

勾留狀及ヒ逮捕狀ハ被告人ノ自由ニ對スル非常ノ制限ナリ是故ニ本法ハ他ノ方法ニ於テ目的ヲ達シ得ル場合ニ於テハ之ヲ一時停止シテ身體上ノ強制ニ換フルニ他ノ方法ヲ以テ被告人ノ出頭ヲ確保ス即チ左ノ如シ

第一 保釋

一 保釋ハ逃走ノ恐れアリト證據湮滅ノ恐アルトヲ問ハス勾留ヲ受ケタル被告人ニ對シテ言渡スヘキモノトス然レトモ被告人ハ保證金ヲ差入ルトキハ權利トシテ勾留ヲ免カルルニアラス保釋ヲ許スト否トハ裁判所ノ自由ナリトス(刑訴法第百五十條)

二 保釋ハ被告人又ハ法律上代理人ノ請求アルコトヲ要ス元來保釋ハ被告人ヨリ保證金ヲ出スヘキモノナレハ之ヲ裁判所ヨリ強要スヘキニアラス

三 保釋ハ勾留狀ノ執行ヲ停止スルモノニシテ勾留狀ノ存在ヲ消滅セシムルモノニアラス故ニ保釋中ノ者ニ對シテ豫審免訴ノ言渡ヲ爲ス場合ハ免訴ト共ニ放免ノ言渡ヲ爲ササル可カラス(刑訴法第百六條第一項參照)

四 保釋ハ勾留セララル間ハ其豫審ナルト公判ナルトヲ問ハス何時ニテモ之ヲ

爲スコトヲ得ヘシ尤モ公判ニ於テハ其規定ナキモ既ニ勾留ノ必要ナキトキハ之ヲ勾留シ置クノ理由ナク又一方ニ於テハ勾留取消ノ規定ナケレハ總テ保釋責付ニ關スル豫審ノ規定ハ公判ニ準用セララルモノナリ而シテ上告裁判所ニ緊屬中ハ保釋ノ許否ノ事實ヲ審査セサル上告審ニ於テ決スルヲ得サルカ故ニ控訴裁判所ニ於テ此許否ヲ決スヘキモノトス又上訴期間中ハ孰レノ裁判所ニ於テ保釋ヲ許スヘキヤト云フニ同一ノ理由ヲ以テ下級裁判所ニ於テ爲スモノナルヘシ

五 保釋ノ方法ハ本法第百五十一條及ヒ第百五十二條ニ規定セリ第百五十一條ニ依レハ保證ノ金額ハ保釋ノ言渡書ニ記載スヘキモノトセリ是故ニ保釋ノ言渡ハ常ニ保證金幾許ヲ差出ストキハ保釋スヘシトノ條件附性質ヲ有スルモノトス又其言渡ニ依リ檢事ハ此擔保ノ執行ヲ爲サシメ擔保ヲ具備シタル後ニ於テ被告人ノ身體ノ自由ヲ許スヘキモノナリ

保釋ハ之ヲ取消スコトヲ得ヘシ即チ保釋ヲ取消ス場合ハ左ノ如シ

一 被告人豫審終結ノ決定ニ依リテ重罪公判ニ付セラレタルトキ(刑訴法第百六十八條參照)

照

二 被告人呼出ニ應セサルトキ(刑事訴訟法第一百五十三條)尙ホ此場合ハ保釋金ヲ沒收スルモノトス然レトモ豫審判事ノ免訴ノ言渡ヲ爲シ又ハ罰金以下ノ輕罪トシテ公判ニ付シタルトキハ沒收シタル保證金ヲ還付スヘシ(刑事訴訟法第五十七條參照)蓋シ此場合ハ元來勾留スヘカラサル者ヲ勾留セシモノナレハナリ

三 裁判所ニ於テ必要ト認メタルトキ(刑事訴訟法第一百六十六條第二項參照)此場合ハ保證金ヲ還付ス(同上條參照)

保釋ヲ許ササル決定ニ對シテハ被告人ヨリ其裁判所ニ異議ノ申立ヲ爲スコトヲ得(刑事訴訟法第一百五十八條第二項參照)此異議ノ申立ハ同一ノ裁判所ニ再考ヲ求ムルノ方法ナレハ公判ニ於テ保釋ヲ許ササルモ此異議ヲ申立ルヲ得

第二 責付ハ我國古來存在セル制度ニシテ往昔ノ五人組預又ハ村預ノ制度ヨリ胚胎セシモノ也而シテ此責付ナルモノハ裁判所ノ職權ヲ以テ之ヲ言渡スモノニシテ被告人ノ親屬故舊ニ被告人ヲシテ呼出ニ應シ出頭セシムルノ義務ヲ負擔セシム(刑事訴訟法第九十九條第二項參照)責付ノ取消ハ第六十條ノ場合ノミナラス保釋ト同シク

裁判所ハ必要アル場合ニ何時ニテモ之ヲ取消スコトヲ得ヘキモノトス

第四節 勾引

勾引ハ訊問ノ目的ヲ以テ被告人ヲ裁判所ニ出頭セシムルコトヲ強制スル命令ニシテ強制力ヲ用フル點ニ於テ呼出ト異ナレリ而シテ其效力ハ第七十三條ニ依リ四十八時間繼續スヘク又之ヲ執行スルハ巡查憲兵上等兵ナリ勾引ハ勾引狀ヲ以テスルヲ方式トス

豫審ニ於テ勾引狀ヲ發スル場合ニ二アリ

第一 召喚狀ヲ受ケタル被告人カ其日時ニ裁判所ニ出頭セサルトキ(刑事訴訟法第七十一條參照)

第二 直チニ勾引狀ヲ發シ得ル場合(刑事訴訟法第七十二條參照)

公判ニ於テハ何時ニテモ裁判長ハ勾引狀ヲ發スルコトヲ得(刑事訴訟法第一百八十八條第一項參照)勾引狀ノ繼續時間ハ判事ノ面前ニ被告人ヲ引致シタル時ヨリ起算スルモノトス而シテ此時間ヲ經過スルトキハ縱令被告人ヲ訊問シ終ハラサルモ當然之ヲ釋放セサルヘカラス

又次ニ問題タルハ勾引狀ハ罰金以下ノ刑ニ該ルヘキ者ニ對シテモ發スルコトヲ得ルヤ豫審ハ證據蒐集ノ作用ヲ爲スモノナレハ被告自身ヲ訊問スルコトヲ最モ必要ナリ然ルニ公判ハ既ニ豫審ニ於テ蒐集シタル證據ニ依テ判決ヲ下スモノナレハ被告人自身ヲ訊問スルノ必要少ナキヲ以テ輕微ナル罰金以下ノ刑ニ付テハ代人ヲ許セリ反之豫審ニ於テ召喚狀ニ關スル第六十九條ノ規定ヲ見ルモ決シテ代人ヲ許スヲ見ス是故ニ公判ニテハ罰金以下ノ刑ニ該ル者ハ勾引スルヲ得スシテ豫審ノミニテ之ヲ爲シ得ト言ハサルヘカラス尙ホ第六十九條以下ノ規定ヲ見ルモ召喚狀及ヒ勾引狀ニ付テ規定ヲ爲シタル第七十四條ニ至ルノ間ニ於テ更ニ禁錮以上ノ刑ニ該ルヘキ犯罪タルヲ要スル規定ノ存スルヲ見ス唯第七十五條ニ於テ勾引狀ノ規定ニ至リ始メテ之ヲ見ル

勾引狀ノ方式ハ第七十六條ニ依リ勾引狀ト同シ又勾引狀ノ效力、執行及ヒ其制限ハ本法第七十七條乃至第七十九條ニ依リ勾引狀ト同一ナリトス

第三章 物件ニ對スル強制處分

第一節 物件提出ノ義務

刑事訴訟ヲ實行スルニハ訴訟物件ノ蒐集ヲ必要トスサレト裁判所カ訴訟ニ於テ此種ノ物件ヲ保全スルニ當テハ物件所持者ノ任意ノ提出ヲ待ツコト能ハサルヲ以テ各人ニ對シ裁判所ノ求ニ應シテ物件ヲ提出スルノ義務ヲ負ハシメサルヘカラス之ヲ物件提出ノ義務トナス勾引、勾留ノ強制處分ハ出頭ノ義務存スルカ故ニ認メラルル如ク物件ノ搜索、差押ノ強制處分ハ提出ノ義務アルカ故ニ認メラルルモノナリ又第一百十三條ハ或物件ニ付テ提出ノ義務アルコトヲ規定セルニ依ルト知ルヲ得ヘシ提出ノ義務ハ元ト何人ニ對シテモ絶對ニ行ハルヘキモノニアラスシテ本法根本ノ主義ヨリシテ之ニ或例外ヲ認ムルノ必要アリ即チ第一被告人第二第二百二十五條ニ掲クル者ニ對スル場合はナリ(刑事訴訟法第百十四條參照)或學者ハ被告人ハ物件提出ノ義務ヲ強制セラルルコトアリト云フモ輒近ノ訴訟法ニ於テハ被告人ニ對シ自己ニ不利益ノ行爲ヲ強フルハ原則トシテ許ササル所ニシテ被告人ニ自白ヲ強制スルコト能ハサルト等シク物件提出ノ義務ヲモ強フルコト能ハサルナリ

物件所持者ハ裁判所ノ請求ナクシテ自ラ進ンテ物件ヲ裁判所ニ提出スルノ義務

アル者ニアラス此義務ヲ生スルハ裁判所ノ請求アルヲ條件トナスモノナリ而シテ又裁判所カ其物件提出ヲ求ムルニ當リテモ一般ニ證據物件ヲ提出スヘシト命令スルヲ得ス必スヤ其物件ヲ一定セサルヘカラス加之其物件ハ被請求者ノ手ニ存在スルモノナラサルヘカラス他ヨリ取寄セ提出スヘシト云フカ如キ請求ハ法律ノ許ササル所ナリ

物件提出ノ義務ノミニテハ訴訟ニ必要ナル物件ヲ保全スルニ未タ充分ナリト云フヲ得ス是ニ於テカ法律ハ豫メ之ヲ防クノ方法ヲ設ケサルヘカラス本法ニ於テ此等ノ必要ヲ充タサンカ爲メニ認メタル方法ハ即チ物件差押ナリ此物件差押ト物件提出ノ義務トノ關係ハ一見恰モ物件差押ハ物件提出義務ノ補充方法タルカ如キモ決シテ然ルニアラス即チ提出ノ義務ト差押トハ相互ニ兩立スルモノニシテ裁判所ハ或ハ此二個ノ方法ヲ併セ用フルコトヲ得ヘク或ハ其一ヲノミ用フルコトヲ得ヘシ

第二節 差押ノ意義及ヒ效力

差押トハ裁判所カ訴訟ニ於テ或物件ヲ保全シ若クハ沒收ノ執行ヲ爲サンカ爲メ

他人ノ所持内ヨリ強制力ヲ以テ證據物及ヒ沒收物件ヲ裁判所ノ所持ニ歸セシムル爲メ發スル命令ヲ謂フ任意ニ提出シタル物件遺留ノ物件ノ如キハ差押ノ處分ヲ必要トセス

差押ヲ命スル權アル者ハ原則トシテ裁判所ナリ即チ公判判事豫審判事及ヒ受命受託判事ナリトス或ハ公判ニ於テハ第二百十六條第二百三十八條ノ規定アルカ故ニ檢證ヲ爲シ得ヘキモ搜索及ヒ物件差押ニ付テハ何等ノ規定ナキヲ以テ之ヲ爲シ能ハサルカ如シト雖モ余ハ然ラスト信ス蓋シ第二百十六條ハ公判前ニ檢證ヲ爲スヲ主眼トシテ規定シタルモノニシテ第二百三十八條ハ受命判事ヲシテ臨檢セシムルヲ主眼トモリ第一ノ規定ハ公判開廷ノ後ナラサレハ審理ニ着手セストノ原則ニ對スル例外ニシテ第二ノ規定ハ裁判所ノ全員カ檢證スル例外タルノミ法律ハ特ニ此場合ニ限り豫審判事ノ爲ス處分ヲ公判ニ於テ行フコトヲ許シタルモノトハ解スルヲ得ス元來下調タル豫審ニ於テ爲シ得ルコトハ公判ニ於テモ亦爲シ得ヘキノ理ナリ故ニ物件差押搜索及ヒ臨檢ハ公判ニ於テモ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ唯公判ニ於テ爲ス場合ハ裁判所全員ニテ爲スヘキモノナレハ實際適用

ヲ見ルコト稀ナルノミ

差押ノ效力ハ物件ヲ所持者ノ占有ヨリ分離シテ之ヲ裁判所ノ占有ニ移スニ在リ然レトモ此物件ノ上ニ所有權其他ノ物權ヲ有スル者ハ爲メニ其權利ヲ奪ハルルコトナシ

此裁判所ノ占有ハ何時マテ繼續スヘキカト云フニ物件差押ノ目的ハ訴訟ノ實行ヲ保全スルニアルモノナレハ裁判所ノ占有ハ訴訟手續ノ繼續スル間ハ消滅セス即チ公判ニテハ判決ヲ以テ其差押物件還付ノ言渡ヲ爲スマテ豫審ニテハ免訴ノ言渡ヲ爲スマテ繼續スルモノニシテ此言渡ノ確定ニ因テ差押ハ解除セララルモノトス(刑事訴訟法第二百二條參照)

差押物件還付ノ言渡ノ效力ハ占有ノ地位ヲ假リニ定ムルモノニシテ何人カ其所有者ナルカヲ定ムルモノニアラス即チ裁判所ハ所有者ノ如何ヲ審理スルコトナクシテ差押ヲ受ケタル者又ハ被害者ニ還付スルモノトス而シテ何人カ所有者ナルカハ民事訴訟ニ於テ決スヘキモノナリ

差押ノ手續ハ本法第六條乃至第八條及ヒ第一百一條ニ明記セル所ナリ

第二節 差押ノ目的

差押ノ目的ハ證據物又ハ沒收物件ヲ保全スルニアレハ原則トシテ此性質ヲ有スル各種ノ物件ハ差押フルコトヲ得ヘシ又其物件ヲ所持スル者ニ對シテハ何人タルヲ問ハス之ヲ差押フルコトヲ得ヘシ然レトモ此原則ニハ例外アリ

第一 人ニ關スル例外

治外法權ヲ有スル者ノ手ニ存スル物件ハ差押フルコトヲ得ス又領事館ノ記錄書類ハ何等ノ口實ヲ以テスルモ搜索差押ヲ許サス(日獨日白領事職務條約)而シテ總テ通常裁判所ノ權力ニ服セサル者ノ手ニ在ル物件ハ差押フルコトヲ得スト云フヲ得ス軍人ハ被告トナスヲ得ス然レトモ軍人ノ手ニ在ル物件ハ差押フルコトヲ得ヘシ唯軍艦兵營等ニ於テ物件ヲ差押フルニハ軍衙ノ補助ヲ求メサルヘカラス

第二 物件ニ關スル例外

一 第二百二十五條ニ掲ケタル者ノ所持スル物件ニシテ且默秘スヘキ義務アルトキ(刑事訴訟法第四條參照)

此物件ハ所持者ノ承認ナケレハ提出ヲ爲サシメ又ハ差押フルコトヲ得ス是

レ第二百二十五條ニ掲クル者カ第三者タル地位ニ在ルトキニ限ル而シテ被告人ト辯護人間ニ授受スル書類ハ第八十五條第三項ニ依リ裁判所ノ占有ニ入リタルトキハ差押フルヲ得何トナレハ其物件カ第三者ノ手ニ存スルトキハ
第百十四條ノ適用ヲ受ケサレハナリ

二 第百十三條ノ場合

郵便法電信法ハ信書通信ノ秘密ヲ侵スコトヲ禁スレトモ刑事訴訟法ニ於テハ信書ノ内容ノ秘密ニ限り之ヲ破ルコトヲ許シタリ此場合ニハ一方ニ於テ豫審判事ハ郵便電信局ヲ差押ノ機關トシテ信書等ヲ差押ヘ一方ニ於テ郵便電信局ニ命シ強制シテ物件ヲ提出セシムルモノニシテ郵便電信ノ官署等カ物件提出ノ義務ヲ負擔スルト同時ニ差押執行ノ機關タリ法律ハ此方法ヲ以テ將來ニ於テ發スル信書等ニ付キ包括的ニ差押開被ヲ得セシメタルモノナリ故ニ此例外ハ差押フルヲ得サルノ例外ニ非スシテ差押方法ニ關スル例外ナリ

第四節 搜索ノ意義

物件ノ差押ヲ爲スニハ判事カ物件ヲ發見シタル場合ニアラサレハ之ヲ執行スルコトヲ得サルヲ以テ茲ニ物件搜索ノ必要ヲ生ス

刑事訴訟ニ於テハ搜索ハ證據物件ニ限ラス總テ被告人ノ發見逮捕ノ爲メニモ亦之ヲ爲スコトヲ得ヘシ即チ搜索トハ證據物沒收物件又ハ被告人ヲ發見スルノ手段ナリ今此點ヨリ見ルトキハ搜索ト差押トハ獨立シテ存在スヘカラサル方法ナリ尙ホ之ヲ詳言セハ差押ハ物件ヲ裁判所ニ取上クルノ處分ニシテ搜索ハ物件ヲ求ムル準備方法ナリ又被告人ニ關シテハ其勾引勾留ト家宅搜索トノ關係ハ處分ト其準備手段トノ關係ナリトス

第百四條ニ依レハ搜索ハ被告人又ハ物件ヲ藏匿スル者ニ對シテ行フヲ得ト規定セリ唯被告人タルト第三者タルトヲ問ハス物件カ發見セラルヘシトノ疑アルニアラサレハ搜索スルコトヲ得ス然レトモ必スヤ一定ノ物件ヲ所持セリト充分推測スルニ足ルヘキ事情アルコトヲ要セスシテ如何ナル物件ニテモ證據トナルモノヲ所持スルノ推測アレハ足レリ

搜索ノ目的ト爲ルモノハ住所物件及ヒ身體ナリ(刑事訴訟法第百五條參照)而シテ夜間搜索ヲ

爲スコトヲ得サルノ制限ハ住居内ノ搜索ニ限ルモノニシテ物件身體ニ付テハ斯ル制限ナシ(刑事訴訟法第七十八條 第四百四條第三項參照)

第四章 證據

第一節 證據ノ意義

刑事ノ判決ハ犯罪事實ノ認定ニ基カサルヘカラス犯罪事實ノ認定ハ總テ證據ニ依ルヲ要ス故ニ裁判官カ私ニ見聞シタル所ヲ以テ裁判ノ基礎トナスヲ得ス必ス刑事訴訟法ニ定ムル舉證手續ニ從ヒ取調ヘタル證據ニ依ルヲ要ス

證據ナル辭ハ通常左ノ二様ノ意義ニ用キラルルモノナリ
第一 事實ノ眞否ヲ確定スヘキ方法ヲ指シテ證據ト云フコトアリ之ヲ證據方法ト稱ス又刑事訴訟法ニ於テハ證據方法ヲ證據又ハ證據ト稱ス證據方法ナルモノノ意義モ又學者ニ依テ見ル所異ナルカ如シ通常左ノ意義ニ用キラル
一 裁判ニ必要ナル事實ノ眞實ナルコトヲ認識スル爲メ利用セラルル道具ヲ證據方法ト云フモノアリ此意義ニ依レハ證人、鑑定人、被告人、證據物件、檢證ノ目的物及ヒ書證カ證據方法ナリ

二 裁判ニ必要ナル事實ノ眞實ナルコトヲ之ニ依テ推知セシムル材料ヲ證據方法ト云フモノアリ此意義ニ依レハ證人ノ證言、鑑定人ノ鑑定、被告人ノ自白、檢證及ヒ微憑カ證據方法ナリ

現行法ニ於テハ或ハ第一說ノ意義ニ從フ規定アリ又第二說ニ依ル規定アリ第二百三條第一項ニ於ケル證據ナル辭ハ第二說ノ意義ヲ有シ第九十條第九十一條亦然リトス之ニ反シテ第九十八條、第二百十九條第二項、第三項、第二百三十九條ノ證憑ナル文字ハ第一說ニ從ヒ用キラルルモノナリトス

第二 證據方法ノ信憑力即チ事實ノ存否ヲ確認セシムル證據方法ノ效力ヲ單ニ證據ト云フコトアリ而シテ舊時糾問訴訟ニ於テハ完全證據及ヒ不完全證據ト稱スルモノハ此意義ニ從フモノニシテ又現行法ニ於テ證據充分又ハ證憑不充分ト云フ場合ハ此意味ニ於テ云フモノナリ

證據ニ關スル訴訟手續ヲ舉證ト稱ス舉證トハ裁判ヲ爲スニ必要ナル事實ノ眞實ナルコトヲ確定スヘキ訴訟上ノ作用ナリ今舉證ノ目的、内容及ヒ目的物ヲ左ニ説明スヘシ

第一 舉證ノ目的ハ證明ナリ證明トハ裁判官カ事實ノ眞實ナルコトノ確信ヲ得ルヲ謂フ確信ト云フハ絶對ノ眞實又ハ客觀的眞實ヲ知ルヲ謂フニアラス故ニ確信ヲ得ルトハ相對ノ眞實即チ裁判官ニ對シ主觀的ニ表ハルル確信ヲ心證ヲ以テ得ルニアリ故ニ確信ナルモノニハ錯誤ノ存スル餘地アルモノニシテ之ニ關シ程度ノ等差アリ判決ヲ以テ犯罪事實ヲ認ムルニハ毫モ疑ノ存セサル程度確信ヲ要シ豫審終結決定ニ於テ犯罪ヲ認ムルニハ犯罪ノ嫌疑ノ程度ヲ以テ定マリ又或訴訟上ノ事實ニ付テハ疑ノ存スル確信ヲ以テ足ル此終ノ場合ハ之ヲ疏明ト稱ス(刑事訴訟法第一一六條參照)

第二 舉證ノ内容ハ證據調ナリ證據調ハ證據方法ヲ訴訟法ノ定ムル方式ニ從ヒテ利用シ事實ノ材料ヲ取得スルヲ謂フ證人又ハ被告人ヲ訊問シ鑑定ヲ命ジ證據物件ヲ實檢シ調書ヲ朗讀セシムルカ如キハ皆證據調ナリ或ハ證據ノ申出又ハ證據ノ考察ナルモノヲ舉證ノ一ノ内容トナス者アリ然レトモ刑事訴訟ニ於テハ裁判所カ職權ヲ以テ證據ヲ取調フルカ故ニ證據申出ナルモノナシト云フヲ至當トス又證據ノ考察證據調ノ結果ニ付キ證據力ヲ量定

スルモノニシテ即チ證據方法ヲ利用シ知り得タル材料カ證スヘキ事實ヲ眞實ナリト認メシムル效力アリヤ否ヤヲ查定スルヲ謂フ證據力ノ考察ヲ爲スニハ單純ナル推理ノ作用ヲ以テスルモノニシテ内部ノ反射作用ニ過キサレハ決シテ之ヲ五官ノ認識作用タル舉證ノ手續ト云フ能ハス而シテ此推理作用ニ依リ證スヘキ事實ヲ眞實ナリト認メシムル原因ヲ證據原因ト云フ證據原因ハ考察ニ依テ生スルモノニシテ證據原因ニ因リ證據力ハ定マルモノナリ

第三 舉證ノ目的物ハ事實ナリ事實ハ法規ノ反對ヲナスモノナリ然ラハ如何ナル事實カ證明事項ナリヤ證明ハ刑法ニ於テ被告カ有罪ナルヤ否ヤヲ決スヘキ事實ナラサルヘカラス換言セハ本案ノ被告事件ニ於テ科刑權ノ成立ニ付キ刑法上必要ナル事實カ證明セラレサルヘカラス即チ裁判所ハ科刑權ノ存在條件タル事實ヲ確定スルノミヲ以テハ未タ訴訟上ノ問題ヲ裁斷シ盡シタリト謂フコトヲ得ス尙ホ刑ノ輕重ヲ定メサルヘカラス唯刑法ニ於テ豫見セラレタル加重又ハ減輕ノ情狀ヲ證明スルヲ要スルノミニシテ酌量減輕ノ情狀ハ裁判所之ヲ證明スルヲ妨ケサルモ是レ必スシモ必要ナルモノニアラス第二百三條第一項

ニ於テハ罪ト爲ルヘキ事實及ヒ證據ニ依テ之ヲ認メタル理由ヲ示シ云々トアルモ此中ニハ酌量減輕ノ情狀ヲ包含スルモノニアラスシテ唯科刑權ノ成立ニ關シ必要ナル情狀及ヒ刑法ニ豫見セラレタル情狀ヲ謂フノミナリトス
 以上ハ科刑權ノ成立ヲ認メントスルニハ如何ナル事實ノ證明カ必要ナルヤニ關シテ論述セシカ若シ主張シタル科刑權カ裁判所ヨリ否認セラレ無罪又ハ免訴ノ言渡ヲ受クルトキハ有罪ノ場合ト同シク無罪免訴ニ必要ナル事實カ證明セラレサルヘカラスアルモ元來證明ノ作用ハ有罪ノ言渡ノ條件タル事實即チ罪トナルヘキ事實ニ必要ナルモノナレハ右ノ如キ問題ハ有罪ノ事實ヲ證明シ得サルトキハ如何ナル處分ヲ爲スヘキカノ問題ニ歸著スヘキヲ以テ此問題ヲ解スルハ極メテ容易ナリトス即チ犯罪ノ責任アリトノ單純ナル嫌疑ニ止マル場合モ犯罪ノ責任ナシトノ確信アル場合モ共ニ訴訟ノ結果ハ同一ニシテ孰レモ無罪タルヘキモノトス故ニ第二百三條第二項ニ於テモ無罪ノ言渡ヲ爲スニハ事實及ヒ法律上ノ理由ヲ明示スヘキコトヲ命スルニ止マリ證據ニ依テ之ヲ認メタル理由ヲ明示スヘキコトヲ規定セス

第四

證明ノ作用ハ判事ヲシテ必要ナル事實ノ確信ヲ得セシムルニアリ是故ニ證明ノ必要ハ判事カ事實ノ眞實ナリトノ心證ヲ缺クテ條件トスヘキヲ以テ若シ判事カ疑ヲ置カサルトキハ證據ノ無益ナルハ是レ我刑事訴訟法ノ一原則ニシテ從テ次ニ掲クルモノハ證明ヲ要セサルナリ

一 法律上ノ推定 法律上ノ推定ハ刑法ニ於テハ重ニ責任ノ推定ニシテ特別法ニ於テ例外トシテ見ル所ナリ新聞紙條例第十一條ノ如シ然ラハ刑法上ノ推定ハ刑事裁判官ヲ羈束スルモ民法上ノ推定ハ刑事裁判官ヲ羈束スルヤ否ヤト云フニ民法上ノ推定ヲ以テ訴訟法上ノ規定ナリトスルトキハ之ヲ適用スルコト能ハサルヤ明カナリ何トナレハ民事訴訟法ノ手續及ヒ證據ニ關スル規定ハ刑事裁判官ヲ羈束スルモノニアラサレハナリ又民法上ノ推定ヲ實體法ノ規定トスルモ刑事裁判官ハ之ニ從フヘカラサルコトアリ即チ刑法ノ犯罪構成要素ニシテ自然上ノ關係ヲ認ムルトキハ此關係ニ基キ犯罪ヲ認メサルヘカラス刑事裁判官ハ民法上ノ權利關係ヲ判斷スルニハ刑事訴訟法ノ手續及ヒ其證據ニ關スル規定ニ從テ判斷セサルヘカラサルヲ原則トス要ス

ルニ民法上ノ推定ハ刑事裁判官ヲ羈束スルモノニアラサレハ其事實ハ之ヲ證明スルコトヲ要ス

二 顯著ナル事實 舉證ハ判事ニ必要事實ノ確信ヲ得セシムルヲ目的トスルヲ以テ判事カ證據ナクシテ斯ル確信ヲ得タル場合ニハ全ク證明ノ作用ハ無益ナルヘシ併シ此原則ハ學說及ヒ立法上絕對ニ之ヲ主張スルヲ得スシテ判事ハ私ノ認識ヲ判決ノ基礎トナスヲ得サルハ學說及ヒ立法例ノ一致スル所ナリ何トナレハ判事ハ有罪無罪ヲ判斷スルニハ唯公判ニ於テ提出セラレタル證據材料ニ基クテ要スルモノナレハナリ(刑訴法第九十條第九十八條第九十九條參照)然レトモ茲ニ唯一ノ例外アリ即チ顯著ナル事實是ナリ顯著ナル事實ハ證據調ヲ要セスシテ判決ノ基礎トナスヲ得ヘシ抑モ顯著ナル事實ニ付證明ヲ要セスト爲スハ私ノ認識ヲ以テ基礎ト爲スヲ許ササル原則ヲ貫スケハナリ蓋シ私ノ認識ノ材料ハ監督ヲ何人ヨリモ爲ス能ハサルモノニシテ之ヲ採用スヘカラスト云フニ在レハ其認識ニシテ容易ニ當事者又ハ第三者ヨリ其眞實ナルコトニ付キ監督ヲ爲スヲ得ヘキトキニハ此事實ヲ基本ト爲スヲ許

ササルヘカラスト然ラハ如何ナル事實カ顯著ナルモノナルカト云フニ顯著ナル事實ハ公知ノ事實ニシテ一般ニ多數人ノ確信スルカ爲メ之ヲ眞實ト認ムルモノナリ即チ證據原因ニ基キ事實ヲ認ムルニ非スシテ一般ノ確信アレハ之ニ基テ事實ヲ認ムルナリ故ニ顯著ナル事實タルヲ知ルノ材料ハ制限ナク裁判所ニ於テ之ヲ記憶スルト否トヲ問ハス裁判所ハ亦之ヲ知ルノ義務ヲ有セサルナリ而シテ顯著ナルコトニハ時場所及ヒ之ヲ知ル人ノ範圍ニ從ヒ廣狹アリ民事訴訟法ニ於テハ裁判所ニ於テ顯著ナルモノヲ以テ足レリトス裁判所ヲ包圍スル者ノ範圍ニ於テ顯著ナレハ足レリ然レトモ刑事訴訟法ニ於テハ國內ノ一般ノ人ニ顯著ナルヲ要ス之ヲ狹キ範圍ニ於テ認ムルハ即チ公判審理ノ目的ト爲ラサル事實ニ基テ判決スルノ批難ヲ免カレサルノミナラス被告人ニ對シテハ證據方法ニ關スル辯解ヲ爲サシメサルモノナリトス

第二節 證明ノ責任

普通ニ證明ナルモノニハ相對スル二人ノ者ナカルヘカラスト即チ證明ヲ與フル人ト受クル人トヲ要スルモ此意義ニ於テ刑事訴訟法ヲ解釋スルトキハ證明ナルモ

ノハ全ク存在セサルニ至ルヘシ何トナレハ刑事訴訟法ニハ證明スル者ト自己ニ證明セシムル者トハ無ケレハナリ故ニ刑事訴訟法ニ於ケル舉證トハ當事者ノ作用ニアラスシテ裁判所ノ作用ナリ換言スレハ證據ヲ提出スルト云フニアラスシテ證據ヲ舉クルコトヲ謂フナリ從テ民事訴訟法ニ於ケル證據申出ノ如キモノハ存在セサルナリ又證明ノ責任ヲ當事者ニ分擔スルハ是レ證明セサル者ハ敗訴ストノ法律上ノ推定ニ基クモノニシテ實體的眞實發見ノ主義ニ反ス去レハ舉證責任ノ問題ハ刑事訴訟法ニ於テハ全ク價值ナキモノナリ

證明責任ノ分擔ハ如何ナル場合ニ於テモ之ヲ認ムルヲ得ス法律上ノ推定ニ對シテハ反證ヲ許シ反證ナキ限リハ法律規則ニ羈束セララルルカ故ニ此場合ニハ證明ノ責任カ被告ニ在ルモノノ如シ又新聞紙ニ依テ犯サレタル誹毀罪ハ或條件ヲ具ヘタル時ニ限リ被告人ニ誹毀ノ事實ヲ證明スルコトヲ許シ其證明ノ確立シタルトキハ其罪ヲ免スルモノトセリ(新聞紙條例參照)此場合ニモ亦證明ノ責任ハ被告人ニ存スルヤノ觀アリ然レトモ此規定ヲ解シテ證明ノ責任アル被告人カ自己ノ無責任タルコトヲ證明スルマテハ裁判所ハ手ヲ束テ待タサルヘカラストナスハ不可

ナリ此場合ニ於テハ被告人ハ判事ニ自己ノ利益ナル證據ヲ知ラシムルニ止マルモノニシテ即チ其取調ヲ判事ニ求ムルニ外ナラス元來被告人ハ判事ニ利益ノ證據方法ヲ告クルノ權ヲ有シ裁判官モ亦自ラ被告人ノ利益ヲ探究スルノ權ヲ有ス而シテ裁判官ノ此權利ハ被告人ノ爲メニ妨ケラルルコトナキナリ「ビンジング」曰ク「刑事訴訟法ニ於テハ證明ノ責任ハ裁判所ニ在リ」ト

第三節 自由心證主義

裁判官ハ裁判ニ必要ナル事實ノ眞否ニ付テ自由ナル心證ヲ以テ判斷ス(刑事訴訟法第九十條參照)蓋シ證據方法ハ裁判官ノ感覺及ヒ理解力ニ向フモノニシテ裁判官ノ事實ノ認識ハ主觀的ノモノナリ裁判官ハ證據方法ヲ自己ノ五官ノ感覺ニ觸レシメ自己ノ理解力ヲ以テ事實ヲ推理シ以テ之ヲ眞實ナリト認識スルモノナリ故ニ心證ナルモノハ主觀的作用ニシテ之ヲ以テ事實ノ眞否ヲ決セサルヘカラス

刑事訴訟法第九十條ハ舊時糾問訴訟時代ニ行ハレタル制限證據主義ヲ排斥シタルモノナリ此主義ハ自由心證主義ノ反對ヲナスモノナリ糾問訴訟ニ於テハ自由心證ハ各人ニ依テ異ナル主觀的ノモノナレハ之ヲ以テ事實ヲ確定スルハ却テ眞

實ヲ發見スルニ妨ケアリトナシ多年ノ經驗ニ依リ法律上殆ト一定シタル客觀的規則ヲ設ケ之ニ從テ事實ノ眞否ヲ定メシムルコトトセリ其制限證據ノ規定ニハ積極及ヒ消極ノ二種アリ積極ヲモノハ被告人ノ自白アルトキハ必ス其事實ヲ眞實ト認メシムルコトヲ命スルカ如キヲ謂ヒ消極ノモノハ被告人ノ自白アルモ必スシモ之ヲ眞實トナササル可キナレトモ自白アルニアラサレハ之ヲ眞實ト認ムルヲ得ストナシ他ノ證據方法ヲ以テハ事實ノ認定ヲ禁スル法制ヲ謂フ何レノ制限證據ノ法制モ今日ハ之ヲ認メタル立法ナシ蓋シ制限證據主義ハ眞實發見ニ害アレハナリ制限證據ノ規定ハ多年ノ經驗ニ基クモノナリト雖モ各事件ノ眞相ハ各場合ノ事實ヲ異ニスルニ從ヒ異別アルヲ以テ或事件ニ於テハ自白ヲ眞實ト認ムルヲ得ヘキモ他ノ事件ノ特別ノ事情ノ下ニハ之ヲ眞實トナス能ハサルコトアリ故ニ絶對ニ法律ノ規定ヲ以テ各事情ヲ異ニスル事實ノ認定ニ付キ裁判官ヲ律スヘキニアラス然ラサレハ裁判官ハ此特別ノ事情ヲ顧ミル能ハサルナリ

各證據ハ判事ノ自由ノ判斷ニ任ストハ何ソ是レ證據力ノ量定ハ審理ノ全體ヨリ斟酌シタル自由ノ心證ニ從テ眞否ヲ判斷スルヲ謂フナリ凡ソ證據ノ規定ハ證據

方法ヲ許スヘキヤ否ヤノ規定ト證據調ノ方式ノ規定ト證據力ノ量定ノ規定トニ區別スルヲ得違法ノ證據ハ之ヲ心證ニ供スルヲ得サルカ如ク又公判手續ノ方式ハ公判始末書ノミヲ以テ之ヲ證スルヲ得ルカ如ク證據方法ノ許スヘキヤ否ヤニ付テハ法律ニ於テ之ヲ制限セサルヘカラス又證據調ノ方式モ法律ヲ以テ一定セサルヘカラス此二者ヲ法律ヲ以テ制限スルハ即チ事實ノ眞相ヲ得ルノ保證タルモノナリ此範圍ニ於テハ證據ハ自由ナリト云フヘカラス唯證據力ヲ定ムル上ニ於テノミ自由心證主義カ行ハルルモノトス又證據力ヲ定ムル上ニ於テモ其心證ハ之ヲ裁判官ノ主觀的隨意ニ委テ感情憎愛ヲ以テ判斷ヲ許シタルニ非ス其心證ハ必ス客觀的理由ノ存スルヲ要ス判決ニハ必ス之ヲ明示スヘク之ヲ明示セサレハ破毀ヲ免レヌ(刑事訴訟法第二百三條參照)故ニ此心證アルモノハ何人モ承認スヘキ理由ニ基クヲ要ス

第四節 證據ノ種類

證據ノ區別ニシテ其主タルモノハ直接證據即チ人爲上ノ證據及ヒ間接證據即チ自然上ノ證據ノ區別ナリ間接證據トハ徵憑ヲ指シテ云フモノニシテ直接證據ト

ハ徵憑以外ノ證據方法ヲ云フモノナリ

徵憑トハ證明セラルヘキ事實ト理論上ノ牽聯ヲ保ツカ爲メ證明ヲ必要トスル事實ノ存在ニ推理論結セシムル事實ナリ故ニ徵憑ヨリ證明事實ヲ認ムルニハ三段論法ニ依ラサルヘカラス其大名題タルモノハ經驗律ナリ其小名題ハ確定ノ事實ナリ此事實カ即チ徵憑ナリトス此事實ヲ大名題ニ適用シ以テ推論ノ方法ニ依テ證明ノ結果ニ達スルモノナリ故ニ徵憑ハ確定シタル一個ノ事實ナリ徵憑ニシテ未タ確定ノモノト認メラレサルトキハ此事實カ證據方法ヲ以テ證明セラルルコトヲ要ス故ニ徵憑ハ之ヲ證據方法ト謂フヘカラス唯自由心證主義ヲ採リタル刑事訴訟法ニ於テハ徵憑ヨリ證明事實ヲ認ムルニ付テモ之ヲ判事ノ判斷ニ任セリ(刑事訴訟法第九十條參照)即チ大名題タル經驗律ヲ認ムヘキヤ又確定シタル徵憑事實ヲ之ニ適用シ得ヘキヤハ判事ノ自由ナリ制限證據主義ニ於テハ之ヲ法律ニ規定セリ之ヲ法律ニ規定スレハ即チ法律上ノ推定タル形體ニ於テ表ハル證據ノ區別トシテ以上述ヘタル直接證據間接證據ノ外尙ホ今日存スルモノハ被告ニ不利益ナル證據即チ訴追證據及ヒ被告ニ利益ナル證據即チ防禦證據ノ區別

主タル證據及ヒ反對證據ノ區別ノ如シ(刑事訴訟法第九十八條參照)完全證據及ヒ不完全證據ノ如キ證據力ニ關スル區別ノ如キハ今日其存在ヲ失ヒタルモノトス

第五節 證人

第一款 證人ノ意義

證人トハ過去ノ事實ニ付キ訴訟外ニ於テ爲シタル實驗ニ基キ訴訟ニ於テ裁判官ニ對シ證明ノ爲メ供述ヲ爲ス第三者ナリ

第一 證人ハ第三者ナリ 證人ハ同一訴訟ニ於テ裁判所職員及ヒ訴訟關係人タルコトヲ得ス然ラサルニ於テハ訴訟ノ目的タル公平ナル裁判ハ之ヲ望ムヘカラス裁判所職員ハ斯ノ如ク裁判ニ干與スヘキモノナレハ同一訴訟ニ於テ證言ヲ爲スカ如キコトアラシカ其職務ヲ行フコト能ハサルニ至ルヘシ又當事者ハ證人ニ於ケルカ如ク眞實ニ基ク判決ヲ爲サシムル爲メニ公平ナル材料ヲ提供スルヲ得ルノ地位ニ在ルモノニアラス當事者ノ代理人及ヒ補助者亦然リトス故ニ刑事裁判所書記檢事被告人其訴訟代理人辯護人法定代理人ハ同一訴訟ニ於テ證人タルヲ得ス若シ此等ノ者ニシテ證人タリシトキハ同一ノ訴訟ニ於テ

訴訟上ノ作用ヲ爲スノ能力ヲ失フ此點ニ付テハ裁判所職員ニ付キ本法第四十條第三號ニ明文アルノミナラス證人ノ地位ト此等ノ者ノ地位ト相互ニ容レサルヨリ當然生スル所ナリ是ヲ以テ同一訴訟ニ於テハ共同被告人ハ相互ニ證人タルコトヲ得ス

現行法ハ同一訴訟ニ於テ嘗テ裁判所職員又ハ檢事トシテ其事件ニ付キ職務ヲ行ヒタル者ニ對シ其爲シタル處分ニ付キ證人タルノ能力ヲ剝奪セリ是レ本法第八十八條ト其趣旨ヲ同ウシタル舊治罪法第二百八十五條トノ解釋ニ由リ然ラサルヲ得ス同條ハ其反面ニ於テ其訴訟ニ干與シタル職員ノ證人トナルヲ禁シ此等ノ者ノ爲シタル處分ニ付テハ其作成シタル調書ヲ以テ之ヲ證スルノ趣意ヲ有シ司法警察官ニ限り特ニ其作成ノ調書ノミナラス之ヲ證人トシ其處分ニ關スル事實ヲ裁判所ニ於テ證明スルヲ得ルノ規定ヲ爲シタルモノナリ

第二 證人ハ供述ヲ爲スモノナリ 證人ハ口頭ニテ供述ス其例外ハ本法第二百十九條ノ場合ナリ而シテ證人ノ供述ハ如何ナル趣旨ナルモ證據タルヲ得レトモ其態度等ハ證言ノ信憑力ノ信憑タルニ止マル

第三 證人ハ證明ノ爲メニ供述ヲ爲ス 證據ノ端緒ヲ得ンカ爲メニ供述セシムルカ如キ檢證ノ基礎ヲ得ルカ爲メノ供述ノ如キハ證言ニアラス

第四 證人ハ過去ノ事實ヲ供述ス 證人ノ供述スル所ノモノハ事實ナリ其事實ニハ犯罪ノ構成要素ニ屬スルモノアリ又徵憑事實タルモノアリ何レモ過去ニ屬スル事實ナルコトヲ要ス此點ニ於テ鑑定人ト區別アルモノトス

第五 證人ノ供述ハ訴訟外ニ於ケル實驗ニ基クモノナリ 故ニ證人ハ五官ヲ以テ實驗ヲ爲スノ能力ヲ有シテ之ヲ行ヒ此實驗シタル所ノモノヲ供述ニ於テ表示スルノ能力ヲ有セサルヘカラス此能力ヲ缺ク者ハ事實上ノ證人タルヲ得ス然レトモ現行法ハ舊時ノ糾問訴訟ニ於ケルカ如キ法律上證人ノ無能力ヲ一般ニ認メス事實參考人モ亦證人能力アルモノニシテ唯宣誓ノ方式ヲ用キサルニ止マルナリ(刑事訴訟法第二百三十三條參照)而シテ證人ハ自己ノ爲シタル實驗ノミナラス第三者ノ爲シタル實驗ヲモ供述スルコトアリ即チ傳聞證人モ亦一ノ證人ナリ次ニ證人ハ其供述ヲ爲スヘキ以前ニ於テ事實ヲ實驗シタルコトヲ要シ鑑定人ノ如ク訴訟ニ於テ始メテ實驗ヲ爲シ之ヲ供述スルモノニアラス

證人ニハ證言ノ義務アリ證言ノ義務ハ判事ノ呼出ニ應シテ出頭スルニ止マラス其面前ニ於テ供述シ且其供述ヲ宣誓スル義務アリトス而シテ事實參考人ハ出頭ノ義務アルモ供述宣誓スルノ義務ナキナリ此證言ノ義務ハ第百十五條ノ方式ニ從ヒ呼出ニ依リテ成立スル一般ノ義務ナリ

第二一款 出頭ノ義務

一般ニ法律カ證人ノ出頭義務ヲ認ムルコトハ其義務ヲ免除スル場合アルニ依リテ之ヲ知ルヲ得ヘシ然レトモ或ハ裁判所ニ出頭スヘキ義務ノ一部ヲ免除シ又或ハ其全部ヲ免除セラルルコトアリ即チ左ノ如シ(刑事訴訟法第百三十條參照)

- 第一 國務大臣
- 第二 帝國議會ノ議員
- 第三 皇族

右ノ三者ハ其地位ノ爲メニ所在地ヲ離ルルコト能ハサルカ故ニ此例外アリ故ニ第百三十條ニ違背スルモ證言ハ其效ナキニアラス

第四 證人カ疾病其他正當ノ事故ニ因リテ出頭スルコト能ハサル旨ヲ疏明シタ

ルトキ(刑事訴訟法第百十六條參照)

以上ノ例外ヲ除ク外ハ證人ハ裁判所又ハ其他ノ場所ニ出頭スル義務アルモノトス(刑事訴訟法第百十條參照)故ニ裁判所外ニ於テ作りタル訊問調書モ無効ニアラス

出頭ノ義務ハ之ヲ強制スルコトヲ得ヘク又制裁ヲ科スルコトヲ得ヘシ(刑事訴訟法第百十條參照)

八條強制及ヒ制裁ヲ科スルノ權ハ證人ノ出頭スヘキ裁判所又ハ判事ニ屬ス(刑事訴訟法第百三十三條參照)呼出ニ應シテ出頭ズルトハ其裁判所ニ來ルノミヲ謂フニアラス

法第百九十條參照)シテ判事カ證人ヲ利用スル間ハ其裁判所ニ留マルノ義務ヲモ包含スルヲ以テ途

中ニテ立去ル者ハ出頭セサルト同一ノ責ヲ負ハサルヘカラス

裁判所ハ職權ヲ以テ其不參ニ付キテ生シタル費用賠償ノ外ニ罰金ヲ言渡スコト

ヲ得而シテ再度呼出ニ應セサルトキハ費用賠償ノ外ニ二倍ノ罰金ヲ言渡スモノ

トス再度ノ不參トハ同一ノ手續若クハ同一ノ審級内ニ於テ再度ノ意味ニアラス

シテ同一ノ訊問ノ場合ニ於テ再度ナル意味ナリトス故ニ豫審ニテ再度ノ不參ノ

爲メニ罰金ヲ言渡シタル場合ニ於テ公判ニ於テ復タ不參ヲ爲スモ更ニ初度ノ不

參トシテ之ヲ罰スルコトヲ得又豫審中ニ於テモ其訊問事項カ新ニ發生シ新ニ其

訊問ノ必要ヲ認ムヘキトハ之ヲ同一訊問ト爲ス能ハサルカ故ニ更ニ罰スルヲ得ヘシ

第三款 供述ノ義務

通常裁判所ノ裁判權ニ服従スル者ハ法律ノ明文ヲ以テ其義務ヲ免除セサル以上ハ裁判所ニ對シテ供述スルノ義務アリ而シテ其義務ノ内容及ヒ範圍ハ訊問ヲ爲ス判事ノ意思ニ從フモノナリ故ニ證人ハ判事ノ問ニ付テ供述セサルヘカラス又證人ハ事實ヲ知ルトキニ限リテ供述ヲ爲スニ止マラス之ヲ知ラサルトキモ亦其知ラサル旨ノ供述ヲ爲ササルヘカラス此場合ニ於テ單ニ緘黙スルトキハ第二百二十六條ノ制裁ヲ免カレサルナリ其他證人ハ被告人又ハ他ノ證人ト對質ヲ爲スノ義務アリ(刑事訴訟法第九十八條、第二百二十七條參照)法律ハ此供述ノ義務ニ付テ例外ヲ設ケタリ即チ左ノ如シ

第一 事實參考人 事實參考人ニハ法律ハ其供述ヲ拒ムノ權ヲ付與シタルニア

ラス事實參考人ニ付テハ判事カ始メヨリ職權ヲ以テ證言義務アリヤ否ヤヲ審査セサルヘカラス第二百二十三條及ヒ第二百二十四條ハ制限的ノ規定ナリ此以外

ニ事實參考人ナルモノ存セサルカ故ニ證人タルヘキモノヲ事實參考人トシテ審問スルヲ許ササルナリ例ヘハ共犯者ノ如キモノハ事實參考人トシテ審問スルヲ至當トナスモノナルモ右二個條中ニ規定セサルヲ以テ之ヲ許サス恰モ事實參考人ヲ證人トシテ訊問スルヲ得サルカ如ク證人タルヘキ者モ亦事實參考人トシテ訊問スルコトヲ許ササルナリ

次ニ共同被告人ノ一人ニ對シ親族、後見人又ハ雇人等ノ關係アルトキハ他ノ被告人ニ對シテモ亦事實參考人トシテ訊問スルヲ要ス即チ其訴訟ニ於ケル訊問ニ付テ事實參考人ナリヤ否ヤヲ決セサルヘカラサルモノニシテ被告人ノ各人ニ付テ決スルモノニアラサルナリ蓋シ供述ハ之ヲ分割シ豫メ何レノ被告人ニ關スルモノナルカラ定ムルコト能ハサレハナリ

第二 第二百二十五條ニ掲ケタル者 本條ニ掲ケタル者ハ證言拒絶ノ權アリ即チ此者ノ意思表示ニ因リテ裁判所ハ拒絶ノ原因ノ當否ヲ顧ミサルヘカラス而シテ一旦拒絶シタル後之ヲ取消シタルトキハ始ヨリ拒絶セサリシト同一ナルモノナリトス第一ニ掲ケタル官吏公吏タリシ者ハ職務上ノ秘密ヲ侵ス場合ニ限

リテ證言ノ義務ナシ而シテ證言スヘキ事項カ職務上ノ秘密ナリヤ否ヤハ其官吏及ヒ上官ノ定ムル所ニシテ裁判所ノ決スヘキモノニアラス裁判所ハ唯本項ノ適用ヲ受クヘキ場合ナリヤ否ヤヲ審査シ得ルニ止マル

第二ニ掲ケタル者ハ身分、職業ニ依リ委託セラレタル事項ニ限リテ證言ノ義務ナシ而シ其事項ハ被告人ノ利益ナルト否トヲ問ハサルナリ本號ノ場合ニ於テハ黙秘ノ事項ヲ委託シタル者カ此義務ヲ免除スルトキハ再ヒ證言ノ義務ヲ發生ス裁判所ハ右第一第二ノ者カ本條ニ該當スルモノナリヤ否ヤヲ定ムル必要アルカ故ニ拒絶ノ原因ヲ疏明セシムルモノトス

不法ニ證言ヲ爲ササル者ニハ第二百二十六條ノ制裁アリ

第四款 宣誓ノ義務

證人ハ法律ニ別段ノ規定ヲ設ケサル以上ハ宣誓スルノ義務アリ唯事實參考人ニ限リ此義務ヲ免カレシメ其他ノ者ヲ訊問スルニハ總テ宣誓ヲ要ス第二百二十三條及ヒ第二百二十四條ノ各號ニ付キテ見ルニ第二百二十四條ニ列記セル者ハ第六號ヲ除クノ外ハ宣誓ノ能力ナキカ故ニ宣誓ヲ用キサルナリ而シテ第二百二十三條及ヒ

第二百二十四條第六號ニ掲ケタル者ハ宣誓ノ無能力ナリトノ意ニアラス唯其事件ニ限リ被告人又ハ民事原告人トノ關係及ヒ事件トノ關係ニ因リ宣誓セシメサルニアリ

第五款 證人ノ訊問

證人訊問及ヒ宣誓ノ方式ハ證人ヲシテ誠實ニ供述セシムルカ爲メ存スルモノニシテ即チ左ノ如シ

- 第一 證人數人アルトキハ後ニ訊問スヘキ他ノ證人ノ在ラサル所ニ於テ訊問スヘキモノトス即チ公判ニ於ケル第九十三條ハ此精神ナリ
- 第二 證人數人アルトキハ之ヲ各別ニ訊問セサルヘカラス(刑事訴訟法第百二十七條參照)即チ判事ハ數人ノ證人ニ對シ同時ニ問ヲ發スルコトヲ得ス一人ノ證人ヲ訊問シタル後他ノ證人ニ及フコトヲ要ス是レ訴訟ノ必要條件ニシテ之ニ違背セル證言ハ判決ノ基礎トスルヲ得ス

第三 右原則ノ例外トナルヘキ場合ハ第二百二十七條但書ニ示スカ如ク對質ノ場合是ナリ即チ此場合ニハ一人ノ證人ヲ他ノ證人ノ在ル場所ニ於テ同時ニ訊問

シ得ルモノトス

第四 宣誓モ亦各證人各別ニ爲ササルヘラス而シテ我刑事訴訟法ニ於テハ宣誓ハ訊問前ニ爲サシムルモノトセリ(刑事訴訟法第百二十二條參照)是レ眞實ヲ吐カシムル適當ナル方法ニシテ若シ訊問後ニ宣誓セシメタルトキハ其證言ハ之ヲ證據トナスコトヲ得ス又一人ノ證人ハ豫審公判ニ於テハ各別ニ宣誓セシメサルヘカラス

第五 訊問ハ二部ニ區分セラルルモノニシテ一ハ證人ノ氏名、年齢等及ヒ被告人トノ關係ノ訊問即チ第百二十一條ノ訊問ニシテ一ハ本案事實ノ訊問ナリ第百二十一條ノ訊問モ證人訊問ノ一部ニシテ證人ノ信用ニ關スル事項ヲ知ルカ爲メ最モ重要ナルモノナリ若シ本案ノ訊問ヲ爲ス前ニ被告人ノ全體ニ對シテ第百二十三條ノ關係ヲ訊問セスシテ證人ヲ宣誓セシメタルカ如キ場合ニハ之ヲ以テ證據トナスヲ得サルナリ又本案ノ訊問ニ就テハ證人ハ個々ノ問ナシト雖モ自ラ事件ニ付キテ知ル所ノ事柄ハ之ヲ連絡シテ供述スルノ義務アリ

第六節 鑑定人

第一款 鑑定人ノ意義

鑑定人ハ訴訟中ニ實驗シタル現在ノ事實ヲ供述スル第三者ナリ普通ノ意義ニ依レハ證人ハ實驗事實ヲ供述スルモノニシテ鑑定人ハ判斷ヲ爲スモノナリトナシ以テ二者ヲ區別スルノ標準トナスモ證人モ其實驗ヲ供述スルニハ判斷ヲ要シ鑑定人モ亦鑑定ヲ爲スニハ事實ヲ實驗スルヲ要スルヲ以テ之ヲ區別ノ標準トナス能ハス

次ニ證人ハ特別ノ智識ヲ缺クモ鑑定人ハ特別ノ智識ヲ以テ供述スト云フヲ以テ區別ノ標準トナスモ非ナリ鑑定の證人即チ特別ノ智識ヲ以テ過去ノ事實ヲ實驗シ之ヲ供述スル者アルヲ見レハ證人ニハ特別智識ヲ缺クモノナリト云フ能ハス

次ニ鑑定人ハ智識ヲ以テ論結セラルル一般ノ經驗律ヲ新ナル材料トシテ提供シ證人ハ事實ヲ新ナル材料トシテ提供スト爲スモノアリ然トモ此ノ說ハ鑑定人ニ對シテ抽象的ノ方式ニハ經驗律ヲ提供セシムル場合ニハ適當ノ說ナレトモ裁判所カ解剖ヲ命シテ死因ヲ鑑定セシムルカ如キ具體的方式ニテ鑑定ヲ爲サシムル場合ハ裁判所ニ於テ事實ヲモ報告セシムル目的アルモノニシテ此說ヲ適用スル能ハス

右二者ノ區別ニ付キ剩ス所ノ學說ハ本款ノ冒頭ニ掲ケタル所ノモノニシテ最モ當ヲ得タルモノナリ即チ鑑定人ハ鑑定ノ爲メ裁判所ノ命スル所ニ從ヒ事實ヲ實驗シ其智識ヲ以テ觀察シタル事實ヲ供述ス故ニ其供述スル所ノ事實ハ現在ニ於テ實驗スルヲ得ル所ノモノナリ之ニ反シテ證人ノ實驗ハ過去ニ存シ現在ニ於テ爲ス能ハス又裁判所ノ命スル所ヲ實驗シタルモノニアラサルナリ

第一款 鑑定人ノ義務

鑑定人ニ對シテモ證人ニ關スル第二百二十三條第二百二十四條ノ規定ハ適用セラルルモノニシテ(三)刑事訴訟法第百三十六條參照此場合ニ於テモ鑑定ヲ爲スノ方式トシテ宣誓ヲ用キサルニ止マリ特別ノ智識ヲ有スルモノハ總テ鑑定人タルヲ得ヘクシテ證人ノ場合ト同シク鑑定人タル能力ナキ者アラサルナリ

鑑定人ヲ選擇スルニ付テハ左ノ事項ニ注意セサルヘカラス

- 第一 鑑定ハ豫審判事受命判事受託判事及ヒ公判裁判所ニ於テ命スルヲ原則トシ現行犯ノ場合ニハ檢事司法警察官モ亦之ヲ命スルコトヲ得ヘシ
- 第二 或事項ニ付キ鑑定人ニ鑑定ヲ命スルヤ否ヤハ前項掲ケタル所ノ者ノ隨意ナリ

リ

第三 何人ヲ鑑定人トナスヘキヤ又ハ幾人ノ鑑定人ニ鑑定ヲ命スヘキヤ又ハ何時鑑定ヲ爲サシムヘキヤハ裁判所ノ隨意ナリ

第四 同一ノ問題ニ付キ幾タヒ鑑定ヲ命スルモ隨意ナレトモ新ニ鑑定セシムルトキハ前ノ鑑定人ヲシテ鑑定セシメス別人ヲ用ユヘキモノトス(刑事訴訟法第百三十九條參照)

嘗テ證人ノ義務ニ付テ述ヘタルコトハ鑑定人ノ義務ニ付テモ亦之ヲ基礎トナササルヘカラス鑑定人ノ義務ハ即チ左ノ如シ

第一 鑑定人ノ義務ハ證人ノ如ク一般ノ義務ナリ即チ本法ニ於テハ民事訴訟法第三百二十六條ノ如キ規定ナケレハナリ

第二 鑑定人ハ鑑定ヲ爲スノ義務アリ此義務ハ必要ノ試験ヲ施スコトヲモ含ムモノトス而シテ鑑定ハ必スシモ裁判所ニ於テ爲スノ要ナシ又解剖ノ如キハ裁判所ニ於テ之ヲ爲ス能ハサルコトアリ又鑑定人カ正當ノ結果ヲ得ンニハ被告人證人等ニ對シ直接ニ訊問ヲ爲シ又ハ記録ヲ見ルヲ要ス

鑑定人ハ鑑定ヲ了リタル後鑑定書ヲ作り其手續結果時間ヲ詳記セサルヘカラス(刑事訴訟法第百四十條參照)而シテ鑑定ハ鑑定書ヲ以テスルカ故ニ鑑定人ノ訊問調書ヲ作ルノ必要ナキカ如シ又第九十二條ニモ鑑定人ノ訊問ニ付キテ調書ヲ作ルノ規定ナシ然レトモ第二百一十一條ハ鑑定人ニ適用セラルルモノナレハ被告人トノ關係ナトヲ明カニセンカ爲メニ訊問ヲ要シ從テ此訊問ニ付キ調書ヲ作ラサルヘカラサルナリ又裁判所ハ此ノ訊問ノ際鑑定書ヲ作成スルコトヲ命スルコトナク口頭ヲ以テ鑑定事項ヲ供述セシムルコトヲ得ヘシ蓋シ第四百十條ハ直接ノ審理ヲ禁シタルモノニアラサルト同時ニ第九十條、第二百八條、第三號、第四百十四條、第二項ニ鑑定人ノ供述ナル用語アリテ豫審、公判ヲ問ハス口頭ヲ以テスルヲ許シタルモノト認メ得ヘケレハナリ判例ニ依レハ公判ニ限り鑑定ヲ許スモ之ヲ制限スヘキ根據ヲ見ス

第七節 被告人

被告人ノ訊問ハ證據調ノ一方法ナリ此訊問ハ被告人ノ辯解ヲ得判事ハ之ヲ利用シテ其心證ヲ得ルニアリトス第二百十九條ニ依レハ宛モ被告人ノ訊問ハ證據調

ニアラサル如ク見ユレトモ豫審ノ章ニ於テハ被告人ノ訊問ヲ證據ノ節ニ規定シ又第九十四條ニ依レハ被告人ノ訊問ヲ證人ノ訊問ト同一ニ取扱フコト等ヲ見レハ被告人ノ訊問ハ亦之ヲ證據調ト云ハサルヘカラス

證據調ハ必ス證據方法ノ存スルコトヲ條件トスルモノニシテ證人訊問ナル證據調ニ於テハ證人其者カ證據方法タリ之ト均シク被告人ノ訊問ニ於テハ被告人カ證據方法トシテ利用セラルルモノナリトス

舊時ノ糾問訴訟ニ於テハ被告人ノ自白ノミニ特別ノ效力ヲ有セシメ被告人カ自己ノ利益ノ爲メニシタル供述ヲ願ミス即チ自白ハ證據ヲ無益ナラシムルモノトセリ然レトモ被告人ニ不利ナル供述即チ自白モ被告人ニ利益ナル供述モ共ニ被告人ノ供述ニシテ現行ノ刑事訴訟ニ於テハ之ヲ利用スルヲ得ヘキ證據材料タリ被告人ノ供述ヲ以テ證據材料タリトノ觀念ヲ採ルニ至リテ始メテ利益ノ供述ト自白トニ輕重ヲ設ケサルニ至レリ

判事ハ心證ヲ得ルニ足ルヘキ被告人ノ供述ノミヲ以テ満足スルヲ得ヘキヤ否ヤノコト是ナリ詳言スレハ斯ノ如キ供述アレハ公判ニ於テ他ノ證據ヲ取調フルノ

義務ヲ免カルルヤ又ハ被告人ニ十分ノ信用ヲ置クトキト雖モ尙ホ證據ノ取調ヲ爲ササルヘカラサルヤ否ヤ被告人ノ供述ニ關シテモ判事ニ自白ノ判斷ヲ爲スヲ得レハ之ヲ眞實ナリト信用シタル以上ハ他ノ證據ヲ取調フルニ及ハサルヘシ若シ被告人ノ供述ヲ信用セサレハ格別ナレトモ之ヲ信用スルモ尙他ノ證據調ヲ要ストスルハ是レ裁判所ヲシテ證據調ノ範圍ヲ自由裁量ニ依リ定メシムル趣旨ニ反ス即チ第二百十九條第三項第二百三十九條ハ之ヲ制限スルモノニシテ甚タ不當ノ規定ト云フヘキナリ但此規定アリト雖モ判決ニ採用スル證據ハ自白ノミヲ採用スルモ可ナリトス被告人ノ訊問ノ手續ハ證人ノ訊問ノ如ク各別ニ爲スヲ原則トシ第八十九條ニ依リ事實發見ノ爲メ必要ナルトキハ對質ヲ爲サシム而シテ其供述ハ之ヲ調書ニ作ルモノトス(刑事訴訟法第九十五條參照)

第八節 檢 證

檢證トハ訴訟法ニ定ムル方式ヲ以テ檢證物ヲ實驗スル證據調ナリ檢證ハ證據方法ニ非スシテ檢證物タルモノカ證據方法タリ證據方法ト云ヘハ證據材料ノ合體スル物體ナリ檢證ノ如キハ物體ニ非スシテ一定ノ事實ノ存在ニ付キテ確信ヲ得

ルノ目的ヲ以テ行フ裁判所ノ作用ナリトス却テ檢證物ハ事實ヲ合體スル物體ナリ然ラハ檢證ハ一ノ證據調ナレハ之ヲ證人鑑定人ノ如キ證據方法ト同列ニ置クヘカラスシテ證人訊問鑑定人訊問ノ如キ證據調ト同列ニ在ラシムヘキモノトス檢證ハ眼ヲ以テ觀ル場合ノミニ限ラス耳ヲ以テ聽クモ又味フモ嗅クモ觸ルルモ共ニ檢證ニシテ即チ五官ヲ以テ實驗スル場合ハ總テ檢證ナリ反之精神上ノ推理作用ハ證據ノ考覈トナリ檢證ニ非ス檢證物タルモノハ其物件自體ニ依リ一定ノ事實ヲ證明シ得ルモノナラサルヘカラスシテ物件ノ内容ヲ以テ證明ヲ爲スモノニアラサルナリ是レ檢證ノ目的物ト書證ト異ナルノ點ナリ檢證物ハ單ニ物件ノ存在ニ因リテ事實ヲ證明スルコトヲ得ル場合アリ又物件ノ性質ニ因リテ證明スルコトアリ物件ト場所又ハ時トノ關係ニ於テ證明ヲ爲スコトアリ然レトモ或物件アレハ必ス檢證物ナリト云フ能ハス其物件カ證明ノ目的ノ爲メニ法律上ノ方式ニ從ヒ觀察セラレタルトキニ於テ始メテ檢證物タルモノトス

檢證ヲ爲スヲ得ル者及ヒ其方式ハ左ノ如シ

第一 檢證ハ裁判官ノ行爲ナリ公判ニ於テハ第二百十六條、第二百三十八條ノ特例アリ現行犯ノ場合ニハ檢事、司法警察官之ヲ爲スコトヲ得ヘシ

第二 檢證ハ之ヲ公判ニ於テスルヲ原則トス故ニ差押フルヲ得ヘキ物件ナリセハ之ヲ差押ヘ以テ公判ニ於ケル實驗ニ供シ被告人ニ示シ辯解ヲ爲サシムヘキモノトス之ヲ證據物件ト爲ス(刑事訴訟法第二百八條第四項參照)然レトモ差押ヘテ裁判所ニ持來ルコト能ハサル物件ナレハ檢證調書ヲ作ラサルヘカラス又猶豫スヘカラサルモノナレハ檢證調書ヲ作り之ヲ公判ノ審理ニ供セサルヘカラス是ニ於テカ公判前ニ於ケル豫審判事、受命判事、檢事等ノ檢證ノ必要ヲ生スルモノトス

第三 檢證ノ方式ハ檢證調書ヲ作ル場合ト然ラサル場合即チ證據物件ノ場合トヲ區別セサルヘカラス檢證調書ヲ作製スル場合ニハ同第三百三條ニ於テ豫審判事ハ犯罪ノ性質、方法、日時、場所及ヒ被告人ノ人違ナキコトヲ證明スヘキ模様ニ付キ調書ヲ作ルヘシト規定セリ此規定ノ趣旨ハ豫審判事ニ於テ檢證ノ範圍及ヒ結果ヲ定ムルノ權アルコトヲ示シタルニ外ナラス調書ハ第九十二條ニ依リ

書記之ヲ作ラサルヘカラス檢證調書ヲ作ル場合ニ於ケル檢證ノ手續ハ第七條、第八條、第十條、第十一條ニ規定セリ證據物件ニ付テハ法廷ニ於テ之ヲ實驗シ被告人ニ示シテ辯解ヲ爲サシムルヲ以テ證據調ノ方式トス(刑事訴訟法第九十八條參照)此手續ヲ履踐セサレハ之ヲ證據トシテ採用スルヲ得サルナリ

第九節 書 證

文書ニ合體スル表示ノ内容ヲ以テ證明ノ用ニ供セラルル記録ヲ書證ト云フ凡ソ文書ハ了解シ得ル文字ヲ以テ表シタル表示ニ合體スル物件ナリ然レトモ斯ル文書ハ訴訟上之ヲ書證ナリト云フ能ハス通常ノ意義ニ於ケル文書モ書證ノ目的ヲ以テ利用セラルルニ非サレハ之ヲ訴訟上ノ書證ト爲スヲ得ス即チ書證ニ合體スル表示ノ内容ヲ以テ證明ノ用ニ供シ始メテ書證タリ反之其文書ノ存在又ハ性質ヲ以テ證明ノ用ニ供スレハ證據物件ナリ例ヘハ偽造證書ノ如キハ證據物件ナリ又豫審調書ノ如キハ書證ナリ而シテ同一ノ文書記録ニ於テモ之ヲ證明ノ用ニ供スル利用ノ方法ヲ異ニスルニ從ヒ或ハ書證タリ或ハ證據物件タリ又此二者ヲ兼ヌルモノタリ

書證ノ證據調ノ方式ハ朗讀ナリ(刑事訴訟法第二百十九條第二項參照)此朗讀ハ必シモ書記ヲシテ爲
 サシムルヲ要セスシテ公判ニ於テ證據調ヲ爲スノ職權アル裁判長自ラ朗讀スル
 ヲ得レトモ訴訟關係人ノ承諾アルニ依リテ之ヲ省略スルヲ得ス蓋シ朗讀アリテ
 始メテ裁判所及ヒ訴訟關係人ハ書證ノ内容ヲ法廷ニ於テ知ルヲ得レハナリ
 書證ヲ裁判所ノ占有ニ歸セシムル手續ハ證據物件ニ關スルモノト同一ナリ即チ
 物件提出義務ヲ命シ又ハ搜索差押ヲ爲スニ依テ獲得ス此場合ニ於テ證據物件及
 ヒ書證モ共ニ之ヲ差押物件ト稱ス(刑事訴訟法第二百六條參照)故ニ差押ヲ爲スト否トニ依
 リ證據物件ト書證トノ區別ヲ爲スヘキモノニ非ス

第五章 裁判

裁判ハ裁判所ノ意思ノ發表ニシテ拘束力ヲ有スルモノナリ本法ニ於ケル裁判ノ
 内容ハ一定セス或ハ爭點又ハ疑點ヲ一定ノ趣旨ニ處分ズルモノアリ或ハ爭定ノ
 存スルコトナク法律ノ規定ニ依リ常ニ一定ノ裁判ヲ爲ササルヘカラサルコトア
 リ又裁判ニハ單ニ拘束力アル順序ヲ定ムルニ止マルモノアリ訴訟指揮ノ裁判ノ
 如シ又事實ニ法律ヲ適用スルモノアリ舊時ハ前者ヲ以テ裁判所ノ意思ヲ表シタ

ル裁判トシ後者ヲ以テ法律ノ意思ヲ表シタル裁判ト爲シ之ヲ區別セルモ何レモ
 裁判所ノ意思ヲ表示シタル性質ヲ有スルモノナリ
 裁判ノ方式ニハ判決決定命令ノ三アリ此區別ハ内容ノ區別ニ非ズ判決及ヒ決定
 ハ合議體ニ於テ爲シ且必ス書面ノ方式ヲ取ルヲ要ス但其書面ハ公判始末書ニ記
 載スルト特ニ裁判書ヲ作ルトヲ問ハス反之命令ハ合議體ノ機關ノ爲ス裁判ニシ
 テ且必シモ書面ノ方式ヲ要セス豫審判事ノ如キハ合議體ト其地位ヲ同フスレハ
 其裁判ハ命令ニ非ス次ニ判決ハ重要ナル形式ヲ具フル裁判ニシテ決定ハ然ラス
 即チ判決ニハ常ニ主文理由ノ形式ヲ具フルヲ要シ決定ニハ之ヲ要セス
 合議裁判所ニ於テ裁判ノ成立スルニハ評議決定ヲ要ス(裁判所構成法第百十九條以下參照)
 法律ニ於テハ評議ノ採決方法ヲ規定セス故ニ結果ニ依リテ採決スヘキヤ又理由
 ニ依リテ採決スヘキヤノ問題ヲ生ス第一ノモノハ問題ヲ分タスシテ一舉ニシテ
 決スル場合ニ行ハレ第二ノモノハ問題ヲ分離シテ決スル場合ニ行ハルルモノナ
 リ其何レニ依ルヘキヤハ問題ノ性質カ分離シ得サルモノナリヤ否ヤニ依リテ異
 ナルモノナリ罪責ノ問題ハ原則トシテハ之ヲ分離セス結果ニ依リテ其罪責アリ

ヤ否ヤヲ決セサルヘカラス蓋シ犯罪ノ意思ハ一個ニシテ分割スル能ハサレハナ
リ反之法律上ノ問題ハ各論點ニ區別シテ之ヲ評決セサルヘカラス上告論旨ノ如
キ即チ是ナリ次ニ裁判ハ過半数ノ意見ニ因リテ生スルヲ原則トス然レトモ三説
以上ニ分レタルトキハ人爲的ノ過半数ヲ以テ決スルモノトス(裁判所構成法第
百二十三條參照)
裁判ハ言渡若クハ送達ニ依リテ之ヲ發表セサルヘカラス

第一 裁判ハ裁判ヲ受クル者ノ在廷スル時ニ之ヲ言渡スヲ原則トス而シテ裁判
ヲ受クル者トハ裁判ニ因リテ影響ヲ受クヘキ權利ヲ有スル者ヲ謂フ又判決ハ
被告人カ在廷セサルトキニ於テモ亦言渡スヘキモノトス(刑事訴訟法第百
二十四條參照)第二百
四條ニ依レハ判決ノ言渡ハ主文ノ朗讀ニ依リテ行ハルルモノトス又言渡ハ常
ニ裁判所ノ用語ヲ以テスルモノナルカ故ニ或場合ニ通事ヲ要ス本法ニ於テハ
決定命令ニ付キテハ判決ノ如ク之ヲ言渡スコトヲ要スルノ規定ナシ故ニ決定
命令ハ言渡ヲ爲スコトナクシテ送達ヲ以テ告知スヘキモノトス但公判ニ於テ
在廷スル者ニ對シ決定命令ヲ爲ス場合ニハ言渡ヲ以テ之カ發表ヲ爲スモノナ
リ

第二 本法ニ於テ送達ニ付キ本法中特ニ規定アラサルトキハ民事訴訟法ノ送達
ニ關スル第三百三十六條以下ヲ準用スルコトトナセリ準用ナルカ故ニ民事訴訟
法第三百三十八條第四百一條ノ如キハ之ヲ適用スルヲ得サルナリ今本法ニ於
テ民事訴訟法ト異ナル送達ノ規定ヲ設ケタルモノヲ舉クレハ左ノ如シ
一 民事訴訟法ニ於テハ送達機關ハ執達吏及ヒ郵便ノ二アレトモ本法第七十
六條末項ニ依レハ召喚狀ハ常ニ執達吏ヲシテ送達セシメ之ヲ郵便ニ依リ送
達スルヲ得ス

二 民事訴訟法第五十八條ノ公示送達ト本法第二百二十七條ニ於テ闕席判
決ヲ言渡ス爲メニスル公示送達トハ其方法及ヒ期間ヲ異ニス
言渡若クハ送達ヲ要スル裁判ハ此方法ニ依ル告知アリテ始メテ成立スルモノト
ス故ニ裁判ハ評議ノ決シタル時ニ於テ成立スルモノニアラス即チ送達及ヒ言渡
ハ既ニ成立シタル裁判ニ付テ行ハルルモノニアラス又單ニ表示ノ效力ヲ有スル
ノミナラズ成立ノ效力ヲ有スルモノナリトス
裁判カ成立シタル時ハ之ト同時ニ當事者ヲ拘束スルノ效力ヲ生ス蓋シ裁判ハ當

事者間ノ不確定ノ事項ヲ確定スルニ在レハ如何ナル裁判モ當事者間ニ對シ拘束力ヲ生ス而シテ裁判ノ成立及效力カ終局的ニ生スルニハ其裁判ヲ變更スル能ハサルニ至ルコトヲ要ス其變更ノ方法ニハ上訴ノ申立ヲ爲シ上級裁判所ヲシテ變更セシムル方法ト裁判ヲ爲シタル裁判所カ自ラ變更ヲ爲スノ方法ト二ツアリ前者ハ重要ナル裁判即チ判決決定ニ行ハレ後者ハ重要ナラサル裁判ニ行ハル後者ハ例外ノ規定ニ屬シ其裁判ノ性質上之ヲ許シタルコト明白ナルモノニ非サレハ行レズ訴訟指揮ノ裁判殊ニ證據決定ノ如キ之レナリ第二百九十六條ニ於ケル不服ノ更正ハ之ニ屬セス蓋シ抗告ノ申立アリテ始メテ更正スルヲ得レハナリ判決ノ如キハ常ニ更正ヲ許ササルモ其書損誤記ハ何時ニテモ之ヲ訂正スルヲ得ルコト勿論ナリ

第六章 口頭辯論主義及直接審理主義

廣義ノ直接審理主義ハ口頭辯論主義及ヒ狹義ノ直接審理主義ヲ包含ス廣義ノ直接審理主義ハ訴訟カ判決裁判所ノ面前ニ於テ行ハルルヲ謂フ訴訟ハ公判ニ於テハ當事者ノ主張及ヒ裁判所ノ證據調ニ依リテ行ハルルカ故ニ此二種ノ行爲カ直

接ニ判決裁判所ノ面前ニ於テ行ハルルトキハ直接審理ノ手續トス

口頭辯論主義トハ裁判所及ヒ當事者カ口頭ノ陳述ヲ以テ相互ニ交通シ訴訟ヲ爲スヲ云フ故ニ此主義ハ民事訴訟法第三百三條ニ示スカ如ク當事者ノ行爲ノ上ニ行ハルルモノナリ而シテ現行法ハ其意義ヲ進メ當事者カ判決ニ於テ口頭ヲ以テ提供シタル訴訟材料ニ非サレハ之ヲ裁判所ニ於テ願サルノ意義ヲ以テ口頭辯論主義ヲ認ムルモノトス此主義ノ反對ヲ書面審理主義ト稱ス

狹義ノ直接審理主義ハ判決裁判所ニ於テ親ク證據方法ニ接觸シ之ヲ取調フルヲ謂フ故ニ狹義ノ直接審理主義ハ裁判所ノ行爲タル證據調ノ上ニ行ハル此主義ノ反對ヲ間接審理主義ト稱ス

以上述フル所ニ依リ口頭辯論主義ノ要求スル所ハ公判ニ於ケル原告ノ主張及ヒ被告ノ抗辯ハ口頭ヲ以テ行ハレ裁判所ハ裁判ノ材料ヲ其辯論ノ全體ヨリ取ルニ在リ故ニ縱令ヒ調書ニ記載アルコトニテモ口頭ノ辯論ヲ以テセサレハ裁判所ハ之ヲ願ルヲ得ス(刑事訴訟法第百七十六條、第百九十八條、第二百十九條、第二百二十條參照)狹義ノ直接審理主義ノ要求スル所ハ(一)證據調ハ判決裁判所ノ面前ニ於テ行ハレ

公判開廷前ニ於テ行ハレ又ハ受命判事受託判事ニ依テ行ハルルハ例外ナリ(二)公判外ニ於テ證據調ヲ爲シタルトキト雖モ可成ハ公判ニ於テ直接ニ再ヒ之ヲ審理スルヲ要スルモノニシテ調書ヲ朗讀シ間接ノ方法ヲ以テ審査スヘキニ非ス故ニ被告人ノ訊問ハ豫審ニ於テ之ヲ爲スモ公判ニ於テ更ニ之ヲ訊問シ(刑事訴訟法第一參照)證人鑑定人ニ付テハ第八十九條第一項ニ更ニ之ヲ呼出スヘキコトヲ規定シ同條第二項ニ其例外ヲ規定シ又控訴審ニ於テ第二百五十八條第二項ヲ以テ第一審ヨリモ一層此主義ヲ制限スル所アリ

第一 口頭辯論主義ヲ採用セハ期日ヲ必要トス期日ハ當事者カ相互ニ辯論ヲ爲シ又ハ裁判所ニ對シテ申立ヲ爲ス機會ヲ與フルモノナリ

第二 裁判所ハ口頭辯論主義ニ基キ其辯論ノ全體ニ鑑ミ判決ヲ下ササルヘカラス從テ公判ハ始ヨリ判決言渡ニ至ル迄定數且同一ノ判事カ繼續シテ參與セサルヘカラス若シ公判ノ中途ニ於テ判事ニ變更アレハ再ヒ審理ヲ更新セサルヘカラス是レ第七十六條第二百九條第二項ニ依リテ明カナル所ナリ(裁判所構成二十條參照)

第三 口頭辯論ハ相互ニ其言語ヲ理會スルモノニアラサレハ行ハレス從テ訴訟

關係人中ニ裁判上ノ用語ニ通セサルモノアルカ又ハ文字ヲ知ラサル所ノ聾者啞者アレハ通事ヲ任命スルノ必要アリ(刑事訴訟法第九十六條參照)

第四 口頭辯論主義ハ訴訟材料ノ連續スルコトヲ必要トス即チ辯論數次ニ亘ルトキハ其期日ノ間最モ接近スルコトヲ要ス若シ然ラサルトキハ前ノ期日ニ於テ陳述シタル事項ハ判事ノ記憶ヲ脱シテ充分ニ心證ヲ得ルコト能ハサルニ至ルヘケレハナリ本法第八十二條第二項ニ依レハ辯論ニ取掛リタル後被告人精神錯亂セハ痊癒ノ後新ニ辯論ヲ爲スヘシ其他疾病ニ罹リタリトキニ五日間辯論ヲ停止シタルトキハ新ニ辯論ヲ爲スヘシト規定セリ第二百四條ニモ亦判決ノ言渡ハ辯論ヲ終リタル即日又ハ次ノ開廷日ニ爲スヘシト規定セル法意ハ蓋シ訴訟材料ノ連續ニアルヲ知ルヘシ而シテ訴訟材料ヲ連續セシムルニハ公判ノ準備手續ヲ必要トス(第九十六條、第九十二條、第二百四條)

第七章 訴訟條件

第一節 意義

刑事訴訟法 訴訟行爲 訴訟條件 意義

訴訟條件ノ意義ハ訴訟ノ法律關係ノ意義ト牽連ス訴訟關係ハ裁判所ト當事者トノ間ニ於ケル權利義務ノ關係ナリトセハ此法律關係カ成立スルニハ如何ナル條件ヲ要スルヤノ問題ヲ生ス此條件ハ即チ訴訟條件ナリ今訴訟條件ノ定義ヲ舉レハ左ノ如シ

訴訟條件トハ一定ノ科刑權ニ付キ裁判所ト當事者ニ於テ有效ニ訴訟關係ヲ成立セシムル必要ナル事實ナリ

刑事訴訟ノ法律關係ハ公訴ノ提起ニ依リテ成立ス故ニ訴訟條件ハ公訴提起ノ條件ナリ若シ訴訟條件ヲ缺ケルトキハ檢事ハ公訴ノ提起ヲ爲スヲ得ス又裁判所ハ有效ニ豫審又ハ公判ノ手續ヲ爲スヲ得ス然レトモ捜査手續ニ於テハ然ラス檢事ハ訴訟條件ヲ缺クトキハ捜索ヲ爲スノ義務ナシト雖モ訴訟條件ノ存否ハ捜査手續ニ依リ公訴提起前ニ於テ確定セラルルヲ要スルカ故ニ訴訟條件ハ捜査手續ノ有效條件ニ非サルナリ

訴訟條件ハ訴訟創設ノ行爲ト區別スルヲ要ス訴訟創設ノ行爲ハ公訴ノ提起ニシテ直接ニ訴訟關係ヲ成立セシムル行爲ナリ訴訟條件ハ訴訟關係ノ成立ヲ有效ナ

ラシムルニ必要ナル訴訟外ノ事實ナリ公訴ノ提起ト訴訟條件トハ相待テ訴訟關係ヲ有效ニ成立セシムト雖モ訴訟關係ハ必スシモ公訴ノ提起ノミニ依テ成立スルモノニ非ス刑事訴訟法第四百四十二條參照公訴提起以外ノ行爲ニ依リ訴訟關係カ成立スル場合ニ於テモ亦訴訟條件ノ存在ヲ要ス又訴訟條件ハ訴訟外ニ在ル事實ナレハ訴訟行爲其者ト合體スル條件ト區別スルヲ要ス起訴カ適法ナルコトハ判決ヲ爲スノ條件ナレトモ是レ訴訟條件ニ非ス或ル訴訟ノ作用ハ他ノ訴訟行爲カ適法ニ行ハレテ始メテ生スルコトヲ得トノ意味アルニ過キサナリ

訴訟條件ハ處罰條件ト區別スルコトヲ要ス處罰條件ハ實體法上ノ法律關係カ成立スルニ必要ナル條件ナリ實體法上ノ法律關係ハ國家ト犯人トノ間ニ於ケル科刑及受刑ニ關スル法律關係ニシテ犯罪ニ依リテ成立スルヲ通常トス然レトモ或ル犯罪ニ於テハ犯罪ナル行爲アルノミニテハ未タ科刑權カ發生セス處罰條件ノ存在ヲ以テ始メテ此請求權カ發生スルコトアリ依テ處罰條件ナルモノハ犯罪行爲ヨリ獨立シテ存在スル事實ニシテ科刑權ノ成立ニ必要ナルモノヲ云フ今訴訟上ノ法律關係ヲ見レハ科刑權ノ確定ヲ目的トシ訴ノ提起ニ依リ生シタル裁判所

及ヒ當事者間ノ關係ナリ

以上訴訟條件ニ付キ説明シタル所ハ刑事訴訟全體ニ於ケル一個トシテノ法律關係ノ成立ニ必要ナル條件トシテ觀察シ來リタルモノナリ然レトモ此一個ノ法律關係ハ訴訟ノ進行スルニ從ヒ變化スルモノナリ此變化ニ依リ新ニ生シタル法律關係ニ付テモ其成立ノ條件アリ故ニ豫審ノ條件及判ノ條件上訴ノ條件アリ又一個ノ訴訟行為ニ付ヲモ之カ有效ニ成立シ刑事訴訟ニ效果ヲ及ホスニハ其條件アルヲ要ス例ヘハ判決ノ條件勾引勾留ノ條件ノ如シ是等ヲ總稱シテ廣義ノ訴訟條件ト稱スルヲ得ヘシ而シテ廣義ノ訴訟條件中判決ノ條件ハ多數ノ學者カ特ニ其條件ヲ提出シテ説明ヲ爲ス所ナリ然レトモ其判決條件トシテ説明スル所ハ判決前ニ於ケル訴訟行為ノ條件ニシテ只其行為ノ有效ナル成立カ判決ニ效果ヲ及ホスモノヲ説明スルニ止マル

第一節 種類

訴訟條件ハ觀察ヲ異ニスルニ依テ種々ニ區別セラル即チ左ノ如シ

第一 一般ノ訴訟條件特別ノ訴訟條件 一般ノ訴訟條件ハ第一審ナルト上訴審

ナルトヲ問ハス通常ノ訴訟手續ナルト特別ノ訴訟手續ナルトヲ論セス一般ニ各訴訟關係ノ成立ニ必要ナル條件ナリ特別ノ訴訟條件ハ或ル種ノ訴訟關係ニ付テ一般ノ訴訟條件ノ外ニ於テ之ト共ニ存在スルヲ要スル條件ナリ例ヘハ控訴審ニ於ケル訴訟關係ニハ一般ノ訴訟條件ノ外控訴申立ノ有效條件ヲ要スルカ如シ

第二 絶對ノ訴訟條件相對ノ訴訟條件 絶對ノ訴訟條件ハ公益ノ爲メニ設ケタルモノニシテ相對ノ訴訟條件ハ當事者ノ利益殊ニ被告人ノ利益ノ爲メニ訴訟法ノ定ムル所ナリ從テ絶對ノ訴訟條件ノ存否ハ訴訟ノ如何ナル程度ニ於テモ職權ヲ以テ調査スルヲ要シ相對ノ訴訟條件ハ其欠缺ヲ當事者ヨリ主張シテ始メテ裁判所其存否ヲ調査スルニ至リ且ツ當事者ノ欠缺ノ主張モ亦訴訟進行ノ或ル時期ニ於テ之ヲ爲スヲ許シ其時期ヲ經過スレハ之ヲ主張スルノ權ヲ失フ是ヲ以テ當事者ハ相對的條件ノ欠缺ヲ主張スルコトヲ拋棄シ得ヘク之ヲ拋棄スレハ其欠缺ハ補充セラル反之絶對的條件ハ當事者ノ拋棄ヲ許サス其拋棄ニ依テ欠缺ヲ補充スルコトヲ得ス故ニ絶對的條件ヲ拋棄スルヲ得サル條件ト云

ヒ相對的條件ヲ拋棄スルヲ得ヘキ條件ト云フ現行法ニ於テハ訴訟成立條件ニ付テハ相對的ノモノヲ認メス然レトモ或ル一部ノ訴訟行為ヲ爲スニ付テ相對的ノ條件ヲ認ムルコトアリ例ヘハ判事カ各訴訟ニ關與スルニハ公平ナル裁判ヲ爲シ得ヘキ資格ヲ條件トス然ルニ偏頗ナル裁判ヲ爲スノ恐アル事情アルモ當事者カ一定ノ時期ニ忌避ノ申請ヲ爲ササレハ裁判所ハ其條件ノ存否ヲ審査スルコトナシ之レ相對的條件ト云フヲ得ヘシ

第三 積極ノ訴訟條件消極ノ訴訟條件 積極ノ條件ハ訴訟カ有效ニ成立スルニ其存在ヲ必要トスル條件ナリ消極ノ條件ハ訴訟カ有效ニ成立スルニハ不存在ヲ必要トスル條件ナリ裁判所ノ管轄權ハ前者ニ屬シ本案ノ確定判決ハ後者ニ屬ス本項ノ區別ハ訴訟條件ノ欠缺カ訴訟ニ及ホス效果ニ付テ差異ヲ生スルモノニ非ルカ故ニ之ヲ區別スルノ必要ナキモノナリ

第三節 一般ノ訴訟成立條件

第一 訴訟主體ノ存在及ヒ權能 訴訟關係カ有效ニ成立スルニハ裁判所及ヒ當事者ノ存在ト權能アルコトヲ要ス

裁判所ニ付テハ左ノ權能アルヲ要ス

- 一 裁判權 各刑事々件ハ客觀的關係及ヒ主觀的關係ニ於テ裁判所ノ裁判權ニ服從スルヲ要ス裁判所カ裁判權ヲ有セサレハ訴訟關係ハ有效ニ成立セス裁判權ハ公益ノ爲メニ裁判所ニ附與セララル故ニ絕對ノ條件ナリ
- 二 管轄權 一定ノ裁判所ト當事者トノ間ニ訴訟關係ヲ成立セシムルニハ其裁判所カ事物管轄及ヒ土地管轄ヲ有セサルヘカラス管轄權ハ公益ヲ目的トスルノミナラス當事者ノ利益ヲ目的トシテ規定スルモノナレトモ現行法ハ之ヲ絕對ノ訴訟條件ト爲セリ

當事者ニ付テハ左ノ能力アルヲ要ス

- 一 當事者能力 死亡者ヲ訴フルハ訴訟成立條件ヲ缺クモノナリ
- 二 當事者及ヒ其代理人ノ訴訟能力 訴ヲ受クヘキ裁判所ニ附與セラレタル檢事ニ非サレハ訴訟能力ヲ缺クカ故ニ訴訟關係ヲ有效ニ成立セシメス又法人ヲ罰スヘキ場合ニ於テ其代表者ヲ被告ト爲シ訴フルニ當リ其代表者カ代表ノ權限ヲ缺クトキハ當事者ノ代理人ノ訴訟能力ヲ缺クカ故ニ訴訟成立條

件ヲ缺クモノナリ

二四四

右當事者能力及ヒ訴訟能力ハ共ニ絶對ノ條件ニ屬ス

第二 同一事件ニ付キ權利拘束又ハ確定判決ノ存在セサルコト 是レ公訴ノ消滅ノ章確定判決ノ説明中ニ述ヘタル所ナリ

第四節 效果

訴訟成立條件ハ訴訟關係ノ有效條件ナリ故ニ訴訟成立條件ノ欠缺ハ左ノ效果ヲ生ス

第一 公訴提起ノ時ニ於テ訴訟成立條件ノ欠缺カ確定シタルトキハ檢事ハ起訴ヲ爲スヲ得ス然レトモ其欠缺カ確定セサルトキハ捜査手續ヲ以テ之ヲ定ムルノ義務アリトス又訴訟成立條件ノ缺ケタルトキハ裁判所ハ本案ノ犯罪事實ヲ審査ススルノ義務ナシ

第二 訴訟成立條件ヲ缺クニ拘ラス公訴力提起セラレタルトキハ事實上訴訟關係ハ成立スルモノト謂フヘキモ法律上訴訟關係ハ成立セス然レトモ現行法ニ於テ裁判所ハ何等ノ裁判ヲ爲スコトナクシテ手續ヲ終了スルヲ得ス裁判ヲ以

テ其訴ヲ却下セサルヘカラス是レ管轄違又ハ公訴不受理ノ裁判ナリ此裁判ハ裁判所ノ職權ヲ以テ之ヲ爲スヲ得ヘク又當事者ハ此裁判ヲ爲スコトヲ申立ルヲ得ルナリ(刑事訴訟法第百八十六條參照)而シテ訴却下ノ判決確定シタル後更ニ新ナル訴ヲ以テ同一ノ訴訟目的物ニ付キ裁判所ノ判決ヲ求ムルヲ得

第三 裁判所カ訴訟申立條件ノ欠缺ニ拘ラス本案ニ付キ判決ヲ爲シタルトキハ其判決ハ上訴ニ依テ取消サルルモノナリ上訴審ハ其判決ヲ取消シ訴ヲ却下セサルヘカラス然レトモ當事者カ上訴ヲ爲スコトナク本案ニ付テノ判決カ確定スルニ至リタルトキハ其判決ハ確定力ヲ有シ之ヲ執行セサルヘカラス判決ノ確定力ハ訴訟成立條件ヲ缺キタル場合ト否トヲ問ハス同一ノ效力アルモノナリ此場合ニ於テ判決ハ當然無効ナリト云フ能ハス

處罰條件ノ欠缺シタル場合ハ其效果ニ於テ上述スル所ト同シカラス

第一 之ヲ缺クモ檢事ハ公訴ヲ爲スヲ得ヘク裁判所ハ本案事實ノ審査ヲ爲スヲ得ヘシ唯判決ヲ爲スニ方リ其條件具備スレハ足レリトス

第二 處罰條件ヲ缺クモ訴ヲ却下スルヲ得ス無罪ノ判決ヲ爲スニ在リ如斯本案

ニ付テ判決スルカ故ニ再ヒ同一ノ訴訟目的物ニ付キ訴ヲ爲スヲ得サルモノトス

第四編 第一審ノ手續

第一章 捜査

捜査ハ起訴不起訴ヲ定ムルニ必要ナル材料ヲ得ルヲ目的トスル起訴準備ノ手續ナリ捜査手續ハ起訴ノ準備ナルカ故ニ被嫌疑者タル者ハ此手續ニ於テ訴訟ノ主體タラスシテ捜査處分ノ目的物タルモノトス蓋シ捜査手續中ハ未タ其事件ハ裁判所ニ繫屬セサルヲ以テ訴訟關係ナルモノヲ生セザレハナリ依テ公訴提起後ノ手續ト異ナリ捜査ノ範圍ハ制限ナク之ヲ檢事一個ノ指揮ニ任シ隨意ニ行ハシメ捜査ノ方針及ヒ其範圍ヲ定ムルカ如キハ全ク檢事ノ權内ニ存スル所タリ(刑事訴訟法第四十

六條

参照) 捜査手續ハ公訴ヲ提起スヘキヤ否ヤヲ定ムル目的ノ爲メニ證憑及ヒ犯人ヲ捜査スルニアルコトハ第四十六條ノ定ムル所ナリ之ニ依テ捜査ノ目的ヲ舉示スレハ(一)行爲ハ犯罪ナリヤ又訴訟條件ヲ具フルヤノ捜査(二)何人カ犯人ナリヤノ捜査(三)

瀝滅ノ恐アル證據ヲ公判ノ爲メニ保全スルコト(四)被嫌疑者ヲ保全スルコト是ナリ

捜査ノ方法ハ特別ノ場合ヲ除クノ外ハ強制力ヲ用キルヲ得ス蓋シ第四十六條ハ佛國治罪法ヨリ來リタルモノニシテ始メ佛國治罪法ノ草案ニ於テハ現行犯ナルト非現行犯ナルトヲ問ハス檢事司法警察官ハ證據ヲ集取スルヲ得ルモノトモ遂ニ現行犯ノ場合ニ限り檢事司法警察官ニ公力ヲ用フルノ職權ヲ與フヘシトノ折衷ノ規定ヲ見ルニ至リタリ我舊治罪法ハ此精神ヲ採リ其第九十二條ニ於テ證憑ヲ捜査シ云々ト規定シ以テ其公力ヲ用ヒサルコトヲ明カニセリ本法第四十六條ニ於テ舊治罪法第九十二條ト同一ノ規定ヲ設ケテ豫審ニ於テ第九十一條ニ證據徵憑ヲ集取スヘシト規定シテ捜査ト其用語ヲ區別シ以テ公力ヲ用フルモノト否トヲ明カニセリ

捜査ニ於テハ強制力ヲ用ヒスシテ任意ニ出頭供述スル限リハ關係人ヲ訊問スルヲ得ヘシ又證據物ノ犯所ニ在ルカ若クハ任意提出ニ係ル場合ハ之ヲ收メテ領置スルヲ得ヘシト雖モ之ニ反シテ他人ノ家宅ヲ其意ニ反シテ捜査シ若クハ墳墓ヲ

發掘スルカ如キハ之ヲ許ササル所ナリ又犯罪其他ノ場所ノ實況ヲ見分スルヲ得ルモ檢證ハ現行犯ノ場合ニ非サレハ爲スヲ得ス

搜查處分ハ之ヲ大別シテ現行犯ノ手續ト非現行犯ノ手續トノ二トシ現行犯ノ場合ニ於テハ公力ヲ用ユルヲ得ヘシ而シテ現行訴訟法ニ於テハ非現行犯ノ場合ニ於ケル搜查ノ規定甚タ粗ニシテ搜查ノ權力モ亦十分ナラス

搜查ノ始期及ヒ終期如何搜查權ハ犯罪アルト同時ニ發生ス但シ親告罪ニ付テハ告訴ナケレハ公訴權ハ發生セサルカ故ニ其準備ノ爲メニスル搜查權モ亦發生セス判例ハ告訴前ニ於テ親告罪ノ現行犯人ヲ逮捕スルヲ得ルコトヲ認ム余輩ハ此逮捕ハ警察上ノ處分ニ非スシテ搜查ノ目的中ニ包含スル犯人ノ保全ナレハ告訴ナクシテ之ヲ爲ス能ハスト信ス搜查ノ終期ニ至リテハ搜查ヲ以テ單ニ起訴ノ準備ニ過キストナス者ハ起訴以後之ヲナス能ハスト云フモ搜查手續ノ目的ト搜查ノ方法ヲ何時マテ用フルヲ得ヘキヤハ別問題ナリ第四十六條ニ依レハ搜查ノ方法ハ證憑材料ヲ得ルヲ唯一ノ目的トスルヲ以テ公訴ノ實行中ニテ維持スルニ必要ナル資材ヲ得ルニ妨ナク搜查方法ノ終局ノ目的ハ適當ノ刑ヲ適用スルニト

求ムルニアリトス然ラハ檢事ハ何時マテモ搜查ヲ爲スヲ得ルモノト云ハサルヘカラス

檢事司法警察官カ搜查ヲ爲スニハ犯罪ヲ認知セサルヘカラス而シテ之ヲ認知スル方法ニアリ即チ搜查權ヲ有スル者カ自ラ犯罪アルコトヲ認知スル場合ト他人ニ依リテ之ヲ認知スル場合是ナリ自ラ犯罪ヲ認知スル場合ハ主トシテ現行犯ノ場合ナリ風評又ハ新聞ノ記事等ニ依リテ之ヲ認知スル場合ヲモ包含スヘシ他人ニ依リテ犯罪ヲ認知スル場合ハ告訴告發又ハ自首ニ依リテ犯罪ヲ認知スル場合ナリ而シテ本法ニ於テ搜查ノ原因ニ付キ規定ヲ設ケタルハ告訴告發及ヒ現行犯ニ關スル事項ノミナリトス而シテ搜查ハ其原因ノ異ナルニ依リテ搜查ノ手續ニ差異アルモノニアラスシテ現行犯ノ場合ナルト非現行犯ノ場合ナルトニ依リテ其手續ヲ異ニスルノミ

第一節 告訴及ヒ告發

告訴トハ直接又ハ間接ノ被害者カ犯罪アルコトヲ搜查官ニ申告スルヲ謂ヒ又告發トハ被害者以外ノ者カ犯罪アルコトヲ搜查官ニ申告スルヲ謂ヒ自首トハ犯人

カ犯罪アルコトヲ自ラ申告スルヲ云フ故ニ此三者ハ申告者ノ異ルヨリ名稱ヲ異ニセシノミナリ從テ此三者ハ唯僅ニ些末ナル手續ニ於テ其差異アルノミ告發ニハ私ノ告發ト公ノ告發トアリ私ノ告發ハ何人ト雖モ各人ノ權利トシテ之ヲ爲スコトヲ得ヘキモノニシテ第五十三條ニ規定スル所ナリ公ノ告發ハ官吏公吏ニ對シ告發ノ義務ヲ負擔セシメタル場合ニシテ第五十二條及ヒ第五十八條ニ規定セル所ノモノ之ナリ告訴及ヒ私ノ告發ハ各人ノ權利ニ屬スルヲ原則トナセトモ第六十一條ニ於テハ其例外トシテ之ヲ義務トナセリ而シテ同條ニ於テハ告訴告發ヲ以テ義務トナシタルトモ之ニ違背スルモノニ對シテ何等ノ制裁ヲ加フルコトナシ今左ニ告發ノ各場合ヲ説明スヘシ

第一 一般ノ官吏公吏カ其職務ヲ行フニ因リ犯罪ヲ認知思料シタルトキハ速ニ其職務ヲ行フ地ノ檢事ニ告發スルノ義務ヲ負フモノトス(刑事訴訟法第百五十二條參照)此告發ノ義務アル官吏ノ中ニハ檢事司法警察官ヲ包含セサルモノトス檢事ハ公訴提起ノ權ヲ有スル者ナルヲ以テ犯罪アルコトヲ認知シタルトキハ直チニ所屬裁判所ニ起訴スヘク若シ其裁判所ノ管轄ニ屬セサルトキハ第六十四條ニ依リ管

轄裁判所ニ送致スヘキモノナレハ告發ヲ爲スノ義務ナキコトハ明白ナリ司法警察官ニ付キテハ第四百七十七條ニ依リ罰金ノ刑ニ該ル犯罪ナルト否トヲ問ハス現行犯處分ヲ爲シ管轄裁判所ノ檢事ニ送致スヘキモノトナセリ斯ノ如ク現行犯ノ場合ニハ司法警察官ハ如何ナル裁判所カ管轄裁判所ナルカヲ定メ而シテ犯人ヲ茲ニ送致スヘキ重キ義務アリ又第四十九條第二項第五十三條第二項ニ於テモ司法警察官カ告訴告發ヲ受ケタルトキハ即決ヲ爲ズヘキ場合ヲ除キ其他ハ悉ク管轄裁判所ノ檢事ニ其書類ヲ送致スルモノトセリ故ニ告發ヲ爲スノ義務ナシトス要スルニ搜查權ヲ有スル者ハ告發ヲ爲スコトナク起訴又ハ送致ヲ爲スヘキモノナリ巡查憲兵上等兵ハ第五十二條ノ官吏中ニ包含セララルモノトス

第二 巡查憲兵上等兵カ其職務ヲ行フニ當リ禁錮以上ノ刑ニ該ルヘキ罪ノ現行犯アルコトヲ知リタルトキハ被告人ヲ逮捕シテ速カニ之ヲ司法警察官ニ引致シ口頭ヲ以テ告發スルノ義務アリ此場合ニ被告人ヲ受取リタル司法警察官ハ巡查等ノ逮捕及ヒ告發ノ顛末ヲ聽取シ之ニ付キ調書ヲ作ルヘキモノトス又巡

査憲兵上等兵カ罰金以下ノ刑ニ該ルヘキ罪ノ現行犯アルコトヲ知リタルトキハ罰金ニ該ル罪ニ付テハ檢事ニ拘留又ハ科料ニ該ル犯罪ニ付テハ即決官署ニ之ヲ告發スヘキモノトス(刑事訴訟法第五十八條參照)

第三 告訴及私ノ告發ニシテ義務ニ屬スル場合ハ何人ニ限ラス禁錮以上ノ刑ニ該ルヘキ罪ノ現行犯ニ付キ被告人ヲ逮捕シタルトキ之ヲ司法警察官ニ引致スル能ハスシテ假ニ巡查憲兵卒ニ引渡シタルトキニハ告訴又ハ告發スルノ義務アルモノトス(刑事訴訟法第六十一條參照)又爆發物取締罰則第八十條ニ依レハ該罰則ニ記載シタル重罪アルコトヲ認知シタルトキハ直チニ警察官吏若クハ危害ヲ被ムラントスル人ニ告知スヘキモノトシ若シ之ニ違フ者ハ六月以上五年以下ノ懲役ニ處セラレルモノトス是レ告發ノ義務ヲ負擔セシメタルト同時ニ之ニ制裁ヲ附シタル唯一ノ場合ナリ

告訴告發ヲ受クヘキモノハ檢事及ヒ司法警察官ナリ而シテ告訴ハ犯罪ノ地若クハ被告人所在地ニ於テ之ヲ爲シ告發ハ告發人ノ所在地若クハ犯罪ノ地ニ於テ之ヲ爲スヘキモノトス(刑事訴訟法第五十三條參照)斯ノ如ク土地ノ管轄ニ付テハ明文アル

モ事物ノ管轄ニ付テハ明文ナシ然レトモ檢事ニ告訴又ハ告發ヲ爲ス場合ニハ必ス其事物ノ管轄ニ從ヒテ地方裁判所檢事若クハ區裁判所檢事ニ之ヲ爲スヘキナリ然トモ法律ニ規定シタル地ノ檢事ニ告訴告發セサルモ搜查原因カ無効タルニ非ス只搜查ノ便宜ノ爲メ告訴告發ノ地ヲ定メタルニ過キササルナリ

告訴告發ニシテ上述ノ管轄及ヒ告訴ノ方式ニ違背シタルトキハ如何ナル結果ヲ生スヘキヤト云フニ管轄ニ違背スルトキハ檢事ハ其告訴狀告發書ヲ管轄裁判所ノ檢事ニ送致スヘク又方式ニ違背アルモ搜查官カ犯罪ヲ認知シ搜查ニ著手スルモ毫モ影響スル所ナキナリ然レトモ今日ノ實際ニ於テハ告訴狀告發狀ヲ證據ニ援用スルコトアルヲ以テ管轄及ヒ方式ニ違背シタルトキハ爲メニ議論ヲ生ス管轄ニ違背スルモ別ニ無効タルコトナキモ方式ニ違背シタルトキハ之ヲ證據トスルヲ得サルヘシ

告訴人告發人ノ責任ニ付テハ本法第十三條ニ規定スル所ナリ元來告訴人告發人カ不實ノ事ヲ申告シタルトキハ誣告罪ノ責任ヲ免カレサルハ當然ナレトモ此刑事上ノ責任ノ外ニ惡意ノ場合ハ勿論善意ニテモ訴訟ノ原因告訴人又ハ告發人ノ

重過失ニ出テタルトキハ民事上ノ損害賠償ノ責任ヲ負擔スヘキモノトス民法ニ於ケル過失ハ其輕重ヲ問ハサルヲ原則トスレトモ本法第十三條ハ重過失ニ限リ賠償ノ責任アルモノトセリ是レ輕過失ニ對シテモ責任ヲ負擔スヘキモノトスルトキハ犯罪アルモ告訴發ヲ爲ス者ナキニ至リ法律ニ於テ告訴發ヲ望ムノ主旨ト相反スレハナリ此要償ノ訴ハ私訴ト同シク第二審ノ判決アルマテハ刑事裁判所ニ提起スルコトヲ得又其訴訟手續モ私訴ト同一ニ爲スヘキモノナラン

第一節 現行犯

本法ニ於テハ現行犯準現行犯ハ犯罪自體ノ性質ノ區別ニアラスシテ犯罪發覺ノ状態ニ因リ強制處分ヲ爲スヲ得ヘキ搜查手續ノ標準トナル名稱ナリ即チ犯罪發覺ノ状態ノ名稱ナリ
本法第五十六條ニ依レハ現行犯ニハ現ニ犯罪ヲ行ヒツツアル際ニ發覺シタルモノト之ヲ行ヒ終リタル際ニ發覺シタルモノトアリ後段ノ場合ハ其限界甚々不明ナリ從テ種々ノ議論ヲ生セリ或ハ曰ク現ニ行ヒ終リタル際發覺シタリトハ犯罪事實ト犯人トノ關係ヲ認ムルコトヲ得ル場合ニシテ例ハハ犯人カ犯行ノ後ニ犯

罪ノ場所ヲ去ラサルカ又ハ其場所ヲ去ルモ尙ホ犯人ノ其者タルコトヲ知ルヲ得ヘクシテ之ヲ追捕シ得ルカ如キ場合ナリト此説ハ現行犯ノ發覺ヲ犯人ノ逮捕ニノミ適用スル獨逸治罪法ニ於ケル主義ニハ適當ナルモノナリ然レトモ第五十六條ノ發覺ニハ犯人ノ發覺ヲ要スルモノニアラス本法第四百二十二條ニ於テ豫審判事ハ現行犯アリタルコトヲ知りタル場合ニ於テ其事件急速ヲ要スルトキハ檢事ノ請求ヲ待タス直チニ豫審ニ取掛ルコトヲ得ルモノトナセリ然ルニ此場合ニハ毫モ犯人ノ現在スルコトヲ條件トナサス抑モ法律カ現行犯ノ規定ヲ設ケタルハ事件カ急速ノ處分ヲ要シ若シ通常ノ手續ニ依ルトキハ被告人ハ逃亡シ現在スル所ノ證據ハ消失スルカ故ニ現行犯ノ規定ハ斯ル場合ニ處スル特別ノ手續ナリトス我大審院ノ判例ニ於テモ犯罪ヲ行ヒ終リタル際直ニ發覺シタル事件ハ犯人ノ誰タルコトヲ知ル能ハサル場合ト雖モ現行犯ナリトセリ次ニ現ニ行ヒ終リタル際トハ全ク犯罪行為ニ密接シタル時ヲ謂フモノニシテ發覺當時ニ於ケル犯跡ノ状態カ犯罪當時ノ有様ヲ存スルヤ否ヤノ程度ニ依テ之ヲ區別セサルヘカラス故ニ例ハ他殺ニ出テタル死體ヲ發見シタル場合ニ於テ仍ホ鮮血淋漓トシテ犯人

ノ犯行ヲ終リタルコト遠キニアラサルトキハ之ヲ現行犯ナリト云フヲ得ヘキモ死體ノ腐敗ヲ來タシ既ニ數日ヲ經過シタルカ如キ場合ハ之ヲ現行犯ナリト云フ能ハス又犯跡ノ消散シ易キ場所ニ行ハレタルト否トニ依リ犯罪狀態ノ現行犯タルト否トカ定マルコトアルヘシ要スルニ現行犯ナリヤ否ヤノ區別ハ各場合ニ於ケル發覺ノ狀態ニ依リ之ヲ甄別スル外ナシトス

第五十六條ノ發覺ハ何人ニ限ラス犯人以外ノ者ニ發覺シタル場合ニシテ其一人ニ知レタルト官ノ知ル所トナリタルトニ區別アルコトナシ若シ通常人又ハ巡查ニ發覺スレハ此者ハ犯人ヲ逮捕スルヲ得ヘク司法警察官ニ發覺シタルトキハ逮捕ノ外現行犯ノ處分ヲ爲スヲ得ルト云フニ止マルモノトス而シテ一度現行犯トシテ發覺スルトキハ現行犯ノ手續ヲ繼續スル間ハ之ヲ現行犯トシテ取扱フヲ得ヘキモ一度ヒ其手續ヲ終リタルトキハモハヤ現行犯トシテ之ヲ取扱フヲ得サルモノトス例ヘハ通常人カ現行犯人ヲ逮捕シ司法警察官ノ面前ニ引致スルモ之ヲ釋放シタル後ハ更ニ之ヲ逮捕スルモ現行犯タラス然レトモ司法警察官カ現行犯トシテ之ヲ檢事ニ送致スレハ檢事ハ之ヲ現行犯人トシテ訊問スルヲ得ヘシ

準現行犯ノ場合ハ即チ左ノ如シ

第一 犯人トシテ一人又ハ數人ニ追呼セララルトキ

本條ニ依レハ被告人ヲ公衆カ犯罪人ナリト叫フノミニテモ又ハ叫フコトナクシテ追跡スルノミニテモ準現行犯タリ然レトモ公衆ノ叫喚ハ犯人ヲ目撃シタルヨリ起リタルコトヲ要スルモノニシテ犯人ナリトノ風評ノミヲ以テハ準現行犯トナスヲ得サルナリ

第二 兇器賊物其他ノ物件ヲ携帯シ又ハ身體被服ニ顯著ナル犯罪ノ痕跡アリテ

犯人ト思料スヘキトキ

佛國治罪法ニハ犯罪ノ時ヨリ間モナク正犯又ハ從犯タルコトヲ思料セシムル兇器等ヲ携帯スルトキハ之ヲ準現行犯トセリ然ルニ本法ハ犯罪後數月ヲ經タル後ト雖モ兇器等ヲ携帯シ且不審ノ舉動アリテ犯人ト思料スヘキトキハ現行犯ノ處分ヲ爲スコトヲ得ヘシ又携帯トハ管ニ之ヲ手ニ握有スル場合ノミニ限ラス犯人ノ監督内ニ在ルモノナルトキハ總テ此内ニ包含スヘキモノトス

第三 家宅内ニ於テ犯シタル罪ヲ檢證スル爲メ又ハ其犯人ト思料スヘキ者ヲ逮

捕スル爲メ戸主ヨリ官吏ニ其處分ヲ求メタルトキ
本項ハ佛國治罪法第四十六條ヨリ來リタルモノニシテ同法ニ於テハ一家内ノ
安全ヲ保護スルカ爲メニ之ヲ現行犯ニ進シタルモノナリ故ニ本法ニ於テモ犯
罪ニ因テ侵サレタル一家ノ安全ニシテ既ニ平常ニ復シ數月ヲ經タル後ニ在リ
テハ本項ヲ適用スルコトヲ得サルモノトス

以上ハ我刑事訴訟法ノ認ムル現行犯進現行犯ノ場合ニシテ全ク佛國治罪法ニ倣
ヒタルモノナリ然ルニ現行犯ノ場合ニ於テノミ強制處分ヲ爲シ得ルモノト爲シ
タルハ甚タ狹隘ニ失スルモノニシテ是レ畢竟逮捕ノ處分ト證據保全ノ處分トヲ
混同シタルカ爲メナリ逮捕ノ處分ハ或ハ現行法ノ規定ニ依リテ支障ヲ生セサル
ヘキモ證據保全ノ處分ニ至リテハ獨塊ノ治罪法ノ如ク遲延スルトキハ爲メニ危
險ヲ生スヘキ場合ニ於テハ特別ノ處分ヲ許スヘキヲ至當トシ現行犯ノ場合ノミ
ニ制限スヘキニ非ス

第一 現行犯人ノ逮捕

現行犯及ヒ進現行犯ノ場合ニハ司法警察官、巡查、憲兵、上等兵及ヒ通常人ハ其犯

人ヲ令狀ヲ待タスシテ逮捕スルヲ得ヘシ(刑事訴訟法第五十八條)

第二 現行犯ノ特別處分

現行犯ニ付テハ急速ノ處分ヲ要スルカ故ニ此場合ニハ豫審判事、檢察官、司法警察
官ヲシテ特別處分ヲ爲サシムルモノトス

一 豫審判事ハ檢察官ヨリ先キニ重罪又ハ地方裁判所ノ管轄ニ屬スル輕罪ノ現
行犯(刑法施行法第二十八條以下參照)アルコトヲ知リタル場合ニ於テ其事件急速ヲ要スルト
キハ檢察官ノ起訴ヲ待タス直チニ其旨ヲ通知シ豫審ニ取掛ルコトヲ得此場合
ハ檢察官ノ起訴ナシト雖モ豫審判事ノ檢證調書ヲ作ルヲ以テ公訴ヲ受理シタ
ルモノトス(刑事訴訟法第四百三十二條參照)此處分ハ豫審判事ノ爲ス處分ナルカ故ニ
之ヲ以テ搜查處分ト云フ能ハス第四百四十二條第一項ニモ豫審ニ取掛ル云々
トノ明文アルニ依リテ知ルヘキナリ

豫審判事カ此處分ヲ爲スヲ得ヘキ場合ハ殺人、放火罪ノ如キ檢證ヲ要スル犯
罪ニ限ルモノトス何トナレハ第四百四十二條第二項ニ於テ豫審判事ハ犯所ニ
臨檢シ令狀ヲ發シ其他豫審ノ處分ヲ爲スコトヲ得トアリ第四百四十三條ニ前

條ノ場合ニ於テハ豫審判事檢證調書ヲ作ルヲ以テ公訴ヲ受理シタルモノト
 ストアルヲ以テ豫審判事カ臨檢處分ヲ爲シ其調書ヲ作ルニアラサレハ公訴
 ハ起ラス從テ其他ノ豫審處分ハ全ク無効タルヘケレハナリ而シテ檢證調書
 ヲ作ラサレハ豫審處分ノ無効タル所以ハ法律ノ主旨トスル所檢證ヲ以テ豫
 審判事ノ特別處分ノ條件トナシタルニ因ル然レトモ檢證ヲ爲シタル後ニア
 ラサレハ他ノ豫審處分ヲ爲シ得サルニアラス他ノ處分急速ヲ要スレハ先キ
 ニ之ヲ爲スヲ得ヘキナリ蓋シ第四百四十二條第一項ニ於テ豫審ニ取掛ルコト
 ヲ得トアリテ同條第二項ハ第一項ヲ制限シタルモノト解スル能クハサレハ
 ナリ

豫審判事カ檢證處分ニ著手シタル後其事件親告罪タリ又ハ無罪タルコトヲ
 發見シタルトキト雖モ其儘ニ手續ヲ終了スル能ハス普通ノ場合ト均シク書
 類ヲ檢事ニ送致シ其意見ヲ聽キタル後豫審終結ノ手續ヲ爲ササルヘカラス
 二 檢事司法警察官ノ現行犯ニ對スル處分ハ豫審處分ニ屬スルヤ又ハ搜查處
 分ニ屬スルヤ此論ニ付テハ此處分ハ起訴前ノ處分ナリヤ否ヤニ在リトス而

シテ若シ之ヲ豫審處分ナリトセハ本法第十一條ニ依リ此處分ニ著手スレハ
 公訴ノ時效ヲ中斷スヘク之ヲ搜查處分トセハ時效中斷ノ效ヲ生スルコトナ
 カルヘシ又土地ノ管轄ニ付キ先著手ノ管轄トナルト否トノ差ヲ生ス今各場
 合ニ付キ仔細ニ之ヲ研究スル所アルヘシ第一ニ司法警察官カ第四百七條
 ニ依リ假處分ヲ爲スモ常ニ公訴ノ起ラサルハ明カナルヘシ其故ハ同條第二
 項ニ司法警察官ハ現行犯處分ヲ爲シタル上證憑書類ニ意見書ヲ添ヘ速ニ之
 ヲ管轄裁判所ノ檢事ニ送致スルモノトシ第四百四十八條ニ於テ地方裁判所檢
 事ハ司法警察官ヨリ事件ノ送致ヲ受ケタルトキハ一切ノ書類ニ請求書ヲ添
 ヘ豫審判事ニ送致スヘキモノトセリ而シテ此ノ豫審ノ請求ニ因リ始メテ公訴
 ハ起ルモノトス區裁判所檢事カ司法警察官ヨリ送致ヲ受ケタル場合ニ付テ
 ハ法律ニ規定ナシト雖モ地方裁判所檢事ノ爲スヘキ手續ト異ナルヘキ理由
 ヲ以テ區裁判所ノ公判ニ起訴スヘキモノトス(舊治罪法ニ於テ本法第四百十
 八條第百四十九條ニ相當スル
 第二百六條第百九條ニ於テハ一般ニ檢事ハ云)而シテ第二ニ區裁判所檢事
 云ト規定シテ區裁判所檢事ヲ包含セシメタリ

カ第四百四十四條第四百十六條ニ依リ現行犯ノ處分ヲ爲シタルトキハ其ノ地

方裁判所ニ屬スル事件ナルト區裁判所ニ屬スル事件ナルトヲ問ハス起訴ノ
 效ヲ生セサルモノニシテ區裁判所檢事ハ地方裁判所ニ屬スル事件ニ付キ現
 行犯處分ヲ爲シタルトキハ第四百四十五條ニ依リ證憑書類ニ意見書ヲ添ヘ之
 ヲ地方裁判所檢事ニ送致シ其送致ヲ受ケタル地方裁判所檢事ハ第四百十八
 條ニ依リ豫審請求書ヲ添ヘテ豫審判事ニ送致シ以テ起訴ノ手續ヲ爲ササル
 ヘカラス又區裁判所檢事ハ第四百四十六條ニ依リ區裁判所ニ屬スル事件ニ付
 キ現行犯處分ヲ爲シタルトキニ若シ被告人ヲ勾留シタル場合ニ於テハ三日
 内ニ起訴ノ手續ヲ爲スヘキコトハ同條第二項ノ規定スル所ナリ故ニ此場合
 ニ於ケル區裁判所檢事ノ現行犯處分ヲ以テ起訴アリタル者トナスヲ得サル
 ナリ第三ニ地方裁判所檢事カ第四百四十四條ニ依リ現行犯處分ヲ爲シタル場
 合ニモ公訴ハ起リタルニ非ス第四百四十九條ノ規定ニ依レハ地方裁判所檢事
 ハ何レノ場合ニ於テモ即チ自ラ現行犯處分ヲ爲シタルトキト雖モ輕罪ノ現
 行犯ニ係リ豫審ヲ求ムルニ及ハスト思料シタルトキ直チニ其裁判所ニ訴ヲ
 爲スコトヲ得此場合ニ於テハ現行犯處分ニ依リテ公訴ノ提起セラレタルモ

ノニアラサルコト明白ナリトス且第四百四十九條第二項ニ於テ被告事件罪ト
 爲ラス又ハ公訴受理スヘカラサルモノト思料シタルトキハ如何ナル場合ヲ
 問ハス起訴ノ手續ヲ爲スヘカラストナセリ去レハ現行犯處分ニ著手スルニ
 公訴カ起リタルニアラスシテ其處分ヲ爲シタル後檢事ニ起訴スヘキヤ否ヤ
 ヲ定ムルモノトス右ニ述ヘタルカ如キ理由ナルヲ以テ檢事司法警察官ノ現
 行犯處分ハ起訴前ノ處分ニシテ之ヲ豫審處分ト云フコト能ハス現行犯ニシ
 テ急速ヲ要スルカ爲メニ強制力ヲ用フル所ノ一ノ搜查處分ナリト云ハサル
 ヘカラス

檢事及ヒ司法警察官カ特別處分ヲ爲シ得ル場合ハ臨檢ヲ爲スヘキ場合ニ限
 ルヤ否ヤ即チ第四百四十四條ニ犯所ニ臨檢シトアルハ豫審判事ニ屬スル處分
 ヲ爲スノ條件タルヤ將タ犯所ニ臨檢スルコトハ特別處分ノ一例ヲ示シタル
 モノナリヤ否ヤノ問題アリ臨檢ヲ以テ要件トナスヘシト論スル者ハ曰ク檢
 事司法警察官ニ對シ豫審判事ニ屬スル處分ヲ行フコトヲ許シタル範圍ハ第
 百四十二條第百四十三條ニ依リ豫審判事ニ屬スル職權ノ範圍ト同一ナラサ

ルヘカラス豫審判事カ檢事ノ請求ナクシテ現行犯ノ處分ニ取掛ルハ犯所ニ臨檢スル場合ノミニ限ラレ檢事司法警察官カ豫審判事ニ屬スル權利ヲ執行スルニ當リ之ヨリ廣キ職ヲ有スルモノトナスハ權衡ヲ得タルモノニアラス第四百四十四條ニ第四百四十二條ト同シク犯所ニ臨檢シ云々ノ明文アル上ハ臨檢ハ此特別處分ノ條件ナリト云ハサルヘカラスト之ニ反對スル者ハ曰ク地方裁判所檢事カ區裁判所檢事又ハ司法警察官ヨリ現行犯ノ被告人ヲ受取リタルトキハ第四百四十八條第二項ニ依リ二十四時間内ニ之ヲ訊問シ勾留狀ヲ發スルコトヲ得ルナリ此場合ニ於テ地方裁判所檢事ハ自ラ犯所ニ臨檢セサルニ拘ハラズ被告人ヲ訊問スル權ヲ有ス而シテ他ヨリ現行犯人ヲ受取リタル場合ト自ラ現行犯處分ニ著手シタル場合トハ毫モ其手續ヲ異ニスヘキ理ナシ又第四百四十八條第二項ハ地方裁判所檢事ニ限リ被告人ヲ訊問スルノ權ヲ與ヘタルモノニアラス抑モ現行犯處分ヲ檢事ニ爲サシムル所以ハ事現行犯ニ係ルヲ以テ急速ノ處分ヲ要スルカ爲メナリ即チ第四百四十八條ハ地方裁判所檢事カ爲スヘキ現行犯處分ノ一部ノ手續トシテ訊問勾留ノコトヲ規定

セシモノナリ

此規定ヲ以テ現行犯處分ノ一部ノ手續ヲ示スニ過キストセハ地方裁判所檢事カ被告人ヲ受取リタル場合ニ於テ訊問勾留ヲ爲スノ權ハ法律カ現行犯ニ關スル變例ノ處分トシテ檢事ニ與ヘタル第四百四十四條ノ職權ノ範圍ニ包含セラルルモノトナササルヘカラス既ニ第四百四十四條ハ此職權ヲ包含スルモノトセハ同條ニ於テ臨檢ヲ要件トセサルコトハ明カナル所ナルヘシ而シテ區裁判所檢事ニ付テハ現行犯ノ被告人ヲ受取リタル場合ニ付テハ第四百四十八條ニ相當スヘキ規定ナシト雖モ區裁判所檢事ニハ第四百四十八條ヲ準用シ訊問勾留ノ權アリト云フヘシ若シ此權ナシトセハ區裁判所檢事ハ現ニ被告人カ引致セラレテ其目前ニアルニ拘ハラズ犯罪事實ノ概略ヲモ取調フル方法ナカルヘキヲ以テ何ニ由リテ其起訴不起訴ヲ決スルヲ得何ニ由リテ事件ノ管轄ヲ定ムルヲ得ンヤ地方裁判所檢事ノ如ク明文ヲ設ケサルハ區裁判所ノ事件ハ豫審ヲ要セサルカ故ニ舊治罪法第二百六條ヨリ之ヲ除キタルニ過キサルナリ而シテ檢事ニシテ右ノ如クナレハ之ト同一ノ權限ヲ付與セラレ

タル司法警察官カ現行犯人ヲ巡查等ヨリ受取リタルトキハ第四百四十七條ノ處分ヲ爲スヲ得ヘシ此場合ニハ自ラ臨檢ヲ爲シタルニアラサルモ其訊問ヲ爲スヲ得ヘク自ラ現行犯アルコトヲ知リタル場合ト異ナルコトナカルヘシ要スルニ第四百四十二條ノ豫審判事ノ特別處分ハ必ス臨檢セサルモ第四百四十四條以下ノ檢事司法警察官ノ職權ハ獨立ノ權利ニシテ第四百四十二條ト同一ノ規定ニアラスト然ルニ臨檢ヲ以テ要件トナス論者ハ之ヲ駁シテ曰ク地方裁判所檢事カ第四百四十八條ニ依リ自ラ犯所ニ臨檢セサルモ被告人ヲ訊問スルコトハ第四百四十五條第四百四十七條ニ依リ區裁判所檢事又ハ司法警察官ヨリ被告人ヲ受取リタル場合ノ手續ヲ規定シタルモノニシテ此場合ニハ地方裁判所檢事ハ自ラ犯所ニ臨檢セサルモ其補助者タル區裁判所檢事又ハ司法警察官カ既ニ犯所ニ臨檢シタルヲ以テ自ラ臨檢シタルト同一ニシテ又區裁判所檢事カ司法警察官ヨリ被告人ヲ受取リタルトキニ第四百四十八條第二項ノ如キ規定ナキモ之ヲ訊問スルコトヲ得ルハ此場合ニハ既ニ司法警察官カ犯所ニ臨檢シテ現行犯處分ヲ爲シタルカ故ニ即チ自ラ臨檢シタルト同一ナ

ルヲ以テ第四百四十八條ニ依リ訊問權ヲ有スヘク要スルニ第四百四十八條ノ規定ハ此等ノ爲メニ臨檢ヲ要スヘキモノト解釋スルノ妨ケトナルモノニアラスト我大審院判例ハ以前ニ於テハ臨檢ヲ要セストノ解釋ヲ採リタルモ明治三十一年三月刑事聯合部ノ判決ヲ以テ其判例ヲ變シ第四百四十四條ニハ明カニ犯所ニ臨檢シタルヲ以テ犯所ニ臨檢シタル場合ニ限ルヘキモノナリト變更シタリ然レトモ第四百四十八條第二項ニ於ケル地方裁判所檢事ノ訊問權ハ臨檢ヲ要件トセス又區裁判所檢事モ第四百四十八條第二項ノ地方裁判所檢事ト同一ノ權アリトナセリ

余輩ハ臨檢ヲ要件トセサルヲ以テ解釋ノ當ヲ得タルモノト信ス若シ之ヲ以テ要件トナセハ犯所ニ臨檢シ其他豫審判事ニ屬スル處分ヲ爲スヲ得云々トアルカ故ニ臨檢ヲ爲シタル場合ニモ先ツ臨檢ヲ爲シタル上ニアラサレハ其他ノ處分ヲ爲スコトヲ得ス被告カ犯所ヲ去テ自首シ來リタル場合又ハ被害者カ死ニ瀕スル場合ノ如キハ直チニ被告人又ハ證人ヲ訊問スルヲ以テ利アリトナスニ拘ハラス之ヲ放擲シテ臨檢ノ處分ヲ先ニセサルヘカラサルカ如

キ結果ヲ生スルハ是レ急速ヲ要スル事件ニ對スル處分トシテ法律ノ精神ヲ得タルモノトハ稱スヘカラサルナリ今日ノ大審院判例ニ於テハ檢事ノ現行犯處分ハ先ツ以テ臨檢ヲ爲シ其引續トシテ他ノ豫審判事ニ屬スル處分ヲ爲スヲ得トシ其間ニ數日ヲ隔タルトキノ如キハ後ノ處分ハ之ヲ無効トセリ是レ臨檢ヲ條件ト論シタル當然ノ結果タリ

公訴ノ提起ニハ二個ノ主タル方式アリ即チ一ハ豫審ヲ求ムル方式ニシテ一ハ直チニ公判ニ訴ヲ起スノ方式是ナリ而シテ其如何ナル事件ハ豫審ヲ求ムヘキヤニ付テハ第六十二條ニ之ヲ規定セリ

第一 重罪ト思料シタル事件(刑法施行法第二八條以下參照)ニ付テハ地方裁判所檢事ハ常ニ豫審ヲ求ムヘクシテ豫審ヲ經ルヲ以テ其ノ必要條件ナリトス重罪ト俱發シタル他ノ罪ニモ此ノ必要條件ハ延長スルモノトス而シテ重罪事件ノ罪名ヲ付シテ直チニ公判ニ訴ヲ爲シタルトキハ第二百三十五條ニ依リ公訴ヲ公判ニ於テ受理セストノ判決ヲ爲スヘキニアラスシテ第二百四十一條第一項ヲ準用シ豫審判事ニ送付スルノ決定ヲ爲スヘキモノトス蓋シ重罪事件ニアラサルコトカ公

判ヘ訴ヲ提起スルノ必要條件ニアラスシテ只重罪事件ハ豫審ヲ經ルヲ以テ必要條件ト爲スノ法意ナレハナリ

第二 輕罪ト思料シタル事件(以下參照)ニ付テハ其輕重難易ニ從ヒ豫審ヲ求ムルカ又ハ直チニ公判ニ訴フルヲ得ヘシ此場合ニハ地方裁判所檢事ハ選擇ノ專權ヲ有スルモノトス此輕重難易ハ事實證明ノ輕重難易ヲ云フ

第三 區裁判所ノ管轄ニ屬スル罪ト思料スルトキハ地方裁判所檢事ハ其事件ヲ區裁判所檢事ニ送致セサルヘカラス
此公訴提起ノ方式ニ關シ豫審ヲ求ムルモノト公判ニ付スルモノトニ共通スル條件ヲ舉クレハ即チ左ノ如シ

第一 起訴ハ書面又ハ口頭ヲ以テ爲スヲ得ルコト
法律ニ於テハ起訴ノ方式ヲ定メタル規定ナケレハ必スシモ書面ヲ要件トセス然トモ一定ノ所爲ニ付一定ノ被告人ニ對シ有效ノ起訴アリタルヲ證スル爲メ書面上ノ證明ヲ要ス故ニ口頭ヲ以テスルトキハ認廷ニ於テ起訴シ之ヲ公判始末書ニ記載セシムルヲ得ル場合ニ限ル

第二 一定ノ被告人ヲ指定スルコト

裁判所ノ審理裁判ハ檢事ノ指定シタル所爲及ヒ人ニ制限セララルルコトハ彈劾方式ノ結果ナリトス從テ本法ニ於テハ檢事ハ起訴ヲ爲ス當時一定ノ被告人ヲ指定セサルヘカラス若シ之ヲ指定セザルトキハ起訴ハ其效ナキナリ然ルニ檢事カ直チニ公判ヘ起訴スル場合ニハ第二百十三條ノ規定アルカ爲メ一定ノ被告人ヲ指定スルコトニ付テ爭ナシト雖モ檢事カ豫審ヲ求ムル場合ニ於テモ從來人論及ヒ事件論ニ岐レ大ニ議論ヲ戰ハシタル所ナリ事件論ヲ主張スル者ハ曰ク檢事カ豫審ヲ求ムルハ事件ニ付テ豫審ヲ求ムルモノナレハ一定ノ被告人ヲ指定スルヲ要セス本法第六十七條ニ於ケル檢事ノ請求ナリ文字ニハ一定ノ被告人ナルコトヲ包含セスシテ事件ノミヲ指シタルモノナリ本法第四百二十二條ニ依リ豫審判事カ檢事ヨリ先ニ現行犯アルコトヲ知リタルトキハ檢證調書ヲ作ルヲ以テ起訴アリタルモノトス然ルニ現行犯ハ犯人ノ誰タルヤヲ知ル能ハサル場合ト雖モ均シク現行犯タルヲ失ハスシテ此場合ニハ事件ノミニテ公訴ヲ提起セララルルモノナリ既ニ第四百四十二條ニシテ然ル以上ハ起訴ノ專權ヲ

有スル檢事ニ於テモ亦被告人ヲ指定セスシテ豫審ヲ求ムルヲ得サルヘカラサルハ當然ナリ本法第十一條ニ於テ起訴ハ未タ發覺セサル正犯從犯ニ對シテモ其時効ヲ中斷スヘキ旨ヲ規定シタルハ即チ檢事ノ起訴ノ事件ニ對スルモノナルコトヲ證スル一例ニアラスヤ若シ起訴ニハ一定ノ人ヲ要ストセハ豫審判事ハ證人ヲ取調フルニ當リ其正犯タルコトヲ發見スルモ檢事ノ請求ヲ待ツニアラサレハ之ヲ被告人トシテ訊問シ勾留スルヲ得ス又家宅搜索ニ因リテ第三者ノ共犯タルコトヲ發見スルモ直チニ之ヲ被告人トシテ訊問勾留スル能ハスシテ徒ラニ其逃走ノ機會ヲ與フルノ結果ヲ生スヘシト事件論者ハ斯ノ如ク檢事カ被告人甲ニ對シ起訴スルモ其起訴ハ甲ニ對スルノミニ起訴ニアラスシテ其共犯全體ヲ含ムモノトシ豫審判事ハ檢事ノ請求ナキモ其共犯乙丙ヲ發見スルトキハ其ノ發見スルニ從ヒ直チニ之ヲ審理裁判スルヲ得ルモノトシ又被告人甲カ人違ナルコトヲ發見セハ之ヲ放擲シ眞ノ犯人タル乙ニ就キ直チニ取テ以テ審理裁判スルコトヲ得ルモノトナセリ然レトモ是レ明カニ彈劾方式ヲ採リタル本法ニ背反スルノ說ニシテマタ裁判所ノ威信ヲ失墜スルモノト云ハサルヘ

カラス事件論者ノ引用セル第四百四十二條ノ如キハ事件論ヲ採用シタル舊治罪法ノ遺物ニシテ彈劾方式ノ例外タルモノナリ此ノ例外ニ基キ全クソノ性質ヲ異ニスル檢事ノ起訴ニ推及論斷スルハ失當モ亦タ甚シト云フヘシ又第十一條ノ如キハ時効ノ中斷ニ限り例外トシテ他ノ共犯ノ中斷ニ效ヲ及ホスモノナリト解スルヲ至當トシ之レヲ以テ直チニ起訴ノ效ハ常ニ共犯全體ニ及フモノナリト斷定スヘカラサルナリマタ事件論者ノ憂フル所ノ結果ハ是レ本法ニ於テ豫審ノ進行中豫審判事ニ他ノ犯罪又ハ共犯ヲ發見シ猶豫スヘカラサル時ニ當リテハ證據保全ノ處分ヲ爲サシムル權限ヲ付與セサルノ缺點ニ屬シ其ノ責ハ立法者ニ於テ負ハサルヘカラサル所ニシテ解釋ヲ以テ之レヲ救済スルヲ得サルナリ事件論者ノ如ク人ヲ指定セスシテ起訴スルヲ得ルトスルモ豫審終結ノ際ニハ一定ノ被告人ヲ定メ之レニ對シ或ハ公判ニ付シ或ハ免訴スルノ決定ヲ言渡ササルヘカラスシテ裁判ハ一定ノ被告人ニ對シテ與フルモノナレハ裁判ト其ノ目的ヲ同ウスル所ノ起訴ハ事件ヲ以テスルコト能ハス事件ニ對シ裁判ヲ言渡ス能ハサレハ寧ロ起訴ノ初メヨリ被告人ヲ特定スルヲ以テ優レリトス

ルハ極メテ看易キノ理ナリトス而シテ我大審院ニ於テモ始メハ事件論ヲ採リタルモ近來ハ人論ヲ採ルニ至リ起訴ニハ必ス被告人ヲ指定スルヲ要スルモノトシ唯タ現行犯ノ場合ニハ豫審判事カ檢證調書ヲ作りタル場合ナルト檢事ノ起訴スル場合ナルトヲ問ハス被告人ヲ指定スルヲ要セサルモノトセリ然レトモ判例ニ於テ現行犯ノ場合ニ於テ檢事ノ起訴ニモ被告人ノ指定ヲ要セストスルハ失當ナリ

第三 一定ノ所爲ヲ指定スルコト

一定ノ所爲ヲ指定セサレハ如何ナル犯罪ヲ起訴シタルヤヲ知ル能ハサルカ故ニ之ヲ指定セサルヘカラサルコトハ爭ナキ所ナリ然レトモ本法ニ於テ所爲ヲ指定スル方法ニ付キ一定ノ犯罪事實ヲ詳細ニ記載スヘシトノ規定ナキヲ以テ起訴狀ニハ唯罪目ノミヲ表示スレハ足り必スシモ其罪狀事實ヲ之ニ詳記スルヲ要セストセリ是ニ於テカ起訴ニ係ル所爲ノ範圍如何ノ問題ヲ生ス此問題ニ付テハ起訴狀ニ掲タル罪名ニ合マルル事實ニシテ起訴狀ノ附屬タル搜查書類中ニ包含セラハルモノナリセハ總テ起訴ニ係ル事實ナリト爲ササルヘカラス

蓋シ檢事ハ犯罪行為ナリトスル事實ニ付キ起訴スルモノニシテ其附スル所ノ罪名ハ單ニ其事實ヲ表示スルニ過キサレトモ起訴ハ犯罪行為ナリトスル事實ヲ指定スルコトヲ要スルカ故ニ縱令被告人ニ多數ノ犯罪行為アリト査書類中ニ顯レ居ルモ其行為カ檢事ノ請求中ニ包含セラレサルニ於テハ起訴ノ請求アリタルモノト爲スヲ得ス

以上ノ要件ノ外起訴ヲ爲スニハ公訴ヲ受クヘキ裁判所公訴ヲ提起スル原告官及ヒ豫審ヲ求メ又ハ公判ニ訴ヲ提起スル旨及ヒ請求スル所ノ事由ヲ記載スヘキハ勿論ナリトス然レトモ其他ニ獨逸治罪法ノ如ク犯罪事實ニ對スル刑法ノ適條證據方法等ヲ記載スルノ必要ナキナリ

第二章 豫審

第一節 豫審ノ性質

豫審手續ハ被告事件ヲ公判ニ付スヘキヤ免訴スヘキヤヲ定ムル爲メ材料ヲ蒐集スル下調手續ナリ豫審手續ノ性質ハ其實質ニ於テ搜查ノ繼續ニシテ其形式ニ於テハ裁判所ノ審理處分ナリ故ニ豫審ノ手續モ彈劾方式ニシテ只糾問ニ傾クニ止

マルモノトス然ルニ豫審ヲ以テ全然糾問方式ナリト爲スハ誤ナリ此說ヲ爲スモノハ豫審手續ニハ只一箇ノ訴訟主體アルノミニシテ檢事及ヒ被告人ハ證據調ノ請求ヲ爲シ豫審判事ニ注意ヲ促スヲ得ルモ豫審判事ヲ拘束スルノ訴訟上ノ處分ヲ爲ス能ハサルカ故ニ眞ノ當事者タルノ地位ヲ有スルモノニ非スト爲セリ然レトモ現行法ハ獨逸治罪法ニ倣ヒ豫審ノ請求ヲ以テ訴ノ提起ト爲シタル以上ハ此時ヨリ既ニ當事者ノ存在アリ又被告人モ單ニ糾問ノ目的ニ非スシテ證據ノ集取ヲ請求シ(刑事訴訟法第 九一條參照)或ル豫審處分ニ立會フ權ヲ有スルト(刑事訴訟法第 一〇八條參照)檢事ニ於テ被告人ヨリ優等ノ權利ヲ有スルト(刑事訴訟法第 一七二條參照)ニ依リ明ナリ斯ル訴訟上ノ權利ヲ認メタルニ拘ハラス之ヲ糾問ト爲スハ非ナリトス唯豫審判事ノ計畫ニ從ヒテ密行シテ行ハルルモノナルカ故ニ當事者ハ公判ニ於ケルカ如ク充分ノ働ヲ爲ス能ハサルニ止マル豫審ハ如斯其形式彈劾ナレトモ其實質ハ糾問ニ傾キ搜查手續ノ引續キナルコトハ豫審ノ目的ト異ル所ナキヲ以テ之ヲ知ルヘキナリ故ニ各事件ニ付キ搜查ヲ完全ニ爲ストキハ豫審ヲ不必要ナラシム搜查ヲ或ル程度ニ止ムレハ豫審ノ必要ヲ生ス故ニ其實質ヨリシテ搜查ト豫審ノ限界ハ一定セ

ス各事件ノ模様ニ於テ之ヲ定メサルヘカラス

第二節 豫審ノ目的

豫審ノ目的ハ被告人ノ犯罪所爲ニ付キテ下調ヲ爲シ被告事件ヲ公判ニ付シ其證據調ヲ準備スヘキヤ將タ被告人ヲ免訴シ訴訟ヲ終了スヘキヤヲ決スルニ必要ナル限度マテ事實ノ關係ヲ明確ニスルニアリ故ニ豫審ハ公判ノ準備手續ナリ若シ公判ニ於テ豫審處分ノ如キ手續ヲ爲スモノトセハ煩雜ニ堪ヘス而シテ公判ノ準備タル豫審ハ訴訟手續ノ重要ナル段階ヲ成スモノニアラスシテ訴訟ノ燒點ハ公判ニ在リトス換言スレハ公判ヲ準備スル手續ハ眞ノ訴訟ニアラス公判ノ豫備辯論カ即チ眞個ノ訴訟ニシテ且眞實ヲ得ルノ基礎タルモノナリ是レ本法ニ於テ直接審理主義ヲ採リタル當然ノ結果ナリトス是ヲ以テ豫審ニ在テハ公判ノ審理殊ニ其證據調ヲ妨クヘカラス元來裁判ニ必要ナル事項ハ總テ公判ニ於テ直接ニ終局ノ確定ヲ爲スヲ本則トスルカ故ニ豫審ニ於テハ總テノ證據材料ヲ集取シ盡シ公判ニ於テハ單ニ其取調ヲ反覆スルニ過キテラシムルヲ以テ其目的トナスヘキモノニアラス斯ノ如キ豫審ハ畢竟其目的ノ範圍ヲ超過スルモノニシテ爲メニ訴訟ヲ遲延シ公判ヲ無視シ公判審理ノ結果ヲシテ正確ナラシムルコトヲ害スルモノナリ

第三節 豫審判事ノ地位

豫審ハ糾問ニ傾クモノナレハ豫審ノ處分ハ當事者ノ申立ニ關係ナク進行スルモノニシテ豫審判事ハ獨立シテ其意見方針ニ從ヒ豫審ノ目的ヲ實行スルモノトス豫審ノ目的ノ範圍及ヒ檢事カ指定シタル訴ノ範圍ニ付テハ豫審判事ノ必要ナリト信スル所ニ從テ取調ヲ爲スヲ得ヘク其取調ノ順序モ亦自由ニ之ヲ定ムル事ヲ得ヘシ右ノ如ク豫審判事ハ豫審ノ主働者ニシテ且獨立ノモノナリ是ヲ以テ豫審判事ハ公判ノ受命判事又ハ受託判事ニアラス故ニ第百八十四條第二項第百九十五條第一項第百四十一條第一項ノ場合ニ於テ豫審判事カ公判ヨリ事件ノ送致ヲ受ケタルトキニ於テモ豫審判事ハ獨立シテ豫審ヲ爲シ通常ノ手續ニ從テ豫審終結ヲ爲シ免訴ヲモ爲スコトヲ得ヘシ

豫審判事ハ常ニ其處分ヲ自ラ直接ニ爲スヲ原則トス然レトモ管轄區域外ニ於テ處分ヲ爲スヲ要スル時ハ囑託ノ方法ニ依ラサルヘカラス又其管轄區域内ニ於テ

モ臨檢、搜索、差押、證人訊問ノ處分ヲ區裁判所判事ニ囑託スルコトヲ得ヘシ(刑事訴訟法第一條第一項參照)而シテ此ノ囑託判事ハ豫審判事ニアラス又其代理者ニモアラスシテ即チ單ニ各個ノ豫審處分ニ付テ豫審判事ヲ補助スルモノタルニ止マレリ豫審判事ハ他ノ豫審判事又ハ區裁判所判事ニ其處分ヲ囑託スルコトヲ得レトモ司法警察官ニ對シテハ命令ヲ下スコトヲ得サルモノトス

第四節 豫審ノ終結

豫審終結ノ手續ハ事件ヲ豫審ヨリ公判ニ移ス中間ノ手續ナリ此中間ノ手續ニ付テハ裁判所ノ裁判ヲ以テ公判ニ付スルノ法制ト裁判ヲ爲スコトナク檢事ノ訴狀ニ依テ公判ニ移スノ法制トアリ埃國治罪法ハ蘇格蘭土ノ法制ニ從ヒ豫審終結ノ決定ヲ爲サス豫審判事ヲ豫審ヲ十分ナリトセハ訴訟記録ヲ檢事ニ送致シ檢事ハ之ヲ拋棄スルト否トハ其隨意ナリ埃國ノ立法者ハ之ヲ以テ彈劾ニ適スルモノトセリ然レトモ又檢事ノ意見ノミヲ以テ公判ニ付スルノ法制ハ被告人ヲ不安ノ地位ニ置クモノタリ何トナレハ檢事カ訴狀ヲ提出シテ公判ニ付スル場合ニ於テ被告人ハ公開セル公判ニ於テ被告タルノ地位ニ立ツハ被告人ヲ保護スルニ於テ缺

クル所アレハナリ是ヲ以テ獨逸ノ治罪法ニ於テハ三人ノ判事ヲ以テ組織スル部ヲシテ公判開始ノ決定ヲ爲サシメ又我刑事訴訟法ニ於テハ佛國治罪法ニ倣ヒ豫審判事ヲシテ豫審終結ノ決定ヲ爲サシムルコトトセリ此法制ハ被告人ニ對スル保證ニ重キヲ置キタルモノニシテ被告人カ公廷ニ立テ防禦スルハ一種ノ惡報ナレハ之ヲ檢事ノ意見ニ一任セシメサルノ趣意ナリトス
現行法ニ於ケル豫審終結ノ手續ハ即チ左ノ如ク區別セラレ

第一 檢事ノ意見ヲ求ムルコト

豫審ノ終結ハ豫審判事ニ依テ行ハルルモノナレハ其終結ノ時期ハ豫審判事ノ思料ニ因テ定マルモノトス而シテ豫審終結ノ處分ニ付キ檢事ノ意見ヲ求ムルモノトシ檢事ハコノ訴訟記録ニ意見ヲ付シ三日内ニコレヲ豫審判事ニ還付ス抑モ如此檢事ニ意見ヲ求ムルハ檢事カ豫審ノ請求ヲ爲シタル趣旨ハ嫌疑十分ナレハ公判ニ付スルコトヲ求ムト云フニ在ルヲ以テ此條件カ充サレタルヤ否ヤニ付キ檢事ノ意見ヲ述フルハ豫審請求ノ趣旨ニ適合スルカ爲メナリ故ニ豫審ノ請求ニ對シ條件付起訴又ハ間接ノ起訴ト稱ス次ニ豫審判事ハ檢事ニ意見

ヲ求メタル後ニ於テモ或ル豫審處分ヲ必要ト爲ストキハ檢事ノ請求ナシト雖モ自ラ其取調ヲ爲スコトヲ得蓋シ豫審終結決定ヲ爲ササル間ハ未タ豫審處分ノ結果ヲ告クルニ非サレハナリ

第二 豫審判事終結決定ヲ爲スコト

豫審ノ終結決定ハ被告人ニ十分ナル嫌疑アルヤ否ヤヲ決スルモノナリ然ルニ其終結決定ノ材料タル所ノモノハ豫審調書其他搜查書類ニシテ即チ書面審理ニ依リテ決定セラル而シテ終結ヲ爲スヘキ範圍ハ檢事ノ起訴ニ依テ一定シタル被告人及ヒ其所爲ニ制限セラルヘシ現行犯ノ場合ニ於テハ豫審判事カ檢證調書ヲ作ルヲ以テ起訴アリタルモノトナスカ故ニ被告人ノ一定セサルコトアルモ豫審ノ終結ヲ爲スニ當リテハ豫審判事ハ亦被告人ヲ一定セサルヘカラス豫審終結ハ書面審理ニ依ルモノナルヲ以テ被告人逃走シテ其所在分明ナラサル場合ニハ闕席ノ儘ニテ終結ヲ爲スコトヲ得ヘシ然ルニ之ニ付テハ異説ヲ唱フル者アレトモ豫審判事カ被告人ニ對シ召喚狀又ハ勾引狀ヲ發シタルニ拘ハラズ被告人カ裁判所ニ出頭セス又ハ其所在ヲ晦マシテ勾引スルコト能ハサル

トキハ遲怠ノ責ハ被告人ニ在ルヲ以テ豫審判事ハ之カ爲メニ終結ヲ爲スノ權ヲ奪ハルルノ理由ナク且公判ニ於テハ如何ナル犯罪ニ對シテモ闕席判決ヲ爲スコトヲ得ルヲ見レハ豫審ニ於テモ亦如何ナル犯罪ニ付テモ被告人ノ闕席ニ關セス終結決定ヲ爲スヲ得ルノ一證ナリト云ハサルヘカラス
豫審終結決定ノ種類ハ即チ左ノ如シ

一 管轄違ノ決定(刑事訴訟法第一六四條參照)

管轄違ノ終結決定ヲ爲シタルトキハ時効中斷ノ效力アルノ外豫審處分ハ全部無効ニ屬スヘシ是レ第十二條ニ依テ明カナル所タリ然レトモ令狀ノ效力ハ尙ホ存スルコトヲ得ヘク又新ニ之ヲ發スルコトヲ得ヘキナリ

二 免訴ノ決定(刑事訴訟法第一六五條參照)

免訴ノ決定ヲ爲スヘキ場合ハ第六十五條ニ列記シタル場合ノ外告訴ヲ待テ受理スヘキ事件ニ付テ告訴ノ拋棄アリタル場合及ヒ犯罪ノ後頒布アリタル法律ニ依リ其刑ヲ廢止シタル場合其他訴訟ノ條件ヲ缺キ又ハ起訴ノ手續無効ニ屬スルニ因リ公訴不受理トナルヘキ場合ニ於テモ亦免訴ヲ言渡ササ

ルヘカラス蓋シ第百六十九條第三項ニ於テ免訴ノ言渡ヲ爲スニハ公訴ノ受理スヘカラスアルコト及ヒ其原由ヲ明示スヘシトアルニ依リ豫審免訴ノ言渡中ニハ第六條公訴權ノ消滅スヘキ場合及ヒ公訴不受理ノ場合ヲモ包含スルモノト知ルヘシ

三 公判ニ付スルノ決定

公判ニ付スルノ決定ニニアリ左ニ之ヲ分説スヘシ

甲 區裁判所ノ公判ニ付スルノ決定(刑訴法第六條參照)

被告事件違警罪(刑施二八以下參照)ナリト思料シタルトキハ區裁判所ニ移スノ言渡ヲ爲スモノトス區裁判所ニ移スノ言渡ヲ爲スハ豫審判事ノ屬スル地方裁判所管内ノ區裁判所ニ於テ土地ノ管轄ヲ有スルトキノミニシテ土地ノ管轄カ他管轄ノ區裁判所ニ屬スルトキハ管轄違ノ言渡ヲ爲ササルヘカラス又豫審判事ハ第百六十六條ニ依リ違警罪ト思料スルトキハ區裁判所ニ移ス決定ヲ爲スヘキモノナルカ故ニ檢事カ始メヨリ違警罪ノ罪名ヲ附シテ豫審ヲ求ムルモ管轄ノ言渡ヲ爲スヲ得スシテ必ス區裁判所ニ移スノ言

渡ヲ爲ササルヘカラス

區裁判所ニ移ス決定ハ權利拘束ノ效力ヲ消滅セシメサルカ爲メニ爲ス故ニ此決定アリタルトキハ其被告事件ハ區裁判所ニ繫屬スルモノトス然レトモ豫審判事ノ區裁判所ニ移スノ決定ハ訴訟ヲ進行セシムル效力ヲ有スルニ止マルヘキヲ以テ區裁判所ハ其決定ニ羈束セララルコトナク其事件ノ重罪若クハ輕罪ナリトナストキハ之ニ對シテ管轄違ノ言渡ヲ爲スコトヲ得ヘシ此區裁判所ノ管轄違ノ判決確定シタルトキハ地方裁判所檢事ハ更ニ同一ノ犯罪ニ付キ同一ノ被告人ニ對シ豫審ヲ求ムルヲ得ヘシ是レ區裁判所ニ移シタル訴訟ハ其管轄違ノ確定判決ニ依リテ終了シタルモノニシテ地方裁判所檢事ノ新ニ豫審ヲ求メタル事件ハ全ク別個ノ訴訟ト云フヘク區裁判所ニ移ス決定ハ他ノ訴訟ニ對シ一事不再理ノ效力ヲ有スルモノニ非サルヲ以テナリ而シテ地方裁判所檢事カ新ニ豫審ヲ求メタルトキハ豫審判事ハ再ヒ之ヲ區裁判所ニ移スヲ得ス何トナレハ此場合ニハ區裁判所ノ管轄違ノ確定判決ノ效力トシテ區裁判所ニ於テ同一事件ヲ同一ノ

状態ニ於テ受理スルヲ得スシテ豫審判事モ此確定判決ニ羈束セラルルモノナレハ其違警罪ヲ地方裁判所ノ公判ニ付シ第二百四十條ニ依リ地方裁判所ハ判決ヲ爲スヘキモノトス

乙 其地方裁判所ノ公判ニ付スルノ決定(刑六七條參照)

豫審判事ハ違警罪以外ノ罪ナリト思料シタルトキハ其裁判所ノ公判ニ付スルノ言渡ヲ爲スモノニシテ被告人勾留ヲ受ケタル場合ニ於テ罰金ノ刑ニ該ルモノト思料シタルトキハ釋放ノ言渡ヲ爲ス同一ノ被告ニ對シ違警罪ト他罪ト俱發シタルトキハ共ニ之ヲ其地方裁判所ノ公判ニ付ス

豫審終結決定ノ種類ハ以上述フル所ノ如シ而シテ終結決定ノ内容ハ免訴シ又ハ公判ニ付スル言渡ノ外尙ホ事實上及ヒ法律上ノ理由ヲ付セサルヘカラス

(刑事訴訟法第一六九條第一七〇條參照)

豫審終結決定ノ正本ハ速ニ檢事及ヒ被告人ニ送達ス是レ豫審ハ書面審理ナレハ此送達ニ依テ始メテ決定ハ成立スルモノナレハナリ(刑事訴訟法第一七一條參照)免訴又ハ管轄違ノ豫審終結決定ニ對シテハ檢事ニ於テ控訴院ニ抗告ヲ爲スコ

トヲ得ヘシ(刑七二條參照)

豫審終結決定ノ效力ハ左ノ如シ

一 免訴ノ決定ニハ種々ナル場合アレハ效力モ從テ異ル所アリ第六十五條第二號以下ノ場合ニハ公判ニ於ケル無罪免訴ノ確定判決ト同シク一事不再理ノ效力ヲ生ス(刑事訴訟法第一七五條第一項參照)起訴力不適法ナルトキハ公訴不受理ノ確定判決ト均シク其欠缺シタル條件ヲ具ヘ再ヒ起訴スルヲ得ヘシ犯罪ノ證據十分ナラサルニ依ル免訴ノ決定ハ一種ノ條件付確定力ヲ有ス是レ茲ニ論セントスル所ナリ第七十五條但書ニ依リ新證據アルトキハ再ヒ訴ヲ爲スコトヲ得ルモノハ證據不十分ニ因ル免訴ノ決定ニ限ラルルコトハ第二百二十四條第六號ニ於テ此場合ニ限リ事實參考人ト爲スノ規定アルニ依リテ明ナリ而シテ此決定ノ效力ニ付テハ由來正反對ナル二個ノ學說アリ第一說ハ此決定ノ效力ヲ無罪免訴ノ確定判決ノ效力ト同一視シ確定判決ニ對シ新證據ニ基キ再審ヲ爲スヲ得ルカ如ク此決定ニ對シテモ新證據ニ依リ再訴ヲ許スト爲スモノナリ第二說ハ此決定ノ效力ハ檢事ノ不起訴處分ト同一ニシテ何時

ニテモ之ヲ翻シ再ヒ之ヲ起訴スルヲ得ヘキ性質ノモノナリ唯再訴カ正當ナルコトヲ裁判所ニ認メシムル爲メニ法律ニ於テハ新證據ヲ要スト爲シタルモノナリト云フニ在リテ兩説共ニ極端ニ失スルモノナリ案スルニ此決定ハ被告人ニ對スルト檢事ニ對スルトニ依リ其效力ヲ異ニスル所アリ被告人ハ全然無罪ノ判決ヲ得ンカ爲メニ再起訴ヲ求メント欲スルモ此決定アルカ爲メニ之ヲ求ムルヲ得ス故ニ被告人ニ對シテハ無罪免訴ノ判決ト同一ノ效力アリ反之檢事ハ新證據ニ基キ再起訴許可ノ決定ヲ受ケ再訴スルヲ得レハ檢事ニ對シテハ新證據ニ基ク再訴許可ノ決定ナキコトヲ條件トシテ確定力アル者トス此確定力ノ條件タル新證據トハ新事實又ハ新證據ノ意味ニシテ其證據材料ノ如何ヲ問ハス免訴前ニ於テハ發見セラレサリシ事實又ハ免訴前ニ取調タル事實ナルモ當時之ヲ認ムル能ハサリシ場合ニ於テ之ヲ認ムル新ナル證據材料ヲ云フ此新事實又ハ新證據ノ信憑力ハ免訴前ニ於ケル舊材料ト綜合シテ公判ニ付スヘキ嫌疑アルコトヲ認メシムルモノナルコトヲ必要トス然ラサレハ免訴ノ決定ヲ覆スノ效力ナキモノナリ再訴ノ手續ハ免訴ヲ

言渡タル裁判所ニ右新證據ヲ提出シ再起訴ヲ許スノ決定ヲ求メ始メテ其事件ヲ通常ノ管轄裁判所ニ新ナル訴トシテ提起スルモノトス再訴ハ先ノ豫審手續ノ繼續ニ非スシテ新ナル訴ナルコトハ第七十五條第二項ノ明文ニ依リ明ナリ之ヲ新ナル訴ト爲セハ管轄裁判所ニ起訴スヘキハ當然ナリ然レトモ此新ナル訴ノ條件ハ新證據ニ非スシテ新證據ヲ認メタル再起訴許可ノ決定ナレハ此再起訴許可ノ決定アリタル後ニ非サレハ新訴ヲ起スヲ得ス又再起訴許可ノ決定ハ實質ニ於テ免訴ノ豫審終結決定ヲ取消シ公判ニ付スル嫌疑ヲ認ムルモノナレハ免訴ヲ言渡シタル裁判所ニ於テ之ヲ爲スヘキモノトス

二 公判ニ付スル終結決定ハ訴訟ヲ進行セシムル效力ノミヲ有シ犯罪ノ有無ヲ最終ニ判斷シタルモノニアラス即チ公判ニ付スル決定アレハ其事件ハ再ヒ豫審ニ戻ルコトナク公判ニ於テハ其決定ニ因リ付セラレタル所爲及ヒ人ニ對シテ審理裁判セサルヘカラス其審理ノ範圍ハ此決定ニ依リ限定セラルルモノトス而シテ豫審ヲ經タル事件ハ其終結決定ナケレハ之ニ付キ公判ヲ

開クコトヲ得スシテ豫審ノ終結決定ハ豫審ヲ經タル事件ニ付キ公判ヲ開クノ必要條件ニシテ公判審理ノ基礎ナリトス

第五編 公判

第一章 總論

公判ノ手續ハ檢事ノ直接ノ起訴又ハ公判ニ付スル豫審終結決定ニ依リ開始セラレ第一審ニ於ケル終局判決ノ言渡ヲ以テ終了スル手續ノ全體ナリ搜查豫審及ヒ上訴ノ手續ハ必スシモ總テノ刑事々件カ此訴訟ノ段落ヲ經ルコトヲ要スルニアラスト雖モ公判ノ手續ハ如何ナル刑事々件ニテモ必ス之ヲ經ルコトヲ要ス而シテ公判ノ手續カ開始スレハ此時ヨリシテ判決裁判所カ其作用ヲ始メ總テノ裁判ハ判決裁判所ニ於テ之ヲ爲スニ至ルモノトス
公判ノ手續ニ於テハ裁判所及ヒ當事者ニ於ケル訴訟上ノ法律關係ヲ明確ニ認ムルコトヲ得ヘシ然レトモ或學說ノ如ク公判ノ手續ニ於テノミ此法律關係ハ存在シ公判手續ノ開始ニ依リ始メテ法律關係ノ成立スルモノト謂フヘカラス法律關係ハ公訴提起ニ依リ成立シ豫審手續ニハ唯當事者ニ於テ完全ニ當事者タルノ權

利ヲ行フ能ハサルニ止マル故ニ前記ノ學說ニ基キ公判手續ヲ指シテ狹義ノ刑事訴訟ナリト稱スルハ非ナリトス

公判手續カ有效ニ開始セラルルニハ之ニ必要ナル訴訟條件ヲ具備スルヲ要ス其一般ノ訴訟條件タルモノ左ノ如シ

一 刑罰請求權存在ノ嫌疑 刑罰請求權ノ存否ハ公判ヲ終了シ判決ヲ以テ始メテ定マル者ナルカ故ニ公判手續ノ開始ニハ刑罰請求權ノ疑ナキ存在ヲ必要トセスト雖モ其存在ニ關スル嫌疑ハ其必要條件ナリ蓋シ民事訴訟ニ於テハ原告カ其請求ヲ主張スルノ一事ヲ以テ訴訟ノ提起ヲ爲スヲ得ヘシ是レ此無制限ナル訴權ヲ付與スルハ敗訴ヲ爲シタル者ニ訴訟費用ヲ負擔セシメテ被告トシテ訴ヲ受クル者ヲ保護シ得ヘキカ故ナリ刑事訴訟ニ於テハ之ト其趣ヲ異ニシ公開シタル公判ニ於テ被告トシテ訴追セララルハ被告人ノ非常ナル苦痛ナルヲ以テ縱令無罪ヲ期スルモ民事訴訟ニ於ケル如ク單ニ訴訟費用ヲ國庫カ負擔スルノミヲ以テ被告人ノ損失ヲ救フヲ得ヘキモノニアラス是ニ於テカ公判ニ付セラレル被告人ノ苦痛ハ刑罰請求權ノ存在ニ關スル

嫌疑アルニアラサレハ之ヲ感受セシムヘキニアラス現行法モ亦此精神ニ基クモノナリ檢事カ直接ニ公判ヲ起訴スル場合ニハ右ノ嫌疑アルニアラサレハ之ヲ能クスル所ニアラス蓋其嫌疑ナキトキハ豫審ノ請求ヲ爲セハナリ又公判ニ付ストノ豫審終結決定ハ犯罪ニ付キ十分ナル嫌疑アルニアラサレハ言渡サルルコトナシ又豫審手續ノ開始ハ右ノ嫌疑ヲ以テ其條件ト爲サス是レ豫審ハ此嫌疑アルヤ否ヤヲ審査スルモノナレハナリ是ニ由リテ觀レハ現行法ニ於テモ亦公判開始ノ條件トシテ刑罰請求權存在ノ嫌疑ヲ認ムルヲ知ルヘシ然レトモ此訴訟要件ハ被告人ノ利益ノ爲メニ認ムル相對ノ條件ニシテ絶對ノ訴訟條件ニアラス從テ判決裁判所ハ此條件ヲ職權ヲ以テ調査スヘキニアラス若シ此ノ條件ヲ缺クモ判決裁判所ハ公訴ヲ受理セスト爲スヘカラス而シテ一旦公判手續ニ入りタル後ハ此ノ條件ヲ缺クモ判決裁判所ト當事者トノ訴訟關係ハ有效ニ成立スルモノナリ蓋シ被告人ハ無罪ノ判決ヲ受クル爲メ公判ノ開廷セラルルヲ以テ利益トスレハナリ

二 直接ニ公判ニ對スル起訴又ハ豫審終結決定ノ適法ナルコト若クハ上級裁

判所ヨリ事件ヲ移ス裁判アリタル事(刑訴法二一三)公訴ノ提起若クハ豫審終結決定其者ハ訴訟ヲ創設シ又ハ公判手續ヲ創設スルノ行爲ニシテ決シテ公判ニ於ケル訴訟關係ノ條件タルモノニアラス起訴又ハ決定ノ適法ナルコトカ公判手續ノ條件タルナリ而シテ本號ノ條件ヲ缺クトキハ公判ニ於テハ事件ヲ受理セス

其他訴訟關係成立ノ條件タル訴訟主體ノ能力ノ如キハ同時ニ公判開始ノ條件タルモノトス

公判手續ニハ二個ノ段落アリ即チ左ノ如シ

一 公判開廷準備ノ手續 此段階ニ屬スル手續ノ目的及ヒ内容ニ依リ斯ク名ツクルヲ得ヘシ此手續ハ其性質トシテハ中間ノ手續タルモノナリ然シテ此手續ニ於テ公判開廷期日ヲ定メ公判開廷ニ必要ナル訴訟關係人及ヒ物件ヲ公判期日ニ準備スルモノトス

二 公判開廷ノ手續 是レ刑事訴訟ノ燒點タルモノニシテ此手續アルカ爲メ公判手續ハ本來ノ刑事訴訟ナリト謂フヘキナリ此手續ニ於テ始メテ判決裁

判所ノ面前ニ於テ訴訟カ行ハル即チ總テノ訴追方法及ヒ辯護方法證據調及ヒ當事者ノ辯論カ行ハレ此手續進行ニ依テ得タル直覺ニ基キ判決裁判所ハ判決ニ依リ訴訟ヲ處分スルモノトス

第二章 公判準備

公判開廷ノ手續ハ判決裁判所及ヒ當事者間ノ法律關係ヲ完備ノ口頭辯論及ヒ直接審理ノ原則ニ從ヒ一ノ公判期日ニ於テ行ハルルヲ要スルモノナリ斯ノ如ク公判開廷ハ口頭辯論ノ爲メ其手續ノ分割セラルルコトナク繼續シテ進行スルコトヲ要スルカ故ニ之ニ關スル準備ノ必要ヲ見ルモノナリ即チ公判期日ハ此準備ヲ爲スノ猶豫ヲ與ヘテ之ヲ指定スルノ必要アリ又公判期日ニハ審理辯論ニ現在スヘキ訴訟關係人ヲ呼出シ竝ニ公判ニ利用スヘキ證據物件ヲ備フルノ措置ヲ爲ス必要アリ又檢察被告人等ヲシテ總テノ訴追方法辯論方法ノ存スル所ヲ知悉セシメ之ヲ知ラサルニ因リ準備ヲ爲スカ爲メ延期ヲ求ムルノ止ムヲ得サルニ至ラシメ從テ其辯論ヲ停止セシメサルノ必要アリ要スルニ公判手續ノ停止ヲ可成避クルニ必要ナル措置ヲナスヲ要ス此ノ如キ行爲ノ全體ヲ公判開廷ノ準備手續ト爲ス

公判開廷ノ準備ヲ爲ス主體ハ判決裁判所及ヒ當事者ナリ公判手續ハ全ク彈劾ノ方式ナルカ故ニ二個ノ訴訟主體カ準備ニモ亦干與スルモノトス然レトモ此準備ニ付テモ當事者カ攻撃方法及ヒ防禦方法ノ準備ヲ爲スニ付キ處分權ヲ有シ裁判所ハ之ニ付キ訴訟ノ指揮ノミヲ爲スモノト誤解スヘカラス職權主義ハ此準備手續ニモ亦行ハルルモノニシテ當事者ハ攻撃方法及ヒ防禦方法ノ準備ニ干與スルコトアルモ常ニ裁判所カ訴訟ノ支配權ヲ有スルモノナリ即チ當事者カ證據ノ請求ヲ準備手續トシテ判決裁判所ニ申立ツルモ裁判所カ常ニ之ヲ許否シ當事者カ自己ノ意思ヲ以テ證據方法ヲ提出スルノ準備ヲ爲スコトナシ又裁判所ハ當事者ノ請求ヲ俟タスシテ證據方法ヲ蒐集シ之ヲ準備スルノ權アリトス如何ナル行爲ハ必要ナル準備手續ニ屬スルヤ現行法ハ公判ノ規定中準備手續ヲ特ニ總括シテ規定スルコトナク之ニ關スル規定ニ固有ノ地位ヲ與フルコトナシ又全ク其規定ヲ缺クモノアリ今其規定ノ各所ニ散在スルモノヲ摘出セハ左ニ列記スルモノニ止マル

一 公判期日ノ指定 公判期日ノ指定ハ何人カ之ヲ爲スカハ本法ニ明文ナキモ其行爲ハ訴訟ノ指揮ニ屬スルカ故ニ民事訴訟ニ於ケルカ如ク訴訟ノ指揮ヲ掌ル所ノ裁判長ノ爲スヘキモノトス而シテ公判期日ヲ定ムルニ付テハ辯論ノ準備ヲ爲スニ足ルヘキ期間ヲ置クノ必要アリ第二百十五條ニ於テモ此趣旨ニ基キ呼出狀ノ送達ト出頭トノ間ニ少ナクモ二日ノ猶豫ヲ置クヘキコトヲ規定セリ而シテ此二日ノ猶豫ハ第一ノ期日ヲ指定スル場合ニノミ行ハル第一ノ期日延期トナリ再ヒ期日ヲ定ムル場合ニハ縦令裁判所ノ構成ニ變更アルトキト雖トモ此ノ規定ノ適用ヲ受クルコトナシ若シ裁判所カ右ノ猶豫期間ニ遵ハスシテ呼出狀ヲ發シタルトキハ被告人ハ公判ノ延期ヲ求ムルノ權利アルモノトス

第二百十五條ハ區裁判所ノ公判ニ關スル規定ナルモ第二百三十六條ニ依リテ地方裁判所ノ公判ニモ適用セラル其他區裁判所公判ノ規定ハ地方裁判所ノ公判ニ適用セラルルモノト知ルヘシ

二 被告人其他訴訟關係人ノ呼出 被告人ノ呼出ニ付テハ既ニ之ヲ述ヘタリ

公判ニ於テハ被告人ノ外辯護人被告人ノ法律上代理人ヲ呼出ササルヘカラス之ニ付テハ第一審公判ニ於テ其規定ナク却テ第二審ノ公判ニ關スル第二百五十七條ニ其規定アリ若シ辯護届アルニ拘ハラス辯護人ヲ呼出ササルトキハ被告人ノ辯護權ヲ制限シタルモノニシテ其判決ハ破毀ヲ免カレス

檢事ニ對シテハ呼出ヲ爲サス期日ヲ通知スヘキモノトス蓋シ檢事ハ公判開廷ノ構成員ナレハ其職務上ノ義務トシテ出廷スヘキモノナルカ故ニ裁判所ノ命令タル呼出ヲ爲スヲ要セサルノミナラス檢事ハ官府ナルヲ以テ之ニ對シ強制ヲ加フヘカラサルカ故ニ呼出ヲ實行スルヲ得サルナリ

三 證據物件ノ準備 公判期日ニ之ヲ利用シ得ヘキ措置ニ付テハ別ニ規定ナシ公判ニ於テハ家宅搜索ヲ爲スヲ得ルカ故ニ物件差押ノ必要アルトキハ此準備手續中ニ之ヲ爲スヲ至當トス

四 證人鑑定人ノ呼出 公判開廷前ニ於テ必要ナル證人鑑定人ヲ呼出シ置クコトハ口頭辯論ノ爲メ訴訟ノ材料ヲ連續セシムルニ最モ適切ナルコトナリ然レトモ總テノ證據調ノ行爲ハ直接審理ノ原則ニ基キ公判開廷ノ後ニアラ

サレハ之ヲ爲ス能ハス若シ開廷前ニ於テ之ヲ爲シタルトキハ之ヲ證據トナ
ス能ハス證人、鑑定人ノ呼出ニ付テ現行法ノ定ムル所左ノ如シ

(一) 檢事、被告人其他ノ訴訟關係人ハ公判開廷前、判決裁判所ニ對シテ證人、鑑
定人ノ呼出ヲ請求スルコトヲ得而シテ其呼出ノ請求ハ第九十二條ノ規
定アルヲ以テ公判前相當ノ時期ニ於テ之ヲ爲ササルヘカラス又其請求ニ
ハ證人等ノ氏名ノ外證明事項ヲモ示スヘキモノトス

(二) 當事者其他訴訟關係人ハ證人、鑑定人ヲ呼出サシムル絶對ノ權利ヲ有ス
ルモノニアラス裁判所ハ其許否ヲ決シ必要ナラストスル證人等ハ之ヲ呼
出ササルモノトス而シテ訴訟關係人ハ其請求ヲ却下セラルルモ上訴ノ途
ナシト雖モ公判開廷ノ後更ニ同一ノ證人等ノ呼出ヲ請求スルコトヲ妨ケ
ス

(三) 裁判所ハ當事者ノ請求ナキモ職權ヲ以テ證人、鑑定人ヲ公判開廷前ニ呼
出スコトヲ得ヘシ是レ本法採ル所ノ職權主義ヨリ生スル當然ノ結果ナリ
(四) 檢事及ヒ被告人ハ公判開廷前ニ於テ相手方カ利用セントスル證據方法

ハ之ヲ詳細ニ知ルノ必要アリ之ヲ以テ公判開廷後意外ノ證人訊問等ニ驚
カサルルカ如キコトアラシムヘカラス故ニ一方ヨリ請求シタル證人ハ必
ス之ヲ相手ニ通知セサルヘカラス(刑九二參法一)

(五) 證人、鑑定人ノ呼出ニ付テハ豫審ノ章ニ於ケル規定ヲ準用スルモノトス
(刑九〇參法一)

五 公判開廷ノ檢證 本法第二百十六條ニ區裁判所判事ハ豫審ヲ經サル被告
事件急速ヲ要スルトキハ公判ニ取掛ル前檢證處分ヲ爲スコトヲ得ルノ規定
アリ是レ畢竟急速ヲ要スルカ故ニ公判ノ開廷ヲ俟ツコト能ハサル場合ヲ想
像シ證據調ハ必ス公判開廷後ニ爲ス原則ニ對シ特例ヲ設ケタルモノニシテ
此規定ノ目的トスル所ハ公判ノ準備トシテ證據ノ保全ヲ爲スニアリ故ニ開
廷前ニ檢證スルハ本條ノ規定アリテ始メテ行ハル其豫審ヲ經サル事件ニ限
リタルハ豫審ヲ經タル事件ハ必ス豫審ニ於テ檢證ヲ爲シ得ヘキカ故ナリ而
シテ此檢證ハ必要的ノ準備ニアラス

六 被告人ノ辯護ノ準備 其準備行爲ヲ列舉セハ左ノ如シ

(一) 辯護人カ訴訟記録ヲ閱讀抄寫スルコト(刑訴法一八〇參照)

(二) 地方裁判所ノ重罪事件ニ付キ被告人ヲ開廷前ニ一應訊問スルコト(刑訴法二七參照)

此訊問ニ於テ被告人ハ豫審ニテ申立タル事實ヲ補充シ又ハ變更スルコトヲ得又證據ノ取調ヲ請求スルコトヲ得ヘシ裁判所ハ此訊問ニ依リ或ハ證人呼出ノ必要ヲ認メ其他重罪事件審理ノ方針ヲ定ムルモノトス而シテ本法ニ於テハ此訊問ヲ重罪事件ノ公判ヲ開廷スルニ付テノ必要條件トセルヲ以テ此訊問爲サスシタ公判ヲ開キ判決ヲ爲シタルトキハ其判決ハ破毀ヲ免カレス是レ蓋シ重罪事件ハ特ニ鄭重ヲ要スルヲ以テナリ此訊問ニ付テハ裁判所書記特ニ調書ヲ作ルヘキモノナリ

(三) 辯護人ノ選任(刑訴法一七九第二項參照) 前示(二)ノ場合ニ於ケル訊問ニ依リ被告人カ辯護人ヲ選定セザリシコトヲ知リタルトキハ裁判長ハ其職權ヲ以テ裁判所屬ノ辯護士中ヨリ之ヲ選任ス

以上ハ公判ノ準備手續ナリ然レトモ豫審終結決定ト公判開廷ノ間ニ行ハルル手續ハ悉ク公判ノ準備手續ナリト誤解スルコトナキヲ要ス公判ニ於テ保釋ヲ許シ

責付ヲ爲スカ如キハ其間ニ行ハルル手續ナリト雖モ公判手續ニハ何等ノ關係ナクシテ其準備手續ナリト云フコトヲ得サルナリ

第三章 公判開廷

公判開廷ノ手續ハ之ヲ手續ノ行ハルル時ノ點ヨリ觀察スレハ公廷ニ於テ裁判長カ被告人ニ對シ其氏名、年齢、身分、職業、住所及ヒ出生ノ地ヲ訊問スルニ始マリ終局判決ノ言渡ヲ以テ終了スル訴訟ノ一段落ナリト謂フヘシ之ヲ事物ノ上ヨリ觀察スレハ直接ニ判決裁判所ノ面前ニ於テ彈劾ノ方式ニ依リ行ハレ且通常ハ公訴ヲ以テ主張セラレタル刑罰請求權ニ付キ判決ヲ爲スノ手續ナリトス本法第七十六條ニ所謂公判ハ此手續ニ相當スルモノナリ
右ノ公判開廷ノ意義ニ依レハ公廷ニ於テ爲スヘキ手續ニアラサレハ縱令時ノ點ヨリシテ公判ヲ開廷シタル後ニ行ハルル處分ト雖モ之ヲ公判開廷ノ手續ト爲スヘカラス從テ公判ニ於テ爲スヘカラサル處分ニハ公判開廷ノ手續ニ付キ行ハルル原則カ直チニ適用セラルヘキモノニアラス即チ本法第二百六十四條及ヒ第二百四十一條第二項ニ依リ受命判事ノ爲スヘキ處分ハ公判開廷ノ手續ニアラス殊

ニ第二百四十一條第二項ニ於テハ公判開廷ヲ止メ受命判事ヲシテ取調ヲ爲スヘキ旨ヲ規定シ以テ受命判事ノ處分ハ公判開廷ノ手續ニアラサルコトヲ明カニス又公判部員全體カ犯所其他ノ場所ニ臨檢シテ檢證ヲ爲ス場合ニ於テモ受命判事ノ檢證ト同シク之ヲ公判開廷ノ手續ト謂フヘカラス何トナレハ此場合ニ於テハ判決裁判所カ犯所其他ノ場所ニ於テ公判ヲ開廷スルモノニアラスシテ公判開廷ノ手續タル證據調ヲ準備スル爲メニ證據ヲ保全スルニアリ受命判事ノ爲スヘキ檢證モ亦之ト異ナル所ナシ凡ソ開廷ハ裁判所又ハ支部ニ於テ之ヲ爲スコトハ構成法第百三條ノ規定スル所ナリ犯所ニ臨檢スルハ公判開廷ニアラサルコト此規定ニ依リ既ニ明カナリ而シテ此處分ハ公判開廷ニ於ケル證據調ヲ準備スルニアルカ故ニ其處分ヲ公判ニ於テ再ヒ顯出セシムルニアラサレハ其處分ニ依テ得タル材料ヲ判決ニ採用スル能ハス即チ公判部員カ犯所ニ於テ實驗シタル所ヲ以テ直チニ判斷ノ用ニ供スルヲ得スシテ公廷ニ於テ檢證調書ヲ朗讀シ始メテ之ヲ證據ニ供スルヲ得ルモノナリ去レハ此處分ノ目的ハ豫審處分ノ目的ト異ナラサルヲ以テ豫審ニ關スル定規ヲ準用シテ其手續ヲ行ヒ檢事被告人其他ノ訴訟關係人

ノ立會ヲ要件ト爲サス其他公判開廷手續ニ關スル原則ハ此處分ニ行ハルルモノニアラサルナリ既ニ公判部員全體又ハ受命判事ノ犯所ニ於ケル檢證ニシテ斯ノ如キモノナリトセハ此檢證ノ場所ニ於テ爲ス證人訊問等ノ處分モ亦同一性質ノモノナリト認メサルヘカラス判例ニ依ルモ此場合ニ於ケル證人訊問ハ檢證ノ一部ト爲セリ之ヲ指シテ檢證ノ一部ト爲スハ其當ヲ得タルモノニアラスト雖モ其性質カ共ニ公判開廷ノ手續ニアラサルコトヲ認ムルニ足レリ
公判開廷ノ手續ハ刑罰請求權ノ有無ノ判決ヲ以テ定ムルヲ通常ト爲スト雖モ必スシモ刑罰請求權ヲ定ムル手續ノミニ限ラルルモノニアラス管轄ノ問題又ハ公訴ヲ受理スヘキヤ否ヤノ問題ニ關スル手續モ亦公判開廷ノ手續タリ又公開ヲ停止スルノ言渡ノ如キ故障ノ適法ナルヤ否ヤヲ審査スルノ手續ノ如キモ亦之ニ屬ス現行法ニ於テハ毫モ本案ノ手續ト本案以外ノ手續ニ付キ公判開廷手續ヲ區別スルノ規定ヲ設ケサルナリ
公判開廷ノ手續ニ於テハ此手續ノ開始スル以前ニ於テ準備セラレタル訴訟ノ全體ヲ判決裁判所ノ判決ニ因リ終局ニ判定スルニアルヲ以テ刑事訴訟手續ノ中樞

ヲ爲ス者ナリ故ニ訴訟ノ全體カ公判ニ顯出スルヲ公判開廷手續ノ要件トス換言
 スレハ公判開廷以前ノ手續ニ依リ得タル材料ハ公廷ニ於ケル證據調ニ依リ再ヒ
 之ヲ審査スルヲ要ス又公訴提起ノ手續又ハ豫審終結決定ノ手續ノ行ハレタルコ
 トモ亦檢事カ公廷ニ於テ爲ス被告事件ノ陳述ニ依リテ顯出スルヲ要ス其他被告
 人ノ訊問證人鑑定人ノ訊問モ亦直接審理ノ原則ニ從ヒ再ヒ判決裁判所ノ面前ニ
 於テ終局ノ審理トシテ繰返サルルヲ要スルモノナリ然ル後當事者モ他ノ訴訟關
 係人カ對審ノ方式ニ依リ攻撃及ヒ防禦ノ理由ヲ辯論シ判決ノ言渡ヲ以テ全訴訟
 手續ノ結末ヲ告クルモノナリ
 公判開廷手續ハ訴訟行爲ニ關スル主義原則カ絶對ニ行ハルル段落ナル彈劾主義
 即チ訴訟主義ハ最モ明晰ニ公判開廷手續ノ方式ノ上ニ表ハレ又口頭辯論主義及
 ヒ直接審理主義モ或例外ヲ認メラルル外ハ總テノ手續ノ上ニ行ハレ又公開主義
 モ行ハルル所ナリ依テ他ノ訴訟ノ段落ト全ク異ナル組立ヲ要スルモノナリ
 公判開廷手續ニ於テハ彈劾ノ方式カ行ハルルカ故ニ三個ノ訴訟主體カ在廷スル
 ヲ其訴訟條件トス又訴訟關係人中在廷ヲ必要トスル者アリ

殊ニ被告人カ引續キ出廷スルコトヲ要ス被告人カ公判ニ引續キ出廷スルコト
 ヲ要スルハ公判全體ノ規定ヨリ推知スルヲ得(刑訴法一八二、一八三、一八四參照)然レトモ亦
 本法ニ於テハ闕席判決ナルモノヲ認メ事件ノ輕重ヲ問ハス被告人闕席ノ儘判
 決ヲ爲スヲ得サルナリ去レト本法ノ闕席判決ナルモノハ民事訴訟法ト異ナリ
 被告人ニ對シテ實體上ノ利益ノ結果ヲ生セス又闕席判決ヲ認ムルモ被告人ハ
 自ラ進ンテ闕席ノ審理裁判ヲ受クルノ權利ヲ有スルモノニアラス裁判所又ハ
 裁判長ハ勾引狀又ハ勾留狀ヲ發シテ被告人ノ出廷ヲ強要スルコトヲ得ルモノ
 トス(刑訴法一七八參照)又一方ニ於テハ裁判所ハ被告人ニ對シテ或例外ヲ除クノ外ハ出
 廷ヲ禁スルノ權利ヲ有スルモノニアラス畢竟本法ノ認ムル闕席判決ハ裁判所
 ニ於テ出廷ヲ強要スルコト能ハサルトキニ於テ初メテ其制裁トシテ之ヲ與フ
 ルノ已ムヲ得サルニ出ツルモノナリ故ニ被告人ハ自ラ勾留ヲ受ケタルト否ト
 ヲ問ハス公判ニ出廷スルノ義務アリ唯例外トナルハ罰金以下ニ該ルヘキ被告
 事件ニ付キ其代人ヲ出頭セシムルヲ得ルコト是ナリ(刑訴法一四參照)又一方ニ於テ被
 告人ハ自ラ出廷スルノ權利ヲ有スルモノナリ

被告人ハ公判終了マテ法廷ヲ去ルコトヲ許サス若シ故ナクシテ退去セントスルトキハ裁判長ハ之ヲ防止スル爲メニ相當ノ處分ヲ爲スコトヲ得ヘシ是レ本法明文ノ示ス所ニアラサレトモ裁判長ノ訴訟指揮權ニ屬スル權限ヨリ生スル當然ノ處分ナリトス斯ノ如ク被告人ハ法廷ニ止マルノ義務アリト雖モ被告人カ辯論ヲ爲スト否トハ其權利ニシテ若シ被告人カ辯論セサルトキハ片言ヲ聽テ獄ヲ斷スルノ嫌アリト雖モ第百八十二條ニ依リ對席トシテ裁判スヘキモノナリ

被告人ハ引續キ出廷スルノ義務アルヲ以テ公判ノ續行期日ニモ亦出廷スルヲ要ス若シ此續行期日ニ出廷セサル場合ニハ前日ノ期日ニ於テ被告人ノ審問ヲ終リタルトキト雖モ直チニ對席判決ヲ爲スコトヲ得スシテ第二百二十六條ニ依リ闕席判決ヲ爲スモノトス又被告人ハ其判決言渡ノ日ニ於テモ出廷スルコトヲ要スルモノナリ故ニ其言渡ノ期日ニ出廷セルトキハ是レ又闕席判決ヲ爲ササルヘカラス蓋シ前ニモ述ヘタル如ク判決ノ言渡ハ公然ノ一部ナルヲ以テ其言渡期日ニ出廷セサルトキハ第二百二十六條ニ所謂公判期日ニ出頭セサリ

シモノタルヘケレハナリ若シ此場合ニ對席判決ヲ言渡スモノトセンカ第二百七條ニ於ケル上訴期間ノ告知ハ何人ニ向テ之ヲ爲スヘキヤ之ヲ告知スヘキ人ナキニ至ルヘシ然ルニ茲ニ異説ヲ爲ス者アリ曰ク判決言渡ノ期日ニ被告人出頭セサルモ對席判決ヲ爲スニ妨ケナシ何トナレハ元來闕席判決ナルモノハ片言ヲ聽テ獄ヲ斷スルモノナリ然ルニ既ニ審問辯論ヲ終リ其防禦ヲ盡シタル後其判決ヲ言渡スヘキ期日ニ至リテハ縱令出席判決ヲ爲スノ妨ケトナラサルヘキヲ以テナリト然レトモ論者ノ説ノ如クシハ若シ續行期日ニ被告人闕席スルモ苟クモ其以前ニ於テ證據調ヲ終リ十分被告人カ辯護シタルモノト認メタル以上ハ既ニ片言ヲ聽キタルモノニアラサレハ尙ホ對席判決ヲ爲スヘキモノナリト論結セサルヲ得サルヘシ故ニ余輩ハ決シテ此説ニ贊同スルコト能ハサルナリ但判例ハ此場合ニ對席判決ヲ爲スヘキモノトセリ

被告人ハ公判ニ出廷スルノ義務アルト同時ニ一方ニ於テハ公判ニ出廷シテ證據調ヲ請求シ又ハ辯論ヲ爲ス等ノ權利アルヲ以テ裁判所ト雖モ此權利ノ行使ヲ禁スルコト能ハサルモノナリ然レトモ此原則ニハ左ノ例外アリ

一 第一ハ第九十七條ノ場合ナリ此規定ハ例外ニ屬スルヲ以テ狭ク之ヲ解スルヲ要ス即チ此規定ハ證人ニハ明文上適用アリト雖モ鑑定人ノ訊問ニ付テハ適用ナシトス又證人ノ供述ヲ被告人ニ告知スヘシト規定スレトモ若シ證人カ證言ヲ拒ミタル場合ニ於テハ其拒絕ノ次第ハ之ヲ告知スルヲ要セス又告知ハ入廷後直チニ之ヲ爲シ且ツ職權ヲ以テ爲スヘキモノナリ之ヲ告知セサレハ其證言ヲ證據ニ援用スルコトヲ得ス

二 第二ハ第八十二條第二項ノ場合ナリ之ニ付テハ裁判所構成法第九條第一百十條ニ明文アリ就テ參照スヘシ此場合ニ於テモ公判續行期日判決言渡期日ニハ被告人ヲ呼出スヲ要ス若シ呼出ササレハ其公判手續ハ不法ヲ免カレス

右二箇ノ場合ニ於テモ被告人ハ裁判長ノ命令又ハ裁判所ノ決定ニ依リ出廷ヲ禁セラルルモノトス

又公判ニ出廷シタル被告人ニ公廷ニ於テハ身體ノ拘束ヲ受クルコトナシ是レ第九十七條ノ規定スル所ナリ此規定ハ今判例ニ於テ甚タ重要ノ者ト認メラ

レ若シ公判始末書ニ此旨ヲ記載セサルトキハ公判ノ手續全體ヲ無効トセリ然レトモ余ノ信スル所ニヨレハ公判始末書ニ第九十七條ノ事項ヲ記載セサルカ爲メニ公判ノ手續全體ヲ無効ナリトスルハ甚タ理由ナキコトト云ハサルヘカラス何トナレハ公判ノ手續全體カ無効ナリトセハ證人鑑定人ノ訊問ニ依リテ得タル所ノ證據モ亦無効トナルハ勿論ナリ然ルニ被告人カ拘束セラレタルカ爲メ證人鑑定人ノ訊問ニ依リテ得タル證據ノ全部ニ至ルマテ無効ヲ及ホスコトハ身體ノ拘束ト此訊問トノ間何等ノ關係ナキニ依リ之ヲ認ムヘキニアラス故ニ此場合ニ於テハ被告人ノ訊問ニ依リ得タル證據ノミヲ不當ナリトスルヲ以テ正當ナリト信ス

第四章 證據調

證據調ノ範圍ハ裁判所ノ決スル所ナリ此原則ニ對シテ第九十九條第二項ノ規定ハ例外ヲ成スモノニアラス豫審ニ於ケル證人ノ供述書又ハ鑑定人ノ鑑定書ハ裁判長ノ職權ヲ以テ之ヲ朗讀セシムルヲ得トアルモ是レ裁判所カ別ニ證據決定ヲ爲スコトナク此證據ヲ取調ヘ得ヘキコトヲ定メタルモノナリ此場合ニ裁判所

ハ其朗讀ヲ不必要ナリトスルモ裁判長ハ之ニ拘ラス朗讀セシムルコトヲ得ルモノニアラス又調書ノ朗讀ハ適法ナリヤ否ヤモ亦裁判所ノ決スル所ニシテ裁判長ノ意見ノミヲ以テ決スヘキモノニアラス固ト證據調ノ範圍ヲ定ムルコトハ本案ノ裁判ニ大ナル影響アルヲ以テ裁判所カ之ヲ定ムヘキヲ當然ノ事理トス
 公判ニ於テ證據調ノ範圍ヲ定ムルニハ證據決定ヲ以テスルモノトス證據決定ハ當事者其他ノ訴訟關係人ヨリ證人鑑定人ノ訊問鑑定ヲ請求シタル場合ニ爲スヘキモノタルハ勿論又裁判所カ證人鑑定人ノ訊問鑑定ヲ職權ニ依リ必要トナス場合ニ於テモ亦證據決定ヲ爲ササルヘカラス證據決定ハ判事ノ交替アリテ辯論ヲ更新スルトキト雖モ消滅スルコトナシ而シテ裁判所カ其證據調ヲ必要ナシト認ムルトキハ證據決定ヲ取消ス裁判ヲ爲ササルヘカラス若シ之ヲ取消スコトナク又證據調ヲ爲サスシテ辯論ヲ終了シタルトキハ其公判手續ハ違法タルモノトス裁判所カ證據決定ヲ以テ證據調ノ請求ヲ許スヘキ場合ハ證據ノ利用カ可能ニシテ且適法ナルトキニ限ルモノトス例ヘハ學術技藝ニ達セサル者ヲシテ鑑定ヲ爲サシムルコトヲ求メタル場合ハ證據方法ノ性質カ不能ナルモノナリ又豫審判事

ヲ證人トシテ訊問スルコトヲ求メタルトキノ如キハ證據方法カ不適法ナルモノナリ其他公判手續ノ方式ヲ第二審ニ於テ人證ニ依リテ證明セントスルカ如キ又ハ證明事項カ被告事件ニ何等ノ關係ヲ有セサルカ如キ場合ハ共ニ證明事項カ不適法ナルモノナリ以上ノ場合ニ於テハ裁判所ハ常ニ證據調ノ申立ヲ却下スヘキモノトス

裁判所ハ其本案ニ入りテ裁判ヲ爲スコトヲ要セサル場合ニハ當然證據調ヲ爲スヲ要セサルナリ例ヘハ公訴不受理又ハ管轄違ヒノ言渡ヲ爲ス場合ノ如キ是ナリ本案前ノ判決ノ場合モ亦然リ蓋シ證據調ハ刑法上ノ事實ニ付キテ行ハルルモノニシテ起訴ノ有無ノ如キ訴訟上ノ事項ニ付テハ審理ヲ要セサレハナリ又親告罪ニ於ケル告訴ノ有無ノ如キ是レ亦訴訟上ノ事項ニ屬シ刑法上ノ事項ニアラザルカ故ニ證據調ヲ爲スコトヲ要セス又法律ニ於テ罪トナラザルトキモ亦證據調ヲ必要トセサルコトアリ確定時効經過ノ爲メ免訴ヲ言渡ス場合ニハ犯罪ノ時期及ヒ其重罪ナリヤ將タ輕罪ナリヤヲ取調フルノ必要アリ此場合ニハ其點ニ就テノミ證據調ヲ爲スヘキ必要アリテ被告人カ其行爲ヲ爲シタルヤ否ヤヲ審査スルヲ

第五章 判決

第一節 判決ノ言渡及ヒ條件

公判ハ第二百四條ニ依リテ判決ノ言渡ヲ爲スヲ以テ終了スルモノトス而シテ判決ハ其言渡ヲ以テ初メテ成立スルモノニシテ言渡前ニ於ケル評議決定又ハ判決書ヲ認ムルカ如キハ未タ判決ノ成立アリタルモノト云フコトヲ得ス即チ言渡前ニ於テハ唯判決ノ草案アルノミ但判例ハ反對ナリ同條第二項ニ依レハ判決ノ言渡ハ判決主文ノ朗讀ニヨリテ之ヲ爲スト規定シ言渡ハ判決主文ヲ朗讀スヘキモノナレハ言渡前ニ於テ之ヲ書面ニ認メ置カサルヘカラス蓋シ言渡ト判決書トノ間ニ差異ナカラシメンカ爲メナリ故ニ若シ此間ニ於テ相違アルトキハ之ヲ理由トシテ判決ノ取消ヲ爲スコトヲ得ヘシ又判決ノ言渡ハ獨リ主文ノ朗讀ノミナラス之ト同時ニ判決ノ理由ヲ朗讀シ又ハ口頭ニテ其要領ヲ告ケサルヘカラス而シテ判決ノ理由ハ必スシモ朗讀ヲ要セサルヲ以テ言渡前ニ書面ニ認ムル必要ナキモノトス從テ言渡シタル判決ノ理由ト判決書ニ掲ケル理由ト符合セサルモ妨ケ

ナキナリ斯ノ如ク判決ノ言渡ニハ主文ノ朗讀ノ外ニ其理由ヲ告クルコトヲ要スルカ故ニ未タ判決ノ理由ヲ示ササル間ハ其判決ハ成立スルモノニアラス從テ判決ノ理由ヲ告知セサルコトヲ主張シ以テ上告ノ理由トスルコト能ハサルナリ判決ノ言渡ヲ爲スニ當テ裁判長ハ刑ノ言渡ヲ受ケタル者ニ對シテ判決ノ正本、謄本又ハ抄本ヲ求ムルヲ得ルコト上訴ヲ爲スヘキコト及ヒ其期間ヲ告知シ又闕席判決ヲ言渡シタル場合ニハ其判決ニ對シテ故障ヲ爲スヲ得ヘキコト及ヒ其期間ヲ判決書ニ記載セサルヘカラス若シ其告知又ハ記載ナキトキハ更ニ其通知アルマテ上訴及ヒ故障期間ノ經過ヲ停止スルモノトス(刑訴法第七條)此告知又ハ通知ハ判決言渡ノ一部ニアラスシテ被告人ノ利益ノ爲メノミニ定メタル單純ナル告知ナリトス

判決ハ言渡ト同時ニ裁判所ニ對シテ檢束力ヲ生スルモノニシテ裁判所ハ判決言渡ノ後ハ之ヲ變更スルコトヲ得ス故ニ言渡サレタル事項ハ之ヲ公判始末書ニ記載シテ明確ニスルヲ至當トス

判決ノ言渡ハ辯論ヲ終リタル後即日又ハ次ノ開廷日ニ爲スヘキコトハ第二百四

條第一項ノ規定スル所ナリ所謂次ノ開廷日ナルモノハ裁判所ノ事務章程ニ依リテ定ム然レトモ此規程ハ單ニ訓示的效力ヲ有スルニ過キス
 各種ノ訴訟行為ニ條件ノ必要ナルカ如ク判決ニモ亦條件ヲ要スト爲ス說アリ判決ノ適法ニ成立シ破毀ヲ免ルルニハ訴訟手續カ適法ニ進行シタルコトヲ要スルカ故ニ各訴訟手續ニ必要ナル條件ハ悉ク判決ノ條件タルカ如キモ此等ハ概子間接ノ條件ニシテ判決固有ノ條件ニアラス今學者カ判決固有ノ條件トシテ認ムルモノ左ノ如シ

- 一 裁判所カ適法ニ構成セラレタルコト 判決ハ公判ノ最終ノ部分ヲ成スモノニシテ公判ニ現ハレタル材料ニヨリ言渡サルルモノナリ故ニ公判カ適法ニ進行シタルコト殊ニ判決ヲ爲ス判事カ繼續シテ公判ニ出廷シタルコトハ判決固有ノ條件ナリ
- 二 生存スル被告人ノ存在スルコトヲ要スルハ是レ亦判決固有ノ條件ナリ
- 三 其他公判ニ出廷スルヲ必要ト爲ス人ノ在廷スルコト裁判所カ事物ノ管轄ヲ超越セサルコト又ハ被告人ノ身體及ヒ精神ノ健全ナルコト等ヲ以テ判決ノ條件ト爲スモノアリ

件ト爲スモノアリ
 右ハ本案判決ノ條件トシテ訴訟條件又ハ訴訟進行ノ條件ヲ擧クルニ止マリ判決ノミニ固有ノモノト云フヘカラス故ニ判決條件ナルモノヲ特ニ擧クルハ至當ニアラス

第二節 判決ノ種類

判決ニハ中間判決ト終局判決ノ二アリ終局判決トハ訴訟ヲ其審級ニ於テ終了セシムル判決ヲ謂フ故ニ終局判決ノ言渡アルトキハ裁判所ハ其事件ノ關係ヨリ離脱スルモノトス之ニ反シテ中間判決ハ裁判所ヲシテ尙ホ其事件ノ關係ヲ脱スルヲ得サラシム本法ハ終局判決ノミヲ認ムルヲ原則トシ中間判決ハ例外トシテ之ヲ認ム蓋シ中間判決ハ裁判進行中ノ判斷タルモノニシテ唯便宜ノ爲メニ特ニ其點ニ限り裁判ヲ爲スモノナレハナリ本法ニ於テ中間判決ヲ認ムル唯一ノ場合ハ即チ管轄遠又ハ公訴不受理ノ申立ヲ却下スルノ判決(刑訴法第百八十七條)是也而シテ第二百五十條及ヒ第二百六十七條ニ於テハ此中間判決ヲ本案前ノ判決ト云ヒ終局判決ヲ本案ノ判決ト云ヘリ第百八十六條ニ依レハ訴訟關係人ハ第一審第二審ヲ問ハ

ス本案ノ判決アルマテ何時ニテモ管轄違又ハ公訴受理スヘカラサル申立ヲ爲スコトヲ得ルモノトセリ茲ニ第一審第二審ヲ問ハストアルカ故ニ控訴審ニ於テハ此申立ヲ爲スコトヲ得ルモ上告審ニ於テハ之ヲ爲スコトヲ得サルカ如シ然レトモ上告ニ關スル第二百六十九條第四號及ヒ第五號ニ於テハ裁判所ニ於テ其管轄ヲ不當ニ認メタルトキ及ヒ法律ニ背キテ公訴ヲ受理シタルトキハ常ニ法律ニ違背シタルモノトセリ是ニ由リテ之ヲ觀レハ此申立ハ上告審ニ於テモ之ヲ爲スコトヲ得ヘク結局判決確定マテハ爲スコトヲ得ルモノト謂ハサルヘカラス又明文ニ檢事被告人トアルモ辯護人及ヒ被告人ノ法定代理人モ亦獨立シテ此申立ヲ爲スヲ得ルモノナリ而シテ第一審及ヒ第二審ノ裁判所ハ職權ヲ以テ此言渡ヲ爲スコトヲ得ヘシ(刑訴法第百八十六條第二項)裁判所ニ於テ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ管轄違又ハ公訴受理スヘカラサルモノト認メタルトキハ終局判決ヲ言渡スヘク若シ裁判所ニ於テ第百八十六條第一項ノ申立ヲ正當ナリト爲ササルトキハ單純ナル理論ヨリ見ルトキハ本案ニ立戻リ本案ノ判決ヲ爲シテ暗黙ニ其申立ヲ採用セサルコトヲ得ヘキナリ然レトモ第百八十七條ニ於テ特ニ申立ヲ却下スル中間判決ヲ爲ス

ヘキモノトシ之ヲ觀過スルヲ許サス今何故ニ此場合ニ中間判決ヲ爲スモノナルヤト云フニ若シ果シテ申立人ノ主張スルカ如ク裁判所カ管轄權ヲ有セス又其公訴ハ受理スヘカラサルモノナリトセハ本案ニ立入りテ審理裁判スルモ無効ニ歸スヘク從テ管轄違公訴不受理ノ問題ハ第一審ノ判斷ノミニ一任スルコト能ハス上級裁判所ヲシテ決セシムルヲ至當トナスカ故ニ特ニ中間判決ヲ爲シ更ニ之ニ對シテ上訴ノ方法ヲ許シタルモノナリ然レトモ此ノ申立モ辯論ヲ此點ニノミ制限スヘキコトハ法律ニ於テ定メサルカ故ニ終局判決ト共ニ此裁判ヲ爲スヲ得ヘシ此場合ニ於テハ中間判決ト稱スヘカラサルハ勿論ナリトス而シテ申立人カ其中間判決ニ對シテ上訴スル時ハ本案ハ其儘下級審ニ繫屬シ其本案ノ辯論ハ中間判決ノ確定スルマテ停止セラルルモノトス而シテ上訴審ニ於テ上訴ヲ理由アリトスルトキハ中間判決ヲ取消シ管轄違又ハ公訴不受理ノ言渡ヲ爲シ其判決確定セハ事件ハ爲メニ消滅スヘシ之ニ反シ上訴裁判所ニ於テ上訴ヲ理由ナシトスルトキハ本案ハ原裁判所ニ繫屬シアルヲ以テ原裁判所ニ立戻リテ本案ノ裁判ヲ爲スモノトス而シテ此ノ申立ヲ却下スル判決確定スレハ同一ノ關係ニ付キ再ヒ裁

判所ハ之ヲ審判スルコトヲ得ス又當事者モ亦同一關係ニ基キ再度此申立ヲ爲スヲ得ス

本法ニ於テ終局判決ト認ムヘキ重ナル判決ハ左ノ如シ

- 一 管轄違ノ判決(刑事訴訟法第百二十二條第)
- 二 公訴不受理ノ判決(刑事訴訟法第百二十六條第百)
- 三 無罪ノ判決(刑事訴訟法前段)
- 四 免訴ノ判決(刑事訴訟法後段)
- 五 刑ノ言渡ヲ爲ス判決(刑事訴訟法第百二十三條第)

第一審ニ於ケル終局判決ハ右ノ五種ヲ以テ重ナルモノトス判決ナルモノハ被告人カ一定ノ犯罪ヲ爲シタルカ被告人ノ所爲ニ因リ被告人ニ對シテ刑罰請求權ヲ生スルカ及ヒ其生シタル刑罰請求權ノ範圍如何ヲ決スルモノナリ故ニ判決ニ於テテハ犯罪所爲ノ問題ト犯罪責任ノ問題トヲ決セサルヘカラス而シテ判決ニ於テ此問題ヲ是認スル場合ト之ヲ否認スル場合トアリ此問題ヲ是認スルトキハ刑ノ言渡トナリ此問題ヲ否認スルトキハ無罪又ハ免訴トナルヘシ以上ヲ本義ノ本案

ノ判決ト云フ夫ノ被告人ニ重大ナル嫌疑アルモ十分ナル證明ヲ爲ス能ハサル場合ノ如キハ其犯罪責任ノ問題ハ否認セラレタルモノニシテ斯ノ如キ場合ニ處スル有罪無罪ノ中間ニ位スル判決ナキコトヲ注意スヘシ

前述ノ如ク判決ハ所爲ノ問題ト罪責ノ問題トヲ決スルモノナリトセハ單純ナル理論上ニ於テハ或原因ニ由リテ罪責ノ問題ヲ決スルコト能ハサル障礙ノ生シタルトキハ之ニ對シテハ判決ヲ爲スヘキモノニアラスト云フノ論結ヲ生ス即チ本案判決ヲ爲スニ付テ訴訟條件ヲ缺クトキハ判決ヲ爲スヘカラス決定ヲ爲スヲ以テ當然ナリトス然レトモ我訴訟法ニ於テハ斯ル場合ニ於テ決定ヲ以テ訴訟ヲ終了セシメス特別ノ理由ニ依リ尙ホ判決ヲ爲スヘキモノトセリ是レ即チ管轄違及ヒ公訴不受理ノ判決ナリ而シテ此判決ヲ以テスル所以ハ此等ノ問題ハ上告裁判所ヲシテ之ヲ一定シテ其解釋ヲ統一スル必要アレハナリ

以下前掲判決ノ種類ニ付キテ説明スル所アルヘシ

一 管轄違ノ判決 事物ノ管轄ナルト土地ノ管轄ナルトヲ問ハス其裁判所ノ管轄ニ屬セザルトキハ管轄違ノ言渡ヲ爲スヘキモノトシ而シテ本法ニ於テ通常

裁判所ノ裁判權ニ屬セサル場合例ハ事件カ軍法會議ノ管轄ニ屬スルカ如キ
 場合ニモ尙ホ管轄違ノ言渡ヲ爲スヘキモノトス(刑事訴訟法第三項)而シテ此言渡
 ヲ爲スニ當リ被告人カ勾留セラルル時ハ放免ノ言渡ヲ爲スヘク若シ又勾留ヲ
 必要トスル時ハ前勾留狀ヲ存シ又ハ新ニ勾留狀ヲ發スヘキモノトス茲ニ注意
 ヲ要スルハ地方裁判所ニ於テ被告事件カ區裁判所ノ管轄ニ屬スルモノト認メ
 タルトキハ管轄違ノ言渡ヲ爲サシテ第一審ノ判決ヲ爲スコト是ナリ(刑事訴訟
 法第二四條)是レ蓋シ一定ノ判決ヲ爲スヘキ事項ヲ三人ノ判事ノ合議制タル地方裁
 判所ニ於テ審理裁判スルハ却テ被告人ノ利益タルヘケレハナリ此規定アルニ
 依リ上級裁判所ノ事物ノ管轄ハ下級裁判所ノ管轄ヲ包含スト云フコトヲ得ヘ
 シ故ニ裁判所構成法ニ規定スル事物ノ管轄ハ自己ノ權限ヲ超エタル場合ニ於
 テノミ其規定ニ違背スルモノニシテ管轄ト云フコトヲ得ヘシ

二

公訴不受理ノ判決 此種ノ判決ハ起訴ノ條件ヲ缺クトキ又ハ起訴ノ方式ニ
 違法ノ廉アリタル場合又ハ同一事件ヲ再度起訴シタル場合ニ於テ申立又ハ職
 權ヲ以テ言渡スヘキモノトス例ヘハ親告罪ニ付キ告訴ナクシテ起訴シタルト

キ又ハ檢事代理カ地方裁判所ニ起訴シタルトキ(裁判法第十八條)又ハ非現行犯ノ場合
 ニ被告人ヲ指名セスシテ起訴シタル場合ノ如キ之ニ屬ス

公訴不受理ノ判決及ヒ管轄違ノ判決ニ付テハ第八十七條ニハ上訴スルコト
 ヲ得トノ明文ナキモ第二百六十九條第四號及ヒ第五號ニ裁判所ニ於テ管轄違
 ヲ不當ニ認メタルトキ又ハ法律ニ背キ公訴ヲ受理セサルトキ常ニ法律ニ違背
 シタルモノトシテ上告ヲ許スカ故ニ同一ノ理由ニ因リテ控訴ヲ爲スコトヲ得
 ルヤ明カナリ從テ此等二箇ノ判決ハ第二百五十條及ヒ第二百六十七條ニ所謂
 本案ノ判決中ニ包含セルモノト解スヘシ
 第一審ニ於テ言渡シタル管轄違又ハ公訴不受理ノ判決ニ對シ檢事ヨリ上訴ヲ
 爲シタルトキハ如何ナル取扱ヲ爲スヘキヤ若シ第二審及ヒ上告審ニ於テ共ニ
 原判決ヲ正當ト認メ控訴又ハ上告ヲ棄却シタルトキハ原判決ハ確定スルヲ以
 テ其事件ハ落著シ別ニ問題ヲ惹起スルコトナキモ上訴審ニ於テ原判決ヲ不當
 トシテ之ヲ取消ス場合ニ於テハ如何ニ處置スヘキヤ之ニ付テハ公訴不受理ノ
 場合ト管轄違ノ場合トヲ區別スルコトヲ要ス

イ 管轄違ノ判決ノ場合 第二百六十二條第二項ニ依レハ控訴裁判所ニ於テハ原裁判所カ不當ニ管轄違ヲ言渡シタルトキハ其判決ヲ取消シ事件ヲ原裁判所ニ差戻スヘキモノトセリ是レ差戻ノ明文アル唯一ノ場合ナリ上告審ニ於テハ之ニ類スル明文ナキヲ以テ若シ第一審及ヒ第二審カ共ニ管轄違ヲ不當ニ認メ上告審ニ於テ始メテ管轄違ニ非スト爲シタルトキハ如何ナル判決ヲ爲スヘキヤ或ハ第二百八十六條ニ依リ此場合ニモ第二審ノ判決全部ヲ破毀シテ其事件ヲ他ノ同等裁判所ニ移付スヘキ判決ヲ爲スヘキカ或ハ又此規定ニ依ラス其事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘキモノナルカ甚タ疑ハサルヲ得ス今假ニ第二百八十六條ニ依リ此場合ニ事件ヲ他ノ同等ナル裁判所ニ移送ストノ言渡ヲ爲シタル結果ニ付テ考フルニ此移送ヲ受ケタル控訴裁判ハ上告審ノ判決ニ羈束セラルルヲ以テ(四十八條)上告裁判所ト同シク第一審裁判所ハ不當ニ管轄違ヲ言渡シタルモノト判決セサルヘカラス然ルトキハ第二百六十二條第二項ノ規定ニ依リ第一審判決ヲ取消シ其事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スノ言渡ヲ爲ササルヘカラサルカ故ニ結局移送ヲ受ケタル控訴審

ハ本案ノ事實ヲ審理スルコトナクシテ上告裁判所カ認メタル所ト同一ノ判決ヲ繰リ返スニ過キササルヘシ翻テ第二百八十六條ノ規定ヲ見ルニ同條ハ更ニ本案事實ノ審理ヲ必要トスルトキ則チ上告裁判所ニ於テハ事實ノ確定ヲ爲スコト能ハサルカ故ニ更ニ事實ノ審理ヲ爲サシムルカ爲メ移送スルノ必要ヲ認メテ規定シタルナリ然ルニ本問題ノ場合タル事實ハ既ニ確定シ單ニ法律ノ適用ノミニ關スルモノナレハ上告裁判所ハ決シテ第二百八十六條ニ依ルヘキモノニアラスシテ結局第一審並ニ第二審ノ判決ヲ破毀シ其事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ス判決ヲ爲ササルヘカラス是レ第二審ノ爲スヘカリシ判決ヲ上告審カ代テ爲ス場合ト見ルヲ得ヘシ
右ノ場合ト異ナリ第一審判決ハ管轄アルコトヲ認メ第二審判決カ始メテ不當ニ管轄違ヲ言渡シタルトキハ上告審ニ於テ第二百八十六條ニ從ヒ移送ヲ爲スヘキハ當然ナリ

□ 公訴不受理ノ判決ノ場合 公訴不受理ヲ不當ニ認メタル場合ニ關シ控訴上告何レノ場合ニモ差戻ヲ爲ス明文ナシ從テ第二百六十三條ニ依ル前問題

ノ如ク差戻ノ判決ヲ爲スヲ得ス然レトモ元來公訴不受理ノ判決ニ對スル控訴ヲ受ケタルトキハ其事件全部ハ第二審ニ移ルヲ以テ第二審裁判所ニ於テ控訴ヲ受理スヘシト爲シタル以上ハ直チニ本案ニ入りテ事實ノ審理ヲ爲シ有罪又ハ無罪ノ判決ヲ爲スヘキモノトス此場合ニハ事實ノ審理ハ第一審ニオクシテ第二審ニ於テ始メテ行ハルルモトナルヘシ然レトモ是レ敢テ異トスルニ足ラサル所ニシテ第二審ハ二度目ノ第一審タル性質ヲ有シ第一審ノ公判力其構成ヲ缺キタルトキニ於テモ事實ノ審理ハ第一審ニ於テナカリシモ第二審ニ於テ直チニ本案ノ判決ヲ爲ス場合ト同一ナリ又第一審第二審共ニ公訴不受理ヲ言渡シ上告審ニ於テ公訴ヲ受理スヘシト爲シタルトキハ更ニ事實ノ審理ヲ爲サシムルカ爲メ第二百八十六條ノ規定ニ依リテ之ヲ他ノ同等ナル裁判所ニ移送スルノ判決ヲ爲スヘク決シテ差戻ノ判決ヲ爲スヘキモノニアラス而シテ移送ヲ受ケタル裁判所ハ本案ニ入りテ審理裁判スヘキハ勿論ナリ

三

無罪ノ判決 此種ノ判決ハ第二百二十四條ノ示スカ如ク犯罪ノ證據十分ナ

ラス又ハ被告事件罪トナラサル場合ニ爲スヘキモノトス此判決ハ訴訟ノ條件及ヒ手續カ適法ナラサレハ爲ス能ハス

四

免訴ノ判決 免訴ノ判決ハ第六十五條第三號以下ノ場合ニ該當スルトキニ言渡スヘキモノトス其他告訴ヲ待テ受理スヘキ事件ニ付キ告訴ノ拋棄アルトキ及ヒ犯罪後頒布シタル法律ニ依リ其刑ノ廢止アリタルトキニ於テモ亦免訴ノ判決ヲ爲ササルヘカラス是レ法文ノ脱漏セル所ナリ要スルニ一旦刑罰請求權ハ成立スルモ或原因ニ因リ國家ノ刑罰請求權ノ消滅スル場合ニ爲スヘキ判決ハ即チ免訴ノ判決ナリ

本法ニ於テハ前述ノ如ク無罪ノ判決ト免訴ノ判決トヲ區別セリト雖モ此區別タル訴訟上ニ於テハ何等ノ意味ナキモノタリ何トナレハ無罪ノ判決ニ對シテモ免訴ノ判決ニ對シテモ共ニ被告人ヨリ上訴ヲ爲スコトヲ得ス又兩者共ニ確定スルトキハ第六條第三號ノ規定ニ依リテ既判力ヲ有シ一事不再理ノ原則ノ適用アリ其他第二百七十條ニ依ルモ此二箇ノ判決ニ對スル取扱ヲ同ウスルカ故ニ被告事件全ク罪トナラサル場合ニモ又ハ持効其他ノ原因ニ因テ國家ノ刑

罰請求權ノ消滅シタル場合ニモ同一ニ放免ノ言渡ヲ爲セハ可ナリ毫モ兩者ヲ區別スルノ必要ヲ見サルナリ

五 刑ノ言渡ヲ爲ス判決 此種ノ判決ハ訴ニ係ル所爲カ犯罪ノ要素ヲ具ヘ且處罰條件及ヒ訴訟條件ヲ具備スル場合ニ於テ言渡スヘキ者トス而シテ刑法併合罪ノ場合ニハ數罪ニ對シ一箇ノ刑ヲ言渡ス場合アリ(刑法第四十六條)又數罪ヲ一箇ノ判決ヲ以テ裁判スヘキ場合ニ一罪ハ有罪ニシテ一罪ハ無罪タルトキハ各罪ニ付キ兩箇ノ裁判ヲ爲ササルヘカラサルモノトス

以上説明シタル所ハ主タル判決ノ種類ナリ其他尙ホ之ト同時ニ附從ノ裁判ヲ判決ヲ以テ言渡ス場合アリ即チ左ノ如シ

- 一 訴訟費用負擔ノ言渡(刑訴法第二百一七條刑)
- 二 差押物件還付ノ言渡(刑訴法第二百一十一條刑)

第六章 闕席判決

刑事訴訟法ノ原則トシテ公判ニ於テハ被告人出廷シテ辯論スルヲ判決ノ條件ト爲スト雖モ第二百二十六條ハ其例外トシテ闕席判決ナルモノヲ認メタリ闕席判

決ハ訴訟主義ヲ採用スル所ノ刑事訴訟法ニ於テハ必スシモ之ヲ認メサルヘカラサルモノニアラス換言スレハ訴訟主義ヲ採用スルモ實體的眞實ヲ發見スルカ爲メニハ被告人ノ出頭シテ辯論スルコトヲ要スルモノナリ且被告人闕席シタル場合ニ於テ判決ヲ言渡スハ其裁判ノ基礎甚タ鞏固ナラス蓋シ檢事ノ主張ノミニ就テ判決ヲ言渡スハ片言ニ依テ獄ヲ斷スルモノニシテ實體的眞實ヲ發見スルノ方法ニアラス又闕席判決ハ被告ニ辯護ヲ爲スノ權ヲ失ハシムルノミナラス第二審ノ闕席判決ハ第二百六十六條ニ依リ法律上ノ推定ニ基ク法律上ノ推定ハ眞實發見ノ敵ナリトス又縱令被告ハ公判ニ於テ辯解スルノ義務ナシト雖モ被告人ノ出頭ハ其態度等ヨリシテ裁判官ニ眞實ヲ知ルノ材料ヲ供給スルモノナリ故ニ闕席判決ナルモノハ畢竟原則ニ對スル例外ナリ然リト雖モ近世ノ立法ニ於テハ概テ之ヲ認メサルモノナキナリ而シテ又我刑事訴訟ニ於テハ犯罪ノ如何ナル者ナルヤヲ問ハス闕席判決ヲ認ムルヲ以テ比較的此例外ノ範圍廣シ今現行法ニ於テ闕席判決ノ手續ヲ設ケタル理由如何ヲ考フルニ左ノ二箇ニ歸著スルカ如シ

- 一 被告人カ闕席シタルハトテ被害者ニ其損害ノ回復ヲ行フヲ得サラシムルハ

當ヲ得タルモノニナラス若シ被告人逃走シテ所在ノ不明ナルガ爲メ訴訟手續ヲ中止スルモノトセバ被害者ハ附帶私訴ナル簡便ノ方法ニ依リテ賠償ノ判決ヲ受クルヲ得ズ爲メニ十分ナル救済ヲ受タルコト能ハサルベシ加之本法ノ規定ヲ見ルニ附帶私訴ナルモノハ比較的廣ク認メラルルヲ以テ是レ闕席判決ノ手續ヲ設ケタル一ノ理由タルコト明カナリ

三 被告人自ラ呼出狀ノ發達ヲ受ケタルニ拘ハラズ出頭モサルカタメ公判ヲ遲延シ終ニハ公判ヲ中止スルノ旨ヲ得サルニ至ルハ實ニ被告人ノ意思ニ依リテ訴訟ヲ進行セシムルモノニシテ事理ニ反スル所タリ故ニ斯ル場合ハ被告人出頭セサルモ公判手續ヲ進行シテ判決セサルヘカラス然ルニ説ヲ爲ス者アリ曰ク(一)闕席判決ノ手續ヲ認メサルトキハ眞實ヲ發見スル妨害トナルヲ以テ此手續ヲ認メタリト又曰ク(二)世人ノ注目シタル犯罪ノ公判ヲ中止シテ罰セサルハ公安ニ善アリ故ニ此手續ヲ認メタルモノナリト然レトモ余蓋ハ此兩説ノ正確ナラサルヲ信ス蓋シ(一)被告方不在ナル場合ニ於テ眞實ヲ發見セシトセバ闕席判決ノ手續ニ依ラサルモ證據保全ノ方法ヲ以テ其目的ヲ達スルコトヲ得ヘシ

然ルニ法律カ尙ホ此闕席判決ノ手續ヲ認メタルヲ見レバ第一説ノ不當ナルコト明カナリ又(二)如何ニ重大ナル犯罪ト雖モ唯闕席判決ヲ爲シタルノミニテハ其目的ヲ達スルコト能ハス必スヤ實際被告ヲ處刑セサルヘカラス故ニ第二説モ亦失當ノ見解タリ

刑事判決ニ於ケル闕席判決ノ手續ハ民事訴訟ト大ニ其趣ヲ異ニセリ即チ刑事訴訟ニアリテハ民事訴訟ニ於ケルカ如ク原告カ主張シタル事實ハ闕席シタル被告カ自白シタルモノナリトノ推定ヲ爲サス此點ハ輕微ナル犯罪ニ付テモ然リトス是故ニ被告人ノ闕席ハ本案ニ關シテ不利益ヲ招クコトナク審理シ得ル限リハ普通對席ノ場合ト同一ニ審理スルモノトス從テ被告人闕席スルモ辯護人ヲ用キルコトヲ得殊ニ重罪事件ニアリテハ此場合ト雖モ必要辯護ノ制ヲ廢スルコトナシ唯闕席シタル被告人ハ通常對席ノ手續ニ於テ出頭シタル被告人ノ如キ訴訟上ノ權利ヲ有セサルニ止マルノミ是ヲ以テ刑事訴訟ニ於テハ闕席判決ノ場合ニ於テ對席ノ規定ヲ適用セザルルコト極メテ多シ
前述ノ如ク被告人ノ闕席ハ訴訟上ノ不利益ヲ生スルノミザルヲ以テ被告人出席

セサルカタメ犯罪事實ヲ明カニスルコト能ハサルトキハ即チ裁判ヲ爲スニ熟セサルモノナルカ故ニ公判ヲ中止セサルヘカラス故ニ被告人闕席ノ場合ニハ必ス闕席判決ヲ爲ササルヘカラサルモノニアラス從テ犯罪事實ノ明カナルコトハ闕席判決ノ實體上ノ條件ナリト知ルヘシ

第一節 闕席判決ノ條件

一 被告人又ハ其代人カ出廷セサルコトヲ要ス 禁錮以上ノ罪ニ該ルトキハ被告人自身ノ出頭ナキコト及罰金以下ノ刑ニ該ルトキハ被告人又ハ其代人ノ出頭セサルコトヲ要ス而シテ其出頭セサルノ原因ハ被告人ノ所在不明ナルカタメナルト外國ニ滞在スルカタメナルト或ハ出頭ヲ怠リタルカタメナルトヲ問ハサルナリ即チ被告人ノ裁判所ノ權力範圍内ニアリテ勾引シ得ヘキ場合ナルト其權力範圍外ニアル場合トヲ區別セス前段ノ場合ニ於テハ裁判所ハ闕席判決ヲ爲スト被告人ヲ勾引スルトハ其隨意ナリトス

二 公判期日ニ出頭セサルコトヲ要ス 判決言渡ノ期日モ亦公判ノ期日ナリ故ニ證據調ノ日ニ出廷スルモ判決言渡ノ日ニ出廷セサルトキハ尙ホ闕席判決ヲ

言渡スヘキモノトス(判例ハ反對ナリ)但第百八十二條ノ場合ニ於テハ被告人出頭ノ義務ヲ盡シタルヲ以テ闕席判決ヲ爲スヘキ理由ナキカ故ニ對席判決ヲ爲スモノトス而シテ出頭ノ義務ハ審理中公廷ニ止マルノ義務ヲ含ムカ故ニ公判審理ノ途中ニ退廷シタルトキモ出頭セサルト同一ナリ

三 被告人適法ノ呼出ヲ受ケタルコトヲ要ス 罰金以下ノ刑ニ該ルヘキ事件ニ付キテハ必スシモ被告人自身カ呼出狀ノ送達ヲ受クルコトヲ要セス本法第九條及ヒ民事訴訟法第四百十五條ニ依リテ被告人ノ親族、雇人又ハ其他ノ市町村長ニ呼出狀ヲ交付スルモ尙ホ適法ノ呼出アリタルモノトス 然レトモ禁錮以上ノ刑ニ該ル場合ニハ法文ノ明示スルカ如ク豫審終結ノ言渡書又ハ公判ノ呼出狀ヲ本人ニ送達セサルヘカラス(刑訴法第二條)若シ送達スルコト能ハサルトキハ同條第二項ニ依リ裁判所ニテ猶豫ノ期間ヲ定メ其期間内ニ被告人カ出頭セサルトキハ闕席判決ヲ爲スヘキ告知書ヲ其親族又ハ本籍若クハ最後ノ住所ノ地ノ市町村長ニ送達スヘシ其本籍若クハ最後ノ住所ノ地分明ナラサルトキハ少ナクトモ一個月間裁判所ノ掲示板ニ右ノ告知書ヲ貼附シタ

ル後ニアラサレバ 闕席判決ヲ爲スラ得ザルモノトス而シテ此公示送達ヲ爲スニハ先ツ被告人ニ對シ第二百十三條第二項ニ依リ呼出狀ヲ發シ其送達ヲ遂クシテサリシゴトヲ必要條件トス縱令被告人ノ所在不明ナルトキト雖モ始ヨリ直チニ猶豫期間ヲ定メ公示送達ノ手續ニ出ツル能ハス蓋シ第二百十三條第二項ハ如何ナル場合ニモ之ヲ適用スベキモノナレハナリ

禁錮以上ノ刑ニ該ル事件ノ被告人ノ控訴ニ付テ第二審ニ於テ闕席判決ヲ爲ス場合ニハ刑法第三百二十七條ノ條件ヲ必要トセストハ判例ノ認ムル所ナリ蓋シ同條ニ於テ被告人本人ニ送達ヲ要スル所以ハ被告人ガ被告事件ニヨリ公判ヲ開始セラレタルゴトヲ知ルコトヲ要スルモノト爲シタルカダメニシテ被告人自ラ第一審ノ判決ニ對シ控訴ノ申立ヲ爲シタルトキハ之ヲ知ルコトハ明白ナレハナリ

闕席判決モ亦對席判決ト同シク縱令被告人不在ナリト雖モ言渡ヲ爲サザルヘガラズ蓋シ言渡ヲキニ於テハ檢事ノ上訴期間ノ起算點ヲ知ルコト能ハザレハナリ尤モ言渡ヲ爲スモ被告人ヲ知ルニ由ナキヲ以テ第二百二十八條第一項ニ依リテ

檢事其他訴訟關係人ノ請求ニ因リ闕席者ニ送達セザルヘカラス而シテ此請求ヲ爲ス者ハ有罪ノ場合ニハ檢事無罪ノ場合ニハ辯護人等ニシテ訴訟ニ付テハ其勝訴者ニ於テ之ヲ請求スルモノトス

第二節 故障

終局判決ニ對シテハ上訴ノ方法ヲ以テ攻撃スルコトヲ得ルハ當事者ノ權利ナリ而シテ闕席判決モ亦一個ノ終局判決ナルヲ以テ之ニ對シテ上訴ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論ナリ然ルニ上訴ハ上級ノ裁判所ニ於テ之ヲ審判スルノ不便アルガ故ニ法律ハ闕席判決ニ對シテハ尙ホ闕席シタル被告人ニ故障申立ノ方法ヲ以テ更ニ闕席判決ヲ爲シタル裁判所ニ於テ審理ヲ更新シテ對席判決ヲ受クルコトヲ得セシメタリ第二百二十八條第三項ノ規定即チ是ナリ故ニ被告人ハ此二方法中其一ヲ選擇スルノ權ヲ有ス判例ニ依レハ控訴ニ於ケル第三百五十二條第二項ノ如キ規定ハ上告ノ場合ニ存セサルヲ理由トシテ第三審ノ闕席判決ニ對シテハ被告人ヨリ故障ヲ爲サスシテ上告ヲ爲スヲ得サルモノトセリ然レドモ第二百六十七條ニ於ケル本案ノ判決ハ終局判決ノ意義ニシテ其對席ナルト闕席ナルトヲ區別セ

サルヨリスレハ此判例ニ從フ能ハス第二百五十二條第二項ハ唯闕席判決ニ對スル控訴期間ヲ定メタルカ故ニ特ニ規定ヲ設ケタルニ止マルモノトス而シテ二箇ノ方法中故障ノ方法ヲ採リタルトキハ闕席判決ハ消滅スルカ故ニ上訴申立ノ權ヲ失ヒ之ニ反シテ上訴ヲ擇フモ故障申立ノ權ヲ失フコトナシ

第一款 故障申立ノ條件

- 一 闕席判決ヲ受ケタル被告人ヨリ申立ツルコトヲ要ス 檢事ハ常ニ對席スルカ故ニ檢事ニ對スル闕席判決ナルモノナシ故ニ檢事ハ故障申立ノ權アルコトナク唯上訴ノ方法ニ依ルヘキノミ而シテ又辯護人法律上代理人ニモ故障申立ノ權ナキコトハ法文ニ闕席判決ヲ受ケタル者トアルニ依リテ明カナリ
- 二 刑ノ言渡アリタルコトヲ要ス 第二百二十九條ニ於テハ故障期間ヲ定メタルト同時ニ刑ノ言渡ヲ爲シタル闕席判決ニ對シテノミ其期間ノ起算點ヲ定メタリ是レ此條件ノ必要ナル所以ナリ
- 三 故障申立ノ期間内ニ申立ツルコトヲ要ス 故障申立期間ハ第二百二十九條於テ三日トスルコトヲ規定シ而シテ起算點ハ法文ノ示スカ如ク各場合ニ依

リテ異ナレリ即チ罰金以下ノ刑ヲ言渡シタル判決及ヒ私訴ノ判決ニ付テハ闕席判決ノ送達ヲ以テ始マリ禁錮ノ刑ヲ言渡シタル判決ニ付テハ被告人自ラ其送達ヲ受ケ又ハ判決執行ニ因リ刑ノ言渡アリタルコトヲ知リタル日ヲ以テ始マル而シテ法文ニ禁錮ノ刑トアルハ禁錮以上ノ刑ヲ指スモノト解セサルヲ得ス何トナレハ同條ハ區裁判所ノ公判ノ部ニ規定セラルルモ第二百三十六條ニ依テ地方裁判所ノ公判ニモ準用セラルルヲ以テナリ又被告人自ラ其送達ヲ受ケトアルハ闕席ヲ爲シタル被告人カ送達ヲ受ケタル親族等ヨリ傳達ヲ受ケタルカ又ハ傳言セラレタルカ如キ場合ヲ包含セス被告人カ送達機關ヨリ直接ニ送達ヲ受ケタル場合ノミニ限ルヘシ又法文ニ判決執行ニ因リ刑ノ言渡アリタルコトヲ云々トアルハ闕席判決ハ未確定ノ判決ナルモ判決ノ執行ニ付テハ確定判決ト同一ニ取扱ハルルコトヲ示ス者ニシテ刑法施行法第十七條ニ闕席判決ヲ以テ言渡シタル刑ニ係ルトキハ其刑ノ時効期間ハ宣告ノ日ヨリ起算スヘキコトヲ規定シ又本法第三百十九條第三項ニ於テ闕席判決ヲ受ケ其執行ヲ免カレタル者ニ對シテ檢事カ逮捕狀ヲ發スルコトヲ得ル旨ヲ規定セルモ皆同一趣

旨ニ出ツルモノト知ルヘシ茲ニ注意スヘキハ同條中ノ「知リタル日」ノ字句是ナ
 リ知リタル日トハ逮捕狀ヲ執行シタル日ヲ指スヤ將タ闕席判決ノ告知ヲ受ケ
 タル日ヲ言フヤハ稍疑ハシキ點ナリ余輩ハ被告人カ闕席判決ノ告知ヲ受ケタ
 ル日ヲ指スモノト解釋スルヲ正當ト信ス何トナレハ被告人ハ逮捕狀ヲ執行セ
 ラルルモ闕席判決ノ如何ナルモノナルヤハ知ルニ由ナク之ヲ知ラサルニ先チ
 テ故障期限ノ進行スルハ不當ナレハナリ且第二百七條ニ依レハ闕席判決ニハ
 故障ヲ爲スヲ得ルコト及ヒ其期限ヲ記載スルコトヲ要スルモノトス若シ此記
 載ナキトキハ爲メニ上訴及ヒ故障期間ノ經過ヲ停止スヘシ而シテ此記載ヲ必
 要トスルハ被告人ノ知ラサル間ニ故障期間ヲ經過スルノ不當ヲ避ケンカ爲メ
 ニ之ヲ被告人ニ知ラシムルモノナルコト明カナレハ何レノ點ヨリ觀察スルモ
 此三箇ノ期間ハ逮捕狀執行ノ日ヨリ始マラスシテ闕席判決ノ告知アリタル時
 ヲ以テ起算スヘキモノト爲ササルヘカラス而シテ其告知ヲ爲スハ檢事ナルト司
 獄官吏ナルトヲ問ハサルナリ
 故障ハ其期間經過後ハ之ヲ申立ツルコト能ハサルハ勿論其期間以前ニアリテ

モ之ヲ許ササルモノトス蓋シ未タ闕席判決アリタルコトヲ知ラスシテ故障ヲ
 爲スハ條件附ノ申立ヲ爲スモノニシテ法律ハ告知ニ因リ被告人カ之ヲ知リタ
 ルモノト認ムレハナリ又第二百三十三條ニ於テモ裁判所ニ於テハ職權ヲ以テ
 故障ノ期間内ニ申立ヲ爲シタルヤ否ヤヲ調査シ其期間内ニ於テ爲シタルモノ
 ニアラサルトキハ判決ヲ以テ之ヲ棄却スルモノト爲セルニ依リテ其期間前ニ
 爲ス能ハサルコト明カナリ此點ハ上訴ノ申立ニ於テモ同一ナルモノトス判例
 ニ於テハ反對ノ解釋ヲ採レリ蓋シ第二百二十九條ハ故障申立ノ期間ノ終期ヲ
 定メタルモノニシテ此始期ヲ定メタルニアラスト爲セルナリ然レトモ同條ノ
 規定ハ闕席判決ノ告知ヲ以テ被告人カ闕席判決ノ言渡アリタルコトヲ知リタ
 ルモノト認メシムル趣旨ヲ有スルモノナルカ故ニ故障申立ノ始期ヲモ併セテ
 規定シタルモノト爲スヲ正當トス

第一款 故障申立ノ受理

被告人カ闕席判決ニ對シテ三日内ニ故障ノ申立ヲ爲サス又ハ期間内ニ上訴ノ申
 立ヲ爲ササルトキハ其闕席判決ハ確定シテ之ヲ執行シ得ルニ至ルヘシ若シ之ニ

反シテ故障ノ申立ヲ爲サントスルトキハ第二百三十條ニ依リ闕席判決ヲ爲シタル裁判所ニ申立書ヲ差出スヘキモノトス而シテ此申立ヲ受ケタル裁判所ニ於テハ第二百三十一條ニ依リ故障ノ申立アリタルコトヲ相手方ニ通知シ且其事件ヲ公判ニ付スヘキ期日ヲ定メ訴訟關係人ヲ呼出シ又公判ヲ開キタル後ハ第二百三十二條ニ依リ先ツ職權ヲ以テ故障ヲ許スヘキヤ否ヤ又故障ノ期間内ニ申立ヲ爲シタルヤ否ヤヲ調査シ若シ此要件ノ二ヲ缺クトキハ判決ヲ以テ故障ヲ棄却スヘシ尤モ此故障毀却ノ判決ハ一ノ終局判決ナルヲ以テ之ニ對シテハ上訴ヲ爲ス事ヲ得ヘキハ當然ニシテ故障棄却ノ言渡ト同時ニ其判決確定スルモノニ非ス

茲ニ問題トナルハ同名異人ニ對シテ其者カ闕席判決ヲ受ケタル被告人ナリト誤信シテ逮捕狀ヲ執行シタルニ其者ハ故障ノ申立ヲ爲シテ人違ナルコトヲ主張シ而シテ其人違ナルコト確定シタルトキハ第二百三十二條ニ依リ故障棄却ノ判決ヲ爲スヘキモノナリヤ否ヤ是ナリ或ハ此場合ニ於テハ裁判所ハ何等ノ裁判ヲモ爲サスシテ直チニ故障申立人ヲ釋放スヘシト論スル者アリト雖モ故障ヲ申立タル者ハ始ヨリ公訴ヲ受ケタル者ニハアラサルモ故障ノ申立ニ因リ形式上當事

者タル地位ニ立チタル者ナルヲ以テ故障ノ申立アリタル以上ハ裁判所ハ其者ニ對シテ裁判ヲ爲スノ義務アルヘシ既ニ裁判ヲ爲スヘキ義務アリトセハ其故障ノ申立ハ不合法ナルヲ以テ第二百三十二條ニ依リテ故障棄却ノ判決ヲ爲スヨリ外ナキナリ但此場合ニ公訴不受理ノ申立アルトキハ故障ヲ申立タル者ニ對シテハ公訴ノ提起ナキカ故ニ公訴不受理ヲ言渡スヘキナリ而シテ故障棄却ノ判決ハ故障申立ノ權アル者ヨリ故障ヲ申立テタル場合ニ於テハ闕席判決ヲ確定スルノ效力ヲ有スヘシト雖モ本問ノ場合ノ如キハ辯護人等ヨリ故障ヲ申立テタル場合ト同シク其棄却ノ判決ニ因リ闕席判決ヲ確定セシムルコト能ハサルナリ從テ眞實ノ被告人ハ更ニ故障ノ申立ヲ爲スヲ妨ケス

裁判所ニ於テ故障申立ノ權アル者ヨリ期間内ニ爲シタル故障ナリト認メタルトキハ之ヲ受理シテ更ニ通常ノ規定ニ從ヒ裁判スルモノトス(刑訴法二三)此點ニ關シ舊治罪法ノ規定ヲ見ルニ裁判所ニ於テ故障ヲ適法ナリト認メタルトキハ故障ヲ受理スヘキ旨ノ判決ヲ言渡スヘキモノトセリ(治罪法三三)本法ニ於テハ唯故障ヲ不合法ナリト爲ス場合ニ限り故障棄却ノ言渡ヲ爲シ故障カ適法ト認メラレタ

ル場合ニハ直チニ本案ノ審理ニ入ルヘキモノト爲セリ依テ本案ノ審理ニ入りタル後ニモ故障ノ不適法ナルコトヲ發見シタルトキハ第二百三十二條ニ依リテ故障棄却ノ判決ヲ爲スコトヲ妨ケヌ又第二審ニ至リ始メテ故障ノ不適法ナルコトヲ發見シタルトキ亦同シ即チ故障棄却ノ判決ハ審理ノ終局マテ之ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ而シテ故障ヲ適法トシ本案ニ入りテ審理スルトキハ訴訟ハ闕席前ノ程度ニ復スルヲ以テ恰モ闕席判決ノ存在セザリシカ如ク審理ヲ爲シ闕席判決ニ於テ認メタル刑ヨリモ重キ刑ヲ言渡スコトヲ妨ケヌ
故障ヲ申立テタル被告人カ右ニ述ヘタル公判ノ期日ニ再ヒ闕席シタルトキハ再度ノ闕席判決ヲ爲スヘキモノトス而シテ此場合ニ於テ裁判所ハ故障ノ適法ナリヤ否ヤヲ調査シ不適法ナルトキハ之ヲ棄却シ若シ適法ナルトキハ本案ニ入りテ證據調ヲ爲ササルヘカラス故ニ此場合ニ於テモ亦被告人ハ實體上不利ナル推定ヲ受クルコトナキナリ此再度ノ闕席ノ場合ニ於テ爲シタル本案ノ判決ニ對シテハ再ヒ故障ヲ申立ツルコトヲ得ス是レ第二百三十三條第二項ノ示ス所ナリ然レトモ故障ヲ棄却スル闕席判決ニ對シテ明文上ヨリ解スルトキハ更ニ故障ヲ申

立ツルコトヲ得ト論決セサルヘカラサルカ如キモ斯クスレハ判決ノ確定スル時期ナキニ至ルヲ以テ此ノ場合ニ於テモ亦故障ヲ許ササルヲ至當ノ解釋トス故障ヲ許ササル再度ノ闕席判決ニ對シテ控訴ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤハ一ノ問題ナリ而シテ此ノ問題ハ第二百五十二條第二項ノ解釋如何ニ依リテ決定セラルヘキ者トス或論者ノ同條ヲ以テ故障ヲ爲スコトヲ得ル闕席判決ニ對シテノミ控訴ヲ許シ故障ヲ許ササル所ノ闕席判決ニ對シテハ控訴スルコトヲ得サル者ト爲シ或論者ハ同條ハ斯ノ如キ制限ヲ定メタル者ニアラスシテ闕席判決ヲ受ケタル者ハ故障控訴ノ二方法ヲ有シ其中何レカ一方ヲ選擇スルヲ得ヘキコトヲ裁定セルモノトナセリ余輩ハ此第二ノ見解ヲ以テ其當ヲ得タルモノナリト信ス蓋シ「故障ヲ爲サスシテ直チニ控訴ヲ爲スコトヲ得ト」ノ文意ハ故障ト控訴トノ何レカ一方ヲ擇ハシムルノ規定ナルコトハ一見明白ナレハナリ然ラハ此場合ニ於テ控訴ノ期間ハ何時ヨリ起算スヘキカト云フニ此場合ニ故障ヲ許ササルカ故ニ故障ノ期間内控訴ヲ爲スコトヲ得ヘシトハ解スル能ハサルヲ以テ第二百五十二條第一項ニ依リ判決言渡アリタル日ヨリ五日内ト爲スヘキナリ

第三款 故障申立ノ效力

一 故障ノ申立アリタルトキハ闕席判決ハ當然消滅スルモノニシテ單ニ其效力ノミカ停止セラルルニ止マラサルナリ而シテ故障申立ニ依リ當然闕席判決カ消滅スルコトハ闕席判決ニ對シ檢事ヨリ控訴ノ申立アリシ場合ニ於テモ亦同一ナリ故ニ此場合ニハ控訴ハ不成立トシテ棄却セラルルモノトス然レトモ闕席判決ヲシテ消滅セシムルニハ其故障カ適法ニシテ且期間内ニ爲サレタルコトヲ要ス故障申立カ前示ノ效力ヲ有スルコトハ第二百三十三條第一項ニ更ニ通常ノ規定ニ從ヒテ裁判ヲ爲スヘシトアルニ依リテ明カナル所ニシテ同條ハ裁判所ニ於テ故障ヲ適法ナリト認メタルトキハ民事訴訟法第二百六十一條ノ如ク闕席判決ヲ維持又ハ廢棄スルコトヲ爲サスシテ恰モ闕席判決カ在在セザリシカ如ク通常ノ判決ヲ爲スヘキモノトス且不適法ノ故障ハ闕席判決ニ何等ノ影響ヲモ及ホスモノニアラス

二 適法ナル故障ノ申立アルトキハ闕席判決ハ當然消滅スルモノナルヲ以テ闕席判決ニ於テ認メタル刑ヨリ重キ刑ヲ言渡スモ妨ケナカルヘシ故ニ控訴及ヒ

上告ニ付キテ第二百六十五條及ヒ第二百九十一條ニ於テハ檢事ノ上訴ナカリシトキハ不利益ノ變更ヲ許ササルモ故障ニ付キテハ斯ル明文ナシトス

三 故障ハ之ヲ取下クルコトヲ得ス上訴ニ付テハ第二百四十六條ニ於テ其取下ヲ認ムルトモ故刑ニハ斯ル明文ナシ是レ闕席判決ハ故障ノ申立ト同時ニ當然消滅シタルヲ以テナリ

左ニ故障ニ關スル一二ノ問題ヲ掲ケ其解釋ヲ試ムヘシ

第一審ノ闕席判決ニ對シテ檢事ヨリ控訴ヲ爲シ控訴審ニ於テモ闕席ノ儘ニテ判決ヲ爲シタルトキハ被告人ハ第一審第二審ノ中何レノ闕席判決ニ對シテ故障ヲ申立ツルコトヲ得ルヤ此問題ハ結局控訴裁判所ニ於テ控訴ヲ棄却シタル場合ト第一審判決ヲ取消シテ更ニ刑ノ言渡ヲ爲シタル場合トニ依リ其斷定ヲ異ニセサルヘカラス即チ(イ)控訴棄却ノ場合ニ於テハ其判決ニ依リ第一審ニ於テ刑ノ言渡ヲ爲シタル判決ハ闕席者ニ對シテ執行セラルル者トナルカ故ニ被告人ハ此場合ニ在テハ第一審ノ判決ニ對シテ故障ヲ申立ツルコトヲ得ヘシ而シテ此故障ノ申立アルトキハ第一審ノ判決ハ勿論之ニ基テ爲シタル控訴棄却ノ判決モ亦同時ニ

消滅スヘシ何トナレハ其基礎ヲ失フヲ以テナリ(ロ)第二審ニ於テ第一審ノ判決ヲ取消シ更ニ刑ノ言渡ヲ爲シタル場合ニ於テハ第二審ノ判決ニ對シテ故障ヲ申立ツルノ外途ナカルヘシ何トナレハ此場合ニハ第一審ノ判決ハ第二審ノ判決ニ依リ取消サレタルヲ以テ闕席者ニ對シ執行セラルルコトナケレハナリ或ハ闕席判決ニ對シ檢察ノ控訴アル場合ニハ被告ニ對スル訴訟ノ部分ハ第一審ニ繫屬シ檢事ニ對スル部分ハ第二審ニ繫屬スルヲ以テ控訴ノ判決ノ如何ニ拘ラス常ニ第一審ニ於テ被告ハ故障ヲ申立ツヘキモノト爲スノ說ヲ爲ス者アリ然レトモ第二審ニ於テ對席判決ヲ以テ原判決ヲ取消シタル場合ト闕席判決ヲ以テ之ヲ取消シタル場合ニ於テ差異アルヘキモノニアラサルカ故ニ第二審ノ取消ノ判決ハ常ニ第一審判決ニ對スル故障ノ權ヲ消滅セシムルモノトス

第六編 上訴

第一章 總論

上訴トハ確定セサル裁判ヲ他ノ裁判所ノ裁判ヲ以テ破毀變更スル爲メニ訴訟關係人ノ權利トシテ付與シタル救済方法ナリ或ハ上訴ノ訴訟行爲ナリト云フ者アリト雖モ上訴ハ訴訟行爲ニアラスシテ一ノ方法ナリ唯上訴ノ申立其モノカ訴訟行爲ナルモ此上訴ノ申立ト上訴トハ決シテ混同セサルヲ要ス本法ニ於テハ民事訴訟法ト同シク確定判決ニ對スル救済方法ハ之レヲ上訴ト云ハス上訴トハ控訴上告及ヒ抗告ノ三者ニ止マル是故ニ故障非常上告再審等ハ上訴ニアラサルナリ或ハ非常上告再審ヲ稱シテ特別上訴ト云ヒ控訴上告及ヒ抗告ヲ通常上訴ト云フ者アリト雖モ是レ單ニ學者ノ爲タル區別ニシテ法典上ノ區別ニアラス何カ故ニ非常上告及ヒ再審ハ上訴ニアラスヤト云フニ上訴ナルモノハ訴訟ノ普通ノ進行ナリ而シテ訴訟ナルモノハ固ト組織的ノ一體ヲ成スモノニシテ上訴モ亦其組織體ノ一部分ニ加ハルモノタリ即チ上告ノ審理ハ第二審ノ判決ニ於ケル事實ノ認定ニ基キ法律ノ適用ヲ更正スル爲メニスルニ依リ之ヲ知ルヘク控訴ニ於テハ新事實新證據ノ提出ヲ許スモ第一審ニ於ケル公判始末書ニ記載シタル證人被告人ノ供述ニ基キ事實ヲ認定スルコトアリ又第二審ニハ豫審ナク控訴カ適法ナルトキハ直チニ公判ノ審理ヲ爲スニ依リテ見ルモ之ヲ知ルヘシ抗告ニ於テハ控訴ト其性質ニ於テ異ナルコトヲ見ス從テ上訴審ニ於テハ下級審ト異ナレル裁判權アリ

リト雖モ上訴ハ訴訟行爲ニアラスシテ一ノ方法ナリ唯上訴ノ申立其モノカ訴訟行爲ナルモ此上訴ノ申立ト上訴トハ決シテ混同セサルヲ要ス本法ニ於テハ民事訴訟法ト同シク確定判決ニ對スル救済方法ハ之レヲ上訴ト云ハス上訴トハ控訴上告及ヒ抗告ノ三者ニ止マル是故ニ故障非常上告再審等ハ上訴ニアラサルナリ或ハ非常上告再審ヲ稱シテ特別上訴ト云ヒ控訴上告及ヒ抗告ヲ通常上訴ト云フ者アリト雖モ是レ單ニ學者ノ爲タル區別ニシテ法典上ノ區別ニアラス何カ故ニ非常上告及ヒ再審ハ上訴ニアラスヤト云フニ上訴ナルモノハ訴訟ノ普通ノ進行ナリ而シテ訴訟ナルモノハ固ト組織的ノ一體ヲ成スモノニシテ上訴モ亦其組織體ノ一部分ニ加ハルモノタリ即チ上告ノ審理ハ第二審ノ判決ニ於ケル事實ノ認定ニ基キ法律ノ適用ヲ更正スル爲メニスルニ依リ之ヲ知ルヘク控訴ニ於テハ新事實新證據ノ提出ヲ許スモ第一審ニ於ケル公判始末書ニ記載シタル證人被告人ノ供述ニ基キ事實ヲ認定スルコトアリ又第二審ニハ豫審ナク控訴カ適法ナルトキハ直チニ公判ノ審理ヲ爲スニ依リテ見ルモ之ヲ知ルヘシ抗告ニ於テハ控訴ト其性質ニ於テ異ナルコトヲ見ス從テ上訴審ニ於テハ下級審ト異ナレル裁判權アリ

ルニアラスシテ只審級ノ管轄ヲ異ニスルニ止マルモノトス然ルニ非常上告及ヒ再審ハ之ト異ナリテ以前ノ手續ト組織的一體ヲ成スモノニアラス從テ其結果トシテ上訴ニハ上訴期間ノ設ケアルモ非常上告及ヒ再審ニハ其期間ナルモノナシ是レ非常上告及ヒ再審ノ上訴ニアラサル所以ナリ

一 上訴ニ共通ナル點 各種上訴ニ共通ナル點ヲ左ニ摘示スヘシ

イ 上訴ナルモノハ未タ確定セサル裁判ニ對スル攻撃ナリ是レ非常上告及ヒ再審ト異ナル所ノ一點ナリ而シテ上訴ノ申立アルトキハ裁判ノ確定力ヲ發生スルコトヲ妨クルノ效力ヲ有スルモノトス(刑訴法第二百七十三條第二百零七條參照)確定力ノ停止ハ執行ノ停止ト同シカラス確定力ヲ停止スルモ執行力ハ必スシモ常ニ停止スルモノニアラス即チ上告ノ場合ニ於テ勾留及ヒ放免ノ言渡ハ判決ノ執行ヲ停止セス然レドモ第二審ノ判決ハ確定力ヲ有スルコトナシ茲ニ所謂勾留ノ言渡トハ第二百六十二條ニ依リ第二審カ第一審ノ管轄違ナルコトヲ認メ第一審判決ヲ取消シタルトキ前勾留狀ヲ存シタル場合ナリ又放免ノ言渡トハ第二審ニ於テ無罪免訴及ヒ公訴不受理ヲ言渡シタル場合ナ

リ又第一審ニ於テ此言渡ヲ爲シ檢事ヨリ控訴アリテ第二審ニ於テ檢事ノ控訴ヲ棄却スル判決ヲ爲セハ此控訴棄却ノ判決モ其結果同一ナルヲ以テ放免ノ言渡ノ中ニ入ルモノナリ

ロ 上訴ノ申立アルトキハ其訴訟ハ上訴ニ繋ル部分ニ限り原裁判所ヲ離脱シテ上級裁判所ニ繋屬スルニ至ル之ヲ移審ノ效力ト云フ非常上告再審ハ上告ヲ受クヘキ裁判所ニ於テ裁判ヲ爲スモノナルヲ以テ移審ノ效力ヲ認ムルコトナシ故障ノ同一裁判所ニ於テ裁判スルヲ以テ亦此移審ノ效力ハ上訴ニ固有ノモノナリトス而シテ移審ノ效力ハ事件ノ裁判ニノミ及フモノナルヲ以テ第二百五十五條第二百七十四條第二百九十六條ノ規定ハ移審ノ效力ノ例外タルモノニアラス又移審ノ效力ハ上訴ノ申立ヲ原裁判所ニ提出スルヲ妨クルモノニアラス

ハ 抗告以外ノ上訴ハ判決ニ對スル不服申立ニシテ抗告ハ決定ニ對スル不服申立ナリ

ニ 上訴ハ裁判其モノヲ攻撃シ裁判其モノヲ破毀變更スルヲ目的トスルヲ要

ス單ニ裁判ノ理由ニ對スル上訴ハ之ヲ訴スヘキモノニアラス

二 上訴ノ申立ニ共通ナル點 上訴ノ申立ニ共通ナル諸點ヲ摘示スレハ左ノ如シ

イ 未タ裁判ノ成立セサル間ハ上訴ノ其目的ヲ有セサルヲ以テ裁判成立前ニ上訴ノ申立ヲ爲スモ其效力ナシ從テ有罪ノ裁判アラハ上訴ヲ爲スヘシト云フカ如キ條件附上訴ノ申立ハ本法ノ認メサル所ナリ

ロ 上訴ハ書面ヲ以テ申立ツルコトヲ要ス(刑訴法第二百五十四條第二項然レトモ附帶控訴ハ公判ニ於テ口頭ヲ以テ申立ツルコトヲ得ヘシ此場合ニハ公判始末書ニ其旨ヲ記載シテ後日ノ證據ニ供スルモノトス)

上訴ハ右ノ如ク申立書ヲ以テスルコトヲ要スルカ故ニ第二十條ノ方式ニ從フヘク電報ヲ以テ申立ツルコトヲ得サルヤ明カナリ

ハ 上訴ノ申立書ハ不服ヲ申立ツル裁判ヲ爲シタル裁判所ニ差出スコトヲ要ス故ニ控訴ハ之ヲ第一審裁判所ニ上告ハ第二審裁判所ニ抗告ハ原裁判所又ハ豫審判事ニ差出スヘキモノトス若シ其申立書ヲ他ノ裁判所殊ニ上級裁判所ニ差出シタルトキハ其效力如何、上訴期間内ニ其申立書カ原裁判所ノ手中

ニ到達シタルトキハ其上訴ハ有效ナリト云フヘシ又裁判所ニアラサル官府ニ差出シタルトキモ亦同一ナリ

勾留ヲ受ケタル被告人カ上訴ヲ爲スニハ其申立書ヲ監獄署長ニ差出シ監獄署長ハ之ヲ原裁判所ニ送致スルモノトス(刑訴法第二百四十五條)而シテ此規定タル被告

人ニ對シテ上訴期間ノ經過ヲ保護スルタメニ存スルモノナルカ故ニ上訴申立書カ監獄署長ノ許ニ上訴期間内ニ達シタルトキハ其上訴ハ有效ナリト云フヘシ然レトモ第二百四十五條ハ上訴ノ申立ニ付テノミ被告人ヲ保護シタル例外規定ナルカ故ニ上訴ノ取下及ヒ上告趣意書ニ付ギテハ此規定ヲ適用スルコトヲ得ス判例ニ依レハ同條ハ上告趣意書ニ準用セラルルモノトセリ

二 上訴ノ申立ハ上訴ノ名稱ヲ誤用シタルトキ又ハ全ク上訴ノ名稱ヲ用キサルトキト雖モ其效アルモノトス何トナレハ一定ノ上訴ナルモノハ必ス一定ノ裁判ニ對スルモノニシテ或裁判ニ不服ヲ申立ツルニ當テ控訴、上告又ハ抗告ト云フカ如キ上訴方法ヲ選擇スルコトヲ得レハナリ故ニ其名稱ノ如キハ正確ナルヲ必要トセス要ハ申立書ノ記載スル所ニ依リ申立人カ其裁判ニ對

シテ上訴ヲ爲スノ意思明瞭ナルヲ以テ十分ナリトス
又若シ上訴申立書ニシテ其意思不明ナルトキハ其申立人ヲ訊問シテ其意思
ヲ明カニスルコトヲ得ヘシ故ニ此場合ニ於テモ申立書カ期間内ニ差出サレ
タルニ於テハ縦合申立ノ趣意カ其後ニ明白ナルニ至ルモ其上訴ノ申立ハ適
法ナリトス

ホ 上訴ハ之ヲ一定ノ期間内ニ申立ツルコトヲ要ス(刑訴法第二百五十二條第
二百七十一條第二百九十
五條
參照)

第一節 上訴ノ權利者

上訴ハ之ヲ當事者ノ權利トス上訴ハ正當ナル裁判ヲ得ルカタメニ設ケラレタル
モノニシテ正當ナル裁判ヲ得ルハ當事者ノ申立ヲ俟ツコトナク職權ヲ以テ爲ス
ヘキカ如クナルモ國家ハ第一審裁判ヲ以テ既ニ其犯罪處罰ノ手續ヲ盡シタルモ
ノト爲スカ故ニ上訴ハ之ヲ當事者ノ權利ト爲セリ而シテ上訴ノ權利者ハ當事者
ナレトモ上訴申立ヲ爲スヲ得ル者ハ當事者ノ外尙ホ訴訟關係人アリ
上訴申立ヲ爲スコトヲ得ル者左ノ如シ

一 檢事及ヒ被告人 第二百四十二條ニ依レハ上訴權ニ關シテハ檢事ト被告人
トハ同等ナルコトヲ原則トス然レトモ此原則ハ絶對的ノモノニアラス凡ソ或
裁判ヲ攻撃スルニハ其裁判ニ因リテ自己ノ有スル法律上ノ利益ヲ侵害セラレ
タルコトヲ以テ其條件トス故ニ被告人ニハ被告人ニ不利益ナル裁判ヲ自己ノ
タメニ破毀變更スルカタメニ上訴權ヲ付與シタルモノニシテ利益ナル裁判ヲ
不利益ニ破毀變更スルカタメニ訴權ヲ與ヘタルモノニアラス被告人ハ管ニ重
刑ヲ受クルカタメ又ハ無罪免訴ノ判決ニ對シテ有罪トナルタメ上訴スルコト
ヲ得サルノミナラス公訴不受理管轄違ノ判決ニ對シテモ上訴スルコトヲ得ス
又判決ノ理由ニ於テ被告人ニ不利益ナルコトヲ認メタル場合ニ於テ此點ヲ削
除セシムルカタメニモ上訴スルコトヲ得ス何トナレハ上訴ナルモノハ判決ノ
主文ニ對スル攻撃方法ニシテ理由ヲ攻撃スルモノニアラス又主文カ被告ニ不
利益ヲ與フルモノナレハナリ其他無罪ノ言渡ヲ爲シタル場合ニ誤テ訴訟費用
ヲ被告ニ言渡シタルトキニ於テモ之ニ對シテ上訴スルコトヲ得ス何トナレハ
此等ノ言渡ハ公訴ノ裁判ニアラサルカ故ナリ

検事ニ至リテハ右ト全ク異ナレリ。検事ハ被告人ノ不利益ノタメノミナラス被
 告人ノ利益ノタメニモ上訴スルコトヲ得(四) 利訴法第二項蓋シ公益ハ不當ニ無罪
 ヲ言渡シ又ハ刑ノ輕キ場合ノミナラス不當ニ重キニ失スル場合ニモ害セラ
 ルモノナリ而シテ不當ニ刑ノ言渡ヲ爲ス裁判ヲ爲シタル場合ニモ検事ハ訴ヲ
 取下クルコトヲ得サルヲ以テ此場合ニハ被告人ノ利益ノタメ上訴ヲ爲スノ外
 ナケレハナリ。検事カ被告ノ利益ノ爲メニ上訴スル場合ニモ検事自身ニ上訴權
 アルコトヲ要件トス即チ検事ハ被告人ノ代理人タルニアラス。検事ノ固有ノ權
 利ニ基キテ上訴スルモノナレハナリ是故ニ檢事ハ被告人ニノミ與ヘタル抗告
 ニ付キテハ縱令被告人ノ利益ノ爲メナリト雖モ之ヲ爲スコトヲ得ス例ヘハ第
 百二十六條ノ決定ニ對スル抗告、第三百二十二條ノ決定ニ對スル抗告ハ第二
 百四十二條第二項ニ基キテ檢事ヨリ抗告スルヲ得サルカ如シ又檢事カ被告人ノ
 利益ノタメニ上訴スル場合ニモ上訴期間ハ檢事ニ對シ定マリタル期間ニ從ハ
 サルヘカラサルナリ。

檢事カ被告ノ利益ノタメニ上訴スルト不利益ノタメニ上訴スルトハ上訴ノ效

カニ付テ非常ノ差異ヲ生ス即チ第二百六十五條ニ於テハ被告人ノ利益ノタメ
 檢事ヨリ上訴シタル場合ニハ被告人ノ不利益ニ變更スルコトヲ得サラシム故
 ニ檢事カ被告人ノ利益ノタメニ上訴スルニ當リテハ上訴ノ方針目的ヲ明カニ
 スルヲ要ス若シ檢事カ上訴ノ方針目的ヲ明示セサルトキハ裁判所ハ檢事ニ上
 訴ノ趣旨ヲ質シ其被告人ノ利益ノ爲メニ爲シタルモノナリヤ否ヤヲ確定セシ
 メサルヘカラス而シテ檢事ニ上訴ノ趣旨ヲ質シ尙ホ不明ナルトキハ之ヲ以テ
 被告ノ利益ノ爲メニ爲シタルモノト推測スルコトヲ得ス何トナレハ被告人ノ
 利益ノタメニ上訴スルハ例外ニ屬スレハナリ。

檢事ノ上訴權ト被告人ノ上訴權トハ相互ニ獨立スルモノナリ從テ上訴期間ノ
 起算點及ヒ上訴期間ノ經過モ兩者ノ間ニハ差異アリ例ヘハ闕席判決ニ對スル
 控訴期間ノ如シ從テ當事者ノ一方カ判決ノ取消ヲ求ムルコトヲ得サルモ他ノ
 一方カ之ヲ攻撃スルコトヲ得ル場合ヲ生スヘシ是レ兩者ノ權利カ獨立ナリト
 云フ所以ナリ然レトモ一方カ獨立シテ上訴スルコトヲ得サルモ相手方ノ上訴
 ニ附帶ノ控訴ヲ爲スコトヲ得ヘシ。

罰金ヲ言渡サレタル證人、鑑定人又ハ通事ハ被告人ト同シク上訴ヲ爲スコトヲ得此場合ニハ證人、鑑定人又ハ通事ハ寧ロ罰金ノ言渡ニ因リテ此點ニ付キ被告タル地位ヲ有スルニ至リタルモノト云フコトヲ得ヘシ之ニ反シ沒收物件、差押物件ノ所有者ノ如キハ裁判ニ因リ不利益ヲ被ルコト勿論ナレトモ上訴ヲ爲スコトヲ得サルナリ

茲ニ問題トナルハ一般ニ被告人ハ上訴ヲ爲スニ付テ他人ニ代理セシムルコトヲ得ルヤ否ヤ是ナリ本法ハ辯護人ハ被告人ニ代リテ上訴ヲ爲スコトヲ認ムルモ其他ノ場合ニ在テハ被告人カ上訴ヲ爲スニ付キ代理人ヲ用キルハ法律ノ許ササル所ナリト謂ハサルヘカラス且上訴ノ申立ハ被告人ニ取リテハ辯護ノ行爲ナリ故ニ辯護人以外ニ於テ辯護行爲ヲ爲スハ法律ノ明文ヲ俟タサルヘカラスト論スルヲ正當トス

二 辯護人 上訴權ハ被告人ニ屬ス然レトモ第二百四十三條ハ辯護人ニ對シテ被告人ニ代リ上訴ノ申立ヲ爲スコトヲ得ルノ權利ヲ附與セリ但被告人カ明言シタル意思ニ反スルコトヲ得ストノ制限ヲ設ク是レ上訴權ハ辯護人ニ屬スル

ニアラスシテ被告人ノ代理人トシテ被告人ニ屬スル上訴權ヲ行使シ得ルコトヲ辯護人ニ許シタルモノトス茲ニ辯護人トハ前審ニ於テ被告ヲ辯護シタル者ヲ謂ヒ此者ニアラサレハ被告人ニ代リテ上訴スルコトヲ得ス蓋シ前審ニ於テ辯護ヲ爲シタル者ハ事件ヲ最モ能ク知レルカ故ニ法律上代理權ヲ附與シタル者ナレハナリ此點ハ判例ニ於テモ亦認ムル所ナリ然レトモ此辯護人ハ單ニ上訴ヲ爲スコトヲ得ルニ止マリ上訴裁判所ニ於テ辯論スルニハ被告人ノ選任ヲ要スルモノトス

辯護人ハ被告人ノ上訴權ヲ代テ行フモノナルカ故ニ其結果トシテ辯護人ハ被告人ノ有スル上訴期間内ニアラサレハ上訴スルコトヲ得ス例ヘハ被告人カ闕席シタル場合ニハ辯護人ハ闕席判決言渡ノ時ヨリ五日內ニ控訴スルコトヲ得サルモノナリ被告人カ上訴スルコトヲ得ル時即チ故障期間ニ於テノミ上訴ヲ申立ツルヲ許シ又被告人カ上訴ヲ爲シタル時ニ當リ辯護人ヨリモ更ニ上訴ヲ申立テタルトキハ辯護人ノ上訴申立ハ被告人ノ上訴ノ申立ト合體ス是レ辯護人ハ被告人ノ權利ヲ代テ行フノ結果ニシテ此場合ニ依リテハ二箇アルニアラ

スシテ唯一ナルノミナレハナリ

辯護人カ上訴スルニハ被告人ノ明言シタル意思ニ反スルコトヲ得ス然レトモ
辯護人カ上訴ヲ爲スニ當リテハ特ニ被告人ノ明示ノ委任ヲ要スルモノニアラ
ス故ニ辯護人カ上訴シタルトキニハ被告人ノ意思ニ從ヒテ上訴シタリトノ一
應ノ推定ヲ受クルモノナリ若シ被告人カ其申立カ意思ニ反スルコトヲ明言シ
此推定ヲ覆ササル以上ハ當然被告ニ代リテ上訴ヲ爲シタルモノト看做ス而シ
テ此點ニ付テハ強制辯護ノ場合ト自由辯護ノ場合トニ因リテ異ナルコトナシ
若シ辯護人カ上訴シタル後被告人カ其上訴ニ同意シ難キコトヲ申立テタルト
キハ辯護人ノ上訴ノ申立ハ無効ナリ然ルニ或ハ此場合ニ上訴ハ取下ケラレタ
ルナリト云フ者アルモ是レ謬見ナリ此場合ニハ上訴申立カ無効ナルヲ以テ其
無効ナルコトヲ確定シ以テ辯護人ノ上訴ヲ棄却スヘキモノトス從テ被告人ハ
上訴期間内ナルニ於テ再ヒ其意思ヲ翻シ上訴ヲ爲スコトヲ妨ケサルナリ
第二百四十三條ハ公訴ニノミ適用セラレ私訴ノ判決ニハ適用セラレス蓋シ辯
護人ハ私訴ニ付テハ唯第二百二十一條第二項ニ依リ答辯ヲ爲スヲ得ルニ止マ

レハナリ何トナレハ當事者ノ處分權ヲ許容スヘキ私訴ニ付テ公益ノ爲メ法律
ニ於テ上訴申立ノ代理人ヲ推定シ以テ被告人ノ明言シタル意思ニ反セサル限
リ上訴ヲ申立ツルノ權ヲ附與スヘキ理ナケレハナリ

三 法律上代理人 被告ノ法律上代理人ハ辯護人ト異ナリ獨立シテ上訴スルコ
トヲ得(刑訴法第四十四條)此獨立シテ上訴ヲ爲ストハ被告人ノ意思ニ反シテモ上訴ス
ルコトヲ得トノ意義ニ外ナラス是故ニ法律上代理人ハ被告人ノ有スル上訴權
ノ外ニ尙ホ一ノ上訴權ヲ有スルニアラスシテ被告人ノ有スル上訴權ヲ獨立シ
テ行使スルヲ得ルノミナリ依テ被告人ト法律上代理人ト同時ニ上訴スルトキ
ハ上訴ナルモノハ常ニ一アルノミニシテ申立カニアルニ過キサルモノナレハ
其上訴ノ理由ハ被告カ提出シタルモノト法律上代理人カ提出シタルモノトヲ
合併シテ審理スルモノトス其上告趣意書ニ付テモ亦同シ
法律上代理人ハ獨立シテ上訴スルコトヲ得ルモ上訴期間ハ被告人ノ上訴期間
ニ從ハサルヘカラス但上告趣意書ノ提出期間ハ兩者同シカラサルコトアリ是
レ上告申立ノ時期異ナルニ依リ其期間ヲ異ニスレハナリ

法律上代理人ハ上訴ノ申立ノミニ付テハ獨立ノ權アルモ上訴申立以後ニ於ケル上訴手續ニ付テ全ク被告人ノ地位ニ代ルモノニアラス法律上代理人カ申立タル上訴ニ付テモ亦被告人カ當事者タルノ地位ヲ失フコトナシトス

四 私訴ニ付テハ民事原告人、民事被告人、民事擔當人及ヒ民事參加人モ上訴スルコトヲ得ヘシ(刑訴法第二條)而シテ法律上代理人ハ自己ノ權利トシテ獨立シテ私訴判決ニ對シ上訴スルヲ得ルニアラスシテ民事被告人ノ法定代理人トシテ上訴ノ申立ヲ爲スヲ得ルニ止ラン

第二節 檢事及ヒ被告人ノ上訴ノ效力

適法ナル上訴アリタルトキハ上訴裁判所ハ覆審ヲ爲ササルヘカラス且上訴ヲ理由アリトスルトキハ原裁判ヲ破毀更正シテ更ニ裁判ヲ爲ササルヘカラス而シテ此場合ニ於テハ上訴ナル攻撃ノ方針及ヒ目的ニ依リ上訴審ニ於ケル裁判カ制限ヲ受ルコトアリ被告人ヨリ上訴ヲ爲シ又ハ檢事ヨリ被告人ノ利益ノ爲メニ上訴シタルトキハ被告人ノ不利益ニ變更スルコトヲ得サルナリ(刑訴法第二百六十五條)此效力ヲ裁判ノ片面的確定力若クハ關係的確定力ト稱ス但シ此效力ハ控訴及ヒ上

告ニ限ルモノニシテ抗告ニハ之ナキモノトス又關係的確定力ハ上告人ノ利益ノ方面ニノミ生スルモノナリ故ニ檢事カ上訴ヲ爲シタルトキハ其上訴ニ依リテ裁判所ハ被告人ノ不利益ノ變更ノミナラス被告人ノ利益ノタメニモ原判決ヲ破毀變更スルコトヲ得換言スレハ檢事ハ被告人ノ不利益ニ變更スルカ爲メニ上訴スルモ其事件ヲ被告人ノ利益ノタメニ變更スルコトヲ得此場合ニハ裁判所ハ上訴ノ目的及ヒ方針ニハ羈束セラレスシテ其正當ナリト信シタル裁判ヲ爲スコトヲ得ヘシ檢事カ上訴シタル場合尙ホ被告人ノタメニモ訴訟カ上級審ニ繫屬スルコトハ檢事ノ地位ヨリスルモ當然然ルヘキ所ナリ何トナレハ檢事ノ職分ノ最終ノ目的ハ刑法ノ正當ニ適用セラルルニアリテ被告ヲ有罪トスルコトニアラス故ニ檢事カ被告人ノ不利益ニ變更スル目的ヲ以テ上訴シタル後其誤ナルコトヲ發見シタルトキハ意見ヲ變シテ被告ノ利益ニ變更セラレンコトヲ求メサルヘカラス然ラサレハ檢事ハ其最終ノ目的ヲ達スルコト能ハサルヲ以テナリ被告人ノ利益ノタメニスル上訴ハ不利益ニ變更スルヲ得サルコト及ヒ被告人ノ不利益ノタメニスル上訴ハ之ヲ利益ニ變更スルヲ得ルコトニ依テ上級裁判所ニ於

ケル手續ノ範圍ト審理ノ目的物トカ定マルモノニアラス上級裁判所カ上訴ヲ受ケタルトキハ下級裁判所ノ裁判ノ如何ナル範圍マテ覆審スルヤノ問題ハ第二百六十五條及ヒ第二百九十二條ニ依リ定マルニアラスシテ第二百五十一條第二百八十九條ニ依リテ定マルモノニシテ關係的確定力ト毫モ關係ヲ有セサルナリ故ニ被告人カ利益ヲ變更スルヲ求ムルタメ上訴シタルトキモ其主張シタル利益ヲ變更シ得ルヤ否ヤノ點ノミヲ審理スルモノニアラスシテ原判決ニ認メタル刑ハ輕ニ失セサルヤ否ヤノ點マテヲモ審理スルコトヲ得ヘシ若シ其輕キニ失セリト認定シタルトキハ原判決ヲ取消スモ可ナリ唯第二百六十五條ニ依リテ原判決ヨリ重キ刑ヲ言渡スコトヲ得サルノミ

第三節 上訴ノ取下

上訴ヲ爲スト否トハ當事者ノ隨意ナリ然レトモ現行法ハ上訴ノ拋棄ヲ許サスシテ第二百四十六條ニ於テ上訴取下ノミヲ許シタリ又上訴ノ取下ハ檢事之ヲ爲スコトヲ得ス其理由ハ檢事カ公訴ヲ拋棄スルコトヲ得サルノ理由トハ異ナルモノニシテ檢事カ上訴ヲ爲シタルトキハ前章ニ述ヘタルカ如ク被告ノ利益ニモ變更

スルコトヲ得ルノ效力アルヲ以テ此場合ニ於テハ被告人ハ檢事ノ上訴ヲ以テ足レリトシテ自ラ進ミテ上訴セサルモノナリトノ推定ヲ爲スコト得ルカ故ナリ被告人ノ爲シタル上訴ハ被告人ニアラサレハ取下クルコトヲ得ス法律上代理人ト雖モ之ヲ取下クルコトヲ得サルナリ又法律上代理人カ上訴シタル場合ニモ被告人自ラ之ヲ取下クルカ又ハ被告人ノ同意ヲ得テ法律上代理人之ヲ取下クルコトヲ要ス何トナレハ法律上代理人カ上訴スレハ被告人ハ自ラ進テ上訴セサルモ足レリトシテ止ムモノト推測スルコトヲ得ルノミナラス法律上代理人ハ上訴ノ取下ニ付テハ獨立ノ權ヲ有スルノ明文ナク上訴權ハ當事者ニ於テ之ヲ處分スヘキヲ原則トスレハナリ又辯護人カ上訴シタル場合ニモ被告人ニアラサレハ之ヲ取下クルコトヲ得ス何トナレハ辯護人ハ被告人ノ上訴權ヲ代リテ行フニ過キサレハナリ

左ニ上訴ノ取下ニ付キテ注意スヘキ諸點ヲ舉示スヘシ

一 數箇ノ獨立ノ犯罪ニ對シテ數箇ノ獨立ノ刑ノ言渡アリタル場合ニハ一部ノ上訴ノ取下ヲ爲スコトヲ得ヘシ其他ノ場合ニ於テハ一部ノ取下ヲ許サス

- 二 取下ハ上訴期間ノ開始ヨリ上級審ノ裁判アルマテハ有效ニ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ
- 三 上訴ノ取下ノ方式ハ書面ヲ以テシ又ハ公庭ニ於テ口頭ヲ以テスルヲ得ヘシ
- 四 取下ハ明示ヲ以テスルコトヲ要ス故ニ暗黙ノ取下ナルモノアルコトナシ若シ疑アルトキハ被告ヲ訊問スルノ外ナキナリ又條件附ノ取下ナルモノモ法律ノ認メサル所トス
- 五 取下ハ裁判所ニ對シテ爲スモノトス從テ取下ハ裁判所ニ對シテ爲シタル場合ニ於テ始メテ其ノ效力ヲ生スルモノナリ
- 六 取下ノ意思表示ハ裁判所ニ達シタル時成立ス故ニ其以後ハ之ヲ取消スコトヲ得ス縱令上訴期間内ニ之ヲ取消スモ其效力ナキナリ
- 七 取下ハ上訴權ヲ喪失スル效力ヲ生ス但不法ノ上訴申立ニ付テハ此效力ヲ生セス

第二章 控訴

第一節 控訴ノ申立

控訴ノ申立ハ申立書ヲ第一審裁判所ニ差出スニ依リ成立ス(刑訴法第四條)之ヲ原裁判所ニ差出スハ第二百五十五條ニ依リ期間經過後ノ申立ヲ却下セシムル便宜ヨリ來ルモノナリ又控訴ハ上告ノ如ク趣意書ヲ差出スコトヲ要セス何トナレハ控訴ハ事件全體ノ覆審ヲ目的トシ第一審ノ判決ノ取消ヲ求ムルヲ終局ノ目的トスルカ故ニ全節ニ掲ケタル理由ノ存スルトキハ控訴申立人ノ主張スルト否トヲ問ハス控訴裁判所ニ於テ其點ヲ更正スヘキヲ以テナリ

控訴ハ五日ノ期間内ニ申立テサルヘカラス而シテ其期間ハ第一審ノ判決言渡ノ日ヨリ起算ス(刑訴法第二項)闕席判決ノ控訴期間ニ付テハ同條第二項ノ規定ニ於テ特例ヲ設ク此闕席判決ニ對スル控訴期間ハ之ヲ五日ナリト爲スモノト三日ナリト爲スモノトノ二說アリ前說ニ依レハ第二百五十二條第二項ハ舊治罪法第三百六十六條ニ基キタル規定ニシテ同條ニ依レハ闕席判決ニ對スル控訴モ其期間ヲ五日トセリ又闕席判決ト對席判決トニ依リ其期間ノ異ナルヘキ理由ナク且法文ノ解釋モ……故障ノ期間内故障ヲ爲サスシテ……ト句ヲ切リテ讀下スヘシト云フニアリ然レトモ此說ニ依ルトキハ五日ナル期間ノ起算點ニ付テ之ヲ法

文上ニ求ムルニ由ナキノミナラス又闕席判決ヲ受ケタル者カ故障ヲ爲スニ代ヘテ控訴ヲ爲スコトヲ得ルトスル趣旨ノミナランニハ法文ニ於テ「…故障期間…」ナル文字ヲ使用シタルノ理由ヲ發見スルコト能ハス舊治罪法ノ第三百六十六條ニハ此故障ノ期間内ナル文字ヲ用ヒス然ルニ現行法ニ此文字ヲ加ヘタルハ故障ノ期間モ控訴ノ期間モ同一ナリトノ趣意ニ外ナラス又之ヲ同一ナラストセハ一判決ニ付キ其確定時期ノ二アルノ不都合ヲ見ルナリ故ニ余輩ハ「…故障ノ期間内」ニテ切り之ヲ讀ミ下シ此場合ニ於ケル控訴期間ハ之ヲ三日トスルヲ至當ナリト信ス、

期間經過後ノ控訴ハ原裁判所決定ヲ以テ之ヲ棄却ス(刑訴法第五條)其他ノ控訴ニ關スル取調ハ第一審ニ於テ爲スノ權ナク控訴審ニ於テ之ヲ爲スヘキモノトス右ノ控訴棄却ノ決定ニ對シテハ抗告ヲ爲スコトヲ得若シ抗告アリタル場合ニ其抗告カ棄却セラルルトキハ第一審ノ判決確定ス之ニ反シ抗告裁判所ニ於テ期間内ノ控訴ナリトノ決定アリタルトキハ第一審裁判所カ適法ナリトシテ其控訴ヲ受理シタルト同一ノ程度ニ復スルモノトス

第二一節 一分控訴

第二百五十一條ニ於テ控訴ハ判決ノ一分ニ限り之ヲ爲スコトヲ得ルモノトセリ此一分ノ控訴ヲ爲ストキハ判決主文ノ一分ニ對シテ控訴スルコトヲ明示スルヲ要ス若シ其明示ヲ缺クトキハ判決ノ全部ニ對シテ控訴ヲ爲シタルモノト看做サルルモノトス故ニ被告人カ控訴ノ公判ニ於テ控訴ノ趣旨ヲ述フルニ當リ其趣旨カ判決ノ一分ノミニ係リ他ノ一分ヲ默過スルモノ一分ノ控訴ニアラスシテ全部ノ控訴トナリ又全ク控訴ノ趣旨ヲ述ヘサルモ全部ノ控訴トナル而シテ若シ控訴ノ一分ナリヤ將タ全部ナリヤニ付キ疑アルトキニ控訴申立人ヲ訊問シテ其趣旨ヲ明カニスルコトヲ得ヘシ

控訴ヲ一分ニ制限スルコトハ申立ノ時ニ之ヲ爲スヲ得ルノミナラス申立ノ後ト雖モ尙ホ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ申立後ニ此制限ヲ爲シタルトキハ控訴ノ一分ノ取下ト看做ササルヘカラス故ニ再ヒ其制限ヲ取消スコトハ控訴ノ期間内ニ於テモ之ヲ許ササルモノトス

判決ノ一分ニ對シテ控訴スルトキハ裁判所ハ其部分ノミヲ審査シ他ノ部分ハ既

ニ確定スルカ故ニ之ヲ審理裁判スルヲ得ス然レトモ茲ニ控訴ニ係ル部分ト云フハ控訴申立人ノ主張シタル攻撃ノ理由ヲ謂フニアラス控訴裁判所ハ攻撃ノ理由ニ制限セラレス職權ヲ以テ事實認定及ヒ法律適用ノ誤謬ヲ更正スルヲ得ルモノナリ是レ亦上告ト異ナル所ナリ從テ控訴裁判所ハ被告事件ニ付テ獨立ノ裁判ヲ爲スモノニシテ其裁判モ自ラ至當トスル所ノ考案ニ依リ敢テ申立人ノ主張ニ羈束セララルコトナシ此點ニ付テハ第二審ハ第一審ト同一ノ自由ヲ有スルモノトス

今如何ナル範圍マテ一分ノ控訴ヲ許スヤニ付キテハ裁判ノ部分カ牽聯シテ分離スヘカラサルヤ否ヤニ在リ左ニ場合ヲ分テテ之ヲ詳説スヘシ

一 數罪ノ場合 數罪ノ場合ト雖モ一分ノ控訴ヲ絶對ニ爲シ得ルト云フヲ得ス各罪ノ刑ヲ併科スル場合ニ於テ始メテ獨立ノ一罪ニ付テノミ控訴スルコトヲ得ルナリ故ニ刑法第四十六條第四十七條ノ場合ハ一罪ニ付テ一分ノ控訴ヲナスヲ得ス何トナレハ第一審ニ於テ處斷シタル所ノ刑ハ數罪ニ對シテ科シタル刑ニシテ不可分ナレハナリ例ヘハ強盜竊盜ノ二罪俱發ノ場合ニ於テ強盜罪ニ

付テノミ控訴スルモ控訴裁判所ハ兩者ヲ併セテ審理セサルヘカラス若シ強盜無罪ナレハ竊盜ニ付テ刑ヲ言渡スコトヲ得ヘシ又之ト同一ノ理由ヲ以テ刑ヲ併科スヘカラサル數罪中一罪ハ有罪トナリ一罪ハ無罪トナリタル場合ニ檢事ヨリ無罪ノ部分ニ對シ控訴シタルトキハ全部ノ控訴ナリ何トナレハ控訴審ニ於テ此無罪ノ部分ヲ取消シ有罪ト認ムルトキハ第一審ニ於テ有罪ト爲シタル罪ト共ニ刑法第四十六條又ハ第四十七條ヲ適用シ一箇ノ刑ヲ言渡スヘキヲ以テナリ此終ノ場合ニ於テ判例ノ示ス所ハ反對ニシテ之ニ依レハ有罪ノ部分ハ確定シ無罪ノ部分ノミニ對スル一部控訴ナリトセリ

二 一罪ノ場合 一罪ノ場合ニハ常ニ分割シテ控訴ヲ爲スコトヲ得ス然ルニ或學說ニ依レハ一罪ヲ分チテ事實認定及ヒ法律ノ適用刑期ノ三トナシ若シ後ノ二者ノ一ニ對シテノミ控訴スルニ於テハ是レ一分ナリ故ニ事實ノ問題ハ審理セスシテ可ナリ又事實ノ問題ニ對シテ控訴セハ此場合ニ於テハ全部ノ控訴ナリト云ヘリ然レトモ是レ大ニ不可ナリ蓋シ事實ノ問題ハ之カ分割ヲ許ササルハ勿論又法律適用ノ問題モ事實ノ問題ト區別スルコトヲ得ス法律ノ適用ヲ審

查セント欲セハ事實ノ審査如何ヲ觀察セサルヘカラス例ヘハ控訴申立人カ第一審カ横領罪ニ問ヒタルハ不當ニシテ詐欺取財罪ヲ以テ論セサルヘカラスト主張シタル場合ニ果シテ詐欺取罪ヲ以テ論スヘキヤ否ヤノ點ノミヲ審査スルニ止メサルヘカラストセハ或ハ被告人カ事實ノ點ニ付キ無罪タルヲ發見シタルニ拘ラス之ヲ無罪トスルコト能ハサルノ結果ヲ來スヘシ是レ甚タ不當ニシテ又刑期ヲ定ムル場合モ如何ナル犯罪事實ニ如何ナル法律ノ適用ヲ爲シタルヤヲ審査セサルヘカラサルカ故ニ論者ノ所説ヲ不可ナリト爲ササルヘカラス次ニ附加刑ノミニ付テ控訴アルモ全部控訴ナリトス何トナレハ附加刑ナルモノハ主刑ト牽聯スルモノカ故ニ附加刑ノミノ審理ヲ許サス主刑ヲ審理スルニハ事實ノ上ノ審査ヲモ爲ササルヘカラサルヲ以テナリ

第三節 附帶控訴

同一ノ判決ニ對シテ原被雙方ヨリ期間内ニ獨立シテ控訴スルトキハ其控訴ハ共ニ主タル控訴ナリ若シ當事者ノ一方ノミカ期間内ニ控訴シテ判決ヲ攻撃シタルトキハ或ハ原判決ヲ相手方ノ不利益ニ變更セラルルコトナキヲ保セス故ニ此場

合ニ於テハ相手方ハ既ニ控訴期間ヲ經過シタルトキト雖モ其不服ノ點ヲ攻撃スルコトヲ許ササルヘカラス刑事訴訟法第二百五十九條ニ控訴ノ相手方ハ其判決アルマテ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得トアルハ即チ是ナリ以下附帶控訴ノ性質ヲ分析説明スヘシ

- 一 附帶控訴ハ主タル控訴ノ範圍外ニ出ツルコトヲ得ス主タル控訴カ判決ノ一分ニ對スルモノナルトキハ附帶控訴モ亦其一分ニ制限セラレ
- 二 附帶控訴ハ主タル控訴ト其運命ヲ共ニス 主タル控訴カ不成立ナルトキハ附帶控訴モ亦不成立ナリ又主タル控訴カ取下ニ因リテ消滅シタルトキハ附帶控訴モ亦之ニ因リテ消滅ス附帶控訴カ主タル控訴ト運命ヲ共ニスルニハ其控訴期間内ニ於テセルト否ラサルトヲ問フコトナシ例ヘハ期間内ニ控訴スルモ相手方ノ控訴ニ附帶スルモノナルトキハ附帶ノ性質ヲ有スルモノトス蓋シ刑事訴訟法ハ民事訴訟法ト異ナリ期間内ノ控訴ハ常ニ獨立ノ控訴トナスノ明文ナケレハナリ
- 三 附帶控訴ノ不服ノ點ハ主タル控訴ト同一ナルモ妨ケナシ 故ニ附帶控訴ヲ

爲サントスル點ハ主タル控訴ニ依リテ自ラ審査ヲ受クヘキモ相手方ハ尙ホ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得例ヘハ被告人カ無罪ノ控訴ヲ爲シタル場合ニ檢事モ亦刑ノ重キニ失スルトノ理由ヲ以テ之ニ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得何トナレハ控訴ハ第一審判決ノ取消ヲ目的トスルモノニアラサレハ其取消ノ理由ハ無罪ナリト主張スルモ亦刑ノ重キニ失スルト主張スルモ其目的カ同一ニ歸著スル以上ハ其不服ノ點モ亦同一ニ歸著スヘキハ自然ノ結果ナレハナリ

四 自ラ主タル控訴ヲ取下ケタルトキハ附帶控訴ヲ爲スヲ得ス蓋シ控訴權ハ取下ケニ依テ消滅シ民事訴訟法第四百四條ノ如キ明文ナキヲ以テナリ
附帶控訴ヲ爲シ得ヘキ者ハ(一)主タル控訴ノ相手方(二)控訴裁判所ノ檢事ナリ被告人ヨリ主タル控訴ノ申立アリタルトキハ第一審裁判所ノ檢事ハ第二審裁判ノ開廷アルマテハ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得而シテ既ニ開廷アリタルトキハ第二審裁判所ノ檢事ハ相手方トシテ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得此場合ノ控訴裁判所ノ檢事ノ資格ハ主タル控訴ノ相手方トシテ第二百五十九條第一項ノ規定ニ依リテ附帶スルモノナリ何トナレハ同條第一項ニ依レハ控訴ノ相手方ハ其判決アルマテ附

帶控訴ヲ爲スコトヲ得トアリ故ニ其開廷後ト雖モ相手方トシテ附帶控訴ヲ爲スコトヲ認メタルコト明カナリ然ラハ同條第二項ニ控訴裁判所ノ檢事モ亦附帶控訴ヲ爲スコトヲ得トハ如何ナル場合ナルカト云フニ蓋シ第一審ノ檢事ヨリ主タル控訴又ハ附帶控訴ヲ爲シタルトキニ控訴裁判所ノ檢事カ附帶控訴ヲ爲ス場合ヲ指シタルモノナラン

第四節 控訴裁判所ノ審理

控訴ノ審理ハ控訴申立人ノ第一審判決ニ對スル不服ノ點カ正當ナリヤ否ヤノミヲ判決スルモノニアラス若シ然リトセハ第一審判決ノ認メタル所ニシテ其攻撃ナキ點ハ控訴裁判所ヲ羈束スルニ至ルヘシ本法ノ控訴手續ハ其ノ事件ヲ新ニ覆審スルニ在リ

控訴審ニ於ケル公判ノ準備ハ第一審ニ於ケルト同シク第二百五十七條ニ訴訟關係人ニ對シ呼出狀ヲ發シタル後其裁判ニ取掛ルヘキコトヲ規定セリ此訴訟關係人中ニハ必スシモ控訴申立人ヲモ包含スルト云フヘカラス辯護人カ控訴ヲ申立テタルトキハ之ヲ呼出スヲ要セス蓋シ此場合ハ被告人ニ代リテ控訴ヲ申立テタ

ルモノナルカ故ニ被告モ亦控訴ノ趣意ヲ申立ツルコトヲ得ルカ故ナリ
 重罪事件ニ付テ控訴ニ付テモ第二百三十七條ニ依リ開廷前一應被告人ヲ訊問セ
 サルヘカラス被告事件カ重罪トシテ訴追セラレタルニ地方裁判所ニ於テ輕罪ナ
 ノト判決シタル場合又ハ其ノ判決ニ對スル控訴カ不成立ナル場合ニ於テモ亦第
 二百三十七條ノ手續ヲ覆行セサルヘカラス然ルニ茲ニ異論アルハ重罪トシテ公
 判ニ付セラレタル事件ト雖モ地方裁判所カ罪質ヲ變シテ輕罪ト爲セル場合ニ控
 訴裁判所カ之ヲ重罪ト爲シタルトキハ第二百三十七條ノ訊問ヲ爲サスシテ第二
 百六十四條ノ特別ノ手續ヲ爲ササルヘカラストノ説是ナリ此説ハ第二百六十四
 條ニ地方裁判所カ輕罪ナリト判決シタル事件ヲ重罪ナリトスルトキトアルニ基
 クモノナリ然レトモ本條ノ規定ハ第一審ニ於テ重罪トシテノ豫審ヲ經ス又ハ公
 判ニ於テ第二百四十一條ニ依リ重罪公判ノ手續ヲ爲ササル場合ニ於テ適用スヘ
 グ既ニ重罪トシテ豫審ヲ經又ハ地方裁判所ニ於テ重罪公判ノ手續ヲ爲シタルト
 キハ前ニ述ヘタル第二百三十七條ノ規定ニ依ラサルヘカラス控訴ニ關スル第二
 百六十四條ハ地方裁判所ノ公判ニ關スル第二百四十一條ト關係シテ重罪事件ハ

必ス豫審ヲ要スルノ原因ニ基キタルモノナリ然レトモ其事件ハ豫審ヲ經ルモ重
 罪事件トシテ豫審ヲ經タルモノニアラス又重罪ナルモ第一審ニ於テ重罪公判ノ
 手續ヲ爲ササルトキハ更ニ鄭重ナル取調ヲ爲スカ爲メニ受命判事ヲシテ其事件
 ノ取調ヲ爲サシムヘキモノトス

第五節 控訴ノ判決

一 控訴期間ヲ經過シタル控訴其他不適法ナル控訴ナルトキハ(刑訴法第百六十條)控訴
 棄却ノ言渡ヲ爲ス

二 第一審裁判所ノ管轄違ナルコトヲ認メタルトキハ其判決ヲ取消シ管轄違ヲ
 言渡スヘシ(刑訴法第百六十二條第一項)然レトモ第二百六十三條ニ依リ控訴ヲ受ケタル地
 方裁判所自ラ其事件ノ第一審裁判所ナルコトヲ認メタルトキハ直チニ第一審
 判決ヲ爲スヘキモノトス此場合ニ於テハ大審院ハ其上告裁判所タリ而シテ此
 場合ニ於テハ地方裁判所ハ區裁判所ノ判決ノ取消ト同時ニ自ラ其第一審ノ判
 決ヲ爲スヘク之ヲ分離シテ裁判スルヲ得ス從テ此場合ノ審理手續モ亦第一審
 ノ審理タルモノトス

三 本案ノ判決ニ付テハ第二百六十一條ニ於テ之ヲ規定セリ曰ク控訴裁判所ニ於テハ控訴ヲ理由ナシトスルトキハ判決ヲ以テ控訴ヲ棄却ス可シ控訴ヲ理由アリトスルトキハ原判決ヲ取消シ更ニ判決ヲ爲スコシト控訴カ理由アリトハ第一審判決カ法律ノ適用事實ノ認定又ハ刑期ニ付テ誤謬アル場合ヲ謂フナリ故ニ其實體上ノ誤謬アルトキニ限り原判決ヲ取消シ形式上ノ誤謬アルトキハ控訴ヲ棄却ス何トナレハ控訴申立人ハ實體上判決カ正當ナラサル場合ニ控訴ヲ爲スヘキ根據ヲ有スルモノニシテ原判決カ證據ノ採否ニ付キ誤アルモ犯罪事實ノ認定及ヒ法律適用ニ付キ誤ナキトキハ控訴ヲ爲スノ根據ナケレハナリ又控訴ノ理由ハ控訴申立人之ヲ主張シタルモノナルコトヲ要セス何トナレハ控訴ハ第一審判決ニ不服ナル一事ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ヘキモノナレハナリ

四 控訴ノ闕席判決ニ付テハ第二百六十六條ニ於テ之ヲ規定セリ同條ニ依レハ控訴申立人出頭セサルトキハ闕席判決ヲ以テ控訴ヲ棄却シ相手方出頭セサルトキハ申立人ノ意見ヲ聽キ闕席判決ヲ爲スコシトアリテ第一審ノ闕席判決ハ

被告人ニ不利益ノ推定ナシト雖モ本條ノ棄却ハ控訴申立人カ出頭セサルトキハ第一審判決ニ服從シタルモノト看做カ故ニ事實ニ付テ調査ヲ爲スコトナク直チニ棄却ノ言渡ヲ爲スモノトス而シテ此判決モ亦本案判決ナレハ訴訟關係カ不適法ナルトキハ此判決ヲ爲スヲ得ス之ニ反シテ檢事カ控訴ヲ申立テタル場合ニ於テハ其控訴ハ主タル控訴ナルト附帶控訴ナルトヲ問ハス被告人闕席ヲ爲スモ事實ノ審理ヲ爲シテ而シテ後判決ヲ爲スヘキモノトス即チ第一審判決ニ於ケルト異ナルコトナシ

本條ニ控訴申立人トハ獨リ被告人ノミヲ指シタルモノト解セサルヘカラス辯護人カ控訴ヲ申立テ期日ニ出頭セサコトアルモ棄却ノ判決ヲ爲スヘキモノニアラス辯護人ハ被告人ニ代リテ控訴スルモノナレハナリ又法律上代理人カ控訴申立ヲ爲シ闕席シタル場合ニ於テ被告人カ出頭セサルトキハ棄却ノ言渡ヲ爲スコトヲ得ス法律上代理人ハ被告人ノ意ニ反シテ控訴ヲ爲スコトヲ得ルト雖モ此控訴ハ素ト被告人ノ權利ナレハナリ要スルニ被告人カ出頭セサル場合ニ於テノミ闕席判決ヲ爲スヘキモノトス私訴ノ申立人カ闕席シタルトキモ亦

第二百六十六條ノ規定ニ依ルヘキモノトス
 控訴ノ判決ニ付テハ一ノ制限アリ即チ第二百六十五條ノ規定是ナリ同條ニ曰ク
 「被告人辯護人又ハ法律上代理人ノミ控訴ヲ爲シタルトキハ原判決ヲ變更シテ被
 告人ノ不利益ト爲スコトヲ許サス被告人ノ利益ノ爲メ檢事ヨリ控訴ヲ爲シタル
 トキ亦同シト故ニ此場合ニ於テハ控訴裁判所ハ事實證據等ノ審理ハ自由ナレト
 モ第一審判決ヨリモ重キ刑ヲ適用スルコトヲ得ス然レトモ此原判決ヲ不利益ニ
 變更スルコトヲ許ササルハ控訴審ヲ置キタル制度ノ趣旨ト背馳スルモノト云ハ
 サルヲ得ス何トナレハ新ナル審理ヲ許ス以上ハ事實ニ適合スル刑ヲ言渡スノ自
 由ヲ有セサルヘカラサレハナリ然レトモ斯ノ如クスルトキハ被告人ヨリ控訴シ
 タルトキハ犯罪事實カ重キトキハ重キ刑ヲ科セサルヘカラサルニ至リ控訴ハ被
 告人ニ對シ甚タ危険ナルモノトナルヘク且上訴本人ハ勿論辯護人モ亦之ヲ爲ス
 コトヲ得ルモノナルヲ以テ情誼上此規定ヲ設ケタルモノナリト謂フヘシ
 又被告人ノ不利益トハ刑ノ不利益ヲ意味ス即チ前ノ刑ヨリ重キ刑ヲ科スルコト
 ヲ得サルノ意ナリ故ニ例ヘハ竊盜ヲ強盜ト認メ過失殺ヲ殺人ト認ムルモ妨ケナ

シ何トナレハ第二百六十四條ニ第一審ヲ於テ輕罪ナリト判決シタル事件ヲ重罪
 ト認ムルコトヲ許セハナリ又事實ヲ重ク認ムルコトヲ得サルモノト爲ストキハ
 第一審ニ於テ事實ヲ不當ニ認メタルカ爲メニ無罪ヲ言渡ササルヘカラサル場合
 ヲ生スヘシ例ヘハ第一審ニテハ被告事件ヲ過失殺罪ナリト判決セルモ事實ハ全
 ク殺人罪ナルコトヲ第二審ニ於テ認メタルトキハ第一審ノ認定ハ不當ナルヲ以
 テ此第一審ノ認定ニ從フコトヲ得ス然ルニ殺人ハ事實ヲ重クスルモノトセハ遂
 ニ無罪ヲ言渡ササルヘカラス然レトモ斯ノ如キハ畢竟事實ヲ重ク認ムルコトヲ
 得ストスルヨリ生スル結果ニシテ其誤謬タルコトヲ要セス斯カル場合ニ於テ縱
 令事實ヲ重ク認ムルコトヲ得ルモ刑ヲ重クスルコトヲ得サルニ止マル依テ或場
 合ニハ刑法ニ規定ナキ刑ヲ言渡スコトアリ例ヘハ第一審ニテハ過失殺罪ナリト
 判決シタルニ第二審ニテハ之ヲ殺人罪ナリトセルカ如キ場合ニ在リテハ殺人罪
 ニ對シ罰金ヲ言渡ササルヘカラス

第三章 上告

第一節 上告ノ理由

上告ハ第二審ノ終局判決及ヒ第百八十七條ノ判決ニ對シテ法律ニ違背スルコトヲ理由トシテ其破毀更正ヲ止ムル攻撃方法ナリ(刑訴法第七百六十七條)
 上告ハ法律ニ違背シタル裁判ナルコトヲ理由トスルトキニ限り之ヲ爲スコトヲ得(刑訴法第二百六)即チ上告ハ判決カ法律ノ違背ニ基クコトヲ理由ト爲ササルヘカラス故ニ上告裁判所ハ第二審裁判所ノ判決カ事實ヲ正當ニ認定シタルヤ否ヤヲ審査スルノ權限ナク前審ニ於ケル證據ノ採否ハ事實ニ適セルヤ否ヤハ上告裁判所ノ判斷ヲ受クルモノニアラス然レトモ前審ノ證據取捨ニ於テ證據ニ關スル規則ニ違フコトナキヤ否ヤ又適法ノ證據調アリシヤ否ヤハ上告裁判所ノ審査ヲ受クヘキモノナリ蓋シ下級裁判所ハ自ラ事實ヲ確定シテ之ニ法律ヲ適用スレトモ上告裁判所ハ下級裁判所カ總テノ點ニ付キ法律ノ適用ニ付テ錯誤ヲ來シタルコトナキヤ否ヤヲ裁判スレハナリ故ニ刑ノ適用ニ付テハ第二審ニ於テ罪ト刑トノ權衡ヲ失セルヤ否ヤハ之ヲ審査スルコトナシト雖モ其刑ハ法律ノ認メタルモノナリヤ否ヤニ付テハ上告裁判所之ヲ審査ス

實體法ニ付テノミ云フニアラス訴訟法ノ原則ニ付テモ亦然リ然レトモ上告裁判所ハ訴訟上ノ事實ヲ自ラ判斷セサルヘカラサルコトアリ即チ上告裁判所カ審査スヘキ事實ハ例ヘハ現行犯ナリヤ否ヤ又親告罪ニ付テハ適法ノ告訴アリシヤ否ヤノ如キ類ナリ又實體法上ノ違背ヲ主張サレタル場合ニ於テモ上告裁判所ハ訴訟上ノ事實ノ審査ヲ爲スコトアリ例ヘハ前審ニ於テ不法ニ時効ノ中斷アリト認メタルコトヲ主張スルトキハ中斷ノ原因タル起訴豫審又ハ公告アリシヤ否ヤヲ審査セサルヘカラス而シテ此等ノ事實ヲ審査スル材料ハ前審ニ於ケルト異ナルコトナシ訴訟上ノ事實ニ付テハ前審ニ於テハ反對ニ其事實ヲ認ムルモ上告裁判所ハ自己ノ認ムル所ニ依リテ裁判スルコトヲ得ルモノトス之ニ反シテ前審ニ於テ證據調ノ結果ニ基キテ認メタル事實ハ上告裁判所之ヲ審査スルコトヲ得ス例ヘハ證人カ第二審ニ於テ宣誓ノ上訊問ヲ爲シ判決ニ其證言ヲ證據トナシタル場合ニ於テ其證人ハ精神病ニ罹リ居ル者ナレハ宣誓セシメシハ不法ナリト主張セシトキハ上告裁判所ハ證人カ精神病者ナリヤ否ヤヲ審査スルコトヲ得ス即チ第二審ニ於テ精神病者タルコトヲ認メサルコトハ上告裁判所ヲ羈束スルモノトス

又本案事件ニ關スル證據方法ノ内容ノ解釋ニ付テモ上告裁判所之ヲ審査スルコトヲ得ス要スルニ訴訟上ノ事實ニ付テハ上告裁判所ハ概シテ之ヲ審査スルコトヲ得レトモ第二審ニ於テ證據調ヲ爲シテ認メタル訴訟上ノ事實ニ付テハ之ニ從ハサルヘカラサルモノナリ

左ニ法律ニ違背シタル裁判ナル條件ヲ分析シテ説明スヘシ

一 法律ニ違背スルトハ刑事訴訟法第二百六十八條第二項ニ於テ其範圍ヲ定メタリ同條ニ依レハ法律ハ即チ法則ノ義ニシテ通常所謂法律ニ比シテ其意義廣汎ナリ即チ法律ニ明示シタル事項ノミニ止マラス其規定ノ全體ニ亘ル原則マテモ包含スルモノトス又形式上法律ナルト勅令ナルト又其他ノ名稱ヲ有スルモノナルトヲ區別セス而シテ法則トハ刑法ノ規定ノミニアラス苟モ刑事訴訟ニ於テ適用スヘキ公法私法ノ規定ハ勿論慣習法ニ違背シタル場合ト雖モ亦法則ニ違背シタルモノトス條約モ國內ニ於テハ法律ト同一ノ效力ヲ有スルヲ以テ之ヲモ包含スルモノト解セサルヘカラス之ニ反シテ下級ノ官吏ニ對シテ發シタル上級官吏ノ訓令及ヒ會社ノ定款判例等ハ之ヲ包含セス

二 第二百六十八條第二項ニ依リ法律ニ違背スルトハ法則ヲ適用セス又ハ不當

ニ適用スルヲ謂フ今實體法違背ニ付テ言ヘハ認定シタル犯罪事實ニ法則ヲ適用セサルカ如キ例ヘハ累犯ヲ認メナカラ刑法第五十六條以下ノ規定ヲ適用セス又認定シタル事實ノ不當ナルコト例ヘハ強盜ノ事實ヲ認メナカラ詐欺取財ニ關スル正條ヲ適用シタルカ如キハ共ニ上告ノ理由トナルモノトス又訴訟法ノ違背ニ付テ言ヘハ法律上爲スヘキ訴訟行爲殊ニ裁判ヲ爲ササルコト例ヘハ證據調ノ請求ヲ爲シタルニ證據決定ヲ爲ササルトキ又訴訟行爲ヲ不當ニ行ヒタルコト例ヘハ證據調ノ規定ニ違背セルカ如キ即チ被告人ニ證據物件ヲ示シテ辯解ヲ求メサルカ如キ又法律ニ禁シタル行爲ヲ爲シタルトキ例ヘハ事實參考人ヲシテ宣誓ヲ爲サシメ其供述ヲ證據ト爲シタルトキハ皆上告ノ理由トナルモノトス

訴訟法上ノ違背ハ前審ニ於テ手續ノ違背タル事實ヲ知り居ルトキニ限り上告ノ理由トナルモノニアラス其違背タルヘキ事實カ上告裁判所ニテ始メテ主張セラレ判明シタルトキモ訴訟法ノ違背タルヲ免カレス此原則ハ訴訟中ノ事實

ニ付テ行ハルルノミナラス訴訟外又ハ訴訟前ノ違背事實ニ付テモ亦行ハル例
ヘハ前審ニ於テ除外ノ原因アル判事カ于與シタルコトヲ知ラスシテ進行シタ
ル場合ニ於テモ上告裁判所ニ於テ始メテ之ヲ上告理由トシテ主張スルコトヲ
得ヘシ(刑訴法第二百六十九條第二項)又前審ニ於テ既ニ其事件ノ確定判決アルコトヲ知ラス
シテ有罪ノ言渡ヲ爲シタル場合ニ上告審ニ於テ始メテ一事不再理ノ原則ヲ適
用セサル不法アリト主張スルヲ得ヘシ

三 判決ヲ法律ノ違背ニ基クニアラサレハ上告ノ理由トナラス換言スレハ法律
ノ違背カ判決ノ原因タルコトヲ要スルモノニシテ即チ正當ノ法則ヲ適用セシ
ナランニハ判決ニ認ムルカ如ク裁判セラレサリシナラントノ理由ニ出テサル
ヘカラス故ニ上告ヲ爲スニハ法律ニ違背シタルコト及ヒ其違背カ判決主文ノ
内容ニ影響ヲ有スルコトヲ主張セサルヘカラス若シ正當ニ法律ヲ適用シタル
場合ニモ同一ノ裁判トナルヘキトキハ前審ニ於テ不當ノ法律ヲ適用スルモ上
告ノ理由トナラス

判決ト法律ノ違背トカ原因結果ノ關係アリヤ否ヤヲ審査スルニハ實體法ノ違

背ニ基ク場合ト訴訟法ノ違背ニ基ク場合トヲ區別セサルヘカラス

甲 判決カ實體法ノ違背ニ基クヤ否ヤハ攻撃サレタル判決ノ内容(判決理由)ニ
依リテ之ヲ決定スルヲ得ルカ故ニ極メテ容易ナル問題ナリ故ニ判決ノ理由
ハ第二百三條ニ依リテ下級裁判所ハ如何ナル事實ヲ眞實ト認メタルヤヲ記
載シ又其事實ニ如何ナル法律ヲ適用シタルヤヲ示スモノナリ故ニ下級裁判
所カ實體法ヲ誤リタルヤ否ヤハ判決理由ニ依リテ知ルコトヲ得ヘシ

乙 判決カ訴訟法上ノ違背ニ基クモノナリヤ否ヤノ審査ハ甚タ困難ナル問題
ナリ是ニ付テハ往時獨佛ニ於テ認メタル破毀ノ請求制度ト比較シテ攻究ス
ルヲ便宜トス此制度ニハ三主義アリ

- イ 判決ヲ破毀スルニ足ルヘキ訴訟法ノ制限的ニ列記シタルモノ
- ロ 列記主義ヲ探ラス一般ニ重要ナル訴訟法ノ規定ニ違背スルトキハ判決
ヲ破毀スヘシト定メタルモノ
- ハ 以上二主義ヲ混合シテ共ニ採用シタルモノ
- 右三個ノ主義中(ロ)及ヒ(ハ)ノ二主義(イ)ノ主義ニ比シテ優レリト雖モ此法ノ

主義ニ於テモ一ノ困難アルハ重要ナル訴訟法ノ規定トハ如何ナルモノナリ
 ヤ其意義ヲ定ムル能ハサルコト及ヒ同シク訴訟法ノ規定ニ違背スルモ或時
 ハ判決ニ影響アル場合アリ或時ハ然ラサル場合アルコト例ヘハ違法ノ豫審
 調書ニテモ之ヲ判決ニ採用スルト否トニ因リ結果ヲ異ニスルニ至ルヘシ此
 困難アルカ爲メ現行刑事訴訟法ハ重要ナル規定ト重要ナラサル規定トノ區
 別ヲ爲スコトナク一般ニ判決カ法律ノ違背ニ基ク場合ニハ上告ノ理由アリ
 トセリ故ニ原則トシテハ如何ナル訴訟法ノ規定ニテモ上告ノ理由ト爲シ得
 サルモノナシト謂フヘキナリ然レトモ事實上ニ於テハ此原則ヲ貫ク能ハサ
 ルコトアリ即チ訴訟手續ノ基礎ヲ爲ス規定ハ判決ノ内容ニ影響ナシト雖モ
 之ニ違背スレハ即チ判決ヲ破毀スルヲ至當トス是ニ於テ第二百六十九條ノ
 規定アリ又訴訟法中ニハ之ニ違背スルモ全ク上告ノ理由トナラサルモノア
 リ此點ニ付テ訴訟法ノ規定ヲ分類スレハ左ノ三種アリ

イ 絶對的ニ上告ノ理由トナルモノ 即チ第二百六十九條ニ列記セルモノ
 ロ 絶對的ニ上告ノ理由トナラサルモノ 即チ捜査豫審ニ關スル規定訴訟

上ノ強制處分ニ關スル規定訓示的規定ハ之ニ屬ス此等ノ規定ハ之ニ違背
 スルコトアルモ判決ニ影響ヲ及ホサス

ハ 相對的ニ上告ノ理由トナルモノ 即チ之ニ關スル規定ニ違背スレハ判
 決ヲ破毀スルニ足ルヤ否ヤニ付テハ各場合ニ依リテ異ナル例ヘハ豫審終
 結決定ノ瑕疵ノ如シ此決定ニハ第二百六十九條第二號乃至第六號第九號
 ニ記載スル如キ違背ヲ生スルモ第四號第五號ノ外ハ終結決定ノ確定力ニ
 依リ其瑕疵ハ除去セラレ公判ニ於テハ瑕疵トナラス

要スルニ絶對的ニ上告ノ理由トナルモノヲ除キテハ訴訟法ノ違背カ判決ニ對
 シ原因トナリ得ヘキ推測アルトキハ其判決ヲ破毀スルニ足ル故ニ法律ノ違背
 カ判決ノ内容ニ影響ヲ及ホササルコトノ明白ナラサル限りハ訴訟手續上ノ瑕
 疵ニ因リ判決ハ破毀セラルルモノト謂フヘシ或ハ的確ニ法律ノ違背ト裁判ト
 カ因果關係ヲ有スルニアラサレハ上告ノ理由タラストノ説ヲ唱フルモノアレ
 トモ此說ニ依レハ辯護權ノ制限ノ如キ法律ノ違背ハ常ニ上告ノ理由トナラス
 シテ重大ナル違背モ其效ヲ生セサルニ至ルカ故ハ因果關係ノ推測ハ之ヲ以テ

上告理由トナラサルモノト爲スヲ至當トス
 判決カ訴訟規定ノ違背ニ基クヤ否ヤハ前審ノ判決ニ其事實カ確定セサルカ故
 ニ上告裁判所ハ訴訟記録ヲ以テ違背シタル點ヲ審査セサルヘカラス然レトモ
 之ノミヲ以テ審査スルコト能ハサルコトアリ例ヘハ第二審ニ於テ裁判スル際
 ニハ其一員タル判事カ既ニ他ノ裁判所ニ轉任シタルノ事實又ハ或判事ニ除斥
 ノ原因アリタルヤ否ヤ等ノ事實ハ訴訟記録ヲ以テ之ヲ知ルコト能ハス斯ノ如
 キ場合ニ於テモ如何ナル方法ヲ以テ其事實ヲ確定スヘキヤハ上告裁判所ノ隨
 意ナリ但直接審理ヲ以テ此事實ヲ確定スヘキモノニアラス必ス書面ヲ以テス
 ヘキモノトス此點ニ付テハ官報ヲ以テ轉任ノ事實ヲ知ルヘクシテ訴訟記録ニ
 存スル所ノミヲ以テ審査ノ範圍ト爲スヘキニアラス又或學者ハ證言ニ依リテ
 定ムルコトヲ得ト言フモノアレトモ非ナリ

第二節 上告理由ノ擴張及ヒ制限

訴訟法ノ違背ニ付テハ第二百六十九條ヲ以テ第二百六十八條ヲ擴張セリ此規定
 ノ趣旨ハ訴訟手續ノ基礎ヲ成ス訴訟法ノ規定ニ違背スレハ其違背ト判決ノ内容

トノ間ニ原因結果ノ關係ノ存スルト否トヲ問ハス常ニ判決ヲ破毀セサルヘカラ
 ス故ニ上告カ第二百六十九條ニ掲ケタル點ヲ理由トスルトキハ上告裁判所ハ其
 違背アリシヤ否ヤノミヲ審査スルニ止マル若シ其違背カ判決ノ内容ニ影響ヲ及
 ホササルコト明白ナルトキト雖モ判決ヲ破毀セサルヘカラス
 第二百六十九條ニ掲ケタル絶對的ノ上告理由ハ制限的ノモノニシテ即チ左ノ場
 合ナリ

- 一 規定ニ從ヒ判決裁判所ヲ構成セザリシトキ
 定數ノ判事ニ缺クル所アル場合ノミナラス構成法ニ依リ判事ノ資格ヲ有セサ
 ル者カ裁判ニ干與シタル場合ヲモ包含ス又公判ハ第七十六條ノ規定ニ依リ
 判事、檢事、裁判所書記出廷シテ之ヲ爲スモノナレハ檢事又ハ書記ノ立會ナキ場
 合モ亦判決裁判所ヲ構成セサルモノトス
- 二 法律ニ依リ職務ノ執行ヨリ除斥セラレタル判事裁判ニ參與シタルトキ
 但忌避ノ申請又ハ上訴ヲ以テ除斥ノ理由ヲ主張シタルモ其效ナカリシトキハ
 之ヲテ以テ上告ノ理由トナスコトヲ得ス