

法政速成科講義録

板倉, 松太郎 / 山田, 三良 / 中村, 進午

(出版者 / Publisher)

法政大學

(巻 / Volume)

38

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

51

(発行年 / Year)

1906-12-28

（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）

明治三十九年十二月廿八日發行

第三十八號

法政叢報

楊樞署
檢



大日本東京

法政大學發行



法政速成科講義錄第三十八號目次

國際私法(自三三九頁至三八〇頁) 法學博士 山田 三良

局外中立(自一六頁至一六頁) 法學博士 中村 進 午

刑事訴訟法(自一九五頁至二三〇頁) 法學士 板倉 松 太郎

雜錄 ○營口運付協定及條件

090
1906
4-38

所可及。是以苟依從來之法律，不認新住所之取得，則後之住所，尙爲不存在者。故爲當依第一之住所，厄埋耶爾威特爾滿等然此實不得當者也。蓋住所移轉之自由，爲今日各國憲法之所認，而移住國外之自由，又爲國際間之所共認。夫既認變更國籍之自由，則如住所之變更，當放任於移住者各自之自由，更不待言矣。因此移住自由之原則之結果，而於各人新取得住所時，非當依舊來住所之法律而決定其取得新住所與否，乃當依新住所地之法律而決定。果當認其有住所與否也。由是而新住所既已取得，則關於定其住所，在第三國所當採之主義，以最後之住所爲標準，匪特適合移住自由之原則，且亦適合本人選定住所之自由。我法例所以採用以最後之住所認爲其住所之主義者，以此也。

尙有當依當事者住所地法之場合，若其當事者於何國皆不有住

所時，即關於住所之消極的牴觸當如何而定其所當據之法律乎。於此場合猶國籍消極的牴觸時之適用住所地法當以居所地之法律補住所地之消極的牴觸蓋以此外別無他之方法也。即如我法例第二十八條第一項若當事者之住所不知時即全不存在者及雖存在而事實上不明者規定爲當依其居所地之法律云。

第三編 法律之牴觸

本編說明民法商法破產法及民事訴訟法之牴觸問題先以總論說明通於全體之二三原則第一卷國際民法依民法法典之順序說明關於總則物權債權親族相續之牴觸問題第二卷以下說明國際商法國際破產及國際民事訴訟法焉。

總論

第一章 外國法之適用

第一節 外國法適用之意義及性質

依我法例之國際私法的規定從法律關係之性質我裁判所當適用外國法之場合不尠。今於此場合所當適用之外國法律將爲法律乎。抑爲事實乎。就于此問題在英美學派謂外國法律在於內國非視爲法律而有效力而不過爲單純之事實故非當事者自援用之。則裁判官不有適用外國法律之職權及義務者也。反之在歐洲大陸中世以來雖亦認此主義然自沙比尼主張所以當適用外國法律者非出於裁判官之任意而裁判官乃有當適用外國法律之職務。遂認外國法律亦爲法律而非事實矣。今就此二主義而考之。如英美學說謂外國法律爲事實故裁判官無自進而適用之之義務。固爲誤解。而如大陸學說謂外國法律亦爲法律。故裁判官有當視爲法律而適用之之職務。亦非必正當也。依我輩之所見。適用外

國法律更當從他方面而觀察之。試先以英美學說批難之。法律之效力乃不踰國境者而外國法律在內國不過視爲一之事實。斯外國法律非當然視爲法律而行於內國固不俟言。就於此點英美學說之根據爲正當而大陸學說謂外國法爲法律則使以外國法律當然視爲法律而行于內國不可謂誤謬之甚者。但如英美學說謂外國法律爲必須當事者證明之事實。故裁判官無適用之職務。此以外國法之適用與外國法之證明相混同。甚不得當。蓋以外國法之規定爲一之事實。其得爲判定或法律關係之標準者。乃屬于各國立法權之範圍內。故如我法例立法者自採事實的外國法之規定而定其當爲或法律關係之準據法時。其適用爲其準據法之外國法律。即所以適用我法例之規定。而裁判官固有不可不適用之職務者也。例如關於外國人能力之本國法之規定。在我國雖不過

爲一之事實。然我立法者以關於當事者本國法之能力之規定。即在我國亦視爲其外國人之能力之規定而適用之。固無不可。例如英美人法國人獨逸人爲當事者時。以二十一歲爲成年。瑞士人爲當事者時。以二十歲爲成年。奧大利人爲當事者時。以二十四歲爲成年。就於各外國人之成年年齡一一揭爲特別規定。而我立法者以概括的規定人之能力依于本國法云云。是猶規定各外國人之能力當依其本國法律所定之年齡。而判定其能力之有無者也。今依此概括的規定我裁判官適用關於能力之外國法。非以外國法視爲法律而行于我國而不外視爲我法例之準據法之內容實質而適用之也。既爲我立法者所定之準據法。則裁判官不拘當事者之援用與否。而其職權職務上不可不適用此準據法亦明矣。是在有如我法例之成文法之國。其裁判官有適用外國法之職務與否。

之問題殆無研究之餘地已。

第二節 外國法之證明

既以外國法律視爲我法例所規定之準據法之內容而適用之。斯基于裁判官知法律之格言。將不俟當事者之證明而適用之乎。抑須當事者之證明乎。就于此問題。在英美學說。亦因于外國法不過單純事實之論點。而謂一切事實問題。在主張之之當事者。所當自爲證明。若當事者援用外國法而不證明時。或不能證明時。則與一般之事實問題。同當歸于該當事者之敗訴。且執此以批難所謂以外國法爲法律之學說。特此批難無甚理由耳。蓋如英美裁判所裁判所果係不得自適用外國法。不得自調查外國法與否。乃其國訴訟法之便宜問題。因可置之不問。然不能以外國法須當事者證明之故。而謂其當然不可不爲事實。何則。自事實證明之點而言。法律

之規定。即法則雖非事實。而法律規定之存在自體。則不過一之事實。就於此點。則內國法律之存在。與外國法律之存在。均不過一之事實耳。然羅馬法以來。關於內國法律之存在。乃謂裁判所視爲顯著事實而自知之者。故無須當事者之證明。我民事訴訟法第二十八條亦認此主義。特裁判官非有萬能。欲舉其所當適用之一切法則而悉知之。或亦不可企及。故即在內國法律而特有難知其存在者。各國於訴訟法上。皆使當事者負證明之責任。我民事訴訟法第二百十九條亦然。即如一國內之地方慣習法。或商慣習法。就其爲內國法律之點。雖與成文法同一。然以其存在自體。不甚明瞭。故使當事者爲之證明。亦一出于訴訟法上便宜之規定也。於內國法既然。則裁判官於世界各國之現行法。更難周知。斯以外國法規定爲內國國際私法的規定之內容。其於當視爲法則而適用之時。而

其外國法之存在及內容如何，使爲主張或因此可受利害關係之當事者，先負證明之責任，究亦不過訴訟法上之便宜問題，安得以須當事者證明之故，而論定爲事實而非法則乎。況外國法之證明，非唯當事者所當負擔，即裁判官尙須不爲當事者提出之證據，方法所拘束，自進而調查之，或依外國成文法、著書及外國裁判所之證明等一切之方法，而自知得者歟。

唯實際上之問題，當于外國法之適用，其證明之知得之殊爲困難，因除此困難之方法，彼之國際法協會，經多年之討議，至千八百八十七年，因期外國法之易知，欲使各國政府互結條約，約定互以現行之法令通知他國，又關於外國法之證明，於千八百九十一年之會議，議決以當事者間若就於外國法之存在及內容有爭時，裁判官因當事者之請求，或以其職權當以爲先決問題，而先宣告其所

當適用之法律如何，且以其所當適用之法律，經司法省或外務省以囑托書送于外國司法省，求其證明關於該問題之法律，此規定在歐洲大陸，既于千八百九十九年以來，視爲國際條約而現行云。至于我國及英美二國，尙未有此條約，而欲明外國法，不能直接受外國政府之補助，則裁判所雖盡一切方法之後，仍不免有不得知外國法之場合也。若於適用外國法時，當事者及裁判官，皆不得知其所當適用之外國法之規定時，其如何解決此問題，頗爲困難，於此唯有左之二方法而已。

一 我法例之規定，當準據於外國法之場合，即爲不許準據他之法律之強行的規定，故使不得知其外國法時，視爲實際上無可準據之法律，裁判官無由判決其爭點。當却下當事者之請求，此解釋乃千八百七十九年獨逸高等商事裁判所所認之主義，又

獨逸國際私法學者如威特爾滿亦贊成此說。

二 第二之方法於不得知外國法之內容之場合推定與內國法律爲同一之規定且法例之規定爲當依外國之法律者非必禁止依其他之法律故於此場合當依於內國法而判決其爭點也。

今就此二箇之方法果以何者爲正當乎第一之方法理論上雖爲正當而其實際上之結果則何異於裁判所以所當適用法律之不明爲口實而妄行拒絕裁判其與近世各國司法制度之主義可謂不相容矣故於此場合不外依第二之方法適用內國法依內國法而判定之已且於各國之實際上亦概採用第二之方法其理由蓋以裁判所若僅以其所當適用之法律不明或不備爲理由而就于既現於法廷之訴訟拒絕裁判而不與以救濟則失之不當故也今

就我法例之解釋上當如何解決之在舊法例之規定雖有裁判官不得拒絕裁判之明文而至現行之法例以此爲裁判所構成法及裁判官職務上之規定而非當規定於法例故制除之然其精神則於我國現行法上不可謂非尙認此原則也在近世各國司法制度裁判官不得自制定訴訟手續法自體而裁判所唯於訴訟法之範圍內而爲裁判然爲其裁判準則之法則非必僅依于明文而無成文法時則依慣習依條理裁判官按諸立法之目的爲正當而必不可不下以裁判者也即不得以法律之不備缺點爲理由而拒絕裁判之格言爲司法權運用上當然所認者也且以我法例規定當適用外國法者雖以其法律關係之性質上依於外國法然後適于立法之趣旨然其當依外國法者寧可視爲例外而在于內國固不問其當事者之爲外國人或內國人要以依于內國法爲原則也故因

例外而規定當依外國法時於其所當據之外國法不存在之場合不得解釋爲立法者禁止依他之法律而不可不解釋當適用爲法律適用上本來原則之內國法律也。

第三節 誤適用外國法之適用判決得爲上告之理由否

此問題須區別爲二箇而說明之。

一 其判決違反於我法例所規定之準據法時。

二 從法例之規定當爲準據法之外國法律誤其解釋或誤其適用時。

第一 違反于我法例所規定準據法之裁判。例如關於契約當事者之意思不明時當據行爲地法之規定而裁判所反據於履行地法或住所地法而判決之。又如關於能力反于法例第三條之

規定。而據我國法律而判決之是也。於此場合不適用外國法之裁判。即爲違反定此準據法之法例之規定自體。故依民事訴訟法第四百三十五條視爲違背法律之裁判。得爲上告之理由。自無待言。此即學者所謂違反國際私法原則之裁判。各國莫不認爲上告之理由者。

第二 法例所規定爲準據法之外國法。有誤其解釋或誤其適用時。歐洲多數學者皆不以此爲上告之理由。蓋以大審院制度原以統一內國之裁判。一定法律之解釋而存在者也。然關於外國法之解釋。各於其本國而有統一其解釋之大審院。故在于他國無須一定外國法之解釋。且亦不能一定之。是以外國法之解釋適用雖有誤非可以爲上告之理由。法蘭西比利時荷蘭瑞士之判例及學說皆採此主義。獨武瓦斯爲上告說。伊太利法學者基

於外國法亦爲法律之理由。主張得爲上告，如羈緝達椰卑耶蘭脫尼諸氏是獨逸巴盧氏亦探上告說，彼謂大審院較諸內國他之裁判所，有知外國法之便宜，且以內國各裁判所因外國法之解釋不同判決不同所發生之弊害，與大審院之受理關於外國法解釋問題之上告之不便相比較，審以開上告之途爲正當也。至于我法例之解釋上，此種之裁判可否認爲上告之理由乎，依我單之所見，我大審院有在於我國內一定外國法解釋之義務，且一定外國法之解釋，即所以一定我法例規定之內容，斯誤外國法適用或誤其解釋之裁判，即爲誤解釋我法例之規定，當然以之爲上告之理由。蓋外國法既爲我法例規定之內容，視爲準據法而適用，斯誤外國法之規定自身，即誤我法例之規定自體，而不免爲誤內國法的準據法之裁判也。

第二章 外國法適用之制限

當於適用外國法，而常爲裁判官所當注意者，即係以外國法爲當適用時，不可不判定其爲於反我國之公之秩序及善良之風俗與否，以爲其先決問題是也。蓋無問何國立法者，於反於自國公益之場合，斷無強使適用外國法之規定，故外國法之適用，如反于法律全體之精神目的，害國家之公益，不可不加以制限，今就各國之實例，而察其關於制限外國法適用之規定，因時代而有三種之區別焉。

第一 在於古之法典，皆明言一定之內國法當爲絕對的強行，即間接不認與之牴觸之外國法之適用，例如法蘭西民法第三條規定云：關於警察或安甯之法律，拘束國內一切之人，和蘭法例及比利時羅報案亦倣之。此規定原於所謂以屬人法爲原則之思想所由來，外國人之本國法，限于與國內公安之規定不牴觸

者當然爲可行。是以或種之法律關係不問內外人於如何場合當爲絕對強行者。有明言之必要。然此規定實反于一國立法之觀念者也。何則刑法及其他之公法無論矣。即私法的規定。而凡爲一國法律。要不問內國人與外國人。而當然行于其國權所及之場所。苟無反對之規定。斯內國法之適用常爲原則。而外國法之適用常爲例外。即外國法唯依於立法者之明示。默示而特認爲當據之之場合。而後當適用之也。若然。則立法者無以特別之內國法規定爲絕對的強行之必要。且僅謂此規定尙未是制限外國法之適用。蓋即絕對的強行之內國法律不存在時。若外國法之規定反于內國之公益及善良風俗時。亦不可適用之也。

第二 在于模倣法國民法之各國法典。規定特殊之內國法之絕對的強行。且明言反于內國公益及善良風俗之外國法。不可適

用。如伊太利民法。西班牙民法。白耳義民法草案是也。此之規定。雖較進步。然尙位於變遷之中間。而其一半之內國法強行的規定。完全爲無用。故近來立法例遂更進一步。而採第三之立法焉。

第三 此方法係採直接外國法適用制限主義。即規定雖在認依外國法之規定時。若其規定與國家公益不能兩立。則不可適用之。而爲此規定之標準。或謂反于內國之公益公安之外國法。或謂反于公之秩序或善良風俗者。或謂反於內國法律目的之外國法。其規定之文字。雖不同一。而最近之立法例。皆僅明言外國法適用以爲例。我法例第三十條。亦採此主義。於當依外國法時。若其規定反于公之秩序及善良之風俗。則不可適用外國法云。當於適用法例第三十條。有困難之點。即所謂公之秩序者。不能一定其意味之若何。是也。凡法律不問爲公法爲私法。而於或之

意味。皆關係于公之秩序。即私法上如親族法之規定。概關於善良之風俗之規定也。若然則一切內國法律。皆關於公之秩序。或善良之風俗者。使反於此等規定之外國法。皆不得適用。則法例第三條以下所規定爲當依外國法者。將成空文。然如此則又反於制定法例之立法之目的。究非所得而認者。故當解釋此難問之一方法。學者或謂公之秩序。有限於內國人者。與不問內外人而當絕對強行者之二種。遂別爲國際公安公序與國內公安公序。而說明之。此名稱原爲瑞士蒲羅司耶挪所創造。僅對於內國人而爲關於公益之規定者。稱爲國內公安之規定。不問內外人皆爲關於公益之規定。而當絕對適用之法律。稱爲國際公安之規定。例如成年年齡。因對於內國人爲關於公益之規定。不得依當事者之意思而變更之。然對於外國人。則不必依此年齡。且認

當依其本國法。故此之規定。非國際公安而國內公安之規定也。又關於婚姻之年齡亦同。即不達一定年齡者爲婚姻時。在於內國人。爲反於善良風俗。而在于外國人。則達其本國法所規定之年齡時。雖不達內國法所定之年齡。亦得在內國結婚。故此之規定。乃關於國內公安之規定。而非關於國際公安之規定也。反之如奴隸及一夫多妻之制度。不問爲內國人抑爲外國人。皆不認之。故此之規定。爲關於國際公安之規定。而與此反對之外國法。則不可適用之也。

此區別一見似甚明瞭。然實不外以公序區別爲二種之結果。所與之名稱。而如何之公益規定。果爲關於國際公安與關於國內公安。則尙未足以說明之也。故如武瓦斯就於此根本問題而爲說明曰。憲法行政法裁判所構成法等公法。及關於各人自由之

公法或有刑罰的性質之法律。皆關於國際公安之規定。而不區別內外人。以絕對的適用之。而反乎此之外國法之適用。則非所當認者也。今進之如關於其他之公益之規定。而判定其果爲關於國內公安之法律。抑爲關於國際公安之法律。則不外一任裁判官之自由判斷。而裁判官之爲判斷。不能僅以其法律規定有強行的性質與否爲標準。宜徵於此等法律之精神及目的。而判斷之也。

要之國際公安與國內公安之區別。畢竟以問答間毫無意義。故或代之以相對的公安與絕對的公安之名稱。所謂國際公安者。乃謂不問內外人。當絕對適用之公益規定。故稱爲絕對的公安。所謂國內公安者。乃僅對於內國人而爲公安之規定。故稱爲相對的公安。爲是說者。巴黎大學教授勒溼其人也。

或又排斥此區別。謂凡公安或公之秩序云者。乃唯一而無二。又彼之國際公安及國內公安之區別。要以關於能力而發生。故關於身分能力之規定。毫不關於公安。其他關於公序之規定。皆爲不問內外人而當適用之者。而僅云爲關於公之秩序之規定。已足矣。爲是說者。巴黎大學教授卑耶是也。

依我輩之所見。凡公安或公序之如何。乃程度之問題。不能以此立學理上一定之標準。然我法例關於外國人之能力。既認當依外國法。則關於身分能力之規定。不能視爲法例第三十條之所謂關於公之秩序及善良風俗之規定。蓋可以論定之也。若然。則法例第三十條所謂公序者。可謂爲沙比尼之所謂有絕對的強行之性質者。唯如何外國法之規定。果反于我國如此之公序或善良風俗。不外如武尼斯所云。當依我國法之精神目的爲解釋。

而一任裁判官之判定耳。今使必用國際公安之文字。裁判官亦不外以其所決定為反於法例第三十條之公之秩序之外國法。而稱之為反于國際公安而已。例如奴隸如一夫多妻如禁止不動產所有權之規定莫不視為關於法例第三十條所規定公之秩序者。故當以之為國際公安而說明之。或以之為法例第三十條所謂公之秩序而說明之。不外名稱上之問題。然我輩以為依法例第三十條之正文已足以決定之。故不認有必要使用國際公安之語也。

第三章 反致法

反致法者。獨語有送返意義之術語所由來。謂原則依我國之國際私法的規定以外國實質法為準據法。而依該外國之國際私法的規定。反以我國實質法為準據法時。認此反致。定為當適用我國實

質法之規定也。蓋國際私法之發達。即因內外各國實質的法律規定各異之結果。而解釋其所發生之抵觸。既已說明矣。然國際私法。今尚幼稚。學說上。立法上。各國所行之主義亦不一。雖各國之法學者。或著書或依學會之決議。各國之立法者。屢開列國會議。欲依國際條約。一定國際私法上之原則。而使為各國共通之法則。然究非不遠將來。所能達此希望也。以現在之狀況。各國實質法互相抵觸。即各國之國際私法。亦不免各異其規定。而有所抵觸。而此抵觸即存於國際私法一大原則之屬人法主義相異之點也。即我國與歐洲大陸諸國。皆以當事者之本國法為屬人法。而英美則以當事者之住所地法為屬人法。故謂有住居我國之英國人。就于或法律關係。我國法例之規定為當適用當事者本國法之英國法律。然依英國之國際私法的規定。則以為當依其住所地法之我國法律。於如

此內外國際私法之原則相牴觸時。若我國裁判官僅依本國法主義之原則而以爲必須適用英國法。則不特反於爲當事者本國法之外國法之主義。且在我國既無適用本國法之必要。而尙適用外國法律。或不免有此批難。於此解釋國際私法的規定之牴觸之一方法。近來各國之裁判例立法例。遂認有所謂反致法之原則。即依此原則。而採本國法主義之各國立法者。對於採住所地法主義之國之人民。若在內國有住所時。不拘普通所豫想之本國法主義之規定。而當以之適用內國法也。徵之實例。千八百七十五年。法國大審院有名判例。對於在法國有住所之英國人。依住所地法之法國法。而定其身分能力。其後遂一般認爲裁判例。又比利時自千八百八十一年以來。伊太利自千八百八十四年以來。漸於裁判上認之。獨逸之裁判例不一。有認之者。有不認之者。又立法例之實例。如瑞

士二三州之民法。以明文認之。次之獨逸民法施行法第二十七條。亦明認之。我法例第二十九條。即最廣認此原則之立法例也。又學說如法蘭西之武尼斯。伊太利之利勒獨逸之巴盧。英吉利之泡斯。托列基諸先輩。皆贊成此原則。但反對論者頗多。而千八百九十六年以來。屢以此爲國際法協會之問題。當千九百年之會期議決。持反對之意見者。反制多數。遂爲左之決議曰。

一國之法律。規定關於私法之法律牴觸問題。當爲指定各事項所當適用之規定。即謂實質法。而非指定關於其事項牴觸問題之外國法律之規定。即謂國際私法的規定。

此決議之主義。即謂依我法例之國際的規定。而指定所當準據之法律時。非指定外國之國際私法的規定。而不可不指定如外國之民法商法之實質法之規定也。此點即在我法例亦爲同一。法例所

謂本國法或住所地法之法律云者，皆第謂其國之實質法，而非謂其國之國際私法的法律也。故如法伊之裁判例及學說，以所謂當事者本國法之文字，不僅爲其本國之實質法，且包含其本國之國際私法的規定。依右之決議，足以明其解釋之不當矣。

今就對於反致法之原則最爲有力之反對說，而述其大要。夫身分能力依于本國法之規定，乃國家裁判官之適用法律之大原則，爲純然之公法也。公法之性質上爲絕對的當適用之強行的規定，非可依其本國法律如何而異其適用，且身分能力所以規定爲當依于本國法者，立法者認其性質上有不可不依本國法之必要，則不問當事者本國之國際私法所採主義與此不同，而不可不爲絕對的依于本國法，故謂不得認反致法之原則也。此議論之一部極爲正當，何則？當一國立法者謂國際私法的規定，原不拘他國之國

際私法的規定之如何，而唯研究內外實質的法律之異同，或當適用本國法，或當適用住所地法，故當裁判官依此規定，而定其所當適用之法律。不論外國之國際私法如何，而不可不就於內外實質法之中而求之也。關於此點，反對說雖極正當，然如以我國法例立法者自認所謂反致法之原則，依外國之國際私法的規定如何，而命令內國法律之適用，則不當之駁論也。何則？法例於通常之場合，固以內外國實質法爲基礎，而定其所當適用之法律，而或於特別之場合，參酌其本國之國際私法的規定，如其本國立法者，以依於住所地法之我國法律，而定其外國人能力爲正當時，斯制限當適用本國法之通則，而當適用內國法律，故裁判官依此規定，而適用關於我國能力之法律者，即爲適用我法例，而非從外國之國際私法的規定也明矣。

關於反致法之原則。法蘭西之武尼斯說明其根據曰。國際私法者。原爲解釋法律牴觸之學問也。以一切法律。一方有屬人的效力。他方有屬地的效力。而發生法律之牴觸。斯各國立法者若置重於一方。則不可不犧牲他之一方。在於採本國法主義之國。固置重于屬人的效力。以屬地的效力供其犧牲者也。然在當事者之本國。既不豫期付與以屬人的效力。而以爲當依屬地的效力之住所地法。則雖依于本國法。決非有法律之牴觸也。若然採本國法主義之立法者。所豫想之屬人的效力。非有付與之必要。故依法律之他方面之屬地的效力。而當然適用自國法也。尙附加一理由曰。如此始得期判決之同一。何則。若對於英國採住所地法之國民。而強適用其本國法。依英國法而判決。則在於英國。以不適用住所地法之判決。爲英國法所不認之判決。故不許其執行。且使其訴訟起自英國時。係

適用住所地法之內國法律。故即在內國裁判所。當適用內國法。以期於判決之同一也。
尙有反對此反致法之原則者。曰。若認此原則時。將陷于循環論法。至于不能定所當適用之法律。何則。住所地之國際私法。命爲當依本國法。其本國之國際私法。命爲當依住所地法。是互以其當適用之法律爲交讓。遂不能定其所當適用之法律。勒湮及威特爾滿皆唱此說。然此批難未爲得當。何則。在我國法例。爲當依本國法。而本國之國際私法。以爲當依住所地法。之我國法律時。即規定爲當適用我法律。而其所當適用之法律。遂於此確定。而毫無所循環也。又或反對反致法之原則曰。若認此原則時。則是與以維持住所地法主義之便宜。而至于本國法主義。終不能期其行于一般。此其弊也。然此反對說亦不當。蓋所以認此原則者。非因於採住所地法主

義之國。乃採本國法主義之立法者。因自己之便益而認之者。故決無因此而獎勵住所地主義也。且不問此原則之如何而認住所地主義之國。苟為實際現存。則因此國際私法的規定。牴觸所發生之不便。苟於一國立法權範圍內所可能者。有期于減少之必要。此餘所以不能發見以此原則為不當之理由也。

尚有當注意者。依法例第二十九條。代外國人之本國法而當適用我國法律之場合。即屬於採住所地主義諸國。如英吉利亞美利加丹麥諾威及南亞美利加諸國之外國人。在我國內有住所之場合也。至於其他之外國人。僅依于本國法。無以我國法律而代之。又依我法例第二十九條。有當適用我國法律之機會之事項。如能力法令第三條。婚姻同第十三條至第十六條。親子同第十七條至第二十條。後見保佐同第二十三條至第二十四條。相續遺言同第二十

五條至第二十六條等是也。

各論

第一卷 國際民法

第一章 總則編

第一節 能力

關於能力。各國之法律不一。故對此牴觸當適用孰之法律之問題。古來國際私法學者。深為研究。而古今大異其法理。今略就能力之實質而說明之。

抑能力有權利能力與行為能力之區別。外國人在我國有如何之權利能力。當依我國法律而判決之。既如前卷所說明。故茲所要研究者。唯行為能力而已。

現今各國。皆據人之年齡身體及精神上之狀態而定行為能力之

有無然在于古代則以身分與能力相待而為能力問題蓋古代人事百般之關係要以身分而定而身分於公法上及私法上皆占重要之地位即在國際私法上身分與能力亦若不可相離者故常以二者相並說明之以為例然近世以私法上之法律關係概依隨人之意思及契約而定如麥因氏之言社會之狀態由身分進於契約故身分除親子夫婦之親族關係以外殆無何等之意味然始自法國民法以至荷蘭伊太利之法例白耳義民法草案及我舊法例第三條皆規定人之身分及能力云云又英吉利合眾國法蘭西伊太利之學者常於其著書並記身分及能力者蓋以一方不能脫沿革的慣習而他方在於此等諸國欠缺關於親族關係之國際私法的規定故也故我現行法例排斥此無意味之文字而僅規定為能力云云茲所謂人之能力者謂自然人之行為能力非謂自然人之權

利能力亦非謂法人之行為能力也。謂其為善而為惡其為利為害人之能力依於其本國法即當事者所屬之本國之法律而定之。此法例第三條第一項所認之原則也。抑人雖以有能力為通則而依種種原因而有不得有完全之行為能力者此為各國法律之所認。故能力云者即豫想能力有無之規定而在諸國民法認人之為無能力者有種種之原因。

- 第一 基于年齡之無能力者(未成年者)
- 第二 基于心神喪失之無能力者(禁治產者)
- 第三 基于身體精神不完全之無能力者(即心神耗弱者盲者聾者啞者及浪費者)準禁治產者
- 第四 基于婚姻之無能力者(妻)

是也。

以上之無能力亦我民法第一編第一章第二節能力之規定中所認之原因也。尙其他因刑罰之結果而剝奪能力者，即刑事上之禁治產者或因政治上宗教上之原因而不有能力者，或因破產之宣告而制限其能力者，如是則人有依種種原因而爲無能力者，故當研究法例第三條所謂能力之問題，不可不先考究其是否包含此等各種之無能力者也。

(第一)基于政治上宗教上之原因之無能力者。在我國法不認之，故法例第三條，雖令包含基于如此原因之無能力，而從法例第三十條之規定，亦不得依此本國法也。(第二)基于刑罰之無能力者，亦不得依本國法，當於說明禁治產之際，併刑事上禁治產而說明之。(第三)因宣告破產而制限能力者，當於國際破產章說明之。故法例第三條之能力乃民法上之能力及無能力云者，而就于民法上之無

能力，尙有妻之無能力，亦非本條所規定，而當依法例第十四條之規定，蓋以妻之有能力及否，爲婚姻效力之問題，故當於他日關於婚姻之說明中，併及之。又禁治產者之無能力，別有關於禁治產之規定，準禁治產者亦同，是當受法例第三條適用之能力問題，不可謂非專關於成年未成年之區別，即基於年齡之無能力者也。換言之，即法例第三條之精神，及以各國關於成年年齡之規定不同，而發生能力有無之抵觸問題，故對之而定當依執之法律者也。今試以各國之成年年齡而比較之，我民法第三條，雖以滿二十年爲成年，而歐洲各國中，認與我民法同一之成年年齡者，獨有瑞士之一國耳。在歐洲諸國，概以滿二十一歲爲成年，即伊、俄、英、法、比、美、德、葡、希等皆屬之。南美亞爾然丁國，爲二十二年，荷蘭及西班牙，爲二十三年，奧、太利及匈牙利，爲二十四年，智利、丹麥、依羅、馬法，爲

全成年主義爲二十五年。而與此反對者。則有土耳其以十六年爲成年。波斯以十五年爲成年。

如此成年年齡之不同。故關於內外人間或外國人間之法律行爲。當於判定當事者行爲能力之有無。當準據何國法律之問題。而諸國所採用之立法主義不一。大別之有四個主義。即（一）本國法主義（二）住所地法主義（三）行爲地法主義（四）屬地法主義是也。特屬地法主義。僅行于南美智利一國。而爲學說上一般所排斥。無須說明。行爲地法主義。原在北美合衆國。因欲補住所地法主義之缺點。而漸見發達者。在今日之現況。雖未廣行。而執英美之學說上。將來有可廣行之傾向。次之住所地法主義。爲古來歐洲大陸一般所行者。但至於近世諸國。採法律統一策。以打破地方特別法。此主義遂漸至於蠲迹。即法國當編纂法典之際。於民法第三條揭本國法主義之

規定以來。本國法主義。遂漸行于各國。且隨伊太利學派之發達。即在學說上。亦爲一般所認。故在現今有統一的法典之諸國。皆排斥住所地法主義。而採用本國法主義。因而住所地法主義。亦僅行於依地方而不同法律之國。如英美、瑞士及南美諸國是已。而在于英美。且至於漸以行爲地法主義代之。既如前之所述矣。

要之住所地法主義與本國法主義之區別。徵其沿革。不外因一國數法與統一的法律之差異所由來。而學者往往論究二者之利害得失。今雖無須詳論。然欲示其大要。採住所地法主義者。曰住所爲人之生活之本據中心。百般之法律關係。亦當發生於此地。故其能力之有無。非從住所地之法律而定之。則有反其意思之結果。且反於區別能力無能力之立法精神也。然據此說。則於不有住所之場合。或有二箇以上住所之場合。其當依孰之法律不明。雖如採本國

法主義之場合國籍亦非必唯一。而常不免發生積極的消極的之抵觸。然以二箇住所或無住所之場合較之二箇國籍或無國籍之場合尤多。且住所之變更較於國籍之變更尤易。而得僅依當事者之意思自由更之。則有使當事者得自由選定準據法之弊。反之國籍有永久的性質。不得依箇人之意思而妄加變更。且知人之有何國籍較知其在何處有住所者爲易。故定能力有無之準據法依國籍而定之。不可謂非安全且正確也。況依人之年齡而區別能力之有無者。乃由於人之精神及身體發育之狀態。而因國民之人種教育民情風俗氣候而不同。故一國之立法者。依人之發育程度如何而定能力之有無。亦唯爲其國民而定。而非爲人種風俗不同之外國人而定之。由此立法之目的。而外國人之能力。所以不依內國法。而當依外國法也。而在外國人之所屬國。係行統一的法律時。不問

其外國人在何地有住所。悉從同一之法律。故爲當依外國法者。卽爲當依其本國法。茲惟本國法主義發生爲問題者。卽在關於外國人之能力。當適用內國法乎。抑當適用外國法乎。夫旣以爲當適用外國法。則使非適用其本國法。將對於在內國有住所之外國人。適用內國法。對於在內國不有住所之外國人。適用其住所地之外國法。如此甯非有失當之結果歟。如上述定人之能力有無。原則上以本國法主義爲正當。然此原則亦非必完全無缺。故亦不得絕對適用之。卽因保護在內國取引安全之必要。而不可不制限此原則之適用。如現今之社會。內外國之交通愈發達。而內外人間之取引。益以頻繁。且須敏速。則爲取引之當事者。若必豫察其相手方果係何國人民。果從其本國法而爲有能力者與否。恐亦有所不能。故爲期在內國之內外人間取引之

安全。縱令該外國人。從其本國法爲無能力。苟從其行爲地之內國法而有能力。斯其法律行爲。亦爲有效成立。有使之不得取消之必要。我法例第三條第二項。即因此必要而生。而採近來立法例及學說所認之主義。制限第三條第一項之原則。此主義非自法例而始。認即如我民事訴訟法第四十四條所規定之訴訟能力。亦既依此主義而定之者也。

尙就于法例第三條第二項所說明者。本國法主義原則之制限。非出於內外人間保護不同之主意。而基于保護在內國所爲法律行爲之精神。故不問其行爲之當事者。僅一方爲外國人。或雙方共爲外國人。或爲屬于同國之外國人均當受此適用也。或謂如此制限。宜限于善意之場合。而於惡意之場合。仍當依原則以貫徹本國法主義。然如此區別。非我法例之精神。蓋以證明意思之善惡。頗爲困

難。且知其爲無能力者。而爲法律行爲。究非常識所得想像。故法例不認此區別也。或又謂第二項之制限。當如舊法例僅以之適用。關合意者。然保護在內國取引之必要。匪獨限于合意之相對的行爲。即如爲替行爲及其他之單獨行爲。亦莫不然。故現行法例。就乎凡在我國之法律行爲。悉認此制限也。

此能力制限之例外。原以保護取引。即關於商行爲及民事財產權之法律行爲之必要所由來。而出於此必要以外。則不可認此例外。且如當依相續法親族法之法律行爲之能力。有全然當依本國法主義之必要。故法例第三條第三項。制限第二項之例外的規定。而就於此法律行爲。則不依第二項之例外。而當依第一項之原則。加以關於在外國不動產之法律行爲。亦不得適用第二項之例外。何則。在于外國之不動產。爲當依其所在地法而支配者。斯不得依我

國法而支配之也。唯茲所當注意者。關於在外國不動產之法律行為之能力。常爲本國法乎。抑有當依所在地法之場合乎。此在同條第三項所不規定。而當與第十條之規定相待而說明之也。

終之尙有一言當注意者。即於國籍變更之場合。能力亦當變更與否之問題是也。如在舊國籍之本國法。爲成年人者。而從新國籍之本國法。爲未成年者時。仍得爲能力者與否。此點於獨逸民法施行法第七條第二項明爲規定。謂在舊國籍之下。爲有能力者。而取得獨逸國籍時。雖從獨逸法當爲無能力者。仍以之視爲有能力者。特我法例第三條所以不設同一之規定者。蓋以我國以二十年爲成年。而歐美諸國以二十一年以上至二十五年爲成年。故於外國人取得我國籍時。苟從其本國法爲成年人者。而從我國法爲未成年者。殆爲絕無之事實。是以對於此無設特別規定之必要也。今設有既爲

局外中立

法學博士 中村進午講述
日本法政大學留學 孫潤家筆譯

局外中立者。國家對於各交戰國。直接又間接。不與其利益又損害之謂也。換言之。與交戰無關係之第三國。不關與於他國間戰鬥行為之義也。故爲局外中立者。國家也。非其臣民又人民也。縱有中立國人民。關與於一方交戰國之戰爭行為。又幫助之。苟非奉有國家之命令而爲之時。其人之本國不負何等之責任。是原則也。至其詳細後日說明之。

局外中立者。僅存於國家間之戰爭。即國際戰爭之場合而已。故於國內戰爭。即內亂之場合。不生局外中立之問題。但內亂之場合。其叛亂者之團體。亦有認爲交戰國體時。即關於其交戰可適用戰時

國際法。故亦生局外中立問題。要之局外中立之存在。僅以限於戰爭中爲原則。而內亂之叛徒。可被認爲交戰團體之時爲例外之存在者也。

第三國對於一方交戰國。或各交戰國。單表同情。非違背中立之義務。例如對於一方交戰國。如發祝貴國勝利電報之行爲。決非違背中立義務。但從國際道德上論之。雖非無疵議。乃他之問題也。局外中立之濫觴。起於第十七世紀。即三十年戰爭終了之際也。在昔雖有關於二國間戰爭。第三國不加盟之事實。所謂局外中立之觀念。未曾見其存在也。蓋當時各國皆敵視外國。各國各自有統一世界之希望。故對於他國。不有權利義務之觀念。當然也。故於當時他國間。如有戰爭時。其國家多援助一方之交戰國。然至其戰爭終了。直復舊態。其同盟國間。亦互相敵視也。

支那之左傳中。亦有中立之文字。然與今日所謂中立。固異其意義。蓋現今國際公法上之所謂中立者。不可不有權利義務之觀念。爾後各國侵略他國之意盡止。且悟他國間如起戰爭。自進而投其渦中。大不利於自國。何如反其戰爭而獨立。自國對於他諸國及各交戰國。維持平和之關係之爲優。因欲維持之。始生局外中立之觀念。而定遵守之義務。及不使破壞之權利焉。

原來戰爭者。交戰國間之爭鬪。局外中立國者。對於各交戰國。維持和平關係者也。故以單純之思想度之。如中立國對於交戰國之一方。或兩方。爲如何之平和的交通。亦無不可。例如軍器賣於交戰國之一方。或承辦軍艦之製造。似無疵議。然如斯行爲。直接又間接。甚有害於他一方交戰國。故對於平時之交通權。不能不加幾分之制限。是所以生局外中立法。特別權利義務之關係也。

欲爲局外中立國者。通常爲局外中立之宣言。惟此宣言非必要者。雖不爲此宣言。當然得爲中立國。又即爲此宣言。而事實上。有援助交戰國之一方之事實。則不得爲中立國。要之。其得爲中立國與否。一視事實而決之者也。

中立國。有守中立之意思。而無守之之實力。時得認之爲中立國與否。是問題也。然據吾人之所見。是殆明瞭無容疑慮。必不失爲中立國也。如不爲中立國者。如有甲乙二大強國在此。當其戰爭。則爾餘鄰國。每不得爲中立國。即如關於於日俄戰爭中。韓國之地位是也。學者有云。韓國以無維持中立之力。故非中立國。因而不必尊重彼國之中立權。此謬見也。蓋當時韓國無爲中立國之理由。事實上。左袒日本。已與日本同盟者也。

關於中立國之種類雖多。其中有有法律上之意義者。與無之者之

二種

第一 無法律上之意義者。屬於此種中立之語。往往有外交上之用語。或記載條約文中者。然於現行國際公法上。無何等之意義。及效力者。揭示之。如左。

(甲) 嚴正中立好意中立 嚴正中立者。毫無違反中立行爲之中立。此文字往往用之條約文中。又好意中立者。有時不爲中立之義也。然於方今之國際公法。中立必不可不嚴正。如或守中立。或不守之。即違反中立。對於交戰國之一方。爲援助行爲。而對於他一方。爲敵意行爲也。故云中立者。指嚴正之中立。此分類。法律上因之無何等之意義也。

(乙) 武裝中立 武裝中立者。昔時於中立法規。不明確時代。以中立國以之爲制限交戰國濫用交戰權。而維持其主張之中立權。

者若交戰國侵害之時以兵力排斥之。以貫徹自己之主張。昔時波羅的克沿岸諸國之攻守同盟是也。此武裝中立。前後其見二者。即西曆一七八〇年。基於俄國之加答利那二世之主張而起。一八〇〇年。因俄之坡爾一世之主張而成立者是也。

此武裝中立。如前所述者。因交戰國與中立國間關於中立之權利義務之範圍意見相異而生者。如現今中立法規既定之時。固不見其必要也。

(丙)完全中立不完全中立 是亦昔時所認。今則無認之者。如拔鐵嚙黑夫荅滿尼古等諸學者曾認之耳。

完全中立者。於一切之事項。皆守中立義務。不完全中立者。有時不守中立義務之謂也。然於今日觀之。不完全中立者。即爲中立違反。不認之爲中立也。例如依開戰以前之條約。其一方條約國

與第三國開戰之際。可使該國兵士通過自國領域內。昔時以其履行開戰前締結之條約。故不以其爲中立違反。認其爲不完全中立者。爲適法矣。然於今日決不許之。條約當事國欲守其中立義務。則不能履行其條約。若欲履行之。則中立違反也。以如斯完全中立不完全中立之區別。爲原則者。今日雖不認之。然就土地之區域而定者。戰域則有之。如日俄戰爭中。清國許在其領土內。爲戰爭行爲。是不完全中立之一例也。

第二 有法律上之意義者 屬於此種者中。有永久中立與一時中立之別。永久中立者。無論如何場合。不得爲戰爭。惟受動的戰爭。得爲之。夫欲爲永久中立國者。雖自國任意宣言。而不生何等效力。必依各國條約上之承認。及其保障者也。又永久中立國。不得加入於他國之戰爭。雖其加入與否。國家本可任意決之。然永久中立國。

則不得加入於他國間之戰爭也。又一時中立者，僅存於他國間現在戰爭之際，反之永久中立者，雖平時亦中立也。因之一時中立者，與戰爭終了同時消滅。然永久中立者，不論戰爭終了與否，通常存在者也。又永久中立國，以第三國之保障，不為他國侵害其中立反之一時中立國，無第三國之保障也。

今再細別一時中立，為任意中立約定中立之二種。任意中立者，他國間現在戰爭之際，自國任意為中立約定中立者，以條約定其在特定戰爭之際，應守中立之旨。例如西曆一九〇二年日英同盟條約中立，若英國與不關於本條約之第三國開始戰爭時，日本國守局外中立。又日本國與不關於本條約之第三國開始戰爭時，英國當守中立是也。

局外中立國之權利義務

局外中立國者，不得加入戰爭之義務，同時有使交戰國尊重其中立之權利。由局外中立國之義務而生之結果，不可使交戰國軍隊入於自國國境內。關於此點，陸上與海上，大相歧異。陸上中立國，不得使交戰國之軍隊及軍器入於自國國境之內，而海上則無此義務。中立國之領海內，有使交戰國軍艦及其他軍用船不入之權利，而不負其義務。惟對於交戰國之一方而許之者，則不可。此乃陸上與海上之根本差異之故也。

故於陸上，交戰國之軍隊，侵入中立國領土時，中立國必扣留之。至其戰爭終了而止。然於海上，對於入中立國領海內之交戰國軍艦，在一定之時間內，必命其退去。

第一 陸上之場合 古洛邱斯氏曰，交戰國軍隊於緊要之際，雖得使用中立之領土，然不得於其達戰爭目的之範圍外擴張其權

利。反之賓給路修克氏曰。追擊敵軍而入中立國領土內。毫無不可。而後巴的路氏。反對此等學說曰。雖不得入中立國領土內。唯戰爭開始前。與中立國結有條約。而入中立國領土內。則無不可。乃例外也。

第十六世紀頃。各國領土散在歐洲各地。故戰爭之際。非通過他國領土。不能至遠隔自國之領土。或達於敵國領土。故或時有認此通過中立國領土之學說。及實例。然至第十八世紀。於歐洲大陸諸國之領土。大概連集一所。又無散在者。因而通過中立國領土之必要。亦殆消滅矣。近世學者。其十九世紀之學者。尤否認從來之學說。陸上不可通過中立國領土之法則。始而確定也。此實例。一八〇五年。己見其存在矣。

邇來雖有交戰國軍隊。通過中立國領土之事實。是皆中立違反之

行爲也。因存如此二三實例。有云現今通過中立國領土。決非違反國際法者。是甚舛謬也。故在今日。如中立國許其通過。則違反中立義務。又如強欲通過之。即侵害中立權者也。因之交戰國侵入中立國領土。所生之結果如左。

(一) 不拘中立國拒其侵入。強爲侵入時。中立國則

(甲) 如非編成軍隊之交戰國人。乃得捕之而處罰。

(乙) 若軍隊侵入。須抑留之。

(二) 竊侵入及將侵入時。雖中立國既知之。其侵入原因。爲敵軍所追擊。而逃入其領內時。

以上二箇場合。中立國。宜抑留其於自國內之義務。至戰爭終了爲止。蓋若使其歸還本國。恐其再爲戰員。使追擊國蒙不利益故也。此事十九世學者所共認。又屢見其實例焉。於一八九九年海牙之萬

國平和會議所締結之關於陸戰之法規慣例規則第五十七條規定屬於交戰國軍之部隊。中立國收容於其版圖內。須拘留遠隔於戰場之處。蓋拘留其於遠隔戰場之處者。以有脫逃而再入本國軍隊之虞也。即拘留遠隔之地。尚有脫走之虞時。幽閉之亦無不可。是同條第二項所定也是等規定。實爲完全使其遵守中立義務而設者也。且於同條第三項規定。中立國對於曾爲不得許可。不出中立國之宣誓之士官。有決其解放與否之權利云云。蓋以爲士官及士官以上之人。必尊重自己及本國之名譽。嚴守宣誓者故也。茲所謂解放云者。非許還本國之意義。不過不幽閉之意義耳。又解放之與否。中立國任意決之。即非有決之之權利。而却負不可不決之義務者也。

現今萬國條約已定。而以前則有反對之學說。德國之黑夫的路氏

曰。若當交戰軍之一方被追擊時。中立國若不收容之。追擊軍得捕之。然中立國收容而抑留逃走者。本國之利益。追擊者因之而被不利。故中立國收容其逃入之交戰國軍隊。乃失公平者也。然在今日無信此說者。又此利時之伯路修氏等曰。如外國交戰者。侵入此利時領內時。則須與當初侵入之地。由反對方面之地。追放之。然是亦謬見也。以可言之。以雖由反對方面追放之。而其歸還本國。亦容易故也。且此說毫無有學理上之根據者。本以比國國小難以抑留。故政策上之主張若是也。

中立國因抑留交戰國軍隊。必要之衣食住。何國當給之乎。依普通之思想。本國似應供給之。然本國現在交戰中。故不得時時輸送。故關於陸戰法規例條約第五十八條。規定收容國應給與之之旨。而其費用。平和克復後。由其本國須償還中立國。固不俟論也。是於

同條第二項所規定。而又中立國可給與如何衣食住乎。曰僅給與必要之衣食住則是矣。

以上所論雖條約所定。曾比利時國之羅蘭基庫滿氏曰。衣食住追擊軍須給與之。蓋如中立國無扣留義務。則追擊軍舉之而爲俘虜。不可不給養之故也。此說似有多少理由。然中立國如不扣留其軍隊。非必爲俘虜者。故此說乃基於假裝之獨斷。不足採用。又英國之噶路氏曰。其給養爲中立國之義務者。無條理也。然使追擊國負擔之。亦不免謬見。故斯時使其本國誓不使其軍隊再出戰場。因可送還於本國。然是等之學說。今時不能行之。

本來軍隊在外國有治外法權。然此法理。收容於中立國之交戰國軍隊。則不適用。蓋此等軍隊。時有被拘禁。或被解除武裝者。又時有被處罰者。故與治外法權之法理不相容也。而上示問題。日俄戰爭

中。見其實例。即俄船曼白嚙號於上海被解除武裝。其乘員爲清國所扣留。然其軍隊中之一人。於上海殺害一寧波人。此殺人事件之裁判權。清國有之乎。抑俄國有之乎。被收容軍隊於中立國無治外法權。既如前述。然俄國於清國有領事裁判權。故該犯人非服清國之裁判權者。而應服俄國領事之裁判權與否。稍有疑義。雖然領事權限不能及於清國所收容俄國軍隊。故於扣留之軍隊。開軍法會議。而處罰與否。予以爲其誤謬。蓋於此際。爲殺人犯者。當服清國之裁判權也。何也。以領事關於此事件。不有管轄權。又所扣留之軍隊。無治外法權者。故開設軍法會議。誠不當也。且此軍隊。因特別事情之故。則在清國主權之下。不得主張立於領事裁判權之下。

交戰國軍隊爲中立國所扣留時。中立國有舍之於離隔戰場地之義務。其交戰國軍隊。侵入中立國領土內。爲扣留之實例。一八九九

年之海牙條約以前所屢見者且此法則於該條約締結以前國際公法已成立者也於一八七〇年德法戰爭中法國司令官布魯巴克所屬之八萬五千人之軍隊爲德軍所截其退路而入瑞士時以左記條項爲拘留條件(一)關於衣食住負擔戰爭終了後由法國賠償於瑞士國(二)拘留一定之所(三)解除武裝(四)將校與兵卒分居等是也然以瑞士國小拘留之力不足故請求德國使法國誓不使其再入於戰爭而使其還返於本國然獨國拒絕其請求曰視法國今日之狀態即使其宣誓毫不足信於是瑞國不得已拘留之至戰爭終了而止迨戰爭終了後法國爲其給養費一千一百萬法支付於瑞士。

以上之法理以軍隊之資格侵入中立國時與以一箇人之資格侵入中立國無異且侵入者爲戎裝與否亦不必問也往時在俘虜入時則無由知其就原判決如何之點而不服之故也故於上告趣意書不可不指示原判決不法之所在不得但以原判決違法或原判決擬律之錯誤爲辭也因如何之理由而擬律有錯誤或因如何之理由而手續上有違法皆不得不論述之也

夫公訴事實之認定屬於事實裁判所之專權上告裁判所與控訴裁判所異無審查事實認定之當否之權故雖於上告趣意書云記載原判決事實認定之錯誤者尙不得爲適法之上告趣意書也故僅提出即右之趣意書上告尙未適法成立也然以原裁判所違背法律認定事實爲理由而爲之趣意書則適法者也例如僅因毆甲之證據而認定殺乙之事實時是爲違反證據法之原則裁判所固已違背法律而認定事實者也

如上所述僅以誤認定事實之理由雖提出上告趣意書而不得

以之爲適法之上告趣意書，而提出於適法之期間，但今日之實際，爲被告人之利益，法律之解釋甚寬，即僅以誤認定事實爲論旨之上告趣意書，而於法定之期間內提出時，亦得爲適法之上告趣意書，使上告成立。

次當就上告趣意之辯明書而說明之。

刑事訴訟法第二百八十一條云：上告申立人及相手方，於差出受命判事之報告書以前，得差出應擴張其趣意之辯明書。於上告裁判所，所謂受命判事之報告書，俟後述之。

據此規定，爲辯明書者，限於先說明者，提出之上告趣意書，所揭之論旨，不備或不明之點之書面也。例如上告趣意書揭載被告人之所爲，以無故意，不構成盜罪之情事，而於辯明書論其所謂爲故意之說也。故同條正當之解釋，與揭于趣意書之論點無關。

係之其他論點，不得揭載於辯明書。例如於上告趣意書揭載被告之所爲，不構成盜罪，適用刑法第三百六十六條者，爲不法之論旨，於上告趣意辯明書揭原判決違背刑事訴訟法第二十條，而以所作成之證人某之豫審調查書供斷罪之資料者，爲不法之論旨，則是趣意書與辯明書之論旨，全無關係，而後之論旨，既非擴張前之論旨，直可謂之新論旨而已也。

右之解釋，就命以趣意書明確上告理由之法律之規定以觀，又考就提出趣意書設五日期間之法律之精神，固信爲正當者。蓋若許於上告趣意辯明書揭與上告趣意書無關係之論旨，則不揭失爲辯明書之實，且以得爲新揭之論旨，而沒却設定趣意書之提出期間立法之精神也。但當事者於趣意書提出之期間內，即數回提出，亦無妨礙，惟現今大審院實際上之辦理，與吾人之

解釋互異。而以辯明書得揭與意書無關係之新論旨。此殆為被告人之利益。充分保護法律上極寬之解釋也。

不具備以上所述之要件而上告者。法律上為不成立。而可以之棄却者。既如所說明。而應為上告目的之裁判者。(一)第二審裁判所所為之本案終局判決。即有罪之判決。無罪之判決。免訴之判決。管轄違之判決。公訴不受理之判決。(二)本案前之判決。即却下管轄違申立。或公訴不受理申立之判決。第一八七條。而被告人對有罪之判決。及百八十七條之中間判決。得為上告者也。茲所謂有罪之終局判決。中包含依刑法第一〇二條。不論罪之判決。然被告人對無罪或免訴之判決。不得為上告。故若對此判決。有由被告人上告時。雖於形式上如何具備上告之要件。亦當以不適法之理由。而棄却之也。

由是當就上告審之訴訟手續說明之。但其手續之一部。雖與先所述上告之要件。稍為重複。然其觀察點。固有互異者也。

刑事訴訟法第二百七十三條云。為上告者。由差出其申立書於原裁判所。且為其申立之日起。五日以內。須差出趣意書。裁判所則由受上告申立書及趣意書起。二十四時間以內。須送達之於相手方。是故上告訴訟手續。有為於上告裁判所及為於原裁判所之二種。

甲 原裁判所之手續 原裁判所編入上告申立書於事件記錄。而後。原裁判所依刑事訴訟法第二百七十六條。調查其上告申立。經過上告期間與否。若係經過期間後之上告。可以決定棄却之。此期間包含上告申立期間及趣意書提出期間之二。而對此決定。得以抗告申立不服。

認為期間內之上告時。送附訴訟記錄於檢事局。由其檢事局更送之於上告裁判所之檢事局。又由其檢事局。差出於上告裁判所。二七七條。次則原裁判所由受取上告申立書及趣意書起。二十四時間以內送達之於相手方。二七三條二項。上告申立書與上告趣意書異時提出。不必依其每度提出。而為送達。但由受取趣意書二十四時間內。同時送達申立書及趣意書可也。而由被告對控訴之判決。而為上告時。如前所述。訴訟記錄。經檢事之手。故申立人以差出一通之中立書及趣意書而足。反之。由檢事為上告時。要以一通送達於被告人。須各作二通。以各一通送達於被告人。各一通差出於裁判所。對私訴判決上告時。亦當差出各二通之申立書及趣意書。以一通送達於相手方。二七

五條

次則上告之相手方。由受申立書及趣意書之送達起。五日以內。得差出答辯書於原裁判所。而有此答辯書之提出時。須于二十四時間內。送達之於上告申立人。由檢事差出之答辯書。及由私訴之相手方。差出之答辯書。當作二通。以一通送達於上告人。一通差出於裁判所。同前條。

乙

上告裁判所之手續。訴訟記錄。到達於上告裁判所時。上告裁判所當定口頭辯論之期日。而上告之裁判。非經口頭辯論。則必不能為之。故依訴訟記錄。雖明為上告之不適法。不得為此手續。

上告裁判所之審理。採用書面審理主義。與口頭辯論主義之折衷主義。不依當事者訴訟主義。而依強制代理主義。

折衷主義者於口頭辯論當事者之所陳述雖爲重要而於
題意書無記載者不採用之。又雖書面有記載而不經口頭
辯論則不採用之之主義也。

所以採用如此主義者凡法律上之論點時包含微妙深遠之
理論單純的口頭之陳述往往有生誤聞之恐又不採用純然
之書面審理主義者因與爲訴訟大原則之口頭辯論主義不
甚背馳也。

次則採用強制代理主義之理由上告裁判所與控訴裁判所
異以無審理事實之職權遂無訊問本人之必要。又本人概不
精通法律者故上告審之辯論爲不適當以此於上告裁判所
之公庭非辯護士即不許爲辯論。二七九條於私訴之上告亦
同。

上告裁判所之審理者上告裁判所檢察局之檢察于與之者
也。

上告裁判所以不爲事實之審理而無闕席審理故亦無闕席
判決。

刑訴訴訟法第二百七十九條第二項係從關於重罪事件之
特別手續規定云受重罪之刑之言渡者爲上告或由檢察爲
應處重罪之刑者而爲上告受刑之言渡者不自選任辯護士
時應以上告裁判所所長之職權由裁判所所屬之辯護士中
選任之。

以下遞次說明上告裁判所之手續。

第一 裁判長定受命判事刑訴二八〇條

第二 受命判事調查記錄作報告書受命判事者以應爲上告

裁判所審理之目的之論點。基於上告趣意書及上告趣意辯明書。而爲明確者也。而法律禁於報告書。揭受命判事之意見。蓋恐反乎判決合議密行之主義也。

受命判事。以一回作報告書提出之。而了其義務受命判事於提出其報告書後。由上告人提出上告趣意辯明書時。僅添附調書而已。裁判所無對之施裁判之必要。刑訴二八一條二項。但現今我大審院之實務辦理。因恐受命判事提出報告書過早。有當事者不能提出辯明書之慮。定辯明書之提出期間。由趣意書之提出起。爲十日間。於一方受命判事在右之辯明書提出期間內。不得提出報告書。若受命判事。即於十日內提出報告書。上告人於此期間內。尙得提出有效之辯明書也。

第三 上告裁判所書記。應由公判開廷三日前。以公判期日報

知上告申立人之辯護士。及相手方之辯護士。但此申立人及相手方之文字。不包含檢事。故須知刑事訴訟法第二百八十二條之規定。僅關於被告人及私訴之各當事者。而其期日固當通知檢事。若因不通知而檢事不出廷。則裁判不能成立。

第四 公判開始之時。先於當事者爲辯論以前。受命判事朗讀報告書。刑訴第二八三條第一項。而爲被告人出廷之辯護士。辯論趣意書及辯明書之趣旨。檢事亦同。私訴上告之情事亦同。各相手方更得對相手方之論旨而論駁之。自不待論。上告裁判所之檢事。就私訴之辯論。最終述其意見者也。此檢事之意見。僅爲裁判所之參考。而非爲當事者也。

上告裁判所時。因上告論旨之性質。而以或事實之證明爲必要。存於判決不法之點。以依判文自體而得知者。無證據調之

必要。又以手續之不法爲論旨。亦因訴訟記錄而得知之者也。但依論旨之性質。有於記錄不得知之者。例如原裁判所之判事。爲判決之當時。既受轉任於他所之命是也。此等情事。以理論上言。上告裁判所得爲各種之證據調。而今日之實例。則但爲證書之取調而已。

第五 當事者不差出辯護士時。惟聽檢事之陳述而裁判。但其判決非闕席判決。

以下說明上告裁判所應爲之判決有三。即甲)上告棄却之判決。乙)破毀移送之判決。丙)破毀自判是也。甲之判決。於上告形式上違法時。與上告之無理由時爲之。乙之判決。於上告之有理由時爲之。丙之判決。於擬律之錯誤。或公訴不可受理而爲不當之審理。或原裁判所認管轄爲不當時而爲之者。詳說如下。

甲 上告棄却之判決。爲上告棄却之情事。更分爲二。

A 上告不適法之情事。即上告形式上之違法是也。例如由第二審判決。經過三日。而爲上告。或不上告之申立書。不差出於原裁判所。而差出於上告裁判所。復示他例。則於上告趣意書。僅揭原判決爲違背法律。其何故違背法律。未有具體的說明是也。又如示他例。對無罪或免訴之判決。由被告人爲上告是也。

B 上告論旨。經實體上調查之結果。爲無理由時。例如以被告人之所爲。不構成詐欺取財罪爲論旨時。而上告裁判所。經法律審查之結果。應構成詐欺取財罪。此之上告。以無實體上之理由。而當被棄却者也。

於此有當注意者。上告裁判所。須僅就依上告申立不服之

點。審查其申立果爲正當與否。故若上告裁判所於其他之部分。發見原判決之不法。而就其點無不服之申立者。不得審查之。例如就親告罪以無告訴者爲論旨。上告裁判所經審理之結果。正發見有告訴者。與此同時雖發見其犯罪既罹於時效。而就時效之點。以無不服之申立。不可不以該上告爲無理由。而棄却之。

然如左之情形。上告論旨。雖其一部爲不當。而結局須以之爲有理由。而採用者也。

即被告之所爲爲竊盜。故適用刑法第三百六十六條。以第二審裁判所對之適用刑法第三百九十一條。爲不法之理由。而上告時。上告裁判所。經法律審查之結果。以之認爲強盜罪時。則右之上告論旨。謂原裁判於此會適用刑法第三百

六十六條爲不法之點者。是爲正當。此際上告裁判所。不可不破毀原判決。

反之。上告論旨。正有理由。而結局以之爲無理由。棄却其上告者。例如原裁判所適用法律之條項不誤。但其說明適用之理由。由誤者。原判決不被破毀。而上告當棄却。例如刑法第二百零十條。區別私文書之偽造。與增減變換。即變造。又同法第三百九十條。區別因欺罔之詐欺取財罪。與因恐喝之詐欺取財罪。於此等情形。上告審裁判所。以私文書變造爲偽造。或以因欺罔之詐欺取財罪。爲因恐喝之詐欺取財罪時。若以爲上告之理由。則原判決之說明。實如上告論旨。所謂之不法。而結局則以適用之法條不誤。其對正當應適用該事實之法條。而爲上告者。當以爲無理由。而棄却之。

事實之認定。本屬第二審裁判所之專權。上告裁判所，無爲審查此當否之職權。故謂誤認定事實，而以爲上告之理由。雖可云不違法，但大審院於此上告，亦以之爲形式上之適法。惟以實質上無上告之理由，而棄却之耳。與右相異，而以違法之證據認定事實時，此爲原裁判職權以外之行爲。其判決實係不法。此際若提出採用不法之證據，誤認定事實之上告論旨，則不可不採用之。

以下將就上告裁判所之判決而說明。上告裁判所當爲之判決有三。即

(甲) 上告棄却之判決。(乙) 破毀移送之判決。(丙) 破毀自判是也。甲之判決，於上告之形式上，有違法之場合爲之。(乙) 之判決，於上告之有理由時爲之。(丙) 之判決，則於原判決擬律之錯誤，或公訴不可受理之

場合，妄爲受理之者，或原裁判所妄認管轄時爲之者也。詳說如下。

甲 上告棄却之判決。應爲上告棄却判決之場合，更分爲二。

A 上告不適法之場合。即上告形式上不適法之場合是也。例如由有第二審判決，經過三日而爲上告，或不差出上告之申立書於裁判所，而提出於上告裁判所時，又舉他例而言，則如僅於上告趣意書，揭原判決之違背法律，而無具體的說明其何故違背法律是也。又如對無罪或免訴之判決，由被告人爲上告之場合亦然。

B 上告論旨於實體上調查之結果，無其理由時。例如以被告人之所爲，爲不構成詐欺取財罪之論旨時，上告裁判所，於法律審查之結果，以爲當構成詐欺取財罪者，當以此上告爲實體上之無理由而被棄却者也。

於前當注意者。上告裁判所。就僅依上告申立不服之點。審查其申立為正當與否。故若上告裁判所。雖就他之部分。發見原判決之不法。而就其點。既無不服之申立。亦不得審查之。例如就親告罪。為無告訴者之論旨。而上告之場合。上告裁判所。於審理之結果。正發見其曾有告訴。以後。同時即發見其犯罪。既罹於時效。亦當就時效之點。以其無不服之申立。為該上告之無理由。而棄却之。

然如左之場合。上告論旨。僅一部不當。而於結局。以之為有理由者。亦當採用之也。

即被告之所為。為竊盜。故當適用刑法第三百六十六條。若第二審裁判所。對此適用刑法第三百九十條。以為不法之理由。而上告者。上告裁判所。於法律審查之結果。認之為強

盜罪時。則右上告論旨之原裁判所。於此就所謂適用刑法第三百六十六條。為不法之點。係屬正當。故於此場合。上告裁判所。不可不破毀原判決。

反之。上告論旨。雖有理由。而結局。有以為無理由。而被棄却之場合。例如原裁判所。適用之法律之條項。無誤。但其說明適用之理由。有誤者。不破毀原判決。而當棄却上告。再示一例。如刑法第二百十條。區別私文書之偽造。與其增減變換。即變造。又同法第三百九十條。區別因欺罔之詐欺取財。與因恐喝之詐欺取財。於此等之場合。第二等裁判所。以私文書變造。為偽造。或以欺罔之詐欺取財。為恐喝之詐欺取財。而時。執此為上告之理由者。原判決之說明。雖實如上告論旨所云之不法。而結局。適用之法條。則無所誤也。

事實之認定。本屬第二審裁判所之專權。上告裁判無審查此當否之職權。故以誤認定事實。爲上告之理由。雖不可不謂之違法。而大審院以此上告。但爲形式上之適法。實質上則以爲無上告之理由。而棄却之也。反乎此。而以違法之證據認定事實時。是爲原裁判所職權以外之行爲。其判決爲不法。苟於此際。提出採用不法之證據。而誤認定事實之上告論旨。則不可不採納之。又由被告人爲上告之際。其上告論旨。歸於被告人之利益者。不必審查其上告論旨之當否。而當棄却之者也。例如原判決不問被告人當處重懲役之刑。而處之以輕懲役之論旨者。是謂不法之論旨。無論其議論之當否。悉當棄却之者也。雖然於此。有可注意者。被告人之主旨。非求歸於自己之利益之裁判。而惟爭法文適用之有誤。則當僅以被告人所主張法律適用之爭點。裁判

其論旨之當否。譬如當適用官文書僞造之法條者。原判決以之判決爲私文書之僞造。是爲不法。若揭此論旨於上告。趣意書被告人非求從重處斷。而惟爭法條之適用。則不可不裁判其論旨之當否。蓋以採用此上告之論旨。而上告裁判所。雖因以破毀原判決。不得更由原判決言渡重刑。刑訴二九一條。判決之結果。非爲被告之利益者也。然大審院之判決例。於此情事。則以歸於被告之利益之理由。不調其論旨之當否。而棄却之。

乙 破毀移送之判決刑訴二八六條

上告裁判所。破毀原判決之情事者。於原判決之違法。與判決之內容間。有因果之關係。或看做有法律上因果關係之情事也。此際上告裁判所。當破毀原判決。移送於他之同等裁判所者。蓋上告裁判所。既破毀原判決。除刑事訴訟法第二百六十九條第四

號誤認之管轄第五號及第十號之情事外。悉以移送爲必要。又原判決成立爲獨立的數個之部分時。當僅就其違法之部分而破棄之。譬如違反酒造稅法罪。與刑法上之犯罪俱發時。不依從重論法。而爲併科刑。原判決同時以同一判決爲裁判之處。若僅就違反酒造稅法之點爲原判決之不法時。則當僅就其部分而破毀之者。也是故刑事訴訟法第二百八十六條。亦規定破毀屬其上告之部分云云。反之原判決適用刑法第百條之處。僅關其原判決所認定數罪中之一罪有不法者。其他之部分。雖無何等之違法。亦不可不破毀其判決之全部。蓋於此處以一個之判決主文。而有違法於其內之一部者。其結果必及於判決主文之全體。

如右上告裁判所破毀第二審之判決。而移送事件於他之同等

裁判所者。係當移送與原裁判所。接近而同等之裁判所也。由上告裁判所受移送之裁判所。通常爲第二審裁判所。然於應適用刑事訴訟法第二百六十二條第二項時。則生當移送其事件於第一審裁判所之情事。

又有不移送事件於他之裁判所。而即當差展於原裁判所者。如破毀私訴之判決是也。蓋被破毀之原判決。在原裁判所之刑事部爲之者。而移送私訴事件。則對原裁判所之民事部而爲之者。故無有弊害之虞。而且便利也。

次就受移送之裁判所之地位。而有所說明。受移送之裁判所。當對之與新受控訴立於同一之地位。從同一之手續。而爲裁判者也。其異點。唯就當該事件。爲上告裁判所。所表示法律上之意見。所拘束而已。此事規定於裁判所構成法第

四十八條同法文雖但云大審院之表示而大審院即可解爲上告裁判所之意義也。

於茲有當注意者。上告裁判所所發表之意見。僅在應適用於原裁判所。已確定之事實之法律。故受移送之裁判所。事實上之認定。與被破毀之原判決。所認之事實有異者。即當適用相異之法律。此際不必從上告裁判所法律上之意見也。

上告裁判所破毀關於事件之判決。而以之移送於與原裁判所同等之他裁判所時。因之對於原裁判所。當事者所爲之公訴。不受理。或管轄違之申立。或附帶控訴。其效力依然存在。若被移送之裁判所。對此等之申立。不與以判決。則爲手續上之違法。但不得反乎口頭辯論之主旨。故對於原裁判所。所爲此等申立之趣旨。要使當事者演述之。

又於原判決棄却附帶控訴之時。爲其申立者。不爲上告。而爲主控訴者。爲上告。上告裁判所。基于主控訴人之上告。破毀原裁判而移送時。先之附帶控訴之申立。亦復活其效力。蓋破毀之判決。在使判決消滅。以事件繫屬之狀態。復于未有第二審判決以前之程度也。又據此理而觀。當亦得於被移送裁判所。爲新附帶控訴。

雖然。於茲又有當注意者。即公訴不受理。或管轄違之申立之效力。亦有不因原判決之破毀。而復活者是也。在原裁判所棄却此等之申立。本有二個之手續。(1)與本案之終局判決。同時爲之者。(2)本案前之判決。即基于刑事訴訟法第一百八十六條第二項。以中間判決而棄却之者是也。前所述於被移送裁判。此等申立效力復活之情形。僅屬第一之情形。蓋第二之情形。所謂申立棄却

之中間判決與本案之判決形式上無何等之關係宜獨立而生
 確定力者也。

據民事訴訟法則上告裁判所破毀原判決時差戾其事件於原
 裁判所者多移送於他之裁判所者甚少。

然在刑事訴訟法上則與此反對當為移送者多而當為差戾者
 少此差異之生蓋非別有根據者特因法典之起草者有異耳然
 此大為不體裁者也。

破毀私訴之判決而移送事件於與原裁判所同等之裁判所之
 民事部其民事部當從民事訴訟法處理事件。

丙 破毀自判者謂上告裁判所不差戾事件亦不移送之自就其
 事件與以終局的本案之判決也。

A 原判決擬律之錯誤時。原裁判所所為之事實認定無何

等之不法第對此事實誤其應適用之法律者上告裁判所破
 毀原判決更基於原裁判所所確定之事實於此自以正當法
 律之適用而為裁判。

雖然原裁判所於確定事實有違法時上告裁判所不得於其
 所認定之事實自為法律之適用。

又第二審裁判所依證據而為事實之認定不問其事實係為
 構成犯罪竟為無罪之判決者就其所認定之事實無證據理
 由之存在時縱破毀之亦不得即為判決蓋為刑之言渡者要
 以對於應適用法律之事實之證據說明具備於判決者也(刑
 訴二〇三條)

雖然第二審判決認定或事實以其事實為不構成犯罪而言
 渡無罪者上告裁判所雖評決為構成犯罪其既經判決他罪

之餘罪。以較此罪情相等。或更輕者。適用刑法第二百二條。爲不論罪之判決時。第二審判決。雖缺證據理由。上告裁判所。亦得自爲判決。蓋於此際。對被告無新科刑。則不當受刑事訴訟法第二百零三條之適用也。
不問於原判決所確定事實之理由中。曾表明所犯有可原諒之情狀者。詳言之。原判決雖未明記有可原諒之情狀。而不問其認定事實自體。有可原諒之情狀。不適用刑法第八十九條第九十條。則上告裁判所。以擬律有錯誤者。破毀原判決。適用右之法條。當依本刑酌減一等。或二等。爲科以相當之刑之判決。次就與日本刑事訴訟法。主義相異之立法例而述之。以供諸君之參攷。據獨逸刑事訴訟法。上告裁判所。因擬律錯誤之理由。自得爲本案之判決時。限於對被告人爲無罪或免訴之

言渡。或言渡一定不變之刑。所謂一定不變之刑者。謂法律上於刑期無有最長期與最短期之規定。對於一定之行爲。當當言渡一定之刑者也。求其例於日本之法律。則違反麥酒稅法。或違反酒精及酒精含有飲料稅法。等是也。於此等情形。在日本現行法。就酒造稅法第十一條。乃至第十三條之罪。處以五倍之罰金。謂之一定不變之刑。僅言渡此一定不變之刑。或無罪。或免訴之言渡時。上告裁判所得爲破毀自判。獨逸刑事訴訟法之主義。實適中於理論也。蓋刑之輕重。因犯罪之情況而異。上告裁判所之對此爲破毀自判。而科刑者。上告裁判所。不爲其犯罪情況之審查。而爲事實上之判斷者也。雖然日本刑事訴訟法之主義。固基於事實上之便宜者也。

B

背法律而受理公訴時。於此之處。上告裁判所。以無當爲

事實上審查之必要，故須自破毀原判決，而自爲公訴不受理之言渡也。

C 原裁判所妄以第一審裁判所爲有管轄權時，此點法律雖乏明文，而於法律之精神，決非禁此際之破毀自判者。蓋第一審裁判所，妄認其管轄，第二審判決，認可第一審判決，或第二審裁判所，取消第一審所認爲無管轄權之判決，而認爲有管轄權者，時上告裁判所，無破毀第二審判決移送事件於他之裁判所，而使此裁判所言渡管轄違之必要。就此點而言，與夫言渡公訴不受理之時，其理論亦同。然大審院向皆嚴格解釋刑事訴訟法第二百七十八條之明文，而以爲不包舍此等情事者，移送事件，於他之同等裁判所，然徒增繁雜之手續，初無何等之實益，故於明治三十八年七月大審院刑事總部之

聯合審判，變更前判例，而爲大審院自言渡管轄違。

茲就刑事訴訟法第二百八十八條而一述之。

初讀本條之明文，其意義若甚明瞭，然本條之規定，於現行刑事訴訟之手續，殆無適用乎此之實例，故同條第屬一空文而已。就此點又當述其立法上之沿革，同條於舊治罪法之下，本有可以適用之處，舊治罪法第四百三十條之規定，係與本條相應者。當法律改正，舊法之主義，顯加變更，舊法第四百三十條之規定，遂無存置於新法之必要，爲刑事訴訟法之立法者，注意未周，乃誤設本條，於新法之第二百八十八條。

次就刑事訴訟法第二百八十九條第二項而一述之，同條第一項望文自明，不煩贅解。

判決本僅對其事件之當事者，而有其效力者也，故爲控訴或上

告之申立者，於取下上訴時雖上訴裁判所為他之共同被告人，曾為判決，其效力亦不及於為取下者，又上告裁判所於為申立之點，僅對其為之者審理，故共同被告人中之甲申立或論旨，乙申立他之論旨時，僅就甲所申立之點為有理由者，當僅對甲而破毀原判決，然在刑事訴訟法第二百八十九條第二項，則設對此之例外。

讀第二百八十九條第二項之條文，有生如左誤解之憂，即同條有及其效力于不為上告之他之共同被告，云云，故有甲乙之被告人，僅甲為上告，上告裁判所，以甲之上告為有理由，而破毀原判決時，其破毀之效力，似亦當及于乙，又甲乙共為上告，乙更取下上告，厥後對甲破毀原判決時，其效力似當及于既取下上告之乙，雖然右之解釋者大誤也，蓋對不為上告或為取下者，原

由判決既已確定，則同條決不得解為使失確定判決之效力者也。然則謂於如何之處，可以適用同條乎？則如於此有數名之被告人，共為上告，各別為上告而無上告棄却之判決者，亦同其中之一人主張破毀原因之擬律錯誤，或不可為公訴受理者，時其為主張此之他之共同被告人，而破毀原判決之效力，亦及于主張此之人是也。

尚有易生誤解者，分折而論之，即適用本項者，要具備如左之條件。

一、共同被告人，就同一之犯罪，適用同一之法律，要共對同一裁判所，而為上告。故雖為共同被告人，以甲為犯詐欺取財罪而受訴，乙為故買贓物罪而受訴時，縱其一人有公訴不受理之原因，或擬律之錯誤，其破毀之效力，非可影響于他之一

人者。又擬律之錯誤。或公訴不受理之原因。要對各被告人而為共通者。故於甲應為宥減輕時。以其擬律之有錯誤。而破毀對甲之判決。其破毀之效力。不及於無宥減輕之原因之乙。又上告裁判所。不為自判。而移送事件于他之裁判所時。於被移送裁判所言。渡擬律錯誤。或公訴不受理者。無本條之適用。又於有共犯關係者間。其上告裁判所互異時。亦無本條之適用。是唯共同被告人上告裁判所相同者。乃適用之者也。但不必同時上告。而要共為適法之上告。

二 基于公訴不受理之理由。或原裁判之擬律錯誤。以為應為被告人之利益之判決為限。故為被告之不利。由檢事為上告時。其效力不及於非上告之相手方。他之共同被告人。由是更就刑事訴訟法第二百九十一條而說明之。

本條規定上告裁判所。自為判決之時。不得言渡較重於原裁判所科之刑之旨。但由檢事為被告之不利。所為之上告。又當別論。刑事訴訟法第二百九十一條之意義。既述如上。而此規定於受事件移送之控訴裁判所。不得適用之。詳言之。則受事件移送之控訴裁判所得言渡較重于被破毀之前控訴審之判決之刑也。就右之解釋。不無可疑者。若受事件移送之控訴裁判所。不適用右第二百九十一條之規定。則必致被告人因為上告其結果反處較重于前審判決之刑。似甚不當也。然此固屬當然之結果。所不足怪。蓋受移送之裁判所之地位。前已縷述。即就當該事件。與受新控訴。立于同一之地位者也。前判決既因上告審破毀之判決而消滅。則於此際受事件移送之裁判所。所當參酌者。僅第一審之判決而已。不能參照法律上已消滅之第二審判決也。受事

件移送之控訴裁判所。與由第一審受新控訴者。立于同一之地位。故不得言渡較重于第一審判決之刑無可疑也。就此點而言。刑事訴訟法第二百六十五條。可直接適用之于受移送之裁判所。

關於此點。請舉例說明之。於第一審被處重懲役刑之被告人。不服其裁判而為控訴。控訴裁判所。以第一審判決為不當。而取消之。更言渡重禁錮三年之刑。被告人又不服。而為上告。上告裁判所。欲破毀右之第二審判決。移送其事件於與原裁判所同等之他之裁判所。受此移送之控訴裁判所。雖於事實審理之結果。更得對之而科以重懲役以下之刑。而不得處之以有期徒刑。

要之。受事件移送之控訴裁判所。當為判決時。固宜適用刑事訴訟法第二百六十五條。而同法第二百九十一條。則決非可適用者也。

雜 錄

○營口還附協定及條件

△關於營口還付北京協定全文

第一條 凡關於檢疫防疫事項。駐在營口地方之日本軍隊未撤退以前為限。清國地方官須與日本領事商訂。

第二條 凡軍政時代既著手。或計畫而未至著手之公共事業。須地方官承續執行之。或許其承辦。

第三條 警察及衛生事務。一切歸清國地方官之管理。而其辦理須務完備保維公共治安。因圖其完備當採用日本警察教習及醫師。若有不盡妥洽者。日本領事須告知於清國地方官而隨時酌辦。

第四條 海關及常關事務。當歸海關道之管理。清國政府。須至戶部銀行支鋪開設止。預入其收入於正金銀行。同支鋪開設後應預入兩銀行。

△同上引渡條件全文

一 北京協定第一條所謂關於檢疫防疫事項。駐在營口地方日本軍隊未撤退以前為限。清國地方官須與日本領事商訂者。現在兩國委員商訂之。且日本軍隊駐在中。依日本軍政官所既定規則而辦理。爾後若認改訂時。清國地方官當與日本領事會同改定之。日本軍隊撤去後。清國地方官可自行主持辦理。

二 北京協定第二條所謂於軍政時代既著手。或僅計畫而未至著手公共事業。須地方官承續執行之。或允准其承辦者。日本軍政官既允許使係日清兩國合同經營公司。設營營口水道電車電燈

電話之四個業。現在兩國委員。須商定使該公司承辦水道電車電燈業。但該公司之章程送呈之於北京當該部便查閱之。若該部發見當要改正或添削之點。則公司須遵照之而辦理。又電話業清國電報局可買收之。於此際該局及該公司各派一人。會同檢查該公司於營口所設備電話事業之財產後。依評價而購買。若雙方意見不相合。則該局及該公司須選無關係事業公正人使評價。雙方對於其所定之評價不可有異議。屠獸場。衛生局接辦之。而其評價及購買方法依電話買收例。

營口牛家屯間輕便小鐵路。俟電氣鐵路工事竣成而撤去。

凡公共土木事業。日本軍政官既著手或僅計畫未至著手者。清國地方官須繼續之而完成。

三 北京協定第三條所謂警察及衛生事務。一切歸清國地方官之管理。其辦理須務完備保維公共治安因圖其完備當採用日本警察教習及醫師。有妥洽所未盡。日本領事通知清國地方官可隨時酌辦者。現在兩國委員須商訂備用日本警察教習及醫師。除俸給外一切契約做於天津備用日本警察教習及醫師例。若今後有關於警察衛生辦理妥洽所未盡。則日本領事通知清國地方官可隨時酌辦。

四 凡軍政時代所裁判訴訟事件。清國地方官不可再審。裁判及登記書類。由軍政官交付於地方官。而其曆本一册貯存於在營口日本領事館。

五 北京協定第四條所謂海關常關事務應歸海關道之管理。清國政府至戶部銀行支鋪設開止須預入其收入於正金銀行。而其支鋪開設後應預入於兩銀行者。現在兩國委員須商訂預入稅金於正金銀行之辦法如何。宜當該地方官與正金銀行商定之。

六 營口日本軍政。明治三十九年十二月六日全部撤去。

明治三十九年十二月五日
光緒三十二年十月二十日



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 敢心思之憂而助精神之發治頭痛眩暈等症職務速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思可以強健脾胃

芳香 含有尚高香氣可以排除口臭之清明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備者也

發賣本舖
日本東京市橋元區大坂町八番地
高木與兵衛
本劑於日本清韓皆有代售處

明治三十九年十二月廿五日印刷
 明治三十九年十二月廿八日發行
 (定價金三拾錢)

代價及郵費價目表	全四冊年 每零冊唐
書價	二七角元 三角
日本來申郵費	四二分角 一分
瀋輪已通之地郵費	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四紺屋町七番地
 吉田 左一郎

印刷者 大日本東京市麴町區富七見町五丁目二番地
 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 大日本東京市麴町區富七見町六丁目十六番地
法政大學
 (電話番町百七拾四番)

大日本東京市神田區一ツ橋通町

御用書肆 有斐閣

法政大學 御用書肆
 大清國上海
 清國一廣智書局
 手販賣