

和仏法律学校講義録

清水, 澄 / 掛下, 重次郎 / 松岡, 義正 / 富井, 政章

(出版者 / Publisher)

和仏法律学校

(巻 / Volume)

3-2

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

52

(発行年 / Year)

1902-11-29



明
三
十六
年

第
二
号

第
三
十
号

第
二
十
号

一
号
欠

現
在
丹
系
二
十
三
号





10A

和佛法律是教



090
1903
3-1-2

第三學年第二號目次

民法物權 自第七章 至第十章 頁八〇

法律博士 富井 政章

民法親族 自第四章 至第六章

法律學士 緒下 重次郎

破産法 自第二章 至第四章

法律學士 松岡 義正

行政法 自第二章 至第四章

法律學士 清水 澄

雜報 ○ 考案ニ因ル誤殺未遂 ○ 第三年特別試験問題

(正誤) 清水澄君考案(天正十百圓ハ章ノ誤)

取特權ト不動産ノ先取特權トニ區別シテアル然レドモ其各種別中ニ於テ更ニ各種ノ先取特權ノ名稱ヲ定ムルニ當テハ其原因ノ上ヨリ觀察シテ或ハ其益費用ノ先取特權ト云ヒ或ハ不動産貸貸ノ先取特權ト云フ如キ先取特權ニ依テ擔保セラルル債權ノ發源ニ重キヲ置イテ規定ヲ爲シテアリマス

第一款 一般ノ先取特權

一般ノ先取特權トハ債務者ノ總財産ノ上ニ存スルモノヲ謂フ第三〇六條總財産トアルガ故ニ有體物ニ限ラナイ苟モ財産權デアル以上ハ一切ノ權利ヲ包含スルモノト解セテバナラス、即チ今日ノ實際ニ付イテ言ヘバ株式公債ノ如キ債權ノ如キモ此規定ニ依テ一般先取特權ノ目的ト爲ルコトハ疑ナキ所デアリマス之ニ付イテ考フルモ物權ヲ以テ有體物ヲ目的トスル權利ト看ルノ失當ナルコトハ明カデアアル然レドモ是ハ此場合ニ限ラナイ他ノ物權ニ付イテモ立法者ハ數多ノ變例ヲ設ケテ居ルコトハ諸君ノ了知セラルル所デアルト思フ故ニ此批難ハ茲ニ特ニ先取特權ニ付イテ爲スコトヲ止メマス

民法物權 先取特權ノ種類

090
1903
3-1-2

取特權ト不動産ノ先取特權トニ區別シタル然レドモ其各種別率ニ於テ更ニ
各種ノ先取特權ノ名稱ヲ定ムルニ當テハ其原因ノ上ヨリ觀察シテ或ハ其益
用ノ先取特權ト云ヒ或ハ不動産質貸ノ先取特權ト云フ如キ先取特權ニ依テ擔
保セラルル債權ノ發源ニ重キヲ置イテ規定ヲ爲シテアリマス

第一款 一般ノ先取特權

二般ノ先取特權トハ債務者ノ總財産ノ上ニ存スルモノヲ謂フ第三〇六條總財
産トアルガ故ニ有體物ニ限ラナイ苟モ財産權デアル以上ハ一切ノ權利ヲ包含
スルモノト解セテバナラズ即チ今日ノ實際ニ付イテ官ヘバ株式公債ノ如キ債
權ノ如キモ此規定ニ依テ一般先取特權ノ目的ト爲ルコトハ疑ナキ所デアリマ
ス之ニ付イテ考フルモ物權ヲ以テ有體物ヲ目的トスル權利ト看ルノ失當ナル
コトハ明カデアアル然レドモ是ハ此場合ニ限ラナイ他ノ物權ニ付イテモ立法者
ハ數多ノ變例ヲ設ケテ居ルコトハ諸君ノ了知セラルル所デアアルト思フ故ニ此
丑類ハ茲ニ特ニ先取特權ニ付イテ爲スコトヲ止メヤス

先取特權ノ種類

二 一般ノ先取特權ハ四ツノ理由ヨリ生ズル債權ヲ有スル者ニ屬ス其レハ共益ノ費用ヲ出シタルコト、葬式ノ費用ヲ出シタルコト、雇人ガ給料ノ支拂ヲ受ケザルコト、及び日用品ノ供給者ガ其供給品ノ支拂ヲ受ケザルコトデアリマス(第三〇六條)

共益費用ノ先取特權トハ一般債權者ノ共同利益ノ爲メニ爲シタル債權者ノ財產ノ保存清算又ハ改良ニ關スル費用ニ付イテ存スルモノヲ謂フ(第三〇七條)第一項例ヘバ債權者ノ爲メニ時效ヲ中斷シタルカ或ハ登記ヲ爲シタルト云フ如キコトヲ謂フ債權ノ實行トシテ訴訟ヲ爲シタル如キハ最モ著シイ例デアアル此等ノ行爲ハ要スルニ總債權者ノ事務管理ヲ爲シタルモノデアアル即チ總債權者ノ利益ト爲ル行爲ヲ爲シタルモノデアラテ他ノ債權者ハ之ニ由ラテ其權利ヲ保存スルコトヲ得テ得ズアル故ニ此先取特權ハ一切ノ先取特權中ニ於テ後ニ説明スル如ク最モ先順位ヲ占ムルモノトシテアリマス其レ故ニ又其利益ヲ受ケタル債權者ニ對シテアルミ此效力アルモノデアアル例ヘバ其行爲ノ後ニ債權者ト爲ラズ者ニ對シテ何等ノ利益モ受ケザリシ故ニ此先取特權ニ因リテ損害ヲ被ムルコトモ

予イ爾後(第三項)ニ不償買買、或モ特留權(第三二)正當流(三三)ハ四ツノ共同式ノ費用ノ外(第三)ニ先取特權ヲ付テ其說明ヲ省キマス立法ノ理由ハ殆ク説明ヲ缺クテ示シテ明カチ目申テアル事應ク莫ク先取特權ノ行ハルル範圍ハ條文ヲ一見シテ了知シ得ベキコトデアルニ因リテ説明ノ必要ハナイト考ヘマス(第三〇八條乃至第三一〇條)

第二款 動産ノ先取特權

動産即チ特定ノ動産ヲ目的トスル先取特權ニ由ラテ擔保セラルル債權ノ原由ハ八ツアル(第三百十一條)ニ列舉シテアリマス是モ二一説明スルコトヲ省キマスガ唯一般ニ涉ル原則ノミヲ示シテ置キマス(第三一二條)此八ツノ先取特權中ニ於テ第一乃至第四ハ實ニ觀念ニ基キタルモノデアアル即チ債權者ニ於テ其先取特權ノ目的物ヲ恰モ自己ノ爲メニ買物ト爲ラタル如クニ見テ而シテ其觀念ハ正當ナルモノデアアル故ニ恰モ買物ノ如クニ其代價ノ上ニ優先權ヲ行フコトヲ得セシムル譯デアアル之ト異ラズ第五乃至第八ハ一般擔保ノ原因ヲ爲

シタト云フ無基名モ不取先取特權者ハ其權利ノ目的物ノ債務者ノ資產中ニ加ヘ又ハ保在モ其事ヲ不取因テ他ノ債權者一ノ擔保ヲ得ト云フコトト爲ルニ因テ先取特權者ノ原因又爲シテ保在スルト云フ趣意デアル此區別ハ後モ法律ガ先取特權ノ順位ヲ定ムル上ニ於テ非常ナル效力ヲ有スルモノデアリ即チ順位ヲ定ムル標準ト爲ラ居マス

右ニ述ブル所ノ原則ガ之モハ例外ガ之モハ其レモ不取先取特權者ノ先取特權ハ其貸借ノ目的モ土地ノ果實ヲ付生スル擔保ノ原因ヲ爲シタト云フ理由ニ因テ先取特權ヲ有スルモノデアリ又第三百十四條ニ掲グタルモノニ付イテモ同一デアリマス

第三款 不動産ノ先取特權

此款ニ於テハ特定ノ不動産ノ目的ト爲ル先取特權ノ規定ヲモテズル此類ノ事ノ先取特權ハ三種ノ事ニ依リテ不動産保在ノ先取特權第二不動産工事ノ先取特權第三不動産賣買ノ先取特權第三二五條此三ツノモノハ何レモ共

同擔保ノ原因ヲ爲シタト云フニ基テモテ之ノ事ハ其ノ擔保ノ種類ニ依リテ右三種ノ先取特權中ニ於テ保在者及ヒ賣主ノ先取特權ハ不動産保在者及ヒ動産賣主ノ先取特權者ト其法理ヲ一ニスルモノデアリ立法ノ理山此ニ適用ノ範圍ハ毫モ異ナル所ハナク唯目的物ガ不動産デアルト云フ一點ガ相異ナル所デアリマス其レ故ニ是ハ説明ヲ略シマス

先取特權ニ付イテハ言述ベマス是ハ動産ニ付イテハナク下デアリ唯工事ノ先取特權ニ付イテハ言述ベマス是ハ動産ニ付イテハナク下デアリ此先取特權ハ工匠技師及ビ請負人ガ債務者ノ不動産ニ加ヘタル工事ノ費用ニ付イテ其不動産ノ上ニ存在スルモノデアリ(第三二七條第一項)

工匠トハ大工左官ノ如キ自ラ工事ヲ行フ者ヲ謂フ職工ハ工匠又ハ請負人ニ雇ハル者デアラフ自ラ直接ニ債務者ト契約ヲ爲ス者デアリ故ニ此等ノ雇主ニ對シテハ一般ニ先取特權ヲ有スルモ茲ニ謂フ先取特權ヲ有スルモノゾハナク技師トハ自己ノ技術ニ依テ工事ヲ助成スル者ヲ謂フ是レ亦通常請負人ニ雇ハレテ工事ニ與ル者デアリ故ニ斯ル場合ニハ不動産ノ所有者ニ對シテ先取特權ヲ有スル者デアリコトハ言フテ候タナク請負人トハ一定ノ報酬ヲ受ケテ成工事

民法債權 先取特權ノ種類

ヲ成功スルコトヲ約シタル者ヲ謂フ此等ノ者ハ何レモ其施シタル工事ニ因テ
不動産ノ價格ヲ増加シタル者デアリ故ニ先取特權ヲ有スル理由ト共ニ其範圍
ニモ自ラ制限ガナクテハナラズ即チ其工事ニ因テ生シタル不動産ノ
増價ガ現ニ存在スル場合ニ限テ其増價額ニ付イテ存スルモノデアリ但
不動産ノ全部ノ上ニ存スルモノデアリ(第三二七條第二項)

第三節 先取特權ノ順位

同一ノ財産上ニ二種以上ノ先取特權ガ存在スルコトナシトセナイ此場合ニ於
テ此等ノ先取特權ハ如何ナル順序ニ於テ實行セラレベキヤ是レ即チ順位問題
デアリマヌ即チ民法第三百二十九條乃至第三百三十二條ニ規定セル事項デア
ル若シ債務者ノ財産ニシテ先取特權ニ依テ擔保セラルル總テノ債權ヲ辨濟ス
ルニ足ルトキハ順位問題ハ其實用ヲ生シナイ然レドモ此問題ノ生ズル如キ場
合ハ多ク先取特權者一同ニ辨濟ヲ爲スニ能ハザル場合デアリ故ニ順位問題
ニ實際甚ダ肝要ナル問題デアリ而シテ此問題ハ甚ダ複雑ナル問題デアラテ唯一

ノ原則ニ依テ解決スルコト能ハス種多ク場合ヲ區別スルコトガ必要デアリ
第一 一般ノ先取特權ガ互ニ競合スル場合 例ヘバ登記料ヲ立換ヘタ者モア
レバ葬式費用ノ支拂ヲ受ケナイ者モアル給料ノ支拂ヲ受ケザル雇人モアレバ
米穀薪炭等ノ供給ヲ爲シテ未ダ其支拂ヲ受ケザル者モアル斯ル場合ニ於テ其
先取特權ノ順位ハ如何ニ定ムルカト云フニ前同ニ説明シタル第三百六條ニ揭
グタル順序ニ從フトアル(第三二九條第一項)即チ其費用ノ先取特權ヲ第一順
トシ他ノ三ツノモノハ順次之ニ次ゴトト爲ル此順序ハ別ニ深キ理由ニ基イ
タモノデナイ唯法律ガ此等ノ債權者中ニ於テ最モ厚ク保護スル必要アリト認
メタル者ヨリ始メテ逐次其順位ヲ定メタルモノニ過ギナイ
第二 一般ノ先取特權ト特別ノ先取特權ガ互ニ競合スル場合 此場合ニ於テ
ハ特別ノ先取特權ハ一般ノ先取特權ニ先ズル但共益費用ノ先取特權ハ其利益
ヲ受ケタル總債權者ニ對シテノミ優先ノ效力ヲ有ストアル(第三二九條第二項)
此ノ如クニ定メラレタル主たる理由ハ一般ノ先取特權者ハ特別ノ先取特權ノ
目的物ニ付イテ其權利ヲ行ハザルモ尙ホ他ノ財産ニ付イテ之ヲ行フコトヲ得

ル他ニ一モ財産ナキ場合ハ稀デアリマセウ之ニ反シテ特別ノ先取特權ノ目的物ニ付イテ一般ノ先取特權者ガ先ニ其權利ヲ行フモノトセバ特別ノ先取特權者ハ往往ニシテ辨濟ヲ受クルコト能ハザル結果ト爲ル若シ此ノ如クナレバ特別ノ先取特權ヲ認メタル目的ヲ貫徹セザルコトト爲リマス尙ホ一ノ理由ト認ムルコトヲ得ベキコトハ一般ノ先取特權ナルモノハ公益上ヨリ設ケラレタルモノデアアルガ其實單純ナル法ノ恩典ニ過ギナイ暗黙ノ質又ハ擔保ノ原因ト云フ如キ確實ナル理由ニ基クモノデナイ思フニ立法者ハ此等ノ理由ニ因テ舊民法ノ下ニ於テハ解釋上疑問ト爲ラ居タル所ノ此問題ヲ特別先取特權者ノ利益ニ解釋シタモノト考ヘマス唯其益費用ヲ先取特權者ニ先順位ヲ有セシメタル所以ハ其費用ヲ出シタルコトナケレバ如何ナル債權者ト雖モ辨濟ヲ受クルコト能ハザルガ故デアル

第三 同一ノ動産ニ付イテ特別ノ先取特權ガ互ニ競合スル場合 例ヘバ建物ノ賃借人ガ代金ヲ拂ハズシテ或動産ヲ買取り之ヲ其建物ニ備附ケタル場合ニ於テハ賃借人ノ先取特權ト賣主ノ先取特權トガ其動産ノ上ニ競合スルコトト

爲ル此場合ハ第三百三十條ニ規定シテアテ微細ナル點ハ省略シテ其大意又言ヘバ原則トシテハ買ノ觀念ニ基ク先取特權ヲ先ニシテ擔保ノ原因ヲ爲シタルコトニ基ク先取特權ハ其次位ニスルモノトシテアル故ニ前例ノ場合ニ於テハ賃借人ガ買主ヲ凌グコトト爲ル今其理由如何ト云フニ凡ソ買權ノ目的ト爲タモノハ既ニ買權者ノ占有ニ在テ買權者ハ其物ニ付イテハ他ノ債權者ニ優先シテ辨濟ヲ受クル權利ヲ有スル者デアアル買ノ考ニ起因スル所ノ先取特權ハ固ヨリ純然タル買權デハナイ然レドモ其基ク所ノ觀念ヲ一ニスル以上ハ此點ニ於テハ此目的物ヲ買物ト同一視シテ先取特權者ヲ保護スルコトヲ當然ト認メタルモノト解シマス立法上果シテ當ヲ得タルヤニ付イテハ疑ナキニ非ザレドモ此外ニ理由ヲ發見スルコトヲ得ナイ

其次ニ位スル先取特權ハ擔保ノ原因ヲ爲シタルコトニ基クモノデアアル而シテ其中ニ於テ保存者ノ先取特權ヲ先ニシタル所以ハ其保存行爲アリタレバコソ他ノ債權者モ其權利ヲ行フコトヲ得ルニ至ラガ故デアアル同一ノ理由ニ因テ保存者中ニ於テモ後ノ保存者ハ前ノ保存者ニ勝ツモノト定メテアル即チ最後ノ保

存行為アリタルニ因テ前ノ保存者モ其權利ヲ行フコトヲ得ルニ至ラザル故デ
 以上述べタル所ハ一般ノ原則デアリ然ルニ之ニ著シイ制限アリマス
 其レハ第一不動産ノ貸貸人其他第一順位ノ先取特權者ト雖モ債權取得ノ當時
 第二又ハ第三順位ノ先取特權アルコトヲ知ラタキハ之ニ對シテ其權利ヲ行フ
 コトヲ得ザルモノト爲テ居ル即チ先ニ舉グタ場合ニ於テ建物ヲ貸貸セシ
 トスル者ガ貸借人ト爲ルベキ者ノ占有中ニ在リ不動産中ニ之ヲ買受ケテ未ダ代
 金ヲ拂ハザルモノアルコトヲ知リシトキハ其動産ニ付イテハ賣主ニ先順位ヲ
 占メラレテバナラス其理由如何ト云フニ此場合ニ於テハ第一順位ノ先取特權
 者ハ他ノ先取特權者アルコトヲ知ルガ故ニ之ニ先順位ヲ占メラルモノト定
 ムルモ不測ノ損害ヲ被ムルモノデナイ若シ後日排濟ヲ受クルコト能ハザル危
 險アリト思ヘバ一層有力ナル擔保ヲ請求スルカ又ハ契約ヲ爲サザレハ濟ムコ
 トデアル故ニ其動産ヲ以テ正當ニ自己ノ爲メニ賣物ニ爲タモノト思惟スルニ
 トヲ得ザル譯デアリ即チ他ノ先取特權ヲ負擔スルガ價格ヲ減シタモノトシ

シ債務者ノ賣産ニ入リタルモノト看做スコトガ至當デアリ
 向ホ一ノ制限ハ第一順位者ノ爲メニ賣物ヲ保存シタ水者アルトキハ原則トシテ
 保存者ハ先順位ヲ有セザル此場合ニ限リテ第一順位者ヲ讓グコトト爲ルハ
 如何トナレハ第一順位者ト雖モ自己ノ爲メニ其保存行為ヲ爲シタル者アリキ
 レバコソ先取特權ヲ行フコトヲ得ルニ至ラザル
 最後ニ法律ハ土地ノ果實ノ上ニ存スル先取特權ノ順位ニ付イテ特別ノ規定ヲ
 シテ居マス第三三〇條末項此項ニ掲タル所ノ三種ノ先取特權ハ何レモ擔保ノ
 原因ヲ爲シタト云フニ基クモンデアリニ因テテ立法者ハ其擔保ノ原因ヲ爲シタ
 ル程度ニ因テ三者ノ順位ヲ定メタモノデアリ此外ニ羅山ハナイモノト考ヘマ
 ス
 第四 同一ノ不動産ニ付イテ特別ノ先取特權ガ互ニ競合スル場合 例ヘバ
 人カラ家屋ヲ買フテ代金ヲ拂ハナオ然ルニ其家屋ガ破損シタコトヲ之ヲ修繕ス
 レタトスレバ賣主及ビ保存者ノ先取特權ガ競合スル譯デアリ而シテ此場合ニ
 ハ第三百二十五條ニ掲ゲタル順位ニ從フニ決マズ(第三三一條第一項)即チ保存工

第四節 先取特權ノ效力

此節ニ於テハ先取特權ト他ノ權利トノ關係即チ先取特權ノ目的ト爲レル物ヲ
 讓受ケタル者又ハ其物ノ上ニ質權其他ノ物權ヲ取得シタル者廣ク言ヘバ第三
 取得者ニ對スル先取特權ノ效力ヲ定メタモリデアアルニ付、然レドモ若シ絕對的ニ此效力
 先取特權ヘ一ノ物權デアアルガ故ニ他ノ物權ニ同ジク原則トシテハ第三取得者
 ニ對シテ其效力アルモノト謂ヘナケレバナラヌ、然レドモ若シ絕對的ニ此效力
 アルモノトスルトキハ大ニ取引ノ安全ヲ害スルコトト爲ル、故ニ法律ニハ此點
 ニ於テ先取特權ノ效力ヲ制限シテアリマス

不動産ニ關シテハ登記ノ制度アルガ故ニ第三者ノ利益ヲ保護スルニ缺クル所
 ハナイガ、動産ニ付イテハ先取特權ノ存在ヲ公示スルニ此ノ如キ確實ナル方法
 ガナイ、動産ハ容易ニ數人ノ手ニ移ルコトヲ得ルモノデアアルガ故ニ其上ニ
 存在スベキ權利ハ適法ニ取得シタル占有ノ在所ニ存スルモノトスル外ハナ
 イ、故ニ物權編ノ總則ニ於テ動産ニ關スル物權ノ得喪ハ其引渡アルニ非ザレバ

之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ザルモノト爲テ居ル(第一七八條又或條件
 ヲ以テ他人ノ動産ヲ占有スル者ハ其動産ノ上ニ行使スル權利ヲ取得スト云フ
 規定モアル(第一九二條要スルニ動産權ハ或制限ヲ以テ占有ノ在所ニ存スル
 モノト看做スコトニ爲テ居ル)

先取特權ニ關シテモ法理ハ一ツデアアテ第三取得者トノ關係ニ於テハ占有ニ重
 キヲ置カネバナラヌ、元來先取特權者ハ其權利ノ目的タル動産ヲ占有スルモノデ
 ナイ、故ニ債務者ニ於テ一たび其占有ヲ第三取得者ニ移シタル後ハ最早先取特
 權者ニ追及權アルコトヲ認メラレマセヌ、然ラザレバ第三取得者ハ不測ノ損害
 ヲ被ルルコトト爲テ大ニ取引ノ安全ヲ害スル弊デアアル、尤モ此場合ニ於テ第三
 取得者ハ或ハ惡意デアラタカモ知レナイ、即チ其占有スル所ノ動産ハ先取特權ノ
 目的タルコトヲ知レルヤモ測ラレヌ、此場合ニハ法律ノ保護ヲ受ケベキ理由ハ
 存セナイ障デアアル、如何ニモ登記又ハ引渡ヲ以テ單純ナル公示方法ト爲ヌ主義
 ヲ取ル以上ハ理論上斯ル場合ニハ第三取得者ヲ保護セザルコトガ正當デア
 ルト謂ハレマセウ、然レドモ善意惡意ノ別ハ人心内部ノ作用デアアテ之ヲ證明スル

「コトガ往々困難ナスル隨テ之ヲ事實問題トスルハ甚ダ危險ナスル故ニ立法者ハ善意ト惡意トニ別テ之ヲ恰モ先ニ登記ヲ爲シタ者ニ同ジク占有ヲ得タル第三取得者ヲ保護スル主義ヲ取テ(第三三三條)即チ物權法ノ通則ニ據テモノデアリマス(第一七七條第一七八條)

留置權ニ對スル先取特種ノ效力、第三取得者中ニ於テ先取特種ノ目的物ニ付キ留置權ヲ有スル者ニ對シテ先取特種ハ如何ナル效力アルヤ例ヘバ茲ニ代金ヲ拂ハズシテ或物ヲ買取ラタ者ガアル後ニ其物ヲ占有スル者ガアテ之ニ付イテ償還ヲ求ムルコトヲ得ベキ費用ヲ出シタト假定シマセウ、賣主ト占有者トノ中孰レガ先ニ其物ノ代價ニ付イテ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルヤ之ガ即チ留置權者ニ對スル先取特種ノ效力如何ノ問題デアル

此問題ハ曩ニ留置權ノ性質及ビ效力ニ關シテ説明シタル原理ニ據テ自ラ判斷シ得ルコトト思ヒマス即チ留置權者ハ單ニ留置權者トシテハ留置物ノ代價ノ上ニ優先權ヲ有スルモノデナイ、故ニ今例ニ舉グタ場合ニハ賣主ハ留置權者ニ先テテ競賣代金ニ付キ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルハ一點ノ疑ナイコトト信ズル

但曩ニ述ベタル如ク留置權者ハ多クノ場合ニ於テ同時ニ保存者タル如キ先取特種者デアアル右ニ例ニ舉グタ場合ハ故ラニ問題ヲ活カス爲メニ留置權者ガ先取特種者デナイ場合ヲ示シタノデアアル多數ノ場合ニ於テハ留置權者ハ先取特種者トシテ優先權ヲ行フコトヲ得ル、唯如何ナル順位ノ先取特種ヲ有スルヤヲ定ムベキマデノコトデアアル、他ノ先取特種者ト就合スル場合ニハ總令先取特種者デアラテモ其順位ガ低クケレバ凌ガルコトハ同一デアアル

動産質權者ニ對スル先取特種者ノ效力、佛國民法其他之ヲ模範トスル諸國ノ法典ニ於テハ動産質權ハ之ヲ先取特種ノ一種ト看做シテアル、故ニ動産質權ト先取特種ト互ニ就合スル場合ハ單ニ順位ノ問題タルニ過ギナイ、然ルニ我民法ハ之ニ反シテ此二者ヲ別別ノ物權ト爲シタルカ故ニ其相互ノ效力ハ純然タル第三取得者ニ對スル物權的效力ノ問題デアアル、而シテ民法ハ先取特種ト動産質權ト就合スル場合ニハ動産質權者質的觀念ニ基テ先取特種者ト同一ノ權利ヲ有スルモノト定メタ(第三三四條)是ハ誠ニ至當ナルコトト考ヘマス、何トナレバ何レモ其根據ト爲ル觀念ヲ一ニスルモノデアアル、而シテ其效力ハ先ニ述ベタル如

買辦スルコトヲ得ザル結果ト爲リマス。此工事ノ先取特權ハ不動産ノ増價額ニ付イテノミ存スルモノナルコトハ既に説明シタルコトデアアル故ニ此先取特權ヲ實行スルニ付イテハ其範圍ノ由テ定マレ所ノ増價額ヲ評定スルノ方法ヲ定ムルコトガ甚ダ肝要デアアル。是ヲ以テ法律ニハ裁判所ニ於テ選任シタル鑑定人ヲシテ之ヲ評價セシムルコトヲ一要件ト定メテアリマス(第三三八條)。

右二ツノ不動産ノ先取特權ニシテ前述ノ條件ニ從テ適法ニ之ヲ登記シタルトキハ經令其不動産ノ上ニ抵當權ガ設定セラレ且其抵當權ノ登記後ニ登記ヲ爲シタルトキト雖モ尙ホ抵當權ニ先チテ之ヲ行フコトヲ得ルノデアアル第三三九條。是ハ此二ツノ先取特權ノ性質上抵當權ヲ凌グニ足ル效力ヲ有セザルベカラザルモノデアアルガ故デアリマス。是ヲ以テ既ニ述ベタル如ク登記ノ時期等ニ於テ嚴格ナル制限ヲ設クルコトヲ必要トシタル譯デアアル。然レドモ是ハ明文ヲ缺クテ始メテ生ズルコトデアアル。若シ何等ノ規定モナケレバ總テ登記ノ前後ニ依テ之ノ效力ヲ定ムルコトト爲ル(第三四一條)然ルニ法律ハ此等ノ先取特權ヲ保護スベ

キ理由アリト認メタルガ故ニ特別ノ規定ヲ置イテ優先ノ效力ヲ附シタ。總電ヲ實徹シタルモノデアリマス。此ニ付トモハ其範圍ニ限ラズテ不動産ノ先取特權ハ買賣契約ト同時ニ代價又ハ其利息ヲ辨濟アラザル買フ登記スルニ由テ其效力ヲ保存スルモノデアアル(第三四〇條)茲ニ所謂買賣契約ト同時ト云フコトハ最モ大切ナル要件デアリマス。此ノ如ク登記ノ時期ニ付イテ嚴重ナル制限ヲ置イタ所以ハ若シ買賣契約後ニ登記ヲ爲スモ妨ナキモノトスレハ契約ト登記トノ間ニ於テ第三者ハ或ハ賣主ノ先取特權アルコトヲ知ラズシテ同一ノ不動産ニ付イテ權利ヲ取得シテ竟ニ不測ノ損害ヲ被ルコトナシトセナイ。甚シキニ至テハ賣主ハ買主ト通謀シテ詐欺ヲ行フコトモナイニ限ラズ。

此買賣ノ先取特權ハ前ニ述べタル二ツノ先取特權ト異ナク其抵當權者ニ對スル效力ハ全ク登記ノ前後ニ依ル。是ハ第三百三十九條ト第三百四十條トヲ對照スレバ最モ明瞭デアリマス。一見甚ダ奇妙ニ感ゼラレマス。何トナレバ賣主ト買主ト法律上之ヲ保護スベキ理由アレバコソ先取特權ヲ有スルモノトシタルコト

「前二種ノ先取特權者ト異ナルコトハナク然レドモ能ク實際ノ狀況ニ就イテ考フレバ前二種ノ先取特權ニ於ケル如キ特別ナル規定ヲ必要トスル理由ガナキ其所以ハ若シ賣買契約前ニ抵當權ヲ取得シタル者アルトキハ其者ハ既ニ賣主ニ對シテ其權利ヲ行フコトヲ得ズバナラヌ賣主ハ之ニ對シテ先取特權ヲ主張スルコトヲ得ベカラザルハ當然ノコトデアリマス又賣買契約ト同時ニ先取特權ヲ登記スベキモノト爲シタル以上ハ其以後ニ抵當權ヲ取得シタル者ニ優先スベキコトハ是レ亦論ヲ俟テザル所デアル故ニ此先取特權ト抵當權トノ間ニハ優劣ノ問題即チ衝突ハ事ロ生ゼザルモノト解スルガ至當デアルト考ヘマス

以上述べタル所ヲ約言スレバ不動産ノ先取特權ハ其登記ノ時期ニ關シテ一定ノ制限アル外概シテ抵當權及ヒ不動産質權ニ優ル效力アルモノト解シテ觀テイト思ヒマス(第三六一條參照)故ニ先取特權ハ不動産ニ付イテハ抵當權ニ比シテ效力強キモノデアアルガ其他ノ點ニ付イテハ抵當權ニ類視スベキモノデアアルガ故ニ法律ハ抵當權ニ關スル規定ヲ準用スベキモノト定メタルデアアル(第三四

二條)即チ例ヘバ滯除ニ關スル規定ノ如キハ不動産ノ先取特權ニ準用スベキモノト解セキバナラス

第九章 質權

質權トハ債權ノ擔保トシテ債務者又ハ第三者ヨリ受取リタル物ヲ占有シ且其物ニ付キ他ノ債權者ニ先チテ辨濟ヲ受クル權利ヲ謂フ(第三四二條)

此定義ニ據レバ質權ハ先ヅ當事者ノ意思ヲ以テ設定スル物上擔保ノ一ナルコトガ明カデアアル此點ハ抵當權ト相同シキ所デアラウ留置權及ビ先取特權ト相異ナル所デアリマス今日物上擔保中ニ於テ實際最モ頻繁ニ行ハルル所ノモノハ不動産ニ付イテハ抵當權、動産及ビ債權ニ付イテハ質權デアアル不動産質ノ如キハ抵當制度ノ發達シタル今日ニ在リテハ外國ニ於テモ盛行ハレテ居ナイ佛國民法ニ於テ尙ホ現ニ認ムル所ノモノハ純然タル不動産質ニ非ズシテ用益質ト稱スベキモノデアアル即チ使用收益ヲ目的トスルモノデアラテ辨濟ナキ場合ニ質物ヲ公賣ニ付シテ其代價ヲ以テ辨濟ヲ受クル權利デナイ此用益質ナルモノモ

今日ニ在ラテハ決シテ盛ニ行ハレテ居ナイ、日日ニ衰頽ニ趨クコトハ明カナル事
實デアリマス

是ト異ナク我邦ニ於テハ不動産實ハ從來廣ク行ハレ來タモ、デアツテ今日ト
雖モ尙ホ抵當權ノ如クニ盛ニ行ハルルモノデハナイガ多少適用ヲ見ルコトナ
ルガ故ニ民法ニハ之ヲ認メテ數條ノ規定ヲ置クコトニ爲タ譯デアリマス、然レ
ドモ最モ實際頻繁ニ行ハルルモノハ前ニ述ベタル如ク動産實及ビ債權實ノ二
種デアリマス、不動産實ト抵當權ト相異ナル點ハ主トシテ占有ノ移轉ヲ要件ト
爲スト否トニ在ル、尙ホ效力ニ於テモ多少相異ナル所ガアリマス

民法ハ質權ヲ以テ物權ノ一種ト爲シタルコトハ明カデア、即チ有體物ヲ目的
トスル權利ト見タノデア、然ルニ債權ニ對スル財産權ノ一大分類トシテ有體
物上ノ權利ナル觀念ヲ探ルノ當ヲ得ザルコトハ嘗テ述ベタル如クデアリマス、
今茲ニ此問題ヲ詳論スル考ハアリマセ、甚ダ大切ナル事、勿デア、ルガ故ニ一
言述ベテ置キタイト思フ

先ヅ學理上ノ常否ハ始ク別問題トシテ民法自ラ有體物上ノ權利ナル觀念ヲ

質シテ居ナイ、又一貫スルコト能ハザル譯デア、ルト思フ、即チ占有ニ關シテハ準
占有ナルモノヲ認メ、共有ニ關シテハ準共有トモ稱スベキ、第二百六十四條ノ規
定ヲ置キ、先取特權ニ付イテモ、爰ニ講述シタル如ク權利ヲモ含ム一般ノ先取特
權ヲ認メタル如キハ有體物ヲ要素トスルノ狹キニ失スルコトヲ自認シタルモ
ノデアリマス、抵當權ノ如キモ地上權又ハ永小作權ヲ以テ其目的ト爲スコトヲ
得ルモノトシテアル、故ニ財産權ノ一大種類トシテ直チニ有體物ノ上ニ行使ス
ル權利ト云フ如キ觀念ハ到底立法ノ標準ト爲リ得ベキモノデナイコトハ明カ
デア、ル、他日學理ノ研究並ニ立法思想ノ進歩スルニ隨テ此觀念ハ必ス一變スル
ノ日アルベキコトヲ信ジマス、然レドモ現行民法ヲ解説スルニ當テハ此觀念ヲ
基礎トセキバナラス、今茲ニ說明スル所ノ質權ニ付イテモ同一デアリマス、
質權ハ物權即チ有體物上ノ權利ナルコトヲ認メナガラ、之ニ對シテ一ノ重大ナ
ル變例ヲ認メテアリマス、其レハ即チ權利質ナルモノデア、ル、權利質殊ニ債權質
ノ如キハ近世信用ノ具トシテ最モ缺クベカラザル制度デア、ル、株式、手形又ハ公
債證書ノ如キ債權ヲ目的トスル質權ノ設定ハ經濟ノ進歩ニ伴ヒ取引ノ頻繁ト

爲ルニ隨テ益、其適用ノ多キヲ見ルモノナルコトハ事實デアリマス故ニ民法ニ權利質ナルモノヲ認メテ其性質ノ許ス限ハ動産質及ビ不動産質ニ付イテ數ヶタ規定ヲ準用スベキモノトシタリデアリマス尙ホ其中ニ於テ債權ヲ目的トスルモノニ付イテハ更ニ數條ノ特別規定ヲ置イテアル民法ニ採用シタル物權ノ觀念ヨリ云ヘバ權利質ノ如キハ如何ニモ一種ノ變例デアルト云ハキコトナラヌガ今日ノ取引界ニ於テ普通ノ質即チ動産質及ビ不動産質ニ比スレバ遙カ盛ニ行ハルル所ヲ以テ觀ルモ決シテ變例ト看ルベカラザルモノデアルト思フ、但此問題ハ立法論ニ涉ルガ故ニ委クハ論ジマセヌ

本章ハ法典ノ順序ニ從テ左ノ四節ニ分チマス、即チ總則動産質不動産質及ビ權利質ノ四項目ヲ順次説明スル考デアリマス

第一節 總則

本節ニ於テハ更ニ五ツノ事項ヲ説明致サウト思ヒマス即チ(一)質權ノ性質(二)質權ノ設定(三)質權ニ依テ擔保セラルベキ債權(四)質權ノ效力(五)質權ノ消滅デアリ

第一款 質權ノ性質

質權ハ債權ノ擔保タル物權デアルコトハ今更辯スルマデモナイコトデアリマス又當事者ノ意思ヲ以テ設定スルモノナルコトモ既に述べタコトデアリマス」質權ノ最も著ルシイ特質ハ其設定ニ占有ノ移轉ヲ必要トスルコトデアリ權利質ニ付イテハ別段ノ規定ガアリマスガ動産質ト不動産質トノ間ニハ差別ナイ、孰レモ其目的ト爲ルベキ物ノ引渡アルニ因テ成立スルモノデアル、是ハ先取特權及ビ抵當權ト全ク相異ナル所デアリ、物權ノ取得ニ關スル通則(第一七六條)ノ一例外デアリマス

又留置權ト相異ナル所ハ占有ノ點デナイ、何レモ占有ヲ要件トスルコトハ一デアル、唯質權ハ當事者ノ意思ヲ以テ設定スルモノデアリガ故ニ其設定ノ要件トシテ占有ヲ移スト云フコトガ必要デアル、留置權ハ之ト異ナリ、占有ヲ移轉ノ行為ヲ必要トセナイ、留置權者ニ於テ其權利ノ目的物ヲ占有スル以上ハ留置權ニ

當然存在スルコトト爲ル故ニ又占有ノ權利ヲ發生ニ必要ナル外其存續ニモ缺
 タベカクザル要件デアアル此點ハ質權ト少シク相異ナル所デアアル然レドモ質權
 ト留置權ト最モ相異ナル點ハ效力ノ點デアリマス即チ留置權者ハ前ニ説明シ
 タル如ク留置權者トシテハ留置物ノ代價ノ上ニ優先權ヲ有セナイガ質權者ハ
 之ニ反シテ質物ノ代價ノ上ニ最モ有力ナル優先權ヲ有スルモノデアアル
 質權ノ效力ハ何レ後ニ述ブルコトデアリマスガ即チ今申シタ如ク辨濟ヲ受ケ
 ザル場合ニ質物ヲ販賣ニ付シテ其代價ノ上ニ優先權ヲ行フコトデアアル是ハ質
 權ノ最終ノ目的デアアルニ由テ此目的ヲ達スルニ適セザル物ハ質權ノ目的ト爲
 ルコトヲ得ナイ即チ讓渡スルコトヲ得ザル物ハ質權ノ目的ト爲ルコトヲ得ザル
 所デアアル例ヘバ法律上ノ禁制物又ハ世襲財産ノ如キハ其部類ニ屬スルモノデ
 アルト思フ第三四三條面シテ此原則ハ權利質ニモ準用シテアリマスガ第三六
 二條第二項債權質ニ關シテハ特ニ論究スベキ點ガアリマス是ハ後ニ權利質ニ
 關スル節ニ至テ述ベル考デアリマス

要スルニ質權設定者ヨリ質權者ニ占有ヲ移サザル間ハ質權ハ成立セザルヲ原

則トスル然ラバ占有ノ移轉ナキ間ハ如何ナル法律關係ヲモ生ゼザルカト云フ
 ニ斯ク解シテハ誤デアアル唯質權ト云フ物權ガ成立セナイト云フコトデアアル質
 權ハ未ダ成立セナイガ質權ノ成立ヲ目的トスル契約ハ成立スルモノト解スベ
 キ場合ガ最モ多イト思フ即チ質權設定ノ豫約トモ稱スベキ契約ハ成立シ得ル
 コトデアアルト考ヘマス

向ホ一ノ注意スベキコトハ質權ノ設定ニ占有ヲ必要トスルコト一旦設定セ
 ラレタ上ニ猶ホ占有ヲ繼續セザルベカラザルコトトハ別問題デアアル占有ハ質
 權ノ成立ニハ必要デハアルガ質權ガ一タビ成立シタ後ニ其效力ヲ保ツニハ必
 要デナイト思フ尤モ此點ニ付イテハ動産質ト不動産質ノ間ニ區別ヲ爲サキバ
 ナラス占有ノ繼續ト云フコトハ動産質ヲ以テ第三者ニ對抗スル要件ト爲ラ居
 ルガ質權存立ノ要件デハナイガ故ニ占有ヲ先テモ質權力當然直チニ消滅スル
 コトニハ爲ラス不動産質ニ付イテハ登記ナル手續ガアルニ因テ固ヨリ占有ヲ
 必要トセス唯不動産質權者ハ通常其不動産ノ使用及ビ收益ヲ爲スニ因テ其占
 有者デナイコトハ殆ドナイト云フマデラコトデアリマス

質權ノ成立ニ必要ナル占有ハ一般ノ原則ニ從ヒ代理人ニ依テ之ヲ爲スコトヲ得ルモノト解シマス即チ質權者ハ他人ヲシテ自己ニ代テ質物ヲ占有セシムルコトヲ得ルモノデアアル(第一八一條第一八四條)又質權者ニシテ既ニ他ノ名義ヲ以テ質權ノ目的タルモノヲ占有スル場合ニハ其引渡ヲ必要トセス(第一八二條)此等ノ點ニ於テハ占有ニ關スル一般ノ規定ガ行ハルル譯デアリマス此原則ニ對シテ唯一ノ例外ガアル其レハ外テハ質權者ハ質權設定者ヲシテ代理占有ヲ爲サシムルヲ得ザルコトデアアル(第三四五條)是ハ近世ノ立法例デアラシテ西債務法獨逸民法等ニモ同一ノ規定ガアリマス換言スレバ質權ノ成立ニ關シテハ民法第百八十三條ニ規定スル所ノ占有ノ改定ヲ認メナイト云フコトニ歸スル而シテ其理由如何ト云フニ質權ナルモノハ其目的物ガ質權設定者ノ掌理ニ存セスト云フニ因テ第三者ハ質權ノ目的ト爲ラタコトヲ知ルコトヲ得ル譯デアアル然ルニ若シ質權設定者ヲシテ之ヲ占有スルコトヲ得ルモノトスレバ名ハ代理占有デアアルモ其實ハ占有ノ移轉ヲ表示スベキ事實ナクシテ世間一般ノ者ハ質權ノ設定アリシコトヲ知ルニ由ラザルニ爲ル俗モ動産ノ抵當ヲ

認ムルト同一デアアラザリ以テ質權設定ノ要件トシテ題旨ヲ貫カザルコトト爲ル故ニ此制限ヲ設ケタモト其考ヘマス

第一款 質權ノ設定

質權ハ留置權及ビ先取特權ト異ナラテ當事者ノ意思ヲ以テ設定スルモノデアアル而シテ此場合ニ於ケル當事者ノ意思表示ハ必ズ契約デナクテハナラヌト解シマス即チ質權者ト質權設定者トノ合意ニ因テ成立スルモノデアアル民法ニハ此事ヲ明記シテナイガ殆ド疑ナキコトト思ヒマス質權ノ設定ニハ其目的物ノ引渡ヲ要スルコト云フヲ以テモ此判斷ヲ下スコトヲ得ルト考ヘマス故ニ質權ノ設定ハ實踐契約ノ一ツデアアル即チ債權關係ノ發生ヲ以テ目的トスル契約ニ譬ヘテ當ヘバ消費貸借使用貸借及ビ寄託ノ三ニ該當スルモノデアアル固ヨリ是ハ契約ナル語ヲ廣キニ解シテ起意デアラテ引渡ナキ間ハ質權ガ成立セスト云フ意義デアアル質權ノ豫約即チ債權關係ガ成立スルニハ引渡ヲ必要トセザルコトハ前ニ述べタ通りデアリマス

又質權ノ畢竟ノ目的トスル所ハ債務ノ履行ナキ場合ニ質物ヲ賣却シテ其代價ヲ以テ辨済ヲ受ケルニ在ル故ニ曩ニ述べタル如ク質權ノ目的物ハ讓渡スコトヲ得ベキ物タルヲ要スル譯デアアル又夫故ニ設定者ノ所有ニ屬スル物デナクテハナラヌト信ズル但是ハ一般ノ原則デアラフテ一ニノ例外ヲ認メキバナラス即チ轉賣ノ場合ハ其一例デアラフマシ尙ホ設定以外ノ事由ニ因テ質權ヲ取得スル場合ニハ其目的物ノ所有者如何ヲ問フ必要ナイト思フ即チ民法第百九十二條ノ場合ノ如キ動産ヲ占有スル者ハ或條件ガ備ハルトキハ其占有スル物ノ上ニ行使スル權利ヲ取得ストアル是ハ占有ノ效力トシテ廣ク占有物ノ上ニ行使スル權利ノ取得ヲ定メタモノデアラフ決シテ所有權ニ限ラス質權ノ如キニ付テハ最も適用アルモノト考ヘマス又時効ノ場合モ同一デアアル要スルニ質權ヲ設定スルニハ轉賣ノ場合ヲ除ク外其目的ト爲ルベキ物ガ設定者ノ所有ニ屬スルコトヲ必要トセキバナラスト思ヒマス(獨逸民法第一二〇五條)

質權ハ必ズシモ債務者ガ之ヲ設定スルモノデナイ第三者ガ債務者ノ爲メニ之ヲ設定スルコトモアル(第三四二條此場合ニハ從來設定者ヲ稱シテ物上保護人ト云フ而シテ其債務者ニ對スル求債權ノコトハ第三百五十一條ニ規定シテアラマス即チ保證債務ニ關スル規定ニ從テテ求債權ヲ有ストアル故ニ民法第四百五十九條乃至第四百六十四條ノ規定ガ行ハルルコトト爲ル尙ホ此場合ニ於テ設定者ハ辨済ヲ爲スニ付イテ正當ノ理由ヲ有スル者デアアルニ由テ債權者ニ辨済ヲ爲シタトキハ代位辨済ト爲テ債權者ニ代位シテ求債權ヲ行フコトト爲リマス(第五〇〇條第五〇一條)

第三款 質權ニ依テ擔保セラルベキ債權

質權ハ如何ナル債權ヲモ擔保スルコトヲ得ルガ原則デアアル通常金錢債權ヲ擔保スルコトハ事實デアアルガ金錢以外ノ不特定物特定物又ハ勞務ヲ目的トスル債權ヲ擔保スル爲メニ設定スルコトヲ妨グ又其債權ガ契約ヨリ生ズルト他ノ事由ニ原因スルトニ依テテ差別ハナイ唯無効ナル債權又ハ消滅シタル債權ノ爲メニハ設定スルコトヲ得ザルハ當然ノ事デアアル但時効ニ罹リタル債權ニ付キ其事實ヲ知リテ質權ヲ設定スルハ追認ノ行爲トシテ有效デアアルト思フ茲

二 簡單ニ說明セント欲スルハ停止條件附債權ニ未遂ニ發生スベキ債權ノ
トデアルニ依テ其ノ成立ニ必要ナル條件ニ未遂ニ發生スルハ其ノ債權ニ
停止條件附法律行為ノ性質及ビ效力ニ付イテハ古來學者間ニ議論ガアル又立
法例モ一定シテ居マセズ我民法ニ於テ採用セラレタル主義ハ既ニ總則編
講義ニ依テ了解セラレタコトト考ヘマスガ故ニ茲ニハ說明ヲ省キマスガ要ス
ルニ私ノ見解ニ依テハ停止條件附法律行為ハ其ノ當事者ガ目的トシタル
法律行為トハ別ナル一種ノ法律行為デアアル其法律行為ハ條件ノ成就スルマデ
ハ其效力ヲ生ゼナイ即チ普通ノ場合ニ於テ當事者ノ目的トシタル法律行為ハ
條件ノ成就スルマデハ成立セスト云フ意義デアアル第一二七條第一項然レドモ
羅馬法及ビ「ボチニ」等ノ說ニ曰ヘル如キ單純ナル希望ヲ生ズルモノニ止マ
ズシテ直チニ一種ノ權利關係ヲ生ズルモノデアアルコトハ民法ノ規定ニ據テ明
カデアアル(第一二八條乃至第一三〇條)而シテ其特種ノ權利條件ノ成就ヲ妨グラ
レザル權利トモ稱スベキ之ハ實權ヲ以テ之ヲ擔保スルコトヲ得ルハ第百二十
九條ニ明記スル所デアアル故ニ條件附債權ト雖モ實權ヲ以テ之ヲ擔保スルコト

ヲ得ルハ解釋上一點ノ疑モナイコトデアアル期限附債權ニ付イテモ全ク同一デ
アルト思フ殊ニ民法第百三十五條乃至第百三十七條ニ規定セル如キ單ニ履行
期限ノ附オタ債權ヲ擔保シ得ルコトハ殆ド問題トモ爲ラヌコトデアアル唯必ズ
發生スルコトノ確定セザル未遂ノ債權ニ付イテハ内外ノ學者間ニ議論アルニ
由テ是ヨリ此問題ニ付イテ聊カ述ベヤウト思ヒマス然レドモ學者間ニ
未遂ノ債權ヲ擔保スル爲メニ實權又ハ抵當權ヲ設定スルコトヲ稱シテ根抵當
ト謂フ根抵當ハ有效ナルヤ將テ無効ナルヤニ付イテハ近來法曹間ニ絶大
議論ガアリマシタ根抵當ヲ無効トスル論者ノ理由トスル所ハ極メテ簡單デア
凡ソ抵當權ト云ヒ實權ト云ヒ孰レモ債權ノ擔保即チ從タル權利デアアル從タル
擔保權ハ主タル債權ノ未ダ存在セザルニ獨立シテ存在スルコト能ハザルハ當
然ノコトデアアル根抵當ナルモノハ將來ニ發生スルコトアルベキ債權ヲ擔保ス
ル爲メニ設定スル所ノモノデアアル即チ其擔保スベキ債權ハ未ダ發生セザルニ
シテアルニ由テ從タル權利ノ性質上當然無効デアアルト云フニ歸著スルト思フ
之ニ對シテ有效論者ノ理由トスル所ハ一様デナイ今茲ニ其各種ノ論據ヲ述ブ

以前ニ一言スベキコトハ此問題ハ今日ニ在リテハ少クモ實際問題トシテハ決定セラレタコトデアリ即チ本年一月二十七日ノ大審院判決ニ依テ根抵當ハ有效ナルコトニ定テ故ニ今日ニ在リテハ是マデ世間ニ論争セラレタ根抵當ノ效力問題ハ實用大キニ至ラタト云フテモ宜シイ然レドモ根抵當ヲ有效トスル理由如何ニ至テハ學問上ノ問題トシテ尙ホ十分ニ研究ヲ盡サレテ居ナイト思フ而シテ此問題ハ今日ニ在リテモ尙ホ之ヲ研究スルコトガ必要デアルト考ヘル何トナレバ判決ノ理由ノ正當ナルコトハ其判決ガ將來ニ於テ永ク效力ヲ持續スルコトノ擔保デアリ有效ナルコトノ理由ニシテ其當ヲ得ザレバ之ニ基イテ出來タ判決例ハ何時變更セラルルヤモ知レナイ故ニ根抵當ノ有效デアルコトハ疑ナキモノトスルモ何故ニ有效デアルト云フコトヲ究明スルコトハ學者ノ任務トシテ甚ダ大切ナルコトデアラウト信ズル私ノ見ル所ヲ以テスレバ今回大審院ノ判決ノ理由トセル所ハ從來世間ニ多ク唱ヘラレタ有效説ノ理由ト大ニ相異ナル所デアルト思フ然ルニ大審院ノ取テ理由ハ偶此問題ノ起ル前ヨリ私ガ再三講述シタ所ト大體ニ於テ一致スルニ由テ私ハ進ンデ之ニ同意ヲ表セント欲ス

ルモノデアリ其理由ハ... 是マデ多數有效論者ガ唱ヘタ説ニ依リテ根抵當ナルモノハ從タル權利デアリコトハ疑ナク之ニ依テ擔保セラルベキ債權ノ現在ニ存スルコトガ必要デアリ即チ此點ニ於テハ無効説ト同一ノ論據ヲ取ルモノデアリ唯無効説ト異ナル所ハ根抵當ナルモノハ決シテ未來ニ發生スベキ債權ヲ擔保スルモノデナイ若シソレデアレバ無効論者ノ主張スル如ク無効デアリガ現在ニ存立スル所ノ債權ヲ擔保スルモノデアルト説ク即チ當事者ノ一方ハ他ノ一方ノ請求ニ應ジテ一定ノ金額ヲ限テ其額ニ達スルマデ之ニ金錢ヲ貸與スベキコトヲ約束スルモノデアリ此契約タルハ畢竟一種ノ借用契約デアラテ之ヨリシテ直チニ借用ヲ與ヘタ一方ニ債權ヲ生ジ借用ヲ受ケタ他ノ一方ニ債務ヲ生ズル根抵當ハ即チ其借用ニ對スル債務ヲ擔保スルモノデアリ決シテ將來ニ發生スベキ債權ヲ擔保スルモノデナイト云フ見方デアリ現ニ外國ノ學者中ニモ此ノ如キ見解ヲ取ル者ガアリマス

然ルニ私ハ此説ニ反對デアリ其所以ハ所謂借用ニ對スル現在ノ債務トハ何ヲ

目的トスルモノデアアルカ普通消費貸借ノ契約ニ在テハ一方ハ他ノ一方ヲ信用シテ貸渡ヲ約スルコトアルモ是ヨリシテ直ニ貸借關係ガ生ズルモノデナイ、所謂信用ヲ與ヘタ者ハ貸渡ヲ爲ス義務ヲ負擔スル外如何ナル權利ヲモ取得スルコトハナイ、根抵當ノ場合ニ於テモ同ニデアアル貸渡ヲ求ムルコトハ所謂受借者ノ任意行爲デアテ其權利ト見ルベキデアアル其權利ノ實行トシテ借受タルト云フ事實アラズニ始メテ返還ノ義務ヲ生ズル譯デアアル、根抵當ナルモノハ即チ其返還ヲ擔保スルモノデアテ通常ノ抵當ト相異ナル所ハ唯將來ニ發生スベキ債權ヲ擔保スル爲メニ今ヨリ設定シ置イテ登記ノ日附ヲ以テ其順位ヲ定ムル一點ニ在ルト思フ、未ダ貸借關係ヲ生ゼザルニ辨濟ヲ擔保スルベキ債權ノ成立スベキ道理ハナイ、故ニ私ハ信用ニ對スル現在ノ債務ヲ擔保スルト云フ觀念ハ一向ニ了解シ得ナイ、根抵當ニ依テ擔保セラルベキ債權ハ將來貸渡ニ因テ成立スベキモノデアアルコトヲ疑ハス、
 此外ニ停止條件說ナルモノガ有力ナル學者ニ依テ唱ヘラレマシタ、然ルニ是ハ停止條件附法律行爲ノ性質如何ニ依テ定マルベキコトデアアルト思フ、此說ハ甚

ダ巧ナル說デアテ若シ果シテ根抵當ハ停止條件附債權ヲ擔保スルモノデアアルトスレバ民法第百二十九條ニ依テ其有效ナルコトニ一點ノ疑モナイ、然レドモ私ノ考ヲ以テスレバ嘗テ此席ニ於テモ述ベタ台トアル如ク停止條件附法律行爲ナルモノハ通常當事者ノ目的トスル法律行爲ヲ成立ヲ停止スル一種ノ法律行爲デアアル、其法律行爲ハ條件ノ成就ニ依テ其效力ヲ生ズル、即チ當事者ノ目的トスル他ノ法律行爲ヲ成立セシムル結果ヲ生ズルモノト解スル、予ガ若シ今年中ニ地方官ニ任ゼラレタナラバ予ガ現ニ住ム家屋ヲ汝ニ賣ラント言ヘバ條件ノ成就即チ知事ニ任ゼラルルト云フコトノ生シタ時ニ賣買ガ始メテ成立スル譯デアテソレマデハ停止條件附賣買トハ云フモ其實賣買トハ別ナル一種ノ契約デアアル、此別種ノ債權關係ハ民法第百二十九條ニ於テ之ヲ擔保シ得ルコトヲ認メテアルガ是ハ今申シタ如ク將來條件ノ成就ニ因テ成立スベキ權利トハ全ク別ナモノデアアルコトヲ了解セテバナラズ、根抵當ナルモノハ將來貸借ニ因テ生ズベキ債權ヲ擔保スルモノデアアルガ故ニ停止條件附債權ヲ擔保スルモノト見ルコトハ無理デアアルト思フ、殊ニ條件附法律行爲ハ條件ニ繫ル法律行爲ト同

一ノ目的ヲ有スルコトガ必要ナルト思フ然ルニ根抵當ノ場合ニ於テハ其設定ノ當時ニ在テハ唯貸借ノ目的ト爲ルベキ金額ノ限度ガ定マルノミデアラザ實際何程ノ債權ガ成立スベキヤ分ラナイノデアアル或ハ貸渡ヲ求ムルコトナキヨラシテ遂ニ擔保セラレベキ債權スラモ發生シナイカモ知レズ是ハ條件附法律行為ノ目的ト看ルコトヲ得ベキデナカラウト思フ

要スルニ根抵當ハ未來ニ發生スベキ債權ヲ擔保スルモノナルヤ否ヤニ因テ其效力ノ有無ヲ決セントスルハ誤デアルト思フ根抵當ニ依テ擔保セラレベキ債權ハ未來ノモノタルコトヲ疑ハズ然レドモ今一步ヲ進メテ考フルニ未來ノ債權ハ抑モ何故ニ之ヲ擔保スルコトヲ得ザルカ現ニ甲ト乙トノ契約ニ因テ甲ガ乙ヲ信用シテ之ニ金錢ヲ貸渡スベキコトヲ約束シタル以上ハ其日附ヲ以テ後日ニ生スベキ債權ノ擔保ヲ設定スルニ於テ何ノ妨ガアル是レ全ク契約當事者ノ意思解釋ニ因ルコトデアラザ苟モ各不動産ニ付イテハ登記ヲ必要トスル以上ニ第三者ニ於テ決シテ不測ノ損害ヲ被ルコトハナイ元來此問題ハ根抵當ト云フガ決テ根抵當ニ限テ生ズル問題デナイ要權ニ付イテモ同シタ生ズルモノ

第二節 戸主及ヒ家族ノ權利義務

本節ニ於テハ戸主ト家族トノ權利義務ヲ明カニシタルモノニシテ戸主權ノ範圍其行使ノ方法等ヲ定メタリ

氏ハ家ニ屬スル名稱ニシテ之ヲ以テ他家ト區別ヲ爲セリ我邦從來ノ慣習ハ支那ニ倣ヒ嫁シテ人ノ妻ト爲リタル後ト雖モ仍ホ生家ノ氏ヲ稱シシカ本法ハ氏ヲ以テ專ラ家ニ屬スル名稱ト爲シ同一ノ家ニ在ル者ハ皆同一ノ氏ヲ稱スルコトヲ要セシメタリ此ノ如クナルトキハ同家族内異ナリタル氏ヲ稱スル者ナキニ至リ紛ハシキコト非ツルナリ

戸主ノ扶養ノ義務 戸主ハ其家族ニ對シテ扶養ノ義務アリ(第七四七條舊民法人事編第二四四條)

扶養ノ義務トハ自己ノ資産又ハ勞務ニ依リテ生活ヲ爲スルコト能ハサル者又ハ

民法總論 戸主及ヒ家族ノ權利義務

自己ノ資産ニ依リテ教育ヲ受ケルコト能ハサル者ニ對シ其生活ノ資料ヲ供シ又ハ引取リテ之ヲ養ヒ又ハ教育ヲ受ケシムルノ義務ナルコトハ第九百五十九條ニ依リテ明瞭ナリ蓋シ戸主ハ家督相續ニ因リテ家ニ屬スル財産ノ全部ヲ相續スルヲ常トスルヲ以テ家族ニ對シテ此義務ヲ負ハシムルハ當然ノ事ニ屬ス以上ノ如ク戸主ハ家族ニ對シテ其親族ノ親疎及ヒ有無ヲ問ハズ扶養ノ義務ヲ負ベトモ家族ハ戸主ニ對シテ扶養ノ義務ヲ負フコトナシ是以テ扶養ノ權利者ヲ列記シタル第九百五十七條ニ戸主ナル者之ナキ所以ナリ而シテ家族カ戸主ニ對シテ扶養義務ヲ負フヘキ親族關係ヲ有スル場合ニハ其關係ニ依リテ此義務ヲ負フモノニシテ戸主ト家族トノ關係ニ依リテ然ルニ非サルナリ

家族ノ財産權 家族カ自己ノ名ヲ以テ得タル財産ハ特有財産トス第七四八條舊民法人事編第二四五條家族ハ自ラ職業ヲ爲シテ財産ヲ取得スルコトアリ又ハ遺産相續遺贈若クハ贈與其他ニ因リテ財産ヲ取得スルコトアリ而シテ家族カ其名義ヲ以テ財産ヲ取得シタルコト明カナルトキハ之ヲ其所屬ト爲スハ條理上ニ於テモ又從來ノ慣習ニ於テモ然ルヲ以テ其規定ヲ設ケタリ而シテ家族

ノ有スル財産ハ戸主又ハ他ノ家族ニ關係ナキヲ以テ戸主又ハ他ノ家族ノ負擔シタル債務ノ辨濟ニ當テラレルコトナキナリ然レトモ戸主家族ハ通常一家ニ同居スルカ故ニ一家中共執レニ屬スル財産ナキヤ分明ナラサルモノアル場合ニ於テ法律ハ之ヲ戸主ニ屬スルモノト推定セリ何トナレハ我邦從來ノ家族制度ヨリ言ヘハ戸主ハ祖先傳來ノ家産ヲ舉ケテ之ヲ相續スルヲ常トスルカ故ニ一家中ノ財産ハ皆其有ニ屬スルヲ本則ト認メサルヲ得サレハナリ

家族ノ居所ヲ指定スル權 家族ハ戸主ノ意ニ反シテ其居所ヲ定ムルコトヲ得ス(第七四九條舊民法人事編第二四四條)戸主ハ家族ニ對シ監督權ヲ有スルカ故ニ戸主ノ自ラ指定シタル居所ニ在ラサレハ之ヲ行使スルコトヲ得サルヲ以テ家族ハ戸主ト同居シ若クハ其許諾ヲ得タル處ニ居ラサルヘカラス

此規定アルニ拘ハラズ家族カ戸主ノ指定シタル居所ニ在ラズシテ自己隨意ノ處ニ居ルコトアリ其場合ニ於テハ之ニ加フル制裁ナカクヘカラス即チ戸主ノ家族ヲ扶養スル義務ハ戸主權ト相伴フヘキモノアレハ若シ戸主ニシテ事實上其戸主權ヲ行フコト能ハサルニ拘ハラズ尙ホ扶養ノ義務ノミヲ負ハシムヘキ

理ナキヲ以テ此場合ニ於テハ家族カ戸主ノ指定シタル居所ニ在ラサル間ハ戸主ハ之ニ對シテ扶養ノ義務ヲ免ルルコトト爲セリ
 法律ハ右ノ外戸主ノ命ニ從ハサル家族ニ對シテ制裁ヲ加ヘタリ即チ戸主カ其命ニ從ハスシテ居所ヲ定メタル家族ニ對シテ相當ノ期間ヲ定メ其指定シタル場所ニ居所ヲ轉スヘキ旨ヲ催告スルモ尙ホ其催告ニ應セサルトキハ戸主ハ之ヲ離籍スルコトヲ得ルモノト爲セリ此場合ニ於テ家族ノ意思ハ戸主權ヲ脱セシト欲スルモノナルヘクシテ家族ヲシテ其自活スルコトヲ得ル間ハ隨意ニ其戸主權ヲ脱シテ自己ノ欲スル處ニ居リ其自活スルコト能ハサルニ至リタル場合ニ於テハ其家ニ歸リテ戸主ノ扶養ヲ受タルカ如キコトヲ得セシメハ戸主權ハ實際空モ行ハレサルニ至ルヘキヲ以テ此場合ニ於テハ戸主權ニ服セサル家族ヲ家族中ヨリ脱セシムルコトヲ得ルモノト爲シタル所以ナリ
 然レトモ此離籍スルコトヲ得ル戸主權ニハ二箇ノ例外アリ(一)即チ家族カ未成年者ナル場合はナリ未成年者カ擅ニ其家ヲ出テテ戸主ノ指定シタル居所ニ在ラサルコトアルトモ是レ未タ其思慮十分ニ定マラサレハ之ヲ以テ戸主權ヲ脱

セント欲スル完全ノ意思アリト謂フコトヲ得ス此場合ニ於テ之ニ成年者ト同一ノ制裁ヲ加フルコトト爲ストキハ無額ノ徒ヲ増スノ虞アルヲ以テ此例外ヲ設ケタリ(二)家族カ法定ノ推定家督相續人タル場合はナリ單ニ本條ノ規定ヲ解ルトキハ未成年者ノ外ハ如何ナル家族ト雖モ離籍スルコトヲ得ルモノノ如ク左スレハ此規定ニ依リ離籍セラレタル家族ハ第七百四十二條ノ規定ニ從ヒテ一家ヲ創立シテ之ニ入ラサルヘカラサルカ如シト雖モ法定ノ推定家督相續人ハ第七百四十四條ノ規定ニ依リ一家ヲ創立スルコトヲ禁セラレタルモノニシテ唯戸主ノ同意ヲ得スシテ婚姻又ハ養子縁組ヲ爲シタル場合ニ於テ戸主ヨリ離籍セラレタルトキノモ例外トシテ一家ヲ創立スルコトト爲シタルノミニシテ一家創立ノ場合ニ家族カ戸主ノ居所ノ指定ニ從ハスシテ離籍セラレタル場合ノ例外ヲ設ケタリシカ故ニ戸主ノ居所ノ指定ニ從ハサル家族カ法定ノ推定家督相續人ナルトキハ離籍スルコトヲ得サルモノト解釋セサルヘカラス然ルニ司法省民刑局長ノ反對ノ意見ヲ法曹記事第八十七號明治三十二年二月發行ノ二掲載シタルヨリシテ實際戸籍吏ハ此場合ハ法定ノ推定家督相續人離籍届ヲ

受理スルモノト見エ離籍登記取消請求事件ノ訴訟ノ提起アルヲ見ルニ至レリ
 大審院明治三十三年(一)第二百三十五號棚橋松太郎棚橋竹藏離籍登記取消請
 求事件ノ如キ是ナリ然レトモ大審院ハ此事件ニ付キ幸ニシテ明治三十三年九
 月十八日子ト意見ヲ同シウシタル正解ヲ與ヘテ之ヲ案據シテ對家ノ親
 親權ヲ有スル者ハ其效力トシテ第八十條ニ從ヒ未成年ノ子ヲシテ其指定
 シタル場所ニ居所ヲ定メシムヘキ權ヲ有シ戸主モ亦右叙述シタルカ如ク家族
 ニ對シ同一ノ權利ヲ有スルヲ以テ其家族カ未成年者ナルトキハ親權者ト戸主
 ト意見同一ナラサル場合ニ於テハ二者權利ノ衝突ヲ見ルニ非ザルナキカノ疑
 起ルヘケレハ此問題ハ親權ノ效力ニ於テ叙述スルコトト爲シテ養子縁組ノ
 家族ノ婚姻及ヒ養子縁組ノ場合ニ於ケル戸主ノ權利同家族カ婚姻又ハ養子縁
 組ヲ爲スニハ戸主ノ同意アルコトヲ要ス第七五〇條人事編第二四六條第二五
 〇條家族ハ總テ戸主ノ監督ノ下ニ在リ且其扶養ヲ受クル者ナレバ其尊屬ナル
 ト卑屬ナルトヲ問ハス又成年者ナルト未成年者ナルトヲ問ハス婚姻ヲ爲シ又
 ハ養子縁組ヲ爲スニ付テハ戸主ノ同意ヲ得ザルヘカラス殊ニ他ヨリ妻又ハ養

子ヲ迎ヘ其家ニ入レタルトキハ之ガ爲メニ戸主ノ扶養ノ義務ヲ増シ又養子ニ
 付テハ戸主ノ不適當ト認ムル者ガ其相續權ヲ得ントスルカ如キ不都合ノ結
 果ヲ生スヘシ是ヲ以テ家族ノ婚姻又ハ養子縁組ニ付テハ戸主ノ同意ヲ得ルコ
 トヲ要スト爲シタリ然レトモ戸主ノ同意ハ婚姻又ハ養子縁組ノ要件タルニ非
 ザルヲ以テ家族ハ戸主ノ同意ノ有無ニ拘ハラズ婚姻又ハ養子縁組ヲ爲スコト
 ヲ得ヘキナリ第七百七十六條ノ規定ニ從ヘバ戸籍吏ハ婚姻カ第七百五十條第
 一項ノ規定ニ違反セザルコトヲ認メタル後ニ非ザレハ其届出ヲ受理スルコト
 ヲ得ザレトモ婚姻カ右ノ規定ニ違反スルコトヲ戸籍吏カ注意シタルニ拘ハラ
 ズ當事者カ其届出ヲ爲サント欲スルトキハ其届出ヲ受理セザルヲ得ザルナリ
 若シ子カ父母ノ同意ヲ得シテ婚姻又ハ養子縁組ヲ爲シタルトキハ父母ハ其
 婚姻又ハ養子縁組ヲ取消ス(第七八三條第八五七條)ト得レトモ戸主ハ婚姻
 又ハ養子縁組ヲ取消スコトヲ得シテ以下叙述スルカ如キ制裁アルニ過キザ
 ルナリ

右ノ場合ニ於テモ制裁ナカルヘカラス若シ之ナキニ於テハ戸主權ハ實際行ハ

レサルニ至ルヘキヲ以テ法律ハ家族カ戸主ノ同意ヲ得シテ婚姻又ハ養子縁組ニ因リ他家ニ入リタルトキハ其復籍ヲ拒ムコトヲ得ルモノト爲シ又他家ヨリ妻又ハ養子ヲ其家ニ入レタルトキハ之カ離籍ヲ爲スコトヲ得ルモノト爲シタリ又ハ養子縁組ニ因リ他家ニ入レタルトキハ其復籍ヲ拒ムコトヲ得ルモノト爲シ

戸主ハ右戸主權ニ服從セサル者カ普通ノ家族タル場合ト法定ノ推定家督相續人タル場合トヲ問フコトナク離籍ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ

家族カ養子ヲ爲シタル場合ニ於テ戸主ヨリ離籍セラレタルトキハ其養子ハ養親ニ從ヒテ其家ニ入ル(第七五〇條第三項)

此規定ハ養子ノミニ關スルモノナリ婚姻ニ付テハ養親ニ說キタルカ如ク第七百四十五條ノ規定アルヲ以テ茲ニハ重複シタル規定ヲ設ケサルナリ

戸主權ノ代理行使 戸主カ以上說キタル其權利ヲ行フコト能ハサルトキハ親族會之ヲ行フ但戸主ニ對シ親權ヲ行フ者又ハ後見人アルトキハ此限ニ在ラス(第七五一條舊民法人事編第二五七條第二五九條)戸主カ不在ニシテ其權利ヲ行フヲ得サルコトアリ又ハ意思欠缺シテ之ヲ行フヲ得サルコトアリ其他戸主カ

其權利ヲ行フヲ得サルコトアリ此等ノ場合ニ於テハ親族會戸主ニ代リテ其權利ヲ行フコトヲ原則トス然レトモ戸主ニ對シテ親權ヲ行フ者アルトキハ第八百九十五條ノ規定ニ依リ又後見人アルトキハ第九百三十四條ノ規定ニ依リ親權ヲ行フ者又ハ後見人ニ於テ戸主權ヲ行フカ故ニ親族會ヲシテ戸主權ヲ代理セシメサルナリ

第三節 戸主權ノ喪失

戸主權ハ一家組織ノ至重ノ要素ニシテ戸主ニ屬スル權利義務ノ得喪ハ極メテ明確ナルヲ要ス然レトモ分家ヲ爲シ其新ニ一家ヲ立ツルニ因リテ戸主權ヲ取得スル場合ノ如キハ左程重要ナル事ニ非サレハ別ニ民法上ノ規定ヲ要セス又家督相續ニ因ル戸主權ノ取得ハ相續編ノ規定ニ依リテ明白ナルヲ以テ本章ニハ特ニ戸主權ノ取得ニ關スル規定ヲ設ケル必要アルコトナシ之ニ反シテ戸主權ノ喪失ニ付テハ其原因種種ニシテ法律ノ明文ヲ以テ特ニ之ヲ規定スルコトヲ必要トスル事項多シトセサルナリ而シテ戸主權ノ喪失ハ戸主ノ死亡失踪又

ハ國籍ノ喪失ニ因リテ生ズルコトハ其女戸主カ入夫結婚ヲ爲シ若クハ入夫婦
 姻ニ因リテ戸主ト爲リタル者カ離婚ヲ爲スニ因リテ生ズルコトアリト雖モ此
 等ハ他ニ特ニ規定スル所アルヲ以テ別ニ明文ヲ以テ茲ニ之ヲ規定スルノ必要
 ナラザルナリ然レドモ之ニ反シテ戸主カ隱居ヲ爲シ又ハ一家ヲ廢絶セシムル
 コトニ因リテ戸主權ヲ喪失スル場合ノ如キハ他ニ之ヲ規定スヘキ適當ノ場所
 ナキヲ以テ本章ニ其規定ヲ設ケ隨意ニ其戸主權ヲ拋棄シテ濫ニ公私ノ利益ヲ
 害スルコトナガラシムルヲ要ス是ヲ以テ此第三節ヲ設ケタルナリ其ハ
 隱居 戸主カ隱居ヲ爲スニハ左ノ二箇ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス

一 滿六十一年以上ナルコト

二 完全ノ能力ヲ有スル家督相續人カ相續ノ單純承認ヲ爲スコト(第七五二

條舊民法財産取得編第三〇六條)

隱居ハ我邦古來ノ慣習ニシテ戸主カ隱居ヲ爲スノ原因ハ種種アルヘク舊幕府
 時代ニ在リテ士族ハ身體老衰シテ奉公ノ義務ヲ盡スコト能ハサルヨリ戸主權
 ヲ其子ニ讓リテ退隱セタリ又一般ニ於テハ老衰シタル戸主カ自ら家政ヲ執ル

コト能ハサルニ至ルキハ退隱スルヲ常トスレトモ或ハ然ラズシテ少壯有爲
 ノ戸主自己ヲ安逸ヲ計リ隨意ニ其戸主權ヲ讓リ其功ヲ公私ノ利益ニ盡ササル
 カ如キコト之ナレバ又商工業ヲ營ム者失敗ノ際其財産ヲ悉ク債權者ヨリ
 差押ヘラレ失敗ノ影響ヲ家産ニ及ボザルコトヲ恐レテ戸主權ヲ讓ルコトアリ
 而シテ其原因ノ少壯有爲ノ者カ安逸ヲ計リ又ハ不正ニ債權者ヲ害スル等公益
 ヲ害シ惡弊アルモノハ許スコトヲ得ヘカラズト雖モ之ニ反シテ老年病氣等其
 原因ノ正當ナルモノハ之ヲ許スヘキモノナルヲ以テ新法ハ之ヲ許シテ弊害ノ
 生セザラシコトヲ慮リ或條件ヲ設ケテ之ヲ認メタリ其各條件ニ付キ之ヲ左ニ
 詳述セン

第一 戸主ノ年齢滿六十一年以上ナルコト

此年齢ニ達スルトキハ老衰シテ自ら家政ヲ處理スルコト能ハサルモノト認メ
 タルニ出ツ而シテ實際ニ於テハ強壯ニシテ家政ヲ執ルニ堪フルト雖モ既ニ此
 年齢ヲ超エタル以上ハ隱居ヲ爲スコトヲ得

第二 完全ノ能力ヲ有スル家督相續人カ相續ニ付キ單純承認ヲ爲スコトヲ要ス

右第一ノ條件ノミ存スルト雖モ戸主ニ家督相続人ナキトキハ隱居ヲ爲スコトヲ許サス而シテ其家督相続人ハ完全ノ能力ヲ有スル者タラサルヘカラス蓋シ戸主ニ隱居ヲ許スハ專ラ老衰ニ依リ自ラ家政ヲ執ルコト能ハサルニ由ルカ故ニ之ニ代ルヘキ新戸主モ亦自ラ家政ヲ執ルノ能力アラサル者ナルトキハ隱居ヲ許スノ理由存セザルヲ以テナリ然レトモ其相続者カ實際果シテ家政ヲ執ルニ堪フルヤ否ヤハ一ニ事實問題ニ屬シ之ヲ判別スルハ至難ナレハ法律ハ完全ナル能力ヲ有スル家督相続人タルヲ以テ足レリト爲シ其有能力ナルト無能力ナルトハ能力ニ關スル規定ニ從ヒテ定ムヘキモ是ナレハ未成年者禁治産者準禁治産者及ヒ妻等ヲ相続人ト爲シテ隱居ヲ爲スコトヲ得サルナリ又縱令其家督相続人ハ完全ナル能力ヲ有スト雖モ相続ニ付キ單純承認ヲ爲シタル場合ナラサルヘカラス若シ相続人カ無限ニ被相続人ノ權利義務ヲ承繼單純承認第一〇二三條シタルニ非スシテ相続ニ因リテ得タル財産ノ限度ニ於テノミ相続承認限定承認第一〇二五條シタルトキハ其隱居ニ因リテ債權者ハ損害ヲ被ルヘキヲ以テ其場合ニ於テハ隱居ヲ爲スコトヲ得ス

隱居ヲ爲スニ付キ本人ノ任意ニ出ツルコトヲ要スルハ論ヲ竣テタルヲ以テ新法ハ舊民法ノ如ク之ヲ條件ト爲ラスシテ隱居ノ取消ヲ規定スルニ當リ本人ノ任意ニ出ツタル隱居ハ之ヲ取消スコトヲ得ヘキ旨ヲ規定セリ(第七五九條舊民法財産取得編第三百六條ニ於テハ配偶者ノ承諾ヲ要スルコトヲ隱居ヲ爲スニ付テノ條件ノ一ト爲シタレトモ本法ニ於テハ其場合ノ如何ヲ問ハス之ヲ其條件ト爲スハ失常ト爲シタリ蓋シ戸主カ戸主權ヲ喪失スルトキハ其配偶者モ亦利害關係ヲ有スルコト甚タ大ナリト雖モ夫カ戸主タル場合ニ在リテ隱居ヲ爲スニ付キ妻ノ承諾アルコトヲ要スルハ我邦ノ人情風俗ニ適應セザルナリ然レトモ之ニ反シテ有夫ノ女戸主カ隱居ヲ爲スニ當リ夫ノ承諾ヲ得セシムルハ至當ノ制限タルヲ以テ配偶者ノ承諾ハ一般ノ條件ト爲サスシテ有夫ノ女戸主カ隱居ヲ爲ス場合ニ限リタル所以ナリ(第七五五條) 舊民法ニ據ルニ隱居ノ爲スコトヲ法律ハ隱居ヲ爲スニ付キ右ニ舉ケタル條件ヲ具備セシテ隱居ヲ爲スコトヲ得ル三箇ノ例外ノ場合ヲ規定セリ 一 疾病ニ罹リテ一室ヲ居ルニ至ルモノ 二 一戸主カ疾病本家ノ相続又ハ再興其他已ムヲ得タル事由アルトキ(第七五三條)

候舊民法財産取得編第三〇七條法律カ隱居ヲ爲スニ付キ要スル條件ヲ設
 ケタルハ實際家政ヲ執ルニ堪アル者カ濫ニ退隱シ一家斷絶スルニ至ラシコ
 下ヲ恐レタルニ由ル是ヲ以テ年齡滿六十年ニ達セタル者ハ家政ヲ執ルニ堪
 フルト推定シタルトモ實際其年齡ニ達セズシテ疾病本家相續其他已ムラ得
 サル事由アリテ自家家政ヲ執ルコト能ハザルコトアリ又分家ノ戸主カ本家
 ヲ相續シ又ハ再興スルカ如キ場合ニ於テ自家ノ廢絶ナルト否トニ拘ハラズ
 從來之ヲ許セシ慣習アリシヲ以テ此カ如キ場合ニ於テ自家相續ノ事ニ關
 スル條件ヲ寬大ニセザルカラス而シテ此場合ニ於テ戸主カ隱居ヲ爲スニ
 付ハ二箇ノ條件ヲ要スルニ當リ一ハ戸主カ其家ノ斷絶ニ至ラズ
 (一) 裁判所ノ許可ヲ得ルハキニ據居關スル事項ニ從來行政官廳ノ管轄ニ
 屬セシト雖モ普通ノ條件ニ反シテ戸主カ隱居ヲ爲ス場合ニ於テハ果シテ
 其特別原因存スルヤ否ヲ裁判所カ査定ニ依ルコトト爲セリ若シ然ラ
 ズシテ從來ノ如ク顯書ヲ受理スルヲ要スルニ依リテ他ニ調査スルコトナク容易
 ニ之ヲ許ストキム之カ爲メ本人相續人債權者其他利害關係人ノ利害ニ大

以テハ影響ヲ及ボスヲ以テ其手續ヲ鄭重ト爲シタルナリ
 茲ニ規定セシ裁判所ハ非訟事件手續法第九十條ニ規定スル隱居ヲ爲サ
 ントスル戸主ノ住居地ノ區裁判所ナリ
 (二) 法定ノ家督相續人ナルコト若シ之カラサルトキハ豫メ家督相續人ヲ指
 定シ其承認ヲ得ルコト戸主カ隱居ヲ爲サントスル場合ニ於テ其家督相
 續人ナキトキニ於テモ之ヲ許スコトト爲ストキハ其家ハ斷絶スルニ至ル
 結果ヲ生スヘキヲ以テ此條件ヲ設ケタルモノニシテ此場合ニ於テハ相續
 人ニ付テ家督相續人タルヘキ者カ單純承認ヲ爲シタルト限定承認ヲ爲シタ
 ルトト問フモノニ非サルナリ而シテ家督相續人カ限定承認ヲ爲シ故ラニ
 債權者ヲ妨害スル弊害ニ如キハ裁判所ノ許可ヲ必要トスルニ依リテ之ヲ
 防クニ十分ト爲シタリ若シ隱居ヲ爲サントスル者ニ於テ右ノ如キ妨害ヲ
 爲サシカ爲メナルコト裁判所ニ知レタルトキハ裁判所ハ之ニ許可ヲ與ヘ
 サルヘシス而シテ本家ノ主ノ利益ヲ保護スルカ爲メ此條ニ依リテ
 二人ノ主カ婚姻ニ因リテ他家ニ入ラントスルトキ第七五四條第一項ニ婚姻ハ

人生ノ大倫ナルヲ以テ公益上ノ必要ニ基テ制限ノ外ニ各人ノ意思ニ放任セ
 ナルヘカラス而シテ本法ハ女戸主ノ存在ヲ認ムルカ故ニ此者カ婚姻ニ因リ
 テ他家ニ入ルコトヲ得スト爲スキハ其結果殆ト女戸主ヲシテ婚姻ヲ爲ス
 コト能ハナラシムルニ至ル此ノ如クスルトキハ家ヲ重スル趣旨ニ拘泥スレ
 ハ敢テ不都合ナキモノヲ如シト雖モ之カ爲メニ私通ヲ爲シ私生ノ子ヲ生シ
 風俗ヲ害スル等ノ弊害ヲ生スルヲ免レサルニ至ル是ヲ以テ女戸主カ婚姻ニ
 因リテ他家ニ入ルコトハ從來モ許シタル所ニシテ本法モ之ヲ許スコトト爲
 セリ此場合ニ於テ他家ニ入ラントスル戸主ハ自家ノ戸主タル權利ヲ失フハ
 キコトハ當然ニシテ此取タルヤ一身一家ノ利害ニ重大ナル關係ヲ有シ且隱
 居ノ普通要件ヲ具備セシテ戸主權ヲ喪失スルモノナレハ蓋シ之ヲ許スル
 カラサルヲ以テ法律ハ之ヲ慎重ニシテ此場合ニ於テモ第一ノ場合ノ規定ニ
 從フコトト爲セリ即チ家督相續人アルカ若クハ指定シタル家督相續人カ承
 認シタルコト及ヒ裁判所ノ許可ヲ得ルコト是ナリ蓋シ隱居ノ規定ニ從フ
 以上ハ法律カ規定シタル理由ヲ女戸主ニ付キ説キタレトモ此第二ノ場合ハ

獨リ女戸主カ婚姻ニ因リテ他家ニ入ル場合ニハ限ラス男戸主カ婚姻ニ因リ
 テ他家ニ入ル場合ニモ同シク適用セラルルモノトス男戸主カ此規定ニ於ケ
 ル必要ハ女戸主ノ如ク大ナラスト雖モ其婚姻セント欲スル女カ他家ノ法定
 ノ推定家督相續人タリ若クハ戸主タルニ因リ之ヲ自家ニ入ルルコト能ハザ
 ル場合ニ於テ其婚姻ヲ禁スルハ亦人情ニ反スルヲ以テ男戸主ノ場合ニモ適
 用スルモノトスルハ蓋シ之ヲ當然ニシテ之ヲ當然ニシテ之ヲ當然ニシテ之ヲ
 戸主カ婚姻ニ因リテ他家ニ入ラントスル場合ニ於ケル普通ノ順序ハ先ツ相
 續人ノ承認ヲ得裁判所ノ許可ヲ經テ隱居ヲ爲シタル後ニ於テ婚姻ヲ爲スヲ
 常トス然レトモ戸主カ隱居ヲ爲サス其身分ヲ有スル儘ニテ婚姻ニ因リ他家
 ニ入ラントトヲ届出ツルコトアリ其場合ニ於テ第七百七十六條ノ規定ニ依
 リ戸籍吏ハ此届出ヲ受理スルコトヲ得スト雖モ若シ誤リテ之ヲ受理シタル
 トキハ其婚姻ハ第七百七十五條ノ規定ニ依リ有效ニ成立スルモノトス故ニ
 此場合ニ於テハ或ハ婚姻ヲ解除スルカ或ハ其戸主ヲ廢止スルカ二者中其一
 ヲ擇ハサルヘカラス而シテ婚姻ヲ解除スルハ人情ニ反スルカ故ニ準々家ヲ

重セタル戸主ノ權利ヲ失ハシムルノ虞レルニ加カスト爲シ婚姻ニ因リテ隱居ヲ爲シタルモノト看做シ第二項ノ規定ヲ觀テタル所以ナリ

此第二項ノ法律ノ推定ヲ受タル場合ハ法定ノ推定家督相續人アルコト若クハ豫メ家督相續人ヲ指定シテ其承認ヲ得ルコトヲ要セス亦裁判所ノ許可ヲ受タルコトヲ要セザルナリ

三 第三女戸主カ隱居ヲ爲ストキ第七五條ノ法律ハ女子モ戸主タルコトヲ認ムルト雖モ公法上ノ關係及ヒ從來ノ慣習ニ於テモ亦家督相續ノ順位ニ於テ女子ハ男子ノ後ニ立タサルヘカラサル立法ハ大旨其他女子一般ノ性質ニ於テモ女子カ戸主タルコトハ一家組織ノ變例ニ屬シ通常男子カ戸主タルヘキハ疑ナキ所ナリ故ニ女子カ一旦戸主ト爲リタルトモ完全ナル能力ヲ有スル家督相續人カ相續ニ付キ單純承認ヲ爲ス以上ハ女子主ノ年齡カ滿六十年ニ達セザルトモ戸主權ヲ讓リテ退隱スルヲ得ルシムルハ却テ立法上ノ本旨ニ適シ實際ノ必要ニ應スルモノトス是ヲ以テ女子主カ隱居ヲ爲スニ付テハ年齡ニ關スル條件ノミヲ宥恕シテ第二八ノ場合ニハ其旨主カ管轄ニ關ス

然レトモ有夫ノ女子主カ隱居ヲ爲ス場合ニハ他ノ條件ヲ要ス即チ其夫ノ同意ヲ得ルヲ要スルコト是ナキ男戸主カ隱居ヲ爲スニ付キ一般ニ其配偶者ノ同意ヲ要スト爲スハ我邦ノ慣習ニ反シ又夫婦ノ倫序ニモ背クモノナルコトハ儘ニ叙述シタル所ナルカ有夫ノ女子主カ隱居ヲ爲ス場合ハ之ニ反シテ夫ノ同意ヲ得ヘキコトハ夫婦間ノ倫序ニ於テ當然ナルヲ以テ此條件ヲ説クタルナリ

然レトモ右ノ場合ニ於テ夫ハ自己ノ利益ノ爲メニ或ハ不正ノ事由ニ基キ其承諾ヲ與フルコトヲ拒ミ之カ爲メニ隱居ヲ爲スニ必要ナル條件ヲ具備シ且實際隱居ヲ爲スコトヲ得セシムヘキ事情ヲ存スルニ拘ハラヌ女子主カ隱居ヲ爲スニ同意ヲ與ヘサル弊ナシトセス是ヲ以テ夫ハ正當ノ理由アルニ非サレハ其妻ノ隱居ヲ爲スヲ拒ムコトヲ得ストノ但書ヲ加ヘタルナリ

無能力者ノ隱居 無能力者カ隱居ヲ爲スニハ其法定代理人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セス(第七五六條)

民法第四條ニハ未成年者カ法律行爲ヲ爲スニハ其法定代理人ノ同意ヲ得ルニ

トヲ要ス。トアリテ若シ其同意ヲ得スシテ行爲ヲ爲シタルトキハ之ヲ取消スモトヲ得ルモノト爲シ又第九條ニ於テハ禁治産者ノ行爲ハ之ヲ取消スコトヲ得ルモノト爲シタルレハ未成年者又ハ禁治産者カ其法定代理人ノ同意ナクシテ隠居ヲ爲シタル場合ニ於テモ之ヲ取消スコトヲ得ヘキモノナリトノ解釋ヲ爲スコトナシトセス然レトモ隠居ニ關シテハ法律ハ一定ノ事由ヲ限定シ女戸主若クハ六十一年以上ノ者ヲ除クノ外ハ裁判所ニ於テ隠居ヲ爲スニ付テノ事由カ果シテ法律ノ許スヘキ條件ニ適應スルヤ否ヤヲ査定スルヲ以テ此場合ニ於テハ無能力者ト雖モ法定代理人ノ同意ヲ必要トスヘキ理由ナシ故ニ此規定ヲ設ケ

タリ
 隠居ハ效力發生ノ時期 隠居ハ隠居者及ヒ其家督相続人ヨリ之ヲ戸籍吏ニ届出ツルニ因リテ其效力ヲ生ス第七五七條舊民法財産取得編第三一〇條第三一一條 戸主カ隠居ヲ爲シタルトキハ爾後戸主權ヲ喪失シテ一家族ト爲リ又隠居カ確定日附アル證書ニ依リ其財産ヲ留保スル場合第九八八條ヲ除ク外ハ從來戸主トシテ有セシ權利義務ヲ舉ゲテ其相続人ニ移轉スルカ如キ效力ヲ生ス

ルヲ以テ何時ヨリ隠居ノ效力ヲ生スルカハ法律ニ於テ明文ヲ以テ規定スル必要アレハ戸籍吏ニ届出タル時ヲ以テ其時期ト爲シタルモノニシテ此主義ハ婚姻ニ關スル第七百七十五條及ヒ養子縁組ニ關スル第八百四十七條等ノ規定ト同シク一般ニ本法ニ採用セラレタルモノナリ
 隠居ノ取消 戸主カ法定ノ條件ヲ具備セスシテ隠居ヲ爲シタルトキハ其要件ノ性質ニ從ヒ或ハ全ク無効ト爲ルコトアリ或ハ其效力ニ瑕疵ヲ生スルコトアリ隠居ハ隠居者及ヒ家督相続人ヨリ之カ届出ヲ爲サザルトキ隠居者ノ意思欠缺シタルトキ等ニ於テハ初ヨリ無効ナルモノナレトモ今茲ニ檢察スルモノハ此等無効ノ場合ニ非スシテ隠居ヲ爲スニ付キ瑕疵アリテ之ヲ取消ス場合是ナリ而シテ先ツ隠居ノ取消權ヲ有スル者ヲ舉クレハ左ノ如シ
 一 隠居者ノ親族及ヒ檢事
 二 女戸主ノ夫
 三 隠居者及ヒ家督相続人
 隠居取消ノ原因ハ之ヲ分チテ二ト爲スコトヲ得其一ハ法律ノ規定ニ違反シタ

ル場合ニシテ他ノ一ハ隱居者ノ意思ニ環繞ナル場合はナリ、其ノ他ニ於テハ
 (一) 隱居者ノ親族及ビ檢事ハ隱居カ第七百五十二條又ハ第七百五十三條ノ規
 定ニ違反シタルトキ換言スレバ隱居ノ普通ノ場合ニ於テ隱居者カ滿六十年ニ
 達セザル者ナルトキ完全ノ能力ヲ有スル家督相續人ナキトキ又ハ家督相續人
 カ限定承認ヲ爲シタルトキ又ハ戶主カ裁判所ノ許可ヲ得テ隱居ヲ爲スヘキ場合
 ニ於テ其事由カ疾病其他已ムヲ得ザルニ非ザルトキ又ハ家督相續人ノ承認ヲ
 得ザルトキ等ハ隱居ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得第七百五十八條舊民法財
 產取得編第三〇八條第三〇九條第一項而シテ其取消權ハ隱居ノ届出ノ日ヨリ
 三箇月以内ニ爲サザルトキハ消滅スヘキガナリ、
 隱居者ノ親族ハ其血族ナルトキハ消滅スヘキガナリ、
 有スルトキハ之カ取消ヲ請求スルコトヲ得又檢事ハ隱居ノ取消權ヲ與ヘタル
 ハ檢事ハ常ニ社會ノ秩序ヲ保持スルヲ以テ其職ト爲スモノナレバ隱居取消ノ
 如ク公益ニ關スルコトニ付キ國家自ラノ機關ヲシテ之カ取消ヲ請求ヲ爲サシ
 ムルコトハ當然ノ事ニ屬ス、

裁判所構成法第六條及ヒ民事訴訟法第四二條ノ規定ニ依レハ檢事ハ民事訴訟
 ニ付テハ法律カ命シタル場合ニ於テ或種類ノ訴訟ニ付キ又自ラ必要ナリト認
 めタルトキハ其種類ノ如何ヲ問ハズ其口頭辯論ニ立會ヒテ意見ヲ述ブルニ止
 マレトモ親族編及ヒ人事訴訟手續法ノ規定ニ於テハ檢事ハ事件ニ付キ單ニ意
 見ヲ述フルニ止マラスシテ其當事者ト爲ルコトアルモノニシテ本條ノ規定ハ
 如キハ即チ是ナリ此ノ如キハ財產權上訴訟ニ絶ニテ見ザル所ナレトモ親族編
 ノ規定ハ曩ニモ叙述シタルカ如ク公益ニ關スルモノ多クシテ檢事カ訴訟ノ當
 事者ト爲ルハ公益ニ關スル場合ニ限リ其場合ハ特ニ明文ヲ以テ規定セルナリ
 檢事カ此等ノ訴訟ニ關與スルコトニ付テハ尙ホ人事訴訟手續法ヲ參照スルニ
 (二) 有夫ノ女戶主カ其夫ノ同意ヲ得シテ隱居ヲ爲シタルトキハ夫ハ右同一
 ノ期間内ニ於テ之カ取消ヲ請求スルコトヲ得第七百五十八條第二項舊民法財產取
 得編第三〇九條第一項、
 隱ニ説キタルカ如ク有夫ノ女戶主カ隱居ヲ爲スニハ其夫ノ同意ヲ得ヘキ規定
 アル以上ハ其同意ヲ得ザル場合ニ之カ制裁トシテ失ヲシテ隱居ノ取消ヲ得セ

民法編 戸主及繼承 戸主權ノ消失

シムルハ至當ノ規定ナリ夫ハ女戸主ノ親族アルヲ以テ(一)ノ場合モモ取消權ヲ有スルナリ

(三) 隠居者又ハ家督相續人ト雖モ詐欺又ハ強迫ニ因リテ隠居ノ届出ヲ爲シタルトキハ之ヲ取消ヲ請求スルコトヲ得第七五九條舊民法財産取得編第三〇八條

前ニ舉ケタル二箇ノ場合ハ隠居カ法律ノ規定ニ違反シタル場合ナレトモ此場合ハ隠居者及ヒ家督相續人ノ意思ニ瑕疵アル場合ナリ此詐欺又ハ強迫ノ性質ハ總則編ノ法律行為ノ取消ニ關スル規定第一一九條以下同一ナルヲ以テ其解説ハ總則編ニ譲リ茲ニ之ヲ説カサレトモ隠居カ本人ノ任意ニ出ツルコトヲ要スルハ別ニ法律ノ明文ヲ缺タスシテ明カナルニ隠居者又ハ家督相續人カ他人ヨリ詐欺又ハ強迫ヲ受ケ之ニ因リテ隠居届出ヲ爲スニ至ルコトハ往々アル所ノ事實ナリ此場合ニ於テモ詐欺又ハ強迫ヲ受ケテ普通ノ法律行為ヲ爲シタル者カ之ヲ取消スコトヲ得ルト同シク隠居ノ届出ヲ爲シタル隠居者又ハ家督相續人ニ之カ取消權ヲ與ヘサルヘカネ

此取消權ハ詐欺ヲ發見シ又ハ強迫ヲ免レタル後ニ於テハ隠居者又ハ家督相續人ノミニ屬シ其他ノ者ニハ屬セザレトモ未タ詐欺ヲ發見セス又ハ強迫ヲ免レタル間ハ右兩者ノ外向ホ隠居者又ハ家督相續人ノ親族又ハ檢事ハ隠居ノ取消權ヲ有スルコトト爲セリ

此取消權ヲ設ケタル目的ハ主トシテ其瑕疵アル意思ヲ表示シタル者ノ利益ヲ保護セント欲スルニ在リ故ニ其權利ヲ行使スルハ亦其瑕疵アル意思ヲ表示シタル者ナラサルヘカラス然レトモ瑕疵アル意思ヲ表示シタル者ハ其意思ノ瑕疵アル所以ヲ知り又ハ自由ニ意思ヲ表示シ得ルニ至リタル後ニ非サレハ之ヲ取消スラ得サルナリ而シテ隠居ハ管ニ隠居者及ヒ家督相續人ニ利害關係アルノミナラス其他公益及ヒ私益ノ上ニ重要ノ關係ヲ有スルモノナルヲ以テ表示者自身ニ於テ取消ヲ請求スルコトヲ得サル間ハ公益代表スル檢事及ヒ私益ヲ保護スヘキ隠居者又ハ家督相續人ノ親族ヲシテ之カ取消ヲ請求スルコトヲ得セシムヘキ必要アリ然レトモ隠居者又ハ家督相續人カ詐欺ニ因リテ隠居ノ届出ヲ爲シタルコトヲ了知シ又ハ隠居ノ届出ヲ爲シコトヲ強要セラレタル地

既ニ此強迫ノ状態ヲ脱シテ隨意ニ隱居ノ取消ヲ請求スルコトヲ得ル状態ニ復シタルニ拘ハラズ本人ヨリ其取消ヲ請求セザルニ於テハ繼令多少ノ利害關係ヲ有スル親族又ハ公益ヲ保護スル檢事タリトモ他ヨリ隱居ノ取消ヲ請求シテ却テ當事者ノ意思ニ反スル結果ヲ生スルコトナキニ非ス是以テ本法ハ唯隱居者又ハ家督相續人カ隱居ノ届出ヲ詐欺ニ因リテ之ヲ爲サシメラレタルコトヲ知ラス又ハ隱居ノ届出ヲ爲スコトヲ強要セラレタル状態カ仍ホ存續スル間ノミ親族又ハ檢事ヲシテ隱居ノ取消ヲ請求スルコトヲ許シタル所以ナリ親族又ハ檢事ノ有スル此取消權ハ其取消請求ノ後ニ隱居者又ハ家督相續人カ其任意ニ出テタル隱居ヲ追認シタルトキハ直チニ消滅スルモノトス蓋シ本人カ詐欺ヲ發見シ又ハ強迫ヲ脱シタル後ニ於テ自ラ之ヲ取消サスシテ却テ追認ヲ爲シタル場合ニ於テ他ヨリ強ヒテ家内ノ私事ニ干渉シ隱居ヲ取消サシムヘキ理由ナク此場合ニ於テハ當事者ノ意思ニ從ハシメタルヘカラス蓋シ當事者ノ取消權ハ本人カ追認ヲ爲スコトヲ得ル時ヨリ起算シ一年ニシテ消滅ス然レトモ詐欺ヲ發見セス又ハ強迫ヲ免レタル間ハ其請求權發生セザルモノナ

レハ其狀態ニシテ長ク存在スルニ於テハ此取消權ノ消滅スヘキ期ナク隨テ隱居者ノ身分曖昧ニ屬シ長ク確定セザルヲ以テ隱居届出ノ時ヨリ十年ヲ經過シタルトキハ時効ニ因リテ消滅スルコトト爲シタリ此取消權ノ規定第一二六條ト同一ナレトモ隱居ノ取消ハ身分上及ヒ財産上ニ大ナル影響ヲ及ホスモノナレハ隱居者ノ身分曖昧ニ屬シ長ク確定セザルハ不都合ナルヲ以テ單ニ財産上ノ關係ニ止マル一般ノ取消ノ場合ニ比シ一層速ニ其身分ヲ確定セシメシカ爲メニ設ケタルニ外ナラザルナリ然レトモ其取消權ノ性質ニ付テハ彼此同シカラザルモノアリ即チ一般ノ取消權ノ場合ハ時効ナレトモ本條第七五九條第一項ハ一年ハ期間ハ時効ニ非スシテ法律カ設ケタル豫定期間ナレハ如何ナル場合ニ於テモ延長スルコトナシ故ニ此期間ハ時効ニ關スル規定ノ適用ヲ受タルコトアラザルナリ之ニ反シテ本條末項ニ規定セル十年ノ期間ハ法律カ時効ナルコトヲ明言セルヲ以テ時効ニ關スル規定ニ從フヘキ事論ヲ埃タサルナリ蓋シ本條第七五九條第一項ニ於テ隱居取消ノ第三者ニ對スル效力ニ關シテ隱居カ取消サレタル下キハ總則ニ規定第一

二條ニ從ヒ其效力ハ既往ニ遡及シ最初ヨリ隱居者ハ隱居ヲ爲セズ家督相續人ハ之カ相續ヲ爲サザリシモノト看做サレ隱居者ハ其戸主權ヲ回復シ其家督相續人ハ再ヒ戸主ノ推定家督相續人ト爲リ若クハ他家ヨリ入りタル者ナルトキハ他家ニ復歸ス而シテ家督相續人カ相續ニ因リテ得タル財產其他權利義務ハ舉ケテ之ヲ戸主權ヲ回復シタル隱居者ニ返還スルモノトス第七六〇條)

以上ノ規定ニ依ルトキハ左ノ問題ハ如何ニ決スヘキヤ

(一) 隱居者カ最初戸主タリシトキ負擔シタル債務ノ相續ニ因リテ家督相續人ニ承繼シタルモノハ隱居者カ戸主權ヲ回復シタルトキ其債權者ハ何人ニ對シテ之カ辨濟ヲ請求スルコトヲ得ルカ此問題ハ最モ賄易キモノニシテ隱居者カ取消サレ最初ヨリ之ナカリシモノト看做サルカ故ニ債權者ハ單ニ戸主權ヲ回復シタル者ノミニ對シテ請求ヲ爲スコトヲ得

(二) 隱居者カ暫時隱居セシ間ニ負擔シタル債務ハ如何此債務ハ隱居者カ戸主權ヲ有セザリシ時ニ負擔シタルモノナレトモ其身分ニ變更アルニ拘ハラズ戸主權ヲ回復シタル隱居者カ辨濟スヘキモノニシテ此債務ニハ毫モ家督相續人

約又ハ命令ニ於テ別段ノ定アル場合ニ之ヲ適用セズ(破産法案第四條埃太利破産法第五一條何トナレハ該法則ニ條約又ハ命令ニ於テ別段ノ規定ヲ設ケルコトヲ妨タルモノニ非サレハナリ以上(3)及(4)ニ於テ説明シタル事項ハ國際法學上之ヲ破産ニ關スル當事者ノ國籍問題ト謂フ

(二) 處ニ關スル效力 狹義ノ涉外的破産法ハ一ノ破産手續ニ付キ内外國法カ互ニ衝突スル場合ニ於テ何レノ國法ニ依ルヘキカラ定ムルコトヲ目的トス此目的ニ基キタル法律上ノ論結ヲ處ニ關スル破産法ノ效力ト謂フ抑モ獨立國ニ於テハ二箇ノ權力ヲ認メサルヲ以テ我帝國ノ權力ノ一作用タル司法權ハ其力ヲ我帝國ノ領域内ニ止ムルヲ通例トシ國際條約又ハ外國法ノ認容ニ因リ外國ニ行ハルルヲ例外トス又外國ノ權力ハ國際條約又ハ我國法ノ認容ニ因ルニ非サレハ我帝國内ニ於テ何等ノ效力ナシ故ニ國家ノ權力ノ作用タル執行權ヲ必要トスル權利ノ執行ハ裁判所所在地ノ法律ニ依リテ行ハレ又執行ニ關スル訴訟行為ノ訴訟的及ヒ民法的效力亦該法律ニ依リテ定マルモノナリ然レトモ執行手續ニ於テ私法上ノ權利ノ當否ヲ確定スルノ必要ヲ生シタルトキハ涉外的

私法ノ原則ニ依リテ之ヲ定メ訴訟法ニ依リテ之ヲ定ムルモモ、非テ然ラズトシテ、恰モ沙外の關係ニ非サル場合ニ於テ私法ニ依リテ之ヲ定ムルニ同シ而シテ、破産ハ一ノ訴訟手續ナルコト前述ノ如シ故ニ狹義ノ沙外の破産法ハ新法則ニ適用ニ依リテ定マルモノト謂フヘシ是ヲ以テ破産ニ關スル行為ノ形式申立届出等及キ其效力破産財團ノ範圍破産宣告ノ當時ニ現存スル債務者ノ財産ニ限ルヤ否ヤ破産債權ノ主張ノ範圍債權者ハ其各連帶債務者ノ破産ニ於テ債權金額ニ付キ又期限附若クハ條件附債權者ハ金錢債權ニ換フルコトヲ得ル限度ニ於テ破産手續ニ參加スルコトヲ得ルヤ否ヤ別除權ノ有無種類及ヒ其範圍財團債權ノ有無種類及ヒ其範圍並ニ破産手續ノ終局方法等ハ何レモ破産裁判所所在地ノ法律ニ依リテ定マリ破産手續ニ於テ主張シタル權利ノ性質私法上ノ權利即チ物權債權其效力ノ有無其範圍其取得方法意思表示ノミヲ以テ取得スルヤ引渡ヲ要スルヤ其消滅其他質權抵當權等ノ如キ優先權ノ效力順位等ハ何レモ沙外の私法ノ原則ニ依リテ定マルモノナリ但内國ニ於テ外國力認メる特種ノ優先權

ノ主張ヲ許サス又ハ特定ノ制限ノ下ニ於テ之カ主張ヲ許ス旨ノ規定ヲ設クルコトヲ妨ケス斯ル規定ハ公益ニ基テ禁止法ナルヲ以テ之ニ反スル優先權ハ縱令外國ニ於テ有效ニ成立シタルモノト雖モ我國ニ於テハ其效力ヲ有セザルモノト謂ハサルベカラズ例ヘシ我國法ニ於テハ動産ノ抵當權ハ船舶ヲ目的トスルモノヲ除外商法第六八六條信用ニ害アル制度トシテ之ヲ採用セス隨テ執行ヲ爲スニ際シ之ヲ斟酌セザルモノナルヲ以テ外國ニ於テ有效ニ成立シタル場合ト雖モ目的物カ内國ニ存在スルニ至リタルトキハ破産債權者ニ對シ其效力ヲ有セザルカ如シ履行完結前ノ雙務契約商法第九九二條破産法第五九條以下取戻權商法第一〇一五條破産法第七四條以下及ヒ否認權商法第九九〇條乃至第九九六條破産法第八五條以下ニ關シ互ニ衝突セル内外法規ノ何レヲ適用スヘキヤノ問題ハ甚タ煩雜ニ涉ルヲ以テ此等ノ事項ヲ説明シタル後ニ說明スルヲ極メテ適當ナリトス仍テ茲ニ省略ス

(三) 時ニ關スル效力 新法ヲ以テ舊法ヲ改正スルニ際シテハ施行法若クハ附則ヲ設ケテ時ニ關スル效力即チ法規ノ經過ニ關スル問題ヲ釐定スルヲ通常ノ

立法手續ナリトス故ニ民法商法ハ施行法ヲ又破産法案ハ附則ヲ設ケ新舊法ノ経過問題ヲ確定シタリ破産關係ハ前述ノ如ク一ノ訴訟關係ナリ故ニ法規ノ變更ニ際シテハ民事訴訟ニ於ケルト同シク新法ヲ其施行ノ當時未タ完結セザル事件ニ適用シ以テ之ヲ完結セシムルコトヲ當然ノ法則ナリトス何トオレハ裁判所ハ廢止セラレタル舊法ヲ適用シ裁判權ヲ行使スルコトヲ得サレハナリ(民事訴訟法施行條例第一條以下參照)破産法案第三百六十六條第一項ハ斯ル原則ヲ是認シタルモノナリ然レトモ斯ル法則ノ嚴格ナル適用ハ頗ル困難ナル問題ヲ惹起シ實際上其當ヲ得サルコトアリ故ニ新法施行前ニ繫屬セル事件ハ新法施行後ト雖モ仍ホ舊法ノ規定ニ依リ之ヲ完結セシムルコトアリ獨逸破産法施行法第五條破産法案第三百六十四條第一項第三百六十六條第二項ハ斯ル法則ヲ是認シタルモノナリ又新法施行前ニ繫屬セル事件ハ新法施行後之ヲ消滅セシムルコトアリ破産法案第三百六十四條第二項ハ斯ル法則ヲ是認シタルモノナリ

第三章 破産法ト他ノ諸法律トノ關係

破産ノ宣告ハ社會的信用ノ失墜ヲ來シ財産ノ管理及ヒ處分ノ權能ヲ喪失シ清算ノ必要ヲ惹起スルモノナルヲ以テ破産法ハ他ノ諸法律ト大ナル關係ヲ有ス(民法第六八條第十一條第一三七條第四六〇條第六七九條第九〇八條第九〇九條第一一一一條商法第七四條第一〇五條第二一一一條第四〇五條第四〇六條民事訴訟法第一七九條貴族院令第一〇條衆議院議員選舉法第一一條取引所法第一一條等)而シテ特ニ注意スヘキコトハ破産法ト裁判所構成法民事訴訟法及ヒ家賃分散法トノ關係是ナリ

(一) 破産法ト裁判所構成法トノ關係 破産法ヲ補充スル法律ハ裁判所構成法及ヒ民事訴訟法等ナリ破産ハ民事事件ナリ裁判所構成法第二條故ニ裁判所構成法ノ規定ハ其内容ニ從ヒ刑事若クハ破産以外ノ民事ニ特別ナルモノヲ除クノ外破産手續ニ適用アルヤ言フ缺タス裁判所構成法第一〇條第一〇三條乃至第一一八條第一三一條乃至第一三三條等面シテ裁判所構成法第二十八條ハ地

方裁判所カ破産事件ニ付キ裁判權ヲ有スル旨ヲ規定シテ破産事件ノ事物ノ管轄ヲ定メザリ然レトモ破産法案ニ於テハ破産事件ハ強制執行下同シク區裁判所ノ管轄ニ專屬セシムルコトヲ正當ナリト認メタルヲ以テ民事訴訟法第五四三條第五六三條第百二條ニ於テ其旨ヲ明カニシ同時ニ裁判所構成法第二十八條ヲ削除シタリ(破産法案第三六一條)

(二) 破産法ト民事訴訟法トノ關係 民事訴訟法ハ破産法ヲ補充スルノ法律ナリ通常訴訟手續ニ關スル民事訴訟法ノ規定ハ特別ノ明文ナキ限ハ特別訴訟手續ニ準用セラルルヲ當然ナリトス破産手續ハ證書訴訟手續假差押及ヒ假處分手續ト同シク民事訴訟中ノ特別訴訟手續ニモ屬スルモノナルヲ以テ特別ノ明文ナキ限ハ破産手續ニモ通常訴訟手續ニ關スル民事訴訟法ノ規定ノ準用アルヤ旨ヲ竣タス(破産法案第一〇五條)獨逸破産法第七二條是ヲ以テ(1)土地ノ管轄ニ關スル民事訴訟法第十條乃至第十四條及ヒ第二十五條ノ規定ハ之ヲ破産手續ニ準用ス(破産法案ハ現行法第九百七十九條ノ如ク土地ノ管轄ニ付キ二箇ノ裁判所アル主義ヲ認メタルヲ以テ破産法案ノ解釋トシテハ民事訴訟法第二十

五條ノ準用ナカサルヘシ破産法案第六〇二條乃至第一〇四條(2)裁判所職員ノ除斥及ヒ忌避ニ關スル民事訴訟法第三十二條乃至第四十一條ノ規定ハ之ヲ破産手續ニ準用ス而シテ破産手續ニ關シ利害關係ヲ有スル者殊ニ破産者及ヒ破産債權者ハ民事訴訟法第三十二條及ヒ第四十條ニ從ヒテ裁判ヲ爲ササルヘカラス(3)當事者能力訴訟能力共同訴訟訴訟代理輔佐訴訟費用及ヒ訴訟上ノ救助ニ關スル民事訴訟法ノ規定ハ之ヲ破産手續ニ準用ス故ニ破産裁判所ハ職權ヲ以テ訴訟無能力者又ハ適法ニ代理スルノ權限ナキ者ノ訴訟行為ヲ無効ナリトシテ取扱フコトヲ要シ又欠缺補正ノ條件ヲ以テ假ニ訴訟ヲ爲スヲ許スコトヲ得(民事訴訟法第四五條)破産手續ニ參加スルコトヲ得ル各利害關係人ハ民事訴訟法第四十八條ニ規定セル前提要件ノ存スルトキニ限り破産手續ニ於ケル共同ノ訴訟行為ヲ爲スコトヲ得破産裁判所ハ職權ヲ以テ訴訟代理ノ欠缺ヲ調査スルコトヲ要ス又委任ナク又ハ適式ノ委任民事訴訟法第六四條ヲシテ代理人トシテ訴訟行為ヲ爲ス者ニ對シ假ニ訴訟ヲ爲スヲ許スコトヲ得民事訴訟法第七〇條裁判所カ破産手續費用ニ屬セザル費用ヲ生スヘキ各箇ノ訴訟行為ニ付

ニ裁判ヲ爲シタル場合ニ於テハ敗訴者ハ訴訟費用ヲ負擔シ若シ相手方アルトキハ之ニ必要ナル訴訟費用ヲ賠償セラルヘカラス民事訴訟法第七二條第八三條其他破産裁判所ハ各利害關係人ニ訴訟上ノ救助ヲ付與スルコトヲ得但破産者ニ對シテハ唯各訴訟行為ノ爲メニ之ヲ付與スルコトヲ得(4)口頭辯論ニ關スル民事訴訟法ノ規定殊ニ訴訟ノ指揮法廷ノ規律及ヒ辯論ノ調書ニ關スル規定民事訴訟法第一〇九條乃至第一一七條第一二四條乃至第一三四條ハ破産手續ニ之ヲ準用スル元來破産手續ニ於ケル口頭辯論ハ任意的口頭辯論ニシテ必要的口頭辯論(民事訴訟法第一〇三條)ニ非ス蓋シ破産裁判所ハ判決裁判所ニ非ナルヲ以テナリ故ニ破産手續ニ於テ爲ス裁判ノ形式ハ決定若クハ命令ニシテ判決ニ非ス隨テ判決ニ關スル民事訴訟法ノ規定殊ニ故障上告控訴及ヒ再審ニ關スル規定其他辯論ノ公開ニ關スル規定憲法第五九條ハ之ヲ破産手續ニ準用スルコトナク又必要的口頭辯論ニ特別ナル規定ハ之ヲ破産手續ニ準用スルコトナシ然レトモ破産手續ニ於ケル口頭辯論ト雖モ判決裁判所ニ於ケル必要的口頭辯論ト同シク辯論期日以外ニ於テ裁判所ニ書面上ノ意思ヲ表示スルニ依

發シ得ルモノト爲シ今日立法上名タル範圍外ニ於テ法規ノ制定アルコトヲ認ムルニ至レリ我憲法第九條ニ命令ヲ發シ又ハ發セシムトアルハ即チ同一ノ例ナリ

第三章 行政ト司法

行政ト司法トノ區別ニ付テモ亦種種ノ學說アリ

第一說「マイヤー」氏曰ク司法トハ法ノ秩序ヲ維持スル作用ニシテ行政トハ國家ト人民トノ利益ヲ増進スル統治作用ナリト「シュルチエ」氏亦曰ク行政ハ同法ノ如ク或事實ヲ法規ニ從ヒ論理的ニ決定スルモノニ非ス司法ハ法規ヲ侵犯ナレタル場合ニ於テ之ヲ回復保護スルモノナリト然レトモ第一法規ノ維持カ司法ノ特有ノ性質ナリヤ否ヤハ大ニ疑ノ存スル所ニシテ行政行為中刑事警察官ノ權限ニ屬スル多クノ事項モ法規維持ノ作用ニ屬ス司法行為中ニテモ刑事訴訟ハ法ノ秩序ヲ回復スル行為ナレトモ民事訴訟ハ法規回復ヨリモ私權ヲ保護スルヲ以テ主タル目的トスルモノナリ此點ニ於テ行政範圍内ノ行政裁判ハ

事ノ法規ヲ維持テ目的トスルモノト謂ク之ニ第二行政ハ國家ト人民トノ利益増進ヲ企圖スルモノナリト云フモ國家ト人民トノ利益ヲ圖ルハ唯行政作用ノミナラス前逃セルカ如ク民事訴訟ハ主トシテ人民利益ヲ保護サ圖リ刑事訴訟ニ依リ犯罪人ヲ除去スルカ如キモ國益増進ノ爲メナリト云ヒ得ヘキヲ以テ此點ニ兩者區別ノ根據ヲ立ツルハ不正確ナリト謂ハサルヘカラス

第二說、目的手段ニ依リテ區別セントスル說、司法ハ法規ノ解釋ヲ終局目的トシ行政ハ法規ノ解釋ヲ手段トスルモノナリト然レトモ行政裁判所海員審判所願裁決等皆法規ノ解釋ヲ主タル目的トスルモノニシテ之ヲ以テ司法行政區別ト爲スコト能ハス

第三說、自由裁量ノ有無ニ依リテ區別セントスル說、司法ハ法ヲ適用スルニ際シテ自由行動ノ餘地ナク之ニ反シテ行政ニ於テハ法ノ適用ニ際シテ機關隨意ノ裁量ヲ許スノ餘地アリト然レトモ是レ亦事實ニ反スルノ說ナリ何トナレハ第一漸次行政機關行動ノ範圍ハ其行爲ノ形式詳細ナル規定設ケラザルトハ自由裁量スルノ餘地漸次擴張ト爲ルニ至ルハ法治國ノ狀態ニシテ特ニ行政

作用中ニハ法律適用ニ全ク自由行動ヲ爲シ得サルモノスラアリテ存ス例ヘム租稅徵收ノ如シ之ニ反シテ司法ニ關スル民事刑事ノ規定モ酌量減刑心證ノ判定等ノ如ク法規適用ニ斟酌ヲ加ヘ或ハ自己ノ裁量ヲ以テ裁判シ得ル範圍ナキニ非ス故ニ是レ亦區別ノ標準ト爲ラザルナリ或ハ之ニ類似スルモ多少ノ差異アル學說アリ曰ク司法ハ法規範圍内ノ作用ナルモ行政ハ法規ヲ禁止セザル限内ノ自由ナル行動ナリト然レトモ是レ我國ニ於ケル憲法上ノ大權作用ト司法及ヒ行政トノ區別ノ標準ト爲シ得ヘキモ司法ト行政トノ區別ト爲シ得サルモノナリ

第四說、行爲ノ形式ヲ以テ區別セントスル說、行爲ノ形式ヲ以テ區別セントスルニ在リ即チ法規執行ノ統治作用中當事者ノ參與ヲ要スル形式行爲ヲ司法ト爲シ其他ヲ行政ト爲シモノナリ然レトモ此ノ如キ形式ヲ要スル行爲ヲ行政範圍内ニ存スルコトヲ考フルトキハ是レ亦以テ正確ナル區別ノ標準ト爲シ得ザルモノナリ

要スルニ右諸說ハ皆司法行政ヲ區別スルニ適切ナルモノニ非ズ而シテ其適切

ナラサル所以ハ司法ハ沿革上特別ノ意義ヲ有スルコトヲ忘レ司法機關ト行政機關トノ實際ノ行動ヨリ其權限ヲ歸納シテ強ヒテ司法行政ノ定義ヲ定メントシタル結果ニ出ツルモノナレハナリ且又學者ノ注目點ノ異ナルニ從ヒ其區別ノ標準區區ニ設ルルハ免ル能ハサル所ナリ然レトモ司法ナル語ハ古來民事刑事ヲ指シタルモノニシテモンテスキト氏カ三權分立ノ說ヲ唱ヘタルトキノ司法ナル語モ亦此意義ニ外ナラナリシナリ我帝國憲法第五十七條ニ「司法權ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ」トアリ又普魯西國憲法第八十六條ニ「司法權ハ國王ノ名ニ於テ法律ノ外他ノ權力ニ服從セサル不羈獨立ノ裁判所之ヲ行フトアリ」若シ此等條項中ノ司法ナル語ヲ民事裁判ト解セサルトキハ他ニ解釋ノ方法ナキナリ若シ之ヲ裁判所ノ行フ所是レ司法ナリトノ形式上ノ意義ニ解センカ如何ニ裁判所ノ權限ヲ縮少スルモ如何ニ重大ナル民事刑事事件ノ裁判ヲ行政官廳ノ權限ニ屬スルモ憲法ニ反セサルコトト爲リ結局此等ノ條項ノ憲法ニ記載セラレタルノ趣旨沒却セラルルモノナリ又此司法ナル語ヲ學者ノ所謂實質上ノ意義ニ解センカ特許局ノ審判モ船員ニ對スル審判モ

之ヲ行政廳ニ於テ爲スハ總テ違憲ト云フコトニ歸スベキナリ故ニ司法ト行政トノ區別ハ民事刑事事ニ對スル裁判ナルト然ラサル國家行爲ナルトニ依リテ定マルヘキナリ

第四章 行政ト大權

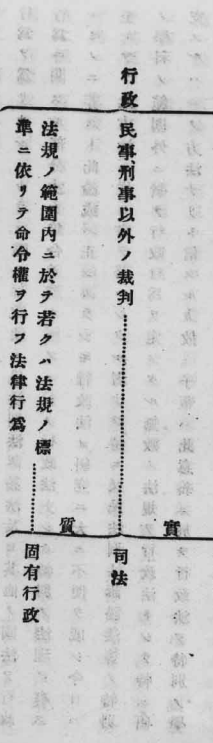
歐洲ニテ近來行政ナル語ヨリ政府行爲ヲ分チテ統治作用ノ一ト爲シ行政ハ法律命令ノ執行ニ止メ政府行爲ハ法令ノ範圍内ノ自由ノ行動ナリトセリ既ニ前ニモ述ヘタル如ク此兩者ハ最初混同シ同一視セラレタルモノナリシカ其後宣戰締和大臣ノ任免其他國家ノ元首自ラ處理スル所ノ行爲ヲ政府行爲トシテ行政ヨリ區別スルニ至レルモノナリ我憲法上ノ大權作用亦之ニ類應スルモノニシテ機關ノ參與ヲ要セス天皇ヲ親裁ニ屬スル所ノ統治作用ヲ稱スルモノナリ故ニ今我國ニ於テ行政ト大權作用ノ比較シテ其異ナル所ヲ考フルニ大權作用ハ君主ノ專權ニ屬スル職務ノ施行ニシテ行政行爲ハ行政機關ヲ經由シテ行ハルル所ノ國務ノ一部ナリ又法令ノ關係ヨリ其區別ヲ考フルトキ大權作用

ハ憲法上ノ立法範圍及ヒ既定ノ法律範圍トテ優テナル限ハ其行動自由ナリト雖モ行政ハ法律命令ノ範圍行爲ナリ又法規制定ノ權限ヨリ言ヘハ大權作用ニ依リ法規ハ制定セラレルト雖モ行政官廳ノ權限トシテハ委任ニ依ルノ外命令ハ發シ得ラレナルナリ又違法處分ヲ爲シタル場合ノ結果ヲ考フルニ行政行爲ニ對シテハ行政訴訟ヲ許シタル制度アルモ大權ノ行動ニ付テハ之ヲ訴ヘテ審判ヲ求ムルノ途ナシ

第五章 行政ノ意義

行政ノ意義ニ關シテハ諸説アリト雖モ一ニ有名ナル學者ノ説ヲ舉クレハ「グナイスト氏ハ行政行爲ハ法律ノ執行ニ止マラス法律カ未タ定メザル事項ニ付テモ獨立シテ之ヲ處理シ積極的ニ國民ノ幸福ヲ完ウスルヲ主トスルモノナリト曰ヘリ」ラバインド氏ハ行政ノ實體ハ法ヲ侵ササル範圍ニ於テ國家ノ事務ヲ行フ行爲ナリト曰ヒスタイン氏ハ行政ハ立法ニ對スル語ニシテ國家カ定メタル法規ヲ事實ニ適用シ若クハ法規之範圍内ニ於テ國家カ爲ス所ノ活動ヲ廣ク行政

ト謂フト曰ヘリ然レトモ予輩ノ信スル所ノ説ニ從ヘハ行政ハ立法司法及ヒ大權行動ニ屬セザル統治ノ作用ヲ謂フモノニシテ今之ヲ分析圖解スレハ左ノ如シ



第六章 憲法ト行政法

憲法ト行政法トノ區別ハ甚ク困難ナルヲ以テ學說中ニモ其區別ノ判然タラザルモノ少カラス然レトモ憲法ト行政法トノ區別ヲ述フルニ先チ憲法ト行政法

トノ間ノ關係ニ付テノ學說ノ異ナル所ヲ示サシニ...
 第一說 憲法ハ國法ト同一ノ意義ニシテ行政法ハ特別ノ法ヲ爲スヘキモノニ
 非ストノ說ナリ是レダハ「ルバー」及ヒ「ラバント」氏ノ唱フル所ニシテ彼等曰ク行政
 行爲ノ準則ハ必スシモ公法ニ限ラス時トシテハ民法商法ノ如キ私法ニ從ヒ其
 行爲ヲ爲サザルヘカラス隨テ行政法ハ民法刑法訴訟法及ヒ其他ノ國法ヲ行政
 行爲ニ關スル部分支ケ集合シタルモノニシテ行政法トシテ特別ノ法理ヲ有ス
 ルモノニ非スト此論或ハ正シカラシモノ行政法ノ研究ニ大ニ不便ヲ感シ今日ニ
 至ルマテ此方法ニ從ヒ書ヲ著シタル者ナシ特ニ又民法刑法訴訟法等ノ特別
 ノ學科ノ範圍外ニ於テ行政行爲ヲ定メタル無數ノ法規ヲ行政法トシテ特別ノ研
 究スルハ一ノ方法ナリト信スルカ故ニ予輩ハ此意義ニ於テ行政法ヲ特別ノ學
 科トシテ研究セント欲スル者ナリ

第二說 行政法ヲ以テ憲法ノ施行法トシ憲法ト云フトキハ行政法ハ當然其中
 ニ含有シ獨立ニ存在スルモノニ非ストノ說ナリ是レ「メルケル」氏ノ唱フル所ニ
 シテ之ニ贊同スル者亦尠カラスト雖モ此ノ如ク爲ストキハ憲法ノ中ニテ行政
 法ノ範圍ニ屬スル事項ヲ併セテ説カサルヘカラスナルコトト爲リ其文學上ノ不
 便尠カラス故ニ多數ノ學者ハ此兩者ヲ區別スルコトニ努メ之ヲ區別スルノ標
 準ヲ求メテ別ニ之ヲ研究ス今其區別ノ標準ニ關スル所重ナル學說ヲ舉ケレハ左
 ノ如シ
 第一說 憲法トハ國家ニ關スル最大原則ヲ規定スル法ニシテ行政法トハ國家
 ニ關スル細小ナル事情ヲ規定スル法ナリト云フニ在リ此見解ハ頗ル漠然ニシ
 テ其區別曖昧タルニ嫌ナキ能ハス大小トハ程度ノ問題ナレハ各人各其見ル所
 ナリ異ニシ其兩者ノ範圍隨テ動搖スルヲ避タルコト能ハス
 第二說 憲法ハ國家高權ノ組織ニ關スル法ニシテ行政法ハ國家高權ノ作用ニ
 關シ官廳及ヒ臣民ヲ羈束スル法ナリトスルニ在リ是レ「グナイ」氏ノ唱フル所
 ナリ「グナイ」氏ノ唱フル所ニシテ「見瞭然」タルカ如キモ此主義ヲ貫徹シテ憲法ハ
 ハ行政官廳ノ組織マテ論シ行政法ニ於テ總テノ統治作用ヲ説明スルコトト
 爲ストキハ當ニ行政ノ完全ニ必理解又得セシメテ所ナラズ總テノ統治作
 用ニ付キ十分ノ觀念ヲ得セシメテ所ナラズ總テノ統治作用

第三說 「ボルンハック氏ノ唱フル所ニシテ憲法ハ國家ノ要素及ヒ國家自ラ行フ統治作用ニ關スル法ニシテ行政法ハ國家ガ他ヲシテ行ハシムル所ノ統治作用ノ標準ト爲ル法ナリト此說ニ從ヒ行政法ハ他ヲシテ行ハシムル統治作用ノ準則ナリトスルトキハ裁判所ノ行爲ノ準則モ亦此中ニ論セサルヘカラサルコトト爲リ民法商法刑法訴訟法等ノコトモ悉ク行政法ノ中ニ於テ説カサルヘカラサルニ至リ隨テ甚タ廣キニ失スルヲ嫌アリトシテ

第四說 或學者ハ憲法行政法ノ區別ヲ機關ニ求メテ曰ク直接機關即チ君主及ヒ議會ノ組織權限並ニ其作用ノ形式ヲ定メタルモノハ憲法ニシテ行政法トハ間接機關即チ他ノ機關ノ委任ニ因リ其存在ト作用トヲ覺タル機關ノ組織權限及ヒ其作用ノ形式ニ關スル規定ナリト然レトモ論者ヲ所謂間接機關ナルモノ即チ國務大臣及ヒ裁判所等ノ副署及ヒ司法權行使ノ如キ皆憲法上定マル所ノ權限ニシテ憲法上缺クヘカラサル權限ナルコトハ議會ヲ協贊等ト同一ナルハ之ヲ行政法中ニ於テ論述スルガヨリハ憲法中ニ論スルヲ至當ト認ム

今一語ヲ以テ兩法ノ區別ノ標準ヲ與フルハ困難ナルニ由リ兩者ノ定義ヲ茲ニ

揭ケ以テ其異ナル所ヲ示サント欲ス

憲法トハ統治權ノ主體客體及ヒ其作用並ニ憲法上統治機關ノ權限ヲ定ムル法ニシテ行政法トハ行政行爲ノ形式及ヒ實質並ニ之ヲ處理スル機關ノ組織權限ニ關スル法ナリ

第七章 行政法學ト行政學

行政法トハ行政機關カ國權ヲ臣民ニ對シ如何ニ行使スヘキカラ定メタルモノニシテ而シテ行政法學トハ其機關ノ行政行爲ヲ律スル所ノ法規ノミヲ攻究ノ目的トスルモノナリ故ニ行政官廳カ法規ノ範圍内ニ於テ行フ所ノ行政行爲ヲ法理上ノ關係ヲ離レテ攻究スルハ行政法學ノ範圍外ナリ行政法學ノ範圍トシテハ行政法規ノ法理及ヒ其效力ヲ論スルヲ目的トス然レトモ行政法規ノ法理及ヒ效力ヲ攻究スル外ニ行政行爲ニ付キ如何ニモハ行政カ適當ニ行ハルルカヲ學問上攻究スルノ餘地尙ホ存ス其餘地ノ範圍カ行政學ニ屬スルナリ

行政學ニ二ノ攻究目的存ス一ハ行政法規發達ノ後行政學ノ中ニ入リタルモノ

ニシテ行政法規ノ範圍内ニ於テ如何ニ適當ニ行政スヘキカヲ攻究スルコト是ナリ之ヲ行政論ト謂フ然レトモ行政法規ハ常ニ完備スルモノニ非ス又行政法規存スルモ必スシモ適當ノモノナリト謂フヲ得ス是ニ於テ第二ノ攻究目的即チ如何ニ新ニ行政法規ヲ制定スヘキカ又行政法規既ニ存ストスレバ如何ニ改正ヲ爲スヘキモノナリヤ否ヤ又改正ヲ要ストスレバ如何ニ改正スヘキカ等ヲ研究スルノ必要生ス是レ行政上ノ立法論ナリ而シテ第一ノ行政論ト異ナリ行政法規ノ發達セザル時代ニ於テモ必要ナリシモノナリ故ニ行政法學ト行政學トハ一ハ行政法規ノ法理ヲ目的トシ他ハ行政法規ノ適用ト行政法規ノ可否ヲ論スルヲ目的トスルトノ差異アリ而シテ此兩者ハ離ルヘカラサルノ關係ヲ有ス然レトモ行政法學ト行政論及ヒ行政上ノ立法論トノ關係其厚薄同一ナラズ例ヘバ行政ノ組織ニ付テハ行政法學ト行政上ノ立法論ノ範圍ニ屬シ行政論ハ關係スル所チキカ如何トナレバ行政ノ組織トハ行政機關ノ成立及ヒ其權限ノミニ關シ其行動ニ關係セザレバ其ニ盡ク土藩對稱ハ斷斷ニ非ス

雜 報

○毒藥ニ因ル誤殺未遂 所謂誤殺罪即チ刑法第二百九十八條ノ罪ノ性質隨テ其構成要件ニ付テハ學者間ニ議論アル所ナルカ今毒藥ニ因ル誤殺未遂ナリト認メタル大審院最近ノ判決要旨ヲ示サンニ曰ク原判決ノ認ムル所ニ依レハ本件ハ被告ニ於テ繼母キクヲ殺害セシコトヲ決意シ明治三十四年十月二十日居村村社祭禮ニ際シ同社境内露店ヨリ餠餅五錢分ヲ購ヒ之ト外ニ如何ナル方法ニ因リ取得シタルハ詳カナラサルモ豫テ貯ヘ置キタル昇采ト稱スル毒藥トヲ携ヘ同晚キクノ居住スル村内蓬田文三郎方ニ立越シ其時機ヲ見テ同家前ニ立出テ餠餅ニ致死量以上ノ昇采ヲ附着シ其宅内ニ立戻リキクニ對シ祭禮ノ土産ナリトテ其前ニ供シ類リニ之ヲ俵メタリシカ偶々同家ノ子守相原ヨツカ他ヨリ歸リ來リタル際ナルヲ以テキクハ先ツ右餠餅ノ内ニ箇ヲヨツニ分異シタルニ因リヨツハ之ヲ食シタルニヨツハ間モナク頻悶シテ食物ヲ吐出シ云云ト云フニ在リテ被告ハ繼母キクヲ毒殺セシコトヲ謀リキクノ居住セル蓬田文三

破産法 (櫻岡學士)

一 破産事件ノ性質ヲ略述スヘシ

二 破産者ノ身財ヲ整理シタル為メニ生シタル損害賠償請求權ハ破産財ニ屬スルヤ否ヤ

民事訴訟法第三編乃至第五編 (邊庭學士)

一 控訴ノ取下ハ如何ナル結果ヲ生スルヤ

二 控訴ノ取下ハ如何ナル結果ヲ生スルヤ

民事訴訟法第六編乃至第八編 (吾孫子學士)

一 強制執行ハ如何ナル程度ニ於テ又如何ナル形式ニ於テ之ヲ遂行スルコトヲ得ヘキヤ

二 假令押下價額分トノ異同ヲ論スヘシ

行政法 (清水學士)

一 官立醫院ノ附屬ニ屬スル職ヲ示スヘシ

二 行政訴訟ト訴訟トノ性質ノ異同ヲ説クヘシ

國際私法 (山田博士)

一 國際私法ト何リヤ

二 外國法適用ノ範圍ヲ說明スヘシ

雜論 (鈴木學士)

甲乙丙ノ三人相共ニ成川ニ船ヲ散歩シタル際甲ハ川ノ彼岸ニ於テ船上ニ財囊ヲ遺失セルモノアリルヲ發見シ之ヲ乙丙ニ告
タ乙ハ財囊ニ丙ノ大ニ命シテ其財囊ヲ持テ岸ラシメトシタルニ因リ大ハ既ニ之ヲ口ニシテ歸ラントシタルニ因リ丁ノ
彼岸ニ散歩シテアリ自己ノ大ヲシテ丙ノ大ヨリ之ヲ奪ハシメ給ニ其財囊ヲ得たり仍テ甲ハ當初ニ財囊ヲ發見シタルノ故
以テ乙ハ丙ノ大ヲシテ自己ニ代リ之ヲ占有セシメタルノ故ヲ以テ丙ハ其大ノ自己ニ屬スルノ故ヲ以テ又丁ハ最初ニ之ヲ得
タルノ故ヲ以テ各自財囊ヲ拾得者ナルコトヲ争ヒ公リ甲乙丙丁孰レカ果シテ財囊ノ拾得者ナルカ

破産法 (松岡學士)

- 一 破産事件ノ性質ヲ略述スヘシ
- 二 破産者ノ身附ヲ侵害シタルガ爲メニ生シタル損害賠償請求權ハ破産財産ニ屬スルヤ否ヤ
- 三 民事訴訟法第三編乃至第五編 (遠藤學士)
- 一 總論ノ取テハ如何ナル結果ヲ生スルヤ
- 二 證書訴訟トシテ提起スルノ主要ナル利益ハ如何
- 三 民事訴訟法第六編乃至第八編 (吾孫子學士)
- 一 強制執行ハ如何ナル限度ニ於テ又如何ナル形式ニ於テ之ヲ遂行スルコトヲ得ヘキヤ
- 二 假差押ト假差分トノ異同ヲ論スヘシ
- 三 官吏懲戒ノ刑罰ニ異ナル點ヲ示スヘシ
- 四 行政訴訟ト既判トノ性質ノ異同ヲ説クヘシ
- 五 國際私法ト何ゾヤ
- 一 國際私法ト何ゾヤ
- 二 外國法適用ノ制限ヲ說明スヘシ
- 三 擬律 擬判 (鈴木學士)
- 甲 乙丙ノ三人相共ニ或川ニ船ヲ載セシメ陸岸ハ川ノ彼岸ニ於テ地上ニ財貨ヲ遺失セルモノアルヲ發見シ之ヲ乙丙ニ告ク乙ハ直チニ丙ノ大ニ命シテ其財貨ヲ持テ來ラシメントシタルニ因リ大ハ既ニ之ヲ口ニ決テ歸ラントシタルニ偶リ丁ノ彼岸ニ載セテアリ自己ノ大ヲシテ丙ノ大ヨリ之ヲ奪ハシメ盡ニ其財貨ヲ得テリ仍テ甲ハ最初ニ財貨ヲ發見シタルノ故ヲ以テ乙丙ノ大ヲ自己ニ代リ之ヲ占有セシメタルノ故ヲ以テ丙ハ其大ノ自己ニ屬スルノ故ヲ以テ又丁ハ最初ニ之ヲ得タルノ故ヲ以テ各自財貨ノ拾得者ナルトヲ爭ヒ公リ甲乙丙丁孰レカ果シテ財貨ノ拾得者ナルカ

(注意) 納付書は月間納付の期は必ず本紙の期表を参照し、氏名及び金額を正確に記入し、印を捺すべし。誤りや不備は、納付書が戻される。

納付書

一 金

但三十六年度第 學年 月 日 納付

右納付候也

居所

明治三十五年

和南法律學校會計部御中

納付書

一 金

但三十六年度第 學年 月 日 納付

右納付候也

居所

明治三十五年

和南法律學校會計部御中

法學志林

第三十七號

十一月十五日發行

○ 最近判例批評 法學博士 梅 謙次郎
 ○ 刑事事件ノ異現象 法學士 信岡隆四郎
 ○ 關東印度ノ財政一斑 法學士 岡 國
 ○ 我國ノ農入 法學士 若槻禮次郎

○ 取引所論 海山強夫

○ 兼審處分ノ觸託 法學博士 鶴見守義

○ 自主タル私生子ノ認知 法學士 楠 丈一郎

○ 交互計算ノ商行為上ノ所屬 法學士 松本 滋治

○ 領事權ノ性質 法學士 鈴木英太郎

其他 判例、雜報、記事 數十件

發行所 **和佛法律學校**

（明治二十二年十二月九日內務省許可）
 明治三十三年十一月四日第三號
 日三十三年十一月十八日第三號
 日三十三年十一月十八日第三號
 日三十三年十一月十八日第三號

明治三十五年十一月廿八日印刷
 明治三十五年十一月廿九日發行

發行所 東京市芝區平田町十番地
 發行所 茨 原 敬 之

印刷所 東京市牛込區先斗町三番地
 印刷所 小 宮 山 廣 興

印刷所 東京市芝區西久保町十一番地
 印刷所 金 子 節 藏 所

發行所 **和佛法律學校**

指定 東京市墨町區富士見町六丁目十六番地
 指定 電話番町百七十四番