

當りて支拂を停止するの行爲を以て破産行爲と爲す。支拂の停止とは債務者か其債務を辨濟すること能はざる状態を謂ふものにして、其何なる事實ありて支拂を停止したるものと認定すへきやは一に事實問題に屬す。而して其支拂の停止は商を爲すに當りて之を爲したるものなることを條件とするか故に破産行爲は主として商人に依りて爲さるゝことは勿論なれども非商人も亦商を爲すに當りて支拂を停止するときは破産行爲を爲すものにして破産法を適用せられ破産の宣告を受く。之に反して商人と雖も若し其爲したる取引が民事に屬するとき破産法の適用を受けずして家資分散法を以て處分せらるゝものとす。支拂停止は其支拂を停止したる債務者に於て一定の手續を以て一定の期限内に届出つることを要す。若し此届出を怠りたるときは過怠破産の宣告を受く。蓋し破産の結果は重大にして幾多の債權者に損害を及ぼすものなるを以て、法律は債務者に此の如く至重なる責任を負はしむるものなり。破産宣告とは裁判所か債務者の破産行爲の事實を認めて下たす所の決定なり。故に破産は破産宣告ありて始めて開始するものにして、假令支拂の停止あるも破

産宣告なきときは未だ破産ありと謂ふことを得ず。

破産宣告は當事者即ち債務者若くは債權者の申立に因りてする者と、裁判所の職權に依りてするものとあり。其破産宣告を爲すには必ず決定書を作らざるべからず。破産決定書に記載すべき事項は一々法律の定むる所に依る。而して破産宣告の効力は普通の裁判宣告と異なりて、獨り當事者間に止らすして一般に其効力を及ぼすものとす。故に一定の手續を以て之を公告することを要するなり。

## 第二 破産の種類

破産の種類を分ちて二と爲す。尋常破産及有罪破産是なり。尋常破産とは破産者が民事上の制裁を受くるに止まり、刑事上の制裁を受けざるものを謂ひ。有罪破産とは破産者が刑事上の制裁を受くるものを謂ふ。即ち破産原因の差異に従ひて其制裁の差異あり其制裁の差異あるは其種類に分別ある所以なり。而して有罪破産は又之を細別して詐僞破産及び過怠破産の二と爲す。詐僞破産とは債務者か債權者を欺罔し不正の損害を被らしめんとするの悪意に出でたるものにして其場合は法文に参照して之を知るべし。過怠破産は債務者の過失懈怠に因

りて支拂を停止するの己むを得ざりしに至りしものにして詐欺破産に於けるか如く債権者を害せんと欲するの悪意に出でたるに非ず。而して其場合も亦法律に列記したる所の外に出づることなし。

### 第三 破産の効力

債務者が一たび破産の宣告を受くるときは破産者並に其債権者に対して種々の効果を來たす。破産の効力と云ふもの即ち是れなり。破産者に對する破産の効力には其身軀に關するものと其財産に關するものとあり。其身軀に關するものは公權私權の喪失及び財産處分權の喪失なり。其財産に關するものは財産上の訴訟能力の喪失取引の無効及双務契約の解除なり。破産者の債権者に對する破産の効力は専ら各債権者をして普通の場合の如く各自獨立の働きを爲さしめ一團軀を組成せしむるに在り。即ち破産の宣告ありたる後は債権者各自の請求權は總債権者共同の請求權と爲るに在り。是れ法律か各債権者を保護して公平無偏の辨濟を得しめんと欲するの精神に出づる者とす。故に其結果として破産者は期限の利益を失ひ辨濟期限の未だ至らざる破産者の

債務は既に辨濟期限に至りたるものと見做され。又破産者の債務は破産宣告の日より利息の生ずることを停止し又各債権者は優先權の存するに非されは破産者の財産に對して強制執行を爲すことを得ず。

### 第四 破産財團の處分

破産者は其財産處分の權利を失ひ其財産は之を一括して一の財團を組成す之を破産財團と謂ふ。而して各債権者は各個の請求權を行使すること能はざるか故に破産財團の處分を爲すには裁判所に於て一定の機關を選定して之をして其財團の處分を爲さしむ破産主任官破産管財人等即ち是れなり。破産主任官とは一切の破産手續を指揮し及び監督する職分を有するものにして破産に關して迅速の裁判を爲すか爲めに特任せられたる裁判官にして。破産管財人とは其破産財團を管理處分する職分を有する者にして、裁判所に備ふる破産管財人名簿中より破産裁判所か之を選定するものとす。尙ほ此外檢事及び破産債権者又は破産者も破産處分の執行に關係することを得破産財團の處分の重なるものは保全處分管理處分及換價處分とす。保全處分と

は破産者の逃亡を防ぎ、並に其財産の隠匿喪失を防ぐか爲めに行ふ處分にして破産者の動産を封印し其身軀を監守し破産者の債權に對して拂渡差押の命令を發するか如き處分は皆是なり。管理處分とは破産者の財産を保管し又之を取揃ふるか爲めの一切の行爲にして、換價處分とは其財産を賣却して金錢に換ふる行爲なり。要するに此三種の處分を總稱して破産財團の處分と謂ふと雖も、法律上固より三種の處分の間に精確なる分界あるに非ず。唯便宜の爲めの名稱なりと見て可なり。

#### 第五 破産債權者の權利

破産債權者には三種あり。(一)普通の債權者(二)特權債權者(三)特別の債權者是れなり。普通の債權者は特別擔保を有せざる債權者にして破産宣告あると同時に債權者の團體を組成し其債權に比例して配當に加入するものなり。特權債權者は優先權を有する債權者にして債權者の團體に加入せず其特別擔保の財産の上に獨立の請求權を行ふとを得るものなり。商法に所謂別除權即ち破産者の財産より擔保物を除去し其擔保物を以て債權を辨濟せしむることを得るの權利を有するものなり。又特別の債權者と云ふものは對人擔保を有する債權者並に法律に依りて特別の權利を與へられたる債權者にして即ち無特權の通常債權者にも非ず又物上擔保を有する特權者にも非ざるものとす。

破産宣告の下りたると同時に通常債權者は團體を組織して共同債權を行使するを要するか故に破産處分に關して債權者集會の必要なることも亦自から明かなるへし。其集會には通常集會と特別集會とあり。通常集會は破産主任官か其職權に依りて召集するものに係り。特別集會は法律の規定に依りて必ず召集せられざるを得ざるものに係る。

#### 第六 破産の終局

破産は通常破産債權の配當に依りて其局を結ぶと雖も尙ほ此外に破産手續の停止及び協諧契約あるときは破産の終局あるとを得。破産債權の配當は破産手續の費用を償却して尙ほ殘餘あるとき於て各債權者の請求額に比例して之を爲す是れ破産終局の通常事項とす。破産手續の停止は破産者の財産か其破産手續の費用をも償却するに足らざるときに法律に依りて當然命せらるるものにして、

此の如き場合には債権の配當を爲さんと欲するも固より爲し得ざる事實なるか故に、裁判所は法律に依りて其手續を停止し其停止後は各債権者をして破産者に對して各個の請求權を行はしむ。協諾契約とは一種の和解契約にして總債権者と破産者との間に之に依りて債権者は其債権の幾部分を放棄し若くは猶豫期限を與へ破産者は或る方法に依りて其債務を辨濟すべきことを約する所の契約なり。故に協諾契約は債権者並に破産者に於て利益なる契約にして其成立するところを得る場合に強ひて破産處分を遂行するは法律の欲せざる所なり。然れども自由に之を放任するときには或は債権者は不正の損害を蒙り破産者は不正の利益を貪ることなきを保せず。是に依りて法律は其申出及び決議に一定の條件を附して之を許すこととせり。

## 第六編 訴訟法

訴訟法は所謂助法にして主法の活用を目的とす。故に主法の規定せる法律關係に付きて起生する疑議に對し之れか審理裁判を爲すの手續並に其審理裁判を爲す機關の組織及び權限を規定するものは皆之れを訴訟法と謂ふ。本體たる主法

の法律關係の差異に依りて訴訟法の規定も亦一様なることを得ず従ひて訴訟法に種々の區別を生ず。今之を歐米諸國の例に考ふるに或は憲法上の訴訟に関するものあり或は行政法上の訴訟に関するものあり或は刑法上民法上商法上の訴訟に関するものあり主法の規定異なるにひ從て一々之に應ずる訴訟の法規あるもの多し。然れども我邦に於ては唯四種の訴訟法存す。刑事訴訟に関するもの民事訴訟に関するもの及び行政訴訟に関するもの陸海軍軍事裁判に関するものは是れなり。憲法に關しては特に其爭議を裁判する機關の設けなく又商法に關しては民事裁判所に於て其訴訟を判決するは我國法の精神なり。

特別の訴訟手續は今此に之を説くを要せず又行政訴訟に關しては既に行政法に於て之を畧述せり。此に余輩が訴訟法として觀察せんと欲するものは刑事訴訟法及び民事訴訟法の二種に止まる。而して裁判所の構成に付きては別に裁判所構成法なる法律あり。訴訟に關する特別法として訴訟法と同時に其大體の觀察を下たさるを得ず。

## 第一章 訴訟の性質並に訴權の行使及消滅

訴訟とは特定の個人か特定の個人に對し法律の實行又は權利の保護の目的の爲めに其判斷を特定の裁判所に請求するを謂ふ。其訴訟を提起する者を原告と謂ひ其訴訟を提起せらるる者を被告と謂ふ。故に訴訟とは必ず原告及び被告なる特定の二人以上の者なかるべからず。若し一私人が單に或る處分に對する不服の申立を爲し又は單に身軀上財産上の保護を請求するか如きは之を訴訟と爲すことを得ず。又訴訟は必ず裁判所に提起せられざるべからず、特定の二人以上の争と雖も其判斷を裁判所に請求せざるものは訴訟に非ず。

訴訟を大別して二種と爲す。普通の訴訟及び特別の訴訟是れなり。普通の訴訟とは普通裁判所の裁判管轄に屬するものを謂ひ。特別の訴訟とは特別裁判所の裁判管轄に屬するものを謂ふ。

普通の訴訟は又之を二種に別つて一を刑事訴訟と謂ひ。一を民事訴訟と謂ふ。刑事訴訟は刑事制裁の實行を目的とし民事訴訟は民事制裁の實行を目的とす。一は刑法上の關係に起り一は私法上の關係に起る。尙ほ之を詳説すれば刑事訴訟は犯罪の證明と刑罰の適用とを目的とす。民事訴訟は一私人又は法人の私權の

存在と保護とを目的とす。故に刑事訴訟に於ては原告は常に國家にして民事訴訟に於ては原告は常に一私人又は公私の法人なり。然るに刑法上の犯罪は國家の安寧秩序を害すると同時に一私人又は法人の權利を傷害するとあり。此場合に於ては一私人の唯一の行爲が一方には刑事制裁を惹起し一方には民事制裁を惹起するものなるか故に二種の訴訟並ひ起る。乃ち原則より考ふれば一は之を刑事裁判所に訴へ一は之を民事裁判所に訴ふべきものゝ如くなれども其訴訟の原因が同一の犯罪事實に存するか故に便宜上特に刑事裁判所をして二種の訴訟を兼審せしむるは各國の法制に於て其揆を一にする所なり。是に於て刑事訴訟に公訴及び私訴の區別を生ず。公訴とは國家が一私人に對して犯罪の證明及刑罰の適用を請求するを謂ひ。私訴とは一私人が他の一私人の犯罪に原づく損害の回復を請求するを謂ふ。故に公訴の權は國家に屬し私訴の權は一私人に屬す。然れども國家は元來無形なるか故に自ら其訴權を行使するを得ず。故に其行使は之を有形人に委任せざるを得ず。其委任の方法には古來三種の別あり或は被害者たる一私人に委任し或

は國民一般に委任し或は特定の機關に委任せり。然るに被害者に委任する方法は公訴權濫用の弊多く國民一般に委任する方法は公訴權緩裕に流れ易し。是れ近世の法律に於ては専ら特定の機關を設けて公訴權の行使に任せしむる所以なり。此特定の機關を名づけて検事と云ふ。故に公訴權の行使は國家の意思に本つき一私人の左右し得へきに非ず。従ひて公訴は被害者の告訴を待ちて起るものに非ず。又通常告訴又は私訴の拋棄に因りて消滅するものに非ざるは論なく、検事も亦自己の意思を以て之を拋棄し若くは被告人と和解するか如きことあるを得ず。

私訴權の行使は民事訴訟の原則に従ひて被害者に屬す被害者は自己の私益の爲めに其訴權を行使する者に過ぎされは之を拋棄し又は加害者と和解するは總て其自由なり。唯此に私訴の提起か其手續上通常の民事訴訟と異なる點を擧ぐれば(一)私訴は公訴に附帶して之を提起すべきこと(二)賠償金額の多少及び被告人の住所若くは物件所在の地に從ひて裁判管轄を異にせず總て刑事裁判の管轄に屬すること(三)時効は刑事の時効に依ること(四)裁判の執行が刑事裁判所に屬す

ること、是れなり。

刑事訴訟及び民事訴訟を受くべきもの即ち訴訟の被告は常に一私人たり。然れども此に注意を要するは國家若くは其他の公私の法人は一私人と同じく民事訴訟の被告となることを得れども刑事訴訟の被告となることを得ざるに在り。何となれば犯罪なる行爲は特に有形人の行爲に係り無形人たる法人は其性質上犯罪を行ふことを得されはなり。故に私訴も亦民事訴訟の原則に従ひて加害者若くは其承繼人若くは民事擔當人に對して之を起すことを得れども公私の法人に對する私訴あることなきなり。而して公訴は唯犯罪者と認むる者に對して起るのみにして其他に及ふとなし。又共犯者は各自公訴上の義務を異にすれども私訴上の義務に付きては法律は之を連帶とせり。是れ公訴と私訴との其性質を異にする要點なり。

刑事訴訟は犯罪の發生と共に發生し刑罰の消滅と共に消滅す。蓋し刑事訴訟は犯罪の原因するものなれば犯罪なければ適用すべき刑罰なく刑罰なければ訴訟も亦自から消滅すへければなり。民事訴訟に於ても亦民事制裁を惹起すへき

原因の消滅するに従ひて訴權消滅すれども刑事上の訴權とは必ずしも相伴ふものに非ず。故に或る加害の事實が假令刑事上の犯罪を構成せざりし時に於ても民事訴訟は尙ほ獨立して行はるゝことを得るは訴訟上の原則なり。故に刑事訴訟に於ける公訴及び私訴の消滅も亦其原則の適用を脱することを得ず。今左に公訴消滅の原因と私訴消滅の原因とを對比すべし。

公訴消滅の原因に六あり。(一)被告人の死亡(二)告訴の拋棄(三)確定判決(四)刑罰の廢止(五)大赦(六)時効是なり。被告人の死亡を以て公訴の消滅するは刑罰は一身に止まるの原則に出づ、告訴の拋棄は特に被害者の告訴を待ちて受理する事件に付きのみ公訴消滅の効力を生ず。確定裁判に依りて公訴の消滅するは一事實再理せずと云ふ法律の原則に本づく。刑罰の廢止及び大赦は犯罪其者を消滅せしむるものなるが故に従ひて公訴の消滅を致すなり。時効は國家が公益上の考察に本つきて定めたる消滅原因なり。

私訴は公訴に附帶して起れども一旦起りたる私訴は公訴と其進行を一にせず。故に例へば不論罪又は宥恕全免等の理由に由りて 罪者か無罪の宣告を受くる

も之か爲めに私訴の消滅するとなし。唯公訴を惹起したる事實が法律上犯罪を構成せざるときは即ち不正の損害あるの理なきが故に之に附帶する私訴も亦自から消滅すべきは明白なれども其他の場合には私訴は必ずしも犯罪と相伴ふに非ず。故に法律には特に三種の私訴消滅原因を明示せり。(一)被害者の拋棄又は和解(二)確定裁判(三)時効是なり。是れ皆民事訴訟の原則に出たる消滅原因に外ならず。唯私訴は公訴に附帶して刑事裁判所に提起するを以て時効の期限は公訴と同一にして民事の出訴期限と異なることゝ爲れり。

### 第二章 刑事訴訟法と民事訴訟法との關係

刑事訴訟は國家の公權に依りて刑事裁判所に提起せられ民事訴訟は一個人の私權に本つきて民事裁判所に提起せらる。故に其訴訟は各自獨立して關係なし。従ひて二箇の裁判所は互に獨立の權限を以て其審理に屬せられたる訴訟を裁判することを得べし。然れども此點に付きては學者の間に頗る疑議を生ぜしものなるを以て今聊か之を論述せん。

第一 刑事訴訟が民事訴訟に及ぼす關係 佛國法學者の多數は刑事の裁判は

民事の裁判に其効力を及ぼすと説く。然れ共、裁判官は、元來、法律、以外、の權力に服従すべき者に非ず。唯公正不偏の心を以て其職權内の訴訟を審判すべきのみ。刑事の裁判は如何に確定なるも民事の裁判は自ら民事の裁判たり、互に相箝制すへき者に非ず。若し夫れ確定せる刑事の裁判か後の民事の裁判に依りて左右せらるゝときは、或は裁判の信用鞏固ならざるの恐あるへしと雖も此の如きは殆んど稀有の事たり。若し萬一之ありとすれば其孰れの裁判かは法律の適用を誤まりたるものならざるへからず。法律適用の誤謬は一定の方法に従ひて訂正すれば可なり。裁判の原則上刑事裁判か民事裁判の上に位すと云ふは不可なり。然れども刑事の訴訟か民事の訴訟を中止する場合は訴訟の便宜上固より之なき能はず。是れ民事訴訟中罨すべき行爲の嫌疑生し、其行爲か民事の裁判に影響を及ぼすへきものなる場合に於て、此場合には刑事訴訟手續の完結に至るまでは民事訴訟の辯論を中止せざるを得ず。學理上之を名づけて豫斷問題の場合と謂ふ。第二 民事訴訟か刑事訴訟に及ぼす關係 民事訴訟の裁判は刑事訴訟の裁判に効力を及ぼすとなく互に相獨立して行はると云ふは方今學者間の定論たるか

如し。故に別に之を説明するを要せず。然れども訴訟の便宜上よりして此場合にも豫斷問題を生ずるとあり。例へば身分又は所有權の有無に關して疑議を生じ、其判決に依りて刑事訴訟の裁判に影響を及ぼすか如き場合には、本案の辯論を中止して先づ民事裁判所に其疑議を豫斷せしめざるを得ざるか如し。是れ佛國其他の刑事訴訟法に明定ある所なり。唯我國の法律には民事訴訟中止の場合に民事訴訟法に規定あるも刑事訴訟中止の場合に刑事訴訟法に規定なきを以て嚴格に解釋せば刑事訴訟法上の豫斷問題なしと謂ふことを得へし。

### 第三章 裁判所

裁判所とは裁判事務の爲めに設けられたる國家の機關にして通常裁判所あり特別裁判所あり。特別裁判所は特別法に依りて組織せられたる裁判所若くは特別の事件を裁判する者なり。廣く之を解するときには行政裁判所軍法會議領事廳若くは政治上の便宜に依りて假設せられたる機關は皆之を特別裁判所と謂ふことを得。通常裁判所は裁判所構成法に依りて組織せられたる裁判所にして。民事若くは特に法律に依りて委任せられたる事件を裁判するものなり。



裁判所構成法に依れば普通裁判所を分ちて區裁判所、地方裁判所、控訴院及大審院の四と爲す。區裁判所は民事上及び刑事上最下級に位する裁判所にして單獨制を以て組織せられ其他は皆合議制に依る。地方裁判所は第一審として區裁判所及大審院の特別権限に屬せざる一切の事件を裁判し、又二審として其管轄内の區裁判所の裁判に對する控訴を裁判す。控訴院は其名稱の示すか如く第二審として地方裁判所の裁判に對する控訴を裁判する者なれども、區裁判所の裁判に關しては一箇の上告裁判所として第三審の裁判を爲す。大審院は唯一最高の裁判所にして控訴院の判決に對する上告を裁判し、又其特別権限に屬する事件を裁判す。各裁判所には検事局及び書記課を附置す。検事及書記は判事と齊しく裁判所を組織する職員たれども、司法行政の機關にして裁判官に非ず。検事は刑事に關して訴求處分を掌り、民事に關しては公益の代表者として法定の監督權を行ふ。而して其權限は裁判所に對しては獨立なり。書記は往復會計記録其他法律に特定したる事務を取扱ふの職權を有す。尙ほ此外區裁判所には執達吏を置きて文書の送達裁判の執行其他法律に特定したる事務を取扱はしむ。

裁判所の職員は主として判事並に書記に關す法律上一定の資格を具へて之に任すべきのみならず、其職務執行の際に特別の條件を具へざるべからず。即ち除斥又は忌避せられざると是れなり。除斥とは法律上一定の原因に依りて職務の執行を禁ずるを謂ひ。忌避とは法律上一定の手續に従ひ當事者をして職務の執行を妨げしむるを謂ふ。皆裁判の公平を保つか爲めの特別條件なりと思惟して可なり。又回避と稱する者あり是れ裁判官が當事者より忌避せらるゝに非ずして、法律の除斥ありと認むる場合若くは其他の場合に自ら其職務の執行を停止するを謂ふ。蓋し回避の文字は特に刑事訴訟法に之を見て民事訴訟法には之を見ざるれども其精神は決して異なる所なし。

裁判所の管轄とは一定の訴訟を審理裁判する職務の範圍を示すものにして或は訴訟事件の性質に依りて定まり或は土地の區域に依りて定まる。故に裁判所の管轄は之を大別して二種とするを得。其訴訟事件の性質に依る者は之を事物の管轄と謂ひ。其土地區域に依るものは之を土地の管轄と謂ふ。事物の管轄は即ち裁判所の等級の由りて定まる所にして土地の管轄は即ち同等級の裁判所の

管轄の由りて定まる所なり。例へば刑事に付きて云へば違警罪は區裁判所の管轄に屬するか如き民事に付きて云へば百圓以下の價額の訴訟に區裁判所に屬するか如きは裁判所の管轄が事件の性質に依りて定まるものにして、即ち事物の管轄なり。然るに其違警罪は犯罪地の區裁判所に於て裁判すべく其百圓以下の價額の訴訟は被告の住所の區裁判所に於て裁判すべしと云ふか如きは裁判所の管轄か土地の區域に依りて定まるものにして即ち土地の管轄なり。

裁判所の事物の管轄は民事訴訟に關しても又刑事訴訟に關しても専ら裁判所構成法の定むる所に依る。其土地の管轄は刑事訴訟法及民事訴訟法の定むる所に依る。刑事裁判に關する土地の管轄には普通の者と特別の者とあり犯罪地又は被告人の所在地を以て定むるを通常とし、外國に於ける犯罪は内地に於て逮捕したる時は逮捕地、外國より送致したる時は送致地の裁判所を以て其管轄とし、海船内に於ける犯罪は船舶の定繋地又は犯罪後最初の着船地の裁判所を以て其管轄とす。民事裁判に關する土地の管轄も亦普通管轄と特別管轄とあり。普通管轄は之を普通裁判籍と謂ひ。特別管轄は之を特別裁判籍と謂ふ。其裁判籍と云ふ

は裁判の權限より觀察せしめて人民が其裁判を受くる關係より觀察したるなり。通常裁判籍は法律に於て専ら一の裁判所の管轄に屬せしめたる場合を除くの外訴訟人若くは訴訟物か一定の裁判所の支配を受くる關係にして、主として訴訟人の住所を以て之を定む。其の住所の不定なるは法定の住所に従ひ、法人は其團体の所在地を以て裁判籍とす。特別裁判籍とは寓居の裁判籍、財産の裁判籍、店舗の裁判籍、相續の裁判籍、不動産の裁判籍、契約履行の裁判籍、社團の裁判籍、不正損害の裁判籍、反訴の裁判籍、牽連事件の裁判籍等を謂ふ。而して何れの場合に於ても一定の訴訟が法律の定むる所に従ひ、一定の裁判管に屬するときは其裁判所を受訴裁判所と謂ふ。

總へて裁判權限は法律に定めたる範圍を超ゆることを得ず。唯其管轄内に於て之を行ふを常とす。然れども其管轄裁判所が法律上の故障例へば判事除斥の場合又は事實上の故障例は戰亂洪水等意外の事變の場合に依りて裁判することを得ず若くは裁判管轄の分明ならず若くは權限爭議の起りたる場合には訴訟關係者の申請を待ち直近上級の裁判所にて其管轄を決定す。其場合の裁判所を指定

裁判所と云ふ。是れ特別管轄の一種たり。又民事に於ては當事者の合意に依りて裁判籍を定むることを得る場合あり。之を合意上の裁判所と謂ふ。又齊しく特別管轄の一種とすることを得。

#### 第四章 訴訟手續

訴訟手續は刑事訴訟と民事訴訟とに於て多少其法理を同くするものなきに非ずと雖も其大體既に異なるか故に之を並述するは徒に煩雜を來たすの恐あるを以て此に其概要を分説せんと欲す。

##### 第一節 第一審の刑事訴訟手續

凡そ訴訟の目的は判決を得るに在り故に手續は之を判決の手續と判決前の手續とに分つことを得。

##### (甲) 判決前の訴訟手續

刑事訴訟の判決前の手續は訴求手續と豫審手續とに分かる。司法警察の職務として検事豫審判事其他警察權を有する官府之を行ふ。

##### 第一 訴求手續

訴求手續は犯罪の捜査及び起訴の二種に細別す。

犯罪の捜査とは検事か公訴を起すに必要なる證據を蒐集する準備の行爲にして其手續は告訴告發及び現行犯の三種の場合に於て異なり。告訴とは被害者か官の捜査を行はしむるか爲めに犯罪地若くは犯人所在地の検事又は司法警察官に對して爲す報告を謂ひ。告發とは第三者か自ら進んで爲す報告を謂ふ。告訴又は告發は通常告訴人又は告發人の署名捺印せる書面を以て之を爲すべく而して司法警察官之を受けたるときは違警罪の即決を爲すの外は急速に其書類を檢事に送致すべき者とす。現行犯は現に行ひ又は現に行ひ終はりたる際に發覺したる犯罪にして犯人及び犯罪の證據顯然たるものなれば何人とも雖も令狀なくして之を逮捕することを得。又現行犯に非ざるも急速の手續を要するか爲めに特に現行犯に准ずるものあり。(一)犯人として一人又は數人に追呼せらるるとき(二)兇器贓物等を携帶し其他犯人と思料せらるべき痕跡あるとき(三)家宅内に於て犯したる罪を検證する爲め又は其犯人と思料すべき者を逮捕する爲めに戸主より官吏に其處分を求めたるべき是れなり。

起訴とは検事か犯罪の捜査を終はりたるるときに豫審判事又は刑事裁判所に訴訟の受理を求むるの行爲を謂ふ。其豫審判事の豫審を求むべき場合は重罪と思料したる事件及び輕罪と思料するも罪質重大訴訟繁雜なる事件に關す。而して何れの場合にも検事は若し其事件か自己所屬の裁判所の管轄に非ずと思料したるときは之を管轄裁判所の検事に送致すべきものとす。

## 第二 豫審手續

豫審とは犯罪の存在を顯明し犯人の罪述を發覺すべき一切の事實を審理するの行爲にして豫審判事之を行ふ。其之を行ふには現行の重罪輕罪を除く外必ず檢事の請求を待たざるを得ず。豫審手續は之を令狀の送達、密室監禁、證據蒐集、保釋及び豫審終結の諸項に分ちて觀察することを得。

令狀とは犯人の訊問を爲し又は其逃亡を防ぐか爲めに重罪輕罪の犯人に對して豫審判事又は受託判事の發する出廷又は拘束の命令なり。召喚狀、拘引狀、拘留狀の三種あり。召喚狀は被告人を裁判所に出席せしむるか爲めに發す故に之に應ずると否とは被告人の任意に係る。拘引狀は被告人か召喚狀を受けて出席せず又

は其他法律に定めたる場合に被告人を引致するか爲めに發し。拘留狀は被告人を訊問の後禁錮以上の刑に該るべきものと思料したるときに之を留置するか爲めに發し共に被告人を強制するの力を有す。

密室監禁とは未決拘留の被告人を一室に監禁して他人と交通を爲さしめざる方法を謂ふ。是れ犯罪事實發見の必要上檢事の請求に因り又は豫審判事の職權を以て爲し得るものなれども妄りに人身の自由を拘束するは慎戒を加へざるべからず。故に其期限は十日を超ゆるを得ず且つ其期限内は少くとも二度被告人を訊問せざるべからず。

證據とは未知の事實を明かにする既知の事實にして即ち證明の材料と爲るものなり。之を蒐集する方法は左の如し。

(一) 被告人の訊問及對質 豫審判事は先づ被告人を訊問せざるべからず。其訊問に對する被告人の陳述を供述と謂ふ。又豫審は秘密を原則とすれども犯罪事實を發見すべき一切の模様を證する爲め必要なるときは被告人と他の被告人、證人又は其他の者と對質せしむることを得。

(二) 檢證、搜索及物件差押 檢證とは豫審判事が犯罪の場所又は其他の場所に臨み犯罪事實を正確にする方法を謂ひ。搜索とは被告人の住居又は證據物件を藏匿する疑ある者の住居又は其身躰及財産に付きて證據物件を探求するを謂ふ。而して其臨檢搜索して發見したる物件が犯罪事實を證明するに足ると思料したるときは豫審判事は之を差押へて封印を爲し目錄を作らさるへからす。其方法を物件差押と謂ふ。

(三) 證人訊問 證人とは廣くこれを解すれば能力者と無能力者とを分たす總へて事實を申述する者を謂ふ。此に云ふ證人は即ち此廣義の證人にして事實參考人を包容す。但し真正の證人と事實參考人との間には大に差異あり。證人の陳述は證言と爲り事實參考人の陳述は證言と爲る効力なし。又虚偽の陳述を爲したる場合には證人は偽證罪を犯し事實參考人は刑法の犯人とならず。證人たる能力なき者には二種あり一を關係的無能力者とし一を絶對的無能力者とす。關係的無能力者は特に關係事件に付きて證人たるを得ざるものにして、民事原告人又は被告人の親屬等の如き是なり。絶對的無能力者は關係事件を問はず身

分を論せず總へて證人たることを得ざるものにして、十六歳未滿の幼者、知覺精の不充分なる者等の如きは是なり。

(四) 鑑定 鑑定とは學術又は技藝に熟練せる人の意見を謂ふ。豫審判事は犯罪の性質方法及ひ結果を分明ならしむる爲め鑑定が必要ある場合には之を鑑定に附せざるへからす。其證人の證言と異なる所は證人は其見聞せる過去の事實を申述するものなれども鑑定人は其事實を見聞せず唯自己の學藝技術に由りて之れを證明するに在り。

未決拘留は犯罪事實發見の爲め已むことを得ずして施す強制方法にして、犯人の自由を妨げ家族の困難を來たすことなきを保せず。故に之に應ずる假釋の寛典なかるへからす。其假釋の方法に二種あり一を保釋と云ひ一を賣付と云ふ。保釋とは被告人の請求に依り保證金を納めしめて假りに其拘留を釋く方法にして、賣付とは被告人の請求あると否とを問はず豫審判事の職權に依り被告人の拘留を釋きて其親屬又は故舊に付托する方法なり。其何れの方法を採るも豫審判事は檢事の意見を聽きて行ふことを條件とす。

已上諸種の手續を盡くして豫審判事其審理を終はるときは之を豫審終結と爲す。豫審終結の處分は訴訟記録を檢事に送致して其意見を求むべく、檢事は其訴訟記録に意見を附して三日内に之を還付すべし。而して豫審判事は檢事の意見如何を問はず一定の條件に従ひて豫審終結の決定を爲し、或は免訴の言渡を爲し或は之を管轄裁判所の公判に付する言渡を爲すべし。檢事及び被告人は法律に定めたる場合に於て其決定に對する抗告を爲すことを得。

### (乙) 判決の手續

判決前の手續終はるときは判決の手續に移る。刑事の裁判は之を公判と謂ふ。公判とは即ち或る犯罪に關し豫審の終結する所に従ひ、又は直接の起訴に因り管轄裁判所が事實を審判し法律の適用を爲すを謂ふ。其手續は訊問辯論及び裁判言渡しの三階級よりなり判事、檢事、裁判所書記出廷して之を公行するを原則とす。唯被告事件が公安を害するの恐あるときに限り訊問及び辯論の傍聽のみを禁ずることを得。而して若し公訴に附帶して私訴の起りたる場合には裁判所は同時に私訴の判決を爲すべし但し私訴の取調十分ならざるものあるときは先づ公訴

の判決を爲したる後に其判決を爲すことを得。

呼出を受けたる被告人公判の期日に出頭せざるときは檢事の請求に因り、又私訴關係人出頭せざるときは民事原告人の請求に因り、裁判所は一定の條件に従ひ其判決を爲さざるべからず。其の判決を稱して闕席判決と稱す。闕席判決とは即ち對席判決に非ざるの謂ひなり。其闕席判決は檢事其他訴訟關係人の請求に因り之を闕席者に送附し、闕席者は其判決に對し、一定の期日間に其判決を爲したる裁判所に故障を申立つることを得。若し裁判所が故障の申立を受理したるときは更に通常の公判を開きて其事件の裁判を爲さざるべからず。

### 第二一節 第一審の民事訴訟手續

民事訴訟の手續には通常手續と特別手續とあり。通常手續は民事訴訟にして確定の判決と執行力を得る目的を以てする場合に用ゐる。特別手續は公益上の必要又は簡易迅速を要するの必要ありて通常手續に依ることを得ざる場合に用ゆるものなり。即ち區裁判所、地方裁判所の訴訟手續は通常手續にして婚姻事件、養子縁組事件及び禁治産事件に關する訴訟手續(明治二十三年法律第四百四號)簡易訴

訟手續例へは爲替訴訟又は假差押、假處分手續等督促手續、破産手續等の如きは特別手續なり。而して此に説く所は主として通常手續に關するものと知るへし。民事訴訟の審判には干渉主義あり放任主義あり。干渉主義に依れば裁判所は當事者の陳述又は申立に拘束せられずして、審理上必要なりと認むる訴訟行爲を爲すを得。放任主義に依れば裁判所は唯當事者の陳述又は申立に本つきて裁判せざるへからず。我民事訴訟法は主として放任主義を採り、或る例外の場合に干渉主義を交ふ。又口頭主義あり書面主義あり。口頭審判主義に依れば裁判所は單に口頭辯論に於て爲したる當事者の陳述又は申立に本つきて裁判すべく書面審判主義に依れば、裁所所は單に當事者か差出したる書面上の陳述又は申立に本つきて裁判すへし。然れ共此主義の一方を偏用するとは實際難し。我民事訴訟法は主として口頭主義を採り、或る場合には特に口頭辯論を経すして、裁判を爲すを許せり。而して口頭辯論を経る場合にも其辯論は必ず書面を以て之を準備すると爲れり。之を稱して準備書面と云ふ。準備書面とは即ち口頭辯論前に當事者の間に交換する書面にして訴狀又は答辯書の如きものを總稱す。

民事訴訟の手續にも亦判決前の手續と判決の手續とあること刑事訴訟と同じ。

(甲) 判決前の手續

判決前の手續は之を起訴、答辯、口頭辯論及び證據調の四種に分つ。

(一) 起訴 原告か訴狀を裁判所に差出すに由り訴訟初めて起る。其訴狀は所謂準備書面の一にして之に記載すへき事項には必要のものと通常のものとなり。必要事項を記載せざる訴狀は無効なれども、通常事項を記載せざるか爲めに其訴狀は効力を失ふことなし。訴狀は裁判所書記之を被告に送達すへし。送達方法は或は執達吏に依り或は郵便を以てす。又囑托送達又は公示送達と稱するものあり。囑托送達は他の官廳に囑托する送達の方法にして。公示送達は通常の送達を爲す能はざる場合に其送達すへき書類を裁判所の揭示板に貼付するものなり。訴狀の送達あるときは權利拘束の關係を生ず。従ひて當事者の一方か本案の訴訟に關して他の裁判所に訴ふる場合には他の一方は防訴の抗辯を爲すことを得。受訴裁判所は其以後に其管轄を變更せらるゝとなく又原告は被告の承諾を得ず

して請求の原因を變更することを得ず。

(二) 答辯 被告は訴狀の送達を受けてより十四日以内に答辯書を差出すべし。

其記載すべき事項は文字の示すか如く原告の請求に對する答辯にして又是れ所謂準備書面の一なり。

答辯の方法には二あり。一を防訴の抗辯とし一を本案の答辯とす。防訴の抗辯は被告が本案に入りて答辯することを拒む方法にして其抗辯に六種あり。無訴權の抗辯例へは民事裁判所に行政訴訟を提起する能はずと云ふか如き抗辯(裁判所管轄違の抗辯、權利拘束の抗辯、訴訟能力又は法律上代理權欠缺の抗辯、訴訟費用保證欠缺の抗辯、前訴訟費用未済の抗辯、延期の抗辯)是れなり。本案の答辯は被告が原告の請求を至當として之を認諾することあり、又其請求の全部又は一分を争ふとあり。而して其争は更に之を法律上の争と事實上の争とに區別することを得。

(三) 口頭辯論 口頭辯論は原告に於ては訴狀に本つき、被告に於ては答辯書に本つき、て一定の申立を爲し書面に認めたる事實を更に口頭を以て陳述する方法

なり。而して口頭辯論は必ずしも其準備書面に拘束せられずして之を爲すことを得。又文字上の争ある場合の外書類に準據し書類を援用することを要せず。若し一の訴訟に關して前に挙げたる防訴の抗辯起りたるときは裁判所は本案の辯論に入るに先ちて防訴の抗辯に付きて辯論を始めざるべからず。其防訴の抗辯にして理由あるときは裁判所は終局判決を以て原告の訴訟を棄却し理由あらざるときは中間判決を以て其抗辯を棄却し其中間判決の確定したる後本案の辯論を續行す。

(四) 證據調 凡そ一定の主張を爲す者は其證明の責に任せざるべからず是れ證據上の原則たり。故に當事者は通常準備書面に於て證明方法をも記載し口頭辯論の日に至りて更に之を陳述するものとす。然れども當事者の陳述する一切の事項は悉く證明を要するに非ず或る事實の陳述に於て證明の必要あるものは其事實が當事者双方の間に争を生ぜしとき及び其事實が判決に欠くべからざるにときに限る。而して如何なる場合にも法律上の争は證明の責任を生ぜず(但し外國法は内國に於ては一の事實と見做さる)。又顯著なる事實は證明を爲すの必要



ない。又法律に於て一方の利益の爲めに推定を設けたる場合若くは相手方が其裁判上の自白を爲したる場合には證明の責任を免かる。

證明の方法は檢證、人證、證書、鑑定、本人訊問等なり。其大體の説明は既に刑事手續に於て之を爲したるか故に此に之を略す。唯此に注意すべきとは民事訴訟に於ては證書を主とし人證は一定の制限以内に於て其効力あるとす。書證とは人の意思を表章したる書類か訴訟の事實を證明すへき力あるものにして公正證書と私署證書とあり。公正證書は公證人其他官吏又は公吏の作れる證書にして偽造の申立あるまでは完全の効力ありと推定せらる。私署證書は一私人の作れる證書にして署名捺印あるものと否とに従ひて其効力に差異あり。人證は訴訟物の價額五十圓を超過する場合には之を許さす。

證據調の手續は即ち以上の證明方法に由りて事實の眞否を得るの手續にして裁判所は口頭審理主義に基づきて其手續を爲すを通則とす。唯例外の場合に於て受命判事又は受托判事をして之を行はしむるとあり。而して證據調は其性質として當事者が一定の陳述を爲したる後に其必要を見るときは明なり。然れども審

に當事者が未だ一定の陳述を爲さざるのみならず訴訟の未だ全く起らざる以前に證據調を爲すとあり。是れ證據紛失又は湮滅の恐れある場合には行はるゝものにして法律上特に之を證據保全の手續と名づく。但し此手續は専ら證人鑑定人の訊問若くは檢證に付きてのみ行はる證書には之を爲すの必要なきものなり。

### (乙) 判決の手續

判決は口頭辯論を経たる後當事者の權利義務を確定するか爲めに爲す裁判にして其判決は之を書面に記載するを要す。判決の言渡は裁判主文の朗讀を以て之を爲す。缺席判決の言渡は主文を作らざる以前と雖ども之を爲すことを得。而して缺席判決を受けたる當事者が一定の期間内に故障を申立つることを得るは刑事訴訟に於けると異なる所なし。

### 第三節 上訴及再審

刑事又は民事の判決一たび下たり訴訟其局を結ぶときは法律に依り一定の伸枉方法を以てするに非されは之を動かすことを得す。法律に定めたる伸枉方法に二種あり。一を通常の方法とし一を非常の方法とす。上訴は通常の方法にして

再審は非常の方法なり。

### 第一 上訴

上訴とは未確定の裁判に對して上級裁判所に不服を訴ふるを謂ふ。我國法に於て上訴と稱するものは控訴、上告及び抗告の三種とす。故に故障申立又は命令取消の申立其他訴訟法に定めたる各種の不服申立の訴は之を上訴と謂ふことを得ず。上訴は皆一定の條件に依り一定の期間内に之を爲さるへからず其期間を経過するときは未確定の原裁判は直ちに確定す。而して一たび提起せられたる上訴は總へて裁判の確定を遮斷するの効力を有す。故に上訴一たび起るときは其原裁判の執行を停止す唯民事に於ては或る場合に假執行を許すとあり。唯抗告は原則としては裁判の執行を停止せず寧ろ例外として停止するものと謂ふことを得。

(一) 控訴 控訴とは第一審の判決に對して上級裁判所に不服を訴ふるを謂ふ。而して其第一審の判決は終局判決又は上訴に付きて終局判決と見做すへき判決ならざるへからず。即ち本案の判決なるか又は本案以前の判決なるも其中間判決か上訴に付きて本案の判決と同様に見做さるる者ならざるへからず。例へば刑事に付きて云へば管轄違又は公訴受理すへからざるの申立に對して爲したる却下は本案前の判決なれども法律は其控訴を許し。又民事に付きて云へば防訴の抗辯を棄却する判決に對しては終局判決と看做して控訴を許せるか如きは即ち是なり。

(二) 上告 上告とは第二審の判決に對して法律適用の點のみに制限せられたる不服の訴なり。語を換へて云へば第二審の判決を法律に違反せるものとして上訴するものなり。而して其第二審の判決か終局判決なるか又は中間判決なれば上訴の點に付ては終局判決と見做されたるものに關してのみ上告を爲し得ることとは控訴に於けると其條件異なる所なし。

(三) 抗告 抗告とは終局判決に非ざる裁判に對する不服の訴なり。即ち抗告は刑事に於ては公判を経ず民事に於ては口頭辯論を経ざる決定に對して爲す上訴にして法律の明文に因りて特に之を許したる場合に限る。例へば判事忌避の申請を却下したる決定に對する抗告の如きは刑事民事の訴訟法に共に認むる所

にして、其他抗告を爲すとを得る場合は皆其各場合に明記なかるへからざるなり。然れども民事訴訟に於ては口頭辯論を経ず唯訴訟手續に關して爲したる申請を却下せられたる場合に一般に抗告を爲すとを許せり。故に民事訴訟の抗告には通常抗告と即時抗告とあり。即時抗告とは一定の期間を守るべき者を謂ひ。通常抗告とは一定の期間に制限せられざるものを謂ふ。刑事訴訟に於ては抗告は皆裁判所の送達を受けたる日より三日内に之を爲すべく民事訴訟に於ては或は七日の期間内に於てすべきものあり或は別に其期間を定めざるものあり。又抗告の手續は民事と刑事とに於て異なれり。刑事に於ては抗告は原裁判所に抗告状を差出し原裁判所は検事の意見を聽きて之を抗告裁判所に送附す。民事に於ても通常は抗告状を原裁判所に差出さしめ急迫を要する場合又は即時抗告の場合には直に抗告裁判所に之を差出すことを得せしむ。而して抗告裁判所は民事に於ても刑事に於ても又抗告の孰れの場合に於ても單に書面に本つきて裁判するを原則とす。是れ抗告裁判は所謂決定なるものにして判決の性質を有せされはなり。但し民事訴訟に於ては必要の場合に口頭辯論を開くことを得。

上訴は未確定の判決に對して之を爲すものなることは前に述べたる如し。故に若し訴訟關係人に於て上訴に關する一定の期間を経過して上訴の權利を失ひ又は上訴の權利を抛棄し又は既に一たび上訴して上訴の道絶えたるときは其判決は確定と爲る。又闕席判決に對しては故障の申立を爲すとを得るか故に一定の期間内に故障の申立ある時は其判決は自から消滅すれども若し此期間を経過するか又は故障申立の權利を抛棄するときは其判決は確定と爲る。故に確定判決とは故障又は上訴の方法に依りて不服の訴を爲すことを得ざる判決なりと謂ふことを得。

確定判決は其訴訟事件に付きて法律に均しき効力を有し當事者は法律と均しく之を遵守せざるへからず既判効と云ふものは即ち是なり。故に判決一たび確定すれば刑事に於ては同一の犯人に對し同一の事件に付ても公訴を起すことを得ず。民事に於ては同一の當事者に對し同一の事件に付て再ひ訴訟を起すことを得ず。

## 第二 再審

再審は非常伸枉の方法にして既に確定したる終局判決の取消を求め更に其事件に付きて裁判を求むるを謂ふ。而して再審の訴を爲し得べき場合は刑事と民事とに於て固より相異なれども其場合は皆法律に一定せり。又其の訴を爲す手續並に其訴を爲し得べき人も亦全く相異なれり。刑事に於ては再審の訴を爲すに期間なく刑の消滅したるに拘はらず何時にても之を爲すことを得。民事に於ては一定の不變期間に於てせざるべからず。又刑事に於ては上告裁判所に於て再審の判決を爲せども民事に於ては通常原裁判所の専屬たり。又刑事に於ては刑の言渡を爲したる裁判所の検事及び刑の言渡を受けたる者の外一定の人より再審の訴を爲すことを得れども民事に於ては常に訴訟當事者より之を爲すのみ。又刑事に於ては再審の判決に對して上訴の道なしと雖も民事に於ては普通の規則に従ひて上訴し更に再審を求むることを得。此等の點は再審の手續に關して刑事と民事とに於ける差異の著大なるものゝ如し。

## 第五章 裁判の執行

凡そ訴訟は民事と刑事とを問はず判決の言渡ありて其局を結ぶときは國家は公

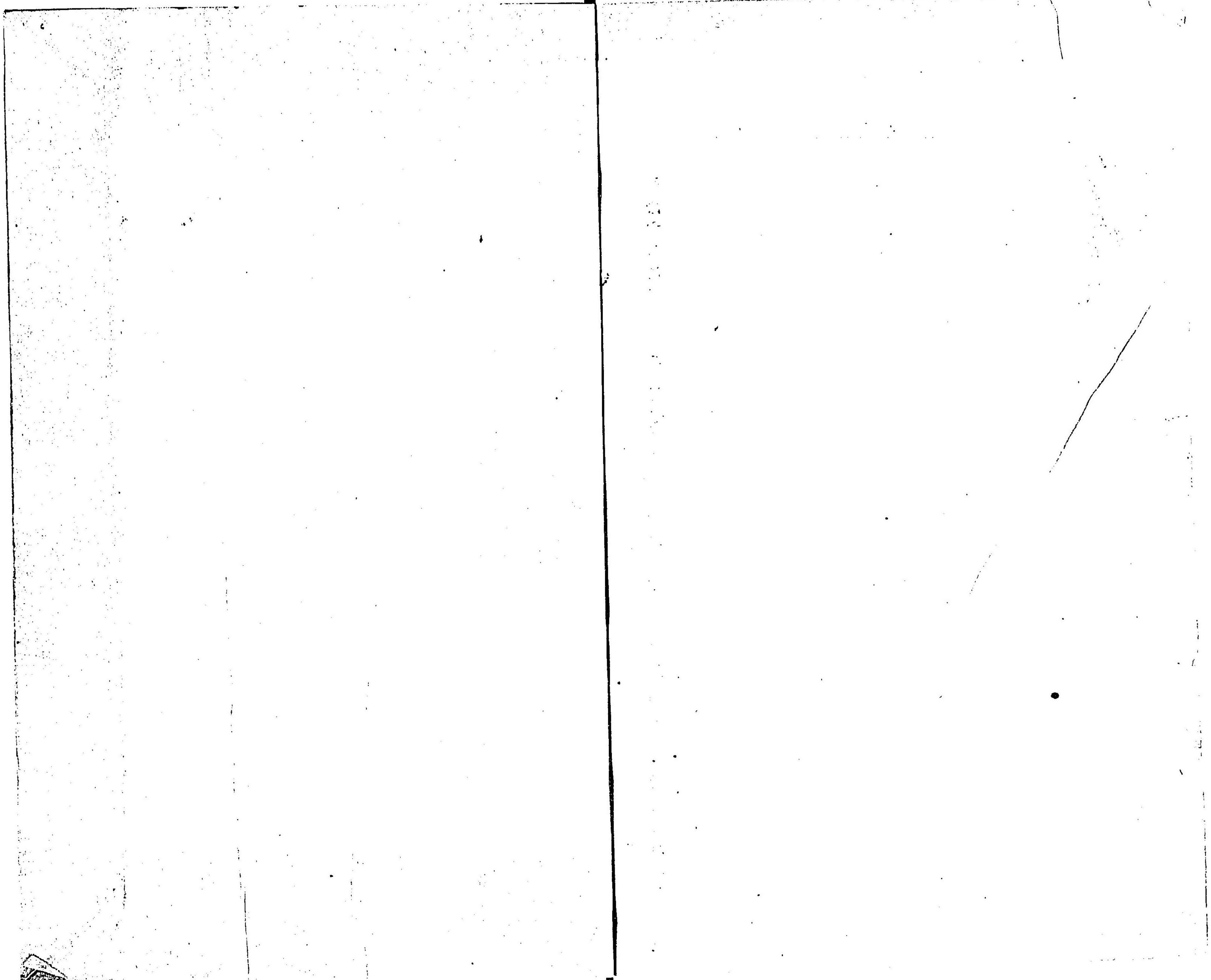
力を以て其判決を強行することを得。刑事に於て裁判執行と云ひ民事に於て強制執行と云ふものは即ち是なり。然れども其裁判が執行せらるゝか爲めには一定の條件を要す。(第一其裁判が確定したる後なることを要す。故に上訴中の裁判は其執行を停止せらる。(第二刑事又は民事に於て各別に執行に必要な手續を盡くすことを要す。例へば刑事に於ては死刑は司法大臣に訴訟記録を差出して其命令を待つを要するか如き民事に於ては其判決に執行文を附するを要するか如し。而して民事には確定の終局判決を執行するの外假執行の宣言を爲して未確定の終局判決を執行することあり。其假執行は或は裁判所の職權を以て宣言することあり或は當事者の申立に依りて宣言することあり。其場合は一々法律に定めらる。

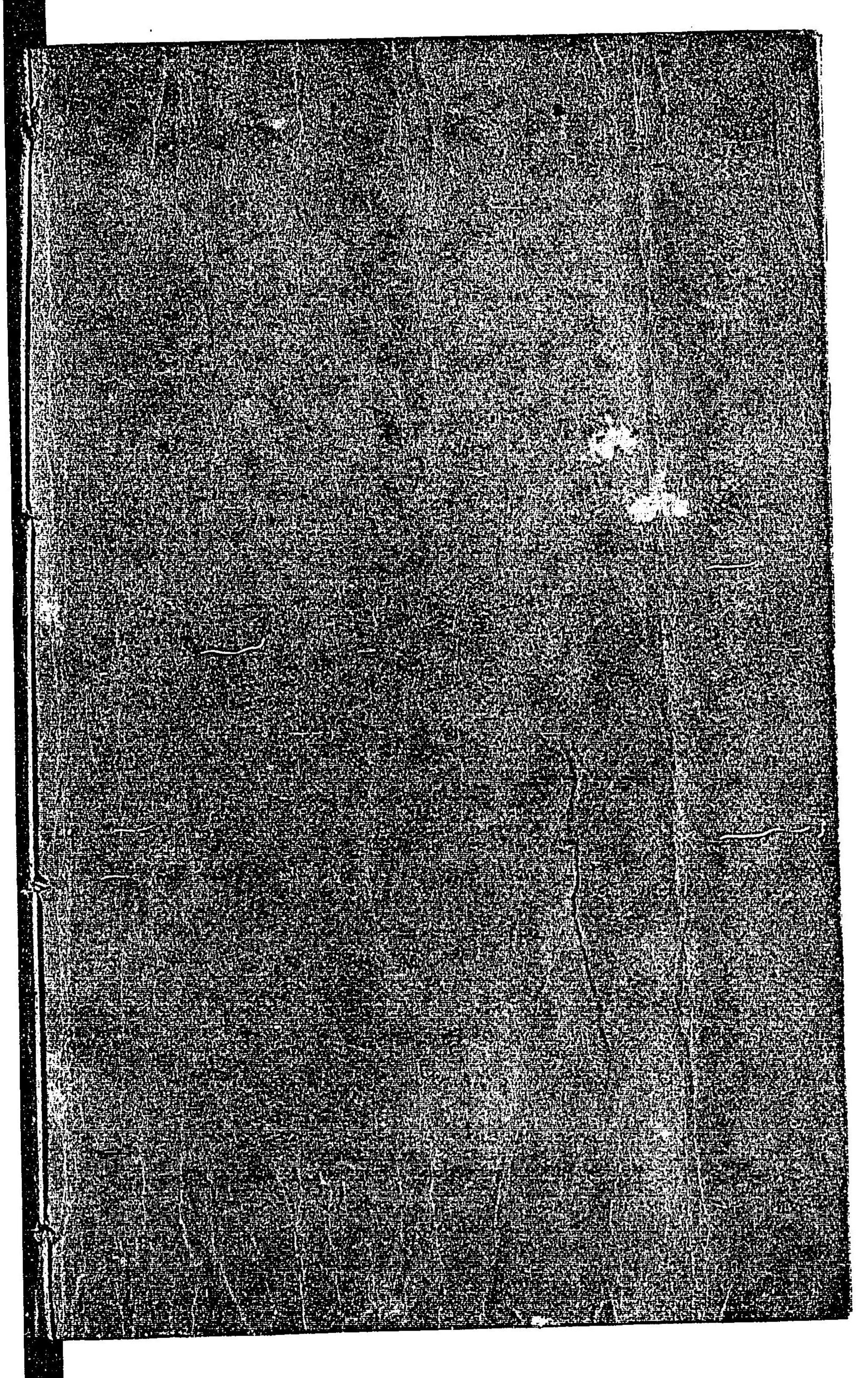
又民事に於て執行力を生ずるものは管に已上二種の判決に止まらず。今此強制執行を求むることを得る名義を擧ぐれば和解調書確定の決定即ち抗告のみを爲し得べき決定か既に抗告の道なきものにして例へば訴訟費用確定の決定の如き者督捉手續に於て支拂命令に附したる執行命令公證人の作りたる公正證書外國

裁判所の言渡に對して附したる執行判決賠償並に訴訟費用に關する刑事裁判所の判決、破産債權調査會に於て作りたる債權表并に協諧契約書等は民事裁判所の確定の終局判決又は假執行の宣言を附したる終局判決と同しく債權者は一定の執行文を得之に基つきて強制執行を請求することを得。

刑事裁判の執行に任する者は検事、書記、獄司、獄丁等にして民事裁判の執行に任するものは執達吏とす。或る場合には執達吏に委任せずして裁判所自から之を行ふことあり。其場合は不動産並に船舶又は債權其他の財産權又は行爲不行爲の義務に付きて強制執行を爲す場合なり。

刑事裁判は一定の原因に因りて其執行を中止せらるゝとあり。例へば犯人の精神錯亂の場合又は死刑に處せられたる婦女の懐胎せる場合の如し。又一定の原因に依りて消滅するとあり犯人の死去、時効、大赦、特赦及び復権の如きは刑事裁判の消滅する原因なり。民事訴訟法に於ては強制執行は法律に定めたる一定の場合には之を停止し又は之を制限し又は之を取消さるへからず又或る一定の場合には裁判所は或は強制執行の停止を命するか若くは保證を立てしめて其續行を命することを得ることあり。其場合は今一々之を掲ぐるの必要なからんか。





029905-000-5

321-0222h

法学通論

織田万/述

〔刊年不明〕

BBA-0320



321.  
0222h  
W