。故即一時受不當之執行。可無至終極而尙受損害者也。

求執行判決之手續

此與求通常判決者無異。唯訴訟物價格之算定。不依外國判決時之算定。當照將受執行判決時之訴訟物價格。譬如以一物品之給付爲目的之請求。受外國判決時。其

目的物價格千圓。而受執行判決時。減至五百圓。則亦照五百圓算。且求執行判決。不許用證書訴訟手續。蓋執行判決之目的。非在求金錢及他代替物之給付。而在求許可外國判決執行之宣言也。求執行判決之手續。不可闕席判決。闕席判決者。就實體推定事實上之自白而下者。若執行判決。乃無推定自白者也。

於執行判決。可附與假執行之宣言否乎。學者多以為此與尋常之判決無別。執行判決。亦一判決。故能具備第五〇一條以下之要件者。則當然得附與假執行之宣言云云。然解決此問題。當察執行判決之性質及附與假執行宣言之理由。此二點。以論究之。執行判決。若為確定的性質。則當作消極解決。今徵之于民事訴訟法第五〇一條以下之規定。假執行宣言。以付與于言渡給付之判決者為主。無付與于確認判決者。然執行判決。其基本之外國判決。非確定者。則不能下。果如是。於外國判決確定時。無迅速為執行之必要。否則其必要。亦消滅者。自此觀之。執行判決。非宜付與假執行之宣言者。亦明矣。

## 第二節 判決以外之執行名義

判決以外之執行名義。爲第五九條所規定者。

第一 可僅以抗告而申立不服之裁判。是即決定也。決定。有因言渡而生効力者。有因送達而生効力者。在日本民事訴訟法。強判執行之爲債務名義者。專限于民事訴訟法中所規定者。民事訴訟法所規定者。其例。爲第八二條、第八五條、第一百一條、第二九四條、及其他第二〇二條、第三五八條之決定是也。第八五條以外之決定。其決定。獨立以爲執行名義。至第八五條之決定。不獨立以爲執行名義。須與判決相待而爲強制執行名義者。本法以外之爲執行名義者。乃屬于人事訴訟法。及非訟事件手續法之所規定。大概皆命令負擔費用之決定也。外國裁判所之決定。本國法律上。爲強制名義與否。此屬疑問。以予所信。則以爲當作消極答。蓋外國判決。不當在本國有効。此爲原則。民事訴訟法。于第五一四條。雖設關於外國判決之規定。而無關於其決定之規定者。以其原則無執行力也。

第二執行命令。強制執行之執行命令者。附于支拂命令之假執行宣言也。執行命令。照訴訟法第三九四條。與付與假執行宣言之闕席判決。有同一之効力。且其形式。

亦同一。故對於執行命令。有故障之申立時。照民事訴訟法第五一二條。得準用第五百條之規定。執行命令。對於債權者之承繼人。有効力。且對於債務者之承繼人。亦有効力。但因此起一疑問。即發支拂命令之後。尙未發執行命令之前。債務者有承繼時。對於其承繼人。得即發執行命令與否是也。日本法曹會。決議如下。以爲遇有此事。則支拂命令。既失効力。故非債權者。不爲命令承繼人支拂之申請。過法定期間後。不得發執行命令也。此乃以第五五三條之反對推理爲理由。其第五五三條所規定者。乃謂強制執行開始後。如遇債務者。辭退戶主之地位。或取得其地位。則債務者。財產當有變更。僅可在其當然所有之財產上。爲強制執行者也。此蓋暗示對於承繼人（相續人）不得爲強制執行之趣旨也。自此法條推論之。則不可不論定支拂命令。僅對於前戶主之債務者有効力。而對於後戶主之相續人。無効力也。然予以積極說爲主當。此自民法之理論言。蓋無疑者。一般承繼人。與承繼前戶主所有之財產同時。承繼一般債務。但除專屬於一身者之外。法律上。不過前戶主之繼續。然則強制執行之際。所以設例外于民法之原則者。蓋日本現行民事訴訟法。其第五一九條。謂「雖有債



務者之一般繼承人之申請。亦得付與執行文。」所以設此規定。亦不外適用民法之原則。前債務者受判決時。對於其繼承人。判決之効力亦及之。苟以簡易手續之支拂命令。爲一之裁判。則此裁判。對於承繼人。亦有効力。此乃民法原則上當然者也。而論者所引用之第五五三條。其規定不過謂「債務者。失戶主之地位。或辭之之時。與債務者死亡作同一觀」而已。此與第五一二條。兩相對照。當可明瞭然。則消極說。以不表明于第五五三條之條文上者爲論據。其不精確可知。執行命令。當然照民事訴訟法第二四五條。而以職權送達之者。乃當俟當事者之申請。而爲其送達者也。

第三 和解 和解云者。當事者。互相讓步。以息有爭。或不確定之法律關係之契約之謂也。日本民事訴訟法。非謂凡和解。皆爲強制執行之名義。爲強制執行之名義之和解有二。一、在受訴裁判所。或在受命判事受託判事之前。所成立之和解。(二二七條) 二、基于和解之申請。在裁判所所成立之和解。(二八一條) 故在行政裁判所所成立之和解。或在刑事裁判所所成立之和解。不得爲強制執行之名義。行政裁判所之訴訟手續。以不依民事訴訟法爲原則。不過在行政裁判所得囑託其判決執行

于通常裁判所而已。故不該當于民事訴訟法之受訴裁判所。至於刑事訴訟法。則民事訴訟法之規定中。可準用之爲刑事訴訟手續者。有限制也。故第三二一條。不得準用之爲刑事訴訟法。因而刑事裁判所。所成立之和解。不爲民事訴訟法第二二一條所規定之和解。故二者。皆當爲消極之結論。然今日實際通行者。積極說也。謂在刑事裁判所。所成立之和解。不能爲民事訴訟之強制執行之名義者。無理由也。云云。殊不知此說。於他點。有不當者。蓋民事訴訟法。規定于其第三〇條第二項第一號者。謂「記載于調書而使其明確之事項。即自白、認諾、拋棄、及和解也。」故在民事訴訟。有和解時。常依調書而明確之。然私訴之審理。無準用第一三〇條。是以裁判所書記。無記之于調書之義務。故若從反對說。則記載于調書者。得爲強制執行。不然者。則不得爲之。此反對論之弱點也。

有與民事裁判所同一効力之裁判機關。即在中國朝鮮之領事裁判所是也。明治二十一年省令第七一號。乃規定領事裁判權者。謂領事與民事裁判官。有同一之權限。是則在中國朝鮮之領事。照民事訴訟法。所爲之裁判。與通常照民事訴訟法。所爲

之裁判無所異。此所以於領事之面前。所爲之和解。直可以爲強制執行之名義。無庸疑議。

和解。爲強制執行名義時。當具備之要件。

(一) 須事件之於受訴裁判所繼續者。否則須於區裁判所。有和解之申請者。故甲訴訟事件之和解。在受訴裁判所成立時。當事者。若同時對於乙之爭。亦和解。則不繼續于裁判所之乙事件之和解。不得爲強制執行名義。

(二) 和解之成立。必以調書明確之。

第四 公正證書。公正證書。照民事訴訟法第五五九條之規定。亦可爲強制執行名義。其要件如左。

(一) 公證人在權限內。依法定方式所作者。所謂權限者。一須關於民事者。二須在公證人管轄區內作成者。方式云者。公證人與囑託者。有面識。若無面識。有公證人之知己之證明。及在公正證書上。公證人及關係人之署名捺印等之謂也。

(二) 須對於以一定金額之支拂爲目的之請求。或對於以其他代替物。有價證券之一

定數量之給付爲目的之請求。而作成之者。

不適于此二條件者。無強制執行之效力。若不適要件。而欲爲強制執行。其執行。非全然無效。不過遇債務者爲異議之申立。得取消之而已。其詳後論。

(三)在公正證書上。須記載「債務者即行受強制執行」之字樣。

公證人規則云。在民事裁判所。有公正證書僞造之申立時。得中止其證書之執行。然民事訴訟法中。有停止及制限之規定。而無中止之規定。然則公證人規則。作如何解。一般學者。以爲中止云者。該當民事訴訟法之停止。故此非民事訴訟法之特別規定。不過應用其原則而已。

第五 仲裁判斷。仲裁判斷。爲民事訴訟法第八〇二條所規定。

仲裁判斷者。照仲裁契約。被選作仲裁人者。對於受其委任之係爭物。照法律之規定。以確定當事者關係。而爲意思表示者也。仲裁判斷。元非國權之發動。故不與判決同一之效力。至仲裁判斷。而經執行判決以爲強制執行名義。執行判決之意義。前既述。前略焉。

此外。破產手續中所確定之權利。(商千四九條)私訴判決。(刑訴三三三條)及行政裁判所(同法二二條)之判決。皆屬焉。

### 第三節 執行名義所當備之要素及執行名義之效力

甲 執行名義之內包外延。當備左之要素。

執行名義內包之要件。

第一 執行名義。不可不爲現實之給付。或現實之作爲。故確定其法律關係成立不成立之判決。或確定人之身分之判決。或確定證書眞僞之判決。或除權判決。在性質上。皆不得爲強制執行之名義。蓋強制執行者。債務者不爲其義務。用國家強制力以使之爲者也。確認的判決。不待債務者之行爲。而可滿足債權者之物。故無爲強制執行之必要。

第二 給與或作爲之爲履行之目的者。須確定者。或能確定者。此所以必要者。由于強制執行之本義。若給與或作爲。不確定時。則債權者。不能現實得權利之滿足。權利者。以權利之滿足。爲強制執行之目的。故如此者。不得爲適當之執行名義。

第三 表明於執行名義之給付。或表明于執行名義之作爲。須爲非物理上所不能者。或非違反禁令者。

是亦從強制執行之本義推出。蓋物理上所不能者。不能滿足權利也。法律上禁制之事。若強使爲之。則妨害公安秩序。

苟一種判決。乃命債務者爲一種行爲而延至將來者。則此判決。不得爲強制執行名義。論者有爲是說。然實際上。判例往往變更。譬如。今有論者。不但就延滯之養料而言。即每于請求期限。命債務者給付一定之養料之判決。亦不得爲強制執行名義云云。殊不知養料義務者。每月有支拂養料之義務。故判決主文。載有每于月之三十日。被告當支拂養料于原告。則當判決時。對於未來之分。雖無執行力。而因時期之到來。生其執行力。此法理之所當然。而實際之所大便。是以前述之判決。當判決時。雖不得執行。而與時期之到來。同時得爲之者也。

執行名義外延之要件

第一 執行名義上。須指名執行權利者及執行名義而明確之。此爲當執行時。當

然必要者。若不然。則爲強制執行之機關之執行裁判所。或執達吏。以不審理請求原因之故。而不能自行執行者也。

第二 給付或作爲之命令。必明示於執行名義。故判決。僅載有被告當應原告所請求之文。不得爲執行名義。若自其判決之內容而說明之。可解作當辦濟金幾百圓之意。亦可解作當引渡馬一頭之意者。是實非適法之執行名義。蓋執行機關依執行名義之主文。而決其適法與否者也。

### 乙 執行名義之效力

一 執行名義。關於時之效力。執行名義。乃恃其原因之權利存在而有執行力者。故得執行名義後。遇債權。因時效而消滅。則即失其效力。時效云者。詳于民法。前省畧焉。執行名義。非常有即得執行其權利之力。執行手續上。夜間執行者。禁之日曜日(即禮拜日)及祭日。亦然。否則當得裁判所之許可。且其效力。有時而制限之。例如民事訴訟法第五百條、第五一二條、第五一二條、第五二二條、第五四七條、第五四九條之類。爲有債務者之申請。而命停止執行時。則在其停止期間。無其效力。遇債務者。受

破產之宣告。施行其手續中。停止強制執行之效力。

二關於地之效力。執行名義。其關於地之效力。有原則存焉。即爲第五二五條所明示者。蓋有執行力之正本。效力不限于附與其効力之裁判所所管轄內。於日本全國裁判區域內。皆及之。故用甲裁判所之執行名義。而得行之於乙裁判所管轄內。此當然也。更於本部所爲之裁判。得執行之於殖民地。臺灣法院之執行名義。可得執行之於日本本國。於外國。亦有執行名義之效力。此用第五一五條之反對推理。自可明瞭。但以在國際條約所許者爲必要。至於外國之本國之公使館領事館內。則逕有強制執行名義之效力。

三關於人之效力。執行名義者。因債權者。或因其一般承繼人。或因其特定承繼人。或對於債務者。或對於其一般承繼人。或對於其特定承繼人。而生效力者也。所謂債權者債務者。非專指自然人而言。法人亦包含在內。非專指本國之自然人而言。即外國人亦包含在內。無能力者。當然包含在內者。蓋無待言也。民事訴訟法云。判決。有確定力。但限于包含在正文者。有確定力云者。與有執行力。不可同一論之。此固然也。但



執行力。因確定力而始生。故包含在主文之判決。得謂之有執行力。請求自身包含在主文。固無待言。即當事者之資格。亦包含在內。茲所當注意者。對於法人之執行名義。非對於法人之代表者。亦非對於代表者之承繼人。對於此等皆無效力者也。

對於商事會社之法人。所下之判決。對於會社之無限責任社員。不可為強制執行名義。蓋無限責任社員。與會社法人。法律所視不同。無限責任社員。乃組織法人之分子。非即法人也。故無限責任社員。不可與會社之法人。作同一觀。而與會社同負義務者。不過會社不盡義務之時。始生其無限責任耳。此理論上甚明者也。

以上強制執行之實體的要件。已說明矣。

#### 第四節 執行文

第一 執行文。此乃一種之強制執行形式的要件。由裁判所書記。以自己職權。或以裁判長之命令。而交附之。為一種公正證書。而載明適于強制執行之字樣者也。執行文。所以必需者。蓋以強制執行。其原則。當使附與執行名義之機關外之機關管理之。是則執行機關。無由查其執行名義。果適於強制執行與否也。更換言之。執達吏

及區裁判所。爲普通執行機關。當盡力于職務時。如值當事者。提出執行名義。則當查其究適於強制執行與否。若無執行文。必生疑竇。故當使執行機關。知其執行名義。爲適于強制執行。此執行文所以必需也。

對於一切執行名義。執行文皆可附與之。其主要者。判決也。附與執行文於執行判決者。究爲必要與否。此乃一問題。予以執行判決。非強制執行之直接名義。故以不必附與執行文之說爲正當。然多數學者之說。及今日實際之施行。皆以附與執行文爲必需也。

同一事件。有許多判決。執行文應附與於何者。從來有三說。

第一說曰。同一事件而有數箇判決。則應對於其判決全部。而附與之以執行文。

第二說曰。第一審判決。及控訴棄却判決。及上告棄却判決。三者併立時。則執行文。應附與于第一審判決。若對於變更第一審判決之控訴判決。而有上告變却之判決時。則當附與執行文于第二審判決。第一審判決之一部。因控訴而變更其一部。對於其他部。則爲控訴棄却。至上告時。對於二者。有棄卻之判決。則執行文。當附與諸第一審

### 判決及第二審判決。

第三說。其理論之根本。與第二說同。但異其形式。此予以爲正當者。

其說曰。執行文。乃附與於判決之物。但限于具體而有命其給付、引渡、作爲、不作爲之主文之判決。例如。在第一審。對於被告。下返濟金百圓及利息金三十圓於原告之判決。對於此事。控訴判決。乃命其返濟現金百圓及利息金十五圓於原告。則對於第一審之判決。附與執行文。但於其利息之部分。照第二審判決所加之制限。附記于其上。就訴訟費用之裁判論之。對於訴訟費用額之確定決定。當附與執行文也。蓋命其負擔訴訟費用之判決主文。不定訴訟費用之額。故不得以此逕爲執行。必俟有其額確定之決定後。方得執行。其費用額之確定決定。與第五五九條所謂僅以抗告得申立不服之裁判相當。故附與以執行文。

應附與執行文之執行名義。判決以外。則爲第五五九條所規定。唯其中。第二號所規定之執行命令。則不宜附與以執行文。其論據。蓋在第五六一條。蓋發執行命令以後。遇債權者有承繼時。或債務者有承繼時。當附記執行文于其命令也。以此爲裏面解

釋。則如無承繼。可不必需執行文也。學者則用學理以說明之曰。執行命令。於其本質自體。既包含執行文。故不必附與。

付與判決之執行文之管轄。爲第五一六條所規定。蓋由第一審裁判所書記付與之也。此爲本則。其事件若繫屬于上級裁判所時。則當由其裁判所之書記爲之。要之。曰現在訴訟記錄所在之裁判所之書記付與之也。是爲本則。

對於僅以抗告而得申告不服之裁判。亦同。

對於執行命令。則限于第五六一條第一項所規定之事情。由發其命令之裁判所書記付與之者也。

對於和解。則由爲和解之裁判所書記付與之。(第五六〇條)  
在公正證書。則由保存其原本之公證人付與之。

第二。求有執行力之正本之手續。有執行力之正本之申請。可以書面爲之。或以口頭爲之。(第五一六二項)裁判所書記值付與之之時。當調查左之二點。

(一)其執行名義。爲具備足認爲有職權者之所作之形式與否。

(二)其判決。爲確定者與否。或爲有假執行之宣言與否。

若缺以上要件。則裁判所書記。當却下有執行力之正本之申請。然裁判所書記。對於執行名義。無調查其果當有効力與否之責任。蓋此種調查。涉于請求之實際。裁判所書記。無此職權也。

執行文之文式。爲第五一七條所規定。蓋關於判決之時。前記之正本上。當記載如下字樣。即爲對於被告甲或原告乙而爲強制執行之故。所以付與之于原告甲或被告乙。公證人所下之執行文。及附與于和解調書之執行文。亦須有同樣之記載。執行文之有効力。以裁判所書記之署名捺印爲必要。若缺其一者。即全無執行文之効力。債權者。有求得數箇執行文之權利。(五二三第五二六條)蓋以債權者。欲滿足其權利。在數箇處所。有同時爲強制執行之必要。但付與有執行力之正本數通時。必有裁判長之命令乃可。

裁判所書記。却下付與執行文之申請時。當事者用何種方法。乃得申立不服乎。曰。照第四六五條。得向受訴裁判所。請求書記之處分之變更。若受訴裁判所。(書記所屬

之裁判所)却下此處分變更之申立時。對於此之申立不服之方法。果爲何者。學者間分二派。

第一說、以爲照第四六五條之規定。此時得以普通之抗告。而申立不服也。其理由。則以爲執行文却下之處分。照第四六五條所定。亦受訴裁判所之裁判也。故照所舉之條。得爲抗告。

第二說、以爲當以即時抗告而申立不服也。何則。蓋此裁判者。在強制執行之手續上。不經口頭辯論而可爲之執行裁判也。此以第五五八條爲據者也。而其第四六五條。爲關於抗告之一般規定。非第五五八條之特別規定可比。故當從第五五八條也。執行文付與。有以裁判長命令爲必要者。(五五九條)

第一強制執行。關係于債務者所當爲之反對給付及其他條件時。

第二因債權者之一般承繼人。或因其特定承繼人。或對於債務者之一般承繼人。或對於其特定承繼人。而須爲強制執行時。但此等皆須表示于判決者。

法律。對於債務者之特定承繼人。不規定其當爲強制執行者。蓋有故焉。學者。或謂

特定承繼人。雖有時承繼債務。然皆變例。故對於特定承繼人。不宜因強制執行。而付與有執行力之正本也。唯解釋日本訴訟法。以此理由爲據。殊爲不足。蓋債權者。有特定承繼人時。亦爲變例。而僅以債務者之特定承繼人爲變例。此不免可非難。以予所信。判決之効力。以不及于債權者及債務者之特定承繼人爲原則。蓋權利及義務之有特定承繼時。除債權讓渡。債務引受之外。則其權利義務之性質變矣。換言之。乃因民法之規定而生更改者也。故有承繼之時。其承繼人所有之權利。及對於承繼人所有之權利。與受判決前者權利不同。然則以前之權利所得之執行名義。不得對於後之權利。而執行之也。故有特定承繼之時。其執行名義。已失効力。是說實正當也。但法律上便宜之規定。債權者有特定承繼時。許其用既得之執行名義耳。但有債務引受之特定承繼時。對於前債務者之執行名義。對於特定承繼人。不設使生効力之規定者。乃法律不備處。

求對於執行文付與之命令之申立。須以何形式爲之乎。就此點言之。則實際取扱。(管理照料)其方法各有不同。甲種方法。則謂當對於裁判所書記。而爲執行文付與

之申立。同時附記欲求裁判長之命令之文句。則可謂形式已備。乙種方法。則謂不可不直接對於裁判長。而申立欲有執行文付與之命令。并不對於裁判所書記。申請付與執行文者也。丙種方法。則謂對於裁判長。而申請發執行文付與之命令。不必再向裁判所書記。再申請執行文之付與也。以予所信。法文之解釋上。自以丙說爲正當。蓋第五二〇條之規定曰。「在第五一八條第二項。及第五一九所載之際。有執行力之正本。限於裁判長有命令時。始得付與之也。」裁判所書記。不過從裁判長之令而已。僅向裁判長而請求之者可也。付與執行文者。雖爲裁判所書記之職權。而從裁判所之命令。以付與執行文者。然書記一己之職權。不過待裁判長之命令而始行其職權。則申請于裁判所書記。非適法也。然則當事者。無爲如此之不適法之申請之義務。故當事者。僅求裁判長之命令。即可爲適法。

第三 執行文付與之訴 第五二一條。乃規定何時當爲執行文付與之訴者也。如前所述。值裁判長命令之時。當事者。欲受命令之必要之事實。往往有不能證明者。例如第五一八條。債權者。履行一定之條件後。乃可爲強制執行。而履行其條件之證書。



往往有不能提出者。又第五一九條之配達。有不能以訴訟以外之手續(申請)證明之者。此等時。債權者。須提起訴訟。以諸般之證據方法而證明之。然後求受訴訟裁判所之裁判。乃得執行文之付與。故設第五三一條。以使之明瞭者也。

欲求同時得數箇執行力之正本時。得起執行文付與之訴。執行文付與之訴。當於一審之受訴裁判所爲之。故起訴時。雖債權者及債務者。皆住居于第一審受訴裁判所管轄以外。亦當于第一審之受訴裁判所爲之。其理由。以第一審裁判所。有關於強制執行之請求之訴訟記錄。乃大有便益者也。故和解。爲執行名義時。在爲和解之裁判所。發執行命令時。則當在發執行命令之裁判所。而起訴也。但其不屬於區裁判所之管轄。則當於管轄地方裁判所爲之。(五六〇條五六一條) 關於公正證書。不得準用同一之規定。此第五六二條第二項第四項所規定也。執行文付與之裁判。當在公證人職務上住所之地之區裁判所爲之。執行文付與之訴。當於債務者之普通裁判籍地之裁判所起訴之。(若無此裁判所則照本一七條)

此訴之判決。與通常訴訟之規定同。得爲控訴上告。唯與通常訴訟異者。在於至其確

定時。因欲得執行文。無須受關於此訴自體之判決之執行文也。此判決。性質上不得附假執行之宣書。

第四 對於執行文之異議 債務者。受強制執行時。或在其前。對於執行文之付與。得申立異議。其申立形式。爲抗告形式。異議之目的。在執行文之取消。

異議之管轄。付與執行文之書記之所屬裁判所也。(五二二條)對於公證人所付與之執行文。則爲公證人時務上住所地之裁判所所管轄。(五二二條)(五六二條)此異議申立。以不停止強制執行之効力爲本則。唯裁判所以爲假處分。而基于申請。認爲必要之時。得命一時停止其強制執行。值爲強制執行時。得使債權者立其保證。此種假處分。與第七五條以下所規定之依處分不同。此所當注意者也。蓋第七五條以下所規定者。爲尙未受確定判決以前所爲者也。夫此種假處分。乃常于判決確定後爲之。或于既有假行宣言之判決後爲之。且此類假處分。非具備一定條件。則不許爲之。第五二二條者。則裁判所以爲適當時。即得爲之。

債務者。對於付與執行文之請求。得以訴而主張其付與之不當。例如在第五一九條。

得以承繼法律上不成立爲理由而起訴以主張異議也。夫以抗告而主張異議。及以訴訟而主張異議。二者區別之標準。在前者。常須以形式之調查。而解決其爭點。在後者。以實質上之調查爲必要也。

茲有一問題。第六二條第四項中云、「第三者。引受訴訟之時。裁判所得以被告之申立。使被告脫退。但對於此事之裁判。對於被告。亦有効力。且可執行之。」今有使被告脫退之判決後。債權者。欲執行其後所下之判決之時。請求對於脫退之被告。付與執行文。其請求手續。爲如何者。曰。提出許脫退之判決。而求執行名義之判決之執行文上。表示已脫退之被告者。即是也。

#### 第五節 執行文以外之要件(形式的要件)

##### 執行文以外之要件

第一 執行名義之送達 強制執行之創始時。送達執行名義于債務者之事。須於其開始前爲之。或于其開始同時爲之。此乃原則。且有例外與否。是一問題。即第五四二條之規定。曰、「執行行爲之際。當送達及通知債務者也。如債務者。所在不明。或在

外國。則可不必。」因此遂生疑竇。一說以爲此時不必送達執行名義于債務者。而即可開始強制執行也。然予所信。以爲第五四二條。乃指強制執行機關所應爲之送達通知而言。斷非關於送達執行名義之規定。送達。乃執行機關創始強制執行行爲之要件也。此論據。在於法文上。執行行爲之文字。稱爲執行行爲者。強制執行機關所當爲之行爲是也。何則其行爲自體。對於債務者。即生法律上之効力者也。若稱債權者所當爲之行爲。亦謂執行行爲。則債權者。自爲強制執行。而違反法律上不許權利者爲自由救濟之原則矣。

在執行開始前。或在着手執行同時。送達其執行名義者。爲必要之事。故在執行名義之送達以前。而爲執行行爲。乃不適法者也。

以公正證書爲基礎。而欲強制執行時。若債務者。有可爲執行名義之公正證書謄本。則更當取其正本或謄本而送達之否乎。且常須送達之否乎。此乃一問題也。執行名義與判決不同。在判決時。通例。俟判決之送達後。判決遂確定。故可執行爲名義之判決。通常須是送達者也。反之。在公正證書時。公證人。因當事者之請求。即行附與之以

謄本正本得由送達機關送達之者。非通例也。關於公正證書之強制執行。當準用判決之強制執行之規定。故不可不準用關於判決之送達之第五二八條也。既當準用此條。則必須送達公正證書。爲此論決。予信爲得當。

應送達之執行名義。必須以執行名義之正本爲之乎。抑或以其謄本而已足乎。對此問題。不可不區別以答之。先就判決言之。則常需正本。其論據在第二三八條。蓋同條中。其規定曰。「當事者。若有判決送達之申立。則不可不送達其正本。」然判決以外之執行名義之申立。則僅以謄本可也。例如公正證書或和解調查之類是也。其論據。在第一三七條。蓋法律中。無特別之規定。載明須交付正本或有認證之謄本之字樣者。故可以謄本之交付而爲之。故在判決以外之執行名義。交付謄本即足矣。

第二 執行文之送達 雖然。此要件。非一般要件。以下所述皆然也。以執行文之送達爲要件者。第五一八條是也。蓋即判決執行。繫于立保證以外之條件時。在債權者。不可不證明已履行其條件者是也。其第二者。爲第五一九條所規定。值以上之二者。執行名義之外。當在開始之前。以附記于此之執行文而送達之者也。(五二八條二項

五六〇條）以上所以以此特別之要件爲必要者。執行名義自身。對於債務者。非逕有効力。俟條件之履行。而始生其効力。且爲其承繼人起見。及對於承繼人。而爲執行之時。須記載其事于執行文。而後生其効力者也。

第三 證明書之謄本送達 此爲第五一八條第五一九條之特別要件。而爲第五二八條第三項所規定。其理由。以僅用執行名義。則對於受執行者。形式上。未生効力故也。

第四 日時之滿了 執行之原因之權利之實行。繫乎一種時日之到來。此之謂日時之滿了。蓋在其日時之到來以前。其權利尙未生執行力。故此種強制執行。所以以日時之滿了爲必要也。例如養料權利者。有求養料支拂之權利。因而爲執行之類是也。

第五 證明書之提出及其送達 強制執行。有時當繫于債權者立保證之條件者。證明書之提出。送達。蓋用于此時。例如民事訴訟法第五〇三條第一號之假執行之際。常以之爲必要。此要件。與他特別要件。異其趣旨者。在提出其證明書于執行機

關之一點。規定此特別要件之理由。其故何在。曰因強制執行之故。債權者立保證之時。則執行文乃在立保證前付與之物。故必使執行機關。檢閱充實其要件之證據也。以證明爲必要之際。不必提出其原本。以謄本爲已足。就證明書之性質言之。則僅第五條件。必須公正證明書。在其他之際。則公正證明書。然必須者也。

第六 向債務者所屬之官廳而爲通知 其爲第五三〇條所規定。對於不在豫備後備之軍籍之軍人軍屬。而爲強制執行者也。如有其事。當通知上級司令官廳者也。例如師團司令部旅團司令部及鎮守府。通知上級司令官廳之理由。何則。蓋突然爲執行時。有攪亂軍隊風紀之虞。其所以然者。以軍隊。必嚴格以維持風紀也。

#### 第六節 不具備強制執行之要件之執行行爲之効力

不具備強制執行之要件。而實施之。執行行爲。於法律上。有何等之効力乎。此問題之解答。理論上。得分爲二。其一爲無効說。其二則以爲在用適法之手續。以取消其行爲以前。其行爲仍有效力云。前說以數理的觀念爲根據。而主唱之者。簡而言之。則有爲生法律上特定効果之行爲之職權者。當爲其行爲時。若不充滿法律所命之條件。則

其行爲無効也。更換言之。其時所謂可生特定效果之行爲。了無効力。譬之於數理。取物一箇。而三度加之。得三箇。若二度加之。則不得爲三箇。此亦同其理。在對於某行爲。法律定數箇之要件時。若缺其一。則法律所認之行爲。亦爲無効。此爲形式法上之理論。不獨于民事訴訟法上。凡訴訟法上。皆可見之。茲就刑事訴訟法。舉一例言之。同法第一四七條。曰「司法警察官。在豫審判事之前。知有重罪輕罪之現行犯。且其事件。有急速之性質。則司法官。得臨檢犯地。行使豫審判事所有之職權。」若司法警察。違反如上之刑事訴訟法之所規定。臨檢犯地。而爲豫審處分。則其處分。作爲無効。故證人之訊問調書。及被告人之訊問調書。若爲司法警察官所作成之豫審處分調書。則了無効力。蓋訴訟上。全無證據力也。何則。司法警察官。爲豫審處分。其要件有三。第一。在豫審判事之先。知有重罪輕罪之現行犯之事。第二。當通知豫審判事之事。第三。臨檢犯地之事。今缺其最後之一。故行爲全然無効也。因而其時所作成之調書。亦爲無効。此今日。大審院判例所認也。如口頭辯論調書。於民事訴訟法中。其作成之要件。亦載于第一二九條。例如其第五條所載公然辯論者。及禁公開者是也。若違背此要件。



則其手續歸于無効。於強制執行之際，亦可同論。若缺強制執行要件之一，則其執行在法律上，全然不生効力。

第二說，則謂先當充實法定之要件，然後方可生法律上効果之行為。若遇已缺其要件，而於形式上，尙能認作其存在之時（詳言之，即有得判定其爲行為之外形之時），則在其爲法定手續所取消以前，仍得與完全之行為，同一有其効力也。譬如判決所當具備之要件（第二二六條第一號乃至第五號所規定）其中缺少其一（即理由），則其書面自體，仍以爲裁判所對於訴而下之判決，故亦不可不視以爲判決而生確定力者也。更舉例以言之，譬如當審理訴訟時，必須書記立會，苟無書記立會，而僅判事出庭，以作成辯論調書，則此口頭辯論，亦不能斷定其爲全不存在也。且不可不以其爲能生法律上之効力者也。不過因違背手續，有爲上級裁判所所取消者而已。其所以然者，以不如是，則害公益也。何則，蓋國家機關所作之行為，因缺其要件之一，而即作爲無効，則必致釀成意外之弊害，而損害公益也。是以國家機關，苟具足認爲國家機關所爲之物之形式，則亦不可不以爲國家之行為，而認之也。揆之於日本民事

訴訟法。果採何種主義。今就其條文而思量之。則當謂其採此二主義也。蓋其證據多端。茲試舉其顯著者。其一、第五二二條。其規定曰。「對於執行文之可與。許債務者得申立異議。」債務者申立異議之正當者。常在執行文反乎法律規定之時。（即缺法律上之要件之時）果如第一說之所謂。則此條幾同虛設。其二、第二四四條。曰。「反乎關於強制執行方法之規定。或反乎執行時執達吏所當遵守之手續時。許以此爲理由。申立其異議是也。」揆之於第一說。殊爲不合。蓋如第一說之所謂。此條所舉之執行行爲。常爲無効。無煩更設此規定。是則。日本民事訴訟法。當謂之爲採用第二主義者。雖第二說。在實際適用之時。生種種難問。而以之爲日本民事訴訟法之解釋。予敢信爲至當。

## 第二章 關於強制執行之通則

### 第一節 強制執行之機關

定義 強制執行之機關云者。因債權者之委任。或因債權者之申請。而使權利得以滿足。因此對於債務者。有使用公力而處分其財產之權限之職司是也。

日本民事訴訟法。以執達吏及執行裁判所爲強制執行之機關。而有時則以受訴裁判所爲之。(五五七條七三三條)蓋原則。以執達吏爲對於動產之強制執行之主働機關。而以執行裁判所爲對於不動產之強制執行之主働機關也。此兩機關。互爲補助。譬如夜中得強制執行之許可之執行裁判所。即爲執達吏之補助機關。而因取立命令。對於債務者。促其辨償之執達吏。即爲執行裁判所之機關也。第五五七條。乃特別補助機關之規定。此即在外國而爲強制執行之際。則由本國之第一審受訴裁判所。囑託外國官廳。此時之外國官廳。即補助機關也。

### 第一款 執達吏

#### 執達吏職務之範圍

第一 關於動產之金錢債權之強制執行 是爲第五三一條所規定。茲所謂動產者。指何者而言。蓋有種種。第一、爲性質上之動產。第二、爲法律上之動產。(民法八六條參照) 第二、爲因法律之規定。而以爲動產者。(蓋指土地之果實) 此謀強制執行之便宜而設者。(第五六八條之特別規定) 第四、爲在差押時以爲有體動產者。如手

形倉庫證券、船荷證券之類。(六〇三條)

第二、以動產不動產之引渡爲目的之強制執行。是爲第七三〇條第七三〇條所規定。船舶亦包含在內。

以上、乃執達吏爲主働機關時所爲之事。其爲補助機關時所行之事。如左。

第一、以對於債權者之強制執行故。而取上債務者所有之證書。此爲第六〇六條所規定。

第二、變賣不動產。(即換價不動產) 如爲競賣、入札拂之類。船舶亦包含在內。

第三、以關於不動產之請求所生之強制執行故。而變賣不動產。(即換價不動產) 此爲第六一、六條所規定。

執達吏之行職務之區域。與其所屬之地方裁判所之管轄區域同。(即裁判所構成法第九七條所規定) 茲須一言者。即一區裁判所內。有數名之執達吏。則其區裁判所之監督判事。當區分其管內之土地。而定其事務之分配。(執達吏規則第七條) 但在此等時。甲執達吏。若于乙執達吏之職務之區域內。爲執行行爲。則其行爲。亦有完

全之効力。蓋事務之分配。乃監督者對於執達吏所定之司法行政上之處分。其効力。非可及於執行當事者。此一般學者所公認。苟甲地方裁判所管內之執達吏。於乙地方裁判所管內。而爲強制執行。則其効力。如第二說。僅可取消。而非全然無効者也。執達吏之法律上之地位。執達吏之爲官吏。前既述之。茲略焉。但對於執達吏之代理人。而加暴行之時。不得稱之爲官吏抗拒罪。何則。蓋執達吏代理人。非官吏。不過其行爲之執行行爲。與官吏(執達吏)所爲者。同其効力而已。然對於代理人所爲之執行行爲。而爲如下之行爲。則亦有罪。例如。破毀差押物之封印。則構成封印破毀罪。或取出己差押之財產而處分之。則構成財產脫漏罪。(執達吏。在行自己之職務時。得定代理者。此乃執達吏規則第一一條所規定。)

執達吏。非以職權而爲強制執行者也。據民事訴訟法所規定。乃俟債權者之委任。而始有其職權也。唯或由債權者直接委任之。或法律許債權者。經區裁判所而委任之。此皆圖實際上之便宜也。而執達吏。關於強制執行。受委任時。非有正當之理由。則不得拒絕。

執達吏規則中有第一〇條之規定。(即執達吏無正當理由。則不得拒絕其執行委任。故執達吏違背此號時。則第一。當受職務上之懲戒處分。第二。當對於執行責任者。任損害賠償之責。即第五三二條所謂義務違背是也。

適于執達吏規則第十條所謂正當理由者。如左。

第一、執達吏已被除斥於職務之執行外者。此乃正當理由。得拒絕執行委任者也。

第二、強制執行之缺形式的要件時。例如債權者。負建立保證之義務。而無既已建立保證之證據時。則得拒其委任。

第三、執行名義之爲偽造者。或變造者。或已失効力者。就此三者。大有議論。消極論者。則謂執達吏。雖爲強制執行之機關。而無調查債務名義之實質之責。亦無若是之權。故即基于偽造、變造、之債務名義。凡受委任之時。亦不得拒絕之也。積極論者。則謂執達吏。關於執行名義。當爲形式上之調查。且負不可不爲形式上之調查之義務。論者所謂無實質的調查之職權者非也。何則。執達吏。爲強制執行之公機關。而行動

者也。苟在其職務執行上。知其爲不法之執行名義。(即知基于此名義而爲執行行爲。則其後。此行爲。必被取消。)而尙不得不爲強制執行。則甚害公益。此不獨債務者之利益。亦債權者之利益也。故以執達吏。爲有拒絕權。此乃正當之說。

第四、受委任之執行事務。當屬於他執達吏時。執達吏對於他執達吏所屬之事務。得拒絕其執行委任與否。此亦有議論。予則取積極說。今取本問題而議論之。在一區裁判所管內。有執達吏數人。而其區裁判所之監督判事。定各執達吏之受持區域。則甲執達吏。遇應在乙執達吏之區域內所爲之強制執行。而被委任時。則可拒絕與否。消極論者。謂執達吏之事務分配。對於執達吏以外之第三者。無効力也。何則。所以定此事務分配之手續者。圖執達吏之便宜耳。蓋如使執達吏一人。掌許多事務。反恐至于事務滯滯。而他執達吏。無所事事。是則定分配手續之故。不在圖債權者之便宜。而在此也。所以對於委任債權者。無効力云云。予則反之。以爲事務分配者。乃關於執達吏之職務執行。照法律所定。由監督官所下之命令也。則執達吏遵守此命令。即不外對於上官而執行自己之義務。債權者。焉有使執達吏。違背其監督官之權利。

故當謂執達吏有拒絕之權也。或更須附言者。執達吏。每年收入。不足百八十圓時。由國庫支給其不足之數。（執達吏規則第十九條）若此等之時。不與執達吏以拒絕權。則往往事務。堆積于一人。而致他執達吏。至于收入不足。則畢竟國庫之損。苟從予說。焉有此耶。

第五、不得手數料及立替金之豫納。執達吏於此際。得拒絕之。（執達吏手數料規則第十九條）

執達吏與債權者之關係  
執達吏與債權者之關係。公法上之關係乎。私法上之關係乎。今已有確定。蓋此不但有公法上之關係。（即爲公法上之機關之關係）且其原則。爲有民法上之代理關係也。其根據。乃在第五二一條及第五三二一條也。與民法上之委任關係。所不同者。在報酬之一點。民法之原則。于有償委任之時。凡無特約者。至委任事務完了後。始得請求報酬。（民法六四八條）而執行委任。在其委任事務完了前。（即執行前）當豫納其手數料。此不同者也。又民法上之委任。因當事者之意思表示。而定其委任之範圍。然對



于執達吏之委任。因有執行力之正本之交付。而執達吏當然受以下之權限也。

第一、受支拂及其他給付。

第二、對於債務者。交付受取證書。

第三、在債務之辦濟完了時。交付有執行力之正本于債務者。

再、執達吏。對於債務者及第三者。謀證明其權限起見。故持有有執行力之正本斯可矣。(第五三四條)債務者及第三者。對權執達吏。無使其以委任狀及其他方法證明有委任之事之權利。所以設此規定之立法上理由。以執達吏。為強制執行之公機關。故對於債務者第三者。而受債權者之委任。非如普通私法上之關係。須精密之證明也。執達吏。對於債權者。於二方面有關係。即為債權者之代理人之關係。及公機關之關係是也。因此生左之結果。

執達吏。為執行債權者之代理人。故對於執達吏之辦濟。與對於債權者之辦濟。生同一之効力。又執達吏。為公機關。故對於執達吏。為暴行侮辱等行為時。據刑法所規定。當構成官權妨害罪。及官吏侮辱罪。

執達吏於已受執行委任之後。超越其職權。或不履行其義務。而對於債權者債務者及第三者。有使受損害之事。則當任其賠償之責也。（民訴訟法第五三二條）所以爲此規定者。以執達吏之對於執行關係人之關係。不特爲公機關之關係。且有爲代理人之關係故也。再第五三二條。謂執達吏。使人蒙損害時。第一、當任與責。其所謂第一當任其責者。指何者而言。學者間。多議論之。或者謂所謂第一者。不過於債權者與執達吏共謀以害債務者時。債務者得對於執達吏。先請求其賠償而已。蓋此條。謂通則雖許選擇共謀加害人之一者。對之請求賠償。然不適用於此。此當先向達吏請求。俟執達吏不能賠償之時。始得對於其委任者。而請求之云云。但大審院之現行判例。不從此說。其他學者。則謂第一任其責云者。不過謂債權者債務者及其他受損害之人。先對於執達吏爲其賠償之要求時。執達吏不得拒絕之。至對於債權者。亦得爲強制執行者。蓋無論也。然第一說。爲反乎理論之議論。而第二說。則於條文之「第一」之字樣。雖未免蔑視之究屬半手理論。蓋「第一」之字樣。本未穩當也。茲更與此相牽聯之問題。即民法第六五〇條第三項。謂「受任者……於自己無過失而受損害之

時。對於委任者。得請求賠償。」今執達吏。於強制執行手續中。自己無過失。而受損害。應對於委任者。請求損害賠償與否。或答之曰。執達吏。爲公機關而行動者也。則即生損害。對於委任者。無請求賠償之理。然予則以爲此當適用民法之第六五〇條第三項之規定。蓋執達吏。對於執行當事者。雖有公機關之問題。但有特別規定以外。得照民法上代理關係之規定。然則。爲保護受任者利益起見。故設此規定。則無不許適用之理。所謂其爲公機關者。不過言其有普通人所無之職機。及普通人所無之責任而已。斷非謂彼乃無普通人所當有之權利也。

當執行實施時。對於債權者債務者執達吏所有之職權。

執達吏。對於債權者第三者。實施強制執行時。則其前提。須由債權者。對於執達吏。交付其有執行力之正本。而委任強制執行。故得有執行力之正本。以證明其權限。則爲已足。與普通委任時。須以委任狀及其他方法證明之者。蓋不同也。再。執達吏。不須有特別委任。逕可受債務者之支拂及其他給付。此乃第五三三條所規定也。唯適用本條時。生一問題。即債權者。對於執達吏。而制限其委任之範圍時。債務者。亦知其制限。

而爲制限以外之給付或支拂。則其支拂及給付。對於債權者。爲有効與否。關於此問題。論說多端。而予意以爲此制限之爲物。對於債務者。爲無効也。何則。執達吏。爲執行行爲時。雖曰因謀債權者之利益。但自他方面觀之。則爲強制執行之公機關而行動者也。若債權者。對於執行吏。而制限其委任範圍。以與債務者對抗。則有肇紛亂之虞。換言之。即債務者。對於執達吏（執行機關）就其行爲而調查其權限範圍者。難免不生以爲口實而拒絕強制執行之弊也。更自他之方面思之。儻爲執行之後。因盜賊水火。而不能使債權者得執行之目的物。則債務者。濫用現已制限其委任範圍。以爲口實。而欲不再履行其義務。果如是。定非弊害耶。故曰「執達吏。如得有執行力之正本。即有爲執行行爲之全權。且債權者。對於債務者第三。者。不得主張委任之制限。或其欠缺。」此條蓋有以也。（第五三四條）苟取此規定。與前述之理由。對照觀之。則雖出於債務者之惡意。亦不得主張委任之欠缺及其制限也。

執達吏。更有因執行其職務而搜索債務者之住居、食庫、筐匣、或開其鎖鑰之權。債務者。不應執達吏之催告時。得以強制方法。搜索之。或開其鎖鑰。唯搜索住居。強開筐匣。

乃極重大之行爲。即憲法第二五條所不許者也。然債務者。至於受強制執行。而尙不應執達吏之催告者。往往有之。故謀執行手續之便宜。而與此權于執達吏者也。(第五二七條)

雖然。執達吏。對於第三者。則無上節之權利。詳言之。即雖第三者。隱匿債務者之財產。亦不得對於第三者。爲此行爲也。此因執行名義之効力。無當然及于第三者之故也。但第三者。不拒其占有物之提出。則亦可差押之。(第五六七條)是以第三者。對於開其所占有之筐匣。而無異議者。亦得與之。

執達吏。於必要時。得向債務者用威力。且於萬不得已時。得請兵援助。

以上。爲執達吏之職權。而亦有其不可不盡之義務。即遇關係人之請求。不可不示以有執行力之正本。茲所謂關係人者。第一、爲債務者。第二、爲債務者之代理人。第三、爲不拒物之提出之第三者。對於強制執行目的物。而有所有權及其他權利之第三者。則不包含在茲所謂第三者之中。

執達吏。對於強制執行之關係者。不可不使其閱覽執行記錄。且債務者。已盡義務時。

不可不以有執行力之正本及受取證書而交付之。但於一部義務履行之時。則交付受取證書。即爲已足。然此時。更須在執行力之正本上。記入已受取之字樣。(五三五條) 執達吏。在債務者本人及其長成之家族及雇人不在時。或在受債務者等之抵抗時。則須向無關係之成丁者二人。或市町村吏員一名。或警察吏員一名。請其立會。以爲證人。(第五二七條) 此證人之文字。與判斷訴訟之證據方法之證人。異其意義。蓋所謂立會人。單使之立會。而無使之宣誓之必要。再。執達吏。於日曜日及祝祭日。欲爲強制執行。必須得執行裁判所之許可。茲所謂祝祭日者。據法文所載。爲指大祝禮節、國祭日等而言者也。故一地方之祭日。不在其內。夜間欲爲執行。亦須得執行裁判所之許可。(五二九條)

夜間及日曜日祭日。欲爲強制執行。須得執行裁判所之許可。得此許可者。當由執達吏請求之也。爲執行行爲之際。其許可之命令。必須以之示債務者。雖債務者未請求。亦不可不示之。

最後之責務。乃爲第五四〇條所規定。即關於執行行爲。不可不作成調書是也。此

調書所決不可少之要件。已詳于法文中。茲略之。若執達吏違反此責務而不作強制執行調書。則其行爲。亦非全然無効。不過此種差押(執行行爲)有一點瑕瑾而已。對於此條。所當注意者。乃在調書作成之要件。蓋不具備要件之調書。爲全無効者。故調書之不具備要件者。與不作調書無異。再執行行爲之調書。爲適法者。在其成立後。因天災及其他事由。使此調書。歸于消滅。亦不以執行行爲爲無効。不以爲生瑕瑾也。以上。爲執達吏實施執行行爲時重要之職務。

關於強制執行之費用。當與爲強制執行。同時而取立之。故自一面觀之。職務。即執達吏之權利也。然強制執行之費用。債務者。僅負擔其必要之部分。(第五五四條)且當與爲強制執行之請求。同時而取立之。然則。強制執行之費用。與訴訟費用之分界。如何。曰。關於執行文付與之申請。及其以後所生之費用者。執行費用也。或以判決確定所要之證明之費用。亦屬於此。然因求判決確定之證明所要之費用。於法律上。不得謂之爲執行費用也。何則。判決確定之證明。然單爲強制執行起見而求之也。至於求執行文之目的。乃專爲欲爲強制執行故也。更有疑者。即假差押假處分之費用。得

爲強制執行之費用與否之一點。假差押及假處分。乃謀保全強制執行而爲之也。故得謂之爲強制執行之費用。唯多數學者。及今日實際之解釋。以假差押及假處分。屬于訴訟行爲。故其費用。亦不得謂之爲執行費用。

第五五四條所謂強制執行之必要費用。究指何者而言。即執達吏之手數料。執達吏之立替金。債權者立會於執行行爲時之旅費、日當金。及差押執行目的物時。特別所要之費用等是也。債權者之旅費、日當金。非必不可少者。債權者。雖有立會于執行行爲之權利。然非執達吏。以債權者之立會爲必要時。不得要求日當金及旅費。譬如。今有以物之引渡爲目的之執行時。而債務者。于家中。持有類似執行目的物之數種物品。其中何者爲執行目的物。他人所不可知。此時。必須債權者直接調查之。故于此時。得請求旅費日當金。

執行費用之取立。不必需執行文。何則。元來關於此費用。無執行名義者故也。然有時執行費用之執行名義。即以判決、公正證書、和解證書等之名義充之。是等名義。既爲關於執行費用之執行名義。則附隨于其名義之執行文。即爲關於執行費用之執行



文也。主執行名義。有不以金錢支拂及代替物給付爲目的者。在其時。其執行費用。得基于其主執行名義而爲執行否乎。予則以爲此時。亦不須執行名義。蓋執行費用。不要執行名義故也。反對論者。則謂強制執行費用。當與受強制執行。同時取立。(第五五四條) 請求。爲強制執行之原因。若其請求。爲有不得取立之性質者。則執行費用。不能獨取立也。云云。予意則反是。以爲此條所謂與受強制執行之請求同時云者。不過定其通常之手續。然謂若不同時。即不得取立也。果如論者所言。則主請求。不以金錢支拂及代替物給付爲目的時。即爲無執行費用之名義。而債權者。更當用許多手續。以謀得此名義。必至不以訴訟。不能得之。豈不甚不便哉。論者。又謂欲得此名義。不必費如此煩瑣之手續。照訴訟法第八四條。爲執行費用額確定之申請。基于其決定。而爲強制執行云云。殊不知此在日本民事訴訟法。非正當之解釋。何則。第八四條。乃關於訴訟費用(照在于裁判所之訴訟記錄而決定之費用)之規定也。而執行費用。爲在執達吏及其他執行機關之處所生者。故於受訴裁判所。不得計算之。此自實際之取扱上觀之。其區別甚明。今無可據之論文。而使受訴裁判所。爲執行費用之決定。

確定者。非正當之說。

## 第二款 裁判所

關於強制執行之裁判所。有種種。其重要者。即第五四三條之執行裁判所是也。其次即第一審之受訴裁判所。(七三三條)其次。即第五六一條之裁判所也。(即關於強制執行之異議。爲裁判之裁判所也。)

執行裁判所。爲主働機關時所掌之職務。如左。

一、關於債權及其他財產權之執行機關之職務。

二、關於不動產及船舶之執行機關之職務。

其爲補助機關時所掌之職務。甚多。其主要者。如左。

一、執達吏爲執行行爲。遇萬不得已時。向當該官廳。爲之請求兵力及其他之援助。

二、許可夜間日曜日祝祭日之執行行爲。

三、記名有價證券。既爲強制執行之目的物者。則換書(改寫)競買人之姓名。及使執達吏有換書時。爲必要之陳述之權。

四、止息融通之無記名證券。回復融通之時。使爲必要之陳述。

五、對於強制執行爲之方法之異議。或對於執達吏之職務之異議。而爲裁判。

在第一審受訴裁判所。其關於強制執行之職務。如下。

一、凡關於判決所確定之請求之異議之訴。皆歸其所裁判。

二、執行條件之事實。到來與否。關於此事之異議之訴。皆歸其所裁判。

三、凡相爭債務者之承繼人之異議之訴。皆爲其所裁判。

四、在外國爲強制執行時。囑託外國官廳。

裁判所以外之官廳。常爲補助機關而行動者也。其重大者。在對於軍人軍屬之強制執行時。則爲管轄之軍事裁判所及所屬長官及隊長。(五五六條)其次。因條約。對於本國裁判所。當爲法律上之共助之外國官廳是也。其次。即外國駐在之本國領事等是也。對於軍人軍屬之執行。則執行裁判所。得基于執行當事者之申請。而爲其執行行爲之囑託。在外國之執行。則由第一審受訴裁判所。以同上方法爲之。(五五六條五五七條)

在外國。以執行命令及公正證書。而欲爲強制執行時。須爲其囑託。爲囑託者。爲何裁判所乎。茲說明之。

執行命令。與公正證書同。皆無受訴裁判所也。蓋雖有發執行命令之裁判所。而無其受訴裁判所。至于公證書。則雖有作證書之公證人。而亦無其受訴裁判所也。故際於此時。第五六〇條之準用。苟參照第五六一條第五六二條。即可得其解答。蓋此當由發執行命令之裁判所。爲其囑託。若其請求。不屬於區裁判所之管轄。則由其管轄地方裁判所爲之。至公正證書之際。則由其公證人職務上之住居所屬之區裁判及地方裁判所爲之。

## 第二節 強制執行之關係者

強制執行之關係者云者。乃指強制執行之主働者及受働者。及有利害關係之第三者而言。其主働者及受働者。通常稱之謂強制執行之當事者。(自關係者之字義言之。則執行裁判所及執達吏。亦爲其關係之人。惟學者。於執行法上。不稱之爲關係者。而稱之爲強制執行之機關。)關係者。對於強制執行之義務權利。有與強制執行機

關所有之權利義務爲對等者。此觀前節所述者。自可明瞭。故不多述。

茲先就債權者言之。債權者。即強制執行之主働者也。債權者。關於強制執行。其法律上所有之地位。與在實際法上者無異。唯因實行其權利。而與強制執行機關。有關係之一點。比諸實際法上之地位。有所異耳。

債權者。在日本訴訟法上。其所有之權利。如下。

第一、有請求判決確定之證明書之權。此權、爲對於下判決之公機關所有者也。其請求之手續。通例、當對於第一審裁判所書記而爲之。其他、則爲第四九九條第二項、第三項所規定。若正當以行使其權利。而爲所拒絕。且其拒絕。爲不當者。則得基于第四六五條。而抗告。

第二、債權者。有在數處。用數法。而爲強制執行之權。是爲保護債權者起見。（第五二六條）且在數處用數法而爲執行之際。并得同時爲之。不同者亦可。既有此權。則債權者。更有請求數箇有執行力之正本之權。唯裁判長。認爲不當之請求。則可拒絕之。此權之結果。遂生數箇執行裁判所。

第三、有起執行交付與之訴之權。此爲第五二一條所規定。第一、即其判決之執行條件。繫于一種事實。而無證明其事實之書狀時也。第二、即欲爲執行者。係債權者之承繼人。或當受執行者。係債務者之一般承繼人。而無證明其事之證書時也。以上爲第五一八條第五一九條所規定。此時。以他種方法。證明執行條件之事實。或證明執行當事者之承繼者。皆爲法律所不許。必須證明書方可。例如。其事雖可以人證而證明之。然無證明書時。亦發生起訴之必要。

第四、對於執達吏。因其違背職務上之義務。致債權者生損害。則得請求其賠償。此已於執達吏之義務之節說明之。故略焉。

第五、對於強制執行。若債權者第三者。有異議之申立時。或對於執行名義之判決。彼等有原狀回復及再審之申立。或對於有假執行宣言之判決。彼等有故障及上訴。則均可立保證而繼續強制執行。此爲第五〇〇條、第五一二條、第五二二條、第五四四條、第五四七條所規定。

第六、對於在強制執行之手續而下之裁判。可爲即時抗告。是爲第五五八條所

規定)

以上、爲債權者訴訟法上所有之權利中之重要者。以下爲其義務。

第一、強制執行之開始時。不可不履行法定之條件。譬如判決之執行。繫於立保證之條件。則以證明書。證明已立保證。債權者之承繼人。爲執行時。及債務者之承繼人。受執行時。則以證明書。證明其承繼之事實等是也。

第二、債權者。在管轄其執行地之區裁判所之所在地。無住所及事務所。則應選定假住所。屆出于執行裁判所。如爲配當要求債權者。則當以假住所。屆出于執達吏。(第五一七條第五九〇條)債權者。所以須負此義務者。蓋強制執行之機關。對於執行。須通知債權者。及送達書類于債權者之時。可迅速以了其手續故耳。

(附言)不履行此義務。亦不得拒絕其強制執行。但通知及送達書類。皆付諸郵便。不問其到達與否。及何時到達。即以付諸郵便之時。爲已生法律上送達之効。(第一四二條第二項)

第三、強制執行之基本之債務名義。被廢棄、破毀時。則執達吏。所已取立之費用。當

由債權者返諸債務者。是爲第五五四條第二項所規定。實體法上。債權者。當然負其義務。本條所以特規定之者。其意以爲爲此辨濟。不必有對於債權者之直接執行名義也。換言之。即關於此事。債務者。不須更受對於債權者之判決。得求其費用之返還。形式上。此時之執行名義之物。即執達吏之受領證也。

第四、執行行名義既消滅之時。因辨濟而受領之物。不可不返還諸債務者。是爲實體法上之義務。而日本訴訟法上。更以之爲形式上之義務。(第五一〇條第二項)故附言于茲。

關於債務者之權利義務。

債務者。爲強制執行之受働者。即被強要履行義務之人。故關於履行。專有義務。而無權利。然執行手續上。有保護其利益之必要。故法律認爲有種種權利。茲述其權利。

第一、有申立強制執行之停止及取消之權。是爲第五〇〇條、第五一二條、第五二二條、第五四四條、第五四七條所規定。

第二、欲執行停止。而爲保證供託之時。有選擇裁判所之權。蓋在執行裁判所。或



在有普通裁判籍之地之區裁判所。皆可爲其保證供託。任其選擇也。

第二、申立異議之權。債務者。關於強制執行。有數種之異議權。後篇當詳論之。茲就其對於執行文付與。或關於已確定之請求。而申立之異議而言之。對於執行文付與。而申立異議。乃純然形式上之權利。而關於請求之異議之權。雖爲實體法上所有。但在日本訴訟法第五四五條、第五四六條等。亦認爲形式上之權利。

第四、因執達吏之行爲。受損害時。對之有求其賠償之權利。是亦爲實體法上所有者。而訴訟法第五三二條。則亦以爲一種形式上之權利。

第五、爲支拂及其他給付之時。對於執達吏。有請求受取證書之權利。民法第四八六條曰、「已履行義務之債務者。對於債權者。得求受取證書。」故實質上。對於債權者之代理人(即執達吏)得求受取證書。即民法之適用。與民法所規定對照之。則民事訴訟法。似無設此之必要。殊不知立法者。所以設此條者。一因此乃執行機關之執達吏所當爲之手續。一以明示債務者形式上之權利也。

債務者之義務。

第一、因求執行停止。則當立裁判所所命之保證。是爲第五〇〇條、第五二二條、第五四七條所規定。

第二、辨濟必要之強制執行之費用。是純然爲形式上之義務。（第五五四條第一項）

以上、爲主要之權利義務。此外尚有種種。

第三者之權利義務。

債權者債務者以外之第三者。有關係于強制執行之事者。實屬例外。蓋判決及其他執行名義。對於當事者以外之人。無効力故也。第六二條第四項。「第三者。已引受訴訟。則前爲債務之人。得脫離訴訟。其時對於引受訴訟之第三者之判決。對於前被告者。亦得執行之。」此時之所謂第三者。爲強制執行之受働者。故在強制執行時。彼非第三者矣。反是因對於債務者之強制執行之間接結果。而第三者受其損害。其事往往有之。例如以第三者之所有物。爲債務者之所有物。而爲強制執行。第三者。若任其所爲。則必至蒙損害。故法律以保護二者之故。與以干預強制執行之權。蓋即關於

強制執行之目的物。用訴之方式。而主張其異議之權利也。爲第五六條保所規定。所謂執行參加之權利是也。關於強制執行。有利害關係之第三者。尙有一種。即第五六五條所規定者也。詳言之。對於強制執行之目的物。而有物的擔保權之第三者是也。此第三者。雖不得妨碍其強制執行。而對於其賣得金。有求優先辨濟之權。若強制執行。爲關乎不動產時。則如第六四八條第二號所規定。登記簿中有記入之不動產上之權利者。在其執行手續中。有爲利害關係人之權利。又有他種類之第三者。即配當要求之債權者是也。此第三者。有二種類。即用有執行力之正本而要求配當者。及不用此正本而要求配當者是也。用有執行力之正本而要求配當者。有時代爲執行債權者。其他。在對於債權之強制執行時。被送達差押命令之第三債務者。及第六五〇條之第二取得者。第六六五條之競買人。第七〇三條之入札人。此等對於當事者。皆立于第三者之地位。

以上、第三者。其通有之權利之重要者。一爲對於執達吏。可求閱覽有執行力之正本。或閱覽執行記錄。及記錄之謄本。二、因執達吏之行爲。受損害之時。得求賠償是也。

第三者之義務。日本訴訟法中。無特爲規定者。唯在執行異議之訴時。有因執行停止之故。建立保證之義務。此其一例也。

### 第三章 關於強制執行之申立異議上訴

關於強制執行之申立云者。對於強制執行機關。請求其爲法律行爲之意思表示也。以廣義言之。則異議之爲物。亦可稱爲一種申立。日本訴訟法。則區別申立與異議而用之。其適例。爲第五四四條所規定。狹義之申立云者。即對於執行機關之新行爲。或對於執行機關之既爲行爲。而求其爲假處分之意思表示也。異議云者。以執行機關所既爲之行爲爲不當。而求其爲取消變更之意思表示也。

次舉申立與異議在法律上效果之異點。

第一 爲申立時。在訴訟法上。無特定之形式。易而言之。即爲申立時。或以口頭。或以書面皆可。用書面時。或以申立爲題。或以申請爲題。皆爲適法。在法律。固無規定之法式也。若異議。則不然。有必須以訴之形式爲之者。(第五四五條第五四六條第五四九條)其他。則不可不以抗告之方式爲之。

第二 印紙法之適用之差異。以抗告之方式爲之。則須貼用五拾錢之印紙。單純之申立。雖亦須貼用印紙。但以二十錢爲已足。

第三 裁判手續上之有差異。對於異議。無論何時。不可不下形式的裁判。對於申立。則不必與以形式的裁判。蓋其申立之採用及却下。執行機關。可以他方法爲之。

### 第一節 申立

受理申立之機關。爲受訴裁判所。執行裁判所。受訴裁判所之裁判長、或書記。(日本訴訟法)

對於裁判所書記。而爲申立之時。即求執行文付與之時也。第五一六條。曰、「有執行力之正本。由第一審裁判所之書記付與之。如訴訟。有關係于上級裁判所時。則由其裁判所之書記付與之。」即其例也。對於受訴裁判所。而爲申立者。即關於第五〇二條以下所載之事情。而爲假執行申立者。或在有原狀回復之訴時。或有再審之訴時。而爲求停止執行取消執行處分者是也。(五五〇〇條)第五四七條第五四九條之申立。亦其一例也。

對於裁判長。而爲申立者。即第五二二條第二項所規定者是也。

就向執行裁判所而爲申立者論之。蓋在強制執行規定中。其重大之申立。即於債務者死亡。而對於其遺產。欲爲強制執行之時。請選任特別代理人者。（第五五二條第五三條）及請向軍事裁判所。囑託其爲強制執行者。及對於動產之強制執行。而已過抗告時。請速對於執達吏發競賣之命令者是也。

有申立之權者。即債權者債務者第三者是也。第三者在何時。關於強制執行。有爲申立者乎。曰。如第五四九條所規定者即是。此即對於強制執行目的物。提起主張異議之訴。而求強制執行停止者之類。

第五四四條所規定之申立。甚屬難解。茲說明之。蓋法文在關於執行方法之申立。及關於執行時執達吏所應守之手續之申立。二者之間。存有區別。前者。在對於一目的物。而法律規定數多執行方法時。此時之選擇一種方法而申請其許可者是也。例如。關於不動產之強制執行。其換價之方法。通例爲競賣。然法律亦許其用入札拂之法。此時之請以入札拂代競賣者是也。由債務者之爲此種申立者。亦有之。例如對於債

務者所有之動產不動產。同時受執行時。債務者於二者中。對於其一。爲制限其強制執行之申立者。即此類之例也。後者例如在對於動產之強制執行時。或在差押物中有貴重物時。執達吏。有使鑑定人評定其債之義務。而債務者。欲在執達吏所選任者之外。欲更加一鑑定人。但須爲申立。此申立即是也。動產之差押與競賣。其間至少不得。不存七日之期間。此爲法律所定。而債權者。得請求短縮其期間。此種申立。亦其一也。第五四四條第二項。曰「因執達吏拒絕執行委任。或因應其委任而不實施其執行行爲時。及關於執達吏所計算之手數料。而有異議時。執行裁判所。有裁判之權。」學者對於此。或以爲此時之債權者之請求。非異議也。當照申立之形式。然日本訴訟法。於此種請求。規定其當以異議形式。若自其對於執行機關。而求新行爲之一點觀察之。此時之請求。謂之爲申立。或較爲穩當。但更自他一方觀之。則此種請求。乃欲取消執達吏所拒絕之處分。而更求新行爲者。故謂之爲異議亦可。日本訴訟法。以爲異議而規定之。

## 第二節 異議

強制執行之異議。自學理上分之爲四種。

第一 對於執行文付與之異議。

第二 關於執行機關之行爲之異議。更細別之。

(甲) 關於強制執行方法之異議。

(乙) 執行之際。關於執達吏所應守之手續之異議。

(丙) 對於執達吏委任拒絕之異議。

(丁) 執達吏既受委任。而拒絕其實施執行行爲。則對於其事。申立異議。

(戊) 關於執達吏所計算之手數之異議。

第三 關於請求之異議。

第四 關於強制執行目的物之異議。此第五四九條所規定者。學者所謂執行參加是也。

### 第一款 關於執行文付與之異議

此異議。其目的在攻擊付與不合法之執行文者也。學者多以此異議。分爲二種。一、爲



形式的異議。一、爲實質的異議。例如其判決中。無假執行之宣言者。或非由其管轄之書記付與以執行文者。或當適用第五二〇條第五二二條時。而無裁判長之許可。即行付與執行文者。則可申立異議。此等異議。即形式的異議之例也。無和解之能力者。在受訴裁判所。或在受命判事面前。而爲和解者。或無相當代理權者。而爲和解者。則可申立異議。此等異議。乃實質的異議之例也。茲所當注意者。即對於執行文之異議。專指對於執行文付與之異議而言。在拒絕執行文付與之時。不許爲對於執行文之異議也。當用關於抗告之一般所規定者。而爲不服之申立也。在證明書拒絕時。或在執行文拒絕時。對於受訴裁判所。有所不服。則其上訴之形式。當照通常抗告之方式乎。抑當照即時抗告之方式乎。對於此問。學說種種。少數者。以爲此抗告。非即時抗告。乃通常抗告也。其理由。則以爲關於強制執行。而得爲即時抗告者。限于以下二種。即執行裁判所所下之裁判。及在強制執行手續而下之裁判是也。然上所述之裁判。既非執行裁判所所下之裁判。亦非在強制執行之手續而下之裁判也。多數學者。則以爲此所述之裁判。即第五五八條所謂在強制執行手續而下之裁判也。蓋強制執行

之準備行爲。以廣義釋之。亦必當謂之爲執行行爲也。更明言之。蓋訴訟法上之行爲。分爲訴訟行爲與執行行爲二種。因爲強制執行。而爲直接準備之行爲。既不得稱爲訴訟行爲。則不可不稱爲執行行爲也。然則此等裁判。係關於執行準備行爲而爲之裁判。是以第五五八條所謂在執行手續而下之裁判。與上所述之裁判。頗相同也。此異議之目的。在求執行文之取消。異議之當事者。即債務者（執行之受働者）及其承繼人及債權者是也。在此異議時。債務者立於被告之地位。而被產管財人。爲破產手續之一公機關。則亦得爲異議之當事者。譬如破產手續開始中。關於破產財團。不許民事訴訟及強制執行。而民事債權者。得執行文而爲強制執行之時。則破產管財人。得申立異議。付與執行文之裁判所書記。及發執行文付與之命令之裁判所長。非此異議之相手方。

此異議之形式。其原則以抗告方式爲之。然有例外。即以訴之方式而申立異議者是也。觀于第五一八條第五一九條可知。蓋執行文之付與。若不適法。則在債務者地位之人。得以訴而主張其異議也。亦得以抗告而申立其異議也。（第五四六條）所以爲

此規定者。曰在第五一八條第五一九條。其異議之爭點。非僅形式上之問題。而涉于實質上之問題也。例如第五一八條第二項。曰判決之執行。繫于債權者履行一種條件與否。其時則須調查既履行其條件與否。此實體上之問題也。再表示于判決之債權承繼人。欲爲強制執行時。及對于表示于判決之債務承繼人。而欲爲執行時。(第五一九條)則亦不可不查其執行之主働者受働者。果爲承繼人與否。此亦實質上之問題也。法律於此等之時。豫想有調查種種錯雜證據之事。故許以訴而主張前之異議也。申立此異議者。若有選擇訴或抗告之權。則雖訴以申立異議。而受確定判決之後。尙可關于其請求。因他理由。而以執行文付與爲不當。再者異議之抗告也。申立異議而有裁判之後。亦尙可以訴而爭其請求也。此異議之裁判管轄。乃附與執行文之裁判所書記所屬之裁判所之專屬管轄也。(第五二二條)故因訴訟物價格之變更。雖百圓以上者。往往亦有爲區裁判所所管轄。雖百圓以下者。往往亦有爲地方裁判所所管轄也。關于此異議。在日本民事訴訟法。裁判所得爲假處分。命一時停止其強制執行。唯值令其執行之一時停止時。裁判所認爲相當者。則可令債務者立保證。

亦可不使立保證而命其停止也。爲此假處分。非必須有當事者之申立。裁判所可以職權而令之。

以訴而提起異議。其審理手續。與通常訴之時無所異。唯有一異點而已。即在判決裁判所。概須照其事件之性質。而發第五四七條所規定之各種命令。且必須載之于判決主文。此命令須區別爲二種。一、債務者（原告）勝訴時。尙未以假處分而命停止及取消其執行。則停止執行之字樣。當揭載于主文。若既以假處分而令執行停止。則認可其假處分上之命令之字樣。須揭載于主文。既使立保證而命其執行處分之取消時。則變更之。而單揭載停止之命令于判決主文可也。二、在債權者勝訴時。（即原告敗訴時）既已命其強制執行之停止。或命其一時停止。則取消其命令之字樣。揭載于判決主文。若既使立保證而令以續行時。則變爲無保證之續行命令。既命執行取消時。則取消其命令可也。此命令當附以假執行之宣言。

今以例解之。

債務者（原告）勝訴之時。

主 文

關於本件所發之執行文。即行取消。不許更爲強制執行。  
以假處分停止本件之強制執行。(第五四七條之命令)

前項之判決。得爲假執行。

從前若既命其一時停止。或既使立保證而命其強制執行之停止時。

主 文

關於本件所發之執行文。即行取消。不許更爲強制執行。

從前所下之假處分之命令。即行變更。且停止之本件之強制執行。

前項之判決。得爲假執行。

以上三例中。其第二項以下之假處分命令。爲遺脫于判決主文上時。得申立判決之補充。(第五〇八條)

在以抗告而爲之異議。裁判所得命其任意爲口頭辯論。換言之在必要之時。得命其口頭辯論。是即基于抗告總則所規定者也。蓋第四六二條(抗告裁判所。以不經口

頭辯論而爲裁判者爲通例。所規定。可適用於此。對於反對利害關係人。可通知既有抗告之事于彼。使其爲書面上之陳述。（但日本大審院最近判例。則與此異。凡關乎執行文付與之債務者之異議。因民事訴訟法第五二二條。無不經口頭辯論而逕可爲裁判之明文。故其裁判。必經口頭辯論云云。三四年四月大民二判。）照第五二一條。提起執行文付與之訴。而基于此訴。有執行文付與之判決時。對於其執行文。不許申立異議。所以爲此規定者。因在執行文付與之訴。其相手方（即被告）已有用其一切排斥執行文付與之請求之防禦方法之機會。故有執行文付與之判決時。作爲所有異議。皆已裁判。否則作爲主張異議原因之權。於相手方。既已拋盡。

#### 第二款 對於執行機關行爲之異議

（甲）關於執行方法之異議。此異議之原因。即執行機關之行爲也。換言之。執行機關行爲不法時。乃生此異議之原因也。例如。差押命令或競賣手續開始之決定。其要件有欠缺時。及執達吏差押禁差押之物時。皆屬是類。在爲強制執行時。執行機關。關於手續時。地所。目的物。而其行爲或其不行爲。若有違反法律規定之處。則其行爲或

其不行爲。即此種異議之原因也。例如違反第八五二條。或違反第五二九條。第五三〇條。第五七〇條者是也。上之定義。參照所舉各條。自可明瞭。

此異議之當事者。即債權者。債務者。第三者是也。債務者。爲強制執行之受働者。故不必更說明。債權者。在執達吏爲差押而不作差押調書時。或在差押後。求強制競賣。而執達吏以時期尙早而拒絕之時。或所差押之財產。不足以辨濟債權時。得申立此異議也。第三者。在執達吏爲執行手續時。視爲債務者本人。而差押其財產。或在債務者之居宅。差押第三者所有之物件。則得主張此異議也。但第三者。更得基于第五四九條。提起異議之訴(執行參加)也。

異議之目的所在(即異議之所請求者)者。在求執行行爲之全部或一部之取消也。異議之形式。當以抗告爲之。其要件。第一。須在強制執行既開始而未了時。蓋執行開始前。無爲異議之目的之執行行爲者也。而執行手續終了後。於手續上。無爲異議之實益也。第二。若對於執行裁判所之執行方法而爲異議時。則其方法。必須係終局決定者也。(蓋其方法。必須係不審訊當事者而發之命令也)對於此二要件。學說不同。

即對於執行裁判所之行爲之異議。當依訴訟法第五四四條而爲申立乎。抑依第五五八條而爲申立乎。此問題是也。第一說。以爲執行裁判所之行爲。爲強制執行方法。故與第五四四條一項前段所謂強制執行方法相當。是以當依第五四四條。如利害關係人。對於此有不服。則當依第五四四條而申立異議。對於其裁判。猶有不服時。始得依第五五八條而申立異議也。第二說曰。裁判所爲強制執行之方法。而下一種命令。其命令之性質。亦一裁判也。故依第五四三條。得不經口頭辯論而爲之。然則此執行裁判所之命令（廣義之決定。亦包含在內）得依第五五八條。爲即時抗告。更得依第五四四條爲抗告。蓋即一行爲而具有兩種之性質者也。在一面。爲強制執行方法。在他一面。爲在執行手續而下之裁判。有此二性質。故與第五四四條相當。與第五五八條亦相當。是則利害關係者。當申立不服之時。就此二方法中。得選擇其一。茲所當注意者。即在抗告。蓋依第五五八條與依第五四四條。其結果不同。其手續亦不同。蓋一爲對於下命令之裁判所而爲之。一爲對於執行裁判所而爲之。就其期間上。亦有區別兩者之實益云云。第三說。其第二要件。與前述相同。對於不審訊當事者而發



之執行裁判所之命令。則當依第五四四條而申立異議。對於此則直可爲即時抗告。反之審訊當事者。然後發命令。對於此命令。則無第五四四條而主張其異議之必要。換言之。無使發命令之執行機關再思之必要也。故得依第五五八條而爲即時抗告云云。關於此問題。判例無一般的解答。不過隨時與以判斷。例如。競落許可之決定。差押之決定等。作爲狹義的裁判。可依第五五八條而爲即時抗告者也。

(乙) 關於執達吏所當遵守之手續之異議。在執行之際。執達吏之所當遵守之手續。及執達吏所爲之執行方法。不可同一而視。執行方法。乃直接而生執行行爲之結果者。例如。差押、競賣是也。執達吏所當遵守之手續者。在實施其執行方法時所當盡之手續是也。或與執行方法之結果。無直接關係之行爲是也。例如第五六六條。曰「執達吏差押有體動產時。如得債權者之承諾。則得託債務者保管之。」若無債權者之承諾。而託債務者保管。其執行方法之結果。雖不蒙其影響。然亦違背所當遵守之規則者也。更例如。債務者。已完全履行其義務。執達吏當交付有執行力之正本于債務者。更當因其請求。而與以受取證也。(第五三五條)如執達吏。惰忽其事。雖與執行

方法之結果。無甚影響。而在執行之際。已屬違背所當遵守之手續也。第五三四條。亦其一例。即執達吏得有執行力之正本。而有關係人之請求。則不可不示之也。于此時。若拒絕之。蓋雖有債權者之請求。亦不示以正本而為執行。則因其行為之結果。債權者或至受其損失。故在此時。關於遵守手續之異議。亦得申立之。更有尚須附言者。學者或謂為第五四四條二項所規定。若有委任拒絕。手數料計算不當時。可申立關於執行方法之異議云云。其解釋殊非正確。若以此為即前述之異議。則第五四四條之一項與二項。無分別設立之必要。故執行委任之拒絕。或不當之手數料計算。非執行方法。在日本法律。作此解者。方為至當。不然。則無設第五四四條第二項之必要。且執行委任之拒絕。及手數料之不當計算。皆于執行方法自體。無甚關係。試與法文對照。此見解之正當。自可明析。

此異議之目的。在求執達吏行為之更正。其當事者。即債權者、債務者、及第三者也。此異議亦與前同。當以抗告之方式而提起者也。

(丙) 關於委任之拒絕。執行實施之拒絕。不當手數料計算之異議。此等異議。如前

述之關於強制執行方法之異議。法律同樣規定其手續者也。此異議之目的。第一、在使執達吏受該委任。第二、在速使其執行實施。第三、在使手數料之計算更正。玆所謂手數料。究包含執達吏之立替金與否。是一問題。據執達吏規則等觀之。則分別立替金與手數料。蓋立替金。爲執達吏爲執行行爲之際所費之必需費用。手數料。爲對於執達吏之報酬也。雖法文僅規定手數料。然斟酌立法之精神。則以爲立替金在外者。殊非正當之見解。對照日本訴訟法之母法(德國法)而可知。關於立替金之計算之異議。法律所以不規定之者。理由亦無從發見也。

此異議之當事者。即債務者、債權者是也。

玆更概括言之。蓋以上多數異議。常爲執行裁判所所管轄也。執行裁判所。在有此異議之申立時。得發假命令。(即假處分之行爲)發假命令。當依前所說明之第五二二條之規定。

### 第三款 關於請求之異議

關於請求之異議。凡五種。

第一 關於因判決而確定之請求之異議。

第二 關於得執行命令之請求之異議。

第三 關於因和解而終局之請求之異議。

第四 關於因公正證書而有執行之請求之異議。

第五 關於因得用抗告以申立不服之裁判而確定之請求之異議。此即在訴訟費用額確定決定之際者也。但非皆如是。蓋原告取下訴。而被告負費用支拂之義務者。或被告認諾其請求。不受判決。而即行終了其訴訟時。而有費用額確定之決定者。此時始得用此請求之名義。

關於請求之異議凡五。其異議之原因有種種。即請求自身。既已消滅者。或其請求。非可許強制執行者。或其請求。對於債務者。非即有効力者是也。至若對於其請求。既已履行。或一旦有其請求。而俟有判決後。既有和解。或於判決後。既有解除條件之到來。免除、相殺。或在判決和解執行命令後。而更有履行延期之契約。或執行名義成立後。因法律變更。遂至不許其爲所命之強制履行。此皆其例也。茲有一疑問。即對於代表

者所下之判決。而差押代表者自身之財產。或非債務者。而視作債務者。以差押其財產。或不拘相續之有限定承認。而差押其固有財產。此時當主張如何之異議乎。此疑問之解決。因其執行方法之如何而異。例如對於承繼人。欲爲強制執行。則在執行文上。無承繼人之表示。而執爲之者。則其承繼人。與第三者無異。得依第五四九條而申立異議也。反之。承繼人。於執行文上。雖表示其爲有限定承認者。而對於其固有財產。竟爲強制競行。則自一面觀之。爲債務者。得依第五四四條而申立異議。更因其爲有限定承認之故。就其固有財產而觀之。則當以爲在第三者之地位。得依第五四九條而主張異議者也。

此異議之目的。或在求不許其爲強制執行。或在求取消既爲之執行。而非在求其廢滅執行名義自身者也。其目的。更有在求返還債務者因強制履行而給付之物。是從第五一〇條所規定之精神而推測之。自可明瞭者也。

此異議。當以訴之形式爲之。其訴成立之要件。第一、須于口頭辯論終結後。或和解完結後。或執行命令送達後。始生異議之原因者。在闕席判決。則須不得以故障而主張

異議之理由者。即於故障期間內。不能主張此異議者是也。此要件若以判決爲主而說明之。即在有一審判決之確定時。或在有假執行宣言時。則須在一審判決基本之最終口頭辯論終結後。始生異議之原因者。再在二審判決無上告申立而確定之時。則須在二審判決基本之口頭辯論終結後。始生其原因者。再就在上告審所言渡之判決論之。關於其強制執行之異議。則於緊接第二審判決之口頭辯論（第二審判決之基本之最終口頭辯論）之終結後。始生其原因者。若再審之訴。爲適法時。則須在其判決之基本之口頭辯論終結後。始生此原因者。若再審之訴。爲不適法時。則須在最終口頭辯論（此口頭辯論者。爲用再審之訴而攻擊之判決之基本者也。）之終結後。始生此原因者。故在口頭辯論終結前發生之原因。不能以之主張異議。雖當事者。於口頭辯論終結後。知其異議之成立。亦不得主張之是也。然債務者。得提起控訴。以妨害判決之確定時。或得申立故障。以傾覆闕席判決時。則異議之原因。即生于口頭辯論終結後。亦得提起此訴。蓋此爲適法者也。第二之要件。則須於強制執行終結前。爲此異議是也。蓋於終結後。在手續上。無使主張執行之異議之實益也。然不必

須於強制執行開始後。蓋以此異議之訴。其目的之一。在求不可許爲強制執行之字樣之言渡也。換言之。蓋此異議之訴。不局限于執行處分之異議也。然提起控訴後所起之異議之訴。爲不適法。若提起異議之訴後。而提起控訴。則前之異議之訴。爲不適法也。何則。蓋控訴原來於異議之原因無所制限。故雖在一審判決基本之口頭辯論終結後。異議原因。在控訴亦得主張之。例如受一審判決後。雖失相殺之原因。而在控訴。亦得主張之是也。唯有控訴之提起後。則因異議之訴。當失其實益。故以之爲不適法。

其審理手續。與通常之訴無異。唯有一制限之規定。即債務者。有許多異議者。不可不同時主張之是也。例如。於一審判決前。或於其後。生相殺之原因。或生免除之原因。則不可不同時主張此二者是也。然債務者。疏明其非過失而不能同待主張之故。則許其提出之。如訴狀上。揭載免除之原因。而於權利拘束之發生後。生相殺之原因。則後之原因。亦得提出。此其例也。更當注意者。此異議之原因。非當限于異議之訴。例如。爲執行文付與之訴之抗辯。亦得主張此原因也。

當事者。爲何人手。蓋此異議之訴。僅債務者得起之也。其對手之人。爲債權者。其在此訴。得請求作爲假處分而發假命令也。

#### 第四款 執行參加（關於強制執行目的物之異議）

執行參加。爲民事訴訟法五四九條所規定。其定義如左。

執行參加云者。執行當事者以外之第三者。對於爲強制執行目的之物件。主張其所有權。及妨得其物之引渡、讓渡之權。而求排除其強制執行。或交付其目的物。或確認其權利。而起之訴也。

凡執行機關。於其職務上。當無濫施執行行爲之事。如差押非債務者之物等。實屬稀有之例。似可不必另設此規定。殊不知在日本訴訟法。執行機關。爲執行行爲時。其差押之物。實質究屬於債務者否。無須調查。但以形式的調查爲已足。故債務者所占之物。即視作爲債務者所有之物。而差押之。如是。則差押第三者所有之物。豈可云稀有。此所以必設此規定也。學者或對於執行參加。與以讓渡妨止之名稱。苟如是。則基于所有於以外之權利而爲執行行爲之時。不能說明之。故此名爲不當也。



(一) 異議之原因、此即第三者所有之物權及債權是也。

(甲) 物權、此爲其中必要者。其中實例屢有之者。所有權是也。爲以第三者之所有物。作爲債務者之所有物。而差押之時。第三者得基于自己之所有權。而起此異議之訴。若第三者。以其所有權。爲債務者供擔保之時。則不得主張此異議。茲先就動產言之。若第三者之動產。而爲債務者所占有。則因民法第一七八條之規定。多可能貫徹其異議之主張。因借貸、使用借貸、寄託等。而爲債務者所占有者。則得主張其義異。此至明之理也。但往往有一種實例。即第三者與債務者同居時。執達吏以第三者所有物爲債務者之所有物。而差押之者是也。此時其物非債務者所占有之第三者之物。故第三者得依第五四九條主張異議也。茲更就不動產言之。如第三者。對於執行目的物。主張其有所有權。而無登記者。亦不得貫徹此異議之主張也。然以所有權爲原因。而主張異議。其目的未必盡在求其物全部之引渡者也。第三者依本條而主張異議者。不但限于所有權。即主張他種物權亦可。例如占有權、及其他永小作權、地役權、地上權等。亦可爲執行參加之原因也。

(乙) 債權 以債權爲原因，而主張此異議者，實際上不多也。如設定質借權之時，生此異議之原因者，其一例也。蓋既登記質借權而蔑視之，對於其目的物，欲爲強制執行，則第三者得主張異議也。

更舉他例以言之。譬如家屋賃借人，對於其家屋，而因強制執行，迫令退出其家屋時，亦如之。在強制執行目的物而有債權時，亦生執行參加之事也。例如第三者，自債務者，讓受債權，債務者之原債權者，對於此債權而爲差押者是也。差押者，對於第二債務者，因送達差押命令，而生效力，故在送達以前，讓受債權之第三者，得依第五四九條，主張異議也。

執行參加種類中，第五六五條所規定者，乃其一種也。即對於強制執行目的物，有擔保權之第三者，所主張之異議也。即基于先取特權質權、抵當權之異議是也。此異議不得妨止執行目的物之差押、換價，不過對於賣却其物之代金，得因求優先之辨濟，而主張異議也。蓋此異議，非對於執行目的物之直接異議，乃對於其賣卻代金之異議也。

附言 留置權者得依第五六五條主張異議乎。曰否。留置權者對於其留置物之代價可無優先權者。故不得主張異議。唯其留置物被取上時。(即其留置物之占有因不法而被奪之時)則得依第五四四條爲抗告。或依第五四九條爲異議之訴而已。

(二)異議之目的。此即在此種異議時爲一定之申立而主張之事項也。故異議之原因在于物權。則其目的在求排除強制執行。或交付其目的物。確認其權利是也。如此異議有効而提起之後。生差押物之競賣。則其申立擴張對於債權者。得求損害賠償也。如異議之原因在于擔保權。則其目的在求以競賣代金優先辨濟之而已。異議之原因在債權。則其目的純然與物權同一。(例如賃借權)

(三)異議之當事者。此異議之當事者之一方。(原告)即第三者是也。但限于對於強制執行目的物。有所有權。及他之妨碍物之讓渡引渡之權者。其一方。(被告)即差押債權者是也。差押之後。申請配當要求之第三者。則亦可作爲債權者。而以爲被告。如債務者對於主張異議之第三者之權利。主張與之相反之權利其異議。而無正當

之理由。則此債務者。亦可爲被告也。

民事訴訟法五四九條一次後段。曰「於債務者之異議非正當之時。第三者得對於債務者債權者。而主張此異議。」第二項。曰「對於債權者債務者。起上述之訴。則名爲共同被告。學者。或謂以債權債務二人。爲共同被告。則其訴訟。爲必要的共同訴訟也。何則。蓋僅對於其一人。不能到達第三者之目的故也。申其意而言之。蓋在此時。若第三者。對於債務者。不能對抗自己權利。則對於差押債權者。亦無可得對抗之理由。若對於債權者。不得對抗。則對於債務者。亦無對抗之理由。故此訴爲必要的共通訴訟也。今就此異議之性質而分析之。蓋對於債權者時。則爲訴訟法上之訴。對於債務者時。則爲實體法上之訴也。此異議之目的。在關於強制執行目的物。欲排除債權者所申請之執行處分及執行行爲。故謂之爲訴訟法上之訴。對於債務者時。則第三者之目的。在求確定其實體上之權利。且引渡其目的物于自己。或對於其目的物而禁其施妨害第三者權利之行爲。故謂之爲實體法上之訴。若債權者及債務者。爲共同被告時。自對於債權者之訴之方面觀之。則債務者。有從參加人之性質。自對於債

務者之訴之方面觀之。則債權者。有從參加人之性質。故關於第五四九條之訴。學理上大有批難。蓋共同被告中。對於其各個人。原告之請求之原因及事情。有所不同。因而其請求之目的亦異也。對於債權者(被告之一人)之請求原因。在對於第三者所有物之不當而差押也。即在債權者。以差押之行爲。而侵害第三者之權利也。(訴之成立要件)至對於債務者(被告之一人)之原告之請求原因。乃在債務者之不履行其義務。及與差押債權者不同之他不法行爲也。是即其原因之差異。就目的言之。有對於差押債權者。止求其執行之排除者也。然在此時。對於債務者。其目的。亦在求其目的物給付或確認。而絕對非在求其執行之排除也。何則。強制執行。非債務者所爲之物之故也。若是則就訴之性質而分析之。此條與第五〇條(規定必要的共同訴訟者)不相當。雖然。於第五四九條第二項。有「債務者債權者爲共同被告」之規定。故此當謂之爲特種之必要的共同訴訟也。

在提起第五四九條之訴。以債權者爲被告之時。而債務者。基于第五四五條。提起關於請求之異議訴。則僅對於此訴之提起。其執行參加之原告。不得以債務者爲共同

被告也。何則。蓋債務之異議。所以爭債權者之請求。而非爭第三者（執行參加之原告）之對於執行目的物之權利者也。

茲當注意者在此。蓋起執行參加之訴。而以差押債權者債務者爲共同被告時。他之第三者。更得起主參加之訴是也。此時主參加之被告。即執行參加之原告及債權者債務者之三人是也。主參加之原告。對於此被告三人。其法律關係。皆有確定之性質。故當適用第五〇條。

（四）得提起訴之時期。第五四九條之訴。自強制執行開始起。至其執行終了止。皆可提起。蓋在強制執行開始前。害執行參加原告之權利之事實不發生。而在其終了。則無許特別訴訟手續之必要故也。

以上所述。約而言之。大凡執行參加之訴。其成立之要件。共三種。（一）原告之第三者。對於強制執行目的物。必須有所有權及其他妨碍其物之引渡讓渡之權利者。（二）執行債權者。必須常爲其被告。（三）必須于強制執行之繼續中爲之是也。

（五）裁判管轄。此裁判管轄。因執行目的物之價格而異。或專屬於強制執行地之地

方裁判所。或專屬于其區裁判所。第三者。得併用此訴及第五四四條之抗告。或謂依第四九條而開訴之道。則無依第四四條以抗告申立不服之必要云云。殊不知以抗告爲之。與以訴爲之。其目的不同。蓋第五四四條之抗告。僅以執行方法爲不當。而第五四九條之訴。乃在求執行全部之排除。而同時又使確認其自己之實體的權利。因其目的各異。故得兩立也。

(六)假處分 有第五四九條之異議訴時。裁判所亦得作爲假處分而發假命令也。第五四九條之規定。有曰、「強制執行之停止。及既爲之執行處分之取消。得準用第五四七條第五四八條之規定。」更曰、「假處分方法之一種。有取消其執行處分。而得不使立保證以爲之者。」作爲假處分而命強制執行之停止。有二要件。其一、爲就其訴之原因之事實而疏明之者。其二、爲其訴似有法律上之理由者。強制執行之取消。亦須具備同一之條件。

第五六五條之異議。即作爲假處分而令其賣得金之供託者也。

第五四九條假處分所要之要件。及第五四五條假處分所要之要件。若比較論之。則

有以下之差異。蓋左第五四五條之訴。其執行處分之取消。以使其立保證爲必要。然在第五四九條。則不使立保證而速許執行處分之取消也。有此差異之理由者。蓋債務者之異議。往往有徒主張其苦情。以謀害債權者之事實。故不使立保證。則不許取消其執行處分。至若第三者。對於執行目的物。主張異議。則出于謀害債權者之意思者甚少。故無使立保證之要。若執行處分之取消。必須立保證而後可。則第三者。因不能立保證。遂至失自己所有物。萬一執行機關。真爲不當之行爲。則第三者。因此而受非常之損害。且第三者。較之債務者。當厚爲保護。所以不使立保證者。不過此趣意而已。第五六五條之假處分。在執行目的物之賣卻代金之供託也。此異議皆以訴爲之。故其裁判。亦當以判決。其審理手續證據調查等。與通常之訴無所異。唯於判決主文。須揭載第五四八條所規定之宣言。此其與通常之訴不同之點也。

茲就執行參加與主參加言之。其區別之要點如左。兩者自對於執行當事者爲請求之點觀之。似甚相似。然決不可混同者也。其差異之重要者。

第一 執行參加。對於執行當事者雙方。不以皆作爲被告者爲要件。而主參加。則



對於執行當事者雙方。常須作爲被告而以爲其要件也。

第二 主參加訴訟之原因。及其目的物。不限定于財產權。而執行參加。則其原因及目的物。必須常爲財產權上者也。

第三 主參加訴訟之管轄。常在本訴訟裁判所。而執行參加。則隨其訴訟物之價格。或爲執行裁判所所管轄。或爲地方裁判所所管轄。

第四 提起主參加。必須於他人間。有既爲權利拘束之訴訟之事。而執行參加。則提起訴訟時。不必以有既爲權利拘束之訴訟爲要件。蓋執行參加之爲物。當于強制執行手續中爲之者也。

第五 執行參加。僅以債權者爲被告。則其性質。爲訴訟法上之訴也。而主參加。則爲實體法之訴。此兩者根本之差異也。

### 第三節 上訴

強制執行手續。其上訴方法。爲即時抗告、控訴、上告、即時抗告者。對於裁判所之關於強制執行手續之決定時。乃許爲之。其論據。在于第五五八條也。第五四三條三項。曰

「執行裁判所之裁判。可不經口頭辯論而爲之。故對於執行裁判所之裁判。當以即時抗告而申立其不服者也。然對於裁判所書記之處分（例如不當之執行文付與等）及執行吏之執行行爲。則不得爲即時抗告者也。蓋以此等物。非所謂裁判者之故也。故對於此等處分及行爲。而有不服。則向書記所屬之裁判所。或執行裁判所。得申立異議。關於此異議。對於裁判所所下之裁判。若有不服時。則爲即時抗告。至對於執行裁判所之執行方法之命令（如債權差押命令或取立命令）則限于既審訊當事者而發此等命令之時。許其爲即時抗告。蓋既審訊當事者之時。所謂終局決定者是也。故直得而爲上訴也。即時抗告。爲對於強制執行手續之裁判之攻擊方法。故對於有準備手續之性質之裁判。則不得爲之也。即時抗告。當照第四六六條爲之者。無待論也。對於強制執行之手續。則俟以判決而爲裁判之後。（例如對於第五四五條或第五四六條或第五四九條或第五六五條之各異議。而既有裁判之時是也。）得以控訴而申立不服者也。

關於以上之事。有一問題。例如。法律命其當以決定爲裁判之際。而以判決爲裁判時。

又如法律令其當以判決爲裁判之際。而以決定爲裁判時。則對於此之上訴形式。當依爲其攻擊之目的之裁判形式而定乎。抑當依關於其裁判形式之法律規定而定乎。此問題也。甲說曰。當以決定爲裁判之際。而以判決爲裁判時。其裁判。則作爲形式上判決。而有効力者也。故想像其既確定之際。雖其裁判之手續。爲違法者。亦不可不視爲判決而遵奉之也。是攻擊之方法。當以控訴之方法。若反對之際。則當以抗告而攻擊之也。於第一例所述之際。控訴裁判所。當依第四二二三條。廢棄原裁判。而差戾之于原裁判所。於第二例所述之際。則抗告裁判所。當以訴訟手續違背之理由。而廢棄原裁判。更命原裁判所爲適當之裁判也。但在第二例。其事件。因不與第四五五條或第五四三條相當。有作爲不適當之抗告而棄却之事。此日本法律之規定上。不得已之處。而亦法律不備之處也。乙說則曰。當以決定爲裁判之際。而以判決爲裁判者。當以判決爲裁判之際。而以決定爲裁判者。此兩者。不過裁判之名稱不同。其裁判之本性。(即形式上之性質)在前者。則爲決定。在後者。則爲判決也。故在前者。當以即時抗告而中立不服。在後者。則當以控訴(或上告)而中立不服也。蓋裁判之形式上之性

質。乃因法律規定而定者。非因裁判所所爲之違法行爲而定者也。是以在後者。譬如雖不盡口頭辯論之手續。而已爲裁判。然其裁判本質。亦不妨謂之爲不經口頭辯論而下之判決也。若從甲說。則其裁判。苟不揭判決或決定之表題。而單揭判斷之表題。則必以其在形式上。既非決定。又非判決之故。而對於此。不許其爲上訴。此必然之論結也。果如論者所言。則以其與第五四三條第五五八條第四五五條爲不相當者。遂使言渡于判斷之表題下之不當之裁判。無上訴之道。而至于被確定矣。是爲反乎立法者之精神。乙說實屬正當。

#### 第四章 強制執行之停止及制限

強制執行之停止。在日本訴訟法上。有二意義。其一、停止云者。止息執行之續行。而維持既生之執行處分者之謂也。學者便宜上。冠以休止之名。其二則取消既生之執行處分。而不爲其後之續行之謂也。第二意義之停止之文字。日本強制執行之規定上。爲一專門語。就以上所述之停止之發生言之。凡分因裁判而停止及因執行機關之行爲而停止之二者。前者。爲第五五〇條所規定。其裁判。凡六種。其一、爲有取消執行

名義之判決。及其外執行名義之執行力之裁判。其二、爲有取消假執行之字樣之同上之裁判。其三、爲宣言不許強制執行之同上之裁判。其四、爲有停止其執行名義之執行之字樣之同上裁判。其五、爲命執行之一時停止之同上裁判。而爲命取消從前之執行爲者。其六、爲命執行處分之一時停止之同上裁判。而不命取消從前之執行爲者也。例如、附與假執行之宣言之判決全部被廢棄而確定之際。執行名義已不存在。故既爲之執行處分。亦不可不取消之也。此例在再審之際。蓋往往有之。對于附與假執行之宣言之判決。上級裁判所。有僅取消其中假執行之一點。而爲裁判時。(第五一〇條第五一一條)則既爲之執行處分。亦當與前同樣而取消之也。其理由。蓋執行名義之執行力。既已消滅。而與前不同者也。既有關於請求之異議。而尙未着手強制執行以前。若以其異議爲有理由。而下不許執行之裁判。則不得着手于強制執行也。爲第五四七條之假處分之後。於本案之裁判。有停止強制執行之字樣之宣言。則既爲之執行處分。亦當取消之也。其他如保持以前所爲之執行行爲之結果。而停止以後之續行之際。(此即第五〇〇條、第五一二條、第五二二條、第五四七

條所載之作爲假處分而下裁判之際也。及在一定時期之間。停止執行名義之効力之際。亦然。

因裁判以外之原因而停止者。有四。其一。即因對於強制執行之機關。謀免執行。而提出有既立保證之字樣之公正證明書時（生于第五〇五條所規定之事情也）。其二。謀免執行。而提出有既爲供託之字樣之證明書之際是也。玆就立保證爲供託兩者之區別言之。立保證云者。因充不能執行之際之賠償。而供託金錢及有價證券等是也。爲供託云者。供託執行目的物之謂也。蓋供託執行目的物。與供託此外之物。二者不同。此即立保證與爲供託之區別也。其二。有許爲執行之判決後。債務者提出。已辨濟于債權者之字樣之證書時。其四。有判決後。債權者提出有已承諾義務履行之猶豫之字樣之證明書時。是也。

於以上諸者之中。若以裁判及其他公正之證書。而證明當爲停止執行之原因時。則執行機關。必須爲其停止。而于其停止之時。既爲之執行處分。亦不可不取消之。若以不公正之證書。而證明停止之原因時。則執行機關。得不爲其停止。而以職權。決其應

停止與否。第五〇條。有執行之制限之文字。其文字之意義。蓋指執行之一部停止而言者也。(部分的停止)就其停止之効力。約而言之。蓋非一時之停止者。乃使既爲之執行之効力全部消滅者也。故差押後。就其目的物。有讓受債務者之所有權之人時。於其上。有取得物權之人時。而生此停止之際。則債權者。對於此等物權。雖其後爲再差押時。亦不得主張其有優先之權也。在一時之停止時。則既爲之執行處分。仍有効而存在者也。故兩停止。不生同樣之結果也。

#### 第五章 關於強制執行之保證供託及費用

茲所謂保證云者。執行當事者。或第三者。對於相手方。以爲將生之損害之擔保。而供與之物之謂也。此當事者之文字。乃包含依第五四九條而起異議之訴之人而言。應立此保證之際。即第五〇〇條第五〇五條第五一二條第五四七條是也。或自債務者立之。或自債權者立之。若第三者立保證者。則在第五四九條之異議訴也。其保證之種類。及其數額。當從第八七條之規定。在第七四一條第七四五條第七四七條之際。則得由裁判所之意見。自由定之也。立保證之地所。則如第五三條之規定。當于執

行裁判所爲之。或在保證義務者之有普通裁判籍之地之區裁判所爲之。供託爲執行目的物之供託。而規定于第五〇五條二項及六〇七條等也。

強制執行之費用云者。因執行實施而生之費用。及因執行準備而要之費用之謂也。所謂執行準備者。指執行文付與之申請者而言。其費用。如印紙代金。及因申請而出頭之旅費日費等是也。實施所費之費用。即執達吏之手數料。及差押物保管之費用等是也。若起異議之訴時。則關於其訴之費用。雖生于強制執行手續中。亦不可不謂之爲訴訟費用。關乎此執行費用。而爲強制執行。則不必要執行名義。蓋其關於請求之執行名義。即爲執行費用之執行名義也。故不如訴訟費用之必申請裁判所。而后得費用額確定之決定也。在此費用。不必經若是之手續。逕得而取立之也。其論據。在第五五四條。其法文曰。「強制執行之費用。限于其必要之部分。歸于債務者之負擔。且此費用。當與受強制執行之請求。同時而取立之。」蓋此條。以表明不須費用額確定決定之故。是以若此規定之。判決及其他強制執行之名義。若廢棄及破毀時。則既取立之強制執行費用。當辨濟于債務者。此同條二項所規定者也。若債權者。任意不



民事訴訟法(第六編) 總論 第五章 關於強制執行之保證供託及費用 一一〇

爲辨濟。則債務者。於第五一〇條第二項之際。得基于廢棄破毀執行名義之判決。而逕爲強制執行。然在其他之際。則不可不得執行名義也。

## 各論

### 第一部 對於金錢債權之強制執行

#### 第一章 對於動產之強制執行

##### 第一節 通則

日本訴訟法所謂動產者。非專指有體物而言。即債權及其他之財產權。亦包含在內。對於動產之強制執行方法。以差押爲之。說明其原則。當先說明差押之爲何物。執行機關。照法律規定。而對於執行目的物。施行一種處分。其處分之結果。在禁債務者之處分。其在通常。則爲債權者生配當辨濟之効力。在特別之際。則使債權者有能得優先辨濟之効力。其處分。即差押之謂也。

差押之制限。差押之制限。爲第五六四條所規定。蓋差押之物。對於有執行力之正本上所揭載之請求。足以辨濟之。對於執行之費用。足以償還之。此外不得波及。差押之制限。即此之謂。此蓋出于保護債務者之趣旨。即欲使債務者。於其範圍外。不生苦

痛者是也。茲說明此制限適用之時際。先就有體動產言之。譬如，茲有二箇有體動產。以其一箇有體動產之價。足以辨償債權者。則執達吏。不得差押其他有體動產。然則有二箇有體動產。一爲高價。一爲低價。若其低價之有體動產。得以辨濟。則不得措之。而差押其高價之有體動產。然不得以所差押之價額。超過債權額之數。而妨止差押。唯有所疑者。即對於債權之此規定之適用也。債權云者。通常有一定之金額。故基于五十圓之債權。而欲差押百圓之物時。則當分割之。僅得差押五十圓。因是之故。遂于五第六四條規定之適用。起一疑問。即于此時。逕得差押百圓全部與否是也。日本訴訟法之解釋。則可謂之爲得差押百圓全部。其論據。存于第二〇二條。蓋其條。爲規定債務者有申出差押額制限之權者也。若於一箇債權中。在執行原因之債權額之限度。而爲差押。則當適用此條之機會。必不可見。觀乎此條之所以制限差押債權額者。可以知在日本訴訟法。許差押價格多于執行原因之債權額之一箇債權之全部也。債權者。更於執行目的之債權中。有專限于一部分。而爲差押之權利。故對於甲乙二箇之權利。得兩分其執行原因之債權額。而爲各部分相當之差押。例如。基于百圓之

債權。分爲二箇。則各得五十圓。因此二個債權。得各差押其二十五圓。然不平等配分。亦可。但若此兩分之。而僅差押其部分時。則不當受第二〇二條之適用。蓋因他債權者之申立。而差押債權者得優先權。則其結果如何乃。第六〇二條所規定。然差押債權者。因自己之行爲。而生優先權者。非所規定也。但對乎連帶債務者。其差押額之限度。乃對於各債務者而定。非合全債務者而定之者也。

差押之禁止 此爲債務者。雖有財產。亦不能爲差押者也。乃屬於第五六四條所規定。蓋其所欲差押之目的物。雖換價之後。僅可償強制執行之費用。而無剩餘之望時。不得爲差押者也。其理由。以此等時際。即爲差押。亦不能使債權者滿足。所謂仍不能達執行之目的者也。然此種禁止。不過有一時之性質。若其後。債務者。有十分資力。仍不妨再施執行。此第二之執行。可視作第一執行之繼續。故于第一執行之際。不受辨濟之執行費用。在第二執行之際。仍得取立之。

第三者。對於強制執行之權利。 第三者。占有強制執行之目的物。且對於此。有物上擔保權。則得妨止對於其物之強制執行。例爲留置權者。質權者。是也。此等物權者。就

其擔保物。而受差押時。則對於其事。得依第五四四條。或依五四九條。而主張異議也。若此外之擔保者。(即不占有目的物之第三者)則不得妨止差押。然對於其擔保物之賣却代金。得求優先辨濟。其形式。當以訴也。關於此訴。得作爲假處分。而求賣得金之供託。關於此假處分之申立。則當準用第五四七條及第五四八條之規定。

第五四七條之規定。當於如何之範圍。準用之乎。茲有二點。

第一點在此訴之原告。當向受訴裁判所。爲其申立。若於急迫之際。則向執行裁判所爲之。對於此申立之裁判。得不經口頭辯論而爲之。若急迫之際。則受訴裁判所之裁判長得爲之。

第二點。以假處分之申立。爲有理由之時。裁判所。得命其供託賣得金。或使立保證人。第五四八條。于如何之範圍。而準用之乎。曰。在對於此訴而爲判決之時。欲作爲假處分。而取消認可其既發之命令之際。則可準用之。蓋以原告之請求。爲相當。則揭載認可其命之字樣于判決主文。若以原告之請求。爲不當。則揭載取消其命之字樣于判

決主文。然則此條有變更之準用否乎。曰。此難確定。但以意度之。在既有使立保證而命供託其賣得金之假處分時。而在對於訴之裁判中。又變更之爲無保證之供託者。其此之謂歟。

對於動產之先取特權者。對於既有差押之動產。得照競賣法。而爲競賣之申立否乎。曰。不可。何則。差押物。不得從既爲差押之執達吏處。移其占有者也。即依賴既爲差押之執達吏。亦不得使先之差押。失其効力者也。（有反對論者）

## 第二節 對於有體動產之強制執行

### 第一款 得爲差押之有體動產

第一 差押目的物之動產。非金錢或可換金錢之物。則不許處分者也。其主要者。即內國通用之貨幣紙幣。在內國有強制通用力之外國貨幣紙幣。及兌換銀券是也。強制執行法上。有價證券。其證券自體。與有體動產。同一取扱者也。但所當注意者。即不可混同有價證券與得爲替手形其他裏書而讓渡之證券是也。凡此等證券。照第六〇三條。執達吏可以爲執行方法而占有之也。然非視爲有體動產而差押之。乃

視作債權而差押之。其手續之第一着手。執達吏當占有該證券者也。所以如是者。以此等證券。其性質上。得自由以裏書移轉其所有權。如用通常之執行方法。多有不能使差押債權者達其目的之故也。

第二 動產之可爲差押目的者。必須爲債務者所有。且屬乎其所占有者。關乎此點。法律設有一緩和之規定。即雖屬乎第三者。而第三者無異議時。得差押之是也。然債務者與第三者所共有之有體動產。得逕差押之與否。關於此問題。學說種種。不遑枚舉。其最精確者。則如是。曰。第三者與債務者之所共有之物。不得即行差押。何則。蓋即行差押。則第三者之所有權。必蒙其害也。然非謂債權者。對於共有物。僅不得施一行爲。間接仍得達差押之目的者也。其方法。則照第六二五條。專對於債務者所有之分。施行強制執行。其結果。遂得行使屬於債務者之共有物分割之權利。對於此分割之物。得與通常之有體動產。同樣行換價處分也。

關於財產權之證書。不視如有體動產。而以爲強制執行之目的物。不過對於其所證明之財產權。而爲強制執行。使執達吏。得以強制方法。自債務者之處。轉移其占有而

已。

日本訴訟法。關於差押目的物之禁止制限。設種種規定。第一絕對禁止差押之物。第二、從債務者之意思。而禁止差押之物。第三不具備一定之條件。則不能差押之物。第四、從第三者之意思。而禁止差押之物。

第一 即第五七〇條第三號乃至第八號所揭載之物件是也。對於債務者所有物。而禁止差押者。以於公益上有保護債務者之必要故也。蓋此不外因欲普及教育之趣旨。欲獎勵美事善行之趣旨。欲不生障礙于智識進步國富增進之趣旨。及其他自債務者之地位觀察之。或自債務者之窮狀觀察之。或自債務者之職業觀察之。或自物件之性質觀察之。而立法者所認定者故也。例如、學校所用書籍。不得差押者。恐害教育之普及也。不差押名譽彰標之類之物者。恐害善行美事之獎勵也。不差押官吏所相當于其地位之衣服等類者。恐不能維持其品位。而延及其影響于公務執行也。不差押農民之器具等類者。恐害于殖產也。餘皆類此。

第二 關係的禁止之物。此即第五七〇條第一號及第九號以下所列舉者是也。



此類之物。在債務者。無異議時。法律無強行干涉差押之理由。然須俟有債務者之承諾。方可差押。例如同條第一號所規定之衣服寢具家具。若許隨意差押之。則債務者。無以凌寒作食。是即使債務者。陷于飢寒之窮境。故法律禁之。然債務者。不拒其差押。而可無飢寒之憂。則許其差押。

第三 非有一定條件之事實。則不得差押之物。其一。即果實也。果實。非在成熟期。一個月前。則不得差押。是爲第五六八條所規定。其理由。以通常果實。因培養禾木而成熟。成熟後。始得充人之食品。若忘其培養。則果實不得成熟。今于成熟期之數個月前。即行差押。則債務者。以爲果實至成熟之期。即歸債權者之所有。故不加培養。聽其不熟者。比比然也。是則於殖產上。甚可寒心。故不許之也。其二。蠶是也。蠶。非值將作繭之時。不得差押。所謂經過三眠或四眠而不食桑葉者也。蓋蠶至此。不費人力。可以成繭。唯債務者。不加培養。亦可不失其價。是以可許其差押也。

第四 第三者占有之物件。雖屬於債務者所有。然非得其承諾。則不得差押。此所以防侵害第三者之權利者也。

在以上第五七〇條。凡禁止差押之各種物件。不許豫以契約而拋棄其權利。此乃公益規定者也。

本條在某點。則非常詳密而規定之。在某點。則有不備之嫌。例如。禁止差押食料薪炭之現物。而不禁差押其購買此等物之金錢。禁止差押農業者之器具。而漁獵業者之器具。則不禁其差押者是也。

## 第二款 差押之實施

差押之實施。因目的物之性質。而異其手續。茲分而論之。

(甲) 金錢、金錢之差押。則由執達吏占有之可也。蓋因執達吏之催告。而債務者以自由意思。而辨濟之者。非純然之差押。法律上。所謂差押云者。乃執達吏以強制力。搜出其金錢。而差押之者也。故在純然之差押時。當執達吏差押金錢之際。即生辨濟之効力。其効力。(一)使滅失金錢之危險。移轉于差押債權者之身。(二)他之債權者。失配當要求之權利。(三)消滅所差押之金錢之額之債務是也。然有雖差押金錢。而不生以上之効力者。此即許債務者立保證。或爲供託。而免其執行者是也。蓋謀保債權

者之利益耳。今例示之。即第五〇〇條第五一二條第五二二條第五四四條第五四九條皆是也。

(乙) 非金錢之有體動產。差押此物。亦由執達吏占有之。後而爲之。但其手續甚繁。

第一 執達吏。當以其所占之動產。運搬至差押物貯藏所。而保管之。然設置貯藏所者。乃執達吏之義務。執達吏職務細則中所載也。如運搬不便。則可託差押地之有信用且有辨償之資力者保管之。此亦細則所載。

第二 特別之際。執達吏。得託債務者保管其差押物。然用此手續。須具備以下之條件。其一、有債權者之承諾。或因運搬而感重大之困難。其二、以封印及其他之方法。而明示其已差押者是也。

(丙) 債權者之占有物。或不拒物之提出之第三者之占有物。此與債務者之占有物同。亦當盡差押之手續。茲有疑者。蓋債權者之占有物。似無實施差押之必要。然日本民事訴訟法。許他債權者。爲配當要求。苟因其物。屬於債權者。而不爲差押。則害乎

配當債權者之權利。故有許差押債權者之物之必要也。

### 第三款 差押之効力

差押之効力。自學理上言之。可區分爲二。一、對於債務者之効力。二、對於第三者之効力。

對於債務者之効力。即不使債務者處分差押物。及照法律所定之手續而換價者是也。

對於第三者之効力。即雖爲有物上擔保權而不能妨害其物之換價。及第三者不得基于自己之債權以差押其物者是也。此効力之範圍。可及于差押物所生之天然產出物也。(第五六九條)

執達吏。已實施差押時。不可不通知債務者。(第五六六條第二項)若怠此通知。則債務者。得向執達吏。請求因此而生之損害賠償。例如。值債務者不在時。而爲差押。且未通知債務者。致債務者。于不知之中。而爲辨濟。以使差押物腐敗等是也。(第五三二條)。

執達吏。爲差押之時。不可不作成差押調書。此照第五四〇條當負之義務也。

執達吏。于換價之前。當保存差押物。其保存所需之費用。得使債權者豫納。若有數名之債權者而爲差押時。當按照各債權者要求額之割合。而使豫納之。(第五七一條)

#### 第四款 差押實施後之手續

就金錢之差押言之。則應說明之事甚少。然執達吏。于爲金錢之差押時。當在差押後二日內。引渡其金錢于差押債務者。若有配當要求。且關於配當。在債權者間。協議不成立時。則屆出其事情于執行裁判所。而後由裁判所爲配當之手續。(執達吏職務細則六一)第五七四條。有「當引渡于債權者」之文。而關於其期間。即無規定。故設細則而補足之也。金錢以外之有體動產。于爲差押之後。則生換價之手續。

#### 第一項 換價之手續

通例。換價之方法。以競賣爲之。然例外。(如第五八五條所載之競賣以外之換價方法)亦可用之。例如入札拂是也。有關係者之承諾時。(所謂關係者。乃指差押債權者。有有執行力之正本之債權者及債務者而言)亦可以其合意所定之代價。而爲債權

者中之一人或數人所買受。更有因差押之目的物之性質。通例不實施競賣之手續者。更有在取引所。有一定之相場者。如有價證券是也。(第五八一條)執達吏。可以賣却日之相場適宜而競賣之。于賣却時。不必得執行關係者之承諾。(第五七二條)執達吏之實施競賣。乃以執行機關之職權而爲之也。非以當事者之代理人之資格而爲之也。故訴訟法第五八八條。間接明示之曰。執達吏。若怠競賣之實施。則差押債權者。亦不得解其任。

第五七二條。殆無甚價值。蓋執達吏。係對於有體動產之強制執行之機關也。故執達吏。得施行換價其差押之財產之手續者。亦極明瞭之理。執行委任中。換價之委任。亦包含在內。此無庸疑也。然法文曰。「不須有債權者及裁判所之特別委任。」故余信以爲此條文中。不必另有如上之文字。且因有此法文之故。則于爲第五八五號之換價手續時。恐生「須特別委任」之疑議。故此法文。可削除之。若必欲存之。則單言「換價。乃用公競賣而爲之。」而已足矣。與此相牽連。生一問題。即照第五八五條。非執達吏之人。而爲競賣時。則有何等資格者是也。其爲執達吏之代理人乎。抑爲執行關係者

之代理人乎。抑爲一種特別之執行機關乎。在法文。雖無規定。而學理上。則以此種競賣實施者。爲行執達吏之職務之一種特別機關。而非執行吏之代理人。又非執行關係者之代理人。換言之。即執行裁判所所命之特別機關也。

于不動產之強制執行時。法文。就利害關係人。有特別之規定。然關於有體動產。則無條文。學理上。以下述之人。爲利害關係人。第一、差押債權者。第二、恃有執行力之正本。而要求配當之債權者。第三、債務者是也。第五八九條之所謂債權者。非利害關係人。但此債權者。于配當要求之後。若其債權。爲債務者。或差押債權者。或基于有執行力之正本而請求配當之債權者等所認可時。或有事而起訴使其自己之債權確定時。則與恃有執行力之正本而要求配當之債權者。有同一之權利。在此時。亦謂之爲利害關係人。

競賣之處所。爲第五七六條所規定。蓋在差押之市町村爲之也。但有例外。如有差押債權者及債務者之承諾時。(即有合意時)則亦得在他處所爲競賣。(第五七六條)然此規定。亦爲學理上所批難。蓋恃有執行之正本而要求配當之債權者。對於在他

處所爲競賣之事。而不得主張自己之意見者。何故也。持有有執行力之正本之債權者。自着手于執行手續之時。其地位。與差押債權者無異。蓋在後所說明之照查手續時。此債權者。亦可爲差押債權者。然而法律。不視爲與差押債權者同一。實屬不當。所以在差押地爲競賣者。第一、在省運搬費。第二、在可使債務者監視競賣之實施。或謂大概在差押之市町村而爲競賣時。容易得其物之需要者。此有時。或如所說。但未能爲一般之原則。

茲就競賣之時期言之。當爲競賣時。須自差押之日起。有七日之期間。(第五七五條)所以設此期間者。第一、在多集需要者。即所以使公告之効力。能十分滿足也。第二、所以使差押債權者以外之債權者。得配當要求之期間也。然此原則。有二例外。第一、差押債權者。及恃有執行力之正本而要求配當之債權者。及債務者。其間有合意時。則不問有此制限。而得速行請求競賣。由此觀之。前述之第五七六條。其不當愈明。第二、則爲貯藏差押物而需相當之費用者。此雖就一切差押物而言。而實際上之適用。則在于外國鳥獸之類。第二、則爲物之債權有大減少之虞者。以上之事由如存在。則不



須七日之期間。

次就競賣之公告言之。此爲第五七六條所規定。蓋公告上不可不掲載競賣之處所及時日。佛國民事訴訟法。有爲此公告之方法。及爲所公告之處所之規定。例如。在動產所在地及所在地之市廳邑廳(日本則市町村役場)之門前及市場。而爲公告。其地無市場。則在近地之市場及區裁判所之門前。爲之。若爲發行新聞之市邑。則更須于新聞上公告之。日本民事訴訟法。無此規定。(獨逸亦然)故用何等方法。在何種處所。皆屬于執行機關之專權。

次就差押物之評價言之。執達吏。常無評價差押物之責任。照法律之規定。必須于競賣前評價者。乃限于競賣高價物時。且以金銀製之器物或古書畫爲主。(第五七三條)茲所謂評價人者。非履行宣誓之方式之鑑定人。評價之鑑定人。與需證據調時之鑑定人異。而無須宣誓者也。以下述競賣之手續。

第五七七條。有關於實施競賣之規定。競賣于三度呼出最高價之後而爲之。競落人。在競賣之處所。於其期中。以代價相換而得競賣物之引渡。是爲普通之例。然得以

賣却條件。定代金支拂之期日。更得以特別之賣却條件。定競賣物之引渡期日也。落就再競賣言之。再競賣爲其條第三項所規定。然則當在如何之時而爲之乎。曰。第一、在無關於代金支拂之特別賣却條件之時。而競落人。至競賣期日終了之時。尙不支拂代金者。第二、有以爲特別賣却條件而定支拂期日之時。而競落人。至其期日。尙不支拂代金者是也。學者。關於再競賣之性質。各異其說。或謂再競賣云者。乃第一之解除。而競賣復歸于債務者之財產之謂也。或謂再競賣者。乃競賣競落人所有之物者也。故判斷兩說之當否。應先知第五七七條第三項之規定。蓋其項末段。曰。「若再度之競落。代價較前次之競落。代價爲少。則前之最高價競買人。應擔任其不足。若較多時。則其人。亦不得請求剩餘。」第一說。爲競落解除說。其所主張之理由。以爲強制競賣。爲對於債務者之執行方法。故不得以對於債務者之執行名義。爲對於債務者以外之人之強制執行名義也。而第二說。則以對於債務者之執行名義。爲對於競落人之強制執行名義也。易而言之。若以爲競落人之財產競賣。則缺少強制競賣之名義。故再競賣。若不以爲對於債務者之執行方法。則無理由。若以爲對於債務者之執行

方法。則非第一競落既已解除之後。不能言之。故若以再競賣爲強制執行之方法。則第一競落。當然作爲解除。此說之論者。以爲經過代金支拂期日。則法律上生解除之効力。而第二說之論者。則謂定再競賣之性質。不因執行目的物。爲有體動產。而異其性質。茲就第六八八條而言之。對於不動產。日本立法者所採之主義。以爲再競賣。即競賣競落人之所有物者也。何則。其條第四項。曰、「競落人。在再競賣期日之三日。前支拂買入代金及手續之費用時。則取消再競賣之手續。」是則非以再競賣之目的物。爲屬於競賣人之所有。則不能說明此規定。再度競賣不動產時。其不動產。非以爲既復歸于債務者之所有之物。(即作爲第一競賣。既已解除者)則當以其解除後之競落人之代價之提出。爲不過賣買之提供。而履行買主之義務也。故雖有其代金之支拂。亦無再競賣之理由者也。此第一之理由也。其他。第五七七條之末項。末段。曰「價高之時。不得請求剩餘。」若值再競賣之時。以競落人。對於競落物。爲無所有權。則不得請求剩餘。亦屬當然之事。無須另設規定也。若以爲競賣競落人之所有物者。則須設此規定。蓋競落人。在競賣自己所有物時。若再度之競落代金較多。則對於其剩

餘。應有權利。而因第一競落人。不宜使得此剩餘金。故于民法上之通則。設一例外。此所以有此規定也。此即第二理由也。若從解除說。則第一之競落人。不盡支拂代金之義務。而且可免其後應生之責任。蓋自代金支拂之期日。至再競賣之期日。或至再競落之時期之間。執行之目的物。因天災而消滅。則不但第一競落人。不負擔其責任。雖不履行自己之義務。而亦無茲毫之負擔。何則。其競落既已解除之結果。至使債務者受幾何之損害者。在不可知之數也。若以爲競賣競落人之所有物者。則物之消滅。當歸諸競落人之損失。而不生前所述之不公平之結果。此第三理由也。然日本民事訴訟法。無可準據以解決此點之規定。在其改正案。亦無規定。此余所以以第二說。爲有理由者也。

競賣之終結。在何時乎。第五七八條規定之。蓋賣得金。得以償債權額及執行費用額時。則雖有他種競賣物。亦不得差押而競賣之。競賣。亦以此時爲終止。

競賣。乃執行行爲之一種。故執達吏。當照第五四〇條。作其調書。若有競賣代金之支拂。則雖債權者。不受領其金額。而於既爲此支拂時。即視作債務者既有辨濟也。但第

五〇〇條第五一二條第五二二條第五四七條之時。不生債務辨濟之推定。以上爲關於競賣之一般之手續。至金物銀。則曰「不許在其金銀之實價以下而競落之。」(第五八〇條)

## 第二項 照查手續

日本民事訴訟法。因其第五八六條。對於實施差押之目的物。既採用不許更爲差押之原則。故須設照查手續之規定。對於同一目的物。而數回爲差押者。在立法論上。以爲當與否。今日不能下一定之斷案。何則。與日本民事訴訟法相反對之主義。行于獨逸及他歐洲諸國。而日本民事訴訟法改正案。亦設有與現行法相反對之規定。蓋採用對於同一目的物不得數回差押之主義故也。現行民事訴訟法。所以採用此主義者。乃因凡差押之爲物。以禁債務者處分其物爲其主目的。而現在。則對於目的物。一回實施差押後。即可爲達差押之目的。夫債務者之所有物。爲其總債權者之公共擔保也。由此原則觀之。因一債權者所爲之差押。而對於他債權者。亦有効力之說。於理論上。有其根據。故以一回之差押。禁債務者之處分時。則對於同一目的物。無須數回

差押。且當差押時。必須費用也。差押之性質上。不可不使執行機關。盡相當之手續。故二回以上之差押。無甚實益。且爲無益之訴訟費用。及無益之手數。此日本民事訴訟法第五八六條。所以採用不許數回差押之主義者也。此乃佛國所採之主義。

故日本民事訴訟法。必須設照查手續之規定。照查手續之定義。即在第五八六條第二項。即一執達吏。對於債務者。爲差押之後。而他執達吏。自他債權者。受強制執行之委任時。則對於既爲之差押。求閱覽其差押調書。而至債務者之處。對照其財產與差押調書。如有尙未差押之物品時。則差押之。且作其差押調書。而交付于先之執達吏。若無應差押之物品。則作其事之調書。而交付之于先之執達吏。在交付此調書時。第二之執達吏。對於第一之執達吏。而請求競賣一切之差押物。此種手續。稱爲照查手續。

照查手續。生左之效果。

(一)債權者。對於第二執達吏之委任。在交付照查調書時。於法律上。爲當然移轉于第一之執達吏者也。

(二)對於第二之差押債權者。生配當要求之効力者也。

(三)第一執達吏所爲之手續。既取消時。則更因照查手續之債權者之故。當然生差押之効力者也。

### 第三項 配當要求

第一 配當要求之定義。配當要求云者。非差押債權者之債權者。依自己之債權之性質。對於執行機關。要求自差押財產之換價額中。受取辨濟之法律行爲也。

第二 配當要求之種類。日本民事訴訟法。區別配當要求爲左之三種。

(其一)因有執行力之正本之配當要求。(其二)不因有執行力之正本之配當要求。(其三)假差押。

假差押債權者。與配當要求之債權者。同一看待之。第一六三〇條第三項之規定。曰「假差押之時。未確定之債權之配當額。亦須供託之。」故可言。法律認假差押債權者。與配當債權者。有同一之權利者也。

若有因有執行力之正本之配當要求時。則當爲照查手續。詳言之。有執行力之單純

之配當要求。爲法律所不許者是也。若專對於既差押之財產。基于有執行力之正本。而要求配當時。則當以爲不適法而却下之。此在法文上。雖根據甚薄。強而求之。則在第五九一條第一項第五八六條第二項及第五九〇條。其規定有曰、「執達吏。向關於配當之各債權者及債務者。通知既有配當要求之事。」而關於因有執行力之正本之配當要求。則無規定。其第五八七條曰、「既爲之差押已取消時。則物之照查手續。生差押之効力也。有有執行力之正本之債權者。得自行強制執行之人也。故日本民事訴訟法。無許單純之配當要求之精神。若有之。則宜曰、「因此配當要求之故。雖既爲之差押。至于取消時。亦應生差押之効力。」然無如其無此規定也。

更就理論上言之。亦復如此。第五六四條第二項。以爲差押者。因對於債權者。而辨濟其揭載于有執行力之正本之請求之故。及因償強制執行之費用之故。此外則不能及之。故既差押之後。而受配當要求。則先爲差押之債權者。至蒙其所應受辨濟之債務者之財產減少之結果。有正本之債權者。本得自行差押。而爲單純之配當要求。至減少差押債權者所應受之財產。此不免偏頗也。此時。差押債權者。雖更得差押他財



產。然許單純之配當要求。則差押債權者常勞。有正本之債權者常逸。而與差押債權者。同得其債權之辨濟。此未免不公也。

無正本之債權者。得爲單純之配當要求。即不須檢索債務者之他種財產。而爲配當要求也。此爲第五八九條所規定。此債權者。與有正本者異。不得自行差押。故許爲單純之配當要求也。

第三 配當要求之時期。此爲第五九二條所規定。蓋在競賣期日終了之前。皆可爲之也。其理由。蓋除再競賣之外。凡至競賣期日終了之時。即有競賣代金之支拂。而對於債權者。可爲辨濟也。若其後。尙許配當要求。則既生之辨濟之効力。盡歸消滅。此所以既有第五九二條之規定。則雖有以賣却條件而定支拂代金之期日者。然競賣期日之後者。而仍不許配當要求也。

第四 配當要求之手續。是爲第五九〇條所規定。蓋配當要求之原因。即證明有債權之事。而向執達吏。爲其申立者是也。然在執行裁判所所在地。而無住所事務所之債權者。則當向執達吏。爲假住所選定之屆出。若忽惰之。則當受第一四三條第三

項之制裁。

有適當之配當要求時。則執達吏。當向一切債權者及債務者。通告其事。茲所謂總債權者云者。乃指差押債權者及有享受配當之權利之債權者而言。若其配當要求。不依執行正本。則被通知之債務者。當于三日內。向執達吏。申立其承諾此債權與否。若惰忽之。則作爲默認。若申立其不承諾。則配當要求者。於受此通知後。三日內。有起訴之義務。若不爲此義務。則失配當要求之効力。

第五 配當要求之効力。此爲第六二〇條所規定。然于有體動產。則法律不明定。今就其理論上言之。則其効力。可約而爲三。

- (一) 配當要求之原因。爲權利。以其權利之性質如何。而於強制執行手續。受其辨濟。是爲對於一切種類之配當要求而生者。
- (二) 以下。則限于特種者。
- (二) 經過適當之時間。而執達吏。不爲競賣。則據執行正本而要求配當之債權者。可定一期間。而催告其競賣。若執達吏。不應其催告。則向執行裁判所。申立其發相當之命令。(第五八八條)

(三)既爲之差押被取消時。則對於其債權者。生差押之効力。

### 第二節 對於財產權之強制執行

#### 第一款 得爲差押目的之財產權

從日本民事訴訟法之規定而舉其種類。則第一種。以金錢支拂爲目的之債務者之債權。即第五九四條所規定是也。第二種。以有體物或有價證券之引渡或給付爲目的之債務者之債權。第三種。即前舉第一種第二種之外。而非以不動產爲目的之財產權。第六二五條所規定是也。

以上可爲強制執行目的之財產權之性質。抽象述之。則

- (一)債權自體之利益。申言之。即可使債權者滿足之利益。直接有金錢上之價額爲要。例如請求共有物分割之權利。或只求債務免除之權利。均不得爲差押之目的。
- (二)原債權者(差押債務者之謂)一身所不專屬之權利。故身分權。親族權之類。不得爲強制執行之目的。

具備右列條件之權利。即可爲強制執行之目的之財產權。而其權利。繫於執行力條

件。及繫於期限。決不爲障害也。

財產權。具以上所舉二個之性質。即得執行。而因公益上理由。不准差押之財產權之種類。則見於第六一八條之規定。即同條第一號。所謂法律上之養料云者。依於法律之規定。當然債務者應受之養料是也。換言之。則對於扶養義務者之扶養權利者之權利之謂也。故契約所定養料之債權。得爲差押之目的。以事實論而言之。則契約所定養料。亦爲維持債務者之生計所必要不容缺者也。然有如此事實場合。苟禁止差押。則實際常生困難問題。故法律特限於法定之養料也。同條第二號。即債務者由義捐建設所。或由第三者之慈惠。所受之繼續收入也。法律推定居此地位之債務者。等於第一號之法定養料。以此繼續之收入。爲債務者及其家族。唯一之生計資料也。第三號。即下士兵卒之給料并恩給。及其遺族之扶助料是也。與此有同一性質者。均不得差押。例如對於軍人之戰時特別賜金之類。或基於災害救助規則之救助金之類。皆是。右第一號至第三號。皆以債務者及其家族生活資料之故。禁止差押也。第四號。法文自明不復述。第五號。除遺族扶助料外。欲使軍人或其他官吏。於執行職務之際。

不生障害。故亦禁止差押也。第六號規定之主的理由。即不使其影響及於經濟的生產也。其附隨之理由。則生活之主的資料。亦包含於其中。而第二號第三號第四號所規定之債權。法律絕對的禁止差押。又第一號第五號第六號之場合。苟一個年收入總額。超過三百圓時。則許差押其半額。此規定之外。無論如何事情。不得爲差押也。

## 第二款 差押之實施

當實施差押。其執行之機關。即債務者有普通裁判籍之地。之區裁判所是也。(第五九五條)

無右之裁判所時。例如債務者。於內地無普通裁判籍時。則以第三債務者之住所地。爲執行裁判所。執達更以補助機關而關與對於財產權之強制執行。(第六〇六條第六一五條)第六〇三條之場合。關於爲差押之手續。執達更爲強制執行之主的機關。差押後之手續。則執行裁判所爲主的機關。

差押之申請。得以口頭或書面爲之。而其中申請。應開示爲差押目的之財產權之種類及額數。此第五九六條所規定者也。

差押之方法。即執行裁判所之差押命令是也。此命令之形式上之性質。屬於決定。而此命令。苟係金錢之債權時。則對於債務者。使不得爲取立。及其他債權處分之命令。又對於第三債務者。使不得向債務者而爲支拂。之命令是也。(第五九八條)爲執行目的物。係有體動產之請求時。則使之將請求目的之動產。引渡債權者所委任之執達吏。之命令是也。(第六一五條)爲所差押者。係不動產之請求時。則命將請求目的之不動產。引渡於不動產所在地之區裁判所所命之保管人。(第六一六條)此際有宜注意者。管轄不動產所在地之裁判所。雖與執行裁判所異。而保管人。常由不動產所在地之區裁判所所命。是也。又無第三債務者之財產權。例如專賣特許權之類。則對於債務者而爲禁止處分之命令。

以上差押之命令。當發之之際。原則不訊問債務者及第三債務者。此第五九七條所規定也。此規定之理由。蓋發差押命令之前。若訊問此等人時。則有債務者及第三債務者。共謀而害差押債權者之虞。故不使生如此之弊害也。

右之差押命令。不待申請者之特別申立。由執行裁判所。送達於第三債務者及債務

者。又應通知已爲右之送達於執行債權者。(第五九八條第二項)

以上一般之差押手續也。第五九九條規定特別一之手續。即有抵當債權之差押之場合。債權者不要債務者之承諾。而有記入其差押於登記簿之權利。茲所謂「有抵當債權」云者。以不動產爲擔保之債權之意義也。非僅指有抵當權之債權之狹的意義。以不動產質權爲擔保之債權。不得記入其差押於登記簿也。此規定。亦爲豫防債務者與第三債務者(以擔保物共有者)通謀詐害執行債權者而設也。

茲有一問題。管轄違之裁判所。以執行裁判所而發差押命令時。其命令之效力如何。對於此問題答如左。

非全然無效。依法律所定不服申立之方法。而爲取消以前。有其效力也。故利害關係人。不爲不服之申立。而至於執行手續之終了時。則與下管轄裁判所之命令的場合。同一結果也。

差押之特種手續。第六〇三條所規定是也。即因爲替手形。其他以裏書而得移轉的證券之債權之差押。不以執行裁判所之差押命令。執達吏得占有其證券。而爲差押

之手續也。

差押之效力。何時發生乎。第五九八條第二項。即對此而爲之規定也。差押之效力。送達差押命令於第三者時發生。對於債務者命令之送達。雖爲使差押手續完全之條件。而與差押效力之發生。無影響也。而其效力即

第一、與差押債權者。以要求轉付命令。或取立命令。或其他之換價處分。之權利。

第二、生使債務者。交付其有的證書於差押債權者。之效力。若任意拒此證書之引渡時。差押債權者。得以強制執行之方法。而由債務者取上其證書。證書取上之機關。爲執達吏。

第三、關於已差押財產權。之債務者之處分行爲。對於差押債權者。無何等之效力。

第四、差押債權者。對於第三債務者。得爲第六〇九條所定之催告。其催告手續。先由債權者。爲其申立於執行裁判所。第一、使第三債務者。依書面陳述認諾差押目的之債權與否。若認諾。則於如何限度而認諾之乎。又有爲支拂之意思與否。若有爲支拂之意思。則於如何限度而爲之乎。第二、付於此債權。有由他人既已請求之事乎。若



已有請求。則基於如何的權利。而爲請求乎之陳述第三、陳述由他之債權者。有已差押與否。若已有差押。則陳述其差押之原因的請求之種數。得催告爲以上之陳述也。而第三債務者。對於以上之催告而爲陳述之期間。即由差押命令送達後之七日期間。此催告。對於第三債務者。生重要之結果。即因怠其陳述。而使差押債權者生損害時。第三債務者。有應賠償其損害之責任。

差押效力之範圍。第一、其目的財產權。苟以俸給或類此之繼續收入爲目的。則其效力及於差押後之收入金額。但及於差押以後之限度。以差押請求額爲標準。是第六〇四條所規定也。第二、職務上收入之差押。則其效力及於債務者因轉官兼任或增俸而得之收入。

### 第三款 取立命令

已差押之債權。苟非以此換價。則不能使執行債權者滿足也。是以日本民事訴訟法第六〇〇條以下。定其換價之手續。其第一。即取立命令也。訴訟法。此外更定轉付命令的換價方法。又依財產權之性質。不許取立或轉付命令之場合。則裁判所得定適

宜之換價方法。此旨見於第六一三條所規定。

取立命令者何也。即付與爲屬於債務者的債權之取立之代理權於差押債權者。之執行裁判所之命令也。約言之。即取立之代理權之付與也。申請此命令之手續。得以書面或口頭爲之。而得於差押命令之申請同時爲之。

取立命令之效力。取立命令之效力。第一、不要代位手續。而付與取立權於差押債權者。第二、取立命令。於特別之場合。與差押債權者以優先權。(第六〇二條)第三、取立命令。及於已差押債權之金額。

右之效力。以送達取立命令於第三債務者而發生。

得取立命令之差押債權者。與債務者及第三債務者之法律關係如何。無直接可據之法定上根據。故從理論上說明之外無他法也。此場合之差押債權者。對於債務者及第三債務者之關係。即債務者之一種之法定代理人的關係也。何則差押債權者。依於取立命令。而得債權之取立權。而付於請求自體。非有何等之權利。故若不爲債務者之代理人。則第三債務者。得以拒絕差押債權者之要求也。

據第六一一條。則得取立命令之債權者。怠可爲取立債權之行用時。應任賠償因此而生之損害。例如得取立命令後起訴。於第一審敗訴。明知有勝訴之望。而竟不爲上訴。遂使其判決確定之類。即所謂怠債權之行用也。以立法論而有可挾之疑者。即何故設如第六一三條之規定乎。無論何人。苟使他人人生損害。則其應爲賠償。固當然之事也。訴訟法非單以損害賠償原則之適用而示之也。取立權因裁判所之命令而付與。故其行使與否。債權者之自由。雖因不行使之故。致債務者生損害。然此屬於債權者之權利。故有反對論。謂不任賠償之責也。

得此取立命令之後。債權者於自己權利無受影響之虞。得自由拋棄之。(第六一二條)

取立之訴。取立之訴云者。得取立命令之債權者。對於不應其命令之第三債務者。爲原告而請求義務履行之訴。是也。於此訴。債權者與債務者之實體法上之關係。法定代理之關係也。故生左之結果。

第一 無債務者之承諾。則債權者不得拋棄其請求。又不得爲和解。(民法一〇三

條

第二 因債權者之過失。而不能達請求之目的時。須任賠償因此而生損害之責。

第三 爲權利伸張所必要之訴訟費用。歸於權利主體之債務者之負擔。而非執行債權者負擔之。

第四 差押債權者。於此訴訟敗訴時。債務者。不得對於第三債務者。而再爲同一之請求。

第五 對於差押債權者。之第三債務者之債權。不得於此訴以相殺之原因而主張之。

第六 第三債務者。於差押之前。對於債務者而有之抗辯方法。得於此訴。有效主張之。

右之差押債權者。與債務者之實體法上之關係。苟爲法定代理。則訴之提起。似當以法定代理人而爲之。然日本民事訴訟法之規定。則差押債權者。爲訴訟之當事者。換言之。即爲原告也。是由差押債權者。爲取立權主體之觀念而出也。舉法文之根據。則

見於第六二二三條之規定。據同條。則有執行力正本之債權者。有以共同訴訟人而加於原告之權利。所謂原告。即指差押債權者也。而訴訟法。原告即爲當事者本人。其與法定代理人區別者。據第四三條及第二三六條一號之規定自明。其次論據。即第六一〇條之規定是也。據同條。則債權者起立之訴時。知債務者在內國之住所。則應告知其訴訟之規定也。訴訟告知之目的。如第五九條以下所規定。使被告知者。得以參加於訴訟也。被告知者參加於訴訟時。則爲告知者之從參加人。是據第六一條第二項之規定自明。故取立之訴。苟債務者可爲原告。則是原告於自己之訴。爲從參加人。如此亂訴訟手續之秩序。其非爲訴訟法所豫想也明矣。故第六一〇條之規定。可以間接證明使債權者爲原告之法意也。

訴之管轄 取立之訴。屬於何裁判所之管轄乎。第六一〇條所規定是也。據此則以第二債務者之住所。爲其通常之管轄裁判所。

關於訴之他之債權者的權利。有執行力正本之債權者。有以共同訴訟人而加於原告之權利。是第六二二三條所規定也。此法文。間接規定不與無執行力正本之債權

者。以右之權利。

受訴之第三債務者之權利。受訴之第三債務者。有對不加於原告之債權者。而催告其加於原告之權利。其手續。即對不加於原告之有執行力正本之債權者。於口頭辯論第一日以前。應申立可爲共同訴訟人事於裁判所也。有此申立時。裁判所對於其債權者。不可不發呼出狀。受右之呼出之場合。其債權者。縱使無關於其訴訟。亦被羈束於右訴訟之裁判。如斯規定之理由。蓋出於使第三債務者。免受數回之訴之煩之趣意也。

第六二四條。與有執行力正本之債權者。關於執行之他之權利。即差押債權者。怠取立時。對於此者而爲催告其可爲取立之權利也。此催告既不見效之場合。則得執行裁判所許可。得自爲取立也。如此依於有執行力正本而要求配當之債權者。當爲取立時。其爲執行名義者。差押債權者之得的執行名義也。而其催告。不要裁判所之命令。得自委任執達吏而爲之。

茲爲問題者。即於配當要求之債權者。有取立之許可時。差押債權者。失爲取立之權

利與否之點是也。法文於此別無規定。故可依普通之理論而決也。差押債權者。因怠自己應盡之手續。故執行裁判所。對於配當要求債權者。而與以取立之許可。即取立之許可者。不外取立權之移付。因之差押債權者。失其自爲取立之權利也。

#### 第四款 轉付命令

轉付命令云者。債務者對於第三債務者之金錢債權。與差押之原因的債權。以比例的之價額。而使移轉於差押債權者。限至其債權之限度。有使債務者免責之效力之執行裁判所之決定也。分析說明此定義。即

第一 得發轉付命令之債權。必金錢之債權爲要。故以有體物之引渡或給付。爲目的之債權。不得爲轉付之命令。

第二、轉付命令。其目的之債權。以券面額而移轉於差押債權者。此與取立命令性質上差異之要點也。

第三 於其債權所存限度。以券面額即比例的價額。使消滅差押債權者之債權也。債務之消滅。爲解除條件的。命令後轉付之債權。苟確定爲不存在。則差押債權者之

債權爲不消滅。而分割債權而發轉付命令。法所不禁。此一般學說所認也。例如債務者之債權千圓。以其內之五百圓轉付於差押債權者可也。依日本法律。則發此命令之手續。應依債權者之書面或口頭之申立。發此命令。必須訊問債務者及第三債務者。又發此命令後。不得發取立命令。何則。以其命令之效力。而以條件付。使消滅差押債權者之債權也。條件云者。於差押的債權之存在條件之下。使消滅差押債權者之債權之謂也。

轉移命令之效力。依以上所述自明。然更詳述之。則

第一 移轉債權於差押債權者事。

第二 債務者之債務。於其債權之存在條件之下。使之消滅事。

第三 不許配當要求事。何則。轉付命令之效力既發生。則其債權。離於債務者之所  
有也。

付於命令效力發生之時期。學說岐分。第一說曰。在交付命令於債權者之時。第二說曰。在形式上送付轉付命令於債權者之時。第三說曰。在爲轉付命令之決定之時。第



四說曰。在送達轉付命令於第三債務者之時。雖有如此數多之異說。而多數學者。以第四說爲日本訴訟法之正當解釋。

轉付命令與取立命令之重要差異。即

第一 轉付命令。因送達於第三債務者。而使消滅差押債權者之債權。反之。取立命令之送達。尙未爲差押債權者債權之消滅。

第二 依於轉付命令之送達。而其目的債權。移轉於差押債權者。因之他債權者。不得爲配當要求。反之。取立命令。只對於第三債務者而爲債務履行之催告。非對於債務者。剝奪其所有權。故取立命令之効力。雖完全發生之後。他之債權者。尙得爲配當要求也。而此配當要求。於差押債權者。爲取立屆出以前。得爲之也。

第三 取立命令。不僅限於金錢債權。雖付於代替物之債權。亦得發之。(第六一四條)反之轉付命令。則僅限於金錢之債權。

第四 基於轉付命令。債權者由第三債務者受支拂時。對於債務者或執行裁判所。不須爲何等之手續。反之。基於取立命令而爲取立時。差押債權者。不可不爲其旨之

屆出於執行裁判所。

第五 得取立命令之債權者。因怠其債權之行使而生之損害。則對於債務者須負責任。反之得轉付命令之債權。雖怠其行使。以其原屬於自己之所有。故對於何人均不任損害賠償之責。

第六 得取立命令之債權者。雖拋棄其取立權。而自己之債權不因此而受損害。反之得轉付命令之債權者。苟拋棄其取得之權利時。則於自己財產上。應其所拋棄之額而受損害。

第七 取立命令。常及於目的之債權全額。而轉付命令。非必及於目的之債權全額。僅付於差押債權之一部而發之可也。

#### 第五款 取立轉付以外之換價方法

據第六一三條。則以債權換價之方法而認取立命令轉付命令以外之方法。然命此換價方法。必其差押債權繫於期限。或條件附。或非爲反對給付則不能實行。其他爲取立有困難之狀況爲必要也。有無可以命取立轉付以外之執行方法之事情。則屬

於執行裁判所之認定權。而於此場合之換價方法。舉其通例即債權之競賣是也。雖已發取立命令之債權。苟其取立而有困難之事情時。得用第六一三條之換價方法。執行裁判所。當命此特別換價方法。必須審訊債務者。但債務者不在內國時。或其住所不明時。則不須爲此手續。命此債權競賣之場合。使執達吏取扱之。而於此場合。執達吏與差押債權者之間。生委任之關係。

第六款 對於金錢以外之財產權差押後之手續

據第六一四條。則對於有體物之引渡或給付之請求。以其強制執行之方法而設特別之手續。先於差押有體動產之請求之場合。對於其請求之債務者。不可不引渡請求目的物於執達吏之手。此執達吏。由債權者特委任之執達吏之謂也。有體動產之引渡時。執達吏以對於通常動產之執行方法。而爲換價之手續。付於此等之請求。不得發轉付命令。第三債務者從其命令時。則亦無須發取立命令。惟不從此命令時。不可不受取立命令也。

不動產請求之差押之場合。其請求之債務者即第三債務者。依差押債權者之申請。

應引渡其不動產。於不動產所在地之通常裁判所命保管人。而對於既引渡之不動產。當從第六四〇條以下規定。爲換價之手續。對於此等債權之第二債務者。苟任意不引渡動產或不動產時。可發取立命令。若猶不應時。則差押債權者。不可不準用第六一〇條而起請求之訴。是恰與第二債務者不應金錢取立命令之場合。同一結果也。

第六二五條。定對於以上所述財產權以外之財產權之執行方法。對於此等財產權而有差押時。裁判所從債權之性質而發適當之命令。

#### 第七款 差押申請之湊合及配當要求

對於同一之財產權。而提起數多差押申請之場合。執行裁判所。基於其數多之申請。而發一之差押命令。是即第六一九條所規定是也。同條云。「爲數名之差押債權者。於同時可爲債權之差押。則準用前數條規定。」玆有問題。即既爲差押之財產權。更得爲差押與否是也。此問題雖最爲從來論戰之點。而今日大審院判例。則既採用積極說。其所論據。即民事訴訟法第六〇九條第三號之規定。同條雖係對於第三債務

者之差押債權者之催告權之規定。而差押債權者。於爲差押申請之同時或其後。對於第三債務者。而有求其陳述其債權有無由他之債權者已被差押之權利。亦於此條規定之。所以設此規定者。付於債權。法律豫想其有數多之差押故也。換言之。即日本訴訟法。關於債權。動產與不動產異其主義。採用許爲重複差押之主義也。

順次差押之場合。第一。各債權者。各自得爲取立命令之申請。第二。甲債權者既爲差押之後。而未申請取立命令或轉付命令時。乙債權者。得爲差押。且爲自己而求轉付命令。第三。從一派之說。則裁判所。得爲各差押債權者。發轉付命令。是東京地方裁判所最近判例所認也。其理由。即執行裁判所。無以職權而調查其債權存在與否。或付於其債權已發轉付命令與否之義務。又付於同一之差押債權。無禁其更發轉付命令之規定。故不可不解釋謂得爲之也。余從來從根本採用反對說。縱令對於同一債權而許重複差押之說爲正當。而不得不謂上述第三點之說爲不當也。何則。轉付命令者。債務者所有之債權。代支拂而移轉於其債權者之謂也。故苟已爲甲債權者發轉付命令。而又爲乙債權者可發轉付命令。則非轉付債權者之債權。而實轉付既已

移轉於其債權者之債權也。但執行裁判所數多之際。不知已由一之裁判所發轉付命令。更由他裁判所發轉付命令之事。因爲實際可有之事實。然於此場合。後之轉付命令。亦無實體的之效力也。而況於同一之執行裁判所乎。既發轉付命令。而乃謂得再發之者。忽於轉付命令性質之議論也。

配當要求者何也。關於動產講義既已說明。茲不再述。配當要求。於債權及其他財產權差押之場合。亦得爲之。雖於得取立命令後。亦可自由爲之也。唯關於金錢債權。既發轉付命令之後。又得取立命令之債權者。爲取立而屆出其指後。又於第六一三條及六一五條第二項之場合。執達吏領收賣得金之後。不得爲之。(第六二〇條第二項)

得爲配當要求之債權者。同於動產之場合。有執行力正本者。及無執行力正本者。之二種是也。無執行力正本之債權者。當爲配當要求。不可不於要求之書面。開示其配當要求之原因。又於執行裁判所之所在地。苟無住所及事務所。則不可不選定假住所而屆出之。(第六二〇條第一項)

配當要求之效力。何時發生乎。其要求申立形式上適法。而經裁判所受理之時。即發生其效力也。其效力如左。

第一 配當要求者。從其原因的權利之性質。得於執行手續而受辨濟。

第二 既爲之差押。於爲取消之場合。生差押之效力。但此效力。非爲總配當要求者而生。爲依執行力正本而爲配當要求之債權者而生也。差押者。強制執行中之主要行爲也。無執行力正本之債權者。不能自爲強制執行。故其配當要求。不能生差押之效力也。爲基於有執行力正本而爲配當要求之債權者。生差押之效力。則不可不盡條件之一之手續。其手續。執行裁判所以職權而爲之。即須送達其配當要求。於第三債務者及差押債權者是也。第六二〇條第三項。無執行力正本之債權者。不得爲差押。縱令於此場合。債務者。申立認諾其配當要求之原因的債權之旨。於執行裁判所。而亦不生差押之效力也。其理由。認諾之行爲自體。不能爲形式上之執行名義故也。

第三 第三債務者。有供託其債務額之權利。此效力依於送達配當要求於第三債務者而始生。既受配當要求送達之第三債務者。雖於其送達前。已受取立命令之送

達時。即有此供託之權利。(第六二一條第一項)

第四 第三債務者。依與於配當或債權者之請求。而負供託其債務額之義務。此效力。亦依配當要求之送達而生。(第六二一條第二項)法律。使第三債務者。有如此供託權之理由。即使第三債務者。於應取立命令之後。可避免配當要求債權者請求之煩累也。又使負債務額供託之義務之理由。蓋出於保護配當要求債權者之趣旨。詳言之。即不至使差押債權者。依取立命令。取立債務額而費消之。致不能為配當之實施也。

於以上第三及第四之場合。供託債務額時。第三債務者。不可不屆出其狀況於執行裁判所。

第五 有適法之配當要求時。不得發有害配當要求者權利之轉付命令。此論據在於第六二〇條三項之類推論。即代支拂而有轉付命令之後。不得為配當要求。是因有害於受轉付命令之債權者故也。苟配當要求後。得發轉付命令。則配當要求。毫無價值。法律以許無益之配當要求為無謂。故曰。既有配當要求。則不得發有害於配當



要求者權利之轉付命令也。以上所說明效力之外。依於有執行力正本而爲配當要求之債權者。對於怠取立命令之差押債權者。得爲取立之催告。其催告不見效時。則得執行裁判所之許可。而可自爲取立。(第六二四條)

#### 第四節 配當手續

##### 第一款 配當手續之開始及配當表之作成

配當之實施。於左之要件具備之場合而爲之。

第一 加於配當之債權者有數名時。茲所謂債權者。即要求有執行力正本配當之債權者。第五八九條所謂依民法而要求配當之債權者。假差押債權者之類是也。

第二 以差押金錢。或取立之金錢。或賣得金。不能使總債權者滿足時。

第三 從動產之競賣期日。爲金錢差押之日。及爲債權取立屆出之日。之十四日期間內。債權者間。協議不調時。

付於開始配當實施之手續。不須特由債權者。爲配當實施之申立。對於動產強制執行之場合。由執達吏。提出債權者間。配當協議不調之旨之狀況屆出。於執行裁判所。

受理此屆出之後。執行裁判所。以職權而行實施手續。爲債權取立之場合則有疑問。即缺除關於其手續之規定也。此場合。苟債權者。應屆出爲取立事於執行裁判所。則此際執行裁判所。對與於配當之各債權者。確其得爲協議上配當與否。似於配當協議不調時。實施之。

執行裁判所。受理狀況屆出時。又於債權取立之場合。確爲協議不調時。則爲計算書提出之催告於各債權者。其提出之期間爲七日間。其應揭於計算書之事項。即第六二七條所規定是也。受此催告之債權者。第一。差押債權者。第二。要求從民法配當之債權者。（此債權中。包含有停止條件附債權者。）第三。依於有執行力正本之配當要求債權者。第四。假差押債權者是也。

此催告期間經過後。裁判所作配當表。此配當表中。不提出計算書之債權者之債權額。亦不可不揭之。故不提出計算書之債權者。似不因怠於提出。而受何等之不利益。然依場合而或受大不利益也。即付於不提出計算書之債權者。裁判所參照其配當要求之趣旨。并狀況屆等之趣旨。而定其債權額。苟其計算。比真實之債權額寡少時。

而亦不許補充其債權額也。

配當表中記載債權之種類額數。債權者之氏名。配當之目的金額。配當之割合等。配當表作成之後。執行裁判所定關於其配當表之陳述期日。及配當期日。而呼出各債權者及債務者。若債務者之所在不明時。或在於外國時。則不必呼出。其結果。債務者對於配當表而失陳述之權利。配當表至遲亦須於陳述期日之三日。前備置於裁判所書記課。以供利害關係人之閱覽。此陳述期日及配當期日。得依申立而變更之。於陳述期日。苟對於配當表。無異議之申立時。則於配當期日。實施配當。苟對於配當表。而有申立異議者。基於其異議之利害關係人。合意更正配當表時。可基於其合意而更正配當表。基於既更正之配當表而實施配當。又雖有異議之申立。而其異議不亘於配當表全部時。則於異議無關係之部分。實施配當。

## 第二款 異議及異議之訴

對於配當表。而有申立異議之權利者。限於期日出頭之債權者。而債務者固自有此權利。於期日闕席之債權者。則失其異議申立之權利。法律看做此闕席債權者。認配

當表爲精確也。

異議之申立。明示關於配當表。請求如何之更正即可。至於何者可爲異議之理由。舉其主要。即第一。或債權之不成立事。或附隨於其債權之優先權之不存在事。第二。配當要求額。比自己之債權爲少事。又不認自己之債權之優先權事。第三。配當之割合。不比例於債權額事之類是也。有異議申立之場合。爲其目的債權之所有者。有對之而爲陳述之權利。若於右之場合。有其債權者闕席時。則認爲爭其異議。此似反於闕席判決之理論。而實不然。即闕席之債權者。已爲同意於配當表也。於此異議有關係之債權者。得爲和解。

對於配當表異議之訴云者。即關於配當表陳述期日。主張異議之債權者。以配當表之更正爲目的。而提起之訴。其性質。屬於創定之訴訟也。於此訴。有依第四八條之共同訴訟人。又裁判所得依第一二〇條。而併合數多之訴。於此訴爲被告者。即於配當表自己之位置。將被變更於不利益之債權者也。

可爲此訴之原因者。前述異議之原因既已說明之。即或原告優先權之存在事。或被

告之權利之不成立。又取消事之類是也。原告得以異於對配當表所主張之異議理由。而以此訴之原因而主張之。

一定之申立者。如原告所主張。而求更正配當表也。被告又得以反訴而爭原告之權利。

此訴。非當然生妨配當實施之效力。苟欲妨配當之實施。則必須於訴之提起七日間。對於配當裁判所。而證明提起此訴之事也。若受訴裁判所。與配當裁判所。同一之場合。或學者謂。不須爲此證明。而生妨配當實施之效力。然據第六三三條。自期日之七日期間內。苟不證明起訴事。則不拘有異議之申立。可實施配當。右之場合不規定可生妨配當實施之效力。故多數學者。斷爲雖受訴裁判所即配當裁判所時。苟非形式上證明其訴之提起。則不生妨配當實施之效力也。

債權者之提起此訴。以對於配當表。而申立異議爲要件。何則。不申立異議時。看做爲同意於配當表之實施也。債務者。得起異權之訴與否。爲一問題。然今日一般之解釋。則斷爲不得主張基於第六三三條之異議之訴。唯依第五四五條。得主張關於請求

之異議。以其結果而得求配當表之更正。依於第五四五條而爲訴之場合。與依第六三三條而爲訴之場合。其於訴訟法上之效力。大有差異。依於第五四五條而爲訴之場合。雖證明其訴之提起。猶不得妨配當之實施。爲欲妨之。則不可不依第五四七條第二項之規定。反之依第六三三條之訴。如前說明。爲證明其訴之提起。則生妨其配當實施之效力。

對於配當之目的物。第三者亦得提起異議之訴。此第三者。限於對被競賣物。而有物的擔保者。即依第五六五條而從五四九條之規定。得提起異議之訴也。此訴與依訴訟法第六三三條之訴。亦異其性質。此訴之効力。與債務者之訴同。

依於第六三三條異議之訴之管轄。從其訴訟物之價額。即價額百圓以下時。屬於配當裁判所之管轄。百圓以上時。屬於管轄配當裁判所所在地之地方裁判所。苟一之訴屬於地方裁判所管轄。又有他之訴。屬於區裁判所管轄之場合。地方裁判所。併管轄之。故提起異議之訴於地方裁判所後。又提起他之異議之訴。於配當裁判所之場合。則被告得提出管轄違之抗辯。此訴之管轄。依第五六三條。屬於專屬管轄。唯合意

願受配當裁判所裁判之際。則以專屬管轄規定之一例外。而從其合意。配當裁判所生管轄權。付於定此管轄之必要的訴訟物之價額。應如何算定。非依其債權額。依於因配當表之更正。而其債權者當受利益之額。而算定也。

關於此訴之口頭辯論。及其他訴訟手續。與通常之訴訟手續無所異。其判決。付於所爭配當額之部分。而定相當之數額。苟其計算複雜之場合。又有不能即於判決定其配當額之理由時。則示配當算定之標準。而命配當表之調製。及他之配當手續。其命令。對於配當裁判所。直接爲之。右之判決確定場合。更定陳述期日。及配當期日。而呼出各債權者。換言之。即實施第六二九條之手續也。對於新配當表。亦得陳其異議。但其異議之原因。必付於新配當表而生者。詳言之。即對於與舊配當表同趣旨之新配當表之部分。苟於舊配當表。既不申立異議之債權者。則失其爲異議之權利。又以判決而被減少配當額之債權者。固無異議之權利。故對於新配當表。而爲異議之原因者。其配當表反於判決趣旨事。或新配當表。非判決當事者之債權者之配當額。比舊配當表爲少額等。是也。

關於此配當之訴。得爲闕席判決。即第六三七條所規定。其闕席判決之主文。爲宣告原告闕席場合。看做爲取下異議之旨。被告闕席場合。則從闕席判決一般之規定。爲其判決也。原告闕席之場合。不爲却下其訴之判決。(第二四七條)而看做爲取下其異議。所以爲闕席判決者。出於使之消滅形式上異議之趣旨也。換言之。即訴之却下。於陳述期日異議之申立形式上存在故也。

### 第三款 配當之實施

配當於左之場合實施之。

- 第一 於配當期日。無異議之申立時。
- 第二 於右期日。有異議之申立。而依全債權者之合意。更正配當表時。
- 第三 雖有異議之申立。而其異議不影響於配當表之全部。單對一部存在時。則付於異議無關係之部分。實施配當。
- 第四 異議申立者。於第六三三條之期間內。不證明其訴之提起時。
- 第五 完結異議之訴時。



配當實施之手續。第六三九條所規定是也。條文明瞭。茲不復述。

## 第二章 對於不動產之強制執行

### 第一節 通則

對於不動產之強制執行云者。基於金錢債權之強制執行之謂也。故以不動產之引渡爲目的之債權之強制執行。又對於債務者所有不動產請求權之強制執行。不包舍於此規定中。但於第六一六條之場合。由第三債務者。既爲不動產引渡之場合。則依此章之規定。而續行其執行也。

據第六四〇條。則關於不動產之強制執行。分爲二種。其第一強制競賣。第二強制管理。是也。

日本民事訴訟法。於可爲強制執行目的之不動產。不別設制限。故總不動產。皆得爲強制執行之目的也。唯不動產中。有得爲強制管理之目的。而不得爲強制競賣之目的者。即法律禁止所有權移轉之不動產是也。此二個執行方法。債權者。無不可不選擇其一之義務。故併用二個之方法可也。同時有可爲目的之數個不動產時。其一個

強制管理。其他數個強制競賣。即得併用之也。又對於一不動產。先用一個之方法。其次變用他之方法亦可。例如一旦既爲強制競賣之目的。於競落決定前。取消之。更爲強制管理之決定是也。此執行方法中。強制管理之方法。於假差押之執行。亦得爲之。何則。強制管理者。對於不動產收益之執行方法也。故以假差押之執行。而爲不動產之強制管理。固無害於債務者之利益也。

對於不動產強制執行之機關。即執行裁判所是也。執行裁判所者。不動產所在地之裁判所之謂也。爲執行目的。不動產數個之場合。其不動產。屬於數個之管轄裁判所時。債權者不可不先爲管理指定之申請。對於其申請。受定管轄裁判所之裁判。則對於其裁判所定之管轄裁判所。而爲強制執行之申請。法律於一個不動產。跨數個之區裁判所之管轄而存在之場合。不決其屬於何裁判所之問題。然此場合。依第六四一條規定之精神。及裁判所構成法第一〇條等。則應使上級裁判所。定其管轄裁判所。

對於不動產之執行機關。不屬執達吏。而屬於區裁判所之理由如左。

第一 不動產比於有體動產。其價貴重也。爲保護其所有者之故。使視執達吏富有法律知識之判事。取扱其執行手續。是以使區裁判所。爲其執行機關。

第二 等於對財產權之場合。常生執行上之困難問題。而執達吏不適用於解決此問題。故以區裁判所爲其管轄。

### 第二節 依於強制競賣之執行手續

#### 第一款 競賣之申立

競賣之申立。苟不具備第六四二條所定要件。則爲不合法。而其要件。即

第一 債權者。債務者。及裁判所之表示。 茲所謂債務者。包含不動產之所有者。

第二 不動產之表示。 此表示。即明載不動產之所在及性質之謂也。

第三、執行名義。

此申立。不可不添付第六四三條所規定之證書類。其主要。即有執行力正本是也。其他各號規定之說明從略。

第六四三條所揭各證書類。於既爲強制管理。而差押不動產之場合。其執行記錄存

在時。則無添付之必要。此爲適於實際之便宜而設之規定。既於強制管理場合。存於是等證書記錄中。則強制競賣場合。所應取調之事項。依此自明故也。同一債權者。對於既爲強制管理之不動產。而爲強制競賣申立之場合。與他之債權者。爲競賣申立之場合無區別。

競賣之申立。不能謂爲對不動產強制執行之開始。換言之則僅依此申立。未生差押之效力也。唯其效力在於使裁判所。爲執行手續之開始決定而已。又此競賣之申立。不得妨第三者所爲之差押。

#### 第二款 競賣手續開始決定

競賣開始決定者。對於不動產之差押方法也。因此決定之送達。而生差押之效力。爲此決定。不必經口頭辯論。此決定即強制執行之方法。故對此不服之利害關係人。應依第五四四條。以抗告而申立異議。對於其異議之裁判。可依第五五八條。爲即時抗告。却下此申請之裁判。則非強制執行之方法。然於強制執行之手續得爲之裁判。故亦依第五五八條。可爲即時抗告也。形式上此決定。應具備如何之事項。第六四四條

規定之。即第一。開始競賣手續旨之宣言。第二。爲債權者。而差押不動產旨之宣言。是也。此決定。以職權送達於債務者。因其送達。始生差押之效力。又因此送達。而開始對於不動產之強制執行。故第五二八條所規定之判決送達。不必於競賣之申立同時爲之。此決定送達於債務者以前之間。送達其判決即可。換言之。即於申立以後送達即可也。又如第五四六條所規定。請求之主張。繫於日時到來之場合。此決定送達於債務者時。苟條件的日時之到來。則爲適法之執行手續。故競賣之申立。於執行之條件的日時之到來以前。得爲之也。

競賣開始決定者。

(一) 生差押之效力也。此效力之發生。如上所述。必須送達決定於債務者。分析其差押之效力時。第一。與差押債權者。以付於不動產之競賣代價。受辨濟之權利。第二。禁債務者。讓渡差押不動產。或供於擔保。或設定其他之物權。(第六四四條第二項)第三。對於不動產而取得物權之第三者。苟既知有差押事。或知有競賣申立事。則使之不得妨其競賣。既記入競賣申立於登記簿時。則使取得物權之第三者。與已知有競賣

申立事之場合。生同一之效力。第四。差押之原因的債權。對於差押不動產。而有擔保權時。對於傷務者送達開始決定之後。取得權利之善意第三者。亦使之不得妨競賣手續之續行。第五。記入競賣申立於登記簿後之差押。得對抗總第三者。

(二)對於已有競賣開始決定之不動產。他之債權者。不得更爲競賣之申立。(第六四五條第一項)

對於不動產之假差押。不爲強制執行之障害之原因。換言之。即債權者。得對於假差押之目的物。而申立競賣開始決定也。何則。假差押者。非其強制執行之手續。故爲假差押。尙未至開始不動產之強制競賣手續也。是以於同一債權者不必論。雖由他之債權者。亦得爲競賣開始決定之申立。此點爲避爭論。故定於第六四五條三項。反之付於已爲假處分之不動產。不得開始競賣手續。何則假處分者。由於爲自己而請求保爭不動產之原告爲之。故苟對此而開始競賣手續。則假處分申請者。至於後日。致受不可回復之損害也。而對於已開始競賣手續之不動產。得爲假處分。此場合。苟將爲假處分。則起基於五四九條之異權之訴。而可爲假處分之申請。

如上所述。不動產之差押。依於送達競賣開始決定於債務者。而生其效力。此效力。於左之場合消滅。

第一 競賣申立之取下時。是因差押之原因消滅。故其結果之差押。亦從而消滅。第六五〇條第三項所規定是也。但必須於他已無可生配當要求之效之強制競賣之申立。或配當要求之申立。何則。此場合差押之原因不消滅故也。(第六四五條第二項)

第二 有對於強制執行之目的不動產而申立異議。認為正當之確定判決時。區別此異議。即第一。第五四九條之異議。第二。第五四五條之異議。此等異議。以訴為之也。第三。第五四四條之異議。即執行方法之異議也。

第三 依第六五三條。競賣手續取消時。

第四 依第六五六條。競賣手續之取消時。

第六四八條限定關於不動產強制執行手續之利害關係人。此利害關係人云者。依差押之效力。而受影響者之總稱也。第一種。即債權者。分之為二。其第一。差押債權者。

第二依有執行力正本而要求配當之債權者。第二種債務者。第三種。記入於登記簿不動產上之權利者。第四種。以不動產上權利者。而證明其債權。已爲可供於執行記錄之屆出者。換言之。即不記入於登記簿之不動產上權利者之謂也。例如一般之先取特權者。主張租稅其他公課之債權者。即國稅。府縣稅。市町村稅之類是也。以上所述債權者中。不包含不依執行力正本而要求配當之債權者。及假差押債權者。其理由。此等債權者。無執行名義。不必以利害關係人而保護之也。

### 第三款 競賣之實施

#### 第一項 競賣前之手續

雖生對於不動產差押之效力。非即可實施競賣也。其理由。苟即實施時。或對於其不動產。而有基於多額債權之擔保權。或對於其不動產。而有主張物權者。因此而使差押債權者。生競賣手續無效之結果故也。法律設競賣前所應盡或手續之規定。說明如左。

第一 由執行裁判所。通知競賣手續之開始決定。於登記判事。而囑託爲競賣申立



之記入。茲有一問題。即登記判事。既受競賣申立記入之囑託後。得爲對於不動產之賣買。或抵當權等物權。設定之登記與否。此問題。學者之解釋分爲二派。甲說曰。不得爲此等物權設定之登記。其理由。蓋謂差押者。僅生受配當之權利。苟差押以後之登記有效力時。則新增配當加入者。遂使差押債權者。被其損害。若此登記無效力。則後之登記。全歸於無用。或謂後之登記。於差押取消場合。可生效力。故非無用。然登記者。非以如斯偶然發生之效果爲目的。苟許以如斯偶然發生之效果爲目的之登記。則是登記判事。不能却下豫期第一賣買之取消或解除之二重三重賣買登記之申請也。如此是徒勞登記機關而已。故不可許也。反之乙說曰。後之登記。無不可許之理由。何則。債務者於無害其債權者之範圍內。因得關於其財產而爲法律行爲。此問題之登記。無害於差押債權者也。甲說第一段之論據。雖主張後之登記。爲有害於差押債權者。然差押而既不生質權。則以配當加入之增加。而謂有害差押債權者。固不可也。又從他方面觀之。則如此登記。於實際有最必要之場合。若不許爲此登記。則豫想有差押之解除事。而爲賣買或設定抵當權者。於差押取消之瞬間。依債務者之惡意而

賣却於他人。或爲他之債權者而設定抵當權。因已爲其登記之故。遂生受害之結果。欲避如此弊害。故曰關於差押財產之賣買或物權設定之登記。實際上爲必要也。甲說對於此點。雖亦加以駁論。而其論旨於根抵已悞。夫差押者。假令有其登記。尙非移轉其所有權於差押債權者。亦非使差押債權者得其物權也。債務者於差押之後。得爲辨濟於債權者。而使消滅差押之效力。債權者於此場合。不能拒其辨濟也。反之既經賣買登記之不動產。第三者雖買諸舊所有者。而取得其所有權甚不確實。何則。新所有者。有拒賣買解除之權利故也。雖豫想已完全成立之賣買之解除或取消而爲賣買。而得其目的物之所有權既不確實。則不可許二重三重之賣買登記也。反之買取差押不動產者。代債務者而爲辨濟於加入差押手續之債權者時。則得確實取得其所有權。如右反對論者所援用事例。於差押之場合。法律上異其性質。故其論據悞也。

第二 登記判事。爲競賣申立之記入後。應送付登記簿之謄本於執行裁判所。苟由不動產上權利者。有差出證書時。則須送付其抄本。是第六五二條所規定也。其理由

蓋使執行裁判所得知決其必須爲競賣與否之憑據的事實也。

第三 依登記判事之通知。而知有可妨競賣手續開始之事實時。執行裁判所。應因其事情而即取消手續。又對於差押債權者。指示一定之期間。而命其證明右之障礙之消滅事。若債權者於此期間內。不爲其障礙消滅之證明時。則於期間滿了後。可取消執行手續。(第六五三條)

第四 執行裁判所。於爲競賣開始決定之同時。或既爲之後。通知於主管租稅其他公課之官廳。而催告其申出於對不動產債權之有無。及其債權之限度。(第六五四條) 此催告。定申立之期間而爲之。第六五四條所規定。蓋使此等官廳。於取立其債權。不生困難故也。關於此手續有一問題。若催告期間之內。此等官廳。不爲其債權之申出時。則失其債權與否是也。予之所信則對於債務者不至失權自不必論。且對於不動產亦不至失權。又於執行手續之上。亦不至失權。蓋此等債權。於競落期日之終了以前。皆得申出也。何則。此催告之規定。依於公益上之理由。使處理其債權之官廳。不至失其徵收之機會。與以注意之規定而已。配當要求。據第六四六條。則於競落期

日終了以前可爲之。故右之債權。亦無不與以與通常債權同一保護之理由也。

第五 執行裁判所。由主管租稅其他公課之官廳及登記判事。受其通知之後。又對於右之官廳。催告期間之滿了後。使鑑定人。爲其不動產之評價。此手續爲定最低競賣價額爲必要。即以其評價之金額。爲最低競賣價額也。最低競賣價額。有何等之必要而必須定之乎。蓋爲決競賣之必要與否故也。換言之。即以最低競賣價額。苟對差押債權者。而不足辨濟於有優先權之債權者時。則不必爲競賣也。

以最低競賣價額。先於差押債權者。而辨濟於不動產上之負擔。及手續上之費用。而預料爲無剩餘時。則通知其趣旨於差押債權者。蓋使差押債權者。得以斷定求競賣之適當與否也。故差押債權者。受此通知之後。得求競賣之續行。但此際不可不從第五六條第二項而立保證。

第六 關於共有之持分。有特別手續。對於共有物之持分。有強制競賣之申立時。以上手續之外。對於他之共有者。可通知競賣之申立。又於定最低競賣價額。使之爲不動產全部之評價。所以使爲如此之評價者。爲欲得精確之評價也。登記簿中。非僅記

入不動產之競賣申立。對於持分而有競賣申立事。亦應特記之也。

第七 定競賣期日及競落期日而公告之。其公告所當備之要件。規定於第六五八條。並有可爲問題者。苟缺此競賣期日之要件。不留意而竟爲競落許可決定時。其決定有效與否是也。付於競落許可之異議。及對於競落決定之抗告理由。第六七二條以下所規定。苟不陳異議。又裁判所不以職權爲此點之調查而爲決定時。則完全生其效力。(大審院判例)尙當詳述於後。

關於競賣期日競落期日之公告。其期日之起算。規定於第六五九條六六〇條。關於應開期日之場所。規定於第六五三條。

### 第二項 競賣前手續之取消

第六五三條。規定競賣前取消強制執行手續之場合。分別說明如左。

第一 豫知可妨手續開始之事實。因登記判事之通知而顯。其事實絕對可妨競賣者。例如華族世襲財產是也。

第二 得使債權者消滅右之事實之場合。於裁判所所指定期間內。不證明其妨礙

事實之消滅時。例如對於不動產而有假處分之決定時是也。

第三 以最低競賣價額。辨濟不動產上之總負擔。及手續之費用。而豫計爲無剩餘時。債權者。於定可有剩餘之價額。或他無競賣人之場合。當以右之價額而引受不動產之旨。不於七日之法定期間內申出時。

縱令爲右之申立。苟其申出價額。不足以爲十分之保證。則法律上無效力。

以上場合。可取消競賣之手續。其理由。蓋第一第二之場合。不能爲競賣。第三之場合。雖爲競賣而亦無實益故也。茲有宜注意者。第三場合爲保證之申立。不必同時爲之。於期間之內。各各爲之亦有效也。

至於競賣期日。判明競賣之障礙原因。或新發生之場合。不可開始競賣期日。例如登記判事。漏不動產上優先權之公告。而更送付完全登記簿之謄本。依此則以最低競賣價額。不足辨濟全部之優先權之場合。或於競賣期日之公告後。不動產生顯著之毀損。不能預計得以最低競賣價額而賣却之場合。此際則應再施競賣之準備手續。

### 第三項 競賣

競賣者。以競賣期日之開始。爲其手續之第一着手。此期日。執達吏所開始者。於執行裁判所所定之場合開始之。(第六五五條第二項)其開始之手續。先由執達吏。爲期日開始之告知。有特別之賣却條件時。則當向各人告知之。同時應以執行記錄。供各人之閱覽。而後催告競賣價額之申出。

競賣手續之賣却條件云者。定競落人權利義務之法律規定。又利害關係人之合意之謂也。此賣却條件。學說上或分爲法定賣却條件。及任意賣却條件。此法定之賣却條件。更細分爲不許以合意變更之賣却條件。及許以合意變更之賣却條件。試舉其第一例。即第六六二條所定最低競賣價額之類。此不許以合意變更者也。依於競落許可決定之不動產所有權之取得(第六八六條)亦同。舉第二例。即競賣代金之支拂方法之類是。而舉任意賣却條件之例。即競落人。可於其目的不動產之上。爲隣地而設定地役權之類是也。

或又區別此賣却條件。爲關於競賣成立之賣却條件。及關於效力之賣却條件之二者。關於成立之賣却條件云者。例如最低競賣價額之設定。競買人所爲之保證供託

之類是也。關於效力之賣却條件云者。如第六四九條所規定。先取特權抵當權等。存於不動產上負擔之消滅。或競落人代金支拂義務之類是也。

特別之賣却條件云者。以合意而變更之法定條件之謂也。

競賣期日開始時。利害關係人。有對於競買人而求其立保證之權利。(第六六四條)此申立。須於競賣價額之申出後。即述之。而其申立之效力。於新競賣或再競賣之場合。亦存續之。所以與利害關係人以有對於競買人而請求其立保證之權利之理由。蓋恐競買人無資力。因投機心而爲競買之申立。其後不能支拂代金。因之更爲競賣而生損害時。以此爲擔保也。詳言之即第六六四條。將以保護利害關係人之利益而設之規定也。競買人於比自己所申立價額。有高價之競賣申出以前。應受拘束於所申出之價額。苟有比自己所申出價額。更高價之競買人之呼上時。則解其拘束。付於競賣申立者一問題。即不動產所有者。得爲競買人與否是也。競賣亦一之賣買。故其目的物之所有者。應立於賣主之地位。似不得爲競買人。然一般學者之解釋。則所有者。有競買人之資格。而所有者爲競買人之場合。非以取得目的物之所有權爲



目的。而以使消滅對於不動產之差押之權利。爲目的也。

關於競賣之終局。第六六五條及第六六六條所規定。即競賣價額申出之催告後。非經過一時間。不得爲終局。苟經過一時間。則雖無競買價額之申出。而亦得爲終局也。有競買價額之申出時。執達吏爲最高價額之呼上。而告知競賣之終局。競賣手續終局之場合。應作成其調書。此調書所應具之要件。第六六七條一號乃至八號所規定是也。據同條二項。則命最高價競賣人。及出頭之利害關係人。署名用印於調書。苟調書作成之前。此等人既出席時。則命附記其旨。而此等人苟不能署名用印之場合。應爲如何手續。竟無規定。此則法之不完備也。以常識判斷之。則調書之作成者。附記利害關係人不能署名用印之理由即可。

執達吏既作成競賣調書後。三日以內。應交付於執行裁判所之書記。若競買人立保證之場合。則以其保證而受取之金錢。或有價證券。亦應引渡於裁判所書記。(第六六八條)

如此競賣之實施後。雖可移於競落手續。然法律猶於其前。命以種種之手續。

(一) 最高價競買人。應選定假住所。而屆出於執行裁判所。依其方便只對於執達吏而以口頭爲屆出亦可。此手續苟最高價競買人於執行裁判所所在地。有住居或事務所。則無爲之必要。(第六九九條)

(二) 各債權者。於競落期日以前。應差出關於其債權之計算書。於執行裁判所。(第六九二條)

利害關係人。於競落期日。可就競落之許否而爲陳述。於競落期日前。有取消競賣手續之場合。即依於不關競落人責任之原因。而致不動產有毀損。其毀損甚顯著時。最高價競買人。有取消其競買申出之權利。(第六七八條)

此場合。裁判所有定其毀損程度之職權。而以決定斷其申出之適否。最高價競買人及利害關係人。對於此決定。得依總則第五五八條而爲即時抗告。許可競賣取消之決定確定時。則對於不動產而開始新競賣手續。

#### 第四項 關於競落之異議

利害關係人。出頭於競落期日。而有對於競落之許可而爲陳述之權利。主張不可許

競落之場合。則稱爲關於競落之異議。日本訴訟法。限定其異議之理由。即第六七二條所規定是也。

第一 不可許強制執行時。又不可續行執行事。此所謂不可許強制執行云者。欠缺執行之實體的及形式的要件之謂也。例如執行之原因的債權之消滅。或目的之不動產不可讓渡之類。即實體的要件之欠缺也。執行裁判所無管轄權。或執行名義之欠缺。或債務者之承繼未證明之類。即形式的要件之欠缺也。所謂不可續行執行者。例如第五〇〇條。第五四七條。第五五〇條所規定。有執行停止命令之場合是也。

第二 最高價競買人。付於競賣爲無能力者時。即未成年者。禁治產者。外國人之類是也。

第三 牴觸於法律上之賣却條件而爲競賣時。或未得總利害關係人同意。而變更法定之賣却條件事。例如以最低競賣價額以下之競買申立人。爲最高價競買人之場合。即牴觸於賣却條件之競賣也。舉其變更之例。即付於代金之支拂期限。而變更其既定者之類是也。

第四 於競賣期日之公告。不記載第六五八條所揭之要件時。

第五 競賣期日之公告。不依法律所定方法而爲之。即反於第六六一條規定時。

第六 第六五九條所規定期間不存時。

第七 違背第六六五條第一項。及第六六六條第一項之規定時。

第八 違背第六六四條之規定。而呼上最高價競買人時。

異議之理由。關於利害關係人之自己權利爲必要。換言之。即競落前之手續。雖違反法律之規定。因此而不受何等損害之利害關係人。不得主張異議。例如由甲債權者。對於或競買人。而爲應立保證之申出。裁判所不使之立保證。而以其競買人爲最高價競買人之場合。乙債權者不得申立異議也。何則。此際看做乙債權者。信右競買人有資力。而不爲保證之要求也。(但有此理由時。以職權而不許競落。第六七四(二)項)異議之申立。得以書面或口頭爲之。他之利害關係人。若以其異議申立爲不當。得對之而爲陳述。異議。及對於異議之陳述。於競落期日終了以前得爲之。苟經過右之期日則失權。其理由蓋法律。命依口頭審理而爲競落當否之裁判。故競落期日以後。此

可爲口頭審理之期日不存也。

裁判所於決競落之許可。有爲必要的證據調之職權。其結果。決定競落之許否。而其決定。必須言渡之。

#### 第四款 關於競落之決定

##### 第一項 競落許可決定

於競落期日。無異議之申立。又無應以職權調查競落不許之原因。或有異議之申立。而其異議無理由時。則可言渡競落許可之決定。此許可決定中所應揭之要件。第一。爲競賣目的之不動產。第二。競落人之氏名。第三。競賣價額是也。有特別之賣却條件時。其條件亦當揭之。決定中。所以應揭以上要件之理由。蓋競落許可決定。生不動產所有權移轉之效力。以之代通常賣買之賣主之意思表示。苟非具法定要件。則生不動產所有權移轉效力之事。無從得知也。據民事訴訟法第六九三條。則競賣代金之支拂期日。不揭之於許可決定。而於決定之確定後。裁判所定之。惟於決定中定此期日。似甚便利。然此期日之指定。所以應於許可決定確定後爲之者。蓋雖定於決定之

確定前。而決定時有取消之事也。既被取消時。則其期日不實施而終。爲不爲無益之手續。故有此規定也。又於他之方面。有代金之支拂。即使得配當故也。此決定應爲言渡。此決定之效力。因言渡而生。

競落許可決定。爲最高價競買人而生之效力如左。

第一 移轉不動產之所有權。此所有權移轉之效力。不僅於不動產所有者。與價落人之關係間發生。對於第三者。亦生其效力也。故此決定而確定也。至於後日。雖所認之所有者。明其非真所有者。而競落人仍可取得其所有權。此效力。由不動產所生之果實。其他得以金錢積算之利益。亦得及之。

第二 使消滅存於不動產上。一切之先取特權。及抵當權。但無使留置權消滅之效力。質權亦然。故欲消滅右之權利。則競落人。不可不辨濟留置權者及質權者之有的債權。苟有優先於質權之權利時。競落人亦不可不爲辨濟於此權利者。（滯納國稅之類）

第三 競落人於受競落物引渡以前。得請求不動產之保全處分。（第六八七條）例

如使管理人爲管理之類。對於此申立債務者及其他利害關係人。無拒絕之權利。裁判所亦不得拒絕之。苟債務者不肯引渡於管理人時。得以強制之方法。而解債務者之占有。

競落許可決定。對於競落人而生之效力。即使競落人生代金支拂之義務也。此代金。如訴訟法第六九三條所規定。競落許可決定之確定後。於裁判所職權所定期日爲之。若於此期日。不履行支拂之義務時。則其不動產。被附於再競賣。

此競落許可決定。爲言渡外。應揭示於裁判所之揭示板。而爲公告。(第六七九條第二項) 此手續。僅爲一之訓示的規定而已。故裁判所雖不履行此手續。亦不及影響於此決定之效力。如後所述。法律於此手續之欠缺。不爲對此決定而爲抗告之理由也。

#### 第二項 競落不許可決定

可爲競落不許可決定之場合。即於競落期日申立之異議。有理由時。及有第六七四條所規定。可以裁判所職權調查之不許之原因時。是也。

第一、不許強制執行事。第二、不可續行強制執行事。第三、最高價競買人。無取得不動產之能力事。第四、競賣抵觸法律上之賣却條件事。第五、不得總利害關係人合意。而變更法律上之賣却條件事。第六、競賣期日之公告。欠缺第六五八條各號之要件事。第七、不從第六六一條之規定而爲競賣期日之公告事。第八、競賣期日之公告。與期日開始之間。不存十四日之期間事。第九、爲競賣之催告後。不待經過一時間。而終局競賣事。第十、執達吏不呼上最高價競賣人之氏名及其價額。而終局競賣事。第十一、既受立保證請求之競買人。不拘其不立第六六四條所定之保證。而竟以最高價競買人而呼上之事。第十二、由競賣期日至競落期日之間。其不動產因天災及其他時變。而生顯著之毀損。最高價競買人。取消其競買事。

以右列理由之一爲異議原因。而由利害關係人主張時。又由最高價競買人。主張第十二之理由時。則應爲不許可之決定。裁判所以職權調查之結果。認有以上第一乃至第十一之理由時。則應以職權爲不許可之決定。而以職權爲此決定之場合。有左之制限。



於第一號之場合。不許強制競行之理由。限於不能讓渡不動產之場合。

第三號之場合。限於決定競落許可之時期。最高價競買人之不動產取得能力之欠缺。未除去時。故於競賣申出時。最高價競買人。雖無不動產取得之能力。而為決定時。有其能力。則不能以職權為不許可之決定。

第四號五號之場合。限於利害關係人。不承諾手續之續行時。故雖牴觸法律上賣却條件之競賣手續。又雖不得總利害關係人之同意而變更此條件。至其後。利害關係人若拋棄異議權。則不能以職權而為不許可之決定。

以職權為不許可決定場合。所以必設制限者。蓋為競落之不許可。原出於保護利害關係人利益之意。今利害關係人。既捨其利益而希望競賣手續之續行。則裁判所固無干涉之必要也。

右之外。第六七五條。規定可為不許可決定他之原因。即付數個不動產於競賣之場合。以其一二之不動產代價。已足使各債權者滿足。及償手續之費用。則他之不動產。不許競落。是與關於動產之第五六七條規定。同其精神。既無必要。則無使債務者失

其財產之理由也。競賣數個不動產之場合。與債務者以指定可賣却不動產之權。是同條第二項所規定。亦出於保護債務者之意也。

此決定與許可決定同。應爲言渡。而其確定之時。則有左之效力。

第一 使競落人及他之競買人。免其債務。但此責務免脫之效力之確定。在於決定已確定時。故決定確定之場合。競買人所立保證。不可不於確定之同時返還之。

第二 使消滅差押之效力。因之應抹消登記簿中差押之記入。此手續。由執行裁判所。囑託登記判事爲之。此效力之發生。必須競落不許可。強制的既已確定。詳言之即其不動產已不可讓渡。又債務者之辨濟。或競賣開始申立之取下。或依其他原因而既完結手續時。換言之。即不至於爲新競賣而終局之場合之謂也。

#### 第五款 新競賣

競落不許可之決定。既確定時。更當開始競賣手續之際。則定其新期日。而再施競賣手續。開始新競賣之原因如左。

第一 於競賣期日。無可許爲競賣價額之申出時。此際可於不反第六四九條第一

項之範圍內。相當低減最低競賣價額。至於期日之公告。及其他手續。與通常之競賣手續無所異。基於此理由之新競賣期日。限於不反第六四九條第一項。得以數回行之。(第六七〇條)

第二一 於第六七二條。及第六七四條之場合。更可許競賣時。定新競賣期日而公告之。(第六七六條)所謂可許之場合。爲如何場合乎。(甲)最高價競買人。於法律上無取得不動產之能力。而其欠缺未除去時。(乙)強制執行手續。因有第五四五條。第五四九條。第五四七條之原因。而停止執行之場合。不許可決定確定之後。執行停止之原因既消滅時。(丙)因牴觸法律上賣却條件而爲競賣之故。不許競落時。(丁)因不得總利害關係人之合意。而變更法律上賣却條件之故。不許競落時。(戊)因於競賣期日之公告。不記載第六五八條所列要件之故。不許競落時。(己)因違背第六六一條。而不許競落時。(庚)競賣期日之公告。與競賣期日之間。不存第六五九條之期間時。(申)因不盡第六六五條第二項之手續。而不許競落時。(壬)因不盡第六六一條第一項之手續。而不許競落時。(癸)因最高價競買人。既經利害關係人請求保證。竟不使之立保證而競落之。

故。不許其競落時之類是也。

第三 採用最高價競買人。因天災其他事變。不動產生顯著損害之理由。而爲其競買取消之申立。因之爲不許可之決定時。法文於此場合。雖不特定可爲新競賣手續。然其毀損之不動產之價額。苟以之辨償執行費用及執行原因的債權而尙有剩餘時。則爲債權者之利益。有換價其不動產之必要。故學說及判例。於此場合亦認爲新競賣之一原因。

以上場合。應以職權命新競賣。其新競賣之期日。至少亦須在十四日之後。其他手續。同於競賣之場合。(第六七〇條第六七六條)

#### 第六款 再競賣

再競賣云者。競落人於支拂期日。不完納有競賣許可決定之不動產代金時。所實施之手續也。(第六八八條)此再競賣。裁判所以職權命之。當爲再競賣。更爲其期日之公告。而其競賣之實施。由公告之日十四日後爲之。最初競賣實施所定之最低競賣價額及其他賣却條件。照舊適用於再制賣手續。其他競賣手續。與通例場合無所異。

付於既開始再競賣之不動產。可生實施新競賣。或第二第三之再競賣場合。

雖開始再競賣之手續。而前之競落人。苟於競落期日開始之三日。前提出其競買代金及再競賣手續費用。而得請求此手續之取消。然於此手續。不得爲競買人。(第六八八條之五)實施再競賣之結果。苟其競買代金。低於前之競落代金時。則前競落人。應負擔其差額。而多之場合。則不能爲自己而請求其差額。學者間有爲問題者。再競賣之法律上之性質是也。第一說。再競賣者。第一之競落之解除也。詳言之。即再競賣期日之公告者。解除對於競落人所有權之移轉。而復歸於債務者其他所有權內之不動產。之競賣手續也。第二說。歸於競落人所有之不動產。之競賣手續也。此問題之實益。例如再競賣決定以後。因天災滅失不動產之場合。從第一說。則爲損失歸於舊所有者的債務者。其他三者。從第二說。則其損失。不可不由競落人負擔之也。第一說之理由。即賣買之原則。苟買主不盡其義務時。賣主有解除其契約之權利。此理論亦得於競落場合適用之。而再競落手續之開始。即與普通賣買場合。之賣主之解除意思表不同也。其第二之理由。即競賣者。強制執行之方法也。爲強制執行。必須

執行名義之存在。又不可不盡其他之手續。而執行名義者。對於其名義。又表示於執行文之債務者以外。無強制執行之效力。今苟以再競賣爲歸於競賣人所有不動產之競賣。則無執行名義。且不履行強制執行之要件的其他手續。而爲執行。故不得不謂其反於日本訴訟法主義也。其第三理由。即法文所以用再競賣之文字者。以其目的之不動產。屬於債務者或第三者即舊所有者也。苟對於競落人而強制執行。則法文用再競賣之文字爲無謂。其第四理由。即第六八八條第五項。再度競落代價。苟低於前之競落代價。則前競落人應負擔其不敷之額。多則不得請求其餘剩之額。若以競落代金爲執行之原因。而對於競落人爲強制執行時。則使競落人負擔不足額及手續費用之規定。爲不必要。何則此不足額。爲競落人債務之一部分故也。然法文如此規定者。則知再競賣之手續。非對競落人爲之也。

第二說。再競落者。付於競賣人所有物之競賣手續。不包含前競落之取消也。其理由之第一。即據第六八八條之規定。苟因再競賣之決定。爲競落之取消。競落人失其所有權。則此條文第四項之規定。無法理上之根據。何則。雖於再競賣期日之三日。前支

拂買入代金及手續費用。而無使既取消(即實體法上之解除)之競落復活之理由。等於代金之提供。不得使即生賣買之結果。於競賣場合。亦不能以代金之提供。而使復活已取消之競賣也。反之再競賣場合。其所有權仍屬競落人。則因支拂買入代金及手續費用。而使取消再競賣手續。即以債務者因辨濟借用金。而取消強制執行之同一理論。而論定之也。第二理由。即如第六八六條所規定。競落人。依於競落許可決定。而取得不動產之所有權。即競落許可決定者。訴訟法上移轉所有權於競落人也。故再競賣之場合。苟為取消競落法律之精神。則不可不揭其旨於法文。否則關係人不能確知競落取消之時。而此點既不見於法律明文。則非以再競賣為競落之取消明矣。第三之理由。競落人若無所有權。詳言之即苟以再競落手續之開始。為歸復於債務者所有之不動產。之競賣手續。則於再競落決定前。其不動產雖因天災消滅。競落人不受何等之損害。其損害自當常歸於債務者。然競落人既於再競賣之競落代金減少之場合。負擔其差額。而不動產滅失之場合。初不負何等之義務。其損失常歸於債務者之負擔。是反於公平之理論也。凡法文。必當以適於公平理論解釋之。故如

反對說。則第六八八條爲甚不當之規定。如第二說之解釋。則可謂之適於公平理論之至當法文也。

第二說之論者。駁第一說曰。第一說有力之論據。即謂若如第二說。則是無執行名義而爲強制執行。違反於強制執行之原則也。然第二說亦有執行名義。其執行名義何指乎。曰再競賣之決定。即執行名義也。此固爲一種之變則的執行名義。而於此場合。競賣人之債務不履行之狀態。既已明確。故此場合。無必要判決及其他普通執行名義之理由也。又第一說之他之有力論據。即謂若移轉所有權於競落人。則無不與競落人以第二競賣代金比前競賣代金剩餘額之理由。然法律於此場合。蓋以競賣人不履行債務之制裁。而奪其請求從民法上理論當然可得剩餘額之權利也。不如是。則生不拘無支拂競賣代金之資力。因欲僥倖於萬一而爲競買之弊害。故予取第二說。

#### 第七款 對於競賣決定之上訴

以上訴爲保護依競落之許否。而有害關係者之利益而設也。其上訴之形式爲即



時抗告。而爲此上訴目的之裁判有二種。第一。競落許可決定。第二。競落不許可決定是也。

(甲)對於競落許可決定之上訴。有此上訴權者。第一利害關係人。第二競落人。第三競買人是也。而利害關係人。若非因此決定而被損失。則無抗告之權利。競落人。若非主張自己無可競落之理由。或主張以決定所揭以外之條件可許競落之場合。則不得爲抗告。約言之。即此三種之上訴權者。非因競落許可決定。而有直接之利害關係。則無上訴之權也。

此抗告之理由。法律制限之。即第六八一條所規定是也。其一。有第六七二條規定之異議原因。其二。以競落期日調查之趣旨。與競落決定牴觸爲理由時。此所謂競落期日云者。競賣期日之意義也。然以文理解釋則未當。此殆因立法者之疎漏。當書爲競賣期日。而誤爲競落期日也。而今日一般之解釋。又判例。於第六七一條第一項之競落期日。解爲競賣期日之意義者。蓋以競落期日。爲付於競落之許否而聽關係人之意見。而開也。於此期日。不生可爲異議原因之事由也。

或學者說明本條而曰。玆所謂競落期日之調書中。記載發見競落人之能力欠缺。或手續瑕疵之旨。而於其期日。此欠缺。因利害關係人之承認。或其他理由而已消滅。其旨亦已記載。乃不拘有此記載。裁判所竟爲不許競落之決定。此即競落決定。違背競落期日調書之趣旨也。然此例。與第六八一條第二項不相當。即抵觸於競落期日調書之趣旨云者。對於不許可決定之實例。而非對於許可決定之實例也。又豫想他之場合。則競落人主張謂以決定所揭以外之條件。可許競落事。或競買人主張可競落於自己之場合。由表面上觀察。雖似反於競落期日調書之趣旨。而精密觀察之。則此場合。即反於競賣期日調書之趣旨也。故深究之。則法文之競落期日文字。爲競賣期日之悞明矣。就法文文字解釋。則無適用之條文。故採其精神。而解競落期日爲競賣期日可也。

第六五〇條第一項所規定之第三者。對於競落許可決定。有異議申立之權利與否。立法論。則於或場合。與第三者以異議之權利爲適當。然以日本訴訟法之解釋。則不得不論決爲對於競落決定。不得爲即時抗告也。唯依或場合。即於主張善意之場合。

從第五四九條。得爲異議之訴。又他之問題。最高價競買人。於競落期日。從第六七八條。既取消競買申立。而執行裁判所。乃對之而下競落許可決定時。有異議之權利與否。即得申立抗告與否之謂。依或解釋家之言。則此際不適用第六七二條。故不得依第六八〇條爲即時抗告。予則如前之說明異議之理由。信此可當於第六八〇條所規定異議之理由。第六八〇條。廣規定爲主張無可許競落理由之競落人。得爲即時抗告。而付於無可許競落理由之場合。不設具體的之制限也。

(乙)競落不許可決定 得對此而申立不服者。第一競買人。第二利害關係人是也。茲所謂競買人者。與甲所謂競買人異。即甲場合之競買人者。既競落於他人之場合。而主張爲應競落於自己也。乙場合。則已爲不競落於大眾之決定。故爲最高價競買人之主張者。生此不服申立之權利。主張抗告權。必須依不許可決定而被直接之利害影響者。詳言之。即競買人。主張應競落於自已事。利害關係人。則依於其不許可決定。而受損害事。爲必要也。其可爲不服理由者。第一。無第六七二條所揭不許可原因事。第二。無第六七六條所揭不許可之原因。且以有不許可原因而申立異議者。無申

立之權利。而乃爲不許可決定時。又或不能以職權而爲不許可決定者。乃爲不許可決定之謂也。

又有共通於兩種之決定。而得爲抗告之他之原因。

其第一。有得起取消之訴之再審理由時。例如執行裁判所判事。不爲競落決定。而執行裁判所書記爲之之場合。又如於職務之執行被排斥之判事。而爲競落決定之場合。更舉他例如出頭於競落期日之利害關係人之訴訟代理人。無真實代理權之類是也。(民訴第四六八條)

第二。原狀回復之理由存時。例如爲決定之判事。關於其決定。而犯違背職務上義務之罪時。又如爲決定憑據之證書。僞造或變造時。(民訴第四六九條)

以上之抗告。其抗告權利者。不得基關於他人權利之理由而爲之。例如競落人。不得基利害關係人所有理由。對於競落許可決定。而爲抗告之類是也。

抗告手續。第一不可不知者。抗告期間也。基於得起再審之訴理由之場合。抗告人。由知其理由之日。應於一個月內之不變期間爲之。其他場合。應於競落決定言渡後七

日之不變期間內爲之。(第四六六條第三項)抗告裁判所。必要經口頭辯論。唯於其必要之場合。與抗告人有反對之利害者。得使爲其相手方之陳述也。例如競買人。對於競落不許可之決定。而爲抗告時。得以其相手方而指定利害關係人之類。又如利害關係人。對於競落許可決定而爲抗告時。競落人得爲其相手方之類是也。既開口頭辯論之場合。利害關係人。得參加之。而於既開辯論之場合。不許相手方或參加人主張決定後所生之新事實。若數個之抗告。對於一個之決定而提起時。雖其抗告異其理由之場合。裁判所亦得併合而審理之。蓋以有不致重複訴訟手續。及妨裁判牴觸之利益故也。(第六八二條第二項)雖經口頭辯論之場合。不必基於書面爲一定之申立。何則。其事件之性質。非可受判決之事件故也。

抗告審之訴訟手續。與訴之場合異。應以職權進行也。故抗告當事者。雖合意手續之休止。而此合意對於裁判所無效力。

此裁判之主文。於有對競落許可決定爲抗告時。若有不許可之原因。則廢棄決定而爲不許可競落之宣言。爲有對於競落不許可而抗告時。無不許可之原因場合。則爲

廢棄原決定。而許競落於正當的最高價競買人之宣言。關於此而生問題者。即對於競落許可決定。第二位之最高價競買人。以抗告競落人無能力之理由。而以應競落於自己之理由。申立抗告之場合。前之競落人。無能力事既明。雖於此點有抗告之理由。然裁判所因職權調查而發見其不動產。係禁止讓渡之物件時。應爲如何裁判乎。此問題亦有兩說。依甲說。則謂當廢棄原決定。而爲不許競落於抗告人之決定。乙說則謂。此場合之抗告。包含求競落許可決定之取消。及求冀可競落於自己之決定。之二個請求也。然競買人。非基於自己之權利。則不得對關於競落之裁判。而申立不服。故此場合之競買人抗告理由。法律上所可認者。限於有競落於競買人理由之點而已。而此問題之不動產。禁讓渡者也。換言之。即不得競落於抗告人者也。故其抗告。不得不謂之無理由。抗告而無理由。則應棄却之者。當然事也。而執行裁判所。關於競落之許可。有以職權調查之責任。故其職權調查之結果。而發見其不動產爲不可讓渡物。則應以職權爲不許可之決定。此不許可之決定。應以職權爲之者。而非基於抗告之理由。故於此場合。裁判所以決定之主文棄却抗告。而爲不許競落之宣言也。予以

第二說爲當。

對關於競落決定抗告之裁判。得爲再抗告。抗告裁判所。於廢棄競落決定之場合。不即爲終局裁判。而得委任於原裁判所。使爲裁判。既爲此裁判以後之手續。即揭示於執行裁判所之揭示板而公告之。蓋出於使不關與於抗告審理之利害關係人。得知之之意也。反之既認原決定之抗告裁判所裁判。則無爲揭示之必要。何則。利害關係人。無知之必要故也。

第八款 對於共有不動產之持分之競賣手續

關於共有不動產之強制執行。日本訴訟法中。僅存第六八九條之規定而已。共有物之持分。其性質爲無形。與有體物異。故自純理言之。則依關於財產權之訴訟法第五九四條規定爲正。然現行訴訟法。從舊民法之主義而被制限者也。舊民法。採用不動產爲土地。及其他定著於土地之物。之所有權或其所有權之支分權。之主義。故訴訟法。亦以共有物之持分。從有體不動產同一手續。而爲強制執行之手續。第六八九條所規定是也。即認共有持分。爲不動產所有權之一部分。(有形的論之。則得謂共有

權。爲所有權之厚積的一部分乎。故第六八九條中。設付於共有持分之強制競賣。應記入有爲債權者之債權。對債務者持分。爲強制競賣之申立事。於登記簿。云云之規定。此外特別規定。即通知強制競賣申立於他之共有者事。及最低競賣價額。既爲共有物全部之評價後。執行裁判所。計算債務者之持分有幾多價格而定之。手續是也。

以上特別手續之外。皆從第六四二條以下之規定。唯持分與全部之所有權異。故於其異點。應斟酌第六四二條以下規定而適用之。故強制競賣人申立。不可不具備第六四二條所規定各條件。但第六四二條二號之不動產之表示。應爲不動產共有權之表示。又依於第六四四條之競賣開始決定中。應宣言爲債權者而差押債務者之持分事。對於登記判事。差押記入之囑託。亦應聲明所差押係付於債務者之持分而爲之。又爲競落許可決定場合。亦應只對於爲執行目的之債務者之持分而爲之。此外類推以上所述。自可了解。

### 第九款 入札拂



入札拂者。日本習慣上之財產換價方法也。當訴訟法實施以前。對於不動產爲強制執行之場合。主用入札拂之方法。故現行訴訟法。亦採用此法也。入札拂者。以書面而爲買求申立之不動產換價之方法也。此方法。得代用於競賣手續。以裁判所之職權。或依利害關係人之申立。得命爲之。(第七〇二條)執行此手續。雖於競賣期日公告前。應爲其決定。而形式上不必作入札拂之決定也。既爲入札拂期日之公告時。雖不作命入札拂之決定書。而亦不生手續之瑕疵。於此有爲問題者。爲競賣期日公告之後。至於競賣期日。得命入札拂與否。是也。曰利害關係人合意時。得命之也。何則。利害關係人而爲合意時。雖命入之札拂。初不害何人之權利也。又爲競賣期日之公告後。至於其期日。無適法的競賣中出。可命新競賣手續之場合。雖命爲入札拂之手續。以代競賣。亦毫無障礙也。

關於入札拂強制競賣之規定。即準用第六五八條以下規定。而關於入札拂之特別規定。見於第七〇三條以下。第一應具備於入札之條件。其一。入札人之氏名住所。其二目的動產之表示。其三不可不具入札價額。苟缺此條件之一時。即無入札之效力。

而入札價額。須表示一定之金額。以對於他之入札書之比例。爲入札價額之申出者。與不表示其價額同。是第七〇四條三項所規定。此規定之理由。爲欲不生入札手續。至於無效之結果也。詳言之。即總之入札人。苟皆於入札書中。記載比他之最高入札價額。一割增或二割增而爲入札時。則終不能知最高價額之金額。遂致手續無效。因不使生此結果。故設第七〇四條三項之規定也。

取扱入札拂者。執達吏之職權也。如第七〇四條所規定。執達吏於入札人之面前。可開封入札而朗讀之。此第七〇四條第一項之規定。於其裡面。即命入札須封緘而爲之也。然雖不盡此封緘之手續。非遂致其入札之無效。

特別規定之第二。即入札後之手續。執達吏既開封。而爲二人以上同價額之呼上時。可使其同價額之入札者。爲追加之入札。若受追加入札之命者。以合意不爲入札。只餘一名爲入札時。則可以之爲最高價入札人。苟受追加入札之命者。皆拒追加入札時則如何。此點法文無規定。然由第七〇五條推理。則以次位之入札人。定爲最高價入札人。其或有合於法律之精神乎。

第三之特別手續。即受最高價入札人之呼上者。受應立保證之要求而不應之時。則以次位之入札人。爲最高價入札人。蓋以不依第六六四條而立保證之入札人。即失其權利也。而於此場合。其入札人。應負擔次位之入札價額。比自己入札價額之差額。比較競賣與入札拂其差異之點如左。

第一 於競賣手續。對於他競買人之價額申出。有更得爲其以上之申出之便宜。而於入札手續。各入札人。不能知他之入札價額。故無爲此申出之便利。

第二 於競賣場合。競賣價額之申出。不必爲具體的。得對於已申出之金額。以比例的而爲競賣價額之申出。於入札拂手續則不許。已述如前。

第三 競賣手續。受保證要求之競買人。爲不立保證。只失其權利而已。更不負何等之義務。而於入札拂手續。則如上所述。不應保證要求之入札人。不僅失其權利已也。自己所申出價額。苟爲最高價時。則有負擔其次位入札額之差額之義務。何故特設此差異。或學者謂。此第七〇五條之規定。失之太嚴。然據訴訟法編纂委員之說明。則競賣之場合。最高價競買人失其權利時。尙得引續爲糶上。故不必以次位之競買人。

爲最高價競買人。而於入札拂之場合。不能爲此糶上之手續。故不能不以次位之入札人。定爲最高價入札人。最高價競買人不立保證之事實。不爲減少競賣代金之原因。而於入札拂之場合。不立保證之事實。則爲減少競賣代金之原因。故使入札人。任負擔其減少價額之義務。此爲適當之說明。

#### 第十款 競買申立之湊合及配當要求

##### 第一項 競賣申立之湊合

對於不動產之強制執行申請之湊合場合。種種不一。

第一 由甲債權者對於債務者所有之土地。而爲強制競賣之申立。乙債權者對於債務者所有之家屋。而爲強制競賣申立之場合。此雖對於同一債務者而有強制執行之湊合。而對於其目的物。則一之執行手續之申請而已。

第二 數多之債務者。共同而爲強制競賣之申立場合。例此於訴訟。則可謂爲併合的申立。

第三 甲債務者。爲競賣之申立。既經受理。而於未開始決定前。由乙債權者。有競賣

申立之場合。

於以上場合。裁判所同時爲執行手續時。應準用通常之場合。即一個之競賣申立場合之規定。(第七〇一條)右三個之場合。執行裁判所。應於右之場合而適實斟酌其可準用之法條。若執行裁判相異時。各獨立而爲執行手續。

第四 基於一之競賣申立。而爲競賣開始決定後。有各競賣申立之場合。則後之申立。只生配當要求之效力而已。(第六四八條)苟此場合。前之競賣申立取消時。則僅生配當要求效力之後之競賣申立。遂生差押之效力。

第二項 配當要求

此配當之要求。區別之則可分爲二種。其一。明示之配當要求。其二。前所說明競賣之申立是也。玆只就明示之配當說明之。此配當要求。得於競賣期日終了以前爲之。配當要求之債權者。有選定假住所而爲屆出之義務。不依有執行力正本而爲配當要求時。等於動產之場合。執行裁判所。不可不對於債務者而爲其通知。既受通知之債務者。不可不於三日之期間內。申出認諾其債權與否。若不爲此申出。即看做爲既已

認諾也。苟爲不認諾之申立時。則債權者。應起訴而確定其債權。此訴之提起。不可不於有否認通知之日三日內爲之。若不提起此訴。則失配當要求之效力。又起訴而被却下者。亦失其效力。自不待言。

於此有一問題。則取得執行之目的不動產所有權之第三者。得爲配當要求與否是也。曰。以取得者即所有者的資格。則不得爲配當要求。何則。於所有的資格。則第三者關於其物。在應受執行之地位。換言之。即在債務者之地位也。此場合以其不動產之競賣代金。辨濟各債務者而有剩餘額時。有領收之權利而已。然第三取得者。既解除其取得之原因時。則對於債務者而有求償權。即得以債權者而爲配當要求也。

#### 第十一款 配當手續

於動產之場合。配當手續非以裁判所之職權爲之。於執行債權者間。配當之協議不調時爲之也。反之對於不動產強制執行之場合。其競賣代金之配當。原則裁判所以職權實施之。如此差異者。蓋法律重視不動產。認其執行手續。比於動產爲錯雜故也。若各債權者間。任意配當既協議調。申出不須配當實施之旨。且付於其協議調事。既

爲充分之證明時。則無實施此手續之必要。

訴訟法第六九一條。定關於配當實施之原則。曰從民法商法及特別法。可爲配當。茲所謂特別法云者。例如依於國稅怠納處分法。地方稅怠納處分法等之法律。而有先取特權之債權者。加是等債權者於配當表之內。從其權利之性質。命爲配當也。又配當手續。賣却代金不足使各債權者滿足之場合。亦可爲之。

當實施配當前。執行裁判所。有夥多應執行之手續。即如左。

第一 使各債權者。於競落期日以前。提出其債權之元金利息費用其他附帶債權之計算書。怠提出此計算書時。則依現存之關係書類。而定其債權額。於此雖有遺脫。亦不許補足其債權額。(民訴第六九二條)

第二 競落許可決定之確定後。定代金支拂期日及配當期日。利害關係人。應呼出不依有執行力正本而要求配當之債權者。競落人。

第三 至於右之期日。裁判所。先確定不動產之賣却代金。茲所謂賣却代金中。第一揭於競落決定之金額。第二不動產生果實及其他得以金錢積算之利益時。包含由

競落決定之言渡至代金支拂期日以前之利息。

競落人於競賣代金。有付利息之義務之理由。蓋以取得不動產之果實故也。利息者。取得不動產果實之代價也。或學者曰。雖於不生果實之場合。競落人於支拂期日以前。得利用其代金。故有支拂利息之義務。此說爲立法論也。究之第六四九條之解釋。則不得謂爲正當之議論。此點。現行訴訟法規定。與民法規定似相反。依民法第五七五條。賣買之目的物未引渡間。其果實屬於賣主。又買主由引渡之日。負支拂代金利息之義務。此規定之理由。蓋買主於契約締結同時。負擔目的物之危險。其可取得果實即由目的物所生利益者。當然之理論也。然從此理論。則於他之方面。買主不可不償還修繕費及其他保存費於賣主。如此則實際上時有繁雜之計算。甚爲不便。故便宜上。一方即買主應得之果實或物之使用料。與他之一方即賣主應得之利息及保存費相殺。互不得爲何等之請求。今付於競賣場合觀察之。則競賣原則。應從民法上賣買之理論。故關於競買。亦應從民法之規定。然第六九四條二號之規定。則甚不利於競落人。何則。競落人不取得果實而負擔利息故也。欲下公平之解釋。則不得不謂



民訴第六九四條二項之規定。爲對於民法之例外規定也。

配當表作成之手續。先爲訊問利害關係人。及不依有執行力正本而要求配當之債權者之手續。而後作成之。訊問之目的。欲明計算上不明之點。而作正確之配當表也。(第六九五條)若有不差出計算書之債權者。執行裁判所依於執行記錄而定其債權額時。此債權者。當受第六九五之訊問。不得補充其債權額。此論決之所由生。因第六九二條第二項。準用第六二八條之規定故也。關於此。學者批難之曰。依第六九二條準用第六二八條規定。因於第六九五條之訊問期日。使債權者不得補充其債權額。則其訊問債權者。不得不謂爲無益之手續也。然於實際。付於屆出之債權額。有違算或計算不明事。於右之場合。爲訂正違算。或明其不明之點。而有訊問既出頭之債權者之必要。因有如此必要。故設第六九五條也。

既爲右之訊問後。作成配當表。其配當表中。所應記載者。第一。賣却代金。(第六九二條第一號既二號)第二。各債權之元金利息及費用。所謂元金中。包含付帶之債權。又所謂費用者。指訴訟費用及強制執行費用也。第三。配當之順位。第四。配當之割合。

是也。是等應以要件而記載之。若配當表於以上所述之中而缺其一。則生第五四四條異議之原因。法律對於此元則而設一之例外規定。即總利害關係人及不依有執行力正本而要求配當之債權者。一致之場合。則基於其一致之意思而作配當表。例如得減額或債權者之債權額。又如得反民法之規定而變更或債權者之順位。又得為不平等配當之割合是也。然縱有全員之一致。亦不許或債權額之補充。

對於動產之強制執行。如前所說明。於配當實施期日之三日。前。確定配當表。而置於裁判所書記課。故欲為異議之申立者。大便利也。而關於不動產。則無右之規定。訊問債權者。即確定配當表。故欲申立異議之債權者。常苦不便。是法律之規定。所以不免失權衡之批難也。何則。動產之配當手續。比於不動產執行之場合。尙少計算上困難。而關於動產場合。則與欲申立異議之債權者以便利。反於計算錯雜之不動產配當。不與債權者以動產場合同一之便利也。

對於配當表而有申立異議之權利者。第一利害關係人（第六四八條）第二不依有執行力正本而要求配當之債權者。第三債務者是也。欲為此異議之申立者。必須出

頭於配當期日。若於期日缺席。則看做爲同意於配當表之實施。故失其異議之權利。爲異議之目的者。債權及債權之順位也。爲異議之理由者。與前述關於動產者同。今大別之。則第一。關於債權之存在者。第二。關於債權之順位者。第三。關於配當額者。第四。關於賣却代金並費用者是也。而各債權者。除有自己關係之異議理由外。不得主張之。故例如無優先權之債權者。不得對於有優先權債權者之順位。而申立異議也。完結異議之手續。即有此申立時。先由他之債權者。對此而陳述其意見。若關係人認其異議爲正當時。或依和解而合意更正配當表時。則可基於關係人之合意。而更正配當表。依於其更正而完結異議也。反之異議不完結時。例如被異議申立之債權者。爭其異議之場合。或異議申立債權者。雖爲讓步。而和解不調之場合。異議申立債權者。不可不起訴。而貫徹其主張。由債務者申立異議之場合。亦與前同。不可不起訴也。此異議之訴。由債權者爲之之場合。與由債務者爲之之場合。其手續。及訴之動力異。先述債權者之訴。債權者提起異議之訴。不可不於由配當期日七日間提起之。若經過此期間。則異議之效力消滅。換言之。即得實施配當表也。申立異議之債權者。雖不

起此訴。亦得以通常之訴而主張自己之權利。爲此訴之被告者。受異議之債權者也。債務者及其他債權者。得爲此異議訴訟之從參加人。裁判管轄。則從異議目的物之價額。從此價額。或配當裁判所爲管轄。或管轄配當裁判所之地方裁判所爲管轄也。此訴得基於關係人之合意。而爲執行裁判所之管轄。然如右以合意而定管轄裁判所之場合。僅付於一個異議之訴則不許。即限於執行手續既生之總之異議。而合意場合。得爲執行裁判所之管轄也。有數個異議之場合。其一個異議屬於地方裁判所管轄時。其地方裁判所。得併應屬於區裁判所管轄之他異議之訴而爲管轄也。（第六九七條第六三三條以下）對於配當表之債務者異議之訴。其本來之性質。即關於請求之異議也。故第六九八條第三項有「對於得執行債權之債務者完議。從第五四五條第五四七條及第五四八條之規定完結之。」之規定。故此訴。其異議原因。必以接着於判決之口頭辯論之終結後。或故障期間經過後。所生者爲要件。若數個異議之存在場合。債務者不可不於同時主張之。此訴之管轄。屬於第一審之受訴裁判所。此訴。與債權者所起之訴異。不必證明訴之提起。於執行裁判所也。所以有此差

異者。債權者提起之訴。依於其提起之證明。而有停止配當手續之效力。反之債務者異議之訴。無右之效力故也。然債務者。得以假處分而請求配當之停止。爲此請求時。不可不付於其主張之理由。而爲疏明。換言之。即須付於請求之原因的事實而疏明之也。有此疏明時。裁判所認爲有法律上理由。則依於其事之模樣。使立保證。或不使之立保證。而得命配當之停止。又得使受異議之債權者。立保證而命配當之實施。關於此假處分之裁判。得不經口頭辯論而爲之。於急迫場合。受訴裁判所之裁判長。得爲假處分。又於急迫場合。配當裁判所。亦得爲此假處分也。其他之審理手續。及爲判決之手續。參照前述對於強制執行異議之訴之規定自明。前略之。

右債務者異議之訴。雖係付於對有執行力正本之債權者之債權。而主張之場合的規定。反之對於無執行力正本之債權者之債權。應以如何手續而爲異議之訴乎。曰依第六九七條。則應準用第六三三條乃至第六三七條之規定。故債務者。應於由對配當表陳述期日之七日期間內。證明訴之提起。於執行裁判所。其訴屬於配當裁判所之管轄。若配當裁判所。無事物管轄權之場合。則於上級地方裁判所管轄之。爲判

決之手續。準用第六三六條以下之規定。

異議之訴既有理由以後之手續。即其異議爲正當時。基於其判決而更正配當表。又於或場合。以判決新製配當表。而更正配當表或新製配當表時。如自初即無異議申立場合。爲配當之實施。配當實施之手續。依第六九六條而準用第六三九條之規定。故此手續之第一着手。即執行裁判所。對於應受配當之債權者。而交付配當額支拂證。受對於債權額全部配當之債權者。應提出有執行力正本。或債權證書。右所提出之正本及證書。由裁判所交付於債務者。受債權額之一部配當之債權者。亦應提出有執行力正本及債權證書。且差出所受配當金額之受取證。執行裁判所。記入所應配當之金額。於其提出之正本或證書中。而還付於債權者。由債權者所差出之受取證。則交付於債務者。配當實期日。尙債權者缺席。則應供託其配當額。關於配當之實施。有一特別之手續。即第六九九條所規定是也。競落人。得關係債權者之承諾。而引受對於債權者之債務者之債務。以代代金之支拂。其引受債務。不必全部。雖一部之債務。亦可引受之也。如斯債務引受之場合。債務者之債務消滅。民法所謂更改也。又

債權者爲競落人時。得以其應受取之配當額。與應支拂之代金相殺。是實際手續上至便之事。可省二重金圓授受之手續也。右二個場合。即爲引受或相殺之場合。付於爲引受相殺目的之債權。異議未完結時。執行裁判所。或命競落人爲代金之支拂。或使之立保證。(第六九九條)

實施配當之後。不動產之性質上。尙有應盡之手續。即送付配當調書。及競落決定之正本。於登記判事。而使爲競落人所有權之登記。又爲第七〇〇條第二號第三號所規定之抹消登記。關於此登記之費用。理論上不得謂爲執行費用。故競落人應負擔之。

以上所述。強制競賣之說明已畢。





中華民國二年四月二十五日再版

民事訴訟法

定價大洋三角

編輯者 順德黃祖詒

出版者 丙午社

印刷所 羣益書社



總發行所

上海

棋盤街

羣

益

書

社

分發行所

長沙

府正街

羣

益

圖

書

公

司

58  
448030

