

已。

要之檢事及司法警察官。就現行犯要急速之場合。則許爲一時臨檢搜索。物件差押。及證人訊問等之強制的處分而已。非如豫審判事。以久監禁被告人。所有有蒐集證據之權限。而余今茲所論之特別處分。雖規定於現行犯之豫審名目之下。而非其真實之豫審。惟其處分略與豫審處分同。以是不過便宜上規定於此名目之下耳。余信以此處分爲屬於搜查者。蓋豫審無檢事之請求。則不行之以爲原則。例外甚稀。有設之必要。則特以明文規定之而已。然其特別之場合外。非起訴後。則無豫審。故此現行犯之特別處分爲豫審耶。爲搜查耶。欲決之。則觀檢事及司法警察官爲此處分者。在起訴後與否爲足。依本法第四百四十九條。則行前數條之手續時。區裁判所檢事行之。與司法警察官行之。皆所不問。其事件悉歸地方裁判所檢事之手者。地方裁判所檢事。無論於何場合。得一々判別其事件。定其付於豫審者。與直付於公判者。又思料被告事件不爲罪。

或公訴不可受理者時。則不可爲起訴之手續。故前記特別處分。爲起訴以前之事。可知其處分之非眞爲豫審屬於搜查者。亦可知矣。於茲要一之注意者。如前述依第四百四十四條。則地方裁判所檢事。及區裁判所檢事。……得臨檢犯所。爲屬於豫審判事之處分。而依第四百四十七條。則司法警察官。亦爲同樣。然此規定。必要臨檢犯所。非爲臨檢。則不許爲他之一切特別處分乎。依前大審院判例。則爲臨檢犯所云云。止舉示其普通之場合者。縱不爲之得爲他之特別處分之法意。以此判例爲可之論者曰。第四百四十八條第二項。若同時受取被告人時。二十四時內訊問之。發拘留狀或不發當爲前項之手續。既許爲訊問及發拘留狀。則許爲由此更輕之處分。以此解釋爲當然也。於此場合。則地方裁判所檢事。非自臨檢。尙得爲前記之特別處分。故區裁判所檢事。及司法警察官。亦不可不爲同一。然以余思考此判例。非穩當。通讀熟翫前數條之規定。則法意之所存。自可釋然。如論者之言。第四百四十八條之場合。地方裁判所檢



事。非自臨檢於犯所。亦從前數條之手續。受取區裁判所檢事。或司法警察官所取扱之本件場合。故依其數條之規定。則區裁判所檢事或司法警察官爲強制的特別處分。必要臨檢於犯所耶。換言之。則非臨檢犯所之場合。不得爲特別處分與否。不可不爲研究。而第四百四十四條。明有臨檢犯所得爲屬於豫審判事之處分。於不臨檢場合。亦許爲其處分。無此解釋之餘地。而區裁判所檢事。外依同條。司法警察官則依第四百四十七條及同條。以所處分之事件。依第四百四十五條及第四百四十七條第二項。送致於地方裁判所檢事者。即以第四百四十八條之事件。地方裁判所檢事。不自臨檢。而於爲補助官之區裁判所檢事。及司法警察官使爲臨檢。以無異於自爲之。故第四百四十八條。不過許訊問拘留耳。以是同條者。不得爲右判例之論據者也。然近時之判例。全然一變。非臨檢犯所。則不得爲特別處分也。

## 第二章 起訴之手續

起訴之手續。本法第三編第二章。即第六十二條以下之所規定也。然凡爲手續之事。詳說細叙之。則徒些碎煩雜。費紙數與時間多。反有使初學者迷於方向之嫌。故只概述其重要之點而已。

述起訴之手續。則便宜上要區別犯罪之種類。即重罪輕罪違警罪之三種。不可不區別爲說明之。地方裁判所檢事爲犯罪之搜查。認其十分足爲起訴時。當從各三種之區別。各爲其手續。即思料爲重罪時。則豫審判事。求其豫審。思料爲輕罪時。則從其事件之輕重難易。區別爲重難者。則求豫審。爲輕易者。則可直移於公判。蓋重難之事件。直付公判時。則與惟一人之豫審判事。專心擔當者異。容易不得其真相。因必使求豫審。而事件輕微。思料爲屬於區裁判所之職權者時。則可送致於區裁判所。檢事思料爲違警罪時亦然。若夫至此等之思料。全任檢事自由之意思。然而認其事件不爲罪時。則不可爲起訴之手續。又認爲不可受理時亦同。區裁判所檢事之起訴手續。亦大同小異。自爲搜查其事件。思料爲屬於



區裁判所時。則當直求開其裁判所之公判。

要之重罪必求豫審。輕罪則從其輕重難易。或求或不求。就違警罪全無求豫審事。然屬於區裁判所管轄之事件。則非必不求豫審者。求之亦固無妨。雖然。輕易事件。則不須煩森嚴周密之手續。而得事實之真相不難。因之豫審爲無要之手數耳。故就之雖求豫審。亦決不爲不法。從而如重罪。輕罪。違警罪之三罪同時發覺時。得併求豫審者也。

#### 第四編 豫審

##### 第一章 總論

就於豫審。茲少舉總論。且當概論其沿革。

抑豫審者。不過公判之準備手續耳。故於何之時代。苟有刑事之裁判。莫不行之。惟因時勢及主義之如何。於其手續方法等。少多之差異耳。羅馬古代之制度。行彈劾主義者。所謂彈劾。該當今日之原告。而其原告。於裁

判所彈劾。即起訴。同時裁判所。以取調其訴之爲正當與否。思料果爲其訴正當者時。則與其彈劾者。以證據蒐集之許可。有此許可。則彈劾者雖一私人。而得證據蒐集之權。搜索被告人之家宅。臨檢犯所。就於證人聽事實之供述等。皆得爲之。惟此等之處分。必使被告人立會。而原告人既畢此處分。則被告人於次行右之諸處分。蒐集自己利益之證據。如此以雙方之證據。供裁判所之資料。以爲受其裁判。於此時代。則疆土狹小。事件簡易。因之但以簡單如此之處分。裁判之適當。尙或行之。迨人智漸進。國土擴張。則人口衆多。事件亦重大煩雜。亦勢之自然。因於後年。則此制度漸以不行。裁判所不待彈劾。至以職權爲證據蒐集之處分。然此特別之處分。始僅用之於現行犯。遂至用之於一般之場合。爾後益益進步。殆與今日之豫審。至無所異。然於此時期。羅馬之制度之。與今日之豫審最異者。舉之則裁判所自不爲其證據蒐集之處分。當時之行政官。略與今日之警察官類似者。使之行之。反是今日日本及諸國所行之豫審。則爲



裁判所之判事自行之者。而了其證據蒐集之處分。更進而達於爲裁判之程度。則待有彈劾者而爲其裁判。故若彈劾者不自進而立於原告之地位時。則由裁判所選相當之人。而命之之法。今日英國之制度。稍如帶此臭味。羅馬既衰。彈劾主義。尙爲繼續。而復無著大之事跡。漸至近古。糾問主義代之而生。如法國者。從來雖非純然採此主義。而其中十之八九。依此主義以處分。於此時代。則公判者書而審理主義。其豫備手續有糾問判事者。使當其任。今日之豫審。大略可謂承繼此制度者。法國糾問判事之制度。亘數百年之久。迨大革命之時。尙行之。大革命之當時。有諸種法律之改正。有全廢從來糾問主義之議論。其勢力非常旺盛。遂保存其良好之部分。改正他之部分。以制定一之良法。以爲妥當。遂決採用今日之彈劾主義。而法國治罪法。日本刑事訴訟法之採以爲模範者。今日之現行法是也。

豫審判事。依裁判所構成法及本法之規定。爲單獨制者。設置地方裁判所。及其甲號支部。此判事行後所述豫審之處分者也。

豫審之性質 豫審者。如其名稱之所指示。非直決定其本案之曲直。不過爲公判之豫備手續。若夫事件輕易。且審理簡短時。直開公判。亦毫無支障。然若事件重大。且煩雜時。就其審理。要復雜煩難之手數。於合議制之公判。由始爲其審理時。則進退不自由。以非徒僅費多時日而已。遂有不得事實真相之虞。是所以設此制度。使爲公判之審理。爲容易且迅速也。

豫審之目的 豫審之性質如右。則其目的。亦自易知。即豫審於公判。定當受審理判決之爭點。且以其當裁判爭點之材料。即蒐集證據爲目的。古人之所謂豫審者。定戰場與兵器云者。亦不外此意。戰場云者。即謂爭點。兵器云者。即謂證據。故豫審判事。因達此目的。則第一要不厭聽被告人之供述。被告者。率奸黠不良之徒。而譎詐虛構之陳述亦多。不忍耐以聽其陳述。則無由確定其爭點。加之雖如何老奸巨猾之徒。不能徹頭



徹尾爲虛構之陳述。故虛中有實。僞中有真。欲得其事實。故有詳細聽之必要。況於爲奸點之徒。受訴者實際無罪之良民時耶。第二蒐集有罪之證據。同時蒐集無罪之證據。亦不可怠。若豫審判事。僅勉舉有罪之證據。不欲無罪之證據時。則至公判無罪之證據始現出。被告人受無罪之宣告。豫審判事之苦心。全屬水泡。然於豫審爭點已定時。假令無罪之證據遺漏而於公判以豫審判事所搜集有罪之證據。與新提出於公判無罪之證據。相爲比較。得以定其輕重。故雖大無弊害。若於豫審爭點不確定時。則至公判論爭。一變豫審處分。全屬無用。公判與不經由豫審之事件。以爲受理時。要爲同一之手數矣。是不可不慎也。

豫審處分。秘密之不公行。然其密行之事。本法無有明文。以是或有疑之者。而於憲法第五十九條。有裁判之對審判決。公開之云云。非對審者。無公開之規定。對審云者。當事者雙方立會。有當爲辯論之性質者之謂。非如豫審。被告人被害者證人等。各分離爲訊問處分之謂也。故豫審處分。

不公開之而密行。蓋不可不爲此解釋。尙依新聞紙條例。則關豫審之事項。不許掲載於新聞紙。以是足知前記解釋之非失當矣。

豫審密行之可否。屬立法上之疑問。歐美諸國之法律。不一其軌。法國則守舊來密行主義。至十九世紀之半。有以公行爲可之說。設委員爲調查其結果。至於近年。發表一之新制度。依其制度。則被告人於豫審。亦得用辯護人。辯護人於被告人之訊問立會。閱覽記錄。得爲被告人爲利益之請求。故雖未得謂之公行。不得不謂密行主義之既破也。其他於英國全然行公行主義者。此等諸制度。各有一長一短。未易驟爲軒輊也。以下應爲關豫審法文之解釋。

豫審者。非有檢事之請求。則不爲之。以爲原則。是亦不外不告不理之原則之一適用耳。依第六十七條。則無其請求所爲豫審之手續。爲無效者。然是僅可視爲普通之原則。而對之非無例外。於實際則屬其例外之場合頗稀。試舉其二三如左。



第一 關現行犯之重罪輕罪特別之規定。  
 是如前示其一端。豫審判事自檢事先知有現行犯時。則未受請求。得自進。而爲其事件之豫審處分。

第二 第一百九十五條之規定

即於公判。證人或鑑定人。故意爲不實之供述時。以爲僞證罪。裁判所縱無檢事之請求。以職權當致送其事件於豫審判事。故此場合。豫審判事無檢事之請求。尙得爲豫審處分也。何者。於豫審判事受此送致之場合。別不存要起訴之規定。且若不然。則法文。可送致於豫審判事之一語。全屬空文。既於公判有送致於豫審判事之規定。則豫審判事。可謂有受之。而爲豫審處分之義務者。故不要檢事之起訴者。亦當然也。

第三 第二百四十一條第一項之規定

地方裁判所。以或事件爲輕罪受理之。而取調之結果。認爲重罪時。或檢事始爲輕罪起訴之事件。更以爲重罪訴追之爲申立時。則裁判所不可

不爲送致於豫審判事之決定。是亦以裁判所之決定。付豫審者爲一之例外。參照同條第二項以下。則當明瞭矣。

就第二第三之場合。有當一言注意者。以如上之意見。就送致於豫審判事之事件。則豫審判事。必不可不爲其豫審終結否耶。決此問題。則豫審判事於此場合。從公判判事之命令。爲其豫審處分否耶。是不可不先爲決定。然豫審判事。爲其豫審之權限。法律之所付與者。以是屬於自己固有之職權。非籍他之權限而然者明矣。故其事件。依送致脫離公判裁判所。屬於豫審判事之權內。得以其自由之意見爲處分之。於公判爲重罪所送致之事件。而自信爲輕罪。或信爲無罪時。則無妨爲其決定。蓋不容疑。

於豫審。有發見不指名於檢事所提出之起訴狀中之共犯人時。豫審判事別不待起訴。得直逮捕共犯人。且爲豫審之處分否耶。例如就甲者之或犯罪。有檢事之起訴。豫審判事當爲其豫審。而發見乙者爲其共犯時。



則不拘未對乙者爲起訴。得直逮捕爲豫審處分耶。就此問題有二說。第一說曰無檢事之起訴。則不得爲豫審。其理由。人爲犯罪之主體。故無被告人。則不可起訴。隨起訴必不可指名被告人云。第二說反之。豫審判事得以其職權對共犯人爲豫審處分。別不要檢事之起訴爲主張者。其理由豫審就於事件而起訴者。不要一々指名其犯人。於茲有一之犯罪事件。則有其犯罪人必也。而未知犯罪人之爲某々。亦不妨爲起訴。起訴之後。於豫審果知其犯人之爲某々爲足矣。故犯人皆包含於其事件之內者。不要豫盡指示某氏名云。而方今大審院之判例。實採第一說。然余謂本法之精神。甯在第二說爲信。蓋依本法第十一條。則時效中斷之效力。及於起訴當時未發覺之正犯從犯。確有明文。由是觀之。苟有干與於起訴事件之犯罪人。而以未發覺之故。不指名於起訴狀中。而當然包含于其訴之中者。爲法律之精神。固不容疑。又如親告罪。告訴者爲起訴之一條件。而對共犯人中之一人有告訴者。對總之共犯人。得爲檢事之

起訴。既如前述。無論何人。皆無異議者。是告訴就於事件而起者。非就於人而起者。然則公訴亦與此同。爲就事件而起者可知。其他如現行犯。非知犯人之爲誰。則不得爲特別處分。殆不得爲本法之運用。即於某所得有某現行犯之飛報。豫審判事赴之。而其犯人之爲誰。多於即時不可得知。然不指示人名。不得起訴。則豫審判事以作檢證調書。看做受理其訴。故因其人名之不知。則檢證調書。亦不得作。隨檢事司法警察官。亦不得爲屬於豫審判事之特別處分。關現行犯之特別規定。遂全終於徒法。於是乎大審院之判決例。以現行犯置於例外。惟此場合。不指名犯人。而爲得爲特別處分者也。然是甚專橫之解釋。苟要指示人名爲原則。則無反此之明文。不得認爲例外。然就現行犯則毫無當認爲例外之明文。故此判例。不副本法之精神。不俟多言。又雖非現行犯。而有要迅速之處分者。例如豫審判事。因臨檢或家宅搜索。出張於數里之外。於其場所。有共犯人而現發見在其所。其共犯人以包含對於事件之起訴中。不要別爲起



訴得直逮捕之。且蒐集其證據。若更要起訴。則不得不袖手傍觀其逃亡。且一任其證據之湮滅也。然依大審院之判例。則此場合。當然要檢事之起訴。故自數里外非告發於檢事。非待其起訴。不能毫爲下手。迂濶不便。亦已極矣。然本法於此種必要之場合。不揭得爲臨機處分之明文。則畢竟訴者就其事件而起。得當然爲其處分。而不要別揭明文者。其出於此可知也。又徵於本法之沿革。立法者亦於佛國治罪法之下。既有此論。多數之學說。及判例。皆以爲訴者不可不就於事件而起。故本法不外仿之者。特於前揭第十一條之佛文案理由書中。明言此事。本法精神之在。茲極爲明確。蓋自理論上而考。則或以右大審院之判例爲可。若果採其主義。則應其必要。不可不設特別之規定。不然則本法不得滑而行之。故該判例寧可謂以本法爲不可行者。然方今全國皆遵奉該判例。亦不得已之勢也。

就豫審之大體。尙欲一言。豫審判事。於受訴之當初。第一其公訴爲不可受理者時。例如因時效確定判決等。不可受理時。則不著手於豫審處分。得直爲其豫審終結。爲免訴之言渡。此點甚明瞭。而豫審處分。當爲於受理公訴之後。則先決定當受理公訴與否爲當然。即可直終結其豫審。爲免訴之言渡者。第二。思料爲管轄違時。亦得爲其言渡也。則豫審判事。其已受理之事件。屬於自己之管轄時。始有爲豫審之權。故自當初非其管轄時。可直爲其言渡。第三。如檢事之訴。縱令有事實。而其事實認不爲罪者。亦不爲豫審處分。直當爲免訴之言渡耶。就此點有多少之異論。要之得爲其言渡。係於檢事之訴之事實。思料爲不爲罪以上。其他更豫想有當爲罪之事實。以無強爲豫審處分之必要。直爲免訴之言渡可也。

## 第二章 對被告人之強制處分

對於被告人之強制處分云者。逮捕監禁被告人之謂。逮捕監禁者。固爲被告人之不利。而公益上爲必要。私益者到底不足以敵公益。故以斷行之爲當然。而其必要存於如何場合。離本法而汎論之時。則刑法學者中。



或有爲說曰。逮捕監禁之必要。惟在確保刑之執行。若被告人有逃亡之虞時。則非逮捕監禁。不能爲刑之執行。以是或其裁判爲無效。故此場合。有逮捕監禁之必要。而其他無此必要。行之則爲不當。然各國之法律。特於本法。則此場合無論其他被告人於有湮滅證據之虞場合。亦以此爲必要。許其行之。依極端論者之說。則證據湮滅到底不得防遏。縱令監禁之。而自獄中通信。有竊謀者。親族故舊。亦有爲被告而謀之者。非一禁監之所能防遏。故易湮滅薄弱之證據。以罰其人爲不足云。然證據湮滅。則爲不得防遏之。而不講其防遏之途。審速了之見。縱令全然不得防遏。而監禁被告人。與以自由。較有防遏之效。既有犯罪有其起訴。而判此真否。則不外依證據耳。而湮滅之。無論爲不正之行爲。則豫防之。固爲正當且必要也。各國之法律及本法。以此爲逮捕監禁之一原因者。實爲是也。其他與被告人以自由。則甚有危險者。例如所訴之罪爲未遂犯時。則尙有欲遂其罪之恐。於此場合防遏之。則亦公益上必要。又所訴之罪爲脅

迫罪時。則有實行其脅迫之恐。亦有防遏之必要。而其防遏方法。除逮捕監禁無他途。故本法於此等之場合。亦許爲此處分。

#### 第一節 令狀

逮捕監禁者。依令狀而行之。而令狀有四種。曰召喚狀。曰拘引狀。曰拘留狀。曰逮捕狀。即是也。

第一 召喚狀 召喚狀者。非直接依之爲逮捕或監禁者。而以至於逮捕監禁之手續。爲講說之順序。於茲述之。

召喚狀云者。豫審判事。使被告人於指定之日時。出頭於其面前之命令狀也。原則必一度以此召喚被告人。不應其召喚時。更當發他之令狀者。然此召喚狀無制裁。被告人固有服從其命令之義務。而爲不遵守其義務之制裁。非發他之令狀（即拘引狀）其詳細於拘引狀之下說之。

被告人從召喚狀之命。於指定之日時。出頭於指定之場所。則豫審判事即時訊問之。是爲原則。若不能即時爲訊問時。至遲亦不得過其日。是第



六十九條第二項之所明示。若於其日之中不得訊問時。則被告人得隨意退歸。不得強抑留於一夜也。

第二 拘引狀 拘引狀者。不拘被告人之諾否。而強引致於豫審判事之面前之命令也。然執行此令狀。非必要捕縛引致被告人。被告人自進而出頭時。則執行者惟護之可也。若被告人拒之時。或於途上有逃走之虞時。則得依公力強爲引致。即得籍巡查憲兵率之力。捕縛而引致之也。

拘引狀者。於已發召喚狀而不出頭時始發之。是爲原則。然而非召喚狀之制裁也。拘引狀自有特別之原因與結果。故以此看做彼之附屬。則誤謬矣。現拘引狀不發召喚狀。而直得發之場合亦有之。第七十二條定其場合曰。第一。被告人住所不定時。第二。恐被告人湮滅罪證。或有逃亡之虞時。第三。被告人犯未遂罪或脅迫罪。仍有欲遂其目的之恐時。是蓋有逮捕監禁之必要之場合。而適合其場合之一時。直得發拘引狀也。

第三 拘留狀 拘留狀者。留置被告人於監獄之命令也。就其效力無一定之期限。則在其事件之落著前。尙得爲其留置。此令狀其效果如此重大。以是不得妄發之。第七十五條就之設二條件。第一。已訊問被告人之後。即被告人因召喚狀或拘引狀而出頭時。非訊問之後。則不得發此令狀。第二。思料爲當該禁錮以上之刑者時。若夫該罰金科料拘留等之刑者。則其罪細微。無防證據湮滅之必要。又刑之執行。亦全不及於身體之自由。或及之以爲些細之事。無監禁之必要。又因不監禁而無感危險時。故僅限禁錮以上之刑場合。使得發之也。然第七十五條之規定外。不可不可尙以爲拘留必要之場合之一條件。就於此點。別無明文。即理論上當然之事。不俟其有明文也。而有拘留之必要場合云者。限於前述之第七十二條三個之場合。則不要再爲喋喋矣。

如右述拘留狀。非訊問之後。則不得發之爲原則。而依場合。則得訊問前（即未發召喚狀及拘引狀之前直發之。第七十五條但書所規定。被告人



逃亡之場合是也。就此例外之規定。被告人逃亡。則雖該其罰金以下之刑者。尚得拘留。有如此解釋者。是非本條之精神。於本條本文。要求前述之二條件。爲其例外。有此但書。則固思料爲該禁錮以上之刑者。限於逃亡之場合得發之意。蓋灼然矣。

以上就三種之令狀之書式。則有第七十六條之規定。以得一讀明瞭。故止揭載其法文。

第七十六條 凡令狀當記載被告事件及被告人之氏名職業住所。

但除召喚狀外。其氏名不分明時。當明示其容貌體格等。又記載發令狀之年月日時。判事及裁判所書記。須署名捺印。召喚狀使執達吏送達於被告人。拘引狀。則使巡查憲兵卒執行之。

以上三種令狀之執行方法。就其各種異之。召喚狀者。使執達吏執行之。即自裁判所書記直交付於執達吏。執達吏則送達於被告人。拘引狀。拘留狀。使巡查憲兵卒執行之。而其執行。直自裁判所命之。歟。將自檢事命

之歟。法律無其明文。由前揭第七十六條之法文推之。則如直自裁判所命之者。凡裁判之執行。以檢事掌之。爲本法之精神。且同條末項。巡查憲兵卒關於令狀之書類。當以差出於檢事。依此規定。則其執行。自檢事命之者。足以推知矣。於實際。依司法大臣之訓令。自檢事命之爲例。

對於在監中之被告人所發之拘留狀。則使司獄官吏執行之。(第八十四條)

關拘引狀拘留狀之執行手續。一讀第七十七條之法文。則甚分明。就之無說明之必要。

有令狀之效力之區域。則法律上別無制限。故發其令狀。不問裁判所管轄之內外。於日本全國。到處得執行之。又時或豫審判事作令狀之正本。數通。使數人之巡查憲兵卒於地方執行之。依第七十九條。則被告人知其潛匿於他之管轄地內。或思料其爲潛匿時。則巡查憲兵卒得使帶行令狀。而其巡查憲兵卒。於被告人所在地之豫審判事檢事。或司法警察



官當示其令狀。即時可求執行。不得自執行之。然其地之豫審判事等。於巡查等自命其執行時。則自爲其執行。亦無所妨。要此規定甚不便也。甯先自爲其執行。然後得其地之豫審判事等之認可。以此改正爲當。

對於軍人軍屬執行令狀。亦少異其手續。依第八十一條。則不在豫備後備之軍籍下士以下之軍人軍屬對之發其令狀時。則其所屬之長官或隊長當示其令狀。其長官或隊長。非不得已有障礙者。則當速使其本人應其令狀者。

巡查憲兵卒執行令狀。引致被告人時。則如何於拘引狀之場合。依第七十三條第二項之規定。豫審判事於四十八時間內。可訊問其被告人。而其四十八時間之起算點。非發其令狀時明矣。何者。自發令狀至於執行。不獨四十八時間。隔數十日者不尠。然交付拘引狀於被告人之時。將引致被告人於裁判所之時。歟。如於遠隔之地。使執行之時。則在到裁判所之途上。既費四十八時間亦不少。且於法文以拘引狀已引致之被告

人於四十八時間內。當訊問之。依之其起算點。必不得不爲引致於豫審判事之面前時。就被告人之訊問。與以如斯長時間者。全因慮豫審判事之繁忙耳。然其四十八時間。可置被告人於何地耶。拘引狀者。單引致被告人於豫審判事之面前。止於四十八時間有留置之效力。故不得入之於監獄。以明治十四年第五十九號布告。惟此時間中。夜間以入而置於裁判所。或附近警察署之留置所爲常。然其晝間以無可置之處。此點實不外法規之缺點耳。

若經過其四十八時間。而尙不訊問時。則拘引狀之效力。自以消滅。不須以別段取消之。被告人當然爲放還者。

執行拘留狀時。則別不須訊問等之手續。直可引渡被告人於指定之監獄署。第八十二條曰。

受拘留狀之被告人。當速引致於其令狀所記載之監獄署。若不能引致於其監獄署時。得假引致於最近之監獄署。



於何之場合。監獄署長。皆當檢閱令狀。受取被告人。而渡其證書。此規定有一之缺點。即於令狀。當記載留置被告人於一定之監獄署是也。既記載當留置於其監獄署時。則如管轄違之言渡時。依前所發之拘留狀。不可不留置被告人於其指定以外之監獄署。不得謂其無不都合也。其他如控訴時。而第一審裁判所之所發拘留狀。不拘記載有當留置於甲監獄署。而依同一之拘留狀。於控訴裁判所所在地之乙監獄署。至當留置被告人。故於拘留狀記載留置被告人於監獄署之一事。可削去之。

因拘留狀之執行。被告人既引致於監獄署後。依官吏之立會。得與他人接見。又書類經豫審判事或檢事之檢閱後。得與他人授受之。然豫審判事思料爲必要時。則別異被告人之監房。禁與他人之接見。書類物件之授受。或得差押其書類物件。是第八十五條之所規定。其後半之別房留置。與他人之接見禁止。及書類物件授受之禁止。則防證據湮滅之方法。

爲代彼之密室監禁之制度者。然其實殆爲同一。不過其名之異而已。

第四 逮捕狀 逮捕狀有二種。其一。係第八十條之所規定。豫審判事不能覺知被告人之所在地時。則以被告人之人相書。送致於各檢事長。得請求其當爲搜查及逮捕。而受此請求之檢事長。使其管轄地內之檢事爲搜查及逮捕之處分。於此場合。因逮捕其被告人發逮捕狀。其二。係第三百十九條之所規定。被告人受體刑之言渡。不拘其判決既已確定。而因遁其刑之執行而逃走時。檢事因逮捕之。得發逮捕狀。係其闕席裁判之場合亦同。然發其逮捕狀。則皆限於體刑。即該禁錮以上之刑之場合者。罰金以下之者。不能束縛其自由。以是故不得發。然而以上二種之逮捕狀。皆與豫審判事。或裁判所所發之拘留狀。同其效力。故依之所逮捕之被告人。直爲留置於監獄署者。

#### 第二節 拘留狀之取消

依第八十六條。則豫審判事以被告事件。思料爲該禁錮以上之刑者。發



拘留狀留置其被告人於監獄署。而豫審中。覺知其事件爲該罰金以下之刑時。無論何時。不可取消其拘留狀明矣。然其他尙有可取消之場合。例如豫審中。信被告人爲無罪。則豫審終結之先得取消拘留狀耶。或曰豫審判事既有發拘留狀之權。亦不可無取消之權。殊該罰金以下之刑者。有取消其拘留狀之權以上。則於信爲無罪之場合。尙更無不可得取消之理。然余輩以有明文之場合外。信不得爲其取消。論者謂有發令狀之權。亦即有取消之權。而裁判所不拘其有裁判之權。而無取消其裁判之權。是爲原則。發令狀者。亦不外一之裁判。故取消之屬於特例。以是不得限於其有明文之場合。又論者以該罰金以下之刑場合。得取消其拘留狀。信爲無罪場合。則更不可不得取消之。是亦誤也。豫審判事信爲無罪。檢事轉信爲重罪。亦不可知。然大早計取消其拘留狀時。則他日當爲重罪之證據明。被告人或既逃亡。在所不免。因是觀之。則豫審判事信爲無罪。而其既發之拘留狀。亦不得取消可知矣。

### 第三節 保釋及責付

保釋云者。被告人受拘留狀之執行。留置於監獄署中。即豫審之未終結前。或依法定之保證。假解其拘留。許其自由之謂也。而其許之場合。以無逃亡。或證據湮滅之恐。且無何等之危險時者爲限。其許否。一在豫審判事之權內。

許保釋者。要具備左之三條件。

第一 有被告人之請求時 豫審判事縱令認爲無拘留被告人之必要。而無被告人之請求。不得以職權言渡之。然若被告人爲無能力時。則依第一百五十條第二項。法律上代理人得請求之。

第二 聽檢事之意見時 豫審判事必不可不聽之。然無爲其意見所拘束。即反對之亦可。

第三 被告人立保證時 所許保釋之被告人。無論何時。須以應呼出當爲出頭之證書。差出於豫審判事。且因爲保證。不可不納付由豫審判



事自由意見所定之金額。然依第一百五十二條。則自被告人或法律上代理人。得差出金錢。或有價證券。又使保證人。差出可充其金額之保證書。得以代之。而當爲其保證人者。(一)住於其豫審判事所屬裁判所之管轄地內。且(二)無論何時。有差出金額十分之資力。要備此二者之條件。然而定其金額如前述。一任於豫審判事。不爲法律之規定所拘束。雖然。當實際定之。則(一)被告人之身分貧富。(二)不可不著眼於犯罪之輕重。然依第一百五十一條。則此金額。要記載於許保釋之言渡書。故於被告人之未立保證前。先許保釋執行之後。受取其金額。似亦可者。果然。則被告人逃亡。不得徵收之場合。難保此無。且第一百五十條。使立保證。得許保釋。故於實際先定金額。使差出於裁判所。然後始許保釋爲交付其言渡書者。具備右三條件。既許保釋後。被告人受裁判所之呼出。而不出頭時。則何如。無他。沒收其金額之全部。或一部耳。同時當取消其保釋。就於爲此處分。必不可不聽檢事之意見。然不爲其意見所拘束。尙與前述爲同一。然

而被告人於應呼出而出頭時。裁判所亦有取消保釋之必要。則尙當得取消之。於此場合。亦可聽檢事之意見。而其取消與否。固一在豫審判事之權內。要基於逃亡。證據湮滅。或危險三者之一。一存否。固不俟言。被告人受免訴或無罪之言渡。或受違警罪之言渡時。一旦所沒收之保證金。亦當還付之。其他關於此等手續之事。一讀法文。自得明瞭。茲故不贅。關於保釋者。止於豫審之部。有其規定。而於公判之部。則不見之。故於公判。有得許與否之疑問。此疑問於公判之部。論述爲當。而序次於茲了之。對此疑問有二說。第一說。於公判之部。無有明文。因此簡單之理由。遂主張爲不許之。現雖有執此說之裁判所。而今日實際上一定之解釋。則在第二說。即許之之說。蓋公判雖無其明文。而元來拘留。因有其必要。而命之者。若既去其必要。則於公判。許其保釋。當然也。即法律之精神。亦當爲不可不然。各裁判所。皆以許之爲例。然依此說。而於豫審與公判。非無一差異。即於豫審重罪與輕罪。無別。皆得許之。而於公判。則不可不就重罪



不得許之以爲解釋。是固非有規定此點之明文。而法律之解釋上。自不得不不然也。依第六十八條。則豫審判事。思料被告事件爲重罪。爲就於重罪公判之言渡時。豫審中就於許保釋或責付者。則取消其言渡。當更拘留。就其未拘留者。則不可不新發拘留狀。惟單依此規定。而所付於重罪公判之被告人。必當拘留爲明確矣。然尙依第二百四十一條。則於地方裁判所。以輕罪所受理之事件爲重罪時。或自檢事更以其事件爲重罪。申立其訴追時。則當爲送付於豫審判事之決定。於此場合。被告人未受拘留時。爲當發拘留狀者。由是觀之。於公判則重罪之被告人。不許自由。必拘留之明甚。然則於公判何故對重罪之被告人。不許其保釋責付耶。無他。其事件重大。刑罰甚重。故若許其自由。不免有逃亡之恐。故法律常推測爲逃亡者而不許之。然茲尙有一之疑點。即事件之重大者。豫審與公判。無所擇。何於其一則許之。於他之一則不許之耶。然此亦自有其理由。於豫審訴既已起。其證據未蒐。單因搜查之結果。漫然推測爲犯罪。

其推測甚爲薄弱。故其取扱稍寬大耳。然豫審既終結。爲付於重罪公判之言渡。其推測稍爲鞏固。概可得無誤者。故其取扱較爲嚴重。而猶重罪之云。於豫審與公判。有此差異。乃所以有保釋責付許否之差異也。於公判許保釋時。則於如何裁判所許之耶。其事件繫屬於第一審裁判所時。其第一審裁判所繫屬於第二審裁判所時。則其於第二審裁判所許之。無疑。而於第一審裁判言渡後。上訴期間內。自被告人請求保釋時。或被告人既爲控訴之申立。而自第一審裁判所。在未送致一件記錄於第二審裁判所間。有保釋之請求時。則何之裁判所當許否之耶。於第二審裁判與上告審問之場合。亦生同一之問題。公判之部。如既述。保釋之規定。一不存在。此等之問題。亦固無明文之可徵者。或謂於此等之場合。無可決定其許否之管轄裁判所者。曰第一審裁判所。與第一審裁判之言渡。離其事件之關係。而未控訴之間。於第二審裁判所。以未繫屬該裁判所。亦不得決定之。控訴申立後。記錄送致前。第二審裁判所調查其可



許否之事實亦無由從而不能決定之。又上告期間中與控訴期間中爲同一。其他上告中則其事件繫屬於上告裁判所而上告裁判所因不爲事實之審查因亦不得爲其許否之調查。故此等場合總當許否其保釋無管轄裁判所遂不得許之。然既於公判當爲許保釋之解釋以上。此說甚不免酷論。蓋裁判言渡後其事件已脫離於其裁判所固爲一定之原則。而其裁判所尙不得不執其事件之殘務。例如調製公判始末書。裁判長捺印之。當被告人自監獄爲通信。裁判所檢閱之。皆殘務也。各裁判所雖裁判言渡後而尙有所取扱。故保釋許否之一事亦爲殘務。以此決定爲穩當。而於前述之場合保釋許否之決定非於原裁判所不能爲之。以是同裁判所不可不爲之以即控訴期間中及控訴申立後。記錄送致前。第一審裁判所上告期間中。及上告中。第二審裁判所爲其管轄。然於實際異是。上告中第二審裁判所決定之。而控訴期間中及記錄送致前。不爲於第一審裁判所爲其決定。是畢竟對保釋許否之決定則無上訴之

途因之。至爲如此區區之取扱者。關其許否束縛被告人之自由與否。爲重大之事項。故對其決定信當然許爲抗告者。然此爲惟一之立法論。非本法之解釋也。於本法則不外依其不開上訴之途。解爲不許之耳。本法改正第五十八條之二曰。對不許保釋之言渡。則於其裁判所得爲異議之申立。裁判所聽檢事之意見。當決定其許否。是可解釋爲限於豫審判事所爲之言渡者。爲相當於公判。則以合議決保釋之許否。故再三差出同一之保釋願。一一受其決定無差支。而對其決定無申立異議之餘地也。

責付云者。豫審判事以被告人預於其親屬或故舊之謂也。本法其他日本之諸法律。多仿歐洲之法律者。我邦慣習。殆無一存。惟責付者。則猶襲我邦古來之慣習。所謂親類預。或五人組預之遺意者。而本法許之。則要具備左之二條件。

第一 聽檢事之意見 是亦惟聽之而已。不爲其意見所拘束。與前述



者爲同一也。

第二 被告人所預之親屬故舊無論何時應呼出當使其出頭並差出證書。

右二條件具備則得責付被告人而責付者與保釋異。不要有被告人之請求得以豫審判事之職權許之。其許之場合與保釋同限於無逃亡證據湮滅及危險之恐者。此無記載於法文而明瞭也。然其許否。一在豫審判事之權內。不俟言矣。

責付者不如保釋之要保證金或保證人。而單自親屬故舊應其呼出。差出當使被告人出頭之證書之一事而已。而親屬故舊若得拘束被告人之身體者得強使其出頭。雖然其無拘束之權勿論。以是其證書徒不過約以不能之事。且不履行其約束。亦無何等之制裁。故結局就於許責付之條件。可謂有名無實。從而責付者有不容易爲許之傾矣。

已許責付後。被告人應呼出不出頭時。豫審判事聽檢事之意見得取消

其責付。

就於責付。於公判得許之否耶。有此問題。又於公判得許之。而就重罪事件得許與否。又有問題。又有於何裁判所得爲其許否之決定之問題。總之就於保釋之論述。爲同一之理由。同一之論決。故不再論述。

### 第三章 對於證人之強制處分

裁判所因欲知其實事。呼出直接知其事實。又見同其所關聯事項之人爲審問者。受其訊問而爲陳述者。謂之證人。爲證人之義務。於刑法則爲一之公務。日本國民。皆爲負此義務者。雖外國人而服日本之法權。則亦依刑法及本法之規定。爲負此義務者。但外國人中有不服日本之法權者。則無負此義務。即第一。外國之帝王或大統領。第二。外國使臣即大使公使及其從屬之吏員。例如書記官書記生。其他從屬於使臣之職務者。并使臣之妻子等。然妻子以外之家族。及使臣之一身上之從者。例如婢僕等。以國際公法上服日本之法權。故亦有證人之義務。而依明治七年



太政官第二百二十八號達。則如僕婢雖爲從者。尙受治外法權之利益。領事則以服日本之法權爲原則。只依新條約非犯重罪。則不得拘留。有其例外而已。故尙有爲證人之義務者。

違背當爲證人之義務時。有如何之制裁耶。依第一百十八條。則證人受裁判所之呼出。無正當之理由。而不出頭時。言渡二圓以上。二十圓以下之罰金。且命賠償其因之所生之費用。然對此決定。則許抗告。於抗告之落著前。不得執行。而不拘科此制裁。尙有聽其陳述之必要時。得再發呼出狀。其再度不應呼出時。則言渡其費用之賠償。及二倍之罰金。且得發拘引狀爲引致。或不發拘引狀。而發第三回之呼出狀亦可也。

發拘引狀引致證人時。在豫審中。則豫審判事當爲訊問之。而其日之中。不得爲之。至翌日有留置其證人之必要者。又於豫審證人之規定。則於公判亦可準用者。於公判則更有感困難者。公判之開廷日。以豫有一定。因引致證人。不得驟爲臨時之開廷者多。或開廷日。自其引致。爲數日或

數十日之後。其間得留置所引致之證人耶。依拘引狀所引致之被告人。不可過四十八時間。故證人尙不得過之。且被告人惟夜間得留置於置留場。而就於證人無其規定。故證人引致之。不得於其日訊問時。則不外放還之。而更爲呼出而已。

證人應呼出出頭時。則從第二百二十二條。使爲宣誓。而證人必有爲之義務。其式則從其良心。述真實。何事皆不默祕。亦不附加以爲此誓。裁判書記作宣誓書。使證人了知。使之署名捺印。若不能署名捺印時。當記載其旨。就此宣誓。則有重大之制裁。若不肯爲宣誓時。又宣誓不肯供述時。則依第二百二十六條之規定。適刑法第一百八十條。當言渡罰金。但對此決定。則得爲抗告。而其抗告之落著前。不可爲執行。又既爲宣誓。且爲供述。而其供述。反於宣誓之趣旨。不供述其真實時。則從刑法第二百十八條。乃至二百二十六條。構成僞證罪。受其刑者。

如前述服日本之法權者。負爲證人之義務。然依場合有免其義務者。追



次舉之如左。

甲 依第二百五條。則有拒為證言之權利者。即於左之場合。則為證言。固亦無妨。亦得拒之。

第一 官吏公吏或曾為官吏公吏者。其在職中所管掌務上之事實。有當默祕之義務時。則其默祕之義務。與證言之義務相牴觸。而不可兩立。且明言有當默祕之義務者時。則必以公益上有害。故關其事實。特免證言之義務。許其拒之也。

第二 醫師、葯商、穩婆、辯護士、辯護人、公證人、神職、僧侶。因其身分職業所受委託。因之而知其事實。當為默祕者。關此亦得拒其謹言。是其身分上職業上。不可不問他人之祕密。以是負守其祕密之義務者。於刑法第三百六十條。不守其祕密時。則以誹毀罪論。於裁判所為證言。雖不構成其罪。而本法付與以拒證言之權利者。又為相當之事。不然。明其祕密無為依賴者。遂至不能行其職業矣。

右第二百五條末項。拒證言者。開示其為拒絕原因之事實。且須疏明之。此法文解釋甚難。或似有開示其可為證言之事實之意義。是與拒絕證言不兩立者。僅被命證言之事實。則不拘其有無。而自己之職務上。又業務上。有當默祕之性質者。以是可拒絕其證言之謂。又疏明與證明異。疏明者。僅使思料其中立之真實。則為足耳。

乙 第二百二十三條及百二十四條之場合。  
此二條亦為例外。舉其不許為證人者。茲略說其所存疑義之點。如左而已。

第二百二十三條之所列舉者如左

第一 民事原告人 就是則謂僅附帶公訴為私訴之請求者。歟。將依獨立之民事訴訟。請求因同一犯罪所生損害之賠償者。亦包含之歟。是有疑問。如前所述。二者共不失為私訴。從民事原告人之名稱。包含二者。不要多言。大審院之判例亦然。



第二 民事原告人及被告人之親族 本號之但書。就於姻族雖為婚姻之解除時亦同。有此規定。然即為離婚之妻則如何。民法上親族之語。不包含妻。而不過云妻之親族。而就本號之解釋。法律之精神上。妻亦列其例外之一。不許為證人。以為相當。何者。親族既為例外。其為親族原因。妻之例外。自當然也。蓋前述於忌避之部。婚姻解除後之親族。或有怨恨之情。有為民事原告人。或被害人有害之證言之恐。在離婚之妻。亦不得不謂然。故列於例外。甚為妥當。

第三 民事原告人及被告人之後見人或受此等者之後見者

第四 民事原告人及被告人之雇人。或同居人。就此二號。無別要說明。

第二百二十四條之所列舉者如左。

第一 十六歲未滿之幼者 本號又無可說明者

第二 知覺精神不完全者 同上

第三 瘖啞者 同上

第四 剝奪公權又停止公權者 同上

第五 重罪事件或就於該當重禁錮之刑之輕罪事件已付於公判者。

此重罪事件。輕罪事件云者。指他之事件。非目下要證言之事件。而其已付於公判者。之云。既受公判之判決。目下不繫屬於公判者。亦包含之。其有罪之判決。既確定。刑之執行中者。當入於前號之公權剝奪或停止中。而處禁錮。其刑之執行。既終。出獄者及受無罪之判決者。不入於前號明也。然本號包含之。耶曰否。本號則裁判之未落著者。即惟公判繫屬中者。固不俟論。

第六 就當為供述之事件。曾受訴。因其證憑不明確。而受免訴之言渡者。

此者若為證人。為真實之供述。則或有關係於自己之犯罪。亦不得不言。因之有再至受訴之恐。故其供述決有不可信之推測。乃不許為證人也。



而因證憑不明確免訴之言渡云者。要解爲惟豫審免訴之場合。蓋因證憑不明確之言渡。固豫審與公判共存。而於公判。則爲無罪之言渡。不爲免訴之言渡。第二百二十四條。犯罪之證憑不明確。或被告事件不爲罪時。則以判決爲其無罪之言渡。於後段又於第六十五條第三號以下之場合。則以判決爲其免訴之言渡。而該第三號以下。則無證憑不明確之場合。故因證憑不明確之免訴限於豫審可知。而豫審爲免訴之言渡。場合。固不獨證憑不明確。百六十五條第二號。乃至第六號皆是。而諸號則不包含於本號。故爲證人亦無妨。即不許爲本號之證人者。惟限於在豫審因證據不明確之免訴者而已。然本號特限之者。抑亦有故。因證憑不明確免訴之場合。有新證憑時。則就同一事件。有再受訴者。此第一百七十五條之所明示也。於該條僅有受免訴之言渡。其因證憑之不明確與否。無區別。而他之免訴之場合。即百六十五條第二號以下之場合。雖有新證憑。亦無由再爲訴追。以是受免訴之言渡者。他日就其事件。雖爲真

實之供述。亦再無受訴之恐。則無虛僞供述之虞。故許爲證人。未見其有不可於公判受無罪或免訴之言渡者亦同。因確定判決之效力。無再受訴者。故亦不爲虛僞之供述。而得許爲證人也。

以上於爲證人之義務之例外。已爲說了。然明文以外。尙當有此例外者。即現在審理中事件之被告人是也。雖何人不能爲自己爲證言。無論則其爲例外。亦不俟法文之明示矣。然就此點。有一疑問。現在審理中事件之共犯人。未爲被告人者。得爲證人與否。共犯之事實發覺。則檢事直以訴追。毫不容疑。而當其事之未發覺。爲證人使之供述。他日發覺其罪。其既往之供述。爲有效否耶。若爲有效。則亦無妨。若爲無效時。則不得以其供述爲證據。而本法無不得爲證人之規定。且未爲被告人時之供述。則可適用何人。皆有爲證人之義務之原則。不得不以爲有效。於民事訴訟法第二百九十八條第三號。斯場合。許拒證言。其第四號。而於類似之場合。亦付與以同一之權。彼此對照。則於本法之下。在前記之場合。似尙可



得拒爲證言者。然該法與本法固爲殊別之二法。不得以彼而準用於此。即於此本法爲不得拒證言者。

裁判官及書記。就其所審理之事件。有爲證人供述之義務耶。換言之。則豫審判事。就於被告人豫審之供述。及其他之處分。爲公判之證人。有陳述之義務耶。又第一審裁判官。於第二審。第二審裁判官。於上告審。共有爲證人之義務耶。原則爲不許之。即於訟廷所生之事實。皆當記載於調書。無其記載者。當認爲全不存立。故調書之外無證據。是爲原則。由是言之。則裁判官及書記。就訟廷之事實。無爲證人之義務。然裁判官及書記。於如何之場合。就職務上所管掌之事項。其無爲證人說明之義務。速了之。則不可也。就他之事件。有知起於其審理中事實之必要時。則可以爲證人。例如告人或辯護士毀棄抹消。或變造訴訟記錄。或書記自變造之。就此犯罪事件。裁斷其事件之裁判官。將其記錄之存否。及變更之如何。則爲有供述之義務者。

不得爲證人者。得爲事實參考人。聽其供述之者。第二百二十三條。及第二百二十四條之所明記也。事實參考人云者。不爲宣誓而供述者。故非證人。亦無應裁判所呼出之義務。又無爲供述之義務。且事實參考人。無旅費日當之規定。則無請求之權利。於民事訴訟法則不爲宣誓者。亦有證人之稱。故不生右之諸結果。本法不許爲證人。則有明記。以是生非證人之論。果生右之諸結果。然於右二條之精神。僅則不使爲宣誓而止。有應呼出之義務。不應之。則得拘引。旅費日當。亦有請求之權。全與證人無異。於實際幸無不應呼出者。及無不肯供述者。自不生此問題。而就旅費日當。或有以爲問題者。然尙以爲證人而給與之。是爲慣例。

#### 第四章 對於鑑定人之強制處分

關於鑑定人之事。自第三百三十五條。至第四百四十一條。凡七條規定之。今當說明其重要之點。



鑑定人云者。如第一百三十五條之明示。因使犯罪之性質方法及結果分明。因學術職業。陳述其意見者之謂也。而因定犯罪之有無。命其鑑定者。法文雖不明言之。而是自包含於犯罪之性質方法及結果使其分明之語中。此三點既分明。則罪之有無。亦自可定。此三點不分明。到底不得不爲無罪。故因定罪之有無。亦得命之爲鑑定也。

裁判官於得自覺知前記之事項者。無命鑑定之要。雖然。裁判官非必就一切之事實。皆備其智識者。則有命之必要。故鑑定者。不過補完裁判官事實上智識之不備耳。或學者形容之謂鑑定人者。判事之眼鏡也。亦補其智識之云耳。

鑑定人與證人。往往混同。不易識別。何者爲證人。何者爲鑑定人耶。不可無識別之一定之標準。而其標準。諸家各有其說。而就中最以爲適當者。則證人爲陳述所見聞之事實者。鑑定人陳述關其事實之意見之謂也。第四百四十條之法文。現有意見之語。以意見爲主者。蓋關犯罪之事實。則

鑑定人不呼出於裁判所之前。未見聞之。因受呼出命爲鑑定而始知之。就之述其意見。全與證人之陳述異。其選。或曰證人述過去之事實。鑑定人述現在之事實。是甯不足爲標準。何則鑑定人因述其意見。爲必要之調查時。或涉數月。乃至一二年。然後初爲陳述者。亦不免爲過去之事實也。

鑑定人於裁判所得命一名或數名。而爲鑑定必要之事項。則鑑定人請求之於裁判所。裁判所當爲其手續者。但就於爲鑑定之手續。例如分析解剖等。不必要於裁判所爲之。於自宅其他之場所爲之。亦無妨。法律一不限制之。又其鑑定認爲必要時。則得爲解剖死體。及發掘墳墓。第一百三十五條之所明許也。

鑑定人亦與證人同。自裁判所受呼出。則有必應出頭。以自已之智識。爲相當之判斷義務。惟證人不出頭者。得爲引致。而鑑定人則不許之。故於此點缺強制方法。此何故耶。無他。證人不過俾述所見聞之事實。故因強



制亦得使爲之。而鑑定人則異是。俾述其意見者。非爲虛心平氣。任意研究。則不得定正當之意見。如強制則到底不得其好效果。加之爲證人者。必限於目睹耳聞其事實之人。其人以一定爲常。而爲鑑定人者異之。有同一智識者。則無論何人亦可。故強制之必要與否。亦存於此耳。

鑑定人宣誓爲誠實鑑定。亦與證人同。惟其宣誓書之文詞少異。且因不肯宣誓。或宣誓後不爲鑑定。其當言渡罰金之額亦異。彼從刑法第八十條。此則從同法第七十九條耳。

## 第五章 檢證搜索及物件差押

### 第一節 檢證

檢證者。依第一百二條及第一百三條之規定。豫審判事。就於事實發見爲必要時。則臨於犯所。或其他之場所。視察其地之狀況。或證明犯罪之痕跡等。爲證據之蒐集者。於民事訴訟法。則檢證之意義甚廣。非僅所謂臨檢之場合。於裁判所檢其證據。亦包含之。而本法之意義大狹。止於臨或場

所檢其證據而已。而檢證者。非僅犯罪之證據。即罪無之證據亦宜檢之。以發見被告事件之真相爲目的者。第一百三條第二項。現明示其可爲被告人之利益摸樣。亦當記載云。

爲檢證者。無論時日之如何。雖夜間亦得爲之。又無論其場所之如何。就於人之住居。尙不可不守第七十八條之制限也。

### 第二節 搜索

搜索云者。證據之搜索。亦不問其場所。無論山河邸宅家屋。其他何處。苟有疑其爲證據之所存者。皆得行之。且有藏匿證據於被告人身體中之疑時。則得搜索其身體。其他就有藏匿證據物件之疑者之身體。亦爲同一。第一百五條之所明許也。

得搜索被告人或其他者之住居者。如前所述。而第一百四條之所特明許也。然住居與他之場所異。特鄭重其手續。使被告人或有藏匿證據物件之疑者。在其場。是爲原則。若此等之者不在時。則同居之親屬。或親屬亦



不在時。則使市町村長立會。缺其立會時。則搜索之手續爲無效。又家宅搜索。日出前。日沒後。皆不得爲之。是於令狀之部所述爲同一也。然。以予之所見。則日出前。日沒後。始不得著手於其搜索而止。苟著手於適法之時間以上。至日沒後。無妨繼續其搜索。又旅店割烹店。其他雖夜間而於許公衆出入之場所。則其公開時間中。無論何時。即日沒後亦得著手。蓋雖何人。得隨意出入之場所也。

### 第三節 物件差押

物件差押云者。因證明事實。押收其必要之物件。至其事件之落著。留置於裁判所之謂也。故物件差押。因於臨檢所發見之物件。得爲證據時。可爲之。又因搜索而發見之時。可爲之。又自證人或被告人所提出之物件。不拘提出者之拒之。尙可得差押。就差押則當作目錄。又有關其監護遞送之規定。一讀法文。則自分明。茲不贅述。

第一百十三條。豫審判事因事實發見必要時。則通知其事由於驛遞、電信、鐵道之官署諸會社。自被告人。或有關係於豫審事件人所發。若對於此等而發之書類、電報或物件。得爲受取開披。但須交付受取證書。有此規定。法文稍難讀。而驛遞、電信、鐵道之官署云者。謂遞信省或郵便電信局等。諸會社云者。指驛遞、電信、鐵道之諸會社者。然目下鐵道會社之外。不見有驛遞、電信之會社。而驛遞、電信、鐵道會社外者。從一般之規定。可爲差押。元來此規定。爲侵信書之祕密、重大之事項。故不過特明記之耳。若無此規定。而依一般之規定。尙不妨行之。而法文……得受取開披。似非任意差出。則不得受取開披。而豫審判事有受取開披之權以上。則有不盡其義務之人。則得強制以爲受取開披明也。

### 第四節 檢證搜索及物件差押共通之規則

豫審判事於檢證搜索及物件差押之三處分中。當行其一。於其日不得終了。當數日續行之時。則閉鎖其場所之周圍。例如鎖戶設柵等之事。皆



得爲之。又得置看守者。是於其中間因防證據之湮滅也。第一百七條依此規定。則如前述。於晝間著手家宅之搜索。不得繼續之於夜間者。不能無疑。而第一百七條。於夜間不繼續其搜索之場合。當爲之處分。不過以爲規定耳。

當行此三處分。則被告人有立會或使其代人立會之權利。若被告人已被拘留時。則失此權利。而豫審判事以其立會爲必要時。則得命之。

又豫審判事當行此三處分。不限何人。得禁不得其許可。出入於其場所。若有犯其禁者時。則逐斥之。或迄處分之終。得留置之。是雖爲非常強制之權力。而無此則不能防遏證據之湮滅也。

其他尙有若干之共通規則。而以依法文而自明。故於茲不說明之。然就此三處分。有一疑問。以於公判之部說之爲當然。而便宜上於茲說之。即關此三處分之規定。不存於公判之部。提揭於豫審之部。則得準用於公判否之點是也。而有主張不得爲其準用者曰。公判之部。一無明文。然就

證人鑑定人。則於公判通則中有準用豫審規定之明文。若豫審之規定。得當然準用於公判。則僅就於證人鑑定人。無特設明文之理。其有特設者。以足證不得準用他之規定矣。且於公判之部。而關於檢證之一事。則別有其規定。第二百十六條及第二百三十八條。是亦足證不得準用他之豫審規定。及他之二處分之規定矣。然若採此論歟。則刑事訴訟法之機關。至不爲其運轉。即刑事訴訟之審理。到底至不得完全行之。況於豫審所爲之處分。最爲重要。於最終審理之公判。無不得爲之理也。本法之規定。實不完不備。關於彼之豫審之證人鑑定人之規定。則不均有準用於公判之明文。而關此三處分。其無明文。則爲不可。亦非其不準用之精神。依反對論者所用檢證之規定。即二百十六條。却可證之。於該條判事。不經豫審之被告事件要急速時。著手於公判前。得爲檢證處分。有此規定。而非於一般之場合所規定。故拘泥之。則於公判前得爲檢證。而公判中不得爲之。豈有此理耶。是全公判前之檢證爲變則。故特明記之。然則



一般之場合。當然得爲之意可知。如第二百三十八條。地方裁判所。以合議制爲本則。三人之判事。當相伴爲檢證者。而因省其煩雜。受命判事一人得爲之。亦止舉一之變則而已。依之非禁三人之判事相共而行之也。且該二條只謂得其爲其檢證。而一無關其手續之規定。雖然。以判事之隨意不得爲之。必依一定之手續。即規定於豫審之部之手續。然則立法者之精神。在準用豫審之規定。不容疑矣。而於現今各裁判所之慣例。亦然。

#### 第六章 被告人之訊問及對質

被告人之訊問及對質。第三十九條以下。即第四節有規定。於第一節令狀之下。亦有關係於此之規定。其詳細通讀法文。可得而會者。茲惟略述其大體。

被告人之訊問者。因欲發見事實。使陳述其所主張而已。非必使爲自白也。又非必爲被告人之利益也。於此訊問。最易生餘弊者。則在求自白。古

來歐洲之歷史及日本之歷史。訊問專以求自白爲目的。而本法之精神。則殊不然。第九十四條。豫審判事。不可欲使被告人自白其罪。而用脅嚇或詐言。依此規定。明矣。故豫審勿論。於公判。亦欲使其事實明確。詳細周密。訊問則可。而脅嚇詐言。固不可爲。若妄爲論窮追詰。亦不適於法意也。於實際。使爲自白者。則以其事件簡短決了。而輒勉欲得之。是求捷徑。而轉沿於迂路。不若蒐集他之證據。至使被告人不得不爲自白之愈也。被告人有數人時。則不可同時訊問。必各別行之。證人之訊問。亦不於被告人之面前。是爲原則。或場合。不使對質共同被告人。則恐有事實之不明瞭者。又有要被告人與證人之對質者。此等場合。得使對質。是爲例外。蓋對質者。往往於不言不語之間。或於尋常陳述之間。通雙方之意思。至有以不實之供述。使其一致者。或相互於其面前。憚述其不利益之事實。變其供述。轉有失事實真相之虞。故非投機而施之。大不可也。

#### 第七章 證人之訊問



當於訊問證人。有嫌強要其供述者。而於被告人則尤爲甚。故其陳述。不可不全使出於任意。蓋非自由供述。則不足信用爲證據也。法國賀斯單益利氏曰。就於證人訊問之語。非妥當。蓋以使證人爲其自由之陳述而聽之爲主。與被告人之訊問。全然異趣。蓋二者之訊問。其方法雖爲同一。而其精神自不可不異也。

證人之訊問。亦於豫審。則不於被告人之面前。且各證人。以各別訊問爲原則。於公判雖於被告人之面前。而亦不可不於他證人不在之處。爲其訊問。但陳述既終於其證人之前。訊問他證人。則亦不妨於未爲陳述之證人面前。不得訊問他證人。蓋因避其通和也。其陳述已終之證人。留於公判廷。不許退出。是爲本則。第百九十三條。然就豫審之證人訊問。無此嚴重之規定。惟於第百二十七條。證人與他之證人及被告人。當各別訊問。有此規定已耳。

於豫審。則證人與他之證人。或被告人。使爲對質。因發見事實爲必要時。

則許之。是爲例外。第百二十七條。其證人與他之證人之對質。於公判亦同一也。

#### 第八章 鑑定人之訊問

就於鑑定人。本法關其訊問。不有規定。其手續結果。及爲鑑定之時間。則以書面述之。然若於其書面。不能了解時。則尙有訊問之必要。於此場合。其訊問之方法。宜如何耶。以本法未有規定。故不外準用證人訊問之規定耳。

#### 第九章 現行犯之豫審

既如略述。豫審之原則者。豫審判事。非受檢事之請求。則不得著手於豫審。其請求以前所爲之手續。皆爲無效。然其例外。則豫審判事。比檢事先知有重輕罪之現行犯時。且其事件要急速者。則不待檢事之請求。直通知其旨。得著手於豫審。此第百四十二條之所明記也。然法律尙欲使適於前記之原則。於第百四十三條。則於此場合。豫審判事。作檢證調書時。



看做已受理公訴者。是爲豫審判事自提起公訴。而自受理之者。猶不免爲一之例外。而其著手處分後。則以從通常之手續。與非現行犯之場合無所異。故如家宅搜索。亦於日出前日沒後不得行之。然就此點有異論。於現行犯之場合。非可適用第七十八條第三項之規定者。否則不能應急速之必要云。雖然。第一百四十二條第二項。明有……其他從此章之規定得爲豫審之處分。其當遵守第七十八條第三項之制限。殆不容疑。是如或不便。而於現行犯之場合。夜間行家宅搜索之必要。殆可無之。若何有夜間行之必要。而如斯場合。則戶主喜而承諾者必多。故實際亦無感不便也。

豫審判事。得行此例外之處分。則非僅其爲現行犯之一事而已。尙要急速時。即即時臨檢。而不可不爲處分之必要時。其他則雖現行犯。亦從原則。不可不待檢事之起訴也。

第十章 豫審處分共通之規定

第九十二條。此規定。一讀法文。自可明瞭。

第九十二條 豫審判事。爲臨檢。搜索。物件差押。及被告人證人之訊問。以裁判所書記之立會爲必要。書記作調書。當共豫審判事署名捺印。

於裁判所外急遽之際。不能得書記之立會時。則要有立會人二名。但就監獄署訊問被告人時。則其監獄署之官吏一名。當使立會。於前項之場合。則豫審判事。自作調書。讀聞之。當共立會人署名捺印。

無書記及立會人所爲之處分。爲無效。

關此規定。有一疑問。檢事司法警察官。就現行犯。爲前述之特別處分。即臨檢搜索物件差押。或被告人證人之訊問。於此場合。當適用如斯之規定乎。即要書記及立會人乎。在檢事。雖有書記。而司法警察官。則固無之。故要立會人二名乎。依大審院之判例。則尙要之。其理由。關現行犯之豫



審第四百四十四條以下之規定。就於檢事。有得爲屬於豫審判事之處分。云。就於司法警察官。則所許於檢事之職務。司法警察官亦得假而行之。其結局。爲得爲與豫審判事同一之手續者。而豫審判事。依前揭第九十二條。要書記或立會人二名之立會。故檢事司法警察官亦要之。然以余之所見。則不得不反對乎是也。右第四百四十四條以下。僅云屬於豫審判事之處分。所許於檢事之職務而止。其手續亦全與豫審判事當爲同一。非有規定。且檢事等之特別處分。其性質非豫審處分。不過一之搜索處分耳。隨而對此處分之信用。則法律上爲非如於豫審之處分者。以是謂關於豫審判事所當爲之手續之規定。盡適用於檢事司法警察官。以爲非法意。且右所規定。書記之立會爲原則。立會人二名。不過於急遽之際。不能得書記之立會時。設此例外耳。然如司法警察官。本來無書記之附屬者。對之常欲適用此例外法。則不得謂爲妥當之解釋也。

#### 第十一章 豫審終結

豫審終結之處分者。豫審判事。行豫審處分已了。認爲無復他之可取調時。爲結其事件之局之手續也。所謂結局云者。非爲有罪無罪之裁判。元來豫審者。定當事者之爭點。蒐聚其證據。不過以爲公判之準備。則其證據。以思料爲足。開公判時。則以其事件移於公判。否則爲免訴之言渡。然其終結處分。當使何人爲之歟。以豫審判事耶。將以其他之者耶。是立法上之一大問題。而爲本法之解釋。則必豫審判事。固不俟言。今自立法上及學說上。就於此點。古來所行於各國之主義。列舉此概要而已。

本法則依佛法。佛法則依英法。如爲多少之增減。獨法亦與本法同。不過以佛法爲模範。故先自英法說其概要。

於英法。則委任於種種之官吏。爲證據之蒐集。既終。非可直開公判。原告携其證據物件。且伴當證明訴之趣旨之證人。出於格蘭特修力之面前。陳述其被害事件。格蘭特修力云者。豫決定許其起訴與否之陪審官也。其陪審官聽原告人之陳述。被告人不出頭證據物件之說明。及證人之



陳述決定爲證據不十分時。則不得起其訴。又判定爲十分時。則於原告人所提起訴狀之末尾。附記訴之理由。以許可其訴。直爲公判之開廷者。而格蘭特修力之組織。自十二人乃至二十三人而成。於認被告人爲有罪。許其起訴時。極少要有十二人之同意者。故若僅以十二人組織時。則要全員之一致。雖二十三人爲組織時。亦要有過半數之同意者。其手續甚可謂鄭重矣。

於佛國刑事訴訟之手續。如已述於沿革之部。自中古糾問主義行。而大異趣。其一千七百九十年大革命之際。全廢以前之法律。代以新法。採用前記之英國制度。蓋在佛國。往時亦行陪審官之制度。而因不堪其流弊。遂廢止之。至此時而再設置。當時未有豫審判事。而豫審之任務。委於治安判事。或憲兵。行之。其豫審之終。一切之記錄。送付於赤格族爾修力。卽爲陪審長者。陪審長。以始審裁判所之判事。中一人任之。陪審長。閱前記之記錄。思料爲當起訴者時。則召集八人組織之陪審。提出訴狀。陳其被

告事件。使聞證人之口頭陳述。決定其事件可付公判與否。與英法爲同一。被告人不出頭於此審理。而移於公判與否之判斷。則僅從多數決而定。無如英法之制限。要之佛國初亦模仿英法。不過爾後加多少之修正耳。然此制度。於佛國則不如英國之圓滑行之。遂至廢止。證人之陳述。採書面審理之制。此爲其後來大變革之基因者也。佛國於現行治罪法制定之當時。陪審全廢論起。惟公判獨存。前記之陪審則廢之。此亦爲豫審終結之制度。來大變革之基因者也。豫審終結。則豫審判事一人爲之。歟。將代前記之陪審者而設之。歟。生此問題。而全任之於豫審判事一人。則以爲危險。就於重罪。於控訴院內。設張甫特達奇塞梭。卽起訴局。其事件當移於重罪裁判所。將爲訴免訴耶。使其決定。又就輕罪。則於始審裁判所內。設會議局。三人以上之判事組織之。使爲豫審終結。就其所爲之審理方法。則全爲書面審理。惟依豫審判事作成之書類。而爲判斷。而會議局三人以上之判事中。使擔當其事件。加以豫審判事。使爲其事件之報



告。此制度姑遵行之。而豫審判事自初擔當其事件最精通之。他判事則僅通讀書類而止。到底不若豫審判事之精通。因於實際概盲從豫審判事之說。至一千八百五十六年。遂廢止此會議局。改正就輕罪單獨之豫審判事。爲豫審終結。就重罪則猶維持起訴局之制度。以迄今日。

獨逸其他自佛國後所制定刑事訴訟法之諸國。大抵襲用佛法。一千八百五十六年之改正前之制度。雖多少有取捨。而就其大體。蓋同一也。我治罪法。亦屬於學佛法者之一。而於其佛文草案。則置陪審。重罪裁判所不常設。應必要而開之。豫審終結。則於控訴院置起訴局。使之爲之。又於始審裁判所。以單獨之豫審判事行之者。皆與佛法同。立法者排斥陪審制。至亦不設起訴局。重罪輕罪。共爲豫審判事。單獨行之。現行刑事訴訟法。就於此點。亦全無所改正也。

各國之法制及其沿革。大略如此。然於理論上。則可如本法全爲單獨判事之決定。歟。將如各國爲合議裁判所之決定。歟。此立法上之問題。主張

後者之論曰。一任決定于單獨判事。則甚危險。易陷於偏頗不公平。斷以合議制爲可。證據之蒐聚。要敏活之處分。固不可不爲單獨制。而付公判與否之決定。則要慎重之熟議。不可不爲合議制云。然一任於單獨判事之決定。亦非無理。蓋豫審判事。自始親爲取調。以熟知其事實。其處分之終了時。心證既熟。直可得爲終結決定。故其手續。甚爲迅速。而於合議制。則要更聽證人之陳述。或爲書類全部之調查。故廢消多大之時日。有使被告人久呻吟於未決監之弊。若一任於單獨判事。以爲危險。則當開攻擊其決定之途。要之二者。各有一長一短。一得一失。未易驟爲軒輊也。若基純理以立論。則固宜鄭重其手續。如英法者爲當。書面審理。則不可不排斥之。然假令不得如英法之爲。至取簡略手續。則不若甯從單獨制之爲優也。

我刑事訴訟法。關豫審終決之處分之規定。茲概述之。

此處分。豫審判事。既終豫審處分。認爲他無可取調之事時。要聽檢事之



意見爲之。若認爲管轄違時。則不爲何等之取調。自初當聽檢事之意見爲之。又於豫審處分之半途。認爲管轄違時。則其時直可聽檢事之意見爲之。而於此等管轄違言渡之場合。從來之手續。屬於無效。惟拘留狀有其效力。然其豫審處分。尙有時效中斷之效力。則如前段所論述者。豫審判事。終豫審處分之全部。將爲終結之處分。聽檢事之意見時。則檢事於三日間。當付意見還付其記錄。此三日之期間。爲自記錄受取之日起算者。而豫審判事。不爲檢事之意見所拘束。得任意爲終結處分。然若檢事以其豫審處分。爲不十分時。得開示更當爲取調之點。請求之於豫審判事。而豫審判事。容其請求。再爲取調時。當再聽檢事之意見。爲其終結處分。然豫審判事。不必有容其請求之義務。故不拘有檢事之請求。而取調既十分。則明言其旨。以求其意見可也。終結之處分。依場合而不同。一即從左之區別。而爲處分。第六十五條。則列舉當爲免訴言渡之場合。

第一 犯罪之證憑不十分時

第二 被告事件不爲罪時

第三 既權公訴之時效時

第四 經確定判決時

第五 有大赦時

第六 於法律全免其罪時

於右場合。則皆可爲免訴之言渡。明矣。然不適合其明文。而猶不可付於公判。於此場合。宜爲如何之言渡耶。例如就親告罪。不拘無被害者之告訴。而自檢事提起公訴時。則其公訴爲不當。不可付於公判。明甚。其他就總之犯罪。如檢事提起公訴之手續。爲違法時。又就親告罪。有適法之起訴。而於豫審之半途。被害者取下其告訴時。亦然。就此等之場合。當爲如何言渡。則無明文之可依。雖然。現不可付於公判。固自明白。則爲免訴之言渡外。別無他途。又起訴之當時。其被告事件。有可罰之正條。而豫審中。



其法律改正爲不罰時亦爲同一。但此場合可謂包含於前記第二號者。』  
可付公判之場合。因其被告事件之種類處分各異。茲分說之如左。』

第一 被告事件。思料爲違警罪。或裁判所構成法第十六條第二號所記載之輕罪時。則可爲移於區裁判所之言渡。第百六十六條第百六十七條然就此點。有移於何處區裁判所之疑問。於地方裁判所之管轄地內。有數個之區裁判所。宜移於何者。換言之。其管轄依如何之標準而定之耶。既如管轄之部所論。以被告人之所在地或犯罪地之區裁判所爲其管轄。然就其犯罪之地。則無疑而就所在地。於檢事請求豫審時。指被告人所在之地歟。將指豫審終結時被告人所在之地歟。或有主張後說者。是亦既述於前。不可不以起訴之時定之。即豫審判事。察其何故有爲其豫審之管轄權。則思過半矣。

第二 被告事件。思料爲可屬地方裁判所管轄之輕罪時。則其豫審判事。當爲付於其所屬地方裁判所之輕罪公判之言渡。第百六十七條第

一項末段。於爲此言渡場合。被告人未受拘留。且豫審終結後。有逃亡證據湮滅等之虞時。則得發新拘留狀。反之。被告人既受拘留。而證據之蒐集既終。復無湮滅之恐。又犯罪微小。認爲無逃亡之虞時。得許保釋。又責付。又其刑思料爲該罰金者時。必不可不爲釋放之言渡。若思料爲該違警罪之刑時。則亦然。此等無論其移於區裁判所。及付於地方裁判所之輕罪公判。皆爲同一。同上第二項第三項。

第三 被告事件。思料爲重罪時。則可爲付於地方裁判所之重罪公判之言渡。於此場合。其罪重大。有逃亡之恐。故必要拘留之。被告人未受拘留時。則可發新拘留狀。若許保釋或責付時。則取消其言渡。當更拘留之。  
(第百六十八條)

豫審終結處分。移於公判之手續。如以上所述。然於地方裁判所之甲號支部。則有豫審判事。爲重罪輕罪之豫審處分。而其公判僅止於輕罪而已。不得爲重罪之裁判者。爲司法省令之所定。故其支部之豫審判事。對



同一被告人。重罪與輕罪之豫審處分。爲併行時。以其事件付於公判。宜爲如何之手續耶。就輕罪則支部。就重罪則本部。宜爲移權於公判之言渡耶。若支部與本部異其管轄。則不得不如此決定。而既如前論述。其省令之所定。則非法律上之管轄。不過事務之分配。以是起於支部管轄地內之事件。於本部爲裁判。而決非違法也。故於本問之場合。宜以其重罪事件與輕罪事件。併爲移於本部之重罪公判。及輕罪公判之言渡。是避分割其記錄之不便。全爲刑法第百條之適用也。然當併以此付於同一裁判所之公判。輕罪則付於其裁判所之輕罪公判。重罪則付於其裁判所之重罪公判。不可不爲其言渡。依第百六十七條及第百六十八條之明文。有不得不然者。且依第一百七十二條。則檢察及被告人。對付於重罪公判之言渡。則得爲抗告。而對付於輕罪公判之言渡。則不得爲之。故自有從其區別。爲言渡之必要也。

次說豫審終結之決定所當記載之事項。第百六十九條第一項規定之

曰。依事實及法律。可付其理由。故必記載其所訴之事實。即爲公訴目的之事實。次當揭適用於其事實之法律。是爲原則。而此原則。則其管轄違之言渡。及爲免訴之言渡。將爲於公判之言渡。因之而異其適用。故於同條第二項以下示之。

就管轄違之言渡。則於第二項明示其原由。若可拘留被告人時。則可明示其原由。有所規定。故先記載其所訴之事實。并揭其犯罪之場所。及被告人之所在地。此照於管轄之規定。以皆不在豫審判事所屬裁判所之管轄地內。故記載爲非當裁判所之管轄。則可謂明示其原由。且依事實及法律。付其理由者。而至於被告人拘留之原由。實際之慣例上。不記載於決定書中。別記載於所發之拘留狀。以是爲常。又其所謂原由。亦詳記之時。則其所訴之事實。有逃亡等之恐。及依刑事訴訟法某條拘留。不可不記載。惟實際之慣例上。不如此詳記也。例如就竊盜事件。依刑事訴訟法某條爲拘留。不過書此而已。蓋雖理由之不十分。以無抗告等之途。遂



流於如此之簡省也。

就免訴之言渡。則規定於第三項。被告事件。不爲罪。公訴不可受理。及其原由。又犯罪之證憑。不十分時。則可明示其旨。故就其被告事件。不爲罪時。記載其所訴之事實。書無可罰之正條。或檢事所起訴之事實云云。而審理之結果。以云云之事實。不爲罪。當記載。依刑事訴訟法某條免訴。就於公訴不可受理者亦同。依其時效。或確定判決等。皆須記載。證憑不十分時。亦爲所訴云云之事實。對之當記載證憑之不十分也。

就付於公判之言渡。則於第四項。犯罪之性質模樣。證憑之十分。及當罰其罪法律之正條。皆須明示。故記載被告人所行之事實。明示犯罪之性質模樣。其證憑之十分。及該當某法某條者。皆須記載。而就證憑之十分云者。有二種之解釋。一謂當列舉其證憑。一謂單記載其證憑十分之旨爲足。而裁判所之慣例。雖歧。其多數咸從後說。不爲證憑之列舉也。然此之理由。以無爲抗告之途。未爲確實之判例。以余所見。則此規定。與關公

判之判決。第二百三條。異其法文。彼云當明示其證憑。此則云當明示證憑之十分。故單記載證憑十分之旨爲足。不要一一列舉之。如後說者可信也。

以上之決定。尚須明示被告人之氏名住所及職業。第一百七十條。蓋非明示此等。則不能確的指示其人也。

抑豫審終結之決定。法文往往記載言渡之。而非於被告人之面前言渡之者。記載之書面。以其正本。送達於檢事及被告人。即當事者。第一百七十一條。檢事及被告人受之。始知其決定也。而就其送達之事。於此有一缺點。既如前所論述。私訴之申立。於豫審中當得爲之。故若有其申立時。則豫審終結決定之正本。當以送達於其申立者。即民事原告人。爲當然。然本法遺脫之是也。民事原告人。就此決定。大有所利害。而因無其送達不得知之。以是於免訴之場合。尚信其事件之在豫審中。至有時效成就而坐失其權利者。故於今日。則惟問其事件之成行。自深注意。此外亦無他途。



耳。

檢事或被告人不服其決定時。則或得爲抗告。或不得爲之。而其決定。直爲確定者。而得爲其抗告之場合。檢事較被告人爲多。依第一百七十二條第一項。檢事對付於重罪公判之決定。及免訴或管轄違之決定。得爲抗告。故檢事所不得爲抗告之決定者。不過付於輕罪公判之決定。與移於區裁判所之決定耳。就此點。則有生不合法之結果者。例如檢事以或事件信爲重罪。請求豫審。其豫審之結果。豫審判事。思料爲屬於區裁判所管轄之輕罪。或違警罪。爲移於區裁判所之決定時。則檢事雖有不服亦無由爲抗告。又於區裁判所之公判。不得訴追爲重罪。何者。區裁判所。不有裁判重罪事件之權限也。是故決定移於區裁判所時。檢事雖確信其重罪。而亦無可如何。至不得已。從爲其決定之手續。而裁判所就其事件。對所言渡之判決。於由檢事爲控訴之場合。尙以此訴追爲重罪之手續。全闕如也。第二百四十一條之規定。於地方裁判所。爲第一審之手續。則

不得適用第二審。即控訴之手續。又第二百六十四條之規定。於控訴院第二審之手續。以有制限。不得適用於地方裁判所第二審之場合。於是乎豫審判事。一言渡爲移於區裁判所之事件。檢事即無訴追重罪之途。此誠不免本法之缺點。然於此場合。區裁判所判事。思料爲重罪時。直得爲管轄違之言渡。故檢事於前記之場合。則以管轄違之申立爲相當。而已裁判所。若爲其管轄違之言渡時。則又生一之疑問。凡管轄違之言渡。確定時。其以前之手續。亦盡歸無效。故爲新請求於管轄裁判所之豫審。或公判者。而於本問之場合。在有管轄權之豫審判事。既爲其豫審之結果。以移於區裁判所者。則不得謂其豫審之手續爲無效。然則檢事以其事件。宜如何處分耶。於公判可受理公訴之場合。法律上有一定之規定。第二百三十五條曰。於地方裁判所。因於豫審判事。或上級裁判所。移事件之裁判。受理屬其管轄輕罪及重罪之公訴。又就輕罪。則因檢事之起訴。受理其公訴。故就重罪。因豫審終結決定之外。於公判如無受理公訴



之途。果然。本問之場合。宜如何也。其論結讓於公判之部。惟此困難。畢竟在不許檢事抗告之結果耳。

被告人之得爲抗告場合。僅有付重罪公判決定之時而已。故被告人不拘實際爲無罪。而受付輕罪公判之決定。不得爲抗告。然於此場合。以速受公判之裁判。得無大弊害也。

被告人多爲無智。不知法律之規定。故法律上開抗告之途。不知之。有徒過其期間。失却其權利之恐。故第一百七十三條。欲救濟之。其規定爲付重罪公判之場合。可送達於被告人之決定。則須記載對其決定。得爲抗告事及其期間。且附記爲其無記載時。更從通常之規定。於有決定之送達以前。停止抗告期間之經過。即其無記載者。無論何時。得爲抗告。再自有正式之決定送達時。始爲其期間經過者。

無被告人與檢事之別。爲抗告時。則停止其決定之執行。決定之執行云者。就於付重罪或輕罪之公判之決定。例之則自檢事請求公判。呼出被

告人。謂之審理裁判。故停止之時。則其停止中。不得爲公判之開廷者。即其裁判。爲未受理其事件也。即無何人爲抗告者。而於抗告之期間內。停止其決定之執行。亦同。而取消保釋責付言渡之決定。特不停止執行。是因有逃走或證據湮滅等之恐。取消之者。故不能停止其執行也。

豫審終結之決定確定時。則執行之者爲檢事。故若於其決定。認犯罪之證據十分。移其事件於區裁判所。或付於其裁判所之公判時。檢事以其訴訟記錄。送達於公判。請求被告人之呼出。而其手續。於公判之部詳之。又若於其決定。言渡免訴時。則檢事使放免被告人。而其被告人。依第一百七十五條。就同一事件。無再受訴。以爲原則。然同條第一項。但書。有新證據時。不在此限。是爲例外。豫審判事。於豫審終決前。未發見之證據。而新爲發見時。則不拘終結決定之確定後。得再起訴。而其證據。果爲新證據。否耶。該條不以此一任於檢事之判定。檢事以其新證據提出於裁判所。裁判所調查其果爲新證據否。又雖爲新證據。而是再爲起訴有力之證據。



否。其是認之時。當爲許其起訴之決定。又否認之時。當爲反對之決定。雖爲此反對之決定。場合。而爾後因此不得起訴者。非可言也。更發見他之有力新證據時。又得反復此手續矣。

再起訴許否之決定。直爲確定。無抗告之途。而許再起訴之決定時。依通常之手續。檢事爲之。即從其證據。可再請求豫審。豫審判事。不得以此爲非新證據。而排斥其訴。惟不可不受理之。然以其新證據。而犯罪之證憑。尙信爲不十分時。則不妨再爲免訴之言渡。

依此新證據。得再起訴之例外。於如何場合。爲適用耶。苟有新證據。則不問免訴原因之如何。當許起訴耶。余信此之例外。僅限第一百六十五條之各原因中。第一號之原因。即因犯罪證憑不十分。爲免訴之場合者。蓋於此例外之場合。新證據之語。即基於曩之免訴證據不十分之原因之場合。自可知者。若其免訴。基於他之原因時。則其證據十分。而依他之事情。爲使免訴者。故至後日。無有新證據之理。此所以限於證據不十分之

場合也。

然因公訴不受理之理由。爲免訴之場合。即就親告罪。因無被害者之告訴。檢事起訴。爲免訴時。或檢事起訴之手續。有違法之點。而免訴時。於此等場合。假令其免訴之決定確定。亦不妨再爲起訴。即就親告罪。有被害者之告訴時。或改違法之手續爲適法時。此等具備法律所要求之條件。得再起訴。蓋法律雖無明文。固當然之事實。寧無明記之必要也。

### 第五編 公判

公判之手續。與豫審之手續。全然異別。則豫審判事。爲豫審之結果。認犯罪之證憑十分。以被告事件移於公判。於公判則無因此而推定其被告人爲有罪者。法律上尙待遇爲無罪之人。故公判之審理手續。全然以新之爲原則。其豫審中。雖有亘數月。或數年爲審理者。而其手續。則與終結同時歸於消滅。故爲更始新之審理者。是公判之所謂口頭辯論主義者。



也。歐洲各國之刑事訴訟法。皆採純然之口頭辯論主義。故所取調之證人。而爲其必要者。則亦一々呼出於公判。以是爲常。而因欲知其事實。如何之證人爲必要。如何之證人爲不必要。此點。依豫審所作之記錄而識別之。而其必要之證人。或因當事者之請求。或依裁判所之職權。得呼出之。要之。可爲有罪無罪之證據之證人。皆以新訊問爲原則。然於豫審受取調之證人。至其後。或死亡。或旅行於遠隔之地。依此等之事情。不得呼出。場合。則不得已。朗讀豫審之訊問調書。以代口頭之陳述。其他如臨檢處分。則於公判之際。既無可臨檢之痕跡者多。是不得已。亦依豫審之臨檢調書爲辯論。然此實不過爲其例外耳。而本法不採如此純然之口頭辯論主義。而多少折衷。裏書面審理主義。即於公判。不必反復豫審之審理。如證人者。有其必要。得再訊問。無論而於易爲呼出之場合。亦猶不呼出之。得僅依其豫審之訊問調書。即得以其訊問調書。代證人之口頭陳述也。

右之二者。立法上以何爲可。各有一利一害。所難容易斷定者。而僅自理論上而言。則純然口頭辯論主義之正當。固不俟論。惟於實際。直與費用問題關聯。比目下行於全國之手續。更增數多之煩雜。故非增加裁判所及其職員。則不得行之。且增加證人之旅費。日當。亦非鮮少。則國庫之負擔。亦可謂甚重矣。且豫審之陳述。與公判之陳述。毫無差異者。亦多。是又不能無費用空糜之感。所以難容易爲斷定也。然善良之裁判。到底口頭審理。換言之。則非直接審理。不能得之。故國家宜奮採用此制度云。

### 第一章 通則

此章之規定。頗有涉於繁碎者。故僅說其重要之原則。其他一讓於法文。公判與豫審異。必公行之。就於此點。本法中毫無規定。而於憲法第五十九條。有裁判之對審判決公行之明文。所謂對審判決。即爲公判之事。不得不開之。然同條就此原則。直設一例外。有害安寧秩序或風俗之恐時。則得不公行之。是固特關於對審者。故就判決則全無例外。常不得不得



公行。而就其停對審之公開者。於裁判所爲此決議。其決議則其理由（卽以有害安寧秩序及風俗之恐之理由）要於使退公衆以前言渡之於此場合。言渡判決時。則可再使公衆入廷。裁判所構成法第一百五條之所明爲命令者也。

就於開公判之裁判所構成。則有判事或一人或三人或五人等之規定。而其詳則讓於裁判所構成法。就刑事之公判。則判事之外。更要檢事及裁判所書記之出廷。故判事、檢事及裁判所書記之三者。備而始全其構成者。若無檢事之立會時。則不拘其有正當之理由與否。不得爲公判之開廷。就裁判所書記。亦爲同一。恰與合議裁判所判事之有缺員場合無異。檢事爲原告官。無其立會時。則有得爲闕席裁判之感。是大誤解。然茲有一疑問。於重罪事件之辯護人。亦爲裁判所構成之一員否是也。依第二百三十七條之規定。重罪事件。必要付於辯護人。若無其立會時。則審理判決。共爲無效。自此點觀察之。辯護人似亦爲裁判所構成之一員。而

決不然。惟手續上必要之而止。非與於構成者也。

辯護人。就於重罪事件。則如此之必要不可缺。而就輕罪事件。違警罪事件。則被告人隨意選任之權利。固有之。而實行其權利與否。則爲自由。無辯護人而爲對審判決。亦無妨也。而辯護人者。不必要自辯護士中爲選任。於重罪事件。及揭於第一百七十九條之二第一乃至第五號之場合。裁判長選任辯護人時。依第一百七十九條之二之末項。及第二百三十七條第二項。必由其裁判所所屬之辯護士中選任之。而不拘重罪輕罪。被告人自選任之時。於得裁判所之許可。則以非辯護士者亦可。以辯護士與否。其間所存之差異。在要其許可與否而已。然而凡爲辯護人者。關其訴訟一切之事實。有知悉之要。故得爲其訴訟記錄之閱覽。及騰寫。然被告人則不得爲此閱覽騰寫。是以被告人係於自己身上之事。於自己所不利之部分。動輒有抹殺毀棄之危險者。惟法文無禁之之明文。而亦特無許之明文。則卽所以爲禁之耳。



有似辯護人而非者。即被告人之法律上代理人。以保佐人之名義。干與被代理者之被告事件。與辯護人同。得爲辯論。法律所以許之者無他。凡有法律上之代理人者。皆民法上之無能力者。推定爲不能十分自爲辯護。因而保佐人亦與辯護人同。有辯護之權利。故許其閱覽及謄寫其訴訟記錄。以爲當然。雖然。法律上無明文許之者。則不得爲之。以此論決。乃其可耳。

於裁判所就不受訴之事件。不得爲裁判。是所謂不告不理之原則也。於豫審之部。已所論述。其在公判。亦不可不從此原則。第百八十四條。更申明此原則。然就此原則。於豫審則如有例外。於公判亦有例外。茲列揭之於左。

- 第一 證人無故不應呼出時。不待檢事之起訴。裁判所得以職權言渡罰金。其他證人不肯爲宣誓或證言時亦同。第百十八條第百九十條
- 第二 證人故意爲不實之陳述時。即有僞證之疑時。裁判所得以職權

直逮捕之。發拘引狀。送致於豫審判事。第百九十五條

第三 於裁判所發見附帶犯罪時。則得以職權爲其裁判。關於此點之規定。第百八十四條第一項。但書之所明揭也。而其第二項規定。爲若就附帶犯罪。以豫審爲必要時。得停止本案之辯論。然於裁判所認豫審爲必要時。直可送致於豫審判事耶。或待檢事之豫審請求耶。以其無詳細之規定。故屬一疑問。雖然附帶犯者。元來得以職權爲其審理裁判。且以豫審爲必要時。則得直停止本案之辯論。自此點而觀。則不籍檢事之手。得直送致於豫審判事。以是解釋。信爲當也。

於第二審裁判所。發見附帶犯時。得以職權罰之乎。若得罰之。則有不經第一審。而直受第二審裁判之結果。又於區裁判所。發見重罪。或屬於地方裁判所之管轄輕罪之附帶犯時。亦得直以職權罰之否耶。若然。則違背普通場合之管轄規定。亦無妨耶。又於甲地方裁判所。發見之附帶犯。爲當屬乙地方裁判所之管轄者時。則於甲地方裁判所。猶得罰之耶。是



又屬疑問以余所見則於右三個之場合信不得直以職權罰之者抑第百八十四條為公判通則中之規定故不論第一審裁判所與第二審裁判所總可適用之而同條但書為如何原則之例外一考之其疑義自冰釋矣即其但書止為就不受訴事件不可裁判之原則之例外而已非管轄規定之例外也故於裁判所雖有發見附帶犯罪而就其犯罪非併有事物及土地之管轄權時則不得以職權罰之明甚然自立法上而言則附帶犯罪以互相關聯而成因併合之有設管轄規定例外之必要反是以此為不告不理之原則之例外則未見其必要矣

抑附帶犯罪云者果如何者之謂耶第百八十五條列舉左之三個場合而其三個場合以屬於例外之規定限其明文之所示他雖有類似之場合而不可比附援引也

第一 於同一之場所同時一人或數人而犯數罪時 其一人之場合例如一人與數人爭鬪而毆打其數人時一人每成立一之毆打罪而

其原因同一互相牽聯故謂之附帶犯其數人之場合如數人毆打數人之類不問其通謀之有無若有之則非附帶犯罪而多為共犯例如甲乙二人通謀各別毆打丙丁二人時對丙丁二人各成立毆打罪其二罪則互為附帶犯罪

第二 數人通謀異其日時及場所犯數罪時 是必要為通謀者例如加波山事件為一大犯罪因求費金相謀甲於東京為強盜乙於橫濱犯盜竊等雖其日時場所皆異而於其間尚有所牽聯互而成為附帶犯罪

第三 因容易自己或他人之犯罪及因免其罪而犯他之罪時 例如欲於甲家為竊盜而於乙家竊取其梯子則為容易自己之犯罪而犯他罪者互為附帶犯罪又甲欲殺乙而因無兇器丙遂竊盜丁之短銃與甲以成其匪行是為容易他人之犯罪而犯他罪者互為附帶犯罪即丙云所為元來當為甲殺人罪之從犯而以其所為為獨立一之竊盜罪故為



附帶犯。然其從犯之責。亦不得免者。無論也。又因免其罪而犯他罪時。例如犯竊盜罪。因免逮捕。殺追呼者。是其為自己之場合。與為他人之場合。無一々例示之必要也。

日本刑事訴訟法。就公判之審理。折衷口頭審理主義。與書面審理主義。而採中間之主義。既如前所論述。故於豫審。雖訊問證人或鑑定人。而於公判。依第百八十九條之規定。更得呼出之。然不命其必當呼出。以是裁判所從所自思料。有再聽口頭陳述之必要。則呼出之。否則朗讀於豫審之證人之供述書。或鑑定人之鑑定書。得為證據。而同條第二項。為其朗讀。以代口頭之陳述。就之據左之三個場合。

- 第一 不更呼出其證人鑑定人時 即謂認為無必要而不為呼出之時也。
- 第二 證人鑑定人受呼出而不出頭時 就其不出頭。有正當之事故與否。非所問也。

第三 當以豫審及公判之供述鑑定為比較時 是證人鑑定人。應公判之呼出。已為出頭。而其證人之供述。或鑑定人之鑑定。與豫審之供述。或鑑定。相齟齬。因是特有比較二者之必要。即此等之場合之謂也。

然朗讀供述書。或鑑定書。以為證據。非止此三場合而已。豫審之證人鑑定人。如於公判前死亡。或為瘖啞者時。亦然者。此實屬法文之遺漏矣。於公判。則有朗讀其他豫審以外之調書。以為證據者。即證人在遠隔之地。如呼出之要時。日與費用時。則囑託其所在地之區裁判所。判事。或豫審判事。訊問之。又如證人罹於疾病。不能出頭時。受命判事。或受託判事。就其病床為訊問。此等場合。朗讀其訊問調書。以為證據。是雖法文所缺。而於法律之精神。固不得不然也。依以上之所述。推法律之本旨。於不能呼出之場合。為格別。苟得呼出。以上。則裁判所計事務之便宜。務呼出之。聽其口頭之陳述。以是為當。書面



之記述則朗讀之。而通例無智之被告人。所不得解。且雖裁判官。能於一讀之間。聽取領會。亦甚爲難。矧如證人之供述書。其供述片言隻語。盡無遺漏之筆記。則人力之所不能得。故其筆記往往有與供述之趣旨相齟齬者。特證人口頭之供述。其言語態度等。機微之間。大有影響於心證。述真實者。則言語明晰而流暢。陳虛僞者。則言語曖昧而澁滯。以是爲常。較之書面。有思過半者。故僅書面之朗讀。不若親呼出之。聽其口頭之供述。以副本法之本旨也。然於實際。則事務之多端。費用之增加。或證人之困惑等。亦不可不顧。必不得果然墨守此理論耳。即要以理論兼慮實際。以爲適宜之處分。本法以此一任於裁判官者。蓋爲此也。

對於公判之證人及鑑定人之強制處分。依第九十條。第一百五條以下。即關證人豫審之規定。及第一百三十五條以下。即準用關鑑定人豫審規定之全部。故茲不復說之。然公判既與豫審異其性質。其結果此處分亦全不同一者。特追論其特殊之諸點如左。

第九十二條曰。因檢事被告人及民事原告人之請求。所呼出證人之氏名目錄。自開廷之前一日。可送達於如相手方。此一日前云者。揭其最短期也。更早則猶爲可。此規定。僅關因檢事其他之請求呼出之證人。故就於以裁判所職權所呼出之證人。則其氏名目錄。不要送達於當事者。此區別因何而存耶。余輩殆難發見其理由。強爲之辭。則因檢事其他當事者之請求。呼出證人。必爲其請求者自己利益之證人。以是其相手方又請求呼出其反對之證人等。對之有爲準備之必要。乃要使豫知之。而以裁判所之職權呼出之證人。則反是。裁判所爲公平者。無如特謀一方之利益事。故雖呼出如何之證人。無豫知之使爲準備之必要歟。立法論則無此區別。總以送達爲可。然依今日所行於實際之手續。則自當事者請求或證人之呼出時。有呼出其證人之必要否。則於開廷之上。聽雙方之辯論後。以決定之。無使各當事者。直知其決定。豫送達其證人之氏名目錄之必要。故此規定。殆不見其實行也。



第一百九十一條。證人因疾病其他正當之事故不能出頭時。裁判所命其部員一名。或囑託於區裁判所判事。就其所在。得爲訊問。是既於豫審所規定。更規定於此何耶。無他公判以合議制爲居多。不過特示其雖部員一名。亦得爲訊問之旨耳。故得囑託於區裁判所判事之點。全爲無用之重複也。

就於證人之囑託訊問。實際往往生疑問者。如前述之受託判事。就證人之所在爲訊問時。則爲格別。而呼出於區裁判所。或豫審判事之面前。爲訊問時。以其訊問爲公判手續之一部。亦依公判之原則。公開行之。且作公判始末書。可以此爲記載。將反是不公開爲之。且可僅作供述書讀聞之。使署名捺印歟。或有從前者。是全誤解也。於此場合之訊問。非所謂裁判之對審。故不包含於裁判之對審判決公行之原則中。囑託訊問。亦不外公判手續之一部。而全屬於特殊者。以是特殊之手續。當然也。就其於豫審判事之面前之囑託訊問。則最爲明確。豫審廷到底不得公開之。

又不得使檢事立會。不容疑矣。特此場合。證人口頭之供述。非直爲公判之證據。其供述書爲證據者。則保其供述書之正確。讀問之使署名捺印爲必要。法文僅有囑託之事。而無其訊問手續之事。則即不過準用於豫審證人訊問之規定之趣旨。可以知矣。

第一百九十三條之規定。既述於豫審之部。茲故不贅。

其他關於證人訊問。則有第一百九十四條乃至第一百九十七條之規定。或有述於豫審之部者。或有不然。而一讀法文爲明瞭者。亦不贅之。第一百九十八條證據調之規定。亦然。

對於第一百九十九條公判之手續異議之規定。亦不要爲說明。而就之。則有一之當注意者。本條則與其前條連續於前條。則規定裁判長當爲之手續。因之本條所謂公判之手續云者。亦裁判長當爲之手續也。對之有異議。則其裁判所此爲裁判耳。否則對於裁判所所爲手續之異議。其裁判所自爲裁判。結局其異議當爲無效。余之解釋果不誤。則就裁判所之



所爲手續即裁判所合議之上所爲之手續。全爲不許異議之申立也。於次略論判決之事。

判決者有本案判決與本案前判決之二種。本案之判決。主爲定被告人之有罪無罪者。而其他尙不關於此。而有爲本案之判決者。即決本案前所生之先決問題。於此場合。以此或決於一方。則爲本案之判決。於他方。則爲本案前之判決。故說明本案前之判決。則本案之判決。亦自可明瞭矣。

本案前之判決云者。棄却管轄違或公訴不受理之申立之判決也。然對於同其申立之判決。而以此爲相當。言渡管轄違或公訴不受理時。則即本案之判決。換言之。則爲終局之判決。抑此申立。於如何之時期得爲之耶。因此等問題之決定如何。則本案之審理。全歸無用。以是如亦可述於豫審之部。於訴訟之起頭以爲其申立爲順序。而於訴訟之半途。或終末。亦得爲之。故第一百八十六條。檢事及被告人。不問第一審第二審。在本案

之判決前。無論何時。得爲此申立。有其規定。而有此申立時。則必爲先決問題。當判決之。又假令無其申立。而裁判所以職權。亦不可不爲其判決。即管轄違或公訴不受理之言渡。然其判決。非必爲先於本案之判決。而別爲之。以同一之判決。同時言渡之。亦無妨也。然以其申立爲相當。言渡管轄違或公訴不受理時。則以爲本案之判決。對其判決。檢事及被告人。得爲上訴者。當然也。即此判決。以含蓄於第二百五十條及第二百六十七條之所謂本案之判決。故對之得爲控訴或上告耳。

裁判所以其申立爲不當。爲棄却之言渡時。則非本案之判決。而爲本案前之判決。故於此場合。則更進爲本案之審理。且不可不爲其判決。然若以其申立爲正當。則本案之審理判決。全歸水泡。故第一百八十七條。對其本案前之判決。則不俟本案之判決。許直爲上訴。而若爲其上訴時。則續行本案之辯論。亦有屬於水泡之恐。以是當停止之。然而上訴之結果。以棄却其申立之言渡。爲相當之判決時。則可再繼續其辯論。於反對之場



合。則其事件。於茲爲告終局者。公訴不受理之爲如何者。既於豫審之部所論。茲省之。本案之判決。則如何爲之耶。其手續以規定於通則中。爲適當。而本法以此明記於區裁判所之公判手續中。故暫從其順序。讓於次章之說明。本案之判決。宜爲有罪無罪或免訴之言渡者。而又附帶於此。不可不爲訴訟費用之賠償證據物件之還付等之言渡。此第二百一條及第二百零二條之所規定也。其法文不要說明。望熟讀之。關於本案判決之法式。第二百零三條之所規定曰。於爲刑之言渡。則依可爲罪之事實及證據。明示認之理由。且適用法律。當付其理由。就於爲無罪或免訴之言渡。亦當明示其理由。故於爲刑之言渡之判決。則可爲罪之事實。認其事實之證據。及可適用之法律。皆當明示。以充其要求者。然就其證據明示之程度。則解釋別爲二派。第一說曰。改正第二百零三條。依所謂證據。當明示認之理由之法文。與舊第二百零三條之當明示犯罪之證據。以相比較。其法文有

長短之差異而止。結局不見其意之有所異。故如改正以前。單列記證據之目錄。例如依某證人之如此之證言。認爲有罪之事實之云。所以得其心證。無說明之必要。第二說則曰。果如第一說。何故同條必爲改正。毫不見有改正之必要。且依證據。當明示認之理由之謂時。則要說明得有罪之心證之理由。即證據與其認定事實之關係自明矣。故不拘舊法之解釋如何。而新法則不得如第一說之解。大審院如傾於第二說。依輓近之判例。則爲供認定有罪事實之資料。證據之名目。要列記之而止。毫不示其事實與證據之關係之判決。以爲違法破毀之。可謂至當之判決云。前記第二項之規定中。就於無罪之判決。亦就其理由明示之程度。說分二派。一則主張提出有罪之證據者。不可不說明。一一不採之理由。他則論就於證據不十分謂爲無罪時。則既明示其理由。余於此點。信第二說爲正當。其第二項就於爲無罪云云之言渡。亦當明示其理由爲規定。其理由云者。即無罪之理由之謂。謂證據不十分時。既有其理由。惟未詳密



而已。法律之要求既備時，則不得因其不詳密而謂為違法也。其他判決之言渡送達及原本，并公判始末書之調製等，關此雖有規定，而省一々說明之繁。

第二章 區裁判所公判

依第二百十二條，則區裁判所受理公訴之場合如左。

第一 有檢事之起訴時。

第二 自豫審判事或上級裁判所所移事件為裁判時。

第一號之場合最多。不要別為說明。又第二號之自豫審判事所移事件為裁判時者，既如前所論述，依豫審終結之決定而移之場合之謂也。而同號之自上級裁判所所移事件為裁判時，其場合有數種：第一，依裁判所構成法第十條對管轄指定之申請為直近上級裁判所之裁判時；第二，豫審判事以當移於區裁判所事件，或移於重罪公判，或為免訴之言渡，因之自檢事或被告人為抗告於控訴院決定，當移於區裁判所時；第

三關大審院之特別權限，第三百十五條第二項，其事件………決定屬於區裁判所之權限時，則指定管轄裁判所可送致其事件是亦為移其事件之裁判，故依同號為決定時。

又依違警罪即決法對警察官之言渡，即決裁判，自被告人請求正式裁判之場合，則不該當於前記第一號第二號，而區裁判所僅因其請求為當然。受理其公訴者，是本法之所不規定，而依該即決法為追捕之者也。區裁判所於前述之場合，受理違警罪及輕微輕罪之公訴，而檢事不問其如何之場合，必不可不請求被告人之呼出。有此請求時，則裁判所定其公判開延期日，使書記發呼出狀，而其呼出狀記載如何之事項，於其送達與呼出之期日間，當存若干之猶豫耶。第二百十四條及第二百十五條之所規定，以其法文明易，故不說明。

開廷公判為一應之審理後，若有臨檢之必要，則以行之為普通之手續。然依第二百十六條之規定，則不經豫審之被告事件，要急速時，於取掛



公判前得臨檢於犯罪地。其他之場所爲檢證處分。於此場合。則不要檢事。其他訴訟關係人之立會。而全然屬例外之規定者。既於豫審之部。論述之矣。

公判開庭。爲被告人之訊問。先問其氏名年齡等。不過確其有人違與否。而判事論述被告事件後。判事訊問被告人。且爲證據調等之手續。茲不絮說。

元來就刑事之證據。不可單置重於自白者。既已論述矣。故縱令被告人自白其犯罪。而猶以取調他之證據。要其確實。即於地方裁判所以上之公判手續。則有自白。不得止於證據調。而區裁判所之手續爲格別。第二百十九條。既有被告人之自白時。不要爲他之證據調。而惟自檢事或民事原告人。有異議時。當爲他之證據調之規定。是雖似置重於自白。而畢竟犯罪輕微。萬一誤其事實。而無重大之結果。故甯不如速結其事件之局也。

證據調既終。則檢事就於事實與法律之適用。述其意見。被告人辯護人。爲其答辯。而於最終。當使被告人或辯護人供述。是最終之發言。最爲有利也。

公訴之審理。略如上所述。次移於私訴之審理。自民事原告人。陳述其所請求。又陳述其爲理由之事實。提出證據。而被告人辯護人。得爲答辯。審理既終。爲裁判。則於管轄違有罪無罪免訴或公訴不受理之五種中。不可不決定其一。

被告事件。爲管轄違時。則須爲其言渡。於此場合。亦與豫審同。無拘留被告人之必要。則可爲放免之言渡。又有拘留之必要。則不拘其管轄違。而猶可存其拘留狀。從來不發拘留狀時。則宜新發執行之。而裁判所於是全脫離其事件之關係。送付之於檢事。檢事爲當以此起訴。於相當之裁判所者。

反之。管轄爲適法時。則當言渡有罪無罪或免訴之一。即犯罪之證據十



分時。則各所述於通則。因事實證據及法律。當附理由。爲刑之言渡。若證據不十分時。則當爲無罪之言渡。被告事件不爲罪時。即有證據。得認定或事實。而其事元來不爲罪時。亦當爲無罪之言渡。然有時效確定判決大赦。或法律上全免其罪時。當爲免訴之言渡。就親告罪。有告訴之取下時。亦同。尤就此場合。則法律之無明文。於第二百二十四條。於第一百六十五條第三號以下之場合。則須爲免訴之言渡。而在該號以下。不揭此場合。惟依其理之全爲同一。法律之精神。則於此場合。當解釋爲可言渡免訴者。

又於法律無明文。而依現行之判例。則於公判於無罪免訴之外。有爲公訴不受理之言渡者。此於通則之部所述。於本案前當爲此言渡者。爲同一。依此理由。則裁判所之審理既終。而發見其公訴之不可受理時。亦當爲其言渡當然也。

次論私訴判決之事。被告事件證據十分。爲有罪之言渡時。則當判決私訴之本案。固不俟論。雖然。爲無罪或免訴之言渡時。則私訴之判決。宜如何也。實際之取扱。則分爲二樣。或曰私訴者。依本法第二條。求其因犯罪所生損害之賠償者也。於公訴之裁判爲無罪。或免訴之言渡時。即爲無犯罪者。既無犯罪時。則私訴亦不得獨存。故於此場合。則不許之。當爲棄却。然大審院及控訴院之判例。皆反之。雖此場合。而就私訴之本案。當判決。即爲可裁判其請求之爲相當與否。其理由。公訴裁判之結果。雖爲無罪或免訴。而既有犯罪提起公訴。附帶之提起私訴以上。則私訴正當成立。裁判所正當受理之。以是非爲其裁判。則無由終結其局。第二百二十五條曰。於前二條之場合。就私訴。不拘其請求價額之多寡。而可爲判決。而其所謂於前二條之場合中。則包含有罪之場合與無罪。若免訴之場合。明文上不俟言。然則就於私訴。可爲其請求之判決。亦不俟言。而反對論者。爲棄却其請求之判決。即爲適當於該條。該條非必命爲本案之判決云。是固誤見。自理論上勿論。自明文則亦以不拘其請求價額之多寡。



可爲判決。故其請求之當否。權利之有無。不可不爲裁判。於茲有不拘其請求價額之多寡。則爲裁判管轄之例外。因爲故所加之文辭也。區裁判所就於民事之請求。非爲百圓以下者。不有其裁判權。以爲原則。而就私訴。則不拘泥之。就於百圓以上之請求。亦爲使其裁判也。例之。則犯罪輕微。屬於區裁判所之管轄。而其私訴之請求價額。有上於數百圓者。於此場合。則從原則。區裁判所就其私訴。爲無裁判權者。而欲貫徹使私訴附帶於公訴之精神。則不得墨守右之原則。乃特爲例外耳。

以上主關於對席判決之規定也。關於闕席判決之手續。則有大異者。述之如左。

被告人受公判之呼出。於其期日。不出頭時。僅檢事爲辯論。被告人則以闕席。不問其陳述。而爲裁判。是謂闕席判決。而闕席判決。就於該罰金以下之刑之犯罪。與該禁錮以上之刑之犯罪。其手續則有異也。

就於該罰金以下之刑之被告事件。不必要被告人之自出頭。得出代人

使爲辯論。故代人出頭。則猶不失爲對審判決。被告人及其代人。共不出頭時。始爲闕席判決者也。辯護人非代人。故僅辯護人出頭爲辯論。亦爲闕席判決。而就爲闕席判決。則被告人自受取公判之呼出狀。爲必要。依總則書類之送達。總從民事訴訟法之規定者。以是如該規定。本人不在時。則交付其呼出狀。於其同居之親族。或雇人。有其送達之效。若右二者。共爲不在時。則交付於其地之市町村長。使記其事。貼附於被告人住所之戶。則又有其送達之效者。故被告人於其公判期日。不出頭。則直爲闕席判決者矣。

就於該禁錮以上之刑之被告事件。必要被告人之自出頭。不許差出代人。故被告人不自出頭時。則當爲闕席判決者。然此場合。與前記之場合異。非有本人自受取豫審終結之言渡書。或公判之呼出狀之證據。則於其期日。不得爲闕席判決。然非因此。而判決延期於無限。裁判所定相當之猶豫期間。於其期間。被告人不出頭。則作當爲闕席判決之告知書。被



告人之有親族者則送達於其親屬。或可送達於本籍。二者共不明時。則當送達於被告人最終住所之市町村長。而此最終之住所。亦不明時。則以無由爲其送達。當爲所謂公示送達。公示送達云者。以右之告知書。貼附於裁判所之揭示場。至少爲一個月間公示者。此等之手續既終。始可爲闕席判決者也。

被告事件。不問其爲該禁錮以上之刑與該罰金以下之刑。而共通之有一疑問。被告人於辯論之期日。爲出頭辯論。而於裁判言渡之日。爲闕席時。宜爲闕席判決耶。將宜爲對席判決耶。就此問題。則有二論。而皆無鞏確之根據。實際之慣例。亦不一致。然余信當爲對席判決者。何也。辯論既終。於被告人僅不聞裁判之言渡時。則無爲闕席判決之理。蓋闕席判決。聽片言以斷訟者。即單聽原告官檢察之陳述爲裁判者。則甚爲危險。以是攻擊其裁判之方法。與對席判決異。然於本問之場合。則被告人對於檢察之陳述。因爲十分辯論。毫無危險之點。與對席之場合無所違。且夫

當爲闕席判決之場合。規定於第二百二十六條。於公判之期日不出頭時。則聽檢察之所請求。可爲闕席判決。而檢察在判決言渡之日。既無所請求。故其法意。在指辯論之期日。可知矣。此所以宜爲對席判決也。對席判決。以口頭言渡者。無送達其言渡書之必要。故以不送達爲原則。然自被告人。以自費請求判決謄本時。則必於二十四時間內。下付。就其正本抄本等亦然。然於闕席判決之場合。則無口頭言渡。以是訴訟關係人。有請求則不要其自費。不可不送達之。若爲有罪之言渡時。則自檢察請求。以其正本送達於被告人。又關私訴。則自原告中之一方。請求其送達。當送達於雙方。就其手續。可從民事訴訟法之規定者。第二百二十六條第二項於實際之慣例。則就公訴闕席判決之場合。以其判決。當送達於被告人。此一般自檢察豫爲請求。裁判所以職權爲送達。其實殆同。被告人對於判決。不服申立之方法。對於對席判決。則直爲上訴之外。別無他途。而對闕席判決。則不直爲上訴。而執所謂故障之一方法。是爲原



則第二百二十八條第二項曰：「受闕席判決者，對其判決得申立故障。上訴可申立於上訴裁判所。即控訴則於第二審裁判所。上告則於上告裁判所。抗告則於直近上級裁判所。以爲申立者，而故障非上訴，以求同一裁判所之覆審者，於其爲闕席判決之原裁判所，可爲其申立。即對於第一審之闕席判決之故障，則可申立於其第一審裁判所者，而故障者如右法文，則限於已受闕席判決者得申立之相手方之檢察，則不得申立之。即就公訴，必限於被告人。就於私訴，必限於民事原告人。或被告人中闕席之一方，可申立之。其出頭之一方，則不外爲上訴耳。」

爲故障之期間，於第二百二十九條，則以爲三日間。而其三日期間之起算點，因場合而異之。言渡罰金以下之刑之判決時，以其判決送達之日爲起算點。即前述從民事訴訟法之規定，有適法之送達，則自其送達之日起算。又言渡禁錮以上之刑之判決時，則在第二百二十九條之法文，有「禁錮之刑，而無以上之字，而同條係區裁判所手續之規定，故僅書如

此。然此手續於地方裁判所及控訴院之公判，亦可準用者，故余謂禁錮以上之刑，於被告人自受送達之場合，則因判決執行，自知有刑之言渡之日起算。刑法第五十條，刑者非於裁判確定後，則不得執行之。又本法第三百十七條，亦有同一之規定，而對於闕席判決，故障期間之起算點未定時，即其判決未爲確定，然當有因判決之執行云云。如有自家撞著之嫌，雖然刑法及本法所謂非判決確定，則不得爲刑之執行者，關於對席判決之規定，闕席判決毫無關係也。現法律當定其故障之起算點，因闕席判決之執行，知有刑之言渡之日云云。以此一點，而闕席判決，雖不至於確定，而得知其可得執行者，且依第三百十九條第二項，對於受體刑之言渡，而遁其執行者，檢察所發之逮捕狀與拘留狀，有同一之效，於係其闕席判決之場合，所發者亦同。亦明矣。體刑云者，自由刑，即禁錮以上無期徒刑以下者，與死刑之總稱者，受其言渡者，遁刑之執行時，則檢察對其被告人，可發逮捕狀者，而就闕席判決之場合亦同。依此則闕席



判決雖不確定。而得執行。故因其執行。依所發逮捕狀之執行。知爲刑之言渡時。以其時爲故障之起算點。不可不解爲此意也。然被告人因其他之事情。知爲刑之言渡時。則如現歸於自宅。讀其判決書時。而不得以此時爲其起算點。

故障期間。既於進行後。被告人於其期間內。不申立故障時。則其闕席判決。於茲爲確定者。然就此點。則有一議論。以述於控訴之部爲當然。而便宜上於此附述之。第二百五十二條第二項曰。受闕席判決者。故障之期間內。不爲故障。而得直爲控訴。此法文之解釋。分爲二樣。依第一說。同條之規定。雖爲闕席判決。而不必要先爲故障。於受對席判決後。爲控訴。不過云不爲故障。直得爲控訴耳。故對於闕席判決。直爲控訴時。從同條第一項。其期間則爲五日。第二說異之。謂不爲故障。雖直得爲控訴。而其控訴。則不可不於故障期間。即三日間爲之。故從第一說。則徒過故障期間。三日間。而尙二日間。則不爲闕席判決確定。而從第二說。則徒過故障期

間。即三日。即其判決爲確定。而豫左袒第二說。故爲前述之決定。然其詳細於控訴之部論之。

闕席判決既確定時。即茲生刑期起算點之問題。而刑期計算之事。以屬於刑法之規定。茲不論之。

不服闕席判決。於期間內申立故障時。則從第二百三十條。可差出其申立書。於爲闕席判決之裁判所。裁判所從第二百三十一條。以其中立。通知於相手方。是定其事件。付公判之期日。當呼出訴訟關係人。然就此點。實際有不便者。例如於東京犯一罪。因逃走於大阪。東京之裁判所。對其被告人。爲闕席判決。然其被告人。於大阪又犯一罪。逮捕之上。起訴。於其審理中。大阪之檢事。因東京之闕席判決。執行逮捕狀。以是被告人始知於東京受闕席判決。爲故障之中立。於此場合。以其中立。爲於大阪裁判所。於該裁判所。與其新罪。同時判決。則數罪俱發。依一之重等。審理上。大爲便利。而此場合。故障必不得不申立於東京裁判所。故於實際。大阪即



被告人現在地之裁判所。先開其公判爲處分後。送致之於東京。於東京裁判所爲故障之裁判。以是爲例。不便亦云甚矣。然此實際之取扱。非穩當者。對同一之被告人。起數多之訴時。依第二十七條之於數個裁判所之管轄場合。其中以最初著手於豫審或公判之裁判所。爲其管轄。是「新舊二罪之中。以最初著手於其舊罪之公判。東京之裁判所。爲其二罪之管轄裁判所。故大阪之裁判所。則就其新罪。以爲管轄違之言渡。爲當然。」被告人爲故障之申立時。裁判所以其申立。通知於相手方。且定其事件之公判開廷期日。不可不呼出訴訟人。

至於公判開廷之期日。檢事其他之訴訟關係人。已出廷時。則裁判所。先以職權調查。許其故障與否。若不許其故障者。則不可不以判決棄却其故障。例如爲故障之目的之判決。爲對席判決。或爲第二回之闕席判決時。皆不許其故障者。不可不棄却其故障。然若於裁判所。認爲當許故障者時。更進一步。其故障爲申立於法定之期間內與否。不可不爲調查。而

若其故障爲期間經過後者時。當以判決棄却之。然若其故障爲期間內者時。始爲入於本案之審理者。

如前述之可許故障者。且於期間內爲申立者時。入於本案審理之前。當爲故障受理之判決耶。於治罪法則有當爲其裁判之明文。而本法削除之。止第二百三十三條。故障之申立於受理之場合。更當從通常之規定。爲其裁判。之所規定而已。不要求當爲其裁判。故認故障爲適法時。不爲何等之裁判。而可直爲本案之審理者。蓋不可不如是解釋也。

既入於本案之審理時。則以復其闕席前之程度。如前揭第二百三十三條之規定。更從通常之規定爲裁判者。故其手續。於未曾爲闕席判決之場合。與爲對席判決毫無所異。以是當爲有罪或無罪之言渡。不要如於民事訴訟法。維持或取消其闕席判決。以單爲其言渡足矣。蓋其闕席判決。因適法之故障申立。爲當然消滅者。足使知之矣。

故障申立人於開廷之期日。不出頭時。則不可不再爲闕席判決。然與爲



初度之闕席判決等無爲闕席者。法律上定不利之推測故與故障申立人出頭時同裁判所調查當許其故障與否。又期間內之爲故障與否若皆認爲適法時則不拘其闕席不可不受理其故障爲本案之審理。而當其爲本案之裁判。從其所信不妨爲無罪或免訴之言渡是顯與民事訴訟法異者。

若裁判所不可許其故障或爲期間經過後之故障以再度之闕席判決棄却其故障時於受其判決者得再爲故障耶。以法律不之禁從第二百二十八條第二項之規定不可不謂其有爲故障之權。然故障受理之後更從通常之規定審理爲再度之闕席判決於此場合依第二百三十三條第二項不許更爲故障申立者。

對於不許故障再度之闕席判決則得爲控訴否耶。就此問題有二說。第一說曰對再度之闕席判決不許故障則其闕席之制裁故控訴亦不許之。蓋其法意當如是爲解釋。第二說曰攻擊闕席判決之方決有二。一爲故障。他爲控訴。而法律杜絕其一（即故障）之途。而無杜絕其二（爲控訴）之途之明文。故尙不得不解釋爲許其控訴者。余信第二說爲相當。如斯對再度之闕席判決許其控訴則其控訴期間當自何時起算。此問題於控訴之部決之。

第二百三十二條調查其所謂許故障與否。就於此點有一疑問。例如對被告人甲某爲有罪之闕席判決。檢察事因執行其判決發逮捕狀。然巡查或憲兵卒依其逮捕狀所逮捕之甲某對於闕席判決申立故障之上無犯罪事勿論。且未定受公判之呼出。主張爲人違。於裁判所亦審理之結果。其故障申立人甲某非受闕席判決言渡之甲某。發見其全爲同名異人。於此場合。裁判所當爲如何之言渡也。或曰於此場合。裁判所不爲何等之裁判。直可放免故障申立人。然裁判所放免其逮捕狀所逮捕者。必不可不爲何等之裁判。蓋逮捕狀之效力非可消滅於不言之中者。或曰依第二百三十二條當棄却不可許故障者。然故障棄却之結果。則闕席



判決確定。以爲法則。故障申立人。非受闕席判決者。對於其人。其判決之確定。不可不謂爲意外之結果。或曰。當爲公訴不受理之言渡。此說亦非無非難。何者。對故障申立人。元來非起公訴者。然依大審院之判例。則對無公訴之提起者。爲公訴不受理之言渡。不乏其例。例如裁判所。就於不受理之事件。而爲裁判於此場合。以爲公訴不受理之判決。爲通例。然則未有公訴之提起。而於事實與受訴。生同一之結果。於此場合。則不可不謂其得爲公訴不受理之言渡。且依此道外。無救正之法。故余亦左袒此最後之說。

對於闕席判決。有故障之申立時。其判決當然爲消滅耶。或更於判決之言渡前。爲存在。惟停止其執行而已耶。就此問題。有二說。第一說。僅有故障申立。則其闕席判決。不消滅。其故障。已受理。更言渡終局之判決時。始爲消滅云。其理由。第一在治罪法草案。闕席判決。與故障申立同時消滅。有其明文。而於治罪法并本法。則不揭其明文。蓋以其草案之規定爲非。

至於終局判決前。使存闕席判決之意。是以知矣。第二闕席判決。與故障申立同時消滅。則故障之不可許場合。或屬於期間後之申立場合。則不得棄却之。而法律猶命其當爲棄却。是其判決。又存於故障申立後之左證也。然假如故障受理之時。闕席判決爲消滅。而入本案之審理後。發見其故障之爲不適法時。最早生不得許棄却之結果。故至於終局。闕席判決猶存。不可不如是解釋云。第二說。主張故障申立同時闕席判決爲消滅。余亦信此說爲至當。然苟有故障申立時。則不拘其適法與否。闕席判決。皆可消滅者。又非此之謂。必爲可許其故障者。且必於其期間內。爲申立者。故其判決之消滅。則於故障爲適法。不可不謂帶此條件者。以是於故障受理前。爲不可許之故障。又爲期間後之故障。皆已發見時。則就其條件不備。無妨棄却之。又雖故障受理後。至知其非適法者。爲其棄却當然也。而至於審理之終局。故障全認爲適法。則其效果。溯於既往。即迄於故障申立之日。闕席判決。既於其日看做爲消滅者。然於第一說。則以刪



除治罪法草案之明文。爲其論據。而無由知其刪除之理由。且第二百三十三條。反非如論者所云之法意。亦足以知。即於同條僅有更可從通常之規定。以爲裁判。既如前所論述。不有爲闕席判決之維持。或取消之規定。以是而觀。其判決之既歸於消滅。爲足知者。

故障申立人。得取下其故障耶。就此問題。非無異論。而就上訴之取下。則有第二百四十六條之規定。不拘明言其爲許之。而就故障之取下。則無許之規定。以是而觀。則其意之在於不許也可知。且夫如前所論。闕席判決。與故障申立同時爲消滅時。則其故障取下。不可不決其爲不許也。何者。不拘闕席判決之既消滅。而尙許故障之取下。則被告人至於全免其訴矣。

對於闕席判決得申立故障者。則如第二百二十八條之所規定。受闕席判決者。即就於公訴之裁判。被告人爲闕席時。則其被告人又就於私訴之裁判。當事者之一方。爲闕席時。則限於其當事者。而他則於上訴之外。

無途。故就公訴。則檢事又就私訴。則已出席之當事者。不得申立故障。若以其闕席判決爲不當時。則不可不執上訴之途。而由檢事其他之出席者。對於闕席判決爲上訴。於上訴裁判所。亦尙以其相手方之闕席判決爲言渡時。其闕席者。對孰之判決。於孰之裁判所得申立故障耶。例如被告人於第一審闕席。受闕席判決。檢事以其判決爲不當。始控訴。被告人在第二審。亦爲闕席。故控訴裁判所。以闕席判決爲言渡。然檢事尙不服其第二審之判決爲上告。受上告裁判所之判決。被告人於三個之判決中。對何之判決。於第一審乃至第三審之裁判所。得就何者申立故障。決此問題。不可不分場合而論之。

第一之場合。於上訴裁判所。棄却其上訴時。對原判決。不可不申立故障於原裁判所。然此場合。亦要爲區別。

甲 於第一審裁判所。爲利益於闕席者之判決。例如言渡無罪。其相手方(例則檢事)以爲不當爲控訴。而控訴裁判所。棄却其控訴。又上告之結。



果。上告之裁判所亦棄却其上告。結局闕席者以無申立故障之必要，無可生疑問者。

乙 於第一審裁判所爲不利於闕席者之判決（例如言渡有罪然其相手方（例如檢事）尙以其判決爲不當爲控訴及上告。而其控訴上告皆爲棄却。則對闕席者當執行之判決。以結局爲第一審之判決。闕席者對於第一審判決不可不爲故障申立。於第一審裁判所而出席者爲控訴被棄却。不爲上告。於此場合亦同一也。

第二之場合 於上訴裁判所取消原裁判。更爲判決時。則對其上訴之判決不可不於其上訴裁判所爲故障之申立。然此場合亦有區別。不可不論。

甲 於第一審裁判所爲不利於闕席者之判決。例如言渡有罪之判決。自相手方爲控訴之末。取消原判決。單爲利益於闕席者之判決。例如於言渡無罪之場合。則闕席者。結局無申立故障之必要。故可措之於疑問

之外也。

乙 於第一審裁判所爲利益於闕席者之判決。例爲無罪之判決。而自相手方爲控訴之末。於第二審裁判所取消原判決。更對闕席者爲不利之判決。例如言渡有罪之判決時。則第一審之判決。既以消滅。對第二審之判決不可不於第二審裁判所申立故障也。

丙 第一審裁判所對闕席者爲不利之判決。第二審裁判所亦爲不利之判決。而於第一審之判決。因有手續其他之瑕瑾取消之。更爲裁判者時。則第一審判決既消滅。闕席者受執行之判決。爲第二審判決。故故障者對其第二審判決不可不申立於第二審裁判所也。

第三之場合 此場合依第一第二場合之混合而生者。不得以一概論。故從左之區別。而爲論結。

甲 第一二審共言渡不利於闕席者之判決。例如於第二審裁判所。則棄却檢事之對於有罪闕席判決之控訴。而於上告裁判所爲利益於闕



席者之判決。例如爲無罪之判決。闕席者。結局無必要爲故障也。

乙 於第一審。爲利益於闕席者之判決。而第二審裁判所。取消其判決。更爲不利於闕席者之判決。於上告裁判所。棄却其上告。於此場合。則故障對於第二審判決。不可不申立於第二審裁判所也。

丙 第一二審。共爲利益於闕席者之判決。例爲無罪之言渡。而上告裁判所。以第一二審所認之事實爲有罪。破毀原判決。直爲有罪之判決。不可不申立故障。於第一審裁判所。於上告裁判所。則不爲事實之裁判。單審查原判決所適用之法則。爲不當與否而已。其有罪之判決。乃第一審裁判所所認之事實也。不過以第二審裁判所之是認者。爲基本而言渡之耳。故闕席者。對其第一審事實之認定。申立故障。於第一審裁判所。以爲相當。且在上告裁判所之判決。以無闕席判決。對其判決。則不得申立故障。而依適法之故障申立。第一審之事實之裁判消滅時。則上告裁判所之裁判。亦失其基本。故不得不自消滅也。

故障者。於其期間之未始前。而尙得申立之耶。例如言渡罰金以下之刑。對於闕席判決之故障期間。當自其判決送達之日起算者。而被告人未受其判決之送達前。得申立故障耶。又言渡禁錮以上之刑。對其闕席判決之故障期間。被告人自受其判決之送達時。則自其日起算。又非自受其送達時。則自因其判決執行。知刑之言渡之日起算。而被告人不自受其送達。又非受判決之執行。由他人同知其有刑之言渡。以是對其闕席判決。申立故障。其故障爲可許者耶。就此問題。非無議論。而決定不得爲其申立者。信爲相當。何也。被告人非受其判決之送達。或因其判決之執行而知之時。則受如何之判決。無由詳知。於其前之故障申立。爲有輕率之嫌者。且於第二百三十二條。調查其於故障之期間爲申立否。於其期間不爲申立時。則當棄却之。有此規定。而其期間前或期間後之申立。皆不適於同條之明文。以是當解釋爲法律皆不之許也。

關於闕席判決。尙有一之重要問題。對於闕席判決故障。至何時得申立



之耶。刑之時效依刑法第六十一條就闕席判決。自其宣告之日起算。即不拘判決之未確定。而刑之時效。始其進行。以是或在其判決之未確定間。而時效完成。被告人有免於主刑及或附加刑之執行者。於此場合。不拘被告人既免其刑。而尙得申立故障耶。治罪法因明此事。規定爲受闕席判決者。至刑之期滿免除。於何時皆得爲故障申立。本法何故削除之。單爲對其判決得申立故障。第二百二十八條第二項。以是似爲無論何時。皆得申立故障者。例如時效完成後。而監視之執行不免之。故因其執行。知爲刑之言渡時。則尙得爲故障申立。有是論者。又反是。免刑之執行者。得申立故障。則不爲妥當。亦有是論。依大審院之判例。則被告人時效完成後。不得爲此申立。換言之。則與時效完成同時。闕席判決爲確定。此判例非有明確之根據。不過實際之便宜上。如此決定。而有別得援用。爲此判例之理由者。刑法第四十條第一項。有監視之期限。自主刑之終日起算。得主刑之期滿免除時。自其就捕之日起算。若闕席判決。非與時效

完成。共爲確定。則監視之期限。無自就捕之日起算之理由。然有如此之規定。則可謂因其判決之確定。而余不贅成此判例也。抑刑法第四十一條第一項。與前述治罪法之規定。相待爲規定者。而削除治罪法之規定。即制限故障申立之時期之規定。於今日則刑法之規定。亦自己改正者。不得不如斯解釋。故本法之下。於時效之完成後。尙得爲故障申立。此之解釋。信爲妥當。

果然更生第二之問題。即裁判所受理故障。審理本案之末。以被告人爲無罪時。無論若以爲有罪時。則爲新主刑之言渡否耶。假令爲其言渡。而以時效完成後。非不得執行之耶。言渡不得執行之刑。非不免不妥耶。又時或於闕席判決。則爲輕罪。言渡二年之重禁錮。而依時效完成。被告人免其刑之執行。因故障審理之結果。新爲重罪。當言渡輕懲役。於此場合。則控除其既免二年之刑期。僅可執行其殘期耶。是甚困難之問題。而於時效完成後。尙許爲故障之申立以上。則如前述。與其故障申立同時。以



闕席判決。則爲消滅。因其時效而免刑。即因闕席判決所言渡之刑。亦不可不同歸於消滅。故因故障新判決之刑。則總以執行之爲相當。即無控除前之刑期等之事。當爲全然執行者。故於被告人。真爲無罪。則不屑因時效而免刑。而甯以申立故障爲利益。或因申立故障。言渡自闕席判決之刑爲重之刑。當受執行之不利。然則時效完成後。尙許故障。大有所寬。而其結果。却有大嚴者。是亦治罪法改正所生之一大缺點。法律之規定。爲不得其宜者。

又與前記之問題相牽聯。有一問。即就闕席判決。自其言渡之日爲刑之時效經過。而以判決未確定。其上訴尙爲存在者。然其公訴之時效。亦可經過也。若公訴之時效。與刑之時效併行。則以前者自後者其期間短。其刑因前者當然至於消滅。然而兩者非可兩立之性質。故刑之時效進行中。公訴時效。亦爲中止。以此解釋。信爲穩當。

關公訴闕席判決之規定。以上所論。略盡之矣。自是就於私訴之闕席判

決。極簡單一述之。

就私訴之闕席判決。有第二百二十六條第二項之規定。總爲當從民事訴訟法之規定者。而從該規定。則相手方不出頭時。自其已出頭之當事者。當爲闕席判決之申立。若無其申立時。則於裁判所爲不得爲之者。故就私訴被告人闕席時。則因民事原告人之申立。被告人以原告之事實。上之口頭供述。看做自由。原告之請求爲正當時。則爲敗訴之言渡。否則爲却下原告之訴者。反之民事原告人。爲闕席時。常爲却下其訴者。民訴第二百四十六條第二百四十七條第二百四十八條。

爲私訴之闕席判決。不必要送達呼出狀。於本人。從民事訴訟法之規定。以爲適法之送達。足矣。

對於私訴之闕席判決。亦得爲故障之申立。而其申立之手續及期間。非可從民事訴訟法之規定者。故其故障。當申立於爲其闕席判決之裁判所。調查其故障之可許否。又於期間內。爲其申立否。缺此要件之一時。則



以判決當棄却之等。皆與公訴之闕席判決爲同一也。

從民事訴訟法。則闕席判決。不因故障申立而消滅。於因故障之對席判決。不可不以維持或取消其闕席判決爲言渡。然是亦非可適用於私訴之場合者。本法第二百三十三條之規定。則可適用於公訴私訴之闕席判決者。私訴之闕席判決。亦因適法之故障申立而消滅。故其申立。不得爲取下。於公訴無所異也。

尙關於故障之期間。有第二百三十四條之規定。而以一讀明瞭。茲不贅說。

### 第三章 地方裁判所之第一審公判

於地方裁判所。受理公訴之場合。第二百三十五條之所規定也。與區裁判所之受理公訴場合。殆爲同一。第一。因豫審判事之豫審終結之決定。受理輕罪或重罪之公訴。第二。自上級裁判所移事件之裁判。因受理輕罪重罪之公訴。而於其如何之場合。裁判自上級裁判所所移之事件。則

與所述於區裁判所公判之部爲同一。不再贅說。第三。因檢事之起訴。受理輕罪之公訴。即檢事再起訴於公判之場合之謂。爲僅限於輕罪者。地方裁判所受理公訴之方法。以限於右三個之場合。爰生一之困難問題。既如關於豫審終結所論述。豫審判事。受訴輕罪或重罪。而審理之後。斷定爲屬於區裁判所之管轄輕罪。爲移於區裁判所之言渡。然。區裁判所審理之上。却斷定爲重罪。爲管轄違之言渡。其言渡已確定。於此場合。檢事當以其事件爲如何耶。得於相當之地方裁判所。爲重罪事件請求其公判耶。本問之場合。似不該當。於第二百三十五條之規定。依同條。則地方裁判所。就於重罪事件。則僅依豫審判事及上級裁判所。所移事件之裁判。受其公訴。無自檢事直受其訴。然就前記之事件。則再求豫審處。是非適當之處分。何者。於通常之場合。共管轄違之言渡。其豫審處分。歸於無效。可請求豫審管轄豫審判事者。而本問之場合。則以豫審判事。有管轄權。故其豫審處分。爲有效。再請求之。是所謂一事再理。故就此事件。



如無可請求其公判。蓋法律之豫想所不及也可謂一大缺點矣。然因之不問其被告人則非法律之精神。故檢察雖屬於第二百三十五條之規定以外。而爲重罪事件。直得請求公判。蓋不可不如此論定也。

地方裁判所支部。對其本部。非有別個獨立之管轄。而不過受特別之事務分配。既所論述矣。然支部自豫審判事。移于其支部之輕罪公判。受理其事件。而審理之。發見其爲重罪時。則不拘其本來可送致於本部者。而自支部有獨立之管轄之誤解。爲管轄違之言。則檢察依第二百三十五條之規定。無處置之途。再請求豫審。則支部之豫審判事。既有正當之管轄權。爲其豫審。故其豫審處分。非爲無效。又對其本部之豫審判事。亦同一理。就於重罪事件。檢察不得直請求公判。如前所述。故此亦法律之所不豫想。付不問之。則非法律之精神。以是與前問題同。於第二百三十五條之規定以外。爲得由檢察直起訴於公判也。

地方裁判所。依前述之方法。受理公訴時。當爲如何之手續耶。原則則區

裁判所之手續。被告人對席之場合。與闕席之場合。無論皆可準用之者。而區裁判所之管轄之事件。爲輕微。地方裁判所之事件。爲輕罪中之重大者。及重罪。故其手續。自不得無若干之差異。左列舉之。

第一 於區裁判所。被告人爲自白時。自訴訟關係人。不申立異議。以上不要爲他之證據調。然此規則。不準用於地方裁判所之公判。元來自白者。於民事爲最有力之證據。而於刑事則不許措重其自白。故從第二百三十九條之規定。雖有被告人之自白。尙不得不爲他之證據調也。

第二 於區裁判所。爲單獨判事裁判。而地方裁判所。則爲三人之判事合議。以爲裁判者。故其審理中。臨檢於犯所。其他生知或狀況之必要時。三人之判事。共同臨檢。以爲當然。如此。則非特運動之不輕快。且亦無其必要。故第二百三十八條。使受命判事爲臨檢處分。聽其報告。以爲裁判。然使受命判事爲處分之事。不僅臨檢。就物件差押家宅搜索等。亦以有其必要。得以行之。是雖無有明文。而法律之精神。固當如是。



第三 區裁判所就爲其管轄之裁判事件。因自被告人或檢察官爲控訴地方裁判所爲第二審審理之。其事件全非區裁判所之管轄。而可斷定屬於地方裁判所之管轄者。於此場合。則本來取消其裁判。當爲管轄違之言渡者。而到底爲地方裁判所之當裁判。故第二百四十條。不爲其管轄違之言渡。而單取消其區裁判所之裁判。直命其當爲第一審之判決。故對此判決。則得直爲控訴於控訴院。結局爲受四段之裁判矣。

地方裁判所之私訴公判之手續。亦與就於公訴所述。爲同一。

以上所論。適用於重罪輕罪之規則也。其他尙有但關重罪事件之特別規定。即依第二百三十七條之規定。則就重罪事件。必於其開庭前。裁判長或受命判事。依裁判所書記之立會。訊問被告人。且當問其選任辯護人與否。既選任之。或不日可選任時。則可。若未選任。或至後日。不得選任時。即以裁判長之職權。自其裁判所所屬之辯護士中選任之。而被告人自選任時。則以何所之辯護士。皆可。其屬官選者。則爲限於其裁判所所

屬之辯護士。官選辯護人。爲數人之被告人。選任一人亦無妨。然被告人及辯護人有異議時。則要因各被告人選任一人。

依今日實際之慣習。則爲前述之下調者。主爲選任辯護人而爲之。其他殆如無其必要。然若適當實行之時。極爲重要者。特於公判。採純然之口頭辯論主義。雖於豫審。爲取調之證人。而爲其必要者。總呼出之於公判。於實行此制度之國。則此下調。最爲必要。何者。被告人於豫審變更其所供述之主張。於公判更爲新主張。又於豫審所認之事實。於公判否認之等。若不豫聽其於公判辯論之方針。則審問之方針。不得一定。而其知之豫定之。則依下調之外無他耳。如實行陪審制度之國。則誠爲然。而本法者。所謂執折衷主義。故於公判不必呼出豫審之證人。得以豫審調書。爲其證據。故下調殆無其必要。然於本法之下。適當行之時。則其效益固不鮮少也。

豫審判事。斷定爲輕罪。付於地方裁判所之輕罪公判。所言渡之事件。有



於地方裁判所公判。爲重罪者。又時或自檢事爲訴追重罪之申立。又不經豫審。自檢事直爲輕罪。起訴於地方裁判所之事件。審理上以爲重罪者。又自檢事更以其事件爲重罪。爲訴追之申立。此等場合。裁判所不可不爲重罪裁判之手續。即其事件。經由豫審者時。則止其公判。更爲當重罪事件裁判之旨之決定。使受命判事。爲其事件之取調。使爲報告之後。再開廷爲公判。若其事件。未經豫審者時。則爲送致於豫審判事之旨之決定。而被告人未受拘留時。則發拘留狀。可送致於豫審判事。於此場合。豫審判事。以其爲豫審判事之職權。爲豫審者。故從通常豫審之手續。當處分者。惟於檢事之無起訴一點。有所異耳。故豫審判事。當爲其豫審終結。以此爲無罪或輕罪。又或免訴。皆無所妨。若於豫審判事。以爲重罪或輕罪。移於地方裁判所之公判時。則公判爲於茲新受理其事件者矣。

## 第六編 上訴

上訴者。於本法爲控訴上告及抗告之三。而上告中則有非常上告者。與通常之上告。全然異其性質。因區別之。置於右三種之外。總爲四種。亦可也。其他有爲再審者。雖與上訴酷類。而本法則不列於上訴之一。又自理論上。亦不得爲上訴。蓋上訴者如其名稱所指示。因攻擊下級裁判所之裁判。而訴於上級裁判所者。控訴上告及抗告皆入此定義中。而再審則時或有不該當者。此所以不列於上訴也。

### 第一章 通則

上訴者。何人得爲之耶。依第二百四十二條。則檢事其他訴訟關係人。可得爲之。訴訟關係人云者。就於上訴。則被告人辯護人。及法律上代理人。就於私訴。則民事原告人。被告人。及民事擔當人云。

檢事就於上訴。最有廣之上訴權。爲被告人之利益。不利益。皆得爲之。蓋檢事之性質。所使然也。檢事非必因處罰被告人者。而以維持公益爲職務。以無罪之者爲有罪。則因有害於公益。乃因被告人之利益。亦當有上



訴權。其以輕罪處重罰之場合亦然。被告人之上訴權。則較檢事爲狹。單得爲自己之利益而爲上訴。不得爲不利益而爲之。是雖別無明文。而既有檢事爲被告人之利益。得爲上訴之明文。第二百四十二條第二項。而無被告人爲自己之不利益。得爲上訴之明文。則可推知法律精神之在於茲矣。歐洲諸國之法律。古來沿革上。亦無不皆然。

就於辯護人之上訴。則有第二百四十三條之規定。被告人別無上訴之意思場合。而辯護人得爲被告人而爲之。然法文以代被告人爲上訴。盡做包含於辯護之委任中者。不過以代理之資格得爲之耳。故被告人明言不爲上訴時。則代理之委任自消滅。不得爲其上訴也。又時或有被告人與辯護人共爲上訴者。於此場合。則不可謂有二個之上訴。其二者實不過合而爲一耳。而於實際慣用之解釋。則辯護人單有爲上訴之申立之權利。而出頭於上訴裁判所。與於辯論之權利。則非有別段之委任。不

得有之。故若欲與其辯論。則受別段之委任。要以其辯護屈出於上訴裁判所。然此解釋。非穩當也。

辯護人不外爲被告人之代理人。故不得爲被告人之不利益而上訴者。自不待言。

法律上代理人。依第二百四十四條。得獨立爲上訴。故法律上代理人與辯護人異。被告人雖明言不爲上訴。而不拘其意思。得以爲之。是法律上代理人之存場合。則被告人爲未成年者。瘋癲者等之無能力者場合。故放任於被告人自身之意思。則危險也。但瘋癲者於犯罪之際。既懼其病時。則不爲罪。又犯罪後。或起訴後。懼其病時。則依第一百八十三條。爲當停止辯論者。被告人爲瘋癲者。其法律上代理人爲上訴之場合。則事實上如不可得有。而不必然。凡民事上之禁治產者。則有法律上代理人。即後見人。其禁之存續間。則代其禁治產者。行一切之法律行爲。而於刑事上。則雖民事上之禁治產者。而實際精神之鎮定間。所爲之行爲。則無妨組



成爲犯罪。又於其間。則無停止辯論。此等場合。法律上代理人。得獨立爲上訴。然拘泥於法文所明記「獨立」之一語時。則被告人法律上代理人。共爲上訴。二個之上訴。似可並存。雖然。法律上代理人。固不過以爲被告人代理人之資格爲上訴。則此場合。亦二者相合一之上訴耳。其所謂「獨立」云者。不外「反於被告人之意思」之云。此點以與後段所論述之他問題。大有關係。故於茲豫注意之。

私訴之當事者。即民事原告人。被告人。及民事擔當人。亦得各爲上訴。而與就被告人之公訴之上訴權同。止得爲自己之利益而爲之。不得爲其不利益。此等者。皆出於無利益則無訴權之原則者也。

於本通則中。有在監之被告人。差出上訴申立書。就此之規定。就於上訴期間之規定。及就與民事訴訟法。所謂原狀回復相當之規定。即因天災。其他不可抗力。經過上訴期間之場合。於此疏明其事。得回復上訴權之規定。其他答辯書之規定。關訴訟記錄送致之規定等。而以法文明白。茲

不冗說可就看之。

次論上訴取下之事。檢事不得取下上訴。即爲上訴與否。雖爲檢事之自由。而既一申立上訴以上。則不得復取下之。是公訴權者。檢事不得自由處分。不外此原則之適用而已。蓋公訴權屬於國家。檢事不過受國家之委任而行之也。

檢事以外者。即被告人。其他私訴之關係人。皆得取下上訴。第二百四十六條明記之。於上訴之判決前。無論何時。得取下之。而取下之時。其結果至爲前審之裁判確定。即取下控訴。則第一審之裁判確定。取下上告。則爲第二審之裁判確定者矣。

辯護人爲上訴後。得取下之耶。辯護人本來代被告人爲上訴者。故無其被告人之同意。則不得取下之。然辯護人所爲之上訴。於被告人得隨意取下之。則有第二百四十三條之但書。不得反於被告人所明言之意思。徵於法律之精神。明也。故於辯護人與被告人。各爲上訴之場合。被告人



取下其上訴時。則辯護人所爲之上訴。亦自消滅。不可不爲此決定矣。法律上代理人所爲之上訴。則被告人不得取下之。是法律上代理人雖反被告人之意思。亦得獨立爲上訴。徵於第二百四十四條之法意而明者。然被告人之爲上訴。則法律上代理人不得取下。是亦該條之得獨立爲上訴而已。而無規定爲得獨立取下上訴之旨。明矣。

主上訴自其申立人爲取下時。則其附帶上訴。當消滅否耶。於普通之場合。則不可不決定爲消滅。然於上訴期間內。爲附帶上訴。於此場合。亦依主上訴之取下。其附帶上訴。當消滅否耶。此問題。皆於後段決定之。

第二百四十六條。則私訴與公訴不區別。故就公訴附帶之私訴。上訴之取下。亦適用之。迨其上訴之判決。於何時皆得爲之。當爲穩當。然依民事訴訟法。則至其上訴之口頭辯論。雖無相手方之承諾。得取下之。而在其以後。則要有相手方之承諾。此規定。於本法亦就私訴。尙可準用之耶。本法一無明文。以是不得準用。而自理論上言。則以準用之爲相當。其理由

則與於本法之始。取下獨立之私訴。得起附帶之私訴否。就此問題。所論述者爲同一。茲不復說。民訴三百九十九條。第四百五十四條。參看。就於私訴。亦得爲附帶上訴者。勿論而其附帶上訴。因主上訴之取下而消滅否耶。是可於後段說明之。

## 第二章 控訴

控訴者。稱第二審。或爲覆審。求事實法律。共爲覆審之方法也。換言之。則從與第一審之裁判。同一之手續。爲同一之審理。對於同一之爭點。爲裁判者也。控訴如此。總以從與第一審同一之手續。而控訴審則全可廢。有是論者。元來三審之制度。在歐洲亦非古。昔時執二審級之制度者爲多。而至十八世紀之終。際佛國之革命。而設監查適用法律之大審院。自是爲三審級。遂至廣行於各國。然於歐洲諸國。則就刑事裁判。多設陪審制度。故概無爲控訴者。即陪審之判斷。爲不可侵。就重罪事件。則全不許控訴。雖然。就輕罪事件。以無陪審。可許控訴否耶。屬一疑問。佛國許之。獨逸



則或許或不許。輕罪之或者。即就屬地方裁判所管轄之輕罪事件。則普通以三人判事之合議制。特增爲五人。以是不許控訴。而對區裁判所之判決。則爲許之。是即採折衷主義也。而於日本。則不問爲重罪輕罪皆許之。採絕對之主義。但屬於大審院之特別權限者。則第一審且爲終審。此獨爲例外者。

如此於我邦就于一切事件。皆許控訴。以爲原則。然亦非得妄爲之。如第二百四十二條所規定。非法律所許之上訴。則不得爲之。而就控訴在第二百五十條之規定。曰。控訴者於區裁判所或地方裁判所之第一審。對其所爲本案之判決。及第八十七條所規定本案前之判決。得爲之。故對其他判決。則不得爲之。本案之判決云者。謂終局判決。第八十七條所規定。本案前之判決云者。謂棄却公訴。不受理之申立。及管轄違之申立之判決也。

就於得爲控訴之範圍。如前述之有制限。而就其範圍內。所爲之控訴。則其爲之理由。無些少之制限。如上告及再審者。非有法律所許之理由。則不得爲之。而控訴單因不服原裁判之一事。得爲之。惟無相當之理由時。則不免棄却其控訴之結果而已。

控訴之期間。依第二百五十二條。自判決之言渡之日爲五日。而其五日之起算點。依總則爲其言渡之翌日。然此規定。不過定其對於對席判決之控訴期間。就對闕席判決之控訴。則有同條第二項之規定。曰。闕席判決者。故障之期間。不爲故障。得直爲控訴。然於此場合之控訴期間。爲三日。耶。爲五日。耶。又其起算點。爲自何時。耶。是大有議論者。即該項之法律。得解釋爲二樣。其一。故障之期間內。不爲故障。爲一句。裁斷下文解釋。爲於故障之期間。即三日。不爲故障。而得直爲控訴。隨普通之控訴期間。即五日內。得爲控訴者。其二。以故障之期間內。爲一句。以下文爲一句。解釋於故障之期間。即三日內。得爲控訴。隨其控訴。不可不申立於三日內。余則與第二說爲同意。即於故障之期間三日內。信可爲控訴者。蓋若如



第一說則法文故障之期間內之一語全歸無用之冗文。法律無故置此一語則其控訴期間亦爲三日內。其意可知。現治罪法明記其控訴期間之爲五日。且受闕席判決者。至得刑之期滿免除前。於何時不爲故障。得直爲控訴。規定其旨。改正之際削之。代以此故障之期間內之一語。自沿革上而觀。則改五日爲三日者明矣。且夫假爲五日。則其五日當自何時起算耶。以別不定其起算點。不得已從第一項。自判決言渡之日起算。是雖第一說論者。亦所不能是認。故於此點。從普通故障期間之起算點。不可不自其日起算爲三日也。

以上所述單純之控訴。即主控訴。附帶其控訴所起之控訴。謂之附帶控訴。第二百五十九條曰。控訴之相手方。於其判決前得爲附帶控訴。其第二項曰。控訴裁判所檢事。亦得爲附帶控訴。第一審裁判所之檢事。與被告者。互爲相手方。故自檢事申立控訴時。則被告人得爲附帶控訴。又被告人爲控訴時。則檢事得爲附帶控訴。而控訴裁判所之檢事。則非控

訴之相手方。而從檢事爲全國同一體之原則。法律於同檢事。亦使得爲附帶控訴者。第二百五十九條第二項參看。

附帶控訴。因自相手方爲控訴。以其序次。爲出於爭之趣旨者。則得申立附帶控訴之期間。與主控訴異。至其控訴之判決前。何時皆可爲者。

取下主控訴時。則其從之附帶控訴。亦當隨之消滅耶。以從者從主。一定之原則。則爲當然消滅。然申立於控訴期間內之附帶控訴。看做爲一之主控訴。雖真之主控訴取下。尙不消滅耶。就此問題。有積極消極之二說。余則採積極說。即當爲消滅之說。何者。假令申立於控訴期間內。而附帶控訴之爲附帶控訴之性質。無因之而變更。法律上非有特別之規定。則與他之場合同。不得不爲當然消滅者。但如民事訴訟法。有特別之明文時。則爲格別。民訴第四百六條末項。

尙就於附帶控訴起一之問題。附帶控訴者。限於爲主控訴目的之事件。得爲之乎。得異其事件。亦尙得爲之乎。控訴則如後所述。不必要對於判



決之全部爲之。僅限其一部得爲之者。例於第一審。甲乙丙三罪俱發。共爲有罪。被告人就其甲乙二罪爲服罪。獨就丙罪爲控訴。檢事於此場合。則就其丙罪。得爲附帶控訴。而其既服罪者。即就甲乙二罪不得爲之。是就其二罪以無主控訴。其從之附帶控訴。自無可成立之理也。

控訴之申立。則生左之效果。

第一 停止第一審判決之執行。

第二 以係屬於第一審之事件。移轉於是控訴裁判所。換言之。則受理控訟之裁判所。與第一審同。得爲其事件審理判決之職權。以此謂爲移轉之效果。故於第一審之爭點。則皆得判決之。但此原則。非絕對的。可適用者。有揭於左之二個例外。

第一例外 一部控訴之場合。無全部移轉之效果。第二百五十一條曰。控訴者。限於判決之一分得爲之。若不限之時。則對判決之全部。可看做爲控訴者。故限其一部爲控訴時。固無全部之移轉。惟就其控訴之一部。

爲生移轉的效果者。

茲就一部控訴。少爲說明。控訴者。對於判決之一部得爲之。而限其一部不爲明示時。則當然看做爲對其全部者。故爲一部控訴。必不可不明示其旨。如前例甲乙丙三罪中。對於丙罪爲控訴時。即爲一部控訴。其控訴要明示特限於丙罪。而就之有生困難之問題者。被告人就其罪之輕者。不申立不服。惟就其重者申立之。是爲通例。於前例。則以丙罪爲最重罪。控訴裁判所審理之結果。以丙罪爲有罪。與第一審出於同一時。則刑法之數罪俱發例適用上。宜適用何條也。是爲一之疑問。依刑法第百條。則二罪以上俱發時。可從一之重爲處斷者。故於第一審。甲乙丙三罪中。丙罪爲最重者。從之處斷。今被告人僅就丙罪申立控訴。就甲乙二罪之判決。既已確定。而於控訴裁判所。認丙罪爲有罪。就甲乙二罪。因無控訴。不得適用刑法第百條。然則適用同第百二條之一罪前發。已經判決。餘罪後發云云。歟。於第一審。則以爲三罪俱發場合。此亦不可適用。然其他無



可適用之法條。故或爲不適用第百條。或爲可適用第百二條。二說不相讓。而更有第三說。前記之二條。俱不適用之。控訴裁判所僅受丙罪之控訴者。以是就丙罪判決。則爲足矣。如數罪俱發例。蓋不違顧。大審院則久採用第二說。爲不可適用第百二條。而依近時之判例。則全改其說。如傾於第一說。其詳細於次之問題論之。而余則當左袒第三說。惟就丙罪爲判決。信其爲可。然丙罪審理之結果。以爲無罪時。則當爲如何處分耶。今日見於實際。數罪俱發之處分。於前例之場合。則適用刑法第百條三罪中止宣告其最重丙罪之刑。就甲乙二罪。則僅爲其擬律。不定刑期。以是爲例。故於控訴。以丙罪爲無罪時。則他之二罪。以無一定之刑期。自然至於不可不放棄被告人。是詎法理之所許耶。故余謂於控訴。以丙罪爲無罪時。則同時甲乙二罪中。定其最重罪之刑期。以爲言渡。蓋信其可。或謂此控訴僅限於丙罪之一部控訴。不包含甲乙二罪。然尙就其二罪之一。定刑期爲言渡。則無彼之訴。則不得裁判之。公判通則第百八十四條之

原則有背反者。此說非無一理。雖然於第一審。言渡其最重丙罪之刑。就甲乙二罪。不別定期期。則因採用刑法第百條之吸刑主義也。故甲乙之刑。爲吸收於丙之刑者。就丙之控訴中。不包含甲乙罪二之事實。認定與法律適用。而於必要之場合。定其刑期。則自包含之。然依大審院近時之判例。則於第一審裁判所。對於適用刑法第百條處分之判決。於就其最重罪爲控訴之場合。則就他之輕罪。亦爲有控訴者。不可不審理判決。依此判例。於數罪俱發之場合。則就其中一罪。如不許爲一部控訴。然使對原判決。迄於被告人無不服之點。審理。更新法律之適用。則全似無用。而亦信非法律所許一部控訴之精神也。

就事實之認定。不申立其不服。單就法律之適用。申立不服之場合。亦爲一部控訴。故此場合。則不爲事實之審理。單審理法律之適用。爲得其宜與否。以爲可裁判者。反之。僅就事實之認定爲控訴時。則外見亦如爲一部控訴。而決不然。爲事實之審理。其結果爲無犯罪之事實時。則法律之



適用自消滅。當爲無罪。又假令非全然無罪。而審理之結果。於原裁判所所認竊盜之事實。變爲詐欺取財之事實時。則勢不得不變更其擬律。其他或重罪之事實。變爲輕罪之事實。或輕罪之事實。變爲重罪。於此場合。則皆不得不變其法律之適用。蓋事實之認定。根幹也。法律之適用。枝葉也。根幹既動。枝葉亦不得不動。是關於事實認定之控訴。所以必爲全部控訴也。

就於主刑之言渡。無不服。而僅就其附加刑之沒收。有不服時。則得限於其點爲控訴。又不妨爲一部控訴。

第二例外 第二百六十五條曰。僅被告人辯護人。或法律上代理人。爲控訴時。則不許變更原判決。爲被告人之利益。爲被告人之利益。自檢事爲控訴時。亦同。即於第一審。例如以所受理輕罪之事件。思料爲重罪時。則以處重罪之刑等。比訴之趣旨。更爲於被告人之利益之裁判。全其自由。毫無制限。雖然。控訴裁判所則反之。僅由其被告人。或其代理者。

爲控訴時。或僅檢事因被告人之利益爲控訴時。則審理之結果。假令較原判決所言渡之刑。認爲當科重刑者。亦不得言渡其重刑。然言渡較原判決輕之刑。則爲自由。

抑第二百六十五條之「不許爲被告人之不利益」云者。一見之似爲雖如何事項。而凡爲被告人之不利益者。盡不許之之意。而其實決不然。不外不許言渡自原判決重之刑耳。此依第二百六十四條之規定。而明。依同條。則地方裁判所爲輕罪判決（例如恐喝取罪）之事件。由被告人申立控訴。於此場合。而於控訴院認以爲重罪（例如強盜罪時。則止其公判。更爲當爲重罪事件爲裁判旨之決定。可使受命判事。取調其事件。以爲報告。然則第一審之爲輕罪判決。變更爲重罪。法律之所許也。而第二百六十五條。變更原判決。不許爲被告人之不利益。之規定。則非謂此種之變更。單爲不許言渡重刑之意。足以知矣。治罪法明爲記載之本法。雖無明文。蓋亦不外斯意耳。



由是觀之。則以原判決之輕罪。變更為重罪者。固法律之所許。惟不得言渡重罪之刑。即更重刑。例於第一審。為恐喝取財罪。處重禁錮二年。而於控訴審。則為強盜得適用其法條。而其刑則不得超第一審所言渡之重禁錮二年。故其事實及法律之理由。與其刑罰相齟齬。至當科一種特別之刑。而法定之結果。亦無可如何。然於實際。殆不見如此之事實。何者。如斯場合。於檢事為附帶控訴也。元來變更原判決。不許為被告人之利益。云者。不外適用無訴則不審理之原則。有附帶控訴時。則無適用此原則之必要者。

推究以上之論理。則於第一審。以被告人數多之繼續行為。看做一罪而處分。而於第二審。以其各行為認為獨立各別之犯罪。變更原判決。適用刑法第百條。從一之重處斷。而其刑比原判決不重時。則毫非違法之判決也。然於大審院。則為變更原判決。為被告人之利益者。以破毀其判決為例。蓋同院之不利益變更云者。則與謂更言渡重刑之判例。為矛盾

之判例也。

控訴申立手續。先依第二百五十四條。可以其申立書。差出於原裁判所。原裁判所。以其申立。可通知於相手方。即申立者。為被告人時。則可通知於檢事。為檢事時。則可通知於被告人。

原裁判所。為終局之判決。同時脫離其事件。以為原則。若其控訴申立。明經過法定之期間時。則送致訴訟記錄於控訴裁判所。且護送被告人。因避此等之煩。第二百五十五條。便宜上使原裁判所。為其棄却控訴申立之決定。以此決定為不當者。則得為抗告之申立。其抗告之手續。則別有所述。

控訴申立。非僅以差出申立書於原裁判所。為完成者。與此同時。不可不納控訴豫納金。豫納金者。就重罪與輕罪。而異其額。就輕罪。則有明治十八年第二號布告。以明治二十三年法律第四十七號改正。其第三條。被告。人為關於公訴之控訴時。則為裁判上之保證。可豫納金十圓。又就重



罪。明治二十三年法律第七號第一條受重罪之刑之言渡者爲控訴時。則可豫納裁判上之保證金二十圓。依判決例則此等之豫納金不可後控訴申立期日。徵右之注文有欲爲控訴時。故非已爲控訴之後可知。此判決例所以爲與控訴申立同時也。以是控訴僅申立之未完成。於同時納付豫納金始爲成立者。

於期間內。差出控訴申立書。至其翌日納付豫納金時。則原裁判所得棄却其申立耶。其控訴似不可謂爲期間經過後之控訴。而於實際。則以此爲期間經過後之控訴。於原裁判所爲棄却之決定。以爲例。其理由。假令爲申立於期間內。而無豫納金之納付時。則非適法之申立。以是經過豫納金之納付期間。則亦不免於期間經過之申立也。

就於輕罪。雖如何場合。而不納付豫納金。則不得爲控訴申立。然就重罪。於右法律第二條規定。爲貧困不能豫納者。則與控訴之申立同時得請求保證金之免除。其於第三條。自爲其請求之日十四日內。共控訴之趣

意書。當差出證明其無支辨裁判費用之資力之住居地市町村長之證明書。其市町村役場在三里以外時。每八里與以一日之猶豫。而此免除之請求。非必不可不許可者。控訴裁判所。依其趣意書。有控訴之事由否耶。及即令有其事理。其有實益否耶。爲審查之。二者缺其一時。爲當棄却免除之請求者。若其有棄却之決定時。則控訴爲不成立。同時爲第一審之判決確定。茲有一之問題。於控訴申立人。一方則爲右免除之請求。又於他之一方。調達金額。至控訴期間後。取消其免除之請求。納付金額於裁判所時。其控訴申立。則爲適法成立否耶。自情實而言。則以事情大有可憫者。或於控訴院。則取消其請求。以納付現金。爲有適法之控訴申立者。而大審院。則以爲不適法。予亦與大審院執同一之所見者。蓋以免除之請求。爲於期間內之後。不外依決定。決其許否耳。許之則爲適法之申立。不許則爲原判決確定。然期間後取消其請求時。則僅有現金納付之一事。然其納付。非於期間內者。特不能謂爲與控訴申立同時納付。故到



底不得爲適法之控訴。是雖甚些細之問題。而實際往々有陷於誤見者。序次以一言辯之。

控訴之申立爲適法成立時。自原裁判所檢察。以其申立書及訴訟記錄。送致於控訴裁判所檢察。其檢察則以差出於裁判所。若受被告人拘留時。則自原裁判所檢察。當移於控訴裁判所之監獄者。於此場合。控訴裁判所。定期日而呼出訴訟關係人。爲着手於其裁判者。而就其裁判之手續。適用第二百五十八條關於地方裁判所第一審之規定。其關第一審手續之規定。以既說明。茲不再述。尤有於控訴裁判所特別之手續規定。於第二百六十條以下者。亦以一讀明瞭。省其說明。惟論此二三重要之點而已。

元來控訴。不制限其申立之理由。則僅以不服原判決之一事。尙得申立之。而原判決有不法之點時。雖爲被告人之主張以外。而控訴裁判所。不可不取消之。更爲裁判。蓋足爲控訴之理由者。皆包含於其控訴中。爲當

然者。

於控訴裁判所認爲原裁判所之管轄違時。則不可不取消原判決。而於民事訴訟法。稱管轄違者。止於司法裁判所間。事物及土地管轄之相違之謂而已。就於司法裁判外。例如行政裁判所之管轄者。則不謂爲管轄違。而謂爲權限外。故以民事訴訟法之精神。移於刑事訴訟法。例如以屬於軍法會議管轄之事件。訴於司法裁判所時。則有謂非管轄違而爲權限外者。然刑事訴訟法之管轄語。不特關於土地事物之管轄。而關於特別裁判所之權限。亦包含之。元來爲本法之母法。佛國治罪法爲然。舊治罪法亦同一也。本法以不改正之故。亦爲同一。然尙依明文以確之。明治十八年第十二號布告。治罪法。及陸海軍治罪法交涉處分規則第四條。陸海軍軍法會議與普通裁判所之間。生管轄之爭時。則於大審院裁判之。爲此規定。由是觀之。本法管轄之意義。亦爲同一。是以知矣。次則第二百六十四條之規定。別不要說明。而惟於其規定中。地方裁判



所以判決輕罪之事件。爲重罪時。就之使想像種種之場合。第一。檢事思料爲輕罪。不求豫審。直起訴於地方裁判所之公判。於公判則以爲輕罪判決。於控訴院以爲重罪時。第二。於檢事思料爲複雜之輕罪。求其豫審。豫審判事爲豫審後。以付於輕罪公判。於公判亦以爲輕罪判決。於控訴院則以爲重罪時。第三。於豫審判事。就於付重罪公判所爲決定之事件。於公判則爲輕罪判決。於控訴院。則又以爲重罪時。右三個之場合。有要注意者。即於法文有爲輕罪判決之事件。非謂言渡輕罪之刑之事件。而要以其罪爲輕罪。故其罪爲重罪。而如因宥恕減輕等。言渡輕罪之刑者。爲不包含於此中。於此三個之場合。則依第二百六十四條。固不容疑。然更有第四之場合。即於地方裁判所。依豫審終結。受理公訴時。與自檢事直起訴於其公判時。皆所不問。而以爲輕罪審理之結果。爲無罪之判決。自檢事爲輕罪。爲控訴。於控訴院。則以爲重罪場合。或自檢事以爲重罪控訴之場合。而此等之場合。皆不包含於第二百六十四條。何者。於同條

謂爲輕罪所判決之事件。不包含判決無罪之場合。然其直由檢事起訴於公判之事件。則不拘於控訴院以爲重罪。而不依同條之規定時。則以全爲不經豫審。如不適於法律之精神。又就於依豫審終結。受理公訴之事件。則雖現經豫審。而非爲重罪。已經由豫審者。故亦不依同條時。如不適於法律之精神。隨此等之場合。亦似爲可依同條者。然同條法文上。限於判決輕罪之事件。本問之場合。則依同條。無使受命判事爲取調事。而決不可謂違法。即重罪事件。無必不可不經由豫審之明文。第六十二條。若就於思料爲重罪之事件。則於檢事有當求豫審而已。故如本問之場合。雖不經由豫審。而非違法。又豫審判事。爲重罪付之公判。於公判以無罪爲言渡之事件。檢事以爲重罪控訴時。亦不該當於同條。控訴院不要使受命判事。爲其取調也。於以上之場合。被告人自不選任辯護人時。則裁判長不可不以職權選任之。即於此場合。亦要適用第二百三十七條第二項也。



於茲有困難之一問題。檢事以爲重罪求豫審。豫審判事則爲當屬區裁判所管轄之事件。以是爲移於區裁判所之決定。而區裁判所亦以爲其所管轄爲之裁判。檢事尙以爲重罪。申立控訴於地方裁判所。然若於地方裁判所。以爲重罪時。或於其裁判所檢事。以爲重罪。爲附帶控訴時。則當如何。第二百六十四條。明記爲於控訴院。則地方裁判所爲控訴之裁判場合。難以適用。以是大悉困難。然於檢事以其事件爲重罪。申立控訴之場合。於第二審之起頭。不可不爲管轄違之申立。若於地方裁判所。認以爲重罪時。依第二百六十二條。取消原判決。更依第二百六十三條。爲處分。以爲相當。雖然若地方裁判所不認爲重罪時。則無別爲訴追重罪之途者矣。

第二百六十六條。控訴申立人。不出頭時。以闕席判決。棄却控訴。相手方不出頭時。則聽申立人之意見。可爲闕席判決。有此規定。而與於第一審。被告人之不出頭時。全異其規定。控訴申立人云者。指申立控訴之檢事。

民事原告人。或被告人。而檢事決無闕席。故本條結局歸著於被告人。或民事原告人之闕席場合。而於第一審。則被告人闕席。而法律上不必推定爲有罪。裁判所與對席之場合。同爲事件之審理。調查證據。得自由爲有罪。或無罪之判決。被告人毫無因闕席受不利益之推測。而於爲控訴人。被告人闕席之場合。則因被告人之闕席一事。全不立入於本案之審理。再可爲棄却控訴者。而依其闕席。推定爲服從第一審之判決者。爲對於闕席之制裁。然若檢事控訴申立人。被告人爲被控訴人時。則不拘被告人闕席。當爲本案之取調上。控訴之申立相當。則可爲有罪之判決。或言渡更重之刑。又其申立無理由。則爲棄却其控訴者。

然就此控訴申立人之語。解釋上有議論。既如所述。就於公訴。檢事之外。被告人辯護人。法律上代理人。皆得申立控訴。而爲控訴申立人之被告人闕席場合。則如前述。而辯護人代被告人申立控訴。於其公判期日。亦不出頭時。如何。辯護人不過爲被告人之代理人。則於其期日不出頭。而



被告人出頭。無爲闕席判決者。即辯護人假令爲控訴之申立。而不包含於法文之所謂控訴申立人。然以法律上代理人。得獨立爲控訴之規定。故有包含於此所謂控訴申立人中之疑者。果然則若於公判之期日。法律上代理人不出頭時。雖被告人出頭爲辯論。尙以闕席判決。當棄却控訴。又法律上代理人出頭。則被告人不出頭。而受對席判決。不能爲故障。然余則不信之。抑法律上代理人。得獨立爲控訴云者。不外得反被告人之意思。爲控訴之謂耳。其控訴以爲法律上當然代理人之資格而爲之者。即爲被告人之控訴。蓋代理人之行爲。看做爲本人之行爲者。則就法律上代理人所爲之控訴。而其控訴申立人。不可不謂爲被告人。故法律上代理人。於申立控訴之場合。其法律代理人不出頭。而被告人自出頭時。則非控訴申立人之闕席也。且刑事之被告事件。辯護人法律上代理人。出頭爲辯論。固爲有益。而無爲其辯論基本事實之申立。則不能以對席判決爲言渡。而可爲其事實之申立者。則專爲被告人。以是判決之對

席與闕席。一在被告人之出頭與否。斷不容疑。尙關於私訴之控訴。有第二百六十六條之規定。略述之。就於私訴之控訴申立人云者。若自民事原告人申立控訴時。則其原告人。又自被告人爲其申立時。則其被告人。又自雙方爲其中立時。則就係其申立之各部分。爲各控訴申立人。而就私訴。則不要雙方自爲出頭。其代理人出頭即可。爲當爲對席判決者。然就於控訴私訴之闕席判決。非無疑點。前述關於區裁判所公判第二百二十六條第二項。私訴關係人不出頭時。則從民事訴訟法之規定。可爲闕席判決。此規定依第二百三十六條。於地方裁判所之公判。亦可準用。而依第二百五十八條。就於控訴之裁判。則適用關於地方裁判所第一審之規定。故就於控訴私訴之闕席判決。亦似可從民事訴訟法之規定。然於前述第二百六十六條。公訴私訴。不爲區別。而汎明記。控訴申立人不出頭時。則云云。相手方不出頭時。則云云。故就私訴之闕席判決。尙適川同條。控訴申立人不出頭時。則棄却其控訴。相手方不出頭時。則聽



申立人之供述爲相當之判決。

三五二

### 第三章 上告

上告有二種。通常上告非常上告是也。此二種之上告。全異其性質。故以別節說之。

#### 第一節 通常上告及單上告

上告者。對於第二審之判決。以違背法律之裁判爲理由。申立不服之方。法也。刑訴第二百六十七條第二百六十八條。依右之定義。則上告者。對於地方裁判所之第二審判決。或控訴院之第二審判決爲之者。而於其第二審之判決中。則有本案之判決。有本案前之判決。而對此二者皆得爲之。然依本法之規定。則在本案判決以前。規定於第八十七條。公訴不受理或管轄違之場合外。無爲判決。於第八十七條之場合。而裁判所僅棄却公訴不受理。或管轄違之申立場合。爲本案前之判決。許上告者。若裁判所以其申立爲有理由。爲管轄違或

公訴不受理之言渡時。則爲本案之判決。即爲終局判決。許上告者也。在判決有對席判決及闕席判決之區別。上告則對何之判決。得爲之耶。對於對席判決。得爲上告。固無疑。然對於闕席判決。尙得爲之耶。就於控訴。則有第二百五十二條第二項之規定。得不爲故障。而直爲控訴者。既所說明矣。然就上告以無其明文。似不得直爲上告者。而於第二百六十七條。則對於第二審所爲之判決。得爲上告。其所規定。於對席與闕席之間。毫無區別。故以決定其尙得爲上告。信爲相當。而就第二百三十三條第二項之場合。對於闕席判決爲同一。然其上告期間之起算點。依第二百七十一條。無對席闕席之區別。故不可不解釋爲判決言渡之日。而於實際。則對闕席判決。申立上告者。殆無之也。上告者。限於法律違背之裁判爲理由時。得以爲之。故關於事實之認定。證據之取捨等。雖有如何瑕瑾。而不得以爲上告之理由。故上告裁判所。於法律之點爲鑑查外。無調查事實之職權。是爲原則。

三五三



抑上告裁判所。因圖法律之統一。而設置之者也。依裁判所構成法第四十八條之規定。當大審院爲裁判。於法律之點所表明之意見。限其訴訟事件一切羈束下級裁判所。不得違背大審院之意見也。然欲達其統一之目的。則於帝國全版圖內。不可不設置惟一之上告裁判所。然依現行之法律。則在各控訴院。亦得對地方裁判所之第二審判決。爲上告之裁判。故全國中有八上告裁判所。且前記裁判所構成法第四十八條之規定。不得適用於控訴院之上告裁判。故到底不得達統一之目的。就此點宜改正者。既於前所詳論矣。

#### 第二款 上告之判決

上告者。非以違背法律之裁判爲理由。則不得爲之。既如所說明矣。故於上告裁判所。而就於事實之點。除或例外之場合外。不爲審理判決。以爲原則。然上告裁判所之判決。非必終始同一。今從其區別。詳論之如左。上告之判決。有棄却之判決。有破毀之判決。在上告裁判所自爲判決者。

凡三種。

#### 第一 棄却之判決

棄却之判決。亦得區別爲二個。

其一 違背法律上之形式。或於期間內不起之上告。

欲爲上告。須依法律所定之形式。然於上告人違背其形式時。則其上告以不成立。當棄却之。又欲爲上告。須於一定之期間。即自判決言渡之日。三日間。不可不爲其申立。然徒過其期間後。申立之上告。不可不棄却之。期間經過後之上告。於原裁判所。以決定當棄却之。刑訴第二百七十六條。而若原裁判所。不知其事實。送致訴訟記錄於上告裁判所時。則於上告裁判所。以職權調查之。且不可不爲棄却之判決。

其二 無上告之理由時

於期間內。且爲適法式之上告時。則於上告裁判所。從其上告之趣意。審查其原判決。違背法律否耶。若認爲無違背時。則以其上告爲無理由者。



不可不棄却之。然原判決雖有違背法律之處。而不得爲上告之理由時。則尙不可不棄却之。其法律違背之點。於如何場合。則爲上告之理由。又於如何場合。則不爲其理由耶。當於後段說之。

## 第二 破毀之判決

上告有理由時。則破毀原判決。不可不爲以其事件。移於他裁判所之言。渡。而其上告有理由與否。一依原判決之爲違背法律之裁判與否而定之。故其所謂違背法律之點。可研究也。

於本法第二百六十八條第二項。不適用法則。或適用不當時。則爲違背法律者。已說明矣。例如於公判爲證人訊問時。則從第二百二十二條。及第二百零九條之規定。不可不使其證人爲宣誓。不使爲其宣誓。而訊問時。則爲不適用法則者。又記載於第二百二十三條。及第二百二十四條者。以不許其爲證人。不使爲宣誓。而不可不聽其供述。若使爲宣誓時。即爲不當適用法則者。而其所謂法則者。非特刑法。或刑事訴訟法之所規定。苟第二

審裁判之適用。或可適用之法律。皆包含於其中者。則如民法商法其他之法律。勅令省令府縣令。亦不可不云在於其中也。元來上告裁判所。以不爲事實之審理爲原則。而就鑑查原判決之爲違背法律與否。必要之事實爲限。有爲審理裁判之權利者。例如就前例之證人訊問。使證人爲宣誓否耶。以無記載於原判決之事實認定中。不可不依其訴訟記錄。審查之。又如使宣誓無能力者。爲其宣誓。而於原判決中。非明記其爲無能力者。則依訴訟記錄調查之外。無判斷其上告之有理由與否之道矣。故上告裁判所。不爲事實之審理裁判之原則。就於原裁判所所認本案之事實認定。及證據之取捨。無鑑查其當否之權職。蓋不可不以此意爲解釋也。以是原裁判所。至其爲本案之判決。所履行之手續。就於判斷其爲違背法律者與否。必要事實之鑑查。則在其職權內者。故於必要之場合。訴訟記錄以外之證據。例如列席之判事。既爲轉補於他裁判所之證據。則依官報得證明之。



如右原裁判所不適用法則。或爲不當適用時。於如何之場合。又屬如何之法則。而皆可爲破毀之原因耶。依第二百六十九條第二百七十條而推考之。則當區別爲三個之場合。(甲)常得爲上告之理由場合。(乙)常不得爲上告之理由之場合。(丙)得爲上告之理由與否。一任於裁判所之場合。此三場合中。論甲及乙之場合。則其餘皆入於丙之場合。

甲 常爲上告之理由場合

第二百六十九條曰。裁判於左之場合。常爲違背法律者。即此場合常爲上告之理由之謂也。依此法文之常之文字。雖不爲上告之論點時。而解釋爲許裁判所以職權調查者。而予信以此爲誤解。如管轄違或公訴不受理之場合。裁判所得以職權調查之場合外。就於不爲上告點之事項。不得鑑查則爲上告之通義。故常之文字則解爲有當事者之申立時。於裁判所必不可不爲破毀之原由之謂。但其列記之場合中。別有明文。而屬裁判所之職權調查者。則雖無申立。不可不爲破毀之原因也。

常爲上告之理由之場合如左。

第一 從規定。不構成判決裁判所時。裁判所構成法。所定數之判事不列席時。則爲不適法構成裁判所者。例如於地方裁判所判事二人。於控訴院判事三人列席。又判事之人員滿其定數。而停職或轉補於他裁判所之判事。充其員時。亦同一也。依第一百七十六條之規定。則公判以判事檢事裁判所書記之出廷而爲之者。不俟檢事或裁判所書記之列席。而爲裁判時。亦爲缺裁判所之構成者。就於重罪事件。以護辯人之列席爲必要。而辯護人非裁判所構成員。故缺其列席。亦不妨裁判所之構成。斯其裁判。不得謂爲該當於本項違法之裁判矣。

第二 依法律。自職務之執行。所除斥判事。參與裁判時。但以忌避之申請或上訴。主張除斥之理由。而無其效時。則不得以此爲上告之理由。判事之除斥。爲法律上當然行之者。別不要裁判。故至上告始發見其原因。而尙不免爲破毀之原因。然既如前段所論。除斥之原因。復爲忌避之



原因。故自當事者爲有除斥之原因。爲忌避之申請。而棄却其申請。不爲抗告而確定。或爲抗告。而其抗告既被棄却時。則其判事以無除斥原因之事實確定。故不得再以此對於本案之裁判。爲上告理由者。當然也。

第三 判事被忌避。而認其忌避之申請不拘爲有理由。而參與裁判時。忌避之原因有二種。其第一種該當於除斥之原因場合。其第二種有可疑爲偏頗裁判之狀況場合。而屬於其第一審時。雖無本項之規定。而以當於前項無妨。然屬於第二種時。則以有本項規定爲必要。然法文於其二種之間。毫不區別。有忌避之申請。而不拘認其理由爲正當參與裁判時。則不從前記之區別。總不可不適用本項也。

第四 於裁判所認其管轄違或不當其管轄違認時。本項之所謂管轄。包含事物及土地之管轄。故屬甲區裁判所管轄之事件。以於乙區裁判所裁判。或屬於甲地方裁判所之管轄事件。以於乙地方裁判所裁判之場合。且如屬於地方裁判所管轄之事件。以於區裁判所裁判。以屬特

別裁判所管轄之事件。於通常裁判所裁判之場合。則皆爲不當認管轄者。而各裁判所。以自己管轄之事件。爲非自己之管轄場合。則爲不當認管轄違者。然地方裁判所。對於其管轄內之區裁判所所管轄之事件。爲裁判之場合。則依第二百四十條之規定。以爲適法。不得爲上告之理由也。

第五 背於法律受理公訴。或不受理時。本項之規定中。關於公訴之受理部分。不屬於茲所論述之破毀判決之部類。而第三之部類。即於上告裁判所自身之判決之部類。爲當說者。而依第二百六十九條列記之順序。茲論述之。

背法律受理公訴時。則有本法第六條第一乃至第六所列記之原因。而不拘公訴之既消滅。猶如受理其訴之場合云。然於公訴權尙存之場合。而檢事之起訴。依法式之欠缺。其他之理由。爲無效時。亦不可不謂爲背於法律受理公訴者。例如重罪事件。依豫審判事之決定。可受理其公訴



者。而不經由豫審。直自檢事提起公訴時。又地方裁判所。自區裁判所。檢事之代理。即司法官。試補。受理公訴時。又可記載於公訴狀之事項。例如不拘檢事之官氏名等之無記載。而受理其公訴時是也。

背於法律。不受理公訴云者。公訴權存在。且不拘起訴之法式。其他一無所違背法律。而為不受理其公訴之判決之場合之謂也。如斯事實。雖似不有之。而實際不乏其例。於彼之有名之御茶之水謀殺事件。而東京控訴院。以現行犯。誤認為非現行犯。因之豫審判事之臨檢處分。以為無效。為無檢事之起訴。為公訴不受理之判決。然大審院適用本項。破毀其裁判矣。

第六 於法律所定之場合。不聽檢事之意見時。刑事訴訟手續中。就其重要者。皆有當聽檢事意見之規定。本法第一百五十條。第一百五十五條。第一百五十九條。第一百六十一條。第一百七十六條。第二百零二條之規定是也。然其規定中。屬於豫審手續者。假令有不從其規定之不法。而依豫審

終結決定之確定。其瑕疵皆有補正。故不為得對於第二審判決。上告之理由。而適合本項之規定者。則就公判之手續。不必限有須聽檢事之意見規定之場合。

第七 於裁判所。就於所受請求之事件。不為裁判。或除得以職權判決之場合外。而就不受請求之事件。為判決時。裁判所。就於所受請求之事件全部。不為判決時。無由以此為上告之理由。何者。上告者。不拘對於第二審判決。不服之申立方。不法。其可申立不服判決。則無也。故依裁判所構成法。第四百十條之規定。抗告於方監督官外。無道也。以是本項之場合。不可不解釋。就於請求之一部。不為判決時。例如對某被告人。有甲乙丙三罪之訴。裁判所。僅就其甲乙二罪。為判決。就丙罪。不為判決之場合。又本項所謂。得以職權判決之場合。則前段。既為不告不理原則之例外。以已論述。茲不贅。而就不受請求之事件。為判決時。例如豫審判事。發見其豫審請求書中。所不指名之共犯人。不待檢事之起訴。以職權取押



之。從通常之手續終結其豫審。移付公判之場合。大審院對其共犯人。爲無訴者。故以此於公判所罰之場合。所謂就不受訴之事件爲判決者。自被告人得爲上告之理由。然余則信爲非不受請求之事件也。

第八 公判不公行。或無禁公開之言渡。而不公其辯論時。依憲法第五十九條。裁判所構成法第一百五條之規定。則判決必不可不公行之。然而對審(即辯論)有害安寧秩序或風俗之虞時。則依裁判所之決議得停止其公開。惟於使退公眾之前。不可不言渡其決議與其理由。此二者之公開。就於維持裁判之公平與威信。最爲重要之保障。故不依前記之方法。公開之停止。則不可不爲破毀之理由也。

第九 不附裁判以理由。或其理由相齟齬時。依本項之規定。可爲破毀之理由者。缺裁判全部之理由時勿論。以缺其一部之理由爲足。例如被告爲有罪之言渡之判決中。僅就沒收之部分。不附其理由時。亦不妨爲上告之理由。又理由之齟齬云者。判決事實之理由中。前半則認爲竊

盜之事實。後半則爲詐欺取財之事實。如此既有前後矛盾之嫌。且於其理由中之一部分。相齟齬時。亦包含之。然事實之理由爲明白。而與法律之理由相齟齬時。則爲擬律之錯誤。故非可適用本項之規定者。

第十 擬律有錯誤時。本項之規定。亦非可入於茲所論述之破毀判決之部類者。而以序說之。例如事實之理由求竊盜之事實。而適用詐欺取財或委託物費消之法條者。誤刑法其他所付刑罰之制裁。法律命令之解釋。因而適用不得其當者。則皆不免本項之適用。然手續法之誤解。則不包含於本項中。

於以上之場合。則法律不論其違法之處分。及影響於本案之裁判與否。而常使裁判所。以此爲破毀之原因者。

乙之場合。即違法處分。常不爲上告之理由場合。

依本法第二百七十條。則於爲免訴或無罪之言渡場合。背於爲被告人之利益所設之規定。或雖有土地之管轄違。而不得爲上告之理由。其所



謂爲被告人利益所設之規定者。可爲被告人之辯護權之保障規定。例如使被告人爲證據之辯解。爲差出利益之證據之旨之告知。使爲最終之供述等之規定之謂也。於言渡無罪或免訴之場合。被告人既受利益之裁判。雖背前記之規定。亦無害。故不許以爲上告之理由。

丙之場合。即以法律違背爲上告之理由否耶。一任於裁判所之判定場合。

前述之法律違背。除常爲上告之理由。或不常爲上告之理由之場合。則其他之法律違背。皆入於此場合。於此場合。則上告裁判所有依其事件。以同一之違法處分。或爲破毀之原因。或爲不然之職權者。然上告裁判所。不可不以其違法處分。及其影響於判決與否。爲破毀之原因與否之標準。若雖有違法之處分。而不及何等之影響於判決。則無破毀其判決之必要。但就公判之手續。背其規定時。適用第二百八十八條。則非此限也。

於前記丙之場合。以違背法律爲破毀之理由。又甲之場合中。除第五號前段之規定。及第十號之規定。依該當於其他之規定。矯正違犯其法律之手續。更爲裁判時。則雖有變更本案之事實。而上告裁判所。不得如前述爲事實之審理。故須破毀原裁判。以其事件移送於他之同等裁判所。  
 (刑訴第二百八十六條)

於此場合。原告裁判所。當破毀原判決之如何部分耶。就此問題。以與後所論述原告裁判所自身之判決。爲屬於共通之規定。故當於後段詳說之。

移送於他之同等裁判所云者。例如破毀地方裁判所第二審之判決時。則當選定接近於其地方裁判所之他之地方裁判所。又破毀控訴院之判決時。則當選定接近於其控訴院之他之控訴院。

於上告破毀原判決後。無以其事件差戾於原裁判所之規定。故不當認爲管轄違。或背於法律不受理公訴。因之破毀原判決之場合。而必不可



不移送於他之裁判所。於控訴之部。則以不當言渡管轄違時。有以其事件。差戾於原裁判所之規定。刑訴第二百六十二條第二項。又理論上。於前揭二個之場合。則原裁判所未爲本案之審理。故以此差戾於其裁判所。而不見先入爲主之弊。則或於此二個之場合。當以其事件差戾於原裁判所。非無疑者。而本法第二百八十六條。第二百八十七條。熟讀之。則毫無容疑之餘地。是畢竟刑事事件之審理。出於鄭重之以鄭重之精神耳。

破毀原裁判。以其事件移送於他之裁判所時。受其移送之裁判所。就於此審理判決。有如何之權限耶。此點無特別之規定。故其裁判所。與自當事者。直接受控訴之場合同。依通常之手續。可爲其審理判決者。然與自當事者。直接受控訴之場合。惟有一之異點。即依裁判所構成法第四十八條之規定。大審院當爲其破毀之判決。就於法律之點。羈束其所表之意見。是也。如前段所論。自大審院受事件之移送。以限於控訴院。就於控

訴院移送事件之審理判決。則有此特異之點。而就地方裁判所之移送事件之審理判決。則毫無所羈束也。

所謂就法律之點所表之意見云者。非特就於刑法其他之實體法而已。關於手續法之解釋。亦爲包含於其中者。故大審院以原裁判所採用之。或證據。爲不法者。於破毀其判決之場合。則受其移送之控訴院。更不得用其證據也。

然控訴院。就大審院之關於法律點之意見所羈束者。限於其移送事件。故新受他之同一事件之控訴時。則爲得自由審理判決者矣。

於原控訴院。因自檢事提起附帶控訴。例如於第一審爲竊盜罪。處輕罪之刑之判決。取消之。更爲強盜罪。處重罪之刑。然自被告人爲上告之末。破毀其裁判。移送其事件於他之控訴院。於此場合。原院檢事所提起之附帶控訴。依破毀而消滅否。有此問題。若其附帶控訴爲消滅。則於受移送之檢事。更不可不提起附帶控訴。而反之其附帶控訴。不爲消滅。則受



移送之控訴院。別不後有附帶控訴。而對原控訴院檢事之附帶控訴。不可不爲判決。就此問題。非無議論。而依大審院之判例。則其附帶控訴。爲不消滅者。予亦以此判例爲正當。抑依上告之判決所破毀者。則不外原控訴院所爲審理之手續與判決。而附帶控訴。於所破毀之手續中。非特不爲含蓄。而原判決破毀之結果。復無其判決以前之程度。故就其附帶控訴。與未受何等之裁判爲同一。而受移送之控訴院。不可不就其點爲判決也。

反右之場合。於原控訴院。則以檢事之附帶控訴。爲無理由。而棄却之。檢事不申立上告。而自被告人爲上告之結果。破毀原判決。以移送於他之控訴院。於此場合。則其附帶控訴。爲消滅否。就之亦有議論。予則尙信其附帶控訴之存立。如前例所論。棄却其附帶控訴之判決。則依破毀爲消滅。故復於原判決以前之狀態。對於附帶控訴。與未判決爲同一。則受移送之裁判所。對之爲判決者當然也。

第二例。關於控訴院檢事之附帶控訴者。而就於地方裁判所之第二審檢事之附帶控訴。亦同一也。

例如於第二審。取消第一審之判決。更處輕刑之場合。依被告人之上告。破毀原判決。以移送於他之裁判所時。則受其移送之裁判所。得言渡較前第二審裁判所之刑更重之刑耶。此問題。僅係被告人之上告時。則可適用。不許變更原判決爲不利益之原則。與否。依此點而決定。故於後段決定。其他類似之問題。亦讓於後段。

尙對於私訴之裁判爲上告之末。破毀而移送之。就此場合。更爲一言。對於私訴判決之上告理由。與對於公訴之上告理由爲同一。故無別當論述者。惟於破毀原判決。移送於他之點。有少異其規定者。故論之。對於私訴之判決。與公訴同時爲上告。與公訴之判決。共破毀以移於他之裁判所時。則當指定接近於原裁判所之同等裁判所者。若僅爲破毀私訴之判決時。則可以此移送於其裁判所之民事部者。僅對其私訴之



判決。有上告破毀原判決之場合。亦同一也。是本法第二百九十條之所規定者。就於法文之「其裁判所之民事部」之語。則非無疑議。而解釋爲接近於原裁判所之同等裁判所之民事部。信爲正當。移送私訴之事件。於民事部。不外於使從民事訴訟手續之精神。則再後之手續。凡以從民事訴訟法之規定爲相當。

尙有上告裁判所。不破毀原判決。而惟破毀其手續之場合。本法第二百八十八條曰。雖有背於公判手續之規定。而不及利害於其後之手續時。則無以其事件。移於他之裁判所。止可破毀其手續。就此規定。有治罪法草案以來之沿革。不知其沿革。則不能明其精神。要之。於治罪法草案。就豫審手續。尙許上告。故此規定之必要多。又於治罪法。就豫審終結之言。渡。亦許爲上告。故尙覺此規定之有效用。而本法則不許對於豫審終結決定之上告。單就公判以後之手續得爲之。則此規定之效用太薄。實際絕不見其適用也。欲強舉其例。則若不當執行拘留狀之場合。歟。然至於

上告破毀是等之手續。當事者不受何等之利益。故實際無以此爲上告點。故此規定。不過因法律適用統一之各義。所揭之空文耳。

### 第三 上告裁判自爲判決場合

上告裁判所。破毀原判決。無以其事件。移之他之裁判所。可自爲本案之判決者。其場合有二。其一。擬律有錯誤時。其二。背法律受理公訴時是也。

於其一之場合。則就原判決所認定之事實。毫無違法之點。而就於法律適用。有違法之點。故上告裁判所。不爲事實之審理。而得爲本案之判決者。是所以不以此移送於他之裁判所。而自爲判決也。

然刑期當依犯罪之情狀而定者。故新定刑期。亦屬一之事實認定。以是無罪或一定不動之刑罰。例如死刑。無期徒刑。或課以脫稅之幾倍罰金刑。言渡一定之金額外。上告裁判所。不得自言渡其刑。其他於最長最短之刑期間。言渡相當之刑。或於最多最寡額之範圍。定相當之罰金額者。必



不可不移送於他之同等裁判所。有是論者。而第二百八十七條。單依擬律之錯誤。破毀判決時。則於上告裁判所。可直爲判決。惟有此規定。而其可言渡一定不動之刑罰之場合與否。不區別之。故其長短期或於多寡之範圍。定相當之刑之場合。則不得不解爲以必要事實之認定權。付與於上告裁判所者。故論者之說。雖巧於推理。而不相當於成文法之解釋也。

然有擬律之錯誤。而上告裁判所。直可爲其裁判時。則原判決之事實認定。不可不爲適法。且明確。故原判決認定事實。而依證據不明示其認定之理由。又其事實有不明之點時。則假令認其擬律之有錯誤。而以其事件移送於他之裁判所。更不可不使爲審理判決也。

其二之場合。則背法律。受理不可受理之公訴者。故破毀原判決。更不可不爲公訴不受理之言渡。而爲其言渡。毫不要爲事實之審理。故上告裁判所。爲自爲其判決者。

於認不當管轄之場合。破毀原判決。爲管轄違之言渡。則不要別爲事實之審理。而於上告裁判所。無可自爲其判決之明文。故尙不可不以其事件。移送於他之裁判所。然以此移送於他之裁判所。則全屬於無要之手續。故上告裁判所。直爲其裁判。以爲慣例。

如上所論。上告裁判所。破毀原判決。以其事件移送於他之裁判所。或自爲判決時。則以原判決之如何部分。可破控耶。決此問題。於上告亦如於控訴。許一分上告與否。不可不決。就於控訴。則有本法第二百五十一條之規定。對於判決之一分。得爲控訴也。勿論。而就上告。則無同一之明文。然本法第二百八十九條。對於判決之一分。有爲上告之場合云云。爲明記之。以是而觀。則一分上告。爲法律之所許者無疑。故對於判決全部爲上告時。則破毀其全部。又對判決之一分爲上告時。則可破毀係其上告之部分者。第二百八十六條。然一分上告。不爲明白時。則如於控訴之部。看做全部上告。以爲當然。例如被告爲某犯罪。對於以此處罰之判決。爲



上告不別示限其判決如何之部分。申立上告時。則看做之全部上告。若惟於其判決中沒收之部分。示有不服時。則爲限於沒收一分之上告。故要僅破毀其部分耳。

然於一分上告之場合。有關係於他之不服之部分時。則其有關係之部分。亦併不可不破毀之。第二百八十九條第一項。否則更生不得爲判決之結果例。如限於沒收之點爲上告時。而其沒收之理由不明。更正之則犯罪之事實不可不多少變更之場合。斯有關係於判決全部。故要破毀其全部。又對於犯甲乙丙三罪者。適法用刑法第百條。從其一之重之甲罪爲處罰。而對此判決之上告。單就於甲罪述其不服。如斯場合。依大審院之判例。則對他二罪之判決。併不可不破毀。何者。就刑法數罪俱發之場合。執吸刑主義。故乙丙二罪之刑。吸收於甲罪之刑。合而爲一。則對甲罪之攻擊。自與他之二罪有關係也。

前記第二百十九條第一項之規定。不得迄及於共犯人。例如甲乙二人

共謀而犯一罪。於第一二審。受有罪之言渡。因之二人共爲上告。然其上告之理由。各相異。於此場合。甲者之理由正當。有破毀之理由。乙者之理由則否。而此二人。以共犯之故。互有關係。而就甲者之上告。破毀原裁判。乙者之上告。則不可不棄却之。故同一罪之共犯人。對於一人。則爲有罪之判決。確定對於他之一人。則不免有法律上不爲罪之判決。確定之結果。此法律規定之所使然者。亦無可如何也。

然時有自共犯人中之一人所上告之利益。及於他之共犯人者。即本法第二百八十九條第二項。曰。因擬律之錯誤。或背法律受理公訴。爲被告人之利益。破毀判決時。則其利益亦可及於不爲上告之共同被告人。故依於擬律之錯誤。與背法律受理公訴之二理由。破毀原判決之場合。共犯人皆受其利益。以前例說明之。則乙者服第二審之判決。惟甲者依前記二理由之一。爲上告。若以其理由爲正當。於上告裁判所。破毀原判決時。則乙者亦受其判決之利益。乙者若服第一審之判決。不爲控訴之場



合亦同。又乙者與甲者共為上告而不申立前記二理由之一。全提出他之理由。其理由不為正當時亦同一也。就此最後之例。雖無明文。而法意自不得不然耳。

法文之所謂其利益亦可及於共同被告人云者。為當然可生之結果耶。或以判決可及其利益耶。予以為破毀原判決。即非翻確定判決。則不能者。故上告裁判所。同時以判決言渡之。是為當然。

利益云者。不外無罪免訴。或減輕其刑之謂。

於控訴之部。則以無如本條之規定。破毀之上。移送於他之第二審裁判所。於受其移送之裁判所。更正擬律之錯誤。或為公訴不受理之言渡時。其理由雖為同一。而其利益。不得及於共同被告人。

尚有當破毀原判決。上告裁判所自為其判決。須遵奉至要之規定。即本法第二百六十五條是也。刑訴第二百九十一條。依同條。則僅被告人辯護人。或法律上代理人為上告。或檢察為被告人之利益為上告時。則變

更原判決。不許為被告人之不利益。就其不利益文字之解釋。既如控訴之部所論述。故不再贅言之。

關於此規定。有一之疑問。第二審裁判所。取消第一審判決言渡更輕之刑。上告裁判所。取消其判決。移送其事件於他裁判所時。則受移送之裁判所得言渡較前第二審裁判所所言渡更重之刑耶。就此問題。或曰受移送之裁判所。不得言渡更重之刑。其理由則援用前記不許變更為不利益之規定。然該規定。不得援用此。何者。前第二審裁判所之判決。依破毀已歸於烏有。即言渡更重之刑。毫無所妨。故此場合。則適用關於控訴裁判。不得變更不利益之規定。不可不以第一審判決所言渡之刑。為其標準也。

或曰受移送之裁判所。則自檢察。不得提起可處更重之刑之附帶控訴。蓋援用前記之規定者。而亦不得其當。依前記之理由而明者也。

第三款 上告之手續



關於手續之規定。讓於法文之熟讀。以不論述爲例。故只概論其重要且爲特別手續者。

上告審。不取口頭辯論主義。專依書面而審理。故證人勿論無聽被告人之口頭陳述者。上告申立人。及其相手方。得使辯護士辯明上告或答辯之趣意。然答辯書不必要差出之。惟受重罪之言渡者。爲上告。或自檢事爲可當重罪之刑者。爲上告之場合。被告人不自選出辯護士時。則以上告裁判所長之職權。選任其辯護士。除此之場合外。上告申立人。或其相手方。不差出辯護士時。則以無由聽其辯明。單據書面爲裁判。而其判決。則非缺席。故直爲確定者。

上告者。惟差出其申立書。不爲完成。自其申立之日。五日內。差出其趣意書。乃完成者。然其後迄於上告之判決。則得差出擴張其趣意之辯明書。而上告裁判所。據其趣意書。辯明書。及相手方之答辯書。辯明書。以爲判決。然辯護士出頭於開廷之期日。爲口頭之辯明時。其辯明亦不可不參

照就於前記之辯明文字。大有議論。第一說曰。辯明者。則如前記自上告申立五日內。記載於所差出之趣意書之趣意。爲奧術辯明而止。不得提出不記載於趣意書之新理由。第二說曰。提出不記載於趣意書之新理由。亦不妨爲辯明。而實際之慣例。執第二說。是因第一說之不易行於實際。出於不得已之慣例也。然熟讀法文。虛心平氣而考時。則不得不左袒第一說。又雖以此行於實際。而注意於趣意書之記載。當亦毫無弊害也。

檢事以爲裁判所構成之一員。於上告亦常出頭於訟廷。爲口頭之辯論者固矣。

## 第二節 非常上告

就於非常上告。惟有本法第二百九十二條之所規定。同條曰。不問第一審裁判所。與第二審裁判所。對於法律不罰之所爲。言渡刑或較相當之刑。言渡重刑之場合。於期間內。無上訴者。而其判決確定時。就其事件。有



受上告權裁判所之檢事。依司法大臣之命。或以職權。無論何時。得爲非常上告。於其裁判所。以非常上告爲有理由時。則破毀原判決。直可就其事件爲判決。依此規定。就於爲非常上告之條件。則如左。

第一 必要第一審裁判所或第二審裁判所之判決。故因對於第一審裁判所之判決。不爲控訴。乃其判決確定。則對其第一審判決。得爲非常上告。又因對於第二審之判決。不爲上告。乃其判決確定。則對於其第二審判決。得爲非常上告。然對於上告裁判所之判決。則不得爲非常上告也。

第二 要右之判決既確定。若夫未確定乎。即於上訴期間內。有爲通常之上訴之道。故採非常上告之道。無其必要。

第三 要其判決對於法律不罰之所爲。言渡刑。或較相當之刑。言渡重刑之場合。對於法律不罰之所爲。言渡刑之場合。云者。以不爲罪之所爲。因法律之誤解。誤信爲有罪之行爲。而處罰之場合之謂。非因誤認事

實。處罰無罪之人之場合之謂也。事實之誤認時。或有爲再審之原因。而決無爲非常上告之原因。又依判決當時之法律。以其事實爲有罪者。而後改正法律。至不罰其事實時。則不爲非常上告之原因。何者。於判決當時之法律。則罰其行爲者也。自相當之刑。言渡重刑之場合。云者。認輕罪之事實。適用相當之法條。而其刑。乃言渡重罪之刑。場合。或誤加重減輕之方法。及計算。因之。至以法律所定範圍外之刑。爲言渡之場合等之謂。例如就其事實。認爲竊盜。就法律亦適用相當之法條。而其犯罪。有加重刑之原因。當加重之。遺忘有輕罪之刑。不得加入於重罪之規定。言渡輕懲役之刑。或以其犯罪。有加重減輕之二原因。就其爲加重與減輕。誤於加減順序。處重刑之場合等。皆是也。

因擬律之錯誤。自相當之刑。處重刑之場合。尙爲非常上告之原因耶。例如認委託物消費之事實。而適用監守盜之法條。處以輕懲役之刑時。則言渡相當於委託物消費罪。自一月以上二年以下之重懲役之重刑。明



白也。於此場合。依非常上告得通算以處相當之刑耶。第二百九十二條。僅云自相當之刑。言渡重刑之場合而已。其因擬律之錯誤與否毫不區別。則依擬律之錯誤。自自然相當之刑。言渡重刑之場合。亦似包含於其內者。然有異論。曰擬律錯誤之場合。則不可保事實無缺明瞭。若其有不明時。則上告裁判所。以不得為事實之審理。生移送於他裁判所之必要。然依第二百九十二條之末項。則上告裁判所。認為其有上告之理由時。破毀原判決。不可不直為判決也。故自相當之刑。言渡重刑之場合云者。不可不解為縱令適用相當事實之法律。而其刑較相當之刑尚重之場合為限。然予不能贊成此說。若想像其事實之認定有缺明瞭之場合。則不必限於有擬律錯誤之場合。於適用相當之法律場合。亦不可謂無之。且夫雖對於法律所不罰之行為。言渡刑之場合。而尚不外於擬律之錯誤也。然則自相當之刑。言渡重刑之場合。亦解釋為擬律錯誤之場合。信為相當。

具備以上三條件。則得為非常上告。而為其上告之權。屬於何人耶。依第二百九十二條之規定。則屬於司於大臣。與就其事件有受上告之權。裁判所之檢察者。然司法大臣不能自為之。命前記之檢察使為之。又其上告之。又裁判所云者。區裁判所。就本件曩為第一審裁判。則為控訴院。地方裁判所。曩為第一審裁判。則為大審院。故與普通上告之管轄裁判所無異。

非常上告。無一定之期間。故發見其原因時。不論何時得為之。雖被告人既了其刑之執行後。尚不妨為之。然於被告人(即受刑者)之死後。則不得為歟。何者。關再審之訴之規定中。則有雖受刑者之死後。尚自其親族得為之之旨之明文。而就於非常上告。無其明文。則以可見法意之在於不許也。

法律於非常上告。不別規定其手續。故當解釋與通常上告之手續為同一。然於第二百九十二條第二項。則以非常上告。為有理由時。則不可不



破毀原判決。直爲其判決。故非常上告。非事實明確之場合。則不得爲有理由也。明甚。

以上所論之非常上告者。自佛國治罪法。所謂因法律之利益。關於上告之規定變化而來者也。然變化之結果。其性質範圍。至於全異。佛法所謂因法律之利益之上告者。爲出於統一同國之法律適用之目的。苟違背法律之處分。爲上告之理由時。則於如何場合。皆許爲之。然爲其上告之權。則屬司法大臣與大審院檢察長而已。若司法大臣。行其權利時。則破毀原判決。更爲判決。限於不害被告人已得之權利。可執行之者。然於大審院檢察長。行其權利時。則單因法律適用之統一而行之耳。其結果。不及於原判決之執行上。然我刑事訴訟法之非常上告。則惟於前述二箇之場合得爲之。且其破毀之結果。亦以利於被告人爲目的。故其爲非常上告者。與其謂出於統一法律適用之目的。甯可謂爲救被告人之冤枉也。兩國之法律。雖同其出處。而其精神全異者也。

#### 第四章 抗告

抗告者。對於裁判所或判事所爲之決定。申立不服之道也。亦屬於上訴之一。控訴對於判決申立不服之方法。而抗告則對於決定。申立不服之方法也。故其異點。所攻擊之裁判。一判決。一決定而已。抗告亦如控訴。無制限其理由。而就事實及法律之兩點。得申立不服者。然抗告對於一切之決定。非得爲之。本法第二百九十三條規定曰。抗告限於法律所特許者。得爲之。故舉示本法中特許抗告之場合。

- 一 對於不當却下忌避之申請。之決定。則刑訴第四十二條及民訴第三十八條。
- 二 對於不肯出廷。宣誓。供述及同行於臨檢之場所。之證人。言渡罰金及賠償之決定。刑訴第一百十八條。第二百二十六條及第二百二十八條。
- 三 就於鑑定人。不肯出廷。宣誓或鑑定。因之言渡罰金及賠償之決定。刑訴第三十六條及第三十八條。