

法政論義第一集 第十六冊

民生辭公禮

丙午社印行



高河+仲壽
生
心
子
惠
贈



MG
D.P.S. 2

民事訴訟法

自第六編
至第八編
續

(第十六册)



3 1763 1023 7

+11376

民事訴訟法

(自第六編續
至第八編)

第三節 強制管理	一
第一款 強制管理之申立	二
第二款 管理手續開始決定	三
第三款 管理之實施	五
第四款 強制管理申立之湊合配當要求及配當	八
第五款 強制管理之停止及取消	一二
第三章 對於船舶之強制執行	一三
第一節 通則	一三
第二節 競賣手續	一六
第三節 對於船舶之股份之強制執行	二五

第二部 不以金錢之支拂爲目的之債權之強制執行	三二
第一章 以有體物之引渡爲目的之債權之強制執行	三二
第一節 以特定物之引渡爲目的之債權之強制執行	三二
第二節 以代替物之給付爲目的之債權之強制執行	三八
第二章 有有體物引渡或給付以外之目的之債權之強制執行	四〇
第一節 以不作爲爲目的之債權	四〇
第二節 以作爲爲目的之債權	四三
第三節 以意思表示爲目的之債權之強制執行	四五
強制執行之保全	四九
假差押及假處分	四九
第一章 假差押	四九

第一節	假差押之定義	四九
第二節	假差押之手續	五八
第一款	假差押之請求	五八
第二款	假差押之裁判	六四
第三款	假差押之實施	七六
第三節	假差押之効力	八三
第四節	對於關於假差押之裁判及假差押之執行之不服申立 方法	九〇
第一款	對於關於假差押之裁判之異議及上訴	九〇
第二款	對於假差押執行之異議	一〇三
第五節	假差押之消滅	一〇五
第一款	假差押命令之消滅原因	一〇五
第二款	執行之假差押之消滅原因	一二四

第二章 假處分	一三〇
第一節 假處分之定義	一三〇
第二節 假處分之手續	一三九
第一款 假處分之申請及要件	一三九
第二款 假處分之裁判	一四二
第三款 假處分之實施	一五一
第三節 假處分之効力	一五七
第四節 對於關於假處分之裁判之不服申立方法	一六〇
第五節 假處分之消滅	一七〇
第三章 假處分及假差押之差異	一七七
第七編 公示催告手續	一八三
一 意義及要件	一八三

二 催告手續之通則……………一八五

一 管轄裁判所 二 申立之形式 三 就於申立之

裁判 四 公示催告之內容 五 公示催告之公告及

公示催告期間 六 除權判決 七 不服申立之訴

三 催告手續之特則……………二〇一

一 管轄裁判所 二 申立之形式 三 就於申立之

裁判 四 公示催告之內容 五 公示催告之公告及

公示催告期間 六 除權判決 七 不服申立之訴

第八編 仲裁手續……………二二一

一 意義及要件……………二二一

二 仲裁人之選定……………二二七

三 手續及判斷……………二三三

四 判斷及取消……………一三三—
五 判斷之執行……………一三六—

民事訴訟法(自第六編續至第八編)目次 終

民事訴訟法

(自第六編續
至第八編)

閩縣

林志鈞
編輯

(商)

第三節 強制管理

強制管理之性質。對於不動產收益之強制執行方法也。故不動產之性質上雖禁讓渡。而於所生果實。得爲此執行方法之目的。反之不生果實之不動產。則其執行方法。只有強制競賣之一法而已。而於不動產之生果實者。不必區別所差押者。係債務者所占之不動產。或係債務者之有的請求權也。後之場合即差押債務者之請求權之場合。依第六一六條。第三債務者。應明渡其不動產。於其所在地之區裁判所。所命保管人。既有此引渡後。對於其不動產。得用強制管理之執行方法。

差押共有物持分之場合。許爲強制與否。此一問題也。依於一般學說所承認者。則對於持分即共有權。亦得用強制管理之方法。然於此有疑問者。即對於持分之強制競

賣。有第六八九條之明文。而對於持分之強制管理。則無何等之規定。關於強制管理之第六七〇條。列舉可準用於強制管理之強制競賣規定。亦無準用第六八九條之規定。故專拘泥於條文而立論時。不得不謂付於共有不動產之持分即共有權。不得爲強制管理也。然從理論上觀之。則共有權者。所有權之一變態樣。而非與所有權異性質之權利。故對於不動產所有權之執行方法。限於無反對之明文。則總之方法。皆得對於共有權施用之。無單就其一個而制限之理由也。

此執行方法之管轄機關。與強制競賣之機關同。換言之即管轄不動產所在地之區裁判所也。若管理目的不動產有數個。散在於幾多區裁判所管轄內時。由債權者。對於其上級之地方裁判所。而申請執行裁判所之指定。以地方裁判所之決定定之。

第一款 強制管理之申立

強制管理之申立所應備之要件。與強制競賣之場合同。即第一。應爲債權者。債務者。及裁判所之表示。第二。應爲目的不動產之表示。第三。應爲強制管理申立之原因的債權。及關於其債權得執行的債務名義之表示。是也。此申立。有法律上應添付數多

之書類。關於所應添付書類。準用第六四三條規定。但不動產。付於強制管理申立債權者之債權。而負擔義務時。換言之。即對於其債權。而供物的担保之場合。則以登記判事之認證書。如不登記於登記簿之不動產。則以證明債權者占有不動產之證書。代證明債權者所有之證書即可。此強制管理。所以不必證明債務者之所有權者。強制管理。與強制競賣異也。非處分不動產之所有權。唯生處分其收益之結果而已。

第二款 管理手續開始決定

執行裁判所。以強制管理之申立爲適法時。可爲強制管理開始之決定。其決定要備左之條件。

- 第一 爲債權者而差押不動產之旨之宣言。
- 第二 對於右之不動產。而開始強制管理之旨之宣言。
- 第三 對於債務者。禁其干涉管理人事務之旨之宣言。
- 第四 對於債務者。禁其處分不動產收益之旨之宣言。
- 第五 有應給付不動產收益之第三者時。對於此第三者。使給付其收益於管理人

之旨之宣言。

右之外。執行裁判所。依於場合得揭管理人任命之宣言。於開始決定。或以他之決定。得任命管理人。

決定之効力。因送達於債務者而生。若有應給付收益之第三者時。對於其第三者。因送達而生決定之効力。以上之送達。可以執行裁判所之職權爲之。此決定之効力。第一。對於第三者而得對抗差押。第二。既收獲之果實。或收獵期已到來之法定果實。於其送達同時。使之交付於管理人。債務者不得處分之。第三。使債務者。不得爲有害收益。之不動產之使用。是由強制管理之性質當然所生也。第四。使他之債權者。失其請求強制管理開始決定之權利。(第七〇八條)

管理決定之効力如上所述。故此決定。使債務者不妨爲不動產之讓渡也。又生此決定効力後。他之債權者。得爲強制競賣之申立。爲強制管理申立之債權者。付於其目的物。不得妨他債權者有的擔保權之効力。故欲依強制競賣而得自己債權滿足之債權者。不因既有管理開始決定。而被制限其權利之行使也。

第三款 管理之實施

執行裁判所。於爲開始決定之同時。應囑託登記判事。記入其申立於登記簿。受此囑託之登記判事。既爲記入於登記簿之後。應爲送付其謄本。於執行裁判所之手續。此點。總準用第六五二條之手續。

因登記判事之通知。而發見有妨碍強制管理之事情時。差押債權者。有證明其障礙之已消滅事。於執行裁判所之義務。此點亦全準用第六五三條之規定。

執行裁判所。對於主管租稅其他公課之官署。催告其應申出對於該不動產有無債權。及其限度。此點全準用第六五四條之規定。

由裁判所所任命之管理人。其職權之第一着手。不可不先爲不動產之占有。若爲占有而受抵抗時。爲除去其抵抗。可求執達吏之立會。管理人其他之義務。即從不動產性質。應以善良管理者之注意。而執行其業務也。由不動產所得之收益。應先辨濟其負擔之稅租。其他公課。及管理費用後。始分配於各債權者。若關於分配。債權者間協議不調時。可屈出於執行裁判所。又管理人之管理。經數手時。於其年末。應作關於管

理之計算書。而提出於債權者債務者及執行裁判所。管理終了之際。亦不可不爲同一之手續。所以使管理人負提出計算書之義務者。蓋使裁判所得業務監督之材料。又使債權者債務者。得爲保護其權利之必要的行爲故也。

管理人關於其業務執行。得使用代理人。

管理人之法律上之性質。執行裁判所之補助機關也。第七一一條末項。有管理人之任命。授與以代債務者。而取立第三者所應給付收益之權之規定。茲所謂代債務者云者。非形式上債務者代理人之意也。唯明其得行屬於債務者之權利而已。故管理人有對於第三者而起訴之必要時。得以管理人之資格爲之。非以形式上債務者之代理人而爲其行爲也。

管理人爲執行裁判所之補助機關。故裁判所對之有指揮及監督之職權。即關於管理人之業務執行。得先爲必要的指揮也。又得對於管理人。命其立保證。又業勞執行上有過失時。得言渡二十圓以下之科料。其過失重大時。得免職之。

執行裁判所對於管理人。可與以報酬。其額之算定。得應於業務之繁簡而適宜定之。

(第七一二條)

管理人與債務者及債權者之關係。止於強制執行機關之關係也。換言之。即非有私法上之關係也。故其管理之結果。無對於債權者債務者而任損害賠償之責。此點以管理人與執達吏比較時。有一可研究之問題。即依第五三二條。則執達吏。依債權者委任而爲之行爲。及因違背職務上義務。而損害債權者及其他關係人時。第一任其責之規定。而關於管理人。則無如此之規定是也。蓋執達吏以強制執行機關而行動者也。然關於此既特設第五三二條之規定。而比於執達吏。於多之場合不能置同一信用之管理人。非更有設如第五三二條規定之必要乎。然法律既無如右之明文。殆因管理人。非與執達吏員同一之責任也。執達吏者。強制執行之獨立機關也。管理人者。強制執行之補助機關也。而關其業務之執行。則常受執行裁判所之指揮監督。故管理人以自由意思而執行業務者甚稀。常從執行裁判所之命令而行動。故管理人之關於管理行爲。不外執行裁判所之行爲也。執行裁判所。關於其職務上行爲。不對於利害關係人而負謂任。故爲其機關而行動之管理人。無使之負責任之理由也。

管理人既終了管理事務時。又於其管理巨連年時。於各年之終。應差出計算書如上。而計算書提出之結果。付於管理人之行爲。無何等之異議申立時。又有異議之申立而受許可時。執行裁判所。應爲責任解除之決定。關於管理而爲異議之手續。第七一五條所規定是也。即各債權者及債務者。可於由管理計算書之送達七日期間內。而爲異議之申立。若有異議之理由。而於此期間內。不爲申立時。則看做債權者及債務者。已承認管理人之卸任。有異議申立時。執行裁判所。審問管理人之後。而爲裁判。此場合。爲口頭辯論固非所禁。然其裁判。則常以決定爲之也。

於強制管理手續之異議。雖以關於管理人之業務者爲其主。然債務者債權者。得主張他種類之異議不待言也。即對於配當表之異議。或對於債權之異議也。第三者亦得主張異議。即對於強制管理目的物。而主張妨其引渡之權利時。對於強制管理之開始。得以訴而主張異議也。

第四款 強制管理申立之湊合配當要求並配當

爲數多之差押債權者。而爲強制管理之場合。從何規定乎。曰訴訟法關於此點。無如

第七〇一條之明文也。然理論上。於此場合應從第七〇一條之精神而爲其手續。換言之。即由數多債權者。連合而爲強制管理之申立時。等於由一名之債權者爲申立之同一手續也。又由甲債權者爲強制管理申立。而於其未爲決定前。由乙債權者爲同一之申立時。執行裁判所。得爲此兩債權者。而爲管理開始之決定也。基於一債權者之申請。而爲管理開始決定之後。由他債權者。爲同一之申立時。後之債權者之申立。生配當要求之効力。此點持於第七〇八條規定之。其効力。即債權者之申立取消時。則爲後之債權者。而生強制管理開始決定之効力也。

對於既受強制管理開始之不動產。非基於有執行力正本。則不得爲配當要求。（第七〇九條）此點與強制競賣之場合異。何故於強制管理場合。付於配當要求之債權。特設如此之制限乎。於此點立法者之意如左。

從舊民法主義。則爲配當要求。須以債務者經財產不足辨濟其總債務時。又債務者財產之大半。既已受差押爲要件。右之場合。債務者失其期限之利益。其結果。即不論有執行力正本與否。凡他之債權者。皆得爲配當之要求。然受強制管理開始之場合。

其目的不動產之所有權。不因此而受強制處分也。換言之。即其所有權未被差押也。故不特不知債務者之財產。果不足辨濟。總債權與否。亦不得謂其財產之大半。已受差押也。故右之場合。債務者對於債權者。尙未生失其期限利益之結果。因此無使無執行力正本之債權者。於強制管理場合。要求配當之必要。因此理由。故特認第七〇九條之規定也。

強制管理之場合。有作成配當表之必要者。等於有體動產強制執行之場合。於收益配當。債權者間協議不調時。生此必要也。訴訟法於強制管理之配當手續。其規定甚不完備。依第七一四條。則其第一項。爲應實施配當手續之規定。其第二項。揭準用第六九一條。第六九六條乃至第六九八條規定之旨。而無準用第六九五條之規定。故當確定配當表時。應訊問利害關係人。或不依有執行力正本之債權者與否。遂生疑問也。又因無準用第六九三條規定之明文。故當實施配當。其定期日。應用如何手續。亦生疑問。又無準用第六九二條之規定。故應由各債權者提出計算書與否。縱假定爲應提出計算書。而其計算書中。應爲如何記載。所生疑問。此不得不謂法律之不完

備也。然於今日之實際。以手續上之慣行而補此不備之點。今述其要旨。即執行與強制競賣場合同一之手續也。故簡略說明配當實施之手續。則先第一。債權者對於裁判所。而提出其總債權額之計算書。第二。裁判所以職權定配當期日。第三。配當表中。從第七一四條一項。而揭載控除租稅其他公訴及管理費用以外之殘額。次揭各債權者之元金利息費用。又次揭配當之順位。最後揭配當之割合。要之從第六九六條規定之精神也。若利害關係人合意之場合。則可基於其合意而作成配當表。有必要時。得訊問利害關係人。第四。對於作成之配當表。有異議申立時。則從第六九八條。完結之。第五。付於配當之實施。從第六三〇條以下之規定。

第六三四條之規定。非準用於強制管理之場合。然實際取扱。則不可不從其規定之精神。第六三四條規定。謂之手續法之規定。毋寧實體法之規定也。故採此規定之精神而爲手續。固非違法也。次付於定配當之順位。從第六九一條之規定。即從民法商法其他特別法之規完而定其順位也。特別法云者。例如國稅忘約處分法之類是也。國稅忘約處分費。及怠納稅。對於他之債主。有先取特權。故國稅之債權。置於配當表

之第一順位。

第五款 強制管理之停止及取消

強制管理。其性質上。非有影響於不動產之所有權。故無以所有權爲原因。而由債務者。請求停止強制執行之必要也。是以強制管理手續之執行停止云者。非謂收益自體之停止。謂收益配當之停止也。求收益配當之停止者。依第五四四條。強制管理手續形式上違法之場合。得爲之。又依第五四五條。對於確定之請求。而起異議之訴時。得爲之。故債務者。不得以假處分。而以強制管理之停止。妨礙管理人之事務執行。惟可妨其收益之配當而已。有應給付收益義務之第三者。雖有執行之停止。仍不可不爲其給付於管理人。

第三者。對於強制管理之目的物。而主張所有權。使用權權等。其他不可許強制管理時。從民訴第五四九條。以訴主張之。得以假處分而求執行之停止。(第七一三條)

可取消強制管理之原因。先第一。有妨強制管理之事情。因登記判事之通知而明瞭之場合。第二。基於對強制管理之第三者異議之訴。有取消其管理處分之判決時。第

三。基於債務者之異議。而有不許強制管理之裁判時。第四。各債權者。以不動產之收益而受辨濟時。(第七一六條第二項)第五。債權者。不預納強制管理續行之必要的費用時。(第七一六條第三項)此規定。與動產之場合同。第六。為強制管理申立之債權者。取消之時是也。

茲有可為疑問者。為強制管理開始決定之後。由他之債權者。有強制競賣申立之場合。可為取消強制管理之手續與否是也。付於此點。法文無規定。然強制競賣之開始決定。非有妨不動產之利用。此見於法律所規定。故因有競賣之申立。非可取消管理之決定。換言之。即雖有強制競賣之申立。不必對於管理之決定。而施何等之手續也。競賣申立之結果。競落決定既確定時。管理決定之効力。當然消滅。

第三章 對於船舶之強制執行

第一節 通則

對於船舶之執行方法。即第七一七條以下所規定是也。其執行方法。適用關於不動產強制競賣之規定。故無關於船舶之強制管理之執行方法也。其理由一言而盡之。

即在於船舶其物之性質也。蓋船舶之性質。不能置諸一定之場所。船舶之爲用。在於航行河海也。故苟欲付於管理人。則不可不使其管理人常乘於船中。是駕用船舶之必要人役之外。更加以管理人之搭載。遂生所費多而所得少之結果。又船舶於航行中。有破難之虞。故船舶之性質上。不適於強制管理也。是以關於船舶之執行方法。只有強制競賣之法。規定於法律中。

船舶者。其性質上動產也。然適用關於不動產之執行方法之理由。蓋與普通之動產異。其構造之大。與其價格之高故也。訴訟法所稱爲執行上船舶者。指商船其他之海船也。海船者。以航海之目的。而組成之鐵材或木材之一團也。商船者。積載商品而航海。供沿海貿易之用者也。故日本慣習。使用於海上之船舶如端舟。其他專以櫓權而運轉。又以櫓權爲主而運轉之船舶。不適用於第七一七條以下之規定也。此等之船舶。執行法上。以動產而取扱之。

船舶之中。有不能爲強制執行之目的者。即

第一 依於法律。性質上禁差押者。即不許強制的差押者。如軍艦。又以戰鬪目的而

爲艤裝之船舶是也。

第二 一定時期之間。不許差押者。即商法第五四三條所規定。既完發航準備之船舶是也。唯對其船舶。以因發航而生之債務爲原因時。則得爲強制執行。

船舶之共有權即股分權。民事訴訟法。使依與債權其他財產權同一之手續。此點詳述於後。

執行裁判所者。管轄欲爲差押時其船舶之碇泊港之區裁判所也。對於船舶股分之強制執行。以船籍港之區裁判所爲執行機關。對於船舶之執行。以其所在地之區裁判所爲管轄者。實際有種種之便故也。反之對於船舶之股分即共有權之執行。以管轄其碇泊地之區裁判所爲管轄者。蓋其目的物。只無形之權利故也。

付於船舶之利害關係人。其種類甚多。即第一。差押債權者。第二。依於有執行力正本而要求配當之債權者。第三。記入於登記簿之船舶債權者。第四。以船舶債權者。而證明其債權爲可供於執行記錄之屆出者。第五。債務者。第六。船舶之所有者是也。是於船長爲債務者之場合。所有者爲利害關係人也。(第七二二條)此規定。不能免立法

上之批難。何則。船長者。關於船舶。爲其所有者之法定代理人也。故船長爲債務者之場合。其所有者。即依於船長而被代表之債務者也。付於不關船舶之債權。對於船舶而爲強制執行之場合。其所有者。立於第三者之地位。故第七二二條。雖特設所有者爲利害關係人之規定。畢竟無益之規定也。更有宜注意者。即船長於如何場合。爲直接之債務者乎。船舶之航行中。爲繼續其航路而負擔債務之場合。其他商法第六八〇條所規定之場合是也。又對於船舶股份之強制執行場合。無所謂利害關係人者。是從關於財產權之規定故也。

第二節 競賣手續

競買之申立。準用第六四二條之規定。故申立所應具備之要件如左。

第一 債權者。債務者。及執行裁判所之表示。前所謂債務者。爲形式上債務者。詳言之。即船長與所有者異時。船長以債務者而被表示於執行名義之場合。則只揭其船長於申立即可。

第二 船舶之表示。關於此表示。法律不規定其形式。故於得與他船區別之程度。

表示之即可。

第三 競賣申立之原因的一定之債權。及關於其債權之執行名義。

此競賣申立中。有應添付之證書。即第一有執行力正本是也。應添付之證書。與應具備於申立之要件之債務名義。不可混同。申立中。表示執行名義。應添付有執行力正本於申立書。此點準用第六四三條規定也。第二。債務者係所有者之場合。債務者疏明占有船舶之證書。或形式上債務者係船長之場合。其船長疏明指揮船舶事之證書也。法文特云指揮船舶者。以有形式上債務者為船長。所有者占有船舶之場合也。第二。付於有登記之船舶。其登記簿之抄本。其他準用第六四三條四號五號之規定。而第七二〇條末項。特為債權者設便利手續之規定。即主管公簿之官署。在差押地之遠離的場所時。不必添付登記簿之抄本。但申立將取寄登記簿抄本事於執行裁判所即可。

競買申立為適法時。裁判所為競賣手續開始之決定。其決定。第一。手續開始之宣言。第二。取押船舶之旨之宣言。第三。執行手續中。使確泊於差押港之命令。然此項。於或

場合。無揭載之必要。即裁判所。依利害關係人之申立。而許其執行時。則不必揭此命令也。(第七一九條)決定之効力。因對於債務者之送達而生。前所謂債務者有異說。即船長爲形式上債務者之場合。其決定亦須送達於所有者與否是也。付於此點。所謂債務者。以執行名義上之債務者而被表示者之謂也。前述船長付於非其所有之船舶。以債務者而受執行者。以所有者代表人之資格而受之也。故免送達於法定代理人。則不必送達於被代理者的所有者也。又於此場合之所有者。雖由訴訟法上。利害關係人之點觀之。亦無送達於所有者之必要也。

決定之効力。同於不動產之場合。詳言之。即對於船舶。生差押之効力也。又於他之一面。使他債權者不得更爲競賣之申立也。此効力。於船長爲債務者之場合。對於其所有者亦生之也。又所有者雖有變更。亦不變其効力。自不待言。差押後。船長變更之場合。則對於新船長亦生其効力。此差押之効力。有與不動產場合異者。不動產之差押。非奪債務者之利用及管理權。而付於船舶之執行方法。則裁判所。得基於債務者之申立。而爲船舶之監守及保存之必要處分。其結果。債務者有不能爲船舶之利用及

管理事。又此處分。雖於競賣開始決定之未送達前。可生差押之効力。(第七二二條)此規定因不動產與船舶。其物之性質異。故也。即船舶運轉自由。苟爲以決定之送達。始生差押之効力。則或因債務者詐欺手段。致失差押之實効。換言之。即債務者探知將受差押之狀況時。有航行其船舶於遠方之虞。爲妨阻其欺詐手段。故使債權者。於競賣申立之同時。得爲船舶監守之申立也。又縱令爲船舶之監守。苟以決定送達。始生差押之効力。則債務者。獨能法律的使其差押無効。例如於決定送達前。或登記前。讓渡於第三者。而使其差押至於無効也。爲防此等之弊。特設第七二一條之規定。執行裁判所。以對於船舶之執行手續開始。而爲競賣手續開始決定。爲此決定之場合。囑託登記判事。爲競賣申立之記入於登記簿。(第七一七條第六五一條)但付於船舶。有異於不動產之規定。(第七一九條)差押外國之船舶。或未爲登記之船舶時。不必爲上述之囑託手續。蓋付於外國之船舶。無應爲登記之規定也。要登記之場合。由登記判事。通知有妨競賣之事實時。依於其事實之如何。裁判所或即爲開始決定之取消。或對於債權者。命其議明競賣手續開始之妨害事實已消滅。

事。當命此證明。應定相當之期間。於期間內不證明時。則可取消其競賣手續。(第七條第六五三條) 執行裁判所。又得對於主管租稅其他公課之官廳。通知開始競賣手續事。又催告其應申立對於船舶之債權。及其債權之限度。此點與不動產之場合無所異。此手續必要之理由。爲欲明於差押債權者。有無優先權利之存在也。故對於主管噸稅之官廳。則不必爲此催告。何則。付於噸稅不適用國稅徵收法。故對於船舶不生優先權也。爲此催告。亦應定其期間。

執行裁判所。由主管租稅其他公課之官廳及登記判事。有通知後。使鑑定人爲船舶之評價。而定最低競賣價額。若以此價格。辨濟手續費用及先於差押債權之總負擔。而無剩餘之豫計時。則應通知其旨於差押債權者。差押債權者。對於右之通知。不爲第六五六條第二項之手續時。則可取消競賣手續。

關於定最低競賣價額事。第六八九條。設執行目的物爲不動產之共有部分場合。之特別規定。然對於船舶之股分權即共有權。之強制執行場合。不準用第六八九條規定。故生手續上之一疑問。此點與他之疑問。總括而說明於後。

不實施競賣而可爲手續之取消事。同於前述不動產之場合。而第六五三條所定手續取消之原因外。關於船舶。有左之特別手續取消之原因。

一 船舶。於將實施差押時。不在執行裁判所之管轄內。(第七二三條)執行裁判所。無每知管轄區必續行競賣手續之義務。故可取消之。

二 差押之時。詳言之即於競賣開始決定之時。其目的之船舶。終了發航之準備事。已明瞭時。此點雖民事訴訟法無明文。然商法第五四三條。有差押及假差押。對於發航準備免終之船舶。不得爲之。之規定。發航準備既終與否之事實。不外廣義之一形式的事實。與船舶屬於第三者所有之問題之實體實法上事實。異其性質。故爲此形式的事實明瞭之場合。論決爲可取消競賣之手續也。

開始競賣手續後。無取消之原因時。則應爲競賣期日之公告。此公告。先表示其船舶及其碇泊場所。次爲第六五八條二號以下之表示。(第七二四條)

定競賣之期日。應從第五六九條之規定。其期日。或於裁判所內。或以裁判所之豫見。於適當之他場所爲之。競落期日。常於裁判所開之。競賣。使執達吏取扱之。競落。裁判

所自取扱之。關於競賣期日之公告。一部準用不動產之規定。第一。爲其公告於執行裁判所之揭示板。第二。爲其公告於船舶碇泊場之市町村揭示板。第三。爲之於船舶碇繫港之區裁判所揭示板。若執行裁判所即碇繫港之區裁判所時。則不必爲此第三之公告。

爲競賣之手續。不可不準用第六四九。六五九條之規定。據第六四九條。則使競落人。引受關於差押債權者債權。先之債權之不動產負擔。或以各部代金。非豫計爲足以辨償其負擔。則不得爲賣却。故準用此法文。則似可解釋爲。以賣却代金。足以辨濟船舶之負擔時。縱無剩餘之豫計。亦得爲賣却也。然據第六五六條。則以最低競賣價額。辨濟取消之費用及船舶上之負擔。無剩餘之豫計時。不得爲其手續。對照此二個條文。於其精神似生牴觸之疑問。然此二個規定。其精神實無牴觸也。第六四九條。蓋豫想有雖不爲定最低競賣額價之手續。而已知其賣却代金。不能辨濟不動產上之負擔之場合。而規定也。第六五六條。則於此點不明之場合。而規定最低競賣額價之手續也。又由他方觀察之。則第六四九條者。原則的之規定。而第六五六條者。其適用

也。詳言之。即第六五六條者。無得剩餘額之豫計時。則禁其競賣之規定也。又第六四九條。若無先於差押債權者。而辨濟不動產上負擔之豫計時。則禁爲競賣之規定。非不拘無得剩餘額之豫計。而猶許爲競賣之規定也。

競賣之實施。與不動產之場合無所異。即準據第六六三條乃至第六六六條之規定而爲之也。既實施競賣時。執達吏。準據第六六七條而作成其調書。

船舶之競買人。於競賣期日及競客期日之間。因天災甚他之時變。其船舶生題著損害時。得取消競賣。比與不動產之妨比無異。有適法之取消時。執行裁判所。準據第六五五條乃至第六五七條之規定。而爲新競賣手續。

利害關係人。於競落前。得關於其許否而申立異議。爲此異議。與不動產之場合同。的言之。即申立異議之要件有四。其第一要出頭於競落期日。第二應於其競落期日之終以前。爲其申立。第三以第六七二條各號所規定之理由。爲異議之原因事。第四其異議之理由。必關於各自之權利事。是也。申立異議之要件。前雖不再述。而付於第六七二條第一號之異議申立。有一問題。即不許強制執行之理由。存在於競賣手續續

始決定之際。此異議而於存在之場合。則對於競賣開始決定。得爲抗告。若基於第六七二條第一號之原因。對於競賣開始決定而爲抗告。不拘已被棄却。而更得以同一理由。關於競落許可之異議而主張之乎。對於此問題。不得不策之曰。然。反對論所根據者。謂若許之。則背於一事不再理之原則。答之曰。此易解決也。對於競賣開始決定抗告之目的。在於欲令取消其決定也。反之關於競落異議之目的。在於欲妨不動產之競落也。故此二者。形式上異其請求之目的。訴訟法欲十分保護關於不動產之所有權。故特設第六七二條之規定也。實際則競賣開始決定。對於債務者。非生即失其所有權之結果。故雖有不許強制執行之理由。而對於開始決定。不申立不服。照此放置之者。實際上所常見也。而將爲競落之決定。則債務者失其目的物所有權之結果。迫於眼前。大留意而發見異議之理由之場合。苟於此禁其以競賣開始決定確定之理由。而申立異議。則不得謂對於其所有權。而與以十分之保護也。是以第六七二條。規定以異議之理由而不許強制執行者。即爲使債務者。欲主張自己權利。無遺憾而盡訴訟法上所得施之手段而許也。約言之。即設此異議規定之理由。爲欲十分保護

債務者之所有權者。主目的也。故以存在於競賣開始決定之際之理由。爲妨競落許可之理由。而主張之可也。

執行裁判所。可言渡競落之許可。或不許可之決定。其手續。及決定之形式。認可決定之効力。與不動產執行之場合無異。茲不復述。又應爲新競賣之場合。及應爲再競賣之場合。或代競賣而命入札拂等。皆同於不動產之執行。其他競賣綜合之場合。並配當要求場合。及其申立之効力等。皆與不動產執行之場合同。

第三節 對於船舶股分之強制執行

股分即船舶之共有權。不必他之共有者之承諾。而得讓渡者也。故得爲強制執行之目的。不待言。訴訟法。對於船舶股分之執行方法。與對於不動產共有權之執行方法。異其手續。其立法上之理由。甚不明。或曰。對於船舶之強制執行。有妨其航行之効力。故苟對於股分之執行方法。使之依於不動產共有權之同一手續時。則害他共有者之權利。故關於船舶股分。與對船舶之場合。異其執行方法也。然此說明。尙有未定也。何則。對於船舶之強制執行。雖準用不動產之規定。非以其差押之結果。而強制妨其

船舶之航行也。如第七一九條所規定。則因利害關係人之申立。爲商業上之利益。於適當場合。執行裁判所得許航行也。故不得謂對於船舶之執行方法。常妨其船舶之航行。況如股分權。非對於船舶所有權之全部。以其一部爲執行之目的時。其非可禁止船舶之航行也明矣。果爾。雖以不動產共有權同一取扱之。手續上亦無不妥之處也。

對於船舶股分之強制執行。與對財產權之執行同。可發差押命令而爲之也。何則。關於船舶之股分。從第六二五條規定。而爲強制執行之旨。則規定於第七二六條。據第六二五條。可準用關於債權之手續故也。其執行裁判所。非碇泊地之區裁判所。而於碇繫所之區裁判所而轄之也。此差押命令之申請。應添付可證債務者有股分權之登記簿抄本。或證明書。(第七二七條)

差押命令。不必豫訊債務者而發之也。(第五九七條)其命令。應揭差押股分權之旨之宣言。對於債務者。禁其權利之處分之宣言。(第五九八條)此差押命令。應送達於債務者並船舶管理人。(第七二七條)而差押之効力。則因於送達於債務者或管理

人而生。故雖未送達於債務者。若先送達於管理人。則於其時。即生完全之差押効力。蓋船舶管理人者。船舶共有者之代理人故也。

船舶之股分權。無第三債務者。故既送達於債務者或管理人時。即生効力。若對於船舶而有物權者之場合。或有共有其船舶之場合。亦不必對之爲差押命令之送達。何則。此占有者。性質上非第三債務者。而且執行之目的物。乃船舶之股分權。而非其船舶自體也。

換價之手續。只有競賣之一方法。其論據存於第七二八條前段之規定。蓋船舶之股分權。無第三債務者。故不得發取立命令。又其權利。無第六〇〇條所謂券面額。故不得發轉付命令。而命入札拂之方法以代競賣。固無不可。何則。入札拂者。即競賣之一種也。

爲數人債權者而爲差押之場合。可依第六一九條之規定。於既發差押命令之場合。則他之差押申立。生配當要求之効力。然同於債權差押之場合有反對說。依反對說則謂可許數回之差押也。然此說對於船舶之全部。換言之即對船舶之所有權。雖不

許二重之差押。而對於作爲所有權一部之股分權。則許爲二重差押之謂。此余叢辨以不能贅同也。關於船舶之競賣手續。民事訴訟法上。不完全之點不少。而關於股分。其不備之點。比於他之規定。尤多失權衡之處。茲爲參考。但述其主要者。

一 對於不動產共有權之強制執行場合。應定最低競賣價額。此第六八九條所規定也。然關於船舶之股分。則無定最低競賣價額之規定。以理論上觀察之。則使對於船舶自體之執行方法。同於對不動產之執行方法。又使對於船舶股分之執行方法。同於對不動產共有權之執行方法。爲適當。然以民事訴訟法之解釋。則對於船舶股分之執行方法。不得下應定最低競賣價額之論決。故由理論上觀察之。則此點不得不謂之不權衡也。

二 關於船舶股分之競賣。無使利害關係人。付於競落之許否。爲異議申立之手續。此不得不謂法之不備也。

三 可爲競落許可決定與固不明也。其競賣之實施。雖基於裁判所命令。由執達吏爲之。而與有體動產之場合異。使依執達吏之意見。以決競落之許否。是反於看做船

船舶之執行與不動產同一。之現行訴訟法之主義也。故理論上。則使裁判所。爲其競落許可決定爲適當。然此點既無法律明文。故不得不謂執達吏得決其許否也。此等由一方觀之則爲不權衡之規定。而從他方解之。則不得不謂法之不備也。

四 雖謂使執達吏得決競落之許否。而其手續。是否全與有體動產之場合同一。亦不明也。苟執達吏爲呼上。而即生競落之効力。則無可疑。苟於爲最高價呼上之外。尚須決其許否。則競賣與競落之間。存多少之時間。設其間船舶自體因天災其他時變。生顯著之損毀時。因之影響及於股分權之價。而此點無如不動產場合之第六七八條之規定。故不得不論決爲最高價競買人。不能取消其競賣也。是亦法之不備之點也。

船舶之競賣代金。同於不動產。從第六九一條乃至第七〇〇條之規定。實施其配當。不動產共有權代金之配當。亦從同一之手續。反之船舶股分之執行。應從財產權之規定。故依有體動產配當方法之同一手續。故配當實施之手續。與不動產共有權之代金。船舶代金之配當實施手續異。是現行訴訟法之主義。船舶股分權。使依於財產

民事訴訟法(第六編續)各論第一部第三章對於船舶之強制執行 三〇

權執行方法所生之結果也。(第七二八條)於此點。訴訟法之規定。論理一貫。實際亦便利也。

第二部 付於不以金錢支拂爲目的之債權之強制執行

不以金錢支拂爲目的之債權云者。依民事訴訟法大別之。即(甲)以物之變付爲目的之債權。(乙)以行爲爲目的之債權是也。而甲又可分爲一以特定物之引渡爲目的之債權。二以代替物之交付爲目的之債權。又乙可分爲一以作爲爲目的之債權。二以不作爲爲目的之債權也。其三以單純之意思表示爲目的之債權是也。第七〇三條以下。即對於上列各種債權。執行方法之規定也。

執行機關有數種。其第一執達吏。例如特定之動產。又如以代替物之一定數量爲目的之債權。之執行機關是也。其第二。第一審受訴裁判所也。即債務之性質。可許強制執行之場合。以第一審受訴裁判所。爲其執行機關之類。第三區裁判所也。債權之目的物。存於第三者手中之場合。區裁判所。以執行裁判所而管轄之也。如第七三二條之規定即是。

第一章 以有體物引渡爲目的之債權之強制執行

民事訴訟法(第六編續) 各論 第二部 第一章 以有體物引渡爲目的之三一
債權之強制執行

第一節 以特定物引渡爲目的之債權之強制執行

第一。付於以特定動產之引渡爲目的之債權。由執達吏。取上其動產於債務者。交付於債權者。爲執行手續。此第七三〇條所規定也。

執達吏。取上其特定動產於債務者時。其物滅失之危險。即移轉於債權者。苟債權者。以執達吏所取上之物。爲非自己權利之目的物時。得依第五四四條。爲關於執行方法之異議申立。有此異議申立之場合。其物之危險之負擔。於異議完結前。在於未定之狀態。其異議爲無理由時。則債權者應爲其損失之負擔。反之其異議有理由時。則債權者不任其損失之責。

當爲此執行。執達吏從第五三五條以下之規定。即完全執行既終後。應交付有執行力正本於債務者。或爲目的物之搜查。得搜查債務者之住所倉庫等。苟受抵抗時。得用威力。或債務者不在時。得立會警察官或市町村之吏員。茲有宜注意者。執達吏。不得以其物。委債務者保管是也。例如以運搬有重大困難爲理由。而從第五六六條第二項之規定不可也。何則。如右手續。反於此強制執行方法之性質也。換言之。即此強

制執行。以解對於執行目的物之債務者占有爲本旨。若使債務者保管之。是反執行之本旨也。

第二之場合。即人所住居船舶之明渡也。其執行方法。第七三一條規定之。但本條之執行手續。必以債務者之占有名義。而人所住居者爲要。第三者住居之場合。不得即爲強制執行也。人所住居船舶云者。供人居住的船舶之謂也。非如現住之狹義。其執行方法。使住居於船舶之人由船舶退去。而使債權者或其代理人占有之。故第七三一條第二項。有限於爲受取而債權者或其代理人。既出頭時。始得爲此執行之規定。故若執達吏不拘債權者或其代理人未出頭。而命債務者之退去。則債務者或債權者。得依第五四四條規定。而申立異議也。存在於船舶中之動產。而非執行之目的者。應引渡於債務者。若債務者不在時。應引渡於其代理人。或成長之家族雇人。（付於不供居住之船舶可依第七三〇條）

第三之場合。不動產之引渡也。人之住居的不動產。則其執行方法。與前述船舶之場合。人所不住居的不動產。則執達吏引渡之於債權者或其代理人。以完了手續。若

於右之場合。其不動產中。有非執行目的之動產時。執達吏應以債務者之費用。而付於保管。苟債務者不出頭受取時。則執達吏。有競賣其不動產之權利。而其競賣代金。應供託之。此終之場合之手續。付於船舶內之動產。亦同一適用之。茲有爲問題者。以已建設家屋之土地。而只以其土地之引渡爲目的時。執達吏。不拘債務者之不允。而得取毀其家屋與否是也。以土地明渡之目的。而取毀其所建設的家屋。雖生重大之結果。予則採執達吏得以執行方法而爲之。之學說。蓋右之場合。家屋之取毀。爲土地引渡所不可避者。故也。然如此取毀家屋。必債務者因故意或重大過失。不爲引渡事爲必要。故債務者既着手取毀。而執達吏爲取毀時。則爲職務上義務之違背。其結果。依總則第五三二條。對於債務者。須任損害賠償之責。

第四。引渡之目的物。存於第三者手中之場合。應爲如何之執行手續乎。執行債權者。使裁判所。將債務者之引渡請求權。轉付於自己。基於其轉付命令而爲執行也。茲有宜注意者。此轉付之命令。其性質。非第六〇〇條所謂轉付命令。類似於此之一種命令也。何則。第六〇〇條之轉付命令。必其權利。以一定之金額既確定也。(第七三二

條)而第七三二條。應引渡之物。存於第三者之手中時。債務者之引渡之請求。依於申立。而從金錢差押之規定。轉付於債權者。此意義。即引渡目的物在於第三者手中。債務者對第三者有引渡之請求權。而債權者則對於債務者。有引渡之請求權場合。之規定也。例如甲以十個月之期限。貸或動產於乙。乙又以八個月之期限而貸之於丙。甲乙間及乙丙間。之貸借期限。均已經過之場合。甲對乙提起訴訟。而受應引渡賃借物於甲之判決。基於此執行名義。受乙對丙有的取戻權之轉付。而爲執行也。其他可類推。

此執行之手續。先發差押命令。次可發取立命令乎。可發轉付命令乎。抑不必發差押命令乎。此點關於訴訟法母法之獨逸訴訟法規定。有積極消極之二派學說。日本訴訟法之多數註釋者。則謂對第三者不必差押命令。何則。差押者。以不存於債權者權內之債務者財產。充自己之債權辨濟之手續也。本問之執行手續。則債權者之權利。以其目的物之取上。爲直接之目的。換言之。即可行權利之目的物。非如普通債權之執行場合。不確定於差押之前也。雖不爲差押。既已確定。

次之問題。其性質爲取立命令乎。抑爲第六〇〇條所謂轉付命令乎。多數學者謂。前所謂轉付者。廣義之轉付意義。而依第七三二條。則形式上執行裁判所。要爲決定。其本質非第六〇〇號所謂轉付命令也。何則。債務者之請求權。無券面額也。又此命令之性質。非第六〇〇條所謂取立命令。何則。第六〇〇條所謂取立命令。爲金錢之支拂而發。而本問之命令。則非爲右之目的而發也。

受此命令之第三債務者。非爲拒差押債權者之請求。即受強制執行也。執行債權者。於第三債務者拒之場合。不可不對之而更得有執行力正本。故從通例之方法。雖應起訴而受判決。然苟債務者。受得求有執行力正本之確定判決。或有和解調書。及公正證書時。則執行債權者。得以債務者之承繼人。受執行文。而即爲執行也。執行目的物。爲對於第三債務者之他債權者受差押。而在執達吏之占有中。或第三債務者。依於債權者所委任執達吏之命。而任其物之保管之場合。對其物而有引渡請求權之債權者。得即爲執行與否。此場合。依總則第五四九條規定。有引渡請求權者。以差押債權者爲被告。若第三債務者亦反對時。則亦以爲被告。而起其物引渡之訴。既得判

決。始得爲強制執行也。何則。此場合。引渡請求權者以外之債權者。已生完全差押效力。故非依訴訟法所定方法。使之消滅其差押之效力後。不得實行此引渡請求權也。舊獨逸訴訟法之解釋。謂幼者其他無能力者之引渡。從動產引渡規定而爲執行。詳言之。即有主張。執達吏應由債務者。引取其引渡目的之人物。而引渡於債權者之學者。(亦有主張消極論之學者)其所論據。即在舊獨逸民事訴訟法草案之政府委員。於議院所說明者。且云。此執行方法之必要者。最適切於保護幼者之利益也。故不得謂法律遺脫之。亦不得解爲不許爲此執行方法之精神也。以舊獨逸民事訴訟法爲母法之日本訴訟法。亦可爲此同一解釋乎。近來實際之判例雖無之。而予付於此問題。則謂現行訴訟法中。無以人爲目的之執行手續之規定。故不許之爲是。訴訟法雖規定關於總財產權執行方法之手續。如右基於親族權。得爲如何之強制執行手段與否。則訴訟法中無規定。而爲執行之目的者。於本問題。人而非物也。以物爲目的之執行手續。即財產權之執行手續。不得類推之而適用於以人爲目的之場合也。至於負引渡之義務者。拒其履行時。在保護幼者其他無能力者之地位者。生不能實行其

權利之結果。此則不得不謂法律之不備也。高木氏曰。此際權利者依行政官之保護援助。間接得達其目的。故對此問題。雖採消極說。於實際亦無不可也。

第二節 以代替物之給付爲目的之債權之強制執行

代替物給付之強制執行。亦同於特定物之場合。應從第七三〇條之規定。即執達吏。於債務者所有代替物中。指定應於執行名義之品質分量。由債務者取上之。而引渡於債權者。執達吏當爲執行目的物之指定。從民法第四〇一條。依同條第一項之規定。則因法律行爲之性質或當事者之意思。不能定債權目的物之品質時。債務者要給付有中等品質之物。強制執行之場合。因於執行名義。不能定執行目的物之品質時。執達吏從本條規定。由債務者取上有中等品質之物。而引渡於債權者。

對於特定物強制執行之場合。執達吏既爲其取上以後。則物之滅失危險。移於債權者之負擔。而對於代替物強制執行之場合。應區別論之。若執達吏所指定者。債權者無異議。而既完了其物之取上時。則物之滅失危險。自當歸債權者。然債權者苟對執達吏所指定。而主張異議時。執達吏不拘有異議。而爲代替物之取上。若債權者之異

議爲正當。則滅失危險。不移於債權者之負擔也。例如基於債務者應引渡米百石於債權者之執行名義。執達吏指定美濃米之中等米。而從債務者取上時。債權者則對之有異議。主張應引渡武藏米之中等米。依第五四四條而提起對於強制執行方法之異議。於其異議之終結前。其米穀因火災燒滅。迨其後異議之裁判。認債權者所主張爲正當時。則其米穀滅失之危險。非歸債權者負擔。而債務者應負擔之也。是從民法第四〇一條第二項之規定爲此論斷。同項規定。債務者得債權者之同意。指定其應給付之物時。此後即以其物爲債權之目的物。故於任意之債務履行場合。得債權者同意。始確定債權目的物之指定。則於強制執行之場合。執達吏對代替物之指定。苟非有債權者之同意。否則有不可不同意之理由。則非可有其效力也。

執達吏。當以強制執行而從債務者爲代替物之取上時。不必債權者或其代理人。出頭於執行場所。雖不出頭。執達吏亦得完了其執行行爲。此場合無如第七三一條第二項之規定也。唯債權者或其代理人之缺席。債權者可生不利之結果。即執達吏誤指定執行之目的物而爲取上時。債權者不能於執行場所。主張異議。而執行手續完

了之後。不能主張第五四四條之異議也。

執行之目的代替物。不在債務者之占有中時。則無由爲強制執行。債權者唯得爲損害賠償之請求。雖債務者對第三者而有與執行目的物同種類代替物之債權時。亦不得依第七三二條之規定。

第二章 以有體物引渡或給付以外之目的之債權強制執行

此種債權。可分爲三種。其一。以不作爲爲目的之債權。其二。以作爲爲目的之債權。其三。以單純之意思表示爲目的之債權是也。故本章分三節述之。

第一節 以不作爲爲目的之債權

不作爲爲目的之債權。換言之。即求消極的義務履行之請求權也。債務者違背義務。而爲積極的行爲之事實。或有將爲之虞之情況。即爲惹起此種強制執行之原因。故此債權之執行方法。即

第一 除去因債務者積極行爲之結果而生者。例如甲賣藥商。有不可揭類似乙賣藥商店頭所揭的看板之義務。甲違背此義務。而竟揭右之看板時。乙得以強制執行

方法。使爲其看板之取除。

第二 爲將來施適當之處分。即豫防積極的行爲。而施必要之行爲也。例如取毀其已建築之物。爲使不能再爲同種類之建築。而於地盤上。施適當之工事是也。或施無形的適當處分亦可。例如對於違背義務而爲積極的行爲之債務者。發再爲時應爲若干賠償之命令是也。

以上義務之履行。第三者得代債務者爲之。故民事訴訟法第七三三條第二項。謂關於費用之裁判之手續。詳言之。即使第三者爲之。而使債務者支拂費用之意義也。關於此執行方法之執行裁判所。即第一審受訴裁判所也。於受訴裁判所。與以判決之場合。及爲和解而確定其請求之場合無區別。區裁判所。依和解之申請而爲和解時。無所謂第一審之受訴裁判所者。故此時。爲和解之區裁判所。即爲執行裁判所。而執達吏。則常以執行裁判所之機關。而爲執行之實施者也。

當爲執行之實施。債務者爲妨害時。執達吏得爲即排除其妨害之必要行爲。換言之。即不必特仰執行裁判所之命令也。關於執行之費用。得基於命令。由債務者取立之。

詳言之。即基於命以債務者費用。除去妨害物之命令。得即爲取立也。

爲不當之費用取立於債務者時。債務者得依如何之方法而取返之乎。此問題有二說。即非以通常之訴則不得取返之說。及得以第五四五條之異議之訴而取返之說是也。

甲說之理由。即爲不當費用之取立時。其所取立費用。與執行名義之請求無關係。故不得以因判決而確定之請求之異議。而爲取戻之訴。故其求取戻也。不可不以通常之訴。乙說所據爲理由者。(余取乙說)即費用之取立者。附隨於執行名義之請求而爲之也。關於右請求之執行名義。可爲費用取立之執行名義也。此執行名義之金額。爲多額之強制執行時。得爲民事訴訟法第五四四條異議之訴。則本問之費用取立。亦不外執行名義之濫用。則欲爲取返。其得爲第五四五條異議之訴明矣。

爲此決定之手續。第七三五條規定之。即執行裁判所於爲決定之前。應訊問債務者。而不必經口頭辯論。此決定必訊問債務者。故有終局決定之性質。故對此決定而不服之債務者。可據總則之規定。即第五五八條。而爲即時抗告。非據第五四四條。而爲

異議即普通抗告也。

第二節 以作爲爲目的之債權

作爲爲目的之債權有二種。

第一。第三者得代爲債務履行之債權。第二。第三者不能代履行之債權是也。前者學者謂之以代換的作爲爲目的之債權。後者謂以不代換的作爲爲目的之債權。而此各種之債權。又各分爲二類。其一許強制履行者。其二不許強制履行者。是也。

(甲) 以許強制履行之代換的作爲爲目的之債權。此種類之債權。例如以機械的之作爲爲目的之債權。使供託金錢以供擔保之債權。使分割共有物之債權。以爲登記或變更登記爲目的之債權。之類是也。(依現行登記法。則債權者得提出判決而求登記。故第三者不必代債務者申請登記。)此場合之執行方法。受訴裁判所。決定以債務者之費用。使第三者爲之。即使第三者。有代債務者而爲或行爲之權限。以應執行債權者之要求。一面命債務者。辨償必要之費用。此場合費用之計算。從關於訴訟費用之規定。爲費用之確定決定。以此費用與通常之執行費用。異其性質故也。此

民事訴訟法(第六編續)各論第二部 第二章 以有體物引渡或給付以外四三之目的之債權強制執行

決定。屬於審訊債務者而爲之權能的口頭辯論。故對此不服之方法。爲即時抗告。

第三者。因此決定。而有爲充債權者之請求之必要行爲之權利。然此第三者與債務者。非有直接之關係。故誤選任第三者之責任。債務者不負之。

第三者。既着手執行目的之行爲後。債務者得履行其作爲之義務與否。此問題與以積極之答案爲適當。蓋強制執行者。因債務者不爲任意履行。而生其必要也。苟於執行未完之間。債務者欲爲任意履行。則無禁止之理由。然債務者。不可不負擔因其遲延履行而生之損害。即關於第三者既爲之作爲之費用。債務者不可不負擔之。

(乙) 以許強制履行之不代換的作爲。爲目的之債權。例如爲或事業報告之義務。提出計算之義務之類是也。又學者於此舉例。引用使有名俳優演技之債權。之強制執行場合。對於此種債權之義務。不能使他人代履行。故唯得施間接之強制方法。即定相當期間而催告其履行債務。若遲延時。命爲一定之賠償。或即命賠償損害亦可。

(丙) 以不許強制履行之代換的作爲。爲目的之債權。例如妓樓之主人。使或女子爲娼妓營業之債權是也。此種債權之強制執行。可使第三者代盡其義務。因此而生

之費用。則使債務者負擔之。或豫計其費用而取立之亦可。若實際耗多額之費用。則至後日尙可取立。自不待言。或即使之賠償損害亦可。

(丁) 以不許強制履行之不代換的作爲爲目的之債權。例如或醫師。以醫學上之經驗。而負切開自己身上。或病處以示之義務是也。此等場合。與前乙之場合。或即命賠償損害。或定一定之期間。若遲延時。則使負賠償責任等方法。而爲間接之強制履行也。

第三節 以意思表示爲目的之債權之強制執行

此種債權之執行方法。不必特爲執行手續。以裁判之確定而執行之。例如應認諾法律關係之成立。或應爲賣買之意思表示。或後見人表同意於無能力者之行爲等。爲目的之債權。則以裁判之確定。而看做爲既已執行也。第七三六條。關於此債權之執行方法。有特別之規定。即債務者。既受反對給付之後。應爲認諾其他之意思表示之場合。以付與有執行力正本於債權者。爲既已執行。右之場合。如總則所述。裁判所。非執行債權者證明其已履行執行條件事。則不得付與以有執行力正本。故付與有執

行方正本時。必其執行條件之已履行。即看做爲已盡反對給付之義務也。以上所述之執行。其本質原不得謂之強制執行。何則。對於債務者。未嘗施強制處分也。換言之。即事實上并無強制執行之現象。故學者稱爲法律上之擬制也。第七三六條。有種種之問題。茲特述其一。

債務者。爲債權者而負手形調製義務之場合。可適用第七三六條與否。

或學者曰。此場合不過金錢支拂債務之一種。不能適用第七三六條。然負手形調製義務之場合。債權者使作此物。固有特別之必要。故其債務之性質。不得謂與金錢辨濟之債務同爲一種也。

又他之學者曰。此場合唯適用第七三六條。即債務者受應作成其手形之判決。即以其確定而視爲債務之履行。

第三說曰。此種之義務。單以意思表示。尙有未足。何則。債權者之所求者。此債務履行之結果。事實上發生流通證書之一之手形也。苟僅有命其作成之判決確定。尙未足達債權者之目的。故此場合。應適用第七三四條爲強制執行。

共有物分割之執行方法。現行民事訴訟法缺如也。故依民事之規定。而參酌實際上之方便與條理。執行裁判所發一種之命令。使執達吏分割之。

民事訴訟法(第六編續)各論第二部第二章
以有體物引渡或給付以外四七
之目的之債權強制執行



強制執行之保全

假差押及假處分

第一章 假差押

第一節 假差押之意義

假差押者。金錢之債務。或得變爲金錢債權之請求權。實行之保全。由執行機關。基於裁判所命令（假差押命令）對於債務者之動產不動產或財產權。實施之強制處分。而禁債務者。對此行使其權利之手續也。

分析此定義說明之。即第一。可爲假差押原因之權利。（一）金錢債權。（二）可變爲金錢債權之請求權。故以作爲或不作爲目的之債權。雖非直接以金錢之支拂爲目的。然得變爲金錢債權。故因債務者之不履行。變爲損害賠償之請求權時。則可爲假差押之原因。反之。單以債務者意思表示爲目的之債權。則不爲假差押之原因。如民事訴訟法第四一四條第二項後段所規定。即不爲假差押之原因。何則此債權。非對於債

務者財產而爲實行者故也。此等債權之強制執行方法。於命債務者爲一定之意思表示之判決確定同時。既得其結果。故不必施財產上之執行處分。故不爲假差押之原因。又如親族權。其性質上因前之同樣理由。亦不爲假差押之原因。故可爲假差押原因之債權者。換言之即財產權也。然財產權。無何等例外。皆爲假差押之原因乎。於此點須畧說明如下。

第一 繫於期限之財產權如何。於此有民事訴訟法第七三二條第二項之明文。云假差押付於未至期限之請求亦得爲之。未至期限之請求權者。現時不得爲強制執行者也。而期限到來。則有爲強制執行之必要。強制執行之保全者。豫期未來而爲之處分也。即後日有爲強制執行之必要時。欲十分收其實行之效果而爲之處分。故現時雖無強制執行力之權利。亦可爲假差押之原因。此法理上當然也。

第二 解除條件附請求權。亦得爲假差押之原因。何則此權利。其性質上。於條件到來以前。與無條件之權利。其效力無差異故也。

此二問題無可疑。茲有爲疑問者。即停止條件附債權。果爲假差押之原因與否是也。

於此學說不一。先述消極說之理由。其第一。停止條件附法律行為成立之場合。對於債務者。尙未有要求或行為之權利。唯有得變於如此行為之一權利而已。與期限付債權之場合異。如斯實行力不完之權利。不得爲假差押之原因。何則假差押者。以保全其權利之實行爲目的。既謂保全權利之實行。則必其權利得以實行爲必要。然停止條件附債權。其得爲實行與否尙在未定也。謂保全實行不定之權利之實行。是矛盾也。

又其第二之理由。即民事訴訟法第七三七條第二項。雖有期限附請求權之規定。而付於條件附權利。則無何等之規定。是即暗示條件附權利。不爲假差押之原因也。解除條件附債權。得爲假差押之原因既已明白。則以同條第二項之反面解釋。而謂停止條件附權利。不得爲假差押之原因可也。或謂民事訴訟法第七三七條第二項。不過示原則之一之適用。(其原則云者不問財產上之請求權如何皆爲假差押之原因)然期限附財產權之得爲假差押原因。無可疑也。何則。此財產權非實行之不定。時期到來。則必可實行也。期限者。非停止法律行為之效力。不過停止其履行而己。反

之停止條件者。停止法律行為之效力自體也。故立法者。若以停止條件附財產權。爲假差押之原因。則比於期限附財產權可生大疑之此財產權。即停止條件附權利。應揭以原則之適用而得爲假差押之原因事於法文。然而不見有此明文者。則足知立法者。除外停止條件附財產權之意也。論者尙附加之曰。或謂據民法第一二九條。則條件成否未定間。之當事者權利義務。從一般之規定。得爲保存或擔保。故徵諸民法規定。則停止條件附財產權。亦得爲假差押之原因。此說誤也。權利自體之保存。與權利實行之保全。法律上非同一意義。權利之保存云者。豫防因時效其他之原因。而權利自體至於消滅之手段也。反之保全云者。爲欲收權利實行效果之處分也。故執行之保全。不得包含民法第一二九條所謂保存之文字而解釋之也。

積極說曰。停止條件附財產權。亦得爲假差押之原因也。停止條件者。不過停止法律行為效力之發生。而由其法律行為。生一種之權利。此徵諸民法第一二九條自明。而此財產權。於停止條件之場合。其條件之到來。同時可生效力。換言之。即可得實行也。然則雖有至於不得實行之場合。而一之財產權之存在。則無可疑也。此權利有可得

實行時期之到來。故無不可爲假差押原因之理由也。據民事訴訟法第六三〇條第二項之規定。則停止條件附債權之配當額。仍可供託之。如此停止條件附債權。於其未至確定前。亦得爲假差押之原因。既使用供託此配當額之效力。則謂停止條件附債權。可爲假差押之原因。爲立法者所認。可也。

試述定義之第二義。此定義中。含有假差押之物體爲何之意義。其物體。即屬於債務者之所有的財產。換言之。即動產。不動產。財產權。是也。債務者之行爲不行爲。雖或生財產上之利益。亦不得爲假差押之物體。況如債務者之身體。其不得爲假差押物體。自不待言。而雖係債務者之財產。尙有不能爲假差押之物體者。即第一。訴訟法上。不能爲假差押之物體者。如強制執行場合所說明。法律禁止差押之物。民事訴訟法第五七〇條所列舉之有體物。同法第六一八條所揭之財產權。及特別法所禁差押之物或權利。又商法第五四三條所規定之發航準備既完之船舶。及華族世襲財產之類是也。假差押者。爲強制執行之保全也。以不得實施強制執行者。謂以執行保全而爲假差押。是矛盾也。第二。以訴訟手續之結果。而不能爲假差押之物體者。即係爭物

也。詳言之。即請求之目的物。應爲假處分之物體。因之不得爲假差押之目的物也。又請求之目的物。原告對於被告而求引渡。或於其物之上。禁被告施或行爲。爲目的之場合。因爲假處分。已足十分保全其請求。不必以假差押之方法而保全之也。(註意) 第三者之所有物。不得爲假差押之目的物。又付於此定義第二義之裁判所命令。說明之。茲所謂命令者。指命假差押之名義也。此命令。由本案訴訟之管轄裁判所。或假差押物所在地之區裁判所。(第七三九條)所發。其形式則經口頭辯論者判決。不經口頭辯論者決定也。(第七四二條)其命令之內容。在於禁債務者。爲假差押物體之處分及收益也。此命令。爲實施假差押之名義。此命令之於假差押手續。與強制執行場合之判決。及其他民事訴訟法第五九條所揭之執行名義。可視爲同一也。

第四。假差押之執行機關者何。假差押之執行機關。即區裁判所。或執達吏是也。例如對於有體動產而實施假差押時。執達吏爲其執行機關。對於不動產。船舶。而實施假差押時。管轄不動產所在地或船舶定繫港之區裁判所。爲其執行機關。對於財產權

假差押之執行機關。即發此命令之區裁判所。或本案之裁判所也。（第七四八條第七五〇條）對於有體動物而執行假差押之場合。與對於不動產或對財產權或船舶等。而執行假差押之場合。其手續大異。對於有體動產時。執達吏占有假差押之物體。或附封印標目於其物體。以任於債務者或第三者之保管之方法。爲其執行。反之對於不動產船舶財產權。而執行假差押。非對於假差押物體。而施有形上之處分。有第三債務者之財產權即債權。則以送達假差押命令於第二債務者而爲之。苟無第三債務者之財產權時。則送達於債務者而爲之。對於已登記之不動產及船舶。則依記入假差押之命令於登記簿而爲之。於此有欲諸君注意者。對於有體動產以外之目的物。而執行假差押之場合。執達吏關與之。是也。例如債權差押之場合。送達其命令於第二債務者時。由執達吏司其送達之事。觀於此場合執達吏之行爲。似可謂執達吏爲假差押之執行機關。然此場合執達吏之送達行爲。不過以執行裁判所之補助而爲之。非執達吏自以執行機關而爲之也。故不得謂執達吏爲執行機關。強欲稱之爲假差押之補助機關尙可。而非執行機關自體也。換言之。即執達吏付於假差押

執行之適否。毫無判斷權。故曰非假差押之執行機關。

第五。假差押當事者。此當事者之一方。爲債權者。自不待言。他之一方。即被指爲債務者者是也。茲有爲問題者。此兩者以外之第三者。得爲假差押之當事者與否。是也。此問題。答以不得爲假差押當事者爲正確。何則。強制執行者。行於債權者與債務者之間者也。故第三者於強制執行之場合。不得爲當事者。從而在強制執行之保全處分。之假差押手續。第三者。亦不得爲當事者。明矣。依明治三十二年十一月之大審院判例。以保管債務者之公債證書或株券之第三者。負返還之義務。故債權者。得依債權假差押之手續。爲假差押。於此場合。事實上。受假差押之執行者。第三者。即保管者也。故似既爲執行以後。得謂第三者。爲假差押之當事者矣。然在此場合。第三者亦不得謂爲假差押之當事者。何則。保管之第三者。對於債務者。雖負返還保管物之義務。而對於假差押原因之債權。則必居債務者之地位。故也。今所例示之大審院判例。非言於此場合。曾爲假差押物之保管者者。爲假差押之當事者。不過示雖存於第三者手中之物。苟其物屬債務者所有之場合。得對之爲假差押而已。

最後就假差押之性質。說明之。假差押之手續。其爲訴訟手續乎。抑爲執行手續乎。此學者間大有議論之處也。假差押之手續。由爲假差押之目的觀察之。權利實行之保全方法也。即執行之保全。非執行其物也。強制執行。以令債權者得權利之滿足。爲目的。僅依假差押。猶不得達此目的也。故由實體的觀察之。假差押手續。亦不得謂爲執行手續。實即廣義之訴訟手續也。次由訴訟法上觀察之。假差押之命令者。於其原因之權利。尙未得強制執行之名義時發之。執行手續者。因既有強制執行之名義。始得開始者也。由是觀之。假差押手續。於其原因之權利。未得強制執行之名義以前。實施之。故不得謂爲執行手續。此說。爲今日大審院判例所採用也。但同判例。雖達詳說理由。而言假差押假處分。非執行手續。乃一種之特別訴訟也。反對說曰。假差押者。乃執行假差押命令之一裁判之手續也。既屬執行裁判。故不得不謂之爲執行手續。而假差押手續。僅由執行假差押之裁判。便得達其手續之目的。而不必要何等之訟訟手續。故稱之爲訴訟手續者。甚不當也。雖然。執行裁判之手續。不得常謂爲執行手續。例如證據決定是。執行此決定者。純然

訴訟手續也。就此點。學者無異議。今若以反對論者之論法言之。證據決定之執行。即爲證據調者。乃證據決定之一裁判之執行也。是亦將不得不謂其爲非訴訟手續。乃執行手續。生此奇怪之論結矣。

如以上所述者。關於假差押定義之說明。盡矣。

第二節 假差押之手續

第一款 假差押之請求

求假差押之意思表示。得以書面或口頭爲之。(第七十四條)其意思表示。對於管轄裁判所爲之。茲所謂管轄裁判所者。謂發假差押命令之裁判所也。此第七三九條所規定。即管轄假差押物所在地之區裁判所。或本案之管轄裁判所。是也。

爲差押之請求者。非必以許之形式而爲之也。乃要以申請之形式而爲之也。二者之區別。雖甚微渺。而訴訟法學者。嘗爲申請 *Gesuch* 與申立 *Antrag* 之區別。謂申請僅對於裁判所。要求或之行爲。而申立則經裁判所。更對於相手方。要求或之行爲也。茲所謂假差押申請之內容者。即第七四〇條第一號第二號及同條第二項所規定。

而第七四〇條之規定。乃訓示的規定。非命令的規定也。故爲欠缺本案所規定事項之一二。不得遂以其申請。爲不適法。而棄却之。或雖未具備此事項時。亦得許其假差押。而申請所應揭之事項。第一。請求之表示。第二。爲假差押之理由之事實之表示。即謂有其必要之事實之理由。第三。請求及假差押理由之疏明。是也就此法文。要勿誤解而須一言者。即應釋爲請求之疏明。及假差押之理由之疏明。而不得釋爲「請求之理由之疏明。及假差押之理由之疏明」耳。所謂疏明者。非必有令裁判官。確認或事實之存在之結果也。即令其以或事實之存在若不存在。爲當屬真實。有此一念之信用。便足矣。易言之。即令其起一種之信念。此以事實。爲殆當存在也。故第二二二條云。爲疏明之際。以申出證據方法而足。即不要證據之取調之旨也。若於疏明之際。提出證據。求取調。然裁判所。亦不必要爲證據調。以其疏明假差押之理由。及請求之理由。爲已是。則不必要證明者。蓋假差押訴訟。非將假差押原因之請求之存否。終局的判斷之。且苟命其證明。則多來手續之遲延。恐失可爲假差押之好機會故也。

假差押之申請。得併合數箇之申請。例如由同一原告。對於被告。既提起數箇之訴者。

爲保全其各請求。所爲之假差押。得以一之申請爲之。此由第四八條類推而來。同種類之數箇之請求。許以一訴提起之。故假差押之申請。苟適合於第四八條之要件時。則亦得併合而提起之。蓋假差押之請求。在其性質自體。常爲同類之物也。

假差押之目的物。即物體。有由其性質。必要表示之於假差押之申請者。有不要表示之者。假差押之目的物。係有體動產時。則債權者。不必要表示之於假差押之請求。蓋因債權者。欲調查債務者。果有如何之有體動產。實爲困難。且執達吏。爲假差押命令之執行。得向於債務者。差押相當於請求價格之有體動產。故也。反是。其目的物。係不動產時。或係財產權時。則債權者。不可不指定其目的物。於假差押之申請。蓋對於此等物之假差押。區裁判所。爲執行機關。而區裁判所。無調查屬於債務者所有之不動產或財產權之適當方法。故也。船舶雖屬有體動產。然亦準用不動產之規定。

次述對於假差押之申請之管轄裁判所。依我訴訟法。別爲二種。第一。管轄假差押物所在地之區裁判所。(第七三九條)第二。本案訴訟之管轄裁判所。是也。而第二種之裁判所。即本案之裁判所。又依場合而異者。(一)訴訟係屬於第一審時。則第一審裁判

所。(二)係屬於控訴審時。則第二審裁判所。(三)若訴訟係屬於上告審時。則仍爲第一審裁判所。(四)若未提起訴。不過已有督促手續之申請時。則既受其申請之區裁判所。(五)欲保全仲裁判斷或外國判決之強制執行者。則其求執行判決之訴訟所係屬之裁判所。以上論結之一部分。有由第七六二條之規定所生者。(一)是也。其理由。在於決假差押之許否。爲事實上之調查。甚便利。故也。何則。若向於事件所未係屬之裁判所。爲假差押之申請。則其裁判所欲決假差押之許否。必須多方調查。久糜時日。而向於其所繫屬之裁判所。爲此申請時。則其裁判所。於決假差押之許否。大便利也。(三)訴訟屬於上告裁判所時。所以以第一審之裁判所。爲本案之裁判所者。以第七六三條。有原則以第一審裁判所爲本案之裁判所之規定。故也。且上告裁判所。非爲事實之審查者。故無職權。以調查假差押之必要之事實之存否。而令第一審裁判所。爲此審查。則在當事者。亦多便利也。(四)蓋由看做其與係屬於第一審裁判所者。爲同一也。(五)此際。我國既無本案訴訟所既係屬之裁判所。而爲執行判決之裁判所。雖非爲實體上之調查。然就於仲裁判斷或外國裁判所之判決。適於強制執行與否。則要爲調查。是

就於假差押原因之請求。自亦不能不爲法律的之調查。故與其向於無絲毫關係之裁判所。爲此申請者。不如令其爲此申請。於所求執行判決之裁判所。實際上較爲便利。故也。

數箇裁判所。有管轄權時。則當事者。得選擇其一。又由契約。雖已定本案之管轄裁判所。然債權者。就於假差押。亦得向以上所述之管轄裁判所。爲其申請。

訴訟所係屬之區裁判所。發假差押命令時。雖假差押之目的物。存於其裁判所之管轄內。亦爲本案訴訟之裁判所所發也。

爲本案之裁判所。受假差押之申請時。其裁判所。就於本案。無調查果有管轄權與否之責任。故爲本案之裁判所。既發假差押之命令後。雖就本案訴訟。爲管轄違之言渡。然該言渡。亦無影響於假差押之効力。

有一例外。假差押命令。不發自裁判所。而發自裁判長者。對於本案之管轄裁判所。爲假差押之申請。有急迫之必要時。裁判長。得僅以自己之意見。發假差押之命令。此第七六三條所規定。蓋假差押申請之裁判。不必要經口頭辯論。故本案特設應急的便

宜規定也。以下述假差押之要件。所謂假差押之要件者。謂上之理由。即可許假差押之實體上之理由。及形式上之手續。是也。

實體上之要件。即可爲假差押之原因。之財產權上請求之存在。及非爲假差押。則不能爲判決之執行。或能爲之。亦恐生極著之困難者。是已。我法律。以有至於在外國爲判決執行之恐者。推定其爲執行判決有極著困難之恐。此由第七三八條。得知之矣。就此條文之解釋。要注意者。凡將至於在外國執行判決者。常推定其有生極著困難之恐。故雖實際無此困難。然就於此點。苟有疏明。則不得不以之爲既有假差押之理由之疏明者。是也。

形式上之要件者。疏明請求及疏明假差押之理由。或併右之疏明。而立保證。或僅立保證。以代右之疏明。是已。至於如何場合。決其必要三個之要件。如何場合。有第一第二之疏明。決可許其假差押。又如何場合。決其得立保證。以代第一第二之疏明。則屬於假差押裁判所之職權內。故下級裁判所。因立保證。既命假差押之時。則上級裁判所。不得未令爲假差押理由之疏明。而遽以命假差押爲不當。破毀其原判決也。

第二款 假差押之裁判

對於假差押之申請。裁判所認爲無管轄權時。則應却下其申請。例如提起本案訴訟於東京地方裁判所。而將東京市內所存之建物之假差押。申請於橫濱區裁判所者。則爲無管轄權。故不可不却下之。反是。對於假差押之申請。裁判所有管轄權時。則開口頭辯論。或不開口頭辯論。而裁判其申請。換言之。對假差押之申請。基於權能的口頭辯論。而裁判之也。蓋假差押。非迅速爲之。則債權者申請之目的。有生不能達之之結果。故假差押訴訟。無命爲必要的口頭辯論。又由他之方面觀察之。假差押命令。非決其原因之請求之存否。又非生處分債務者財產之結果。故雖不經口頭辯論。發假差押之命令。爲其命令之不適當。令債務者生損害。然其損害。概屬輕微。故也。夫假差押之申請。基於任意的之辯論。而決其許否者也。故換言之。就其裁判。不以經口頭辯論爲其要件也。雖然。其裁判之形式。若既經口頭辯論者。則爲判決。否則爲決定爲之。雖不經口頭辯論者。然審訊相手方。亦非法律所禁。其審訊之方法。以書面或口頭爲之。茲所謂審訊與口頭辯論之差異者。爲口頭辯論時。必要當事者雙方之出席。(闕

席手續係別論)而審訊時。則僅召喚債務者。聞其陳述也。而裁判所既口頭辯論之時。則與對於訴者無異。其裁判。不可不以終局判決爲之。而可爲終局判決之時。得爲闕席判決也。故債權者若闕席。則以闕席判決。却下申請。債務者若闕席。則僅聞債權者之陳述。苟認其爲有請求之疏明。假差押之理由之疏明時。則爲命假差押之闕席判決。而對於棄却假差押之申請。或命假差押之闕席判決。得爲故障者。與通常訴訟之闕席判決與異。

茲述假差押訴訟與通常訴訟之差異焉。第一。假差押訴訟。不就請求之實體。爲判斷。第二。證據調。以達於疏明之程度而定。不必要至於證明之程度。且不許其進於證明之程度。蓋假差押之訴訟。非決本案之當否者也。故若裁判所。以無請求。或假差押之理由之證明。基此理由。而却下債權者之申請時。則生上告之理由。第三。假差押訴訟。雖以判決爲其裁判者。然不許反訴。蓋反訴。就請求之實體。爲裁判者。詳言之。就原告之請求之實體。爲裁判之際。提出對於原告之被告之請求。以求其裁判爲目的也。換言之。對於反訴。爲裁判時。同時就原告之請求之存否。爲裁判者也。而假差押訴訟。非

就債權者之請求之存否爲裁判者。故債務者不得就自己之請求之存否。以反訴而求裁判也。第四。假差押之辯論。與其原因之本案之辯論。不得併合。其理由。以假差押訴訟。關於請求。僅爲形式的之審理。而本案之辯論。則就其請求。爲實體的審理者也。故若併合此二者之辯論時。則至所混同各請求之範圍。有就假差押之請求。而審查其原因之請求之當否者。故也。第五。雖因其就假差押之原因之請求。無疏明之理由。既爲却下假差押之申請之裁判。然其裁判。對於請求之實體。亦無何等之効力。故就假差押之申請。受如右之裁判。既確定後。而基於假差押之原因之請求。提起訴時。無受一事再理或確定裁判之抗辯。反之以訴主張一之請求。既受敗訴之裁判後。若就同一之請求起訴。則應受前示之抗辯。假差押訴訟。一旦既受申請却下之裁判後。更關於同一之請求。申請假差押。亦無妨。例如以無假差押原因之請求之疏明。爲理由。既却下申請之場合。得更申出新之疏明方法。而爲假差押之申請。惟基於或法律上之理由。却下假差押之申請者。例如以請求爲不法之理由。而却下之。此際若再爲假差押之申請時。則可以既判力對抗。

假差押之申請者。若申出願立保證。以代其請求。及假差押之理由之疏明時。則裁判所。常不可不許假差押乎。第七四一條第三項云。雖既疏明假差押之理由。及請求之時。然裁判所得命保證。由此規定推之。不可不謂假差押之許否。在於既受申請之裁判所之自由判斷也。換言之。雖由債權者。有保證之申出之場合。然若認其就假差押之理由。或請求。無疏明者。或以其請求爲不法者。得却下假差押之申請。保證。要在於爲假差押之裁判前。命之乎。應在於假差押之裁判中。命之乎。將又採如何之方法。皆爲適法乎。

第一說。謂保證。爲假差押命令之前提要件。非執行命令之要件也。且以命債權者立保證爲要件。始爲假差押之裁判之手續者。法律無此規定。故常要於假差押之裁判前。而令事立保證也。而此條文上之論據。在於第七四一條之末項。及同條第三項。同條末項云。既立保證時。則應於假差押命令。記載其既立保證之旨。及以如何方法立之。同條第三項云。得令立保證。而命假差押。是也。徵此法文。則不可不於命令前。令立保證。明矣。

第二說。謂第七四二條末項之規定。若以判決爲假差押之裁判時。則不適用。何則。以判決爲假差押時。應經口頭辯論。固不待言。此際。若於假差押之命令前。令立保證。則使當事者中。如假差押之被申請者。亦得豫知裁判之結果。既生此不都合。若在口頭辯論之終結後。則又無命立保證之手續存焉。故惟以決定命假差押時。方有第七四一條末節之適用。若以判決爲裁判時。則基前述之理由。非可於假差押之裁判前。命立保證也。

余謂以上之說。皆失之狹。不足採。依予之說。以決定爲裁判者。以判決爲裁判者。皆無區別。其以立保證爲條件而命之也可。又令立保證而命之也可。試述其理由。我訴訟法。曾豫想於反對給付之條件下。爲命履行之判決者。(第五二九條第二項)而在假差押。則何爲禁之乎。換言之。以立保證爲命令之前提要件者。果基於如何之理由乎。由立保證之目的推究之。則可知其以立保證爲命令之前提要件之理由。不存焉。蓋保證者。所以爲被申請人。因於假差押之執行。所可生之損害之擔保也。假差押之被申請人。苟於其執行前。能得損害賠償之擔保。則其利益。由是可得十分保護。不必

於假差押之命令前。要命其立保證也。且假差押。有非速令得爲其執行。則不能保護債權者。此際尤以立保證爲條件。命假差押。爲最適當。若必先命保證。俟其保證既立之後。方爲假差押之裁判。則爲手續之遲延。恐生害債權者之利益之結果。又假差押。非就請求自體。爲終局判斷之訴訟手續也。故在假差押命令前。雖有命其豫知命令之結果。然手續上。亦毫無不都合也。然則第七四一條末項。應如何解釋乎。曰此規定。不過關於發命令以前。既命其立保證者耳。換言之。不過於發假差押之命令前。有命其立保證者。則命其應記載既立保證之旨。於其命令而已。若謂其規定。爲命假差押前。必要令立保證者。則非法文之本意也。

保證。非獨限於假差押。其性質。對於令相手方所生之可有之損害。爲其賠償之擔保也。就假差押言之。則爲假差押命令。歸於失當之際。依其執行。被申請人所既被之損害。之賠償請求權之擔保也。然而欲爲賠償之請求者。則應依通常之訴訟手續。不得於假差押手續要求之也。

由以上觀之。保證者。爲令被申請人所生之可有之損害之擔保也。故假差押。若變爲

本差押之時。則假差押之行為。爲適法者。既屬明瞭。則債權者得求其保證之償還。亦明矣。至於立保證者與供託所之關係。學者間時有議論。或謂兩者之關係。不過公法的關係。故供託所若拒返還時。立保證者。不得以民事訴訟求其返還。或曰。此際兩者之關係。私法的關係也。詳言之。即爲供託契約之成立。故供託所若拒返還時。得依民事訴訟要求之。由民法上之理由觀察。由供託之目的觀察。或由實際上之便宜觀察。皆信以後說爲當。

對於保證。債權者。即假差押之被申請人。有一物權乎。抑僅有債權乎。此問題。曾爲實地問題。法曹會之決議曰。就假差押或假處分。債權者所立之保證。不外於其假差押或假處分有不當之際。爲對於債務者之損害賠償之擔保。即於其損害發生之時。始有其請求權者。得依於保證物。不拘他之債權者。受完全之辨濟也。苟欲貫徹此旨。則令債權者(被申請人)關於供託物。僅得債權。猶爲未足。必不可不令其更得確的之權利。不然。不得不與他之債權者。受平等之辨濟。故債務者之資力。若不充分。則有賠償請求權之假差押債務者。恐將不能滿足其請求。由以上之趣旨推之。則宜斷定假

差押之被申請人。對於保證。有一之質權也。換言之。供託物爲金錢時。則假差押之被申請人。有債權質。若爲有價證券時。則在於供託所。所應返還之證券上。有其質權也。而此際以質權所擔保之債權。則爲一之條件附債權也。

若得如此論結。實際上固甚便利也。然果有支持此論結之根據乎。第一。既受假差押者。有條件附債權否。曰。假差押之執行。基於裁判所之命令。而爲之也。且僅以實施假差押。猶不得遂謂受假差押者。有或債權之發生也。蓋假差押。雖其爲不當。然在於受之者。不必常生損害。例如。對於甲之宅地。乙爲假差押。而毫無害於甲之使用權。是也。然則。是於爲假差押之結果。既生現實之損害時。受假差押者。始至於有一債權矣。此際之債權。決非條件附債權。唯有類於條件附債權之外觀耳。即至後日。於原告之請求不當既確定時。外觀上。曾受假差押者。雖恰與條件之到來者同。有其損害賠償之請求權。然此際原告之請求。本來不當。而曾受假差押者。爲假差押。已有妨其對被差押物之權利行使之事實。則在原告之請求棄却之裁判前。損害固已發生也。故原告之請求棄却之裁判其物。決非條件。因在裁判前。損害賠償之請求權。既已發生。故也。

或謂。有時於其裁判後始生損害者。是爲條件附債權之存在。故假差押之保證。卽爲其質也。然此議論。非正確。

第二。若於本問。認質權之成立。是爲動產質或債權質之成立矣。依民法第三六三之規定。以債權爲質權之目的者。苟有其債權之證書時。質權之設定。因爲其證書之交付。生其効力。而保證供託之際。既有供託受領證之證書。則不得不謂其因交付此證書於質權者。而始生其効力矣。然該證書。在假定爲質權者。假差押債務者。並無占有。而常爲假差押債權者之所占有也。又屬動產質時。因交付質物於質權者。生其効力。(民第三四四條)質權者。非繼續占有質物。則不能以其質權。對抗第三者。(民第三五二條)然於此際。假定爲質物之證據物。並無引渡於假定爲其質權者之假差押被申請人。又無爲其占有。且供託所亦又非假差押債務者即假差押被申請人之代理占有者也。故茲所謂質者。不得看爲民法上之質。然則將謂爲訴訟法上之種之質乎。訴訟法上。於如此之場合。無規定質之成立之條文。而物權非因於法律。不得認之。故信對於保證之假差押被請求人之權利。非爲物權的之權利之說。爲正當也。而猶

極論之結果。假差押被申請人。既受損害時。對於其債務者。即假差押申請者。不可不與他之債權者。以平等之割合。由保證物受辨濟者。此法律之解釋上。不得已也。

假差押事件。不因裁判所之休暇。中止其審理。(裁構第一二八條)其裁判。如前所已言。既經口頭辯論時。則以判決爲之。否則以決定爲之。此通例也。對於申請却下之判決。得爲上訴。固勿論。對於却下之決定。得爲抗告。而命假差押之際。則其裁判所。不問以判決爲之者。或以決定爲之者。皆非於判決或決定之外。作假差押命令也。假差押之裁判。以判決爲之者。不可不具備第二三六條所規定之各事項。以決定爲之者。則不要揭其命假差押之理由。但不可不表示當事者。此勿論也。其以決定爲之。及以判決爲之。所應特揭者。(第一)請求之原因及數額。第二。以至其請求額爲限。差押債務者之有體動產之旨。又其目的物爲不動產船舶或財產權時。則特定其目的物。而差押之之旨。又對於不動產。爲假差押之執行。得爲強制管理。故苟命強制管理時。則不可不揭其旨於主文。(第三)既立保證之後。命假差押時。如前所述。不可不記載。既立其保證之旨。及以如何方法立之。又以保證爲條件。命假差押時。不可不記載其旨。第

四。爲得停止假差押之執行。或爲得取消既執行之假差押。不可不揭債務者所既供託之金額。而第四特宜注意者。定所應供託之金額之標準也。即非以假差押之目的物爲標準。而以假差押原因之請求之數額。爲其標準也。例如對百圓之貸金。爲假差押。雖其有體動產。不過有二十圓之價格。然爲假差押之取消。所當供託之金額。應揭相當於其債權額之百圓者。是也。

民事訴訟法第七四六條規定云。本案訴訟之係屬前。假差押裁判所。既命假差押時。不可不定一定之期間。命債權者起訴。此命令。非應記載於假差押之命令中。以特別之決定命之。

假差押之費用。於申請棄却之際。應歸申請人之負擔者。固不待言。以判決命假差押時。應令被由請人負擔者。又無異議。惟以決定命假差押時。則有議論。消極論之理由。第一。謂在未經口頭辯論之假差押訴訟。被申請人。非民事訴訟法第七二條所謂敗訴者。而就於負擔假差押之費用。又無如民事訴訟法第二八六條第二項之規定。故於假差押之決定。不應對被申請人。命費用之負擔也。第二。假差押之手續。非執行手

續。乃訴訟手續也。故不得適用第五五四條。苟從此論結。則實際上爲不便利。即有不可不將假差押費用。附帶於本案訴訟。而請求之。或以特別之訴而請求之。之不便也。而依積極論言之。謂假差押之手續。爲訴訟手續。因而其費用。亦得謂爲訴訟費用。故以判決命之者。得對於被申請人。命其負擔。而以決定爲裁判時。換言之。以簡易手續爲裁判者。竟不得命之。不當也。在假差押手續。命假差押時之被申請人地位。不問既經口頭辯論與否。不可不謂其常爲同一。被申請人。在既經口頭辯論之假差押訴訟。既爲敗訴。則雖以決定命假差押時。亦可謂爲敗訴者。故雖以決定爲之。亦得對被申請人。命費用之負擔也。

假差押申請人之本案請求。既被棄却時。則被申請人既爲假差押費用之辨濟者。得求其返還。勿論矣。惟求返還之手續。訴訟法中。無特別之規定。故相手方。若任意不爲辨濟之際。則不得不以訴爲其請求。是可謂爲法文之不備。但本案訴訟之判決前。得提起反訴。求其返還耳。命假差押之判決。依當事者之申請。應送達。命假差押之決定。依第二四五條之規定。應以職權送達之。申請却下之決定。亦不可不以職權。送達於

申請者(同條)此決定。不必送達於被申請人。亦不必要爲通知。(第七四二條第二項)因此裁判之結果。被申請人。無爲保護自己之利益。而必要爲訴訟上之行爲。故也。

命假差押之裁判。不問以判決爲之。或以決定爲之。皆不俟其確定。生執行力者也。惟於債權者或債務者。既有承繼之際。則爲其執行。必要執行文。(第七四九條。執職細則四六條)

命假差押之裁判。所以不待確定。而得執行者。其理由如下。(一)其裁判執行之結果。非對於債務者之財產。生處分的効力。換言之。不過令申請人。一時妨其對其財產之處分或利用。故也。(二)若俟其裁判之確定。始令爲執行。則恐有不能達假差押之目的。何則。欲令確定此裁判。不可不送達裁判之正本。於被申請人。被申請人。因而豫知受假差押之事。恐至隱匿其財產。申請人欲豫防之。甚困難。故也。

第三款 假差押之實施

假差押之實施。即關於假差押之強制執行。準用關於純粹之強制執行之規定。(第

七四八條)

假差押之執行。因於目的物之異。有多少之差異。今分甲乙說明之。

(甲) 有體動產。

民事訴訟法第七五〇條云。「對於動產之假差押之執行。從各差押同一之原則。爲之。」對於有體動產之強制執行之機關。爲執達吏。故對於有體動產之假差押之執行機關。亦爲執達吏。執達吏執行假差押。不可不因於假差押債權者之委任。(第五三一條第二項第三項) 執達吏。就假差押之實施。對於假差押債權者之責任。從第五三二條。

假差押實施之條件如左。

(一) 必要有假差押命令之存在。而其命令。要送達於債務者。然不必要於實施假差押前。送達之也。(第七四九條第三項) 又不必如強制執行。要執行文也。惟爲債權者之承繼人。或對債務者之承繼人。實施假差押時。則例外要執行文耳。(第七四九條第一項)

所以如此規定。即在執行前。不必要執行名義之假差押命令之送達者。其理由如下。假差押。非急速爲之。則不能爲債權者。令其得好結果。而於執行前。若必要送達。假差押之名義。則有爲債權者不能令其得好結果之虞。故也。

所以不要執行文者。以假差押命令形式上。包含執行文之性質。此與既受支拂命令之送達之債務者。不爲異議之申立時。所發之執行命令。不必要執行文者。爲同一理由也。而爲債權者之承繼人。或對於債務者之承繼人。將爲假差押之執行。所以必要執行文之理由。以執行名義。無表示債權者之承繼人。或債務者之承繼人故也。

(二) 爲假差押之條件。應立保證時。債權者。要將既立保證之證明書。呈示於執達吏。且要將其證明之謄本。或與假差押之執行同時。或在其執行着手前。送達於債務者。此依第五二九條第二項之準用而爲也。

(三) 對於軍人軍屬。將實施假差押時。其着手前。要通知於受其執行者之上班司令官廳。(第五三〇條準用)

(四) 夜間及日曜日。或一般之祝祭日。將實施假差押時。要有執行裁判所之許可。

(第五三〇條準用)茲所謂執行裁判所者謂實施假差押之地之區裁判所也。(第七四八條第五四三條)而此許可命令。在執行之際。應示之於債務者。(第七四九條第五四九條第二項)

當實施假差押。有由債務者或第三者。受抵抗時。則必要成丁者一人以上之立會。或市町村長又警察官吏一名之立會。

如右要立會人者。除受抵抗外。又當爲執行之際。債務者。或其既成長之家族。或雇人。不當出會時。亦同。(第七四八條第五二七條)

執達吏。當實施假差押。有強制搜索權。(第五二六條準用)凡在於債務者之占有中之有體動產。以移於執達吏之占有。爲執行方法之原則。(第五六六條準用)惟有債權者之承諾時。或爲運搬有至大之困難時。則例外得委之於債務者之保管。但此際。不可不以封印其他之方法。(如附以標目)以明其既實施假差押。

假差押之目的物。係金錢時。執達吏常要供託之。(第七五〇條第四號。)

有價證券。其他假差押物。非既爲假差押之後。便可換價之也。惟於其物之貯藏。有要

不相應之費用時。則得執行裁判所之許可。得競賣之。而供託其買得金。此許可。應由假差押申請人申請之也。

執達吏。於假差押之實施既終之時。應作假差押調書。其作成準用第五四〇條。又應將其已爲假差押者。通知於債務者。(第五六六條第二項準用)

執達吏。當實施執行。爲備關係人有請求時。令其閱覽。不可不將有執行力之正本。即假差押之命令。常攜帶之。(第五三〇條準用)

以下關於可爲假差押之目的物之有體動產。就其制限述之。假差押之目的。在於保全強制執行。故詳言之。即爲假差押之原因之債權。至於有執行力時。令其得對於假差押之目的物。爲強制執行。因爲實施假差押也。故對於法律已禁其差押者。自不得實施假差押。先依訴訟法。舉其禁差押者。

第一 第五七〇條各號之物件。

第二 未離土地之果實。及未爲揚蠶之蠶。但既至於果實成熟時期前一箇月以內。及既爲揚蠶時。則得爲假差押。

第三 係第三者之占有之物。(第五六七條之反面解釋)

次依於特別法。舉其不能差押之有體動產之一例。節華族之世襲財產之圖書寶器。是也。(華族世襲財產法五條第一四條)

執達吏。當實施假差押。不得超必要之程度。即既爲假差押之物之價格。苟至於得償其請求。及假差押之費用時。則不可不止其假差押。若不知其目的物之價格時。令鑑定人評價之。

又執達吏。豫料雖換價假差押之目的物。然償假差押之費用外。而無剩餘之時。則不得實施假差押。(第五六四條第三項準用)

爲保存假差押物。若要特別之費用時。則執達吏得對於債權者。命其費用之豫納。此際。若債權者不豫納。則執達吏得解除假差押。(第五七一條準用)

(乙) 債權其他之財產權。

假差押之執行機關。發假差押命令之區裁判所也。若地方裁判所。既發命令之時。則以其裁判所。爲執行裁判所。(第七五〇條第二項)

而其執行方法。在於對第二債務者。送達禁其爲支拂於債務者之命令。因此送達。與執達吏既占有有體動產者同。生實施假差押之効力。

對於無第三債務者之財產權。則以對於債務者之命令之送達。爲實施假差押。但無第三債務者之財產權。由其財產權之種類。爲假差押之執行方法。得命特別之處分。例如。就渡船營業權之假差押。任命管理人。使爲收益者。是也。

(丙) 不動產。

執行機關。依第六四一條之準用。不動產所在地之區裁判所也。

假差押之執行方法。以令記入假差押命令於登記簿。爲之。(第七五一條)假差押之登記。由執行裁判所。囑托之於登記所。

對於不動產。爲特別之假差押之執行方法。執行裁判所。得依中立命令強制管理。(六

四〇條末項)

(丁) 船舶。

對於船舶之假差押之執行方法。在於假差押命令之既生効力之後。由債權者。提出

命令之正本於執行裁判所。執行裁判所。因發令其碇泊於申請當時之船舶碇泊港之命令。送達之於船舶管理者。(第七一九條第七二七條第二項準用)
執行裁判所。即管轄將爲假差押之當時。船舶所碇泊之港。之區裁判所也。(第七一八條準用) 執行裁判所。依債權者之申立。爲船舶之看守或保存。得命必要處分。不得爲假差押目的物之船舶。如既爲戰鬪用之艦裝者。及發航之準備既終者。是也。

第三節 假差押之効力

假差押命令。不待其確定。又在送達於債務者以前。有執行力。既實施假差押時。則爲假差押債權者。或對於債務者。並第三者。生種種之効力。

第一 對於假差押之目的物。禁債務者之權利之行使。債務者不能處分假差押物者。更勿論矣。至於假差押物之利用管理或收益之權利。則從其目的物。有全禁之者。有債務者依然有之者。

一 有體動產。原則。爲執達吏之占有。故假差押後。債務者失其使用收益之權。
二 債權。對於第二債務者。禁其爲支拂於債務者。故假差押後。債務者不能爲其收

益。無第三債務者。可生收益之財產權。則執行裁判所。苟以特別命令。定其管理方法時。債務者亦無收益之權利。

三 不動產並船舶。則反是。債務者有利用及管理之權利。惟其特別執行方法。有既命強制管理時。始失此權利。(第六四四條第六四〇條準用)

第二 既爲假差押之後。債權者之請求權。若至於確定。而有執行名義之時。則就於假差押之目的物。得直施強制換價之方法。換言之。假差押即變爲本差押也。惟此際將爲強制執行時。須依第五二八條第五二九條第五一八條第五一九條之規定。盡執行要件之手續。

上述第一之効力之結果。第三者由假差押債務者。就假差押物。既讓受權利。亦不得以其權利。對抗於假差押之債權者。

於此有一問題。假差押之後。債權者既至於開始強制執行時。假差押物之讓受人。得以自己之權利。對抗於要求配當之債權者否。此問題之實益甚著。即假差押物。強制競賣之結果。比假差押債權者之請求額。生多額之賣得金。此際。苟讓受人以自己之

權利。對抗於配當要求債權者。則既除差押債權額外。其殘額。得爲自己之所得。反是。不得以自己之權利對抗之。則賣得金額。應歸於配當要求債權者也。

積極說。積極說之要旨。謂債務者之總財產。雖爲對於此之總債權者之共同擔保。然債權者。非對於債務者之財產。有特別擔保權者也。故債務者。苟無詐害行爲。賣却其所有物時。則債權者對於買主。不得主張何等之權利。且假差押。雖爲假差押債權者。令其有擔保權物權的性質。然假差押之効力。僅爲既爲假差押之債權者。生其効力。而對於他之債權者。即有爲強制執行之意思與否。尙屬不明者。不生其効力也。假差押債權者。爲保全自己之債權之強制執行。特爲假差押。非代表他之債權者。即其有執行保全之必要與否尙在不明者。而代之爲假差押也。則假差押之効力。僅爲既爲假差押之債權者而生者。亦明矣。且苟以假差押債權者。爲代表他之債權者。而爲假差押也。則將取消此差押時。不可不得總債權者之承諾。然法律。僅以差假押債權者之意思。便可取消。又法律。於強制執行。雖禁重複之差押。（第五八六條第六四五條。）而重複之假差押。則不禁之。若我法律以一之假差押。爲總之債權者生其効力。

則不應許其重複之假差押。今既不禁重複之假差押。則必認其有爲重複之差押之必要存焉。所謂許重複之差押之必要者。何也。甲債權者之差押。不得爲乙債權者。生其効力也。然則關於本問。假差押物之讓受人。對於不爲假差押之債權者。因可得對抗自己之權利矣。

消極說。假差押物之讓受人。不能以其權利對抗於配當要求債權者。蓋假差押。於假差押之程度。固爲爲此申請之債權者以外之人。不生其効力。然假差押債權者之權利。苟既確定。至於有強制執行之名義時。則假差押。變其性質。爲本差押。而差押。對於爲此差押之債權者以外之債權者。亦生效力。第五八六條云。執達吏就既差押之物。不得爲他之債權者。更爲差押。第六四五條云。裁判所就既爲競賣手續開始之決定之不動產。雖有強制競賣之申立。不得更爲開始決定。所以如此規定者。以既爲配當要求之時。則無其債權者。可生差押之効力故也。換言之。若第一之差押。爲取消時。則爲配當要求債權者。生差押之効力。故不許更爲差押也。夫已爲配當要求之債權者。於既爲差押之債權者之權利消滅時。得爲自己。得差押之効力。則謂假差押。於二

箇條件之下。爲總債權者生差押之効力。可也。即第一條件。爲假差押之原因之債權。得強制執行力。第二條件。他之債權者。已爲配當要求。是已。故假差押。爲他之債權者。亦生其効力也。而其許重複之假差押之理由。則以既爲假差押之債權者。不拘他之債權者之意思如何。得取消自己之假差押。故苟不爲重複之假差押。則恐因既爲假差押者之取消。至於後日。有不能爲配當要求之不便。爲除此不便。所以有爲重複之假差押之必要也。

由以上之理由。故假差押物之讓受人。不得以其權利。對抗於配當要求債權者。此外又有一大理由。即本說。所以令對於債權者之法律之保護。得公平之結果也。蓋從積極說。則假差押物之取得者。以假差押債權者之要求額以外之金額。爲自己之所得。故配當要求債權者。只得對於相當於假差押債權者之債權額之金額。求辨濟。而其結果。令減少假差押債權者所應得之額。有此不公平之結果也。反是。從本說。則以競賣代金全額。充假差押債權者及配當要求債權者之辨濟。故假差押債權者所應得之額。不至令生極着減少之結果也。

又關於第二之効力。有一問題。假差押後。債務者。將假差押之目的物之所有權。移轉於第三者時。苟假差押債權者。其債權至於有執行名義。則得直實施其強制執行乎。抑非對於新所有者。得執行名義。則不能爲強制執行乎。

第一說曰。非對於新所有者。得執行名義。則不能爲強制執行。謂假差押。其効力。固得對抗第三者。然其目的物之所有權。苟既移轉於第三者。則此際非得對於此第三者之執行名義。不得對於假差押之目的物。爲強制執行。何則。強制執行。得對於債務者固得爲之。而對於債務者以外之第三者。不得爲之。故在此問題。欲對於假差押物爲強制執行者。不可不對於取得其物之所有權之第三者。新得一之執行名義也。又有他說。謂假差押者。制限債務者之對其財產之處分權也。而在不動產。則依登記而執行之。故債權者。苟適法既爲登記之時。縱令其後第三者取得假差押物之所有權。而其所有權之取得。亦不得以之對抗假差押債權者。因而假差押債權者。基於對其債務者之執行名義。得對於不動產。直爲強制執行。此說。爲東京控訴院之最近判例所採用。前示之理由。即判例之要旨也。予亦贊成後說。惟信爲得附加左之理由焉。曰。如

右之場合。若謂必要對於第三債務者之執行名義也。則應基如何之執行名義。爲強制執行乎。詳言之。應得以第三者爲債務者之執行名義乎。抑或應得令第三者確認假差押物之執行名義乎。雖屬不明。然不能以第三者爲債務者。而得令其辨濟債務之執行名義者。固勿論矣。何則。債權者與第三取得者間。無法律行爲或不行爲之成立故也。又將謂得爲令第三取得者確認假差押物之執行名義乎。然令確認或法律關係之判決。其他之名義。不能爲履行的強制執行之原因。換言之。不能以令其確認假差押物之判決。而強制第三者。即所有者。辨濟債務也。然則於本問之場合。因不能如第一說所云。將爲強制執行。而不得適當之執行名義矣。既不可得適當之執行名義。則第一說之論結。與假差押之効力。爲假差押物之所有權移轉。令其消滅者。無以當也。此所以不得不謂第一說爲不當也。

於此又有他之問題。即對於假差押之目的物。由他之債權者。開始強制執行時。假差押債權者。不可不爲配當要求乎。抑在此際。其假差押。當然有配當要求之効力乎。此問題。以有條文上之根據。解釋頗易。即民事訴訟法第六三〇條第三項云。於第五〇

一條第三項之場合。或假差押之場合。未確定之債權。其他有異議之債權額。尙應供託之。」法律所以設此規定者。由認假差押。於他之債權者對其目的物開始強制執行之際。有配當要求之効力。亦明矣。故謂假差押爲有配當要求之効力者。可也。

假差押。非生質權也。故他之債權者。得對於假差押物。更實施其差押或假差押。而實施差押之際。非依第五八六條之照查手續之規定。換言之。件差押調書。若係有體動產。則令執達吏占有之。若係不動產或船舶。則爲競賣開始決定。或強制管理開始決定。宣言差押之旨。且應爲其登記。

又就假差押物。將更爲假差押者。準於第五八六條。實行一之準照查手續。換言之。被委任第二之假差押之執達吏。不必要爲其假差押物之占有也。爲強制執行。所既差押之物。則不爲假差押。蓋將爲假差押之債權者。得爲配當要求。故也。

第四節 對關於假差押之裁判及假差押之執行不服申立之方法

第一款 對關於假差押之裁判異議及上訴

對於假差押申請之裁判。與通常之訴訟同。出於二途。第一。却下申請。第二。許容申請也。而兩者之裁判。苟不得其當之時。則生害債權者或債務者之利益之結果。不待言矣。故法律特設攻擊此裁判之途。却下假差押之申請時。則債權者得依第四五五條對之爲抗告。許容假差押之申請時。則債務者得對此裁判。申立異議。或控訴上告。

(甲) 異議 茲所謂異議者。民事訴訟法第七四四條所規定。即指攻擊假差押之決定之方法也。於此異議。雖許其爭假差押決定之當否。然不得就其原因之權利之存否。爭之也。而此異議。爲攻擊假差押之決定之方法。故雖假差押實施前。亦得爲之。又非因假差押之執行。或執行之取消。而消滅也。此異議。非有上訴之性質。詳言之。對於爲假差押決定之裁判所。主張之。非對其上級裁判所。主張之也。又假差押之決定。僅得以異議攻擊之。不得以即時抗告攻擊之。雖依強制執行之規定。第五五七條云。對法強制執行之手續。不經口頭辯論得爲之裁判。可爲即時抗告。第七四八條云。假差押之執行。準用強制執行之規定。而第五五八條。又爲強制執行之總則之規定。故關於假差押之決定。似亦得準用第五五八條。然假差押手續之性質。屬於訴訟手續。故

不得準用第五五八條。且縱謂假差押手續爲訴訟手續之說。爲不可採用。然法之精神。若果令其得以即時抗告攻擊假差押之決定。則無特設第七四四條規定之必要矣。第七四四條者。蓋關於攻擊假差押決定之方法。所特設之規定也。故觀於有如此特別之規定者。則法律之解釋上。非得適用總則之第五五八條者。答明矣。

異議之原因。即在假差押之手續。有形式上之缺點。或爲假差押原因之權利。法律上非可以假差押保全之。例如不得以非財產權上之請求。爲假差押之原因。是也。

假差押之決定。不問其爲假差押裁判所。本案之第一審裁判所所發者。或區裁判所所發者。或因投告裁判所之委任。原裁判所所發者。皆以異議攻擊之。尙宜注意者。茲所謂以異議攻擊決定者。以決定其物之不當。或以至於爲決定之手續之不當。爲理由。而攻擊之。非攻擊決定之執行也。故以已徒過第七四九條第二項之期間。爲理由。而求既執行之假差押之取消者。或因其他之原因。以假差押之執行爲不合法。而攻擊之者。非適用第七四四條。苟基於第七四九條。或以假差押之執行爲不合法。而攻擊之者。則依第七四八條。應準用第五四四條。第五四六條。第五四九條。而其依第五

四四條。爲攻擊者。準用第五五八條。對其裁判。得爲即時抗告。又依第五四六條第五四九條爲攻擊者。以訴爲之。則得爲上訴。勿論矣。假差押決定之取消。不得對於相手方既提起之訴。抗辯。而求之。又不得對於其訴。提起反訴。而求之。蓋如前所述。爲攻擊決定之特別方法。法律特設第七四四條。故也。

異議之審理手續。第七四五條規定云。有異議之申立時。應爲口頭辯論。故應準用訴之審理手續者。亦明矣。

異議之申立。得以代理人爲之。明矣。又由債務之承繼人。亦得爲之。若假差押之決定。有破產手續之開始。則得由破產管財人申立之者。勿論矣。然第三者。無申立異議之權。其理由。先據條文言之。則第七四四條。特明示「債務者」云云。次更就實質的之理由言之。則假差押之決定。於其決定之程度。無及何等之影響。於第三者之權利。故也。

異議之期間。法律無規定。故決定之送達前。固勿論。雖在其決定之未執行前。或其後。亦得爲之。又在本案訴訟之提起後。亦得爲之者。勿論矣。

又債務者。雖基於民事訴訟法第七四三條。爲求假差押之取消。或爲求其執行之停止。既爲金額之供託後。亦得主張異議。此異議。苟在於抗告裁判所既命假差押之時。則應對於抗告裁判所爲之。但就此點。有反對說。曰。抗告裁判所。對於抗告。爲裁判者。換言之。其裁判所。爲覆審者也。故其異議。應於下級裁判所爲之。然予不服此反對說。蓋對於却下假差押申請之裁判所。以其裁判爲不當。而抗告之。抗告裁判所。命假差押。此際。若令其對於此之異議。歸第一審裁判所審理。則第一審裁判所。有採用其異議之傾向者。通例也。即不然。亦令人生疑。謂第一裁判所。殆當固執前見耳。從而裁判之公平不得保。或生令人疑裁判之公平之弊矣。況令下級裁判所。有覆審上級裁判所之結果。故照於訴訟法之原理。信反對說爲不可許也。且令其申立異議於現爲裁判之裁判所者。適於法律之精神。何則。異議非上訴。換言之。非就一裁判所之裁判。令他之裁判所覆審之。乃求同一裁判所之反省之方法。故也。雖然。反是。如由抗告裁判所之委任。下級裁判所。爲假差押之裁判時。則其異議。應於現爲裁判之下級裁判所。申立之。其委任之場合。第四六四條所規定者。是也。

既如所述。有異議之申立時。裁判所必不可不開口頭辯論。換言之。不可不基於義務的口頭辯論。爲異議之審理。以異議之裁判。應以終局判決爲之。故也。其辯論之範圍。制限於三者。即法律上可許假差押否。就假差押之理由有疏明否。其至於爲假差押之手續適法否。是也。若就本案請求之存否。則不得辯論。而異議訴訟之結果。係屬於第二審時。則對於第一審所未曾攻擊之命令之部分。不得攻擊之。又對於假差押命令之異議。不得主張因其執行所生之異議之原因也。假差押之異議之訴訟。非如通常訴訟。應爲事實之證明。爲其所主張之事實之疏明。則足矣。此最宜注意之要點也。而對於異議之終局判決。應從第七四五條第二項。揭其主文。詳言之。若爲無異議之理由者。則判決主文。應揭其認可假差押之旨。若爲有理由者。則應揭其令假差押之取消變更之旨。以上之宣言。就假差押之一部。亦得爲之。又得附以立保證之條件。而爲之。例如。認其就假差押之理由無疏明時。以保證爲條件。而認可假差押。或既認其就假差押之理由有疏明時。以保證爲條件。而取消假差押。是也。而取消假差押之判決。應付假執行之宣言。此判決。不要送達。提出之於假差押之執行機關。得直令其爲

執行。換言之。得令其停止假差押之執行。或取消已爲之執行處分也。(第七四八條

第五五〇條第五一條)

於此有一問題。即債務者既爲異議之申立時。假差押債權者。得爲苟取消假差押則不可付以假執行之宣言之申立乎。換言之。準用第五〇四條否。是也。予對此問題。信爲應以消極的決之。其理由。蓋假差押之取消。於無假差押之理由。或假差押之不適法者。爲之。其裁判。常被上級審變更之也。故當命假差押之取消之際。若其裁判。後日。上級裁判所得變更之。且左假差押債權者。有來損害之恐。則應令債務者立保證。而命其取消。(第七四五條第二項)如是。則上級裁判所。有變更假差押命令取消之裁判時。即以假差押爲正當時。債權者爲假差押取消所受之損害。固有其擔保之方法存焉。故既有第七四五條第二項之規定。則無爲假差押取消之假執行之停止之必要。此所以消極的之論結爲當也。次宜一言者。對於取消假差押之判決。有故障或控訴上告時。則準用民事訴訟法第五一二條第五〇〇條乎。曰然。不令立保證。而既取消假差押者。則受故障或上訴之裁判所。依假差押申請者之申立。得令假差押被

申請者。立保證。續行其取消之執行。或得令假差押申請者。立保證。一時停止其取消之執行。

(乙) 抗告 抗告與異議異。攻擊假差押申請却下之決定。之上訴方法也。却下之申請之決定。非屬於執行手續。假差押手續。其本質。訴訟手續也。故却下之之際。亦非準用強制執行之規定。從而不得適用第五五八條矣。假差押手續。既如右所述。爲訴訟手續。則却下求其手續之開始之申請者。即不外却下關於訴訟手續之申請耳。而此裁判。不要經口頭辯論。故依第四五五條。得爲抗告。而爲抗告之目的之裁判。(一) 全然却下假差押之申請之決定。(二) 對於申請。命保證之決定。是已。命保證之決定。蓋却下無條件之假差押之申請也。(三) 許可假差押。而爲取消此差押。所定債務者應供託之金額。較其假差押原因之請求額。爲小額之決定。此決定與。(二) 依同一論法。數理的觀察之。假差押申請之一部却下也。以一例示之。基百圓之請求。申請假差押者。苟裁判所。爲取消此假差押。所定債務者應供託之金額。爲五十圓。則得對之爲抗告。蓋此際。百圓之請求中。僅就五十圓之一部。許可假差押。而他之五十圓之部分。則與却下假

差押之申請者爲同一也。

對於申請却下之決定。爲抗告。若抗告裁判所。既棄却之。則不得更爲抗告。(第四五六條第二項)於茲有一問題。若對於申請却下之決定。爲抗告。抗告裁判所。既命保證之時。則得對之爲抗告否。夫命保證。既如所述。爲假差押申請之一部却下。由此理論言之。則對此問題。似不得不論結爲不得更爲抗告也。或曰。此際。因抗告裁判所之裁判。生新之獨立抗告事由。故可許抗告。民事訴訟法第四六三條所謂。「新之獨立之抗告理由」者。謂第一抗告裁判所之裁判。與第二抗告裁判所之裁判。異其主文。或重要之訴訟手續。即裁判之歸於無効之訴訟手續。之有違背之事實也。(參照明治三十八年八月大審院判例)雖却下假差押之申請之決定。與對此爲抗告之棄却之決定。同其主文者。固勿容疑。反是。假差押之申請却下之決定。與廢棄右決定。新以立保證爲條件。而命假差押之決定者。其主文不同也。且命保證及命假差押。皆第一審之決定所無者。此即可謂爲固第二審之決定。所生之新之獨立之抗告理由矣。雖謂命保證。爲無條件之假差押申請之却下。然非申請其物之却下也。不過由効力

上觀察之。得謂爲申請之一部却下耳。故由効力上觀察之。而第二審之決定。與第一審之決定。亦非全然符合者。故得適用第四五六條第二項云。余信本問題。宜如左之解決。曰。苟抗告裁判所。將却下假差押之申請之決定。廢棄之。令立保證。命假差押。則不得對此抗告裁判所之決定。爲抗告。惟能以異議。申立其不服耳。（但抗告裁判所。經口頭辯論時。則依第七四二條之適用。應以判決爲裁判。故得爲控訴上告也。明甚。）蓋抗告裁判所。廢棄原決定。命假差押之時。則其決定。不問有命保證與否。皆爲假差押決定。故應適用第七四四條。蓋同條。非僅制限其適用於第一審之決定也。又第七四四條。乃關於假差押決定之特別規定。故既有本條之規定。則非可適用關於抗告之總則之第四五六條。亦明矣。

於第二審。爲假差押申請。受却下之決定。爲抗告。若於上告審。廢棄原決定。命假差押。則依第七四四條。對此決定。得主張異議。固明。然上告裁判所。於右之場合。依第四六四條第一項後段。委任原裁判所。或原裁判長令。爲裁判者。常例也。故在實際。申立異議於上告裁判所者。甚少。

即時抗告。即時抗告。在假差押手續。爲攻擊左之裁判之方法也。

第一 依第七五四條第一項。取消假差押之決定。假差押之命令。爲得停止假差押之執行。或爲爲取消既執行之假差押。當記載債務者所應供託之金額者。此第七四三條所規定也。荷債務者。如左之規定。既供託假差押之命令所定之金額時。則裁判所。應以決定。取消既執行之假差押。此裁判。得不經口頭辯論爲之。若右假差押執行之取消決定。係不法時。例如不拘其僅供託假差押命令所定金額之半額。而竟爲取消假差押之執行之決定時。則得爲即時抗告。是也。第七五四條。僅規定取消既執行之假差押。而於假差押之停止決定。爲不法者。則無規定。余維其故。殆以假差押之執行前。有以決定爲其停止之必要者。甚尠也。先就有體動產言之。當執達吏將爲假差押。債務者得提出供託金之受領證。以令其停止執行。（第七四八條第五〇條第三號）故此際。無求執行停止之裁判之必要。若債權者。以執行停止爲不當。則得依第五四四條。申立異議。次就不動產財產權言之。在假差押命令之送達前。債務者爲不知假差押之命令已下。自無求其執行之停止。惟以判決命假差押之際。則債務

者。有於其執行前。供託判決所已定之金額。以求其執行之停止者。此際。應以決定。命執行之停止。苟其決定之爲不當者。則得依第七四八條。第五五八條。爲即時抗告。

(丙) 控訴及上告。在假差押手續。既經口頭辯論。則應以判決爲裁判者。徵諸第七四二條一項。明矣。而對此判決。應依普通之上訴方法。茲分其場合。細說之。

第一 假差押裁判所。經口頭辯論。却下假差押之申請。或爲命假差押之判決者。
(第七四一條第一項)

第二 就於對假差押決定之異議。爲判決者。

對於一審判決。應爲控訴。對於二審判決。應爲上告。及本案之第二審裁判所。受假差押之申請。以判決爲裁判時。應爲上告者。固明矣。而抗告裁判所。經口頭辯論。爲判決時。(第七四二條第一項)其上訴方法。爲控訴乎。抑爲上告乎。是一問題也。

控訴。謂抗告裁判所。非控訴裁判所。故不得對之爲上告。(新獨訴第五四五條。舊獨訴第五〇七條。上告。對於控訴審。控訴院之既言渡之終局判決。爲之。)應以控訴。申立不服。

上告說。謂抗告審。雖非控訴審。然其性質。屬第二審。而控訴。爲攻擊第一審判決之方法。故謂對於第二審之判決。應爲控訴者。有反於控訴之性質也。且在未經口頭辯論之決定。苟爲二審之裁判者。非有獨立之抗告理由。則不得對之更爲抗告。而經口頭辯論。換言之。盡鄭重之審理。以判決爲裁判者。轉謂其得以控訴申立不服。對其裁判。許爲上告者。手續上大失權衡。是皆反對說之弱點也。又由法文上論之。第三九六條云。控訴者。對於第一審所爲之終局判決。爲之。第四三二條云。上告者。對於第二審之終局判決爲之。故本問之判決。爲抗告審。即第二審所爲之判決。則對此之上訴方法。爲上告者。無容反對論之餘地也。或曰。上告者。對於二審判決也。本問。則尙未有一審判決。自不能謂抗告裁判所所下之判決。爲二審判決也。故不得對之爲上告。然所謂二審判決者。謂於二審裁判所之資格。所言渡之判決也。故爲其前提。雖要一審之裁判之存在。然不必要以判決之形式。所成立之裁判也。且從反對論者之論法。則控訴院初爲假差押之判決時。其判決爲一審判決。不得不謂其不能上訴於大審院矣。何則。大審院。對於控訴院之二審判決。受理其上告。無受理對於控訴院之一審判決之

控訴也。余信此說爲正當。

在假差押訴訟之第二審。應從通常之規定。審判之。惟證據調止於疏明之程度。非進於證明之域也。苟當事者之一方闕席。則應適用第四二八條第四二九條。反是。本案之控訴裁判所。初受假差押之申請。開口頭辯論。若當事者之一方闕席。則從第二四六條第二四七條第二四八條。又在控訴審。適用第四二九條者。其懈怠之結果。亦不能確定本案之請求其物也。不過爲已有假差押之理由之疏明耳。蓋假差押訴訟。無裁判本案請求之存否。故其裁判。對於本案。不生影響也。又假差押之裁判雖確定。而攻擊之者。常不要依再審之方法。得依第七四六條第七四七條攻擊之。此假差押裁判。與普通裁判。相異之要點也。

第二款 對於假差押執行之異議

(甲) 債務者之異議 債務者。即假差押被申請者。對於假差押之不法之執行。無服從之義務。故得對之。申立異議。(第七四八條第五四四條)例如執達吏。違背第七〇條之規定。實施假差押時。或依第七四二條。爲停止假差押之執行。提出既爲供託之

公正之證明書。而執達吏竟執行假差押時。或由假差押命令之言渡或送達起。(對於申請人之送達) 既從過十四日之期間。而竟實施假差押者。是也。

右之異議。屬執行裁判所之管轄。執行裁判所。得不經口頭辯論。而為裁判。(第七四八條第五四三條) 其裁判。以決定為之。又關於異議。得為假處分。發第五二二條第二項之命。此際。多令申立人立保證。取消執行。或令相手方立保證。續行執行。發此等之命令也。

對於異議之裁判。即決定。得為「即時抗告」(第七四八條第五八條)「基第七五四條第一項第二項。求假差押之取消者。雖不外異議之一種。然此異議。非應從第五四四條。

(乙) 債權者之異議。債權者。即假差押申請者。於假差押命令之執行不法。有妨自己之權利時。得對其執行。為異議。例如。債務者之家。有十分之財產。而竟為不滿於請求額之假差押。或為違反及第五七〇條之假差押。而不差押適法所得差押者。是也。

債權者。又於執達吏拒受假差押之執行委任。或拒從於委任。實施執行行為時。又執達吏之手數料之計算。有不當之時。得爲異議。此際。亦執行裁判所。就其異議。爲管轄。

(丙) 對於假差押之目的物第三者之異議。假差押。有變於強制執行之性質。故第三者。於自己之所有物。被誤認爲債務者之所有物。受差押時。不可無保護第三者權利之途。否則第三者受不測之損害矣。我訴訟法。與第三者。以口訴主張異議之方法。(第七四八條第五四九條)且不僅限於所有權。第五四九條所謂。有主張妨其物之讓渡或引渡之權利者。此等之第三者。亦得爲異議之訴。此點外。其他異議之訴訟手續。可參照關於總則之規定之說明。

第五節 假差押之消滅

假差押之命令。與假差押之執行。之可混同。假差押之執行。即僅令消滅假差押命令之執行之結果。而於假差押之命令其物。無及何等之影響也。又假差押命令之取消。雖及影響於其執行。然僅取消命令者。形式上。既執行之假差押。依然存在也。

第一款 假差押命令之消滅原因

假差押之命令。因取消此命令之裁判。而消滅。舉其裁判之種類。則

第一 將既命假差押之第一審第二審之終局判決。廢棄或破毀之。却下假差押之申請。之上級審之判決。

第二 以對於假差押決定之異議。爲有理由。取消其決定之判決。

此判決。非僅生於第一審也。在第二審或上告審。亦有之。例如。所既說明。第一審之判決。以對於假差押決定之異議。爲無理由。棄却之。因對之爲控訴。控訴裁判所。以此異議爲有理由時。或在上告裁判所。破毀其控訴棄却之判決。以異議爲有理由時。或抗告裁判所。經口頭辯論。廢棄其既却下假差押申請之決定。而下命假差押之判決。因對之爲上告。上告裁判所。破毀原判決。却下假差押之申請者。是也。

第三 因本案之起訴期間之徒過。假差押命令取消之判決。(第七四六條第二項)

茲就右判決之手續。要言之者。依第七四六條第一項。本案之未係屬時。假差押裁判所。因債務者之申立。不經口頭辯論。命假差押申請者。於相當所定之期間內。應起訴。

苟徒過此期間之時。則因被申請者之申立。應命假差押命令之取消。而求命起訴之申立。在於合議裁判所。故可以書面爲之。其申立。得由本人或代理人爲之。若在區裁判所。則得以口頭爲之。第三七四條之類推論。債務者爲起訴命令之申立。不要證明無訴之提起。此因訴之提起。爲反於現狀之事實故也。有此申立。裁判所於必要時。審訊債權者。發起訴之命令。非必要開口頭辯論也。不審訊債權者。而發起訴命令者。非違法也。起訴之事實。在債權者。有證明之之責任。

由債務者。爲起訴命令之申立者。不問假差押之判決既確定與否。又其裁判之爲判決或決定。皆得爲之。惹起訴之義務。非因假差押之裁判之確定而消滅。又非因假差押之裁判。既經口頭辯論。而免除其義務。故也。

苟不拘其有起訴之事實。而假差押裁判所。爲命起訴之決定時。當事者。對之。有不服申立之途乎。曰無。然以不起訴之理由。而爲取消假差押之判決。則得對之上訴。

起訴之期間。乃裁判所適宜所定者。其進行。由起訴命令之送達而始。本案屬於區裁判所之管轄時。以督促手續之申請。生起訴之効力。第三八九條第三九〇條。仲裁

手續之開始。亦爲維持假差押。與起訴有同一之効力。若期限附或條件附債權。則得以確定之訴之提起。維持假差押之効力。既有起訴之時。則不問其訴不具備法定之要件。或受訴裁判所係管轄違。而假差押裁判所。皆不得審查其訴之適否。惟至於本案裁判所。以其爲不適法也。或以其爲管轄違也。而却下訴之後。始得取消假差押耳。假差押裁判所。無調查本案之訴適否之職權。故雖於同一裁判所。命假差押。又受本案之訴時。然就本案。未爲判決之前。不得以本案之訴。管轄違或不適法之理由。取消假差押。

有以債權者不於起訴命令所定之期間內起訴爲理由。而申立假差押取消時。裁判所應開口頭辯論。裁判其採否。債權者得提出其曾於命令前或命令期間內起訴之抗辯。而不可不證明之。

問題之一 得以起訴所定之期間。失於過短。故期間內不能起訴之理由。而爲抗辯乎。曰。若於適當之時間起訴。且爲此抗辯。則可採用。換言之。債權者無可責之懈怠。則其抗辯可採用。

問題之二 起訴期間之既經過。就假差押取消。已開始口頭辯論。後若債權者起訴。則得維持假差押乎。曰。若債權者無可責之怠慢。則假差押可維持。何則。苟債權者無怠慢。則不得謂爲徒過起訴期間。故也。反對說曰。雖起訴期間徒過後。若債權者。於口頭辯論終結前。既提起訴。則得免假差押之取消。但應負擔債務者爲爲正當之申立。所生之費用耳。然苟從是說。則既受假差押取消之第二審判決後。苟起本案之訴。而對假差押取消之一審判決。爲控訴。則假差押亦可維持矣。詳言之。苟非謂於第二審不可不變更假差押取消之一審判決。而却下假差押取消之申立者。則不能貫其論理也。又苟以同一文論法論之。是既受假差押取消之二審判決後。苟提起本案之訴。則其論結。亦將謂在上告審。有不可不爲維持假差押之判決矣。何則。若謂在期間經過後。得提起本案之訴。以維持假差押。則未確定之假差押取消之一審判決。或二審判決之存在。亦不足爲維持假差押之妨碍。故也。然而至於受假差押取消之一審判決。或二審判決前。而竟不提起本案之訴者。多出於怠慢之極。且苟謂在假差押取消之一審或二審判決後。得維持假差押。則沒却定本案之訴訟提起期間之法律精神。

矣。此際必令其維持假差押。爲無謂也。故不拘有假差押取消之判決與否。又不拘其在於就假差押取消之申立爲口頭辯論之終局前。或其後。苟債權者。因其怠慢。於假差押裁判所所定之期間內。不曾起訴。則應取消假差押。反是。所以至於期間後起訴者。非出於債權者之怠慢。則不可目爲法文所謂期間之徒過。故應爲却下假差押取消之申立之論決矣。

問題之三 假差押債權者。基於起訴命令。或未受其命令前。雖已起訴。然因管轄違或訴訟要件之欠缺。受訴却下之判決。更起訴時。得存續假差押之効力乎。

曰。苟假差押後。於起訴命令前。既起適法之訴。則存續假差押之効力。無疑。又起訴命令後。依右之理由。以却下本案之訴。苟於起訴命令期間內。起適法之訴。則存續假差押之効力。無疑。又在起訴命令前。或命令後。被却下本案之訴。苟更提起適法之訴。而債務者尙未曾有假差押取消之申立者。則存續假差押之効力。亦勿論矣。或對於訴却下之判決。爲上訴。於未受棄却之裁判間。應存續假差押之効力者。亦不爲問題矣。可爲疑問者。即起訴命令後。既被却下本案之訴之時。在起訴命令之期間經過之後。

且在於已由債務者爲假差押取消之申立之後。苟提起適法之本案之訴時。應存續假差押之効力否。是也。然苟從於論決前載問題所用之標準。則決此問題。亦屬易易。即假差押債權者。於本案之訴。却下後。苟無怠慢。起適法之訴。則存續假差押之効力。其理由。蓋既被却下之不適法之訴。不足爲以後所起適法之訴之妨害。故假差押債權者。苟既爲適法之訴。且就其起訴。債權者並無遲慢之責。則右適法之訴。固與假差押連絡。不得爲其前所提起不適法之訴。而生斷絕該連絡之法律上原因也。

債權者。即假差押申請者。得以起訴命令之送達不適法。（即令送達爲無効之形式上之欠缺。）爲理由。對於假差押取消之申立。爲抗辯。蓋送達苟不適法。則債權者尙無服其命令之義務。故與事實上之未曾送達者。得爲同一觀也。

關於假差押取消不申立。所爲之口頭辯論。（此申立應以判決裁判之。故經口頭辯論者。當然也。）許其就起訴之有無。其他之爭點。提出一切之證據方法。且得提出關於當事者之訴訟能力或代理欠缺之抗辯。然原告即假差押債務者。不得以被告即假差押債權者所提起本案之訴之不適法。或管轄違。爲攻擊方法。而主張之。假差押

裁判所不能審判關於本案之訴之爭點。蓋若得爲審判。則其所爲之裁判。恐有牴觸於本案裁判所之裁判者。此際。無匡正之道存焉。故也。

假差押債權者。若闕席於口頭辯論。則看做期間內不起訴之事實。爲其自白。應爲闕席判決。雖干與此審理之判事。知曾有本案之起訴之事實。亦不可不爲闕席判決。若債務者闕席。則應却下假差押取消之申立。(第二四七條第二四八條)

假差押取消之申立却下之判決。苟既確定。則不能再爲申立。何則。蓋爲其申立之原因。即無起訴之主張。或在期間經過後不合法之主張。皆被排斥。而有適法之起訴之事實。既確定故也。

反是。假差押取消之判決確定後。債權者基於新理由。得再申請假差押。何則。爲假差押原因之債權。苟既存在。則債權者不應失其保全其執行之權利。故也。

第四 因狀況之變更。取消假差押命令之判決。(第七四七條)

法文有假差押之理由消滅或有其他事情之變更云云。故命假差押之狀況。換言之。假差押之前提要件。苟來主觀的或客觀的變更時。則得取消假差押命令。而所謂爲

假差押之前提要件之事情之變更者。

第一 假差押之理由之消滅。例如以恐至須在外國爲判決執行之理由。既許假差押。而債務者。至於在內地有盛大生活之本據之境遇者。是也。

第二 本案之請求權之消滅。即本案之請求權之實質的消滅也。例如因和解而消滅者是。

第三 却下本案之請求之終局判決。即本案請求權之形式的消滅也。

第二第三。乃假差押之根本的要件之既消滅者也。故此際。似無取消假差押之決定之必要。然形式上。假差押苟既存在。則債務者不得行使其對於差押物之處分權。故有令其取消之必要也。依第七四七條第二項。有此申立時。管轄裁判所。應開口頭辯論。以終局判決。爲其裁判。而管轄裁判所。在本案之既係屬時。則爲本案裁判所。其他。爲假差押裁判所。故假差押後。不提本案之訴。而依和解之結果。或仲裁判斷之結果。至於請求權之消滅時。則得對假差押裁判所。爲假差押取消之申立。(第七四七條第二項)

問題之一 既受假差押取消之申立之裁判所。雖在棄却本案之請求之判決確定前。得命假差押之取消乎。曰。凡判決。苟未確定。則不生主要之効力。故本問題。非俟本案請求棄却之判決。既確定。似亦不能命假差押命令之取消。然在假差押訴訟之裁判。非爲實質的調查者也。(證據方法。以疏明而足。)在許假差押之時。又不必要實質的之調查者也。故本案之請求。苟有棄却之裁判時。縱其裁判尙未確定。然得推知其本案請求之爲不當矣。故既受取消之申立之裁判所。苟料本案之裁判。在上級裁判所。當不至有變更者。則得取消假差押之命令。

問題之二。本案之請求。以其在期限前之理由。而被棄却者。此際。得謂此事實。爲所謂假差押之狀況之變更乎。

第一說。以第七三七條第二項爲論據。即假差押。雖就未至期限之請求。亦得爲之。是請求權之存在。固爲假差押所必要之條件。而既達於期限者。非要件也。本問。爲請求棄却之判決之事實。非確定其請求權之不存在也。是以如右之場合。尙不得謂取消假差押之原因發生也。

第二說。謂假差押。惟限於特定且確定的所主張之請求。方許之。故其請求苟既被斥。即不得不謂假差押之原因已消滅也。此說無乃視以期限前之理由而斥請求者。與以無請求權而斥請求者。而混同之乎。何則。請求期限之到來前。起訴。苟被却下。則俟期限之到來。得再起訴。故以在期限前之理由而棄却本案請求者。與以請求權既消滅之理由。或不法之請求之理由。而排斥訴者。不可同視也。由是觀之。本問。請求權存在之理由。尙未破壞。此外又不得謂假差押之理由。有來他之變更之狀態者。且由他之點觀察之。本說不適於實際也。假如本說。以此際爲有狀況之變更也。而取消假差押。然以有第七三七條第二項之規定。故債權者得更請求假差押。何則。既取消假差押命令之時。則當事者間之關係。復於未爲假差押以前之同一狀態。而第七三七條。況言雖期限前之請求。亦許假差押。故裁判所。於右之場合。不得拒絕其新假差押之申請也。是前之假差押之取消。一面令債權者。有更爲假差押之手續之不便。一面令債務者。乘前之假差押之取消。而有隱匿財產之弊。此所以第二說。爲不適於實際也。

雖「對於債務者」開始破產手續。然不爲假差押命令取消之原因。何則。破產手續。不外一種之強制執行手續。而破產手續之開始。不過爲禁各債權者。獨立爲強制執行之原因。故無令其消滅其執行保全之處分之理。而反得謂其令以假差押爲必要之狀況。更加明瞭。故也。

因狀況之變更。而取消假差押命令者。無區別其命令之形式。爲判決或爲決定也。又不問其命令之有確定力與否也。即假差押命令。因對之申立不服之期間已經過。或因既盡不服申立之方法。雖確定。然苟有法律得謂狀況之變更。則得取消此命令也。(一)條文上之理由。第七四七條第一項。後段云。雖假差押之認可後。得申立假差押之取消。而就可爲假差押取消之申立之時期。無何等之制限。(二)理論上之理由。因狀況之變更。取消假差押命令者。非以假差押命令爲不當也。詳言之。非基於發假差押之當時。其裁判有不法之點之理由也。換言之。非翻其至於許假差押之理由者。故假差押命令之確定後。雖取消之。而非有反於確定裁判之理論也。

問題 苟在以假差押命令爲不當之異議之手續中。或對其異議之判決爲上訴之

手續中。不拘其狀況之變更既已發生。而不主張其狀況之變更。令假差押之命令既已確定時。得適用第六四一條乎。換言之。得爲假差押取消之申立乎。

曰可。求假差押之取消者。非以在命假差押之時。假差押有不當爲理由也。故當事者在以假差押命令爲不當之手續中。無主張狀況之既變更之義務也。

第五 因令其立裁判所之自由意見所定之保證。取消假差押之判決。(第七四七條)

由學理上言之。此際不外狀況變更之一耳。然法文區別兩者規定之。蓋立法者。殆以爲因債務者既立假差押命令所定之保證。而取消假差押者。非自然所生之狀況之變更。乃爲令消滅假差押命令。由債務者。特爲申立。而令其消滅假差押者。故不得謂爲狀況變更之類也。此際。假差押債務者。申立將立保證。而申立假差押之取消時。裁判所應開口頭辯論。以終局判決。取消假差押。當爲其判決也。可先定若干之保證額。俟其金額既供託後。命假差押之取消。又可以立若干之保證爲條件。而下取消假差押之裁判。

以上第四第五假差押取消之申立。假差押裁判所管轄之。苟或本案訴訟既係屬時。則其本案裁判所管轄之。

申立之手續。對於區裁判所。得以口頭爲之。對於地方裁判所。要以書面爲之。(第三七四條參照)

取消申立之權利者。債務者或其一般承繼人也。此等人之法定代理人。得爲其申立。勿論矣。債務者之特定承繼人。不得爲取消之申立。但特定承繼人。依第七四八條。得準用第五四九條。爲準執行參加之訴。苟假差押後。爲特定之承繼人。則雖起右之訴。亦以其爲無理由。而却下之。惟假差押前已。爲特定承繼人者。其訴之請求。方有被採用也。假差押債權者。得求假差押命令之取消。

第七四三條第六五四條之外。又存第七百四七條之規定者。其理由如何。殆以依第七四三條第七五四條。所爲假差押之取消者。假差押執行之取消。非命令之取消。而第七四七條。特規定爲假差押命令之取消者乎。或曰。假差押命令之取消。與假差押執行之取消。在法律。似無區別之必要也。由債務者之方面觀察之。取消命令之際。取

消執行之際。債務者。皆免財產上之拘束也。是法律於二者中。有其一之規定。不已足乎。然而在理論的觀察。實際的觀察。皆有區別此二者之理由存焉。先就理論上言之。命令其物之取消。有令消滅假差押執行之結果。反是。執行之取消。不及何等之影響。於其原因之命令其物也。換言之。在取消假差押命令之場合。非更發新命令。則不至有實施假差押者。反是。在取消假差押執行之場合。則其原因之命令。依然有効力。故基此命令。得更有實施假差押之事也。又以假差押之執行爲不法之理由。而取消之者。債務者不得以其取消爲原因。而求假差押命令之取消。反是。在取消假差押命令之場合。其結果。常得求假差押執行之取消也。又實際之適用上。有令存此二者之規定之理由存焉。即第七四三條。如既所說。明有爲得停止假差押之執行。或爲得取消既執行之假差押。須記載由債務者所應供託之金額云云。依此規定。則當實施假差押之前。豫定爲取消假差押之執行所應供託之金額。故有時所定爲取消假差押之執行。債務者所應供託之金額。有較諸假差押執行之結果。失其權衡。而轉爲多額者。詳言之。假差押爲保全其原因之請求之執行者也。故當定其爲取消假差押之執行

債務者所應供託之金額時。常以請求額爲標準。例如當其基五百圓之請求。發假差押之命令也。裁判所爲取消其既執行之假差押。所應供託之金額。不可不定爲五百圓。而實施此假差押命令之結果。爲假差押之物件之價格。有僅五十圓者。又有百圓者。或又在其以下者。此固事之習見也。此際。若債務者欲基七四三條。求假差押。則常不可不供託請求額爲解除五十圓之假差押。而供託五百圓者。不問何人。不能不無躊躇矣。反之。此時若債務者基第七四七條。求假差押命令之取消。則裁判所得斟酌爲其申立之時之事情。令立適當之保證。而取消假差押也。依前例說明之。執行假差押之物價。爲五十圓。則裁判所得命五十圓之供託。而取消假差押。故謂於第七五四條之規定之外。有令存第七四七條之規定者。實際上爲便利也。

第六 假差押命令之言渡或送達後。十四日之期間之徒過。(第七四九條第二項) 此消滅原因。僅以由命令之言渡或送達起。十四日之期間既經過。便生其効力。不必要以此期間之經過爲理由。有取消假差押命令之裁判也。此期間。係通常之法定期間。非不變期間。故得以當事者之合意伸縮之。然裁判所之休暇。則不停止其進行。

(第一七〇條第一六〇條第四項。裁構第一二八條。)

所謂期間之經過者。無正當之理由。而令期間經過也。故期間內。向執行機關。爲假差押之委任。因執行機關之怠慢。不拘其期間內。可着手執行也。竟至期間後。方着手執行者。非期間之徒過。又執行機關。有正當之理由。期間內。不得着手執行者。非期間之徒過。勿論矣。反是。爲實施假差押。既命其豫納必要之費用。而爲假差押債權者不豫納。致期間經過。則爲所謂期間之徒過者。是也。而十四日之期間內。所既着手之假差押。雖繼續於期間後。然不爲是生期間徒過之問題也。所以因期間之徒過。不許假差押之理由。何在乎。蓋在法律之期間內。苟不爲假差押之實行者。始其至於無爲此之必要也。換言之。可推定其與申請當時之事情。殆有變更之處。既無必要。則不可許假差押。故也。

在期間。以判決爲假差押之裁判時。則由其言渡而進行。以決定爲裁判之時。則由其送達於其債權者之日進行。(參照第一百六十五條)
苟假差押命令之送達。對於債權者。爲無効時。則債權者。縱令在事實上。知已有假差

押之命令。亦不要於十四日之期間內。着手假差押乎。曰。第七四九條第二項。以命令之送達。爲期間經過之起算點。故定其起算點之送達。苟爲無効。則期間不能進行也。反對說曰。苟假差押命令之形式。爲決定。債權者不依適法之送達。而所持假差押決定之正本時。則看做債權者自己拋棄令爲適法之送達之權利。以該正本受領之時。爲期間之起算點。然而此說。其將謂不拘債權者就送達不適法之點。既申立異議。而亦看做其拋棄令爲適法送達之權利乎。是可謂不當之甚矣。而因無効之送達機關之行爲。令其有生喪失爲假差押之權利之訴訟法上之效果者。無是理也。故不向債權者當受送達之日。曾申出異議與否。苟送達爲無効時。則以期間之進行不開始者爲當。

如右所述。由假差押命令之言渡或送達起。既過十四日。則不許假差押之執行。故假差押之執行機關。在執行着手前。不可不以職權。調查其曾經過期間否。（調查得依所附記於判決正本之言渡期日之記載。或依債權者所持之送達證書。爲之。又得依當事者之合意。以伸縮此期間。故不可不以問查其他之方法。調查其就期間之點。曾

有合意否。苟認其爲期間經過後之執行實施之請求時。應拒絕執行之實施。又執行機關調查不十分。不拘其在期間經過後。而爲假差押時。則假差押債務者。得依第七四八條第五四四條。申立異議。

假差押命令之言渡。或送達於申立人後。既從過十四日之期間。則債務者得申立假差押命令之取消。以謂債務者無不豫防既失効力之假差押命令執行之權利者。無是理也。關於右取消之申立。適用第七四七條。蓋第七四九條第二項之原因既生。不妨謂爲所謂有情況之變更者。故也。

假差押債權者。得求假差押之取消。蓋債權者。既覺知其已申請之假差押。爲無理由。因免後日受損害賠償之請求。特令取消其命令。有正當之利益。故也。而求其取消。不要得債務者之承諾。蓋爲其取消。毫無害債務者之利益。故也。

假差押裁判所。雖棄却本案之請求之際。然不能以職權取消假差押。蓋假差押。僅有害債務者之利益。而公益上。無生直接之影響也。

對於以上假差押取消之申立。以判決爲裁判之際。常須經口頭辯論。而其口頭辯論

之手續。應從通常之手續。

第二款 既執行之假差押之消滅原因

假差押執行之消滅原因。與假差押命令其物。無影響也。即如左所列者。

第一 因既供託爲得取消已執行之假差押。所定於假差押命令之金額。取消假差押之決定。(第七四三條第七五四條)

依第七四三條。假差押之命令中。爲得停止假差押之執行。或爲得取消既執行之假差押。應揭由債務者所應供託之金額。苟在執行着手前。由債務者爲供託。則應停止假差押命令之執行。此際。非命令之取消。亦非執行之取消。即執行之停止也。命停止之裁判。基於任意的口頭辯論。以決定爲之。此決定。非假差押執行之消滅原因也。爲假差押執行之消滅原因之決定者。不必要經口頭辯論也。假差押執行取消之申立。屬於執行裁判所之管轄。對此決定。得爲即時抗告。

債務者。爲求假差押之取消。或爲求假差押執行之停止。所供託之金額。與債權者之請求額及費用額。爲同額。即爲假差押原因之債權執行之擔保者也。而非僅於假差

押物之價額之限度。爲執行之擔保者也。此在停止假差押之際。無假差押物。自無懷疑之餘地。即在取消假差押之執行者。亦可爲同一之論定。蓋右之金額。於假差押之實施前定之。是可得差押之物件。尙未定之時。而欲豫算其金額。不可能也。由是徵之。亦足以知右之金額。不得常謂其相當於假差押物之價額矣。故雖現爲假差押之物之價額。不及債權者之請求金額之半。然債務者。非供託命令所定之金額。則不能求假差押之取消。不得以相當於假差押物之價格之金額之供託。而令取消假差押之執行也。

右金額之供託。在有利害關係之第三者。得爲之。例如。對假差押之目的物。依第五四九條。既起異議之訴之第三者。得供託假差押命令所定之金額。求假差押之執行之取消。第七四三條云。應揭由債務者所應供託之金額者。非僅許債務者爲供託。禁他人爲之也。不過豫想通例最多者。而規定之耳。蓋爲保護債權者。故就假差押之取消。特命金額之供託也。是由債務者爲供託。或由第三者爲供託。而於保護債權者利益之點。則毫無差異。以是本條所規定之金額。供託。無禁第三者爲之之理由。亦明矣。於

右之場合。已起異議之訴之第三者。供託命令所定之金額。得假差押之取消。而無以其異議之目的既已消滅。被却下其訴者。勿論矣。

供託假差押命令所定之金額之一部。雖得求假差押之一部之取消。然其金額之割合。要比準於所應供託之金額全部。與假差押物全部。以定之。故必供託五百圓。始得免假差押之執行。或始得求此取消者。而其所既差押之物。爲有十圓價額之動產五個。則此時。非供託百圓。不能取消對其一個之假差押矣。

第二 爲不豫納假差押之執行所必要之特別費用。取消既執行之假差押之決定。
(第七五四條第二項)

爲保存假差押物。有生特別之費用者。例如寒中。差押熱帶植物之高價者。爲其溫室及其他之設備。要費用是。又如差押牛馬。就其食料。要費用是也。而假差押之執行機關。不能換價假差押物。又無令債務者支出其費用之執行名義。故不可不令債權者立換之。若債權者不豫納其費用。則應取消其既執行之假差押。其手續。與第一之場合同。不要口頭辯論。屬於執行裁判所之管轄。對此決定。得爲即時抗告。

在以上第一第二之場合。苟却下求假差押之取消之申請時。應對以抗告申立不服乎。將以即時抗告申立不服乎。

甲說曰。假差押手續。訴訟手續也。從而求假差押之取消之手續。爲一之特別訴訟手續。故對却下其申請之決定。（不經口頭辯論而却下者。）依抗告總則之第四五五條。應以抗告申立不服也。若以其爲關於假差押執行之取消之手續。非訴訟手續。應依第七四八條。準用第五五八條。對於却下本問之申請之裁判。爲即時抗告也。是第七五四條四項之規定。爲重複之規定。不得不謂爲無設此之必要矣。而由有此條項觀之。則可知立法者。以假差押手續爲訴訟手續。故對於在此手續所爲申請却下之裁判者。令依第四五五條。惟對於第七五四條之裁判。方許其即時抗告也。乙說曰。假差押之取消。即關於假差押之執行者也。故依第七四八條。應準用第五五八條者。當然也。而第七五四條第四項。不外示第五五八條原則之適用耳。以假差押手續爲訴訟手續者。謂由假差押之申請。至於下假差押之命令或申請却下之裁判之手續也。非謂命令之執行手續。亦爲特別之訴訟手續之義也。且果如甲說。則經口頭辯論。而却

下假差押之申請時。不得不謂其無對之爲上訴之途矣。何則。第四五五條。僅對關於訴訟之手續之申請。不經口頭辯論而却下之裁判。方許其爲抗告。而對於既經口頭辯論所却下之裁判。則不許抗告故也。反是。依乙說。即即時抗告說。不問如何場合。皆無杜絕上訴之途。又爲法律之正當解釋者也。

第三 以關於假差押物之第三者之異議。爲正當之判決。依第七四八條。假差押之執行。準用關於強制執行之規定。故第五四九條之規定。在第三者對於假差押物。主張所有權其他妨目的物之讓渡或引渡之權利時。可準用者。明甚。右之異議。應以訴。提起於執行裁判所。苟執行裁判所。無事物之管轄權時。應揭起於地方裁判所。其他之手續。參照關於總則之說明。

既取消假差押命令之結果。則令消滅其已執行之假差押者。固爲當然。僅有命令取消之裁判。則假差押形式上依然存在也。故不可不提出其裁判於執行機關。以得形式上其假差押之取消。(第七四八條第五五〇條)

假差押命令之取消。與假差押之行之取消。其差異。非僅存於形式上也。茲舉其差異

如左。

- 一 假差押命令之取消。以終局判決爲之。（第七四五條第七四六條第七四七條）假差押執行之取消。以決定爲之。（第七五四條）惟於第三者異議之際。以判決爲之。（第七四八條第五四九條）
- 二 假差押命令之取消。僅得由債務者請求之。（或其一般承繼人。或依民法第七四三條之債權者。）而假差押執行之取消。則對於假差押物。主張所有權其他之權利之第三者。皆得請求之。
- 三 僅取消假差押之執行者。假差押命令。不受何等之影響。故債權者得使用此命令。實施新之假差押。但債務者既供託假差押命令所定之金額全部。取消假差押之執行。則債權者不能更爲假差押。苟爲之。則債務者得主張異議。（右之異議。其準用第五四四條乎。將軍用第五四五條乎。固之疑問。然理論上。則以準用第五四五條爲正。）反之。取消命令之時。則債權者欲爲假差押。須受新之命令。

四 不能僅以取消假差押之執行之原因。求假差押命令之取消。反之。既得命令之取消時。則其結果。常得求假差押執行之取消。

五 依第七四二條第七五四條。立保證。而取消假差押之執行之際。苟非令取消命令。則不能求保證之返還。蓋其保證。乃代於假差押也。

反之。除第七四七條所規定者外。苟得命令之取消。則得求其以前所既立之保證之返還。

第二章 假處分

第一節 假處分之定義

所謂假處分者。就非以金錢之支拂爲目的之權利。爲保全其實行。於有適法之理由時。施行有體物之保管行爲之命令。或禁止。或其他之方法。又就有爭之法律關係。假設定權利者義務者之地位。合此一切之訴訟手續而言也。

分析此定義而說明二。

一 所謂爲假處分命令之原因之權利者。不可不確定其爲何物也。爲假處分之原

因之權利。謂非以金錢之支拂爲目的者。是也。故有爲債權或物權者。又有爲其他之財產權者（如特許權商標權）視族權人格權。亦爲其原因。（人訴第一六條參照）

二 爲假處分之物體者。如何。假處分之物體。即爲目的者。不動產。其他之財產權。或作爲不作爲也。而可爲假處分之目的之財產權。要特定者。換言之。不得以包括的債務者之財產全部。爲假處分之目的也。就於此點。爲無生誤解。要特加一言者。例如在爭相續權之訴訟。對於被告。爲禁其處分財產之假處分。此際。其財產全部。雖似爲假處分之目的。不知此際所爲假處分之目的者。相手方之行使戶主權其物也。換言之。相手方之不作爲。爲其目的也。即其目的。在於不可以戶主之資格。處分其財產權耳。又此際之包括財產。所以不爲假處分之目的者。蓋假處分之裁判。原則對於善意之第三者。不生効力。故既受禁財產之處分者。若將其個個之財產買却之。例如爲賣却或家具賣却地所之行爲時。假處分申請者。亦不得對其讓渡之相手方。對抗假處分之効力也。由是觀之。益明其目的之非包括財產矣。

特定之物或權利。爲假處分之目的者。無受民事訴訟法第五七〇條第六一八條之

制限。嘗當說明假差押之際。謂第五七〇條第六一八條所列舉之物或權利。不爲假差押之目的物。而假處分則異是。雖不得差押之物或權利。亦爲假處分之目的。其理由。蓋以假處分。非以金錢之支拂爲目的也。詳言之。爲假處分之原因者。非以金錢之支拂爲目的之權利也。故雖法律上不能換價之物或權利。亦不能爲爲假處分之障害也。然而就於此點。有不可不加一之制限。以賣買或交換所禁之所有權之讓渡之物爲原因。起請求之訴。而求假處分者。不得不謂其爲不適法也。何則。此際爲假處分之原因之請求其物。非法律之所保護。故也。

三 假處分。我訴訟法之規定上。與假差押異。有二種。第一。係爭物之假處分。(第七五五條) 第二。設定假地位之假處分也。(第七六〇條)

所謂係爭物之假處分者。以豫防現狀之變更爲目的也。詳言之。謂相手方苟變更現狀。則恐有不能實行自己權利之結果。故爲豫防如此危險之發生。爲維持現狀之處分也。假地位設定之假處分。則異是。以現狀之變更爲目的也。詳言之。謂現狀。對於權利之實行。爲障害。故爲令其速變更如此之狀態。以全其後日權利確定之際。可收得

十分之利益。所爲之處分也。約言之。於權利之確定前。變更現狀。以排除障害實行權利者。所爲之處分。是也。此兩者。以相反之狀態而現。即係爭物之假處分。發禁止命令爲之。例如不可建築家屋於或土地。或不可賣買其家屋者。是反之。後者。主以行爲命令。詳言之。以許行爲之命令。或命行爲之命令爲之。例如對假處分申請人。發許可渡船塲營業之命令者。是許行爲也。又對假處分之被申請人。發令其支拂一定之養料者。是命行爲也。

定義之說明。尙須一言者。假處分之理由也。先就所謂係爭物之假處分之理由言之。蓋因現狀之變更。當事者之一方。不能爲權利之實行。或爲之。而有極著之困難也。而假處分之理由之存在。爲許可假處分之要件也。

欲決假處分之理由果存否。以假處分爲必要之狀況果存否。固屬事實問題。然裁判所。非認其因現狀之變更。當事者一方。不能爲權利之實行。或爲之。而有極著之困難者。不能許假處分。(但裁判所得以立保證代右之疏明。而許假處分。(第七五六條第七四一條第二項)夫欲決如何場合。方爲不能爲權利之實行。與夫爲之。而有極

著之困難之恐者。純然事實問題也。然不得拘其權利之實行。無極着困難之恐。而爲假處分也。換言之。爲許可假處分之要件者。以令其權利之實行。至於不能。或至於困難之危險之存在。爲假處分申請之理由也。而此危險。要存於假處分之目的物。而不必要存於假處分被申請人之財產上之狀態也。例如假處分被申請人。對於假處分之目的物。有將加變更之狀態。而因是。令後日對於此物之申請人之權利實行。有生困難之結果者。則雖被申請人。有數百萬圓之財產。(目的物之價額。雖不滿百圓。)亦得爲假處分。換言之。由假處分被申請者之行爲。與其目的物之關係。以定其許否。非由目的物與被申請者之財產狀態之比較。以定其許否也。

次言假地位設定假處分之理由。即不爲假處分。則有顯著之損害之危險。是也。民事訴訟法第七六〇條。有「就繼續之權利關係。爲避損害。或防急迫之強暴。」云云。茲所謂損害者。非僅謂金錢上之損害也。夫以有生金錢上之損害之危險。爲有假處分之理由者。固多。而非必限於此場合也。凡爲豫防身體或精神上。受繼續之苦痛者。亦得許假處分。

五 假處分之當事者。申請者。通例主張權利之原告也。然由訴之被告。亦有申請之權利。從而其相手方。爲訴之原告或被告也。雖然。爲假處分之被申請人者。不獨限於訴訟當事者之一方。雖第三者。亦得爲其相手方。如爲訴訟之被告。占有係爭物者。是也。

六 假處分手續之訴訟法上之性質。屬於特別訴訟手續也。雖不過就假差押手續之性質所已述者。重言之。然姑述其大要。反對此特別訴訟手續說者。曰。所謂假處分者。執行假處分命令之手續也。故宜稱爲執行手續。又假處分手續。苟僅發假處分命令。則無何等之實益。必因執行假處分之命令。始有其實益也。如此由。假處分之實益。必因執行而始生之點觀之。亦以之爲執行手續者爲當。予對此論說。有反對。其論旨如下。民事訴訟法上。所謂執行手續者。謂權利者。基執行名義。籍公力。以得權利之滿足之手續也。而實施假處分手續之際。無執行名義也。雖然。姑讓一步。謂假處分命令。亦爲廣義之執行名義。然求此命令之手續。不得謂爲執行手續也。明甚。又雖實施假處分。而債權者。而未至於得權利之滿足。不過欲得後日權利之滿足。而爲其準備耳。

反對論者中。有謂當執行假處分命令。無訴訟手續之實施。故假處分不得謂爲訴訟手續。此論者。蓋不知訴訟之意義有廣狹也。執行或裁判者。不可不謂爲廣義之訴訟手續。例如證據決定之執行是。而執行證據決定。純然訴訟手續也。故以執行假處分命令。謂爲訴訟手續。亦無不可。他之一派論者曰。發假差押或假處分之命令以前之手續。屬於訴訟手續。此等命令之執行手續。屬於執行之手續。而此論者所下強制執行之定義。謂強制執行。以公之威力。使盡其因裁判所之裁判。所既確定之私權之實行之方法也。在假差押假處分。則無因裁判而確定之私權。是照此定義。執行假差押命令假處外命令之手續。不能謂爲強制執行之手續。明矣。故此論者。亦以假差押命令假處分命令之執行手續。爲特別執行手續。夫既謂爲特別之執行手續。則非純然執行手續也。明甚。與余之所謂訴訟手續。實同其趣旨。不過用語略異耳。且準用於假處分之民事訴訟法第七四八條云。假差押之執行。準用關於強制執行之規定。觀其不曰適用而曰準用也。亦足以知我立法者。非以假差押假處分之執行手續。爲純然執行手續矣。

七 假處分。乃執行保全之方法也。以假處分爲執行保全之方法者。就係爭物之假處分。學者間無異議。反之。以設定假地位之假處分。爲執行保全之方法者。則對之有反對說。曰。假地位設定之假處分。乃保護權利之範圍之方法。非保全權利之執行之方法也。詳言之。所謂設定假地位之假處分者。爲避由係爭狀態所生之極着損害。或爲防急迫之強暴而爲也。故爲保護權利之範圍之方法。凡請求權利之保全者。限於現狀之維持。而假地位之設定。非維持現狀之變更現狀。超越請求權利行使之範圍。而保護由請求權利之基本之法律關係所生當事者之權能事。又由他之方面觀察之。執行之保全。換言之。請求權利行使之保全者。應由原告請求之。而不得由被告請求之也。乃設定假地位之假處分。則由被告亦得請求之。故此假處分之性質。不得謂爲執行之保全也。余疑此說。爲不必要。基此微妙之區別。而立談也。蓋曰。請求權利之保全。又曰。由其基本之法律關係所生之他之權能之保全。究其源而言之。二者皆不外基本之權利之保全耳。凡宇宙所現之現象。必有原因結果之區別。然此區別。出於哲學上之差別觀。由平等觀言之。則結果實不外原因耳。換言之。雖謂原因即結果。亦無不可。且不能由

無而生有者。此常識上所皆明也。故爲結果所現者。常包含其原因。若不包含原因之事物。竟獨現其結果者。是爲自無而生有之論理。如此。則與吾人思想之方式不適。不可不否定之矣。夫由結果不外原因之變形之論定推究之。則所謂請求權者。實不外爲其基本之權利所生。更換言之。請求權者。不外原因之權利之變形耳。故所謂保全請求權者。換言之。實不外保全其根本之權利也。夫既不能不拘根本之權利。既已消滅。而獨有請求權之理由。則維持現狀。以保全權利所包含之利益。與變更原狀。以保全權利所包含之利益者。不遇異其方法。至於生權利保全之結果之點。則毫無差異也。然則。以假地位設定之假處分。雖謂爲權利之保全方法。換言之。爲令權利之十分滿足。所爲之保全方法。亦毫無不當也。又反對論者。謂定假地位之假處分。得由被告請求之。故非執行保全之方法。然由被告請求假處分之際。實不外保全被告所有之權利耳。故雖謂之爲執行方法。亦何不當之有。

就假處分命令之形體述之。假處分命令。有由禁止命令成立者。例如對被告。禁家屋之建築。是也。或有以行爲命令成立之者。例如對被告。命幼者之養育。是也。又有由行

爲命令與禁止命令之混合而成立者。例如禁爲建築。且命其取毀既建築之建物。是也。又有由設定假地位之命令而成立者。例如許假處分申請者。令其行使或權利。是也。具體的舉其例示之。如興行權爲係爭物之場合。假以原告爲其權利者。而許其爲興行。是也。

第二節 假處分之手續

第一款 假處分之申請及要件

假處分之申請。與假差押同。得以書面或口頭爲之。又與假差押同。無以職權命假處分者。而受理申請之管轄裁判所。爲本案訴訟之管轄裁判所。(第七五九條第一項)惟於急迫之際。則管轄係爭物所在地之區裁判所。例外得發假處分命令。就此點有要注意者。依第九七三條。強制命令之管轄裁判所。原則有二。一本案訴訟之管轄裁判所。一管轄係爭物所在地之區裁判所。是也。故假差押申請者。就此二種之裁判所。得自由選擇。反之。假處分之命令。以本案訴訟之管轄裁判所。爲其本然之管轄裁判所。惟有急迫事情之時。係爭物所在地之區裁判所。方爲管轄裁判所也。所以有如此

差異者。何也。以假處分之許否。比諸假差押之許否。多生困難之問題。詳言之。就係爭物或係爭之法律關係。有必要種種之處分。非如假差押。其方法甚單純也。因而非詳知本案之訴訟關係。則多有不能決其許否者。此所以屬於本案裁判所之管轄也。故民事訴訟法第七六一條。以有急迫事情之理由。區裁判所爲假處分之決定時。特設令其於本案之裁判所。就其當否。而爲口頭辯論之手續。

假處分之申請。準用民事訴訟法第七四〇條。故不可不揭左之諸件。

第一 請求之表示。例如爲確認所有權之請求。則應揭其求確認何市何町何地地宅地何百何十何坪。爲申請人之所有之旨也。於此要注意者。當爲請求之表示。無揭其價格之必要。是也。依第七四〇條第一號。假差押之申請。要揭請求之價格。而假處分之申請。則無揭此之必要者。其理由。在假差押之際。示請求之價格者。爲定假差押之限度所必要。而假處分。則其目的物既已確定。故無表示請求價格之必要也。

第二 假處分之理由之事實之表示。

第三 請求及假處分之理由之疏明。

第四 係爭物。或所欲求假定之地位之表示。此雖無明文。然假處分之性質上。所不可缺者也。

其次。所謂假處分之要件者。謂可許假處分之實體法上之理由。及形式法之手續也。而實質的要件。就係爭物之假處分言之。第一。要關於請求之目的之爲特定給付。第二。要假處分之原因存在。詳言之。關於係爭物之權利實行。要有爲不能或爲困難之危險存在也。以換言之。因現狀之變更。對於請求之目的物之請求之實行。有生不能或困難也。其實行之困難或不能。亦如假差押。不要存於債務者之一般財產上。由債務者之一般財產上言之。苟債務者係資產家。雖請求之目的物消滅。而其可得賠償。自屬確實。不至有請求實行之不能或困難之恐矣。然此財產上之狀態。不足爲妨害假處分之原因。故苟債務者。將假處分之目的物。賣却於他人。或將隱匿之。有此等之事情。則謂爲假處分之原因已存在。可也。

在設定假地位之假處分。第一。要其處分關聯於係爭之法律關係。第二。要爲避極著之損害或急迫之強暴。其他爲假處分之正當利益之存在也。而在如何場合。始有爲

假處分之正當利益與否。此裁判所應決之事實問題也。

其次。形式之要件。第一。表示請求而疏明之。第二。表示假處分之原因。而疏明之。第三。立保證。而此三個之形式要件。不必要併存也。裁判所得以第一第二之既存。許之。或得僅以第三之要件。許之。

請求之已爲權利拘束與否。與假處分之許否。無影響。又請求雖爲期限附條件附。亦得求假處分。又他人間已爲假處分者。亦不妨假處分之申請。故在甲乙間。既爲假處分之物。丙起主參加之訴。爲自己而請求之者。得對於此物。更求假處分。又就甲乙間。既爲假處分而甲乙對丙間。又已爲假處分之物。丁得更以甲乙丙爲相手。更求假處分。

第二款 假處分之裁判

當受假處分之申請時。苟裁判所無管轄權。應却下其申請者。固勿論矣。苟對其申請。既有管轄權。則當決其申請之許否時。以經口頭辯論爲原則。此點特要注意。所以異於假差押也。對假差押之申請。爲口頭辯論與否。乃裁判所之任意。而假處分。則如前。

惟其原則之例外。有不必要口頭辯論者。即第一。有急迫之事情。詳言之。苟經口頭辯論。有生不能達申請者目的之危險。是也。(第七五七條第二項)第二。非本案之管轄裁判所。之區裁判所。受理假處分之申請之場合。是也。此二個之例外規定。理由互異。第一例外之理由。在於有爲假處分之急迫之必要。故非應爲口頭辯論者也。第二例外之理由。因爲假處分之裁判所。非本案之裁判所。乃區裁判所。故也。詳言之。在第二例外之場合。如民事訴訟法第七六一條所規定。須於本案之管轄裁判所。就既爲假處分之區裁判所之裁判當否。開始辯論。故區裁判所。無令爲辯論之必要也。然就第二例外之場合觀之。區裁判所。爲假處分之裁判。亦要有急迫事情之存在。是此點。固與第一例外無異也。而其異點。即在於本案之裁判所。爲口頭辯論。此手續爲第一例外所無也。而在第二例外之場合。區裁判所所爲之假處分裁判。有假之性質。即非有終局的之性質也。何則。以有此裁判之後。申請人尙宜就區裁判所決定之當否。經本案管轄裁判所之裁判。故也。

區裁判所。於右之場合。既爲假處分之裁判時。須對申請者。定一定之期間。命其應呼

出相手方。於本案之管轄裁判所。若申請者。於期間內。不盡此手續。則相手方。得求假處分之取消。而依相手方之申立。取消假處分時。不必要經口頭辯論。蓋以決期間已徒過與否。多屬於簡單問題。故也。

試立戾於原則而說明之。對於假處分之申請。裁判所開始口頭辯論時。其裁判。應以判決之形式爲之。從而於此手續。當事者之一方若闕席。則應爲闕席判決。苟相手方亦闕席。則假處分事件。爲休止。爲注意特須一言者。依裁判所構成法第一二八條以下之規定。假處分事件。與假差押事件同。爲休暇事件而取扱之也。

對於訴訟代理人之本案訴訟之委任。當然包含假處分之委任也。(第六五條)而審理手續。與審理通常訴訟無異。其相異之重要之點。惟在審理之程度。假處分。非確定其申請者之請求。及假處分之理由之存否也。換言之。以有請求之疏明。及假處分理由存否之疏明。爲已足者。是也。

次就管轄裁判所說明之。對假處分申請之管轄裁判所。爲本案之管轄裁判所也。茲所謂本案之管轄裁判所者。謂現訴訟之繼續之一審或二審之裁判所也。在訴訟之

未繫屬時。爲第一審裁判所。其訴訟係屬於上告審時。亦以第一審裁判所。爲本案之裁判所。(第七六二條)而於急迫之際。管轄係爭物所在地之區裁判所。就假處分。爲其管轄裁判所。此第七六一條所規定。要注意者。法文所謂依爭物。乃廣義之係爭物之意。換言之。不僅第七五五條所謂係爭物。並包含第七六〇條之場合也。又於急迫之際。本案之管轄裁判所之裁判長。得爲假處分命令。(第七六三條)而裁判長命假處分之場合。與區裁判所命假處分者異。就其假處分之當否。在本案之裁判所。非要經口頭辯論。以在裁判長所命之假處分。無如第七六一條之規定存焉。故也。但對裁判長所命之假處分決定。得申立異議者。勿論矣。(第七五六條第七四四條)

茲有一問題。管轄係爭物所在地之區裁判所。當爲假處分之裁判。苟既經口頭辯論時。則其裁判。應以判決之形式爲之乎。將以決定之形式爲之乎。是也。此問題之解決前。要一言者。於有急迫事情之際。管轄係爭物所在地之區裁判。竟命口頭辯論者。似與爲申請於區裁判所之理由。之急迫事情矛盾矣。何則。所謂急迫之事情者。既如所說明。謂不適於經口頭辯論之場合。故也。然區裁判所。非不拘事實關係之不明。對於

假處分之申請。有不可不爲裁判之義務也。故係爭物所在地之區裁判所。受假處分之申請。若以命口頭辯論爲適當之際。則不得不謂其有命此之職權矣。且區裁判所。如第三七七條所規定。於受訴之際。得舉口頭辯論期日與訴狀送達之間。所存之時間。短縮至二十四時。則於受假處分之申請時。有此職權也。益明。故苟行使此職權。以定口頭辯論期日。則不至令申請者失其時機。而可得爲適當之裁判也。況區裁判所。雖經口頭辯論。爲假處分。而比諸本案之裁判所。爲裁判者。其得結果之速不少也。法律爲着服此點。於本案裁判所之外。特設令係爭物所在地之管轄裁判所。爲假處分裁判之規定。故係爭物所在地之區裁判所。命口頭辯論者。與所謂急迫之場合。即令其得求假處分之裁判於區裁判所之理由。無矛盾也。而第七六一條第三項云。「右裁判。不經口頭辯論。得爲之。」右之文字。雖似僅指第七六一條第二項。然右之文字。實包含同條第一項及第二項者。觀諸我訴訟法之母法。即舊獨逸訴訟法第八二〇條三項(相當於我第七六一條第三項者)有「本條所揭。(Ondiesem Paragrafen Irwahnten) 區裁判所之裁判。得不豫經口頭辯論。爲之。」云云。自明矣。

既經口頭辯論之裁判。應以判決爲之。否則其裁判。應以決定爲之。第七四二條所規定也。此規定。依第七五六條。準用於假處分。故於此問題。有主張應以判決裁判之者。然多數學者。常謂此際之裁判。應以決定爲之。其理由。係爭物所在地之區裁判所。所爲假處分之裁判。不過有假之性質。非有終局的性質。此裁判後。在本案之裁判所。仍須經口頭辯論。以裁判區裁判所之裁判當否也。如此。區裁判所所爲之裁判。不過有假之性質矣。故非應以終局判決之形式爲之也。

苟區裁判所。不拘其非急迫之場合。而誤信爲急迫之場合。爲許可假處分之決定時。則其決定之瑕疵。非謂裁判之內容有不法也。乃無管轄權之裁判所。既爲裁判之瑕疵也。蓋關於假處分之裁判管轄之原則。特設例外。令區裁判所。爲管轄裁判所者。爲有急迫之事情也。故苟無急迫之事情。則其區裁判所。無管轄權。故此際裁判之瑕疵。在於管轄權之欠缺。而非存於裁判之內容也。

假處分裁判之內容。與假差押異。非單純也。故第七五八條。其第一項。設關於假處分內容之抽象的規定曰。「裁判所。以其意見。定達其申立之目的。所必要之處分。」而

第二項以下。示其例。第三項。規定其執行之手續。故例示之。則依係爭物之種類。有命保管人者。或對相手方。有命其爲或行爲者。有禁其爲或行爲者。或對申立人。許其爲或行爲者。有時有對第三者。命行者或禁之者。即係爭物。係定期金之債權時。有對第三債務者。命其爲定期金之辨濟。於假處分申請者。或禁其爲支拂於被申請人。有併以上例示之二個或三個之假處分而命之者。更就具體的說明之。有將係爭之牛馬。令第三者保管之。或命其修繕或家屋。又許可申請者以道路之通行。或禁被申請者之通行。故假處分方法。非如假差押之單純。僅爲目的之物件之差押也。而禁不動產或船舶之讓渡。其他設定權利於此物件之上之行爲。爲假處分時。裁判所應令其爲假處分命令之登記。第七五八條第三項。有「以假處分。禁讓渡不動產或爲抵當時。」云云。可謂蛇足之規定矣。何則。第七五六條云。假處分之命令。其他之手續。準用假差押命令及手續。故雖無此第三項之規定。而既有第七五一條之記入之規定。則應爲登簿記入之手續者。明甚。故也。

裁判所當發假處分之命令。定命令中所應揭之假處分方法者。屬其自由之判定。

也。換言之。裁判所。無拘泥於當事者意見之必要也。(第七五八條第一項)附言於此。定假處分_ノ之方法。屬事實問題。故上告裁判所。無審查其適否之職權。但事實上。裁判所所定假處分方法。有害於公之秩序善良之風俗者。其他法律上之不當者。則上告裁判所。得破毀假處分之裁判。

如以上所述。假處分_ノ之方法。以裁判所之自由意見定之。故由申請者。基第七五五條。爲假處分之申請時。以其有具第七六〇條之要件也。得命適於同條規定之處分。又反之。有願求假定第七六〇條之地位之假處分申請時。則調查其事件。以其爲應爲所謂係爭物之假處分也。亦得命之。

裁判所當裁判假處分之申請。無調查其本案訴訟。已爲權利拘束與否之義務。何則。以假處分。雖在本案未係屬前。亦得爲之。故也。又一審裁判所。雖就本案訴訟。已爲裁判。然苟其事件。尙未係屬第二審。或已離二審裁判所之係屬。則此際仍得命假處分。(第七六二條)

權利者。在本案訴訟之提起前。於本案之管轄裁判所。提起假處分之申請者。不必要

就於爲假處分有急迫事情之存在也。

假處分債務者。既受假處分之後。得向假處分裁判所。爲請其對假處分權利者。定期間。命以應起本案之訴於管轄裁判所之申立。約言之。第七六四條之規定。亦準用於假處分。而假處分申請者。苟不應起訴之命令時。則被申請者。得申立假處分之取消。裁判所於此場合。須以終局判決。取消假處分之裁判。(第七四六條準用)

區裁判所。因要急速之理由。命假處分之際。苟忘於對申請者。定呼出相手方於本案管轄裁判所之命令。及其期間。則此場合。得爲補充之決定否。應爲補充判決場合。第二四二條規定之。然二四五條。不拘其舉可準用於決定之判決規定。盡揭之。而於補充判決之規定。則不言其可準用。是由嚴格之條文解釋言之。有不得不謂本問題。爲不能爲補充決定者矣。然近日裁判例。及多數學者之說。皆謂爲得爲補充決定。其理由。在於判決尙可許補充裁判。故就於比較的不甚重要之決定。更無禁補充裁判之理也。惟學者中。有謂準用第二四二條。得爲補充決定者。其立論不能謂精確也。蓋不拘第二四五條。特別舉準用於決定之判決規定。而以其無揭第二四二條。竟謂關於

判決之第二四二條規定。可準用於本問之決定者。無條文上之根據。故也。

區裁判所之應急的假處分決定。對申請者。雖不命其呼出相手方於本案之管轄裁判所。且不定其期間之場合。然假處分申請者。亦得向本案之管轄裁判所。求其就假處分決定之當否。開始辯論者明甚。何則。於此場合。就假處分之當否。應受本案管轄裁判所之裁判者。乃依法律所定。假處分申請者之義務。故也。

應急的假處分決定。雖缺右之命令之際。然假處分決定。非爲是而爲無效者。勿論矣。

第三款 假處分之實施

假處分之裁判。自有其裁判之日。同時即生執行力。而其執行之也。不必在其送達後。又假處分裁判之執行。不必要執行文。(第七四九條準用)假處分裁判之効力。由送達之於申請者之日起。苟徒過十四日之期間。則當然消滅。(同上)而執行假處分裁判之機關。執達吏或執行裁判所也。禁被申請者行爲之場合。執達吏。以送達假處分之裁判。爲既有假處分之實施。假處分裁判之執行。有必要執行機關之強制的行爲者。例如由債務者。取上係爭物。則執達吏當之是也。要之。假處分裁判之執行。依第七

五六條。準用關於假差押之第七五〇條及第七四八條。更準用強制執行之規定。故示其適例。即執達吏實施假處分者。假處分權利者。對執達吏。不可不爲委任之手續。(第五二一條準用)次則受任執達吏。當執行假處分。應從第五三六條乃至第五四〇條之規定。又對動產。執行假處分時。準用第五六六條以下之規定。又有依於場合。準用第七三〇條第七三一條之規定。而第七四九條。關於假差押。有異於強制執行規定之特別規定。其規定。亦準用於假處分。故假處分之執行。雖在送達假處分命令前。亦得爲之。

有由行爲命令禁止命令所成之假處分裁判時。以送達其裁判於被申請人。爲實施假處分。此際。爲達申請者之目的。猶有必要他之處分者。例如有命養料支拂之假處分裁判時。此假處分之實施。用送達命養料支拂之裁判。於具義務者而終。然苟不拘受此命令之送達。而不依假處分命令。爲養料之支拂時。則假處分申請者。獨不得謂爲已達自己之目的也。然則於此場合。申請者得基假處分之命令。差押債務者財產。使競賣之。而由其競賣代金中。領收假處分命令所許與之養料金乎。又以他例言之。

有禁建築建物於或土地之假處分命令。而債務者。反其命令。爲建築時。假處分權利者。得委任執達吏。令其取拂建築物乎。或就田地灌溉之水流。有爭。既有水閘之假處分時。苟債務者閉鎖其水閘。或妨其灌溉。則假處分權利者。得令執達吏。除去其障害物。開放水閘乎。

一 被申請人。苟不履行命養料支拂之假處分命令時。得以右命令。爲執行名義。令執達吏。競賣其財產。取得養料金額否。對此問題。以付積極的答案爲當。命養料支拂之假處分。對於假處分債務者。命一定之給付者也。而假處分命令。雖非令請求權。有純然強制執行力。然爲保全強制執行之手段。則有効力。換言之。令支拂養料之假處分命令。在養料請求權之確定前。有假定養料權利者地位之効力也。故得此命令之假處分債權者。於其執行之點。與就養料請求權得確定判決之債權者。可看做同一。惟於効力有異點。即關於養料訴訟裁判之結果。有至不能主張其請求權耳。換言之。假處分命令。其於執行力之點。有令假處分債務者。支拂命令所定養料金額之効力。是與通常強制執行之場合同。以右之命令。爲一之執行名置也。故假處分債權者。得

基此命令。對於不履行之假處分債務者。直爲強制執行。

二 違背禁止命令。爲建築其他之工事時。債權者得令執達。其假處分命令。取拂之乎。議論不一定。予對此問題。信爲當與以消極的答案。假處分債務者。違背禁止命令。爲家屋建築其他之工事時。執達更不得基此命令。直取拂其建築物也。其理由。蓋在此假處分命令。爲禁止之目的者。債務者之行爲也。而取拂違背於命令所建築之家屋。其他之工事者。非假處分之目的。故也。或曰。禁止命令。若無令除却違背其命令所爲行爲之結果之効力。則無實用。今本問。債務者違背禁止命令。爲家屋建築其他之工事。苟非由其命令。直得令取拂其建築物。則債權者不得不更以訴。求其建築物之取拂。實際上可謂不便之極矣。且假處分命令之効力。令其得爲建築之取拂者。理論上爲當然。蓋既有禁止家屋建築之假處分命令。若假處分債務者。違反此命令。將爲建築之時。債權者尙得基此命令。防止債務者之不法行爲。而至於債務者犯命令之程度更重時。即在違背命令既爲建築工事之際。轉謂其不得基此命令。直令除却之。是亦失權衡之議論矣。然執達更。在本來強制執行之場合。對於不動產。無爲執行

機關之職權也。既如是。則爲假處分執行之場合。亦不得不謂其對於不動產。不能爲強制執行矣。且假處分其物。在形式上觀念之。不過對債務者禁行爲而已。無命取毀實在之建築物也。夫然。爲謂執達吏。得基假處分命令。直爲建築物之除却也。是一面至於不拘形式上無執行者。而有爲執行之結果矣。又一面。至於對不動產。爲強制執行之結果矣。而我民事訴訟法。於純然強制執行之場合。所以對不動產之執行機關。爲裁判所。而不令執達吏。爲其執行機關之理由。蓋在乎不動產。一般論之。有重要之價格。故令學識經驗比較的不滿足之執達吏。爲其執行機關者。非所以保護債務者利益之道也。而此理由。亦存於爲假處分執行之場合也。明矣。故執達吏。不得基於禁止命令。以自己之職權。取拂違反命令。所既建築之建物其他之工事也。反對論者所根據。謂依余之論旨。則禁止命令。至無實用。何則。以欲求取拂其違反命令所。建築之建物。又不可不起訴。故也。然由余之說言之。於右之場合。亦非必要起訴。因假處分債權者。得基假處分命令。申請於執行裁判所。令其下建築物取拂之命令。其命令。得令執達吏執行之。故也。而此際執行裁判所。得發如右之命令者。以其在於執行裁判

所之職權內。其論據。在依民事訴訟法第七五六條。準用第七四八條。更依第七四八條。準用第七三三條也。此說。爲今日裁判例所採用。(東京控訴院判例)第三例之問題。類推以上之論旨。得解決之。

實施假處分之際。假處分申請者。及第三者。有主張異議之權利。茲所謂異議者。包含實質上之異議。及形式上之異議也。先就形式上之異議述之。第一。受假處分執行者。得據民事訴訟法第五二二條。主張異議。第五二二條。對執行文付與之異議也。通例假處分之執行。不必要執行文者。此依第七六條。準用第七四九條第一項之結果。然爲假處分債權者或債務者。有永繼時。則依第六四九條第一項。必要執行文矣。今若非假處分債權者之承繼人者。受執行文。執行假處分時。或假處分債權者。對非假處分債務者之承繼人者。受執行文。實行假處分時。其他執行文之付與。有及於法律之規定時。即得依第五二二條。主張異議也。又於必要執行文之場合。無執行文。而爲假處分時。得據第五四四條。唱異議也。第二。實質上之異議。準用民事訴訟法第五二五條。即假處分命令。不拘其實質上。已失効力。竟基之而執行假處分時。則債務者得。依

五四五條之準用。主張異議。如何場合。實質上始失其効力乎。例如爲假處分原因之請求。在本案訴訟。既被棄却。且其判決已確定者。是也。第三。就假處分之目的物。有所有權。其他妨之讓渡引渡之權利之第三者。得據民事訴訟法第五四九條之準用。對假處分之執行。主張異議。而此異議。其性質。屬於實質上者也。第五四九條之規定。學說上。稱爲執行參加。蓋對強制執行之目的物。債務者以外之第三者。主張債務者無處分之權利。之異議也。反面言之。即主張自己有完全處分執行目的物之權利。之異議也。假處分。由其性質言之。雖無對其目的物。有爲競賣其他換價處分之効力。然苟第三者。有所有權或其他物權之物。而認爲假處分債務者之所有物。令受假處分。則第三者對之。有不能行使自己之權利矣。故爲保護其權利。法律特與第三者。以對於假處分之執行。主張異議之權利也。以上異議中。形式的之異議。非依訴之形式。反之。實質上之異議。不可不以訴之形式主張之。

第三節 假處分之効力

假處分命令之効力。依送達此命令於被申請者。而發生其効力。然此効力。僅有相對的

之効力。而對於第三者。則從假處分之目的物。有必盡互異之手續。始生其効力。

第一 關於不動產或船舶之假處分。依記入假處分命令。於登記簿。始生對第三者之効力。而依第七五六條。準用第七四八條。依七四八條。不動產準用第七五一。船舶準用第七一七。更至於準用第六五一條矣。但假處分之執行。令船舶碇泊。裁判所爲船艦之監守及保存。既爲必要之處分時。則雖無假處分之登記。對第三者。亦生効力。(第七二一條之準用)

第二 關於有體動產之場合。則依執達吏占有假處分之目的物。或附以封印標目。令債務者或第三者保管之。始對第三者生其効力。此論結之根據。在於依第七五六條。準用第七四八條。依第七四八條。更準用第五六六條。故也。有體動產之假處分之効力。雖不送達命令於債務者。而執達吏既占有之之時。即生其効力。(第七五六條第七四九條第三項)

第三 關於債權之假處分。依送達命令於第三債務者。始生對第三者之効力。(第七五六條第七四八條第五九八條) 若爲債權之擔保。既有抵當權之設定時。則關

於其抵當權。依記入假處分命令於登記簿。生對第三者之効力。(第五九條之準用)
英無第三債務者之財產假處分。僅依送達於被申請人。便生其効力。
假處分之効力。如左。

第一 左以係爭物爲目的之假處分。則禁假處分債權者及債務者。對之行使其權利也。此與假差押相異之要點。假差押。不過禁假差押債務者權利之行使。而對於假差押之目的物。假差押債權者。本來無何等之權利也。而係爭物。則屬於假處分債權者。抑屬於假處分債務者。在判決確定前。猶爲不明。故非禁雙方行使其所主張之權利。則不得達假處分之目的也。或謂。由假處分債權者所申請之假處分。不過對於假處分債務者。禁其權利之行使耳。若債務者。欲禁假處分債權者之行使其權利也。得更由自己。爲假處分之申請。此其理論上之當否。姑置之。惟如此說。則在實際上。有不得不謂爲迂遠之甚者矣。蓋以有全無益爲二重之手續也。况假處分者。乃就係爭物爲之也。故雖由當事者之一方申請。而對於雙方令生其効力者。爲得理論之正確也。(明治二十六年九月大審院判例)

第二 第三者。雖對假處分物。有所有權其他之物權。然苟其命令。既適法送達。或既爲假處分命令適法之登記。則此際。不得行使自己之權利。但起異議之訴。既令取消假處分命令時。不在此限。

第三 假處分之効力。亦及於其目的物之天然產出物。(第七五六條第七四八條第五六九條)

在設定假地位之假處分。其効力。於前揭之問題。既述之矣。茲約言之。命假處分債務者。一定之給付時。苟不爲其給付。則債權者。得基此命令。直爲強制執行。又命或行爲。而債務者不應其命令時。依第七三三條之準用。從民法第四一四條。得求發適當之命令。不遵守禁止命令者。亦同。

要注意者。假處分之効力。不溯及。及其効力。在假處分債權者之債權者。雖得引用之。而在假處分債務者之債權者。不得引用其効力。爲自己之利益。是也。

第四節 對關於假處分裁判之不服申立方法

關假處分申請之裁判。有二。即却下之。或採用之。是也。

(甲) 却下假處分申請之裁判。此裁判。有以判決爲之者。有以決定爲之者。即就假處分之申請。既經口頭辯論。則以終局判決裁判之。(但在第七六一條所規定之場合。雖經口頭辯論。應以決定裁判之。既述之矣。) 否。則以決定裁判之。而對此判決。得以控訴上告。申立不服者。固明甚。其以決定爲裁判者。亦得以抗告。申立不服。此抗告。即指稱第四五五條所規定之抗告也。而爲此抗告之目的之裁判。由形式區別之。有三種。第一。全然却下假處分申請之決定。第二。對假處分申請者。命保證之決定。更分之爲二。(一)爲假處分之裁判前。令立保證之決定。(二)以立保證爲條件。許假處分之決定。第三。抗告裁判所。命保證之決定。

就第三決定。有疑問焉。命保證之決定。即無條件之假處分申請之却下也。故於第一審。受假處分申請却下之決定。抗告裁判所。對之命立保證。或以立保證爲條件。爲許假處分之決定時。是無條件之假處分申請。在第一審及第二審。均被却下也。而依關於抗告之規定。第四五六條第二項。云非依抗告裁判之裁判。有新生獨立之抗告理由者。不得更爲抗告。今本問。在第一審。既却下無條件之申請。在第二審。亦却下此申

請。則依第四五六條之適用。似宜論結其爲。對抗告裁判所之裁判。不得更爲抗告矣。若在第一審。以立保證爲條件。命假處分。因對之爲抗告。抗告裁判所。據原裁判所同一之理由。棄却抗告時。則應受第四五六條第二項之適用者。固無容疑也。然苟第一審裁判所。棄却假處分之理由。在於不疏明請求。或不疏明假處分之理由者。而抗告裁判所。命保證。或以立保證爲條件。而命假處分。則應立保證與否之論點。固未嘗現於第一審。而在第二審所新生者也。故得謂此抗告審裁判。爲第四五六條第二項。所謂新生之獨立抗告之理由也。從而對此決定。得更爲抗告。

(乙) 命假處分之裁判。此裁判。亦有以判決爲之者。以決定爲之者。判決之場合。得爲控訴上告者。固明。以決定命假處分者。亦得對之申立異議。換言之。非對其上級裁判所。爲抗告。之對爲其裁判之裁判所。爲異議也。茲所謂爲異議目的之決定。得區別之爲二種。第一。在本案訴訟之管轄裁判所。爲有急迫之事情。不經口頭辯論。所爲之假處分之決定。(第七五七條第二項)第二。本案管轄裁判所之裁判長。爲有急迫之事情。所下假處分之決定。(第七六三條)茲宜注意者。爲急迫之場合。管轄係爭物所

在地之區裁判所。爲就假處分之當否。爲口頭辯論。定應呼相手方於本案裁判所之期間。而命假處分時。則不得對此假處分。申立異議。其理由。蓋此際。區裁判所。代本案之管轄裁判所。爲應急之裁判。其裁判。不過有假之性質。而就此裁判之當否。更於本案裁判所裁判之。故不必有許申立異議於區裁判所之必要也。

對假處分決定之異議之性質。與上訴全異。即以假處分之決定爲不當。而對爲此決定之裁判所。求再理也。雖同一文字。然與第五四四條之異議。有上訴之性質者。其義自殊。前者。謂向既爲裁判之機關。求再理之申立。而後者。向爲裁判機關之上訴機關。求其覆審之申立也。夫其義之異如此。而竟用同一之文字者。是立法上之不注意也。異議之申立。應以書面爲之。蓋無許以口頭爲之明文。故應受第三〇四條之適用。此異議。要開示求假處分取消或變更之理由。以供口頭辯論之準備。而其理由。應主張假處分決定之不法。不得以決定後。假處分之理由既已消滅。爲其根據也。異議之申立。無停止假處分執行之效力。

問題一。既申立異議之當事者。得申請以假處分執行之停止制限取消爲目的之

假之處分乎。

強制執行之場合。因種種理由。得以假之處分。爲強制執行之停止制限取消。例如第五〇〇條。第五一二條。第五二二條。第五四七條。第五四九條。所規定者。是也。在假處分之場合。亦得停止其假執行乎。

甲說 假處分與假差押異。有不得以保證。擔保申請者所可被之損害者。故關於假差押之第七四三條之規定。非可準用於假處分也。又由他面觀之。假處分之效力。禁當事者雙方之權利行使。故無爲假處分債務者。特生停止假處分執行之必要也。夫假處分之效力。不過令假處分債務者。對假處分之目的物。不得行使自己之權利。故爲禁其權利行使。所生之損害。固得以金錢回復之。反之。由假處分申請者觀念之。爲停止假處分之執行。有生失其目的物之結果者。有爲是生後日不可回復之損害者。而其損害。又或有不得以金錢賠償之者。故假處分執行。雖有如何原因。皆不得停止。且若以假處分執行爲得停止。則擴張其理論。不得不謂既執行之假處分。亦得以假之處分。取消之矣。誠如是也。不特全假處分申請者。有蒙不可回復之損害。而有時。且

令訴訟之目的。至於不能達者。例如對或土地。既下假處分命令。禁其買賣。而其申請者。對被申請者。已起其土地所有權回收之訴。此土地。在假處分申請者之一家。爲最緊要之土地也。於此場合。苟得令停止假處分之執行。則被申請者。爲欲害申請者。賣却之後。日雖以如何方法。而土地之所有權。終至於不與回復矣。又爲有假處分執行之停止。被申請者。賣却此土地。而申請者。爲不知其事實。不以其請求。變爲損害要償。後雖得勝訴之判決。亦將有不能執行其判決之結果矣。故與假差押異。假處分能停止其執行也。

乙說 設假處分之立法精神。爲豫防以金錢所難償之損害發生者。固勿論矣。然不得謂假處分。爲盡豫防金錢所不能償之損害也。即有時爲豫防金錢可償之損害。亦有許假處分者。蓋假處分與假差押之根本區別。非在此點。乃在於直接保全對於係爭物之權利。與間接保全金錢債權之實行耳。而爲豫防以金錢可償之損害。而命假處分時。則令被申請者。立保證。爲其執行之停止者。無禁之之理由也。更徵諸第七五九條。有云。限於有特別之情況時。得令立保證。許假處分之取消。苟一切之假處分。盡

以豫防不能償之損害。或難回復之損害。爲目的。則不能有設同條之規定矣。今法律既設本條規定。則由是觀之。得推知其。有時。有爲豫防以金錢可償之損害。而許假處分者。從而得令假處分被申請者。立保證。而命假處分執行之停止。制限取消也。又明矣。余贊成此說。

問題二。適用第七六一條場合。即於急迫之場合。區裁判所爲假處分之決定時。其被申請者。得於本案裁判所。就假處分決定之當否。爲辯論時。求假處分執行之停止。取消或制限否。(若以第一問之甲說爲可。則不生本問題。因採用乙說。故有此問題。)依消極說。謂受第七六一條適用之場合。本案裁判所。不過就區裁判所已爲之假處分決定。有審查其適否之義務。至於此外之點。無審查之職權。以是對此申立。無爲裁判之權限。故謂如此申立。不得爲於本案裁判所也。然此說非予所能贊同。試述其理由於下。第七六一條。爲令應於急迫之必要。所設者也。即決假處分之許否者。本來屬於本案裁判所之職權。惟是假處分之申請。若必在本案裁判所爲之。則有急迫之場合。恐生不能爲適宜假處分之不便。故姑令區裁判所。得命假處分耳。雖然。許可假處

分之權限。原則屬於本案之管轄裁判所。區裁判所所發之假處分命令。特假爲之也。故令本案管轄裁判所。判斷其當否。借民法上之理論言之。此際之區裁判所。不過爲本案管轄裁判所。爲一種管理行爲耳。區裁判所所爲之行爲。與本案管轄裁判所所爲之行爲。生同一之効力者。必要本案管轄裁判所之認可。又右之場合。區裁判所所與之假處分命令。亦有得比於當事者一方之闕席。所爲之闕席判決者。決闕席判決之當否。與對席審理者無異。區裁判所所與假處分命令之當否。於本案管轄裁判所。應決之也。而本案之裁判所。當下假處分命令之後。既得命其執行之停止制限取消。則對區裁判所所與之假處分命令。當決其認可不認可時。亦無不得以假之處分。先命其命令之停止制限取消之理由矣。

問題三 本案管轄裁判所。在本案審理未至終局以前。得中止假處分異議所爲之辯論。或對區裁判所所下之假處分命令之當否。所爲之辯論乎。

對於本問。毫無疑點。得下消極的之斷定。何則。假處分之當否。非因本案請求之成立不成立。而決之也。雖本案請求成立之場合。亦有無許假處分之理由者。又至後日。本

案請求之不當。雖可確定。而得先命以假處分者。故本問。不得適用第一二一條之規定。

異議之審理手續。對異議之申立。裁判所常須經口頭辯論。以終局判決裁判之。當事者一方苟闕席。則應為闕席判決。而其判決。宣告或假處分之認可變更取消也。此宣言。得附以立保證之條件。

問題 第七四五條第二項。無何等之制限。盡適用於對假處分之異議者乎。換言之。得僅以保證之條件。命假處分之全部或一部之取消乎。有學者曰。假處分命令之取消。如第七五九條所規定。限於有特別之狀況時。且非以立保證為條件。則不得為之。故將準用第七四五條。以立保證為條件。命假處分之取消也。必同時有特別之狀況存焉。不得僅以立保證為條件。遂命假處分之取消也。

關於此點。法文雖不明瞭。然余則反對以上學者之說。第七五九條之規定。非可準用於對假處分命令為異議之場合。同條。乃對照於假差押之第七四七條也。換言之。第七四七條。乃規定假差押命令。無何等不法之場合。即假差押命令後。假差押理由既

消滅。其他狀況既變更。或既爲將立保證之提供。（此保證即以裁判所之自由意見所定者。）則應爲其取消也。第七五九條。乃規定假處分命令之成立。既適法後。所應爲其取消者。惟與假差押異。假處分。有恐生以金錢所不能償之損害。或難償之損害。故僅立保證。猶不許取消之。必保證外。更加以特別狀況之存在也。換言之。第七五九條。當準用第七四七條時。加一制限於其準用耳。蓋對假處分之異議。以假處分命令之不當爲理由也。故假處分命令苟爲不當。則對之爲異議者。爲正當也。夫其異議。既有正當之理由。則取消假處分。更何必要特別情況之存在乎。若謂非有特別狀況之存在。則不得取消假處分也。是於其情狀之發生前。不得不謂假處分命令。爲無何等之瑕瑾矣。從而對之爲異議者。無正當之理由矣。要之。第七七九條。非規定以假處分之決定爲不法。而攻擊之者。乃規定假處分決定。既適法之場合。而欲求其取消者也。從而當準用第七四五條時。不受第七五九條之制限。舉以上予之論旨約言之。（一）第七五九條。非規定以假處分決定爲違法。而以異議攻擊之者。（二）從而當準用第七四五條時。不受第七五九條之制限。於異議之訴訟。令立保證。爲假處分之取消者。不必

要第七五九條所謂特別情況之常存也。

以異議爲正當。爲假處分之取消時。其判決。應付假執行之宣言。而關於假執行之宣言。強制執行之規定中。有第五〇四條第五〇五條。此二條。在假處分取消之判決。亦得準用之否。換言之。假處分申請者。得豫想其敗訴之場合。而第五〇四條第五〇五條之申立乎。曰否。此兩條。非可準用於爲假處分取消之場合也。先就第五〇四條言之。此申立。敗訴者之被告所爲也。即判決之確定前。若爲其判決之執行。則被告有受後日不能回復之損害時。所爲之申立也。而在假處分取消之訴訟。其被告。（即假處分申請者。）苟能疏明其將受不得回復之損害。則假處分之決定爲適法。自無取消假處分決定之理由。故也。

又第五〇五條之精神。固可謂其得準用。然有第七四五條。以代本條。故無更準用第五〇五條之必要也。

第五節 假處分之消滅

假處分之効力。依命令之取消。絕對的消滅。依執行之取消。關係的消滅。

(甲) 命令之取消。

第一。生於準用第七四六條之場合。即本案未繼續前。在本案裁判所。命假處分時。因債務者之申立。命債權者。於相當之期間內。應起訴。苟不應此命令。則依債務者之申立。爲取消假處分命令之終局判決。第二。假處分之理由既消滅。其他情況既變更。(第七四七條之準用)此際。以終局判決。取消假處分之命令。第三。特別之情況發生。且由債務者。既立保證之時。(第七五九條)右之場合。應以終局判決。爲假處分命令之取消。以上三個場合之判決。本案管轄裁判所爲之。第四。於急迫之場合。區裁判所。既命假處分。苟假處分申請者。不於其所定期間內。爲就假處分之當否。爲口頭辯論。呼出相手方於本案管轄裁判所時。此際。區裁判所。因債務者之申立。決定取消假處分之命令。

問題。苟期間之經過後。假處分債權者。有爲口頭辯論。求呼出債務者之事實。則假處分債務者。不能求其取消乎。第七六一條所規定之期間。非不變期間。是其爲可依當事者之申立。而伸張之之性質也。故雖在此期間之經過後。債權者苟於本案之管

轄裁判所。既爲呼出假處分債務者之申立。則其申立。亦非不法。換言之。此場合。非可適當第七六一條第二項也。在適用本保第二項之場合。假處分債權者。對於取消之決定。不得申立不服。蓋此決定。取消假處分之命令。非取消假處分之執行。故關於強制執行之第五八條。不得準用。固勿論。即關於假差押之第七五四條。亦非可準用。故也。第五。異議之理由。爲正當時。此際。亦應以判決。假處分全部或一部之取消。此判決應附假執行之宣言。(第五〇一條第四號)第六。有以基第五四九條之第三者異議。認爲正當之裁判時。此際。常伴以假處分執行之取消。何則。非既執行假處分命令之場合。第三者不得依第五四九條。申立異議。故也。對此異議之裁判。亦以判決之形式爲之。第七。由假處分命令之言渡或送達起。既徒過十四日之期間之時。(第七五六條第七四九條第二項)依期間之徒過。命令之効力。當然消滅也。第八。有取消命假處分之判決。之上級審判決時。

(乙) 假處分之執行取消。

第一 以對於假處分執行之異議。或對執行文付與之異議。爲正當者。(第七五六

條第七四八條第五四四條)對承繼人。或爲承繼人。無執行文。而既爲假處分執行時。其他執行之方法。或執行機關。當爲執行。有背於所應遵守之手續時。則依假處分被申請人之異議申立。應爲既執行之假處分之取消。此裁判。須以決定爲之。又對此決定。得依第五五八條。爲即時抗告。或不當適用第七四九條第一項。爲非假處分債權者之承繼人。付與執行文。或對非假處分債務者之承繼人。付與執行文。既執行假處分時。則依債務者之異議。取消之。第二。依第七五六條。準用第七五四條第二項之場合。即爲假處分之實行。要特別之費用。且債權者。不將其爲是所必要之金額。供託之。則執行裁判所。得命既執行之假處分之取消。夫不豫納費用之時。不得謂常必取消其執行也。惟爲不豫納費用。致欲存續既實施之假處分之狀態。則有爲被申請者。生損害之時。方命其取消耳。例如。對牛馬。爲假處分。委諸第三者之保管。不豫納其食料。是也。

以上取消之場合。常於執行裁判所。爲其裁判。當爲此裁判。不要經口頭辯論。此裁判。以決定爲之。(第七五六條第七五四條第三項)得對之爲即時抗告。(第七五六條

第七五四條第四項）右兩種之裁判。依其送達。生執行力。對之爲抗告者。無停止其執行之効力。若欲停止取消之執行。則第一場合。宜依第五二二條。爲其申立。第二場合。宜依第四六〇條末項。求其裁判之中止。

假處分取消之効力。既取消假處分時。則回復於假處分實施前之狀態。然依於場合。有不得以有假處分取消之裁判。遂回復於其實施前之狀態者。此際。既得取消裁判之當事者。爲回復假處分前之狀態。得爲其必要之行爲。例如對不動產。既實施假處分。則爲假處分登記抹消之手續。對船舶已實施假處分者。亦同。於茲有一疑問。在強制執行。苟取消已附假執行宣言之裁判時。則如第五一〇條第二項所規定。其爲假執行所既給付者。得依被告之申立。於取消假執行宣言之判決。命原告辨濟之。而假處分之執行。有命假處分債務者。爲種種之給付。例如命因有養料支拂之假處分。既支拂若干圓之養料。於假處分債權者。是也。此際假處分債務者。得以假處分命令取消之訴訟。對假處分債權者。求其已爲辨濟之物之返還。之申立乎。或得基假處分命令取消之裁判。就既爲辨濟之物之返還。爲強制執行乎。對此問題。不可不與以消極

的之答案。何則。第一。假執行。有第五一〇條第二項。特定之規定。而假處分。則無如此之規定。第二。取消假處分之場合。不問取消其命令。與取消其執行。皆止於審查其命令之當否。或審查執行手續之當否。故也。更言之。假處分。非直準用強制執行之規定。乃準用假差押規定。(第七五六條)之結果。依第七四八條。準用關於強制執行之規定也。而在假差押之場合。因假差押之執行。而自債務者有爲給付者。此絕無之事也。是雖依第七四八條。假差押之場合。準用強制執行之規定。而第五百一〇條第二項之規定。亦不能準用於假差押者。明甚。同項之規定。既不能準用於假差押。則亦不能準用之於假處分者。又理論上之當然也。且就假處分之當否。爲裁判時。則爲其裁判之基本。之口頭辯論之範圍。止於命令自體之適法與否。命令執行之手續適法與否而已。故關於給付事實。或既給付數額之審理。屬假處分取消訴訟之範圍外也。再附言之。第五一〇條第二項之規定。乃以判決爲裁判者之規定也。故姑讓一步。謂第五一〇條第二項。亦得準用於假處分。而在以決定取消假處分之場合。仍不得適用也。明矣。由以上之理由。故不得以假處分取消之訴訟。就假處分之執行。所既給付之物。

求令其返還之裁判。

次言。對假處分之執行。所既給付之物。全其爲返還者。乃令假處分債權者。爲一之給付也。是求其返還之請求之訴訟性質。乃以令爲給付。爲目的者也。故屬於履行訴訟。而取消假處分之裁判。乃打破假處分命令之結果。所既成立之訴訟法上關係也。故求此裁判之申立。其性質。屬於創定訴訟。不能以創定訴訟之裁判。爲以給付爲目的之請求之執行名義也。明甚。故可論定假處分取消之裁判。不能對於因假處分之執行所既給付之物。爲求其返還之執行名義也。

假處分之費用。關於假處分之費用。歸於在其手續之敗訴者。所負擔也。而假處分。一爲其命令。便同時有執行力。故於既爲假處分命令之程度。假處分債務者。不可不負擔之。苟棄却假處分之申請時。應歸於申請者之負擔。固不待論矣。而既有假處分之裁判後。依假處分債務者之申立。有取消此裁判之他之裁判時。則假處分之費用。亦歸申請者負擔。然爲假處分取消之申立者。不得於其訴訟手續。求因假處分手續之費用。所既給付之物之返還也。故既有假處分取消之裁判時。苟債權者。不任意償還

其前所領收之費用。則爲求其返還。不可不起民法上之請求。

假處分費用之償還。及因假處分執行所既給付之物。(或假處分債權者所既收益者)之返還。其性質上。非屬假處分取消訴訟。故於假處分取消訴訟既提起後。不能以訴之擴張。求如左之請求者。勿論矣。雖然。於訴訟法上之訴。即假處分取消之訴。得併合以上民法上之訴。詳言之。以求已爲給付之返還。收益之交付。假處分費用之賠償。其他損害之賠償。爲目的。之民法上之訴。皆得併合之。所以訴訟法上之訴。得與民法上之訴併合者。以在訴訟手續上。既無何等之支障。而與第一九一條。關於訴之客觀的併合者。亦無抵觸。故也。

第三章 假處分與假差押之差異

大別此兩者之區別。爲(甲)實體上或性質上之差異。(乙)手續上之差異。

(甲) 實體上之差異。

(一) 假處分與假差押。其原因有異。詳言之。爲假差押原因之權利。要爲金錢之債權。或可代於金錢債權之請求也。反之。爲假處分原因之權利。非以金錢之支拂爲目的。

者也。

(二) 試述物體上之差異。則先言假差押與假處分。其種類有多少之差。即爲假差押之物體者。動產不動產及財產權也。爲假處分之物體者。不僅動產及財產權。即人之作爲不作爲。亦可爲其物體也。次更就他之點。舉此差異。則假差押之物體。不必要特定物或特定財產權。反之。假處分之物體。常須爲特定物。特定財產權。或特定之所爲。

(三) 就其目的之差異。言之。假差押。以禁對其物體之債務者行爲爲目的。而假處分之目的。則或有以禁債務者之行爲爲目的者。或有以許可債權者之行爲爲目的者。從而假差押方法之種類。非多數。乃單純也。換言之。僅禁對於假差押物體之債務者行爲也。惟於其執行。則有差押而已。如動產。執達吏占有之。不動產。爲假差押之登記。是已。假處分。大別之。則有係爭物假處分。與設定假地位假處分之二種。而達其目的之方法。則有數種。即假差押之方法。常爲單純。而假處分之方法。常爲複雜。如既所說明。有以禁止命令成立之者。有以行爲命令成立之者。有以行爲許可之命令成立之者。又有由行爲之命令與禁止之命令。相合而成立者。或有合此三者而成立者。

(四) 此兩者。就有其請求之權利者言之。亦有差異。詳言之。假差押。常僅由在訴訟原告之地位者。方得請求之。而假處分。則由在被告之地位者。亦得請求之。是也。

(五) 有効力上之差異。假差押。雖僅禁債務者之權利行使。(但非許債權者爲權利之行使之意也。惟對於屬債務者之所有。無爭之財產。爲實用耳。故以禁債務者之權利行使爲己是。而對債權者。無發禁止命令之必要也。)反之。係爭物之假處分。禁當事者雙方之權利行使也。何則。在係爭物假處分之場合。債務者債權者中。孰爲眞之權利者。尙不得知。故也。

以上。在當事者間之効力之差異也。而對於第三者之効力。亦有差異。第三者對於假差押物。得執行假處分。反之。第三者對於假處分物。不得實施無條件之假差押。就於此點。有更進一步之議論。即謂條件附之假差押。換言之。以假處分之消滅。爲効力發生之條件。之假差押。亦不能爲。苟此說爲得當。則在與第三者之關係上。兩者之差異。益明矣。要之。不拘假處分効力之存續。而欲爲可變於強制執行之假差押者。終屬不能也。

(乙) 手續上之差異。手續上差異之要點。如下。

(一) 管轄裁判所有異。在假差押。常有二種之管轄裁判所。即如第七三九條所規定。假差押。屬於管轄物件所在地之區裁判。或管轄本案(即假差押原因之請求)之裁判所。之管轄。此兩者。在同等之地位。換言之。債權者。於兩者中。自由選擇其一。反之。假處分。以屬於本案管轄裁判所之管轄。為原則。惟例外。有令係爭物所在地之區裁判所。管轄之耳。然區裁判所。就假處分。為裁判。要一之條件。即為急迫之場合。是也。又在此際。區裁判所所為假處分之裁判。不過有假之性質。換言之。就其假處分裁判之當否。不可不更受本案管轄裁判所之裁判也。

(二) 為假差押之裁判。不必要經口頭辯論。反之。為假處分之裁判。以經口頭辯論為原則。惟如第七五七條三項所規定。於急迫之場合。則例外。得省略口頭辯論。為其裁判耳。

(三) 在假差押。雖物件所在地之區裁判所命之者。其裁判。亦與本案管轄裁判所所命者。有同一効力。換言之。就區裁判所所已為之裁判之當否。無令本案管轄裁判所。

更審理之也。反之。在假處分。因急迫之理由。區裁判所。爲其裁判時。就其當否。應再受本案管轄裁判所之裁判。且有被其取消者。故區裁判所所爲之裁判。與本案裁判所所爲者。無同一効力。

(四) 假差押之命令中。爲得停止假差押之執行。或爲得取消既執行之假差押。須揭債務者所應供託之金額。而假處分之命令中。則絕對無揭如此之事項。(第七四三條)從而假差押。有僅依其命令所定金額之既供託。取消執行。而假處分則無。

(五) 假差押。於其認可後。得僅立保證。以取消其命令。(第七四七條第一項)而假處分。則其命令之認可後。不得僅以立保證。而命其取消。如第七五九條所規定。限於有特別之情況時。令立保證。方得爲其命令之取消。

(六) 如第七六一條第二項所規定。區裁判所。爲假處分之命令時。應定呼出相手方於本案管轄裁判所之期間。苟徒過此期間。則裁判所。依相手方之申立。取消假處分。而在假差押。區裁判所。與本案裁判所。立於同等地位之管轄裁判所也。故無此手續。



第七編 公示催告手續

對確定之相手方。爲令其主張應有之異議權。所爲之裁判上之催告。得依確認之訴。達其目的。故無特設規定之必要。而對於不確定且不明之相手方。則不得提起確認之訴。故對不確定不明之相手方。爲令其行使應有之請求或權利者。以付以失權之効力。及此權利之屆出。裁判上公示而催告之。爲最當。此公示催告手續。所由設也。夫如是。公示催告手續。非依判決或強制執行之方法。以保護私權爲目的者也。乃以關於私權消滅變更之事實之確定。爲目的者也。是從其本質言之。非屬於訴訟事件。轉屬於非訟事件矣。乃以公示催告手續。規定於民事訴訟法中者。果據何理由乎。蓋由民事訴訟法規定之大部分。可適用之於公示催告手續。故於其中。特設一編以規定之。立法上爲適當也。

一 意義及要件。所謂公示催告手續者。限法律所定之場合。對不明之相手方。令將其應有之權利或請求。屆出於裁判所。且附以失權之効力之旨。公示而催告之。

所爲之裁判上手續也。(第七六四條)以是公示催告手續之要件。第一。催告。要爲裁判所所發者。蓋公示催告手續。爲一特別手續也。故當事者所爲之催告。如債務履行之催告者。(民第五四一條)非玆所謂公示催告。第二。催告要對於不分明之相手方。以公示爲之。所謂不分明之相手方者。非僅居所不明之相手方。即不明其爲何人之相手方。亦包含在內。故公示催告。對於不在者。或不明其爲何人之相續債權者。得爲之。若對於既分明之特定相手方。則無公示其應有之請求或權利之行使。而爲催告之必要也。第三。催告要爲令於裁判所。爲請求或權利之屆出者。民事訴訟法第七六四條第一項。特規定請求或權利之屆出云者。不外明示屆出之目的。非僅限於有請求之形體之權利也。實爲公示催告之申立人。爲請求之成立。所爲保全行爲之權利耳。故利害關係人之權利狀態。雖未達於要求特定事項之程度者。亦得爲屆出之目的。第四。催告。要有不爲屆出則生失權之効力者。換言之。相手方苟不應此催告。爲屆出時。則因之受損害也。其損害。即權利之喪失。或其主張之困難。是也。民事訴訟法第七六四條第一項規定云。生失權之効力者。未免失之過狹矣。又其損害。有依特別法

之規定。法律上當然發生者。或因除權判決之中立。而發生者。蓋我民事訴訟法。於第七六九條。惟就失權之効力發生。必要除權判決之場合。規定其手續而已。非以除權判決。爲失權之効力發生。之絕對的前提要件故也。以是。苟非發生失權之効力。僅爲豫防無効之法律關係。呈有効之外觀者。所爲之催告。非屬公示催告。第五。催告。要限於法律所定之場合。民事訴訟法。僅規定公示催告之手續。至許其催告之法律關係。如前提要件。申立者。及失權之効力。範圍等。則不規定。而讓諸實體法。蓋此事項。非民事訴訟法所宜規定。故也。其第七六四條第一項云。限於法律所定之場合者。實不外此法意耳。（民施第五七條。人訴第七〇條。商二八一。）

二 催告手續之通則。我民事訴訟法。所規定催告手續之通則。如管轄裁判所。公示催告申立之形式。對申立所爲之裁判。公示催告之內容。公示催告之公告。公示催告期間。除權判決。不服申立之訴。及公示催告之併合。是也。以下分晰言之。

(a) 管轄裁判所。公示催告之手續。因申立而開始。所申立者何。即從實體法之規定。對於不分明之相手方。有令其將其應有之請求或權利。屆出於裁判所。且附

以失權之効力。公示而催告之之權利之旨也。該申立之事物管轄。屬於區裁判所。(第七六四條第二項)因此事件。其性質上。多簡易。故也。土地之管轄。除民事訴訟法第七七九條所規定者外。民事訴訟法無規定。此不外令於實體法。從許其公示催告之法律關係之種類。設適當規定之法意耳。

(b) 申立之形式。公示催告。因於從實體法之規定。有申立權者之申立。爲之。非裁判所以職權爲之也。(不干涉審判主義之適用)該申立。以申請之形式爲之。非以訴之形式爲之者。明甚。又屬於區裁判所之管轄。故得以書面或口頭爲之。(第七六五條第一項。第三七四條)而此申立。所應表示之事項。即內容。隨許其公示催告之法律關係之種類。各有差異。故民事訴訟法。不以通則規定之。(參照第七八條)

(c) 對申立所爲之裁判。管轄裁判所。於爲公示催告以前。須以職權。調查其從實體法。有可許公示催告之申立否。苟不欲直却下其申立也。則得令申立人。以書面或口頭。釋明其申立。或補充之。又爲同一之目的。得以職權。呼出申立人。命爲口

頭辯論。（此際之口頭辯論。爲片面的口頭辯論。）於此場合。苟中立人不出頭。則惟基於既提出之申立。爲裁判。不得依闕席判決之規定。管轄裁判所。於其調查之結果。認申立爲不當時。以決定。爲却下申立之旨之裁判。所以以決定之形式爲裁判者。蓋由就申立所爲之裁判。不以口頭辯論。爲前提要件之法律推之。而無容疑也。該決定。於不爲言渡之場合。則須爲送達。（第二四五條第三項。）又對該決定。得爲抗告。（第四五五條）而申立。苟爲可得除去之欠缺。被却下時。則爾後爲適當之補充。不論何時。得更爲其申立者。當然事也。反之。認申立爲正當時。則爲公示催告。此公示催告。當然包含是認其申立之裁判者也。故苟不於決定之形式。對申立人言渡。則要以職權送達之。（第二四五條）苟裁判所。以條件附其他之方法。認申立爲正當時。則以特別之決定。宣言公示催告之體樣。及許之之旨。令申立人選定。其欲以抗告申立不服。抑欲額從裁判所認爲適當之方法。爲公示催告也。

(四) 公主催告之內容。公示催告之內容。即公示催告所應表示之事項。從各場合之法律關係。以實體法之規定。裁判所之意見。及申立人之利益。爲標準以定之。

民事訴訟法第七六五條第三項。不過例示的。舉其必要所不可缺之事項。規定之耳。(引用第七六五條第三項。殊「揭左之諸件云云。其第一。申立人之表示。通常表示申立人之氏名住所自分職業。其第二。限至催告期日止。要屆出其請求或權利之旨之催告。而單純期日之指定。爲未足也。其第三。因不爲屆出。所可生之失權之表示。此爲民事訴訟法第一七三條第二項。所規定之原則之例外也。失權雖由實體法所生。然公示催告中之失權之表示。要符合於公示催告之申立。因而將爲異於該申立之失權表示之公示催告也。非得其申立人之同意。則不得爲之。故不得僅以表示實體法之內容。而認其有效力也。其第四。公示催告期日之指定。此爲屆出期間之終了期。(引用第七六八條。看做「」爲關於除權判決之辯論期日。(第七六九條)及爲關於該期日或其以前。所已爲之屆出者。爲辯論之期日。屆出云者。乃爲此屆出者。令人知其有將被除權之虞。之請求或權利之存在。所爲之意思表示。非請求之主張也。從而無付其理由。或爲此證明之要。(性質)屆出。要對於命公示催告之裁判所。爲之。對於申立人爲之。亦無效。又屆出。法律上就其形

式。無何等明文。故得以書面或口頭。於公示催告期日以前。爲之。或於該期日爲之。後之場合。須記載其旨於調書。屆出之時期。要在於除權判決前。不必要在於公示催告期日之終局前也。故裁判所爲熟慮。或依其他之理由。(第七六九條第二項。第七七一條。第七七二條。第七七四條。)於公示催告期日。不直言渡其除權判決。定新期日之場合。則在該判決之言渡以前。得有効爲屆出。此不外務令既懈怠之行爲。得追完之之法意所。(第七六八條)(屆出之形式及時期。)

(c) 公示催告之公告。及公示催告之期間。公示催告者。裁判所書記。基於爲公示催告之決定。以職權公告之。(參考第一五七條第一項。)而其公示之方法。(1)於裁判所之揭示板。揭示公示催告之正本。(2)於官報或公報。掲載公示催告之全文。(3)將公示催告之拔鈔。一回或數回。記載於一箇或數箇之新聞紙。(1)及(2)乃命令的規定。故他之特別法。不得變更之。雖在他之特別法。有設別段之公示方法。然(1)及(2)之方法。亦不得省略。惟(3)則不過規定補充的公示方法耳。故若他之特別法。有設別段之公示方法時。應依後者。乃事之當然也。(爲證書無效之宣言之場合。)

則參考民事訴訟法第七八二條之規定。但關於公告方法之規定。爲必要的法規。故苟有爲不適於此規定之公告時。則得以之爲理由。對除權判決。申立不服。(第七六六條)對申立人。通知公告之施行者。除特別法。有段別之規定外。法律上無比必要。蓋申立人。依是認其申立之公示催告之決定。既送達或言渡。得了知公示催告期日。且於適當之時期。得爲書類之閱覽。故也。(第二二四條。第七六六條)以下就公示催告期間。言之。掲載公示催告於官報或公報之日。與公示催告期日之間。至少要存二箇月之時間。此期間。乃示最短期者。故裁判所得從自由之意見。定較長之期間。又該期間。非爲當事者之行爲所規定者。實爲裁判所而規定也。故非民事訴訟法第一六四條所規定之期間。從而不得適用民事訴訟法第一六八條之規定。其他。關於公示催告期間之規定。有補充的性質。故苟他之特別法。有別段之規定時。則依後者。又爲必要的規定。故苟不存適於法律之公示催告期間。則得以之爲理由。對於除權判決。申立不服。(第七六六條。第七七四條第三。)

(4) 除權判決。苟公示催告期日。公示催告申立人不出頭時。則惟限於。由公示

催告期日起。六箇月之期間內。因可許公示催告之申立人之申請。定新期日。而其新期日。不必要公示之。(第七七一條第七二條)夫申立人。在公示申告期日。不出頭時。所以不爲除權判決之言渡。又不令期日既出頭之利害關係人。爲求闕席判決之旨之申立。而因申立人之申立。定新期日者。果據何理由乎。蓋公示催告手續。非訴也。故不得依於闕席判決之手續。(第二四六條)無申立人之申立。故不得爲除權判決。又爲申立人之期日不出頭。而從前之公示催告手續。仍不失其効力也。以是。限於由公示申告期日起。六箇月之期間內。認申立人爲新期日指定之申立。此蓋不外令公示催告手續。早日完了之法意耳。該六箇月之期間。由公示催告期間。即由公示催告所定之期日進行。爲一之法定期間。非不變期間也。故因裁判所之休暇。停止其進行。(第一六八條)又該期間內。公示催告申立人。惟限於一回。得申請定新期日之旨而已。蓋由法律。於申立人在新期日不出頭之場合。無規定其手續者。觀之。無容疑矣。故申立人既懈怠新期日。則雖在前示期間尙未經過之場合。亦不得爲更定新期日之旨之申立者。此當然事也。其期間既經過後。申立

人得爲公示催告之申請。此際不可不施行其全手續。該新期日僅對於申立人而爲者也。故無公告之必要。惟限於新期日指定之決定。不爲言渡之場合。則對於公示催告申立人。並公示催告期日或其以前既爲屆出之關係人。須以職權送達之。(第一四五條第二項)何則。蓋民事訴訟法。公示催告期日之審判。適用關於口頭辯論之通則。(第七六九條第七七〇條)惟於第七七二條。特規定新期日不要公告之旨耳。其他民事訴訟法第七七二條之規定。關於除權判決前提要件之辯論期日。亦適用之。如依第七六九條第二項。爲探知所爲之期日。及依第七七〇條。因中止而定之新期日。是也。何則。是皆爲完結公示催告之手續。所爲之新期日。故也。於公示催告期日。公示催告申立人。既出頭時。則分爲有適法之請求或權利之屆出之場合。與無此屆出者言之。(a)後之場合。申立人或其承繼人。從一般之規定。(第一〇九條乃至第一一七條。第一二二條。第一二三條乃至第一三四條)爲求除權判決之旨之申立。且就可許公示催告之前提要件。並可爲除權判決之理由。爲演述。蓋裁判所。就其公示催告決定。亦與他之訴訟指揮的決定同。不爲所羈束。

故也。裁判所。其調查上。得涉形式及實質。從民事訴訟法第一一二條。行使發問權。爲裁判前。得命爲詳細探知之旨。或爲證據調。以是性質上片面的辯論。有涉數回。且不言渡辯論之續行期日時。宜以職權。於新期日。呼出申立人。而其辯論之結果。於形式上或實體上。認申立爲不當。則以決定。言渡却下除權判決申立之旨。(第二五三條。第二四五條第一項)申立人。對該決定。得爲即時抗告。(參照第四六六條第二項)若既徒過即時抗告期間。則公示催告申立之効力消滅。但不妨復新爲該申立。反之。認申立爲適法。且有理由時。則言渡除權判決。(第二三二條乃至第二三七條。第二四五條第一項。第七七五條第二項)此判決。對於申立人。法律上不必要爲送達。但申立人。爲令進行民事訴訟法第七七五條所規定之期間。得申立對於分明之利害關係人。之送達之旨。(第二三八條)苟除權判決。有附以或請求之留保。或關於失權之制限者。則對此制限。或留保。申立人得爲即時抗告。何則。此留保或制限。可同視爲申立之却下者也。公示催告手續之費用。宜於前示之各裁判。裁判之。而從民事訴訟法第七二條。不屬於期日申立異議之相手方。

所負擔者。即歸於公示催告申立人之負擔者。當然事也。(b)前之場合。即利害關係人。於期日前。既爲屆出。或以屆出之目的。期日既出頭。此際。關於屆出。亦爲辯論。蓋因於事情。有屆出之事實。遂足終了公示催告之全手續。故令其申立却下爲正當。故也。以是。裁判所於公示催告期日。雖屆出人不出頭。亦得斟酌其屆出。且得基之。命爲詳細探知。又裁判所。於公示催告期日。雖屆出人不出頭。亦不得就屆出人之請求或權利之當否。爲其裁判。蓋此事項。非公示催告手續之目的也。要之。屆出者。不外對於裁判所。爲調查除權判決之前提要件上。供其參考耳。而裁判所於其所斟酌之屆出之趣旨。非對於公示催告申立人之申立之理由。即所主張之權利。爲爭者。(1)屆出之旨趣。在於主張手續之欠缺。如以關於公示催告申立之欠缺。或關於公示催告手續前提要件之欠缺。當爲公示催告決定時。所既看過者。主張之。此時。裁判所若認之爲正當。則以決定。爲除權判決申立之却下。(2)有從公示催告事件之性質。依屆出之事實。當然看做公示催告之全手續。當然終局者。例如不在者。於公示催告期日以前。既爲其生存之屆出。(人訴第七二條)或求失權宣告

之證書。既提出之場合。公示催告申立人。不拘有此屆出。而爲求除權判決之申立時。則以決定却下之。(3)屆出之趣旨。苟僅以主張制限公示催告申立人所主張之權利爲目的時。例如對不動產所有權之公示催告。而屆出可制限所有權之他物權時。則其結果。不過對既屆出之請求。有不得爲令其至於失權之除權判決矣。反之。屆出之趣旨。對公示催告申立人之申立之理由。即所主張實體的權利。爲爭者。例如於對不明相續人。所爲之公示催告。有爲近親相續人之屆出者。或於土地之所有權之公示催告。有爲反對所有權之屆出者。苟其屆出係適法。則裁判所不得爲裁判。蓋公示催告手續。僅以對不爲屆出之一切利害關係人。確定法定之失權。爲目的故也。惟同事情。有於就既屆出之權利。所爲之裁判。未確定前。要中止公示催告手續。或於除權判決。須留保既屆出之權利耳。(因事情。有認屆出權利爲有名無實者。則以留保其權利。而爲除權判決者。爲最當。)對於命中止之決定。得爲抗告。又對於拒中止之決定。得爲即時抗告。(第一八九條。)但對後者。非裁判所不即時言渡除權裁判。決而命詳細探知之場合。則不得爲即時抗告者。明甚。又

於爲前者之裁判之場合。裁判所得以職權或基抗告取消該裁判。以職權定新期日。(第七七二條)在中止或留保之場合。則應從民事訴訟法於別訴訟就既屆出之權利受管轄裁判所之判決。苟屆出係不適法。則應與除權判決之言渡合併而却下之。此當然事也。

除權判決。即宣言失權之裁判。(失權之程度。依各實體法。)與他之判決同。於公開之法廷。以言渡爲之。(第二三二條乃至第二三七條。第七七五條第二項)然與他之判決有異者。(a)苟公示催告申立人。期日不出頭時。則不言渡判決。而從民事訴訟法第七七一條之規定。(d)裁判所。從其自由意見。得將除權判決之重要趣旨。一回或二回以上。掲載之於官報或公報。爲公告。(第七七三條。第七八四條)此不外令利害關係人。知除權判決之法意耳。(c)除權判決之形式的確定力。因言渡而發生。爾後不得以上訴。對之申立不服。(第七七四條第一項)且不得申立故障。蓋公示催告申立人。對於除權判決。自無申立不服之理由。而應受失權之效果者。即既懈怠屆出者。則又非當事者。故不得爲上訴也。又除權判決。乃基口頭辯論。

就本案所爲之判決。非闕席判決。故不得爲故障之目的也。但對於除權判決所附之制限或留保。如前所述。得以時即時抗告攻擊之。故所謂因言渡而確定。不得爲上訴之除權判決者。不外宣言失權之部分耳。其他對於除權判決。不得因取消之訴。或原狀回復之訴。再審之（第四六七條）蓋民事訴訟法。有認對於除權判決。所爲之特種之服申立之訴者。且將其原因。制限的規定之。而不認他之不服申立法。故也。

(g) 不服申立之訴。所謂不服申立之訴者。（第七五五條。「不服申立之訴……」）因除權判決之言渡。由可對抗其効力之利害關係人。以申立人爲相手方。於法定前提要件之下。以除該確定力爲目的。所提起之訴也。（所以以訴之形式爲之者。爲有關於當事者之權利也。）從而申立人。不得提起不服申立之訴者。當然事也。略述法定之前提要件。如左。

(a) 管轄裁判所。不服申立之訴。屬於管轄催告裁判所所在地（土地之管轄）之地方裁判所之管轄。（事物之管轄）訴訟物之價額。非所問也。（第七七四條

第二項) 而該管轄。無爲專屬之注文。故合意上。得於他之裁判所。如催告裁判所。提起不服申立之訴。佛請屈^レ氏。謂爲專屬管轄者。此無法文上之根據之見解也。
(第七七四條第二項)

(b) 場合。不服申立之訴。其範圍甚狹。非該當於法定之場合。則不得提起。(第七七四條第二項。「左之場合」) 蓋以公示催告手續。不外以因於催告裁判所既證明之事實。與屆出期間之經過。所推定爲確實之表面的結果。而表彰之耳。故荷許爾後事實之調查。及裁判官之裁判。則恐至於不能達公示催告之目的也。以是除權判決之前提要件之事情。荷爾後證明其爲虛僞時。例如認爲已滅失之證書。除權判決宣告後。復歸於舊主之占有時。然亦不許取消除權判決。於此場合。除權判決。及基此判決。所新作成之證書。仍維持其効力。被害者。除提起損害賠償或不當利得之訴。以受辨濟外。無他之救濟之手段也。所謂法定之場合。第一。於法律。非許公示催告之場合也。法律上不許公示催告。而竟適用關於公示催告之原則。是公示催告。缺法律上之基礎也。故爲不服之原因者。固理之當然。他如在公示催告。

無法律上理由時。或戒示法律上所不發生之失權時。亦然。反之。在公示催告。雖已適當開始失權。而於除權判決。宣告他之失權。或於公告。毫無失權之戒示。此則該當於法定之第二場合。非該當其第一也。第二。即不從民事訴訟法第七六六條。就公示催告爲公告。或不以他法律所定方法。爲公告時。是也。第三。不遵守公示催告之期間。(第七六七條)第四。爲判決之判事。即非爲公示催告之判事。而爲除權判決之判事。法律上。既由職務之執行。被排斥者。(與第四六六條。第二。第四三六條。第二。同法意)第五。不拘既有適法之屆出。而竟不從法律。於判決願及其請求或權利者。是第六。爲有應被罰之行爲。可許原狀回復之要件。既存在時。(第四六九條第一項第五。同條末項)是也。(第七七四條第二項)除權判決。有該當於此第二乃至第六者。不得認其爲無反於法意之正當判決也。故令得以不服申立之。訴。而攻擊之者。亦理之當然。

(c) 期間。不服申立之訴。於於一箇月之不變期間內。起之。(第七七五條第一項。第四七四條第一項)此因事物之關係。苟令其長期間不確定。非公益也。故雖

無如民事訴訟法第二一九條、第四一九條、第四六三條等。以明文規定者。當然裁判所亦當以職權調查該期間之遵守。(與民事訴訟法第四七七條之場合異。無疏明之必要。)該期間。在前述之第一第二及第五之場合。則其不服申立之訴。以原告既知除權判決之日起算。所謂既知除權判決之日者。謂原告事實上既知有此判決之日。非指着做其爲已知之日也。故不得以除權判決。既揭載於官報或公報。而公告之。遂謂原告當然既知有該判決也。惟此公告。可爲原告事實上既知除權判決之旨之證據耳。在前述之第四及第六之場合。則其不服申立之訴。以原告既知不服理由之日起算。但原告於知有除權判決之日以前。既知不服申立之理由時。則以已知除權判決之日起算。徒徒過該期間。則由不變期間之効力。雖除權判決。在法律非可許之場合。(第七七四條第一)而對於徒過期間者。仍爲確定。不得以不服申立之訴。而攻擊之也。

不服申立之訴。由除權判決言渡之日起算。既滿了五箇年。則以後不得提起。此制限。與民事訴訟法第四七四條第三。出於同一法意也。

(d) 不服申立之訴。是亦不外一之訴也。故訴訟物之價額。從民事訴訟法第三條。基於原告依除權判決之除去。所享有之利益。以定之。訴訟手續。適用通常訴訟之通則。又對於就不服申立之訴。所爲之判決。得申立上訴故障。及再審之訴。至於因除權判決之取消。以原告之敗訴爲前提之第三者權利。所應被之影響。則從各實體法定之。

(e) 公示催告之併合。催告裁判所。以節省時間與費用之目的。雖民事訴訟法第一二條之條件。不具備時。亦得命同一之申立人。或種種之申立人。所爲公示催告之併合。(第七七六條)以是催告裁判所。祇要不致生遲延之結果。則雖反申請者之意思。亦得命公示催告之併合。又祇要得同一一定公示催告之期間及其期日。則雖公示催告之場合。非屬同種。亦得命公示催告之併合。

(三) 催告手續之特則。我民事訴訟法中。有爲催告手續之特則者。即關於既喪失之手形。(不問引受之有無)其他商法定其得爲無効之旨之證書。及法律上許公示催告手續之他之證書等。就其公示催告手續。於民事訴訟法第七七七條以下。所

特設規定者是也。(商第二八一條。舊商第七一一條。第四〇三條。)夫如是民事訴訟法第七七條以下。既爲特則。則與之不牴觸者。仍適用前述之原則。固事之當然。又關於法律上許公示催告之他之證書。則限於其特別法無設特別規定時。方適用該待則。亦當然事也。夫對於既發失之證券。即手形。其他以金錢其他之物之給付爲目的之指圖證券。或無記名證券。有被盜難者。或紛失者。(所在不分明。)或滅失者。(形體之消滅。)所以令其得以公示催告手續。宣告其爲無効者。蓋證券既被盜難或紛失時。則有不正占有者。以該證券。冒領支拂或引渡之虞。故對此危險。不可不保護債權者。又權利者。有不拘其一旦既受支拂或引渡。而爾後幸發見該證券。遂以之爲奇貨。復主張其權利之虞。故對此危險。不可不保護義務者。又證券既至滅失之時。則不得以引替之方法。令當事者雙方。安全完了其目的物之授受。故也。(第七七條)

(a) 管轄裁判所。證書無効宣言之公示催告手續。事物之管轄。屬區裁判所。既明矣。(第七六四條第二項。)又土地之管轄。第一。屬於管轄證書所表示之履行地之裁判所。所謂證書所表示之履行地者。不獨指證書所明示其爲履行地者。而

依法律之規定。或基證書所記載之事項。裁判上得認定爲履行地者。亦包含在內也。苟二箇以上之履行地。曾明示於證書時。則各履行地之管轄裁判所。有管轄權。而履行地之在內國與在外國。無區別之必要。第二。證書不表示履行地。因而無第一之管轄裁判所時。則屬於管轄發行人申立公示催告之當時。其現有之普通裁判籍之裁判所。(第一〇條以下)。苟普通裁判籍互異之數人。發行證書時。則屬於各發行人有其裁判籍之地。之各裁判所。第三。無第二之裁判所時。則屬於管轄發行人於證書發行之當時。所曾有普通裁判籍之地之裁判所。苟發行人於證書發行之當時。亦曾無普通裁判籍之地。則在我帝國。不得爲公示催告手續也。夫所以於證書無表示履行地之場合。則第二之裁判所。又於無第二之裁判所之場合。則第三之裁判所。管轄公示催告手續。有知此之規定者。蓋由推定當事者意思之觀念所生。即推定當事者。有於公示催告申立之當時。發行人所有之普通裁判籍所在地。又若無此裁判籍之時。則於證書發行之當時。發行人所有之普通裁判籍地。爲履行之意思。故也。(第七七九條第一項)。苟發行證書之原因之請求。既記

入於登記簿時。則專屬於其物所在地之管轄裁判所。例如發見抵當債權證書。且登記之。則管轄抵當物所在地之裁判所。就公示催告手續。有管轄權。是也。（第七九條第二項）

民事訴訟法第七七九條第一項。所規定裁判所之管轄。與同條第二項。所規定裁判所之管轄異。無明示專屬之旨也。然無數箇之管轄裁判所。又無特定之相手方。則其結果。不能爲管轄之同意也。故由其性質言之。亦不得不謂其爲專屬管轄也。明甚。

(b) 申立之形式。爲證證之無効宣言。所爲公示催告之申立者。由於因求此宣告之證書。得主張權利者。以申請之形式爲之。（第七七八條第二項）本條有「因證書得主張權利者」云云。用此廣汎之語者。蓋不獨指示債權而已。即依於證共有權之證書。如株券等。得主張權利之場合。又如質入之場合。依一箇之證書。得主張種種之權利者。皆包含在由也。故(1)無記名證券。或得以裏書移轉。且付以略式裏書之證書等。則最終之所持人。有申立公示催告手續之權。（最終之所持人。對

此證書。不惟限於權利者也。亦有爲義務者者。例如手形義務者。於其義務完濟後。紛失所受取之手形。此際該義務者。爲最後之所持人。有公示催告申立之權。(2) 其他之證書。(指圖書券。其他得以裏書移轉。且付以商法第四五七條第一項之裏書之手形。) 則依實體法之規定。得依證書以主張權利者。有申立公示催告手續之權。(得依證書以主張權利者。不獨債權者而已。亦有爲債務者者。例如債務者。爲對於抵當權者。既完濟債務。得依抵當權者所爲既受取之證書。請求抵當權登記抹消之場合。而紛失該證書者。是也。(第七七八條)

求證書無効之宣言。爲公示催告之申請者。其所爲憑據。除依民事訴訟法第七六五條規定外。第一。要差出證書之謄本。或開示證書之重要之旨趣。及足以認知證書所必要之諸件。書所必要之諸件。至於所謂證書之重要之旨趣。及足以認知證書所必要之諸件。果爲何物乎。則屬於事實問題。又無特定之明文。故不必要認證謄本。第二。須疏明證書之盜難紛失及滅失。及關係於公示催告申請之權利之事實。而證書之盜難紛失及滅失之疏明中。包含證書之取引及占有之疏明者。無庸疑也。(第七八〇

條)此第一及第二之事項。關於民事訴訟法第七七七條第一項所規定。證書之公示催告手續之申立。則爲必不可缺之要件。是義務的也。又既具備此要件。則法律上爲已足。是十分的也。而關於同條第二項所規定。證書之公示催告手續之申立。則得依特別規定。以左右之。(第七七七條第二項。)

(c) 就申立所爲之裁判。公示催告許否之調查。及其裁判。與前所述者同。(第七六五條)

(d) 公示催告之內容。催告裁判所認公示催告之申請。爲正當時。則爲公示催告。而公示催告中。除依民事訴訟法第七六五條之外。第一。尙宜對證書之所持人。催告其限至公示催告期日止。第七六八條適用。須將其應有權利。屆出於裁判所。且提出其證書於裁判所之旨。第二。要戒示以失權則爲證書無効宣言之旨。(第七八一條)

(e) 公示催告之公告。及公示催告期間。爲證書無効宣言。所爲公示催告之公告。比諸通常公示催告之公告。更加嚴密。除揭示公催催告於裁判所之揭示板。且

揭載之於官報或公報外。(第七八二條第一項。第七六六條)要三回揭載於新聞紙。且催告裁判所之所在地。苟有取引所時。則其取引所亦宜揭示此公告。(第七八二條)此不外務令利害關係人知之之法意也。但該公告。惟關於民事訴訟法第七七七條第一項所規定。證書之公示催告。則爲義務的耳。何則。關於他之證書。有爲特別規定所左右。故也。(第七七七條第二項)

揭載公示催告於官報或公報之日。與公示催告期日之間。至少要有六箇月之時間。(第七八三條)苟不存該期間。則不得於公示催告期日。爲除權判決。却宜存適當之時間。指定新期日。(第七七四條第二)

(f) 除權判決。於公示催告期日。苟公示催告申立人不出頭。則依民事訴訟法第七七一條及第七七二條之規定。定新期日。苟公示催告申立人。既出頭。則區別有適法之届出。及證書之提出與否。言之。後之場合。則言渡除權判決。(第七六九條)於該判決。宣言證書爲無効。(公示催告之目的)且法律上雖無明文。而當然務將證書明白表示之。且須舉該判決重要之趣旨。以官報或官報公告之。

(第七八四條第一項第二項。應「第七七三條。得」)但此公告。屬於對裁判所之職務。故雖缺此。亦不來除權判決之失効。前之場合。因證書之適法提出。來公示催告手續之終局。(以已達其目的。)不別爲裁判。然公示催告申立人。與舉證書提出者間。就於所提出之證書。與既喪失之證書。同一與否之點有爭者。或第三者。於公示催告期日。或其以前。對於公示催告申立人。有爭優等之權利者。即二人中。何人有公示催告申立權。及有得依證書以主張其權利之權。係未定時。則應從民事訴訟法第七七〇條。處分之。何則。此等之爭。應於通常訴訟。基實體法。以裁判之。故也。

於除權判決。所既言渡之證書無効之宣言。爲申立人。生與所持喪失證書之場合。有同一之効力。故申立人。與所持證書之場合。得依證書。對於負擔義務者。(從實體法定此義務者。)(非第三者。)主張基於證書之權利。蓋公示催告。乃因得依證書以主張權利者之申立。所爲者也。故雖除權判決以後。而對於依證書負擔義務者以外之人。則不及効力也。故申立人與第三者之法律關係。不爲除權判決之

證書無効之宣言。受何等之影響。惟既宣言爲無効之證書。之所持。人則爾後不得依於證書。當然主張其權利也。(第七八五條)

(g) 不服申立之訴。對於宣言證書無効之除權判決。亦得以不服申立之訴。攻擊之。與前所述者同。惟有特別之一點。即取消無効宣言之判決。於其確定後。應以官報或公報公告之。是也。(第七八四條第三項) 此不外由民事訴訟法第七八四條第二項所生之結果耳。而公告。雖法律上無明文。然爲第一審裁判所書記之所應爲者。此當然事也。



第八編 仲裁手續

訴訟事件。基於私法的法律關係者。得全依法律的以終結之。而不必要依民事訴訟法。以終結之也。蓋當事者既得滿足。則國家。無以其權力。爲干涉之必要。且受省略訴訟手續之利益。此仲裁手續所由設也。試略述之於下。

一 意義及要件。 仲裁手續者。不依國家之行爲。即非裁判所之行爲。而依一私人之法律行爲。所選定之第三者（仲裁人）關於訴訟事件。所爲審理及判斷手續之稱也。以是仲裁手續。第一。要爲依一私人之法律行爲。所選定之第三者之判斷也。若依法律所任命之仲裁人之判斷。則不適用。訴訟事件。不命於裁判所終局。而令於一私人之仲裁人。終局之者。其法律行爲。有二種。第一。仲裁契約。即當事者。拋棄裁判所之判決的保護。以服從於仲裁判斷之意思。約委訴訟事件。於一人或數人之仲裁人之判斷。所爲之私法的行爲。與和解有類似之目的者也。第二。第三者之仲裁人職務引受契約。即一方。爲爲締結仲裁判決之當事者。他方。爲爲第三者。以第三者應爲職務引

受之目的。所締結之契約者也。是稱爲烈塞僕康。鴉而卑利。

我民事訴訟法。與獨逸民事訴訟法。同就引受契約。無設何等之規定。委之實體法之法則。惟於仲裁契約。則設詳細之規定。今依該規定。(1) 仲裁契約之成立要件。(1) 當事者。要就訴訟物。有爲和解之權利也。蓋仲裁契約。與和同。爲一之處分行爲也。故客觀的。要訴訟物得爲和解之目的者。如關於自分之訴訟物。不得爲讓步者。則不能就之爲仲裁契約。又主觀的。要當事者有爲和解之權利。即要有自由處分訴訟物之能力也。(民法第五條第一二條第一四條) 關於無能力者之法定代理人。所爲仲裁契約。締結之權限。參照民法第八八六條第九二九條舊商法第一〇一九條等。訴代代理人。因有受爲和解之特別委任。亦有仲裁契約締結之權限。(第六五條第一項)(2) 仲裁契約之目的。要其訴訟事件之判斷。苟無仲裁契約。則應屬於通常民事裁判所之管轄者。然該訴訟事件。不必於仲裁契約成立之當時。既現存者。凡契約所既表示之特定之權利關係。及由其關係所生將來之爭。皆得爲其目的。(以權利關係之特定爲已足。不必要於仲裁契約成立之當時。既成立) 故關於既締結或締結之會社

契約。保險契約。成立之訴訟事件。所爲之仲裁契約。固屬適法。而關於仲裁契約之當事者間。將來成立之不特定訴訟事件。所爲之仲裁判決。則爲不適法也。蓋以當事者。將來所成立之一切訴訟事件。悉委諸特定一私人之判斷者。此等契約。失諸空漠。非法律所宜認。故也。（第七八六條。第七八七條。）至於仲裁人之表示。或其選定方法之表示。則非爲仲裁契約之成立要件。依民事訴訟法第七八八條。亦明矣。（b）仲裁契約之効力。有負令訴訟事件。於仲裁手續。終局之義務也。故（1）當事者。爲令爲仲裁判斷。負爲必要諸件之義務。從而當事者之一方。苟不履行其義務。則他之一方。得對之因起訴及執行。強制義務之履行。（第七三四條。民施第五五條。）（得提起仲裁契約成立確定之訴。或以仲裁人選定爲目的之訴者。無疑。第八〇五條。）（2）當事者之一方。苟反其義務。惟就於反訴。依訴訟或督促手續。以仲裁契約之目的。即訴訟事件之請求。於通常裁判所。主張之。則當事者之他一方。得提出仲裁契約之抗辯。全却下其訴。該抗辯。其性質上。屬訴訟法上之抗辯。非實體法上之抗辯。又非妨訴抗辯。與所謂無訴權或管轄違之抗辯者不同。多數之學者。中如嘎無朴。維而波素歆。嘈夷夫。

亥而特氏等。以仲裁契約之抗辯。同視爲和解契約之抗辯。由契約上之義務所發生者。故主張其爲實體法上之抗辯。然如哇哈、仇密特氏等所主張。仲裁契約之抗辯。非僅裁判權利也。而止主張其依仲裁裁判所確定者之旨耳。非主張可及影響於權利之成立及範圍之趣旨也。換言之。非對於給付義務之抗辯。而對於受判決之義務之抗辯。故該抗辯。乃防禦義務之否認。即無關係於權利之內容。權利實行之一形式。是訴訟法上之抗辯也。訴訟事件。非依仲裁契約。而喪失其性質者也。訴訟事件。又非因當事者之意思。而變更其性質者也。故仲裁契約之抗辯。非屬於無訴權之妨訴抗辯。蓋無訴權之抗辯。惟於裁判所與行政官廳之關係。始得主張之。故也。又哥烈而氏。以仲裁契約。與管轄之同意同視。主張仲裁契約之抗辯。爲管轄違之妨訴抗辯。然仲裁契約之抗辯。如前所述。非主張既係屬於甲裁判所之事件。屬於乙裁判所之管轄之旨者也。故抗辯。非屬於管轄違之妨訴抗辯。固不待言矣。(管轄違之抗辯。於多數裁判所間之關係。行之。) 仲裁契約之抗辯。不拘仲裁手續既開始與否。得提出之。然既有仲裁判斷之言渡時。則仲裁契約。因之終局。故基於該契約之抗辯。不得提出。仲裁

判斷。苟爾後既取消之場合亦同。(第八〇一條。第八〇二條) 在外國既締結之仲裁契約。亦基於該契約。發生抗辯權。仲裁契約不得爲假處分申請之妨者。此學者所共認也。(c) 仲裁契約之消滅。限於當事者不以合意爲豫定時。(1) 依仲裁契約。選定特定之人。爲仲裁人。其仲裁人中之或人。依死亡或其他之理由。至欠缺。(如因疾病或適當之忌避等。至於不得施行職務者) 或拒其職務之引受。或既引受後。仲裁人解其既取結之契約。(與民事訴訟法第七九一條。所謂拒職務之施行。同一意也) 不問其爲明示或默示。又不問法律上有理由與否。如仲裁人。悉拒第七九九條之手續者。屬焉。而法律。以僅有仲裁人解其既取結之契約之事實。爲已足。非以當事者對仲裁人。提起其責務履行之訴。且爲強制執行。(第七三四條。民施第五五條) 爲前提要件者。因此執行。始不得達仲裁契約之目的也。(但各當事者對仲裁人。有起責務履行之訴之權利。無負此義務。固不待言) 又其責務之履行。苟有不當之遲延時。則消滅。不當遲延之存否。屬事實問題。任裁判官之自由判斷。蓋當事者。所以於仲裁契約。選定特定之仲裁人者。爲欲僅依該仲裁人之判斷。得令其爭終局也。故該仲裁人。

苟不施行其職務。或拒絕其職務時。則當事者既無爲處此場合。特爲豫定。則不得不謂生仲裁契約之失効矣。不然。則有反於當事者之意思也。(2) 仲裁人。將其意思之可否同數之旨。既通知於當事者時。(與一之場合異。不獨於仲裁契約。既選定仲裁人時。適用之。即爾後依民事訴訟法第七八八條第七八八條。當事者或裁判所。選定仲裁人時。亦適用。又在契約。苟無以比較多數爲已足之豫定。則無過半數之贊同意見之場合。亦與本號之場合同視。) 則消滅。蓋於此場合。仲裁人或裁判所。皆無選定優等之意見之權限。故也。(第七九二條) 當事者之死亡或破產。則從仲裁契約之內容。非專屬者。皆不爲該契約之消滅原因。破產手續中。對於破產者之手續施行。與訴訟於同一之限界行之。又相手方之認諾。不爲仲裁契約消滅之原因。仲裁人。轉須從認諾以判斷之。而仲裁人。苟於前示(1)之場合。進行仲裁手續時。則得從民事訴訟法第八〇一條第一。求其取苟。又仲裁契約之消滅。得以訴確定之。(第八〇五條) 其他。苟仲裁契約。附帶於定其仲裁判斷之目的之權利關係。他之契約時。仲裁契約之失効。同時本契約亦消滅否。此隨事情而異。尤依契約之解釋上。所定之問題也。然本契約

失其効。或爾後既認爲無効之場合。則仲裁契約亦失其効。當然事也。但契約上。本契約之有効並存續。其物自身。亦爲仲裁判斷之目的。因而本契約。不爲仲裁契約成立之前提要件之場合。則不在此限。蓋在此場合。仲裁契約。獨立存在。故也。又仲裁契約。亦爲一之契約。故其無効之取消或解除。依民法所定。第二。要爲令第三者爲審理及判斷者。此第三者。是謂仲裁人。和緩者。當事者自身。或其代理人。爲判斷。令訴訟事件。終局者也。故不屬於仲裁契約。（仲裁契約與和解之區別。）第三。以關於權利關係之通常民事訴訟事件。之審理及判斷。爲目的也。故如行政上訴訟事件。之公法的請求。及關於屬特別裁判所權限之請求。此等之判斷。不爲仲裁手續之目的。又不關於權利關係。而關於事實之調查。如令第三者。爲損害範圍之鑑定。及相當代價之評定等。不屬仲裁手續。蓋仲裁手續。既屬於民事訴訟法之一編。則不得超越於民事訴訟法之適用範圍。故也。

(二) 仲裁人之選定。 仲裁手續之進行。第一不可不選定仲裁人。而仲裁人之選定。由仲裁契約之効力。先依其所定者。次則契約中未定時。當事者各有選定一名仲裁

人之權利。且負此義務。(第七八八條)此在仲裁契約。關於仲裁人之選定。既未明定。而法律特推定當事者之意思。以補足其不完全之意思表示者也。本來依羅馬法及寺院法。仲裁契約。苟不表示所選定之特定仲裁人者。則爲無効。獨逸普通法反是。不以特定仲裁人之表示。爲仲裁契約成立之要件。獨逸民事訴訟法。及我民事訴訟法。亦然。(既表示特定之仲裁人者。是謂完全之仲裁契約。不過約定。依將來所選定之仲裁人。令其判斷特定訴訟事件者。是謂不完全之仲裁契約。)且獨逸民事訴訟法。及我民事訴訟法。於仲裁契約。並不以約定仲裁人之選定方法。及其員數。爲要件。而於仲裁契約。未約定仲裁人選定方法。及其員數之場合。特設如前所示之法則。(於仲裁契約。約定選定一名仲裁人之旨。或約定委任第三者選定之者。於此等場合。苟當事者。對既選定之一名仲裁人。不同意。或第三者不選定仲裁人時。則當然生仲裁契約之消滅。不爲當事者意思解釋之問題。不待論焉。)此場合。即依法律。當事者。各有選定一名仲裁人之權利。又依契約。當事者各有選定一名或數名仲裁人之權利。於此場合。當事者之一方。欲仲裁契約之履行。則將其既選定之仲裁人。用書面。(爲

期確實)指示於相手方(不要送達。以通知爲已足。但當事者應具其證據方可)催告其應爲同一手續之旨。其應爲手續之期間。由既受催告之日起。七日內。且指示之於催告。而其計算。則依民事訴訟法第一六六條之規定。而該期間。純然爲民法上之行爲。所存者也。故當事者。得以合意伸縮之。苟相手方徒過其期間。即該期間經過以前。已爲催告之當事者。無受領指定仲裁人選定之書面時。則該當事者。因相手方之義務不履行。從民法。有解除仲裁契約之權。或得以訴。申立仲裁人之選定。於管轄裁判所。(以裁判上之選定。爲目的之權利。乃因於仲裁契約。故有民法的性質。非有訴訟的性質。)(第八〇五條)於此場合。裁判所催其自由意見。以終局判決。選定仲裁人。(第七八九條第二項)契約上。苟既委任仲裁人之選定。於當事者之一方。或第三者。則無民事訴訟法第七八九條之適用。當事者之一方。依約定或法定上。有選仲裁人選定權者。苟向相手方。既爲仲裁人選定之通知後。則對相手方。羈束於其選定。(第七九〇條)故仲裁人之選定。惟於其通知到達於相手方之前。或其同時。方得取消之耳。所以選定之單獨行爲。特附以如此制限之理由。在於期選定之確實也。

以仲裁契約。所既選定之仲裁人。因死亡其他之原因。有欠缺時。則仲裁契約。當然喪失其効力者。如前所述矣。(第七九三條第一項)非以仲裁契約。所選定之仲裁人。即從民事訴訟法七八八條及第七八九條之規定。當事者雙方。或當事者一方。或裁判所。所既選定之仲裁人。苟因死亡其他之原因。至於欠缺。(如疾病忌避等之理由)或拒其職務之引受及施行時。(乃拒絕事實。非遲延之事實也。後者。依民事訴訟法第七九二條第二項。爲忌避之原因。又不區別其拒絕。爲有理由與否。蓋法律不希望當事者。以起訴及執行。對仲裁人。令爲其責務之履行。故也。)則選定其仲裁人之當事者。或從民事訴訟法第七八九條第二項。由裁判所。爲自己選定仲裁人之當事者。(依民事訴訟法第七八九條第二項。所爲仲裁人之選定。乃代當事者之選定者也。故可與當事者之選定同視。然則第七八九條規定。僅云「選定仲裁人之當事者」者。失之狹矣。)因相手方之催告。於七日之期間內。真選定他仲裁人之義務。苟經過該期間時。則依以訴之形式。所爲之相手方之申立。管轄裁判所。選定仲裁人。(參考第七八九條)(第七九一條。第八八五條)又此裁判上選定之仲裁人。因死亡。

其他民事訴訟法第七九一條所規定之原因。有欠缺時。則更爲同一之手續。無生仲裁契約之失効。此蓋法律不外依據於常欲維持契約之當事者意思耳。

關於仲裁人之能力。法律上無特設規定。此爲令當事者得以其最信用者爲仲裁人之一。而選定之耳。（關於裁判上之選定。爲令選定最適當者。無設何等之制限。）故自然人勿論。即法人亦得爲仲裁人。（法人爲仲裁人時。其代表者爲判斷）但要有爲判斷所必要之能力者。此當然事也。故羅馬法以未滿二十歲之幼者啞者聾者配偶者等。爲無仲裁人之能力。獨逸則學說上。認以小兒精神病者。爲無仲裁人之能力。當事者自身。不得爲仲裁人者。徵諸仲裁契約之性質上。明矣。至於仲裁人之忌避。法律認當事者。於較廣之範圍。有仲裁人忌避權。是蓋國家就仲裁人之選定。以職權爲調查者。係無益事。故認對於選定之錯誤。及其選定權濫用之救濟。因當事者之申立爲之。爲已足也。當事者第一。得以與忌避判事之權利之同一理由（第三三條）及條件（民事訴訟法第二四條第三五條）（故當事者不主張其已知之忌避原因。而於仲裁人之前。爲申立及陳述時。及當事者。當從仲裁契約。或從民事訴訟法第七七

條之規定。選定仲裁人。既知其有忌避之原因時。則不得爲忌避。但仲裁人選定之後。忌避之原因始成立。或當事者方知之之時。則不在此限。忌避仲裁人。第二。得忌避無能力者。(民法第三條以下) 聾者。啞者。及在公權之剝奪中及停止中者。爲仲裁人。此等之人。依裁判所構成法第六六條。及行政上之法則。不能爲判事者也。故雖爲仲裁人。亦不得不謂其爲不適任者。第三。非以仲裁契約所選定之仲裁人。苟有不當遲延其職務之履行時。則得忌避之。(單純之遲延。不爲忌避之原因。遲延之不當與否。歸管轄裁判所所判斷。第七一九條) 忌避之手續。非法律所規定。故當事者。得不依特定之形式。對相手方。或仲裁人。表示其忌避之意思。但有負證明忌避理由之責任者。當然事也。於當事者一方。對相手方。表示忌避意思之仲裁。令相手方同意之。以令忌避問題。有効終局。則仲裁人之引受。非足以妨基於當事者合意之仲裁人解任也。故爾後無何等之忌避手續。苟未告終局時。則從民事訴訟法第八〇五條之規定。主張忌避之當事者。須對於不同意之當事者。提起有忌避理由之旨。即確認之訴。或後者對於前者。須提起無忌避理由之旨。即消極的確認之訴。(第三五條第一

項第二項。第三七條後段。第三六條。第三八條。第三九條。無適用。）於當事者之一方對仲裁人表示忌避意思之場合。苟仲裁人既辭任。則因之忌避問題告終局。（第七九一條。第七九三條。）爾後無何等之忌避手續。苟仲裁人拒絕其辭任。且當事者就仲裁人之解任不合意時。則仲裁人得於以仲裁人之忌避爲目的之訴之終局前。停止仲裁手續。因其訴之結果。以決其進退。或得續行仲裁手續。且爲仲裁判斷。（第七九七條。）於後之場合。既爲忌避之當事者。得申立仲裁判斷之取消。（第八〇一條第一）或對於求執行判決之訴。提出不可許仲裁手續之旨之抗辯。

(三) 手續及判斷。 仲裁人。以非裁判官。故就仲裁之手續。及其判斷。無受實體法及民事訴訟法規之羈束。以自己之意見。定手續。從條理爲判斷者。此原則也。然(1)當事者。得以仲裁契約或爾後之契約。定爲令仲裁人。依實體法及手續法特定規定之旨。以制限仲裁人之自由。其中。民事訴訟法規定之一部。如關於闕席手續之規定。準用之於仲裁手續。選定上級仲裁人。準用民事訴訟法之上訴規定。申立不服。又下級仲裁人之判斷。有執行力。且當爲上級仲裁人之判斷前。得爲是求執行判決之旨。並

上級仲裁人。苟爲變更下級仲裁人判斷之判斷時。則基於下級仲裁人之判斷。所既給付之金錢其他物件。應返還之之旨。皆得約定。(判斷之變更。不爲執行判決取消之原因。)但當事者。不得約定。以民事訴訟法上所規定之上訴或再審之訴。向裁判所。得申立對於仲裁判斷之不服之旨。蓋此契約。有反於仲裁契約之本質。且爲有此契約。而裁判所未至於有管轄權也。故仲裁契約。有以此契約爲內容者。當然效効。(2)法定制限。仲裁人(a)要調查當事者。於仲裁手續。曾從法律之規定。爲代理否。苟非於仲裁手續。適法所爲代理之當事者。則得求仲裁判斷之取消。(第八〇一第三號。第四三六第五號。)(b)仲裁判斷前。須審訊當事者雙方。或其法定代理人。或因其委任之代理人。(第七九四第一項)審訊之形式。及應爲審訊之時期。法律上無別段規定。故仲裁人。以令當事者。得用書面或口頭。爲其主張之機會。爲已足。而當事者之利用該機會與否。非所問也。(第八〇一條第四參考)但仲裁人。於當事者就爲別段之約定時。則得省略該審訊(c)於仲裁判斷前。須以其自由意見。判定必要之程度及方法之適否。探知爭之原因之事件關係。(第七九四條第一項)以是(甲)仲裁人。爲探知。

對任意出頭於其面前之證人鑑定人。得不令宣誓。而訊問之。以仲裁人非裁判官。故對於證人鑑定人。無強制權。從而不得付以罰金制裁。而命其出頭。其他。不得爲是。求法律上之共助。於裁判所。（裁構第一三一條。『裁判所……互……』）故證人及鑑定人。苟任意不出頭時。則仲裁人惟表示其意思。即就特定之事項。思爲有必要訊問其所指示之證人或鑑定人。（包含員數之指定及選定）之旨耳。而從本法第七百九十六條規定。向管轄裁判所。申立證人及鑑定人之訊問者。則不可不委諸當事者。又仲裁人對於證人及鑑定人。不得命宣誓。故仲裁人認宣誓爲必要時。惟指定應宣誓之旨。及以宣誓令其確實之事項。而從本法第七百九十六條規定。爲爾後之手續者。則不可不委諸當事者。因而仲裁人既訊問任意出頭之證人及鑑定人。後得就其供述。表示要爲宣誓之旨。若由當初。即認宣誓爲必要之場合。則就其指定之訊問事項。得表示對於特定之證人及鑑定人。要爲宣誓附訊問之旨。而仲裁人。於從此二者中之一。所爲之探知方法。既終局後。即基民事訴訟法第七九六條。所爲之證據調。既終局後。爲仲裁判斷。若管轄裁判所。拒絕爲民事訴訟法第七九六條之手續時。則仲

裁人得取消自己之判斷。終局的爲判斷。或維持自己之判斷。同時終了其引受義務。(因不得爲仲裁判斷也。)(第七九五條)其他仲裁人爲探知得用不要強制權行使之各種方法。如命當事者本人之出頭。書類之提出。筆蹟之對照。並爲檢證等之方法。是也。苟當事者之一方不應此方法時。則仲裁人得基之爲適當之判定。又仲裁人認第三者之手中。或官廳所存之書類。有提出之必要之場合。而其第三者或官廳。不任意提出時。則令有立證責任之當事者。注意其得以訴。申立提出書類於裁判所之旨。蓋第三者及官廳。僅有提出其保存之書類。於裁判所之義務也。(第七九六條。第三四三條。第三四六條第三項。)(乙)仲裁人。就於爲探知所認爲必要之判斷上之行為。而不屬於自己之權內者。得令管轄裁判所。因當事者之申立。限於認之爲正當之時。爲取調。此蓋以仲裁人非裁判所。不得對裁判所。囑託法律上之共助。(裁構第一三一條)故設民事訴訟法第七九六條。令管轄裁判所。因當事者之申立。爲不屬於仲裁人之權內之判斷上行爲也。該條所規定之前提要件。第一。要爲仲裁人所不得爲之判斷上行爲也。所謂判斷上之行為者。從民事訴訟法之規定。屬於裁判官職權之

行爲。與屬於裁判所書記或執達吏權內之行爲。爲相對者也。（爲仲裁人之不得爲者。）不獨謂民事訴訟法第七九五條所規定之行爲。而就行爲之實施。仲裁人所不得強制之一切行爲。皆包含在內也。第二。要因當事者之申立。該申立之形式。爲申請。非訴也。何則。民事訴訟法第八〇五條。規定在仲裁手續。應採訴之形式之一切事項。而於此申立。則無定明示應以訴爲之之旨。故也。對該申立。有管轄裁判權之裁判所。（多數學者。主張當然適用第八〇五條。無條件。以同條所規定之裁判所。爲管轄裁判所。是將同條。不當擴張之。非正解也。）以決定之形式。裁判之。非基義務的口頭辯論。以判決之形式。裁判之也。蓋民事訴訟法第七九六條第一項。所規定裁判所之行爲。爲法律上共助之一種。非裁判行爲也。故裁判所。與依裁判所構成法所爲法律上之共助同。非基義務的口頭辯論。以判決之形式。爲行動故也。但得審訊當事者。又勿論矣。（多數學者。主張應基義務的口頭辯論。以判決之形式。裁判之。此蓋誤解民事訴訟法第七百九十六條第一項之法意。蓋同條。爲關於仲裁手續。有須爲不屬於仲裁人權內之判斷上行爲者。故特設裁判所之補助。而非以裁判爲目的也。）裁判

所調查之結果。認申立爲不當時。則却下之。(第四五五條)苟既認爲正當。即關於申立。有管轄權。前示之要件。及仲裁人認令裁判所取調爲必要之意思表示。(爲民事訴訟法第七九六條所規定之手續進行之基礎也。)既存在。且由仲裁人所表示之事實。係裁判上可得調查者。則須爲所申立之行爲。(裁判所無調查所申立之行爲。果爲必要否。爲適當否。之權限。蓋此皆出於仲裁人所處分也。)故裁判所。於此場合。與有證據決定者同。呼出證人鑑定人等。(第二九二條。第三二二條。)爲取調。於證言及鑑定非絕之場合。則從民事訴訟法第三〇一條。第三〇二條。第三二八條。爲裁判。(第七九六條第二項)又於不出頭之場合。則從民事訴訟法第二九四條。第二九五條。第三二八條。爲裁判。此等之權限。爲裁判所之職權。(即爲應爲仲裁人所認必要之裁判上之行爲者。當然屬於裁判所也。探知者。任諸仲裁人之自由意見。第七九四條「限於認爲必要者」)故雖不爲探知。而爲判裁判斷。亦不爲取消之理由。雖仲裁人。涉於民事訴訟法第七九五條所規定之權限外。或管轄裁判所之行爲。(基於第七九六條之行爲)有違背於訴訟法。然不來仲裁判斷取消之理由。何則。民

事訴訟法第八〇一條第一。仲裁手續。於全體不可許之時。始許仲裁判斷取消之法律也。（維而波素欽其他少數學者。以同條第一之意義。無此制限爲理由。曾反對前說。）(3) 仲裁判斷。如後所述。作成原本。苟無因當事者之合意。既有別段之約定。則須附以理由。送達於當事者。且將原本。添以送達證書。豫置於管轄裁判所書記課。（第七九九條）其他。仲裁人。無裁判官所特有之強制權行使之權限。故不得爲各種之執行行爲。假差押。假處分。又苟當事者間。無別段之約定。則不得發有強制力之命令。以結附蒙不利益之結果之行爲。中如闕席手續。尤不得擅爲之。仲裁人。雖當事者一方。不應仲裁手續。而亦非無探知事情之義務也。但得以不應仲裁手續之事實。爲事情確定之材料。有此權能。固不待論矣。苟當事者。主張仲裁手續。爲不可許者。即主張仲裁全體之手續。爲不可許者。（非違背於仲裁手續之各箇法定或約定事項也。）（第八〇一條第八〇五條）其中。有以法律上有効仲裁契約之不成立。或以仲裁契約。無關於判斷之爭。或以仲裁人無施行其職務之權。（例如仲裁人之選定不合法。或仲裁人應過適忌避。）爲主張時。則仲裁人。得從其選擇。或於就認主張之訴。有管

轉裁判所之判決前。(第八〇五條)停止仲裁手續。或續行之。且爲仲裁判斷。而後之場合。當事者對於仲裁判斷。得以不可許仲裁手續之旨之理由。提起取消之訴。(第八〇一條第一)。或對於依仲裁判斷之執行力。以同一之理由。爲抗辯。夫仲裁人所以有如此之選擇權者。蓋一方。仲裁人就於主張不可許仲裁手續之訴。既無判斷之權。而他之一方。有此前提問題。苟每須停止仲裁手續之進行。則恐有手續遲延之弊害。故只得委諸仲裁人之適當意見也。數名之仲裁人。爲仲裁判斷之場合。就其評決方法。苟當事者於仲裁契約。不爲別段之約定時。則以過半數。爲其判斷。此準於裁判所構成法第一二三條者也。(第七九八條。第七九五條第二)。至於評議之方法。因無特設規定。故仲裁人。得以口頭或書面。適宜爲評議。評決方法之欠缺。不爲仲裁判斷取消之理由。(第八〇一條)

仲裁判斷之法律上成立。第一。要作成原本。記載其作成之年月日。且仲裁人署名捺印。判斷之理由。限於 裁契約無別段之約定時。須附記於原本。不得以仲裁判斷之言渡。以代原本之作成。及仲裁人之署名捺印。第二。仲裁人須送達總仲裁人既署名

捺印之判斷正本。於各當事者。故不由仲裁人之求。（因於當事者之求。（所爲之送達。（有數名仲裁人之場合。依委任。得令其一人申請送達。）或非仲裁人既署名捺印之正本之交付。（謄本之交付。）則無茲所謂送達之効力。送達從民事訴訟法第一三六條以下之規定。（於外國送達。及公示送達。爲其必要手續之裁判所者。非民事訴訟法第八〇五條所規定之裁判所。乃依總則所定之裁判所也。）第三。仲裁人須將仲裁判斷之原本。添以送達證書。預置之於管轄裁判所。（非民事訴訟法第八〇五條所規定之裁判所。亦依總則所定之裁判所也。）之書記課。（有數名仲裁人之場合。其一人依他之明示或默示之同意。得有效爲預置之行爲。）所以要如此三要件者。爲擔保仲裁判斷之正確。與仲裁手續之形式的終局也。當事者不得以仲裁契約。除去或變更該要件。又裁判所當爲執行判決。須以職權。調查該要件之有無。苟該要件既具備。則形式上完全之仲裁判斷。法律上已成立。當事者得提出仲裁契約之判斷確定力之抗辯。仲裁手續。亦告其終局。故仲裁人之死亡。其無能力。署名捺印之拒絕。及預置手續之拒絕等。足以妨礙仲裁判斷之完戚。（第七九一條第七九三條

第一)不得適用民事訴訟法第二三七條。而補缺之也。但關於要件施行之期日。以無特定。故送達及預置等。雖在求執行判決之訴。既提起後。亦得有效爲之。維而波索欽氏。主張該訴雖既係屬於第二審。亦得有效爲此手續。然嘎無朴氏。反對此說。謂在第一審之判決以後。不得有效爲之。其當否。容諸君之研究。而予則從後說。(若依前說。則其當然之結果。第一審當爲執行判決。無調查要件之存否。)

仲裁判斷。與確定判決同。令訴訟事件。實體上終局。故在當事者間。(包含承繼人)有與既確定之裁判所判決。生同一之効力。因而當事者之一方。對於他之一方。得提出確定判決之抗辯。(第八〇〇條。第二四四條。)該効力。僅制限於當事者間。故從實體法。判決對第三者生効力之例外則。在仲裁判斷。不適用。至於外國之仲裁判斷。則該判斷。限適於民事訴訟法之規定。如第五一四條之場合。方適用民事訴訟法第八〇〇條。

(四)判斷之取消。仲裁判斷。以與確定判決。有同一之効力。故(1)不得以上訴。對之申立不服。苟以仲裁契約。其他之行爲。特約對於仲裁判斷。得爲上訴之旨時。則不獨

該特約爲無效。而仲裁契約。亦生無効之結果。蓋因此特約之無効。不得保當事者之意。爲既合致。故也。苟仲裁人。省過其應判斷之請求時。則當事者。得以補缺仲裁判斷之目的。求仲裁手續之再施。且爲是。不必要新之仲裁契約。但當事者之一方。拒助力於仲裁手續之再施。或仲裁人拒絕該手續之再施。則當事者。得以訴。對管轄裁判所。求仲裁判斷完全之裁判。(2)因該當於原狀回復。反取消之訴之特定理由。法律特認取消之認。令當事者。得求仲裁判斷之取消。(a)其理由之第一。仲裁手續。於其全體。爲不可許之時。如仲裁契約苟成立。則爲無効。或可得取消者。仲裁契約。因合意其他之原因。失効力者。(第七九三條) 仲裁契約。無關係於仲裁判斷所得判定之訴訟事件者。仲裁判斷。關係於不屬仲裁人之判斷權內之爭點者。不遵守關於仲裁人之職務。法定或約定之規則者。(第七八八條。乃至第七九一條。) 中如依忌避。無權限之仲裁人。干與仲裁判斷。或既選定之仲裁人。不曾干與於仲裁判斷等。皆是也。故關於全體可許之仲裁手續。其中各箇行爲之缺點。苟不該當於民事訴訟法第八〇一條第三乃至第六者。則不焉取消之訴之理由。維而波素欽獲而曼氏。反對此見解。謂

手續上。無各有其區劃。故手續中。於苟或之一點。有爲法律上所不可許者。則其全體。爲有缺點。仲裁判斷。當然可取消。且法律上並無明定仲裁手續。制限於其全體。爲不可許之時。故手續中。各箇行爲之缺點。亦似屬於民事訴訟法第八〇一條第一之理由也。然如嘎無朴氏所明言。此反對說。有以民事訴訟法第八〇一條爲贅文之論結矣。(已包含於民事訴訟法第八〇一條第一) 故不可採用。第二。仲裁判斷。以應爲法律上禁止之行爲之旨。言渡於當事者時。所謂法律上禁止之行爲者。指示禁止強制執行之一切行爲。即不得強合爲之者。是也。(第五〇五條第二) 第三。當事者。於仲裁手續。不從法律之規定。爲代理時。此該當於民事訴訟法第四三六條第五。及民事訴訟法第四六八條第四者也。第四。於仲裁手續。不審訊當事者。此爲確保民事訴訟法第七九四條規定之遵守也。第五。於仲裁判斷。不付理由。此該當於民事訴訟法第四三六條第七者也。但其理由。果正當否。完全否。非法律之所問。民事訴訟法第二三六條第三。及第四三六條第七。關於此點。不適用。第六。於第四六九條第一號乃至第五號之場合。可許原狀回復之訴之條件。既具備時。而關於許可取消之訴之條件之

規定。則不得準用於前。又第四六九條第六號及第七號之規定。亦亦適用於此。蓋者同號之原因。苟取消仲裁判斷。則至於令裁判所爲事件之判決。故也。以上之理由中。關於第四號及第五號者。當事者得以別段之合意。拋棄其就該理由爲取消之訴之權利。而關於其他之理由。則反是。當事者不得以別段之合意。排斥取消之訴。蓋前者單純關於私益。而後者則關於公益。故也。(b)其訴之提起。從民事訴訟法之通則。而取消。要基於前示之理由。故主張訴之原因。須表示前示理由之事實。若事不出此。而於訴之提起後。以他之理由爲原因。而提出之之時。則爲訴之變更。但以他之理由爲原因。召起訴時。則不得以判決確定之抗辯。爲對抗者。當然事也。(c)其訴之管轄裁判所。從民事訴訟法第八〇五條之規定。當事者對該裁判所。得併合取消之訴。提起本案之訴。蓋仲裁人之職務。依既爲判斷而終局也。但仲裁判斷取消之後。仲裁契約尙存續之場合。(參照前示第一。)則不在此限。(d)關其訴之提起。民事訴訟法上。無定期間。(其應依民法第一六七條第二項乎。是存疑之點也。)然既有求執行判決之言渡之起訴時。苟於其判決言渡以前。尙不提起取消之訴。則當事者喪失提起其訴之

權利。(不問當事者已知取消之理由與否) 苟第一審。既言渡執行判決。尙未確定。於此場合。惟得依上訴或故障。對之主張取消之理由耳。上訴審。既取消執行判決。則爲此執行判決之言渡。故當事者無何等之制限。得提起取消之訴。又拒執行判決之言渡之判決。既確定時。則取消之訴。爲無目的。何則。與仲裁判斷既取消者。無以異也。但有一例外。雖既爲執行判決之後。然因於民事訴訟第八〇一條第六號所揭之理由。所許取消之訴。則限於當事者。疏明其非自己之過失。致在前手續。不能主張取消理由之旨時。亦得提起之。(第八〇三條第四七〇條) 又訴訟。由當事者既知取消理由之日起算。且於執行判決確定後。所進行之一個月不變期間內。須提起之。但執行判決確定後。既經過五個年。則不得提起訴訟。(第八〇四條第一項第二項。第四七四條第一項乃至第三項) 管轄裁判所。苟認訴爲有理由時。則取消仲裁判斷。同時應言渡執行判決之取消。(第八〇四條第三項) 又訴苟係適法者。則得命強制執行之一時停止。(第五〇〇條準用)

(五) 判斷之執行。 仲裁判斷。與外國裁判所判決同。非我帝國裁判所之判決也。不

過於當事者間。有與裁判所之判斷。有同一之効力者。非判決其物也。故因仲裁判斷。爲強制執行者。要有執行判決。即言渡許其執行之旨者。以爲其債務名義也。（第八〇二條第一項）執行判決。不獨在強制執行。求執行機關之執行行爲時。所必要也。即基民事訴訟法第七六三條。爲執行。仲裁判斷僅言渡法律關係之確認時。令裁判上認諾該判斷。且爲附一定之限界。於仲裁判斷取消之訴。（第八〇三條）又爲仲裁判斷所定仲裁手續之費用取立。皆必要此執行判決者。勿論矣。而執行判決。因當事者依訴之形式之申立。管轄裁判所。所言渡者也。（a）該訴。得僅制限於請求之一部分。或其費用。又由民事訴訟法第五一九條所謂之承繼人。或對此承繼人。得提起之。其他。該訴。應從通常訴訟手續提起之者。無容疑也。（b）該訴之管轄裁判所。即民事訴訟法第八〇五條所定者。該裁判所。先以職權。調查管轄權之有無。及形式上完全仲裁判斷之存否。（第七九九條）在內國所爲之仲裁判斷。與在外國所爲之仲裁判斷。無區別。蓋以仲裁判斷。根據於當事者之意思。非根據於國家之主權。故無民事訴訟法第五一五條之適用。但在外國所爲之決裁判斷。不適於民事訴訟法第七七九

條之規定。即在內國言渡執行判決之要件。有未備者。則得基於該仲裁判斷之民法上効力。向內國之管轄裁判所。提起求仲裁判斷所已定之給付履行之訴。其次。則調查仲裁判斷取消理申之存否。(第八〇二條第二項第八〇一條)(該理由中。有關於公益者。如民事訴訟法第八〇一條第二。仲裁契約之係爭物。關於當事者無為和解之權利者。是有反於不許以當事者意思所左右之法則也。故此等不可許仲裁手續之理由。要以職權調查之。有無關於公益者。以仲裁人之選定有錯誤。不可許仲裁手續者。此等之理由。則依當事者之申立。始調查之。

仲裁判斷。其物之當否。則不得調查。(第五一五條第一項)(關於外國所為之仲裁判斷。亦然)苟裁判所。認其訴為有理由時。則言渡終局判決之執行判於。因該判決之確定。或有駭執行之宣言。生執行力。執行判決之正本。付以執行文。為執行。又執行判決言渡以後。則當事者喪失提起取消之訴之權利。(第八〇三條)然得對於執行判決。從民事訴訟法第五四五條。主張實體上之異議。苟裁判所認訴為無理由時。則却下訴。拒絕執行判決之言渡。此判決既確定。則既取消仲裁判斷者。有同一効力。

當說明仲裁手續將了之際。尙要一言者。民事訴訟法第八〇五條是也。同條規定以仲裁人之選定（第七八九條。第七九〇條。第七九一條。）或忌避（第七九二條）仲裁契約之消滅。（第七九三條。）仲裁手續之不可許（第七九七條）仲裁判斷之取消。（第八〇一條。第八〇三條。第八〇四條。）或執行判決之言渡。爲目的之訴。之管轄裁判所者也。而該訴之外。尙有仲裁手續之裁判上行爲。（民事訴訟法所規定之預置。并仲裁判斷之公示送達。或外國送達。）及第七九六條所規定之裁判上行爲。其管轄裁判所。則非所規定也。（佛請屈嘎無朴氏等。引用獨逸民事訴訟法第八七一條第二項。即該當於我民事訴訟法第八〇五條第二項者。主張反對說。其他多數之學者。亦主張反對說。然此不當擴張法文者也。）該訴。有以給付爲目的。或以確認爲目的者。（無忌避原因之旨。即消極的確認判決。亦包含在內。）又該管轄裁判所。第一。爲仲裁契約所既指定之區裁判所。或地方裁判所。（非如獨逸民事訴訟法。有以書面指定之制限。）當事者。得於仲裁契約。爲前示諸訴。不拘訴訟物之價額。指定區裁判所。或地方裁判所。又不拘其請求。在裁判上主張之。原應專屬於甲裁判所者。

而指定乙裁判所。第二。苟仲裁契約。無指定裁判所時。則裁判上主張其請求之場合。有其管轄權之區裁判所。或地方裁判所。管轄之也。至於其事物之管轄。則從仲裁手續。并仲裁判斷請求之價額。定之。(第八〇五條第一項)。苟於仲裁契約。不指定管轄裁判所。或雖於仲裁契約。既指定裁判所。而爾後以合意廢止之。此等場合。有數箇之管轄裁判所時。則當事者。或仲裁人。當初令其關係之裁判所。管轄前示諸訴。(第八〇五條第二項)。本項僅適用於土地之管轄。所謂當事者最初令其關係之裁判所者。即當事者。依民事訴訟法第八〇五條第一項所規定。提起其訴之一。於某裁判所。是此懸判所。對此事件。爲最初之關係也。以後其他之訴。亦須提出於該裁判所。所謂仲裁人最初令其關係之裁判所者。仲裁人當從民事訴訟法第七九九條第二項。爲當事者。預置仲裁判斷之原本時。有行使選擇管轄裁判所之權限。而其結果。因令所定之裁判所。對此事件。爲最初之關係也。故前示諸訴。亦須提出於該裁判所。此不外因民事訴訟法第八〇五條第一項所規定之訴。互相牽連。且令仲裁判決之取消。及執行判決之言渡。至於容易耳。

民事訴訟法第八〇五條所規定之管轄。非專屬管轄。故當事者。不妨以合意變更其管轄。

民事訴訟法（自第六編續）終

民事訴訟法（第八編） 仲裁手續

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 長沙 李 穆

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
404036

