

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)

3-4

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

55

(発行年 / Year)

1902-12-29

明治三十五年十一月四日第三編出版
明治三十五年十一月十八日第四編出版
明治三十五年十一月廿一日第五編出版
明治三十五年十一月廿六日第六編出版
明治三十五年十一月廿九日第七編出版
明治三十五年十二月一日第八編出版
明治三十五年十二月四日第九編出版
明治三十五年十二月七日第十編出版

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

和佛法律學校

和佛法律學校



090
1903
3-1-4

第三學年第四號目次

民法物權	自第七卷第十號(第23)	法學士 富井 政 章
民法親族	(第24)	法學士 橋下 重 次郎
破産法	(第25)	法學士 坂 隆 正
行政法	(第26)	法學士 清 木 源

雜報 ○附冊ノ隱微ト債權ノ官文書ノ整理

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デアルト考ヘマス
 質權ハ以上述べ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ツテ孰レモ裁判所ノ命令ヲ以テスルモノデアアル民事訴訟法第六〇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ツタモノデアアル(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アルガ故ニ民事訴訟法ニ讓ラズ一切民法ニ規定シテアル)

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説明シヤウト思フ

民法物權 抵當權

第一節 總則

抵當權ノ定義、抵當權トハ債務者又ハ第三者ノ占有ヲ移ラズシテ債務ノ擔保ニ供シタル不動産ニ付キ他ノ債權者ニ先ラテ辨濟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ハ即チ質權ト其性質ヲ異ニスル所デアル債務者ハ不動産ノ占有ト共ニ其使用及ビ收益ノ權ヲ失ハ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テ居ル故ニ抵當權ハ近時不動産ノ日ニ衰ヘタルニ反シテ益盛ニ行ハルル所以デアル所謂抵當制度ナルモノハ登記法ト相待テ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ヲ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産ニ限ル、抵當權ハ質權ト異ナラズ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産ニハ適用シ得ルモ

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産ニ付イテモ抵當權ヲ認メタル例ガナイデハアリマセズ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テ抵當權ノ目的ハ不動産ニ限ルモノトシタ、但此原則ニハ一ノ例外ガアル、其レハ船舶ノ抵當デアル船舶ノ抵當ニ關スルコトハ民法ニ規定シテナイニ由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産トアラテ特定ノ不動産ト云フテナイ、然レドモ固ヨリ特定ノ不動産ニ限ルモノト解セキバナラヌ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イ且有害ナル制度ト看テ之ヲ採用セラレナシ、固ヨリ一切ノ不動産ヲ舉グテ抵當權ノ目的ト爲スコトハ妨ナキコトデアアルガ此ヲ如キハ箇箇ニ其不動産ヲ抵當權ノ目的ト爲シタモノト看キバナラヌ故ニ其結果トシテ例ヘバ登記ハ各不動産ニ付イテ之ヲ爲スコトガ必要デアル

又法文ニハ不動産トアルガ故ニ動産ヲ除外シタルト同時ニ權利ヲモ除外シタ

ルモノト解セモ、ナラス、綜合不動産ヲ目的トスル財產權ト雖モ、抵押權ノ目的ト爲スコトヲ得ナイ、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押權ノ目的ト爲スコトヲ得ルコトデアアル、而シテ此場合ニハ本章ノ規定ヲ準用スベキコトトシテ、アラマス(第三六九條第二項)。

是ハ屢述ベタル如ク物權ハ有體物ノ上ニ行フ權利デアアルト云フ觀念ヨリ特ニ此規定ヲ必要トシタル所以デアラフ、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アル。

抵押權ハ抵押不動産ガ膨脹シタル場合ニハ其膨脹シタル部分ニマデ及ブ例ハ庭園ニ山ヲ築キ又ハ建物ニ増築ヲ爲シタリ如キ場合ニハ總テ其新ニ加ハタ部分ヲ併セテ抵押權ノ目的ト爲ルモノデアアル、即チ抵押權ハ其目的タル不動産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 土地ヲ以テ抵押權ノ目的ト爲シタル場合ニ於テハ抵押權ハ其土地ノ上ニ存在スル建物ニ及バナナイ、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テアル、我邦ノ慣例ハ之ニ反シテ建物ト土地トハ別

物ト看ルコトニ爲ラテ居マス、少クモ抵押權ノ及ブ範圍ニ付イテハ疑ナキコトデアアルト思フ、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アナイ、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ノデアアル、建物ハ土地ノ定著物デアアル(第八六條第一項)定著物ハ一部ト云フコトデアナイ、寧ロ土地ト別ナル不動産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押權ハ地上物ニ及バザルコトヲ規定シタマデノコトデアアル。

第二 設定行爲ニ別段ノ定アルトキニ是ハ説明ヲ要スル事柄デアナイ。

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ニ是ハ所謂詐害行爲ノ場合デアラフ、既ニ前學年ニ説明ヲ聽カレタコトト考ヘマスニ因ラテ説明ヲ略シマス。

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

コトヲ以テ特、質トスルモノデア、但此原則ニモ二ツノ例外ガアル
(一) 抵當不動産ノ差押アリタルトキ、此場合ニハ抵當不動産ノ所有者ハ其不
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、

(二) 第三取得者ガ第三百八十一條ノ通知ヲ受ケタルトキ、茲ニ謂フ通知トハ
抵當權者ガ抵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)

此他抵當權ノ不可分ナルコト、抵當不動産ニ代テ債務者ノ資産ト爲リタルモノ
ニ抵當權ノ及ブコト、又第三者ガ抵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)

抵當權ノ設定、抵當權ハ意思表示ニ依テ設定スルモノデア、此點ハ留置權及
ビ先取特權ト全ク相異ナル所デア、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抵當權及ビ裁判上ノ抵當權ナルモノヲ認メ

ナイ是ハ財産ノ流通改良ト共ニ取引ノ安全ヲ妨害シ第三者ニ損害ヲ致ラシム
ル極メテ不當ナル制度デア、ト認メタガ故デア、

抵當權ハ通常契約ヲ以テ設定スルモノデア、質權ト異テ其目的物ノ引渡ヲ
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思フ、稀デハアラウガ
追言ニ依テモ設定スルコトヲ妨ゲナイ

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、第一抵當權ノ順位第二、抵當權ニ
依テ擔保セラルベキ債權第三、抵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ヤウト思フ

第一款 抵當權ノ順位

抵當權ノ順位問題ハ數箇ノ債權ヲ擔保スル爲メニ同一ノ不動産ニ付イテ抵當
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

ト規定ヲスル(第三七三條)是レ當然ノ事デアラキ抵當權者ハ互ニ第三者デア
ル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ヤヲ疑フ位デア
ル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
カト看ルベキモノデナイ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ハ疑フ生ゼンコトヲ恐レタガ故ニ過ギスト思フ

第一款 抵當權ニ依テ擔保セラルベキ債權

抵當權ハ元本ノ外利息其他ノ定期金ヲモ擔保スルモノデア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アラキ其支拂ヲ延滞スルハ異例ニ屬
スルコトデアアル其レ故ニ利息ニ及ブモノトスベキハ當然ノ事デアアル唯是ニハ
制限ガナクテハナラズ即チ久シキ前ニ遡リテ一切抵當權ニ依テ擔保セラルル
モノトス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權ニ依テ擔保セラルルモノトシテアル其以前ノ
分ニ付イテハ滿期後登記ヲ爲シタルトキニ限り其登記ノ時ヨリ抵當權ヲ行フ

コトヲ妨グナイ(第三七四條)

茲ニ所謂利息トハ約定利息ノミヲ謂フモノデアアラキ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
シテハ曩ニ解釋ガ歧レテ大議論ヲ生ジマシタ結局大審院ハ今述べタ狹義ニ解
スル說ヲ採リ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キバナラズ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イ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ラズ覺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
細ナル點ハ說明ヲ略シマス

第三款 抵當權ノ處分

抵當權ハ從タル權利デア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權ノミヲ

處分スルコトハ無効ナル如クニ思ハルル純理上ヨリ當ヘテ此見解ノ或ハ適當
 デアルカモ知レヌガ此ノ如クナルトキハ實際上蓋ダ不便デアアル抵當權ハ先取
 特權ト異ナラバ債權ノ性質ニ基イテ當然之ニ附著スルモ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ツノ場合ガアル

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ニ一例ヲ舉グ
 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更テ金錢ノ必要アテ丙ナ
 ル者ヨリ借入レント欲スルモ抵當トスベキ不動産ガナイ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ベキコトハ何人ト雖モ自己ノ有スル以上ノ債
 利ヲ他人ニ移スコトヲ得ザルニ由テ總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バ二萬圓ノ債務ヲ負フモ丙ハ其抵當權ニ依
 テ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イ
 又茲ニ債權額ニ付イテ述ベタ如ク自己ノ權利ガ辨濟期ニ至ルマデハ抵當權ヲ
 實行スルコトヲ得ザルハ言フヲ缺クザルコトデアアル

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讓渡スコトヲ得ル實ニハ權ヲテ簡單ナル場合
 デアラテ別ニ離間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讓渡
 シタトスレバ甲ハ將來無擔保ノ債權者ト爲ラテ乙ガ其抵當權ニ依テ辨濟ヲ受
 クルコトト爲ル譯デアアル

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メ
 ニ其抵當權ヲ拋棄スルコトヲ得ル例ヘバ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テ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ル不動産ノ價格ハ丁度一萬圓デアラド假定シ
 マセウ此場合ニ甲ハ乙ノ爲メニ其抵當權ヲ拋棄シタトスレバ乙ハ如何ナル地

位ニ立ツカト云フニ畢竟甲ガ書テ抵當權ヲ有セザルモノト看做スコトヲ得ル結果ニ爲ル恰モ一萬圓ノ財産ヲ有スル債務者ニ對シテ一萬圓宛ノ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拋棄シタモノデアアルガ故ニ丙ニ其利益ガ及シデハカラス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アル乙ノ爲メニ抵當權ヲ拋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濟ヲ受クルコトヲ得ル結果ト爲ルデアアル

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アル唯讓渡人ヨリ下位ニ居ル抵當權者デアアル之ガ前ニ述ベタ抵當權ノ讓渡ト相異ナル點デアリマヌ例アリテ言ヘバ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テ乙ハ第二順位者デアアル而シテ抵當不動産ノ價格一萬五千圓

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デハ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リ甲ガ五千圓ヲ受取ルコトト爲ル若シ又抵當不動産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ヌ

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擔保セラレテ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産ノ價格ハ前例ニ倣フテ一萬五千圓ト假定シマセウ此場合ニ於テハ甲ハ先ツ一萬圓ヲ取リ乙ハ五千圓ヲ取リ丙ハ一錢一厘ヲモ取ルコトヲ得ザル譯デア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アルガ乙ノ利益ノ爲メニ爲シタ行爲デナイ故ニ此處分ハ乙ニ利益ヲ生ズル結果ヲ生ジタハナラス即チ乙ハ此處

分ノ爲メニ毫モ利益ヲ感ゼザルモノトシテ結局初ニ申シタ如ク五千圓ヲ取ルコトニ爲ラテバナラス、而シテ丙ハ順位拋棄ノ結果トシテ甲ト對等ノ地位ニ立テ譯デアアル故ニ甲ト一萬圓ヲ折半シテ各五千圓ヲ取ル結果ト爲ラテバナラス、讓渡ノ場合デナイガ故ニ一萬圓ヲ取ル譯ニハイカス順位拋棄ノ結果ハ共ニ對等ノ地位ニ立ツト云フマデノコトデアアル、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拋棄ト云フ以上ハ其拋棄ニ因テ利益ヲ受クル者ハ必ズ抵當權者デアアル、此點ガ二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テ第三者ニ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テ抵當權者カ數人ノ爲メ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テ更ニ新ナル登記ヲ爲スコトハ必要デナイ、抵當權ノ登記ニ附記スルニ止ムル方ガ抵當不動産ノ現狀ヲ知ラニモ便利デアアル、公示方法トシテハ之ガ爲メニ別段不備ヲ感ズルコトハ

ナイノデアアル、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アル、然ラザ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、孰レニ爲ルモ不當ノ結果デアアル、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テ埃タザルコトデアアラ、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

抵當權ハ物權ノ一デアアル、隨テ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權利ヲ取得スルモ抵當權者ハ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アル然レドモ財產流通ノ爲メ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メニ抵當權ノ實行ヲ免ルル種種ノ方法ヲ認メテアラス、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權利ヲ與ヘテ居マス、即チ(一)抵當權ニ依テ擔保セララル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ヅ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)添除ヲ爲スコト(四)抵當不動産ヲ委棄スルコトデアアル(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産ノ委棄トハ佛國ニ於テモ從來諸學者ノ大ニ批難スル所ノモノデアアルガ故ニ民法ニハ之ヲ採用セラレナシ、民法ニハ他ノ二ツノ方法即チ辨済ト添除ト關スル規定ヲ設ケラレタノデアアル、但辨済ニ付テモ是ヨリ説明スル所ニ依テ分

ハ關係ヲ有セタルナリ、
 (三) 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戶主タリシ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戶主ト爲リタル者ニ對シテハ請求ヲ爲スコトヲ得ザレトモ然レトモ通常債權者ハ其相手方カ戶主タル身分ヲ有スルコトニ重キヲ置キ其家ニ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戶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メニ常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戶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戶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ルモノト爲ザルヘカラス是

レ債權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隱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者カ負擔シタルモノナレハ其負擔ハ債權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ルモノニ非サルヲ以テ法律ハ特ニ但書ヲ以テ之ヲ明カニシタリ

以上ノ規定ハ債權者カ隱居取消ノ原因アルコトヲ知ラスシテ一時家督ヲ相續モシ者ヲ戸主ト信シテ取引シタル場合ニ關セリ債權者カ隱居取消ノ原因アルコトヲ了知シテ債權者ト爲リタルトキハ右ト同一ノ規定ニ依ルコト能ハス此場合ニ於テハ債權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隱居カ取消サルトモ自己ノ利害ニ關係ヲ有セザルコトヲ豫期シタルモノト謂ハサルヘカラサルヲ以テ此債權者ニハ特別保護ヲ與ハサル所以ナリ

(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專屬セル債務ハ

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權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ザルハ論ヲ竣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專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ナレハ家督相續人ニ對シテ請求スルヨリ外アラザルナリ

以上ノ如ク債權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隱居ノ場合ニ限レルモノニシテ正當ナラザル者カ家督相續ヲ爲シタルヨリ正當ノ相續權者カ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隱居取消ノ場合ノ如ク表見相續人ノ爲シタル行為ニ羈束セララルコトアラザルナリ

隱居及ヒ入夫婚姻ニ因ル戸主權喪失ノ第三者ニ對スル效力第七六一條 舊民法ノ規定財產取得編第三〇九條ニ依レハ隱居者カ債權者ヲ詐害スルノ意思ヲ

以テ隱居セシトスルモノハ債權者ハ之ニ故障ヲ申立テ隱居ヲ取消シ得ルモノトテ得ト雖モ隱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ル財產關係ニ因リテ債權者ヲシテ之ニ干渉セシムルハ其當ヲ得アルヲ以テ新民法ハ債權者ヲシテ隱居ノ取消ニハ容喩セシメタルコトト爲セリ然リト雖モ隱居ヲ爲スコトハ隱居者ノ債權者及ヒ債務者ニ重要ナル利害關係ヲ及ボスモノナルヲ以テ縱令隱居ノ效力ハ其届出ニ因リテ既ニ發生シタルモ未タ隱居ノ事實ヲ知ラサル者ニ對シテ其效力ヲ有スルモノト爲ストキハ其債權者及ヒ債務者ハ之カ爲メニ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權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權者及ヒ債務者カ有スル利害關係ハ猶ホ隱居ノ場合ニ同シキモノヲ以テ法律ハ之ト同一ノ規定ニ依ラシメタリ

註ニ一言注意スヘキコトアリ前戸主ノ債權者ニ對シテ前戸主又ハ家督相續人ヨリ隱居ヲ爲シタルコトノ通知ヲ爲シタルト否トニ拘ハラズ戸主ノ隱居後ニ於テ債權者ハ仍ホ隱居者ニ對シテ辨濟ヲ請求スルヲ得ヘキコトハ家督相續ノ效力トシテ規定セル所ナリ第九八九條是レ他ナシ債權者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ルヲ得タルト法律ハ隱居者カ隱居シタリト雖モ財產ノ留保ヲ許シタルトニ因リ債權者保護ヲ爲メニ設ケタルガ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權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

廢家 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

廢家ハ戸主權喪失ノ一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サルコトヲ計ルハ我那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テ戸主ト爲ルハ

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ツコトハ我邦古來ノ慣習ニ從フモ容易ニ之ヲ許ササ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 戸主カ新ニ立テタル家ヲ廢スルコトヲ得ル場合ナリ此場合ニ於テハ縱令戸主カ之ヲ廢シテ他家ノ家族ト爲ルモ之カ爲メ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ハ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ノ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

其家ノ祭絶ユルヲ以テ家ヲ廢スルコトハ許サレタレトモ特別ニ隱居ヲ許ス場合ニ於ケルト同シク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缺タサル所ナリ然レトモ此ノ如キ原因存スルトモ自由ニ廢家ヲ爲スコトヲ許サス此場合ニ於テ廢家ヲ爲ス爲メニハ裁判所ノ許可ヲ得ルコトヲ要スルナリ

廢家ノ家族ニ及ボス效力 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)

家族ハ戸主ニ從屬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 戸主カ死亡シ又ハ圖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絶ユルコト

トナカリシカ新民法ノ規定ニテハ綜合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タルトキハ其家ヲ斷絶スルモノト爲セリ故ニ此場
 合ニ於テ其遺リタル家族ハ各一家ヲ創立スルヨリ外アラザルナリ然レトモ若
 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シ
 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

此章ヲ分チ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ス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モ夫婦財產制ハ夫婦ノ身分ニ關スル所屬ル
 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トシ本法ハ之ヲ本章
 中ニ置キタル所以ナリ注本民法親族編中ニ再編スルハ其斷五當ノ理由
 実ニ、法律ニハ以テ之ヲ親族編中ニ再編スルハ其斷五當ノ理由

第一節 婚姻ノ成立

第一款 婚姻ノ要件

本節ヲ分チ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
 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
 第一ノ要件 當事者ノ意思表示アルコトヲ要ス
 實體上ノ要件ノ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
 言フヲ換タ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)

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ス其中ニ婚姻ノ性質上必要ナルモノアリテ若シ之ヲ缺タトキハ其婚姻ハ最初ヨリ當然成立セザ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)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)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タルハ裁判所ニ之ヲ取消ヲ請求スルトキハ取消サルレトモ然ラザ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ザレハ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ザレハ未タ十分ニ發達セザ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ザレハ婚姻スルコトヲ許サザ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ヘキ年齡ヲ定メザルトキハ人ノ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ク早婚ヲ防クコトヲ得ス而シテ早婚ハ種種ノ弊害アリテ前者ノ夙ニ痛論スル所ナリ是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ナキモノト認メタルナリ(舊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 配偶者アル者ハ重テ婚姻ヲ爲スコトヲ得ス(第七六六條舊民法人事編第三一條)

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

第四ノ要件 女ハ前婚ノ解消又ハ取消ノ日ヨリ六箇月ヲ經過シタル後ニ非サレハ再婚ヲ爲スコトヲ得ス(第七六七條舊民法人事編第三三條第一項)

男ハ前婚ノ解消セラレ若クハ取消カレタルトキハ直チニ再婚ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖モ女ハ懐胎シタル儘前婚ヲ解消セラレ若クハ取消サルルコトヲ往アル所ニシテ若シ此場合ニ於テ若干日ヲ經過キスレバ前婚ヲ解消若クハ取

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サ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ザレハ再婚ヲ爲スヲ得サルコトト爲セリ

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レルモノニシテ舊民法人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サ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サルコトアレハナリ

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說ニ依ルモノニシテ懐胎ノ最長期ハ三百日其最短期ハ八十日ナルヲ以テ若シ婚姻ノ解消前ニ懐胎シタルモノナルトキハ六箇月ヲ經過セハ其懐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懐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婚中ニ懐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サルナリ

第五ノ要件 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(第七六八條舊民法人編第三三條)

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サルモノト爲セリ若シ其間ニ婚姻ヲ爲スコトヲ許スコ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遠ケントスル弊ニ陥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絕對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ハ有夫ノ婦カ姦通シタルトキニ限ルモノニシテ夫カ他ノ婦ト姦通ヲ爲シタルトモ是レ婦ノ爲メニ離婚ノ原因タルヲナラズ故ニ此場合ニ於テ適用ヲ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クセサルハ有夫ノ婦カ姦通シタル場合ハ刑ニ處セラルルコトナキモ單ニ其行爲サ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爲メニハ刑ニ處セラレタル場合ナラサルヘカラサルモノニシテ夫婦ノ間ニ離婚ノ原因ニ此ノ如ク寬嚴ニ差アルト同シク我邦從來ノ慣習及モ現在ノ情態ニ於テ未タ此點ニ關シ男女同一規定ノ下ニ置クコトヲ得サルヲ以テ此場合ニ於テ法律ハ特ニ妻ニ限リ姦夫ト爲ルコトヲ得サルモノト爲シタリ

第二 姦通ニ因リテ離婚ノ原因タルコトハ左ノ親族關係ヲ有セサルコトヲ要ス

第一 非ス是レ他ヲ忌シ此ノ如キ忌ムヘキ内事ハ陰謀ハ法律カ敢テ干渉シテ之ヲ外ニ摘發スルコ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レタルモノノミニ止メ其他ハ敢テ問ハサルコトト爲シタリ

第二 姦通ニ因リテ離婚ノ原因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ハ六月以上二年以下ノ重禁錮ニ處セララルモノナレハ此場合ニ於テ姦通者ノ雙方宣告ヲ受ケタルトキハ勿論綜合其一方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モ或ハ夫ノ死亡シテ婚姻ノ解消シタルトモ又ハ協議上ノ離婚ヲ爲シタルトモ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ノ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ニ該當スル下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ヲ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(第七六九條舊民法人事編第三四條第三五條)

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絶對ニ禁シタルモノト然ラサ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絶對ニ之ヲ許サス然レトモ其傍系ト姻族トニ付テハ絶對ニ婚姻ヲ許ササ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ハ血族ハ三親等以下ノ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タ人道ニ戾リ吾人ノ忍容スルコトヲ得サ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當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」トアリテ其意味汎博ナレハ天然ノ血族間ハ勿論準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補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サ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來ニ在リテ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テテ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サルヲ以テ實際上ノ必要アルヲ慮リ法律ハ此例外ヲ設ケタルナリ

(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絶對ニ因リ若クハ夫婦ノ一方カ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モ其間ニ婚姻ヲ爲スコトヲ許サス例ハハ亡妻父母

離婚シタル妻ノ母又ハ子ノ遺妻ト婚姻スルコトハ許サレサルナリ是レ婚姻ニ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ヲ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ナリ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甥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ル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尊屬ト間ノ婚姻ノ禁止)ノ如キ規定ヲ設ケサ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フテ埃タザルヲ以テ嫡母ト庶子ト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ヘ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穩當トスヘシ

(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(遺言ニ因リテ養子ト爲ル者其養親又ハ其配偶者直系卑屬又ハ其配偶者ト養親又ハ其直系尊屬トノ間ニ於テハ養親カ其家ヲ去リタルカ又ハ養子ガ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

養子又ハ其直系卑屬ト養親又ハ其直系尊屬トノ間ニ於ケル婚姻ハ右ニ說スルル第七百六十九條ノ規定ニ依リテ既ニ禁セラレタレハ法文ニ謂フ所ノ養子又ハ其直系卑屬ト養親又ハ其直系尊屬トノ婚姻ハ親族關係カ存續スル場合ヲ指稱スルモノニ非スシテ其關係カ止ミタル後ニシテ適用セララルナリ而シテ養

子ノ配偶者ト養親又ハ其直系尊屬トハ或ハ直系ノ血族ナルコトアリ或ハ直系ノ血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ルトキハ其家女即チ養子ノ配偶者ト養親トハ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如キハ養子ノ養親トハ直系ノ血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屬トノ間ノ關係止ミ又ハ養子ノ配偶者又ハ養子ノ直系尊屬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サ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

第七ノ要件 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トテ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ズ

法律ハ未成年者カ普通ノ法律行爲ヲ爲スニ付テスニ其保護ノ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ヘカラサ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ズ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シ相當ノ經驗ヲ得自ラ獨立ノ生計ヲ立ツルニ至リテモ尙ホ制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ノ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繼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マデ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サルニ至ルヲ以テナリ

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サルトキニ一ノ差異アリ

又父母ハ家ニ在ル者ニ限ル家ニ在ラサル父母例ハ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レハ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

父母共ニ家ニ在ルトキハ其雙方ノ同意ヲ得サルヘカラス是レ一見スレハ父ハ親權ヲ行ヒ妻ハ其夫ノ權ニ服從スヘキモノナレハ父母ノ一致セサルトキハ父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タラ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サス雙方ノ同

意アルヲ要スト爲シタリ故ニ若シ父母一致セサルハ此要件ヲ缺クモノト謂ハサルヘカラス

父母ノ一方カ死亡スルコトアリ知ラサルコトアリ家ヲ去ルコトアリ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサ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サルナリ

(二) 又父母共ニ死亡スルコトアリ知ラサルコトアリ家ヲ去ルコトアリ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサ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要セスシ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マ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サルトキハ祖父母ノ許諾ヲ受クベシト爲シタレトモ此ノ如キ場合ニ於テ祖父母ノ未タ老耄セザル者ナルトキハ實際ニ於テハ概シテ未成年者ヲ後見人タルヘク其後見人タラサル場合ニ於テハ適當ノ判斷ヲ與フルヲ期スルコト能ハサルヲ以テ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

婚姻ヲ爲スニ付キ子カ父母ノ同意ヲ得ルコトハ前ニ説キタルカ如ク成年ニ達シタル者モ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ヲ父母ノ如クナル能ハサルヲ以テ父母ノ同意ニ於ケルコトヲ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

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ニ付キ要スル條件ヲ缺クヲ以テ婚姻ヲ爲スコトヲ得ザレトモ父母カ實父母ニ非ス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眞實ニ子ノ利害ヲ計ルヘキヲ以テ非理ヲ唱ヘテ同意ヲ爲サザルコトハ之ナカ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ヲ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ラ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) 禁治産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)

禁治産者ハ後見ニ付セラルル民法第八條ヲ以テ若シ自ラ普通ノ法律行爲ヲ爲シタルトキハ其行爲ハ之ヲ取消スコトヲ得ルシ民法第九條ト雖モ後見人カ禁治産者ノ法定代理人タル權ハ禁治産者ノ療養、監護及ヒ財産ノ管理ニ限ルモノ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

右ノ場合ハ禁治産者ハ其精神ヲ回復シタル場合ヲ想像シタルモノ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ザルモノナレハ最初ヨリ無効ナレハサリ

婚姻ノ方式上ノ要件ハ婚姻ノ之ヲ戶籍吏ニ届出タルニ因リテ其效力ヲ生ス(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)

法律カ無効ナリト明言セサルニ拘ハラズ其性質及ヒ法律カ之ニ關スル規定ヲ設ケタル所ニ稽ヘ是レ法律ノ認メタル所ナリト斷言スル者ナリ蓋シ婚姻ハ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竣タサ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サルニ於テハ強ヒテ之カ實行ヲ爲サシムルコトヲ許スヘカヲス若シ之ヲ強フルトキハ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ハ年齢ヲモ規定セサルヘカラサルニ其規定アラサルナリ

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ナ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サルヘカラサルニ

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サルヘカラサルニ其規定ナキハ是レ亦法律カ豫約ヲ認メタ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ルモノナルカ故ニ之ニ立法上或効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ザルモノト斷言セサルヘカラス(明治三十五年三月八日言渡大審院明治三十四年(オ)第五百三十七號圖重ヤス對廣島浩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ニ賠償スル責任アラサルナリ)

獨逸民法ニ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(第一千二百九十七條乃至第一千三百二條)而シテ其規定ニ依レハ豫約ハ之ヲ認

トタレトモ全然之ヲ認メタルニ非ズニテ權ニ或效力ヲ付シタルニ過キサルヲ
 今其要點ヲ揭示スレハ豫約ハ有效ナレトモ婚姻締結ノ訴權ハ認メラレズ又
 豫約者ノ一方カ豫約ヲ實行セザル場合ニ關スル罰款ハ無効ナリト規定シ雖ニ
 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サルナリ前本條條文ニ於テハ
 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リテ
 ルヲ以テ右ニ説キタル方式第七五條ニ從フ可ト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スト爲シタリ而
 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
 舊民法人事編第五一條ノ註ニ亦婚姻ノ豫約ニ關シテハ前條ノ規定ニ準キテハ
 婚姻ノ無効及婚姻ハ左ノ場合ニ限り無効トスルニ過ラズ)

第二款 婚姻ノ無効及ヒ取消

リ訴訟行爲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サルヲ以テ必要の口頭辯論ニ特別ナラサル規定ハ
 任意的口頭辯論ニモ其準用アリト謂ハサルヲ得ス(5)迅速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一〇八條呼出期日期間(民事訴訟法第一五
 九條乃至第一七一條懈怠ノ結果及ヒ原狀回復民事訴訟法第一七三條乃至第一
 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殊ニ後者ニ關スル
 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
 アリ破産法案第一〇九條商法施行法第一三八條第二項商法第九八三條然レト
 モ中斷及ヒ中止ニ關スル規定(民事訴訟法第一七八條乃至第一八九條ハ訴ノ手
 續ニ特別ナルモノナルヲ以テ破産手續ニ適用ナク又破産者ノ死亡ハ其生前ニ
 於テ既ニ開始アリタル破産手續ヲ中止スルモノニ非ズ(民事訴訟法第五二二條
 參照(6)判決前手續及ヒ判決ニ關スル民事訴訟法ノ規定(中民事訴訟法第九十
 五條第一號ノ規定ハ破産手續ニ準用セラルレ既ニ開始シタル破産手續ノ終局以
 前ニ於テ同一破産財團ニ付キ更ニ破産手續ヲ開始セラルルコトナシ但破産裁

判所ハ權利拘束ノ抗辯ヲ特ツコトナク職權ヲ以テ破産手續ノ繁屬ヲ調査セザルヘカラス民事訴訟法第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カ口頭辯論ニ基キテ爲ス決定ニ關シ及ヒ同條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カ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一百九條ニ於テハ獨逸破産法第七十四條ト同シテ抗告裁判所ノ決定ハ確定ノ後ニ非ツレハ其效力ヲ生セザ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)破産ノ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ザルルコト甚タ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ノ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爲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爲ヲ實施スルコトヲ拒ミ又ハ執達吏ノ計算シタル手数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六百十八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ス假差押ニ關スル民事訴訟法ノ規定ハ破産ノ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一百五十五條ニ該當スル獨逸破産法第六條ノ解釋トシテ同條ニ規定セル保各處分ニ付キ假差押及ヒ假處分ノ規定ノ準用アルヤ否ヤ

ニ關シ學者ノ見解ニ派ニ岐レタリゾキフエルド氏ハ消極的ニ又ゴッセルト「ベ
 ーナルゼン」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
 ハ予輩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
 人的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
 二條(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
 ス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産ノ有無ハ容易ニ
 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ト之ヲ舉テ
 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ケルコトヲ得サ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リト爲サ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タル者ハ
 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フ所以
 ナリ(3)債務者ノ無資力ヲ推定セシムル債務者ノ狀態ナリト謂フ所以
 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ヲ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ヲ容レズ其公認ノ形式ハ決
 定ナリ故ニ家資分散ハ口頭辯論ヲ經ス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ノ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)各別の強制執行ノ結果ニ附帶シテ發生スルモノニシテ一般の強制執行ニ非ナルヲ以テ債權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百一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ルノミ但我民法ハ一般の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の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三八八條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タル者ニ對スルト同シク破産者ニ關スル規定ヲ準用シ従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該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)

第二編 實體規定

第一章 破産債權

破産手續ハ其手續開始ノ當時ニ於テ債務者ニ對シ其財産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權ト稱ス故ニ破産關係ニ於テハ破産債權アルヲ當然

破産法 實體規定 破産債權

ナリトス左ニ之カ性質多數當事者ノ債權物上擔保アル債權及ヒ順位等ヲ略述スヘシ

(一) 性質ハ破産債權ハ其原因カ破産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産上ノ請求權ナリ破産法案第七條獨逸破産法第三條

(A) 財産上ノ請求權 財産上ノ請求權ハ債務者ノ財産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レリトス斯ル財産上ノ請求權ニ非サレハ破産債權タルコト能ハサル理由ハ蓋シ破産手續ハ債務者ノ財産ヲ以テ各債權者ニ平等ナル満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産ヲ以テ辨濟スヘキ金錢的價額アル給付ヲ目的トスル總テノ請求權ハ其内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ズ破産債權ト爲ルコトヲ得ルト雖モ(1)父ヲ定ムルコトヲ目的トスル請求權民法第八二一條離婚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ノ

如キ財産關係ヲ内容トセスシテ却テ親族關係ヲ内容トスル權利ハ之ヲ破産債權トシテ主張スルコトヲ得ス夫又ハ女戸主カ破産者タル配偶者ノ財産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産者タル未成年ノ子ノ財産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産者ノ財産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産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産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産權(エンゲ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)ニシテ之ヲ他ノ財産上ノ請求權ヨリ劣等視スルノ理ナケレハナリ「コーレル」ヲキルモ一スキ一民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實力ヲ有スル親族ノ負フヘキ財産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産法ノ解釋トシテ其當ヲ得タルモノニ非サルヘシ(2)債務者ノ財産ヲ以テ履行スヘキ給付ヲ目的トセスシテ單ニ債

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産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サ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サ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サ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七百三十三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サシムルコトヲ得ルヲ以テ該債權ハ同時ニ斯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

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其決定アリタル時期カ債務者ノ破産宣告ヲ受ケタル以前ナルト其以後ナルトニ拘ハラズ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獨逸ニ於テハ「ボツセルト民」ハ債權者カ債務者ノ破産宣告ヲ受ケタ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七三三條第二項ニ從ヒ債務ノ目的タル行爲ヲ爲スニ因リテ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

適當ナル財産上ノ請求權カ發生シタルモノナリトノ理由ヲ以テト主張シタリ然レトモ道ハ「フランチング」(ウキルモ一)スキ一(此二氏ハ債務者ハ破産宣告ノ當時未タ債務ノ目的タル行為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「イェグル」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為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定ヲ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サ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税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的ニ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サ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サレハナリ

(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(Sachhaftung)ノ二者アリ對人責任ハ債權者カ債務者ニ對シ其總財産ニ付キ満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權者カ或財產ニ付キ其主體ノ債務者ナルト否トニ拘ハラズ満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ルコトアルモ破産債權ノ原因ト爲ルコ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ザ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權者)隨テ一般ノ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)特定ノ財產ヲ破産財團ニ屬セザ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濟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ザ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過キサルノミ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ク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濟ヲ受クルコト能ハサ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タ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ザ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ルコトアルヘキ債權ヲ有スルモノニシテ組合財産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産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(獨逸破産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額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ヲ利スルコトナシ然レトモ匿名組合員カ斯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産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」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産宣告ノ當時ニ於テハ條件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産手續ニ依ルヘキ旨ヲ主張シタリト雖モ道ハ「イユゲル」シタウ「ブ」氏ノ贊成セサル所ナリ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産ニ在リテハ法人ノ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産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ヲ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者其金額ノ割合ニ應ジ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産手續ニ於テ斟酌スヘキ破産債權ノ額ニ付テハ債權調査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産ニ在リテハ法人ノ債權者ハ其債權ノ全額ニ付キ破産債權者トシテ其權利ヲ行フ(破産法案第一七條獨逸破産法第二一八條第

二項蓋シ法人ノ債權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産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權者ト區別スルノ理ナケレバナリ故ニ無限責任ヲ負フ者ノ破産ニ於テ法人ノ債權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カ配當額ノ割合ニ應シ法人ノ債權者ニ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權ハ他ノ債權ト同シク破産債權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權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産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ズ隨テ之ヲ法人ニ對スル債權ト謂フコト能ハザ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タルモノハ破産債權タルコトヲ訪ケス何トナレハ斯ル配當額ハ持分ヲ增加スルモノニ非ザ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權者及ヒ受遺者ハ財産ノ分離アリタルトキト雖モ其債權ノ全額ニ付キ破産債權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權者及ヒ受遺者ニ對シ總財産相續財産及ヒ固有財産ヲ以テ辨濟ヲ爲スヘキ義務ヲ負ヒ又相續人ノ債權者ノ爲メニシタル財産ノ分離ハ相續人ノ固有財産ニ付キ相續人ノ債權者カ相續債權者及ヒ受遺者ニ先テテ辨濟ヲ受クルノ原因ト爲リ相續債權者及ヒ受遺者ノ爲メニシタル財産ノ分離ハ相續財産ニ付キ相續債權者及ヒ受遺者カ相續人ノ債權者ニ先テテ辨濟ヲ受クルノ原因ト爲ルニ過キザ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權者及ヒ受遺者ハ破産債權者ト爲ラス何トナレハ相續債權者及ヒ受遺者ハ唯相續財産ノメニ付キ満足ヲ受クルニ止マルハナリ破産法案第一九條第二二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)相續財産ノ破産ニ在リテハ破産法案及ヒ獨逸破産法ニ於テ相續財産ニ對シ破産ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ルハ疑ナシト雖モ現行破産法及ヒ佛法系ノ破産法ニ於テハ相續財産ニ對シ破産ノ宣告ヲ爲スコトナシ蓋シ相續財産ハ商

人ニ非ナルヲ以テナリ)相續債權者及ヒ受遺者カ破産債權者ト爲ル蓋シ相續債權ハ被相續人カ負ヒタル債務又遺贈ニ基ク債權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産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權ヲ有スル相續人ハ相續ノ結果トシテ該債權カ消滅セザルトキニ限り破産債權者ト爲ル故ニ相續人ハ相續財産ニ對スル破産ノ宣告前ニ未タ何等ノ承認ヲ爲サス若クハ限定承認ヲ爲シタル場合ニ於テ破産債權者ト爲ルト雖モ(民法第一〇二七條)相續財産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權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産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ザルトキニ限り該出捐ニ付キ破産債權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權者ニ法律上當然代位スルコトヲ得セシメ以テ該債權者ト同順位ニ又ハ之ヨリ劣等ノ順位ニ在ル他ノ債權者カ相續財産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ク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權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權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(破産法案第二三條)民法第九六七條第九九三條第一〇二二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)獨逸破産法第二二五條)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 破産債權ハ破産宣告前ニ發生シタル原因ニ由ル權利ナルコト即チ破産宣告後ニ成立シタル權利ニ非ナル權利ナルコトヲ要ス權利ハ實體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經令權利ヲ發生セシムル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權利ヲ破産債權ト爲スコ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産ニ付キ破産債權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權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ザルノ當然ナル論結ニ過キサルヘシ是ヲ以テ(1)期限附權利即チ破産宣告ノ當時ニ於テ未タ期限ノ到來セサル權利ハ之ヲ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來セサル權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權トシテ期限ヲ附セサル權利ト同シク主張スルコトヲ得ルヤ言フ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、始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履行期ノ到來セサル權利ハ之ヲ破産債權トシテ主張スルコトヲ得蓋シ始期ハ單ニ權利ノ履行ヲ延引セシムル

モノニシテ權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來セサル權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ナレハナリ(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來セサル債權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、奧太利破産法第一四條、英國破産法補則債權調査法第二一條等其理由ハ總破産債權者間ニ於テ平等ノ關係ヲ嚴格ニ維持シ履行期ニ違セサル債權者ヲ害シテ履行期ニ違セル債權者ノ支拂ヲ受タルノ不公平ナル結果ヲ除去シ履行期ニ違セサル債權者モ亦破産手續ニ從ヒテ満足ヲ受タルコ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來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權者及ヒ其他ノ破産債權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ザ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ス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權トシテ之ヲ主張スルコトヲ得ルヤ當然ナリト雖モ確定ノ期限附權利ニシテ利息ヲ生セザ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ヲ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權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テスル無利息ノ權利ニシテ未タ履行期ニ達セザルモノト同價額ニ非サレハナリ是ヲ以テ獨逸破産法第六十五條第二項瑞西破産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産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産法ハ利息割引ノ方法ニ關シ我破産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産宣告後ニ到來スヘキ期限ノ存スル無利息債權ノ破産債權額ハ破産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權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産債權額タル或金額ヲ×トシNヲ券面額トシAヲ年數トシ利息ヲ百分ノ五トセハ前示ノ破産債權額ハ×+ $\frac{5Ax}{100}$ ニ故ニ×= $\frac{100N}{100+5A}$ ノ算式ニ依リ之ヲ容易ニ算出スルコトヲ得日數ニ應ジテ算出スルニハ「キヤ」日數トシ×+ $\frac{5Ax}{100 \times 365}$ ニ故ニ×= $\frac{36500N}{36500+5A}$ ノ算式ニ依リ然レトモ我現行破産法ハ佛國商法ト同シク債務者ノ破産宣告後ニ到來スヘキ履行期ノ存スル無利息ノ債權ニ付キ「スル」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權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産手續ノ進行ヲ遅延セシムルノ虞アルノミナラス履行前ニ於ケル辨濟ハ必スレモ債權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道ハ前述セラル債權者平等保護ノ法則ニ反スル失當ノ立法タルヤ言フ埃タサルナリ是レ破

産法案ニ於テ現行法ヲ修正シタル所以ナリ未確定ノ期限附權利ニシテ利息ヲ生ゼタ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(編逸破産法第六九條)又定期ノ給付ヲ目的トスル權利ニシテ民法ノ規定ニ從ヒ破産宣告ノ當時ニ於テ既ニ權利トシテ成立シ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縱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貸金ノ支拂、保險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レヘキ給付ニ關シ破産債權ト爲ラス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貸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與人、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レ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權利者ノ必要ノ存否及ヒ義務者ノ實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實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續人カ破産宣告前ニ負擔附相續ヲ承認セルコトヲ要スル
 ヤ言フ埃タス等ハ破産宣告後ニ辨濟セラルヘキ給付ニ付テモ破産債權トシテ
 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濟セラルヘキ給付ニ關シ期限附若クハ條件附タルニ
 過キナ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濟
 セラルヘキ給付ヲ目的トスル請求權ハ斯ル權利ノ拋棄ニ過キナレハナリ而シ
 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ク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
 破産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(破産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
 宣告後ニ辨濟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
 フ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應シテ適宜ノ行政事務ヲ爲シ得ルノ利アレト
 モ同一事務ノ處理ニ關シ全國區區ニ歧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テ此二者ヲ折衷シテ最高ノ機關ハ事務ノ種
 類ニ依リ權限ヲ分テ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(註) 權限トハ機關ノ處務範圍ニシテ其範圍外ニ涉レハ一私人ヲ行爲ト爲ル
 力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使テ
 ヘルルコトナシ此使テラレサル又出ツル能ハサル消極ノ側面ノ權限ト謂フ
 第二ノ官治組織及ヒ自治組織ニ依リ行政組織ヲ區別スルトキハ官治組織及
 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

自治組織ノ別アリ官治組織トハ統治者ニ直隷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ヲシテ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シ
 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ナル
 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

官廳ヲ通俗的ニ種種ノ意義ニ解スル者アリ其二三ノ例ヲ舉ケレハ
 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ナルヤ勿論ナリ
 第二 官廳トハ其建築物ト行政事務處理ノ自然人トヲ合シタルモノヲ謂フイ

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 此說ニ依レハ例ヘ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
 今予ノ正當ト信スル官廳ノ定義ヲ舉ゲレハ
 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
 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ス

ル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之カ爲メニ單獨制タルヲ幼クニ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ス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應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タ區區ニ涉ルヘ

カラサルモノニ付テ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モ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要否ヲ決定スル機關トシテノ内閣ノ如キハ此一例外ナラシカ自然人ヲ以テ官廳ヲ組織スルモ官廳トハ自然人ノ滿タス所ノ一團ナルヲ以テ縱令之ヲ滿タス人一時缺タルト雖モ官廳ハ消滅シタルモノニ非サルナリ

第二ニ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サ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ノ其權限ニ付セラレタル官廳ナリ例ハ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ヘキモノナリ

第三 官廳ハ國家ノ事務ヲ處理スルモノナリ此點ニ於テ官廳ハ公共團體ト區別セラ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ノ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ズ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ス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

ヲ爲スモノタルニ過キサルナリ

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ハ主體ヤルニ依リ既ニ前ニ述ヘタルカ如ク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テ得ヘ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說明スヘシ

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ナ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、マイヤー兩氏ノ如キハ命令權ハ官廳ノ觀念ニ必要ナラト曰ヒグ、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産又ハ營造物ノ行政ヲ委任セララル所

ノ官署モ官廳ナリト曰ヘシテバンド氏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」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幣局議決ノ爲メニ設ケラルル樞密院土木會等ノ如キハ官廳ニ非サ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ユ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

命令權ハ固有ノモノニ非スシテ委任ニ依リテ始メテ行使スルモノト得ルモノナリ
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ナリ官廳ハ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サ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妄ニ他人ヲシテ之ヲ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トモ代理ナル語ハ民法上ノ語ト同意義ニ非ナルコトニ注意スヘシ民法ニ在リテハ人格ヲ有スル者カ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ズ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ヲ移動ラザル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モノト爲ルヲ以テ之ニ付キ其責ヲ負ヒ代理セラルル者ハ之ニ關シテ責任ヲ負ハサルハ當然ノ理ナリ然レトモ法律カ單一一部ノ故障ノ爲メ又ハ事務上ノ便宜ヲ爲メ一部事務ノ代理ヲ許スコトアリ此場合ニハ代理セラルル官廳ハ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サシムル當否ヲ判スルノ餘地アリ
 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ヘキナリ代
 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テ規定シタル事項ヲ
 他人ヲシテ代理セシメ得ルヤ否ヤ是ナリ若シ法律カ唯其官廳ニ委任シタル
 非スシテ權限上相當ノ官廳ト思惟シテ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ルコトヲ得之ニ反シテ法律カ特ニ其官廳ヲ指定シテ或事
 務ヲ委任シタルトキハ他ヲシテ代理セシムルコトヲ得ス例ヘハ府縣知事故陳
 アルトキハ書記官之ヲ代理シテ普通知事ノ權限ニ屬スルコトヲ處理シ得ルモ
 府縣參事會ノ議長ト爲ルコト能ハズルカ如シ

第二章 官制

官制ニ形式上ノ官制ト實質上ノ官制トアリ形式上ノ意義ニ於ケル官制トハ唯
 官制ト名ケラレテ發布セラレタルモノヲ謂フ例ヘハ中央衛生會官制衛生試驗
 所官制日本藥局方調查會官制印刷局官制法制局官制傳染病研究所官制警察監

獸學校官制等ノ如キハ實質上官制ニ非ス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ノ官制タルト否
 トニ關セズ又其形式ノ法律タルト勅令タルトニ拘ハラズ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ス此場合ハ其條項モ亦實質的官制タ
 ルモノナリ

調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モ
 一民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羈束力ヲ官廳ニ與フルヲ以テ
 法規ナルコト疑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サズ唯行政上ノ便宜ヲ爲メ事
 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テ
 定マレル事務ノ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

ス而シテ權限ヲ新ニ官制ニ依リ創設スル場合ニハ何人カ人民ニ對シテ命令權ヲ行使スルヤヲ定ムルカ故ニ法規ニ非スト謂フヘカラス故ニ絕對的ノ非法規說ニハ贊成スルヲ得ス元來官制ハ通常二箇ノ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ナリ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テハ他ノ法令ニ由リテ定ムル事務ヲ單ニ官制ニ由リテ分配スル場合ハ法規ニ非サ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テ決定スヘキモノナリ然レトモ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ルモ然ラサル我國ノ如キニ於テハ實用上左程必要ナラサルナリ

官制制定權 (Organisationsrecht) 我憲法第十條ニハ天皇ハ行政各部ノ官制ヲ定ム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コトトシテ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ダ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コ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ヲ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コ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コトヲ示セルモノナリ而シテ大權ハ天皇親ラ之ヲ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サルヘカラスト此論ニ依ルトキハ末文ノ他ノ法律云云ノ文字ハ贅文ニ屬スルモノナリ又他ノ一說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外例外ニ屬スト然レトモ此解釋ハ掲ケタルノ過去勅令ニ重キヲ置キテ文字ニ拘泥スルニ過タルモノト謂フヘシ今官制制定權ハ議會トノ關係ヲ見ルトキハ

(一) 憲法上法律ヲ以テ制定スヘキ官廳ノ官制ヲ定ムル場合ニハ必ス議會ノ協贊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ルニ止マテ其官廳ノ廢止ニ付テハ憲法ヲ變更シタルニ非ラレハ容察スルヲ得ス

(二) 法律ニテ官制ヲ定ムルノ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駁スルヲ得而シテ法律ヲ以テ既ニ官制ヲ定メタルトキハ大權作用ヲ以テ其官制ヲ定ムルヲ得ナルノミナラズ其官廳ヲ廢止スルコトヲ得ナルナリ

(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贊ヲ要ス何トナレハ法律カ其設置ヲ命シタルモノナレハナリ又此場合ニハ法律カ廢止ニ歸スルモ官廳ハ消滅スルモノニ非ス事務ノ消滅セザ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サレハナリ右ノ三點ニ於テ憲法上大權作用ノ官制制定權ハ制限ヲ受タ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」^二「ザイデル」^三及ヒ「スタンゲル」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モ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カ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レタルトキハ官廳ヲ廢止スルコトヲ得然ラザレハ法律ヲ以テ官制制定權ヲ侵スノ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僥スコトヲ得ヘキモノニ非ズレハナリ

官制ト豫算ト豫算ハ直接ニ官廳ノ廢設ヲ定ムルハ效力ナキハ勿論ナリ然レトモ官廳新設ノ場合ニハ新ニ費用ヲ要スルニ由リ其費用ヲ議會カ議決シタルニ非ズ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カ設クシタルトキハ其新官廳ノ費用ヲ必ス可決セサルヘカラサルカノ疑問アリ

或ハ曰ク豫算ハ豫算ナリ官制ハ官制ナリ其關係恰モ條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ヲ定メタル場合ニ議會カ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ザルモ之ヲ不法ト謂フコトヲ得ヌ又其費用ヲ可決セザルモ官制ハ之カ爲メニ其效力ヲ失フモノニ非ヌ官制制定權カ豫算ノ爲メニ制限セラレルト云フハ事實論ニシテ法理上毫無制限ヲ受ケスト之ニ關シ「ボルン」ハ「ク」氏ハ若シ新設官廳ノ豫算ヲ議會カ自由ニ削除シ得ルコトトセハ憲法ハ國王ノ官制制定權ヲ認メテナカラ其實官制制定權ヲ議會ノ權内ニ歸セシ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ヌ政府モ亦其豫算ヲシテ議會ヲ通過セシムルノ責任アリ然レド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ス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ク憲法上ノ大權ニ基ケル既定ノ歳出ハ政府ノ同意ヲシテ帝國議會之ヲ廢除シ又ハ消滅スルコトヲ得スト而シテ既定ノ歳出トハ前年度ノ豫算ヲ以テ定マラタムモノナリト解スル者ア

ルモ豫算ハ一年度限ノ歳入出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歳出ナルモノハ豫算ニ依リ定マリシモノニ非スシテ他ノ方法ニ依リテ定マリタルモノナラザ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ザルヲ得ヌ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歳出ニシテ政府ノ同意ナクシテ廢除シ又ハ削減スルヲ得ザルモノナリ隨テ官制制定權ハ豫算ニ依リ制限セラレルトナク新官制ノ費用ハ議會ニ於テ必ス議定セザルヘカラザルモノト謂フヘシ唯議會ニ於テ豫算ヲ議定セヌ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リ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依キテ以テ其經費ヲ支出スルノ途ナク此場合ニ於テ「ボ」官制制定權ハ間接ニ豫算ニ依リテ制限サレルモノト謂フヘシ然レド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歳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ルモノト爲セルカカシ

第四章 官吏

第一節 官吏ノ性質

官吏ニ廣狹ノ二義アリ之ヲ廣義ニ云フトキハ統治機關即チ官署官廳營造物等ヲ主ト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モ包含スル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レ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ノ人ナリ

今參考ヲ爲メ左ニ官吏ニ關スル二三ノ學者ノ定義ヲ掲ケレハ

シニエルトニ氏曰ク官吏ハ官職ヲ委託セラレタル者ナリヨニニシニ氏曰ク官職ヲ掌スル者ハ官吏ナリトイヘト氏曰ク君主ニ隷屬シ永續的勤務ヲ給付ス

ル者ハ官吏ナリホルンツク氏曰ク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ヲ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サルモノナリ然レトモ俸給ヲ受ケ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ク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

附言ハ官吏ト官廳 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一ニ歸スルモノナリガライス及ヒプロオレ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テ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

タルノ權利ヲ有セリ然レトモ俸給ナキモ官吏タルヲ妨ケス名譽領事ノ如キハ其一例ナリ

(二) 永續 「シニルツエニマイキー」リヨシチ「ゲルバ」等ノ諸氏ハ永續ラ官吏ノ要件ト爲スカ如キモ永續セサル一時若クハ任期ヲ有スル者モ亦官吏タルニ妨ケサ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ノ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、嶺山等ニ從事スル官吏或ハ書記、會計、登錄、官吏等モ總テ官吏中ニ包含セラルルモノナリ

(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ハ命令ヲ器械的ニ執行スル者タルト問ハス總テ官吏タルモノト謂フヘシ

第二節 任官

第一款 任官ノ性質

官吏ノ關係ハ初メ私法的ノモノト思考セラレ隨テ官吏任命ノ性質ハ私法上ノ契約、雇傭契約委任契約、無名契約等ナリト認メラレタルモ「ギョ」ンナ氏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ク臣民ノ服從義務ニ基クモノトセリ氏曰ク臣民カ國家ニ對シ行フ所ノ勞動ハ國務ナリ其國務ノ遂行ハ臣民ノ服從義務ニ基クモノ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ヘ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唯例外タルハ外國人ノ任命ナ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スルモノトス次ニ「ギョ」ンナ氏ノ說ニ對シ其臣民ノ服從義務ニ基クコトヲ批難スルモノトス次ニ「ギョ」ンナ氏ノ言ノ如シ然レトモ官吏任命ノ契約ニ非サルコトハ「ギョ」ンナ氏ノ言ノ如シ然レトモ官吏任命

命ハ散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職務ニ從事セシムルコトヲ得ス故ニ任命スルニハ官吏タルハ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為所謂公法上ノ契約ナリトス其關係ニ對シテハ...

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職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ハ任命者ニ對シ其一身ノ利害ニ關シ僮人の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サルヘカラサルニ在リ又任命ハ公法上ノ行為ナルヲ以テ縱令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ナ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 報

○贈賄ノ隱蔽ト偽證罪 日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ルニキキヤ否ヤニ付ナハ學者間ニ議論アル所ナルカ今日ニ於テハ有罪說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件ニ付キ證人トシテ宣誓ヲ爲シタルトキハ自己カ贈賄ヲ爲シタルコトヲ告白スルノ義務アリキ若シ之ヲ單ニ證言ニ義務同第二一八條以下ノ方面ヨリ觀察スルカ若クハ何人ト雖モ罪ヲ犯スコトヲ得サルノ點ヨリ言フトキハ縱令自己カ目前ニ於テ線綫ノ身ト爲ルモ眞實ヲ申述セザルヘカラスト論スルニキカ如シ然レトモ法律ハ何レノ場合ニ於テモ自己ノ罪惡ヲ告白スルノ義務ヲ認メザル點ヨリ觀察スレバ自己ノ贈賄ヲ隱蔽スルモ刑法上何等ノ責任ナキモノト論斷セザルヘカラサルカ如シ是ヲ以テ名古屋控訴院ハ贈賄ヲ爲シタル罪トナシテ證言即チ收賄者ハ收賄ヲ爲シタルモノトニ非スト證言シタル偽證事件ニ對シテ元來嘉作收賄人ハ自ラ其罪ヲ告白シタル爲メ解追

ヲ受ケ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
モ之ヲ知ラサル理ナク、隨テ證人トシテ事實ヲ隱蔽スルノ嘉作ニ利益ナキヲ知
ルヘキ管ナレニ拘ハラヌ敢テ不實ノ陳述ヲ爲シタルハ其意嘉作ヲ曲庇スルニ
アリタリト云ハシテハ事ハ自己ノ災害ヲ免レントスルノ念ニ出ラタリモノ
トモ認定スヘカヲナルニアラズ、即チ被告カ嘉作ノ輕罪ヲ曲庇スル意思ヲ以テ
偽證ヲ爲シタリト認ムヘキ證據十分ナラストノ理由ヲ以テ被告ニ無罪ヲ言渡
サレシヲ檢察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カ人ヲ曲庇若クハ陷害スルニアラサルモ現實被告人ヲ曲
庇若クハ陷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陷害スル意思ナキモノト云フヲ得ス故ニ假令被告
カ自己ノ惡事ヲ隱蔽スル目的ヲ以テ不實ノ陳述ヲ爲シタ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メ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隱蔽センカ爲メ不實
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
ナルコトヲ知ラサル管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據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七月十一日一五九七號
聯合部)此判決ノ如クモ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サルヘカラスト云フノ結果ヲ來スヘク甚ク
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叮嚀ナル説明ヲ與ヘテ曰ク刑
法第二百三條ニ所謂官文書トハ官吏カ其職務ノ執行上法令其他所屬官廳ノ執
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

へ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〕性質ヲ有スルモノトス而シテ官文書偽造行使罪
 ヲ斷スルニ當リ偽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
 認ムルコトヲ得ヘク一般ノ法律命令ニ別段ノ規定ナキモノ即チ官廳ノ内違慣
 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サルヘカ
 ラス下(大審院明治三十五年(乙)第八六四號判例專賣法違犯及官文)

官文書ノ種類ハ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〕性質ヲ有スルモノトス而シテ官文書偽造行使罪
 ヲ斷スルニ當リ偽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
 認ムルコトヲ得ヘク一般ノ法律命令ニ別段ノ規定ナキモノ即チ官廳ノ内違慣
 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サルヘカ
 ラス下(大審院明治三十五年(乙)第八六四號判例專賣法違犯及官文)

法學志林

第三十八號

每月一、四、十五日發行
校友、生徒、親戚外生二種
一冊每冊價銀共金九圓
十冊則價銀共金八十八圓

志林

○最近判例批評 法學博士 梅 謙次郎
○學務院判例ノ裁判員ノ人選ノ規定ニ就テ
○裁判員ノ爲メニ委任シタル代理人ノ性質ニ就テ
法學士 松岡義正

議論

○外國會社
○學定ノ人ニ對スル口頭ノ應答表示 I. Y. 生
○團體ノ減少、人権ノ保護
○本邦輸入税關ノ申出ノ權利
法學士 信岡雄四郎

批評

○本邦輸入税關ノ申出ノ權利
法學士 遠藤忠次

解疑

○公債法草案ノ施行ニ對シテ
法學士 遠藤忠次

其他

○一人ニテ職權ノ發動、其實行ノ當否ニ就テ
法學士 谷野 格
○裁判ノ時ニ使ワラルル證據ノ效力
法學博士 梅 謙次郎

發行所 **和佛法律學校**

明治三十五年十二月廿八日印刷
明治三十五年十二月廿九日發行

(定價金貳拾五圓)

發行所 東京市牛込區中區北町十番地
藤 原 敬 之

印刷所 東京市牛込區外區三番地
小 峯 康 信 齋

印刷所 東京市芝區久松町第十一番地
金子 啓 阪 所

發行所 司法省
指 定 和佛法律學校
(電話番町百七十四番)

(明治二十二年十二月九日內務省許可)
(明治三十五年十一月四日第三種郵便認可) 每月十九日、廿三日、廿七日、廿九日發行
(三月廿五日、六月十八日、九月廿一日、十二月廿三日、廿五日、廿七日、廿九日發行)