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

PDF issue: 2025-07-02

法政大學講義録

上杉，愼吉 / 遠藤，忠次 / 若槻，禮次郎 / 富井，政章 / 掛下，重次郎

(出版者 / Publisher)
法政大學
(巻 / Volume)
3-4
(開始ページ / Start Page)
1
(終了ページ / End Page)
59
(発行年 / Year)
1903-11-18

（明治三十六年十月十二日第三種郵便物認可
毎月九回一日五日八日十一日十五日十八日廿一日廿五日廿八日發行）

三十七年度

明治三十六年十一月十八日發行

第三學年ノ四

法政大學講義錄

第拾貳號

法政大學圖書館

法政大學發行

090
1904
3-1-4

第三學年第四號目次

民法物權（自第七章至第十章）（自一七至二四）　法學博士　富井政章

民法親族（自七三至一〇〇）　法律學士　掛下重次郎

民法相續（自二五至五二）　法學士　若槻禮次郎

行政法各論（自二五至四八）　法學士　上杉慎吉

民事訴訟法（自第三編自三三至第四編四八）　法學士　遠藤忠次

雜報　○手形債務者ノ付遲滯○流通證券ニ因ル債權ニ對スル轉付命令ノ效力

ス、又法文ニハ廣ク他人ノ物トアルガ故ニ動產ト不動產トノ間ニ差別ハナイ、就レモ留置權ノ目的タルコトヲ得ル譯デアル、唯實際上ニ於テハ動產ニ付イテ最モ頻繁ニ其適用ヲ見ルハ言フヲ俟タナイコトデアリマス、明文ハナイガ特定物ニ限ルコトハ勿論デアルト思フ

他人ノ物ノ占有者トアルコトニ最モ注意セヲバナラヌ、占有ハ實ニ留置權ノ根本的要素デアル、後ニ說明スベキ第二百九十八條第二項ニ依ッテ債務者ノ承諾ヲ得テ賃貸又ハ質入ヲ爲ス場合ノ外ハ留置權ハ占有ノ喪失ニ因ッテ當然消滅スルモノデアル（第三〇二條）而シテ留置權者ノ占有ハ不法行爲ニ原因セザルコトヲ要スル（第二九五條第二項）例ヘバ暴力ヲ以テ他人ノ物ヲ占有シタル者ハ縱令其物ニ付イテ保存費ヲ出シタル如キコトアッテモ其償還ヲ求ムル爲メニ留置權ヲ行フコトヲ得ザルモノト謂ハヲバナラヌ

第二　留置權者ハ留置物ニ關シテ生ジタル債權ヲ有スルコトガ必要デアル、即チ留置物ト債權トノ間ニ直接且密接ノ關係アルコトヲ必要トスル、例ヘバ賣主、運送人、保存者其他出費ノ償還請求權ヲ有スル占有者ノ如キハ何レモ留置物ニ

第三學年第四號目次

民法物權（自第七章至第十章）（自一七至二四）　法學博士　富井政章

民法親族（自七三至一〇〇）　法律學士　掛下重次郎

民法相續（自一〇五至一五二）　法學士　若槻禮次郎

行政法各論（自二五至四八）　法學士　上杉愼吉

民事訴訟法（自第三編至第五編）（自四三至四八）　法學士　遠藤忠次

雜報　○手形債務者ノ付遲滯○流通證券ニ因ル債權ニ對スル轉付命令ノ效力

090
1904
3-1-4

ス又法文ニハ廣ク他人ノ物トアルガ故ニ動產ト不動產トノ間ニ差別ハナイ、就レモ留置權ノ目的タルコトヲ得ル譯デアル、唯實際上ニ於テハ動產ニ付イテ最モ頻繁ニ其適用ヲ見ルハ言フヲ俟タナイコトデアリマス、明文ハナイガ特定物ニ限ルコトハ勿論デアルト思フ

他人ノ物ノ占有者トアルコトニ最モ注意セネバナラヌ、占有ハ實ニ留置權ノ根本的要素デアル、後ニ說明スベキ第二百九十八條第二項ニ依ッテ債務者ノ承諾ヲ得ヲ賃貸又ハ質入ヲ爲ス場合ノ外ハ留置權ハ占有ノ喪失ニ因ッテ當然消滅スルモノデアル(第三〇二條)而シテ留置權者ノ占有ハ不法行爲ニ原因セザルコトヲ要スル(第二九五條第二項)例ヘバ暴力ヲ以テ他人ノ物ヲ占有シタル者ハ縱令其物ニ付イテ保存費ヲ出シタル如キコトアッテモ其償還ヲ求ムル爲メニ留置權ヲ行フコトヲ得ザルモノト謂ハネバナラヌ

第二　留置權者ハ留置物ニ關シテ生ジタル債權ヲ有スルコトガ必要デアル、即チ留置物ト債權トノ間ニ直接且密接ノ關係アルコトヲ必要トスル、例ヘバ賣主、運送人、保存者其他出費ノ償還請求權ヲ有スル占有者ノ如キハ何レモ留置物ニ

關シテ債權ヲ取得シタ者デアル、此關聯ノ事實ナケレバ留置權ハ存在スルコトヲ得ナイ、又其債權ハ辨濟期ニ在ルコトヲ必要トスル、此點ハ前同ニ說明シタル雙務契約同時履行ノ要件ト全ク同一デアル且同一ノ理由ニ基クモノデアル、例ヘバ賣買ノ場合ニ代金ノ辨濟ニ付イテ期限ノ定アルトキハ賣主ハ留置權ヲ主張スルコトヲ得ナイ、其理由ハ說明ヲ俟タズシテ明カナコトデアル、若シ此場合ニ於テ留置權ヲ行フコトヲ得ルモノトスレバ一方ノ當事者ヲシテ契約上ノ權利ヲ失ハシムルコトト爲ル辨濟ヲ促ス方法トシテ留置權ヲ認メタ趣意ニモ反スル結果ト爲リマス

留置權ノ性質ニ付イテハ諸國ノ立法例一樣デナイ、佛蘭西法系ニ屬スル諸國ノ法典ハ一般ニ之ヲ物權トシテ居マス、獨逸法ハ之ニ反シテ一ノ債權トシテ居ル、獨逸民法第二七三條、第二七四條是ハ最ニ述ベタル所ニ據ッテモ推斷スルコトヲ得ル、如ク大ニ理由アルコトト思ヒマス、併シ此事ハ立法論ニ涉ルニ由ッテ其得失ニ關スル議論ハ述ベマセヌ、我民法ニ於テ之ヲ物權トシタル趣意ヲ察スルニ苟モ留置權ナルモノヲ認ムル以上ハ之ヲ物權トセザレハ殆ド其實效ガナイト云フ考ニ出デタモノト思フ、假ニ物權ト爲シタ以上ハ一般物權ノ效力トシテ優先權ト追及權トヲ生スベキガ當然デアル、然レドモ此點ニ付イテハ既ニ述ベタル如ク誤解シテハナリマセヌ、留置權ハ完全ナル物權的效力ヲ有スルモノデナイ、留置權者ハ第三取得者ニ對シテ辨濟ヲ受ケザル限ハ留置物ヲ引渡スコトヲ要セザルマデノコトデアル、其代金ノ上ニ優先權ヲ行フコトヲ得ルデモナク又一旦留置物カ他人ノ占有ニ移レバ之ヲ回復スルコトヲ得ルデモナイ、故ニ此二點ニ於テハ普通留置權ニ備ハルモノトスル優先權ト追及權トハ何レモ著大ナル制限ヲ受クルコトハ明カデアル、此事ハ後ニ留置權ノ效力ヲ說ク時ニ重ネテ詳述スル積リデアリマス

留置權者ハ辨濟ヲ受クルマデ物ヲ留置スル外ニ尙ホ一ノ權利ヲ有スルモノデアル、即チ辨濟ヲ受ケザル限ハ無際限ニ留置物ヲ引渡サザル權利ヲ有スルコトハ當然デアルガ是ハ一方ニ於テハ擔保デアルト同時ニ又一方ニ於テハ煩累デアル、何時ニテモ他人ノ物ヲ保管スルコトハ頗ニ堪ヘナイコトデアル、故ニ此利益ノミヲ以テハ擔保ノ效用ヲ全ウスルコト能ハナイ、尙ホ留置權者ニ留置物ヲ

賣却スル權利ヲ認ムルコトガ必要デアル、故ニ留置物ノ競賣ヲ求ムルコトヲ許シテアリマス(競賣法第三條、第二二條、獨逸商法第三一五條、瑞西債務法第二二八條是ハ甚ダ至當ナコトデアルト思フ、但競賣ノ結果單ニ留置權者トシテハ其代金ヲ先取スルコトヲ得ザルハ曩ニ述ベタ通リデアリマス、尤モ實際ノコトヲ言ヘバ通常先取スル結果ニ爲ル、何トナレバ曩ニ述ベタ如ク留置權者ハ多クノ場合ニ於テハ先取特權者デアル、即チ賣主、旅店主人、運送人又ハ保存者ノ如キ者デアル、故ニ先取特權者ノ資格ヲ以テ競賣代金ノ上ニ優先權ヲ行フコトヲ得ル、此事ハ次ノ章ニ至ッテ明瞭ニ爲ルコトデアリマス

以上述ベタ所ハ民法ニ規定セル留置權ノ要件デアル、商法ニ於ケル留置權ハ多少之ト成立ノ要件ヲ異ニスル所ガアル(商法第二八四條)即チ民法上ノ留置權ハ他人ノ物ニ關シテ生ジタル債權ヲ擔保スル所ノモノデアルガ商法上ノ留置權ハ商人間ニ於テ其雙方ノ爲メニ商行爲タル行爲ヨリ生ジタル債權ノ擔保トシテ債務者ノ所有物ヲ留置スル權利トシテアリマス、法律上ノ物上擔保デアル點ハ一ッデアルケレドモ今兩者ヲ對照シテ申シタ所ニ依ッテ最モ著シイ差異ヲ擧グレバ商法上ノ留置權ニ關シテハ留置物ト債權ト相關聯スルコトヲ要セナイ、此點ハ民法上ノ留置權ヨリモ適用ノ範圍ガ廣イ所デアッテ畢竟商事ヲ業トスル者ノ間ニ鞏固ナル信用ヲ保持シテ商業取引ノ敏活ヲ圖ルニ必要ト認メタガ故デアルト思フ、併シナガラ民法上ノ留置權ニ比シテ適用ノ範圍ガ狹イ所モアル、即チ留置權ニ依ッテ擔保セラルル商人間ノ債權關係ハ必ズ其雙方ノ爲メニ商行爲タル行爲ニ起因スル債權デナクテハナラヌ、而シテ債務者ノ所有物タルコトヲ必要トシテアル、尤モ此等ノ條件ハ强制的ノモノデハナイ、別段ノ意思表示アル場合ヲ除外シテアリマス、此他債務ガ辨濟期デナクテハナラヌコト又占有ノ喪失ニ因ッテ留置權ノ消滅スルコトノ如キ要件ニ關シテハ民法ノ原則ガ行ハルル譯デアル、是レ即チ民法上ノ留置權ト商法上ノ留置權トノ異同デアルト思ヒマス

第二節　留置權ノ效力

留置權ノ主要ナル效力ハ既ニ說明シタル留置權ノ定義及ビ要素中ニ含マレテ

居リマス、即チ留置權者ハ其占有ニ在ル物ニ關シテ生ジタル債權ノ辨濟ヲ受クルマデ其物ヲ留置シテ何人ニモ之ヲ引渡サザル權利ヲ有スル者デアル、而モ尙ホ辨濟ヲ受ケザルトキハ留置物ノ競賣ヲ請求スルコトヲ得ル、之ガ留置權ノ效力デアリマス、普通民法ヲ說ク者ノ說ニ據レバ留置權ハ他ノ物權ニ同シク優先權ト追求權トヲ生ズルト云フモ此點ニ付イテ誤解ヲ爲スベカラザルコトハ業ニ既ニ述ベタ所デアリマス、此事ハ甚ダ重要デアルニ因ッテ既ニ述ベタ所ト少シク重複ニ涉ル所アルカモ知レマセヌガ今少シク論ジタイト思ヒマス

留置權ガ優先權ヲ含ムコトハ之ヲ認メテ必ズシモ誤ナイト思フ、但其意義タルヤ第三取得者ハ留置權者ニ辨濟ヲ爲スニ非ザレハ留置物ヲ引渡サシムルコトヲ得ナイト云フノミノコトデアリマス、留置權者ハ留置權者トシテハ留置物ノ代價ノ上ニ優先權ヲ有セナイコトハ既ニ述ベタ通リデアル、是ハ留置權者ガ自ラ留置物ヲ賣却シタ場合ニノミ然ルモノト解スベキデナイ、競賣法第二條ニ付イテハ決シテ此ノ如キ解釋ヲ下シテハナラヌト思ヒマス、競賣ヲ請求スル人ノ如何ニ因ッテ代價ノ上ニ優先權アルト否トノ差別アル謂レハ全クナイ

留置權者ハ追及權ヲ有ストハ是レ亦一般ノ說デアルガ曩ニ一言シテ置イタ如ク普通ノ意味ニ於ケル追及權ハ留置權者之ヲ有セナイト思フ、其譯ハ普通ニ所謂追及權トハ一旦物權ノ目的ト爲ッタ物ガ更ニ讓渡其他ノ事由ニ因ッテ他人ノ占有ニ移ッタ場合ニ何人ガ之ヲ占有スルモ其物ノ所在ニ之ヲ追跡シテ其取戻ヲ爲スコトヲ得ルト云フコトデアル、是ハ畢竟物權ハ後ニ成立スル物權ノ爲メニ其效力ヲ失フコトハナイト云フ廣イ意義ノ優先權アル結果ニ過ギナイ、即チ一タビ或物ノ上ニ物權ガ成立スレバ更ニ其物ノ上ニ他ノ物權カ成立スルモ前者ノ權利ハ之ガ爲メニ侵サルルコトハナイ、何トナレバ何人ト雖モ其有スル以外ノ權利ヲ人ニ移スコトヲ得ナイ、第一ノ物權ヲ負擔セルダケノ權利デナケレバ之ヲ處分スルコトヲ得ナイ、之ガ所謂物權ノ優先權ナルモノデアリマス、其レ故ニ後ニ生ジタ權原ニ因ッテ他人ガ同一物ヲ占有スルモ之ヲ追跡シテ取戻スコトヲ得ル譯デアル、然ルニ留置權ナルモノハ占有ヲ要素トスルモノデアッテ一タビ占有ヲ喪失スレバ留置權ハ消滅スベキガ故ニ此普通ノ意味ニ於ケル追及權ハ存在スベキ筈ハナイ

或一部ノ學者ハ追及權ヲ此意義ニ解セナイ、追及權トハ一タビ物權ノ目的ト爲ッタ物ニ付イテ他人カ更ニ權利ヲ取得スルモ前者ハ之ニ對シテ其權利ヲ主張スルコトヲ得ル意味ニ解スル人ガアリマス、然ルニ是ハ普通ノ意義ニ於ケル優先權デアル、若シ追及權ヲ此意義ニ解スレバ優先權トノ區別ガ劃然立タヌコトニ爲ル、此意義ニ於ケル追及權ハ即チ私ガ曩ニ述ベタ優先權デアル、而シテ其レハ留置權者之ヲ有スルモノト言フテ差支ナイ、唯普通ノ場合トハ少シ異ナッテ擔保權タル範圍内ニ於テ存在スルモノデアル、即チ辨濟ヲ受ケレバ最早留置權ヲ主張スルコトヲ得ザルガ故ニ辨濟ヲ受クルマデ引渡ヲ拒ムコトヲ得ルコトガ優先權ノ效用デアル

今示シタ追及權ニ關スル第二ノ見解ハ優先權ト混同スルト申シタガ優先權ハ狹イ意味ニモ解スルコトガアル、其レハ代金ノ上ニ行フ優先權デアル、是ハ第三取得者トノ關係デナクシテ他ノ債權者トノ關係デアル、即チ順位ノ問題デアル、而シテ擔保權ノ性質ヲ有スル物權ニ付イテ起ル問題デアル、此狹イ意義ニ於ケル優先權ハ留置權者之ヲ有セナイコトハ既ニ再三述ベタ通リデアリマス、尤モ

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

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

廢家ハ戸主權喪失ノ一原因タルナリ蓋シ家ナルモノハ之ヲ祖先ニ承ケテ之ヲ子孫ニ傳ヘ以テ其祖先ノ祭ヲ絕タサルコトヲ計ルハ我邦家族制度ノ本旨ナリ故ニ家ハ戸主一人ノ專有ニ屬スルモノニ非ス其家ヲ相續シテ戸主ト爲ルハ一

方ニ於テ權利タルニ相違ナキモ他ノ一方ニ於テハ義務タリ而シテ祖先ヨリ承繼シタル家ヲ廢シ其祭ヲ絶ツコトハ我邦古來ノ慣習ニ從フモ容易ニ之ヲ許サヽルナリ然レトモ法律ハ此原則ニ對シ二箇ノ例外ヲ設ケタリ

第一例外　戸主カ新ニ立テタル家ヲ廢スルコトヲ得ル場合ナリ此場合ニ於テハ縱令戸主カ之ヲ廢シテ他家ノ家族ト爲ルモ之カ爲メニ祖先ノ祭ヲ絶ツモノニ非ス且其戸主ハ其家ノ創造者ニシテ自ラ其家ノ祖先ト爲ラントスルモノナレハ自ラ其創造者タルコトヲ止メント欲セハ之ヲ其意ニ任セサルヘカラサルモノニシテ之ヲ許スモ敢テ家ヲ重スル立法ノ本旨ニ背クモノニ非サルナリ之ニ反シテ一旦新立シタル家ハ廢スルコトヲ得サルモノト爲ストキハ實際ニ於テハ往往困難ナル事情ヲ生スルコトアルヘキヲ以テ此例外ヲ設ケタリ

第二例外　家督相續ニ因リテ戸主ト爲リタル者ハ本家相續又ハ再興其他正當ノ原因アル場合ニ於テハ其家ヲ廢スルコトヲ得(第七六二條第二項舊民法人事編第二五一條)

右ニ說キタルカ如ク家督相續ニ因リテ戸主ト爲リタル者カ家ヲ廢スルトキハ其家ノ祭絶ユルヲ以テ家ヲ廢スルコトハ許サレサレトモ特別ニ隱居ヲ許ス場合ニ於ケルト同シク戸主カ本家ヲ相續スルカ再興スルカ又ハ其他正當ノ原因アルトキハ廢家ヲ許ササルヘカラス而シテ本家ハ分家ニ比シ一層之ヲ重スヘキコトハ論ヲ俟タサル所ナリ然レトモ此ノ如キ原因存スルトモ自由ニ廢家ヲ爲スコトヲ許サス此場合ニ於テ廢家ヲ爲ス爲メニハ裁判所ノ許可ヲ得ルコトヲ要スルナリ

廢家ノ家族ニ及ホス效力　戸主カ適法ニ廢家シテ他家ニ入リタルトキハ其家族モ亦其家ニ入ル(第七六三條舊民法人事編第二五三條)

家族ハ戸主ニ從屬スルモノナレハ戸主カ適法ニ廢家ヲ爲シタルトキハ其家族ハ之ニ隨ヒテ其家ニ入ルヨリ外アラサルナリ

絶家　戸主カ死亡シ又ハ國籍ヲ失ヒタル等ノ場合ニ於テ其家督相續人ナキトキハ一家ハ斷絶スルヨリ外ナキナリ(第七六四條舊民法人事編第二六一條)我邦從來ノ慣習ニテハ戸主死亡シテ其推定家督相續人ナキトキハ其遺族中ノ者ニ於テ其跡ヲ相續セシヲ以テ家族アル戸主死亡シタル場合ニ於テ家ノ絶ユルコ

トナカリシカ新民法ノ規定ニテハ縱令家族アリト雖モ其家族カ相續權ヲ有セサルトキ又ハ相續ヲ承認セサルトキハ其家ヲ斷絶スルモノト爲セリ故ニ此場合ニ於テ其遺リタル家族ハ各〻一家ヲ創立スルヨリ外アラサルナリ然レトモ若シ家族中ニ親子夫婦ノ關係アル者アルトキハ子又ハ妻ハ別ニ一戸ヲ創立セスシテ其父若クハ母又ハ夫ニ隨ヒテ其家ニ入ルヘキハ當然ナリ

第三章　婚姻

此章ヲ分チテ四節トス第一節婚姻ノ成立、第二節婚姻ノ效力、第三節夫婦財產制、第四節離婚是ナリ此中夫婦財產制ハ財產ニ關スル規定ナルヲ以テ之ヲ人事ニ關スル婚姻ノ章中ニ置カスシテ財產法中ニ置キタル立法例ハ舊民法財產取得編又ハ外國法律ニモ見ル所ナレトモ夫婦財產制ハ夫婦ノ身分ニ關スル所頗ル多ク身分ニ關スル事項ハ之ヲ親族編中ニ規定スルヲ至當トシ本法ハ之ヲ本章中ニ置キタル所以ナリ

第一節　婚姻ノ成立

本節ヲ分チテ二款トス第一款婚姻ノ要件、第二款婚姻ノ無效及ヒ取消是ナリ

第一款　婚姻ノ要件

婚姻ノ要件ハ之ヲ實體上ノ要件ト形式上ノ要件トニ區別スルコトヲ得其實體上ノ要件トハ第一、當事者ノ意思表示、第二、婚姻能力ヲ有スルコト、第三、法律カ規定シタル場合ニ於テ或者ノ同意ヲ要スルコト是ナリ形式上ノ要件トハ婚姻ヲ爲スニ付キ要スル方式是ナリ

第一ノ要件　當事者ノ意思表示アルコトヲ要ス

實體上ノ要件ノ第一ナル當事者ノ意思ハ婚姻ヲ爲スニ付キ之ヲ要スルコトハ言フヲ俟タサルヲ以テ法律ハ之ヲ一ノ要件トシテ之カ明文ヲ掲ケスト雖モ婚姻ノ無效及ヒ取消ヲ規定スルニ當リ間接ニ當事者ノ意思表示カ必要ナル旨ヲ示シタリ(第七七八條)

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

第二ノ要件(婚姻能力)　男ハ滿十七年女ハ滿十五年ニ至ラサレハ婚姻ヲ爲スコトヲ得ス(第七六五條、舊民法人事編第三〇條)

此規定ハ實體上ノ要件ナリ蓋シ男女身體ノ發達ハ人ニ依リ又國ニ依リテ異同アリト雖モ一般ニ論スルトキハ或年齡ニ至ラサレハ未タ十分ニ發達セサルモノニシテ一般ノ情況ニ從ヒ法律上一定ノ年齡ヲ定メ其年齡ニ達セサレハ婚姻スルコトヲ許ササルト爲スハ立法上ノ必要ナリ若シ法律カ婚姻ヲ爲スコトヲ得ヘキ年齡ヲ定メサルトキハ人人生理上婚姻ヲ爲スコトヲ得ルニ至ルトキハ婚姻ヲ爲スヘクシテ早婚ヲ防クコトヲ得ス而シテ早婚ハ種種ノ弊害アリテ識者ノ夙ニ痛論スル所ナリ是ヲ以テ立法者ハ我邦ニ於テハ男ハ滿十七年女ハ滿十五年ニ至ルトキハ婚姻ヲ爲ストモ差支ナキモノト認メタルナリ(佛民法ニ於ケル婚姻年齡ハ男ハ滿十八年女ハ滿十五年ナリ)

第三ノ要件　配偶者アル者ハ重チテ婚姻ヲ爲スコトヲ得ス(第七六六條、舊民法人事編第三一條)

重婚ハ刑法(第三五四條)ニ於テモ禁スル所ニシテ此規定ハ一夫一婦ノ制度ヲ公認シタルニ外ナラサルナリ

第四ノ要件　女ハ前婚ノ解消又ハ取消ノ日ヨリ六箇月ヲ經過シタル後ニ非サレハ再婚ヲ爲スコトヲ得ス(第七六七條、舊民法人事編第三二條第一項)

男ハ前婚ノ解消セラレ若クハ取消サレタルトキハ直チニ再婚ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖モ女ハ懷胎シタル儘前婚姻カ解消セラレ若クハ取消サルルコト往往アル所ニシテ若シ此場合ニ於テ若干月日ヲ經過セスシテ前婚ノ解消若クハ取

消後直チニ再婚ヲ爲スコトヲ得ルモノト爲ストキハ再婚後若干日内ニ分娩シタル子ハ前夫ノ子ナリヤ將タ後夫ノ子ナリヤ知ルコト能ハサルヲ以テ法律ハ血統ノ混同ヲ豫防スルカ爲メニ第四ノ要件トシテ女ハ前婚ノ解消又ハ取消ノ日ヨリ六箇月ヲ經過セサレハ再婚ヲ爲スヲ得サルコトト爲セリ

婚姻ノ解消トハ夫ノ死亡又ハ離婚ニ因リテ婚姻ノ消滅シタル場合ニシテ其取消トハ第七百七十九條以下ノ規定ニ從ヒテ婚姻ヲ取消シタル場合ヲ謂フ而シテ此禁止ハ婚姻解消ノ總テノ場合ニ適用セラルルモノニシテ舊民法人事編第三十二條ノ如ク夫ノ失踪ニ原因スル離婚ノ場合ノ如キヲ除外例ト爲ササルナリ何トナレハ妻カ失踪セル夫ト事實上同居ヲ爲スモ其證據ヲ擧クルヲ得サルコトアレハナリ

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

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

第五ノ要件　姦通ニ因リテ離婚又ハ刑ノ宣告ヲ受ケタル者ハ相姦者ト婚姻ヲ爲スコトヲ得ス(第七六八條舊民法人事編第三三條)

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

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

此場合ノ適用ヲ受クルハ裁判上ノ宣告アルコトヲ要ス若シ實際姦通シタルコトアリテ之カ爲メニ協議上ノ離婚ヲ爲シタリトモ右禁婚ノ制裁ヲ受クヘキモノニ非ス是レ他ナシ此ノ如キ忌ムヘキ内事ノ陰祕ハ法律カ敢テ干渉シテ之ヲ外ニ摘發スルトキハ却テ風俗ヲ害スルニ至ルヲ以テ此ノ如キモノハ當事者ヨリ摘發シテ裁判上公認セラレタルモノノミニ止メ其他ハ敢テ問ハサルコトト爲シタリ

第二　姦通ニ因リテ刑ノ宣告ヲ受ケタル場合刑法第三百五十三條ノ規定ニ依リ有夫ノ婦姦通シタルトキハ其婦並ニ其相姦者ハ六月以上二年以下ノ重禁錮ニ處セラルルモノナレハ此場合ニ於テ姦通者ノ雙方宣告ヲ受ケタルトキハ勿論縱令其一方之カ宣告ヲ受ケタルトキニ於テモ後ニ至リ他ノ原因ニ因リテ離婚ノ宣告ヲ受ケタルト或ハ夫ノ死亡シテ婚姻ノ解消シタルト又ハ協議上ノ離婚ヲ爲シタルトヲ問ハス姦通者ハ婚姻ヲ爲スコトヲ許サレサルナリ之ヲ要スルニ姦通ニ因リテ離婚ノ宣告ヲ受クルモ刑ノ制裁ヲ受ケサルコトアリ又刑ニ處セラレタルモ之ヲ原因トシテ離婚セラレサルコトアレトモ以上叙述シタル場合ノ一ニ該當スルトキハ婚姻ヲ爲スコトヲ得サルナリ

第六ノ要件（婚姻ノ障礙）婚姻ヲ爲スニハ左ノ親族關係ヲ有セサルコトヲ要ス

(一)　直系血族又ハ三親等内ノ傍系血族ノ間ニハ婚姻ヲ爲スコトヲ得ス(第七六九條舊民法人事編第三四條第三五條)

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

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

然レトモ法律ハ養子ニ付テハ一ノ例外ヲ設ケタリ即チ養子ト養方ノ傍系血族トノ間ニ於ケル婚姻是ナリ蓋シ養子ト養方ノ傍系血族トノ間ハ元來血緣アラサルモ法律上之ヲ血族ト看做シタル以上ハ養子ノ亡妻ノ姉妹又ハ其伯叔母ト婚姻スルカ如キハ名義上妥當ナラサレトモ從來ニ在リテモ此等ノ者ノ間ニハ或ハ其家ノ子女ヲ一旦他家ニ入レテ其養子女ト爲シ或ハ養子ヲ離緣シ兄弟姉妹若クハ叔姪ノ稱ヲ絶チテ更ニ再ヒ之ヲ養子ト爲スカ如キコトハ實際上往往見ル所ニシテ此等ノ者ノ間ニ婚姻ヲ許ストモ之カ爲メニ毫モ亂倫ト謂フヘキモノニ非サルヲ以テ實際上ノ必要アルヲ慮リ法律ハ此例外ヲ設ケタルナリ

(二)　直系姻族ノ間ニ於テハ婚姻ヲ爲スコトヲ得ス(第七七〇條舊民法人事編第三六條)

姻族關係カ直系ナルトキハ其關係カ繼續スル間ハ勿論縱令離婚ニ因リ若クハ夫婚ノ一方カ死亡シタル場合ニ於テ生存配偶者カ其家ヲ去リタルニ因リテ姻族關係カ止ミタル場合ト雖モ其間ニ婚姻ヲ爲スコトヲ許サス例ヘハ亡妻ノ母

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

嫡母ト父トノ婚姻解除シタルトキハ嫡母タリシ者ト庶子トノ間ニ婚姻ヲ爲スコトヲ得ルカ又繼父母ト繼子トノ間ニ於テ實父又ハ實母ト繼母又ハ繼父ト婚姻ノ解除シタルトキハ婚姻ヲ爲スコトヲ得ルカ此問題ニ付テハ第七百七十條(姻族關係カ止ミタル後ニ於ケル直系姻族間ノ婚姻ノ禁止)及ヒ第七百七十一條(養子縁組ノ關係ノ止ミタル後ニ於ケル養子、其配偶者等ト養親又ハ其尊屬トノ間ノ婚姻ノ禁止)ノ如キ規定ヲ設ケサルハ法ノ不備ト謂フコトヲ得ヘケレトモ此等ノ者ノ間ノ婚姻ノ不倫ナルコトハ言フヲ俟タサルヲ以テ嫡母ト庶子トノ親族關係及ヒ繼父母ト繼子トノ親族關係ハ子ノ爲メニハ其實親ト嫡母又ハ繼父母トノ婚姻ニ因リテ生シタル關係即チ姻族關係ト謂フコトヲモ得ヘキカ故ニ此場合ニ於テハ少シク無理ナレトモ强ヒテ第七百七十一條ヲ適用スルヲ以テ穩當トスヘシ

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

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

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

子ノ配偶者ト養親又ハ其直系尊屬トハ或ハ直系ノ血族ナルコトアリ或ハ直系ノ姻族ナルコトアリ例ヘハ養親ノ家女ノ配偶者トシテ養子ヲ爲シタルトキハ其家女即チ養子ノ配偶者ト養親トハ血族關係ナリ然レトモ養子縁組後ニ其養子ノ妻トシテ他ヨリ嫁シタル者ノ如キハ養子ノ養親トハ直系ノ姻族ナリ其直系血族ナル場合ニ在リテハ第七百六十九條ニ依リ又直系姻族ナル場合ニ在リテハ第七百七十條ノ規定ニ依リテ婚姻ヲ禁セラレタレハ法文ニ此等ノ者ヲ掲ケタルハ離縁ニ因リテ養子ト養親及ヒ其直系尊屬トノ間ノ關係止ミ又ハ養子ノ配偶者又ハ養子ノ直系卑屬カ養子ノ離縁ニ因リテ養子ト共ニ其家ヲ去リタルトキニノミ適用セラルヘキモノトス此等ノ場合ニ於テ婚姻ヲ許ストキハ既ニ第七百七十條ニ付キ説キタルト同シク人倫ヲ亂スヲ免レサルヲ以テナリ

以上第七百六十九條乃至第七百七十一條ニ説キタル所ハ要スルニ婚姻ヲ爲スニハ此等ノ親族關係アラサルコトヲ要スルモノニシテ之ヲ總括シテ第六ノ要件トス

第七ノ要件　婚姻ヲ爲スニハ左ノ者ノ同意アルコトヲ要ス(第七七二條、舊民法人事編第三八條乃至第四二條)

(一)子カ婚姻ヲ爲スニハ其家ニ在ル父母ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス但男カ滿三十年女カ滿二十五年ニ達シタル後ハ此限ニ在ラス

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

一層早キヲ常トシ男子ノ如ク滿三十年ニ至ルマテモ父母ノ許諾ヲ得ルコトヲ要スルモノト爲ストキハ嫁期ヲ失シ適當ノ婚姻ヲ爲スコト能ハサルニ至ルヲ以テナリ

玆ニ謂フ所ノ父母トハ實父母ハ勿論繼父母、養父母及ヒ嫡母ヲ包含スレトモ繼父母、嫡母ト其他ノ父母トノ間ニハ第七百七十三條ニ規定スルカ如ク同意ヲ爲ササルトキニ一ノ差異アリ

又父母ハ家ニ在ル者ニ限ル、家ニ在ラサル父母例ヘハ離婚離緣等ニ因リテ其家ヲ去リタル者ト雖モ法律上ハ其家ニ在ル者ト同一ノ親族關係ヲ有ストモ家族及ヒ事實上ノ關係ハ家ニ在ル者ニ比シ大ニ疎ナラサルヘカラサレハ法律ハ此等ノ者ノ同意ヲ得ルコトヲ要セシメサル所以ナリ

父母共ニ家ニ在ルトキハ其雙方ノ同意ヲ得サルヘカラス、是レ一見スレハ父ハ親權ヲ行ヒ妻ハ其夫ノ權ニ服從スヘキモノナレハ父母ノ一致セサルトキハ父ノ同意ノミヲ以テ足ルカ如シト雖モ此ノ如クスルトキハ一家ノ和睦ヲ缺クヲ以テ法律ハ此ノ如キ場合ニ於テ父ノミノ同意ヲ以テ足レリト爲サス雙方ノ同意アルヲ要スト爲シタリ故ニ若シ父母一致セサルトキハ此要件ヲ缺クモノト謂ハサルヘカラス

父母ノ一方カ死亡スルコトアリ知レサルコトアリ家ヲ去ルコトアリ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルコトアリ此等ノ場合ニ於テハ一方ノ者ノ同意ヲ以テ足レリト爲スヨリ外アラサルナリ

(二)　又父母共ニ死亡スルコトアリ知レサルコトアリ家ヲ去ルコトアリ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルコトアリ此場合ニ於テ婚姻ヲ爲スヘキ子カ成年者ナルトキハ何人ノ同意ヲモ要セスシテ婚姻ヲ爲スコトヲ得然レトモ若シ其子カ未成年者ナルトキハ其後見人及ヒ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス

舊民法人事編ニ於テ父母ノ死亡シタルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ祖父母ノ許諾ヲ受クヘシト爲シタレトモ此ノ如キ場合ニ於テ祖父母ノ未タ老耄セサル者ナルトキハ實際ニ於テハ概シテ未成年者ノ後見人タルヘク其後見人タラサル場合ニ於テハ適當ノ判斷ヲ與フルヲ期スルコト能ハサルヲ以テ新法ハ此ノ如キ場合ニ祖父母ノ同意ヲ得ルコトヲ削除シタリ

婚姻ヲ爲スニ付キ子カ父母ノ同意ヲ得ルコトハ前ニ說キタルカ如ク成年ニ達シタル者モ或年齡マテハ之ヲ要スルニ父母ノ在ラサル場合ニ於テ後見人及ヒ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ未成年者ニ限リタルハ蓋シ後見人、親族會等ハ未成年者ノ利益ヲ保護スルコト父母ノ如クナル能ハサルヲ以テ父母ノ同意ニ於ケルヨリハ一層早ク其制限ヲ脫セシムル必要アリ故ニ此場合ニ於テハ之ヲ普通ノ法律行爲ト同シク婚姻ヲ爲スヘキ者カ未成年ナルトキノミ後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要スト爲シタル所以ナリ

父母カ子ノ婚姻ヲ爲スコトヲ拒ミタルトキハ其子ハ婚姻ヲ爲スニ付キ要スル條件ヲ缺クヲ以テ婚姻ヲ爲スコトヲ得サレトモ父母カ實父母ニ非スシテ繼父、母又ハ嫡母ナルトキハ其同意ニ付キ實父母ニ於ケルト同一ナル能ハス實父母ナルトキハ眞實ニ子ノ利害ヲ計ルヘキヲ以テ非理ヲ唱ヘテ同意ヲ爲ササルコトハ之ナカルヘシト雖モ血族ノ關係ナキ繼父母又ハ嫡母ニ在リテハ不當ナルコトヲ知リナカラ子ノ婚姻ヲ拒ムコト往往之アル所ナレハ法律ハ繼子、庶子ヲ保護スル爲メ例外ヲ設ケ繼父母又ハ嫡母カ子ノ婚姻ヲ拒ミタルトキハ親族會ノ同意ヲ得ルニ於テハ婚姻ヲ爲スヲ得ルコトト爲セリ(第七七三條、舊民法人事編第三八條第三項)

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

禁治產者ハ後見ニ付セラルル(民法第八條)ヲ以テ若シ自ラ普通ノ法律行爲ヲ爲シタルトキハ其行爲ハ之ヲ取消スコトヲ得ヘシ(民法第九條)ト雖モ後見人カ禁治產者ノ法定代理人タル權ハ禁治產者ノ療養、監護及ヒ財產ノ管理ニ限ルモノニシテ人事ニ關スル行爲ノ如キハ其代理權ノ範圍外ニ在ルモノナルヲ以テ之ヲ明カニスル爲メ特ニ本條ヲ設ケタルナリ

右ノ場合ハ禁治產者カ其精神ヲ回復シタル場合ヲ想像シタルモノナリ若シ然ラスシテ心神喪失中ニ婚姻ヲ爲シタルトキハ其婚姻ハ其意思ヲ有セサルモノナレハ最初ヨリ無效ナレハナリ

婚姻ノ方式上ノ要件　婚姻ハ之ヲ戶籍吏ニ屆出ツルニ因リテ其效力ヲ生ス(第七七五條、舊民法人事編第四三條、第四七條乃至第四九條、第六七條)

從來婚姻ノ届出ニ付テハ明治八年十二月九日太政官達ニテ婚姻離婚ハ縱令相對熟議ノ上タリトモ雙方ノ戸籍ニ登記セサル内ハ其效ナキモノト看做スヘキ規定アリシト雖モ其後司法省ノ伺ニ對シテ明治九年七月太政官ヨリ既ニ親族近隣ノ者モ夫婦ト認メ裁判官ニ於テモ其實アリト認ムル者ハ夫婦ヲ以テ論スヘシト指令シタルヲ以テ明治十年六月司法省ヨリ此旨ヲ各裁判所ニ達シタルヨリ以來財産關係若クハ刑事上ノ目的ニ付テハ戸籍簿ニ登記セサル者ト雖モ夫婦ノ關係ヲ公認シ來リタルモノニシテ婚姻後數年間モ婚姻ノ届出ヲ爲ササリシ者モ夫婦ト看做サルル者アリ而シテ從來ノ方式ハ證人ヲ要セス單ニ戸主ヨリ届出ツルヲ以テ足レリト爲シ極メテ簡單ナリシニ付キ本法ハ外國ノ立法例ニ在ルカ如キ煩雜ナル方式ヲ採用セスシテ當事者雙方及ヒ成年ノ證人二人以上ヨリ口頭ニテ又ハ署名シタル書面ヲ以テ之ヲ戸籍吏ニ届出ツヘキコトト爲シタリ

法律カ婚姻ニ付キ此方式ヲ要スト爲シタルハ婚姻ハ之ニ因リテ夫婦財産上ノ關係親族關係等ヲ生シ他ニ對シテ之ヲ公示スヘキ必要アルト又一ハ當事者ノ意思ノ確實ヲ保障スルノ目的トニ出テタルナリ若シ當事者カ法律ノ規定ニ違反シタル婚姻ヲ爲シ之カ届出ヲ爲シタルトキハ戸籍吏ハ之カ注意ヲ爲スコトアルヘキナリ

婚姻ノ效力ニ付テハ舊民法人事編(第六七條)ノ規定ニテハ儀式ヲ行ヒタルニ因リ之ヲ生シ唯夫婦財産契約ニ付テノミ第三者ニ對シテハ婚姻届出後ニ非サレハ其效力ヲ援用スルコトヲ得スト爲シタレトモ本法ニ於テ婚姻ノ儀式ノ如キハ公示サレサルヲ以テ當事者カ何時之ヲ行ヒタルヤ他ノ之ヲ知ル能ハサルモノナレハ他ニ對シテハ勿論當事者間ニ在リテモ一般婚姻ハ之ヲ戸籍吏ニ届出ツタル日ヨリ效力ヲ生スルコトト爲シタリ

婚姻ニ關スル要件ハ公益ニ關スルモノナレハ以上說キタル諸要件ヲ具備セスシテ婚姻ヲ爲スヲ得ヘカラサルヲ以テ法律ハ戸籍吏ヲシテ當事者ノ届出テタルモノカ果シテ法律ノ規定ニ違反セサルヤ否ヤヲ取調ヘシメ其法律ノ規定ニ違反セサルコトヲ認メタル上ニ非サレハ其届出ヲ受理スルコトヲ得スト爲シタリ(第七七六條舊民法人事編第四四條乃至第四六條)而シテ婚姻ヲ爲スニ付キ

父母ノ外尚ホ戸主ノ同意ヲ得ルヲ要スヘキ場合アリ(第七四一條第一項、第七五〇條第一項)曩ニ説キタル此等ノ場合ハ一家ノ調和ヲ計リタルニ出テタル規定ニ外ナラサルモノニシテ婚姻其モノカ公益ニ反スルカ故ニ非ス是ヲ以テ戸主ノ同意ヲ得スシテ家族カ婚姻ヲ爲シ又ハ一旦婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入リタル者カ更ニ婚姻ニ因リテ他家ニ入リタルトキハ其戸主ハ自己ノ同意ヲ得サル家族ニ對シテ離籍又ハ復籍拒絶ヲ爲スコトヲ得ヘキ制裁ヲ設ケ此場合ニ於テハ此制裁ヲ以テ足レリト爲シ戸主ニハ家族カ婚姻ヲ爲スニ付キ父母ノ同意ヲ得ヘキ場合ニ於ケルカ如キ重大ナル權利ヲ與ヘサリシナリ是ヲ以テ戸主ノ同意ヲ得スシテ爲シタル婚姻ノ届出ヲ受ケタルトキ之ヲ許スヘカラサルモノト爲シテ却下スルヲ得サレハ本人ヲシテ反省セシムルカ爲メニ戸籍吏ヨリ一應ノ注意ヲ爲スコトト爲シ若シ之ニ應セサルトキハ戸籍吏ハ届出ヲ受理セサルヘカラサルコトト爲シタリ

右ノ場合ヲ除クノ外婚姻ニ關スル要件ヲ具備セスシテ届出タルトキハ戸籍吏ニ於テ其届出ヲ受理スルコト能ハス隨テ其婚姻ハ許サレサルモノナレトモ戸籍吏カ誤リテ其婚姻ノ届出ヲ受ケタルコトアルトキ例ヘハ父母ノ同意ヲ得スシテ婚姻ヲ爲シ又ハ婚姻年齢ニ達セスシテ婚姻ヲ爲シタルトキハ其婚姻ハ此届出ニ因リテ效力ヲ生スルモノトス(最初ヨリ無效ナル婚姻ハ届出ヲ爲ストモ效力ヲ生スルモノニ非ス)而シテ此場合ニ於テハ後ニ至リ取消スコトヲ得ヘキモ之ヲ取消ササルトキハ全ク有效ナルモノタリ

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

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

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

婚姻ノ結約ニ付テハ婚姻能力ナルモノノ規定アルカ故ニ若シ法律カ豫約ヲ認メタルモノナランニハ同シク豫約ヲ爲スニ付テノ年齡ヲモ規定セサルヘカラサルニ其規定アラサルナリ

子カ婚姻ヲ爲スニ付テハ家ニ在ル父母又ハ未成年者ニ付テハ後見人及ヒ親族會ノ同意ヲ要ス而シテ若シ法律カ豫約ヲ有效ナリト認メタランニハ此豫約ヲ爲スニ付キ父母又ハ其他ノ者ノ同意ヲ要スルコトヲ規定セサルヘカラサルニ豫約ニ付キ此ノ如キ規定ナキハ豫約ヲ認メサル所以ナリ

婚姻ヲ爲シタル者ノ間ニ於テ法定ノ原因アルトキハ離婚ノ請求ヲ許セルニ由リ法律カ若シ豫約ヲ認メタランニハ之カ解除ニ關スルコトヲモ規定セサルヘカラサルニ其規定ナキハ是レ亦法律カ豫約ヲ認メサル所以ト謂フコトヲ得ヘシ

婚姻ノ豫約ハ從來世間一般ニ行ハルルモノナルカ故ニ之ニ立法上或效力ヲ付スルコトハ予ノ贊成スル所ナレトモ法律ノ解釋論トシテハ法律上認メラレサルモノト斷言セサルヘカラス(明治三十五年三月八日言渡大審院明治三十四年(オ)第五百三十七號國重ヤス對廣島活二間約定金請求事件)而シテ夫レ既ニ豫約カ法律上認メラレサル以上ハ豫約當事者ノ一方カ豫約ニ違背シテ之カ爲メ他ノ一方ニ損害ヲ生スルコトアルトモ法律上無效ノ行爲ニ關シテ生シタル損害ハ賠償スル責任アラサルナリ

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

メタレトモ全然之ヲ認メタルニ非スシテ僅ニ或效力ヲ付シタルニ過キサルナリ今其要點ヲ摘示スレハ豫約ハ有效ナレトモ婚姻締結ノ訴權ハ認メラレス又豫約者ノ一方カ豫約ヲ實行セサル場合ニ關スル罰款ハ無效ナリト規定シ曩ニ叙述セルカ如ク婚姻ハ之ヲ實行スルニ當リ其當事者互ニ自由ナル意思ヲ以テスル原則ヲ認容シタルナリ獨逸法カ婚姻ノ豫約ヲ認メタルハ唯制限セラレタル或場合ニ損害賠償ヲ認メタルニ過キサルナリ

外國ニ在ル日本人間ニ於テ婚姻ヲ爲サント欲スルトキハ日本ノ戸籍吏アラサルヲ以テ右ニ說キタル方式(第七七五條)ニ從フコト能ハス是ヲ以テ法律ハ其國ニ駐在スル日本ノ公使又ハ領事ニ其屆出ヲ爲スコトヲ得ルモノト爲シタリ而シテ此場合ニ於テハ右戸籍吏ニ屆出ツル規定ヲ準用スルモノトス(第七七七條、舊民法人事編第五一條)

第二款　婚姻ノ無效及ヒ取消

婚姻ノ無效　婚姻ハ左ノ場合ニ限リ無效トス

以上ノ三主義ハ相續ナル制度ノ根基ヲ論スルニ於テ其意思ヲ異ニスト雖モ相續制度其モノヲ是認スル點ニ於テハ相一致スルモノナリ然ルニ之ニ對シ相續制度其モノヲ否認スル說ヲ唱フル者ナキニ非ス

否認說ノ第一ハ財產ノ私有ヲ非トシ隨テ死者ノ財產ヲ特定ノ人ニ移轉スル制度ヲモ否定セントスルモノナリ然レトモ所有權ナルモノハ純理ニ於テ正當ノ根據ヲ有スルノミナラス各人竝ニ社會ノ發達ハ之ヲ條件トスルノ事實ヲ認ムル以上ハ共產論ノ不當ナルコトハ多言ヲ要セスシテ明カナリ

否認說ノ第二ハ勤勞ヲ爲ササル子孫ヲシテ手ヲ拱シテ父祖ノ富有ナル財產ヲ享有セシムルハ人ノ勤勉心ヲ阻害スルモノナルヲ以テ相續制度ヲ認ムルハ社會ノ公益ヲ害スト爲スモノナリ然レトモ此說ハ子孫ノ勤勉ヲ勸メントシテ父祖ノ勤勉ヲ妨クルモノナルヲ以テ採ルニ足ラス

否認說ノ第三ハ財產ノ享有ハ之ヲ享有スル意思ノ存續スル間ニノミ限ルモノニシテ死亡ニ因リ意思ノ消滅シタル人ニ屬シタル財產ハ死亡ト共ニ無主物ト爲ラサルヘカラスト爲スモノナリ然レトモ人カ生產ヲ爲スハ獨リ自己ノ爲メ

ニスルニ非スシテ亦子孫ノ爲メニスルモノニシテ而モ此希望カ事實ニ行ハルルコトカ人ヲシテ生產ニ勤勉セシムル所以ナル以上ハ純理上又經濟上相續制度ノ相當ナルコトハ疑ヲ容ルルノ餘地ナキモノトス

否認說ノ容スヘカラサルコト以上論スル所ノ如シトセハ相續ノ根基ハ之ヲ前記三主義ノ其一ニ求ムルコトヲ得ルヤ予ノ見ル所ヲ以テセハ三主義ハ各〻一面ノ眞理ヲ有スト雖モ之ト同時ニ他ノ一面ニ弱點ヲ有スルモノナリ元來相續制度ノ如ク錯綜シタル人類生活ノ諸方面ニ涉ル法律關係ハ單一ノ論據ニ依リ一概ニ說了シ得ヘキモノニ非ス所有者ノ死後處分ヲ認容スルニ非サレハ所有權ナルモノハ其效用ヲ完ウシ其存在ノ目的ヲ達スルコト能ハス相續制度ハ此點ニ於テ所有者タル被相續人ノ意思ヲ無視スルコト能ハス血統上ノ共同ハ生活上ノ共同ヲ誘起スルカ故ニ親族ナルモノハ互ニ相依リ相助クルノ權利義務ヲ有スルモノトス相續制度ハ此點ニ於テ親族タル相續人ノ權利ヲ認メサルコトヲ得ス法律關係カ主體ノ死亡ニ因リ卒然息止スルカ如キコトアランカ不時ノ損害ヲ慮ル者ハ信用取引ヲ爲ササルニ至リ社會ノ公益ハ之カ爲メ傷害ヲ受クルコト少カラス故ニ被相續人ノ人格カ相續人ノ頭上ニ延長セラレ被相續人ニ對シテ生シタル法律關係カ相續人ニ依リテ能ク維持セラルルコトハ信用取引ノ發達ト共ニ益〻社會ノ必要事項タルモノナリ相續制度ハ此點ニ於テ社會ノ公益ト關聯スルコト頗ル多大ナリ故ニ予ハ相續ノ根基ハ之ヲ前記三主義ノ各〻異理トスヘキ方面ニ求メ一、人格ノ承繼ヲ必要トスル社會取引ノ要求二、親族ノ權利三、所有者ノ意思ニ在ルモノナリト言ハント欲ス而シテ能ク此三者ヲ調和シタル相續制度ハ之ヲ上乘ナルモノト爲ササルヘカラス

以下民法規定ノ順序ニ從ヒ其大體ノ說明ヲ爲スヘシ

第一章　家督相續

本章ハ法文上第一節總則、第二節家督相續人、第三節家督相續ノ效力ノ三節ニ分ルルヲ以テ本講義モ之ニ從フ

第一節　總則

本節ニ於テハ家督相續ノ開始スル原因、開始ノ時、開始ノ場所、回復請求權ノ時效及ヒ費用ニ關シテ規定セリ以下之ヲ説明セン

第一　家督相續開始ノ原因

家ナルモノハ一ノ小ナル團體ナリ既ニ一ノ團體ヲ成ス以上ハ内ニ於テハ之カ統轄ヲ爲ス者ナカルヘカラス外ニ向テハ又其家ヲ代表スル者アルヲ必要トスルカ故ニ家アレハ必ス戸主ナカルヘカラス是ヲ以テ一家ノ戸主タル地位ニ空缺ヲ生シタルトキハ必ス代リテ其地位ニ當ル者ナカルヘカラス家督相續ハ此必要ニ因リテ起ルモノナリ一言ニシテ之ヲ蔽ヘハ家督相續開始ノ原因ハ前戸主カ戸主タル身分ヲ喪失スルコトニ在リ但茲ニ注意スヘキハ前戸主カ戸主タル身分ヲ失フト同時ニ其家カ廢家又ハ絶家ニ歸スル場合ニ於テハ家督相續ノ起ラサルコトハ言ヲ俟タス何トナレハ家ナクシテ戸主ヲ要スルノ理ナケレハナリ

民法ハ家督相續開始ノ原因ヲ規定スルニ以上ニ述ヘタル如キ概括的ノ規定ヲ採ラスシテ列擧的ノ條文(第九六四條)ヲ設ケタルカ故ニ其規定ニ從ヒ其原因ヲ列擧説明スヘシ

(い)　戸主ノ死亡　死亡ハ人格其者ヲ消滅セシムルモノナルカ故ニ人格ニ伴フ身分ヲモ失ハシムルハ勿論ナリ隨テ戸主カ死亡シタルトキハ茲ニ家督相續ヲ開始ス此ニ死亡トハ獨リ事實上ノ死亡ノミヲ指スニ非スシテ法律ニ於テ死亡シタルモノト看做ス場合モ亦包含スルモノナリ故ニ戸主カ失踪ノ宣告ヲ受ケテ法律上死亡ト看做サルル場合ニ於テ家督相續ノ起ルハ當然ノ結果ナリ

(ろ)　戸主ノ隱居　戸主ハ隱居ニ因リテ戸主タル身分ヲ脱スルコトヲ得ルハ親族編ノ規定スル所ナリ故ニ戸主ノ隱居ハ家督相續ノ原因ナリ(第七五二條)

(は)　戸主ノ國籍喪失　戸籍法ニ依レハ日本ノ國籍ヲ有セサル者ハ本籍ヲ定ムルコト能ハサルヲ以テ戸主ニシテ日本ノ國籍ヲ失ヒシトキハ依然トシテ其戸籍ニ居ルコトヲ得ス既ニ戸籍ヨリ排除セラタル者ハ其家ノ戸主タルヲ得サルヲ以テ日本ノ國籍ヲ失ヒシ戸主ハ之ト同時ニ其身分ヲモ失フ隨テ戸主ノ國籍喪失ハ家督相續開始ノ原因ト爲ラサルヘカラス舊民法ニ於テハ戸主カ國籍ヲ喪失シタルカ爲メニ家督相續ノ開始スルコトヲ認メス是レ舊民法ハ戸主カ國

籍ヲ失セシトキハ同時ニ其家ハ廢家ト爲リ推定家督相續人タル者ハ前戸主ノ家族ト共ニ別ニ一家ヲ創立ストノ規定ナルヲ以テ其間ニ空缺ト爲リシ戸主ノ地位ナカリシヲ以テナリ隨テ家督相續ノ問題起ルノ餘地ナシ新民法ハ其規定ヲ變シテ戸主カ國籍ヲ失フモ爲メニ其家ノ廢家ト爲ルコトヲ認メスシテ唯國籍ヲ有セサル者ハ戸主ト爲ルコト能ハサルカ故ニ其結果トシテ戸主ナキニ至ルヲ以テ茲ニ家督相續ノ必要起ルナリ

(に)　戸主カ婚姻又ハ養子縁組ノ取消ニ因リテ其家ヲ去リタルトキ　法律行爲ノ取消ハ其效力ヲ既往ニ遡ラシムルハ我民法ノ認ムル原則ナリト雖モ婚姻及ヒ養子縁組ノ取消ニ付テハ其效力ヲ既往ニ及ホササルコト民法ノ明定スル所ナリ蓋シ此場合ニ於テモ猶ホ取消ノ效力ヲ既往ニ及ホサシメンカ第三者殊ニ子ノ利益ヲ害スルコト非常ニ大ナルヲ以テナリ而シテ入夫婚姻ニ因リテ戸主ト爲リシ者又ハ養子カ家督相續ヲ爲シ戸主ト爲リシ者ハ婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ其家ニ入リタルモノナルカ故ニ或事故ノ爲メニ其婚姻又ハ養子縁組カ取消サレタルトキハ其家ニ在ルコト能ハスシテ自ラ戸主タル身分ヲ失フヘシト雖モ其取消ハ效力ヲ既往ニ及ホササルヲ以テ入夫又ハ養子ハ取消ノ日マテハ其家ノ戸主ニシテ取消ノ日ヨリ始メテ戸主タル身分ヲ失フモノナリ故ニ戸主ノ曠缺ヲ生スルヲ以テ家督相續開始ノ原因ト爲ルモノナリ

(ほ)　女戸主ノ入夫婚姻　舊民法ノ規定ニ依レハ入夫婚姻ノ場合ニ於テハ婚姻中其入夫ハ戸主ヲ代表シテ其權ヲ行フヿ雖モ入夫自身ニ戸主ト爲ルニ非ス故ニ入夫婚姻アルモ家督相續ハ起ラサリシナリ然ルニ新民法ハ第七百三十六條ニ於テ入夫ハ入夫婚姻ニ因リテ其家ノ戸主ト爲ルコトヲ定ムルカ故ニ茲ニ戸主ノ更替起リ隨テ家督相續ノ開始原因ヲ爲スモノナリ但シ茲ニ注意スヘキハ第九百六十四條ヲ一見スレハ入夫婚姻ハ何時ニテモ家督相續開始ノ原因ナルカノ如ク見ユルモ此條ハ普通ノ場合ニ付テ規定ヲ設ケタルモノニシテ第七百三十六條ノ但書ニ依リテ當事者ノ意思ヲ表示シテ入夫ヲ其家ノ戸主ト爲ササリシトキハ女戸主ハ依然トシテ其戸主タル身分ヲ保有スルヲ以テ家督相續ノ開始セサルコトハ詳シク論スルノ要ナシ

(へ)　入夫ノ離婚　養子ハ戸主ト爲リタル後ニ之ヲ離縁スルコトヲ得サルハ民

法ノ規定スル所ナレトモ入夫ハ戸主ト爲リタル後ニ於テ離婚ヲ爲スコトヲ禁セサルヲ以テ協議上離婚ヲ爲スコトヲ得ヘク又訴ニ依リテ離婚ヲ爲スコトヲモ得ルナリ而シテ婚姻ニ因リテ他家ニ入リタル者ハ離婚ニ因リテ實家ニ復籍スルコトハ又民法ノ規定スル所ナルヲ以テ入夫ニシテ戸主タル者カ離婚シタルトキハ茲ニ戸主ノ空位ヲ生シテ家督相續ノ必要起ルナリ但シ入夫ニシテ戸主ニ非サル者カ離婚シタル場合ニ家督相續ノ起ラサルコトハ女戸主ノ入夫婚姻ノ場合ニ付キ述ヘシト同一ナルヲ以テ更ニ論スルノ必要ナシ

第二　相續開始ノ時期

第九百六十四條ニ「家督相續ハ左ノ事由ニ因リテ開始ス」ト明言シアリテ前述ノ家督相續開始ノ原因ヲ列擧シアルカ故ニ此條文ハ獨リ家督相續開始ノ原因ヲ定メタルノミニ非スシテ又其開始スル時期ヲ定メタルモノナリ即チ本條ニ列擧シタル事實ノ發生シタル時ニ於テ家督相續ハ開始セラルヘキモノナリ此開始ノ時期ヲ確定スルコトハ相續ニ關スル問題ニ在リテハ重要ノコトニシテ殊ニ次ノ如キ點ニ於テ其必要アルモノナリ

一　相續人ノ資格ノ有無ハ相續開始ノ時期ニ於ケル現狀ニ依リテ定ムヘキモノナルカ故ニ其當時ニ於テ現ニ存在セシヤ否ヤ將タ其當時ニ於テ現ニ被相續人ノ家族ナリシヤ否ヤ若クハ其當時ニ於テ憂先ノ家督相續人ナカリシヤ否ヤ等ハ直チニ相續人ト爲リ得ルヤ否ヤノ問題ノ決セラルヘキ基礎ト爲ル

二　家督相續ノ效力ハ相續開始ノ時期ヨリ發生スルモノナリ故ニ其時期ノ何時ナリシヤハ相續人カ取得シ又ハ負擔スヘキ權利義務ノ範圍ニ影響スルモノナリ

三　相續財産ノ分離ナルコトハ相續ノ開始シタル時ヨリ一定ノ期間内ニ請求セサルヘカラス故ニ其時期ノ確定ハ期間ヲ計算スル上ニ關係ヲ有スルモノナリ」

相續開始ノ原因中戸主ノ隱居、國籍ノ喪失等凡テ死亡ノ場合ヲ除クノ外ハ法律上一定ノ手續アリテ始メテ生スルモノナルヲ以テ其手續ノアリタル時カ即チ相續開始ノ時ナリト云フヲ得ルモ死亡ナル原因ニ付テハ他ノ原因ノ如ク其何レノ時ニ在リシカヲ知ルハ容易ナラサルコトアリ若シ戸籍吏カ主管スル公ノ帳簿ニ記載セラレタル所ノ死亡ノ日附ヲ以テ死亡ノ時期ヲ確定スル證據力ヲ

有スルモノトセハ多クノ場合ニ於テ問題ハ容易ニ決シ得ルモ若シ公簿ニ記載シアル死亡ノ日時カ其時期ヲ確定スル證據力ナシトセシナラハ普通ノ證據方法ニ依リテ證明ヲ爲ササルヘカラス佛國民法ノ下ニ於テハ學者ノ議論一致セス而シテ多數學者ノ論スル所ニ依レハ死亡證書ニ記載シタル死亡ノ年月日時ハ死亡ノ時期ヲ確定スル力ヲ有セサルモノト云ヘリ蓋シ佛國民法ニ於テハ死亡證書ニハ死亡ノ年月日ヲ記載セサルヘカラサルノ規定ナキヲ以テ戸籍吏カ法律ノ命セサル記載ヲ爲スモ之ニ因リテ法律上ノ推定ノ生スルコトナシト爲シタルナリ然レトモ我國ニ於テハ死亡ノ屆書ニハ死亡ノ年月日時ヲ記載スルコト必要ナリトシ(戸籍法第一二五條)戸籍吏ハ其屆書ニ依リ身分登記簿ニ登記スルモノナルヲ以テ身分登記簿ニ登記シタル死亡ノ年月日時ハ法律ノ命スル所ニ依リテ記載セラレタルモノナリ故ニ屆書カ不正ナリト云フ反證ノ擧ラサル限リハ其記載シアル死亡ノ時期カ相續開始ノ時期ヲ定ムル有力ナル證據ト爲ルモノナリ

一時ニ多數ノ死亡者アリテ其死亡シタル前後明カナラサル場合ニ於テハ外國ノ立法例ニテハ一種ノ推定ヲ設ケ法律ニ於テ其時期ノ前後ヲ定ムルモノアリ佛國民法同難共死ノ場合ノ原則ノ如キ是ナリ其規定ニ依レハ同一ノ災害ニ因リテ多數ノ者カ一時ニ死亡シテ其前後ノ明カナラサルトキハ老人(六十歲以上)又ハ幼年者(十五歲以下)ハ壯年ノ者ヨリモ前ニ死亡シ女子ハ男子ヨリモ早ク絶命シタルモノトセリ此推定ハ極メテ巧妙ナルカ如シト雖モ場合ニ由リ事實ニ符合セサルコトモアルヘキカ故ニ此ノ如キ事實ノ問題ハ裁判官ノ判斷ニ任セテ法律ヲ以テ干涉セサルヲ得策トスヘシ若シ事實上如何ニシテモ死亡ノ前後分明ナラサルトキハ同時ニ死シタルモノト看做スヲ以テ盡ロ理論ニ適シタルモノト云フヘシ

第三　家督相續開始ノ場所

法律ハ或事件ニ關シテハ家督相續開始地ノ裁判所ノ管轄ナリト規定スル場合多キカ故ニ相續開始地ノ何レニ在ルヤヲ定ムル裁判所ノ管轄ヲ明カニスル爲メニハ極メテ必要ナリ第九百六十五條ニ依レハ家督相續ハ被相續人ノ住所ニ於テ開始スルモノナリ故ニ法律ニ於テ家督相續開始地ノ裁判所ノ管轄ナリト

規定セル事件ハ總テ被相續人カ家督相續開始ノ當時ニ有シタル住所ノ地ノ裁判所カ管轄スヘキモノナリ蓋シ被相續人住所ノ地ハ被相續人ノ身分財產等凡ソ相續ニ關係シタル事項ヲ調査スルニ於テ最モ便宜多キカ故ニ此地ヲ以テ相續開始ノ地ト定メ官民ノ便宜ヲ計リシモノナリ(非訟事件手續法第二條參看)

第四　家督相續ノ回復請求權ニ關スル時效

債權ノ消滅時效ニ關シテハ總則編中其種類ニ從ヒ各時效ノ期間ヲ定ムルモ家督相續ノ回復請求權ハ純然タル債權ナリト云フヲ得サルヲ以テ債權ニ關シテ總則編中ニ規定スル時效ハ之ヲ家督相續回復ノ請求權ニ適用スルヲ得ス然ルニ不確定ナル法律關係カ永ク繼續スルコトハ社會ノ不利益ナリトシテ時ノ經過ヲ條件トシテ既ニ成立シタル法律關係ノ確定ヲ認メテ之ニ依テ取引其他社會諸般ノ關係ヲシテ錯雜紛糾ヲ免レシムルハ社會ニ必要ナリトセハ家督相續ノ如ク戶主ナル身分ト同時ニ包括的財產ノ移轉ヲ生スル法律關係ニ於テハ最モ其必要アルモノト云フヘシ故ニ第九百六十六條ハ家督相續回復ノ請求權ニ關スル一ノ消滅時效ヲ定メテ一定ノ期間經過スレハ家督相續ハ確定スルモノト定メタリ而シテ同條ノ規定シタル時效ハ二個ノ點ニ於テ總則編ノ消滅時效ト異ナル

其第一ノ點ハ時效ノ起算點ニ關ス　即チ總則編ノ規定ニ依レハ消滅時效ノ進行ハ權利ヲ行使シ得ル時ヨリ始ムルモノナレトモ本條ノ時效ハ家督相續人又ハ其法定代理人カ相續權侵害ノ事實ヲ知リタル時ヨリ進行スルモノナリ蓋シ相續權ナルモノハ債權ト異ニシテ其權利ヲ行フコトヲ得ル時即チ相續ノ開始スル時期ハ前以テ確知スルコト容易ナラサルヲ以テ相續人ト爲ルヘキ人ニテモ時トシテ相續カ開始シタルコトヲ知ラサル場合アリ然ルニ若シ時效ノ起算點ヲ權利ヲ行ヒ得ル時ニ置カハ相續人ト爲リ得ル者カ其權利ノ行ヒ得ルコトヲ知ラサル間ニ權利ハ既ニ消滅スル場合ヲ生スルコト少カラサルカ故ニ家督相續回復ノ請求權ニ關シテハ故ラニ總則編ノ消滅時效ニ關スル規定ト異ニシタルナリ而シテ同條ハ相續權侵害ノ事實ヲ知リタル時ヲ以テ時效ノ起算點ト爲スヲ以テ相續人ト爲リ得ル者カ相續ノ開始シタルコトヲ知リ居ルノミニテハ未タ時效ハ進行ヲ始メス同條ニ依リ時效ヲ進行セシムルニハ其相續人ト爲

ヲ得ル者カ他人カ現ニ家督相續ヲ爲シテ自己ノ相續權ヲ侵害シタル事實ヲ知ラサルヘカラス第九百六十六條ニハ「家督相續人又ハ其法定代理人カ相續權侵害ノ事實ヲ知リタル時」トアルヲ以テ條文ノ文字ニ重キヲ置ケハ未成年者タル家督相續人カ相續權侵害ノ事實ヲ知リタル以上ハ其法定代理人ハ之ヲ知ラサルモ猶ホ時效ハ進行ヲ始ムルモノノ如クナリト雖モ此ノ如キ解釋ハ文字ニ拘泥シテ法律ノ精神ヲ忘レタルモノト云ハサルヘカラス抑モ時效ナルモノハ權利ヲ行フコトヲ得ル者カ一定ノ期間之ヲ行ハサルカ故ニ其人ヲシテ權利ヲ失ハシムルモノナリ自ラ權利ヲ行フコトヲ得サル者カ權利ヲ行使セサルコトハ當然ニシテ少シモ責ムヘキ所ナシ故ニ第九百六十六條ハ權利行使ノ能力ナキ未成年者カ相續權侵害ノ事實ヲ知リナカラ其權利ヲ行使セサル場合ニ於テ直チニ時效ヲ進行セシムルノ意ニ非サルハ明カナリ故ニ同條ノ規定ハ區別シテ解釋スルノ必要アリ即チ家督相續人カ能力者ナルトキハ其家督相續人カ相續權侵害ノ事實ヲ知リタル時ヨリ時效ヲ計算スヘキモノニシテ若シ家督相續人カ無能力者ナルトキハ其法定代理人カ相續權侵害ノ事實ヲ知リタル時ヲ以テ時效ノ起算點ト爲ササルヘカラス

其第二ノ點ハ時效カ比較的ニ短キコト　債權ハ原則トシテ十年ヲ以テ消滅時效ノ期間トスルモ家督相續回復ノ請求權ハ五年間行ハサルトキハ時效ニ因リテ消滅スルモノナリ既ニ述ヘタル如ク家督相續ノ如キ身分ト共ニ包括的財產ノ移轉ヲ生スルモノニ在リテハ其關係カ永久ノ間不確定ナルトキハ一家內又ハ親族間ニ紛爭ノ起ル機會ヲ與フルコト永キノミナラス第三者ノ權利マテモ不安固ナラシメ其利益ヲ害スルコト尠カラサルヲ以テ法律ハ五年ノ猶豫ヲ與ヘ尙ホ其權利ヲ行ハサル者ニハ其權利ヲ失ハシメテ既ニ存シタル法律關係ヲ確定スルハ相當ナリト認メタルモノナリ此ノ如ク法律ハ一方ニ於テハ時效ノ起算點ヲ相續人又ハ其法定代理人カ相續權侵害ノ事實ヲ知リタル時ニ置キ他ノ一方ニ於テハ時效ノ期間ヲ五个年ト定メ各人ノ利益ト社會ノ利益トヲ相調和セシムルコトヲ計リタリト雖モ若シ如何ナル場合ニテモ時效ノ起算點ハ相續權侵害ノ事實ヲ知リタル時ニ在リトセハ折角法律カ家督相續ノ如キ法律關係ハ可成的速ニ確定セシムルヲ以テ社會ノ利益ト爲シタル趣意ハ之ヲ貫クヲ

得サルヘシ何トナレハ相續人若クハ法定代理人カ久シク相續權侵害ノ事實ヲ知ラサリシトキハ家督相續回復ノ請求權ハ數十年ニ亘ルモ消滅セサル場合生スルコトアレハナリ故ニ第九百六十六條ハ更ニ附加シテ相續開始ノ時即チ家督相續人又ハ其法定代理人カ權利ヲ行使スルヲ得ル時ヨリ二十年ヲ經過シタルトキハ縱令其人等カ權利侵害ノ事實ヲ知ラサルモ仍ホ回復請求權ハ時效ニ罹ルモノトシテ時效ノ規定ヲ設ケタル趣意ヲ貫カント爲シタルナリ

第五　相續財產ニ關スル費用

相續財產ノ保存清算又ハ配當等ニ關シテハ相當ノ費用ヲ要スルモノナリ此費用ハ相續人カ之ヲ負擔セサルヘカラサルカ又ハ相續財產ノ負擔トシテ相續財產中ヨリ其支拂ヲ爲スヘキモノナルカ相續財產ナルモノハ畢竟相續人ノ手ニ歸スヘキモノナルカ故ニ此問題ハ一見何等ノ實益ナキカ如シ然レトモ後ニモ詳述スルカ如ク相續ニ對シテハ相續人タル者ハ單純ニ之カ承認ヲ爲スカ或ハ相續財產ノ限度ニ於テ被相續人ノ義務ヲ負擔スト云フ條件ヲ以テ承認ヲ爲スカ又ハ全ク之ヲ拋棄スルカノ三種中其一ヲ擇ヒテ決意ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ而シテ其決意ノ如何ニ因リテハ相續財產ニ關スル費用ヲ以テ其財產ノ負擔トスルヤ否ヤニ付テハ大ニ利害ノ關係ヲ異ニスルモノナリ家督相續人カ單純ノ承認ヲ爲シタルトキハ費用ノ負擔ヲ以テ相續財產ニ在リトスルモ又然ラストスルモ相續人ニ於テハ痛痒ノ感ナシ被相續人ノ債權者ト相續人ノ債權者トノ間ニハ　トシテ利害ノ問題ノ起ルコトアリ即チ相續財產分離ノ請求アリタルトキハ被相續人ノ債權者ハ相續財產ノ上ニ優先權ヲ有スルモノニシテ其財產ノ中ヨリ費用ヲ支辨スルト否トハ直チニ優先權ヲ行フコトヲ得ル財產ノ額ニ影響ヲ及ホスモノナリ

家督相續　カ相續ヲ拋棄シタル場合ニ於テハ相續ノ拋棄ヲ爲スモ猶ホ費用タケハ必ス負擔スヘキモノナリヤ否ヤハ相續拋棄者ノ利害ニ關スルコト大ナリ隨テ被相續人及ヒ相續拋棄者ノ債權者ノ利害ニモ大ニ關係ス唯家督相續人ニシテ拋棄ヲ爲シ得ル者ハ至リテ少數ナルヲ以テ家督相續ニ關シテハ此問題ノ利益甚タ少シ此問題ノ實益ノ大ナルハ家督相續人カ限定承認ヲ爲シタル場合ニ在リ限定承認トハ相續財產ノ有ル限リニ於テ債務及ヒ遺贈ヲ辨濟スルモノ

ナルカ故ニ若シ相續財産ニ關スル費用ヲ以テ其財産ノ負擔ナリトシタルトキハ被相續人ノ債權者及ヒ受遺者ハ費用ヲ支拂ヒタル殘額ヲ以テ辨濟ヲ受クルモノナレハ時トシテハ全額ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得サルコトアリ之ニ反シテ相續財産ニ關スル費用ハ相續人ノ負擔ナリトセハ被相續人ノ債權者及ヒ受遺者ハ相續財産ノ全部ニ付テ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルモノナリ故ニ費用負擔ノ何レニ在ルヤハ家督相續人及ヒ被相續人ノ債權者幷ニ受遺者ノ利害ニ最モ關係アルモノナリ第九百六十七條ニ依レハ相續財産ニ關スル費用ハ其財産ノ負擔ナリト規定セリ故ニ相續財産ニ關シテ起リシ訴訟ノ費用其財産ヲ管理スル爲メニ生シタル費用又ハ限定承認ノ場合ニ於テ廣告又ハ競賣等ニ關スル費用等凡ソ相續財産ニ關シテ生シタル費用ハ債務及ヒ遺贈ノ辨濟ニ先チテ相續財産ヨリ支拂ハルヘキモノナリ相續財産ニ關スル費用ハ相續ナルコトヨリ惹起シタル費用ナルカ故ニ其財産ヨリ支拂ハルヘキハ實ニ至當ノコトニシテ債權者又ハ受遺者ハ之ニ向テ抗議スヘキ理由ナキモノナリ何トナレハ債權者又ハ受遺者カ其債務又ハ遺贈ノ辨濟ヲ受クルニ至リタルハ其費用ノ支出アリタル爲メナリト云ヒ得ルヲ以テ之ヲ一種ノ共益費用ト云フモ可ナルヲ以テナリ舊民法ハ相續財産ニ關スル訴訟ニ要セシ費用ハ法律上ノ期間内ニ係ルモノト裁判所ノ許シタル期間内ニ係ルモノトヲ問ハス總テ相續財産ノ負擔ナリト規定セリ(舊民法財産取得編第三二〇條)此規定ノ精神ハ相續財産ニ關シテ起リシ訴訟ノ爲メニ要シタル費用ハ總テ相續財産ノ負擔ト爲ルヘキモノニシテ或外國ノ立法例ニ見ル如ク法律上ノ期間内ニ係ルモノト裁判所ノ許シタル期間内ニ係ルモノトヲ區別スヘキモノニ非サルコトヲ明カニスルニ在ルナルヘシト雖モ此ノ如キ規定ヲ設クルトキハ反對論法ニ依リテ相續財産ニ關スル訴訟ニ要シタル費用ニ非サル其他ノ費用ハ相續財産ノ負擔ト爲スヘカラサルカ如キ解釋ヲ爲シ得ルヲ以テ寧ロ新民法ノ如ク廣ク相續財産ニ關スル費用ヲ以テ總テ其財産ニ關スル費用ト爲スハ至極理論ニ適セリ

相續財産ニ關スル費用ハ其財産ヨリ支辨セラルルモノナレトモ家督相續人ノ過失ニ因リテ生シタルモノハ之ヲ相續財産ノ負擔ト爲スヲ得ス過失アル家督相續人ニ於テ負擔セサルヘカラス是レ一種ノ損害賠償ニシテ總テノ費用ヲ一

旦相續財產ノ負擔トシ家督相續人ノ過失ニ因リテ生シタル費用ニ限リ更ニ家督相續人ヨリ相續財產ニ向テ賠償スヘキモノト爲ス代リニ始メヨリ其費用ヲ以テ家督相續人ノ負擔トナシテ其過失ノ責ニ任セシメタルナリ例ヘハ家督相續人カ管理上ノ注意ヲ缺キシカ爲メニ相續財產ニ毀損ヲ生シテ爲メニ修繕ヲ要シタルカ如キ又ハ相續財產ニ關スル訴訟ニ關シテ故ナク闕席シタル爲メニ不利益ナル闕席判決ヲ受ケ故障ノ申立ニ因リ始メテ利益ナル判決ヲ得タルカ如キ場合ハ家督相續人ノ過失ニ基因シテ生シタルモノナルヲ以テ相續財產ノ負擔ト爲スコトヲ得サルナリ

家督相續人カ或行爲ヲ爲スヘキコトヲ怠リシ爲メニ相續財產ヲ組成スル所ノ或權利ノ消滅ヲ來シタル場合ニ於テ其怠慢ノ結果ハ家督相續人ニ於テ引受ケサルヘカラサルハ勿論ナレトモ相續財產ヲ組成スル或權利ノ消滅ハ之ヲ相續財產ニ關スル費用ト云フヲ得サルヲ以テ此場合ニハ第九百六十七條ヲ適用スルコト能ハス被相續人ノ債權者又ハ受遺者ノ如キ家督相續人ノ怠慢ニ因リ損害ヲ受ケタル者ニシテ其救濟ヲ求メントセハ不法行爲ニ關スル法律ノ規定ニ依リ損害賠償ヲ請求スルノ途ニ出テサルヘカラス

第九百六十七條第二項ニ依レハ遺留分權利者即チ家督相續人カ贈與ノ減殺ニ因リ得タル財產ハ之ヲ以テ相續財產ニ關スル費用ノ支辨ニ充ツルコトヲ要セスト規定セリ家督相續人カ贈與ノ減殺ヲ請求スルコトヲ得ルハ其遺留分ヲ保全スル爲メナルヲ以テ贈與ノ減殺ニ因リテ得タル財產モ亦相續財產ナルコトハ他ノ財產ト異ナルコトナシ故ニ第九百六十七條第一項ノミノ規定アリテ第二項ノ規定ナカリシモノトセハ贈與ノ減殺ニ因リテ得タル財產ト雖モ之ヲ以テ相續財產ニ關スル費用ノ支辨ニ充テサルヘカラサルノ結果ヲ生スヘシ然ルニ法律カ家督相續人ヲシテ贈與減殺ノ請求ヲ爲スコトヲ得セシムル所以ノモノハ被相續人ノ財產處分權ニ制限ヲ加ヘテ其家督相續人ヲ保護センカ爲メナリ若シ贈與ノ減殺ニ因リテ得タル財產ト雖モ猶ホ費用ノ支辨ニ充テサルヘカラストセハ贈與ノ減殺ハ家督相續人即チ遺留分權利者ヲ利益セスシテ被相續人ノ債權者又ハ受遺者ヲ利益スルニ至リ法律カ家督相續人ニ贈與減殺ノ請求ヲ許シタル精神ニ反スヘシ殊ニ贈與ヲ受ケタル者ト遺贈ヲ受ケタル者ノ間

ニ在リテハ法律ハ寧ロ贈與ヲ受ケタル者ヲ保護スルニ重キヲ置キタルコトハ民法全體ノ規定中自ラ推知シ得ヘキコトナルニ贈與ヲ減殺シテ却テ遺贈ヲ受ケタル者ヲ利スルコトト爲ルモノトセル民法ノ精神ハ沒却セラルルモノト云ハサルヘカラス是レ第九百六十七條第二項カ第一項ニ對シテ例外ヲ規定シ以テ遺留分權利者タル家督相續人ヲ保護シタル所以ナリ此規定ハ家督相續人カ相續ノ拋棄ヲ爲シタル場合ニハ適用ヲ見サルナリ何トナレハ相續ヲ拋棄シタル者ハ家督相續人ニ非サルカ故ニ贈與ヲ減殺スルコトナキヲ以テナリ相續ノ單純承認ヲ爲シタル場合ニ於テハ此規定ハ格別ノ實益ナシ何トナレハ單純承認ヲ爲シタル相續人ハ相續財產ノ外自己ノ財產ヲ以テモ被相續人ノ債務遺贈ノ辨濟ヲ爲ササルヘカラサルモノナルカ故ニ遺贈ノ減殺ニ因リテ得タル財產ヲ以テ費用ヲ支辨スルト否トハ何等ノ利害關係ヲ有セサルヲ以テナリ唯僅ニ相續財產分離ノ場合ニ被相續人ノ債權者ト家督相續人ノ債權者ト優先ヲ以テ辨濟ヲ受クヘキ財產ニ多少ノ影響ヲ及ホスノミ此規定ノ必要アルハ本條第一項ト同シク全ク相續ノ限定承認ノ場合ニ在リ例ヘハ財產ト同額ノ負債ヲ殘シタル被相續人カ相續開始前一年內ニ他人ニ千圓ノ贈與ヲ爲シタル場合ニ於テ家督相續人カ限定承認ヲ爲スニ於テハ其家督相續人ハ遺留分トシテ五百圓タケハ必ス受クヘキモノナルカ故ニ千圓ノ贈與ヲ受ケタル者ニ對シ五百圓ノ減殺ヲ請求スルコトヲ得而シテ相續財產ニ關スル費用ハ相續財產ヨリ支辨スヘキモノニシテ家督相續人カ贈與ヲ減殺シテ得タル五百圓ヲ以テ之ニ充ツルコトヲ要セサルカ故ニ被相續人ノ債權者タルモノハ其費用タケ相續財產ノ減シタルカ爲メ債務ノ完濟ヲ受ケサルニ關セス家督相續人ハ其五百圓ヲ全ク自己ノ所有ト爲スコトヲ得ルナリ

第二節　家督相續人

此節ニ於テハ胎兒ノ家督相續ニ關スル權利家督相續人ト爲ルコトヲ得サル者、法律上ニ於テ推定家督相續人タル者、法定家督相續人ノ廢除并ニ廢除ノ取消家督相續人ノ指定并ニ指定ノ取消、家督相續人ノ選定、直系尊屬ノ相續權等ニ付キ規定スレトモ之ヲ大體ニ區別スレハ家督相續人ノ資格及ヒ其順位ニ付テ規定

シタルモノト云フコトヲ得ルカ故ニ資格ト順位トニ分チ説明スヘシ

第一　家督相續人ノ資格

家督相續人ト爲ルニハ四個ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス即チ相續開始ノ時ニ於テ存在スルコト、法律上ノ缺格ナキコト、裁判上ノ失權者ニ非サルコト、日本ノ國籍ヲ有スル者ナルコト是ナリ以下之ヲ説明スヘシ

(い)　相續開始ノ時ニ於テ存在スル者ナルコトヲ要ス

權利義務ハ人ヲ離レテ存在スルコト能ハサルモノナルカ故ニ相續ニ因リテ權利義務ノ移轉アリトスレハ之ヲ取得スル主體ナカルヘカラス家督相續人ハ家督相續ニ依テ權利義務ヲ承繼スル者ナルカ故ニ其第一ノ要件ハ其人カ相續開始ノ當時ニ於テ存在スルコトヲ要スルハ言ヲ待タス而シテ人ノ存在ハ出生ニ始リ死亡ニ終ルモノナルカ故ニ其結果トシテ次ニ述フル如キ者ハ家督相續人ト爲ルコトヲ得サルモノナリ

一、相續開始ノ時ニ於テ未タ生レサル者

二、相續開始ノ時ニ於テ既ニ死亡シタル者

第一ノ者カ相續權ヲ有セサルコトニ付テハ少シク説明セサルヘカラス嚴格ニ言ヘハ出生ハ事實ナルカ故ニ苟モ母ノ胎内ヲ離レサル以上ハ之ヲ出生ト云フコト能ハスト雖モ第九百六十八條ハ家督相續ニ付テハ胎兒ヲ以テ既ニ生レタル者ト看做スカ故ニ既ニ懷胎セラレタル子ハ事實出生セサルモ法律ノ假定ニ因リテ家督相續ニ付テハ出生シタルト同一視セラルルナリ胎兒カ其利益ト爲ル場合ニ於テ既ニ生レタルモノト看做スハ羅馬法以來ノ格言ニシテ羅馬法系諸國ノ立法例ハ多ク此格言ヲ認メテ民法中ニ規定セリ我舊民法モ明カニ此原則ヲ掲ケタリ(舊民法人事編第二條)新民法ニ於テハ此ノ如キ廣汎ナル規定ナシト雖モ此原則ノ適用最モ必要ナル相續及ヒ遺言ニ關シテハ明文ヲ以テ胎兒ヲ既ニ生レタルモノト看做セリ故ニ相續開始ノ當時ニ於テ既ニ母ノ胎内ニ在ルモノハ事實上出生ナクトモ法律ノ假定ニ因リテ家督相續人タル權利ヲ有スルモノナリ

法律ハ家督相續ニ付テ胎兒ヲ以テ既生兒ト看做スト雖モ是レ既ニ懷胎セラルルニ於テハ出生ニ因リ人格ヲ得ルニ至ルヘキ一應ノ推定アルカ故ニ其者ノ權

利ヲ保護シタルニ過キス若シ事實カ法律ノ豫期ニ反シ胎兒カ死體ニテ生レタルトキニ猶ホ之ニ相續權アリトスルトキハ法律ノ保護ハ其度ニ過キ却テ他人ノ利益ヲ害スルニ至ルカ故ニ第九百六十八條第二項ハ胎兒カ生キテ生ルルニ非サレハ第一項ヲ適用セスト規定セリ

外國ノ立法例ニ於テハ胎兒ヲ以テ既生兒ト看做スニハ生存シテ生ルルコトヲ必要トスル外ニ尙ホ引續キ生存シ得ルノ力ヲ備フルコトヲ必要トスルモノ多シト雖モ我民法ハ單ニ死體ニテ生レタルトキヲ除外スルノミナルカ故ニ苟モ死體ニテ生レサル限リハ如何ニ其身體ノ狀態ハ不完全ナルモ相續人タル資格ヲ得ルニ於テハ缺點ナキモノト謂ハサルヘカラス

(ろ) 法律上ノ缺格ナキコトヲ要ス

法律ハ或行爲ヲ爲シタル者ニ對シテ其制裁トシテ之ニ家督相續人ト爲ルコトヲ許サスト爲セリ故ニ家督相續人ト爲ルニハ法律ニ定メタル缺格ノ事由ナキコトヲ要ス而シテ法律規定ノ缺格ノ事由ハ左ノ如シ(第九六九條

一故意ニ被相續人又ハ家督相續ニ付キ先順位ニ在ル者ヲ死ニ致シ又ハ死ニ致サントシタル爲メ刑ニ處セラレタル者

此事由ニ因リテ家督相續人タル資格ヲ失フニハ左ノ三要件ヲ必要トス

(甲)被相續人又ハ家督相續ニ付テ先順位ニ在ル者ヲ死ニ致シ又ハ死ニ致サントシタルコト　死ニ致シ又ハ死ニ致サントシタル者トハ自己カ斯ル行爲ヲ爲シタル場合ヲ云フ故ニ被相續人又ハ家督相續ニ付キ先順位ニ在ル者ヲ死ニ致シ又ハ死ニ致サントシタル犯罪ヲ幇助シテ之ヲ容易ナラシメタル者ハ失權ノ結果ヲ生セス然レトモ他人ヲ敎唆シテ此等ノ犯罪ヲ爲サシメタル者ハ法律ハ之ヲ正犯ト爲スカ故ニ自ラ手ヲ下シタルモノト同一ニ看做シテ家督相續人タル資格ナキ者ト謂ハサルヘカラス

被相續人又ハ家督相續ニ付テ先順位ニ在ル者ヲ死刑ニ處セラルヘキ犯罪アリト誣告シタル者ハ之ヲ死ニ致サントシタル者ト云ヒ得ヘキヤ裁判所ハ事實ノ眞相ヲ審査シテ判決ヲ與フルモノナルカ故ニ死刑ニ處セラルヘキ犯罪アリト誣告シタルノミニテハ之ヲ以テ死ニ致サントシタルモノト云フコト能ハス隨テ此ノ如キ誣告ヲ爲シタル者ト雖モ當然家督相續人タル資格ヲ失フ

モノニ非ス

(乙)故意アルコト　故ニ過失ニ因リテ被相續人又ハ家督相續ニ付キ先順位ニ在ル者ヲ死ニ致シタル者ハ家督相續權ヲ失ハス然ラハ他人ヲ殺サントシテ誤リテ被相續人又ハ先順位者ヲ殺シタルトキハ如何刑法第二百九十八條ニ依レハ此ノ如キ場合ハ過失罪ニ非スト爲シタルハ明カナリ然レトモ第九百六十九條ニ所謂被相續人又ハ先順位ニ在ル者ヲ死ニ致ストハ單ニ人ヲ死ニ致スノ意思アルヲ以テ足レリト爲シタルニ非スシテ必スヤ被相續人又ハ先順位者ヲ殺スノ意思アルコトヲ要ス故ニ此場合ハ第九百六十九條ヲ適用スルコト能ハス又被相續人ヲ毆打シ因テ之ヲ死ニ致シタル者モ亦第九百六十九條ノ範圍外ナリ何トナレハ此ノ如キ者ハ被相續人ヲ死ニ致スノ故意アル者ニ非サレハナリ

(丙)刑ニ處セラレタルコト　被相續人又ハ家督相續ニ付キ先順位ニ在ル者ヲ死ニ致シ又ハ死ニ致サント爲シタルモ刑ニ處セラルルニ非サレハ家督相續人タルコトヲ妨ケス故ニ此ノ如キ非行ヲ爲シタル者カ刑法ノ不論罪ノ場合

セントスルトキハ議會ハ官廳ニ對シテ命令ノ權限アリトセサルヘカラス然レトモ是レ議會ノ權限ニ適セスシテ法律ニ非ス又訓令ニ非ス單ニ財政ノ計畫ニモ非ス即チ完全ナル國家意思ノ發動ニ非スシテ豫算ハ單ニ議會ト政府トノ關係上特別ノ效力ヲ有スルモノナリ抑モ近世ノ立憲國ニ於テハ財政行政ニ關スル國會ノ參與即チ豫算ナル制度ハ其沿革スル所頗ル古シ素ト國會ノ參與ハ政府ニ對シテ租稅ヲ承諾スルノ趣旨ヲ有シ貴族及ヒ僧侶等カ領主ニ御用金ヲ奉ルコトヲ承諾スルノ思想ニ基ケリ此沿革ハ英國ニ於テ最モ著シク大陸諸國ノ憲法ニ於テモ國家ノ財政ニ對スル國會ノ權限ハ租稅ノ承諾ニ在リトセリ而シテ租稅ノ必要ヲ認ムル爲メニ支出ヲモ議定スルニ至リタリ此制度ノ下ニ於テハ租稅ノ承諾ハ豫算年度ノ間ノミ其效力ヲ有セリ然ルニ各國ニ於テ租稅法ハ漸ク永續スヘキ性質ヲ帶フルニ至リ從來國會ノ財政上參與ノ重點タル租稅承諾ニ存シタルモノカ移リテ豫算議定權上ニ移轉スルニ至リタリ即チ之ヲ以テ議會カ收入支出ニ同意ヲ表スル形式ト爲ルニ至リタリ豫算ハ法律ヲ以テ之ヲ定ムト云フ各

國憲法ノ規定ハ此國會ノ豫算議定權ヲ認ムルモノニシテ我憲法第六十四條モ亦此趣旨ニ出テタルモノナリ殊ニ我國ニ於テハ初ヨリ租稅ハ國權作用ニ屬スル作用ニシテ議會ノ承諾ヲ要スルモノニ非ス其豫算ヲ以テ之ヲ議會ノ協贊ニ俟ツト云フハ因リテ以テ議會カ收入支出ニ同意ヲ表スル形式トスルモノナリ豫算ハ國法上議會カ收入支出ノ必要ヲ認メ之ニ對シテ同意ヲ表スル形式ナリ』此性質ハ事後承諾ノ場合ニ最モ明瞭ナリ事後承諾ハ豫算ヲ增補修正スルモノナリ其目的ハ豫算ノ目的ト同一ナリ而シテ其目的トスル所ハ豫算外豫算超過ノ支出ヲ爲シタル場合ニ異議ナキコトヲ表明シ政府ヲシテ他日其必要ヲ證明スルノ責ヲ免レシムルニ在リ豫算ノ國法上ノ效力ニ至リテモ亦主トシテ政府ヲシテ議會ニ對シテ辯明セシムル責任ヲ免レシムルニ在リ

豫算ハ議會カ收入支出ノ當否ヲ審査シテ之ニ同意ヲ與フルノ形式ナリ故ニ豫算ハ議會ノ單獨行爲ナリ裁可ヲ俟チテ成立スルモノニ非ス豫算ノ裁可ヲ要セサルハ其性質上然ル所ナリ然ルニ從來ノ實例ハ豫算ハ裁可セラレ且公布セラレツツアリ此事實ハ豫算ノ性質ト反スルモノニ非ス豫算其モノハ議會ノ議定ニ因リテ成立スルト雖モ未タ單ニ是ノミヲ以テ官廳ニ對シテ遵由ノ效力ヲ生スルモノニ非ス元首ノ之ヲ裁可スルハ此遵由ノ效力ヲ生セシメンカ爲メニシテ豫算ノ成立トハ相關セサルモノナリ

此ノ如ク豫算ノ性質ハ議會カ財政計畫ニ同意ヲ與フル形式ニ過キス其法律上ノ效果モ亦之ノミヲ以テ盡セリ專ラ政府ト議會トノ關係ニ付テノミ效果ヲ生スルモノニシテ國家ノ意思表示ニ非ス直接ニ臣民ニ對シテ何等ノ效果ヲ及ホササルモノナリ又行政官廳ニ對シテ何等ノ效果ヲ及ホサス即チ行政法ノ區域ニハ何等ノ效果ヲ及ホササルモノナリ然レトモ政府カ豫算ニ遵據シテ財政ヲ行ハントスルニハ官廳ニ收入支出ノ標準ヲ示ササルヘカラス豫算ナル一ノ財政計畫ヲシテ國家ノ命令タル性質ヲ帶ハシメ以テ行政法上ノ效果ヲ有セシムルニ至レルハ會計法ノ規定ト裁可及ヒ公布トニ依ルモノナリ會計法ニ依レハ國務大臣ハ豫算ノ目的以外ニ金額ヲ支出スルコトヲ得サル旨ヲ規定セリ此規定アルニ因リテ豫算ハ羈束ノ效力ヲ行政法上ニ有スルコトト爲ルモノナリ而シテ裁可及ヒ公布ハ豫算ヲ一ノ國家ノ意思表示トシテ官廳ニ對シテ遵由ノ效

力ヲ生セシムル所以ノ形式タリ

豫算ハ裁可セラレ公布セラレタルトキハ會計法ノ定ムル所ニ從ヒテ行政法上ノ拘束力ヲ生ス左ニ之ヲ詳述スヘシ

豫算ハ其年度ニ於テノミ效力ヲ有ス故ニ毎年之ヲ定ムルモノトス豫算カ不成立ノトキニハ政府ハ收入支出スルコトヲ得サルカ故ニ此場合ニ於テハ前年度ノ豫算ニ依ラシメタリ(憲法第七一條參照是レ此場合ハ前年度ノ豫算ハ今年度ノ豫算ナリ歳入ニ對スル豫算ノ效力ハ單ニ事實ノ見積タルニ止マレリ前ニモ述ヘタルカ如ク租稅ハ法律ニ依リ之ヲ定ムトハ憲法ノ規定スル所ナリ故ニ豫算議定權ハ實ハ歳出ノ議定權ニ過キス豫算表ニ掲クル歳入ノ項目ハ法律ノ定ムル所ニシテ豫算ノ如何ニ拘ハラス徵收セラルヘキモノナリ其額ハ數年ノ平均ヲ採リテ技術ノ示ス所ニ從ヒテ計算シタルモノニシテ何等法律上ノ意義ヲ有セス豫算ニ租稅其他ノ公課ノ目ト額トヲ掲クルハ支出ニ充當スヘキ財源ヲ示ススカ爲メニシテ單ニ推測ニ過キス歳入中ニ在リテモ官廳ノ自由ナル行政處分ニ依ル官有財產拂下ノ如キモノニ付テハ豫算ニ其項目ナケレハ之ヲ爲スコトヲ得ス然レトモ項目アレハ其額ノ見積ハ法律上何等ノ意味ヲ有セス種種他動的ノ原因ニ由リテ增減スヘキコトハ固ヨリ期スヘキ所ナリ之ニ反シテ歳出ノ豫算ハ行政ヲ制限スル效力ヲ有ス此目的ヲ達スル爲メニ豫算ヲ款項ニ分チ款項ニ定ムル所ノ金額ハ固ヨリ歳出ノ推測ナルカ故ニ過不足アルコトハ免レサル所ナレトモ支出ノ最多限ヲ示シタルモノナルカ故ニ之ニ超過シタル支出ヲ爲スコトヲ得ス又款項目ノ設ナキ支出ヲ爲スコトヲ得ス此等ノ支出ヲ要スルトキハ法定ノ手續ニ依リテ第一、第二ノ豫備費ヨリ之ヲ支出シテ事後議會ノ承諾ヲ經ルコトヲ要ス又款項相流用シテ支出スルコトヲ許サス

豫算ハ一年間ノ收入支出ヲ豫メ計算スルモノナリ一會計年度ハ毎年四月一日ヨリ翌年三月三十一日ニ至ル一箇年ナリ一會計年度ニ屬スル一切ノ收納ヲ收入トシ一切ノ經費ヲ支出トシ之ヲ總豫算ニ編入スルヲ原則トス法律ニ依リテ特別會計ヲ許シタルトキハ之ヲ特別豫算トシテ編入ス一切ノ收支ハ之ヲ經常ト臨時トニ分チ各款項ニ區分ス此他豫算外ノ支出ニ應スルカ爲メ一一豫備費ヲ設クルコトハ前述シタルカ如シ

第二章　會計

國家ノ收入支出ハ豫算ノ定ムル所ニ從ヒテ實行セラル豫算カ實際ノ會計ヲ拘束スル範圍及ヒ程度ニ關スル原則ハ前既ニ之ヲ述ヘタリ一會計年度ニ屬スル經費ハ其年度ノ歲入ヲ以テ支辨スヘクシテ他ノ會計年度ニ屬スル經費ヲ之ニ流用スルコトヲ得ス(明治二十二年二月法律第四號會計法參照)又豫算ニ定メタル目的即チ款項ノ區分ニ從ヒテ定額ヲ支辨シ款項ノ間ニ彼此相流用スルヲ得ス

會計ハ之ヲ一ニ統フルコトヲ趣旨トス各大臣ハ其所管ノ收入ヲ以テ直チニ之ヲ經費ニ充ツルコトヲ得ス必ス之ヲ國庫ニ納ムルコトヲ要ス其支拂モ亦國庫ニ對スル支拂命令ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ要ス

第三章　國庫

國庫ナル觀念ハ警察國時代ニ於テ著シク發達シタル觀念ナリ國家ハ財產權ノ主體トシテ公法上ノ法人タル國家ト離レテ國庫ナル法人ヲ成シ私法的財產關係ニ於テ國家ヲ代表スルモノナリトノ思想行ハレタリ國庫ハ國家ノ外ニ存スル一ノ私法人ニシテ民法及ヒ民事訴訟法ノ支配ヲ受ケ私人ト財產上ノ取引關係ヲ爲スモノナリト看做サル此ノ如キ思想ハ警察國ノ思想ノ下ニ於テハ頗ル便利ニシテ實際上ニ重大ナル意義ヲ有セリ然レトモ今日ニ於テハ國家ノ外ニ法人體アリトノ思想ハ誤謬ナルコト何人モ疑ヲ容レサル所ナリ

以上ノ思想ヨリ淵源シテ今日ニ在リテモ國家ノ一方面トシテ國庫ナル詞用ヒラル多數ノ學者ハ私法上ノ關係ニ於ケル國家ヲ國庫ト稱シ私法上ノ取引損害賠償等ニ關シテハ國庫ハ民法ノ支配ヲ受クヘク民事裁判所ノ裁判ニ服從スヘキモノナルコトヲ論セリ又更ニ廣ク公法上竝ニ私法上ノ財產權ノ主體トシテ國家ヲ國庫ト稱スル者アリ然レトモ予ノ信スル所ニ依レハ國家ノ外ニ特ニ國庫ナル名稱ヲ用フルノ必要ナシ國家トシテ縱令特ニ之ヲ國庫ト謂ハサルモ私法上ノ行爲ヲ爲シ民法民事訴訟法ノ支配ヲ受ケ警察規則其他公法上ノ規定ト雖モ財產權上ノ法規ニ從ハサルヘカラサルコトハ容易ニ之ヲ說明スル

コトヲ得レハナリ

第四章　國有財産

國家ノ國有ニ屬スル財産ヲ國有財産ト謂フ國有財産ハ通常分チテ收益財産及ヒ公用財産ノ二トス收益財産トハ直接ニ國家ノ行政ノ目的ニ供用セスシテ收入ヲ得ルヲ目的トスル財産ヲ謂フ公用財産トハ直接ニ國家ノ目的ニ供用セラルル官廳ノ設營營造物ノ如キモノヲ謂フ收益財産ハ一ニ之ヲ國家ノ私産ト稱シ公用財産ト異ナリテ其取得ノ方法ハ私法上ノ行爲ニ依リ管理ノ方法モ亦私經濟的ノ方法ニ依リ之ヲ掌ル官廳モ公用財産カ其供セラルル所ノ目的ニ從ヒテ各其主管ノ官廳ナルニ反シテ一般財政官廳タリ國有財産ノ管理及ヒ處分ニ關シテハ官有財産管理規則、官有地特別處分規則、官有地取扱規則、國有林野法、國有土地森林原野下戻法等ヲ參照スヘシ

第五章　租税

國家ハ人類生存ノ必要條件ナリ國家カ權力ヲ有スルハ人類生存ノ必要條件タル所以ヲ全カラシムル方法ニシテ國家カ人類生存ノ必要條件タルコトカ國家カ權力ヲ有スル原動的ノ理由タリ國家ノ目的ハ要スルニ其生存及ヒ維持ナリ國家ノ生存及ヒ維持ヲ圖ルハ即チ吾人人類ノ生活ノ圓滿ヲ圖ル所以ニシテ國家カ吾人人類ノ生活ニ必要ナルハ恰モ食物ト異ナル所ナシ國家カ其目的ヲ遂行スル爲メニ幾多ノ費用ヲ要ス此費用ハ吾人ノ爲メニハ食物ノ代價ト等シク吾人生活ノ費用タリ國家ノ凡ユル權力カ其人類ノ生存條件タルコトニ原動的ノ理由ヲ置クト等シク此理由ニ依リテ國家ハ臣民ヨリ其生存維持ノ費用ヲ取立ツル權力ヲ有ス換言セハ國家ノ權力ハ其生存維持ニ必要ナル費用ヲ臣民ヨリ取立ツル爲メニ行動スル理由ヲ有ス學者ハ之ヲ稱シテ國家ハ財政權ヲ有スト曰ヘリ財政權トハ國家カ存在スル以上ハ當然ナカルヘカラサル國家ノ權力ニシテ財政權ハ國家ノ國家タル性質ニ基クモノナリ國家ノ政費ノ支辨ニ充當セラルル收入ハ一ナラス或ハ沿革的ノ理由ニ依リ或ハ經濟上ノ理由ニ依リ國有財産ノ收入官行營業ノ收入ノ如キモノアリト雖モ

此等ハ皆國家ノ國家タル所以ニ基キテ國家ノ性質上正ニ存スヘキ收入ニ非スシテ國家本然ノ收入ハ國家ノ財政權ノ發動ニ基キテ臣民ヨリ徵收セラルル租稅ナリ國家アレハ茲ニ租稅ナカルヘカラス租稅ハ一般ニ國家ノ政費ニ充ツルカ爲メニ徵收セラルルモノナリ或特別ノ目的ノ爲メニ特別ノ理由ニ依リテ徵收セラルルモノニ非ス國家ノ生存及ヒ維持ノ爲メニ臣民ノ支出スル必要費用ナリ

租稅ハ財政權ノ發動ニ基クモノナリ換言セハ命令權ニ依リテ强制シテ徵收セラルルコトヲ其性質トス即チ國家ノ公法上ノ收入ナリ租稅ハ一般ノ標準ニ依リテ徵收セラル租稅ニ於ケル此性質ハ以上述ヘ來リタル性質ト異ナリタル理由ニ出ツルモノニシテ租稅根本ノ性質ニ非ス近世法治行政ノ觀念ト正義公平ノ趣旨トニ依リテ發達シタル租稅ノ特質ノ一ナリ近世ノ租稅ハ法規ニ依リテ定メラレ一定ノ法則ニ從ヘル標準ニ依リテ徵收セラルルヲ其性質トス一般公平ノ負擔ナルカ故ニ租稅ニハ賠償ヲ與ヘサルモ亦一ノ性質ナリ又租稅ハ金錢ヲ以テ支拂ハル是レ亦租稅ヲ他ノ收入ト區別スル標準ト爲ルモノナリ

之ヲ要スルニ租稅トハ一般ニ國家ノ政費ニ充當スルカ爲メニ國家ノ財政權ニ依リテ一般ノ標準ヲ以テ臣民ヨリ徵收スル金錢ノ支拂ナリ

國家ノ財政權ニ對スル臣民ノ義務ヲ納稅義務ト謂フ人類ハ國家ノ一員トシテ納稅義務ヲ負擔セサルヘカラサル理由ハ前述シタル所ニ依リテ明カナリ帝國憲法ハ明言シテ曰ク日本臣民ハ納稅ノ義務ヲ有スト兵役ノ義務ト納稅ノ義務トハ國家ヲ組織スル以上ハ人類ノ負擔セサルヘカラサル二大義務ニシテ茲ニ臣民タレハ納稅義務存ス然レトモ法治行政ノ觀念ニ從ヒテ我憲法ハ規定シテ曰ク「日本臣民ハ法律ノ定ムル所ニ從ヒ納稅ノ義務ヲ有ス」又「新ニ租稅ヲ課シ及稅率ヲ變更スルハ法律ヲ以テ之ヲ定ムヘシ」ト故ニ納稅義務ノ根據ハ常ニ法律ナラサルヘカラス租稅ノ物體即チ納稅義務ノ目的物納稅義務者義務ノ範圍徵稅ノ方法等ノ法律ヲ以テ規定セラル是レ憲法ノ定メタル自由ノ保障ナリ此ノ如ク臣民ノ納稅義務ノ法律ニ依リテ發生ス效力アル租稅法規ハ納稅義務ノ根據タリ然レトモ或種ノ租稅ハ直接ニ法律ニ依リテ徵收セラルルモ租稅ノ種類ニ依リテハ法律ノ規定以外ニ箇箇特別ノ場合ニ納稅義務ヲ確認スル行政行爲

ヲ必要トスルモノアリ此行政行爲ハ徵稅令書ニ依リテ行ハル此ノ如キ行政行爲ノ必要ハ主トシテ直接稅ニ於テ見ル所ニシテ間接稅ニ於テハ僅僅ノ場合ニ納稅義務ヲ確認スヘキ行政行爲ノ媒介ナキヲ常トス直接稅ノ場合ニハ此行政行爲ハ租稅ヲ徵收スル法律上ノ要件タリ然レトモ納稅義務ハ此行政行爲ニ依リテ發生スルニ非スシテ納稅義務ハ法律ニ依リテ初ヨリ存ス然レトモ又單ニ納稅義務ヲ充タスヘキ旨ノ注意タルモノニ非ス義務ノ履行ヲ督促スルモノニ非ス然レトモ納稅義務ハ徵稅令書ニ依リテ始メテ履行セラルルコトヲ得又其限度ニ於テ履行セラルルコトヲ得ルモノナリ之ヲ要スルハ此行政行爲ハ僅僅特定ノ場合ニ納稅義務ノ法律上如何ナル程度ニ於テ存在スルヤヲ確定スル處分タリ

財政學上ニ於テ租稅ヲ分チテ直接稅及ヒ間接稅ト爲スコト古來行ハルル類別ナリ財政學ノ說明ニ依レハ直接稅ハ租稅ノ負擔カ之ヲ納付スル者ニ歸スルコトヲ立法上豫期シタル租稅ナリ之ニ反シテ間接稅ハ之ヲ納付スル者カ經濟上ノ交通ニ伴ヒテ其負擔ヲ他ニ轉嫁スルコトヲ希望スルモノヲ謂フ此區別ハ經濟上ニ於テハ重大ナル關係ヲ有スルモノナリト雖モ法律上ニ於テハ何等ノ意義ヲモ有セス法律上ニ於テハ專ロ臺帳稅ト從率稅トヲ意味アルモノトス臺帳稅トハ其課稅ノ物件カ土地家屋所得ノ如キ比較的固定ノ性質ヲ有シ隨テ豫メ之ヲ査定スルコトヲ得テ此豫メノ査定ニ基キテ成立シタル臺帳ニ依リテ課稅セラルル租稅ヲ謂フ從率稅トハ其課稅ノ物件カ取引交通ニ屬スル出來事ニシテ豫メ之ヲ査定スルコトヲ得ス隨テ一ノ出來事ノ生スル毎ニ隨時稅率ニ從ヒテ課稅セラルルモノヲ謂フ前述シタル納稅處分ノ確認ハ上トシテ臺帳稅ニ屬スルモノナリ

又財政學ハ定額稅ト分賦稅トノ區別ヲ認メ居レリ定額稅ハ一定ノ金額ヲ直チニ個人ニ對シテ計算納付セシムルモノヲ謂ヒ分賦稅トハ徵收スヘキ總金額ヲ定メテ之ヲ各納付者ニ分配セシムルモノヲ謂フ前者ニ在リテハ課稅物件稅額ヲ査定スル手續ハ一回ニ止マリ之ニ反シテ後者ニ於テハ二回又ハ數回ノ手續ヲ要ス此等ノ手續ハ單ニ官廳內部ノ手續ニ過キサルコトアリ然レトモ法律カ之ニ付テ要スル所ノ一定ノ手續ヲ定メタル場合ニハ是レ一ノ羈束力アル行政

處分ナリ

租稅ノ徵收方法ニハ直接法ト間接法トノ二アリ直接法トハ直チニ金錢ヲ以テ稅務官廳ニ納付セシムル租稅ヲ謂ヒ間接法トハ印紙ヲ使用セシムル便法ナリ印紙稅ニ於ケル印紙ノ性質ハ甚タ疑ハシ然レトモ予ノ信スル所ニ依レハ印紙ヲ購フハ之ヲ貼用スルコトヲ條件トシテ租稅ヲ前納スルモノナリ貼用ハ前納ヲ公證スル方法ニシテ貼用ニ依リテ前ノ購買カ確定ニ前納ト爲ルモノナリト信ス

租稅義務ハ場合ニ依リテ法規ニ依リ又ハ行政行爲ニ依リテ其確定嚴格ノ度ヲ緩和セラルルコトアリ

(一)納稅義務ハ條件附ナルコトアリ納稅義務ハ一旦發生シタリト雖モ解除條件ニ係ラシメラルルコトアリ例ヘハ輸入貨物カ一定日以內ニ再輸入セラルルトキハ其義務ハ解除セラレ以テ輸入稅ハ免除セラル此條件ハ停止條件タルコトアリ通過スル爲メニ輸入セラレタル貨物カ再輸出セラレサルトキハ前ニ輸入シタルトキノ稅率ニ依リテ賦課セラル(二)場合ニ依リテ納稅義務ノ發生カ猶豫セラルルコトアリ例ヘハ輸入貨物ヲ保稅倉庫ニ寄託スルコトニ依リテ其發生スヘキ義務カ不定ノ狀態ニ置カルル場合ノ如シ(三)納稅義務ノ緩和カ延期ニ依ルコトアリ或種ノ租稅ハ之ヲ納付スヘキ期日アリ之ヲ納期ト謂ヒ納期ハ法律ニ依リテ定マル之ヲ箇箇ノ場合ニ箇人ノ狀態ヲ參酌シテ延長スルヲ延期ト謂フ延期ハ法律ノ例外ニ屬スル處分タリ其之ヲ爲スニハ法ノ明文アルコトヲ要ス

租稅ハ其義務以上ニ誤リテ納付セラルルコトアリ此場合ヲ或ハ公法上ノ不當利得ト論スル學者アリ其ハ兎ニ角此場合ニ於テハ行政廳ノ執行ノ矯正ヲ求メ稅金ノ還付ヲ請求セシムルコトヲ得セシムルコトアリ是レ公法上ノ一權利タリ

納稅義務ハ稅金ノ拂込ニ依リテ履行セラレ正當ニ消滅スルノ外ニ時トシテ免除セラルルコトアリ租稅ハ法律ヲ以テ之ヲ徵收スルカ故ニ其免除モ亦法律ノ規定ニ依ラサルヘカラス現行法ニ於テ箇箇ノ場合ヲ酌量シテ納稅義務ノ免除セラルヘキコトヲ定ムル場合アリ又納稅義務ハ時效ニ因リテ消滅スルコトア

リ公法上ニ於テハ時效ハ總テノ權利義務ニ付キ存スル原則的ノ制度ニ非ス特別ノ明文アルニ非サレハ時效ニ因リテ消滅スルコトナキヲ原則トス現行ノ國稅徵收法ニ依レハ徵稅令書ヲ發セサルカ又ハ之ヲ發スルモ一定ノ期間內ニ徵收ヲ爲ササルトキハ納稅義務ハ其義務ヲ免ルルト規定セリ是レ即チ時效ニ外ナラス

納稅義務ノ强制方法トシテ現行法ノ定ムル所ハ滯納處分ナリ納期ヲ經過シテ租稅ヲ納付セサル者アルトキハ督促令狀ヲ發ス而モ尙ホ納メサルトキハ差押及ヒ競賣ニ付セラルヘキモノトス是レ國稅徵收法ノ規定スル所ナリ此滯納處分ハ民法上ノ强制執行ニ倣ヒタル公法上ノ處分ナリ

第六章　手數料

之ヲ沿革ニ徵スルニ手數料ト租稅トハ素ト一體ヲ成セルモノノ如シ公法私法ノ區別未タ明カナラス國ノ政費ハ君主ノ收入ニ依リテ支辨セラレ君主ノ收入ハ土地ノ小作料、特權ノ免除料、御用金等ヲ以テ其重ナルモノト爲シタルトキニ當リテハ租稅ト手數料トハ相離ルルコトナシ近世國家ニ關スル研究ノ熾ナルニ及ヒ租稅ノ制度確立シ君主ノ收入ノ一部ハ沿革シテ手數料ト爲レリ故ニ學者ハ理論上明カニ手數料ト租稅トノ區別ヲ論スルモ實際ノ立法上ニ於テハ二者ノ區分此ノ如タ明瞭ナルコトヲ得ス予ノ信スル所ニ依レハ手數料ハ租稅ノ一種ニシテ近來ノ傾向ハ益〻手數料ヲシテ租稅ニ近カラシムルモノナリ現ニ手數料ニシテ租稅ノ名ヲ有スルモノ少カラス然レトモ姑ク一般學者ノ說ニ倣ヒ租稅ト相對ヘ手數料ヲ論セントス

手數料ハ特定ノ私人ニ利益ヲ與フル國家ノ行爲又ハ營造物ノ使用ニ對シテ其報償トシテ支拂ハルルモノナル點ニ於テ租稅ト區別セラル其權力ニ依リテ强制シテ徵收セラルル點ハ租稅ト異ナラス國家ノ行爲ノ報償タル場合ハ之ヲ狹義ノ手數料ト謂ヒ營造物使用ノ報償タル場合ハ之ヲ使用料ト謂フ前者ノ場合ニ於テハ其根據ハ直接ニ國家ノ命令權ニ在リ後者ノ場合ニ在リテハ營造物ノ使用ヨリ生スル特別ノ權力關係ニ基クモノトス租稅ノ新設變更ハ法律ヲ以テスルコトヲ必要トスルニ反シテ手數料ハ在リテハ其新設變更ハ必ヤシモ法律

ヲ以テスルコトヲ要セス租稅ハ之ヲ負擔スル者ノ負擔力ヲ標準トシテ其額ヲ定ムルモ手數料ハ國家ノ行爲又ハ營造物ノ費用著タハ之ヨリ享有スル私人ノ利益ヲ目途トシテ其額ヲ定ム然レトモ手數料ト雖モ近來專ラ負擔力ニ比例シ又ハ負擔力ヲ參酌シテ其額ヲ定メタルルコトアリ此ノ如クンハ手數料ト租稅トノ區別ハ決シテ確然タルコトヲ得ス

手數料ハ報償ノ性質ヲ有スルモ國家ノ命令權ニ依リテ徵收セラルルモノニシテ私法的收入タル官行營業ソ收入トハ異ナレリ現行法上ノ官設鐵道ノ賃金ハ手數料ニ非ス學者之ヲ私法上ノ手數料ト稱ス

手數料ハ又一部人民ノ利益ト爲ルヘキ營造物其他ノ事業ニ對シテ特別ニ負擔スル賦課金ト異ナレリ賦課金トハ特定ノ人ニ對シテ國家カ特別ノ行爲ヲ爲シ又ハ特定ノ人カ營造物ヲ使用スルコトヲ負擔ノ根據トスルモノニ非スシテ一ノ營造物又ハ事業ノ存在カ一部人民ノ利益ト爲ルコトニ根基ス

手數料ヲ分チテ司法上ノ手數料及ヒ行政上ノ手數料ノ二トス此區別ノ實益ハ現行法上其新設、變更ノ手續ヲ異ニスルニ在リ即チ憲法ニ於テ特ニ行政上ノ手數料ハ法律ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ要セスト規定セリ

第七章　國債

國家ハ其收入カ支出ヲ償フニ足ラサルトキ又ハ公益ノ事業ヲ起スカ爲メ經常ノ歲入ヲ以テ支辨スルコトヲ得サルトキハ國債ヲ起シ以テ之ニ充ツ國債ヲ起スハ法律上其性質私法上ノ行爲ニ屬ス唯諸國ノ憲法ハ國債ヲ起スニハ法律ヲ以テスヘキコトヲ定メ居レリ我憲法ハ議會ノ協賛ヲ經ヘキコトヲ定ム之ヲ實例ニ徵スルニ國債ハ法律ヲ以テ之ヲ起セリ然レトモ爲メニ國債ノ性質ヲ變更スルモノニ非ス此ノ如ク法律ハ國債ヲ募集スル權ヲ政府ニ與フルノ趣旨ヲ有ス多數ノ場合ニ於テハ此等ノ法律ニ國債募集ニ關スル細則ヲモ掲ケ居レリ然レトモ是レ臣民ニ對スル命令ニ非スシテ單ニ契約ノ條件ヲ豫定シテ官廳ニ訓令スルモノニ過キス國債ノ償還ハ國家ノ私法上ノ義務ヲ完濟スルモノニシテ一定ノ年限ノ後抽籤ノ方法ニ依リテ爲スヲ常トス但明治二十九年法律第五號國債證劵買入償還法ハ國債證劵ヲ買入レテ之カ償却ヲ爲スヘキコトヲ規定セ

普通國債ノ外ニ一年度内ニ於ケル收入ノ過不足ヲ平均スル爲メニスル短期ノ國債アリ大藏省證券ハ此目的ニ供用セラルルモノナリ大藏省證券ノ發行ハ議會ノ協贊ヲ要セス但毎年其最多額ヲ定メテ議會ノ議ニ付スヘキモノトス其他日本銀行ヨリ借入金ヲ爲スコトヲ得

第八章　決算及ヒ會計檢査

國家ノ財政ニ關スル事務ハ豫算ニ始マリテ決算ニ終ル憲法第七十二條ニ曰ク「國家ノ歲出歲入ノ決算ハ會計檢査院之ヲ檢査確定シ政府ハ其ノ檢査報告ト俱ニ之ヲ帝國議會ニ提出スヘシ」ト決算ハ大藏大臣ノ編製スル所ニシテ之ニ因リテ政府カ果シテ豫算ニ從ヒ法令ニ準據シテ收入支出シタルヤヲ檢査スルニ在リテ會計檢査院ノ職司ニ屬ス會計檢査院ハ天皇ニ直隷シ會計ヲ監督スル機關ナリ各年度ノ會計檢査ノ成蹟ヲ上奏シ其成蹟ニ付テ法律又ハ行政上ノ改正ヲ必要トスヘキ事項アリト認メタルトキハ併セテ其意見ヲ上奏スルコトヲ得會計檢査ノ成蹟ハ之ヲ帝國議會ニ提出ス帝國議會ハ會計檢査ノ最終ノ機關タリ

第五部　内務行政

内務行政トハ公共ノ安寧秩序ヲ保持シ及ヒ人民ノ幸福ヲ增進スルヲ目的トスル國家ノ行政ノ行動ナリ之ヲ内務行政ノ實質トス前既ニ述ヘタルカ如ク行政法各論ノ部門ハ之ヲ行政ノ實質及ヒ目的ニ依リテ分ツモノナリ若シ形式ニ付テ之ヲ言ヘハ其臣民ニ對スル權力ノ作用タル點ニ於テ軍務外務ノ行政ト異ナルコトナシ

内務行政ハ行政ノ最モ重要ナル部分ナリ學者或ハ其行政ノ講義又ハ教科書ニ於テ内務行政ノミヲ論シ特ニ他ノ部分ノ行政ヲ論セザル者アルハ既ニ論シタルカ如シ蓋シ彼ノ軍務ノ行政、外務ノ行政ト曰ヒ司法ノ行政ト曰ヒ將タ財務ノ行政ト曰ヒ其部門ニ屬スル本領ノ作用ハ行政ニ非スシテ此等ノ部門ニ於テ行政トシテ現ハルル國權ノ行動ハ唯之カ補助的ノ作用ヲ爲スモノタルニ過キスシテ行政カ本領タルニ非サルナリ左レハ此等ノ行政的作用ハ特ニ實質ニ付テ

區分シテ論スル必要殆ト之ナキナリ學者カ之ヲ論スルハ前ニ述ヘタルカ如ク行政法學ノ行政學ヨリ分科シタル沿革ノ餘波タルニ過キス然ルニ之ニ反シテ內務行政ノ部門ニ在リテハ其本領タル作用カ其レ自身行政ナリ此部門ニ於ケル行政的作用ハ直接ニ公共ノ安寧秩序ヲ保持シ人民ノ幸福ヲ增進スル國家ノ目的ノ爲メニ存ス是ニ由リテ之ヲ觀レハ二三ノ學者カ內務行政ノミヲ論シ他ニ及ハサルハ大ニ參考スヘキモノナルコトヲ知ルニ足ル

內務行政ハ輓近ノ發達ニ屬シ其發達ハ程度ノ高キ文明ノ進步ノ發表ナリ中世ニ在リテハ未タ發達シタル內務行政ノ組織ナク之ニ關スル國權ノ行動ハ一二ノ保安警察的ノ政務ニ止マリテ敎化ト經濟トノ保護奬勵ハ寺院、組合等ノ手ニ存シ未タ國家ノ職分中ニ入ラサリシナリ第十六世紀ノ頃ニ至リテ國家ノ職分ハ漸ク擴張セラレ保護ニ關スル行動ヲモ其範圍ト爲スニ至リ是ヨリ發達シテ人民ノ福利ヲ增進スル保護又ハ助長ノ政務ハ近來ニ至リ著シキ其發達ヲ觀ルニ至レリ

內務行政ハ之ヲ分チテ警察行政及ヒ助長行政ノ二ト爲スハ現今一般ニ行ハル

ル所ナリ然レトモ古代ニ於テハ內務行政ハ總テ警察即チ「ポリツアイ」ト稱セラレタリ故ニ今內務行政ノ種類、範圍及ヒ部門トヲ解セントスルニ當リテハ先ツ此沿革ニ付テ警察ノ觀念及ヒ內務行政ト警察トノ關係ヲ論セサルヘカラス

警察ナル觀念ノ沿革ヲ按スルニ歐羅巴ノ「ポリツアイ」ナル語ハ素ト希臘語ノ「ポリティア」ニ發セリ此語ハ中世ノ頃ニ至ルマテ寺院ニ屬スル事件ニ對シテ國家ニ屬スル事件ナル意味ヲ有セリ第十五、六世紀ノ頃國家ノ政務ハ漸ク分科セラレタリト雖モ尙ホ警察即チ「ポリツアイ」ハ外交、軍事ニ對シテ總テノ內務行政ヲ包含セル意義ヲ有セリ故ニ警察ナル語ハ其意義汎博ニシテ一定ノ範圍ヲ有セス例ヘハ「プロテスタント」ノ國ニ於テハ國君タル者ノ職分ハ耶蘇敎ノ保護ト善良ナル警察ノ維持トニ在リト稱セラレタリ第十七世紀ノ後半ニ及ヒテ始メテ警察ノ觀念ニ明確ナル範圍ヲ付セラルルニ至リタリ是レ當時ノ君主カ國ノ行政ヲ裁判所ノ干涉外ニ置キ裁判所ノ權限ヲ全ク私法上ノ爭訟ノミニ限ラントスル努力ニ原因セリ所謂警察ノ事項ニ上訴ヲ許サストハ當時行ハレタル原則ニシテ全ク行政ヲ裁判所ノ外ニ置クノ趣旨ニ出テ君主及ヒ其官吏ノ處分又ハ裁決

ニ對シテノ訴ハ裁判所之ヲ受理スルノ權限ナシトセリ是ニ於テ司法ハ警察ヨリ分離シ今日ニ至ルマテ學問上疑義ノ喧シキ司法ト行政トノ分界ノ問題ハ既ニ此時ニ萌キリ降リテ國家ノ基礎漸ク固ク政務益〻繁ク益〻多ク爲ルニ及セテ其範圍廣クシテ意義不明ナル警察ナル事務ノ範圍ヨリ軍事及ヒ財政ヲ除去スルノ必要大ニ起レリ第十八世紀ノ初ニ至リテ警察ハ司法軍事及ヒ財政ヲ除去シタル政務即チ今日所謂內務行政ト範圍ヲ同シウスルニ至レリ是ヲ以テ第十八世紀ノ學者ハ多ク內務行政ト警察トヲ同一視セリ

警察ヲ連ヘタル如ク內務行政ハ其初ニ於テハ公共ノ安寧秩序ノ保護及ヒ危害ノ防制ヲ以テ其內容トセリ是レ中古ニ於ケル內務行政即チ警察ナリ今日ノ文明諸國ニ存スル所謂助長福利行政ハ尙ホ未タ國ノ職分トシテ起ラス故ニ當時ノ警察トハ內務行政ノ全體ノ名稱ナリト云フト雖モ其內務行政ハ今日所謂內務行政ニ非ス即チ助長福利ノ行政ヲ除キタル都分ノ內務行政ナリ助長福利ノ行政カ國家ノ政務トシテ發生スルニ及ヒ始シクこれヲ內務行政ノ範圍ニ屬セシメタリト雖モ此人民ノ幸福ヲ增進スル敎化及ヒ經濟ニ關スル新政務ノ性質カ甚

(二)　不服ヲ申立テラレタル判決カ闕席判決ニ對スル故障ヲ不適法トシテ棄却シタルモノナルトキ　闕席判決ニ對スル故障ヲ第二百五十九條ニ從ヒ不適法トシテ棄却シタル第一審判決ハ如何ナル場合ニ於テモ闕席判決ニ非サルヲ以テ之ヲ不當ナリトスルトキハ控訴ヲ爲スコトヲ得此控訴アリタル場合ニ於テ控訴裁判所カ控訴ヲ不適法ト認メ又ハ第一審判決ヲ正當ト認メ控訴ヲ理由ナシトスルトキハ控訴棄却ノ判決ヲ爲スヘク而シテ之ニ因リテ事件ハ全然終結シ本案ニ付キ辯論及ヒ裁判ヲ爲スノ必要ナキモ控訴裁判所カ控訴ヲ理由アリトシ即チ故障ヲ適法ナリト認メタルトキハ更ニ闕席前ノ程度ニ復シ本案ニ付キ辯論ヲ爲サシメ判決ヲ爲ササルヘカラスシテ而モ此場合ハ未タ第一審ニ於テ其手續ヲ爲ササリシモノナレハ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻シテ辯論及ヒ裁判ヲ爲サシムルコトヲ要スルナリ

(三)　不服ヲ申立テラレタル判決カ妨訴ノ抗辯ノミニ付キ裁判ヲ爲シタルモノナルトキ　第一審裁判所カ被告ノ提出シタル妨訴ノ抗辯ノミニ付キ判決ヲ爲シ本案ノ判決ヲ爲ササリシ場合ニ於テ控訴ノ結果控訴裁判所カ妨訴ノ抗辯ヲ

理由ナシトシ本案ノ辯論及ヒ裁判ヲ必要トスルトキハ亦事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ササルヘカラス詳言スレハ先ツ第一審裁判所カ被告ノ提出シタル妨訴ノ抗辯ヲ理由アリトシ原告ノ訴ヲ却下スル判決ヲ爲シタル場合ニハ之ニ對シ原告カ控訴ヲ爲シ控訴裁判所カ其判決ヲ正當ト認メ控訴ヲ理由ナシトスルトキハ單ニ控訴棄却ノ判決ヲ爲シテ事件ヲ終了セシムヘク本案ノ辯論及ヒ裁判ヲ爲スノ必要ナキヲ以テ固ヨリ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘカラスト雖モ若シ之ニ反シテ第一審判決ヲ不當ト認メ控訴ヲ理由アリトシ該判決ヲ廢棄シ被告ノ妨訴抗辯ヲ棄却スルトキハ本案ニ付キ辯論及ヒ裁判ヲ爲スノ必要アリテ而モ未タ本案ニ付テハ第一審ノ判決ヲ經サルヲ以テ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻シ以テ本案ノ判決ヲ爲サシメサルヘカラス被告カ數多ノ妨訴抗辯ヲ提出シタルニ第一審裁判所カ其一ヲ理由アリトシ之ニ基キテ訴却下ノ判決ヲ爲シ原告ヨリ控訴ヲ爲シタル場合ニ控訴裁判所ニ於テ其一箇ノ妨訴抗辯ヲ理由ナシト認ムルモ他ノ妨訴抗辯中正當ナルモノアルトキハ結局訴却下ノ第一審判決ハ正當ニ歸スルヲ以テ控訴ヲ棄却スヘク事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘカラス次ニ又第一審裁判所カ被告ノ妨訴抗辯ヲ理由ナシトシテ之ヲ棄却スル判決ヲ爲シタル場合ニ被告カ控訴ヲ爲シ控訴裁判所カ妨訴抗辯ヲ理由アリトシ隨テ其控訴ヲ理由アリトスルトキハ第一審判決ヲ廢棄シ訴却下ノ判決ヲ爲スヘキヲ以テ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スノ必要ヲ生セサレトモ若シ第一審判決ヲ正當ト認メ控訴ヲ理由ナシトシテ棄却スル場合ニ於テハ本案ニ付テノ辯論及ヒ裁判ヲ爲サシムル爲メ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ササルヘカラス但被告カ控訴審ニ於テ新ナル妨訴ノ抗辯ヲ提出シ而シテ其抗辯ノ適法ニシテ且理由アルトキハ之ニ基キテ訴ノ却下セラルルハ勿論ナリ

第一審裁判所カ本案ノ裁判ト共ニ妨訴抗辯棄却ノ裁判ヲ爲シタル場合ニ於テハ決シテ控訴審ヨリ事件ヲ差戻スノ必要ヲ生セス是レ法文ニ妨訴ノ抗辯ノミニ付キ裁判ヲ爲シタルトキトアル所以ナリ之ニ反シテ第一審裁判所ニ於テ縱令本案ノ辯論ヲ爲シタルモ單ニ妨訴ノ抗辯ノミニ付テノ判決ヲ爲シタル場合ハ前說明ノ如ク事件差戻ノ必要ヲ生ス

第一審ニ於テ被告カ妨訴ノ抗辯ヲ提出セサリシモ裁判所カ職權上其原因アル

コトヲ發見シタリトシ例ヘハ無訴權ナリトシテ訴ヲ却下シタル場合ニ其判決ニ對スル控訴アリテ控訴裁判所カ其判決ヲ不當ト認メタルトキハ前述ノ規定ニ從ヒ差戻ノ判決ヲ爲スヘキモノナルヤ否ヤハ一ノ疑問ナリ今一面ヨリ觀ルトキハ此場合ハ本案ニ付テノ辯論及ヒ裁判ヲ爲スノ必要アリテ而モ第一審ノ本案ノ判決ナキヲ以テ前述ノ場合ト同シク事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘキモノノ如シ然レトモ又解釋論トシテ他ノ一面ヨリ觀ルトキハ法文ニハ「妨訴ノ抗辯ノミニ付キ」トアリ而シテ差戻ヲ命スル右ノ規定ハ控訴ノ移審ノ效果トシテ控訴裁判所カ事件ニ付キ自ラ裁判ヲ爲シテ之ヲ終了セサルヘカラサルノ原則ノ例外タルカ故ニ差戻ノ場合ハ法文ニ依リテ限定セラレタルモノニシテ之ヲ類推擴張スルコトヲ得サルノ結果問題ノ場合ハ差戻ノ判決ヲ爲スヘキニ非スト解スルヲ可トス第一審裁判所カ訴狀ノ方式ニ欠缺アリトシ訴ヲ却下シタル如キ場合ニ控訴裁判所カ其判決ヲ不當ト認メタルトキモ亦同シク第一審ノ本案ノ判決ナキニ拘ハラス差戻ノ判決ヲ爲スコトヲ得サルヘシ

第一審裁判所ニ於テ被告カ性質上妨訴抗辯ニ屬セサル抗辯ヲ妨訴ノ抗辯ナリ

トシテ提出シ而シテ第一審裁判所モ亦之ヲ妨訴ノ抗辯ナリトシテ妨訴ノ抗辯ニ關スル手續ヲ適用シ其手續ニ基キテ其抗辯ノミニ付キ判決ヲ爲シタルトキハ本號ノ場合ニ適當スルモノトシテ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘキモノナルヤ否ヤノ問題ヲ生ス此場合ニ於テハ其抗辯ノ實質妨訴ノ抗辯ニ屬セサルヲ以テ消極ノ解釋ヲ可トスヘキモ次ニ說明スル第四百二十三條ノ規定ニ從ヒ差戻ノ判決ヲ爲スコトヲ妨ケス

(四)　請求カ其原因及ヒ數額ニ付キ爭アル場合ニ於テ不服ヲ申立テラレタル判決カ先ツ其原因ニ付キ裁判ヲ爲シタルモノナルトキ　第一審裁判所カ第二百二十八條ニ從ヒ請求ノ原因ニ付テノミ判決ヲ爲シ此判決ニ對スル控訴アリタル場合モ亦妨訴ノ抗辯ノミニ付キ爲シタル判決ニ於ケルト同シク差戻ノ必要ヲ生スルコトアリ即チ第一審裁判所ニ於テ先ツ原因ヲ正當トスル判決ヲ爲シ控訴ニ於テ之ヲ不當ト認メ控訴ヲ理由アリトスルトキハ第一審判決ヲ廢棄シ請求却下ノ判決ヲ爲スヘキカ故ニ差戻ノ必要ナキモ控訴審ニ於テ原判決ヲ正當ト認メ控訴ヲ棄却スルトキハ更ニ數額ニ付テノ辯論及ヒ裁判ヲ爲サシムル

爲メ之ヲ第一審裁判所ニ差戻サザルヘカラス又第一審裁判所カ原因ヲ不當ト認メ請求ヲ却下シタルニ控訴審ニ於テ同一ノ認定ヲ下シ控訴ヲ棄却スルトキハ勿論差戻ノ必要ヲ生セザルモ若シ控訴審ニ於テ原因ヲ正當ト認メ控訴ヲ理由アリトスルトキハ差戻ノ判決ヲ爲スヘキヤ否ヤ此場合ニ差戻ノ判決ヲ爲スヘシトスル說ニ依レハ法律カ差戻ノ判決ヲ爲スコトヲ命スルハ未タ第一審裁判所カ數額ニ付テノ判決ヲ爲サザルカ故ナレハ第一審裁判所カ原因ヲ正當ナリトスル判決ヲ爲シタルト否トヲ問ハス苟モ控訴審ニ於テ原因ヲ正當ナリト認メタルトキハ常ニ數額ニ付テノ辯論及ヒ裁判ヲ第一審裁判所ニ爲サシムルノ必要アリト謂フニ在リ他ノ說ニ依レハ法文ニハ先ツ原因ニ付キ裁判ヲ爲シタルトキトアリ是レ即チ後ノ數額ノ辯論及ヒ裁判ヲ留保シテ先決的ニ原因ヲ正當ナリトスル場合ノミヲ指スモノニシテ原因ヲ不當ナリトシ請求ヲ却下スル裁判ハ斯ル留保ノ意ヲ含マス隨テ之ヲ先決的裁判ト謂フコトヲ得ス故ニ控訴審ニ於テ原因ヲ不當ナリトシ控訴ヲ理由アリトスルトキハ差戻ノ判決ヲ爲サスシテ自ラ數額ニ付テノ裁判ヲ爲サザルヘカラスト云フニ在リ予ハ解釋論トシテハ第二說ヲ穩當ナリト信ス但何レノ說ニ依ルモ原因ニ付テノ辯論ヲ分離シタルト否トニ由リテ其論決ヲ異ニスルモノニ非ス

(五)　不服ヲ申立テラレタル判決カ證書訴訟及ヒ爲替訴訟ニ於テ敗訴ノ被告ニ別訴訟ヲ以テ追行ヲ爲ス權ヲ留保シタルモノナルトキ證書訴訟及ヒ爲替訴訟ニ於テ原告ノ請求ヲ爭ヒタル被告ニ對スル敗訴ノ判決ヲ爲ス場合ニ於テハ被告ノ權利ノ行使ヲ留保スルヲ要シ而シテ此留保判決アリタルトキハ訴訟ハ通常訴訟手續ニ於テ尙ホ繫屬スルハ第四百九十一條第四百九十二條ノ定ムル所ノ如シ此判決ニ對シ控訴ヲ爲シタル結果控訴審ニ於テ控訴ヲ全部若クハ一分理由ナシト認メ之ヲ棄却スル場合ニハ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻シ通常訴訟手續ニ於テ辯論及ヒ裁判ヲ爲サシムルノ必要アリトス

右ノ外被告ニ敗訴ヲ言渡シ權利ノ行使ヲ留保シタル判決ヲ控訴審ニ於テ不當ナリトシ即チ其訴ヲ不適法ナリトシ若クハ請求ヲ理由ナシトスルトキハ却下ノ判決ヲ爲スヘキモノナレハ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スノ必要ナク又第一審ニ於テ請求ヲ却下シタルニ控訴審ニ於テ之ヲ不當トシ更ニ被告ニ敗訴ヲ言

渡シ且其權利ヲ留保スル場合ニ於テモ之ヲ第一審裁判所ニ差戻スコトヲ得ス唯其訴訟ハ通常訴訟手續ニ於テ第二審ニ繫屬スルノミ又第一審ニ於テ被告ニ敗訴ヲ言渡スモ其權利ノ行使ヲ留保セサリシトキ控訴審ニ於テ其留保ノ判決ヲ爲ス場合モ同シク本號ニ包含スルモノニ非ス何トナレハ第一判決ハ權利ノ行使ノ留保ヲ揭ケサルモノナレハナリ但次ノ說明ノ如ク法律違背ヲ理由トシテ差戻ノ判決ヲ爲スハ格別ナリトス

以上五箇ノ場合ハ何レモ第一審ニ於テ辯論及ヒ裁判ヲ爲スノ必要アルモノニシテ法律ハ必ス差戻ノ判決ヲ爲スヘキモノト定メタリ

右ノ外尙ホ控訴裁判所ニ於テ第一審裁判所カ不服ヲ申立テラレタル判決ヲ爲スニ當リ訴訟手續ノ規定ニ違背シタルコトヲ發見シタルトキハ其事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘキコトヲ得ルモノトス(第四二三條)此場合ニ於テ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スト否トハ控訴裁判所ノ便宜定ムル所ニシテ必スシモ差戻ヲ爲ササルヘカラサルニ非ス又差戻ヲ爲スコトヲ得ル場合ヲ限定セラレタルモノニ非ス然レトモ此規定ノ精神ヲ探究スレハ固ヨリ判決ニ影響ナキ些末ノ手續違背ヲモ直チニ之ヲ捉ヘテ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻シ以テ訴訟手續ヲ遲延セシメントスル意ニ非ス其手續違背ノ重大ナル場合即チ第一審判決ノ基本ト爲リタル手續又ハ控訴審ノ判決ノ基本ト爲ルヘキ第一審ノ手續カ法律ニ違背シタル場合例ヘハ第四百三十六條ニ列擧セル場合其他訴狀ヲ送達セスシテ審理判決ヲ爲シ證據調ノ手續ニ從ハスシテ證據調ヲ爲シ之ヲ取リテ以テ判決ヲ爲シ又ハ判決ニ事實ヲ摘示セサルカ如キ場合ニ於テ便宜ニ應シ控訴裁判所ヲシテ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スコトヲ得セシムルノ旨趣タルハ自ラ明カナリ此故ニ第一審裁判所ノ構成ニ缺クル所アリ又ハ原告若クハ被告カ適法ニ代理セラレサリシトキノ如タ第一審ノ手續全部カ無效ニ歸スヘキ場合ハ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヲ適當トスヘキモ其他控訴裁判所カ第一審裁判所ノ手續ニ不法アリト認ムルトキト雖モ自ラ本案ノ判決ヲ爲スヲ以テ便宜ニ適セリトスル場合ノ如キハ差戻ノ判決ヲ爲ササルコトヲ得ルモノナリ例ヘハ第一審裁判所カ不法ノ證據調ニ基キテ得タル證據ヲ取リテ判決ヲ爲シタルコトヲ發見シタルモ他ノ證據ニ依リテ直チニ判決ヲ爲シ得ルトキ其他違法アル部分

ノ第一審ノ手續ニ依ラスシテ其以外ノ第一審又ハ控訴審ノ訴訟材料ニ依リテ容易ニ判決ヲ爲シ得ル場合ノ如キハ故ラニ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スノ必要ヲ見サルヘシ

控訴裁判所カ右ノ規定ニ依リ差戻ノ判決ヲ爲ストキハ第一審判決ヲ廢棄シ且其法律違背カ手續ノ全部ニ渉ルト否トニ從ヒ其全部又ハ一分ノ手續ヲモ廢棄セサルヘカラス而シテ第一審ノ手續ノ一部分ノミカ廢棄セラレタルトキハ他ノ部分ハ其效力ヲ存スルモノトス故ニ例ヘハ辯論二回ヲ經テ終局判決アリタル場合ニ第二回ノ手續ノミカ法律ニ違背シタルカ爲メ廢棄セラレタルトキハ第一回ノ辯論ニ於テ當事者ノ爲シタル自白、異議其他ノ陳述、失權、證據調、中間判決等ハ皆差戻後ニ於テモ其效力ヲ保有スルハ勿論ナリ

以上說明シタル差戻ノ判決ハ中間判決ナルヤ終局判決ナルヤ此問題ニ付テハ今仍ホ學說一定セス中間判決說ニ依レハ差戻ノ判決ハ事件ヲ終局マテ結了セシムルモノニ非ス即チ上級裁判所カ自ラ裁判ヲ爲スニ代ヘ之ヲ下級裁判所ニ爲サシムル爲メノ判決ナレハ一旦事件カ上級審ヨリ下級審ニ移ルモ此下級審

ノ辯論ノ實質ハ上級審ノ辯論ノ繼續ニ過キス而シテ差戻ノ判決ハ其中間判決タルノ結果第二百四十條ノ規定ニ依リテ第一審裁判所ヲ羈束スルモノナリ故ニ差戻ノ判決ニ對シテハ獨立シテ上告ヲ爲スコトヲ得スシテ唯差戻ノ判決ニ依リ第一審裁判所カ判決ヲ爲シ而シテ之ニ對シ控訴ノ提起アリテ控訴裁判所カ更ニ終局判決ヲ爲シタル場合ニ於テ其終局判決ト同時ニ上告審ニ於テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ヘキモノナリト終局判決說ニ依レハ差戻ノ判決ハ訴訟事件ヲシテ其一旦繫屬シタル審級ヲ離脫セシメ差戻判決ヲ爲シタル控訴審ニ於テハ爾後再ヒ控訴ヲ受クルニ非サレハ其事件ニ付キ何等ノ判決ヲ爲スコトヲ得サルモノナレハ是レ即チ獨立ノ上告ヲ許スヘキ終局判決タラサルヲ得スト要スルニ此二說ノ岐ルル所ハ終局判決ノ何モノナルヤニ付テノ根本的見解ヲ異ニスルニ在リ

右兩說中何レノ說ヲ採用スヘキヤニ付キ案スルニ若シ中間判決說ノ論據ニシテ差戻後ノ第一審裁判所ノ辯論ヲ以テ控訴審ノ辯論ノ續行ニ過キスト爲スニ在リトセンカ其結果第一審裁判所カ差戻後ノ辯論ニ基キ爲シタル判決モ亦其

性質控訴審ノ終局判決トシテ之ト共ニ中間判決タル控訴審ノ差戻ノ判決ヲ上告審ニ於テ攻擊スルコトヲ得ルモノト謂ハルヘカラス然ルニ中間判決說ニ依ルモ差戻後ノ第一審裁判所ノ判決ハ第一審ノ終局判決トシテ之ニ對シテ控訴ヲ爲スヘク而シテ其控訴審ノ判決ト共ニ前ノ差戻ノ判決ヲ上告審ニ於テ攻擊スヘキモノナリト云ヒ其矛盾スル所アルニ照スモ右論據ノ不當ナルヲ知ルヘシ況ヤ控訴裁判所カ差戻ノ判決ヲ爲スハ自ラ後ノ辯論及ヒ裁判ヲ爲スヘクシテ之ヲ第一審裁判所ニ委任センカ爲メニ非スシテ自ラ其辯論及ヒ裁判ヲ爲スコト能ハサルカ爲メナルニ於テヲヤ然ラハ差戻ノ判決ハ訴訟事件ヲシテ控訴審ヲ離脫セシムルト同時ニ第一審ニ繫屬セシムルモノナルカ故ニ終局判決ニ非スト云フニ在リトセンカ事物ノ管轄違ノ訴ヲ第九條ノ規定ニ依リ却下スルト同時ニ他ノ裁判所ニ移送スルノ判決モ亦中間判決ナリト謂ハサルヘカラス而シテ若シ此判決ヲ中間判決ナリトシ獨立ノ上訴ヲ許サストセンカ何レノ終局判決ト共ニ不服ヲ申立ツヘキヤヲ解スルコト能ハサルニ至ルヘシ故ニ終局判決說ヲ可ナリト信ス此說ヲ難スル者或ハ曰ク若シ差戻ノ判決ヲ中間判決ニ非ストセハ何レノ規定ニ依リテ第一審裁判所ハ之ニ羈束セラルルヤ又若シ羈束セラレストセハ第一審裁判所カ前說ヲ固執スル場合ニ於テハ再ヒ差戻ヲ受ケ其事件ハ兩審ヲ循環シテ終局ノ期ナキニ至ラント此答辯ハ極メテ容易ナリ勿論差戻ノ判決ハ終局判決トシテ尙ホ第一審裁判所ヲ羈束スルモノニシテ此點ニ付テハ特ニ明文ノ規定ヲ要セス何トナレハ既ニ法律カ差戻ノ權利ヲ上級裁判所ニ與ヘタル以上ハ其目的ヲ達スル上ニ於テ差戻ヲ受ケタル下級裁判所ヲシテ之ニ服從セシムルノ趣意ニ出テタルヲ容易ニ推知シ得ヘケレハナリ次ニ又曰ク若シ差戻ノ判決ヲ以テ終局判決ナリトセハ之ト同時ニ當然第二百三十一條ノ規定ニ從ヒ費用ノ裁判ヲ爲スヘキモノナルニ拘ハラス第七十八條第一項ニ依レハ本案ノ終局判決ト共ニ訴訟費用ノ裁判ヲ爲スヘキモノトセリ是レ即チ差戻ノ判決ハ中間判決タル證據ニ非スヤト然レトモ此規定ハ差戻ノ判決ノ性質如何ヲ定ムルニ何等ノ關係ナシ終局判決說ニ依レハ差戻ノ判決ハ本案ノ裁判ニ非サルカ故ニ例外トシテ訴訟費用ノ裁判ヲ之ト同時ニ爲サスシテ本案ノ判決ト共ニ爲スヘキ旨ヲ明言シタルニ過キス恰モ此規定ハ終局判決タ

ル一分判決ヲ爲ス場合ニ於テ訴訟費用ノ裁判ヲ後ノ殘分ノ判決ニ讓ルコトヲ得ル旨ノ第二百三十一條第二項ノ規定ト一般ノ便宜的例外ト解スヘキノミナラス差戻ノ判決ヲ以テ中間判決ナリトセハ寧ロ此規定ヲ必要トセサルヘシ」以上ヲ以テ移審ノ效力ヲ說明セリ此效力ハ控訴ノ取下アリタルトキハ勿論控訴審ニ於テ終局判決ヲ爲シタルトキハ消滅ス唯上告審ヨリ差戻サレ又ハ再ヒ第一審ノ判決ヲ經テ控訴ノ提起セラレタルトキニ同一事件カ控訴審ニ繫屬スルコトアルノミ

第五節　控訴審ノ手續

控訴審ノ手續ハ控訴ノ提起ニ因リテ始マルコトハ恰モ第一審ノ訴訟手續カ訴ノ提起ニ依リテ始マルト同一ナリ而シテ控訴審ニ於ケル辯論及ヒ裁判ノ目的ハ控訴提起ノ效力ニ依リテ控訴審ニ繫屬スルニ至リタル第一審判決ヲ經タル事件ニ付キ當事者カ控訴及ヒ附帶控訴ヲ以テ不服ヲ申立テタル範圍内ニ於テ第一審判決ノ當否ヲ審査シ相當ノ判決ヲ下スニ在リ即チ控訴裁判所ハ第四百十一條ノ規定ニ依リ更ニ辯論ヲ經タル上第一審判決ヲ相當ト認メ控訴ヲ理由ナシトスルトキハ第四百二十四條ノ判決ヲ爲スヘク之ニ反シテ控訴ヲ理由アリトスルトキハ第四百二十條、第四百二十五條ノ規定ニ從ヒ第一審判決ノ全部若クハ一分ヲ變更スヘキモノトス勿論控訴審ノ手續ハ全然第一審ノ手續ト同一ニ出ツルヲ得サレトモ地方裁判所ノ第一審ノ訴訟手續ノ規定ハ一般ノ原則ト爲ルモノニシテ特別ノ規定アル場合ノ外區裁判所ノ第一審ニモ適用セラルルモノニシテ控訴審ニ於テモ亦特別ノ規定ナキ限ハ其規定ヲ準用スヘキコトハ第四百八條ノ定ムル所ノ如シ故ニ控訴審ノ手續ノ研究トシテハ特別ノ規定ニ依リ第一審ノ手續ト差異ノ生スル點ヲ說明スルヲ以テ足レリトス即チ左ノ如シ

第一　控訴人カ控訴狀ヲ提出シタルトキハ書記ハ二十四時間内ニ第一審裁判所ノ書記ニ訴訟記錄ノ送付ヲ求ムヘキモノトス(第四三一條)

第二　裁判長ハ先ツ控訴ノ適法ナルヤ否ヤヲ調査シ若シ之ヲ判然不適法ナリトスルトキハ辯論期日ヲ指定セス直チニ命令ヲ以テ之ヲ却下スルコトヲ得(第

四〇二條）

第三　前項ノ規定ニ依リ控訴ノ要件ニ欠缺アリトシテ控訴ヲ却下セサル以上ハ裁判長ハ口頭辯論ノ期日ヲ指定シ控訴狀ヲ被控訴人ニ送達セシムヘキモノトス而シテ控訴狀ノ送達ト口頭辯論期日トノ間ニ存スヘキ準備期間、答辯書差出ノ期間及ヒ催告並ニ準備期間ノ短縮答辯書差出期間ノ伸長及ヒ短縮ニ付テハ總テ第一審ノ規定ヲ適用スヘキモノトス（第四〇三條）

第四　被控訴人ノ提出スヘキ答辯書ハ準備書面ニ關スル一般ノ規定ニ從ヒテ作リ且之ニ被控訴人ノ一定ノ申立及ヒ主張セントスル新ナル事實及ヒ證據方法ヲ掲クヘキモノトス（第四〇四條）

答辯書ニ新ナル事實及ヒ證據方法ヲ掲ケ又ハ附帶控訴ノ申立ヲ掲ケタルトキハ之ヲ控訴人ニ送達セサルヘカラス（第四〇七條）

第五　當事者ノ雙方ヨリ控訴ヲ提起シタルトキハ其兩控訴ニ付キ通例辯論及ヒ裁判ヲ併合シテ同時ニ爲スヘキモノトス（第四〇九條）是レ手數ヲ省ク爲メノ便宜上ノ規定ナリ隨テ又當事者ノ一方ノミカ控訴ヲ提起シタル場合ニ於テ其

雜報

○手形債務者ノ付遲滯　商業上ノ指圖債權又ハ無記名債權ニ付テハ民法第四百十二條ニ規定セル如ク期限ノ到來ノミヲ以テ債務者カ付遲滯ニ在ルモノトスルコトヲ得ス蓋シ商業證券ニ付テハ最モ信用ヲ重シ其流通ノ敏速ナランコトヲ欲スレハナリ是ニ於テカ商法第二百七十九條ノ規定ヲ置キ所持人カ證券ヲ呈示シテ履行ノ請求ヲ爲シタル時ヨリ債務者ハ遲滯ノ責ニ任スルモノトセリ然ラハ右ノ證券ノ所持人カ裁判上履行ノ請求ヲ爲シタルトキハ如何大審院ハ判決シテ曰ク「裁判外ノ請求ノ場合ニ於テハ手形債權者カ其債務者ヲシテ遲滯ノ責ニ任セシムルニハ履行期限ノ到來シタル後手形ヲ呈示シテ履行ノ請求ヲ爲スコトヲ要スルモ裁判上ノ請求ノ場合ニ於テハ債權者カ其履行ノ訴ヲ有效ニ提起スルトキハ其提起ノ時ヨリ債務者ヲ遲滯ニ付シタルモノト謂ハサルヲ得ス蓋シ指圖債權又ハ無記名債權ノ債務者ハ債權者ヨリ請求ヲ受クルニ非サレハ何人ニ辨濟スヘキモノナルヤ知ルコト能ハサルヲ以テ其債務辨濟ノ

時期確定セルトキト雖モ民法第四百十二條第一項ヲ適用スベカラサルハ債務ノ性質上明カナルカ如シ然レトモ民法債權總則中ニハ是等債權ニ關スル規定ヲ設ケタルニ拘ハラス其辨濟期ニ關スル規定ニ至テハ右條文アルニ過キサルヲ以テ解釋上疑ヲ生スル嫌ナシトセス商法第二百七十九條ハ是等ノ債權ニハ民法第四百十二條第一項ノ適用ナキ旨ヲ明ニシ此ノ如キ疑ヲ避ケシメタルモノニ過キスシテ訴訟ニ於ケル付遲滯ノ準則ヲ示シタルモノニアラス」ト（大審院明治三十六年（オ）第四百三十九號約束手形金請求事件明治三十六年十月三日第一民事部判決）

○流通證券ニ因ル債權ニ對スル轉付命令ノ效力　「手形其他裏書ヲ以テ移轉スルコトヲ得ル證券ニ因レル債權ノ差押ハ執達吏其證券ヲ占有シテ之ヲ爲ス」トハ民事訴訟法第六百三條ニ規定セル所ナリ今執達吏カ先ツ手形ヲ差押ヘ而シテ後轉付命令アリタルトキハ其效力如何大審院ノ判決理由ニ曰ク「約束手形ノ如キ裏書ヲ以テ移轉スルコトヲ得ル證券ニ因ル債權ノ差押ハ執達吏其證券ヲ占有シテ爲スヘキモノナレハ若シ執達吏カ證券ヲ占有シテ差押ヲ爲シタル事實ナキニ拘ハラス執行裁判所カ轉付命令ヲ發シタル事實アリトスレハ其命令ハ轉付ノ效力ヲ生スルモノニアラス然レハ轉付命令ノ效力アルコトヲ主張シ從テ其請求ノ正當ナルコトヲ主張スル被上告人ハ上告人カ證據ニヨリ該命令ノ前驅タル證券ノ占有ニ因レル差押ナカリシコトヲ爭フトキハ其差押ノ事實ヲ證明スルノ責任アルコト立證責任上ノ法則ニ照シテ明白ナリトス然ルニ原院ハ本件手形ニ因レル債權ニ付キ轉付命令アリタル事實ハ當事者間ニ於テ爭ナキコトヲ辯明シタル末「當該裁判所ハ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ轉付命令ヲ發シタルモノト推定スルコトヲ得ヘキヲ以テ反證ナキ限リハ轉付命令アリタルノ一事ニ因リ本件手形ニ因レル債權ハ被控訴人主張ノ如ク執達吏カ右手形ヲ占有シテ差押ヘタルモノト認ムルヲ正當ナリトス云云」ト判示セリ然レトモ元來上告人ハ本件手形ニ因レル債權ハ執達吏カ其手形ヲ占有シテ之ヲ差押ヘタル事實ナリ通常債權ノ差押手續タル差押命令ヲ送達シタル後直チニ轉付命令アリタルモノニシテ其命令タルヤ轉付ノ效ヲ生スルモノニアラスト主張シ被上告人ハ手形ノ占有ニ因ル差押アリタル後轉付命令アリタルモノニシテ其命令ハ有效ナリト主張スルモノニシテ（原判決並一件記錄參照）轉付命令ノ效力

如何ハ本件曲直ノ依テ岐ルル切要爭點ナルニ拘ハラス原院カ前掲判定ノ如ク轉付命令アリタル一事ニ據リ本件債權ハ執達吏カ手形ヲ占有シテ差押ヘタルモノト認定シ因テ該命令ノ有效ナルコトヲ斷定シタルモノニシテ所謂ル爭點ヲ以テ爭點ヲ判斷シタルニ外ナラス但原判文中當該裁判所ハ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ轉付命令ヲ發シタルモノト推定スルコトヲ得ヘキヲ以テ云云トハ即チ當該裁判所ハ手形ヲ占有シテ爲シタル差押アリタル上本件轉付命令ヲ發シタルモノト推定スルコトヲ得ルトノ義ナルヘシト雖モ是レ裁判所カ一ノ裁判行爲ヲ爲シタルトキハ其行爲ノ效力ニ關スル手續ニシテ其行爲以前ニ完了スヘキモノハ其手續ノ完了セサリシコトニ付キ證據ニ因リ爭アルニ拘ハラス裁判行爲アリタル一事ニ據リ業ニ既ニ完了シタルモノト推定スルコトヲ得ルト謂フニ異ナラス是レ許スヘカラサル推定ナリトス（大審院明治三十六年（オ）第二百六十號約束手形金請求事件明治三十六年八月二十五日休暇部判決）

●學生募集

○大學豫科　第二期生缺員アリ臨時入學ヲ許ス

○專門部　正科生、別科生共缺員アリ臨時入學ヲ許ス

○高等研究科　本月四日ヨリ授業ヲ開始セリ入學志願者ハ此際申出ツヘシ

○聽講生　隨時入學ヲ許ス

○校外生　臨時入學ヲ許ス

三十七年度講義錄ハ之ヲ三學年ニ分チ各學年共十月ヨリ毎月三回發行滿一箇年ヲ以テ完結ス月謝金ハ各學年共金五十錢但官公術在職者（證明書ヲ要ス）及ヒ校友ノ紹介アル者ハ金四十五錢トス總テ入學金ヲ要セス、入學志願者ハ此際申込ムヘシ

十一月

司法省指定
文部省認定

私立　法政大學

如何ハ本件曲直ノ依テ岐ルル切要爭點ナルニ拘ハラス原院カ前掲判定ノ如ク轉付命令アリタル一事ニ據リ本件債權ハ執達吏カ手形ヲ占有シテ差押ヘタルモノト認定シ因テ該命令ノ有效ナルコトヲ斷定シタルモノニシテ所謂ル爭點ヲ以テ爭點ヲ判斷シタルニ外ナラス但原判文中當該裁判所ハ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ轉付命令ヲ發シタルモノト推定スルコトヲ得ヘキヲ以テ云云トハ即チ當該裁判所ハ手形ヲ占有シテ爲シタル差押アリタル上本件轉付命令ヲ發シタルモノト推定スルコトヲ得ルトノ義ナルヘシト雖モ是レ裁判所カ一ノ裁判行爲ヲ爲シタルトキハ其行爲ノ效力ニ關スル手續ニシテ其行爲以前ニ完了スヘキモノハ其手續ノ完了セサリシコトニ付キ證據ニ因リ爭アルニ拘ハラス裁判行爲アリタル一事ニ據リ業ニ既ニ完了シタルモノト推定スルコトヲ得ルト謂フニ異ナラス是レ許スヘカラサル推定ナリトス」（大審院明治三十六年（オ）第二百六十號約束手形金請求事件明治三十六年八月二十五日休暇部判決）

◉學生募集

○大學豫科　第二期生缺員アリ臨時入學ヲ許ス

○專門部　正科生、別科生共缺員アリ臨時入學ヲ許ス

○高等研究科　本月四日ヨリ授業ヲ開始セリ入學志願者ハ此際申出ツヘシ

○聽講生　隨時入學ヲ許ス

○校外生　隨時入學ヲ許ス

三十七年度講義錄ハ之ヲ三學年ニ分チ各學年共十月ヨリ毎月三回發行滿一箇年ヲ以テ完結ス月謝金ハ各學年共金五十錢但官公術在職者（證明書ヲ要ス）及ヒ校友ノ紹介アル者ハ金四十五錢トス總テ入學金ヲ要セス、入學志願者ハ此際申込ムヘシ

十一月

司法省指定
文部省認定　私立　**法政大學**

法學志林

一部定價金十二錢郵稅一錢
十部前金郵稅共一圓四十錢
校友生徒校外生へ一部特價郵稅共十一錢十部前金郵稅共一圓

第五十號目次

（十一月十五日發行）

○君主ノ國法上ノ地位　法學博士　美濃部達吉
○當事者カ既ニ確定セル事實ヲ知ラスシテ條件ト爲シタル法律行爲ノ性質ヲ論ス　法學士　塚田達二郎

志林
○最近判例批評（其十四）　法學博士　梅謙次郎
○民法雜說　法學士　荒井賢太郎
○羅馬ニ於ケル離婚　ドクトルエール アンヤドロー　田中遜

纂論
○取引所（完）　海山甕夫

解疑
○取立命令ヲ得タル債權者カ第三債務者ニ對シ起訴シタル場合ニ於ケル訴訟法上ノ地位　法學士　松岡義正
○本案前ノ判決カ本案判決ニ及ホス效力　法學士　豐島直通
○不能犯ト夢幻罪トノ區別　法學士　谷野格
○國力均勢ノ意義　法學士　秋山雅之介
○憲法上大權ト法律ノ制限　法學士　清水澄

散錄
○法界落葉集　校友　林恒四郎

寄書
○不能犯ヲ論ス　公平慨史

其他判例、雜報、記事等

發行所　司法省指定　文部省認定　私立　法政大學

（明治三十六年十月十二日第三種郵便物認可
毎月九回一日五日八日十一日十五日十八日廿一日廿五日廿八日發行）

明治三十六年十一月十五日印刷
明治三十六年十一月十八日發行　（定價金貳拾錢）

編輯兼發行者　東京市牛込區牛込北町十番地　萩原敬之

印刷者　東京市牛込區矢來町三番地　小宮山信好

印刷所　東京市芝區四ノ久保明舟町十一番地　金子活版所

發行所　東京市麴町區富士見町六丁目十六番地
司法省指定　法政大學
（電話番町百七十四番）