

ノニ非ス(五三條參照)故ニ公訴ノ判決ニ違法アリトシテ之ヲ破毀スルモ私訴ノ判決ハ破毀セサルコトアリト知ルヘシ實體法ノ適用ニ關シテ裁判ト法律違背トノ連絡ヲ定ムルニ困難ヲ生スルコトナキニ反シ手續法ノ違背ニ在リテハ往々ニシテ難問ノ生スルヲ免レス是ヲ以テ法律ハ常ニ因果ノ連絡アルモノト看做スヘキ場合ヲ定メテ特ニ之ヲ示セリ後ニ説明スルカ如シ(刑訴法第九條)而シテ法律ノ違背ハ原裁判所ニ何等ノ責ムヘキモノナキニ拘ラス生スルコトアリ例ヘハ第二審判決後法律ノ變更廢止アリタル場合又ハ親告罪ニ付キ告訴ノ取下アリタル場合又ハ二箇ノ控訴裁判所ニ於テ各別ニ判決ヲ爲シ此二箇ノ判決ニ對シ上告ノ申立アリタル結果上告裁判所ニ於テ併合罪ノ規定ヲ適用スヘキ場合ノ如シ以上ノ場合ニ於テハ何レモ上告ヲ理由アリトシテ原判決ヲ破毀スヘキモノナルカ故ニ原判決ノ當時ニ於テハ毫モ法律ノ違背ナキモ判決後ニ生シタル原因ノ爲メニ原判決ハ法律違背ト爲ルモノナリ(明治四一年四月九日第七八號刑部省令)ハナレハ原裁判所ニ於テハ何レモ上告ヲ理由アリトシテ原判決ヲ破毀スヘキモノナルカ故ニ原判決ノ當時ニ於テハ毫モ法律ノ違背ナキモ判決後ニ生シタル原因ノ爲メニ原判決ハ法律違背ト爲ルモノナリ(明治四一年四月九日第七八號刑部省令)

被テ是認シ上告棄却ノ判決ヲ爲スナリトスルニ當リテハ似タリ然レトモ雖モ判決當時ノ法律ニ照シテ正當ニ爲クモ現行刑法ノ規定ニ照シテ何等ノ不當ナルモノナラバ破毀スルコトナリ(明治四一年四月九日第七八號刑部省令)ハナレハ原裁判所ニ於テハ何レモ上告ヲ理由アリトシテ原判決ヲ破毀スヘキモノナルカ故ニ原判決ノ當時ニ於テハ毫モ法律ノ違背ナキモ判決後ニ生シタル原因ノ爲メニ原判決ハ法律違背ト爲ルモノナリ(明治四一年四月九日第七八號刑部省令)

實體法ノ違背

四九一 實體法ノ違背トハ刑事訴訟法第二百六十九條第十號ニ所謂擬律ノ錯誤是ナリ刑法ハ勿論其他ノ刑罰法規私訴ニ關シテハ民法商法等私法法規ノ解釋適用ヲ誤リタルトキハ擬律ノ錯誤ト爲ルモノナリ竊盜罪ニ強盜ノ規定ヲ適用シ横領罪ヲ罰スルニ詐欺ノ法條ニ則ルカ如キハ擬律錯誤ノ場合ナレトモ實際ニ於テハ右ノ如キ單純ナル場合ノ生スルコトハ稀有ニシテ多クハ法律上ノ難問ニ屬スルモノナリ時トシテ擬律ノ錯誤アリトセラレ原判決ハ法律ノ正解ヲ爲シタルモノニシテ之ヲ破毀セル上告裁判所ノ判決ニ却テ擬律ノ錯誤アリトスヘキ場合モ亦絶無ニハアラサルヘシ以下重要ナル擬律錯誤ノ場合ヲ例示セン 一、變造證書ハ其變造部分ノミヲ沒收スヘキモノナレハ證書全部ヲ

ト公文書ノ偽造トハ同一罪名ニ非サルニ原院ハ右郵便局長作成貯金受
入記載ノ次行ニ於テ更ニ被害市太郎等カ判示ノ如ク大阪郵便局長作成
名義セテ貯金現在高松縣造罪ノ記載事項タル偽造ナル所爲) 十、特許局ノ無効審
決ナキニ特許ハ當然無効ナリトシ其特許品ヲ偽造シタル所爲ヲ罪ト爲ラスト
スルハ擬律ノ錯誤ナリ(明治三五年同院第二六二號同年條項ノ適用ニ於テ其當
ヲ得サルモノアルモ擬律錯誤ト爲ラサル場合アルニ注意セサルヘカラス條文
其者ノ適用ニ於テ結果ヲ異ニセサル場合はナリ(明治四五年同院第五〇九號同年
決ハ第二九四九條第二四九條第一項第二項規定ハ同一罪質ニシテ同一罪
罪名ニ箇ノ行爲ニテ同時ニ其第二項及ヒ第一項ノ第一項ニ適用スルハ
罪名一箇ノ行爲ニテ同時ニ其第二項及ヒ第一項ノ第一項ニ適用スルハ
二項ノ適用スルモ第二項ノ適用スルモ第一項ノ適用スルモ第一項ノ適用
第一項ノ適用スルモ第二項ノ適用スルモ第一項ノ適用スルモ第一項ノ適用
何第一項ノ適用スルモ第二項ノ適用スルモ第一項ノ適用スルモ第一項ノ適用
項第一項ノ適用スルモ第二項ノ適用スルモ第一項ノ適用スルモ第一項ノ適用
ニテ第一項ノ適用スルモ第二項ノ適用スルモ第一項ノ適用スルモ第一項ノ適用
貨偽造ニ從テ其性質ヲ定メ刑罰ノ輕重ヲ別シテ收テ然ルニ依リ原院カ
シ又ハ供ニ從テ其性質ヲ定メ刑罰ノ輕重ヲ別シテ收テ然ルニ依リ原院カ
ラ組織シタル該物件ハ元來同條ニ從ヒモ没收シ得ヘキモ然ルニ依リ原院カ
ラ組織シタル該物件ハ元來同條ニ從ヒモ没收シ得ヘキモ然ルニ依リ原院カ

手帳法ノ違背
(擬律ノ錯誤)

以テ右見解ト爲スニ足ラス同適用ノ當否ニ影響セサルモノトシテ原院決チ破
二刑事聯合部判決第二四六條第一項第二項ハ同一罪質ニシテ同一罪
規定ニ從テ其性質ヲ定メ刑罰ノ輕重ヲ別シテ收テ然ルニ依リ原院カ
適用スルモ第二項ノ適用スルモ第一項ノ適用スルモ第一項ノ適用
適用スルモ第二項ノ適用スルモ第一項ノ適用スルモ第一項ノ適用
上ハ擬律錯誤ニ非ス(後出四〇號判例參照)判決ト法律違背トノ間ニ實質上連絡ナ
キ場合ト雖モ又違背ノ爲メ結果ヲ異ラシムルニ至ラザリシ場合ト雖モ刑事訴
訟法ハ擬律錯誤アレハ常ニ法律違背ナリトスルカ故ニ苟モ擬律ニ錯誤アリト
スル以上ハ判決ハ必ス破毀セサルヘカラス

四九二 刑事訴訟法第二百六十九條第十號ニ所謂擬律ノ錯誤トハ本來ノ意義
ニ於テハ實體法ノ違背ノミヲ意味スルモノナレトモ右ノ如ク之ヲ狹義ニ解ス
ルトキハ手續上ノ不經濟ヲ醸スヲ以テ現行判例ハ之ヲ廣義ニ解シ左ノ場合ニ
於テハ擬律ノ錯誤アルモノトセリ

甲、第一審判決ヲ取消スヘキ場合ニ控訴ヲ棄却シタルトキ之レ即チ刑事
訴訟法第二百六十一條ノ不當ノ適用ナリ例ヘハ第一審公判始末書ノ無効ナル
ニ拘ラス控訴ヲ棄却シタルカ如キ又ハ事實ノ認定ヲ異ニシ法律ノ適用ニ變更

得サルニ至ルモノナリ(明治二九年第八八八號同一年一月二〇日同院第一刑會
ナキ法廷ハ裁判所ヲ構成セサル不法アリ。同三〇年第三九三號同年六月七日同
院同部判決ニ曰ク原院公判始末書ヲ閱スルニ納村實藏判事列席檢事小宮三保
松裁判所書記納村實藏立會公判ニ由アリテ)審理ニ干與セル判事ト判決言渡ニ
干與セル判事ト異ルモ裁判所構成ノ違法ニモ非ス又訴訟手續ノ違法ニモ非ス
然レトモ審理ニ干與セサル判事カ判決原本ニ署名捺印セハ之レ訴訟手續ノ重
大ナル違法ナリ豫審終結決定又ハ第一審判決ニ干與シタル判事カ第二審ノ審
判ニ干與シタルトキ亦同シ公判ニ辯護人ノ立會ヲ必要トスル重罪事件ニ付キ
其立會ナクシテ爲シタル審判モ亦訴訟手續ノ違背ニシテ裁判所構成上ノ違法
ニ非ス停職、休職、免職、轉任ヲ命セラレタル判事カ審判ニ參與シタルトキハ裁判
所ノ構成ニ於ケル違法アリ判事其人ハ停職、休職等ノ辭令ニ接セサルモ右ノ行
政命令カ官報ニ掲ケラレタル後審判ニ參與セハ裁判所構成ノ違法ヲ生スルヤ
否ヤハ議論ノ岐ルル所ナレトモ右ノ如キ行政命令ハ官報ニ掲ケラレタルトキ
ハ本人ハ之ニ接セサルモ其效力ヲ生ストノ説ヲ正シトス審判ニ干與セサル判
事カ判決書ニ署名捺印シタルトキハ判決ハ違法ニシテ適法ニ構成セラレタル

裁判所ノ下シタルモノト謂フヲ得ス(既出明治三二年第一刑部判決)

二、法律ニ因リ職務ノ執行ヨリ除斥セラレタル判事カ裁判ニ參與シタルト
キ 職務執行ノ除斥原因ハ刑事訴訟第四十條ニ規定スル所ナリ(本論第二編第
二款ヲ參)例ヘハ豫審終結決定ニ對スル抗告ニ對シテ裁判ヲ與ヘタル判事カ第
二審公判ノ審判ニ參與シタルカ如シ判例ニ依レハ右ノ判事カ第二審ノ判決言
渡ノミニ干與スルモ違法ナリトセリ(明治三七年四月三日刑部判決)上告ノ審
判前ニ於テ訴訟關係人カ判事除斥ノ原因アルコトヲ主張シタルモ理由ナシト
シテ棄却セラレ其裁判確定シタル場合ニハ同一ノ理由ニ基キ上告ヲ爲スヲ許
ナス之レ一事不再理ノ理論ニ基クモノナリ故ニ其確定裁判カ下級審ニ於テ成
立シタルトキト雖モ同一ノ理由ヲ上告審ニ於テ主張シ上告裁判所ハ之ヲ相當
ナリト認ムルモ之ヲ採用シテ裁判ヲ爲ス能ハス第二百六十九條第二號後段ニ
ハ特ニ此點ニ付キ明示セリ

三、忌避申請ノ目的物ト爲リ忌避ノ原因アリトノ裁判ヲ受ケタル判事カ裁
判ニ參與シタルトキ 法文ニ裁判トアルカ故ニ解釋上豫審終結決定モ亦其中

ニ包含スルモノト謂ハサルヘカラス然レトモ豫審終結決定ハ其終結決定ト同時ニ確定スルカ故ニ(免訴ノ裁判ニ因リ期間ノ經過又ハ)其結果豫審終結決定ニ存スル前示ノ違法ハ上告ノ理由ト爲ス能ハサルモノトス或ハ曰ク右ノ場合ニハ多ク法律ノ違背ト判決トノ間ニ因果關係アルコトト爲ルカ故ニ右ノ場合ニモ亦上告ノ理由アルヲ通常トスト然レトモ公訴不受理又ハ管轄違ノ原因ト異リ豫審判事カ職權ヲ有セサルコトハ豫審終結決定ノ確定力ノ影響ヲ受ケサル違法ノ原因トシテ法律ニ規定セサルカ故ニ豫審終結決定ニシテ確定セハ忌避ノ原因アリトノ裁判ヲ受ケタル判事カ豫審終結決定ヲ爲シタルコトヲ以テ上告ノ理由ト爲スヘキ法律上ノ根據ヲ缺クモノナリ換言スレハ裁判ニ參與シタル判事カ職權ヲ有セサルコトハ裁判所カ管轄權ヲ有セサル場合ト同視スルヲ得サルモノナレハ右ノ場合ヲ確定判決ノ效力ノ除外例ト爲スニ非サル以上ハ反對説ハ支持スルニ由ナキモノトス

四、裁判所ニ於テ不當ニ管轄ヲ認メ又ハ不當ニ管轄ヲ認メサリシコト 茲ニ所謂管轄ニハ事物及ヒ土地ノ管轄ハ勿論我國ノ裁判權又ヒ通常裁判權ヲモ

包含ス第一審裁判所カ管轄權ヲ有セサルモ第二審裁判所ハ管轄權ヲ有スルコト稀ナラス右ノ場合ニ於テ第一審判決ヲ取消サス且事件ヲ檢事ニ交付セスシテ第二審裁判所カ直チニ判決ヲ爲シタルトキハ右判決ハ破毀セラレヘキモノナレトモ右ノ場合ニハ第二百六十九條第四號ヲ適用スヘキヤ否ヤ曰ク否其適用ナシ何者右ノ場合ハ第二審裁判所カ不當ニ第一審裁判所ノ管轄權ヲ認メタルモノナルニ本條第四號ハ不當ニ其管轄ヲ認メ「ト規定シ第二審裁判所ノ管轄ノミヲ指示シタレハナリ第一審裁判所カ管轄權ヲ有スルニ拘ハラヌ第二審裁判所カ原裁判所ニ管轄權ナキモノトシテ原判決ヲ取消シ本案ノ判決ヲ爲シタル場合モ亦不當ニ管轄ヲ認メサリシ場合ニ該當セス右ノ場合ニハ第二百六十一條ニ違背セル擬律ノ錯誤アルニ止マルモノトス第一審裁判所カ管轄權ヲ有スルニ拘ハラヌ管轄違ノ判決ヲ爲シ第二審裁判所カ右判決ニ對スル控訴ヲ棄却シタルトキハ上告裁判所ハ第二審判決ヲ破毀シ第一審判決ヲ取消シ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘキモノトス

五、不法ニ公訴ヲ受理シ又ハ公訴ヲ受理セサルトキ 第一審ニ於テ不法ニ

公訴ヲ受理シテ本案ノ判決ヲ爲シタル場合及ヒ不法ニ公訴不受理ノ判決ヲ爲シタル場合ニ第二審裁判所カ控訴棄却ノ判決ヲ爲シタルトキ及ヒ第一審裁判所ノ公訴受理若クハ公訴不受理ノ判決ハ適法ナル場合ニ第二審裁判所カ其反對ノ裁判ヲ爲シタルトキハ何レモ刑事訴訟法第二百六十九條第五號ニ該當スルモノナリ茲ニ問題ト爲ルハ公訴權ノ既ニ消滅シタルニ拘ハラズ第一審若クハ第二審ニ於テ本案ノ判決ヲ下シタルトキハ刑事訴訟法第二百六十九條第五號ニ該當スルヤ否ヤ是ナリ消極說ニ曰ク本號前段ハ公訴提起ノ形式ノ不適法ナル場合ヲ謂フモノナレハ公訴權消滅ノ場合ヲ包含セスト積極說ニ曰ク公訴權ノ存在セサルニ提起シタル公訴ハ不適法ト謂ハサルヘカラス故ニ公訴權消滅ノ場合ヲ除外スヘキ謂レナシト本號ハ之ヲ廣義ニ解シ右ノ場合ヲモ包含セシムルハ法律ノ精神ニ適スルモノナリ而シテ現行判例モ亦此見解ヲ取レリ(大元年レ第一九七四號同年一月一五日同院第一刑事部ハ告訴ノ取下ニ因リ公訴權消滅シタルトキハ刑訴法第二三四條ニ依リ免訴ノ言渡ヲ爲スヘキモノト爲シ原判決ヲ破毀シ同院自ラ免訴ノ判決ヲ不法ニ公訴ヲ受理シタル場合トハ例爲スニ當リ同法第二八七條ヲ適用セリ) 不法ニ公訴ヲ受理シタル場合トハ例ヘハ檢事ヨリ豫審ヲ請求シタル事蹟ノ見ルヘキモノナキニ豫審判事カ被告人

手續法ノ違背
(控訴權ノ錯誤ニ
非サル場合)

ニ對シテ公訴ノ提起アリタルモノト誤認シ豫審ヲ終結シ之ヲ公判ニ移シ第一審第二審ニ於テ本案ノ判決ヲ與ヘタルカ如シ(明治二七年刑部第一〇四號同年) 又例ヘハ公訴不受理ノ申立アリテ其理由アルニ拘ハラズ之ヲ却下シタルカ如シ判例ニ依レハ控訴ニ係ラサル部分ニ付キ判決ヲ爲スハ法律ニ背キ公訴ヲ受理シタル不法アリトセリ(明治二八年第一〇一八號同年) 右ノ場合ハ寧ろ請求ヲ請ケサル事件ニ付キ判決ヲ爲シタル場合ニ該當スルモノト謂フヘキナリ 四九四 六、法律ニ定メタル場合ニ於テ檢事ノ意見ヲ聽カサルトキ 之レ公判裁判所ノ審理手續ニ於テ生シタル瑕瑾ヲ謂フモノニシテ例ヘハ第二審ノ公判手續ニ付キ異議ノ申立アリシ場合ニ檢事ノ意見ヲ聽カスシテ裁判ヲ爲シタルカ如シ故ニ保釋ヲ許可スルニ當リ檢事ノ意見ヲ聽カサリシトスルモ以テ上告ノ理由ト爲スヲ得ス又豫審終結決定ヲ爲スニ當リ檢事ノ意見ヲ聽カサリシトスルモ右決定ノ確定スル以上ハ以テ上告ノ理由ト爲スヲ得ス反對說ニ曰ク檢事ノ意見ヲ聽カサリシ豫審終結ハ無効ニシテ無効ノ決定ハ確定スヘキ謂レナキカ故ニ右ノ違法ヲ以テ上告ノ理由ト爲スコトヲ得ト然レトモ實質上無効

ノ原因アリトスルモ豫審終結決定ヲ攻撃スル能ハサルニ於テハ其決定ハ形式上確定力ヲ生スルモノト謂ハサルヘカラス故ニ此說ハ其當ヲ得ス

七、請求ヲ受ケタル事件ニ付キ判決ヲ爲サス又ハ職權ヲ以テ判決スルコトヲ得ヘキ場合ヲ除ク外請求ヲ受ケサル事件ニ付キ判決ヲ爲シタルトキ先ツ本號ト第五號トノ關係ヲ論セン請求ヲ受ケタル事件ニ付キ判決ヲ爲ササルコトト公訴ヲ受理セサルコトトハ區別セサルヘカラス前者ハ消極的の行爲ニシテ後者ハ形式上ノ積極的の行爲ナレハナリ不當ニ公訴ヲ受理シタルコトト請求ヲ請ケサル事件ニ付キ判決ヲ爲シタルコトトノ間ニハ如何ナル差異アルヤ實質的觀察ニ於テハ兩者ノ間ニ差異ナシト雖モ形式的觀察ニ於テハ差異アリ正當ナル公訴不受理ノ申立アリタルニ拘ラス其申立ヲ却下スル判決ヲ下サハ之レ即チ不當ニ公訴ヲ受理シタルモノナリ右ノ場合ニ於テ此中間判決ニ對スル控訴ヲ棄却シタル第二審判決ニ對シテ上告ヲ爲シタルトキハ上告裁判所ハ原判決ヲ破毀シテ公訴不受理ノ判決ヲ爲ササルヘカラス若シ又形式上不當ノ公訴アリテ之ニ對スル不受理ノ申立棄却セラレタルモ之ニ對シテハ控訴及ヒ上告

ノ申立ナクシテ本案ノ判決ヲ下スニ至リ之ニ對シテ上告ヲ申立テ其理由トシテ公訴ヲ受理スヘカラサルコトヲ主張シタルトキハ公訴不受理ノ判決ヲ爲スヘキモノトス原審ニ於テ公訴不受理ノ問題ヲ生セス或ハ生スヘカラサル場合ニ第二審判決カ公訴ノ範圍外ナル犯罪ヲ認定シタルトキハ上告裁判所ハ本條第七號後段ニ依リ原判決ヲ破毀スルニ止ムヘク豫審ニ於テ公訴範圍外ナル事實ニ付キ犯罪ノ證據十分ナリトシテ終結決定ヲ爲シ又ハ第一審ニ於テ不當ニ附帶犯罪ヲ認定シタルニ第二審ニ於テモ以上ノ犯罪ニ對シ本案判決ヲ與ヘタルトキハ公訴不受理ノ判決ヲ爲スヘキモノトス現行法文ハ右ノ如ク解釋スルノ外他ニ道ナク之ヲ要スルニ本條第五號ハ公訴ノ存否ニ付キ特ニ下級審ニ於テ裁判アリシ場合或ハ特ニ形式上公訴ヲ形成セシメタル場合ニ適用アルヘク本條第七號ハ右ノ如キ形式的事實ナクシテ公訴ノ範圍ニ屬スル事項ニ付キ裁判ヲ爲サス或ハ公訴ノ範圍外ナル事項ニ付キ裁判ヲ爲シタル場合ニ適用スヘキモノナリ(私訴ニ適用ナリ)次ニ第七號ノ適用ニ付キ論究センニ請求ヲ受ケタル事件ニ付キ判決ヲ爲サストハ公訴事實ノ全體若クハ第一審ニ於テ審理シタル

附帯犯罪ニ付キ第一審裁判所カ判決ヲ遺脱シ又ハ不當ナル法律上ノ見解ニ基
キ判決ヲ爲ササルヲ謂フ(私訴ニ付テモ)請求ヲ受ケサル事件ニ付キ判決ヲ爲シ
タルトキトハ公訴ノ犯罪以外ナル併合罪ヲ認定シ或ハ第二審ニ於テ第一審ノ
認メサリシ附帯犯ヲ認メテ裁判シタルカ如キヲ謂フ(私訴ニ付テハ附帯犯ノ舊キ
判例ニ依レハ第二審裁判所ニ於テ被告カ未タ第一審ノ判決ヲ經サル罪ヲ處罰
シタルハ請求ヲ受ケサル事件ニ付キ判決ヲ爲シタルモノトセリ)明治二六年刑
日同上七年二月二六(此論定ハ精確ナラス第一審ノ判決ヲ經ス第二審ノ判決シ
タル事件カ公訴ノ範圍内ニ存スルカ又ハ第一審ニ於テ附帯犯トシテ審理シタ
ルモノニシテ第一審裁判所カ特ニ其審理ヲ留存シタルモノナラハ第二審裁判
所カ之ヲ審理スルハ所論ノ如ク請求ヲ受ケサル事件ニ付キ審判シタル不法ア
リト爲スヘキモ第一審ニ於テ之ニ對スル裁判ヲ遺脱セルカ或ハ不當ナル法律
上ノ見解ニ基キ裁判ヲ爲ササリシモノナラハ第二審裁判所ハ之ヲ裁判スヘキ
ハ當然ニシテ第一審判決ナシト雖モ請求ヲ受ケサル事件ナリト謂フヲ得ス以
下判例ト爲レル明確ナル場合ヲ摘記セン 一、主刑ノ點ノミニ付キ判示シ没

收ノ點ニハ毫モ説明ノ及フナクシテ控訴ヲ棄却セル判決ハ請求ヲ請ケタル事
件ニ付キ裁判ヲ爲ササル違法アルモノナリ(明治二八年第一五〇三號同二九年
一月二八日同院第一〇一〇號同九年) 二、控訴ノ申立ナキ部分ニ對シ判決ヲ與ヘタルハ請求ヲ受ケサル事件ニ付キ
判決ヲ爲シタルモノナリ(明治二八年第一〇一〇號同九年) 三、第二審ニ於テ
第一審ノ有罪ト認メタル所爲ヲ無罪トシ其理由ヲ明示シタルニ拘ハラズ判決
主文ニ無罪ノ判決ヲ掲ケサルトキハ訴ヲ受ケタル事件ヲ裁判セサル不法アル
ニ歸ス(明治二九年第二九號同四年) 四、起訴狀又ハ豫審終結決定書ニ揭示
セサル事實ニシテ公訴事實ト罪質上密接ノ關係ヲ有セサル犯罪事實ヲ認定シ
公訴事實ニ付キ裁判ヲ與ヘサルトキ例ヘハ犯人ヲ欺罔シ其罪ヲ免レシムル爲
メ巡查ニ贈賄スルノ必要アリトシテ金圓ヲ交付セシメタリトノ起訴事實ニ對
シ犯人ノ依頼ニ依リ巡查ニ贈賄スヘキ金圓ヲ受領シ内若干圓ヲ巡查ニ提供シ
テ其職務ニ關シ請託シタル事實ヲ認定スルカ如キハ不法ナリ(明治四二年第
一〇三號同四年) 五、被告人ノ控訴及ヒ檢事ノ附帯控訴アリタル場合ニ被告
人ノ控訴ノミニ對シ判決ヲ爲シ檢事ノ附帯控訴ニ對シ判決ヲ爲ササルハ不法

トヲ得ヘキ場合トハ附帯犯ノ場合ヲ云フ即チ第一審ニ於テ附帯犯ノ審判ヲ爲シ第二審ニ於テモ之ヲ認定スルカ如シ申立ヲ竣タスシテ公訴不受理管轄違ノ言渡ヲ爲スハ右ノ場合ニ該ラス即チ右ノ如キ言渡ハ請求ヲ受ケタル事件ニ對スル判決ナリ唯本案ノ判決ニ非サルノミ

手続法ノ違背
（誤謬ニ
非サル場合）

四九五 八、判決ヲ公行ヒス又ハ公開ヲ禁スル言渡ナクシテ辯論ヲ公ニセサルトキ 判決ノ公行トハ判決ノ言渡ヲ公ニスルヲ謂フ安寧秩序又ハ善良ノ風俗ヲ害スル虞アルカ爲メ辯論ノ公開ヲ禁止セル場合ト雖モ判決ノ言渡ハ公行セサルヘカラス（憲法第五九條）故ニ善良ノ風俗ヲ害スル虞アリトシテ判決ノ言渡ヲ密行シタルトキハ破毀ノ理由ヲ生ス又辯論ノ公開禁止ノ決定ヲ爲スモ公開禁止ノ爲メ第二審判決ノ破毀セラルルハ十中八九マテハ公判始末書ノ不備ニ因ルモノニシテ眞實判決ヲ公行セス又辯論公開ノ禁止ヲ言渡サスシテ辯論ヲ密行スルカ如キハ稀有ノモノナリトス辯論ヲ公開シタルコトハ當時公廷ニ入りタル數百名ノ傍聽人ヲ證人トシテ訊問セハ一點ノ疑ナキ明瞭ノ事實トナルヘキ

場合ト雖モ上告裁判所ノ當該判事カ第二審ノ辯論ヲ傍聽セル場合ト雖モ上告審ニ於テハ證人ナル證據方法ヲ認メサルカ故ニ苟モ公判始末書ニ其記載ヲ缺クニ於テハ原審ニ於テハ辯論公開ノ規定ニ背ケル手續上ノ大瑕瑾アルモノトシテ上告裁判所ハ原判決ヲ破毀セサルヘカラス（明治三五年二月八日同院第一刑事部判決）第二審裁判所ニハ右ノ違法ナク第一審裁判所ノ手續ニ右ノ違法アリシトキハ刑事訴訟法第二百六十一條ノ適用ニ關シテ擬律ノ錯誤アル者ト爲ルナリ（明治三九年レ第一二一號同年三月二日同院第一刑事部判決ニ曰ク第一審第一審公判ハ適法ノ手續ニ則リタルモノナルヤ否ヤヲ第一審判決ハ取消スヘキ不合法ノ判決ナルニ原判決ニ違背シタル擬律錯誤ノ判決ナリ）九、裁判ニ理由ノ不備又ハ理由ノ齟齬アルトキ 裁判ニ於ケル理由不備ノ論究ヲ次ニシ先ツ理由ノ齟齬ニ付キ論究センニ所謂理由ノ齟齬トハ同性質ノ理由ノ説明中ニ存スル齟齬ヲ云フモノニシテ換言スレハ事實若クハ法律ノ説明ニ於ケル論法及ヒ論斷ノ齟齬スルヲ謂フモノナリ故ニ 第一、主文ト理由ト抵觸スルカ如キハ理由ノ齟齬ニ非ス例ヘハ罰金ノミヲ科スヘキ法則ヲ適用シナカラ體刑ヲ科

理由ヲ附セストアルヲ謂フモノニシテ裁判ニ全然理由ノ説明ヲ缺ク場合ハ勿論縱令理由ノ説明アルモ犯罪ノ構成要素タルヘキ事實ノ幾分ヲ遺脱シ或ハ證據ヲ列擧スルニ止メ其内容ヲ説明セス或ハ事實ノ幾分ニ對スル證據説明ヲ遺脱スルハ何レモ理由ノ不備ナルモノナリ而シテ理由ノ不備トハ事實證據ノ外法律理由ノ不備ヲモ包含ス例ヘハ詐欺破産行為ヲ封助シタル者又ハ會社ノ業務擔當ノ社員ノ詐欺破産行為ヲ處罰セントスルニハ商法第千五百二十二條及ヒ第千五百條ヲ適用セサルヘカラサルモノナレハ同法第千五百二十二條ノミヲ適用セハ法律理由ノ不備ナルカ如シ(明治三三年第一部判決九五號同三三年一月八日同會社千五百條ノ詐欺破産ノ正犯者ニ錯誤トナルヘキ法條ヲ適用シタルハ業務擔當一八日同院第四〇號刑事部判決)又例ヘハ數箇ノ文書偽造ノ所爲ト詐欺取財ノ所爲トノ輕重ヲ比較シ文書偽造罪ヲ重シト爲ス場合ニ於テ數箇ノ文書偽造行使ノ所爲中一ノ重シト認メタルモノヲ判示セサルトキハ縱令凡テノ文書偽造罪カ詐欺ノ手段タル場合ト雖モ理由ノ不備タルヲ免レサルカ如シ(明治三三年五月二日刑事部判決)以下重要ナル實例ヲ摘記セン

- 一、 明治三五年特許第一七三〇號製造年一賣一月特許七日同院第二刑部判決ニ於テハ其責任アリヤ否ヤ製造販賣人確定スルニ當リ單ニ推定スルヘキモノトナシ
- 二、 同院第五〇號刑事部判決(五月)又例ヘハ數箇ノ文書偽造ノ所爲ト詐欺取財ノ所爲トノ輕重ヲ比較シ文書偽造罪ヲ重シト爲ス場合ニ於テ數箇ノ文書偽造行使ノ所爲中一ノ重シト認メタルモノヲ判示セサルトキハ縱令凡テノ文書偽造罪カ詐欺ノ手段タル場合ト雖モ理由ノ不備タルヲ免レサルカ如シ(明治三三年五月二日刑事部判決)以下重要ナル實例ヲ摘記セン
- 三、 同院第三〇號刑事部判決(五月)又例ヘハ數箇ノ文書偽造ノ所爲ト詐欺取財ノ所爲トノ輕重ヲ比較シ文書偽造罪ヲ重シト爲ス場合ニ於テ數箇ノ文書偽造行使ノ所爲中一ノ重シト認メタルモノヲ判示セサルトキハ縱令凡テノ文書偽造罪カ詐欺ノ手段タル場合ト雖モ理由ノ不備タルヲ免レサルカ如シ(明治三三年五月二日刑事部判決)以下重要ナル實例ヲ摘記セン
- 四、 同院第三〇號刑事部判決(五月)又例ヘハ數箇ノ文書偽造ノ所爲ト詐欺取財ノ所爲トノ輕重ヲ比較シ文書偽造罪ヲ重シト爲ス場合ニ於テ數箇ノ文書偽造行使ノ所爲中一ノ重シト認メタルモノヲ判示セサルトキハ縱令凡テノ文書偽造罪カ詐欺ノ手段タル場合ト雖モ理由ノ不備タルヲ免レサルカ如シ(明治三三年五月二日刑事部判決)以下重要ナル實例ヲ摘記セン

タノ 觀念ヲ全度ニ査スルニ必罪ナル事ノ實關係ハ被告示ニ對シテ盡サリシ
 コトヲ免レサレテ以テ法ナリ
 五、 判決ニ對シテ被告ノ法律上ノ地位ニ對シテ、
 及ヒモ被帶カニ刑依リ執行ヲ免ルコトヲ得キサルヲ以テ新テ原法判決ハ
 否ルモ付起算ハ知示ルコトヲ得キサルヲ以テ新テ原法判決ハ
 六、 明死名義ノ第一書四六〇號ハ其作成一九〇一年一月一日附生
 七、 判決ニ對シテ被告ノ法律上ノ地位ニ對シテ、
 八、 舊明治四年於テハ第九號同一年一月一日附生
 九、 明治八年甲申第一〇三六號同一年一月一日附生
 十、 明治八年甲申第一〇三六號同一年一月一日附生

刑事訴訟法第九條
第二百六十九條
ハ制限的規定
ニ非ラス

私訴判決ノ理由不備ノ場合ヲ舉レハ

九、 明治八年甲申第一〇三六號同一年一月一日附生
 十、 明治八年甲申第一〇三六號同一年一月一日附生

然レトモ法律ヲ適用シタルコト明瞭ナル以上ハ其條文ヲ判文ニ示ササルモ理
 由不備ト云フヲ得ス(明治四年九月九日判決ハ現同四年二月七日同院功一
 ハタテ第六條ノ適用ヲ示シタル趣意自ラ明カナリ)
 四九六 既ニ一言セル如ク刑事訴訟法第二百六十九條ハ各事件ニ於テ法律違
 背ト裁判トノ間ニ實質觀上ノ連絡ナキトキト雖モ苟モ同條所定ノ原因アルト
 キハ原判決ヲ破毀セサルヘカラサル規定ナルヲ以テ其規定ノ性質上上告理由
 ヲ同條ニ制限セルモノニ非サルヤ明カナリ換言セハ同條ハ第二百六十八條ノ

上告ノ理由ト
爲ラサル由ト
及ヒ手続ノ違
法(絕對的ノ違
ト)

適法ノ理由ニ付テハ之ヲ明シテ示スルコトニ依テ現行ニ違フ事項ノ如ク即チ公認ス
ヘキ事項ニ付テハ之ヲ明シテ示スルコトニ依テ現行ニ違フ事項ノ如ク即チ公認ス
關係ニ在テ初メテ上告ノ理由ト爲スルコトハ其關係ナシキ本件被告ノ前科ハ若キモ大赦ニ
關シテモ之ヲ不法ニ足ラサレテ原判決ヲ破毀(判決若クハ公訴手續ニ違法アルモ
スヘキ理由ト爲スニ足ラサレテ原判決ヲ破毀)判決若クハ公訴手續ニ違法アルモ
判決ノ破毀ノ原因ト爲ラサルモノアリ其違法カ判決ノ實質若クハ效力ニ影響
ナキトキ又ハ手續ノ違法ト判決トノ間ニ因果ノ連絡ヲ缺クトキ又ハ之ヲ主張
スル者カ之ヲ主張スヘキ法律上ノ利益ヲ享有セサルトキ之ナリ次ニ說明セン
四九七 上告ノ理由ト爲スヲ得サル判決及ヒ手續ノ違法ハ之ヲ絕對的ノモノ
ト相對的ノモノトニ區別スルヲ得ヘシ
甲、絕對的ニ上告ノ理由ト爲ラサルモノ 重要ナルモノヲ舉レハ下ノ如シ
但以下列舉スルモノノミニ限ルニ非ス 一、調書公判始末書判決原本等ニ於
ケル誤記ハ上告ノ理由ト爲ラサルナリ即チ誤記ヲ爲シタルコトヲ理由トシテ
判決ヲ攻撃スルコトヲ許ササルハ勿論外形ニ於テハ違法ナルモ此違法ノ外形
カ文字ノ誤記ニ原由スルモノナルトキハ手續若クハ判決ニ違法ノ存スルモノ
トシテ判決ヲ破毀スルヲ得ス所謂誤記トハ廣義ニ解スヘキモノニシテ字劃ノ

謬衍ハ勿論甲文字ヲ記スヘキヲ誤テ乙ノ文字ヲ記シタルカ如キ或ハ誤レル附
加削除及ヒ遺脱等章句トシテノ觀察ニ於ケル誤記ヲ包含ス而シテ此斷定ハ現
行判例ノ認ムル所ナリ(明治三二年八月四日最高裁判所第一刑部判決
モ一四五ノ條ニ據ル酒精營業法第一〇條收テ適川アルアリ誤記且判決主文ニ
金一圓正條ニ據ル酒精營業法第一〇條收テ適川アルアリ誤記且判決主文ニ
同主文第一刑部判決ニ據ル酒精營業法第一〇條收テ適川アルアリ誤記且判決主文ニ
ニノ理由ト爲スル被告同姓ノ年九號同月九日同院判決ニ據ル酒精營業法第一〇條
始末書第一見ニ據ル被告同姓ノ年九號同月九日同院判決ニ據ル酒精營業法第一〇條
タル所論認ムル如ク相違トモ右文詞以テ下論旨ハ結ノ理由ト爲ラシ(明治三二年
ノ違法ハ起訴ニシテ正當ナルニ於テハ上告理由ト爲ラス(明治三二年四月三日同
テ豫審第一刑部判決ニ對シテ略テハ爲シ得ヘカテラサレテ爲シ得ヘキモ起訴ニシ
判基タル原判決ニ對シテ豫審手續ニ違法ノ上告理由ト爲ラス(明治三二年四月三日同
適用ニ影響ナキ以上ハ法律上ノ說明ノ不當ナルモ上告ノ理由ト爲ラス(明治三二年
第八二號同告年五月二七日同院第一刑部判決ニ對シテ略テハ爲シ得ヘカテラサレテ爲シ得ヘキモ起訴ニシ
差押ト以テ執達ノ假裝有ニ歸シテ被告等ハ茲ニ財產隠匿ノ目的ヲ達シタルモハ

ト謂ハサルヘカラス何者法律ニ所屬トハ眞實ニ財產ノ處分ヲ爲シタル
合ノミナシテ其假裝ニ係ルモノハ單獨トハ眞實ノ財產ノ處分ヲ爲シタル
メナリト謂フコトヲ得ザルハ財產ノ漏洩ト謂ヒ其漏洩ノ原因ハ該法
律ハ全然破毀スルノ視スルモナレハ原(四)主文カ違法ナラサル以上ハ法律理
由ノ不法ハ破毀ノ理由ト爲ラス(三)刑部三二九〇號收同スル一〇月六日同院第
件ニ對シテ判決理由ニ於テ爲ササルヘキモノト不法ニ非スルモ(五)上告裁判所ノ審
理手續ノ違法ハ上告ノ理由ト爲ラス(四)明治三二年刑部三二九〇號收同スル一〇月六日同院第
ニ齟齬アルモ犯罪ノ構成ニ影響ナキ場合ニハ上告ノ理由ト爲ラス(明治二四年
シ〇號同四年二月二十五日同院第十一部ノ判決ニ對シテ被告ハ第二號證人
ニ於テ右金額全部ヲ騙取シタルモ右金額ニ相當スル金額ヲ騙取シタル
認爲ムルモ將ハ所論ノ如ク洵ニ分當ナラサルモ右金額ヲ騙取シタルモ
未何等影響ヲ及ボス破毀ノ原因ト爲サルモ右金額ヲ騙取シタルモ
ノ點アルモ犯罪ノ構成要素タル事實ニ影響ナキモノタルニ於テハ破毀ノ理由
ト爲ラス(明治四年五月三日刑部三二九〇號收同スル一〇月六日同院第
證ノ據場摘示ハ矢野ヨリ次宅常ナリシ旨免レ供述然レトモル犯罪ノ場
所ハ符合セザル構成要件ニ

罪ノサレカ要件ニ犯罪ノ場所ニ關スル證據摘示ニキテ右ノ如ク失當ノ點アルモ
足ラス(三)八、形式上委任ノ手續ニ欠缺アルモ代理人ヲ任シタル意思表示ノ
認ムヘキモノアル以上ハ其代理人ノ行爲ニ基ケル訴訟手續ヲ違法ナリトスル
ヲ得ス(明治七年刑部三二九〇號同一年二月八日同院刑部判決ノ要旨ニ
人トシテ私訴ヲ提起シ甲ハ自ラ出廷シ明瞭ナレハ第一審委任ノ手續ニ欠缺
破毀アルモ之理由ト爲ス(九)第一審判決ヲ取消シタル第二審判決ノ
理由ハ不當ナルモ第一審判決ニハ取消サルヘキ瑕瑾ヲ包含スルトキハ第二審
判決ノ不法ナル理由ハ之ヲ破毀スルノ原因ト爲ラス(明治四年一月六日同院第
二刑部判決ニ四六條第一項ハ第一審處斷ニ於テ被告モ之ノ如ク對シテ詐
認メ共犯ト爲シタルハ條第一項ハ第一審處斷ニ於テ被告モ之ノ如ク對シテ詐
合ク其認定事實ニ異ニシタルハ條第一項ハ第一審處斷ニ於テ被告モ之ノ如ク對シテ詐
ノ不法依リ第一審判決ヲ取消スルコトハ上告論旨ノ如ク本論旨ハ既ニ共犯
公判手續ノ一部ニ違法アルモ其手續ニ於テ成立シタル證據ヲ斷罪ノ資料ニ供
セサル以上ハ爲メニ判決ノ違法ヲ來タスコトナシ(明治四年一月二日同院第六〇號刑

事部判決ニ曰ク公訴ノ辯論ノ未タ終ラサル内ニ民事原告人ナシテ被害ノ事實ニ付キ証人ノ訊問ヲ申請セシメタルハ違法ノ手續ナリト雖モ其手續ニ基キ成
立シタル過キ囑託訊問書ハ罪證ニ供セサルモ原モシテ唯證據ヲ生セサルモ
ナレハ之ヲ以テ原判決ヲ破毀(十一、免訴又ハ無罪ノ判決アリタルトキハ被
告人ノ利益ノ爲メ設ケタル規定ニ背キタルコト(例ヘハ被告人ニ最終ノ供述)又
ハ土地ノ管轄違アリト雖モ之ヲ上告ノ理由ト爲スヲ得サルモノトス但事物ノ
管轄ノ規定ニ違背シタル場合ハ此限ニ非ス(刑訴法第(七〇)條)而シテ所謂事物ノ管轄ト
ハ司法裁判權及ヒ特別裁判權ヲ包含スルモノトス

上告ノ理由ト
爲ラサル由ト
及ヒ手續ノ違
法(相對的ノ違
モ)

四九八 乙、自己ノ受ケタル裁判ニ影響ナキ又ハ自己ノ利益ニ影響ナキ判決
及ヒ手續ノ違法ハ以テ其當事者ノ爲メニ上告理由タラシムルノ要ナシ又單純
ニ當事者一方ノ利益ノ爲メノミニ設ケタル規定ニ違背シタル手續ノ行ハレタ
ル場合ニ其當事者カ之ヲ承認シ又ハ此手續ノ違法ヲ主張スルノ利益ヲ明示ニ
テ拋棄シ又ハ拋棄シタルコトヲ推定スルニ足ルヘキ事情ノ存スルトキハ其當
事者ハ此違法ヲ以テ上告理由トシテ主張スルノ權利ナシ其重要ナル場合ハ下
ニ示スカ如シ

一、數理上當然認定スヘキ金額ヨリ少額ニ被告人ノ責ニ歸スヘキ職額ヲ認
定シタル場合ニハ被告人ハ此理由ノ齟齬ヲ攻撃スル能ハス(明治三九年四月九
日同院第二刑部判決ニ曰ク證據說明ノ趣旨ヨリナルハ被告ノ費消シタル金
額ハ百貳拾四圓八拾錢ト認メサルヘカラサレモ被告ノ費消シタル金
少額ナル拾圓參錢ト爲シタルモ數理上當然認定スヘキ被告ノ費消金額ヨリ
不利益ヲ生シタルモニ適法ナラステ)

二、還附處分ノ失當ハ自己ニ還付スヘキコトヲ主張スルカ或ハ之カ爲メ損
害ヲ受クル地位ニ在ルカ或ハ賠償義務ヲ生スヘキ地位ニ在ル當事者ニ非サレ
ハ之ヲ主張スルノ權ナシ(明治三五年八月二五號同年六月二日同院第二刑
部判決ニ曰ク還付處分ニ付キ失當ノ點アリトスル
モ自己ノ利益ナキ上告
ハ之ヲ論争スルヲ得ス)

三、理由アル論旨ナルモ其論旨ノ如ク裁判ヲ爲ストキハ之ヲ主張シタル當
事者ノ不利益ニ歸スヘク而シテ其理由ヲ採用スル以上ハ不利益ナル裁判ヲ爲
ササルヘカラサルニ於テハ右ノ如キ上告理由ハ之ヲ主張スル當事者ニ於テ法
律上ノ利益ヲ有セサルヲ以テ法律ハ上告論旨トシテ主張スルヲ許サス例ヘハ
罰金刑ニ處シタル者ヲ懲役刑ニ處スヘキコトヲ主張スル論旨ノ如シ然レトモ

ルカ爲メ何等ノ利益ヲ蒙ルモニ非サルノミナラス出席シタル控訴人ハ相手方カ爾何シタルト否トニ拘ハラス常ニ對席判決ヲ受クヘキモノナルカ故ニ原院カ被控訴人タル甲ニ對シテ對席判決ヲ爲シタルハ不當ナルモ控訴人タル乙ニ對シテ對席判決ヲ爲シタルハ對席判決ニ非サルヲ以テ甲ハ對席判決ノ不法ハ乙以テ乙ノ上告理由ニ曰クスヲ得ス。同三七年原告人ノ控訴ヲ棄却シタルモノニ同日院第一刑部判決ニ曰クス原判決ハ民事原告人ノ控訴ヲ棄却シタルモノニ同日全然被告ノ勝訴ニ歸シタルモノナレハ被告)

上告ノ要件及ヒ效力

五〇〇 上告ハ其形式上ノ要件ノ具備スルニ因リテ成立スルモノニシテ所謂上告ノ要件トハ 一、法定ノ期間ニ於テ上告申立書ヲ之ヲ受理スヘキ機關ニ提出スルコト 二、法定ノ期間内ニ上告趣意書ヲ提出スルコト 三、上告趣意書ニハ法律違背ノ理由ヲ具體的ニ説明スルコトノ三者ナリトス以上ノ要件具備スルトキハ上告裁判所ニ原判決ノ法律ニ違背セルヤ否ヤヲ審査スルノ義務ヲ生ス而シテ尙モ上告ノ申立アラハ原裁判所若クハ上告裁判所ニ於テ之ニ對スル裁判ヲ爲ササルヘカラサルモノトナレトモ其裁判ハ上告ノ要件ノ具備セサルニ於テハ上告ヲ不適法トシテ棄却スルニ止マリ上告理由ノ當否ヲ判斷スルニ至ラサルモノナルヲ以テ上告ハ上告ノ要件ノ具備スルニ因リテ成立スルモノト謂ハサルヘカラス然レトモ上告ノ要件具備セサルモ上告申立ハ一定

ノ效力ヲ生スルモノニシテ要件ノ具備スルニ因リテ其效力ハ完全ノモノト爲ルナリ

甲 上告申立ノ效力 上告ノ申立ハ判決ノ執行ヲ停止スルモノナリ上告ノ申立不適法ナリシトキハ上告期間ノ經過ト共ニ判決ハ確定スルモノナレハ理論トシテハ不適法ナル上告ノ申立アリシ場合ニハ確定ト同時ニ判決ヲ執行スルニ妨ケナキモノナレトモ此理論ヲ貫徹セントスルトキハ實際上危險アルヲ以テ法律ハ尙モ上告ノ申立アラハ其不適法ナルト否トヲ問ハス判決ノ執行ヲ停止スヘキモノトセリ而シテ第二百七十二條ニ上告ノ期間内判決ノ執行ヲ停止スル旨ヲ規定セルハ蛇足ノ觀ナクンハアラス右ノ如ク上告ノ期間内及ヒ上告ノ申立アリタルトキハ判決ノ執行ヲ停止スルモノナレトモ勾留及ヒ放免ノ裁判ハ之ヲ停止スルコトナシ前者ハ急速ノ必要アルニ由ルモノ又後者ハ被告ノ自由ヲ尊重スルニ由ルモノナリ(刑訴法第(二七)條)

乙 上告要件ノ具備セル場合ニ於ケル上告ノ效力 不適法ノ上告ト雖モ裁判所ヲシテ之ニ對スル裁判ヲ下サシムル效力アルモノナレトモ上告要件ノ具

備セル場合ニハ次節ニ説明スル如ク重要ナル效力ヲ生ス即チ上告裁判所ニ原
 審ノ訴訟手續ニ法律違背アリヤ否ヤ原裁判所ハ法律ノ適用ヲ誤レルヤ否ヤヲ
 審判スル義務ヲ負ハシムルモノナリ換言スレハ上告裁判所ヲシテ上告事件ヲ審判
 スルノ義務ヲ負ハシムルモノナリ而シテ上告理由ノ正當ナリシトキハ原判決
 ヲ破毀スヘキモノニシテ正當ノ理由ヲ有スル上告ハ單リ此理由ヲ主張シタル
 上告申立人ノ爲メニノミ原判決ノ確定ヲ妨クル效力アルノミナラス他ノ上告
 人ノ爲メニモ同一ノ效力ヲ生シ上告ヲ爲ササル共同被告人ノ爲メニハ確定力
 ヲ消滅セシムル場合アリ擬律ノ錯誤又ハ法律ニ背キ公訴ヲ受理シタルコトヲ
 理由トスル上告ノ申立アリテ其理由ノ正當ナル場合之レナリ(第九條)右ノ場合
 ニハ共同被告人全員ノ爲メニ原判決ヲ破毀スヘキモノナレハ右ノ場合ニ於ケ
 ル上告申立ハ實質的觀察ニ於テハ上告ヲ爲ササル共同被告人ニ對スル判決ノ
 確定ヲモ妨クルモノニシテ此論旨ヲ主張セサル上告申立人モ亦破毀判決ノ惠
 澤ヲ受クルヤ勿論ナリ親告罪ニ付キ告訴ノ取下アリタル場合ハ嚴格ノ意義ニ
 於テハ法律ニ背キ公訴ヲ受理シタルモノト謂フ能ハサレトモ告訴ノ消滅セル

時期ニ於テ觀察スレハ公訴受理ノ條件消滅シタルモノナルヲ以テ此場合ハ法
 律ニ背キ公訴ヲ受理セル場合ト同視スルヲ得ヘキ歟判例ハ之ヲ擬律錯誤ノ場
 合ナリトシテ此場合ニモ第二百八十九條第二項ノ適用アルモノト爲セリ(四治
 年レ第一九二號同四年一月二十五日同院第一刑部判決ハ右ノ場合ニ
 第二八七條ノミ適用シ三上告ヲ爲サリ被告一人ノ爲メニモ原判決ヲ破毀シ
 免訴ノ言渡ヲ爲シタルカ同四年七月六日九號同部人ノ爲メニモ原判決ヲ破毀シ
 部ハ之ヲ擬律錯誤ノ場合トセリ同判旨ニ曰ク告訴人ハ五月九日同院第二刑部
 依リ本件公訴ハ消滅シタルヲ以テ被告山本嘉吉ニ對シテハ第二四條第一六
 五條ニ照シ同法第二八六條第二八七條ニ依リ第一審ニ於ケル共同被告人ニ
 ノ如ク罪ノ判決ヲ受ケタル被告人ノ利益ハ該判決ニ對シテハ第二四條第一六
 依リ免訴ノ判決ヲ爲スヘキモノトス)右ノ判例ニ依レハ擬律錯誤又ハ法律ニ
 背ケル公訴ノ受理アリトセル上告論旨ノ理由アルトキハ共同被告人ニ對シテ
 ハ形式上確定セル判決ヲモ破毀スヘキモノナレハ右ノ場合ニ於ケル上告ノ申
 立カ上訴ヲ爲ササル共同被告人ノ利益ニ及フ效力ハ判決ノ確定力ヲ消滅セシ
 ムルニ在リト謂ハサルヘカラス此點ニ於テハ再審ノ訴ト上告ト其性質ヲ同ク
 スル點アルモノノ如クナレトモ精シク觀察スレハ再審ノ訴ハ直接ニ確定判決
 ヲ攻撃スルモノ上告ハ直接ニハ未確定判決ヲ攻撃スルモノニシテ其目的ヲ達

五〇一 上告ノ申立ハ書面ヲ以テ爲スヘク且其書面ハ原裁判所ニ提出スヘキモノトス(刑訴法第一項第七條)若シ直チニ上告裁判所ニ提出シタルトキハ該書面ヲ差戻スヘク之ニ對シ裁判スヘキモノニ非ス何者右ノ如キ直接受理ノ手續ハ法律ニ存セサレハナリ唯便宜ノ取扱トシテ上告裁判所カ上告申立書ヲ原裁判所ニ送致スルヲ得ルノミ提出サレタル上告申立書カ適法ナリシトキハ原裁判所ハ第一ニ其謄本ヲ相手方ニ送達スル手續ヲ爲ス(刑訴法第二七三條第二項此條項合ノトキハ速ニ其謄本ヲ相手方ニ送達スヘシトアリテ上告申立ノ適法ナリシ場テ棄却スヘキヤ勿論ナリト謂フヘキナリ)第二ニ訴訟記録ヲ原裁判所ノ檢事ニ送致シ檢事ハ之ヲ上告裁判所ノ檢事ニ送致シ上告裁判所ノ檢事ヨリ之ヲ其裁判所ニ送致ス(同法第二七五條)法文ニ送致トアルハ送達ト區別セムカ爲メニシテ即チ執達吏ニ依ルヘキモノニ非ス便宜ノ方法ヲ以テ送付スレハ可ナリ現時ノ實際ニ於テハ小包ノ郵便ニ依ルヲ通例トス上告申立ノ不適法ナリシトキハ公訴判決ニ對スルモノナルト私訴判決ニ對スルモノナルトヲ問ハス原裁判所ニ於テ決定ヲ以テ之ヲ棄却スヘキモノトス(同法第二七四條第二項)不適法ナル上告申立トハ期間經

過後ナルカ或ハ第一審判決若クハ確定判決若クハ決定ニ對スル上告申立ノ如シ上告申立人カ上告權利者ニ非サルコトハ法式ニ違ヒタル上告ナリト謂フヲ得サルヲ以テ右ノ場合ニハ上告裁判所ニ記録ヲ送致スヘク決定ヲ以テ裁判スル能ハス取下ケタル上告ヲ再ヒ提出シタルトキハ之レ亦方式ノ違法ニ非サルヲ以テ直チニ決定スルヲ得ス上告申立人カ上告棄却ノ決定ヲ不當トセハ之ニ對シテ上告裁判所ニ抗告ヲ爲スコトヲ得(同條)抗告ヲ理由ナシトスル上告裁判所ノ裁判アリタルトキハ原判決ハ確定シ抗告ヲ理由アリトスル決定アリタルトキハ原裁判所ニ於テ上告申立ヲ受理シタルト同一ノ訴訟程度ニ至ルモノナリ上告申立ヲ爲シタル後不明不備ノ點アラハ上告申立書ヲ訂正シテ更ニ上告期間内ニ提出セハ後ノ申立書ヲ以テ有效ノモノト爲ス(明治二九年抗第一七號同部二刑決)上告申立書ニハ單ニ上告ヲ爲ス旨ヲ表示スヘキモノニシテ上告理由ハ上告趣意書ニ之ヲ掲クヘキモノトス上告趣意書ハ上告申立書ト同時ニ提出スルモ違法ニ非ス然レトモ上告裁判所ノ定ムル審理期日ノ十五日前迄ニ之ヲ提出セハ可ナルヲ以テ急速ニ提出スルノ要ナキモノニシテ精密ナル調査ヲ爲シ

タル後之ヲ提出スルヲ得策トス上告ノ申立ハ原判決ノ一部ニ對シ或ハ公訴若クハ私訴ノミノ判決ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得(第二八九)ルモノナレトモ現行判例ハ如何ナル場合ニ於テモ上告申立人ノ名義ヲ以テ作成シタル書面ヲ以テ爲スヘキモノニシテ電報ヲ以テ又ハ代理人ノ名義ニ於テ作成セル書面ヲ以テ之ヲ爲ストキハ不法ナルモノトセリ(明治三四年レ第一六八號判例參照前出)

上告申立人ノ相手方ハ上告申立人ノ爲メニ存スル上告趣意書提出期間内ニ上告ヲ爲スコトヲ得此上告ノ特質ハ下ノ如シ 一、主タル上告ニ非ス何者上告期間内ニ提出セルモノニ非サレハナリ若シ甲ヨリ上告ヲ爲シタル場合ニ其相手方タル乙カ上告期間内ニ上告ヲ爲サハ此上告ハ主タル上告ニシテ甲ノ上告ト其性質ヲ同クス 二、上告申立人ノ趣意書提出期間内ニ爲ス相手方ノ上告ハ附帶上告ニ非ス故ニ上告申立人ノ上告ノ範圍ニ拘ハラズ確定セサル判決ノ全部ニ對シテ此上告ヲ爲スコトヲ得又相手方ノ上告ハ第一ノ上告ノ取下アルモ消滅スルコトナシ(明治四二年レ第九七七號同年九月一日同院休暇部判決ニ對立法ノ形跡ニ徴スルハ上告相手方コトナシハ獨立ノ性質ナリ) 三、相手方

ノ爲ス上告ハ上告申立書ヲ以テスルモノニ非スシテ上告趣意書ヲ以テ之ヲ爲ス又原裁判所ニ之ヲ提出スルモノニ非スシテ上告裁判所ニ提出スヘキモノトス(第二七九條)故ニ原裁判所ニ提出セハ原裁判所ハ之ヲ却下スルヲ得ヘク又之ヲ上告裁判所ニ送付スルモ可ナリ上告裁判所ニ送付シタル場合ニ其期間ノ經過後ニ到達シタルトキハ此相手方ノ上告ハ不法ノモノト爲ルナリ上告申立書及ヒ相手方ノ上告申立タルヘキ趣意書ニハ謄本ヲ添付スヘキモノトス此謄本ハ其相手方ニ送達スルノ要アルモノナレハナリ

五〇二 上告裁判所カ公判前ニ爲スヘキ手續ハ下ノ如シ 一、公判期日ノ指定 公判期日ヲ指定シテ之ヲ上告申立人及ヒ相手方ニ通知ス公判期日前辯護士ヲ選定シテ届出テタルトキハ辯護士ニ對シテ呼出狀ヲ發ス右ノ場合ニハ辯護士ヲ選定セル當事者ニ期日ヲ通知スルノ要ナシ而シテ辯護士ニ對スル呼出狀ノ送達ト公判期日トノ間ニハ三十五日ノ猶豫ヲ存スルコトヲ要ス但公判期日ヲ定メタル後辯護士選定ノ届出アラハ右ノ猶豫期間ヲ存スルノ要ナシ(第七二條)公判期日ヲ通知シタル後辯護士選定ノ届出アラハ之ニ對シ呼出狀若クハ通

知書ヲ發スヘキモノナルモ右猶豫期間ヲ存セシメタル公判期日ヲ更ニ指定スルノ要ナキモノナリ公判期日ニ届出アラハ何等ノ手續ヲ爲スニ及ハス 二、上告趣意書及ヒ答辯書上 告趣意書ハ最初定メタル公判期日ノ十五日前ニ上告裁判所ニ差出スヘク上告裁判所書記ハ其上告趣意書ノ謄本ヲ相手方ニ送達スヘキモノトス法律ハ速カニ送達スヘシト規定スルノミニテ送達ニ關シ期間ヲ定メス故ニ其送達ヲ遅延スルモ手續上ノ違背ト爲ラス相手方ハ其送達ノ遅延セル爲メ若クハ其送達ヲ受ケサル爲メ答辯ノ準備ヲ爲ス能ハサルトキハ辯論ノ延期ヲ求ムルコトヲ得上告趣意書ノ送達ヲ受ケタル相手方ハ送達ヲ受ケタル日ヨリ五日内ニ答辯書ヲ上告裁判所ニ差出スコトヲ得上告裁判所ハ答辯書ノ謄本ヲ上告申立人ニ速カニ送達スヘキモノトス此送達ニ付キテモ期間ノ定ナキヲ以テ其遅延ハ手續上ノ瑕疵ヲ爲サス五日ノ期間ヲ經過シタル後提出セル答辯書ト雖モ之ヲ却下スヘキモノニ非ス唯右ノ場合ニハ送達ヲ爲ササルモ可ナルノミ 三、受命判事ノ選命 改正前ノ刑事訴訟法ハ受命判事ヲ命スルヲ以テ上告手續ノ必要條件ト爲シ其報告書提出マテノ時期ヲ以テ上告趣意

擴張辯明書提出ノ終期ト爲シタリ(舊第一條)改正法律ハ此點ニ於テ手續ヲ變更シ受命判事ノ選命ハ裁判長ノ任意ノ手續ト爲シ其選命アリタル場合ニ於テモ當事者ノ行爲ニハ何等影響ヲ及ホスモノナシ裁判長カ受命判事ヲ命シタル事件ニ付キテハ受命判事ハ上告趣意書及ヒ答辯書ヲ檢閲シテ報告書ヲ作成シテ之ヲ裁判所ニ差出スモノトス(第二條)報告書ニハ上告趣意及ヒ答辯ノ趣意ノ全部若クハ其要領ヲ掲クルモノトス當事者ノ論旨ニ對スル受命判事ノ意見ハ之ヲ報告書ニ掲クルコトヲ得ス(第二條)現時ノ實際ニ於テハ受命判事ハ其事件ノ主任判事ニシテ判決ノ起草ヲ掌ル者ナリ 四、辯護士ノ官選 之レ被告人自ラ辯護士ヲ選任セザリシトキ重罪事件ニ付テ行フ手續ナリ茲ニ所謂重罪事件トハ他ノ場合トハ其意義ヲ異ニシ重罪ノ刑ノ言渡アリタル場合又ハ重罪ノ刑ニ該ルヘキモノトシテ上告アリタル場合ヲ謂フ右ノ場合ニハ裁判長名義ノ辭令ヲ以テ上告裁判所所在地ノ辯護士中ヨリ事件ノ辯護ニ當ルヘキ者ヲ選任ス(第二條)辯護士ノ官選アリタル後被告人ヨリ辯護士選定ノ届出アラハ官選ハ其效力ヲ失フカ故ニ官選辯護士ニ對シテ呼出ノ手續ヲ行フノ要ナキニ至ル

モノトス私訴ノミノ上告ナラハ其判決ノ原因ハ重罪事件タルヘキ事實ナルト
キト雖モ辯護士ヲ官選スルノ要ナシ

上告趣意書

五〇三 一、上告趣意書ノ作成ハ刑事訴訟法第二十條及ヒ第二十一條第二十
一條ノ二ニ從フヘキモノナリ詳言スレハ被告人辯護人ノ提出スル上告趣意書
ニハ署名捺印ヲ爲スヘク捺印スル能ハサルトキハ署名ノミヲ爲シ署名捺印不
能ナルトキ立會人ヲシテ代署セシメ立會人ハ其代署ノ事由ヲ記載シテ署名捺
印若クハ署名ヲ爲スヘキモノトス然レトモ右ノ形式ニ缺クル所アルモ無効ノ
制裁ナキヲ以テ趣意書ヲ上告申立人若クハ其辯護士ヨリ提出セルモノト認ム
ヘキヤ否ヤハ裁判所ノ判斷權ニ屬ス檢事ノ提出スル趣意書ハ第二十條第二十
一條ノ形式ニ缺クル所アレハ書類タルノ效ナク或ハ挿入、削除ノ效ナキモノト
ス上告趣意書ハ上告申立人ノ名ヲ以テ作成スルカ或ハ届出テタル辯護士ノ名
ヲ以テ作成スヘキモノトス 二、上告趣意書ニハ原判決若クハ原裁判所ノ訴
訟手續ニ存スル違法ノ點ヲ指摘シテ其論旨ヲ簡潔ニ記載スヘキモノトス故ニ
上告趣意書ニハ原審ノ手續若クハ判決ニ存スル違法ヲ具體的ニ記載スヘキモ

ノニシテ單ニ原判決ハ法律ニ違反シタル不法アリトノ說示ノミヲ以テシタル
トキハ裁判所ハ判斷ヲ與フルニ由ナキモノトス然レトモ既ニ提出セラレタル
他ノ上告人ノ論旨ヲ援用セル趣意書ハ縱令其内容ニ具體的論議ヲ掲ケサルモ
有效ニシテ上告裁判所ハ之ニ對シテ判斷ヲ與フルノ義務アルモノトス但他ノ
上告人ノ論旨ニ對スル説明ト重複ナル説明ヲ與フルノ要ナキヤ勿論ナリ 三
上告趣意書ニ單ニ原判決ハ違法ナリトノミ掲ケタル場合或ハ原裁判所ノ事實
ノ認定若クハ證據判斷ノミヲ攻撃スルノ論旨ノミヲ掲ケタルトキハ上告趣意
書ハ不合法ナルヤ否ヤ曰ク然リ上告趣意書ト題スル文書ハ事實上存スルモノ
ナレトモ法律上上告趣意書タル性質ヲ具有スル文書ニ非サルヲ以テ右ノ場合
ニ於ケル上告ハ刑事訴訟法第二百八十五條第一號ニ依リ棄却スヘキモノナリ
右ノ場合ニ於ケル上告ハ實體法上理由ナキ上告ニ非スシテ形式法上不適式ナ
ル上告ナリ(明治三十九年第一一〇八號同年六月二〇日同院第一刑部判決ニ
單ニ法律ヲ不當ニ適用シ及ヒ法則ヲ適用セサル上告趣意書ハ無効ナリ) 四、上告趣
意書ニ他ノ上告人ノ論旨ヲ援用シタル場合ニ此上告人カ上告ノ取下ヲ爲シタ

擬律錯誤ノ論旨若クハ法律ニ背キ公訴ヲ受理セリトノ論旨ヲ掲ケタル上告趣意書是レナリ 九 私訴ノ上告趣意書ハ權利關係カ合一ニノミ確定スヘキ事件ニ在リテハ他ノ共同訴訟人ノ爲メニモ其效力ヲ生スルモノナリ

上告ノ審判

五〇四 上告ノ審理ハ之ヲ控訴若クハ第一審ノ審理ニ比スルニ極メテ簡單ナリ事實ノ審理ニ於ケルカ如ク被告人ノ訊問被告事件ノ陳述證據調ヲ爲スコトナケレハナリ上告審ノ口頭辯論ハ事實審ニ於ケル證據調ノ後ニ爲ス辯論ト略ホ其程度ヲ同シクス但其性質ヲ異ニスルヤ勿論ナリ上告ノ辯論ニ於テハ裁判長審理ヲ開始スル旨ヲ告クルヤ受命判事ヲ命シタルトキハ受命判事先ツ其報告書ヲ朗讀ス次ニ上告人タル檢事若クハ被告人若クハ私訴當事者ノ辯護士上告趣意ヲ演述シ相手方ハ之ニ答辯ヲ爲シ而シテ後必要ナリト思料セハ双方ノ辯論ヲ闘ハス双方ノ辯論ハ趣意書ニ掲ケタル事項ノ範圍内ニ止マルヘキモノトス(第二八條)裁判長ハ判決ヲ爲スニ熟スルモノト認ムレハ審理ノ終結ヲ告ケタル後即日又ハ次ノ開廷日ニ判決ヲ言渡ス判決ノ言渡ハ他ノ判事之ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ第二審檢事カ上告ヲ申立テタル場合ニ於テハ上告裁判所ノ檢

事上告趣意ヲ演述スルモノニシテ第二審裁判所ノ檢事ハ上告審ノ辯論ニ出廷スルコト絶エテナシ之レ第一審裁判所ノ檢事カ控訴ヲ爲シタル場合ニ控訴裁判所檢事カ控訴ノ趣旨ヲ陳述スルト同様ニシテ檢事ハ一體ナリトノ原則ノ適用ニ外ナラス第二審ニ於ケル辯護人カ上告ヲ申立テタル場合ニ於テモ更ニ同一辯護人タル辯護士或ハ他ノ辯護士ヲ選定シテ被告人ヨリ届出ツルニ非スンハ裁判所ハ呼出狀ヲ發スルコトナシ換言セハ第二審ノ辯護人タリシ辯護士ハ上告ノ申立ヲ爲スモ當然上告審ニ於ケル辯護士ト爲ルモノニ非ス之レ上告申立ハ辯護人ヨリ爲ス場合ト雖モ其本質被告人ノ申立ニシテ辯護士ノ申立ニ非サレハナリ民事訴訟ニ於テハ當事者自ラ上告ノ審理ニ出廷シテ辯論ヲ爲スヲ得ントモ私訴當事者ハ上告審ニ於ケル私訴ノ辯論ニハ自身出頭スルノ權利ナク辯護士ニ依ラサルヘカラス上告申立人カ辯護士ヲ選定シテ届出テサルトキ或ハ其届出アルモ辯護士カ公判ニ出廷セサルトキハ上告裁判所ハ檢事ノ意見ヲ聽キ審理ヲ終結スヘク檢事ヨリ上告ノ申立アリテ相手方タル被告人ヨリ辯護士ヲ差出ササルトキモ亦其闕席ノ儘檢事ノ辯論ヲ聽キ審理ヲ終結スヘキモ

ノトス(第二八條)以上ノ場合ニ於テハ事實上關席審理ナレトモ法律上ノ觀察ニ於テハ關席審理ニ非ス何者上告裁判所ハ實體的事實ノ認定ヲ爲スコトナケレハナリ之レ上告審ニハ關席審判手續ナシト謂フ所以ナリ改正前ノ法文ニ依レハ私訴辯論ノ最終ニ於テ檢事ハ其意見ヲ陳述スヘシト規定セシモ現行法文ハ右ノ手續ヲ削除セリ(第二八條)然レトモ實際檢事ハ私訴辯論ノ最終ニ其意見ヲ陳述スルノ慣例ナリ判決ノ言渡ニ付キテハ第二百四條公判始末書ノ作成ニ付キテハ第二百八條ノ適用アルモノナリ又公判始末書ニ記載スヘキ事項ハ出廷セル判檢事辯護士辯論ノ公開若クハ其禁止辯論ノ順序及ヒ判決ノ言渡等ニ止マルヲ以テ之ヲ第一審第二審ニ於ケル公判始末書ニ比スレハ上告審ノ始末書ハ甚タ簡單ナルモノトス審判ヲ終了シタルトキハ上告判決ノ謄本ヲ事件ノ記録ニ編入シ之ヲ第一審裁判所ニ返送スヘキモノトス(第二四條)

上告審ニ於ケル判決ノ準則

五〇五 上告裁判所カ判決ヲ爲スニ當リ準據スヘキ法則ハ刑事訴訟法第二百八十五條乃至第二百九十一條ニ掲クル所ナリ左ニ順次之ヲ説明セン

甲 上告棄却 左ノ場合ニハ上告棄却ノ判決ヲ爲スヘキモノトス

一、 上告ノ申立カ法律ノ方式ニ違ヒタルトキ 例ヘハ上告裁判所ニ直チニ申立ヲ爲シタルトキ、電報若クハ電話ヲ以テ之ヲ爲シタルトキ、委任ヲ受ケタル訴訟代理人カ其名ヲ以テ之ヲ爲シタルトキノ如シ(此最後ノ場合ニ於テハ余輩ハ既ニ論述セルカ如シ)又ハ法律違背ヲ理由ト爲ササルトキノ如シ(明治三六年號同年四月二四日同院第二刑部判決ニ曰ク偽造紙幣カ果シテ紙幣トシテ一テ欺クニ足ルヘキ程度ニ偽造セラレタルヤ否ヤハ事實裁判所ノ職權ヲ以テ認定スヘキ事實理由ト爲ラス)

二、 上告期間ヲ經過シタルトキ 例ヘハ私訴判決ノ言渡ヨリ二十日ヲ經過シテ上告申立ヲ爲シタル如シ私訴判決ノ上告期間ハ公訴判決ノ上告期間ト異ル所ナケレハナリ

三、 期間内ニ上告趣意書ヲ提出セザリシトキ 是レ第二百七十八條ニ違背セル場合ナリ

四、 上告ノ理由ナキトキ 所謂上告ノ理由ナキトキハ單ニ上告理由ノ不當ナル場合ヲ謂フノミナラス上告ノ理由ハ正當ナルモ原判決ヲ破毀スヘカラサル他ノ理由ノ存スル場合ヲモ包含ス例ヘハ第二審判決ニ於テ第一審裁判所カ

旨ニ主張セサル原判決ノ不法ハ上告裁判所ノ職權ヲ以テ之ヲ調査スルヲ得サルヲ原則トスルヲ以テ其結果上告ノ理由ニシテ正當ナラスンハ上告ノ理由ナキモノトシテ棄却セラルヘシ故ニ上告理由ハ上告ノ審判ニ於テハ極メテ緊要ナルモノナリトス然レトモ法律上例外トシテ上告理由ハ正當ナラサルモ(或ハ理由ナキモ)上告ヲ理由アリトシテ原判決ヲ破毀スヘキ場合ヲ認ムヘシ 一、擬律ノ錯誤又ハ法律ニ背キ公訴ヲ受理シタル場合 右ノ場合ニ於テハ上告ノ申立ヲ爲ササル共同被告人ニモ原判決破毀ノ利益ヲ及ホスヘキモノナリ況ンヤ上告ヲ申立テタル共同被告人ニ於テヲヤ縱令其上告ノ理由トシテ之ヲ主張セサルモ右ノ原因アルトキハ上告ヲ理由アリトシテ原裁判ヲ此被告人ノ利益ノ爲メニ破毀セサルヘカラス(第二八九條) 二、親告罪ニ付キ告訴ノ取下アリタル場合 上告趣意書ノ提出ナクシテ上告不成立ノ理由ヲ以テ裁判スヘキ場合ト雖モ告訴ノ取下アラハ裁判所ハ原判決ヲ破毀セサルヘカラス(大正元年四月九日第一一五五號第一刑部判決例ニ依レハ公訴權消滅シタルナキ以上告趣意書ノ提出ナキ場合ト雖モ告訴ノ取下アラハ公訴權消滅シタルナキ以上告趣意破毀シ免訴ヲ言渡)上告裁判所カ上告理由ニ基カスシテ公訴權消滅ノ理由ニ基

キ裁判スルヲ得ルハ第二審判決後公訴權ノ消滅シタル場合ニ限ルヘキモノニシテ公訴權ノ消滅シタルニ拘ハラズ第二審裁判所カ本案ノ審判ヲ爲シタルトキハ公訴權消滅ヲ上告理由トシテ主張スルニ非スンハ上告裁判所ハ其點ニ付キ審判スルヲ得サルモノトス 三、民事訴訟法第五十條ニ所謂必要的共同訴訟ニ該當スル私訴事件ノ上告ヲ理由アリトシ原判決ヲ破毀スルトキハ上告理由ヲ提出セサル共同訴訟人ノ爲メニモ原判決ヲ破毀スヘキモノトス 四、判決ノ一部ニ對シテ上告アリタル場合ニ他ノ部分ニ關係アルトキハ其部分ヲモ破毀スヘキモノトス(第二八九條例)ハ主刑ト沒收トノ處分ヨリ成ル判決主文中主刑ノ部分ノミニ付キ擬律錯誤ノ理由ヲ以テ上告シタル場合ニ是ヲ理由アリトシテ原判決ヲ破毀スルトキハ單ニ主刑ノ部分ノミニ止ラス沒收ノ部分ヲモ破毀スヘキカ如シ 五、原審ノ手續中法律ニ違背シタルモノアルトキハ之ニ對シテ上告理由ノ論及スル所ナキモ其手續ヲモ破毀スヘキモノトス但破毀セラルル判決ト因果ノ連絡アルコトヲ要ス又右ノ場合ニハ上告裁判所ニ於テ直チニ判決ヲ爲スヘキモノニシテ事件ヲ他ノ裁判所ニ移送セサルモノトス例ヘ

刑ニ不備アル判決ニ違フクノ原裁判ナリ。同四年三月五日第一五三號同部九月三日同部第一
何ナル關係ヲ有スルヤニ付キテハ原判決事實抽出ノ部並ニ其法律適用ノ當分
ニ於テ一モ判示セサルヲ以テ該物件ハ果シテ刑法第十九條各號ノ一ニ該當ス
ナルモソノ事否ヤヲ知ルニ由ナク從ツテ原判決ハ沒收ヲ得ス

丑 破毀直判 上告裁判所カ原判決ヲ破毀シテ其事件ニ直ニ判決ヲ下シ以

テ事件ヲ終結セシムル場合ハ所謂擬律錯誤ノ原由アル場合ニシテ分ツテ實體
法上ノ擬律錯誤ト形式法上ノ擬律錯誤ノ二トス(第二八七條) 一、實體法上ノ擬律

錯誤トハ既ニ述ヘタル如ク刑法其他ノ刑罰法規及ヒ殊ニ私訴ニ關シテハ民法
商法其他ノ實體法規ノ適用ヲ誤リタル場合ニハ上告裁判所ハ原判決ヲ破毀ス
ルト共ニ事件ヲ終局セシムルノ裁判ヲ爲ス例ヘハ累犯ノ規定ヲ適用シ被告人
ヲ二十年以下ノ懲役ニ處スヘキモノト爲シタルニ拘ハラズ併合罪ノ規定ヲ適
用スルニ當リ更ニ其長期ニ半數ヲ加ヘタルモノヲ以テ長期トシ刑ノ量定ヲ爲
シタルカ如キ(明治四年三月三日判決)又例ヘハ刑法施行前意思ヲ繼續シテ數次
ニ取引所法違反ノ所爲(同法第二十五條)ヲ行ヒタルトキハ同法第三十二條及ヒ
舊刑法總則ヲ適用シテ之ヲ處斷スヘキモノナルニ該犯罪ニ對シ刑法第五十五

上告審ニ於ケル
判決ノ準則
(第二九一條)

條ヲ適用シタルカ如キ(明治四年一月一日同部第一〇七號同年一月一日)是レナリ 二、形式
法上ノ擬律錯誤トハ第一審判決ヲ取消スヘキニ之ヲ取消ササルカ如キ管轄違
若クハ公訴不受理ノ判決ヲ爲スヘキ場合ニ之ヲ爲サリシカ如キヲ謂フ右ノ
場合ニハ上告裁判所ハ原判決ヲ破毀シ第一審判決ヲ取消シ相當ノ判決ヲ爲ス
ヘク或ハ公訴不受理或ハ管轄違ノ判決ヲ爲スヘキモノトス

寅 破毀差戻 是レ第一審ニ於テ不當ニ管轄違ヲ言渡シ第二審ニ於テ控訴
棄却ヲ言渡シタル場合ニ上告裁判所ノ爲スヘキ判決ニシテ右ノ場合ニハ第二
審判決ヲ破毀シ第一審判決ヲ取消シ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘキモノト
ス民事訴訟法ニ於ケルカ如ク刑事訴訟法ニハ事件ヲ第二審裁判所ニ差戻ス場
合ヲ規定セス故ニ第二審裁判所カ不當ニ公訴不受理ノ判決ヲ爲シタル場合ニ
於テモ原判決ヲ破毀シ事件ヲ他ノ第二審裁判所ニ移送スルモノトス

五〇七 刑事訴訟法第二百六十五條ノ規定ハ上告審ニ準用セララルモノナル
ヲ以テ上告裁判所ハ第二審判決ヲ被告人ノ不利益ニ變更スル裁判ヲ爲スヲ得
ス右ノ場合ニハ原判決ヲ破毀シテ原判決ト同一ノ裁判ヲ爲スヘキモノナレト

自得己ニ利益アル處分ニ満足シ更ニ進ムテ法ノ正當ナル適用ヲ請求スル場合ニ於テ亦被告ノ法律上ノ利益ヲ保護スル爲メ前示法律ノ錯誤ヲ精神ニ由ラシタル上告ヲ認ナムルヲ以テ本判決ニ於テハ右判例ヲ参照スルナリ

上告裁判所ノ判決ノ效力

五〇八 判決ハ之ヲ爲シタル裁判所ヲ羈束スルコトハ訴訟法上ノ原則ニシテ此判決ノ效力ハ判決ノ言渡ト同時ニ發生シ其確定ヲ俟ツノ要ナキモノナリ上告裁判所ノ判決ハ言渡ト同時ニ確定スルヲ以テ此判決ハ言渡アルト同時ニ凡ユル效力ノ發生ヲ見ルモノナリ判決ノ效力ハ形式的確定力實質的確定力即チ既判力羈束力證據力執行力ヨリ成ル(既判力トハ一事不再理ノ原則ヲ謂ヒ羈束力トハ證據力トハ非シレハ之ヲ確定力トハ判決力トハ確定力トハ不變ノ狀態ニ至リ非常上訴ヲ以テ羈束スルニ非シレハ之ヲ確定力トハ判決力トハ確定力トハ不變ノ狀態ニ至リ非常上訴ノ真正證據トシテ使用スルヲ得ルノ效力ハ茲ニ所謂證據力トハ第七八條ニ執行力トハ強制力ヲ以テ判決ノ内容ヲ)上訴期間ヲ經過シ若クハ上訴方法ヲ盡クシ終ルニ因リテ判決ノ效力ハ完備スルモノナリ而シテ國家ノ裁判機關ハ他ノ裁判機關ノ意思表示(即チ判決)ニ羈束セラレサルヲ原則トスルモノナレハ上告裁判所ノ判決ハ此點ニ於テ特殊ノ效力即チ例外的效力ヲ有スルモノナリ詳言スレ

ハ上告裁判所ノ判決ハ其事件ニ於テ下級裁判所ヲ羈束スルモノニシテ事件ノ移送又ハ差戻ヲ受ケタル裁判所ハ上告判決ニ表示セル法律上ノ判斷ニ從ヒ裁判ヲ爲ササルヘカラス裁判所構成法第四十八條ニ大審院ニ於テ裁判ヲ爲スニ當リ法律ノ點ニ付テ表示シタル意見ハ其訴訟一切ノ事ニ付キ下級裁判所ヲ羈束ストアル之ナリ(法文ニ大審院トアレトモ上告裁判所トシテ然レトモ現時ニ於テハ裁判所構成法改正ノ結果控訴)大審院ノ判例ハ法律ノ解釋ヲ定ムルモノナレトモ下級裁判所ハ他ノ事件ノ裁判ニ於テハ右判例ヲ遵守スルノ義務ナシ故ニ例ヘハ或ル論點ニ對シ法律上ノ判斷ヲ示シ事件ヲ控訴院ニ移送シタル後大審院カ他ノ事件ヲ審理スルニ當リ同一ノ論點ニ逢着シ聯合部ヲ開キ判例ヲ釀ヘシ先ノ判斷ニ異レル法律上ノ見解ヲ立テタル場合ニ於テモ亦事件ノ移送ヲ受ケタル控訴院ハ聯合審判ノ判旨ニ從フヘキモノニ非シテ大審院カ不當ナリトシテ變更セル前判旨ニ從ヒ審判ヲ爲スヘキモノトス而シテ此判決ニ對スル上告ヲ審理スルニ當リテハ大審院ハ前ニ表示シタル判斷ニ羈束セラレルヲ以テ聯合審判ノ判旨ニ從ヒテ裁判スルヲ得サルモノトス近時此點ニ付

第四章 抗告

五〇九 抗告審ノ性質……五一〇 抗告ノ申立……五一一 抗告ノ審判

抗告審ノ性質

五〇九 抗告ハ事實及ヒ法律ノ點ニ付キ上級裁判所ノ審判ヲ求ムル申立ナリ
 既ニ論述セル如ク抗告ノ物體ト爲ル者ハ決定ナレトモ法律ニ特ニ定メタル場
 合ニ非サレハ抗告ヲ爲ス能ハス(刑九三條)決定裁判所ハ二級審ヲ原則トスルモ
 ノナルカ故ニ抗告申立人ハ抗告裁判所ノ裁判ニ對シテハ更ニ抗告ヲ爲スコト
 ヲ得ス(刑九三條)民事訴訟法ニ依レハ抗告裁判所ノ裁判ニ因リ獨立ノ抗告
 理由ヲ生シタルトキハ更ニ抗告ヲ爲スコトヲ得ルモノナレトモ是レ刑事訴訟
 法ノ認メサル所ナリ(明治二九年抗三三號同年一月一七日大審院第一刑事部決
 定)同三六年抗三三號同年九月一日同院第一刑事部決
 定)免訴ノ豫審終結決定ニ對スル抗告ニ基キ抗告裁判所ハ檢事ノ抗告理由ニ拘
 ハラス裁判スルヲ得レトモ其他ノ抗告ニ付キテハ抗告理由ノ範圍内ニ於テ裁
 判ヲ爲スヘク理由ヲ具セサル抗告ハ裁判ヲ與フルニ由ナキモノナレハ不適法

トシテ是ヲ棄却スヘキモノトス(刑九九條)抗告審ニ於ケル審理ハ口頭辯論ヲ經
 ヘキ者ニ非ス唯豫審終結決定ニ對スル抗告ニ付キテハ豫審處分ヲ爲スコトヲ
 得ルノミ即チ抗告審ノ原則ハ書面審理主義ナリ(刑九七條)抗告ノ期間ハ上告ニ
 同シク三日ナリト雖モ上告期間ハ判決言渡ヨリ起算スルニ反シ抗告期間ハ常
 ニ裁判ノ送達ヨリ起算スルモノトス學者或ハ抗告ニ於テハ手續ノ不當ヲ理由
 トスヘク實體ノ不當ヲ理由トスルヲ得スト論スレトモ現行刑事訴訟法ハ解釋
 トシテハ不當ナリ何者免訴ノ決定ニ對スル檢事ノ抗告刑法第五十二條第五十
 八條ニ依リ刑ヲ定メタル決定ニ對スル抗告刑法施行法第五十六條ニ依リ刑ノ
 執行猶豫ヲ取消シタル決定ニ對スル抗告等實體上ノ不當ヲ攻撃スル抗告少カ
 ラサレハナリ抗告ハ書面審理ナルノ結果トシテ抗告審ニハ辯護人ナル者ナシ
 故ニ抗告審ノ裁判ニ對シテハ辯護人ヨリ抗告ヲ爲スヲ得ス(明治四〇年六月二日
 刑部判決)刑事訴訟法第二百四十三條ニ依レハ辯護人ハ被告人ニ代リ上訴ヲ
 爲スコトヲ得ルヲ以テ原裁判所ニ於テ期間ヲ經過シタリトシテ控訴上告ヲ棄
 却シタル場合ニハ辯護人ハ該決定ニ對シ抗告ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ(刑九
 九條)

二七五條(第)余輩ノ見解ニ於テハ抗告申立ハ代人ヲ委任シテ是ヲ爲スヲ得ルモノナレトモ判例ノ探ル理論ニ從ヘハ消極的ニ決セサルヘカラス裁判長ノ命令及ヒ裁判所書記ノ處分ニ對シテハ抗告ヲ爲スヲ得ス

抗告ノ申立

五一〇 抗告ハ原裁判所又ハ原豫審判事ニ抗告申立書ヲ提出シテ之ヲ爲ス(刑訴法第二九六)抗告申立書ノ提出ヲ受ケタル原裁判所又ハ豫審判事ニ於テ抗告ノ理由アリト認ムルトキハ決定中不服ヲ申立テラレタル點ヲ更正スヘク是ヲ理由ナシト認ムルトキハ其旨ノ意見ヲ附シテ申立ヲ受タルヨリ三日内ニ抗告裁判所ニ抗告申立書ヲ送致スヘキモノトス豫審終結決定ニ對スル抗告ニ付キテハ常ニ訴訟記録ヲモ送致セサルヘカラス其他ノ場合ニ在リテハ抗告裁判所ニ於テ必要アリト認メタルトキ記録ノ送致ヲ求ム(同法第二九項)原裁判所又ハ原豫審判事ニ於テ抗告ノ理由アリトシテ不服ノ點ヲ更正シタルトキハ其更正決定ヲ被告人ニ送達スヘク之ニ因リテ抗告ハ終局ヲ告ク然レトモ被告人カ更正決定ヲモ猶不當トスルトキハ之ニ對シテ更ニ抗告スルヲ得ヘシ更正決定ハ原決定ト同性質ノモノナレハナリ原裁判所又ハ原豫審判事カ抗告ニ對シテ意見ヲ

附スルコト又ハ三日内ニ是ヲ抗告裁判所ニ送致スルコトハ抗告ノ成立ノ要件ニ非サルヲ以テ全然意見ヲ附セス或ハ意見書ニ方式ヲ缺キ或ハ三日ノ期間後ニ抗告ヲ送致スルモ抗告裁判所ハ是ニ對シテ裁判ヲ下ササルヘカラスルモノニシテ以上ノ形式ノ違法或ハ期間ノ經過ハ抗告ノ裁判ニ何等ノ影響ヲ及ボスヘキモノニ非ス(明治三五年レ第二二六號同年三)抗告申立ハ原決定ノ一部ニ對シテ是ヲ爲スヲ得ルヤ勿論ナリ例ヘハ數罪ニ付キ免訴ヲ言渡シ若クハ管轄違ヲ言渡シタル決定中一罪ニ關スル部分ノミヲ不當トシテ抗告スルカ如シ不服申立ノ部分ヲ限ラサルトキハ全部ノ抗告ト看做ス抗告申立ハ原決定ノ確定ヲ停止スルノ效力アリト雖モ期間經過後ニ提起セル抗告ハ右ノ效力ヲ有セス抗告ニハ原裁判ノ執行力ヲ停止スルモノアリ例ヘハ刑事訴訟法第百十八條第一項第百二十六條第一項第百七十四條ノ如シ又停止ノ效力ヲ有セサルモノアリ例ヘハ同法第四十二條(民訴法第三八條)第二百五十五條第二百七十四條第三百二十二條ノ如シ原裁判所又ハ原豫審判事ハ不適法ナル抗告ト雖モ直チニ之ヲ棄却スルヲ得ス其理由ヲ附シテ抗告裁判所ニ是ヲ送致セサルヘカラス

五一 抗告裁判所ノ手續ハ書面審理ヲ原則トス(刑九七條第)故ニ辯護人ハ勿論申立人又ハ其相手方ノ辯論ヲ聽クコトナクシテ裁判ス但檢事ノ意見ハ之ヲ聽カサルヘカラス刑事訴訟法ニハ民事訴訟法第四百六十二條第二項ノ如キ規定ナシ之レ民事訴訟ニ於ケルカ如キ反對ノ利害關係ヲ有スルノ地位ニ居ル者ナキヲ以テナリ唯豫審終結決定ニ對スル抗告ノ場合ニ於テハ被告人ハ反對ノ利害關係ヲ有スルモノト謂フヘシ然レトモ右ノ場合ニ於テ抗告裁判所ハ受命判事ヲ命シ豫審處分ヲ爲サシムルコトヲ得ルヲ以テ反對ノ利害關係人トシテ被告人ニ書面上ノ陳述ヲナサシムルノ要ナキナリ豫審終結決定ニ對スル抗告ニ付キ事件ノ取調ヲ命セラレタル判事ハ被告人、證人ノ訊問、檢證、鑑定等諸般ノ證據調及ヒ物件ノ搜索、差押ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ其證據蒐集ノ結果ハ是ヲ抗告裁判所ニ報告スルモノトス但豫審終結決定書ヲ作成スヘキモノニ非ス又其報告ハ必スシモ報告書ヲ以テスルノ要ナシ(同法第 九八條第 二)抗告裁判所ハ先ツ抗告ノ適法ナルヤ否ヤヲ調査スヘキモノトス抗告ニシテ不適法ナラン歟事案ノ審査ヲ爲スコトヲ得サルモノナレハナリ即チ 一、抗告ヲ申立テラレタル裁

判ハ直近下級ノ裁判所ニ於テ下シタルモノナルヤ否ヤ 二、抗告ハ法律ニ特定シタル場合ニ該當スルヤ否ヤ 三、抗告期間内ノ申立ナルヤ否ヤ 四、原裁判所ニ提出シタルモノナルヤ否ヤヲ調査スヘク以上ノ要件ニ缺クル所アラハ不適法トシテ抗告ヲ棄却スルモノトス但抗告申立書ヲ直ニ抗告裁判所ニ差出シタル場合ニ抗告裁判所ハ之ヲ原裁判所若クハ原豫審判事ニ送致スルハ妨ケナキモノナリ抗告申立ノ形式上適法ナリシ場合ニ於テハ抗告ノ本體ニ付キ調査スヘク抗告ヲ理由アリトセハ原裁判ヲ取消シテ相當ノ裁判ヲ爲スヘク理由ナシトセハ抗告ヲ棄却スヘキモノトス(刑九七條第 三)抗告裁判所ハ同一ノ公訴事件ニ關シテ數回ノ抗告ヲ受クルコトアルヘシ例ヘハ忌避ノ申請ヲ不當ナリトスル決定ニ對シテ抗告申立アリ其後證人、鑑定人ヲ罰金ニ處スル決定ニ對シテ抗告申立アリタルカ如シ右ノ場合ニハ抗告事件トシテハ各獨立ノモノナルカ故ニ一々是ニ對シテ裁判ヲ與ヘサルヘカラサルモノナレトモ同一ノ抗告事件ニ付キテハ再度ノ決定ヲ與フヘキモノニ非ス(明治二九年抗第四號同年二月一八日同院第一刑部判決)抗告裁判所カ抗告ヲ理由アリトスル場合ニ於テハ原決定ヲ取消スト同時ニ

相當ノ裁判ヲ爲スヘキモノニシテ其裁判ヲ原裁判所ニ委任スルヲ得ス然レトモ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ裁判スヘキ場合ニハ民事訴訟法第四百六十四條ノ適用アルカ故ニ裁判ヲ原裁判所ニ委任スルコトヲ得ルモノトス例ヘハ忌避ノ申請ヲ不當トセル決定、訴訟費用確定決定、訴訟費用賠償決定ニ對シテ抗告アリタル場合ノ如シ(刑二訴法第四三條、民法第八五條第)

第五編 確定判決ニ對スル上訴

第一章 總論

五一二、非常上訴ノ立法上ノ理由……五一三、非常上訴ノ意義及ヒ種類……五一四、非常上訴ト通常上訴トノ差異

非常上訴ノ立法上ノ理由

五一二 實體的眞實發見主義ト確定裁判ノ制度トハ其理論ニ於テ相容レサルモノアリ裁判ニシテ實體的眞實ヲ得サラン歟何回ニテモ之ヲ繰返ヘスヘク實體的眞實ヲ得ルニ因リテ始メテ裁判ヲ爲スノ餘地ナキニ至ルモノナルコトハ實體的眞實發見主義ヨリスル論理當然ノ歸結ナリトス是故ニ古代ノ立法ニ於テハ同一事件ヲ同一裁判所ヲシテ數回審理セシメタリ例ヘハ「フルウ人(Dobrynek)」ノ法律ハ既ニ裁判アリタル後、新タニ被告人ヲ辯護セントスル者ノ顯ハルルトキハ手續ヲ再施シテ辯護ノ新方法ニ付キ審案スヘキモノトセルカ如シ「サヌヌ(Suzanne)」カ死刑ノ宣告ヲ受ケ執行ニ著手セントスルトキ「ダニエル(Daniel)」

②ノ顯ハレテ是ヲ辯護シ遂ニ無罪タラシメシハ古史ニ顯ハレタル事蹟ナリ斯ノ如クニシテ五回迄同一事件ヲ審理スルコトヲ得ルモノトセリ又亞典(Athenes)ノ法ニ依レハ人民ノ裁判ヲ以テ有罪ナリト認メラレタル者モ無辜ナリトスヘキ心證ヲ得タルトキハ刑ノ執行ヲ停止シ其被告人ノ性質、經歷、犯罪事件ニ付キ再ヒ審理ヲ爲スヘキモノトセリ然ルニ確定裁判ノ制度ヲ設ケ上訴期間ヲ經過シタルトキ又ハ一回上訴方法ヲ實行シ終リタルトキハ判決ハ確固不動ノ狀態ニ至リ其誤謬ナルコトヲ認メシムヘキ顯著ナル證憑ノ發見セララルコトアルモ之ヲ如何トモスルコト能ハストセハ此主義ヲシテ有名無實ナラシムルモノニシテ無辜ノ者ハ終身冤ニ泣キ俸免ノ人ハ官ト法トヲ侮リ之カ爲メ安寧秩序ノ維持ヲ困難ナラシメ法律ハ其目的ヲ達スル能ハサルニ至ラン然レトモ實體的眞實發見主義ノ無制限ナル適用ハ何レノ時代ニ於テモ何レノ國家ニ於テモ實現セシムルヲ得ヘキモノニ非サルヲ如何セン蓋シ限リアル吾人ノ智能ヲ以テシテハ裁判ノ實體的眞實ヲ得タルコトヲ知ルヲ得サレハナリ其結果裁判ヲシテ永遠ニ確定力ヲ有スル能ハサラシメム歟法律上ノ事物ハ其關係ノ確定ス

ルニ至ルノ時期ナキカ故ニ民事ニ在リテハ取引ノ安全ヲ害シ權利ノ所在ヲ不確實ナラシメ敗訴者ハ判決ヲ覆ヘサンコトニ日夜心血ヲ注クヘク勝訴者モ亦判決ニ信賴スル能ハサルカ故ニ不安ノ念ヲ斷タサルヘシ刑事ニ在リテハ有罪ノ判決アルモ訴追者ハ猶眞ノ犯人ノ何人ナルヤヲ確カムルノ責任ヲ有シ受刑者以外ノ者モ猶疑似ノ禍ニ罹ルノ憂ヲ懷カサルヲ得ス無罪ノ判決アルモ其被告人ハ再ヒ訴ヲ受クルコトアルヲ以テ戰々競々常ニ薄キ氷ヲ踏ムノ念ヲ爲シ安ンシテ其生業ヲ營ム能ハス斯ノ如クンハ一般ノ康寧ヲ害シ共同生活ノ結合ヲ危カラシメテ國家ノ基礎ヲ動搖セシムルニ至ラン是レ實體的眞實發見主義ノ論理的適用ヲ制限シテ確定裁判ノ制度ヲ立テサルヲ得サル所以ナリ而シテ裁判ニ重大ノ誤謬アルコト若クハ誤謬アリト推定スヘキコトノ確證アル場合ニ確定裁判ヲ取消スヘキ手段ヲ設クルコトハ兩極トシテ相對スル實體的眞實發見主義ト確定裁判ノ制度トヲ調和セシムル所以ニシテ又法律ノ適用ヲシテ大ナル不公平ニ失スルコトヲ防止スルノ利益アルモノナリ是レ非常上訴ノ制度ヲ立ツルニ至レル立法上ノ理由ナリ

五一三 刑事訴訟法上、非常上訴トハ確定判決ヲ攻撃スルノ申立ヲ謂フ詳言スレハ確定ノ終局判決ノ破毀ヲ目的トシテ上告裁判所ニ提起スル上訴ナリ分ツテ二種トス非常上告及ヒ再審ノ訴是ナリ非常上告トハ確定判決ニ於ケル實體法適用ノ不當ヲ攻撃スル上訴ナリ再審ノ訴トハ確定判決ニ於ケル事實認定ノ不當ヲ攻撃スル上訴ナリ非常上告ハ法律ノ罰セサル所爲ニ對シ刑ヲ言渡シ又ハ相當ノ刑ヨリ重キ刑ヲ言渡シタル場合ニハ其刑ノ如何ヲ問ハス是ヲ爲スコトヲ得ルモノナレトモ(刑訴法第九二條)再審ノ訴ハ刑事訴訟法第三百一條ニ列舉スル原因ナクシテ之ヲ爲スヲ得ス非常上告ト再審ノ訴トハ上告裁判所ニ對シ確定判決ノ取消ヲ求ムル點ニ於テ又被告人ノ利益ノ爲メニスルノ點ニ於テ共通ノ性質ヲ有スレトモ前者ハ法律適用ノ不當ヲ理由トスルモノ後者ハ事實認定ノ不當ヲ理由トスルモノナルノ點ニ於テ其性質ヲ異ニスルノミナラス後ニ説明スル如ク手續上數多ノ差異アリ其重ナル者ヲ舉クレハ非常上告ヲ理由アリトセハ上告裁判所ハ確定判決ヲ破毀シテ直チニ判決スルモノナレトモ再審ノ訴ヲ理由アリトスル場合ニハ確定判決ヲ破毀シテ原判決ト同等ナル他ノ裁判所

ニ事件ヲ移送スルモノナルコト是ナリ非常上告ハ佛蘭西刑事訴訟法ニ於ケル法律ノ利益ノ爲メニスル上告ノ制度ニ淵源ス(佛刑訴法第四四條)然レトモ彼ニ在リテハ確定判決ヲ破毀スルモ其效力ノ被告人ニ及フコトナキニ反シ我ニ在リテハ被告人ニ利益ナル場合ニ限り之ヲ許シ且確定判決破毀ノ效力ハ被告人ニ及フモノトス再審ノ訴モ亦佛法ニ倣ヒ被告人ノ利益ノ爲メニスル場合ノミニ是ヲ限レリ(刑訴法第三〇一條)佛再審ノ訴ニ關スル制度ハ我國ト佛蘭西トハ同一法系ニ屬スルモノニシテ之ニ異ルヲ獨法系ノ立法トス例ヘハ獨逸ノ法律ノ如シ獨逸ノ法律ニハ被告人ノ利益ノ爲メニスル再審ト被告人ノ不利益ノ爲メニスル再審トヲ規定ス(獨逸刑訴法第三三九條、第四〇二條、獨逸多利)又佛法系ト獨法系トノ再審ノ制度ニ於ケル他ノ差異ハ獨法系ノ立法ニ於テハ確定判決ヲ爲シタル裁判所ニ於テ再審ノ訴ヲ受理シ佛法系ノ立法ニ於テハ上告裁判所ニ於テ此訴ヲ受理シ再審ノ理由アリト認ムルトキ確定判決ヲ破毀シ是ヲ爲シタル裁判所ト同等ナル他ノ裁判ヲシテ事件ヲ再審セシムル點ニ在リ(獨逸刑訴法第四四條、佛刑訴法第三〇四條以下)獨法系ノ訴訟法ニ於テハ再審ノ訴ハ確定判決

ヲ爲シタル裁判所ニ爲スヘキモノナルヲ以テ上訴タルノ性質ヲ有セサレトモ
 佛法系ノ法律ニ於テハ即チ我訴訟法ニ於テハ上告裁判所ニ提起スルヲ以テ上
 訴タルノ性質ヲ有スルモノトス(民事訴訟法ハ獨法系ノ立法ニ屬シ再審ノ訴ハ
 不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所
 ニ提起スヘキモノト)刑事訴訟法ニハ民事訴訟法ニ於ケルカ如キ再審抗告ナル
 モノナシ換言スレハ再審ノ目的物タルヘキモノハ判決ニシテ決定ハ其目的物
 ト爲ルコトナシ(民事訴訟法第四六六條第三項參照)又民事訴訟法ハ再審ノ訴ニ取消ノ訴即チ無効
 ノ訴ト原狀回復ノ訴即チ公平ヲ基礎トスル訴トノ兩種ヲ認ムレトモ刑事訴訟
 法ハ民事訴訟法ノ原狀回復ノ訴ニ相當スル再審ノ訴ヲ規定スルノミニシテ取
 消ノ訴ニ相當スルモノヲ規定セス是レ現行法ノ不備ト謂フヘキモノニシテ刑
 事訴訟ノ事物ハ民事訴訟ノ事物ニ比シ重大ナルノ點ヨリ觀ルモ少ナクトモ民
 事訴訟法ト同一ノ再審原因ヲ規定スルノ必要アルモノト謂フヘキナリ私訴判
 決ニ對スル再審ノ理由ハ法文ノ據ルヘキナキモ私訴ノ性質ニ基キ民事訴訟法
 ノ規定ニ準據スヘキモノト論斷スルハ敢テ不當ニ非サルヘシ

五 四 非常上訴ト通常上訴トハ既ニ一言セル如ク又後ニ論述スル如ク其攻

非常上訴ト通常
 上訴トノ差

撃ノ目的物及ヒ訴訟手續ヲ異ニスルノ外其效力其他ノ點ニ於テ大差アリ

一 上訴ハ其目的物タル裁判ノ確定及ヒ執行ヲ停止スルヲ原則トスルモノ
 ナレトモ非常上訴ハ確定判決ニ對スルモノナルヲ以テ確定ヲ停止スル效力ナ
 キハ勿論判決ノ執行ヲモ停止スルコトナシ是レ其攻撃スル物體カ一ハ未確定
 ノ判決ニシテ他ハ確定判決ナルヨリ生スル結果ナリ

二 無罪ヲ理由トスル上訴ノ目的ヲ達シタルトキハ刑ノ執行ヲ爲スコトナ
 キモ再審ノ訴ヲ理由アリトシテ無罪ノ判決アルモ刑罰執行前ノ原狀ニ回復セ
 シムルコトナシ故ニ徵收セル罰金ノ如キハ之ヲ返還スルコトナシ僅カニ被告
 人ノ名譽ヲ回復スル爲メ其判決ヲ揭示スルノ手續ヲ爲スノミ(刑訴法第九條)此手續
 ハ上訴ニハ存スルコトナシ

三 上訴ニハ本案事實ニ付キ審理ヲ爲スモノアリ控訴、抗告ノ審理是ナリ非
 常上訴ニハ本案事實ヲ審理スルコト絶ヘテナシ唯再審ノ訴ニ在リテハ再審ノ
 原因タルヘキ事實ノ存否ヲ審査スルノミ

四 上訴ハ檢事、被告人ノ双方ヨリ之ヲ爲スヲ得ルモノナレトモ非常上訴ニ

ハ檢事ニ非サレハ之ヲ爲ス能ハサルモノアリ非常上告是ナリ而モ其檢事ハ上告裁判所ノ檢事ニ限ル(刑訴法第二九條第一項)又上訴ハ原審ノ訴訟當事者ニ非サレハ是ヲ爲スコトヲ得ス然ルニ非常上訴ニハ第三者ヨリ是ヲ提起スルコトヲ得ルモノアリ再審ノ訴是ナリ即チ刑ノ言渡ヲ受ケタル者死去シタルトキハ其親屬ハ死者ノ爲メニ再審ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノナリ(同法第三五條)

五 此兩者ハ其攻撃ノ目的物トスル判決ノ種類ニ於テ差異アリ上訴ノ目的物ト爲ルモノハ 一、有罪ノ公訴判決 二、無罪ノ判決 三、管轄違ノ判決 四、免訴ノ判決 五、公訴不受理ノ判決 六、管轄違又ハ公訴不受理ノ申立ヲ却下スル判決 七、私訴判決等ニシテ約言セハ判決ハ凡テ上訴ノ目的物ト爲ルモノナルニ非常上訴ノ目的物ト爲ルモノハ被告人ヲ刑ニ處シタル判決ノミニ限リ其他ノ公訴判決及ヒ私訴判決ハ決シテ非常上訴ノ目的物ト爲ルコトナシ

第二章 非常上告

五一五 非常上告權利者……五一六 非常上告ノ要件……五一七 非常上告ノ提起及ヒ審判

非常上告權利者

五一五 非常上告ハ不法ナル實體法ノ適用ヲ爲シテ被告人ヲ刑ニ處シタルヲ攻撃シテ確定セル判決ノ取消變更ヲ求ムル救濟手段ナリ訴訟上此手段ヲ運用スルコトヲ得ルハ單ニ上告裁判所ノ檢事ニ限レリ非常上告ハ被告人ノ利益ノ爲メニ爲スモノナルニ被告人又ハ辯護人ニ是ヲ申立ツル權利ヲ有セシメサルハ法律ノ不備ト謂フヘキナリ佛蘭西刑事訴訟法モ亦我訴訟法ト同一ニシテ檢事ノミニ之ヲ爲スノ權利ヲ附與セリ然レトモ佛法ノ非常上告ハ法律ノ利益ノ爲メニ之ヲ爲スモノナルカ故ニ檢事ノミニ上告提起權ヲ附與セルハ相當ナリト謂フヘシ既ニ述ヘタル如ク私訴判決ハ非常上訴ノ物體ト爲ラサルカ故ニ私訴當事者ニ非常上告權ヲ許與スヘキ理由ナシ非常上告權ヲ有スル上告裁判所ノ檢事ハ自己ノ職權ヲ以テ或ハ司法大臣ノ命ニ因リ非常上告ヲ提起スルモノ

ニシテ大審院ニ於テハ檢事總長或ハ其代理檢事ノ名ヲ以テ控訴院ニ於テハ檢事長或ハ其代理檢事ノ名ヲ以テ是ヲ其裁判所ニ提起ス而シテ司法大臣ノ命ニ因リ之ヲ提起スル場合ニ於テモ大臣ノ命令アリタルコトヲ非常上告申立書ニ掲クルノ要ナシ

非常上告ノ要件

五一六 非常上告ヲ提起スルニハ左ノ要件ヲ具備セサルヘカラス

一 第一審又ハ第二審ノ判決カ上訴ノ期間内ニ上訴スル者ナクシテ確定シタルコト 即チ第一審ノ判決ニ對シテハ控訴期間内控訴スル者ナクシテ第二審ノ判決ニ對シテハ上告期間内上告スル者ナクシテ其判決ノ確定シタル場合ナルコトヲ要ス而シテ第二審判決カ控訴ヲ棄却シタル場合ナルト原判決ヲ取消シタル場合ナルトヲ區別スルコトナシ又上訴ヲ爲シタルモ取下タルトキハ上訴ナクシテ確定セル判決ニ該當ス未確定ノ判決ハ之ニ對シテ上訴ヲ爲スコトヲ得ルカ故ニ非常上告ヲ許スノ要ナシ而シテ現行法文ニ依レハ上告ヲ爲シテ確定シタルトキハ非常上告ヲ許ササルヲ以テ例ヘハ上告棄却判決ヲ受ケタル第二審判決ニ對シテハ非常上告ヲ爲スヲ得ス原判決ヲ破毀シタル上告審ノ

判決ニ對シテモ亦同シ然レトモ是レ立法上不備ノ點ニシテ實際上甚シキ不都合ヲ生スルモノナリ例ヘハ甲カ登記官吏ヲ欺キ不實ノ登記ヲ爲サシメタル所爲ヲ舊法ノ下ニ於テ官文書偽造行使罪ナリトシテ罰シタル判決ニ對シ上告ヲ爲シ上告棄却ノ判決アリタルニ其後大審院ノ判例變更シ同趣旨ノ事實ニ付キ乙ノ提起シタル上告ニ對シ右ノ所爲ハ官文書偽造行使罪ヲ構成セストノ判決アリタリトセンニ同趣旨ノ事實ニ付キ有罪ノ判決ヲ受ケ上告ヲ爲ササリシ丙ニ付テハ大審院ノ判例變更後檢事ハ非常上告ヲ爲シ無罪ノ判決ヲ下サシムルコトヲ得レトモ甲ノ爲メニハ非常上告ヲ爲ス能ハサレハナリ殊ニ甚シキハ甲ト丙トハ共犯ニシテ甲ハ上告ヲ爲シ棄却ノ判決ヲ受ケ丙ハ上告ヲ爲サシメテ第二審判決ヲ確定セシメタル場合はナリ丙ノ爲メニハ非常上告ヲ爲スヲ得レトモ甲ノ爲メニハ是ヲ爲ス能ハサル奇怪ノ結果ニ至ルモノナリ然レトモ現行法ノ下ニ於テハ如上ノ不都合ヲ如何トモスル能ハサルモノナリ

二 非常上告ノ目的物タルヘキ判決カ法律ニ於テ罰セサリシ所爲ニ對シ刑ヲ言渡シ又ハ相當ノ刑ヨリ重キ刑ヲ言渡シタルコト 例ヘハ偽造銀行券ヲ行

アルヲ要セサルヲ知ルヘキナリ況ンヤ第二百九十二條ニ『何時ニテモ』トアリテ制限的文詞ノ存セサルニ於テヲヤ檢事ハ死去セル被告人ノ爲メ非常上告ヲ爲スコトヲ得ルモノナリトノ論斷ヲ下スハ敢テ不當ニ非サルヘシ故ニ余輩ハ通説ニ反シ此說ヲ主張スル者ナリ

非常上告ノ申立ハ直チニ上告裁判所ニ提起スルモノニシテ原裁判所ヲ經由スルモノニ非ス又非常上告ノ審理ニハ檢事ノ出廷シテ辯論ヲ爲スノミ被告人ハ辯護士ヲ差出スヲ得ストハ通説ニシテ現時大審院ノ實際上ノ取扱亦然リ故ニ裁判所ハ被告人ニ期日ノ通知ヲ爲スヲ要セス故ニ又第二百七十六條乃至第二百八十一條ノ規定ハ非常上告ニ適用ナシ但非常上告ノ趣意書ハ提出セサルヘカラス又裁判長ハ受命判事ヲ定ムルヲ得裁判所カ審理ヲ遂ケ非常上告ヲ理由ナシトセハ第二百八十五條ニ依リ之ヲ棄却スヘク理由アリトスルトキハ第二百九十二條第二項ニ依リ原判決ヲ破毀シ無罪ノ判決又ハ相當ノ刑ヲ科スル判決ヲ爲ス後ノ場合ニ於テハ既ニ執行セル刑ト通算ヲ爲スヘク新刑全部ヲ執行スヘキモノニ非ス

第三章 再審

- 五一八、再審ノ訴ノ目的物……………五一九、管轄裁判所……………五二〇、再審權利者……………五二一、再審ノ原因……………五二二、再審ノ原因……………五二三、再審ノ訴ノ成立要件……………五二四、起訴及ヒ審判……………五二五、再審ノ訴ニ對スル判決及ヒ其效力

再審ノ訴ノ目的物

五一八 既ニ一言セル如ク刑事訴訟ニ於テハ民事訴訟ニ於ケルト異ナリ判決以外ノ裁判ニ付キテハ再審ヲ爲スコトナシ故ニ再審ノ訴ノ目的物ハ判決ナルトモ刑ノ言渡ヲ爲シタル判決アリシ場合ニ非サレハ再審手續ヲ施行スルコトナシ換言スレハ無罪、免訴刑ノ免除、管轄違、公訴不受理等ノ終局判決、私訴ノ終局判決、公訴不受理若クハ管轄違ヲ言渡セル中間判決ハ再審ノ訴ノ目的物ト爲ルコトナシ然レトモ苟モ刑ノ言渡ヲ爲シタル判決ナル以上ハ第一審判決ナルトモ第二審判決ナルトモ問ハス又其判決ハ對席判決ナルトモ關席判決ナルトモ問ハス又判決ノ執行ヲ終レルト執行未了ナルトモ問ハス再審ノ訴ノ物體タルヲ得ルモノナリ然レトモ上告裁判所ノ判決ハ再審ノ物體ト爲ラス事實ノ判斷ニ非

サレハナリ闕席判決ハ刑ノ時効成就シタルトキハ確定スルヲ以テ之ニ對シ故障又ハ上訴ヲ爲ス能ハサルモノナレトモ再審ノ訴ノ目的物ト爲ルニ妨ナキモノナリ故障棄却ノ闕席判決亦同シ判決カ第一審ニ於テ確定シタルト第二審ニ於テ確定シタルト上告審ニ於テ確定シタルトヲ問ハス再審ノ訴ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ刑事訴訟法第三百三條ニハ特ニ再審ノ訴ハ刑ノ消滅シタルニ拘ラス何時ニテモ是ヲ爲スコトヲ得ト規定セリ又被告人ノ死去ハ判決ノ再審ノ目的物タル性質ヲ除去スルコトナシ第一審ノ判決カ控訴ノ申立ナクシテ確定シタル場合ニハ再審ノ目的物ヲ定ムルコト容易ナリト雖モ第一審第二審ノ二箇ノ判決アリタル場合又ハ右ノ外上告審ノ判決アリタルトキハ何レノ判決カ再審ノ目的物タルヤハ初學者ノ惑フ所ナルヘシ曰ク上告裁判所ノ判決ハ上告ヲ棄却シタル場合ハ勿論原判決ヲ破毀シテ其事件ニ付キ終局的ニ直判セル場合ト雖モ再審ノ目的物ト爲ルコトナシ何者再審ノ訴ハ公訴ノ本案事實ノ認定ヲ不當トスルノ主張ナレハ本案事實ノ裁判ヲ爲ササル上告裁判所ノ判決カ其目的物ト爲ルヘキ理由ナケレハナリ第一審ト第二審トノ判決アリタル場合

ニハ再審ノ訴ノ目的物ト爲ルモノハ常ニ第二審判決ナリ第一審判決ヲ取消シタル場合ニハ勿論是ニ對スル控訴ヲ棄却セル場合ト雖モ覆審主義當然ノ結果トシテ事件ヲ終局的ニ裁判シタルハ第二審判決ナレハナリ第二審判決カ上告裁判所ノ判決ニ依リ破毀セラレタル場合ト雖モ此判決ニ代ルヘキ他ノ裁判所ノ第二審判決ノ生セサル以上ハ再審ノ訴ハ破毀セラレタル第二審判決ノ生セサル以上ハ破毀セラレテ爲スヘキモノトス何者他ノ裁判所ノ第二審判決ノ生セサル以上ハ破毀セラレタル第二審判決ハ事實ノ裁判ニ於テハ上告判決ノ基礎ト爲レルモノ換言スレハ本案事實ニ對スル裁判トシテハ確定セルモノナレハナリ破毀セラレタルニ拘ハラズ其判決ハ確定スト謂フハ常識上奇異ノ感ヲ生スルモノナレトモ訴訟法上ノ理論トシテハ右ノ如ク論定スルノ外アラス何者上告裁判所ハ事實ノ認定ヲ爲スコトナク其破毀シタル原判決ノ認定事實ヲ基礎トシテ擬律ヲ爲シ以テ確定判決ヲ生セシメタルモノナレハナリ

刑事訴訟法ハ私訴判決ニ對スル再審ノ訴ノ原因ヲ規定セサルノミナラス同法第三百一條ニハ刑ノ言渡ニ對シテノミ被告人ノ利益ノ爲メニ再審ノ訴ヲ爲

スコトヲ得ル旨ヲ規定スルニ止マルカ故ニ私訴判決ハ直接ニ再審ノ訴ノ目的物ト爲ルコトナシ然レトモ公訴判決ニ再審ノ原因アリテ之ヲ破毀スルトキハ私訴判決モ亦破毀セラルヘキカ故ニ^{三〇七條第}私訴ノ確定判決ハ間接ニハ再審ノ訴ノ目的ト爲ルモノナリト謂フモ不可ナカルヘク換言セハ公訴判決ノ破毀セラレタルトキハ公訴私訴兩事件ハ共ニ再審ノ物體ト爲ルモノナリ

茲ニ重要ナル問題アリ私訴判決ノミニ對シテ民事訴訟法ニ依リ再審ノ訴ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤ是ナリ消極說ノ理由トスル所ハ下ノ二點ニ在リ 一、私訴ハ刑事訴訟ナリ從ツテ刑事訴訟法ニ民事訴訟法ノ規定ヲ適用スル明文ナキ以上ハ民事訴訟法ノ規定ニ從フヲ得ス然ルニ私訴ノ再審ニ付テハ民事訴訟法ノ規定ニ從フヘシトノ明文ナキヲ以テ民事訴訟法ニ從ヒ再審ノ訴ヲ主張スルヲ得ス 二、私訴制度ヲ設ケシ理由ハ公訴判決ト私訴判決トノ牴觸ヲ生セサラシメムカ爲メナリ然ルニ公訴ニ付キ再審ノ訴ナキニ私訴ノミニ付キ民事訴訟法ニ依リ再審ノ訴ヲ許ストキハ公訴ニ牴觸スル私訴判決ヲ生スルヲ免レズ斯ノ如キハ刑事訴訟法ノ精神ニ背戾スルモノニシテ刑事訴訟法ハ右ノ如キ

結果ヲ生セサラシメムカ爲メ第三百七條ニ於テ再審ノ原由アルコトヲ認メタルトキハ私訴ニ付キ再審ノ申立ナキモ公訴判決ト同時ニ私訴判決ヲ破毀シ事件ヲ他ノ裁判所ニ移送スヘキ旨ヲ規定セリ故ニ知ルヘシ公訴判決ト離レテハ私訴判決ニ對シテノミ民事訴訟法ニ從ヒ再審ノ訴ヲ許スヘカラサルコトヲ積極說ニ曰ク 一、私訴ハ其本質民事訴訟ナルヲ以テ刑事訴訟法ニ私訴ニ關シ特別ノ規定ナキ限リハ民事訴訟ノ一般法タル民事訴訟法ニ從ヒ私訴判決ニ對スル再審ノ訴ヲ爲スコトヲ得ヘキハ當然ナリ 二、私訴判決ノミニ對シ再審ノ訴ヲ許ストキハ公訴ノ確定判決ニ牴觸スル新判決ヲ生シ私訴制度ノ立法上ノ理由ヲ沒却スル結果ニ至ルヘシト雖モ由來裁判ノ牴觸ハ奈何ニ立法ヲ嚴密ニスルモ之ヲ防クニ由ナキモノナレハ公訴判決ト牴觸スルヲ虞ルルヨリシテ公訴判決ニ對スル再審ノ原因アル場合ニ非サレハ私訴ノ再審ヲ許サスト論スルハ不當ナリ右ノ如ク論スルトキハ敗訴者タル民事原告人ハ確定判決ニ奈何ナル不法アルモ其救濟ヲ求ムルノ道ヲ有セサルニ至レハナリ 三、殊ニ公訴ニ付キテ無罪ノ判決アリシ場合ニハ消極說ニ從フトキハ私訴ニ付キテハ絶對

行フコトヲ得此場合ニハ第二審裁判所ノ檢事及ヒ上告裁判所ノ檢事ハ再審ノ訴ヲ提起スルモノナリ上告裁判所ノ檢事ハ職權ヲ以テスルノ外司法大臣ノ命ニ因リ此訴ヲ爲ス而シテ以上第二號以下ノ場合ニ於テハ各檢事ノ再審訴權ハ各獨立ノモノナルヲ以テ檢事同一體ノ原則及ヒ階級的關係ハ右ノ訴權ニ影響ヲ及ホスコトナシ故ニ例ヘハ第一審裁判所ノ檢事ト上告裁判所ノ檢事トヨリ再審ノ訴アリタル場合ニ上告裁判ハ二箇ノ再審ノ訴トシテ手續ヲ行フヘキモノニシテ檢事ハ同一體ナリトノ理由ヲ以テ之ヲ一箇ノ訴トシテ取扱フヲ得ス又又上級裁判所ノ檢事カ訴ヲ爲シタル爲メ下級裁判所ノ檢事ノ訴ヲ其要ナキモノトシテ棄ツルヲ得ス

四、受刑者 自然人ニ付テハ問題ヲ生セスト雖モ法人ニ對シテ刑ヲ言渡ス場合ニハ其法定代理人ヲ以テ被告人トスルカ故ニ甲法定代理人カ法人ノ代表者タルノ理由ニ因リ被告人トシテ刑ノ言渡ヲ受ケタル後乙法定代理人之ニ代ハリタル場合ニ於テハ再審ノ訴ハ甲ヨリ提起スヘキヤ將タ又乙ヨリ提起スヘキヤノ問題ヲ生ス曰ク法人ノ代表者ヲ被告人ト爲スハ訴訟手續進行ノ便宜ニ

出テタルニ外ナラス犯罪ノ責任者ハ法人其者ナルヲ以テ本問ノ場合ニ於テハ現ニ代表資格ヲ有スル乙ヨリ此訴ヲ提起スヘク現ニ代表資格ヲ有スルコトナキ甲ハ此訴ヲ爲スノ權利ナシト斷定セサルヘカラス

五、受刑者ノ死去シタル場合ニ於テハ其親屬 親屬トハ民法ニ所謂親族ヲ指ス親屬カ此訴ヲ爲スニハ受刑者ノ死去シタルコトヲ條件トスルカ故ニ其生存中ニ受刑者ニ代リテ此訴ヲ爲スヲ得ス受刑者カ此訴ヲ爲シ裁判前ニ死去シタルトキハ親屬ハ此訴ヲ爲スコトヲ得此場合ニハ受刑者ノ訴ハ消滅ス而シテ右ノ場合ニ親屬ハ自ラ訴ヲ起サシテ受刑者ノ訴ヲ受繼スト主張スル學者アレトモ其說ハ誤レリ何者訴訟受繼ハ權利承繼人ノ爲メニ存スル手續ナルニ親屬ハ決シテ受刑者ノ承繼人ニ非サレハナリ又受刑者ノ死去セル場合ニハ再審訴權ヲ有スル者ハ其親屬ノミニシテ檢事ニ其權ナシトノ說アレトモ之レ亦非ナリ第三百二條第五號ノ法文ニハ受刑者死去シタル場合ニ其親屬ノミニ再審權ヲ制限セリト解釋セサルヘカラサル文詞ナキノミナラス檢事ハ公益上被告人ノ利益ノ爲メニ此訴ヲ爲スモノナレハ既ニ法律カ死者ノ爲メニ此訴ヲ起ス

關スル公正ノ證書ノミニテハ證明條件ヲ具備セルモノト謂フ能ハス右ノ外乙ト名乗ル者ハ果シテ甲ナリシコトヲ證明スヘキ犯罪前ニ於テ作成セル公正ノ證明書アルヲ要ス(明治三四年刑部第二七號同年五月)現時實際上本號ノ再審原因ニ關シテ一ノ弊害ヲ生セリ在監者カ申合セ他人ノ犯罪ヲ自ラ犯セルモノナリトシテ自首シ甘ンシテ確定判決ヲ受ケタル後犯罪當時某監獄ニ在リシコトヲ理由トシテ再審ノ訴ヲ爲スコト是ナリ右ノ場合ニ於テハ上告裁判所ハ再審ノ原因ヲ認メサルヲ得サルカ故ニ原判決ヲ破毀シテ他ノ裁判所ニ移送シ移送ヲ受ケタル裁判所ハ無罪ノ判決ヲ爲スモノニシテ之カ爲メ眞ノ犯人モ亦其罪ヲ免ルルニ至ルモノナリ

再審ノ原因

五二二 四、被告人ヲ陷害シタル罪ニ付キ刑ノ言渡ヲ受ケタル者アリタルトキ、是レ偽證、偽鑑定、偽通譯、誣告、瀆職等ノ罪ヲ犯シタル者アリテ是等ノ者ノ行爲カ被告人ニ對シ有罪ノ判決ヲ下スノ原因ト爲リタル場合ナリ(刑法第一七一條、第一七二條)而シテ本號ノ原因ノ生スルニハ陷害行爲者ノ行爲ヲ採用シテ被告人ニ罪アリト斷シタルコトヲ要シ陷害的行爲者アリト雖モ其行爲カ裁判

ノ憑據ト爲ラサルトキハ再審ノ原因ト爲ラス(明治三十九年刑部第三號判決同年二月九日)件ニ於ケル證人甲ハ偽證ノ罪ニ因リ處刑セラレタルモ原判決ハ右證人ノ證言ヲ採ツテ證據ト爲シタルコトナケレハ其偽證人被告ヲ陷害セントシタルニ止マリ被告ヲ陷害シタル事實ナキヲ以テ右證人カ刑ノ言渡ヲ受ケタル事實ハ刑訴法第三〇一條(第四號)又陷害者ニ對スル刑ノ言渡ノ確定シタルコトヲ要ス此點ハ法文ニ明示セサレトモ陷害者トシテ刑ノ言渡ヲ受クルモ其裁判力取消サレ若クハ破毀セラレルトキハ再審ヲ爲スヘキ原因ナキニ至ルヲ以テ未確定ノ裁判ニ基キテ再審手續ヲ開始スルモ無益ニ歸スルコトアレハナリ然レトモ陷害罪ノ刑カ現實ニ執行セラレタルコトヲ必要トセス又此裁判ニ付キ再審ノ原因アルコトハ此裁判ヲシテハ本號ノ原因タラシムルノ妨害ト爲ラス右ノ如ク陷害罪ノ刑ノ言渡アリタルコトヲ要スルカ故ニ此行爲者カ判決前ニ死亡シ又ハ其事件カ公訴ノ時効ニ罹リ或ハ無罪ノ判決ヲ受ケ刑ノ言渡ヲ實現セサリシ場合ニ於テハ再審ノ原因ヲ生スルコトナシ又本號ノ原因ハ第二號ノ原因ト異ナリ被陷害者ノ地位ニ在ル者ノ爲メニ再審ノ原因ヲ生スルニ止マリ陷害罪ニ因リ刑ニ處セラレタル者ノ爲メニ再審ノ原因ト爲ルモノニ非サルナリ

三〇一條第五項ニ所謂記録ノ錯誤ト謂フヲ得スト判示セリ。明治三六年の第八號同年一月三日同院第一刑部判決ニ曰ク明治六年一月生ノ被告カ犯罪當三時即チ明治五年一月三日訴訟記録ノ錯誤ニ因リタルモノニ非サルハ明治六年第六號布告ノ結果ニシテ訴訟記録ノ錯誤ニ因リタルモノニ非サルハ明治六年第六號布告ノ結果ニシテ再審ノ訴ヲ提起スルヲ得ス

再審ノ訴ノ成立要件

五二三 再審ノ訴ノ成立スルニハ左ノ要件ヲ具備スルコトヲ要ス

一、刑事訴訟法第三百一條各號ニ規定セル原因ヲ理由トスルコト 同條ノ規定ニ相當セサル原因ヲ主張シタルトキハ訴ハ不合法トシテ棄却スヘキモノトス又此規定ニ相當スル原因ヲ主張スルモ其證明ヲ爲ス能ハサルトキハ訴ハ理由ナキモノトシテ棄却セラルヘキモノトス

二、通常裁判所ニ於テ刑事訴訟法ノ規定ヲ適用シテ刑ヲ言渡シタル判決ノ確定シタルコト 刑ヲ言渡シタル判決ノ如何ナルモノナルヤハ既ニ説明セリ(第五一八)更ニ重ネテ説明スレハ例ヘハ關席判決ニ對スル故障ヲ棄却シタル關席判決モ亦所謂刑ノ言渡ヲ爲シタル判決ナリ(明治三八年の第五六號同年一月一〇日同院第二刑部判決)然レトモ刑ヲ言渡シタル第二審判決ニ對スル上告ヲ棄却セル上告裁判所ノ判決ハ勿論原判決ヲ破毀シテ刑ノ言渡ヲ爲シタル上告裁判所ノ判決ハ再審ノ物

體タルヘキニ非ス何者兩者ハ何レモ事實ノ認定ヲ爲ササレハナリ(明治三四年同月四月二五日同院第一刑部判決ニ曰ク再審ノ訴ノ目的ハ事實ノ誤認ニ依リ刑ヲ言渡シタル判決ノ破毀ヲ求ムルニ在ルヲ以テ上告審ノ判決ニ對シテハ依之ヲ許スヘキ)又同一理由ニ依リ關席セル控訴申立人ニ對シテ言渡シタル控訴棄却ノ關席判決ニ對シテハ再審ノ訴ヲ爲スヲ得ス外國裁判所ノ確定判決特別裁判所ノ確定判決ニ對スル再審ノ訴モ亦成立スル能ハス

三、被告人ノ利益ノ爲メ之ヲ爲スコト 被告人ノ不利益ニ於ケル再審ノ訴ハ刑事訴訟法ノ認メサル所ナリ利益ノ爲メニスルトハ無罪ヲ目的トスルト輕キ刑ヲ目的トスルト附加刑ニ對スルト主刑ニ對スルトヲ問ハス然レトモ單ニ事實認定ノミニ關スル利益ヲ目的トスル再審ノ訴ハ不合法ナリ苟モ刑ノ言渡ヲ目的トスル以上ハ其利益ノ大小輕重ハ敢テ問ハサル所ナリ(死者ノ親屬ヨリ上場合ニハ無罪ノ判決ヲ目的トスルコトヲ要スルノ說アレトモ條文)四、再審ノ訴ハ第三百四條ニ從ヒテ之ヲ爲スコト即チ受刑者其親屬ハ原裁判所ニ原判決ノ謄本ト證書類トヲ添付セル再審趣意書ヲ原裁判所ニ提出シテ之ヲ爲スコト(控訴裁判所檢察官又ハ上告裁判所檢察官第一審ノ確定判決ニ對シテ再審ノ訴ヲ爲ス場合ニ於テモ右ノ手續ヲ爲ササルヘカウサルヤ)

事日第三百四條第一項ノ如シト雖ハ廣ク再審ノ訴ヲ爲サントスル者ハト規定シ檢
 所ノ檢事自ラ再審ノ訴ヲ爲サントスルモトキハ前項ノ手續ニ從ヒ其類ヲ差出
 スヘシトアリテ前項ノ訴ハ第二項ノ檢事モトキハ前項ノ手續ニ從ヒ其類ヲ差出
 再審書類ハ第一項ノ檢事ニ檢査シ以テ再審ノ訴ヲ爲サントスルモトキハ前項ノ
 ノルモ見テ解釋セカサルメニ外ナラサレハ檢事ノ爲ス再審申立ニハ檢事ノ見
 要スヘキ下級審ナク檢事ノ意見ヲ要スヘキハ謂レナキヤ明カナレハ本條ノ立
 檢事ニハ適用ナキ規定此要件ヲ分析スレハ 一、再審趣意書ヲ提出スルコト
 二、趣意書ニ判決ノ謄本ト證憑書類トヲ添付スルコト 三、以上ノ書類ヲ原
 裁判所ニ提出スルコト又檢事ノ爲ス訴ハ上告裁判所ニ直チニ以上ノ書類ヲ提
 出スルコト是ナリ以上ノ事項ハ訴ノ成立要件ナレハ之ヲ缺クトキハ再審ノ訴
 ハ不成立ニ歸スルモノトス(明治三九年刑訴法第三八條同年四月同日院休暇再審判
 ノ訴ヲ爲サントスル者ハ其趣意書ニ證憑書類ヲ添付セザルモトキハ原裁判所ニ差出サ
 立ハ本訴ノ趣意書ヲ提出スルニ證憑書類ヲ添付セザルモトキハ原裁判所ニ差出サ
 寄セテ檢査セシムコトヲ求ムル旨附言コトヲ得ス之)

起訴及ヒ審判

五二四 檢事ノ爲ス再審ノ訴ハ再審趣意書ニ原判決ノ謄本ト證憑書類トヲ添

付シ之ヲ上告裁判所ノ檢事ニ差出シ上告裁判所ノ檢事ヨリ是ヲ其裁判所ニ差
 出スヘク上告裁判所檢事ノ爲ス訴ハ以上ノ書類ヲ直チニ上告裁判所ニ差出ス
 へキモノニシテ受刑者又ハ其親屬ノ爲ス再審ノ訴ハ原判決ノ謄本ト證憑書類
 トヲ添ヘタル再審趣意書ヲ原裁判所(再審ノ目的物タル判例)ニ差出シ原裁判所檢
 事ハ意見書ヲ添ヘ是ヲ上告裁判所ニ差出スモノトス(刑訴法第三〇四條)以上ノ手續ヲ行
 フニ因リテ訴ハ上告裁判所ニ繫屬スルモノナレトモ檢事ノ意見書ノ添付ヲ缺
 クモ訴ニ對シ不受理ノ裁判ヲ爲スヘキモノニ非ス訴ノ提起ハ執行停止ノ效力
 ナキヲ以テ死刑ノ判決ト雖モ再審ノ訴アルニ拘ハラス執行スルハ違法ニ非ス
 但シ實際ニ於テハ訴アルニ拘ハラス死刑ヲ執行スルカ如キハ絶無ナリ上告裁
 判所ハ檢事ノ請求ニ基キ受命判事ヲ命シ事件ノ取調ヲ爲シ其結果ヲ報告セシ
 ム(同法第三條)受命判事ハ豫審判事ニ屬スル處分ヲ爲スヲ得ルヤ否ヤニ付キテハ
 明文ナシト雖モ必要ナル限度ニ於テ適當ノ取調ヲ爲スコトヲ許ス法意ナリト
 解セサルヘカラス(獨刑訴法ハ受命判事カ證據調ヲ爲ス〇九條)受命判事ノ報告アリタ
 ル後上告裁判所ハ公判ヲ開キ受命判事ノ報告書ノ朗讀ト檢事ノ意見トヲ聽キ

タル後判決ヲ爲ス受刑者又ハ其親屬及ヒ其辯護人法定代理人私訴當事者等ハ
辯論ニ干與スルノ權利ヲ有セス現時ノ實際ニ於テハ受命判事ノ報告ハ再審ノ
訴旨ヲ要約シテ報告スルニ止マリ公廷ニ於テハ他ニ取調ヲ爲シタル結果ヲ報
告スルコトナシ然レトモ是ヲ爲スハ違法ニ非サルコト勿論ナリ上告裁判所ハ
審理ヲ終結セハ即日又ハ次ノ開廷日ニ判決ヲ言渡ス其判決ノ種類ハ次號ニ説
明スル如シ

再審ノ訴ニ對
スル判決及ヒ
其效力

五二五 甲、再審ノ訴ヲ棄却スル判決 棄却判決ニハ訴ヲ適法ナラストスル
理由ニ基クモノト訴ヲ理由ナシトスル理由ニ基クモノトノ二種アリ不合法ト
スルトキハ其理由ヲ判決理由中ニ説示スルモノトス例ヘハ第三百一條ニ列舉
セル原因ニ基カサル訴ノ如シ又例ヘハ證憑書類ヲ再審趣意書ニ添付セサルカ
如シ(前號所掲)又同一趣旨ノ訴ヲ再ヒ提起セルカ如シ(明治四一年の第一號刑
部判例ニ曰ク再審ノ趣旨ト再ヒ提起スルハ訴訟手續ニ於テ許容スヘキモノト
三四年一月一五日日本院ニ於テ棄却不服申立テラタル事件ニ關スル再審ノ
於ケル同一ニシテ同事件ニ於テ不服申立テラタル事件ニ關スル再審ノ
訴ハ不服申立テラタル之ヲ棄却スヘキモノトス)再審ノ訴ヲ理由ナシトスル

ハ其主張スル原因ハ法律ノ規定ニ適合スルモノナレトモ是ヲ證明スル能ハサ
ル場合はナリ以上ノ場合ニ於テハ決定ヲ以テ裁判スヘキモノニ非スシテ判決
ヲ以テ裁判セサルヘカラス(刑訴法第六條)不合法トシテ訴ヲ棄却シタルトキハ更ニ
適法ナル形式ヲ整備シ此訴ヲ起スコトヲ得又理由ナシトシテ棄却シタル場合
ニ於テモ他ノ證據ニ基キ此訴ヲ爲スヲ妨ケス一事不再理ノ原則ハ再審ノ訴ニ
付キテハ同一事實ト同一ノ證據ト再ヒ提出シタル場合ニ於テノミ適用アル
モノナリ再審權利者ニ非サル者カ此訴ヲ爲シ不合法トシテ棄却セラレタル後
再審權利者カ同一ノ事實證據ニ基キ訴ヲ起シタル場合ニハ不合法トシテ棄却
スヘキモノニ非ス其理由アルヤ否ヤヲ審査セサルヘカラス

乙、原判決ヲ破毀シ事件ヲ移送スル判決 再審ノ原因アリト認メタルトキ
ハ原判決ヲ破毀シ再審ヲ爲スヘキコトヲ命シ事件ヲ原裁判所ト同等ナル他ノ
裁判所ニ移送ス例ヘハ原裁判所カ東京控訴院ナラハ名古屋控訴院ニ移送シ横
濱地方裁判所ナラハ浦和地方裁判所ニ移送スルカ如シ右ノ場合ニ公訴判決ヲ
憑據トセル私訴判決アリシナラハ私訴判決ヲモ破毀シテ公訴判決ト同時ニ私

訴事件ヲ移送スヘキモノトス右ノ場合ニ於テ移送ヲ受ケタル裁判所ハ通常ノ規定ニ從ヒ裁判ヲ爲スヘキモノトス(刑訴法第百七條)移送ヲ受ケタル裁判所ニ於テ無罪ノ判決ヲ爲シタルトキハ確定後被告人ノ名譽ヲ回復スル爲メ其判決ヲ揭示スヘキモノトス(裁判所ノ揭示板ニ判決ヲ爲ス)右ノ場合ニ於テ罰金、沒收物、追徴金等ハ理論上之ヲ被告人ニ還付スヘキハ當然ナレトモ現行法ノ下ニ於テハ其手續ナキヲ以テ被告人ハ還付ヲ請求スルヲ得ス移送ヲ受ケタル裁判所ハ原確定判決ヨリモ被告人ニ不利益ナル裁判ヲ爲スコトヲ得ルヤ積極説ニ於テハ移送ヲ受ケタル裁判所ハ破毀セラレタル確定判決ニ羈束セラルルコトナキト刑事訴訟法第二百六十五條ノ如キ明文ナキコトヲ根據トシテ被告人ニ不利益ナル裁判ヲ爲シ得ヘシト謂ヒ消極論者ハ第三百一條ノ「被告人ノ利益ノ爲メ」ナル法文ヲ根據トシテ反對ノ論定ヲ爲ス現行判例亦此説ヲ取レリ蓋シ法律ノ正解ト爲スヘシ(明治二十九年第三八九號同年五月一日同院第二刑事部判決ニ曰ク再審ノ訴ニ付テハ裁判所ハ前ノ確定判決ヨリ重キ刑ヲ言渡スコトヲ得ス)

丙、單ニ原判決ヲ破毀スル判決 是レ死者ノ親屬ヨリ再審ノ訴アリテ上告裁判所カ再審ノ原因アリト認メタル場合ナリ此場合ニ於テハ他ノ裁判所ニ事

件ヲ移送スルモ其裁判所ハ被告人ノ存在セサル爲メ通常ノ規定ニ從ヒ裁判ヲ爲スニ由ナキヲ以テ法律ハ單ニ確定判決ヲ破毀セシムルニ止メタリ(同法第百八條)

故ニ右ノ場合ニハ被告人ハ有罪ナリヤ無罪ナリヤ決スル能ハスシテ事件ノ終局ヲ告グルモノナレトモ有罪ナリト決スル能ハサル以上ハ無罪ト推測スヘキモノトシテ法律ハ被告人ノ名譽ヲ回復スル爲メ原判決ヲ破毀スル判決ヲ揭示スヘキモノト規定セリ(同法第百九條)右ノ場合ニ私訴判決アリシナラハ私訴判決ヲ破毀スヘキヤ曰ク否、第三百七條ハ死者ノ親屬ヨリ再審ノ訴アリタル場合ニハ適用ナキモノナルヲ以テ公訴判決ヲ破毀スルモ私訴判決ニハ觸ルルヲ得ス死者ノ相續人ハ私訴判決ノ破毀セラルルト否トニ付キ大ナル利害關係ヲ有スルモノナレトモ右ノ場合ニ於テ公訴判決ノ破毀ヲ理由トシテ民事裁判所ニ私訴判決ノ再審ヲ求ムルコトヲモ爲ス能ハサルナリ之レ現行法規定ノ缺點ト謂フヘキ歟

第六編 大審院ノ特別權限 ニ屬スル訴訟手續

五二六、獨佛法トノ比較……五二七、公判前ノ手續……五二八、公判ノ審判

五二六、大審院ノ特別權限ニ屬スル刑事訴訟ハ刑法第二編第一章第二章ニ揭ケタル犯罪并ニ皇族ノ犯罪ニシテ禁錮以上ノ刑ニ該ルヘキ者ヲ内容トスル事件ナリ(但テ不敬罪ヲ除ク)其事件ノ性質ハ國家ノ休戚ニ極メテ重大ナル影響ヲ及ホスヘキモノナルヲ以テ檢事總長ヲシテ搜查ヲ統轄セシメ且大審院ヲシテ第一審ニシテ終審ノ裁判ヲ爲サシメ最モ鄭重ナル手續ヲ盡サシム各國ノ刑事訴訟法モ亦此種ノ犯罪ニ付キテハ慎重鄭重ナル手續ヲ設ケ且其裁判機關ノ如キハ裁判ニ最モ信用ヲ置クニ足ルヘキ方法ヲ以テ之ヲ構成セシムルヲ例トス茲ニ獨佛ニ於ケル特別事件ノ手續及ヒ其裁判所ノ構成ニ關スル規定ノ概要ヲ摘示センニ先ツ獨逸法ニ依レハ獨逸帝王及ヒ獨逸帝國ニ對シテ犯サレタル大逆罪及ヒ

反逆罪ノ豫審及ヒ第一審ニシテ終審タル公判ハ帝國裁判所ノ管轄ニ屬シ帝國裁判所長ハ各事件ニ付キ其所員ヨリ豫審判事ヲ選定ス或ハ又他ノ裁判所ノ判事ヲ豫審判事トシ若クハ此判事ヲシテ豫審事務ノ一部ヲ行ハシムルコトヲ得豫審判事或ハ豫審判事ノ職務ノ一部ヲ行フ判事ハ區裁判所判事ニ豫審處分ノ一部ヲ囑託スルコトヲ得帝國裁判所ノ第一刑事部ハ地方裁判所ノ刑事部ノ職務ヲ行フ詳言スレハ各事件ノ豫審ニ關スル凡ユル決定ヲ爲ス公判ノ辯論ハ同裁判所第二刑事部第三刑事部ノ聯合ヨリ成ル部ニ於テ之ヲ行フ公判ノ審理手續ニ付テハ刑事訴訟法ノ規定ニ從フ(獨裁構成法第一八三條以)佛國ニ於テハ千八百八十九年四月十日ノ法律ヲ以テ國事犯ニ關スル裁判所ノ構成及ヒ訴訟手續ヲ規定セリ先ツ大統領ハ共和國議會ノ上院ヲ以テ法院ト爲ス旨ノ命令ヲ發スルモノニシテ法院ハ裁判ヲ開始スヘキ場所ヲ選定スルノ權利アリ此命令發布前ニ上院議員ト爲リタル者ハ正當ノ理由ナキ限りハ此命令ニ包含スル召集ニ應スルノ義務アリ大統領ハ控訴院判事又ハ大審院判事中ヨリ**プロキュール、ジエネラル** (Procureur général)ノ職務ヲ行フヘキ者一名及ヒ之ヲ補助シテ**アオ**

カジエネラル (Avocat général)ノ職務ヲ行フヘキ者一名若クハ數名ヲ選定ス上院書記官長ハ法院書記ノ職務ヲ執ル而シテ裁判所書記ヲ補助者ニ使用スルコトヲ得上院議員九名ヲ以テ組織セル委員會ハ其中一名ヲ以テ委員長トナシ他ノ委員ハ之ヲ補助シテ豫審ヲ行フ豫審ヲ終リタルトキハ委員長ハ一件記録ヲ**プロキュール、ジエネラル**ニ交付シ且各被告人ニ一名ノ辯護人ヲ選定スヘキコトヲ通告シ被告人此通告ニ從ハサリシトキハ職權ヲ以テ辯護人ヲ選定ス**プロキュール、ジエネラル**ヨリ意見書ヲ添ヘ記録ヲ返付シタルトキハ之ヲ辯護人ニ通告シ少クトモ三日間一件記録ヲ法院書記課ニ備ヘ置キ此期間經過後委員會ハ訴追部 (Chambre d'accusation)ノ名ヲ以テ開會シ**プロキュール、ジエネラル**立會ノ上委員長又ハ其補助者ノ一名ヨリ提出シタル豫審報告書**プロキュール、ジエネラル**ノ意見、被告人ヨリ提出セル覺書ノ朗讀ヲ聽キタル後、檢事長及ヒ書記ヲ退廷セシメ事件ヲ公判ニ付スヘキヤ否ヤヲ評決ス公判ノ辯論ハ之ヲ公開シ上院議長ハ裁判長ト爲ル其差支アル場合ニハ上院ノ選定セル副議長ノ一人裁判長ト爲ル各辯論ノ初メニ於テ議員ノ點呼ヲ行フ、全部ノ辯論ヲ聽キタル議

員ニ非サレハ裁判ニ干與スルヲ許サス辯論ニ於テハ證人ノ供述、檢事ノ論告、辯護人ノ辯護論、被告人ノ辯解及ヒ其最終ノ供述ヲ聽キタル後、委員ハ會議室ニ退キ討論ヲ爲シタル後、投票ヲ以テ決議ヲ爲ス有罪ノ決議ハ公開ノ法廷ニ於テ之ヲ被告ニ知ラシム(同法第一條乃至第二一條)乃、我刑事訴訟法ニ於ケル特別事件ノ手續ハ獨法ニ最モ近邇スルモノニシテ佛法トハ全ク裁判所ノ構成及ヒ手續ヲ異ニス事件ノ重大ナル點ヨリ觀察スレハ佛法ノ規定ハ最モ進歩シタルモノト謂フヘシ然レトモ精確ナル裁判ヲ生セシメムニハ獨法ノ規定ヲ以テ優レルモノト謂ハサルヘカラス我刑事訴訟法カ佛法ニ倣ハサリシハ洵ニ其當ヲ得タルモノトス

五二七 大審院ノ特別權限ニ屬スル事件ノ搜查ハ既ニ論述シタルヲ以テ重ネテ茲ニ論スルノ要ナシ搜查ヲ遂ケ特別事件ノ内容タルヘキ犯罪ノ證憑十分ナリトスルモ必スシモ起訴スルノ要ナキコトハ第三百十三條ノ明文ニ徴シ疑ナキモノニシテ之レ亦既ニ論述シタルカ如シ(本論第二編第六號)檢事總長ハ其事件大審院ノ特別權限ニ屬シ且起訴スルヲ相當ナリト思料シタルトキハ大審院長ニ豫審判事ヲ命センコトノ請求ヲ爲ス(刑訴法第一三三條)之レ通常事件ニ關シテ豫審ノ請求ア

公判前ノ手續

ラハ豫審判事ハ豫メ事件ノ内容ヲ熟知シ犯罪ヲ構成セサルモノナルコトノ確信ヲ有スル場合ト雖モ豫審請求ヲ拒絕スルヲ得ス其手續ヲ行ハサルヲ得サルニ同シク大審院長ハ檢事總長ノ該請求ニ對シ其事件犯罪ヲ構成セス若クハ通常訴訟手續ヲ行フヘキ犯罪ヲ構成スルモノナリトノ理由ヲ以テ拒絕ノ處分ニ出ツル能ハス必ス豫審判事ヲ選定セサルヘカラス豫審判事ハ大審院判事ヲ以テ之ニ充ツルヲ原則トスレトモ大審院長ハ其意見ヲ以テ其下級裁判所ノ判事ヲ豫審判事ト爲スコトヲ得(裁判法第五條)而シテ右ノ場合ニハ裁判所構成法第二十一條ノ適用ナシ大審院長ヨリ直接ニ豫審判事タルヘキ者ニ辭令ヲ交付スルモノトス豫審判事ハ通常ノ規定ニ從ヒ被告人、證人、鑑定人ノ訊問、檢證、搜索、物件、差押等ノ證憑ノ蒐集ヲ爲スモノトス大審院長ハ豫審判事ノ補助判事ヲ命スルコトヲ得豫審ハ合議制ニ非サルヲ以テ補助判事ハ豫審判事ノ指揮ノ下ニ行動スヘキモノニシテ獨專ノ意見ヲ以テ豫審處分ヲ行ヒ若クハ合議ヲ要求スルノ權利ヲ有セス豫審處分ヲ終了シタルトキハ專任豫審判事(補助判事ニ非サル判事)ハ訴訟記録ニ意見ヲ付シ之ヲ大審院ニ差出ス(刑訴法第一四四條)所謂意見ハ其内容ニ於テ通常事件

ノ豫審終結決定ニ該當スルモノナレトモ其形式ニ於テモ又其性質ニ於テモ全ク別物ナリ何者其意見ハ意見書ニ之ヲ表示スルモノニシテ決定ヲ以テ表示スルモノニ非ス又豫審終結決定ト異リ其意見ハ公判ノ開否ヲ決スルモノニ非サレハナリ大審院ハ特別ノ部ヲ設ケ此部ニ於テ事件ヲ公判ニ付スヘキヤ否ヤヲ決定ス(之レ法律ニ明文ナキモノナレ)而シテ決定前檢察總長ノ意見ヲ聽クヘキモノトス特別部ハ一件記録ヲ調査シ決定ヲ爲スモノニシテ此決定ハ通常事件ノ豫審終結決定ニ相當スルモノナリ但大審院ノ決定ナルカ故ニ之ニ對シテ抗告ヲ爲ス能ハス其決定ノ種類左ノ如シ(同法第三一五條第三)

一、事件ヲ地方裁判所又ハ區裁判所ニ送致スル決定 此決定ハ犯罪ノ證據十分ナリト認メタルモ其犯罪ハ大審院ノ特別權限ニ屬スルモノニ非スシテ地方裁判所又ハ區裁判所ノ管轄ニ屬スル事件ナリシトキ下スモノナリ右ノ場合ニハ特定ノ區裁判所又ハ地方裁判所ヲ指定シテ事件ノ送致ヲ爲ス而シテ此決定ハ大審院ノ決定ナリト雖モ送致ヲ受ケタル裁判所ヲ羈束スルモノニ非ス故ニ此裁判所ハ管轄違又ハ公訴不受理ノ裁判ヲ爲スコトヲ得之レ此決定ハ法律

ノ論點ニ對スル判斷トシテ表示サレタルモノニ非サルカ故ニ裁判所構成法第四十八條ノ適用ヲ受ケサレハナリ

二、管轄違ノ決定 茲ニ所謂管轄違トハ通常ノ場合ニ於ケル管轄違ト異リ精シク言ヘハ無權限ノ決定ト稱スヘキモノトス即チ特別裁判所ノ權限ニ屬スル事件ナリト認メタル場合ニ下ス決定ナリ例ヘハ軍法會議ノ權限ニ屬スルモノト認メタルカ如シ但此決定ハ特別裁判所ヲ羈束スルコトナシ故ニ此決定後、訴ヲ受ケタル軍法會議ハ其事件通常裁判所ノ管轄ニ屬スルモノナリトノ理由ヲ以テ訴ヲ斥クルコトヲ得

三、免訴ノ決定 之レ其事件刑事訴訟法第六十五條第一號乃至第六號ニ該當スル場合ニ下ス決定ナリ而シテ犯罪ノ證據十分ナラストノ理由ヲ以テ免訴ノ決定アリタル後、新ナル證據ヲ發見セハ刑事訴訟法第七十五條ニ從ヒ再起訴ヲ爲スヲ得ヘシ(刑訴法第六條第一六條)檢察ハ此決定ニ對シテハ抗告ノ權ナキコト他ノ場合ニ同シ

四、公訴不受理ノ決定 之レ起訴ノ不合法ナリシトキ又ハ重複ノ起訴アリ

タル場合ニ下スモノニシテ此點ニ付キ明文ナシト雖モ理論上右ノ如ク決セサルヘカラサルコトハ多言ヲ要セサル所ナリ

五、公判ニ附スル決定 之レ犯罪ノ證憑十分ニシテ特別權限ニ屬スル事件ナリト認メタル場合ニ下ス決定ナリ

以上ノ決定ハ言渡ヲ爲スヘキモノニ非ス檢事及ヒ被告人ニ送達スヘキモノトス(同法第一七一條)而シテ公判ニ付スル決定アリタル場合ニ其事件重罪ニ該當スルトキハ下調ノ手續ヲ爲スヘキモノトス(同法第三一六條)此他公判ノ呼出辯護人ノ選定等通常事件ニ異ル所ナシ(同法第三一六條以下)

五二八 公判ハ事件ヲ公判ニ付スル決定ヲ爲シタル特別部ニ於テ之ヲ行フ之レ大審院ノ刑事部、民事部ハ法律ノ裁判ヲ爲スノミニ止マリ事實ノ裁判ヲ爲サルヲ以テ右刑事部、民事部ニ於テハ之ヲ審判スルヲ得サレハナリ決定ヲ爲シタル特別部ニ於テ公判ヲ行フコトハ從來ノ慣行ナレトモ裁判ノ公平ヲ得ンカ爲メニ別箇ノ特別部ヲ構成シテ其部ニ於テ公判ヲ行フコトハ固ヨリ違法ニ非サルナリ事件ノ審問證據調其他ノ手續ニハ凡テ地方裁判所ノ手續ニ關スル規

公判ノ審判

定ヲ準用ス故ニ訴訟關係人ハ公判ノ手續ニ付キ異議ノ申立ヲ爲スヘキヲ得ヘシ(刑訴法第三一六條)然レトモ此手續ニ於テ下シタル裁判ニ對シテハ決定タルト判決タルトヲ問ハス(例ヘハ公訴不受理又ハ管轄違ノ申立ヲ却下スル)上訴ヲ爲ス能ハス何者上訴ハ上級裁判所ニ提起スルモノナルニ大審院ノ上ニ位スル裁判所ナケレハナリ

又私訴ニ付キテモ審判ヲ爲スヘキモノトス何者私訴ノ提起ハ公訴ノ判決アルマテハ何時ニテモ公訴ニ附帶シテ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナレハナリ(同法第一六條)

公判ノ公開ヲ止ムルニハ裁判所構成法ニ從ヒ其手續ヲ爲ササルヘカラス(法第一〇六條)判決ノ言渡ヲ爲スニ當リテハ判決ノ正本、謄本、抄本ヲ求ムルヲ得ヘキ旨ノ告知ヲ爲スヘキモノナレトモ上訴ヲ爲シ得ヘキ旨ノ告知ヲ爲スヘキモノニ非ス而シテ裁判所ハ審理ノ結果ニ從ヒ公訴不受理、管轄違、免訴、有罪、無罪ノ判決ヲ爲スヘキモノニシテ公判ニ付スル決定ヲ爲シタル特別部ニ於テ公判ノ審理ヲ爲シタル場合ト雖モ公判ニ付スル決定ニ羈束セラルルコトナク公訴

不受理若クハ無權限等ノ裁判ヲ爲スヲ得ヘシ何者公判ニ付スル決定ハ事件ニ對スル實質的終局裁判ニ非ス又中間判決ニモ非サルカ故ニ該決定ニ反スル裁判ヲ爲スコトハ毫モ裁判ノ效力ニ關スル原則ニ違フコトナケレハナリ茲ニ問題ト爲ルハ審理ノ結果通常ノ犯罪ヲ構成スルモノト認メタルトキハ管轄裁判所ニ其事件ヲ送致スル判決ヲ爲スヘキヤ或ハ單ニ管轄違ノ判決ヲ爲スヘキヤ或ハ其事實ヲ認定シ法律ヲ適用シテ刑ヲ言渡ス判決ヲ爲スヘキヤ大審院ハ事實裁判所トシテハ刑法第七十三條第七十五條第七十七條乃至第七十九條及ヒ皇族ノ犯罪ヲ審判スルノ權限ヲ有スルニ止マルヲ以テ此以外ノ犯罪ニ付キテハ事實裁判所トシテ刑ヲ適用スルノ職權ヲ有セストノ說ヲ立ツルヲ得ヘシ然レトモ大審院ハ最上級ノ裁判所ニシテ疑律錯誤ノ理由ヲ以テ原判決ヲ破毀スル場合ニハ原判決ノ認定シタル事實ニ法律ヲ適用シテ刑ヲ科スルコトヲ得ルモノナレハ本問ノ場合ニ於テモ事實裁判所トシテ審理ヲ爲シ犯罪事實ヲ認定シタルトキハ其事實ハ特別事件ノ犯罪ヲ構成セサルモノナリト雖モ之ニ對シテ擬律ヲ爲ス能ハサルノ理由ナシ且判決ヲ爲ス場合ニ第三百十五條第二項ノ

如キ規定ヲ設ケサリシニ徵スルモ右ノ場合ニ於テ直チニ判決ヲ爲サシムル法意ナルコトヲ推知スルヲ得ヘキナリ故ニ本問ノ場合ニ於テハ其認定シタル事實ニ擬律ヲ爲シ刑ヲ科スルコトヲ得ルモノナリト論斷スヘキモノトス而シテ之レ我大審院カ彼大津事件以來判例トスル所ナリ(大津事件トハ管轄國皇太子ノ被害者タリシ事件ナリ)

第七編 裁判及ヒ裁判ノ執行

第一章 裁判

第一節 裁判ノ意義及ヒ種類

五二九 裁判ノ意義……五三〇 裁判ノ種類

五二九 裁判トハ訴訟法規ヲ適用スヘキ手續ニ於テ成立スル裁判機關ノ判斷ナリ詳言スレハ訴訟ニ關シ裁判機關ノ意思表示ニ因リテ成立スル國家ノ命令ニシテ裁判機關自體ニ對シ及ヒ訴訟關係人ニ對シ時トシテハ第三者ニ對シ一定ノ效力ヲ生スルモノヲ謂フ故ニ裁判ハ訴訟行為ナリ即チ訴訟關係人ノ訴訟行為ニ對スル裁判機關ノ訴訟行為ニシテ訴訟ノ進行ニ必要ナル手續上ノ論點ヲ決シ訴訟ノ目的ニ向ヒ成否ノ斷案ヲ下スモノナリ此裁判所ノ訴訟行為ハ具體的事實ニ法律ヲ適用スルニ因リテ成ルモノナリ詳言スレハ法律ヲ大命辭ト爲シ認定シタル事實ヲ小命題ト爲シ以テ論定ヲ生セシムルニ三段論法ノ説明

ヨリ成ルモノニシテ事實ノ認定ニ付キテモ亦歸納或ハ演繹ノ論法ニ從ヘル證據上ノ説明ヲ要スルモノニシテ此證據上ノ説明ハ裁判ノ一種タル判決ニハ缺クヘカラサルモノナリ裁判ニハ訴訟手續上ノ判斷ヲ爲スモノアリ請求ノ實質ニ對シテ判斷ヲ爲スモノアリ訴訟手續ニ關スル裁判ハ實質上ノ事實及ヒ法律ニ關シテ判斷ヲ爲スコトナシ從ツテ訴訟ヲ終局セシムルモノ少シ公訴不受理ノ裁判管轄違ノ裁判ノ如キハ形式上訴訟ヲ終局セシムルモノナレトモ此裁判ニ因リテハ未タ實質上ノ問題ハ解決セラレサルナリ訴訟手續ノ指揮ニ屬スル裁判(公判期日ノ指定證據調ノ許否手續)ハ形式上ニ於テモ訴訟ヲ終局スルノ效力ナシ又實質上ノ裁判ハ實質上ノ法律關係ノ存否ヲ確定シ之ニ實質法規ヲ適用スルモノニシテ事實ノ認定ト法律ノ適用トヲ併セ行フモノアリ單ニ法律ノ適用ノミヲ行フモノアリ第一審第二審ノ判決ハ前者ニ屬シ上告審ノ判決ハ後者ニ屬ス法廷ノ取締ニ關スル裁判ハ實質上ノ裁判ニ關セサルコト勿論ナレトモ嚴密ニ論スレハ形式上ノ裁判トモ區別セサルヘカラス殊ニ形式上ノ裁判ヲ以テ訴訟關係ノ存否ヲ判斷スル裁判ナリトノ見解ニ依レハ二者ノ分界ハ明著

ナルモノトス被告人カ審問ヲ妨ケ又ハ不當ノ行狀ヲ爲ス場合ニ其退廷ヲ命スル裁判(刑訴第一〇八二條)其他裁判所ノ開廷秩序ノ維持ニ關スル裁判(裁構法第一〇八條)ノ如キハ其性質上法廷警察ニ屬スルモノナリ反之辯論ノ公開ヲ止ムル裁判(裁構法第一〇五條)ノ如キハ公安ノ維持ヲ目的トスルモノニシテ憲法ニ基クモノナリ(憲法第一〇九條)請求ノ實質ニ關スル裁判ハ爭點ヲ決スルヲ通例トスレトモ爭點ヲ決スルコトハ裁判ノ要素ニ非ス例ヘハ被告人カ犯罪事實ヲ自白シ刑ノ適用ニ異議ナキ場合ノ如シ又私訴ニ在リテハ被告人カ民事原告人ノ請求ヲ認諾スル場合ノ如シ裁判ハ裁判機關ノ下ス判斷ニシテ其本質ハ一ノ意見ナレトモ法律學者ノ法律上ノ意見ハ特定ノ具體的事實ニ對シテ表明スル場合ト雖モ裁判ニ非ス之ヲ訴訟ノ裁判ニ利用スル場合ニハ一ノ參考物タルニ過キス大審院ノ判例ノ如キモ亦他ノ事件ニ對シテハ學者ノ意見ト同性質ノモノタルナリ裁判ヨリ生スル效力ハ既判力ヲ以テ其重要ナルモノトスレトモ裁判ノ效力ハ右ニ止マルニ非ス證據力、執行力等アリ後ニ説明スルカ如シ裁判ト裁判ノ效力トハ區別スヘキモノタリ表示トハ言渡又ハ裁判書ノ送達ニ依リ成立シタル裁判ヲ當事者ニ知

ラシムル手續即チ告知ナリ學者多クハ裁判ノ言渡若クハ送達ヲ以テ裁判ノ成立ナリト論シ其理由トスル所ハ裁判ハ其告知以前ニ在リテハ當事者ニ對シテ何者ノ效力ヲモ生スルコトナク又裁判所ハ自由ニ之ヲ變更スルヲ得ルモノナレハ手續上其成立ヲ認ムルヲ得スト謂フニ在レトモ變更スルヲ得ルコトハ成立否定ノ根據ト爲ラサルノミナラス既ニ裁判ノ評決アリタル以上ハ之ニ反スル意見ノ多數ヲ生シタル場合ニ非サレハ之ヲ變更スルヲ得サルカ故ニ手續上ノ觀察ニ於テモ告知前ニ裁判ノ成立アルコトヲ否定スヘカラス況ンヤ物ノ存在ト其存在ノ告知トハ通常ノ觀念ニ於テモ明カニ區別スヘキモノナルニ於テヤ又はヲ區別スルコトハ實際上ノ利益アルモノナルニ於テヤ(裁判ノ成立ニ於テメタル者以外ノ點)告知即成立説ハ否定スヘキモノナリ

裁判ノ種類

五三〇 甲、裁判ハ其性質ニ基キテ之ヲ區別スレハ實體的裁判ト形式的裁判トノ兩者ト爲ル實體的裁判(或ハ實質)トハ實體的請求權ノ有無ヲ判斷スルモノヲ謂フ公訴ニ在リテハ刑罰權ノ成立不成立ヲ定ムルモノ私訴ニ在リテハ損害賠償請求權ノ當否ヲ決スルモノ是ナリ(或ハ是ナ本論ノ終局裁判ト稱スレトモ本論ニ於テ是ヲ爲シ得ル點)告知即成立説ハ否定スヘキモノナリ

トアリ本論ノ判決ト稱スルトキ(殊)形式的裁判トハ訴訟關係ノ存否或ハ訴訟手續ノ當否ヲ判斷スルモノヲ謂フ例ヘハ公訴不受理ノ申立ニ對スル判決、公判手續ニ關スル異議ノ申立ニ對スル決定ノ如シ

乙、裁判ハ其形式ニ基キテ之ヲ區別スレハ判決、決定、命令ノ三者ト爲ル判決ハ口頭辯論ニ基キテ爲ス裁判ニシテ決定ハ口頭辯論ヲ必要トセサル裁判ナリ以上兩者ハ何レモ裁判所ノ裁判ナレトモ命令ハ裁判長ノ爲ス裁判ニシテ裁判所ノ裁判ニ非ス單獨判事ノ爲ス裁判ニモ命令アルヤ勿論ナレトモ右ノ場合ニハ裁判ヲ爲ス裁判所ハ其實質ニ於テハ裁判長タルニ外ナラス通例ノ狀態ニ於テハ判決ハ實體的裁判ニシテ決定ハ形式的裁判ナリト謂フヲ得ヘシ然レトモ右ノ如ク論スルトキハ是ニ對シテ例外ヲ立テサルヘカラス公訴不受理又ハ管轄違ノ申立ニ對スル判決、不適法トシテ故障上訴ヲ棄却スル判決ハ形式的裁判(六〇條第一八六條第一三二條第二)ニシテ有罪、無罪ノ豫審終結決定ハ實體的裁判ナルカ如シ

丙、終局裁判、中間裁判ノ別アリ終局裁判トハ訴訟ヲ終局セシムル裁判ヲ謂

ヒ中間裁判トハ訴訟ノ進行ニ付キ生シタル障礙ヲ排除スル裁判ヲ謂フ(私訴ニ求テ原因アリトシテ定案ヲ下セハ中間裁判トキハ此定義ニテハ不十分ナリトス故ニ是ヲ前提トシテ定案ヲ下セハ中間裁判トハ訴訟ノ進行ニ關スル手續上ノ裁判トモ或ハ實體上ノ争點ヲ判断スルモノナリト謂フヘタ(訴訟)裁判ノ性質ノ方面ヨリシテモ將タ裁判ノ形式ノ方面ヨリシテモ此區別ヲ生スルモノナルカ故ニ此區別ハ兩性的ノモノト謂フヘシ

丁、裁判ノ目的トスル事項ヲ基礎トシテ裁判ノ區別ヲ立ツルニハ學理上適當ナル標準ナシ現行訴訟法ノ下ニ於テモ理論的種類ヲ爲スニ由ナシ唯重要ナルモノノミヲ舉クレハ管轄移轉ノ決定、忌避回避ノ申立ニ對スル決定、保釋、責付或ハ其取消ノ決定、證據調ノ準備或ハ證據調ノ決定、豫審終結決定、證人鑑定人ニ對スル罰金及ヒ費用賠償ヲ命スル決定、公判手續ノ異議ニ對スル決定、重罪事件トシテ取調フル旨ノ決定、辯護人選任命令、通譯ノ命令、法廷警察上ノ命令、訴訟上ノ指揮命令、公訴判決、私訴判決、控訴上告ニ對スル判決、抗告ニ對スル決定、刑ノ言渡ニ對スル疑義申立ニ對スル決定、刑ノ執行ニ關スル異議ノ申立ニ對スル決定等是レナリ此他勾引狀、勾留狀決定アリ今刑事訴訟法ニ於ケル重要ナル裁判ノ

表ヲ示セハ左ノ如シ(召喚狀、勾引狀、勾留狀ヲ除ク)

- (一) 裁判管轄指定ノ決定(第三一條)
- (二) 公安ノ爲メ裁判管轄ヲ移ス決定(第三四條)
- (三) 嫌疑ノ爲メ裁判管轄ヲ移ス決定(第三六條)
- (四) 忌避回避ノ申請ニ對スル決定(第四二條、第四四條)
- (五) 證據調囑託ノ決定(第一二二條、第一三二條)
- (六) 證人鑑定人ニ對スル罰金費用賠償ノ決定及ヒ之ヲ取消ス決定(第一一八條、第一一九條、第一二六條、第一三六條、第一三八條)
- (七) 保釋ノ許否及ヒ責付ノ決定其取消及ヒ保證金沒收、還付ノ決定(第一五〇條、第一五四條乃至第一五八條)
- (八) 保釋不許可決定ニ對スル異議ノ決定(第一五八條ノ二)
- (九) 書類物件ノ授受又ハ接見ヲ禁止シ監房ヲ別異ニスルノ命令(第八五條)
- (十) 豫審判事ヲ命スル大審院長ノ命令(第三三三條、第三三四條)

「ア管轄違ノ決定(第一六四條)

- (一) 豫審終結決定及ヒ之ニ對スル抗告ノ決定
- (二) 大審院ニ於ケル公判開否ノ決定(第三五條)
- (三) 公判ニ付スル決定(第一六七條)
- (四) 區裁判所ニ移ス決定(第一六六條)
- (五) 公訴不受理ノ決定

刑事裁判

決定

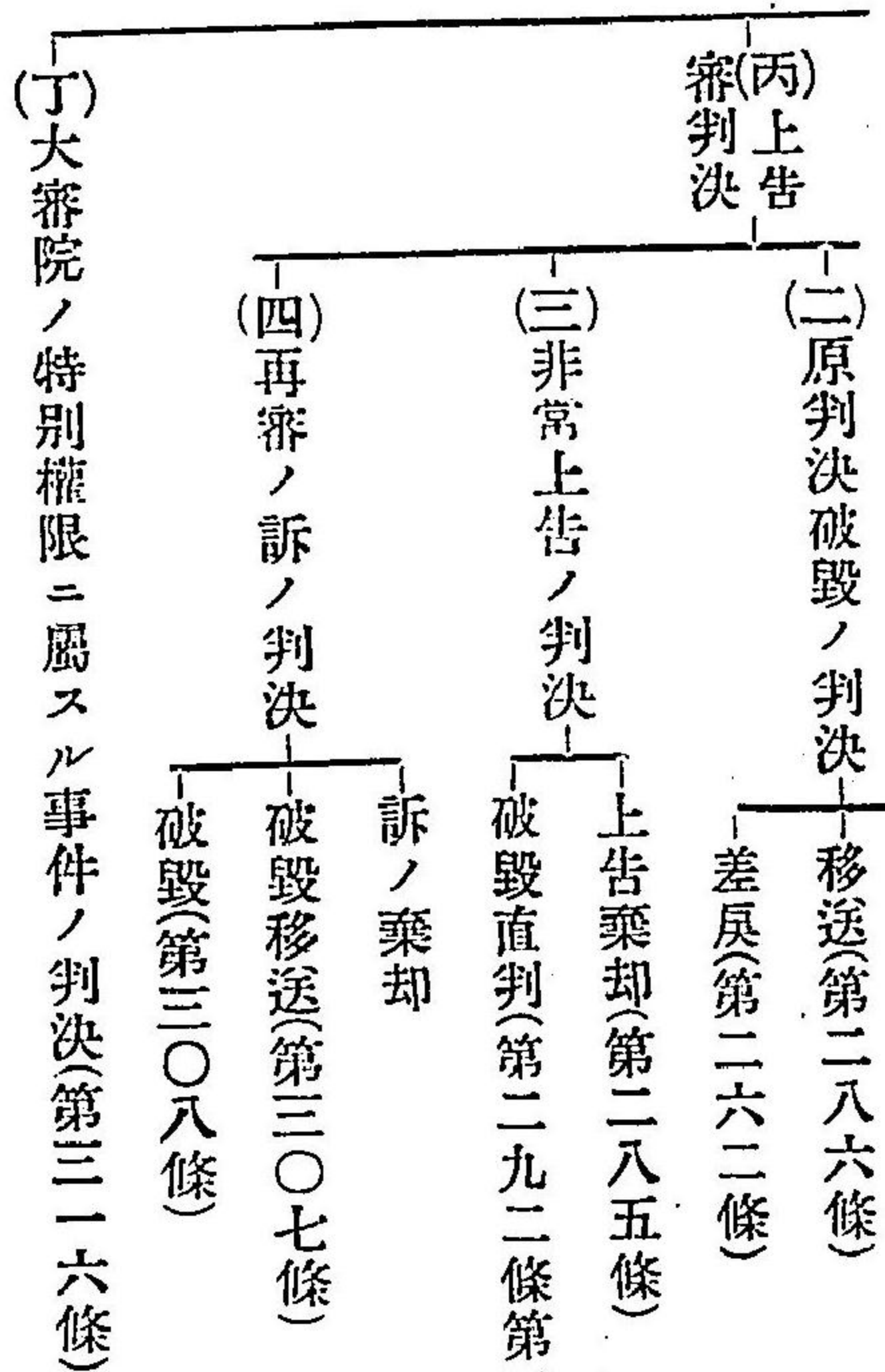
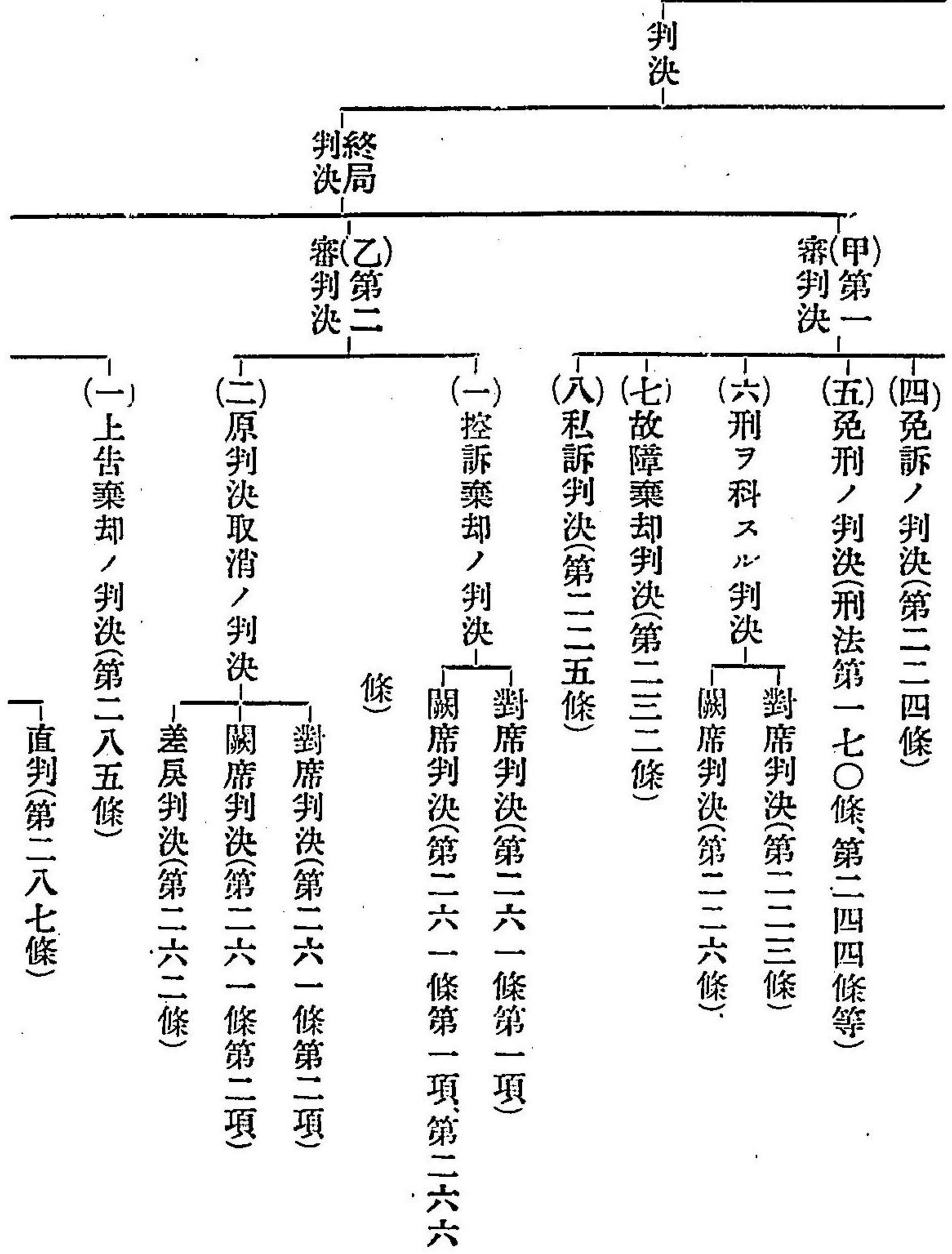
- (一) 證人鑑定人ニ對スル罰金費用賠償ノ決定及ヒ是ヲ取消ス決定(第一九〇條)
- (二) 不實ノ供述ヲ爲ス證人鑑定人ヲ取押ヘ豫審判事ニ送致スル決定(第一九五條)
- (三) 證人又ハ共同被告人ヲシテ忌憚畏懼ナク供述セシムル爲メ被告人ヲ退廷セシムル決定(第一九七條)
- (四) 證據決定
- (五) 辯論停止ノ決定(第一八三條)
- (六) 重罪事件トシテ取調フル旨ノ決定(第二四一條)
- (七) 保釋ノ許否及ヒ責付ノ決定其取消及ヒ保證金沒收還付ノ決定
- (八) 公判手續ニ關スル異議ニ對スル決定(第一九九條)

公判ノ後ノ裁判

命令

- (一) 辯護人選任命令(第一七九條、第二三七條)
- (二) 法廷警察ニ關スル命令(第一八二條、裁構法第一〇七條、第一〇九條)
- (三) 訴訟上ノ指揮命令(裁構法第一〇四條)
- (四) 辯護士ニ陳述ヲ禁止スル命令(同法第一一一條)
- (五) 管轄違ノ申立ヲ却下スル判決(第一八七條)
- (六) 公訴不受理ノ申立ヲ却下スル判決(第一八七條)
- (七) 管轄違ノ判決(第二二三條)
- (八) 公訴不受理ノ判決(第一八六條第二項)
- (九) 無罪ノ判決(第二二四條)
- (十) 抗告ニ對スル決定
 - 原裁判取消ノ決定(第三〇〇條)
 - 抗告棄却ノ決定(第三〇〇條)
- (十一) 刑ノ言渡ニ關スル疑義ノ申立ニ對スル決定(第三三二條)
- (十二) 刑ノ執行ニ關スル異議ヲ申立ニ對スル決定(第三三二條)
- (十三) 對審ノ公開ヲ停ムル決定(裁構法第一〇五條)

中間判決



第二節 裁判ノ形式、内容及ヒ準則

- 五三一、裁判ノ形式及ヒ内容……五三二、公訴ノ本案事物ノ裁判ニ關スル準則……
- 五三三、公訴ノ本案事物ノ裁判ニ關スル準則……五三四、公訴ノ差押物ニ關スル裁判ノ準則……五三五、私訴裁判ノ準則……五三六、私訴裁判ノ準則……五三七、公訴費用負擔ノ原則……五三八、私訴費用負擔ノ原則……五三九、訴訟費用……
- 五四〇、費用裁判ノ形式……五四一、他ノ裁判所ノ裁判ノ刑事裁判ニ及ホス影響

五三一 法律ハ判決及ヒ豫審終結決定ノ外ハ其形式ニ關シテ特ニ規定セス豫審終結決定ノ内容及ヒ形式ニ付キ既ニ説明セルモノヲ除キ(第三六三號參照)茲ニハ主トシテ判決ニ付キテ論述スヘシ判決ニハ 一、主文 二、理由 三、裁判ヲ爲シタル裁判所 四、裁判ヲ爲シタル年月日 五、干與シタル檢事ノ官氏名爲シタル契印 六、判事、裁判所書記ノ署名捺印 七、裁判所印ノ押捺 八、每葉ノ契印 九、挿入削除ノ文字ニ於ケル認印及ヒ字數ノ記載アルコトヲ要ス(刑三條第二條第二條第二條)○裁判ヲ爲シタル裁判所トハ審理ヲ爲シタル判事ニ依リ構成セラレタル裁判所ノ義ニシテ場所ヲ言フモノニ非ス裁判ヲ爲シタル年月、日トハ裁判ヲ言渡シタル年月日ヲ謂ヒ其以前ニ於ケル裁判ノ評議成立ノ年月、日ヲ謂フニ非ス每葉ノ契印トハ判決書ノ數葉ヨリ成レル場合ニ於テ之ヲ要スルモノ又挿入削除ナクシテ第九ノ形式ヲ要セサルヤ勿論ナリ、署名、捺印スヘキ判事ハ判決ノ言渡ヲ爲ス判事ヲ謂フニ非ス判決ヲ成立セシムル判事即チ合議體ニ在リテハ裁判ノ評決ヲ爲シタル判事ヲ謂フ又檢事ハ審理若クハ判決ノ言渡ニ干與シタル檢事ノ官氏名ヲ記載スレハ足レリ又書記ハ審理ニ干與セル者或ハ言渡

ノミニ干與セル者ノミニテ署名、捺印スルコトヲ得(明治四一年七月七日同院第五九七號同判事)○判決ニ關シテハ判決官渡ノミニ干與セル者タル書記ト雖モ其事件ニ干與シタルモノナルヲ以テ判決原本ニ署名、捺印スルコトヲ得(干)判決原本ニハ其作成ノ場所ヲ記載スルノ要ナシ又判決ニハ檢事ノ事實上ノ主張及ヒ私訴當事者ノ事實上ノ主張ヲ掲クルノ要ナシ(之)私訴判決ノ形式ハ民事訴訟法第三六條判決ノ内容ハ通例訴若クハ請求ニ對スル裁判ト訴訟費用ニ關スル裁判ト差押物ノ處分ニ關スル裁判トヨリ成ルモノナリ訴訟費用ヲ生セス又差押物ナキトキハ判決ノ内容ハ訴若クハ請求ニ對スル裁判ノミナリトス而シテ刑ヲ言渡ス有罪ノ判決ヲ爲ス場合ニ於テハ判決ニ認定シタル犯罪事實ヲ掲ケ此認定ヲ生シタル理由ヲ證據ノ内容ヲ掲ケテ説明シ適用スヘキ法條ヲ掲ケテ以テ其法律理由ヲ説明シ以上ヲ前提トシテ生シタル主文ヲ掲クヘキモノトス(刑三條第二條)無罪免訴ノ判決ヲ爲ス場合ニハ罪ヲ構成セサル所以證據不十分ナル旨等免訴ノ理由ヲ說示スルヲ以テ足り事實關係ノ詳説及ヒ證據理由ノ說明ヲ要セス又私訴判決ノ證據説明ニハ證據ノ内容ヲ明記スルヲ要セス(明治四一年四月二七日同院第二〇二號判事)又還付品ノ言渡ハ本案ノ判決ト同時ニ爲スノ要ナシ(同年八月九日同院休

判(暇)故ニ還付ノ言渡ナク或ハ還付ニ付キ法條ヲ引カサルモ理由ノ不備其他判
決ノ内容ニ缺點アリト爲スヲ得ス然レトモ有罪ノ判決ヲ爲ス場合ニ證據理由
ノ具備セサルトキ事實理由ノ齟齬スルトキ主文ト理由ト抵觸スルトキハ判決
ノ内容ニ不法アルモノトス又判決ノ主文ヲ缺キ若クハ全然理由ノ説明ヲ缺キ
タルトキハ判決ノ内容ニ不法アルト同時ニ其形式ニ於テモ亦違法アルモノト
ス

五三二 裁判ノ準則トハ之ニ違背スルトキハ判決ノ取消若クハ破毀ノ理由ヲ
生スル法則ヲ謂フ第一審及ヒ第二審ノ裁判所ハ事實ノ真相ニ適スル裁判ヲ爲
ササルヘカラサルコトハ判決ノ第一要義タリ故ニ第二審ノ事實認定ニ異レル
認定ヲ爲シタル第一審判決ハ取消サルヘシ第二審裁判所ハ事實認定ヲ誤ルモ
破毀セラルルコトナキハ第二審ニ對スル事實判斷ノ上級審ナキニ由ルモノニ
シテ第二審裁判所ニ不當ノ事實認定ヲ爲スヲ許セル法意ニ非ス又判決ハ適法
ナル審理ニ基カサルヘカラサルモノニシテ苟モ判決ノ基礎タルヘキ審理手續
ニ違法アラハ其判決ハ取消若クハ破毀ヲ免レス是レ亦判決上ノ法則ナリ決定

公訴ノ本案事
物ニ關スル
裁判ノ準則

ニ付キテモ同上ノ法則ノ適用アルヤ勿論ナリ唯豫審終結決定ノ如キハ無罪若
クハ管轄違ノ裁判ヲ除ク外ハ之ヲ送達スルト同時ニ確定力ヲ生スルヲ以テ豫
審手續ニ違法アルモ將タ事實認定ニ不當アルモ是ヲ取消ス能ハサルモノトナ
ルナリ裁判上ノ法則ハ仔細ニ之ヲ舉レハ其數尠カラサルヲ以テ其繁ヲ省キ重
要ナルモノヲ舉クルニ止ム

了、犯罪ノ構成要素ニ付テハ其證據理由ヲ證據ノ内容ヲ舉ケテ説明セサル
ヘカラス 例ヘハ横領罪ノ成立ニ必要ナル占有ノ事實ニ付キ其證據説明ヲ缺
クトキハ其判決ハ不法ナリ(明治四三年大審院第一〇二二號同年一)又被告人カ會社
ノ創立ノ委員長タル資格ヲ冒シテ小切手ヲ偽造シタル事實ヲ認定スルニ當テ
ハ該小切手日附ノ當時被告人ハ現ニ創立委員長ニシテ其冒稱シタル資格ノ猶
ホ存在セル事實ニ付キ證據理由ヲ說示セサルヘカラス(明治四年一月一八日同
院第一刑)又人夫賃金表ヲ證據トスルニ當リ單ニ賃金表トノミ掲記シテ其内容
ヲ説明セサルハ違法ナリ(明治四年一月一日同院第二刑事部判決)又裁判所ハ或事實ヨ
リ推理シテ間接ニ犯罪事實ヲ認定スルコトヲ得ルモ其前提ト爲リタル事實カ

ル數箇ノ行為ニ付キ新法ノミヲ適用スルニ當リテハ其行為ノ新法時代ニ跨ル事實ハ犯罪ノ構成要素ニ非サレトモ證據理由ノ説明ヲ要スルモノナリトハ判例ノ示ス所ナリ(明治四年三月九日第九號同院第一刑部判決)。

例ノ示ス所ナリ(明治四年三月九日第九號同院第一刑部判決)。

犯法第五條ニ依リテ適用セザルヘカラスニテ連環犯ノ場合ニ於ケル全部ニ對シテ終了時ニ依リテ適用セザルヘカラスニテ連環犯ノ場合ニ於ケル全部ニ對シテ爲ニシテ新法ニ依リテ適用セザルヘカラスニテ連環犯ノ場合ニ於ケル全部ニ對シテヘキモノニシテ新法ニ依リテ適用セザルヘカラスニテ連環犯ノ場合ニ於ケル全部ニ對シテテハ其行為ノ新法ニ依リテ適用セザルヘカラスニテ連環犯ノ場合ニ於ケル全部ニ對シテ

イ、犯罪ノ構成要素及ヒ其時、所ヲ明確ニ說示セザルヘカラス 先ツ犯罪ノ構成要素ニ付キ是ヲ例示スレハ衆議院議員選舉法第八十七條第一項第一號ハ選舉ニ關シ金錢物品等ノ供與ヲ受ケタル者カ選舉人又ハ選舉運動者ナル場合ニ限り是ヲ處罰スルモノナルカ故ニ供與ヲ受ケタル者ノ資格ハ犯罪構成要素ナルヲ以テ判決ニ其事實ヲ明示セザルヘカラス(明治三十七年二月一日第二刑部判決)。

又他人ヨリ委託セラレタル契約證書ヲ橫領シ委託物ヲ費消シタリトノ事實ヲ認定スル場合ニハ證書ノ内容ヲ說示セザルヘカラス何者該證書カ犯罪ノ物體ト爲リ得ヘキモノナリヤ否ヤヲ確認スルヲ得サレハナリ(明治三十五年一月二五〇

六日同院第二刑部判決。如上ノ例ニ反對ナル判決ニ曰ク契約書ハ其内容ノ如何ニ拘ハラズ刑法上財物ト認メ得ヘキモノナルヲ以テ原判決ニ於テ被告等カ被害者ヲ恐嚇シテ金七十圓及ヒ契約書一通ヲ交付セシメタル事實ヲ判示スルニ當リ契約書ノ内容ヲ明記セザルモ事(又官吏ノ收賄罪ヲ構成スルニハ官吏其職務ニ關シテ囑託ヲ受ケタル事實アルコトヲ要スル故ニ囑託ヲ受ケタル事實ニシテ其職權内ニ屬スルヤ否ヤノ理由ヲ明示セザル判決ハ不法ナリ(明治三〇年第一刑部判決)又恐喝取財ノ事實ヲ認定スルニ當リ恐怖ノ念ヲ生シタル原因ヲ明示セザレハ理由不備ノ不法アリ(明治三一年四月二日第二刑部判決)又甲者乙者ノ依賴ニ應シ乙者ノ身體ノ疼痛ヲ治療スル祈禱ヲ爲スト稱シ乙者ニ火傷セシメタル場合ニ於テ甲者ノ詐辯ヲ弄シタルニ基因スルモノナルヤ否ヤノ事實關係ヲ明示セザル判決ハ理由不備ナリ(明治三一年五月五日同院第三刑部判決)又強盜罪ナルヤ恐喝罪ナルヤハ理由不備ニ於テ事實理由ヲ明示セザレハ理由不備ノ違法アリ(明治三〇年六月六日同院第二刑部判決)又同院第二刑部判決ニ曰ク犯人カ被害者チ威嚇スヘキ重大ナル罪ヲ構成シテ且其威嚇ニ係ル危害カ切迫セルモ切迫セルモテハ右ノ行為ハ強盜

三五年レ第一三號同年二月二十四日同院第二刑事部判決ニ曰ク公訴ノ事實ヲ
揭セシテ無罪ヲ言渡シタル判決ハ如何ナル事實ヲ以テ罪ト認メタル事實ヲ
知ルニ山ナシ從テ
其判決ハ不法ナリ

カ、公簿ノ記載ニ反對ノ事實ヲ認定スルニハ其理由ヲ明示セサルヘカラス
例ヘハ竊盜事件ニ付キ被告人ト被害者ト直系血族ノ關係アルコトハ戶籍簿上
ニ明記シアルニ裁判所ハ其記載ヲ採用セスシテ竊盜罪ノ刑ヲ適用セントスル
場合ニハ該戶籍簿ノ偽造ナルコト若クハ錯誤ノモノニシテ信憑スヘカラサル
所以ヲ説明セサルヘカラサルカ如シ(明治三十七年同院第一刑部判決四年四)

五三四 沒收スヘカラサル差押物ハ正當ノ權利者ニ還付セサルヘカラス所謂
正當ノ權利者トハ所有者占有者留置權者等ノ物權者ヲ謂フ(明治三十四年第一
一月七日同院第二刑部判決ニ曰ク刑訴法第二〇二條ニ所謂所有者トハ所有
權者ノミナラス占有者ヲモ包含ス。同三十九年第二〇二條ニ所謂所有者トハ所有
同院第二刑部判決ニ曰ク本件ノ押收物ハ留置權ヲ用ニ供シタルモノニシテ被害
告ノ所有物ナレトモ被害者ハ該物件ニ對シ留置權ヲ有スルヲ以テ之ヲ被害者
ニ還付スル)然レトモ所有者又ハ占有權者ニ還付スヘキ場合ニ是ヲ差出人ニ還
付スルモ爲メニ正當權利者ノ權利ヲ害スルコトナキヲ以テ此判決ハ違法ニ非
ス而シテ判例ニ依レハ第一審判決カ被告人ニ還付シタル物件ヲ第二審裁判所

公訴差押物ニ
關スル裁判ノ
準則

カ差出人タル巡查ニ還付スル判決ヲ爲スモ所有者タル被告人ハ其所有權ニ基
キ巡查ニ對シ物件ノ返還ヲ請求シ得ルヲ以テ不利益ノ變更ニ非ストセリ(明治
一七〇日同院第二刑部判決)所有權者トハ私法上ノ原因ニ基キ所有權ヲ取得シ
タル者ノミヲ謂フニ非ス故ニ例ヘハ誣告狀ヲ司法警察官又ハ檢事ニ提出シタ
ル場合ニハ之ヲ受理スルト同時ニ該書面ハ官ノ所有ニ歸スルヲ以テ是ヲ司法
警察官又ハ檢事局ニ還付スヘキモノニシテ沒收スヘキモノニ非ス(明治四〇年
號同年一〇月七日同)但手續上是ヲ記録ノ一部ト爲シタルトキハ還付スルノ要
ナキモノトス而シテ刑事訴訟法第二百二條ニ所謂所有者トハ差出人ヲモ包含
ス換言スレハ汎ク押收物件ノ所持者ヲ指稱スルモノナリ(明治三十四年第一
號同年六月二六日同院第一刑部判決)而シテ差押物トハ刑事訴訟法ニ從ヒ
差押ヘタル物ノミナラス領置ニ係ル物ヲモ包含シ是ニ附スル名稱ノ如何ハ問
フ所ニ非ス苟モ手續上裁判所ノ占有ニ歸シタル物ハ所謂差押物ナルト領置物
ナルト又書類ナルト他ノ物件ナルトハ問フ所ニ非ス(明治三十九年一月二七日同院
第一刑部判決ニ曰ク所論ノ記録ハ宇都宮地方裁判所明治三十九年上原四號
事件ノ第一審記録ニシテ同院第一刑部判決所檢事カ本件證據物トシテ領置セル

タリ既ニ適式ニ私訴ノ成立ハ私訴以上ハ民法公訴ニ付テハ被告無罪ノ言渡ヲ受ケ
 變ラサルコトハ刑訴法第五條ニ依リ明瞭ナリ民事訴訟ハ其性質テ民事訴訟ナリ
 サリト雖モ特ニ而シテアルモ右外ハ刑訴法アル規定ニ依リシテ公訴判決ニ於テ
 ハ無罪ヲ言渡シ私訴判決ニ於テハ民事原告人ノ請求ヲ立テシムルモ判決理由
 ニ齟齬アリト謂フヘキモノニ非サルナリ(明治三一年第二五三號判決同日刑一
 上ノ責任ヲ判決スルハ場合ト雖モ私訴ノ判決ニ於テ謂フ事上ノ責任アリトスル
 テハ即チ無罪ト認メタルニ拘ハラズ民事上ノ責任アリト謂フ事上ノ責任アリト
 是テ略言スレ取調ノ結果裁許令被公訴人犯罪ナクテ原因シテ私訴ヲ受ケタルト
 難刑罰法第二條ニ依リテ規定スル所ナリ)民事原告人カ訴ノ原因ヲ變更セサルモ
 裁判所カ其訴ノ原因ヲ變更シテ裁判スルハ民事訴訟法ノ原則ニ對スル例外ト
 謂フヘキモノナルモ是レ私訴ノ性質及ヒ私訴制度ノ立法上ノ理由ヨリ生スル
 結果ニシテ申立テサル事物ヲ歸セシムルトハ同一ノモノニ非ス(明治四二年同
 年六月一七日同院第二刑部判決ニ曰ク私訴ノ原因ヨリ變更ハ公訴ノ審理ニ依リモ
 變更ナシテ申立テサル民事訴訟法上ノ判決セサルヘカラス)

は、訴ノ變更ハ之ヲ爲シ得ルモノナレトモ訴訟費用ノ裁判ノ外ハ原告ノ請
 求セサルモノヲ之ニ歸セシムル裁判ヲ爲スコトヲ得ス(明治三八年七月二日第五
 第二ノ上ニ暇部判決ニ曰ク民事原告人ニ於テ廣告文ノ始メニ掲クハ明白ナル事
 字ノ上ニ暇部判決ニ曰ク民事原告人ニ於テ廣告文ノ始メニ掲クハ明白ナル事
 キ旨ノ言渡ヲ爲シタルハ文字ノ上ニ民事原告人ノ請求セサル事項トテ原告
 他シテ當事者ノ主張セサル事項ヲ以テ私訴ノ理由ト爲ス者コト接立テサル
 シ物ヲ當事者ニ非ス)而シテ判例ニ依レハ被告ノ武器ヲ原告ノ利益ニ使用スル
 違法ニ非サルモノトセリ(明治四〇年第三五三號同年六月七日同院第一刑部
 告人ノ以テ裁判ノ原因トスル原告以外ニ請求原由トシテ事案ノ因果關係
 ハ告人ノ以テ裁判ノ原因トスル原告以外ニ請求原由トシテ事案ノ因果關係
 關テ若クハ係争ニ係リ特ニ存在ノ物件ニ關シテ難シトモ其ノ事案ニ關シテ
 關テ若クハ係争ニ係リ特ニ存在ノ物件ニ關シテ難シトモ其ノ事案ニ關シテ
 ノ利益關聯ニ實ニ侵害シキ審理ヲ再ヒタル損害ノ賠償ト職物ノ返還ヲ全滅シ
 刑部利益關聯ニ實ニ侵害シキ審理ヲ再ヒタル損害ノ賠償ト職物ノ返還ヲ全滅シ
 ル法律ノ趣旨ニ適合スルモ旨ノ規定ハナシケル)又連帶義務ノ履行ヲ求ムル訴ニ對
 シ全部義務ノ履行ヲ命スルハ義務ノ體様ヲ異ニスルニ止マルカ故ニ申立テサ
 ル事物ヲ歸セシメタルノ不法ナシ(明治四〇年第五四六號同年六月一七日同院
 本論 第七編 裁判及ヒ裁判ノ執行 第一章 裁判 第二節 裁判ノ形式、内容 二四九五

に、公訴判決ニ於ケル犯罪事實若クハ無罪ノ確定ニ矛盾牴觸スル事實ノ判
決ヲ爲スヲ得ス(明治三三年第一四一號同年三月八日同院第二刑部判決ニ
シテ控訴人ヲ欺キ五百圓ヲ騙取シタル事ヲ認ムルニ足ルテ以テ被告人ハ右三
名ト連帶シテ欺キ五百圓ヲ騙取シタル事ヲ認ムルニ足ルテ以テ被告人ハ右三
乃チ上告論旨ノ如ク被告ハ第一審ニ於テ無罪ノ判決ヲ受ケテ既ニ其裁判ハ確定
セルニ拘ハラズ仍ホ其犯罪ノ原因トシテ上告人ニ損害賠償ノ責アルモト確定
シタルハ不法トナリ(被告
人請求不立トナリ(被告

ほ、前號ノ制限ニ從フノ外ハ民法ノ原則ニ從フテ裁判ヲ爲スヘキモノトス
故ニ例ヘハ横領罪ノ目的物タル樹木ヲ買受ケタル者カ之ヲ伐倒シ角材ト爲シ
タルトキハ贓物返還ノ私訴請求ニ對シテハ民法第二百四十六條ノ原則ニ從ヒ
テ裁判セサルヘカラス(明治三七年五月五日同院第二刑部判決)又犯罪行爲即チ不法行爲
ニ原因スル損害賠償ノ請求アラハ行爲ノ時ヨリノ利子ノ請求ヲ相當ト爲ササ
ルヘカラス(明治三〇年第四七二號同年六月)又不法行爲ニ因リ生シタル損害ノ賠
償ヲ命スルニ當リテハ犯罪行爲ノ結果被害者ノ受ケタル利益ヲ斟酌スルノ要
ナシ(明治三七年三月九日同院第一刑部判決)又同院第一刑部判決ニ曰ク
盜伐ニ因リ被害者カ受ケタル損害ノ有無及ヒ損害額ヲ判定スルハ足ルモノニ
シテ被害者ニ還付スヘキ材木ノ價額カ増加シタルヤ否ヤノ如キハ判定ノ要ナ

シ)又被害ノ當時記名ノ公債證書ナリシモ相當ノ手續ヲ經テ之ヲ政府ニ納入シ
更ニ無記名公債證書ノ下付ヲ受ケタルトキハ債權ハ其性質ヲ變シテ動産ト爲
リタルカ故ニ贓物返還トシテ該無記名證書ノ返還ヲ請求スル訴ハ不當ナルヲ
以テ該原告人ノ請求ヲ棄却セサルヘカラス(明治三六年一月九日同院第

私訴裁判ノ準

部一刑部
五三六、被害者ニ給付スヘキ數額ノ多少ハ裁判所ノ自由ナル心證ヲ以テ
評定シ得ルモノトス(明治三七年第一四一號同年四月二日同院第一刑部
生及ヒ程度ニ付テハ證據ニ依リ確定スルカ必要トスレトモ單ニ給付ハ他ノ
額ノ多少即チ評價ノ點ニ依リ確定スルカ必要トスレトモ單ニ給付ハ他ノ
明ニ俟ツコトナク其第四七二號同年六月四日同院第二刑部判決ニ曰ク
モノナリ。明治四年其第四七二號同年六月四日同院第二刑部判決ニ曰ク
ニ依リ認メタル以上ハ其數額ニ付キ特ニ證據ヲ舉示スル要ナシ(證據)

と、私訴ノ判決ハ公訴判決ノ以前ニ之ヲ爲スヲ得ス然レトモ私訴判決ヲ爲
スヘキ裁判所ノ構成ハ公訴判決ヲ爲シタル裁判所ト同一ノ判事ナルコトヲ要
セス(明治三七年第一四一號同年四月
ち、主文ノ因テ生スル理由ハ説明セサルヘカラス但原被双方ノ主張抗辯立

證方法ヲ表示スルノ要ナク(明治三一年第一〇九六號同三二年)又法律ノ主文ヲ明示スルヲ要セス(明治三五年レ第一六四七號同一年)又裁判ヲ爲スニ適切ナル争點ニ付キ判斷ヲ與フル以上ハ其他ノ争點殊ニ被告ヨリ提出セル抗辯ニ付キ一々判斷ヲ與フルノ要ナシ(民法第二三〇條參照明治四一年レ第一〇)又證據ノ内容ヲ掲クルノ要ナシ私訴判決ノ理由ノ説示ハ其事物ニ從ヒ千差萬別ナルヘキモ要スルニ其主文ノ論定ヲ抽出スルヲ得ヘキ程度ニ於テ事實理由ヲ示シ及ヒ法律上ノ理由ヲ付セサルヘカラス例ヘハ請求ノ目的物ニ付キ權利ヲ有スル第三者ノ生シタル場合ニ其第三者カ抵當權者ナラハ第三者ノ善意惡意ニ拘ハラズ原告ハ其請求ヲ被告ニ對シテ主張スルヲ得ヘク又第三者カ所有者ナリトセハ第三者ノ善意ナルト惡意ナルトニ依リテ請求ノ理由アルト否ラサルトノ結果ヲ生スル場合ニ此點ヲ明確ニセス漫然第三者ノ生シ居レリトノ説明ヲ爲スハ理由不備ナルカ如シ(明治三八年レ第九五二號同一年)又例ヘハ他人ノ特許ヲ得タル物品ヲ製造、販賣シ特許權ヲ侵害シタル場合ニハ反證ナキ限りハ製造販賣人ニ過失ノ責アリト推定スヘキモノナレハ右ノ場合ニ過失ノ責任アリ

公訴費用負擔ノ原則

ヤ否ヤノ事實ヲ確定スルニ當リ單ニ過失ノ認ムヘキモノナシト説示スルノミニテハ理由不備ナルカ如シ(明治三五年レ第一七三〇號同一年)

五三七

訴訟費用ハ敗訴者ノ負擔スヘキモノタルコトハ古來ノ原則ナリ訴訟費用負擔ノ義務ハ不法行為若クハ民法上ノ義務不履行ニ原因スルモノニ非ス此義務ハ訴訟法ニ淵源スル公法上ノ義務ニシテ法律ハ正義ヲ基礎トシ自己ニ權利ナク若クハ義務ヲ負フカ爲メ相手方ヲシテ訴訟ヲ爲シ又ハ訴訟ニ應スルノ必要ニ至ラシメタル者ヲシテ或ハ刑罰法ヲ適用スルノ原因ヲ生セシメタル者ヲシテ訴訟手續ノ施行ニ因リ生シタル費用ヲ負擔セシムヘキモノト爲シタルカ故ニ訴訟費用負擔ノ原則ヲ約言スレハ訴訟ヲ爲スノ必要ヲ生セシメタル者ヲシテ因テ生シタル費用ヲ負擔セシムト謂フニ歸ス此原則ノ適用タル現行法ノ規定ハ左ノ如シ

一、有罪ト爲リタル被告人ハ公訴費用ノ全部若クハ一部ヲ負擔ス 之レ刑事訴訟法第二百〇一條第一項ニ規定スル所ナリ訴訟費用ノ負擔義務者ヲシテ其全部ヲ負擔セシムルト或ハ其一部ヲ負擔セシムルトハ裁判所ノ專權ニ屬ス

ルモノニシテ斷罪ノ資料ニ供セサル證據ニ關スル費用ト雖モ之ヲ有罪ノ判決ヲ受クル被告人ニ負擔セシムルハ不當ニ非ス(明治二八年第九二〇號九月一七日大審院第二刑事部判決ニ曰ク有罪ノ判決ヲ受クル被告人ヲ斷罪ノ資料ニ供シタルト否トニ拘ハラズ)判例ハ一步ヲ進メテ證人タル資格ナキ者ヲ證人トシテ宣誓セシメタル場合ニ其供述ハ罪證ニ供スルコトヲ得サルモノナレトモ其旅費、日當ハ有罪ノ判決ヲ受ケタル被告人ニ全部若クハ幾分ノ負擔ヲ爲サシムルコトヲ得ルモノトセリ(明治三三〇一三三號同年一月二日第一刑事部判決)有罪ノ判決ヲ受ケタル被告人トハ必シモ刑ノ言渡ヲ受ケタル者ノミヲ謂フニ非ス故ニ舊刑法第百二條ノ適用ノ結果不論罪ノ言渡ヲ受クル者ニ對シテ公訴費用ノ負擔ヲ命スルコトヲ得ルモノナリ(明治三三〇一三三號同年一月二日第一刑事部判決)刑ノ免除ヲ受ケタル者ニ對シテモ費用ノ負擔ヲ命スルコトヲ得ルヤ否ヤ或ハ曰ク法文ニ所謂有罪トハ刑ノ言渡ノ義ナリト解スヘシ或ハ曰ク刑ノ免除ハ犯罪行為アリタルコトヲ前提トスルモノニシテ犯罪行為アラハ公訴ヲ提起スルノ必要ヲ生セシメタルモノナルカ故ニ又公訴費用ノ負擔ハ刑罰ニ非サルカ故ニ刑ヲ免除スル場合ニ於テモ公訴費用ノ負擔ヲ命スル

コトヲ得ルモノトナリ然レトモ公訴ハ刑ノ適用ヲ目的トスルモノナルカ故ニ刑ノ適用ヲ爲スヘカラサル場合ニハ之ヲ提起スルノ必要ヲ生セシメタル者ハ被告人ナリト謂フヲ得ス故ニ右ノ場合ニハ公訴費用ハ被告人ニ負擔セシムルヲ得ス刑法ニ所謂刑ノ免除ハ舊刑法第三百七十七條第三百七十八條等ニ規定スル不論罪ニ相當スルモノニシテ刑事訴訟法第二百二十四條ヲ適用スヘキモノナルカ故ニ後説ノ論定ハ法律ノ精神ニ適スルモノト謂フヘシ而シテ有罪ノ判決アルナラハ第二審ニ於テ第一審判決ヲ取消シタル場合ト雖モ公訴費用ノ全部ヲ被告人ニ負擔セシムルヲ得ルモノナリ(明治二八年第九二〇號同年九月九日大審院第二刑事部判決)刑第五十四條第一項前段ヲ適用スヘキ想像上ノ數罪アリトシテ公訴ヲ提起シ其一部ニ付テノミ刑ノ言渡アリタルトキ(他ノ一部ヲ罪ト認メサルモ無罪)及ヒ牽連犯(同條第一項)又ハ連續犯(同法第五條)ノ起訴アリテ一部ニ付テノミ刑ノ言渡アリタルトキト雖モ費用ノ全部ヲ被告人ニ負擔セシムヘキモノトス反之併合罪ノ公訴ニ付キ一罪ニ付テハ刑ノ言渡ヲ爲シ他罪ニ付キテハ無罪ノ裁判ヲ爲ストキハ無罪ノ點ニ關スル費用ヲ負擔セシムヘキモノニ非ス但シ分割スヘカラサル

者ハ此限ニ在ラス例ヘハ一人ノ證人ヲ一回訊問シ其證人カ有罪ノ件ト無罪ノ件トニ付キ證言ヲ爲シタル場合ニハ其旅費日當ハ全部被告人ニ負擔セシムヘキカ如シ判例ハ更ニ一步ヲ進メ被告事件ノ一部分ニ對シ無罪ヲ言渡シタル場合ト雖モ有罪ヲ言渡シタル他ノ一部ト共ニ一事件トシテ取調ヲ爲シタルモノナルトキハ被告人ヲシテ其裁判費用ノ全部ヲ負擔セシムルハ違法ニ非ストセリ(明治三七年レ第一〇二九號同年二月一〇日同院第一刑部判決ニ曰ク原部ト共ニ一事件トシテ取調ヲ經タルモノナレハ本件ニ要シタル裁判費用ハ亦無罪ノ部分ヲ取調フルニモ必要ナリシトナレハ本件ノ部分ヲ取調フルニハ亦無罪トナリシナリ故ニ全部ヲ負擔セシムルモ言渡シタルニ非ス)

二、共犯ノ訴訟費用ハ共犯人ノ連帶負擔トス(第六七條行法)共犯トハ教唆、正犯、從犯ヲ包含ス收賄者ト贈賄者トハ所謂共犯ナリ(明治四十四年レ第八六二號同院判決ニ曰ク贈賄ノ授受アリタル場合ニハ贈賄行爲ト收賄行爲ト所謂共犯ナリ)衆議院議員選舉法第八十七條第二號ノ犯罪ハ其實質教唆ト正犯トノ關係ニ屬スル者ナレハ刑施設法第六十七條ノ適用アリ(明治三十七年レ第二七二八號同年二月四日衆議院議員選舉法第八十七條第一項第二號ノ選舉ニ關シテ成立スヘキモノナルヲ以テ其實

人體ニ於テ共犯關係ヲ有スルモノトシテ之ヲ連帶負擔セシムルハ應テ受ケタル犯)又破産者ト其詐欺破産行爲ノ相手方トハ其實質共犯ナルカ故ニ訴訟費用ハ連帶シテ負擔セサルヘカラス(商法第一〇五〇條)然レトモ竊盜罪ノ本犯ト贓物罪ノ犯人トハ共犯ニ非ス(明治三三年レ第七七號同年四月二三日同院第二刑部判決ニヘキ者トス從テ竊盜罪ノ被告人ト贓物罪ノ被告人ト共犯トシテ判決スニハ公訴裁判費用ノ連帶負擔ヲ命ジタル判決ハ不法ナリ)又犯人藏匿者證憑隠滅者偽證者(刑法第一六九條第一七〇條)ハ其本犯ノ共犯ニ非ス反之賭博場ヲ開張シタル者ト其賭博場ニ於テ賭博ヲ爲シタル者トハ共犯ナリ共犯トシテ有罪ノ判決ヲ受ケタル以上ハ其者ハ自己ノ訴訟ヲ受クル前ニ他ノ共犯者ニ關シテ生シタル費用ト雖モ連帶シテ負擔セサルヘカラス(明治三五年レ第一三九四號同年然レトモ刑施設法第六十七條ハ共犯人カ共ニ訴追セラレ同一ノ判決ヲ以テ刑ノ言渡ヲ受ケタル場合換言スレハ同一ノ手續ニ於テ同時ニ刑ノ言渡ヲ受ケタル場合ニ非サレハ適用ナシ共犯中ノ一人ニ對シテノ公訴ノ起リタルトキハ共同被告ナキヲ以テ連帶ノ負擔ヲ命スルヲ得ス此斷定ニハ反對說アレトモ現時ノ判例ノ採用スル所ナリ)(明治三五年レ第一二八號同年)而シテ共犯事

件ノ訴訟費用ノ全部ヲ共犯中ノ一名ノミニ負擔セシムルハ不法ニ非ス(明治三八年第一一七三號同年一月一)又共犯數名ニ對シテ分割シテ費用ノ負擔ヲ命スルモ違法ニ非ス(同三二年第九一八號同年九月)前者ニ在リテハ被告人ノ負擔ヲ重劇ナラシムルコトナク後者ニ在リテハ其負擔ヲ輕減セシメタルモノナレハナリ共犯人公判前ニ死亡シ之ニ對スル公訴消滅セハ公訴費用ハ生存者ニ其全部ヲ負擔セシムヘキモノトス(明治二九年第一一三號同年一月一)共犯人ニ連帶負擔ヲ命スヘキ場合ナルモ既ニ其内一名ニ費用ノ半額ヲ負擔セシメタル第一審判決ノ確定シタル場合ニハ第二審ニ在リテハ他ノ共犯ニ對シ殘半額ニ付キ單獨負擔ヲ命スヘク連帶負擔ヲ命スヘキモノニ非ス(明治三五年レ第八二一號同年一月一)又第一審ニ於テ連帶負擔ヲ命シタル場合ニ被告人一名ノミ控訴シ他ノ一名ニ對シテハ判決ノ確定シタルトキハ第二審裁判所ハ第一審ニ於ケル共同被告人ニ對シ其負擔スヘキ費用ノ裁判ヲ爲スノ要ナク控訴被告人ノミニ對シ全部ノ負擔ヲ言渡スコトヲ得(明治三四年レ第一五五號同年一月一)共犯ニ非サル共同被告人ニ共通ナル證據トシテ證人ヲ呼出シタルモ其證人ハ共同被告人ノ一名ノ

ミニ關スルモノニシテ他ノ共同被告人ニ關係ナカリシトキハ其證人ノ費用ハ審問ヲ必要トセシ事件ノ被告人ノミニ負擔セシムヘキモノトス(明治三五年レ第二刑部九日同院判決)共犯者ノ或者カ確定判決ニ依リ連帶負擔ヲ命セラレ其費用ノ全部又ハ一部ヲ納付シタル場合ニ於テモ未確定ノ共犯者ニ對シ費用ノ全部ニ付キ連帶負擔ヲ命スルノ妨トナルコトナシ(明治四年七月七日同院第一六四號同院判決)

三、免訴又ハ無罪ノ裁判ヲ爲ス場合ニハ訴訟費用ハ國庫ノ負擔トス(刑訴法第二條第一項)此理論ニ從ヘハ裁判所自ラ爲シタル手續ノ不法ナル場合ニ於テハ此手續ヨリ生シタル費用ハ之ヲ當事者ニ負擔セシムルコトヲ得サルモノニシテ判例ハ受命判事ノ處分ノ違法ナリシ場合ニ於テ之ニ關スル費用ニ付キ同一ノ決定ヲ爲セリ(明治三〇年抗第九號同年九月)民事訴訟法ニハ裁判所書記執達吏等ノ過失ニ因リ生シタル費用ハ過失者ヲシテ負擔セシムル規定アレトモ刑事訴訟法ニハ右ノ如キ原則ナシ(民訴法第八條參照刑)

五三八 私訴費用ノ負擔ハ民事訴訟法ノ規定ニ從フ(刑訴法第二條第三項)故ニ敗訴ノ

私訴費用負擔ノ原則

人タル被告ニ訴訟費用ヲ負擔セシムルモ判決ハ本件ニ在テモ亦結局私事費用
 ナリ其負擔セサルヘカラス尤本件ニ在テモ其第一審判決ハ判決ノ過失ニ基
 因スルモ
 所アリ第二審ニ於テ之ヲ取消シタルモ其取消ハ被告ノ過失ニ基
 因スルモ
 原告ノ非ナルカ爲メモ訴訟費用ノ負擔ニ關シテ(民事訴訟法第七十三條第二項ハ私
 訟費用ニ關シテ適用アルコト勿論ナリ)明治三十七年第一九四號同一年一〇月
 論旨ハ第一審ニ於テ被害者ハ金十六圓八錢七厘ヲ請求シ第二審ニ至リテ
 ナキモ第二審ニ於テ被害者ハ金十六圓八錢七厘ヲ請求シ第二審ニ至リテ
 原告ノ非ナルカ爲メモ訴訟費用ノ負擔ニ關シテ(民事訴訟法第七十三條第二項ハ私
 訟費用ニ關シテ適用アルコト勿論ナリ)明治三十七年第一九四號同一年一〇月

訴訟費用

五三九 訴訟費用ニ屬スルモノハ左ノ如シ(刑行法第六二條)

甲、公訴費用 一、豫審、公判ニ呼出シタル證人、鑑定人、通事ニ給與スヘキ日
 當旅費及ヒ止宿料 證人ノ日當ハ出頭一度ニ付キ金二十錢乃至金五十錢但止
 宿料ヲ給與セサル場合ニ之ヲ給與ス鑑定人及ヒ通事ノ日當ハ出頭一度ニ付キ
 金三十錢乃至五圓以上三者ニ給與スヘキ旅費ハ海陸里一里ニ付キ金五錢乃至
 二十錢ノ範圍内ニ於テ豫審判事、受託判事又ハ裁判所之ヲ定ム里程ノ計算ハ最
 近ノ通路ニ依リ又止宿料ハ八里以上ノ地ヨリ來リ滞在スル者ニ給與スルモノ

ニシテ一日ニ付キ金二十錢乃至金一圓ノ範圍内ニ於テ豫審判事、受託判事又ハ
 裁判所之ヲ定ム(刑行法第六二條) 二、鑑定、通譯ニ付キ特別ニ給與スル金額
 鑑定、通譯等ニ付キ數多ノ時間又ハ特別ノ技能若クハ費用ヲ要スルトキ日當
 ノ外ニ支給スルモノニシテ其額ニハ制限ナシ豫審判事、受託判事又ハ裁判所ハ
 相當ノ金額ヲ定ムルノ專權ヲ有シ其指定金額ヲ不當ナリトシテ上訴スルヲ許
 サス(同法第六三條) 刑行法第六十三條ニ所謂出頭トハ裁判所ニ出頭スルコトヲ謂
 フニ止マラス臨檢、搜索、其他何レノ場所ニ於テモ豫審公判ノ取調ヲ受クルコト
 ヲ意味ス(明治四十四年第一三六號同判) 證人、鑑定人、通事ノ費用請求權ハ豫審、公
 判ニ於テ取調ヲ受ケタル場合ニ於テノミ成立スルモノニシテ現行犯ノ場合ト
 雖モ司法警察官又ハ檢事ノ搜索處分ニ付キ取調ヲ受ケタル場合ニハ成立スル
 コトナシ又以上ノ請求權ハ豫審ニ於テハ其終結前、公判ニ於テハ其判決前ニ之
 ヲ行使セサリシトキハ消滅ス(同法第六五條) 又證人、鑑定人、通事ハ其義務ヲ履行シタル
 場合ニ非サレハ請求權ナシ但呼出ニ應シ出頭シ裁判所ノ都合ニ因リ訊問ヲ爲
 ササリシ場合ニハ請求權ヲ有スルモノナリ檢證、搜索等ノ場合ニ於ケル判事、檢

ハス創設的裁判カ他ノ裁判所ヲ羈束スル所以ノモノハ多クノ場合ニ於テ此判
決ニ羈束セラレル裁判所ハ元來右ノ如キ創設的裁判ヲ爲スノ職權ナキニ由ル
モノニシテ刑事裁判所ト右ノ如キ創設的裁判ヲ爲スノ國家機關トノ關係ハ下級
裁判所ノ事實上ノ判斷ヲ以テ裁判ノ憑據ニ供セサルヘカラサル上告裁判所ト
事實裁判所トノ關係ニ酷似スルモノナリ之ヲ例スルニ山林ノ下戻ヲ爲シタル
行政裁判所ノ裁判ハ山林ノ所有權移轉ノ點ニ於テ司法裁判所ヲ羈束スルカ如
キ離縁若クハ離婚ヲ言渡シタル民事判決ハ養親子ノ關係若クハ夫婦關係ノ離
斷ノ點ニ於テ刑事裁判所ヲ羈束スルカ如シ又特許ハ一ノ行政處分ナレトモ司
法裁判所カ特許權ニ關スル訴訟ヲ審判スルニ當リテハ特許ノ内容ニ立入り其
當否ヲ審査スル能ハサルカ如シ(明治三十二年刑部第六二號同略特許ハ五
ノ一權ナル行政處分ニ存シテ特許ノ要件トカスル行政ノ要件ニ非ス特許者
ハ前出ノ既述ニ對スル處ニ如ク決ニシテ特許局ノ職權ニ對シテハ特許局
見解ハ特許局ノ職權ニ對シテハ特許局ノ職權ニ對シテハ特許局ノ職權ニ對
可解ヘカ特許局ノ職權ニ對シテハ特許局ノ職權ニ對シテハ特許局ノ職權ニ對
モ判斷シテ通常裁判所ナルコトヲ其效力ヘキ判斷シテ特許局ノ職權ニ對シテハ

分ニ許シテ効力ニ重大ノ影響及スルニ至ク法律カ特許ノ許否ヲ特許局ノ行政
メケタル局發明第二〇條ニ該當スルコトヲ得トテ發見シタル者ハ其特許
號乃至シテ號ニヨリ當推究スルモ特許局ハ其特許ヲハ體上ニ於テハ特許
ト有解スル審決ヘテカテ始メテ其故何レヲ點シテモ特許局ノ職權ニ對シテハ
通特許局ノ審決ニ於テ特許ノ以テ其無効力ヲ宣告セザル限リハ依然トテ
テ釋ハス第ニ四三號ナリトテ更ニ論究スルニ關シ)

第三節 裁判ノ效力

五四二裁判ノ告知……五四三裁判ノ效力概説……五四四確定力……五四五羈
束力……五四六羈束力……五四七證據力……五四八執行力……五四九事案ニ
對スル效力

裁判ノ告知

五四二 裁判ノ效力ハ告知ニ因リテ發生スルモノナリ而シテ此告知ニ一定ノ
方式アリ對席判決ハ公廷ニ於テ之ヲ言渡スモノニシテ闕席判決ハ之ヲ言渡ス
外ニ闕席者ニ送達スルモノナレトモ此送達ハ告知ノ方式ニ非スシテ故障期間

ヲ開始セシムル爲メニ爲スノミ故ニ闕席判決ト雖モ其告知ノ方式ハ言渡即宣告ナリ決定命令ハ公廷ニ於テ爲ス場合ニハ之ヲ言渡シ其他ノ場合ニ於テハ送達スルヲ以テ告知ノ方式トス法律ニハ特ニ送達スヘキコトヲ規定スルモノアリ例ヘハ令狀豫審終結決定ノ如シ(刑訴法第七六條以下第一七一條)裁判ノ言渡ハ單獨制ノ裁判所ニ於テハ之ヲ構成スル單獨判事之ヲ爲シ合議制ノ裁判所ニ於テハ之ヲ構成スル判事ノ首席即チ裁判長之ヲ爲ス但裁判長ハ他ノ陪席判事ニ言渡ヲ委ヌルコトヲ得判決ノ告知方法ハ主文ノ朗讀ヲ爲シ且其理由ヲ朗讀シ若クハ口頭ヲ以テ理由ノ要領ヲ告知スルニ在リ(刑訴法第四四條)判決ノ言渡ハ判決書ニ署名捺印セル判事以外ノ判事之ヲ爲スコトヲ得ルコトハ既ニ論述セルカ如シ(四一六號參看)裁判ノ效力ハ言渡若クハ送達ニ因リテ發生スルモノナルカ故ニ其以前ニ於テハ裁判ハ成立スト雖モ未タ訴訟手續上效力ヲ生セス或ハ送達ヲ以テ告知ヲ爲ス裁判ハ其原本ノ完成ト同時ニ裁判タルノ效力ヲ生ストノ學說アリ然レトモ送達前ハ言渡前ト同シク自由ニ之ヲ變更スルヲ得ルモノナルヲ以テ送達前ニ於テハ其效力ハ不確實ナルヲ以テ余輩ハ此說ニ左祖スルニ躊躇スルモノナリ假リニ

送達前ニ於テ效力ヲ生スルモノトスルモ其效力ハ裁判ヲ爲シタル者ノ間ニ止マルモノトス裁判ノ告知ハ既ニ之ヲ爲シタル後更ニ之ヲ爲スヲ得ルヤ曰ク既ニ告知ヲ爲シタル裁判ト其内容ヲ異ニスル裁判ヲ更ニ告知スルヲ得サルヤ明カナレトモ告知ヲ爲スニ當リテ遵守スヘキ手續或ハ裁判所ノ構成等ニ違法アリシナラハ適法ノ手續ニ於テ若クハ適法ナル裁判所ノ構成ニ於テ更ニ之ヲ爲スハ不法ニ非ス殊ニ告知ヲ遺脱シタル裁判ノ部分アリシトキハ其部分ニ付キ告知ヲ爲スヲ得ヘキコトハ列事訴訟法第二百七條第二項ノ精神ニ徴スルモ明カナリト謂フヘシ殊ニ送達ノ不適法ナリシ場合ニ於テハ更ニ適法ナル送達ヲ爲スヲ禁スルノ謂レナキナリ然レトモ現行判例ハ同一裁判所ニ於テハ判決ヲ言渡シタル後ハ更ニ言渡ヲ爲スコトヲ得サルモノトセリ(明治三十四年一月二二日同院第二舊判例ハ余輩ト同一ノ見解ヲ探レリ(明治一〇月八日同院第一三二號同刑部判決ニ其拘束ヲ公廷ニ更ニ式ニ基キ裁判言渡ヲ爲シタル措置ハ違法ニ非ス見シ)裁判告知ノ手續ニ缺點アルモ手續上裁判ノ告知アリト認ムヘキ以上ハ上訴方法ヲ以テ其缺點ヲ攻撃セスシテ裁判ニ對スル上訴期間ヲ經過セシメタル後ハ告

