

法政大学学術機関リポジトリ
HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

PDF issue: 2025-07-04

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)

和仏法律學校

(巻 / Volume)

3-4

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

55

(発行年 / Year)

1902-12-29

0 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 1 2 3 4 5 6 7 8 9 20 1 2 3

(明治三十五年十一月四日第三回開催可
三日十五日十六日十八日十九日二十日二十一日
二十二日二十三日二十四日二五日二六日二七日二八日二九日
二十日二十一日二十二日二十三日二四日二五日二六日二七日二八日二九日二十日)

明治三十五年十二月二十九日發行

三十六年度 第三學年ノ四



和佛法律學校講義錄

第一卷

和佛法律學校

第三學年第四號日文

民法物權(自第七章至第十一章)

(自二二八至二三七)

法律博士 富井政章

民法親族(六〇九)

法律學士 横下重太郎

破産法(五三二)

法律學士 桂賀國正

行政法(五六〇)

法律學士 清木道

雜報 ○關税ノ課税ト舊税ノ官文書ノ整理

090
1903
3-1-4

看ルガ至當デアルト思フ、此目的ノ更改ハ債務ノ不履行ヨリ生ズル損害賠償ノ義務ノ如ク權利ノ變更ト看ルベキモノデアルト考ヘマス

質權ハ以上述ベタル方法ノ外民事訴訟法ニ定メタル執行方法ニ依テ質權ノ實行ヲ爲スコトヲ得ル第三六八條其方法ハ現行民事訴訟法ノ用語ニ從ヘバ轉付及ビ換價處分デアラ孰レモ裁判所ノ命令ヲ以テスルモノデアル(民事訴訟法第六〇〇條第六〇二條第六一三條)

以上説明シタル質權實行ノ方法ハ主トシテ獨逸民法ノ規定ヲ採タモノデアル(獨逸民法第一二八二條以下)唯獨逸民法ニハ質權ニ特別ナル實行ノ方法デアルガ故ニ民事訴訟法ニ讀ラズ一切民法ニ規定シラアル

第十章 抵當權

抵當權ニ付イテハ民法ニ定メタル順序ニ從テ總則效力及ビ消滅ノ三事項ヲ說明シヤウト思フ

第一節 總則

抵當權ノ定義、抵當權トハ債務者又ハ第三者が占有ヲ移サズシテ債務ノ擔保ニ供シタル不動產ニ付キ他ノ債權者ニ先づ辨済ヲ受クル權利ヲ謂フ第三六九條第一項此定義ニ依レバ抵當權ノ特性ハ主トシテ占有ノ移轉ヲ要セザルコトデアル、此點ヘ即チ質權ト其性質ヲ異ニスル所デアル債務者ハ不動產ノ占有ト共ニ其使用及ビ收益ノ權ヲ失ヘズシテ之ヲ債權ノ擔保ニ供スルコトヲ得ル最モ便利ナル方法デアル、而シテ登記ニ依テ第三者ニ損害ヲ被ラシムルコトヲ防グ途ハ十分ニ付イナ居ル、故ニ抵當權ハ近時不動產質ノ日ニ衰ヘタルニ反シフ益、盛ニ行ハル所以デアル、所謂抵當制度ナルモノハ登記法ト相待フ國ノ經濟ニ至大ノ關係ヲ有スルモノデアルガ故ニ諸國ノ立法者ハ其制定ニ最モ重キフ置イテ種種改良ヲ加フル所以デアリマス。

抵當權ノ目的 抵當權ノ目的ハ不動產ニ限ル、抵當權ハ質權ト異ナカト占有ノ移轉ヲ要セザルモノデアルガ故ニ一定ノ位置ヲ有セザル動產ニハ適用シ得ル也。

ノデナイ、何トナレバ抵當權ノ成立ヲ表示スベキ方法ガナイ故デアル、尤モ外國ニ於テハ動產ニ付イテモ抵當權ヲ認メタル例ガナイデハアリマセス、此點ニ於テハ佛法ノ主義ト英獨法ノ主義ト大ニ異ナル所ガアリマス、我民法ハ本邦從來ノ慣例ト佛蘭西法系ノ立法例ニ從フテ抵當權ノ目的ハ不動產ニ限ルモノトシテ、但此原則ニハーノ例外ガアル其レハ船舶ノ抵當デアル船舶ノ抵當ニ關スルヨトハ民法ニ規定シナナイニ由フテ茲ニハ説明ヲ省キマス。

民法第三百六十九條ニハ汎ク不動產トアリ特定ノ不動產ト云フナナイ、然レドモ固ヨリ特定ノ不動產ニ限ルモノト解セキバナラス、佛國民法ニ認ムル債務者ノ總財產上ニ存在スル抵當權ノ如キハ我邦ニ慣習モナ且有害ナル制度ト看テ之ヲ採用セラレナシダ固ヨリ一切ノ不動產ヲ擧ダテ抵當權ノ目的ト爲ストハ妨ナキコトデアルガ、此ヲ如キハ箇箇ニ其不動產ヲ抵當權ノ目的ト爲シタモノト看テバナラヌ故ニ其結果トシヲ例ヘバ登記ハ各不動產ニ付イタ之ヲ爲スコトガ必要デアル。

又法文ニハ不動產トアルガ故ニ動產ヲ除外シタルト同時ニ權利ヲモ除外シタ

メモノト解セテスナラス総合不動産ヲ目的トスル財産權ト雖モ抵當權ノ目的ト爲スコトヲ得ナシ然ルニ此原則ニモ例外ガアル、即チ地上權及ビ永小作權ハ之ヲ抵當權ノ目的ト爲スコトヲ得ルコトデアル、而シテ此場合ニハ本章ノ規定ヲ準用スベキコトトシテアリマス第三六九條第二項

是ハ屢々述べタル如ク物權ハ有體物ノ上ニ行フ權利デアルト云フ觀念ヨリ特ニ此規定ヲ必要トシタル所以テアリ又民法ニ於テモ此觀念ヲ以テ一貫スルコト能ハナンダ證據デアル
抵當權ハ抵當不動產ガ膨脹シタル場合ニハ其膨脹シタル部分ニマデ及ブ、例ヘバ庭園ニ山ヲ築キ又ハ建物ニ増築ヲ爲シタル場合ニハ總テ其新ニ加ハタ部分ヲ併セテ抵當權ノ目的ト爲ルモノデアル即チ抵當權ハ其目的タル不動產ニ附加シテ之ト一體ヲ成シタル物ニ及ブ、但此原則ニハ四ノ例外ガアル(第三七〇條)
第一 土地ヲ以テ抵當權ノ目的ト爲シタル場合ニ於テハ抵當權ハ其土地ノ上ニ存在スル建物ニ及バナイ、歐洲諸國ニ於テハ羅馬法以來ノ慣例トシテ建物ハ土地ト一體ヲ成スモノト看アル我邦ノ慣例ハ之ニ反シテ建物ト土地トハ別

物ト看ルコトニ爲シテ居マス、少クモ抵當權ノ及ブ範圍ニ付イテハ疑ナキコトデアルト思フ、故ニ是ハ前ニ示シタ原則ニ對スル純然タル例外ト稱スベキモノデハナイ、何トナレバ我邦ニ於テハ建物ハ土地ノ一部即チ土地ト一體ヲ成スモノト看ナインデアル、建物ハ土地ノ定著物デアル(第八六條第一項)定著物ハ一部ト云フコトデハナイ、寧ロ土地ト別ナル不動產ヲ言現ハシタモノト看ルベキデアル、民法ハ唯或ハ疑ヲ生ズベキ事柄ト見テ抵當權ハ地上物ニ及バザルコトヲ規定シタマデノコトデアル
第二 設定行為ニ別段ノ定アルトキ 是ハ説明ヲ要スル事柄デナイン
第三 第四百二十四條ノ規定ニ依テ債權者ガ債務者ノ行爲ヲ取消スコトヲ得ルトキ、是ハ所謂詐害行為ノ場合デアリ、既ニ前學年ニ説明ヲ聽ガレタコトト考ヘマヌニ因ツテ説明ヲ略シマス

第四 果實 果實ハ抵當權ノ目的タル不動產ノ一部デアル、故ニ明文ナキトキハ抵當權ノ及ブコトト爲ル、然ルニ是ハ抵當權ナル制度ヲ認ヌタ目的ニ反スルコトデアル、何トナレバ抵當權ハ其設定者ニ於テ使用及ビ収益ノ權ヲ失ハザル

コード以ア特質トスルモノデアル、但此原則ニモ二ツノ例外ガアル。即ち
 (一) 拙當不動產ノ差押アリタルトキ、此場合ニハ拙當不動產ノ所有者ハ其不
 動產ヲ處分スル權利ヲ失フニ因テ其果實ヲモ處分スルコトヲ得ザルハ當然ノ
 コトデアル。

(二) 第三取得者ガ第三百八十一條ノ通知ヲ受ケタルトキ、茲ニ謂フ通知トヤ
 拙當權者ガ拙當權實行ノ意思ヲ第三取得者ニ對シテ表示スルコトヲ謂フ、何レ
 後ニ説明シマス第三七一條。
 此他拙當權ノ不可分ナルコト、拙當不動產ニ代ツテ債務者ノ資產ト爲リタルモノ
 ニ拙當權ノ及ブヨト、又第三者ガ拙當權ヲ設定シタル場合ニ於ケル求償權ニ關
 シテハ既ニ説明シタル留置權其他ノ擔保物權ニ關スル規定ヲ準用シテアリマ
 ス(第三七二條)。
 拙當權ノ設定、拙當權ハ意思表示ニ依ツテ設定スルモノデアル、此點ハ留置權及
 ピ先取特權ト全ク相異ナル所デアル、我民法ハ佛國民法ニ認ムル如キ未成年者
 及ビ妻等ノ利益ニ於ケル法律上ノ拙當權及ビ裁判上ノ拙當權ナルモノヲ認メ

ナイ、是ハ財產ノ流通改良ト共ニ取引ノ安全ヲ妨害シ第三者ニ損害ヲ被ラシム
 ル極メテ不當ナル制度デアルト認メタガ故デアル。
 拙當權ハ通常契約ヲ以テ設定スルモノデアルガ、質權ト異ナフ其目的物ノ引渡フ
 必要トセザルガ故ニ必ズシモ契約タルコトヲ要セナイト忌フ、稀デハアラタガ
 遺言ニ依ツテモ設定スルコトヲ妨グナイ。

第二節 抵當權ノ效力

民法ハ本節ニ於テ四ツノ事ヲ規定シテ居マス、第一、拙當權ノ順位、第二、拙當權ニ
 依ツテ擔保セラルベキ債權、第三、拙當權ノ處分、第四、第三取得者ニ對スル抵當權ノ
 效力是ヨリ順次ニ此四ツノ事項ヲ説明シャウト思フ。
 我ノ日本民法ノ拙當權ノ順位、
 拙當權ノ順位問題ハ數箇ノ債權ヲ擔保スル爲ミニ同一ノ不動產ニ付イテ抵當
 權ヲ設定シタル場合ニ生ズル、此場合ニ於テ其抵當權ノ順位ハ登記ノ前後ニ依

ト定スルアリ(第三七三條是爲定)當然人等アリテ抵當権者ニ互ニ第三者デア、民法ハ何故ニ此事ヲ明文ニ規定スルコトヲ必要トシタルニフ疑フ位デア、思フニ此規定ヲ置カレタ趣意ハ順位ノ事ハ純然タル第三取得者ニ對スル效力ト看ルベキモノデナリ又先取特權ノ順位ハ必ズシモ登記ノ前後ニ依ラザルコトト爲テ居ルヨリシテ或ヘ疑フ生ゼンコトヲ恐レタガ故ニ過ギスト思フ

第一款 抵當権ニ依フテ擔保セラルベキ債權

抵當権ハ元本ノ外利息其他ノ定期金ヲモ擔保スルモノデアル其理由ハ利息ナルモノハ通常一定ノ時期ニ拂フモノデアリテ永ク其支拂フ延滞スルハ異例ニ属スルコトデアル其レ故ニ利息ニ及ブモノトスベキハ當然ノ事デアル唯是ニハ制限ガナクテハナラヌ即チ久シキ前ニ過バテ一切抵當権ニ依フテ擔保セラルルセメントレバ他ノ債權者ニ非常ノ損害ヲ被ラシムルコトト爲ル故ニ原則トシテハ最後ノ二年分ニ限り抵當権ニ依フテ擔保セラルルセノトシテアル其以前ノ分ニ付イテハ満期後登記ヲ爲シタルトキニ限り其登記ノ時ヨリ抵當権ヲ行フ

コトヲ妨ゲナイ第三七四條

茲ニ所謂利息トハ約定利息ノミヲ謂フモノニアリテ債務ノ不履行ニ原因セル損害賠償ノ性質ヲ有スル遲延利息ニハ適用ナキモノト解シマス然ルニ此點ニ關シテハ義ニ解釋ガ貳レタ大議論ヲ生ジマシタ結局大審院ハ今述べタ狹義ニ解スル說ヲ採テ遲延利息ヲ含マズト云フ判決ヲ下シタ然ルニ立法問題トシテハ是ハ法律ノ一缺點ト謂ハチバナラヌ從來ノ慣習ニ反スルコトデモアリ又質權ニ於ケルト規定ヲ異ニスベキ理由ハ更ニナオ(第三四六條其レ故ニ世間ニハ此點ニ於テ民法ニ修正ヲ加フル議ガ起ツテ竟ニ明治三十四年四月十二日法律第三十六號ヲ以テ本條ノ規定ヲ遲延利息ニモ適用スルコトヲ明定セラレマシタ微細ナル點ハ説明ヲ略シマス)

第三款 抵當権ノ處分

抵當権ハ從タル權利アルガ故ニ一見スルトキハ其擔保スル主タル債權ヲ離レテ存在スルコトヲ得ザルモノノ如クニ解セラルル即チ單獨ニ抵當権ソムリ

處分スルコトハ無効ナル如クニ思アル、純理上ヨリ言ヘバ此見解ハ或ハ適當デアルカモ知レヌガ此ノ如クナルトキハ實際上甚ダ不便デアル、抵當權ハ先取特權ト異ナラ、債權ノ性質ニ基イテ當然之ニ附著スルセノトシタ權利デナイ、其レ故ニ何人ニモ損害ヲ生ゼザル限ハ債權ヨリ分離シテ單獨ニ之ヲ處分スルコトヲ得セシムルニ何等ノ不都合モナイコトデアル、當事者ニ於テハ多クノ場合ニ於テハ之ヲ便利トスルコトデアル、故ニ民法ハ第三百七十五條ニ於テ抵當權ノ處分ヲ認メテ之ニ關スル規定ヲ置イタ抵當權ノ處分ニハ四シノ場合ガアル】
 第一 抵當權ハ先ツ之ヲ以テ他ノ債權ノ擔保ト爲スコトヲ得ル 一例ヲ舉グレバ茲ニ甲ナル者ガ乙ナル者ニ對シテ一萬圓ノ債權ヲ有スルモノトシテ居ル、其擔保トシテ抵當權ヲ設定セシメタ、然ルニ甲ハ後ニ至ラク金錢ノ必要アラ丙ナル者ヨリ借入レント欲スルモ抵當トスベキ不動產ガナ、斯ル場合ニハ乙ニ對シテ有スル抵當權ヲ以テ更ニ丙ニ對シテ負ハントスル債務ノ擔保ト爲スコトヲ得ル、但此場合ニ付イテ注意スペキコトハ何人ト雖モ自己ノ有スル以上ノ權利ヲ他人ニ移スコトヲ得ザルニ由ラ総合甲ガ丙ニ對シテ己ガ乙ニ對シテ有ス

ル債權額以上ノ債務ヲ負フモ例ヘビ二萬圓ノ債務ヲ負フモ丙ニ基抵當權ニ依リ、初ヨリ擔保スル債權額ヲ限度トスルニ非ザレバ之ヲ實行スルコトヲ得ナキ、又幾ニ債權質ニ付イテ述ベタ如ク、自己ノ債權が辨濟期ニ至ルマダハ抵當權ヲ實行スルコトヲ得ザルハ言フナ、既テ甲債權者ガ乙債權者ニ抵當權ヲ讓渡シタルコトデアル
 第二 抵當權ノ讓渡、即チ抵當權者ハ同一ノ債務者ニ對スル他ノ債權者ニ其債權ノ擔保トシテ自己ノ抵當權ヲ譲渡スコトヲ得ル、是ハ極メテ簡單ナル場合デアラ別ニ難問ヲ生ズルコトハナイ、即チ甲債權者ガ乙債權者ニ抵當權ヲ譲渡シタルコトスレバ甲ハ將來無擔保ノ債權者ト爲テ乙ガ其抵當權ヲ依テ辨濟ヲ受クルコトト爲ル譯デアル
 第三 抵當權ノ拋棄、即チ抵當權者ハ同一ノ債務者ニ對スル他ノ債權者ノ爲ニ其抵當權ヲ拋棄スルコトヲ得川對例ヘビ茲ニ甲乙丙ナル三人ガ丁ナル者ニ對シテ各一萬圓ノ債權ヲ有スルト假定シマセク、而シテ甲一人ガ抵當權ヲ有シテ居ル、而シテ其抵當權ノ目的タク不動產ノ價格ハ丁度一萬圓デアシト假定シマセウ、此場合ニ甲ハ乙ノ爲ニ其抵當權ヲ拋棄シタスレバ乙ハ如何ナル地

位ニ立スカモ云フニ畢竟甲ガ售ヲ抵當權ヲ有セザルモノト看儀ストヲ得ル
結果ニ爲ル、恰モ一萬圓ノ財產ヲ有スル債務者ニ對シテ一萬圓宛テ債權ヲ有ス
ル無擔保ノ債權者ガ三人アル場合ト同様ニ爲ル譯デアル、即チ各其債權額一萬
圓ノ三分ノ一ヲ受クルコトト爲ル、但甲ハ乙ノ利益ノ爲メニ其抵當權ヲ拠棄シ
タモノデアルガ故ニ丙ニ其利益ガ及シテハカラヌ、其レ故ニ此場合ニ甲ハ一萬
圓ノ三分ノ二ヲ取ルコトト爲ル譯デアル、乙ノ爲メニ抵當權ヲ拠棄シタ結果乙
ハ本來一錢ダモ取ルコトヲ得ザリシニ換ヘテ三分ノ一ニ當ル辨済ヲ受クルコ
トヲ得ル結果ト爲ルノデアル、
第四 順位ノ讓渡即チ抵當權者ハ同一ノ債務者ニ對スル他ノ債權者ノ爲メニ
其抵當權ノ順位ノミヲ讓渡スコトヲ得ル、此場合ニ於テハ讓渡人ハ言フマデ
モナク讓受人モ無擔保ノ債權者デナクシテ抵當權者デアル、唯讓渡人ヨリ下位
ニ居ル抵當權者デアル、之ガ前ニ述べタ抵當權ノ讓渡ト相異ナル點デアリマス、
例フ以テ言ヘベ茲ニ甲乙ノ兩人各、丙ニ對シテ一萬圓ノ債權ヲ有シテ居ル、甲ハ
第一順位者デアラ乙ハ第二順位者デアル、而シテ抵當不動產ノ價格一萬五千圓

デアルト假定シマセウ、此場合ニ於テ甲ガ乙ノ爲メニ其第一順位ヲ讓渡シタト
スレバ乙ハ素ト五千圓ナラズヘ受取ルコトヲ得ザリシモノガ順位ノ讓渡ヲ受
ケタガ爲メ正反對ニ一萬圓ヲ受取り甲ガ五千圓ヲ受取ルコトト爲ル、若シ又抵
當不動產ノ價格ガ各自ノ債權額ト同一即チ一萬圓デアルトスレバ乙ハ其代價
ノ全額ヲ受取ル結果ト爲リマス
第五 順位ノ拋棄抵當權者ハ同一ノ債務者ニ對スル債權者ノ爲メニ其抵當權
ノ順位ノミヲ拋棄スルコトヲ得ル、例ヘバ茲ニ甲、乙、丙ノ三人ガ各、丁ニ對シテ
一萬圓ノ債權ヲ有シテ居ル、而シテ其債權ハ言フマデモナク何レモ抵當權ニ依テ
テ擔保セラレタ居ル甲ハ第一順位、乙ハ第二順位、丙ハ第三順位ニ在ルト假定シ
マセウ、而シテ抵當不動產ノ價格ハ前例ニ倣フ、一萬五千圓ト假定シマセウ拋棄
合ニ於テハ甲ハ先ツ一萬圓ヲ取り、乙ハ五千圓ヲ取り、丙ハ一錢一厘ヲモ取ルコ
トヲ得ザル譯デアルガ甲ハ丙ノ爲メニ其第一順位ヲ拋棄シタ此場合ニ乙ハ其
結果トシテ其第一順位ニ上ルベキガ如クデアルガ、乙ノ利益ノ爲メニ爲シテ行
為マナイ故ニ此處分ハ乙ニ利益ヲ生ズル結果ヲ生ジテハナラヌ即チ乙ハ此處

分ノ爲ミニ毫モ利益ヲ或ゼザルモノトシテ結局初二申レタ如ク五千圓ヲ取ム
コトニ爲ラモバナラス、而シテ丙ハ順位拠棄ノ結果トシテ甲ト對等ノ地位ニ立
フ譯デアル、故ニ甲ト一萬圓ヲ折半シテ各五千圓ヲ取ム結果ト爲ラモバナラス、
讓渡ノ場合デナイガ故ニ一萬圓ヲ取ル譯ニハイカヌ順位拠棄ノ結果ハ共ニ對
等ノ地位ニ立フト云フマデノコトデアル、又此場合ト前ニ説明シタ抵當權ノ拋
棄ノ場合ト相異ナル所ハ順位ノ拠棄ト云フ以上ハ其拠棄ニ因フテ利益ヲ受クル
者ハ必ズ抵當權者デアル、此點ガニツノ場合ノ同ジカラザル所デアリマス
以上列舉シタル各種ノ處分ハ單ニ當事者ノ行爲ノミニ因ツテ第三者モ對抗ス
ルコトヲ得ルモノトセバ第三者ハ意外ノ損害ヲ被ルコトト爲ル、故ニ民法第三
百七十五條第二項ニ於ク「抵當權者カ數人ノ爲ミニ其抵當權ノ處分ヲ爲シタル
トキハ其處分ノ利益ヲ受クル者ノ權利ノ順位ハ抵當權ノ登記ニ附記ヲ爲シタ
ル前後ニ依ルトシテアル、既ニ抵當權ノ登記アルニ因ツテ更ニ新ナル登記ヲ爲
スコトハ必要デナオ、抵當權ノ登記ニ附記スルニ止ムル方ガ抵當不動產ノ現狀
ル知フニモ便利デアル、公示方法トシテハ之ガ爲ミニ別段不備ヲ感ズルコトハ

ナノゾデアル、而シテ尙ホ此等ノ處分ヲ以テ債務者保證人、抵當權設定者及ビ其
各自ノ承繼人ニ對抗スルコトヲ得ルニハ債權讓渡ノ規定ニ從ツテ主タル債務者
ニ其處分ヲ通知スルカ又ハ主タル債務者ガ之ヲ承諾スルコトガ必要デアル、然
ラズレバ主タル債務者ハ此等ノ處分アリシコトヲ知ラズシテ抵當權ノ處分ヲ
爲シタル者ニ辨濟ヲ爲スカモ知レヌ斯ル場合ニハ辨濟者ニ更ニ辨濟ヲ爲ス不
利益ヲ受ケシムルカ、又ハ抵當權處分ノ利益ヲ受ケタル者ニ損害ヲ被ラセルコ
トニ爲ルカ、就レニ爲ルモ不當ノ結果デアル、是レ即チ債權讓渡ノ場合ニ於ケル
ト同一ノ手續ヲ必要トシタル譯デアリマス第三七六條第一項)而シテ其制裁ハ
言フヲ俟タザルコトデアブ、主タル債務者ハ此通知ヲ受クルカ又ハ承諾ヲ與ヘ
ナガラ受益者ノ承諾ナクシテ辨濟ヲ爲シタルトキハ其辨濟ヲ以テ受益者ニ對
抗スルコトヲ得ザル結果ト爲ル(同條第二項)

第四款 第三取得者ニ關スル效力

抵當權ハ物權ノ一つデアル隨時優先權ト追及權ヲ生ズル故ニ抵當權ノ設定後

第三者ガ抵當不動産上ニ如何ナル権利ヲ取得スルモ抵當權者ベ之ニ對シテ其
權利ヲ實行スルコトヲ得ルハ當然ノ事デアル然レドモ財產流通ノ爲ミニハ抵
當權者ニ損害ヲ被ラシメザル範圍ニ於テ此效力ヲ制限シテ第三取得者ヲ保護
スルコトガ必要デアル故ニ諸外國ノ法律殊ニ佛蘭西法系ニ屬スル諸國ノ法典
ニ於テハ第三取得者ノ爲ミニ抵當權ノ實行ヲ免ルル種種ノ方法ヲ認メナアリ
マス、即チ舊民法ノ如キハ佛蘭西民法ニ倣フテ競賣處分ヲ受クルコトノ外ニ第
三者ニ種種ノ権利ヲ與ヘラ居マス即チ(一)抵當權ニ依テ擔保セラル債務ノ全
額ヲ辨済スルコト(二)抵當權者ニ對シテ債務者ガ辨済ヲ爲スニ足ルベキ他ノ財
產ヲ有スルコトヲ證明シテ先づ其財產ニ付キ辨済ヲ受クベキ要求ヲ爲スコト
之ヲ稱シテ檢索ノ抗辯ト謂フ(三)濫除ヲ爲スコト(四)抵當不動產ヲ委棄スルコト
デアル(舊民法債權擔保編第二五二條此等ノ方法中ニ於テ檢索ノ抗辯ト抵當不
動產ノ委棄トハ佛蘭西ニ於テモ從來諸學者ノ大ニ批難スル所ノモノデアルガ故
ニ民法ニハ之ヲ採用セラレタソナム、民法ニハ他ノニフノ方法即チ辨済ト濫除ニ
關スル規定ヲ設ケラレタソナム、但辨済ニ付テモ是ヨリ説明スル所ニ依テ分

(二) 隱居カ取消サレタル場合ニ於テ家督相續人カ暫時相續シテ戸主タリシト
キ負擔シタル債務ニ付テハ其債權者ハ何人ニ對シテ之カ辨済ヲ請求スルコト
ヲ得ルカ此問題ハ右ノ取消ノ原則ニ從フトキハ家督相續人ハ隱居ノ取消ニ因
リテ最初ヨリ相續シタルコトナカリシモノト看做サルルカ故ニ其債權者ハ此
家督相續人タリシ者ノミニ對シテ請求スルコトヲ得ルニ止マリ隱居ノ取消ニ
因リテ再ヒ戸主ト爲リタル者ニ對シテハ請求ヲ爲スコトヲ得ナレトキ然レト
モ通常債權者ハ其相手方カ戸主タル身分ヲ有スルコトニ重キヲ置キ其家子屬
スル財產ニ著眼シテ債權者ト爲ルモノナレハ一朝隱居ノ取消ニ因リテ戸主タ
ル者ニ對シテ辨済ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルモノト爲ストキハ之カ爲ミニ意
外ノ損失ヲ被ルコトアリ是ヲ以テ隱居取消ノ場合ニ於テ債權者ノ利益ヲ保護
シ取引ノ安全ヲ保タシメントスルニハ隱居ノ取消以前ニ家督相續人即チ其當
時ノ戸主タル者ノ債權者ト爲リタル者ヲシテ隱居ノ取消ニ因リテ戸主ニ復シ
タル者ニ對シテモ亦辨済ノ請求ヲ爲スコトヲ得ナモイナ爲サオバカラズ是

レ債権者ヲ保護スル爲メニ取消ノ效果ニ對シテ特ニ設ケタル例外ナリ然レトモ家督相續人カ相續以後隠居ノ取消以前負擔シタル債務ハ元來右取消ノ效果トシテ最初ヨリ家督相續人タラザリシモノト看做サルル者カ負擔シタルモノ大レハ其負擔ハ債権者カ戸主權ヲ回復シタル者ニ對シテ請求スルコトヲ得ヘキ例外ノ規定ヲ設ケラレタルカ爲メニ免ルモノニ非ナルヲ以テ法律ハ特ニ但書ヲ以テ之ヲ明カニシタリ。以上ノ規定ハ債権者カ隠居取消ノ原因アルコトヲ知ラスシテ一時家督ヲ相続セシ者ヲ戸主ト信シテ取引シタル場合ニ關ケリ債権者カ隠居取消ノ原因アルコトヲ了知シテ債権者ト爲リタルトキハ右ト同一ノ規定ニ依ルコト能ヘス此場合ニ於テハ債権者ハ家督相續人ノ戸主タル身分ニ重キヲ置カスシテ却テ其者ノ一身上ニ著眼シ後日隠居カ取消サルトモ自己ノ利害ニ關係ヲ有セサルコトヲ豫期シタルモノト謂ハサルハカラサルヲ以テ此債権者ニハ特別保護ヲ與ハサル所以ナリ。又之に當合ハヌ事實者無也。然れども戸主モ其一身ニ専屬セル債務ハ

(四) 家督相續人カ其相續以前ヨリ負擔セル債務及ヒ其一身ニ専屬セル債務ハ

如何家督相續人カ相續セサル以前ニ負擔シタル債務ニ付テハ其債権者ハ毫モ其家ニ屬スル財産ニ著眼シタルモノニ非ナレハ此場合ニ於テハ戸主權ヲ回復シタル者ニ對シテ請求スルコトヲ得サルハ論ヲ俟タスシテ唯家督相續人ニ對シテ請求スルコトヲ得ルニ過キサルナリ又其一身ニ専屬スルモノハ縱令家督相續人タリシトキ負擔シタルモノナリト雖モ是レ亦其家ニ關係ナキモノハ家督相續人ニ對シテ請求スルヨリ外アラサルナリ。又之に對象者ニ於テ第三者カ以上ノ如ク債権者カ現戸主又ハ前戸主タリシ者ニ對シテ請求權ヲ有スルハ家督相續開始ノ原因中隠居ノ場合ニ限レムモノニシテ正當ナラサル者カ家督相續ヲ爲シタルヨリ正當ノ相續權ヲ回復シタル場合ニ於テ第三者カ其表見相續人ヨリ取得シタル權利殊ニ其取得ニ付キ登記ヲ要スル權利ノ如キハ相續權ヲ回復シタル相續人ハ之ヲ回復スルコトヲ得ヘキモ隠居取消ノ場合ノ如ク表見相續人ノ爲シタル行爲ニ屬東セラルコトアラサルナリ。又之に對象者ニ隠居及ヒ入夫婚姻ニ因ハ戸主權喪失ノ第三者ニ對スル效力第七六一條一舊民法ノ規定財產取得額第三〇九條ニ依レハ隠居者カ債権者ヲ詐害スルノ意思ヲ

以テ隠居セントスルトキハ債権者ハ之ニ故障ヲ申立テ隠居ヲ取消シムル時トヲ得ト雖モ隠居ハ人事ニシテ公益ニ關スル規定ナルニ私益即チ單純ナ財産關係ニ因リテ債権者ヲシテ之ニ干涉セジハルハ其當ヲ得ナルヲ以テ新民法ハ債権者ヲシテ隠居ノ取消ニハ容容セシメナルコトヲ爲セリ然リト雖モ隠居ヲ爲スコトハ隠居者ノ債権者及ヒ債務者ニ重要ナル利害關係ヲ及ボズモノナルヲ以テ縦合隠居ノ效力ハ其届出ニ因リテ既ニ發生シタルモ未タ隠居ノ事實ヲ知ラナル者ニ對シテ其效力ヲ有スルモノト爲ストキハ其債権者及ヒ債務者ハ之カ爲メニ往往意外ノ損失ヲ被ルコトヲ免レサルヲ以テ此等ノ者ヲ保護スルカ爲メニ前戸主又ハ家督相續人ヨリ前戸主ノ債権者及ヒ債務者ニ其通知ヲ爲シタル後ニ非サレハ戸主ノ變更ヲ以テ之ニ對抗スルコトヲ得サルモノト爲シタリ

入夫婚姻ニ因リテ前女戸主カ其戸主權ヲ喪失スル場合モ前戸主ノ債権者及ヒ債務者カ有スル利害關係ハ猶本隠居ノ場合ニ同シキヲ以テ法律ハ之ト同也各規定ニ依ラシメタリ

茲ニ一言注意スヘキコトアリ前戸主ノ債権者ニ對シテ前戸主又ハ家督相續人ヨリ隠居ヲ爲シタルコトノ通知ヲ爲シタルト否トニ拘ハラス戸主ノ隠居後ニ於テ債権者ハ仍カ隠居者ニ對シテ辨済ヲ請求スルヲ得ヘキコトハ家督相續ノ效力ドシテ規定セル所ナリ第九八九條是レ他ナシ債権ハ對人權ナルヲ以テ之ヲ負擔シタル者ハ其生存中ハ其責任ヲ免ルヲ得サルト法律ハ隠居者カ隠居シタリト雖モ財產ノ留保ヲ許シタルトニ因リ債権者保護ヲ爲メニ設ケタルナリ而シテ此相續ニ關スル規定アルカ爲メニ右第七百六十一條ノ規定ハ債権者ノ爲メニ左程重大ナル利害ヲ感セシメサルニ至レリ入夫婚姻ニ因ル家督相續ノ場合モ亦同シ

新ニ家ヲ立テタル者ハ其家ヲ廢シテ他家ニ入ルコトヲ得第七六二條第一項舊民法人事編第二五一條裏面

廢家ハ戸主權喪失ハ、原因タルナリ蓋シ家ナルモノハ之ヲ祖先ニ承ケテ之ヲ子孫ニ傳ヘ以テ其祖先ノ祭ヲ絶タナルコトヲ計ルハ我邦家族制度ノ本旨ナリ故ニ家ハ戸主一人ノ專有ニ屬スルモノニ非ス其家ヲ相續シ列戸主ト爲ルハ

方ニ於テ權利タルニ相違ナキモ他ノ一方ニ於テハ義務タリ而シテ祖先ヨリ承
繼シタル家ヲ廢シ其祭ヲ絶フコトハ我邦古來ノ慣習ニ從フモ容易ニ之ア許ウ
ナルナリ然レトモ法律ハ此原則ニ對シ二箇ノ例外ヲ設ケタリ
第一、例外、戸主カ新ニ立タル家ヲ廢スルコトヲ得ル場合ナリ、此場合ニ於テ
ハ繼令戸主カ之ヲ廢シテ他家ノ家族ト爲ルモ之カ爲ミニ祖先ノ祭ヲ絶ツモノ
ニ非ス且其戸主ハ其家ノ創造者ニシテ自ラ其家ノ祖先ト爲ラントスルモノナ
レバ自ラ其創造者タルコトヲ止メント欲セハ之ヲ其意ニ任セサルヘカラサル
モノニシテ之ヲ許スモ敢テ家ヲ重スル立法ノ本旨ニ背クモノニ非サルナリ之
ニ反シテ一旦新立シタル家ハ廢スルコトヲ得サルモノト爲ストキハ實際ニ於
テハ往往困難ナル事情ヲ生スルコトアルヘキヲ以テ此例外ヲ設ケタリ
第二、例外、家督相續ニ因リテ戸主ト爲リタル者ハ本家相續又ハ再興其他正當
ハ原因アル場合ニ於テハ其家ヲ廢スルコトヲ得第七六二條第二項舊民法人事
編第二五一條)

右ニ説キタルカ如ク家督相續ニ因リテ戸主ト爲リタル者カ家ヲ廢スルトキハ

其家ノ祭絕ユルヲ以テ家ヲ廢スルコトハ許サレナレントモ特別ニ隣居ヲ許ス場
合ニ於ケルト同シタ戸主カ本家ヲ相續スルカ再興スルカ又ハ其他正當ノ原因
アルトキハ廢家ヲ許サルヘカラス而シテ本家ハ分家ニ比シ一層之ヲ重スヘ
キコトハ論ヲ俟タル所ナリ然レトモ此ノ如き原因存スルトモ自由ニ廢家ヲ
爲スコトヲ許ナス此場合ニ於テ廢家ヲ爲ス爲ミニハ裁判所ノ許可ヲ得ルコト
ヲ要スルナリ
廢家ハ、家族ニ及ボス效力^{アリ} 戸主カ適法ニ廢家シテ他家ニ入りタルトキハ其家
族モ亦其家ニ入ル(第七六三條舊民法人事編第二五三條)
家族ハ戸主ニ從属スルモノナレハ戸主カ適法ニ廢家ヲ爲シタルトキハ其家族
ハ之ニ隨ヒテ其家ニ入ルヨリ外アラサルナリ
絶家^{アリ} 戸主カ死亡シ又ハ國籍ヲ失ヒタル等ノ場合ニ於テ其家督相續人ナキト
キハ一家ハ斷絶スルヨリ外ナキナリ(第七六四條舊民法人事編第二六一條我邦
從來ノ慣習ニテハ戸主死亡シテ其推定家督相續人ナキトキハ其遺族中ノ者ニ
於テ其跡ヲ相續セシヲ以テ家族アル戸主死亡シタル場合ニ於テ家ノ祭絶ユル

トナカリシカ新民法ノ規定ニテハ縦令家族アリト雖モ其家族カ相續權ヲ有セ
ナルトキ又ハ相續ヲ承認セナルトキハ其家ヲ斷絶スルモノト爲セリ故ニ此場
合ニ於テ其遺タル家族ハ各一家ヲ創立スルヨリ外アラサルナリ然レントモ若
シ家族中ニ親子夫婦ノ關係アル者アルトキハ子又ハ妻ハ別ニ一戸ヲ創立セズ
シテ其父若クハ母又ハ夫ニ隨ヒテ其家ニ入ルヘキハ當然ナリ

第三章 婚姻

此章ヲ分テ四節トス第一節婚姻ノ成立第二節婚姻ノ效力第三節夫婦財產制
第四節離婚是ナリ此中夫婦財產制ハ財產ニ關スル規定ナルヲ以テ之ヲ人事ニ
關スル婚姻ノ章中ニ置カシテ財產法中ニ置キタル立法例ハ舊民法財產取得
編又ハ外國法律ニモ見ル所ナレトセ夫婦財產制ハ夫婦ノ身分ニ關スル所頗ル
多ク身分ニ關スル事項ハ之ヲ親族編中ニ規定スルヲ至當也シ本法ハ之ヲ本章
中ニ置キタル所以ナリ夫婦財產制ハ夫婦ノ身分ニ關スル所頗ル
其家ハ夫婦ニテ以テ夫婦入居入出セシムハ夫婦夫婦又ハ其家直當人夫婦
其家ハ夫婦ニテ以テ夫婦入居入出セシムハ夫婦夫婦又ハ其家直當人夫婦

第一節 婚姻ノ成立

本節ヲ分テ二款トス第一款婚姻ノ要件第二款婚姻ノ無効及ヒ取消是ナリ

第一款 婚姻ノ要件

婚姻ノ要件ハ之ヲ實體上ノ要件ト形式上ノ要件トニ區別スルコトヲ得其實體
上ノ要件トハ第一當事者ノ意思表示第二婚姻能力ヲ有スルコト第三法律カ規定
シタル場合ニ於テ或者ハ同意ヲ要スルコト是ナリ形式上ノ要件トハ婚姻ヲ
爲スニ付キ要スル方式是ナリニ此ニ對當事者ハ其創立ニ標識セシムニ許セテ
第一ハ要件ハ當事者ノ意思表示アルコトヲ要スモ其過失或誤解等を考慮せ
實體上ノ要件ハ第一ナル當事者ノ意思ハ婚姻ヲ爲スニ付キ之ヲ要スルコトハ
言フヌ矣タルヲ以テ法律ハ之ヲ一ノ要件トシテ之カ明文ヲ掲ケスト雖モ婚姻
ノ無効及ヒ取消ヲ規定スルニ當リ間接ニ當事者ノ意思表示カ必要ナル旨ヲ
示シタリ(第七七八條)是以テ本章夫婦の成立は夫婦の意思表示を標識三層を要する

第二以下ノ要件ニ付テハ以下順次之ヲ叙述スヘキモ凡ソ婚姻ニ關スル要件ハ悉皆同一ノ性質ヲ有スルモノニ非ヌ其中ニ婚姻ノ性質上必要ナルモノアリテ若シ之ヲ缺クトキハ其婚姻ニ最初ヨリ當然成立セサルナリ即チ當事者ノ意思表示ナキ場合第七七八條第一號ノ如キ婚姻ヲ爲スニ付キ要スル方式ニ從ハサル場合(第七七五條第七七八條第二號)ノ如キ是ナリ其他ノ要件ハ之ヲ缺キタルトモ婚姻ノ成立ヲ妨タルモノニ非ス換言スレハ其成立ニ瑕疵アルニ過キナレハ裁判所ニ之カ取消ヲ請求スルトキハ取消サルレドモ然ラサルトキハ其婚姻ハ有效ニ成立スルナリ

第二ノ要件婚姻能力(男ハ滿十七年女ハ滿十五年ニ至ラサレハ婚姻ヲ爲スコトヲ得)此規定ハ實體上ノ要件ナリ蓋シ男女身體ノ發達ハ人ニ依リ又國ニ依リテ異同アリト雖モ一般ニ論スルトキハ成年齡ニ至ラサレハ未タ十分ニ發達セサルモノニシテ一般ノ情況ニ從ヒ法律上一定ノ年齡ヲ定メ其年齡ニ達セサレハ婚姻スルコトヲ許ササルト爲スハ立法上ノ必要ナリ若シ法律カ婚姻ヲ爲スコトヲ得ス第七六五條舊民法人事編第三〇條)

此規定ハ實體上ノ要件ナリ蓋シ男女身體ノ發達ハ人ニ依リ又國ニ依リテ異同アリト雖モ一般ニ論スルトキハ成年齡ニ至ラサレハ未タ十分ニ發達セサルモノニシテ一般ノ情況ニ從ヒ法律上一定ノ年齡ヲ定メ其年齡ニ達セサレハ婚姻スルコトヲ許ササルト爲スハ立法上ノ必要ナリ若シ法律カ婚姻ヲ爲スコトヲ得ス第七六五條舊民法人事編第三〇條)

得ヘキ年齡ヲ定メサルトキハ人人生理上婚姻ヲ爲スコトヲ得ルニ至ルトキハ婚姻ヲ爲スヘタシオ早婚ヲ防クコトヲ得ス而シテ早婚一種種ノ弊害アリテ論者ノ夙ニ痛論スル所ナリ是ヲ以テ立法者ハ我邦ニ於テハ男ハ滿十七年女ハ滿十五年ニ至ルトキハ婚姻ヲ爲ストモ差支大キモノト認メタルナリ佛民法ニ於ケル婚姻年齡ハ男ハ滿十八年女ハ滿十五年ナリ)

第三ノ要件(配偶者アル者ナ重キテ婚姻ヲ爲スコトヲ得ス)第七六六條舊民法人事編第三十條)

重婚ハ刑法(第三五四條ニ於テモ禁スル所ニシテ此規定ハ一夫一婦ノ制度ヲ公認シタルニ外ナラサルナリ)ハ該法ニ於クテ重婚者ナリ(該法ニ於クテ重婚者ナリ)ハ前婚ノ解消セラレ若クハ取消カレタリトキハ直チニ再婚ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖モ女ハ懷胎シタル儘前婚姻カ解消セラレ若クハ取消サル水ヨリ往往アル所ニシテ若シ此場合ニ於テ若干月日を經過セズ後前婚不解除者タガ取

消後直チニ再婚ヲ爲スコトヲ得ルモノト爲ストキハ再婚後若干日内ニ分娩シタル子ハ前夫ノ子ナリヤ將タ後夫ノ子ナリヤ知ルコト能ハズルヲ以テ法律ハ血統ノ混同ヲ豫防スルカ爲メニ第四ノ要件トシテ女ハ前婚ノ解消又ハ取消ノ日ヨリ六箇月ヲ經過セサレハ再婚ヲ爲スヲ得ナルコト爲セリ。婚姻ノ解消トハ夫ノ死亡又ハ離婚ニ因リテ婚姻ノ消滅シタル場合ニシテ其取消トハ第七百七十九條以下ノ規定ニ從ヒテ婚姻ヲ取消シタル場合ヲ謂フ而シテ此禁止ハ婚姻解消ノ總テノ場合ニ適用セラルモノニシテ舊民法人事編第三十二條ノ如ク夫ノ失踪ニ原因スル離婚ノ場合ノ如キヲ除外例ト爲ナサルナリ何トナレハ妻カ失踪セル夫ト事實上同居ヲ爲スモ其證據ヲ舉タルヲ得ナルコトアレハナリ。

法律カ右期間ヲ前婚ノ解消若クハ取消後六箇月ト定メタル以所ハ醫學上ノ説ニ依ルモノニシテ懷胎ノ最長期ハ三百日其最短期ハ百八十日ナルヲ以テ若シ婚姻ノ解消前ニ懷胎シタルモノナルトキハ六箇月ヲ經過セハ其懷胎ノ子カ何人ノ子ナルカハ推知スルコトヲ得ヘキヲ以テナリ。

然レトモ右ノ規定ニハ一ノ例外アリ即チ女カ前婚ノ解消又ハ取消ノ前ヨリ懷胎シタル場合ニ於テハ其分娩ノ日ヨリハ再婚ニ關スル制限ヲ適用セス若シ前嫌中ニ懷胎シタルモノヲ其解消若クハ取消後例ヘハ一箇月ニシテ分娩シタル場合ニ於テハ分娩後直チニ再婚スルコトヲ許ストモ前夫ト後夫トノ血統ノ混同ヲ生スルコトアラザルナリ。

第五ハ要件、姦通ニ因リテ離婚又ハ刑ノ宣告ヲ受ケタル者ハ相姦者ト婚姻ヲ爲スコトヲ得ス(第六八條、舊民法人事編第三三條)

姦通ハ風俗ヲ害スルコト最モ大ナルモノニシテ刑法(第三五三條ニモ規定スル所ナレハ法律ハ相姦者間ニハ婚姻ヲ爲スコトヲ許サナルモノト爲セリ若シ其間ニ婚姻ヲ爲スコトヲ許ストト爲ストキハ此ノ如キ悖德者ハ姦通ヲ以テ離婚ノ方法ト爲シ却テ惡縁ヲ遂ケントスル弊ニ陷ルコトナシトセス然レトモ法律ハ相姦者ニハ如何ナル場合ニ於テモ絶対ニ婚姻ヲ禁スルモノニ非ス姦通ニ因リ離婚ノ宣告ヲ受ケタル場合ト姦通ニ因リテ刑ノ宣告ヲ受ケタル場合トニ限レリ。

第一 姦通カ裁判上ノ離婚ノ原因タルコトハ第八百十三條第二號ニ規定スル所ナリ然レトモ其場合ヘ有夫ノ婦カ姦通シタルトキニ限ルモノニシテ夫カ他ハ婦ト姦通ヲ爲シタルトモ是レ婦ノ爲ニ離婚ノ原因タルサルナリ故ニ此場合ニ於テ適用フ受クル者ハ有夫ノ婦カ他ノ男ト通シタル場合ニ限ルナリ而シテ法律カ此場合ニ於テ夫婦ノ間ニ規定ヲ同シタセサルハ有夫ノ婦カ姦通シタル場合ハ刑ニ處セラルコトナキモ單ニ其行爲ナヘアレハ離婚ノ原因ト爲ルニ反シテ夫カ有夫ノ婦ト姦通シタル場合ニ於テハ單ニ之ヲ爲シタルノミニテハ離婚ノ原因ト爲スニ足ラス其原因ト爲ルハニハ刑ニ處セラレタル場合ナラナルヘカラナルモノニシテ夫婦ノ間ニ離婚ノ原因ニ此ノ如ク寛嚴ノ差アルト同シク我邦從來ノ慣習及ヒ現在ノ情態ニ於テ未タ此點ニ關シ男女ヲ同一規定ノ下ニ置クコトヲ得サルア以テ此場合ニ於テ法律ウ特ニ妻ヲ限リ姦夫ト婚姻ヲ爲スコトヲ得サルモノト爲シタリ

此場合ノ適用ヲ受クルハ裁判上ハ宣告アバコトアリ要ス若シ實證姦通シタルトアリテ之カ爲ミニ協議上ハ離婚ヲ爲シタルトキ右禁婚ノ制裁ア受クヘキモ

ミニ非ス是レ他莫シ此ノ如キ思ふヘキ内事ノ陰私ハ法律カ致テ干渉シテ之ヲ外ニ摘發スルトキハ却テ風俗ヲ害スルニ至ルヲ以テ此ノ如キモノハ當事者ヨリ摘發シテ裁判上公認セラビタルモノミニ正ヌ其他ハ敢テ問ガサルコトニ爲シタリ

第二 姦通ニ因リテ刑ノ宣告ヲ受ケタル場合、刑法第三百五十三條ノ規定ニ依リ有夫ノ婦姦通シタルトキハ其婦並ニ其相姦者ヘ六月以上二年以下ノ重禁罰ニ處セラルルモノナレハ此場合ニ於テ姦通者ノ双方宣告ヲ受ケタルトキハ勿論縱令其一方之カ宣告ヲ受ケタルトキニ於テモ後ニ至リ他ノ原因ニ因リテ離婚ノ宣告ヲ受ケタルト或ハ夫ノ死亡シテ婚姻ノ解消シタルト又ハ協議上ノ離婚ヲ爲シタルトヲ問ハス姦通者ハ婚姻ヲ爲スコトヲ許サレサルナリ之ヲ要スルニ姦通ニ因リテ離婚ノ宣告ヲ受ケタルモ刑ノ制裁ヲ受ケサルコトアリ又刑ニ處セラレタルモ之ヲ原因トシテ離婚セラレサルコトアレトモ以上叙述シタル場合ノ一一該當スルトキハ婚姻ヲ爲スコトヲ得サルナリ

第六ノ要件(婚姻ノ障礙)婚姻ヲ爲スニハ左ノ親族關係又有セサルコトヲ要ス

(一) 直系血族又ハ三親等内ノ傍系血族ノ間ニハ婚姻ヲ爲スコトヲ得ス(第七六九條舊民法人事編第三四條第35條)

法律ハ或親族間ニ婚姻ヲ爲スコトヲ禁シタリ其親族ノ種類ニ依リ絕對ニ禁シタルモノト然ラナルモノトアリ血族ハ直系ナルトキハ如何ニ其親等遠シト雖モ絕對ニ之ヲ許サズ然レトモ其傍系ト姻族トニ付テハ絕對ニ婚姻ヲ許サナルモノニ非ス或親等ヲ限リテ之ヲ禁シタリ姻族ニ付テハ以下續キテ叙述スヘク傍系ノ血族ハ三親等以下ハ者ニ非サレハ婚姻ヲ爲スコトヲ得ス直系血族間ノ婚姻ハ亂倫ニシテ禽獸ノ所行ニ同シク人道ニ戾リ吾人ノ忍容スルコトヲ得アル所ナリ又傍系親モ其親等ノ近キ者ハ直系親ニ於ケルト同シキモノニシテ近親間ノ婚姻ハ啻ニ倫理ヲ亂スノミナラス血統ヲ惡クシ人種ノ衰弱ヲ致スカ如キ弊アルヲ見ル

法文ニハ單ニ「血族トアリ」其意味汎博ナレハ天然ノ血族間ハ勿論單血族ト雖モ其中ニ包含スルモノト謂ハサルヘカラス故ニ繼父母ト繼子、嫡母ト庶子トノ間及ヒ養親及ヒ其直系尊族ト養子トノ間ハ同シク婚姻ヲ爲スコトヲ得サルナ

然レトモ法律ハ養子ニ付テハ一ノ例外ヲ設ケタリ即チ養子ト養方ノ傍系血族トノ間ニ於ケル婚姻是ナリ蓋シ養子ト養方ノ傍系血族トノ間ハ元來血縁アラナルモ法律上之ヲ血族ト看做シタル以上ハ養子ノ亡妻ノ姉妹又ハ其伯叔母ト婚姻スルカ如キハ名義上妥當ナラサレトモ從来ニ在ワセモ此等ノ者ノ間ニハ或ハ其家ノ子女ヲ一旦他家ニ入レテ其養子女ト爲シ或ハ養子ヲ離縁シ兄弟姉妹若クハ叔姪ノ稱ヲ絶ナラ更ニ再ヒ之ヲ養子ト爲スカ如キコトハ實際上往往見ル所ニシテ此等ノ者ノ間ニ婚姻ヲ許ストモ之カ爲メニ毫モ亂倫ト謂フヘキモノニ非ナルヲ以テ實際上ノ必要アルヲ虛り法律ハ此例外ヲ設ケタルナリ夫婦ノ一方が死亡シタル場合ニ於テ生存配偶者カ其家ヲ去リタルニ因リテ姻族關係カ止ミタル場合ト雖ニ其間ニ婚姻ヲ爲スコトヲ許サズ例へば亡妻ノ母

(二) 直系姻族ノ間ニ於テハ婚姻ヲ爲スコトヲ得ス(第七七〇條舊民法人事編第三六條)
姻族關係カ直系ナルトキハ其關係カ繼續スル間ハ勿論繼承離婚ニ因リ若クハ夫婦ノ一方が死亡シタル場合ニ於テ生存配偶者カ其家ヲ去リタルニ因リテ姻族關係カ止ミタル場合ト雖ニ其間ニ婚姻ヲ爲スコトヲ許サズ例へば亡妻ノ母

離婚シタル妻ノ母又ハ子ノ遺妻ト婚姻スコトハ許サセサルナリ是ヒ婚姻モ因リ親族關係ヲ生シ親子ニ等シキ關係ヲ生シタル者ノ間ニ婚姻ヲ許スハ人倫ニ背クア免レオレハナリ然レトモ姻族關係ノ傍系ニ付テハ之ト異カリテ其親等ノ遠近ヲ問ハス例ヘハ亡妻ノ姉妹伯叔母ト婚姻ヲ爲スカ如キハ從來ノ慣習上許シタル所ニシテ又實際ノ必要上妻カ子ヲ遺シテ死亡シタル場合ニ於テ其妹ト婚姻シ之ヲシテ血縁アル嫡姪子ヲ養育セシムルカ如キハ子ノ利益ニシテ一家ノ幸福タムト此ノ如キ婚姻ヲ許ストモ血統ヲ亂スノ虞ナク亦人倫ニ背クコト至テ微少ナルトヲ以テ此規定ヲ設ケタルナリ

嫡母ト父トノ婚姻解除シタルトキハ嫡母タリシ者ト庶子トノ間ニ婚姻ヲ爲スコトヲ得ルカ又繼父母ト繼子トノ間ニ於テ實父又ハ實母ト繼母又ハ繼父ト婚姻ノ解除シタルトキハ婚姻ヲ爲スコトヲ得ルカ此問題ニ付テハ第七百七十條姻族關係カ止ミタル後ニ於ケル直系姻族間ノ婚姻ノ禁止及ハ第七百七十一條養子縁組ノ關係ノ止ミタル後ニ於ケル養子其配偶者等ト養親又ハ其算屬トノ間ノ婚姻ノ禁止ノ如キ規定ヲ設ケナルハ法ノ不備ト謂フコトヲ得ヘケレトモ

此等ノ者ノ間ノ婚姻ノ不倫ナルコトハ言ダテ喫タル事以テ嫡母ト庶子トノ親族關係及ヒ繼父母ト繼子トノ親族關係ハ子ノ爲メニハ其實親ト嫡母又ハ繼父母トノ婚姻ニ因リテ生シタル關係即チ姻族關係ト謂フコトヲモ得ベキカ故ニ此場合ニ於テハ少シク無理ナレトモ強ヒテ第七百七十一條ヲ適用スルヲ以テ程當トスヘシ

(三) 養子縁組ヨリ生スル親族關係ニ付キ左ノ場合ニ於テハ婚姻ヲ爲スコトヲ得ス(第七七一條舊民法人事編第三七條)

養子其配偶者直系卑属又ハ其配偶者ト養親又ハ其直系尊属トノ間ニ於テハ養親カ其家ヲ去リタルカ又ハ養子カ離縁ト爲リテ親族關係カ止ミタルトキト雖モ婚姻ヲ爲スコトヲ得ス

養子又ハ其直系卑属ト養親又ハ其直系尊属トノ間ニ於テハ婚姻ハ右ニ説キテル第七百六十九條ノ規定ニ依リテ既ニ禁セラシタルハ法文ニ謂フ所ノ養子又ハ其直系卑属ト養親又ハ其直系尊属トノ婚姻ハ親族關係方存續スル場合ヲ指稱スルモノニ非シテ其關係カ止ミタル後ニメミ適用セラルルナリ而シテ養

子ノ配偶者ト養親又ハ其直系尊属トヘ或ヘ直系ノ血族ナルコトアリ或ハ直系ノ姻族ナルコトアリ例ヘハ養親ノ家女ノ配偶者トシテ養子ヲ爲シタビトキハ其家女即チ養子ノ配偶者ト養親トヘ血族關係ナリ然レトモ養子縁組後ニ其養子ノ妻トシテ他ヨリ嫁シタル者ノ姻キハ養子ノ養親トヘ直系ノ姻族ナリ其直系血族ナル場合ニ在リテハ第七百六十九條ニ依リ又直系姻族ナル場合ニ在リテハ第七百七十條ノ規定ニ依リテ婚姻ヲ禁セラレタレハ法文ニ此等ノ者ヲ掲ケタルハ離縁ニ因リテ養子ト養親及ヒ其直系尊属トノ間ノ關係止ミ又ハ養子ノ配偶者又ハ養子ノ直系卑属カ養子ノ離縁ニ因リテ養子ト共ニ其家ヲ去リタルトキニノミ適用セラルヘキモノトス此等ノ場合ニ於テ婚姻ヲ許ストキハ既ニ第七百七十條ニ付キ説キタルト同シク人倫ヲ亂スヲ免レナルヲ以テナリ以上第七百六十九條乃至第七百七十一條ニ説キタル所ハ要スルニ婚姻ヲ爲スニハ此等ノ親族關係アラサルコトヲ要スルモノニシテ之ヲ總括シテ第六ノ要件トス

第七ハ要件 婚姻ヲ爲スニハ左ノ者ノ同意アルコトヲ要ス(第七七二條舊民法)

人事編第三八條乃至第四二條

(一) 子カ婚姻ヲ爲スニハ其家ニ在ル父母ノ同意ヲ得ルヲ要ス但男カ滿三十年女カ滿二十五年ニ達シタル後ハ此限ニ在ラス
法律ハ未成年者カ普通ノ法律行爲ヲ爲スニ付テスル其保護人爲メ親權ヲ行フ者後見人及ヒ親族會又ハ後見人ノ同意ヲ要セシム婚姻ハ人生ノ大倫ニシテ財產權ニ關スル法律行爲ニ比シ一層重大ナレハ之ヲ爲スニハ一層保護セサルベカラナルヲ以テ父母ノ同意ヲ要スルコトト爲シタリ而シテ此制限ハ一家ノ秩序維持ノ爲メニハ年齡ノ如何ニ拘ハラス常ニ父母ノ同意ヲ要スト爲スニ如カスト雖モ男子ハ大凡滿三十年女子ハ滿二十五年ニ達スレハ智能ノ發達完全相當時ノ經驗ヲ得自ラ獨立ノ生計ヲ立ツルニ至リテモ尙ホ際限ナク父母ノ同意ヲ得ルコトト爲スハ甚タ酷ニ失シ又父母カ其權力ヲ濫用スルコトアラハ子ハ婚姻ヲ妨クルニ至ルヲ以テ法律ハ男子ハ滿三十年女子ハ滿二十五年ニ達スルトキハ婚姻ヲ爲スニ父母ノ同意ヲ要セサルコトト爲シタリ法律カ男女ノ間ニ年齡ノ區別ヲ立テタルハ他ナシ義ニ説キタルカ如ク女子ノ發育ハ男子ニ比シ

一層早キヲ常トシ男子ノ如ク滿三十年ニ至ルヤテモ父母ノ許諾ヲ得ルコトヲ要スルモノト爲ストキハ嫁期ヲ失シ適當ノ婚姻ヲ爲スコト能ハナルニ至ルヲ以テナリ。三十一年正月二十日、三十一年正月二十日正午ニ既ニ、茲ニ謂フ所ノ父母トハ實父母ハ勿論繼父母養父母及ヒ嫡母ヲ包含スレトモ繼父母嫡母ト其他ノ父母トノ間ニハ第七百七十三條ニ規定スルカ如ク同意ヲ爲サツルトキニ一ノ差異アリ。三十一年正月二十日正午ニ既ニ、又父母ハ家ニ在ル者ニ限ル家ニ在ラル父母例ヘハ離婚離縁等ニ因リテ其家ヲ去リタル者ト雖モ法律上ハ其家ニ在ル者ト同一ノ親族關係ヲ有ストモ家族及ヒ事實上ノ關係ハ家ニ在ル者ニ比シ大ニ疎ナラサルヘカラサババ法律ハ此等ノ者ノ同意ヲ得ルコトヲ要セシメサル所以ナリ。父母共ニ在ルトキハ其雙方ハ同一同意ヲ得サルヘカラス。是レ一見ズレハ父ハ親權ヲ行ヒ妻ハ其夫ノ權從スヘキモノナレハ父母ノ一致セナルトキハ父ハノ同意ノミヲ以テ足ルカ如シト雖モ此ノ如クスルトキハ一家ノ和睦ヲ缺クテ以テ法律ハ此ノ如キ場合ニ於テ父ノミノ同意ヲ以テ足レリト爲ナス雙方ノ同意アリヲ要スト爲シタリ故ニ若文父母一致セナルトキアリ此要件ヲ缺クテノ時謂ハナルヘカラスモハ猶豫ミテヨリ知れサルコトアリ家ヲ赤ルコトアリ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハナルコトアリ此等ノ場合ニ於テ一方ノ者ノ同意ヲ以テ足レリト爲スヨリ外アラカルナリ。是又其子ノ同意ヲ以テ足レリトキアリ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハナルコトアリ此場合ニ於テ婚姻ヲ爲スヘキ子カ成年者ナルトキハ何人ノ同意ヲ需要セシムテ婚姻ヲ爲スコトヲ得然レトモ若シ其子カ未成年者ナルトキハ其後見人及ヒ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス同意ミテ舊民法人事編ニ於テ父母ノ死亡シタルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハナルトキハ祖父母ノ許諾ヲ受クハシト爲シタビトモ此ノ如キ場合ニ於テ祖父母ノ未タ老耄セサル者ナルトキハ實際ニ於テハ假シテ未成年者ノ後見人タルハク其後見人タルタル場合ニ於テハ適當ノ判断ヲ與フルノ期スルコト能ハナルトキハ祖父母ノ許諾ヲ受クハシト爲シタビトモ此ノ如キ場合ニ於テ祖父母ノ新法ハ此ノ如キ場合ニ祖父母ノ同意ヲ得ルコトヲ削除シタリ。註半ニ註

婚姻ヲ爲スニ付キ子カ父母ノ同意ヲ得ルコトヲ前ニ説キタルカ如ク成年ニ達シタル者ミ成年齡マテハ之ヲ要スルニ父母ノ在ラサル場合ニ於テ後見人及ヒ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ未成年者ニ限リタルハ蓋シ後見人親族會等ハ未成年者ノ利益ヲ保護スルコト父母ノ如クナル能ハナレヲ以テ父母ノ同意ニ於ケルヨリハ一層早ク其制限ヲ脱セシムル必要アリ故ニ此場合ニ於テハ之ヲ普通ノ法律行爲ト同シク婚姻ヲ爲スヘキ者カ未成年ナルトキノミ後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要スト爲シタル所以ナリテ夫婦間モ當ニモ夫婦間モ夫婦間モ其父母カ子ノ婚姻ヲ爲スコトヲ拒ミタルトキハ其子ハ婚姻ヲ爲スコトヲ得サレトモ父母カ實父母ニ非シテ繼父條件ヲ缺クヲ以テ婚姻ヲ爲スコトヲ得サレトモ父母カ實父母ニ非シテ繼父母又ハ嫡母ナルトキハ其同意ニ付キ實父母ニ於ケルト同一ナル能ハス實父母ナルトキハ其實ニ子ノ利害ヲ計ルヘキヲ以テ非理ヲ唱ヘア同意ヲ爲サナルコトハ之ナルヘシト雖モ血族ノ關係ナキ繼父母又ハ嫡母ニ在リテハ不當ナルコトヲ知リナカラ子ノ婚姻ヲ拒ムコト往往之アル所ナレハ法律ハ繼子、庶子ヲ保護スル爲メ例外ヲ設ケ繼父母又ハ嫡母カ子ノ婚姻ヲ拒ミタルトキハ親族會

ノ同意ヲ得ルニ於テハ婚姻ヲ爲スヲ得ルコトヲ爲セリ(第七七三條舊民法人事編第三八條第三項)

(三) 禁治產者カ婚姻ヲ爲スニハ其後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セス(第七七四條)

禁治產者カ婚姻ヲ爲スニハ其後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セス(第七七四條)

禁治產者ハ後見ニ付セラルル(民法第八條)以テ若シ自ラ普通ノ法律行爲ヲ爲シタルトキハ其行爲ム之ヲ取消スコトヲ得ヘシ(民法第九條)ト雖モ後見人カ禁治產者ノ法定代理人タル權ハ禁治產者ノ療養、監護及ヒ財產ノ管理ニ限ルモニニシテ人事ニ關スル行爲ノ如キハ其代理權ノ範圍外ニ在ルモノナルヲ以テ之ヲ明カニスル爲メ特ニ本條ヲ設ケタルナリテハ貞節朝ニ登庸コトニハ添イ難ム右ノ場合ハ禁治產者ハ精神ヲ回復シタル場合ヲ憑據シタルモシナリ若シ然ラスシテ心神喪失中ニ婚姻ヲ爲シタルトキハ其婚姻ハ其意思ヲ有セズルモノナレハ最初ヨリ無効ナレバサリ固ニ授ベテ調査武卒其夫婦首領ニ付シテ證免婚姻ノ方式上ノ要件、婚姻ハ之ヲ戸籍吏ニ届出フル無因リテ其效力发生ス(第七七五條舊民法人事編第四三條、第四七條乃至第四九條、第六七條)

從來婚姻ノ届出ニ付ヲハ明治八年十二月九日本政官達ニテ婚姻離婚ハ総合相對熟談ノ上タリトモ雙方ノ戸籍ニ登記セナル内ハ其效力キモノト看做スヘキ規定アリシト雖モ其後司法省ノ伺ニ對シテ明治九年七月本政官ヨリ既ニ親族近隣ノ者モ夫婦ト認メ裁判官ニ於テモ其實アリト認ムル者ハ夫婦ヲ以テ論スヘシト指令シタルヲ以テ明治十年六月司法省ヨリ此旨ヲ各裁判所ニ達シタルヨリ以來財産關係若クハ刑事上ノ目的ニ付ヲハ戸籍簿ニ登記セナル者ト雖モ夫婦ノ關係ヲ公認シ來リタムモノニシテ婚姻後數年間モ婚姻ノ届出ヲ爲サズリシ者モ夫婦ト看做ナル者アリ而シテ從來ノ方式ハ證人ヲ要セス單ニ戸主ヨリ届出ツルヲ以テ足ベリト爲シ極メテ簡單ナリシニ付キ本法ハ外國ノ立法例ニ在ルカ如キ煩雜ナル方式ヲ採用セシシテ當事者雙方及ヒ成年ノ證人二人以上ヨリ口頭ニテ又ハ署名シタル書面ヲ以テ之ヲ戸籍吏ニ届出ツヘキコトト法律カ婚姻ニ付キ此方式ヲ要スト爲シタルハ婚姻ハ之ニ因リテ夫婦財產上ノ關係親族關係等ヲ生シ他ニ對シテ之ヲ公示スヘキ必要アルト又一ハ當事者ノ

意思ノ確實ヲ保障スルノ目的トニ出アタルナリ若シ當事者カ法律ノ規定ニ違反シタル婚姻ヲ爲シ之カ届出ヲ爲シタルトシバ戸籍吏ハ之ガ注意ヲ爲スゴトアルヘキナリ

婚姻ノ效力ニ付テハ舊民法民事編第六七條ノ規定ニテハ儀式ヲ行ヒタルニ因リ之ヲ生シ唯夫婦財產契約ニ付テノミ第三者ニ對シテハ婚姻届出後ニ非サレハ其效力ヲ援用スルコトヲ得スト爲シタルトモ本法ニ於テ婚姻ノ儀式ノ如キハ公示サレナルヲ以テ當事者カ何時之ヲ行ヒタルヤ他ノ之ヲ知ル能ハサルモノナレハ他ニ對シテハ勿論當事者間に在リテモ一般婚姻ハ之ヲ戸籍吏ニ届出テタル日ヨリ效力ヲ生スルコトト爲シタルトシテヨリ本法ノ規定ニ違反セサルモナレバ以上説キタル諸要件ヲ具備セスシテ婚姻ヲ爲スヲ得ヘカラサルヲ以テ法律ハ戸籍吏ヲシテ當事者ノ届出ヲタルモノカ果シテ法律ノ規定ニ違反セサルモ否ナフ取調ヘシテ其法律ノ規定ニ違反セサルコトヲ認タル上ニ非ナレハ其届出ヲ受理スルコトヲ得スト爲シタリ(第七七六條舊民法人事編第四四條乃至第四六條而シテ婚姻ヲ爲スニ付キ

○條第一項憂ニ説キタル此等ノ場合ハ一家ノ調和ヲ計リタルニ出オタル規定
ニ外ナラツルモノニシテ婚姻其モノカ公益ニ反スルガ故ニ非ス是ヲ以テ戸主
ノ同意ヲ得シテ家族カ婚姻ヲ爲シ又ハ一旦婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家
ニ入りタル者カ更ニ婚姻ニ因リテ他家ニ入りタルトモヘ其戸主ハ自己ノ同意
ヲ得ナル家族ニ對シテ離籍又ハ復籍拒絶ヲ爲スコトヲ得ヘキ制裁ヲ設ケ此場
合ニ於テハ此制裁ヲ以テ足レリト爲シ戸主ニハ家族カ婚姻ヲ爲スニ付キ父母
ノ同意ヲ得ヘキ場合ニ於ケルカ如キ重大ナル権利ヲ與ヘサリシナリ是ヲ以テ
戸主ノ同意ヲ得シテ爲シタル婚姻ノ届出ヲ受ケタルトキ之ヲ許スヘカラナ
ルモノト爲シテ却下スルヲ得ナレハ本人ヲシテ反省セシムルカ爲ミニ戸籍吏
ヨリ一應ノ注意ヲ爲シ若シ之ニ應セサルトキバ戸籍吏ハ届出ヲ受
理セナルヘカラナルコト爲シタリ

右ノ場合ヲ除クノ外婚姻ニ關スル要件ヲ具備セスシテ届出ヲタルトキハ戸籍
吏ニ於テ其届出ヲ受理スルコト能ハス隨テ其婚姻ハ許サレサルモノナレトモ

戸籍吏カ誤リテ其婚姻ノ届出ヲ受ケタルコトアルトキ例ヘバ父母ノ同意ヲ得
スシテ婚姻ヲ爲シ又ハ婚姻年齡ニ達セヌシテ婚姻ヲ爲シタルトキハ其婚姻ハ
此届出ニ因リテ效力ヲ生スルモノトス(最初ヨリ無効ナル婚姻ハ届出ヲ爲スト
モ效力ヲ生スルモノニ非ス)而シテ此場合ニ於テハ後ニ至リ取消スコトヲ得ヘ
キモ之ヲ取消サナルトキハ全ダ有效ナルセナタリ

婚姻ハ豫約、婚姻ノ豫約トハ世間一般ニ行ハル所ニシテ媒妁人ナル者當事
者ノ間ニ仲介シ結納ヲ取替ハセ婚姻當事者ニ於テ將來婚姻ヲ爲ス旨ノ約束ヲ
謂フモノニシテ長キハ數年ノ後ニ實行ヲ期スルモノアリ所謂男女幼時ヨリ豫
約セル許嫁ノ如キハ其最モ甚キモノナリ而シテ此豫約ナルモノハ我民法ニ於
テ認メラルルヤ又豫約ヲ爲シタル當事者ノ一方カ違約シタルカ爲メ他ノ一方
ニ損害ヲ生シタルトキハ違約者ハ之カ賠償ヲ責任アリヤ

我民法ニ於テハ豫約ハ有效ナリト明言セス亦無効ナリトモ明言セサルヲ以テ
此豫約ナルモノハ從來ヨリ世間一般ニ行ハル所ニシテ別ニ公ノ秩序又ハ善
良ノ風俗ヲ害スルコトナキカ故ニ有效ナリト説ク者モアルヘケレトモ予輩ハ

法律カ無效ナリト明言セザルニ拘ハラス其性質及ヒ法律カ之ニ關スル規定ヲ設ケサル所ニ稱ヘ是レ法律ノ認メサル所ナリト斷言スル者ナリ蓋シ婚姻ヘ人生ノ一大事ナルカ故ニ當事者ノ自由ナル意思ヲ以テ爲スヘキモノナルコト論ヲ挿タル所ナレハ嘗テ婚姻ヲ爲スコトヲ約シタル者ノ間ニ之カ實行ヲ爲スニ當リ理由ノ正否ヲ問ハス一方カ之ヲ實行スルコトヲ欲セザルニ於テハ強ヒテ之カ實行ヲ爲サシムハコトヲ許スヘカオス若シ之ヲ強フルトキヘ即チ人ノ自由ヲ拘束スルモノニシテ自由ヲ以テ爲スヘキノ大原則ニ背クニ至ルヘクシテ許スヘキモノニ非ス

婚姻ノ結約ニ付テハ婚姻能力カルモノノ規定アルカ故ニ若シ法律カ豫約ヲ認メタルモノナランニハ同シク豫約ヲ爲スニ付テノ年齢ヲ規定セザルヘカラサルニ其規定アラサルナリ而テ此豫約ヲ爲スニ付テハ後見人及ヒ親族子カ婚姻ヲ爲スニ付テハ家ニ在ル父母又ハ未成年者ニ付テハ後見人及ヒ親族會ノ同意ヲ要ス而シテ若シ法律カ豫約ヲ有效カリト認メタランニハ此豫約ヲ爲スニ付キ父母又ハ其他ノ者ノ同意ヲ要スルコトヲ規定セザルヘカラサルニ

豫約ニ付キ此ノ如キ規定ナキハ豫約ヲ認メサル所以ナリ

婚姻ヲ爲シタル者ノ間ニ於テ法定ノ原因アルトキハ離婚ノ請求ヲ許セルニ由リ法律カ若シ豫約ヲ認メタランニハ之カ解除ニ關スルコトヲモ規定セザルヘカラサルニ其規定ナキハ是レ亦法律カ豫約ヲ認メサル所以ト謂フコトヲ得ヘシ
婚姻ノ豫約ハ從來世間一般ニ行ハルモノナルカ故ニ之ニ立法上或效力ヲ付スルコトハ予ノ贊成スル所ナレトモ法律ノ解釋論トシテハ法律上認メラレタルモノト断言セザルヘカラス明治三十五年三月八日言渡大審院明治三十四年（オ）第五百三十七號國重ヤス對廣島活二間約定金請求事件而シテ夫レ既ニ豫約カ法律上認メラレサル以上ハ豫約當事者ノ一方カ豫約ニ違背シテ之カ爲メ他ノ一方ニ損害ヲ生スルコトアルトモ法律上無効ノ行爲ニ關シテ生シタル損害ハ賠償スル責任アラサルナリ

獨逸民法ハ親族法ノ初ニ婚姻ノ豫約ナル一節ヲ設ケ之ニ關スル法條六條ヲ置ケリ第千二百九十七條乃至第千三百二條而シテ其規定ニ依レハ豫約ハ之ヲ認

メタレトモ全然之ヲ認メタガニ非シテ僅々威勢力ヲ付シタルニ過キナリオ
ヲ今其要點ヲ揭示スレハ豫約ハ有效ナベト西婚姻締結ノ訴權ハ認メラレス又
豫約者メ一方カ豫約ヲ實行セサル場合ニ關スル罰款ハ無効ナリト規定シ擬ニ
叙述セルカ如ク婚姻ハ之ヲ實行スルニ當リ其當事者互ニ自由ナル意思ヲ以テ
スル原則ヲ認容シタルナリ獨逸法カ婚姻ノ豫約ヲ認メタルハ唯制限セラレタ
ル或場合ニ損害賠償ヲ認メタルニ過キナルナリ前本要旨第一項第一項第一項
外國ニ在ル日本人間ニ於テ婚姻ヲ爲サント欲スルトキハ日本ノ戸籍吏アヲチ
ルヲ以テ右ニ説キタル方式第七七五條ニ從フヨリ能ハス是ヲ以テ法律ハ其國
ニ駐在スル日本ノ公使又ハ領事ニ其届出ヲ爲スコトヲ得ルモト爲シタリ而
シテ此場合ニ於テハ右戸籍吏ニ届出ツル規定ヲ準用スルモノトス(第七七七條
書民法人事編第五一條ニ墨ノ表記有)前本要旨第一項第一項第一項第一項第一項
婚姻ノ無效及ヒ取消

婚姻ノ無效及ヒ取消

リ訴訟行為ヲ成立セシメサルモノ換言スレハ裁判上ノ指揮及ヒ監督ノ下ニ於
テ行ハルヘキ手續ニ外ナラナルヲ以テ必要的口頭辯論ニ特別ナラナル規定ハ
任意的口頭辯論ニモ其準用アリト謂ハサルヲ得ス(5)後達商法施行條例第二〇
條、商法施行法第一四七條、破産法案第一一〇八條(呼出期日、期間(民事訴訟法第一
九條乃至第一一七一條)懈怠ノ結果及ヒ原狀回復、民事訴訟法第一一七三條乃至第一
七七條)ニ關スル民事訴訟法ノ規定ハ破産手續ニ之ヲ準用スルニ後者ニ關スル
規定ハ破産手續ニ於ケル即時抗告ノ不變期間ヲ懈怠シタル場合ニ於テ其適用
アリ(破産法案第一一〇九條、商法施行法第一一三八條第二項、商法第九八三條乃至第一
モ中斷及ヒ中止ニ關スル規定、民事訴訟法第一一七八條乃至第一一八九條)ハ訴ノ手
續ニ特別ナルモノナルヲ以テ破産手續ニ準用セラレ既ニ開始シタル破産手續ノ終局以
テ既ニ開始アリタル破産手續ヲ中止スルモノニ非ス(民事訴訟法第五五二條
参照)(6)判決前手續及ヒ判決ニ關スル民事訴訟法ノ規定中民事訴訟法第百九十
五條第一號ノ規定ハ破産手續ニ準用セラレ既ニ開始シタル破産手續ノ終局以
テ既ニ開始アリタル破産手續ヲ中止セラルコトナシ但破産裁

判所ハ権利拘束ノ抗辯ヲ待ツコトナク職權ヲ以テ破産手續ノ弊属ヲ調査セズ
ハカラス民事訴訟法第百九十五條第二號ノ規定ハ破産手續ニ準用セラレ破
産手續開始ノ申立以後ニ於テ生シタル管轄ヲ定ムル事情ノ變更ハ破産裁判所
ノ管轄ニ影響スル所ナシ民事訴訟法第二百二十條第二百二十四條同條ニ於ケ
ル當事者ハ破産手續ニ於テハ利害關係人タルヘシ第二百三十二條第二百三十
三條第二百四十五條破産裁判所又頭辨論ニ基キヲ爲ス決定ニ關シ及ヒ同第
二百四十一條ノ規定ハ當然破産手續ニ準用アリ然レトモ其他ノ規定殊ニ關席
判決ニ關スル民事訴訟法ノ規定ハ破産手續ニ準用ナルヘシ蓋シ破産裁判所
ニ於ケル手續ハ破産債權ノ確定手續ヲ除ク外訴及ヒ判決ニ關スルモノナケレ
ハナリ(7)證據調査ノ總則人證鑑定書證檢證及ヒ本人訊問ニ關スル民事訴訟法ノ
規定並ニ即時抗告ニ關スル民事訴訟法ノ規定ハ之ヲ破産手續ニ準用ス但破産
法案第百十九條ニ於テハ獨逸破産法第七十四條ト同シク抗告裁判所ノ決定ハ
確定ノ後ニ非サレハ其效力ヲ生セタル旨ヲ規定シ民事訴訟法ノ是認シタル法
則ト反對ノ法則ヲ是認シタリ(8)破産的強制執行ハ數多ノ點ニ於テ民事訴訟法

ノ強制執行ト異ナルヲ以テ後者ニ關スル規定カ前者ニ準用セナルコト甚ダ
少シ民事訴訟法第四百九十八條ノ規定ハ破産裁判所ノ裁判ノ形式的確定ニ關
シ之ヲ準用ス民事訴訟法第五百四十四條ハ破産者若クハ第三者カ管財人若ク
ハ其委任ニ基キ執達吏ノ爲シタル強制執行ノ方法ニ關シハシタル申立及ヒ異
議其他執達吏カ管財人ノ執行委任ヲ受クルコトヲ拒ミ若クハ委任ニ從ヒ執行
行為ヲ實施スルコトヲ拒ミ又ハ執達吏ノ計算シタル手數料ニ付キ管財人ノ爲
シタル異議ニ付キ之ヲ準用シ破産裁判所カ執行裁判所トシテ該異議ニ付キ裁
判ヲ爲ス其他民事訴訟法第五百五十五條乃至第五百五十七條第五百六十七條
第五百七十條第六百八十八條第六百八十九條第六百二十五條商法第一〇〇一條第五百七十二條
乃至第五百八十五條第六百十三條第六百十五條第六百十六條第七百三十條第
七百三十一條ハ何レモ之ヲ破産手續ニ準用シ假差押ニ關スル民事訴訟法ノ規
定ハ破産的執行ヲ保全スルカ爲メニ之ヲ破産手續ニ準用スルコトヲ得ヘシ獨
逸ニ於テ我破産法案第五百五十五條ニ該當スル獨逸破産法第百六條ノ解釋トシ
テ同條ニ規定セル保全處分ニ付キ假差押及ヒ假處分ヲ規定ノ準用アルヤ否キ

ニ關シ學者ノ見解二派ニ岐レタリ、ゾキフエルド氏ハ消極的ニ又「ボーセント」、「ベーネン」氏等ノ多數ノ學者ハ積極的ニ論結シタリ我破産法案ノ解釋トシテハ子贋ハ積極的ニ論結スルヲ正當ト信ス蓋シ該法案ニ所謂保全處分ハ假差押及ヒ假處分ト同シク執行ノ保全ヲ目的トスレハナリ唯假差押及ヒ假處分ニ特別ナル多數ノ規定殊ニ債務者カ保證ヲ立テタル事由ニ依リテ假差押ヲ取消スヘキ旨ノ法則ノ如キモノノ適用ナキノミ

(三) 破産法ト家資分散法トノ關係 我國ニ於テハ現行破産法ハ前述ノ如ク商人の破産主義ヲ認メタルヲ以テ尙ホ家資分散法ノ必要ヲ見ル(明治二十三年法律第六十號家資分散トハ民事訴訟法ノ強制執行處分ニ依リ無資力ヲ推定セシムル債務者ノ狀態ニシテ裁判上公認セラレタルモノニ外ナラス家資分散法第一條(1)家資分散ハ無資力即チ債務者ノ債務額カ資產額ヲ超過シタル狀態ニ非シテ債務者ノ無資力ヲ推定セシムル狀態ナリ抑モ人ノ財產ノ有無ハ容易ニ之ヲ知ルコト能ハサルモノナルヲ以テ正確ナル無資力ノ證明ハ殆ド之ヲ舉クルコトヲ得ス故ニ家資分散ヲ以テ無資力ナリト解セハ家資分散ノ申立ヲ爲ス

債權者ニ對シ事實上殆ト舉クルコトヲ得ナルノ證明ヲ強フルニ至リ家資分散法カ實際上其適用ナキ法文ト爲ルニ終ルヘケレハナリ隨テ家資分散ニ關シテハ無資力ヲ推定ヲ以テ足レト爲ハサルヘカラス是レ家資分散ハ無資力ヲ推定セシムル債務者ノ狀態ナリト謂フ所以ナリ(2)家資分散ノ宣告ヲ受クル者ハ非商人ニ限ルモノニ非ス何トナレハ強制執行ハ商人ニ對シテモ之ヲ行フコトヲ得レハナリ故ニ商人ニ對シテハ家資分散法及ヒ破産法ノ適用アリト謂ハズルヲ得ス是レ家資分散ハ無資力ヲ推定セシムル債務者ノ狀態ナリト謂フ所以ナリ(3)債務者ノ無資力ヲ推定スルニハ或事實ニ依ルコトヲ要スルヤ言ヲ俟タス而シテ金錢債權ノ強制執行ノ目的ヲ達セザリシ事實ハ債務者ノ無資力ヲ推定セシムルニ最モ適當ナル事實ナリ又債務者ノ無資力ノ推定ニハ其適當ナルコトヲ期スルカ爲メニ裁判上ノ公認ヲ要スルヤ疑フ容レス其公認ノ形式ハ決定ナリ故ニ家資分散ハ口頭辯論ヲ經シテ之ヲ宣告スルコトヲ得是レ家資分散ハ強制執行ノ處分ニ依リ裁判上公認セラレタルモト謂フ所以ナリ是ヲ以テ家資分散ハ(1)破産ト異ニシテ商人及ヒ非商人ニ對シテ之ヲ宣告スルコトヲ

得(2)各別的強制執行ノ結果ニ附帶シテ發生スルモノニシテ一般的強制執行ニ
非ナルヲ以テ債権者、債務者其他ノ利害關係人ニ對シ破産ノ效力ノ如キ效力ヲ
生スルコトナク(3)破産ト罰則ヲ同シウセス商法第一〇五〇條明治二十三年法
律第一一號、刑法第三八八條第三八九條唯二者共ニ其宣告ノ手續ヲ同シウシ、公
權喪失ノ效力ヲ同シウシ又復權ノ手續ヲ同シウス(家資分散法第一條乃至第四
條ノノミ但我民法ハ一般的破産主義ヲ前提トシテ破産ニ關スル規定ヲ設ケタ
ルヲ以テ家資分散ヲ民事ニ付テノ破産ナリト稱シ民法施行法第二條民法ノ適
用ヲ全カラシメタリ之ニ反シテ破産法案ハ民法ノ前提タル一般的破産主義ヲ
認メタルヲ以テ家資分散法ヲ廢止シ破産法案第三六〇條又其結果トシテ不必
要ニ歸スヘキ民法施行法第二條第三條、刑法第三八九條ヲ削除シタ
リ(破産法案第三六一條但家資分散ノ宣告ヲ受ケタル者ニ對シテハ身代限ノ處
分ヲ受ケ未タ其債務ヲ完済セサル者ニ對スルト同シク破産者ニ關スル規定ヲ
準用シ從前ノ法律關係ヲ新法施行後ニ維持スルコトヲ正當トシ民法第九〇八
條、第九〇九條第一一一條、民法施行法第二條、第三條又新法施行前ニ刑法第三

百八十八條又ハ第三百八十九條ノ罪ヲ犯シタル者ニ對シテハ該法條ト新法ニ
規定セル罰則トヲ比較シ輕キニ從ヒテ處斷スルヲ刑法ノ原則トス刑法第三條
其他家資分散ノ宣告ヲ受ケタル者ハ身代限ノ處分ヲ受ケタル者ト同シク新法
施行後其新法ノ規定ニ依リ現行法ヲ適用スルハ手續法ノ原則ナリ記録ノ現存
スル裁判所(裁判所ハ記録ニ基キ調査ヲ爲スノ便利ヲ有スニ對シ復權ノ申立
ヲ爲スコトヲ得セシムルヲ正當トス(家資分散法第四條第二項)仍テ破産法案ニ
於テ此等ノ事項ニ關スル規定ヲ設ケタリ破産法案第三六二條第二項、第三六五
條第三六六條第一項

第一編 實體規定

(A) 第一章 破産債権
破産手續ハ其手續開始ノ當時ニ於テ債務者ニ對シ其財產上ニ満足ヲ受クヘキ
權利ヲ有スル者ニ平等ナル満足ヲ得セシムルコトヲ目的トス而シテ斯ル満足
ヲ受クヘキ權利ヲ破産債権ト稱ス故ニ破産關係ニ於テハ破産債権アルヲ當然

ナリトス左ニ之カ性質多數當事者ノ債権物上擔保アル債權及ヒ順位等ヲ略述
スヘシ
(一) 性質ハ破產債權ハ其原因カ破產宣告前ニ發生シ且執行スルコトヲ得ヘキ
債務者ニ對スル財產上ノ請求權ナリ破產法案第七條獨逸破產法第三條
(A) 財產上ノ請求權財產上ノ請求權ハ債務者ノ財產ヲ以テ辨濟スヘキ金錢
的價格アル給付ヲ目的トスル請求權ニシテ直接ニ金錢ノ支拂ヲ目的ト爲スモ
ノナルコトヲ必要トセス或金額ニ評價セラレ且金錢債權ニ變質スルコトヲ得
ヘキモノナルヲ以テ足リトススル財產上ノ請求權ニ非ナレハ破產債權タル
コト能ハサル理由ハ蓋シ破產手續ハ債務者ノ財產ヲ以テ各債權者ニ平等ナル
滿足ヲ得セシムルコトヲ目的ト爲セハナリ故ニ債務者ノ財產ヲ以テ辨濟スヘ
キ金錢的價格アル給付ヲ目的トスル總テノ請求權ハ其內容及ヒ其發生原因(法
律行為、不法行為、法律ノ規定、公法關係及ヒ私法關係ノ如何ニ拘ハラス)破產債權
ト爲ルコトヲ得ルト雖モ(イ)父ヲ定ムルコトヲ目的トスル請求權民法第八二一
條婚姻ノ取消民法第七七九條以下及ヒ離婚ノ請求權民法第八一三條以下等ヲ

如キ財產關係ヲ内容トセシヲ却テ親族關係ヲ内容トスル權利ハ之ヲ破產債
權トシテ主張スルコトヲ得ス夫又ハ女戸主カ破產者タル配偶者ノ財產ノ使用
及ヒ收益ヲ爲スノ權利及ヒ親權ヲ行フ父又ハ母カ破產者タル未成年ノ子ノ財
產ヲ管理スルノ權利民法第七九九條第八八四條第八九〇條ハ破產者ノ財產ニ
關係ヲ有スルモノナリト雖モ親族關係ヲ内容トスル權利ナルヲ以テ之ヲ破產
債權トシテ主張スルコトヲ得ス然レトモ親族關係ニ基ク養料請求權(民法第七
四七條、第七九〇條ハ之ヲ破產債權トシテ主張スルコトヲ得ヘシ蓋シ斯ル請求
權ハ法律ノ規定ニ因リテ發生シタル財產權(エンデマン氏ハ親族上ノ權利ナリ
ト主張シ又民法理由書ニ從ヘハ特種ノ權利ニシテ債權ニ非サルモノノ如シ)
シヲ之ヲ他ノ財產上ノ請求權ヨリ劣等視スルノ理ナケレハナリ「コーエル」
キルモースキ「氏等ノ如ク親族關係ニ基ク養料請求權ハ他人ヲ養フニ足ル資
力ヲ有スル親族ノ負フヘキ財產上ノ負擔ニシテ債權ニ非ストノ獨逸普通法ノ
原則ヲ根據トシテ反對ニ論結スルハ我破產法ノ解釋トシテ其當ヲ得タルモノ
ニ非ナルヘシ(2)債務者ノ財產ヲ以テ履行スヘキ給付ヲ目的トセスシテ單ニ債
權

務者ノ作爲又ハ不作爲ヲ目的トスル請求權ハ破産債權トシテ之ヲ主張スルヲ得ス何トナレハ債務者ハ其破産宣告ニ依リ破産財團ニ屬スル財產ノ管理及ヒ處分ノ權能ヲ喪失スルモ勞働ノ自由ヲ喪失セサルヲ以テ債權者ハ債務者ノ破産宣告後有效ニ該請求權ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ヘキヲ以テナリ故ニ通常ノ手細工ノ如キ第三者ヲシテ債務者ニ代リテ爲オシムルコトヲ得ヘキ作爲ヲ目的トスル債權醫師ノ診斷教師ノ教授學者ノ著作畫工ノ描畫等ノ如キ第三者ヲシテ債務者ニ代リテ爲オシムルコトヲ得サル作爲ヲ目的トスル債權及ヒ債務者ノミカ履行スルコトヲ得ヘキ不作爲ヲ目的トスル債權ハ之ヲ破産債權トシテ主張スルコトヲ得ス然レトモ第三者ヲシテ債務者ニ代リテ爲オシムルコトヲ得ヘキ作爲ヲ目的トスル債權ニ關シテハ債權者ハ民事訴訟法第七百三十九條民法施行法第五十四條ノ規定ニ從ヒ強制執行ノ方法トシテ債務者ノ費用ヲ以テ第三者ニ該作爲ヲ爲オシムルコトヲ得ルヲ以テ該債權ハ同時ニスル費用ノ支拂ヲ目的トスル債權ト謂フコトヲ得ヘシ故ニ債權者カ民事訴訟法第七百三十三條第二項ニ從ヒ債權ノ目的タル作爲ヲ爲スニ因リテ生スヘキ費用ヲ

兼メ債務者ニ支拂ハシムヘキ旨ノ決定ヲ得タル場合ニ於テハ債權者ハ其決定アリタル時期カ債務者ノ破産宣告ヲ受クル以前ナルト其以後ナルトニ拘ハラス單純ナル破産債權トシテ之ヲ主張スルコトヲ得未タ斯ル決定ヲ得サル場合ニ於テハ債權者ハ將來ノ請求權タル破産債權トシテ之ヲ主張スルコトヲ得ヘシ破産法案第二六四條第五號偶逸ニ於テハボラセント氏ハ債權者カ債務者ノ破産宣告ヲ受クル以前ニ於テ獨逸民事訴訟法第八百八十七條民事訴訟法第七三條第二項ニ從ヒ債務ノ目的タル行爲ヲ爲スニ因リ生スヘキ費用ヲ豫メ債務者ニ支拂ハシムヘキ旨ノ決定ヲ得タル場合ニ於テハ債權者ハ此費用ヲ支拂ハシムル債權ヲ破産債權トシテ主張スルコトヲ得ヘシト雖モ(獨逸民事訴訟法第八百八十七條ノ適用ニ依リ債權關係ノ變更アルモノナリトノ理由ヲ以テ債權者カ債務者ノ破産宣告ヲ受ケタル以後ニ於テ斯ル決定ヲ得タル場合ニ於テハ債權者ハ該費用ヲ支拂ハシムル債權ヲ破産債權トシテ主張スルコトヲ得ス此場合ニ於テハ破産宣告ノ當時ニハ唯破産債權ニ非サル作爲ヲ目的トスル債權ノ存スルノミニシテ破産宣告後特別ナル訴訟上ノ行爲ニ基キ破産債權タルニ

適當ナル財產上ノ請求権カ發生シタルモノナリトノ理由ヲ以テ主張シタリ
然レトモ道ハ「ブーフィング」(ウキルモースキ)〔此ニ氏ハ債務者ハ破産宣告ノ當時
未タ債務ノ目的タル行爲ヲ爲サシムルニ因リテ生スヘキ費用ヲ債務者ニ支拂
ハシムヘキ旨ノ決定ナキ場合ニ於テハ債權者ハ條件附破産債權トシテ其權利
ヲ主張スルコトヲ得ヘキ旨ヲ主張シ及ヒイニグル氏等ノ贊成セサル所ニシテ
又我破産法ノ解釋トシテ予輩ノ贊成セサル所ナリ何トナレハ債權ノ性質ハ訴
訟上ノ行爲ニ依リ變更スルモノニ非サルヲ以テ第三者ヲシテ債務者ニ代リテ
爲サシムルコトヲ得ヘキ作爲ヲ目的トスル債權ヲ有スル者ハ縱令債務者カ破
産宣告ヲ受ケタル後民事訴訟法第七百三十三條第二項ニ從ヒ費用支拂ノ決
了得タルトキト雖モ費用支拂ノ債權ヲ破産債權トシテ主張スルコトヲ得ナル
ノ理ナケレハナリ

(B) 執行スルコトヲ得ヘキ權利 破産債權者タルニハ執行スルヲ得ヘキコト
即チ通常ノ裁判所其他ノ官廳ニ於テ攻撃的ニ主張シ且國家ノ機關ニ依リテ強
制的ニ取立ツルコトヲ得ヘキ權利タルヲ必要トス何トナレハ破産手續ハ一ノ

強制執行ニシテ又強制執行ハ唯強制スルコトヲ得ヘキ債權關係ニ於テ存スル
ノミナレハナリ故ニ訴ヲ以テ請求スルコトヲ得ヘキ權利及ヒ行政官廳ニ於テ
取立ツヘキ租稅ニ關スル權利ノ如キハ破産債權タルコトヲ得ルト雖モ自然債
務ニ對スル權利殊ニ時效ヲ經タル債權不法ノ原因ノ爲メニ成立シタル權利例
ヘハ賭博ノ勝利者カ有スル權利及ヒ契約上強制シテ取立ツヘキ權利ヲ拋棄シ
タル債權者ノ權利ハ國家ノ機關ニ依リ強制的ニ取立ツルコト能ハナル權利ニ
屬スルヲ以テ破産債權タルコトヲ得ス(民法第七〇五條第七〇八條但仲裁契約
ノ成立ハ其之ニ依リテ確定スヘキ債權ヲ破産債權トシテ主張スルコトヲ妨ケ
ス何トナレハ債權ハ其之ニ關スル仲裁契約ノ成立ニ依リ強制シテ取立ツルコ
ト能ハサルモノト爲ラツレハナリ

(C) 破産者ニ對スル權利 破産債權ハ債務者其人ニ對スル權利タルコトヲ要
ス換言スレハ債務者カ其債權者ニ對シ對人責任ヲ負フコトヲ要ス元來責任
(Haftung)ニ對人責任(Personalhaftung)及ヒ對物責任(Gegenhaftung)ノ二者アリ對人
責任ハ債權者カ債務者ニ對シ其總財產ニ付キ滿足ヲ求ムル權利ヲ有スル時ニ

於テ現存シ又對物責任ハ債権者カ或財產ニ付キ其主體ノ債務者ナルト否トニ拘ハラス滿足ヲ求ムル權利ヲ有スル時ニ於テ現存ス後者ハ別除權ノ原因ト爲バコトアルニ破産債權ノ原因ト爲バニトナシ故ニ債務者ノ總財產ニ付キ満足ヲ求ムル權利ニシテ物權關係ニ屬セサルモノニ非サレハ破産債權ト爲ルコトナシ破産法案破産者ノ債権者トシテ一一般ハ先取特權ハ債務者ノ總財產上ニ行ハルル權利ナリト雖モ(民法第三〇六條物權的關係ニ屬スルモノナルヲ以テ破産債權ト爲ラス取戻權)(商法第一〇一五條ハ特定ノ財產ヲ破産財團ニ屬セサルモノトシテ取戻スコトヲ目的トスル權利ナルヲ以テ破産債權ト爲ラス別除權ハ破産財團ニ屬スル特定ノ財產上ニ優先的満足ヲ求ムル權利ナルヲ以テ破産債權債權ト爲ラス(商法第九九七條然レトモ破産者カ其債務ノ爲メニ破産財團ニ屬スル特定ノ財產上ニ物上擔保權ヲ設定シタル場合ニ於テハ該擔保權ヲ有スル債權者ハ別除權者タルト同時ニ破産者ニ對スル債權ヲ有スル者即チ破産債權者タリ蓋シ別除權ニ依リ擔保セラルヘキ債權ハ債務者ノ總財產上ニ満足ヲ求ムルコトヲ得ヘキモノナレハナリ故ニ我現行法及ヒ獨逸破産法ニ於テハ斯ル

權利者ハ其有スル別除權ヲ主張スルト同時ニ其有スル債權ヲ破産手續ニ於テ主張スルコトヲ得ヘシ唯二重ノ辨済ヲ受クルコトハ法律ノ許サザル所ナルヲ以テ別除權ノ行使ニ依リ満足ヲ受クルコト能ハサリシ金額又ハ之ヲ拋棄シタル部分ニ付キ配當ヲ受クルニ遇キサルノミニ別除權ノ説明参照但破産法案ニ於テハ専ラ手續上ノ煩雜ヲ避ケル目的ヲ以テ別除權ヲ有スル債權者ハ其別除權ノ行使ニ依リテ辨済ヲ受クルコト能ハナルヘキ債權額ニ非サレハ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ナルモノト定メ別除權ヲ有スル債權者ハ別除權ヲ主張スルト同時ニ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ルノ法則ヲ否認シタリ破産法案第七條但書第二二三條又破産者カ他人ノ債務ノ爲メニ破産財團ニ屬スル特定ノ財產上ニ物上擔保權ヲ設定シタル場合ニ於テハ該擔保權ヲ有スル債權者ハ別除權者タルト同時ニ破産債權者タルコトナシ隨テ斯ル權利者ハ全然破産手續ノ外ニ立ツモノト知ルヘシ是ヲ以テ(1)通常ノ債務者ノ破産ニ在リテハ債務者ノ總財產上ニ満足ヲ受クルコトヲ得ヘキ權利ヲ有スル總債權者カ破産債權者ト爲ル營業者ノ破産ニ在リテハ匿名組合員ハ其出資中營業

上ノ損失ニ因リテ消耗セラレサリシ部分ニ付キ破産債權者ト爲ル蓋シ匿名組合員ハ營業者ニ對シ營業上ノ損得ニ因リテ増減セラルコトアルヘキ債權ヲ有スルモノニシテ組合財產ニ對シ持分ヲ有スルモノニ非サレハナリ商法第二九七條、第二九八條、第三〇三條、獨逸商法第三三七條、第三四一條、第三四九條而シテ匿名組合員ノ破産債權額ハ營業者ノ破産宣告ノ當時ニ於ケル財產的狀態ヲ標準トシ管財人ト匿名組合員トノ間ニ於テ破産手續ニ依ラスシテ之ヲ算定ス（獨逸破產法第一六條、商法第一條、民法第六八五條故ニ組合ノ營業カ破産手續繼續中管財人ノ營業續行ニ依リ利益ヲ生スルニ至リタルモ之カ爲メニ匿名組合員フ利スルコトナシ然レトモ匿名組合員カスル算定ヲ待タスシテ自己ノ見込ヲ以テ其損失ヲ算定シ之ヲ控除シタル出資ノ殘額ヲ破産債權トシテ届出ヲタルトキハ管財人及ヒ各破産債權者ハ之ニ對シ異議ヲ申立ツルコトヲ得又匿名組合員ハ破產法及ヒ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒテ債權確定ノ訴ヲ提起スルコトヲ得獨逸ノ「コーレル氏ハ以上ノ見解ニ反シテ匿名組合員ノ債權額ヲ算定スルノ標準タル組合營業ノ狀態ハ該營業カ管財人ノ營業ノ續行ニ因リ利益ヲ生ス

ルニ至ルコトアルヲ以テ匿名組合員ノ破産債權ハ破產宣告ノ當時ニ於テハ兼併附債權ト謂フヘク又組合營業カ管財人ノ營業ノ續行ニ依リ終了シタル場合ニ於テハ匿名組合員ノ債權額ノ確定ハ破產手續ニ依ルヘキ旨ヲ主張シタリト雖モ這ハ「イエグル」（シュタウブ氏ノ贊成セナル所ナ）法人ノ債務ニ付キ其債權者ニ對シテ有限ノ責任ヲ負フ旨殊ニ合資會社ノ有限責任社員商法第一〇四條ノ破產ニ在リテハ法人ハ債權者ハ有限責任ヲ負フ者カ未タ法人ニ給付セサル出資額ニ付キ破產債權者トシテ其權利ヲ行フ蓋シ有限責任ヲ負フ者ハ唯其未済ノ出資額ノミニ付キ法人ノ債權者ニ對シ責任ヲ負フモノナレハナリ故ニ法人ノ數多ノ債權者ノ届出タル債權總額カ未済ノ出資額ヲ超越シタル場合ニ於テハ各債權ヲ其金額ノ割合ニ應シテ減少シ其減少額ニ對シ配當ヲ爲スコトト爲ル（獨逸商法第一七一條破產手續ニ於テ斟酌スヘキ破產債權ノ額ニ付カヘ債權調查會ニ於テ之ヲ確定ス無限ノ責任ヲ負フ者殊ニ無限責任社員商法第六三條、第一〇條、第二三五條ノ破產ニ在リテハ法人ノ債權者ハ其債權ノ全額ニ付キ破產債權者トシテ其權利ヲ行フ（破產法案第一七條瑞西破產法第二一八條第

二項蓋シ法人ノ債権者ハ法人ノ債務ニ付キ其債務者ノ爲メニ無限ノ責任ヲ負フ者ニ對シ財產上ノ請求權ヲ有スル者ナルヲ以テ之ヲ無限責任ヲ負フ者ノ他ノ債権者ト區別スルノ理ナケレハナリ故ニ無限責任ヲ負フ者ノ破産ニ於テ法ノ債権者カ配當ヲ受ケタルトキハ破産者タル無限責任ヲ負フ者が配當額ノ割合ニ應シ法人ノ債権者モ代位ス民法第五〇〇條無限責任社員ハ保證人ト其法律上ノ地位ヲ同シクス(2)法人殊ニ會社ノ破産ニ在リテハ社員及ヒ株主カ法人ニ對シ貸借其他ノ原因ニ基キ有スル債権ハ他ノ債権ト同シク破産債権ナリト雖モ社員及ヒ株主カ法人ニ對シテ有スル持分權ハ破産債権ニ非ス蓋シ社員及ヒ株主ハ其持分ニ應シテ法人ノ解散ニ際シ其債務ヲ完済シタル殘餘財產ニ付キ配當ヲ受クルニ止マルヲ以テ社員及ヒ株主ノ持分權ハ法人ノ借方ニ屬セス隨フ之ヲ法人ニ對スル債権ト謂フコト能ハサレハナリ然レトモ株式會社ノ破産宣告前ニ於テ適法ニ株主ノ受クヘキ利益ノ配當額ニシテ未タ支拂ハレナモノハ破産債権タルコトヲ妨ケス何トナレハ斯ル配當額ハ持分ヲ増加スルモノニ非ナルヲ以テ之ニ持分ニ伴フ危險ノ存スヘキ理ナケレハナリ(3)單純承認ヲ爲シタル相續人ノ破産ニ在リテハ相續債権者及ヒ受遺者ハ財產ノ分離ノタルトキト雖モ其債権ノ全額ニ付キ破産債権者トシテ其權利ヲ行フ蓋シ相續人ハ單純承認ノ效果トシテ相續債権者及ヒ受遺者ニ對シ總財產相續財產及ヒ固有財產ヲ以テ辨濟ヲ爲スベキ義務ヲ負ヒ又相續人ノ債権者ノ爲メニシタル財產ノ分離ハ相續人ノ固有財產ニ付キ相續人ノ債権者カ相續債権者及ヒ受遺者ニ先チテ辨濟ヲ受クルノ原因ト爲リ相續債権者及ヒ受遺者ノ爲メニシタル財產ノ分離ハ相續財產ニ付キ相續債権者及ヒ受遺者カ相續人ノ債権者ニ先チテ辨濟ヲ受クルノ原因ト爲ルニ過キツレハナリ限定承認ヲ爲シタル相續人ハ破産ニ在リテハ相續債権者及ヒ受遺者ハ破産債権者ト爲ラス何トナレハノ破産債権者及ヒ受遺者ハ唯相續財產ノミニ付キ満足ヲ受クルニ止マレハナリ(破産法案第十九條第二十二條民法第一〇二五條第一〇四四條第一〇四八條第一〇五〇條(4)相續財產ノ破産ニ在リテハ破産法案及ヒ獨逸破產法ニ於テ相續財產ニ對シ破產ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ルハ疑ナシト雖モ現行破產法及ヒ佛法系ノ破產法ニ於テハ相續財產ニ對シ破產ノ宣告ヲ爲スコトナシ蓋シ相續財產ハ商

人ニ非サルヲ以テナリ相續債権者及ヒ受達者カ破産債権者ト爲ル蓋シ相續債権ハ被相續人カ負ヒタル債務又遺贈ニ基ク債権ハ相續人カ其資格ニ於テ負ヒタル債務ニシテ孰レモ相續財產ヲ以テ之カ辨濟ヲ爲スヘキモノナレハナリ被相續人ニ對シ債権ヲ有スル相續人ハ相續ノ結果トシテ該債権カ消滅セサルトキニ限り破産債権者ト爲ル故ニ相續人ハ相續財產ニ對スル破産ノ宣告前ニ未タ何等ノ承認ヲ爲サス若ク少限定承認ヲ爲シタル場合ニ於テ破産債権者ト爲ルト雖モ(民法第一〇二七條相續財產ニ對スル破産ノ宣告前又ハ其後ニ於テ單純承認ヲ爲シタル場合ニ於テハ破産債権者ト爲ラス何トナレハ斯ル場合ニ於テハ相續人ノ權利ハ混同ニ依リ消滅セルヲ以テナリ又被相續人ノ債務消滅ノ爲メニ出捐ヲ爲シタル相續人ハ其出捐カ相續財產ニ對スル破産ノ宣告前ナルト否トニ拘ハラス單純承認ヲ爲サルトキニ限り該出捐ニ付キ破産債権者トシテ其權利ヲ行フ是レ蓋シ相續人ヲシテ其出捐ニ因リ辨濟ヲ受ケタル債権者ニ法律上當然代位スルコトヲ得セシメ以テ該債権者ト同順位ニ又ハ之ヨリ劣等ノ順位ニ在ル他ノ債権者カ相續財產ニ對スル破産ニ於テ受クヘカリシ金額

ニ付キ相續人ノ損害ニ於テ不當ニ利得スルニ至ルノ結果ヲ避ケルノ法意ニ外ナラス然レトモ被相續人ノ債務消滅ノ爲メニ出捐ヲ爲シタル相續人カ單純承認ヲ爲シタル場合ニ於テハ其承認ノ破産宣告前タルト否トニ拘ハラス該出捐ニ付キ破産債権者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ス何トナレハ單純承認ヲ爲シタル場合ニ於テハ其相續人ハ無限ニ被相續人ノ權利義務ヲ承繼スルモノナルヲ以テ被相續人ノ債務消滅ノ爲メニ爲シタル出捐ニ付キ破産債権者トシテ其權利ヲ行ハシムルモ徒ニ手續ヲ煩雜ナラシムルニ止マリ何等ノ實益ナケレハナリ(破産法第23條、民法第967條、第993條、第一〇二一條、第一〇二三條、第一〇二四條、第一〇二七條、第一〇二八條、第一〇四四條、第一〇五〇條、獨逸破產法第二二五條、獨逸民法第一九七八條、第一九七九條)

(D) 破産宣告前ニ發生シタル原因ニ由ル權利・破産債権ハ破産宣告前ニ發生シタル原因ニ由ル權利ナルコト即テ破産宣告後ニ成立シタル權利ニ非サル權利ナルコトヲ要ス(民法即チ公私法ニ於テ定メタル成立要件カ完備スルニ至リタルトキニ於テ成立ス故ニ權利ノ成立ニ必要ナル要件カ破産宣告後

ニ完備スルニ至リタル場合ニ於テハ総合権利ヲ發生セシムノ法律關係カ破産宣告前ニ現存スルトキト雖モ之ニ因リテ成立シタル権利ヲ破産債権ト爲ストヲ得ス是レ蓋シ債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ爾後破産財團ニ屬スル財產ニ付キ破産債権者ニ對シ有效ナル處分ヲ爲スコト能ハサルヲ以テ破産宣告後ニ成立シタル権利ハ破産者ノ法律行為ニ因ルモノナルト不法行為ニ因ルモノナルトノ區別ヲ問ハス之ヲ破産手續ニ於テ主張スルコトヲ得ナルノ當然ナル論結ニ過キサルハシニテア以テ(1)期限附權利即チ破産宣告ノ當時ニ於テ未タ期限ノ到来セサル権利ハ之ヲ破産債権トシテ主張スルコトヲ得終期附權利即チ債務者カ破産宣告ヲ受ケタル當時ニ於テ未タ終期ノ到来セサル権利ハ解除條件附權利ト同シク該宣告ノ當時ニ於テ既ニ成立セルモノナルヲ以テ之ヲ破産債権トシテ期限ヲ附セサル権利ト同シク主張スルコトヲ得ルヤ言テ埃タス(民法第一三五條第二項獨逸民法第一六三條第一五八條第一項附權利即チ債務者カ破産宣告ヲ受ケタル當時ニ於テ未タ履行期ノ到来セサル権利ハ之ヲ破産債権トシテ主張スルコトヲ得蓋シ始期ハ單ニ権利ノ履行ヲ延引セシム

モノニシテ権利ノ成立ヲ妨タルモノニ非ス隨テ破産宣告ノ當時未タ履行期ノ到来セサル権利ハ破産宣告ノ當時ニ於テ既ニ成立シタルモノト謂ハサルヲ得サレハナリ(民法第一三五條第一項獨逸民法第一六三條加之履行期ノ未タ到来セサル債権ハ債務者ノ破産宣告ニ因リテ法律上當然履行期ニ至リタルモノト爲ル民法第一三七條第一號破産法案第九條商法第九八八條第一項獨逸破産法第六五條第一項佛國商法第四四條第一項壞太利破產法第一四條英國破產法補則債權調查法第二一條等其理由ハ總破產債権者間ニ於テ平等ノ關係ヲ嚴格ニ維持シ履行期ニ達セサル債権者ヲ害シテ履行期ニ達セル債権者ノ支拂フ受タルノ不公平ナル結果ヲ除去シ履行期ニ達セサル債権者モ亦破産手續ニ從事テ滿足ヲ受タルヨトヲ得セシムルノ法意及ヒ成立ノ確實ナル期限附權利ニ對スル配當額ヲ履行期ノ到来マテ供託スルカ如キハ徒ニ破産手續ノ遲延ヲ來シ期限附債権者及ヒ其他ノ破産債権者ノ利益ニ反スルヲ以テ成ルヘク迅速ニ破産手續ヲ終結セシムルノ法意ニ存シ破産宣告ヲ受ケタル債務者ハ支拂上ノ信用ヲ喪失スルカ故ニ該信用ニ根據セル期限ノ利益ヲ喪失スルモノナリト云フ

カ如キ趣意ニ存セス此ノ如ク未タ履行期ニ達セサル權利ハ之ヲ破産手續ニ於テ主張スルコトヲ得ルト雖モ之カ爲メニ平等保護ノ法則ニ反シ該權利ヲ有スル者ニ特別ノ利益ヲ得セシムルコトヲ得斯故ニ期限附權利ニシテ利息ヲ生スルモノハ債務者ノ破産宣告ノ當時ニ於ケル元利合額即チ現存債額ニ付キ破産債権トシテ之ヲ主張スルコトヲ得ルセ當然ナリト雖モ確定ノ期限附權利ニシテ利息ヲ生セサルモノハ債務者ノ破産宣告ノ當時利息ハ破産財團ニ對シ破産宣告ノ日ヨリ發生ア止ムルヲ以テヨリ履行期ニ至ルマテノ法定利息現存債額ト券面額トノ差額ヲ割引シタル金額即チ現存債額ニ非サレハ破産債権トシテ之ヲ主張スルコトヲ得ス蓋シ履行期ニ達シタル無利息ノ權利ハ其額ヲ同シウスル無利息ノ權利ニシテ未タ履行期ニ達セサルモノト同債額ニ非サレハナリ是ヲ以テ獨逸破產法第六十五條第二項、瑞西破產法第二百八條、西班牙商法第八百八十三條、伊太利商法第七百一條、第七百六十八條、白耳義商法第四百五十條等ハ何レモ破產宣告ノ時ヨリ履行期マテノ法定利息ヲ割引スヘキ旨ノ法則ヲ是認シタリ殊ニ獨逸破產法ハ利息割引ノ方法ニ關シ我破產法案第九條ト同シク

數理上最モ正確ナル隨テ又法律上最モ正確ナル「ホフマン式」ヲ採用シ債務者ノ破產宣告後ニ到來スヘキ期限ノ存スル無利息債権ノ破產債権額ハ破產宣告ノ時ヨリ期限ニ至ルマテノ法定利息ヲ加ヘタル或金額ニシテ該債権ノ券面額ニ相當スルモノナルコトヲ明示シタリ故ニ未知ノ破產債権額タル或金額ヲ $\frac{N}{S}$ トシ N ヲ券面額トシ S ヲ年數トシ t ヲ年數 $\frac{N}{S} = \frac{N}{t}$ 故ニ $t = \frac{N}{\frac{N}{S}}$ ノ算式ニ依リ之ヲ容易ニ算出スルコトヲ得日數ニ應シヲ算出スルニハセラ日數トシ $t = \frac{N}{\frac{N}{S}} = \frac{36500}{36500 + 5t}$ ノ算式ニ依ル然レトモ我現行破產法ハ佛國商法ト同シク債務者ノ破產宣告後ニ到來スヘキ履行期ノ存スル無利息ノ債権ニ付キ斯ル利息割引ノ法則ヲ認メナリシ是レ蓋シ商事ニ於テハ通常債権ニ付キ長キ期限ヲ附スルコトナキヲ以テ法定利息ノ割引ヲ是認スルモ爲メニ著シキ利益ナク却テ計算上ノ不便ヲ來シ徒ニ破產手續ノ進行ヲ遲延セシムルノ虞アルノミナラス履行前ニ於ケル辨済ハ必スレモ債権者ノ利益ニ非ストノ理由ニ歸著スルモノナルヘシト雖モ這ハ前述タル債権者平等保護ノ法則ニ反スル失當ノ立法タルヤ言ヲ埃タツルナリ是レ破

產法案ニ於テ現行法ヲ修正ジタル所以ナリ未確定ノ期限附權利ニシテ利息ヲ生セナルモノニ關シテハ債權者自ラ破産宣告ノ當時ヲ標準トシ控除スヘキ金額ヲ評定シ其評定額ヲ控除シタル殘額ヲ以テ破産債權額トス破産法案第一二條(獨逸破産法第六九條)又定期ハ給付ヲ目的トスル權利ニシテ民法ノ規定ニ従ヒ破産宣告ノ當時ニ於テ既ニ權利トシテ成立ジタルモノニ關シテハ破産宣告後ニ於テ辨濟スヘキ定期ノ給付ヲモ破産債權トシテ主張スルコトヲ得破産宣告後ニ於テ辨濟スヘキ定期ノ給付ノ請求權カ破産宣告後尙ホ特定ノ要件ノ具備若クハ時間ノ經過ニ因リテ新ニ成立スルモノナルトキハ総令同一ノ法律關係ニ基因スト雖モ破産宣告後ニ於テ辨濟スヘキ定期ノ給付ヲ破産債權ニ包含セシムルコトヲ得ス故ニ賃金ノ支拂保険料ノ支拂若クハ利息ノ支拂ヲ目的トスル權利等ハ破産宣告後ニ辨濟セラルヘキ給付ニ關シ破産債權ト爲ラズ蓋シ斯ル債權ハ破産者若クハ管財人ニ對シテ爲シタル給付ニ對スル賠償トシテ新ニ成立シタルモノ即チ破産宣告後ニ於ケル賃金及ヒ利息ノ支拂ヲ目的トスル債權ハ物件若クハ元金ノ使用ニ對スル賠償トシテ又破産宣告後ニ於ケル保

險料支拂ヲ目的トスル債權ハ危險負擔ニ對スル賠償トシテ破産宣告後新ニ成立スルモノナルヲ以テ貸人、保險人及ヒ貸主カ其義務タル給付ヲ爲ス以前ニ發生スルコトナケレハナリ換言スレハ破産宣告ノ當時ニ於テハ唯將來ニ於テ成立スヘキ請求權タルニ止マレハナリ又夫婦、親子等ノ如キ親族關係ニ基ク法定扶養請求權民法第七四七條、第七九〇條ハ破産宣告後ニ於テ辨濟セラルヘキ給付ニ付キ破産債權トシテ之ヲ主張スルコトヲ得ス何トナレハ斯ル請求權ハ各定期ニ於ケル必要ニ因リ新ニ成立スルモノナルヲ以テ唯破産宣告ノ當時マテニ發生シタル給付ヲ目的トスル請求權ノミヲ破産債權ト謂フヲ得ヘケレハナリ権利者ノ必要ノ存否及ヒ義務者ノ資力ノ有無ヲ條件トシテ契約又ハ遺贈ニ因リテ成立シタル養料請求權亦然リ何トナレハ斯ル請求權ハ法律上法定養料請求權ト同一地位ニ在レハナリ之ニ反シテ金額及ヒ期間ノ特定セル定期金債權終身定期金ノ債權並ニ權利者ノ必要ノ存否及ヒ義務者ノ資力ノ有無ニ關係ナク契約又ハ遺贈ニ因リテ成立シタル養料請求權斯ル權利ノ發生原因カ契約ナルトキハ該契約カ破産宣告前ニ成立セルコトヲ要シ又遺贈ナルトキハ破

産宣告ヲ受ケタル相続人カ破産宣告前ニ負擔附相續ヲ承認セルコトヲ要スル
ヤ言ヲ埃タス)等ハ破産宣告後ニ辨済セラルヘキ給付ニ付テモ破産債權トシア
之ヲ主張スルコトヲ得何トナレハ斯ル權利ハ當初ヨリ單一的ニ成立セル請求
權ニシテ唯爾後定期ニ辨済セラルヘキ給付ニ關シ期限附若クハ條件附タルニ
過キサレハナリ換言スレハ斯ル權利ハ根本ノ權利ニシテ又破産宣告後ニ辨済
セラルヘキ給付ヲ目的トスル請求權ハ斯ル權利ノ拠垂ニ過キサレハナリ而シ
テ五年間毎年金百圓ヲ支拂フト云フカ如キ金額及ヒ期間ノ確定セル定期金債
權ニ關スル破産宣告後ニ受タヘキ給付ニ付キ何等ノ割引ヲ爲スコトナク債權
額ヲ算定スルハ該債權者ニ特別ノ利器ヲ與フルモノト爲ルヤ前述ノ如シ故ニ
獨逸破産法及ヒ我破産法案ニ於テハ法律上最モ正當ナル算定方法ヲ規定シタ
リ獨逸破産法第七〇條第六五條第二項破産法案第一〇條此方法ニ依レハ破産
宣告後ニ辨済セラルヘキ各定期ノ給付額ヨリ各給付期マテノ法定利息ノ割引
ヲ爲シタルモノノ總額ヲ以テ破産債權額トシ該總額カ各定期ノ給付額ニ相當
スル法定利息ヲ生スヘキ元本額ヨリ多キトキハ此元本額ヲ以テ破産債權額ト

ノヲ謂フ此制ハ各地方ノ狀況ニ適シテ適宜ノ行政事務ヲ爲シ得ルノ利アント
モ同一事務ノ處理ニ關シ全國區區ニ駿レ行政ノ統一ヲ缺クノ弊アリ若シ中央
組織ニ重キヲ置キ多クノ事務ヲ中央機關ニ集中スルトキハ中央集權ト爲リ若
シ後者ノ制ニ重キヲ置キ過大ノ政務ヲ地方機關ニ集合スルトキハ地方分權ノ
極度タル封建時代ニ回復スルノ恐アリ此兩者ノ極點ニ馳スルハ共ニ其宜キヲ
得サルヲ以テ今日各國ニ於テハ概ニ此二者ヲ折衷シテ最高ノ機關ハ事務ノ種
類ニ依リ權限ヲ分チ中以下ノ機關ハ區域ニ依リ權限ヲ分配スルモノナリ然レ
トモ時トシテハ兩種ノ制ヲ併用スルコトアリ例ヘハ警視廳ノ東京府ニ於ケル
カ如シ警察ニ於ケル事務は其管轄の範圍を當初中央政府ニ於ケル事務
(註) 権限トハ機關ノ業務範圍ニシテ其範圍外ニ涉レハ一私人ノ行爲ト爲ル
相成カ故ニ機關ハ其範圍ヲ出ツルコト能ハサルト同時ニ又他ノ官廳ヨリ侵入
ハルコトナシ此侵サレサル又出ツル能ハサル消極ノ側面ヲ權限ト謂フ
第二、官治組織及ヒ自治組織論者共其間無モカ自古以來吾國之政治組織及
行政事務ヲ處理スル機關ノ種類ニ依リ行政組織ヲ區別スルトキハ官治組織及

ヒ自治組織ノ別アリ官治組織トハ統治者ニ直隸スル官廳ニ依リ行政事務ヲ處
辨セシムルモノニシテ自治組織トハ公共團體フシク自己ノ事務トシテ行政ヲ
行ハシムルモノナリ而シテ官廳及ヒ公共團體ノ何タルヤハ後章ニ説明スヘン
地方組織ニ依ル地方官廳ノ分權ト自治組織ニ依ル地方團體ノ自治トノ異カル
ノ點ハ此ハ自己ノ事務トシテ行政ヲ爲スモ彼ニ於テハ自己ノ事務トシテ行政
事務ヲ處理スルノ觀念ヲ要セス唯地方官廳ニ從來中央政府ニ於テ處理シタル
事項ヲ委任スレハ分權アルモノナリ又自治ト分權トノ關係ハ自治アレハ分權
アリト謂フコトヲ得ルモ分權アルモ自治アリト謂フコトヲ得ス

第二章 行政官廳

官廳ヲ通俗的ニ種類ノ意義ニ解スル者アリ其二三ノ例ヲ舉クレハ由衣長服ノ
第一官廳トハ行政事務處理ノ建築物ヲ謂フ中然レトモ官廳ハ行政機關トシ
テ活動スルモノニシテ建築物ノ如キ死物ト異カルヤ勿論ナシマサハ中央
第二官廳トハ其建築物ト行政事務處理ノ自然人ドヲ合シタルモノヲ謂フ

此說ヲ唱フル者ハ學校、病院等ノ營造物ト官廳トヲ混同シタルモノノ如シ
第三官廳トハ國家行政事務ノ一部ノ團塊ヲ謂フ然レトモ事務ノ一部ハ官
廳ノ權限ニ屬スルモノニシテ官廳自身ニ非サルナリ
第四行政事務ヲ處理スルカ爲メ命令權ヲ有スル自然人ト之ヲ補助スル機關
トヲ合シタルモノヲ謂フ此說ニ依レハ例へハ府縣知事ハ官廳ニ非スシテ
書記官以下總テ府縣廳ノ人員ヲ合シタルモノヲ以テ官廳ト爲スナリ即チ官
廳ト補助機關トヲ混同シタル說ナリ余著者を次第に改めて之を考究せし
今予ノ正當ト信スル官廳ノ定義ヲ舉クレハ人頭家業大抵セカ文久文會幕大連
官廳トハ一人又ハ數人ヲ以テ之ヲ組織シ一定ノ範圍ヲ有スル國家ノ事務ヲ
他ノ委任ニ依リ處理スルカ爲メ命令權ヲ外部ニ向テ行使スル義務ヲ有スル
機關ナリ

以下之ヲ分析説明セン

第一官廳ハ一人又ハ數人ヲ以テ組織セラレタルモノナリ當初創設時或は
一人ヲ以テ組織スルト數人ヲ以テ組織スルトニ依リ單獨制ト合議制トニ別矣

ノ單獨制トハ一人ニシテ官廳ノ職務ヲ行フモノナレトモ單獨制ノ特點ハ決定權一人ニ存スル事ニシテ他ノ數多ノ補助機關アルモノ之カ爲メニ單獨制タルヲ妨ケス合議制トハ決定權數人ノ手ニ存スルモノニシテ數人ノ意思ヲ適法ニ結合シ之ヲ以テ國家ノ意思ト爲スノ制度ナリ而シテ官廳ノ意思決定ノ方法トシテハ通常之ヲ多數決ト爲シ而シテ可否同數ナルトキハ議長ニ裁決權ヲ與フルコトアリ或ハ又輕微ノ場合ニハ議長ニ專決權ヲ與ヘ後之ヲ會議ニ報告シ會議ノ追認ヲ求メスシテ不服アル關係者ニ抗告ノ權ヲ與フルコトアリ又會議ヲ數部ニ分チ或事件ハ總會議ニ付シ其他ハ各部ニテ決定スルコトアリ合議制ノ員數ハ三人以上トス蓋シ二人ニテハ決定スルコトヲ得シテ合議ノ實ヲ舉タルコトヲ得サレハナリ今單獨制ト合議制トノ利害ヲ考フルニ單獨制ハ事務ヲ敏活ニ處理スルコトヲ得レトモ輕率事ヲ處シ時トシテ過誤ニ陥ルノ弊アリ合議制ニテハ事務ノ敏活ヲ缺キ變化極リナキ行政事務ヲ臨機應變ニ處置スルヲ得サルノ失アリ又各員責任ヲ重セサルノ弊ナキ能ハサルモ能ク其利害ヲ攻究シ事ヲ處理スルニ慎重ヲ要シ且處分ノ一律ニ出ツヘク區區ニ渉ルヘ

カラナルモノニ付ナハ合議制ヲ採用スルヲ可トス故ニ審議機關トシテ或ハ法律解釋ヲ司ル司法機關トシテハ合議制ハ最モ適當ナル制ナリ故ニ我國ニテ裁決機關或ハ議決機關ニ合議制ヲ採用スルモノ多キ々行政事務ノ處分ヲ爲ス官廳ニハ此制ヲ用フルコト少シ土地收用ノ是否ヲ決定スル機關トシテノ内閣ノ如キハ此一例ナランカ自然人ヲ以テ官廳ヲ組織スルモノ官廳トハ自然人ノ満タス所ノ一閑ナルヲ以テ縦令之ヲ満タス人一時缺クルト雖モ官廳ハ消滅シタルモノニ非サルナリ
第二、官廳ハ一定ノ範圍ニ限ラレタル事務ヲ處理スルモノナリ是レ機關ノ統治者ト異ナル所ナリ統治者ノ權力ハ無限ニシテ及ハナル所ナシ之ニ反シテ機關ハ其委任セラレタル權限ノ範圍外ニ出ツルコト能ハサルモノトス其事務ノ範圍ハ或ハ事務ノ種類ニ依リテ限ラレ或ハ其管轄區域ニ依リテ定メラレ之ニ依リ中央官廳地方官廳或ハ中央官廳中ニテモ各省ノ別或ハ地方官廳中ニテモ府廳警視廳等ノ別生スルモノナリ此等官廳ノ種別性質等ハ後節ニ陳述スヘシ又其行政機關ニ分配セラルル所ノ權限ノ廣狹ニ依リ普通官廳特

別官廳ノ別アリ普通官廳トハ略ホ概括的ニ或事務ノ處理ヲ委任セラレタル官廳ニシテ特別官廳トハ列記的ニ特別ノ事項ヲ其權限ニ付セラレタル官廳ナリ例ヘハ府縣廳ト警視廳トノ區別ノ如シ其結果權限ニ付キ疑ヲ生スルトキハ普通官廳ノ場合ニハ之ヲ廣ク解シテ權限内ノモノト爲シ特別官廳ノ場合ニハ之ヲ狹ク解釋シテ其權限外ト爲スベキモノナリ

第三官廳ハ國家ノ事務ヲ處理スルモノナリ此は廣義ニキヤ文書の交換等を含ム

此點ニ於テ官廳ハ公共團體ト區別セラル公共團體ハ一ノ法人ニシテ各固有ノ意思ヲ有シ隨テ自己ノ事務ヲ有スルモノトス唯國家ニ對シテ之ヲ執行スルモ義務ヲ有シ而シテ其遂行ヲ以テ團體自己ノ生存目的ト爲ス是レ公共團體ノ機關タルノ特色ナリ之ニ反シテ官廳ハ人格ヲ有スルモノニ非ス又特別ノ自己ノ意思ヲモ有セス隨テ自己ノ生存ナキヲ以テ其事務ハ皆自己ノ事務ニ屬スルモノニ非ス即チ官廳ノ發表スル意思ハ統治者ノ意思ニシテ其事務ハ皆國家ノ事務ニ屬スルモノナリ唯訴訟當事者トシテ官廳カ行動スル場合アリト雖モ是レ法人タルカ故ニ非シテ國家ノ事務ヲ處理スルノ機關トシテ統治者ヲ代表シ

ヲ爲スモノタダハ遇キサルナリ

第四官廳ハ他ノ委任ニ依リ其事務ヲ處理スルモノナリ一ノ主體ヤムハ既ニ前ニ述ヘタルカ如ク之官廳ニハ固有ノ事務ナク其處理スル所ノ事務ハ皆國家ノ事務ナリ故ニ之ヲ處理スルノ權限ハ委任ニ因リアリ得ベキモノナルコト自ラ明カナルノ理ナリ而シテ其委任ハ或ハ法律ニ依ルコトアリ或ハ命令ニ依ルコトアリ其何レニ出ツルヲ問ハス之ヲ委任スルカ爲メ官廳ノ權限ヲ定ムルモノヲ實質上ノ官制ト謂フ故ニ之ハ官制ノ章ニ説明スヘシ

第五官廳ハ外部ニ對シ命令權ヲ行使スルモノナリ

官署ト官廳ノ語ハ普通之ヲ同一ニ視ル人アリ又之ヲ同一ニ使用シタル法令カキニ非サルモ正確ニ言フトキハ官廳トハ命令權ヲ有スルモノニシテ官署ハ命令權ヲ要素トセス汎ク官務ヲ處理スルモノヲ指シ官廳ハ其中ニ含蓄セラルモノナリ之ニ關シ獨逸ニ於テモ諸學者ノ間ニ意見異ナリ「ヒュブラー」及ヒオット、ヤイエ「兩氏」ノ如キハ命令權ハ官廳ノ觀念ニ必要ナリト曰ヒグ、マイヤー「氏」ノ如キハ命令權ハ之ヲ必要ナラストシ國有財產又ハ營造物ノ行政ヲ委任セラル所

ノ官署モ官廳ナリト曰ヘリ「ラバンド」氏モ亦命令權ヲ官廳ノ要素ト爲セリ「氏」曰
ク官署ハ最高權ノ委任ニ依リテ國務ヲ處理シ而シテ命令的ノ國務ヲ行フ者ハ
同時ニ命令權ヲ行使ス其命令權ヲ行使スル場合ニハ官署ト官廳ト其觀念一致
スルモノナリトヒテ「ラ」氏曰ク官廳ノ觀念ニハ命令權執行權決定權處分權等
ヲ含ム而シテ其命令權ニ依リ其權内ニ屬スルコトヲ命令シ而シテ其命令ヲ強
制スル爲メニハ適應ノ手續ニ依リ人民ノ自由及ヒ財產ヲ侵スコトヲ得ト獨逸
刑法ニ用フル官廳ナル語モ亦此意義ナリ吾人モ命令權ヲ要素トスルト否トニ
依リ官署ト官廳トノ文字ヲ區別スルヲ至當ト認ム然ルトキハ事實行爲ヲ職司
トスル傳染病研究所製鐵所造船局議決ノ爲メニ設ケラル福岡市土木會等ノ
如キハ官廳ニ非ナルナリ又其命令權ノ委任ハ決シテ官廳ノ事務ヲ離レテ存ス
ルモノニ非ス故ニ官廳ハ一方ヨリ言ヘハ事務ノ範圍即チ職務ノ範圍ノミヲ見
又他面ヨリ觀ルトキハ命令權ノ行動ノミニ存ス官廳ノ職權トハ即チ是ナリ故
ニ之ヲ一見スルトキハ官廳ニハ權利義務屬シ權利義務ノ一ノ主體ナルカ如ク
見ニ然レトモ官廳ハ前述ノ如ク人格ヲ有セス故ニ命令權ノ主體ニ非ス即チ其

命令權ハ固有ノモニ非スシテ委任ニ依リテ始メテ行使スルコトヲ得ルモノ
ナリ
第六 官廳ハ權限ニ屬スル事務ヲ處理スル義務ヲ有スルモノハナリ官廳
官廳ハ其權限ニ屬スル事務ヲ審理スルニ際シ裁量ノ自由アルモ事務ノ審理ハ
官廳ノ義務ニシテ之ヲ審理セナル自由ナキモノナリ而シテ其義務ヲ職務ト謂
フ其結果官廳ハ安ニ他人ヲシナフ代理セシムルヲ得ス代理セシムルトキハ
法定ノ手續ニ依ラサルベカラズ然レドモ代理ナル語ハ民法上ノ語也同意義ニ
非ナルコトニ法意不ヘシ民法ニ在リテハ人格ヲ有スル者ナ自己ノ事務ヲ他人
ニ代理セシムルモノナルモ官廳ハ人格ヲ有セス又其事務ハ自己ノ事務ニ非ス
故ニ官廳ノ代理トハ或事項ニ關スル特別ノ權限ノ移動ヲ謂フモノナリ而シテ
其代理者ニ於テ其代理事項ニ付キ權限ヲ有スル事ト爲ルヲ以テ之ニ付キ其
責ヲ負ヒ代理セラル者ハ之ヲ關シテ責任ヲ負ハナルハ當然ノ理ナリ然レト
モ法律カ單ニ一部ノ故障ノ爲メ又ハ事務上之便宜着爲モ一部事務ノ代理ヲ許
スガトアリ此場合ニテ代理セラル所官廳ニ代理スル官廳ニ對シテ監督權アル

カ故ニ監督ノ責ヲ負フモノナリ又代理ヲ爲ナシムル當否ヲ別スルノ餘地アリ
又代理者ヲ選擇スルノ自由アル場合ニハ其當否ニ付テモ責ヲ負フベキナナ代
理ニ付キ疑問ト爲ルヘキハ法律カ單ニ一官廳ノ權限トシナ規定シタル事項ヲ
他人ヲシテ代理セシメ得バ否ヤ是ナリ若シ法律カ唯其官廳ニ委任シタルニ
非スシナ權限上相當ノ官廳ト思惟シナ或事務ヲ委任シタル場合ニハ他ヲシテ
此事務ヲ代理セシムバコトヲ得之ニ反シナ法律カ特ニ其官廳ニ指定シナ或事
務ヲ委任シタルトキハ他ヲシテ代理セシムハコトヲ得ス例ヘニ府縣知事故隊
アルトキハ書記官之ヲ代理シス普通知事ノ權限ニ屬スルコトヲ處理シ得バ
府縣參事會ノ議長ト爲バコト能ハツルナ如シ
官制ノ實質上ノ官制トアリ形式上ノ意義ニ於ケル官制トハ唯
第三章 官制
官制ト名ケラレテ發布セラレタルモノヲ謂フ例ヘニ中央衛生會官制衛生會試驗
所官制日本藥局方調查會官制印刷局官制傳染病研究所官制警察監

獄學校官制等ノ如キハ實質上官制ニ非ヌ然レトモ官制ノ名ヲ以テ發布セラレ
タルカ故ニ之ヲ形式上ノ官制ト謂フ實質的ノ官制トハ其名稱ヲ官制タリナリ否
トニ關セス又其形式ノ法律タルト勒令タルト並拘ハラス官廳ノ組織權限ヲ定
ムルノ法ナリ故ニ官廳ノ組織ヲ定ムルモノ或ハ官廳ノ權限ヲ定ムルモノ或ハ
官廳ノ組織及ヒ權限ヲ定ムルモノ皆官制タルナリ或ハ又法律中官廳ノ組織及
ヒ權限ニ關スル條項存スルコトナキニ非此場合ハ其條項モ亦實質的官制タ
ルモノナリ
獨逸ニ於テハ官制ハ法規ナリヤ否ヤニ付キ學說區區ニ歧ル法規論者ビューラ
一氏曰ク官制ハ官廳ニ事務ヲ委任シテ命令權ヲ外部ニ對シ行使セシム即チ官
制ハ官廳ノ權限ヲ定ムルト同時ニ臣民ニ對スル區東力ヲ官廳ニ與フルヲ以テ
法規ナルコト既ナシト之ニ反對スル論者曰ク官制ハ官廳ニ人格ヲ與ヘス又人
民ニ對シテ其自由及ヒ權利ヲ制限スルコトヲ爲ナス唯行政上ノ便宜ノ爲メ事
務ヲ分配スルノ規定ナリ故ニ法規ニ非スト然レトモ官制ハ必ス法令ニ由リヲ
定マレル事務ヲ分配ノミニ限ラス權限ヲ新ニ官制ニ由リ創設スル場合少カラ

ス而シテ権限ヲ新ニ官制ニ依リ創設スル場合ニハ何人か人民ニ對シテ命令權ヲ行使スルヤツ定ムルカ故ニ其規ニ非スト謂フヘカラス故ニ絕對的ノ非法規定ニハ養成スルヲ得ス元來官制ハ通常二箇ヲ部分ヨリ成立ス組織ニ關スル部分及ヒ權限ニ關スル部分是才而シテ組織ニ關スル部分ハ常ニ法規ニ非ス而シテ權限ニ關スル部分ニ付オハ他ノ法令ニ由リテ定メラルル事務ヲ單ニ官制ニ由リテ分配スル場合ハ法規ニ非ナルモ其他ノ場合ハ法規ナリ故ニ官制ノ法規ナルヤ否ヤニ付テハ其規定ノ如何ニ依リ之ヲ決定スヘキモノナリ然レトセ此議論ハ法規ハ必ス法律ヲ以テ制定スヘシト云フ佛國ノ如キ處ニテハ必要ナレモ然ラナル我國ノ如キニ於クハ實用上左程必要ナラナルナリ實質的言論。

官制制定權(Organisationrecht)我憲法第十條ニハ天皇ハ行政各部ノ官制ヲ定メ中略但此憲法又ハ他ノ法律ニ特例ヲ掲ケタルモノハ各其條項ニ依ルトアリテ普通憲法上ノ大權ヲ以テ官制ヲ定ムルヨトシ特例トシテ憲法上法律ヲ以テ定ムヘシト規定シタル場合ニハ必ス法律ヲ以テ之ヲ定メ勅令ヲ以テ未タ官制ヲ定メタル官廳ノ組織及ヒ權限ハ法律ヲ以テ定ムルヨトヲ得而シテ此等ノ場合

ニハ大權命令ヲ以テ之ヲ制定スルコトヲ得サルコトハ爲ルナリ此點ニ關シ異論アリテ憲法ヲ以テ明定シタル場合ノ外法律ヲ以テ官制ヲ定ムルヨトヲ得ストスルノ論者ハ曰ク憲法第十條ハ天皇ノ大權ニ屬スルヨトヲ示セムモノナリ而シテ大權ハ天皇製ヲ以テ行使セサルヘカラス隨テ官制ハ憲法ニ於テ特ニ法律ヲ以テ規定スヘシト定ムル場合ノ外總テ勅令ニ依ラナルヘカラスト此論ニ依ルトキハ末文ノ他ノ法律云々ノ文字ハ蓋文ニ屬スルモノナリ又他ノ一説ニ曰ク官制ハ勅令ヲ以テ定ムルヲ本則ト爲スモ憲法ニ法律ヲ以テ定ムヘシトスルモノ及ヒ憲法制定ノ當時既ニ法律ヲ以テ掲ケタルモノノミ例外ニ屬スト然レトモ此解釋ハ掲ケタルノ過去動詞ニ重キヲ置キ文字ニ拘泥スルニ過クル所不謂フヘシ今官制制定權ト議會トノ關係ヲ見ルヨキハ

(一) 憲法上法律ヲ以テ制定スヘキ官廳ノ官制ヲ定ムカ場合ニハ必ス議會ノ協賛ヲ經ヘキモノナリ然レトモ議會ノ權限ハ其官廳ノ組織及ヒ權限ヲ定ムニ止マリ其官廳ノ廢止ニ付テハ憲法ヲ變更シタルニ非サレハ容難スルヲ得ス

(二) 法律ニテ官制ヲ定ムルソ自由アル場合ニ於テハ議會ハ其官廳ノ組織權限

及ヒ其廢止ニ付キ容聽スルヲ得而シテ法律ヲ以テ既ニ官制ヲ定メタルトキヤ
大權作用ヲ以テ其官制ヲ定ムルヲ得サルノミナラニ其官廳ヲ廢止スルコトヲ
得サルナリ
**(三) 法律カ或事務ノ爲メ或官廳ヲ設置スヘキコトヲ命シタル場合ニ於テ勅令
ヲ以テ官制ヲ定メタル後勅令ヲ以テ其官廳ヲ廢止セントスルトキハ議會ノ協
賛ヲ要ス何トナレハ法律カ其設置ヲ命シタルモノナシハナリ又此場合ニハ法
律カ廢止ニ歸スルモ官廳ノ消滅スルモノニ非ス事務ノ消滅セサル限ハ官廳ハ
存立スルモノナリ蓋シ法律ノ廢止ハ單ニ命令ヲ以テ官廳設立ノ義務ヲ解キタ
ルニ止マリ該官廳ノ設立及ヒ維持ヲ禁スルモノニ非ナレハナリ右少三點ニ於
チ憲法上大權作用ノ官制制定權ハ制限ヲ受クルモノト謂フヘシ尙ホ官制制定
權ト關係シテ勅令ヲ以テ設備セラレタル官廳ニ其權限中ニ法律ヲ以テ一定ノ
事務ヲ附加シタル場合ニ勅令ヲ以テ其官廳ヲ廢止スルコトヲ得ルヤノ問題ア
リ「グナイスト」「ザイデル」及ヒ「ステンダル」氏等曰ク此場合ニ於テハ立法者ノ意思ヲ
事務ノ種類ト官廳ノ性質トニ依リ決定スヘシ若シ立法者カ特別ニ官廳ノ職務、**

權限ニ重キヲ置キ其事務ヲ委任シタルトキハ勅令ニ依リ其官廳ヲ廢止變更ス
ルコトヲ得然レトモ此場合ニハ事務ノ移轉ト共ニ其委任ノ事務ヲ亦他ノ官廳
ニ移轉スルモノナリ之ニ反シテ官廳ノ組織及ヒ性質ニ重キヲ置キテ委任シタル
場合ニハ勅令ヲ以テ官廳ヲ廢止シ其委任事務ヲ他ニ移轉スルヲ得スト然レ
トモ此論未タ盡サル所アリ吾人ノ信スルニ據レハ若シ官廳廢止ノ結果法律
委任ノ事務ヲ處理スル官廳が絕對的ニ消滅スル場合ニ於テハ勅令ヲ以テ法律
ヲ變更スルノ嫌アルニ由リ其官廳ヲ廢止スルコトヲ得サルモ之ニ反シ其官廳
ヲ廢止スルモ其事務他ノ官廳ニ於テ處理セラルトキハ官廳ヲ廢止スルコト
ヲ得然ラサレハ法律ヲ以テ官制制定權ヲ侵スル恐アリ而シテ官制制定ハ大權
事項ニシテ法律ヲ以テ之ヲ侵スコトヲ得ヘキモノニ非ナレハナリ特體文契ハ
官制ト算算ハ直接ニ官廳ヲ廢止スルコトヲ得サルモ之ニ反シ其官廳
モ官廳新設ノ場合ニハ新ニ費用ヲ要スルニ由リ其費用不議會カ議決シタルニ
非ナレハ其官廳ヲ新設スルコトヲ得サルカ或ハ議會ハ新官制ヲ以テ官廳が設
ケラレタルトキハ其新官廳ノ費用ヲ必ス可決セサルカラナムカノ疑問アリ

或ハ曰タ豫算ハ豫算ナリ官制ハ官制ナリ其關係モ協約締結權ト立法權トノ關係ノ如ク勅令ヲ以テ新ニ一ノ官制定タル場合ニ議會が其自由ノ議決權ニ依リ官制ノ施行ニ必要ナル經費ヲ可決セガルモノ之ヲ不法ト謂フコトヲ得ス又其費用ヲ可決セナルモ官制ハ之カ爲メニ其效力ヲ失フモノニ非ス官制制定權が豫算ノ爲メニ制限セラルト云フハ事實論ニシカ法理上毫モ制限ヲ受ケスト之ニ關シ「ボルジアフク氏ハ若シ新設官廳ノ豫算ヲ議會カ自由ニ削除シ得ムコト」セハ憲法ハ國王ノ官制制定權ヲ認メナカラ其實官制制定權ヲ議會ノ權内ニ歸セジムルモノナリ故ニ實際上議會ハ其費用ヲ否決スルコトヲ得ス政府モ亦其豫算ナシテ議會ヲ通過セシムルノ責任アリ然レトモ議會ニ於テ實際ヲ顧スシテ其豫算ヲ否決スルトキハ財政上ノ緊急勅令ノ途ニ依ルノ外方法ナキモノトズト曰ヘリ此點ニ付キ我憲法ニハ第六十七條ニ特別ノ規定アリテ以テ此疑問ノ生スルヲ防キタリ憲法第六十七條ニ曰タ憲法上ノ大權ニ基ケル既定ノ歲出ハ政府ノ同意ナシテ帝國議會之ヲ廢除シ又ハ消滅スルコトヲ得スノ而シテ既定ノ歲出トハ前年度ノ豫算ヲ以テ定マリタルモノナリト解スル者ア

ルモ豫算ハ一年度限ノ歲出入ヲ定ムルノ效力ヲ有スルニ止マリ翌年度ニ及ヒテ尙ホ其效力ヲ有スルモノニ非ス故ニ豫算ノ議定前ニ在リテ其年度ノ既定歲出ナルモノハ豫算ニ依リ定マリシエノニ非スシテ他ノ方法ニ依リテ定マリタルモノナラサルヘカラス而シテ豫算ノ議定前ニ於テ支出ヲ定ムルノ效力アルモノハ法律命令又ハ契約ナラサルヲ得ス故ニ勅令ヲ以テ官制ヲ定メタルトキハ該官廳ノ費用ハ既定ノ歲出ニシテ政府ノ同意ナクシテ廢除シ又ハ削減スルヲ得ナルモノナリ體ヲ官制制定權ハ豫算ニ依リ制限セラルルコトナク新官制ノ費用ハ議會ニ於テ必ス議定セサルヘカラサムノト謂フヘシ唯議會ニ於テ豫算ヲ議定セス又ハ豫算不成立ニ陥リタルトキハ政府ハ憲法第七十一條ニ依キ前年度ノ豫算ヲ執行スルノ外ナシ而シテ新官制ノ費用ハ前年度ノ豫算ニカルモノ以テ其經費ヲ支出スルノ途ナク此場合ニ於テノミ官制制定權ハ間接ニ豫算ニ依リテ制限サアルモノト謂フヘシ然レトモ我邦ノ政府ハ今日マテ反對ノ解釋ヲ執リ新官制ノ費用ハ既定ノ歲出ニ非スシテ議會ノ隨意ニ廢除シ又ハ削減スルコトヲ得ムモノト爲セルカ如シ

第三章 官吏 第一節 官吏の性質

官吏ニ廣義ノ二義アリ之ヲ廣義ニ云ソトキハ統治機關即チ官署官廳營造物等ヲ主ドシテ組織シ或ハ之ヲ活動セシムル人ヲ謂フ固ヨリ之ヲ組織スル者ノ中ニハ官吏以外ノ者ヲ含ムコトアルモ其主タル組織要素ヲ官吏ト謂フ若シ此意義ニテ官吏ナル語ヲ用フルトキハ教官技師等モ亦官吏ノ中ニ包含セラルヘシ今此廣義ノ官吏ニ付キ實質上ノ定義ヲ與フレハ

官吏トハ特別ノ公法上ノ行為ニ依リ統治者ノ直接又ハ間接ノ監督ヲ受ケテ統治機關ニ分配サレタル國家ノ事務ヲ無定量ニ分掌スル義務ヲ有スル自然人ナリシテハ之ヲ官吏ニ謂ム但其職務ニ就く事務ヲ管掌支拂事務ヲ執行する事務ヲ爲メ左ニ官吏ニ關スル二三ノ學者の定義ヲ掲クシハ

「シニルブニ氏曰タ官吏ハ官職ヲ委託セラビタル者ナリリヨニニシング」氏曰タ官職ヲ奉スル者ニ官吏ナリダセオヤト氏曰タ君主ニ隸屬シ永續的勤務ヲ給付ス

ル者ハ官吏ナリボルンハツク氏曰タ形式ヲ備ヘテ任命セラレタル者ハ官吏ナリト此等ノ定義ハ官吏ノ一部ノ特質ヲ表ハスト雖モ官吏ノ何タルヤア十分ニ明カニスルコトヲ得ス狹義ニ官吏ト云フハ官廳若クハ補助官廳ヲ組織スル自然人ニシテ換言スレハ統治者ノ命令權ノ行使ニ與ル自然人ニシテ特別公法上ノ行為ニ依リ其身分ヲ取得シタルモノナリ此定義ニ從フトキハ教官技師等此中ニ包含セラレナルモノナリ然レトモ俸給ヲ受タルノ權利ヨリ上官ニ服從スルノ義務ニ至ルマテ狹義ノ官吏ト教官技師等ト其關係ノ範圍ヲ同シウスルモノナキニ非ス故ニ今便宜ニ從ヒ是ヨリ以下廣義ノ官吏ニ付キ之ヲ説明セントス附言 官吏ト官廳 獨任制ノ官廳ニ於テハ命令權行使ノ官廳モ之ヲ組織シテ官廳ノ意思ヲ決定スル官吏モニニ歸スルモノナリ「ガライス及ヒツオヘン」等ノ謂フ所ノ官吏ナル意義ハ此場合ニ於ケル官吏ナリ隨ニ此場合ニ於テ上級官廳ノ命令ト云フモ上級官吏ノ命令ト云フモ等シト雖モ合議官廳若クハ補助官廳ヲ組織スル官吏ニ至リテハ官廳ト全ク別ノモノナリ此場合ニハ其觀念ノ區別ヲ明カニスルノ必要多シ即チ官廳ノ觀念ニハ國家ノ事務ヲ要素

トシ官吏ノ觀念ニハ自然人ヲ要素トス。官廳、職務、開拓、事業等を営業
是ヨリ官吏ノ性質ヲ分析説明スヘシ。官廳ト公團體トは其
第一官吏ハ自然人タラサルヘカラス。公共團體及ヒ營造物ノ如キ皆行政機關トシテ行動スルモノナレトモ自然人ニ
非ナルニ由リ此點ニ於テ官吏ト異ナルモノナリ又官吏ノ本國人タル自然人タ
ラサルヘカラサルヤ否ケハ官吏ノ資格ノ節ニ於テ之ヲ述フヘシ。
第二 特別ノ公法上ノ行為ニ依リ其分限ヲ取得シタル者ナラサルヘカラス。
特別ノ公法上ノ行為トは統治者又ハ其委任ヲ受ケタル者ヨリ任命サルコト
ヲ謂フ而シテ任命ノ性質ノ何タルカハ次節ニ於テ之ヲ説明スヘシ此點ニ於テ
等シク國家ノ事務ニ關係スルモノト雖モ選舉立會人、選舉人、兵士其他事務廻託
ヲ受ケタル者ト官吏トヲ區別スヘク又事務ノ性質ニ於テ同シキ之ヲ處理ス
ル所ノ鐵道官吏ト鐵道會社ノ役員トノ間に區別ノ存スルコトモ明カナリ又任
命ハ契約ニ非サルカ故ニ雇ノ官吏ニ非ナルハ勿論ナリ。

第三 官吏ハ統治者ニ隸屬スル者ナリ。

故ニ宮内省ノ官吏ハ純然タル官吏ニ非ス是レ統治者タル君主ノ機關ニ非シ
テ君主ノ私事ヲ處理スルニ遇キナレハナリ又此點ニ於テ公吏ト區別セラル公
吏ハ統治者ニ屬スルモノニ非ス自治公團體其他權力團體ノ機關ニシテ其團
體ニ依リ其存在ヲ保ツモノナレハナリ。

第四 官吏ハ法令ニ依リテ分配セラレタル範圍内ノ無定限ノ國家事務ヲ管掌
スヘキ公法上ノ義務アル者ナリ。故ニ官吏ハ必ス實際國家ノ事務ヲ擔任スルヲ要セス待命又ハ休職ノ
證人、辯護士ノ如キ訴訟當事者又ハ私法上ノ行為ヲ爲シタル者ノ依頼ニ應シ辯
護又ハ公證ヲ爲ス者ノ如キハ國家ノ事務ヲ處理スト謂フヲ得ナルヲ以テ官吏
ニ非ス而シテ官吏ハ必ス實際國家ノ事務ヲ擔任スルヲ要セス待命又ハ休職ノ
者モ等シク官吏ニシテ職務ヲ實際ニ負擔スルト否トハ官吏タルノ身分ニ關係
ナク唯官吏タルノ特質ハ國家事務ヲ管掌スヘキ義務ヲ有スルノ點ニ在リ。

(一) 俸給 俸給ハ官吏タル者ノ必ス得ル所ニ非サル也一般ノ官吏ハ俸給ヲ受

クルノ権利ヲ有セリ然レトモ俸給ナキモ官吏タルヲ妨ケヌ名與額事シ如キハ其一例ナリ

(二) 永續 「シユルツエ」「マイヤー」「ヨンチ」「グルバ」等ノ諸氏ハ永續ヲ官吏ノ要件ト爲スカ如キモ永續セツル一時若クハ任期ヲ有スル者モ亦官吏タルニ妨ケナルナリ此點ニ於テ官吏ハ官廳ト異ナリ官廳ハ永續單位ノモソナルモ之ヲ組織スル官吏ハ變更スルコトヲ得

(三) 命令權 「ツオルン氏」ノ如キ命令權ヲ以テ官吏ノ要素ト爲ス者アルモ命令權ヲ行使スル官廳ノ補助機關タル官吏モ亦廣義ノ官吏タルニ妨ナシ其他森林、鐵道、礦山等ニ從事スル官吏或ハ書記會計官登錄官吏等モ總テ官吏中ニ包含セラルモノナリ

(四) 職務ノ擔任 通常官吏ハ職務ヲ帶フルモ無職ノ官吏モ亦官吏タルナリ又職務ノ高下ハ官吏タルト否トニ關係ナシ即チ決定シ命令スル者タルト或バ命令ヲ器械的ニ執行スル者タルト間ハ斯地テ官吏タルモハト謂フヘシ

第二節 任官

今其我那波起也「此處之謂也」此處之謂也、官吏ノ性質を論ナシハ其當ニ於テ

第一款 任官ノ性質

官吏ノ關係ハ初メ私法のノモノト思考セレ、隨テ官吏任命ノ性質ハ私法上契約、借契約、委任契約、無名契約等ナリト認メラレタルモ「ゼヨンナ民」其千八百八年ノ著ニ於テ官吏關係ノ私法上ノ見解ヲ破リ官吏關係ヲ全タ臣民ノ服從義務ニ基クモシトセリ氏曰ク臣民カ國家ニ對シ行フ所ノ勞働ハ國務ナリ其國務ノ遂行ハ臣民ノ服從義務ニ基クモニシテ恰モ租稅ヲ負擔スルカ如シ國家ハ其國權ニ依リテ國務ニ從事スカク臣民ヲ強制スルコトヲ得國家ト官吏トノ間ニ官吏ト爲スニ付キ契約ヲ爲シタルモノニ非ス官吏ハ唯其服從義務ヲ履行スルカ爲メ其國務ニ從事スヘキノミ唯例外タルハ外國人ノ任命サルル場合ナリ此場合ニハ國家ト官吏タル外國人トノ間ニ契約締結ナルモノトスニギヨンナ氏ノ説ニ對シ其臣民ノ服從義務ニ基クコトヲ批難スルノ説出ナタリ其說ニ曰ク官吏任命ノ契約ニ非サルゴトハ「ゼヨンナ」氏ノ言ノ如シ然レトモ官吏任

命ハ徵兵ト異ナリ特別ナル資格ヲ要スルモノナルヲ以テ之ヲ人民一般ヲ強制シテ國務ニ從事セシムベシトヲ得ス故ニ任命スルニバ官吏タルヘキ者ノ同意ヲ必要トス即チ官吏ハ他ノ同意ヲ條件トスル公法上ノ行爲所謂公法上ノ契約ナリト
今日官吏任命ノ關係ハ官吏タル者ノ同意即チ合意ニ基クモノニシテ任命ノ結果トシテ一方ニハ職務擔任ノ義務其他忠實ノ義務、上官ニ服從スル義務等種種ノ義務ヲ負擔シ他方ニハ俸給ヲ支拂フ等ノ義務ヲ生スルモノナリ而シテ私法上ノ契約ト異ナルハ其執務ノ目的ヲ異ニスルニ在リ官吏ハ決シテ其上官ニ對シ或ヘ任命者ニ對シ其一身上ノ利害ニ關シ惱人的利益ヲ圖ルノ義務ナシ官吏ノ國家ノ事務ヲ行フハ國家公共ノ利益ヲ圖ルニ在ルノミ又官吏ノ事務執行ニ關シテハ雇傭契約ノ關係ト異ナリ官吏ハ不定量ノ事務ヲ執行スル義務ヲ負擔シ一身ヲ之ニ捧ケザルヘカラザルニ在リ又任命ハ公法上ノ行爲ナルヲ以テ総合其外形民法上ノ契約ニ類スルモ之ヲ解釋スルニ公法上ノ見解ヲ離ルヘキモノニ非サルカリ然レトモ公法上ノ契約ナル語ハ其當ヲ得ス何トナレハ任命ト

雜 誌

○贈賄ノ隠蔽ト偽證罪（自所謂官吏收賄罪刑法第二八四條乃至第二八六條ニ於ケル贈賄者ハ之ヲ罰スベキヤ否ヤニ付チハ學者間ニ議論アル所ナルカ今日ニ於テハ有罪説ヲ採ル者最モ多數ナルカ如シ果シテ然ラハ收賄罪ノ共犯者タル贈賄者カ收賄者ノ被告事体ニ付キ證人トシテ宣誓ヲ爲シタルトキハ自己が贈賄ヲ爲シタルコトヲ告白スルノ義務アリヤ若シ之ヲ單ニ證言ノ義務（同第二一八條以下ノ方面ヨリ）観察スルカ若クハ何人ト雖モ罪ヲ犯スコトヲ得サルメ點ロリ言フトキハ總合自己ガ目前ニ於テ親絶ノ身ド爲ルモ眞實ヲ申セサルヘカラスト論スベキカ如ジ然レモ法律ハ何以ノ場合ニ於テモ自己ノ罪惡ヲ告白スルノ義務ヲ認メタツ點ヨリ觀察スルノ自己ノ贈賄ヲ隠蔽スルモ刑法上何等ノ責任ナキ也ノト露顕セサルヘカラシ是ヲ以テ名古屋控訴院ハ贈賄ヲ爲シタルコトナシトソ證言即チ收賄者ハ收賄ヲ爲シタル者アニ非スト證言シタル偽證事件ニ對シ元本無作收賄火ハ自ラ其罪ヲ首出シタル爲テ訴追

ヲ受クルニ至リタルモノニシテ此事實モ亦當時公衆ノ知悉スル所ニシテ被告
モ之ヲ知ラナル理ナク隨テ證人トシテ事實ヲ隠蔽スルノ嘉作ニ利益ナキヲ知
ルヘキ筈ナルニ拘ハラス敢テ不實ハ陳述ヲ爲シタルハ其意嘉作ヲ曲庇スルニ
アリタリト云ハシヨリハ事ロ自己ノ災害ヲ免レントスメノ念ニ出フタルモノ
トモ認定スヘカラナルニアラス即チ被告カ嘉作ノ輕罪ヲ曲庇スル意思ヲ以テ
偽證ヲ爲シタルト認ムヘキ證憑十分ナラストノ理由ヲ以テ被告ニ無罪ヲ言渡
ナレシヲ檢事長ハ之ヲ不當トシテ上告ニ及ヒタルニ大審院ハ其第一第二刑事
聯合部ニ於テ下ノ理由ヲ以テ右ノ判決ヲ破毀セラレタリ其判決理由ニ曰ク「證
人ノ直接ノ目的ハ被告人ヲ曲庇若クハ陥害スルニアラナルモ現實被告人ヲ曲
庇若クハ陥害スルニ當ルコトヲ知リナカラ故ラニ不實ノ陳述ヲ爲シタルトキ
ハ則チ被告人ヲ曲庇若クハ陥害スル意思ナキモノト云フヲ得ス故ニ假令被告
カ自己ノ惡事ヲ隠蔽スル目的ヲ以テ不實ハ陳述ヲ爲シダリトスルモ其陳述カ
嘉作ヲ曲庇スヘキモノナルコトヲ知リテ之ヲ爲シタル以上ハ刑法第二百十八
條ニ所謂被告人ヲ曲庇スル爲シトアルニ該當スルヲ以テ偽證罪ヲ構成スルヤ

明カナリ然ルニ原院ハ被告カ飯塚嘉作ノ收賄被告事件ニ付不實ノ證言ヲ爲シ
タルコトヲ認メナカラ被告カ現實同人ヲ曲庇スルニ當ルコトヲ知リテ右證言
ヲ爲シタルヤ否ヲ判斷セスシテ單ニ被告ハ自己ノ惡事ヲ隠蔽センカ爲メ不實
ノ證言ヲ爲シタルヤ知ルヘカラス又被告ハ不實ノ證言ヲ爲スモ嘉作ノ利益ト
ナルコトヲ知ラナル筈ナケレハ被告カ嘉作ヲ曲庇スルノ意思ヲ以テ偽證ヲ爲
シタリト認ムヘキ證憑十分ナラストシテ無罪ヲ言渡シタルハ理由不備ノ判決
ニシテ上告ハ其理由アルモノトスト(大審院明治三十五年(1902)十一月十九日刑事
審判合議)此判決ノ如クセハ被告人トシテハ自己ノ罪惡ヲ公言スルノ義務ナキニ
證人トシテハ自己ノ罪惡ヲ告白セナルヘカラスト云フノ結果ヲ來スヘク甚タ
法律ノ精神ニ悖ル所アルカ如シ余輩ハ校外生諸君ノ研究ヲ望ムヤ切ナリ
○官文書ノ意義 官文書ノ何タルカニ付キ大審院ハ一般ノ法律命令ニ規定
アルモノノ外ハ事實問題ニ委スヘキモノトシテ可障ナシ説明ヲ與ヘラ曰ク刑
法第二百三條ニ所謂官文書トハ官吏カ其職務ハ執行上法令其他所屬官廳ハ執
務規定ニ基キテ作成スル書類ヲ謂フ蓋シ官吏カ其職務ノ執行上ニ於テ作成ス

ヘキ書類ハ一般ニ公布スル法律命令ニ依リテ定マルコトアリ或ハ當該官廳ヨリ其部内ノ官廳又ハ官吏ニ對スル令達ニヨリテ定マルコトアリ或ハ官吏ノ職務執行上ノ必要又ハ便宜ニ依リ書類作成ノ慣例ヲ生シ當該官廳ニ於テ其慣例ヲ認許シ之ヲ執務上ノ例規トシ所屬官廳又ハ官吏ヲシテ之ニ依ラシムルコトアリ何レノ場合ニ於テモ其書類ハ官吏カ規定ニ從ヒ其職務執行上ニ於テ作成スル書面ニシテ官文書タルノ性質ヲ有スルモノトス而シテ官文書爲造行使罪ヲ断スルニ當リ僞造ノ文書カ一般ニ公布スル法律命令ニ依リ官吏ノ職務執行上作成スヘキモノナルトキハ裁判所ハ職權ヲ以テ其文書ノ官文書ナルコトヲ認ムルコトヲ得ヘタ一般ノ法律命令ニ別段ノ規定ナキモノ即チ官廳ノ内速慣例等局外者ニ於テ知ルコトヲ得サル執務上ノ例規ニ依リ作成スヘキ書類ニ關シテハ斯ル例規ノ果シテ存在スルヤ否ヤハ一ノ事實問題トシ各種ノ證據方法ニ依リテ其存否ヲ認メタル上係爭書類ノ官文書ナルヤ否ヤヲ解釋セナルヘカラス(大審院明治三十五年九月八日判決) 第八六四號煙草專賣法違犯及官文書

法學志林

第三十八號 十二月十五日發行

明治三十五年十二月廿九日發行

明治三十五年十二月廿九日發行

明治三十五年十二月廿九日發行

(最近判例批評)

法學博士 海 謙次郎

(外國會社)

法學士 志田禪太郎

(解說)

法學博士 松岡義正

(批評)

法學士 佐々木一、Y. 生

(纂論)

法學士 横山信四郎

(解題)

法學士 遠藤忠次

(批評)

法學士 佐藤忠次

(解說)

法學士 梅 謙次郎

和佛法律學校 發行所

東京市牛込區牛込町三番地

印刷所

金子活版所

司 法 總

和佛法律學校 發行所

(電話番号百七十四番)

(明治二十二年十二月九日 内務省許可)

(明治三十五年十一月四日第三種郵便許可) 每月十九回(三日五日六日八日十日十一日十二日十三日十五日廿一日廿六日廿八日廿九日卅日發行)