

## 法政速成科講義録

山田, 三良 / 岡田, 朝太郎 / 板倉, 松太郎

---

(出版者 / Publisher)

法政大學

(巻 / Volume)

39

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

51

(発行年 / Year)

1907-02-11



（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

明治四十年二月十一日發行

第三十九號

政治學概論

楊樞署  
檢



大日本東京

法政大學發行

法政速成科講義錄第三十九號目次

刑法各論 (自二三五頁至二五六頁)

法學博士 岡田朝太郎

刑事訴訟法 (自二七〇頁至二七二頁)

法學士 板倉松太郎

國際私法 (自二八一頁至三一〇頁)

法學博士 山田三良

雜錄 ○法政大學普通班新設○巴拿馬地峽開鑿與支那勞動者

090  
1907  
3-39

4

持之取得全現於獨立狀況之下者也。

竊取之行為如前二者皆始侵他人之所持終為犯人自己取得之也。

五 物之所有者或所持者認許其持去之時固非竊盜罪竊取者含擅恣(Eigenmächtigkeit arbiträre)之意然暴行脅迫欺罔恐喝等不用法律特所指示之方法一切之場合悉可相當不以被害者或其他之人不知之間(Einlichkeit clandestine)為必要。

竊盜強盜詐欺取財等之取字取得所持之意味也唯就於取得所持因方法之如何或云強取或云騙取而在竊取之場合雖有解為被害者不知之間或他人不留意之間取得之之義而自今日之法律言之不可不解為僅有消極的之意無暴行脅迫欺罔等特別之手段其結果雖在被害者之前其人明知之場合若用此等之手段取得所持要可謂為竊取也。

六 故意……不知為他人之物時無竊取之決意時是欠缺故意。不成立竊盜罪固勿論已不以有求富之目的(Animus lucri faciendi)

刑法各論

一三五

爲必要，亦明也。

六 羅馬法及其後刑法上之議論，其解釋竊盜罪，以侵他人之財產，求富於自己，爲特色之罪，但現今得爲竊盜物體之物，須有交換價額與否，議論分歧，若以爲必要，則就於意思之問題，須竊取與此相應，有交換額之物之意思，反之，如前所述，探不須有交換價額之論，則就於意思之問題，不必以出於自己求富之目的爲必要也，余贊成後說，今舉一例，如寡婦以夫之紀念所持之遺髮，若他人因復讐而竊取時，其遺髮雖無空厘之交換價額，亦不妨爲竊盜罪也。

(1) 單出於一時使用，後有返還之意者，則如何，現行法，以不認使用權之竊盜 (Furtum usus) 爲正當之解釋，(例如未得承諾著主人之服而散步者然

所持之事實不能離時間之觀念而論之，若因時間之繼續如何，或爲所持，或爲非所持，是結局歸於程度之問題，故裁判官無照事情下相當認定外，如友人熟睡時，未得承諾取其時計，觀時刻後，復置於原處，此雖有極少時間之握持，而自

常識論之，又自國法論之，皆不得謂爲奪所持也，故如僅少之時間，奪所持使用等，亦有非可以竊盜而論也。

(2) 出於爲質物之目的時，不得單謂爲 (Furtum usus) 在獨逸法文中，有以不法領得之目的云云之制限，故議論甚多，而日本刑法之解釋，不附以如此之制限，故一般可認爲本罪。

(3) 直出於破棄之目的時，則如何，因法文上無何等之制限，故關於事後處分之目的如何，可不問也。

假令於竊取之後，有破壞物之目的，此乃贓物之處分問題，而原則上出於賣却之目的，出於贈與之目的，又出於破壞之目的，皆可謂爲竊盜也，惟有一注意者，即繼續所持時間長短之問題也，若直有破壞之意思，就精神解釋上，可以物之毀棄罪而論，反之，在相當之時間，繼續所持，雖有破壞之意思，亦不妨爲竊盜罪，例如他人所秘藏之陶器，因或理由企圖破壞之者，其在於被害之室，破壞之場合，或持出於門外破壞之場合，爲器物毀棄罪則同也，若持歸自之家，數日或

第二款 種類

數月間使用之後始有破壞之意思，則不可不謂為竊盜也。現行刑法第三六六條揭竊盜之通則，定二月以上四年以下之極狹範圍之刑。如此極狹之範圍之刑，所揭之原則與種種之事情比較之，其處分遂有先之於輕者，與先之於重者，於是乎立法者更設第三六七條至三七七條之十一條及關於屋外竊盜之特別法等。

為種種之區別分處分之輕重，然此非獨限於竊盜罪，凡犯罪之情狀，其種類皆極夥多者，不易列舉之換言之，法律認定其情狀非得策也。立法者於第三六七條至三七〇條雖列舉四種之場合，為重之竊盜罪以余觀之，此外尚有情重者，例如在不得抗拒之狀況，竊取被害者之所有物是也，要之關於竊盜列舉數多之種類，可謂為杜撰之立法例，就於此點，如改正案第二七二條之規定甚得其宜。

一 刑法三六七條……刑重，乃斟酌被害者不暇自顧慮其財產

也，所謂其他之變者，指戰爭、百姓一揆、暴風雨、流車之轉覆、難破等，可比於水火震災之事變也。不包含婚禮葬式等之混雜。二 刑法三六八條……本條保護若非用特別之手段方法，則人不能侵入關披之設備，並斟酌犯人有不屈強固之盜者，重處其刑也故。

(1) 不損原狀侵入得任意往復竹籬之間，或侵入已開放之門，或押開不施鎖鑰之門戶，而侵入之，皆不能擬以本條之罪。  
(2) 但乘越與潛入，皆踰越也。雖有上所示狀況之門戶牆壁，已踰越損壞時，屬於本條之範圍，踰入直接於公道之窓內者亦同。就於由天窓或掃除口侵入者，則有議論。

第三六八條之門戶牆壁云者，因此四字而組成一熟語，所謂外圍之意味也。斯之語源在於支那刑法因翻譯法蘭西刑法所謂踰越盜者，頗適當其趣旨而使  
刑法各論



本條所以重罰持兇器之狀態者。因有臨時使用其兇器之危險也。但携兇器。須在盜罪之際而行之。耶。或不然。耶。余謂現行刑法之精神。屬於前者。

五 屋外竊盜……明言家屋建造物。故此於所謂邸內。其範圍更狹。①停車場內。可為建造物內。列車內。則非屋內。②全身或半身在於屋外。以手或竿之類。竊取屋內之物品者。屋外竊盜也。 *in domo*

屋外竊盜罪。若由立法之趣旨。當屬於區裁判所管轄。固也。惟所謂屋內。屋外之語。不甚明瞭。故宜改之。或定期刑。為標準。可以決定屬於孰之裁判管轄。例如二月以下。屬於區裁判所。其以上屬於地方裁判所之管轄。若不然者。使裁判事務。有複雜之憾也。

第二節 強盜之罪 (刑法第三七八條—第三八四條)

其一 通則

一 物體……與竊盜所述同。對於己為質物自己之所有物。得成

立竊盜罪耶(積極)

強盜罪。固為盜罪之一種。在以他人所持之有體物。移於自己之所持之點。與竊盜之場合無所異。唯於手段為暴行或脅迫之點。為彼此之區別。故物體所關之問題。就竊盜罪所論。亦可適用之於強盜罪。但關於物體之問題。比較法文。須注意左揭一二之點。

第一 就於竊盜罪第三六六條。謂人之所有物。就於強盜罪第三七八條。謂為財物。其語各異。似其意義亦有不同。余則信為有同一內容之語。在關於竊盜第三七七條。亦有財物之語。可以知此見解之不誤矣。

第二 對於為質物自己之動產物。可成立強盜罪與否之問題。議論不一。就於竊盜罪第三七一條。明言為罪。就於強盜罪。則無何等之規定。故有主張全然無罪之說者。惟如前所述第三七一條之上半段。為注意的規定。就於因物權他人所持之物。所有者自己。既可犯盜罪。則如本問對於自己之質物之強盜罪。亦不可不謂為成立也。

二 行爲……亦與竊盜同謂以他人所持之物移於己之所持也。故不可有彼此無形之俱發其獨與竊盜異者在以暴行脅迫爲其手段所以認以暴行脅迫爲財物奪取之手段者。

(1) 第一須對於目的物之所有者所持者看守人。(Garraud v 186, Lisle § 126) 或爲事實上妨害奪財之人。(Frank § 249 112 之說思料可爲妨害之人)

假定二人以上共同侵入他人之家着手而行強盜因或事情共同者之一人加暴行或脅迫於他之共同者而奪取財物此際之暴行或脅迫非加於目的物之所有者所持者看守人又妨害者故余信爲單純之竊盜反之加暴行或脅迫於可爲事實上奪財之妨害者則其妨害者對於財物不必以有債權或物權之權利關係爲必要如偶脅爲被害者欲爲防禦之友人而遂目的其爲強盜也無疑。

(2) 須在奪取之著手或實行中故除豫備之間或既遂之後刑法第

### 三八二條

元來所謂手段及方法若非行爲自體存續之間以不存在爲原則獨於暴行取財脅迫取財二段之行爲合而成一罪者其兩行爲因時間場所及其他事實之狀況限於相接近時着手暴行或脅迫則不可不謂爲着手強盜罪之全部也反之或時爲單純之豫備行爲則有不能謂爲手段或方法者又奪財之行爲既終後特當適用第三八二條即指可稱臨時強盜之後之場合也。

(3) 奪取之手段須故意加以暴行或脅迫(刑法第三七〇恐喝之說明參照)。

暴行或脅迫以犯人故意用之爲必要單不得自結果而論之例如見犯人竊取財物被害者非常懷恐怖心袖手傍觀不能謂爲因脅迫而取財即不能謂爲強盜也。

三 以暴行或脅迫爲手段之外使人迷醉竊取其財物者準於強盜(刑法三八三條法文有用藥酒等云云故如催眠術亦包含其中)。



第三八三條之罪。犯人使其受動者迷醉。竊取財物之場合。準於強盜。蓋單酌情重之點也。須犯人使之迷醉。故乘他人之迷醉奪取第三者之財物。不得適用本條。自其情狀論之。固有重輕。而解釋論當皆謂為竊盜。若在立法論。奪取不能抗拒者之財物時。其抗拒之不能。出於犯人之手。與出於他人之手。皆認不附以輕重為至當也。

其二 強盜殺傷

一 殺傷為奪財之手段時。勿論已。雖非為奪財之手段。而於強盜之現場併發者。法文上所謂強盜殺傷之罪也。

(1) 不以殺傷為奪財之手段。須別加暴行或脅迫。有為強盜之資格。恰如強盜強姦之關係。

(2) 現場之殺傷。指實行中及實行著手中之殺傷。勿論已。並包含實行終結後。因拒財物之取還。或因容易現場之逃走。臨時之殺傷。刑

法二九六條「三〇三條」Lexspecialis」

第三八〇條。有強盜致傷人者。強盜致死人者。次第三八一條。規定強盜為強姦婦女者。故一派之論者。主張強盜罪之成立。以加暴行或脅迫為奪財之手段。或以殺傷或強姦為手段之必要。然此二條所謂強盜之語。如論者所言。包含殺傷為奪財之手段固已。強姦為奪財之手段。實際極渺。若事實上有此場合。則不可不依刑法三八一條。依余之所信。為包含強盜與殺傷。或與強姦俱發之場合。換言之。即包含強盜罪與其著手實行後之殺傷及強姦。俱發之場合。及以殺傷換暴行脅迫之場合之二種。但立法者何以設如此之區別耶。如強盜既以暴力達其目的之犯人。同時有屢犯殺傷或強姦之暴行。而成立他罪者。又同時所發生之事。在事實上亦極多。故特視為特別之狀態。而處罰者也。

第一 犯人強盜實行之際。殺傷其共犯者。當如何處分耶。

第二 對於強盜強姦致死之事實。當如何判決耶。

二 致死者通常用於無殺意之場合之文例也。然刑法第三八〇條。則於毆打致死之外。並可解釋包含謀殺或故殺。

茲因參攷而當一言者。竊盜與強盜。情狀之輕重如何。換言之。即兩者與社會危險之程度。有大小耶。若自行爲上言之。雖後者重而前者輕。而自犯人之性格論之。則後者較前者。一般易於感化之人物也。即後者之中。往往見有改心者。而前者欲其改心。却極稀也。故欲由一般言兩者之輕重。一方不可不鑑其行爲所與社會之影響。他之一方。不可不鑑犯人性格之結果。或時兩者似有輕重之差。非然者。却可謂爲同等也。

第三節 關於遺失物理藏物之罪（刑法第三八五條

— 第三八七條

參照(1)明治三十二年法律第八十七號遺失物法。(2)同年法律第九五號水難救護法第二十四條以下。(3)同年法律第九三號行旅病人法第十六條

一 遺失物……狹義之遺失物。謂無放棄權利之意者。離其所持而發見者。不能知其所持者物也。離所持時。不區別所持者知之例。如自汽車之窻落物與否。故與離甲之所持。同時入乙之所持之物。(例如湯屋之遺留品。對於丙非遺失品。

然現行刑法。雖明瞭原所有者。或所持者之物。亦論爲遺失品。是或指原所持者不知時。離其所持。而發見者。却知原所持者之物之意歟。

如本文所示約言之。即解釋現行刑法遺失物有二種。

第一 不論原所持者知之。與原所持者不知之間。離其所持。而發見者。不知其原所持者之物。

第二 發見者。雖知原所持者。而原所持者。不知離其所持之物。

右二種遺失物之意義。共通之要素。(一)須原所持者。無拋棄權利之意思之物。反之。則爲前述之所謂遺棄物也。(二)離原所持者。所持後。他人未得其所持之物。

爲必要。故雖離第一之所持。至已有第二之所持之後。若侵害之。則爲竊盜。或其他的罪。非關於遺失物之罪。

或人輒問遺留品。法律上有如何性質耶。依余之所信。遺留品者。乃總稱原所持者。不知失其物之所持。而離其所持之物也。同時他人未得其物之所持時。爲遺失物。若爲他人之所持。或監督。或爲緊急寄託。或可生其他之關係。因場合之如何。而異其性質者。非有民法上。并刑法上。所謂遺留品特別性質之物件也。

又世俗有欲就於紛失物。求法律上一定之性質者。然紛失物者。謂在自己之所持內之物。而自己不知其所在之物也。因場合有既放失其所持。爲遺失物者。有尙在其所持內。而非遺失物者。故不分場合。非妨謂爲無法律上之意味也。

以下就法文略爲說明。第三八五條之拾得。謂所持之獲得也。其特用拾字。因對於遺失物文章上之必要而用之也。自法律論言之。除離他人之所持。而原所持者。獲得不拋棄權利之物之所持外。非有別段之意味。特宜注意者。不必要本人爲積極的。或行爲所遺失之動產物。入於自己之所持內。雖拾置之。亦不妨謂爲拾得也。又所謂藏匿者。前已屢述。乃使不能發見。或因難發見之總稱。非必消滅

一 物質之謂。如殺動物而燒棄其遺骸。勿論已即生育於他人不留意之場所之場者。亦可謂爲藏匿。

茲因參考。揭一問題并解說之。

浴客在湯屋之遺留品。故意持去時。當如何處分耶。

余對於本問。欲答爲竊盜罪者也。其理由。以此場合之遺留品。在於湯屋營業者之監督區域內之物。故可謂在於其人之所持。而犯人故意持去之。是正可謂離湯屋營業者之所持。移於自己之所持也。雖湯屋營業者對於遺留品。有基於緊急寄託。負擔監督義務。而本問則全無關係。即遺留品已在於湯屋營業者之所持。而監督義務尙未發生也。

漂流物者。在於水上。或因流水波浪。達於水邊之陸地之遺失物也。

漂流物者。不過以其物爲遺失物之原因。及由其所在之關係。而附以斯之名稱也。故其他不可不具關於遺失物之全體要素。且亦僅具此要素爲已足也。

二 埋藏物者。(Thearung) 偶然發見土中之藏匿物。或貯藏物。而所

有者不分明之謂也。參照法蘭西民法第七一六條故非人所埋藏之物。雖自土中發見。非埋藏物也。

右一讀法文。可以明瞭。不別說明。

第四節 關於家資分散之罪附破產(刑法第三八條)

— 第三八九條

參照(1)明治二三年法律第六九號。家資分散法。(2)同年法律三二一號破產法。商法第九七八條以下。(3)同年法律第一〇一號。

一 物體……關於家資分散之罪。並關於破產之罪。皆以釀危險於債權而為罪也。(Meyer 391 Rohland Gehahn)但有為害債權者請求權之罪之說。(Liszé § 138)

二 行為……刑法三三八條。三八九條。商法一〇五〇條。一〇五一條。

茲因參攷。揭載右之條文。

刑法

第三八八條 家資分散之際。藏匿脫漏其財產。或增加虛偽之負債者。處二  
月以上。四年以下之重禁錮。

第三八九條 家資分散之際。藏匿毀棄。應歸符之類。或分散決定之後。私償其  
負債於債主中之一人或數人。而害他之債主者。處一月以上。二年以下之  
重禁錮。

商法(舊商法中破產之部)

第一〇五〇條 受破產宣告之債務者。不問支拂停止。或破產宣告之前  
後。負擔無履行之意之義務。或已知不能履行之義務時。或以使債權者被  
損害之意思。藏匿轉匿。或脫漏貸方財產之全部或一部。或揭過度借方現  
額。或毀滅藏匿及偽造變造商業帳簿時。處詐欺破產之刑。

第一〇五一條 受破產宣告之債務者。不問支拂停止。或破產宣告之前後。  
為左揭之行為時。處過怠破產之刑。

刑法各論

第一 因一身或一家過分之費用博奕空取引或不相應之射利甚為貸方財產之減少或負過分之債務時。

第二 因欲延支拂停止為可生損失之取引調支拂資料時。

第三 已為支拂停止之後為支拂或擔保與利於或債權者加損害於債團時。

第四 商業帳簿無秩序之記載或藏匿或毀滅又全不記載時。

第五 怠於財產目錄貸借對照表之作成或支拂停止届出之義務時又不得裁判所之許可而離其住地時。

三 時期……刑法又商法所列舉之行為因如何之時期實行之而為罪耶。刑法三八九條之末文。私償負債之罪。雖明限於分散決定之後。就於其他之場合。則僅云家資分散之際。又商法一〇五〇條一〇五一條。有不問支拂停止。或破產宣告之前後。云云。依此觀之。雖在家資分散之決定前。或破產宣告之前。亦可成立本罪。不俟

也。然則。

(1) 在強制執行處分。或支拂停止之前。亦可認本罪之成立。蓋達於家資分散。或破產終不可免之時期。為法律所示之行為者。不可不決為有罪也。

(2) 有分散之決定。又破產之宣告。為本罪之一要素耶。刑法無明文。然自破產法之權衡言之。以積極為正解。

(3) 商法明言受破產之宣告者。故無議論。

關於詐欺取財之罪及受寄物之罪

刑法第三九〇條—第三九八條

其一 (欺罔取財)

一 物體……法文汎言財物或證書類。故與強竊盜遺失物隱匿。受託物費消之場合異。其不區別為動產與為不動產。勿論已然。

(1) 所謂財產者不可無法之所認之物故騙取禁制品因無所持之權利者非欺罔取財之罪。

(2) 必須以金錢估計者積極說 (Lisze § 136 II 3, Garand V 261 消極說 David P 141 Dorigny P 163) 採消極說者謂可為資產一部之物亦悉可稱為本罪之物體。

(3) 債權得為本罪之物體耶依現行刑法之解釋欺罔之結果使人口約債權之得喪移轉若非使交付關於此之證書類則非刑法三九〇條之罪信為正當 (Res et instrumenta Garand V 261 a.)

凡因詐欺有取得權利之場合否耶此問題不能離其國民法之解釋而斷言之也但於現行民法之下得因詐欺而取得不動產與否如彼之竊取強取有因不法之手段取得有體動產之所持則因詐欺以使他人陷於錯誤為奇貨可以取得不動產之所持無容疑也惟存於其不動產之上之所有權及其他之權利移

轉於欺罔者與否全別問題也此點恰如竊盜取得目的物之所持不取得所有權。

因詐欺而生債權取得之效力與否依日本現行民法之解釋或種類之詐欺雖可成立債權之得喪移轉而此可視為詐欺取財之罪而論之與否乃刑法上特別之問題也第三九〇條特附加以證書類之文字由立法之精神考之則債權之詐欺取財罪當謂為不成立也但若受證書之交付解釋為關於證書詐欺取財之罪最正當也。

二 欺罔……所謂行為之欺罔使他人信虛偽之事實之故意的動作也。

(1) 法蘭西刑法四〇五條記載詐稱氏名及資格云云德意志刑法二六三條記載虛構無根之事實或變更隱蔽真正之事實云云。雖各指示方法而日本刑法無之苟有以偽事使人誤信之行為即欺罔行為也。

(2) 單純之虛言得為欺罔行為耶。法蘭西之學說並判決例消極說一致謂須別有使信之之偽計 (Manoeuvre frauduleuse) (參照後之事實說明) (Frnk s 263 111 同說)

(3) 行為不必以積極的為必要。適用總則違反義務之消極行為。同可成立也 (Frnk s 265 1113)

三 虛偽之事實……事實 (Fai. Thatoachle) 須係過去或現在。不含將來之說。盛行於德意志派學者間。 (Frnk s 163)

(1) 就於過去或現在之事實。僅表示意見或判斷。非表示虛偽之事實也。

假定甲向乙主張自己所有之土地。因改正市區。或敷設鐵道。當買上於政府而有高價買受之價值。如此之言語或文章。雖其內容。有告知受買入之申込。或事實已存在於過去者。與僅謂將來有此事實。不過意見。或想像者。固不能斷言為

### 第五節 抗告

抗告雖上訴之一種。而與控訴上告。異其攻擊之目的物。述抗告之定義如左。

抗告者。對於決定之攻擊方法也。詳言之。則以裁判所。或受命判事。或豫審判事。所下之決定為不法。對其裁判所。或受命判事。或豫審判事。所屬裁判所之上級裁判所。求關於事實上之覆審。或法律上之審查之上訴方法也。

抗告雖攻擊決定之方法。而非一切之決定。皆得以抗告之方法。而攻擊之者。乃限於法律特許抗告之情事。即如左

- 一 却下忌避判事申請之決定。然對此決定之抗告。不可不從
- 民事訴訟法之規定而為之。(刑訴第四二條。民訴第三十八條)

二 為證人鑑定人或通事。因不應判事或裁判所之呼出言渡罰金及費用賠償之決定。刑訴第一百八條第三十六條第一百九十條

三 為證人鑑定人。不肯宣誓或供述言渡罰金之決定。刑訴第一百二十六條第一三八條第一九〇條

四 豫審終結決定。豫審終結決定中。得為抗告之決定者。一免訴之決定。二管轄違之決定。三移于重罪公判之決定是也。

五 抗告唯檢事。得對右三種之決定。而為抗告。被告人僅對移于重罪公判所之決定。得為抗告。刑事訴訟法第七十二條

六 於第一審裁判所。棄却控訴期間經過後之控訴之決定。刑訴第二百五十五條

六 於第二審裁判所。棄却上告期間經過後之上告之決定。刑訴第二百七十六條

七 對於刑之言渡之疑義。申立之決定。刑訴第三百二十二條。對此決定。有抗告之權利者。受刑之言渡者為限。

八 對關於刑之執行異議。申立之決定。刑訴第三百二十二條。抗告權利者。與前號同。

應裁判抗告之裁判所。乃為原裁判所之直近上級裁判所。即對平區裁判所之決定。以地方裁判所為抗告裁判所。對於地方裁判所之決定。則以控訴裁判所為抗告裁判所。對於控訴院之決定。則以大審院為抗告裁判所。抗告之審理。與他之上訴異。常限於二審級。而不得至于第三審級。然勿誤解此事。而以為對於控訴裁判所之裁判。不得為抗告也。



控訴裁判所爲之決定。關其決定。固得以初審之裁判。對之抗告。于控訴院或大審院。但控訴院或地方裁判所。以抗告裁判所。爲對干抗告事件之決定時。其不得對之更爲抗告者。亦不待言。刑事訴訟法第二百九十四條第二項。

民事訴訟法。就抗告裁判所之裁判。新生獨立之抗告理由時。有得對此更爲抗告之規定。刑事訴訟則無之。故可認爲嚴格採用抗告常限於二審級之原則者。

以下說明抗告之成立要件。

- 第一 抗告非有特定之情事。不得爲之。
- 第二 要于法律所定之期間。即由裁判之送達三日內爲之。但對却下忌避判事申請之決定之抗告。當從民事訴訟法即時抗告期間。故以七日內爲之而足。

此三日之期間。時或來延長之結果。即以關重罪事件之豫審終結決定。送達于被告人時。豫審判事。對此決定。不記入得爲抗告。及其期間。則於有適法決定。即記載得抗告及抗告期間決定之送達以前。更對被告人停止抗告期間之經過。刑事訴訟法第一百七十三條。

第三 爲抗告時。要對爲其決定之判事。或裁判所。提出其申立書。刑事第二百九十六條。故若對抗告裁判所直差出抗告申立書時。當以不適法而被棄却。但抗告期間。尙存在者。更得爲適法之抗告。

於民事訴訟法。有急迫之事情時。雖認得直抗告於抗告裁判所。刑事訴訟法。則未有如是之手續。蓋刑事訴訟法。無有若民事訴訟法所想像。急迫事情也。

對於判決許爲一部之上訴。雖本有明文。而於抗告。則無此明文。然一般之學說及判決例。始確定許之之說。例如就違犯酒造稅之事實。與構成刑法犯罪之事實。由檢察求豫審豫審判事以爲一切犯罪之證據不充分。而爲免訴時。檢察僅對關於酒造稅違犯公訴決定之部分。得爲抗告。蓋此而論。其效力。亦與上訴無異。其次下當說明抗告之效力。

抗告者。以依此而停止決定之執行爲原則也。此停止之效力。苟對應許抗告之決定。差出抗告申立書于原裁判所時。於其他之點。雖爲抗告之不適法。而存在於抗告之被棄却以前。但對此原則。有一例外。即存于附重罪公判之豫審終結決定中。取消保釋或責付之裁判者。不因抗告而停止其效力是也。刑訴第六十八條第七十四條。

又棄却對刑之言渡之疑義。或關於刑之執行異議之申立。不爲之而變更執行判決之狀態。故對於決定之抗告。與無執行停止之效力同。即於此際性質上。不生有決定執行停止之效力與否之問題。以下當述抗告之審理手續。

受理抗告申立之原裁判所或原判事。閱其申立書。若以其申立爲有理由時。則更正決定。此際無於上級審爲審理之必要。倘以其抗告爲無理由時。則於此附以意見。而送致抗告申立書於上級裁判所。爲此送致者。由受理抗告申立書時。始三日以內爲之。然此三日之期間。不過爲對於裁判所之一訓示的規定而已。故雖徒設此期間。不因之影響於決定之效力也。

法律不命原裁判所或原判事。當送附抗告申立書於抗告裁判所時。同須送致記錄。但於對豫審終結決定之抗告時。命送致記錄。而

已然送致記錄之所以必要者，不獨限于對豫審終結決定為抗告之時。故抗告裁判所得於他之情事，求送致記錄於原裁判所。次抗告裁判所聽檢事之意見，依書類而為裁判。在民事訴訟法，於抗告裁判所，亦得命為口頭辯論。在刑事訴訟法，則未有如是之規定。故常為書面審理。述審理之順序如左。

第一 抗告裁判所為當審查抗告申立果為適法與否之點者，即審查抗告申立書提出于原裁判所與否。於期間內申立抗告與否為法律所許之抗告與否之點也。若以上之要件有所缺，則當為抗告棄却之裁判。

第二 右調查之結果，形式上之要件無所缺時，次就抗告之實體而為審理。此審理基于書面而為之者也。唯對豫審終結決定之抗告，則抗告裁判所得命受命判事為一切之證據方法。即人證

鑑定檢證等之證據調，而為審理。實體的審理之結果，以抗告為有理由時，則取消原決定更為裁判。以抗告為無理由時，則以決定而棄却之。抗告之情形，與他之上訴異，以原決定變更更為被告人之利益，無禁止之明文。故得以之變更為不利益。基于對豫終結決定之抗告，應為抗告裁判所之裁判者，有左之四種。

- 一 抗告棄却之決定
- 二 取消移被告事件于重罪公判，或輕罪公判之原決定，而言渡免訴之決定。
- 三 取消免訴之決定，或管轄違之決定，而移被告事件于重罪公判，或輕罪公判之決定。
- 四 取消移被告事件于重罪公判之決定，而更移於輕罪公判之

日本刑事訴訟法對移于輕罪公判之豫審終結決定無論何人均不許爲抗告故在日本刑事訴訟法無取消移輕罪公判之豫審終結決定而爲移于重罪公判之決定之情事也然而豫審判事當爲移輕罪公判之決定時若檢事以之爲不當則於公判更以事件爲重罪事件而申立訴追之旨即利用刑事訴訟法第二百四十一條之規定以得間接攻擊不當之豫審終結決定也。

抗告之審理限于二審級既如所述其意義乃但就抗告申立人即人而觀察者故若由事件之全體而觀則亦有至於三審級即抗告申立人就其抗告有裁判時雖不得更對之而爲抗告而抗告之相手方則對此抗告裁判所之決定得更爲抗告者也然雖有此情形倘僅就其相手方而觀察之亦止於二審級也。

## 第六章 確定判決之攻擊方法

夫應尊重裁判確定之原則固出于公益上之必要者也若由或觀察點而論之則使誤謬之裁判有確定力者轉得謂之反乎公益然凡公益問題多爲實際的問題不得依單純之理論而斷定之若夫唯務爲貫徹一偏之理論而不顧實際上之利害得失苟對有誤謬之裁判無制限而許爲上訴則於一方雖設五審級或亦審級之制度亦恐不足即關於裁判所審級之組織國家無由完全設備之也又於他方裁判之不可動果在何時此不得豫期者故各箇人對於裁判所之裁判究有不得依賴從而不能保持取引之安全妨民業之發達遂使國家之團結力薄弱至於破壞國家之組織是以方今文明各國無不認此確定裁判之制度者也。

日本亦於民事訴訟法及刑事訴訟法皆採用認確定裁判之效力

之原則。然此原則苟亦絕對適用。而不認何等之例外。則轉生不能維持法律正義之結果。故裁判誤謬之顯著時。則認此例外。而而許攻擊確定之裁判。其方法有二。(一)非常上告。(二)再審是也。

今就兩者之區別而一言之。即非常上告者。攻擊誤適用法律之確定判決之方法也。再審者。攻擊認定事實有著大誤謬之確定判決之方法也。

民事訴訟法。認再審而不認非常上告。蓋法律適用之誤謬。在民事訴訟法。不若刑事訴訟法之害當事者之甚認之。或因而反生弊害之大者也。

### 第一節 非常上告

非常上告者。淵源於法蘭西刑事訴訟法。依法蘭西刑事訴訟法。則重罪裁判所。輕罪裁判所。違警罪裁判所。為得以上告為攻擊之終

審裁判。而由當事者於期間內不為上訴。而確定右之裁判時。檢察總長。得以其職權上告於大審院。此上告為保法律神聖之公益而為之者。非為當事者之利益而為之者也。故雖因非常上告。而破壞確定判決時。其破壞亦非有利於當事者也。換言之。因免前判決之執行。當事者不能援用非常上告之判決。以上所述法國曾設非常上告之制度。其立法之趣旨。在欲因此而統一法律之適用。故若己為法律違背之裁判。常許為非常上告也。然日本刑事訴訟法。關於此點。與法國法大異其主義。而認為被告人之利益之非常上告。即非常上告成立。而原確定判決被破壞時。其破壞之效力。當對被告人而生者也。今基於日本刑事訴訟法。下非常上告之定義如左。

非常上告者。攻擊對於法律所不罰之所為。即法律上應為無罪之所為。而言渡刑。或雖為法律上應罰之所為。對之言渡較重於

相當刑之刑之第一審或第二審之判決。以不爲上告之目的已  
確定者之方法也。刑訴第二一九一條。

以下依此定義說明非常上告成立之要件。

一 要對第一審第二審之判決。無上訴而確定者。故於對第二  
審之判決而爲上告者以其上告爲無理由而被棄却時。對此確  
定判決。不許非常上告。以上告爲不合法而被棄却時。雖不妨爲  
非常上告而上告。既成立後。縱令就應爲非常上告之理由之點。  
不受裁判亦不能爲非常上告。此點不免受立法上之批難。蓋上  
告裁判所審理之範圍。限於對第二審判決爲主張上告之理由  
者。雖有他之如何不法。而既不以上告之理由。則無破毀第二  
審之判決。故雖法律所不罰之所爲。曾爲第二審之判決所罰對  
之而上告者。亦不主張右之理由。有因主張他之理由而被棄却

者也。右之情事。而不許非常上告者。其於設非常上告制度之法  
律精神。可謂不能貫徹也。

二 要對於法律不罰之所爲。而言渡刑或言渡較重於相當刑之  
刑時者。茲所謂重刑者。非獨謂主刑而已。譬如不當言渡附加  
刑者。不顧而言渡之。實可謂爲言渡重刑者也。又如確定判決。不  
大問第一審之確定。與第二審之確定。確定私書偽造行使之事實  
於此適用官文書偽造行使之刑。更酌量情狀而言渡輕罪之刑  
時。亦對此判決而許爲非常上告。蓋若無擬律之錯誤。則更當適  
用輕刑也。

三 要被告人之生存。訴訟以當事者之存在爲必要。故若被告  
人死亡。則將爲非常上告。而闕其生存者也。從訴訟上之原理考  
之。訴訟當事者雙方或一方不存在時。則訴訟無由而成立。再審

時當事者雖死亡亦許爲再審之申立詳說如後。雖然於此當注意者。特赦或刑之期滿免除。時效不妨非常上告之成立。蓋被告人因特赦或時效。而免受刑之執行。然依確定判決所科之罰。以不法毀損名譽者。故須開其回復之途。且依非常上告。有無罪之言渡時。因之被告於後日犯罪時。得免應受再犯加重之言渡不利益也。

次下當述非常上告之權利者。從純理而言。被告人無罪而被科刑。或被科較重於相當刑之刑。故似當與以爲非常上告之權利。然日本刑事訴訟法。對被告人。不附與以此權利。蓋恐被告人不顧公益而濫用此權利也。徵諸現今之實驗。再審之訴以提起之之權利。付與被告人。常有濫用之弊。最近一年間。再審訴之數。壹百餘件中。其有理由而可採用者。不過一件

而已。由是以觀。現今社會之狀態。謂不與被告人以斯權利者。豈過語哉。現行刑事訴訟法。非常上告。司法大臣。有以此命于檢事之權。對確定判決。應受上告之裁判所檢事。有爲此之權。非常上告之相手方。爲受刑言渡之被告人。而此際之相手方。與通常訴訟之相手方。大異其性質。即於通常之訴訟。雙方當事者之利益。互爲相反者也。然於非常上告之際。雙方當事者之利益。常爲一致。蓋檢事爲被告人之利益。爲非常上告。被告人爲自己之利益。爲其相手方者也。故被告人不得陳述反對非常上告人之陳述之意見。

日本刑事訴訟法。以非常上告。爲一種之上告。雖揭于上告之章下。於理論上。則上告爲攻擊未確定之裁判之方法。非常上告。爲攻擊

確定判決之方法。則兩者全異其性質。然其審理於現行法之下。一切從關於上告手續上之規定。而為之者。當經口頭辯論也。但被告人自不得為口頭辯論。上告裁判所以非常上告為有理由時。則破毀原判決。而自為終局的之裁判。即言渡無罪或免訴。或言渡較輕於原判決。確定相當之刑也。若又以非常上告為無理由。時則當棄却之。

常審判之第二節 再審

再審者。謂更審理經確定判決之事件也。而再審之訴者。謂求再審之申立之形式也。

判決之確定力。苟不尊重之。則不能保國家之安寧。然亦有消滅公益上誤謬著大之裁判之必要。再審制度。為其方法之一。

在羅馬法過尊確定判決之效力。不許再審之訴。然如斯之法律制度。決不適于社會之實情。蓋人之所判。不能保無誤謬者。裁判官亦人耳。即安免無為誤判。若不察有顯著誤謬之事實。認定。不設救濟無辜之途。則此實非助社會之進運者。亦此非文明國所可採之制度也。故方今世界之文明國。雖其程度上。或略有差異。而無不認此再審之制度也。

再審之制度。於其基本之點。有二個。一、僅為被告人之利益。所設之再審制度。二、不僅為被告人之利益。許之者。為被告人之不利。益。亦認之之制度也。法蘭西及日本刑事訴訟法。屬諸前者。獨逸法屬諸後者。略述德法兩國之再審原因如左。

甲 法國刑事訴訟法再審之原因

法蘭西法。再審之原因。僅認有三個之場合。



(一)以犯殺人罪而罰被告人時。提出足認被害者其後生存之書類時。

(二)犯輕罪或重罪。有以被告人處刑之判決後。就同一之事實。有以他之被告人處刑之判決。右二判決之抵觸。悉認為一方之冤罪時。為其雙方之被告人。許再審。

(三)有以被告人處刑之判決後。其事件之證人。以陷害被告人而處偽證之刑時。

以上為法國法再審之原因。與日本刑事訴訟法第三百一條第一號第二號第四號之場合相當。但較日本刑事訴訟法則法國法之規定。適用之範圍稍狹。即就第一場合而言。被害者既於犯罪前死亡。而有確證之場合。日本刑事訴訟法。以為再審之原因。法國法不認之。又就第四號而言。僅規定以偽證之方法為陷害

之場合。不含有其他之方法。而為陷害之場合也。

乙 德意志法之再審原因。如前所述。德意志有為被告利益

之再審。與為被告人不利益之再審之二者。

(A)為被告人利益之再審原因。此為德意志刑事訴訟法第

三百九十九條所定者。

一 為被告人之不利益。提出公判辯論之書類。有偽造或

變造時。

二 為宣誓之證人或鑑定人。因故意或不注意。而為不利

於被告人之供述。證人或以述其意見。鑑定人而犯違背

宣誓之罪時。

三 判事陪審或區吏 (Stiften, oehwin) 就所于與刑事事件。

犯職務上之義務。違背罪時。但被告之所為。誘引其義務

違背罪者時。不在此限。

四 爲刑事判決之基本之民事判決。依所確定之他之民事判決而被廢棄時。

五 由被告人提出之新事實。或新證據方法。或單獨。或與他之既提出之證據方法相俟。而證被告人之無罪時。或證明處較輕于既處之輕刑之事實而即足時。

右第一之原因。與日本刑事訴訟法第三百一條第五號相當。第二第三。則與日本刑事訴訟法三百一條第四號合致。第四又與日本刑事訴訟法同條第六號相照應。至於第五之原因。則日本刑事訴訟法之所不認。依諸般之證據證明無罪。以訂正誤謬之判決。純理上雖無不可。而如右之廣汎規定。實際有適用之困難。反不免生以有罪者爲無罪之弊。此日本刑事訴訟法之所不採。

者也。

就獨逸法第三百九十九條第五號之原因。亦有防其濫用之一

關制限。即於區裁判所 (Bezirksgerichte) 所裁判之事件。非前審之際。

其被告人不得知之事實。或不得知之證據方法。或雖知之。以非過

卅失而不得提出之新事實。或新證據方法。則不許之提出也。

(B) 爲被告人之不利益之再審之原因。獨逸刑事訴訟法第四〇

二條。其意旨。在於保護被告人之利益。而免其受不當之輕刑時。

請求之。以爲被告人之利益。提出辯論之書類。偽造或變造。而爲之

者。或被告人受言渡無罪或不當之輕刑時。

二 爲宣誓之證人或鑑定人。因故意或過失。陳述利益于被

告人之供述。或意見。而犯宣誓違背之罪時。

三 背判事陪審或區吏。就其所于與之事件。犯職務上義務違



訴者。受其訴之上告裁判所調查果有法律所揭之再審原因與否也。若認其有原因時。則以判決而破毀原確定判決。此爲第一之手續。然以僅此破毀之裁判。唯其事件復于無判決以前之程度者。尙未至於著落也。從而被告人。只可謂爲未決囚之狀態者。故其後可更就當該事件。行新事實上之審理。以下判決。此爲第二之手續。從第一之手續下。破毀裁判之裁判所使移送于他之裁判而爲之。

第二款 當爲再審目的之裁判及再審之要件

甲 當爲再審目的之裁判

當爲再審目的之裁判者。認定犯罪事實。言渡重罪輕罪之刑通常裁判所之確定判決也。

於茲所謂言渡刑之判決者。包含其判決自體。雖不言渡刑。間接生與言渡刑同一之結果者。即刑事訴訟法第二百三十二條所

規定故障棄却之判決是也。蓋對言渡刑之闕席判決。申立故障之時。其故障因不適于法律上之方式。而被棄却者。使闕席判決確定且得執行之。是其故障棄却之判決自體。雖非言渡刑。而使執行言渡刑之闕席判決之結果。由其結果觀察之。與言渡刑無所擇也。

次論通常裁判所之確定判決。則謂日本帝國通常裁判所之確定判決也。又以要爲通常裁判所之判決。而非如軍法會議之裁判。或特許審決者。爲再審之目的也。但軍法會議之判決。如陸軍軍法會議。及海軍軍法會議。乃合刑事訴訟法之再審原因。與非常上告之原因而規定之者。以之爲非常上告之原因。

又爲再審目的之裁判者。要爲言渡刑之裁判。故基于刑法第八十條或同法第三百七十七條等。言渡不論罪之裁判。不爲再審

之目的。據現行大審院判決例對於適用刑法第一百二條。不論被告之罪之判決不得為再審之訴者。然苟言渡重罪或輕罪之刑之通常裁判所。既確定判決以後。判決之誤認。雖不關於犯罪構成之要素。而存在於刑之加重原因之事實。而為再審之目的。又於此當稍注意者。即當為再審原因之原判決事實之誤認。與當為非常上告之原因之原判決法律之誤認之區別是也。例如於此有甲乙二文書。甲為官文書。而乙為私文書。而不察犯人係為私文書之偽造原裁判所因誤認當為法定再審原因之事實。判決為偽造官文書者。雖為再審之原因。反之認定私文書偽造行使之事實。以之成官文書偽造行使罪者。科以刑法二百三條所規定之刑時。其判決為非常上告之目的。而非為再審目的之判決也。又若原判決無事實之誤認。不過有更處輕刑之希望時。為

事實之誤認。而妄處重刑時。亦不能為再審之訴。於右之情形。不過因事實誤認。而為處刑之不當。而犯罪之認定。則未嘗有誤。其不得為非常上告者亦明甚。又被告人死亡之後。由其親族起再審之訴者。要主張死者之無罪。

又對上告審之判決。不許為再審之訴。蓋於上告審非為事實上之審理者。而再審則以訂正事實誤認為目的者也。故其不許之者。本為當然之結果。然於此際。對其所破毀之第二審判決。許為再審。或曰所破毀之判決既已消滅。又云對之許為再審者。甯非誤乎。雖然上告裁判所因擬律之錯誤。而破毀原判決時。由其外形而觀察之。則似破毀原判決之全部。就其內容而觀察之。則因破毀而消滅者。非原判決之全部。至破毀移送之場合。自為別論。

就破毀自判之場合而觀察之上告裁判所因擬律之錯誤而破毀原判決適用刑罰法時存適用此之事實而其事實爲原判決所認定之事實非上告裁判所自爲事實之認定者則關於原判決之事實認定之部分不得謂依上告裁判所之破毀判決而消滅者也換言之上告裁判所破毀自判之判決以於原判決事實上之理由附加上告裁判所法律上之理由而成立者故再審之訴對被破毀之第二審判決而得爲之也。

### 乙 再審之要件

再審訴之適法者要存法律所規定之再審原因以下說明之。

- 一 就殺人之罪雖有刑之言渡而認爲被殺之人有於犯罪後生存或犯罪以前既死去之確證時刑事訴訟法第三百〇一條第一號

以此第一號之原因分析之如天要以爲殺人罪而言渡刑者即包含謀殺、毆打致死、過失殺、監禁致死、因墮胎之婦女之致死、自殺幫助強盜殺人、強姦致死、放火殺人、船舶覆沒殺人及散在其他刑法之各所一切之殺人罪地要有被害者犯罪後生存或犯罪前既死去之確證就此確證無何等之制限故不必要公正證書而果爲確證與否爲上告裁判所之所認定而就此確證無法律上之制限若以其證據方法爲人證之申立時應當如何處分上告裁判所無有訊問證人審查事實之權限此法律之一缺點也故于此場合不得已而使司法警察官或檢察官以事實問證人使作聽取書上告裁判所基之下許爲再審之確證與否之判斷蓋舍此無他道也又於此確證要爲新證據方法故當爲確定判決之際既提出者不入於此中。

蓋若其當時以既顯出之證據爲關於再審原因之證據方法。則使上告裁判所生使超法律裁判所之地位。而爲事實裁判所之結果。故本號所謂確證者。當解爲與於免訴豫審終結決定之確定時許爲再起訴之新證據同義。而由立法上觀之。則于本號之場合亦當用與豫審許爲再起訴時同一之文字。似較爲適當者也。

二 就同一之事件。非共犯而別受刑之言渡者時。分析說明之則須於欲爲再審訴者外就同一事件。有受刑之言渡者。而茲所謂受刑之言渡者。不須實際受刑之言渡。但以受犯罪者之認定斯可矣。地別受刑之言渡者。須非共犯。若爲共犯。則以二個判決不相牴觸。不生再審之原因。人將爲再審申立之確定判決。與應爲再審原因之他判決。各判決要僅

就揭其判決之被告人。認定爲犯罪者。故如於第一之判決。認定被告人甲。明治三十九年一月十日。毆打乙致死於第二之判決。認定被告人丙。同日。毆打乙致死時。即不生再審之理由。何則二人以上之人。非共犯。而於同一之場所。同一之時。毆打一人之被害者。若其各毆打。是以發生被害者死亡原因之事實。則以上所例示之二判決。不爲牴觸也。

雖然爲本號之原因。二個牴觸之之判決。共爲確定判決時。則常爲再審之原因。各判決于同一等之審級。無須確定者。固可不論。且不須對各獨立之起訴。爲各別之判決也。故雖甲判決於第一審確定。乙判決於控訴審確定時。不僅爲再審之原因。而茲於第一審判決爲甲乙共謀。對此判決僅乙爲上訴。第二審裁判所轉判決爲該犯罪僅乙犯之者。若其判決已爲確定。

則甲得爲再審之訴。而有二個牴觸之判決。由甲判決之被告人。起再審之訴時。則僅對起訴之人。當爲再審而非當對乙判決之被告人爲之。蓋甲判決之被告人。再審之申立。非代理乙判決之被告人也。然自實際而觀。對兩判決。雖以開始再審爲便宜。但法律則基訴訟之原則。不告不理之理論。而不許其爲之者也。

三 於有犯罪以前。以所作成之公正證書。證明當時不在其場所時。

分析說明之。則天須被告人於確定判決。不在所認定之場所者。地要被告人於判決犯罪時。不在所認定犯罪場所之場所者。人要以公正證書。證明其爲原因之事實。而所謂公正證書者。官吏公證人其他之官吏。於其權限內。所作製一切文書之

謂也。而此公正證書。要作于其犯罪事實已有以前者。就此第三號之原因。以實例說明之。即犯罪當時被告人既爲他之犯罪。而正在入監。此正在入監之事實。依其入監原因之判決。及其訴訟記錄或監獄之簿冊。而得證明之場合是也。

就此第三號之規定。當注意者。依現今大審院之判決例。則判文不必明記犯罪之時日。然此甚不便利。蓋判文苟無犯罪日時之明記。則至於後日。被告人不能依本號。而爲再審之訴也。

四 因陷害被告人之罪。有受刑之言渡者時。

茲所謂陷害被告人之罪者。謂僞證罪或爲詐僞之鑑定。或通譯之罪。又或僞證或詐僞之鑑定。通譯之致唆罪等是也。如刑法第二八六條以下所規定裁判官檢察官警察官因陷害被告人之罪。受刑之言渡時。亦生再審之原因。而茲刑之言渡云者。當



解為與說明于第二號之場合者同。但有犯陷害罪者。而其人未受判決。或於判決確定以前死亡。或對此犯罪之時效成就者。不生再審之原因。

五 以公正證書證明訴訟記錄有偽造或錯誤時。

茲所謂訴訟記錄者。謂為判決基本之訴訟記錄也。故判決書之有偽造或錯誤。亦不生再審之原因。為本號之原因者。一。要為判決基礎之記錄。有錯誤或偽造。但其所記載反夫真實者。不包含之。即證人之陳述。反乎真實。而為記載者。不可云記錄之錯誤。其陳述與記載相齟齬者。乃可云記錄之錯誤也。又偽造云者。與刑法上文書偽造同。文書之變造。亦包含之。二。要記錄之錯誤或偽造。可影響於以確定判決。而認定之犯罪事實之有無。或罪狀之輕重者。故如犯罪之當時。為未成年。為被告

人有二十歲以上之戶籍謄本。裁判所不為宥恕減輕時。得依本號。而起再審之訴。又為前科調書有錯誤。若適用刑法第九十二條。則得證明無前科。而起再審之訴。雖然關於訴訟手續記錄之錯誤。不為再審之原因。此大審院判決例之所認也。茲有最近所生之實例。即闕席判決確定之場合。被告人以其送達證書有所錯誤為原因。而起再審之訴是也。但大審院以送達證書者。不過證明使確定判決之原因送達之事實而已。關於罪之有無。則無何等之證據力。故送達證書之錯誤。非可認為再審之原因。而再審之訴。在所當斥也。然就立法論而言。則不無可深究者。三。要以訴訟記錄以外之公正證書。證明記錄之偽造或錯誤。

六 為判決憑據之民事上判決。以為他確定之判決。而被破

毀或廢棄時。

依民事訴訟法稱上告裁判所取消第二審判決而謂之破毀控訴裁判所取消第一審判決有云廢棄與云變更之區別。民事訴訟法雖認有破毀廢棄變更之三者。刑訴法第三百一條第六號則無此變更之文字。以廢棄之文字解作包含民訴法變更之文字。是爲至當。而本號應爲再審目的之刑事判決根基之民事判決。以僅揭依他之民事判決而被取消之場合。而爲判決基礎之刑事判決。依他之刑事判決而被取消時。不包含之。又爲刑事判決之根據特別裁判所之判決。即特許局之審決軍法會議之裁判等。被取消時。亦不包含之。然此點不得謂爲法之不備。如依現行特許法。則得主張或特許無效之訴者。必以爲侵害他人之特許權。而依特許法被罰之被告人主

張其被侵害之特許權無效之訴。得使取消特許權也。然不拘於有此取消。而以自己先侵害之判決受罰時。不得求再審者。真可謂爲法之不備也。

以上爲再審之原因。而現行法文規定是等再審之原因。有種種之缺點。例如犯人之人違雖屬顯著。而非與刑事訴訟法第三百一條第一號至第三號相當者。則不許再審之訴。又如不拘無起訴而罰犯人之場合。雖云不過違反訴訟上之手續。實則違反訴訟法上之大原則。如不許再審及所云處罰條件告。訴狀之偽造非再審之原因。皆是也。但此最後之場合。事實上罕見之。

民事訴訟法分再審之原因爲二。即其第四百六十八條規定以取消之訴求再審之原因。第四百六十九條規定以原狀回

復之訴。求再審之原因。是也。以取消之訴而爲者。即以訴訟手續上之違法爲原因之再審。民事訴訟法。既認訴訟手續之違法。爲再審之原因。而刑事訴訟法。規定與被告人身體財產有重大關係之訴訟手續不認之。實立法之不備也。況刑事訴訟法再審之原因。係與民事訴訟法以原狀回復之訴求再審之原因相應者。不認民訴第四百六十九條第二號第七號之原因。亦法之缺點也。

第三款 再審之權利者  
再審之手續不在裁判所之以職權而爲者。乃因有其權利者。由權利者爲適法之申立。而方開始者也。所謂權利者如左。

第一 爲刑之言渡之裁判所檢察事  
茲所謂爲刑之言渡之裁判所檢察事者。依各場合而異者也。(一)

成年者之外國人。取得我國籍。而依我國法尙當爲未成年者。則如何。此在法律雖無特別之規定。而自學理上解決之。亦顧不難。即關於能力無既得權。故苟依我國法而爲未成年者時。即當視爲無能力者。唯在其舊國籍之下。視爲成年者。而既經完了之法律行爲。已發生既得權。故不因其後之無能力而損益之耳。

### 第二節 禁治產及準禁治產

本節併基于精神喪失之無能力。即禁治產。與基于精神發達不完全之無能力。即準禁治產。而說明之。民法第七條至第一三條參照。茲所謂禁治產者。乃民法上之禁治產。非刑法上之禁治產。此事當於後說明。抑各國之規定。就於精神喪失或其發達不完全者。如何制限其能力。區區不一。即我民法第七條。就于心神喪失在於常況者。裁判所得宣告禁治產。禁治產者。係無能力者。而其法律行爲得

以取消。又民法第十一條以下。就于心神耗弱者。聾者。啞者。盲者及浪費者爲準。禁止治產。關於第十二條所列舉之行為。若無保佐人之同意時。得取消之。若在獨逸民法第六條。則不設此區別。且以精神病者。精神耗弱者。浪費者。及因飲酒之慣行。而無管理財產之能力。有使自已或其家族陷于困窮之危險。或有害他人安甯之恐者。得付之禁止治產。因精神病之禁止治產者。爲全無能力者。其行爲爲無效。至其他之禁止治產者。與七歲以上之未成年者。同爲能力被制限者。其行爲可得取消。獨逸民法第六條第一一四條及第一一五條。又在法國民法第四百八十九條。以精神病者。白痴者。與未成年者。同爲無能力者。其行爲得以取消。就于精神耗弱者。則制限一部分之能力。而附以保佐人。伊太利民法第三百二十四條以下。亦有同一之規定。其他。白耳義。荷蘭等。亦與此略同。至於西班牙民法。以精神

病者。及瘖啞者。白痴者。浪費者等。得宣告禁止治產。不認禁止治產及準禁止治產之區別。奧太利。匈牙利亦然。英國就于精神病者。白痴者。依精神病者監督官之決定。得剝奪其行爲能力。以其行爲爲無效。反之。就于浪費者。無制限。其行爲能力。如前。如是關於禁止治產及準禁止治產之原因。及効力。各國之法律。異其規定。且就于禁止治產。不論在於何國。皆須裁判所及其他官廳之宣告。此制度乃出於保護個人之利益。且同時維持社會之公益。故就于外國人。國家得宣告禁止治產與否之問題。隨而發生。故於此分爲三項。第一說明國家對於在留外國人。得宣告禁止治產與否。即說明管轄權。第二說明可得宣告禁止治產者。其原因當依何國之法律而決定之。第三說明已宣告禁止治產之場合。其効力當依何國之法律而定之。是已。

以上三個問題。國際私法學者。皆課研究之。以冀各國立法之統一。千八百九十二年以來。國際法協會。屢次討論此問題。遂於千八百九十五年。在英國肯不歷特會議而決定之。我國法例之規定。亦以此決議為重要之材料焉。

#### 第一項 禁治產之管轄權

禁治產之制度。保護其本人之利益。併保護第三者之利益。且因維持社會安甯之必要而起。即所謂關於國際公法之規定。故無論在於何國。苟有當為禁治產之狀況者發生之時。必無不由行政處分。假設保護監督之之途者。唯此假處分。得更進而宣告禁治產剝奪其能力與否。則學說及立法例。非必一致。或主張僅其所屬之本國。有宣告禁治產之管轄權。或謂不僅其本國。即其居住國亦有此管轄權。在國際法協會以議場之多數。採專屬本國管轄權主義。而他

國官廳。對於外國人。無宣告禁治產之管轄權。同決議第二條。然限於本國官廳。若因事情而不得為禁治產之宣告時。則例外。以外國人之居住地國之官廳。得為禁治產之宣告。同第四條。是第四條明認本國專管主義。到底不能絕對的適用者也。

元來禁治產之宣告。係剝奪人之能力。或依場合而有束縛監禁其身體自由之效力。夫有如此人事上重大之效力。固不可不屬於其本國之管轄權。然以禁治產係關於社會公安之制度。而外國人亦須與內國人同一服從居住國之管轄權也。況以外國人居住於我國。而其本國官廳。或有不能確知其果係精神喪失者與否。且其本國領事。住在我國。非有特別之條約。不得在我國剝奪其國民能力。而宣告禁治產。故一方因保護外國人之利益。同時而他方因保護我國之公益。對於居住我國之外國人。不可不認我國裁判所有宣

告禁治產之管轄權。此我法例第四條所以認本國之管轄權。同時又認爲其居住國之我國之管轄權。即如各國之實例。亦概與我法例略相同已。

第二項不禁止治產之原因。外國人居住地之裁判所。對於外國人有禁止治產之管轄權時。當依孰之法律而定其禁止治產之原因。即當依禁止治產者之本國法乎。抑當依爲宣告之法廷地之法律乎。關於此問題。亦有絕對的本國法主義與絕對的法廷地法主義之二說。在國際法協會。僅以二票之多數。即對於十二之十四採本國法主義。非有本國法所認之原因。不得宣告禁止治產。同會議第七條第三項。然其少數說採法廷地法主義。謂外國人居住地之裁判所。既有禁止治產管轄權。乃於本國法主義認一大例外。斯不得不認裁判所得就於自國法規定之原

因而爲禁止治產之宣告。且此管轄官廳。概係下級裁判官。則欲使該裁判官。負當知其本國法律之義務。恐有所不能。故因實際上之必要。不可不認依于法廷地法也。蓋使依本國法主義。則裁判所偶有內國法律所不認之原因。尙須對於外國人宣告禁止治產。而剝奪其能力。得不免有反裁判所所在地之公益之結果。此爲絕對的本國法主義之一大缺點。故雖本國法所認之原因。苟爲自國法律所不認者。即不得宣告禁止治產也。

然法廷地法主義。亦有缺點。如獨逸民法施行法第八條。就于在獨逸有住所或居所之外國人。得依獨逸法律。爲禁止治產之宣告。縱使其在本國不認與此同一之原因。而居住地之裁判所。仍得宣告禁止治產。而剝奪其能力。是湮沒所以認人之能力。依於本國法之原則之精神也。此實法廷地法主義之缺點。所以不能絕對的依此主義。

故我法例第四條折衷此兩主義。以本國法爲原則。而以法廷地法制限之。如當宣告禁治產之原因。原則上雖依其本國法。而苟爲法廷地法之我國法律所不認者。縱爲本國法所認之原因。亦不得宣告禁治產。是法例第八條第一項。規定禁治產之原因。依于禁治產者之本國法云云。似採用絕對的本國法主義。未爲得當。而不可不解釋爲歸著與第二項同一者。換言之。即當解釋與全無以上數語相同也。至於宣告禁治產之手續。與一般之訴訟手續同。當依於法廷地法。此則學說及立法例所共一致者也。人事訴訟手續法第三章參照。

### 第三項 宣告禁治產之效力

宣告禁治產之效力。當依執之法律而定之乎。關於禁治產之效力。或付于後見裁判所之監督。而以其行爲爲無效者。或第付於後見

而以其行爲爲可取消者。或僅附以保佐人者。如此各國法律所規定之效力不同。故當依執之法律而定禁治產之效力。不可不決定之也。關於此點。亦有採絕對的本國法主義者。與採法廷地法主義者。我法例以宣告禁治產之效力。當依爲宣告之國之法律而定之。係採絕對的法廷地法主義。是既得爲禁治產之宣告者。斯其宣告之效力。就裁判之效力。使非依宣告國之法律。將一國裁判所宣告之禁治產。從其本國法如何而有種種之效力。或視爲全無能力者。而以其行爲爲無效。或唯制限能力。而僅以其行爲爲可取消者。如此結果。得無妨害內國取引安全之弊歟。

當終就於刑事上之禁治產。有當一言者。以法例之禁治產。乃民法上之禁治產。而非刑事上之禁治產者。既述如前矣。然則刑事上禁治產。有當依如何原因而被支配之問題。夫刑事上之禁治產。非出

于保護其本人之必要。甯爲因於完全執行其刑所科之附加刑。故刑罰之效力。限於宣告國之領域內。而其效力非可及于他國者。依此原則。斯外國人在其本國或外國。因刑罰之結果所受之無能力。在我國無認之之必要。同時而外國人在於我國。當於如何場合始付於刑事上禁治產。須一依我刑法之規定。而無庸顧其本國法之如何也。

### 第三節 失踪

人之生存。爲一之事實。而其終滅期之死亡。亦爲一之事實。斯人之死亡。蓋無有不認其事實者。故關於消滅人格自然的原因之死亡。在國際私法上。無須何等之法。則然現今各國法律。認有失踪。人之既死亡與否。不明時。有宣告爲死亡者。使與自然之死亡。生同一之效果者。有僅爲不在之宣告者。又有不認此宣告者。故關於生死不

明者之生存。有解釋各國法律。牴觸之必要。茲先以各國所行立法例。簡單比較。得分爲三種。

第一 法國法系諸國 在此法系諸國。就於人之生死不明者。僅爲不在之宣告。而不認死亡之推定也。例如法國之失踪制度。區別爲三期。第一期。豫定不在者。尙係生存。而務因不在者之利益。而管理財產。第二期。即不在者。尙四年間。生死不明時。或不在者。置有財產。管理人時。經過十年之後。尙係生死不明之時。始爲不在之宣告。於此時期。若不在者。死亡與否。爲未定。則管理其財產。而保護不在者之利益。同時使其承繼人。即推定相續人。假占有其財產也。其後經過三十年。爲第三期。失踪者之推測漸強。始以相續人之假占有。爲確定占有。使相續其財產也。但於此場合。尙未有推定不在者。死亡之效力。故其結果。如不在者之配偶者。尙



不得爲離婚之請求。或爲再婚也。白耳義伊太利西班牙。皆採此主義。唯其期間略有差異已。

第二 獨逸法系諸國。在此法系諸國。人於一定期間若爲生死不明時。裁判所因申立而宣告爲死亡者。此死亡之宣告。與實際之死亡。有同一之效力。相續因之開始。親族關係因之消滅。而其配偶者當然得爲再婚。又證明失踪者之死亡。而得權利免義務者。悉得依此宣告而證明之。獨逸。奧。太利。荷蘭。及我民法。皆採此主義。特關於其年限及推定之效果。略有不同耳。

第三 英國法系諸國。在於英美諸國。與大陸稍異其趣。裁判所於不在者七年間。生死不明時。使推定相續人。取得相續財產之利益。即僅與以用益權。至其後六年。自始爲十三年。相續人取得其動產。再後六年。始取得不動產。又在於蘇格蘭。則短縮此年限。

不在者生死不明。及於七年時。推定相續人。依裁判所之公示方法。而基於生存制限之推定條例。相續一切財產。然在英國法律。不問在如何場合。悉不爲死亡之推定。故欲爲離婚之請求。或請求生命保險之利益者。自當以積極的證明不在者之死亡也。

依各國法律。關於失踪之制度不同。而如此之牴觸。當以如何解決。今區別左之三項而說明之。即第一。宣告失踪之管轄權。第二。宣告失踪之條件及效力。第三。在外國宣告之失踪之效力。是也。

#### 第一項 宣告失踪之管轄權

失踪者。乃對人之果否死亡。尙不明者。而推定死亡。使之喪失人格。有如此重大之結果。故不可不屬於其本國之管轄權也。明矣。且國家有保護其在于外國之臣民之權利。臣民有終身間服從其本國之義務。故使一國漫然推定他國臣民爲死亡者。若其尙係生存時。

匪特害一個人之權利，且不免侵害本國主權之結果。故宣告失踪之管轄權，以爲屬於失踪者之本國裁判所。蓋爲正當者也。我法例對於日本人之失踪之宣告，並無規定爲唯日本裁判所管轄之之明文。論者或以獨逸民法施行法第九條第一項，特規定云：失踪者於失踪開始之當時爲獨逸人時，在獨逸國得從獨逸法爲死亡之宣告。而在我法例不設如此規定，爲一缺點。設日本人之失踪者，有外國國籍時，將不能爲失踪之宣告矣。然此實爲誤解。何則？若其有外國國籍，既已明瞭，則對之無失踪之問題也。是宣告失踪之必要場合，唯其失踪當初爲我臣民者，生死尙不分明之場合耳。而於此場合，我國裁判所有失踪之管轄權，無須特別之明文。所以我法例第六條，唯規定對於外國人得爲失踪宣告之特別場合者也。

如上所述，失踪之宣告原則上當屬於本國之管轄權。然宣告失踪之目的，與其爲保護失踪者之利益，甯以爲保護第三者之利益。蓋爲因失踪者之生死不明，而法律關係之不確定者，使之不至繼續乃出於國家經濟上之必要。公益上之規定，故限於牴觸此目的者，不得不對於本國管轄權之原則而認有例外。法例第六條，即基於必要之規定。而對於失踪前，在我國有住所或居所之外國人，於左之二個場合，爲例外。而在我國對於外國人得爲失踪之宣告者：

第一 在日本之財產。外國人在日本有財產時，若其生死不明，我國得爲失踪之宣告。何則？於我國所在之財產，其不確定之狀態，欲使之確定，有宣告失踪之必要。非可因其所有者之爲內國人，或外國人而差異也。故於此場合，外國人之在其本國果有失踪之制度與否，又其本國既對之而宣告失踪與否，皆不暇問。苟

既在我國而其生死不明時，常當爲失踪之宣告。法例第六條即謂得爲失踪之宣告，故似其宣告與否，尙爲裁判所之自由。抑知此得之文字，其對於裁判官，乃與所謂「不得不爲」之文字同，而苟從我國法律，具備當爲失踪宣告之要件時，常當爲失踪之宣告者也。

第二 當依日本法律之法律關係。外國人苟爲當依日本法律所支配之法律關係之當事者，而其生死不明時，我國裁判所依與前所述同一理由，須爲該外國人之失踪宣告。茲所謂當依日本法律之法律關係者，謂依法例之規定而當依我國法律之場合也。例如關於在我國之生命保險契約，欲以證明外國人之死亡而請求保險金額者，以證明其自然之死亡，或我國裁判所所宣告之失踪足矣。且於此場合，不許以他國所宣告之失踪證明。

其死亡也。

### 第二項 宣告失踪之條件及效力

宣告失踪之條件及效力，須依法廷地法，即爲宣告之地之法律。就于此點，在法伊有主張爲原則上當依本國法者，然於此場合，不得認本國法主義。何則？對於外國人之失踪宣告，原不拘其本國有失踪之制度與否，及其本國爲失踪之宣告與否，而乃因例外在我國有宣告之必要場合，故宣告失踪之效力，不可不依我國之法律。蓋在於我國失踪之宣告，即爲死亡之推定，而一切之法律關係，有與死亡同一之結果，但使其在本國，或於數十年後始生斯效果者，或不認死亡之推定者，故在我國所宣告之失踪，苟非認爲有我民法所規定之效力，則在我國將無以宣告失踪爲必要之理由。此宣告失踪之效力，所以當依宣告地之法律也。是以我國苟對於外國人

而宣告失踪時。縱令在其本國。無失踪之制度或不以我國之宣告失踪爲相續開始之原因。而在於我國。仍以宣告失踪之結果。而開始該外國人之相續也。尙關於此點。當就後章法例第二十五條之說明而參照焉。

### 第三項 在外國宣告之失踪之效力

外國人在其本國。因在其本國之財產。或當依其本國法之法律關係而宣告失踪時。在我國亦當然認之否乎。此問題雖有否定之者。然以死亡之推定。即與自然之死亡同。苟在其本國。既推定死亡者。斯無論何國皆當認之。唯所當注意者。即在外國被宣告失踪者。苟其現在生存于我國時。我國不得對之而推定死亡。是也。

關於失踪尙有一問題。即如在于我國認宣告外國人之失踪。而與此同一之場合。在外國對於我國臣民而宣告失踪。我國法律上當

認之否乎。此於獨逸民法施行法。亦往往發生問題。而彼獨逸學者中。雖或有以爲不可不認之者。然多數學者。則多以爲不得認之。其所爲理由者。謂對於內國人。唯內國裁判所得爲失踪之宣告。故外國裁判所。對於內國人。而有二重宣告失踪之管轄權。非所可認也。或更付以他之理由曰。我法例第六條。於或之場合。認爲外國人之失踪宣告。係爲內國法律之利益而設。不得因外國法律之利益而準用之也。

以我法例第六條之解釋。外國裁判所。對於我國臣民得爲失踪之宣告否乎。余謂。苟備法例第六條所豫定之條件時。當認外國裁判所對於我國臣民得爲失踪之宣告者。何則。於此場合之宣告失踪之效力。其於在我國之財產及當依我國法律之法律關係。並不能有何之影響。且對於外國人之裁判管轄權。須以相互承認之也。

#### 第四節 法律行爲之方式

關於法律行爲之方式。依於古來場所支配行爲之原則。而從行爲地之法律。不問何國方式上。莫不認爲有效。然就於各國立法例。而熟察其適用此原則。凡有四主義之區別。

第一爲絕對的行爲地法主義。而以場所支配行爲之原則。爲有絕對的強行的性質者。法律行爲之方式。依行爲地之法律時。爲有效。且不問如何場合。必不可不依行爲地之法律也。此主義係自中世法則類別說時代以來。由所謂混同法發達者。而迄於今日各國所行者也。故或學者稱此原則爲真正國際私法上之慣習法。然其誤謬。徵諸第四主義之說明而顯矣。

第二之主義。以法律行爲之方式。依于行爲地法爲原則。而例外認依於生法律行爲效力之土地之法律。亦爲有效之補則者也。即以

第一主義爲絕對的原則。失之嚴格。而欲有以補之也。

第三之主義。與第二同。以行爲地法爲原則。而唯限于當事者雙方係同國人時。認爲當依其本國法所規定之方式之例外也。伊太利法蘭西之學說及立法例。皆屬此主義。千八百九十四年以來。荷蘭海牙國際私法會議。亦認此主義。

然至於最近。一變古今各國所認之原則。而爲第四之主義。即以法律行爲之方式。非必依于行爲地法。且原則上。寧當依於支配行爲自體之法律者也。唯因實際上之便宜。依行爲地法之方式。亦認爲有效。即一變古來場所支配行爲之原則。而以之爲例外的補則也。獨逸民法施行法第十一條及我法例第八條。即採此主義者。在我法例第八條第一項規定云。法律行爲之方式。依定其效力之法律。即因於此。而法律行爲之方式。原則上當與其行爲自體。準據於同

一之法律。例如遺言。係當依本國法之法律行爲。故其方式亦以依其本國法爲原則。關於不動產之法律行爲。係當依其所在地法。故其方式亦不可不依所在地法是也。

由是一般之法律行爲之方式。以從支配其行爲自體之法律爲正當。使絕對的強行此原則。而當依我國法律之法律行爲。不問如何場合。常不可不依我國法律所規定之方式。如此則我國臣民在於外國將有不得行此法律行爲之不利。如或法律行爲。規定爲須公證人或身分取扱吏之立會之場合。我國民在於無此公吏之外國。而欲爲此種之法律行爲時。常因方式之不具。而至于不得爲之。又雖在於有如此方式之外國。而我國民或因係外國人之故而。被拒絕立會之請求者。或縱令立會。而其作成之公正證書。係當依外國法律之規定而作者。亦非必適合我國法律所要之方式。則彼之

尙迅速之商行爲中。如手形行爲。遂至於不能在外國而爲有效之法律行爲矣。即在於我國之外國人。亦屬同一。如是匪特害當事者之利益。且更延而害內外國民交通之安全。故因除此實際上之不便。使不問在於何國。得以容易爲法律行爲。就於無須強行以上原則之行爲。實於例外以依行爲地法之方式。亦爲方式上有效之爲便宜也。我法例第八十八條第二項。規定云。依行爲地法之方式。不拘前項之規定。亦以之爲有效。即由於此。而所謂場所支配行爲之原則。不過因此便宜上之必要。而認爲例外的補助的原則也。故在有如我法例明文之國。則如彼歐洲各國學者。往往說明此格言爲有強行的性質乎。抑不過有任意的性質乎。而實無可容其喋喋之餘地也。

以上所述。我法例雖以例外認依行爲地法之方式亦爲有效。而就

于或種類之方式。則有不得認此例外。而不可不從本則。依于定法律行爲自體之效力之法律者。法例第八條第二項但書所規定是也。即其法律行爲係爲物權及其他當登記之權利之設定處分。其方式亦不可不依于支配此等法律行爲之法律。即其目的物所在地法之方式也。

此規定之所由來。蓋以法律行爲關於物權之設定或處分。各國多以一定之公示方法爲必要。非充其公示方法。方式上多爲無效。故也。且不特物權而已。即係債權。而依登記與物權有同一效力之權利。其方式亦不可不從所在地法。例如我民法所規定賃借權之設定是也。

茲所謂法律行爲之方式爲如何乎。此問題雖屬於實質法之研究。然概說之。即一定之意思表示。須如何而爲之。例如當依言語而表

示。抑當以特定言語而表示。或當以書面而爲之。抑須以特定書面而爲之。又須公證人及身分取扱吏之立會與否。或須第三者即通常證人之立會與否。關於此等規定。皆關於方式之規定也。

終之尙當一言者。因逃本國法所規定之方式。故至于外國。從其地之方式而爲法律所爲時。方式上爲有效與否之問題。是也。我舊法例。倣白耳羅蘭草案。以此法律行爲係出于法律上之詐欺。而法律不得保護詐欺。故于此場合。依行爲地法之方式爲無效。然現行法例。不認如此制限也。蓋就于或法律行爲。既已認當事者意思之自由。許其依行爲地之方式。則雖因逃內國之方式。而依外國之行爲地法者。然因此一事。竝無以爲無效或禁止之之必要。且我國民之在外國爲法律行爲。果否因逃我國法律之方式。其意思解釋之爭論。實際上頗難證明。而徒增訴訟之煩雜。故與其設此制限。不如就

於必須依從我國法律之方式者。一揭爲強行的規定。而明言關於如此方式。不能依于行爲地法也。

## 第二章 物權編

### 第一節 總論

物權當依其目的物所在地之法律而被支配。近來漸爲學說及立法例一般所同認。然自沿革上言之。認此原則原僅關於不動產。即中世以來。法則類別說之學者。區別動產與不動產。關於不動產之法則。視爲物法。而當依於所在地法。而動產則無一定之場所。與所有者異其所在地。遂有所謂動物從人之格言。關於動產之法則。以之視爲屬人法而處理。且其屬人法。非如今日之本國法。而爲所有者之住所地法。由是不動產依所在地法。動產依所有者之住所地法。此說爲古來一般所行。而現今尙行於奧、伊、瑞、士及英美諸國也。

然沙比尼氏自十九世紀之半頃。主張非可以動產與不動產爲區別者。以不問爲動產爲不動產。皆當一般依于物之所在地法。爾後各國之法學者。亦漸知此區別之無用。遂以所在地法之原則。認爲關於一般物權之原則。即在於立法例。其係近來所制定之法律。漸皆不認動產不動產之區別。而廣爲採用所在地法之原則已。蓋動產不得依所在地法之說。原以動產易得變更其所在地。每於場所之變更。而存于其上之權利。亦依異法律而被支配時。將動產上之權利。至有不完全之弊害。故寧以依所有者住所地法。而支配之爲當也。然此說爲實際所難行。而動產與不動產之區別。各國不一。有甲國以爲動產。而乙國以之爲不動產者。例如蜜蜂之巢。法國民法爲動產。荷蘭民法爲不動產。故一個之物件。果爲動產耶。抑爲不動產耶。僅得依其所在地法而判定之。而非依所有者之住所地



法定之也。又關於動產之爭，概係關於動產所有權之爭，使甲乙異住所地者，互主張所有權時，將依孰之住所地法乎？又使棄住所地者，共有動產時，則當如何實行此主義，又復不明，且住所非必各人所當有者，浸假而不有住所，或有二個以上住所，於此場合，終不能實行此住所地法主義，加之關於動產之權利，多出於公益上之規定，一國所存在之動產，為如何權利，屬於如何之人之所有，皆關係於其國之公益者也。然使就於動產而為取引之場合，不僅知其所在地之法律，且非一一調查其所有者住所地法而究其如何規定所支配，則無由知其動產上之權利性質時，將令動產在於所有者住所地以外，有不能容易取引之弊害。此所以關於動產，亦不得不依物之所在地法之理由，而我法例第十條，所以廣為規定云：關於動產及不動產之物權，依於其目的物之所在地法者，以此也。

抑物權依于所在地法之原則，因為何理由而發生，學說非必一致。中世以來之學者，就于不動產，以為當然之事，而並不究其理由。然沙比尼氏以來，遂探究其理由，而以之視為各人之任意之服從，即以物權非行於其目的物所在地，則不能受最終之保護。此因所有者之所熟知，然仍就於存在外國之物，而取得權利，則當視為自甘任意服從其所在地之法律者。不知物權依于所在地法之原則，乃不拘該當事者之意思如何，即令當事者有不欲服從之時，仍有強行此原則之必要。由此觀之，此原則之理由，因別有在也。

據我輩之所信，即多數學者所說明，此原則乃因一國領土主權之結果，與物權自體之特質所由來者也。何則？凡國家於自國版圖以內，不認他國之行屬物的權力，為國際法上之原則，又物權乃依法律之規定而存在，非當事者所得任意而增減變更之，且物權係以



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

清心丹之劑組織

**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**

含有高尚香氣可以排除口  
熱及惡臭祛痰潤喉聲音為  
最爲適用

**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  
日本東京日本橋區大町八番地  
高木與兵衛  
本舖於日本清韓皆有代售處

數學行中之三角術。及法制經濟科有因時宜而缺者。又各學科每週之時間。亦時有變更。但  
唱計各科一週內授業時間。必不下三十三小時。  
合唱爲隨意科  
歌語。英法德中。擇一教授之。  
第五條 普通科以六十人爲一班而授業。但倫理、歷史、理化學、法制經濟、圖書、  
及體操。普通科有併數班而教授者。且經本大學之銓衡者。得入學於普通科。  
第六條 清國留學生。限于有清國公使館紹介書。且經本大學之銓衡者。得入學於普通科。  
第七條 普通科入學期。每年四月及九月。但學期開始後三個月以內。有缺額。許其臨時入學。  
第八條 清國留學生。該當左記各項中之一者。時有編入上級  
第一條 曾在與本大學普通科。認爲同等或以上公立學校之同一學年者。  
第二條 就其學年之各學科。經編入試驗而合格者。  
第九條 普通科畢業生。得無經試驗。入本大學預科第二學期。或專門部法律科或實業科之第  
第十條 願入於普通科者。須交納入學金貳圓。  
第十一條 普通科教授業科。每月金四圓。  
第十二條 普通科學生。必住本大學附屬之寄宿舍。但以正當事由得本大學之許可者。不在此限。  
第十三條 法政大學試驗規則。自第三條至第八條及第十七條第一項第二項及第十九條規定。  
第十四條 本規程無特別規定之事項。悉依法政大學學則。但關於保證人者。不在此限。  
第十五條 凡欲入本大學者。先送書廣東路函云。美國人對於支那勢  
力之態度。日加險惡。故美國政府。欲使支那勞働者。開鑿巴拿馬地峽事。我政府須斷然拒  
絕之。若美國政府強要之。則我政府。先當迫其改正支那人入國條例。而美國政府。以爲支那勢  
力者。果然拒絕此開鑿地峽之工事。則該事業。到底不能竣工。故於今有講調和策之意。懇云云。

體唱	(一)	(二)	(三)	(四)	(五)	(六)	(七)	(八)	(九)	(十)	(十一)	(十二)	(十三)	(十四)	(十五)	(十六)	(十七)	(十八)	(十九)	(二十)
計																				

明治四十年二月十日印刷  
 明治四十年二月十一日發行

(定價金三拾錢)

代價及郵費價目表	全四冊年	每零冊唐
書價	二七元	三角
日本來申郵費	四二分	一分
運輸已通之地郵費	八四分	二分
內地郵費	一元四分	六分
四川雲南貴州等省郵費	二元八角	二一分
山西甘肅等省郵費	二元八角	二一分
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  
 (郵法三十八年八月十七日第三種郵便物認可)

**版權所有不許複製**

編輯者 吉田左一郎  
 發行所 大日本東京市麹區四紺屋町七番地

印刷者 松田久次郎  
 大日本東京市麩町區富士見町五丁目二番地

印刷所 金子活版所  
 大日本東京市赤坂區新町五丁目四十二番地

發行所

**法政大學**  
 (電話番町百七拾四番)

法政大學御用書肆

大日本東京市神田區一ツ橋通町  
 有斐閣

法政大學御用書肆

大清國上海  
 廣智書局