

# 法政大学学術機関リポジトリ

HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

PDF issue: 2024-07-27

## 法政速成科講義録

板倉, 松太郎 / 岡田, 朝太郎 / 清水, 澄

---

(出版者 / Publisher)

法政大学

(巻 / Volume)

32

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

51

(発行年 / Year)

1906-09-29



（明治三十八年八月十七日第三種郵便物認可）  
（毎月二回 五日、二十日發行）

明治三十九年九月二十九日發行

第三十二號

法政速成要義錄

楊樞署  
檢



大日本東京

法政大學發行

法政速成科講義錄第三十二號目次

刑法各論(自一五二頁至一六四頁) 法學博士 岡田朝太郎

行政法各論(自五〇頁至八〇頁) 法學博士 清水澄

刑事訴訟法(自一六三頁至一九四頁) 法學士 板倉松太郎

民事訴訟法(自二四三頁至二六六頁) 法學士 板倉松太郎

雜錄 ○旅順鎮守府條例

090  
1906  
4-32

則由立法論言之不可不謂為無用之規定也

二 官吏收賄罪。刑法第二八四條乃至第二八六條及第二八八條……為本罪之成立。

(1) 第一須官吏於其職務上一定之行為。有受人囑託之事實。(2) 刑法第二八四條。無如次二箇條關於民事之裁判。關於刑事之裁判之明文雖廣。規定受人之囑託。然不屬於官之職務行為之囑託。及受非自己所掌管之職務行為之囑託者。不屬於該條。勿論也。(2) 雖為囑託職務之行為。非別有一定之依賴時。亦同。但可為一定之囑託與否。應由依賴之本旨判斷之。不可據其言語或文書之外觀。不俟言也。(3) 其囑託不必要在法之囑託。

(1) 例如對於能書畫之官吏。依賴其揮毫。雖約束與以一定之報酬。不得以第二八四條所謂聽許賄賂而論。何則因不能謂為職務上之囑託也。又其所依賴之

事項雖關於國之政務而非其所掌管者例如向司法官囑託關於特許審判之周旋或向特許之審判官依賴幹旋關於民事刑事之裁判之勞皆不得謂爲關於其官吏之職務之囑託故此等皆無關於第二八四條也(2)如右所述第二八四條所謂囑託者雖不可不關於職務之囑託若非因此關係一定之處分之囑託亦未備本條之條件但爲一定之依賴與否因言論或舉動之性質可斷定之不必拘泥於外形勿論也例如民事訴訟之當事者向於判事以何者爲宜或乞取計之言語及文書爲依賴者是就其自己所圖之訴訟爲謀自己利益之依賴毫無容疑故此不可不認有一定行爲之囑託反之如左二場合則不得謂關於處分之依賴。

第一 如依賴者於有關係職務上之行爲已終之後因表謝意贈與金錢及其他之物品則非爲關於職務之依賴故不成收賄罪但利益之授受雖在處分後若於處分時有秘密相約之事情即第二八四條所謂賄賂之聽許也)

第二 雖爲官吏職務內之囑託非依賴關係或處分時例如囑託司法官將來若有訴訟謀自己之利益則非一定職務之依賴(但依賴之當時雖未著手司

法上或行政上之處分若已明瞭將來應著手或處分者得認因此依賴而謀利益故可爲第二八四條以下之收賄罪也)

(2) 次要有收受或聽許賄賂之事實收受或聽許賄賂者應於囑託之代價(Gegenleistung, Ehrverdienst)而受金錢有價物及其他之利益或約受之謂也故授付雖在後日而犯罪乃成立於諾約之日也但可爲賄賂物體之利益須如何之種類耶(1)有單限於財產上之利益者(Tiszt § 177 Frank § 331)有不認何等之區別及制限者(Sinonson Das Begriff des Vorteils 1889 Halschner) (3) 雖不分物品與行爲又不分得以金錢估計與否然必須有形的之利益若僅與官吏以無形之滿足者則不包含之此說占多數。

可爲賄賂物體之利益(1)若依第一說限於財產上利益則用不得以金錢估計之勢力而爲約束者不謂爲賄賂(2)如依第二說全不認其制限則收賄者精神



上之利益。即僅與其人以滿足時。亦爲收賄之罪。是可謂第一說失之於狹。第二說失之於廣也。(3)第三說包含金錢及其他。可以金錢估計之物之授受勿論已。然雖不可謂爲物之行爲之類。而可爲以金錢估計之行爲。例如約建築彫刻揮毫等之勞力。則可包含在內。更進一步言之。雖不得以金錢估計之勞力之類。若其勞力爲有形的。則亦包含之。茲所謂不得以金錢估計有形的之勞力者。例爲以聽許爲條件。諾爲人之妾者。若想像之其爲妾。即可該當之。關於爲賄賂物體之利益之學說。如上所述。但現行法賄賂之文字自體。當如何解釋之耶。在支那刑法及此所繼受之法律。即改定律例等。似限於有形的授受之趣旨。故雖得以金錢估計者。如約爲勞働。在當時可謂爲不包含之。至於現行刑法。固使用同一之文字。而其精神非僅繼受歐洲之法理。且一面如收賄罪在匡正關於職務之風紀。故依時代之如何。則解釋其內容亦多有異。余謂現今以後之解釋。論似當依前揭之第三說。解釋爲包含一切有形的利益也。

余之所信。如右。而或有以第二八八條爲根據。而立說者。謂同條有記載於前數條之賄賂。既收受者沒收之。已費用者追徵其代金。之規定。故可爲賄賂之物體。

之利益在第一點。須有可沒收者。即須爲有形物。在第二點。須爲可爲代價之追徵者。即須爲得以金錢估計財產上之利益者。然是說誤也。蓋此條所謂沒收者。有可以沒收有形的之存在。時命沒收之。追徵者在。可以金錢估計財產上之利益。既費用時。命追徵其代價。蓋不過如此之趣旨而已。換言之。即本條僅實際上得爲之時見其適用耳。若事實上不能者。則不見其適用也。故不得因有此條如論者所云。解爲有限也。

雖然當囑託之際。主觀的意思之方面。客觀的利益之種類。皆不過用一般所用贈答之禮。而不反於善良之風俗者。則可視爲範圍外。

贈賄物之價。雖屬些少。而依贈者之意思。不難想像主觀的可視爲賄賂者。反之贈與者之意思。潛迎合官吏之意。雖在謀自己之利益。而物之性質。依其時代及地方之狀況。有不可認爲反於善良之風俗者。固屬本罪之範圍外也。例如以裁判官好梅花之故。欲投其意。贈以一技。爲慣習上一般之所認。非反於善良之風俗。故不爲罪。勿論已然事實上。雖僅在贈梅花之一技。因狀況之如何。亦有可以

成罪者。原梅花在或場合之關係上視爲無要。且自贈者之方面視察之。正可認爲贈賄者。則可成罪也。

比較刑法第二八四、第二八五、第二八六之三箇條。若收賄官吏。因此爲不正之處分。或裁判時加重其刑。故約爲不正之處分。或裁判者。直可依此等之關係條文第一項而處分之。不俟言也。更進一步。依賴爲正當之處分。或裁判者。而約利益者。亦可包含此條耶。是亦不可不爲積極的之解釋。元來所以處罰收賄行爲者。其精神非僅在豫防爲不正之處分。或不正裁判之實害也。并在豫防有此等之危險也。故雖在或場合。依賴正當之處分。或正當裁判。不得認爲無罪。

以上官吏收賄罪說明之大體也。今揭一問題於後。而論斷之。

贈賄賂於官吏之一私人之處分如何  
第一 無罪論

(一) 謂贈賄者在草案固有處罰之明文而視其確定草案之際。已刪除之是現行法之精神。不可不解釋爲無罪也。

然現行法關於共犯之規定。特可適用第一〇五條及第一〇九條。而爲有

罪。無別明言之必要。故雖自草案刪除之。直不得斷言爲無罪也。

(二) 謂刑法總則第一〇六條及第一一〇條。就於刑法之加重減輕。明言影響不及於無身分者。如加重減輕。刑事處分其一。部既不影響於無身分者。則如罪之有無。較重大之影響。倍不得及於無身分者。

然此說以加重減輕與犯罪之成立條件同一視。實不當之見解。是可謂爲誤信程度與性質之謬論也。故加減輕。雖無影響。而就成立。則可認爲有影響者。

(三) 謂處罰收賄之行爲。因其害職務上之威信也。故不負職務之一私人。無如此之害。則不能發見。認爲有罪之理由。然至使官吏損職務上之威信者。非必皆無關係。故如論者謂無犯罪之理由。實誤也。

(四) 謂若處罰贈賄者。因犯罪之難於發覺。至使犯人多有倖免。法網之慮。故爲犯罪發覺之方便。而不處罰也。

此不解刑法之爲何之論也。雖無加反駁之價值。而尙有一言者。即嚴罰贈

賄者無如此之慮足以答之矣。

(五) 謂賄賂罪如彼之姦通罪為必然的共犯故不受總則之適用且本節關於贈賄者不為何等之規定故為無罪無容疑也。

此論者因誤信僅任意共犯從總則之原則必然的共犯從特別之規則故下如右之論決也但為解釋論則必不可余曾於說明總則時詳論之矣

除以上所述外無罪論之理由尚屬不謬以無列舉之必要茲言有罪論。

### 第二 有罪論

主張有罪論者不可不下如左斷定。

(一) 若一私人先告知贈以賄賂而官吏應之則一私人可視為收賄賂之教唆而處罰之。元來處分教唆者之根本學說分歧已於說明總則時述之惟余所採用之說非假定教唆者自己實行被教唆者所為之行為而處分之乃因被教唆者所犯之罪之根源而處分之也例如婦女教唆或男子使強姦他之婦女則處分此婦女非以其自犯強姦罪而處罰乃使人犯斯罪而處罰也。然則賄賂之場合亦與之相同即非假定一私人受賄賂而處罰

乃使官吏犯收賄而處分之也故此際之一私人不可不視為教唆者而處分之毫無容疑也。

(二) 先自官吏為賄賂之要求一私人應之之時總則上所謂幫助犯罪者故不妨謂為從犯。

右所述者不過余之所信而自實際之如何處置考之從前認可處罰贈賄者或發訓令明治十六年九月九日在大審院久已判決為有罪雖近來驟變其說決為無罪然自立法上言之有處罰之必要除極少數之論外固一般之所認也而改正案因此特附加一條且間接參攷外國立法例亦大多數處罰贈賄者也。

### 第三節 對於官吏財產之罪

關於監守盜罪之刑法第二八九條所謂竊取者包含用竊盜規定之竊取行為刑法第三六六條與用受託物費消規定之消費行為刑法第三九五條可比照其說明。

刑法第二八九條第一項。所謂金穀物件者。須爲官吏監守中之物。而不以政府之所有物爲必要。例如受供託之係爭物。或視爲證據物。差押一私人之所有物。等固可包含其中。故解釋監守盜爲官吏消費自己所監守政府之所有品之罪。則甚誤也。

竊取之語。自刑法第三六六條之趣旨言之。不可無所持之移轉。即甲犯人。不可無乙之所持之有形物移轉於自己所持內之事實也。但在第二八九條之場合。有如此移轉所持之趣旨之竊取行爲與否。曰不可以積極的解釋爲有之。即雖有監守之職責之官吏。不可必限於事實上所持者。故事實之所持。可以移轉。得謂爲與第三六六條有同一趣旨之竊取行爲。例如收稅官吏有二人。集税金者。其一人爲所持收入金。若他之一人。竊取之。茲所謂有所持之移轉者。即在自己監守中之金錢。而竊取他人之所持也。自此例推之。若解爲有監守之職責者。在監守中常爲監守之物之所持者。則誤也。要之監守者。法律上之論也。而所持者。事實上之論也。故解釋監守之文字。爲自國家之所有。移於官吏之手。乃混同法律論與事實論者。其誤謬益彰明矣。且監守盜罪。非特此而已。雖以職務因而

不法處分自己現有之所持物。可爲本條之罪。不待言也。此場合行爲之性質。同於第三九五條所謂消費行爲。故對於如此性質之行爲。在第二八九條用竊取之文字。不過歷史上之理由。若欲圖文字之統一。固宜避之也。

### 第三編 對於身體財產之重罪輕罪

此三編之名稱。淵源於昔時分犯罪爲公之罪與私之罪。經種種之變遷。而法國西之刑法。爲對個人之罪者。起草者更修正爲對於身體財產之重罪輕罪。分爲第二章第一章。爲對於身體之罪。第二章爲對於財產之罪。元來爲此差別。不過以歷史上之理由爲主。而對於身體財產之罪之分類中。包含如放火罪。罪失火罪。寧可視爲害公共之安寧之罪者。又關於公益之罪之分類中。包含其直接所害者。不外身體財產者。故自純然之理論上言之。可謂爲不得其當之分類。勿論已。但因其僅爲單純之分類法。雖保存之。固無甚不宜。同時若全刪除之。亦感有所不便也。

### 第一章對於身體之罪

## 第一節 謀殺故殺罪 (刑法二九二條—二九八條)

## 其一 總論

一 合謀殺故殺謂爲殺人罪。殺人罪者。無權利者以故意斷他人之生命之謂也。

廣言殺人罪。非僅謀殺故殺之場合。即過失殺毆打致死等。皆可包含在內。然余圖講述之便。以殺人罪爲指右所揭二者。故以下用殺人罪之語。斷爲此意味可知。

二 本罪之物體。限於有生命自己以外之人類。不含生前之胎兒。死後之遺骸。不俟言也。(1) 依近世之法理。人類之懷妊。人類之分娩。而有生活機關者。依此條件。當除鬼胎。不問畸形之程度如何。亦認爲人類。非如羅馬法認爲魑魅罔兩。(2) 就於出產之時期。雖有疣痛說 (Hälschner Mittertein, Frank) 一部露出說 (Binding, Tinger, Holzendo

ff, Merkel Meyer) 其他全部露出說。生聲說等。然以獨立呼吸說 (Liszt) 爲正。(3) 出產之當時。有生命者。雖可推測。僅有數時間之生活。亦人也。(4) 如對於皇室之罪。對於祖父母父母之罪。除有特別之規定之外。無貴賤。貧富。老幼。男女。健全。及其他之區別。

(1) 普通關於刑法之書籍。以人類懷妊。而人類分娩者。皆爲人。脫漏具備生活機關之一條件。誠失於廣汎之論也。至達於分娩前。經過受胎及懷胎之生理作用。若以受胎懷胎及分娩。謂其產出物爲人類。則如鬼胎。或一種之葡萄胎。遂至不可不謂爲人類。此明背馳法律。特別保護人類之目的。最不可許之議論。是以認爲法律上人類。不可不具中樞機關。或內臟之或部分。所謂具生活機關之產出物者。此條件既備時。假令有重大之缺損。甚至於畸形兒。自今日之法理上。推論之。亦不可不認爲人類。但得有俗說。所謂人類與異種族之間所生之子。與否。自今日之學問上。寧信決爲消極者。欲知此等詳細之關係。須參攷法醫學其他之生理書類。

茲所謂鬼胎者何耶。聞醫家所說明如左。

鬼胎者謂卵之將發育之際。為一種之變性者也。蓋種種之新生物如息肉。纖維等。有因產機即子宮收縮而被排出。以其形狀髣髴於鬼胎。名為偽鬼胎。固非真之鬼胎。鬼胎者。本來之卵。為一種之變性也。以其同是交媾之結果。其形狀雖頗奇異。尚可算入妊娠之部類。但此鬼胎有二種。一肉樣鬼胎。一葡萄樣鬼胎。

甲 肉樣鬼胎。在妊娠之初期。卵膜及卵腔出血。胎兒雖已死亡。尚不至流產。永存留於子宮內。遂為一種之肉樣塊。至於充填子宮腔。然往往於中心尚遺存有羊膜腔與胎兒之殘餘。此謂之肉樣鬼胎。其大者如兒頭。重量達於一二幾瓦。

乙 葡萄樣鬼胎。雖因卵膜之肥大。與囊腫樣變性而成。其發生之原因未詳。形狀恰如集束葡萄。或時卵腔及卵膜之殘餘。含有可視為物者。囊腫之內容。大抵含有透明水樣之漿液云云。法醫提綱參照。

(2) 關於出產時期之學說。雖有數多。而如一部之露出。又全部之露出。或生聲。

第三節 監獄之職員(依於明治三十六年勅令第三十六號監獄官制)  
於監獄置左之職員。

第一典獄。典獄雖為奏任官。而從事五年以上。獄務判任官三級以上者。得以特別任用而任命之。

第二看守長。看守長為判任官。而特由於從事三年以上。監守之職者。得特別任用。監守長者。為分監之長也。

第三技手。判任官。  
第四通譯。判任官。

第五監獄醫。奏任待遇。  
第六教誨師。奏任待遇。

第七教師。判任待遇。  
第八藥劑師。判任待遇。

第九看守。判任待遇。

第十女監取締。判任待遇。

第四節 監獄之行政

第一入監。有新入監者，則非查閱其令狀、宣告書、執行指揮者其他適法之文書後，則不得使入監。

第二監房。囚人刑事被告人，懲治人依於男女及年齡而區別之。又囚人及刑事被告人，不可不因其罪質而區別其監房。

第三作業。定役囚之作業，斟酌其刑名、罪質、年齡、技能、將來之生計等，應於各自體力而科之。雖不定役囚，於監獄署有自請為作業者許之。作業之種類，典獄命之。刑事被告人亦準用之。又懲治人每日一定時間內，當受農業或工業之授業。

又定役之現役，經百日以上，則重罪囚給其工錢十分之一。乃至

十分之五。輕罪囚給至十分之二。乃至十分之六。為無定役囚懲治人及刑事被告人而作業者，則給其工錢十分之三。

第四教育及教誨。囚人十六歲未滿者，及懲治人每日四時間以內，依小學之程度，授以修身、讀書、算術、地理、歷史、習字、體操其他必要之學科。又囚人及懲治人刑事被告人，而有乞現行法律命令書之觀讀者，許之。囚人及懲治人中，有乞他之書籍觀讀者，則限於認為不妨於感化及規律者，許之。又對於刑事被告人，則以許讀一切書類為原則。又對於囚人及懲治人，則必為教誨。

第五賞罰。於典獄認囚人守獄則，勉勵於作業，且有改心之行，為者，賞譽之。於其已賞譽者，為表之起見，與其賞標，使著之獄衣。而對於有賞標之囚人，則區別其監房優遇之。且此賞標為假出獄、假免宥及特赦時之證據。反之，有犯獄則者，從於左之區別而科

其罰即爲

屏禁、減食及閤室。

又囚人十六歲未滿者及懲治人而犯獄時則科左之罰。

獨愼及減食是也。

第六獄內之警察。保獄內之秩序防止其危害者屬於典獄之權。

限而關之特當注意之事項則如左。

- 一、際水火風震等非常之事變於監獄內有被害之虞時典獄當順次又一時解放其在監人。
- 二、爲囚人懲治人發信書之檢閱及發信或受信之許可。
- 三、對於求接見囚人懲治人刑事被告人者爲許否又監視其接見。
- 四、爲對於囚人差入物之許否且檢閱之。

### 第三編 軍務行政

#### 第一章 軍務行政之範圍

軍務行政云者指關於組織軍隊之人及必要物品之供給之行政事務而不僅軍隊之作用不屬軍務行政之範圍如定海陸軍之編成且定常備兵額亦不屬軍務行政之範圍今大別屬於軍務行政範圍之事務則分關於人之事務關於財產之事務即分依於軍事上所生財產上之負擔與軍隊之組織關於必要之兵役事務也。

#### 第二章 財產上之負擔

##### 第一節 徵發

徵發者雖與租稅均爲強制的徵收財產而其異點則租稅者爲充一般之國費而徵收徵發者爲軍事上之目的而徵發之也又租稅者必要財產其物故必爲無償而徵發則非必要財產而必要特別



之種類之物件故不妨與其賠償又徵發者雖與後述兵役均出於軍事上之目的對於人民之負擔而其異點則兵役者以人為目的於徵發之場合以得估算於財產上之價格之物件為目的雖有時而徵發勞力而其徵發之目的如右述不在人而在有財產上之價之勞力故徵發之場合許代人者也

以下付於我徵發令而詳論之

先言徵發之手續則一定之陸海軍之官廳交付徵發書於徵發區之代表者其徵發區云者指府縣郡區市町村會社其徵發區之代表云者指府縣知事郡區市町村長會社之社長等雖有說謂此徵發區者指一之法人且應於徵發之義務者其法人也然自我徵發令之法定文推定則應於徵發義務者府縣郡區市町村內之住民或會社而府縣郡區市町村者則以非為法人而為徵發之義務者也

(徵發令第八條第九條第一〇條第三〇條第五一條參照)

### 第二節 要塞地帶之制限

要塞地帶制限云者國防上之建設物而為使其效用加其制限於去要塞有一定距離之區域內土地或物件之所有權此亦屬出於一種軍事上之目的之財產負擔者也曩述付於徵發雖得以求賠償為常而付於受此要塞地帶之制限者則我制度上不認賠償請求權也 (明治三十二年法律第一百五號要塞地帶法明治三十一年勅令第七十六號明治二十九年海軍令第六號第七號第八號第十三號參照)

### 第三章 兵役之義務

兵役之義務云者指所不可不服役於陸海軍之軍隊之義務而於我制度上則兵役之義務定如左

第一 兵役者國民一般之義務也

我上古制度。雖為國民皆兵主義。無兵農之區別。而至封建時代。則就兵役者。限於特別之階級。明治元年維新之際。尚維持此制。命各藩應於其石高。便自其藩土中出兵士。然至明治三年。作徵兵規則。自藩士所出兵士之外。尙得自一般人民。亦使出兵士。而至明治五年。則一變從來之制度。廣使人民一般。就於兵役。此為今日之徵兵制度之基礎。而現行之徵發令。則以明治二十二年法律第一號而定者也。

第二 兵役之義務。為僅使國民負擔之者。而外國人則不使負擔之。

第三 兵役之義務。為公法上之義務。且不可不以憲法上法律而定之義務也。

第四 兵役之義務。指接於命令。而不可不服役之義務。非指僅

現實服役之義務也。

第五

兵役之義務。不得以他人為代之義務也。蓋為兵役之義務者。非僅服得估算於金錢之勞務之義務也。

第二節 服役之義務

第一款 意義

服役之義務。云者。謂加於陸海軍之軍隊之組織。服軍事上勤務之義務也。即指現實履行兵役之義務之義務也。依我徵兵令。則兵役之義務。雖至於滿十七歲時發生。而服役之義務。則至滿二十歲之翌年一定之期日而發生者也。

第二款 服役之手續

第一 屆出

每年自一月至十二月，達於滿二十歲者，則不可不屆出於其年之一月。又該於徵兵令第二十三條第一項者，至滿二十八歲以前其事故止時，又該於同條第二項而至滿三十二歲歸朝者，則十四日以內不可不屆出於其本籍市町村長，且其屆出不可不於戶主爲之。但以爲例外而不要屆出者，則現役中或已終其現役者是也。

### 第二 壯丁名簿。

市町村長，每年依於戶籍調徵兵適齡，尙依自適齡者所致之屆書，作壯丁名簿，直接間接差出於聯隊區徵兵署。

### 第三 身體檢查。

適齡者，有受身體檢查之義務，而怠之之時，則有制裁，又已終其身體檢查時，則徵兵官爲徵集延期，徵集猶豫，徵集免除，兵役免除之處分。且作徵集名簿，徵集延期名簿，徵集猶豫名簿，徵集免除名簿。

## 兵役免除名簿

### 第四 裁決

徵集延期，徵集猶豫，徵集免除，兵役免除等之裁決者，於聯隊區徵兵官，或警備隊區徵兵官爲之。其他裁決，則於聯隊區司令官，及警備區司令官，而爲之。而關此徵兵之裁決，有二種，假決，終決，是也。

#### 一、假決。

甲、徵集延期。雖體格完全強壯，而身體不滿足尺，或疾病中，或爲病後不堪勞役者，則延期徵集。  
又家族不能自活之場合，亦延期徵集。  
尙有附加公權之剝奪，或停止，爲重罪，輕罪，訊問，或拘留中者，亦延期徵集。

乙、徵集猶豫。在一定之學校者，至滿二十八歲前，又在外

國(除朝)者。至滿三十二歲前。猶豫其徵集。

二、終決。

甲、兵役免除。疾病不具者。全免除其兵役。又剝奪公權者。及公權停止中者。不得就於兵役。

乙、徵集免除。述於前之甲者。及在外國者。而經過一定之時期。則免除其徵集。

丙、要員超過。依抽籤番號之順序。超過其年之補充兵役之要員者。則使服國民兵役。

丁、補充兵編入。為合格而抽籤上已洩者。編入補充員。

戊、現役兵徵募。為合格而已當於抽籤者。則編入於現役兵。

第三節 兵役之種類

第一款 常備兵役

分常備而為二。曰現役。曰豫備。現役之年限。通常自滿二十歲始。而除戰時事變之場合外。於陸軍則繼續三年間。於海軍則繼續四年間。但於此期限為例外者。則一年志願兵。六週間現役兵。及歸休兵也。一年志願兵。六週間現役兵者。如後述。為一年或六週間服役者。而歸休兵。則現役期限中。熟於勤務品行方正。限於二年以上服役者。許其歸休。且為歸休兵者。必要滿左之要件。

一、歸休兵者。際於戰時或事變。不可不應於召集。

二、於平時則每年一度受簡閱點呼。又要補臨時兵員之缺時。不可不應於召集之命。

三、為十四日以上旅行。或欲寄留於他時。則不可不為屆出。

四、歸休兵者。絕對不得旅行於外國或滯留外國。

又現役者。雖始於滿二十歲者。而達於滿十七歲時。則得以志願而就於現役。又現役者。雖以三年終了。然依於志願。而一定年限間。得再為服役。

又現役期間中。有特免除其現役之場合。舉之如左。

一、 家族不能自活時。  
二、 因疾病不堪服役時。

三、 因素行不修。或辱其職務。受懲罰之處分時。

次之。豫備之兵役云者。使已終其現役者服之。而於平時則在此軍籍者。為每年一度六十日以內之勤務演習。應於召集。

又每年一度。當應於簡閱點呼。而豫備之期間。在陸軍則四年四個月。在海軍則三年。

### 第二款 後備兵役

既終於常備兵役者服之。而在於平時及戰時。有應召集之義務。則與豫備者同。而其期間。在陸軍則十年。在海軍則五年。

### 第三款 補充兵役

徵兵合格者。而超過於其年必要之定員者。當之。而補充兵役者。平常為教育百五十日以內。被召集。其他特別之場合。當應召集。則與豫備兵役無異。而其期間。於陸軍則十二年四個月。海軍則一年。

### 第四款 國民兵役

分國民兵役。而為第一國民兵役。第二國民兵役。

第一國民兵役者。已終後備兵役補充兵役者服之。

第二國民兵役者。常備兵役。後備兵役。補充兵役。及不在第一國民兵役者服之。而舉其場合。則如左。

一、 依於抽籤番號之順序。超過其年必要之補充兵役人員者。

- 二、身體不滿足尺者。
- 三、疾病中或為疾病不堪於服役者，而延期徵集，至於翌年尚不適於徵集者。
- 四、應於徵集時，因其家族不能自活，延期徵集，雖經三年，其事故尚未已者。

五、在外國而被猶豫徵集，雖達三十二歲，尚不歸朝者。

第五款 志願兵

茲所述之志願兵者，除已滿十七歲以志願而服三年之兵役者，及其已終其現役後，再依志願而服役者之外，而言之也。分之為二，即一年志願兵，與所謂六週間現役兵者是也。

第一 一年志願兵。

滿十七歲以上二十八歲以下，而為官立諸學校及縣立中學校之

卒業者，或一定之試驗及第者，依於志願得服一個年之現役，但處於禁錮之刑，或以賭博犯而曾處於懲罰者，不得為一年志願兵。又志願兵之食料、被服、裝具之費用等，雖有由國庫給之者，而以自辨為原則也。

第二 六週間現役。

滿十七歲以上，滿二十八歲以下，而卒業於師範學校，且在官立公立之小學校之教職者，得服於六週間之現役。

右所舉者，雖依於志願而就兵役，而其就兵役後，則與通常之服於現役者不異其性質。蓋不過法定兵役義務之履行之變體也。與此當區別者，則應於招募而就兵役義務之海軍之志願兵也。此則非基於一般臣民所負擔之兵役義務，而基其自由意思者。故或之學者，意謂如是者，基於公法上之契約，即意謂其依於與官吏之任命。

有同一之性質之公法上之行爲。而服兵役者也。

第六款 下士及將校

第一 下士

下士之服役年限。三年乃至六年。而就於陸軍服役條例海軍下士卒條例既洋規定。又陸軍各兵課之現役之下士。則以下士之候補者充之。而其下士之候補者。則由非陸海軍現役豫備後備而已。第於招募試驗者。及各隊之兵卒。中品行方正志藝確實。而希望再服役。且有爲下士候補者之技術者。採用之。

第二 將校

將校者。從其地位而定一定之年齡。迄滿其年齡。而服現役者。陸軍各兵課之現役將校。則以依於志願爲士官候補生。而有少尉之資格者充之。又士官候補生。則就中央幼年學校。生徒而及第於卒業。

試驗者。卒業中學校。經該校長。並當入隊隊長之證認者。及與之有同等之學力。經當入隊隊長之證認。及第於招募試驗者。採用之。又海軍高等武官之採用。亦略似此。

第七款 軍人之權利義務

第一 義務

以爲軍人有忠實之義務及絕對服從之義務。而接於在自己上位者之命令時。則不問其當否。不可不絕對服從之。此爲與官吏之服務義務異。其他軍人尙有不可不住居於自己所當從事之軍隊所在地之義務。

第二 權利

軍人者以憲法第三十二條規定之結果。而以不得享有一般臣民所得享之權利爲原則者也。依憲法第三十二條。限於不牴觸軍令。

規律者。關於憲法第二章臣民之權利。準行於軍人。軍人享有於憲法保障臣民之權利。寧屬其例外也。

軍人之地位如是。故於種種制度。而制限軍人之權利者不少。舉其例如左。

- 一、不得關係於國會及地方議會之選舉。
- 二、受市町村之公民權之停止。
- 三、不得加入政社。
- 四、不得建白上書關於政治事項。及講談論議。或以文書而論政治。

#### 第四編 內務行政

##### 第一章 警察

##### 第一節 警察之觀念

日本之警察原語爲 *Police*。頗里子謫。而此語始示國權之作用。全般。次稱除關於宗教行政作用以外之國權作用。既又關於司法財政軍事之行政作用。亦自警察除外。而所謂警察云者。指內務行政全般。然至今日警察者。特指內務行政作用中具備左之二要素者而言矣。

- 一、強制的制限。人民之自由。或有學者。置重於警察之手段。以爲惟具此要素之內務行政作用爲警察者。然此抵觸於今日普通所用警察之意義之說也。例如強制的使學齡兒童就學。或強制的使市町村之公民擔任名譽職。皆不稱爲警察。
- 二、維持公共之安寧秩序及增進臣民之幸福。或有學者。置重於惹起警察作用之原因。以凡所防乎公共之安寧秩序。或害臣民之幸福之行爲。皆稱爲警察作用者。亦悞也。即不



具前之第一要素者。不稱爲警察也。或又有置重於加害原因之區別。防依於人所與之害者爲警察。而除依自然力所生之害者非警察。如宰底爾氏亦主張此說之一人。然此亦不適合。今日警察之意義者何則。如衛生警察或銃砲火藥取締。屬於警察之作用無疑。而是亦除由自然力所生之害之作用故也。

第二節 警察之分類

第一、國之警察與地方警察。

關於地方警察之意義。則有左之諸說。

第一說 地方官廳之行警察作用。即地方警察也。

第二說 如市町村地方自治團體所行之警察作用。即地方警察也。

第三說 於地方自治團體之區域內所得行之警察作用。即地

方警察也。

第四說 關於一地方之利益之警察作用。即地方警察作用也。如右所舉於地方警察。雖附種種之見解。而地方警察者對於國之警察而言。其區別之標準如何。各依其國之制度而定也。就於爲我警察制度之摸範之普魯西之制度。而考其地方警察之意義如何。於千八百五十年三月十一日之普魯西之法律第六條。依右舉第四說。稱有市町村住民之利害關係之警察作用。爲地方警察。故於我國之地方警察之意義。亦信依此第四說爲至當也。我制度上。國之警察與地方警察區別之必要。則於訴願法及市制第七十四條。町村制第六十九條見之。即於我國對於地方警察之處分。雖許訴願。而付於國家之警察作用。則不許訴願也。又地方警察作用。依於法令所定得委任之於市町村長。雖於市町村制認之。

而就於國之警察作用則委任市町村長於市町村制所不認也。

## 第二 保安警察行政警察

保安警察云者謂除可爲國家及人民之害之行爲或豫防將爲害之行爲之作用而行政警察云者謂增進人民之幸福之警察作用也。故此行政警察者或稱福利警察幸福警察又保安警察依於右述以防依於人所生之害之作用爲主而行政警察則反之以防因自然力所生之害之警察作用爲主者也。區別此兩者之必要存於機關之差異而行政警察於關係之各部之當該官廳掌之。反之保安警察於專務警察事務官廳而處理之也。故就我制度言之則保安警察於內務大臣及屬內務大臣之系統之官廳處理之。而行政警察事務則不僅內務大臣應於其事務之所及屬各省大臣之管轄者也。例如外國人及移民之取締屬於外務省鐵道警察及電氣

意書之期間亦從而不同。又爲其一方不提出上告趣意書。其上告雖不成立而他之一方之上告於期間內提出趣意書其效力尙存。此亦一異點也。

申立上訴之法定代理人雖被受理其申立亦非立於被告人之地位。故立會於審理時不過輔佐被告人而已。

四 辯護人 辯護人爲上訴雖以爲被告人之法定代理人之資格亦不得反乎被告人之意思而爲之。唯被告人不表示反對之意思時可推定爲不反被告人之意思而爲之者。於此所謂辯護人指前審之辯護人。前審判決後就爲辯護人者無上訴之權。且俟辯護人爲上訴者以其曾干與前審之辯論詳知公訴之事實也。換言之曾干與前審辯論之辯護人於判斷被告人爲上訴之利益與否在適當之地位。故予以爲上訴之權

者也。反之新選任之辯護人，於事件之事實關係，非所詳知。上訴之爲適當與否，不能精確判斷，故無與以上訴權之理由。而辯護人從爲上訴時，其於裁判所之口頭辯論，亦非當然得爲辯護行爲者。蓋上訴行爲，與口頭辯論之辯護行爲，顯有區別。故於上訴審爲辯護行爲，必經被告人之選定，而屆出報告於上訴裁判所。

又辯護人爲被告人而後有上訴權，故當於爲被告人所存之期間內爲之。此所以異於法定代理人也。例如刑訴第二百五十二條云：曾受闕席判決者，得於故障之期間內，不爲故障而直爲控訴。於此場合，法定代理人得獨立而爲上訴。反之辯護人之代被告上訴，即不可不於故障期間內爲上訴也。辯護人不得反乎被告明著之意思，而爲上訴。故被告人明言

與辯護人之上訴不同意時，裁判所於此場合，可棄却辯護人之上訴。

辯護人對私訴之判決，非當然有上訴之代理權者。僅以受被告人之委任，爲代理人之資格，而後得爲上訴也。

(五) 民事原告人、民事被告人、所謂民事被告人者，非必指刑事之被告人。亦含有公訴當事者以外之第三者。例如善意第三者，因買得贓物而爲私訴之被告人是也。於此場合，自己受不利益之判決時，得獨立而爲上訴。在私訴則民事原告人、被告人或參加人，若爲無能力者時，法定代理人當爲上訴行爲。又此等之相續人，得承繼其上訴權，而提起上訴。檢事或辯護人不得上訴。蓋以屬于私訴也。但公訴之辯護人，受委任而爲上訴者，不在此論。

上訴義務者 所謂上訴義務者謂對當事者之一方之上訴有答辯之義務者也。被告人之相續人。雖於私訴爲上訴義務者。而對公訴判決則無上訴之義務。

上訴之拋棄取下

上訴之拋棄者謂不行使自己所有之上訴權之意思表示也。上訴之取下者謂拋棄所既提出於裁判所之上訴也。由理論上而言。上訴之拋棄。因當事者對於相手方之意思表示。而得爲之。而其意思表示。無須何等之形式。反之。上訴之取下。則不可不對裁判所表示其意思也。據刑訴法第二百四十六條。上訴之取下。除檢事外。無論何人皆得爲之。按本條及其他之條文。無許拋棄上訴權之規定。多數之學說。則謂我法律於上訴提起前。不許上訴權之拋棄。故於被告人對檢事表示拋棄上訴權之意思後。而爲

上訴者。其上訴尙有效。

上訴之取下者。以書面提出於裁判所而爲之。或於口頭辯論之際。以口頭爲之者也。但如條件附取下。詳言之。如於後日知上訴取下之誤。而以之爲無效之條件之下。爲取下者。決所不許。而上訴取下之受理時。其上訴權消滅。雖在上訴期間內。不得再爲之。反之。不違法之上訴。不失上訴之效力。其取下即亦不致上訴之消滅。

被告人所爲之上訴。法定代理人。自不得取下之。公訴之判決於被告人有重大之關係。若使法定代理人。得取下之。生甚不利之結果。例如被告人言渡無期徒刑時。既爲上訴。若使法定代理人得取下之。則被告人終當服無期徒刑之刑也。

於茲有問題。即由被告人之法定代理人。曾爲上訴時。法定代理

人得反被告人之意思而取下之與否之點也。刑訴法第二百四十四條規定法定代理人得獨立而爲上訴。又第二百四十六條規定除檢事外無論何時得取下上訴。就此二箇條雖有積極的答案深考之下當從消極的答案其理由如左。

第一 於被告人受有罪判決之場合上訴權僅有一箇非生被告人與法定代理人二箇之上訴權也不過生爲被告人利益一箇之上訴權而已。唯使法定代理人爲被告人之利益獨立而行使其權利其處分權則屬於被告人而不屬於法定代理人。故法定代理人既行使此權利以後無被告人之同意自不得取下之也。

第二 被告人雖有欲提起上訴之意思時多已由代理人提起上訴故更無自爲上訴之必要而以不爲上訴爲常然此際苟

使代理人得自由取下則關於被告人之身上當生重大的不利之結果故不得使法定代理人取下之也。

至檢事不能取下上訴爲刑訴第二百四十六條所規定蓋以上訴權屬於國家檢事爲國家之代表機關而行使上訴權故也與不得取下公訴爲同一之理由法律所以設上訴之制度者爲使行使公訴權者或爲其相手方之被告人得完全受權利之保護而已若裁判不適於國家之利益國家不可不賴上訴而保持其利益是即檢事不得以自己之任意而拋棄上訴權之理由也。有與上述之理由主張不同者謂檢事之上訴即爲被告人之利益亦生其效力已有檢事之上訴被告人依賴檢事之上訴不自上訴故不得使檢事取下上訴也雖然此說誤也何則若欲貫徹此說應云得被告人之同意即可取下而檢事無論如何之場合

不得取下上訴者。則見諸第二百四十六條之明文。又反對說之理由。於左之點而誤也。即如云。被告人依賴檢事之上訴。而停止自己所欲爲之上訴者。實反乎通例之事實也。其被告人常對檢事。有如敵之推思。檢事之爲上訴。每擬爲自己之不利。據通常人之思想。而謂被告人依賴檢事之上訴。自己不爲上訴者。是反乎事實之說也。

#### 第四節 上告

上告之定義。見刑事訴訟法第二百六十七條詳言之。上告者。對第二審之終局判決。又第二審之公訴。不受理。申立却下之判決。或管轄違之申立却下之判決。以違背法律爲理由。而爲申立不服之方法也。上告裁判所。與控訴裁判所異。非爲事實之覆審。而基於上告趣旨。書審查原裁判所。適用法律有誤與否。及遵守法律所定之手

續與否。故關於上告之研究。以所謂違背法律。當在如何之點。最爲重要者也。刑事訴訟法第二百六十八條。明示以不適用法則。或適用不當。皆稱爲違背法律之旨。所謂法則者。非獨指以法律命令等之形式所發布者。且併條約慣習而包含之。但如上級官廳之訓令及會社之定款。上級裁判所之判例。則不包含之。刑事訴訟法第二百六十九條。常規定爲違背法律之情形。即第一號至第十號所揭是也。裁判有違背右之法律時。其違背雖於訴訟事件之事實認定。無何等之影響。其裁判亦當被破毀。然違背訴訟手續。亦有不得破棄原判決之處。又擬律之說明。上有錯誤者。原判決亦有不被破毀之處。述如後。區分所謂違背法律而言。則如

甲 關於裁判所構成之法律違背(即違法)

乙 關於審理手續之違法

丙 僅爲裁判之違法。

甲 關於裁判所構成之違法。

分別甲之情事即刑訴第二百六十九條相當之第一二三之情事是也。如以四名或六名之判事組織控訴裁判所。或加以無職權者而充其定數。即非構成法律上所謂裁判所者。故與第一號之違法相當。

次則據法律當因職務之執行而被除斥之人參與裁判時。與第二號之違法相當。但雖以忌避之申請或上訴主張除斥之理由。而無其效之時。即爲無此事由。既有裁判。則不得以上告之理由主張除斥之事由。

第三則爲曾受有忌避理由之裁判之判事參與控訴判決之違法。以上之違法。不問其裁判之實質如何。常爲裁判之瑕疵。

乙 審理手續之違法。

可爲上告之理由。審理手續之違法者。謂違背關於重要的訴訟手續之規定也。以下順次說明之。

(第一) 於法律所定之情事。不聽檢事之意見者。刑訴第二百六十九條二號。

法律須於如何之情事聽檢事之意見。未嘗總括規定。刑事訴訟中散見各處。今舉其一。二。則如刑事訴訟法第九十九條有云。亦就辯論中公判之手續。有異議之申立時。須於裁判所。听檢事之意見。而即裁判之。又其第二百六十六條亦云。控訴申立人。不出頭時。可以闕席判決。棄却控訴。相手方不出頭時。可聽申立人之意見。爲闕席判決。所謂申立人中。當然含有民事原告人及檢事。若違背此等之規定。則爲上告之理由。

第二 不爲辯論之公行時。刑事訴訟法二六九條八號。不  
公行判決之言渡時亦同。

第三 供裁判資料之證據。於裁判所公庭。不以朗讀及其他方  
法而爲適法之調查時。

刑事訴訟法第二百十九條第二項有必要之調書其他之證  
憑書類。使書記朗讀云云。又每當取調終結須聽被告人之意  
見。爲同法第九十條之所定。若不盡是等法文所定手續之  
證據。而據爲裁判者。是爲上告之理由。刑事訴訟法第二百六  
十九條雖於此點未有規定。而如右之違法。爲破毀之理由。乃  
大審院之判例。且理論上亦甚昭然也。

第四 刑事訴訟法定可使被告人爲最後陳述之旨。據同法第  
二百二十條三項末段。則有但於辯論之最終。可使被告人或

辯護人供述云云。若不依此規定而爲判決者。違背重要之審  
理手續。而爲上告之理由者也。

第五 違背刑事訴訟法第一百七十七條之規定者。即拘束被告  
人之身體。而爲審理時。亦爲上告之理由。

第六 不呼出被告人或所既屆出之辯護人。而爲審理時。  
是實蹂躪被告人之辯護權者。故爲違背重要之審理手續。而  
成上告之理由也。

第七 就重罪事件。不俟選定辯護人而爲審理時。  
重罪事件。以辯護人之立會爲必要。照刑事訴訟法第二百三  
十七條之規定自明。故被告人不選定之之時。裁判所不以其  
職權爲之選任。或被告人已選定者。裁判所不呼出之而爲裁  
判時。皆違背重要之審理手續。



## 第八 違背刑事訴訟法第八十三條之規定時。

刑事訴訟法第八十三條第一項，定被告人精神錯亂，或罹疾病，不能出頭者，於未痊癒以前，須中止辯論之旨，若不問爲右之原因之不出頭，而爲闕席判決時，或於著手辯論之後，不問此等原因之發生，不中止其辯論，其他違背同條之所定時，皆爲違背要之理審手續。

以上所說明者，皆爲絕對的違背重要之審理手續之件事。此外尙有爲破毀判決之理由，審理手續違法之件事，姑從省略。

然有反對者，以雖審理手續之違法，其違背法律有非絕對的上告之理由者，譬如豫審手續之違法，或背訓示的規定之件事，於刑事訴訟法第九十八條，有裁判長每當各證憑取調之終，須問被告人有意見與否，且須告知以得差出可爲利益之證憑云云，其一例

也。然裁判長以數個之證憑，同時取調之際，俟一切取調終結後，統括之而問被告人之意見，雖顯背同條，決非所謂上告之理由，蓋即有此違背，亦既問被告人之意見，則於保護被告人之利益者，可謂盡矣。

又訴訟手續之違背中，有爲相對的上告之理由者，例如訊問證人違法之時，如拘束證人之身體而爲訊問，或對證人以詐言恐喝而爲訊問，於此情事，若裁判所，以其訊問調書爲斷案之證據，固爲上告之理由，若不以此調書爲斷案之資料，則決不成上告之理由也。

## 丙 判決之違法。

判決之違法，區別爲(一)判決內容之違法，(二)判決形式之違法，(三)於判決言渡手續之違法。

## (一) 判決內容之違法。

(1) 第二審裁判所不當認管轄或管轄違之情事。刑訴二六九條四號

(2) 於不當受理公訴之情事而受理之。第二審裁判爲本案之判決或不問其反對受理公訴者而言。渡公訴不受理之情事。刑訴二六九條五號

(3) 曾受請求之事件不爲裁判。或不受請求之事件而爲裁判時。刑訴二六九條七號

於茲有當注意者。於附帶犯之場合。就其附帶犯雖無形式上公訴之提起。亦可爲裁判者勿論矣。又應適用刑法第三百九十條二項之情事。惟詐欺取財罪之點。雖已受公訴。關此得認定文書僞造行使之事實。又於文書僞造行使之罪。亦得認定爲詐欺取財罪。又於應適用刑法第二百〇六條之情事。亦不

問其公訴。僅揭官文書僞造行使之事實判決時。得認定爲官文書僞造或盜用之事實。又不問公訴。僅揭官印之僞造或盜用之事實。裁判所得認定爲官文書僞造行使之事實。而爲判決。

又適用同法第二百八十九條第二項之時。亦同。

於茲復有疑問者。不問以數個之犯罪爲原因。而求豫審豫審判事。脫漏其一或二。而僅就其他之一或二之犯罪。爲終結決定時。裁判所得對其所脫漏之部分。而爲審理裁判乎。然對此問題。不可不下消極的之斷定。蓋以爲豫審終結決定者。就輕罪事件。因此言。渡而確定。就重罪事件。因抗告期間之滿了。或抗告之棄却而確定。故不揭於豫審終結決定之事項。不得爲之裁判。雖但如前所述。爲實質上之一罪之情事。於豫審決定。

曾揭其一部之事實裁判所以他之事實之認定亦得爲之。自不待言。

但關於右所述最後之點。尙有當注意者。即應爲實質上之一罪者。亦於豫審終結決定。特就一部爲免訴之言。渡是也。例如就文書偽造之點。言渡免訴。僅就詐欺取財之點。爲移公判之決定者。公判裁判所。於豫審終結決定所。爲免訴之部分。不得爲之審理裁判者也。此爲由豫審終結決定之確定力。所生當然之結果。則決須彼此不相混同。

(4) 判決不依理由。或於其理由有齟齬。或爲理由之不法時。刑訴二六九條九號。

所謂判決不依理由者。謂僅有判決之主文。而其主文之由。而所生事實上及法律上之理由。全屬闕如。或事實上若法

律上之理由。缺其一方。或理由不充分時也。

所謂理由之齟齬者。謂事實上之理由。與證據上之理由。相齟齬也。依刑事訴訟法第二百零三條。則命於爲刑之言。渡。依可爲罪之事實及證據。而明示認此之理由。且適用法律。須付以其理由。然證據上之理由。與事實上之理由。相齟齬。時。以依原裁判所採用之證據。得如此認定事實與否。不明也。

判決理由之闕如。固不得謂爲理由之不法。而爲判決之不法也。亦可勿論。反之理由之不備。可謂之理由之不法。即可謂爲判決之不法也。

如右之外。有以不可爲證據。而爲證據者。又于證人或被告人訊問之豫審調查。應俟證人或被告人署名捺印。及每葉

契印者。而以缺此要件之調書之內容。揭於判文證據理由之部時。其理由爲不法。即其判決亦當破棄。

證據調之手續有違法。而以其證據供斷罪之資料。揭其證據之內容。爲判決之理由時。得由二方面論定其違法。依第一之觀察。得以之論定爲審理手續之違法。依第二之觀察。得以之論定爲判決理由之違法。日本大審院之判決例。依第一之觀察。即所謂審理手續違法之理由。而破毀原判決者也。

(5) 擬律之錯誤。刑訴二六九條十號

擬律之錯誤者。裁判所對認定之事實誤爲法律之適用之謂也。換言之。謂事實上之理由。與法律上之理由相齟齬也。例如私文書或官文書。除刑法第二百二條之文書外。僞造

與行使相俟而成一罪。而第二審裁判所。僅認文書僞造之事實。而言渡刑罰。或如認定官文書僞造行使。而言渡官文書毀棄之刑。自純理而言。苟事實上與法律上之理由相齟齬。因當破棄原判決。然依嚴格理論之適用。則往往以之生弊。現今大審院之判例。事實之理由與法律上之理由相齟齬時。雖以適用純理爲寬和。而原判決所適用之條項。苟與正當應適用之條項同一時。則不以之爲擬律之錯誤。以例言之。於茲有百金之借用證書。變更爲千金而行使。是明私文書之變造行使也。然若第二審裁判以之爲私文書僞造行使罪。而適用刑法第二百十條。據純理而言。大審院當以原判決爲擬律之錯誤。而破棄之。但現今之實例。於此處僅說明原判決理由之錯誤。而不以之爲破毀。蓋以私文書之

偽造行使與變造行使。其應適用之條項。皆爲刑法第二十條也。

不問第一審判決之誤于適用法律。或誤于認定事實。第二審裁判所。不取消其第一審判決而言渡棄却控訴時。此第二審之判決。雖顯爲判決內容之違法。而爲其違法也。僅違背刑事訴訟法第二百六十一條而已。要之擬律之錯誤云者。非謂違背訴訟法之規定者。故上告裁判所破棄此判決之時。必當依刑事訴訟法第二百八十六條之規定。而爲移轉於他之同等裁判所之言渡。然此不過重累煩雜之手數。現今實例。則以之爲一種擬律之錯誤。上告裁判所。自爲終局之判決。

(二) 於判決形式之違法。

所謂於判決形式之違法者。指關於記載判決書內容文字之違法。詳言之。記載事實之理由。及主文等之違法也。例如改竄文字。則違反刑事訴訟法第二十二條。又如文字中有插入削除而不加認印者。亦爲違反同條。又不以法律所命之事項。揭於同條者。亦生判決形式之違法。例如遺脫判決主文之點。

法律之規定。有爲重複者。即刑事訴訟法第二十二條。官吏公吏應作之書類。須用其所屬官署公署之印。記載年月及場所署名捺印。每葉契印云云。要所謂判決書者。應歸爲官吏的判事之作製。故若遺脫官印之押捺。或缺契印時。於判決之形式。爲違法者也。而觀刑事訴訟法第二百五條之規定。有判決之原本。記載爲其裁判之裁判所年月日。千與其事件之檢事判事。

裁判所書記當共署名捺印云云。今以二條比較之。有如(一)年月日(二)作製者之署名捺印等重複之點。就此重複之點。當以之解釋爲第二百五條示第二十條之適用。又就其不重複之點。當解爲定特別之要件。其不規定于第二百五條之點。則不可不論爲當從總則第二十條之規定。故若於判決書或脫檢事官氏名之記載或脫書記之署名捺印時。即係反乎刑事訴訟法第二百五條之形式上之違法。可爲上告之理由。又脫契印於判決書。或缺判決作成場所之記載時。不可謂非違反刑事訴訟法第二十條之規定。然依大審院判決例。則刑事訴訟法第二百五條命記載爲裁判之裁判所於判決書者。即以代總則第二十條所命之文書作成之場所。故不記載作成之場所於判決書。亦非違法。

(三) 判決言渡手續之違法。

判決言渡手續之違法。可區別之爲三。

- (一) 不爲判決主文之朗讀時。刑事訴訟法第二百四條第二項云。判決之言渡。因主文之朗讀而爲之。故爲判決之言渡者。因主文之朗讀始爲適法之言渡。從而不爲朗讀。僅告主文之趣旨。或僅告以理由者。是爲顯背判決言渡之手續。
- (二) 不朗讀判決之理由。又不告知理由之要領時。判決之理由。不以朗讀之方法。告知當事者爲必要。談話的告之而足。然此手續均不盡時。則成違法之言渡。而爲上告之理由。

- (三) 不奉行判決言渡之時。判決言渡當公行之者。爲日本帝國憲法之所明定。但爲有害安寧秩序或風俗之虞。依法律或以裁判所之決議。禁爲公行時。不在此限。憲法五十九條通常之場

合不公開法廷。而爲判決之言渡。是爲違法之言渡。而成上告之理由。此刑事訴訟法第二百六十九條第八號之所特定者也。

於茲當注意者有二點。第一非關與事件審理之判事他之判事。雖爲判決之言渡。決非違法之言渡。蓋爲判決之言渡者。不過以既成立之判決發表於外部之手續。未云非干與事件審理之判事。則不能爲之也。第二判決之言渡。雖不於辯論終了之當日。或次之開廷日爲之。亦非違法。蓋於辯論終結之當日。或次之開廷日。不爲判決言渡。而至其後爲之者。以其反乎刑事訴訟法第二百四條第一項。乍見雖若違法之言渡。實則爲一之訓示的之規定。非關於判決效力之要件的規定。違反之者。決不得爲上告之理由。

以上所說明者。係定於刑事訴訟法第二百六十九條。爲上告理由的判決之違法。但足爲破毀判決之違法。決非獨同條所定之情事而已也。

凡判決苟爲違背法則。且於其違背法則與判決之間。既有原因結果之關係。常爲上告之理由。果爾則刑事訴訟法第二百六十九條之規定。雖若疑爲不必要。而此亦理由之所存在。該條所定之情事。其違背法則。事實上與判決。即無何等之因果關係。亦絕對認爲上告之理由。換言之。不外同條推定違背其所定之情事之法則者。常與判決有因果之關係。

由此更遞述上告理由之制限。上告理由之制限者。謂雖有刑事訴訟法第二百六十九條所規定違法之理由。或雖有違背他之法律。不得由被告人或檢察官爲上告也。

(一) 對被告人上告理由之制限。被告人受無罪或免訴之言渡時判決之理由或手續雖有違法。不得以爲論據。而由被告人上告。

(二) 對檢事上告理由之制限。被告人受無罪或免訴之言渡裁判所雖違背爲被告利益所設之規定。或有土地之管轄違。亦不得以之爲論據而上告。蓋以此理由爲上告之檢事。縱爲被告人利益超見而被告人既受無罪或免訴之言渡。檢事之爲上告。更無所利於被告人也。刑訴第二七〇條

又刑事訴訟法第二百七條之規定。包含他之主旨。即防生濫用爲被告人利益而設之規定。反使被告人受不利益之結果者也。爲被告利益而設之規定。如刑事訴訟法第九十八條及第二百零二條等。若原裁判所於公判。不使被告人爲最終之陳述。而終結辯論之場合。普通雖可以爲上告之理由。然被告人既受無

罪之言渡時。檢事不得以此爲理由而上告。蓋若許之之時。則檢事因欲使被告人爲有罪。以右之手續違法爲理由。而爲上告。以破毀已爲無罪之言渡之原判決。更移送於同等裁判所。再爲事實審理上有罪之判決。苟生如右之結果。是必至大背爲被告人之利益而設之規定之本旨也。

然於茲有要注意者。於一方面雖爲被告人之利益而設之規定。而於他方面。爲公益上之理由而設之規定時。檢事得以其手續違法爲理由而爲上告。如第一百七十七條及第二百零三十七條是也。於此等之場合。於一方面因此手續之違法。害被告人之利益。同時於他方面又害公益。不得謂純然爲被告人之利益而設之規定。因之亦不受第二百零七條之適用。

此後就上告之種類說明之。



上告有一主的上告。二附帶上告之二種。以主的上告不須說明。故茲但就附帶上告述之。

附帶上告者。附帶於當事者一方之上告而爲之上告也。固有附隨的之性質。故其所附隨之主的上告之成立要件。有所欠缺而被棄却時。附帶上告亦從而消滅。得爲附帶上告者。主的上告之相手方。或裁判所之檢事也。又附帶之時期。限於主的上告之判決爲止。不論何時均得爲之。刑訴第二百七十八條。

刑事訴訟法第二百六十七條。規定可爲上告之目的之判決。即於地方裁判所或控訴院爲第二審時。所爲本案之判決。及爲第二審時。所爲規定於第八十七條之本案前之判決是也。

又對於判決之一部。得爲上告。蓋勿容疑所謂判決之一部者。以嘗於一部控訴之場合。詳說之。茲但述其大概。於獨立判決之主文。有

數個之場合。始得分割判決而視察之。因之得對於其一部而爲上告也。故雖在就數個之犯罪同時判決之場合。而適用刑法第百條數罪俱發之例。而爲判決時。判決主文常爲一個。故於此場合。雖有揭一部上告之旨。裁判所不得不作爲全部上告。而辯理之。然在關於數個之犯罪。不適用刑法數罪俱發之例。而爲言渡之判決。獨立主文有數個之場合。得僅就其一個或數個。以爲上告也。在如何之場合。關於數罪不得適用刑法第百條之問題。此屬於刑法講義之範圍。茲姑舉一例。如刑法所規定之犯罪與酒造稅法所規定之犯罪俱發時。不適用刑法第百條。酒造稅法第三十一條。因之獨立判決主文。有二個者也。

以下述上告成立之條件。

上告成立之要件者。使上告成立形式上適法之原因之謂也。此原

因得區別之。爲(一)關於手續之要件。(二)關於時之要件。以下順次說明之。

(一) 關於手續之要件。

(甲) 差出上告申立書於原裁判所。

(乙) 提出上告趣意書。

(乙) 關於時之要件。

自原裁判言渡之日起三日以內提出上告申立書於原裁判所。及自爲上告之時起五日以內提出上告趣意書於原裁判所。上告趣意者說述上告之理由之書面也。即說述對於判決之何部分以何理由可破毀該判決之書面也。於上告裁判所以必要趣意書者。蓋上告與控訴異。非爲事件之覆審者。僅就所申立不服之點。以爲審理者也。若無上告趣意書

所攻擊之確定判決。必以其結果可侵害此訴原告之債權爲要件。此觀於第四八三條之規定自明也。

準再審之訴。當以前訴訟之原告被告爲共同被告。此同條末項所規定也。又關於訴訟手續。準用訴訟法第四七六條。乃至第四七八條。第四八一條。第四八二條之規定。以上再審之說明終。

#### 第四編 特別訴訟手續

##### 第一章 證書訴訟及爲替訴訟

(甲) 證書訴訟者。僅以證書證明請求之原因。且請求之目的。在求代替物之一定數量之給付。而以簡易手續審理之訴訟也。分析此定義時。

(第一) 要以證書證明請求之原因。後於提起證書訴訟之場合。苟不

以證書證明其請求之原因則其訴以不適法不可不却下之也。

(第二)要以求代替物之一定數量之給付爲目的代替物中之主要者如第四八四條所示金錢及有價證券等是也。依同條之文詞。有價證券似非代替物。以條文中有其他之代替物或有價證券之語。然區別物爲特定物及代替物時。則有價證券得入於代替物中無可疑者。故求特定物之引渡之訴訟。或權利確認之訴訟。不動產引渡之訴訟。人事訴訟等。縱令有證書時。不得以證書訴訟之形式爲訴也。

(第三)證書訴訟者。簡易手續也。詳言之。不得以證書以外之物爲證據方法也。且即爲證書而非提出之。以爲證據方法。亦不得爲證書訴訟。而被告人之抗辯。非亦以證書爲抗辯時。則不許證明組成其抗辯之事實。被告不得爲反訴。又不得提出妨訴抗辯以拒本案之

#### 辯論(第四八六條第四八七條)

依證書訴訟以求權利保護之實益(第二)不俟判決之確定。得爲強制執行(第三)其手續簡易。故能使其訴訟迅速完了(第三)依證書訴訟時。雖外國人爲原告。不必要立保證(第八八條第三項)

(乙)證書訴訟中最重要者。爲爲替訴訟。如依民事訴訟法第五編之表題。證書訴訟及爲替訴訟。似爲替訴訟。乃與證書訴訟相異之別種訴訟。余則信爲替訴訟。亦證書訴訟之一也。故爲替訴訟者。因於手形之訴訟。詳言之。以手形上之債務爲請求之原因之訴訟也。爲替訴訟與通常之證書訴訟所以異者。在有適用第四九五條及第四九六條之點。此二條通常之證書訴訟所不適用也。即通常之證書訴訟。其管轄與通常訴訟無異。而爲替訴訟。得於支拂地之裁判所提出之。又數人之爲替義務者。當共同受訴時。得於支拂地之裁

判所。或被告之各人有其普通裁判籍之地之裁判所提起之。第四九五條又於口頭辯論與訴狀送達之間得短縮至二十四時。第四九六條二項此期間爲普通訴訟或通常證書訴訟之所不許。而爲替訴訟之特別者也。

次述證書訴訟廣義成立之要件。第一要以一定之金額或其他代替物之一定數量之給付爲目的。第二證明請求之原因詳言之。請求之因而生之事實。要以證書證明之。第三要記載以證書訴訟或爲替訴訟訴訟之旨於訴狀。第四要添附證明請求之原因之證書原本或謄本於訴狀。所謂謄本雖指謄寫證書之全文者。而抄本亦當包含之。此大審院判例所決者也。第四八四條。第四八五條。第四九六條一項。

關於第三之要件。有是爲問題者。即原告雖有以證書訴訟或爲替訴訟爲訴之意思。而記載之於訴狀。若有遺脫時。裁判所當以如何之訴訟受理之。是也。本人之意思。在提起證書訴訟或爲替訴訟。雖甚明確。然於訴狀無所記載。故裁判所以無足爲推定本人之意思之根據。當以通常訴訟受理之也。於此場合其事件。尙未生權利拘束時。裁判所得對於原告。與以注意爲之補充。使得爲完全之證書訴訟。或爲替訴訟之訴狀也。

次述證書訴訟手續之要點。第一在爲替訴訟。訴狀之送達與口頭辯論之期間。得短縮之。至於二十四時。第二於口頭辯論。不許爲證書以外之證據方法。第三於證書訴訟。得爲認諾判決。此點有可容疑者。蓋前已言證書訴訟。僅得以證書爲證據方法。則不得以證書以外者爲判決之資料。亦即不得以認諾爲裁判之基本。然以認諾非證據方法。故基於認諾而爲判決。亦無所牴觸於證書訴訟之要

件也。第四於被告闕席之場合爲闕席判決此與通常之訴訟無異。但於此場合乃看做被告自白原告所提出之證書爲真正。而判決之者非作爲被告自白原告所主張請求之原因之事實而判決之者也。第五被告對於原告所主張有所爭論之場合。裁判所雖以原告所提出之證書爲真正。而言渡被告之敗訴。然當爲被告於通常訴訟手續留保其行使防禦方法之權利。有時裁判所將被告權利行使之留保漏載於其判決中者。於此場合。得以補充判決求留保之裁判。又於判決中雖已揭右之留保。而就於上訴及強制執行看做終局判決。第四九一條。故有時。於原審則以通常訴訟行使防禦方法。而於他方則以證書訴訟繫屬於上訴審者。即一之事件繫屬於二個裁判所之場合也。第六原告於第一審訴訟之繫屬中。口頭辯論終結以前。不得被告之承諾。得爲通常訴訟手續。第四八八條。

原告以變爲通常訴訟爲利益之場合。即於證書訴訟。被告否認其證書時是也。蓋右之場合。不得爲檢真之申立。故以之變爲通常訴訟。則得提出檢真之申立。又其他之證據方法也。然第四八八條非許其以通常訴訟爲證書訴訟者也。第七於證書訴訟對於被告留保權利而言。渡敗訴之判決之確定力。乃係一種之解除條件。何則。因權利之留保。其事件以通常訴訟爲審理之結果。與證書訴訟之判決有反對之判決時。證書訴訟之判決失其效力故也。例如原告以證書訴訟請求金千圓之辯濟之場合。裁判所認原告請求之正當。對於被告爲敗訴之言渡。願被告以通常訴訟爭之。其結果裁判所爲反對之判決。却下原告之請求時。其先證書訴訟之判決。失其效力也。第八不申出訴訟上屬於原告之義務。書證或不以書證爲完全之舉證。其他非證書訴訟所可許者時。不問被告之抗辯得當。

與否。或被告雖闕席時。以其非證書訴訟所可許者。得却下之。(第四八九條二項)與此相同者。就被告抗辯之事實。不以證書證明之時。被告之異議。亦以其不適法。得却下之。第四九〇條原告雖依適法之證據。證書證明其主張之事實。而其請求。見爲無理。由時。得却下原告之請求。第四八九條若其請求。法律上之爲不法。甚顯著時。則得以却下。不待言矣。

## 第二章 人事訴訟

關於人事訴訟之手續。我訴訟法中。無所規定。而規定於人事訴訟手續法之特別法。於茲當略述我訴訟法編纂之沿革。夫人事訴訟。亦不出於民事訴訟之範圍。雖在何人。無可疑者。然民事訴訟法中。於人事訴訟手續無所規定。此非有他之理由。蓋民事訴訟法制定發布之當時(明治二十三年三月)民法人事編現行親族編及財產

取得編第三章現行相續編尙爲未定之草案也。於實體法未定以前。遽制定手續法。有生適用上不便之虞。故不規定人事訴訟手續於民事訴訟法中也。至明治二十三年十月。民法人事編發布以後。以法律第百四號。發布關於人事訴訟手續之法規。及新民法成。及廢右手續法。發布現行人事訴訟手續法。於民事訴訟法改正案之一部。規定人事訴訟手續。與而人事訴訟事件者。即所稱婚姻事件。養子緣組事件。相續人廢除事件。隱居事件。失踪事件。親子關係事件。禁治產事件。準禁治產事件。者。就此各事件之說明。亦以時間短促之故。不能詳盡。茲惟述其概要而已。

### 第一節 婚姻事件及養子緣組事件

婚姻事件者。如人事訴訟手續法第一條所規定。以婚姻之無效取消。離婚。或夫婦之同居爲目的之訴訟也。此等訴訟之裁判管轄亦

如同條之所規定。屬於其夫所有普通裁判籍之地。或夫死亡之時。所有普通裁判籍之地。地方裁判所。但附帶於養子緣組事件。爲婚姻之取消或離婚之請求之場合。得於養子緣組之管轄裁判所爲右之訴。

養子緣組事件。同法第二條之所規定。求緣組之無效。取消或離緣之訴訟也。此事件之裁判管轄。屬於養親所有普通裁判籍之地。或養親死亡之時。所有普通裁判籍之地之裁判所。而附帶於離婚請求緣組之取消或離緣者。管轄離婚訴訟之裁判所。管轄之附帶於離婚而起養子離緣或緣組取消之訴者。即如婿爲養子時是也。主訴訟爲離緣之訴時。以養親所有裁判籍之地。地方裁判所。管轄附帶離婚之訴。又主訴訟爲離婚之訴時。以夫所有裁判籍之地。地方裁判所。爲離緣之訴之管轄裁判所。

婚姻或養子緣組事件。以其於公益有重大之關係。故使檢事立會於其裁判因之檢事不獨得爲上訴。或引受其訴訟。自爲當事者而已。亦得自行起訴也。例如民法第七八〇條之場合是。

關於公益者。既甚重大。故訴訟手續亦不可不鄭重。其結果雖被告闕席時。亦不得爲闕席判決。第一一條。又如民事訴訟法第一百十一條。亦不得適用。又普通民事訴訟法。一定之申立及請求之原因。皆不許變更。而人事訴訟。則口頭辯論終結以前。皆得變更之。第於是。特要注意者。當事者間。有和解得調之見込時。裁判所得以職權命一年以內中止訴訟手續。是也。第一三條。蓋雖有離婚或離緣之原因。而能使婚姻或緣組存續。或能依當事者之協定。至任意解除其關係時。於公益上未始無利益故也。又民事訴訟法。以不干涉主義爲原則。而依人事訴訟法。則裁判所得命當事者自身出頭。第十二條。



又得以職權爲證據調。且得就當事者所未提出之事實加以斟酌也。(第十四條)

### 第二節 親子關係事件隱居事件

#### 及相續人廢除事件

親子關係事件者。以子之認知。子之否認。認知之無效。或取消親權之喪失。財產管理權之喪失。及其失權之取消。及民法第八二一條之定父爲目的之訴訟也。二七條三一條此訴之原因。本屬民法上之所規定。故援引民法。以爲說明甚了解。亦以無多暇晷。今唯舉一之單純之場合而已。求子之認知之訴。本人及其直系卑屬。或此等之法定代理人。得對於父或母。以有親子之關係。爲請求之原因而提起之。(民法八三五條)

相續人廢除事件者。以推定家督相續人。又遺產相續人之廢除。或

其廢除之取消爲目的之訴訟也。(第三三條)

隱居事件者。以隱居之無效。或取消爲目的之訴訟也。(第三五條)

關於以上三種訴訟裁判所之管轄。規定於人事訴訟手續法第二十七條第三十一條第三十二條以下。又審理訴訟之手續。與婚姻事件等同。要檢事之立會裁判所得命當事者自身出頭。(第十二條第三十九條不能爲闕席判決。第十一條第三十九條又不適用民事訴訟法第一百十一條。第十條第三十九條)

### 第三節 禁治產及準禁治產事件

禁治產之申立。民法第七條之所規定。對於有心神喪失之狀況者。於裁判所求禁治產之宣告之行爲也。此之手續與從來之手續異。不得以訴爲之。當以申請之形式爲之也。其方法。得以書面或口頭爲之。不必如訴狀要具備一定之方式。但表示其原因及證據方法



足矣。第四十二條而其申立屬於當受禁治產之宣告者，所有普通裁判籍之地之管轄區裁判所之管轄。又有請求宣告之權利者，實體法即民法第七條之所規定。本人配偶者，四親等內之親族，戶主，後見人，保佐人及檢事，是也。本人既曰心神喪失，則所謂本人申請之者，似甚奇誕。然雖心神喪失者，亦有一時回復精神之常態。當此之時，固得爲自己而求禁治產之宣告。此本條規定之旨也。又在人事訴訟手續法第四十一條，妻申請夫之禁治產時，不必受之許可。蓋事實上不能受許可故也。禁治產事件之審理，與訴異，不公行之。（第四四條）蓋爲保護受禁治產之申立者之名譽故也。而裁判所於審理開始以前，得徵受禁治產之申立者之診斷書。若認爲必要時，命鑑定。裁判所得以鑑定人之立會。訊問當受禁治產之宣告者，又其訊問得使受命判事爲之。但此手續，不問被禁治產者爲狂騷性

之瘋癲病者，或憂鬱性之瘋癲病者，依其病體難爲訊問時，或爲訊問有害其健康之虞時，不必爲之。第四七條至於其他之手續，雖規定於人事訴訟法第四十六條以下，常必要檢事之立會，及使鑑定人檢查當受禁治產之宣告者之心神狀況，而訊問鑑定人以所檢查之結果，而後裁判，所以決定爲禁治產之宣告也。以決定，以職權送達於關係人，又當以適當之方法公告之。却下禁治產之申立之決定，得以即時抗告攻擊之。第五一條乃至第五四條反之宣告禁治產之決定，即非以訴之形式，不得攻擊之。就理論上於此場合，以抗告申立不服，似爲至當。然既充分調查而爲決定，則苟欲覆按之，亦不可不經鄭重之手續明矣。

次準禁治產之申立，民法第十一條之所規定。對於心神耗者，盲者，啞者，聾者，消費者，申請宣告準禁治產之行爲也。此訴訟手續，準用

禁治產之規定。

第四節 關於失踪之手續

失踪事件者不在者之生死七年間不分明時。利害關係人請求宣告失踪之手續也。民法第三〇條又同條第二項所規定臨戰地者或在沈沒之船舶中者其他遭遇可爲死亡之原因之危難者之生死。右之危難其後三年間不分明時。利害關係人求此宣告之手續也。而此手續人事訴訟手續法第七十條以下所規定者也。失踪事件。管轄不在者住所地之區裁判所管轄之。又爲失踪之宣告當先爲公示催告。公示催告民事訴訟法第七六四條所規定。當記載左之事項。(一)不在者於公示催告終了以前。應爲生存之屈出。呈報若不屈出時。則爲失踪之宣告。(二)有知不在者。可爲屈出。而其期間要在六個月以上。例如明治三十八年二月一日爲公示催告時。屈出

之期間。至短至同年七月三十一日。猶得爲之。非右之期間經過以後。不得爲失踪之宣告。若經過不在者出生後百年以上時。裁判所揭示公示催告於裁判所之揭示板上。二個月間可矣。爲此公告之時間內。無爲何等之屈出者時。裁判所開始審問利害關係人之陳述。而爲裁判。此乃事關公益。故檢事得立會於其審問。而陳述意見。失踪裁判之形式。可以判決爲之。對於此判決。利害關係人得以訴申立不服。此利害關係人中。受失踪之宣告者亦包含之。故宣告之後。本人亦得求取消此宣告。失踪宣告確定之後。看做不在者爲已死亡者。得開始相續。失踪者之夫若婦更爲婚姻時。不得謂爲重婚也。

第三章 公示催告

公示催告者。民事訴訟法第七六四條所規定。其定義曰。限於法律

特定之場合對於未定或不分明之相手方豫告將與以失權之制。裁使爲權利之屆出或豫告得下以無效之宣言，便爲紛失之證書。之屆出裁判上之催告手續也。對於確定且分明之相手方爲主張其權利，而爲催告時得起確認之訴以達其目的，故無須公示催告之手續。而對於不定或不分明之相手方，雖欲起訴訟以主張其權利，而因無相手方，則依訴訟方法，不能伸張其權利，故以公示催告開伸張權利之途也。而求公示催告之要件：(一)相手方之不定或不明時。(二)法律上所定之場合。所謂法律上所定之場合者，如求失蹤宣告之場合，或就於指圖債權無記名證券或民事訴訟法第四七一條之證券求無效之宣言之場合是。於此當一叙法律之沿革。即民事訴訟法第七七條，乃應舊商法第四〇三條被盜紛失，或滅失之指圖證券，不問其裏書讓渡與否，從民事訴訟法權利者得爲

其無效之手續，而設之規定也。然新商法不設此規定，而民法施行法第五七條則有指圖證券無記名證券，及民法第四七一一條所揭之證券得依公示催告之手續而爲其無效之規定。此民訴七七七條所以仍存也。

公示催告之管轄裁判所，如失蹤事件所說明，以不在者最後住所地之區裁判所管轄之。求證書無效之宣告事件，訴訟法第七七九條所規定，以證書中所表示之債務履行地之區裁判所管轄之。若證書中不表示履行地時，則以其證書之發行者所有普通裁判籍之地之區裁判所管轄之。爲公示催告手續之當時發行人之普通裁判籍不明時，則以發行當時發行人所有普通裁判籍之地之區裁判所管轄之。記入爲證書發行之原因之請求於登記簿時，則以其物所在地之裁判所管轄之。例如農工銀行以土地抵當而貸渡金

額。後爲公示催告之時，則以其抵當物所在地之區裁判所管轄之。次述公示催告之訴訟手續，依民事訴訟法第七六五條之所規定。公示催告之申立，得以書面或口頭爲之，而對其申立，裁判所不經口頭辯論得爲公示催告，當許其申立而爲公示催告時，于其公示催告，應記載第七六五條所規定之要件。(一)申立人之表示。(二)至公示催告終了期日。當屆出請求或權利之催告。(三)不爲屆出則可生失權之表示。(四)公示催告期日之指定是也。而催告書公示之方法，揭示於裁判所之揭示板及官報或公報，且得命其於一個或數個之新聞紙上，一回或數回揭載之。第七六六條又催告期間，第七六七條之所規定，爲二個月。然失踪之場合，以其關於公益者大，故其期間爲六個月。第七八三條而此二個月或六個月非不變之期間，故有于期間經過以後除權判決以前爲屆出時，其屆出仍爲有效。

第七六八條公示催告之期間經過以後，裁判所依公示催告人之申立爲除權判決。除權判決者，宣告受公示催告者之失權之判決也。裁判所於下此判決以前，得爲詳細探知之手續。第七六九條於此場合普通，託檢察或司法警察官爲之。裁判所認除權判決之申立爲不適法時，得却下其申立，附以制限，而爲除權判決。或留保受申立之人之權利而爲除權判決。申立人對於却下除權判決之申立之決定，或附於除權判決之制限及留保，得爲即時抗告。第七六九條對於除權判決，不許爲上訴及再審之訴，但受除權判決者，得除權判決之申立人爲被告，於管轄催告裁判所所在地之地方裁判所，提出不服之訴，但必須基於左之理由。

- (一) 法律不許爲公示催告之手續而區裁判所爲除權判決者。
- (二) 不爲公示催告之公告，或不以法律所定之方法爲其公告者。

- (三) 不遵守公示催告之期間者。
- (四) 爲判決之判事。依法律被除斥職務之執行者。
- (五) 有請求或權利之屆出。而不省之。或不適法排斥之。而爲除權判決者。
- (六) 有第四六九條第一號乃至第五號所規定原狀回復之條件者。

除權判決。不必聽受除權判者之陳述。此點與闕席判決類似。故無以闕席判決爲除權判決之場合。

就於以證書之無效宣言爲目的之公示催告手續。有特別之規定。第七七八條以下是也。無記名證券或裏書得以移轉。且付以略式裏書之證書。最終之所持人。有申立公示催告手續之權利。其他之證書。因證書而得主張權利者。有爲右之申立之權利。

公示催告之申立人。第一有提出證書之謄本。或開示證書之重要趣旨。及欲充分認知證書之必要諸件之義務。第二有疏明證書之被盜紛失滅失。及得申立公示催告手續之理由之事實。例如爲手形之振出人之事實之義務。

公示催告當揭左之諸件。第七八一條第七六五條三項。

一 申立人之表示。

二 公示催告終了期日。證書之所持人。當屆出其權利及提出證書於屆告裁判所之旨之催告。

三 不爲屆出時。則當爲證書無效之宣言之旨之戒告。是爲失權之制裁。

四 公示催告期日之指定。

公示催告之公告。揭示於裁判所之揭示板。且掲載於官報或公報。

及三回掲載於新聞紙。又催告裁判所之所在地有取引所時、亦揭示此公告於取引所第七八二條

爲除權判決時、當於其主文宣言證書之無效、第七八四條一項除權判決之效力、申立人對於因證書而負擔債務者、得主張證書上所表示之權利、第七八五條

除權判決之重要旨趣、當以官報或公報公告之。又因申立不服之訴、而爲取消證書無效之宣言之判決時、其判決確定之後、此判決亦得以普通之上訴方法即控訴上告攻擊之也、亦當以官報或公報公告之、第七八四條二項三項

關於公示催告之申請、催告之公告、除權判決所生之費用、催告申立人負擔之。有於催告期日申立異議者、而裁判所排斥其異議爲除權判決時、關於異議之訴訟費用異議申立人負擔之。民訴第七

雜 報

○本月二十五日以勅令第二四八號。公布旅順鎮守府條例。即如左

旅順鎮守府條例

第一條 旅順置鎮守府

第二條 旅順鎮守府。任於關東洲沿岸海面之警衛防禦。監督所轄諸部之事務。

第三條 旅順鎮守府。應於其必要。使附屬艦隊驅逐艇隊及艦船。

第四條 旅順鎮守府置司令長官

司令長官爲親補

第五條 司令長官直隸於天皇。統率麾下之艦隊艦船部隊監督所屬各部。總理府務。

司令長官承海軍大臣之命。掌理軍政。

第六條 司令長官統監麾下之軍紀風紀及教育訓練。

第七條 司令長官。得派遣麾下之艦隊。驅逐艇隊。或艦船。於所轄海軍區。及第三海軍區內。又軍隊派遣於所轄海軍區內。

第八條 司令長官。得指揮在旅順港之他管艦船。但他司令官現在時。對於其麾下艦船不在此限。

第九條 司令長官。因維持地方之安寧。認使用兵力之必要。且無待指揮之邊時。得便宜使用

兵力。但須直其旨報告於海軍大臣。

第十條 司令長官。際疾病或緊急。認使一時移轉麾下之必要時。則處分之而後報告於海軍大臣。

第十一條 司令長官。得麾下之船舟要乘員時。命麾下人員臨時乘組

第十二條 司令長官。得命麾下候補生准士官及下士卒。轉乘或轉勤於麾下艦船或其他各部。

第十三條 司令長官。得關於旅順港規則。指揮所在憲兵。

第十四條 司令長官。得應於必要。麾下之機關官軍醫官或主計官。配置於麾下水雷艇。或使乘組於水雷艇。

第十五條 司令長官。得麾下職員缺員中。或因事故不能執其職務時。使他麾下職員代理其職務。

第十六條 司令長官缺員中。或因事故不能執其職務時。所在麾下主席將校。代理其職務。

第十七條 旅順鎮守府。幕僚置左之職員。  
參謀長 參謀 副官 機關長 軍醫長 主計長

前項之外置機關官。軍醫官。及主理。承司令長官之命。而服務。

第十八條 參謀長佐司令長官。統幕僚之事務。整理府務。

第十九條 參謀承參謀長之命。而服務。

第二十條 副官承參謀長之命。掌人事及庶務。

第二十一條 機關長。軍醫長。主計長。及主理。承司令長官之命。而服務。

第二十二條 機關官承機關長之命。而服務。

第二十三條 第十七條所揭之職員外。置海軍兵曹長相當官。並准士官下士及判任文官。承各上官之命而服務。

第二十四條 旅順鎮守府。諸官衙。部隊等。所要兵員之配付。使佐世保鎮守府掌之。

附則  
本例自明治三十九年十一月一日施行之



商標 登錄

# 清心丹

清心丹者精撰最純之良藥  
清心丹者精撰最純之良藥  
清心丹者精撰最純之良藥

## 本劑之組織

**興奮**  
散心思之鬱憂而助精神之  
發治頭痛眩昏等症職務達  
紛繁者不可一日缺也

**健胃**  
於食前食後常服用之則良  
于消化而無胸痛及食物停  
滯之患可以強健脾胃

**芳香**  
含有尚高香氣可以排除口  
熱及臭氣祛痰潤喉聲音為  
最清則于演說家及交際場  
最為適用

**清涼**  
治暈船暈車及其他炎熱時  
季所發之諸症並能驅除瘴  
氣

**收斂**  
因中暑中寒及不服水土而  
生之腹痛下痢諸症頗奏奇  
効旅行家所必攜者也

發賣本舖  
日本東京市橋本區大元坂八番地  
高木與兵衛  
本劑於日本清韓皆有代售之處



明治三十九年九月二十七日印刷  
 明治三十九年九月二十九日發行  
 (定價金三拾錢)

代價及郵費價目表	全四冊年	廿四冊唐
書價	二七角元	三角
日本來申郵費	四二分角	一分
瀛輪已通之地郵費	八四分角	二分
內地郵費	一元四角四分	六分
四川雲南 陝西貴州 山西甘肅 等省郵費	二元八角八分	二一分角
在日本 校外生 月謝金	前納金五拾錢	

(明治三十八年八月十七日第三種郵便物認可)  
 每月二回 五日、二十日發行

版權所有不許複製

編輯者 大日本東京市京橋區西箱屋町七番地 吉田左一郎

印刷者 大日本東京市芝區富士見町五丁目二番地 松田久次郎

印刷所 大日本東京市芝區明舟町十一番地 金子活版所

發行所

法政大學  
 (電話番町百七拾四番)  
 大日本東京市神田區一橋通町

法政大學御用書肆 有斐閣

法政大學御用書肆 清國一廣智書局