ないから解釋の參考には供し得べきも、法の解釋の全部とは爲し難い。依つて現行法の解釋としては未成年者、婦女は勿論何人も檀家たれば寺院の檀家總代たる資格ありと謂はねばならぬ。但し宗教法案は總代缺格を定め、(一)年齡二十歲未滿の者、(二)禁治產者準禁治產者、(三)破產者にして復權を得ざる者の三者を揭げて居る(第七九條)。其當否は別に論ずる。

第三項　檀家總代の選定方法

檀家總代を定むる方法の二要件は選擧と届出とである。選擧は當該寺院の檀家の多數の意思を尊重する方法で、檀家は之れに依つて總代を通じて間接に寺院の事務に參與する實際上の途を得る。届出は此の選擧の結果を寺院より所轄市町村役場に報告して、總代の何人なるかを明白ならしむることである。以下之を分說しよう。

一、選擧

前揭內務省達乙第三三號に「檀家中云々相應ノ財產ヲ有シ衆望ノ歸スルモノ三名以上相選ヒ云々」と規定するに依つても明白なるが如く、檀家總代は檀家中より選出せられたることを要する。選擧せられざるに總代は存し得ない。故に通俗に世話人と稱し又は總代の名を用ひ實際上寺院の事務に參與するも、單に住職其他一二の者の意見にて定めた者はこゝに謂ふ寺院の機關を構成する檀家總代と法律上云ふことを得ない。(註一)

註一　同趣旨判決、四五年(ヲ)一三五號大阪地方、民三、新聞八二二號、「單ニ住職其他一二ノ者ノ意見ニ基キ推擧セラレタル者ノ如キハ假令事實上寺務ニ參與スルコトアルモ檀家總代タルノ資格ナキモノカ寺院ノ債務負擔契約ニ檀家總代トシテ連署スルモ法律上檀家總代ノ連署ナキト同一ニ屬スルヲ以テ其契約ハ寺院ニ對シテ何等效力ヲ有スルモノニアラサルナリ」。5年六月一四日、東控一、新聞一一五七號、要七卷「住職ヨリ總代タランコトヲ求メラレ之ニ承諾スルモ檀徒中ヨリ總代トシテ選ハレタル事實ナキトキハ檀家總代ト云フヲ得ス」。

(イ)　選擧の方法

總代は檀家の選擧によるも、その選擧の準據すべき何等直接の規定もなく又類推援用すべき法規もない。依て選擧の方法の如き全く各寺院の慣行に從つて決する他はない。乍然選擧と謂ふ以上檀家の意思を何等かの方法にて發表せしめ、その發表せられたる意思の多數に依つて總代人を定むべきである。必ずしも投票等の方法に依る要はない。(註二)

註二　參照判決、前揭大阪地方四五、(ヲ)一三五號「明治十四年內務省達乙第三三號ニ依リテ見レハ檀家總代タル者ハ檀家中相應ノ財產ヲ有シ衆望ノ歸スルモノ三名以上ヲ選擧スルヲ要スルコト法文上明白ナルヲ以テ其選擧ノ方法ハ必スシモ現今ノ諸種ノ選擧ニ付テ行ハルルカ如ク投票ノ方法ヲ須フル事ヲ要セサルモ少クトモ檀家多數ノ意思ニ基キ選定セラレタル者ニ非レハ之ヲ檀家總代ト云フコト能ハサルヘク云々」

(ロ)　選擧の性質

檀家總代選擧の法的性質に就ては判例は夙に公法的行爲說を採り、「明治十四年內務省達乙第三三號ハ其文詞上明ナル如ク全ク內務省カ宗教ニ關スル行政上ノ取締ノ爲メニ設ケタルモノナリ去レハ總代人カ寺院ノ財政上ニ關與スルコトアルモ又檀家中ノ互選ニヨル慣行ナリトスルモ總代人ノ設定其者ノ

性質上私權上ニ關セサルモノタル以上ハ本件ノ如キ選擧ノ當否ノ爭ハ司法裁判權ニ屬セス」（三二、五、十、第二民、五巻六六頁）、又「社寺檀徒總代選擧ノ如キハ固ヨリ私法上ノ法律行爲ニ非ス其選擧ニ關スル手續ノ法規ナシト雖モ是レ一種ノ公法的行爲ニ屬ス」（三九、三、二、民十二輯三二三頁及三三、十一、八、同輯一四四一頁）と大審院は判示して居る。要するに宗教行政に屬する公法的行爲なりと解するのである。下級裁判所の判決も全て此說に從つて居る。（註三）

註三　參照判決東京控訴、三八、四、一、新聞二七五號「按スルニ社寺總代ナルモノハ明治十四年內務省達乙第三三號ニ基キ之ヲ選擧スルモノニシテ其選擧ノ違法ナルヤ否ヤ及總代人タルノ資格アルヤ否ヤヲ爭フカ如キハ宗教上ノ事項ニ屬シ私法上ノ決律關係ニ非ス云々社寺ノ檀信徒總代ノ選擧ハ私法上ノ行爲ニ非スシテ公法上ノ行爲ニ屬ス云々」、名古屋控訴、6、二、二〇、新聞一二三三號二九頁、「右達（內務省達乙第三三號）ハ內務省カ宗教事務ニ關スル行政上ノ取締ノ爲メニ設ケタルモノニ係リ決シテ私法上ノ權利義務ヲ定メタルモノニアラス故ニ控訴人カ該達ニ從ヒ信徒總代ニ選擧セラレ同寺院ノ住職タル被控訴人ハ之ヲ所轄村役場ニ届出ツル職責アリトスルモ之ニ關スル訴訟ハ宗教上ノ事項ニ屬シ裁判所構成法第二條ニ所謂民事々項ニアラス」、又東京控訴11、五、六、評論一一巻諸一五〇頁「本件ノ訴旨ハ控訴人等ハ曹洞宗國師寺ノ檀信徒ナルトコロ大正九年四月同寺檀信徒總代ノ改選期ニ際シ被控訴人等ハ控訴人其他ノ檀信徒ヨリ選擧セラレタルコトナキニ拘ラス同寺住職ト連署シテ同寺檀信徒總代ニ選ハレタル旨所轄村役場ニ届出テ爾來同寺ノ事務ニ參與シ來レリトシ右ノ行爲ハ控訴人等檀信徒總代選擧ノ權利ヲ侵害シ延テ控訴人等ノ信スル檀信徒總代ヲシテ同寺ノ事務ニ關與セシムルノ權利ヲ侵害スルモノナレハ前示届出行爲ノ無效確認ト謝罪公告人ヲ訴求スト云フニアリ按スルニ寺院ノ檀家總代ノ選擧ニ關スル事項ハ宗教行政ノ範疇ニ入ルヘク私法ノ支配ヲ受クヘキ事項ニアラサルヲ以テ其選擧手續ノ適否當選届出ノ效力ノ有無若クハ右選擧權侵害ノ有無竝ニ其救濟ニ關スル訴訟ハ裁判所構成法第二條ノ所謂民事ニ屬セサルヤ論ナシ云々」

乍然卑見を以てすれば、是等判例の所說に贊同し能はぬ。

第一、檀家總代の選擧が公法的行爲なりとする判例の理由が明白でない。明治十四年內務省達乙第三三號は決して一讀して總代人の選擧を公法的行爲と解する外なき程明瞭の規定ではない。右達の前段は總代人を選擧して寺院より届出さしむべき旨の規定で、後段は「今後該社寺ノ願届等ハ渾テ連署（總代人ノ）ヲ以可爲差出且社寺收入財產ハ云々其社寺有ニ屬スヘキモノト其神官住職ニ付スルモノトノ豫約每社寺適宜相定平素混亂セサル樣取調方可爲致此旨相達候事」と定め、此規定制定の目的は判例の謂ふ如く內務省が社寺に關する取締の爲めの必要上府縣に達したものであるとするも、其取締なるものの對象となるべきは主として後段にあつて、後段所定の取締を完全ならしむる爲め前提として總代を届出せしむるに過ぎぬ。又立法の目的は解釋の絕對的標準ではない。元來寺院の檀家總代は此達に依つて初めて寺院に存在したものでないことは明白の事實で、現行法規として存在する明治十年太政官布告第四三條、明治五年敎部省達第十二號等を見るも明である。故に明治十四年の內務省達の前段は從來寺院に既に存在して居つた此檀家總代を單に市町村長に届出させんとしたに過ぎぬと見るべきである。「相應ノ財產ヲ有シ衆望ノ歸スルモノ三名以上相選ヒ云々」とは、前述の如く當時の法令の通性として內務省より府縣に對し又間接に寺院に對する訓示的注意的の文字で今日の法令の文字と同價値に解することは誤りを引起す原因となる。決して右明治十四年の內務省達で檀家總代選任行爲の性質を定めたものと解すべきでない。若し然らずとせば一片の內務省達卽ち內務省令で如斯選任行爲を公法的行爲と定める筈はなく太政官布告卽ち今日の法律で決定すべきである。要は檀家總代其者の性質及其選任行爲の性質に依つて解決さるべき問題である。

第二、然らば檀家總代の性質は何かと謂ふに寺院なる私法人の機關である。其權限は後述の如く主として住職の行爲を監査して寺院の利益を保護するにある。恰も公益法人に於ける監事に相當すべき地位に居る。斯る地位に居る者を選ぶ行爲と檀家が檀家總代を選擧する行爲と、等しく公益法人である寺院に付て社員が理事監事を選擧する行爲なりと解するが常態である。社團法人に於て區別しなくてはならぬ理由が何處に見出されるか到底解し難い。

第三、更に根本的に立還つて考察すれば、神道又は佛教が吾が國の國教である場合少くとも公認教であつた時代に於ける解釋とすれば神社又は寺院の機關を定むる行爲を公法行爲なりと謂ふは不當ではない。佛教が吾が國教であつた舊幕時代は暫く措き、明治時代にても五年教導職設置以後十七年教導職廢止に至る間は公認教たる地歩を占めて、寺院は教院の一たる姿を爲して居つた。（註四）故に檀家總代を選任する行爲の如きも此時代に於ては之を公法的行爲と爲すことは理論上認め得ることである。乍然舊幕時代に於て總代を選任する行爲が公法的行爲であつた證左がないに拘らず、公認教時代に之を然く解することは沿革上贊同出來難い。況んや政教分離時代の現今の法制の下に、寺院の機關たる檀家總代の選任を公法的行爲と看做すべき根據は更に薄弱である。明治十四年の前記內務省達を以て假令總代の選任行爲を公法的行爲と公認教時代に解したる論者なりするも、寺院の法制上に於ける位置に至大の相違を生じたる現在に於て尙ほ舊時代の產物たる內務省達乙第三三號を以て佛教を公認教時代と同樣に解することの當を得ぬことに氣付かねばならぬ。

註四　明治五年教部省より諸宗管長に對する達に曰く、「天下大小寺院ハ抑衆庶ヲ教諭スル教院ニシテ其住職僧侶ハ及其教職教師タル事固ヨリ論ヲ待タス云々、今般新ニ大教院ノ設アリ神官僧侶爰ニ從事ス就テハ自今各宗寺院ヲ以凡テ小教院ト心得各檀家ノ者ヲ集メ勉學爲致候樣可爲專務候條向後其檀家ノ子弟ニ無識無賴ノ徒無之樣篤ク三條ノ意ヲ體認シ衆庶ヲ教導シテ地方ノ風化ヲ賛ケ政治ノ裨益相成候樣可相心得旨夫々末派末院ヘ無洩可相達候事」

第四、私法人たる寺院の機關たる住職の任免行爲が現今尙ほ公法的行爲なりと解すべきは住職に就て述べた如くで、之れは現行法制上より見て非難すべきであるが、明治十七年太政官布達第十九號の存在する限り止むを得ず認めねばならぬ解釋である。檀家總代の選任も之れと同樣止むを得ず公法上の行爲と解すべき根據があるか。明治十四年の內務省達乙第三三號は此の根據とならぬは前揭の如くであるが、一歩を讓つて然らずとして今之を太政官布達第十九號と比較して熟讀玩味すれば、兩者の文字に多大の相違を見出す筈である。而も一は太政官布達で他は內務省達であり、又一は教導職廢止後卽ち佛教の公認教を廢して以後の規定で他は公認教中のものである。到底同一線上に價値を論じ難きは明白である。

以上記述の如く、判例の檀家總代の選擧の性質は私法上の行爲たる性質を有すると解する。

（ハ）　不法選擧と救濟方法

茲に不法選擧と謂ふは檀家總代を選擧した方法が檀家多數の意思を表はす方法と謂ひ得ざる程度に汚影響する不法の存在した選擧を指す。而して斯る不法の選擧のあつた場合に之を救濟する方法に就

ては選擧の性質に對する見解の如何に依て異る。判例の如く之を公法的行爲なりと解する以上、其選擧の當否を爭ふことを直接の目的とする訴訟は司法裁判所の權限に屬せずと云ふ論法となる。前揭明治三二年竝に三九年の大審院判例を始め此趣旨の判決例が可成り多い。（註五）

註五　參照判決、東京控訴、三八、四、一、新聞二七五號「按スルニ社寺總代ナルモノハ明治十四年內務省乙第三三號達ニ基キ之ヲ選擧スルモノニシテ其選擧ノ違法ナルヤ否ヤ及總代人タルノ資格アルヤ否ヤヲ爭フカ如キハ宗教上ノ事項ニ屬シ私法上ノ法律關係ニ非ルヲ以テ司法裁判所ニ於テ受理審判スヘキモノニアラス故ニ本訴ハ不當ニシテ被控訴人ノ妨訴抗辯ハ理由アリ」名古屋控訴、6、二、二〇、新聞一二三三號「故ニ控訴人カ該達ニ（明治十四年內務省達乙第三三號）從ヒ信徒總代ニ選擧セラレ同寺院ノ住職タル被控訴人ハ之ヲ所轄村役場ニ屆出ツル職責アリトスルモ之ニ關スル訴訟ハ宗教上ノ事項ニ屬シ裁判所構成法第二條ニ所謂民事事項ニアラス從テ司法裁判所ノ裁判內ニ屬セサルモノトス」東京控訴、11、五、五、評論一一卷、諸一五〇頁「按スルニ寺院ノ選擧ニ關スル事項ハ宗教行政ノ範疇ニ入ルヘク私法ノ支配ヲ受クヘキ事項ニアラサルヲ以テ其選擧手續ノ適否當選屆出ノ效力ノ有無若ハ右選擧權侵害ノ有無竝ニ其救濟ニ關スル訴訟ハ裁判所構成法第二條ノ所謂民事々項ニ屬セサルヤ論ナシ而シテ通常裁判所ハ特別ノ規定ナキ限リ民事々項ニアラサル宗教行政上ノ事項ヲ審判スルノ權限ヲ有セサルヲ以テ原裁判所カ檀信徒總代ノ當選屆出ノ無效確認竝ニ同選擧權ノ侵害ニ對スル救濟ヲ目的トスル本件ニ付キ裁判スルノ權限ヲ有セサルモノトシテ訴ヲ却下シタルハ相當ナリ」

勿論此說に於ても檀家總代の選擧の當否を直接に爭の目的とせずして主たる私法上の爭を決する前提として選擧の當否を判斷することは司法裁判所に於て爲し得る所であると說いて居る。卽ち判例も「社寺檀家總代選擧ノ如キ固ヨリ私法上ノ法律行爲ニ非ス其選擧ニ關スル手續ノ法規ナシト雖モ是レ一種ノ公法行爲ニ屬ス然レトモ其當選人ノ資格ノ有無ニ因リ本件ノ如キ私權ニ關スル管理行爲ヲ爲シ得ヘキモノナルヤ否ヤニ付テハ司法裁判所モ其資格上之カ調査ヲナスヲ妨ケス」（三九、三、二、第十二輯三二三頁）と謂つて居る。

而して此選擧に就て公法行爲說を採る者は不法選擧は無效に非ずして取消し得べきものとの見解を抱くに至るは當然で、斯くの如きは公法的性質を有する選擧に共通の理論である。從つて右明治三十九年の大審院判決中にも「既ニ私法上ノ法律行爲ニ非サル上ハ一旦或ル手續ヲ取リ改選ヲ擧行シ當選人タルヘキ者ヲ其所轄廳ニ屆出タルモノナレハ縱シヤ其選擧ノ手續上違法ノ點アリトスルモ斯ハ取消シ得ヘキニ止マリ之ヲ無效ト爲スヲ得ス是其性質上然ルヘキモノタルコトハ他ノ選擧ノ規定ニ照スモ其法理自ラ明ナリ然ルニ原判決ハ其理由中ニ『被控訴人ハ村役場ヨリ取寄セタル改選屆書ヲ援用シテ明治三十八年三月十九日青柳勝太郎、同藤十郎渡邊作五郎ノ三名適法ニ改選サレタルヲ以テ云々主張セリ然レトモ控訴人ハ此改選ハ檀家全體ニ通知セスシテ執行サレタル不適法ノ改選ナリト論斷セサルヲ得ス云々改選ノ手續不適法ナル以上ハ其改選屆モ亦無效ナルコト辯ヲ俟タサルカ故ニ云々』ト說示シ該改選ヲ無效ナリト斷定シタルハ上告論旨ノ如ク法律ヲ誤リタル違法ノ判決ナリ」と判示した。

右は判例に依る檀家總代不法選擧の救濟方法と不法選擧の效果に就ての見解であるが、總代の選擧の性質に付て既に判例と所說を異にする卑見より立論すれば、右の點は全て反對の論決となる。卽ち選擧自體が私法上の行爲であると解する以上其選擧に不法あれば原則として司法裁判所の判斷を受け得べきものである。而して不法選擧は前述の如く檀家多數の意思を表はす方法と謂ひ得ざる程度に迄影響する不法の存在ある場合を指すものである限り、斯る選擧は無效と解すべきと信ずる。故に其無

效を主張するに依つて利害關係を有する者、例へば寺院又は檀家は選擧無效確認の訴を提起し得べきである。若し斯くの如く解するに非ずして、判例の如く不法選擧に依る檀家總代と雖も取消さるゝ迄は總代たる資格を有するとする以上其取消さるゝ迄の間に檀家總代として爲したる行爲は有效と謂はざるを得ざる結果、

(1) 實際上より見て甚だしき不都合を生ずる、元來檀家總代の不法選擧は其因住職の對寺院關係に於ける私益伸張の打算に出づるものなるを實例とすれば寺院の債權契約に檀家總代の同意を要件として寺院住職の私益防遏の目的を以て制定せられた明治十四年太政官布告第四三號の如きは其實效なきに至るべく、（註六）其他檀家總代の同意を必要とする寺院財產處分行爲に關する明治六年太政官布告第二四九號及明治九年內務省達第三號の如きに於ても其立法の目的の大半を逸するに至るものと謂ふを得べきである。

註六　參照判例、二五、三、七、判決錄二五年一卷一六四頁、「原審タル東京控訴院ノ判決要旨ハ乙第二號同第四號ニ據レハ富士山藤二郎及速水祇明ハ明治二二年中要津寺ノ檀中總代ヲ擔任シ居リタルコトハ之ヲ認メ得ヘシト雖モ明治二二年八月ニ至リ要津寺ノ本山ヨリ甲第四號ノ如ク檀家總代選擧ノ規則ヲ定メテ之ヲ達シタル上ハ此達ニ基キ、檀家一同ノ投票ヲ以テ選擧スル歟又ハ本山ノ指名ニヨリテ選定セラレタルモノニアラサレハ檀家總代タルヲ得サルコト勿論ナリ然ルニ右兩名ハ右本山ノ達ニ基キ更ニ檀家總代ニ選擧セラレタル證左ナキヲ以テ其以後卽チ明治二三年三月ニ至リ成立シタル乙第一號證受授ノ日ニハ右兩名ハ要津寺ノ檀家總代タルノ資格ナシ然ラハ此兩名カ檀家總代ナリト名ヲ冒シテ連署セシ乙第一號ハ明治十年太政官布告第四三號及明治十四年內務省乙第三三號達違反ノ證書ナリト云フニアリ云々仍テ案スルニ云々上告人ニ於テ其所轄區役所ノ證明ニ依レル被上告寺要津寺ヨリ已ニ届出アル檀家總代二名以上ノ連署セシ乙第一號公正證書ハ假令甲第四號ノ如ク要津寺ノ本山ヨリ檀家總代規則ヲ定メテ達シタルニモセヨ該達ニ基キ檀家一同ノ投票ヲ以テ選擧スルカ又ハ本山ノ指名ニ依テ選定セシ上其以前ノ届出ヲ取消シ更ニ之ヲ所轄區役所又ハ村長役場ヘ届出テサル限リハ寺僧ノ如キ民事上ノ法律ニ關スル場合ニハ其以前ノ届出アル檀家總代ノ資格ハ依然存在スル故ニ他人卽チ上告人ニ對シ當然有效ナルヲ以テ官布告第四三號は寺院財產の保護な債權者の保護より重視したる如くなれば、右の判例は此點より見るも贊同し難い。

(2) 又理論上より云ふも不條理の結果となる。卽ち檀家總代として市町村役場に届出たる以上、其總代の資格を持續するとせば、其届出も取消も全て住職が現任總代の同意を得て爲す行爲なるを以て、住職と現任總代と結托通謀する限り全く選擧なくして單に届出のみに依て總代は決定することとなり、明治十四年內務省達乙第三三號が「總代人之儀氏子檀家中云々相應ノ財產ヲ有シ衆望ノ歸スルモノ三名以上相選ヒ云々」とした規定の趣意を沒却した不條理の結果が現出する。而も之れに對し卑見の如く無效にして司法裁判所に其確認を訴求し得べしとせざる限り、右の如き不法届出を取消す方法手段が現行法上に於ては存在せずして只徒らに寺院と檀家との實際上の爭議によつて決するの外はなくなる。

二、届出

檀家中より選擧せられたる總代は當該寺院より市町村長に届出づべきことは、前揭內務省達乙第三三號に規定する所で、從つて總代選定の一要件と謂はねばならぬ。宗教法案第八十條にも「檀徒總代

ノ選任解任ハ市町村長（市制第六條ノ市ニ在リテハ區長）ニ届出ツルニアラサレハ其效力ヲ生セス」と規定して此點を明かにして居る。然し斯くの如き届出を總代の資格獲得の要件と爲すことが理論上妥當であるか否かは疑はしい。明治十四年當時の如き佛教が國家の公認教であつて國家が寺院に對し他の宗教以上に保護と監督とを厚くする時代は寺院の檀家總代の決定に對し市町村長に對する届出を要件とするは肯定し得るが、政教分離時代の今日に於て、尙ほ斯くする要は首肯し得ない。一般の公益法人同樣に取扱ひ理事監事と同一に其寺院のみで定めしめて差支へないと思はれる。若し或る寺院の手續上の必要とか又は總代の何人たるかを公示する必要なれば選擧を以て總代を決定せしめ、届は其結果の報告の意味に於て爲さしめるか、又は第三者に對する資格の對抗要件とすれば足りると信ずる。然し現行内務省達の解釋論としては總代資格獲得の要件であると謂ふ外はない。

（イ）　届出行爲の性質

此届出は寺院より其寺院の檀家總代に當選したる者を所轄市町村長に對し届出づる行爲で、選擧の結果の報告的意義を有し、依つて檀家總代の資格を決定する性質の行爲である。而して此届出は選擧の結果を市町村長が公認する爲めの手續上の行爲が、換言すれば寺院より檀家總代たる事の公認を市町村長に求むる行爲の性質を有するものか否か、東京控訴院は二箇の注意すべき判決を此點に付て爲して居る。（註五）公認と言ふことの意味が届出でられたる人が其寺の檀家總代なることを届出を受理したるが故に市町村長に於て一應正當の總代と見ると云ふ意であれば、之れは届出の效果とも謂ふべきで敢て誤りではない。乍然市町村長が届出又は其前提たる選擧の内容に立入つて審査し又は當選人の適否を調査して而して後總代の資格を公認し茲に始めて其者が總代となるもので斯る意味の公認を求むる行爲が此の届出なりと謂ふ意であれば明白なる謬論である。寺院は私法人で檀家總代は其機關である。市町村の機關を構成する人ではない限り公認を求むる要が性質上ないと共に解釋上も届出なる語義より見て、其届出行爲の實質的審査權を届出を受理すべき方面に與ふべき規定が見出されないに不拘届出なる語を斯く解するは異例であり、その異例をこゝに認容する根據は一もない。要するに總代の資格は寺院よりの届出にて確定し、他に何等の手續を必要としない。

註五　東京控訴、四四、三、四、最近八卷一五〇頁、「上告人ハ神社總代タル資格ハ選擧及届出ニヨリ履行スルニアラス村長ノ公認ニヨリ履行スルモノニシテ選擧及届出ハ村長カ其資格ヲ審査シテ之ヲ公認スルノ手段ニ過キス而シテ公認ノ形式ハ神社明細簿ニ登錄スルニアリ故ニ登錄アリタル以上ハ實質上總代ノ資格アルモノト爲スヘク司法裁判所ハ其實質ヲ審査シテ資格ノ有無ヲ判定スルヲ得ヘキモノニアラスト論スレトモ若シ上告人所論ノ如シトセハ總代タル資格ハ一ニ所轄村長ノ公認ナル行政行爲ニヨリテ發生スヘキカ故ニ公認ナル行政處分ハ重大ナル權力行爲ナリト云ハサルヘカラス從テ如斯重大ナル行爲ハ須ラク法令上之ヲ明確ニ規定スヘキ筈ナルニ神社總代ノ資格ニ關スル法令ニヨレハ神社總代ハ氏子ニ於テ之ヲ選擧シ之ヲ所轄役場ニ届出テシムルコトヲ明白ニ規定セラレアルモ右選擧及届出ノ外ニ更ニ所轄村長ノ資格ヲ審査シテ之ヲ爲スヘキ上告人ノ所謂公認ナル公法的行爲ニ付テハ法令中何等ノ觀ルヘキモノナキヲ以テ上告人所論ノ如キ村長カ總代ノ資格ヲ附與スヘキ公認ナル行政處分ナナスヘキモノト解スルヲ得ス云々」。又同院2、5、19、新聞八八三號、二四頁、「神社ノ氏子總代ハ氏子中相應ノ財產ヲ有シ衆望ノ歸スル者三名以上ヲ選ヒ戸長役場ニ届出ツヘキモノナルコトハ明治十四年内務省達乙第三三號ノ定ムル所ナリ而シテ其届出ハ神社ノ願届書ニ連署シテ差出サシムル爲メナルコトハ明文ノ示ス所ナルヲ以テ之ニ因リテ氏子總代タルコトヲ公認シ届濟ノ者ニ非サレハ法律上神社ノ總代タル資格ヲ有セサルモノト解釋スルヲ穩當トス云々」。此二箇の判決は一見相反し一は總代は役場の公認を要せずと

し、他は公認を要する如きも、後の判決は文字簡單にして公認の說明なきも恐くは前の判決の上告論旨の如き意味に非ずして、單に届出を受理したる以上取消さるゝ迄は正當の總代と市町村長に於ては觀ると云ふ程の意なるが如く、特に市町村長の公認なる行政處分を必要とする意に非ざるべく、然れば用語の不注意は兎も角前後兩箇の判決は不一致と爲すべきではない。尙右は共に神社の氏子總代に關する判決であるが、寺院の檀家總代とは同一達に基く同一地位に立つ關係で、性質上同一論決であるから參考と爲すべきである。

（ロ）　届出の方式

檀家總代を寺院より市町村長に届出づる行爲の方式に就ては前記内務省達乙第三三號には直接の規定がないが解釋上全然無方式ではない。檀家惣代は届出によつて始めて總代たる資格を獲得するを以て、届出完了迄は未だ當選者は總代の資格がない。從つて選擧によつて當選者とならざりし現總代は未だ資格を喪失しない。又一方に於ては此届出は右内務省達後段の「今後該社寺ノ願届等ハ渾テ連署ヲ以可爲差出云々」の届に該當するを以て總代は連署しなければならぬ。此連署すべき總代は届出らるべき當選者に非ずして、届出行爲當時未だ資格を喪はざる現任の總代である。故に明治二十四年十二月十日内務書記官通牒管甲第三一號に「明治十四年當省乙第三三號達中各管内社寺總代人ノ儀氏子檀家中（中略）三名以上相選ヒ戸長役場へ届出サセ云々トアルニ付總代人選擧ノ届ニハ別段届出ノ式ヲ定メサルカ如クナレトモ該選擧届モ社寺ノ届ニ屬スルヲ以テ無論神官若クハ住職ト現任ノ總代人ト連署シ届出テシムヘキ筋ニ候條爲御心得此段及通報候也」とあるは、（註五）極めて妥當な通牒である。

註五　同趣旨判決、東京控訴四四、三、四、最近八巻一五〇頁、「又上告人ハ總代ノ届出ニ一定ノ形式ナキヲ以テ原判決カ甲カ乙ノ新任届書ニ總代トシテ連署シタル事實ヲ認メタル以上ハ此事實ハ卽チ總代ノ届出アリタルモノナリト論スルモ總代ノ選擧届モ亦前記内務省乙第三三號達ニ所謂社寺ノ届ニ屬スルヲ以テ明治廿四年管甲第三一號内務書記官通牒ニ謂ヘルカ如ク神官ト現任ノ總代ト連署シテ届出ツヘキモノナルコト勿論ナレハ總代選擧届ハ卽チ右形式ヲ要スルモノナリ」

（ハ）　届出の效果

檀家總代の届出の效果の第一は、届出られたる者をして寺院の檀家總代として適法の資格あらしむるものであることは、最早繰返して述べる要はあるまい。次に元來届出は其性質として前に述べたるが如く、當選したる事實の届であるから前提として選擧のあつたことを推定し得る。（註六）故に選擧の無きことを以て檀家總代の資格なきことを爭はんとする者に立證責任がある。

註六　同趣旨判決、東地、7、4、13、五年（ワ）一二五二號事件、新聞、一四〇二號、「云々右兩名ハ被告寺ヨリ前記契約當時何レモ檀家總代トシテ所轄役所ニ届出アリタルモノナルコトヲ認メサルヘカラス云々」

第四項　檀家總代の資格喪失事由

檀家總代たる資格を喪失する場合は三つある。

一、本人の死亡
二、本人の辭任
三、改選

死亡によりて資格を喪失するは說明を俟つまでもあるまい。又總代は私法人なる寺院の機關である
から辭任を許さざる理由がない。然し總代の資格を喪ふ最も通常の例は改選による場合である。
檀家總代の改選を爲す原因は、次の二つである。

（イ）期間の到來に依る改選

前揭內務省達乙第三三號中に「總代人ハ滿三年毎ニ改選シ市町村役場若ハ戶長役場ヘ屆出シムヘシ」
と規定して居る。總代の資格は選擧と屆出の二個の要件を具備して始めて之を獲得するものである關
係上、之を喪失する場合に改選と屆出とを要件としたものと解すべきで、右は其改選の時期を定めた
ものである。從つて通常の場合に於ては總代の任期は滿三年と謂ひ得る。然し三年とは本來改選に就
いての時間であるから三年毎に改選を行はざる場合には單に三年の期間の經過に伴ひ總代の資格は當
然喪失すべきものでない。此點に就ては判例も同說を採つて居る、卽ち「明治十四年內務省達乙第三
三號（明治二十四年同省乙第三三號ノ增補ニ係ル）ハ社寺總代人ハ滿三年毎ニ改選シ市町村役場若クハ
戶長役場ニ屆出シムヘキコトヲ規定シタルニ止リ總代人ノ資格ハ改選ナキニ拘ラス滿三年ヲ經過スレ
ハ當然消滅ニ屬スヘキコトヲ規定シタルモノニアラス故ニ原判決カ總代人改選ノ事實ナキコトヲ認メ
以テ三年經過スルモ其資格ヲ失フモノニアラスト爲シタルハ相當ナリ」（三五、四、二四、第八輯四卷
民一〇〇頁）と。尙ほ明治三十八年十月二日內務省宗教神社局通牒宗甲第二一號も同一趣旨である。
卽ち、

社寺總代人新舊交替期ニ關シ左ノ通リ決定相成候ニ付御承知相成度依命此段及通牒候也

一、社寺總代人改選ニ關スル明治二十四年本省訓令第八號ハ總代人改選ノ時期ヲ定メタルモノニ
シテ其任期ヲ定メタルモノニアラス從テ一旦當選ヲ屆出タル總代人ハ其當選ヲ屆出タル日ヨリ起
算シ滿三年毎ニ改選セシムヘキハ勿論ナリト雖モ後任者ノ當選屆出ヲ爲ササル間ハ其三ケ年ヲ經
過セルノ故ヲ以テ當然總代人タル資格ヲ失ヒタルモノトナスヲ得ス（明治二十四年內務省訓令第
八號は明治十四年內務省達乙第三三號中改正追加に關する件である）。

但し實際論としては檀家總代は寺院財產に對する監査をその重要の職務とするに鑑み、嚴正の監査
を期待し得る人物たるを必要とし爲めに三年毎に改選を爲して住職との結托其他不正の釀生を防止す
る達の趣旨なりと雖も、此改選たる地方長官に於て寺院又は檀家に命令して强制的に執行せしむるの
方法なく、從つて改選することなくして數年又は一生の間檀家總代を繼續する實例乏しからざる實情
は右達の所期に添ふの結果でない。故に立法論としては此點を大に考慮する要がある。

次に右の三年毎に爲す改選は檀家總代各人に就いて謂ふべきもので總代全員に共通すべき同一時期
に改選を行ふものでない。死亡、辭任等に依り總代の定員を缺きたる爲め補缺選擧の結果當選して總
代となつた者は補充せられたる前任者の當選時期より通算して三年に改選さるべきではなくて、自己
の當選時期より三年後に改選せらるべきものである。故に總代各人の改選期を異にすることあるは敢
て異とするに足らぬ。（註一）

註一　參照すべき神社宗教局回答がある。卽ち、明治三十八年十月和歌山縣知事照會
社寺總代人新舊交替期ニ關シ本月二日宗甲第二一號（前出）ヲ以テ御通牒ノ趣敬承致候然ルニ本縣ニ於テハ社寺總代人ハ三ヶ年毎ニ一定ノ時期ニ於テ各社寺トモ總テ改選セシムヘキ事ニ規定有之然ル處御通牒中總代人當選ヲ届出タル日ヨリ起算シ滿三年毎ニ改選セシムヘキハ勿論ト有之右ニテハ縣下各社寺總代人改選ノ時期異ナルハ勿論一社寺トシテモ補缺等ノ爲當選シタルモノハ其時期異ナル次第ニ付社寺ニ於テ其改選ノ手數ヲ厭ヒ時期ヲ失スルモノ有之哉モ難計云々社寺總代人ハ假令滿三ヶ年在職ノ有無ニ拘ラス三ヶ年毎ニ一定ノ時期ニ於テ改選セシムヘキ規定ヲ存シ差支無之哉云々
此照會に對する回答は、
社寺總代人ハ市町村役場ニ當選届出ノ日ヨリ滿三ヶ年毎ニ改選スヘキニ付當選届出ノ日ヲ異ニスルモノハ改選期日ヲ同一ナラシムルヲ得サル儀ニ有之候從テ犯罪其他不良ノ行爲アルカ爲メニ臨時改選ヲ命スル場合ノ外在職三ヶ年未滿ノ者ニ對シ改選セシムルハ不相成義ト御承知有之度

最後に改選の場合に前總代人が再三當選することの差支へなきことは當然で、右內務省達にも此旨を規定して居る。

（ロ）　特殊事由に依る改選

右に述ぶる如く檀家總代は三年毎に改選すべきが原則なるも、例外として其期間內と雖も改選を爲し得る場合を前記內務省達乙第三三號中に規定して居る。卽ち「尤モ期限中ト雖トモ犯罪其他不良ノ所爲アルトキハ臨時改選セシムヘシ」と。仍て總代に犯罪又は之れと社會通念上同視し得べき不良の所爲あるときには臨時に改選を爲し得ることが知られる。此處に注意すべきは、右達の文言が「臨時改選セシムヘシ」とあつて一見地方長官が市町村長を通じて寺院に對し總代の改選を命令し得るが如く解し得られることで延いては檀家總代の選擧を公法的行爲と爲す資料と爲し得ぬでもない。乍然元來檀家總代は寺院より市町村長に對する届出行爲により其資格を完全し得るもので、從つて届の性質上市町村長は消極的受動的に其形式を審査し得るに止まり、積極的能動的に届の內容に對する實質的審査の權能を有せざるに鑑み、假令不良の行爲ありとするも此場合に限り特に積極的能動的に總代の實質に立入るの審査權能を承認せざれば肯定し難き改選を命じ得る權限を市町村長に附すると解することは、總代届出主義に對する一大變則にして到底一片の文字の末よりしては承服し能はざる所なるのみならず、現今佛教は公認教に非ずして寺院は教院時代の如く國家事務の一部を擔任せず、寺院の總代は要するに一私法人の監事に相當すべき機關たるに止まるに過ぎないが故に、斯く國家の監督命令を特に認めざるべからざる理由はないものと信ずる。加之假令斯くの如き命令權を肯定するも、之を強制する方法なく實效なき命令に終るべく、之れ決して右達の正當なる解釋とは謂ひ難い。卑見に依れば原則として總代届出の日より三年を經過せざる限り其總代の改選の届出あるも市町村役場は之を受理すべきでないが、犯罪其他不良の所爲を原因として寺院より其總代の改選届を提出したる場合には、事情が當に改選の理由となり得るものであるから、三年以內に於ても改選届を受理し得て、其結果總代人の交替なる法律上の效果を生ずるの義と解すべきものと信ずる。卑見によるも幾分の實質的の審査權を市町村長に認むるものなりと雖も、之れ期間內の改選と云ふ特別の事情による例外としてである。然れども改選届に對する受動的消極的審理たる點は依然異ならない。畢竟前說は市町村長の

總代選擧に對する審査權に大例外を認めたるものであつて、卑見は小例外を認めたるもの、そして屈出主義を一貫せしめんとするものである。

尙ほ此臨時改選の場合に於ては改選の原因が改選せらるべき個人の缺點に由來するものである結果として、再選せられる資格のないことは條理上當然で、右達も斯く規定して居る。

第五項　檀家總代の員數

前記內務省達乙第三三號は檀家總代の最低數を三名と定めた。各寺院は其寺院の都合を以て三名以上幾人にても總代を設けて差支へない。此點は宗教法案も同樣である（法案第七九條參照）。然し必要以上に多數の總代の存在は寺院にとつても之を監督する地方官に於ても考ふべきことであるからして、明治二十四年十二月十一日內務省は訓令第一〇六三號を以て道廳、府縣に次の如く訓令して居る。

社寺總代人之儀ニ付テハ明治十四年七月當省乙第三三號及ヒ同二十四年五月訓令第八號等訓達ノ次第モ有之處該總代人ニ關シ尙左之通心得ヘシ

社寺總代人ノ員數ハ三名以上ノ成規ナリト雖モ徒ニ多數ノ總代人ヲ設置シ之カ爲メ事務ヲ澁滯セシムル等ノ弊害アリト見認ムルトキハ其社寺ノ狀況ニ從ヒ氏子檀信徒ノ多寡ヲ計リ三名以上ニ以テ適宜總代人ノ員數ヲ指定スルコトヲ得

此訓令の根柢をなす思想には、兎角神佛道公認教時代の遺風たる干涉主義の形骸を思はせるものがあるが、元より訓令の如きを以て總代屆出主義の精神を變更し得べき力なく、總代の員數の指定の如き寺院に於て之に服せざる限り何等の實行方法なきものであるが、此等の點を除き一片執務上の注意として見れば地方官に對する訓令の內容としては誠に適當のものと信ずる。

第六項　檀家總代の權限

檀家總代の權限に就ては既に述べた點が少くない。今之を要約し、尙ほ少しく補足すれば、

（イ）寺院の債務負擔となるべき契約を住職がなす際に同意權を有すること明治十年太政官布告第四三號の說明に際して述べた如くである。

（ロ）寺院の財產處分又は之を隨伴する契約を住職が爲すには檀家總代の同意を必要とすること明治六年太政官布告第二四九號及び明治九年教部省達第三號の說明の際に述べた如くである。

卽ち之等の法律行爲に付ては檀家總代は同意權を有し、その行使に依つて寺院財產の保護を計らんとするものであるから、此同意權は檀家總代の寺院住職の行爲に對する監査權なりと謂ふべきである。尙ほ玆に研究すべき一事は檀家總代が總代たるの資格を以て右の監査權の行使として監査權の侵害を理由としたる訴を提起し得る權限の有無に就ての問題である。板倉松太郎氏は之を積極に解して次の如く言つて居る。

神社が其所有財產に付き相手方と爲したる賣買行爲が本來無效なる場合に於ては其神社の信徒又

は氏子は自己の資格に於て右賣買當事者に對し裁判所へ之が賣買契約無效確認の訴を起し得べきなり、則ち明治十年五四三號布告に依れば社寺の財產處分に關しては氏子檀家の承諾は其有效條件とせり、檀家氏子は右の如く社寺の財產處分に關して許否の權利を有するものにて右權利たるや一種の私權として法律の認むる所なるが故に侵害せられたる場合に於ては其保護を求むる爲めに訴權を有するや明かなり。(法學志林十四卷六號六一頁)。

其謂はるゝ所果して明治十年四三號布告に關するものなりや否やは敢て言及せざるも、寺院に付ても同一決論となるべきは必然である。而して此論の趣味ある點は總代たる資格による訴權の肯定である。乍然卑見を以ては次の理由から之れに贊同するを得ない。

(1) 明治十年太政官布告第四三號、明治六年太政官布告第二四九號及び明治九年教部省達第三號は何れも寺院の財產保護の必要より住職の私擅防遏の爲め寺院の債務負擔又は處分行爲等に檀信徒總代の同意を要件としたるものであつて、此同意を缺くときは此等の行爲は寺院の行爲としては當然無效となした。故に無效を主張する利益は寺院にのみあるものと謂はねばならぬ。然らば寺院が無效を主張するは格別、總代が總代たるの資格に於て行爲の當事者に無效の確認を求むることは確認訴訟の要件たる所謂無效の確認を求むるの利益が總代に存しないと謂はねばならぬ。

(2) 殊に太政官布告第四三號の規定の主目的たる債務負擔行爲に付て云へば總代の同意は事後にても可なる上此同意なき限り其行爲は寺院の行爲とならずして住職個人の債務と看做さるゝの效果を發生するに止まるを以て、總代より進んで同意なきこと卽ち寺院の債務として無效なることを訴訟手續に於て主張する權を認むる必要を見ない。

而して總代の權限は斯る監査權に止まり、寺院の代表權に及ばざることに付ては、旣に「住職の寺院代表權」を說くに當つて詳述した如くである。故に假りに檀信徒總代の肩書を以て債務を負擔したるときと雖も之を以て寺債と做し難く、又實際上其借入たる金員を寺院の爲めに消費したる場合と雖も同一論決となる。且つ斯る場合に於ける總代の行爲は之を寺院の無權代理とも觀る能はざるは總代の意思に徵して明白であるから、此場合に於て寺院が總代の負擔した債務に付て債務者となる爲めには其債務を寺院が引受を爲すか又は債務者の交替による更改契約を爲す外途がない。(註一)

註一　同趣旨判例5、7、8、第二二輯民一三六二頁、「原審ハ本訴ニ於テ甲第一號證ニハ訴外中島夏之助外五名カ被上告寺檀徒總代一同借主ノ肩書ヲ以テ連署シ且ツ金百圓ハ右六名カ借受ケ連帶責任ヲ以テ之ヲ返濟スヘキ旨ノ契約文詞アルコト檀徒總代ハ寺院ヲ代表スル意義ヲ有セサルコト及ヒ證人ノ證言トヲ綜合シテ本訴金員ハ被上告寺ノ入用ノ爲メニ訴外檀徒總代一同カ自カラ爲シタル貸借行爲ニ基クニ外ナラサル旨ヲ判示シタルニ在ルコト原判文ノ趣旨ニ徵シ明ナルヲ以テ被上告寺カ本訴債務ヲ負擔センニハ被上告寺自カラ債務ノ引受ヲ爲スカ又ハ債務者ノ交替ニ依ル更改契約ヲ締結セサルヘカラサルモノナルヲ以テ追認ニ依リ債務負擔ノ效力ヲ生スヘキ無權代理ノ法理ヲ以テ此關係ヲ律スルコトヲ得サルハ論ヲ俟タス蓋シ代理トハ直接ニ他人ニ對シ法律上ノ效果ヲ生スヘキ意思ヲ以テ他人ノ爲メニスルコトヲ示シテ自カラ意志表示ヲ爲スノ謂ナレハ他人ノ爲メニスルコトヲ示シタル場合ニ於テモ亦其他人ノ爲メニスルコトヲ示シ且ツ其爲シタル法律行爲ノ效果ヲ生スヘキ趣旨ノ意思表示ハ代理ノ觀念ト相背馳スルヤ自明ニシテ無權代理ノ場合ト毫モ其法理ヲ異ニセサルヲ以テナリ」

又寺院財産を管理するは住職の權限に屬し、總代は之を排して寺院財産管理の權限を有しない。乍然若し住職又は之に代はるべき者あらざる場合に於ては、總代に此權能を許して可なるか甚だ疑ひがある。元來住職に寺院を代表し寺院財産を管理する權能ありとするは之を直接に明定した法規なしと雖も、之を承認する慣習古來より存在して世人は法的確信を以て之を視るが故である。故に若し住職なき場合に於て寺院財産を總代が管理する一時的權能を認むる慣習が存在する場合には、此慣習は別段公の秩序善良の風俗にも反せざるを以て、之に基いて總代に寺院財産管理權を認めて差支へないと信ずる。唯だ此慣習の存在は之れを主張するものに於て立證すべきである。（註二）

註二　參考となるべき東京地方判決、8、11、17、評論六卷諸法四五四頁「仍テ本案ニ付キ按スルニ地代延滯ノ事實ヲ除ク外原告主張ノ事實ハ當事者間ニ爭ナキ所ニシテ各被告ハ大正五年五月分以降ノ地代ハ總テ之ヲ原告寺ノ檀家總代ヨリ委任セラレタル訴外中込寬了ニ支拂ヒタリト主張スルモ檀家總代ナルモノハ住職曠缺ノ場合ニ於テノミ寺有財産ノ管理ヲ爲シ得ルニ過キス然ルニ甲第一號證ニ依レハ大正五年五月二十日原告寺ノ住職トシテ廣瀨憲澄カ任命セラレタルコトハ明カナルヲ以テ原告寺ノ財産ニ關シテハ右日時以後廣瀨憲澄カ專ラ管理權ヲ有シ檀家總代ニ於テ之カ管理ヲ爲シ得ル權限ナキモノト謂フヘク從テ又斯ル檀家總代ヨリ委任ヲ受ケタルニ過キサル中込寬了ハ原告寺ノ財産管理トシテ本件地代ヲ取立テ得ヘキモノニアラサレハ各被告等カ同人ニ對シ爲シタル本件地代ノ支拂ハ原告寺ニ對シテ效力ナシト謂ハサルヘカラス」。但し此判決は何にが故に住職曠缺の場合に限り檀家惣代に寺院財産の管理權を認めたるかの根據を明かにしてゐないことは甚だ遺憾である。

次に檀家總代は寺院の右の如き法律行爲以外の行爲に付ても之れに關與するの權限を與へられて居る。卽ち、

（ハ）寺院より監督官廳に對する願屆等は渾て連署を以て差出すべきこと、明治十四年內務省達乙第三三號に規定して居る。之れは一面寺院の行爲に檀家總代を關係せしめ、以て住職の行爲を寺院の內部的事情に通ずる總代をして監査せしめんとしたに在ると共に、寺院對官廳の關係に於ては寺院の意思の完全なる表示の方法として總代の連署を必要としたものである。此規定の結果として寺院の廢合、境內地域の變更、堂宇庫裡の建設再建及び修繕其他寺院永續財産の事實的處分行爲等には全て總代の連署を以て出願又は伺出でべきである。

宗教法案に從へば、其第七十三條に

一、寺院規則ヲ設定又ハ變更スルコト
二、寺院ヲ合併又ハ廢止スルコト
三、寺院財産ヲ處分シ若クハ擔保ニ供スルコト
四、負債ヲ爲スコト
五、境內區域ヲ變更シ又ハ境內ノ著シキ模樣替ヲ爲スコト
六、境內建物ノ新築改築增築又ハ大修繕ヲ爲スコト
七、其他寺院規則ノ定ムル所ニ依リ必要ナル事項

を住職に於て爲さんとする場合に檀家總代の同意を得ることを要するとした。其同意事項は現行法規の下に於けると大差はないが、唯だ對官廳關係の行爲中より屆を全部省き、又監督官廳の許可又は認可を受くべき行爲に付き檀徒總代故障あるとき若くは故なく同意を爲さゞるときは、住職は其の事由

を具して同意なきに拘らず許可又は認可を申請するの途を開いた（法案第七十四條）。之は總代の權限に對する空前の制限で、立案者は總代の權限濫用に對して痛棒を加へた意嚮であるかも知れぬが、爲めに寺院と總代の法理的本質を忘れた傾きあると共に、實際上に於ては住職の私擅行爲を助長して所謂寺檀の圓滿を破壞するの弊害を誘致することは免れがたい將來の事實であらうと信ずる。

第二篇　寺院住職任免行爲論

序說

本文は私がその研究に多大の興味を有つ日本寺院法、之れを一般的呼稱に從つて少しく廣く言へば宗教法、に對する私見の一端を叙したものである。謂ふ所の日本寺院法とは、吾が國法中、寺院に關する諸法規の研究に際し、此等の法規を總括的に呼稱する攻學上の便宜よりして私の假りに命名したもので、固より夫の Canon law; Kirchenrecht の邦語譯なる寺院法とは無關係である。又玆に住職任免行爲の研究を爲すは、吾が國現代の宗教制度の根源を爲し、且つ吾が國に於ける政教分離主義採用の第一聲と做すべき吾が宗教制度史上の劃時代的法規たる明治十七年太政官布達第十九號がその直接の目的としたるものが此の住職任免に關する規定なりしが故である。卽ち吾が寺院法を研究せんとせば先づ右の布達第十九號より始むべく、布達の研究は寺院住職任免に就ての考察より入るを適當の順序と信ずるが爲めである。私は本論に先つて寺院住職の法的意義と本文の進路目標に付て一言する要を感ずる。

寺院住職とは寺院なる私法人の機關にして、普通の民法上の法人に於ける理事に相當する地位に在る。卽ち寺院なる法人を代表し且つその事務を執行する機關である。但だ寺院には民法施行法第二十

八條あるに依つて民法の法人に關する規定の適用なき爲め、住職の任免が理事の選任解任と異なり、而も寺院の沿革的存在に因つて住職に就き特殊的研究が要求される所以である。而して住職の法的地位は右の如くなる結果として、時々住職なる名稱を使用せずして、寺務管理者、寺務取扱者又は監寺の如き語を以て呼ばるゝ者も、其性質に於て右と異ならざる限り本文に於ける廣く住職と稱する中に包含する。從つて之を歷史的に觀るときは王朝時代に於ける夫の三綱、別當の類は玆に述ぶる住職と大體に於て職務を同じうするを以て、寺院住職の任免の研究は此等の者に迄說き及ぶに非ざれば完全とは謂ひ能はぬ。之れを時間的に謂へば奈良朝時代より現代に至る千餘年の間の長きに亙る一の法制史的研究を待たねばならぬ。乍併私の本文に於ける主眼は現行法下の住職任免行爲の性質に關する解釋と將來に對する立法論的考究に在つて、斯る史的研究にない。これは現狀に於ては寺院法又は所謂宗教法に就いて學界及一般社會は未だ正しき理解と認識とを缺き、而もこの時この乏しき知識と之を補ふに足らざる貧弱なる經驗とを以て此等新法規制定を敢てせんとする勇氣ある文部當局者の宗教法立案に直面して居るが故に、此等の點に對する特殊研究者に取りては、現狀及び近き將來に對する問題に正論と正解との材料の幾分なりとも提供することが先づ何よりも急務なるを感ずるが故である。固より現行法は忽然として存在を爲したるに非ずして、その存在するは、するに至る丈けの沿革あるは當然である。されば本文に於ても寺院住職任免制度の現在及び將來を說くの必要は、勢ひ舊時代の寺院の住職及び之れに相當する寺院の機關の任免制度に就て多少の論及を必要とする。而して私見を以てすれば現行法の解釋論としては明治維新以來の制度に遡れば足り、又立法論を爲すには少しく王朝時代に迄參考資料を需むるを可と信ずる。

第一章　寺院住職任免行爲の性質の研究

先づ住職任免に關する現行の基本的規定に就いて、一應の知識を得、且つ任免行爲の性質に關する在來の解釋、卽ち實際問題として裁判所は如何に之を解したるやを其示したる判決に因りて識り、又學者は此判決を如何に批評したるやを明かにするは、住職任免行爲に對する研究の首途に於ける、先づ問題の輪廓を了知する有益なる順路なると共に、此研究が特殊學究者以外にとりても必要性と價値性とを相當量に於て具有する事を寺院法に對する未知の實際家に認識される便宜となると信ずる。

第一節　住職任免の基本規定

偖て此點に關する現行法とは、卽ち明治十七年八月十一日太政官布達第十九號にして、

自今敎導職ヲ廢シ寺院ノ住職ヲ任免シ及敎師ノ等級ヲ進退スルコトハ總テ各管長ニ委任シ更ニ左ノ條件ヲ定ム。

と冒頭に規定して、從來敎導職制度の時代に於て寺院の住職の任免を後述の如く國家自ら行ひたるを廢し、其寺院の所屬する各宗派管長をして之を掌理せしむることを明確にし、其第四條に、

管長ハ各其立教開宗ノ主義ニ由テ左項ノ條規ヲ定メ内務卿ノ認可ヲ得可シ

とし、佛道管長は

寺院ノ住職任免及教師ノ等級ノ進退ノ事

に關する條項を定むべきものとした、則ち管長は豫め主務省の認可を經たる條規に依りて其宗派所屬の寺院住職の任免を行ふ。之れが現行の住職任免に關する基本的規定である。此の規定よりして私は少くとも二個の研究題目を摘出し得る。卽ち一は住職任免行爲の法的性質に就て、他は任免に關する管長の定むる條規の法的性質に就て——併し後者は前者の解釋によりて多大の影響を受ける必然的關係に立つを以て、勢ひ任免行爲の性質を充分に極めるを順序上當然とする。尙ほ右布達を解する者に對して一言注意すべき事は、前揭の管長の定むる條規に對する認可を爲す者は布達には内務卿と在るも、現行官制の下に於ては文部大臣を指すと爲すべく、これ大正二年四月宗教局は内務省より文部省に遷り、同局にては教派、宗派、教會、教師其他宗教に關する事務を掌るが故である。

第二節　住職任免行爲の性質論

教導職廢止以後に於ける、卽ち現在の吾が宗教制度の下にては寺院の住職は往時と異なり何等國家の公務を、その本來の職務とせざる寺院なる私法人の機關として存在する。而してその任免は明治十七年の布達第十九號に依れば國家より「總テ各管長ニ委任」された如く規定されて居る。故に着眼點を

宗教制度の大局より觀た住職の本質に置くか、又は布達の文言に置くかによりて、其他の種々なる附隨的理由は暫く措くとしても、そこに必然的に任免行爲の性質に對する解釋に相容れ難き二種の潮流が現はれ來る譯である。之れを更に明瞭に謂へば住職任免行爲の性質に對する一說は行政行爲說で、他は非行政行爲說である。

第一項　行政行爲說

之れ各宗管長の行ふ寺院住職任免行爲の性質は行政行爲なりと解する說で、國家が教導職時代自ら行使し來たりたる住職任免權を依然其權利の主體として國家自らに留保しながら、只其行使の直接の擔當を管長に委任したるに過ぎずと說明するものである。卽ち明治十七年太政官布達第十九號は寺院住職任免行爲の性質に變更を加へたるに非ずして、單に行使者に變更を試みたるのみと謂ふ。從つて住職任免行爲は所謂委任行政なりとするものである。此說の根據は既に一言せる如く右布達第十九號の文理解釋に在る。これ現今の通說にして判決例は固く之を支持して居る。今此等の判決例中理由として相當の論據を記載するもの三四を摘錄して、更に此說を識るの資に供する。

大審院、大正七、四、一九、民事二四輯七四二頁、「明治十七年太政官布達第十九號ニ於テ寺院ノ住職ノ任免ヲ各宗管長ニ委任シ管長ハ住職ノ任免ニ關スル條規ヲ定メ内務省ノ認可ヲ受クヘキ旨規定シタルハ同布告達施行以前ニ在リテハ寺院ノ住職ノ任免ニ關スル事項ヲ國家ノ政務トシテ主

務官廳直接管掌シ來リタル所ナルヨリ同布達ヲ以テ其住職任免ノ權ハ尙ホ之ヲ國家ニ留保シ唯其直接管掌シ來リタル所ヲ改メテ其監督ノ下ニ管長ニ委任シテ之ヲ行ハシムルノ趣旨ニ出テタルモノナルコトハ同布達及ヒ明治七年教部省第一號布達同年同省達書第三號竝ニ同十二年內務省乙第三四號達等ノ沿革ニ徵シ明白ナレハ寺院ノ住職ノ任免ニ關シ其ス吾國行政事務ノ一部ニ屬スルモノト云ハサルヘカラス」

大審院、大正六、十二、五、民事二三輯二〇五六頁、「明治十七年太政官布達第十九號ニ於テ國家ハ寺院住職ノ任免ヲ各管長ニ委任スル旨ヲ宣明シ同第四條ニ於テ管長ハ寺院住職ノ任免ニ關シ其條規ヲ定メ內務大臣ノ認可ヲ得ヘキ旨規定セルニ依テ之ヲ看レハ寺院住職ノ任免ニ關スル行爲ハ內務大臣ノ監督ニ屬スル行政行爲ニシテ民事上ノ行爲ニ非スト爲ササルヘカラス然ラハ前示法規ニ基キテ各宗派管長ノ爲シタル寺院住職ノ任免行爲ノ效力ノ有無ヲ確定スルコトヲ主タル目的トスル訴ハ行政行爲ノ當否ニ付キ判斷ヲ求ムルモノニシテ民事訴訟ニ非ス」

東京控訴、大正六、七、一、評論六卷諸二七三頁「明治十七年太政官布達第十九號ニ自今神佛敎導職ヲ廢シ寺院ノ住職ヲ任免シ及ヒ敎師ノ等級ヲ進退スルコトハ總テ各宗管長ニ委任シテ左ノ條件ヲ定ムト規定シ其第二條乃至第四條ニ佛道ニ於テハ各宗又ハ各派ニ管長一名ヲ置キ宗制寺法制定僧侶タルノ分限稱號竝ニ寺院住職ノ任免等ノ事務ヲ司ラシメ此等ノ條規ハ內務大臣ノ認可ヲ經ルコトヲ要スル旨規定スルニ徵スレハ宗敎ハ社會上ノ一大勢力ニシテ人生共同生活ノ一大要件ヲ爲シ寺院住職ノ任免ハ公益上至大ナル影響ヲ及ホスモノト認メタルカ故ニ其任免ノ權ヲ國家ニ留保シ各宗又ハ各派ノ管長ニ委任シテ之ヲ行使セシメタルモノト解スルヲ相當トス」

東京地方、大正五、一〇、三〇、評論五卷諸法三九七頁、「寺院住職ノ任免ハ明治十七年太政官布告第十九號ニ依リ國家ノ行政官廳ニアラサル各管長ノ管掌スルトコロナルヨリ行政事務ニ關スルモノナルカ將タ又私法關係ニ過キサルモノナルカニ付キテハ議論ノ存スルトコロナルモ行政事務ト雖モ國家ハ必スシモ其行政官廳ノミヲシテ之ヲ管掌セシムルモノニアラス或ハ公法人又ハ一私人ニ之ヲ委任シ或ハ又法人ノ機關ニ之ヲ委任スルハ其例必スシモ稀ナラス而シテ今前示布告第十九號ニヨレハ「自今（中略）寺院ノ住職ヲ任免シ及ヒ敎師ノ等級ヲ進退スルコトハ總テ各管長ニ委任シ更ニ左ノ條件ヲ定ム」トアリ更ニ明治十七年太政官達第六十八號カ各宗管長ノ取扱ヲ官吏ニ準シ明治十七年內務省達戊第二號カ各宗管長ニ敎師僧侶ノ現數ノ屆出竝ニ寺院住職ノ進退ヲ其都度地方廳ニ屆出ツヘキコトヲ命シ明治十四年內務省達乙第三十三號カ寺總代人ノ選擧ヲ戶長役場ニ屆出ツヘキコトヲ命シタルニ徵スルトキハ國家ハ住職任免ニ關スル事項ヲ以テ公益ニ至大ナル影響ヲ及ホス關係上其本來ノ性質如何ニ拘ラス行政事務ノ一部トシタルモノナルコトヲ窺知シ得ヘシ或ハ政敎分離ハ文明各國ノ採用スルトコロニシテ吾國モ亦此政策ヲ採用シ前示布告第十九號ヲ以テ政務ト敎務トヲ區別シ宗敎內部ニ關スル事務即チ敎務ニ付テハ單ニ行政上ノ監督ヲ爲スニ止メ全ク各宗派ニ於テ自ラ處理スルトコロニ任スヘキ旨ヲ明カニシタルモノナリト論スルモノア

リト雖僧侶托鉢ノ取締葬祭衆庶ノ參拜等ニ付キ寺院ノ行爲ニ倣フモノノ取締等其事務ノ性質上行政事務ニ屬スルモノナルコト何等疑ノ餘地ナキ事項ト雖行政官廳ニ於テ之ヲ管掌スルコトナクシテ之ヲ各宗管長ニ委任シ(明治十四年內務省達戊第二、三號)僧侶ノ肉食妻帶ヲ禁スル國法ヲ解クモ尙ホ各宗管長ヲシテ其宗派所屬ノ僧侶ニ對シ之ヲ禁スルコトヲ得セシメ(明治十一年內務省達)各宗派ニ付キテハ監督官廳ニ出願處分ヲ要スヘキモノナル場合ニ於テモ各宗管長ヲ經由スヘキコトヲ原則トナス(明治二十二年內務省訓令第二十二號)ニ徵スルトキハ吾國ニ於ケル政教分離ノ政策ハ必スシモ其事務ノ本來ノ性質ニ因リ政務ト教務トヲ分離シ政務ハ悉ク國家自ラ之ヲ處理シ教務ハ單純ナル私法關係ニ止メ各宗派ヲシテ自ラ之ヲ處理セシムト云フノ意ニアラスシテ其ノ事務ノ性質上各宗派ノ內部關係ニ止マラス明カニ行政事務ニ屬スル事務ト雖モ僧侶ノ行爲ニ關スルカ如キ場合ニ於テハ之ヲ教務ト認ムルト同時ニ僧侶ノ進級住職ノ任免ノ如キ宗派ノ內部關係ニ止マル教務ト雖公益ニ重大ナル影響ヲ及ホスモノハ之ヲ以テ行政事務トナシ嚴格ナル監督ノ下ニ置キ只其ニ直接ノ管掌ヲ各宗管長ニ委任スルモノニシテ結局佛教各宗派ノ內部ニ關係アル事項ハ國家ハ監督權ヲ保留スルニ止メ各宗管長ヲシテ一切ノ處理ニ任セシムルノ趣旨ニ過キサルモノナリト解スルヲ至當トスヘシ加之各寺院ハ獨立シテ一個ノ人格ヲ具有スルモノナルコトハ蓋シ疑ヲ容レサルトコロニシテ各寺院ノ住職タルモノハ該寺院所有ノ財產ヲ管理シ一定ノ制限ノ下ニ之カ處分ヲ爲スノ權限ヲ有スルモノナルコトハ明治六年太政官布告第二百四十九號明治九年敎部省達

第三號明治十年太政官布告第四十三號明治十二年內務省達乙第三十九號ニ徵シ明ナルトコロナレハ各宗管長ハ其住職任免ノ行爲ニ因リ第三者タル寺院ノ財產ヲ管理シ或ハ處分スル權限ヲ有スル住職タルノ地位ヲ取得又ハ喪失セシムルコトヲ得ルモノナリト云ハサルヘカラス而シテ私法上ノ範域ニ於テハ何人ト雖其所有權者ノ意思ニ基クニアラサレハ其財產ヲ管理又ハ處分スル權限ヲ他人ニ授與スルノ權限ヲ有スルモノニアラサルハ勿論ナリ元來佛敎宗派カ法律上人格ヲ有スル團體ナルカ否カハ疑アル問題タルノミナラス今假ニ其宗派ニ屬スル寺院僧侶ヲ以テ組織セラルル法人ナリトスルモ當該宗派ノ宗制寺法住職ノ任免ニ關スル條款等ハ各宗派管長カ監督官廳ノ許可ヲ得テ定メタル規定タルニ止マリ一般法人ノ定款ノ如ク寄附行爲又ハ團體構成員ノ合意ヲ以テ定メラルヘキコトヲ必要トスルモノニアラス(前示太政官布告第十九號第四條)又右ノ如キ權能ヲ有スル管長モ寄附行爲又ハ團體構成員ノ意思ニ基キ定メラルヘキコトヲ必要ナリトナサス單ニ各宗管長カ監督官廳ノ許可ヲ得テ定メタル宗制ニヨリ一定セラルルモノタルニ過キス(同布告第二號第四條)而シテ寺院住職ノ任免カ當該寺院ノ檀信徒又ハ檀徒總代ノ同意又ハ承諾ヲ必要トスルモノニアラサルコトハ前示布告ニ徵シ何等疑ナキトコロナレハ各宗管長ハ直接ニモ間接ニモ所有權者タル寺院ノ意思ニ因リ其財產ノ管理竝ニ處分ノ權限アル地位ヲ第三者ヲシテ取得セシムルノ權能ヲ有スルモノナリト云ハサルヘカラサルヘク斯クノ如キ權能カ私法ノ範域ニ屬スルヘキモノニアラスシテ公法關係ニ屬スルモノナルコトハ多言ヲ俟タサルトコロ

ニシテ立法司法ノ何レニモ屬スルモノニアラサルコト亦疑ナキトコロナレハ行政權ノ一部ニ屬スルモノナリト云ハサルヘカラサルハ勿論ナリ以上ノ如ク住職ノ任免ハ其何レノ方面ヨリ之ヲ論スルモ私法上ノ法律關係ニアラスシテ宗派管長カ法ノ委任ニ依リ管掌スル行政事務ノ一部ナリト解スルヲ相當ナリトスヘシ」

尙ほ此點に於て參考とすべき判決例は、東京控訴院、大正六、一一、二九、新聞一三六五號、名古屋控訴院、大正一四、五、七、新聞二四二〇號、東京地方、明治三三年、新聞四號、同、大正五、一〇、三〇決定、評論五卷諸法四〇四頁。

第二項　非行政行爲說

是れ住職任免行爲は前說の謂ふ如く行政行爲に非ずと解するもので、主として現下の宗教制度の體系的觀察より立論するものである。此說の有力なる主唱者の第一は佐々木惣一氏で、その所論の大要は（京都法學會雜誌一三卷、一二號一一九頁以下）

第一に布達第十九號以前は住職の任免は國家事務であつたが其後現今に於ては然らざることは一點疑ない。佛教團體の機關たるものには右の布達で教導職は廢せられた結果今日にては管長と寺院住職のみがある。前者の任免は佛教團體自體にて之を行ひ後者の任免を國家事務として殘したと解するは不當である。卽ち、（一）制度立案の思想より觀察せば佛教團體の機關たる者を任免する者卽任免行爲の主體を其機關の種類に依て異にするは特別の場合で、若し斯る特別必要あれば團體の機關の首腦者たる管長の任免を國家事務とすべきである。（二）規定の方法より立論せば佛教團體の事務として任免せらるゝ管長によりて其團體の他の機關たる寺院住職を任免する行爲は特に明文なき限り其團體の事務と云ふべし。之を國家事務と云はんには寺院住職の行ふ事務が國家事務なる場合でなければならん、而も其然らざることは明白である。

第二に寺院住職の任免行爲は國家以外の者の行政行爲でもない。若し之を國家以外の者の行政行爲と云はんには夫は寺院住職任免を爲す所の管長に依て代表せらるゝ各宗各派の行政事務と云ふ外なく、之れは各宗各派が一の政治團體と考へ得る場合にのみ承認せられる。而も其政治團體に非ざることは明かである。

第三に住職任免は國家の認可を經たる條規により管長が行ふことを委任せられたるが故に行政事務なりと云ふ說の非なる所以は、（一）布達第十九號の法意は布達全體より考察して解すべく委任なる意味に拘泥すべからず。（二）又委任なる文字の意味に付ても、（イ）明治十七年當時の立法者が此文字を今日解する如き正確の意味に解したりとは考へ難く、通俗に所謂「マカス」の義を與へたると見るべし。（ロ）假りに正確の意味に委任なる文字を用ひたりとするも之れにより國家が任免權を留保し管長は單純なる其實行者なりと解するに足らぬ。國家が或る者の爲すべき行爲を他の者に委任すると云ふときは其行爲の主體を前者より後者に移すの義なることがある。故に布達第十九號に委任

の文字ありとて國家を任免行爲の主體とする要はない。

又住職任免の條規は國家の認可を受けたればとて之れに基く任免行爲が國家の行爲に非ざるは猶ほ法人の定款には其機關の選任の規定を設くるを要し、且其定款は國家の認可を受くるを要すればとて法人の機關の選任が國定の行爲に非ざると一般である。

住職任免行爲は行政行爲ならずとする第二の論者は美濃部達吉氏である。其論旨は（同氏著類集許論行政法判例二〇頁以下參照）

第一、現代の我が國法が一般に信教自由の原則を認め國教主義を取らず、國の祭祀を以て國の事業とする外宗教に付ては之を國の事業とせず國家と宗教とを全然分離して居る。然らばそれに關する職員も固より公務を擔任する者でなく私の職員に止まる。從て之を任免する行爲は公の行爲たる性質を有すと見るべきでない。

第二、又布達第十九號により住職の任免を管長に委任するも此文字より見て直ちに住職任免が國家事務とは解し難い。此布達は宗教に對する我が國法の見解が維新後大變遷を見た過渡期の産物で現代の我が國法を理解する標準となすには根據薄弱である。教導職の居た時代は宗教を以て國家事務として國家自ら公の機關を設けて神佛道を教導せしめたるもので、十七年布達は卽ち此國教主義を撤廢して國家と宗教を分離せんとする趣旨に出でたものである。故に所謂「委任」なる文字は敢て國家事務を管長に委任するの趣旨ではなく、寧ろ單に「一任」と云ふ程の意味で國家が自ら之を行はないといふ消極的の意味を示して居るものと見るべきである。委任の文字に拘泥して依然住職任免を國家事務と解するは宗教に關する我が現代國法の一般精神を無視するものである。

兩氏の所說は要するに第一說卽ち寺院住職の任免は國家事務にして任免行爲は行政行爲たる性質を具有すと做す判例に對する批判であつて、其內容は孰れも之を不當とすることに於て一致する。

右にて大體寺院住職任免行爲の性質に關する判例及學說の傾向を識り得た。是に於て私は此等の解釋論の是非を檢討すべき順序となつた。乍併私は其以前に於て少しく過去の住職任免制度を顧るの要を感ずる。それは明治十七年太政官布達第十九號を正しく理解するには其制定を誘致し影響した、それ以前の制度の一應の知識が要求されるからである。前揭の論者は此布達以前に於ては住職任免は國務で在つたと謂ふ。然り乍併私は如何にして國務なりしや其根據を自得することは、布達以後の住職任免行爲の性質を判斷するの重大なる資料として缺く可からざる必要を感ずるが故に、論者の言に賴らずして敢て其沿革を自ら訊さんとする。

第三節　住職任免制度の沿革

現在の宗派、寺院に關する諸制度は多く其端を舊幕時代に發して居る。宗派組織は德川氏の宗教政策の下に於て始めて形を成した。故に寺院に關する沿革的研究は德川時代に遡ることは最少限度に於て必要である。乍併寺院住職任免行爲の性質の研究に就ては少しく事情を異にする。固より舊幕の例

を徴することが任免制度の興味多き研究の對象とは爲るも、例へば住職の選定の如きは或は勅許に依り、幕命に依り、又は奉行、諸侯、本寺本山の命に依り、中には末寺中の推薦、檀那の推戴、前住職の遺志に依り定まる等、寺情次第にて必ずしも一様でないことの結果として、現在の管長が之を任免すると爲す統一的の行爲の性質の解釋の參考と爲すべく徒らに勞多くして功之に伴はざるの感がある。故に後に住職任免の立法論として舊幕の制度を顧ることゝし、今は唯明治以後の沿革を略述するに止める。

明治維新後に於ける最初の寺院住職任免に關する法規は明治元年閏四月二十日太政官より發せられた。

一、諸寺諸山住職之儀是迄朝廷へ願出候向ハ勿論其他舊幕府ニ於テ許狀ヲ受來候諸寺ニ於テモ向後太政官ニ代へ可願出候事

一、諸末寺住職之儀ハ本山ヨリ伺之上本山ヨリ可申付候事

此規定は大體に於て舊幕時代の任免制度を襲用して、新政府の制度に當て嵌めたる迄にて、必ずや當時に於て宗教政策として確固たる主唱に基いて定めたるに非ざるは明白であるが、實に現在の住職任免行爲が行政行爲なりとの議論の根源は、此の不用意の規定中に發したものである。

扨て其後右の本寺本山等住職の任命を太政官代に出願の事は明治三年四月二十日太政官布告にて、

從前之綸旨自今宣旨ニ御改メニ相成候ニ付テハ諸寺官位住職參內等諸願總テ辨官ニ可差出執奏有之向ハ執奏ヨリ可差出事

と改め、又末寺住職に付ては同年八月九日太政官布告を以て、

寺院住職繼目等從來本寺本山ニ於テ取扱來候處自今管轄地方官へ一應掛合之上可取計事

但住僧不行跡不正之儀有之候節ハ地方官ヨリ可及掛合候條本寺本山ヨリ人選進退可取計事

と定めた。此規定にては本寺本山は尙ほ末寺住職の任免權を行使し、只其手續として地方官の意見を求むるものに過ぎぬ。明治四年六月二十七日太政官達は更に一歩を進めて、住職の任免を其寺院所轄の地方官をして行使せしむることゝし、併せて寺格による任免權の行使者が二途に出づるの不便を改め左の如く定めた。卽ち、

今般諸寺院總テ執奏ヲ被廢地方官管轄仰出候ニ付テハ寺格ニ不拘住職繼目等地方官ニ於テ進退可致尤住僧官位願出候分ハ其寺格及勘例等篤ト取調其時々伺出候事

乍然地方官に於て全く獨斷的に自由の所見を以て住職を任免することは舊來の宗教政策より觀れば種種不都合と不便ある結果、明治五年七月三日教部省は第九號を以て、

寺院住職繼目等中本寺以上ヲ除之外自今總テ本寺本山或ハ觸頭等ヨリ薦擧之添願書爲差出各地方官ニ於テ進退致シ每年十一月ヲ限一同取纏メ當省へ可屆出尤中本寺以上寺院ノ住職繼目ハ云々從前之通委詳調書ヲ以其都度當省へ可伺出此旨更ニ相達候事

と達した。卽ち中本寺以上に非ざる寺院住職の進退は右に所定の添願書により地方官に於て處分し後

日一定時に一括して教部省に報告を爲せば足り、中本寺以上は教部省へ照會したる上にて處分すること、爲した。同年八月二十三日教部省達第十四號は更に法類にも住職選定に關與する權能を認めた。

卽ち、

寺院住職繼目等之儀ニ付先般第九號之通及達候處自今諸宗本寺本山ヲ除ク之外總テ本寺法類或ハ觸頭法類ヨリ之選擧添願書爲差出各地方官ニ於テ篤ト調査之上進退致シ云々尤本寺本山之住職繼目ハ云々從前之通委詳調書ヲ以テ共都度當省へ可伺出此旨更ニ相達候事

然らば住職の辭令の如きは國家より交付すべきは當然の順序で、明治七年一月二十七日教部省布達第一號にて、本寺、本山に付ては教部省より辭令を下付することゝ成つた

寺院住職之儀ハ當省壬申（明治五年）第十四號ヲ以及布達置候處今般第八號公布之趣モ有之依テ自今本山本寺之向ハ於當省辭令書相渡候條此旨布達候事

但本文住職出願之手續竝本山本寺ヲ除之外ハ總テ可爲從前之通候事

又中本寺以下の寺院に付ては所轄地方官より住職辭令を下付すること、明治七年三月五日教部省達書第三號の定むる所である。

寺院住職ノ儀ハ本年布達第一號ヲ以相達置候通本山本寺ノ向從當省辭令書相渡候ニ付爾後中本寺以下モ右ニ準シ住職進退トモ各地方官別紙書式ノ通辭令相渡可申此旨相達候事

但住職進退出願ノ手續可爲從前ノ通事

卽ち寺格に依り辭令下附の官廳を異にした。

斯く住職任免權を國家自ら行使するとせばその住職資格をも法定すべきは是れ亦當然にして、同年七月十五日教部省達書第三十一號は、

自今教導職試補以上ニ無之向ハ寺院住職不相成候此旨相達候事

と規定した。元より此達は明治五年以來教導職を置き主として神官僧侶を以て此職に當らしめた當時の宗教政策上より發したるは明白にて、尙ほ後に明治九年十二月十六日太政官布告第一五六號にて「僧尼ト公認スル者ハ諸宗教導職試補以上ニ限リ候」とした結果、右の教部省達は僧侶に非ざれば住職と成るを得ずと云ふ當然過ぎた無意義の規定となり了つた。

次に又明治七年十一月十二日教部省達第四一號にて、

諸宗本山本寺住職ノ節辭令狀當省ヨリ相渡候旨本年第一號ヲ以達置候處右ハ差停自今教導職六級以上ノ者轉住進退ノ節ニ限リ辭令狀可相達候條其都度可伺出此旨相達候事

とし、教部省よりの住職辭令は寺格によらずして住職となるべき者の資格によつて下付することに改め、明治十年九月二十日內務省達乙第八四號但書にて、

但一寺住職之者教導職罷免之節ハ七年七月舊教部省第三一號達書之旨ニ準シ住職ヲモ退任爲致候儀ト可心得事

と規定し、卽ち教導職試補以上たることは住職となるの資格と共に住職の地位を保持する爲めの要件

となつた。又明治十二年七月二日内務省達乙第三四號は更めて住職進退の手續に付て府縣に達する處があつた。

各管下寺院住職進退ノ節辭令書交付ノ儀渾テ相廢シ自今住職進退出願ノ手續等左ノ通相定候條此旨相達候事

但舊敎部省達書中左條ニ牴觸ノ件ハ相廢候儀ト可心得尤敎導職試補以上ニ無之モノ寺院住職不相成儀ハ七年七月敎部省第三一號達書ノ通タルヘシ

一、各宗派內別紙記載ノ寺院住職進退ノ節ハ其選擧方等總テ從前ノ慣例ニ任セ且其進退ニ關係スヘキ者連署該地戶長ノ添書ヲ以テ其地方廳ヲ經由シ當省ヘ可爲願出（寺院名略）

一、其他一般寺院住職進退ノ節モ其選擧方等總テ前條ニ準シ其地方廳ヘ爲願出該廳ニ於テ許可スヘシ

但出願ノ節地方官ニ於テ許可難致事情有之モノハ委詳具狀當省ヘ處分方可伺出

此達の要旨は住職たるの資格を敎導職試補以上とした以外、住職を選定する方法等は慣例に委し、其條件的制限を法令にて定めず、各寺院の慣例を尊重した。

右は維新後より明治十七年太政官布達十九號の發せらるゝ迄の住職任免制度の概要である。而して此時代に於ける任免行爲が行政行爲たる性質を具備するは敢て說明を待たずして明白である。又一面之を行政行爲と爲すことは當時に於ける宗敎制度の全體より通觀して當然たる歸結である。卽ち敎導職制度に於ては神道と共に佛敎は吾が國の公認敎たる地步を占めて居つた。前述の如く寺院住職は敎導職試補以上たることを要件とし、敎導職たる僧侶は三條の敎則所謂、一、敎神愛國の旨を體すべき事。一、天理人道を明にすべき事。一、皇上を奉戴し朝旨を遵守せしむべき事。を衆庶に說くの職務ありて、寺院の性質は、

天下大小寺院ハ抑衆庶ヲ敎誨スル敎院ニシテ其住職僧侶ハ乃其敎職敎師タル事固ヨリ論ヲ待タス云々自今以後各宗寺院ヲ以凡テ小敎院ト心得各檀家ノ者ヲ集メテ勤學爲致候樣可爲事務候條向後其檀家ノ子弟ニ無識無賴ノ徒無之樣篤ク三條ノ意ヲ體認シ衆庶ヲ敎導シテ地方ノ風化ヲ賛ケ政治ノ裨益相成候樣可相心得旨夫々末派末院ヘ無洩可相達候事（明治五年十一月九日諸宗管長ニ對スル達）

斯る目的の寺院に敎導職たる住職の選任は當に國務の一部として行政事項と觀るべき誤りなき論理上の根據を具有する。明治十七年太政官布達第十九號に定むる寺院住職任免行爲は果して之れと同列に行政行爲たる性質ありと論じ得べきや、私は先づ順序として前揭の行政行爲說と其反對論との是非を檢討して後に私見を述べようと思ふ。

第四節　住職任免行爲の性質に關する私見

今行政行爲說を採る判決例の擧げる理由を觀れば

（一）沿革的に論じて布達第十九號は其施行前住職任免は國家事務にして主務官廳の直接管掌し來りたるを改めて國家の監督の下に管長をして直接の行使者となせるものとして、明治七年教部省第一號布達同年同省達書第三號及同十二年內務省乙第三四號を援用して其理由とした。（前揭大正七年大審院判決）乍併住職任免行爲の性質論に斯る沿革的理由は第一說の支持とはならずして、却而反對論に幾分の援を與へるに過ぎぬ、何者明治十七年前卽ち布達第十九號施行前は佛教は吾が公認教たる地位に在つた。（美濃部氏は國教と言ふ）。然らば宗教事務は國家事務の一部にして教導職試補以上たる事を要件とする寺院住職の任免が又行政行爲たる性質を具有するは、固より當然の事理である。判例引用の七年教部省達一號が本寺本山住職の任免に對し教部省にて辭令を下付する事を、又同年教部省達書第三號が右以外の一般寺院住職の進退にも地方官にて辭令を交付すべきを定め、十二年內務省達乙第三四號が且つ此辭令の交附を廢して特殊寺院は內務省、其他は地方廳へ關係者連署の上の願出としたるは皆當時に於ける宗教事務の性質上當然の規定である。然るに布達第十九號は教導職を廢止して所謂政教分離制度採用の法制上の第一聲を揚げたもので、布達以後宗教事務が國務の一部たらざるは洵に明白で、第二說の論者の一致指摘する如くである。宗教が國務たりし時代の制度及び法規が寺院住職の任免行爲を國務とせる事實より推論して、宗教が國務に非ざる時代の制度及法規の下に於ける任免行爲の性質が以前と同一なりと謂ふ議論は、其れ自體に於て誤りありと非難さるべき理由を藏して居る。故に沿革論によりて布達第十九號の任命を行政行爲と論斷するは非である。

（二）宗教は社會上の一大勢力にて人生共同生活の一大要件を爲し寺院住職の任免は公益上至大の影響を及ぼすと認めたるが故に任免權は國家に留保すと論じた說がある（前揭、大正六年東京控訴院判決）。然らば同樣の議論は基督教の教會の牧師に付ても認めねばならぬ。信仰自由主義と政教分離主義を根柢とする吾國現代の宗教政策は全ての宗教に對して平等であるべく、共間に待遇の輕重あるべき道理がない。又斯樣の理由を肯定すれば、一切の學校又は病院に於て其首腦者の選定に對して同樣の說明を承認するの餘義なき結論に到達する惧れがある。然らば布達第十九號を此くの如き見地に立つて解する事は、住職任免行爲を行政行爲と爲す資としては極めて不充分である。

（三）前揭大正五年東京地方裁判所は更に數個の理由を付加した。乍併其擧ぐる諸點は何れも迂遠にして住職任免行爲を國務なりと判斷する材料として直接に强く人を承服せしむる說得の力なきを遺憾とする。例へば十七年太政官達第六八號、同年內務省達戊二號及十四年內務省達乙第三三號の羅列が、何故に住職任免行爲が國務たるかを判決の謂ふ如く窺知せしむる資とすべく餘りに無關係である。管長の身分の儀を總て勅任官取扱の例に依れりとて、又依らざればとて、只それは管長の儀禮上の待遇方を定めたる迄であつて、その爲す寺院住職任免行爲の性質を左右する價値はない。其他の規定に付ても亦同樣なれば多く述ぶるの徒煩を敢てせぬ。又吾が政教分離主義

は必ずしも其事務の性質に依り政務と教務とを分離したるに非ずと云ふも、元より政治上の原則たる此主義の採用に僅少の例外の存在は否定し難い。然れどもその例外の存在には之を首肯せしむる丈の理由の存するを要するは自ら又明である。判決の掲ぐる十四年内務省達戒第二及三號は何れも教導職時代の法規にして、未整理の儘取殘され纔に餘命を保つものにして十七年政教分離主義採用前の遺物である。然らば例外たるは當然にして、以て一般を推論する資となすに足らぬ。又十一年内務省達を以て管長は宗派所屬僧侶に對し肉食妻帶を禁じ得るとなした事例は教導職時代の制定ながら、此管長のなす禁止は其時以前、更に明瞭に云へば舊幕時代に於ける僧侶の破戒を犯罪として取扱ひたる意味に於ける禁止とは全然性質を異にし、一種の宗派内部の事項なれば管長の適宜に任すこと當然にて、毫も政教分離に對する例外的存在ではない。要するに、若し住職任免行爲が國務として政務分離の例外的事例たる存在を示さんが爲には、公益に重大なる影響云々の理由（其不充分なる前揭の如し）以外に更に動かし難きものを求むる要がある。又右判決は後段に於て管長の任命により寺院財産の管理又は處分の權限ある地位を他人に得喪せしむるは公法關係以外に想像し難しと云ふも、住職任免は私法人たる寺院なる法人の機關を決定する一方法に過ぎぬ。公益法人が定款又は寄附行爲にて理事の選定を第三者に委したる場合、此第三者の爲す理事選任が公法關係なりと論斷する必然性は存在せぬ。現在に於て寺院には定款寄附行爲に相當すべきものなければ、只理事に該當する住職の任免に就いて布達第十九號は其補充的役目を果すに過ぎない。寺院財産の管理又は處分の如き其地位に附隨する權能であつて元より其任免の直接效果ではなく、理事に該當する地位取得の結果に過ぎない。多く謂ふに足らずと信ずる。

（四）　最も有力なる根據は布達第十九號の文字の解釋論とする。（前揭、大正六年大審院判決）。布告の表面解釋として「委任」なる文字を重視すれば住職任免行爲を行政行爲とする說は兎も角も一應の理由を有つ。乍然寺院及宗派に關する古き法令を字義のみによりて解釋することの危險にして、實情に適さず、現代に通ぜざるは他の事例に於て屢々大審院自らその必要を是認且力說して居る。（例へば明治十年太政官布告第四三號、同六年太政官布告第二四九號及同九年教部省達第三號に關する判例の如き適例である）。故に適當なる論理解釋を試み得れば斯る文字論は其席を讓り得べきである。加之此の「委任」なる文字に付ても第二說の論者の解する如く、單に管長に「マカス」又は一任の通俗的意義なりと解すべき餘地あるに於てをや。

之を要するに第一說は必ずしも採るべからず。若し採るとせば布達第十九號の文理解釋に依るのみなるを明かにした。然らば第二說を正當とすべきか、若し正當とせばそは如何なる理由に依るか。先づ佐々木氏の所說に付いて觀んに、その說く所悉く妥當とはなし難い。卽ち、

一、管長と寺院住職とは佛教團體の機關なりと謂ふことは同氏は無條件に肯定して以て所論の前提に採納したが、果して然るや否や、第一に甚だしき疑問である。法律學的意味に於て宗派が機關を有つと謂はんが爲めには、宗派が之れに依つて其意思を決定し又其意思を行ふ獨立した人格的

存在をなすことを必要とする。然るに宗派を以て法人格ありと今日に於て論斷すること能はざるは一點の疑がない。然らば此の所謂機關とは何を意味するか莫然として解し難い。若し通俗的に了解さるゝ意味に於てならば別問題であるが、それは法律論なる學問的研究の根據とはなし難い。二、假りに宗派なる佛教團體が法律學的意味に於ける機關を有し管長が然る性質ありとしても、寺院住職も亦然りと做すべき根據が何處にある乎。住職は寺院の機關として存在する事は爭なき事實であるが、それ故に宗派の機關と推論するは不通の論である。宗派を構成する結合體の分子を機關と解し得るならば、住職よりも寧ろ寺院自體竝びに僧侶を擧げることがより妥當である。乍然宗教の機關を認めぬ卑見に於ては、斯様の主張を爲すものでない事は論を俟たぬ。然し氏の其他の主張及び美濃部氏の簡單ながら擧げた理由は正論と信ずる。尙ほそれに卑見を補述すれば、

第一、現行制度として吾が國の宗教政策は信仰の自由と政教分離の二大主義を他の先進諸國に倣つて採用して居る。此主義に於ては國務と宗教事務を分離すると共に、全ての宗教に對し平等の待遇を與へるを當然の條理とする。故に、

（一）動かし難き明文の存せざる限り宗教事務の遂行に公法的觀念を結び付くるは事理に適せぬ。寺院住職任免の行爲に付いても元より同理である。布達第十九號は斯る規定と解するを絶對に必要となす程嚴然たる存在とは考へ難い。

（二）他の宗教と異なり佛教の寺院住職の任免のみを行政行爲なりとするは、特殊待遇による不平等的優待を佛教に與ふる結果となり、政教分離主義の原則の手前可成回避すべき解釋論である。佛教の過去に於ける優越的地位の歷史的沿革的存在事由は佛教が舊幕時代に國教たりしこと又は明治初期に公認教たりし地位を排されて、卽ち此沿革的進行が切斷されたる今日に於ては佛教優遇の理由とならぬ。然らば布達第十九號を以て此場合の支持の理由と解することは、寧ろ斯く解せざることにより多分の合理性を見出す。

第二、住職の任免は其性質、寺院なる私法人の機關、詳言すれば一般公益法人の理事に該當する機關を選定するの一方法に過ぎぬ。從つて、

（一）住職の行ふ所は法律的關係に於ては私法的性質の行爲である。住職のなす祈禱讀經は王朝時代に於ける如く國家の事務の遂行ではなく、其檀信徒に對する關係は舊幕時代に於ける如く宗門改の役目を果す國家への勤めでもない。又教導職時代の如く所謂三條の教則に依る人心の教導を國家より委せられたる性質を帶びざるは誠に明白である。然らば管長の爲す任免の結果が私法上の行爲を爲す法人の機關たる地位を得喪せしむるに過ぎざる場合、此の管長の行爲を公法的行爲と解するよりも、寧ろ斯く解せざる事が、より遙かに妥當である。

（二）管長によりて寺院の住職と任命せらるゝことによつて、其被任命者は寺院なる私法人の機關たるに止まり、官吏とも又公吏とも身分付けらるゝに非ざるは明瞭である。舊幕の國教時代

は勿論公認教時代即ち教導職時代に於ては此の關係は現代と同日に論じ難く、今日の觀念に於ける公務員たる身分を有したと解する事を妨げぬ。故に其當時に於ける管長の任命行爲が斯る公務員たる身分の取得を爲さしむる事に於て之を行政行爲と解した事に異議を挾む餘地を存しない。然るに今任命行爲は公法上の行爲にして之れに依つて被任命者は何等公法上の身分を取得せぬとすることは、極めて不條理なる論結である。

要之、私は寺院住職任免行爲は其性質行政行爲なりと信ずる。而して之れが爲めには布達第十九號の所定の方法と解するを以て、之を私法上の行爲なりと解すると共に、寺院なる私法人の代表者選謂「委任」なる文字は、之れに管長に對する委任行政の如き重要なる意義を付する事なく、第二說の論者の謂ふ如く單に宗派の事務は其宗管長に「マカス」とか、又は一任すとの如く輕く解釋することを妥當とする。第十九號布達の法意は教導職廢止の結果として寺院住職の任免は從來と異りて佛教が公認教に非ざることゝ爲りたる結果、即ち國務として掌理せずと謂ふに存し、政教分離主義採用の當然の歸結として、私の事務となりたる寺院なる私法人の住職の選任解免を管長なる私人に常識的意味に於て委したること、之を「委任」と不用意に謂ひたる迄である。明治十七年と言へば既に時代として過去に屬する、又太政官布達と言へば法規として既に古物である。法律知識に於て、又立法技術に於て到底今日の周密にして精確なると同日に談じ難い。然るに此の舊時代の古色蒼然たる布達中の「委任」なる文字に吾が宗教制度の原則且法律體系に對する一大例外的意義を付して、大審院が「住職ノ任免ニ關スル事項ハ其本來ノ性質如何ニ拘ラス吾國行政事務ノ一部ニ屬スルモノト云ハサルヘカラス」と云ふは、之を固執と謂はずして何ぞ。重ねて謂ふ、行政行爲說の根據は唯布達の文理解釋に懸るのみ。此舊き「委任」を文字通りに解する事によりて、住職任免行爲の性質を無視するよりも、寧ろ任免行爲本來の性質に一致せしむる解釋を採ることは、遙かに妥當であらねばならぬ。

因に、寺院住職任免行爲を行政行爲なりと解する事よりして「故ニ其助成行爲タル住職候補者選定ノ如キモ亦行政行爲ノ性質ヲ帶フ」（名古屋地方、大正十四、五、七、新聞二四二〇號）と稱した判決がある。即ち僧侶又は檀信徒の爲す寺院住職候補者の選定行爲、及之を管長に對して任命の申請を爲す行爲を行政行爲と解したものである。乍併其前提たる任免行爲自體を行政行爲と解せざる以上到底此判決には贊同し能はざると共に、更に管長の爲す任免行爲を國務の遂行と解する以上に不條理の甚だしきものであつて、且つ愈々法文上の根據を缺くものと信ずる。

第二章　寺院住職任免行爲の準則と其性質

第一節　住職任免行爲の準則

明治十七年太政官布達第十九號第四條は、佛道各宗管長の定むべき各宗の條規中に寺院住職任免の

事項を數へた。而して此條規は形式的要件として內務卿卽ち既に一言する如く現行官制の下に於ては文部大臣の認可を經るべく、又其規定の方針は立教開宗の主義に由る事を實質的に要求した。寺院住職任免に關する特別法規の他に存在せざる現在としては、管長の定むる此條規は任免行爲の唯一の準則たる位置を保つ。

參考判決例　東京控訴、大正一一、九、二八、評論一一卷諸法三三七頁、「凡ソ寺院住職ノ任免ハ其初メ國家カ直接管掌セル政務ニ屬シタリト雖モ明治十七年太政官布達第十九號ニヨリ各宗管長ニ委任セラレ各宗管長ハ所轄寺院ノ住職任免ニ關スル條規ヲ定メ內務卿ノ認可ヲ受クヘキモノトセラレ爾後各宗管長ハ右ノ認可ヲ受ケタル條規ニ從ヒ所管寺院住職ヲ任免スル權限ヲ有シタルモノトス」

從つて寺院住職の任免に關する宗派管長の行爲の適否に關する論議は、全て懸つて此宗派條規の解釋に歸結する。如何に寺院住職が其性質に於て公益法人の理事に該當する法律的存在を爲せばとて、現在に於ては「民法中法人ニ關スル規定ハ當分ノ中寺院ニ之ヲ適用セサルコトハ民法施行法第二十八條ノ規定スル所ナレハ民法ノ公益法人ニ關スル規定ヲ以ヲ寺院住職選任ノ當否ヲ論斷スルノ根據ト爲スコトヲ得ス」と（大審院大正七、四、一九、民事二四輯七四二頁）が判示したのは洵に正論である。之れと同時に宗派條規に依る限り任免行爲は適法性を具有する結果「各宗管長ハ適當ト認メタルトキハ監督官廳ノ認可ヲ得テ定メタル條規ニ從ヒ自己ノ宗派ニ屬セサル僧侶ヲ住職ニ任命スルコトヲ得ルモノト解スルヲ相當トス」る事例を大審院（大正一二、四、一二、判例集二卷民事二三〇頁）は承認した。斯る或は其他の幾多の住職任免の評議が過去に於て大審院其他の裁判所の裁斷を煩はした事情に就て、敏感なる觀察者は住職任免行爲の適否と當否とが往々にして一致を缺くこと、換言すれば宗派條規の劃一的規定に據る管長の住職任免行爲は、寺院及僧侶の歷史的存在と現實的生活との間に釀生した現代寺院制度の缺陷に應へ能はざる事を氣付く可きである、但し今は後に爲す立法論の用意として、一言するに止める。尙ほ此條規に依りて任免行爲の適否が決せらるゝ限り、管長は此條規制定權あるとて、既に條規たる存在を持續する以上其內容に羈束せらるべきは固より當然である。管長若し之れに依らざらんと欲せば獨自の權限を以て條規の改廢を計れば足るのみ、但だ此改廢には主務大臣の認可を要する。

第二節　住職任免に關する各宗條規の性質

寺院住職任免に關する各宗條規の性質如何は、明治十七年太政官布達第十九號に關する重要なる解決問題の一である。乍併此性質論は其規定の對象を爲す住職任免行爲の性質論を解決する事に依りて大體の傾向を了察し得る。卽ち此條規を目して行政法規なりと解するものと、之れを否定するものとの二說を想像し得る。

寺院住職任免行爲の性質に就き行政行爲說を採る論者の立場よりせば、勢ひ此條規の性質を解するに當つて之れを行政法規なりと論決する事が、論理上妥當なる結果として承認すべき處と信ずる。住職任免なる行政行爲の準則が公法的規定に非らずとは容易に納得し能はざるべきを以てゞある。

參考判決例　此點に就き上級裁判所に適例となるべき判決例を求め難く、只僅かに、

氣仙沼區、大正三、評論四卷諸一二頁「是等ノ規定（曹洞宗々制第二篇宗法第三號曹洞宗寺院住職任免法）ハ國家カ宗教ニ關スル行政上ノ取締ノ爲メ曹洞宗管長ニ委任シ設ケタル宗教上ノ取締規定ニシテ私法上ノ權利義務ヲ規定セルモノニアラサルカ故ニ云云」

又直接に住職任免行爲に關せずと雖も各宗の一般的條規の性質に關しては、

大阪控、大正八、一一、二二、評論八卷諸法四五三頁「而シテ明治十七年太政官布達ニ依レハ各宗管長ハ委任ニヨリ宗憲即宗制寺法ヲ制定スル權ヲ有スルモノニシテ其宗憲ハ其宗ニ關シテハ一ノ行政上ノ法規タル性質ヲ有スルモノト解スルヲ相當トス云云」（此事案は住職の寺院財產管權の有無に關して宗派條規を判斷し其性質に言及したるものである）

私見は管長の爲す寺院任職任免行爲を公法上の行爲に非ずと解した。斯る見地に於て論ずれば、私法行爲たる住職任免行爲の準則を爲す各宗派の條規の性質を行政法規と解すべきことの理由と必要を全く見出し得ぬ。又廣く現行宗教制度を通觀する場合、其原則として認むべき政教分離主義を可成一貫せしむる上に於ても、宗派條規の如きものには公法性を否認することが之れを承認することより遙かに妥當なる見解と確信する。又明治十七年太政官布達第十九號が各宗管長に於て斯る條規を定むべきことを規定したればとて、これを以て直ちに管長に行政法規制定の權限を附與したりと解するは無條件には承認し難い所であつて、寧ろ行政官廳に非ざること誤りなき各宗管長に就ては法規制定權を否認するを正しと信ずる。此點に關して主務大臣の認可を右條規の制定に必要とすることは些の障害を爲さぬ。認可を爲す行爲が行政上の處分たる性質を有するは間違なき處とするも、因つて以て認可の對象たる條規が行政法規たる性質を附與せらるゝ論決を必然的に生み出さゞるは、民法上の法人の定款に就いて鑑るも容易に了解し得る。要之、私見は住職任免行爲の準則たる各宗條規は、行政法規たる性質を有せずと解する。然らば進んで如何なる性質なるやを考究する要がある。元來斯る條規は宗派たる團體の規約たることは太政官第十九號布達の規定に徵して疑がない。而して宗派は一定の宗教を目的として結合する寺院及僧侶の團體にして現在に於ては人格を具有せぬ。又宗教は政教分離主義を原則として採用する吾が現行宗教制度の下に於て其國務に非ざるは一點疑がなく、その私法の對象たるは民法第三十四條の規定より推知し得て餘りある。故に宗派は私法上の團體にして公益——宗教は公益に關すと解さる——に關する。その人格を有せざる事よりして私見は之を組合に類似する一種特別の寺院及僧侶の結合體と解するを正しと信ずる。從つて私見に於ては、宗派條規は斯る私法上の結合體の規約なりと解する。

此點に關連して、私は前揭の大阪控訴院の解したる如く、各宗の宗制寺法の全てが行政法規たる性質あるが如くに解する判決の甚だ理由無きことを一言せねばならぬ。太政官布達は「寺院ノ住職ヲ任免シ及ヒ教師ノ等級ヲ進退スルコトハ總テ各管長ニ委任シ」とあるを以て、假りに政教分離主義に對する例外として此二點に關する行爲を行政行爲なりと解することを得るとして、又此點に關する管長の定むる各宗條規を行政法規なりと謂ひ得たりとするも、これ以外の點に於て管長の行爲が行政的性質を帶びること、從つてこれ以外の點に關する各宗條規が公法たる性質を具有すと做すは全く何等の根據なき謬說と確信する。私は僧侶の寺院代表權に關する宗派の條規の

性質に就き私見と一致する大審院の判例あることを欣快とする。卽ち、「一宗一派ノ宗規ノ如キハ法規ニアラサルカ故ニ固ヨリ僧侶ノ代表權限ヲ左右スルカナシ」（大正四、二、一七、民二一輯一二六頁）

又此條規は管長の住職任免行爲に對する單なる事務規程たる用を便ずる性質を有するに止まらずして、任免行爲の適否の判斷の基準を爲す事は、太政官布達第十九號の法意に鑑れば自明の理たるべく、況んや此條規は右に說く如く私見に於ては宗派なる私法上の結合體の規約にして、又異說に從へば國家の法規たる法的性質を帶有する。故に例へば若し此條規が管長の任免權行使に對して當該寺院の法類又は檀信徒、若くは其總代の同意、承認、推薦乃至其他の共力を條件としたる場合ありとせば、此等の者の共力は管長の爲す住職任免行爲の手續上の有效要件を成し、之を無視する管長の任免行爲は不適法にして無效と謂はねばならぬ。然るに判決例は一樣に斯る條規の內容迄審議することなく「寺院ノ住職ヲ管長カ選任スルニ當リ當該寺院ノ檀信徒ノ同意又ハ承諾ヲ要スヘキ法則存セサルヲ以テ」（大審院、大正七、四、一九民、二四輯七四三頁）其同意又は承諾を不要なりと漫然判示した（同一要旨、東京控訴、大正六、一一、二九新聞一三六五號、東京地方、大正五、一〇、三〇評論五卷諸法三九五頁）るは到底首肯し能はぬ處である。前述の如く判例は常に住職任免行爲を行政行爲なりと解したる以上、其必然的推論としては、住職任免に關する各宗條規の性質は行政法規なりと解するを正論とすべき理論的關係に立つと斷ずることにして誤なしとすれば、右の事案に於ては果して檀信徒の同意又は承諾を要する法則存せざるや否やは、各宗派の條規の內容を審査したる上にて始めて能く謂ひ得べきに不拘、其勞を吝んで漫然斯る法則なしと論決するは、此點に於て任免行爲と其關係條規の性質の見解に對する理論的矛盾と不統一とを藏するの非を、判例自らが告白するものである。

參考判決例　同じく住職任免に其寺院の檀信徒の同意又は承諾を不要と解するも、次の判例は宗派條規の內容を審理したる點に於て、其結論への道程を正しくする。

「而シテ乙第一號證中改正大谷派達令類纂中明治十九年八月七日甲第三十一號末寺住職進退取扱規則第一條ニハ正副住職ノ薦擧ヲ得ル者ハ本派末寺ノ衆徒ニシテ住職調査法ニ合格スルモノニ限ル其第三條ニハ住職死亡又ハ事故アリテ無住ト爲リシ間副住職又ハ後住職ニ薦擧セントスル時ハ第二號書式ニ準シ願出ツ可シトアリテ其書式タル住職進退願ノ用式紙ニハ住職親類總代ノ外檀家總代三名以上連署ス可キ旨ノ記載アリテ住職ノ薦擧ニ付テハ檀家總代ノ連署ヲ要シ檀家總代ノ連署ハ住職任命ノ要件ナルカ如キモ同號證中第一類宗制第十九條ニハ一般末寺ノ住職（正副）ハ前ニ定ムル所ノ規則ニ準シ新ニ任スルモノハ其薦擧ニ依リ調査ノ上之ヲ命シ前住職再勤及兼務住職又ハ退職スルモノハ其情願ニ依リ之ヲ聽許ス但時宜ニ依リ管長ノ特權ヲ以テ任免スルコトアル可シトアリテ之ヲ前記太政官布告第十九號並ニ末寺住職進退取扱規則ト對照スルトキハ大谷派本願寺ノ一般末寺タルコトニ付爭ナキ原告寺ノ住職ヲ新ニ任命スルトキハ大谷派管長ニ於テ前記末寺住職取扱規則ニ從ヒ右書式ニ依リ親類總代ニ法類總代並ニ檀家總代ノ薦擧ニ基キ調査ノ上住職ヲ任命スル可キモ時宜ニ依リ管長ノ特權ヲ以テ任命スルコトヲ得ルカ故ニ住職ノ任命ハ檀家總代其他ノ薦擧アルモ管長ニ於テ調査ノ上任命ス可キモノニアラスト認メタル時ハ必スシモ之レヲ爲スコトヲ要セス之レニ反シテ薦擧ナキモ管長ニ於テ住職任命ノ必要アリト認メタルトキハ自己ノ特權ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ妨ケサルコト明カニシテ檀家總代ノ薦擧ハ住職任命ノ要件ニアラス」

第三章　寺院住職任免行爲の效力と訴

第一節　住職任免行爲の效果とその發生時期

住職任免行爲の效果は被任者を當該寺院の住職とし、罷免者をして住職たる資格なからしむることである。これを內容的に謂へば被任者に寺院なる法人の代表たる地位を取得せしめ、又罷免者をしてその權限を失はしめることである。而してその效果の發生は、任免行爲の性質論の何れに據るも管長の爲す相手方ある意思表示にして、受領を要する行爲と解する事に就ては恐らく何等の異說も想像し難きを以て、斯る意思表示が適法の要件を具備して被任者又は罷免者に到達したる時期にありと解すべく、通常の場合は住職任命又は罷免の辭令が到達したる時期を以て任免行爲の效果發生時期となすべきであると思ふ。故にそれ以前に於ては、例へば管長に對して爲す住職推薦狀又は任命申請書の提出の如きは、管長の任命權を誘發せしめんとする行爲たるに止まり、未だ以て管長の意思の表示ありと爲す時期に達せざるを以て、此場合は尙ほ任命の效果發生せりと謂ふ能はざるは論莫い。

參考判決例　東京地方ニ按スルニ日蓮宗々則第十號ハ住職缺員ノ場合ニ於テハ先ツ法類總代後住職タルヘキ者ヲ選定シ他ノ關與人ノ贊同ヲ求メ他ノ關與人之レニ贊同ヲ與ヘタルトキハ後住職推薦狀ヲ所轄錄司ヲ經由シテ當該本山本寺ニ提出シ右本山本寺ニ於テ之ヲ適法ト認メタルトキハ住職任命書ヲ宗務院ニ提出シ宗務院ニ於テ審査ノ上差支ヘナシト認メタルトキハ之ヲ許可シ辭令ヲ本山本寺ニ交付スト卽チ此規定ハ法類總代ニヨリテ後住職タルヘキ者トシテ選定セラレタル者ハ右規定ノ定ムル所ニ從ヒ宗務院ノ任命辭令ヲ得タル時初メテ住職トナルト定ム未タ辭令獲得前ハ形式的ト實際的トヲ問ハス絕對ニ住職ノ資格ナシ」、大正六、五、十八、新聞一二八七號二五頁）

管長の住職任免行爲の效力發生時期は右の如し。從つて通常其辭令の到達に依つて住職の地位は確定的に得喪され、被任者又は罷免者は何等此事に對する屆出を所轄地方官廳に對して爲すの必要がない。此點は寺院の檀信徒總代選定の場合に關して明治十四年內務省達乙第三三號が、總代の資格獲得には選擧と市町村長に對する其結果の屆出とを二要件としたると大に趣を異にしてゐる。乍併同じく寺院なる法人の機關としての住職と檀信徒總代とに就て斯く統一なき制度は、立法論として改善を叫ばしむる餘地が充分に存する事を思はしめる。

參考判決例　大審院、明治四五、三、廿二、民十八輯二九四頁、「被上告寺ノ代表者トシテ本件訴訟ヲ爲セル上本卽隆ハ明治四十二年九月十四日本寺蓮心寺三五世僧鄙田中日朗ノ許可ヲ受ケ被上告寺ノ住職ヲ兼務セルモノナルコト同人カ第一審ヘ資格證明ノ爲メ訴狀ニ添付シテ提出セル認可書ノ謄本ニ徵シ明カナル所ナレハ卽隆ニ被上告寺ヲ代表シテ訴訟ヲ爲スノ資格アルハ疑ヲ容ルヘカラスシテ原院モ調査ノ上其資格ヲ認メタルニ外ナラサルヲ以テ唯和歌山縣ニ對シ卽隆ニ於テ被上告寺ノ住職ヲ兼務セルコトノ屆出ナキニ依リ卽隆ヲ住職ニ非ストシテ立論セル本論旨ハ採ルニ足ラス」

第二節　不法住職任免行爲の效力と訴

管長が其宗派の寺院住職任免に關する條規に違背して爲したる住職任免行爲は全て不適法である。然らば此の條規違反の任免は如何なる影響を任免行爲の效力の上に及ぼすか、卽ち不法任免行爲は依つて無效となるや、又は單に取消し得るに止まるや、及び此場合に於ける救濟方法如何が、茲に論ずべき主題である。此點に就ては任免行爲の性質に關する見解の相違に因つて、多大の影響を結論の上に及ぼす。

先づ私見を陳れば、住職任免に就て私法行爲說を採るを以て、宗派條規違反の管長の住職任免行爲の效果は、要するに任免に關する條規の內容に從つて決すべきである。違反したる規定によりては無效なるべく又取消し得るに止るべき場合もあらう。加之、民法上の意思表示の無效竝に取消に關する規定の適用も在る。而して不法任免行爲に就ては司法裁判所に對して救濟を求むるの途も承認される。住職任免に關する無效確認の訴は、私見に於ては裁判所構成法第二條に謂ふ所の民事に該當するものと信ずる。

乍併行政行爲說より觀たる不法任免行爲の效力は右の如く簡單なる論述を許さぬ。判決例は管長の不法任免行爲も行政行爲たる以上撤回又は取消の原因たるに止まり、當然無效となる事なしと說いた。卽ち、

東京地方、大正五、一〇、三〇、前揭「元來行政上ノ行爲ニシテ意思表示ノミニヨリ其效力ヲ生スヘキモノハ當該事項ニ付キ一般的權限ヲ有スル機關ニヨリ爲サレタル以上假令其權限ヲ超越シ又ハ法規ノ定ムル手續ニ違反シ或ハ其內容カ法規又ハ公益ニ背反スルトコロアルモ單ニ瑕疵アル行爲トシテ撤回又ハ取消ノ原因タルニ止リ撤回又ハ取消アルニアラサレハ之ヲ以テ當然無效ナリト云フヲ得サルハ勿論ナリ」

東京控訴、大正六、一一、二九、新聞一三六五號「各宗管長カ其宗派ニ屬スル寺院住職ノ選任行爲ハ國家行政事務ノ一部ナルヲ以テ苟モ管長カ寺院住職ヲ選任シタル以上ハ何等ノ條件ヲ要セスシテ其效力ヲ生シ其選任ヲ不當ナリトスル者ハ行政上ノ救濟ノ方法ニヨリ其選任ノ取消變更ヲ求ムルハ格別其不當ヲ理由トシテ直チニ選任行爲ヲ當然無效ナリト主張スルヲ得ス」

假りに住職任免行爲を行政行爲なりと解し得るとするも、管長の不法任免行爲は常にその撤回又は取消の原因たるに止まり當然無效なることなしとする右の如き判決例の果して正解なりや否やに就て私は疑義なきを得ない。一般に行政行爲に無效なる場合あるは學者の等しく是認する所である。此無效原因は移してこゝに管長の不法任免行爲の場合の無效原因に數へ難き理由何處に在りや、之れを解するに苦しむ。私は敢て多くを此點に就て辯ぜずと雖も、右の判決例は何れも實際の事案に應ふるの急にして、遂に全般的觀察の遑なく理論の正鵠を失するに至りたるものであることを惜む。

次に行政行爲說を採る以上は不法任免に對する救濟は、第一に行政法上に之を求むるの外は無い。然るに現行法に於ては特に此點に關する何等の規定なく、從つて何等特別の手段方法が講ぜられてゐない。故に實際に於ては止むを得ず、請願令に依る請願を文部大臣に對して爲す事に依つて極めて不完全なるその監督と期待し難き效果とを望むに過ぎぬ。固より請願が直ちに管長の任免行爲の效力の停止とならざるは明かである（請願令第一、一三、一五條參照）。

參考判決例　東京控訴、明治四二、一二、一七、新聞六三四號「元來寺院住職ノ徵戒處分ハ云々行政處分ニ關スルモノナレハ假令之ニ對スル請願ヲ爲シタル場合ニアリテモ之ニヨリテ取消若クハ變更セラルル迄ハ該處分ハ完全ノ效力ヲ有スヘキヤ勿論ナリ」

によりて直接に管長の不法任免を司法裁判所に於て攻撃する事の不可なるは判例が舊くより示す如くで、卽ち「其任免ノ當否ヲ確定スルヲ主タル目的トスル訴ハ行政行爲ノ效力ノ審査ヲ求ムルモノニシテ司法裁判所ノ權限ニ屬セサルモノトス」(大正一〇、二、三、民二七輯一八九頁、同六、一二、五、民二三輯二〇五六頁、明治三五、三、三一、民八輯三卷八二頁、同三三、二、一六、民六輯二卷五五頁)と謂はざるを得ぬ。

參考判決例　東京控訴、大正六、七、一、評論六卷諸法二七三頁「寺院ノ法律上ノ性質ニ關スル解釋如何ニ拘ラス佛道ニ於ケル各宗各派ノ管長カ其宗派ニ屬スル寺院ノ住職ヲ任免スル行爲ハ國家行政行爲ノ一部ナリト云ハサルヘカラス、而シテ何等司法裁判所ノ權限ニ屬セシメタル特別規定ノ存セサル以上ハ管長カ爲シタル寺院住職ノ任免行爲ニ基ク法律關係ヲ目的トスル事項ハ行政事項ニシテ民事々項ニ非ス故ニ司法裁判所ノ裁判權ニ屬セサルモノトス」、又氣仙沼區、大正三年(ハ)一九八號、評論四卷諸法一二頁「而シテ曹洞宗寺院住職任免法第八條ニ依レハ曹洞宗寺院ノ住職相續者ヲ選擧スルニ臨ミ其關係者間ニ於テ宗法宗規ニ疑義ヲ生シタルトキハ又宗法宗規ノ規定以外ノ事項ヲ生シ處置ヲ爲シ難キトキハ其事實ヲ詳記シ關係者ヨリ管轄宗務所ニ伺出テ其指揮ヲ受ク可キコトヲ規定シ其第十條ニ寺院ノ住職相續者ヲ選擧スルニ臨ミ其住職又ハ關與者間ニ於テ甲乙意見ヲ異ニシテ爭議ヲ生シタルトキハ甲乙雙方ヨリ事實ヲ具陳シ管長ノ裁斷ヲ申請ス可キコトヲ規定シアリテ是等ノ規定ハ國家カ宗教ニ關スル行政上ノ取締ノ爲メ曹洞宗管長ニ委任シ設ケタル宗教上ノ取締規定ニシテ私法上ノ權利義務ヲ規定セルモノニ非サルカ故ニ若シ曹洞宗ノ寺院住職任免等ニ關シ爭議ヲ生シタルトキハ前示ノ宗規ニ基キ曹洞宗管長ノ裁決ス可キモノナルヲ以テ裁判所構成法第二條ニ規定セル民事訴訟ニアラサレハ司法裁判所ニ於テ審理判決ヲ爲ス可キ權限ヲ有セサルモノトス」

乍然、訴訟上爭の主たる目的は私權の存否にあつて、只之を決する先決問題として住職の任免行爲の當否を判斷する必要を生じたる場合には、裁判所は其當否の判斷を爲し得べき乎否乎。大審院は此問題に對して最初之を消極に解した。卽ち明治三十三年二月十六日同院判決(民六輯二卷五五頁)に曰く、

「本件ハ寺院ノ退去竝ニ有體動產引渡ノ要求ト題スル訴訟ナルカ其關係ノ根本タルヤ稱念寺ノ住職ハ原被兩告共ニ之レカ任命ヲ受ケ其何レカ正當ナルヤノ一事ニ在テ存ス卽チ上告人ハ淨土宗管長大僧正野上運海ヨリ本件ノ兼務住職ニ任セラレ被上告人モ亦眞言宗長者高志大了ヨリ該寺ノ住職ニ任セラレ是ニ於テ二者ノ住職受任中孰レカ正當ナルヤヲ論爭スルモノニ係リ此根本タル任命ノ當否ヲ決セサレハ直チニ寺院退去竝ニ有體動產引渡ヲ命シ得ヘキモノナルヤ否ヤモ判決スルコトヲ得サルモノタリ然リ而シテ其根本タル住職任命行爲ノ孰レカ正當ナルヤノ裁判ハ前ニ說示スル如ク司法權ニ屬セサルモノナレハ元來上告人ノ訴ハ第一審裁判所ニ於テ之ヲ許スヘカラサルモノトシ卽チ無訴權トシテ却下スヘキ筋合ナリ然ルニ第一審裁判所ハ事玆ニ出テス本案請求ニ對シ判決ヲ與ヘタルハ權限外ニ涉リタル違法ノ裁判ニシテ此點ニ於テ該判決ヲ廢棄セサルヲ得サルモノナルニ原審ニ於テモ亦本案請求ノ點ニ迄モ之ヲ審理シ殊ニ被上告人ノ住職任命ノ正當ナルコトヲ認メ上告人ノ住職任命ヲ無視シタル判決ヲ下シタルハ卽チ司法權ヲ超越シテ寺院住職ノ任命ノ當否ヲ判定シタル違法ノ判決ニシテ破毀スヘキ理由アルモノトス」と。

然し後には之を改めて固より「寺院ノ住職ノ任免ハ民事上ノ行爲ニ出ツルモノニ非サルカ故ニ之ヲ民事上ノ訴ノ目的ト爲シタル場合ニ於テ其當否ヲ判斷スルコトハ司法裁判所ノ職權ニ屬セスト雖モ主タル私權上ノ爭ニ住職任免ノ當否ノ如キ爭ノ加ハルトキハ司法裁判所ニ於テ此事ヲ豫斷スルコ

トヲ得サルモノトセハ原告ハ其請求ニ付キ常ニ司法裁判所ノ裁判ヲ受クルコトヲ得サルカ如キ奇怪ナル結果ヲ生スルニ至リ私權ノ侵害ヲ受ケタル場合ニ之カ救濟ヲ受クル爲メニ設ケラレタル司法裁判所ノ存シナカラ私權上ノ爭ニ付キ其裁判ヲ受クルコトヲ得サル結果ヲ生ス可クシテ此ノ如キハ司法裁判所ヲ設ケタル精神ニ背戻ス又司法裁判所ハ私權上ノ訴訟ヲ裁判スヘキ職責アル點ヨリ論スルモ主タル私權上ノ爭ヲ判斷スルニ當リ住職任免ノ當否ノ如キ爭ヲ豫斷スルコトヲ得ルモノト云ハサルヘカラス然ラサルニ於テハ司法裁判所ハ其職責ヲ盡シ得可ラサレハナリ」（大審院三五、三、三一、民八輯三卷八二頁）とした。

卽ち司法裁判所存立の本來の使命と其職責上より鑑みて、當然先決問題と成りたる住職任命行爲の當否を判斷し得べしとする結果、前の判例を變更したるは正しい。故に不當任命に對しては間接的ながら司法裁判所に於て幾分の匡正救濟の途が開かれたものと謂ふべきである。

參考判決例　大審院、大正一〇、二、三、民二七輯一八九頁

〔編者附記。著者は本篇の續稿として第四章以下に於て、一方舊幕時代の制度沿革の研究を叙べ、進んで住職任免行爲に關する立法論を開陳せんとしたるも、不幸遂にその起稿を見ずして逝けるものなり。されど著者平生の所懷に徵すれば、私法人たる寺院の理事者たる住職の選定解任は須らく當該寺院自らが之を爲すべきものなりとの論結をなすに在りしものゝ如し。本書、第四篇、其三、宗教法案反對理由書第九寺院の住職任免に就いて、及び其四、宗教團體法案反對理由書第八住職任免問題、參照。〕

第三篇　寺院法律行爲論

緒言

寺院に關する訴訟は、其數極めて多く之に因りて裁判所の煩はさるゝことも決して少くない。このことは、寺院が法律制度中重要な地位を占め、且つ其活動が吾人日常の法律生活に重大なる交涉を有することを如實に物語るものである。從つて寺院の法律的研究は、到底之を等閑に付することは許されない。又過般偶々當局に在りては、宗教法の制定が企てられ、之が機緣となつて、寺院に關する法律上の論議も盛となるに至つた。從つて寺院法の研究に一指を染めて居る自分として、此際其研鑽の一端を發表することは、必ずしも無益の企てではあるまい。と言つて固より私は、本稿に於てその全般に亙る系統的解說を試みようと言ふのではない。玆では單に實生活上最も重要なる寺院の財產的方面に關する問題のみを取扱つて見たいと思ふに過ぎない。

寺院を法律的に研究するに當つて、最初に遭遇する最大の障碍は、體系を整へたる成文法の存せざることである。人も知る如く寺院に關する現行法規は、明治初年に斷片的に制定せられたる太政官布告又は諸官省達の形式を以て散在するに過ぎない。從つて其法規自體が不完全不備なることは論を俟たぬ。又是等の不備なる法規を實際運用するに當つて、疑義の百出することも寔に止むを得ざること

である。元來法律はそれが不備であればある程、解釋に依る補充作用が必要とせられる。之が卽ち判例の立法的作用である。而して我法制中寺院法の分野ほど、判例が其所謂立法的作用を營んで居る所は、他に類例はないかと思ふ。從つて判例法に興味を有する人に採つては、寺院法は好適の研究領域であると言つても、過言ではない。本稿に於ても、先づ過去數十年間に亙り、判例に依つて築かれ來れる所を基礎とし、之に若干の論理的補足をなすことに依つて一個のまとまつた寺院法理論を形成したいと思ふ。

本稿は、寺院の財産法上の法律行爲の研究を、其對象としてゐるものであるが、併し法律行爲の研究は其主體の性質に付て十分の理解あることを、前提としてのみ期待し得られる。從つて先づ第一章に於て、寺院の法律上の地位を論じ、然る後寺院の債務負擔行爲及び財産處分行爲の兩方面より章を分つて檢討の筆を進めたいと思ふ。

第一章　寺院の法律上の地位

第一節　寺院の私法人性

自然人に非ずして權利の主體たり得るものを法人と呼べば、寺院は卽ち法人である。寺院は現在に於て法人であるのみならず、過去に於ても、今日の法人の觀念に該當する社會的存在を有し來つた。

本堂庫裡其他の不動産又は動産と僧侶竝びに檀信徒より成る組織體として、寺院は常に今日まで其存在を續けて來た。王朝時代より舊幕時代に至る迄、寺院が寺領其他の土地に對して、今日の所謂所有權に該當せるか、又は單に使用收益の權利に過ぎざりしか、その性質論は暫く之を措き、兎に角一種の權利主體として、取扱はれ來りしことに付ては、疑の餘地はないかと思ふ。而して寺院の法人性は、夙に大寶律令以來吾が法令の認むる處であつて、卽ち田令には

凡田六年一班、神田寺田、不レ在二此限一云々

凡官人百姓、並不レ得レ將二田宅園地一、捨施及賣易與レ寺

又祿令中には

凡寺不レ在二食封之例一、若以二別勅一權封者、不レ拘二此令一、權謂二五年以下一

とあり、格式に於ても亦同樣にて、例へば

天平寶字元年閏八月廿三日、寺田事

勅、如レ聞護二持佛法一無レ尙二木叉一勤二導尸羅一實在二施禮一、是以官大寺別永置二戒本師田十町一、自レ今以後毎

爲二布薩一恒以二此物一量二用布施一云々（類聚三代格）

とあり、尙延曆廿三年正月廿二日、太政官符、應レ令二招提寺爲一例講一律事一、には、

前略、件寺云々、去天平寶字三年、勅以二沒官地一賜之、名爲二招提寺一、令レ修二學戒法一、爾來殆五十年云云、便用二件田一充二律供儲一、然則招提之宗、久而無レ廢云々（同）

凡藥師寺大般若經會云々、施物用ニ本寺物ニ云々（延喜式、玄蕃寮）

凡崇福寺毎年四月十二日悔過各三日云々、其布施供養用ニ寺田地子物ニ（同）

と規定せられて居る。而して此種の法令を引用すれば、私の調査研究したる範圍でも、殆んど枚擧に遑ない程である。併し其企ては本稿の目的外に屬するが故に、茲では單に各時代の法令を通じて、寺院の權利主體たることが明定せられたること、及び其法人性を否定したる法令の存せざることを、論結するに止める。舊幕府倒壞後、明治新政府の樹立以後に於ても亦、寺院の權利主體たる地位は、動搖を見ることはなかつた。

明治元年四月七日太政官

諸國萬石以上以下私領並社寺領共是迄幕府へ差出候振合ヲ以村高帳寫相添急速民政役所へ可差出事云々

明治四年正月五日太政官布告

諸國社寺由緒ノ有無ニ不拘朱印地除地等從前之通被下置候處各藩版籍奉還之末社寺ノミ土地人民私有ノ姿ニ相成不相當ノ事ニ付今般社寺領現在ノ境內ヲ除ク外一般上知被仰付追テ相當祿制被相定更ニ廩米ヲ以テ可下賜事（以下略）

明治五年八月三日教部省達第十二號佛器什物帳調製ノ件

各管內寺院之向建物ヲ除之外一寺附屬之佛器什物等一切帳簿ヘ記載シ檀家總代法類等奧印ノ上云

云

明治六年三月五日太政官布告八九號

今般僧侶身代限規則被相定候ニ就テハ寺院ノ所有ノ田園建物諸器什物檀家ヨリ寄附ノ分又ハ法用ニ必要ナル分竝ニ古來傳承ノ寺寶等ノ分判然相立不申候テハ差支候條左ノ規則ニ從ヒ寄付帳什物帳相綴リ置可申候云々

右に類する明治以後の法令は、尙ほ多數之れを引くことは容易である。後に詳論する明治六年太政官布告第二四九號、明治九年教部省達第三號及び明治十年太政官布告第四三號の如き當に其適例である。要するに寺院は實に吾が法制上、最古の歷史を有する法人なりと謂ひ得る。

現行法に付て觀るに、特に寺院を法人なりと規定したる明文を缺くと雖も、民法施行法第十九條第一項は、「民法施行前ヨリ獨立ノ財產ヲ有スル社團又ハ財團ニシテ民法第三四條ニ揭ケタル目的ヲ有スルモノハ之ヲ法人トス」と定めた。右に揭ぐる如く、寺院は民法施行前より獨立の財產を有し、又民法三四條所揭の事項たる祭祀、宗教、慈善、學術、技藝の中、少くとも最初の二者を其目的として居る。從つて寺院は民法所定の法人設立の手續を經るの要なく、當然私法人たる存在を有するものである。（同條第二項の主務官廳の認可の有無は法人格に消長を來さぬ）（同說、佐々木惣一氏「宗教團體ノ法律上ノ地位ニ就テ」京都法學會雜誌十三卷十號四二頁）

然るに民法施行法第二八條には「民法中法人ニ關スル規定ハ當分ノ內神社、寺院、祠宇及ヒ佛堂ニ

ハ之ヲ適用セス」と規定したるが爲めに、同法施行當時寺院は法人に非ずと解する者も現はるゝに至つた。併し其謬論たる素より明白にして、今日に於ては全く過去の廢論として顧みるもの無く、學說判例は共に寺院の法人たることを認むるに一致して居る。卽ち「寺院ハ法人ナリト直接ニ規定シタル法令ハナケレトモ民法施行法第二十八條ニ民法中法人ニ關スル規定ハ當分ノ內寺院ニ之ヲ適用セストアリテ若シ民法ニ於テ寺院ヲ法人ニ非サルモノトスレハ此規定ヲ設クル筈ナキニ此ノ如キ規定ヲ設ケタル所ニ由レハ民法ハ寺院ヲ法人ナリト爲シタルモノトス」（大審院、三五、一〇、八、民事判決錄、九卷、四六頁）。故に同條は、「社寺ヲ以テ人格ナキモノト爲シタル趣旨ニアラスシテ、社寺ハ人格アルモノ之ニ對シテ當分ノ內法人ニ關スル民法ノ規定ヲ適用セストノ趣旨ト解スルヲ以テ當ヲ得タルモノトス」（同、三五、三、二四、刑事判決錄九輯三卷四四九頁）。卽ち此等の判旨に從へば、前記民法施行法第二八條は寺院の法人格を否定するの根據とはならずして、却つて其支持論に一理由を提供するものである。（註一）。而して民法施行後に、制定發布せられたる法令中には、寺院を法人とし又は法人たることを前提としたる規定も少くない。卽ち明治四〇年森林法第一三條、同年森林法施行規則第一條及び第二條、大正四年國有林野產物賣拂規則第七條、大正一四年法律第四號特別都市計劃區域內ニ於ケル寺院ノ國有境內地讓與等ニ關スル件等は、其例に外ならぬ。從つて現行法制の下に於て、寺院の法人たることは、全く疑問の餘地はないと言つてよい。（註二）

註一　序を以て言ふ。大審院は民法施行法第二八條を以て民法施行前寺院に法人格ありたる事實の一證左と解し、同條に「民法中法人ニ關スル規定ハ當分ノ內神社、寺院、祠宇及ヒ佛堂ニ之ヲ適用セスト規定セルニ依リ之ヲ觀レハ、神社、寺院、祠宇及ヒ佛堂ハ、民法施行前ヨリ法人タリシコト明カナリ」（4、12、22、判決錄二四輯二四七頁）と判示して居る。尙ほ以下引用判決の年月日の數字にして漢字の分は明治時代を、洋字の分は大正時代を表はす。

註二　明治三二年第一四議會提出の宗教法案は其第三條第一項に於て「本法ニ於テ寺ト稱スルハ寺院ヲ所有シ教法ヲ宣布シ法議ヲ修行スルヲ目的トスル財團法人ヲ謂フ」又第二項ニ「寺院ハ佛教ノ本尊ヲ安置シ教法ヲ宣布シ法儀ヲ修行シ僧侶ノ止宿ニ建物トス」と規定した。此寺院の用語は不適當であるが、兎に角明文を以て寺卽ち本論に謂ふ寺院を法人として居る。昭和二年第五二議會提出の宗教法案は、其第六十條に於て「寺院は之を法人とす」と、更に明かに規定して居る。

次に寺院が、私法上の法人であることも亦爭なき所である。卽ち、（一）論理的に謂へば、寺院の目的として信奉する佛教は吾が國の對宗教政策が政教分離主義を採用する現代に於ては、過去の時代に於ける如き國教又は公認教たる地位を捨てた必然の結果として、原則としては最早公務たる性質を含有せぬと言つてよい。從つて寺院は、昔日と異なり其目的事項中より公法上の關係を全部失つた。（二）又法規上より觀るも、民法第三四條は祭祀及び宗教に關する事項を私法人の目的として居る結果、寺院の私法人たることは一見にして明瞭となつた。而して寺院が、營利法人に非ずして公益法人たることに付ては、最早言ふを俟たぬ。

第二節　寺院の代表機關

前述の如く寺院は法人なるが故に、其行動の爲めに代表機關を必要とする。而して寺院の代表機關は僧侶である。王朝時代に於ては三綱、別當等が寺院の事務を掌理し、中世以降住職が之れに當り、

現代に及んで居る。精確に謂へば住職又は之に代るべき僧侶が、寺院なる法人の代表者である。現行法に於ては別段に此點に關する規定は無い。乍併住職が寺院を代表する事は永年の慣行であり、此慣行は法的確信を以て受け容れられてゐる。從つて一の慣習法として之を容認すべきものである。大審院も亦「訴訟上寺院ノ代表ニ付テハ住職ハ寺院ノ財産ヲ管理スル職ヲ有スルモノナルカ故ニ從來ノ慣行上其代表者トシテ訴ヲ爲シ、裁判上ニ於テモ其慣行ヲ是認シ來レルモ法律ノ明文上代表者ニ付キ何等ノ規定アルコトナシ」（三五、四、一一、民八輯二一頁）と判示し、住職の寺院代表權を認めて居る。併し此等の慣行の沿革的研究は、本論を複雜とし多岐に亙らしむるが故に、暫く之を差控へることにする（註三）。

註三　明治三二年の宗教法案第一八條は「寺ニハ住職ヲ置クヘシ」とて前揭の慣行か前提とし特に住職が寺院の代表者なることを規定せざりしを以て、同法に對する貴族院の特別委員たりし都築馨六氏の修正案第一三條に「寺院ニハ住職ヲ置テ寺院管理ノ責ニ任セシムル云々」と定めたるは適當の修正である。昭和二年の宗教法案第六五條が「寺院ニハ住職ヲ置クヘシ、住職ハ寺院規定ノ定ムル所ニ依リ寺院ヲ管理シ及ヒ之ヲ代表ス」と明定したるは更に妥當なる規定である。

寺院の代表機關は住職であると同時に、又住職のみが寺院を代表する權限を有する。然し住職の外に檀家又は信徒の總代を以て、寺院を代表せしめ、又は少くとも住職と共同して、寺院を代表せしめんとする議論を爲すものがあつた。而して其論據は凡そ三ある。但し其何れの見解も判例の採用せざる所である。

第一說は明治一四年內務省達乙第三三號中に「今後該社寺ノ願屆等ハ渾テ連署ヲ以可差出」とある

を、根據として檀信徒總代の代表權を認めんとする試みである。然し大審院の判示する如く「內務省カ之レヲ達シタル當時卽チ明治一四年頃ニアリテハ行政ニ關スル願屆ハ訴訟トハ其名稱ノ上ニ判然區別セラレタルニ依リ願屆等トアル文詞中必スシモ普通ノ訴訟行爲ヲ包含セシムヘキ必要ナキノミナラス該達ハ單ニ內務省ナル一官廳ヨリ發セラレタル點ヨリ考フレハ社寺ノ權利ヲ伸暢スル爲メ司法裁判所ニ訴訟ヲ提起スル場合ノ如キハ該文中所謂願屆等ノ中ニ包含セサルモノト解スルヲ相當ナリトス左レハ本訴ノ如ク單ニ寺院ノ權利ヲ伸暢スルヲ以テ目的トスル訴訟ノ代表ニ付テハ法律上反對ノ規定ナキ限リハ其住職ヲ以テ之レカ代表者ト爲スハ相當ニシテ檀家又ハ信徒ノ之ニ附從スルヲ要スルモノニアラス」（大審院三〇、七、七、民三輯七卷六頁）と解すべきである（註四）。

註四　同趣旨判例、二八、一〇、二九、民一輯三卷一三七頁。東京控訴院四四、四、二九、「明治一四年內務省達乙第三三號ニ社寺ノ願屆等トアルハ管轄行政官廳ニ對スル願書等ヲ稱スルモノニシテ社寺ノ權利伸暢ノ爲メ司法裁判所ヘ訴訟ヲ提起スル訴訟行爲ヲ包含セサルモノト解スヘキコト該達全體ノ趣旨ニ照シテ明ナルヲ以テ寺ノ住職カ寺ヲ代表シテ訴ヲ提起スルニハ檀家總代ノ承諾ヲ經ルヲ要セス」（最近判例集九卷三二頁）

第二說は、明治一〇年布告第四三號に「寺院ニ於テ其寺院ノ爲メ金穀ヲ借入ルルトキ云々必ス氏子檀家ト協議シ總代二名以上ノ連署ヲ要スヘシ云々」とあるを觀て、總代に寺院代表權あるが如く解せんとするものである。「寺院ノ檀信徒總代カ明治一〇年四三號布告ニ依リテ證書ニ連署スル所以ノモノハ寺院ノ代表者タル住職ノ事務執行ヲ監査スル職責アルニ由ル是ヲ以テ檀信徒總代カ寺院ヲ代表スル者ト爲スハ極メテ妄ナリ」（三八、一〇、二八、民一一輯一三九五頁）と云はねばならぬ。（註五）

註五　同趣旨判例、二八、一二、一〇、一輯五巻四八頁、「明治一〇年布告第四三號ハ特ニ社寺ニ於テ債務ヲ起ス場合及其地所建物若クハ什器ヲ抵當ト爲ス場合ノ規定ニシテ社寺ニ屬スル權利ノ行使殊ニ社寺ノ訴訟ニ關スル代表者ヲ定ムルモノニ非ス」

第三說は、從來總代が住職と共に、寺院を代表したる極めて少數の實例を捉へ來つて、總代が寺院を代表する慣行の存在を主張するものである。然し未だ斯る事實は、之を以て慣習法なりとなすに至らない。故に大審院も「訴訟上檀家總代ハ寺院ノ代表權ナキモ從來寺院ノ訴ニ住職ノ外檀家總代モ出廷辯論シタル例ナキニアラスト雖モ法律上檀家總代ハ寺院ヲ代表スル權利ナキモノナレハ代表者ノ資格ニテ訴訟ニ參加スルモノト看做スヲ得ス故ニ本院ニ於テ近來寺院ノ訴訟ニ檀家總代ノ參加スヘキ理由ナキモノト裁判シタル例勘カラス然レハ原院カ檀家總代ハ無住職ノ場合ト雖モ寺院ヲ代表スル資格ナキモノトスト裁判シタルハ相當ナリ」（三三、一〇、一、民六輯六卷四頁）と判示した（註六）。

註六　前掲四四年東京控訴院判決は後段に「住職カ寺ヲ代表シテ訴ヲ提起スルニハ檀家總代ノ承諾ヲ經ルヲ要セス從テ其同意書ヲ訴狀ニ添付スルコトヲ要セサルモノト謂フヘシ又民法實施後此ノ如キ手續ヲ爲スヘキ慣例ナシ」と判示して慣行の存在を明瞭に否認して居る。

第三節　住職の寺院代表權と其限界

住職が寺院の代表者たることが、既に法律の明文に依つて規定せられたるに非ずして慣行に由つて支持容認せらるゝ以上、住職の寺院代表權限を明定する法規なきは、已むを得ざることである。從つて又住職の代表權の範圍を、法規に依つて制限せらるゝ場合の外、寺院の一切の事務竝びに行爲に及ぶと解するは、寺院の法人たる性質上當然のことである。

法律が積極的に寺院住職の權限を定めざる事よりして、住職を以て權限の定めなき代理人と解し、民法第一〇三條所定の事項のみを爲し得る如く說く者あるも、之は法人の代表者と代理人とを混同する謬論である。理論上法人の代表者は、特別の制限規定なき限り法人の全ての行爲に付て、之を代表する權限を有すべく、而して此理は寺院の代表者たる住職に付ても、同一でなければならぬ。

上述の如きが故に、住職の代表權の範圍は、積極的に之を論定せんよりは、寧ろ消極的に制限の方面より研究するを便宜とする。然らば如何なる制限が現在に於て、住職の代表權に就いて課せられて居るか。先づ民法には第五三條に於て「理事ハ總テ法人ノ事務ニ付法人ヲ代表ス但シ定款ノ規定又ハ寄附行爲ノ趣旨ニ違反スルコトヲ得ス又社團法人ニ在リテハ總會ノ決議ニ從フコトヲ要ス」との規定がある。併し私法人に對する此原則的規定は、既に說明し置きたる如く、寺院には其適用なきものである。加之寺院には定款又は寄附行爲に相當するものなきが故に、寺院に對しては、此規定の類推適用を許すべき餘地もない。從つて民法第五四條の「理事ノ代表權ニ加ヘタル制限ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス」との規定も亦之を適用するの餘地はない。

次に問題となるのは寺院所屬の宗派管長が、主務大臣の許可を得て、一宗一派の宗制寺法中に寺院の住職の代表權を制限すべき規定を爲したる場合に於て、此規定により果して住職の權限は、當然に伸縮左右せらるゝものなりや否やの問題である。

要するに此問題は、此種の規定が、法規たるの性質を具有するや否やに依りて、決せらるべきものである。明治一七年太政官布達第一九號は「寺院ノ住職ノ任免及教師ノ等級ヲ進退スルコトハ總テ各管長ニ委任シ更ニ左ノ條件ヲ定ム」と規定し、管長が宗制寺法を制定し得可きことを認めて居る。併し政教分離の今日に在りては、宗教事務は國務ならざるを原則とするを以て、假令右布達の解釋上、管長の寺院住職の任免權及教師の等級の進退を爲す權能は、之を國家より委任せられたる行政行爲なりと看做し得るとするも、（此說は大審院の判例の採る所なりと雖も、學者の有力なる反對說あり）其他の事項に關する管長の行爲は、到底之を行政行爲なりと謂ふことは出來ない。從つて住職の任免及教師等級の進退の二點以外に關して、管長の爲す宗制寺法の制定は、之を行政行爲と爲すべきではない。從つて斯る宗制寺法が法規たる性質を有せざることに就ては、疑を挿むの餘地はない。仍つて事實上斯る寺院住職の權限を制限する宗制寺法ありとするも、そは何等住職の權限を拘束する法規的效果なきは明白である（註七）。

註七　同趣旨判例、4、2、17、二一輯一二六頁、「僧侶ハ寺院ノ法定代理人タル地位ヲ有スルモノナレハ其代表權ハ一ニ法規ニ依リ定マルモノナリ而シテ寺院ハ定款又ハ寄附行爲ニヨリ設定セラルルモノニアラス又社員總會ノ如キ機關ヲ有セサルヲ以テ僧侶ノ代表權限ニ對シテハ之ヲ制限スルノ方法ナキカ故ニ僧侶ノ代表權限ニ付テハ之ニ加ヘラレタル制限アリヤ從テ又第三者カ其制限アルコトヲ知レリヤ否ヤノ問題ヲ生スルコトナシ一宗一派ノ宗規ノ如キハ法規ニアラサルカ故ニ固ヨリ僧侶ノ代表權限ヲ左右スルカナシ」

又大審院は寺院の債務負擔行爲には住職は檀家總代の同意を要すと爲す、後述の明治一〇年布告第四三號の解釋として「故ニ若シ布告第四三號ハ檀家總代ノミニ適用スヘキモノトセハ檀家總代ナキ寺院ニハ其適用ナキニ至ラム而シテ其適用ナキ結果ハ檀家ナキ寺院ハ上告論旨所論ノ如ク貸借行爲ヲ爲スコト能ハサルニアラスシテ却テ其適法ノ代表者タル住職カ自由ニ寺院ノ爲メ貸借ヲ爲スコトヲ得ヘシト論結スルヲ至當トス云々」（四〇、二、一四、民一三輯一一二頁）と判示して居る。

凡そ代表なる觀念は、單に法律行爲のみに付て、成立するものとは限らない。併し玆では單に寺院の法律行爲に限定し、其他の代表に付ては、之を他の機會に讓りたい。而して寺院を代表して住職が法律行爲を爲す場合に、現在凡そ三個の制限を擧げることが出來る。

（一）　住職が寺院を代表して債務を負擔する行爲を爲すには、其寺院の檀家總代二名以上の同意を要すること。明治一〇年太政官布告第四三號の規定する所である。故に此場合住職は、檀家總代の同意を得ざる限り寺院を代表し能はぬ。

（二）　寺院の永續財產の處分又は處分を目的とする契約を爲すには、檀家總代の同意の外に所屬地方長官の許可を必要とすること。明治六年太政官布告第二四九號、同九年敎部省達第三號及同一二年內務省達乙第三九號の明定する所である。故に此場合住職は斯る手續を經ざる以上、寺院を代表して行爲し能はぬ。

（三）　住職は自己と其代表する寺院との間の法律行爲に就ては、寺院を代表することは出來ない。此點は前二者と異なり、直接の明文を以て規定せられては居ないが、條理上斯く解するを妥當とする。

尙前揭三種の場合中、第一及び第二の場合は、實際上の重要性に富むが故に、次章に於て之を詳論することゝし、先づ第三の場合に付て論述することゝしよう。

法人と理事との間の關係は、本人と代理人との間の關係と同一に非ずと雖も、民法が法人の理事に就いて、其第四四條に「理事其他ノ代理人」又第五四條に「理事ノ代理權」なる用語を採用したるより觀れば、少くとも法律行爲に就ては兩者の關係を代理の法理に準ぜしめんとする法意なりしものと解すべきである。而して寺院には民法の法人に關する規定は直接の適用なしと雖も、此等の規定に表はれたる法人に關する根柢的の法意を汲んで、寺院たる法人を律せんとするは、蓋し誤り無き解釋なりと信ずる。卽ち民法第一〇八條の「何人ト雖モ同一ノ法律行爲ニ付其相手方ノ代理人トナリ又ハ當事者雙方ノ代理人トナルコトヲ得ス但債務ノ履行ニ付テハ此限リニ在ラス」との規定は、法人たる寺院と住職との間の關係をも支配するものと謂はねばならぬ(註八)。從つて此場合も亦住職の代表權に對する一の制限と謂ふべきである。然らば此種の場合に於ては、寺院は何人によりて如何にして代表せらるべきか。此點に付き三說が想像される。

（一）其行爲が寺院に利益なる場合は住職に代表權あり、不利益なる場合は民法五七條を準用して特別代表者の選任を裁判所に求むべし。(註九)

（二）副住職あるときは副住職寺院を代表すべく、之を缺く場合は絕對に住職は寺院と法律行爲を爲すことを得ず。

（三）其行爲が寺院に利益なると否とを問はず、住職の代表權を否定し、副住職に先づ代表權を認め、副住職なきときは民法五七條を準用することゝ(註一〇)。併し民法一〇八條は本人に利益なると否とによりて適用を異にすべき理はないから、第一說には從ひ難い。加之此場合住職に代表權なき理由が、民法第一〇八條に存し、第五七條の結果ではない。從つて同條の理事と法人との利益反する場合と云ふ制限に拘泥するの要はない。又第二說の如く全然寺院は行爲を爲す能はずとするは極端にして實際生活に適せず、結局第三說の如く寺院に利益なると否とを論ぜず、住職と寺院間の行爲に付ては住職は代表權なきことゝし、而して民法五七條の精神に從ひ同條を準用して、特別代理人を選任すべしとの說を妥當なる解釋と信ずる。但し私見を以てすれば、副住職に寺院代表權ありと解するは正當ではない。何となれば副住職なるものは、多く大寺巨刹に限り存するもので、其廣範なる寺務を住職一人にて處理し難い實際上の必要又は住職不在の場合等に置かるゝ機關であつて副住職は住職と獨立した地位を有せず、住職の意に反して行動し難い事實上の立場にあるからである。元來法律が雙方代理を禁ずるのは、之を認容することが不條理なるが爲めである。而して又住職と寺院間の行爲に付きても、住職に代表權なしとするのが、寺院保護の趣旨に合して居る。而して住職の意に反して行動し得ぬ副住職に、當然寺院の代表權を認めたる規定なきは勿論一般慣行も存しない。

註八　此場合當然民法一〇八條の適用ありとの法曹會決議（法曹記事二八卷八號三一頁）「寺院ノ住職ハ自己所有ノ不動產ヲ其寺院ニ無償寄附スル行爲ニ付キ寺院ヲ代表スルコトヲ得サルモノトス蓋シ民法第一〇八條ハ單ニ利害相反セサルノ故ヲ以テ其適用ヲ排除スルヲ得サルノミナラス贈與契約ハ必スシモ常ニ利害相反セサル行爲ト謂フコトヲ得サルヲ以テ寺院代表者タル住職カ寺院ヲ代表シテ贈與契約ヲ爲ス場合ト雖モ當然民法第一〇八條前段ノ適用ヲ受クヘキコト勿論ニシテ住職ハ右契約ニ付キ寺院ノ決定代理人タル權利ヲ行使スルコトヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス。」

註九　法曹會決議（法曹記事二八卷七號一二頁）「寺院ノ住職カ寺院ヲ相手方トシ又ハ寺院ト利益相反スル事項ニ付キ法律行爲又ハ訴訟行爲ヲ爲スニアタリ寺院ヲ代表スルコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ法ニ明文ナシト雖モ寺院ノ法人ナルコトハ疑ナキ所ナルヲ以テ民法五七條ニ依リ住職ハ代表權ヲ有セスト解スルヲ相當トス而シテ此場合ニ寺院ノ代表者トシテ特別代理人ヲ選任シ以テ當該事項ニ付キ寺院ヲ代表セシムヘキモノト解ス。」

註一〇　法曹會決議（法曹記事二九卷一一號二五頁）「寺院ノ住職カ寺院ト法律行爲ヲ爲シ又ハ寺院ト利益相反スル事項ニ付キ寺院ヲ代表シ不利益トナルヘキ行爲ニ付テハ副住職アルトキハ副住職若シ副住職アラサルトキハ一般ノ原則ニヨリ特別代理人ヲ選任シテ其者ヲシテ寺院ヲ代表セシムルモノト爲ス說及寺院ニ利益ナル所爲ナルト否トヲ問ハス住職ハ寺院ヲ代表スルコトヲ得スト爲ス說アリ、惟フニ寺院住職ノ任用ハ明治一七年八月太政官布達第一九號ニヨリ各宗派管長ニ對スル委任事項トナリ居ルモノナレト寺院モ亦民法上ノ法人タルコトヲ失ハサレハ住職ノ代表關係ニ付テハ民法ノ支配ヲ受ケサルヘカラス然ラハ私法上代理人ノ權限ニ關スル民法第一〇八條ノ規定ハ自然住職ニモ適用アリト云ハサル可カラサルヲ以テ法律行爲カ寺院ノ爲メ利益ナル場合ト否トチ問ハス同條但書ノ場合ヲ除ク外住職ハ其代表スル寺院ト法律行爲ヲ爲スコトヲ得ス故ニ此場合副住職ノ置カレアルトキハ副住職ニ於テ寺院ヲ代表シテ法律行爲ヲ爲シ得ヘキモ副住職ノ任設ナキ寺院ニアリテハ民法第五七條ヲ準用シ住職ヨリ特別代理人ノ選任ヲ裁判所ニ請求シ其特別代理人ニ於テ寺院ヲ代表スヘキモノトス」（尚ほ同趣旨の法務局長回答が登記事務取扱に關してある。決曹記事二七卷七號七九頁）

第四節　兼務住職又は住職の事務を掌理する者の代表權

兼務住職又は住職事務掌理者の寺院代表權に付て、便宜上茲に一言する。甲寺の住職缺員の場合に、乙寺の住職が甲寺の住職を兼ぬるときは、之を甲寺より觀て兼務住職と謂ひ、之に對し乙寺に付ては正住職と呼ぶを通例とする。兼務住職は固より住職たるに變る所がなく、從つて住職に付て述べたると同樣の寺院代表權限がある（註一一）。又住職缺員の場合には、住職の事務を掌理せしむるために、寺務取扱者、寺務管理者、監寺等を一時的に宗派管長が任命することがある。管長は寺院の住職卽ち寺院の代表者にして事務執行の權限を有する者を任命することを國家から委任せられて居るから、寺院に對し斯る權限者を住職の名に依らずして任命することは可能である。故に此等の者が寺院を代表することも當然である。而も其寺院代表の權限は住職と同一であつて、法令による制限以外一切の寺院の事務に付き、代表權を有する住職の事務掌理者なるが故に、一宗一派の宗制寺法にて其權限を制限し得べき理由はない（註一二）（註一三）。

（註一一）　同趣旨判決東京控訴院三三、一〇、四、（新聞五號九頁）「兼務住職ハ住職ト異ニシテ寺院ヲ裁判上代表スルノ權限ナキ旨ノ法則ナキヲ以テ當院ハ寺院ノ兼務住職モ同シク寺院ヲ代表スル權アルモノト認ム」大審院（民事判決錄一八輯二九四頁）被上告寺ノ代表者トシテ本件訴訟ヲ爲セル上木卽隆ハ明治四二年九月一四日本寺蓮心寺三五世僧都田中日朋ノ許可ヲ受ケ被上告寺ノ住職ヲ兼務スルモノナルコト同人カ第一審ヘ資格證明ノ爲メ訴狀ニ添付シテ提出セル認可書ノ謄本ニ徵シテ明ナル所ナレハ卽隆ヲ被上告寺ヲ代表シテ訴訟ヲ爲スノ資格アルハ疑ヲ容ルヘカラス云々」

註一二　同趣旨判例三五、四、一一、（民事判決錄八輯四卷二一頁）「住職ノ欠缺シタル場合ニ於テ住職ノ職務ヲ攝理スル權限ヲ有スルモノアルトキハ訴訟上ニ於テモ住職ト同シク寺院ヲ代表スル資格アルモノト認ムルヲ得可キハ當然ノ筋合ナリ」而して「明治一七年太政官布達第一九號ニ依レハ各宗管長ハ所屬官廳ノ認可ヲ經テ寺院ノ住職任免等ニ關スル規則ヲ制定シ得ヘキモノニシテ本件ニ於テ被上告人ノ代表者タル多田英善カ所論ノ如ク淨土宗規住職任免及寺務規則ニ基キ上告人カ住職ヲ罷免セラレタル結果本山ヨリ任命セラレタルモノナリトセハ前示布達ノ趣旨ニ則リ適法ニ所屬官廳ノ認可ヲ得テ制定セラレタル規則ニ基キ適式ニ任命セラレタルコトハ自ラ明ナルノミナラス本件記錄添付ノ京都教區教務所長ノ證明書ニ依レハ清心院ノ住職缺職中住職ノ職務ヲ攝理スル權限ヲ有スルモノナルコト疑ヲ容レス然ラハ多田英善カ被上告寺ヲ代表シテ訴訟行爲ヲ爲ス資格ヲ有ス」（民事判決錄二二輯五七頁）

註一三　官廳に對する行爲に付き住職なき場合の寺院代表者に關する山梨縣照會に答へたる明治三三年一二月一九日宗教局回答宗甲第二四號「客月二一日附收甲戌第一四二二號ヲ以テ寺院代表ニ關スル件ニ付御問合相成候處右ハ當該宗派ノ宗制寺法其他本省ノ認可ヲ得タル規則有ノ場合ハ御意見ノ通住職ト同樣寺ヲ代表シ若シ其權限ニ付別段ノ定メアルトキハ其制限ニ依ルヘク又何等規定ナキモ從來一定ノ慣例アリテ其慣例ニ從ヒ事務取扱等ヲ設クモノハ其慣例ニ依ラシメ差支無之候ヘ共其規定若クハ慣例ニ依ルニ在ラスシテ一時適宜ニ設クル者ハ御意見ノ通リ寺院代表ノ資格ナキモノト被存候、云々」但し此回答中宗制寺法に依る代表權の制限を認めたることの不當なるは既に指摘したる通りである。此點前揭 4、2、17、大審院判決民二一輯一二六頁參照。

第二章　寺院の債務負擔行爲

第一節　檀家又は信徒總代の同意を要する行爲

第一項　基本規定及び其立法目的

住職の寺院代者權に對する現行法の下に於ける制限は、住職が寺院を代表して法律行爲を爲すに當り、其寺院の檀家又は信徒總代の同意を必要とすることである。而して其場合は二種ある。一は寺院が債務を負擔する行爲であつて、他は寺院が其財産を處分する行爲である。但し後者は更に監督官廳の許可を必要とすべきを以て、說明を次章に讓り、茲では只前者のみを說く。先づ此點に關する基本となるべき規定を擧ぐれば、明治一〇年五月一六日太政官布告第四三號「金穀借入等ニ關スル件」である。卽ち、

神社竝寺院ニ於テ其社寺ノ爲メ金穀ヲ借入ルルトキ若クハ金穀ヲ借入ルル爲メ社寺附地所（除税地ヲ除ク外）建物什器（寶物古文書類ヲ除クノ外）等ヲ抵當ト爲ストキハ必ス氏子檀家ト協議シ總代二名以上ノ連署ヲ要スヘシ若シ此連署ナキトキハ總テ該社寺神官僧侶ノ私債ト看做シ縱令右ノ抵當アルモ其效ナキモノト爲スヘシ此旨布告候事

此布告中本文の說明中より除くべき部分は、神社に關する點從つて氏子神官の規定と、次章に於て說く抵當權設定に關する部分であつて、結局茲では、「寺院ニ於テ其寺ノ爲メ金穀ヲ借入ルルトキハ必ス檀家ト協議シ總代二名以上ノ連署ヲ要スヘシ若シ此連署ナキトキハ總テ該寺僧侶ノ私債ト看做ス」の點を解說すれば足りる。布告を文字通りに解するときは、一見明白單純なるが如きも、後述の如く判例に依りて補充擴張せられ、今日に在りては寺院が債務を負擔する一切の行爲に、適用せられて居る。從つて又本布告を解するには是非共關係判例を說かねばならないことを、豫め承知して置く必要がある。

明治一〇年卽ち本布告制定の當時に於ては、佛敎は神道と共に我國の公認敎たる地位に在り、寺院は所謂三條の敎則に基いて衆庶を敎導して、地方の風化を贊け政治に裨益すべき職能を有し、之に住職するものは敎導職試補以上たることを資格とした。然らば國家は斯る性質の寺院を保護監督して、其廢滅に至るなきを望むは當然の事理にして、之が手段として寺院財産の散逸喪失を防止せんと企圖することも亦當然の理である。而して先づ次章に述ぶるが如く、明治六年太政官布告第二四九號「什物類處分心得方ノ件」を發布して一定の寺院財産の處分を制限し、更に明治九年敎部省達第三號「持添の田畑山林竝寄附金古文書等處分方ノ件」を以て是を補充し、苟も僧侶等の私利私慾に因る寺院の重要財産處分の途を斷つたのであるが、尙ほ足らずとして明治一〇年に至り、更に本布告を發布するに至つたのである。卽ち本布告は大審院の判示する如く、「寺院ノ財産ヲ保全スル爲メ代表者タル住職ノ私擅行爲ヲ防遏シ其利益ヲ保護スル趣旨ニ出テタルモノ」（2、1、31、民事判決錄一九輯三一頁）である（註一）。

註一　同趣旨判例、3、10、22、民事判決錄二〇輯七八六頁、輯一三九五頁、三七、一二、二七、同一〇輯一七〇二頁、三七、一〇、一〇、同輯一二一三頁參照

第二項　適用範圍

布告は寺院に於て其寺の爲め金穀を借入るゝときは、必ず檀家と協議し總代の連署を要すと定めた。今之を文字通り解すれば、金錢又は穀物假令多少廣義に解しても、代替物の消費貸借の場合に於てのみ、檀家總代の連署を必要とするやうに見える。併し本布告制定後に於ける社會事情の變化と經濟觀念の進歩とは、僧侶の私擅を防遏し寺院財産の保護を期するが爲めの監督手段たる檀家總代の連署は、代替物の消費貸借のみに之を限局することを許さない。玆に於て布告制定の趣旨を貫徹せしむるが爲めに、文字の末に拘はるゝことなく、苟も寺院が債務を負擔する場合には、住職の專行に之を委ぬることなく、常に總代の同意を要すとの論理解釋が現はるゝに至つた。而して夙くより判例は此見解を採用して居る。卽ち「明治一〇年第四三號布告ハ社寺ノ財産ヲ保護センカ爲メニ發セラレタルモノニシテ其目的ハ神官僧侶ニ於テ社寺ヲ代表シテ法律行爲ヲ爲ス結果トシテ漫ニ社寺ノ財産ヲ減損スルカ如キ弊ニ陷ルコトヲ慮リ之ヲ豫防スルニ在ルコトハ其文意ニ徵シテ明晰タリ故ニ社寺ノ爲メ金穀ヲ借入ルル爲メ其附屬地等ヲ抵當ト爲シ貸借名義ニヨリ債務ヲ負擔スルトキハ勿論其名義ノ如何ヲ問ハス苟モ社寺ノ爲メ債務ヲ負擔シ社寺ノ財産ニ影響ヲ及ホス場合ニ於テハ神官僧侶ノミニテ其法律行爲ヲ爲スヲ許サス必ス氏子總代檀家總代ト協議シ其總代二名以上ノ連署ヲ要スルモノトス」（大審院、三七、一〇、一〇、民事判決錄一〇輯一二一三頁）と判示し、且つ「明治六年第二四九號布告、明治九年二月二日敎部省達等ニ對照シテ推究スルトキハ該布告ノ精神ハ社寺カ獨リ金穀ノ借入ヲ爲スヲ場合ニ限ラス苟クモ債務負擔ノ契約ヲ爲シ若クハ其所有財産ヲ抵當權若クハ質權ノ目的トナス場合ニ於テ神官若クハ僧侶ヲシテ私擅行爲アラサラシメント欲スルニ在ル事極メテ明白ナリ」（大審院判決三七、一二、二七、民事判決錄一〇輯一七〇二頁）と爲し、又從つて布告の文字を解釋するに當りては

「明治一〇年第四三號布告ニ金穀ノ借入トアルハ金穀ノ給付ヲ目的トスル債務ヲ表示セント欲シテ世間常有ノ事タル借入ノ語ヲ用ヒタルニ過キス故ニ該規定ハ社寺カ金錢消費貸借ヲ爲ス場合ニ限リテ適用スヘキモノニ非スシテ其金穀ノ給付ヲ目的トセス他ノ債務ヲ負擔スヘキ場合ニモ亦均シク之ヲ適用スルヲ要ス」（大審院、三八、一〇、二八、民事判決錄一一輯一三九五頁及前掲三七、一〇、一〇判決）と謂ひ、苟も寺院が債務を負擔する場合に於ては、假令寺院が反對給付を受け、且つ其反對給付が寺院にとりて有利なる場合に於ても、又はその債務の負擔が條件付なるときも全て本布告に準據して、總代の同意を必要とするものと解して居る（註二）。又寺院が債務を負擔するに至る經路形式をも問はざるものにして、例へば裁判上の和解に依りて債務を負擔する場合の如きも、尙ほ總代の同意なくば寺院の債務と看做すことは出來ない（註三）。乍然茲に謂ふ債務とは私法上の債務を指稱すること論なきを以て、公法上の義務を生ずる如き寺院の行爲を爲すには、住職は此布告に依り總代の同意を經るの要なきは明白である（註四）。

註二　「明治一〇年布告第四三號ハ神社又ハ寺院カ云々苟モ債務負擔ノ契約ナナス場合ニ之ヲ適用スヘク云々債務ノ履行ヲ將來多分ノ財產ヲ得タルトキニ於テスルト否トニ依リ何等異ナルコトナシ而シテ甲第五號證ハ被上告寺ノ住職カ甲第一號證ニ定メタル以外ノ勞務ニ對シ同號證ト同一內容ノ報酬ヲ與フヘキコトヲ新ニ約シタルモノニシテ卽チ行政訴訟ニ於テ勝訴ノ上ハ金四萬圓ノ給付ヲ爲スヘキ債務ヲ負擔スル契約ナルコト原院ノ確定セル所ナレハ原院カ此契約ニ付キ前揭布告ヲ適用シタルハ正當ナリ」前揭四三、一〇、八、（大審院民事判決錄一六輯六六〇頁）

註三　「明治一〇年布告第四三號ノ規定ハ寺院カ獨リ金穀ノ借入ヲ爲ス場合ニ限ラス苟モ債務負擔ノ契約ヲ爲ス場合ニハ總テ之ヲ適用スヘキモノナルヲ以テ原審ノ示ス如キ裁判上ノ和解ニ基キ被上告寺ニ於テ債務ヲ負擔スル場合ニ於テモ右規定ノ適用ヲ受ケ檀家總代ノ承認ヲ要スルモノト解スルヲ相當トス然ラハ本件裁判上ノ和解ニ付其當時又ハ其以後ニ於テ檀家總代ノ承認ヲ經サリシ事實ヲ確定シ該債務負擔行爲ハ寺院ノ行爲トシテ無效ナリト判示シタルハ相當ナリ」（大審院一五、五、二八、評論一五卷諸法三〇三頁、尙東京控訴院、14、12、24、評論一五卷民訴二一〇頁參照）。

註四　「明治三〇年三月法律第二六號北海道未開墾地處分法第三條ノ規定ニヨリ北海道未開墾地ノ無償貸付ヲ受ケタル者ハ其土地ニ於テ開墾牧蓄植樹等ノ事業ヲ爲スノ權利ヲ取得スルト同時ニ又其規定ノ事業ヲ爲スヘキ義務ヲ國ニ對シテ負擔スト雖モ此義務ハ私法上ノ債務ニ非サルコト明白ナレハ明治一〇年布告第四三號ニ所謂金穀借入ノ債務ニ該當セサルコト毫モ疑ヲ容レス」、5、5、16、大審院民事判決錄第二二輯九六六頁以下）。

以下理解の便に供する爲め本布告の適用例を事項別に摘示しよう。

第一　寺有地の長期賃貸

被控訴人本源寺ノ住職タリシ三浦慈俊カ其在職中明治四四年六月一日同寺ヲ代表シテ同寺所有ノ本件土地ニ付控訴人トノ間ニ被控訴人主張ノ如キ二〇年ノ期間ノ賃貸借契約ヲ締結シ其登記ヲ經タルコトハ當事者間ニ爭ナキ所トス控訴人ハ寺院カ其所有土地ヲ賃貸スルニ付テハ檀家總代ノ同意ヲ要スルモノニ非スト主張スルモ云々明治一〇年太政官布告第四三號ハ獨リ金穀ノ借入ヲ爲ス場合ニ限ラス社寺カ債務負擔ノ契約ヲ爲ストキハ之ヲ適用スヘキモノト解釋セサルヘカラス而シテ本件ノ賃貸借ニ於ケルカ如ク二〇年ノ期間寺院カ其所有土地ヲ他ニ賃貸スル契約ヲ爲ストキハ長期間賃貸人ヲシテ其土地ノ使用及收益ヲ爲サシメサルヘカラサル重キ債務ヲ負フカ故ニ其契約ノ締結ニハ必ス總代二名以上ノ連署ヲ要シ其連署ナキトキハ右布告ニヨリ寺院ニ對シ其契約ノ效ナキモノトス（東京控訴院、5、

6、14、評論五巻諸法二四七頁）

第二　委任契約

明治一〇年第四三號布告ハ云々（中略）神社寺院ノ爲メ苟モ債務負擔ノ契約ヲ爲ス場合ニハ總代二名以上ノ連署ヲ要セシムル法意ナリト解釋スルヲ相當トス左レハ上告寺住職カ上告寺院ヲ代表シテ被上告人ト上告人ノ爲メニ本件家屋ノ賃貸竝ニ家賃取立ノ委任契約ヲ爲ス場合ト雖モ上告寺院ハ被上告人ニ對シ委任契約ニ基ク債務ヲ負擔スルニ至ルコト勿論ナルヲ以テ右布告ニ基キ二名以上ノ總代ノ連署ヲ要スルモノトセサルヲ得ス（東京控訴院四〇、（ナ）八三號上告事件新聞四七九號六頁）

第三　報酬契約

然レハ則チ原院ハ甲第一號證ヲ以テ上告人（神社）カ被上告人ニ對シテ報酬支拂ノ契約ヲ爲シタル事實ヲ認定シタルニ拘ラス明治一〇年第四三號布告ハ神社ニ於テ金穀ヲ借入ルル場合ニ適用スヘキ規定ニ過キサル旨判示シ甲第一號證ニ氏子總代ノ連署ヲ要セサルモノト爲シタルハ法律ヲ適用セサル不法アルコトヲ免レス（大審院三七、一二、二七、民事判決錄一〇輯一七〇二頁）

原告代理人主張ノ如ク本願寺ノ住職タル被告大谷光瑩カ檀信徒總代二名以上ノ同意ナクシテ原告ノ前主タル小島菊地兩辯護士トノ間ニ爲シタル報酬ヲ約シテ訴訟事務ヲ爲サシメントノ契約ハ該布告ノ結果個人タル被告カ其主體タル可キモノニシテ云々（大阪地方四〇年新聞五八〇號一四頁）

第四　請負契約

本件ニ於テ原判決ハ大塔建築工事ハ上告寺ノ住職箸藏善龍カ檀徒總代ト共ニ上告寺ノ爲メニ發起シ檀徒總代三名ノ同意ヲ得テ工事ニ關スル各般ノ事務ヲ擧ケテ高木正明ニ一任シ正明ハ其委任ニ基キ被上告人等ト請負契約ヲ締結シ該契約ニ付テモ右檀徒總代ノ同意アリタルコトヲ判示セルヲ以テ前揭法則（布告）ヲ適用セサルモノニアラス（大審院四二、二、二二、民事判決錄一五輯一三九頁）。

布告ハ云々單ニ寺院カ金穀ヲ借入ルル場合ノミナラス寺院ヲシテ債務ヲ負擔セシムヘキ請負契約ヲ締結スル場合ニ於テモ該寺院檀家總代二名以上ノ同意又ハ承諾ヲ要ス（東京地方、1、4、13、新聞一四〇二號一九頁）此事件の爭となりたる請負契約の內容は墓地移轉改葬工事である。

第五　違約金契約

甲寺ノ住職甲ハ其寺院ヲ代表シ同寺院ノ檀家總代全員ノ同意ヲ得タル上檀徒總代乙ノ連署アル契約書ヲ以テ丙ニ甲寺所有ノ土地竝ニ家屋ヲ賣却シ丙ヨリ甲寺院ニ對シテ手附金トシテ金千五百圓也ヲ交付シ且右契約ニ違背シタルトキハ違約者ヨリ相手方ニ於テ右金額ニ對スル銀行利息ニ相當スル損害金ヲ支拂フヘキコトヲ約シタルトキハ云々甲寺ハ右契約ニ付其責ヲ免カレサルモノトス（東京地方、1、2、3、2、評論二巻一〇號民法三五一頁）。

第六　株式の申込

株式ノ申込ヲ爲シタル者ハ其引受クヘキ株式ノ數ニ應シテ拂込ヲ爲ス義務ヲ負擔スルカ故ニ僧侶カ寺院ノ爲メ其檀家總代二名以上ノ連署ヲ經スシテ株式ノ申込ヲ爲スモ該申込ハ寺院ニ對シテ何等ノ效

力ヲ生スルモノニアラス（東京地方四二、（ワ）一三六三號新聞六四〇號一二頁）。

未拂込株式を讓受くる場合も亦布告第四三號の適用を受く。

「未拂込株式ヲ讓受ケタル寺院ハ會社ニ對シ未拂込株金拂込ヲナスヘキ義務ヲ負フニ至ルヲ以テ其行爲ハ寺院ニ執リテハ一面債務負擔ノ行爲トナルヘク從テ其取得ニハ寺院住職ハ檀家ト協議シ其總代二名以上ノ連署ヲ得タル事實アルニアラサンハ讓受ケ寺院ニ對シテハ全然無效ナリ、假令株式ニ相當ノ時價アリト雖モ拂込ノ義務ハ株式ノ内容ニシテ未拂込株式ノ取得ハ當然拂込ノ義務ヲ隨伴スル故債務負擔ノ場合ニ非スト云フコトヲ得ス、」（東京地方、2、2、4、新聞八五三號二一頁）「先ツ被告寺カ原告會社ノ株式ヲ適法ニ取得シタルヤ否ヤノ被告抗辯ノ點ニ付キ案スルニ眞正ニ成立シタルト認ムヘキ甲第一號證ノ各證ニヨルモ單ニ原告會社ノ株式ヲ被告寺ノ代表者トシテ豐永白良ニ於テ讓受ケタル事實ヲ認メ得ルニ止マリ右讓受ノ際檀徒信徒總代二名以上ノ協議ヲ經且ツ其連署ヲ受ケタリトノ事實ヲ認ムルコトヲ得ス云々明治一〇年布告第四三號ノ所謂借入レトアルハ社寺ニ於テ債務ヲ負擔スヘキ一切ノ場合ヲ包含スルモノト解スヘキノナルカ故ニ本件ニ於テモ株式讓受ノ行爲ハ前示ノ理由ニヨリ被告寺ニ對シテ其效力ヲ生セサルモノトス」（東京地方四五、二、二二、新聞七八七號二一頁）

「寺院ノ代表者カ其檀家總代二名以上ノ連署ヲ經スシテ株式全額ノ拂込ヲ終ラサル株式ヲ讓受ケ同名義ノ書替ノ手續ヲナスモ該行爲ハ寺院ニ對シ何等ノ效力ヲ生セス」（東京地方四二、（ワ）一三六四事件新聞六六一號一六號）

「未拂株式ノ讓渡ハ讓受人ヲシテ株主權ヲ取得セシムル株主トシテ會社ニ對シ未拂株金ノ拂込ヲ爲スヘキ義務ヲ負フニ至ラシムルモノナルカ故ニ久遠寺カ右ノ如ク被告寺ノ寄附ニヨリ係爭ノ株式ヲ取得スルトキハ其行爲ハ同寺ニ執リテハ一面債務負擔ノ行爲トナルヘク從ツテ其取得ニ付テハ明治一〇年太政官布告四三號ニ依リ同寺住職ニ於テ檀家ト協議シ其總代二名以上ノ連署ヲ得タル事實アルニ非サレハ同寺ニ對シテ讓受ノ效力ヲ生スルコトナキモノタリ然ルニ當時布告所定ノ手續ヲ經サリシコトハ當事者間ニ爭ナキ所ナルヲ以テ被告等ト久遠寺トノ間ノ讓渡ハ布告ニ依リ同寺ニ對シテハ全然無效ナリシモノト謂ハサルヘカラス被告ハ株式ハ相當ノ時價ヲ有スルヲ以テ寺院カ之ヲ讓受クルモ單純ナル債務ノ負擔ニ非サレハ右布告ノ適用ナシト謂フト雖モ拂込ノ義務ハ株式ノ内容ヲナシ未拂株式ノ取得ハ當然拂込ノ義務ヲ隨伴スルモノナレハ縱令株式ハ相當ノ時價ヲ有スルトモ其取得ハ之ヲ動產不動產ノ取得ト同一視シ債務負擔ノ場合ニ非スト爲スコトヲ得ス布告ハ住職ノ專斷ニ對シ寺院ノ利益ヲ保護セントスル同布告ノ趣意ニ稽フレハ寺院カ債務ヲ負擔スル一切ノ場合ニ適用アリト解スルヲ相當トスルニヨリ株式取得ノ場合ニモ當然之カ適用アルモノト爲ササルヘカラス若シモ株式カ單ニ時價ヲ有スルノ故ヲ以テ其取得ハ寺院ニ不利益ナラストシ以テ布告ノ適用ナキモノナリト解センカ苟モ寺ノ爲メ經濟上利益ヲ與フル以上ハ債務負擔ノ結果ヲ生スルト否トニ拘ラス布告ノ適用ナキコトトナリ例之金錢貸借ノ場合ニモ適用ナシトスルカ如キ奇怪ナル結果ヲ生シ布告ノ精神ニ反スヘシ」

第二節　檀家との協議

布告は寺院が債務を負擔する場合には「必ス檀家ト協議シ總代二名以上ノ連署ヲ要ス」と規定せるを以て觀れば、寺債たるが爲めには總代の連署の外に檀家との協議が、その要件を爲す如くにも考へられる。併し

（一）布告制定の目的より謂ふも既に寺債行爲に對し、檀家中より衆望のある者として、選出されたる檀家總代（明治一四年内務省達乙第三三號參照）二人以上迄が同意を爲すに於ては住職等寺院を代表する僧侶の私擅行爲は、之を防遏し得るものと觀て可なるべく、又寺院擁護の布告の趣旨を達する上に缺くる所もない。

（二）事實上より考ふるも、多數の檀家との協議を爲すことは到底煩に耐へざると共に、總代を置く趣旨を沒却し而も格別の效果をも想像し難い。

（三）又寺院の性質より推すも其機關にして法人の監事に相當する檀家總代が、寺院の財政に參與し監査するは當然なるも、如斯地位に立たざる普通の檀家との協議を、法人たる寺院の行爲の要件と爲すは不條理である。

（四）文理上より觀るも「必ズ」とは「總代二名ノ連署ヲ要ス」に掛り、「協議」と結び付くべき語に非ずと解するが妥當である。

要之檀家との協議は、寺院が債務負擔行爲を爲す要件に非ずと解するを正當とする。卽ち布告は其制定當時の社會狀態及寺院の地位よりして、其靜的安全を保護する必要上、檀家總代の同意なき債務は寺債ならずとし、取引の安全を犧牲にしたりとは雖も、多數の檀家との協議を寺債の要件となすは、取引の安全を必要以上に害するのみならず、寺院保護の上に何等の效もない。以是判例は「協議」の有無に依りて寺債たると否とを決し、依つて取引の安全を害するの不條理を避くる爲めに、二個の異なる解釋を案出し、一は債權者の善意惡意を以て區別を設けんとし「明治一〇年第四三號布告ハ社寺カ金穀ヲ借入ルルニハ必ス氏子檀家ト協議ヲ爲スヘキコトヲ規定シタルモ是單ニ社寺ト氏子檀家トノ内部關係ヲ規定シタルモノニ止マレハ寺院ノ代表者タル住職カ其寺院ヲ代表シテ檀家總代ノ連署ヲ以テ善意ノ第三者ヨリ金穀ヲ借入レタルトキハ假令寺院ト檀家トノ間ニ協議ナカリシトスルモ之カ爲メニ該貸借契約ヲ無效ナラシメ以テ善意ノ相手方ヲ害スルコトヲ得ヘキモノニ非ス」（三五、四、二五、民事判決錄四卷一〇〇頁）と判示し、之に倣ふ下級裁判所の判決もある（註二）。而して此解釋に從へば住職其他の僧侶が檀家と協議せざりし事實を知る惡意の債權者のみ、寺債たることを主張し得ざる結果となるが故に、一應取引の安全に對する不安は除却し得たるが如きも、併し事實上善意惡意の立證に當りて、極めて困難なる問題を生ずると共に、前揭の如く寺院保護上效果薄弱なる檀家との協議を要件と解するは法意を超へ、且つ無用の制限を住職の寺院代表權に加ふるとの非難は避けることは出來ない。大審院は更に第二の考案を爲し、「協議」とは檀家總代の連署を得る前提として、總代との間に事

理上當然の順序としての「協議」なりと解した。即ち「布告ハ社寺ノ利益ヲ保護スル目的ヲ以テ神官僧侶カ專斷ニテ社寺ノ爲メ消費貸借又ハ抵當ノ差入ヲ爲スヲ禁シタルモノニシテ此目的ヲ達スルニ付テハ多數ノ氏子檀家ト一々協議シ其同意ヲ得ルカ如キハ煩ニ耐ヘス且別段ノ效用ヲモ有セサルヲ以テ同布告ニ氏子檀家ト協議シ總代二名以上ノ連署ヲ要スヘシトアルハ氏子總代又ハ檀家總代ト協議シ其二名以上ノ同意ヲ得レハ足ルノ精神ナリト解セサルヘカラス」（4、2、17、民事判決錄二輯一二七頁）。此說に依れば「協議」は總代の連署中に吸收せられて效なき文字に歸し、文理的考察としては多少の不自然ありと雖も、論理的解釋により現代に活用を續け得る明治一〇年の布告の解釋としては、元來不用の文字を不用と看做したる迄にして、寧ろ妥當の見解と謂ふべきである（註六）。

註二　同趣旨判決、東京地方（3、3、7、評論三卷諸法七六頁）「本布告ニ所謂住職ニ於テ檀家ト協議スヘキ規定ハ寺院ト檀家トノ內部ノ關係ヲ規定シタルニ過キサルモノナルカ故ニ寺院ノ代表者タル住職カ其寺院ヲ代表シ總代ノ連署ヲ以テ第三者ヨリ金員ヲ借入ルル場合ニ於テハ特ニ其第三者カ右內部ノ事情ヲ知悉セル場合ヲ除キ右布告後段ノ適用ヲ見ルヘキモノニアラス卽チ寺ハ檀家トノ協議ヲ經サリシコトヲ理由トシテ契約上ノ義務ナシト云フヲ得ス」

註六　同趣旨判決、東京控訴院（6、7、4、評論六卷民訴三四八頁）「寺院ノ債務負擔契約ハ明治一〇年太政官布告第四三號ニ依リ法定代理人タル住職ニ於テ檀家ノ協議ヲ經且檀家總代二名以上ノ連署ヲ以テ締結スルニ非サレハ其效力ナシ然ルニ本件ハ住職ハ檀家ノ協議ヲ經テ之ヲ締結シタルモノニアラス又檀家總代二名以上ノ連署ナキヲ以テ其效ナキモノナリト（中略）抗辯スルモ右布告ニ氏子檀家ト協議シ總代二名以上ノ連署ヲ要スヘシトアルハ氏子總代又ハ檀家總代ト協議ノ上其二名以上ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス」の意なりと。

第三節　檀家總代の連署

布告は寺院が債務を負擔する場合には、「檀家ト協議シ總代二名以上ノ連署ヲ要スヘシ」と定め、恰も總代の連署なる一の形式の存在が寺債契約の要件の如く解され得る。併し

（一）　布告制定の目的は、住職其他の僧侶の私擅行爲を防遏する爲め、寺債契約に檀家總代を監査的意味にて參與せしむるに在る。而して此目的は總代の承諾を得せしむるに依て達成し得る。

（二）　元來金穀借入の如き消費貸借は、其性質要式行爲に非ざれば、獨り寺院の場合に限り借用證書作成を以て要件とすべき特殊の事情又は理由もない。既に連署さるべき證書の存在が要件とならざる以上、連署は證書に總代が署名を連ぬるを意味すと解する餘地はない。

（三）　要するに、消費貸借には通常證書を作成するよりして、寺院に在りては檀家總代が同意なる旨の表示方法として、證書に連署するを普通とすべきに依り、斯る常有の例を豫想して、連署の文字を使用せるに止まるものと觀るべきである。

然らば總代の連署の本質は、住職其他の僧侶が寺院を代表して爲す債務負擔行爲に對する同意の意味なりと解すべく、寺院の債務負擔行爲に付き、一定の方式を必要とする趣旨ではない。此點に付き大審院も、「明治一〇年太政官布告第四三號ニ於テ云々氏子檀家總代ノ連署ヲ必要トシタル所以ハ社寺ノ財產ヲ保全スル爲メ其代表者タル神官僧侶ノ私擅行爲ヲ防遏シ其利益ヲ保護スル趣旨ニ出テタルモ

ノナレハ所謂總代ノ連署トハ神官僧侶カ社寺ノ爲メ債務ヲ負擔スル行爲ニ付テノ同意ト解ス」(3、10、22、民事判決錄二〇輯七八六頁)(註六)と判示して居る。

註六　同趣旨、大審院4、2、17、民事判決錄二一輯一二七頁、及四二、二、二二、同一五輯一三九頁。

第一項　連署の性質

檀家總代の連署卽ち同意が、住職が寺院のためにする債務負擔行爲の必要要件たることは、前述したる通りである。併し檀家總代の連署は、之に因りて其檀家總代に寺院代表權を與へ又は總代を以て住職と共同代表者たらしむるものではない(註七)。又總代をして寺院の債務に對して責に任ぜしむる——例へば保證の如き——ものでもない(註八)。檀家總代の同意は、單に住職の代表權行使の要件換言すれば、住職の代表權の制限に對する補充である(註八)。(註九)。從つて檀家總代が住職に對して爲すべき意思表示であつて、一の法律行爲であり、且つ相手方ある單獨行爲である。而してこれが類例を他に求むれば、未成年者の法律行爲に對する、法定代理人の同意を擧げ得る。故に檀家總代の同意が適法なりや、又完全なりやは、全て意思表示及び法律行爲に關する民法の規定に依りて判斷すべきものである。又此同意は住職の不足したる權限の補充を目的とする意思表示なれば、之を受くべき相手方は住職其人である。未成年者の法律行爲に就ては、法定代理人の同意は行爲の相手方に與ふるも可なりとする論あるも、檀家總代の同意は布告の「檀家ト協議シ」とあるに鑑み、住職に對してなさるべき意思表示と解すべきである(註九)。

註七　大審院三八、一〇、二八、民事判決錄一一輯一三九五、前掲出

註八　同趣旨、東京控訴院、2、4、5、(評論二巻諸法一五頁)「故ニ檀家總代二名以上ノ署名ニ依ル同意ハ僧侶ニ於テ之ヲ得テ以テ自己ノ權限ノ不足ヲ補充シ完全ナル權限アルニ至ラシムルモノニシテ僧侶ニ對スル意思表示ナリト謂フ可ク控訴代理人主張ノ如ク債權者ニ對スル住職ト共同シテ寺院ノ爲メニ金員ヲ借受クヘキ旨ノ意思表示ニ在ラス」

註九　同趣旨判決、大審院3、10、22、前掲の一部「所謂總代ノ連署トハ神官僧侶カ寺社ノ爲メ債務ヲ負擔スル行爲ニ付テノ同意ト解スヘク而シテ總代ノ同意ハ寺社ノ代表者タル神官僧侶ノ權限ノ不足ヲ補充シ完全ナル權限アルニ至ラシムルモノニシテ神官僧侶ニ對スル意思表示ニ外ナラス債權者ニ對スル意思表示ニ非サルナリ」

第二項　連署の時期

檀家總代の爲す寺院の債務負擔行爲の要件たる同意は、行爲前に存するが普通である。併し事後に至りて住職其他の僧侶が寺院の爲めに爲したる債務負擔行爲を追認するによりて、之を寺債と爲し得る。布告の趣旨は要するに住職等の私擅防遏と寺院の利益保護を目的とするに在るを以て、事後に於ける總代の同意と雖も此目的を達する上には、事前の同意と内容的に少しも差なく、而も相手方たる債權者も斯る同意あれば、寺債として權利を主張し得べく、追認なき間は住職の私債として保護を受くるを以て何等不利益を蒙る惧なきが故に、判例は連署の時期を事前に限定すべきに非ずとした。卽ち「同意ハ社寺ノ代表者タル神官僧侶カ社寺ノ爲メ債務負擔ノ行爲ヲ爲スノ當時ニ存スルコトヲ要スヘキコトハ該布告ノ明文上之ヲ看ルヘキナク却テ該布告ハ社寺ノ財産保護ヲ目的トスル趣旨ニ出テタルモノナルコトヨリ推究スルトキハ總代ノ同意ハ社寺ノ代表者ノ行爲ノ後ニ存スルモ布告ノ精神ニ反

スルモノト云フコトヲ得ス如何トナレハ代表者カ債務負擔ノ行爲ヲ爲シタル後ニ於テ總代カ之ヲ不適當ナリトスレハ同意ヲ與ヘサルヘク適當ナリトスレハ同意ヲ與フヘク以テ社寺ノ財產保護ノ目的ヲ達スルコトヲ得ヘケレハナリ或ハ該布告末段ニ於テ總代ノ連署ナキトキハ神官僧侶ノ私債ト看做スヘキコトノ規定ヨリスレハ代表者ノ行爲當時ニ於テ總代ノ同意ナカリシトキハ其債務ハ神官僧侶ノ私債ト確定シ後日總代ノ同意アルモ變シテ社寺ノ債務トシテ效力ヲ生セサル場合ニ限リ債權者保護ノ爲メ神官僧侶ノ私債トシテ效力ヲ生キ爲メ社寺ノ債務トシテ效力ヲ生セシムル趣旨ト解スヘキモノニシテ該規定ノ爲メニ代表者ノ行爲以後ニ於ケル總代ノ同意ヲ許ササルモノト爲スヲ得ス要スルニ該布告ノ趣旨ハ社寺ノ代表者タル神官僧侶カ此氏子檀家總代ノ同意ヲ得シテ社寺ノ爲メ債務負擔ノ行爲ヲ爲シ後日ニ至ルモ總代ノ同意ナキトキハ社寺ノ債務トシテ效力ヲ生スルコトナク行爲者タル神官僧侶ノ私債ト爲ルモ同意ノ有無確定セサル間ハ債權者ハ神官僧侶ノ私債トシテ債權ヲ主張スルコトヲ得ルニ止リ社寺ノ債務トシテ浮動ノ狀態ニ在ルモノト云フヘク之ニ反シテ代表者タル神官僧侶ノ行爲當時ニ總代ノ同意アルカ若クハ行爲當時ニ同意ナキモ後日ニ至リ同意アルトキハ社寺ノ債務タル效力ヲ生スルモノト解スヘキナリ本件ニ付原審ニ於ケル上告人ノ主張事實ハ被上告寺ノ住職越溪宗實ハ一面檀家總代鈴木勝太郎福島信三郎ヲ代理シ貸借公正證書ヲ作成シタルモ其後明治四三年六月下旬被上告寺ノ老僧越溪宗逸ハ右檀家總代二名ノ代理委任狀ハ住職越溪宗實ノ僞造作成ニ係ル旨ヲ申出テ被上告寺所有ノ土地ヲ買受ケナハ右二名ニ於テ宗實ノ代理行爲ヲ追認シ本件契約ヲ有效ナラシムヘキ旨ノ談合アリタルヲ以テ上告人ハ被上告寺所有ノ土地ヲ七千圓ニテ買受クヘキコトヲ承諾シ信三郎勝太郎ハ宗實ノ代理行爲ヲ追認シタリト云フニ在ルコト原判決事實ニ徵シ明カナレハ該主張ハ被上告寺ノ住職越溪宗實ノ爲シタル係爭貸借ハ檀家總代タル鈴木勝太郎福島信三郎ニ於テ後日ニ至リ同意ヲ與ヘタルコト及越溪宗實カ無權代理人トシテ爲シタル連署行爲ヲ勝太郎信三郎ニ於テ追認シタリトノ二箇ノ事實ヲ包含セルモノト云ハサルヘカラス然ラハ原裁判所ハ越溪宗實ノ本件貸借行爲ニ檀家總代タル鈴木勝太郎福島信三郎ニ於テ同意ヲ與ヘタル事實アリヤ否ヤヲ審理シ本訴ノ當否ヲ判斷スヘキニ事茲ニ出テス單ニ檀家總代ノ連署行爲ハ住職タル僧侶ノ行爲ニ對スル同意ナリ同意行爲ニ代理ナシ故ニ越溪宗實カ檀家總代ヲ代理シタリト稱シテ爲シタル連署行爲ニ無權代理ノ規定ヲ適用シ檀家總代ニ於テ追認ヲ爲スニヨリテ之ヲ有效ナラシムルコトヲ得サルモノトシ本件貸借ハ被上告寺ニ對シ效力ヲ生セストノ理由ニ基キ上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ理由不滿ノ不法アルモノニシテ原判決ハ破毀ヲ免カレサルモノトス」（3、10、22、民事判決錄二〇輯七八頁（註一〇））

註一〇　同意は事前に存すべしとの判決、東京控訴院、（評論一卷民訴一四八八）「控訴代理人ハ又明治四三年七月一〇日檀家總代福島、鈴木ハ越溪宗實ノ代理行爲ヲ追認シタル故ニ本件執行ハ正當ナリト云フモ公正證書ノ執行力ハ適法ニ成立シタル證書ニ法規上附與セラルルモノニシテ前記認定ノ如キ本件公正證書ハ適法ニ成立セス執行力ナキモノトスルヨリ其成立ヲ適法ナリシモノトシ之ニ執行力ヲ生スヘキモノト爲スヲ得ス」同說、2、4、5、（評論二卷諸法一五頁）「同布告ハ前示ノ如ク寺院ノ保護ヲ目的トシテ制定セラレタルモノナレハ借入行爲當時

ニ於テ檀家總代ノ連署ナキトキハ絕對ニ之ヲ爲シタル僧侶ノ私債ト確定スル趣旨ト解スルヲ相當トス可ク連署ニ代理ヲ許シ若シ其代理權ナキ後ニ檀家總代ノ追認ヲ爲スニ至ルマテ僧侶ノ爲シタル行爲ノ效力ヲ浮動的ナラシムルモノトスルハ寺院保護ノ目的ヨリ觀ルモ正當ノ解釋ニアラス」

第三項　連署を爲す者

布告には「必ス檀家ト協議シ總代二名以上ノ連署ヲ要スヘシ」とあるを以て、檀家總代ある寺院に於て債務負擔の契約を爲す場合には必ず檀家總代が之に同意卽ち連署すべきことは明文上疑なき所である。然らば事實上檀家なく、從つて檀家總代なき寺院に付ては如何。此種の場合に付き何等特別の規定なきが故に、如斯寺院は債務負擔の契約を締結する能はずと解するの餘地がある。曾つて大審院も此說を採用し「抑モ寺院カ金穀ヲ借入レ若クハ之ヲ借入ルル爲メ社寺附ノ地所建物什器等ヲ擔保ニ供セントスルニ當リ氏子又ハ檀家ナキトキハ其總代タルヘキ者モ存在セサレハ右金穀借入等ノ爲メ協議ヲ爲シ證書ニ連署ヲ爲ス可キ機關ナク從ツテ此ノ如キ社寺ニ於テハ以上ノ如キ法律行爲ヲ有效ニ爲ス能ハス」（三七、二、二四、民事判決錄一〇輯二〇七頁）と判示した（註一一）。

註一一　同趣旨判決、大審院（三一、二、二五、民事判決錄四輯二卷五四頁）「該布告ノ主意ハ社寺ノ地所ヲ抵當ト爲スニ付テハ其氏子又ハ檀家總代二名以上ノ連署ヲ爲サシムルヲ以テ其取引ノ要件ト爲シタルモノナレハ苟クモ此要件ニ缺クコトアランニハ其理由ノ如何ヲ問ハス之ヲ無效ト爲スニアルコト換言スレハ氏子檀家ナキ社寺ニ對シテハ到底其社寺附ノ地所ヲ抵當ニ差入ルルカ如キ處分行爲ヲ爲スノ餘地ヲ與ヘサリシコト其法文上自ラ明ナリ」

乍然其後大審院は前判例を飜へし「按スルニ檀家ト信徒トハ其性質ニ異ナル所アルハ勿論ナリト雖モ寺院ノ財產ハ檀家信徒等ノ寄附ニ係ルモノ多キコトハ爭フヘカラサル事例ナルカ故ニ此等ノ財產ヲ保全スル點ニ於テハ檀家若クハ信徒ノ其寺院ニ對スル關係彼是差アルヘキ理由ナシ而シテ明治一〇年第四三號布告ハ寺院ノ貸借ニハ檀家總代二名以上ノ連署ヲ要スル旨規定セシヲ以テ檀家ト信徒ト其性質ヲ異ニスルカ故ニ信徒總代ノ連署ハ以テ同布告ノ要件ヲ滿タスコト能ハサルカ如ク解釋シ得ヘク現ニ本院ニ於テハ明治三六年（裁）第六一七號事件ニ對シ同三七年二月二四日言渡シタル判決中右ノ解釋ヲ採用シタリ然レトモ單ニ其字句ニ拘泥シタル見解ト云ハサルヘカラス抑モ寺院ハ其實質ニ於テハ一ノ法人タルコト疑ヒナキヲ以テ適法ノ代表機關ヲ以テスレハ特ニ法令ノ禁止セサル限リハ通常法人ノ爲シ得ヘキ法律行爲ハ之ヲ爲スヘキ能力アリト云ハサルヘカラス故ニ若シ布告第四三號ハ檀家總代ノミニ適用スヘキモノトセハ檀家ナキ寺院ニハ其適用ナキニ至ラン而シテ其適用ナキ結果ハ檀家ナキ寺院ハ上告論旨所論ノ如ク貸借行爲ヲ爲スコト能ハサルニアラスシテ却テ其適法代表者タル住職カ自由ニ寺院ノ爲メ貸借ヲ爲スコトヲ得ヘシト論結スルヲ至當トスヘシ元來同布告ノ趣旨ハ寺院ノ財產ヲ保全スル爲メ住職ノ私擅行爲ヲ防遏シ其利益ヲ保護スルノ目的ニ出テタルモノナルコト明カナルヲ以テ此趣旨ニ於テ信徒ノミヲ有スル寺院カ其保護ヲ享有セサルノ理由萬之レアルヘカラス卽チ本院ハ布告ノ字句ニ拘泥スルコトヲ爲サス如上ノ趣旨ヲ基本トシ明治三八年（裁）第四〇八號事件ニ付キ同年一〇月二八日言渡シタル判決（註一二）ニ於テ寺院ノ檀信徒總代カ明治一〇年布告第四三號ニ依リテ證書ニ連署スルハ寺院ノ代表者タル住職ノ事務執行ヲ監査スヘキ職責アルニ由ル旨ヲ判示シ事件ノ關係上直接

ニ前示布告ニ基ク貸借證書ニ信徒總代ノ連署ヲ以テ寺院ノ貸借トシテ有效ナリト判斷ヲ爲サスト雖モ既ニ本件上告寺ノ如ク信徒ノミヲ有スル寺院ノ貸借ニ關シ信徒總代カ連署シタル場合ヲ有效視シ進ンテ其職責ヲ判定シタル以上ハ前示三七年ノ判決ニ檀家總代ノ連署アルニアラサレハ寺債トシテ有效ナラストノ趣旨ト全ク相容レサルコト明カナレハ其判決ハ既ニ判例トシテ認ムルコト能ハサルハ勿論以上說明セシ主旨ニ基ク前示三八年ノ判決ニ基ク判例ハ之レヲ變更スヘキ理由ヲ認メサルナリ右布告第四三號ノ解釋ニ付キ本院ノ判例トスル所斯ノ如シ」（四〇、二、一四、民事判決錄一三輯一一二頁）と判示するに至つた（註一三）。而して大審院が檀家總代無き場合には、信徒總代の同意を以て寺債契約の要件を充すに足ると爲したる根據は

（一）寺院財產に對する寄與貢獻の點に於て檀家と信徒との間に差別なく、然らば財產的行爲に對する監査的參與に彼是差等を措くべき理なく。

（二）法人たる寺院の性質より觀て信徒總代の同意を必要とすることは、住職の一存に委するよりも住職の私擅防遏及寺院の利益保護の目的に一層副ふ所以であるとの二點に存する。

（三）加之、信徒が檀家と共に、寺院の組織的存在に必要なる人的要素なることは、明治一一年內務省達乙第五七號社寺取扱概則第一條に「寺ノ創設ハ云々住職檀徒若クハ信徒ト連署」して出願云云とあるに徵し明かにして、檀家と信徒との間に別段の差別はない。又總代に就ても明治一四年內務省達乙第三三號は「各管內社寺總代人之儀氏子檀家中（氏子檀家なきものは信徒）相應ノ財產ヲ有シ衆望ノ歸スルモノ三名以上相選ミ戶長役場へ屆出サセ云々」と定め、又之と同樣に大正七年宮內省令第一〇號第六條、大正四年農商務省令第一三號第七條、明治三九年農商務省令第二五號第六三條等は、何れも信徒總代を以て檀家總代に代ふるものと做す規定を置いて居る。大審院の判例が最後の二種の成法上の根據に、言及せざりしは聊か研究不足の憾がある。

註一二　右大審院判決中に引用せられたる明治三八年の判決（前章既出）の一部「寺院ノ檀信徒總代カ云々證書ニ連署スル所以ノモノハ寺院ノ代表者タル住職ノ事務執行ヲ監査スル職責アルニ由ル云々本訴ニ於テ上告人カ當初報酬契約ヲ締結シタル時信徒總代ノ承諾アリタル事實ヲ主張シタル形跡ハ一モ訴訟記錄ニ存セサルノミナラス本論旨ハ畢竟寺院ノ代表權ト事務執行ノ監査權トヲ混視シタル非難ナレハ亦上告ノ理トナラス」（民事判決錄一一輯一三九五頁）。

註一三　同趣旨、大審院、2、1、31、（民事判決錄一九輯二七頁）。

然らば檀家總代も、又信徒總代も無き寺院に在りては、如何にして債務負擔の行爲を適法に爲すことを得るや。若し檀信徒はあるも、其總代なしと云ふ一時的事情に由來する場合に於ては、其都度總代を選出して、然る後債務負擔行爲を爲せば足るものと解すべきである。併し檀信徒全く無きが爲めに總代を有せざる場合は、私見を以てせば元來斯る寺院は法人として社會的組織體を構成するに必要なる人的要素を缺如する結果、已に寺院の法人格を喪失したりと云ふべく、從つて法律行爲能力を認むる能はずと謂はざるを得ない。併し寺院の明細帳刪除なる行政上の處分ある迄は、形式的に寺院の人格を認むべきものと解するに於ては、結局其債務負擔行爲は住職一個にて寺院を代表して爲し得るものと解する外はない。或は檀信徒總代缺如の場合に於ては、之に代りて法類の同意を以て足るとの

說を爲す者もないではない。併し法類は元來寺院住職と僧侶としての法脈上の關係あるものに過ぎずして、其寺院の機關ではなく、又其構成要素でもない。從つて檀信徒總代と同日に談ずべき性質のものではない。明治一七年內務省達乙第三七號の如く、特に寺院の行政官廳に對する諸願に法類の連署を要すと定めたる如き規定の存せざる以上は、明治一〇年布告第四三號所定の債務負擔行爲に對する同意權を法類に認むることは、理論上承認し能はざる所である(註一四)。

註一四　同趣旨判例、三七、二、二四、民事判決錄一〇輯二〇七頁。

「檀家ナキトキハ法類ヲ以テ之ニ代フルコトヲ得ルカ如キ規定存セサルニ付此場合ニ法類ヲ以テ檀家若クハ檀家總代ト同視スルコトヲ得サルハ明白ナリ」

此判決は檀家總代なきときは寺院は債務負擔をなすこと能はずとの前提よりして、法類の同意權を否認したるものにて其前提の誤謬なること既に指摘したる所なるも、法類の點に付ては現在の判例となるを以て引用した。

同院四〇年五月二〇日（民事判決錄五六五頁）「寺ニ檀家ナキ場合ト雖モ寺ノ爲メニ金穀ヲ借入ルルニハ單ニ寺ノ代表者ノミニテ之ヲ爲シ又ハ檀家總代ノ連署ニ代フルニ法類ノ連署ヲ以テスルコトヲ得サルモノトス是レ本院ノ判例ノ示ス所ナリ故ニ單ニ法類ノ連署アルニ過キサル本件貸借ハ本寺院ニ對シ其效ナシト判示シタル原判決ハ正當ナリ」

之を要するに、寺院の爲めにする住職の債務負擔行爲に付き同意權を有するものは、檀信徒總代に限られる。乍然茲に所謂檀信徒總代とは、固より適法の資格を具備する者なることを要し、單に寺院の財產上の世話燒又は自稱總代等の同意の效なきことは、言を俟たざる所である。而して何を以て適法の資格ありとなすや否やに付ては、總代に關する說明に讓るも、今之を概言すれば檀信徒より選出せられて、市町村役場に總代として適式に届出られたることを必要とする(註一五)。

註一五　同趣旨判例、大審院（四二、三、一二、民事判決錄一五輯三〇一頁）「事實ニ於テ信徒總代ニ選任セラレ總代トシテ寺務ニ參與スルトモ所轄役場ニ届出ナキ以上ハ其者ニ於テ連署シ本件ノ如ク無檀家寺院ノ爲借財ヲ爲スハ第三者ノ信認如何ヲ問ハス明治一〇年第四三號布告ノ適用上住職ノ私債ト看做スヘク寺借トシテ無效ナリ」

大阪地方（四五年（ヲ）一三五號事件新聞八二二號二六頁）「單ニ住職其他一二ノ者ノ意見ニ基キ推擧セラレタル者ノ如キハ假令事實上寺務ニ參與スルコトアルモ檀家總代タルノ資格ナキモノナルヲ以テ斯ル總代タル資格ナキモノカ寺院ノ債務負擔契約ニ檀家總代トシテ連署スルモ法律上檀家總代ノ連署ナキト同一ニ屬スルヲ以テ其契約ハ寺院ニ對シテ何等效力ヲ有スルモノニアラサルナリ」

而して同意を爲す者が、寺院の檀信徒總代たる適法の資格を具備し居るや否やは、同意を爲したる當時に付きて、之を定むべく、同意後總代の資格を喪失するも、寺債たる性質に何等變動を及ぼすものではない。之と同樣に同意の當時無資格者たるに於ては、後日總代として適法の資格を有するに至るとも、前に爲したる同意は適法とはならない。卽ち其行爲は寺院の代表者の債務負擔行爲として、適法に寺院を拘束することは出來ない。但總代となりたる後更めて前の行爲を寺院の行爲なりとして承認すれば、この承認によりて寺債となることは前述の如くである(註一六)。

註一六　同趣旨判決、東京控訴院（3、12、12、評論四卷諸法三〇頁）「原審證人高村淸作ノ證言ニヨリ眞正ニ成立シタリト認ムヘキ甲第一號ニヨレハ明治三二年五月一七日訴外山下有道ト當時ノ被控訴寺住職巖上天桂トノ間ニ控訴人主張ノ如キ契約カ成立シタルコトヲ認ムルニ足リ而シテ同號證ハ檀家總代ナルコトヲ示シテ酒井仲司齋藤才吉高村淸作三名ノ連署アルモ乙第三號證ニヨレハ右住職ニ於テ所轄村役場ニ對シテ右三名カ檀家總代ナルコトノ届出ヲ爲シタルハ右契約後ノ同年一〇月二三日ナルコトヲ認ムルコトヲ得、從テ甲第一號證作成當時ニ在リテハ右三名カ檀家總代ニアラサルコトヲ認メ得ルノミナラス信憑スヘキ原審證人齋藤才

吉ハ自分ハ長安寺ノ檀家ニシテ明治四〇年迄引續キ總代ヲ爲シタリ檀徒總代トナリシニ付テハ選擧ヲ爲シタルニアラサル旨證言セルヲ以テ之ニ依リ右酒井伸司外二名ノ所謂總代ナルモノハ嘗テ檀徒ニヨリ適式ニ檀家總代ニ選擧セラレタルコトナキモノト認ム云々酒井伸司外二名ハ檀家總代ナルコトヲ認ムルニ足ラス、然ラハ甲第一號證ノ契約ハ適法ナル檀家總代ノ連署ヲ缺クヲ以テ明治一〇年太政官布告第四三號ニ依リ該契約上ノ債務ハ住職嚴上天桂ノ私債ト看做スヘク從ツテ被控訴寺ニ對シテハ該契約ハ效力ヲ生セサルモノトス而シテ該契約ハ後日檀家總代ノ同意ニ依リ本件ノ債務ヲシテ被控訴寺ノ債務タルノ效力ヲ生セシムルコトヲ得ヘキモノナリト雖モ原審證人高村清作甲第二號證及甲第四號證ニヨリテハ斯ル同意アリタルコトヲ認ムルヲ得サルヲ以テ本件ノ債務ヲ被控訴寺ノ債務ト認メ難シ」

第四項　連署者の數

寺院の代表者たる住職其他の僧侶が、寺院の爲め債務負擔行爲を爲すには、檀信徒總代二名以上の同意を必要とすることは、布告の明定する所である。然らば總代の數が三名以上存する場合に於ても、尙二名の同意を以て足るものと解すべきか。住職其他の僧侶の私擅の防遏及び寺院利益の保護を目的とする布告の精神より推論すれば、總代全員の同意を必要とするかのやうに考へられる。併し總代全員の同意を必要とせば、一人の反對の爲めに他の全員の同意を空しくすることとなり、結局總代の私擅助長の結果を釀成し、却て寺院の利害を阻害するの不都合に陷らざるを得ない。又明治一四年內務省達乙第三三號は「檀家中相應ノ財產ヲ有シ衆望ノ歸スルモノ三名以上相選ミ」云々と規定してゐる。假令此內務省達は布告より四年後の制定に係ると雖も、布告を解釋するの資に供すること差支なく、又總代に關する根本的規定なるに鑑みるも、此點に關する解釋に付き、有力なる根據と爲すことが出來る。而して該達は總代の最低數を三名と定めたるに對し、布告は同意すべき總代の最低數を二名以上として居る。從つて兩者を併せて考察するときは、後者は當に前者の過半數を要求したるものと解することが出來る。故に布告を現代に適應すべく解するには、同意を爲すべき總代の數は、其全數の過半數を以て足るものと爲すべきである。

第五項　連署なき行爲の結果

住職其他の僧侶が、寺院の爲めに爲したる債務負擔行爲に付き、豫め總代の同意を得ず、又は事後に於ても之を得る能はざりし場合に於て、其行爲は如何なる運命に服すべきか。此問題は寺院に對する方面と行爲を爲したる住職其他の僧侶に對する方面とに分つて考察するを便宜とする。

第一　寺院に對する效果

總代の連署なき住職其他の僧侶の債務負擔行爲が、寺院に對して其效力なきことは、布告が「此連署ナキトキハ總テ該社寺神官僧侶ノ私債ト看做シ縱令右ノ抵當アルモ其效ナキモノト爲スヘシ」と規定したるに照して明白である。該規定は抵當のみが寺院に對して效なきが如くにも解せらるるが、抵當權を伴はざる單純なる債務負擔行爲をも、無效とするの趣旨なることは、布告制定の目的及總て僧侶の私債と看做すと規定せるに徵して明白である、若し該規定が抵當のみに關するものとすれば、全然無用の規定とならざるを得ない。何となれば既に明治六年太政官布告第二四九號及同九年敎部省達

第三號に依つても、其無效なることが定められて居るからである。要するに、總代の連署なき債務負擔行爲は、全て寺院に對し無效である。而して其連署なきことが如何なる理由に依るやは問ふ所ではない。又同意せざることが果して寺院の利益保護に貢獻するや否やの如きも、敢て問ふの要はない。故に住職其他の僧侶の債務負擔の行爲を全部寺院の債務として、承認すると或は其一部分のみを承認するとも、全く總代の獨自の見解によるべく、一部の承認あれば其部分のみ寺院の債務たる效果を生ずる迄である。之を要するに同意ありしや否やの一事を以て、寺債たると否とを決定せば足りる。從つて相手方に於て住職其他の僧侶が總代の同意を得たるものと誤信したる場合、或は斯る誤信を爲すに至るべき正當の理由ありたる場合も、共に事實上の同意なき限り寺債となり難く、布告は寺院の利益保護を主眼とする强行規定なれば、斯る場合に民法一一〇條を適用して取引の相手方を保護する餘地存せざるものと信ずる(註一七)。

註一七　同趣旨判決、宮城控訴院、3、3、1、(最近一四卷五九頁)「寺院ヲ代表スル住職カ金八〇〇圓ヲ借用シタルニ內金三〇〇圓ノ借金行爲ニ付テノミ檀家總代三名ノ中二名ノ承諾ヲ得タルニ過キサル場合ニハ該三〇〇圓ノ部分ノミニ付寺院ニ對シ法律上有效ノ消費貸借タルモ過金五〇〇圓ノ部分ニ付テハ該住職ノ私債ト見做ヘキモノトス云々」

又「明治一〇年第四三號布告ハ神官又ハ僧侶ノ私擅行爲ヲ防遏シテ社寺ノ財產ヲ保全シ其基礎ヲ安固ナラシメントスル公益上ノ理由ニ出テタルモノナルコト疑ヲ容レス故ニ苟モ神官僧侶ノ行爲カ其規定ニ違反スルニ於テハ社寺ニ對シ絕對無效ナルモノト爲スニ非サレハ社寺保護ノ目的ハ遂ケ達スルニ由ナキヲ以テ神官僧侶ノ行爲カ同布告所定ノ條件ヲ具備セサランカ神官僧侶カ其規定ヲ遵守シタリト信スヘキ正當ノ理由カ相手方ニ存スルト否トヲ問ハス社寺ニ對シテ絕對ニ無效ナルモノト爲ス律意ナリト解セサルヘカラス云々」

第二　住職其他の僧侶に對する效果

布告は總代の「連署ナキトキハ總テ該社寺神官僧侶ノ私債ト看做シ」寺院の利益保護を目的とする一面に於て、尙ほ相手方に損害なからしめんことを期して、債務負擔行爲を爲したる住職其他の僧侶の私債と看做して其責に任ぜしめて居る。布告は責に任ずる者を單に「僧侶」と規定するも固より寺院を代表する權限ある僧侶主として住職を指すものにして(註一八)、斯る權限なき僧侶が縱令寺院の爲めに債務負擔の行爲を爲すも寺院の代理人の行爲として考ふるは格別、之を以て寺院を代表したる行爲となし、檀信徒總代の同意あればとて寺院の行爲なりと謂ふこと能はざれば、無權代理に關する民法の規定の適用は生じ得るとするも、本布告を適用すべきではない。

註一八　本布告制定當時即ち明治一〇年前後に於ける僧侶は、今日單に職業名として指稱される所と少しく意義を異にし、明治九年一二月一六日太政官布告第一五六號を以て「僧尼ト公認スル者ハ諸宗教導職試補以上ニ限リ候條此旨布告候事」と定めた。又一方明治七年七月一五日教部省達書第三一號は「自今教導職試補以上ニ無之向ハ寺院住職不相成候此旨相達候事」とし、又明治一〇年九月二〇日內務省達乙第八四號但書には「但一寺住職之者教導職罷免之節ハ七年七月舊教部省達第三一號達書之旨ニ準シ住職チモ退任爲致候儀ト可心得事」と規定した。布告に所謂「僧侶」とは固より斯る意味にして、教導職試補以上の者たるを要する。而して教導職試補以上の者は寺院住職たり得るが、さりとて僧侶は常に寺院住職なりとの論理は成り立たない。併し少くとも玆に謂ふ僧侶は、寺院住職たる資格あるものを謂ふと論決することは蓋し當然である。明治一七年既に教導職制度を廢止したるを以て、勿論僧侶の意義は之に拘束せらるる要なしとは謂へ、布告の「僧侶」を解するに當つては制定當時の事情制度を參酌することは決して不當でない。

而して僧侶の私債と看做すとは、相手方保護の趣旨に出でたること洵に明かなれば、住職自身をし

て其行爲の責に任ぜしむるの趣旨、換言せば寺院の債務とならざりしことによりて生じたる相手方の損害を、賠償せしむる法意と解すれば足り、寺院の債務より生ずる一切の效果が、行爲者たる僧侶に歸するの意に非ずと信ずる(註一八)。

註一八　參考判決、東京地方、2、2、4、新聞八五三號二一頁「明治一〇年太政官布告第四三號ニ此連署ナキトキハ總テ該社寺神官僧侶ノ私債ト看做ストアルハ一方ニ於テハ社寺ニ對シテ效力ヲ生セサリシ行爲ニ付神官僧侶ト取引ヲ爲シタル相手方保護ノ趣旨ナルコト疑ナシ故ニ布告ニ所謂私債ト看做ストハ社寺ノ名ニ於テ爲シタル債務負擔行爲ニ付神官僧侶ナシテ責ニ任セシムル趣旨ナリト解スヘシ要スルニ私債ト看做ストハ民法一一七條ニ所謂損害賠償ノ責ニ任スト同趣旨ニ解スルヲ妥當トス云々故ニ本件ニ於テ被告等ヨリ久遠寺ニ對シテ爲シタル株式ノ讓渡カ同寺ニ對シテ效力ヲ生セサル場合ニ於テハ同寺住職ノ爲メニ效力ヲ生シ住職カ株式ヲ取得スルモノト解スルヲ得サルヤ明カナリ更ニ他ノ方面ヨリ見レハ布告ハ相手方保護ノ趣旨ナレハ其取引ノ效果トシテ相手方カ行爲上ノ利益ヲ有セサルトキハ布告ヲ適用シテ神官僧侶ニ責任ヲ負ハシムル必要ナキコト明白ナリ故ニ本件ノ株式讓渡ハ被告等ハ之ニヨリテ株式移轉ノ債務ヲ負擔スルモ行爲上ノ利益ヲ得ルコトナク其行爲ニヨリテ久遠寺ハ拂込義務ヲ負フトスルモ之ハ會社ニ對スル義務ニテ被告等ニ對スルモノニアラス株式ノ贈與カ效力ヲ生セサリシハ拂込義務ヲ生スルカ爲メニ外ナキヲ以之カ爲メ住職カ株式ヲ取得スルモノトセハ住職ニ對シ私債ト看做スヘキニ非ストシテ財産取得行爲トナリ布告ノ精神ニ合セスト

第三章　寺院の財産處分行爲

檀信徒總代の同意を得ざる限り、住職の行爲と雖も適法なる寺院の行爲と謂ひ難き場合を說いたから、更に進んで監督官廳たる所轄地方長官の許可を要件とする寺院の行爲に付き、卽ち寺院の財産の處分行爲に付て、研究を試みたいと思ふ。

第一節　基本規定及び其立法目的

先づ說明の便宜且つ順序として、基本的規定を次に揭錄しよう。而して、此點に關する最も根本的規定は、明治六年七月十七日太政官布告第二四九號「什物類處分心得方ノ件」

「神社佛寺共古來所有ノ什物衆庶寄附ノ諸器竝ニ祠堂金等ノ類ハ神官僧侶ハ勿論氏子檀家ノモノタリトモ自儘ニ處分可致筋無之候條若不得已儀有之候ハ委細具狀ヲ以テ敎部省ヘ可申立候此旨布告候事」

明治九年二月二日敎部省達第三號「持添ノ田畑山林竝寄附金古文書等處分方ノ件」

「神社佛寺古來所傳之什物處分之儀明治六年七月第二四九號公布之趣有之ニ付テハ持添之田畑山林竝寄附金又ハ古文書類共總テ右公布ニ照準シ處分可致ハ勿論ニ候條此旨爲心得相達候事」

前二者である。而して寺有財產處分に對する說明の大體は、此の布告及び達の解釋で盡くされる。併し尙此外に府縣に對する明治十二年七月十四日內務省達乙第三九號「金穀借入抵當ニ關スル心得方ノ件」の存することを忘れてはならぬ。

「本年當省乙第二十二號ヲ以テ社寺寶物古文書保護ノ儀相達候ニ就テハ今般調製スヘキ目錄帳中ヘ記載ノ物品ハ明治十年第四三號公布ノ通抵當ト爲スヘカラサル筋ニ有之依テ自今社寺ニ於テス ル抵當ハ氏子檀家協議ノ書面ヲ以テ一應官廳ヘ申出サセ調査ノ上全ク寶物古文書ニアラサル分ニ

限リ認可スヘシ此旨相達候事」

但目錄帳ヘ記載セスト雖モ該社寺ニ別段ノ由緒アル地所建物等ハ寶物古文書ニ準スヘク且社寺ノ物件不得已儀有之處分候節ハ明治六年第二四九號公布同九年教部省第三號達書ノ通心得ヘシ」

而して此達も亦、寺院財產處分行爲の解釋上重要なる地位を占むる資料である。以下明治六年太政官布告を單に布告二四九號明治九年教部省達を達三號、又明治十二年內務省達を達乙第三九號と略稱する。寺有財產處分を規律する法條は、右に揭載する如く簡單且つ不明確で、加ふるに現代離れをしてゐる。それにも不拘寺院の債務負擔行爲の場合に於けると同樣に、玆にも亦判例の立法的作用の妙用乃至活躍に依て、舊時代の遺物たる右布告及び達に新生命を注入し、現代の生活に順應せしめ活社會の需要を滿足させてゐる。此點は判例法の研究者の特に注意を要する所である。而して前述の規定を解說するに當りては、豫め其立法の精神を把握して置くことが特に必要である。

布告二四九號及達三號が、僧侶及び檀信徒に對し後述の如く、寺院財產の所謂自儘の處分を禁じ、之を爲さんがためには所謂官廳に委細具狀して申立つ可しとなした法意は、明治初期に於ける寺院及び佛敎の國政上の地位より觀て、明治十年太政官布告第四三號が債務負擔の行爲を住職其他の僧侶が爲すには、其寺檀信徒總代二名以上の同意を要件と爲したると同じく、寺院の利益保護の趣旨に出でたるものである。卽ち寺院財產の處分と謂ふ更に寺院にとりて重要性を帶ぶる行爲に就ては、住職又は檀信徒總代等の私擅行爲を監督防遏し、以て其理由なき散逸滅失を防がんとするにあるは明らかである。布告第四三號は、負債を爲して積極的に寺院の利益を害するを防止し、布告二四九號及達三號は現に有する寺院財產の喪失を阻止して、消極的に寺院保護の目的を達せんとするものである。而して法は後者を重しとして監督を嚴重にした。故に不完全なる用語と極めて雜漠なる法律知識とを以て、作られたる是等の布告又は達を解釋するに當つては、唯一の標準と言ひ得べき此精神を沒却せざる樣、不斷の注意と努力を拂はねばならぬ(註一)。

註一　同趣旨判例、大審院(三八、九、二七、民事判決錄一一輯一二二六頁)「按スルニ明治六年布告第二四九號ハ神官僧侶ニ社寺所有ノ什物等ヲ自儘ニ處分スルコトヲ禁止シ若シ止ムヲ得サル事情アリテ之カ處分ヲ要スル場合ヲ生スルニ於テハ必ス先ツ當該官署ヘ申立テ其認可ヲ經タル後ニ非サレハ之カ處分ヲ爲スコトヲ得サル旨ヲ規定シタルモノニシテ專ラ社寺ノ財產ヲ保護シ其所有什物等ノ滅失ヲ防ク爲メ設ケラレタル法規タルコト其精神ニ照ラシテ洵ニ明カナリ」

第二節　許可官廳

布告第二四九號は一定種類の寺有財產に付き、處分する「不得已儀有之候節ハ委細具狀ヲ以テ敎部省へ可申立」と規定してゐる。而して住職の自儘なる處分を防止するの法意と、其申立に委細具狀せしめたるより推すときは、右の處分には所轄官廳の寺院財產監督權の發動による許可を必要とするは蓋し疑なき所である。而して此許可を爲す官廳は、布告の明定する如く敎部省である。併し敎部省は明治十年太政官布告第四號を以て廢止せられ、而して其事務は內務省に移管せられたる結果、此許可權も亦內務省に屬するに至つた。然るに同省は明治十八年五月二日內務省達甲第十六號「寺院佛堂取

扱方委任ノ件」を以て、寶物古文書以外の布告第二四九號及び達第三號記載の寺有財産處分を、又達乙第三九號但書の寺院に由緒ある地所建物處分に就ては、明治十九年三月十二日内務省令第一號同件を以て、何れも地方長官たる府縣知事に其取扱を委任するに至つた。（但し寶物公文書及古文書を除く）從つて現在は寺院の財産の處分に對する許可は、府縣知事の掌る所である。

第三節　官廳の許可を要する財産の範圍

寺有財産の一切は、其處分に際して地方長官の許可を經ることを要するや。若し然らずとせば許可を必要とする寺院財産の範圍如何。先づ法規に就て之を觀るに、布告二四九號は

古來所傳の什物衆庶寄附の諸器祠堂金

達第三號は

持添の田畑山林寄附金古文書類

達乙三九號は

寺院に別段の由緒ある地所建物等

を掲げて居る。此等の布告及達に依つて寺有財産の一切が、その處分に許可を要するに非ずして、一定の財物に限り許可を經べき事は直ちに了解し得る。然らば右布告及達所掲の物件は、例示的なりや。此問題を解決せんが爲めには、先づ此等の布告及び達制定の目的に溯つて、理論的に省察する必要がある。既に繰返し述べたる如く、其立法の趣旨は專ら寺院財産の保護換言すれば財産の喪失によりて、寺院が其存立を危くするが如きことなからしめんが爲めに外ならない。此見地よりせば寺院の基本的財産即ち寺院の目的を達するに必要な財産、例へば法要の爲めの諸設備、之を具體的に言へば、本堂庫裡境内地或附屬諸堂の如きは、充分に之を保護する價値がある。乍然此外にもその物の性質上、寺院が之を有する關係が一時的臨時的に非ずして、多少とも永續的性質を帶ぶる場合は、假令寺院の目的達成上直接の必要なくとも、寺院存立の要素として、又幾分の關係ありと謂ひ得るが故に、尚之を保護し其喪失を防止するために、官廳をして監督せしむる必要がある。今此等のものを便宜上寺院の永續財産と名付く。而して布告二四九號達三號及達乙三九號所掲の古來所傳の什物祠堂金持添の田畑山林古文書類は勿論、之に準ずとなしたる別段の由緒ある地所建物等は、何れも寺院が之を有する關係より觀れば、多少永續的所持を必要とすることに於て、共通する所がある。衆庶寄附の諸器及び寄附金も亦其全部とは爲し得ずとも大體に於て永續的性質を具有する。故に此等の布告及び達の解釋上、其法意を汲んで其所掲の物件の共通性たる、寺院に對する永續的性質を認め得るものには、其所掲の物件に準じて、其處分には許可を要すと論決するを妥當とする。卽ち布告及達の文字は、例示的に永續的財産を表はしたるに過ぎずして、限定的に列擧したるに非ずと謂ふべきである。尚布告及達は寺院の基本的財産の處分に言及せず、又之を推知し得るが如き文字も含んで居ない。之は恐らく當時の立法者が、本堂庫裡境内地等の如き寺院にとりて極めて重要の意義ある物の處分は、全く之を許さざ

る方針なりしに依るべしと雖も、基本的財産たるは疑なきを以て、規定の解釋上其處分を必要とする場合には、地方長官の許可を必要とするものと解すべきである(註二)(註三)。

註一　同趣旨判例、大審院、9、5、7、決定、民事判決錄、二六輯六二六頁「按スルニ明治六年太政官布告第二四九號及ヒ明治九年教部省達第三號ハ抗告人主張ノ如ク一切ノ神社財産ニ對シ適用スル趣旨ニアラサルヘキモ明治四一年內務省令第十二號ノ如ク神社ノ基本財産ト否トヲ區別スルモノニアラサルコトハ其明文ニ徵シテ明カナリ前記太政官布告及ヒ教部省達ハ孰レモ神社財産ノ種類ヲ限定セス之ヲ例示的ニ揭クルモノナレハ假令法文中ニ指摘セラレサルモ其例示スル所ニ準スヘキ財産ハ總テ其適用ヲ受クヘキモノト解スルヲ相當トス」

東京控訴、四二、(ネ)六四一號最近六卷二一七頁「明治六年七月第二四九號太政官布告明治九年二月教部省達第三號ハ社寺ニ於テ永久ニ保存スヘキコトヲ目的トスル物件若シクハ社寺ノ基本財産タル性質ヲ有スル物件ニ關スル規定ニテ本件收入金額ノ如キ控訴神社日常ノ經費ニ支出セラルヘキ性質ノモノニ適用スヘキモノニアラス」

水戶地方土浦支部、四二(ロ)八五號新聞六三二號一五號「列記ノ物件ハ何レモ多少永久的ニ社寺其者ト分離シ難キ性質ヲ有シ此等財産ノ保護ハ寺社ノ體名ヲ維持スル爲メニ必要ナルモノト認メ特別周到ナル規定ヲ設ケタル趣旨ヲ窺知スルニ難カラス之ニ反シ原告カ本社收入金穀トシテ列記セル各收入ハ右布告達ノ明文ニ漏レタルノミナラス其性質ハ寧ロ一時的臨時ノ收入ナルニ因リ右布告達ノ類推解釋上之ヲ含ムモノト認ムルコトヲ得ス況ンヤ財產處分ニ付官廳ノ許可ヲ經ルカ如キハ例外ノ場合ニ屬スルヲ以テ本件社入收得金穀ノ賣買ニハ官廳ノ許可ヲ要セサルモノト認ムルヲ相當トス」

註二　寺院の本堂庫裡境內地や本布告及達中より逸したるは、立法者の手落なるは明白であるも、其逸したる事情換言せば此等の財產や如何に觀察したる哉の材料として、私は明治八年東京裁判所よりの伺とこれに對する同年五月四日司法省の爲したる指令とを擧げることが出來る。卽ち「社寺境內地面の事」に關する伺「明治六年太政官第二四九號公布ニ神佛寺共古來所傳ノ什物云々ト有之右ハ其境內地面モ卽什物ニ可有之哉又ハ什物トハ品柄相異リ候哉判然致シ兼擔當ノ事件ニ付キ差向處分方ニ差支ヘ居候間此段奉伺候也」に對する指令は、「境內地ハ什物トハ品柄相異ルモノト心得ヘシ但境內地面ハ什物ヨリモ貴重ノ物トス」へ聽訟指令續編明治八年分二卷)とある。卽ち境內地に就ては什物より貴重なりと觀ながら、布告中に數へず又此指令の翌年發したる教部省達にも加へざりしは、其處分に所轄官廳の許可を不要としたるに非らざるは勿論なれば、斯る處分を絕對に許可せざる方針であつたに相違ない。故に庫裡及び境內地の抵當に關し後述の如く明治二三年に社會局通牒を發して許可すべからざるを指令した。

而して實際上の問題として、寺有財產の處分に所轄官廳の許可の要するや否やの標準たる、其物件と寺院との間の永續的關係の有無は、結局社會の通念に從つて定むるの外なきも、次に此點に付て聊か具體的の說明を加へて、所謂永續財產を知るの參考に供する。

第一項　不動產

達第三號には「別段ノ由緖アル地所建物」を揭げて居る。而して茲に列擧する所は前述したるが如く例示的の列擧に過ぎない。然らば茲に列擧せらるゝものゝ外、如何なる財產を含むかと言ふに、不動產に付ては、結局寺有一切の不動產を指すものと解すべきである。蓋し不動產は寺院が之を所有する場合に於ては、其兩者の間に動產に於けるよりも、永續性あるものと認め得べきがためである。加之不動產の處分は、寺院の財產的基礎に至大の影響を及ぼすを通例とするを以て、住職及び檀信徒總代の協議同意のみを以ては、寺產保護の立場より觀て不充分と言はねばならぬ。從つて不動產の處分には、常に監督官廳の許可を要するものと解すべきである。尙之を實例に付いて細說すれば

第一　土地

達第三號は「持添ノ田畑山林」と謂ひ、而して持添とは寺院の境内と地續なる土地にして、往古より寺院所有のものである。又達乙第三九號は「別段ノ由緒アル地所」と規定し、兩者共に寺院に特に深き關係ある土地なるが如きも、斯る文字に拘泥することなく、大審院は達の法意よりして「社寺ニ別段ノ由緒アル地所ト言フカ如キ特種ノモノノミヲ指スニ非ス該法文上別ニ制限的ノ文字ナキ所ヨリ考フルモ社寺所有ノ一切ノ田畑山林ヲ謂フモノト解ス」（2、6、3、民事判決錄十九輯三八二頁）と判示して居る（註四）。

註四　文化三辰五月、曾我熊之助ヘ問合ニ「御書面持添地、抱地ノ譯御内々被成御承知度旨承知仕候境内地續ニ而往古ヨリ寺附之地所ヲ持添地ト唱來リ住持一代切ニテ所持之地所ヲ抱地ト唱申候云々」（古事類苑宗教部）又「持添地は境内一つに存置候而不苦候抱地生垣にいたし内より口付申事堅不仕事」（寺社方要鑑集）

又達第三號は田畑山林と謂ふも、そは主として地方農村等を眼中に置きたる爲めにして、都會寺院に於ける所有市街宅地の如き、寺產保護の立場上田畑山林と選ぶ所なく、且つ前述の如く永續性財產と認むべきを以て除外するを得ぬ（註五）。

註五　同趣旨判例、大審院（三九、一、一二三、民事判決錄十二輯三二頁）「右教部省達ノ田畑山林トアルハ不動產ヲ判示シタルニ過キサルハ勿論ナリトス左レハ社寺有ノ不動產ヲ讓渡スルニ當リテハ單ニ氏子檀家總代カ同意ヲ爲シタルヲ以テ足レリトセス所轄官廳ノ認可ヲ經ルコトヲ要スルモノニシテ其認可ヲ經サル賣買ハ決律上何等效果ヲ有セサルモノトス」

次に達第三號の所謂持添の山林とは「山林ノ地盤ト其上ニ存スル立木立竹ト共ニ之ヲ處分スル場合ハ勿論單ニ其上ニ存スル立木立竹ノミヲ處分スル場合ヲモ包含スルモノト解ス」べきである。何となれば「山林ニ存スル立木立竹ハ山林ノ一部ナルノミナラス立木立竹ノミヲ處分スル場合ヲ包含セストセハ該達カ社寺所有ノ財產ナル山林ヲ保護シ其滅失ヲ防止セントスル趣旨ノ過半ヲ達スルコト能ハヌからである（大審院四〇、十、九、民事判決錄一三輯九三四頁）。蓋し山林の立木又は立竹は、明治四二年法律第二二號「立木ニ關スル件」第一條に所謂「一筆ノ土地又ハ一筆ノ土地ノ一部分ニ植栽ニ依リ生立セシメタル樹木ノ集團」に該當すべく、故に所有權保存の登記を受けたる場合には不動產と看做さるる關係上其地盤と分離して獨立して處分せらるゝ場合にも、當然其處分に付き許可を必要とすべく、又獨立の不動產と看做し得ざる立木立竹は、其地盤たる土地の一部分たる法律上の性質を具有するを以て、之れが處分は不動產たる土地の一部の處分として、尙許可を經る要がある。元來權利の目的として物の一部分を認むることは、原則として我法律上許さゞる處なるも、斯る立木立竹が一地盤たる土地と獨立して權利の目的となり得ることは、現今一般の慣行であり且つ判例の認むる所である（註六）。然らば達第三號の持添の山林に立木立竹をも包含するものと解し、其獨立的處分にも許可を必要とするは理論上正當である（註七）。

註六　物の一部の處分を認めたる判例（大審院5、2、22、第二二輯一六五頁、四四、六、二〇、第一七輯四一一頁等）

註七　山林の處分中に立木のみの處分をも包含することに付ては、意見を同じうする宗教局通牒甲第二三號が明治三六年八月二十日佛道各管長に發せられて居る。卽ち「寺院ニ於テ其所有山林ヲ處分スル場合ハ其土地タルト又ハ立木ノミナルトヲ問ハス共ニ明治六年太政官布告第二四九號同九年教部省第三號達及同十二年七月本省達乙第三九號但書等ニ依リ豫メ地方廳ノ認可ヲ受クヘキハ勿論ノ儀ニ有之然ルニ明治三二年法律第九九號國有土地森林原野下戻法ニ依リ山林ノ下戻ヲ受クル寺ニシテ右地方廳認可ノ

手續ヲ經ス擅ニ處分スルモノ有之哉ニ聞及候如此ハ該下戻法制定ノ精神ニ戻リ決規ノ規定ニ違反スルモノニシテ住職ノ職責上不問ニ付シ難キ筋ニ有之候條其宗教派内寺院住職ニ對シ心得違無之樣嚴重注意ヲ加ヘ且ツ如上ノ行爲アルモノニ對シテハ相當處分可相成命ニ依リ此段申達候也」

これと同理にて山林とは言ひ難きも、寺有境外地に存する立木にして相當價格あるものゝ處分にも尙官廳の許可を要すと解すべきは、寺産保護の目的貫徹の爲め當然必要である(註八)。但境内地の樹木に付ては「社寺境内ノ樹木ハ假令其寺院修繕等ニ相用ヒ候共猥ニ伐木不相成候若シ難止事情有之節ハ其地方廳ヘ願出許可ヲ受事」と、明治六年太政官布告第二三五號にて明定してあるから、布告二四九號及達第三號を適用する要を見ぬ。

註八　同趣旨判例大審院(二八、六、一四、民事判決錄一輯五〇〇頁)「故ニ本訴立木ニシテ該三號達ノ所謂山林ノ中ニ包含スルモノトセハ之レヲ處分スルニハ須ク該三號達及ヒ第二四九號布告ニ照準スヘキモノナリ今本訴ニ於ケル一本ノ立木ヲ以テ之ヲ山林ト稱スルハ其用語上稍穩カナラサル所アルモ苟モ其立木ニシテ相當ノ價格ヲ有シ此等ノ所有物中ニ算入シ得ヘキモノナルニ於テハ第三號布達中ニ所謂山林ノ一部ト見做スヘキハ事理上當然ナリ又官廳カ社寺ノ所有物ヲ保護又ハ管理スルノ精神ヨリ考フルモ其境内ノ立木ハ濫リニ伐採ヲ許サス境外ニアルモノニ限リ其種類ノ如何ヲ問ハス官廳ノ許可ヲ經スシテ自由ニ伐木シ得ヘシトノ條理ハ存セサルモノトス由之觀之本訴立木ノ如キハ該三號布達ノ支配ヲ受クヘキモノナルコト明カナレハ神官氏子總代ニ於テ自儘ニ處分スルコトヲ得ス必スヤ相當官廳ノ許可ヲ受ケサルヘカラサル筋合ナリ從ツテ其許可ナクシテ之レヲ他ニ賣渡シタルトキハ其賣買ハ無效タルヘキモノ云々」又立木に相當價格を要すと爲したるは布告第二四九號及び達第三號が寺院財産保護を目的とする趣旨より觀ての當然の制限である。

第二　建　物

布告第二四九號及び達第三號は共に家屋に付ては直接には言及せざるも、達乙三九號は由緒ある建物を掲げてゐる。その例示的であること、及び此等の法規が一切の不動産を包含すること前述の如くである。從つて建物が許可所要の寺院財産たることも亦明白である。殊に本堂庫裡の如きは、明治十一年の社寺取扱概則に所謂寺の體を爲し寺院なる法人の物的要素を構成し、寺院の永續財産の主要なるもので、其他の寺有家屋に就て觀るも、何れも寺院の永續財産を構成して、其價値必ずしも土地に讓らない。然らば其處分に際して、所轄官廳の許可を要すと解すべきは、至極當然の推論である。

第二項　動　産

次に寺有動産の處分に付き、監督官廳の許可の要否を判斷するに當り、事實問題として困難なる場合を想像し得るも、要するに布告第二四九號及達第三號に列擧する例示的の物件に準すべきや否や、換言すればその動産と寺院との間に之を所有する關係に、多少とも永續性を認め得るや否やによつて、その判斷を下すの外適當の途を求め難い。從つて例へば寺院の日常收入卽ち回向料、讀經料、香料、布施物、賽錢、供物料、守札料、拜觀料の如き、一時的又は臨時性ある收入若しくは寺有不動産より生ずる果實の處分には監督官廳の許可を要せぬ(註九)。

註九　同趣意判決京都地方(四三、(ロ)二五九號新聞七四四號二八頁)「寺有田畝山林ヨリスル所得其他回向祠料ノ如キ寺收入財産ノ處分ニハ行政官廳ノ許可ヲ要セス」又神社所有財産の處分に就て水戸地方土浦支部の判決は寺院に就ても參考となる。卽ち「神社の社入取得金穀卽ち賽錢、守札料、日參、月參、年參料、祈禱料、祈雨料、神水料、初穗料、献備料、掛物御籤料、手水料ノ如キ物ノ賣却ハ明治六年布告竝ニ九年達ノ規定ニ從ヒ行政官廳ノ許可ヲ經サルモ有效ナリ」(四二(ロ)八五號新聞六三二號一五頁)

第三項　債　權

寺院が有する債權に付いても、永續財産たる性質あれば之が處分に官廳の許可を要すと爲すべきである。許可は特に物件の處分に限る要なく、債權も寺院財産の一部を成し得るを以て、寺産保護の點より觀察して、債權に就ても住職等の自儘の處分を禁ずることは、布告第二四九號及達第三號の法意に副ふ所以である。而して永續性ある債權の事例として考ふべきは、永續性ある物件の處分による賣得金請求權贈與契約に基く祠堂金、寄附金等の請求權の如き又は什物を貸與したる場合の返還請求權の如き、何れも社會の通念上永續財産の變形として、未だ永續性を脫却せざるものと觀らるべき場合、或は永續財産の一作用と謂ひ得べき場合の如き之である（註一〇）。

註一〇　同趣旨判決東京地方（四、十一、十八、評論四卷諸法二五七頁）「社寺ニ於テ永久保存スヘキ物件ハ勿論苟モ社寺ノ基本財産ヲ構成スヘキモノタル以上ハ其物件タルト將債權タルトヲ問ハス等シク明治六年布告、明治九年達ノ規定ノ下ニ其保護ヲ享有スヘク又之カ處分ニ關シ其認可ヲ受ケスシテ自儘ニ爲シタル場合ニハ何等ノ處分ノ效力ヲ生スルコトナク當然無效ニ歸スヘキモノトス云々寺ノ基本財産ノ一部ヲ構成スル地所ヲ他ニ賣却シ依テ得タル該賣得金ニ對スル請求權モ其基本財産タルノ性質ヲ脫却セサルモノトス寺カ其土地ヲ賣却スルニ付キ所轄官廳ノ認可ヲ得ルモ右地所賣得金ニ對スル債權ノ讓渡行爲ハ當然效力ヲ發生セサルモノトス」

第四節　官廳の許可を要する處分行爲

布告第二四九號達第三號及達乙第三九號但書には、前揭の如き寺院財産の處分には、所轄官廳の許可を要すと規定あり、而して此處分なる法語には、事實的處分と法律的處分の兩者を包含し、前者は物の毀損、破壞、消費を始め田地を池沼とし、山林を宅地と變じ或は此反對に變ずる如き物の性質の變更を言ひ後者は、賣却、拋棄、交換を爲し又は他物權を設定する行爲の如きを含む。寺院財産の處分なる用語中に此兩者を包含すと解すべきは、右布告達が寺産保護の法意に出でたるに照して疑なく、民法第二〇六條の處分の意義の如く異說を生ずべき疑懼がない。事實的處分に付ては別段に說明の要なきを以て、次に法律的處分と觀らるべき各行爲に付て述べよう。

第一項　賣　却

動産たると不動産たるとを論ぜず、寺有の永續財産の賣却は、處分行爲中の主要なるものにして、寺産保護の上より觀れば、最も警戒すべき行爲である。故に之に許可を要すとしたることは、極めて當然である。乍然此警戒を注意深く推し進むれば、單純なる賣却行爲に限らず、相手方の一方的意思表示により又は條件の成就によりて、賣買が完成する賣買の豫約又は條件附賣買契約の如きも、同一に取扱ふことを要する。然らざれば斯る方法に依りて寺産賣却を無許可の儘、爲し遂げ得る結果となり、遂に賣却を監督する法意に副はざることゝならざるを得ない。從つて斯る契約をも布告第二四九號の處分中に包含するとなし、所轄官廳の許可を要すと解すべきである（註一一）。尙此點は以下に揭ぐる處分行爲の事例に就ても同樣である。

註一一　賣買の豫約に就ては東京地方2、7、29、判決「賣買ノ豫約ハ賣買ニ非ルヲ以テ土地ノ所有者カ其土地ヲ賣買スヘキ豫約

ヲ爲シタルトキ直チニ之ヲ以テ土地ノ處分ナリト稱シ難キカ如シト雖モ一方的豫約ノ債務者ハ其豫約ニ的確ニ羈束セラレ相手方ニ於テハ賣買完結ノ意思ヲ表示スルトキハ債務者ハ何等ノ行爲ヲ要セス右相手方ノ賣買完結ノ意思表示ニヨリテ賣買ハ成立スルモノナルヲ以テ之ヲ債務者カ賣主ナル場合ニ於テ賣主ノ方面ヨリ觀察スルトキハ該豫約ハ卽チ其土地ノ處分ナリト稱スルヲ妥當トスヘク而シテ社寺カ其所有地ヲ處分スルニハ明治九年達明治六年布告ニヨリ所轄官廳ノ許可ヲ必要トスルモノナルヲ以テ若シ豫約ヲ爲スニ付所轄官廳ノ許可ヲ受クルニ非レハ該契約ハ無效ナリト云ハサルヘカラス」（評論二卷民法三九七頁）又條件附賣買ニ付ては大阪地方判決「按スルニ寺院所有ノ不動產ヲ處分スルコトハ明治六年七月第二四九號布告及同九年二月教部省達第三號ニ明記スル所ナリ因テ右認可以前ニ於テハ寺院代表者タル住職ハ寺有不動產ニ付キ當ニ單純ナル賣買契約ノミナラス倘條件付賣買契約ヲモ締結スルコトヲ得ス從テ住職カ後日行政官廳ノ認可ヲ受クヘキコトヲ條件トスルモ其契約ハ元來無效ノモノナレハ寺院ニ對シ何等ノ羈束力ナキコト亦明ラカナリ」（四〇(イ)六一二號事件新聞五一九號一八頁）

然るに寺院が永く不動產を所有する意思なく、高價に轉賣して代金の差額を利得する目的にて買入れ、之を轉賣する場合は官廳の許可を要せざるものと爲した實例がある（註一二）。此場合土地と寺院との間の關係に永續的性質なきが如くに一見解せらるゝも、元來利益を得て讓渡を爲す目的を以てする不動產の取得及び讓渡は、營業として爲すと否とに拘らず、常に商法第二六三條第一號の所謂商行爲にして、佛教の宣布儀式の執行を目的とする寺院なる法人の目的の範圍外に屬する。從て寺院の斯る行爲を是認することを前提とする說は、根本に誤謬を藏し到底妥當の見解と謂ひ難い。又一面に於て若し住職等に事實上營利的意思ありとせば、斯る利得を計る行爲は投機的分子を含むを通常とするを以て、所謂自儘の處分を禁じたる布告二四九號の趣旨よりせば、一層監督の要ある行爲である。故に事實上利得轉賣の計畫ありとするも、尙監督官廳の許可を必要とすと論決すべきである。

註一二　名古屋控訴院判決（8、5、6、新聞一五九六號一六頁）「被控訴人（寺）ハ永ク自己ノ所有トナス意思ナク唯高價ニ轉賣シテ代金ノ差額ヲ利得スヘク卽チ轉買者ヨリ受取リタル代金ヲ以テ直チニ自己カ賣主ニ對シテ負擔スル代金ノ支拂ヲ了シ其差額ヲ自己ノ所得トナス目的ノ下ニ本件土地ヲ買入レ而シテ之ヲ控訴人ニ轉賣シタルモノニシテ被控訴人カ從來所有スル土地ヲ賣渡シ以テ其所有權ヲ喪失セシムルモノニアラサルコトヲ認定スルニ足ル、而シテ右ノ如キ行爲ニ付テハ監督官廳ノ認可ヲ要セサルコト明治六年及明治九年布告達ノ法意ニ照シ毫モ疑ヲ容レス」

第二項　贈與、交換及拋棄

寺院財產に付て此等の行爲あるときは、賣却と同樣直ちに物の所有權を喪失するに至るべきを以て、是れ亦處分の一として所轄官廳の許可なくしては、寺院の行爲として無效なるものと解すべきである。

第三項　抵當權の設定

現今に於ては抵當權の設定は、一般に處分行爲と解されて居る。寺有不動產に就て見るも、抵當權を設定することは其不動產に對する所有權の制限となると共に、抵當權實行の結果は所有權を喪失する結果となるべきを以て、之を布告第二四九號及達第三號の所謂處分中に加へ、許可を經ざれば無效と解することは妥當の見解である（註一三）。

註一三　同趣旨判例、大審院（2、6、8、民事判決錄第一九輯三八二頁）「明治六年布告第二四九號及明治九年教部省達第三號ニ所謂處分中ニハ當ニ賣買讓渡交換拋棄ノ如キ行爲ノミナラス抵當權設定契約ノ如キモ內ニ包含スルモノト解スルヲ相當トス」

然るに抵當權設定に付ては、明治十年太政官布告第四三號に除稅地を除く以外の寺附地所及び寶物古文書類を除く以外の建物什器を、抵當（動產に付ては質の意）と爲すには、檀信徒總代二名以上の同

意を要する旨規定しあり、又達乙第三九號には「今般調製スベキ目錄中へ記載ノ物品ハ明治十年第四三號公布ノ通抵當ト爲スベカラザル筋ニ有之」と定め、且其但書には「目錄帳へ記載セズト雖モ該社寺ニ別段ノ由緒アル地所建物等ハ寶物古文書ニ準ズベク」とある。從て布告第二四九號及達第三號の處分中には、抵當權設定行爲を包含するとしても、其適用は寺院の由緒ある地所建物及び除稅地を抵當となす場合に限られ、由緒なき地所建物を抵當とする場合には、明治十年布告第四三號により單に總代二名以上の同意あれば足ると解する說を生ずるに至つた。併しこれは明らかに謬論であつて、元來布告及達の法意は、寶物古文書に準ずべき由緒ある地所建物及除稅地の如きは、之を抵當と爲すべからずと解すべく(註一四)、然らざる地所建物に付ては總代二名以上の同意の外に、所轄官廳の許可を要するの趣旨である。卽ち布告第四三號と共に布告第二四九號及達第三號の適用ありと解すべきである。元來布告第四三號は住職の私擅行爲防遏の爲め總代の同意を必要とし之に依りて寺院財產の保護を企てたるに反し、布告第二四九號及達第三號は、此保護の目的を貫徹する爲めに、特に寺院財產の處分行爲に付き、先づ總代をして住職の行爲を監査せしめ、更に私利を營むの餘地なからしむるため、官廳の許可を必要とするのである。斯る法意である以上、苟も處分行爲であれば全て許可を要すとなすべく、又右の布告を併用するも、兩布告の間に牴觸及び矛盾を生じない。從て抵當權の設定には當に官廳の許可を要すと解すべきである(註一五)。

註一四　抵當權の設定を許さざる地所、建物として明治二三年八月十五日社寺局通牒京甲第四號に「寺院境內及庫裡等入質ノ儀ニ付京都府伺ニ對シ境內地及ヒ本堂庫裡ノ儀ハ法要ニ必要ナル箇所ニ付抵當不相成旨本月一三日ヲ以テ指令相成候條爲心得此段申達候也」とある。勿論之は一片の通牒で官廳の事務處理上の心得に過ぎぬ。乍然所轄官廳が右通牒に上命下從の關係上拘束せらるる結果として境內地本堂及庫裡に抵當權を設定することは假令出願あるも許可を爲さざる結果實際上は此等の物件に對しては抵當權設定は不能なりと謂はねばならぬ。明治十年布告第四三號が抵當の目的物より除外した除稅及び由緒ある地所建物とは如此ものと解される。

註一五　同趣旨判例前揭2年大審院判決の一部「又上告人ハ內務省乙第三九號達但書ニヨリ社寺ニ別段ノ由緒ナキ地所建物等ヲ處分スルニ付テハ專ラ明治十年第四三號布告ニ準スヘク別段ノ由緒アル除稅地ヲ處分スルニハ特ニ明治六年第二四九號布告同九年教部省達第三號ニ依ルヘキ趣旨ナリト謂フト雖モ同但書ニ「社寺ニ別段ノ由緒アル地所建物ハ寶物古文書ト同シク明治十年第四三號公布之通リ抵當ト爲スヘカラサルモノナリト謂フ趣旨ニ外ナラス從テ又「社寺ノ物件不已儀有之處分云々」トアル內ニハ單ニ由緒アル除稅地ノミナラス社寺所有一切ノ田畑山林ノ處分モ其內ニ包含スルモノト解スヘキモノトス」

既に抵當權の設定に許可を必要とすれば、抵當權設定よりも强力なる形式を採る所謂賣渡抵當と言ふが如き行爲に付き、所轄官廳の許可を經べきことは言ふを俟たぬ(註一六)。

註一六　同趣旨判決東京控訴院(四四、七、一三最近九卷一二〇頁)「賣渡抵當ハ明治六年及同九年令達ニ所謂處分ニ該當スルモノナレハ當該官廳ノ許可ヲ經スシテ之ヲ爲ストキハ無效トナル云々」

第四項　質權の設定

寺有財產の處分中に、既に抵當權の設定を含むとなす以上、質權の設定も亦同樣に解すべく、而して動產質たると不動產質たるとを區別するの要なく、苟も許可を得ずして設定したる質權は、寺院に對し無效なりと謂ふべきである。

第五項　地上權の設定

地上權は所有權に次ぐ強力なる土地の使用權なれば、土地に對し地上權を設定するは、土地所有權に對する重大なる制限を加へたるものと言ふべく、從つて普通處分行爲中に算へてゐる。寺院に付ても特に別異の解釋を樹つるの要なく、從つて所轄官廳の許可なくして、寺有土地上に地上權を設定し能はざるものと謂はねばならぬ(註一七)。

註一七　同趣旨判例、大審院(三八、九、二七民事判決錄十一輯一二二六頁)「地所ニ地上權ナル物權ヲ設定スルニ於テハ之カ爲メ地所所有權ニ制限ヲ加ヘ所有者ハ其地所ヲ使用スルコト能ハス所有權ノ一部ヲ讓渡シ其一部ヲ喪失セシメタルト一般ナルニヨリ地所ニ地上權ヲ設定スル行爲ヲ以テ六年布告九年達ノ所謂處分中ニ包含スルモノト認ムルヲ相當トス」又同院り、5、7、民事判決錄第一一六輯六二六頁の同趣旨判決參照。

第六項　永小作權の設定

既に寺有土地に地上權を設定することが、處分行爲なりとなす以上、之と土地使用の目的を異にするも、其性質を同じくする永小作權を寺有地に設定することは、固より處分行爲中に包含せらるゝものと解すべきである(註一八)。

註一八　同趣旨判決、大阪控訴院(一一、2、28、評論一一卷民七七五頁)「寺院カ其所有地ニ永小作權ヲ設定スル行爲ハ明治六年太政官布告及明治九年教部省達ニ所謂處分ニ該當スルモノニシテ當該官廳ノ許可ヲ要スヘキハ勿論ニシテ其許可ヲ得サル永小作權ハ無效ノモノトス」

第五節　處分行爲と總代の同意

寺院財産の處分に付き、布告二四九號には單に所轄官廳の許可を要すと定むと雖も、許可のみを以ては完全と謂ひ難く、其寺院の檀家又は信徒總代の同意をも、必要とするものである。抵當權に就ては、明治一〇年布告第四三號に「若クハ金穀ヲ借入ルル爲メ社寺附地所(除稅地ヲ除クノ外)建物什器(寶物古文書ヲ除クノ外)等ヲ抵當ニ爲ストキ必ス氏子檀家ト協議シ總代二名以上ノ連署ヲ要スヘシ」とあり、又達乙第三九號にも「自今社寺ニ於テハ抵當ハ氏子檀家協議ノ書面ヲ以テ一應官廳ヘ申出テ調査ノ上全ク寶物古文書ニアラサル分ニ限リ認可スヘシ」とあり、故に抵當權設定の場合に總代二名以上の同意が要件たることは明白である。又此布告及達所定抵當の目的物には、不動産のみならず動産たる什器、寶物、古文書類等をも包含するを以て、茲に謂ふ抵當は單に民法上の抵當權即ち不動産抵當に限らるべきに非ずして、單に擔保の意味と解すべく、從つて質權設定の場合をも包含し、之にも總代の同意を必要とするものと解すべきである。卽ち處分行爲に付き官廳の許可を必要とするのは、單に檀家又は信徒總代二名以上の同意權の行使によるに過ぎない。從つて處分行爲の場合に於ても、決して總代の寺院財産監査權を奪ふの趣旨ではなく、先づ總代をして住職の爲さんとする財産處分行爲を監督せしめ、而して處分を相當とすれば之を許可し、然らずとせば許可せざる趣旨である。

既に抵當權又は質權設定の場合に總代の同意を要件とする以上、賣買の如き更に重大の影響を寺院

財産に與ふべき行爲は勿論、其他の處分行爲と雖も總代の同意を要件とすべく、之を缺けば假令監督官廳の許可あるも其行爲を無效と爲すべきである。加之明治一四年內務省達乙第三三號に依れば「今後該社寺ノ願屆等ハ渾テ連署ヲ以可爲差出」と定め、檀家又は信徒總代の連署を命じてゐる。故に總代の同意なくして處分行爲に官廳の許可なるものあり得べき理はない。而して寺院の財產處分行爲に對する連署は、明治一〇年告第四三號に所謂連署と異り、必ず書面上に爲すべきものであり、又其性質も住職に對する私法上の意思表示ではない。此連署は之を拒否することによりて、處分行爲に對する許可の願書の成立を不能ならしむるが故に、總代の寺院財產監督權の一作用と謂ふべく、從つて此明治一四年內務省達よりするも總代の同意は、寺院財產處分行爲の要件を爲すことを推知するを得る。（註一九）。

註一九　同趣旨判例、大審院（二八、三、一、判例彙報四卷民一八三頁）「總テ寺院ノ所有ニ係ル物件ハ其寺ノ僧侶檀家ノモノタリトモ自儘ニ之ヲ處分スルノ權ナシ若シ已ヲ得ス之ヲ處分スル節ハ必ス檀家總代ノ連署ヲ以テ其筋ニ具狀セサルヘカラス又其物件賣買證書ニ至リテモ檀家總代二名以上ノ連署ヲ要スヘキ筋合ト云ハサルヘカラス何トナレハ明治一〇年第四三號布告ニ依レハ抵當ニテモ總代二名以上ノ連署ヲ要シ其連署ナキトキハ抵當ハ無效ニ歸スヘキモノナレハナリ況ンヤ賣買ニ於テオヤ然ラハ本件ニ在テハ其筋ヘ具狀シタルモノナルヤ否ヤト賣買證書ニ正當ノ檀家總代二名以上連署シタルモノナルヤ否ヤハ必要ナル條件ニシテ若シ此要件ノ一ヲ缺クトキハ未タ全ク處分權ヲ有セサル者ノ行爲ニ係リ本訴ノ根本タル乙第八號證ノ地所賣買契約ハ無效ニ歸シ隨テ之ニ起因スル實地ノ契約モ亦無效ニ屬ス」。

又2、6、3、大審院（民事判決錄一九輯三八二頁）「上告人ハ云々寶物古文書竝ニ社寺ニ別段ノ由緒アル地所建物等ノ賣買讓渡ノ如キ純然タル處分行爲ヲ爲スニハ單ニ敎部省ノ認可アルヲ以テ足レリトスルニ拘ラス此等ノ行爲ヨリ事體頗ル輕易ナル普通社寺所有地（除稅地以外）一般建物什器（寶物ナル文書以外）ヲ抵當ト爲スニハ明治一〇年第四三號布告ノ結果トシテ更ニ氏子又ハ檀家總代二名以上ノ連署ヲ要シ其連署ナキニ於テハ其賣買ハ神社ニ對シテ其效力ヲ生セス」

第六節　處分行爲に對する許可出願手續

寺院財產處分に對する監督官廳への許可出願の手續が、住職と總代との連署を要件とすることは、右述ぶる如く明治一四年內務省達乙第三三號の定むる所である。此外明治一七年一〇月三〇日內務省達乙第三七號は「前略附屬ノ地所建物什物抵當賣買其他寶物古文書等財產ニ關スル諸願ハ（寺院ハ本寺法類連署）管長ノ添書ヲ要スヘシ」と定むるにより、本寺を代表する僧侶と法類が連署し更に所屬宗派管長の添書を要する。併しこれは單に許可出願の手續上の問題にして、其處分行爲の實體的要件でなく、本寺及法類の連署、管長の添書に依つて、此等の者が寺院財產處分行爲に參與するものではない。管長は當該處分行爲に反對なると否とに關せず添書すべく、反對なれば其意見を添書に附記すれば足り、又添書を拒むことゝ出來ない。

處分行爲に對する官廳の許可を受くべき時期は、寺院財產に對する處分又は之を目的とする豫約又

は條件附契約を爲す以前たるを要する。布告第二四九號には「自儘ニ處分可致筋無之候條若不得已儀有之候ヘハ委詳具狀ヲ以テ敎部省ヘ可申立候」とあり、若し事後に於ける許可にて足るとせば、所謂自儘なる住職の行爲を防止するの布告の目的は、之を達する能はざるべく、又事後の許可を認むとせば、之を得られざる場合には、住職等の行爲を取消し或は初めより無效とすることによりて、其自儘處分の寺院に及ぼす效果を防止する外なく、斯くては相手方は不測の損害を蒙むるに至るは明白である。況んや達第三九號には「自今社寺ニ於テスル抵當ハ氏子檀家協議シ書面ヲ以テ一應官廳ヘ申出サセ調査ノ上全ク寶物古文書ニアラサル分ニ限リ認可スヘシ」と明定し、事前の許可出願を命じて居る。而してこのことは獨り抵當權設定の場合に限るべき理由はない。從つて處分行爲の一要件たる總代の同意は、債務負擔行爲の場合と異なり事前に之を得ることを要するものと解すべきである。又許可は寺院が現に所有する財產の處分に付て之を與ふべく、將來取得すべき財產は假令其取得に幾分の確實性ある場合と雖も、豫め其處分の許可を與ふべきではない。かく解せざれば寺院保護の目的を達することは困難である。次に許可は一般的抽象的に與ふるは不法にして、個別的具體的なることを要する。蓋し自儘の處分を認むると大差なき結果となり、寺院財產保護の目的の達成は期し難いからである。

第七節　許可の性質と其效力

玆に謂ふ許可は形式的に言へば、地方長官が管轄寺院の財產處分行爲に對し之を許す一の行政處分であり、實質的內容的に觀れば、寺院代表者に寺院の財產處分行爲を適法に爲す能力を附與するものである。卽ち許可後始めて住職は處分行爲を爲し得べく、許可前は法理上寺院財產の處分行爲なるものを想像し難い。故に許可前に寺院代表者の爲したる處分行爲は、之を寺院の行爲と云ひ難く、斯る行爲は、寺院に對し何等の效果も發生し得ない絕對的無效の行爲である。之は處分行爲の豫約の場合に於ても同樣であつて、既に豫約自體が許可を要する行爲であるから、これに付て許可を缺きたる限りは、其後豫約の內容を實現し得る時期となつて、其目的としたる處分行爲に付ての出願が不許可となるも、寺院は相手方に何等の責任を負ふべき理由はない。許可の有無が寺院の左右し得ざる官廳獨自の見解に基く行政處分なるに鑑み、此結論は當然である(註二〇)。然らば斯る行爲を爲したる寺院代表者は、個人として相手方に許可を得ざりしことに對して責に任ず可きものなりや。債務負擔行爲に關する明治一〇年布告第四三號は、「連署ナキ場合ハ總テ該社寺神官僧侶ノ私債ト看做ス」と規定して、總代の同意を得ざりし場合に付き住職自ら相手方に對して責に任ずべきことを規定して居るが、處分行爲に關する布告第二四九號及第三號には之に相當する規定はない。從つて許可なき場合に於ては結局相手方の善意なると惡意なるとを問はず、其處分行爲に付き責任を負ふべき者はない。固より其間住職個人に詐欺等の不法行爲あるか又は損害を賠償する特約ある場合には、別個の問題として取扱はねばならぬ。

註二〇　同趣旨判決東京地方(2、7、9、評論二卷三九七頁)「寺院財產賣買ノ豫約權利者タル原告ハ賣買成立ノ意思表示ヲ爲シタル

レハトテ被告（寺院）カ右許可ヲ受クル能ハサリシヲコトヲ理由トシテ不履行ニ基ク損害賠償ヲ請求スルコトヲ得サルモノトス蓋シ被告カ寺トシテ財産ヲ處分スルニハ所轄官廳ノ許可ヲ要スルコトハ前說示ノ如クニシテ原告モ右豫約締結ノ當時之ヲ知リタリト謂フ可ク被告カ右財産取得ノ後之カ處分ニ付キ官廳ノ許可ヲ受クル能ハサルコトアル可キコトモ亦之ヲ豫想シタリト認ム可キヲ以テナリ」

尙無許可又は不許可の儘にて事實的處分を爲せば、其行爲者は寺院に對して、不法行爲上の損害賠償責任がある。

第八節　許可の推定と許可なきことの立證責任

所轄官廳の許可なくしては、寺院財産の處分行爲なるものはあり得ざるを常態とする。故に若し實際上寺院財産の處分ありとすれば、一應許可を受けたる行爲なりと推定すべきである。從つて許可なきことを理由として、其寺院に對し處分行爲の無效を主張せんとする者は、之が立證の責任がある（註二一）。此主張は寺院に於ても、亦相手方に於ても之をなし得る。

註二一　同趣旨判決東京控訴院（四四、七、一三、最近九巻一二〇頁）「賣渡抵當ハ明治六年及同九年ノ令達ニ所謂處分ニ該當スルモノナレハ當該官廳ノ許可ヲ經スシテ之ヲ爲ストキハ無效トナルヲ以テ當時ノ住職某カ被上告寺ヲ代表シテ右ノ賣渡抵當ヲ爲スニ當リテハ適法ノ手續ヲ履踐シタルモノト推定スヘク從テ一應ハ同布告竝ニ達ニヨリ許可ヲ經タルモノトノ推定ヲ受クヘキナリ故ニ被告寺ニ於テ其推定ヲ破ル爲メ當該官廳ノ許可ヲ經サリシコトヲ立證スル責任アルモノト云ハサルヲ得ス」

第九節　許可を要せざる處分行爲

右にて大體寺院の爲す財産處分行爲又は處分を目的とする契約の締結に就ての說明を了つたが、尙此點に關聯して寺院の財産を處分する行爲にして、監督官廳の許可を必要とせぬ場合を說かう。元來布告第二四九號及び達第三號が、寺産の保護を企圖するのは、住職等の自儘なる行爲によつて、寺院財産の散逸消滅することを惧れたが故である。從つて住職等の任意なる行爲と何等關係なくして、寺院の財産が處分せらるゝに至る場合には、右布告及び達を適用すべき餘地がない。

第一項　强制競賣

裁判所が執行力ある債務名義に基いて、寺院財産に對し强制競賣を許す場合には、所轄官廳の許可を必要とせぬ。此點に關する大審院判例を摘錄すれば、卽ち「明治六年布告及明治九年達ハ寺院財産ヲ保護スル爲メ住職檀徒ニ於テ管轄官廳ノ許可ヲ受ケスシテ任意ニ寺院ノ所有ノ地所建物又ハ什物ニ對シ處分スルコトヲ禁止シ其許可ヲ受ケス任意ニ爲シタル賣買抵當等ヲ無效トスルノ趣旨ナルモ裁判所カ寺院所有ノ地所建物又ハ什物ニ對シ强制處分ヲ爲スニ當リテモ亦官廳ノ許可ヲ受クヘキモノト爲シタルモノニアラサルコトハ右布告及達ノ文意ニ徵シテ毫モ疑ヲ容レス」（四二、五、一〇、民第一五輯四七八頁）と、蓋し爭ひ無い所と信ずる（註二二）。

註二二　同趣旨の民刑局長回答（明治三三年民刑第五〇號）「借主寺院名義ニテ檀家總代二名以上連署シ寺院所有地所ヲ抵當トシテ金圓ノ貸借ヲ爲シタルトキハ假令官廳ノ許可ヲ經且公示ノ手續ヲ爲ササルトキト雖モ該貸借ハ有效ナリ從テ債權者カ右債權ニ付キ支拂命令ヲ申請シ次テ執行命令ヲ得テ之ニ基キ本寺院所有地所ノ强制競賣ヲ申立タル場合ニ於テハ裁判所ハ競賣手續ヲ爲スヘキモノトス」

第二項　土地收用法に依る收用

「明治六年第二四九號布告及明治九年教部省第三號達ノ法意ハ神官竝ニ氏子總代ニ於テ漫リニ神社所屬ノ物件ヲ處分スルコトヲ豫防スルニ出テタルモヘキモノナルコトハ其法意ニ照シテ明瞭ナリ然ルニ本件ノ地所ハ原院ノ認メタル事實ニ據レハ明治二九年一〇月二一日內閣ノ公告及同年一一月六日愛知縣ノ公告ヲ以テ土地收用法ニ依リ收用ヲ命令セラレタルモノナルヲ以テ土地收用法ノ規定上收用ヲ受クルコトヲ免レサル所ナリ云々故ニ其場合ハ普通ノ手續ニ依リ所轄官廳ノ許可ヲ受クルニ及ハス神官竝ニ氏子總代ニテ其補償ヲ協定スルモ違法ナラサルヲ以テ原院カ官廳ノ許可ヲ受ケサルニ不拘社掌タル上告人竝ニ氏子總代ノ同意ヲ得テ締結シタル本件ノ賣買ヲ有效ナリト判示シタルハ相當ナリ又普通ノ場合ニ於テハ神社所屬ノ樹木ヲ伐採スルニハ所屬官廳ノ許可ヲ受クルコトヲ要スト雖モ土地ニ附屬スル樹木ハ其土地ニシテ收用セラルヘキ場合ニ於テハ土地收用法第二一條ニ依リ土地ト共ニ收用ヲ受クルカ所有者ニ於テ之ヲ移植スルカ伐採スルヨリ外道ナキヲ以テ云々之ヲ伐採スル事ニ付故ラニ所轄官廳ノ許可ヲ受クル必要ナシ故ニ前項說明ノ通リ收用法ノ適用ヲ受クヘキ土地ノ補償ト同シク所轄官廳ノ許可ヲ受ケスシテ伐採ヲ爲スコトヲ契約スルモ之ヲ以テ違法ト云フヲ得ス」（大審院判例、三三、六、四民事判決錄六輯六卷八頁）、蓋し至當の解釋である。

第三項　時效

寺院の財產に對し、第三者が二十年間所有の意思を以て平穩且公然に占有を繼續したる場合、又は寺有不動產に對し十年間平穩公然に且つ占有の始善意無過失に占有を繼續したる場合には、其者は時效に因りて當然不動產の所有權を取得し、此場合は檀家又は信徒總代の同意及び所轄官廳の許可を必要としない。卽ち布告第二四九號及達第三號は、寺產に對する時效の適用を妨げない。所有權以外の權利例へば地上權又は永小作權に付ても、此事は同一である(註二三)。

註二三　同趣旨判例、1、10、30、民一八輯九三一頁、「明治六年第二四九號布告及ヒ明治九年教部省達第三號ハ社寺ノ財產ヲ保護スル爲メ神官僧侶又ハ氏子檀家ノモノニ於テ自儘ニ社寺有ノ地所建物又ハ什物ヲ處分スルコトヲ禁シ管轄官廳ノ許可ヲ經スシテ爲シタル任意處分ヲ無效トスル趣旨ニシテ他人カ神官僧侶等所任意處分ニ依ルニ非スシテ時效ノ完成ニ因リテ社寺有ノ地所ニ對シ地上權ヲ取得スルカ如キハ該布告及達ノ禁止スル所ニアラス然レハ原院カ本件ノ地上權設定行爲ニ付所轄官廳ノ認可ヲ受ケサルコトヲ判示シナカラ被上告人カ時效ニ因リテ地上權ヲ取得シタルモノト爲シタルハ適法ニシテ本論旨ハ理由ナシ」又東京控訴院四四、五、一七、新聞七九六號二三頁「或ハ寺院及明治九年達ノ許ササルカ如クニ解スルモノナキニアラサルモ右布告及達ハ社寺ノ財產ヲ保護スル爲メ專ラ神官僧侶氏子檀家ニ於テ自儘ニ社寺有ヲ處分スルコトヲ禁止シ所轄官廳ノ認可ヲ受ケシテ自儘ニナシタル處分ヲ無效トスル趣旨ニシテ他人カ神官僧侶等ノ自儘ノ處分ニ依ラス本件ニ於ケルカ如ク時效ニ因リテ權利ヲ取得スルコトヲ禁止シタルモノニアラサルコトハ布告及達ノ文意ニ徵シテ疑ナキニヨリ同布告及達ハ前段ノ所斷ニ支障スルモノニアラス」又東京控訴院一一、2、25、評論一一卷民一一三頁「寺院所有ノ土地ニ付明治六年太政官布告及ヒ九年教部省達ノ禁令ヲ回避シ實質上所有權ヲ移轉セシメタルト同一ノ效果ヲ得シメンコトヲ計リ雙方合意ノ上其所有名義ヲ變更セサルコトヲ條件トシテ賣買契約ヲ締結シ其代金ノ授受ヲ爲シタルモノナルトキハ買受人ハ其形式ノ如何ニ關セス實質上該土地カ自己ノ所有ニ歸シタリト信シ其占有ヲ繼續シタルモノト認ムヘク少クトモ其占有ハ所有ノ意思ヲ以テ爲シタルモノト認ムヘキモノトス又前記ノ布告及達ハ社寺財產ヲ保護スル爲專ラ神官僧侶氏子檀徒等ニ自テ自儘ニ社寺有財產ヲ處分スルコトヲ禁シタルモノニシテ他人カ神官僧侶等ノ自儘ノ處分ニ依ラス時效ニヨリテ權利ヲ取得スルコトヲモ禁シタルモノニ非ス」

第四篇　寺院財産保護制度の研究

序言

寺院の法律行爲に於ける住職の代表權の研究は、寺院の財産に關する重要なる行爲に就ての住職の代表權の制限を說くの必要に到達し、その代表權の制限に關する研究は又寺院財産保護制度に對する注意を喚起するの機因を爲す。實に、此保護制度に對する充分なる認識なくしては過去、現在及び將來に亙つて寺院の財産に關する諸法規の正しき理解を爲す事不可能である。現に寺債に關する明治十年太政官布告第四三號、寺院財産處分に關する明治六年太政官布告第二四九號及明治九年敎部省達第三號を解するに當つて、判例は此等の規定は其立法の趣旨を寺院財産保護に置くと做したるが故に、既述の如く法文に對する極端なる擴張解釋を試みるの結果と成り所謂判例の立法的作用の活躍を示すに至つた。故に若し此等布告及達の立法の趣旨として、判例が解したる寺産保護の精神が全く是認すべきに非ざるか又は判例の解釋を是正する程度迄廣く容認すべきに非ざる場合は、判例の試みたる此等布告及達の適用は誤りであるか又は或る程度迄其の妥當性は割引かれねばならぬ。極めて不備なる此等布告及達の規定中に論理的に廣汎なる寺産保護の精神を見出す事は、吾が法律制度の體系中に寺院保護の政策が原則として採用肯定せられ、此の政策の顯現として此等の布告及達の存在を是認し得

る場合に始めて正當に且つ有力に爲し能ふ所である。而して國家が寺院に對し保護政策を採るや如何の問題は結局國家の對宗敎政策、就中對佛敎政策を檢討する事によりて理解せらる可き事柄である。判例が右の布告及達を解釋するに當りて此等の點に言及すること無くして、漫然寺産保護の法意を恰も確定的命題なるが如くに取扱ひたる事は、右の點に關する研究の足不足、其解釋の當不當は別論としても、少くとも親切ならざる態度たるの非難は甘受せねばならぬ。否、最高法院の法規に對する確定的判斷の理由として不充分の謗を免れ難い。私は以下右布告及達に對する判例の解釋の當否を批判せんとするに際して、寺産保護制度に關する立法論的考察を爲すことの避け難き必要を感じた。それは舊來政府の議會に提出したる兩度の宗敎法案中に此點に關する注意すべき規定があるのみならず、今後に於ても寺院財産管理法と云ふ如き類の起草の企が思ひやられるからである。今明治三十二年の宗敎法案を觀れば、其第二十一條にて

寺ノ財産ノ管理及處分ニ關シテハ命令ノ定ムル所ニ依リ主務官廳ノ認可ヲ受クヘシ此ノ場合ニ於テ認可ナクシテ爲シタル行爲ハ寺ノ行爲ト看做サス

又昭和二年の法案には其第七十二條に

寺院カ左ニ揭クル行爲ヲ爲サントスルトキハ檀徒總代ノ同意ヲ得管長ノ意見書ヲ添ヘ地方長官ノ許可ヲ受クヘシ

一、不動産及寺院財産帳ニ登錄セラレタル寶物其他ノ財産ヲ處分シ又ハ擔保ニ供スルコト

二、負債ヲ爲スコト
三、及四、省略

と定め、全く判例の現在下せる解釋及びそれ以上の保護若しくは干渉を寺院財産に對して加へんと試みた。然らば今後に現はるべき法案も亦大體此系統に屬するであらうことは、之れを窺ふに難くない。私は立論の便宜上立法論的說述を先にし、判例に對する批判を後にする。

又寺院財産の保護は之を手段の方面より觀れば、寺産に對する監督の制度なりと謂へる。行屆きたる保護は行屆きたる監督の效果を待たねばならぬ。故に寺産保護制度の研究は時に之を監督の方面より考察することの便宜なる場合なることを豫め承知して置く要がある。

第一章　寺院財産保護制度の史的考察

扨て吾が歷史に就いて觀れば、國家が寺院財産に就て之を保護し監督するを必要としたるは、決して前揭の布告及達に始まるに非ず、其由來する所遠く且つ深いことを事實の上に於て示して居る。

第一節　王朝時代

先づ孝德天皇の大化元年八月癸卯の詔中に

凡自二天皇一至二于伴造一所造之寺不レ能レ營者、朕皆助作、令レ拜二寺司等與一寺主一、巡二行諸寺一、驗二僧尼奴婢田畝之實一而盡顯奏（日本書紀卷二五）

とて既に夙くも寺院保護の爲めその財產狀態を調査せしめた事實を識り得る。而して王朝時代の監督眼に映じたる寺院財產の狀態は如何なりしやと謂ふに、寺院の創立者たり出資たりし檀越の子孫は往々にして私慾の爲め先人の意志に背きて寺產を橫領し、私に流用して、其本來の目的たる三寶の用に供せざるの事實があつた。故に則ち元正天皇の靈龜二年五月庚寅、之を制禁するの詔があつた。

前略、又聞、諸國寺家、堂塔雖レ成、僧尼莫レ住、禮佛無レ聞、檀越子孫、惣二攝田畝一、專養二妻子一、不レ供二衆僧一、因作二諍訟一、諠二擾國郡一、自レ今以後、嚴加二禁斷一、其所レ有財物田園、並須二國師衆僧及國司檀越等一、相對檢校、分明案記、充用之日、共判出付、不レ得レ依二舊檀越等專制一、（續日本紀卷七）

卽ち當時に在りては寺產に對し判例が現在住職其他の僧侶に付き憂慮する私擅行爲防遏の必要は、檀越に付て多分に其必要を感じられた。故に茲に檀越の暴戾を制して國師——後の講師——衆僧、檀越と而して國司をその共同管理者と爲した。國司の參與は固より寺院財產の不正使用を防止し寺產を保護する爲めの行政監督の一手段たりしは明である。其後國分寺成るや之れが財產管理に就ての責任者は國司及國師であつた。國分寺の性質上これ誠に當然で、卽ち國司に就ては天平十三年二月二十四日の國分寺創設の詔中に

其造塔之寺、兼爲二國花一、必擇二好處一、實可二長久一、近人則不レ欲二薰臭所一、及、遠人則不レ欲二勞レ衆歸集一、國司等各宜下務在二嚴飾一、兼盡二潔淸一、近感二諸天一、庶幾臨護、布二告遐邇一、令レ知二朕意一云々、其僧尼、每月

八日、必應ㇾ轉ニ讀最勝王經一、每ㇾ至ニ月半一、誦ニ戒羯磨一、每月六齋日、公私不ㇾ得ニ漁獵殺生一、國司等宜ニ恒加一檢校一（續日本紀卷十四）

とあり、固より直接に國分寺財産に付ての國司の職分は定めざれど、詔の意之を包含するは疑がない。又國師に就ては弘仁三年三月二十日の太政官符中に引用する天平十六年十月十七日勅に

國師親臨檢校務令ニ早成一云々

とあれば、國師も國分寺を檢校したるは明で、元來國師は國司と共に國内の寺務を檢校する事前掲靈龜二年の詔の如くにして、國分寺に就ても亦渝る所がない。而して國分寺の財産に就ては充分に國家は之を監督し保護せんが爲めに、先づ天平勝寶四年閏三月八日の太政官符にて

應ニ幾内七道諸國々師交替一事

右得ニ從四位上守治部卿船王等解一偁、今聞國師赴ㇾ任之日受ニ得官符一、解ㇾ任之時國司無ㇾ狀、於ㇾ理商量寔爲ㇾ未ㇾ然、素緇雖ㇾ別於ㇾ政仍同、自ㇾ今以後新舊交替、計ニ會資財一同知ニ損益一、然後與ニ國司共造ニ帳三通一、一通僧綱一通三綱一通國司、望請頒ニ下諸國一仍以申送者、奉ㇾ勅宜ニ告ニ國師一務令ニ遵行一（類聚三代格卷三）

とありて資財帳を設けしめて、其中一通を國司に保持せしめ財産の狀況を明確にし、國師交替の場合引繼を便にし且つ不正を行ふの餘地なからしめた。尤も資財帳に關する觀念は既に前掲靈龜二年の詔中にも見出された。尙ほ又國分寺の財産狀態を聽く爲め其報告をなさしめ、且つ寺産の冒用を禁ずる

爲め、天平寶字八年十一月十一日の太政官符には

應ニ勤造ニ國分寺一幷禁ㇾ犯ニ用寺物一事

一諸國々分寺中所ニ造成一物、費ニ用財物一依ㇾ實勘錄、每年附ニ朝集使一申上、卽令ニ奏聞一

一今聞國分寺封田等物、或國曾不ㇾ充ㇾ造ニ寺、亦無ニ供ニ養僧一而國郡司等非ニ理用盡、或國雖ㇾ有ㇾ可ㇾ用猶不ㇾ存ㇾ心、唯收ニ藏中一空令ニ朽損一、自ㇾ今已後不ㇾ得ニ更然一、

一國分寺封幷佃稻地子等物、宜ニ收ニ納寺家一、臨ㇾ應ニ充用一、國司共知聽ニ國師處分一施行、

一每ㇾ年奉ニ施三寶一物等必依ニ内教一充用、及封田幷諸財物、若有ニ國郡司乖一理犯用一者、卽解ニ見任官一依ㇾ法科罰永不ニ任用一（類聚三代格卷三）

と定めた。又天平神護二年八月十八日の太政官符已畢、自ㇾ今以後宜ニ付ニ三綱一耕營ニ云々（同上）

一國分二寺田者、國司佃收以ㇾ實入ㇾ寺下符已畢、自ㇾ今以後宜ニ付ニ三綱一耕營ニ云々（同上）

と、依つて國司が寺田の管理を任務と爲したる事及今後は三綱――上座、寺主及都維那――が其直接の管理者となりたる事が識られる。乍然三綱の如き僧職は一つの公務員にして、現在の住職と異り單に一寺の代表たる私の職員たるに止まらず、國司は尙ほ寺財の監督者たる地位に立つて居た事は、右の符中に

一國分寺先經造畢塔金堂等或已朽壞ㇾ致ニ傾落一、如ㇾ是等類宜ニ以ニ造寺料稻一且加ニ修理一之（同上）

と定め、此點に付き神護景雲元年十一月十二日の勅に

諸國々分寺塔及諸金堂或朽損、由〻是天平神護二年各仰二所司一、以二造寺料稻一隨卽令〻修、而諸國緩怠曾未二修造一、非二唯露一穢尊像一實亦輕二慢朝命一、宜〻早隨〻壞修理不〻得二更怠一云々（同上）

とあるに對比せば自ら判知し得べく、延暦二十四年十二月二十五日の太政官符「應〻簡二任諸國講師一及相替六年爲〻限事」は「部內諸寺者、講師國司相共檢校不〻得二獨恣一」（同上）と定め、更に弘仁三年三月二十日の太政官符（三代格は十三年と爲すも姑く採らず）には講師と國司が寺產管理の任に膺る事を繰返し定めた。卽ち

應〻令二諸國講師檢一校國分二寺一事

右檢二案內一、太政官天平十六年十月十七日勅稱、國師親臨檢校務令二早成一、用〻粮造〻物子細勘錄以申〻不〻預二他事一、堂宇頹壞不〻存二修葺一、尊像損汙無〻情二改飾一、孰論二其理一事不〻容〻然、今被二大納言正三位藤原朝臣園人宣一偁、奉〻勅自〻今以後宜〻與二國司一共令〻依〻件檢校一、其申二送用度一、幷勘二解由一、一依二舊例一、依二舊例一（類聚三代格卷三）

然れば則ち延喜交替式にも

凡諸國講讀師、與二國司一共檢二校國分二寺一、其申二送用度一、幷勘二解由一、一依二舊例一

とある。

定額寺に就ても大體に於て國分寺と同樣の保護と監督を受けた。

定額寺の寺產の管理は檀越の私擅防遏に關する前揭の靈龜二年の詔に定むる如く、國師衆僧檀越と國司の共同任務なりしも、後に衆僧に代ゆるに其中より選びたる三綱を以てし、國司檀越等と共に其管理の責に任ぜしむることに改めた。卽ち延暦十五年三月二十五日の太政官符には

可〻勘二定額寺資財幷任二三綱一事

右被二右大臣宣一、奉〻勅諸國定額寺資財者國司與二三綱檀越一共檢校處分其任二三綱一者依二檀越衆僧請一、國司覆勘充任若寺家破壞及有二餘犯失一者、推二問所一、擧衆僧檀越等一依〻法科〻罪、自今以後永爲二恒例一（類聚三代格卷三）

茲に於て寺產保護の爲めの監督は檀越のみならず三綱卽ち僧侶に對しても必要となり、而も三綱の犯失に對する處罰は推薦者たる衆僧檀越にも累を及ぼすの峻嚴なるものがあつた。惟ふに之れ檀越等が其勢力を濫用して自家の便宜を以て三綱を選び、之を頤使し寺產に對する不正使用を企つる惧れありしが爲めに因る乎。果して然らば大同元年八月二十七日の勅を以て檀越が意に任せて三綱を改補するを禁じ、之を目して寺產橫領の底意に出づるものなりと做したるは此間の消息を語るものに非ざる哉。卽ち

勅、如聞七道諸寺檀越等、或佃二寺田一、不〻納二租米一、或費二燈分稻一、不〻事二燃燈一、或偸二用錢物一、經〻年不還、或奴婢牛馬、役二用私家一、如〻此之流觸〻類繁多、加以寺山樹木任二意所損一、愛憎自由、改二補三綱一、有〻一二於此一、豈謂二檀越一、從〻今有〻犯、科二違勅罪一、云々（日本後紀卷十四）

と。而も檀越の寺産に對する私檀行爲の陋習弊風は容易に跡を斷たざりし乎。其後約六十年を經たる貞觀十三年九月七日の太政官符は尙ほ三綱檀越の寺産犯用を戒しめて居る。

應レ令二諸寺三綱檀越一禁二止秩滿別當恣犯一用寺家財物一事

左右大臣宣、凡寺家流例自在二三綱檀越一、相共行二其雜務一、此外更置二別當一者、尤是爲レ令、莊嚴伽藍、而赴レ擧之日巧稱二清廉一、被レ補之後治迹希聞、只犯二用資財一、破二損堂塔一、伽藍爲レ墟莫レ不レ因レ斯、尋二其意況一、寔由レ在二秩不一レ立二定限一、遷替無レ責二解由一也、因レ茲秩以二四年一爲レ限、任終可レ責之事已存二式文一、然則諸寺別當等須レ守二制旨一、能治二寺家一、新司到日及收二解由一、而今有レ聞新司未レ到之前競犯二件物一、多利二己私一、專營二眠前之爲一、益不レ顧二後日之取一、頗、若早不レ加二禁遏一、恐寺家彌致二頹損一、宜レ早仰下莫レ令レ爲レ然、其新司未レ到之間、三綱檀越等不レ勤二檢校一、令レ失二財物一、及已自同レ彼有レ致二違犯一者、殊處二重科一、曾不二寬宥一（類聚三代格卷三）

乍然檀越の監督のみを以て寺院財産の保護に滿足し難き事情が生じた。卽ち檀越の中愚暗の者、氏寺の財産監理を地方權力家に信託したる結果、終に之等の者が檀越と詐稱して寺産を橫領するに至り、寺産保護の立場上捨置難き狀態を生じた。依つて延曆二十四年正月三日には

定額諸寺、檀越之名、載在二流記一、不レ可二輒改一、而愚人爭以二氏寺一、假二託權貴一、詐稱二檀越一、寺家田地、任レ情賣買、事多二奸濫一、宜レ加二禁斷一（日本後紀卷十二）

と禁制を發した。而も尙此弊習止まらざるのみか、進んで檀越を追放し三綱等を改替して、積極的に寺産侵害を企つる者あるに至つた爲め、大同元年八月二十二日更にこれが取締を令した。卽ち

應レ禁二制畿內諸寺除二檀越一之外王臣家預一レ寺事、

右被二右大臣宣一偁、奉レ勅夫功德之興、因レ心各別、何則或甲構二堂宇一、乙寧得レ爲レ己、是以大小諸寺、每有二檀越一、田畝資財隨レ分施捨、累世相承、崇敬至レ今、如聞王臣勢家不レ顧二本願一、而追二放檀越一、改二替綱維一、田園任レ意、或賣或耕、各偁二己寺一、還致二損穢一、宜レ早下知若有二斯類一者、五位已上錄レ名奏聞、六位已下禁二身進上一、又縱雖レ有二愚暗檀越一、盡舉二寺家一、知レ意與レ他、而事旣乖レ道、不レ得二彼此相與付預一、其檀越子孫惣二攝田畝一、專養二妻子一、不レ供二衆僧一、先禁制訖、宜レ簡二氏中情存一レ弘道者一充レ之、凡此庶事勿レ致二疎略一（類聚三代格卷三）

而して國家の命を奉じて定額寺に對して上來說述する如き監督を爲すの任に在る者は國司及講師なることは靈龜二年の詔以來渝る事なき制度であつて、故に例へば延喜交替式にも

凡部內諸寺者講讀師國司、相共檢校不レ得二獨恣一

と定め、且つ右兩者の獨斷專恣をも戒めて、以て寺院に對する國家の監督權の勵行と充實を圖つた。又國分寺に就て述べたる資財帳の制度は本來定額寺に於て發達し每年之を朝集使に附して報告せしめ來る例であつたが、餘りに煩瑣なる爲め延曆十七年に至り一時中止せしむるに至つた。卽ち其年正月二十日の太政官符には

應レ停二定額寺資財帳進一レ官事

右被レ大納言従三位神王宣レ偁、奉レ勅準レ例五畿内七道諸國定額諸寺資財等帳、附二朝集使一毎レ年進レ官、自レ今以後宜レ停レ進レ之、但遷替國司相續檢校、其國分二寺一依二先例一（類聚三代格卷三）

と。然し全く一片の報告無くしては寺産の狀況を識り難く、從つてその監督期すべからざるを以て、天長二年五月二十七日に至り之を改めて六年に一度報告せしむる事と爲した。

前略、然今諸國申二上不與解由狀內一了、裁二部內定額寺資財堂舍無實破損等類一、夫有司勘レ事、文案爲レ本、既無二其帳一、何辯二眞僞一、爲レ政之道、易簡爲レ先、每年進レ之、事涉煩、望請六年一申、以擬二勘據一者、左大臣宣、奉レ勅依レ請（貞觀交替式）

又貞觀十年六月二十八日には、更に之を四年一申に改めた。

前略、凡六年一申爲レ期二遷替一、而今秩歷之期改定二四年一、資財之帳猶指二六年一、去任後申不レ便二勘據一、伏望四年一申以適二勘會一者、中納言某宣、奉レ勅依レ請（類聚三代格卷三）

と。故に延喜交替式中にも左の如く定めた。

凡諸國定額寺資財帳、四年一進、以適二勘會一、

右にて王朝時代に於ける寺院財産に對する國家の保護又はその爲めの手段たる監督に付ての略說を畢つた。而して此時代に建設されたる寺産保護主義とも謂ひ得べき一の政治上の方針は、永く吾が歷史を貫通して現在に迄非常に重要なる影響を殘して居る。以下の武門政治の時代より明治初年に至る迄の此點に關する說述は如何に雄辯に此事情を語るかを注意することは尙ほ興味に値する事實である。

第二節　鎌倉以後武家政治時代

鎌倉幕府以後武家政治の下に於てはその發したる法令は、縱ひ尙ほ未だ朝廷の法の行はれたる地方ありしとは謂へ、大體之れに就いて當時の制度を語る事は、武家が政治の實權者たる地位に在るに鑑みて妥當である。先づ鎌倉時代の一大法典たりし御成敗式目に付て寺院財産に對する爲政者の方針を窺へば、其第二に

一可レ修二造寺塔一勤二行佛事等一事

右寺社雖レ異、崇敬是同、仍修造之功、恒例之勤、宣レ准二先條一莫レ招二後勘一、但恣貪二寺用一於レ不レ勤二其役一之輩者、早可レ令レ改二易彼職一矣、

とありて、先條卽ち「可レ修二理神社一專二祭祀一事」には「然則恒例之祭祀不レ致二陵夷一、如在之禮奠莫レ令二怠慢一、因レ玆於二關東御分國々幷庄園一者、地頭神主等各存二其趣一可レ致二精誠一也云々」とあり、之に準ずる結果、寺院に就ては地方官たる地頭が寺院の僧侶と共に寺産に對し責任者たるを識ると共に、寺産の不正使用を禁ずるは共に全く王朝時代の法と精神に於て一致する事が見出される。而して尙ほ此精神を踏襲して僧侶の寺產犯用を防止する爲め、仁治三年十二月五日には

一可レ爲二諸寺務一者、以二四ヶ年一任限事

前略、抑有封之寺、已有治爲、被レ置二執務一者、爲レ令二莊嚴一也、起擧曰巧稱條治力、補任之後、更無二其實一、只犯二用資財一、徒破二壞堂塔一、因茲任二貞觀符一、以二四ヶ年一爲二遷替期一、若有二殊功一者、可レ被レ任レ於レ致二緩怠一、不二秩滿一可レ被レ改二其職一（新編追加）

とて別當に任期を付した。而も僧侶は尙ほ不信用にして不評判たりし結果、弘安七年八月には

一御內領內寺社別當供僧等事、以二鎌倉常住僧一被レ補之處、恣貪二佛神用一、不レ遂二結解一、令レ懈二怠恒例勤一之條、甚不レ可レ叶二冥慮一、自今以後、件僧侶徒補二彼職一事一向可レ令二停止一云々（新編追加）

終に僧侶は御內領內寺社別當に補職するを禁じられた。

寺院財產に付ては右の如き僧侶等の內的侵害を防止するを以ては未だ不充分で、地頭御家人等を始め地方的勢力家の爲す外部的侵害に對しての警戒が必要であつた。故に觀應二年六月十三日の沙汰には、

一寺社本所領事

諸國地頭御家人以下輩、押二領所々一之條、濫惡之至、不レ可レ不レ誡、所詮嚴密可レ停二止其妨一、若不二叙用一者、可レ被レ收二公所領半分一、押領已後得分物、同可二返進一之、無二所帶一者可レ處二遠流一焉、（建武以來追加）

として、橫領者には其の物件の返還を命じ且つ財產刑を科し又財產なき者は流刑に處した。而して當時戰亂地に於ては兵粮等の徵發行はるゝを以て、寺院保護の爲め此點に就き一定の制限を付した。

觀應三年八月二十一日御沙汰

前略、次寺社一圓所領等事、且爲レ祈二國家之安全一、且爲レ全二面々之運祚一、軍士等尤可レ令二禁愼一哉、混二本所領一、曾不レ可レ致二違亂一、但戰場兩國（河內伊勢）兵粮事、兩陣相互及二闕如一者隨二時機一可レ致二少分支配一、寄二事於左右一、更不レ可レ及二佛神用之闕怠一、此上條々若違犯者、罪名相二同先段一矣（同上）

卽ち如何なる口實も佛神の用度を缺くに至る迄の徵發は禁じられた。尙ほ直接寺院に對してのみの規定に非ざるも、應安元年六月十七日には、

寺社本所領事　布施彈正大夫入道奉行也

禁裏仙洞御料所、寺社一圓佛神領、殿下渡領等異レ他之間、曾不レ可レ有二半濟之儀一、國可レ停二止武士之妨一云々（花營三代記）

寺產に對する武人の侵害を停めた。

此時代に於て寺產保護政策の一顯現として、寺院財產には第三者が時效によりて之を取得する事を許さぬと謂ふ特殊なる取扱ひが認められた。御成敗式目に從へば、

一雖レ帶二御下文一不レ令二知行一經二年序一所領事

右當知行之後、過二二十箇年一者、任二右大將之例一、不レ論二理非一、不レ能二改替一、而申二知行之由一掠二給御下文一之輩、雖レ帶二彼狀一不レ及二敍用一矣、

とて、知行後二十年を經過せる現所有者は理非を論ぜず卽ち其善意、惡意若くは過失の有無等を問

はず其土地の時效取得を認容せられたるに不拘、寺院の土地に付ては其適用がなく、除外側が設けられて居る。卽ち此點に付き新遍編加に載する事例を觀れば、

神社佛寺領、不レ依二年紀一御成敗所々、條々、五箇條

一出羽國平泉寺內毛越圓隆寺（鳥羽院御願）六口供僧田三十六町（供別六丁）柏崎在レ之、而地頭四方田三郎左衞門尉景綱父子、四十餘年令二押領一之處、供僧近年訴申之刻、被レ改二押領一、被レ付二供僧一畢、奉行雜賀彌次郎云々

一熊野御領、備前小島庄田畠、越境地頭加治太郎左衞尉押二領之一、四十餘年之處、以二圓隆寺御下知一爲二傍例一、訴申刻、被レ改二押領一被レ付二社家一畢、奉行兵庫六郎

一三島社領、伊豆國糠田鄕富士左衞門入道行阿、北條入道殿御時、掠二給御下文一及二九十餘年一之處、西大夫盛繼訴二申子細一之刻、被レ止二行阿之押領一、當二御時盛繼預御下知一畢、奉行三島左衞門

一伊勢國道前三郡政所者、雖レ經二七十年一、依二申狀子細一、本所蒙二御成敗一畢

一下總國萱田神役御厨者、雖レ送二數百歲一、依レ爲二神領一預二御成敗一畢、

神社の所領に就ての事例は寺社領と同一視して可なるべく、從つて寺院は四十年、七十年、九十年、甚だしきは百年以前に押領せられたる土地の取戻を爲し得る特權を認められた。

第三節　德川幕府時代

次に戰國の群雄がその宗教政策の一として如何に寺產の監督と保護を圖りたるやを述ぶるの順序となつたが、今姑く之を略して、私は直ちに德川氏治下の所謂法度時代に於ける寺產保護制度の考察に移り度いと思ふ。

德川氏は幕府開設の當初に於て寺院財產の賣買質入等の處分を禁令し、之を永く不變の政策とした。例へば先づ慶長十三年八月八日比叡山に對する法度中には、

一、坊舍幷領地之賣買質券等一切可レ爲二無用一事（德川禁令考第五帙）

と定め、又同日の曹洞宗覺には、

一、領知之賣買質物一切無用之事（文部省宗教制度調査資料第十六輯）

と、同年十一月四日の成菩提院法度にも

一、院領之賣買質券等可レ被二禁止一事（德川禁令考第五帙）

又同十七年九月二十七日の興福寺法度に

一、坊舍幷寺領爲レ私不レ可二賣買一事（同上）

とありて、同年十月四日（十四日？）の長谷寺法度には只「爲レ私」とあるを單に「私」と改めたる外右と同文の規定存し、尙ほ元和三年七月二十一日の同寺諸法度には此點を「爲レ私」と書き改めて居る。何れにしても寺產處分の禁止で、其後寬永十一年五月二日の日光山法度も此精神を踏襲して、

一、坊舍幷領知質券賣買停止之事（同上）

と規定し、寛文五年七月十一日の各宗に對する統一的包括的規定たる諸宗寺院法度にも明瞭に、

一、寺領一切不レ可レ賣二買之一、幷不レ可レ入二質物一事

と規定し、

右條々、諸宗共可二堅守一之、云々、若於二違犯一者、隨二科之輕重一、可レ沙二汰之一、云々（同上）

とて之が勵行を圖つた。又元文三年四月には愈々此趣旨を遵行する爲めに、

寺院本尊什物質抵當禁止之觸書

近年諸寺院猥に其寺之本尊、什物、佛具幷建具等書入又は賣渡之證文を以、金銀致二借用一候寺院數多有レ之不埒候、向後右之品質に入、或賣渡證文を以金銀致二借用一候當人は勿論、證人迄も吟味之上、急度可二申付一候、尤金主之儀も右品質物に取或は賣渡證文にて金子を貸し候段不埒に付金子濟方之儀訴出候共向後は濟方申付間敷候（科條類典）

と觸れた、之れは御定書百箇條に踏襲されて

一、御朱印地寺社領屋敷共讓渡質に入候寺社

江戸拾里四方　追　放

但讓請質に取候者地面爲二相返一重過科可二申付一事

一、寺社付之品書入又は賣渡證文を以金子貸借於レ致候には　借主　追　院

證人寺院に候はゞ　逼　塞

俗人に候はゞ　手　鎖

但金主は不埒之貸方に候間、濟方之不レ及二沙汰一

卽ち斯る寺院財産の處分は犯罪行爲として當事者は處罰せられ、處分の目的たる財産は寺院に返還される、而し之れによりて擔保された貸金は不法原因に基くものとして其返還請求が許されない。此所恰も舊幕時代に現行民法第七百八條の活用を觀る如くにして、頗る興味を引く。尙ほ此點に付き參考となるべき一つの實例を御仕置例類集中に見出し得た。

寛政元酉年十二月

松平伊豆守殿御差圖

一大覺寺御門跡被二仰立一候嵯峨淸涼寺什物戸帳之儀に付一件

嵯峨淨土宗淸涼寺　典　靈

右之もの儀、淸涼寺仁王門再建之入用に差支候迚、役僧運地院龍順任二申一、什寶嵯峨切戸帳を一布引解質物ニ入、金子借受、一旦請戻候後、大覺寺御門跡ヨリ右切之儀ニ付尋有レ之節、請戻し候を縫合置候儀與存候得共、右始末可二申立一處、質入又は賣拂候儀無レ之旨申答、其後京都町奉行より呼出有レ之節ニ至り、引解又候賣拂殘之戸帳不二目立一樣取拵置候間、尋有レ之候はゞ、類切有レ之望之もの江讓渡候樣可二申立一旨、龍順申敎候ニ致二同意一、町奉行所吟味之節爲之儀申立、寺社奉行所においても一旦申陳、龍順吟味を恐、首縒相果候儀を、有體ニ申立候はゞ、吟味手掛ニ可二相成一

與存、病死之由申立、又は於二釋迦堂一古來無レ之常念佛可レ企與いたし候始末、旁不埒ニ付脫衣重追放、

右御仕置附

右御定書ニ、寺附之品書入、又は賣渡證文ニ而借貸いたし候もの、借主追院と有レ之、嵯峨切戶帳を引解致二質入一、又ハ賣拂候は役僧龍順發起之仕業ニ而、此もの存付ニは無レ之候得共、右始末を押包罷在、龍順申教候ニ致二同意一候而、奉行所吟味之節僞之儀申立候は、此もの賣拂候も同樣之趣意ニ御座候處、龍順變死を押隱、又は僞之儀申紛、古來無レ之常念佛可レ企と致成候不屆有レ之右御定ニ見合品重御座候間脫衣重追放

要之、上揭の諸法令は住職其他の僧侶の私擅行爲を防遏して、寺院財産の保護を目的とする趣旨に出でたる事は明白で、尙ほ八代吉宗の享保七年以後は各宗派に法度書を制案提出せしめ、寺社奉行の承認を經て發布し以て僧侶の行爲を取締らしめた。是に於て宗派の規定——それは現在と異り法規たる性質を有つ——によりて寺院財産に關する住職の管理心得を明かにし、以て寺產保護の目的の達成に資する處あらしめた。今之を二三の事例に就て證せんか、先づ享保七年四月の曹洞宗法度として龍穩寺他二寺より提出のもの中には、

一大小之寺院、常住之田產、檀家之送供、其分料を計り僧俗之多少、日用之經營、寺產相應に住持すべし、若し分を忘れ量を越へ、其寺困窮に及び、住職成りがたく、不埒に致退院之輩は、一宗之徘徊停止之事、（憲教類典四ノ十四）

違背の僧は所謂一宗擯斥である。同月の淨土宗法度書として增上寺より提出の中に

一末々の寺院に至ては、別而不行跡之輩有之、遊山活計に金銀を費し、分限不相應に借金いたし、尤寺坊をあらし、諸道具等をも賣拂、剩終には夜逃缺落之沙汰組中法類等之及難儀候事常々有之候、自今箇樣之輩は兼而相知可申に候得ば、組中法類としては隨分異見を加へ可申候、夫にても不行跡やみ不申候はゝ早速本寺へ可訴出、若隱置候而相亂に及ひ、不宜儀に成行候はゝ組中法類急度越度に可申付候事、（同上）

とて不得心なる僧の寺產管理に付て組中法類に監視の責に任ぜしめた。又同年八月の仁和寺門跡の坊官より差出したる法度書中には

一堂社寺院大破以前、兼而修復をくはふべき事

附、寺附田畑山林沽却すべからず、幷隱居得分と號し、後々俗緣に讓與すべからざる事、（文部省宗教制度調查資料第十二輯）

同年七月、大乘院門跡坊官より提出の法度書中には

一寺院住持、常々驕奢之行跡無、定錄之分限を相計、其相應を存すべし、無謂令他借候はゞ、可爲越度事（同上）

如斯く享保七年には各宗夫々右と大同小異の法度書を發して、僧侶の寺院住持の心得を指示して、

寺産の減少散逸なからしめんことを期した。

次に舊幕時代に在りて寺院財産の監督者は何人なりしかを觀るに一般に寺院に對しては本寺本山、觸頭を以て直接當面の監督者となし、此上に寺社奉行を置いて宗教行政を統轄せしめ、尚ほ此外に幕府直領に於ては代官、其他の私領に在りては地頭、領主をして監視せしめた。寺院の財産監督者も亦此等の者たるは論を俟たぬ。

本寺本山の末寺監督權に就ては既述の享保の諸宗法度書に依つて識らるゝ迄もなく、既に德川氏治政の當初以來の方針として之を認め、慶長年間に發せられた各宗への法度中にも明かに、「爲二末寺一背本寺掟一事」を禁じ、「爲二末寺一、不レ可レ違二背當本寺之下知一事」、又は「諸末寺、不レ可レ違二背本寺之法度一事」の如き意味の規定を置く。故に實は今日の本末制度は大體に於て德川氏の下に於て基礎付けられ、完成せられたるものゝ繼續である。又觸頭は南禪寺金地院崇傳を以て初任としたる僧錄司の後身で、僧錄司は鹿苑蔭凉の僧錄に代るものである。其職分は觸下寺院僧侶に對し觸書を傳達し、寺院住職の任命に關與し、寺院僧侶の出願に添書し、訴に奥印し僧侶の行刑に關與し其他相當廣範なる宗派行政に參與し、本寺本山と共に寺院の事務的監督をも掌理した。而して其職は元より宗派内部の私の職員に非ずして現在の觀念に於て謂へば公務員である。故に此等の者に依りて又は此等の者を通じて爲す寺社奉行の寺院に對する財産的監督は、元より幕府の監督であり、換言すれば國家の機關に依る監督である。

右に說述する所は寺院に對する外界よりの監督にて、寺産の保護を期するものであるが、之れに對して寺院の内部關係に於て、即ち僧侶の私擅を防遏するの方法として檀越の後身變形である檀家に寺産監査權を認める事が出來る。例へば貞享四年十月の諸寺院條目中には

一寺院住職交代之砌先住後住旦那之者立會諸校割相改猶亦寺内之境御朱印地新古寄附之田畑山境共ニ急度相改重而爭論及不申候樣貼札を以其本地江可差出置事（德川禁令考五帙）

と定めた。之は全く王朝時代に於て檀越をして寺院を檢校せしめたる前揭の格式と軌を一にし、理を同じくする。檀家の寺院財産監視の事例として「寺社裁許問答」に傳へらるゝ一例を擧げれば、

總州佐倉管内或寺雖レ逮二大破一常々不レ加二修理一剩寺什物等ヲ紛失且大分ノ借金等有レ之此度隱居セントト申ス也、檀方共云ハ責テ什物ヲ如レ元取返借金ヲモ返濟以後隱居可レ然ト云ヘトモ承引無レ之從二御地頭一御下知ナシ下サレト檀方竝同末寺ヨリ願出ル時ハ如何

答　檀方同末寺ヨリ可レ達二本山一旨可レ逮二挨拶一

と。之れ直接には住職交替に關する問題の請願なるも、事實は當に檀家の寺院財産監視權の容認である。幕府は右に說く如く寺院財産に就ては内外よりて寺院住職を監督制肘して、苟も財産的に其私擅行爲を爲すの餘地なからしめ、萬一犯せば刑罰を以て之に臨むの嚴酷なる態度に出づると共に、一面に於ては寺産保護の途を明かにしその精神を示す爲めに、各將軍の發したる武家諸法度には、寬永以後は「諸國散在寺社領、自レ古至レ今所二附來一者、向後不レ可二取放一事」の如き意味の規定を爲すを恒例

とした。又將軍代替には寺社領に朱印を交付した。例へば寛文五年巳三月朔には

一御當家御三代之御朱印所持之社之ともがらハ勿論、御兩代之御朱印頂戴之分ハ、不レ依二寺社領之高下一繼目之御朱印可レ被レ下事

一御一代之御朱印頂戴之寺社領ハ、先五拾石以上之分御朱印可レ被レ下事

一寺社領無レ之、於二一宗之本寺一者、繼目之御朱印可レ被レ下事

右之通、被二仰出一之間、面々領分ニ有レ之寺社之輩、今年六月中江戸へ、先御代々之御朱印持參仕候樣可レ被二相觸一候、此紙面之外ハ重而可レ爲二御沙汰一之間不レ及二參府一旨堅く可レ被二申渡一者也、

寺院財産に對する國家の監督と保護に就ての王朝時代より舊幕に至る大體の制度を右に略說した。寺院財産保護制度と謂へば、尙ほ寺院が其財産に對して有する特權例へば諸役免許とか守護不入とかに就て論述すべきを至當とする。乍併本論の目的とする處は主として僧侶の專恣防遏と寺産の散逸防止とを說いて現行法及び次に現はるべき此點に關する諸種の法案に對する批判の用意とするに在るを以て、特に斯る問題迄立入りて論及するを避けた。又上來說く所は主として寺産の處分に關する、縱ひ寺院の負債に付ての監督を說くも、實は例へば御定書百箇條中前揭引用の部分の如きは單純なる寺債に關するに非ずして、寺産の處分を伴ふ質入又は賣渡抵當の類を取締るを目的とした。故に寺債に就ては更に後に說く要がある。而して是に於て上下千餘年に亘る吾が國の寺院財産に對する政策なるものを通觀すれば謂ふ迄も無く保護政策であり、且つそれも頗る丁重嚴重なる制度である。斯る沿革を辿り來りたる眼を以て現行法たる明治六年太政官布告第二四九號及び明治九年教部省達第三號の寺院財産處分に關する規定を觀れば、前章に於て述ぶる如く、大審院判例が僧侶の私擅行爲を防遏して、寺産保護を目的とする規定なりと解して、寺院財産の殆んど全てに對する一切の處分行爲の禁止と判示する事は誠に相當にして、舊來の國情に一致し一點の非難を容るべき餘地無きかの外觀を呈する。從つて又前後兩度廢案として葬り去られた宗教法案中寺院財産に關する規定は少くとも妥當なる立法として推稱せらるべき意義と價値とを有さねばならぬが如く感ぜられる。

第二章　吾が宗教制度史上の佛教と寺院財産保護制度との關係

然し、沿革のみが或る存在の唯一絕對の支持とは謂ひ得ない。沿革にして尊重すべき場合があり又然らざる場合がある。沿革に現はれたる事實又は制度が現在及將來の社會に於て採納され踏襲される爲めには、斯る事實又は制度の持續を肯定する社會的需要の存在を先づ識認し得る事を必要とする。語を換へて謂へば、斯る沿革としての事實又は制度の存在したる過去の各社會に於て、その存在を支持した社會的需要と同一の社會的需要が現在に於て竝に將來に於て在るか、又は在ると認め得られざる限り、其沿革の持續性は斷ち截られねばならぬ。されば此場合に於て第一の必要は其沿革的事實又は制度を發生せしめ、又維持せしめた各時代に於ける社會的事情に對する充分なる知識である。之を寺

院財産保護制度に就て謂へば、之を支持する解釋論と立法論は、過去の各時代に於て何故に此制度が肯定されたるかの社會的事情を史實に依つて識り、且つ寺院又は之を機關として有したる佛教が過去の社會に於て如何に存在したる乎、更に謂へば爲政者の對佛教政策は如何なりし哉をも正しく理解し、而して其正解したる結果が今及び後の社會に於ても均しく承認さるべき價値ありとするの確信に立脚せねばならぬ。故に是に於て少しく過去の吾が國家對佛教の法制上の關係を說くの必要を感ずる。

凡そ國家の對宗教政策に就て普通三箇の主義が數へられる。第一は國教主義にして、略說すれば國家は一定の宗教を以て國家及國民の信奉すべきものと定め、是れ以外の宗教の流布信仰を國民に禁じ、其認められたる宗教の施設は國營であり、之れが宣布者、儀式の執行者は公務員たるを原則とする。

第二は公認教主義にして、略說すれば國家は原則として信仰の自由を認め、全ての宗教に付てその流布を禁止せざるも、一定の宗教に付ては特に之を保護し、その施設を公費を以て營み、其職員は公務員たるを原則とする。

第三は政教分離主義にして略說すれば國家は信仰の自由を認め、全ての宗教を平等に待遇し、宗教事務を私の事務として公務と認めざるものにして、從つて前二者の如き宗教的施設及職員に對しての國法上の援助保護を與へぬ。

右は極めて大綱を說くものにして、固より原則的說明なれば種々の例外の存在は之を承認する要がある。而して文化未だ開けずして、宗教的自覺薄かりし過去の時代に於ては國教主義を採用し、現代に近づくに從つて信仰の自由を承認し、國民の文化の程度進むに連れて公認教制度に移り、更に文化進んで政教分離の時代となるを世界各國の宗教制度變遷の大體の傾向經路とする。然らば吾が國に於ては果して如斯なりし哉。之を史實に基いて詳述するは本論に於ては少しく軌道を脫するの嫌あれば、今は姑く論旨を進むるに必要の限度に止める。從つて自然國家對佛教の關係の範圍外に踏み出すことを避ける。但し一面よりせば吾が宗教制度の舊幕以前の研究は佛教に關する點を以て大體を盡したりと做し難きに非ずとも謂ひ得る。

第一節　國教時代

吾が國に於ける宗教政策の問題となりし最初は佛教渡來に依る宮廷の信奉の可否に關する論爭にして、卽ち書紀が欽明天皇の十三年冬十月の條に誌す所である。而して贊否兩派の爭鬪の後崇佛派の勝利となり、佛教に對する國家的態度全く決定したりと謂ふは私見を以てせば推古天皇二年春二月丙寅朔の詔を以て最初なりと信ずる。卽ち

詔二皇太子及大臣、令レ興二隆三寶一、是時、諸臣連等各爲二君親之恩一、競造二佛舍一、卽是謂レ寺焉（書紀卷二二）

と。尤も是より先き既に用明天皇はその二年夏四月丙子、群臣に「朕思二欲歸一三寶一、卿等議レ之」と詔し、群臣の議合はずして聖旨貫徹するに至らざりしも、終に群臣の議合はずして聖旨貫徹するに至

らずして止んだ。然るに推古帝の二年の詔は、今」興ニ隆三寶一」とあつて決定的のものであり、而も群臣詔を奉じて、之れが實現に努めたるを以て觀れば、單に天皇御一人の信仰の聲明と申すを得ずして國家的意思の表示と謂はねばならぬ。加之此詔は同じく十二年夏四月、當時の攝政たる聖德太子の作り給ふ日本最初の成文法なりと做す夫の憲法十七條の第二に、

篤敬ニ三寶一、三寶者佛法僧也、則四生之終歸、萬國之極宗、何世何人非貴ニ是法一、人鮮ニ尤惡一、能教從之、其不レ歸ニ三寶一、何以直レ枉、

と在るの因を爲すものと信ずる。十七條憲法が法律的存在を爲したる乎否乎の論爭は何れにもせよ、之れに依つて當時の對佛教的國策の何者なるかは前記詔と彼是對比すれば之を語り得て充分なりと信ずる。而して同じく十三年四月には

天皇詔ニ皇太子大臣及諸王諸臣一、共同發ニ誓願一、以始造ニ銅繡丈六佛像各一軀一云々（書紀卷二二）

とあり、又同十四年より寺毎に四月八日及七月十五日には毎年設齋せしむる事と定め、永く後世に迄ぶの源を拓いた。一方僧侶を取締るべき僧官も帝の三二年に創始された。卽ち一僧斧を執て祖父を殿つた爲め當時の僧侶に對する觀念に一大衝動を與へ、

詔曰、夫道人尚犯レ法、何以誨ニ俗人一、故自今已後、任ニ僧正僧都一、仍應レ撿ニ挍僧尼一、（書紀卷二二）

茲に僧正、僧都の制度が生れた。斯くて漸次佛教に對する諸職員も完備し、大化元年には十師を任じ、又此頃より三綱の制度起り、國師後には講讀師の制も追々と生じた。是等の僧官僧職を今日の觀念に當嵌むれば公務員たるは勿論である。

斯くて佛法は歷代天皇の御信仰と權臣の支持を得て益々隆昌となり、流布の範圍も決して畿內諸國に止まらぬ。天武天皇の十四年詔ありて

諸國每家作ニ佛舍一、乃置ニ佛像及經一、以禮拜供養（書紀卷二九）

と。此詔旨は天下の民宅に佛宇を構ふるを許したる意と解すると、諸國司の政務を執る官家に付て謂ふものなりとする二說あるも、何れにもせよ依つて地方の民家なり、官舍なりに佛教が奉ぜられて、地方的に普及したるを知る。

又持統天皇の六年五月には詔して大隅と阿多に沙門を遣はして佛教を傳へしめ、天平九年三月には國每に釋迦佛像一軀、挾侍菩薩二軀を造り兼て大般若經一部を寫さしむるの詔あり、同十三年には終に國分寺創設の詔となつた。故に佛教は公布を許されたるに止まり、且つ地方に流布せずと說く者あるも猝に從ひ難い。

而して當時に於て解されたる佛教の使命は護國安民を以て最大主眼となした。國家を隆盛にし、天下を泰平にし、民利を增進し、災厄を除斥するは佛教に因らざるべからずと說き、一般に亦斯く信ぜられた。文化の程度左程高からざる社會に於ては現世利益を說く宗教の勢力の廣大なるは常に歷史の示す所にして、獨り吾が王朝の昔に限らぬ。然らば皇室の佛教を信奉するは單に宗教的の歸依のみに歸すべからずして、佛教に依る事は國家統治の大方針より鑑みて有用且必要なりと思惟したる事情を

逸する能はぬ。實に佛教及び寺院はしかく利用され且活躍した。農本主義の吾國に於ける水旱の災厄、害虫の發生の如き當に當時に於ける天下の大事にして、之を救濟するは佛教及僧侶の力に待たねばならず、其讀經祈禱は唯一の急に處する途であつた。又疫癘流行の防止、其他の國家的災害の廻避は全て寺院及僧俗の手を煩はした。故に宮廷に於ては屢々僧を招じて誦經あり、恒例臨時の齊會讀經があつた。又諸大寺、或は諸國の寺院は勅命に依つて祈禱又は讀經が行はれた。玆に至つては佛教及寺院は全く國務の一部をその目的として遂行すると謂はざるを得ぬ。然らば斯る目的に從つて佛教の儀式の勤修者たる僧侶の如きも、其度に際しては嚴重なる國家的試驗を經ざるべからざるは當然で、私度の嚴禁せられたるは勿論である。而もその戒律は僧尼令中に規定する如く國家の力に依つて勵行した。

一方思想的、教義的方面より觀れば、神と佛との對立は神佛同體、本地垂迹說の現はれ行はるゝに至つて兩者の間は混合融和された。卽ち佛陀は本有の妙理無始無終の絕對的なる存在にして、迹を諸所に垂れて、神として種々の形を顯はし、吾が國の神も亦其源は皆佛菩薩で、佛神歸する處は一であると說かるゝ。此說は漸次思想界を風靡し、終に佛教は吾が史上に宗教として强大なる獨占的の地位を印するに至つた。

されば當時佛教の對國家的關係は之を國教なりと謂ふも敢へて過當なりとは爲し難き域に達した。勿論佛教を以て國教と指定し又之が信仰を强制する法令存せずと雖も、斯る法令の存せざるは存する事を必要とせざる迄に佛教の勢力が社會の各方面に普及したが爲めである。延喜十四年四月の三善清行の有名なる意見十二箇條中の一節は此事情を語つて充分である。卽ち

> 欽明天皇之代、佛教初傳二本朝一、推古天皇以後、此教盛行、上自二群公卿士一、下至二諸國黎民一、無レ不レ建二寺塔一者、不レ列二人數一、故傾二盡資產一、興二造浮圖一、競捨二田園一、以爲二佛地一、多買二良人一、以爲二寺奴一、降及二天平一、彌以尊重、遂傾二田園一、多建二大寺一、其堂宇之崇、佛像之大、工巧之妙、莊嚴之奇、有レ如二鬼神之製一、似レ非二人力之爲一、又令二七道諸國一、建二國分二寺一、造作之費、各用二其國正稅一、於レ是天下之費、十分而五、

一世を擧げて佛教に心醉した世態洵に見るが如くである。故に佛教は當時吾が國教なりしと謂ふ事は、公認教なりしと謂はんよも遙に適當したる地位に在つたと信ずる。

私は結論へ急ぐの必要上、以下佛教對國家關係に就ての事實の詳迹を避けて、單に結論的に說くに止める。

概して謂へば佛教は愈々隆盛を極めた、皇室、權門の歸依、一世の信仰は彌々深厚となつて、寺院は益々富貴となつた。自然又そこに餘弊をも生じ、各大寺は僧徒を衆め所謂僧兵を編成し一大武力的團結を爲して、一度其意に逆へば神輿神木を奉じて宮闕にさへ迫るの暴行を敢てし、又相互に利權又は我執の爲めに搏擊爭鬪して社會を擾盡せしめた。斯くて寺院の橫暴と僧侶の跋扈は募り能く之を制壓するもの無きに至り、漸次僧侶は貴族と新興勢力たる武家と共に鼎立して社會の三大勢力を形成するに至つた。故に爲政者は常に僧侶の利用に努め、苟もその氣嫌に觸るゝ事を恐れた。稀れに淸盛の如

き強大の力を以て大寺院の抑壓を試みたる事例無きに非ざるも、法敵として寺院の怨恨を買ひたるは平家沒落を早めたる一機因たるを失はない。而も清盛すら法體を爲して身佛門に在るを以て觀れば固より全體として佛教尊崇政策を拋擲したるに非ざるは明白にして、況んや他の爲政者に於ては其對佛教政策は知る可きのみ。されば貞永式目の如きも其初めに「寺社雖レ異崇敬相同」と定め、又財産刑の一種として「寺社修理」を命じ、新編追加にも「可レ被レ崇二敬佛神一事」と定め、其佛教尊崇、寺院保護の幾多の規定を置いた。降つて又信長の如き坊主嫌ひの政治家とても、その基督教を援助したるは、決して之れを佛教以外の宗教と信じたるが故に非ず、佛教の一派と誤認したるが爲めにて、寺院及僧侶の跳梁を小面憎しとは思ひたれ、佛教其者に反感を抱きたるに非ざるは勿論にて、佛教の勢力は到底社會人心より拔き去る能はざる根強さを有して居つた。故に武門政治の下に於ても國教主義の定義より嚴格に觀れば多少の不完全は逸れざれ、佛教は大體に於て吾が國教的存在を續けたりと謂ひ得る。然るに德川氏政權を掌握して國內を統一するや佛教は國教として完全なる地歩を占むるに至つた。卽ち國民に對しては佛教を信仰すべき事を强制し、佛教以外の宗教は邪教として禁壓された。德川氏の斯る宗教政策は先づ慶長十八年の邪宗門吟味之事、宗門檀那請合之掟に掲げて頗る明である。卽ち

一、切支丹に元附ものは闔單國より毎月金七厘與へ切支丹になし神國を妨ぐる事邪法也此宗旨に元附ものハ釋迦之法を不レ用故ニ檀那寺の檀役を妨佛法の達立を嫌ふ依而遂吟味事

一、頭檀那成共祖師忌佛忌盆彼岸先祖命日に絕て參詣不レ仕者ハ判形を引宗旨役所江斷急度可遂吟

味事

一、死後死骸に頭剃刀を與へ戒名を授くる事是ハ宗門寺之住持死相を見屆て邪宗にて無之段慥に受合之上にて可レ致二引導一也能々可遂吟味事

一、天下一統正法ニ紛無之ものには頭剃刀を加へ宗門受合可申候武士ハ某寺之受狀に證印を加へ差上其外血判難成にハ證人受合を證文に可差出事

一、先祖之佛事歩行達者成者ニ參詣不レ仕不沙汰に修行申もの可レ遂二吟味一其者持佛堂備へ物能々可遂吟味事　（拔粹）

尤も佛教中悲田宗、不受不施は禁制せられた。之れに關する寬政七年八月の觸書に、

前略、日蓮宗不受不施の譯等ハ百姓共之論ずべき事にあらず公儀より被立置宗門之外歸依致すべき筋に無之とのみ相心得ハ事足る儀ニ候間是等之趣も能々相辨紛敷宗法之持ち方等いたし申間敷右之通申渡上ハ重而不受不施類之宗門相持候もの有之候ハハ當人ハ不及申其所のもの迄も嚴科可被行候且右兩國（上總下總）之外に而も不受不施は勿論之儀却而何宗ニよらず異風なる執行致間敷候萬一申勸候もの於有之ハ其所之奉行所竝御代官領主地頭は早々可申出候（德川禁令考）

此觸書は實に德川氏の宗教政策を語るものにて、公儀より被立置佛教以外の宗教は都て禁止し、且何宗によらず新規の行事を禁止した。

而して又一方に於ては寺請證文（宗旨手形又は寺手形とも云ふ）の制度を設けて、一般の士民をして

必ず歸依すべき寺院を有せしめ、其寺院より檀那たるを證明したる文書を發せしめた。又僧官僧位は慶長二十年の公家中諸法度に基き朝廷の親裁に屬すべき事項であつて、其公職たる謂ふ迄もない。

要之、德川氏の下にては佛教は當に國教であつた。それ以前の時代に於ては德川氏の下に於ける程完全の姿には非らざりしも、不完全ながら國教と謂ふに幾き地位に在つた。是に於て私は前に述べた王朝時代より舊幕時代に至る迄の寺院財産保護制度を顧る要がある。既にして國家對佛教の關係が國教又は國教に準ずべき關係にありとすれば、國家は佛教を擁護する政策の必然的結果として、佛教の機關たり、一面國家の國務をも其目的の一部と爲して存立する寺院の存續を確保すべき制度を採用せねばならぬ。之れが爲めには寺院の財産の保護は極めて當然の方針にて、自然これが爲め必要なる監督も國家的に爲す事は妥當の措置である。然らば曩に掲げたる種々の寺院財産に對する監督及保護の規定は其時代精神に一致し、其社會事情に適應し、其時代の法律制度に適合する合理的論結にして、極めて妥當なる立法であることは恐らく異議を挾むの餘地なかるべしと信ずる。扨て然らば明治六年太政官布告第二九四號及明治九年教部省達第三號は尚ほ右述ぶる所に讓らざる其時代的社會的妥當性ある背景を有し居たるや否哉。

第二節　公認教時代

明治維新の際に於ては祭政一致、神道國本の政策を採用して、神佛の混淆を禁じ、舊幕時代の制度施設に對する偉大なる破壞力は此宗教政策の方面にも作用して、遽かに廢佛毀釋の聲喧傳せらるゝに至つた。乍併維新の大業王政復古の實漸く成り、萬物一應落着くべき處に落着き、人心平靜に歸するや、千餘年の久しき間人心に深く植付けられたる佛教思想は一朝に拔く能はざるは明白であつた。政府は佛教に對する破壞的態度に出づるより之を利用して人心を新政府に收攬するの良策なるを識つた。依つて明治五年教導職を設置して、一、敬神愛國の旨を體すべき事、一、天理人道を明にすべき事、一、皇上を奉戴し朝旨を遵守せしむべき事の三條の教則を奉體して說教を爲さしむるに當り神官僧侶を以て之に充て、佛教諸宗管長に諭して、

天下大小寺院ハ抑衆庶ヲ教誨スル教院ニシテ其住職僧侶ハ乃其教職教師タル事固ヨリ論ヲ待タス然ルニ寺院ヲ僧侶私宅ノ様心得違教導ノ事ヲ疎カニシテ政治ニ裨益スルナキヨリ竟ニ徒食シ譏ヲ免カレサルニ至リ候因茲今般新ニ大教院ノ設アリ神官僧侶爰ニ從事ス就テハ自今各宗寺院ヲ以凡テ小教院ト心得各檀家ノ者ヲ集メテ勸勞致候様篤ク三條ノ意ヲ體認シ衆庶ヲ教導シテ地方ノ風化ヲ贊ケ政治ノ裨益相成候様可相心得旨夫々末派末院ヘ無洩可相達候事

卽ち寺院僧侶を介して新社會に對する政治教育及び社會教育を施さしめんとした。而して之れによりて明治初年に於ける寺院の法制上の地位を判知し得る。又明治六年二月には教部省達にて

諸宗教導職竝試補中之者共說教之節佛教交說之儀上旨ニ牴牾之趣ヲ以差止候向モ有之哉ニ相聞候

處右ハ綱領三條ヲ體認之上宗儀交說教導候儀ハ勿論之筋ニ付不及停止候此旨爲心得相達候事

とて廢佛毀釋の思想未だ全く地方吏員の腦裡を脫せざる當時なれば、佛教に對する國家の態度に誤解なからしむるに努めた。教導職と佛教及寺院の關係既に如斯なるを以て、後には教導職試補以上に非ざれば僧侶と公稱せず、又寺院住職たる能はずと定め、教導職を退けば寺院の住職を罷免した。教導職は固より公務員にして、住職任免行爲は國家行政行爲たる性質を有した。而して寺院は此教導職制度の機關であつた。又一面教導職制度の存置されたる明治十七年迄の間は、明治新政府は舊幕時代の基督教國禁政策を踏襲したる當初は別論として、漸く之を支持し能はざるに至るや不完全ながら信教の自由の認められたる時代であつた。而も一方に於ては佛教は神道と共に右に說く如く國政上特殊の地位を占めた。故に當時神佛兩教は吾が公認教たりしと解するを正當と信ずる。元より二個の公認教の存在は變則なりとは謂へ、舊幕の國教制度よりの過渡期に於ける而も神佛混淆時代より分離時代に遷る吾が特殊の國情による止むを得ざる宗教制度なりしと謂ふの外は無い。然らば斯る時代に於て國家は教導職制度の機關たる寺院の財產の散逸を防止するに必要なる保護を與へ、此保護を完全ならしめ國家的監督を加ふるは蓋し當然の措置にして、明治六年太政官布告第二四九號及明治九年教部省達第三號の規定の如きは、此要求に應ずる爲めの合理的妥當の立法である。

第三節　政教分離時代（現行法規竝に其解釋の改廢の必要）

然らば現代に於ては吾が法制上如何なる宗教制度が採用せられ居る乎。明治十七年八月十一日太政官布達第十九號は神佛教導職を廢止して、教宗派の取締は其管長の掌理する處と爲し、依つて教宗派事務に就て國家は直接の關與を爲さゞる事となつた。卽ち佛教の管長は各其立教開宗の主義に由て、宗制、寺法、僧侶竝に教師たるの分限及其稱號を定むる事、寺院住職任免及教師の等級の進退の事、及寺院に屬する古文書寶物什器の類を保存する事に關する條規を定め、內務卿（今の文部大臣）の認可を得べき事となつた。此認可は行政監督の一種にして、民法が社團法人の定款に就いて認可を受くるを要すと爲したると同一理由にして、事公益に關するが故である。乍併此認可あるが爲めに管長の定めたる條規が行政法規とならざる事、及此監督あるが爲めに宗派事務が國務とならざる事は、公益法人の定款及事務に於けると同樣である。則ち右布告は吾が國宗教政策の上に一大變革を與へたるものにて千餘年の間、國教主義又は公認教主義として國家と宗教特に佛教との關係に就いて採用し來りたる宗教を國務としたる制度を改廢した。而して明治二二年憲法の發布あるや、日本臣民は其信教の自由を法的に確保せられ、苟も安寧秩序を妨げず及臣民たるの義務に背かざる限り之を侵さるゝ事なきを明かにした（第二八條）。而して更に民法制定せらるゝや第三四條に於て宗教を目的とする私法人の設立を許した。此規定は宗教を以て私法の領域に在り、信仰は個人の私事にして國事に非ざる吾が宗教政策を窺ふに足る規定である。故に今此等の法規よりして吾が現在の宗教制度を概觀すれば、政教分離主義を採用するものと謂ふ事を得べく、恐らくは何人も此點異論なき事と確信する。（織田萬氏宗教

制度の變遷法學論叢三卷一號六頁以下參照)、國家の宗教に關する大策變更せられたりとせば宗教上の施設としての寺院の國法上の性質に對しても變動の波及せらるゝは當然の事理である。公認教時代に於て國務の一端たる教導職及佛教に關する事務を其存立の目的として處理し來りたる寺院は、政教分離の時代に於ては基督教及其他の宗教の教會或は講社の如きと同樣私事となりたる宗教、信仰を目的とする私法人として存在するに至つた。然らば寺院に對する待遇は此等の教會又は講社と同一又は少くとも之に庶幾きものに改めらるべき必然性を有つと謂はざるを得ぬ。然らば國教時代に系統を引き公認教時代に基礎する寺院財産監督又は保護政策は、現代の政教分離主義の時代に於ては當然に改廢せらるべき舊制度である。卽ち此舊制度の代表的規定たる前記の明治六年太政官布告及明治九年教部省達は當然其影を沒すべき時代である。

此等の規定が包含する寺産保護主義は千餘年の永き間持續したる歷史的沿革的の肯定を現代に强ゆる能はざる國策上の變革が旣に完了せられたる事實に依つて拋擲せらるべき運命に到達して居る。而して寺院は私法人として民法法人に關する規定を大體に於て適用せらるべきと信ずる。旣に民法施行法は明治三一年に於て民法中法人に關する規定は當分寺院には之を適用せずと規定して居る(第二八條)。之れは所謂「當分」の經過したる後に於ては民法中法人に關する規定を寺院に適用すべき法律の國民に對する公約と謂ひ得る。然るに永き事に於ては恐らく他に類例を見ざるべき此の「當分」が三十年の歲月を閱して、猶ほ終熄の時期を豫想し難き現狀に至つては、之を支持せんと努むる宗教行政の當局者の頭腦の餘りに頑迷なるに驚嘆せざるを得ない。元來寺院なる語義の中には法人格を表はす場合の外住職等僧侶を示す場合がある(本書第一篇第一章參照)。事程左樣に僧侶對寺院の關係は密接にして、僧侶の寺に於ける恰も俗人の家に於けると一般なる如く思惟せられ、弟子の師跡を繼いで寺院住職たるは相續の觀念を以て表現された。舊幕時代より明治初年に至る間全く斯る事情に置かれた、此雰圍氣中に在つて未だ法人の觀念の充分に了解し能はざる法律的知識にて、沿革的拘束を脫し能はざる頭腦にて、僧侶の私擅防遏を唯一の目標として寺産保護の立法を爲すことは、それが公認教の時代に於ては幸にして適當であつたが、政教分離の時代に於ては不適當である。寺院の法人格に對す了解の大體に於て行き亘れる今日に於ては私法人の規定を寺院に適用する事は寧ろ當然過ぎる程に時勢の進展があつた事を認めねばならぬ。寺産保護の名を藉りて寺産を監督し、事實は干涉する事は全く無用の計畫であり、之を監督せねば寺産散逸すべしとは笑ふべき杞人の憂で、現代の僧侶よりせば大なる侮蔑となり、他の法人及教會に比較して寺院のみが特に財產的侵犯の危險に置かれてゐるとは信じ難い。況んや此の杞人の憂たる寺產監督も之を爲すを必要とした國策が旣に變更されたに於てをや。是に於て私は寺產保護主義の立法たる明治六年の布告、明治九年の達の廢止と、從來兩回迄制定せられんとした宗教法案中の曩に揭げた寺院財產に關する規定の不當なること、及び今後斯る主義に則る法案の再現計畫の無用にして時代錯誤なる事を確信を以て論決する。

次に私は明治六年の布告及九年の達に付て前章に於て說述した現在の通說となれる解釋に就て一言

する必要がある。公認教主義の下に制定せられたる此等布告及達を政教分離主義の下に適用せんとする場合には法規制定當時の事情のみに着眼して解釋を下す能はざるは自明の理である。制定當時に於ては通說の解する如く寺院財產の散逸を防止し之を保護するの趣旨なりとするも、之れ吾が法制の全體より觀察して妥當なりしが爲めに支持し得らるゝ立法理由である。然るに宗教制度に制定當時と今日との間に大變革が存在して、寺院財產の保護を法規制定の當時の如くしかく國家的必要とせざるに至つたにも不拘、法文の字句を超越して極端なる擴張解釋を試みたる通說は小節に搦はれて大局を察するの明なき非難を甘受せねばならぬ。卽ち其解する所は國家の宗教制度に逆行する缺點がある。國法全體より觀察するときは此の布告及達は當に法制の大系に對する例外的存在である。然らば解釋の通則として狹く解すべく擴張的に解すべからざるは明かである。判例の爲した論理解釋は卽ち其行くべき方向を誤つて居る。宗教政策の大變革に連れて當然廢止せらるべき運命に在りながら尙ほ殘存する此布告及達に對して判例の立法的作用が望まれる事は大變革ありし以後の國策卽ち政教分離制度に順應すべく舊時代の此法規に新生命を注入する事である。新たなる立法を待つ間に於ける解釋の妙用に因る法制上の矛盾を救ふ事である。然るに此布告及達に對する判例及之を基とする通說は舊制度の下に於ける法規を其儘の姿以上の形に於て存分に新制度の下に活躍せしめた、然らば立法論として私が前に宗教法案中の寺院財產關係の規定の存在を否認したると全く同一の根據に因つて此判例の立法的作用の陷れる誤れる結果を非難する事が出來る。乍併布告及達の存在は事實である限り私の意見よ

りしても之を寺院に適用する事を阻止する能はざるは明かである。但し私は可成之を解するに當つて狹く適用の範圍を局限し、而も法文に牴觸するなからん程度に止め度いと努める。卽ち此布告及達の適用あるべき寺院財產は其規定が羅列する如き、古來所傳の什物、衆庶寄附の諸器、祠堂金、持添の田畑山林、寄附金及古文書類の如き特に寺院に對し由緒ある物に限定するを正解なりと信ずる。

次に寺院の債務に關する明治十年太政官布告第四三號に就いて考察をすべき順序である。寺院が其所有財產を擔保とし又は賣渡の形式にて負債する事に付ては既に舊幕以前の制度を引例して說いた。乍併單に債務のみを負擔する事に就ては舊時代の法令慣行中に適當の事例を見出し難い。尤も德川氏の下に於て、例へば文政十二年の「寺院取締方之事」の中に

寺院借財之儀ハ俗家と違ひ、子孫相續ニ無之故、宗門ニ寄、夫々爲ニ取締一規矩仕來も有」之儀ニ候得共、俗人者不ン辨筋ニ付寺院附之金子借入候節ハ、宗法之趣を以得と申聞、濟方不實等閑ニ不相成一樣可ニ取計一儀ニ候、尤金主より出訴ニ及び候節ハ、吟味之上事實次第令ニ裁許一者勿論之儀ニ候得共、畢竟宗體ニ寄、夫々規矩仕來等有」之儀ニ而者、自然金銀融通ニモ抱、品ニ寄寺院衰微之基ニも可」成筋ニ付右等之次第相心得云々

（德川禁令考）

とありて、寺院の債務に付ては宗派の規定慣行を尊重すべき事及び依つて一般俗人にして宗內の事情に通ぜざる債權者に不測の損害を及ぼさざる樣注意的の定を爲し、又天保十四年七月「諸寺院借金取

捌方ニ付達」には

諸寺院借金銀之儀、先住死失、又は御仕置跡引請方等宗掟之趣、兼而之申立も候得共、今般御改革御趣意有」之、以來借金銀取捌方之儀は、宗掟ニ不」拘、吟味之上事實次第奉行所ニおいて裁許申付候間、其段可ニ相心得一候（文部省宗教制度調査資料第十六輯）

とて、寺院の債務に付ては今後は宗派の規定に依つて裁斷すべきを明かにしたるも、是に謂ふ寺院とは共に前に一言せる如く、住職其他の僧侶の意にして、法人としての寺院の債務に關する規定ではない。乍併斯る規定なきは、寺院と僧侶とが密接にして不離の關係にあるを以て、嚴格に法理的に區別すれば僧侶の債務となるべき負債にて、事實上寺院なる法人の用を辨じて自他共に恠まざる爲め、子孫なき僧侶が住職の地位を去る場合に債權者保護の爲め右の如き定めを爲す要があつて、且つ其裁斷の標準は左の如くであつた。

一先住借金有」之段、當住不」存、本寺觸頭より其段不ニ申聞一於」致ニ入院一ハ後住不」及ニ返濟一、先住之弟子幷證文より爲」濟」之古例

一先住借金當住不」存旨申」之といふとも、先住借金も有」之ハ、入院致間敷旨不」斷ニおいてハ、當住又ハ證人より爲」濟」之（德川禁令考後聚）

右何れも現行の寺院の債務負擔に關する規定の沿革を語るに足らぬ。現行法は全く其規定の內容即ち總代の連署の有無によりて寺債と否とを區別するは明治以後の考案にして、卽ち九年十二月二十三

日敎部省達第四十號にて

各管內寺院修繕其他寺用ノ爲メ一時不得已借財候者有之節地所（除稅地ヲ除ク外）建物及寄附物寺附什器等抵當ニ書入候向ハ法類檀家協議ノ上檀家二名以上連署各本寺法類等ノ承認ヲ受ケ（本寺ニ於テ右樣ノ儀有之節ハ渾テ此手續ニ隨ヒ同宗內ニテ重立候モノ二名以上ノ承認ヲ受クヘシ）決テ僧徒一己ノ私借ト混淆無之樣可致此旨寺院へ布達スヘキ事

とあるを、翌十年五月十六日太政官布告第四三號にて現行法の如く規定したるものである。而して斯る規定の是非竝びに存續價値に就ては全て財產處分行爲に關する明治六年布告第二四九號及同九年敎部省達第三號に就て前に說く所と同斷で、公認敎時代の考案に成る規定を今日極端に跳梁せしめ、寺院の債務負擔に關する一切の法律行爲に及ばしむるは不可であり、現代に於て兎も角も存在する布告第四三號の解釋としては代替物の消費貸借にのみ適用あるものと爲すを相當なりと信ずる。

第五篇　斷　篇

〔其一〕寺院の本質

吾國現在の寺院は佛祖又は宗祖の崇拜、教義の宣布及び檀信徒の葬祭司行の如き宗教的事項以外に、法令慣習の認許肯定によりて、種々なる社會的事項をも目的とすることが出來る。而して此目的遂行の爲めに一定の財産を基礎とし、僧侶檀家若くは信徒を構成要素とする社會的組織體をなし、僧侶檀信徒の其儘の結合體とも異り、堂宇其他の財産自體にも非ず、更に又此等のもの〻總和とも同じからざる一個獨立の人格的存在を有するものである。故に法律は寺院を目して法人とした。現行法上の寺院の本體を究めんには、其目的、構成要素及び法律上の地位性質を知るを要する。

第一節　寺院の目的

寺院は其屬する宗派の宗祖及び教義に對する歸依信仰を持つ人々の宗教的要求の結果創生し發達して來た信仰布教傳道と檀信徒の葬祭の爲めの具形的の存在であるから、其本來の目的として、

一、佛祖及び宗祖の崇拜
二、教義の宣布

三、檀信徒の葬祭の司行

の三者を算ふることが出來る。而して過去に於ても多少社會思想指導又は感化育英の方面に寺院の活動の餘地を與へられたが、晩近の急激なる社會進化の潮流は寺院の目的事業の範圍を擴張した。卽ちその擴張の方式に二つある。前の三者に續けて擧げることにすれば、

四、法令により附加許容せられたもの

法令の規定に依つて委せられた事業は寺院の目的と成る。蓋し法人の目的の範圍は法令の規定に從ふべきは民法第四十三條に定む。元より民法施行法第二十八條により此法人に關する規定は寺院に適用なしとし雖も、法人を法が認むるは擬制的にあらずして、權利の主體たるに適する組織體あるに由る。而して右民法第四十三條は法人に關する法律の原則的精神の現はれたるものであつて、例外的特殊の規定にあらざれば直接に其適用を受けずとも、之れよりして推知し得る法の精神に基き、法人たる寺院の目的の範圍を定むるは極めて當然事とする。例へば少年法によれば、刑事犯罪人又は犯罪人となる慨れある少年の保護監督を寺院に委せてゐる（少年法第四條、三十七條及び五十二條）。

五、慣習によりて附加許容せられたるもの

玆に慣習とは事實たる慣習を指し、慣習法を含まず。後者は成文法に非ずと雖も法なれば前の場合に屬する。寺院には定款又は寄附行爲なく、其目的は法令の規定ある場合の外は、主として永年の慣行と寺院の本來の性質とよりして定むるの外はない。前揭一乃至三の事項は斯る標準によつて知られ

るものである。然れども社會の進展を外に寺院は依然舊態を持すること能はざるよりして、輓近種々の事業に染指し社會は寧ろ之を要求するの傾向が現はれた。故に左程古からざる慣行と雖も法令に背かず公序良俗に反せざる限り、之を寺院の目的中に加ふるも誤りに非ずと信ずる。蓋し法は社會意思の公定的表現にして、右の如き慣行は尚ほ社會意思の肯定する所である。加之不備なる寺院法規と又其の新規立法の困難なる現狀に於ては、之を妥當の解釋とせねばならぬ。社會事業、日曜學校の經營等の如き此の部類に屬する。

第二節　寺院の要件

寺院なる概念中には本堂庫裡境内等の財産の存在、寺院の目的たる佛祖宗祖の崇拜教義の宣布葬祭の司行を爲すべき僧侶――普通の場合は住職、及び布教の對象となり葬祭を依頼する檀家若くは信徒の三者を其要件として包含して居る。故に若し此等の一が其存在を失へば、寺院を觀念することは出來難くなる。

同說、大審院判決、（明治三七年（オ）四四七號三七年十一月二十日大民二部十輯民一五一〇頁）「明治五年十一月布告第三三四號ヲ以テ無檀無住ノ寺院ヲ廢止シタルヨリ以來寺院ニハ佛體堂塔什物等ノ財産アリ佛ニ奉仕ノ檀信徒ニ對シテ教ヲ施ス所ノ住職アリ又其教ヲ受クル所ノ檀信徒アルハ普通ノ狀態ナルノミナラス明治十四年ニ至リ内務省達乙第三三號ヲ以テ寺院ノ財産ヲ處理スル爲メ檀信徒中ヨリ三名以上ノ總代ヲ選定セシメタルニ依ルモ前顯財産、住職、檀信徒ノ三者ハ寺院ト相離ルヘカラサルモノナリ云々」

第一項　住職又は之れに代はるべき僧侶

住職とは其寺院所屬の宗派管長が宗制寺法の規定に從つて寺院の代表竝びに執行機關として任命したる僧侶を謂ふ。其詳細の說明は後に讓る。又之れに代はるべきものとは住職の一時的缺職より生ずる寺院の不利益を避くる爲めに宗制寺法に則り宗派管長の任命したる僧侶であつて、寺院の代表竝びに執行機關たる點、住職に同じ。但し住職の常置的本則的なるに對し之は過渡的補充的なるを普通とし、其名稱は宗派によりて一樣でない。寺務管理者、寺務取扱者の名稱が多く用ひられる。而して住職又は之れに代はるべき者の宗教上の職務は、寺院の目的たる教祖の崇拜、教義の宣布及び檀信徒の葬祭司行の全てを管掌踐行するを以て、理論上竝びに事實上より見て寺院の要件たるを知り得べく、尚ほ成法上之を裏書すべき規定を求むれば、

(1)　明治十一年九月九日内務省達乙第五十七號社寺取扱概則第一條に「寺之創建ハ住職檀徒若クハ信徒ト爲ルヘキモノ連署戸長奥書ヲ以テ願出永續財産ノ目途且其地所建物等ノ體ヲ具フル者ニ限リ允許スルヲ得ヘシ云々」とありて、寺院創立の際出願者として住職となるべき者の存在と出願を要件としたるは住職の寺院に對する關係を語るに充分である。

(2)　明治五年十一月八日太政官布告第三百三十四號に依れば「諸寺院中本寺本山ヲ除ク外無檀ニシテ無住ノ向ハ自今渾テ被廢止候條云々」とあるは、檀家と共に住職を缺くときは寺院の觀念と相容れざるを以て、斯る寺院の存在を許さざる法意にして住職が寺院の要件たるを證し得て餘りがある。

(3)　其他明治十年五月十六日太政官布告第四十三號、明治六年七月十七日太政官布告第二百四十九號、明治九年二月二日教部省達第三號、明治十四年七月二十一日內務省達乙第二十三號及其他の諸法令は寺を前提としたる種々の規定を爲してゐる。因に本布告が其末段に於て僧侶と云ひ住職と云はざりしは前述の如く要件を住職に限らざることを示すものである。

或は寺院に於て住職を失ひたる後これに代るべき僧侶を置かざる儘數月甚しきは年餘の久しきに亙り無住狀態の例無きに非ずと雖も、之を以て住職は嚴格な意義に於ては寺院の要件をなさずと云ふは當らない。斯る場合は變則的の實例たるに止まり、以て一般を推すの根據とならざるのみならず、之を以て住職無き場合とは言ひ難い。蓋し無住の場合と確定せば、廢寺となるべきは寺院の性質上當然の事とするからである。

第二項　檀家若くは信徒

一、檀家の意義　檀家とは其寺院の教義を信仰して自己の主宰する葬祭を一時的に非ずして之に委し、寺院の經費を分擔する者であつて、寺院の要件の一を成すものと定義すべきである。今之を分說すれば、

(1)　寺院の教義を信仰する者

檀家の宗教上の要求が寺院を創立せしめ、存續せしめるに寄與する所甚大なるは隱れなき事實である。檀家と云はんには其寺院に、詳言すれば寺院の奉ずる教義を信じ其宗祖又は其寺の住職の人格に歸依した者たるを要し、寺院の目的とする布教傳道等の對象となる。同じく寺院の要件でも住職とは此點で異なる。故に又寺院附屬の墓地を借地した丈けで、寺院の教義を奉じない者は檀家とならぬ。

(2)　自己の主宰する葬祭を一時的に非ずして其寺院に委すこと

自己の主宰する葬祭を委す以上家族の一員の主宰する場合に其寺に委さぬ事情あるも檀家たるを妨げない。斯く自己の主宰と云ひ自家の主宰と云はざるは、信仰の自由なる吾が法則（憲法第二十八條）の下に於ては一家の各員が宗教上同一教義の遵奉者たることなき場合を豫想したるに出でた法意からである。故に信仰を異にする家族又は親戚知己の爲す葬祭や、他寺院の儀式に參列するの差支なきは言を俟たぬ。次に葬祭の委託は一時的に非らざることを必要とする。信徒其他の者が假りに之を託するも一時的便宜的なるを以て檀家とは異なる。但し一時的に非ずして葬祭を其寺に託する目的あれば足り、具體的に託したることとなしとて檀家たることを得ぬ譯となる。不都合があり、又其寺に託すれば足るを以て、必ずしも其寺の堂宇を葬祭の爲めに使用することを要せぬ。

(3)　寺院の經費を分擔するものなること

檀家は又檀那、檀越と云ひ、施すの意を含み、寺院の經濟的外護者たるは沿革上明かである。但し經費分擔の方法は一定せぬ。布施、香料、回向料の如き或は寄附の如き何れにても可とする。

(4)　寺院の要件の一である

寺院の目的とする所の教義の宣布、葬祭の司行は檀家を對象とする點よりするも、檀家が寺院の構成要素の一を爲すは理論上當然にして、成法の規定の解釋も亦同じ。卽ち、明治十二年內務省達乙第三二號明細帳製式の件には檀徒人員の記載をなさしめ、又前揭の明治十一年內務省達乙第五十七號社寺取扱概則第一條には寺院の創建には檀徒若くは信徒と爲るべき者を連署せしめ、明治五年太政官布告第三百三十四號は無檀寺院を廢止し、明治十四年內務省達乙第三十三號は寺院の願屆等には住職の外檀家中より選出したる總代の連署を要すとし、其他右結論を支持し得る規定多し。乍然寺院に檀家なしとて信徒存在する限り、未だ寺院の要件を缺かざること後述の如しと雖も、檀家存する場合は必ず第一義的に檀家が寺院の要素にして信徒は然らざれば、斯る意味にて構成要素なりと知るべきである。

二、檀家たる地位の得喪　檀家たるは世襲なる場合多く、民法が家督相續の效力として其第九百八十七條に「系譜、祭具及ヒ墳墓ノ所有權ハ家督相續ノ特權ニ屬ス」と規定せるに徵するも、家督相續人は反對の證據なき限り先代の後を襲ひて當然檀家たる地位を承繼したるものと見るべきである。

同說、大審院判決（明治二十四年第一部一五五號同二十五年四月九日同年民三一一頁參照）「上告論旨第二點ノ要スルニ山田榮治ノ先代佐兵衞カ曾テ善福寺ノ總代ダリシコト前裁判書ニ明記アルニ依リ榮治モ亦同寺ノ檀家ナリトノ說明ナルモ元來檀家ハ子孫ニ傳ハリ一定不同ノモノニアラス故ニ榮治カ其善福寺ノ檀家ナリヤ否ヤハ當事者ニ付テ其事實ヲ審理スヘキカ當然ナルニ事玆ニ出テス濫リニ事實ヲ定メタルハ違法ナリト云フニアレトモ榮治カ佐兵衞ノ相續人タルコト爭ナキ以上ハ先人ノ跡ヲ襲キ同寺ノ檀家タルモノト認ムル外ナカル可シ何者上告人ハ曾テ榮治カ離檀離宗シタルノ證據ヲ擧ケタルモノニアラサレハナリ」

又檀家なる地位は檀家たらんと欲する者と寺院との合意によつて取得する。而して其地位は檀家たる者の一方的意思により脫するを得るは、信仰自由主義を採用せる吾法制の下にありては當然である。乍然舊幕時代に於ては離檀を禁じて居る。卽ち「御府內之儀宗旨思寄之樣ニ有之候得共遠國之儀ハ格別ニ候譬ハ旦那百人有之處離檀仕度旨申候而某ハ眞言宗ニ歸依ト申某ハ日蓮宗ニ歸依ト申段々離檀滅少之時ハ某寺不相立候間何方ヨリ願出候共離檀之儀不相許候段心得可申候」と寺社、御勘定、町奉行宛の達がある（此年月不詳）。之れは明かに寺院保護の目的に出でたるものと思はれる。次に寺院側に於ても其一方意思により檀家を離檀することを得る。例へば檀家が寺院に對し久しきに亙り何等經濟的の負擔を爲さざるが如き場合然りである。而して寺院が離檀を爲すべき場合の標準は、寺院の構成要素に關係あるを以て寺法の規定に依るべく、此等の規定は元より主務大臣の許可を經たるものなるを要する。

同說、大審院判決（明治三十七年（オ）四四七號同年十一月二十一日判決錄十輯一五一〇頁後段）「故ニ明治十七年太政官布告第四條ノ寺法中ニハ寺院ノ財產住職及檀信徒ノ三者ニ關スルコトヲ規定セシムル精神ナルコト疑ヲ容レス然ラハ則チ檀信徒ノ身分ノ得喪ニ關スルコトヲ規定シタル本件曹洞宗寺院檀務規程ノ如キハ素ヨリ寺院ニ屬スルモノト謂ハサルヘカラス既ニ寺法ナル以上右布達ニ從ヒ內務大臣ノ認可ヲ受クルニアラサレハ其效力ヲ有シ得ヘキニアラス」

檀家たる地位の得喪が意思によりて或は世襲的になさるゝとするも、然もそれは決して法律行爲ではなく、從つて之れに關する爭議は裁判所構成法第二條所謂民事に屬せざるを以て、司法裁判所の管轄外であると云はなくてはならぬ。神社の氏子（寺院の檀家と關係性質共に殆んど同一と見て可）に付

いても同様の判決がある。

静岡地方(明治四一年(ロ)二一四號、新聞四五九號)「神社ノ氏子ト氏子トノ關係ハ神社ノ崇敬祭祀ニ關スル事項タルニ止マルヲ以テ氏子タルヤ否ヤノ爭訟ハ私法上ノ關係ニ非ス從ツテ司法裁判所ノ管轄ニ非ス」

三、信徒の意義　信徒とは其寺院の教義に歸依して寺院の經費を分擔する者であつて、檀家なきときは之れに代りて寺院の要件と成るものを云ふ。今之を分說すれば、

(1) 寺院の教義を信仰する者なること

住職一個人の人格に歸依したる者は住職より見て信徒なりと雖も、檀家なき場合に之れに代りて寺院の構成要素となり、其選出したる信徒總代は寺院財産の處理に對し種々重要の地位に立つて關與するが如き關係ある意義を有する信徒とは云ひ難い。寺院の信徒と云はんには其奉ずる教義を信仰し、寺院に對し次に述ぶる處の關係あるを要する。信徒は檀家と異なるを以て其葬祭を寺院に委託する目的なきを要し、此目的なき限り具體的の場合に二三回便宜的に之を託するも差支へなし。

(2) 寺院の經費を分擔する者なること

此點に於て住職個人の信徒と異なる。又此點に於いて檀家に代はるべき地位を付與せらる。

(3) 檀家なきときは寺院の要件と成る

信徒は寺院にとりて常存的のものならずと雖も、檀家と共存するを妨げず、只寺院の要件として重要の地位に立つは其寺院に檀家なき場合だけである。卽ち明治十四年內務省達乙第三三號總代人選定

に關する件に「各管內社寺總代之儀氏子檀家中(氏子檀家ナキモノハ信徒)相應ノ財產ヲ有シ衆望ノ歸スルモノ三名以上相撰ミ云々」とあり、明治二四年十二月十日內務書記官通牒管甲、第三號にも同樣の文言見え、又明治十二年內務省達乙第三一號明細帳製式の件は「寺ニ檀徒無之向ハ崇敬者信徒ノ人員ヲ記スヘシ」とあるのは、此意を表はして居る。故に寺院としては檀家なくも其要件の欠缺とならざるは前揭の諸規定及び明治十一年社寺取扱概則第一條に「寺院ノ創建ハ住職檀家若クハ信徒トナルヘキ者云々」とあるに徵して知るを得べく、判例に從へば、前揭明治三七年十一月大審院判決中に「財產、住職、檀信徒ノ三者ハ寺院ト相離ルヘカラサルモノナリ」と云ひ、又大阪地(5年(ロ)八八九號6年十月三十日新聞一三三六號)「同被告ハ原告ハ檀家ヲ有セスト主張スルモ信徒アレハ足リ必スシモ檀家アル事ヲ要スルモノニ非ス云々」と判示し、更に大審院は四二年二月十日及2年一月三一日の判決により寺院が債務負擔を爲すべき場合明治十年太政官布告第四三號により之れに同意すべき檀家其寺院になき場合は、信徒總代を以て之に代ふることを得るとしてゐる。

四、信徒たる地位の得喪　信徒たるは其人の信仰關係に基く度合檀家より大にして世襲的なる場合なし。具體的の場合有之とするもそれは相續人の自由意思が偶々先人の信仰と一致せるのみで世襲と云ふは當らず。此外の說明は凡て檀家の場合に準ず。

五、檀家及び信徒の呼稱　信徒の呼稱には別に說明を要することなきも檀家に付いては然らず。或は之を檀徒と呼ぶことあり、明治十一年內務省乙第五七號、明治十二年內務省乙第三一號明細帳製

式の件、明治三二年農商務省令第二五號國有林野法施行細則第六三條大正四年國有林野産物賣拂規則第七條等參照。又時には檀中とも云ふ。(明治八年内務省達乙第一一三號廢合寺院跡竝建物處分規則)。然し法律は大多數の場合には檀家の名稱を採用し、例へば明治六年太政官布告第二四九號、明治五年教部省達第十二號、明治十年太政官布告第四三號、明治十二年内務省達乙第三三號、明治二四年内務書記官通牒管甲第三一號等是れである。信徒に對し「家」の文字を使用して「徒」を避け、混同を防ぐを以て之の用例に從ふを相當とする。乍然、檀家信徒を同時に呼ぶ場合に檀信徒と云ふは通例の用法とする。

六、檀家信徒の寺に對する權限　檀信徒は寺院の構成要素なるも寺院なる法人の機關ではない、其選出に係る總代人が機關として住職の行爲特に寺院の財産的行爲及監督官廳に對する行爲に付き補助的地位に立つこと凡て後述の如く、從つて檀信徒の寺院に對する權限は其選出したる之等總代人を通して行使せらるゝものなれば、直接的に非ずして間接的のものと云はざるを得ない。

第三項　寺有財産

寺は支那に在つては、もと官司の名であつて、僧の住居の意を有つに至つたは漢の世と云ふ。僧史略上に曰く「騰蘭二人捄ㇾ力明帝欣悅初於ㇾ鴻臚寺ㇾ延禮ㇾ之鴻臚寺本禮ㇾ四夷遠國ㇾ之邸舍也尋令ㇾ別擇ㇾ洛陽西雍門外ㇾ蓋ㇾ一精舍ㇾ以ㇾ白馬ㇾ駄ㇾ經莢ㇾ故用ㇾ白馬ㇾ爲ㇾ題也」と。僧寺の名は此に始まつた。吾朝に於ても欽明天皇十三年蘇我稻目が大和向原の自宅を寺と爲し、向原寺と稱したを以て嚆矢なりと傳へられて居る。由是觀之、寺の語は其紀源に於て已に堂舍の存在を前提としたことが知られる。其後今日迄千幾歲此の考を廢棄すべき變更が起つて居らぬ。現行法亦之れと取扱を異にせぬ。卽ち

(1)　明治十一年内務省達乙第五十七號社寺取扱概則第一條に、「社寺之創建ハ云々永續財産ノ目途且其地所建物等ノ體(寺ハ本堂庫裡)ヲ具フル者ニ限リ允許スルヲ得ヘシ」として、寺たる體を具備するを要件とし、寺の體とは尠くとも本堂庫裡を指すこと換言せば法要に差支なき設備あるを要すとしたる法意なることが窺へる。

(2)　明治十五年内務省達乙第五九號寺院建設及再建期限竝建設せざるもの明細帳刪除の件、「各府縣管内神社寺院等創立再興復舊許可ノ分ハ今後滿二年以内ニ建設セシムヘシ其建物巨大ニシテ工事數年ニ渉ル可キ者ハ更ニ狀ヲ具シ伺出許可ヲ受クル者トス其他在來ノ社寺ニシテ變災ニ遭ヒ建物悉皆烏有ニ歸スル者ハ滿五年ニ再建セシメ云々若シ右期限ヲ過キ建設セサル者ハ一面許可ヲ停メ一面社寺明細帳ヲ削除」云々と定め、此に明細帳削除とは後述の如く廢寺處分を爲す義なるを以て、寺院が建物悉皆烏有に歸したる後五年之を再建せざれば廢寺となり、又創立再興復舊出願後二年本堂庫裡の建設なきものは其許可を停むと爲すは、堂宇等の具體的存在が寺院に必要缺くべからざるものである事を語る。

(3)　明治五年太政官布告第三三四號無檀無住の寺院廢止の件及明治八年廢合寺院跡地竝建物處分規則に見るも、寺院廢止合併の場合の財産關係を詳細に規定し在りて、一定の財産の存在が寺院存在

の前提を爲すを知り得べく、其他種々の法令を掲ぐるに難からざるも繁に堪へざれば省略する。

而して寺院が具備すべき財産を現行法に付いて其法意を探れば、其根據は明治十二年内務省達乙第三一號明細帳製式の件に求むべく、同達に依れば明細帳に記載すべきは一、本尊、一、堂宇間數、一、境内坪數竝地種、一、境内佛堂幾宇本尊建物、一、境外所有地、云々とあるを以て之等の財産は通常寺院の有すべきものと云ふべし。

同趣旨判決、前掲大審院三七年十一月「前略寺院ニハ佛體堂塔什物等ノ財産アリ云々財産住職檀信徒ノ三者ハ寺院ト相離ルヘカラサルモノナリ云々」又大阪控訴三四年十月三日（新聞六〇號參照）「寺ハ獨立ノ財産ヲ有シ訴訟當事者タルコトヲ得ルハ法理トシテ認メラルル所ナリト雖モ抑モ寺ナルモノハ寺タル體ヲ具フル建物ノ實在ヲ要シ之ヲ離レテ獨リ無形的ニ存在スルコトハ法理上認メサル所トス云々」

且つ寺院が要件として具備すべき財産の所有權を有することは其常態なりと雖も、現行法の解釋論として必ずしも然らず。

（一）、明治五年十一月太政官布告第三三四號無檀無住の寺院廢止ノ件但書には「前略堂宇建物ノ儀ハ最初營造ノ次第ヲ追ヒ官營ハ公收シ私造ハ其人民所分ニ可相任官私ノ別不分明ノ向ハ適宜ニ取計ヒ云々」とて、堂宇建物が檀家其他寺院以外の者の所有に屬し居るべき場合あるを前提として規定し、

（二）、明治八年内務省達乙第一一三號廢合寺院跡地竝建物處分規則第一節廢寺無檀無住の場合

一、堂宇建物ハ最初官營私造及寺院先代僧侶ノ資金ヲ以テ建造セシモノノ別ヲ論セス官沒ス

但書略

一、境内地ノ内從前人民ノ名受ニテ貢租ヲ納メ來リシモノハ其者ヘ下渡シ寺院ノ名受カ先住僧侶ノ買得カ其他民有ノ確證ナキモノハ却テ官沒シ

一、朱黒印地除地田畑山林等ノ内寺院ノ名受地ハ勿論村方百姓竝ノ田畑等アリテ寺院ノ名受トナリタルカ又ハ先住僧侶ノ買得セシモノハ官沒スヘシ

但寺院竝先住僧侶ノ資金ヲ以テ開墾セシ證跡アルモノト雖モ官沒スヘシ

同規則第二節廢寺有住無檀の場合

一、現住職自己ノ財産ニ係ルモノノ外ハ第一節及第四節ニ照準シテ處分スヘシ

同規則第三節合寺無檀無住の場合

一、堂宇建物ハ最初官營私造及寺院先住僧侶ノ資金ヲ以テ建造セシモノノ別ヲ論セス合スル所ノ寺院ニ附スヘシ

一、境内地ノ内人民ノ名受ニテ貢租ヲ納メ來リシモノハ其者ヘ下渡シ寺院ノ名受カ先住僧侶ノ買得或ハ開墾ノ確證アルモノハ合スル所ノ寺院ニ附スヘシ（確證ナケレハ官沒スヘシ）

但萬一除稅地ノ山林ニ於テ先住僧侶自費ヲ以テ苗木植付等ノ確證アレハ立木ノミハ合スル所ノ寺院ヘ下渡スヘシ

同第四節合寺有住無檀の場合

一、第三節ニ同シ但シ建物境内地田畑山林等ノ内萬一現住職ノ資金ヲ以テ建造シ或ハ買得開墾等

ノ確證アレハ其者ノ意ニ任カスヘシ

同第五節合寺有檀無住の場合

一、第三節ニ同シ但シ建物ハ檀中等ノ私費ヲ以テ造營セシモノ及ヒ境内地田畑山林等檀中ノ私費ヲ以テ買得シテ地租ヲ納メ來リシモノハ或ハ開墾セシモノハ其合スヘキ寺院竝ニ法類等トノ協議ニ任カスヘシ

之等廢合の場合に於て寺院の具備したる財産の處分に關する詳細の規定を通覽すれば所謂寺院の堂宇建物、境内地、朱印地、除地田畑山林其他の財産の所有權が必ずしも寺院に屬し居らざるを了知せられよう。

（三）、其上寺院は後述の如く特別法人にして社團法人にもあらず又財團法人にも非ず、從つて財團法人に非ずとせば理論上堂宇建物境内地等を所有するを絶對要件とせざるは極めて明かであらう。

同趣旨判例、大阪地方5年(ア)第八八九號6年十月三十日(新聞一三三六號)判決の一節「被告ハ寺院ノ成立存續ニハ一定ノ本尊ノ外寺院ノ體(本堂庫裡)永續財產ヲ具ヘサルヘカラサルコトハ明治十一年九月内務省達乙第五七號明治十三年内務省達乙第五二號明治十五年内務省訓令第四十號ノ明文上明カナリ然ルニ原告寺ノ建物竝ニ敷地ハ山田谷ノモノニシテ且原告寺ニハ永續財產ナシト主張スレトモ明治十一年九月内務省達乙第五七號明治十三年内務省達乙第五二號明治十五年十一月内務省達乙第五九號前段ハ社寺ノ創建再興復興復舊ニ關スル允許條件ヲ規定シタルモノ同第五九號後段ハ罹災ニ遭ヒ建物番皆烏有ニ歸シタル場合ニ關スルモノ明治二十年内務省訓令第四五號ハ公賣處分ヲ受ケタル場合ニ關スルモノナルノミナラス寺院ハ必スシモ財團法人タルコトヲ要スルモノニアラス故ニ信仰禮拜ノ目的タル一定ノ本尊ノ外殿宇其他法用ニ必要ナル設備アレハ足リ必スシモ其所有權ヲ有スル事ヲ必要トセス云々」

長崎控訴8年(ア)一一一號9年四月二七日(新聞一七〇〇號)判決の一節「控訴代理人ハ庫裡ハ寺院ノ必要的要素ニシテ其私有若クハ自由處分ハ法ノ禁スルトコロナレハ本件庫裡ノ賣買其他ノ處分ハ無效ナリト抗爭スルニヨリ之レヲ按スルニ明治十一年九月内務省乙第五十七號ノ第一條ニヨレハ寺ハ本堂庫裡ヲ具フルモノニアラサレハ允許セラレサルコト明カナレトモ證人某々等各證書ニ徵スレハ本件法性寺ナル寺院竝ヒニ係爭庫裡ハ同法施行以前ヨリ存在セシモノナルコト察知スルニ難カサレハ本件ニハ同法ノ適用ナク其他斯カル舊來ヨリ存スル寺院ノ庫裡ニ對シ私有ノ庫裡ニ關シ自由處分ヲ禁止シタリト見ルヘキ法規ナキカ故ニ係爭庫裡ノ私有竝其賣買處分ノ如キハ適法ノモノト謂ハサルヘカラス云々」とて、明治十一年九月九日以前と以後とによりて區別せるも、同日達の社寺取扱規則第一條は寺院成立の條件にて存續の條件ならず、寺院創立以後に其財產の所有權が決規の定めに從ひて寺院以外の者に移ることの理論上の肯定及實際上の必要を想像するに難くない。故に長崎控訴院の判決は謂れなき區別を爲したるものと云ふべし。

右の如く寺院は本堂庫裡其他財產の所有權を有するを要せずと雖も、之を有することが常態であり、由之寺院の基礎を鞏固ならしむるを以て、明治九年四月十八日太政官布告第五四號は「社寺中略ヘ寄附候土地建物其他物品等別段之契約無之分ハ寄附主ニ於テ其所有ヲ離シタルモノトシ一般ノ讓渡ヲ以テ處分候條此旨布告候事」とて所有權移轉の推定的規定を爲し、又明治六年太政官布告第二四九號同九年致部省達第三號等によりて、寺院の財產處分に嚴重の監視をなす方策を講じて其財產の散逸を防いでゐる。

第四項　宗派に所屬すること

寺院は其本來的目的として宗祖の崇拜、教義の宣布を行ふを以て一定の宗派に所屬するを前提とする。寬文五巳年の諸宗寺院法度は「立ニ新義一不レ可レ說ニ奇恠之法一事」とて、新教義の樹立宣布を禁じ

たるも、現在は憲法第二十八條により安寧秩序を妨げず及臣民たるの義務に背かざる限り此事は差支ない。乍然新教義の宣布の道場は之を目して寺院と云ひ得べきや否やは別論にして、現行法の下に於ては主務官廳より認められたる佛教の各宗派に屬するものに非ざる限り、寺院とは認め難い。其根據は、卽ち、

（一）明治十七年太政官布告第十九號を以て教宗派の取締を管長に委任し、特に寺院の機關たる住職の任免を委任したるを以て、住職なき寺院、管長によらざる住職任免、宗派なきに管長の存在等を肯定せざる限り、寺院の宗派所屬は否認し得ない。

（二）明治十七年十月三十日內務省達戊第二號「祠宇竝寺院ノ廢立及財產ニ關スル諸願ハ管長添書スヘシ」、同日內務省達乙第三七號「祠宇竝寺院創立再興復舊引直移轉廢合及附屬ノ地所建物什物抵當賣買其他寶物古文書等財產ニ關スル諸願ハ管長ノ添書ヲ要スヘシ」、及明治九年三月二十七日敎部省達第十號「各管內寺院諸願伺中宗名ヲ脫スル向往々有之取調筋差支候條自今諸願伺届共總テ宗名記載可爲致此旨相達候事」、此等は全て寺院が宗派に所屬せざる限り、充たし能はざる條件を規定して居る。

（三）明治十二年明細帳製式の件（前揭）は、寺院明細帳書式として先づ第一に宗派名を記載すべきことを命じて居る。

第三節　寺院の法律上の性質

寺院は私法上の法人である。寺院は僧侶、檀信徒及び財產の三者を要素とした一個の組織體で、各要素と離れて獨立の人格を有し權利の主體である。法人の本質及說明を爲すは本稿の目的外なれば之を避け、只玆には法人は法律上の力を享有する價值ありと法律が認めたる組織體にして、自然人以外に權利主體たるものであることを一言するに止む。而して寺院は吾が國に於ては最も古くより斯る價值ありとして認められ來つたもので、又斯く認むべき社會的需用が在つた。卽ち昔より權利の主體たる位置に立つて居た。

而して現行法規の下に於ても、明治維新後民法施行前に寺院を權利主體なりとし又はすることを前提とした布告達がある。之を次に例示すれば、

(1) 明治五年敎部省達第十二號佛器什物帳調製ノ件「各管內寺院之向建物ヲ除之外一寺附屬之佛器什物等一切帳簿ヘ記載シ檀家惣代法類等奧印ノ上云々」

(2) 明治六年太政官布告第二百四十九號什物類處分心得方ノ件「佛寺共古來所傳ノ什物衆庶寄附ノ諸器竝ニ祠堂金等ノ類ハ僧侶ハ勿論檀家ノモノタリトモ自儘處分可致筋無之候條云々」

(3) 明治九年敎部省達第三號持添ノ田畑山林竝寄附金古文書等處分ノ件「佛寺共古來所傳之什物等處分之儀明治六年七月第二百四十九號公布之趣有之ニ付テハ持添之田畑山林竝寄附金又ハ古文書類

共總テ右公布ニ照準シ云々」

(4) 明治十年太政官布告第四十三號金穀借入等ニ關スル件「寺院ニ於テ其寺ノ爲メ金穀ヲ借入ルトキ若クハ金穀ヲ借入ルル爲メ社附地所建物什器等ヲ抵當ト爲ストキハ云々」

(5) 明治十二年內務省達乙第三十九號金穀借入抵當ニ關スル心得方ノ件「前略寺寶物古文書保護ノ儀相達候ニ就テハ今般調製スヘキ目錄帳中ヘ記載ノ物品ハ明治十年第四十三號公布ノ通抵當ト爲スヘカラサル筋ニ有之依テ自今寺ニ於テスル抵當ハ云々」及明治十二年內務省達乙第二二號寶物古文書等目錄帳調製ノ件參照

(6) 明治十四年內務省達乙第三三號總代人選任ニ關スル件「前略、且寺收入財產ハ（田畑山林ノ所得ハ勿論賽物祈禱葬儀回向料等一切ノ受納物ヲ云フ）其社寺有ニ屬スヘキモノト其住職ニ付スルモノト云々」

(7) 明治十七年內務省達戊第二號及同內務省達乙第三七號諸願ハ法類ノ連署管長ノ添書ヲ要スル件「寺院（中略）附屬ノ地所建物什物抵當賣買其他寶物古文書等財產ニ關スル諸願ハ管長ノ添書ヲ要ス可シ」

(8) 明治十八年太政官布告第一三號預金規則第一條「大藏省中ニ預金局ヲ置キ左ノ貯金積立金ヲ預リ之ヲ保營利殖セシム、第三、社寺教會社其他人民ノ共有ニ係ル積立金ニシテ其請願ニ據ルモノ」

(9) 明治二十九年登錄稅法第二條「不動產ニ關スル登記ヲ受クルトキハ左ノ區別ニ從ヒ登錄稅ヲ納ムヘシ、三、但神社、寺院、祠宇、佛堂云々ヲ寄付行爲ニ因リ所有權ヲ取得シタルトキ云々」

右の外、明治十二年明細帳製式ノ件、明治八年廢合寺院跡地竝建物處分規則等を始め、尙ほ多くの布告達等がある。其上民法施行法第二十八條の規定は亦其解釋上民法施行前の寺院を法人なりと云ふ結論を支持するに充分なる根據となることは、大審院が「民法第二十八條ニ民法中法人ニ關スル規定ハ當分ノ間神社寺院祠宇及佛堂ニ之ヲ適用セスト規定セルニ依リ之ヲ觀レハ神社寺院祠宇佛堂ハ民法施行前ヨリ法人タリシコト明カナリ」（7年(オ)七六六號7年十二月二十三日判決錄二十四輯二四〇七頁）と判示した所によつて、民法施行前寺院が法人たりしことは疑ふ餘地はない。

同趣旨判決　大阪地方(10年三月三一日評論十卷民八三六頁)「社寺ノ財產ハ舊幕時代ニテモ個人ノ財產ト區別シタルコトヲ知リ得ヘク特ニ明治六年布告二四九號其他ノ布告達及民法施行法第二十八條ヨリモ之ヲ知ル依テ寺ハ民法施行前ヨリ財產權ノ主體ナリ」

然らば民法施行法も特に之れに反する明文の規定なき限り、寺院は依然引續き法人たる性質を有すと爲すを正しとすべきである。然るに前揭民法施行法第二十八條は寺院の法人たることを否認したる規定なりとなす說、一二現はれたりと雖も、之れ固より謬見にして、

(1) 民法施行法第二十八條は寺院の法人格を否定せる規定にあらずして、却つて法人たることを肯定承認したるもので、大審院が「寺院ハ法人ナリト直接ニ規定シタル法令ハナケレトモ民法施行法第二十八條ニ民法中法人ニ關スル規定ハ當分ノ內寺院ニ之ヲ適用セストアリテ若シ民法ニ於テ寺院