44-3607
12005012576 84

5. 5.1

44-360
リ

法學士豐島直通著

修正 刑事訴訟法新論

東京 日本大學

明治
43. 5. 23

序

刑法ト刑事訴訟法トハ恰モ夫妻ノ如シ今ヤ現行刑事訴訟法ハ其配偶者タル舊刑法ヲ失ヒ再ヒ刑法ニ嫁セリ然ルニ二者相容レサルモノアルハ亦已ムヲ得サル所ナリ刑法ハ重輕罪ノ區別ヲ廢セルニ拘ラス刑事訴訟法ハ仍ホ重罪事件ノ名稱ヲ存ス刑法ニ於テハ缺席判決ナルモノヲ認メサルノ趣旨ナリト雖モ刑事訴訟法ニ於テハ依然トシテ之ヲ存置ス只僅カニ刑法施行法ノ媒介ニ依リ施行圓滿ニシテ事ナキヲ得タリ是ヲ

以テ早晩刑事訴訟法ノ改正ヲ見ルニ至ルヘキハ疑ナシト雖モ而モ現行法ノ齢ヲ加フルコト仍ホ幾歳ナルヤ知ルヘカラス仍テ本著ニ修正ヲ施シ以テ現行刑事訴訟法ノ再婚ヲ披露スルハ亦著者ノ責任ヲ盡スノ途ナリト信ス爾云

明治四十三年正月

著者識ス

修正 刑事訴訟法新論目次

緒論

第一章 刑事訴訟ノ意義……一

手續ノ方面ヨリ觀察シタル刑事訴訟ノ定義——廣義ニ於ケル刑事訴訟法ノ定義——刑事訴訟手續ノ段階——刑事訴訟ノ目的物——科刑權——科刑權ノ存否及其範圍ノ確定——科刑權ノ執行

第二章 刑事訴訟ノ法律上ノ性質……一〇

狹義ニ於ケル刑事訴訟ノ定義——刑事訴訟ハ一個ノ法律關係ナリ——刑事訴訟ハ裁判所及當事者間ノ法律關係ナリ——刑事訴訟ノ法律關係ハ進行發展スルモノナリ——刑事訴訟ハ公法上ノ法律關係ナリ

第三章 刑事訴訟法ノ地位及効力……一七

第一節 刑事訴訟法ノ地位……一七

第二節 刑事訴訟法ノ效力……二〇

第一款　事物ニ關スル效力……二〇
刑事訴訟法ハ通常裁判所ニ於ケル刑事々件ノミニ適用セラル――刑事々件ヲ裁判スル特別裁判所――行政官廳ニ於テ刑事々件ノ處分ヲ爲スコトアリヤ――權限爭議――通常裁判所ト行政官廳トノ關係――通常裁判所ト特別裁判所トノ關係

第二款　土地ニ關スル效力……三〇
土地ニ關スル刑事訴訟法ノ效力ノ原則――屬地主義

第三款　人ニ關スル效力……三二
原則――國法上ニ基ク除外例――國際法上ニ基ク除外例――訴訟法上ニ基ク除外例――實體上及訴訟上ニ基ク除外例

第四款　時ニ關スル效力……三六
舊法繼續事件ニ關スル新法ノ效力――問題其ノ一――問題其ノ二――解決

第一編　訴訟主體

第一章　總論……四二
訴訟ノ方式ノ異ナルニ依リ訴訟主體ヲ異ニス――訴訟上ノ處分權

第二章　糺問及彈劾……四五
糺問及彈劾ハ訴訟ノ方式ニ關スル區別ナリ――辯論主義(處分權主義)ト彈劾ノ方式――職權主義(非處分權主義)ト糺問ノ方式――糺問ノ弊害――彈劾ノ利益――現行刑事訴訟法ノ採用シタル方式――現行法ニ於ケル彈劾方式ノ例外――現行法ハ辯論主義ヲ採リタルモノナリヤ――不告不理ノ原則ハ辯論主義ノ結果ナリヤ

第三章　裁判所……五八
裁判所ノ意義――第一意義――第二意義――第三意義
於ケル裁判所――地方裁判所支部ハ本部タル裁判所ヨリ獨立シタルモノナリヤ

第四章　裁判權……六八
裁判權ノ意義――裁判權ノ行ハルヽ範圍――國際上ノ共助――裁判權ノ區別

第五章　裁判所ノ管轄……七三
管轄ノ意義――管轄ト權限トノ區別――管轄權ト裁判權トノ區別――管轄ノ區分

第一節　事物管轄……七八
事物管轄ハ犯罪ノ種類ニノミ基クモノニアラス――事物管轄ニ關スル規定ノ改正ー

—大審院ノ事物管轄ハ特別裁判所ノ權限ニアラス——牽連事件ノ事物管轄——主觀的牽連事件——併合管轄ノ時期——土地ノ管轄ト事件併合トノ關係——客觀的牽連事件ト主觀的牽連事件ト同時ニ存スル事件

第二節　土地管轄……八八

土地管轄(裁判籍)ノ沿革——現行法ノ規定——犯罪地——犯罪地トハ何ソ——學說ノ一、動作地說——學說ノ二、結果發生地說——學說ノ三、實行地說——學說ノ四、動作地及結果發生地說——犯罪地ノ說明——被告人所在地——被告人所在地トハ何ソ——所在地ト逮捕地トノ關係——住所地ト裁判籍——犯罪ノ地及被告人所在地共ニ分明ナラサル場合ニ於ケル被告事件ノ裁判籍——各裁判籍ノ競合——主觀的牽連事件ノ管轄

第三節　管轄規定ノ效力……一〇七

效力ノ原則——效力ノ例外——管轄規定ノ特例——其ノ一、事物管轄規定ノ效力——其ノ二、土地管轄規定ノ效力

第四節　管轄ノ指定及移轉……一一一

管轄ノ規定——指定裁判ニ依ル土地管轄ノ新設——積極的管轄爭——消極的管轄爭——管轄指定ノ決定ヲ爲ス裁判所——管轄指定ノ申請ヲ爲シ得ヘキ者——管轄ノ移轉——公安ノ爲メニスル管轄ノ移轉——管轄移轉ノ裁判ノ效力——嫌疑ノ爲メニスル管轄ノ移轉

第六章　裁判所ノ作用及職員……一二〇

裁判所ノ作用——刑事々件ノ裁判——訴訟上ノ事實ノ認證——訴訟追行——訴訟指揮——訴訟警察——強制ノ作用——裁判所ノ職員——判事——裁判所書記——執達吏——合議裁判所ノ機關——裁判長——受命判事

第七章　裁判所職員ノ除斥、忌避及回避……一二七

絕對的職務ノ資格ト相對的職務ノ資格

第一節　除斥ノ原因……一二八

其ノ一、所謂被害者ノ意義——其ノ二、所謂親屬ノ範圍——其ノ三、所謂其事件ノ意義——其ノ四、同一被告事件ニ關スル或職務作用ノ抵觸

第二節　忌避ノ原因……一三七

偏頗トハ何ソ

第三節　除斥及忌避ノ效力……一三八

除斥及忌避ノ原因ニ關スル效力ノ差異——其ノ一、職務執行上ノ差別——其ノ二、原因調査上ノ差別——其ノ三、主張時期ノ差別——其ノ四、上訴方法ノ差別——其ノ

五、訴訟行爲ノ效力ニ關スル差別——無效說——取消說(所謂不完全規定)——除斥原因ノ主張ハ上告裁判所ノ判決ニ適用スルヲ得ル乎——除斥原因アル證書終結決定ノ效力如何——其他訴訟行爲ニ付除斥原因アルトキハ其效果如何

第四節　裁判所書記ノ除斥、忌避、回避……一四四

除斥、忌避及回避ノ規定ハ裁判所書記ニ之ヲ準用ス——第一審ノ公判始末書ニ書記ニ關スル除斥ノ原因アルトキ之ヲ上告ノ理由ト爲スコトヲ得ル乎——裁判所カ官廳トシテ除斥又ハ忌避セラルヽヤ——除斥及忌避ノ規定ハ之ヲ檢事ニ適用スルコトヲ得ル乎

第五節　忌避、回避ノ手續……一四九

忌避、回避ノ手續ハ性質上司法行政ノ處分ナリ——如何ナル場合ニ忌避及回避ヲ爲スヘキカ——忌避申請ノ權アル者——忌避申請ノ效力——忌避申請ノ手續——忌避申請ノ方式——忌避申請ノ裁判——回避ノ申立

第八章　裁判所ノ共助……一五五

必要的囑託ト便宜的囑託——法律上ノ共助トハ何ソ——囑託第一——囑託第二——囑託第三——囑託第四

第九章　當事者……一五九

當事者否認說——當事者存在說——何人カ當事者タルヤ——學說ノ一——學說ノ二——執レノ說ヲ可トスヘキ乎

第十章　檢事……一六四

第一節　原告代理者……一六四

國家ニ代リテ爲ス刑事訴追ノ主體ニ關スル制度——現行法ニ採用シタル制度

第二節　檢事ノ官職……一六八

檢事ノ地位——檢事ハ單獨制ノ官府ナリ——區裁判所ニ於ケル檢事々務ノ取扱

第三節　檢事局內部ノ構成……一七〇

檢事同一體ノ原則——上官ノ指揮命令——監督權ノ行使——檢事局ノ代表——法律上ノ共助——檢事局ノ管轄

第四節　檢事ノ職務……一七三

當事者ノ代理人トシテノ職務——公訴ノ提起——公訴ノ實行——公益代表者トシテノ職務——裁判ノ執行及令狀執行指揮ノ職務

第十一章　司法警察官……一七八

司法警察官ハ檢事ノ補助者ナリ——司法警察官ト定メラレタル者——司法警察官ト行政警察官トノ性質上ノ差異——命令ト嘱託トノ實質上ノ差異——第四七條第二項第三號以下ノ官公吏ハ其主管事務ノミニ於ケル司法警察官ナリヤ——司法警察官ノ捜査權ノ範圍——捜査ノ着手——强制ノ處分——事物管轄ノ無制限——補助者ノ使用

第十二章　被告人……一八五

被告人ハ刑事訴訟ノ當事者ナリ——被告人ノ當事者能力——犯罪無能力者ハ當事者能力ナシトスル說——犯罪能力ト當事者能力トヲ區別スルノ說——法人ノ處罰ニ關スル規定——當事者能力ト訴訟能力ノ區別——犯罪能力ト訴訟能力ノ關係

第十三章　辯護人……一八九

實體的辯護ト形式的辯護——辯護人必要ノ理由——辯護人ハ被告人ノ補佐ニシテ其代理人ニアラス——辯護ノ要件ハ攻撃ニ存ス——辯護人ノ防禦ハ攻撃ノ過實ナルトキニ存ス——訴訟上ノ防禦ニ關シテ被告人ト辯護人トノ意見抵觸問題——辯護關係發生ノ原因——辯護人ノ選任——辯護人ノ選定——强制辯護及自由辯護——辯護人ノ資格——被告人ノ選任スル辯護人ノ資格——裁判長ノ選定スル辯護人ノ資格——辯護關係ノ始期及終期——始期——被告人ノ委任ニ基ク辯護關係ノ終期——裁判長ノ選定ニ基ク辯護關係ノ終期——辯護人ノ權利義務——辯護人ノ權利義務ノ總體——辯護人ノ各個ノ權

第十四章　法律上代理人及訴訟代理人……二〇七

訴訟行爲ノ代理ノ意義——法律上ノ代理ト委任代理——委任代理人ノ權限——法定代理人ノ繼限——何人カ法律上代理タルヤ——刑事訴訟ニ於ケル法律上代理人ノ地位——法律上代理人タル補佐人ノ權利

第十五章　訴訟主體相互ノ關係……二一三

裁判所ト當事者トノ關係——裁判所ト檢事トノ關係——當事者相互ノ關係——被告人ト檢事トノ權義

第二編　訴訟ノ目的物……二一六

第一章　公訴……二一六

刑事訴訟ノ目的物ハ犯罪ヨリ生ジタル國家ノ科刑權ナリ——公訴權ハ裁判所ニ對シ國家ノ科刑權ニ付判決ヲ求ムル訴權ナリ——科刑權ト公訴權トノ別——本法第一條ハ刑事訴訟ノ內容ヲ示シタルモノニシテ公訴ノ目的物ヲ表明シタルモノニアラス——公訴ニ關スル固有ノ主義——第一主義——第二主義——第三主義

第二章　職權訴追主義及勵行主義……二二一

職權訴追主義——勵行主義又ハ合法主義——任意主義又ハ便宜主義ハ刑罰法ノ精神ニ反ス——勵行主義ノ條件——勵行主義ノ擔保

第三章　不變更主義……二二六

不變更主義ノ原則——不變更主義ノ例外——其ノ一、告訴ノ拋棄——其ノ二、上訴權ノ拋棄及正式裁判ノ不請求——其ノ三、國家ノ赦免權

第四章　實體的眞實發見主義……二三〇

實體的眞實發見主義ノ原則——當事者ニ關スル原則——自由心證ニ關スル原則——失權ト擬制ト——直接審理ニ關スル原則

第五章　公訴ノ消滅……二三七

科刑權ノ消滅原因——科刑權ノ消滅ト公訴權ノ關係——公訴ノ消滅原因——一、被告ノ死去——死亡ハ公訴權ニ關シ他ノ共犯者ニ何等ノ影響ナシ二、親告罪ニ於テ告訴ノ拋棄——親告罪ノ告訴ハ處罰條件ナルヤ將タ訴訟條件ナルヤ——親告罪ニ於テ告訴ヲ待テ之ヲ訴追スル理由如何——親告罪ノ區別——告訴權利者——被害者ノ意義——告訴ノ代理人ヲ以テ爲スコトヲ得ルヤ——告訴ノ內容ニ屬スル條件——指名告訴及不指名告訴——條件又ハ制限ヲ付シタル告訴ノ效力——告訴不可分ノ原則——告訴ノ拋棄——告訴拋棄ノ方式——告訴拋棄ノ時期——告訴拋棄ノ效力——三、確定判決——裁判確定力ノ範圍——裁判確定ノ時期——確定力ヲ有スヘキ裁判ノ種別——確定裁判ノ效力——一事不再理トハ何ソ——一事不再理ニ關スル現行法ノ規定——一事不再理ノ原則適用ノ條件——被告人以外ノ人ニ對スル確定判決ノ效力——所爲ノ同一トハ何ソ——罪名ノ變更ニ關スル所爲ノ同一——事實ノ補充又ハ減縮ニ關スル所爲ノ同一——事實ノ變更ニ關スル所爲ノ同一——四、犯罪ノ後頒布シタル法律ニ因リ其刑ノ廢止——五、大赦——六、時效——時效ニ因リテ消滅セシム ル權利——公訴ノ時效ト刑ノ期滿免除——公訴ノ時效ヲ設ケタル理由——時效ノ起算點——犯罪ノ日トハ何ソ——例一、例二、例三、例四、例五、例六、時效ノ中斷——時效中斷ノ原因——時效中斷ノ效力——刑事訴訟ニ及ホス公訴ノ時效ノ效力

第六章　數個ノ公訴ノ關係……二七七

外部ノ關係及內部ノ關係——刑事事件(本案事件)ト豫判事件トノ關係——實體上ノ關聯事件ニ於テ前ノ裁判ハ後ノ訴訟ニ如何ナル效果ヲ及ホスヤ

第七章　公訴ト民事事件トノ關係……二八一

民事々件ノ先決問題ニ對スル刑事裁判官ノ地位——民事判決ノ刑事裁判ニ及ホス效果——本法第三〇一條第六號ノ意義

第八章　私訴……二八六

第一節　私訴ノ目的及其一般ノ性質……二八六

刑事訴訟ノ目的ト民事訴訟ノ目的——附帶私訴ノ制度ヲ設ケタル理由及其沿革——附帶私訴ノ創度ノ利弊——附帶私訴ノ目的ノ範圍——附帶私訴ノ裁判ノ性質——附帶私訴ト公訴トノ訴訟上ノ關係——附帶私訴ノ裁判ト公訴ノ裁判トノ關係——附帶私訴ノ準據法ノ原則——附帶私訴提起ノ時期——公

訴ノ辯論中附帶私訴ヲ提起スルヲ得ル乎——民事裁判所ト附帶私訴ニ於ケル刑事裁判所トノ關係

第二節　私訴ヲ公訴ニ附帶セシムル結果……二〇一

其ノ一、裁判所ノ管轄——事物ノ管轄——職務ノ管轄——土地ノ管轄——其ノ二、私訴提起ノ方式——其三、上訴及故障——其ノ四、再審——其ノ五、假差押及假處分

第三節　私訴ノ消滅……二〇八

公訴權ノ消滅ト私訴トノ關係——私訴ノ時效——私訴ノ時效ハ之ヲ公訴ノ時效ト同一ナラシメタル理由如何——私訴ノ時效時間、起算點及時效中斷——公訴提起前民事裁判所ニ爲シタル私訴提起ノ效力ハ同時ニ公訴ノ時效ヲモ中斷スルヤ——公訴ノ時效經過後ニ於ケル訴訟ニ於テ其犯罪ヲ理由トスル抗辯ヲ認許スル乎

第三編　訴訟行爲……二一八

第一章　被告人ノ呼出……二一九

呼出ノ意義——呼出ノ機關——呼出ノ方式——呼出ノ效力——呼出ニ應セサル者ニ對スル制裁

第二章　被告人ニ對スル強制處分……二二三

第一節　勾留……二二三

勾留ノ意義——勾留ノ要件(一定ノ原因)——所爲ニ關スル要件——身上ニ關スル要件——逃亡ノ意義——罪證湮滅ノ意義——如何ナル種類ノ犯罪ニ付勾留ヲ命スヘキヤ——勾留ヲ命スル權アル者——勾留ノ消滅原因——勾留狀ノ內容——勾留狀執行ノ機關——勾留狀執行ノ方法——勾留狀ノ效力——勾留狀執行ノ制限

第二節　逮捕狀……二三四

逮捕狀ノ要件及效力

第三節　保釋及責付……二三六

立法ノ理由——保釋ノ制度——保釋ノ許可——保釋ノ申立——保釋ノ效力——保釋ノ時期——保釋ノ方法——保釋ノ取消——保釋ヲ許サヽル決定ニ對スル異議ノ申立——責付ノ制度

第四節　勾引……二四一

勾引ノ意義——讞審ニ於テ發スル勾引狀——公判ニ於テ發スル勾引狀——勾引狀ノ時ニ關スル效力——勾引狀ノ場所ニ關スル效力——罰金以下ノ刑ニ該ルヘキ者ニ對シテ勾引狀ヲ發スルコトヲ得ル乎——勾引狀ノ方式、效力、執行及其制限

第三章　物件ニ對スル強制處分……二四四

第一節　物件提出ノ義務……三四五
物件提出ノ義務ヲ認メタル立法ノ理由――物件提出義務ノ性質――物件提出ノ義務ト差押トノ關係

第二節　差押ノ意義及ヒ效力……三四八
差押ノ意義――差押ヲ命スル權アル者――差押ノ效力――差押解除ノ時期――差押物件還附ノ言渡ノ效力――差押ノ手續

第三節　差押ノ目的物……三五一
原則――人ニ關スル例外――物權ニ關スル例外

第四節　捜索ノ意義……三五四
捜索ノ必要――捜索ノ意義――捜索ノ受働者――捜索ノ目的物――捜索ノ手續

第四章　證據……三五六

第一節　證據ノ意義……三五六
證據ノ第一意義――證據方法ノ意義――證據ノ第二意義――舉證ノ意義――舉證ノ目的(證明)――證明ト疏明トノ區別――舉證ノ內容(證據調)――證據ノ目的物(事實)――有罪ノ事實――無罪又ハ免訴ノ事實――證明ノ作用(事實ノ確信)――法律上ノ推定ト

第二節　證明ノ責任……三七三
證明ノ責任ハ孰レニ在リヤノ問題ハ刑事訴訟法上重要ナラス

第三節　自由心證主義……三七六
自由心證ハ主觀的作用ナリ――制限證據主義ノ弊――自由ノ判斷ニ任ストハ何ソ――證據ノ規定ハ之ナ三段ニ區分ス

第四節　證據ノ種類……三七九
直接證據(人爲上ノ證據)及間接證據(自然上ノ證據)――徵憑ノ意義――徵憑ノ區別――訴追證據及防禦證據――證據方法ノ分類

第五節　證人……三八二

第一款　證人ノ意義……三八二
證人ノ意義ノ分解――證人能力

第二款　出頭ノ義務……三八七
原則――身分ニ基ク除外例――事故ニ基ク除外例――出頭義務ノ強制及制裁――再度ノ不參トハ何ソ――罰金及倍償ヲ言渡ス裁判ノ方式

第三款　供述ノ義務……三九一
供述ノ範圍——供述義務ノ例外
第四款　宣誓ノ義務……三九六
宣誓能力ノ有無
第五款　證人ノ訊問……三九八
呼出ノ方式——訊問ノ方式
第六節　鑑定人……四〇三
第一款　鑑定人ノ意義……四〇三
證人ト鑑定人トノ區別
第二款　鑑定人ノ義務……四〇六
鑑定人タル能力——鑑定人ノ義務ノ範圍——鑑定書ノ内容
第七節　被告人……四一〇
被告人ハ一ノ證據方法ニシテ被告人ノ訊問ハ證據調ノ一方法ナリ——自白トハ何ソ——被告人ノ訊問手續
第八節　檢證……四一四
檢證ノ意義——檢證ノ目的物——檢證ヲ爲スヲ得ル者及檢證ノ方式
第九節　書證……四一八
書證ノ意義——書證ノ種類——書證ノ證據調ノ方式
第五章　裁判……四二〇
裁判ノ内容——裁判ノ方式(判決、決定、命令)——合議裁判所ノ評議——一、定足數ノ判事——二、補充判事ノ立會——三、評議ノ密行——四、評議ノ結果(裁判)ノ發表——五、評議ノ順序——六、評議ノ採決方法——裁判ノ理由——裁判ノ言渡——裁判ノ送達——送達及言渡ノ効力
第六章　口頭辯論主義及直接審理主義……四三〇
廣義ニ於ケル直接審理的主義トハ何ソ——口頭辯論主義トハ何ソ——狹義ニ於ケル直接審理主義トハ何ソ——廣義ニ於ケル直接審理主義ノ必要——口頭辯論主義ノ必要——狹義ニ於ケル直接審理主義ノ必要——口頭辯論主義ノ行ハルヽ範圍——口頭辯論主義ヲ採用シタル結果——如何ナル目的ニ於テ書面ヲ必要トスル乎
○第七章　訴訟行爲ノ性質及ヒ効力……四三七

訴訟行爲ハ訟訴ノ目的ニ向テ行ハルヽ行爲ナリ——訴訟行爲ハ訴訟關係人ノ行爲ナリ——訴訟行爲ハ訴訟全體ニ對シテ爲サルヽモノナリ——訴訟行爲ハ意思ノ表示ナリ——訴訟行爲ニハ條件ヲ付スルコトヲ得ス——訴訟行爲ノ不成立ニ關スル學說——ベーリングル氏ノ學說——ローゼンフェルド氏ノ學說——人違ノ被告人ニ對スル判決ノ效力

第八章　訴訟行爲ノ場所……四五五

訴訟行爲ハ如何ナル場所ニ於テ爲サヽルヘカラサル乎——訴訟ノ公開トハ何ソ——訴訟ノ密行トハ何ソ——公開ノ停止——公開規定ノ趣旨

第九章　訴訟行爲ノ時……四六二

猶豫期間——失權期間及期日——期日トハ何ソ——裁判所ハ如何ナル時日ニ於テモ期日ヲ定ムルコトヲ得ル乎——期日懈怠ノ結果——法定期間及裁定期間——期間ノ計算法——猶豫期間及附加期間——期間ノ懈怠——原狀回復ノ條件——一、形式上ノ要件——二、實體上ノ要件

第十章　訴訟條件……四七二

第一節　意義……四七二

訴訟條件ノ定義——訴訟條件ハ公訴提起ノ條件ニシテ搜査手續ノ有效條件ニ非ラス——訴訟條件ト訴訟創設ノ行爲トノ區別——訴訟條件ト處罰條件トノ區別——處罰條件トハ同ソ

第二節　種類……四七七

一般ノ訴訟條件及特別ノ訴訟條件——絕對ノ訴訟條件及相對ノ訴訟條件——通常ノ訴訟條件及特種ノ訴訟條件——積極ノ訴訟條件及消極ノ訴訟條件——實體法上ノ訴訟條件及形式法上ノ訴訟條件——訴訟成立條件及判決條件

第三節　一般ノ訴訟成立條件……四八〇

訴訟主體ノ存在及權能——同一事件ニ付權利拘束又ハ確定判決ノ存在セサルコト

第四節　效果……四八三

訴訟成立條件欠缺ノ效果——處罰條件欠缺ノ效果

第四編　第一審ノ手續……四八五

第一章　搜査……四八五

搜査ノ意義——搜査處分ノ範圍及其目的物——搜査ノ目的及方法——搜査書類——現行犯ノ搜査處分及非現行犯ノ搜査處分——搜査ノ始期及終期——搜査ノ原因（犯罪認知ノ方法

第一節　告訴及告發……四九三

告訴、告發及自首ノ意義——告訴ト告發トノ差異——公ノ告發ト私ノ告發——告發ノ義務——告訴、告發ヲ受クヘキ者及其管轄——告訴及私ノ告發ノ方式——官公吏ノ告發ノ方式ニ違背シタル告訴告發ノ效力——告訴人告及發人ノ責任

第二節　現行犯……五〇三

現行犯及非現行犯ノ沿革——現行犯ノ意義——發覺トハ何ソ——現行犯ト非現行犯トノ區別——準現行犯——現行犯人ノ逮捕——二、現行犯ノ特別處分——豫審判事ノ現行犯ニ對スル特別處分ノ性質——豫審判事ノ特別處分ヲ許ス現行犯罪ノ種類——特別處分ニ於ケル檢證調書作成ノ效力——檢事、司法警察官ノ現行犯ニ對スル特別處分ノ性質(搜査處分ナリヤ將タ豫審處分ナリヤ)——第一論點——第二論點——第三論點——結論——檢事、司法警察官ノ特別處分ヲ許ス現行犯罪ノ種類及處分ノ方式——犯所ノ臨檢ハ特別處分ノ條件ナリヤ——檢事、司法警察官ノ現行犯ニ對スル特別處分ノ範圍——司法警察官ノ現行犯ニ對スル特別處分ノ方式

第二章　起訴……五三〇

公訴ノ提起(起訴)又ハ不起訴ノ處分——公訴提起(起訴)ノ主タル方式——公訴提起(起訴)ノ共通ノ方式——一、書面起訴及口頭起訴——二、被告人ノ指定——事件論及人論ノ對比——三、所爲ノ指定——所爲ノ範圍——其他ノ方式——公訴提起(起訴)ノ效力——權利拘束ノ意義及效力

第三章　豫審……五四三

第一節　豫審ノ性質……五四三

豫審ト搜査トノ限界

第二節　豫審ノ目的……五四五

豫審手續ノ必要及限度——豫審ノ實體ハ公判ニ於ケル證據調ノ準備タリ

第三節　豫審ノ實行……五四八

豫審手續ニ終局確定ノ處分アリヤ——豫審調書ノ內容

第四節　豫審判事ノ地位……五五〇

豫審判事ハ豫審ノ主働者ニシテ且公判若クハ檢事ヨリ獨立ノ地位ヲ有ス——豫審處分ノ囑託——豫審ハ書面審行ニシテ書面審理ナリ

第五節　豫審終結……五五三

豫審終結手續ノ沿革——豫審終局ノ手續——一、檢事ノ意見ヲ求ムルコト——二、豫

審終結ノ決定ヲ爲スコト——豫審終結ヲ爲スヘキ範圍——缺席ノ豫審終結決定——豫審終結決定ノ種類——一、管轄違ノ決定——二、免訴ノ決定——三、公訴ニ付スル決定——豫審終結決定ノ內容——豫審終結決定ノ送達——特種ノ豫審終結決定ニ對スル抗告——豫審終結決定ノ效力——一、免訴ノ終結決定ノ效力——證憑不十分ニ因ル免訴終結決定ノ效力如何——再起訴ノ手續——二、公判ニ付スル終結決定ノ效力

第四章　公判……五七一

第一節　總論……五七一

公判手續ノ始終——公判手續ノ方式——公判開始ノ條件——公判手續ノ段落

第二節　公判準備……五七七

公判ノ準備手續トハ何ソ——公判期日ノ指定——被告人及其他訴訟關係人ノ呼出——證據物件ノ準備——證人鑑定ノ呼出——公判開廷前ノ檢證——被告人ノ辯護ノ準備

第三節　公判開廷……五八八

公判開廷ノ意義——檢證ノ處分ハ公判開廷ノ手續ニ非サル乎——公判開廷ノ要件及方式——訴訟主體及關係人ノ在廷、一、判事ノ在廷、二、檢事ノ立會、三、裁判所書記ノ立會、四、重罪事件ニ於ケル辯護人ノ出廷——重罪公判ニ於ケル辯護人ノ立會ハ公判構成ノ一部ナリヤ、五、被告人ノ在廷——被告人ノ公廷ニ於ケル身體自由ノ保證ノ範圍

第四節　公判審理ノ範圍……六〇〇

公判審理ノ範圍ハ起訴ノ範圍ニ限定セラルヽモノニシテ公判裁判所ノ有スル事件審判ノ權利義務ヲ云フ——檢事カ豫審終結決定ノ未確定ナル事件ヲ公判ニ送附シタルトキハ公判ニ於テ如何ニ之ヲ處分スヘキ乎——刑法第五十四條ノ場合ニ一罪名ノ豫審終結決定ト他ノ罪名ノ免訴トノ關係——附帶犯罪トハ何ソ——公判ニ於テ附帶犯罪ヲ發見シタル場合ニ管轄權ノ有無ヲ問ハス之ヲ審判スルコトヲ得ル乎

第五節　公判ノ審理及指揮……六〇六

合議裁判所ニ於ケル裁判長及陪席判事——公判審理ニ屬スル合議體ト裁判長トノ關係——本法採用ノ主義——公判ノ審理——公判審理ニ關スル裁判長ノ權限——訴訟ノ指揮

第六節　公判審理ノ順序……六一二

公判ノ審理——審理ノ端緒、一、被告人ノ氏名及年齡ノ訊問、二、檢事ノ被告事件ノ陳述、三、被告人ノ訊問、四、證據調、五、辯論、六、私訴ノ審理——公判ノ終了

第七節　證據調……六一九

第一款　證據調ノ範圍……六一九
證據決定ノ意義及之ヲ爲スヘキ場合—證據調ヲ要セサル場合アリヤ

第二款　證人ノ訊問……六二三
公判ニ特則ナル證據調ノ方式—不告不理ノ例外

第三款　書類ノ朗讀……六二五
書類ノ證據調ノ方式—書類ノ朗讀ト直接審理主義トノ調和—書類朗讀ノ各場合、一、客觀的ノ事實ニ關スル檢證調書ノ朗讀、二、證人鑑定人ヲ公判ニ呼出スコト能ハサル場合ニ於ケル朗讀—代用(朗讀)スヘキ書類ノ範圍、三、呼出ヲ受ケタル證人、鑑定人ノ公判ニ出頭セサル場合ニ於ケル朗讀—公判ニ於テ適法ニ證言ヲ拒絶シタル場合ニ豫審ニ於ケル其證人ノ供述書ヲ朗讀スルコトヲ得ル乎—豫審及公判ニ於ケル供述書、鑑定書ヲ比較スヘキトキノ朗讀

第八節　辯論……六二五
辯論權ヲ有スル者及辯論ノ範圍

第九節　判決……六二七

第一款　判決ノ言渡及條件……六三七

公判ノ終了及判決ノ成立—判決言渡ノ方式—判決言渡ノ效力—學者ノ所謂判決固有ノ條件

第二款　判決ノ種類……六四〇
終局判決(本案判決)及中間判決(本案前ノ判決)ノ意義—上告審ニ於テ管轄違又ハ公訴不受理ノ申立ヲ爲スコトヲ得ル乎—中間判決及之レニ對スル獨立ノ上訴—中間判決ト本案判決トノ關係—終局判決ノ種別—判決ハ犯罪所爲ト犯罪責任トノ問題ヲ決ス—主タル終局判決ノ種別、一、管轄違ノ判決—上訴審ニ於テ管轄違ノ判決ヲ不當ナリトシテ取消シタル場合ハ如何ニ之ヲ處分スヘキ乎、二、公訴不受理ノ判決—上訴審ニ於テ公訴不受理ノ判決ヲ不當ナリトシテ取消シタル場合ハ如何ニ之ヲ處分スヘキ乎、三、無罪ノ判決、四、免訴ノ判決、五、刑ノ言渡ヲ爲ス判決—附從ノ判決ノ種別

第三款　判決ノ內容……六五五
判決ノ成立要件—主文及理由—理由ノ內容—事實上ノ理由トハ何ソ—法律上ノ理由トハ何ソ—無罪、免訴、公訴不受理、管轄違ノ言渡ノ理由

第四款　判決書及公判始末書……六六一
判決書作成ノ方式—公判始末書ノ性質及其作成ノ方式—公判始末書ノ訂正又ハ補充ハ如何ナル限度ニ於テ之ヲ許スヘキ乎—公判始末書ノ內容—公判

始末書ノ目的——公判始末書ノ證據方——判決ト公判始末書ノ記載事項ノ抵觸

第十節　缺席判決……六六九

缺席判決ノ制度ヲ設ケタル立法上ノ理由——刑事訴訟ノ缺席判決ト民事訴訟ノ缺席判決

第一款　條件……六七四

缺席判決ノ條件——缺席判決ノ言渡及送達

第二款　故障……六七七

故障ノ意義——第二審ノ缺席判決ニ對シ故障ヲ申立ツルコトヲ得ル乎

第一項　故障申立ノ條件……六七九

故障申立ノ條件、一、申立者、二、刑ノ言渡、三、申立期間——期間ノ起算點——判決ノ執行ニ因リ刑ノ言渡アルコトヲ知リタル日トハ如何——故障期間進行前故障ヲ申立ツルコトヲ得ル乎——刑ノ時效完成後ノ故障申立

第二項　故障申立ノ受理……六八四

故障ノ申立ニ因リ人違ナルコト確定シタル場合ニ裁判所ニ如何ナル判決ヲ爲スヘキ乎——故障ノ審理——再度ノ缺席判決——故障ヲ許サヽル再度ノ缺席判決ニ對シ控訴ヲ爲スコトヲ得ル乎

第三項　故障申立ノ效力……六八九

缺席判決ノ消滅——故障ハ之ヲ取下クルコトヲ得ス——第一審ノ缺席判決ニ對シ檢事ヨリ控訴ヲ爲シ控訴審ニ於テモ亦缺席判決ヲ爲シタル場合ニ被告人ハ何レノ缺席判決ニ對シテ故障ノ申立ヲ爲スヘキ乎——第二審ノ缺席判決ニ對シ檢事ヨリ更ニ上告シタル場合ハ何レノ缺席判決ニ對シ故障ヲ申立ツルコトヲ得ル乎

第五編　上訴……六九四

第一章　總論……六九四

上訴ノ意義——上訴ノ意義ニ關スル異說——上訴ノ意義ニ關スル普通法時代ノ議論——再審ハ上訴ナリヤ——通常上訴ト非常上訴——上訴ハ當事者ノ權利ナリ——上訴ノ理由——上訴ハ裁判ノ主文ニ對スル——上訴ノ效力、一、確定力停止ノ效力——上訴ハ執行力ヲ停止スルモノナリヤ、二、移審ノ效力——上訴申立ノ方式、一、申立ノ實體、二、申立書、三、申立書ヲ差出ス裁判所、四、申立書ノ內容、五、申立期間……六九四

第一節　上訴申立ノ權利者……七〇六

一、檢事及被告人——被告人ノ上訴權ハ如何ナル判決ニ對シテ行使スヘキ乎——檢事ノ上訴權ハ如何ナル判決ニ對シテ行使スヘキ乎——檢事カ被告人ノ利益ノ爲メニ

上訴シタル場合ト其不利益ノ爲メニ上訴シタル場合トノ效力ニ付差異アリヤ——檢事ノ上訴權ト被告人ノ上訴權トハ相互ニ獨立ス——被告人ハ上訴ヲ爲スニ付他人ヲシテ代理セシムルコトヲ得ル乎、二、辯護人——辯護人ハ上訴權行使ニ關スル制限——辯護人ハ私訴ノ判決ニ對シテ上訴スルコトヲ得ル乎、三、法律上代理人——法律上代理人ノ上訴權行使ノ範圍、四、私訴ニ付テハ民事原告人、民事被告、民事擔當人及民事參加人

第二節　上訴ノ方針……七一六

上訴ノ目的及方針ニ因リテ定マル效力——片面的確定力及關係的確定力

第三節　上訴ノ取下……七一九

上訴ノ拋棄ヲ認ムルヤ——被事ハ上訴ヲ取下クルコトヲ得ル乎——被告人カ爲シタル上訴ヲ何人カ之ヲ取下クルコトヲ得ル乎——一分上訴ノ取下——上訴取下ノ期間——上訴取下ノ方式——上訴取下ノ效力

第二章　控訴……七二三

控訴制度ヲ設クルノ可否

第一節　控訴ノ申立……七二五

控訴(上訴)申立ノ組織——控訴申立ノ方式——控訴申立ノ期間——關席判決ニ對スル授訴期間——控訴申立ノ棄却及之レニ對スル抗告

第二節　一分控訴……七二九

一分控訴申立ノ方式——一分控訴審理ノ範圍——數罪ニ對スル一分控訴——一罪ニ對スル一分控訴

第三節　附帶控訴……七三四

附帶控訴ノ性質(附帶控訴ノ條件)——附帶控訴ヲ爲シ得ヘキ者

第四節　控訴ノ審理……七三七

覆審ノ制及覆審トノ豫審トノ差異——控訴ノ審理ハ覆審ナルカ故ニ全ク新ナル審理辯論ニシテ第一審ノ審理及辯論ノ繼續ニアラス——控訴審理ノ範圍——控訴審ニ於テハ直接審理主義ヲ採リタルモノナリヤ——控訴審ニ於ケル公判ノ準備——重罪トシテ第一審ノ公判ニ付セラレタル事件ヲ輕罪トナセル場合ニ控訴審カ之ヲ重罪ナリトナシタルトキハ如何ナル手續ニ依リ審判スヘキ乎

第五節　控訴ノ判決……七四三

形式ニ關スル判決、其ノ一、其ノ二——實體ニ關スル判決——控訴ノ關席判決——控訴判決ノ制限——被告人ノ不利益ナル判決トハ何ソ

第三章　上告……七五〇

第一節　上告ノ理由……七五一
上告ノ理由トナル法律違背ノ範圍――上告裁判所ハ訴訟上ノ事實ヲ自ラ裁判スル場合アリヤ――法律ニ違背シタル裁判トハ何ソ、一、法則ノ意義、二、法則ノ不適用及適用ノ不當、三、判決ト法律違背トノ因果關係――實體法上ノ違背ニ基ク判決――訴訟法上ノ違背ニ基ク判決――破毀ノ請求ノ制度ニ於ケル三主義――上告ノ理由トナル訴訟法上ノ違背――判決カ訴訟法上ノ違背ニ基クヤ否ヤハ何ニ因リテ審査スル乎

第二節　上告理由ノ擴張及ヒ制限……七六二
訴訟法上ノ違背ニ基ク上告理由ノ擴張――訴訟法上ノ違背ニ基ク絕對的ノ上告理由――實體法上ノ錯誤ニ基ク上告理由――上告理由ノ制限――被告人ノ利益ノ爲メニ設ケタル規定トハ何ソ

第三節　上告ノ方式……七六九
上告ノ期日――上告趣意書ノ提出――上告趣意書ニ掲クヘキ訴訟法以外ノ法則違背ノ主張

第四節　上告ノ審理……七七五
上告ノ審理ハ書面審理ナリ

第五節　上告ノ判決……七七七
上告ノ判決ノ種別、一、棄却ノ判決、二、破毀移送ノ判決――破毀トハ何ソ――破毀移送ノ效力――移送ヲ受タル裁判所ノ權限――判決破毀ノ效果――判決破毀ト附帶控訴トノ關係――移送ヲ受ケタル裁判所ノ權限ニ關シ直接ニ控訴ヲ受ケタル場合ト如何ナル點ニ於テ差異アリヤ――判決破毀ト私訴トノ關係、三、上告裁判所自身ノ判決――擬律ノ錯誤トハ何ソ――獨逸治罪法ノ規定――不當ニ公訴ヲ受理ストハ何ソ――上告裁判所カ公判手續ノミヲ破毀スル場合――破毀ノ利益ハ何人ニ及フヤ――共同被告ト判決破毀トノ關係（同時破毀ノ條件）――第二百八十九條規定ノ批難――上告裁判所自身カ判決ヲ爲ス場合ニ於ケル（不利益變更）ノ制限――不利益變更ノ制限ハ移送ヲ受ケタル裁判所ニ於テモ亦適用セラルヽモノナリヤ

第四章　抗告……七九二
抗告ノ意義――抗告ヲ爲シ得ヘキ場合――抗告申立ノ方式――抗告裁判所ノ審理――一部抗告ノ審理――抗告裁判所ノ決定ニ對シ再抗告ヲ爲スコトヲ得ルヤ

第六編　確定判決ニ對スル攻撃……八〇〇

第一章　非常上告……八〇〇

非常上告ノ制度ノ沿革——非常上告ヲ爲スノ條件——刑ノ執行後又ハ刑ノ執行免除後ニモ亦非常上告ヲ爲スヿヲ得ヘキヤ——非常上告ヲ爲スヿヲ得ル者——非常上告申立ノ效力——非常上告ノ審理

第二章　再審……八〇五

第一節　再審ノ訴及條件……八〇五

再審ノ訴トハ何ソ——再審ノ制度ノ沿革——再審ニ關スル立法例——現行法ノ規定——再審ト再審ノ訴トノ別——再審ノ訴ノ一般ノ條件——軍法會議又ハ外國裁判所ノ裁判ニ對シ再審ノ訴ヲ爲スコトヲ得ルヤ——被告人ノ死亡後ニ再審ノ訴ヲ爲スコトヲ得ルヤ——上告裁判所ノ判決又ハ大審院ノ特別權限ニ屬スル事件ノ判決ニ對シ再審ノ訴ヲ爲スコトヲ得ルヤ

第二節　再審ノ原因……八一六

再審ノ各個ノ原因ノ說明

第三節　再審ノ訴ノ權利者……八二四

再審ノ訴ヲ爲シ得ヘキ者

第四節　再審ノ訴ノ手續……八二七

再審ノ訴提起ノ方式——再審ノ訴ノ審理——再審ノ訴提起ノ效力——再審ノ訴ニ對スル裁判——移送ヲ受ケタル裁判所ノ審理——死者ノ親屬ヨリ再審ノ訴ヲ提起シタル場合ニ於ケル審理——判決ノ揭示

第七編　裁判ノ執行……八三二

第一章　刑ノ執行……八三二

刑ノ執行ニ關スル各國ノ立法例——裁判執行ノ指揮、監督ヲ爲ス者——裁判執行ノ條件

第二章　死刑ノ執行……八三二

死刑執行ノ條件及方式

第三章　自由刑及ヒ財產刑ノ執行……八三六

自由刑及財產刑執行ノ條件及法式

第四章　執行ニ對スル疑義及異議ノ申立……八三七

執行異議又ハ疑義トハ何ソ——執行異議又ハ疑義ノ申立ヲ爲シ得ル者——執行異議又ハ疑義申立ノ條件——執行異議又ハ疑義ノ申立ニ對スル裁判

修正 刑事訴訟法新論目次 終

三十四

修正

刑事訴訟法新論

法學士 豐島直通著

緒論

第一章 刑事訴訟ノ意義

刑事訴訟法ノ如何ナルモノナルカヲ說明スルニハ先ツ刑事訴訟ナルモノヽ如何ヲ述ヘサルヘカラス今ヤ刑事訴訟ヲ一個ノ現象トシテ觀察スレハ刑事事件ニ關スル裁判上ノ手續ニシテ或行爲ヲ爲スニ依リテ行ハルヽモノナリ此點ヨリシテ刑事訴訟ヲ觀察シ其定義ヲ下セハ左ノ如シ

刑事訴訟トハ犯罪ニ因リテ生シタル國家ノ刑權ヲ宣告ヲ以テ確定シ且ツ之ヲ執行スルヲ目的トシ此目的ニ向テ進行スル法定行爲ノ總體ナリ

右定義ヲ分析シテ解明スレハ即チ左ノ如シ

第一 刑事訴訟ハ或行爲ノ總體ナリ

或行爲之ヲ訴訟行爲ト云フ即チ訴訟ノ目的ニ向テ行ハレ之ニ效果ヲ及スヘキ訴訟主體其他ノ關係人ノ行爲ナリ刑事訴訟ノ行爲ヲナス者ヨリ之ヲ見レハ裁判所ノ行爲アリ當事者ノ行爲アリ辯護人其他ノ被告人ノ補助者、司法警察官ノ如キ檢事ノ補助者又ハ證人、鑑定人ノ如キ第三者ノ行爲アリ就中重要ナルモノハ訴訟主體即チ裁判所及ヒ原告、被告ノ行爲ナリトス又其行爲ノ內容ヨリ之ヲ見レハ訴訟ヲ準備スル行爲アリ訴訟ヲ指揮スル行爲アリ裁判ヲ爲ス行爲アリ審理ヲ爲ス行爲アリ是等ハ裁判所ノ爲ス行爲ナリ又訴訟ヲ創設スル行爲アリ攻擊即チ訴追ヲ爲スノ行爲アリ執行ヲ爲スノ行爲アリ是等ハ檢事ノ爲ス所ナリ又防禦即チ辯護ヲ爲スノ行爲アリ

是レ被告人ノ爲ス所ナリ而シテ以上數多ノ行爲ハ相前後シテ行ハレ行爲ノ連鎖ヲ爲スモノナリ此狀態ヲ手續ト稱ス故ニ刑事訴訟ヲ以テ或行爲ノ總體ナリト云フハ之ヲ手續ト稱スルト同一ナリ

第二 刑事訴訟ノ行爲ハ法律ヲ以テ規定セラルヽモノナリ

憲法第五十七條ハ司法權ハ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フコトヲ規定セリ依テ裁判所カ刑事ノ裁判ヲ爲スノ手續ハ法律ヲ以テ規定セサルヘカラス是レ刑事訴訟ノ存スル根源ナリトス此法律ノ規定ヲ爲スニ方リテ必要ナル所ノモノハ一方ニ於テ能ク國家ヲシテ犯罪人ヲ處罰スルノ權ヲ實行スルヲ得セシムルト同時ニ他方ニ於テハ刑罰權實行ニ必要ナル範圍ヲ超越シテ一私人ノ權利利益ヲ毀損セサルニ在リ刑事訴訟法ノ規定ハ此兩面ニ對シテ國家ト一私人トノ利益ヲ保護スルモノナリ而シテ刑事訴訟法カ刑事訴訟ノ行爲ニ付テ規定スル所ノモノハ其行爲ノ方式、內容、條件、效力、順序、日時、場所等ナリトス依テ刑事訴訟法ノ定義ヲ擧レハ左ノ如シ

刑事訴訟法トハ刑事訴訟ニ關スル規則ノ總體ナリ

右定義ハ現今ノ刑事訴訟法ト題スル法律ノ定義ニ非ス廣ク刑事訴訟ナルモノヨリ觀察シテ擧ケタルモノナルカ故ニ陸海軍ノ治罪法等ヲモ包含スヘク又刑事訴訟ヲ爲ス所ノ裁判所ニ關スル組織、構成ヲ規定シタル裁判所構成法ヲモ包含スヘシ

第三　訴訟ノ行爲ハ其終局ノ目的ニ向テ進行スルモノナリ

刑事訴訟ハ或主體ノ單一ナル行爲ヲ以テ終了スルモノニ非ス或主體ノ行爲ニハ他ノ主體ノ行爲カ踵テ行ハレ訴訟ノ最終ノ目的ヲ達スルニ至ルモノナリ斯クノ如ク訴訟手續ハ其目的ニ向テ進行ヲ爲スカ故ニ其終局ノ目的ヲ達スルニ至ルマテニ經過スヘキ幾多ノ段落階級アリ其手續ノ段階ノ種別ハ左ノ如シ

一　準備ノ手續　之ニ屬スルモノハ起訴ノ準備手續タル捜査及ヒ公判ノ準備ヲ爲ス所ノ豫審ナリ

二　本審ノ手續　公判ノ手續即チ是レナリ此段階ハ更ニ公判開廷準備ノ手續ト公判開廷ノ手續トノ段落ニ區別セラル

三　上訴ノ手續　之ニ屬スルモノハ控訴、上告及ヒ抗告ノ手續ナリ

四　執行ノ手續　總テ確定シタル裁判ヲ執行スルノ手續ナリ刑ヲ執行スルノ手續モ亦之ニ屬ス

刑事訴訟ノ手續ニハ右ノ段階ヲ有スルモ總テノ刑事訴訟ハ必ス此段階ヲ經過スルモノト云フヘカラス或ハ準備ノ手續ヲ經スシテ直チニ本審ノ手續カ行ハルヽモノアリ又準備ノ手續ニ於テ訴訟カ終了スルコトアリ然レトモ刑事訴訟ハ進行スルカ故ニ右ノ段階ヲ經過スルヲ得ルモノナリ

第四　刑事訴訟ノ行爲ハ犯罪ヨリ生シタル國家ノ科刑權ヲ目的物ト爲スモノナリ

民事訴訟ノ目的物ハ一私人ノ有スル私法上ノ請求ニシテ其存否ヲ定ムルヲ目的トス反之刑事訴訟ノ目的物ハ刑罰ヲ科スル國家ノ請求ニシテ其存

否ヲ定ムルヲ目的トス此科刑ニ關スル國家ノ請求ニシテ刑事訴訟ノ目的物タルトキハ此國家ノ請求ヲ單ニ刑事ト稱ス（裁判所構成法第二條參照）又訴訟ノ目的物ヲ本案ト稱ス（刑事訴訟法第三七條第一項、同第一八七條參照）民事ノ訴訟ト刑事ノ訴訟トハ斯クノ如ク其目的物ヲ全然異ニスルカ故ニ其根本ノ主義原則モ大ニ異ル所アリ一ハ干渉ノ主義ヲ採リ他ハ非干渉ノ原則ヲ認ム其詳細ハ第二編ニ於テ之ヲ述フヘシ

刑事訴訟ノ目的物ハ犯罪ヨリ生シタル國家ノ權ニシテ刑罰ヲ科スルヲ內容トスルモノナリ刑罰ト均シク罰ナル制裁ニ屬スルモノト雖モ犯罪ヨリ生セサルモノハ刑事訴訟ノ關スル所ニ非ス懲戒罰、行政上ノ罰又ハ民法商法ニ於ケル過料ノ罰ノ如キハ必スシモ犯罪ニ基因スルモノニ非スシテ職務上ノ過失又ハ命令又ハ秩序ノ違反ナル行爲ヨリ起ルモノナリ又同一ナル犯罪ヨリ國家ニ刑罰ヲ加フルノ權ト懲戒其他ノ罰ヲ科スルノ權ト同時ニ生スルコトアルモ刑事訴訟ハ常ニ刑罰ヲ科スル權ニ付テノミ存シ懲戒

其他ノ罰ヲ科スルノ權ヲ目的物ト爲ス手續ハ別ニ存スルモノナリ官吏懲戒法ノ手續又ハ非訟事件手續法ニ於ケル過料ヲ加フル手續ノ如キ是ナリ

又同一ナル犯罪ヨリ國家ニ科刑權ヲ生スルト同時ニ一私人タル犯罪ノ被害者ニ犯罪人ニ對シ損害ノ賠償ヲ求ムルノ私權ヲ生スルコトアリ此場合ニ於テモ損害賠償ノ請求ハ刑事訴訟ノ目的物タルモノニ非ス然レトモ現行刑事訴訟法ハ國家ノ科刑權ヲ目的物ト爲ス訴即チ公訴ト被害者ノ損害賠償ヲ目的物ト爲ス訴即チ私訴トヲ併セテ規定シ且ツ同一ノ裁判所ヲシテ同時ニ公訴及ヒ私訴ノ裁判ヲ爲サシムル之ヲ附帶私訴ノ制ト稱ス然レトモ私訴ハ民事ノ訴訟ニシテ公訴ハ刑事ノ訴訟ナリ之ヲ同一裁判所ヲシテ同時ニ裁判セシムルハ單ニ便宜ニ出ルモノニシテ其性質ハ全ク異ルモノトス（刑事訴訟法第一條第二條第四條參照）

第五 刑事訴訟ノ終局ノ目的ハ（一）公訴ヲ以テ主張セラレタル科刑權ノ存否及ヒ範圍ヲ其權限アル官廳ノ宣告ヲ以テ確定シ（二）其宣告ヲ以テ科刑權ノ

存在ヲ認メタル場合ニ於テ之ヲ執行スルニ在リ

一　科刑權ノ存否及ヒ範圍ヲ確定スル權限アル官廳ハ裁判所タルコトアリ行政官廳タルコトアリ裁判所ニ付テハ通常裁判所ニ於テ確定スルコトアリ又特別裁判所ニ於テスルコトアリ又其官廳カ科刑權ノ確定ヲ爲スノ方式ニ付テハ裁判所カ之ヲ爲ス場合ニ於テハ判決ヲ以テシ行政官廳ニ於テ之ヲ爲ス場合ニハ判決ノ如キ完備シタル方式ヲ以テセス然レトモ其方式ヲ以テス然レトモ其方式ノ如何ヲ問ハス孰レモ科刑權ノ存否、範圍ヲ確定スルノ效力ニ至リテハ同一ナリトス又此確定ノ目的ヲ達スルニ付テハ國家ノ科刑權カ成立シタルヤ尙ホ其權ハ消滅セスシテ存在スルヤ否ヤ及ヒ如何ナル種類程度ノ刑罰ヲ國家カ請求スルヲ得ルヤノ問題ヲ決スルニ必要ナル總テノ材料ヲ集取セラレ其材料ヲ調査シ之ニ付テ判斷ヲ爲スヲ要ス其材料タルモノハ如何ナル事項ナリヤハ刑罰法ニ於テ定ムル所ニシテ其材料ノ集取、調査、判斷ノ手續ハ如何ナル方法

ヲ以テスルヤハ刑事訴訟法ノ定ムル所ナリ即チ刑法ハ材料ノ實質ヲ定ムルカ故ニ實體法ト稱シ訴訟法ハ其材料ニ關スル形式ヲ定ムルカ故ニ形式法ト稱スル所以ナリ從テ形式法ハ其レ自身ニ於テ存在ノ目的ナク實體法ノ爲メニ存スルモノナリ次ニ科刑權確定ノ內容ニ付テハ科刑權ヲ是認スルト否認スルトノ二ツニ止マリ其中間ニ位スルモノハ無罪ノ判決及ヒ免訴ノ判決ナリ

二　科刑權ノ執行ハ刑ヲ言渡タル確定判決ノ存スルヲ要件トス刑罰ノ執行ハ畢竟刑ヲ言渡シタル判決ノ執行ニ外ナラス蓋シ刑罰ヲ科スルノ權、刑罰ヲ受クルノ責務ハ當事者カ任意ニ之ヲ履行スルヲ得ス必ス刑事訴訟ヲ經テ爭訟ノ結果トシテ判決ニ依リ確定セラレサルヘカラス刑事訴訟存セサレハ刑罰ヲ科スル能ハス故ニ刑事訴訟ハ科刑權ノ執行ヲ以テ其最終ノ目的ト爲スモノニシテ民事訴訟カ任意ノ履行ヲ爲シ得ヘキ私

法上ノ請求ニ付キ國家ノ保護ヲ仰クヲ目的ト爲スト雖ト大ニ異ル所アリ
即チ刑事訴訟ノ目的ハ權利ノ保護ニ過キサルニ非スシテ權利ノ實行ニ
存ス

第二章　刑事訴訟ノ法律上ノ性質

前章ニ於テハ刑事訴訟ヲ一個ノ現象トシ手續ノ方面ヨリ觀察シテ說明シタ
ルニ止マル刑事訴訟ハ單ニ手續ニ止マルモノニ非スシテ其法律上ノ性質ヨ
リ觀察スレハ一個ノ法律關係ナリ即チ訴訟主體ノ相互ノ權利義務ノ關係タ
ルモノナリ此方面ヨリシテ刑事訴訟ノ定義ヲ擧クレハ左ノ如シ

刑事訴訟ハ科刑權確定ノ目的ヲ有スル裁判所及ヒ當事者間ノ公法上ノ法
律關係ニシテ終局ノ目的ニ向テ進行發展スル所ノモノナリ

右定義ヲ分析シテ說明スレハ左ノ如シ

廣義ニ於ケル刑事訴訟ノ定義

刑事訴訟ハ一個ノ法律關係ナリ

第一　刑事訴訟ハ一個ノ法律關係ナリ

數人ノ間ニ於ケル法律上ノ關係ハ法律ニ於テ數個ノ主體相互ノ間ニ權利
ヲ認メ義務ヲ負ハシムルニ在リ刑事訴訟ノ關係モ亦數個ノ主體間ニ於ケ
ル權利義務ノ關係ニシテ其關係ハ總括シテ一個ノモノトシテ見ルヲ得ル
ナリ訴訟カ一個ノ法律關係ナルコトハ千八百六十八年「ビウロー」氏著訴訟
抗辯及ヒ訴訟條件論ニ於テ始メテ民事訴訟ニ付キ唱ヘラレタル所ニシテ
刑事訴訟モ亦其形體ハ民事訴訟ト異ナルナキヲ以テ其後ニ於テ刑事訴訟
モ亦法律關係ナリト認メラルヽニ至レリ實ニ總テノ訴訟ハ法律關係ナリ
然ルニ較近ニ於テモ尙ホ刑事訴訟ニ付テ法律關係ニ非サルコトヲ唱フル
者アリ(ヨーン氏獨逸刑事訴訟法註解)此論者ハ刑事訴訟ニ於テ訴訟當事者
ナルモノヲ否認スルヨリ此說ヲ爲スモノニシテ到底現時ノ刑事訴訟ノ觀
念ニ容ルヽ能ハサル所ナリ民事モ刑事モ訴訟ノ形體アレハ必ス當事者ノ
存在アリ當事者アレハ茲ニ法律關係ヲ生スルモノナリ

刑事訴訟ハ一個ノ法律關係ナリ

刑事訴訟ヲ法律關係ナリトセハ第一章ニ述ヘタル刑事訴訟ノ行爲ハ之ヲ法律上ノ性質ヨリ見レハ權利ノ行使及ヒ義務ノ履行ニ外ナラス即チ其行爲ヲ爲スハ行爲者ノ權利ナルコトアリ義務ナルコトアリ現ニ本法中公訴權ナルモノヲ認ム（刑事訴訟法第六條參照）又訴訟關係人カ或請求ヲ爲シ又ハ申立ヲ爲スヲ得ルノ規定ヲ設ケ其請求又ハ申立ハ權利ナルコトヲ明ニシタル規定アリ（刑事訴訟法第六八條、第一二四條參照）又或行爲ヲ爲スヘキコトヲ命シ義務ノ規定ヲ爲シタルモノアリ（刑事訴訟法第一九九條參照）而シテ如何ナル行爲ハ權利ニ屬シ又義務ニ屬スルヤヲ一般ニ定ムルコトハ至難ノ業ナリト雖モ其疑ノ存スル場合ニ於テ之ヲ決スヘキ標準ハ次ノ如クナルヘシ或訴訟上ノ行爲ハ之ヲ一定ノ時期ニ爲サヽルモ單ニ其行爲ヲ爲ス能ハサルニ至ルノ結果ヲ生スルニ止マリ他ニ不利益ノ結果ヲ生セサル場合ニ於テハ其行爲ヲ爲スコトハ權利ナリ例ヘハ上訴權ノ如キハ之ニ屬シ上訴期間內ニ上訴ヲ爲ササレハ單ニ上訴權喪失ノ結果ヲ生スルニ止マル反之或訴訟上ノ行爲ハ之ヲ爲サヽルニ於テハ單ニ失權ノ結果ヲ生スルニ止マラスシテ却テ其行爲ヲ強制セラルヽコトアリ此場合ニ於テハ其行爲ヲ爲スコトハ義務ナリト爲ス例ヘハ被告人カ裁判所ニ出頭スルノ義務ヲ有スルカ如ク呼出ニ應シテ出頭セサルトキハ拘引ノ強制ヲ受ルモノナリ

刑事訴訟ハ裁判所及ヒ當事者間ノ法律關係ナリ

第二　刑事訴訟ハ裁判所及ヒ當事者間ノ法律關係ナリ

現時ノ刑事訴訟ハ彈劾ノ方式ニシテ裁判所ノ外原告及ヒ被告ナル訴訟主體ヲ認ムルモノナリ故ニ刑事訴訟ノ法律關係ハ民事訴訟ト同シク此三個ノ主體間ニ於ケル權義關係ナリ即チ裁判所ト原告トノ關係及ヒ裁判所ト被告トノ關係ニ依テ刑事訴訟ノ法律關係ハ構成セラルヽモノトス而シテ裁判所ト當事者トノ關係ハ直接ノ法律關係ニシテ當事者相互ニ於ケル關係ハ裁判所ニ依テ媒介セラルヽ間接ノ事實關係ナリ又直接ノ關係ハ上下ノ關係ニシテ間接ノ關係ハ平等ノモノナリ今其關係ノ大體ヲ述レハ原告ハ訴ヲ以テ裁判所ニ對シ科刑權ニ付キ其裁判ヲ請求スルノ權アリ裁判所

ハ原告ニ對シ裁判ヲ下スノ義務アリ又被告ハ訴ヲ受クレハ裁判所ニ對シテ亦自己ニ利益ナル裁判ヲ請求スルノ權ヲ有スルニ至リ裁判所ハ之ニ對シテ亦裁判スルノ義務アリ又裁判所モ當事者ニ對シ强制權指揮權ヲ有シ當事者ハ之ニ服從スル義務アリ於茲乎上下ノ關係ヲ生ス而シテ當事者相互ノ關係ハ平等ナル攻擊ト防禦ノ事實關係ニシテ當事者カ之ヲ爲スニハ裁判所ニ對シ其攻擊又ハ防禦ノ權ヲ行使スルヲ要スルカ故ニ裁判所ニヨリ媒介セラルヽ關係ナリトス

抑モ民事刑事ノ訴訟ハ如何ナル法律關係ナルヤハ最モ困難ナル問題ニシテ學說ノ多岐ナルハ勿論ナリ今日或ル一派ノ學說ニ依レハ裁判所ト當事者間ノ法律關係ヲ否認シ裁判所カ本案ニ付キ裁判ヲ爲スハ國家ニ對スル職務上ノ義務ニシテ當事者ニ對スル義務ニ非スト唱フルモノアリ然トモ此學說ハ刑事訴訟ヲ國法上ヨリ觀察シタルモノニシテ訴訟法ニ基キ攻究シタルモノニ非サルカ如シ刑事訴訟法ニ於テハ公訴權ナルモノヲ

認メ原告ノ裁判所ニ對スル裁判請求權ヲ規定シタルカ故ニ裁判所ハ此權利ニ對シ裁判ノ義務ヲ負擔スルモノナリ又被告カ裁判所ニ對シ辯護權ヲ有スルコトハ刑事訴訟法全體ノ解釋トシテ認メラルヽ所ナレハ被告ニ對シテモ亦裁判ノ義務アリトス故ニ現行法ノ解釋トシテ裁判所及ヒ當事者間ノ法律關係ヲ認メサルヲ得サルナリ次ニ他ノ一派ノ學說ニ依レハ此法律關係ヲ認ムルモ更ニ當事者相互間ニモ法律關係アリテ被告ハ原告ニ對シ應訴ヲ爲スノ義務アリト爲スモノアリ此說ニ依レハ刑事訴訟ノ法律關係ハ三面的ノモノナリ然トモ應訴義務ハ即チ防禦ノ義務ニシテ如此義務ヲ刑事訴訟法中ニ規定シタルモノナシ應訴義務ノ論者ハ被告ニ對スル關席判決ハ此義務ニ背キタル制裁ナリト解シテ此論據ト爲スモ刑事訴訟ニ於ケル關席判決ハ被告カ裁判所ニ對スル出頭ノ義務ニ背キタル制裁ナリト云フヲ得ヘキモ原告ニ對スル義務アルカ爲メニ非ス又被告ハ裁判所ニ對シ辯護ヲ爲スノ權利ヲ有スルモ決シテ原告ニ對シ辯護ノ義務アルコト

ナシ故ニ原告及ヒ被告間ニ於ケル關係ハ事實上ノ關係ニ過キス

刑事訴訟ノ法律關係ハ進行發展スルモノナリ

第三 刑事訴訟ノ法律關係ハ進行發展スルモノナリ

刑事訴訟カ進行スルニ從ヒ其一個ノ法律關係ヨリ更ニ新ナル法律關係ヲ生ス此新ナル法律關係トシテ第一章ニ述ヘタル手續ノ段階ハ認メラルヽモノナリ即チ豫審ノ手續終了スレハ豫審判事ト當事者トノ關係ハ止ミ更ニ判決裁判所ト當事者トノ關係ヲ公判手續ニ於テ生シ公判終了セハ更ニ上訴裁判所ト當事者トノ關係ヲ生ス又手續ノ各段階ノ內ニ於テモ訴訟ノ法律關係ハ其進行ニ從ヒ一步々々ニ變化發展スルモノナリ例ヘハ公判開廷前ト其後トニ於テハ其關係ヲ異ニス然レトモ其發展スル法律關係ハ一個ノモノニ過キス別個ノモノヲ新ニ生スルニ非ス即チ訴訟ノ關係ハ終始裁判所ト當事者トノ關係ニシテ其目的モ單一ナリトス

刑事訴訟ハ公法上ノ法律關係ナリ

第四 刑事訴訟ハ公法上ノ法律關係ナリ

訴訟ハ國家ノ機關タル裁判所ト當事者ノ關係ナレハ民事ト刑事トヲ問ハス公法上ノ法律關係ナルコト明ナリ

以上ヲ以テ法律關係トシテ見タル刑事訴訟ノ意義ヲ述了セリ此意義ニ依レハ刑事訴訟ナルモノハ最モ狹キ範圍ノ手續ニ限ラルヽモノナリ即チ訴訟ノ權利義務ノ關係ハ訴ノ提起ニ依リ始マリ判決ノ確定ニ依リテ終了スルカ故ニ此間ニ於ケル手續ノミカ刑事訴訟トナルニ至ル從テ搜查手續ト刑ノ執行手續ハ刑事訴訟ニ屬セス蓋シ搜查ニ於テハ裁判所ト當事者ノ關係ナク單ニ檢事ト被嫌疑者トノ關係ニ止マリ又執行ノ手續ニ於テハ受刑者ト執行官トノ關係ニ止マレハナリ左レハ從來ヨリ學者ハ第一章ニ述ヘタル刑事訴訟ノ定義ハ廣義トシ本章ニ述フル定義ハ狹義トシテ說明スル所ナリ

第三章 刑事訴訟法ノ地位及ヒ效力

第一節 刑事訴訟法ノ地位

緒論 刑事訴訟法ノ地位及ヒ效力 刑事訴訟法ノ地位

刑事訴訟法ハ公法ノ一部ニシテ司法ニ關スル法則中刑事ニ關スルモノナリ

刑事訴訟法ハ公法ノ一部ナリ凡ソ國家ハ權利保護ノ義務ヲ有スルヲ以テ國權ニ基キ犯人ニ刑罰ヲ科スルノ方法ヲ採リ犯罪ノ爲メニ侵サレタル秩序ヲ回復スルノ權利及ヒ義務ヲ有ス此國家共同利益ノ維持ノ爲メ國家ハ司法權ヲ行フ此司法權ハ犯罪ニ對スル科刑タル方向ヲ有スル場合ニ刑罰權タリ斯ク刑罰權ハ國權ノ一部ヲ成スモノナルカ故ニ刑罰權ノ行使ニ關スル法則ノ地位ハ公法ニ屬スト而シテ刑事訴訟法ハ公法中如何ナル地位ヲ占ムルヤモ亦以上ノ所述ニ依リ之ヲ知ルヲ得ヘシ即チ刑事訴訟法ハ國家ノ統治權ノ機關タル裁判所ヲ經由シテ行フコトヲ規定シタルモノナルカ故ニ行政法ニ非スシテ司法ニ關スル法則ナリ司法トハ權利ノ有無ヲ確定シ且之ヲ執行スル國權ノ作用ナリ故ニ司法行政ナルモノト區別スルヲ要ス司法行政ハ司法ノ作用ヲ行フニ必要ナル設備ヲ爲スヲ目的トスル行政ノ作用ナリ例ヘハ裁判所職員ノ任補、事務ノ分配、裁判所ノ設立廢止ノ如シ刑事訴訟法ハ此司法行政ヲ規定スルモノニ非ス而シテ司法ニ關スル法則中民事ニ關スルモノト刑事ニ關スルモノトアリ一ツハ民事訴訟法非訟事件手續法ニシテ一ツハ刑事訴訟法ナリ故ニ民刑兩訴訟法ノ區別ハ其規定スル國權ノ異ルニ非スシテ訴訟ノ目的物ノ異ナルニ在リトス

刑事訴訟法ハ公法ニ屬スルモ其法規ニハ強制法ニ屬スルモノト任意法ニ屬スルモノトアリ強制法ハ裁判所及ヒ當事者ノ意思ヲ絕對ニ拘束スルモノニシテ任意法ハ訴訟主體ノ意思ニ依リ或ル範圍ニ於テ他ノ規則ヲ標準トスルヲ得ヘク其意思ヲ條件トシテ規定シタルモノナリ而シテ刑事訴訟法ノ重ナル規定ハ強制法ナリ是レ訴訟主體カ放肆ニ流レ訴訟ノ作用ヲ害スルヲ防クノ趣旨ニ副フモノナリ然レトモ任意法ノ存セサルニ非ス例ヘハ區裁判所ノ管轄ニハ檢事カ豫審ヲ求ムルヲ必要ト爲サヽルニ依リ定マルモノアリテ此場合ニ於テハ管轄ノ規定カ檢事ノ意思ヲ容ルヽモノトス又法定ノ期間ノ如キハ強制的ニ規定セラレタルモノナレトモ刑事訴訟法第十六條二項ニ依レハ裁判所ノ意思ニ依リ定マル場合アリ刑事訴訟法ニハ如此任意法アリト雖

モ之ヲ目シテ裁判所及ヒ當事者ハ自己ノ處分ニ依リ訴訟法ノ規定ヲ廢シ、自ラ其手續ヲ定ムルヲ得ヘク又訴訟法ニ從フコトヲ拋棄スルヲ得ルモノナリト云フヘカラス如此處分ハ先ツ以テ法規ニ基キ行ハルヽ所ノモノナリトス凡ソ任意法ハ當事者ノ拋棄ニ依リ其效力ヲ失フノ法規ニ非スシテ其內容ニハ次ノ二樣ノ規定ヲ含ムモノナリ即チ一ツハ裁判所及ヒ當事者ニ其處分ヲ爲スノ權能ヲ付スル法規ニシテ一ツハ其處分ナカリシトキニ適用セラルヘキ補充的法規是ナリ故ニ此二個ノ趣旨ヲ明文ニ於テ認ムヘカラサル限リハ強制法タルモノナリ又任意法ハ訴訟法ノ遵守ヲ拋棄スルヲ許シタルニ非サルナリ

第二節　刑事訴訟法ノ效力

第一款　事物ニ關スル效力

刑事訴訟法ノ事物ニ關スル效力

刑事訴訟法ハ刑事々件ニ適用セラルヽモノナリ然レトモ現行ノ刑事訴訟法ナル法律ハ總テノ刑事々件ニ適用セラルヽニ非スシテ通常裁判所ニ於ケル刑事々件ニノミ適用セラルヽモノトス（裁判所構成法第一條、第二條）故ニ刑事々件ヲ裁判スル特別裁判所ハ如何及行政官廳カ刑事々件ノ處分ヲ爲スコトアリヤヲ說明スレハ現行刑事訴訟法ノ事物ニ關スル效力ヲ定ムルヲ得ヘシ

刑事訴訟法ハ通常裁判所ニ於ケル刑事々件ニノミ適用セラルヽニ非スシテ特別裁判所ニ於ケル刑事々件ニ適用セラルヽモノアリ之ニ依レハ通常裁判所ト均シク刑事事件ヲ裁判スルモノナレハ通常裁判所ト特別裁判所トハ其性質上ノ區別ナシ又各特別裁判所ニ共通ナル性質アルニ非ス而シテ此特別裁判所ノ裁判事件ニ關スル規定ハ何レモ刑事事件ノ裁判ニ關スル規則ナレトモ現行刑事訴訟法ニ屬スルモノニ非ス

刑事々件ヲ裁判スル特別裁判所

第一　軍事裁判所

是レ陸海軍軍法會議ノ一種ニシテ常設ノモノナリ現行刑事訴訟法第二十三條ハ此法律ハ陸海軍ニ關スル法律ヲ以テ處分スヘキモノニ適用スルコトヲ

トヲ得スト規定セリ爰ヲ以テ軍事裁判ニ關スル規則ハ現行刑事訴訟法ニ屬セサルコト明カナリ軍事裁判所ハ左ニ揭クル者ノ犯シタル重罪、輕罪ノ審判及ヒ違警罪ノ正式裁判ヲ爲ス(陸軍治罪法第一條、海軍治罪法第一條)茲ニ重罪、輕罪及ヒ違警罪ト稱スルハ刑法施行法第二十九條乃至第三十一條ニ依リ之ヲ定ムヘキモノトス蓋シ陸海軍治罪法ハ刑法施行法第二十八條乃至第三十七條ニ所謂他ノ法律ニ屬シ其規定ノ適用アルモノナレハナリ

一　軍人、準軍人(陸軍治罪法第一條、陸軍刑法施行法第二四條、陸軍治罪法第九條、海軍治罪法第一條、海軍刑法施行法第二四條、海軍刑法第八條、利法第八條、第九條參照)

二　俘虜、降人(陸軍治罪法第二五條、海軍交渉處分法第三〇條參照)

三　海軍諸用ニ供スル船舶ニ在テ重罪、輕罪ヲ犯シタル常人(明治一八年布告第一二號、陸海軍交渉處分法第三條參照)此場合ニ於テハ海軍々法會議ニ於テモ又通常裁判所ニ於テモ審判スルコトヲ得ルモノトス(同布告第五條參照)

右交涉處分法第二條ニ依レハ軍人、常人共ニ普通刑法又ハ陸海軍刑法ノ重

罪、輕罪ヲ犯シタルトキハ軍人法會議ニ於テ裁判シ常人ハ普通裁判所ノ裁判ニ付ス但普通裁判所ニ於テ軍人ノ共犯人ヲ逮捕シタルトキハ一應訊問ノ上證據書類ト共ニ之ヲ軍衙ニ送致ス又多衆ノ軍人、常人相互ニ鬪毆殺傷ノ罪ヲ犯シタルトキハ軍官法司ノ會同審問ヲ爲スコトヲ得(同布告第五條參照)此會同審問ハ軍事裁判所ノ一種ト云フヘシ(明治一九年四月陸海軍省令會同訊問規則參照)

第二　戰時裁判所

戰時裁判所ハ戰時又ハ事變ニ際シ一時的ニ構成セラルヘキ軍法會議ナリ臨時軍法會議、合圍地軍法會議ノ如キ是ナリ(海軍治罪法第九條、明治二八年法律第五號、同年勅令第九二號參照)其構成ニ付テ異ル所アリ(陸軍治罪法第八條第一一條第一四條、海軍治罪法第八條第一一條第一七條參照)其管轄ハ軍人ノ外敵前、軍中又ハ臨戰合圍ノ地ニ在テ重罪、輕罪ヲ犯シタル常人ニ及フモノトス(交涉處分法第三條、陸軍治罪法第一二三條、海軍治罪法第一一條第一二條參照)

以上二個ノ特別裁判所ニ於ケル軍人ノ犯罪ノ管轄ハ重罪、輕罪ニ該ルヘキ犯罪ニシテ軍人違警罪ヲ犯シタルトキハ即決例ニ依リ憲兵部ニ於テ其處分ヲ

爲シ其地ニ憲兵部ナキトキハ警察署ニ於テ處分ス（明治一九年勅令第五五號陸軍々人違警罪即決處分例、同二二年法律第二五號海軍々人違警罪即決處分例參照）

其ノ三

第三 臺灣總督府法院及臨時法院

明治二十九年律令第二號臺灣總督府臨時法院條例及ヒ明治三十一年律令第十六號臺灣總督府法院條例ニ依リ設クルモノニシテ通常裁判所ニアラサルコト明カナリ而シテ臺灣ニ於テハ明治四十一年律令第九號臺灣刑事令ヲ以テ刑事ニ關シテ刑法、刑法施行法、刑事訴訟法ニ從フヘキコトヲ規定シタレトモ是レ刑事訴訟法ト其規定ヲ同ウスル律令ノ行ハルヽモノニシテ直接ニ刑事訴訟法カ效力ヲ有スルニアラス

其ノ四

第四 統監府裁判所

明治四十二年勅令第二百三十六號統監府裁判令ニテ設ケラレ其刑事訴訟法トノ關係ハ臺灣總督府法院ト同一ナリ（四二年勅令二三七號統監府裁判所司法事務取扱令）

其ノ五

第五 關東洲法務院

明治四十二年勅令第二百十二號關東洲裁判令ニテ設ケラレ其刑事訴訟法トノ關係ニ付テハ第三ト同一ナリ（四一年勅令第二一三號關東洲裁判事務取扱令參照）

其ノ六

第六 領事裁判所

清、暹ニ於テハ駐在領事カ輕罪及ヒ違警罪ノ裁判ヲ爲シ重罪ノ豫審ヲ行フ（務ニ關スル法律參照）重罪ノ公判ハ長崎地方裁判所之ヲ行フ（裁判所構成法施行條例第一五條、明治三二年法律第七〇號領事官ノ職

領事裁判ニハ刑事訴訟法ト規定ヲ同フスル上記ノ法律カ適用セラルヽモノニシテ刑事訴訟法カ直接ニ效力ヲ有スルニアラサルナリ

以上特別裁判所ノ外左ノ場合ニ於テハ行政官廳ニ於テ刑事事件ヲ處分スルモノナリ故ニ之ニ關スル規則モ亦現行刑事訴訟法ニ屬スルモノニアラス

第一 拘留又ハ科料ニ該ル罪ハ警察署長及ヒ分署長又ハ其代理タル警部ニ於テ即決ヲ以テ裁判ス（明治一八年布告第三一號違警罪即決例第一條參照）而シテ此即決ノ言渡ニ對シテハ違警罪裁判所ニ正式ノ裁判ヲ請求スルコトヲ得（同例第三條參照）正式裁判ノ

請求アレハ即決ノ言渡ハ當然消滅シ訴訟ハ區裁判所ニ繫屬ス

拘留又ハ科料ニ該ル罪ハ裁判所構成法第十六條第一號ニ依リ區裁判所ノ管轄ニ屬スルモノナレハ違警罪ノ即決裁判ハ其特例ニ屬ス故ニ初メ區裁判所檢事カ違警罪ヲ覺知シタルトキハ刑事訴訟法第六十三條ニ依リ即決裁判ニ付セスシテ區裁判所ニ起訴セサルヘカラス又地方裁判所檢事カ違警罪ナリト思料シ又ハ認知シタルトキニモ即決裁判ニ付スルヲ得ス刑事訴訟法第六十二條第三號ニ依リ區裁判所檢事ニ送致セサルヘカラス

第二 間接國稅犯則者ノ處分ニシテ罰金ニ該ル者ハ稅務署長ニ於テ通告書ヲ作リ本人ニ送達シ處分スルコトヲ得(明治三三年三月法律第六七號間接國稅犯則者處分法第一四條參照)若シ犯則者七日間ニ通告ノ旨ヲ履行セサルトキハ處分者ヨリ管轄裁判所檢事ニ告發シ檢事之ヲ裁判所ニ起訴スヘキモノトス但犯則者通告ノ旨ヲ履行シタルトキハ管轄裁判所ノ檢事ハ之ヲ起訴スルコト能ハサルナリ(同法第一六條、第一七條參照)

間接國稅犯則處分法ハ烟草專賣法違反事件(明治三七年法律第六七條)粗製樟腦樟腦油專賣法違反事件(明治三六年法律第二三條)鹽專賣法違反事件(明治三七年法律第三八條)酒母、醪麴取締法違反事件(明治三七年法律第一六條)ニ之ヲ準用シ又關稅法第八十四條乃至九十七條ハ同法犯則事件ノ調査及處分ニ付キ同樣ノ規定ヲ爲セリ

以上二種ノ處分ハ其實質ヨリスレハ司法ノ處分ナリ之ヲ司法處分ナリトスルモ決シテ違憲ノ見解タラス蓋シ結局ハ裁判所ノ裁判ヲ以テ事ヲ決スルノ途ヲ開ケハナリ唯事實上各場合ニ於テ裁判所ノ審判ヲ受ケサルコトヲ生スルコトアレハ憲法ニ違フモノニ非ス

如何ナル刑事事件ハ通常裁判所ニ屬シ如何ナルモノハ他ノ官廳ニ屬スルヤハ法律ニ於テ之ヲ嚴格ニ定ムト雖モ各個ノ場合ニ當テハ其間ニ疑義ヲ生スルヲ免カレス通常裁判所モ亦他ノ官廳モ共ニ同一事件ノ裁判ヲ自己ニ屬スルモノナリト主張スルコトアリ又共ニ自己ノ權限ニアラスト主張スルコト

アリ之ヲ積極又ハ消極ノ權限爭議ト云フ此爭議ノ裁定ヲ權限爭議裁判所ニ於テ爲スコトハ我國法ニ於テ之ヲ規定スル所ナシ依テ各官廳ハ其事件ヲ審理裁判スルニ先チ自己ノ權限ヲ調査スヘキモノトス通常裁判所、特別裁判所其他ノ行政官廳ハ各自ニ自己ノ管轄權限ヲ審査スルノ權ヲ有シ各裁判所ノ判決ハ他ノ裁判所ヲ拘束スルコトナシ依テ各刑事事件ニ付テ各裁判所及ヒ官廳ノ關係ハ左ノ如シ

通常裁判所ト行政官廳トノ關係

第一 通常裁判所ト行政官廳トノ關係

警察ノ即決裁判ニ對シテハ正式ノ裁判ヲ求ムルヲ得ヘシ正式裁判ノ請求ハ警察官ノ權限ナクシテ即決裁判ヲ爲シタル塲合其他其權限ヲ超エタル塲合ニモ亦之ヲ爲スコトヲ得ヘシ而シテ正式裁判ノ請求ト同時ニ即決裁判ハ消滅スルモノナレハ此請求アレハ權限爭議アルコトナク又權限ノ超越ナルモノ消滅ス(稅務署長ノ通告ヲ履行セサル塲合亦同シ)然レトモ正式裁判ノ請求ハ一定ノ期間內ニ爲スヘキモノナレハ此期間ヲ過クレハ縱令

權限ノ超越アルモ即決裁判ハ確定シ執行スルヲ得ルニ至ルヘシ且裁判所ハ即決ニ係ル被告事件ヲ重キ刑ニ該ル罪ナリト思料スルモ更ニ之ヲ裁判スルヲ得サルニ至ル(即決例第七條參照)

間接國稅反則事件ニ付キ同一事件ヲ裁判所ト行政官廳トカ同時ニ處分セシムルコトナカラシムルカ爲メ判例ニ依レハ此反則事件ニ付テ告發ナケレハ檢事ハ之ヲ起訴スルヲ得ストノ解釋ヲ爲セリ然レトモ此解釋ハ當ヲ得サルカ如シ蓋シ反則處分法ハ通告ヲ履行スレハ起訴ヲ許ササル規定ヲ爲シタルモ告發ヲ起訴ノ條件ト爲シタルモノト解スル能ハサレハナリ

第二 通常裁判所ト特別裁判所トノ關係

軍法會議ニ付テハ交涉處分法第四條ニ於テ其權限ヲ超越シタルトキハ被告人ヨリ大審院ニ上告スルコトヲ得ルモノトセリ被告人カ上告ヲ爲セハ權限爭議ヲ生セサルモ上告ヲ爲サヽルトキハ其判決ハ確定シテ其效力ハ互ニ之ヲ侵スヲ得ス(同法第六條)故ニ特別ノ規定ナキ限リハ各裁判所ハ權限ナ

シト宣告スルモ他ノ裁判所ヲ拘束セス又各裁判所ハ自己ノ權限ニ屬スルノ理由ヲ以テ他ノ裁判所ノ裁判ヲ無效ナリト宣言スルヲ得ス積極又ハ消極ノ爭議ヲ生シ積極ノ場合ニ於テハ二重ニ刑ノ執行ヲ受ルコトアルヘクヌ消極ノ場合ニハ實際ノ犯罪者モ刑ヲ受ルニ至ラサルコトアルヘシ領事ノ裁判ニ對シ上訴ヲ爲シタルトキハ權限爭議ヲ生セサルモ其裁判確定ニ至レハ權限ヲ超越スルモ有效ニシテ執行シ得ヘキモノトス

第二款　土地ニ關スル效力

刑事訴訟法ハ一定ノ土地ノ上ニ行ハル即チ一定ノ土地ニ於テ取扱ハルヽ刑事事件ニ適用セラルヽモノトス我刑事訴訟法ハ臺灣ヲ除クノ外日本帝國ノ全版圖ニ行ハルルモノナリ裁判所構成法ハ此版圖ニ於テ通常裁判所ヲ設ケ刑事訴訟法ハ通常裁判所ノ手續ヲ定ムルモノトス而シテ裁判所構成法ノ如キ司法機關ニ關スル規則ノ土地ノ支配ニ付テハ之ヲ設置シタル權力ノ範圍

ニ伴フコト敢テ疑ヲ容レス反之司法上ノ行爲、其條件及ヒ效果ヲ定ムル規則ニ於テハ問題タルヘシ今其原則ヲ擧クレハ左ノ如シ

日本帝國內ノ通常裁判所ニ於ケル刑事事件ノ手續ハ刑事訴訟法ノ規定ヲ標準トス即チ訴訟行爲カ內國ニ行ハルレハ訴訟行爲ノ條件、效果ハ內國法ニ從テ之ヲ定メ之カ外國ニ於テ行ハルヽトキハ外國法ニ從テ定ム但領事裁判ハ內國ニ於ケル訴訟ト同一ニ看做スヘキモノトス

右ノ原則ヨリ生スル結果左ノ如シ

第一　刑事訴訟法ハ判決スヘキ犯罪カ內國ニ於テ行ハレタル場合ノミナラス外國ニ於テ行ハレタル場合ニ於テモ日本帝國ノ通常裁判所ニ於テ適用セラル

第二　外國ノ裁判所ニ繫屬スル刑事訴訟手續ヲ補助スル爲メ帝國ノ通常裁判所ニ於テ爲ス所ノ訴訟行爲即チ所謂共助ノ行爲モ亦刑事訴訟法ニ從ハサルヘカラス（明治三八年法律第六三號外國裁判所ノ嘱託ニ因ル共助法第三條）

外國ノ裁判所ヨリ訴訟行爲ノ囑託ヲ受ケタル場合ニ於テハ日本ノ裁判所ハ外國ノ委任ニ依テ其權利ヲ行フモノニアラス自國ノ裁判權ヲ以テ行動スルモノタリ元來外國ノ裁判官ハ日本ノ裁判所ニ委任ヲ爲スヲ得ス換言スレハ外國裁判官ノ權利ハ囑託ヲ受クル所ノ日本ノ裁判官ノ領分ヲ侵シテ之ヲ伸張スルコトヲ得サルナリ故ニ內國法ノミカ其訴訟行爲ヲ許スヘキヤ否ヤ又ハ强制ヲ爲シ得ルヤ否ヤヲ內國ニ於テ定ムルモノトス而シテ此原則ハ獨逸民事訴訟法第三百六十九條ノ如キ規定ヲ設クルト又囑託裁判所ニ於ケル訴訟ノ方式ヲ用ユルコトヲ內國法ニテ設クルトニ依リテ消滅スルモノニ非ス

以上ノ原則ヲ一言以テ之ヲ蔽ハヽ我刑事訴訟法ノ規定ハ屬地主義ニ基因スルモノナリ

第三款　人ニ關スル效力

刑事訴訟法ノ人ニ關スル效力

原則

刑事訴訟法ノ人ニ對スル支配ハ無制限ナルヲ原則トス即チ內國ニ在留スル者ナルト外國ニ在ル者ナルトヲ問ハス又外國人ナルト內國人タルトヲ區別セス蓋シ內國裁判權ノ行使ハ內國ノ版圖ニ限ラルヽト雖モ而モ被告人トシテ裁判權ニ服從シ訴追ヲ受クルニハ其者カ內國ニ在留スルコト敢テ必要ニアラス唯其者ニ對シ强制處分ヲ行フニハ其人又ハ物カ內國ニ在ルヲ必要トスルハ屬地主義ノ結果ニシテ刑事訴訟法ノ土地ニ關スル效力ニ屬ス人ニ關スル效力トシテハ內國ニ在留スルコトヲ必要トセス

國法上ニ基ク除外例

日本帝國內ニ在留スル者ハ其何人タルヲ問ハス帝國ノ裁判權ニ服從スルヲ以テ原則トスレトモ茲ニ二三ノ例外アリ即チ此例外ハ國法ニ基クト國際法ニ據ルトアリテ左ノ如シ

第一　天皇

帝國憲法第三條ニ天皇ハ神聖ニシテ侵スヘカラストアリ是レ刑法及ヒ刑

國際法上ニ基ク除外例

事訴訟法ニ服從セサル所以ニシテ其理由ハ全ク國法上ニ存ス即チ裁判權ノ主體ハ自ラ裁判權ニ服從スルヲ得ストノコト是ナリ此理由ニ依ルトキハ憲法第三條ノ規定ナキモ刑事裁判權ニ服從セサルハ勿論ニシテ疑ナキ所タリ而シテ攝政モ亦天皇ト同シク刑事裁判權ニ服從セサルモノトス

第二　治外法權者

治外法權者ハ罪ヲ犯スコトヲ得ストノ說ハ其地位ヲ誤解シタルモノナリ治外法權者ニ對シテハ唯內國ノ裁判權ハ之ニ及ハサルカ故ニ其犯罪ニ付テハ帝國裁判所ニ之ヲ訴追スルヲ得サルノミ而シテ治外法權者ノ所爲トシテ犯罪タルヲ免カレスシテ其犯罪ハ唯彼カ特別ノ地位ヲ有スルノ故ヲ以テ之ヲ訴追スルヲ得サルニ過キス故ニ彼カ治外法權者タラサルノ地殊ニ其本國ニ於テハ其犯罪所爲ニ付キ處罰セラルヘキヤ勿論ナリ又彼カ治外法權ヲ有スル國ニ於テモ尙ホ治外法權ノ因テ生スル地位ヲ喪失シタルトキハ之ヲ訴追スルコトヲ得ヘシ例ヘハ公使カ公使タルノ資格ヲ失ヒタル時ノ如シ是ニ由テ之ヲ觀レハ治外法權者ニ對シテハ處罰條件ヲ缺クモノニアラスシテ唯訴訟條件ヲ缺クノミナリトス斯ク彼ニ對シテハ訴追ヲ爲スヲ得サルヲ以テ若シ治外法權者ニ對シ刑事ノ訴訟起ルトキハ無罪又ハ免訴ノ言渡ヲ爲スヘキモノニアラスシテ內國ニ裁判權ナシトノ理由ニ基キ管轄違ヲ言渡スヘキナリ

訴訟法上ニ基ク除外例

第三　日本ノ皇族

皇族ニ關スル除外例ハ實體上ノモノニアラスシテ訴訟法上ニ關シ且全部ノモノニ非ス即チ皇族ハ勅許ヲ得ルニアラスンハ之ヲ勾引シ又ハ裁判所ニ召喚スルコトヲ得サルコト（皇室典範第五一條參照）及ヒ皇族ノ犯シタル禁錮以上ニ該ル犯罪ノ豫審、公判ハ大審院カ第一審及ヒ終審トシテ取扱フコト（裁判所構成法第五〇條第二項參照）是ナリ

實體上及訴訟上ニ基ク除外例

第四　帝國議會ノ議員

實體上ノ除外例トシテ議員ハ議院ニ於テ發言シタル意見及ヒ表決ニ付キ

院外ニ於テ責ヲ負フコトナク(憲法第五十一條參照)訴訟上ノ除外例トシテハ兩議院ノ議員ハ現行犯又ハ內亂外患ニ關スル罪ヲ除ク外會期中其院ノ許諾ナクシテ逮捕セラルヽコトナシ

第五　軍人

陸海軍ノ軍人カ犯シタル犯罪ハ其軍事犯タルト通常犯タルトヲ問ハス通常裁判所ニ於テ裁判セスシテ之ヲ軍法會議ニ於テ裁判スヘキコトハ前既ニ述ヘタル所ノ如シ尤モ軍人ノ犯シタル罪ニシテ其身分ヲ失ヒタル後發覺シタルトキハ通常裁判權ニ服スヘキモノトス又通常裁判所ニ於テ審理中軍人ノ身分ヲ得レハ通常裁判所ハ管轄違ノ言渡ヲ爲スヲ要ス(陸軍治罪法第二六條、海軍治罪法三一條參照)

第四款　時ニ關スル效力

刑事訴訟法ハ他ノ法律ノ如ク一定ノ期間其效力ヲ有ス換言スレハ其實施ノ日以後ニ起ル訴訟ニ適用セラルヽモノトス故ニ訴訟法ハ其實施期間前及ヒ後ニ效力ヲ及ホサヽルナリ刑事訴訟法第二十二條第一項ハ之ヲ表シテ曰ク「其頒布以前ニ係ル犯罪ニモ亦之ヲ適用ス」ト即チ現行刑事訴訟法ノ支配カ始マル以前ニ成立シタル犯罪ナリトモ現行刑事訴訟法ハ其實施期以後ニ於テ通常裁判所ニ繫屬シタル各刑事訴訟手續ヲ支配スルモノナリトス

舊法繼續事件ニ關スル新法ノ效力

舊治罪法カ廢止セラレ新ナル現行刑事訴訟法カ實施セラレタル時ニ當リ舊治罪法時代ニ起リ之ニ依リテ進行シ來リ新刑事訴訟法實施ノ期ニ至ルモ未タ落着ヲ告ケサル夥多ノ刑事訴訟アルヘシ斯ノ如キ事件ニ對シテハ新法ハ如何ナル效力ヲ有スルヤノ問題ヲ生ス此問題ハ左ノ二問題ニ細別シテ之ヲ決セサルヘカラス

問題其ノ一

第一　裁判所構成法施行前ニ在リタル從來ノ治安裁判所、始審裁判所、重罪裁判所及ヒ高等法院ハ一旦其裁判所ニ繫屬シタル事件ヲ處理スルニ必要ナル限リハ其終了マテ構成法實施以後ニ於テモ亦存在シ裁判所構成法ニ依

リ新ニ設ケラレタル通常裁判所ハ新ニ繫屬スル刑事訴訟ノミヲ取扱フモノナルヤ

問題其ノ二

解決

第二 新刑事訴訟法實施ノ日ニ未タ落着セサル刑事訴訟ニハ總テノ手續ノ構成ニ關シテハ現行刑事訴訟法ニ依リテ支配セラルヽヤ

第一ノ問題ニ付テハ裁判所構成法施行條例ニ於テ「裁判所構成法實施ノ日ニ從來ノ裁判所ニ繫屬シタル事件ハ裁判所構成法ニ依テ設ケラレタル通常裁判所ニ移ルモノトス」トノ決定ヲ與ヘタリ之ニ依リ同日ニ至リテハ從來ノ舊裁判所ハ廢止消滅シタルモノナリ（裁判所構成法施行條例第四條乃至第六條及ヒ第八條參照）

次ニ刑事訴訟法第二十二條ニ依リ新ナル裁判所ニ移リタル事件ハ訴訟關係ノ成立ノ時ニ行ハレタル舊法ニ依リテ終局マテ進行セスシテ新刑事訴訟法ノ規定カ適用セラルヽモノトス然レトモ新法實施ノ時期マテ舊法ニ依リ進行シ來リタル手續ハ其當時ニ於ケル規定ニ背反セサルトキハ有效ナリト爲スヲ以テ新ナル裁判所ニ於テハ其移リタル事件ヲ更ニ初メヨリ新ナル手續ニ依テ效力ヲ生シ又舊法ノ下ニ於テ行ハレタル效果ハ新法時代ノ訴訟行爲ニ影響ヲ及ス場合ニ於テモ亦舊法ニ依リ定ムルモノナリ

被告事件ノ審理カ新舊二法ニ跨ル場合ニ其取扱ヲ刑事訴訟法第二十二條ノ如ク定ムルコトハ或ハ便宜ナリト雖モ之ヲ學理ヨリ觀察スレハ斯ル場合ニ於テハ組織體ヲナス手續ノ規定ト然ラサルモノトヲ區別シテ之ヲ定ムルコトヲ要ス公判審理ノ如キハ新舊二法ニ基キ中途ヨリ其手續ヲ變換スヘキモノニアラス元來公判ハ終始貫通セル完全ナル組織體ヲ成スモノニシテ其一部ノ行爲ノ效果ハ其前後ニ於ケル訴訟行爲全體ニ關係スルモノナルカ故ニ新舊二法ノ間ニ根本的ノ差異ナキトキト雖モ初メハ一ノ訴訟法ニ從ヒ公判

ヲ開キ其規定ニ依テ訴訟記錄ノ朗讀、證人ノ訊問等ヲ爲シ來リタルニ突然或時期ヨリ他ノ訴訟法ヲ適用シ手續ヲ進行セシメ而モ其審理辯論ノ全體ニ基キ判決ヲ言渡スコトハ至難ノ業ナリ殊ニ新舊二法各其基本タル主義ヲ異ニシ舊法ハ書面審理主義ヲ採リ新法ハ口頭辯論主義ニ據リタルカ如キ場合ニ於テハ舊法時代ニ集取シタル證據材料ハ充分ナル判決ノ基本ト爲スヲ得サルヘシ是故ニ本問ノ場合ニハ或ハ徹頭徹尾舊法ニ據リ訴訟ヲ終了セシムルカ或ハ訴訟手續ヲ新ニ始ムルカノ二途何レカヲ採ラサルヘカラス反之組織的一體ヲ爲サヽル搜査豫審ノ如キ手續ハ上述ノ理論ニ依ルヘキニ非ス又强制處分ノ如キ手續モ搜査豫審ト同シク舊法ノ手續ニ引續キ新法ヲ適用スルヲ得ヘキモノナリ

既ニ舊法時代ニ確定判決ヲ經タル事件ハ更ニ新法ノ適用ヲ受クルコトナキヲ原則トス新法ニ於テ上訴期間ヲ延長スルモ舊法ニ依リ既ニ判決確定ニ至リタル事件ニ付テハ新法ニ基キ上訴ヲ爲スヲ得ス然レトモ再審ノ如キハ舊法時代ニ確定判決ヲ經タル事件ニモ亦新法ニ從ヒ之ヲ爲スヲ得ヘキモノトス蓋シ再審ハ新ナル原由ニ基キ開始セラルヽ手續ナレハ舊法時代ノ手續ノ引續キニ非ス全然新法ノ支配ヲ受クヘキ手續ナレハナリ

刑法第六條ヲ適用スルヤ將タ訴訟法第二十二條ヲ適用スルヤノ問題ハ其適用セラルヘキ事項カ刑罰ニ關スルモノナルヤ又ハ訴訟ニ關スルモノナルヤニ依テ別ルヽナリ故ニ親告罪ノ告訴ノ如キハ訴訟條件ナルカ故ニ舊法時代ノ親告罪ヲ新法ニテ職權訴追ノ罪ト爲シタルトキ例ヘハ刑法ノ脅迫罪ノ如キモノニ付テハ舊法ノ下ニ於テ犯シタル親告罪タリトモ新法實施後ニ訴追スルニハ敢テ告訴ヲ要セサル道理ナリ然レトモ斯クスレハ被害者ノ保護十分ナラサル故ニ刑法施行法ニ於テ其反對ノ明文ヲ設ケタリ又過失傷ノ如キ新法ヲ以テ始メテ親告罪ト爲シタル罪ニ付テハ舊法ノ下ニ於テ告訴ナクシテ有效ニ起リタル公訴ハ新法ニ依リ決シテ訴訟條件ノ欠缺トナル可キニ非サルカ故ニ新法實施後モ其訴ハ有效ナリ只新法實施後ニ於テ起シタル訴ノ

ミニ付キ告訴ヲ要ス。公訴ノ時效ノ如キハ刑罰消滅原因ナルカ故ニ刑法第六條ノ適用ヲ受ク從テ刑訴第八條ノ時效期間ノ改正ハ舊法時代ノ罪ノ時效期間ニ付キ新舊法ノ比照ノ必要ヲ生シ輕キモノヲ適用スヘキナリ或ハ此場合ニ刑訴第二十二條第一項ヲ引用シ之ニ依テ常ニ新法ノ時效期間ニ從フト唱フルモノアリト雖モ此規定ハ上述シタル趣旨ヲ有スルニ止マリ決シテ刑罰消滅原因ニ關シ刑法第六條ノ適用ヲ排斥スルノ趣旨アルニ非ルサナリ

訴訟ノ方式ノ異ナルニ依リ訴訟主體ヲ異ニス

第一編　訴訟主體

第一章　總論

訴訟カ糺問ノ方式ナルト彈劾ノ方式ナルトニ依リ訴訟主體タル者ヲ異ニス糺問方式ノ訴訟ニ於テハ糺問判事ノミヲ以テ訴訟主體ト爲シ彈劾方式ノ訴訟ニ於テハ糺問判事ノ外ニ裁判所及ヒ當事者ヲ以テ訴訟主體ト爲ス而シテ現行ノ刑事訴訟法ハ彈劾ノ方式ヲ取ルカ故ニ訴訟主體タル者ハ裁判所及ヒ當事者ナルコト疑ナシ

訴訟上ノ處分權

訴訟主體ノ意義ハ當事者ナルモノヽ意義ト牽連スルカ故ニ當事者ノ意義ヲ實體上ノ權利義務ニ基ケル學說ト訴訟上ノ權利ニ掬ム學說トニ依リ訴訟主體ノ意義ヲ異ニセサルヘカラス第一ノ學說ヲ採レハ裁判權ノ主體ト科刑權上ノ法律關係ニ立ツ權利義務者トヲ以テ訴訟主體ト謂フノ外ナシ第二ノ學說ヲ採ルトキハ訴訟ニ關與スル者ニシテ訴訟上ノ處分權ヲ有スルモノヲ以テ訴訟主體ト爲ス依テ訴訟上ノ處分權ナルモノヽ意義ヲ明ニスルヲ要ス訴訟上ノ處分權トハ自己ノ意思ヲ以テ訴訟全體ノ進行又ハ主タル訴訟上ノ各作用ヲ行フノ權利ヲ謂フ今其性質ヲ分解スレハ左ノ如シ

第一　訴訟上ノ處分權ハ之ヲ實體上ノ處分權ト區別スルヲ要ス實體上ノ處分權ハ科刑權ヲ其目的物ト爲シ之ヲ左右スルモノナリ反之訴訟上ノ處分權ハ訴訟ノ目的物タルモノヲ左右スルノ權利ニ非スシテ訴訟ノ方式即チ

其主タル行爲ヲ目的物トナス例ヘハ訴訟ノ開始、進行、中止、終了ノ如キ又訴追、辯護、擧證、上訴ノ申立ノ如キ行爲ヲ爲スニ在リトス斯ク此二個ノ處分權ハ全然之ヲ區別スルヲ要スルモ實際ノ效果ニ至リテ或ハ混同セラルヽコトナキヲ保セス於時訴訟上ノ處分權ヲ行使セスシテ間接ニ實體上ノ處分ヲ爲スニ至ルコトアリ故ニ實體上ノ處分權ヲ認メサル刑事訴訟ニ於テハ此兩個ノ處分ニ屬スル事項ヲ嚴重ニ區別シ訴訟上ノ處分權ヲ行使シテ訴訟ノ目的物ニ影響ヲ及ホサシメサルノ注意ヲ爲スコト必要ナリ依テ公益ヲ維持スヘキ職務上ノ義務アル者ヲ以テ訴訟主體ト爲シ可成一私人ニ此訴訟上ノ處分權ヲ委セサルモノトス

第二 訴訟上ノ處分權ハ自己ノ意思ヲ以テ訴訟ノ方式ヲ用ユルト否トヲ決スルヲ內容トス例ヘハ上訴ノ申立ヲ爲シ又ハ之ヲ取下クルヲ決スルハ訴訟主體ナリ反之他人ノ意思ニ基キ訴訟ニ關與スル者ハ訴訟代理人、補佐人ナルカ若クハ證人ノ如キ訴訟ノ方法タルモノナリ

第三 訴訟上ノ處分權ノ主體ニ付テハ訴訟ノ主タル作用カ數個アリテ且獨立シタルモノナルトキハ之ヲ數個ノ主體ニ分擔セシメ數個ノ訴訟上ノ處分權ノ主體ヲ認ムルヲ得ヘシ訴訟ノ主タル作用ハ裁判ノ作用、訴追ノ作用、辯護ノ作用ノ三ツヲ獨立セシメサルヲ得此三個ノ作用ヲ一個ノ訴訟主體ニ併セテ歸屬セシムレハ糺問ノ方式トナリ之ヲ三個ノ主體ニ分擔セシムレハ彈劾ノ方式タリ

以上ノ如ク訴訟主體ノ說明ハ彈劾訴訟ト糺問訴訟トノ區別ノ基本タルモノナルカ故ニ次章ニ於テ此區別ヲ述フヘシ

第二章 糺問及ヒ彈劾

糺問ト彈劾トノ區別ハ訴訟ノ方式ニ關スル區別ニシテ刑事訴訟ノ基本タル主義ノ區別ニ非ス糺問ノ方式ハ訴訟主體ヲ裁判官ノミニ止メ裁判官ハ訴追

則ナリ

辯論主義（處分權主義）ト彈劾ノ方式

ト裁判トヲ併セテ行フ方式ナリ故ニ裁判官ハ訴ヲ待タス自ラ進テ犯人ヲ處罰スルヲ得ヘシ彈劾ノ方式ハ裁判官ノ外當事者ヲ以テ訴訟主體ト爲シ訴追ハ當事者ニ之ヲ行ハシメ裁判官ハ裁判ノ作用ヲ爲スニ止マルノ方式ナリ故ニ裁判官ハ原告ノ訴アルニ非サレハ審理裁判ヲ爲サヽルモノトス而シテ何レノ方式ヲ採ルモ刑事訴訟ノ基本ノ主義ハ職權主義ナリ今糺問ト彈劾トノ區別ヲ說明スルニハ民事訴訟ト刑事訴訟トヲ對照シテ觀察スルヲ便トス

民事訴訟ニ於テハ彈劾方式ト辯論主義トヲ採ルコトヲ要ス民事訴訟ハ權利者及ヒ義務者ノ處分ヲ爲シ得ヘキ請求ヲ以テ訴訟ノ目的物トナスカ故ニ實體法上ノ權利者及ヒ義務者ハ訴訟中ト雖モ尙ホ實體上ノ處分權ヲ失ハス是ニ於テ相爭者ハ常ニ訴訟上ノ處分權ヲ享有シ此訴訟上ノ處分權ヲ行使シテ以テ實體上ノ處分ヲ爲スヲ得セシメサルヘカラス故ニ實體上ノ法律關係ニ立ツ當事者ハ必ス民事訴訟ノ訴訟主體トシテ認メラレ未タ曾テ裁判官ノミヲ以テ訴訟主體ト爲ス所ノモノヲ見ス又當事者ハ訴訟上ノ處分ヲ以テ訴訟

職權主義（非處分權主義）ト糺問ノ方式

ノ目的ヲモ併セテ處分スルヲ得ルカ故ニ當事者ノ訴訟上ノ處分ハ他ノ訴訟主體即チ裁判官ニ對シ之ヲ拘束スルノ效果ヲ及ホスモノナリ此關係ヲ指シテ辯論主義ト稱ス左レハ辯論主義ハ處分權主義ノ側面ナリ處分權主義ハ當事者ニ實體上ノ處分ヲ許スモノニシテ辯論主義ハ實體上ノ處分ニ對シ效果ヲ及ホス訴訟行爲ヲ當事者ニ委ネ裁判官ハ自己ノ訴訟上ノ處分權ヲ以テ當事者ノ處分ヲ妨ケサラシムルモノナリ故ニ辯論主義ヲ採レハ訴訟ノ進行、訴訟材料ノ提出、裁判ノ範圍ハ皆當事者ノ處分ニ依テ定マルモノトス而シテ此辯論主義ト彈劾ノ方式トハ混スヘカラス前者ハ訴訟上ノ處分權ト共ニ實體上ノ處分權ヲ當事者ニ認ムルモノニシテ後者ハ單ニ當事者ナル訴訟主體ヲ認メ之ニ訴訟上ノ處分權ヲ附與スルニ在リトス

刑事訴訟ニ於テハ辯論主義ト正反對ナル職權主義ヲ認ムルヲ必要トシ且糺問ノ方式ヲモ採用スルヲ得ヘシト雖モ刑事訴訟ハ何人モ實體上ノ處分ヲ爲シ能ハサル科刑權ヲ目的物ト爲スカ故ニ必スシモ相爭者ニ訴訟上ノ處分權ヲ

訴訟主體　糺問及ヒ彈劾

附與スルヲ要セス從テ實體上ノ權利者又ハ義務者ヲシテ訴訟主體トシテ訴訟ニ關與セシメサルモ亦可ナリトス却テ當事者ナルモノヲ認ムルニ於テハ訴訟上ノ處分權ヲ以テ間接ニ科刑權ヲ處分スルノ實際上ノ效果ヲ生セシメサルノ措置ヲ爲ササルヘカラサルカ故ニ眞實ヲ發見スルノ目的ヲ達スルニハ裁判官ノミヲ訴訟主體ト爲スコト便宜ナルカ如シ然レトモ後ニ述フルカ如ク糺問ノ方式ニモ亦弊害ヲ伴フカ故ニ當事者ナルモノヲ刑事訴訟ニ認メサルヘカラサルニ至ル之ヲ認ムルモ當事者ヲシテ訴訟上ノ處分權ヲ行使シ以テ實體上ノ處分ヲ爲サシムルヲ許ス能ハス故ニ刑事訴訟カ彈劾ナルハ其方式カ糺問ノ如ク一個ノ訴訟主體ノミヲ認ムルニ非スシテ他ノ訴訟主體ニ公訴ノ提起實行ヲ爲サシムルノ方式ナルニ在リ其基本タル主義ハ彈劾ノ方式ナルニ拘ラス職權主義ナリ職權主義ハ當事者ニ科刑權ノ處分ヲ許サヽルト非處分權主義ノ側面ニシテ裁判官カ科刑權ヲ眞實ニ適合シテ確定スルカ爲メニ自己ノ職權ヲ以テ進テ行働スルノ義務ヲ認ムルモノナリ此主義ノ結果

トシテ當事者ノ訴訟上ノ處分カ裁判官ノ訴訟上ノ處分權ニ對シ拘束ノ效果ヲ及スコトナシトス然ルニ彈劾、糺問ノ區別ト辯論主義ト職權主義ノ區別トヲ混同スル學說アリ或ハ裁判所ノ裁判カ當事者ノ申立タル事實及ヒ證據ノミニ基ク所ノ組織ヲ以テ彈劾ト爲シ或ハ彈劾ノ結果トシテ訴訟解怠ノ失權、訴訟上ノ擬制、證明責任ノ分擔又ハ闕席判決ヲ認ムルヲ要スト爲スカ如キハ之ヲ混同スルモノニシテ正當ノ見解ニ非サルナリ又立法ニ於テモ澳國治罪法ノ如ク公訴ノ取下ヲ許スニ非サレハ彈劾ニ非スト爲スモノアルモ是レ亦當ヲ得タルモノニ非ス現行法ニ於ケルカ如ク公訴ノ提起實行ニ於テ獨立ノ機關ノ設ケラルヽ以上ハ起訴後ニ於テ公訴ノ取下ヲ許サヽルモ彈劾タルニ妨ナシトス

糺問及ヒ彈劾ノ利害得失ハ左ノ如クナルヲ以テ彈劾ノ方式ヲ採用セサルヘカラス糺問ノ弊害ヲ擧クレハ即チ左ノ如シ

訴訟主體ハ糺問及ヒ彈劾

第一 糺問ハ裁判官ノ負擔過重ニシテ且豫斷ヲ懷カシムルノ弊アリ 糺問

判事ハ自ラ訴訟ヲ開始シ訴追及ヒ辯護ノ材料ヲ集取シ裁判ヲ爲スカ故ニ一人ニシテ原告、被告及ヒ裁判官ヲ兼ルモノナリ是レ裁判官ノ負擔ノ過重ナル所以ナリ又斯クテハ其負擔スル作用ハ相互ニ容レサル所ニシテ訴追ヲ行フモノハ公平ニ裁判ヲ爲シ能フモノニ非ス既ニ糺問判事ハ訴訟ノ開始ニ於テ豫斷ヲ懷クモノナリ故ニ糺問訴訟ノ行ハレタル時代ノ後期ニ於テハ證據蒐集ト裁判トヲ別人ニ委ネタルモ裁判ヲ爲ス者ハ直チニ豫斷ヲ以テ糺問ヲ開始シ證據蒐集ヲ爲シタル者ノ取調ヲ裁判ノ基礎ト爲スノ制ナルカ故ニ到底此弊ヲ濟フニ足ラス總テノ糺問訴訟ハ眞實ヲ發見シ正當ナル裁判ヲ爲スヲ得サラシムルモノナリト謂フヘシ

第二 糺問訴訟ハ糺問判事ノ無制限ナル隨意ヲ以テ行ハレ司法ヲ濫用スルノ虞アリ 糺問判事ハ總テノ方法ヲ用ヒテ眞實ヲ探究スルヲ職責ト爲シ且ツ他ノ訴訟主體存在セサルカ故ニ其用ユヘキ方法ハ自ラ之ヲ定ムルヲ常トス糺問ノ方法ニ付其方式、時期、順序ヲ定メ糺問ノ計畫ヲ爲スハ皆判事ノ專斷ナリ其手續ヲ法律ヲ以テ規定シ秩序ヲ得セシムルハ糺問ノ性質ニ反ス又上訴ノ手續ノ如キモ糺問ニ於テハ認ムル能ハサル所ナリ是ヲ以テ訴訟關係人ハ糺問判事一人ノ專斷ニ壓伏セラレ糺問訴訟ノ信用ハ全ク地ヲ拂フニ至リタルモノナリ

第三 糺問訴訟ハ被告人ノ地位ヲ危險ニ陷ラシムルモノナリ 糺問判事ハ被告人ノ利益ナル材料ヲモ集取スルノ義務アルカ故ニ被告人ハ辯護人ヲ用ヒテ其利益ヲ主張スルヲ得ス利益ノ主張ハ糺問判事ノ處分ニ之ヲ待タサルヘカラス然ルニ糺問判事ハ防禦ノ問題ヨリモ訴追ノ問題ニ重キヲ置クノ傾向ヲ有スルカ故ニ被告利益ノ主張ハ糺問判事ニモ亦望ムコトヲ得ス是レ危險ノ一ツナリ又糺問訴訟ニ於テハ被告人ハ糺問ノ目的物ニシテ之ニ訴訟上ノ權利ヲ認メス被告人ハ糺問ニ絕對ノ服從ヲ爲シ自白ヲ爲スノ義務アリ被告人ハ事實ヲ發見スル爲メ之ヲ利用スルニ便宜ナル證據方法ナリト爲シ或ハ拷問ヲ用ヒ被告人ニ自白ヲ强制シタルコトアリ拷問廢

止ノ後ニ於テモ亦糺問判事ハ恐赫又ハ詐言ヲ以テ自白ヲ強ルヲ得タリ刑事訴訟法第九十四條ノ如キハ此沿革アルヨリ生シタル規定ナリ

彈劾ノ利益

彈劾ニ於テハ上述シタル糺問ノ弊害ヲ除去シ之ト正反對ナル利益ヲ認ムルモノナリ

第一 彈劾ニ於テハ當事者カ訴追ト辯護トヲ負擔スルカ故ニ裁判官ハ訴訟指揮ト裁判トノ作用ヲ爲スニ止リ公平ナル判斷ヲ爲スヲ得ヘシ然レトモ職權主義ナルモノハ彈劾ニモ之ヲ認ムヘキカ故ニ實質上訴追防禦タルモノハ彈劾ニ於テモ亦裁判官ノ行フ所ナリ即チ被告人ノ利益不利益ノ證據ヲ集取スルヲ得ヘシ唯訴追ト辯護ヲ主トシテ當事者ニ於テ行フカ故ニ裁判官ノ負擔ヲ輕減シ裁判ニ力ヲ傾注スルヲ得從テ公平ニ判斷スルヲ得ルニ至ルモノナリ

第二 裁判官ト當事者トノ關係ハ法律ニ依テ規定セラルヽカ故ニ其專斷ニ流ルヽコトナシ

第三 被告人ハ當事者タルノ地位ヲ有シ從テ訴訟上ノ處分權ヲ行使スルヲ得ヘシ故ニ被告人ハ辯護權ナルモノヲ有スル之ヨリシテ被告人訊問ノ目的ハ糺問ノ場合ト異ル糺問ニ於テハ被告人ニ自白ノ義務ヲ強ルカ爲メニ訊問ヲ爲スモノナリト雖モ彈劾ニ於テハ被告人ヲシテ辯護權ヲ行ハシムルカ爲メニ即チ辯論ヲ爲スノ機會ヲ與フルカ爲メニ訊問ヲ爲スモノナリ故ニ前者ニ於テハ裁判官ハ供述ヲ爲サシムル權アリ後者ニ於テハ供述ヲ聽クノ義務アリ其他彈劾ニ於テハ被告人自ラ辯護ヲ爲スト同時ニ辯護人ヲシテ辯護ヲ爲サシムルヲ得ヘシ

彈劾訴訟ノ當事者ハ其權利義務ニ於テ同等ナルヲ原則トス之ヲ當事者同等主義ト稱ス既ニ訴追ト辯護トヲ異ナル訴訟主體ニ分擔セシムル以上ハ之ニ關スル權利ハ同等ナラシメサルヘカラス若シ當事者一方ノ權利ヲ優等ナラシメハ訴訟ノ材料ハ一方ニ偏シテ裁判ヲ公平ナラサラシム故ニ彈劾ノ結果トシテ當事者同等ノ主義アリトス

訴訟主體　糺問及ヒ彈劾

以上述ル所ニ依リ彈劾ノ訴訟ハ權利ノ爭ナル形體ヲ有シ彈劾ノ方式ヲ採テ始メテ訴訟ナリト謂フヲ得ヘシ糺問ノ手續ハ訴訟ト謂ハンヨリ寧ロ一個ノ處分ナリ

現行刑事訴訟ノ採用シタル方式

現行刑事訴訟法ハ彈劾ノ方式ヲ採用シタルモノナリ現行法ヲ以テ彈劾及ヒ糺問ノ折衷ナリト謂フヘカラス現行法ハ公訴權ノ主體ヲ以テ原告ト爲シ此主體ヨリシテ訴ノ提起ナケレハ裁判所ハ審理裁判ヲ爲サヽルノ原則ヲ採レリ（刑事訴訟法第六七條參照）又被告人ニ防禦ニ關スル訴訟上ノ處分權ヲ認ム（刑事訴訟法第一七九條第一八四條參照）然レトモ彈劾方式ノ例外トシテ左ノ場合ニ於テハ原告ノ訴ナクシテ公訴ノ提起セラルヽコトアルヲ認ム左レト此場合ニ於テモ一旦公訴カ起リタル以後ハ裁判所カ訴追ノ作用ヲ爲スコトナク檢事カ原告ノ地位ニ立チテ公訴ヲ實行スルモノトス（刑事訴訟法第一九一條參照）

第一 豫審判事カ檢事ヨリモ先キニ地方裁判所ノ管轄ニ屬スル事件ノ現行犯ヲ知リ犯所ニ臨檢シ檢證調書ヲ作リタルトキハ公訴ノ提起アリタルモノトス（刑事訴訟法第一四三條第一四四條參照）

第二 公判ニ於テ審理ニ依リ發見シタル附帶犯ハ檢事ノ訴ヲ待タス裁判スルヲ得（刑事訴訟法第一八四條）

第三 公判ニ於テ證人又ハ鑑定人カ僞證又ハ虛僞ノ鑑定ヲ爲シ其所爲禁錮以上ノ刑ニ該ルトキハ裁判所ハ之ヲ取押ヘ豫審判事ニ送致スルヲ得此場合ニ於テハ豫審判事ニ送致スルヲ以テ公訴ハ提起セラルヽモノトス（刑事訴訟法第一九五條參照）

現行法ハ辯論主義ヲ採リタルモノナリ

現行法ハ彈劾ノ方式ヲ採ルモ辯論主義ヲ採ラス從テ左ノ結果ヲ生ス

第一 公訴ノ取下ハ之ヲ許サス然レトモ上訴ノ取下ハ職權主義ノ例外トシテ被告人ニ之ヲ許セリ上訴手續ノ如キハ職權主義ヲ貫徹スル能ハサルモノニ屬ス

第二 訴訟ノ進行ハ裁判官ノ職權ニ在リ裁判所ハ職權ヲ以テ訴訟關係人ヲ呼出シ訴訟ヲ追行ス若シ辯論主義ヲ採ルトキハ訴訟ノ進行ハ當事者ノ爲

ス所ナリ即チ裁判所ハ當事者ノ申立ヲ待テ始メテ辯論期日ヲ定メ當事者ヲ期日ニ呼出スヲ得ルナリ刑事訴訟ニ於テハ然ラス

第三 裁判ノ材料ハ當事者ノ提出スルモノニ制限セラルヽコトナク裁判所ハ職權ヲ以テ之ヲ集取スルコトヲ得ヘシ

第四 裁判所ハ裁判ニ付キ當事者ノ申立ニ拘束セラルヘキコトナシ即チ當事者ノ求ムル所ヨリモ多キヲ之ニ歸スルヲ得ヘシ例ヘハ檢事及ヒ被告人ニ於テ無罪ノ判所ヲ求ムルモ裁判所ハ刑ヲ言渡スヲ得ルモノトス然レトモ上訴ニ付テハ被告人利益ノ爲メニスル上訴ナリセハ裁判所ハ原判決ヲ不利益ニ變更スルヲ得ス從テ當事者ノ意向ニ依リ制限セラルヽ所ナリ是レ職權主義ノ例外ヲ認ムルモノトス

或學說ニ依レハ不告不理ノ原則ヲ以テ辯論主義ノ結果ナリト爲セリ然レトモ訴ナケレハ理セサルハ彈劾ノ方式ヲ採リタル當然ノ結果ナリト爲スヲ至當トス原告ナル訴訟主體ヲ認ムルハ啻ニ訴ノ實行ヲ爲サシムルニ在ルノミ

ナラス訴ノ提起ヲモ爲サシムルカ爲メナリ又裁判所ノ審理裁判ハ訴ニ係ル犯罪所爲ト被告人トニ制限セラレ其範圍ヲ越ユルヲ得サルヲ辯論主義ノ結果ト爲スモノアリ然レトモ是レ亦彈劾ノ結果ニ屬ス不告不理ノ原則ヲ認ムレハ當然裁判ノ範圍ハ訴ノ範圍ニ制限セラルヽモノナリト云ハサルヘカラス且ツ公訴ハ一定ノ人ニ對シ科刑權アルコトヲ主張シ此權利ノ存否ニ付キ裁判ヲ請求スルモノナルカ故ニ訴ヲ爲シテ之ヲ爲スコトハ即チ原告ナル訴訟主體ヲ認ムル原則ヨリ基因スル所ナリトス然レトモ現行法ハ第百四十二條ノ場合ニハ犯罪行爲ノミ一定シ被告人カ一定セス公訴ノ起ルコトアルヲ認ムレ是レ彈劾方式ノ例外タルモノナリ依リテ此場合ト雖モ豫審終結決定ノ如キ裁判ハ必ス一定ノ被告人ニ對シ爲サルルコトヲ要シ唯訴訟ノ關係ノ發生スルトキニ於テノミ被告人カ一定セサルニ止マルナリ

現法行ハ彈劾ノ方式ヲ訴訟手續ノ總テノ段落ニ於テ認ムルモノニ非ス捜査

手續ハ檢事ヲ以テ唯一ノ主體ト爲シ當事者ナルモノヲ認メス公訴ノ提起ヨリ判決ノ確定ニ至ル迄ノ手續ヲ彈劾ニ組織スルモノナリ或ハ豫審ノ手續ヲ以テ糺問方式ト爲スモノアリト雖モ豫審ハ糺問ニ傾クモ其本體ハ糺問ノ方式ニ非ス豫審ニ於テモ亦當事者アリテ其權利ヲ認ムル所ナリ

第三章　裁判所

裁判所ノ意義

裁判所ナル用語ニハ二樣ノ意義アリ即チ左ノ如シ

第一意義

第一　國法上ノ意義　司法ヲ行フ官廳ヲ云フ此意義ニ依レハ此官廳ニ屬スル職員ノ集合體ヲ裁判所ト稱スルナリ裁判所構成法第四條乃至第六條ノ裁判所ナル辭同第二十條ノ地方裁判所ナル辭ハ此意義ニ解セラル

第二意義

第二　訴訟上ノ意義　第一ノ意義ニ於ケル裁判所ノ部局ニシテ各個ノ事件ニ付キ司法ヲ行フ職務アルモノヲ云フ此意義ニ依レハ合議裁判所ニ於ケル部又ハ區裁判所ノ單獨判事カ裁判所ナリ刑訴第百七十八條第二項、第百七十九條第二項、第二百十三條第二項ノ裁判所ナル辭同第二百六十九條第一號ノ判決裁判所ナル辭ハ此意義ニ解セラル其他裁判所ノ裁判又ハ審理等其作用ヲ言ヒ表ス場合ハ常ニ此意義ニ解スヘキナリ

刑事裁判所及ヒ民事裁判所（管轄法第六條）ナル辭ヲ右第一ノ意義ニ解スル者アレトモ誤ナリ此區別ハ一個ノ裁判所ノ部カ事務ノ分配上、刑事又ハ民事ノ事件ヲ取扱フニ基クモノニシテ本來ヨリスレハ此區別ヲ認ムヘキモノニ非ス裁判長ナル地位ハ第二ノ意義ニ於ケル裁判所即チ部ニ屬シ院長、裁判所長、部長ナル地位ハ第一ノ意義ノ裁判所ニ屬ス

以上ノ如ク裁判所ノ意義ヲ二樣ニ區別スルモ刑事訴訟法ノ各規定ニ於テ之ヲ分別スル能ハサル場合アリ各裁判所ノ部カ其作用ヲ爲スニ方リテハ其屬スル裁判所ヲ代表シテ之ヲ爲シ又第一意義ニ於ケル裁判所ニ附與セラレタ

訴訟主體　裁判所

ル管轄ハ部ニ依テ行ハルヽ所ナリ故ニ地方裁判所ノ管轄事件ニ付テノ判決ハ地方裁判所ノ或ル部ニ於テ之ヲ爲スモ其地方裁判所ノ判決ナリ又地方裁判所ノ管轄ハ地方裁判所ノ部ノ管轄ナリ各裁判所ノ管轄區域ハ第一ノ意義ニ於ケル裁判所ニ付テ定メラルヽモ同時ニ其裁判所ノ部ノ行動ヲ制限スル區域タリ

第一意義ニ於ケル裁判所

第二意義ニ於ケル裁判所

現行法ニ於ケル第一意義及ヒ第二意義ノ裁判所ニハ如何ナルモノアリヤヲ見レハ左ノ如シ

第一 第一意義ノ裁判所ハ通常裁判所ト特別裁判所ニ區別セラレ通常裁判所ニハ構成法第一條ニ於ケル區裁判所、地方裁判所、控訴院、大審院ノ四アリ（裁判所構成法第一條）其取扱フヘキ事件ハ輕易ナル事件（裁判所構成法第一六條）ノ裁判及ヒ他ノ裁判所ノ囑託ニ基ク共助ノ裁判ニ於テ刑事ニ關スル司法ヲ行フモノニハ左ノモノアリ

一 區裁判所ニ於テハ單獨判事カ司法ヲ爲ス（裁判所構成法第一條）其取扱フヘキ事件ハ輕易ナル事件（裁判所構成法第一六條）ノ裁判及ヒ他ノ裁判所ノ囑託ニ基ク共助

裁判所構成法第一三一條、明治三年三月法律第六三號第一條第二項）ナリ

二 地方裁判所ニ於テハ左ノ如シ

甲 刑事部（裁判所構成法第一九條第二項）三人ノ判事ヲ以テ組立ツ其中ノ一人ヲ裁判長トス（裁判所構成法第三二條）其行フ職務ハ左ノ如シ

イ 第一審トシテ區裁判所及ヒ大審院ノ事物管轄ニ屬セサル事件ニ付キ公判ヲ開キ判決ヲ爲ス（裁判所構成法第二七條第一號）

ロ 第二審トシテ區裁判所ノ判決ニ對スル控訴ニ付キ公判ヲ開キ判決ス又區裁判所ノ決定ニ對スル抗告ニ付キ裁判ス（裁判所構成法第二七條第二號）

乙 豫審判事 毎年各地方裁判所ノ判事中ヨリ司法大臣カ豫審ヲ爲スヘキ者ヲ命ス（裁判所構成法第二一條）其職務ハ豫審手續ヲ行フニ在リ

地方裁判所ニハ支部アリ（裁判所構成法第三一條）支部ハ司法大臣カ區裁判所ニ設置シ支部ノ判事ニ區裁判所判事ヲ用ユルヲ得而シテ今日司法大臣カ設置ヲ命シタル支部ニハ完全支部ト豫審支部トアリ完全支部ニ於

訴訟主體 裁判所

地方裁判所支部ハ本部タル裁判所ヨリ獨立シタルモノナリヤ

テハ重罪公判及ヒ第二審ノ刑事裁判ヲ除ク外地方裁判所ノ裁判權ニ屬スル事務ヲ取扱ヒ豫審支部ニ於テハ豫審事務ノミヲ取扱ヒ地方裁判所ノ管轄事件ニ付公判ヲ開廷シテ審理裁判ヲ爲スコトナシ此支部ハ本部タル地方裁判所ヨリ獨立シタル第一意義ノ裁判所ナリヤ否ヤ此問題ハ裁判所ノ管轄ノ問題ニ大ナル影響ヲ及スモノナリ抑モ支部ハ區裁判所ニ設置セラルヽモノナレハ若シ獨立ノ裁判所ナリトセハ其土地ノ管轄ハ區裁判所ノ區域ヲ出ツル能ハス故ニ土地ノ管轄權ノ有無ニ付キ問題ヲ生スヘク又支部ハ重罪ヲ裁判セサルヲ以テ若シ支部ニ重罪事件ヲ起訴シ又ハ支部ノ輕罪公判ニ付シタル事件ヲ重罪ナリト爲ストキハ支部ハ如何ナル處分ヲ爲スヘキヤ茲ニ於テ乎亦事物ノ管轄權ニ關シテ問題ヲ生スヘシ又支部ハ區裁判所ノ判決ニ對スル控訴ヲ受理セス故ニ若シ支部ニ控訴ヲ申立テタルトキハ如何ナル處分ヲ爲スヘキヤ是レ亦職務ノ管轄ニ關スル問題タリ畢竟此問題ハ裁判所構成法第三十一條ニ依リ司法大臣ノ定メタル支部設置ノ命令ノ效力ハ法律ト同一ナルヤ否ヤノ論點ニ歸着スヘク換言スレハ司法大臣ノ命令ハ獨立ノ裁判所ヲ設ケ獨立ノ管轄ヲ定ムルコトヲ得ルヤ將タ單ニ事務ノ分配ヲ定メタルニ過キサルヤト謂フニ在リ支部ハ獨立シテ管轄權ヲ有ストノ說ニ曰ク裁判所ノ土地又ハ事物ノ管轄ハ法律ヲ以テ規定スヘキハ勿論ナリト雖モ又一方ニ於テハ裁判所構成法第三十一條ヲ以テ司法大臣ニ支部ノ設置ヲ許シタル以上ハ同條ニ基ツキ司法大臣ノ發シタル支部設置ノ命令ハ法律ノ委任ニ依ル命令ニシテ法律ト其效力ヲ同フスヘク即チ司法大臣ハ法律ニ依リ地方裁判所ノ管轄ヲ分割スル權限ヲ委任セラレタルモノナレハ此委任命令ニ依リ設ケラレタル支部ハ獨立ノ管轄權ヲ有スヘシ而シテ支部設置ノ必要ハ裁判所構成法第三十一條ノ示スカ如ク土地ノ遠隔又ハ交通不便ノ二個ノ理由ヨリ出ツヘシ然ルヲ支部ナルモノハ一個ノ地方裁判所ノ內部ノ事務分配ニ過キストスレハ爲メニ支部ノ管轄事件

ヲ本部ニ出訴シ本部ノ管轄事件ヲ支部ニ起訴スルモ亦自由ナリト云ハサルヘカラスシテ被告タル者ハ交通不便ナルカ又ハ里程ノ遠隔セルモ尚ホ地方裁判所ニ出頭シ裁判ヲ受ケサルヘカラサルノ結果ヲ生スヘシ是レ第三十一條ニ認メタル支部設置ノ理由ヲ無視スルモノナリト、然レトモ裁判所ノ管轄區域ハ法律ヲ以テ之レヲ定ムヘキコトハ裁判所構成法第四條ノ規定スル所ニシテ且ツ其事物ノ管轄ニ付テモ之ヲ裁判所構成法ニ規定シタルノミナラス同第三十條ニ依レハ地方裁判所ノ權限ニシテ裁判所構成法ニ規定セサルモノハ他ノ法律ヲ以テ定ムルモノトセリ是ニ由テ之ヲ觀レハ裁判所ノ管轄ハ法律ヲ以テ規定スヘキモノニシテ命令ヲ以テ之ヲ變更スルコトヲ得サルヘシ蓋シ法律ニ明定セサル事項ハ法律ヲ以テ之ヲ命令ニ委任スルコトヲ得ルモ其明定スル所ノモノハ之ヲ命令ニ委任スルヲ得サルナリ若シ法律ニ明定スル所ノモノト雖モ之ヲ委任スルヲ得ルモノトセハ法律ノ規定ヲ命令ヲ以テ變更スルヲ得ルニ至ルヘシ故ニ第三十一條ノ規定ハ管轄權ヲ定ムルコトヲ司法大臣ノ命令ニ委任シタルモノト謂フヘカラス若シ之レヲ委任シタルモノトスレハ第四條第三十條ノ規定ハ其效力ヲ失フニ至ルヘケレハナリ故ニ曰ク司法大臣カ或區域内ニ限リ民刑事務ノ幾分ヲ取扱フ爲メ支部ヲ設置スル省令ノ如キハ事務分配上ノ便宜ニ出テタル司法行政命令ナリ是レ第三十一條ニ「司法大臣ハ地方裁判所ニ屬スル民事刑事ノ事務ノ一部分ヲ取扱フ爲メ一若クハ二以上ノ支部設置ヲ命スルコトヲ得」トアル所以ニシテ此支部ハ其文字ノ指示スル如ク地方裁判所ノ部ニシテ其取扱フ所ノ事務ハ地方裁判所ニ屬スル民事刑事ノ一部ナリ其本廳トノ關係ハ第一部又ハ第二部ト云フカ如キ内部構成ノ關係ニ過キス從テ土地ノ管轄ニ付テモ本廳ニ於テ支部ノ事件ヲ裁判スルモ支部ニ於テ本廳ノ事件ヲ裁判スルモ法律ニ違背シタルモノニアラス支部ノ管轄ナルモノナシトノコトハ既ニ明治二十八年五月二十日大審院民事刑事總部聯合

ノ判決ニ於テ之ヲ認メタル所ニシテ今日ニ於テハ本問ハ既ニ一定シタルモノナリ

三　控訴院ニ於テハ五人ノ判事ヲ以テ組立タル刑事部カ司法ヲ爲ス（裁判所構成法第三四條第四〇條參照）其取扱フヘキ事件ハ左ノ如シ（裁判所構成法第三七條參照）

甲　第二審トシテ地方裁判所ノ第一審判決ニ對スル控訴

乙　上告審トシテ區裁判所ノ第一審判決ニ對スル控訴ニ付キ地方裁判所カ第二審トシテ爲シタル判決ニ對スル上告

丙　抗告審トシテ地方裁判所ノ決定ニ對スル抗告

四　大審院ニ於テハ左ノ如シ

甲　刑事部　七人ノ判事ヲ以テ組立ツ（裁判所構成法第五三條參照）其取扱フヘキ事件左ノ如シ（裁判所構成法第五〇條參照）

イ　上告審トシテ控訴院ノ第二審トシテ爲シタル判決ニ對スル上告

ロ　抗告審トシテ控訴ノ決定ニ對スル抗告

八　第一審ニシテ且終審トシテ大審院ノ特別權限ニ屬スル事件（裁判所構成法第五〇條第二號）ノ豫審終結ヲ目的トスル所ノ公判ヲ開クヘキヤ否ヤノ決定及其判決（刑事訴訟法第三一三條參照）

乙　豫審判事　大審院ノ特別權限ニ關スル事件ニ付テハ其事件ノ起訴セラルヽ毎ニ大審院長カ大審院判事ニ豫審ヲ命スルヲ得（刑事訴訟法第三一三條、裁判所構成法第三一四條、第五五條參照）

丙　聯合部　刑事ノ總部ヲ聯合シテ判決スル場合ト民事及刑事ノ總部ヲ聯合シテ判決スル場合トアリ聯合部ハ大審院ノ各部カ上告事件ノ審判ヲ爲スニ當リ互ニ法律ノ同一ノ點ニ付他ノ部ノ判決ト意見相反シタル場合ニ法律解釋ノ統一ヲ計ルカ爲メニ大審院長ノ命ニ依テ之ヲ開ク（裁判所構成法第四九條第五四條參照）

第四章　裁判權

裁判權ノ意義

裁判所カ訴訟主體トシテ爲ス作用ハ國家ノ機關タル性質ニ於テ委ネラレタル裁判權ニ基ク故ニ從來ヨリ裁判權ヲ左ノ如ク區別ス

第一　原始ノ裁判權　裁判ニ依テ司法ヲ行フノ權力ナリ此權力ハ統治權ノ一作用ナレハ統治權ノ主體タル國家ノ有スル所ナリ依テ此意義ノ裁判權ナル辭ハ憲法ニ有謂司法權ナリ

第二　委任ノ裁判權　國家ヨリ裁判所ニ委ネラレタル裁判權ヲ云フ之ヲ裁判所ニ委スルハ法治國ノ觀念ニ基キ法律ニ從ヒ各刑事々件ノ裁判ヲ爲サシメンカ爲ナリ而シテ國家ハ其裁判權ヲ裁判所ナル機關ニ委スルモ裁判所ナル機關ヲ設定シ之ヲ組織シ之ヲ監督スル權ハ司法行政ノ權トシテ掌握スル所ナリ

裁判權ノ行ハルヽ範圍

一國ノ裁判權ハ其國ノ全版圖ニ行ハルヽ故ニ裁判權ノ行ハルヽ範圍ニ付キ次ノ原則ヲ生ス

第一　一ノ刑事事件ニ付キ一ノ裁判所ニ起訴アリタルトキハ其事件ノ繫屬スル間ハ之ヲ他ノ裁判所ニ起訴スルヲ得ス

第二　各裁判所ノ命令ハ全版圖ニ於テ其效力ヲ有ス故ニ內國ニ在リテ裁判權ニ服從スル者ニ對シテハ何レノ地ニ在ルヲ問ハス裁判所ニ呼出ヲ爲スヲ得ヘシ此裁判所ノ命令ニハ內國ニ在テ呼出ヲ受タル者ハ服從スル義務アルノミナラス此命令ノ執行機關モ亦內國ノ何レノ地ニ於テモ之ヲ執行スルノ職務アリトス勾引狀勾留狀ノ如キモノ亦同シ

第三　裁判所ノ判決ハ全版圖內何レノ地ニ於テモ執行スルヲ得ヘシ是レ亦版圖內ニ在ルノ人ハ執行ヲ受ルノ義務ヲ有シ執行機關モ亦版圖內何レノ地ニ於テモ執行ノ義務アリ

外國裁判

一國ノ裁判權ハ其版圖內ニ於テ絕對獨專ニ行ハルヽカ故ニ外國ノ裁判所ニ

訴訟主體　裁判權

所ニ於テ爲シタル刑事ノ判決ハ内國裁判所ノ共助ヲ以テスルモ内國ニ於テ之ヲ爲シタル判決ノ效力

於テ爲シタル刑事ノ判決ハ内國裁判所ニ於テ繫屬スル事件ニ付キ内國ニ於テ公執行スルコトヲ得ス又外國裁判所ノ判決及ヒ訴ノ效力ハ内國ニ及ハサ訴ヲ提起スルモ妨ナシ蓋シ外國裁判所ノ判決ハ内國ニ於テ之ヲ執行スルノ效力ヲ認ムルモ内國裁判所ノ判決レハナリ民事訴訟法第五百十四條、第五百十五條ニ於テハ外國裁判所ノ判決ノ確定ノ效力ヲ認ムルモ内國ニ於テ之ヲ執行スルノ效力アルコトヲ認メス刑事訴訟法ニ於テ之ニ付キ何等ノ規定ヲモ爲サヽルハ即チ外國判決ノ確定ノ效力モ又執行ノ效力モ之ヲ認メサルカ爲メニシテ其事件ニ付キ内國ノ裁判權ヲ以テ再ヒ審理裁判スルヲ得ルモノナリ

國際上ノ共助

裁判權ハ一國ノ版圖内ニ限ラルヽカ故ニ裁判所ハ其版圖内ニ於テノミ作用ヲ爲スヲ得ヘシ從テ呼出、書類ノ送達、證據調ノ如キ各訴訟行爲ヲ外國在留ノ人ニ對シ行フノ必要アルトキハ内國裁判所ハ自ラ之ヲ爲スヲ得サルカ故ニ外國官廳ニ國際上ノ共助ヲ求メサルヘカラス此共助ヲ求ムルニハ二ツノ方法アリ

第一　外國駐在ノ内國官吏ヲシテ必要ナル訴訟行爲ヲ爲サシムルコトアリ刑事訴訟ニ於テハ外國ニ於テ施行スル送達ハ帝國ノ公使又ハ領事ニ囑託シテ之ヲ爲スヲ得（刑事訴訟法第一九條民事訴訟法第一五三條）然トモ證據調ヲ囑託スルヲ得ス蓋シ刑事訴訟法ニハ民事訴訟法第二百八十一條ノ如キ規定ナケレハナリ

第二　外國官廳ノ共助ヲ求ムルコトアリ之ニ付テハ法律又ハ條約ヲ以テ規定シ又ハ其規定ナクシテ之ヲ爲スコトアリ我國ニ於テハ法律ヲ以テ外國裁判所ノ囑託ニ應スヘキコトヲ定メタリ（明治三八年三月法律第六三號）之ニ付キ規定ヲ設クルハ囑託ノ方法ニ付キ直接ニ共助ノ行爲ヲナス外國官廳ニ囑託スヘキヤ又ハ内國ノ外務省ヲ經由シテ囑託スルヤヲ定ムル必要アルカ爲ナリ

裁判權ノ區別

裁判權ヲ其目的タル事件ノ（種類ニ依テ區別ス先ツ訴訟事件ノ裁判權ト非訟事件ノ裁判權トヲ區別ス裁判所構成法及ヒ刑事訴訟法ハ訴訟事件ノ裁判權ノ行使ニ付テ規定スルモノナリ訴訟事件ノ裁判權ヲ更ニ民事ノ裁判權ト刑事ノ裁判權トニ區別ス（第三一條）刑事ノ裁判權ヲ通常刑事裁判權ト特別刑事

訴訟主體　裁判權

裁判權トニ區別ス前者ハ通常裁判所ノ行使スル所ニシテ後者ハ特別裁判所ノ行使スル所ナリ此通常刑事裁判權ト特別刑事裁判權トノ區別ハ裁判權ノ區別ニシテ管轄權ノ區別ニ非ス然ルニ現行法ニ於テハ此區別ニ付キ管轄ナル辭ヲ用ユルモノアリ（憲法第六〇條、裁判所構成法第二條）又交涉處分法ニ於テハ通常裁判所ト特別裁判所トノ管轄違ナル辭ヲ用ヒ又刑事訴訟法ニ於テハ特別裁判權ニ屬スル事件ヲ通常裁判所ニ起訴シタルトキハ管轄違ノ判決ヲ爲ス現行法ノ是等ノ用語ニ拘泥スヘカラス

第一審第二審上告審ノ區別及ヒ事件ノ輕重ニ從ヒ定マル上級審下級審ノ區別ハ裁判權ノ區別ニ非スシテ管轄權ノ區別ナリ然ルニ現行法ニ於テ之ニ關シ裁判權ナル辭ヲ用ユルコトアリ（裁判所構成法第一六條ノ一、第二七條、第三七條、第五〇條）

裁判權ハ內國全版圖ニ其效力ヲ有スルモ一定ノ裁判所カ裁判權ヲ行轄區域ニ制限セラル（裁判所構成法第四條）故ニ管轄區域ハ一定ノ裁判權ヲ行使シ得ヘキ區域ナリトス此管轄區域ヲ定ムルハ司法行政ノ途ヲ以テス而シテ管轄區域カ訴訟ニ及ス效果ハ管轄區域外ニ於ケル裁判所ノ訴訟行爲ハ無效ナルコトノ外管轄區域ノ廣狹ニ從ヒ上級裁判所下級裁判所ノ區別ヲ立ルコト（刑事訴訟法第二五條第二項、第三七條、第二九四條）及各刑事々件ト管轄區域トノ關係ニ依テ受訴裁判所ノ事物ノ管轄カ定マルコト是ナリ

裁判所ノ管轄ノ意義

第五章　裁判所ノ管轄

各通常裁判所ハ通常裁判權ヲ有スルカ故ニ之ニ何等ノ限界ヲ設クルコトナケレハ各裁判所ハ通常裁判權ニ屬スル總テノ刑事々件ニ付テ裁判ヲ爲スニ至ルヘシ斯ノ如キハ各裁判所間ニ於テ紛糾錯雜及ヒ衝突ヲ生スルノミナラス訴訟關係人モ亦其負擔スル所決シテ輕シトセス是ニ於テ各裁判所カ裁判權ヲ行使スルニハ裁判所ノ裁判權ノ範圍內ニ於テ更ニ或ル限界ヲ付スルヲ要ス如斯裁判權ノ行使ニ限界ヲ設クルニ由リテ定マル各裁判所ノ職務ノ範

訴訟主體　裁判所ノ管轄

圍ヲ管轄權ト爲ス故ニ裁判所ノ管轄ノ定義ヲ下セハ左ノ如シ

裁判所ノ管轄トハ一定ノ裁判所カ一定ノ刑事事件ヲ處分スル權利義務ヲ謂フ

管轄ト權限トノ區別

裁判所ノ管轄ト權限トヲ混同スヘカラス權限ハ一定ノ官廳ニ屬スル權利義務ノ總體ナリ故ニ權限ノ內ニハ司法行政モ亦包含ス然ルニ管轄ハ刑事々件ノ司法ニノミ關スル權利義務ナリ又一定ノ裁判所ハ管轄權ヲ有セサルモ或ル種ノ權限ヲ有スルコトアリ例ヘハ管轄權ナキ裁判所ハ管轄違ノ裁判ヲ爲スニ方リ勾留狀ヲ發スルノ權限アリ之ヲ見レハ管轄ト權限トハ區別セサルヘカラス

管轄權ト裁判權トノ區別

裁判所ノ管轄權ト裁判所ノ裁判權トハ之ヲ區別セサルヘカラス然ルニ往々之ヲ同一視シ裁判所ノ管轄ハ各事件ニ關スル裁判所ノ裁判權ナリト唱フル者アリ然レトモ管轄權ト裁判權トハ其內容ヲ同フスルモ其本體ハ全ク異リ其內容ハ何レモ司法ナリ即チ刑事々件ニ付キ事實ヲ審理確定シ之ニ法律ヲ適用シ判決ヲ以テ確定シタル請求ヲ實行スルニ在リトス此內容ヲ同フスルヨリ終ニ二者同一視スルニ至リタル者ナラン然レトモ裁判權ハ抽象的ノ權利ナリ管轄權ハ具體的ノ刑事々件ニ關スル權利ナリ一ツハ總テノ刑事々件ニ存シ一ツハ各場合ニ於ケル刑事々件ニ行ハル故ニ裁判權ナクシテ管轄權ハ存セサルモ管轄權ナキ裁判權ハ認メラルヽノ理ナリ管轄權ハ裁判權ニ限界ヲ付シタルモノナレトモ之ニ因テ其本體ヲ異ニスルニ至ルモノナリ二者其本體ヲ異ニスルノ結果ハ其權カ裁判所ニ附與セラルヽ標準ヲ異ニスルニ至ルナリ裁判權ハ常ニ公益ニ基キ通常裁判所又ハ特別裁判所ニ分與セラルルモ管轄權ハ主トシテ當事者ノ私益ニ基キ各裁判所ニ分配セラルヽモノナリ從テ裁判權ニ關スル法律ノ規定ハ強要法タル性質ヲ有シ管轄權ニ關スル法律ノ規定ハ任意法タルモノナリ故ニ管轄ノ移轉ノ如ク裁判所ノ決定ヲ以テ規定ノ管轄ヲ動カスコトヲ得ヘク又檢事カ豫審ヲ必要トセサルニ依リ區

一定ノ刑事事件ヲ處分スル受訴裁判所ノ管轄ヲ定ムルニハ事物ノ上ト土地ノ上トヨリ觀察シテ其規定ヲ爲サヽルヘカラス又刑事事件ノ處分ニハ受訴裁判所ノ外受託裁判所カ作用ヲ爲スコトアリ爰ニ於テ裁判所ノ管轄ヲ定ムル原因ヲ事物、土地、職務ノ三トス從テ管轄ヲ分テ事物ノ管轄、土地ノ管轄、職務ノ管轄ト爲ス

第一　事物ノ管轄

刑事々件ノ性質ニ因テ定マル裁判所ノ權利義務ナリ事物即チ刑事々件ノ性質ニ從ヒ刑事々件ノ分配ヲ定メンニハ先ツ刑ノ輕重ヲ其主タル標準ト爲サヽルヘカラス然レトモ事物ノ管轄ハ刑ノ輕重ヲ以テノミ之ヲ定ムルコトヲ得スシテ現行法ニ於テハ其他犯罪ノ種類、犯人ノ身分（例ヘハ皇族ノ身分）ヲモ其標準トナセリ

第二　土地ノ管轄

管轄區域ト刑事事件トノ關係ニ依リテ定マル裁判所ノ權利義務ナリ全國ヲ數個ノ裁判區劃ニ分チ各裁判所ハ其管轄區域内ニ於ケル刑事々件ノミヲ處分スルノ權アルモノトス而シテ此一定ノ刑事々件ハ何レノ區劃内ニ屬スルモノナリヤヲ定ムル方法ニ付テハ種々ノ標準アリ即チ犯罪地、逮捕地等是ナリ土地ノ管轄ヲ被告人カ其裁判所ニ於テ裁判ヲ受クル點ヨリ觀察シテ裁判籍ト云フ

第三　職務ノ管轄

裁判所ノ爲スヘキ作用ニ從ヒ區別セラルヽ管轄ナリ公訴ノ提起ニ依リ訴訟ヲ受理シタル裁判所ハ事件ノ審理ニ必要ナル行爲即チ豫審及ヒ公判ヲ爲スヘキヲ原則トス然レトモ捜索差押ノ如キ强制處分、證人訊問ノ如キ證據調ハ他ノ裁判所ニ囑托スルヲ必要トスルコトアリ是ニ於テ受訴裁判所及ヒ受託裁判所ニ職務ノ管轄ナルモノヲ生ス其他法律ハ裁判所ノ裁判ニ對シ上訴ノ途ヲ開キ其覆審ヲ上級裁判所ニ委ネタリ之ヲ階級ノ管轄ト云フ此階級ノ管轄モ亦裁判所ノ職務ノ性質ヨリ生スルモノナレハ職務ノ管

第一節　事物管轄

事物管轄ハ大審院、地方裁判所及ヒ區裁判所ノ有スル所ナリ（刑事訴訟法第二條第一項、裁判所構成法第一六條、第二七條、第五〇條第二號）此階級ニ從ヒ事物管轄ヲ有スル裁判所ヲ上級ノ裁判所下級ノ裁判所及ヒ同等ノ裁判所ニ區別ス上級ノ裁判所ハ重大ナル事件ニ付キ事物管轄ヲ有シ下級ノ裁判所ハ輕微ナル事件ニ付キ事物管轄ヲ有ス事物管轄ノ規定ハ舊刑法時代ニハ重罪輕罪違警罪ノ區別ニ基ク所アリタレトモ刑法ニ於テハ此罪別ヲ廢シタルカ故ニ刑法ノ施行ト同時ニ其規定ヲ改正シ法定ノ刑期、金額及ヒ犯罪ノ種類ト豫審ヲ經ルコトヲ要スルト否トヲ以テ區裁判所及ヒ地方裁判所ノ事物管轄ヲ區別スルニ至レリ刑法ニ刑期ノ範圍ヲ擴張シタルカ故ニ法定ノ刑期、金額ノミヲ以テ區裁判所ノ管轄ヲ定ムルコトヲ得ス大ニ犯罪ノ種類ヲ標準ト爲スニ至レリ即チ左ノ如シ

事物ノ管轄ハ犯罪ノ種類ニ基クモノニアラス

事物ノ管轄ニ關スル規定ノ改正

明治四十一年法律第三十七號ヲ以テ裁判所構成法第十六條ノ一ヲ左ノ如ク改正セリ

第十六條ノ一　區裁判所ハ刑事ニ於テ左ノ事項ニ付裁判權ヲ有ス但シ第二以下ニ記載シタル罪ハ豫審ヲ經サルモノニ限ル（四十一年法律第三十號ヲ以テ改正）

第一　拘留又ハ科料ニ該ル罪

第二　竊盜ノ罪

第三　竊盜及刑法第二百五十四條ノ罪ノ贓物ニ關スル罪

第四　刑法第百三十條、第百七十五條、第百八十五條乃至第百八十七條及第二百九條ノ罪竝ニ第百三十條ノ未遂罪

第五　一年以下ノ懲役若ハ禁錮又ハ三百圓ヲ超過セサル罰金ニ該ル罪二個以上ノ主刑中其ノ一個ヲ科スヘキ罪ニシテ其ノ刑前項第一又ハ第五ノ規定ニ適セサルモノアルトキハ區裁判所ハ其ノ裁判權ヲ有セス

第十六條ノ二　前條第一項第五ニ記載シタル罪ニ付テハ累犯又ハ併合罪トシテ處分スヘキ塲合ト雖モ區裁判所其ノ裁判權ヲ有ス（同上ヲ以テ追加）

右ハ曩ニ舊來ノ區裁判所ノ權限ヲ擴張シタル改正アリタルヲ維持シ區裁判所及地方裁判所ノ權限ニ移動ナカラシメタルモノナリ而シテ第二號ニ於ケル竊盜ノ罪ハ刑法ニ於ケル竊盜罪ナルト森林竊盜ノ如キ特別法上ノモノナルトヲ問ハス區裁判所ニ於テ管轄スルコトヲ得第五號ニ於テ稅法違犯罪ノ或ル塲合ノ如ク脫稅額ノ幾倍ノ罰金ヲ科スルトキハ其金額ハ三百圓ヲ超過スルコトアルモ各事件ニ於テ實際ニ科スヘキ刑ニシテ三百圓以下ナルトキハ區裁判所ニ於テ管轄スルヲ得何トナレハ本章ノ初ニ述ル如ク管轄權ハ具體的ノ權ニシテ各刑事事件ニ付キ之ヲ定ムヘキモノナレハ法律ニ明示セサル幾倍ノ罰金額ヲ豫想シテ之ヲ最多額ト爲スノ趣旨ニ非サレハナリ次ニ第十六條ノ一ノ但書ニ依レハ同條第二號以下ノモノハ總テ地方裁判所ノ豫審ニ起訴スルヲ得ヘク檢事ニ於テ第二號乃至第五號ノ事件豫審ヲ經ルヲ要セ

スト爲シタルモノニ限リ區裁判所ノ管轄ニ屬ス故ニ此種ノ事件ハ公訴ヲ提起スルマテハ事物ノ管轄不定ナルモノニシテ起訴ト同時ニ區裁判所又ハ地方裁判所ノ管轄權ノ確定スルモノナリ從テ區裁判所ハ此事件ノ訴ヲ受理シタル後ニ於テ豫審ヲ經ルヲ必要ト認ムルトノ理由ヲ以テ管轄違ヲ言渡スヲ得ス

大審院ノ事物管轄ハ特別裁判所ノ權限ニ非ス若シ此塲合ニ大審院カ特別裁判所トシテ裁判スルモノトセハ裁判所構成法第五十條第二號ノ犯罪及ヒ被告人ノ外ハ裁判スルヲ得ス然レトモ刑事訴訟法第二十五條第二項及ヒ第二十八條第三項ハ之レニ反スル規定ヲ爲シタリ蓋シ被告人ノ身分ヲ重シタルト又犯罪カ全國ニ亘リ行ハルヽ性質ノモノナルニヨリ全國ヲ管轄區域トナス裁判所ノ權限ト爲スヲ要スルトニ依リ此管轄ヲ設ケタルモノナレハ大審院ハ之カ爲メ特別裁判所ノ權限ヲ附與セラレタリト云フヘカラス獨乙裁判所構成法ニ於テ獨乙帝國及帝ニ對スル罪ヲ大審院ノ管轄ト爲シタルハ此趣

旨ト異ル所アリ又舊刑法ト異リ刑法ニ於テハ外患罪ニ懲役刑ヲ定メ賣國奴ノ罪ニシテ破廉恥罪ト爲シタルカ故ニ構成法ハ之ヲ改正シテ地方裁判所ノ管轄ト爲シ內亂罪ノミヲ特別權限事件トセリ

裁判所構成法ニ定メタル事物管轄ノ規定ハ一ノ被告人カ一犯罪ヲ犯シタル場合ニノミ適用セラルヽモノニシテ牽連事件ノ事物管轄ハ此規定ニ依テ定ムルヲ得ス茲ニ牽連事件ト稱スルハ數個ノ刑事事件カ相互ニ關係ヲ有スル場合ヲ云フ事件ノ牽連ニハ形式上ノモノト實體上ノモノトアリ形式上ノ牽連ハ數個ノ訴訟カ同一裁判所ニ繫屬スルヲ云フ故ニ此場合ハ管轄ノ問題ニ影響スル所ナシ實體上ノ牽連ハ犯罪ノ成立ニ關シ數個ノ事件カ關係ヲ有スル場合ヲ云フ實體上ノ牽連ニ二アリ甲ハ一人カ數罪ヲ犯シタル場合ニシテ之ヲ主觀的牽連ト云フ乙ハ數人カ一罪ヲ犯シタル場合ニシテ之ヲ客觀的牽連ト云フ又實體上ノ牽連ニ主觀的牽連ト客觀的牽連ト同時ニ存スルコトアリ是等實體上ノ牽連ハ裁判所ノ管轄ニ影響ヲ及スモノナリ何トナレハ實體

上ノ牽連事件ハ同一手續ヲ以テ審理裁判スルヲ以テ訴訟法ノ原則ト爲ス之ヲ同一ノ手續ヲ以テ審判セシムルニハ牽連シタル事件ヲ同一裁判所ノ管轄ニ屬セシメサルヘカラサレハナリ現行法ノ規定ニ依レハ左ノ如シ

第一 主觀的牽連事件　上級ノ裁判所併セテ管轄スルモノトス（刑事訴訟法第二五條第二項）例ヘハ區裁判所ニ屬スル事件ト地方裁判所ニ屬スル事件ト併起シタルトキハ地方裁判所共ニ之ヲ管轄シ大審院ノ特別權限ニ屬スル事件ト他ノ事件ト共ニ起リタルトキハ大審院ハ共ニ管轄ス此上級裁判所ヲシテ併セテ管轄セシムル所以ハ此場合ハ併合罪トシテ重キ罪ノ刑ヲ加重シテ處斷スヘキモノナレハ併發シタル二罪ヲ區裁判所ト地方裁判所トニ分割スルトキハ實際不便アルノミナラス一方ノ裁判所ノ審理裁判ノ落着ヲ待テ更ニ又他ノ一方ニ於テ審理裁判ヲ爲スカ如キハ自然裁判ノ延滯ヲ招キ且無用ノ手數タルヲ以テナリ

刑事訴訟法第二十五條第二項ハ檢事カ數罪ヲ同時ニ起訴スル場合ノミナ

ラス一罪ハ既ニ上級裁判所ニ起訴セラレ輕キ一罪ヲ更ニ起訴スヘキ場合ニモ適用セラルヽモノナリ從テ重キ一罪ハ地方裁判所ニ輕キ一罪ハ區裁判所ニ各別ニ起訴セラレタル場合ニハ區裁判所ハ管轄違ノ言渡ヲ爲シタル後更ニ之ヲ地方裁判所ニ起訴スヘキモノトス

刑事訴訟法第六十二條ニ依レハ地方裁判所檢事ハ犯罪アルニ當リテ其搜査ヲ終リ重罪ト思料シタルトキハ其事件ニ付キ豫審ヲ求メ又區裁判所ノ事件ト思料シタルトキハ之ヲ區裁判所ニ送致スルモノトス然ルニ重罪トシテ拘留科料ニ該ル罪ト併發シタルトキハ刑事訴訟法第二十五條第二項ニ依リ其輕キ罪ヲモ併セテ地方裁判所ノ豫審ヲ求ムヘキモノナルヤ又ハ其輕キ罪ハ分離シテ區裁判所ニ送致スヘキモノナルヤノ問題ヲ生ス畢竟此問題ハ刑事訴訟法第六十二條第三號ノ規定ハ區裁判所ノ權限ニ屬スル事件ニ付テハ豫審ヲ禁シタルヤ否ヤノ論點ニ歸着スヘシ第二十五條第二項ニ於テ上級ノ裁判所併セテ之ヲ管轄スト雖モ除外スヘキモノナクシテ即チ大審院カ地方裁判所ノ管轄事件ヲ併合シテ管轄スルニハ取除ナキカ如ク地方裁判所ノ管轄ニ屬スル事件ト區裁判所カ之ヲ併合シテ管轄スルニ除外スヘキモノアラサルナリ而シテ第六十二條第三號ハ拘留科料ニ該ル罪カ他罪ト併發セスシテ單獨ニ起リタル場合ニ於テ豫審ヲ經ルヲ要セスト規定シタルノミニシテ絕對ニ豫審ヲ經ルヲ禁スルノ法意ト解スルヲ得ス故ニ斯ル場合ニ於テハ此罪ヲモ併セテ豫審ヲ求ムルヲ至當トス然ラハ地方裁判所ノ管轄ニ屬スル事件カ豫審ニ繫屬中拘留科料ニ該ル罪生シタルトキハ後發ノ事件ニ付キ豫審ヲ求ムルヲ得ヘキヤ否ヤ或ハ此場合ニハ事件ヲ併合スルニ付キ便宜ナキカ故ニ併セテ豫審ニ付スルヲ得ストナスモノアリ然レトモ牽連事件カ上級ノ裁判所ノ管轄ニ屬スル輕キ罪ニ付テモ亦上級裁判所ノ手續ニ從フモノナリ而シテ豫審ハ或ル事件ニノミ行ハルヽ手續ニ非スシテ事件ノ如何ヲ問ハス上級

併合管轄ノ時期

裁判所ニ屬スル手續ナルカ故ニ本問題ノ場合ニ於テモ豫審ノ手續ニ從フヲ得ヘシ即チ事件カ牽連スルカ爲メニ併セテ後發ノ事件ニ付キ豫審ヲ求ムルヲ得ルナリ是レ大審院ノ特別權限事件ニ付キ豫審中地方裁判所ノ管轄事件カ併發シ來リタル場合ニ於テモ亦同一ニ出テサルヘカラス以上ノ如クナルヲ以テ牽連事件ハ上級裁判所ニ於テ管轄シ上級裁判所ノ手續ニ從フコトハ例外ナク行ハルヽ原則ナリ豫審手續ニ於テ此例外ヲ認ムヘキニ非ス

牽連事件ヲ併合管轄スルハ便宜ニ出ッ之ヲ併合管轄スルニハ第一審ノ判決アルマテニアラサレハ便宜ナシ故ニ第二十五條第二項ノ同時ニ訴アリトハ同時刻、同日ト云フカ如キ時ヲ限リタル狹隘ノ意味ニアラサルナリ又一事件ニ付キ未タ判決確定セサル間ハ同時ナリト云フモ亦廣キニ失スルヲ免カレス何トナレハ斯ノ如ク解スルトキハ地方裁判所管轄事件ニ付キ既ニ控訴審ニ於テ取調中輕微ナル他ノ罪ニ付キ公訴起リタルトキニモ亦

同時ニ訴アリタルモノトシ控訴裁判所ハ上級裁判所トシテ之ヲ管轄スルニ至リ此事件ハ第一審ヲ經スシテ直チニ第二審ノ判決ヲ受クルノ結果ヲ生スヘケレハナリ故ニ同時トハ第一審級ニ於テ未タ判決言渡ニ依リ事件ノ終結ヲ告ケサル間ヲ謂フモノト解スルヲ以テ最モ妥當ナリトス

第二十五條第二項ニ依リ上級裁判所カ各事件ヲ併合シ得ルニハ各事件ニ付キ土地ノ管轄ヲ有スルコトヲ要ス第二項ハ事件ノ牽連ノ爲メニ土地ノ管轄ノ規定マテモ動シタルモノト認ムル能ハサレハナリ

第二 客觀的牽連事件、上級ノ裁判所併セテ管轄ス例ヘハ一犯罪ノ共犯各自ニ對シ刑法ノ適用ヲ異ニシ從テ其一人ニ對シテハ重キ刑ニ處セラルヽカ故ニ地方裁判所ノ管轄ニ屬シ他一人ニ對シテハ區裁判所ノ管轄ニ屬スル刑ニ處スヘキ場合ヲ生ス又內亂罪ニ於テ附和隨行者ハ輕キ刑ニ處セラレ他ハ重キ刑ニ處セラレ從テ一ッハ地方裁判所ノ事物管轄タリ他ハ大審院ノ事物管轄タルカ如キコトアリ以上ノ場合ニ於テモ共犯ハ共ニ同一ノ

訴訟主體　裁判所ノ管轄　事物管轄

手續ヲ以テ審理スルヲ便宜ト爲スカ故ニ上級ノ裁判所併セテ管轄スヘキ者トス現行法ハ第二十八條三項ニ於テ皇族ノ犯罪ニ付テノミ客觀的牽連ノ場合ヲ規定スルモ此規定ヲ類推シテ上述ノ如ク解釋スルヲ得ヘシ

第三 主觀的牽連ト客觀的牽連ト同時ニ存スル事件、總テノ事件ヲ併セテ上級ノ裁判所管轄ス例ヘハ甲乙共謀シテ內亂罪ヲ犯シ乙丙共謀シテ地方裁判所管轄ニ屬スル犯罪ヲ爲シ丙丁共謀シテ區裁判所管轄ノ犯罪ヲ犯シタル場合ニハ總テノ犯罪及ヒ總テノ被告人ニ對シ大審院之ヲ管轄ス是レ前記(一)及ヒ(二)ニ於テ說明スル所ニ依リ知ルヲ得ヘシ

第二節 土地管轄

羅馬法ニ於テハ犯罪地ヲ以テ土地ノ管轄トセリ蓋シ犯罪地ニハ必要ノ證據存在スルノミナラス犯罪地ニ於テ刑ヲ言渡ストキハ其效用著大ナルヲ以テナリ舊獨逸法ニ於テハ現行犯ノ場合ニ限リ犯罪地ヲ土地ノ管轄トセリ是レ現行犯ノ場合ニハ其犯行ノ後直チニ刑ヲ言渡スノ手續ナルカ故ニ犯罪地ヲ以テ土地ノ管轄トナシタルナリ其他ノ場合ニ於テハ治罪手續モ亦訴訟手續ノ一ナリトノ觀念ヨリシテ犯人住所ノ地ヲ以テ裁判籍トセリ但簡易ナル被告事件ニ付テハ現行犯ニアラサルモ尙ホ犯罪地ニ於テ裁判スルコトヲ得ルモノトナシタリ而シテ此非現行犯ノ場合ニ於テ犯罪地ヲ土地ノ管轄ト定メシヨリ進ンテ逮捕地ヲモ裁判籍ニ加フルニ至レリ蓋シ當時ノ執法家ハ現行犯ノ意義ヲ擴張シ犯罪ノ時ト裁判言渡ノ時トノ間ニ多クノ年月ヲ隔テタル場合ニモ亦之ヲ現行犯ナリト看做シ原告人ニ被告ヲ逮捕シ之ヲ裁判所ニ引致スルノ權ヲ認メタリ是レ逮捕地ヲ裁判籍ノ一ニ加ヘタル原因ノ一ニシテ又一方ニ於テハ當時土地カ無數ノ裁判區劃ニ小分セラレクルニ拘ハラス各裁判所ニ呼出スコト非常ニ困難ナリシヨリ之ヲ爲サヽリシカ故ニ逃亡犯罪人ヲ逮捕シ之ヲ裁判所ニ於テ法律上ノ共助ヲ爲スノミナラス犯罪人ヲ處罰セスシテ止ムトキハ王室ノ收入ヲ減スルヲ以テ成ルヘク犯人ヲ處罰スルノ必要アリシ

現行法ノ規定

カ爲メ逮捕地ニ於テ直チニ裁判スルヲ便利ナリトセルノ點亦其原因タリシナリ其後ノ諸法律即チ獨逸普通法、佛國治罪法、普漏西刑事法ニ於テハ犯罪地犯人ノ住所地及ヒ逮捕地ノ三ヲ同等ニ置キ共ニ土地ノ管轄トシプラウンシュワイヒ及ヒバーデンニ於テハ犯罪地及ヒ被告人住所地ヲ以テ土地ノ管轄トシ其他ノ獨逸聯邦諸國ノ法律ニ於テハ犯罪地ヲ以テ第一ノ土地ノ管轄トシ犯罪地不明ナル場合ニ犯人ノ住所地若クハ逮捕地ヲ以テ管轄トナセリ

我國舊治罪法ニ於テハ此最後ノ立法ニ倣ヒ犯罪地ノミヲ以テ管轄ト定メ犯罪地ノ分明ナラサルトキニ限リ被告人逮捕ノ地ヲ以テ管轄トセリ（舊治罪法第四〇條參照）現行刑事訴訟法ハ第二十六條ヲ以テ犯罪地及ヒ被告人所在地ノ二ヲ同等ナル土地ノ管轄トナセリ抑モ裁判所ノ土地ノ管轄ヲ孰レニ定ムヘキヤノ問題ハ單ニ便宜ノ問題ニシテ各事物ノ管轄ヲ同ウスル裁判所ニ對シテハ裁判所構成法及ヒ刑事訴訟法ノ規定ニ依リ同等ニ公平無私ナル裁判ヲ下スノ推測ヲ爲スヲ得即チ裁判所構成法及ヒ刑事訴訟法ニ於テ判事ノ員數ヲ定メ又

職務ヲ裁判ノミニ限リ又判事ノ地位ヲ保障シ其他除斥、忌避等ノ規定ヲ爲シ以テ裁判ノ公平ヲ維持スルニ足ル組織ヲ設ケ又同等ノ裁判所ノ手續ヲ同一ニ定メタリ故ニ或刑事事件ハ甲裁判所ノ管轄トナスヘキヤハ事物ノ管轄ニ付テハ判事ノ員數ヲ異ニスレハ被告人ノ利害ニ關係アルモ土地ノ管轄問題ニ付テハ各裁判所何レモ同一ノ保障アルモノナレハ被告人ノ利害ニ毫モ影響ヲ及ホサスシテ全ク便宜ノ問題ニ過キス故ニ檢事ヲシテ犯罪地ノ裁判所ニ起訴スヘキヤ又ハ被告人所在地ノ裁判所ニ起訴スヘキヤヲ選擇セシムルハ決シテ不條理ニアラス各事件ノ性質ニ從ヒ其狀況ヲ鑑別シ起訴スヘキ裁判所ヲ選擇スルヲ可トス治罪法ノ如ク犯罪地ヲ優等ノモノトスル如キハ極メテ不便ニシテ被告人ヲ所在地ニ於テ逮捕スルモ被告人ヲ更ニ犯罪地ニ送致シテ裁判セシメサルヘカラサル不都合アリトス又被告人所在地モ他ノ地ニ比シ證據ノ存スルコト多ク刑ヲ言渡スノ效用モ大ナルモノニシテ犯罪ノ地ニ比シ決シテ劣リタル管轄ニ非ス我刑事

訴訟法カ土地ノ管轄ヲ犯罪地及ヒ被告人所在地トシ之ヲ同等ニ定メタルハ頗ル其當ヲ得タルモノナリトス

犯罪地

犯罪地トハ何ソ

第一　犯罪地

犯罪地ノ問題ハ刑法ノ問題ト刑事訴訟法ノ問題トヲ區別セサルヘカラス一ツハ國際刑法ニ屬シ內國ニ刑罰權アリヤ否ヤノ問題ナリ其問題ノ解決ハ刑法ノ屬地主義ナルヤ保護主義ナルヤニ依リテ異ル訴訟法ノ問題ハ內國ニ刑罰權アリト定リタル後ニ於テ生スルモノニシテ何レノ裁判所ヲシテ裁判セシムヘキヤノ便宜ニ基ク問題ナリ故ニ刑法ノ犯罪地ト訴訟法ノ犯罪地ト必スシモ附合スルモノニ非ス

犯罪地ノ裁判籍ハ法律ニ於テ犯罪ノ構成要素トナシタル事實カ行ハレタル地ニ於テ存在スル而シテ此等刑法上必要ナル總テノ事實カ一個ノ裁判所ノ管轄區域內ニ生シタルトキハ別ニ困難ナルコトナシト雖モ其事實カ數個ノ裁判所ノ管轄區域ニ亘リタル場合ニハ研究ヲ要スル幾多ノ問題ヲ生スヘキナリ之ニ付テハ左ノ學說アリ

學說ノ一　動作地說

一　動作ノ地ヲ犯罪地ト爲ス說　此說ニ依レハ人ヲ殺スヘカラストノ禁制ハ此結果ノ原因タル行爲ヲナスヘカラスト云フニ在リ即チ動作ヲ以テ標準ト爲スヘク動作ヲ爲ス時ニ於テ禁制カ犯サルヽモノナリ此動作ノ時及ヒ場所ニ於テ犯人カ犯罪ヲ犯スカ爲メニ爲スヘキ總テノ事ヲ爲シタルモノニシテ後ニ發生シタル結果ハ行爲カ如何ナル法律上ノ趣旨ヲ有スルヤヲ明ニスルニ止マル又詐欺破產罪ノ如キモノニ付テハ結果ノ地ハ不明ニシテ殺人罪ノ如キモノニ付テハ結果ノ地ハ偶然ニ定マルヲ以テ確然タル標準ニ非ス又犯罪ノ地ノ標準ハ犯罪ノ時ノ標準ト同一ナラサルヘカラス然ルニ犯罪能力ハ犯罪ノ時ニ存スルヲ要スルモノナレハ結果地說ヲ採レハ結果發生ノ時ニ犯罪能力ヲ要スルニ至ル又結果地說ハ未遂犯ノ場合ニ標準ヲ變セサルヘカラストト云フニ在リ

學說ノ二　訴訟主體　裁判所ノ管轄　土地管轄

二　結果發生ノ地ヲ犯罪地ト爲ス說　行爲ノ性質ハ結果ニ依リ定マレハ

結果發生地ヲ以テ標準トスヘシト云フニ在リ

三 實行ヲ爲シタル地ヲ犯罪地ト爲ス說　茲ニ實行ト云フハ犯人ノ動作ノミナラス其犯人ノ利用シタル機關ノ働モ亦犯人ノ行爲ト同一ニ認ムヘキヲ以テ此機關ノ働ヲ爲シタル地モ含ム例ヘハ川ノ對岸ニアル人ニ對シ狙撃ヲ爲ス場合ニ於テ使用セラレタル彈丸ノ被害者ニ適中シタル場所モ亦實行地ニシテ即チ犯罪地ナリト云フニ在リ

四 動作地及ヒ結果發生ノ地ヲ共ニ犯罪地ト爲ス說　行爲ノ意義ノ中ニハ法律上動作ノ外結果ヲモ含ムカ故ニ此二ツノ事實カ場所ヲ異ニスルトキハ犯罪ハ何レノ地ニ於テモ犯サレスト爲スカ又ハ動作ノ地ニ於テモ結果ノ地ニ於テモ共ニ犯サレタリト爲スカ二者ノ中一ツヲ採ラサル可ラス而シテ前段ノ考ハ事實ニ合セサル故後段ノ考ヲ正當トスト云フニ在リ

案スルニ犯罪ノ構成要素中動作ト結果トニ輕重ヲ認ムヘキニ非サルヲ以

テ其一方ノミヲ犯罪地ノ裁判籍ト爲スヘキニ非ス又犯人ノ利用シタル機關ノ働タル所ハ犯人ノ動作ノアリタル所ト其價値ヲ同セス故ニ單ニ犯罪構成要素ノ行レタル場所ハ一般ニ犯罪地ナリト爲スヲ至當トス

以下各別ノ場合ヲ例示シテ以テ犯罪地ノ如何ヲ說明セン

甲 敎唆犯、從犯ニ對スル犯罪地　此等ノ裁判籍ハ敎唆犯、從犯ノ所爲カ行ハレタル地ニアリト云フハ原則ノ適用ニシテ正當ナルカ如シト雖モ實際ノ必要上ヨリ刑事訴訟法第二十八條ニ於テ之ニ制限ヲ加フルノ所アリ即チ正犯、從犯共犯)ハ合併シテ其裁判ヲ爲スヘキコトヲ規定シ從犯ハ正犯ノ管轄ニ從フモノトセリ是故ニ其結果トシテ敎唆犯、從犯ノ犯罪地ノ裁判籍ハ實行正犯ノ行爲地ノ管轄裁判所及ヒ敎唆犯ノ行爲地ノ管轄裁判所ニ在リト云ハサルヘカラス然レトモ第二十八條第一項ノ規定アルカ爲メ從犯ノ行爲地ニハ管轄ハ存在セサルモノトス但正犯ハ外國ニテ實行シ內國ニ從犯ノ行爲アリタル場合ノ如キ從犯

訴訟主體　裁判所ノ管轄　土地管轄

ノミニ對シ起訴スルヲ得ヘキ場合ニハ從犯ノ行爲アリタル地ノ裁判所ヲ犯罪地ノ裁判所トシテ玆ニ訴ヲ爲スコトヲ得ヘシ

乙 不行爲犯ノ裁判籍ハ犯人カ必要ノ行爲ヲ爲スヘキ地又不行爲犯ニシテ之カ原因トナリテ生スル有害ノ結果カ發生シタルトキニ始メテ罰スヘキ性質ノモノナルトキハ其結果ノ生シタル地ニモ亦裁判籍アルモノトス

丙 間接正犯ノ裁判籍ハ機關トシテ利用セラレタル者ノ所爲カ行ハレタル地ニ存セス

丁 出版物ニ關スル犯罪ニ於テモ以上述ヘタル所ノ標準ニ依リテ裁判籍ヲ定ムヘキモノニシテ即チ新聞紙法ノ罪ノ如キハ出版物カ發行セラレタル地ニ裁判籍アリトス蓋シ新聞紙法ノ罪ハ出版物ノ存在即チ發行ニ因リテ成立スルモノナレハナリ反之出版物ヲ以テ誹毀罪ヲ犯ス場合ニハ其犯罪ハ公布ニ依テ成立スルカ故ニ發行ノ地ノミヲ以テ犯罪地ト爲ス能ハス出版物ノ公布セラレタル地ハ總テ犯罪地ナリ

戊 犯罪地カ帝國ノ陸地ニ在ラスシテ海船内ニ在ル場合ニハ右ノ原則ヲ適用スル能ハス故ニ刑事訴訟法第三十條ヲ以テ海船内ノ犯罪ニ付テハ證據蒐集ノ便宜ニ依リ定繫港又ハ犯罪後最初ニ着船シタル地ノ裁判所ヲ以テ管轄裁判所トナセリ此裁判籍ハ航海中ノ船舶ニ於テ犯サレタル犯罪ニ適用スルモノニシテ港内ニ在ル船舶ニハ適用セラルヽモノニ非ス又此規定ハ日本ノ船舶ハ内國領土ノ延長ニシテ即チ浮動ノ領土ナリトノ思想ヨリ生シタルモノナルヲ以テ定繫港又ハ犯罪後最初ニ着船シタル地ハ犯罪地ノ裁判籍ノ變體ナリトス故ニ第三十條ハ其管轄地ヲ定繫港ノ地又ハ着船地ニ限リタルモノニアラスシテ此他ニ尚ホ被告人所在地ナル土地ノ管轄アルモノナレハ被告人上陸後犯罪發覺シタル如キ場合ニハ其所在地ニ於テモ亦裁判スルヲ得ヘシ

被告人所在地

被告人所在地トハ何ソ

第二　被告人所在地

被告人所在地トハ犯罪ヲ犯スト キ被告ノ現在シタル地ニアラスシテ被告事件ニ付キ公訴ノ提起アリタルトキ被告人ノ現在スル地ヲ謂フ現在地ナルカ故ニ被告人カ一時通過スル地モ亦被告人所在地タリ而シテ被告人所在地トハ被告人ノ任意ニ出テヽ現在スルト強制ニ出テヽ現在スルトヲ區別スルノ必要ナシ例ヘハ豫審判事ノ令狀ニ依リ拘禁セラレ其地ノ監獄ニ在ル場合ノ如キ又管轄違ヲ言渡タル裁判所ヨリ管轄裁判所ニ被告人ヲ護送スル途中ニ在ル場合ノ如キ法律上ノ強制的現在地モ亦被告人所在地ナリトス又證人鑑定人トシテ呼出ヲ受ケ裁判所ニ出頭シタル者又ハ證人カ拘引セラレタル場合ニ於テ其者ヲ訴ヘ被告人トナストキハ其裁判所ハ被告人所在地ノ裁判所ナリ蓋シ舊治罪法ノ規定ヲ改メテ土地ノ管轄ニ被告人所在地ヲ加ヘタル所以ハ被告人現在スレハ直チニ取調ニ着手スルノ便利アルト犯罪地ニ護送スルノ手數ヲ省クトニ依ルニ外ナラス（舊治罪法第四二條參照）

所住地ト逮捕地トノ關係

然ラハ被告人ノ現在ノ原因カ被告事件取調ノ爲メニ出テタル未決勾留ニ在ルトキト雖モ之ヲ被告人所在地ト云フニ妨ケナキハ勿論ナリトス但現行犯人ヲ逮捕官吏カ他管內ニ於テ逮捕シ其地ヨリ引致シ來リタル場合ノ如キハ其强制ハ不法ニ起訴ヲ爲スノ目的ニ出タルモノニシテ法律ニ於テ之ヲ被告人所在地ト認ムルヲ得ス故ニ强制カ起訴ニ關シテ適法ナル以上ハ被告人所在地ノ裁判籍ヲ生ス

被告人カ外國ニ於テ犯シタル犯罪ニ付テハ內國ニ犯罪地ナルモノナシ故ニ被告人所在地ノ一面ノミヲ以テ土地ノ管轄ヲ定メサルヘカラス然ルニ我刑事訴訟法ハ此場合ニ於テ被告人所在地ヲ以テ管轄トセスシテ其第二十九條ニ於テ逮捕地又ハ送致ノ地ヲ以テ裁判籍トセリ抑モ逮捕地ヲ以テ管轄トナス場合ニハ內地ニ於テ現在スルモノナルカ故ニ第二十九條第一項前段ノ逮捕地ナル管轄ハ全ク被告人所在地ナル管轄ト同一ナルモノナルヤ否ヤノ問題ヲ生スヘシ或者曰ク外國ノ犯罪ニ付キ逮捕地ヲ以テ其裁

判管轄ト定メタルモ被告人ヲ逮捕スルハ現行犯及ヒ準現行犯ノ場合ノ外ハ令狀ニ據ラサルヘカラス而シテ令狀ヲ發スルハ公訴ヲ受ケタル裁判所ナレハ裁判所ノ管轄定マリ檢事カ起訴シタル後ニアラサレハ逮捕スルヲ得ス又外國ヨリ送致ヲ受ルモ起訴後ニ於テ令狀ヲ外國ニ送致スルヲ要ス又一方ニ故テ本條ノ場合ハ犯罪ノ地ハ外國ニアルモノナレハ被告人所在地ノミヲ以テ其裁判管轄ノ地トナセシモノニシテ本條ノ逮捕ハ被告人所在地ト解釋セサルヘカラス按スルニ本條ハ如何ニモ犯罪地ニ對スル被告人所在地ノ側面ノミヲ見テ規定シタルモノタルコト及ヒ起訴後ニ非サレハ令狀ヲ以テ逮捕スルコトヲ得ス又外國ヨリ送致ヲ受クルコトヲ得サルハ論者ノ說ノ如シ然レトモ是ヲ以テ直チニ逮捕地ハ被告人所在地ナリト云フハ妄斷ニ失スルノ嫌アリ例ヘハ被告人外國ニ於テ罪ヲ犯シ歸朝シテ橫濱ニ在リタルトキ橫濱地方裁判所ニ起訴セラレタルニ遁レテ東京ニ來リ逮捕セラレタルトキハ橫濱ハ被告人所在地ナレトモ逮捕地ニアラスシテ逮捕地ハ即チ東京ナルヘシ論者ハ此場合ニ於テモ尙ホ土地ノ管轄ハ東京ニ在ラスシテ橫濱ニ在リト云ヘリ然レトモ斯ノ如ク解スルトキハ第二十九條第一項前段ノ規定ハ之ヲ置クノ必要ナキニ至ルヘキヲ以テ此規定アル以上ハ前例ニ於テ其事件ノ裁判籍ハ東京ニ在ルモノニシテ逮捕地ト被告人所在地トハ全ク同一ノモノニアラサルナリ即チ本條ノ裁判籍ハ一般ノ原則ニ反シ起訴ノ時ニ確定セスシテ起訴後ニ於テ被告人ヲ逮捕シ又ハ其送致ヲ受ルニ依リ確定スル性質ヲ有スル例外ノモノトス而シテ一旦逮捕セラルレハ之ヲ遁レテ他ノ管轄地ニ赴キ更ニ逮捕セラルヽモ又外國ニ於テ犯シタル罪トシテ起訴シタル後內地ニ於テ犯サレタルモノト認メラルヽトキニ於テモ管轄ハ變更スルコトナシ蓋シ管轄ノ原因タル事實即チ逮捕地ニ變動ナケレハ他ノ事件ニ付キ逮捕セラレ其事件カ裁判所ニ繫屬中ハ外國ニ在テ犯シタル罪ニ付テモ逮捕地ノ管轄ニ屬ス然レトモ第二十九條ノ適用ハ此場合ノミニ制限セラルヘキモノニアラサルナリ

訴訟主體　裁判所ノ管轄　土地管轄

住所地ト裁判籍

犯罪ノ地及被告人所在地共ニ分明ナラサル場合ニ於ケル被告事件ノ裁判籍

外國ニ於テ罪ヲ犯シタル被告人依然外國ニ在ルカ又ハ其所在不分明ナルトキハ關係裁判ヲ爲サヽルヘカラス此場合ニハ被告人最後ノ住所地ヲ以テ裁判管轄トス（刑事訴訟法第二九條第二項參照）

犯罪ノ地及ヒ被告人所在ノ地共ニ分明ナラサルトキハ其被告事件ノ裁判籍ハ理論上ニ於テハ一定シ居ルモノナレトモ實際ニ於テハ管轄裁判所ハ果シテ何レナルヤハ判明セサルカ故ニ此場合ニ於テ被告人ヲ管轄スル裁判所ナシト云ハサルヘカラス例ヘハ汽車進行中ニ爲シタル殺人罪ノ如キハ犯罪行爲ヲ行ヒタル場所及ヒ被害者ノ死亡シタル地ヲ知ルコト能ハス又犯人ノ所在ヲ知ル能ハサルコトアルヘシ又本邦ニ住所ヲ有セサルカ又ハ最後ノ住所地モ分明ナラサル日本人外國ニ在リテ本邦ノ法律ニ依リ處斷スヘキ犯罪ヲ爲シ而シテ外國ヨリ被告人ノ送致ヲ受ケス又内地ニ於テ被告人ヲ逮捕スル能ハサル場合ニハ管轄裁判所ナシトス舊治罪法第四十五條末項ニ於ラ斯ノ如キ場合ニハ裁判管轄ヲ定ムルノ訴ヲ爲スコトヲ得タレトモ現行刑事訴訟

各裁判籍ノ競合シタル場合

主觀的牽連事件ノ管轄

法ハ此規定ヲ删除シタルカ故ニ斯ク論斷セサルヲ得サルナリ

土地ノ管轄ニハ衝突アリ即チ犯罪地、被告人所在地又ハ其他ノ裁判籍カ異ナリタル裁判所ノ區劃内ニ在リタルトキハ其何レヲ管轄裁判所ト定ムヘキヤ刑事訴訟法第二十七條ハ此場合ニ於テ最初豫審又ハ公判ニ着手シタル裁判所ヲ以テ其管轄ナリト定ム第二十七條ハ先着手ノ原因ヲ裁判所ノ處分ニ因リテ定メ檢事ノ起訴前ノ處分又ハ檢事ノ起訴ヲ以テ定メス而シテ裁判所ノ處分ナル以上ハ判事ノ爲シタルモノト裁判所書記執達吏ノ爲シタルモノトヲ區別セス例ヘハ第二百十三條第二項ノ呼出狀ヲ發シタル日附カ先ナルモ先着手トナルモノトス裁判所ノ處分ヲ以テ先着手ノ原由ト爲スハ審理カ他ノ裁判所ニ於ケルヨリ進捗シ居ルヲ以テナリ

現行法ハ土地ノ管轄ニ付キ特ニ主觀的牽連事件ノ管轄ヲ定メス是レ第二十七條ノ解釋ニ基ク所ナリ同條ハ一人ニテ數罪ヲ犯シ各罪事物ノ管轄ハ同一ナルモ土地ノ管轄ヲ異ニスル場合ニ於テ適用セラレ、數罪中其一罪ニ付キ最

訴訟主體　裁判所ノ管轄　土地管轄

初豫審又ハ公判ニ着手シタル裁判所ハ他ノ犯罪ヲモ併セテ管轄スルヲ得ルヤ否ヤノ解釋問題是ナリ例ヘハ一人ニテ東京地方裁判所管内ニ於テ第一ノ罪ヲ犯シ横濱地方裁判所管内ニ第二ノ罪ヲ犯シ長崎地方裁判所管内ニ於テ第三ノ罪ヲ犯シ犯人他ノ管内ニ潜匿シタル場合ニ於テ此數罪中第一ノ罪ニ付キ東京地方裁判所カ他ノ裁判所ニ於テ第二第三ノ犯罪ニ付キ着手スル前ニ豫審又ハ公判ニ着手シタルトキハ東京地方裁判所ハ第二第三ノ犯罪ニ付テハ犯罪地被告人所在地ニアラサルモ此犯罪ヲ併セテ管轄スルヲ得ルヤ否ヤ本問題ハ要スルニ第二十六條ノ管轄ノ外ニ牽連事件ノ管轄ヲ別ニ設ケタルモノナリヤ否ヤニ歸着ス、抑モ裁判所ノ土地ノ管轄ハ第二十六條ノ規定スル所ニシテ第二十七條ヲ次條ニ設ケタル以上ハ第二十七條ノ「數個ノ裁判所ノ管轄ナル場合」ト稱スルハ第二十六條ノ犯罪ノ地ト被告人ノ所在地タル管轄トヲ併セテ規定シタルモノニシテ即チ第二十七條ハ第二十六條ニ於テ犯罪地及ヒ被告人所在地ノ二箇ヲ以テ土地ノ管轄ト定メタル爲メ一事件ニ付キ二箇ノ裁判管轄ノ衝突アル場合ヲ豫期シ其中最初豫審又ハ公判ニ着手シタルモノハ他ニ比シテ幾分カ調査ノ程度ヲ進メタルヘキカ故ニ此裁判所ヲ以テ其管轄ナリト規定シタルモノナリ故ニ其最初豫審又ハ公判ニ着手シタル裁判所ハ即チ其事件ニ付キ犯罪地タルカ又ハ被告人所在地タルカ故ニ第二十七條ハ第二十六條ノ外ニ管轄ヲ設ケタルニアラス前例ニ於テモ東京地方裁判所ハ第一ノ罪ニ付テハ其犯罪地ニシテ且ツ最初豫審公判ニ着手シタルカ故ニ之レヲ管轄スヘキモ第二以下ノ犯罪地タラス又其被告人所在地ニモアラス唯被告ノ犯シタル犯罪ノ一部即チ第一ノ犯罪ニ付キ豫審公判ニ着手シタルノミ第二以下ノ犯罪ニ付テハ未タ何等ノ取調ヲ爲サヽルヲ以テ其正當ノ管轄タル他ノ裁判所ヲ排シテ第一ノ裁判所之ヲ併合シテ管轄スヘキ理由ナシ若シ反對ノ解釋ヲ採レハ證據物件又ハ證人等ノ多ク存在スル犯罪地ヲ去テ無緣故ナル地ニ於テ裁判セサルヘカラサルノ結果ヲ生シ甚タ不當ノ規定ト謂ハサルヲ得ス加之第二十七條末段ノ「最初豫審又ハ

公判ニ着手云々」ノ文字ハ各個ノ場合ニ對スルモノナレハ該條ノ數罪ノ場合ヲ包含セサルハ之レヲ見ルモ明白ナリ又舊治罪法（第四一條第二項）ニ於テハ上述スル所ト反對ノ規定ヲ爲シタルモ現行法ハ其規定ヲ削除セシヨリ以テ沿革ノ上ヨリスルモ亦第七條牽連事件ノ管轄ヲ定メタルニ非スト爲サヽルヘカラス現行法ハ土地管轄ニ付キ客觀的牽連事件ヲ規定ス（刑事訴訟法第二八條）即チ從犯ハ正犯ノ管轄ニ從ヒ正犯數名アルトキハ其中ニテ正犯ノ一人ニ對シ最初豫審又ハ公判ニ着手シタル裁判所ニ於テ他ノ犯人ヲモ併セテ管轄スルモノトス是レ共犯人ハ同一裁判所ニ於テ共同被告人トシ相對立セシメテ之ヲ取調フルトキハ審理上事實ノ眞相ヲ得ルノ利益アレハナリ而シテ第二十八條ノ適用ハ併合審理ヲ爲スノ便宜アルヲ條件トス即チ共犯ヲ併合審理スルハ之ヲ共同被告トシテ相對シテ訊問スルノ便宜アレハナリ然ルニ共犯ノ一ニ對シ既ニ裁判アリタル後他ノ共犯ヲ發見シタルトキハ前ニ言渡シタル共犯ヲ共同被告人トナスコト能ハス故ニ第二十八條ニ依リ先着手タルトハ先ニ着手セ

ラレタル共犯ニ對シ判決ノ言渡アラサル場合ニ限ルモノトス又第二十八條ノ牽連事件ノ管轄原由ハ共犯關係ナレハ甲ノ所在地ノ裁判所ニ共犯トシテ乙ヲ併セ起訴シタル後甲乙二人ハ共犯ニ非サルコトヲ發見シタルトキハ乙ニ對シ管轄違ヲ言渡サヽルヘカラス

管轄權ナキ裁判所ニ於テ共犯ノ一人ニ對スル訴ヲ爲シ後チ管轄裁判所ニ共犯ノ他ノ一人ヲ起訴スルモ兩者共ニ訴ヲ不適法ト爲サヽルヘカラス蓋シ共犯人ハ同一裁判所ヲシテ同時ニ管轄セシムル規定ナレハ假令ヒ管轄違ノ裁判所ニ於テノ訴ナリトモ共犯ノ一人ニ對シ訴アリタル以上ハ權利拘束ノ效力ヲ生シ其裁判所ハ先着手ノ裁判所ニシテ管轄裁判所モ亦一切先着手ノ效果ヲ尊重セサルヘカラス故ニ此場合ニ於テハ管轄指定ニ依リ管轄ヲ定ムヘク管轄裁判所ニ管轄權アルコトハ指定ノ理由タルニ過キス

第三節　管轄ノ規定ノ效力

効力ノ原則

管轄權ナキ裁判所カ爲シタル訴訟行爲ハ無效ナリトス（刑事訴訟法第一二條但書）管轄違ノ裁判所ノ豫審又ハ公判ノ手續カ全體ノモノトシテ無效ナルノミナラス各個ノ訴訟行爲モ亦無效ナリ手續カ全體ノモノトシテ無效ナルカ故ニ更ニ管轄裁判所ニ於テ豫審又ハ公判ノ手續ヲ爲スヲ得ヘク又各個ノ訴訟行爲カ無效ナルカ故ニ豫審調書ノ如キハ管轄裁判所ニ於テ證據ト爲スヲ得ス

効力ノ例外

管轄違ノ裁判所ノ訴訟行爲ヲ或ル點ニ付テ有效ト爲ス（例外）アリ即チ左ノ如シ

第一 公私訴ノ時效ヲ中斷スルノ效力アリ（刑事訴訟法第一二條但書）

第二 管轄違ノ裁判所ハ管轄違ノ裁判ヲ爲スニ當リ前ニ發シタル勾留狀ヲ存シ又ハ新ニ勾留狀ヲ發スルヲ得（刑事訴訟法第一六四條第二二六條）

管轄違ハ裁判所ノ手續ヲ無效ナラシムルカ故ニ裁判所ハ自己ノ管轄ヲ職權ヲ以テ調査セサルヘカラス（刑事訴訟法第一六條第二項）又訴訟關係人ハ本案ノ判決アルマテ公判ニ於テ管轄違ノ申立ヲ爲スノ權利ヲ有シ裁判所ハ特ニ其申立ニ付キ裁判スルノ義務アリ（刑事訴訟法第一六條第一項第一八六條）

其ノ一 事物管轄ノ規定ノ效力

受訴裁判所カ管轄ノ規定ニ背キタル訴ナルコトヲ認ムルトキハ必スシモ管轄違ノ裁判ヲ爲スヘキモノニ非ス或ル場合ニハ本案ノ裁判ヲ爲スヲ得ルコトアリ之ニ付テハ土地管轄ノ規定ト事物管轄ノ規定トニ依テ異ル所アリ

第一 事物管轄ノ規定ノ效力 上級裁判所ノ事物管轄ニハ下級裁判所ノ事物管轄ヲ包含ス（刑事訴訟法第二四條第一六條）故ニ地方裁判所公判ニ於テ裁判所構成法第十六條ニ依リ區裁判所ノ事物管轄ニ屬スルモノト認メタルトキニ於テモ本案ノ裁判ヲ爲シ大審院公判ニ於テ特別權限事件トシテ訴ヘラレタル事件ヲ地方裁判所又ハ區裁判所ノ事物管轄ナリト認メタルトキモ亦本案ノ裁判ヲ爲スヘキナリ又地方裁判所ノ豫審ニ於テハ此前記ノ場合ニハ區裁判所ニ移ス豫審終結決定ヲ爲ス（刑事訴訟法第一六六條）此決定ハ管轄違ノ決定ト異リ訴訟關係ハ之ニ依テ消滅セス事件ハ豫審ヨリ區裁判所ノ公判ニ移ルモノナリ大審院ノ特別權限事件ニ付テハ前記ノ場合ニ管轄裁判所ノ指

其ノ二　土地管轄ノ規定ノ效力

定ヲ爲シ管轄違ヲ言渡サス（刑事訴訟法第二百五條第三項）是ヲ以テ事物管轄ヲ有セサルノ理由ヲ以テ管轄違ヲ言渡ス場合ハ被告事件カ受訴裁判所ノ管轄ヲ超越シ上級裁判所ノ管轄ニ屬スル場合ニ限ル此原則ヲ認ムル所以ハ上級裁判所ノ審理手續ハ正確ノ裁判ヲ爲スノ保證多キカ故ニ直チニ本案ノ裁判ヲ爲シ下級裁判所ハ此保證少キカ故ニ上級裁判所ノ管轄事件ニ付テハ本案ノ裁判ヲ爲スヲ得サルニ在リ盖ル學說ニ依レハ上級ノ管轄ハ下級ノ管轄ヲ包含スト雖モ原則ヲ認メス上級裁判所ニ於テ下級裁判所ノ事件ヲ裁判スルヲ得ルハ管轄違ノ裁判所カ有效ニ裁判スルヲ得ルトノ例外規定ナリト爲ス然トモ管轄違ナル觀念ト有效ニ裁判ヲ爲スノ觀念トハ相互ニ容ルヽモノニ非サレハ此說ハ非ナリ故ニ同時ニ上級裁判所ト下級裁判所トニ訴アリタルトキハ上級裁判所ニ於テ管轄スヘキモノトス

第二　土地管轄ノ規定ノ效力　土地管轄ノ規定ニ背クトキハ必ス管轄違ヲ言渡サヽルヘカラス蓋シ便宜ニ基テ裁判籍ヲ定メタル以上ハ土地ノ轄管

裁判所ニ裁判ヲ爲スノ義務ヲ認メ當事者ニ管轄裁判所ノ裁判ヲ受クルノ權利ヲ認ムルヲ要スレハナリ然レトモ彼等ノ裁判所ハ其構成及ヒ手續ヲ同フスルヲ以テ訴訟ノ或ル程度ニ達シタルトキハ土地ノ管轄違ヲ主張スルヲ得サラシムルノ必要アリ是ヲ以テ上告審ニ於テハ無罪又ハ免訴ノ裁判ヲ爲シタル裁判所カ土地ノ管轄ヲ有セサルヲ理由トシテ管轄違ヲ主張スルヲ許サス（刑事訴訟法第二七〇條）

第四節　管轄ノ指定及移轉

管轄ノ指定トハ各事件ニ付キ裁判ヲ以テ特ニ土地ノ管轄ヲ設ケ又ハ管轄ノ不明ナルヲ確定スルヲ云フ（刑事訴訟法第三一條裁判所構成法第一〇條）而シテ左ノ（第一）ノ場合ニ於テハ管轄指定ノ裁判ニ依リ新ニ土地ノ管轄ヲ設クルモノニシテ他ノ場合ハ刑事訴訟法ニ依リ定マリタル管轄ヲ確定スルニ止マリ訴訟法ニ定メタル以外ノ管轄ヲ指定ノ裁判ニテ新設スルニアラス

訴訟主體　裁判所ノ管轄　管轄ノ指定及移轉

指定裁判ニ依ル土地管轄ノ新設

第一　權限アル裁判所及ヒ其代理タル裁判所ニ於テ法律上ノ理由若クハ特別ノ事情ニ因リ裁判權ヲ行フコトヲ得サルトキ

代理タル裁判所トハ裁判所構成法第十三條第二項ニ依リ一ノ區裁判所ニ於テ或事由ノ爲メ事件ヲ取扱フヲ得サル場合ニ地方裁判所長カ毎年前以テ定メタル順序ニ從ヒ之ニ代テ其事務ヲ取扱フヘキ區裁判所ヲ謂フ而シテ管轄裁判所及ヒ代理タル裁判所ニ於テ裁判權ヲ行フ能ハサル法律上ノ理由生スル場合トハ例ヘハ管轄裁判所及ヒ代理タル裁判所ノ判事全體ニ對シ除斥ノ原因存在シ又ハ忌避ノ申請カ理由アリト認メラレタルトキノ如シ又此等ノ裁判所ニ於テ特別ノ事情ニ依リ裁判權ヲ行フヲ得サル場合トハ例ヘハ兵亂又ハ天變地異ノ爲メ裁判ヲ開クコト能ハサルトキノ外其廳ノ判事唯一人ノミナルニ疾病ノ爲メ執務ニ堪ヘス又ハ死亡シテ其後任者未タ定マラサル場合ノ如キヲ謂フ地方裁判所以上ニ於テハ其所屬判事ニ差支アルカ爲メ事務ヲ取扱フコト能ハサルカ又ハ同裁判所ノ判事中其代理ヲ爲シ得ヘキ者ナキ場合ニ於テハ裁判所長又ハ院長ハ其管轄區域內ノ下級裁判所ノ判事又ハ豫備判事ニ其代理ヲ命スルコトヲ得ルヲ以テ本項ノ如キ場合ヲ生スルコト稀ナリ（裁判所構成法第二五條第三一條第三五項第三六條第四五條第三項參照）

管轄區域ノ境界不明

第二　裁判所管轄區域ノ境界明確ナラサルトキ

第三　法律ニ從ヒ又ハ二以上ノ確定判決ニ依リ二以上ノ裁判所裁判權ヲ互有スルトキ

積極的管轄爭

是レ通常裁判所間ニ於ケル積極ノ管轄爭ノ場合ニシテ其事物ノ管轄ナルト土地ノ管轄ナルトヲ問ハサルナリ法律ニ從ヒ二個以上ノ裁判所各裁判權ヲ互有スル場合ハ犯罪地ト被告人所在地トノ裁判所ニ於テ日時ヲ同ウシテ豫審又ハ公判ニ着手シタルトキナリ或ハ斯ノ如キ場合ニハ公訴ノ權利拘束ノ效力ニ依リ即チ一事不再理ノ原則ニ基キ二箇ノ公訴存立シ得ヘカラサルヲ以テ其一方ノ公訴ハ之ヲ却下スヘキモノニシテ二以上ノ裁判所カ裁判權ヲ互有スヘキノ謂レナキヲ以テ法律ニ從ヒ二以上ノ裁判所カ

裁判權ヲ互有スト雖モ全ク無意味ノ規定ナリトセリ然レトモ第二十七條ノ規定ハ先着手ヲ以テ管轄ト定メタルノミノ規定ナルカ故ニ日時ヲ同ウシテ二個ノ裁判所ニ起リタルトキハ何レノ一方ヲ却下スヘキヤハ法律ノ規定ヲ缺クヲ以テ不明ナリ而シテ管轄ノ指定ナルモノヲ法律ニ設ケタル所以ハ管轄ニ關スル法律ノ不備ヲ補フ爲メナリ故ニ本項ノ明文ヲ以テ法律ニ從ヒ裁判權ヲ互有シタルトキヲ管轄指定ノ一ニ加ヘタルハ蓋シ右ノ場合ヲ想像シタルモノナルヘシ

又豫審公判ノ着手ニ前後アルモ刑事訴訟法第百八十六條ニ依リ管轄違ノ申立ヲ爲シタルニ拘ハラス二以上ノ裁判所カ刑事訴訟法第百八十七條ニ依リ管轄違ノ申立ヲ却下シ其判決確定シタルトキニ於テモ亦積極ノ管轄爭ヲ生スルヲ以テ管轄ノ指定ニ依リテ其裁判管轄ヲ定メサルヘカラス此場合ニ管轄ノ指定ノ裁判アリタルトキハ指定セラレタル管轄裁判所ハ其管理ヲ有效ニ進行シ得ヘク指定セラレサリシ裁判所ハ管轄違ノ判決ヲ言渡スヲ要ス

第四 二以上ノ裁判所管轄違ノ確定裁判ヲ爲シ又ハ上級裁判所ニ於テ二以上ノ裁判所カ共ニ管轄違ナリトノ確定裁判ヲ爲シタルモ其裁判所ノ一ニ於テ裁判權ヲ行フヘキトキ

二以上ノ裁判所管轄ニアラストノ裁判ヲ爲シ其判決確定スルモ第三ノ裁判所法律ニ依リ裁判權ヲ有スルトキハ裁判所ノ指定ヲ爲スヲ要セス事件ヲ他ノ管轄裁判所ニ直チニ起訴スヘキナリ是故ニ本項規定ノ場合ハ管轄違ヲ言渡シタル裁判所ノ中ニ於テ其何レカ法律上ノ管轄權アル場合ニ限ルコトヲ注意セサルヘカラス

本項ニ依リ管轄ノ指定ヲ爲スニハ二以上ノ裁判所カ爲シタル管轄違ノ言渡確定スルノミヲ以テ足レリトナスカ故ニ例ヘハ東京ニ現在スル被告人ニ對シ東京地方裁判所ニ訴ヲ提起シタルニ付キ東京ニ於テ犯シタル罪ニ付キ東京地方裁判所ニ訴ヲ提起シタルニ誤テ管轄違ノ言渡ヲ爲シ其裁判確定スルトキハ二以上云々ノ明文アルニ

依リ更ニ他ノ裁判所ニ(縦令裁判權ナシト雖モ)起訴ヲ爲シ管轄違ノ言渡ヲ受ケタル後管轄指定ノ申請ヲ爲スコトヲ得ヘシ斯クシテ指定ヲ受ケタル東京地方裁判所ニ於テ裁判ヲ爲スニ至レハ初メ他ノ裁判所ニ起訴ヲ爲スカ如キハ無用ノ手續ナルカ如シ然レトモ複數ハ單數ヲ含ムノ理由ヲ以テ此場合ニ東京地方裁判所カ管轄違ノ確定判決ヲ爲シタルノミヲ以テ直チニ指定ノ申請ヲ爲シ得ヘキモノト解スヘキニアラス

本項ノ場合ニ於テ管轄指定ノ裁判アレハ指定セラレタル裁判所ノ管轄違ノ裁判ハ當然消滅シ訴訟ハ其裁判所ニ繫屬ス(刑事訴訟法第二一二條第二三五條)

右第四ノ場合ニ於テ法文所謂確定判決トハ裁判ナル意義ナリ裁判ト云フノ意義ナルカ故ニ決定ヲ包含シ二個ノ裁判所ノ豫審ニ於テ第百六十四條ニ依リ管轄違ノ終結決定ヲ爲シタルトキハ管轄指定ノ申請ヲ爲シ得ヘシトス然レトモ第三ノ場合ハ豫審終結決定ニ適用ナシ二以上ノ裁判所カ同一事件ニ付キ公判ニ付スル豫審終結決定ヲ爲スモ未タ以テ指定ノ申請ヲ爲ス能ハス

管轄指定ノ決定ヲ爲ス裁判所

管轄指定ノ申請ヲ爲シ得ヘキ者

管轄指定ノ決定ヲ爲ス裁判所ハ關係アル各裁判所ヲ併セテ管轄スル直近上級裁判所ナリ即チ管轄爭ヲ爲ス裁判所カ指定ノ裁判ヲ爲ス裁判所ノ管轄區域内ニ在ルヲ要ス故ニ關係アル二個ノ裁判所カ區裁判所ニシテ同一地方裁判所ノ管内ニ在ルトキハ地方裁判所カ指定ノ管轄裁判所ナリ同一控訴院ノ管轄内ニ在ル地方裁判所カ關係裁判所ナルトキハ控訴院カ指定ノ管轄裁判所ナリ又關係アル區裁判所ニシテ各異ナリタル地方裁判所ニ所屬シタルトキハ直近上級裁判所ハ地方裁判所ニアラスシテ控訴院ナリトス又異ナリタル控訴院ノ管轄區域内ニ在ル區裁判所若クハ地方裁判所カ關係裁判所タルトキハ大審院之カ管轄ヲ指定ス

管轄指定ノ申請ヲ爲シ得ヘキ者ハ之ヲ第三十二條ニ規定セリ即チ大審院ニ於テ指定ヲ爲スヘキ場合ノ外ハ關係裁判所ノ檢事其他訴訟關係人ナリ大審院ニ於テ管轄裁判所ヲ指定スヘキ場合ハ關係裁判所ノ檢事其他訴訟關係人

ノ外司法大臣ノ命ニ因リ又ハ職權ヲ以テ檢事總長ヨリ申請ヲ爲スコトヲ得ヘシ

管轄ノ移轉

管轄裁判所指定ノ申請及其裁判ノ手續ハ刑事訴訟法第三十三條ニ規定セリ

管轄ノ移轉トハ管轄裁判所ニ於テ裁判ヲ爲ス能ハサル事情アルカ爲メ裁判ヲ以テ管轄權ナキ裁判所ニ訴訟ヲ繫屬セシムルヲ云フ故ニ刑事訴訟法ニ定メタル土地ノ管轄以外ニ移轉ノ裁判ニ依リ新ニ管轄ヲ設クルモノトス

公安ノ爲メニスル管轄移轉

第一　公安ノ爲メニスル管轄ノ移轉（刑事訴訟法第三六條參照）

其手續ハ司法大臣ヨリ大審院檢事總長ニ命令シ檢事總長ヨシテ大審院ニ其申請ヲ爲シ大審院ニ於テハ書面ニ依テ審理ヲ爲シ其申請ヲ許否ス（刑事訴訟法第三五條參照）

嫌疑ノ爲メニスル管轄ノ移轉

第二　嫌疑ノ爲メニスル管轄ノ移轉（刑事訴訟法第三四條參照）

此管轄ノ移轉ハ管轄裁判所ノ檢事其他訴訟關係人ヨリ直近上級ノ裁判所ニ請求スルモノトス而シテ其手續ハ申請者ヨリ趣意書二通ヲ原裁判所ニ

差出シ原裁判所ハ其訴訟手續ヲ停止シタル上申請趣意書及ヒ答辯書ヲ上級裁判所ニ送致シ上級裁判所ニ於テハ書類ニ依リ其申請ヲ決定ス（刑事訴訟法第三八條第二號、第三九條）被告人ハ嫌疑アル裁判所ニ於テ異議ノ申立ヲ爲スコトナク本案ニ付キ辯論ヲ爲シタルトキ又民事原告人ハ其裁判所ニ私訴ヲ起シタルトキハ管轄移轉ノ申請ヲ爲スヲ得ス（刑事訴訟法第三七條第二項）是レ此訴訟行爲ニ依テ嫌疑ヲ置カサルモノト推定シ申請ノ權利ヲ喪失セシムルモノナリ

管轄移轉ノ裁判ノ效力

管轄移轉ノ裁判ノ效力ハ直チニ事件ヲ移轉セラレタル裁判所ニ繫屬セシム（刑事訴訟法第二一二條第二號、第二三五條第一項）而シテ管轄移轉ノ理由ハ其裁判ヲ爲スヘキ裁判所ノ認ムル所ニ依リ定マリ移轉ヲ受タル裁判所ハ其理由ニ拘束セラルヽモ移轉ノ裁判ヲ爲スヘキ權限ナキ裁判所カ此裁判ヲナシタルトキ又ハ移轉ノ裁判ニ理由ヲ明示セサルトキハ移轉ヲ受タル裁判所ハ管轄違ノ言渡ヲ爲スヲ得ヘシ

移轉ノ裁判ハ訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス之ヲ爲スヲ得ヘシ第二審

及ヒ上告審ニ繫屬中ニ於テモ之ヲ爲スヲ得而シテ一旦此裁判ヲ爲シタル以上ハ再ヒ之ヲ取消スヲ得ス

第六章　裁判所ノ作用及職員

裁判所カ司法ヲ行フニハ各種ノ作用ヲ爲スヲ要ス此各種ノ作用ヲ爲スモノハ裁判所ノ職員ナリ

裁判所ノ作用ニハ次ノモノアリ

第一　刑事々件ノ審理　犯罪アリタルヤ何人ニヨリ犯サレタルヤヲ判斷スルカ爲メニ必要ナル材料ヲ集取シ之ヲ調査スル作用ヲ云フ此作用ハ裁判ナル作用ニ對シテ云フ所ニシテ共ニ實體ノ作用ナリ現行法ハ審理裁判ノ用語ヲ用ヒス單ニ裁判ナル語ヲ以テ此二者ヲ云ヒ表スコトアリ（刑事訴訟法第二五七條、第二八一條第一項）審理ノ作用ハ裁判所ノ作用ナルカ故ニ檢事カ現行犯ノ場合ニ於テ豫審判事ノ審理作用ト同一ナル行爲ヲ爲スモ之ヲ審理ト稱セスシテ搜査ト稱ス審理ノ作用ハ手續カ彈勁ナルト糺問ナルトニ依リテ積極ノ作用タリ又ハ消極ノ作用タルモノナリ純然タル彈勁ノ方式ニ屬スル公判ニ於テハ材料ノ集取ハ主トシテ當事者之ヲ爲シ裁判所ハ其材料ヲ調査スルニ止マル反之糺問ニ傾ク豫審ニ於テハ豫審判事カ材料集取ヲ爲ス一ツハ當事者ノ辯論カ主トナリ一ツハ裁判所ノ審理カ主トナルナリ

第二　刑事々件ノ裁判　審理辯論ニ基キ權利ノ有無ヲ定ムル作用ナリ即チ審理ノ結果ヲ確定シ之ニ法律ヲ適用シテ論結ヲ抽出スル作用ナリ而シテ審理モ裁判モ公訴ノ目的物ノ外他ノ目的物ニ付テモ行ハルヽモノナリ

第三　訴訟上ノ事實ノ認證　裁判所ニ於ケル訴訟ノ事實ヲ書面ニ記載シテ之ヲ明確ニスル作用ヲ云フ此作用ハ豫審調書及公判始末書ヲ作リ之ニ裁判所職員カ署名捺印シテ行ハルヽ所ナリ

第四　訴訟追行　訴訟ヲ其終局ノ目的ニ向テ進行セシムル作用ナリ換言ス

裁判所ノ作用
刑事々件ノ審理

刑事々件ノ裁判
訴訟上ノ事實ノ認證
訴訟追行

レハ直接又ハ間接ニ材料集取及裁判ヲ惹起ス行爲ナリ而シテ訴訟カ進行ヲ始ムルハ訴ノ提起、上訴ノ申立又ハ事實ノ主張等ニ依ルヘク進行ニ置レタル訴訟ヲ更ニ進行セシムルハ裁判所ノ呼出ニ依テ行ハル前者ハ直接ノモノナレトモ後者ハ前者ヲ準備スルモノニシテ間接ノモノナリトス

訴訟指揮

第五 訴訟指揮　訴訟ノ目的ニ不要ナル行爲ヲ排斥シ之ニ必要ナル行爲ヲ整理スル作用ヲ云フ訴訟指揮ハ訴訟ノ進行ヲ條件トシテ行ハルヽモノニシテ積極ト消極ノ作用ニ別ル積極ノモノハ訴訟行爲ノ順序ヲ定ムルコト辯護人ヲ選定スルコト、事件ヲ併合分離スルコト、手續ヲ停止スルコトノ如シ消極ノモノハ不必要又ハ許スヘカラサル辯論發問ヲ禁スルカ如シ

訟廷警察

第六 訟廷警察　訟廷内ノ秩序ヲ維持スル作用ナリ即チ手續ニ對シ外部ヨリ妨害ヲナス者アルトキニ之ヲ斥クルモノナリ（裁判所構成法第一〇八條第一〇九條）

強制ノ作用

第七 強制ノ作用　前記第一乃至第六ノ作用ニハ必ス強制ノ作用ヲ伴フモノナリ前記ノ作用ハ當事者又ハ第三者ニ對スル命令ヲ以テ行ハレ此命令ニ服從セサルトキハ強制ノ作用ヲ爲サヽルヘカラス審理ニハ勾留、物件ノ捜索、差押、證言ノ強制等ノ強制アリ裁判ハ強制ヲ以テ執行ス此執行ハ司法ノ作用ニ屬スルモ現行法ハ檢事ノ職務トセリ訴訟追行ニハ勾引アリ訴訟指揮モ亦強制ヲ用ユルヲ得ヘク訟廷警察ニハ裁判所構成法第百九條ノ强制アリ

裁判所ノ職員

裁判所ノ職員ニハ判事、裁判所書記及ヒ執達吏アリ檢事ハ裁判所ノ職員ニ非ス

判事

第一 判事　判事ハ他ノ職員ニ屬スル作用ヲ除クノ外總テノ裁判所ノ作用ヲ行フ判事ヲシテ行ハシムヘカラサル作用ハ器械的作用ニシテ執行ノ作用ノ如キ之ニ屬ス又認證ノ作用ノ如キハ判事ノミニ屬スルモノニ非ス

裁判所書記

第二 裁判所書記　其主タル職務ハ左ノ如シ

一　認證（刑事訴訟法第九二條、第二〇八條、第一七六條）

書記ハ調書及ヒ公判始末書ヲ作成シ之ニ判事ト共ニ署名捺印シ其記載

スル事項ノ正當ナルヲ保證スルコトヲ要ス書記カ調書又ハ公判始末書ヲ作成スルニ付テハ常ニ裁判官ノ命令ニ從フト雖モ其調書ノ内容ニ至テハ裁判官ト雖モ指揮命令シテ之ヲ書記ニ强ユルヲ得ス書記ハ記載ノ事項ニ付テハ自ラ其責任ヲ負フヘキモノナルカ故ニ若シ裁判官ノ命令ヲ正當ナラスト認ムルトキハ自己ノ意見ヲ之ニ附記スル權利ト義務トヲ有ス（裁判所構成法第九一條參照）然リト雖モ書記ニ此意見附記ノ權アルヲ見テ直チニ書記ハ調書又ハ始末書ヲ調製スルニ付キ判事ト同等ノ地位ニ立ツモノト速丁スヘカラス蓋シ判事ハ檢證ニ付テハ其範圍及ヒ結果ヲ定メ證人訊問ニ付テハ證人ニ對シテ問ヲ發シ證言ヲ徵スルモノニシテ書記ハ判事ノ命令ニ從ヒ檢證又ハ訊問ニ付キ記錄ヲ作ルモノタルニ過キス故ニ書記ハ訊問事項ニ付キ疑義ヲ懷クコトアルモ證人ニ對シテ直接ニ問ヲ發スルヲ得ス又檢證ノ範圍結果ヲ定ムルニ付キ容喙スヘキモノニアラサルヲ以テ判事カ更ニ訊問ヲ爲シ又ハ實驗ヲ爲スニ依テ其疑義ヲ解クノ外ナシ斯ル疑義アルニ拘ハラス判事ニシテ更ニ訊問其他ノ取調ヲ爲スコトナキトキハ書記ハ茲ニ始メテ其意見ヲ調書ニ記スルコトヲ得ルモノトス故ニ書記ハ訴訟記錄ヲ作製スルニ付キ判事ト同等ノ地位ニ在ルモノト謂フヘカラス但訊問ノ聽取又ハ檢證物件ノ實驗ハ書記モ亦裁判官ト共ニ之ヲ爲シ各自異別ニ爲スモノニアラス

判決ノ正本、謄本、抄本又ハ被告人ノ供述書ヲ下付スルコトモ亦認證ノ一ツナリ（刑事訴訟法第九七條、第二〇六條參照）

二　被告人、證人、鑑定人ノ呼出及ヒ書類ノ送達ニ干與スルコト（刑事訴訟法第二一三條、第二項、第一九條、民事訴訟法第一三六條參照）

第三　執達吏　器械的作用ヲ爲スカ爲メニ設ケラルヽ職員ナリ而シテ刑事ニ付テハ書類ノ送達及ヒ訴訟費用、追徵金ノ取立ヲ爲ス（刑事訴訟法第一九條、第七六條、執達吏規則第一條、第三條）

裁判所ノ職員ハ共同シテ裁判所ノ作用ヲ爲スコトアリ審理又ハ認證ニ於テ

執達吏

合議裁判所ノ機關

訴訟主體　裁判所ノ作用及職員

判事ト裁判所書記カ共同シテ作用ヲ爲スコトハ上述シタルカ如シ又合議體ノ裁判所ニ於テハ定數ノ判事カ合議體ヲ組成シ此合議體カ裁判所ノ作用ヲ爲スカ故ニ此場合ニ數人ノ判事カ共同シテ作用ヲ爲スモノナリ即チ共同シテ審理シ共同シテ裁判スル方法ヲ合議及ヒ評決トス（裁判所構成法第一二一條乃至第一二四條）合議體ニハ其機關アリ之ヲ裁判長及ヒ受命判事トス其地位ノ大要ハ左ノ如シ

裁判長

第一 裁判長　其地位ハ外部即チ當事者及ヒ第三者ニ對シ合議體ヲ代表シテ裁判ノ言渡其他ノ作用ヲ爲シ又合議體ノ內部ニ於テハ其作用ヲ分配整理スルニ在リ故ニ裁判長ハ合議體ノ機關ニシテ合議體ヨリ獨立シタルモノニ非ス即チ裁判長モ亦合議體ノ一員ナリトス是ヲ以テ實體上ノ作用ハ合議體ニ於テ之ヲ爲シ單ニ形式上ノ作用ノミカ裁判長ノ職權ニ屬ス其職務ノ詳細ハ公判ノ說明ニ讓ル

受命判事

第二 受命判事　裁判長ハ法律ノ規定ニ依リ設ケラルヽ合議體ノ機關ナレトモ受命判事ハ各事件ノ必要ニ依リ裁判長ヨリ命セラルヽ合議體ノ機關ナリ凡ソ裁判所ノ或ル作用ハ合議體ニ於テ之ヲ爲スヲ不便トスルコトアリ例ヘハ裁判所外ニ於テ爲ス檢證ノ如シ此場合ニ於テ受命判事ナル機關ヲシテ之ヲ爲サシムルノ必要アリトス而シテ受命判事ヲシテ其作用ヲ爲サシムヘキヤ又ハ合議體自ラ之ヲ爲スヘキヤハ裁判長ノ定ムル所ニシテ何人ヲ受命判事ト爲スヘキヤハ裁判長ノ定ムル所ナリ故ニ受命判事モ亦合議體ノ機關ニシテ其行フヘキ作用ノ範圍ニ於テ合議體ヲ代表スルモノナリ而シテ受命判事ノ爲スヘキ職務ハ豫備訊問、證據調、上告理由ノ報告ナリ（刑事訴訟法第一九一條、第二三七條、第二四一條、第二六四條、第二八二條、第二八八條）

第七章　裁判所職員ノ除斥、忌避及回避

一定ノ裁判所ノ職員タル資格（絕對的職務ノ資格）ト各刑事事件ニ付キ實際ニ於テ其職

訴訟主體　裁判所職員ノ除斥、忌避及回避

絶對的職務ノ資格　相對的職務ノ資格

務ヲ行フ裁判所職員ノ資格（相對的職務ノ資格）トハ之ヲ區別セサルヘカラスシテ此ニ者ハ相重複スルモノニアラサルナリ前者ハ裁判所構成法ニ於テ之ヲ定メ後者ハ訴訟法ニ之ヲ定ム凡ソ判事ハ公平無私ナラサルヘカラス若シ夫レ各場合ニ於テ其公平無私ヲ維持スルコト能ハサルカ如キ原因ノ存スルトキハ一定ノ事件ニ關スル判事ノ職務即チ審理裁判等ニ干與セシムルヲ得ス是レ相對的義務ノ資格ナキモノナリ法律ハ其原由ヲ分チテ二トナシ一ヲ除斥ノ原因ト謂ヒ他ヲ忌避ノ原因ト謂フ而シテ除斥ノ原因ハ公益ノ爲メニ存スルカ故ニ法律ニ於テ之ヲ限定シ忌避ノ原因ハ其有無ノ主張ヲ當事者ニ一任ス

第一節　除斥ノ原因

被告事件又ハ被告人ト裁判所職員ト或ル關係ヲ有スル場合ニ其職員カ其事件ニ干與スレハ司法ノ威信ヲ害スルトキハ公平ナルト否トヲ審査スルコトナク又當事者ノ主張ヲ待タス法律上其事件ヨリ脫退セシム而シテ其原因タル事實ハ刑事訴訟法第四十條ニ列擧スル所ニシテ此事實アレハ法律ニ依リ當然除斥セラルヽモノトス判事ニ付テ左ニ除斥ノ原因ヲ說明スヘシ

並ニ所謂被害者ノ意義

第一　判事被害者ナルトキ

之ヲ除斥ノ原因ト爲スハ其事件ハ實體ニ於テ判事其人ニ關スル事件ナレハナリ

刑事訴訟法第四十條第一及ヒ第三ノ被害者ナル文字ハ同第四十九條、第六十五條ノ犯罪ニ因リ損害ヲ受ケタル者若クハ同第二條ノ被害者ナル意義ヨリモ狹隘ナルモノニシテ茲ニ所謂被害者トハ犯罪ニ因リ直接ニ損害ヲ被ムリタル者即チ犯罪ニ因リテ攻擊セラレタル法益ノ所持者ヲ謂フ即チ親告罪ノ場合ニ告訴ノ權ヲ有スル者ノ如キ是ナリ而シテ被害者タルニハ犯罪カ既遂ナルト未遂ナルトヲ問ハス何ヲ以テ斯ノ如ク本項ニ於ケル被害者ナル文字ヲ解釋スルヤト云フニ蓋シ之ヲ廣義ニ解スルトキハ判決ノ確實ヲ害スルコト頗ル多キカ故ナリ間接ノ被害ナリトセハ裁判所ニ於テ

其判事カ危害ヲ被ムリタルヤ否ヤヲ知ルヲ得サルカ如キ場合多キニ居ルカ故ニ之ヲ知ラスシテ審理ヲ終リ判決ヲ下スニ於テハ必スヤ許多ノ判決ハ上訴ニ依リテ破毀セラルヽコト屢之アルヘキヲ以テナリ

其ノ二

所謂親屬ノ範圍

第二 判事カ被告人又ハ被害者ト親屬ノ關係ヲ有スルトキ之ヲ除斥ノ原因ト爲スハ其事件ニ利害關係ヲ有スルヲ以テ第一號ト同一ノ趣旨ニ依ル

本項ニ所謂親屬トハ民法第七百二十五條ノ規定ニ依ルヘキモノトス而シテ本項但書ニ於テハ姻族ニ付キ婚姻ノ解除シタル場合ノミヲ規定シ親族ニ付キ養子女ノ離緣ヲ包含セシメサルハ狹キニ失スルモノト言ハサルヘカラス

其ノ三

所謂其事件ノ意義

第三 判事其事件ニ付キ證人鑑定人トナリタルトキ又ハ被告人又ハ被害者ノ法律上代理人ナルトキ

本項ニ於テ第四號ト均ク其事件ニ付キトハ之ヲ形式上ノ意義ニ解釋スヘキモノニシテ即チ繫屬スル訴訟ヲ謂フ同一ノ犯罪ニ關シテモ形式上他ノ訴訟ト認ムヘキモノナルトキハ判事カ證人トシテ訊問セラレタリトモ除斥ノ原因タラス又公判ニ付テ之ヲ云ヘハ其審理裁判ノ目的タル事件ニ付キ前記ノ關係ヲ有スル時ニ限リ除斥セラルル即チ豫審ニ於テ數個ノ犯罪ヲ取調ヘ其公判ニ附セラレサリシ犯罪ニ付キ判事ヲ證人等トナシタルトキハ除斥ノ原因トナラス

又訊問ヲ受ケタル判事カ除斥セラルヽ者ニシテ其判事ヲ訊問スルノ請求ヲ受ケタルトキハ除斥ノ原因タラス又裁判所ニ於テ審理中又ハ呼出ヲ爲シタルノミニテハ除斥ノ原因タラス又裁判ノ判事ヲ證人トシテ訊問スルコトヲ當事者カ申立テタルハ之ヲ職務ノ執行ヨリ除斥スルノ目的ニノミ出テタルモノト思料シタルトキハ其判事ハ其訊問事項ヲ知ルモノニアラスト云フノ理由ヲ以テ直チニ其申立ヲ却下シ以テ判事ヲ保護スルヲ得ルモノナリ反之一旦訊問ヲ受ケタル以上ハ其供述ハ證據トナラサル場合ニモ亦其判事ノ訊問ノ申出ハ縱令除斥ノ原因

タラシメントスル目的ニ出テタルコト明白ナル場合ト雖モ除斥ノ原因タルヘク又如何ナル審級ニ於テ訊問ヲ受ケタルヲ問ハス除斥セラルヽナリ

裁判ヲ爲ス地位ト證人鑑定人ノ地位トハ相互ニ容レサルモノナリ之ト同シク判事ノ地位ト被告人ノ法定代理人トシテ辯論ニ與リ又ハ被害者ノ法定代理人トシテ私訴ヲ爲ス地位トモ相容レサルカ故ニ其事件ニ干與スルヲ得ス故ニ本項ノ原因ハ裁判ノ作用ト相容レサル他ノ訴訟ニ於ケル行爲ヲ爲シ又ハ爲スヘキニ在リトス

其ノ四　同一被告事件ニ關スル或ル職務作用ノ抵觸

第四　判事其事件ノ豫審決定ニ干與シタルトキ

本項ハ同一ノ被告事件ニ於テハ判事ノ或職務上ノ作用ハ互ニ相容レサルコトヲ定メタルモノナリ故ニ本項ハ第一項乃至第三項ノ除斥ノ原因ナクシテ既ニ其職務ヲ行ヒタル判事ニ適用セラルヽモノトス

刑事訴訟法ハ本項ニ於テ判事ノ或職務上ノ作用ハ互ニ相容レサルモノトナシタルヲ以テ亦同時ニ本項ニ規定ナキ刑事裁判官ノ作用ハ互ニ相容ルヽコトヲ認メタルモノト言ハサルヲ得ス故ニ本項ノ場合ニ該當スル以外ニ於テハ被告事件ニ對シ其判事ハ曾テ其事件ニ付キ或ル處分ヲ爲シタルヲ以テ偏頗ノ恐アリトノ理由若クハ判事カ曩ニ爲シタル處分ハ其法律又ハ事實上ノ見解ヲ多少窺フニ足ルトノ理由ノミニ因リテハ忌避ヲ爲スヲ得サルモノトス但判事カ曩ニ爲シタル處分ノ方法カ偏頗ノ恐アリト云フニ足ルヘキ一定ノ事實ヲ具シタルトキハ忌避ノ申請ハ之ヲ許スヘキモノトス

一　判事其事件ノ豫審決定ニ干與シタルトキ

豫審判事トシテ豫審終結決定ヲ爲シタルトキハ其事件ノ判決裁判所ノ判事トシテ裁判ヲ爲スコトヲ得ス又其事件ノ受託判事タルヲ得ス然レトモ豫審判事カ豫審ノ取調ノミニ干與シ豫審終結ノ決定ヲ爲サス又區裁判所判事若クハ豫審判事カ受訴裁判所ノ豫審判事ノ囑託ニ依リ證人

訊問、檢證、差押等各個ノ豫審處分ヲ爲シタルトキハ其處分ノミヲ以テ豫審充分ニシテ他ニ取調ヲ要スルコトナキ場合ト雖モ此等ノ判事ハ豫審終結ニ干與シタルモノニアラサルカ故ニ除斥セラルヽコトナク唯豫審終結ニ干與シ之カ終結ヲ爲シタルトキノミ同一ノ被告ニ對スル裁判ニ於テ除斥セラルヽモノトス蓋シ終結決定ヲ爲サヽルモノハ事件ニ付テ豫斷ヲ懷クコトナケレハナリ

豫審判事免訴ノ終結決定ヲ爲シタルモ新ナル證據發見セラレタルニ因リ裁判所ニ於テ更ニ起訴スルコトヲ許シタルトキハ(刑事訴訟法第一七五條參照)曩ニ免訴ノ決定ヲ爲シタル豫審判事ハ更ニ豫審ヲ爲スコトヲ得ルモノトス何トナレハ豫審免訴トナリタル事件ハ新ナル證憑ニ基キ起訴シタル事件ト全ク異ナル訴訟ナレハナリ

豫審終結ノ決定ニ對スル抗告ノ裁判ニ干與シタル判事ハ第一審第二審ノ公判ニ干與スルコトヲ得サルモノトス蓋シ豫審決定ニ對スル抗告ノ裁判ハ豫審

ノ結局處分ヲ定ムルモノニシテ免訴スルヤ又ハ公判ニ付スヘキヤハ此決定ヲ以テ定マルモノナレハ豫審終結ナル語中ニ包含セラルヽヤ勿論ナリトス

刑事訴訟法第三百十五條ニ依レハ大審院ノ特別權限ニ屬スル事件ハ(裁判所構成法第五〇條第二參照)大審院ニ於テ檢事總長ノ意見ヲ聽キ先ツ其事件ヲ公判ニ付スヘキヤ否ヤヲ決定ス此決定ヲ爲シタル大審院ノ判事ハ公判ニ干與スルコトヲ得サルモノトス蓋シ此ノ決定實體ハ豫審終結決定ト異ナルコトナケレハナリ

二　不服ヲ申立テラレタル前審裁判ニ干與シタルトキ

第一審若クハ第二審ノ裁判ニ干與シタル判事ハ第二審若クハ上告審ノ裁判ニ干與スルコトヲ得ス然レトモ茲ニ所謂裁判ノ前審トハ前審ノ裁判ト云フノ意義ナレハ判決ニ干與セサル受命判事(刑事訴訟法第二三七條、第二三八條第二四一條、第一一二條、第一一九一條參照)ノ如キハ第二審、上告審ノ

裁判ニ干與スルヲ得蓋是等ノ判事ハ其事件ニ付テ裁判ヲ爲シタルニ非ルカ故ニ豫斷ヲ懷クコトナケレハナリ又第二審ノ裁判カ上告審ニ於テ破毀セラレ他ノ同等ノ裁判所ニ移送セラレタルトキ（刑事訴訟法第二八六條參照）ニ第二審ノ裁判ニ干與シタル判事ハ移送ヲ受ケタル裁判所ノ裁判ニ干與スルヲ得何トナレハ破毀セラレタル第二審ノ裁判ハ移送ヲ受ケタル裁判所ヨリ見レハ不服ヲ申立テラレタル前審ノ裁判ニアラス此場合ニ前審ノ裁判タルヘキモノハ第一審ノ裁判ナリ又之ト同一ノ理由ニ依リ第一審ニ於テ不當ニ管轄違ヲ認メ第二者ニ於テ差戻ヲ爲シタル場合ニ於テ管轄違ヲ言渡シタル判事ハ後ノ裁判ニ干與スルヲ得ヘシ（刑事訴訟法第二六二條參照）不當ニ管轄違ヲ言渡シタル判事ハ後ノ裁判ニ干與スルヲ得ヘシ

前審ノ裁判ニ干與シタル判事ハ上訴審ノ裁判所ノ囑託ヲ受ケ證人訊問檢證差押其他ノ處分ヲ爲スヲ得ス蓋シ除斥セラルヽ職務ニ制限ナキ以上ハ總テノ職務ニ干與スルコトヲ得スト解スヘケレハナリ

第二節　忌避ノ原因

忌避ノ原因ハ除斥ノ原因ニ屬セサルモノニシテ判事ノ公平ニ對スル不信用ヲ惹起スヘキ原因之ニ屬スル而シテ其原因ヲ列擧スルハ事實上不能ノコトニ屬スルカ故ニ法律ハ別ニ規定ヲ設ケス裁判所ノ認ムル所ニ依テ忌避スヘキヤ否ヤヲ決定セシム刑事訴訟法第四十一條ニ除斥ノ原因アル場合ニモ當事者ハ判事ヲ忌避スルコトヲ得ル旨ヲ規定セリ然リト雖モ此場合ハ忌避ノ原因ト稱スヘキモノニアラス忌避ノ原因ナルモノハ偏頗ノ恐アル場合ノミニ限ルヘキモノトス然ラハ何故ニ第四十一條ニ於テ除斥ヲ理由トシテ忌避ヲ爲スコトヲ許シタルヤト謂フニ蓋シ法律ハ此場合ニ於テ除斥ノ原因アルニ拘ハラス判事カ其原因アルコトヲ知ラスシテ裁判ニ干與スルカ如キ場合又ハ除斥ノ原因ノ存否ニ付キ裁判所ニ於テ爭アリテ判事カ裁判ニ干與スルカ如キ場合ヲ想像シタルモノナリ斯ノ如キ場合ニ於テハ當事者ハ其除斥ノ原

偏頗トハ何ソ

因ヲ主張スルノ權利ヲ有セサルヘカラス而シテ其原因アルコトヲ主張シタル場合ニハ其手續ハ偏頗ノ恐アルカ爲メニ忌避ヲ爲シタル場合ト異ナルコトナシトス

除斥及忌避ノ原因ニ關スル效力ノ差異

其ノ一 職務執行上ノ差別

第三節　除斥及ヒ忌避ノ效力

除斥ノ原因ト忌避ノ原因トハ其效力同一ナラス其主ナル差異ハ左ニ述フル所ノ如シ

第一　法律ニ依リ除斥セラレタル判事ハ如何ナル方法ヲ以テスルモ其事件ニ付キ職務ヲ行フヲ得ス之ニ反シテ忌避ノ原因アル判事ハ忌避ノ申請ヲ爲ス權利アル者ヨリシテ其申請カ主張セラレサル間ハ其事件ニ干與スルコトヲ得ヘク又此申請アルモ豫審ニ於テハ仍ホ審問ヲ繼續スヘク唯急速ヲ要セサル事件ニ付テノミ豫審手續ヲ中止スルコトヲ得ルモノトナセリ（刑事訴訟法第四三條參照）

其ノ二 調査上ノ差別

第二　除斥ノ原因ハ申立ヲ待ツコトナク裁判所ノ職權ヲ以テ之ヲ調査セサルヘカラス之ニ反シ忌避ノ原因ハ權利者ヨリ主張セラレタル場合ニ於テノミ裁判所ハ之ヲ調査ス但シ刑事訴訟法第四十四條ノ規定ニ依リ判事自ラ回避ノ申立ヲ爲ス場合ニモ亦裁判所ハ其原因ノ調査ヲ爲サヽルヘカラス

其ノ三 主張時期ノ差別

第三　忌避ノ原因ハ一定ノ時期マテハ之ヲ主張スルコトヲ得（刑事訴訟法第四二條、民事訴訟法第三四條第二項參照）若シ忌避ノ原因主張セラレスシテ其時期ヲ經過シタルトキハ縱令判事ニ於テ斯ノ如キ原因アリトスルモ繼續シテ其事件ニ干與スルコトヲ妨ケス之ニ反シテ除斥ノ原因アルトキハ訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス手續ヲ進行スル間ハ之ヲ認メサルヘカラス

其ノ四 上訴方法ノ差別

第四　除斥セラレタル判事カ手續ニ干與シタルトキハ其訴訟ヲ終了スル判決及ヒ訴訟ノ進行中ニ言渡サレタル裁判ハ當事者ヨリシテ上訴ノ方法ヲ以テ之ヲ攻擊スルヲ得此場合ニハ當事者カ其原因ヲ主張シタルト否トヲ

問ハサルナリ之ニ反シ忌避ノ原因カ正當時期ニ主張セラレサルトキハ其原因アル判事カ其裁判ニ干與スルモ判決其他ノ裁判ハ單ニ其判事カ干與シタリトノ理由ノミヲ以テハ上訴方法ニ依リ取消スコトヲ得スシテ判事ヲ忌避セラレ其申請ヲ理由アリト認メラレタルトキニ於テ始メテ除斥ノ場合ト同一ノ效力ヲ生スルモノトス（刑事訴訟法第二六九條第二號第三號參照）

其ノ五　訴訟行爲ニ效力ニ關スル差別

無效說

第五　除斥ノ原因アル判事カ爲シタル行爲ノ效力ニ付テハ學說一定スル所ナシ通常除斥ノ原因アル判事ノ訴訟行爲ハ無效ナリトナス者最モ多シ今其說ニ曰ク法律ニ依リ職務ノ執行ヨリ除斥セラレタル判事カ職務ヲ行ヒタルトキハ其行爲ハ不成立ナリ而シテ此不成立ノ結果ニ付テハ除斥セラレタル判事ノ干與シタル裁判ト其他ノ職務上ノ行爲トヲ區別スルヲ要ス裁判ノ場合ニハ不成立ノ結果トシテ其裁判カ適法ナル上訴ニ依リ攻撃セラレタルトキハ他ノ裁判ヲ以テ之ヲ取消サヽルヘカラス若シ上訴ノ申立ナキトキハ上訴期間ヲ經過スルト同時ニ其裁判ハ法律上ノ效力ヲ有スルニ至ルヘシ之ニ反シ他ノ職務上ノ行爲殊ニ公判以外ニ於テ爲サレタル證據調ノ如キモノニ付テハ無效ノ結果トシテ其行爲ハ一般ニ裁判所ノ行爲ト看做スヲ得ス從テ其調書ハ裁判所ノ調書タルノ效力ナカルヘシ斯ノ如キ職務上ノ行爲ノ無效ハ常ニ裁判所ノ職權ヲ以テ調査スヘキ事項ニ屬ス又除斥セラレタル判事ノ行爲ノ無效ハ其判事カ除斥ノ原因ヲ知ルト否トニ因リテ區別アルコトナカルヘシト

取消說（所謂不完全規定）

余ハ此說ニ反對セサルヲ得ス本問題ハ除斥ノ原因アル判事ノ訴訟行爲ノ爲メニ判決ヲ取消サルヘキヤ否ヤノ方針ヲ以テ攻究スルヲ要シ敢テ其訴訟行爲ヲ不成立トスルヲ要セス即チ此違法ト判決トカ原因結果ノ關係アルヤ否ヤニ因リテ判決カ取消サルヽト否トヲ定ムルモノトス今場合ヲ區別シテ之ヲ述ヘン

除斥原因ノ主張ハ上告裁判所ノ判決

一　判決ニ付テハ刑事訴訟法第二百六十九條第二ニ依リ職務ノ執行ヨリ除斥セラレタル判事裁判ニ參與セルトキハ常ニ法律ニ違背シタルモノ

ニ適用スルヲ得ル乎

トシ其判決ヲ破毀スヘキモノトス然レトモ此規定ノ適用ハ第一審及ヒ第二審ノ判決ニ除斥ノ原因アル判事カ干與シタル塲合ニ止マリ上告裁判所ノ判決ニハ適用スルヲ得ス刑事訴訟法ハ民事訴訟法第四百六十八條第二ノ如ク此塲合ヲ再審ノ原因トナサヽレハ上告裁判所ニ於テ除斥ノ原因アル判事カ判決ニ干與アルモ其判決ハ確定不動ニシテ他ニ之ヲ覆スノ途ナキニ至レハナリ又第一審若クハ第二審ノ判決ニ於テモ之ニ對シ控訴若クハ上告ヲ爲サヽレハ除斥ノ原因アル判事カ判決ニ干與スルモ此判決ハ確定シ執行シ得ヘキモノナリ加之除斥ノ原因アル判事カ干與シタル判決ハ無效ナリトノ法律ノ趣旨ナリトセハ除斥ノ原因アルヤ否ヤハ忌避ノ申請又ハ之ニ對スル抗告ヲ以テ除斥ノ理由ヲ主張シ其申請カ却下セラレタルトキト雖モ尙ホ上告裁判所ニ於テ之ヲ審査セサルヘカラス然ルニ刑事訴訟法ハ其第二百六十九條第二號但書ニ於テ除斥ノ原因アルヤ否ヤノ判斷ハ之ヲ抗告裁判所ノ裁判ヲ以テ終局ノモノ

除斥ノ原因アル豫審終始決定ノ效力如何

其他ノ訴訟行爲ニ付除斥原因アルトキハ其效果如何

トセリ以テ其意ノ存スル所ヲ知ルニ足ルヘシ

二　判決以外ノ裁判ニ付キ除斥ノ原因アル判事之ニ干與セルトキハ其決定ノ效力ハ如何ナルモノナリヤ例ヘハ豫審終結決定（刑事訴訟法第一六七條參照）ノ效力如何ト云フニ判決ハ素ト公判ノ審理ニ基クモノニシテ豫審終結決定ニ基クモノニアラサレハ除斥ノ原因ニ由テ終結決定ノ違法ト判決トハ因果ノ關係ナシ從テ之カ爲メニ判決ハ取消サルヽコトナシ又上訴審ニ於テ終結決定ヲ取消シ更ニ其事件ニ付キ終結ノ決定ヲ爲サシムルカ爲メニ事件ヲ豫審ニ差戻ス手續ナキカ故ニ除斥セラレタル判事ノ言渡シタル終結決定ハ適法ノ終結決定ト同一ノ效力アリトス

其他ノ訴訟行爲（證人、鑑定人ノ訊問、檢證、拘引、勾留、保釋、責付等）ニ付テハ判決ノ基礎タルヤ否ヤニ依リテ其效力ヲ異ニスヘシ例ヘハ公判ニ於テ證據調ヲ爲スニ際シ除斥ノ原因アル豫審判事ノ訊問調書ヲ朗讀シ證據ニ引用セラレテ判決ノ基礎トナリタルトキハ其判決ハ取消サルヘキモ其處分カ判決ノ基礎ヲ

ナサヽルトキハ斯カル效果ヲ生スルコトナシトス例ヘハ勾留、物件差押ノ如キハ判決ト因果ノ關係ヲ有セサルカ故ニ除斥セラレタル判事カ之ヲ爲スモ其效果ヲ生セス

以上ノ如クナルヲ以テ除斥ノ規定ハ或ハ效果ヲ生シ或ハ生セサルコトアリ之ヲ不完全規定ト稱ス

第四節　裁判所書記ノ除斥、忌避、回避

刑事訴訟法第四十五條ニ依レハ判事ノ除斥忌避及ヒ回避ノ規定ハ之ヲ書記ニ準用スヘキモノトセリ是レ即チ調書始末書ノ適法ナルコトヲ保證スルノ職務アレハナリ是故ニ書記ノ偏頗ノ有無ヲ問フヘキ必要ナキ性質ノ行爲ニ對シテハ第四十五條ノ規定ハ訓示的ノ規定タルニ過キス例ヘハ除斥ノ原因アル書記カ前章(一、二)ニ揭ケタル職務ヲ行フモ其行爲ノ效力ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナシ又第四十條第四ノ規定ハ書記ニ之ヲ適用スルコトヲ得サルヘシ蓋シ書記ハ裁判官ノ行爲ニ立會フモノニアラサルヲ以テ前ノ意見ヲ固執スルカ爲メニ除斥ノ原因ノ一ニ加ヘタル第四十條第四ヲ適用スルノ理由ナケレハナリ

除斥ノ原因アル書記又ハ忌避ノ申請ヲ理由アリト認メラレタル場合ニ忌避セラレタル書記カ豫審調書又ハ公判始末書ヲ作成シ判決ニ於テ此調書又ハ始末書ヲ證憑トシテ以テ判決ノ基礎トナシタルトキハ其判決ハ上告ニ依リ破毀セラルヘキモノトス第二審ニ於テ右ノ如キ公判始末書ヲ判決ノ基礎トナシタル場合ニハ上告ノ理由トナルコト勿論ナリト雖モ單ニ第一審ノ公判始末書ハ除斥ノ原因アル書記ノ調製ニ係ルカ故ニ第一審判決ハ違法ナリトノ云フヲ以テ上告ノ理由トナスコトヲ得ルヤ公判始末書ハ素ト公判ニ於ケル一切ノ訴訟手續ヲ記載シ公判ノ手續カ法律ニ適合スルヤ否ヤヲ證明スル證據方法(刑事訴訟法第二〇八條參照)ニ過キサルヲ以テ其瑕疵ハ直ニ上告ノ理由タラサルヘシ詳言スレハ判決ハ公判始末書ニ依リテ言渡サルヽモノニアラスシテ公判

除斥、忌避、回避ノ規定ハ裁判所書記ニ之ヲ準用ス

第一審ノ公判始末書ニ書記ニ關スル除斥ノ原因アルトキ之ヲ爲ス上告ノ理由トナルヤ

ノ審理辯論ニ基キ言渡サルヽモノナルカ故ニ縱令公判始末書ニ瑕疵アルモ此瑕疵ハ判決ト原因結果ノ關係ヲ有スルコトナシ從テ法律ニ違背セル裁判ナリト云フ能ハスシテ此場合ニハ單ニ公判始末書ノ瑕疵ヲ批難スルニ止マルナリ然レトモ又一方ニ於テハ除斥ノ原因アル書記カ作リタル公判始末書ハ固ヨリ不適法ノモノナルヲ以テ此場合ニ於テハ公判手續ノ唯一ノ證據方法タル適法ノ公判始末書ヲ缺クコトハ疑ナキ所タリ是故ニ上告裁判所ハ第一審ノ公判ニ於テハ公判手續ノ方式ヲ適法ニ履踐シタルヤ否ヤヲ審査スルノ具ヲ有セサルノ結果ヲ生スヘキヲ以テ上告裁判所ハ其手續方法ニ於テ破毀スルニ足ルヘキ違背アリタルヤ否ヤヲ知ルニ由ナク亦裁判所ハ手續ノ方式カ適法ナリトノ證明ノ具ヲ有セサルニ至ルヘシ故ニ當事者ニ於テ公開ノ規定又ハ判決裁判所構成ノ規定ニ違背スル等苟モ判決ヲ破毀スルニ足ル手續ノ違背アリト主張シテ之ヲ上告ノ理由トナスコトヲ得ヘク又此主張アリテ始メテ第一審判決ハ破毀セラルヽニ足ルモノニシテ漫然公判始末書ハ除

斥ノ原因アル書記ノ作成セシ所ナリトノ理由ヲ以テ判決ヲ破毀スルコトヲ得サルナリ

裁判所カ官廳トシテ除斥又ハ忌避セラルヽヤ否ヤ

除斥、忌避、回避ノ規定ヲ適用シ得ル者ハ裁判所ノ職員ノミナリ是故ニ

第一　裁判所カ官廳トシテ除斥又ハ忌避セラルヽヤ否ヤニ付テハ刑事訴訟法ニ於テ規定スル所ナシ蓋シ忌避ハ單ニ裁判所ノ職員ノミニ對シテ之ヲ認可スルモノナレハ裁判所ニ關シテ規定ヲ設クルハ蛇足ニ過キス從テ裁判所ヲ忌避スルヲ得サルハ明白ナリトス若シ裁判所ヲ忌避スル者アリトセハ別ニ之ニ付キ辯論ヲ爲スコトヲ要セスシテ直チニ其申請ヲ却下スヘキナリ之ト均シク判事ノ全員ニ對シ其氏名ヲ表示セス且各員ニ對スル忌避ノ原因ヲ疏明スルコトナクシテ忌避ノ申請ヲ爲シタルトキニ於テモ亦裁判所ノ忌避トナルモノナレハ直チニ之ヲ却下スヘキナリ尤モ各職員ノ除斥ノ場合及ヒ忌避ノ申請ニシテ理由アリト認メラレタル場合ニ於テ爲メニ判事ノ全員カ之ニ干與スルヲ得サルカ又ハ裁判ヲ爲スニ必要ナル員

除斥及忌避ノ規定ハ之ヲ檢事ニ適用スルヲ得ルヤ

數ニ不足ヲ告ケタルカ爲メ間接ニ其裁判所カ法律上裁判權ヲ行フヲ得サルニ至ルハ自ラ別個ノ問題ニ屬ス

第二 檢事ニハ除斥忌避ノ規定ハ適用セラレス蓋シ檢事ニ對シ此等ノ規定ヲ特別ニ設クルハ畢竟無益ノコトナリ檢事局ノ組織ニ依レハ檢事ハ上官ノ命令ニ從フカ故ニ檢事ノ交替ヲ必要トスルトキハ被告人ノ申立又ハ檢事自身ノ申立若クハ上官ヨリ職權ヲ以テ之ヲ交替セシムルコトヲ得ヘク此交替ハ決シテ形式上ノ手續ヲ踐ムヲ必要トセサルヲ以テ被告人ハ檢事ノ上官ニ向テ其交替ヲ請求スルヲ得ヘシ此方法ヲ外ニシテハ裁判所ニ對シテ檢事ノ忌避ヲ申請スルヲ得ス裁判所モ亦職權ヲ以テ檢事ハ事件ニ付キ利害ノ關係アレハ其交替ノ必要又ハ至當ナルコトヲ宣言スルヲ得サルナリ是故ニ檢事ニ於テ判事ニ對スルト同一ナル除斥忌避ノ原因タルヘキ關係ヲ有スルモ其職務上ノ行爲ハ其效力ニ關シテ何等ノ影響ナシ

第五節 忌避、回避ノ手續

裁判所職員ヲ訴訟ヨリ排斥スル手續トシテハ一方ニ於テ之ヲ爲スノ義務ヲ認メ一方ニハ之ヲ爲スノ權利ヲ認ムルヲ要ス除斥ノ場合ニ裁判所カ職權ヲ以テ之ヲ爲シ又判事カ回避ノ申立ヲ爲スハ義務ニシテ訴訟關係人カ忌避ノ申請ヲ爲スハ權利ナリ而シテ是等ノ手續ハ本來司法行政ノ處分タル性質ヲ有スルモノナレトモ訴訟中ニ此問題ヲ生スレハ訴訟手續トシテ之ヲ規定シタルモノトス故ニ區裁判所判事、忌避ノ申請ヲ正當トナストキハ裁判ヲ要セサル如キハ司法行政タル性質アルカ爲メニ認メラルヽ規定ナリ

忌避及ヒ回避ハ除斥ノ原因アル場合又ハ偏頗ナル裁判ヲ爲スコトヲ疑フニ足ルノ情況アル場合ニ之ヲ申立ツルヲ得ルモノトス（刑事訴訟法第四一條第四四條參照）而シテ偏頗ナル裁判ヲ爲スコトヲ疑フニ足ル情況アルヤ否ヤハ法律ニ其場合ヲ列擧セスシテ裁判所ノ認定ニ一任セリ

訴訟主體　裁判所職員ノ除斥、忌避及回避　忌避、回避ノ手續

忌避申請ノ權アル者

忌避ノ申請ヲ爲スノ權ヲ有スル者ハ檢事其他訴訟關係人ナリトス訴訟關係人トハ被告人、辯護人、法律上代理人、民事原被告人、民事擔當人等ナリ然レトモ民事原告人ハ公訴ノ豫審中私訴ヲ申立テタル場合ニ豫審判事ヲ忌避スルコトヲ得ス蓋シ豫審判事ハ私訴ノ申立ヲ受理スルモ之ヲ裁判スルノ權限ナケレハナリ唯豫審判事カ免訴ノ決定ヲ爲シタル場合ニハ民事原告人ハ其決定ニ付キ利害ノ關係アルカ如シト雖モ豫審判事ノ免訴ノ言渡ハ私訴ニ付テ最終ノ斷定ヲ下スモノニアラスシテ民事原告人ハ民事訴訟ヲ以テ私訴ノ請求ヲ爲スコトヲ得レハ此場合ニ於テモ尙ホ利害ノ關係アリト云フヘカラス又私訴當事者ハ公訴ノ審理中ハ忌避ノ申請ヲ爲スコトヲ得ス蓋シ私訴ノ審理カ開始セサレハ私訴當事者ハ何等ノ訴訟行爲ヲモ爲ス能ハサレハナリ辯護人、法律上代理人ハ偏頗ヲ原因トシテハ被告人ノ意思ニ反シ忌避スルコトヲ得サルナリ蓋シ裁判官ノ公平又ハ偏頗ハ被告人ノミニ利害ノ關係アレハナリ然レトモ當然法律ニ依リ除斥セラルヽ場合ハ裁判所ニ於テ職權ヲ以テモ

忌避申請ノ效力

其事件ヨリ排斥スル裁判ヲ爲スヲ得ルモノナルニ依リ辯護人等ニ於テモ亦忌避ノ申請ヲ獨立シテ爲スヲ得

忌避申請ノ時期

忌避申請ノ效力ハ公判ニ於テハ其手續ヲ中止スルニ在リ豫審ニ於テハ然ラス是レ一ツハ本審ノ手續ニシテ一ツハ準備ノ手續ナルニ依ル而シテ申請アルニ拘ラス公判ニ於テ其手續ヲ進行スルトキハ申請以後ノ手續ハ無效ナリトス此無效ノ所爲ハ申請カ却下セラルヽニ依リテ適法ノ行爲ト變スヘキモノニ非ス

本法ニ於テ忌避ノ手續ハ之ヲ民事訴訟法ニ讓レリ今其大要ヲ擧クレハ除斥ノ原因トナルヘキ理由ノ存スルトキハ之ニ基ク忌避ノ申請ハ訴訟ノ如何ナル程度ニアルヲ問ハス之ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖モ偏頗ヲ原因トスル忌避ノ申請ハ其判事ノ面前ニ於テ申立ヲ爲シ又ハ相手方ノ申立ニ對シ陳述ヲ爲シタルトキハ之ヲ爲スヲ得ス蓋シ申立又ハ陳述ヲ爲スニ因リ其判事ニ對スル偏頗ノ疑ナキコトノ意ヲ表スレハナリ但忌避ノ原因其後ニ生シ又ハ之ヲ

忌避ノ申請ヲ爲スヘキ裁判所

其後ニ覺知シタルトキハ申立、陳述ノ後ト雖モ忌避スルコトヲ得ヘシ（刑事訴訟法第四二條、民事訴訟法第三四條第三五條第二項參照）

忌避ノ申請ハ忌避セラルヘキ判事ノ屬スル裁判所ニ爲スヘキモノトス尤モ區裁判所判事ノ忌避セラレタルトキハ上級ノ地方裁判所之ヲ裁判シ又合議制ノ裁判所ニ於テモ忌避セラレタル判事ハ忌避申請ノ裁判ニ參與スルコトヲ得サルノ結果トシテ其裁判所ハ之ニ代ルヘキ判事ナクシテ合議ノ員數ニ不足ヲ生シ之カ爲メ決定ヲ爲ス能ハサルトキハ直近上級裁判所其申請ヲ裁判スルモノトス（民事訴訟法第三六條參照）

忌避申請ノ方式

忌避申請ノ方式ハ書面又ハ口頭ノ孰レヲ以テスルモ可ナリ而シテ其孰レノ場合ニ於テモ忌避ノ原因ハ之ヲ疏明スルヲ要ス又忌避セラレタル判事ハ申請決定ノ際先ツ申請ノ理由ニ付キ職務上意見ヲ述フルモノナレハ此陳述ヲ疏明ニ代用スルコトヲ得ヘシ又辯論後ニ至リ忌避ノ申請ヲ爲ストキハ忌避ノ原因辯論後ニ生シタルコト又ハ之ヲ其後ニ覺知シタルコトヲ疏明セサルヘカラス（民事訴訟法第三五條第二二〇條參照）抗告期間ハ刑事訴訟法第三七條（民事訴訟法第三八條參照）

忌避申請ノ裁判

忌避申請ノ裁判ハ口頭辯論ヲ經又ハ經スシテ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ若シ其裁判ニシテ忌避ノ申請ヲ正當ナリトスルトキハ其決定ニ對シテ上訴ヲ爲スコトヲ得ス其申請ヲ不當ナリトスル決定ニ對シテハ抗告ヲ爲スコトヲ得ヘトス蓋シ刑事訴訟法第四十二條ハ民事訴訟法第二百九十五條ニ從フヘキモノモノト解スヘカラサルト忌避申請ノ裁判ハ其性質上處分ノ急速ヲ要スルトニ因ルモノトス

回避ノ申立

回避ノ申立ハ忌避申請ノ管轄裁判所ニ之ヲ爲スモノトス（刑事訴訟法第四四條參照）裁判所ニ於テ回避ノ申立ヲ正當ナリトスルトキハ忌避ノ申請ヲ至當ナリトシタル場合ト同シク不服ヲ申立ツルヲ得サルハ勿論回避ノ申立ヲ却下シタル場合ト雖モ回避ノ申立ヲ爲シタル判事ハ其裁判ニ對シ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス

判事ハ除斥ノ原因アル場合ニ限リ回避ノ申立ヲ爲ス義務アルト同時ニ忌避ノ原因アル場合ニモ亦此義務アリ法律ニ於テハ判事ニ回避ヲ爲ス固有ノ權利アルコトヲ認メス從テ若シ回避ヲ申立テタル判事ノ意見ニ反シ裁判所カ回避ノ原因ナシトスルトキハ其判事ハ此裁判所ノ裁判ニ從ハサルヘカラスシテ判事ハ此裁判ニ對シ不服ヲ申立ツルヲ得サルナリ是故ニ判事ハ除斥ノ原因アルト忌避ノ原因アルトヲ問ハス之ヲ知レハ回避ヲ申立ツルノ義務アルモノニシテ是レ刑事訴訟法第四十四條第一項ノ明文上ヨリ生スル必然ノ解釋ナリトス判事カ回避ノ申立ヲ爲シタル場合ニ其原因ヲ認ムル決定ハ當事者カ申立テタル忌避ヲ理由アリトシタル決定ト其效力同一ニシテ即チ其時ヨリシテ裁判ニ干與スルコトヲ得ス又刑事訴訟法第四十四條第二項ノ決定ハ裁判所ノ內部ノ事務タルニ止マルカ故ニ當事者ニ之ヲ言渡シ又ハ其決定ヲ送達スルコトナシ其結果トシテ此決定ニ於テ忌避ノ原因ナシト認メタル場合ト雖モ當事者ハ更ニ其原因ニ基キ忌避ノ申請ヲ爲スコトヲ得ヘシ

第八章　裁判所ノ共助

必要的囑託ト便宜的囑託

裁判所ハ公判ニ於ケルトヲ問ハス其管轄區域內ニアラサレハ職務ヲ行フコト能ハサルヲ以テ受訴裁判所カ訴訟行爲ヲ其管轄區域外ニ爲スヘキ必要ノ生シタルトキハ他ノ裁判所ニ法律上ノ共助ヲ求メサルヘカラス又便宜ノ爲メニ他ノ裁判所ニ法律上ノ共助ヲ求ムルコトアリ例ヘハ證人訊問ノ囑託又ハ地方裁判所カ管轄區域內ノ區裁判所ニ檢證等ヲ囑託スル場合ノ如シ是レ法律上ノ共助ノ必要ヲ生スル所以ナリ而シテ必要的ノ囑託ハ法律ニ明文ナキモ之ヲ許スヘク便宜的ノ囑託ハ明文アルニ非サレハ之ヲ爲ス能ハス

法律上ノ共助トハ何ソ

法律上ノ共助トハ司法ノ爲メニ一ノ官府カ自己ノ權限ヲ以テ他ノ官府ヲ補助スルヲ謂フ故ニ廣ク法律上ノ共助ト云ヘハ啻ニ裁判所ノミナラス檢事ト訴訟主體　裁判所ノ共助

檢事トノ間ノ共助アリ（裁判所構成法第一三二條參照）又通常裁判所ト特別裁判所トノ共助アリ（刑事訴訟法第一一八條末項、通常裁判所ト臺灣法院トノ共助法等）茲ニ裁判所ノ共助トシテ論スル所ハ通常裁判所ト通常裁判所トカ司法ノ爲メニ裁判權ヲ以テ補助スル場合ニ止マルモノト知ルヘシ

裁判所ノ共助ハ裁判所構成法第百三十一條ニ依リ訴訟法又ハ特別法ニ定ムル場合ニ限リ之ヲ爲スコトヲ得而シテ刑事訴訟法ニ付キ通常裁判所間ノ共助ヲ定メタル特別法ナク刑事訴訟法ニ於テノミ之ヲ規定シタリ即チ左ノ如シ

第一 被告人ノ訊問及ヒ勾留（刑事訴訟法第七〇條參照）此囑託ハ受訴裁判所ノ豫審判事ヨリ被告人所在地ノ豫審判事又ハ區裁判所判事ニ爲スヘキモノニシテ公判ニ於テハ此囑託ヲ爲スヲ得ス而シテ其方式ニ付テハ制限ナケレハ電信ヲ以テモ囑託スルコトヲ得ヘシ電信ヲ以テスル囑託ハ被告人逃走ノ場合ニ其必要ヲ見ルモノトス受訴裁判所ノ豫審判事ハ自ラ被告人ノ訊問及

ヒ勾留ヲ爲スヘキモノナルカ故ニ此囑託ハ便宜ノ爲メニ之ヲ許スモノナリ而シテ此囑託ハ勾留ヲ目的トスルモノニシテ勾留ヲ爲スニハ被告人ノ訊問ヲ要スルカ故ニ勾留及ヒ訊問ヲ併テ囑託スルコトヲ得ス

第二 證人ノ訊問（刑事訴訟法第一三二條第一九一條參照）證人裁判所所在地ニ住セサルトキハ豫審又ハ公判ニ於テ其住所ノ地ノ區裁判所ニ囑託シ證人管轄地外ニ在ルトキハ其所在ノ地ノ豫審判事又ハ區裁判所判事ニ囑託ス是レ亦便宜ノ爲メニスル囑託ナリ

第三 鑑定 鑑定ノ囑託ニ付テハ刑事訴訟法ニ明文ヲ揭ケス又證人ニ關スル規定ニシテ鑑定人ニ準用スヘキモノハ第百三十六條ニ列擧スルニ拘ハラス證人ノ訊問囑託ニ關スル第百三十二條ノ規定ノ如キハ之ヲ揭ケサルニ依リ或ハ鑑定ノ囑託ハ之ヲ爲スヲ得ストスル者アリ是レ便宜ノ爲メニスル囑託ハ特ニ明文アルニアラサレハ許スヘカラストナスノ考ヨリ生シ

タルモノヽ如シ然レトモ鑑定人ハ之ヲ勾引スル能ハサルカ故ニ此囑託ハ當ニ便宜ノ爲メノミナラス絕對ニ必要ナルコトアルヘシ故ニ鑑定ニ付テハ別ニ明文ナキモ第百三十二條ヲ準用スルモノト解釋セサルヘカラス然ラサルトキハ鑑定ノ必要アルモ之ヲ爲ス能ハサル場合ヲ生スヘシ

第四　臨檢、捜索及ヒ物件差押　刑事訴訟法ニ於テハ第百十二條ヲ以テ管轄内ノ囑託ヲ規定スルノミナレトモ既ニ管轄地内ト雖モ之ヲ區裁判所判事ニ囑託スルコトヲ得ルモノトスレハ其職權ノ行ハレサル管轄地外ニ於テ此等ノ處分ヲ行フヘキトキハ其地ノ豫審判事又ハ區裁判所判事ニ囑託スルコトヲ得ルハ勿論ナリトス此前ノ場合ハ便宜ノ爲メニスルモノニシテ後ノ場合ハ必要ニ出ツルモノナリ後ノ場合ノ囑託ハ如何ナル裁判所ニ之ヲ爲スヘキヤニ付テハ刑事訴訟法第一一二條ニ此囑託ヲ併テ規定シタルモノト解スル能ハサルカ故ニ同第一三二條第二項ヲ準用シテ豫審判事又ハ區裁判所判事ニ之ヲ囑託シ得ヘシトス

受訴裁判所ヨリ法律上ノ共助ノ囑託アリタルトキハ受託裁判所ハ共助ノ行爲カ許スヘキモノニシテ且自己ニ管轄權アルトキハ之ニ應スルノ義務ヲ生スル故ニ例ヘハ證人其管轄内ニ住居セス又ハ差押フヘキ物件モ其管轄内ニ存在セサリシトキハ其囑託ハ拒ムコトヲ得ヘシ然レトモ故ナク囑託シ來ルトノ理由又ハ囑託シタル裁判所ハ管轄違ナリトノ理由ヲ以テハ之ヲ拒ムヲ得ス故ニ受託裁判所カ審査シ得ル事項ハ囑託ニ應スル義務ノ條件ノミニ止マル又受託裁判所ハ轉囑ヲ爲スヲ得ス是レ轉囑ハ便宜ノ爲メニスルモノニシテ法律ニ於テ之ヲ許スノ規定ナケレハナリ

第九章　當事者

刑事訴訟ニ於テハ當事者ナルモノ存在スルヤ否ヤハ從來爭アル所ナリ當事者ヲ認メサル者ノ根據トスル所ハ次ノ如シ(一)檢事ヲ一方ノ當事者ト爲ス能

訴訟主體、當事者

當事者存在說

ハス檢事ハ一方ノ當事者ノ利益ヲ主張スルモノニ非スシテ正當ノ判決ヲ得ルコトヲ欲スル國家ノ利益ヲ代表スルカ故ニ刑事訴訟ニ於テハ利益ノ爭ヲ欠キ從テ檢事ヲ當事者ト爲ス能ハス又被告人ハ證據方法タルノ地位ヲ有シ當事者ニ非サルナリ(二)國家ヲ以テ一方ノ當事者ト爲ス能ハス蓋シ國家ハ裁判權ノ主體ナルカ故ニ裁判權ノ主體ナルト同時ニ當事者タルヲ得ヘキモノニ非スト然レトモ次ノ理由ニ依テ當事者ヲ認ムヘキナリ(一)刑事訴訟ニシテ彈劾ノ方式ヲ採用スル以上ハ當事者ノ存在ヲ否認スルヲ得ス此方式ニ於テハ訴訟ノ各作用ヲ三個ノ獨立シタル主體ニ分擔セシムルモノニシテ裁判所ハ裁判權ヲ以テ裁判ノ作用ヲ行ヒ此訴訟主體以外ニ原告及ヒ被告ナル二個ノ訴訟主體カ訴追又ハ防禦ノ作用ヲ爲シ以テ爭ニ係ル利益ヲ主張スルモノナリ又現行法ヲ見ルニ起頭ニ於テ公訴權ナルモノヲ認メ檢事ヲシテ此權利ヲ行使セシム即チ攻擊ノ作用ヲ爲ス獨立ノ訴訟主體ヲ認ムルコトヲ知ル又現行法ハ被告人ニ證據ノ提出其他ノ訴訟上ノ權利ヲ有セシム是レ即チ防禦

何人カ當事者

ノ作用ヲ有スル獨立ノ訴訟主體ヲ認メタルモノナリトス(二)刑事訴訟ハ爭訟利益ヲ欠クモノナリト云フヘカラス檢事ト被告トカ相反スル利益ヲ主張スル場合ニ於テハ爭訟利益ノ存在スルコト疑ナシ又檢事モ被告モ共ニ同一ノ主張ヲ爲シ共ニ無罪若クハ處罰ヲ求ムル場合ニ於テモ爭訟利益ヲ欠クモノニ非ス何トナレハ檢事カ被告人ノ利益ヲ主張スルハ被告人其者ノ利益ヲ眼中ニ置クニ非ス國家ノ利益ノ爲メニ之ヲ主張スルナリ國家ハ正當ナル裁判ヲ得ルノ利益アリテ檢事之ヲ主張ス反之被告人カ檢事ト同一ノ主張ヲ爲スハ私益ノ爲メナリ故ニ其結果ニ於テ檢事ト被告人トノ主張ハ同一ニ歸着スルコトアルモ其根本ノ觀念ニ於テハ相互ニ反對ヲ爲スモノナリ此相反スル利益ハ判決ノ確定スル迄ハ互ニ爭ニ係ルモノナリ(三)被告人ハ證據方法タルト同時ニ當事者ナリト云フモ妨ナシ此二個ノ地位ハ之ヲ兼ルコトヲ得ルモノトス

訴訟主體　當事者

刑事訴訟ニ當事者アリトセハ何人ヲ以テ當事者ト爲スヘキヤハ亦爭アル所

ニシテ左ノ二說アリ

學說ノ一

第一 訟訟上ノ意義ヲ付スル學說　之ニ依レハ當事者トハ自己ノ意思ヲ以テ訴訟ノ方法ヲ行ヒ以テ相手方ニ對峙シ相手方ノ爭フ請求ニ付キ裁判ヲ求ムルモノナリ

學說ノ二

第二 實體上ノ意義ヲ付スル學說　之ニ依レハ自己ノ請求及ヒ義務ニ付キ裁判セラルヽモノニシテ訴訟ニ干與シ自ラ訴訟行爲ヲ爲スコトハ當事者ノ要素ト爲サヽルモノナリ

右第一說ニ依レハ原告タルモノハ檢事ニシテ國家ニ非ス又法人ヲ處罰スル場合ニ於テ法人カ被告ノ地位ニ在ルニ非スシテ法人ノ代表者カ被告ナリ第二說ニ依レハ刑罰請求權ヲ有スル國家カ原告ニシテ檢事ハ原告ノ代理人ナリ又處罰ヲ受クル法人カ被告ニシテ法人ノ代表者ハ被告ノ法定代理人ナリトス

執レノ說

第一說ノ根據ハ(一)訴訟ノ目的物ニ付キ權利者タリ義務者タルヤハ判決ニ依テ始メテ定マルモノナリ然ルニ其判決ノ言渡サルヽ以前ニ於テモ亦當事者ノ對立スルヲ要スルモノナリ故ニ實體上權利者ナルヤヤハ當事者ノ意義ニ關係ナキ所ナリ(二)國家ヲ以テ當事者トセハ當事者ヲ否認スルノ結果ニ至ル蓋シ當事者ハ裁判權ニ服從スル者ニシテ自己カ支配セラルヽ權力ヨリ生スル裁判ヲ求ムルモノナリ然ルニ國家ハ裁判權ヲ有スルモノニシテ裁判權ヲ有スル當事者ナルモノ存在スルコトナシト然レトモ當事者ノ意義ハ刑事訴訟ニ於テハ實體上ノ法律關係ニ於テ權利者タリ又ハ義務者タルモノト爲スヲ得蓋シ刑事ノ訴ハ科刑ヲ目的ト爲ス訴ナレハ民事訴訟ニ於ル如ク消極的ノ訴ナケレハナリ此實體上ノ法律關係カ訴訟ニ繫ルモ決シテ訴訟當事者カ實體上ノ當事者ト異ルノ理ナシ現行法ニ依ルモ公訴權ノ主體ハ國家ナルコト明ナリ公訴權ノ主體タル國家カ當事者ニ非スト爲スハ當事者ト其代理人トヲ區別セサルノ論ナリ又當事者ニ實體上ノ意義ヲ付スルモ決シテ之ヲ否認スルノ結果ヲ生セス國家ハ法律ヲ以テ自ラ私法上ノ當事者ト

ナリ又ハ民事訴訟ノ當事者タル地位ヲ占ムルコトヲ規定スルト同シク刑事訴訟ノ法律關係中ニ自ラ進入シ當事者ノ地位ニ立ツコトヲ規定スルコトヲ得ルモノナリ國家ハ一ニシテ二ナシト雖モ其權力ノ作用ニ於テハ種々アリ一方ニ於テハ裁判權ノ作用ヲ以テ立チ他方ニ於テハ公訴權ノ作用ヲ以テ當事者ノ地位ニ立ツモ妨ケナシ檢事ヲ當事者ト爲スハ唯訴訟ノ外觀ヲ以テ事ヲ判斷スルモノナリ

國家ニ代リテ爲ス刑事訴追ノ主體ニ關スル制度

制度其ノ一

第十章　檢事

第一節　原告代理者

何人ヲ以テ國家ニ代リ刑事ノ訴追ヲ爲サシムヘキヤノ立法問題ニ付テハ其制度ハ次ノ三種ニ分ル

第一　一般人民ヲシテ訴追セシムルノ制　是レ一般人民モ亦國家組織ノ一員タレハ國家ヲ害スル犯罪ヲ訴追スルノ權利義務ヲ有スト云フノ觀念ニ基クモノニシテ今日英米ニ行ハルヽ所ナリ此制度ハ一般人民ニ訴追ノ義務ヲ實行セシムルコト困難ナレハ之ヲ採用スルヲ得サルナリ

第二　被害者ヲシテ訴追セシムル制　此制ハ前第一ノ制ト全ク其觀念ヲ異ニスルモノニシテ國家ノ利益ヲ基本トセス一私人ノ利益ヲ主トシテ設ケラルヽモノナレハ從來ノ立法ニ於テ此制度ノミヲ單獨ニ採用スルモノナク檢事制度ヲ採用スルノ傍ニ之ヲ規定ス或ハ檢事カ訴ヲ爲サヽル場合ニ被害者カ始メテ訴ヲ爲スヲ得ルモノト爲スモノアリ此補充的被害者ノ訴ハ埃國治罪法ニ採用スル所ナリ或ハ檢事ノ處分ニ拘ラス始メヨリ被害者ニ於テ訴ヲ提起セシムルモノアリ此種ノ立法ニ於テハ輕微ナル犯罪ニ限リ被害者ノ訴ヲ許スモノニシテ獨逸治罪法ノ如キ即チ之ニ屬ス我國ニ於テハ舊治罪法第百十條ニ豫審判事カ被害者ヨリ民事原告人トナルノ申立ヲ受ケタルトキハ檢察官ノ起訴ナシト雖モ公訴私訴ヲ併セ受理シタルモ

制度其ノ二

訴訟主體　檢事　原告代理者

制度其ノ三

ノトストノ規定ヲ爲シ此制度ヲ採用セシモ濫訴ノ弊ニ堪ヘス現行刑事訴訟法ニ於テハ之ヲ廢スルニ至レリ現行法ノ如ク被害者ニハ一方ニ於テ檢事ノ不起訴處分ニ對スル抗告ノ權ヲ與ヘ（裁判所構成法第一四〇條）又一方ニ於テ親告罪ヲ認メ之ヲ保護スル所アレハ足リ訴ノ提起ヲ許スハ却テ弊害ヲ釀生スルモノナリ

第三　檢事制度　國家ハ犯罪ヲ訴追スルノ權利ト義務トヲ有スルカ故ニ國家機關ヲシテ其任ニ當ラシムルコトハ其當ヲ得タルモノニシテ之ニ依テ一般人民ノ利益モ又被害者ノ利益モ共ニ保護セラルヽヲ得ルモノトス而シテ檢事制度ヲ採用スル以上ハ訴追ノ任ハ全然檢事ノ專權ト爲シ他ニ補充的ノ制度ヲ採用セサルヲ至當トス或派ノ學說ニ依レハ檢事制度ノ補充トシテ一般人民ノ訴追ヲ政治犯ノ如キ或ル種ノ犯罪ニ採用スヘシトノ主張アルモ其實行困難ナリ

現行法ハ檢事制度ヲ採用シ他ノ訴追ノ機關ヲ認メス此制度ハ佛國ニ於ケル

檢事制度ニ模範ヲ採リタルモノトス佛國ニ於テハ初メ檢事ナルモノナカリシモ「プロクレウル、ジウ、ロア、」ナル王ノ代理人アリテ刑事訴訟ニ干與シ訴訟代理人トシテ王室ノ利益ヲ主張シタリシニ王室ノ權力盛ナルニ至リテ十四世紀ノ前半期頃ニ一ツノ官職トナリ「ミニストル、プブリック（檢事）」ナル名稱ヲ有スルニ至レリ此當時檢事ノ職ハ千四百九十三年、及ヒ千四百九十八年ノ條例ヲ以テ法律ノ番人即チ公益ノ代表者タルノ職ナリト規定セリ之ニ依レハ檢事ハ司法行政ノ働ヲ爲シ且民事刑事ニ付キ國家ノ利益ヲ代表スヘキ單一組織ノ官職ナリトセリ司法行政ノ機關トシテハ司法ニ關スル一般行政ニ付キ監督權ヲ有シ又判事其他ノ職員、辯護士、司法警察官ニ對シ監督權ヲ有ス刑事ニ關シテハ司法警察ノ作用ヲ爲シ又豫審ノ進行ヲ監督ス民事ニ於テハ法律ノ適用ヲ監督スル之カ爲メ意見ヲ述フル權ヲ有ス現今佛國治罪法ニ於ケル檢事ノ職モ亦之ニ異ラス我國ニ於テ今日檢事ヲ要スルハ佛國ニ於ケルカ如キ公益ノ代表者タルモノヲ必要ト爲スニ非ス公訴ノ提起實行ノ爲メニ之ヲ採用

訴訟主體　檢事　原告代理者

スル必要ニ由ルモノナレハ現行法ノ檢事制度ヲ以テ全然佛國ニ於ケル制度ト同一視スル能ハス即チ我國ノ檢事ハ國家タル原告ノ代理人タル職務ヲ主ト爲ス然レトモ佛國ノ制度ニ倣フ所アルヲ以テ多少公益ノ代表者タル職務ヲ有スルモノトス

第二節　檢事ノ官職

檢事ノ地位

檢事ハ公訴ヲ通常刑事裁判所ニ提起實行スル國家ノ官職ナリ（刑事訴訟法第一條裁判所構成法參照）而シテ檢事ハ裁判上ノ官職ニアラスシテ司法行政ノ官職ナリ是故ニ檢事ハ如何ナル塲合ニ於テモ刑事事件ヲ裁判スルノ權ナシ（裁判所構成法八一條參照）檢事ハ被告事件ノ種類ニ依テ公訴ヲ區裁判所或ハ地方裁判所或ハ大審院ニ提起スルモノトス從テ此等ノ裁判所ニハ檢事ヲ附置スルコトヲ要スルノミナラス尙ホ檢事ノ職務ハ刑事手續ノ實行ヲモ包含スルカ故ニ控訴院ニ於テモ亦國家ヲ代理スルノ機關ヲ設ケサルヘカラス而シテ一個ノ裁判所ノ檢事

檢事ハ單獨制ノ官府ナリ

區裁判所ニ於ケル檢事々務ノ取扱

局ニ數人ノ檢事アルハ恰モ區裁判所ニ數人ノ判事アルト均シク所謂單獨制ノ官府ニシテ合議制ノモノニアラストス

檢事局ノ事務ハ檢事ニアラサレハ之ヲ取扱フコトヲ得ス然レトモ區裁判所ニ於テハ警察官、憲兵將校、下士又ハ林務官ヲシテ之ヲ取扱ハシムルコトヲ得又司法大臣ハ司法官試補又ハ郡市町村長ヲシテ檢事ヲ代理セシメテ區裁判所ノ事務ヲ取扱ハシムルコトアリ（裁判所構成法第一八八條參照）又檢事局ニハ相應ナル員數ノ檢事ヲ置クモ一裁判所ノ檢事悉ク差支アリテ事務ヲ取扱ヒ得サルトキハ地方裁判所長又ハ區裁判所監督判事ハ其事件カ猶豫スヘカラサルニ於テハ判事ニ檢事ノ代理ヲ命シ其事件ヲ取扱ハシムルコトヲ得（裁判所構成法第六條末項參照）此等ハ皆一時檢事ノ事務ヲ取扱ハシムルモノニシテ永久檢事ノ職ニ任命シタルニアラス獨逸ノ普通法ニ於テハ檢事ノ任命ニ二主義アリテ或聯邦ハ檢事ヲ永久ノ職トシテ判事ノ職トノ之ヲ區別シ或聯邦ニ於テハ檢事ナル常職ナク

訴訟主體　檢事　檢事ノ官職

臨時ニ判事ヲシテ檢事事務ヲ行ハシム我裁判所構成法ハ第一主義ヲ原則トシ聊カ第二ノ主義ヲ斟酌シタルモノナリ

第三節　檢事局内部ノ構成

檢事同一體ノ原則

各裁判所ノ檢事局相互ノ關係ハ相密接シタルモノニシテ又合シテ同一體ヲ成スモノナリ即チ各檢事局ハ他ノ檢事局ニ對シテ獨立シタルモノニアラスシテ相合シテ一體ヲ成シ其首長ハ司法行政ノ長官タル司法大臣ナリトス故ニ各裁判所ノ檢事局ハ即チ國家ノ檢事局ノ一部ナリ之ヲ名ケテ檢事同一體ノ原則又ハ檢事局不可分ノ原則ト云フ故ニ檢事同一體ノ原則ハ檢事ノ首長ハ唯一ニシテ各檢事ハ其首長ノ命令ヲ執行スルノ機關タル内部ノ關係ヲ言表シタルモノニ過キス此原則ヲ認ムル結果ハ左ノ如シ

上官ノ指揮命令

第一　檢事ハ上官ノ命令ニ從ヒ上官ハ檢事ヲ指揮スル而シテ此命令ヲ爲ス者ハ司法行政ノ監督者ナリ（裁判所構成法第八條第一三五條參照）是故ニ司法大臣以下ハ檢事ノ職務ニ屬スル以上ハ何事ニテモ命令スルヲ得ルモノニシテ公訴ノ提起實行及ヒ刑ノ執行ニ關スル事ヲ命令スルヲ得ヘシ又命令ハ敢テ一般ナルト特別ナルトヲ問ハス法律ノ見解ニ付キ強テ其意見ヲ行ハシムルト上訴ノ如キ行爲ヲ强フルトヲ論セス常ニ檢束力ヲ有スルモノトス又裁判所構成法第八十三條ニ定メタル權モ此命令權ニ伴フモノナリ而シテ命令ヲ受ケタル檢事カ其命ニ違反セルトキハ如何ナル結果ヲ生スルカト云フニ上官ノ命令ハ檢事局ノ内部ニ屬スル關係ナルカ故ニ其違反ハ訴訟ニ影響セス即チ命令ノ違反ハ裁判所ニ對シ效ヲ生スルモノニアラスシテ單ニ上官ニ對シテ責任ヲ生スルニ止マルヘシ從テ裁判所カ其裁判ヲ爲スニ當リ主任檢事カ上官ノ命令ニ違反セスシテ職務ヲ爲スト云フ證明ヲ求ムルノ必要ナキナリ以上ノ如クナルヲ以テ各裁判所ノ檢事局ニハ監督權ヲ有スル檢事ヲ上官トシ他ノ檢事ハ其上官ノ補助者且代理者タルニ過キス（裁判所構成法第三條第四二條第五六條）

訴訟主體　檢事　檢事局内部ノ構成

監督權ノ行使

第二 上官ハ其部下ノ檢事ニ對シ監督權ヲ行フ其監督權ノ內容ハ裁判所構成法第百三十六條乃至第百四十一條ニ定ム

檢事局ノ代表

第三 各檢事ハ其置レタル檢事局ヲ外部ニ對シ代表ス故ニ上官ノ命令ニ反スルモ外部ニ對シ無效トナラス

法律上ノ共助

第四 法律上ノ共助ニ付テハ裁判所構成法第百三十二條ニ依リ各裁判所ノ各檢事局ノ間ニ行ハル然レトモ命令ヲ受クヘキ檢事ニハ共助ナルモノ存在セサルナリ其故ハ共助ハ命令ノ行ハルヽ範圍外ニ於テ爲スノ必要ヲ生スルモノナリ而シテ囑託ヲ受ケタル檢事ハ如何ナル範圍マテ之ニ應スルノ義務ヲ有セルヤト云フニ自己ノ權限內ノ事務ナリトセハ之ヲ拒ムヲ得サルヘク若シ之ヲ拒ミテ其義務ニ應セサルニ於テハ即チ上官ニ對スル抗告ノ途ニ由リ之ヲ強要スルコトヲ得ヘシ

檢事局ノ管轄

第五 檢事局ノ管轄ニ付テハ裁判所構成法第六條第一項前段及ヒ第三項ノ規定アルノミ而シテ此規定ニ依レハ檢事局ノ管轄ハ受訴裁判所ノ管轄ニ從フモノナリト云フヲ得ヘシ然レトモ檢事ノ職務ハ被告事件カ裁判所ニ繫屬スル以前ニ始マルモノニシテ又裁判所ノ繫屬ヲ離レタル後ニ於テモ存スヘキヲ以テ此等搜查及ヒ刑ノ執行ノ職務ニハ前示ノ原則ハ之ヲ適用スルヲ得ス左レハ搜查ニ付テハ管轄ノ定メナク犯罪ヲ發見シタル檢事局ニ於テ搜查ヲ爲スヲ得ヘク又刑ノ執行指揮ニ付テハ事物ノ管轄ニ制限セラルヽモノニ非ス

第四節 檢事ノ職務

當事者ノ代理人トシテノ職務（公訴ノ提起）

第一 當事者ノ代理人トシテノ職務

一 公訴提起ノ職務 此職務アルカ故ニ搜查ノ職務ヲ併セ有ス

檢事カ各場合ニ於テ起訴スヘキモノニアラサルニ起訴シ又起訴スヘキモノナルニ起訴セサルコトアルハ到底法律ノ規定ヲ以テ之ヲ抑制スルコトヲ得サルモノナリ依テ法律ハ斯ノ如キ場合ヲ慮リ其救濟方法ヲ設

訴訟主體 檢事 檢事ノ職務

ケタリ

甲　不法ニ公訴ヲ提起シ豫審ヲ求メタル場合ニハ豫審免訴ノ決定アリテ之カ救濟ヲ爲スモノトス（刑事訴訟法第一六五條參照）斯ノ如ク縱令不法ナルモ一旦起訴アリタルトキハ其訴訟ノ運命ハ檢事ノ手ヲ離レテ全ク裁判所ノ手中ニ在ルモノナリ而シテ免訴ノ原因アリタルトキハ豫審判事ハ法律上及ヒ事實上ノ理由ヲ示シテ免訴ヲ言渡シ以テ訴訟ノ進行ヲ絕止スルモノトス茲ニ至リテ始メテ不法ニ起訴セラレタル被告人ハ公判廷ニ立チ訴訟ヲ受クルノ辱ヲ免カルヽコトヲ得ルナリ

乙　不法ニ公訴ヲ提起セサル場合ニハ司法事務取扱ノ方法ニ對スル抗告ニ依リテ之ヲ救濟スルヲ得ヘシ（裁判所構成法第一四〇條參照）本法第六十五條ニ於テ被害者ニ檢事ヨリ處分ヲ通知スルノ義務ヲ認メタルハ蓋シ一ハ此抗告ノ申立ヲ爲スノ便宜ヲ得セシメンカ爲メナリトス

二　公訴實行ノ職務　檢事ハ公訴提起ノ義務ヲ負フノミナラス提起シタル公訴ヲ取下クルヲ得サルハ蓋シ公訴實行ノ義務アルカ爲メナリ然レトモ公訴ノ實行ヲ怠ルモ裁判所ハ之ヲ强要スルヲ得ス今左ニ場合ヲ分テ之ヲ詳論スヘシ

甲　檢事カ豫審ヲ求メタル場合ニ於テ豫審ヲ終結セシムルニハ檢事ノ意見ヲ求メサルヘカラス（刑事訴訟法第一六一條參照）而シテ檢事カ其意見ヲ附スルニ付テ法律ハ三日ノ期間ヲ與ヘタリ故ニ檢事ハ此期間內ニ意見ヲ付シ始メテ豫審判事ハ豫審終結決定ヲ爲スヲ得豫審終結決定後ニ至リテハ其訴訟ノ進行ハ全ク檢事ノ手中ニ存スルモノトス縱令被告事件ハ豫審判事ノ決定ニ依リ公判ニ付セラルヽモ公判裁判所ハ直チニ公判ヲ開クコトヲ得ス檢事ハ被告人ニ對シ呼出狀ヲ發スヘキコトヲ裁判所ニ求メ裁判所ハ此申立ヲ待チテ始メテ公判ヲ開廷スルヲ得ヘキモノナリ（刑事訴訟法第二一三條第二三六條參照）

訴訟主體　檢事　檢事ノ職務

乙　公判開廷後ニ於テ檢事ハ亦公訴ノ實行ヲ爲サヽルヘカラス例ヘハ公判ニハ檢事ノ立會ヲ要ス（刑事訴訟法第一七六條）故ニ若シ檢事之ニ立會ハサレハ公判ノ構成ヲ缺クヲ以テ訴訟ヲ進行スル能ハサルナリ又檢事ハ證據調ノ後ニ辯論ヲ爲スヲ要ス（刑事訴訟法第二二〇條參照）其他上訴ノ申立ヲ爲スモ亦公訴ノ實行ナリ而シテ公訴ノ實行ハ被告人ノ不利益タル訴訟行爲ヲ爲スノミニ止マラス其利益ナル行爲ヲ爲スコトヲモ之ヲ包含スルモノトス

公益代表者トシテノ職務

第二　公益ノ代表者トシテノ職務

是レ再審非常上告ヲ爲スノ職務ナリ檢事カ被告人ノ利益ノ爲メ公訴ヲ實行スルハ公益ノ代表者トシテノ職務ヲ行フモノナリトノ說アレトモ非ナリトス是レ原告代理人タル職務ナリ

裁判ノ執行及令狀執行指揮ノ職務

第三　特種ノ職務

是レ裁判執行ヲ指揮スルノ職務ナリ裁判所構成法第六條ニハ檢事ハ判決ノ適當ニ執行セラルヽコトヲ監視スルコトヲ規定シ本法第八編第一章ニ刑ノ執行ヲ指揮スルコトヲ定ムル故ニ現行法ニハ判決ノ執行ノ指揮ノミヲ檢事ニ委スルノ規定ヲ設ケ決定及ヒ命令ノ執行ハ何人カ之ヲ指揮スルヤニ至テハ更ニ規定スル所ナシ然レトモ執行ノ指揮ノ如キ行爲ハ裁判所ニ之ヲ委スヘキ性質ノモノニアラサルカ故ニ決定命令モ亦其執行指揮ノ任ハ檢事ニアリ殊ニ勾引狀勾留狀ハ本法第七十六條ニ依リ巡査、憲兵卒ノ執行スヘキモノニシテ此等ノ者ノ長官ハ裁判所ニアラスシテ檢事ナリ第七十七條第四項ニ依レハ巡査、憲兵卒ハ令狀ヲ執行シタル後令狀執行ニ關スル書類ヲ檢事ニ提出スヘキモノトセリ此等ノ條文ヲ對照シテ考フルトキハ勾引狀勾留狀ノ執行ヲ指揮スル者ハ檢事ナリト云フヘキナリ但召喚狀ノ執行ハ第七十六條ニ依リ執達吏ノ爲スヘキモノニシテ執達吏ハ裁判所構成法第百條ニ依リ裁判所及ヒ書記ノ命令ニ從フモノナレハ裁判所直接ニ之カ報行ヲ指揮スルモノトス其他證人鑑定人ノ不參ニ依リ罰金ヲ言渡

ス決定、保釋、責付ノ言渡ノ如キハ別ニ明文ナキモ檢事之カ執行ヲ指揮スヘキモノナリトス

第十一章　司法警察官

司法警察官ハ檢事ノ補助者ナリ

檢事ハ或方法ニ依リ犯罪アルコトヲ認知スルニアラサレハ公訴提起ノ職務ヲ盡ス能ハス而シテ檢事カ犯罪アルコトヲ認知スルハ告訴告發ニ因ルコト多カルヘシト雖モ被害者ナキ犯罪ニ至テハ之ヲ認知スルニハ右ノ方法ニ依ルコト能ハス是ニ於テカ他ニ犯罪ノ補助者ヲ認知スルヲ必要トス又檢事ハ犯罪アルコトヲ認知シ若クハ犯罪アリト思料スルモ直チニ之カ公訴ヲ提起スルヲ得ルモノニアラス苟モ不當ノ公訴ヲ提起スルカ如キコトナカラシメント欲セハ十分ニ犯罪ノ證憑ヲ蒐集シ犯人ヲ搜査シテ確實ナル根據ヲ得然ル後始メテ公訴ノ提起ヲ爲サヽルヘカラス而シテ檢事カ犯罪ノ搜査ヲ爲ス

司法警察官ト定メタル者

ニハ極メテ迅速ノ處分ニ出ツルコトヲ必要トスルノミナラス遠隔セル場所ニ於テ同時ニ搜査處分ニ着手スルノ必要アリ然ルニ是レ檢事ノ一身ヲ以テ能クスヘキ所ニアラス從テ其補助者ヲ必要トス此補助ヲ爲ス者ハ實ニ司法警察官ナリトス

司法警察官ハ管轄檢事及ヒ其上官ノ職務上發シタル命令ニ從フヘキモノニシテ檢事及ヒ其上官ハ司法警察官ニ對シ訓令又ハ諭告ヲ爲スヲ得ヘシ（裁判所構成法第四條參照）然レトモ今日ニ在テハ明文ノ存スルナキヲ以テ之ニ對シテ懲戒ヲ爲スヲ得スシテ却テ其懲戒權ハ全然行政上ノ長官ノ掌握スル所トナレリ現行刑事訴訟法第四十七條ニ於テ司法警察官ト定メタル者ハ左ノ如シ

第一　警視總監及ヒ地方長官　警視總監及ヒ地方長官ハ犯罪搜査ニ付キ地方裁判所檢事ト同一ノ權利ヲ有スルモノトス是レ治罪法ヨリノ規定ニシテ恐ラクハ國事犯等一般公安ニ關スル犯罪アル場合ヲ慮リ規定シタルモノナルヘシ

司法警察官ト行政警察官ノ性質上ノ差異

第二 警視、警務長、警部、憲兵將校、下士、島司、郡長、林務官、市町村長　此等ノ者ハ檢事ノ補佐トシテ捜査ニ從事スルモノトス

第四十八條ニ依リ船長ハ海船内ニ於テ司法警察官トシテ檢事ヲ補助スルモノニアラス又間接國稅犯則者處分法ニ依レハ間稅官吏ハ犯則事件ノ捜査ヲ爲スモ司法警察官ニアラサルナリ

刑事訴訟法第四十七條ハ保安官吏及ヒ警察官吏中其列記スル者ノ全員ヲ司法警察官トシタルヲ以テ實際ニ於テハ司法警察官ト行政警察官トノ區別ハ存セサルモ法律ニ於テ其區別ヲ認ムル以上ハ之カ性質上ノ差異ヲ攻究スルモ敢テ無益ノ業ニアラサルヘシ

司法警察官ハ檢事カ其管轄區域内ニ於テ發シタル命令ニ從フモ行政警察官ニ對シテハ檢事ハ命令ヲ發スルコトヲ得ス是ヲ以テ檢事ニシテ或處分ヲ執行セシメント欲セハ囑託ノ方式ニ出テサルヘカラス命令ト囑託トハ官衙ノ往復ニ用ヰル名義上ノ區別ニ止マラス其實質ノ大ニ異ナル所アリ即チ左ノ如シ

命令ト囑託トノ實質上ノ差異

第一 警察官カ命令若クハ囑託ニ從ハサリシ場合ノ處分ニ差異アリ命令ヲ受クヘキ司法警察官ニ對シテハ檢事及ヒ其上官ハ强制權ヲ有シ此權力ヲ以テ直接ニ命令ニ服從セシムルコトヲ得ヘシ之ニ反シ行政警察官カ囑託ニ應セサルトキハ檢事ハ其行政長官ニ對シ囑託ニ應スヘキノ指揮ヲ求ムルノ外途ナキナリ若シ行政長官ニシテ其求ニ應セサルトキハ檢事ハ他ニ施スヘキ方法ヲ有セサルモノトス

第二 命令ハ囑託ニ優ルノ力アリ故ニ同一處分ニ付キ相反スル命令ト囑託トアリタルトキハ命令ニ從ハサルヘカラス

第三 警察官ハ如何ナル程度マテ命令若クハ囑託ヲ受ケタル處分ノ適法ナリヤ否ヤヲ調査スルヲ得ルカト云フ問題ニ關シテモ命令ノ場合ト囑託ノ場合トハ大ニ異ナル所アリ命令ヲ受クヘキ司法警察官ハ通常檢事ノ命令ノ適法ナリヤ否ヤヲ調査スルノ權ナシト雖モ囑託ヲ受ケタル警察官ハ囑

第四十七條第二項第三號以下ノ官吏ハ其主管事務ノミニ於ケル司法警察官ナリヤ

託ノ適法ナリヤ否ヤニ付テハ其長官ノ意思ニ拘束セラルヽモノトス

以上列記シタル三個ノ差異ハ檢事ト其管內ノ司法警察官トノ關係及ヒ檢事ト其管外ノ司法警察官トノ關係ニ於テモ適用スルヲ得ヘシ蓋シ司法警察官ハ檢事カ其管轄區域內ニ於テ發シタル命令ニノミ從フヘキモノナレハナリ第四十七條第二項第三號以下ニ揭クル官吏公吏ハ其職務上ノ事項ニ關スル犯罪ニ付テノミ司法警察官トシテ搜查權ヲ有スルヤ即チ其主管事務ニ於ケル司法警察官ナリト云フヘキヤ否ヤ或ハ曰ク第四十七條ハ第一號ノ警察官ヨリ第六號ノ市町村長ニ至ルマテ何レモ其職務ニ於テ司法警察官タルモノナリ即チ島司トシテノ司法警察官若クハ郡長林務官トシテノ司法警察官トシテ司法警察事務ヲ取扱フヘキコトヲ規定シタルモノナリ是故ニ何レモ其主管ノ職務ニ附隨シタル司法警察事務ヲ有ス從テ此等ノ者ハ其職務ノ執行ヲ爲シ得ヘキ土地ノ管轄ノ如キモ各主管事務ニ依テ限定セラレタル管轄地域內ニ限ラサルヘカラス又之ト均シク司法警察官トシテ取扱フヘキ事物ノ

司法警察官ノ搜查權ノ範圍

如キモ亦其主管事務ニ關スル範圍ヲ出テス若シ然ラストセハ遂ニ林務官ヲシテ島司ノ職務ニ於ケル事務ニ對シ當然司法警察事務ヲ執行セシムルモ可ナリト云フニ至ルヘシト然レトモ第四十七條ハ司法警察官タル人ヲ定メタルモノニシテ人ニ付テハ限定セラレタルモノナレトモ搜查權ノ範圍ニ至リテハ第一ノ警察官ヨリ第六ノ市町村長ニ至ルマテ毫モ異ナルコトナシ尤モ土地ノ管轄ニ付テハ第四十七條列記ノ者ハ其行政區劃ノ超過スルコト能ハサルヘシト雖モ其司法警察ニ關スル事物ニ至テハ之ヲ制限シタル法文ナシ唯船長及ヒ間接國稅犯則者處分法ニ於ケル收稅官吏ノミハ事物ニ付キ明カニ其搜查權ヲ制限シタリ既ニ明文ノ存スルナキ以上ハ司法警察官タル者ニ至リテハ事物ノ制限ナキモノト云ハサルヘカラス

司法警察官ノ刑事訴訟上ノ權利ハ搜查權ナリ而シテ其之ヲ行フヤ檢事ノ指揮命令ヲ待タサレハ搜查ニ着手スルコトヲ得サルニアラス常ニ自ラ進テ搜查ニ從事スルヲ要ス而シテ其權利ノ範圍ハ左ノ如シ

（捜査ノ着手）

第一　司法警察官ハ第一着ニ捜査ニ着手スルノ權ヲ有スヘシ即檢事カ其被告事件ヲ知ラサル場合ト雖モ犯罪アレハ之ヲ捜査シテ其記錄ヲ檢事ニ送致スヘキナリ本法第四十七條第二項ニ於テ檢事ノ補佐トシテ其指揮ヲ受ケ云々トアルヲ以テ常ニ其指揮ヲ受クルヲ要シ檢事ノ指揮命令アルニアラサレハ決シテ直チニ捜査ニ着手スヘカラスト解スヘキモノニアラス其指揮ヲ受ケシムルハ一般ニ指揮命令ニ從フヘシトノ意ニ外ナラサルナリ又司法警察官ハ檢事カ既ニ捜査シテ特ニ司法警察官ニ其捜査ヲ命セサルトキト雖モ自ラ進テ捜査ヲ爲スノ義務アリ而シテ其捜査ハ檢事ニ被告事件ヲ送致スルマテ又ハ檢事カ起訴スルマテニ限ラレスシテ起訴後ト雖モ苟モ捜査ノ必要アル以上ハ進テ之ヲ爲ササルヘカラス殊ニ訴訟ノ落着後ト雖モ再審ノ原因アルヤ否ヤニ付テ疑ヲ生シタルトキハ尚ホ進テ捜査セサルヘカラサルナリ

（強制ノ處分）

第二　司法警察官ハ現行犯ノ場合ハ強制處分ヲ爲スコトヲ得但シ勾留狀ハ之ヲ發スルコトヲ得ス（刑事訴訟法第一四七條參照）非現行犯ノ場合ハ檢事カ此場合ニ於テ有スル權利ヨリモ多クノ權利ヲ有スルモノニアラス從テ關係人ノ出頭及ヒ供述ヲ强ユルコトヲ得サルナリ

（事物管轄ノ無制限）

第三　司法警察事務ノ事物ノ管轄ニ付テハ制限ナシ地方裁判所又ハ區裁判所ノ管轄ニ屬スル事件ナルト大審院ノ特別權限ニ屬スル事件ナルトヲ問ハス凡ソ捜査ヲ爲スヘキモノナリ然レトモ其土地ノ管轄ニ付テハ主管事務行政區劃ヲ出ツルコト能ハサルモノトス

（補助者ノ使用）

第四　司法警察官ハ其事務ヲ執行スルニ付テハ巡査又ハ憲兵上等兵ヲ其補助者トナスモノトス

第十二章　被告人

被告人ハ當事者ナルコトハ既ニ述ヘタル所ナリ被告人ハ自己ノ名義ヲ以テ

訴訟主體　被告人

被告人ハ刑事訴訟ノ當事者ナリ

科刑權ニ對スル防禦方法ニ付キ自己ノ意思ニ從テ處分ス即チ防禦ノ材料ヲ提出スルハ隨意ニシテ被告人ニ對スル訊問ハ此防禦ノ機會ヲ與フルニ過キス其他辯論ヲ爲シ上訴ノ申立ヲ爲スカ如キハ其任意ニ決スル所ナリ是等ハ被告人ノ訴訟上ノ權利タルモノニシテ形式及ヒ實體ノ兩方面ヨリ見テ被告人ノ當事者タルコト疑ナシ而シテ一個ノ訴訟ニ於テ數人ノ被告人カ同時ニ當事者ノ地位ヲ占ムルトキハ之ヲ共同被告人ト稱ス（刑事訴訟法第九七條第二項）

被告人ノ當事者能力

被告人ノ當事者能力ニ付テハ從來爭アル所ナリ被告人ノ當事者能力ハ有效ニ被告人トシテ訴追セラルヽ能力ナリ之ニ付キ第一說ハ犯罪無能力者ハ當事者能力ナシト爲ス之ニ依レハ法人、十四歲未滿ノ者及ヒ心神喪失者ノ如キハ當事者能力ナシ又此說ヲ採ル者ニシテ此外尙ホ裁判權ニ服從セサル者例ヘハ治外法權者ノ如キモ亦當事者能力ナシト爲スモノアリ第二說ハ犯罪能力ト當事者能力トヲ區別スルモノニシテ犯罪能力ノ有無ヲ問ハス苟モ生活スル人ハ悉ク當事者能力アリ又例外トシテ之ヲ罰スルノ明文アルトキニ限

犯罪無能力者ハ當事者能力アリトナスモノナリ

犯罪能力ト當事者能力トヲ區別スルノ說

リ法人ニ當事者能力アリトナスモノナリ余輩ハ第二說ヲ以テ其當ヲ得タルモノト信ス蓋シ犯罪能力ハ犯罪構成ノ問題ニ係リ當事者能力ハ訴訟關係ノ成立ニ係リ兩者全ク別異ノモノナリ而シテ當初ヨリ犯罪能力ナキコト明白ナル場合ニ於テハ訴追ハ其目的ヲ達セサルカ故ニ起訴ヲ爲サヽルコト論ヲ俟スト雖モ犯罪能力ニ付キ單ニ疑アルニ止マルトキノ如キハ之ヲ裁判所ニ於テ判斷スルノ必要アルヨリ起訴ヲ爲サヽルヘカラス此場合ニ於テ其訴訟ハ有效ニ成立セサルニ非ス他ノ訴訟條件ヲ欠缺セサル以上ハ本案ノ判決ヲ爲スヲ要ス其判決ハ外觀上ノ判決ニシテ眞ノ判決ニアラスト雖ス能ハス然レトモ自然人タル被告人カ死去スレハ訴訟關係ハ當然消滅シ別ニ裁判ヲ爲スヲ要セス若シ此場合ニ於テ死去シタルニ拘ハラス判決ヲ爲スカ如キコトアレハ其判決ハ外觀的判決ニシテ眞ノ判決ニ非ス次ニ現行法ニ於テ法人ヲ處罰スルモノハ明治三十三年法律五十二號、電信法第四十二條、鐵道郵便法第十九條等ナリ此犯罪ニ於テハ法人ハ當事者能力ヲ有スルモ是レ例外ニ屬ス

法人ノ所罰ニ關スル規定

ルヲ以テ他ノ犯罪ニ付テハ當事者タルヲ得ス又法人カ當事者能力ヲ有スル場合ニ於テ其解散カ訴訟關係ニ及ス效果ハ自然人ノ死去ト同一ナルヘシ

被告人ノ訴訟能力ハ其當事者能力ト區別セサルヘカラス訴訟能力ハ有效ニ訴訟行爲ヲナスノ能力ナリ當事者能力ヲ有スル者ハ必スシモ訴訟能力ヲ有セス例ヘハ國家ハ當事者能力アルモ訴訟能力ナキカ故ニ檢事其地位ニ代テ訴訟行爲ヲナス又法人ヲ處分スヘキ場合ニ於テ法人ハ當事者能力アルモ訴訟能力ヲ有セス故ニ此二者ハ各別ニ觀察スルヲ要ス而シテ被告人ノ訴訟能力ニ付テモ從來二說アリテ第一說ハ犯罪能力者ニシテ始メテ訴訟能力アリト爲スモノニシテ第二說ハ犯罪能力ノ如何ヲ問ハス苟モ被告人トシテ訴ヘラレタル人ニハ訴訟能力アリト爲スモノナリ第二說ハ刑事訴訟ノ原則ニ適ス本法ニ於テハ被告人自ラ辯護ヲ爲スヲ以テ眞實發見ニ適切ナリト認メ被告人自身ノ出頭ヲ要求スルヲ原則トス此被告人ニ出頭ノ義務ヲ認ムルハ被告人ヲシテ自ラ辯護ヲ行ハシメンカ爲ナリ然ラハ苟モ被告人タルモノハ訴

訟能力ヲ有スルモノト謂ハサルヘカラス若シ然ラスシテ或ル被告人ニ訴訟能力ナシトセハ被告人ハ不利益ノ裁判ヲ受ルモ上訴ノ申立ヲ爲ス能ハス又自己ノ代理人又ハ辯護人ヲ選任スル能ハサルニ至ルヘシ蓋シ第百八十三條ノ如キハ事實上ノ障礙アルカ爲メニ公判手續ヲ進行スル能ハサル場合ニシテ被告人ニ訴訟能力ナキカ爲メニ公判ヲ停止スル規定ニ非サルナリ

第十三章　辯護人

裁判所及ヒ檢事ハ眞實ノ發見ヲ注意セサルヘカラスト雖モ是等ノ者カ被告人ノ利益ヲ顧ミルモノナリトノ理由ヲ以テ直チニ辯護ニ關スル特別ノ機關ヲ要セスト速了スヘカラス檢事ハ犯罪訴追ノ職務ヲ有スルモノナレハ主トシテ被告ニ不利益ナル方面ニ力ヲ注クハ避クヘカラサル所ナリ之カ衡平ヲ保タンニハ實體的ノ眞實ヲ發見スルカ爲メ被告人ノ利益ナル方面ニノミ働

辯護人必要ノ理由

ク所ノ補助機關ヲ必要トス而シテ裁判所、檢事及ヒ被告人ナル訴訟主體カ被告人ノ利益ヲ顧ミルコトヲ實體的辯護ト云ヒ辯護人ナル補助機關ヲシテ辯護セシムルヲ形式的辯護ト云フ

辯護人ノ必要ハ以上ノ理由ニ基キタルノミナラス尙ホ茲ニ重大ナル理由アリ刑事訴訟法ニ於テハ被告人ニ種々ナル權利ヲ付與セリ而シテ訴訟手續ヲ正當ニ行ヒ其好結果ヲ得ンニハ被告人ヲシテ此等ノ權利ヲ行ハシムルコトヲ最モ必要ナリトスルモノニシテ是レ常ニ法律ノ希望スル所ナリ此希望ヲ達センニハ被告人ハ自己カ如何ナル權利ヲ有スルカヲ知了スルヲ要スルノミナヌス刑事訴訟法及ヒ刑法等ノ法律ニ通スルコトヲ必要トス然ルニ此等ノ智識ハ通常被告人ノ有スル所ニアラサルヲ以テ茲ニ法律上ノ智識ヲ具有シテ被告人ヲ補助スル所ノ機關ノ必要アルナリ辯護人ヲ設クルノ基本觀念ハ實ニ法律ノ智識アル補佐人ヨリ審理中ニ生スル攻擊ニ對シ絕ヘス適當ノ防禦ヲ爲スヲ得ルニ在リトス

辯護人ノ地位（辯護人ハ被告人ノ補佐ニシテ其代理人ニアラス）

辯護人ノ地位ニ關シテハ辯護人ト被告人ノ意思トノ關係ヲ研究セサルヘカラス之ニ付テハ數說アリ或說ニ依レハ被告人ノ意思ハ辯護ノ範圍及ヒ方針ヲ定ムル標準ト爲シ辯護人ヲ被告人ノ代理人ト爲セリ之ニ反スル說ハ辯護人ハ被告人ノ意思ニ關係ナク單ニ公益ノ爲メニ其職分ヲ行フモノナリト云ヘリ此二說ハ孰レモ極端ニ屬スルヲ免カレス蓋シ其眞理ハ此二說ヲ折衷セル中間ニアリテ即チ(一)先ツ辯護人ハ被告人ノ器械ナリトセハ辯護人ハ自ラ辯護ノ方針ヲ定ムルコト能ハスシテ全ク價値ヲ有セサルノミナラス斯ノ如クンハ辯護ハ多クハ犯罪人ノ利益ノ爲メニ公益ニ逆フモノト言ハサルヘカラス若シ辯護ハ被告人ノ意思ヲ標準トナスヘキモノトセハ重罪ノ場合ニ於テ被告ノ意思ニ反シテ辯護人ヲ附スルハ何等ノ意味ナキコトヽナルヘキナリ又刑事訴訟法第二百四十三條但書ノ如キモ無用ノ規定タルヘシ即チ此規定ハ上訴ノ場合ニ限リ被告ノ意思カ標準タルトノ意味ニ解スルヲ至當トセサルヘカラスシテ若シ然ラサレハ無意味ノ規定タルニ了ルヘシ(二)又一方ニ於

訴訟主體　辯護人

テ法律ハ辯護人ヲ設ケタルハ公益ノミヲ主眼トシタルニアラス辯護人ハ往々公益ニ逆フノ止ムヲ得サル塲合アルナリ即チ公益ハ被告カ不當ニ重ク罰セラルヽ塲合ニ於テ害セラルヽノミナラス又被告ノ刑輕キニ失スル塲合ニ於テモ害セラルヽモノナリ然ルニ辯護人ハ被告カ重罪ヲ犯シタリト確信スル塲合ニ於テ裁判所カ輕罪ノ刑ヲ言渡スモ被告ノ不利益ノ爲メニハ上訴ヲ爲スコトヲ得ス不當ニ無罪ヲ言渡シタルトキモ亦同シ斯ノ如キコトハ疑モナク公益ニ反スルモノナリトス其他辯護人ハ被告ハ無罪ナリト確信シ第二審ニ於テ充分ニ其無罪ナルコトヲ證明シ得ルトスルモ被告カ囚人タルヲ甘ンシテ上訴ヲ承諾セサルトキハ亦辯護人ハ公益ノ爲メニ自ラ進ミテ上訴スルヲ得サルナリ斯ル塲合ニハ辯護人ハ被告ノ不正ナル私益ノ犧牲ニ供セラルヽモノト言ハサルヘカラス果シテ然ラハ辯護人ハ如何ナルモノナリヤ請フ左ニ之ヲ論セン

第一 辯護ノ條件ハ攻擊ナリ而シテ辯護ノ方針方法及ヒ程度ハ攻擊ノ方針

辯護ノ條件ハ攻擊ニ存ス

辯護人ノ防禦ハ攻擊ノ過實ナルトキニ存ス

訴訟上防禦ニ關シテ被告人ト辯護人ノ意見抵觸問題

程度ニ依リテ定マルモノナリ然レトモ辯護人ハ其攻擊カ正當ナルト否トヲ問ハス總テノ攻擊ヲ差別ナク防禦スヘキ職分ナシ辯護人ハ唯不當ノ攻擊カ其目的ヲ達セサルコトニ注意セハ足ルモノニシテ換言スレハ攻擊過實ナルトキニ際シ其過度ナル攻擊ニ限リ之ヲ防禦スヘキ職分ヲ有スルノミナリトス

第二 攻擊過實ナラスシテ事實ニ適合スルカ又ハ寛ニ失スルトキハ防禦ヲ爲スニ及ハサルナリ然ラサレハ檢事ノ攻擊ヲ補助スルコトヽナルヘシ攻擊ヲ補助スルノ任カ辯護人ニ存セサルコトハ明カナリ

第三 辯護人ト被告人トカ訴訟上ノ防禦ニ付キ意見ヲ異ニシタルトキハ如何ニ決定スヘキヤ是レ最モ重要ナル問題ナリトス然ルニ之ヲ解スルニ當リ先ツ注意スヘキハ辯護人ハ被告ノ委任ニ依リテ得タル權利ノミヲ有スルモノニアラスシテ被告ニハ無關係ナル固有獨立ノ權利ヲ有スルモノナルコト是ナリ辯護人ハ法律ニ明カニ規定アル塲合及被告人ノ委任ニ因リ

テ權利ヲ得タル塲合ニ限リ被告人ノ意思ニ從フヘキモノニシテ彼ノ辯護人ノミニ之ヲ許シ被告人ニ之ヲ與ヘサル權利又ハ辯護人カ被告人ト同等ニ有スル權利ハ被告ノ意思ニ反シテモ辯護人一個ノ意思ヲ以テ行使スルコトヲ得例ヘハ辯護人ハ被告ノ意思ニ反シテモ訴訟記錄ヲ閱讀抄寫スルノ權ヲ有スルカ如シ此權利ハ被告ニ許ササルカ故ニ無論被告ノ意思ニ從フヲ要セサルナリ又辯護人ハ獨立シテ公判ノ延期ヲ求メ又除斥ニ基ク忌避ノ申請、公訴不受理、管轄違ノ申立、證據調ノ請求及ヒ公判ノ辯論ヲ獨立シテ行フコトヲ得此等ノ權利ヲ行フニハ決シテ被告人ノ意思ニ服從スルヲ要セサルナリ蓋シ此等ノ訴訟上ノ權利ハ正當ノ裁判ヲ得ンカ爲メニ設ケタルモノナレハ補佐人タル者ト雖モ當事者ノ意思ニ拘ラス之ヲ行フヲ得ルモノトス之ニ反シテ上訴ノ申立ハ明文アルカ故ニ（刑事訴訟法第二四三條參照）被告人ノ意思ニ服從セサルヘカラス偏頗ノ原因ニ基ク忌避ノ申請モ亦然リ是レ畢竟被告人カ裁判所ヲ信用スルヤ否ヤニ關シ辯護人ニハ何等ノ痛痒ヲ感

セサル所ナレハナリ

以上述フル所ニ付テハ裁判所ニ於テ選任シタル辯護人タルト被告人ニ於テ委任シタル辯護人ナルトニ因リ異ナル所ナシ元來辯護人ノ選任ニ付テハ裁判所カ之ヲ爲スト被告カ之ヲ爲スト區別ハ辯護關係ナルモノヲ發生セシムル方式ノ差異ニ過キスシテ辯護人ノ權利義務ニ關シテハ此區別アルカ爲メニ毫モ異ナルナシ故ニ辯護人ハ如何ナル方法ニ依テ其地位ヲ得ルモ其性質ニ差異ナク被告人ノ補佐ニシテ代理人ニ非ス即チ被告人ノ地位ニ代リ被告人ノ權利ヲ行フニ非スシテ公判ニ於テ被告人ノ傍ニ立チ自己固有ノ權利ヲ行ヒ被告人ノ防禦ヲ補助スルモノナリ只上訴ヲ申立ルカ如キハ被告人ノ權利ヲ代テ行フモノニシテ變例タルモノナリ此規定ヲ以テ辯護人ヲ代理人ト爲スヘキニ非ス

辯護關係ノ發生ニハ二途アリ即チ左ノ如シ

第一　被告人ノ選任

訴訟主體　辯護人

辯護人ノ選任

第二　裁判長ノ選定（刑事訴訟法第一七九條ノ二、第二二六四條第三項參照）

裁判長カ辯護人ヲ選任スル場合ハ辯護人ヲ必要トスル場合ニ於テ被告人カ辯護人ヲ選任セサリシ場合ナリ而シテ裁判長カ辯護人ヲ選定シタリシトキト雖モ被告人ハ他ノ辯護人ヲ選任スルノ權ヲ失フコトナシ元來被告人カ辯護人ニ辯護ヲ委任スルハ原則タルモノニシテ裁判長カ辯護人ヲ選定スルハ被告カ貧窮ナルカ又ハ裁判所所屬ノ辯護人カ被告人ノ依賴ニ應セサルニ因ルモノニシテ補充的ノ行爲ナリ故ニ裁判長カ辯護人ヲ選任シタルトキハ裁判長ハ自己ノ選定ヲ取消スヘキモノトス

第一　辯護人ヲ選任スル權ヲ有スル者ハ被告人ナリ（刑事訴訟法第一七九條參照）而シテ辯護人ノ選任ハ訴訟行爲ノ一ナレハ民法上無能力ナル被告人ト雖モ事實上辯護依賴ノ意思ヲ表示スルコトヲ得ル以上ハ選任ノ能力アリト云フヲ得ヘシ或ハ被告人ニシテ此事實上ノ能力ヲ有セサルコトアルヘシ斯ノ如キ場合ニハ特ニ明文ナキモ被告人ノ法律上代理人ニ於テ之ヲ選任スルヲ得ヘキモノトス而シテ此法律上代理人ノ選任權ハ獨立ノモノニアラスシテ被告人ノ委任ヲ爲ス能ハサルヲ補充スルモノナリ被告人カ辯護人ヲ選任シタル證明ハ通常辯護届ナル書面ヲ以テスルモ被告人ノ陳述ニテモ差支ナシ然レトモ被告人闕席ノ場合ニ於テハ書面ヲ以テ之ヲ證明セサルヘカラス又裁判長ノ選定ニ係ル辯護人ハ自己ノ辯護人タルヲ證明スルノ要ナシ而シテ事務管理ニ依リテ辯護人トナルコトヲ得ス此場合ハ選任ヲ後ニ證明スル場合ト混同スルコトナキヲ要ス選任ヲ後ニ至リテ證明スルハ差支ナキ所ナレトモ本問ノ場合ハ法律ニ一モ斯ル規定ナキヲ以テ見レハ事務管理ニ基ク辯護人ハ法律ノ許ス所ニアラスト云ハサルヘカラス

辯護人ノ選定

第二　辯護人選定ノ場合ハ裁判長ノ職權ヲ以テスルモノニシテ申立ヲ要セス而シテ裁判長ハ一ノ被告人ニ數人ノ辯護人ヲ附スルヲ得ヘシ例ヘハ被告人ノ犯罪非常ニ多ク一ノ辯護人ニテハ悉ク之ヲ取調ヘ盡スコト能ハサル

強制辯護及自由辯護

トキノ如キ此必要アリ又數人ノ被告人ニ一人ノ辯護人ヲ附スルヲ得ヘシ辯護ヲ區別シテ強制辯護及ヒ自由辯護トス強制辯護ハ重罪事件ノ場合ニ於テ行ハルヽモノトス（刑事訴訟法第二三七條、第二六四條參照）此制度ハ重キ刑ヲ科スヘキ場合ニハ公益上ノ必要ヨリ辯護人ヲシテ辯護セシムルヲ要スルトノ主旨ヨリ出テタルモノナリ是ヲ以テ被告人ノ意思ノ如何ヲ問ハス即チ被告人カ辯護人ヲ望マサルニモ拘ハラス尚ホ之ヲ選定スルモノトス而シテ重罪事件ニ於テハ辯護人ノ干與ハ公判ノ必要條件タルカ故ニ之ヲ缺如スルトキハ其判決ハ破毀ノ理由アルモノナリトス茲ニ重罪事件ト稱スルハ重罪トシテ起訴シタル事件ハ勿論其他第一審ノ公判ニ付テ云ヘハ豫審終結決定ニ依リ重罪ニ該ル罪トシテ公判ニ附セラレタルモノ又第二審公判ニ付テ之ヲ云ヘハ刑訴第二百四十一條ノ手續ヲ第一審ニ於テ復シタル事件モ亦重罪事件ナリ（刑法施行法第二九條參照）故ニ輕罪事件ニ在テハ辯護人ヲ附スルト否トハ被告人又ハ裁判所ノ意思ニ任スルモノトス之ヲ自由辯護ト云フ是故ニ強制辯護及ヒ自由辯護ノ區

辯護人ノ資格

別ハ辯護人ノ選定カ被告人又ハ裁判所ノ意思ニ因ルト法律ニ於テ絕對ニ辯護人ヲ必要トシタルトニアリ彼ノ輕罪事件ニ於テ被告人ノ意思如何ニ拘ハラス被告人ノ性質ニ因リ裁判所ノ職權ヲ以テ辯護人ヲ附スル場合（刑事訴訟法第一七九條ノ二參照）ハ是レ強制辯護ノ如ク裁判所ニ於テ辯護人ヲ選定スルノ義務アルニアラス唯被告人カ之ヲ選任セサルトキ裁判所ハ之ヲ選定スルノ權利ヲ生スルノミニシテ強制辯護ニアラサルナリ

被告人カ選任スル辯護人ノ資格

第一 被告人カ選任スル場合ニ於テハ辯護士中ヨリ選任スルヲ原則トナシ辯護人ノ資格ニ付テハ本法第百七十九條第二項ニ之ヲ定ム之ニ依レハ裁判所ノ允許ヲ得ルニ於テハ女子又ハ外國人ト雖モ辯護人タルヲ得ヘク裁判所ハ此等ノ者ニ對シ允許ヲ與フルモ法律ニ違背スルモノニアラサルナリ然レトモ裁判所ノ選定スル辯護人ノ場合ト被告人ノ選任スル辯護人ノ場合ノ區別ニ從ヒテ辯護人ノ資格ヲ異ニセリ

辯護人ニ於テハ辯護士中ヨリ選任スルヲ原則トナシ辯裁判所ノ允許ヲ得レハ何人ニテモ辯護人ニ選任スルコトヲ得ヘシ而シテ

裁判長カ選定スル辯護人ノ資格

辯護士ナレハ縱令裁判所ハ辯護人タルノ能力アリヤ否ヤニ付テ疑アルモ之ヲ拒ムコトヲ得スシテ單ニ被告人ノ信用如何ニ歸スヘシ然レトモ裁判所ノ允許ヲ要スル場合ニ於テハ被告人ノ信用ノミナラスシテ裁判所ノ信用アル者ナラサルヘカラス

第百七十九條第二項ニ依レハ辯護人ハ裁判所所屬ノ辯護士中ヨリ之ヲ選任スト規定セリ即チ裁判所所屬トハ辯護士法第八條ニ依リ其氏名ヲ辯護士名簿ニ登錄シタル地方裁判所所屬ノ者ナルコトヲ要ス然レトモ實際上ニ於テハ此裁判所所屬ナル制限ニ從フコト能ハス其故ハ接訴院又ハ大審院ニ於テハ其所屬辯護士タル者存在セサレハナリ又第一審ニ於テモ同一ノ趣旨ヨリシテ必スシモ裁判所所屬ノ辯護士ヲ選任スルヲ要セサルモノトス

第二 裁判長カ選定スル場合ニ於テハ必ス其裁判所所屬ノ辯護士中ヨリ選定スルモノトス（刑事訴訟法第二三七條）又本法第二百六十四條及ヒ第二百七十六條ノ

辯護關係ノ始期及終期

場合ニハ受訴裁判所所在地ノ辯護士ヲ以テ之ニ充ツ（辯護士法第三項參照）

辯護人ヲ用フルコトヲ得ル時期即チ辯護關係ノ始期及ヒ終期ニ付テハ現行刑事訴訟法ハ改正前ノ佛國治罪法ニ則リ辯護人ヲ用フル時期ヲ制限シ公判ニ於テノミ之ヲ用フルコトヲ得ルモノトセリ是レ本法第百七十九條ヲ公判通則ノ章ニ規定セルヲ以テ知ルヘシ何故ニ捜査及ヒ豫審ニ於テ辯護人ヲ附スルコトヲ許サヽルヤト云フニ訴訟ノ此等ノ階段ニ於テハ縱令之ヲ許スモ充分ナル働キヲ爲サシムルコト能ハサレハナリ蓋シ捜査、豫審ノ如キハ全ク檢事又ハ議審判事ノ手裡ニアリテ事秘密ヲ要シ此時期ニ於テ辯護人ヲ附スルモ唯傍觀スルニ止マリ僅カニ臨檢、捜索、物件差押ノ處分ニ立會ハシメ得ルニ過キス而シテ又此等ノ處分ニ付テハ現行刑事訴訟法ハ不服ヲ申立ツルヲ許サヽルカ故ニ辯護人ハ之ニ立會フモ毫末ノ利益アラサルナリ然レトモ今日ノ立法ノ傾向ハ豫審ヲ彈劾ニ傾カシメント爲スニ在ルカ故ニ豫審中モ亦辯護人ヲ用ヒシムルモノ多シトス

訴訟主體　辯護人

被告人ノ委任ニ基ク辯護關係ノ終期

我刑事訴訟法ノ規定ニ依レハ被告人ハ公判ニ附セラレタル以後ハ何時ニテモ辯護人ヲ選定委任スルコトヲ得又强制辯護ノ場合ニ於テハ公判開廷前豫備訊問ヲ爲シタル時ニ於テ之ヲ選任スヘキモノトス而シテ辯護人ハ如何ナル時期マテ辯護ヲ爲シ得ルヤト謂フニ此點ニ付テハ又被告人ノ委任シタル場合ト裁判長ノ選定シタル場合トニ分チテ說明セサルヘカラス

第一 被告人ノ委任シタル辯護人ハ如何ナル時期マテ辯護關係繼續スルヤ

ハ被告人ノ意思ニ因リテ定マルモノトス換言スレハ被告人ノ委任ニ基ク辯護關係ノ始期及ヒ終期ハ被告人ノ隨意ニシテ唯茲ニ生スル問題ハ辯護人ハ如何ナル場合ニ於テ其辯護ヲ辭任シ得ルヤノ問題ナリ此場合ニ於テモ亦被告人ノ意思カ標準ト爲ラサルヘカラス而シテ若シ辯護關係ノ存續期ニ付キ疑ノ存スルトキ即チ被告人ノ意思不明ナル場合ハ上級審ニ於ケル辯護ヲモ併セテ委任シタリト解スヘキモノニアラスシテ唯審級ニ限リ委任シタルモノト看做サヽルヘカラス

裁判長ノ選定ニ基ク辯護關係ノ終期

辯護人ノ權利義務ノ總體

第二 强制辯護ノ場合ニ於テ裁判長ノ選定シタル辯護人ハ如何ナル時期マテ辯護ヲ爲スヤニ付テハ本法ニ明文ナシ故ニ若シ裁判所ニ於テ其選定ヲ取消サヽルトキハ選定シタル審級ニ於テ訴訟ノ終ルマテ辯護權ヲ行用スルコトヲ得ヘシ訴訟ノ終了スルマテトハ其審級ニ於テ言渡シタル判決ノ上訴申立マテモ包含スルモノトス而シテ本法ハ重罪事件ニ付テハ必ス辯護人ノ出廷ヲ要スルモノトナセリ然レトモ輕罪事件ニ付テハ被告人カ委任シタル辯護人ニシテ出廷セサルモ裁判所ハ之ヲ解任シ又ハ新ニ辯護人ヲ選定スルノ義務ナク直チニ審理ヲ進行シ得ヘシ重罪事件ニ付テハ强制辯護ノ制ヲ採ルカ故ニ辯護人ハ公判ノ始ヨリ終マテ出廷スルヲ要ス若シ辯護人ニシテ出廷セサルトキハ裁判長ハ之ヲ解任シ他ノ辯護人ヲ選定セサルヘカラス

辯護人ノ權利義務ハ如何ナルコトヲ云フカハ本章ノ始ニ於テ述ヘタル所ニ依リテ明カナル

訴訟主體　辯護人

ヘク即チ各事件ノ性質ト訴訟ノ模樣トニ因リテ定マルモノナリ然レトモ一般ニ辯護人ノ行爲ハ被告人ニ不利益ナル不法ノ請求及ヒ重キニ失スル不當ノ裁判ヲ排斥スルヲ標準トス而シテ此行爲ヲ爲スニハ檢事又ハ裁判所ノ行爲カ正當ナリヤ否ヤヲ視察シ證據調ノ結果又ハ公判手續ノ適法ナリヤ否ヤ及ヒ刑法ノ問題ニ付テモ其適用ノ當否ニ注意セサルヘカラス又右ノ如キ消極的ノ行爲ノミナラス證據調ノ請求、被告人又ハ證人ニ對スル訊問辯論ノ如キ積極的行爲ヲモ爲サヽルヘカラス此等ハ皆常ニ上述ノ標準ニ則ルヘキモノナリトス若シ原告及ヒ裁判所ニ於テ不當ノ請求又ハ裁判ヲ爲スコトナケレハ辯護人ヲ之ヲ排斥防禦スルノ必要ナキヲ以テ此場合ニ於テハ證據申立等ノ積極的行爲ヲ爲サス唯他人ノ訴訟行爲ヲ傍觀スルニ止マルヘシト雖モ是レ亦辯護ノ職分ヲ盡シタルモノト云フヘシ故ニ辯護ヲ爲ストハ被告人カ訴訟ニ於テ不法ニ損害ヲ被ムルコトナキヤ否ヤニ注意シ若シ斯クノ如キ危險ノ傾向アルトキハ之ヲ防禦シ排斥ヲ試ムルヲ謂フニ外ナラス

辯護人ノ各個ノ權利義務左ノ如シ而シテ辯護人ノ權利ハ必ス同時ニ義務タルモノナリ

第一 辯護人カ被告人ノ犯罪行爲及ヒ被告事件ノ訴訟ノ模樣ヲ詳細ニ知了スルトキハ其辯護ハ正確ナルニ至ルヘシ故ニ法律ハ左ノ權利ヲ辯護人ニ付與セリ

一 訴訟記錄ヲ閱讀抄寫スルノ權（刑事訴訟法第一八〇條參照）檢事ノ搜查書類モ起訴ト共ニ裁判所ニ送致シ裁判所ハ之ヲ訴訟記錄中ニ添付セシムルカ故ニ本條ノ訴訟記錄ナル語辭中ニハ判事ノ作成シタル調書ノミナラス檢事ノ作リタル搜查書類ヲモ包含スヘシ是故ニ本法第百八十條ニ所謂訴訟記錄トハ總テ裁判所ニ存スル記錄ノ意ナルモ差押物件ハ此內ニ包含セス押收シタル證書其他ノ物件ハ公判開廷ノ時ニ於テノミ閱覽シ得ルニ止マルモノトス

二 被告人ト交通ヲ爲スノ權（訴訟主體　辯護人）　被告人カ勾留サレタルトキニ接見又ハ通

信ヲ爲スカ如キ又ハ公廷ニ於テ被告人ト協議スルカ如キヲ謂フ

第二 公判期日ニ呼出ヲ受クルノ權　之ニ付テハ控訴ニ關シテノミ本法第二百五十七條ノ明文アレトモ第一審ニ於テモ被告人ヨリ裁判所ニ對シテ辯護届ヲ差出シタルトキハ必ス之ヲ呼出サヽルヘカラス故ニ若シ呼出サルトキハ辯護權ヲ不法ニ制限セシカ故ニ判決ハ破毀ヲ免カレス而シテ辯護人ハ呼出ヲ受クル權アルモ亦同時ニ公廷ニ出頭スルノ義務アリ又公廷ニ於テハ裁判長ノ指揮權ニ服從スルコト疑ヲ容レス

第三 公判ニ於テ被告人ヨリ獨立シテ辯護ヲ爲スノ權　此權利ニ屬スルモノハ證據調ニ參與シ證據申出ヲ爲シ證人、鑑定人及ヒ被告人ノ訊問ヲ求メ證據調ノ終ヲタル後ハ辯論ヲ爲シ又公判ノ延期ヲ申請スルノ權等ニシテ皆獨立ノ權利ナリ

第四 被告人ノ意思ニ反セサル限ハ上訴ヲ爲スノ權（刑事訴訟法第二四三條參照）

第五 辯護人ハ其代理人ヲ選任スルコトヲ得ルヤ裁判所ノ選定辯護人ノ場合ニハ裁判所カ其人ニ信用ヲ置キ選定シタルモノナルカ故ニ裁判所ノ許可ヲ得ルニ非サレハ之ヲ爲スヲ得ス被告人ノ委任辯護人ノ場合ニ在テハ單ニ被告人ノ意思ノ如何ニ存スルモノトス

第十四章　法律上代理人及ヒ訴訟代理人

訴訟行爲ノ代理ノ意義

訴訟主體　法律上代理人及ヒ訴訟代理人

訴訟行爲ノ代理ハ外部ニ對シテ當事者ノ爲メニスルコトヲ表示シ當事者ニ對シ法律上ノ效果ヲ發生セシムル行爲ナリ民事訴訟ニ於テハ其訴訟行爲ノ性質上直接代理ヲ許スヲ原則トスルモ刑事訴訟ニ於テハ眞實發見ノ爲メ被告自身ノ辯護ヲ要求スルヲ以テ訴訟行爲ノ代理ヲ許サヽルヲ原則トス然レトモ代理人ヲ用ヒサレハ訴訟ヲ爲ス能ハサル場合及ヒ事件輕微ニシテ敢テ當事者ノ出廷ヲ必要トセサル場合ニハ例外トシテ被告人ノ代理人ヲ認メサ

法律上ノ代理ト委任代理

委任代理人ノ權限

ルヘカラス現行法カ之ヲ認ムル塲合ニハ法律上ノ代理ト委任代理トノ二ツノ塲合アリ法律上ノ代理ハ法人ヲ處罰スル塲合ニ其代表者ヲ被告タル法人ノ代理人ト爲ス塲合ニ認メラレ其地位ハ民事訴訟ニ於ケル法定代理人ノ地位ト同一ニシテ之ヲ當事者ト同一視スルノ精神ナリ委任代理トシテ認メタルモノハ次ノ二ツノ塲合ナリ

第一 違警罪又ハ罰金ニ該ルヘキ輕罪事件ニ付テ被告人ノ訴訟代理ヲ許容ス（刑事訴訟法第一八三條第一項但書、第二一四條第一項末段第二二六條刑法施行法第三一條參照）

第二 上告裁判所ニ於テハ被告人ノ出廷ヲ許サスシテ常ニ辯護士ヲシテ被告人ヲ代理セシム（刑事訴訟法第二八三條第一項、第二八四條參照）

此二者ハ被告人ノ側ニ立テ獨立ノ權利ヲ行フモノニアラスシテ被告人ニ代リテ其權利ヲ行フモノナリ又代理人ハ公判ニ於テノミ之ヲ許スモノナルコトハ其關係法文ノ示ス所ナリ而シテ第一ノ代理人ハ被告人ノ爲メ公判ニ出廷スルモノナルカ故ニ被告人ノ有スル權利ハ代理人モ亦之ヲ總テ

行フヲ得ルモノニシテ其行爲ハ總テ被告人ノ行爲ト同一ノ效力ヲ有スヘシ故ニ代理人ハ被告人ノ爲スカ如クニ自白スルヲ得ヘク其他申立陳述ヲ爲スヲ得ヘシ又第二ノ代理人タル辯護士ハ被告人ニ代リ附帶上告ヲモ爲スヲ得ヘシ

以上ノ如ク法定代理ノ代理權ハ其範圍ヲ制限セス總テノ行爲ニ付キ當事者ノ地位ニ立ツモノナリ委任代理ノ代理權ノ範圍ハ特別ノ規定ナケレハ本人ノ意思ニ依リ定マルヲ原則トシ一般ニ代理セシムルト特種ノ行爲ニ付キ代理セシムルトヲ擇ムコトヲ得ヘキモノナレトモ刑事訴訟ニ於テハ以上第一及ヒ第二ノ塲合ノ如ク訴訟全體ニ付テ一般ノ代理ヲノミ認メ特種ノ行爲ノミニ付キ代理ヲ許サヽルノミナラス一般代理ノ權限モ當事者ノ意思ニ依リ制限スルヲ許サス又法律ニ於テ之ヲ制限スルノ規定ナシ故ニ罰金以下ノ刑ニ該ルヘキ事件ノ代理人ハ上告ノ申立ヲ爲スノ權限ナシト爲ス今日ノ判例ハ疑ナキヲ得ス

ヘカラス而シテ能ハサル事柄ニ付テハ法律上代理人ノ代理ヲ許サス刑事訴訟ノ性質ニ反スルヲ以テ法律ハ被告人ノ精神病ニ罹リタル場合ニ於テモ其代理人ヲ認メス又被告人カ心神喪失ノ常況ニ在ルトキハ公判ヲ開クヲ得ス(治罪法第百九十一条)又被告人ノ精神病ニ罹リタル場合ニ於テハ其公判ヲ停止スヘキモノトス(治罪法第百九十二条)是レ

法律上代理人タル補佐人ノ權利

告人ノ意思ニ服從スルモノニシテ獨立ノ權利ナク其關係ハ當事者ニ對スル關係ニシテ裁判所ニ對スル關係ハ毫モ存在セサルコトヽナルヘシ從テ辯論ニ與カルト云フカ如キコトハ全ク想像スル能ハサルニ至ルヘシ然ルニ法律上代理人タル補佐人ノ地位ハ斯ノ如キモノニアラス全ク之ニ反セリ法律上代理人タル補佐人ノ權利ハ獨立ノモノニシテ被告人ノ意思ニ關係ナク其公判ニ出廷スルヤ否ヤハ法律上代理人ノ隨意ニシテ又辯論ヲ爲スヤ否ヤモ隨意ナリ即チ法律上代理人ハ自己ノ權利ヲ以テ被告人ノ利益ノ爲メニ公判ニ出廷スルニ外ナラス從テ法律上代理人ハ公判ニ於テ被告人ノ意思ニ反シテモ證據調ヲ請求シ又ハ辯論ヲ爲スヲ得ヘシ若シ法律上代理人ニ固有ナル此權利ナシトセハ法律上代理人カ被告人ノ權利ナリト云ハサルヲ得サルニ至リ其結果トシテ法律上代理人ハ被告人ノ請求ニ因リテ出廷スルモノトナルヘシ豈ニ斯ノ如キ理アランヤ或ハ上述ノ理由ヨリシテ法律上代理人ヲ從タル當事者ナリト云フ者アリ從タル當事者トハ主タル當事者ヲ補助センカ爲メ自己ノ權利ヲ以テ訴訟行爲ヲ爲スモノヲ謂フ尤モ從タル當事者ハ其目的トスル訴訟ノ結果ハ必スシモ主タル當事者ノ希望ト相符合スルモノニアラスシテ例ヘハ被告人カ有罪ノ言渡ヲ希望スル場合ニ法律上代理人カ無罪ヲ求ムルコトアリ即チ主タル當事者ト異ナル所ハ其權利義務カ訴訟ノ目的トナラサルノ點ニアリトス即チ法律上代理人ハ被告人ノ補佐ナリトス

裁判所ト當事者トノ關係

第十五章　訴訟主體相互ノ關係

裁判所ト當事者トノ關係ハ平等ニ非スシテ上下ノ關係ナリ其結果トシテ當事者ハ自己ノ意思ヲ以テ訴訟行爲ノ內容ヲ定ムルコトヲ得ルモ其訴訟行爲ノ方式ハ申立ニシテ裁判所カ當事者ニ對スル行爲ハ裁判ノ方式ナリ是レ平等ノ關係ニ非サルヨリ生スル方式ナリ又當事者ハ裁判所ノ訴訟指揮、訴訟

訴訟主體　訴訟主體相互ノ關係

ノ秩序維持及ヒ強制ニ服從スルコトモ亦上下ノ關係ヨリ生スル所ナリ然レトモ檢事カ裁判所ニ對スル地位ハ上述ノ原則ニ從ハス檢事カ當事者ノ代理人タル地位ニ在ルトキト雖モ裁判所ニ對シ不平等ノ關係ニ立タサル點アリ即チ其訴訟行爲ノ方式ニ付テハ他ノ當事者ト異ルコトナキモ檢事ハ裁判所ノ訴訟指揮、秩序維持ノ權ニ服從セス是レ國法上檢事局ハ裁判ト同等ノ官廳ナルカ故ニ然ルニ非ス訴訟上ノ地位ニ於テ然ルヲ見ルナリ本法第百九十四條第二項ノ檢事ノ職權ノ如キハ裁判長ノ許可ナクシテ行フヲ得又辯論ノ如キモ裁判長ヨリ發言ヲ得テ行フモノニ非ス之レヲ見レハ檢事ニ付テハ上記原則ノ例外ヲ認メサルヘカラス又裁判所構成法第六條第二項ノ如キモ亦此例外ヲ認メタル規定ト解セサルヘカラス

裁判所ト檢事トノ關係

當事者相互ノ關係

當事者相互ノ關係ハ平等ノモノナリ先ツ當事者ハ相手方ヲ補助スルノ義務ナク相反スル利益ヲ主張スルモノナリ是ヲ以テ被告人ハ辯護ノ權アルモ供述ノ義務ナク又不利益ナル材料ヲ提出スルノ義務ナシ是レ被告人ノ訊問ノ目的ハ辯解ノ機會ヲ與フルニ在リト爲ス所以ナリ次ニ當事者ノ權利義務ハ同等ナルヲ原則トス裁判所ニ公平ナル裁判ヲ爲サシムルニハ其材料ヲ提出スルノ權義ハ平等ナラサルヘカラス然レトモ此原則ハ本法ニ於テハ貫徹セサル所アリ即チ被告人ハ次ノ諸點ニ於テ檢事ニ劣ル地位ニ在ルモノナリ(一)自然上ノ不利益ノ地位トシテ自己ニ對スル處罰ニ付キ訴訟セラルヽコトナリ(二)技術上ノ不利益トシテハ被告ハ法律ニ通スルモノニ非サルコトナリ(三)國法上ノ地位ニ於テ不利益ナリ檢事ハ官廳ニ屬シ司法警察官ノ補助機關ヲ有ス被告人ハ然ラス(四)法律上ノ地位ニ於テ不利益アリ即チ豫審中檢事ニハ本法第六十八條ノ權アリ又豫審公判ヲ問ハス檢事ノ意見ヲ求メサレハ裁判ヲ爲ス能ハサル場合アリテ存スルニ被告人ニハ一ッモ此ノ如キ權利ナシ以上ノ不平等アルヲ以テ本法ニ於テハ之レヲ平等ナラシムル規定ヲ設クルコト必要ナリ之ニ屬スルモノハ被告人ニ對シ權利ノ告知ヲナスコト(刑事訴訟法第二〇八條第六號、第七條)其他被告人ノ利益ノミノ爲メ設ケタル規定(刑事訴訟第二〇條第二項第二六五條第

被告人ト檢事トノ權義

訴訟主體　訴訟主體相互ノ關係

二九一條第二八九條第二項ナリトス

第二編　訴訟ノ目的物

第一章　公訴

刑事訴訟ノ目的物ハ犯罪ヨリ生シタル國家ノ科刑權ナリ

刑事訴訟ノ目的物ハ犯罪ヨリ生シタル國家ノ科刑權ナリ

凡ソ犯罪アレハ國家ノ法律秩序ハ害セラルヽカ故ニ公益ノ爲メ犯罪者ニ刑罰ヲ加ヘテ此侵害ニ對シ回復ヲ爲サシメサルヘカラス是レ國家自身ノ爲スヘキ事項ニ屬ス故ニ犯罪ヨリシテ國家ニ科刑權ヲ生ス此科刑權ノ確定及ヒ實行ハ即チ刑事訴訟ノ內容ヲ成スモノナリ然リ而シテ國家ノ科刑權ハ同時ニ國家ノ義務タリ從テ之ヲ處分セシムルヲ得ス蓋シ國家カ公益ノ爲メニ科刑權ヲ有スル以上ハ犯罪アレハ亦公益ノ爲メニ必ス刑罰ヲ加ヘサルヘカラ

公訴權ハ裁判所ニ對シ國家ノ科刑權ニ付判決ヲ求ムル訴權ナリ

科刑權ト公訴權トノ別

ス犯罪ヨリ生シタル科刑權ヲ隨意ニ處分シ得サルコト明カナリ刑事訴訟ノ目的物ト民事訴訟ノ目的物トハ此點ニ於テ大ニ差異アリ

刑事訴訟ハ科刑權ヲ其目的物トセハ公訴モ亦之ヲ其目的物トナサヽルヘカラス蓋シ公訴ハ刑事訴訟ニ付キ彈劾ノ方式ヲ採レルカ爲メニ存スルモノニシテ彈劾ノ方式ヲ採レハトテ決シテ刑事訴訟ノ目的物ニ變更ヲ生スルモノニアラサレハナリ而シテ公訴權ハ裁判所ニ對シ國家ノ科刑權ニ付キ判決ヲ求ムル訴權ヲ謂フ其發生ハ犯罪ノ時ニ在ルヲ通常トスルモ科刑權ノ成立ヲ條件トシテ存在スルモノニ非ス犯罪ノ嫌疑者ニ對シテモ亦公訴權ヲ成立ス然ルニ刑事訴訟法第一條、第三條及ヒ第六條ノ規定ニ依レハ公訴權ナルモノハ科刑權カ實際ニ行ハルヽ側面ヨリ觀察シタルモノヽ如クニシテ之ヲ科刑權中ニ包含セシムルカ如シ然レトモ公訴權ト科刑權トハ其發生原因及ヒ消滅原因ヲ異ニスル塲合アリ即チ親告罪ニ付キ科刑權ハ告訴ノ有無ヲ問ハス犯罪ノ時ヨリ發生スヘシト雖モ公訴權ハ告訴アルニ因リテ生スルモノナリ

本法第一條ハ刑事訴訟ノ内容ヲ示シタルモノニシテ公訴ノ目的物ヲ表明シタルモノニアラス公訴ニ關スル固有ノ主義

又刑ノ言渡確定シタル場合ニハ公訴權ハ消滅スルモ科刑權ハ執行シ得ヘキ狀態ニ於テ存續スルモノナリ斯ノ如ク公訴權ナクシテ科刑權ノ存在シ得ル場合ヲ生スルヲ以テ此二個ノ權利ハ之ヲ區別スルコトヲ要ス

刑事訴訟法第一條ニ於テ公訴ハ犯罪ヲ證明シ刑ヲ適用スルヲ目的トスト云フハ刑事訴訟ノ内容ヲ示シタルモノニシテ公訴ノ目的物ヲ表シタルモノニアラス刑事訴訟ノ内容ハ科刑權ノ主張及ヒ確定ニシテ其手段トシテ犯罪ヲ證明スルモノナリ刑事訴訟ノ内容ト其目的トハ之ヲ混同スヘカラス

刑事訴訟ノ目的物ノ性質ヨリシテ刑事訴訟及ヒ公訴ニ付キ固有ノ主義ヲ生ス即チ左ノ如シ

第一主義

第一 職權訴追主義及ヒ勵行主義　科刑權ハ公益ノ爲メニ存スルカ故ニ絕對ニ行ハルヽヲ要ス從テ公訴ハ被害者ノ意思如何ニ拘ハラス國家ノ機關タル檢事ヨリ職權ヲ以テ追行スヘキモノトス之ヲ職權訴追主義ト云フ（刑事訴訟法第三條）又公訴提起ノ職務アル檢事ハ便宜ニ從ヒ任意ニ起訴不起訴ヲ決スヘキニアラス犯罪アレハ必ス之ヲ訴フルノ義務アリ之ヲ勵行主義ト云フ

第二主義

第二 不變更主義　科刑權ハ之ヲ處分スル能ハス從テ被害者ハ私訴ノ場合ヲ除ク外公訴權モ之ヲ處分スル又科刑權及ヒ公訴權ハ被害者ノ處分ヲ許サヽルコト明カナリ又國家ニ於テモ此權ヲ自由ニ處分スルコトヲ得サルカ故ニ此等ノ權利カ實際存在スレハ裁判所ヲシテ實際存在スルカ如クニ確定セシメ決シテ其成立及ヒ範圍ヲ變更スルコトヲ許サス之ヲ不變更主義ト云フ此主義ノ例外ハ親告罪ニ於テ告訴ノ拋棄ニ因リ公訴權消滅スル場合ナリ

第三主義

第三 實體的眞實發見主義　裁判所カ判決ノ基礎タルヘキ事實ヲ確定スルニ當リテ此主義ニ依ルヲ要スルナリ而シテ實體的眞實發見トハ裁判所カ

訴訟ノ目的物　公訴

實際生シタル犯罪事實ト符合スル認識ヲ得ルヲ謂フ若シ裁判所カ權利ノ爭ニ付キ裁判ヲ爲スニ當リ實際生シタル事實ヲ裁判ノ基礎トナストキハ其訴訟ハ實體的眞實ヲ發見スルニ努ムルモノト云フヘシ民事訴訟ニ於テハ訴訟ノ目的物ニ付キ當事者カ處分スル權ヲ有スルカ故ニ實體的眞實ハ事實上之ヲ發見スルコトヲ得サルナリ之ニ反シテ刑事訴訟ノ目的物ハ之ヲ處分シ得サルカ故ニ科刑權ハ實際ノ事實ヨリ生シタルモノニシテ始メテ科刑權タルナリ公訴ニ於テ主張サレタル犯罪カ實際行ハレタルトキニ始メテ刑罰ヲ加フルコトヲ得

以上ノ主義ハ科刑權ノ性質ヨリ生スルモノナルヲ以テ之ヲ目的トスル公訴ニ付テノミ存在ス刑事訴訟ノ手續カ他ノ目的物ニ付キ行ハルヽ場合ニ於テハ右ノ主義行ハレス即チ私訴ニ付キ又ハ訴訟條件ノ有無ニ關スル場合ニハ他ノ原則カ行ハルヽモノトス

第二章　職權訴追主義及ヒ勵行主義

職權訴追主義ハ國家ノ科刑權ハ同時ニ其義務ナルコトヨリ當然生スルモノニシテ其趣意ハ左ノ如シ

第一　國家ハ科刑權ヲ主張スルコトヲ被害者ニ一任セスシテ國家ノ機關タル檢事ヲシテ行ハシム（刑事訴訟法第一條參照）

第二　國家ハ其機關タル檢事ノ訴追ヲ被害者ノ意思如何ニ繫ラシメス訴追ハ被害者ノ申立ヲ待テ行ハルヘキニアラス檢事ハ被害者ノ申立ヲ待タスシテ訴追ヲ爲スノ義務アリ（刑事訴訟法第三條參照）親告罪ハ此原則ノ例外タルナリ（刑事訴訟法第三條但書參照）

親告罪ニ於テ申告ヲ要スル趣意ハ既ニ犯罪アリテ科刑權カ生スルモ其主張カ被害者ノ告訴ナル條件ニ付セラルヽニ在リ故ニ之カ例外タルノ趣旨

勵行主義又ハ合法主義

ハ科刑權カ實際ニ存在スルト同時ニ職權ヲ以テ訴追スヘキコトノ原則ニ對シ例外タルナリ若シ告訴ナケレハ科刑權カ生セストセハ親告罪ハ決シテ職權訴追主義ノ例外タラス」

勵行主義又ハ合法主義トハ檢事カ充分ナル犯罪ノ根據ヲ得タルトキハ處罰ノ目的ノ爲メニ公訴ヲ提起スルノ義務ヲ有シ便宜又ハ事情ヲ顧ミテ公訴ヲ提起セサル權利ヲ有セサル所ノ主義ヲ謂フ而シテ便宜又ハ事情ヲ顧ミルコトヲ得ル權利ヲ檢事ニ付與スル所ノ主義ハ之ヲ任意主義又ハ便宜主義ト稱スルモノナリ勵行主義ハ刑法ノ犯罪必罰ノ絕對的規定ヨリ出ツルモノニシテ現行裁判所構成法第六條ニ於テモ「檢事ハ刑事ニ付キ公訴ヲ提起シ其取扱上必要ナル手續ヲ爲シ法律ノ正當ナル適用ヲ請求シ云々」ト規定シ本法第六十二條、第六十三條ニ於テモ亦重罪、輕罪又ハ違警罪ト思料セハ起訴ノ手續ヲ爲スヘシト命シ其第六十四條第二項及ヒ第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ナルトキニ限リ起訴ノ手續ヲ

任意主義又ハ便宜主義ハ刑罰法ノ精神ニ反ス

爲スヘカラサルコトヲ規定セリ是レ蓋シ勵行主義ヲ採用セシヲ明カニシタルモノトス

若シ任意主義ヲ採用スルトキハ刑罰法ノ精神ヲ變更スルニ至ルヘシ即チ任意主義行ハレテ檢事ハ輕微ナル犯罪ニ付キ公訴ヲ提起スルヲ止ムルノ權利有リトセハ微細ナル犯罪ノ如キ悉ク處罰セラレスシテ終ルコトヽナルヘシ然ルトキハ裁判所ノ判斷ニ拘ハラスシテ檢事ノ單獨判斷ニノミ係ル刑罰消滅原因ヲ認ムルコトヽナリ刑法ノ主義精神ヲ破壞スヘシ故ニ余輩ハ任意主義ナルモノハ法ノ明文ナクンハ行ハレサルモノタルヲ信スルナリ或ハ檢事ハ法律ニ對シテノミ責任ヲ有スルモノニシテ行政官タルノ性質ヲ有スルヲ根據トシテ任意主義ヲ原則ナリトスルノ說ヲナス者アルモ行政官ノ爲ス處分ハ必スシモ自由裁量ニ出ルモノナリト云フ能ハス例ヘハ收稅、徵兵ノ事務ノ如キ是ナリ故ニ檢事ノ地位ヲ以テ便宜主義ヲ主張スル能ハス又勵行主義便宜主義ノ區別ハ刑法カ刑罰權ノ基礎タル主義トシテ相對主義又ハ絕對主

義ヲ採ルニ由テ定マルモノニ非ス相對主義ノ實行モ亦勵行主義ヲ採テ始メテ行ハルヽ所ナリトス

勵行主義ノ條件

茲ニ注意スヘキハ勵行主義ヲ採ルモ事實上之ヲ實行スル能ハサル場合アルコト是ナリ例ヘハ犯人外國ニ逃亡シタル場合ニ於テ之ニ對シ刑事ノ手續ヲ行ハントスルニ當リ其外國ニ對シテ犯人ノ引渡ヲ求ルニハ多額ノ費用ヲ要スルヲ以テ刑事ノ手續ニ著手シ又ハ之ヲ續行スルコトヲ止ムルカ如キ或ハ又警察署ニ於テ實際上或犯罪ヲ看過スルカ如キ皆是實際上ノ障碍ニシテ此事實アルカ爲メ我訴訟法カ任意主義ヲ採用シタリト云フコト能ハサルナリ勵行主義ハ犯罪アレハ常ニ訴追スヘシト云フニアラス此主義ニハ一定ノ條件アリテ存ス即チ左ノ如シ

第一 犯罪ニ付キ充分ナル事實上ノ根據アルコトヲ要ス　故ニ檢事ハ其犯罪カ起訴ノ後證明シ得ルモノナリヤ否ヤヲ判斷シ若シ證明シ得ルコト能ハサルカ爲メ結果ヲ得サルカ如キコトアレハ不起訴ニ決スルモ妨ケナシ

結果ヲ得サル公訴ハ國家ノ利益ノ爲メニ之ヲ避クヘキモノナルカ故ニ右ノ場合ニ不起訴ニ決スルコトハ勵行主義ノ許ス所ナリ然レトモ此說明ヲ以テ直チニ任意主義ナリト解スヘカラス任意主義ハ訴訟上ノ便宜即チ證明ニ關スル便宜ニ基キ不起訴ヲ許スノ主義ニアラスシテ政治上ノ便宜等全ク特別ナル公益上ノ便宜事情ニ從ヒテ不起訴ノ處分ヲ許スモノナレハナリ

第二 通常裁判所ニ起訴シ得ヘク且刑ノ言渡ヲ爲スヘキヲ要ス　斯ノ如キ犯罪ニシテ始メテ檢事ニ職權訴追ノ義務アリ

勵行主義ノ擔保タルモノハ現行法ニ於テハ甚タ薄弱ナリ唯僅ニ檢事カ上官ノ命令ニ從フヲ要スルノミ檢事ノ上官モ亦檢事ト同シク科刑權カ絕對ニ行ハルヘキ國家ノ義務ヲ否認スヘキニアラスシテ此義務ヲ盡サシムヘキ任務アルカ故ニ其命令權ヲ以テ檢事ニ起訴ヲ爲サシメ以テ勵行主義ヲ擔保スルヲ得ルナリ外國ノ立法及ヒ舊治罪法（治罪法第一一〇條參照）ニ於テハ被害者ノ

申立ニ因リ公訴カ提起セラルヽ場合ヲ認メ一層擔保ヲ強大ナラシムル方法ヲ設ケタリト雖モ此方法ハ却テ濫訴ノ弊アルカ故ニ現行法ハ之ヲ採ラス又外國ノ立法ニ於テハ勵行主義擔保ノ爲メ被害者ヲシテ裁判所ニ對シ起訴ヲ命スル裁判ヲ求ムルノ權ヲ與ヘタルモノアレトモ斯ノ如キハ訴訟主義ニ反スルモノナルカ故ニ之ヲ採用スルヲ得ス現行法ニ於テハ告訴人及ヒ告發人ニ裁判所構成法第百四十條ノ司法事務取扱ニ關スル抗告ノ途ヲ認メ檢事ノ不起訴處分ニ對シテハ其上官ニ此抗告ヲ爲スヲ許シタルノミニシテ裁判所ニ向テ起訴ヲ命スル裁判ヲ求ムルノ權ヲ與ヘス

第三章　不變更主義

國家刑罰義務ヨリシテ刑罰權カ絕對ニ訴追セラルヽヲ要スルノミナラス訴追中ニ於テモ亦訴訟主體ノ處分ヲ許スコトヲ得ス即チ刑罰權ハ任意ニ增減變換又ハ消滅セシメ得ルモノニアラス而シテ變更ヲ許サヽルコトハ刑事訴訟法第三條ニ於テ被害者ニ限リ規定ヲ設ケタルモ總テノ訴訟主體モ亦此變更ヲ爲スノ權ナシトス

不變更ノ制限ハ裁判上ト裁判外トヲ問ハス又直接ナルト間接ナルトヲ區別セスシテ行ハルヽモノナリ直接ノ處分ハ科刑權其者ノ和解、認諾及ヒ拋棄ナリ間接ノ處分ハ科刑權ニ關スル事實及ヒ其證據ノ主張ヲ拋棄シ又ハ之ヲ認メテ爲スモノナリ間接ノ處分ノ重ナルモノハ事實ニ反シテ自白スル場合ナリ故ニ刑事訴訟法ニ於ケル自白ハ處分權ニ基クモノニアラスシテ單ニ其眞否ヲ自由心證ヲ以テ判斷スヘキ證據ナリ我刑事訴訟法ニ於テハ直接ノ處分ヲ許ス規定ヲ爲サヽルノミナラス又原則トシテ間接ノ處分ヲモ許サヽルナリ或ハ第二百十九條末項ニ於ケル如ク間接ノ處分ヲ許スノ規定アレトモ是レ科刑權ノ處分ヲ許スニアラスシテ唯訴訟上ノ手續ニ付キ處分セシムルヲ許スノミ決シテ實體上ノ處分ヲ許シタルモノト認ムルコトヲ得ス

不變更主義ノ例外

其一 告訴ノ拋棄

其ノ二 上訴權ノ拋棄及正式裁判ノ請求

不變更主義ノ原則ニ對シテハ例外アリ即チ左ノ如シ

第一 職權訴追主義ノ原則ニ對シ親告罪ノ被害者ニ其例外ヲ許スカ如ク亦科刑權ノ處分ヲモ許スモノナリ即チ親告罪ニ付テハ告訴ノ拋棄ヲ被害者ニ許シ科刑權ヲ消滅セシム（刑事訴訟法第三條但書、第六條、訴訟法第二號參照）

第二 被告人ハ上訴ヲ爲サス又上訴ヲ取下ケ以テ事實ニ適合セサル判決ニ服從シ科刑權ヲ承認スルコトヲ得蓋シ科刑權カ職權ヲ以テ第一審ノ裁判所ニ訴追セラレ第一審ニ於テ職權主義ヲ以テ審理裁判セラレタルトキハ之ニ因リ國家ハ犯罪訴追ノ義務ヲ既ニ盡シタルモノトナシタルモノナリ職權ヲ以テ判決ヲ覆審スルコトハ國家ノ科刑義務ヲ盡スコトニ必要ナラス故ニ當事者ニ上訴權ヲ認メ任意ニ之ヲ行ハシムルコトヽナセリ此點ニ於テ被告人ハ上訴權ヲ行使セスシテ其實際ニ存セサル科刑權ヲ承認スルコトヲ得然レトモ一方ニ於テ被告人ニ上訴權ヲ行使セスシテ科刑權ヲ處分スルコトヲ絕對ニ許サレタルニアラス檢事ハ被告人ノ利益ノ爲メ亦上訴ヲ爲スノ權利ト義務トアリ又檢事カ被告人ノ不利益ノ爲メ上訴シタル場合ニモ裁判所ハ被告人ノ利益ニ原判決ヲ變更スルコトヲ得ルナリ

其三 國家ノ赦免權

被告人カ即決ノ言渡ニ對シ正式ノ裁判ヲ請求セス又間接國稅犯則者處分法ニ依ル通告ニ從ヒ罰金ノ勵行ヲ爲シタルトキニハ絕對ニ被告人ニ科刑權ノ處分ヲ許スモノナリ

第三 國家モ亦科刑權ヲ任意ニ左右シ得サルコトハ檢事ニ公訴及ヒ上訴ノ取下ヲ許サヽルコト裁判所ハ檢事ノ申立ニ羈束セラレサルコト等ニ因リ明カニ之ヲ認ムルヲ得ト雖モ其唯一ノ例外タルモノハ國家ノ赦免權ナリ國家ハ大赦、特赦、減刑ニ依リ科刑權ノ一部又ハ全部ヲ拋棄スルコトヲ得ルナリ

檢事カ上訴ヲ爲スト否トハ其隨意ニ決スルヲ得ル所ナレトモ檢事カ上訴權ヲ行使セスシテ科刑權ヲ左右スルコトハ例外トシテ認ムヘキコトニアラス檢事カ上訴ヲ爲スヤ否ヤヲ決スルハ國家ノ利益ヲ實行スル職務ニ關

シテ爲スヘキコトナレハ檢事ハ上訴スルモ却テ法律秩序ヲ維持スル能ハストナストキハ上訴ヲ爲サヽルヘカラス又之ヲ爲サヽルノ義務アルナリ故ニ事實上檢事カ上訴權ヲ行使セサルニ因リテ處分ヲ爲シ得ル如クナレトモ是レ檢事カ國家ノ利益上盡スヘキ職務ニシテ其處分ハ法律上許サレタルモノニアラサルナリ

實體的眞實發見主義ノ原則

第四章　實體的眞實發見主義

「犯罪カ實際犯サレタルトキニアラサレハ國家ハ被告人ニ對シ科刑權ヲ有セス裁判所カ科刑權アリトノ言渡ヲ爲サンニハ眞實犯罪カ犯サレタルコトノ事實ヲ確定セサルヘカラス」斯ノ如ク刑事訴訟ハ絕對ニ實體的眞實ヲ判決ノ基礎トナサヽルヘカラサルカ故ニ當事者ハ訴訟ノ材料ヲ處分シテ裁判所カ眞實ヲ得ルノ途ヲ杜絕スルヲ得サルノミナラス刑事訴訟手續ノ規定ニ於テモ充分ニ眞實發見ノ途ヲ得セシムルノ措置ヲ爲スヲ要ス此訴訟手續ノ規定ヲ以テ眞實發見ノ途ヲ得セシメタルモノ左ノ如シ

當事者ニ關スル原則

第一　裁判所ハ裁判ヲ爲スニ方リ當事者雙方ノ主張ヲ聽クコトヲ要ス

凡ソ裁判所カ眞實ヲ發見スルニハ其認識ヲ得ヘキ總テノ方法ヲ利用スルヲ許サヽルヘカラサルハ勿論尙ホ當事者ノ提出スル材料ヲ利用スルノ途ヲ得セシムルハ最モ至當ノ方法ナリ故ニ現行法ハ裁判所ノ外ニ當事者ナルモノヲ認メ裁判所ハ裁判ヲ爲スニ先チ其主張スル所ヲ聽クコトヲ要スルモノトナセリ片言ヲ聽キテ獄ヲ斷スルハ昔時ヨリ不可トスル所ナリ

一　先ツ檢事ニ付テ言ヘハ豫審終結決定ヲ爲スニ先チ其意見ヲ求メ公判ニ於テハ證據調終了シタル後ニ辯論ヲ爲ス其他現行法ニ於テ或裁判ニ付キ檢事ノ意見ヲ求ムヘキ規定夥多アリ（刑事訴訟法第一五〇條、第一五九條、第一九九條參照）

二　被告人ニ付テ言ヘハ總テノ事實及ヒ證據ニ付キテ其辯解ヲ聽クヲ要シ被告人ハ其辯解ヲ爲スノ權利アリテ義務ナシ若シ之ヲ義務トスレハ

訴訟ノ目的物　實體的眞實發見主義

被告人ハ糺問ノ目的物トナリテ訴訟ノ主體タラス故ニ被告人ノ訊問ハ自白ヲ得ルノ目的ニアラスシテ辯護ヲ爲サシムルノ目的ニ由ル被告人ハ唯辯護ヲ爲サント欲スルトキニ於テノミ陳述ヲ爲スヲ要スルモノナリ實體的眞實ノ發見ヲ爲スニハ被告人カ任意ニ主張スル所ヲ以テ滿足セサルヘカラス

被告人ハ辯護ヲ爲サシムル爲メ第一着ニ之ヲ訊問スルヲ要ス（刑事訴訟法第九三條、第二一八條參照）又被告人ヲ召喚シ勾引スルトキハ直チニ之ヲ訊問セサルヘカラス（刑事訴訟法第六九、第七三條參照）又被告人ハ豫審ニ於テモ公判ノ第一審又ハ第二審ニ於テモ訊問セサルヘカラス是レ皆法律カ實體的眞實發見ノ爲メ其辯解ヲ爲サシムルコトヲ欲スルカ爲メニ外ナラス而シテ裁判所ニ被告人ヲ訊問スルノ義務アルハ被告人カ辯解ヲ爲スノ權アルカ爲メニ存スルナリ

被告人ハ辯護ノ爲メ陳述ヲ爲スヤ否ヤヲ自由ニ自ラ決スルヲ得ヘキモノナリト雖モ被告人カ裁判所ニ出頭スルヤ否ヤヲ其隨意ニ任セシムルヲ能ハス是レ實體的眞實發見ノ方法ヲ裁判所ヨリ剝奪スルモノナレハナリ故ニ公判ニ於テモ豫審ニ於テモ被告人ハ自ラ裁判所ニ出頭スルノ義務アリテ代人ヲシテ出頭セシムルヲ許サス唯罰金以下ノ刑ニ該ル場合ニ於テ公判ニ其例外アルノミナリ彼ノ勾引勾留ノ制アルハ即チ實體的眞實發見ノ爲メ被告人自身ノ出頭ヲ要スルノ理由ニ基ク

實體的眞實發見主義ハ被告人ノ出頭ヲ必要トスルカ故ニ闕席判決ハ此主義ノ爲メ良方法ニアラス闕席判決ハ被告人ヲシテ辯解ヲ爲スノ權ヲ行フヲ得サラシムルモノニシテ眞實發見ニ多少ノ害アリ然レトモ現行法ハ民事訴訟法ノ如ク闕席判決ニ於テ自白ヲ推定スルヲ許サス裁判所ハ闕席判決ヲ爲ス場合ト雖モ證據調ヲ爲シ眞實ノ發見ニ盡サヽルヘカラス又闕席判決ニ對シ故障ノ申立ヲ許シ被告ハ其主張ヲ裁判所ニ聽取セシメ完全ノ眞實ヲ得ルノ方法ヲ採用セリ

自由心證ニ關スル原則

失權ト擬制

第二　判決ニ必要ナル事實カ眞實ナリヤ否ヤハ判事ノ自由心證ヲ以テ判斷セシムルヲ要ス（刑事訴訟法第九〇條參照）

昔時ノ制限證據主義ハ眞實發見ヲ得セシムルモノニアラサルカ故ニ現行法ハ自由心證主義ヲ採用セリ其說明ハ證據ノ編ニ讓ル又自由心證主義ノ結果トシテ法律上ノ推定、舉證ノ責任分擔、失權即チ時期ニ後レタルカ爲メ訴訟上ノ權利ヲ失フコト及ヒ擬制ハ刑事訴訟ニ於テ認メサル所ナリ以下失權ト擬制トノ編ニ讓ルヘシ

失權ト擬制トハ實體的眞實發見ヲ害スルコト明カナリ失權ハ判決ニ必要ナル事實ト證據トヲ裁判官ノ手ヨリ失ハシムルモノナリ又擬制ハ本來眞實ニアラサルモノヲ假定スルモノナリ或ハ裁判所ハ當事者ノ申立及ヒ陳述ニ羈束セラレス職權ヲ以テ事實及ヒ證據ヲ取調フルコトヲ得ルカ故ニ失權ハ眞實發見ニ害ナシト所フ者アラン然レトモ裁判所ハ當事者ノ提出スヘキ事實及ヒ證據ヲ初ヨリ知ラサル場合アルヲ以テ當事者ノ失權ノ爲メ唯一ノ材料ヲ失フコトアルナリ故ニ刑事訴訟ニ於テハ時期ノ如何ヲ問ハス當事者ヲシテ判決ノ材料ヲ提出セシムルヲ得セシメサルヘカラス

一　擬制ハ法律上ノ推定ト同シク判事カ實際眞實ニアラストノ心證ヲ有スルニ拘ハラス眞實ト看做サシムルモノナリ擬制カ法律上ノ推定ト異ナル所ハ唯之ヲ設クルノ理由ヲ異ニスルノミ即チ法律上ノ推定ハ直接ニ事實ノ證據ニ代ラシムル爲メニ設ケタルモノナリ擬制ハ訴訟ノ秩序ヲ保ツカ爲ニ設ケタルモノニシテ其結果トシテ證明ヲ要セサルニ至ルヤ同一ノモノナリ現行刑事訴訟法ハ民事訴訟法ト異ナリ自白ノ擬制ヲ設ケス即チ民事訴訟法第百十一條ノ如キ規定ナシ被告人ハ防禦ノ爲メ陳述ヲ爲スト否トハ全ク其自由ナリ而シテ刑事訴訟ニ於テ例外トシテ擬制ヲ設ケタル場合ハ確定判決及ヒ即決ノ言渡ノ確定ナリトス判決及ヒ即決ノ言渡カ確定スレハ縱令眞實ヲ誤認シタルモノナルモ之ヲ眞實ト認メサルヘカラス故ニ確定判決ノ實體的

眞實發見主義ト相容レサルモノトシテ之ヲ刑事訴訟ニ於テハ認メサルヲ至當トナスト主張スル者アレトモ確定判決ヲ認メサレハ權利ヲ確定スル能ハサルカ故ニ法律秩序ヲ確實ナラシムル能ハス是レ已ムヲ得サル所ナリトス然レトモ更ニ眞實ヲ發見スルノ利益ノ爲メ重大ナル誤謬アル場合ニハ再審ヲ許セリ唯即決ノ言渡カ確定スルトキハ再審ノ方法ヲ用フル能ハサルハ法ノ不備ナリ

二　失權ハ訴訟ノ秩序ヲ保タシムル爲メ民事訴訟ニ於テ之ヲ認ムルモ刑事訴訟ニ於テモ訴訟行爲ヲ爲スニハ適當ノ時期アリト雖モ之カ爲メ失權ノ結果ヲ生セシムヘキニアラス當事者カ時期ニ後レテ事實及ヒ證據ヲ提出スレハ唯相手方ハ其反對主張ヲ爲スノ準備ヲ爲スカ爲メ公判ノ延期ヲ求ムルヲ得ルニ過キスシテ裁判所ハ時期ニ後レタル主張ヲ排却スルヲ得サルナリ然レトモ例外トシテ認ムヘキモノアリ即チ上訴期間、故障期間

直接審査ニ關スル原則

正式裁判請求ノ期間ヲ空過シテ事實及ヒ證據ノ提出ヲ爲スノ權ヲ失フノ結果ヲ生スルコトハ其例外ナリ然レトモ一方ニ於テ法律ハ此失權ノ結果ヲ生セシメサルノ措置ヲ爲セリ即チ上訴期間及ヒ故障期間ノ告知（刑事訴訟法第二〇七條參照）ト期間回復ノ申立（刑事訴訟法第二四七條第二三四條參照）是ナリ

第三　裁判所ハ眞實ヲ發見スルカ爲メ證據方法ヲ直接ニ審査スルヲ要ス之ヲ直接審理主義ト云フ此主義ノ意義及ヒ要求スル所ノモノハ後ノ說明ニ之ヲ讓ル

第五章　公訴ノ消滅

科刑權ノ消滅原因

公訴權ハ科刑權ト共ニ消滅スルコトアリ又之ト同時ニ消滅セサルコトアリ今ヤ科刑權ノ消滅原因ヲ見ルニ通常ノモノト特別ノモノトアリ通常ノモノハ科刑權ヲ有スル者ノ意ニ從テ消滅シ特別ノモノハ其意思ニ反シテ消滅ス

公訴ノ目的物　公訴ノ消滅

科刑權ノ消滅ト公訴權ノ關係

科刑權ハ通常法律ニ於テ之ヲ消滅セシムルモノト認メタル事實ノ發生スルマテ存續スルモ法律ハ往々權利消滅ノ效力ヲ付スルヲ欲セサル事實ヲ以テ其消滅ノ原因ト認ムヘキコトヲ強要セラルヽコトアリ即チ法律ハ一般ニ事實ヲ支配スルモノナリト雖モ往々事實ノ勢力ヲ法律ノ領域內ニ於テ認容セサルヘカラサルコトアリ斯ク法律ノ意思ニ反シテ科刑權ヲ消滅セシムル事實ハ即チ特別ノ消滅原因ナリ例ヘハ通常ノ消滅原因ハ刑ノ執行、刑ノ赦免其他ノ免除ノ如キモノニヨリ特別ノ消滅原因ハ犯人ノ死去、時效ノ如キモノナリ而シテ公訴權ハ科刑權ノ消滅原因アルトキハ其目的ヲ失フカ故ニ存在ノ必要ナキニ因リ消滅スルモノナリ又公訴權ノ消滅原因ト認ムヘキモノハ親告罪ニ於ケル告訴ノ拋棄、本案確定判決ノ如キモノニシテ此場合ニハ科刑權ハ尙ホ存續スルコトアリ或ハ不當ニ無罪免訴又ハ公訴不受理ノ言渡ヲ爲シタル裁判ヲ以テ科刑權又ハ公訴權ノ消滅原因ト爲ス者アリト雖モ是レ科刑權又ハ公訴權ノ消滅原因ト認メラレタル結果ト看做スヘク縱シ不當ニ之ヲ言渡セリトモ直チニ之ヲ消滅原因ト爲ス能ハス又刑事訴訟法第六條ニ於テ列記シタル公訴ノ消滅原因ハ或ハ科刑權ノ消滅原因タルモノアルヲ以テ斯ノ如キ規定ヲ置カサルコトヲ至當ト爲スモ茲ニ規定スル以上ハ左ニ其消滅原因ニ付キ說明スル所アルヘシ

公訴消滅原因

一、被告人ノ死去

第一　被告人ノ死去

被告人ハ科刑ノ目的ナルヲ以テ其死亡ト同時ニ刑ノ目的物ハ消滅シ從テ科刑權及ヒ公訴權ハ當然消滅ニ歸スヘシ被告人カ起訴前ニ死去シタルトキハ檢事ハ公訴ヲ提起スルモ其目的物既ニ存在セサレハ提起スルヲ得ス又起訴後ニ被告人カ死亡シタルトキハ其儘ニ訴訟ヲ終了ス又被告人ノ死去ハ裁判ヲ消滅セシムルニ止マラス裁判宣告後ニ死亡シタル場合ニ於テハ刑罰權ノ執行ヲモ消滅セシム獨リ體刑ノ執行ニ止マラス罰金刑ノ執行モ亦之ヲ爲ス能ハス又沒收及ヒ追徵ニ付テモ附加刑タリ又ハ之ニ代ルヘキ處分タル以上ハ之ヲ執行スルヲ得サルモノトス又裁判費用ニ付テモ判

死亡ハ公訴權ニ關シ他ノ共犯者ニ何等ノ影響ナシ

決確定後ニ死去シタルトキト雖モ之ヲ相續人ヨリ徵收スルコトヲ得サルヘシ是レ舊刑法附則第五十三條ト同一ノ規定ヲ設ケサリシ結果ナリトス」

被告人ノ死去ハ其死去者一人ニ對スル消滅ノ原因ナレハ共犯人數人アル場合ニ於テハ死去者以外ノ共犯ノ公訴權ニハ何等ノ影響ナクシテ有效ニ起訴シ判決シ之ヲ執行スルヲ得ヘシ而シテ又生存スル共犯者ヲ裁判スルニ當リテハ死去者ヲモ併セテ共犯トシテ認メ得ルモノトス例ヘハ必要的共犯ノ一方既ニ死去スルモ他ノ一人ニ對シ有罪ノ判決ヲ爲スコトヲ妨ケス又竊盜ノ犯人死去スルモ其竊取ニ係ル賍物ヲ故買シタル者ヲ所罰スルヲ得ルモノナリ犯人ノ死去ハ死去者ニ對シ公訴權消滅スルニ止マリ既生ノ犯罪事實ヲ消滅セシムルモノニアラス佛國ニ於テハ有夫姦ノ場合ニ姦婦死去スレハ姦夫ニ對シ起訴スルヲ得ストノ議論アレトモ此等ハ採ルニ足ラサルナリ

第二　親告罪ニ於テ告訴ノ拋棄

二、親告罪ニ於テ告訴ノ拋棄　親告罪ノ告訴ハ處罰條件ニ關スルヤ訴訟條件タルヤ

一　親告罪ノ告訴ハ處罰條件ニ屬スルヤ將タ訴訟條件ナルヤニ付キ三說アリ

第一說　親告罪ニ付キ國家カ犯人ニ刑罰ヲ加フルニハ二條件ヲ具フルコトヲ要ス即チ犯罪所爲及ヒ權利者ノ告訴是ナリ故ニ有效ナル告訴アルニアラサレハ國家ニ處罰ノ義務ハ生セサルナリト此說ヲ主唱スル者ハ告訴ハ全ク實體刑法ニ屬スルモノトシ告訴カ訴訟ニ及ホス效果ハ全ク第二段ノ事ニシテ附隨的ノモノトシ告訴ヲ目シテ一般ニ侵害ノ性質ヲ有スル行爲カ具體的ニ此性質ヲ有スルモノト爲スノ表示ト爲ス即チ告訴ハ先ニ犯サレタル行爲カ法律上科刑權ヲ成立セシムル要素アリトノ標識ナリト爲スモノナリ

第二說　親告罪ニ於テモ國家ノ科刑權ハ犯罪ニ因テ既ニ成立シ居ルモノニシテ告訴ハ唯之ヲ訴追スルノ條件タルノミニ過キスト此說ニ贊同スル者ハ告訴ハ全ク訴訟法ノ範圍ニ屬スルモノトシ告訴ニハ實體訴訟ノ目的物　公訴ノ消滅

上ノ基礎アルコトヲ認メス

第三說　ハ折衷說ニシテ曰ク告訴ハ處罰ノ條件ナルモ專ラ實體法ニ屬スルモノニアラス又專ラ訴訟法ニ屬スルモノニアラス刑法ト訴訟法トノ境界上ニ位スルモノナリ是ヲ以テ之ニ關スル規定ハ刑法中ニモ存シ又訴訟法中ニモ存シ而シテ親告罪ハ告訴ナケレハ之カ訴追ヲ爲スコトヲ得ストハ是レ明カニ訴訟ノ條件ヲモ兼ヌルカ故ナリト此折衷說ハ親告罪ノ告訴ハ實體上ニ於テハ科刑權ノ條件ニシテ形式上ニ於テハ訴追ノ條件ナリトナスモノナリ

親告罪ノ告訴ハ犯罪ノ條件ニアラサルコトハ言ヲ俟タス然ラハ科刑權ノ條件ナリヤ公訴權ノ條件ナリヤト云フニ余ハ後說ニ贊同セントス然レトモ是レ法典ニ於ケル規定ノ地位ヲ以テ其論據ト爲スニアラス親告罪ニ關スル規定ハ刑法トニ跨リ刑法ニ於テハ如何ナル犯罪ヲ親告罪トナスヤ又或罪ニ付テハ親告罪ニ付キ有效ニ告訴ヲ爲シ得ル者又ハ其效力ヲ定メ訴訟法ニ於テハ親告罪ノ告訴ノ權利者效力及ヒ拋棄ニ付テ規定セリ而シテ此二者中何レノ規定ヲ主要ナルモノトナスヘキカト云フニ其偏重ヲ許サス二者同等ニシテ即チ規定ノ存スル區域ニ因リ其一方ニ決定スルヲ得サルナリ而シテ余輩ハ之ヲ公訴權ノ條件トナスモノナリ夫レ第一說ノ如キハ行爲ノ客觀的要素タル侵害ノ標識トシテ一私人ノ隨意ニ任スル表示ヲ認ムルニ在レハ告訴人カ其侵害ヲ感セリトノ理由ニ出テスシテ告訴ヲ爲ストキハ之ヲ無效ト爲サヽル可ラサルノミナラス告訴ノ拋棄ヲ認ムル現行法ハ此說ヲ以テ說明スル能ハサル所ナリ故ニ第一說ハ之ヲ採ル能ハス第三說ハ刑法ト刑事訴訟法トハ時ニ關スル效力ヲ異ニスレハ告訴ハ二者何レカニ之ヲ專屬セシメサレハ法律ノ適用ニ不都合ヲ生ス第二說ノ如キハ科刑權ノ時效ヲ親告罪成立ノ時ヨリ起算シ告訴前ニ科刑權ハ既ニ成立スルト爲スニ適合シ又告訴ハ起訴ノ時ニ存在スルヲ要スル所ヨリシテ當ヲ得タル學說ナリト認

ム

二 親告罪ニ於テ告訴ヲ待テ之ヲ訴追スル理由如何ト釋スルニ親告罪ハ科刑權ヲ一私人ノ隨意ニ任シタルニアラス之ヲ設クルノ理由二アリ

甲 或場合ニハ告訴人ノ意思ナキニ於テハ處罰ノ必要ナキコトアリ例ヘハ秘密ヲ侵ス罪(刑法第一三三條以下)輕微ノ傷害罪(同第二〇八條、二〇九條)名譽ニ對スル罪(同第二三〇條以下)或ル種ノ毀棄罪(同第二六四條)特許權、商標權、意匠權、著作權ヲ侵ス罪(特許法第九二條、意匠法第二二條、著作權法第二四條、商標權法第四四條參照、)等ノ如キ是ナリ

乙 或場合ニハ主トシテ被害者ノ不利益ヲ顧慮セサルヘカラサルコトアリ例ヘハ略取誘拐罪(刑法第二二條參照)猥褻姦淫罪、有夫姦罪(刑法第一七六條以下參照)等ノ如キ是ナリ

右ノ如ク二個ノ異ナル理由アリテ其第一ニ屬スルモノハ被害ノ僅少ナル犯罪ニ於テ之ヲ見ルヘク第二ニ屬スルモノハ強姦ノ如キ重キ罪ニ於テモ尙ホ之ヲ見ル故ニ本來各其性質ニ因リ拋棄ヲ許スト否トニ付キ其結果ヲ異ニセシムルハ立法上其當ヲ得タルモノナルヘシト雖モ現行法ニ於テハ之ヲ區別スルナシ

三 親告罪ノ主タル區別ハ絕對ノ親告罪ト相對ノ親告罪トノ區別ニシテ第一ハ一般ニ如何ナル人カ之ヲ犯スモ親告罪タル性質ヲ失ハス第二ハ普通ノ犯罪ヲシテ其犯罪當時犯人及ヒ被害者間ニ一定ノ關係アルニ因テ親告罪トナシタルモノナリ例ヘハ親族相盜ノ場合ニ告訴ヲ要ストナスカ如シ(刑法第二四四條、第二五五條)而シテ相對的親告罪ニ於テ被害者數人アリ其一人ト犯人トカ親族タルトキニ於テハ其一人ニ對シテハ親告罪タル性質ヲ失ハサルモ他ノ犯人ニ對シテハ親告罪ニ非ス

四 告訴ノ權利者ハ第一ニ犯罪ノ被害者ナリ(刑事訴訟法第四九條)被害者トハ間接又ハ附隨的ニ損害ヲ被ムリタル者ニアラスシテ犯罪ノ要素タルヘキ損害ヲ受ケタル者ヲ謂フ即チ犯罪攻擊ノ目的物タル利益ヲ有スル者ナリトス是ヲ以テ各親告罪ノ構成要素ヲ明カニシタル後ニアラサレハ被害

者ナルモノヲ定ムル能ハス被害者ハ親告罪タル罪ノ性質ニ因リ必スシモ犯罪當時ニ於テ侵害サレタル權利ヲ有スル者ニ限ラス特許權侵害ノ罪ノ如キハ犯罪後特許權ヲ讓受ケタル者モ亦被害者ナリ蓋シ特許權ノ如キハ專用權ナルカ故ニ讓受人モ亦現ニ侵害ヲ受ケツヽアル權利者ナレハナリ

被害者法人ナレハ其代表者、無能力者ナレハ其法定代理人モ亦告訴ノ權アルモノトス（刑事訴訟法第五四條第二項參照）此終ノ場合ニ於テハ無能力者及ヒ法定代理人ハ各自獨立シテ告訴權ヲ有スルモノナリ

外國ノ立法ニ於テハ猥褻姦淫罪ノ如キモノニ付テハ被害者ノ外其親族ニ告訴權ヲ與フルモノアリ又被害者ノ死去後ニ於テ其親族ニ告訴權ヲ行ハシムルモノアリ我國ニ於テハ今日被害者ノ親族ニ告訴權ヲ與フル規定ナシ他日刑事訴訟法ノ改正アルニ際シテ是等ノ規定ヲ見ルコトアルモ計ラレスト雖モ今日ニ於テハ法律ノ欠點タルヲ免レス

告訴ハ訴追ヲ求ムルノ意思表示ナリ此表示ニ付テハ代理人ヲ以テスルヲ得ルヤ否ヤノ問題是ナリ之ニ付テハ私法ノ規定ハ其標準トナスヲ得ス若シ私法ヲ以テ之ヲ斷セハ支配人ノ如キハ商法第三十條ニ依リ直チニ告訴ノ意思ヲ代理スト言ハサルヘカラス此問題ハ公法ノ原則ヲ以テ判斷スヘキモノニ屬ス或ハ曰ク誹毀罪、姦淫罪ノ如キ名譽又ハ身體ニ對スル罪ノ場合ニハ之ヲ許スヘキモノニアラサルモ被害カ財產ニ對スルトキハ之ヲ許スコトヲ得ヘシト然レトモ告訴權ハ公法上ノ權利ニシテ被害者ノ專有スル所ニ係レハ財產ニ對スル場合ナルト否トヲ區別セス意思ノ代理ヲ許スヘキニアラス唯法人及ヒ無能力者ノ場合及ヒ特許權侵害

訴訟ノ目的物　公訴ノ消滅

等ノ場合ニハ法律ヲ以テ告訴ニ付キ意思ノ代理ヲ許シタルモノトス（特許法第二條）

告訴ノ權ハ權利者ノ專有ニ屬スルモノナレハ其死亡ニ因リテ消滅シ其相續人ニ移轉スルモノニアラス又無能力者カ死亡シ若クハ能力ヲ有スルニ至リタルトキハ法定代理人ハ當然告訴權ヲ失フモノトス

五 告訴ノ内容ニ屬スル條件ハ或犯罪カ訴追セラルヽヲ求ムル意思ノ明示セラルヽコト是ナリ故ニ搜査願ナル名目ヲ用フルモ其犯人ノ定マリタル後ニ其者ニ對シ訴追ヲ求ムル意思明カナルトキハ告訴ノ效力ヲ有スヘシ又親告罪ヲ職權訴追ノ犯罪トシテ告訴スルモ妨ケナシ何トナレハ告訴人ハ必スシモ犯罪所爲ノ法律上ノ性質ヲ知悉スルヲ要セス告訴ノ意思アルヲ以テ足レハナリ

告訴ニ係ル犯罪行爲ハ審理判決ノ目的トナル所爲ト同一ノ範圍ヲ有スヘキヲ以テ告訴人ハ犯罪ノ客觀的外形ヲ表示スルヲ以テ足レリトス故ニ

告訴狀ニハ犯罪所爲ヲ揭クレハ訴追スヘキ其人ヲ表示スルヲ要セス即チ人ヲ指名セサルモ告訴ノ效ヲ失ハス告訴人ハ犯人ノ何人タルヤヲ知ラサルトキニ於テモ告訴ヲ爲スコトヲ得ヘシ是故ニ又告訴權ハ犯罪ノ時ニ生スルモノト云フヲ得ヘキナリ斯ノ如ク告訴ハ一定ノ人ニ對シ爲スヲ得ルハ勿論一定ノ人ニ對スルコトナク一般ニ之ヲ爲スヲ得ヘシ故ニ指名告訴ノ場合ニ於テ指名人カ犯罪人ニアラサルコト明確トナリタルトキニモ犯罪所爲カ告訴ノ目的トナル以上ハ其犯罪ニ干與シタル者ハ何人タルヲ問ハス其者ニ對シ告訴ハ其效アルモノトス去レハ眞ノ犯罪人發覺シタルトキニ更ニ其者ニ對シ告訴ヲ爲スヲ要セサルナリ人ヲ指名セスシテ告訴スルトキハ其效力何人ニ及フヤトノ問題ニ付テハ絕對的親告罪ト相對的親告罪ヲ區別スルヲ要ス絕對的親告罪ニ於テハ何人タルヲ問ハス眞ノ犯人ニ對シ訴追スルヲ得ヘキヤ明カナリ又相對的親告罪ニ於テハ一概ニ親告ヲ要スル犯人ニ對シ不指名告訴ハ其效ナシ

トハ云フ能ハス告訴ノ趣旨カ如何ナル場合ニ於テモ又何人ニ對シテモ訴追ヲ求ムルノ意思ナリトセハ有效ナリトス其他ノ場合ニ於テハ指名スルニアラサレハ其效ナカルヘシ

六 告訴ニ條件又ハ制限ヲ附シタルトキハ告訴ハ有效ナリヤ否ヤニ付テハ數說アレトモ此問題ハ告訴ノ性質ニ於テ判斷スヘキモノトス即チ告訴ハ犯罪ノ訴追ヲ求ムル意思ナリ故ニ之ヲ附加シタル條件又ハ制限ニシテ訴追ヲ求ムルノ意思ナキモノト看做サルヽニ至レハ告訴ハ全ク無效ナリトス

甲 外觀ニ止マル條件即チ法律上若クハ理論上必ス生スヘキ條件又ハ既ニ發生シタル條件ナルトキハ其條件ハ附加セラレサルモノトス

乙 右ニ反シ眞ノ條件ナルトキハ其停止條件ナルト解除條件ナルトヲ區別スルヲ要ス而シテ停止條件ハ告訴ヲ無效タラシムルモノニシテ共犯ノ一人ハ無罪タルヘシトノ條件ヲ附シタル場合モ亦同シ告訴ハ固ト不可分ノモノナレハ此場合ニハ他ノ共犯者ヲモ訴追スルノ意思ナキモノトナサヽルヘカラス解除條件ハ其條件ノ附加ヲ無效トスト雖トナレハ公訴權ニハ條件ヲ附スルヲ得サルカ故ニ告訴ニ因テ一旦生シタル公訴權ハ解除條件ニ依テ再ヒ消滅スヘキモノニアラサレハナリ

丙 告訴ヲ單純ニ制限スルモ其制限ハ無效ナリ例ヘハ姦婦ニ對シテハ處罰ヲ望マストノ制限又ハ僞版者ヲ體刑ヲ以テ處罰セラレンコトヲ望ムトノ制限ノ如キハ訴追ヲ求ムルノ意思明確ナレハ其制限ヲ無效トス

七 告訴不可分ノ原則

告訴ハ不可分ナリ此不可分ノ原則ハ告訴ノ目的物カ犯罪所爲タルヨリ生スルモノナリ而シテ不可分ノ原則ノ適用ハ告訴ヲ以テ申立タル犯罪所爲ト告訴セラレタル人トノ間ノ關係ニ存セスシテ告訴ヲ以テ指名セラレサル者ト告訴ニ係ル所爲トノ關係ニ付テ行ハルヽモノナリ故ニ

訴訟ノ目的物　公訴ノ消滅

告訴ノ拋棄

告訴拋棄ノ方式

告訴セラレタル者カ罪責ナキコト明カナルニ至リテモ其犯罪所爲ニ關係シタル者ヲ訴追スルニ充分ナリ又此原則ノ結果トシテ被告人ノ一人ニ對シ告訴ヲ爲セハ被告人ノ總體ニ對シ訴訟手續ヲ始ムルコトヲ得ルモノニシテ被害者カ犯罪ニ加功シタル共犯人アリヤ否ヤヲ知了シ居ルコトハ必要ニアラサルナリ而シテ又告訴ハ犯罪ニ加功シタル正犯從犯敎唆者ニ及フト同シク其犯罪所爲ニ付テモ同一所爲ノ全體ニ及フモノトス即チ告訴以後ノ所爲モ一所爲ナリセハ告訴ニ係ルモノナリ又繼續犯、連續犯ノ一部ニ對シ告訴アリタルトキハ其全部ニ及フモノトス

八　告訴ノ拋棄トハ告訴ヲ爲スノ權ヲ有スル者ノ訴追ヲ欲セストノ意思表示ナリ彼ノ告訴ヲ爲サスシテ單ニ默過スルカ如キハ拋棄ニアラサルナリ而シテ拋棄ノ方式ハ取下ノ外告訴前ト雖モ有效ニ之ヲ爲スヲ得ヘク又犯人ト和解ノ方法ヲ以テスルト被害者一方ノミニテ之ヲ爲スヲ得ルト問ハス又被告人ニ對シテ之ヲ爲スト裁判所又ハ檢事ニ對シテ之ヲ爲ス

トニ區別ナキナリ獨逸刑法ニ於テハ告訴ノ拋棄ハ之ヲ許サストナセリ其理由トスル所ハ親告罪ニ於テ告訴ヲ待テ之ヲ論スルモノトシ一私人ノ意思ニ任シタルハ一般原則ノ例外ナリ而シテ其例外トスル所ハ被害者ノ告訴ナケレハ公訴ハ起ラサルモノトスルニ止ル元來一私人ノ權利ノ拋棄ハ私法上其效力アルモ公法ノ領域ニ於テハ其效力ナシ然ルニ告訴ノ拋棄ノミ其效ヲ有スルノ謂レナシト云フニ在リ然レトモ公訴ノ條件タル告訴ヲ被害者ノ判斷ニ任シタル以上ハ告訴ノ拋棄ヲモ被害者ニ許シ將來再ヒ起訴ヲ爲スヲ得サルノ處分ヲモ併有セシムルヲ至當トス又本法第六條第二號ニ於テ拋棄ノ時期ヲ制限セサルヲ見テモ法ノ精神ハ告訴前ニ之ヲ拋棄スルヲ得セシメタルコトハ明カナリ

被害者一旦告訴ヲ爲シ公訴提起セラレタル後告訴ヲ取下クルヲ得ルヤニ付キ或ハ告訴ハ訴追ノ條件ナレハ一旦起訴アレハ告訴ハ其目的ヲ達シタルモノナレハ之ト同時ニ告訴權ハ消滅シ之ヲ取下クルヲ得スト云

フ者アリ然レトモ告訴ハ起訴ノ條件ニ止マラス告訴ナケレハ公訴ノ實行ヲモ亦爲スコトヲ得スシテ本法第六條ノ公訴ヲ爲ス權云々ノ內ニハ公訴ノ提起及ヒ實行ヲ含ムモノナルカ故ニ告訴ハ訴訟ノ條件タルト同時ニ判決ノ條件ナリト云ハサルヘカラス是ヲ以テ判決確定スルマテハ何時ニテモ告訴ヲ取下クルコトヲ得ヘクシテ是レ第六條二號ニ於テモ拋棄ノ時期ヲ制限セサル所以ナリ而シテ告訴拋棄ノ效力ハ普通說ニ依レハ其者ノ有スル告訴權ヲ消滅セシムルニ止マリ他ノ告訴權者ニ影響ヲ及サヽルニ在リト爲ス故ニ告訴拋棄ノ結果ハ左ノ如シ

甲 積極ノ結果トシテハ告訴權消滅スルカ故ニ公訴權モ其條件ヲ失ヒテ消滅シ科刑權ハ實行スル能ハサルニ至リテ消滅スルヲ以テ裁判所ハ免訴ヲ言渡サヽルヘカラス被害者其他告訴權利者數人アル塲合ニ其一人ノ告訴拋棄ハ其者ノミノ告訴權ヲ消滅セシメ他ノ被害者ノ告訴權ハ消滅セサルカ故ニ公訴權、科刑權ハ消滅セス更ニ他ノ者ヨリ告訴ヲ爲スヲ得ヘク唯現ニ繫屬シタル訴訟ノ關係ヲ消滅セシムルニ止マルモノトス

乙 消極ノ結果トシテ被害者ハ再ヒ告訴ヲ爲スヲ得サルモノトス蓋シ公ノ性質ヲ有スル告訴ニ於テハ無制限ニ一私人ノ臆意ニ任スヘキモノニアラサレハナリ而シテ又共犯ノ一人ニ對シ告訴ヲ取下ケタルトキハ他ノ共犯ニ對シ告訴ヲ取下クルヲ得ス蓋シ不可分ノ原則ヨリ貫ケハ一人ニ對シ判決確定シ告訴取下ノ效力ヲ及ホスヲ得サルニ至リタルトキハ總テノ共犯ニ對シ取下ヲ爲スヲ得スト論セサルヘカラス

丙 其他ノ結果ハ共犯ノ一人ニ對シ既ニ判決確定シタルトキハ他ノ共犯ニ對シ告訴ヲ取下クルヲ得ス蓋シ不可分ノ原則ヨリ貫ケハ一人ニ對シ判決確定シ告訴取下ノ效力ヲ及ホスヲ得サルニ至リタルトキハ總テノ共犯ニ對シ取下ヲ爲スヲ得スト論セサルヘカラス

九、國交ニ關スル罪ニ付テハ外國政府ノ請求ヲ待テ其罪ヲ論スルコトヽセリ(刑法九〇條二項、九二條參照)此外國政府ノ請求ハ其性質告訴ト異ラス訴訟條件タル訴訟ノ目的物　公訴ノ消滅

ルモノナリ唯告訴ト異ル點ハ其形式ニ在リテ檢事ニ此請求ヲ爲スヲ要セス外交機關ヲ經テ司法行政官廳ニ此請求ヲ爲スモ有效ナリ

三、確定判決

裁判確定力ノ範圍

裁判確定ノ時期

第三　確定判決

裁判ノ確定力ハ一定ノ事件ニ付キ將來ニ向テ權利ヲ確定スル裁判ノ性質ヲ謂フ此性質ヲ裁判ニ有セシムルハ法律秩序ノ維持ノ爲メナリ

裁判ハ如何ナル部分カ確定スルヤノ問題ニ付キ從來ヨリ主文ノミカ確定スルトノ說ト理由モ亦確定力ヲ有ストノ說アリト雖モ此裁判確定力ノ範圍ノ問題ハ主文ト理由トノ區別ノ問題ニ關係ナク一定ノ事件ニ關スル請求ノ有無カ確定スルモノナリ從テ此請求ノ如何ナルモノナルヤヲ主文ノミニ於テ知ルコトヲ得ヘキ場合ニハ主文ノミカ確定スヘシト謂フヘク又主文ト共ニ理由中ニ認メタル犯罪事實ヲ以テ始メテ如何ナル請求ナルヤヲ知ルヲ得ヘキ場合ニハ主文ト理由トカ確定スルモノト謂フヘシ

裁判ノ確定力ノ生スヘキ時期ハ上訴又ハ故障ヲ以テ裁判ヲ攻擊スル能ハサルニ至ルトキナリ故ニ上告裁判所ノ判決ハ言渡ト同時ニ確定スルコトアリ又第一審第二審ノ判決ハ上訴期間ヲ經過シテ確定スルニ至ル而シテ上訴、故障ヲ以テ攻擊スル能ハサルニ至リタル裁判ノ性質ヲ形式上ノ確定力ト稱シ之ニ對シ一定ノ事件ニ付キ當事者ニ對シ權利ヲ確定スル裁判ノ性質ヲ實體上ノ確定力ト稱ス

確定力ナキ有スヘキ裁判ノ種

確定力ヲ有スヘキ裁判ハ如何ナルモノナリヤヲ見ルニ判決ニ制限セラルルモノニ非ス又本案ノ裁判ニ限ラレサルハ明ナリ先ツ本案ノ判決ニ付テハ一事不再理ノ效力ヲ生スル故ニ確定力ヲ有スルコト疑ナシ又公訴不受理ノ判決ハ同一ノ狀態ニ於テハ再ヒ公訴ヲ提起スルコトヲ得サルカ故ニ將來ニ向テ他ノ訴訟ニ對シ一種ノ確定力ヲ有ス管轄違ノ判決ハ其言渡ヲ爲シタル裁判所ニ對シテ再ヒ同一事件ヲ起訴スルヲ得サルカ故ニ他ニ訴訟ニ對シ是亦一種ノ確定力ヲ有ス而シテ刑事訴訟法ハ判決ノ外尙ホ明文ヲ以テ他ノ裁判ニモ確定力ヲ有セシム免訴ノ豫審終結決定ハ第百七十五

訴訟ノ目的物　公訴ノ消滅

條ニ依リ無罪ノ判決ト同一ノ確定力ヲ有ス但シ證據不十分ナルニ由リ免訴ヲ言渡シタル決定ハ新證憑アレハ再起訴ヲ爲スヲ得ルカ故ニ條件付ノ確定力ヲ有スルニ止マルナリ又違警罪即決言渡、間接國稅犯則者處分法第十六條及ヒ第十七條ニ依リ判決ト同シク確定力ヲ有ス而シテ中間判決、公判ニ付スル豫審終結決定ノ如キハ他ノ訴訟ニ對シ效力ヲ及ホサヽルモ之ヲ言渡シタル訴訟ニ於テ當事者及ヒ裁判所ヲ拘束スル效力ヲ有スルモノトス又外國裁判所ノ裁判ハ內國ニ於テ確定力ヲ有セサルモ內國裁判權ニ基ク裁判ナリセハ特別裁判所ノ裁判モ亦確定力ヲ有スルモノナリ

確定裁判ノ效力

確定裁判ノ效力ハ民事訴訟ト異ナリ一事不再理ノ原則ニ關係アリ蓋シ刑事訴訟ニ於テハ裁判ノ確定力ハ權利拘束ノ效力ト同シク同一事件ヲ再ヒ訴フルヲ得サラシムルモノニシテ民事訴訟ニ於テハ確定判決ト異ル內容ノ裁判ヲ爲スヲ得サラシムル實體上ノ抗辯ナレハナリ

一事不再理トハ何ソ

一事不再理トハ同一事件即チ同一ノ數多ノ訴訟カ生セサルヲ謂フ故ニ一事不再理ノ原則ノ內容ハ次ノ二事項ヲ含ム

一事不再理ニ關スル現行法ノ規定

一　一ノ被告人ニ對スル一ノ犯罪事實ニ付キ確定裁判アレハ同一事件ニ付キ新ナル訴訟カ起ルコトナシ此禁制ハ裁判ノ確定力ニ因リ公訴權カ消滅スルカ爲メニ認メラルヽ所ナリ

二　一ノ被告人ニ對スル一ノ犯罪事實ニ付キ公訴カ裁判所ニ繫屬スルトキハ同一事件ニ付キ新ナル訴訟ノ起ルコトナシ此禁制ハ公訴ノ提起ニ因リ一個ノ事件ニ伴フ一個ノ公訴權カ行使セラルヽカ爲メニ再ヒ公訴ヲ提起シテ同一ノ公訴權ヲ行使スルヲ得サルヨリ生ス

以上ノ內容ヲ認ムヘキ現行法ノ規定ハ第六條第三號ノ外第二百四十一條第二百六十三條第二百六十四條及ヒ第二十七條ナリトス(一)裁判所ハ職權ヲ以テ科刑權ノ基礎タル犯罪事實ノ總テノ事實上及法律上ノ方面ニ亘リ

訴訟ノ目的物　公訴ノ消滅

一事不再理ノ原則ノ適用ノ條件

テ審査シ而シテ審査ノ結果ニ因リ顯レタル事實ニ法律ヲ適用スルノ權利義務アリテ起訴狀又ハ豫審終結決定ニ認メタル犯罪事實ノ認定、法律適用ニ拘束セラルヽコトナシ即チ公訴ヲ受理シタル範圍内ニ於テ自由ノ審査ヲ爲スヲ得ヘク第二百四十一條等ノ規定スルカ如ク輕罪トシテ受理シタル事件ヲ重罪ト認ムルヲ得ヘシ此自由審査ノ範圍内ニ於テ一事不再理ノ原則ヲ認ムルヲ得ルモノナリ(二)裁判所ノ土地ノ管轄ヲ先着手ノ裁判所ニ歸セシムルハ即チ前記内容ノ觀念アルカ爲メナリ故ニ既ニ或ル事件カ一ノ裁判所ニ起訴セラレ居ル以上ハ其起訴カ適法ナルト否トニ論ナク一事不再理ノ原則ノ適用ヲ生スルモノナリ故ニ更ニ其事件ニ付キ爲シタル訴ハ公訴不受理又ハ管轄違ノ言渡ヲ以テ終了ス

一事不再理ノ原則適用ノ條件ハ前後ノ訴訟ニ於ケル被告事件同一ナルコト是ナリ事件カ同一ナルニハ所爲同一ニシテ且ツ被告人同一ナラサルヘカラス蓋シ裁判ノ目的タルモノハ訴ニ係ル請求ニシテ此請求ハ所爲及ヒ

人ニ基キ一定スレハナリ是レ訴訟法ノ全體ヨリ生スル所ノ原則ナリ既ニ裁判ノ目的ニシテ茲ニ制限セラルヽモノナレハ本原則適用ノ範圍モ亦之ト同一ナラサルヘカラス

確定判決ハ被告人以外ノ人ニ對シ訴ヲ提起スルノ妨ケトナルモノニアラス即チ一定ノ犯罪アリトシテ甲ニ對シ有罪ヲ言渡シタル判決ハ乙ニ對シ同一ノ犯罪ニ付キ訴ヲ起シ之ニ對シ刑ヲ言渡スノ妨ケトナラサルナリ縱令其犯罪カ一人ノ外犯ス能ハサルモノナル場合ニ於テモ亦然リトス又一人カ訴ヲ受ケ無罪ヲ言渡サレタル後ニ於テ裁判所ハ其數唆者其他ノ共犯ノ訴ヲ受理シ刑ノ言渡ヲ爲スヲ得ヘクシテ確定判決ノ效力ハ相牴觸スル判決ノ生スルヲ妨ケサルナリ然ルニ異論ヲ唱フル者アリ曰ク共犯ノ一人無罪トナリタル場合ニハ其確定判決ノ效力ハ防禦方法ノ同一ナルト否トニ因リテ他ノ共犯ニ利益ヲ及ホスヘシ若シ共犯ノ一人カ犯罪無能力ノ原因アルニ由リ又ハ犯罪ニ加功シタル證據充分ナラサルニ由リ無罪ノ言渡

訴訟ノ目的物　公訴ノ消滅

ヲ受ケタルトキハ其人ニ特有ナル理由アリタルモノナレハ他ノ共犯者ハ同一ノ防禦方法ヲ有セス從テ確定力ヲ及ホサヽルモ之ニ反シ犯罪ノ事實ナキコト又ハ其所爲ノ法律上罪トナラサルコトヲ認メテ無罪ヲ言渡サレ其判決確定シタルトキハ防禦方法同一ナルカ故ニ此效力ハ共犯者ノ事件ニ對シ既判力ヲ及ホスモノナリト此議論ハ訴訟主義ノ根源ヲ忘レ延テ一事不再理ノ原則ノ適用ヲ不當ニ擴張シタルモノト云フヘシ論者ノ如ク防禦方法同一ナルトキハ他ノ共犯ニ利益ヲ及ホスモノトスレハ何故ニ同一被告人カ前後同一ノ所爲ヲ爲シタルトキニ第一ノ所爲ノ確定判決ハ第二ノ所爲ニ利益ヲ及ホサヽルカ例ヘハ繼續犯ヲ確定判決後ニ至ルマテ同一意思ヲ以テ引續キ行ヒタルトキノ如キハ如何又共犯者ノ一人カ確定判決ニ依リ刑ノ言渡ヲ受ケタルトキニ加重情狀ニ付キ利益ヲ受ケタルトキハ此利益ハ何故ニ他ノ共犯ニ及ハサルカ畢竟此等ノ場合ニ於テ利益ヲ及ホサヽルハ第二ノ訴訟ヲ審理スルニ當リ裁判所ハ所爲及ヒ人ニ對シ自由ニ審理判定スルノ權ヲ有シ第一訴訟ノ確定判決ニ羈束セラレサルカ故ナリトス

同一ノ被告人ニ對スル同一ノ所爲ニ付キ再ヒ起訴スルヲ得ストノコトニ付キ注意スヘキハ各犯罪ノ種類カ訴訟ノ目的タルコトアラスシテ所爲カ訴訟ノ目的タルコト是ナリ今此所爲ノ同一ナルコトニ付キ次ノ四場合ニ分チ說述スル所アルヘシ

一　所爲ノ同一ナルコトハ刑法ノ適用ノ變換即チ罪名ノ變更アルモ影響スルコトナシ法律ノ適用ニ付テハ裁判所ハ完全ノ自由ヲ有スルモノニシテ例ヘハ家宅侵入ニ付キ有罪トナリタル者ニ對シ更ニ竊盜ノ訴ヲ爲スコトヲ得サルモノトス

二　所爲ノ同一ナルコトハ事實ノ補充又ハ減縮ニ因リテ變スルコトナシ事實ノ補充トハ判決ニ係ル所爲ニ新事實ヲ附加スルコトニシテ例ヘハ判決當時ハ犯罪ノ模樣ヲ明カニスルヲ得サリシモ其後ニ至リ所爲ノ範

所爲ノ同一トハ何ソヤ

罪名ノ變更ニ關スル所爲ノ同一

事實ノ補充又ハ減縮ニ關スル所爲ノ同一

事實ノ變更ニ關スル所爲ノ同一

圍、目的、實行ノ方法、模樣又ハ結果ヲ明カニシタルカ如キ場合ヲ謂フ而シテ此補充ノ爲メニ加重情狀アリト認メラレ又ハ重キ刑ヲ適用セラルヽニ至ルヘキ事實ヲ發見スルモ毫モ影響スル所ナシ減縮トハ判決ニ認メタル加重情狀ヲ取リ去ルカ如キヲ謂フ此等ハ判決ノ認ムル所爲ト共ニ同一事實タルモノニシテ判決ノ當時裁判所ハ之ニ審理ヲ及ホスヲ得タルモノナレハナリ

三　判決ニ認メタル事實ヲ變更シタル場合ニハ議論區々タリ例ヘハ犯罪ノ日時、場所、目的、方法、結果ヲ變更スルモ同一所爲ナリトス余輩ハ此等數個ノ事實カ變更セラルヽモ動作若クハ結果ノ同一ナルトキハ犯罪行爲ハ同一ナリトス結果カ同一ナリトセハ判決ニ於テ之ヲ正犯ト爲シタルモノヲ敎唆又ハ從犯ノ所爲ト爲スモ同一事件ナリ斯ノ如キ場合ニハ動作其モノハ全ク異ナリ日時、場所モ亦大ニ異ナレリ然レトモ結果ヲ同ウスルカ爲メニ同一事件タリ之ト同一ノ理由ニ因リ竊盜ノ判決アリタル後ニ之ヲ同一目的物ノ故買ナリトシテ起訴スルヲ得ス故買ハ竊盜ノ得タル利益ヲ維持セシムルニ在リテ其結果同一ナレハナリ又委託金費消ノ判決アリタル後之ヲ同一目的物ニ付キ詐欺取財トシテ起訴スルヲ得ス欺罔ノ行爲ハ費消ノ行爲ト異ナレトモ他人ノ或ル財產ヲ害シ不正ニ利益ヲ得タルノ結果ハ終始同一ナレハナリ而シテ此結果カ異ナリタル方法ニ因リテ生スルモ其行爲ハ同一ナリト云ハサルヘカラス之ニ反シ結果ヲ全ク變更スルモ動作カ同一ナルモ同一事件ト云フ能ハサルナリ害致死ヲ傷害トナシタルカ如シ之ニ反シ動作結果共ニ之ヲ變更シ縱令日時、場所、目的物等ノ事情同一ナルモ同一事件ト云フ能ハサルナリ例ヘハ甲カ東京ニ於ヲ小切手ヲ竊取セリトノ判決ハ同日同所ニ於テ同一小切手ヲ僞造シ行使セリトノ事件ト同一ニアラサルカ如シ又他人ヲ誣告シ併セテ法廷ニ於テ誣告ノ事實ト同一ノ證言ヲ爲スモ是レ二個ノ

所爲ニシテ同一事件ニアラサルナリ

繼續犯ニ關スル所爲ノ同一

四 繼續犯ニ付テハ確定判決後ノ繼續ノ所爲ハ之ヲ新ニ起訴スルヲ得レトモ確定判決前ノ所爲ハ之ヲ起訴スルヲ得ストナスヲ通說トス蓋シ判決確定前ノ所爲ニ對シテハ裁判所ハ其審理裁判ヲ及ホスヲ得タレハナリ反之判決確定ノ場合ハ之ニ依テ其所爲ハ終了シ其以後ハ新ナル犯意ヲ以テ犯罪行爲ヲ繼續セリト認ムヘキヲ以テナリ

犯罪ノ後頒布シタル法律ニ因リ其刑ノ廢止

第四 犯罪ノ後頒布シタル法律ニ因リ其刑ノ廢止

新法ヲ以テ刑ヲ廢止スレハ科刑權ノ消滅スルハ當然ナリ公訴提起前ニ刑ノ廢止アリタルトキハ檢事ハ起訴スルモ目的ナキヲ以テ手續ヲ爲スヘキモノニアラス又起訴後ニ於テ刑ノ廢止アリタルトキハ裁判所ハ免訴ノ言渡ヲ爲スヘキモノトス若シ判決言渡後其確定前ニ刑ノ廢止アリタル時ハ此間ニ告訴ノ拋棄アリタル場合ト同シク檢事ハ之ニ基テ上訴ヲ爲スノ義務アリ若シ上訴ヲ爲サヽレハ刑ノ廢止アリタルニ拘ハラス其判決ハ確定シ執行セラルヽニ至ルヘシ何トナレハ裁判ニシテ當然無效トナルヘキモノナキヲ以テナリ若シ上訴アリタルトキハ上訴裁判所ニ於テ刑ヲ言渡シタル下級審ノ判決ヲ取消シ更ニ免訴ノ言渡ヲ爲スヘキモノトス

大赦

第五 大赦

大赦ハ天皇ノ大權ニ基クモノニシテ（憲法第一六條參照）科刑權ヲ拋棄スル處分ナリ從テ公訴權ハ消滅ニ歸スルモ私訴權ハ消滅セス而シテ大赦ハ科刑權アルコトヲ前提トシテ爲スモノナレハ犯罪事實ヲ消滅セシムル效力アルニアラス又之ヲ以テ特別法ノ適用ナリト云フヘカラス即チ一般ノ刑罰法ノ適用ヲ條件トシテ科刑權ヲ處分スルモノナレハナリ大赦アレハ本法第百六十五條第五及ヒ第二百二十四條ニ依リテ免訴ヲ言渡スヘキモノトス

時效ニ依リテ消滅セシムル權利

第一六 時效

刑事ノ時效ニハ刑ノ期滿免除ト公訴ノ時效トノ二アリテ共ニ消滅時效ナルコト疑ナキ所タリ而シテ公訴ノ時效ハ公訴權ヲ消滅セシメ期滿

免除ハ刑ノ執行權ヲ消滅セシムルモノニシテ之ヲ設ケタル理由モ亦二者ノ間ニ差異アリトナスノ學說アレトモ余ハ右二個ノ時效ハ之ヲ設ケタル理由ヲ同ウシ又之カ爲メニ消滅スル權利モ同一ナリト云フヲ至當ナリト信ス唯公訴ノ時效ハ犯罪ノ日ヨリ終局判決アルマテノ間ニ存スル制度ニシテ期滿免除ハ終局判決以後ニ存スル制度ニシテ其期間ヲ異ニスルノ別アルノミ從來刑事ノ時效ニ付テハ只一個ノ時效ヲ認メ判決ヲ以テ其中斷原因ト爲ス立法ト又現行法ノ如ク二個ノ時效ヲ判決ノ前後ニ於テ區別スル立法トアリ然レトモ時效ヲ設ケタル理由及ヒ時效ニ依テ消滅セシムル權利ノ如何ハ何レノ立法ニ於テモ異ル所ナク二個ノ時效ヲ區別スルハ只確定判決後ノ時效ヲ長期ナラシムルノ趣旨ニ出タルニ過キス然ラハ公訴ノ時效ハ如何ナル權利ヲ消滅セシムルヤト云フニ法律ニ認メタル刑ヲ各場合ニ適用スル國家ノ權利ト義務トカ時效ニ罹ルモノニシテ即チ犯罪ニ因テ生シタル國家ノ科刑權及ヒ之ニ伴フ義

務ヲ消滅セシム而シテ此科刑權ノ消滅セル結果トシテ公訴權カ目的ヲ失ヒ消滅スルモノトス蓋シ次ニ述フル公訴ノ時效ヲ設ケタル理由ヨリスレハ科刑權ヲ消滅セシムルモノト云フヘキヲ以テナリ是ヲ以テ裁判所ニ於テ時效ニ罹リタルコトヲ發見シタルトキハ科刑權ヲ否認シ免訴ノ言渡ヲ爲スヘキモノトス（刑事訴訟法第一六五條第二四條參照）

公訴ノ時效ヲ設ケタル理由ニ付テハ社會ノ怠慢ト犯罪ノ遺忘ニ基クモノトナスカ若クハ證據ノ湮滅ニ基クモノトナスヲ普通ノ學說トス然レトモ兩說共ニ其當ヲ得タルモノト云フヘカラサルナリ國家ハ犯罪人ニ刑ヲ科スルノ義務ヲ有スル然ルニ其怠慢ニ因リテ此義務カ消滅スヘシトハ非ナリ又犯罪ノ遺忘ヲ理由トスルトキハ刑罰ノ必要ハ犯罪其モノニ由テ生スルニアラスシテ犯罪カ發覺シ不穩ノ念ヲ懷クコトカ刑罰ノ必要ヲ生スル根底ナリト言ハサルヘカラス次ニ證據ノ湮滅說ハ罪ノ輕重ニ從テ時效期間ヲ定ムル點ヲ說明スル能ハス重キ罪ハ輕キ罪ヨリ證據

時效ノ期間

ノ湮滅カ遲延スト云フ能ハサルナリ又時效ノ成就ヲ認ムルニハ證據ニ依リテ犯罪事實ノ時及ヒ種類ヲ認メサルヘカラス余輩ハ公訴ノ時效ヲ設ケタルハ事實ノ勢力ニ重キヲ置キタルカ爲メナリト信ス元來法律秩序ハ犯罪必罰ノ原則ヲ貫徹スルニ依テノミ維持セラルヽモノト云フヘカラス國家現實ノ目的ト投合シ始メテ法律秩序ノ維持ヲ望ムコトヲ得ヘシ然ルニ今犯罪ヲ數年ノ後ニ至リテ罰セン乎却テ現在ノ秩序ヲ蹂躙スルニ止マリ犯罪人及ヒ世人ニ對シテハ何等ノ效驗ナカルヘキナリ時效ヲ設ケタルハ實ニ犯罪後ニ生シタル總テノ事實ト法律ノ正義ト相牴觸スルニ當リ法律ヲシテ事實ニ屈從セシメ以テ其調和ヲ圖ルニ外ナラサルナリ而シテ此調和ヲ爲スニハ罪ノ輕重ニ由リ各異ナル時效期間ヲ設クルヲ要スルニ至ル

二　時效ノ期間ハ本法第八條ニ之ヲ定ム然レトモ特別法ノ犯罪ニハ特別ノ時效アリ例ヘハ衆議院議員選擧法、出版法等諸種ノ法規ニ於テハ特殊ノ時效期間アリテ此第八條ノ規定ニ從ハサルナリ

第八條ニ依レハ法定刑ノ長短ニ依リ時效期間ヲ異ニス此法定刑ハ裁判所カ審査シタル結果ニ因リ認メタル犯罪事實ニ基キ之ニ適用セラルヘキ各正條ノ刑ヲ指スモノナリ故ニ加減ヲ爲シタル刑ヲ指スモノニ非ス累犯加重ノ如キ犯人ノ一身ニ止マル加重又ハ從犯ノ減輕ノ如キヲ顧ルコトヲ要スルモノトセハ同一犯罪ニ付テ時效期間ヲ異ニシ又共犯者間ニ之ヲ異ニスルニ至ルヘシ法律ノ精神ハ決シテ此ノ如キモノニ非スシテ時效ハ犯罪ヨリ生シタル總テノ結果ヲ消滅セシメントスルニ在ルヲ以テ何人ニ對シテモ其期間ハ同一ナラサル可ラス

三　時效ノ起算點ハ第十條及ヒ第十五條ニ之ヲ規定セリ第十五條ニ依レハ時效ノ期間ハ初日ヲ算入スヘキモノトナセリ是レ犯罪ノ日ヲ以テ科刑權及ヒ公訴權ハ發生スヘケレハナリ又犯罪日ニ相當シタル前日ノ終了即チ午後十二時ヲ以テ時效ハ完成スルモノニシテ最終ノ日休暇ニ當

犯罪ノ日トハ何ソ

ルモ之ヲ期間ニ算入スルモノトス

第十條ニ依レバ時效ハ犯罪ノ日ヨリ起算スルモノトナセリ犯罪ノ日トハ犯罪所爲カ事實上其終ヲ告ケタル日ヲ謂フ故ニ時效ハ犯罪カ法律上成立シタル時ヨリ進行スルモノニアラサルナリ今各犯罪ニ付キ之ヲ詳說スレハ左ノ如シ

例一

甲　殺人、放火ノ罪ノ如キ結果ヲ生シテ始メテ法律上既遂タル罪ニ於テハ結果ヲ生シタル日ヲ以テ起算點トセス即チ犯罪カ既遂トナルヘキ以前ニ於テ時效ハ進行スヘシ是レ甚タ奇ナルカ如シト雖モ立法者ハ結果ヲ生スル日ヲ定ムルコトハ所爲ヲ行ヒタル日ヲ定ムルニ比シテ困難ナリトシ既遂ノ日ヲ起算點トナサヽリシモノナラン之ニ反シ過失罪(失火、過失殺)ノ場合ハ過失ノアリタル日ヨリ時效ハ進行スルモノニアラスシテ結果ノ生シタル日ヨリ之ヲ起算セリ是レ過失アルノミニテハ科刑權發生セスシテ犯罪ハ事實上其終ヲ告ケタルモノニアラ

例二

例三

ス結果カ發生シ始メテ科刑權ヲ生シ犯罪ハ事實上終了スレハナリ而シテ科刑權ノ發生前ニハ如何ナル場合ト雖モ時效ハ進行スルコトナキナリ又處罰條件カ生シテ始メテ罰スヘキ犯罪モ過失犯ト同一ノ理由ニ因リ處罰條件カ具ハリ科刑權ノ發生シタルトキヨリ時效ハ進行ス

乙　數個ノ所爲ヨリ集合スル犯罪(例ヘハ僞造行使罪)ハ總テノ所爲カ終了シタル時ヨリ時效進行ス

丙　繼續犯、連續犯、慣行犯ハ其最終ノ行爲アリタル日ヨリ起算ス本法第十條但書ニ特ニ明文ヲ掲クルモ是レ同條前段ノ適用ヲ示シタルニ止マリ其例外ヲ規定シタルモノニアラス繼續犯等ハ各所爲毎ニ時效ニ罹ルトノ說ヲ爲ス者アレトモ繼續犯等ハ法律ニ於テ之ヲ一罪トナシ分割スルヲ許サス從テ其犯罪ヨリ生スル科刑權モ亦一個ナレハ之ヲ分割シテ各所爲毎ニ時效ニ罹ルモノトナスヲ得サルヘシ

例四　丁　正犯數人アルトキハ其中一人ノ最終ノ行爲アリタル日ヨリ時效ハ進行ス即チ正犯ノ行爲ハ共同ノ一罪タレハナリ故ニ各正犯ニ對シテハ時效ノ期間ハ同一ナリトス

例五　戊　敎唆、從犯ニ對シテハ時效ハ正犯ノ所爲カ終了シタル日ヨリ進行スルモノトス蓋シ正犯ノ實行行爲ナケレハ敎唆、從犯ハ處罰セラルヽコトナシ正犯ノ行爲アリテ始メテ敎唆者、從犯者ニ對シ科刑權ヲ生スルモノナレハナリ

例六　己　不作爲犯ハ作爲ノ義務カ終了シタル時ヨリ時效ハ進行ス作爲ノ義務アルニ拘ハラス之ヲ履行セサル間ハ不作爲犯ハ繼續スルモノナレハナリ

時效ノ中斷　四　時效ノ中斷ハ第十一條ニ認ムル所ナリ時效中斷ノ事實アレハ中斷アルマテノ時效ノ經過ハ無效ニ歸シ中斷アリタル時ヨリ新ニ時效ハ進行スヘシ而シテ時效中斷ノ效力ヲ生スル事實ハ起訴、豫審、公判ノ一切ノ手續ナリトス凡ソ時效ハ科刑權消滅ノ結果トシテ訴追ノ權ト裁判所カ刑ノ言渡ヲ爲ス裁判權トヲ消滅セシムルモノナリ此二個ノ權利ハ其權利ヲ行使セサルニ因リテ消滅スヘシ然ラハ起訴又ハ豫審、公判ノ手續ヲ以テ此權利ヲ行使スレハ時效ハ中斷セラルヽモノトナサヽルヘカラス然レトモ起訴、豫審又ハ公判ノ手續其規定ニ背キタルニ因リ無效ニ屬スルトキハ時效ノ經過ヲ中斷スルノ效ナシ蓋シ斯ノ如キ無效ノ行爲アルモ未タ權利ヲ行使シタルモノト云フヘカラサルヲ以テナリ但裁判所ノ管轄違ナルニ因テ手續無效トナルモ中斷ノ效アリトス是レ裁判所ノ管轄ハ詳細ノ審理ヲ遂ケタル後ニアラサレハ之ヲ確定スル能ハサルモノニシテ之カ爲メニ時效ヲ經過セシムルハ公益ニ反ストナシタルカ故ナリ（刑事訴訟法第一二條參照）

時效中斷ノ原因

違警罪即決ノ言渡ハ行政處分ニシテ裁判權ノ行使ニアラサレハ時效中斷ノ效ナシ又間接國稅反則者ニ對スル通告ノ處分モ同一ノ性質ナレト

訴訟ノ目的物　公訴ノ消滅

モ特ニ間接國稅反則者處分法ニ明文アルカ故ニ例外トシテ中斷ノ效ア
リ又軍法會議ノ審判ハ時效中斷ノ效アルコトハ陸海軍治罪法ノ定ムル
所ナリ（陸軍治罪法第六條、海軍治罪法第一五條參照）間接國稅犯則者處分法第
時效ノ中斷ハ未タ發覺セサル正犯從犯ニ其效力ヲ及ホスコトハ第十一
條ノ定ムル所ナリ此規定ヨリ推セハ時效中斷ハ事件ニ對シ行ハルヽモ
ノト云フヘシ從テ共犯ニアラサル者ヲ訴追スルモ眞實ノ犯罪人ニ對シ
テ時效ノ中斷ノ效果ヲ生スルモノトナサヽルヘカラス

刑事訴訟ニ及ホス公訴ノ時效ノ效力

時效中斷ノ效力

刑事ノ時效ニハ停止ナシ故ニ起訴ノ條件具備セサル場合又ハ公判手續
ヲ停止スヘキ場合ニモ時效ハ進行ス

五 公訴ノ時效カ訴訟ニ及ホス效力ハ左ノ如シ

甲 時效ニ罹リタルコト判明スルトキハ被告人ニ犯罪責任アリヤ否ヤ
ヲ定ムルニ及ハス

乙 時效ハ裁判所ニ於テ職權ヲ以テ審理スヘキ事項ニ屬ス刑事ノ時效

ハ民事ノ時效ノ如ク之ヲ拋棄スルヲ得ス而シテ裁判所ニ於テハ時效
ノ問題ヲ定ムルニ必要ナル事實ヲ審理スヘキモノトス即チ如何ナル
犯罪ヲ犯シタリヤノ點及ヒ犯罪ノ終了シタル日時是ナリ豫審終結決
定ニ認メタル事實ニ依レハ時效ニ罹リタルコト判明ナルモ公判ヲ開
カスシテ止ムヘキモノニアラス即チ時效ニ罹リタルトキハ免訴ノ判
決ヲ爲スヘキヲ以テナリ

丙 時效ニ關スル規定ニ違背スレハ之ヲ上告ノ理由トナスコトヲ得而
シテ上告裁判所ハ犯罪ノ性質及ヒ日時ノ確定ニ付テハ下級審ノ認定
ニ羈束セラルヽモ中斷ノ事實ハ訴訟記錄ニ就キ自ラ之ヲ審査スルコ
トヲ得ヘシ

第六章 數個ノ公訴ノ關係

訴訟ノ目的物 數個ノ公訴ノ關係

外部ノ關係及內部ノ關係

數個ノ刑事訴訟カ同一ノ裁判所ニ繫屬スルトキハ各刑事事件ノ關係ハ全ク外部ノ關係ニ止マルモノニシテ此場合ニ何レノ訴訟ヲ先ニ審判スヘキヤハ裁判所事務章程ニ依リテ之ヲ定ムルモノナリ又數人カ一罪ヲ犯シ若クハ一人カ數罪ヲ犯シタルトキハ其數個ノ刑事事件ノ間ニ在テハ內部ノ關係アルモノニシテ一個ノ裁判所ノ管轄ニ屬ス又此場合ニハ一個ノ手續ヲ以テ審判スルヲ原則トス然レトモ訴訟指揮ノ權ヲ以テ其手續ヲ分離シ得サルニアラス

刑事々件ヘ本案事件ノ豫決事件ト豫決事件トノ關係

刑事事件ト豫決事件トノ關係ハ右ニ說明シタル內部及ヒ外部ノ關係ト全ク異ナレリ豫決事件トハ犯罪構成要素ノ一部ヲ他ノ裁判所ヲシテ裁判セシメ其事件ノ裁判ヲ待タサレハ本案事件ヲ裁判スル能ハサル場合ヲ云フモノニシテ豫決事件ノ裁判ハ本案事件ノ裁判ヲ羈束スルモノナリ我訴訟法ニハ此豫決事件ヲ認メス第百八十四條及ヒ第百九十五條等ニ於テモ附帶犯又ハ僞證罪ノ豫審ノ結果ヲ待ツカ爲メニ本案ノ辯論ヲ停止スルコトヲ得ルモ決シテ附帶犯等ノ裁判ヲ待タサレハ本案事件ヲ裁判スルヲ得サルニアラス單ニ他ノ事件ノ裁判ヲ待ツヲ便利トセルノミニ止マルナリ

實體上ノ關聯事件ニ於テ前ノ裁判ハ後ノ訴訟ニ如何ナル效果ヲ及ホスヤ

或刑事事件カ互ニ實體上關聯スルトシテ既ニ刑ノ言渡ヲ受ケタル後乙者其犯罪ノ敎唆者トシテ訴ヲ受クルカ如キ場合又ハ竊盜罪ニ付キ判決アリタル後贓物故買罪ニ付キ起訴セラルヽ場合ノ如シ)前ノ刑事事件ノ裁判ハ後ノ訴訟ニ其效力ヲ及ホスヤ否ヤ又效力ヲ及ホストセハ如何ナル場合ニ如何ナル效力ヲ及ホスヤ此問題ノ決定ハ訴訟カ制限證據主義、書面審理主義及ヒ間接審理主義ヲ採用スルカ又ハ之ニ反シテ自由心證主義、口頭辯論主義及ヒ直接審理主義ヲ採用スルカニ因リテ分ルヽモノナリ若シ前者ヲ採ル場合ニ於テハ前例ノ竊盜事件ノ判決ニ於ケル事實ノ認定ハ故買事件ニ於テモ亦確定シタルモノト認メサルヘカラス即チ竊盜事件ノ判決ノ理由ハ竊盜ノ事實ヲ法律上認メサルヘカラスト云フニ在ルカ故ニ後ニ起リタル故買罪ノ裁判ヲ爲ス判事ハ前竊盜事件ノ裁判ヲ爲シ

訴訟ノ目的物　數箇ノ公訴ノ關係

タル判事ノ得タル事實ノ認定ヲ其儘ニ採用スヘキモノナリ之ニ反シテ後者ニ基ク訴訟ニ於テハ前竊盜事件ノ判事ハ判決ノ事實上ノ理由ニ示スカ如キ心證ヲ得タリトスルモ後ニ故買事件ヲ斷スル判事カ同一ノ心證ヲ得ルヤ否ヤハ測リ知ルヘカラス又縱令前竊盜事件ノ判事カ得タル事實ヲ其儘採用セント欲スルモ直接審理主義ヲ採ルトキハ能ハサル所タリ何トナレハ此主義ニ依レハ證人訊問ノ如キ必ス直接ニ之ヲ取調ヘサルヘカラサルモノナレハ前竊盜事件ニ於テ取調ヘタル證人ノ證言ハ或ハ其判決ノ理由中ニ揭ケラレ之ヲ朗讀スルコトヲ得ルトスルモ是レ決シテ直接ニ審理シタルニアラスシテ全ク此主義ニ反スヘシ故ニ後者ノ主義ニ基ク訴訟法ノ下ニ於テハ故買事件ノ裁判ヲ爲ス判事ハ訴訟ノ規定ニ從ヒ獨立ノ審理ヲ爲シテ竊盜事實ノ如何ヲ確定セサルヘカラス斯クノ如クスルトキハ或ハ前ノ竊盜事件無罪トナリシニ拘ハラス後ノ故買罪有罪トナルカ如キ結果ヲ呈スルニ至ルヘシト雖モ本法ノ上ニ於テハ當然生スヘキ結果ニシテ如何トモスル能ハサルナリ而シテ今日普通ニ行ハルヽ學說モ亦余カ右ニ述ヘタル所ノ如ク他ノ刑事訴訟ノ判決ハ其後ニ起リタル刑事訴訟ニ對シテ效力ヲ及ホサヽルヲ以テ原則トナセリ

然レトモ他ノ刑事訴訟ノ判決モ或場合ニ於テハ之ヲ證據トナスコトヲ得ル場合ナキニアラス即チ其判決ノ內容(理由)ハ證據トハナラサルモ前例ニ付テ言ヘハ竊盜事件ニ付テ何月何日刑ノ言渡アリシトノ事實及ヒ其判決ニ於テ證據トナリタル證人何某ハ宣誓ノ上其事件ニ付キ證言ヲ爲シタリトノ事實ノ如キハ一ノ徵憑タルコトヲ得ルモノナレハ斯ル證據トシテ之ヲ採用スルモ決シテ後ノ主義ニ背反スルモノニアラサルナリ

第七章　公訴ト民事事件トノ關係

民事事件ハ刑事事件ノ先決問題タルコトアリ例ヘハ竊盜事件ノ場合ニ於テ

刑事裁判官ハ其物件ノ被告人ニ屬スルカ又ハ被害者ニ屬スルカヲ判斷セサルヘカラス又土地ノ境界變更ヲ手段トスル土地ノ橫領罪ニ於テモ被告カ界標ヲ移轉シタル場所カ正當ノ場所ナリヤ否ヤヲ判斷セサルヘカラス此民事ノ先決問題ニ對スル刑事裁判官ノ地位ハ如何ナルモノナリヤト云フニ元來刑事裁判官ハ犯罪事件ノ範圍ニ屬スル關係ハ獨立シテ確定スルノ職分アルモノナルカ故ニ先決問題タル民事關係ニ付テモ亦自ラ之ヲ確定スルノ任務アリ從テ其關係ヲ確定スルニハ刑事訴訟法ノ定ムル證據調ノ規定ニ依リ實體的ノ眞實ヲ求メ自ラ之ヲ斷定スヘク決シテ民事裁判所ノ判決ヲ求ムヘキモノニアラス又之ヲ求メント欲スルモ得ヘカラサルナリ要スルニ刑事裁判官ノ審理及ヒ裁判ハ私法上ノ先決問題ニモ及フヲ原則トス而シテ此原則ノ行ハルヽ場合ハ曾ニ先決問題タル民法上ノ關係カ民事裁判所ノ判決ニ依リ未タ確定セサル場合ノミナラス民事裁判所ノ確定判決アリタル場合ニ於テモ亦然リトス然レトモ刑事裁判官ハ民事判決ヲ犯罪事實ヲ認ムルノ證據トナス爲メ之ヲ得ルハ疑ナキ所ナリ又時トシテハ民事ノ判決ハ刑事裁判官ヲ羈束スルコトアリ是レ亦此原則ノ例外ヲ爲スモノニアラサルナリ左ニ其場合ヲ擧示スヘシ

刑事裁判官モ民事ノ判決ヲ以テ認メラレタル權利ハ之ヲ保護スヘキモノナリ元來刑法ハ民法ノ規定ニ依リテ定マル所ノ關係ヲ保護スルヲ目的トスルモノナレハ民事ノ確定判決ヲ以テ其訴訟ノ當事者間ニ於テ當事者ノ處分權ニ屬スル權利關係カ確定シタルトキハ判決カ實體上不當ナルモ其判決ハ刑事裁判官ニ對シテ絕對ニ效力アルモノナリ然レトモ民事ノ判決ハ其訴訟當事者ニ對シテノミ效力アリテ第三者ニ對シテハ效力ナキモノナレハ其民事ノ當事者ノ犯罪事件ヲ裁判スルトキニ限リテ效力ヲ有スヘシ而シテ其民事ノ判決ハ如何ナル方法ヲ以テ事實ヲ認定シタルカ又ハ其判決ノ生シタル原因ハ當事者ノ懈怠ニ出テタルカ或ハ處分權ノ行使ニ基クカハ刑事事件ニ對スル效力ニ付テ差異アルコトナシ例ヘハ民事ノ事件ニ於テ被告甲カ懈怠ノ

爲メ或物件カ乙ノ所有ナリト判決セラレタルニ其後甲カ乙ヨリ其物件ヲ竊取スルトキハ實際民事ノ判決前ニ在テハ甲ノ所有物ナリシモ刑事裁判官ハ此判決ニ羈束セラレサルヲ得サルナリ然レトモ此場合ハ前揭原則ノ適用ヲ爲ス場合トハ大ニ異ナルヲ知ルヘシ何トナレハ前ニ述ヘタル原則ハ民事ノ判決ハ刑事裁判官ニ對シテ如何ナル程度マテ證據トナルヤノ問題ニ屬シ茲ニ述フル所ノ問題ハ民事ノ判決ハ權利義務ノ發生スル事實ト看做スコトヲ得ルヤ否ヤニアレハ全ク別箇ノ問題ナリトス

前示ノ場合ニ反シ意思表示ニ因リ發生又ハ變更セラルヽ權利關係ニアラスシテ客觀的事實例ヘハ出生ノ如キ事實ニ因リ發生スル權利關係ナルトキハ犯罪前ニ民事ノ判決アルモ其判決ハ刑事裁判ニ影響ヲ及ホサス此場合ハ民事ノ判決ト反對ノ事實ヲ認定スルモ民事ノ判決ニ依リテ確定セラレタル關係ヲ侵害スルモノニアラス例ヘハ甲ナル被告人カ其父乙ヲ殺シタル場合ニ刑事裁判所ニ於テ果シテ乙ハ甲ノ父ナリヤ否ヤヲ審査スルニ當リ嘗テ民事

ノ判決ニ於テ實際親子ノ關係アルニモ拘ハラス戸籍簿ノ誤謬等ニ基キ乙ハ甲ノ父ニアラストノ認定アリタリトスルモ刑事ノ裁判官ハ決シテ之ニ羈束セラレサルヘシ蓋シ刑法ニ於テ殺親罪ヲ重ク罰スル所以ノモノハ犯人ト被害者トノ間ニ實際ノ親子關係アルヲ以テナリ斯ノ如キ場合ニ於テハ刑法カ民法ニ其關係ヲ定ムルコトヲ讓ルヲ欲セサル場合ナリト解スヘキモノトス」

本法第三百一條第六號ハ民事上ノ關係カ先決問題タルトキハ刑事裁判官ハ民事ノ判決ニ羈束セラルヽ意義ニアラスシテ刑法カ民事ノ判決ニ因リテ確定セラレタル權利關係ヲ保護セントシタル場合及ヒ民事判決ヲ證據ト爲シタル場合ニ其適用ヲ規ルモノニシテ前ニ述ヘタル民事ノ判決カ絕對ノ效力ヲ有スル場合ニ關スル規定ナリト信ス然レトモ余輩ノ信スル所ニ依レハ此規定ハ甚タ狹キニ失スルノ觀アリ彼ノ特許權侵害ノ被告事件ニ於テ特許權取消ノ審決アル場合ニ於テモ亦本號ト同例ニ規定セラルヽ必要アルモノヽ如シ又若シ民事ノ判決カ絕對ニ效力ヲ刑事事件ニ及ホス場合ニ於テ

其判決未確定ナルトキハ刑事裁判官ハ其確定ニ至ルノ間訴訟ノ進行ヲ中止セサルヘカラス然ルニ法文上中止ノ規定ナク判決確定後ノ手續タル第三百一條第六號ノミアルハ不完全ノ規定タルヲ免レサルナリ

第八章　私訴

第一節　私訴ノ目的及ヒ其一般ノ性質

刑事訴訟ノ目的ト民事訴訟ノ目的

刑事訴訟ノ目的ハ民事訴訟ノ目的トハ大ニ異ナル所アリ即チ一ハ科刑權ヲ主張シ法律秩序ノ維持ニ關スル國家ノ利益ヲ保護スルヲ目的トシ（刑事訴訟法第一條第三條參照）一ハ私法上ノ關係ニ基ク各個人ノ利益ヲ保護スルヲ以テ目的トス換言スレハ民事訴訟ノ目的物ハ私法上ノ權利ニシテ拋棄スルヲ得ヘキモノタリ是ヲ以テ民事訴訟ニ於テハ處分權主義行ハルヽモノトス之ニ反シテ刑事訴訟ニ於テハ國家ハ其刑罰上ノ權利ヲ裁判ノ手續ニ依テ主張シ國家ノ目的

附帶私訴ノ制度ヲ設ケタル理由及ヒ沿革

ニ從ヒテ其義務ヲ盡スモノナルカ故ニ職權主義行ハルヽモノトス斯ノ如ク刑事訴訟ノ目的ハ刑ノ適用ニ在ルヲ以テ其訴訟手續ニ亦特別ノ性質アルヲ必要トス然レトモ刑事訴訟ハ民事訴訟ト均シク裁判所ノ裁判ニ依リ處分セラルヘキ司法事件ナリ若シ犯罪所爲カ同時ニ私法上ノ結果ヲ生スルトキハ是レ刑事事件及ヒ民事事件カ同一ノ原因ヨリ生スルモノナリ此場合ニモ亦民事事件ハ固ヨリ刑事裁判ノ目的タルモノニアラスト雖モ刑事訴訟法ハ刑事裁判所ヲシテ同一原因ニ基キ實體上牽連スル民事事件ヲ或制限ヲ以テ刑事事件ト共ニ裁判セシムル制度ヲ設クルヲ得ヘシ而シテ民事事件ノ性質上刑事裁判所ノ權限ヲ斯ノ如ク民事事件ニ及ホサシムルハ被害者ノ申立ニ因テ行ハルヘキモノトス此被害者カ刑事訴訟手續ニ附加スル關係ハ即チ附帶私訴ノ制度ヲ生ス我刑事訴訟法ニ於テモ佛國治罪法ノ制ニ倣ヒ其制度ヲ認メタリ本法ニ於テハ犯罪ニ因リ生シタル損害ノ賠償又ハ贓物ノ返還ヲ目的トスル訴ハ公訴ニ付キ第二審ノ判決アルマテ何時ニテモ其公訴ニ附帶シ民

訴訟ノ目的物　私訴　私訴ノ目的及ヒ其一般ノ性質

附帶私訴ノ制度ノ利弊

事原告人トシテ提起スルコトヲ得(刑事訴訟法第四條)此民事原告人又ハ其代理人ノ申立ハ私訴ノ判決ノ標準タルヘキモノトス而シテ被告人カ無罪又ハ免訴ノ言渡ヲ受ケタルトキハ特ニ私訴ヲ附帶セシムル原因ナシト雖モ之ヲ民事裁判所ニ於テ之ヲ裁判スヘキモノトナセリ(刑事訴訟法第五條第二五條參照)抑モ附帶私訴ノ制ハ科刑權ト被害者ノ損害賠償ノ權トカ原因ヲ同ウスル當然ノ結果ニアラス故ニ特ニ法律ヲ以テ之カ明文ヲ設クルニアラサレハ同一ノ裁判所ヲシテ刑事事件及ヒ民事事件ヲ同時ニ審理裁判セシムルヲ得サルナリ然レトモ科刑權及ヒ私法上ノ請求權ヲ同一裁判所ヲシテ審理裁判セシムルハ夥多ノ利益アリテ存ス若シ之ヲ分離シテ審理セシムルトキハ判決ニ牴觸ヲ生シ裁判所ノ威信ヲ害スルト同時ニ權利ヲ毀損スルノ弊害アリ即チ民事裁判所ニ犯罪ヨリ生シタル損害賠償ヲ求ムルトセハ民事裁判所ニ提出セラレタル證據ニテハ十分ナラス又原告モ他ニ證明ノ方法ヲ有セサルヨリ終ニ被害者ノ敗訴トナルコトアルヘシ斯ノ如キ弊害ヲ矯メ科

附帶私訴ノ目的ノ範圍

刑ト私法上ノ請求權トニ關シ此兩個ノ訴訟ヲ調和シ被害者ノ利益ノ爲メ簡易且迅速ノ方法ヲ以テ其賠償ノ請求ヲ保護スルハ附帶私訴ノ制ヲ以テ最モ現行法ハ附帶ヲ爲シ得ヘキ私訴ノ請求ヲ損害ノ賠償及ヒ賍物ノ返還ニ限定シタリ(刑事訴訟法第二條參照)是レ民事ト刑事ト其主義相異ナルヨリ生スル所ノ難問ヲ避ケンカ爲メナリトス訴ノ目的ヲ此二點ニ制限シタルヲ以テ姦通罪ノ公訴ニ離婚ノ請求ヲ附帶セシムルコトヲ得サルナリ

訴訟ノ目的物　私訴　私訴ノ目的及ヒ其一般ノ性質

第一　損害ノ賠償　損害ノ賠償ハ金錢ヲ以テスルモノヽミニ限リ現物ヲ以テスル場合ハ賍物返還ノ內ニ包含ス又損害ハ財產權上ノモノニ止マラス身體、自由、名譽ニ對スル損害ヲ含ミ(民法第七一〇條參照)殊ニ名譽ヲ毀損シタル場合ニハ民法第七百二十三條ニ依リ新聞紙上ニ謝罪文ノ廣告ヲ爲サシムルコトヲ妨ケス

第二　贓物ノ返還　贓物トハ犯罪ニ因テ得タル物件ヲ云フ贓物ナル詞ハ新律綱領ヨリ來リクルモノニシテ舊律ニ於テハ冒認ノ土地、強竊盜、詐欺取財委託物消費ノ贓ノ如キ犯罪ニ因テ得タル物件ヲ贓物ト稱シタリ但舊律給沒贓物ノ條ニ依リ官ニ沒收セラルヽ收賄ノ贓ノ如キハ刑法ニ於テハ贓物ト稱スヘキモノナレトモ訴訟法ニ於テハ贓物ト云フ能ハス又返還ハ有形ノ引渡ノミヲ云フニ非スシテ登記抹消ノ請求ヲモ包含ス例ヘハ不動產ヲ騙取セラレタル場合ニ於テモ被害者ハ加害者ノ所有權ノ登記ヲ抹消シ其不動產ノ返還ヲ受クルコトヲ得ヘシ之ニ反シ土地所有者ノ土地賣渡ノ委任狀ヲ僞造シ登記所ニ提出シ賣渡ノ登記ヲ爲スモ其不動產ノ返還ヲ受クルヲ得ス蓋シ該土地ハ文書僞造行使罪ノ直接ノ目的ニアラサレハナリ然レトモ今日ノ實際ニ於テハ此場合ニ於テモ損害ノ賠償ヲ廣ク原狀ノ回復ト解釋シ之ニ該當スルモノトシテ附帶私訴ヲ許ス蓋シ當ヲ得タルモノニアラサルヘシ

私訴ノ裁判ハ刑事裁判權ノ內ニ含マルヽ作用ニアラス私訴モ亦一個ノ民事訴訟ニシテ之カ普通民事訴訟ト異ナル所ハ公訴ニ附帶シ刑事裁判所ニ於テ本法ニ從ヒ之ヲ裁判スルニアリ公訴ニ私訴ヲ附帶スルトキハ二個ノ訴訟ヲ一個ノ裁判所ニ併合シ裁判所ハ公訴判決ノ認定及ヒ公訴ニ於ケル審理ノ材料ヲ私訴判決ニ援用スルヲ得ルニ止リ其他ノ點ハ裁判所自ラ職權ヲ以テ之ヲ定ムルモノニアラス私訴申立人ハ其請求ノ範圍ヲ定メ申立ヲ爲スヲ要ス之ニ反シテ刑法施行法第六十一條ニ依リ贓物犯人ノ手ニ現存スルトキ之ヲ被害者ニ還付スル言渡ハ被害者ノ申立ヲ要セサルモノナレハ私訴ノ裁判ニアラス裁判所ノ職權ヲ以テ爲スヘキ處分ノ一ニシテ刑事裁判權ノ內ニ包含セラルヽモノトス若シ贓物犯人ノ手ニ存セス第三者ノ手裡ニ在ルトキハ被害者ハ第三者ニ對シ私訴ノ申立ヲ爲サヽルヘカラス而シテ被害者カ善意ノ第三者ヨリ返還ヲ受クルヲ得ル贓物ハ盜品及ヒ遺失物ニ限ルモノトス（民法一九三條、第一九四條、民法施行法第六一條參照）若シ所有權カ數人ノ被害者間ニ爭アレハ主參加ノ方

附帶私訴ト公訴トノ關係

法ヲ以テ私訴ニ加ハルコトヲ得ヘシ（刑事訴訟法第二項參照）四

公訴ト附帶私訴トノ相互ノ訴訟上ノ關係ヲ見ルニ公訴ハ主タルモノニシテ附帶私訴ハ從タルモノナリ此性質ヨリシテ刑事ノ訴訟手續ヲ以テ蒐集シタル材料ヲ以テハ私訴請求ノ成立及ヒ範圍ヲ定ムルニ足ラサルトキニモ公訴ノ裁判ヲ爲スニ熟スレハ公訴ノ取調ヲ終了シ公訴ノ裁判ヲ爲シ私訴ハ之ヲ民事裁判所ニ移スヲ至當トス然レトモ本法ニ於テハ之ニ付キ規定ヲ設ケサレハ附帶ノ原由ヲ失フニ至ルニモ拘ハラス私訴ノ裁判ヲ爲サヽルヘカラス又之ト同シク附帶ノ性質トシテ被告人無罪又ハ免訴トナリタルトキハ私訴ヲ民事裁判所ニ移スヲ當然トス然レトモ本法第二百二十五條ハ被告人無罪又ハ免訴トナルトキニモ亦私訴ニ付キ本案判決ヲ爲スヘキモノトセリ是故ニ私訴ノ請求カ犯罪ヲ原因トシタルコトハ私訴ヲ附帶セシムルノ條件ニシテ私訴ノ判決ノ條件ニアラストト云フヲ得ヘシ是ヲ以テ裁判所ハ私訴ニ付テ訴ノ原因ヲ職權ヲ以テ變更スルヲ得ルモノトス

附帶私訴ノ裁判ト公訴ノ裁判トノ關係

右ニ述フル所ノ場合ニ在テハ私訴ハ其附帶ノ原因ヲ失ヒタルトキト雖モ本案ノ判決ヲ爲スヘキモノナレトモ之ニ反シテ公訴ニ付キ管轄違又ハ公訴不受理ノ言渡アリタルトキハ私訴ニ付テモ同一趣旨ノ裁判ヲ爲スヘキモノナリ是レ私訴附帶ノ性質ヨリ來ル當然ノ結果ナリトス本法第二百二十五條ニ於テモ同第二百二十三條ノ刑ノ言渡ヲ爲ス場合及ヒ第二百二十四條ノ無罪又ハ免訴ノ言渡ヲ爲ス場合ノミニ私訴ノ判決ヲ爲スヘキモノトシ第二百二十二條ノ管轄違ノ言渡ヲ爲ス場合ハ之ニ包含セシメス若シ此場合ニ於テ尚ホ私訴ノ裁判ヲ爲スヘキモノトセハ第二百條ノ規定ト牴觸シ即チ公訴ノ裁判ニ先チテ私訴ノ裁判ヲ爲スニ至ルヘシ是レ私訴ヲ附帶セシムル趣意ニ反スルモノニシテ即チ公訴私訴ノ判決ノ牴觸ヲ避ケント欲スレハ公訴ノ裁判ニ先チ私訴ノ裁判ヲ爲スヘカラス從テ公訴ニ付キ管轄違又ハ公訴不受理ノ言渡アリタルトキハ私訴モ亦其訴ヲ不適法トシテ却下スヘキモノトス

上述スルカ如ク我訴訟法ハ一方ニ於テハ私訴附帶ノ性質ヲ貫カントスルノ

附帶私訴

訴訟ノ目的物　私訴　私訴ノ目的及ヒ其一般ノ性質

ノミニ關スル上訴又ハ故障

規定アリ又一方ニ於テハ附帶ノ原因ナキニ拘ハラス尙ホ私訴ノ裁判ヲ爲サシムルノ規定アルノミナラス公訴ハ既ニ確定シ私訴ノミニ付キ上訴又ハ故障ヲ爲ス場合アルコトヲ認メ此場合ニ私訴ハ獨立シテ進行シ尙ホ之ニ付キ刑事裁判所ヲシテ裁判セシムルカ如キ又第二百二十一條ニ依レハ私訴ノ審理辯論ヲ公訴ノ辯論ノ後ニ爲サシメ以テ公私兩個ノ訴訟ヲ接續セシムルニ止マリ之カ調和ヲ缺クカ如キニ至リテハ最モ附帶ノ性質ニ反スルモノト云フヘシ斯ノ如クナレハ私訴ヲ公訴ニ附帶セシムルノ利益ハ(一)私訴ニ付キ事實證明ノ便ヲ得ルコト(二)審理辯論ノ重複ノ煩ヲ避クルコト(三)民事刑事ノ裁判ノ牴觸ヲ避クルコトノ三ニ止マリテ毫モ公訴裁判上ノ便宜ヲ顧ミタルモノニアラサルナリ

附帶私訴ノ準據法ノ原則

私訴當事者間ノ辯論裁判ハ原則トシテ民事訴訟法ニ據ルヘキヤ又刑事訴訟法ニ從フヘキヤト云フニ或ハ曰ク私訴ハ元來其性質民事訴訟ニシテ之ヲ公訴ニ附帶セシムルハ訴訟ノ便宜ニ出テタルナリ故ニ民事訴訟法ニ從フヲ得サル一二例外ノ場合アリト雖モ原則トシテハ民事訴訟法ニ從フモノトスト然レトモ私訴ヲ公訴ニ附帶セシムル以上ハ公訴ト共ニ之ヲ進行セサルヘカラサルヲ以テ從テ民事訴訟法ニ從フコトヲ原則トナスヲ得サルヘシ若シ民事訴訟法ニ從フヲ以テ原則トセハ本法第四條第二項、第二百一條第三項、第二百二十六條第二項、第三百七條、第三百二十三條ノ私訴ニ關スル規定ハ全ク無用ノ規定タリ斯ノ如キ規定アルニ由リテ之ヲ觀レハ私訴ハ本法ニ從フヲ原則トシ本法ニ規定ナキモノハ條理ニ依ルヘキモノナリトス殊ニ民事原告人又ハ被告人ノ訴訟能力ノ如キハ本法ニ規定ナシト雖モ民事訴訟法第四十三條以下ニ依ルヘキモノニアラス條理ニ依テ民事訴訟法ト同一ノ結果タルノミ但被告人ハ公訴ニ付キ訴訟能力ヲ有スレハ從タル附帶私訴ニ付テモ亦訴訟能力アリト云フヘシ又訴訟代理人ノ如キモ同第六十三條以下ノ制限アルモ亦之ニ依ルコトヲ得

附帶私訴

私訴ヲ公訴ニ附帶シテ提起シ得ヘキ時期如何本法第四條ニ依レハ公訴ニ付

提起ノ時期（公訴ノ豫審中附帶私訴ヲ提起スルヲ得ヘキヤ）

キ第二審ノ判決アルマテハ附帶シテ提起スルヲ得ヘキヤ明カナリ然レトモ豫審中私訴ヲ附帶シテ提起スルヲ得ルヤ否ヤハ一ノ疑問ナリ舊治罪法ニハ其第百十條ニ重罪、輕罪ノ被害者公訴ニ附帶シテ私訴ヲ爲サントスルトキハ告訴ト共ニ之ヲ申立テ又ハ告訴ヲ爲シタル後其旨ヲ豫審判事ニ申立ツヘシ豫審判事直チニ被害者ヨリ民事原告人トナルヘキノ申立ヲ受ケタルトキハ檢察官ノ起訴ナキモ公訴、私訴ヲ併セ受理シタルモノトス云々トアリ同第二百三十條ニ依レハ書記ハ豫審終結ノ言渡書ノ謄本ヲ民事原告人ニ送達スヘキノ手續アリテ民事原告人ハ同第二百四十六條ニ依リ私訴ニ付キ豫審判事ニ越權ノ處分アルトキハ豫審終結ノ言渡ニ對シ故障ヲ爲スヲ得ヘク此故障ニ付キ會議局ノ判決アレハ民事原告人ニ更ニ同第二百五十七條ニ依リ此會議局ノ言渡ニ對シ上訴ヲ爲スヲ得ヘシ其他豫審免訴ノ場合ニハ被害者ハ民事裁判所ニアラサレハ要償ノ訴ヲ爲スコト能ハストノ明文（舊治罪法第二一四條參照）ヲ設ケタリ右ノ如ク治罪法ニ於テハ豫審終結ノ通知アリ又故障ヲ爲スヲ得レ

ハ豫審免訴ノ場合ニモ差支ヲ見ス然ルニ本法ニ於テハ此等ノ規定ヲ削除セルヲ以テ豫審免訴ノ場合ニ私訴ノ處分ハ之ヲ如何ニスヘキヤニ付キ疑ヲ生シ終ニ豫審中ハ私訴ヲ爲スヲ得スト云フノ說ヲ爲ス者アルニ至レリ曰ク本法第四條ノ明文ニテハ豫審判事ニ私訴ヲ申立ルヲ得ヘキカ如シト雖モ豫審判事ハ被告人ニ對スル利益又ハ不利益ノ證據ヲ集取スルニ止マリ私訴ニ對シテハ無關係ナリ豫審中私訴ヲ爲シ得ヘシトスレハ免訴ノ場合ニ豫審判事ヨリ私訴ノミヲ公判ニ移送スルカ若クハ私訴ハ當然消滅スルモノト云ハサルヘカラス第一ノ如クセントスルモ刑事訴訟法中私訴ノミ公判ニ移スノ規定ナケレハ之ヲ實行スル能ハス又第二ノ如クセントスルモ一旦裁判所ニ於テ受理シタルモノカ當然消滅スヘキ理由ナシ若シ斯ノ如クセハ公判ニ於テ無罪又ハ免訴ヲ言渡ス場合ニモ尙ホ私訴ニ付キ判決ヲ爲スヲ得スト按スルニ豫審ノ精神ニ反ス故ニ公判以後ニアラサレハ私訴ヲ爲スヲ得スト按スルニ豫審判事ハ私訴ヲ裁判スルノ權ナシト雖モ第四條ニ第二審ノ判決アル迄ハ何時

ニテモ其公訴ニ附帶シ云々トアルニ由テ觀レハ豫審中ト雖モ私訴ヲ申立ルニ妨ケナク即チ公訴ノ提起以後ハ私訴附帶ノ基本ヲ生スルモノナレハ之ヲ提起スルヲ得ヘキナリ又一歩ヲ讓リ第四條ノ第二審ノ判決アルマテ云々トハ第二審ニ於テ始メテ私訴ヲ提起スルコトヲ得ルトノ變例ヲ示スカ爲メニ揭ケタルモノナリト解釋スルモ豫審ノ規定ニ屬スル第百二十三條ニ民事原告人ナル文字アリテ民事原告人又ハ其親屬等ハ豫審判事カ之ヲ證人トシテ宣誓セシムルヲ得ストセリ若シ豫審中私訴ヲ提起スルヲ得ストセハ此文字ハ解スヘカラサルモノナリ故ニ第四條ノ何時ニテモトアル中ニハ豫審中ヲ含ムモノトス而シテ豫審判事ハ公訴ニ付テ最終ノ裁判ヲ爲スノ權ナキカ如ク私訴ニ付テ何等ノ處分ヲモ爲ス能ハサルカ故ニ公訴事件ヲ公判ニ付スルノ決定ヲ爲シタルトキハ其公訴ニ附從シテ公判ニ移付セラルヽモノニシテ此場合ニハ豫審判事ハ私訴ニ付キ單ニ取次ノ機關タルニ過キス又若シ免訴ノ決定ヲ爲シタルトキハ私訴ハ其附帶スヘキ基本ナキニ至リタルカ

民事裁判所ト附帶ニ於ケル刑事裁判所トノ關係

故ニ當然消滅スヘシ其他私訴ハ公判以後ニアラサレハ附帶スルヲ得ストセハ甚タ不當ノ結果ヲ生ス公訴ヲ公判ニ移ス豫審決定ハ舊治罪法ト異ナリ之ヲ被害者ニ通知スルノ規定ナシ從テ被害者ハ私訴ヲ附帶スルノ時機ヲ失フヘシ之ニ反シ檢事豫審ヲ求ムレハ第六十五條ニ依リ其處分ヲ被害者ニ通知スヘキモノトス是レ一ハ私訴申立ノ機會ヲ得セシメンカ爲メナリ唯豫審免訴ノ場合ニ民事原告人ニ之カ通知ヲ爲サヽルハ法律ノ缺點ト云ハサルヘカラス次ニ私訴申立ト終期ハ第二審ノ公訴判決言渡ト爲サヽルヘカラス蓋シ第二審ノ裁判所ハ公訴判決言渡ニ依ル訴訟ヨリ脫離スレハナリ

私訴ヲ公訴ニ附帶セシムルハ犯罪ニ因テ生シタル損害賠償等ヲ請求スルノ唯一ノ方法ニアラス民事裁判所ニモ亦之ヲ訴フルコトヲ得ヘシ然ラハ犯罪ニ基ク損害ノ賠償等ヲ民事裁判所ニ出訴シ中途ニシテ之ヲ公訴ニ附帶セシムルヲ得ルヤ又公訴ニ附帶セシメ民事裁判所ニ移スヲ得ルヤ否ヤト云フニ第一說ハ一途ハ之ヲ抛棄シタルモノト看做ス

訴訟ノ目的物　私訴　私訴ノ目的及ヒ其一般ノ性質

ヘキヲ以テ他ノ裁判所ニ之ヲ移スヲ得スト第二說ハ佛國ニ於テ行ハルヽモノニシテ民事裁判所ヨリ刑事裁判所ニハ之ヲ移スヲ得サレトモ刑事裁判所ヨリ民事裁判所ニ之ヲ移スヲ得ヘシト其理由トスル所ハ私訴ニ付テハ民事裁判所ノ管轄ニシテ刑事裁判所ノ管轄ハ特別ノモノナリ普通ナル民事訴訟ヲ止メ特別ナル手續ニ移スヲ得サルモ特別ノ手續ヲ止メ普通ノ手續ニハ之ヲ移スモ妨ナシトナセリ我國舊治罪法ニ於テハ其第七條ニ於テ此問題ヲ決シ民事裁判所ニ私訴ヲ爲シタルトキハ檢察官カ起訴シタル場合ニ限リ取下ヲ爲シテ更ニ刑事裁判所ニ其訴ヲ爲スヲ得ルモノトシ又刑事裁判所ニ私訴ヲ爲シタルトキ被告人ノ承諾ヲ得テ取下ヲ爲シ更ニ民事裁判所ニ其訴ヲ爲スコトヲ得ルモノトセリ本法ニ於テハ此條ヲ削除シタルモ民事訴訟法第百九十八條ニ從ヒ民事裁判所ニ訴ヲ爲シタルトキハ本案ニ付キ被告ノ第一口頭辯論ノ始マルマテハ被告ノ承諾ナクシテ訴ヲ取下ケ何時ニテモ更ニ公訴ニ附帶スルヲ得ヘク又其口頭辯論ノ終結ニ至ルマテハ被告ノ承諾ヲ得テ之ヲ取下ケ何時ニテモ更ニ公訴ニ附帶スルコトヲ得ヘク公訴ニ附帶シテ訴ヘタル場合ニモ亦同一ナルモノナリトス

第二節　私訴ヲ公訴ニ附帶セシムル結果

既ニ前章ニ述フルカ如ク私訴ハ之ヲ民事裁判所ニ訴フルヲ得ヘク又公訴ニ附帶シテ刑事裁判所ニ訴フルヲ得ヘシ而シテ民事裁判所ニ訴ヘタルトキハ民事訴訟法ニ從フヘク公訴ニ附帶シテ訴ヘタルトキハ本法ニ遵由セサルヘカラス今公訴ニ附帶シテ本法ニ從フノ結果ヲ擧クレハ左ノ如シ

第一　裁判所ノ管轄

一　事物ノ管轄　民事訴訟法ニ依レハ民事訴訟ノ事物ノ管轄ハ裁判所構成法第十四條ノ第一及ヒ第二十六條ニ依リ訴訟物ノ價額又ハ金額カ二百圓以上ナルトキハ地方裁判所ノ管轄ニ屬シ二百圓以下ナルトキハ區裁判所ノ管轄ニ屬スルモノトス然ルニ私訴ヲ公訴ニ附帶シテ訴フルトキハ

其ノ一　裁判所ノ管轄事物ノ管轄

訴訟ノ目的物　私訴　私訴ヲ公訴ニ附帶セシムル結果

キハ其金額ノ多寡ニ拘ハラス公訴ノ繫屬スル裁判所ニ於テ管轄ス即チ價額二百圓以上ナルモ區裁判所ニ於テ之ヲ管轄スルヲ得ヘク又價額二百圓以下ナルモ之ヲ地方裁判所ニ於テ管轄スルヲ得ヘシ（刑事訴訟法第四〇條、第二四條參照）是レ蓋シ私訴ヲ公訴ニ附帶セシムルニ付キ其障碍トナルモノハ努メテ之ヲ排除シタルニ由ルモノトス

二　職務ノ管轄　普通民事訴訟ニ於テハ訴訟ノ提起ハ必ス第一審ノ裁判所タル區裁判所又ハ地方裁判所ニ於テセサルヘカラス而シテ第二審裁判所ハ第一審裁判所ノ判決ニ對スル控訴ヲ裁判スルニ止ルヘシ（裁判所構成法第一四條、第二六條、第三七條參照）然ルニ私訴ハ本法第四條ニ於テ公訴ニ付キ第二審ノ判決アルマテハ之ヲ公訴ニ附帶スルヲ得ルモノト規定セルカ故ニ公訴カ第二審ニ繫屬スルトキハ第一審ヲ經ス直チニ私訴ヲ第二審ニ提起スルコトヲ得ヘシ此場合ニ於テ私訴ニ付キ判決アリタルトキハ其判決ハ第二審ノ裁判ナルカ故ニ私訴當事者ハ其判決ニ對シ控訴權ヲ有

セス直チニ上告ヲ爲スノ外ナキナリ又大審院ノ特別權限ニ屬スル事件ニ私訴ヲ附帶セシムルトキハ之ヲ大審院ハ第一審及ヒ終審トシテ裁判スルモノニシテ私訴當事者ハ控訴、上告ノ權ナキハ勿論ナリ

元來私訴ヲ公訴ニ附帶セシムル程度ヲ第二審ノ判決アルマテニ制限シ上告審ニ至レハ之カ附帶ヲ許サヽル所以ハ上告裁判所ハ下級裁判所ノ裁判ニ關シ法律違背ノ有無ヲ裁判スルニ止リ事實ノ審理ヲ爲サヽルカ爲メナリ故ニ私訴附帶ノ時期ハ常ニ之ヲ事實裁判所タル第二審以下ニ限レリ又第四條ニ依リ私訴ハ第二審ノ判決アルマテハ附帶スルコトヲ得ルカ故ニ第一審ニ於ケル訴ノ原因ヲ第二審ニ至リテ變更スルヲ得ルモノトス是レ亦民事訴訟法ト異ナル所ナリ

三　土地ノ管轄　民事訴訟法ニ依レハ裁判籍ハ同第十條及ヒ第二十條ニ依リ定マルモ私訴ヲ公訴ニ附帶セシムルトキハ土地ノ管轄ハ全ク公訴

ノ管轄ニ從ヒ即チ刑事訴訟法第二十六條以下ノ裁判籍ニ從フモノトス

第二　私訴提起ノ方式

民事訴訟法ニ依レハ訴訟ノ提起ハ同第百九十條第二項ニ規定シタル要件ヲ具備スル訴狀ヲ裁判所ニ提出シテ之ヲ爲ス而シテ又同法ニ於テモ第二百一條、第二百十一條、第三百七十八條第二項、第三百八十一條第三項ノ場合ニ於テハ口頭ヲ以テ訴ヲ爲スヲ得ルト雖モ同第二百二十二條ニ依リ必ス其後ニ於テ書面ヲ提出セサルヘカラス若シ書面ヲ差出サヽルトキハ申立ナキモノト看做セリ私訴モ亦民事裁判所ニ提起スルトキハ必ス此方式ニ依ラサルヘカラサルモ之ヲ公訴ニ附帶セシムルトキハ刑法施行法第六十條ニ依リ必スシモ民事訴訟法第百九十條第二項ノ要件ヲ具備セル書面ヲ提出スルヲ要セス通常ノ文書ヲ以テ之ヲ提起スルヲ得ヘク又口頭ヲ以テモ私訴ヲ爲スコトヲ得ヘシ其他民事訴訟法ニ依レハ控訴ノ提起ハ同第四百一條第二項ノ要件ヲ具備シタル控訴狀ヲ控訴裁判所ニ差出スコトヲ要シ上告ノ提起ハ同第四百三十八條第二項ニ定メタル要件ヲ具備シタル上告狀ヲ差出スヲ要ス私訴ヲ刑事裁判所ノ公訴ニ附帶セシムルトキハ控訴又ハ上告ノ申立ハ本法第二百五十四條、第二百七十三條ニ從ヒ必スシモ其申立書ニ民事訴訟法ノ定ムル如キ要件ヲ記載スルニ及ハサルモノトス

又民事訴訟ニハ民事訴訟用印紙法ニ依リ印紙ノ貼用ヲ要ス然レトモ私訴ヲ刑事ニ附帶スルトキハ刑法施行法第六十條ニ依リ通常ノ文書ヲ以テスルヲ得ルモノナルカ故ニ相當印紙ヲ貼用スルヲ要セス

私訴ノ提起ニハ印紙ノ貼用ヲ要セサルモ私訴判決ノ執行ヲ爲スニハ印紙ノ貼用ヲ要スルヤ抑モ私訴ノ判決ヲ執行スルニハ本法第三百二十三條ニ依リ民事訴訟法ノ規定ニ從フトアルカ故ニ民事訴訟法第五百十六條ニ依リ執行文ノ付與ヲ必要トシ又同第五百二十八條ニ依リ判決正本ヲ被告ニ送達スルヲ要ス然ルニ此二個ノ請求ヲ爲スニハ民事訴訟用印紙法第五條

ニ於テ相當印紙ヲ貼用スルヲ要スルモノトセリ然ルニ私訴判決ノ執行ニ付テハ印紙ヲ貼用スルヲ要セストナス者アリ其說ニ曰ク民事訴訟用印紙ハ民事訴訟書類ニ貼用スヘキモノニシテ刑事訴訟書類ニ貼用スヘキモノニアラス刑事附帶ノ私訴判決執行正本ノ付與申立書ハ刑事訴訟ノ一部ニ屬スレハ印紙ノ貼用ヲ要セスト然レトモ私訴ノ確定判決ハ公訴ノ判決ト共ニ執行スルヲ得スシテ獨立ノ執行ヲ要スルカ故ニ本法第三百二十三條ニ於テ民事訴訟法ニ依リ執行文ノ付與ヲ申請セサルヘカラス既ニ民事訴訟法ニ於テ執行力アル正本ノ付與ヲ申請スル以上ハ民事訴訟用印紙法ニ依リ相當印紙ノ貼用ヲ要スルハ當然ナリト信ス

第三　上訴及ヒ故障

附帶私訴ニ付テハ本法ヲ適用スルヲ以テ原則トナスカ故ニ上訴及ヒ故障期間モ亦民事訴訟法ニ從フヘキモノニアラス故ニ民事訴訟法第二百五十五條、第四百條、第四百三十七條、第四百六十六條ニ依ラスシテ控訴ハ五日（刑事訴訟法第二百五十二條參照）上告ハ三日（刑事訴訟法第二百七十一條參照）抗告ハ三日（刑事訴訟法第二百九十五條參照）故障ハ三日（刑事訴訟法第二百九條參照）ナリトス

第四　再審

私訴ヲ民事裁判所ニ訴ヘタルトキハ同第四百六十七條以下ニ依リ確定判決後取消ノ訴又ハ原狀回復ノ訴ヲ許スモ之ニ反シ私訴ヲ公訴ニ附帶シタルトキハ私訴ニ付テハ再審ノ申立ヲ許サス是レ本法第三百一條ノ再審ノ原因及ヒ第三百二條ニ依リ再審ノ訴ヲ爲シ得ヘキモノヲ檢事、刑ノ言渡ヲ受ケタル者及ヒ其親屬ニ制限シタルニ依リテ明カナリ唯同第三百七條ニ依リ公訴ニ付キ再審ノ訴アリテ上告裁判所ニ於テ其原由アルコトヲ認メタルトキハ之ニ附帶セル私訴ハ公訴ノ判決ヲ破毀スルト同時ニ私訴ノ判決ヲ破毀シテ更ニ審理ヲ爲サシムルモ私訴ハ獨立シテ再審ヲ求ムルコトヲ得サルナリ

第五　假差押假處分

訴訟ノ目的物　私訴　私訴ニ公訴ヲ附帶セシムル結果

分

民事訴訟法ヲ適用スル能ハサレハ附帶私訴ニ於テハ之ヲ爲スヲ得ス

公訴權ノ消滅ト私訴トノ關係

第三節　私訴ノ消滅

公訴權及ヒ私訴權ハ其發生ノ原因ヲ同ウスルモ其消滅原因ハ必スシモ同シカラス公訴權消滅スルモ私訴權存スルコトアリ私訴消滅スルモ公訴存スルコトアリ今公訴ノ消滅原因ニ付キ私訴權ノ存否如何ヲ觀察センカ第一、被告人ノ死去ハ公訴ヲ消滅セシムルモ私訴權ハ元ト私法上ノ權利ナルカ故ニ被告人ノ相續人ニ對シ之ヲ民事裁判所ニ請求スルコトヲ得ヘシ唯公訴及ヒ私訴カ裁判所ニ繫屬中被告人死去スレハ公訴ノ訴訟關係ハ當然消滅スルモ私訴ノ訴訟關係ハ消滅スルヤ否ヤハ問題ナリ公私訴第一審ニ於テ繫屬中被告人死去スレハ附帶私訴ノ關係ハ其成立ノ基本ヲ失フヲ以テ私訴ノ訴訟關係モ亦當然消滅スヘク反之第二審ニ繫屬中死去シタルトキハ當然消滅セス何トナレハ既ニ第一審ニ於テ私訴ニ付キ判決ノ言渡アリタル後ハ私訴ニ對ス

ル上訴ハ以後獨立シテ公訴ニ關係ナク進行スルヲ得ルカ故ニ公訴ノ訴訟關係ノ消滅ニ依リ私訴ハ當然消滅セス此場合ニ於ケル訴ノ承繼ハ裁判所ニ於テ職權ヲ以テ之ヲ爲サシムヘキモノトス是レ亦民事訴訟法第百七十八條ヲ適用スルヲ得サルナリ第二、告訴ノ拋棄ハ之カ爲メニ犯罪行爲ハ消滅スルモノニアラサレハ私訴權ハ依然存在スヘシ第三、公訴ノ確定判決アルモ本法第九條第二項ニ依リ私訴權ノ消滅セサルコトハ明カナリ又無罪免訴ノ公訴確定判決アルモ第五條ニ依リ請求權ハ消滅セサルモノトス第四、刑ノ廢止モ適用スヘキ刑罰ノ消滅スルニ止マリ犯罪行爲ハ消滅セス從テ私訴ハ消滅セサルモノトス第五、大赦ニ付テハ異論アリト雖モ素ト大赦ハ所爲自體ヲ消滅セシムルモノニアラサレハ私訴ノ成立ニ影響ヲ及ホサス唯其第六タル時效ニ付テハ公訴私訴全ク同一ナリキ此原由ノ生シタルトキハ私訴ト公訴ト共ニ消滅スルモノトス以下私訴ノ時效ニ付キ說明スヘシ

私訴ノ時

私訴ノ時效ハ公訴ニ附帶シタルトキト民事裁判所ニ訴ヘタルトキトヲ問ハ

訴訟ノ目的物　私訴　私訴ノ消滅

私訴ノ時效ハ公訴ノ時效ト同一ナラシメタル理由如何

ス公訴ノ時效ト其運命ヲ同ウス詳言スレハ兩者カ其時效期間及ヒ起算點ヲ同ウシ又時效中斷ノ原因モ異ナルナシ但公訴ニ付キ刑ヲ言渡シタル判決確定シタルトキハ私訴ハ民法ノ時效ニ從ヒ且公訴ノ判決確定シタル日ヨリ之ヲ起算スルモノトス（刑事訴訟法第九條乃至第一一條參照）

民事ノ時效ハ刑事ノ時效ヨリ長期ナルニ拘ハラス犯罪ニ基ク私訴ノ時效ハ之ヲ公訴ノ時效ト同一ナラシメタルハ何故ナリヤ立法者ノ趣旨ハ公訴權時效ニ罹リタルトキハ社會ハ既ニ犯罪ヲ遺忘スルモノニシテ國家ハ其犯罪ヲ罰スルヲ得サルナリ然ルニ被害者ハ仍ホ犯罪ヲ原因トシテ私訴ヲ爲スコトヲ得ルトセハ是レ公訴ノ時效ヲ設ケタル趣旨ニ反スト云フニアリ而シテ又公訴ニ付キ有罪ノ確定判決又ハ關席判決アリタル場合ニ限リ民法ノ時效ニ從ハシメタル所以ハ被告人既ニ刑ノ言渡ヲ受ケタルトキハ公訴權ハ消滅スルモ被告人ハ之カ爲メニ犯罪人タルコトヲ確認セラレタルモノナルカ故ニ被害者ハ犯罪ヲ原因トシテ賠償ヲ要求スルモ前述ノ趣旨ト牴觸スル所ナシ

ト云フニアリ

本法第九條第二項ニ於テ公訴ニ付キ刑ノ言渡アリト云フハ確定判決ヲ以テシタル場合ノミナラス關席判決ヲ以テシタル場合ヲモ包含ス何トナレハ關席判決言渡ノ後ハ公訴ニ付期滿免除カ適用セラルヽカ故ニ私訴ノミ獨リ短期ナル公訴ノ時效ニ從フト云フヲ得サレハナリ而シテ關席判決ニ對シ故障ノ申立アレハ關席前ノ程度ニ復シ更ニ公訴ノ時效カ適用セラルヽカ故ニ此時ヨリシテ私訴ノ時效モ亦公訴ト其運命ヲ同フスルニ至ルモノトス

或ハ現行法ノ解釋トシテ第九條ニ於テ私訴ノ時效ハ公訴ノ時效ニ同シト云フハ公訴消滅スレハ私訴ノ附帶ハ消滅スト云フノ規定ニシテ私訴ヲ純粹ナル民事ノ訴トシテ提起スルトキハ民法ノ時效ニ從フヘキモノナリト云フ者アリ然レトモ第九條ノ明文ニ公訴ニ附帶セスシテ其訴ヲ爲シタルトキト雖モ云々トアレハ私訴ハ如何ナル方式ヲ以テ如何ナル裁判所ニ之ヲ訴フルモ犯罪ヲ以テ原因トシタル損害賠償又ハ賍物ノ返還ナリセハ公訴ノ時效ニ從ハサ

訴訟ノ目的物　私訴　私訴ノ消滅

ルヘカラス又斯ノ如クナラサレハ第九條第二項ニ於テ特ニ公訴ニ付キ刑ヲ言渡シタル判決アリタル場合ニ限リ民法ニ定メタル時效ノ例ニ從フトノ例外ヲ設クルノ謂レナキナリ又右論者ハ曰ク本法第五條ニ被告人免訴ノ言渡ヲ受ケタリト雖モ民法ニ從ヒ被害者ヨリ賠償返還ヲ求ムル妨碍トナルコトナカルヘシト規定シアリ而シテ公訴カ時效ニ罹リタルトキハ本法第百六十五條第二百二十四條ニ依リ豫審又ハ公判ニ於テ免訴ヲ言渡スモノナルカ故ニ右第五條ニ依リ私訴ハ公訴ノ時效ニ罹ルト同時ニ消滅セスシテ其時效ハ民法ニ從フヘキモノナリト然レトモ論者ノ如ク第五條ヲ解スルトキハ第九條第一項ト牴觸スヘシ故ニ第五條ノ規定ノ趣旨ハ犯罪ヲ原因トセスシテ他ノ法律關係ニ基クトキハ無罪、免訴ノ言渡アリタル場合ナリト雖モ賠償又ハ返還ヲ請求スルヲ得ルト解釋セサルヘカラス即チ犯罪ヲ原因トシテハ民事裁判所ニ於テモ其請求ヲ爲スヲ得ス是ヲ以テ第五條ニ於テモ單ニ賠償返還ヲ要スル妨碍トナラスト規定シ犯罪ニ因リテ生シタル損害ノ賠償賍物ノ返

私訴ノ時效期間起算點及時效中斷

還云々ト規定セス要スルニ現行法ノ精神ハ公訴時效後ニ於テハ被害者ハ犯罪アリト稱スルコトヲ得サルモノトスルニアリ論者ハ私訴ヲ以テ公訴ニ對スル名稱トナシ其附帶ノ場合ノミヲ偏見シタルカ爲メニ其解釋ヲ誤リタルモノナレトモ私訴トハ附帶ノ場合ニノミ用キル名稱ニアラスシテ犯罪ヲ原因トスル民事ノ請求タルコトヲ忘ルヘカラサルナリ

私訴ノ時效期間其起算點及ヒ中斷ハ被告人ニ對シテモ亦民事擔當人（民法第七一四條第七一五條民法施行法第九條參照）ニ對シテモ公訴ノ時效ト同一ナリトス其故ハ本法第十一條第一項ニ於テ時效ノ中斷ハ民事擔當人ニ對シテモ亦其效ヲ及ホスコトヲ規定セリ此規定ハ公訴及ヒ私訴ノ二者ニ通スルモノナレハ之ニ依リテ時效ノ中斷ハ民事擔當人ニ對シテモ亦被告人ト同一ナリトナシタルコトヲ知ルト同時ニ民事擔當人ハ縱令犯罪者ニアラサルモ私訴時效ノ期間及ヒ起算點ハ之ト同一ナラシムルノ趣旨ナルコトハ明カナリ

以上述フルカ如ク私訴ノ時效ハ公訴ノ時效ト同一ナリト雖モ犯罪ヲ原因ト

訴訟ノ目的物　私訴　私訴ノ消滅

セス犯罪以前ニ存在シタル私法上ノ法律關係ニ基キ賠償又ハ返還ヲ請求スルハ既ニ公訴カ時效ニ因リ消滅シタル塲合ニ於テモ爲シ得ヘキナリ是レ前ニ述ヘタル本法第五條ノ解釋ヨリスルモ敢テ多言ヲ要セサル所トス例ヘハ物件ヲ寄託セシニ受託者之ヲ費消セシ塲合ニ於テ公訴ハ時效ニ因リテ消滅シタルトキハ委託物費消罪ヲ主張シ以テ賠償返還ヲ請求スルコトヲ得サルヘキモ民法第六百六十二條ニ依リ受託者ノ義務ヲ主張シ寄託ノ物件取戻ノ訴ヲ起シ其物件現存セサルトキハ民事訴訟法第百九十六條第三號ニ依リ賠償ヲ求ムルコトヲ得ヘク又竊盜罪ニ付キ其公訴ハ時效ニ罹ルモ物件ノ所有者ハ其所有權ヲ主張シテ取戻ヲ請求スルコトヲ得ヘキカ如シ

私訴ノ時效ハ犯罪ノ日ヨリ起算シ（刑事訴訟法第一〇條參照）公訴ニ附帶シテ其訴ヲ起スト民事裁判所ニ訴フルトヲ問ハス公訴ノ時效ト其期間ヲ同ウシ時效ノ停止ナルモノヲ認メス（刑事訴訟法第九條第一項參照）又第十一條ノ時效云云ノ中ニハ公訴ノ時效ト私訴ノ時效トヲ包含スルモノナルカ故ニ公訴ニ付キ起訴、豫審若クハ公

公訴提起前民事裁判所ニ爲シタル私訴提起ノ效力ハ同時ニ公訴ノ時效ヲモ中斷スル乎

判ノ手續アリタルトキハ公訴ノ時效ト共ニ私訴ノ時效モ亦中斷セラルヽモノトス換言スレハ公訴ノ時效ト私訴ノ時效トハ其中斷ノ原因ヲ同ウシ二者ハ終始其運命ヲ共ニスルモノトス此時效中斷ニ付キテ問題タルヘキハ公訴ノ未タ起ラサル前ニ私訴ノミニ付キ時效期間內ニ民事裁判所ニ起訴シタルトキハ其效力ハ私訴時效ノ經過ヲ中斷スルト同時ニ延テ公訴時效ノ進行ヲモ中斷スルヤ否ヤ是ナリ或ハ此塲合ニハ公訴ノ時效ニ對シテハ何等ノ影響ヲ及ホサヽルモ私訴時效ノ經過ヲ中斷スルノ效ヲ生スト云フ者アルヘシ然レトモ斯ノ如クセハ公私訴其時效ヲ同ウセサルノ結果ヲ生シ第九條ニ於テ私訴ノ時效期間ヲ公訴ノ時效期間ト同一ニシ其運命ヲ共ニセシムル趣旨ニ反スヘシ又或ハ此塲合ニ於ケル私訴時效ノ中斷ハ其效力ヲ公訴時效ノ中斷ニ及ホスヘシト云フ者アリ此說ハ公私訴其運命ヲ同一ニスルノ點ニ於テハ批難ナカルヘシ畢竟此問題ハ第十一條ノ起訴云々トアル中ニハ私訴ヲ民事裁判所ニ提起シタル塲合ヲモ包含スルヤ否ヤニ歸着スヘシ然ルニ若シ之ヲ

包含スルモノトセハ私益ノ爲メニ公益ヲ害スルノ結果トナルヘキヲ以テ第十一條ニハ私訴ヲ民事裁判所ニ提起シタル場合ヲ包含セスト斷定セサルヲ得ス是ヲ以テ私訴ノ時效ハ公訴時效ノ中斷ノ爲メニ自然中斷ノ效ヲ生スルノ外ハ如何ナル手續ニ依テモ他ニ中斷ノ途ナキニ至ルヘシ而シテ此斷定ニ依レハ茲ニ一ノ不都合ヲ生ス即チ私訴ヲ民事裁判所ニ提起シタル場合ニ其訴訟ノ未タ落着セサル中私訴ノ時效經過スルコトアルヘシ此場合ニハ私訴ニ付キ訴ヲ起シタルモ其權利ヲ保護セラレスシテ止ムニ至ル或ハ私訴ノ時效ニ罹リタルヤ否ヤノ問題ハ即チ私訴ヲ提起スルヲ得ルヤ否ヤノ問題ナレハ私訴ヲ提起スル當時ニ於テ決スヘキモノニシテ私訴時效ノ期間內ニ有效ニ私訴ヲ民事裁判所ニ提起シタル以上ハ此問題ハ存セスト云フ理由ヲ以テ右ノ場合ニ私訴ハ消滅セスト論スル者アリ然レトモ第九條ニ於テ公訴ニ附帶セス獨立シテ民事裁判所ニ其訴ヲ起シタルトキト雖モ公訴ノ時效ト其期間ヲ同ウストノ規定アル以上ハ私訴ハ民事裁判所ニ訴ヲ起シタル後ニ於テモ公訴ノ時效ト其期間ヲ同ウセサルヘカラサルカ故ニ此說ハ採ルニ足ラス

要スルニ此不都合ヲ招クハ公私訴ノ時效ヲ終始同一ナラシメタルニ由ル蓋シ已ムヲ得サルノ結果ナリトス

公訴權時效ニ罹レハ私訴權モ亦消滅シ被害者ハ犯罪ヲ口ニスルヲ得スト雖モ公訴ノ時效經過後ニ於テ犯罪ヲ訴訟ノ防禦方法トシテ主張シ得ルハ當然ナリトス例ヘハ犯人カ騙取シタル證書ヲ證據トナシテ民事裁判所ニ金圓ノ支拂ヲ請求シタルトキハ被害者ハ詐欺取財罪ヲ主張シテ其請求ヲ拒ムヲ得ヘシ蓋シ公訴權消滅後ハ犯罪ヲ鳴ラスヲ得ストノ趣旨ヲ貫徹セント欲セハ右ノ抗辯ヲ主張スルヲ得ストナスハ至當ナレトモ元來私訴ノ時效ハ其性質トシテ私訴ノ請求權ヲ消滅セシムルニ止マリ一種ノ防禦方法タル抗辯ハ之カ爲メニ消滅セサルモノトス即チ抗辯ハ相殺ノ抗辯ヲ除クノ外ハ請求權ヲ含マサルカ故ニ時效ニ罹ルコトナキナリ、

公訴ノ時效ニ於テハ其期間ヲ同ウセサルヘカラサルカ故ニ此說ハ採ルニ足ラス

公訴ノ時效ト私訴ノ時效ト

第三編　訴訟行爲

前編ニ於テ刑事訴訟ノ主體及ヒ目的物ヲ說明シタルヲ以テ本編ニ於テハ刑事訴訟ノ內容ヲ說述セントス訴訟行爲ニ付キ民事訴訟法ニ於テハ裁判所ノ訴訟行爲及ヒ當事者ノ訴訟行爲トヲ區別シテ之ヲ論スルヲ至當ノ順序ト爲スモ刑事訴訟法ニ於テハ職權主義行ハルルカ故ニ當事者ハ唯裁判所ノ訴訟行爲ヲ補助スルニ過キスシテ右ノ如ク之ヲ區別シテ論スル能ハス裁判所ノ作用カ主タルモノナレハ以下裁判所ノ訴訟行爲ヲ論述スル而シテ訴訟行爲ノ內容ニ關シテハ(一)各種ノ訴訟行爲(二)訴訟行爲ニ關スル原則(三)訴訟行爲ノ進行順序ノ要點ヲ說カサルヘカラス然レトモ訴訟ノ進行順序ハ次編ニ之ヲ讓リ本編ニ於テハ刑事訴訟ノ各段階タル豫審、公判ニ共通ナル一般ノ訴訟行爲竝ニ訴訟行爲ノ一般ニ共通ナル原則ヲ論スルコトヽスヘシ

豫審公判ニ共通ナル訴訟行爲ノ內(一)訴訟追行ノ作用ヲ爲スモノニ付テハ被告人ノ呼出ヲ論シ(二)強制ノ作用ヲ爲スモノニ付テハ被告人ニ對スル勾引、勾留、物件ニ關スル捜索、差押(三)審理ノ作用ニ付テハ證據ニ關スル行爲及ヒ(四)裁判ノ作用ヲ茲ニ論述スヘシ

各訴訟行爲ニ共通ナル原則トシテハ口頭辯論主義、直接審理主義、公開主義及ヒ訴訟行爲ヲ爲スヘキ時及ヒ場所ニ關スル原則ノ說明ヲ爲スヘシ

第一章　被告人ノ呼出

呼出ノ意義

被告人ノ呼出ハ一定ノ日時ニ裁判所ニ出頭セシムル命令ニシテ故ナク之ニ應セサルトキハ強制ヲ受クヘキ趣旨ヲ含ムモノナリ證人、鑑定人、通事ニ對スル呼出モ亦強制ノ趣旨ヲ含ムモ被告人以外ノ訴訟關係人ニ對スル呼出ハ強制ヲ含マス而シテ呼出ニ應セサル場合ニ制裁ヲ加フヘキコトヲ豫告スル呼

訴訟行爲　被告人ノ呼出

出ハ證人、鑑定人、通事ニ對スル呼出ニシテ被告人ニ對スル呼出ハ此豫告ヲ爲サス

呼出ノ機關

呼出ノ機關ニハ左ノ三ツアリ

第一 呼出ヲ命スル者　呼出ヲ命スル者ハ呼出ニ應セサルトキニ制裁ヲ加フル權ヲ有スル者ナラサルヘカラス其制裁ハ人ノ自由ヲ制限スル勾引、勾留ナルカ故ニ裁判權ヲ有スル者ニ於テ之ヲ爲スヘキモノトス從テ呼出ハ命令ニシテ呼出ヲ命スル者ハ裁判所ナリ但現行犯ノ場合ニハ檢事、司法警察官ハ呼出ヲ命スルヲ得ヘシ

第二 呼出ヲ指揮スル者　指揮トハ執行ノ作用ヲ惹起ス作用ナリ指揮ヲ爲ス者ハ裁判所書記ナリ豫審ニ於テハ裁判所書記ハ執達吏ニ召喚狀ノ送達ヲ委任スルニ止マリ公判ニ於テハ裁判所ノ命令ニ從ヒ書記ノ名義ヲ以テ呼出狀ヲ發ス（刑事訴訟法第二三條第二項參照）現行犯ノ場合ニ檢事カ被告人ヲ呼出ストキハ直接ニ執達吏ニ送達ヲ命シ司法警察官カ呼出ヲ爲ストキハ巡査憲兵

呼出ノ方式

上等兵ヲシテ送達セシム

第三 呼出ヲ執行スル者　豫審ニ於テハ執達吏ニ限リ（刑事訴訟法第七六條第三項前段參照）公判ニ於テハ執達吏及ヒ郵便配達人ヲ以テ執行機關トナス（刑事訴訟法第一九條參照）

呼出ノ方式ハ書面ヲ以テス豫審ニ於テハ召喚狀ヲ發シ（刑事訴訟法第一三條參照）檢事、司法警察官ハ召喚狀ヲ以テ呼出ヲ爲ス召喚狀及ヒ呼出狀ノ內容ハ大體ニ於テ同一ナリ（刑事訴訟法第七六條第一項第二項第二一四條參照）而シテ法廷ニ於テ公判開廷中口頭ヲ以テ呼出ヲ命スルモ無效ニ非ス之ニ關スル規定ナキモ亦之ヲ無效ト爲ス規定ナケレハナリ

召喚狀ニ因リ出頭シタル被告人ハ即時ニ之ヲ訊問シ其訊問ハ出頭ノ日ノ翌日ニ延フルヲ許サス（刑事訴訟法第九九條第二項參照）公判ノ呼出狀ニ因リ出頭シタル被告人ニ對シテ即時ニ公判手續ヲ爲スノ現定ナシト雖モ出頭ノ日ヲ過クルヲ得サルハ當然ナリ若シ出頭ノ日以後ニ於テ公判手續ヲ行ハントスルトキハ更ニ呼出狀ヲ發セサルヘカラス

呼出ノ效力

呼出ノ效力ハ被告人ニ對シ裁判所ノ命スル日時ニ其指定シタル場所ニ出頭スルノ義務ヲ生ス此義務ハ適法ノ呼出アルニ因リテ生スルモノナリ猶豫期間ヲ與ヘスシテ呼出シタル如キ場合ニハ出頭ノ義務ナシ然レトモ適法ノ呼出アリタル場合ニモ此義務ヲ生セサルコトアリ豫審ニ於テ被告人カ疾病其他正當ノ事由アリテ呼出ニ應スル能ハサルコトヲ疏明シタル場合ハ即チ出頭ノ義務ナク此場合ニハ被告人ノ所在ニ就テ訊問ヲ爲サヽルヘカラス（刑事訴訟法第七四條參照）公判ニ於テハ被告人カ精神錯亂又ハ疾病ニ因リ出頭スル能ハサル場合ニ限リ出頭ノ義務ヲ免シ且被告人ノ所在ニ就テ訊問スルコトヲ爲サス痊癒ニ至ルマテ公判ノ手續ヲ中止ス（刑事訴訟法第一八三條第一項參照）蓋シ公判ニ於テハ裁判所カ直接ニ被告人ヲ訊問スルコトヲ要スルカ故ニ出頭ノ義務ヲ免スル場合ヲ制限シ此義務ヲ免スルヤ否ヤヲ裁判所ノ判斷ニ一任セス又被告人ノ所在ニ就テ訊問スルヲ許サヽルナリ

故ナク適法ノ呼出ニ應セサル被告人ニ對シテハ次ノ制裁アリ此制裁ハ出頭

呼出ニ應セサル者ニ對スル制裁

ノ義務ヲ履行セシムルノ方法ナリ

第一　勾引、勾留

第二　闕席判決ノ言渡

第二章　被告人ニ對スル强制處分

第一節　勾留

勾留ノ意義

勾留トハ被告人ヲシテ訴訟ニ現在セシムルヲ以テ目的トシ裁判所ノ勾留狀ニ依リテ被告ヲ逮捕監禁スル命令ナリ刑事訴訟ニ於ケル監禁ハ唯此勾留ノ處分アルノミニシテ外國ニ犯罪人引渡ノ爲メニスル逮捕監禁又ハ外國船舶ノ脫船人引渡ノ爲メニスル逮捕監禁ノ如キモ法律ニ許サルヽ所ナレトモ其目的ハ刑事訴訟ヲ實行スルニ非サレハ茲ニ關係ナキ所ナリトス而シテ勾留ハ未タ罪責確定セサル嫌疑者ノ身體ノ自由ヲ勾束スルモノナレハ一定ノ原

勾留ノ條件（一定ノ原因）

因ナカルヘカラス

第一 勾留ニハ公訴ノ提起アリタルコトヲ條件トス（イキ）即チ豫審判事及ヒ公判裁判所カ勾留スルヲ原則トスレトモ本法第百四十四條及ヒ第百四十六條ニ於テハ起訴前ニ檢事カ勾留ヲ爲シ得ル場合ヲ認メタリ

所爲ニ關スル要件

第二 勾留ニ付キ一般ニ必要ナル條件ハ充分ナル嫌疑ノ存スルコト是ナリ即チ

一 一定ノ人カ其所爲ヲ行ヒタリトノ嫌疑

二 其所爲カ犯罪ナリトノ嫌疑アルコトヲ要シ單ニ犯罪ヲ爲シタリトノ推測ノミニテハ勾留スルコトヲ得ス

身上ニ關スル要件

第三 勾留ヲ爲スニハ前項條件ノ外尙ホ被告人ノ身上ニ關スル他ノ特別條件ヲ要ス即チ

一 被告人ノ逃亡スル恐アルコト

二 被告人カ罪證ヲ湮滅スル恐アルコト

逃亡ノ意義

是ナリ逃亡ノ恐ニハ事實ニ基ツクコトアリ又ハ法律上ノ推定ニ依ル場合アリ茲ニ所謂逃亡トハ普通意義ノ如ク狹キモノニアラス廣ク訴訟上ノ意義ニ解スヘキモノニシテ即チ犯罪人カ遠隔ノ地又ハ外國ニ渡航スルカ如キ場合ノミナラス近傍ニ潛伏スル場合又ハ所在ヲ移シ若クハ姓名ヲ變スルカ如キ場合ヲモ包含スヘシ但此等ノ場合ニ於テ勾留ノ處分ヲ爲スニハ逃亡ノ事實ノ十分確定スルヲ要スルモノニシテ若シ逃亡ヲ推知スヘキ一定ノ事實ナキトキハ之ヲ勾留スルコト能ハサルモノトス（獨逸訴訟法ニ於テハ勾留狀ニ其事實ヲ記載スルヲ要ス是レ人身ノ自由ヲ重ンスルカ故ナリ）本法第七十二條第一號ニ被告人住所不定ノトキハ直チニ勾引狀ヲ發スルコトヲ得ト規定セルハ是レ勾留ノ原因ヲ推定スルモノニシテ被告人ノ住所不定ナルトキハ法律上逃亡ノ恐アリト推定シタルナリ而シテ逃亡ノ恐アルコトハ勾留原因中最モ重要ナルモノニシテ今日此逃亡ノ恐アルコトノ外他ニ勾留ノ原因ト爲ス可キモノナシトノ學說ヲ唱フモノアリ即チ罪證ノ湮滅ノ如キハ被告人ヲ勾留スルモ其親族等ニ於テ之ヲ圖ルヲ以テ之

罪證湮滅ノ意義

ヲ勾留ノ原因ト爲スニ足ラストノ趣旨ナリ然レトモ司法ノ實際ニ付テ之ヲ見レハ逃亡原因ノミニ限ルヘキニ非サルナリ

被告人カ罪證ヲ湮滅スル恐アルトハ其罪責ヲ確ムヘキ證據ニ付キ即チ不利益ノ證據ニ關シテ犯罪ノ痕跡ヲ蔽ヒ又ハ共犯者若クハ證人ト爲ルヘキ者ニ虚僞ノ陳述ヲ爲サシメントスルカ如キヲ謂フ而シテ湮滅ノ恐ハ將來ノモノナラサルヘカラス從令過去ニアリテ斯ル恐アリタリトスルモ以後其恐ナキニ於テハ勾留ノ必要ナカルヘシ又本法ニ於テ證據ノ湮滅ヲ恐ルヽ所以ノモノハ專ラ罪責ノ歸スル證據ヲ左右スルヲ慮ルニ外ナラスシテ被告人ノ利益ノ證據ニ付テ云フモノニアラサルハ勿論ナリトス

第七十二條第三號ノ如キハ將來他ノ犯罪ヲ爲シ又ハ未遂犯ヲ遂ントスルノ危險ヲ豫防スル目的ニ出テタルカ故ニ之ヲ以テ刑事訴訟ノ爲メニスル勾留ノ原因トナスハ其當ヲ得ス但現行法ノ精神ハ此場合ヲモ勾留ノ原因トナシタルカ如シ

如何ナル種類ノ犯罪ニ付キ勾留ヲ命スヘキヤ

勾留ハ如何ナル種類ノ犯罪ニテモ必ス命スヘキモノト云フヲ得ス常ニ判事ノ斟酌ニ依ルモノニシテ縱令事件ノ重罪ナルトキト雖モ必ス拘留ヲ爲ス可キモノニ非ス外國ノ立法ニ於テハ重罪事件ニハ勾留ヲ爲ス可キモノト定ムルモノアレトモ我現行法ハ之ヲ採ラス

又勾留ハ被告ニ採リ重大ナル自由ノ拘束ナレハ輕微ノ罪ニ付テハ其權衡ヲ失スルカ故ニ之ヲ許サス即犯罪カ罰金以下ノ刑ニ該ルモノナルトキハ之ヲ許サス（刑事訴訟法第七五條、第一七八條第二項參照）而シテ其犯罪カ禁錮以上ノ刑ニ該ルヘキヤ罰金以下ノ刑タルヘキモノナルヤハ訊問ノ後ニアラサレハ之ヲ定ムルコトヲ得サルカ故ニ豫審ニテモ將タ公判ニテモ常ニ被告人ヲ訊問シタル後ニアラサレハ拘留スルコトヲ得ス但豫審ニテ被告人カ逃亡シタルトキハ其訊問ヲ爲サスシテ直チニ勾留スルコトヲ得ヘシ

勾留ヲ命スル權ハ公判裁判所、豫審判事及ヒ受託判事、受命判事ニ屬ス（刑事訴訟法第七〇條、第一七八條參照）但現行犯ノ場合ニハ檢事モ亦之ヲ命スルコトヲ得レトモ司法警

勾留テ命スル權アルモノ

察官ハ現行犯ノ場合ニ於テモ勾留狀ヲ發スルコトヲ得ス（刑事訴訟法第一四四條、第一四六條參照）控訴裁判所モ亦勾留ヲ命スルコトヲ得レトモ上告裁判所ハ此權ナシ何トナレハ上告審ニ於テハ法律ノ違背ノミヲ審査スルモノニシテ事實關係ノ確定及ヒ揭酌ヲ爲スヘキモノニアラス然ルニ逃亡ノ恐アルヤ否ヤハ即チ事實ノ關係ニ屬スル判斷ナレハナリ

勾留ハ裁判ノ確定ニ至ルマテハ其效力ヲ有スルヲ原則トスレトモ左ノ場合ニ於テハ訴訟ノ進行中ト雖モ勾留ハ消滅ス

第一　罰金以下ノ刑ニ該リ釋放又ハ取消ノ言渡アリタルトキ（刑事訴訟法第六條、第八六條、第一六條參照）

第二　控訴裁判所ニ於テ無罪、免訴、公訴不受理又ハ管轄違ノ言渡ヲ爲シタルトキ但管轉違ノ判決ト共ニ勾留狀ヲ保存スルトキハ此限ニ非ス（刑事訴訟法第二七條、第二六二條第一項參照）

右ノ外ハ如何ナル場合ニ於テモ被告事件ノ終了セサル間ハ勾留狀ヲ取消ス

コトヲ得ス例ヘハ無罪ノ見込立チタル場合ニ於テモ亦之ヲ取消スコトヲ得サルナリ或ハ曰ク豫審判事ハ既ニ勾留狀ヲ發スルノ權アルモノナレハ之ヲ取消スノ權モ亦當然有セサルヘカラスト然レトモ論者ノ說ノ如クセハ本法第八十六條ハ贅文ニ屬スルナキカ即チ同條ニ於テ被告事件禁錮以上ノ刑ニ該ルヘキモノニアラサルトキニ限リ勾留狀ヲ取消スヲ得ト定メタル以上ハ反面ヨリ推定シテ其他ノ場合ニハ之ヲ爲シ能ハサルノ精神ナルコトヲ知ルニ足ルヘシ然ルニ勾留ハ一ノ裁判ナリ裁判ハ之ヲ爲シタル裁判所ニ於テ取消シ得サルコトヲ原則トス然ラハ則チ第八十六條ハ全ク此原則ノ例外ノ規定ニアラサルナキカ然ルニ唯茲ニ不都合ナルハ數人ノ共犯人アル場合ニ豫審判事カ其一人ハ無罪ナリト思料スルモ他ノ者ニ對シテ未タ取調ヲ終ラサルトキハ無罪ノ見込アル一人ニ對シテモ豫審終結ノ處分ヲ爲スヘカラスシテ數人共犯ノ取調ノ終ルヲ待タサルヲ得サルノ結果不當ニモ勾留ヲ繼續セシメサルヘカラサルコト是ナリ尤モ此場合ニ於テハ保釋又ハ責付ヲ爲スノ

途アレトモ保釋ハ被告人ノ申立ヲ要シ又此等ハ共ニ檢事ノ意見ヲ聽クヲ要シ又其效力ニ於テモ勾留ノ執行ヲ一時停止スルニ過キスシテ勾留ノ取消ト

勾留狀ノ內容

ハ大ニ其趣ヲ異ニスルモノナレハ此等ノ場合ニ於テ勾留狀取消ノ規定ヲ設ケサリシハ蓋シ法律ノ缺點ナリト云フヘシ

勾留狀執行ノ機關

勾留狀ニ依テ執行セラルヽモノトス勾留狀ノ內容ハ本法第七十六條ノ規定スル所ニシテ被告人ノ人違ナキヲ知ラシムル爲メ其氏名及ヒ被告事件等ヲ記載セサルヘカラス尙ホ判事及ヒ書記ノ署名捺印ヲ要スルカ故ニ若シ被告人逃走セル場合ノ如キハ電報ヲ以テ之ヲ發スルコトヲ得サルナリ又第九十二條第二項ニ於ケルカ如ク書記ノ署名捺印ヲ求ムル暇ナキ場合ニ於テモ豫審判事ハ自己ノ署名捺印ノミニテハ令狀ヲ發スルコトヲ得ス檢事ノ發スル場合モ亦然リ

拘留狀執行ノ機關ハ巡査、憲兵卒ナリ（刑事訴訟法第七六條第三項參照）在監中ノ被告人ニ對シ發シタル勾留狀ハ司獄官吏之ヲ執行ス（刑事訴訟法第八四條參照）而シテ之ヲ指揮スル者ハ檢事ナリ是故ニ巡査、憲兵卒ハ令狀ヲ執行シタル後ハ之ニ關スル書類ヲ檢事ニ差出スヘキモノトス（刑事訴訟法第七七條第四項參照）

勾留狀執行ノ方法

勾留狀執行方法ノ大要ハ本法第七十七條乃至第七十九條ニ規定シ又勾留狀ニ依テ被告人ヲ逮捕シタル後ノ手續ハ第八十二條ノ規定スル所ナリ第七十九條第二項ハ令狀執行地ノ指揮權者ニ執行スヘキ認可ヲ求ムルノ趣旨ナレハ必スシモ執行前ニ其認可ヲ求ムルヲ必要トセス而シテ又豫備後備ノ軍籍ニアラサル軍人軍屬ニ對シテ令狀ヲ執行スル場合ハ軍事上ノ義務ト調和スル爲メ例外トシテ其所屬長官ノ補助ヲ受クルモノト定メタリ（刑事訴訟法第八十一條參照）然レトモ軍人ハ通常裁判所ノ被告人タル場合ナキヲ以テ此規定ハ軍人ヲ誤リ常人トシテ訴タル場合ノ外ハ其適用ヲ見サルナリ又勾留中ノ被告人ノ自由トシテ認メラルヽモノニ付テハ第八十五條ニ規定ス同條ニ定ムル監房ノ別異ハ舊時ノ密室監禁ト異ルヲ以テ特ニ之ニ關スル言渡ヲ被告人ニ送達スルヲ要セス

勾留狀ノ執行ヲ論スルニ當リテハ其效力ヲ研究スルノ必要ヲ見ル勾留狀ノ效力ハ裁判所ノ管轄ニ因リテ制限セラルヽ所ナク我裁判權ノ及フ限リハ全國ニ於テ其效力ヲ有ス故ニ之ヲ執行スルハ何レノ監獄署ニ於テ爲スモ可ナリ本法第八十二條ニ依レハ勾留狀ヲ受ケタル被告人ハ速ニ之ヲ其令狀ニ記載シタル監獄署ニ引致スヘシトアリテ恰モ令狀ニ記載シタル監獄署ニ於テノミ執行スヘキカ如キ外觀アリト雖モ必スシモ然ルニアラス例ヘハ被告人カ控訴ヲ爲シタルトキハ第二百五十六條第二項ニ依リ被告人ヲ控訴裁判所ノ監獄署ニ移サヽルヘカラス此場合ニ於テモ尙ホ前ノ勾留狀ヲ以テ執行スルモノナリ勾留狀ハ一ノ裁判ナレハ全國ニ於テ其效力ヲ有ス從テ第百六十四條第二百二十二條ニ規定スルカ如ク裁判所ハ縱令管轄違ノ言渡ヲ爲ス場合ニ於テモ之ヲ發スルコトヲ得ルナリ然レトモ勾留狀ヲ帶行シテ他管內ニ於テ逮捕スル場合ニハ他管內ノ豫審判事、檢事又ハ司法警察官ノ認可ヲ得ルヲ要ス（刑事訴訟法第七九條參照）此制限ハ不便且不當ノモノニシテ勾留狀ノ效力ニ關スル觀念ト相容レサルモノナリ

勾留狀執行ノ制限左ノ如シ

第一 執行方法ニ關スル制限　一般ニ時ニ關スル執行ノ制限ナキモ本法第七十八條第三項ニ唯家宅捜索ノ時ニ關スル制限アリ同條但書ニ規定スル衆人ノ出入スル場合ハ其例外ヲ爲スモノナリ此場合ハ公開ノ場所ニ限ラルヽカ故ニ家人ノ居室ノ如キハ之ニ屬セス

第二 場所ニ關スル制限　通常裁判所ノ裁判權ノ行ハルヽ場所ト雖モ他ノ機關ノ補助ナケレハ勾留狀ヲ執行シ得サルコトアリ軍艦、兵營內ノ如キ之ニ屬ス是レ第八十一條ヨリ推知スルヲ得ルモノニシテ此場所ニ於テ常人ヲ逮捕スルトキモ亦補助ヲ求ムルヲ要ス

第三 人ニ關スル制限　通常裁判所ノ裁判權ニ服セサル人ニ對シテハ執行スルヲ得ス即チ外國公使ノ如キ又憲法第五十三條ニ於ケル場合ノ如キ是ナリ

右ノ制限ヲ以テ令狀執行ノ命ヲ受ケタル巡査憲兵卒ハ其執行ヲ爲スカ爲メニ被告人其他ノ者ノ家宅ヲ捜索スルコトヲ得此場合ニ於テハ市町村長又ハ其差支アルトキハ隣佑二名以上ノ立會ヲ要シ且捜索調書ヲ作ルヘキモノトス（刑事訴訟法第七八法參照）

逮捕狀ノ要件及效力

第二節　逮捕狀

本法第七十七條第一項ニ依レハ令狀ハ數通ヲ發シテ之ヲ數人ノ巡査、憲兵卒ニ分付スルヲ得ルモ此方法ヲ以テシテモ尙ホ不充分ナル場合アルヘキカ故ニ爰ニ逮捕狀ノ必要ヲ生スルモノトス豫審判事ハ被告人ノ所在地ヲ知ルコト能ハサルトキハ各檢事長ニ被告人ノ逮捕ヲ請求シ各檢事長ハ其管內ノ檢事ニ逮捕狀ヲ發セシム（刑事訴訟法參照第八〇條）此逮捕狀ハ勾留狀ト同一ノ效力ヲ有スルモノナレハ之ヲ發スル條件モ亦同一ニシテ禁錮以上ノ刑ニ該ルヘキ場合ナラサルヘカラス又其方式モ同一ナリトス而シテ此逮捕狀ハ勾留狀ノ執行方法ニアラサルヲ以テ勾留狀カ既ニ發セラレタルコトヲ條件トセス全ク勾留狀ヨリ獨立シタル處分ニ屬ス

右ノ逮捕狀ヲ發センコトヲ檢事長ニ求ムル權利ハ豫審判事ノ特權ニシテ公判ニ於テハ此請求ヲ爲スヲ得サルモノトス

本法ノ認ムル逮捕狀ハ上述被告人ヲ逮捕スル爲メニ發スルノ外判決執行ノ爲メニ發スルモノアリ第三百十九條三項是ナリ即チ體刑ノ言渡ヲ受ケテ其執行ヲ免カレタルモノニ付テハ檢事ハ逮捕狀ヲ發スルコトヲ得而シテ茲ニ所謂體刑トハ死刑及ヒ自由刑ヲ併稱スルモノナリ又此逮捕狀ハ闕席判決ヲ受ケテ執行ヲ逃レタル者ニ對シテモ發スルコトヲ得ヘシ闕席判決ノ場合ニ發スル逮捕狀ノ效力ハ勾留狀ト同一ナリトス故ニ故障申立後闕席前ノ程度ニ復シタル後ニ於テモ此逮捕狀ヲ以テ被告人ヲ勾留スルモノナリ

豫審ニ於テハ勾留狀、勾引狀、召喚狀ヲ併セ令狀ト稱シ逮捕狀ハ令狀ト稱セス（刑事訴訟法第六條參照）

訴訟行爲　被告人ニ對スル强制處分　勾留

第三節　保釋及ヒ責付

立法ノ理由

勾留狀及ヒ逮捕狀ハ前節述フルカ如ク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强制ニ換フルニ精神上ノ强制ヲ以テシ金錢又ハ有價證券ヲ差出サシメ若シ被告人呼出ニ應セサレハ之ヲ沒收スルノ方法ヲ設ケ以テ之ヲ檢束ス即チ保釋是ナリ責付ハ之ト異リ被告人以外ノ者ニ責任ヲ負擔セシメ被告人ノ出頭ヲ確保スルノ方法ナリ

保釋ノ制度

保釋ノ許可

保釋ノ制度ハ左ノ如シ

第一　保釋ハ逃走ノ恐レアル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ヽニアラス保釋ヲ許スト否トハ裁判所ノ自由ナリトス（刑事訴訟法第一五一條、第一五〇條參照）外國ノ立法ニ於テ重罪事件ニ付テハ

保釋ノ申立

必ス勾留ヲ爲スヘキモノト爲ス法制ニ於テハ此場合ニ保釋ヲモ許サス

保釋ノ效力

第二　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强要スヘキニアラス被告ノ申立ニ因リ之ヲ許スヘキモノナリトス

保釋ノ時期

第三　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ヽルヘカラス（刑事訴訟法第一六五條參照）

第四　保釋ハ勾留セラルヽ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若シ保釋ヲ爲シ能ハストスルトキハ故ナク勾留ヲ繼續セシムルノ結果ヲ生スヘシ總テ保釋責付ニ關スル豫審ノ規定ハ公判ニ準用セラルヽモノナリ尚ホ當ニ公判ノミナラス訴訟手續ノ進行中ハ上級審ニ於テモ之

訴訟行爲　被告人ニ對スル强制處分　保釋及責付

ヲ許スコトヲ得ヘシ而シテ上告裁判所ニ繫屬中ハ保釋ノ許否ヲ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控訴裁判所ハ既ニ終局判決ヲ言渡シ訴訟ヨリ脫離スルモ被告ノ自由ニ關スル處分ハ例外トシテ尙ホ控訴審ニ殘有スルモノトス又上訴期間中ハ執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

保釋ノ方法

第五 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

保釋ノ取消

保釋ハ之ヲ取消スコトヲ得ヘシ即チ保釋ヲ與ヘタル判事ハ事件ノ保釋ヲ與フル當時ノ程度ニ於テ言渡シタル保釋金ヲ以テ被告人ノ逃走ヲ防クコトヲ得ヘシト認ムルニ依ルモノナレハ後日ニ至リ其關係變更シテ言渡シタル保證金ニ重キヲ置クコト能ハサルノ形勢ヲ呈シタルトキハ之ヲ取消シ得ヘキハ敢テ疑ヲ容レサル所ナリ即チ保釋ヲ取消ス場合ハ左ノ如シ

第一 被告人呼出ニ應セサルトキ（刑事訴訟法第一五三條乃至第一五六條參照）尙ホ此場合ハ保證金ヲ沒收スルモノトス然レトモ豫審判事カ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（刑事訴訟法第一五七條照照）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

第二 裁判所ニ於テ必要ト認メタルトキ（刑事訴訟法第一五六條第二項參照）此場合ハ保證金ヲ還付ス（同上第一五八條參照）

保釋中ノ被告人ニ對シ其被告事件ニ付テ公判ニ付スル豫審終結決定アルモ禁錮以上ノ刑ヲ言渡スモ保釋ハ當然ニ消滅スルモノニアラス殊ニ重罪ノ刑ニ該ルモノト認メラルヽモ當然消滅スルモノニ非ス然レトモ其判決

保釋サヽル決定ニ對スル異議ノ申立

保釋ヲ許サヽ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（刑事訴訟法第一五二條第二項參照）ルモ檢事ハ保釋ヲ許シタルヲ不當トシテ異議ヲ申立ツルヲ得ス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ヽルモ此異議ヲ申立ルヲ得

責付ノ制度

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ナリ而シテ此責付ナルモノハ被告人ノ請求ヲ待ツニ及ハス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（刑事訴訟法第一五九條第二項參照）責付ノ取消ハ第百六十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

勾引ノ意義

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强制スル命令ニシテ强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査、憲兵、上等兵ナリ勾引ハ勾引狀ヲ以テスルヲ方式トス

豫審ニ於テ發スル勾引狀

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（刑事訴訟法第七二條參照）

公判ニ於テ發スル勾引狀

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（刑事訴訟法第一七八條第一項參照）

勾引狀ノ

右ニ述ヘタル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

時ニ關スル效力

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或ハ勾引狀ニ依リ勾引セラレタル被告人ヲ訊問スルモ禁錮以上ノ刑ニ該ルヤ否ヤヲ判別シ得サルトキハ勾留狀ヲ發スルコトヲ得サルカ故ニ四十八時間ヲ經過スルモ尙ホ留置シ得ルトノ說ヲ爲ス者アルモ是レ正當ノ解釋ニアラス四十八時間ヲ經過スルトキハ常ニ之ヲ釋放セサルヘカラス然ラサレハ拘引狀ニ拘留狀ノ效力ヲ付スルノ結果ヲ生スヘケレハナリ

勾引狀ノ場所ニ關スル效力

次ニ疑問ヲ生スルハ拘引狀ヲ以テ被告人ヲ引致シ來ルトキハ其四十八時間內ハ如何ナル場所ニ置クヘキカ第八十二條ニ依レハ勾留狀ヲ以テセサレハ監獄署ニ引致スルコト能ハサルヲ以テ勾引狀ニテハ典獄ハ被告人ヲ受取ラサルヘク去レハトテ裁判所ニ於テモ之ヲ置クノ場所アラサレハ現今ノ實際ニ於テハ勾置場ニ留置セリ是レ明治十四年布告第十九號ニ基クモノナリトス

罰金以下ノ刑ニ該ヘキモノニ對シ勾引狀ヲ發シ得サルコトヲ得ルヤ否ヤ

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否ヤ是ナリ之ヲ發スルコト能ハストナス者ハ本法第百七十八條及ヒ第二百十四條ニ基キ立論シテ曰ク公判ニ於テハ裁判長ハ禁錮以上ノ刑ニ該ルヘキ被告人ニアラサレハ勾引狀ヲ發スルコト能ハス又第二百十四條ニ依レハ禁錮以下ノ刑ニ該ル犯罪ノ被告人ハ代人ヲ出頭セシムルコトヲ許セリ果シテ然ラハ豫審ニ於テモ其精神ハ蓋シ同一ナルヘケレハナリト然レトモ此說ハ正當ニアラス豫審ノ性質ト公判ノ性質トヲ比較スルトキハ其誤リナルヲ知ルヘシ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ノ點ヲ見出ス能ハス又公判ニテハ關席判決アルモ豫審ニテハ關席ノ終結決定ナル規定ハ存在セス是故ニ公判ニ

勾引狀ノ方式、效力、執行及其制限

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留狀ノ規定ニ至リ始メテ之ヲ見ル若シ反對論者ノ言フカ如クナランカ第七十五條ハ畢竟贅文タルニ終ラン又第百十八條ニ依レハ證人ト雖モ尙ホ且勾引スルコトヲ得ヘシ然ルニ被告人ヲ勾引スルコト能ハスト云フニ至テハ解シ得サルノ說ト言ハサルヘカラス

勾引狀ノ方式ハ第七十六條ニ依リ勾留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留狀ト同一ナリトス

第三章　物件ニ對スル强制處分

物件提出ノ義務ヲ認メタル立法ノ理由

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去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法律ニ於テ其方法ヲ設クルノ必要アリ而シテ此目的ヲ達セン カ爲メニハ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或ハ此義務ヲ現行法ニ於テ認メストナス者アリ然レトモ勾引狀勾留ノ强制處分ハ出頭ノ義務存スルカ故ニ認メラルヽモノナリ又第百十三條ハ或物件ニ付テ提出ノ義務アルコトヲ規定セリ而シテ提出ノ義務ハ原ト何人ニ對シテモ絕對ニ行ハルヘキモノニアラスシテ本法ノ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、被告人ニ對スル場合是ナリ（刑事訴訟法第一一四條參照）或學者ハ被

物件提出義務ノ性質

告人ハ物件提出ノ義務ヲ強制セラルヽコトアリト云フモ輓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ヽ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若シ然ラサルモノトセハ第百二十五條ニ揭ケタル者ニ比シテ甚タシク權衡ヲ失スルニ至ルヘケレハナリ論者ノ說ハ畢竟提出ノ義務ノ不履行ヲ差押ノ條件ト思料シタルニ因ルナラン然レトモ物件提出ノ義務ト差押トハ全ク相獨立スルモノナルコトハ後ニ詳論スル所ニ依リテ明カナルヘシ

物件提出義務ノ性質ヲ見ルニ物件所持者ハ裁判所ノ請求ナクンハ自ラ進ンテ物件ヲ裁判所ニ提出スルノ義務アルモノ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ヽル所ナリ

物件提出ノ義務ト物件差押トノ關係

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何トナレハ第一、此義務ハ物件カ被請求者ノ手ニ在ルコト確定シ其物件カ一定セルコトヲ要シ第三、此義務ヲ強制スル方法モ刑法第百四條ノ制裁アルノミナレハ一度此制裁ヲ科スルトキハ亦再ヒスルヲ得サルカ故ニ往々ニシテ遺漏ナキヲ得サルナリ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ハ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差押ハ物件提出義務ノ存在セサル場合ニ於テ始メテ生スルモノニアラス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

差押ノ意義

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內ヨリ强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而シテ此差押ニ關スル我刑事訴訟法ノ精神ハ蓋シ動產物ニ限ルモノニシテ若シ不動產ニ關スルトキハ檢證ノ方法ニ出テサルヘカラサルモノヽ如シ又任意ニ提出シタル物件、犯所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

差押ヲ命スル權アル者ハ原則トシテ裁判所ナリ即チ判決裁判所、豫審判事及ヒ受命判事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ヘシトノ論スル者アル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セ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ヲ原則トスルノ例外タルノミ法律ハ特ニ此場合ニ限リ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本審タル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

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ヽコトナシ是故ニ差押ヘラレタル物件ニ關シテ取結フ所ノ契約ハ總テ有效ナリトス唯契約ノ履行カ一時裁判所ノ占有ノ爲メニ妨ケラルヽノミニテ其障碍ハ裁判所ノ差押ノ消滅ト共ニ消滅スヘシ

差押解除ノ時期

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法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等言渡ノ確定ニ因テ差押ハ解除セラルヽモノトス（刑事訴訟法二〇二條刑事訴訟法施行法第六一條參照）

差押物件還付ノ言渡ノ效力

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刑法施行法第六十一條ノ規定ニ被害者ニ賍物ヲ還付スル場合ニ於テ被害者ノ所有權ヲ認ムルノ趣旨ニ非スシテ假ニ占有ヲ爲サシムルニ過キス

差押ノ手續

差押ノ手續ハ本法第百六條乃至第百八條及ヒ第百十一條ニ明記セル所ナリ

第三節　差押ノ目的物

原則

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

人ニ關スル例外

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捜索、差押ヲ許サス（日獨、日白領事職務條約）又內國主權者ノ手ニ在ル物件モ亦差押フルコトヲ得サルモノトス茲ニ注意スヘキハ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サルコト是ナリ即チ此適例ハ軍人ナリ軍人ハ被告トナスヲ得ス軍人ハ被告人トシテ通常裁判權ニ服セ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何トナレハ此場合ニ於テハ軍人ハ第三者タル地位ニアレハナリ唯軍艦、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

官廳ニ對シテモ物件ヲ差押フルコトヲ得ヘシ或ハ第百十三條ノ場合ノミニ限リテ差押フルコトヲ得テ他ノ場合ニ於テハ之ヲ爲スヲ得スト言フ者アルモ第百十三條ハ物件提出ノ義務ヲ定メタルモノニシテ差押ヲ規定シタルモノニハアラサルナリ

物件ニ關スル例外

第二　物件ニ關スル例外

一　第百二十五條ニ揭ケタル者ノ所持スル物件ニシテ且默祕スヘキ義務アルトキ（刑事訴訟法第一一四條參照）ハ提出ヲ爲サシメ又ハ差押フルコトヲ得

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但是レ第百二十五條ニ揭クル者カ第三者タル地位ニ在ルトキヲ謂フモノニシテ被告人ノ共犯又ハ罪證隱蔽罪等ノ事後ノ從犯ナリシ場合ニハ此適用ナキモノナリ茲ニ注意スヘキハ勾留セラレタル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ヘキコト是ナリ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

憲法ハ信書通信ノ祕密ヲ侵スコトヲ禁スレトモ刑事訴訟法ニ於テハ信書ノ內容ノ祕密ニ限リ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ハ郵便電信局ニ命シ强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披ヲ得セシメタルモノナリ故ニ此例外ハ差押ヲ得サルノ例外ニ非スシテ差押方法ニ關スル例外ナリ而シテ第百十三條ノ適用ヲ受クヘキ場合ハ郵

便電信官署ノ取扱中ノ物件ニ限リ既ニ取扱濟ニ係ルモノハ他ノ物件ト同一ナル捜索差押ノ手續ニ出テサル可ラス蓋シ第百十三條ハ取扱中ノ物件ニ對シ差押方法ヲ制限シ之ヲ保護スルノ趣旨ニ出タルモノナレハナリ(郵便法第四四條、電信法第三一條參照)

第四節　捜索ノ意義

捜索ノ必要

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ス然レトモ裁判所ハ豫メ物件ノ所在ヲ知ルコト能ハサルヲ以テ茲ニ物件捜索ノ必要ヲ生スルモノトス然レトモ此捜索ナルモノハ犯罪ニ關係セサル者ニ對シテハ甚タ迷惑ヲ被ムラシムルモノナレハ法律ハ一方ニ於テハ不當ノ捜索ニ對シテ一私人ノ權利ヲ保護シ他方ニ於テハ不當ノ拒絶ニ對シテ公益ヲ保護セサルヘカラス

捜索ノ意義

刑事訴訟ニ於テハ捜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捜索トハ證據物、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捜索ト差押トハ獨立シテ存在スヘカラサル方法ナリ尚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捜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、勾留ト家宅捜索トノ關係ハ處分ト其準備手段トノ關係ナリトス

捜索ノ受働者

第百四條ニ依レハ捜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然レトモ物件藏匿者ノ故意アルトキノミニ限ラス何人ト雖モ捜索ヲ受ケサルヘカラスシテ唯治外法權者等ノ例外アルノミ第百四條ニ依レハ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捜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情況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トス

捜索ノ目的物

捜索ノ目的ト爲ルモノハ住所、物件及ヒ身體ナリ(刑事訴訟法第一〇五條參照)而シテ夜間捜

索ヲ爲スコトヲ得サルノ制限ハ住居内ノ捜索ニ限ルモノニシテ物件身體ニ付テハ斯ル制限ナシ（刑事訴訟法第七八條、第一〇四條第三項參照）

捜索ノ手續

捜索ノ手續ニ付テハ第百四條第二項、第百七條、第百八條、第百十條及ヒ第百十一條ニ於テ詳細ナル規定ヲ設ク尚ホ差押ニ關スル制限ハ捜索ノ場合ニ之ヲ適用スヘキモノナリ

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擧證手續ニ從ヒ取調ヘタル證據ニ依ルヲ要スルヲ以テ法律ハ之ニ關シテ規定ヲ爲セリ即チ證據方法及ヒ證據調ノ規定是ナリ

證據ノ第一意義

證據ナル辭ハ通常左ノ二樣ノ意義ニ用ヰラルヽモノナリ

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憑又ハ證據ト稱スルコトアリ證憑ノ取調又ハ證憑ノ提出ト云フ場合ハ即チ證據方法ヲ意味スルモノナリ證據方法ナルモノヽ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ヰラル

證據方法ノ意義

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ヽ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、檢證及ヒ諸般ノ徵憑カ證據方法タリ

理論ヨリスレハ檢證又ハ徵憑ノ如キモノハ之ヲ證據方法ト稱スル能ハサ

ルコト後ニ說示スルカ如クナルヲ以テ第一說ニ示ス證據方法ノ意義ヲ至當トナス然レトモ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百九十八條、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ヽモノナリトス

證據ノ第二意義

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此意義ヲ以テ云フトキハ證據方法ノ效力カ直チニ認識セラルヽ場合ナルト考覈ヲ經タル後始メテ其效力カ認メラルル場合ナルトヲ區別セス又一個ノ證據方法ナルト一定ノ事實ニ對スル數個ノ證據方法ノ綜合ノ效力ナルトヲ問ハサルナリ而シテ舊時糺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憑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

證據ノ意義

證據ニ關スル訴訟手續ヲ擧證ト稱ス擧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擧證ノ目的、內容及ヒ目的物ヲ左ニ說明スヘシ

擧證ノ目的物證明

第一 擧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絕對ノ眞實又ハ客觀的眞實ヲ知ルヲ謂フニアラス是レ到底不能ノコトニ屬スレハナリ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ヽ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全ク疑ヲ挾ムヘカラサル高度ノ確信アリ又幾分ノ疑ヲ挾ムヘキモ其事實ノ存在ヲ認ムル理由カ多分ナル程度アリ又事實ノ存在セサル理由カ在スル理由ニ優ル程度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ノ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、第一二五條、第二四七條參照）疏明カ證明トノ區別

異ナル點ヲ擧クレハ左ノ如シ

一　疏明ハ科刑權ノ基ク事實ニ關スルモノニアラス斯ル事實ノ存否ハ常ニ證明ヲ要スルモノナリトス然ラハ疏明ハ如何ナル事實ニ關スルヤト云フニ訴訟關係ノ進行及ヒ成立ニ必要ナル事實ニ關スルモノナリ此訴訟上ノ必要事實ニ對シテハ證明ハ例外トシテ公判手續ノ方式ノミニ限リテ存スルモノニシテ即チ唯公判始末書ニ依ル證明アルノミ

二　證據ハ判事其職權ヲ以テ之ヲ擧クルノ義務アリテ決シテ當事者ノ請求ヲ待ツモノニアラス又當事者ニ羈束セラルヽコトナシ疏明ハ之ニ反シ疏明ヲ與フルモノトアリ例ヘハ第二百四十七條ニ依レハ期間ヲ經過シタル者カ其期間ヲ回復スルカ爲メニ申立ツル原因ノ疏明ハ上訴期間回復ノ申立ノ一部ナルカ故ニ此疏明ハ當事者ノ請求ニ因テ生スルモノナリ又疏明ノ方法ヲ申立テ之ガ實行ヲ當事者ノ任トスルトキハ疏明ハ當事者ノ處分ニ屬スルモノナリ斯ノ如ク疏明ハ當事者ノ請求及ヒ處分ニ繫ルモノナルモ此場合ニ於テノ疏明者ハ疏明ノ作用全體ヲ行ヒ判事ハ唯之ヲ袖手傍觀シテ當事者ノ申立ツル所ヲ見聞スルニ止マルモノニアラス此場合ニ於テモ疏明者ハ疏明方法ヲ申立テ判事ハ之ヲ利用スルモノナリトス

三　判事カ事實ノ存在ヲ一應信シタルトキハ其事實ハ疏明セラレタルモノニシテ判事ヲシテ確信ヲ得ルニ至ラシムルハ疏明ノ目的ニアラス證明及ヒ疏明ハ判事カ事實ヲ眞實ナリト見ル點ニ於テハ相似タリ即チ或ハ事實カ然ルヘシト云フマテハ相類ス然レトモ主觀的確信ハ證明ニ比シ稍薄弱ニシテ判者各相異ナレリ疏明ニ於テハ主觀的確信ノ程度ハ兩事ハ證明ニ關シテハ次ノ如ク其心證ヲ言ヒ表ハスヘシ曰ク

我ハ疑ヲ存セス事實カ斯ク在リタルコトヲ信ス

ト又疏明ニ關シテ判事ハ曰ク

我ハ隨分疑ヲ有ス併シ今其疑ヲ捨テヽ疏明者タル汝自身ヲ信ス

ト是レ即チ兩者間ニ於ケル確信ノ程度ノ差ナリトス

四　疏明ニ關スル證據方法ニ付テハ本法ニ規定スル所ナシ唯第四十二條ニ於テ引用シタル民事訴訟法第三十五條第二項ニ於テ忌避セラレタル判事ノ職務上ノ陳述ハ其疏明ノ用ニ充ツルコトヲ得トアルノミ然レトモ疏明ノ方法ハ甚タ廣ク疏明者者ノ陳述及ヒ判事ノ私ノ認識ノ如キモ亦疏明ノ方法タリ又民事訴訟法第二百二十條ノ規定ノ如キモ刑事訴訟法ニ明文ナシト雖モ之ヲ刑事訴訟ニ於テ認ムルヲ得ヘシ元來疏明ハ偶然ニ生シタル附隨ノ訴訟上ノ關係ヲ明カニスルモノナルカ故ニ迅速ノ處分ヲ要ス故ニ訴訟ヲ延期スルカ如キハ疏明ニ付テ許スヘキニアラス判事ノ一應ノ信用ナルモノハ證明ヲ得ルヨリ迅速且容易ナルカ故ニ疏明ハ之ヲ以テ足レリトス從テ民事訴訟法第二百二十條ノ制限ノ如キハ

刑事訴訟ニ於テモ亦存スルモノナリト云フヘシ

舉證ノ内容（證據調）

第二　舉證手續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人ニ鑑定ヲ命シ證據物件ヲ實檢シ調書其他ノ書證ヲ朗讀セシムルカ如キハ皆證據調ナリ而シテ本來ノ證據調ハ之ヲ公判ニ於テ爲スモノニシテ捜査及ヒ豫審ニ於テハ證據準備ヲ爲スニ過キス

或ハ證據ノ申立又ハ證據ノ考覈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立ナルモノナシト云フヲ至當トス唯裁判所カ如何ナル證據方法ヲ取調フルヤニ付キ公判ニ於テ證據決定ヲ爲スコトアルノミ此手續ヲ以テ證據申出アリト云フ能ハス蓋シ證據申出ハ證據調ノ作用ヲ惹起セシムルモノナレハ訴訟進行ノ作用ニ屬シ全然證據調ナル作用ト其性質ヲ異ニスレハ之ヲ舉證手續中ニ加フヘカラス又證據決定ノ如キモ其性質ハ訴訟指揮

ノ裁判ナレハ證據申出ト異ルコト勿論ナリトス又證據ノ考覈ハ證據調取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リ得タル材料カ證スヘキ實事ヲ眞實ナリト認メシムル效力アリヤ否ヤヲ査定スルヲ謂フ證據力ノ考覈ヲ爲スニハ單純ナル推理ノ作用ヲ以テスルモノニシテ內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擧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此證據原因ハ考覈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 擧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擧證ハ裁判ヲ爲スヘキ被告事件ニ關スル事實ニ係ルヘキモノナルコトハ明カナリ而シテ訴訟ニ於テハ第一ニ被告ニ犯罪ノ所爲アリタルヤ否ヤヲ判斷セサルヘカラス又此所爲ヲ被告カ爲セリトスルモ是レ或ハ適法阻却ノ原因又ハ犯意阻却ノ原因アリテ之ヲ處罰スルヲ得サルヤ否ヤヲモ判斷セサルヘカラス是故ニ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然ルニ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云フコトヲ得ス尙ホ刑ノ輕重ヲ定メサルヘカラス而シテ此刑ノ輕重ハ亦事實ニ關スルモノトス勿論刑ヲ加重減輕スル無數ノ情狀ヲ悉ク證明スヘシトハ云フヲ得サルヲ以テ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

擧證ノ目的物（事實）

有罪ノ事實

刑事訴訟ニ於テ如何ナル場合ニ證セラルヘキ事實カ證據ヲ要スルヤハ之ヲ民事訴訟ト比較シテ論スルヲ便トス民事訴訟ハ爭ノ在ル事實即チ訴訟當事者間ノ一致セサル事實カ證明セラルヽコトヲ要ス故ニ民事訴訟ハ如何ナル事實カ證明セラルヘキヤノ問題ニ付テハ當事者ノ意思カ標準トナルモノニシテ毫モ裁判所ノ意思ニ關係スル所ナシ是レ即チ民事訴訟ノ特性トシテ爭ノ目的物ニ付テ當事者ノ處分權ヲ認ムルヨリ生スル當然ノ結果ナリ是ヲ以テ民事訴訟ニ在テハ裁判所カ疑ヲ有スル必要事實ニ付キ總テ證明ヲ要スルモノニアラス當事者ハ其欲スル所ノ事實ヲ證明セハ可ナリ刑事訴訟ハ全ク之ト異ナリ刑事訴訟ノ目的タル科刑權ノ性質トシテ其權利及ヒ之カ條件タル事實ニ關シ當事者ノ處分權ヲ認ムルコトヲ得サルハ勿論刑事裁判官ノ證據ニ對スル地位ハ決シテ民事裁判官ト同一ニ論スヘカラス刑事訴訟ニ於テハ當事者ノ欲スル必要事實カ證明セラルヽニアラスシテ裁判所ノ欲スル必要事實カ證明セラルヘキモノナリトス即チ裁

判所ハ總テノ必要事實ニ付テ確信ヲ有セサルヘカラスシテ換言セハ總テノ必要事實カ證據ノ目的物ナリ

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ニハ如何ナル事實カ證明セラレサルヘカラサルカ此場合ニ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サルカ即チ犯罪ニ關シテ無責任ナル事實カ確定スルマテ證明ヲ要スヘキカ果シテ其證明ヲ要ストセハ罪責ノ無シトノ確信ハ裁判所ニ於テ之ヲ得ルコト能ハサリシモ又幾分カノ嫌疑存在シ其嫌疑カ有罪トナスニハ充分ナラサル場合ノ如キ中間ノ場合ニ於テハ如何スヘキカ斯ノ如キ場合ニハ當テ住昔行ハレタルカ如ク單純ノ嫌疑ノミヲ以テ特別ノ刑ヲ科スヘキカ此問題ハ今日ハ他ノ方面ヨリ解スルヲ得ヘシ元來證明ノ作用ハ有罪ノ言渡ノ條件タル事實即チ罪ト爲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着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塲合モ犯罪ノ責任ナシトノ確信アル塲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

證明ノ作用（事實ノ確信）

法律上ノ推定トハ何ソ

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ヲ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法第八條及第九條第一號ノ如シ此法律上ノ推定ハ裁判官ヲ絶對的ニ羈束スルモノニシテ反證ヲ以テ其反對事實ヲ證明スルヲ得ス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判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事實ハ之ヲ證明スルコトヲ要ス

顯著ナル

二 顯著ナル事實　擧證ハ判事ニ必要事實ノ確信ヲ得セシムルヲ目的ト

訴訟行爲　證據　證據ノ意義

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ヲ要スルモノナレハナリ（刑事訴訟法第九〇條第一八八條乃至第一九一條參照）若シ判事ノ私ノ認識ヲ以テ事實ヲ認ムルヲ得ルト爲ストキハ判事ハ證人ノ地位ト判斷者ノ地位ヲ兼ルニ至リ一方ニ於テ自己ノ證言ニハ監督ヲ爲スモノナキニ至ルヲ以テ認識ノ誤ナキヤヲ保ス可ラスシテ之ヲ採用スル能ハス他方ニハ證人ハ當事者ノ一方ニ傾クモノナル故ニ他ノ證據ヲ公平ニ審査スルヲ得サルナリ故ニ判事カ一私人トシテ知リタル事實又ハ訴訟記錄ヲ讀テ知リタルカ如キ事實ハ直ニ證據トナスヲ得ス公判ニ於テ證據調ヲ爲シ之ヲ確定スルニ非サレハ判決ニ影響ヲ及ホスコトヲ得サルナリ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尤モ之ニ付キ本法ハ民事訴訟法第二百十八條ノ如キ明文アルニ非スト雖モ事實ノ顯著ナル以上ハ證明ノ作用ヲ必要トセサルハ當然ナル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ヽル原則ヲ貫ヌ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ヽルヘカラス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臆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刑事訴訟法全體ノ規定ヲ見ルニ判事ノ認識ヲ得ントスルニハ必ス證據調ニ依リテ之ヲ確定セサルヘカラス即チ書面ニ記載セラレタルコトハ朗讀ニ依リ又實驗スヘキモノナルトキハ檢證ニ依リテ取調ヘ訴訟上一定ノ方式ヲ履踐シテ證據調ヲ爲スヲ常トス然ルニ之ニ據ラスシテ總テ裁判所ニ於テ顯著ナル事實ハ證明ナキモ判決ニ援用セントスルカ如キハ全ク此規定ニ背クモノナルヲ免カレス然レトモ一般ニ顯著ナルモノトハ世界歷史上ノ事件又ハ火災、洪水ノ如キ又ハ或市民間ニ知レ渡リタル事件ノ如キヲ謂フモノナレハ此等ハ一般ニ知レ渡リ居リテ毫モ疑ヲ容ルヘキモノニアラサルカ故ニ刑事裁判官ハ證明ヲ要セスシテ判決ノ基礎トナスコトヲ得ヘキナリ

第二節　證明ノ責任

證明ノ責任ハ執レノ人ニ在リヤノ問題ヘ刑事訴訟法上重要ナラス

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擧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擧クルコトヲ謂フナリ而シテ刑事裁判官ハ事實ノ確信ナケレハ裁判スルヲ得ス此ノ事實ノ確信ヲ得ントスルニハ證人等ヲ取調ヘ自ラ之カ證明ヲ爲サヽルヘカラス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民事訴訟法上重要ナル問題タル證明ハ其責任何人ニ在リヤ原告又ハ被告カ證據ヲ提出スヘキモノナルヤノ如キ擧證責任ノ問題ハ刑事訴訟法ニ於テハ全ク價値ナキモノナリ

證明責任ノ分擔ハ如何ナル塲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ルヽカ故ニ此塲合ニハ證明ノ責任カ被告ニ在ルモノヽ如シ又新聞紙ニ依テ犯サレタル誹譏罪ハ或條件ヲ具ヘタル時ニ限リ被告人ニ誹譏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處罰セサルコトヽセリ（新聞紙法第四五條參照）此塲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ネテ待タサルヘカラストナスハ不可ナリ此塲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ヽコトナキナリ若シ判事カ證人ノ訊問ハ被告人ノ利益ノ證據ト思料シタルトキニ當リ被告人ハ自己ニ證明ノ責任アリトノ理由ヲ以テ其訊問ヲ欲セサル旨ヲ主張シ之ヲ妨クルヲ得ト云フカ如キハ被告人ノ爲メニ間接ニ國家ノ科刑權ヲ左右セシムルニ至ル獨逸ノビンシング曰ク「刑事訴訟法ニ於テハ證明ノ責任ハ裁判所ニ在リ」ト用語穩當ヲ缺クト雖モ其趣旨ニ至テハ正鵠ヲ得タルモノト言ハサルヘカラス

或學者ハ證明ノ責任ヲ實體上ト形式上トニ分チ實體上ノ證明ノ責任ハ刑事訴訟法中ニ存在セルモノトセリ即チ或證據カ事實ヲ證明シ得ルニ於テハ其結果被告若クハ原告ノ利益ト爲ルヘシ此利害ノ關係ハ即チ證據ノ實體上ノ責任ナリ是故ニ有罪ノ事實ハ檢事ニ證明ノ責任アリ再言スレハ科刑權ノ成

立ニ關スル全般ノ證明ノ責任ハ檢事ニ在リ從テ刑ノ加重ニ關スル事實ノ情狀ハ亦檢事ニ於テ證明セサルヘカラス又科刑權ノ消滅原因ニ關スル證明ノ責任ハ凡テ被告ニ在リト雖然レトモ檢事ハ國家ノ利益ノ爲メニ被告人ニ利益ナル證明ヲモ爲サヽルヘカラサル故ニ此說ハ當ヲ得タルモノニアラス又所謂實體上ノ證明ノ責任ナルモノハ刑事訴訟法ニ認メタル法律上ノ證明ノ責任ニアラサルヤ明カナリ刑事訴訟法ニ於テハ唯被告ニ利益ノ證據ト不利益ノ證據トヲ區別スルモ之ニ從テ證明ノ責任ノ分擔ヲ生セス

自由心證ハ主觀的ノ作用ナリ

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（利事訴訟法第九〇條參照）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

制限證據主義ノ弊

刑事訴訟法第九十條ハ舊時糺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糺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ヽ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ノ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ニアラサレハ之ヲ眞實トナサヽル可ナレトモ自白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

訴訟行爲　證據　自由心證主義

自由ノ判斷ニ任ストハ何ソ

證據ノ規定ハ之ヲ三段ニ區分ス

年ノ經驗ニ基クモノナリト雖モ各事件ノ眞相ハ各塲合ノ事情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絕對ノ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

直接證據（人爲上ノ證據）及間接證據（自然上ノ證據）

徵憑ノ意

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ヽ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ネ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シ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ス（刑事訴訟法第二〇三條、第二六九條、第九號參照）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

糺問訴訟時代ニハ制限證據主義ヲ採リタル結果多數ノ證據ノ種類ヲ認メシモ近代ノ刑事訴訟法ニ於テハ其區別ノ適用セラルヽモノ甚タ少ナシ然レトモ今日尙ホ存スル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モ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論理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徴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ニ依リ定マル常則即チ經驗律ナリ其小名題ハ確定ノ事實ナリ此事實カ即チ徴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リテ證明ノ結果ニ達スルモノナリ故ニ徴憑ハ確定シタル一個ノ事實ナリ徴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ヽコトヲ要ス故ニ徴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徴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(刑事訴訟法第九〇條參照)即チ大名題タル經驗上ノ常則ヲ認ム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

徴憑ノ區別

徴憑ノ區別トシテハ直接及ヒ間接、積極及ヒ消極アリ直接間接ノ區別ハ徴憑カ直チニ證明事實ニ推論セシムルト先ツ他ノ徴憑事實ニ推論シ更ニ其ヨリ證明事實ヲ間接ニ推論セシムルトニアリ間接徴憑ノ主タルモノハ傳聞ノ證言ノ如キモノナリ積極、消極ノ區別ハ證明事實ノ存在ニ推論セシムルトニアリ消極徴憑ノ主タルモノハ犯罪ノ當時其場所ニ在ラサリシコトヲ證スル場合ナリ(刑事訴訟法第三一〇條參照)

訴追證據及防禦證據

證據ノ區別トシテ以上述ヘタル直接證據間接證據ノ外尚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(刑事訴訟法第一〇三條第二項參照)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

證據方法ノ分類

證據方法ノ分類ニ付テハ之ヲ裁判官ノ心證成立ノ基本ヨリ觀察シ裁判官自身ノ認識ニ屬スル證據方法ト他人ノ心證ニ屬スルモノトヲ區別シ前者ハ檢證物、意思表示ヲ揭ケタル處分的證書トシ後者ハ人證及ヒ報告的證書ト爲スモノアリ此ノ區別ハ證據ノ實體ヨリ爲シタルモノニシテ現行法ノ適用上重

大ナル區別ニ非ス却テ方式ヨリ證據方法ヲ區別セハ證據調ノ方式ト符合シ證據方法ノ異ルニ從ヒ證據調モ亦異ルコトヲ認メ得ヘク適用上最モ便宜ナリ即チ證人、鑑定人、被告人ヲ區別シ又檢證物ト書證トヲ區別スルモノ是ナリ一例ヲ擧レハ證人訊問調書ハ實質ヨリスレハ證言ナレトモ方式ヨリスレハ書證ニシテ處分的證書ト異ラス

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ン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判事、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ハ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固ヨリ被告人ノ地位ト證人ノ地位トハ相容レサルハ形式上相容レサルモノナレハ其訴訟ヲ分離シテ別個ノ訴訟トナシタルトキハ嘗テ共同被告人タリシ者モ其地位ヲ失フカ故ニ證人トシテ許可スヘキモノトス

共同被告人ニ付テ近時相互ニ證人タルコトヲ得ルト唱フル學者アリ殊ニ

甲乙二人ノ竊盜罪ト甲カ乙ヲ傷害シタル罪トヲ併セテ訴タル場合ニ乙ハ甲ノ共同被告人タレトモ甲ノ傷害罪ノ證人タルヲ得ヘシトノ說ヲ爲セリ然レトモ被告人ヲ證人トシテ訊問スルノ觀念ハ我訴訟法ニハ存セサル所ナレハ右ノ場合ニ於テモ證人ト爲スヲ得ス又辯護人ハ其訴訟ニ於テ證人ト爲スヲ得ルトノ說ヲ爲スモノアリ又重要ノ事實ニ關セスシテ枝葉ノ事實ニ付テハ證人トシテ訊問スルヲ得ト謂フモノアリ然レトモ被告人ノ補助者タル以上ハ被告人ハ均シク證人タルヲ得サルモノト謂ハサル可ラ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此點ニ付テハ直接ニ法文ヲ以テ規定シタルモノナキヲ以テ證人能力ニ付キ何等ノ制限ナキヲ原則トナストノ理由ヲ以テ反對ヲ主張スル者アルモ本法第百八十八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リ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百二十九條ノ場合ナリ而シテ其供述ニハ事實ヲ知ラストノ消極ノモノアルモ亦證據タルヲ失ハス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徵憑タルニ止マル

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證明ノ目的物ト同一ニシテ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ヿトヲ要シ此點ニ於

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糺問訴訟ニ於ケルカ如ク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（刑事訴訟法第一二四條參照）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（刑事訴訟法第一二三條參照）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

裁判所ハ如何ナル能力アル者ヲ以テ證人ト爲スヲ得ルノ權アリヤノ問題ハ或人カ證人トシテ訊問ヲ受ル義務ト異ナル此義務ヲ證言ノ義務ト云フ證言ノ

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ナ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サルヽニ依リテ成立スル一般ノ義務ニシテ一定ノ被告人ノ在ルコト及ヒ起訴ノ有效ナルコトヲ條件トセス而シテ裁判權ニ服從スル各人ニ付テ成立ス軍人ハ通常裁判權ノ下ニ被告人ト爲ルコトヲ得サルモ證人ト爲ルコトヲ得ルモノトス

第二款　出頭ノ義務

原則

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ヽコトアリ即チ左ノ如シ（刑事訴訟法第一三〇條參照）

身分ニ基ク除外例

第一　國務大臣　國務大臣ハ其官廳ノ所在地ニ於テ訊問スヘキモノニシテ

訴訟行爲　證據　證人

若シ其所在地外ニ滯在セルトキハ滯在地ノ裁判所ニアラサレハ出頭ノ義務ナシ

第二 帝國議會ノ議員　帝國議會ノ開會期間中ニシテ議員カ議會ノ所在地ニ滯在スルトキハ其所在地ノ裁判所ニアラサレハ出頭スルノ義務ナシ即チ此場合ニハ議會ノ開會ト議員カ其議會ノ所在地ニ滯在スルコトヲ要件トスルモノナリ

第三 皇族　皇族ハ常ニ裁判所ニ出頭スルノ義務ナシ裁判官ハ其所在ニ就テ訊問セサルヘカラス

右ノ三者ハ其地位ノ爲メニ所在地ヲ離ルヽコト能ハサルカ故ニ此例外アリ

左レト第百三十條ニ違背スルモ證言ハ其效ナキニアラス蓋シ同條ハ訴訟ノ正當ニ行ハルヽコトヲ保證スルノ規定ニアラスシテ證人其人ノ身分ニ基ク例外ナルカ故ナリ

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（刑事訴訟法第一一六條第一九〇條第一九一條參照）

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（刑事訴訟法第一一〇條第一二八條參照）故ニ裁判所外ニ於テ作リタル訊問調書モ無效ニアラス又右四箇ノ場合ヲ除キテハ證人ハ呼出サレタル裁判所ニ必ス出頭スヘキノ義務アレハ第百十七條ノ場合ニ於テモ亦然ルモノニシテ此場合モ尙ホ呼出ニ應スルト否トヲ長官又ハ隊長ノ意見ニ任シタルモノニアラス

出頭義務ノ強制及制裁

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（刑事訴訟法第一一八條參照）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シ（刑事訴訟法第一三三條第一九〇條參照）其條件ハ第一、第百十五條ニ從ヘル適法ノ呼出アルコト第二、呼出ヲ受ケタル者出頭セサルコト第三、出頭セサルニ付テ正當ノ理由存在セサルコト是ナリ而シテ其正當ノ理由アリヤ否ヤハ呼出ヲ爲シタル判事ノ判斷ニ任ス呼出ニ應シテ出頭スルトハ其裁判所ニ來ルノミヲ謂フニアラスシテ判事カ證人ヲ利用スル間ハ其裁判所ニ留ルノ義務ヲモ包含スル

再度ノ不參トハ何ソ

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公判ニ於テハ供述後モ亦訟廷ニ留ルモノナリ此時ニ立去ルトキハ出頭セサルト同一ナリ（刑事訴訟法第一九三條參照）

以上ノ三箇ノ條件ヲ具フルトキ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ルモノトス再度ノ不參トハ同一ノ手續若クハ同一ノ審級內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キ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此ノ如ク同一訊問ニ付テ再度罰スルヲ得ルノミヨリスルモ此罰金ハ秩序罪ニシテ犯罪行爲ニ對スル刑罰ニ非サルナリ

罰金及賠償ヲ言渡ス裁判ノ方式

證人ハ之ヲ勾引スルヲ得勾引ハ罰金ト同時ニ行ハルヽモノニシテ又同一ノ訊問ニ於テ一度不參アレハ直チニ勾引スルヲ得ヘシ豫備、後備ニアラサル軍人ニ對シテハ罰金ノ言渡ハ軍法會議、所屬長官ニ囑託スルヲ得ヘシ然レトモ費用ノ言渡ニ付テハ通常裁判所ニ於テ言渡サヽルヘカラス

右ノ罰金及ヒ賠償ヲ言渡ス裁判ノ方式ハ決定ヲ以テスルモノトス證人カ後日正當ノ理由ヲ以テ其不參ヲ辯解セルトキハ其決定ヲ取消スヘク此取消モ亦決定ニ依ルモノトス（刑事訴訟法第一九九條參照）本條ハ抗告ヲ爲スヲ得サルニ至リテ始メテ適用スヘキ必要アルニ拘ハラス明文ヲ以テ抗告期間內ニ限リ辯解ヲ許スモノトセシハ缺點ナリ

第三款　供述ノ義務

通常裁判所ノ裁判權ニ服從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內容及ヒ範圍ハ

供述ノ範圍

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ヽルヘカラス此場合ニ於テ單ニ緘默スルトキハ第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（刑事訴訟法第九八條第一二七條參照）然レトモ特ニ事實ノ取調ヲ爲ス義務ナシ又證人ハ法律上ノ事實ノ如キ或ル意義ヲ適用判斷シテ事實ノ供述ヲ爲ス義務アレトモ事件ニ關スル意見ヲ供述スルノ義務ナシ

供述義務ノ例外

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唯宣誓ヲ爲サシメサルカ故ニ僞證及ヒ第百二十六條ノ制裁ヲ受ケサラシムルノ結果此義務ナキナリ證言ヲ拒ム權アル者ニ付テハ判事ハ拒絕スル者ノ意思ニ從テ拒絕ヲ俟テ始メテ其原因ヲ顧ミサルヘカ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

セサルヘカラス第百二十三條及ヒ第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在セサルカ故ニ證人タルヘキ者ヲ事實參考人トシテ訊問スルヲ許サヽ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箇條中ニ規定セサルヲ以テ之ヲ許サス或ハ證人タルヘキ者ヲ事實參考人トシテ訊問スルモ證人ノ資格ヲ侵スモノニアラサルカ故ニ差支ナシト言フ者アリ判例モ亦之ヲ認ム然レトモ事實參考人ニ關スル規定ヲ制限的ノモノナリトナス以上ハ斯ル自由ヲ裁判所ニ許スモノト解スルコトヲ得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ヽルナリ

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ヲ定ムルコト能ハサレハナリ然レトモ共同被告人タルニ非スシテ唯其犯罪ニ付キ共犯ノ關係ヲ有シ他ノ訴訟ニ於テ訴追セラルヽモノト親族ナルトキト雖モ事實參考人タルモノニ非ス今日判例ニ於テ第百二十三條第二號ノ被告人ノ文字ヲ共同被告人ト解セスシテ共犯ト解シ斯ル場合ニ事實參考人ト爲スハ其當ヲ得サルモノナリ

第三 第百二十五條ニ揭ケタル者　本條ニ揭ケタル者ハ證言拒絕ノ權アリ即チ此者ノ意思表示ニ因リテ裁判所ハ拒絕ノ原因ノ當否ヲ顧ミサルヘカラス而シテ一旦拒絕シタル後之ヲ取消シタルトキハ始ヨリ拒絕セサリシト同一ナルモノトス又任意ニ供述スルトキハ事實參考人ニ非サル以上ハ宣誓ヲ拒ム能ハス

第一ニ揭ケタル官吏公吏タリシ者ハ職務上ノ祕密ヲ侵ス場合ニ限リテ證言ノ義務ナク其他ノ點ニ付キテハ一般人ト同シク證言ノ義務アルモノトス而シテ證言スヘキ事項カ職務上ノ祕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

第二ニ揭ケタル者ハ身分、職業ニ因リ委託セラレタル事項ニ限リテ證言ノ義務ナシ而シテ其事項ハ被告人ニ利益ナルト否トヲ問ハサルナリ尙ホ此第二號ノ者モ現ニ其身分ヲ有スル者ニ限ラス嘗テ此身分ヲ有シタル者ニテモ可ナリ但本號ノ場合ニ於テハ默祕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ルモノトス

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絕ノ原因ヲ疏明セシムルモノトス

不法ニ證言ヲ爲サヽルヘカラサル者ニハ第百二十六條ノ制裁アリ而シテ此規定ハ不法ニ一部分ヲ供述セサル場合ニモ適用セラルヽモノニシテ即チ第一回ノ訊問

又ハ其後ノ訊問ノ場合ニ於テモ制裁ヲ加ヘラルヘシ又此制裁ヲ加フルニハ必スシモ適法ニ呼出サレタルコトヲ要セス呼出ヲ受ケスシテ出頭シタル者ニ對シテモ尚ホ此制裁ヲ加フルコトヲ得ヘシ此制裁ハ決定ヲ以テ命スルモノニシテ之ニ對シテハ抗告ヲ爲スコトヲ得ルナリ而シテ明文ニハ宣誓シテ供述ヲ肯セス云々トアルト雖モ被告人ヲ指定セスシテ現行犯罪ヲ起訴シタルトキハ宣誓ヲ爲サシムルコトヲ得サレトモ此制裁ヲ免カレス

宣誓能力ノ有無

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而シテ宣誓ハ供述ノ正確ヲ保證スル要件ナルカ故ニ若シ不法ニ宣誓セシメサルトキハ其供述ヲ證據トスルヲ得サルナリ事實參考人ヲ訊問スルニ宣誓ヲ用キサルハ公益上ノ理由ニ出ツルヲ以テ當事者又ハ證人カ宣誓ヲ主張スルモ之ヲ爲サシムルコトヲ得ス從テ若シ之ヲシテ宣誓セシメタルトキハ證據トナスヲ得サルナリ又第百二十三條及ヒ第百二十四條ノ各號ニ付キテ見ルニ第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百二十三條及ヒ第百二十四條第六號ニ揭ケタル者ハ宣誓ニ付キ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而シテ第百二十三條ニ於ケル民事原告人ハ公訴ニ附帶シタル私訴ヲ提起シタル者ノミナラス私訴ノ請求ヲ民事訴訟法ニ從ヒ訴ヘタル者ヲモ含ミ同居人トハ同一戶主權ノ下ニ服スル非親族者ニシテ事實上ノ同居ヲ云フニ非ス第百二十四條ニ於ケル第一號乃至第三號ノ者ハ一般ノ法則ニ從ヒ宣誓ノ能力ナキモノニシテ第四號ハ刑法施行法第三十四條及第三十六條ニ依リテ今日其適用ア

リ第四號及第五號ハ共ニ人ニ信用ナキカ爲メ宣誓ノ能力ヲ與ヘス今日剝奪公權停止公權ナル附加刑ナシト雖モ刑法施行法ノ規定ニ依リ或ル受刑者ニ

ハ其公法上又ハ訴訟法上ノ資格、能力ニ付キ舊刑法ト同一ノ效果ヲ及サシムルヲ至當ナリト認メタルモノトス第六號ハ供述スヘキ犯罪ニ付キ嘗テ訴追セラレ且第百七十五條第一項但書ニ依リ再起訴ヲ爲スヲ得ヘキモノナレハ若シ眞ノ犯人ナレハ眞實ヲ供述シテ再起訴ヲ受ケ僞テ供述シテ僞證トナルカ如キ地位ニ立タサラシムル爲メ之ヲシテ宣誓セシメス此宣誓ニ付キテモ之ヲ爲スノ義務アルニ拘ハラス之ヲ肯セサル者ハ第百二十六條ノ制裁ヲ加ヘラルヽモノトス

訊問ノ方式

第五款　證人ノ訊問

證人ノ呼出ハ判事カ之ヲ訊問スルカ爲メニシテ從テ出頭ノ義務ヲ生スルモノトス呼出ノ方式ハ呼出狀ヲ以テスルモノニシテ此呼出狀ニ記載スヘキ事項ハ第百十五條ニ揭クル所ナリ而シテ同條ニ依レハ呼出狀ニハ證人カ不法ニ出頭セサル塲合ノ制裁ヲモ豫告スヘキモノトセリ然レトモ此豫告ナキモ

呼出ハ無效ニアラスシテ唯第百十八條ノ制裁ヲ加フルコトヲ得サルノミナリト信ス軍人ニ對スルノ呼出ハ第百十七條ノ特例アリテ此塲合ニハ長官隊長ノ手ヲ經テ呼出ヲ受ケタル者ニ送達スルモノトス此規定ヲ設ケタルノ趣旨ハ證人ノ軍事上ノ義務ニ對スル衝突ヲ免カレシメンカ爲メニシテ出頭スヘキ義務アリヤ否ヤノ判斷ヲ軍衙ノ意見ニ任シタルニアラサルヲ以テ必ス出頭スヘキ義務存スルハ勿論ナリトス

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モノトス即チ公判ニ於ケル第百九十三條ハ此精神ナリ然レトモ之ニ背キテ訊問シタル證言ハ判決ノ基礎トスルヲ得スト云フニハアラス即チ必要ナル條件ニアラサルナリ

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（刑事訴訟法第一二七條參照）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元來對質ハ公判ニ於テ爲スヘキモノニシテ豫審ニ於テハ特例ナリ何トナレハ對質ハ其模樣ヲ目擊スルニアラサレハ眞僞ヲ判知スルヲ得サレハナリ

第四 宣誓モ亦各證人各別ニ爲サヽルヘカ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（刑事訴訟法第一二二條參照）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豫審ニ於テ爲シタル宣誓ハ之ヲ公判ニ援用スルヲ得ス

即チ訴訟ノ各段階ニ於テ各別ニ爲スコトヲ要ス然レトモ同一訴訟ノ同一ノ段階ニ於ケル訊問ハ二回以上ニ及フモ一箇ノ宣誓ヲ以テ足レリトス即チ訊問ハ訴訟ノ段階ニ於テ區別セラレ訊問ノ日ヲ以テ區別セラルヽモノニアラサルナリ然レトモ更ニ別個ノ犯罪カ追訴セラレタルトキニハ假令ヒ同一段階ニ於テモ更ニ新ナル宣誓ヲ爲サシメサル可ラス

第五 訊問ハ二部ニ區分セラルヽモノニシテ一ハ證人ノ氏名、年齡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年齡ヲ訊問セスシテ十六歲未滿ノ者ニ宣誓セシメタルトキモ同一ナリ而シテ斯ル場合ハ單ニ此訊問ヲ爲サストノ理由ニ基テ不法ト爲ルニアラスシテ宣誓セシムヘ

カラサル者ニ宣誓セシメタリトノ點ニ於テ不法タルモノトス又本案ノ訊問ハ判事カ個々ニ付キ訊問シ證人ハ個々ニ付キ答フルモノニアラス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是故ニ證人ハ訊問前ニ何人ノ如何ナル事柄ニ付テ供述スヘキヤヲ知ルコトヲ要スルヲ以テ被告人ノ氏名、被告事件等ハ之ヲ呼出狀ニ掲クルカ若クハ其他ノ方法ニ依リ訊問前ニ證人ニ知ラシムルノ必要アルモノトス然ルニ本法ニ此明文ナキハ法律ノ缺點ナリト云ハサルヘカラス若シ證人カ連絡シテ事實ヲ供述シ能ハサルトキハ判事ハ問ヲ發シテ其供述ノ秩序ヲ得セシメサルヘカラス又誘導訊問又ハ可否ノ一言ヲ以テ答ヘシムルカ如キノ間ハ法律ノ禁止スル所ニアラスト雖モ決シテ其希望スル所ニアラサルナリ

證人ノ知ル所ノモノハ何ニ基テ之ヲ知リタルヤヲ訊問スルコト最モ必要ナリ蓋シ其知リタルハ實驗シタルカ將タ傳聞シタルニ因ルカハ證言ノ價

値ニ大ナル關係アレハナリ我訴訟法ハ傳聞ヲ證據トスルコトヲ禁セス其故ハ徵憑ナルモノヨリシテ判事カ心證ヲ得ルコトヲ禁止セサレハナリ蓋シ傳聞證人ノ證言ハ徵憑ニ外ナラス傳聞シタル證人カ供述スル所ハ他人カ刑法上ノ或必要事實ニ付テ我ニ告ケタリト云フコトヲ證言スルモノナレハナリ其他證人ニ對シテ其意見ノ臆測ヲ訊問スルハ禁スル所ニアラス即チ證人カ見聞シタルコトヨリ如何ナル論決ヲ爲スカヲ問フハ甚タ必要ナリトス是レ亦徵憑事實ナリ然レトモ證人ハ其推測意見ヲ供述スル義務ハ存セサルナリ

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的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ヽ一般ノ常則即チ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說ハ鑑定人ニ對シテ抽象的ノ方式ニテ經驗上ノ常則ヲ提供セシムル塲合ニハ適當ノ說ナレトモ裁判所カ解剖ヲ命シテ死因ヲ限定セシムルカ如キ具體的方式ニテ鑑定ヲ爲サシムル塲合ハ裁判所ニ於テ事實ヲモ報告セシムルノ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揭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ル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ニ從テ實驗シタルモノニアラサルナリ

以上ノ如ク證人ト鑑定人トノ區別ニ付キ論スル必要ハ此二者ハ各々宣誓ノ方式ヲ異ニスル所アルカ故ナリ（刑事訴訟法第一二二條第一三七條參照）若シ證人ニ鑑定人ノ宣誓ヲ爲サシムルハ其供述ハ證據ト爲スヲ得ス又鑑定人ニ證人ノ宣誓ヲ爲サシムル塲合亦然リ獨逸ノ大審院判例ニ證人ノ宣誓ニハ鑑定人ノ宣誓ヲ包含スト說明シテ此議論ヲ避ケント爲シタルモノナレトモ其不當ナルヤ明ナリ而シテ同一訴訟ニ於テ鑑定人トシテ宣誓シタルモノハ其後ノ訊問ニ於テモ鑑定人タリ例ヘハ公判ニ於テ豫審中鑑定ヲ爲シタル者ヲシテ其鑑定ニ關ス

ル說明ヲ爲サシムル爲メ呼出シタル場合ノ如シ之ニ反シ他ノ訴訟ニ於テ鑑定ヲ爲シタル者ヲシテ鑑定ニ關スル事實ヲ供述セシムル爲メ訊問スルトキハ證人ノ宣誓ヲ爲サシメサル可ラス是レ過去ニ於テ實驗シタル事實ヲ供述スルモノナレハナリ

鑑定人ノ性質ニ付キ證據方法ナリヤ裁判官ノ補助者ナリヤハ議論アル所ナレトモ現行法ハ之ヲ證據方法トナシタルコトハ第百九十八條第二百十九條ニ依リ疑ヲ容レス唯鑑定人ハ或場合ニハ裁判官ニ代リ事實ヲ實驗スルコトアルノ點例ヘハ解剖ノ場合ノ如キ裁判官ハ實驗セスシテ鑑定人ノミ死體ヲ實驗スル點ヨリスレハ補助者ノ性質アリト云フヲ得ルノミ故ニ此議論ハ法律ノ規定ヲ離レテ始メテ問題トナスヲ得ルモノナリ通事ハ鑑定人ト異ナル證據方法ニアラスシテ補助者タルモノトス

第二款　鑑定人ノ義務

鑑定人ニ對シテモ證人ニ關スル第百二十三條、第百二十四條ノ規定ハ適用セラルルモノニシテ（刑事訴訟法第一三六條參照）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者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テ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クル所ノ者ノ隨意ナリ然レトモ法律上ノ問題ニ付キテハ鑑定ヲ命スルヲ許サス是レ法規ハ證據ノ目的トナラストノ原則ノ結果ナリトス

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(刑事訴訟法第一三九條參照)

鑑定人ノ義務ノ範圍

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義務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 鑑定人ノ義務ハ證人ノ如ク適法ノ呼出ニ應シ通常裁判所ニ出頭スルコト又犯所其他ノ場所ニ同行スルコトヲ含ム(刑事訴訟法第一二八條參照)之ニ違反シタルトキハ第百十八條ノ制裁アリ然レトモ鑑定人ニ對シテ勾引狀ヲ發スルコトヲ得ス(刑事訴訟法第一三六條參照)是レ證人ト異ナリ鑑定人ハ數人ノ中ヨリ選擇スルヲ得ルモノナレハナリ

第三 鑑定人ハ鑑定ヲ爲スノ義務アリ此義務ハ必要ノ試驗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

鑑定書ノ内容

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錄ヲ見ルヲ要スルモ此點ニ關シ何等規定スル所ナシ是レ實ニ法律ノ缺點ナリト云ハサルヘカラス

鑑定人ハ鑑定ヲ了リタル後鑑定書ヲ作リ其手續、結果、時間ヲ詳記セサルヘカラス(刑事訴訟法第一四〇條參照)而シテ鑑定ハ鑑定人ノ訊問調書ヲ以テスルカ故ニ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百二十一條ハ鑑定人ニ適用セラルヽモノナレハ被告人トノ關係等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百四十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、第百四十四條第二項、第百九十五條第二項、第二百八條第三號ニ鑑定

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リ口頭ノ鑑定ヲ許スモ之ヲ制限スヘキ根據ヲ見ス

第四 鑑定人ハ其鑑定ヲ宣誓スルノ義務アリ之ニ違背スレハ第百二十八條ノ制裁アルモノトス（刑事訴訟法第一三七條參照）鑑定人ノ宣誓ハ鑑定ノ基礎トナリタル事實例ヘハ解剖ニ關スル事實ノ供述ニ及フモノトス是等ノ事實ハ特ニ證人ノ宣誓ヲ要スルモノニ非サルナリ

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ハ公判ニ於テ判事ハ被告事件ニ付キ先ツ被告人ヲ訊問シ次ニ證憑ノ取調ヲ爲スト規定シ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

被告人ハ證據方法ニシテ被訊問ハ證據調ノ一方法ナリ

證據ノ節ニ規定シ又第百九十八條ニ依レハ證據調ノ時ニ被告人ヲシテ事實ノ辯解ヲ爲サシメ又第百九十四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、第九十條ニ於テ被告人ノ供述ヲ自由心證ニ委スル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ヽモノナリトス被告人ノ供述ハ證據材料タルモ被告人ハ證據方法ニアラス又其訊問ハ證據調ニアラストナス說ハ余輩ノ採ラサル所ナリ此說ハ被告人カ當事者タルノ地位ヲ有シ被告人ノ訊問ハ辯護ノ機會ヲ與フル目的ヲ有スルヲ根據ト爲スモ當事者ハ證據方法ヲ兼ルヲ得サルニ非スシテ民事訴訟法ニモ當事者本人ノ訊問アリ又被告人訊問ノ目的ハ昔時ノ糺問ト異ルモ敢テ被告人ノ供述ヲ得ントスル訊問ヲ以テ證據調ニ非スト爲スヘキニ非ス

自白トハ何ソ

舊時ノ糺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顧ミス即チ自白ハ證據ヲ無益ナラシムルモノトセリ即チ有罪判決ノ基本ハ自白及ヒ證據ナリトシ被告利益ノ供述ハ勿論自白ヲモ證據ト爲サス然レトモ被告人ニ不利益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自白ハ所爲全體ニ係ルモノアリ又一部分ノ事實ヲ自白スルコトアリ自白不可分ノ原則ノ如キハ刑事訴訟ニ於テハ行ハルヽモノニアラス又裁判上ノ自白ト裁判外ノ自白トヲ區別スルモノアルモ此區別モ亦別ニ其實用アルニアラス豫審調書ニアル自白モ公判ニ於ケル自白モ證人カ被告人ヨリ聽キタリト云フ自白モ之ヲ眞實ト見ルヤ否ヤハ一ニ判事ノ自由ナル心證ニ繫ルモノナリトス

被告人ノ訊問手續

茲ニ問題タルヘキハ判事ハ心證ヲ得ルニ足ルヘキ被告人ノ供述ノミヲ以テ滿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ヽ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ヽルヘカラサルヤ否ヤト云フニ被告人ノ供述ニ關シテモ判事ニ自由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ホ他ノ證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此自由心證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援用スル證據ハ自白ノミヲ援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九十八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（刑事訴訟法第九五條、第九六條、第九九條參照）

第八節　檢證

檢證ノ意義

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カ證據方法タリ然ルニ檢證物ヲ以テ事實ナリトシ檢證ヲ以テ證據方法ト爲スモノアリ然トモ檢證物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

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、鑑定人ノ訊問ノ如キ證據調ト同列ニ在ラシムヘキモノトス

檢證ハ眼ヲ以テ視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

檢證ノ目的物

上ノ推理作用ハ證據ノ考覈トナリ檢證ニ非ス而シテ檢證物ニモ制限ナク被告人、被害者其他ノ人モ亦檢證ノ目的物タリ例ヘハ被害者ノ創傷ノ性質輕重等ヲ實驗スルカ如シ

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內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テ總テノ物件ハ種々ナル關係ヲ以テ檢證ノ目的物タルコトヲ得ルモノトス然レトモ或物件アレハ必ス檢證物ナリト云フ能ハス又此等ノ物件ニ付テ或事實ヲ實驗シ得ルモ直チニ之ヲ以テ檢證物トナスヲ得スシテ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

検證ヲナスヲ得ル書及檢證ノ方式

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檢證物件ト爲ス（刑事訴訟法第二〇八條第四項參照）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リ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樣ニ付キ調書ヲ作ルヘシト規定セリ同條ニ依レハ檢證調書ハ豫審判事カ作製スルカ如キ觀アリト雖モ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シテ調書ハ第九十二條ニ依リ書記之ヲ作ラサルヘカラス唯書記ノ立會ヲ得ル能ハサル場合ニ限リ豫審判事之ヲ作ルヘキモノトス檢證調書ヲ作ル場合ニ於ケル檢證ノ手續ハ第百七條、第百八條、第百十條、第百十一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（刑事訴訟法第一九八條第二項參照）此手續ヲ履踐セサルハ之ヲ證據トシテ採用スルヲ得サルナリ

第四 檢證義務ノ範圍ニ付テハ第百三十五條第二項ノ外法律ニ明文ヲ揭ケサルヲ以テ他人ノ所有權ヲ侵スコトヲ得サルカ如シト雖モ墳墓ノ發堀又ハ解剖ノ如キ處分ト同等ニ置クコトヲ得ヘキ處分ハ之ヲ許シ他人ノ所有權ヲモ消滅セシムルヲ得ルナリト解スヘシ例ヘハ押收ノ藥品ヲ分析スルカ爲メニ之ヲ費用シ又ハ賍物隱匿ノ場所ヲ破壞スルコトヲ得ルカ如シ而

シテ身體ノ如キハ檢證ノ爲メ試驗ノ用ニ供セラルヽコトヲ得ス撮影ノ如キハ之ニ屬セスシテ之ヲ義務ト認ムルヲ得ヘシ

第九節　書證

書證ノ意義

文書ニ合體スル表示ノ內容ヲ以テ證明ノ用ニ供セラルヽ記錄ヲ書證ト云フ凡ソ文書ハ丁解シ得ル文字ヲ以テ表シタル表示ヲ合體スル物件ナリ故ニ其合體スル表示ニシテ苟モ表示自身ヨリ丁解シ得ヘキ思想ヲ含ムモノナリセハ之ヲ文書ト稱スルヲ得ヘシ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證書ノ目的ヲ以テ利用セラルヽニ非サレハ之ヲ訴訟上ノ書證ト爲スヲ得ス即チ證書ニ合體スル表示ノ內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僞造證書ノ如キハ書證ナリ而シテ同一ノ文書記錄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ルモノタリ

書證ノ種類

書證ハ其趣旨ニ從ヒ之ヲ處分的書證及ヒ報告的書證ニ區別スルヲ得處分的書證ハ構成要素又ハ徵憑事實タル表示自身ノ證明ノ爲メニ作製スルモノニシテ報告的書證ハ表示セラレタル事項即チ表示ヲ以テ報告スル事實ヲ證明スル爲メニ作製ス例ヘハ賣買、遺言ノ證書ノ如キハ前者ニシテ豫審調書ノ如キハ後者ナリ又書證ハ作製者ノ點ヨリ觀察シテ之ヲ公正證書及ヒ私署證書ニ區別スルヲ得而シテ刑事訴訟法ニ於テハ是等ノ區別ニ從ヒ書證ノ證據力ニ差異ヲ設ケス何レモ判事ノ自由心證ニ依テ判斷スヘキモノトス

書證ノ證據調ノ方式

書證ノ證據調ノ方式ハ朗讀ナリ（刑事訴訟法第二一九條第二項參照）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內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捜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（刑事訴訟法第一〇六條第二〇二條參照）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

裁判ノ内容

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スルモノアリ或ハ爭點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ヽルヘカラサルコトアリ例ヘハ被告事件禁錮以上ノ刑ニ該ルヘキモノニアラスト思料スルトキハ必ス豫審判事ハ勾留狀ノ取消ヲ爲スカ如キ（刑事訴訟法第八六條參照）是ナ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ニシテ爭點ノ有無又ハ法律適用ノ有無ヲ以テ區別ヲ立ル能ハサルモノトス

裁判ノ方式、判決、決定、命令

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ス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スシモ書面ノ方式ヲ要セス豫審判事ノ如キハ合議體トノ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ヲ要シ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（刑事訴訟法第二四條二項參照）

合議裁判ノ評議

合議裁判所ニ於テ裁判ノ成立スルニハ評議決定ヲ要ス（裁判所構成法第一九條以下參照）

一、定足數ノ判事

第一　裁判所構成法第百十九條ニ依レハ裁判ノ言渡ニ於テモ亦言渡前ノ評議決定ニ於テモ法律ニ從ヒ定數ノ判事之ニ干與セサルヘカラス是レ判決裁判所ニ對スル要件ナリ故ニ若シ此規定ニ違背スルトキハ刑事訴訟法第二百六十九條第一ニ依リ常ニ上告ノ理由トナルモノトス

二、補充判事ノ立會

第二　裁判所構成法第百二十條ニ於テ四日以上審問ノ引續クヘキ見込アル事件ニハ補充判事一人ヲ立會ハシムヘキコトヲ規定セリ此規定ハ公判ニ於テ適用セラルヽモノニシテ直接審理主義ヨリ生シタル結果ナリトス蓋シ此規定ハ公判ノ延期又ハ反覆ヲ防クノ趣旨ニ出テタルモノニシテ若シ此規定ナキトキハ公判中一判事ニ偶然ノ事故ヲ生スレハ公判ヲ停止シ更ニ他ノ判事ヲシテ之ニ代ラシメ之ト共ニ其公判ヲ初メヨリ行ヒ之ヲ反覆セサルヘカラサレハナリ故ニ特ニ補充判事トシテ審問ニ參與セシムルハ其判事ハ傍聽者トシテ審問ニ參與スルニアラスシテ自ラ裁判ヲ爲スノ任ニアルノ觀察ヲ以テ參與スルヲ要スルナリ補充判事ハ先ツ審理辯論ニノ

三、評議ノ密行

ミ立會フモノニシテ或判事ニ事故ヲ生シタル場合ニ限リテ評議決定ニ與ルモノナリトス

第三　裁判所構成法第百二十一條ニ依レハ裁判ノ評議ハ之ヲ公行セス又補充判事ハ正員タル判事カ事故ヲ生シ評議ニ與ルコトヲ得サル場合ニアラサレハ評議ニ立會フコトヲ得ス又裁判所書記モ立會フコトヲ得サルナリ又司法行政ノ監督者ト雖モ之ニ立會フコトヲ許サヽルナリ唯豫備判事及ヒ試補ニハ事務修習ノ爲メニ傍聽スルヲ許スコトヲ得ヘシ茲ニ注意スヘキハ判事ハ評議ヲ密行スルカ爲メニ必スシモ評議室ニ退クヲ要スルモノニアラス又評議ヲ公行セストハ之ニ立會傍聽スルヲ許サヽルノ謂ナルヲ以テ公判廷ニ於テモ低聲ヲ以テ評議スルヲ禁セサルナリ裁判所構成法第百二十一條第一項ノ規定ニ違背スレハ判決カ公行セラレタル評議ニ基クトキニ限リ上告ノ理由トナルヘシ

四、評議

第四　裁判所ハ評議ヲ終了シタルトキハ其評議ノ結果即チ裁判ヲ發表スル

ノ結果（裁判）ノ發表

モノトス然レトモ其之ヲ發表スルハ評議ノ内容ヲ發表スルモノニアラサルナリ裁判所構成法第百二十一條第二項ニ評議ノ顚末竝ニ各判事ノ意見及ヒ多少ノ數ニ付テハ嚴ニ祕密ヲ守ルコトヲ要スル旨ヲ規定セリ蓋シ裁判ハ裁判所ノ裁判ニシテ過半數ノ判事又ハ一人ノ判事ノ裁判ニアラサレハナリ此祕密ヲ守ル義務ハ判事及ヒ傍聽シタル豫備判事、試補ノ職務上ノ義務ナリトス

五、評議ノ順序

第五 評議ノ順序方法ニ付テハ法律ニ於テ詳細ノ規定ヲ設ケス唯評議ハ裁判長之ヲ開キ之ヲ整理スルモノトシ裁判所構成法第百二十二條ニ於テ各判事意見ヲ述フルノ順序ハ官等ノ低キ者ヨリ始マリ裁判長ヲ最終トシ官等同シキトキハ年ノ少ナキ者ヲ始トシ受命判事ヲシテ取調ヲ爲サシメタル事件ハ受命判事ヲシテ最初ニ意見ヲ述ヘシム

六、評議ノ採決方法

第六 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擧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ヽ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ヘシ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

裁判ノ理由

第七 裁判ハ過半數ノ意見ニ因リテ生スルヲ原則トス然レトモ三說以上ニ分レタルトキハ人爲的ノ過半數ヲ以テ決スルモノトス（裁判所構成法第一二三條參照）而シテ判事ハ裁判スヘキ問題ニ付キ自己ノ意見ヲ發表スルコトヲ拒ムヲ得サルナリ（裁判所構成法第一二四條參照）

或裁判ハ本法ニ從ヒ必ス理由ヲ付セサルヘカラス凡ソ裁判ヲ受ケタル者ハ其理由ヲ知ルニ付テ利益ヲ有スヘキハ勿論ニシテ若シ其理由ナキトキハ裁判ノ取消ヲ求メント欲スルモ其據ル所ヲ知ルニ由ナク又上訴ヲ受ケタル裁

判所モ裁判ノ當否ヲ審査スルニ由ナシ又下級裁判所モ亦上級裁判所ハ如何ナル理由ヲ以テ裁判シタルヤヲ知ルノ要アルヘキナリ是ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判ハ必ス理由ヲ付セサルヘカラス然レトモ其理由ノ内容及ヒ範圍ニ付テハ法律ニ於テ一般ノ規定ヲ設ケス第百六十九條第二百三條ノ如ク各裁判ニ付キ之ヲ定ムル場合ノ外ハ各場合ニ於テ適宜之ヲ定ムヘキモノトス

裁判ノ言渡

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（刑事訴訟法第二〇四條參照）裁判ノ言渡ハ裁判官ノ行爲ニシテ裁判所書記ハ言渡ノ權ヲ有セス又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ヽ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判決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

裁判ノ送達

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第十九條ニ依リ民事訴訟法ノ送達ニ關スル第百三十六條以下ヲ準用スルコトヽナセリ勿論準用ナルカ故ニ民事訴訟法第百三十八條第百四十一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擧クレハ左ノ如シ

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　民事訴訟法第百五十八條ノ公示送達ト本法第二百二十七條ニ於テ關

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

闕席判決ハ言渡ヲ爲スヘキモノナルモ檢事其他訴訟關係人ノ請求ニ因リ之ヲ闕席者ニ送達スルモノトス（刑事訴訟法第二二八條參照）此場合ニハ裁判發表ノ爲メニ送達スニアラスシテ故障期間ヲ進行セシムル爲メニ送達スルモノナリ故ニ職權ヲ行テセスシテ訴訟關係人ノ請求ヲ待テ送達ス之ニ反シ裁判發表ノ爲メニスル送達ハ必ス職權ヲ以テ之ヲ爲ス豫審終結決定ハ職權ヲ以テ其正本ヲ檢事及ヒ被告人ニ送達スルヲ要ス（刑事訴訟法第一七一條參照）

送達及言渡ノ效力

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ヽモノニアラス又單ニ表示ノ效力ヲ有スルノミナラス確定ノ效力ヲ有スルモノナリトス是ヲ以テ裁判ハ言渡若クハ送達ノ前ニ於テハ裁判ノ案文タルノミニシテ此案文ヲ裁判所ニ於テ變更セサレハ裁判タルヲ得ルニ至ルヘキモノタルニ過キス

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此拘束力ハ裁判ノ內容ニ依リ執行シ得ル效力ナルコトアリ又宣示的ノ效力ナルコトアリ例ヘハ無罪免訴ノ裁判ノ如シ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ス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ヽ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

廣義ニ於ケル直接審理主義トハ何ソ

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ヽ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ヽ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ヽトキハ直接審理ノ手續トス斯ク廣義ノ直接審理主義ヲ以テ判決裁判所カ其裁判ノ材料ヲ直接ニ自ラ認識スルノ意義ナリトセハ口頭辯論主義ヲ含ム

口頭辯論主義トハ何ソ

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即當事者カ直接ニ裁判所ニ接觸シテ其面前ニ於テ口頭ヲ以テ裁判ノ材料ヲ提供スルモノナリ故ニ此主義ハ民事訴訟法第百三條ニ示スカ如ク當事者ノ訴訟進行ノ行爲ノ上ニ行ハルヽモノナリ而シテ現行法ハ其意

狹義ニ於ケル直接審理主義トハ何ソ

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顧ミ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

廣義ニ於ケル直接審理主義ノ必要

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當事者ノ行爲ノ上ニ行ハルヽニ非スシテ裁判所ノ行爲タル證據調ノ上ニ行ハル此主權ノ反對ヲ間接審理主義ト稱ス

以上ノ主義ヲ以テセサレハ刑事ノ裁判ヲ適當ニ爲ス能ハサル所以ハ蓋シ此主義ニ基ク手續ニ依ルニ非サレハ事實ノ眞想ヲ摘把スル能ハサルニ由ル裁判所ハ事實ノ眞想ヲ判定スルニハ自由心證ヲ以テ主觀的確信ヲ得サルヘカラス此確信ヲ得ントスルニハ總テノ材料ヲ判事ノ五官作用ト理解力トニ直接ニ接著セシムルヲ要ス故ニ犯罪事實ノ認定ト其方法トハ判決ヲ爲スヘキ判事ノ一身ニ附屬シ決シテ他人ヲシテ代理セシムルヲ許サス若シ裁判所カ

口頭辯論主義ノ必要

狹義ノ直接審理主義ノ必要

當事者及ヒ證據ニ接觸セス證據調ヲ他人ニ委ネ他人ノ取調タル結果ヲ以テ事實ヲ判定セントスルカ如キハ五官作用ヲ他人ニ代理セシムルモノナリ即チ他人ノ眼他人ノ耳ヲ以テ犯罪ヲ認識セントスルニ在レハ適切ノ方法ニ非サルコト明ナリ

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假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顧ルヲ得ス(刑事訴訟法第一七六條、第一九一條、第二二〇條參照)トノ公判ノ規定ハ此原則ヲ認メタルモノナリ

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ヽハ例外ナリ是レ證據調ハ公判ノ一部ヲ成シ且受命判事、受託判事ノ取調ハ例外ニテ明文ヲ要スルヨリ認メラルヽ所ナリ(二)公判外ニ於テ證據調ヲ爲シタルトキ

口頭辯論主義ノ行ハルヽ範圍

ト雖モ可成ハ公判ニ於テ直接ニ再ヒ之ヲ審査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(刑事訴訟法第二一九條參照)證人鑑定人ニ付テハ第百八十九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

口頭辯論主義ハ訴訟ノ如何ナル範圍ニ於テ行ハルヽカヲ見ルニ此主義ハ當事者カ材料集取ヲ促スノ訴訟追行ノ行爲即チ主張、答辯、證據調ノ申請等ニ行ハレ他ノ訴訟行爲ニ行ハルヽモノニ非ス又此主義ハ民事訴訟法第百三條ニ於ケルカ如ク判決裁判所ニ於ケル辯論ニノミ行ハルヽカ故ニ公判開廷ノ手續ニ於テ行ハレ豫審判事、受命判事、受託判事ノ取調ニハ行ハレス又公判ニ於テモ本案事實ノ審査ニ關スル主義ナレハ上告審ニハ口頭辯論主義ハ行レス上告審ハ書面審理ヲ原則トシ其公判ニ於ケル辯論ハ附從ノモノナリ又本案

口頭辯論主義ヲ採用シタル結果

ノ審理ニ非サル公訴不受理又ハ管轄違ノ申立ノ如キハ口頭ヲ以テスルヲ要セス口頭辯論主義ヲ採用シタル結果ヲ擧クレハ左ノ如シ

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此期日アリテ始メテ當事者雙方ノ主張ヲ理會スルコトヲ得又其主張ニ對シテ答辯ヲ爲スコトヲ得

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ヽ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百七十六條、第二百九條第二項ニ依リテ明カナル所ナリ（裁判所構成法第一二〇條參照）

被告人カ公判ニ斷續シテ參與スルコトヲ必要トスルハ口頭辯論主義ノ效果ニアラス關席判決アルモ是レ口頭辯論主義ノ例外タルモノニアラス闕

席ノ場合ハ被告人カ訴訟ニ關スル陳述ヲ拋棄セルニ止マルモノニシテ口頭辯證主義ト相牴觸スルモノニアラス即チ口頭辯論ヲ爲スヘキコトヲ命スルノミニシテ必ス出廷スヘキコトヲ命スルモノニアラサルナリ彼ノ禁錮以上ノ刑ニ被告人ノ出廷ヲ必要トセルハ全ク實體的眞實發見ノ主義ニ基キタルモノニシテ口頭辯論主義ノ結果ニアラス又檢事ノ出廷ヲ要スルハ即チ公訴實行ノ職務ヲ盡スカ爲メニシテ口頭辯論主義ノ結果ニアラサルナリ

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（刑事訴訟法第一九六條、第一〇〇條、第一〇一條參照）

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日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臆ヲ脫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

本法第百八十三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ヘスシ其他ノ疾病ニ罹リタル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在ルヲ知ルヘシ

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此準備手續ハ本法ニ於テハ僅ニ第百九十二條ニ證人ノ氏名目錄ノ送達第二百十六條ノ公判前ノ檢證處分、第二百十四條以下ノ被告人ノ呼出ノ手續等ニ止マル此等ノ規定ハ訴訟材料ヲ連續セシメンカ爲メニ公判開始前ニ於テ其準備ヲ爲スヲ目的トスルモノナリ

刑事訴訟ノ或ル部分ニハ口頭辯論ハ行ハレス又口頭辯論ヲ實行スル.ニハ書面ノ必要アレハ如何ナル目的ニ於テ刑事事訟ハ必要ト爲スカヲ說明セサル

如何ナル目的ニ於テ書面ヲ必要ト爲ス

ヘカラス之ヲ必要ト爲ス塲合ハ左ノ如シ

第一 口頭辯論ヲ維持スル爲メニ書面ヲ要ス之ニ屬スルモノニハ口頭辯論ノ準備及ヒ基礎ヲ爲ス起訴狀、公判ニ付スル豫審終結決定、上訴申立書アリ又口頭辯論ノ結果ヲ明確ニスル公判始末書アリ

第二 直接審理主義ノ例外トシテ書面ヲ要ス豫審調書、搜查書類ヲ證據ニ採用スル塲合之ニ屬ス

第三 書面審理主義ヲ原則ト爲ス手續ニ於テ書面ヲ要スルコト明ナリ例ヘハ抗告裁判所ノ手續、管轄指定、移轉ノ裁判手續ノ如シ

訴訟行爲ハ訴訟ノ目的ニ向テ行ハル

第七章 訴訟行爲ノ性質及ヒ效力

訴訟行爲ハ訴訟ノ目的ニ向テ行ハルヽ、訴訟關係人ノ行爲ナリ即チ訴訟關係ノ成立、進行及ヒ終了ノ原因ヲ爲ス行爲ナリ訴訟ニ影響アルモノハ獨リ行爲

訴訟行爲　訴訟行爲ノ性質及效力

ノミニ止ラス期間回復ノ原因タル天災事變ノ如キ事實アリ又訴訟條件ニ屬スル事實アリ是等ハ訴訟行爲ノ條件又ハ其效果ノ條件タルニ過キサルナリ又被告人ノ公判期日ニ出頭セサルカ如キ行爲ハ訴訟ノ目的ニ向テ行ハルヽモノニ非サルカ故ニ訴訟行爲ニ非スシテ單純ナル事實ト異ナル所ナシ

訴訟行爲ハ訴訟關係人ノ行爲ナリ

訴訟行爲ハ訴訟關係人ノ行爲ナリ

訴訟行爲ハ訴訟關係人ノ行爲ニシテ證人、鑑定人ノ如キ第三者ノ行爲ハ訴訟行爲ニ非ス例ヘハ證人ノ供述ハ證據調ナル裁判所ノ訴訟行爲ノ目的物ニシテ供述自身ハ訴訟行爲ニ非ス證人ノ宣誓モ亦同一ナリ親告罪ノ告訴ノ如キハ訴訟條件タル行爲ニシテ訴訟行爲ニ非ス然レトモ第三者カ自己ノ權利義務ノ範圍ニ付キ訴訟上ノ效果ヲ受ケ又ハ之ヲ避ケントスルトキハ當事者ト同一ノ地位ニ在ルモノニシテ此場合ニハ第三者モ亦訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得ルモノトス例ヘハ證人ニ對シ不參ニ因ル罰金ヲ科シタル場合ニ其決定ニ對シ證人ヨリ抗告ヲ爲シタルトキ其抗告ノ申立ハ訴訟行爲タルコト疑ヲ容レス

訴訟行爲ハ訴訟主體ニ對シ爲サルヽモノナリ

訴訟行爲ハ法律行爲ニ非ス

訴訟行爲ハ訴訟關係人ノ一人ヨリ他ノ訴訟主體ニ對シ爲サルヽモノナルコトヲ要ス訴訟行爲ハ外部ニ對シテ其意思ヲ表示シ他ノ訴訟主體ノ覺知スル所トナルヘキモノナルカ故ニ他ノ訴訟主體ニ對シ爲サルヽモノニ非サレハ訴訟行爲ト謂フ能ハス例ヘハ訴訟代理人ノ委任ノ如キハ假令ヒ訴訟ノ效果ヲ得ルコトヲ其目的ト爲スモノナリト雖モ外部ニ對スル行爲ニ非サルカ故ニ訴訟行爲ニ非ス

訴訟行爲ハ訴訟關係ニ對シ效果ヲ及スヘキ意思ノ表示ナルカ故ニ法律上許サレタル行爲ナリト雖モ決シテ法律行爲ニ非ス ベーリング氏ハ刑事ノ訴訟行爲ヲ法律行爲ナリト說明スレトモ裁判所ノ裁判又ハ强制處分ノ如キモノカ法律行爲ニ非サルコト明白ナリ是等裁判所ノ訴訟行爲ハ總テ司法權ノ行使ニ屬スルモノニシテ之ヲ私權ノ得喪ヲ目的トスル法律行爲ト爲スハ誤レリ又ロー ゼンフェルド氏ハ訴訟行爲中上訴ノ拋棄、辯護開始後上訴取下ノ同意、上訴申立ノ委任ノ如キハ即チ法律行爲ニ屬スト說明セリ然レトモ是等ノ行

爲モ單ニ訴訟關係ニノミ效果ヲ及スモノニ過キスシテ實體法上ノ效果ヲ生スヘキ法律行爲ニ屬スルモノニ非サルナリ

訴訟行爲ハ意思ノ表示ナリ

訴訟行爲ハ意思ノ表示ナルヲ以テ意思能力者ノ行爲ナルコトヲ要スルト同時ニ意思ニ基ク行爲ナラサルヘカラス例ヘハ夢中行爲ハ行爲ニ非ス又第三者ノ强制ニ因テ爲シタル動作ハ行爲ニ非ス然レトモ强迫、詐欺其他錯誤ニ因リ訴訟行爲ノ意思ヲ生シタルトキト雖モ意思表示ニ瑕疵アルニ過キサルヲ以テ訴訟行爲存在セスト謂フ能ハス

訴訟行爲ニハ條件ヲ付スルコトヲ得ス

訴訟行爲ニハ條件付ノ意思ナルモノ存セサルカ故ニ之ニ條件ヲ付スルコトヲ得ス若シ條件ヲ付シタルトキハ訴訟行爲ノ意思存セサルモノト認メサルヘカラス凡ソ訴訟行爲ハ訴訟ノ發生進行終了ニ效果ヲ及ホシ以テ其終局ノ目的ニ向テ訴訟ヲ進行セシムル爲メニ行フモノナルカ故ニ訴訟行爲其者ノ不確定ノ狀態ヲ存スルコトヲ得ルモノニ非ス、然ルニベーリング氏ハ此理由ヲ公訴ノ提起、公判開始決定及ヒ判決ニ付テノミ認メ是等ノ行爲ニハ條件ヲ付スルコトヲ得サルモ其他ノ訴訟行爲ニハ條件ヲ付スルコトヲ得ルモノトス殊ニ條件付呼出、條件付證據調ノ請求、條件付勾引、條件付辯護人ノ選定、條件付上訴ノ申立、條件付告訴ヲ認メタリ又ローセンフェルド氏ハ訴訟又ハ其一節ヲ成ス手續ノ開始又ハ進行ニ關スル訴訟行爲ニハ條件ヲ付スルコトヲ得ト說ケリ、然レトモ呼出、勾引ノ如キモノニ條件ヲ付スレハ條件ノ成否ノ認定ハ其執行者ノ手ニ歸シ結局其命令ハ執行機關ノ左右スル所トナルヘシ又證據調ノ請求ノ如キモ訴訟追行ノ行爲タル以上ハ公訴提起、上訴ノ申立ノ如キ行爲ト異ルヘキ理由存セサルナリ、故ニ總テノ訴訟行爲ハ條件ヲ付スルコトヲ得サルモノトス、

訴訟行爲ノ不成立ニ關スル學說

ベーリングク氏ノ學說

訴訟行爲ノ效力トシテ其不成立ヲ認ムル學說アリベーリング氏ハ左ノ場合ニ於テ訴訟行爲ヲ不成立トス

一、一般ニ行爲ノ要素ヲ欠キタル場合即チ左ノ如シ

(一)訴訟行爲ノ意思カ表示セラレサル場合例ヘハ十圓ノ禁錮ヲ言渡タル判決

(二)意思ノ欠缺アル場合例ヘハ錯誤ニ因リ被告人ニ人違アリタル場合ノ判決

(三)行爲能力ヲ欠キタル場合例ヘハ精神病者タル判事ノ判決

二、訴訟條件ヲ欠キタル場合例ヘハ軍人ニ對スル通常裁判所ノ判決、管轄權ヲ有セサル裁判所ノ判決等ノ如シ

三、一定ノ種類ニ屬スル訴訟行爲ノ要件ヲ欠キタル場合例ヘハ判決條件ナクシテ爲シタル判決即チ起訴、公判開始決定ナクシテ下シタル判決、上訴拋棄ノ後申立タル上訴、單ニ被告人ヲ有罪ト宣告セル判決、法律ニ認メサル判決ノ如シ

右ノ如ク訴訟行爲ノ不成立ヲ認ムル結果トシテ不成立ノ行爲ハ全然存在セサルモノト認メラレ何等ノ形式ヲモ履踐セスシテ更ラニ有效ノ行爲ヲ爲ス

ローゼンフェルド氏ノ學說

コトヲ得ルモノトシ又不成立ノ裁判ハ確定力ヲ生スルコトナク檢事ニ於テ之ヲ執行スルコトヲ得ストセリ此ノ如ク訴訟行爲ノ不成立ヲ認ムルハ即チ訴訟ノ秩序ノ破壞ト謂フヘシ既ニローゼンヘルド氏モ裁判所ノ訴訟行爲ヲ抽出シテ之ニハ訴訟行爲ニ關スル一般ノ原則ヲ適用スルコト能ハスト爲シ精神病者タル判事ノ判決又ハ判事ノ資格ナキ者ノ判決ヲ目シテ之ヲ不成立ト爲スカ如キハ獨逸刑事訴訟法第三百七十七條第一號(我國刑訴第二六九條第一號ニ相當ス)ニ於テ規定ニ從ヒ判決裁判所ヲ構成セサルコトヲ上告理由ト爲スコトニ牴觸スルコトヲ主張セリ

ローゼンフェルド氏モ訴訟行爲ノ不成立ヲ認メサルニ非ス即チ裁判所ノ訴訟行爲以外ノ訴訟行爲ノ意思カ强迫、詐欺、錯誤ニ基キタルトキハ其瑕疵カ知レサル限リハ其行爲ヲ法律上認ムルコトヲ得ルモノト云ヒ又或ル種ノ判決ノ不成立ハ之ヲ認ムルコトヲ得ルモノトセリ例ヘハ刑法ニ認メサル刑ヲ言渡シ、治外法權者ニ對シ刑ヲ言渡シ又ハ區裁判所ニ於テ死刑ヲ言渡シタルカ如

キ場合ハ其判決ヲ無效トシ其他ノ場合ニ於テ判決カ實體法上又ハ訴訟法上ノ瑕瑾アルモ判決ノ形式的確定力ヲ得ルニ因リテ其瑕瑾ハ消滅スルモノト說ケリ尤モ判決自體ヨリ明白ナル瑕瑾ヲ認ムルコトヲ得ル場合例ヘハ十二歲以下ノ者ヲ處罰スル場合ノ如キハ不成立ニ終リ之ニ反シテ獨逸刑事訴訟法第三百七十七條ニ揭クル訴訟上ノ瑕瑾ノ如キハ確定力ニ因リ消滅スルモノナリトセリ

判決ニ對シ上訴及ヒ再審非常上告ヲ設ケ實體法上又ハ訴訟法上ノ瑕瑾ヲ主張セシメ期間內之ヲ主張セサレハ判決ハ之ヲ取消スコトヲ得サルニ至ラシムルハ現今ノ法制ニシテ此法制ヲ破壞スルニ非サレハ判決不成立說ヲ主張スルコトヲ得サル可シト信ス又獨リ判決ノミハ不成立タルヲ得サルモ他ノ訴訟行爲ハ不成立ナリトノ區別ヲ爲スコトヲモ能フヘキニ非ス例ヘハ訴訟條件ヲ欠キタル訴ハ不成立ナリトシテ管轄違又ハ公訴不受理ノ言渡ヲ爲サスシテ更ニ同一事件ニ付訴ヲ爲スコトヲ得ルモノトセハ訴訟ハ錯綜シテ終

ニ修ムヘカラサルニ至ルヘシ殊ニ裁判所及ヒ檢事ノ間ニ於テ訴訟條件ノ有無ニ付爭アルトキハ終ニ本案判決ヲモ下ス能ハサルニ至ルコトアルヘシ訴訟行爲不成立說ノ如クセハ何カ故ニ刑事訴訟法第二百六十九條第四號及ヒ第五號ノ如キ規定ヲ設ケタルヤヲ說明スルコト能ハサルヘキヲ虞ルヽナリ仍ホ我輩ノ論旨ヲ明確ナラシムル爲メ嘗テ法政新誌所載ニ係ル「人違ノ被告人ニ對スル判決ノ效力」ヲ左ニ揭出シテ參考ニ供ス

實際起訴セラレタル被告人ニ非サル者カ裁判所ニ出頭シ其人違ナルコトヲ覺知セスシテ判決ヲ下スコトハ稀ニ生スヘキ現象ナルヘシト雖モ決シテ絕無ノ事ニ非サルナリ、或ハ其犯シタル罪ノ相似タルヨリ人ヲ取違フルニ至ルコトアリ例ヘハ同一ノ山林ニ於テ同時期ニ甲乙二人カ各獨立シテ立木ヲ盜伐シタルニ甲先ツ起訴セラレ乙ハ其風評ヲ聞キ己レノ罪ニ付キ訴アリシモノト輕信シ公判期日ニ出頭シ氏名年齡等ノ訊問ニ注意セス宛モ甲ナルカ如ク認メラレ判決ヲ受クルコトアリ或ハ凶作等ノ不幸ニ遭遇

シ獄内ニ於テ食ヲ得ンカ爲メニ被告人ナリト僞ルモノアリ又子弟カ父兄ノ犯罪ヲ身ニ引受ケ被告人ナリト稱シテ裁判所ニ出頭スルコトアリ尙ホ以上ノ場合ト少ク趣ヲ異ニシテ屢々實際ニ於テ遭遇スル所ノモノハ起訴セラレタル眞正ノ被告人カ裁判所ニ出頭シタルモ僞名ノ下ニ於テ判決セラルヽコトナリ是レ竊盜累犯者カ其前科ヲ包藏シ輕キ處刑ヲ受クルカ爲メ此者ト同村在籍者ニシテ偶マ出稼中ノ者ノ氏名ヲ詐稱スルカ如キ場合ニ見ル所ナリ其他ニ於テモ既ニ被告人ニ對シ公判ノ呼出狀ヲ發スルニ方リ人違ノ者ニ之ヲ送達スルコトアリ我輩ハ實務ノ取扱ニ方リテ同一村內ニ叔父ト甥トカ其姓名ヲ同フスル者アリタルヲ實見セリ此ノ如キ事情ノ下ニ於テ同村內ニ騷擾罪等多數加擔ノ犯罪アリテ檢事ハ甥ノ加擔ヲ認メテ之ヲ起訴シタルニ公判呼出狀ハ叔父ニ送達セラレ叔父ハ公判ニ出頭シ辯解シタルモ既ニ有罪ノ判決トナルカ如キコトヲ生スヘシ、以上ノ場合ニ於テ人違ノ者ニ對シ下サレタル判決ハ如何ナル效力ヲ有スルヤハ本論ノ

燒點ナリト雖モ先ツ順序トシテ判決ニ至ラサル間ニ人違ナルコトヲ發見シタル場合ニ付キ說述スヘシ、

公判審理中被告人ノ人違ナルコトヲ發見シタルトキハ最モ簡易ノ措置ヲ以テ事ヲ處スルコトヲ得ヘシ、人違ノ者ニ對シテハ別ニ公訴不受理等ノ判決ヲ言渡スコトナク公廷ヨリ之ヲ退ケ更ニ期日ヲ指定シテ眞正ノ被告人ヲ呼出スヘキナリ、蓋シ此ノ如キ簡易ノ措置ヲ爲ス所以ノモノハ人違ノ者ニ對スル審理ハ無效ナルカ故ニ非スシテ人違ノ者ニ對スル訊問其他ノ審理ハ眞正ノ被告人ニ對スル訊問其他ノ審理タルモノニ非サルト同時ニ裁判所ハ人違ノ者ニ對シテ何等ノ裁判ヲモ爲サヽルカ故ニ之ヲ形式上被告人ノ地位ニ置キ其訴ト人違ノ者トヲ結合スルコトナケレハナリ尤モ前例ニ於ケル竊盜累犯者ノ僞名ヲ爲シタル場合ニハ其眞實ノ氏名ヲ發見シタル後ニ於テハ其氏名ヲ以テ引續キ審理裁判ヲ爲スヘキコト勿論ナリ何トナレハ其被告人ハ起訴セラレタル人ニシテ只眞正ノ被告人ヲ表シタル氏

名ニ誤アリタルニ止マレハナリ又前例叔父甥其氏名ヲ同フスル場合ニ豫審ニ於テ人違ヲ生シ公判ニ付スル豫審終結決定カ起訴セラレタル甥ニ送達セラレスシテ叔父ニ送達セラレタルトキハ公判ニ於テハ叔父ニ對シ公訴不受理ノ判決ヲ爲サヽルヘカラス何トナレハ豫審終結決定ハ送達ニ依リテ發表セラレ之ニ依リテ始メテ成立スル以上ハ送達セラレタル者ニ對シ此決定ハ下サレタルモノト認ムヘク從テ叔父カ此決定ニ依リテ公判ニ付セラレ形式上其事件ノ被告人トシテ公判ニ付スル裁判アリタルモノナレハ公判ニ於テハ叔父ニ對シ本案ノ裁判ヲ爲スカ又ハ公訴不受理ノ裁判ヲ爲スニ非サレハ公判ニ於テ事件ヲ受理シタルニ依リ生シタル義務ヲ盡シタルモノニ非ス而シテ叔父ハ假令ヒ公判ニ付セラルヽモ檢事ノ起訴ハ甥ニ對スルモノナルヲ以テ公判ニ於テハ叔父ニ對シ本案判決ヲ爲スコトヲ能ハス公訴不受理ノ判決ヲ以テ其訴訟ヲ終了シ甥ニ對シテハ更ニ新ナル起訴ヲ爲サヽルヘカラス蓋シ此場合ハ當初ニ於テハ適法ナル起訴アリタルモ中途豫終結決定ノ人違ノ謬誤ニ依リテ不適法ニ變形セラレタルモノト謂フヘク起訴ト公判ニ付スル豫審終結決定トハ其實質ニ於テ一體ヲ爲シ此決定ハ起訴ノ引繼キトシテ分離スヘカラサルヨリ生スル結果ナリトス

次ニ公判ノ審理中人違カ發見セラレスシテ本案判決カ言渡サレタルトキハ此判決ハ何人ニ對シテ言渡サレタルモノナリヤ即チ判決書ニ被告人トシテ表示セラレタル者ニ對スルカ將タ裁判所ニ出頭シテ審理判決ヲ受ケタル者ニ對スルカヲ定メサルヘカラス之ヲ定メテ始メテ此判決ノ確定力ノ問題ニ到着スルヲ得ルナリ此問題ニ付テハ前例示シタル何レノ場合ニ於テモ裁判所ニ出頭シテ辯解ヲ爲シタル者ニ對シ判決ハ下サレタルモノト定メサルヘカラス、蓋シ裁判所ニ出頭セサル者從テ其者ニ對シ口頭ノ審理行ハレスシテ辯護ノ機會ヲ有セサルニ於テ其氏名ヲ濫用スルコトアルモ決シテ其者ニ對シ裁判アリト謂フ能

ハサルコトハ刑事訴訟ノ組織ノ上ヨリ當然ニ生スル所ナリ口頭辯論ノ行ハレタルニ非スシテ判決ヲ受クルニ至ルヘキ者ハ現今ノ訴訟ニ於テハ存セサル所ナリトス、

人違ノ者ニ對スル判決確定シタルトキハ其效力如何此點ニ於テハ學說ノ分岐スル所ナリベンネッケ及ベーリング刑事訴訟法論第二九三頁ニ於テハ此判決ヲ無效トセリ氏ハ刑事訴訟ニ於ケル訴訟行爲ニ無效ナルモノ存スルコトヲ認メ其無效原因ヲ列擧スル中ニ訴訟行爲ノ意思ノ欠缺ニ基ク無效アルコトヲ加フ而シテ錯誤ノ結果ニ因リ裁判所ノ思惟シタル者ト異リタル判決ハ之ニ屬ストシ仍ホ例ヲ擧ケテ說明スラク逮捕セラレタル甲カ乙ノ氏名ヲ稱シ此氏名ノ下ニ刑ヲ言渡サレタルトキハ此判決ハ無效ナリ何トナレハ甲ニ對スル刑ノ言渡ハ表示セラレス又乙ニ對スル刑ノ言渡ニハ意思ナケレハナリト之ニ依レハ本論冒頭ニ揭ケタル例示中竊盜累犯者カ他人ノ氏名ヲ詐稱シタル塲合ナルト其他ノ塲合ナルトヲ區別セス總

テ之ヲ無效ト爲スモノナリ氏ハ又其無效ノ結果ニ付キ論シテ曰ク是等ノ原因ニ依リテ無效タル訴訟行爲ハ訴訟ノ如何ナル程度ニ於テモ存在セサルモノトシテ認ムヘシ上訴ノ如キ普通ノ救濟方法ヲ以テスルヲ得ヘシト雖モ此救濟方法ノ施スヘキナキトキニ於テハ特別ノ措置ニ出ルコトナク其訴訟ヲ有效ニ續行スヘシ即チ無效ナル判決ノ代リニ有效ナル判決ヲ言渡スヘシ而シテ無效ナル裁判ハ決シテ確定力ヲ生スルコトナシ無效ハ時ノ經過其他ノ事由ニ依リテ追完セラルヽコトナシ無效又ハ有效ヲ審査スヘキ任アル者ハ事件ニ付キ處置ヲ爲スヘキ官廳ナリ殊ニ檢事ハ無效ナル判決ヲ執行セシムルヲ得ス若シ之ヲ執行セシムレハ獨逸刑法第三百四十五條(執行スルヲ得サル刑ヲ執行スル罪)ニ依リ處罰セラルヘシ刑事ニ於テハ確定ノ訴ナルモノナシ從テ現行法ニハ無效ヲ確定スルヲ目的トスル訴ナシ立法論トシテハ何時ニテモ無效ヲ形式上明確ニスル方法ハ尤モ必要ナリト

右無效說ニ反對スルモノハルカース刑事實習第三五四頁以下ニ論スル所ナリ氏ハ實際ノ見地ヨリ立論シテ曰ク純然タル法理論ヨリスレハ無效說ハ正當ナルモ實際ノ見地ヨリスレハ疑ノ存スルモノアリ且實行ヲ爲ス能ハサルモノナリ形式上確定シタル裁判ノ無效ヲ有權的ニ確定スル官府アリヤ此官府ナシトセハ無效說ニ於テ裁判所ノ宣告ノ確實ハ如何ニシテ維持スヘキヤベーリング氏ハ無效ノ審査ヲ當該官廳ヲシテ爲サシメントスルモ無效說ハ實際ノ適用ニ於テ不安全不確實ヲ生スルヤ明ナリ何トナレハ無效ノ問題ハ曾ニ初メヨリ明白ナル塲合ノミニ限ラス之ニ付キ各人其見解ヲ異ニスヘキ塲合ノ存スルアリ又曾ニ判決ノミニ止ラス無效トナルヘキ數多ノ訴訟行爲アルヨリシテ漸ク後日ニ至リテ其無效ナルコトヲ發見スルトキハ各當該官廳ハ其無效ニ付テ判斷シ或ハ時ニ執行ヲ拒ムノ義務ヲ有スルニ至リ此行爲カ無效ナリト云フ單一ノ結果ノミニ止マラサルヲ以テナリ執行官廳カ之ヲ無效ナリト思料スレハ假令ヒ權限アル裁判所ニ於テ之ヲ無效ナリト確定スルコトナシト雖モ訴訟法上ノ手續ニ依リテ生シタル裁判ヲ目シテ無效ナリト云フヲ得ヘクシテ斯ク取扱フヲ得ヘキハ國家ノ權力及ヒ法律秩序ノ要求スル所ト相容レサル所ナリ國家ノ裁判所ニ於テ其權力ヲ以テ刑罰ノ權利ヲ認メ其裁判ヲ變更スルヲ得サルニ至レハ其裁判ハ執行セサルヘカラス之ヲ執行スルモ獨逸刑法第三四五條ノ處罰ヲ受クルコトナシ唯此塲合ニ於テ判決ヲ執行スルハ情ニ於テ忍ヒサル所ナレハ或ハ再審ノ訴ニ依リ或ハ特赦ヲ以テ之ヲ救濟スヘシトルーカス氏ハ尙ホ此人違ノ者ニ對スル判決ニ於テ判決ノ形式的確定力及ヒ實體的確定力ノ區別ヲ適用シ得ルコトヲ說ケリ即チ形式的確定力ハ裁判カ之レヲ覆スコトヲ得サルニ至リタルコト、刑ヲ執行スルノ基本タル力ヲ有スルニ至リタルコトトヲ云ヒ實體的確定力ハ公訴權ヲ消滅スル效力(一事不再理)ヲ云フニ在レハ人違ノ被告人ニ對スル判決ハ形式的ニ確定シ之ヲ

執行シ得ルモ實體的確定力ハ生セサルモノナリト云フニ在リ

余輩ハ此カーススノ說ヲ以テ妥當ナリト信ス凡ソ訴訟行爲ノ無效ヲ認メ之ヲ民法ニ於ケル法律行爲ノ無效ト同一ニ解シ其效果ヲ不成立ニ歸セシムルハ刑事訴訟ノ組織ヲ破壞スルモノナリ現行刑事訴訟法第十二條第二十條ニ於テハ無效ナル文詞ヲ用フルヲ以テ訴訟條件又ハ必要ナル方式ヲ解ク場合ニ此詞ヲ以テ說明ヲ爲スコトハ敢テ妨ケナシ

然レトモ之ヲ不成立ト解スルハ誤レリ右第十二條第二十條ノ場合ニ於テモ裁判所ハ何等ノ裁判ヲ爲サスシテ止ムヘキニ非ス無效トアルモ尙ホ公訴不受理管轄違ノ裁判ヲ爲サヽルヿ可ラサルニ非スヤ加之上訴ナル制度ヲ設ケ原裁判所ノ當否ヲ覆審シ之ヲ爲ス能ハサルニ至リテ確定力ヲ認ムルノ法制アル以上ハ無效說ノ到底採用スルヲ得ヘカラサルハ明ナリ此カーススノ論ノ如キハ机上ノ空論タルニ非ス氏ハ其實務ノ局ニ該リタル時屢々此問題ニ遭遇シ最初ハ法理論ノミニ傾キ無效說ヲ懷キシモ經驗アル上席

者ヨリ實際上ノ結果ニ付キ注意セラレ終ニ無效論ノ實際ニ於テ實行スル能ハサルヲ知レリト云フ此カーススノ敎示ヲ以テ無效設ノ採ルヘカラサルヲ覺知スル者多カルヘシト信ス

第八章　訴訟行爲ノ場所

訴訟行爲カ同一手續ニ屬スルトキハ相互ニ場所ニ付テ關係ヲ有シ又或ハ訴訟行爲ハ如何ナル場所ニ於テ爲サルヽヲ要スルヤノ問題アルヲ以テ茲ニ訴訟行爲ノ場所ノ說明ヲ爲スヲ要ス之ニ付テハ左ノ二ツヲ區別スヘキナリ

第一　訴訟主體カ公判期日ニ於テ口頭ノ交通ヲ爲スニ依リ行ハルヽ行爲ニ付テハ司法行政ヲ以テ司法ヲ行フ爲メニ定メタル場所即チ訟廷ニ於テ行ハル然レトモ審理ノ目的物カ裁判所外ニ在ルトキハ訟廷ニ於テ之ニ對スル訴訟行爲ヲ爲ス能ハサルハ勿論ナリ（裁判所構成法第一〇三條、刑事訴訟法第九二條二項、第一七六條、第一九

（一條、第一九三條參照）

第二 訴訟主體カ他ノ訴訟主體ニ接觸セスシテ獨立シテ爲ス訴訟行爲ニ付テハ更ニ當事者カ爲ス場合ト裁判所カ爲ス場合トヲ區別シ當事者ノ爲ストキハ唯裁判所ニ對シ其訴訟行爲ヲナスヲ要スヘクシテ場所ニ制限ナク裁判所カ之ヲ爲ストキハ其管轄區域內ニ制限セラル而シテ豫審處分ノ如キハ管轄區域內ヨリセハ必スシモ裁判所內ニ於テ之ヲ爲スヲ要セス（刑事訴訟法第九二條、第一一〇條、第一二八條參照）

訴訟ノ公開トハ何ソ

公開主義モ訴訟行爲ノ場所ニ關スル原則ナリ蓋シ何人モ立入ルコトヲ得ヘキ場所ニ於テ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ意味スレハナリ公開ノ訴訟トハ裁判所ノ訴訟行爲ニ介在スルノ權利ヲ或者ニ付與シタル場合ノ訴訟ヲ謂フ而シテ公開ハ訴訟關係人ニ限ル公開ト一般ノ公開トノ二アリ眞ノ公開ハ後者即チ一般ノ公開ニシテ訴訟關係人以外ノ第三者カ裁判所ノ訴訟行爲ニ介在スルノ謂ナリ

訴訟ノ密行トハ何ソ

一般ノ公開ハ憲法第五十九條及ヒ裁判所構成法第百五條ニ於テ公判ニ限リ認メラレタリ（刑事訴訟法第二〇八條第二號參照）憲法ニ於テハ其第五十九條ニ於テ裁判ノ對審判決ハ之ヲ公開スト規定セリ所謂對審トハ判決裁判所ノ辯論即チ公判ヲ謂フ又公判ノ中ニ於テモ判決ノ言渡ハ如何ナル場合ニ於テモ公開セサルヘカラス而シテ之ニ反シ公判以外ノ訴訟手續ハ皆密行トス即チ豫審抗告ニ對スル裁判、執行ノ異義及ヒ疑義ニ關スル裁判竝ニ裁判所ノ裁判ノ評議等ノ如キ皆公開スルコトナキナリ檢事ノ搜査處分ノ如キモ亦然リ次ニ所謂密行トハ何人モ之ニ介在スルノ請求權ナシト云フコトナルカ故ニ其處分ヲ行フ官吏カ許可スレハ介在スルモ可ナリト信ス從テ此許可アリタル場合ニ取調ヲ受クル者ハ之ニ異議ヲ申立ツルヲ得ス唯裁判ノ評議ノ場合ハ明文上許可ニ制限アリ即チ裁判所構成法第百二十條ニ於テ豫備判事、試補ニノミ評議ノ傍聽ヲ許シ其他ノ者ニハ之ヲ許サス公判ノ手續ヲ公開スルハ訟廷ヲ設クルノ趣意ト相反ス即チ訟廷ハ何人ヨリモ妨ヲ受クルコトナク訴訟行爲

ヲ爲スノ場所トシテ設ケタルモノナリ然ラハ密行ヲ以テ其趣意ニ適シタルモノトス然レトモ司法ハ或ル程度マテ一般人ヨリ監督セラレ其參與者ノ責任ヲ自覺セシメサルヘカラサル必要アリ舊時ノ糺問訴訟ハ公開ナキカ故ニ其信用ヲ失ヒタルモノナリトス

訴訟關係人ノ公開ハ公判ニ於テ一般公開ヲ停止シタル場合及ヒ豫審ニ於テ被告人カ第百八條ニ依リテ臨檢捜索ニ立會ヒタル場合ニ存スルモノニシテ此場合ニハ訴訟關係人ノミニ其介在ヲ許シ第三者ニ之ヲ許サヽルナリ即チ公判外ニ於テハ公判ニ於テ再ヒスルヲ得サル訴訟行爲ニ付キ訴訟關係人ノ公開ヲ認ム公判ニ於テ訴訟關係人ノ公開ヲ止ムル場合ヲ示セハ左ノ如シ

第一 證人又ハ共同被告人カ被告人ノ面前ニ於テ充分ナル供述ヲ爲スコトヲ得サルトキハ其證人ノ供述中被告人ヲ退廷セシム(刑事訴訟法第一九七條參照)此場合ニハ裁判長ノ告知ヲ以テ公開停止ヲ補充ス

第二 被告人カ訊問ヲ妨ケ又ハ不法ノ行狀ヲ爲シタルトキハ裁判所構成法

第百十條ノ規定ニ依リ裁判所カ退廷ヲ命ス尚ホ本法第百八十二條第二項ニ依リ對席トシテ判決ヲ爲スモノトス此場合ニハ被告人ニ對シテハ補充ノ手續ヲ爲サス

一般公開ノ例外ハ公開ノ停止ナリ公判ニ於テハ公開カ原則ナルヲ以テ公開ヲ止ムル場合ハ必ス法ノ明文アルヲ要ス公開ヲ止ムルトハ訴訟關係人以外ノ者ニ公判ノ介在ヲ許サヽルヲ謂フ但裁判長ノ許可ヲ得タルトキハ入廷スルコトヲ得(裁判所構成法第一〇六條參照)公開ヲ止ムル場合三アリ(一)安寧ヲ害スル場合(二)秩序ヲ害スル場合(三)風俗ヲ害スル場合是ナリ公開ヲ止ムルコトハ裁判所構成法第百五條ニ依リ裁判所ノ決議ヲ以テ之ヲ爲ス而シテ其決議ハ公開ヲ止ムル理由ト共ニ公衆ヲ退カシムル前ニ當テ之ヲ言渡ス茲ニ理由ヲ言渡スト

ハ其詳細ナルコトヲ言フニ及ハス前示三者ノ一ニ該當スルモノナルコトヲ示スヲ以テ足ル憲法第五十九條ニ所謂安寧秩序ハ一ニアラスシテ二者別物ナルヘシト信ス即チ安寧トハ例ヘハ軍機ノ秘密ニ係ル事件ノ如キヲ謂ヒ秩

序ニ關スルトハ傍聽人喧囂シテ裁判ノ妨害ヲ爲ス如キ塲合ヲ謂フモノナリ」

裁判長ハ公開シタル塲合ト雖モ婦女、童子又ハ相當ノ衣服ヲ着用セサル者ヲ退廷セシムルコトヲ得其他裁判長ハ開廷中秩序維持ノ權アルヲ以テ從順ナラサル者アルトキハ法廷ヨリ退カシムルコトヲ得ヘシ（裁判所構成法第一〇七條乃至第一〇九條參照）唯注意スヘキハ辯論ヲ妨ケタル者ニ對シテ退廷ヲ命スルノ權アリト雖モ實力ヲ以テ傍聽席ヲ閉チ其入廷ヲ防クコトヲ得サルコト是ナリ若シ退廷ノ命令ヲ拒ムトキハ裁判所構成法第百九條第二項ニ依リ拘留ヲ命スルノ外ナシ

公開ノ規定ノ趣旨

裁判手續公開ノ規定ハ任意規定ニアラス從テ當事者ノ處分權内ニ屬セシムルコトヲ得ス當事者ハ之ヲ欲セサルモ倘ホ公開スヘキヲ當然トス即チ公開ハ訴訟ノ必要條件ナリ故ニ本法第二百六十九條第八號ニ於テ判決ヲ公行セス又ハ公開ヲ禁スル言渡ナクシテ辯論ヲ公ニセサルトキハ常ニ法律ニ違反シタルモノトナセリ然レトモ之ト反對ニ公開ヲ禁スヘキ塲合ニ裁判所カ之ヲ禁セス又ハ公開ヲ爲スヘキ塲合ニ相當スル裁判所カ公開ヲ停止シタルノ故ヲ以テ當事者ヨリ上告ノ理由トスルコトヲ得ス蓋シ安寧秩序又ハ風俗ヲ害スル恐アリヤ否ヤハ一ニ裁判官ノ認定ニ委ネタルモノニシテ法律ヲ以テ之ヲ限定シタルモノニアラサレハナリ是レ第二百六十九條第八號ノ法文ヨリシテ明カナル所ナリ然レトモ公開ヲ停止スル言渡ノ理由ヨリ其言渡カ全ク法律ニ違背セルコトヲ知ルヲ得ルトキハ以テ上告ノ理由トナスコトヲ得ヘシ即チ公開ヲ止ムルノ決定ニ法律解釋ノ誤アリ從テ不當ニ法律ヲ適用シタルモノナルトキハ上告ノ理由トナルコトヲ猥褻行爲以外ニモアルモノトシ猥褻以外ノ事件ニ公開ヲ停止シタル塲合ノ如キ又ハ安寧ヲ害スルトハ日本ノミナラス外國ノ安寧ヲモ含ムモノナリトシテ公開ヲ停止セルカ如キ是ナリ

公開ハ判決ノ公平ナルコトヲ保障スルモノナルヲ以テ裁判所カ公判ノ全體又ハ其一部ノ公開ヲ停止シタル塲合ニ於テ其言渡ニ反シテ公開ヲ爲シタル

訴訟行爲　訴訟行爲ノ塲所

場合等ハ上告ノ理由トナスヘカラス然レトモ裁判所ノ評議ヲ公開シタルトキハ上告ノ理由トナルヘシ蓋シ評議ハ常ニ密行ヲ要スルモノナルヲ以テナリ又之ト反對ニ法律カ絕對的ニ公開ヲ望ム場合例ヘハ判決ノ言渡ノ場合ニ公開セサルトキハ是レ亦上告ノ理由トナルヘシ

猶豫期間

第九章　訴訟行爲ノ時

訴訟行爲ハ時ニ關シ相互ニ連絡ヲ保タシメ手續ノ正確ト迅速トヲ期セサルヘカラス訴訟手續ノ正確ヲ期セントスルニハ各訴訟行爲ヲ分離シテ之ヲ爲スノ時ニ間隔ヲ置カサルヘカラス之カ迅速ヲ期セントスルニハ訴訟行爲ノ時ニ付キ之ヲ同一ノ日時ニ歸セシメサルヘカラス

第一ノ目的ノ爲メニ法律ニハ訴訟行爲カ他ノ訴訟行爲ニ近次續行スルヲ妨クノ規定アリ即チ一方ノ當事者カ訴訟行爲ヲ爲シタル後相手方ヲシテ準備

失權期間及期日

ノ期間ヲ得セシメ熟考シテ訴訟行爲ヲ爲スヲ得セシムルモノアリ之ヲ猶豫期間トス例ヘハ被告人ノ呼出ニ關スル猶豫期間ノ如シ（刑事訴訟法第六九條、第一一六〇條、第一五三條參照）此種ノ期間ハ法律ニ於テ其最少限度ヲ定ム

第二ノ利益ヲ期スルノ目的ヲ以テ刑事訴訟法ニ於テ各訴訟行爲ヲ一定ノ時ニ集注セシムルノ規定ヲ爲スコトアリ即チ或ル訴訟行爲ヲ一定ヲ期間內ニ於テ爲サヽレハ訴訟上ノ不利益即チ失權ノ效果ヲ生スルコトヲ定ムルニ付キ訴訟行爲ノ方式ヲ異ニスルニ從ヒ其規定ヲ異ニス即チ左ノ如シ

第一　訴訟主體カ他ノ訴訟主體ニ對シ裁判所外ニ於テ爲ス行爲ニ付テハ期間ノ規定ヲ定ム此期間ヲ失權期間ト稱ス例ヘハ上訴期間故障期間ノ如シ此期間ハ法律ニ於テ其最長限度ヲ定ム

第二　裁判所ノ面前ニ於ケル訴訟主體ノ行爲ニ付テハ期日ノ規定ヲ定ム期日ハ訴訟主體カ他ノ訴訟主體ト共同シテ訴訟行爲ヲナスヘキ場合ニ認メラル例ヘハ公判期日ノ如シ

訴訟行爲　訴訟行爲ノ時

以上ノ如ク期日モ失權期間モ其本體ニ於テハ異ル所ナシ而シテ期日及ヒ期間ト混スヘカラサル時ニ關スル規定ハ裁判所職員ノ行爲ニ付キ定メラレタル時ノ規定ナリ例ヘハ判決言渡ニ關スル第二百六條ノ如ン其他第二百七十三條第二項、第二百九十六條等之ニ屬スル是等ノ規定ハ期日期間ノ規定ト全ク其趣旨ヲ異ニシ此規定ヲ裁判所職員ニ於テ守ラサルトキニハ直チニ其期間内ニ於テ爲スヘキ行爲ヲ爲スヘク時トシテハ懲戒ノ結果ヲ生スルニ止マリ訴訟上ノ權利ニ影響ヲ及スコトナシ

期日トハ何ソ

第一　期日

期日ハ當事者ノ爲メニ存スル時ニシテ證人ノ如キ第三者ノ爲メニ存スル期日ナシ公判期日ニ於テ證據調ヲ爲ストキト雖モ其期間亦當事者ノ爲メニ存シ證據方法ハ唯其目的物タルニ過キス期日ハ裁判所又ハ其機關タル裁判長、受命判事ニ於テ定ムルヲ得之ヲ定ムル方式ハ證據決定ノ内ニ於テ之ヲ爲スヲ得ヘシ又一旦定メタル期日延期スル

コトモ亦裁判所又ハ其機關ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得刑事訴訟法ニ於テハ期日ノ變更及ヒ辯論ノ延期ヲ區別セス

期日ハ法定ノモノナリト雖モ其始期終期ハ法律ニ之ヲ規定スルモノナリ即チ公判期日ハ被告人ニ對スル氏名年齡ノ訊問ヲ以テ始マリ審理ノ終了ニ依テ終ル（刑事訴訟法第二一八條第一項第二二〇條參照）

裁判所ハ如何ナル時日ニ於テモ期日ヲ定ムルコトヲ得ルモノニシテ裁判所ノ訴訟行爲ハ日曜日、大祭日ナルヲ問ハス晝夜ヲ論セス如何ナル日時ニ於テモ之ヲ爲スヲ得ルヲ原則トス唯一二ノ訴訟行爲ハ例外トシテ此處分ヲ受クル者ノ利益ノ爲メニ時ノ制限ヲ附スルモノアリ（民事訴訟法第一五〇條刑事訴訟法第一九條第七八條末項第一〇四條末項參照）又裁判所構成法第百二十九條ニ於テ夏期休暇中ニテモ刑事事件ハ訴訟行爲ノ進行ヲ停止スルコトナキヲ規定セリ又裁判所ノ開廳時間、執務時間等ノ訓令アルモ爲メニ此時間外ニ期日ヲ定ムルヲ妨ケス何トナレハ此等ノ規定ハ總テ訴訟行爲ヲ制限スルモノニアラサルナリ」

裁判所ハ如何ナル時日ニ於テモ期日ヲ定ムルコトヲ得ル乎

期日解意ノ結果

當事者カ期日ヲ守ラサルトキハ其結果種々アリ檢事カ公判期日ヲ守ラサルトキハ第百七十六條ニ違背シ公判ノ構成ヲ缺クカ故ニ公判ヲ開クコトヲ得ス被告人カ公判期日ヲ守ラサルトキハ勾引セラルヽコトアルヘク又第二百二十六條ニ依リ闕席判決ヲ受クルコトアリ辯護人期日ヲ守ラサルトキハ輕罪事件ニ付テハ公判ヲ進行スルヲ得ヘキモ重罪事件ニ付テハ公判ヲ開クヲ得サルナリ然レトモ本法第百八條第二百三十八條ノ如キ證據調等ニアリテハ當事者カ其期日ヲ守ラサルモ訴訟行爲ヲ爲スニ差支ナキナリ

法定期間及裁定期間

第二　期間

期間ノ繼續ハ豫メ法律ヲ以テ之ヲ一定スルコトアリ例ヘハ上訴、故障期間ノ如シ之ヲ法定期間ト云フ又各場合ニ於テ裁判所カ之ヲ定ムルモノアリ之ヲ裁定期間ト云フ此二者ノ區別ハ失權期間ノ區別ニシテ猶豫期間ニ適用セラレス蓋シ此區別ハ期間ノ伸長短縮ノ區別ニシテ法定期間ハ法律ニ於テ規定スルトキニ限リ之ヲ許シ裁定期間ハ常ニ之ヲ伸縮スルヲ得レハナリ

期間ノ計算法

期間ノ計算方法ハ本法第十五條ノ規定スル所ナリ同條ニ依レハ時ヲ以テ定メタル期間ト日、月、曆ヲ以テ定メタル期間トハ其起算點ヲ異ニセリ即チ時ヲ以テスルモノハ即時ヨリ起算シ日、月、曆ヲ以テスルモノハ初日ヲ算入セス又期間ノ終日カ休暇ニ當ルトキハ休暇ヲ經過シタル次ノ日ヲ以テ最終日トス休暇トハ日曜日、大祭日、冬期ノ休暇ヲモ包含スルモノトス（明治六年布告第二號同二二一號、同九年太政官達第二七號參照）然レトモ休暇ノ日カ期間ノ中間ニ介在スルトキハ之ヲ期間ニ算入セサルヘカラサルナリ尤モ此計算ハ之ヲ時效ノ計算ニ適用スルコトヲ得サルモノトス

猶豫期間及附加期間

通常期間ノ計算ハ右ニ述フルカ如クナレトモ遠隔ノ地ニ在ル者ニ對シテハ猶豫期間又ハ附加期間ヲ與ヘサルヘカラス是レ第十六條ノ定ムル所ナリ法文ニ何等ノ制限ナケレハ此規定ハ上訴、故障期間ニモ適用スヘシ若シ

期間ノ懈怠

之ヲ適用セサレハ實際上訴ヲ爲ス能ハサル塲合ヲ生スルナリ判例ニ於テハ闕席判決ニ對スル上訴、故障ノ申立ヲ爲スノ期間ニハ猶豫期間ヲ認メ對席判決ニ對スル上訴期間ニハ之ヲ與フヘカラサルモノトスレトモ本條ニ於テ此制限アルニ非ス只猶豫期間ヲ定ムル距離ハ裁判所ト裁判ヲ發表シタル塲所トノ距離ナレハ對席判決ハ言渡ニ依リ發表セラルヽニヨリ全ク本條ノ適用ヲ爲ス能ハス闕席裁判ハ闕席者ニ對シテ送達ニ依リ發表セラルレハ本條ノ適用アリト爲シタルカ爲ナリ又附加期間ハ下級審ニ於テ判決言渡ノ際之ヲ與フヘキモノトス

期間ノ經過前ニ訴訟行爲ヲ爲シタルトキハ期間ヲ遵守シタルモノニシテ若シ其期間ヲ空シク經過シタルトキハ期間ヲ懈怠シタルニノナリ例ヘハ上訴ノ申立ハ上訴期間内ニ申立ツルヲ要スルノミナラス其期間内ニ申立ヲ受クヘキ裁判所ニ達セサルヘカラス而シテ此期間ヲ懈怠シタル結果ハ訴訟上ノ權利ヲ喪失スルモノトス（刑事訴訟法第一七條參照）

原狀回復ノ條件

一、形式上ノ要件

期間懈怠ノ結果トシテ訴訟關係人ノ失權ハ必ス生スルモノニアラス本法ニ於テハ期間懈怠ノ結果ヲ回復スルノ方法トシテ原狀回復ナルモノヲ認メタリ然レトモ此原狀回復ハ故障及ヒ上訴期間ヲ回復スルトキニ限リ之ヲ許スモノニシテ其他ノ塲合ニハ之ヲ許サヽルナリ（刑事訴訟法第二三四條第二四七條參照）

今原狀回復ノ條件ヲ擧クレハ左ノ如シ

一　第二百四十七條ニ從ヒ其申立ヲ爲スヲ要ス

此申立ヲ爲スノ權アル者ハ期間ヲ懈怠シタル者ニ限ルヘキモノトス元來檢事ハ被告人ノ利益ノ爲メニ上訴スルヲ得ヘシト雖モ其被告人ノ爲メニスル上訴ハ全ク法律上認メラレタル自己獨立ノ權利ヲ行フモノナリ故ニ檢事ニ此權利ヲ行使スル爲メニ與ヘラレタル上訴期間トハ其性質ヲ異ニスルノ上訴權行使ノ爲メニ付與セラレタル上訴期間トハ被告人ノ利益ノ爲メトモノニシテ自己特有ノ上訴期間タリ從テ檢事ハ被告人ノ利益ノ爲メト雖モ被告人ノ懈怠シタル期間ヲ回復スルノ申立ヲ爲ス能ハス又法律上

代理人ハ獨立シテ被告人ノ上訴權ヲ行使スルヲ得ルニ止マリ被告人ニ代リ期間回復ノ申立ヲ爲スヲ得ス又辯護人ハ被告人ニ代リテ上訴權ヲ行フモノナルヲ以テ原狀回復ニ付テモ其申立期間內ニ於テハ亦被告人ノ權利ヲ代テ行フコトヲ得ト言フ者アレトモ本法ハ此點ニ付キ何等ノ明文ヲ設ケサルヲ以テ余ハ辯護人ト雖モ被告人ニ代テ此申立ヲ爲スコトヲ得サルモノト信ス即チ本法第二百四十三條及ヒ第二百四十四條ヲ期間回復ニ準用スル能ハサルナリ是等ノ規定ハ例外規定ナレハナリ

申立ハ障礙ノ止ミタルヨリ通常ノ上訴、故障ノ期間內ニ爲サヽルヘカラス障礙ノ止ミタル日トハ申立書カ事變ノ爲メニ裁判所ニ到達セサリシコトヲ知リタル日ノ如キヲ謂フ而シテ其申立ノ內容ハ第二百四十七條ニ依リ障礙ノ原因ノ表示及ヒ其疏明ナリトス

申立人ハ此申立ヲ爲スト同時ニ懈怠シタル行爲ヲ爲サヽルヘカラス故ニ裁判所カ期間ノ回復ヲ許シタル後ニ始メテ故障又ハ上訴ヲ爲スモノニアラス即チ此申立ト同時ニ爲ス所ノ故障又ハ上訴ハ申立ノ一部ニアラスシテ申立以外ノ獨立ナル訴訟行爲ナリトス而シテ之ヲ同時ニ爲スノ目的ハ單ニ日時ヲ費スヲ防クニアレトモ其之ヲ同時ニ爲スハ原狀回復ノ條件タリ

二　原狀回復ノ實體上ノ要件

又ハ故障期間ヲ經過シタルコト是ナリ而シテ此等ノ事實アルヤ否ヤハ裁判所ノ自由ニ判斷スヘキ所ニシテ此事實ノ認定ニ關シテ法律ノ干與スヘキモノニアラス然レトモ懈怠者カ自己又ハ代理人、辯護人ノ過失ニ因リテ送達ヲ知ラスシテ期間ヲ經過シタルトキノ如キハ決シテ此中ニ包含セラルヽモノニアラサルヘシ蓋シ假住所ヲ定メサルトキノ如キハ書類ノ送達ナキモ異議ヲ申立ツルコト能ハサルヨリ推スモ然ラサルヲ得ス反之送達吏ノ過失ニ因リタルトキハ之レ事變タルコト疑ヲ容レス

第十章　訴訟條件

第一節　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ノ法律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ニシテ當初民事訴訟ニ付キ法律關係說カ唱導セラレタルト同時ニ稱ヘラルヽニ至リタルモノナリ其以前ニ在テハ刑事訴訟ニ於テ手續ノ條件ナル名稱ノ下ニ之ヲ說明シ或ハ被告人ノ抗辯トシテ論セラレタル所ナリ今訴訟條件ノ定義ヲ擧レハ左ノ如シ

訴訟條件ノ定義

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ニ必要ナル事實ナリ

訴訟條件ハ公訴提起ノ條件ニシテ搜査ノ有效條件ニ非ラス

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搜查手續ニ於テハ然ラス檢事ハ訴訟條件ヲ缺クトキハ搜查ヲ爲スノ義務ナシト雖モ訴訟條件ノ存否ハ搜查手續ニ依リ公訴提起前ニ於テ確定セラルヽヲ要スルカ故ニ訴訟條件ハ搜查手續ノ有效條件ニ非サルナリ

裁判所及ヒ當事者間ノ訴訟關係ハ公判ノ開始ニ依テ成立ストノ學說ハ余輩之ヲ採ラス此說ニ依レハ訴訟條件ハ公判開始ノ條件ナリ此學說ヲ唱フル者ハ豫審手續ニ於テハ搜查手續ト同シク裁判所及ヒ當事者間ノ訴訟關係成立セスト爲スト雖モ訴訟條件ハ亦豫審手續ノ條件ト爲セリ蓋シ訴訟條件ヲ缺クカ故ニ有效ニ公判ヲ爲ス能ハサルトキハ豫審ヲ開始進行スルモ亦益ナキヲ以テ之ヲ謂フ其歸着スル結果ハ同一ナルモ豫審ニ於テ訴訟關係ヲ認メサルハ當ヲ得タルモノニ非ス

訴訟條件ハ公訴提起ニシテ搜查ノ有效條件ニ非ラス

訴訟行爲　訴訟條件　意義

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ノ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ルト雖モ訴訟關係ハ必ス公訴ノ提起ノミニ依テ成立スルモノニ非ス(刑事訴訟法第一四二條第一四三條參照)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ルナリ

訴訟條件ハ處罰條件ト區別スル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

スル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待テ始メテ此請求權カ發生スルコトアリ例ヘハ詐欺破產罪、過怠破產罪ニ於テハ破產宣告ノ確定ヲ待テ始メテ處罰スルヲ得ルカ如シ科刑權ノ成立ニハ犯罪行爲ハ第一條件タリ處罰條件ハ其第二ノ條件タルモノナ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實體法上ノ法律關係ト全然異ナル所アルヲ知ル而シテ此兩個ノ法律關係ハ刑事訴訟ニ於テ共ニ審判ヲ要スル問題ヲ成スモノナリ檢事ハ公訴ヲ以テ此二者ノ成立ヲ主張シ裁判所ノ裁判ヲ求ム然レトモ此二者ハ決シテ之ヲ混同スヘカラス從テ訴訟條件ト處罰條件トヲ嚴ニ區別スルヲ要スルナリ訴訟條件ト處罰條件トノ區別ハ何ソヘシ又或ル事實カ訴訟條件ニ屬スルヤ將タ處罰條件ニ屬スルヤハ其事實ノ

法律上ノ性質ニ從テ各別ニ決スヘキ問題ナリ親告罪ノ告訴ニ公訴ノ時效、本案ノ確定判決ノ如キハ此點ニ付キ爭アル所ナリ

以上訴訟條件ニ付キ說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スル法律關係ニ付テモ其成立ノ條件アリ故ニ豫審ノ條件、公判ノ條件、上訴ノ條件アリ又一個ノ訴訟行爲ニ付テ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ノ條件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抽出シテ說明ヲ爲ス所ナリ然レトモ其判決條件トシテ說明スル所ハ判決前ニ於ケル訴訟行爲ノ條件ニシテ只其行爲ノ有效ナル成立カ判決ニ效果ヲ及ホスモノヲ說明スルニ止マルコトアリ依テ刑事訴訟ノ說明ハ終始廣義ノ訴訟條件ノ說明ニシテ曾ニ判決ノ條件ノミ特別ノ說明ヲ爲スヘキニ非サルヲ知ル

一般ノ訴訟條件及特別ノ訴訟條件

第二節　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シ又違警罪即決言渡ニ對スル正式裁判ノ請求ニ依リ訴訟ノ成立スルニハ一般ノ訴訟條件ノ外正式裁判請求ノ有效條件ヲ必要トスルカ如シ

第二　絕對ノ訴訟條件、相對ノ訴訟條件　絕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爲ヲナ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干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ヽレハ裁判所ハ其條件ノ存否ヲ審査スルコトヲナシ是レ相對的條件ト云フヲ得ヘシ

第三　通常ノ訴訟條件、特種ノ訴訟條件　通常ノ條件ハ總テノ刑事々件ニ於テ存在スルモノナリ特種ノ條件ハ特種ノ刑事々件ニ於テ存在スルヲ要スル條件ナリ親告罪ニ於ケル告訴ハ特種ノ訴訟條件ナリ

第四　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其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サルカ故ニ之ヲ區別スルノ必要ナキモノナリ」

第五　實體法上ノ訴訟條件、形式法上ノ訴訟條件　此區別ハ訴訟條件タル事實カ刑法ニ屬スルト訴訟法ニ屬スルトニ依テ爲シタルモノナリ然レトモ此區別ハ誤レリ總テノ訴訟條件ハ訴訟法ニ屬スルモノナリ蓋シ刑法ト刑

事訴訟法トノ區別ハ法律關係カ訴訟關係ナルト刑罰關係ナルトニ依リテ之ヲ爲スヘキモノニシテ訴訟條件ハ悉ク訴訟關係ニ係ルモノナレハナリ」

第六 訴訟成立條件、判決條件　此區別ヲ爲ス者ハ訴訟カ有效ニ成立スルノミニ係ル條件ヲ訴訟條件トシ其條件カ訴訟ノ有效ナル成立ニ係ルト同時ニ判決ノ條件タルトキハ之ヲ判決條件ト云フ而シテ同一ナル內容ノ條件ニテモ訴訟ノ成立スル時トハ異ナルヲ以テ本項ノ區別ヲ爲スヲ要スト說明ス然レトモ總テノ訴訟成立條件ハ同時ニ判決ノ條件タルモノナリ訴訟成立條件備ラサレハ本案ノ判決ヲ爲ス能ハス又或ル訴訟成立條件ヲ相對ノ條件ト規定スレハ判決ヲ爲スマテニ補充セラルヽコトアルヘク此場合ニ於テ始メテ訴訟成立條件カ判決ノ條件タラサルモノナリ故ニ本項ノ區別モ其理由ナキモノナリ

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シ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客觀的關係ニ付キ云ヘハ刑事々件カ特別裁判所ノ裁判權ニ屬スルトキハ通常裁判所ニ於ケル訴訟成立條件ヲ欠クモノナリ主觀的關係ニ付テ云ヘハ軍人又ハ治外法權者ノ如キ通常裁判所ノ裁判權ニ服セサル者ニ付テハ訴訟條件ヲ欠クモノナリ裁判權ハ公益ノ爲メニ裁判所ニ附與セラルヽ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

トモ現行法ハ之ヲ絶對ノ訴訟條件トセリ

訴訟ノ成立條件ヲ以テ公判開始ノ條件ト爲ス者ハ以上條件ノ外裁判所ノ適法ノ構成ヲ以テ裁判所ニ付テノ訴訟成立條件ト爲ス然レトモ余輩ハ公訴提起ノ條件ヲ訴訟成立條件ト爲スカ故ニ之レヲ採ラス裁判所ノ適法ナル構成ハ公判ノ條件タルニ止マルモノトス

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欠クモノナリ

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置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方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カ故ニ訴訟成立條件ヲ缺クモノナリ

右當事者能力及ヒ訴訟能力ハ共ニ絶對ノ條件ニ屬ス

二、同一事件ニ付權利拘束又ハ確定判決ノ存在セサルコト　訴訟成立條件ノ欠缺

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說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搜查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欠ケタルトキハ裁判所ハ本案ノ犯罪事實ヲ審查スルノ義務ナシ

第二　訴訟成立事件ヲ欠クニ拘ラス公訴カ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（刑事訴訟法第一八六條參照）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

處罰條件ノ欠缺ノ效果

第三 裁判所カ訴訟成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ヽ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效ナリト云フ能ハス

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

捜査ノ意義

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檢事ハ被嫌疑者ニ對シ十分ナル事實上ノ憑據ヲ得タル後ニ公訴ヲ提起スヘキカ故ニ公訴ヲ提起スルニ先チテ檢事ハ事實上ノ憑據アルヤ否ヤニ付キ其意見ヲ定メサルヘカラス依テ訴訟法ハ此問題ヲ審明スルノ方法ヲ

檢事ニ司ラシム是レ捜査ノ手續ナルモノナリ

捜査處分ノ範圍及其目的物

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ス捜査手續ニ依リ公訴ヲ提起シテ此訴訟關係ヲ成立セシムヘキヤ否ヤノ問題ヲ決定セントスルモノ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捜査手續ノ主宰者ハ即チ檢事ナリ(刑事訴訟法第四六條參照)

捜査ノ目的

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擧示スレハ(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)湮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(一)及ヒ(二)ノ事項ヲ定ムルニ非サレハ公訴ヲ提起スルヲ得サルハ捜査ノ目的タリ又此捜査ニ付テハ被嫌疑者ノ利益ナル事項ヲモ探究スルヲ要ス(三)ハ實行シ得サル公訴ハ提起スヘキニ非サルカ故ニ檢事ハ公訴ノ實行ヲ確保スルノ必要ナル事項ヲ捜査スヘキ義務アルヨリ生ス又被告人ヲ勾留シ保全スルモ同一ノ目的ニ出ツルモノトス

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初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シ唯其日限ノミヲ制限セリ此草案ハ原告官ヲシテ公力ヲ用ヒ證據ヲ集取セシムルハ被告人ノ防禦權ヲ無視シ甚タ危險ナリトノ批難アリ然レトモ亦一方ニ於テ證憑ハ迅速ニ之ヲ集取スルヲ要シ犯罪發覺ノ當時直チニ之ヲ集取スレハ輒ク其目的ヲ達スルヲ得ルノ便宜アルヨリシテ遂ニ現行犯ノ場合ニ限リ檢事、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是レ佛國治罪法第八條ノ精神ニシテ我舊治罪法ハ此精神ヲ採リ其第九十二條ニ於テ證憑ヲ搜査シ云云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豫審ニ於テハ第九十一條ニ證據徵憑ヲ集取スヘシト規定シテ搜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

搜査ニ於テハ强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蓋シ檢事ハ告訴告發ヲ受ケ其趣旨ヲ明ニスル爲メ告訴人告發人ヲ訊問シ得ルハ勿論又官廳ノ告發ニ係ルトキハ之ニ對シ回答ヲ求メ又書類ノ廻送ヲ求ムルヲ得ル以上ハ被嫌疑者其他關係人ヲ訊問シ任意ニ供述セシメ又之ニ對シ回答ヲ求ム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其紛失ヲ防カンカ爲メニ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搜査シ若クハ物件ヲ差押ヘ墳墓ヲ發掘スルカ如キハ之ヲ許サヽ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但シ明治十一年二月太政官布告第二十二號ニ依レハ變死ニ係ル屍體ヲ警察官吏檢查スル時ニ於テ解剖ヲ行ハサレハ致命ノ原因ヲ確知シ難キトキハ檢事ノ許可ヲ受ケ其部分ヲ解剖檢查セシムルヲ得ルモノトセリ是レ例外ニ屬シ搜查手續ノ特別法タリ檢事、司法警察官カ以上ノ搜查處分ヲ爲シタルトキハ訊問ニ付テハ聽取書、實況見分ニ付テハ見分書等ノ書類ヲ作製スルノ義務アリ是レ公判ニ於ケル證據調ノ端緒タルモノナレハナリ又此搜查書類ハ檢事等カ其搜查ノ權限內ニ於テ作製シタル公正ノ書類ナレハ法律ニ於テ禁制ノ規定ナキ以上ハ證據トシテ之ヲ採用スルコトヲ得ルモノトス

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ヒ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佛國治罪法ニ在テハ檢事、司法警察官、豫審判事ノ三者ヲ以テ司法警察ノ下調處分ヲ

為ス機關トナスヲ以テ檢事カ强制處分ヲ爲ス能ハサルトキハ豫審判事ニ請求シテ此强制ノ處分、訊問ヲ爲シ得ヘシ獨國治罪法ニ在テハ區裁判所判事ニ囑託シテ强制ノ訊問、强制處分ヲ爲スコトヲ得ルヲ以テ此二者ハ其手續ヲ異ニスルモ共ニ搜査ノ權力强大ニシテ依テ以テ檢事ハ公訴ノ提起ヲ誤ルコトナキヲ得ヘシ然ルニ我刑事訴訟法ハ此等ノ規定ヲ設ケス僅ニ現行犯ニ限リテ搜査ニ强制處分ヲ用キルコトヲ許シタルノミナルハ一大缺點ト云フヘシ」

搜查ノ始期及終期

搜查ノ始期及ヒ終期如何　此問題ハ搜查手續ノ目的トハ別問題ナリ搜查權ハ犯罪アルト同時ニ發生ス但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ルモ現行犯ノ搜查處分ヲ爲スヲ得ルモノト爲サヽルナリ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曰ク搜

查ノ目的ハ起訴ノ範圍ヲ定ムルノ標準タルモノナリ檢事ハ起訴ヲ爲スニ付キ充分ナル事實上ノ根據ヲ得ルカ爲メニ搜查スルモノニ外ナラサレハ此事實ノ根據ヲ得タル以上ハ搜查ハ茲ニ終了セサルヘカラス本法第六十二條第六十三條ニ檢事犯罪ノ搜查ヲ終ルトキハ豫審ヲ求メ又ハ直チニ其裁判所ニ訴ヲ提起スルトアルハ即チ搜查ハ起訴マテハ行ハルヽコトヲ示シタルモノニシテ起訴以後ハ全ク裁判所ノ職權ヲ以テ事實ノ審理ヲ爲スニ一任スヘキモノナリト然レト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之ヲ維持スルニ必要ナル資材ヲ得ルニ妨ナシ搜查方法ノ終局ノ目的ハ適當ノ刑ヲ適用スルコトヲ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又搜查ニ赤搜查ヲ爲スヲ得ヘシ本法第六十二條ノ如キハ搜查手續カ起訴ヲ爲スニ付

搜査ノ原因（犯罪認知ノ方法）

キ充分ナル程度ニ達シタルトキハ檢事ハ公訴ヲ提起スヘシトノ意ニシテ起訴ヲ以テ搜査ノ終期トナスコトヲ示シタルニアラサルナリ

檢事、司法警察官カ搜査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査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査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査ハ其原因ノ異ナルニ依リ搜査ノ手續ニ差異アルモノニアラスシテ搜査手續ハ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コト是ナリ即チ告訴、告發アルトキハ重ニ非現行犯ノ場合ナレトモ必ズシモ非現行犯ノ場合ニ限ラルヽモノニアラス又自首ノ場合モ常ニ現行犯ノ處分ヲ爲スト云フ能ハス犯罪事實發覺ノ狀態ニ因リテ或ハ現行犯ノ手續ヲ爲スコトアルヘク或ハ非現行犯ノ手續ヲ爲スコトアルヘキモノトス次ニ搜査ノ原因アレハ必ス搜査手續ヲ爲スモノト云フヘカラス其原因カ初メヨリ信ヲ置クニ足ラサレハ搜査ヲ爲サス直チニ不起訴處分ヲ爲スヘク又原因カ犯罪ノ十分ナル憑據ヲ存スルモノナリセハ搜査ヲ爲スナク直チニ起訴ヲ爲スヲ得ルモノトス

搜査ノ原因（告訴、告發及自首ノ意義）

第一節　告訴及ヒ告發

告訴告發ノ異

告訴トハ直接又ハ間接ノ被害者カ犯罪アルコトヲ搜査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査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今其差異ノ一二ヲ擧クレハ(一)親告罪ニ付キテハ告訴ハ訴追條件

第一審ノ手續　搜査　告訴及ヒ告發

公ノ告發ト私ノ告發

告發ノ義務

ナリト雖モ他ハ否ラス(二)告訴人ニ對シテハ檢事ハ搜査ノ結果タル處分ヲ通知スルヲ要スレトモ告發人ニ對シテハ之ヲ通知スルヲ要セス(刑事訴訟法第四六五條參照)(三)告訴ヲ爲スノ地ト告發ヲ爲ス地トヲ異ニス(刑事訴訟法第四九條第五三條參照)自首ニ付テハ本法ニ何等ノ規定ヲ設ケス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是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レ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マ左ニ告發ノ各場合ヲ說明スヘシ

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(刑事訴訟法第二五二條參照)

(附)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或ハ第五十八第二項ニ於テ罰金以下ノ罪ニ該當スヘキ現行犯ヲ認メタルトキハ輕罪ニ付テハ檢事ニ告發スヘシトアルニ依リ現行犯ノ場合ニ於テ尙ホ且告發ヲ要スル以上ハ非現行犯ノ場合ニハ無論同條ニ依リ告發ヲ爲サヽルヘカラサルカ如シ然レトモ第五十八條第二項ノ檢事ニ告發スルノ規定ハ巡査、憲兵上等兵ノミニ限リ適用スヘキモノニシテ司法警察官ニ適用スルコトヲ得ス即決ヲ爲スヘキ官署ニ告發スル規定ハ茲ニ問題トスル所ト全然別異ノモノナリ且現行犯ノ場合ニハ司法警察官ハ被告人ヲ逮捕シタルトキト雖モ告發ヲ爲スノ義務ナク第百四十七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ルモノナルニ非現行犯ノ場合ニハ單ニ其職務ヲ行フ地ノ裁判所ノ檢事ニ告發スルニ止マル輕キ義務アルモノトナスハ少シク權衡ヲ失スルモノヽ如シ去レハ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ス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而シテ司法警察官カ告訴ニ依リ犯罪アルコトヲ知リタル場合ト自ラ犯罪アルコトヲ知リタル場合トハ搜査ノ原因ヲ異ニスルモ爲メニ其手續ノ異ナルコトナキナリ是故ニ司法警察官カ非現行犯ヲ自ラ知リタルトキハ第四十九條ノ場合ト同シク直チニ搜査ヲ遂ケタル上管轄裁判所ヲ判定シテ之ヲ管轄裁判所ノ檢事ニ送致スヘキモノニシテ告發ヲ爲スノ義務ナシトス要スルニ搜査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トナリ巡査、憲兵上等兵ハ第五十二條ノ官吏中ニ包含セラルヽモノトス故ニ巡査、憲兵上等兵ハ現行犯ノ場合ニ第五十八條、第五十九條ニ依リ被告人ヲ逮捕シタルト否トニ拘ハラス告發ヲ爲スノ義務アルモノナレハ非現行犯ノ場合ニ於テモ亦同一ノ手續ヲ爲サヽルヘカラス而シテ今日ノ實際ニ於テハ巡査、憲兵上等兵ハ多クハ司法警察官吏ニ告發シ之ヲ檢事ニ告發スルコトハ極メテ稀ナリトス然レトモ其告發ノ效力ニ至テハ敢テ差異アルモノニアラサルナリ

第五十二條ノ公ノ告發カ私ノ告發ト異ナル點ハ(一)書面ヲ以テスルヲ要シ成ルヘク證憑及ヒ事實參考トナルヘキ事物ヲ添フヘキコト(二)官吏公吏ノ職務ヲ行フ地ノ檢事ニ告發スヘキコト(三)此告發ハ義務ニ屬スルモノナレハ其取下ヲ爲スコトヲ得ス又本人自ラ爲スヘキコト是ナリ

第二　巡査、憲兵上等兵カ其職務ヲ行フニ當リ重罪又ハ禁錮ノ刑ニ該ルヘキ輕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査等ノ逮捕及ヒ告發ノ顚末ヲ聽取シ之ニ付キ調書ヲ作ルヘキモノトス又巡査、憲兵上等兵カ罰金ノ刑ニ該ルヘキ輕罪又ハ違警罪ノ現行犯アルコトヲ知リタルトキハ輕罪ニ付テハ檢事ニ違警罪ニ付テハ即決官署ニ之ヲ告發スヘキモノトス（刑事訴訟法第五九條參照）

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重罪又ハ禁錮ノ刑ニ該ルヘキ輕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査憲兵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（刑事訴訟法第二一六條參照）又爆發物取締罰則第八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重禁錮ニ處セラルヽモノトス是レ告發ノ義務ヲ負擔セシメ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（刑事訴訟法第四九條第五三條參照）而シテ此被害者所在地ニ於テ告訴ヲ爲スヲ得セシメサリシハ犯罪地ハ多クハ被害者所在ノ地ナリト看做シタルニ外ナラサルナリ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ク決シテ直チニ控訴院檢事ニ告訴、告發スヘキモノニアラス然レトモ上級裁判所ノ檢事モ亦裁判所構成法第八十三條ニ依リ告訴、告發ヲ受クルノ權ナシト云フヲ得サルノミナラス法律ニ規定シタル地ノ檢事ニ告訴、告發セサルモ搜査原因カ無效タルニ非ス只搜査ノ便宜ノ爲メ告訴、告發ノ地ヲ定メタルニ過キサルナリ

告訴、私ノ告發ハ口頭又ハ書面ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ若シ口

頭ヲ以テ爲シタルトキハ之ヲ受ケタル檢事、司法警察官ニ於テ告訴又ハ告發ノ調書ヲ作リ告訴、告發人ト共ニ署名、捺印スヘキモノトス告訴、告發人ニシテ署名、捺印スルコト能ハサルトキハ代署シテ其旨ヲ附記スルヲ要ス但此方式ヲ缺クモ告訴人、告發人ノ承諾ニ出テタルコトヲ認メ得ヘケレハ無效トナラス（刑事訴訟法第五一條ノ二參照）又告訴、告發人ハ何レノ場合ニ於テモ成ルヘク證憑又ハ事實參考トナルヘキコトヲ申立ツルヲ要ス（刑事訴訟法第五〇條參照）而シテ告訴私ノ告發ハ本人ヨリ之ヲ爲スヲ要セス代人ニ委任シテ之ヲ爲スコトヲ得ヘク無能力者ノ告訴ハ法律上代理人之ヲ爲スモ其效アリ尤モ告發ニ付テハ法律上代理人ハ自己ノ名義ヲ以テ爲スヘキヲ以テ法律上代理人トシテ告發スルカ如キコトナキナリ（刑事訴訟法第五四條參照）又私ノ告訴告發ハ其取下ヲ爲シ又ハ申立ヲ變更スルコトヲ得ヘシ（刑事訴訟法第五五條參照）告訴、告發ノ取下ヲ爲スモ親告罪ノ場合ヲ除クノ外檢事ノ搜查處分又ハ起訴ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナシ然レトモ之ニ因リテ告訴、告發人カ幾分カ其責任ヲ輕減スルヲ得ヘキナリ

第五十二條ノ官吏、公吏ノ告發ハ其署名、捺印シタル書面ヲ以テスルコトヲ要ス然レトモ本法第二十條ノ規定ニ依ルヲ要セサルモノトス其故ハ第二十條ハ官吏、公吏カ本法ニ於テ訴訟手續トシテ定メタル職務ヲ行フ場合ニ適用スヘキモノニシテ第五十二條ノ告發ハ其本來ノ職務ノ附從的義務ニ屬スレハナリ

告訴、告發ニシテ上述ノ管轄及ヒ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スルモ搜查官カ犯罪ヲ認知シ搜查ニ着手スルニ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書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效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、告發ヲ爲ス者ナキニ至リ法律ニ於テ告訴、告發ヲ望ムノ主旨ト相反スレハナリ

第十三條ハ舊治罪法第十六條ヲ其儘ニ存シタルモノナリ本法ハ舊治罪法ヲ變更シタル所アルニ拘ハラス本條ハ之ヲ顧ミサリシヲ以テ其規定甚タ穩當ナラス舊治罪法ニ於テハ民事原告人私訴ヲ豫審判事ニ申立ツルトキハ檢事ノ起訴ナシト雖モ公訴ノ提起アリトナシタルヲ以テ訴訟ノ原因カ民事原告人ノ意思若クハ重過失ニ出ツルコトアリテ即チ第十三條ノ責任ヲ負擔スルコトアルヘシ然レトモ本法ニ於テハ此制ヲ廢シ民事原告人ハ公訴ニ容啄ス

ルコト能ハサルニ至リタルヲ以テ第十三條第一項ノ適用ヲ受クルコトナカルヘシ又舊治罪法ニ於テハ民事原告人カ豫審免訴ノ決定ニ對シ故障、上告ヲ爲スヲ得タレハ其結果トシテ第十三條第三項ノ規定ヲ要スヘキモ本法ニ於テハ此制ヲ採ラサリシヲ以テ此第三項モ亦其適用ナカルヘシ此要償ノ訴ハ私訴ト同シク第二審ノ判決アルマテハ之ヲ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

第二節　現行犯

本法ハ第五十六條及ヒ第五十七條ニ於テ現行犯及ヒ準現行犯ナルモノヲ規定シタリ元來現行犯及ヒ非現行犯ノ區別ハ羅馬法ニ於テモ認タル所ナレトモ實體法ニノミ適用アリテ訴訟手續ニハ適用ナカリキ寺院法及ヒ舊獨乙法ニ於テ訴訟手續上ニ始メテ此區別ヲ適用セリ即チ現行犯ノ場合ハ一般ノ彈劾手續ノ例外トシテ裁判所ハ職權ヲ以テ審理裁判スルコトヲ得又通常人モ

現行犯ノ意義

現行犯人ヲ逮捕シ裁判所ニ引渡スノ權ヲ有シタリ而シテ當時ハ現行犯ノ意義廣クシテ準現行犯ナルモノヲ認メサリシカ其後糺問訴訟發達スルニ迨ヒテ現行犯ノ特別手續ハ全ク消滅スルニ至レリ其後佛國治罪法カ訴訟主義ヲ採ルニ當リ再ヒ現行犯ノ處分ヲ認メ尙ホ其運用ヲ圓滑ナラシメンカ爲メニ現行犯ノ外ニ準現行犯ナルモノヲ認メタリ此準現行犯モ亦其思想ノ基ク所ハ舊時彈劾訴訟ノ現行犯手續ニ在ルモノナリ我現行法ハ佛國治罪法ノ現行犯及準現行犯ニ倣ヒ其意義及ヒ適用ノ範圍ヲ定メタルモノニシテ獨乙治罪法ノ如ク其意義ヲ狹少ニシ又適用ノ範圍モ犯人ノ逮捕ノミニ限リタルニ非サルナリ而シテ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狀態ニ因リ强制處分ヲ爲スヲ得ヘキ搜査手續ノ標準トナル名稱ナリ即チ犯罪發覺ノ狀態ノ名稱ナリ

本法第五十六條ニ依レハ現行犯ニハ現ニ犯罪ヲ行ヒツヽ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前段ノ場合ハ頗ル明

發覺トハ何ソ

晰ニシテ敢テ疑ヲ容レスト雖モ後段ノ場合ハ其限界甚タ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ヘ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說ハ現行犯ノ發覺トハ事件ノ發覺シタル場合ナリトナスモノニシテ犯人ノ逮捕ニノミ適用スル現行犯ノ獨乙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百四十二條ニ於テ豫審判事ハ現行犯アリタ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ヽルナリ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

現行犯ト非現行犯トノ區別

處スル特別ノ手續ナリトス是ヲ以テ豫審判事モ檢事ノ請求ヲ待ツコトナクシテ處分ニ着手スルヲ得ルモノトナセリ若シ被告人ノ不明ナル場合ニハ現行犯ニアラストセハ死ニ瀕スル重傷者アルモ之ヲ訊問スルコト能ハス從テ加害者カ何人ナリヤヲ知ルヲ得サルニ至ルコトアルヘシ是故ニ第百四十三條ニ於テ豫審判事カ第百四十二條ノ處分ヲ爲シタルトキハ檢證調書ヲ作ルノミヲ以テ起訴アリタルモノトナセリ蓋シ此場合ニ於テ犯人カ明瞭ナレハ檢事ハ自ラ起訴スヘク敢テ檢證調書ヲ作ルヲ以テ起訴アリタルモノト爲スカ如キ規定ヲ設クルノ必要ナカルヘシ現ニ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被告人ト犯罪事實トノ關係ノ牽聯スルヤ否ヤヲ以テ現行犯ト非現行犯トヲ區別スル能ハサルカ如ク又犯罪行爲ト發覺トノ間ノ時間ヲ以テモ之ヲ區別スル能ハスシテ例ヘハ二十四時間內又ハ一週間內ハ現ニ行ヒ終リタル際ナリト云フコト能ハス要スルニ現ニ行ヒ終リタル際トハ全ク犯罪行爲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狀態カ犯罪當時ノ有樣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ヘ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識別スル外ナク此問題タル事實問題ニアラスシテ法律問題ナルヲ以テ各事件ニ付キ大審院ノ判定スル所ニ依リ豫メ兩者ノ意義ヲ一定スルヲ要スルモノトス

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個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査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ヲ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

準現行犯ノ塲合ハ即チ左ノ如シ

第一 犯人トシテ一人又ハ數人ニ追呼セラルヽトキ

佛國治罪法第四十一條ニハ被告人カ公衆ノ叫喚ニ依テ追ハルヽ塲合ヲ準現行犯トシ本條ト少シク其趣ヲ異ニセリ同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罪ヲ目擊シタルヨリ起リタルコトヲ要スルモノニシテ犯人トナスヲ得サルナリ

第二 兇器贓物其他ノ物件ヲ携帶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帶スルトキハ之ヲ準現行犯トセリ然ルニ本法ハ「犯罪ノ時ヨリ間モナク」トノ字句ヲ削除シ單ニ犯人ト思料スヘキトノ條件ノミヲ存シタルヲ以テ犯罪後數月ヲ經タル後ト雖モ兇器等ヲ携帶シ且不審ノ擧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ク犯人ニ出會スル前ニ其犯罪アリシコトヲ知ルヲ要セス又携帶トハ管ニ之ヲ手ニ握有スル塲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例ヘハ運搬中ノ物件ノ如キ又ハ家宅内ニ置キ犯人宅内ニ居リタル塲合ノ如キ共ニ準現行犯タリ

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準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而シテ本項ニ於テハ戸主ヨリ其處分ヲ求ムルコトヲ要スルモ一家悉ク殺戮セラレタル如キ場合ニハ隣人モ亦戸主ニ代リテ其處分ヲ請求スルコトヲ得ヘシ

以上ハ我刑事訴訟法ノ認ムル現行犯、準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逸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

現行犯及ヒ準現行犯ノ場合ニハ司法警察官、巡査、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（刑事訴訟法第五八條乃至第六一條參照）而シテ此逮捕ハ禁錮以上ノ刑ニ該ル犯罪ニ限リ之ヲ許スモノニシテ罰金以下ノ刑ニ該ルヘキ犯罪ニ付テハ巡査、憲兵上等兵ハ被告人ノ氏名、住所ヲ問フニ止メ檢事又ハ即決ヲ爲スヘキ官署ニ告發スヘキモノトス若シ被告人ノ氏名、住所分明ナラス又ハ逃亡ノ恐アル者ナルトキハ檢事又ハ即決官署ニ引致スルコトヲ得此場合ニ於ケル引致ハ留置ヲ爲スカ爲メニアラスシテ氏名、住所ヲ確メ且訊問ヲ爲サンカ爲メナリ此場合ニ於テ檢事、司法警察官ハ罰金刑ニ該ルモノナルトキハ第百四十四條及ヒ第百四十六條ニ依リテ之ヲ訊問スルヲ得ヘシ

二、現行犯ノ特別處分

豫審判事ノ現行犯ニ對スル特別處分ノ性質

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、檢事、司法警察官ヲシテ特別處分ヲ爲サシムルモノトス

一　豫審判事ハ檢事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事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事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（刑事訴訟法第一四三條參照）（二）此處分ハ豫審判事ノ爲ス處分ナルカ故ニ之ヲ以テ搜査處分ト云フ能ハス縱令檢事ノ起訴ヲ待タスシテ公訴カ起リタル場合ナリト雖モ純然タル豫審處分ニ外ナラス第百四十二條第一項ニモ豫審ニ取掛ルト云々トノ明文アルニ依リテ知ルヘキナリ故ニ此處分ヲ爲スニ付キテハ豫審判事ハ司法警察官ニ命令スルコト能ハサルナリ

豫審判事ノ特別處分ヲ許スヘキ現行犯罪ノ種類

豫審判事ノ現行犯ニ對スル特別處分ハ地方裁判所ノ管轄ニ屬スル事件ニ限リ之ヲ行フコトヲ得ヘキモノニシテ區裁判所ノ管轄ニ屬スル事件ニ付テハ之ヲ行フコトヲ得サルモノトス又區裁判所管轄事件ハ豫審ヲ經サル時ニ限ラルヽ故ニ此種ノ犯罪ニ付キテハ豫審判事ニ於テ現行犯處分ヲ爲シ得ヘキコト疑ナシ而シテ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效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效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

ニ於ケル検証調書作成ノ数カ

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ハサレハナリ

豫審判事カ現行犯ノ處分ヲ爲スニ先チ檢事ニ其旨ヲ通知スルハ檢事ハ犯罪訴追ノ主體ナレハ變則ノ處分ニ依リテ起訴アリタルモノトセラルルヲ豫メ知了スルコトヲ要スルヲ以テナリ但此通知ヲ爲サヽルモ豫審判事檢證調書ヲ作リタルトキハ其豫審處分ハ有效タリ又豫審判事カ此特別處分ヲ終リタルトキハ速ニ書類ヲ檢事ニ送致スヘキモノトス是レ檢事ヲシテ公訴實行ノ任ニ當ラシメンカ爲メニシテ若シ此場合ニ於テ檢事豫審手續ヲ繼續スヘキモノニアラストノ意見ヲ有スルモ既ニ公訴ハ提起セラレタルモノナレハ豫審判事ハ之ニ拘ハラス豫審手續ヲ進行シ其終結處分ヲ爲サヽルヘカラス此ノ如クナルヲ以テ豫審判事カ檢證

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ヽルヘカラス

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査處分ニ屬スルヤ付テ議論ノ岐ルヽ所ハ檢事、司法警察官カ此處分ニ着手スレハ公訴カ起リタルモノナリヤ否ヤ即チ起訴前ノ處分ナリヤ否ヤニ在リトス而シテ此問題ノ繫ル所ハ實際其結果トシテ生スル差異頗ル小ナラス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着手スレハ公訴ノ時效ヲ中斷スヘク之ヲ搜査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着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百四十七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ナキ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百四十八條第百四十九條ニ相當スル第二百六條第二百九條ニ於テハ一般ニ檢事ハ云々ト規定シテ區裁判所檢事ヲ包含セシメタリ然ルニ本法ハ之ヲ修正セシモ其趣旨ハ變更セラレタルニアラス而シテ第二ニ區裁判所檢事カ第百四十四條第百四十六條ニ依リ現行犯ノ處分ヲ爲シタルトキハ其地方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百四十八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ヽルヘカラス又區裁判所檢事ハ第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ハ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又重罪ニ付テハ常ニ豫審ヲ要スルヲ以テ茲ニ其規定ヲ爲サヽルノミ既ニ輕罪ニ付テハ豫審ヲ求ムルト否トヲ判別シテ起訴ノ手續ヲ爲スヘキモノナル上ハ獨リ重罪ニ付キ既ニ現行犯處分ヲ爲スニ因リテ公訴起レリトナスノ理ナシ且第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塲合ヲ問ハス即チ重罪輕罪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着手スルニ因リテ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是ヲ以テ余輩ハ第百四十五條ノ規定ハ檢事ニ於テ證憑書類ニ意見書ヲ添ヘ豫審判事ニ送致シタル時ヲ以テ始メテ豫審ノ請求ニ因リ公訴ノ提起アリタルモノトナサヽルヘカラス而シテ意見書トハ其意義甚タ廣濶ニシテ請求書ヲモ包含スルモノナリトス其意見書ト記シタル所以ハ同條後段區裁判所檢事カ地方裁判所檢事ニ送致スル塲合ヲモ包

檢事、司法警察官ノ特別處分ヲ許ス犯罪ノ種類及處分ノ方式

含セシメタルカ故ナリ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强制力ヲ用フル所ノ一ノ搜査處分ナリト云ハサルヘカラス

第百四十四條第百四十六條及ヒ第百四十七條ノ規定ヲ見ルニ地方裁判所檢事ハ地方裁判所ノ管轄ニ屬スル事件ノ現行犯ノミニ限リ豫審判事ニ屬スル强制處分强制ノ訊問等ヲ爲スヲ得ヘク區裁判所管轄ノ勾留科料ニ該ル罪ニ非サル事件ハ豫審ヲ經サルモノニ限ルカ故ニ此事件ハ區裁判所專屬ノモノニ非ス從テ勾留、科料ニ該ル罪ヲ除ク外地方裁判所檢事カ現行犯處分ヲ爲シ得サル事件ナシ區裁判所檢事、司法警察官ハ地方裁判所ノ管轄ニ屬スルト區裁判所ノ管轄ニ屬スルトヲ問ス勾留、科料ニ該ル罪ヲ除ク外此處分ヲ爲スヲ得ヘシ區裁判所檢事カ裁判所構成法第十六條ノ一、第二號以下ノ事件ニ付現行犯處分ヲ爲ストキハ本法第百四

十六條ニ從ヒ其處分ヲ爲シタルモノト認メサルヘカラス又大審院ノ特別權限ニ屬スル事件ノ現行犯アル場合ニ於テハ地方裁判所檢事、區裁判所檢事、司法警察官ハ同一ニ特別處分ヲ爲スコトヲ得ルモノトス（刑事訴訟法第三一一條參照）然レトモ檢事ハ證人、鑑定人ヲ訊問スルニ當リ宣誓セシムルヲ得ス又證人鑑定人等ニ對スル制裁トシテ罰金及ヒ費用賠償ノ言渡ヲ爲スヲ得サルモノトス是レ即チ裁判ニ屬スレハナリ又司法警察官ハ此制限ノ外尙ホ勾留狀ヲ發スルコトヲ得サルモノトス此制限ヲ除ケハ檢事及ヒ司法警察官ノ有スル職權ノ範圍ハ凡テ同一ナリトス

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第百十六條、第百四十七條ニ於テハ第百四十四條ヲ引用スルヲ以テ區裁判所檢事、司法警察官ニ對シテモ同一ノ議論ヲ生スルモノトス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權ヲ有スルモノトナスハ權衡ヲ得タルモノニアラス抑モ現行犯ノ處分ハ特別ノ處分ニシテ現行犯中殊ニ急速ヲ要スル事件ハ通常手續ニ依リ處分スル能ハサルヲ以テ豫審判事、檢事、司法警察官ニ此特別處分ヲ許セルモノニシテ第百四十四條ハ例外法タルナリ故ニ同條ヲ解釋スルニ當リテハ須ク明文ノ外ニ其意義ヲ擴充スヘカラス第百四十四條ニ第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ス被告人ヲ訊問スル權ヲ有スル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着手シタル場合トハ毫モ其手續ヲ異ニスヘキ理ナシ又第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ルカ故ニ第二項ニ於テ被告人ヲ訊問スルコトヲ得又勾留狀ヲ發スルコトヲ得ト規定セスシテ二十四時間内ニ之ヲ訊問シ勾留狀ヲ發シ又ハ發セスシテ前項ノ手續ヲ爲スヘシト規定シタル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百四十四條ノ職權ノ範圍ニ包含セラルヽモノトナサヽルヘカラス既ニ第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自ラ現行犯アルコトヲ知リタル場合ノ第百四十四條第百四十六條ノ外現行犯ノ被告人ヲ受取リタル場合ニ付テハ第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ス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査等ヨリ受取リタルトキハ第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モ亦之ト異ナルコトナカルヘシ要スルニ第百四十二條ノ豫審判事ノ特別處分ハ必ス臨檢スルモ第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亦之ヲ駁シテ曰ク地方裁判所檢事カ第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百四十五條第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百四十八條ニ依リ訊問權ヲ有スヘク要スルニ第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百四十四條ニハ明カニ犯所ニ臨檢シトア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是レ第百四十八條第二項ハ啻ニ第百四十五條後段及ヒ第百四十七條第二項ヲ受ケテ規定シタルニ止マラス第五十八條以下ヲ受ケテ規定セラレタルモノトナシタル

ト區裁判所檢事ニ付キ規定ヲ爲サヽルハ舊治罪法ノ趣旨ヲ變シタルニ非スト爲スニ由ルナ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拋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效トセリ是レ臨檢ヲ條件ト論シタル當然ノ結果タリ

今左ニ檢事、司法警察官ノ現行犯處分ニ關スル一二ノ事項ヲ說明セン

甲　現行犯ノ搜査處分ハ豫審處分ト同一ノ制限ヲ受ク故ニ現行犯ノ被告人ト雖モ家宅内ニ於テ之ヲ逮捕スルニハ第七十八條第三項ノ規定ニ從ハサルヘカラス又家宅内ニ於テ物件ヲ搜索スルニ付テモ第百四條第三項ノ範圍ヲ出ツル能ハス或ハ第六十條ニ直チニ被告人ヲ逮捕スルコトヲ得トアリ又第百四十二條第一項ニモ直チニナル文字アレハ此制限ニ從フヲ要セサルカ如シト雖モ之ヲ以テ夜間家宅ニ侵入シテ搜索ヲ爲スコトヲ許シタルモノトハ見ル能ハスシテ特別ノ規定ナキ限リハ普通ノ豫審處分ト同一ノ範圍ヲ出ツルヲ得サルヘシ

乙　司法警察官ハ現行犯ノ處分ヲ爲スヲ得ルモ第百四十七條ニ依リ勾留狀ヲ發スルコトヲ得ス故ニ其特別處分ニ基キ犯人ヲ留置シ得ル時間ハ勾引狀ノ效力ヲ有スル時間ニ制限セラルヽモノニシテ即チ四十八時間内ニ爲サヽルヘカラス之ニ反シテ檢事ハ勾留狀ヲ發スルヲ得

ルカ故ニ此制限ヲ受クルコトナシ

丙　司法警察官ハ自己ノ署名捺印ノミヲ以テ現行犯ノ被告人ニ對シ召喚狀勾引狀ヲ發スルヲ得ヘシ其故ハ本法第七十六條第二項ノ令狀ニハ裁判所書記ノ署名捺印ヲ要スルモノトナスモ本法中警察官ノ爲メニハ裁判所書記ヲ備ヘサルヲ以テ警察官ハ同條ニ規定スル所ノ方式ニ依リ召喚狀及ヒ勾引狀ヲ發スルヲ得サルヘシ斯ノ如ク警察署ノ職員タラサル書記ノ署名捺印ヲ强ユレハ其結果トシテ司法警察官ハ遂ニ召喚狀勾引狀等ヲ發スル能ハサルヲ以テ此特別處分ヲ活用セシメント欲セハ司法警察官ノ發スル所ノ召喚狀勾引狀ハ其署名捺印ノミヲ以テ之ヲ發スルコトヲ得ルモノナリトナサヽルヘカラス

丁　司法警察官カ現行犯ノ處分ヲ爲スニハ第九十二條ノ方式ヲ履行スヘキモノナリヤ否ヤ檢事局ニハ書記アレハ第九十二條ノ方式ヲ履行スルヲ得レトモ司法警察官ニハ書記ナキヲ以テ同條第二項ニ依リ二名以上ノ立會人ヲ要スルヤ否ヤノ問題ヲモ生スヘシ然レトモ第百四十四條以下ノ精神ハ方式マテヲモ豫審判事ト同一ニ爲サシムルニ在ラサルカ如シ殊ニ司法警察官ニ第九十二條第二項ヲ適用スルカ如キハ不當ナリ蓋シ第九十二條第二項ハ裁判所外ニ於テ書記ノ立會ヲ得ル能ハサル塲合ニ處スル規定ニシテ同條第一項ノ例外タリ然ルニ司法警察官ハ元來書記ヲ有セサルモノナレハ第一項ノ原則ヲ適用スル能ハサルニ拘ハラス其原則ノ例外タル第二項ノミヲ直チニ適用スルハ不當ノ解釋ト云ハサルヘカラス然レトモ今日ノ實際ニ於テハ司法警察官ノ處分ニハ二名以上ノ立會人ヲ要スルモノトナシ其方式ヲ缺クトキハ該調書ハ無效ナリトスル是レ司法警察官ノ現行犯處分ニ於ケル方式上ノ保證ヲ豫審處分ノ保證ヨリモ簡略ト爲シ其信用ヲ失セシメサルノ意ニ出タルモノナルヘシ

第二章　起訴

檢事ハ捜査ニ依リテ得タル材料ニ基キ裁判所ニ起訴スヘキヤ否ヤヲ決セサルヘカラス而シテ犯罪ノ事實上ノ根據ヲ得タルトキハ直チニ起訴ノ手續ヲ爲スヘク若シ充分ナル事實上ノ根據ナキカ或ハ之アルモ公訴ノ時效ニ罹リタルカ如キ親告罪ニシテ告訴ナキカ如キ法律上罪ト爲ラサルカ如キ被告人カ治外法權者タルカ如キ等ノ場合ニ在テハ法律上ノ理由ニ因リテ起訴ノ手續ヲ爲スヘキモノニアラス又犯罪アリト思料スルモ其裁判所ノ管轄ニ屬セサルトキハ其事件ヲ管轄裁判所ノ檢事ニ送致セサルヘカラサルナリ（刑事訴訟法第六四條參照）檢事ノ不起訴ノ處分ハ裁判所ノ無罪免訴ノ裁判ト異ナリ此處分ヲ爲シタル後何時ニテモ更ニ起訴ヲ爲スコトヲ妨ケス上官ノ命令ニ因リ起訴ヲ命セラレタル場合ノ如キハ即チ其一例ナリトス而シテ檢事ノ起訴、不起訴等

ノ處分ハ被害者タル告訴人ニ之ヲ通知スヘキモノトス（刑事訴訟法第六五條參照）

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（刑法施行法第九九條參照）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必要條件ナリトス重罪ト倶發シタル他ノ事件ニモ此必要條件ハ延長スルモノトス又舊刑法ニ於テハ其罪ヲ重罪ト爲シ刑法ニ依レハ之ヲ重罪ト爲ス能ハサル場合又其反對ノ場合ニ於テ其罪カ舊法時代ニ犯サレタルトキハ刑事訴訟法第六十二條第一項ヲ適用スヘキヤ例ヘハ舊刑法第百九十條ト刑法第百五十條トノ關係又ハ舊刑法第三百九十五條ト刑法第二百五十二條トノ關係ノ如シ判例ニ於テハ舊刑法又ハ刑法ノ何レカニ依リテ重罪ナルトキハ重罪トシテ手續ヲ爲スコトヲ要スルモノト認メタルカ如シ然レトモ刑事訴訟法第六十二條ハ

其罪ニ適用セラルヽ實體法ニ從ヒ重罪事件タルトキハ豫審ヲ求ムヘシトノ趣旨ニシテ其標準ハ適用セラルヘキ法ヲ措テ他ニ存スルモノニ非サルカ故ニ刑法第六條及刑法施行法第二條乃至第七條ノ規定ニ依リ輕キ法ニ從ヒテ重罪ナルヤ否ヤヲ定ムヘキナリ決シテ常ニ新法ニノミ依ルヘキニ非ス又判例ノ如クスルヲ得ルモノニ非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非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非サルコトカ公判ニ訴ヲ提起スルノ必要條件ニ非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（刑法施行法第第三〇條第一項參照）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塲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

公訴提起（起訴）ノ共通ノ方式
一、書面起訴
口頭起訴

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テ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擧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訟廷ニ於テ他罪ニ付キ同一被告人ニ對シ起訴シ之ヲ公判始末書ニ記載セシムルヲ得ル塲合ニ限ラレ然ラサレハ起訴狀ヲ以テ訴ヲ爲サヽルヘカラス此塲合ニハ第二十條ノ方式ヲ具フルヲ要ス

二、被告人ノ指定

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ルヽ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サルトキハ起訴ハ其效ナキナリ然ルニ檢事カ直チニ公判ニ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ハ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ル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百四十二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ハ提起セラルヽ

モノナリ既ニ第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效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捜索ニ因リテ第三者カ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シ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ノ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又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例外ニ基キ全ク其性質ヲ異ニスル檢事ノ起訴ニ推及論斷スルハ失當モ亦甚シト云フヘシ又第十一條ノ如キハ時效ノ中斷ニ限リ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又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濟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ヽ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指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今日ハ既ニ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リ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ルハ失當ナリ

ラサルナリ畢竟被告人ヲ一定スルニ足ルノ記載ヲ爲スニ十分ナリトスルニ在リ

三、所爲ノ指定

第三 一定ノ所爲ヲ指定スルコト

所爲ノ範圍

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名ノミヲ表示スレハ足リ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揭タル罪名ニ含マルヽ事實ニシテ起訴狀ノ附屬タル搜查書類中ニ包含セラルヽモノナリセハ總テ起訴ニ係ル事實ナリト爲サヽルヘカラス蓋シ檢事ハ犯罪行爲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ルノミ然レトモ起訴ハ犯罪行爲ナリトスル事實ヲ指定スルコトヲ要ス

四、其他ノ方式

公訴提起（起訴）ノ效力

ルカ故ニ縱令被告人ニ多數ノ犯罪行爲アリ搜查書類中ニ顯レ居ルモ其行爲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ス爲スヲ得ス而シテ其搜查書類中ノ事實カ請求中ニ包含スルヤ否ヤハ檢事ノ意思ニ因リテ之ヲ決定スルヲ得スシテ檢事カ其事件ニ附シタル罪名ニ依リ表示セラレタルヤ否ヤニ依リテ決定スヘキモノナリトス

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

公訴提起ノ主タル效力ハ權利拘束ノ效力ナリ元來公訴ノ提起セラルヽヤ否ハ事件ハ檢事ノ掌中ニ在リテ其起訴ニ因リ事件ハ始メテ裁判所ノ手裡ニ歸屬スルモノトス而シテ既ニ事件カ裁判所ノ手裡ニ歸シタル以上ハ檢事ハ其訴ヲ取下クルカ如キ處分權ヲ行フコトヲ得サルニ至リ即チ訴訟ハ其裁判所

ニ繫屬シ權利拘束トナルモノトス蓋シ權利拘束ナルモノハ訴訟カ目的物ト裁判所ト當事者トノ間ニ結合ノ關係ヲ生シタル狀態ヲ云フニ過キス此權利拘束ハ訴訟手續カ適法ニ進行スルトキハ被告事件カ第一審又ハ上級審ノ確定判決ニ依リテ落着スルマテハ繼續スヘシ然レトモ亦其他豫審免訴ノ終結決定又ハ被告人ノ死亡ニ因リテモ消滅スルモノトス左ニ權利拘束ノ效力ノ性質及ヒ結果ニ付テ說述スル所アルヘシ

權利拘束ノ意義及效力

第一 公訴ハ一定ノ所爲ニ對シテ提起スルモノナレハ權利拘束ノ效力モ亦一定ノ被告人ノ特定ナル犯罪所爲ニ關シテ生スルモノトス故ニ起訴セラレサル所ノ他ノ共犯又ハ訴以外ノ他ノ所爲ニ及ハサルナリ是ヲ以テ起訴ハ訴訟ノ材料ヲ制限シ裁判所ヲ羈束スルモノナリト云フヘシ然レトモ檢事カ起訴スル所ノ事件ニ付キテ有スル法律上ノ意見及ヒ事件ノ取扱ニ關スル申立ニ至テハ裁判所ハ其羈束ヲ受クルコトナク權利拘束ノ範圍內ニ於テハ自由ニ其審理ヲ爲スヲ得ヘキナリ要スルニ裁判所ノ審理ノ目的物タルモノハ原告者カ之ヲ定ムルモノニシテ裁判所ハ之ヲ如何トモ爲スヲ得ス之ニ反シテ原告者カ一定シタル訴訟ノ材料ハ之ヲ如何ニ取扱フヘキヤニ付テハ其申立ニ拘束セラルヽコトナク裁判所ハ自由ニ之ヲ定ムルモノトス

第二 權利拘束ノ效力ハ原告者カ一定ノ被告人ニ對シ裁判所ニ事件ノ目的物ニ付キ訴フルニ因リテ生スルモノナレハ此三個ノ訴訟主體及ヒ目的物ノ間ニ訴訟上ノ結合關係ヲ生セシムルモノタリ故ニ公訴ノ提起ハ此結合關係ヲ成立セシメ其關係ノ內容ヲ限定スルノ行爲ナリトス是ヲ以テ法律ニハ直接ノ明文ナキモ權利拘束中ニハ同一ノ被告人ニ對シ同一事件ニ付キ新ニ公訴ヲ提起スルヲ得ス又初メノ公訴カ不適法ナルモノナリトモ權利拘束ノ效力ヲ生スレハ此公訴カ終局ニ處分セラレタル後ニ非サレハ他ノ公訴ヲ同一事件ニ付キ提起スルヲ得ス是故ニ若シ權利拘束中同一事件ニ付キ更ニ公訴ヲ提起シタルトキハ其第二ノ訴ハ不成立ニシテ權利拘束

ノ效力ヲ生セスト云フ能ハス此不適法ナル第二ノ公訴モ亦權利拘束ノ效力ヲ有ス然レトモ權利拘束中同一裁判所ニ同一ノ訴ヲ爲セハ第二ノ公訴ハ公訴不受理ノ判決ニ依リ處分セラレ他ノ裁判所ニ同一ノ訴ヲ爲セハ第二十七條ニ依リ管轄違ノ言渡ヲ受クヘキモノニシテ又闕席判決アリタル後ハ其判決ハ未タ確定ニ至ラサルモ何レノ裁判所ニ於テモ公訴不受理ノ言渡ヲ爲サヽルヘカラス是レ被告人ハ同一事件ニ付キ同時ニ二個以上ノ公訴ヲ受ケサルノ權利アリ裁判所モ亦同時ニ同一事件ニ付キ二個以上ノ公訴ヲ受理スルヲ得サレハナリ

第三 民事訴訟法ニ於テハ權利拘束ノ效力ヲ生スルモ尚ホ訴ノ取下ヲ許セリ之ニ反シテ本法ニ於テハ起訴ニ因リテ權利拘束トナリタルトキハ檢事ハ公訴ノ取下ヲ爲ス能ハス此時ヨリ檢事ハ事件ニ付キ處分權ヲ失ヒテ其主働者タルノ地位ヲ脫退セサルヘカラス是レ權利拘束ノ生シタル以上ハ裁判所ハ其事件全體ニ付キテ自由ニ審理裁判スルノ權ヲ掌握シ檢事ハ公

訴ノ取下ニ依リテ此權利ヲ妨クルコトヲ得サルヲ以テナリ

第三章 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ハ搜査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糺問ニ傾クニ止マルモノトス然ルニ豫審ヲ以テ全然糺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個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乙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糺問ノ目的ニ非スシテ證據ノ集取ヲ請求シ（刑事訴訟法第一九一條參照）或ル豫審處分ニ立會フ權ヲ有シ（刑事訴訟法第一八〇條參照）又檢事ニ於テ被告人ヨリ優等ノ權利ヲ有スルコト（刑事訴訟法第六八條參照）等ノ規定ニ依リ明ナリ訴訟上ノ權利ヲ認メタルニ拘ラス之ヲ糺問ト爲スハ非ナリトス唯豫審手續ハ豫審判事ノ計劃ニ從ヒテ密行シテ行ハルヽ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糺問ニ傾キ搜査手續ノ引續キナルコトハ豫審ノ目的ト搜査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査ヲ完全ニ爲ストキハ豫審ヲ不必要ナラシム搜査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査ト豫審トノ限界ハ一定セス各事件ノ模樣ニ依テ之ヲ定メサルヘカラス

豫審手續ノ必要及限度

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且公判ニ於テハ判事ハ多數ナルカ爲メ其意見ヲ一致セシムルニ付キテ日時ヲ要スルカ故ニ爲メニ迅速ナル臨機ノ處分ヲ爲スヲ得ス又公判ニ於テハ公開主義ヲ採ルヲ以テ其取調ハ世間ニ公トナリテ證據ヲ擧クルニ困難ナリ加之其取調中判事ノ變更アレハ其都度手續ヲ新ニセサルヘカラスシテ豫審ノ處分ハ到底公判ノ爲ス能ハサル所ナレハ公判前ニ於テ此豫審ナル下調處分ノ必要アルモノナリト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

豫審ノ目的

判ヲ準備スル手續ハ眞ノ訴訟ニアラス公判ノ審理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而シテ此直接審理主義ハ實ニ公判ト豫審トノ關係カ因テ以テ定マル所タリ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サ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豫審ノ日的ハ一定ノ被告人ニ對スル罪責ニ付キ豫備ノ審理ヲ爲シ且公判ニ付スルノ原由アリヤ否ヤノ問題ヲ決スルニ必要ナル取調ヲ爲スニ在ルカ故ニ證據保全ノ如キハ其湮滅ノ恐アル場合ニ限リ公判ニ供スルカ爲メニ之ヲ保全スヘキナリ換言スレハ被告人ニ犯罪ノ充分ナル嫌疑ア

豫審ノ實體ハ公判ニ於ケル證據調ノ準備タリ

リヤ否ヤヲ決スルニ在リテ犯罪ノ確信ヲ期セス唯嫌疑ヲ得レハ足ルモノナリ是レ即チ豫審ノ實體ハ公判ニ於ケル證據調ノ準備タルカ故ナリ是ヲ以テ豫審判事タルモノハ常ニ豫審手續ノ目的ハ豫審其モノニ左ルニアラスシテ公判ノ手續殊ニ其證據調ニ在ルコトヲ忘ルヘカラス然レトモ豫審ノ目的ハ公判ヲ維持スルノ材料ノミナラス免訴ヲ以テ訴訟手續ヲ終了スヘキ材料ヲモ確定スルニ在ルヲ以テ豫審判事ハ此目的ニ付キテ必要ナリト思考スル所ノ處分ハ總テ之ヲ取調フルノ必要アルハ勿論ナリトス

本法中豫審カ準備タルノ性質ヲ明カニシタル規定ハ一ハ豫審ヲ必要以外ニ遲延スルヲ防クノ規定ニシテ即チ第四十三條ニ於テ忌避ノ申請アルモ豫審ヲ中止セサルコト及ヒ豫審ニ辯護人ヲ付セサルコトニシテ一ハ公判ニ於テ第百八十九條ニ直接ノ審理ヲ必要トスル規定ヲ設ケタルコト是ナリ其他豫審ノ手續ヲ必要トナス事件ハ重罪事件ニ限リ輕罪事件ニ付キテハ豫審ヲ經ルト否トハ檢事ノ意見ニ一任シタルニ依リテ之ヲ觀ルモ尙ホ豫審ノ下調處

分タルコトハ明カナル所タリ

豫審手續ニ終局確定ノ處分アリヤ

第三節　豫審ノ實行

豫審ニ在テハ客觀的ノ關係ニ於テ犯罪事實ノ有無ヲ確定シ又主觀的ノ關係ニ於テ被告人カ犯人ナリヤ否ヤヲ確定セサルヘカラス而シテ此目的ヲ達スルニハ總テノ審理處分ヲ爲スヲ得ヘクシテ殆ト豫審ニ於テ爲ス能ハサルノ審理處分ナシト云フヲ得ヘシ例ヘハ證人、鑑定人、被告人ノ訊問、證書ノ利用、檢證處分ノ如キ證據調ヲ爲シ或ハ物件ノ捜索、差押、被告人ノ勾引、勾留等ノ如キ總テノ强制處分ヲ爲スヲ得ルモノトス而シテ其之ヲ爲スノ範圍ハ外部ニ對シテハ起訴ノ範圍ニ制限セラレ内部ニ對シテハ準備ノ目的ニ制限セラル既ニ前節述フルカ如ク豫審ニ於テハ公判ノ證據調ヲ準備スルモノナリ而シテ其處分ニハ終局確定ノ處分タルコトアリ又ハ主トシテ豫備ノ性質タルコトアリ即チ事急速ヲ要シ犯罪ノ痕跡カ將ニ消滅セントスルニ當リ之ヲ確定

シテ後日ノ證據ニ供スル爲メ檢證又ハ鑑定ヲ爲スカ如キハ是レ終局ノ處分ニシテ公判ニ於テ亦之ヲ再ヒスルコトヲ得サル性質ノモノナリ又證人、鑑定人、被告人ノ訊問ノ如キハ準備ノ性質ヲ主トスルモノニシテ公判ニ於テ直接審理ヲ爲スカ爲メニ再ヒ之ヲ訊問スルヲ要スルモノトス而シテ此公判ニ於ケル訊問ハ常ニ終局ノモノタルナリ然レトモ若シ將ニ死亡セントスル證人又ハ外國ニ渡航セントスル證人ヲ訊問スルカ如キハ豫審ニ於テ終局ノ證據調ヲ爲スモノナリトス其他物件ノ差押ノ如キハ全ク公判ノ證據調ヲ準備スルノ性質ヲ有スルノミニ止マリ決シテ豫審處分カ終局確定ノ處分タルコトナキナリ

豫審ノ實行ハ豫審判事ノ計劃ニ一任シ法律ヲ以テ其方針ヲ訓示セス唯重大ナル方式ハ法律ニ於テ之ヲ定ム即チ豫審ニ於テハ證據ヲ集取シ之ヲ公判ノ爲メニ保全スルヲ目的トスルヲ以テ其審理行爲ニ屬スルモノニ付キテハ調書ヲ必要トス（制事訴訟法第九二條參照）而シテ此調書ヲ作ルカ爲メニ豫審ニ於テハ裁判

所書記ノ立會ヲ必要トシ若シ裁判所外ニ急速ノ際書記ノ立會ヲ得ル能ハサルトキハ二人ノ立會人アルコトヲ必要トス若シ書記又ハ立會人ナクシテ爲シタル處分ハ其效ナキモノトス調書ノ方式ハ第九十二條ノ外第二十條ニ依リ日時場所等ヲ記載スルコトヲ要シ又之ヲ關係人ニ讀聞カセ署名捺印セシムルコトヲ要ス(刑事訴訟法第九五條、第九六條、第九九條、第一〇三條、第一三一條參照)若シ此等ノ方式ヲ備ヘサルトキハ之ヲ無效トス其內容ニ至リテハ法律ニ明文ナキモ豫審調書ハ公判ニ於テ朗讀シ證據トナスコトヲ得レハ訊問調書ニ在テハ其問答ヲ詳細ニ記載セサルヘカラスシテ之ヲ省略取捨スルコトヲ許サス其他ノ調書ニ在テハ審理、處分ノ結果ヲ明瞭ナラシメサルヘカラサルハ勿論ナリ以上ノ規定ノ外第九十三條ノ如キハ被告人ヲ呼出シ又ハ拘引スルコトヲ得ハ必ス之ヲ準用スルノ趣旨ニシテ豫審判事ノ審理ニ制限ヲ加フルモノナリ

第四節　豫審判事ノ地位

豫審ハ糺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コト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又公判ノ代理者ニアラスシテハ公判ノ上下服從ノ關係ニ立ツモノ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二百四十一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是ヲ以テ豫審判事ハ困難又ハ重要ナル問題ニ對シテモ自己ノ責任ヲ以テ之ヲ裁判スヘク裁判所ノ裁判ヲ求ムルカ如キ權ヲ有スルモノニ非ス裁判所カ豫審ニ干與スルハ例外ナリトス

豫審判事ハ豫審ノ主働者ニシテ且公判檢事ヨリ獨立ノ地位ヲ有ス

豫審處分ノ囑託

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トキ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（刑事訴訟法第一一二條第一一三條參照）而シテ此受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故ニ其結果トシテ豫審全體ヲ囑託スルヲ得ス又豫審判事ハ必スシモ一人ニテ其處分ヲ爲スコトヲ要セス同一裁判所ノ數人ノ豫審判事カ同時ニ其處分ヲ行フヲ得ルナリ斯ノ如ク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

豫審ハ密行ニシテ書面審理ナリ

豫審ハ密行ニシテ書面審理ナリ且豫審ニ於テハ當事者間ニ辯論アルコトナク審理者ノ一方ノミノ行爲ヨリ成ルモノトス第百八條ニ於テ被告人ニ處分ニ立會フノ權ヲ與フルモ此場合ト雖モ唯立會ノ權ヲ有スルノミニシテ豫審

判事ト共ニ訴訟行爲ヲ爲スニアラサルナリ而シテ又本法中此處分ヲ爲ス場合ニ被告人ニ豫メ期日ヲ通知スルノ規定ナケレハ此立會ノ權ヲ認ムルモ實際ニ於テハ其效ナシトス豫審ノ密行ハ證據ヲ集クルニ容易ナルト又被告人ノ利益ノ爲メトニ由ルモノニシテ他方ニ於テハ豫審ノ紛問ニ傾キ豫審判事ヨリ當事者ニ對スル地位ヲ示スモノナリ

豫審終結ノ手續ノ沿革

第五節　豫審終結

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墺國治罪法ハ蘇格蘭土ノ法制ニ倣ヒ豫審終結ノ決定ヲ爲サス豫審判事カ豫審ヲ十分ナリトセハ訴訟記錄ヲ檢事ニ送致シ檢事ハ之ヲ拋棄スルト否トハ其隨意ニシテ若シ公判ニ付スルニ足ル嫌疑アリトセハ訴狀ヲ作リ之ニ事實上及ヒ法律上ノ理由ヲ付シ公判ニ

付ス而シテ公判ニ於テハ檢事ノ訴狀ニ依リ事件ヲ受理スルモノトナシ唯被告人ハ檢事ノ訴狀ニ對シ第二審ノ裁判所ニ異議ノ申立ヲ爲シ其裁判所ノ決定ヲ仰クコトヲ得ルモノトセリ塊國ノ立法者ハ之ヲ以テ彈劾ニ適スルモノナリトセリ即チ彈劾ニ依レハ訴訟ノ進行中ニ於テモ裁判所カ原告ノ地位ヲ奪フヘキモノニアラス然ルニ檢事カ拋棄シタル訴ヲ檢事ノ意見ニ反シ裁判所ノ裁判ヲ以テ維持セントスルハ彈劾ニ反ス若シ斯ノ如クスルトキハ檢事ハ自己ノ意見ニ反スル公訴ヲ實行シ裁判官ノ裁判ヲ單純ニ執行スル機關タルニ過キサルヘシ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其本意ニアラス名譽等ヲ毀損スルコト甚タシキヲ以テ單ニ檢事ノ意見ノミヲ以テ公判ニ付スルハ被告人ヲ保護スルニ於テ缺クル所アレル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ヽ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ル

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ヽ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第百六十一條ニ於テ豫審判事ハ被告事件ヲ其管轄ニアラストスルカ又ハ他ニ取調ヲ要スルコトナシト思料シタルトキハ豫審終結ノ處分ニ付キ檢事ノ意見ヲ求ムル爲メ訴訟記錄ヲ送致スヘキモノトシ第二項ニ檢事ハ此訴訟記錄ニ意見ヲ付シ三日内ニ之ヲ豫審判事ニ還付スヘキ旨ヲ規定セリ若シ檢事ニシテ豫審十分ナラストト思料シタルトキハ其條件ニ付キ更ニ取調ヲ豫審判事ニ請求スルコトヲ得

ヘシ然レトモ豫審判事ハ其請求ニ羈束セラルヽモノニアラサレハ若シ其請求ヲ肯セサルトキハ檢事ハ豫審終結ニ付キ意見ヲ付シ二十四時間内ニ訴訟記錄ヲ還付セサルヘカラサルナリ（刑事訴訟法第一六二條參照）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ナリ故ニ豫審ノ請求ハ公判ノ請求ニ對シ條件付起訴又ハ間接ノ起訴ト稱ス然ルニ豫審判事カ檢事ノ意見ヲ求メスシテ終結決定ヲ爲シタルトキハ其結果ハ終結ノ手續ヲ不法ト爲シ抗告ヲ許ス場合ニハ抗告ニ依リテ終結決定ヲ取消スヲ得レトモ一旦決定カ確定シタル以上ハ之カ如何トモ爲ス能ハ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進テ其取調ヲ爲スコトヲ得蓋シ豫審終結決定ヲ爲サヽル間ハ未タ豫審處分ノ結末ヲ告クルニ非サレハナリ

二、豫審ノ終結決定ヲ爲スコト

豫審終結ヲ爲スヘキ範圍

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捜査書類ニシテ即チ書面審理ニ依リテ決定セラルヽモノナリ是故ニ豫審終結決定ハ公判ト異ナリ必スシモ其取調ヲ爲シタル豫審判事ニ於テ終結決定ヲ爲スヲ要セサルモノトス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唯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此場合ト雖モ豫審ノ終結決定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若シ此場合ニ於テ被告人ヲ一定スルコトヲ要セストシ事件ニ付キ終結決定ヲ爲スヲ得ルモノトセハ豫審ノ終結決定ハ第百七十一條ニ依リ送達ヲ以テ成立スルモノナルニ拘ハラス被告人ニ送達スルニ由ナク從テ決定成立ノ時期ヲ見ル能ハサルノ結果ヲ生ス

豫審終結ノ手續　豫審　豫審終結

闕席ノ豫審終結決定

ヘシ唯豫審判事カ殺人ノ現行犯アルニ際シ檢證調書ヲ作リタル後他殺ニアラスシテ自殺ナルコトヲ發見シタル場合ニハ稍疑アリト雖モ此場合ハ被告人ノ死亡シタル場合ト同シク事實上及ヒ法律上ニ於テ訴訟關係ヲ成立セシメサルモノナレハ其儘ニ訴訟ヲ終了スヘキモノナリト信ス

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說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ス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ヽ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

豫審終結決定ノ種類

一、管轄違ノ決定

二、免訴ノ決定

ト云ハサルヘカラス(獨逸治罪法ニ於テハ或輕微ナル犯罪ニ限リ公判ニ於テ闕席判決ヲ許スヲ以テ此種ノ犯罪ニ限リ被告人闕席ノ儘ニテ公判開始ノ決定ヲ爲スヲ得ルモノトシ其他ノ犯罪ニ付テハ公判開始ヲ一時中止スヘキモノトセリ)被告人モ後日逮捕セラレタル後辯護人ナキ豫審ニ於テ其防禦權ヲ行ハンヨリハ寧ロ辯護人ヲ用フルヲ得ル所ノ公判ニ於テ之ヲ行フコトヲ希望スルモノト推定セサルヘカラサレハナリ

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效中斷ノ效力アルノ外豫審處分ハ全部無效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仝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)

第一審ノ手續　豫審　豫審終結

免訴ノ決定ヲ爲スヘキ場合ハ第百六十五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キ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追ノ條件ヲ缺キ又ハ起訴ノ手續無效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ヽ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サ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二アリ左ニ之ヲ分說スヘシ

甲　區裁判所ノ公判ニ付スルノ決定（刑事訴訟法第一六六條參照）

被告事件違警罪ナリト思料シタルトキハ區裁判所管轄事件ニシテ豫審ヲ經タルモノトス（刑法施行法第一一條參照）其他ノ區裁判所ニ移スノ言渡ヲ爲ストキハ總テ地方裁判所ノ管轄ニ屬スヘキモノナリトス（裁判所構成法第一六條ノ一參照）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內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內ノ區裁判所ニ屬スルトキハ管轄違ノ言渡ヲ爲サヽ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勾留、科料ニ該ル罪ノ罪名ヲ附シテ豫審ヲ求ムルモ管轄違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ヽルヘカラス

區裁判所ニ移ス決定ハ更ニ其犯罪ニ付テ區裁判所ニ起訴セシメサルカ爲メニシテ即チ權利拘束ノ效力ヲ消滅セシメ（ママ）ルカ爲メナリ若シ此場合ニ管轄違ノ言渡ヲ爲サンカ豫審ノ處分ハ悉ク無效ニ歸シテ之ヲ利用スル能ハサルニ至ルヘシ而シテ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ルヽコトナク其事件區裁判所ノ管轄ヲ超越スル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決定ノ效力トシテ區裁判ニ於テ同一事件ヲ同一ノ狀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ヽモノナレハ其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ニ於テ判決ヲ爲スヘキモノトス

乙　地方裁判所ノ公判ニ付スルノ決定（刑事訴訟法第一六七條參照）

豫審判事ハ其裁判所ノ管轄ニ屬スルモノ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刑法施行前ニ於テハ地方裁判所ノ公判ニ付スル決定ニ重罪公判ニ付スルモノト輕罪公判ニ付スルモノトノ區別アリタルモ刑法施行法ニ依リ其區別ヲ廢セリ是レ蓋シ刑法ニ於テ重罪輕罪ノ區別ヲ認メサルニ拘ラス殊ニ公判ニ付スル決定ニ此種ノ區別アルハ妥當ナラサルニ因ルモノナリ此區別アルトキハ本法第二百三十七條ノ重罪事件ノ適用ハ一ツニ此重罪公判ニ付スルノ決定ニ依リテ之ヲ定メサルモ既ニ此區別カ廢止セラレタルトキハ公判ニ於テ重罪事件ノ手續ヲ行フヘキ場合ハ豫審終結決定ノミヲ其標準ト爲スヘキニ非ス

第一審ノ手續　豫審　豫審終結

豫審終結決定ノ内容

シテ檢事ノ豫審請求ノ罪名ヲモ其標準ニ加ヘサルヘカラス

逮警罪ト他罪ト俱發セルトキハ上級ノ地方裁判所併セテ管轄スルヲ以テ區裁判所ニ移スノ言渡ヲ爲スコトナク共ニ地方裁判所ノ公判ニ付セサルヘカラス又地方裁判所支部ニ於テハ重罪事件ヲ裁判セサルカ故ニ支部ノ豫審判事ハ刑法施行法第二十九條ニ依リ重罪タル事件ニ付テハ如何ナル決定ヲ爲スヘキヤノ問題ヲ生スルモ元來支部ハ獨立ノ管轄ヲ有セサルモノナルカ故ニ支部ノ豫審判事ハ直チニ本廳ノ公判ニ付スルノ決定ヲ爲スヘキナリ

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公判ニ付スル言渡ノ外尚ホ事實上及ヒ法律上ノ理由ヲ付セサルヘカラス詳言スレハ事實上ノ理由トシテハ犯罪要素ニ適合スル事實ヲ記載シ證憑ノ充分ナルコトヲ示シ法律上ノ理由トシテハ其事實ハ刑法ノ如何ナル正條ニ該當スルヤヲ定メサルヘカラス又管轄違ノ言渡ヲ爲スニハ土地ノ管轄又ハ事物ノ管轄ヲ有セサル理由即チ大審院ノ管轄ニ屬シ又ハ被告人ノ所在地若クハ犯罪地ニアラサルコトヲ明示シ被告人ヲ勾留スヘキトキハ其逃走ノ恐アル等ノ原由ヲ明示セサルヘカラス又免訴ノ言渡ヲ爲スニハ被告事件罪トナラサルコト公訴受理スヘカラサルコトノ原因ヲ明示スルコトヲ要スルモノトス若シ犯罪ノ證憑充分ナラサルヲ以テ免訴スルトキハ唯其旨ノミヲ明示スレハ可ナリ其他決定ニハ第七十六條ニ從ヒ被告人ノ氏名等ヲ記載セサルヘカラサルナリ（刑事訴訟法第一六九條參照）

豫審終結決定ノ送達

豫審終結決定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）

特種ノ豫審終結決定ニ對スル抗告

檢事ハ免訴若クハ管轄違ノ決定ニ對シ控訴院ニ抗告ヲ爲スコトヲ得被告人ハ抗告ヲ爲スノ權ナシ（刑事訴訟法第一七二條參照）刑法施行前ニ於テハ檢事及被告人ニ重罪公判ニ付スルノ決定ニ對シ抗告ヲ爲スノ權ヲ附與セシモ刑法施行後ハ重罪公判ニ付スルノ決定ノ區別消滅セラレタル結果トシテ此種ノ決

定ニ對スル抗告ノ權ヲ與ヘサルコトヽセリ又實務ノ上ニ於テモ此種ノ決定ニ對スル抗告ハ未決勾留ヲ長カラシムルニ過キスシテ著大ナル功顯ナカリシ有樣ナリシヲ以テ被告人ハ公判ニ於テ充分辯解シ判決裁判所ノ裁判ヲ受クルヲ寧ロ其利益ト爲ス所ナリ是レ被告人ニ抗告ノ權ヲ附與セサル所以ナリ而シテ檢事ヨリ抗告アリタルトキハ控訴院ニ於テハ第二百九十七條乃至第三百條ニ從ヒ書類ニ依リテ抗告ノ裁判ヲ爲スモノトス然レトモ又受命判事ヲシテ事件ノ取調ヲ爲シ報告ヲ爲サシムルコトヲ得ルナリ又豫審終結決定ハ抗告ノ期間內若クハ抗告アリタルトキハ其決定アルマテ執行ヲ停止スヘキモノトス

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百六十五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（刑事訴訟法第一編第一項參照）七）起訴カ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憑充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百七十五條但書ニ依リ新證憑アルトキハ再ヒ訴ヲ爲スコトヲ得ルモノハ證憑不充分ニ因ル免訴ノ決定ニ限ラルヽコトハ第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憑ニ基キ再審ヲ爲スヲ得ルカ如ク此決定ニ對シテモ新證憑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憑ヲ要スト爲シタルモノナリト云フニ在リテ兩說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憑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憑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モノトス此確定力ノ條件タル新證憑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憑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百七十五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憑ニ非スシテ新證憑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此決定ヲ新訴後ニ於テ管轄裁判所ヲシテ爲サシムルト爲ス說アルモ獨逸治罪法ノ解釋トシテハ採ルヲ得ヘキモ現行法ニハ適當ノ解釋ニ非ス

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

定セラルヽ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又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

公判ニ付スル終結決定ノ確定シタル以上ハ其決定ニ不法アルモ後日其不法ヲ理由トシテ決定ノ無效ヲ主張スルコトヲ得サルナリ最初大審院ノ判決例ニ於テ終結決定ニ方式上ノ不法アルトキハ第二十條ニ依リ其決定ハ無效ナレハ公訴ノ起ラサルト同一ナリトナシタレトモ是レ確定ノ效力ヲ忘却シタルノ誤謬アルコトヲ發見シ現今ハ豫審終結決定ニ瑕瑾アルモ其確定以後ニ至リテ裁判所ニ於テ之ヲ受理スルハ不法ニアラサルモノトナセリ又豫審判事カ檢事ノ意見ヲ聽カスシテ決定ヲ爲シタル場合モ同一ナリトス

第四章　公判

第一節　總論

公判手續ノ始終

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刑罰ヲ科スルニハ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非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

公判手續ノ方式

係ハ存在シ公判手續ノ開始ニ係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

公判ノ手續ハ純然タル彈劾ノ方式ヲ以テ組織セラルヽモノナリ蓋シ公判開廷ニ於テ裁判所ハ當事者ヲシテ完全ニ攻擊方法又ハ防禦方法ヲ盡サシメ當事者ハ辯論ヲ以テ有罪又ハ無罪ノ訴訟材料ヲ提出スルヲ得ヘク又原被同等主義ハ其實行ヲ認メラレ從テ當事者ハ裁判所ニ對シ相互ニ獨立シテ對立シ而シテ裁判所ノ作用ハ訴訟ノ指揮及ヒ裁判ニ限ラルヽヲ見ルナリ然レトモ公判ニ於テモ亦職權主義カ行ハレ民事訴訟ノ如ク當事者處分權主義カ行ハルヽニ非サルナリ

凡ソ公判手續ハ彈劾ノ方式ヲ以テ組織セラレタル刑事手續ニ非サレハ存セサル所ナリ糺問ノ方式ヲ以テ組織セラレタルモノニ於テハ明確ナル訴訟ノ

段落ヲ生セス從テ公判手續ト稱スヘキモノナキニ至レハナリ蓋シ糺問ノ手續ニ於テハ總テ手續ノ履踐ハ糺問者ノ任意ニ存シ法律ヲ以テ手續ノ規程ヲ設クルモ其實行ヲ見サレハナリ舊時ノ糺問手續ニ於テモ一般糺問ト特別糺問トノ段落アリテ一般糺問ニ於テハ一定ノ被告人ニ對スル審理ヲ爲セリ此ノ如キ段落アルモ既ニ其明確ナル段落ナラサルノミナラス便宜ニ基キ豫備糺問ナル中間ノ手續ヲ生シタル爲メ終ニハ其段落ノ區別ヲ見サルニ至レリ去レハ特別糺問ナル手續ハ今日ノ公判手續ニ相當スルカ如シト雖モ其性質全ク異ナルヲ知ルヘシ反之彈劾ノ手續ハ法律ノ規定ニ依リ整理セラレタル裁判所及ヒ當事者ノ關係ナレハ其手續ニハ明確ナル法律上ノ段落ヲ有シ事物ノ上ヨリシテ之ニ三ツノ段落ヲ認ム即チ前審中、間審、及ヒ本審是ナリ此本審ハ即チ公判手續ニシテ中間審タル豫審終結ノ手續ヲ終了シ公判手續カ開始セラルヽモノトス依テ公判手續ハ本來ノ刑事訴訟ト云フヘキナリ

公判手續カ有效ニ開始セラルヽニハ之ニ必要ナル條件ヲ具備スルヲ要ス其一般ノ公判開始ノ條件タルモノ左ノ如シ

第一 科刑權存在ノ嫌疑　科刑權ノ存否ハ公判ヲ終了シ判決ヲ以テ始メテ定マルモノナルカ故ニ公判手續ノ開始ニハ科刑權ノ絕對ノ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附與スルハ敗訴ヲ爲シタル者ニ訴訟費用ヲ負擔セシメ以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ルヽハ被告人ノ非常ナル苦痛ナルヲ以テ假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濟フヲ得ヘキモノニ非ス於是乎公判ニ付セラルヽ被告人ノ苦痛ハ科刑權ノ存在ニ關スル嫌疑アルニ非サレハ之ヲ感受セシムヘキニ非ス現行法モ亦此精神ニ基

クモノナリ檢事カ直接ニ公判ニ起訴スル塲合ニハ右ノ嫌疑アルニ非サレハ之ヲ能クスル所ニ非ス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ルノ豫審終結決定ハ犯罪ニ付キ十分ナル嫌疑アルニ非サレハ言渡サルヽ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ヲ以テ現行法ニ於テモ亦公判開始ノ條件トシテ科刑權存在ノ嫌疑ヲ認ムルヲ知ルヘシ然レトモ此條件ハ被告人ノ利益ノ爲メニ認ムル相對ノ條件ニシテ絕對ノ條件ニ非ス從テ判決裁判所ハ此條件ヲ職權ヲ以テ調査スヘキニ非ス若シ此條件ヲ欠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リタル後ハ此條件ヲ欠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ヽヲ以テ利益トスレハナリ

第二 直接ニ公判ニ對スル起訴又ハ違警罪即決言渡ニ對スル正式裁判請求

ノ適法ナルコト又ハ公判ニ付スル豫審終結決定ノ確定シタルコト若クハ上級裁判所ヨリ事件ヲ移ス裁判アリタルコト（刑事訴訟法第二一二條第二三五條參照）公訴ノ提起正式裁判ノ請求又ハ豫審終結決定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開始ノ條件タルモノニ非ス其ノ適法ナルコト若クハ決定ノ確定カ公判手續ノ條件タルナリ而シテ此ノ條件ヲ缺クトキハ公判ニ於テハ事件ヲ受理スヘキニ非ス然ルニ判例ニ依レハ第一審公判ニ於テ豫審終結決定ノ未確定ナルニ拘ハラス判決ヲ以テ公判手續ヲ終了シタルトキハ其條件ノ欠缺ハ之カ爲メニ補正セラルヽモノトセリ是レ便宜ニ出タル解釋ニシテ明文ナキ限リハ補正セラルヽモノト爲ス能ハス

公判手續ノ段落

公判手續ニハ二箇ノ段落アリ

第一 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而シテ此手續ニ於テ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

第二 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訴訟カ行ハル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

公判ノ準備手續トハ何ソ

第二節　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シ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ヽヲ要スルモノナリ此ノ如ク公判開廷ハ口頭辯論ノ爲メ其手續ノ分割セラルヽ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

公判準備ノ主體

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並ニ公判期日ニ利用スヘキ證據物件ヲ備フルノ措置ヲナス必要アリ又檢事被告人等ヲシテ總テノ訴追方法辯護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三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擊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ヽモノニシテ當事者ハ攻擊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

公判期日ノ指定

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待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抽出セハ左ニ列記スルモノニ止マル

第一 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レハ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キ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少ナクトモ二日ノ猶豫ヲ

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假令ヒ裁判所ノ構成ニ變更アリ爲メニ審理ヲ更新スヘキトキト雖モ此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ヲ守ラスシテ呼出狀ヲ發シタルトキハ獨逸治罪法ニ於ケル如ク被告人ハ公判ノ延期ヲ求ムルノ權利アリトノ法律ノ規定ナケレハ延期ノ權ヲ侵害シタル不法アリト云フ能ハサレトモ被告人ヨリ辯論ノ準備不充分ナルヲ理由トシテ延期ヲ請求シタル場合ニ裁判所カ之ヲ許サヽルトキハ辯護權ヲ不法ニ制限シタルモノナレハ此點ニ於テ不法ナルヲ免レス然レトモ被告人カ延期ノ請求ヲ爲サス公判ノ審理ヲ受クルニ至リタルトキニハ何等ノ效果ヲ生スルモノニ非ス

第二百十五條ハ區裁判所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

所ノ公判ニ準用セラルヽモノト知ルヘシ

第二 被告人其他訴訟關係人ノ呼出 被告人ノ呼出ニ付キ佛國ニ於テハ當事者ノ權利ナリト爲シ檢事ハ何人ニテモ被告人トシテ裁判所ニ呼出スノ權アリトス獨逸治罪法ニ於テハ呼出ハ裁判所ノ命令ト爲スモ檢事之ヲ指揮スルコトヽセリ我現行法ハ呼出ハ裁判所ノ權トシテ其指揮ハ書記之ヲ爲シ(刑事訴訟法第一三三條參照)檢事ハ唯裁判所ニ對シ呼出ヲ請求スルニ止マルモノトス判例ニ於テハ此請求ハ公判開廷ノ必要條件ニ非スト爲セリ然レトモ余輩ハ此請求ニ依リ公判手續ノ進行ヲ始ムルヲ得ルモノナリト信ス

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ヽ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屆アルニ拘ハラス辯護人ヲ猶豫期間ヲ置テ呼出サヽルトキハ被告人ノ辯護權ヲ制限シタルモノトシテ其判決ハ破毀ヲ免カレス證レトモ公判開廷マテニ呼出スヲ爲スノ餘暇ナキ時

ニ於テ辯護ヲ届出テタルトキハ其程度ニ於ケル訴訟ノ進行ヲ妨ルヲ得サルカ故ニ之ニ對シ呼出ヲ爲サヽルモ亦不法ニ非ス而シテ訴訟關係人ノ呼出ヲ爲スハ第十八條ノ假住所ノ規定ノ適用アル爲メ呼出ヲ爲サヽルモ不法トナラサルコトアリ假住所ハ呼出狀其他ノ書類ノ送達ニ付キ本住所ト毫モ其效果ヲ異ニスルモノニアラス如斯場合ニ於テ法律ハ送達ノ便宜ノ爲メ假住所ヲ以テ本住所ト爲スノ擬制ヲ設ケタルモノトス

檢事ニ對シテハ呼出ヲ爲サスシテ單ニ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カ故ニ裁判所ノ命令タルヘキ呼出ヲ爲スヲ要セサルノミナラス檢事ハ官府ナレハ之ニ對シ强制ヲ加フヘカラサルカ故ニ呼出ヲ實行スルヲ得サレハナリ

第三 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法文ニ規定ナシ公判ニ於テハ家宅捜索ヲ爲スヲ得ルカ故ニ物件差押ノ必要アレハ此準備手續中ニ之ヲ爲スヲ至當トス

證據物件ノ準備

第四 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判例ニ依レハ證據調ノミナラス證人等ノ呼出ノ決定モ亦公判開廷ノ前ニ之ヲ爲スコト能ハストセリ然レトモ此ノ如キ解釋ハ口頭辯論ノ集注ヲ無視シ仍ホ刑事訴訟法第百九十二條ノ規定ト牴觸スルモノナリ證人、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百九十二條ノ規定アルヲ以テ公判前相當時期ニ於テ之ヲ爲サヽ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絕對ノ權利ヲ有

スルモノニアラス裁判所ハ其許否ヲ決シ必要ナラストナス證人等ハ之ヲ呼出サヽルモノトス而シテ訴訟關係人ハ其請求ヲ却下セラルヽ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而シテ之ヲ呼出シ訊問スヘキモノト決定シタル以上ハ假令ヒ公判開廷後裁判所ノ構成ヲ異ニシタルトキト雖モ其決定ヲ履踐シテ其證據ノ取調ヲ爲サヽルヘカラス

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ヽカ如キコトアラシムヘカラス故ニ一方ヨリ請求シ呼出スヘキ證人ハ必ス之ヲ相手方ニ通知セサルヘカラス（刑事訴訟法第一九二條參照）

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（刑事訴訟法第一九〇條參照）

公判開廷前ノ檢證

第五 公判開廷前ノ檢證　本法第二百十六條ニ區裁判所判事ハ豫審ヲ經サルノ規定アリ是レ畢竟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非ス

被告人ノ辯護ノ準備

第六 被告人ノ辯護ノ準備　其準備行爲ヲ列擧セハ左ノ如シ

一　辯護人カ訴訟記錄ヲ閱讀抄寫スルコト（刑事訴訟法第一八〇條參照）

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（刑事

（訴訟法第三七條參照）此重罪事件ノ說明ハ辯護人ノ章ニ於テ之ヲ爲シタリ此豫審訊問ハ佛國治罪法ニ倣ヒタル所ニシテ徒ニ裁判所ノ事務ヲシテ多端ナラシムルニ過キサルモノナレハ獨逸治罪法ノ如キハ呼出狀送達ニ際シ勾留ヲ受タル被告人ニ對シ執達吏ヨリ申立ヲ爲スコトアリヤヲ問フヘキモノト規定セリ現行法ノ此訊問ニ於テ被告人ハ豫審ニテ申立テ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ヲ爲サスシテ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シ被告人ニ充分ノ辯護ヲ爲サシメントスルニ在レハ此訊問ヲ爲サヽルコトハ辯護權ノ制限トナ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而シテ茲ニ重罪事件ト稱スルハ起訴又ハ豫審終結決定ニ於テ重罪ト認メタル事件ノミヲ云ヒ第二百四十一條第二項ハ茲ニ包含セス

三　辯護人ノ選任（刑事訴訟法第一七九條ノ二第二三七條第二項參照）　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サ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彼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ヽ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又準備手續ニ入ルヘキ訴訟行爲ナリトモ必ス此手續ニ於テ爲サヽルヘカラサルモノヽミニ止ラス前記三、四、五ノ事項ノ如キハ公判開廷後ニ於テモ亦之ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ

第三節　公判開廷

公判開廷ノ意義

公判開廷ノ手續ハ之ヲ手續ノ行ハルヽ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齡、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ツ通常ハ公訴ヲ以テ主張セラレタル科刑權ニ付キ判決ヲ爲スノ手續ナリトス本法第百七十六條ニ所謂「公判」ハ此手續ニ相當スルモノナリ

臨檢ノ處分ハ公判開廷ノ手續ニ非ラサルヤ

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非サレハ假令時ノ點ヨリシテ公判ヲ開廷シタル後ニ行ハルヽ處分ト雖モ之ヲ公判開廷ノ手續ト爲スヘカラス從テ公廷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ヽ原則カ直チニ適用セラルヘキモノニ非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非ス殊ニ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非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非スシテ公判開廷ノ手續タル證據調ヲ準備スルカ爲メニ證據ヲ保全スルニ在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裁判所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非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在ルカ故ニ其處分ヲ公廷ニ於テ再ヒ顯出セシムルニ非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規定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ヽモノニ非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如斯モノナリ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非スト雖モ其性質カ共ニ公判開廷ノ手續ニ非サルコトヲ認ムルニ足レリ

公判開廷ノ手續ハ科刑權ノ有無ヲ判決ヲ以テ定ムルヲ通常ト爲スト雖モ必スシモ科刑權ヲ定ムル手續ノミニ限ラルヽモノニ非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言渡ノ如キ故障ノ適法ナルヤ否ヤヲ審査スル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依リ終局ニ判定スルニ在ルヲ以テ刑事訴訟手續ノ中樞ヲ爲スモノナリ故ニ訴訟ノ全體カ公廷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ヽ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擊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ヽ段落ナリ彈劾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ヽ外ハ總テノ手續ノ上ニ行ハレ又公開主義モ行ハルヽ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ヽ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ニシテ在廷ヲ必要トスルモノアリ即チ左ノ如シ

訴訟主體及關係人ノ在廷

一、判事ノ在廷

第一 判事ハ公判開廷手續ノ終始ニ亘リ引續キ出廷スルヲ要シ且ツ終始同一ノ判事タルコトヲ要ス（刑事訴訟法第一七六條第二〇九條參照）是レ口頭辯論主義ヲ採用シタル結果ニシテ若シ列席ノ判事ニ差支ヲ生シ他ノ判事カ代リテ審判ヲ爲スニ至レハ公判開廷手續ヲ更新セサルヘカラス而シテ判決言渡ノ手續モ亦公判開廷ノ一部ヲ成スモノナルカ故ニ他ノ判事代リテ判決言渡ニ干與スルヲ得サルモノトス若シ判決言渡ノ際其以前ノ手續ニ干與シタル判事ニ差支ヲ生シ他ノ判事カ之ニ代ルノ已ムヲ得サルニ至レハ是レ亦公判開廷ノ手續ヲ更新スルヲ要ス判例ハ此說ヲ認メサルモ判決言渡モ亦公判

二、檢事ノ立會

手續ノ一部ニシテ分離シ得ルモノニ非サルカ故ニ口頭辯論主義ノ結果ヲ判決言渡ニマテ及ホスヲ以テ正當トス

第二 檢事カ終始引續キ立會フコトヲ要ス（刑事訴訟法第一七六條參照）檢事ハ引續キ立會フコトヲ要スト雖モ必スシモ同一ノ檢事タルコトヲ要セス是レ檢事ハ同一體タル法理ノ然ラシムル所ナリ又此原則ヨリ數人ノ檢事同時ニ同一ノ公判ニ立會ヒ其職務ヲ分掌スルモ妨ケアルコトナシ此場合ニ於テハ必スシモ其職務ヲ分掌スルヲ必要トセス數人ノ檢事カ各自辯論ノ權利全部ヲ行フヲ得ルモノトス檢事カ同一體ナリトノ原則ハ此場合ニ職務ノ分掌ヲ爲スヘキ趣旨ヲ含マサルモノトス

三、裁判所書記ノ立會

私訴ノ審理裁判モ亦公判開廷ノ手續ノ一部ナルヲ以テ檢事ノ引續キ立會フコトヲ要ス若シ之ニ背反シタル私訴ノ判決ハ破毀ヲ免カレサルナリ

第三 裁判所書記カ引續キ立會フコトヲ要ス（刑事訴訟法第一七六條參照）書記モ亦引續キ同一人ノ立會フコトヲ要スルモノニアラス又數人ノ書記立會スルモ可

ナリトス

四、重罪事件ニ於ケル辯護人ノ出廷

重罪公判ニ於ケル辯護人ノ立合ハ公判構成ノ一部ナリ

第四 重罪事件ニ付テハ辯護人ノ引續キ出廷スルコトヲ要ス　然レトモ是レ亦同一人カ引續キ出廷スルコトヲ要セス又數人共ニ出廷スルコトヲ得ヘキコトハ檢事ト同一ナリ而シテ判例ニ依レハ判決ノ言渡ニハ辯護人ノ出廷スルヲ要セサルモノトセリ是レ辯護人ノ行爲ハ證據調ノ參與及ヒ辯論ニ限ルト認メタルヲ以テナリ

辯護人カ重罪公判構成ノ一部分ナリヤ否ヤ若シ之ヲ以テ構成部分ノ一ナリトセハ之ニ背反スルトキハ第二百六十九條第一號ニ所謂規定ニ從ヒ判決裁判所ヲ構成セサリシモノトナルヘシ又構成ノ一部ニアラストセハ辯護權ヲ違法ニ制限シタル爲メ第二百六十八條ノ適用ニ依リテ判決ト辯護人ノ出廷ナキコトヽノ間ニ原因結果ノ關係アリトノ理由ニ因リ判決ハ破毀セラルヘキモノナリ此二者中何レヲ可トスルモ破毀ノ結果ハ同一ナリト雖モ之ヲ構成ノ一員ト見サルヲ至當トス公判開廷

五、被告人ノ在廷

ノ構成員タル者ハ第百七十六條ニ定メタル判事檢事裁判所書記ニ限ルモノトス

第五 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（刑事訴訟法第一八三條第二一九條參照）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不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テ闕席ノ儘審理裁判ヲ受クルノ權利ヲ有スルモノニ非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（刑事訴訟法第一七八條參照）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（刑事訴訟法第二一四條參照）然レトモ出廷義務アルト同時ニ被告人ハ自ラ出廷スルノ權利ヲ

有スルモノナリ故ニ裁判所ハ被告人ニ對シ或例外ノ場合ヲ除ク外ハ出廷ヲ禁スルノ權ヲ有セス

義務ノ方面ヨリ說明スレハ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退去セントスルトキハ裁判長ハ之レ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ヘキモノトス又被告人ハ判決言渡ノ日ニ於テモ出廷スキハ是レ又闕席判決ヲ爲サヽルヘカラス蓋シ前ニモ述ヘタル如ク判決ノ言渡ハ公判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說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セサルモ對席判決ヲ爲スノ妨ケトナラサルヘキヲ以テナリト判例亦之ニ從フ然レトモ論者ノ說ノ如クン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說ニ贊同スルコト能ハサルナリ

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　第一ノ例外ハ第百九十七條ノ場合ナリ此規定ハ例外ニ屬スルヲ以テ狹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ヲ得ス而シテ此場合ニモ被告人ハ證人ニ問ヲ求ムル權ヲ失ハス

二　第二ノ例外ハ第百八十二條第二項ノ場合ナリ之ニ付テハ裁判所構成法第百九條、第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ヽレハ其公判手續ハ不法ヲ免カレス

右二個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ヽモノトス

公判ニ出廷シタル被告人ハ公廷ニ於テハ身體ノ拘束ヲ受クルコトナシ是レ第百七十七條ノ規定スル所ナリ此規定ハ現今判例ニ於テ甚タ重要ノモノ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效トセリ然レトモ余ノ信スル所ニ依レハ公判始末書ニ第百七十七條ノ事項ヲ記載セサルカ爲メニ公判ノ手續全體ヲ無效ナリトスルハ甚タ理由ナキコトヽ云ハサルヘカラス何トナレハ公判ノ手續全體カ無效ナリトセハ「證人、鑑定人ノ訊問ニ依リテ得タル所ノ證據モ亦無效トナルハ勿論ナ

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效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非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法ナリトスルヲ以テ正當ナルモノト信ス

第四節　公判審理ノ範圍

公判審理ノ範圍ハ直接又ハ間接ニ起訴ノ範圍ニ限定セラルヽハ明カナリ（刑事訴訟法第一八四條參照）而シテ第二百十二條、第二百三十五條ハ區裁判所及ヒ地方裁判所公判ニ於ケル公訴ヲ受理スヘキ場合ヲ規定セリ茲ニ公判カ公訴ヲ受理スト稱スルハ公判裁判所カ其事件ヲ審判スル權利義務アルノ意義ナリ左ニ其各場合ヲ列擧スヘシ

第一　檢事カ直接ニ公判ニ起訴シタル場合（刑事訴訟法第二號後段參照）

第二　豫審判事ヨリ被告事件ヲ地方裁判所ノ公判ニ付シ又ハ之ヲ區裁判所ニ移スノ言渡ヲ爲シタル場合（刑事訴訟法第一六六條參照）

第三　上級裁判所ヨリ事件ヲ移ス裁判アリタル場合　此場合ハ其數甚タ多シ今項ヲ分チテ之ヲ左ニ揭クヘシ

一　上告裁判所ニ於テ再審ノ訴ヲ受理シ再審ノ原因アリトシテ原判決ヲ破毀シ其事件ヲ原裁判所ト同等ナル他ノ裁判所ニ移送シタル場合（刑訴訟法第三〇七條參照）

二　大審院ニ於テ第三百十五條第二項ニ依リ管轄裁判所ヲ指定シ地方裁判所又ハ區裁判所ニ送致シタル場合

三　公安ノ爲メ又ハ嫌疑ノ爲メニ大審院又ハ上級裁判所ニ於テ管轄移轉ノ裁判ヲ爲シタル場合（刑事訴訟法第三四條參照）

其他區裁判所ノ公判ニ於テハ第二百十二條ニ規定シタル場合ノ外違警罪ノ即決裁判ニ對シテ正式裁判ヲ求メタルトキハ此請求ニ依リ直チニ公訴ヲ受理スヘキモノトス是レ本法ニハ特ニ明文ナキ所ナレトモ正式裁判ノ請求ニ

検事カ豫審終結決定ノ未確定ナル事件ヲ公判ニ送付シタルトキハ公判ニ於テ如何ニ之ヲ處分スヘキヤ

因リテ即決ノ言渡ハ消滅シ其事件ハ當然區裁判所ニ繫屬スルモノナリ公判ニ於テ豫審終結決定ニ依リ事件ヲ受理スル場合ニ注意スヘキ事項ニアリ

第一 豫審終結決定ノ未タ確定セサルニ拘ハラス檢事カ事件ヲ公判ニ送付シタルトキハ公判ニ於テハ如何ニ之ヲ處分スヘキヤ此場合ニ於テハ判決裁判所ハ公判ヲ開廷スルノ義務ナキヲ以テ決シテ判決ヲ以テ事件ヲ受理セストノ言渡ヲ爲スヲ要セス縱令豫審終結決定ノ未確定ナルコトヲ知ラスシテ公判ヲ開廷シタル後ト雖モ公訴不受理ノ判決ヲ爲スヘキニ非サルカ如シ即チ公訴不受理ノ判決ハ公訴提起ナキ場合又ハ公訴提起カ不適法ナルカ故ニ無效ニ屬スル場合ニ於テ言渡スヘキモノニシテ檢事カ豫審終結決定ノ執行トシテ事件ヲ公判ニ送付スルハ決シテ公訴ヲ公判ニ提起スル行爲ニ非サレハ此場合ニ於テハ何等ノ裁判ヲモ爲スナク公判開廷ノ手續ヲ中止スヘキカ如シ然レトモ公判ヲ開廷シ判決ヲ以テ公判ニ於テ事件ヲ受理スヘキヤ否ヤヲ定メサレハ問題ノ終局スル時期ナキニ至ルヲ以テ疑又ハ爭ノ存スル限リハ判決ヲ以テ此點ヲ裁判スルヲ要スト而シテ公判開廷ノ後更ニ進テ本案判決ヲ爲シタルトキハ被告人カ此公判開始ノ條件ヲ缺ニ付キ異議ヲ申立テサルニ因リ其欠缺ハ補充セラルヽコトハ判例ノ認ムル所ナリトス從テ第二審ニ至リ此欠缺ヲ發見スルモ之ニ基キテ第一審判決ヲ取消スヘキモノニ非ストセリ余輩ハ此欠缺ノ補正ハ明文ヲ要スルモノナルヘシト信ス

刑法第五十四條ノ一罪ノ場合ニ罪名ノ豫審終結決定ト他ノ免訴トノ關係

第二 舊刑法ニ於テハ一個ノ動作ニシテ數罪ヲ成立スヘキ場合ニ於テ其一罪ノミニ付テ公判ニ付スル豫審終結決定ヲ爲シ他ノ一罪ハ免訴シ又ハ何等ノ裁判ヲ爲ササルトキハ公判ニ於テ免訴シタル罪又ハ何等ノ裁判ヲモ爲サヽル罪ニ付テモ審理裁判スルヲ得ヘキヤノ問題ヲ生シタルモ刑法ハ其第五十四條ヲ以テ此ノ如キ場合ニ於テ之ヲ一罪ト認ムルカ故ニ此ノ如キ問題ヲ生セス然レトモ豫審判事カ一ツノ罪名ニ付キ公判ニ付スル決定

ヲ爲シ他ノ罪名ニ付キ免訴ヲ言渡シタルトキハ其決定ノ效力如何トノ問題ヲ生ス此決定ハ一見矛盾シテ無效ナルカ如シト雖モ此決定ノ趣旨ハ罪名ヲ公判ニ付スルニ非スシテ犯罪事實ヲ公判ニ付スルモノナレハ免訴ノ部分ハ其效力ナキモノト認メサル可ラス即チ免訴ノ部分ハ公判ニ付スル決定ノ理由ヲ獨立シテ表示シタルニ過キスト解スヘキナリ

附帶犯罪トハ何ソ

公判ニ於テ附帶犯罪ヲ發見シタル場合ニ管轄ノ有無ヲ問ハス之ヲ審判スルヲ得ルヤ

公判ニ於テハ以上列記シタル場合ノ外公判ノ審理辯論ニ因リテ發見シタル附帶犯罪ニ付キテハ別ニ檢事ノ起訴ナキニ自ラ取テ裁判スルコトヲ得此附帶犯罪ハ本法第百八十五條ノ規定スル所ニシテ一人又ハ數人ノ犯シタル數罪カ時、場所、團結(通謀)目的ニ關シ相互ニ牽聯スル場合ナリ附帶犯罪ニ付キ研究スヘキ一事アリ即チ公判ニ於テ附帶犯罪ヲ發見シタルトキハ管轄ノ有無ヲ問ハス裁判所自ラ取テ以テ裁判スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題是ナリ舊治罪法ニ於テハ附帶犯罪ノ規定ヲ管轄ノ章ニ設ケタルヲ以テ管轄ノ有無ヲ問ハス裁判スルコトヲ得ルトノ議論成立シタリト雖モ(舊治罪法第三九條參照)本法ニ於テ

ハ其規定ヲ管轄ノ章ヨリ移シテ公判ノ章ニ置キタルヲ以テ其規定ノ位置ヨリ觀ルニ豫審ニ於テハ附帶犯ヲ取テ處分スルヲ得サルノミナラス公判ニ於テモ管轄權ナキ附帶犯ハ直チニ取テ裁判スヘカラサルモノナリト信ス殊ニ第百八十四條ノ規定ヲ見ルモ附帶犯ヲ規定セル但書ハ不告不理ノ原則ヲ定メタル前段ノ例外ヲ爲スモノニシテ決シテ管轄ノ規定ノ例外ヲ爲スモノニアラサルコトハ明瞭ナリ是ト同一ノ理由ニ依リ第二審裁判所ニ於テ附帶犯ヲ發見シタル場合ニ於テモ直チニ取テ裁判スルコトヲ得サルモノナリト斷定セサルヘカラス何トナレハ裁判所構成法ヲ見ルニ控訴裁判所ノ管轄權限ノ如キハ第一審ノ判決ニ對スル控訴ヲ審理スルニアリテ決シテ控訴ニ係ラサル事件ヲ裁判スルノ權限ヲ有スルモノニアラス唯本法第二百六十三條ニ於テハ控訴ヲ受ケタル地方裁判所カ第一審トシテ裁判スヘキ場合ヲ規定スルヲ以テ此場合ニハ其地方裁判所カ第一審トシテ管轄權ヲ有スルカ故ニ附帶犯ヲ取テ裁判スルヲ得ヘシ

第一審ノ手續　公判　公判審理ノ範圍

豫審ヲ要スル重罪又ハ輕罪ノ附帶犯

附帶犯罪ニシテ豫審ヲ必要トスル重罪其他ノ事件ナルトキハ公判ニ於テハ本案ノ辯論ヲ停止シ之ヲ豫審判事ニ送達セサルヘカラス（刑事訴訟法第一八四條二項參照）此場合ニ於テハ其事件ハ全ク公判ヨリ離レテ豫審判事ノ手ニ歸シタルモノナルヲ以テ豫審判事ハ通常ノ規定ニ從ヒ其豫審ヲ終結スヘキモノトス

合議裁判所ニ於ケル裁判長及陪席判事

第五節　公判ノ審理及ヒ指揮

合議裁判所ニ於ケル公判ノ審理ハ合議體トシテ其部員ノ協力ニ出ツルモノナリ即チ部員ハ共同シテ公判ノ辯論ニ參與シ訴訟ノ材料ヲ見聞スルヲ要スルモノナリ然レトモ合議體ハ外部即チ當事者及ヒ第三者ニ對シ之ヲ代表スル機關及ヒ合議體ノ内部ニ於テ其作用ヲ整理指揮スルノ機關ニ依ルニ非サレハ其審理ヲ盡ス能ハス如斯合議體ノ口及ヒ手腕タルノ機關ハ裁判長トス而シテ裁判長ニ對シ他ノ部員ヲ陪席判事ト云フ（刑事訴訟法第一九四條第二項參照）裁判長及ヒ陪席判事ハ共ニ合議體ノ一員ナレトモ公判ノ審理及ヒ指揮ニ關シテハ裁

公判審理ニ關スル合議體トノ裁判長トノ關係

判長ノ地位ハ最モ重要ナルモノトス

公判ノ審理ニ付テハ先ツ合議體ト裁判長トノ關係ヲ明カニセサルヘカラス此二者ノ關係ニ付テハ二個ノ主義アリ

本法採用ノ主義

第一　裁判長ハ合議體ノ代表者トシテ其權限ヲ行フニ止マルノ主義　此主義ニ依レハ裁判長ハ總テ合議體ノ作用ニ屬シ裁判長ハ單ニ其機關タルニ止マル故ニ裁判長ノ爲ス所ヲ合議體ニ於テ制限變更スルヲ得ルナリ

第二　裁判所ハ合議體ノ機關タルニ止マラスシテ獨立ノ權限ヲ有スルノ主義　此主義ニ依レハ裁判長ハ合議體ト關係ナク其以外ニ立テ獨立ノ職權ヲ行ヒ合議體ハ裁判長ノ爲ス所ニ服從シ之ヲ制限變更スルヲ得ス

我刑事訴訟法ハ右二個ノ主義ヲ折衷シタルモノトス其折衷ノ方法ハ第一主義ヲ原則トシ第二主義ヲ例外トシテ加味シタルモノナリ依テ合議體ト裁判長トノ關係ニ付キ疑ノ存スル場合ニハ裁判長ハ合議體ノ機關トシテ存シ陪席判事ト同一ノ地位ニ在リ唯其上席タルニ止マルモノト認メサルヘカラス

何トナレハ裁判長ノ爲ス所ハ本來裁判所ノ作用ナルカ故ニ裁判長ハ合議體ヲ代表シテ其作用ヲ行フモノト認メサルヘカラサレハナリ故ニ合議體ハ裁判長陪席判事ノ要求ニ因リ又ハ訴訟關係人ノ申立ニ因リ審理裁判ヲ爲スモノニシテ裁判長ニハ決シテ如此權限ノ存スルコトナシ是ヲ以テ訴訟材料ノ審理及ヒ當事者ノ權利ニ對シ實體上ノ效力ヲ及ホスヘキ處分ハ必ス合議體ノ作用ニ屬スルモノト認ムヘク裁判長ハ單ニ形式ノ性質アル行爲例ヘハ形式的ノ訴訟指揮ニ關スル行爲ノ如キモノヲ獨立ノ職權ヲ以テ行フモノナリ此形式的行爲ニ付テハ陪席判事モ裁判長ノ處分ニ拘束セラレ之ヲ變更スルヲ得ス又當事者モ合議體ニ對シ裁判長ノ處分ニ關シ救濟ヲ求ムルヲ得ス今公判ノ審理及ヒ指揮ニ付キ左ニ此關係ヲ明カニスヘシ

第一　審理　裁判長ハ被告人及ヒ證人ヲ訊問シ其他ノ證據調ヲ爲スノ權限ヲ有ス（刑事訴訟法第一九四條第一九八條第一九九條第二項參照）裁判長カ此審理ノ作用ヲ爲スハ獨立ノ職權トシテ爲スモノニ非ス合議體ノ機關トシテ之ヲ爲スモノナリ如

何ナル證據方法ヲ取調フヘキヤハ裁判長ノ定ムル能ハサル所ニシテ合議體之ヲ定ム第百八十九條第二項ニ於テ調書ノ朗讀ニ付キ裁判長ノ職權ヲ以テ定ムルカ如キ規定アルモ是レ唯朗讀ヲ爲スハ裁判長カ職權トシテ之ヲ爲スコトヲ規定シタルニ過キスシテ如何ナル調書ヲ朗讀スヘキヤハ合議體ノ定ムル所ナリ又一ノ證據方法ニ付キ如何ナル範圍マテ證據ヲ爲スヤハ裁判長ノ意見ヲ以テ獨立シテ定ムル能ハサル所ナリトス依テ陪席判事及ヒ檢事モ裁判長ノ訊問ヲ補充スルヲ得ヘク又訴訟關係人モ裁判長ニ訊問ヲ求ムルヲ得ルナリ唯裁判長ハ主トシテ訊問ヲ爲シ其他ノ者ハ之ヲ補充スルノ差アルノミ（刑事訴訟法第一九四條第二項第三項參照）

裁判長ノ審理ニ關スル權限ハ佛國法系ニ屬スル立法ト英國法系ニ屬スルモノト正反對ヲ爲スモノナリ第一ノ立法ハ眞實ノ發見ニ必要ナル以上ハ裁判長一個ノ意見ヲ以テ證人鑑定人ノ訊問檢證等ヲ爲スヲ得ルモノトス之ヲ裁判長ノ專制權ト稱ス此制度ハ糺問主義ニ基キ彈劾ノ訴訟ト相容レ

サルモノニシテ如斯權限ヲ裁判長ニ認ムルトキハ訴訟ノ主體ハ裁判所ニ非スシテ寧ロ裁判長ニアルカ如キ觀アリトノ非難アリ然レトモ裁判長ノ專制權アルカ爲メニ訴訟ノ方式ハ彈劾タルヲ失フモノニ非サルナリ第二ノ立法ニ於テハ裁判長ハ當事者ノ間ニ立チ訴訟ヲ指揮シ其秩序ヲ維持スルニ過キスシテ訊問等ノ行爲ハ當事者之ヲ爲スモノトシ裁判長ハ當事者ノ訊問ヲ補充スルニ止マル現行刑事訴訟法ハ訊問其他ノ證據調ハ裁判所ノ審理ノ作用ト爲シ當事者之ヲ爲スヲ本則トセス然レトモ決シテ糺問ノ方式タルニ非ス裁判所カ證據調等ノ審理ヲ爲スヘキハ刑事訴訟ノ職權主義ヨリ當然生スヘキ所ナリトス而シテ現行法ハ審理ハ裁判所ニ在リトスルモ佛國法系ノ如ク裁判長ニ專制ノ權限ヲ認メタル規定ナシトス

第二 訴訟ノ指揮　此權ハ裁判長ニ屬ス（裁判所構成法一〇四條參照）而シテ裁判長カ此權ヲ行フハ合議體ノ機關トシテ爲スモノアリ此場合ニハ合議體ノ意思ニ拘束セラルル例ヘハ數個ノ被告事件アリタル場合ニ之ヲ併合シテ審理スヘキカ又ハ分離シテ審理スヘキカハ裁判所ノ定ムル所ニ從ヒ證人ニ宣誓ヲ爲サシムルヤ否ヤハ裁判所ノ定ムル所ニ從フカ如キ是ナリ又裁判長ノ獨立ノ職權ニ屬スル行爲アリ例ヘハ審理ノ順序ヲ定ムルコト訴訟關係人ニ發言ヲ許シ又ハ之ヲ禁スルコト及ヒ訴訟關係人カ訊問ヲ求メタル場合ニハ之ヲ許スコト、證人被告人ヲ任意ニ法廷ヨリ退出セシメサルコト等ノ如キ是ナリ要スルニ實體ノ效力ヲ有スル訴訟指揮ハ合議體ニ屬シ形式的ノモノハ裁判長ノ獨立ノ職權トス

裁判長ノ訴訟指揮權ハ其行使カ適法ナリヤ否ヤノ點ニ關シテハ裁判所ノ決定ニ拘束セラル第百九十九條ニ「公判ノ手續ニ付キ異議ノ申立アリタルトキハ裁判所ニ於テ之ヲ裁判ス可シ」ト規定セルハ即チ是ナリ而シテ此異議ノ申立ハ裁判所ノ處分ニ對シテ行ハルヽコトアルヘシト雖モ主トシテ裁判長ノ指揮權ヲ以テ命シタルコトニ關スルモノナリ例ヘハ裁判長カ不法ニ發言ヲ禁シタルカ如キ場合ナリ然レトモ此異議ノ申立ハ裁判長ノ訴

公訴ノ審理

審理ノ端緒

訟ノ指揮カ宜シキヲ得サリシトヤ其處分カ不適法ノ場合ナラサルヘカラス又此申立ヲ爲スコトヲ得ル者ハ當事者ノミナラス證人、鑑定人モ不法ニ宣誓ヲ命セラレタルカ如キ場合ニ於テ亦之ヲ爲スコトヲ得ヘシ又陪席判事モ不適法ト認ムルトキハ裁判所ニ異議ノ裁判ヲ爲スコトヲ喚起スルヲ得ヘシ但其方式ハ異議ノ申立トシテ行ハルヽニ非サルナリ故ニ裁判長ハ適法ナルコトノ範圍ニ於テノミ獨立シテ訴訟ヲ指揮スル職權アルモノトス

第六節　公判審理ノ順序

公判審理ノ順序ハ第二百十八條乃至第二百二十一條ニ規定セリ今其綱要ヲ摘示センニ先ツ審理ノ端緒タル行爲ニ次テ證據調ヲ爲シ證據調ニ次テ辯論ヲ爲シ公訴ノ審理ヲ終リテ後私訴ノ審理ニ移リ判決ハ公訴私訴同時ニ言渡スヲ以テ通常トス左ニ此順序ニ付テ詳說スル所アルヘシ

一、被告人ノ氏名年齡等ノ訊問

二、檢事ノ被告事件ノ述陳

第一　公判ハ被告人ノ氏名、年齡等ヲ訊問スルコトヲ以テ始マルモノトス彼ノ被告事件ヲ呼上ケ又ハ被告人ヲ入廷セシムル等ハ實際ノ必要ニ基ク所ノ公判ノ準備ニ屬シ未タ公判ノ一部ニ着手セルモノト云フヘカラサルナリ（刑事訴訟法第二一八條第一項參照）而シテ其訊問ノ目的ハ出頭シタル者カ被告人ナルヤ否ヤヲ確ムルノミニ止マラス被告人ノ身分職業等ヲ訊問シ被告人供述ノ眞實ナルヤ否ヤヲ定ムル一ノ根據ヲ得ルニ在リ依テ被告人ノ前科ニ付テモ此際ニ訊問スルヲ得ルナリ被告人ハ此訊問ニ對シテモ答辯スルノ義務ナキモノトス故ニ若シ默シテ言ハサル場合ニ於テハ人違ニアラサルコトヲ確メ然ル後他ノ手續ニ進ムコトヲ得ルナリ

第二　檢事ハ被告事件ヲ陳述セサルヘカラス（刑事訴訟法第二一八條第二項參照）此陳述ハ豫審終結決定又ハ起訴ノ書面ニ記載シタル所爲ヲ演述スルモノニシテ裁判所及ヒ訴訟關係人ニ被告事件ノ如何ヲ知ラシメンカ爲メナリ此陳述ハ公判審理ノ基礎ヲ爲ス重要ナル訴訟行爲ナルヲ以テ之ヲ爲サヽルニ於テハ

其公判ハ無效ナリト云ハサルヘカラス又此陳述ヲ爲シタル後ニ被告人ノ訊問證據調ヲ爲スヲ得ヘク此陳述前ニ爲シタルモノハ無效トス而シテ此被告事件ノ陳述ハ第一審ニ於テハ檢事之ヲ爲スヲ要スルモ控訴審ニ於テハ控訴ノ趣旨ヲ控訴申立人ヨリ陳述スルヲ以テ足レリトスルハ今日ノ判例ナレトモ控訴審ハ第二回ノ第一審ト稱スヘキ性質ヨリ推考スレハ疑ナキヲ得ス又被告事件ノ陳述ハ證人ノ在廷セサルトキニ於テ之ヲ爲サヽルヘカラス何トナレハ證人ヲシテ證言前ニ被告事件ノ何タルヤヲ知ラシムルハ公平ナル證言ヲ得ルノ妨ケトナルヲ以テナリ然レトモ傍聽席ニ在ル者ヲ直チニ證人トナス場合ニ於テハ明カニ此法意ニ背反スレトモ是レ已ムヲ得サルモノニシテ法ノ禁セサル所ナリトス（刑事訴訟法第一九三條第二一七條第二項參照）

以上ノ第一、第二ヲ以テ審理ノ端緒タルモノトス被告事件ノ陳述ハ單ニ審理ノ基礎ヲ知ラシムルモノナレハ假令重要ナル手續ナリトモ之ヲ端緒タル手續トナサヽルヘカラス

第三　被告人ノ訊問（刑事訴訟法第二一九條第一項參照）

檢事被告事件ノ陳述ヲ終レハ裁判長ハ被告事件ニ付テ被告人ヲ訊問ス即チ本案ニ付テ被告人ノ犯罪所爲ノ訊問ヲ爲スモノナリ此訊問ハ檢事ノ陳述ト同シク證人ノ在廷セサルトキニ於テ爲サヽルヘカラス（刑事訴訟法第一九三條參照）而シテ此被告人ノ訊問ハ往昔ノ糺問訴訟ニ於ケルカ如ク其自白ヲ求ムルカ爲メニアラスシテ被告人ニ對スル嫌疑ニ付キ辯解ヲ爲サシメ利益ナル陳述ヲ爲ス機會ヲ與フルカ爲メナリ故ニ被告人ハ其供述ヲ强制セラルヽコトナシ而シテ裁判長ハ被告人ヲ訊問スルニ當リテ豫審ニ於ケル訊問調書ヲ示シ又ハ證人ノ豫審調書ヲ摘讀シテ其抵觸セル供述ヲ聽キ正スコトヲ得是レ被告人訊問ノ一種ニシテ固ヨリ調書ノ證據調ニアラス又被告人ハ此際ニ於テ訊問セラルヽノミナラス證據調ノ際ニ於テ訊問セラルヽコトアリ第百九十八條ニ依レハ各證憑物件ハ之ヲ被告人ニ示シテ辯解セシムヘキモノトシ又各證憑ノ取調終リタルトキハ被告人ニ意見アリヤ否ヤヲ問ヒ且其利益トナルヘキ證憑ヲ差

第一審ノ手續　公判　公判審理ノ順序

出スヲ得ヘキヲ告知スヘキコトヲ規定セリ是レ證據調ノ際ニ於ケル訊問ナリ之ヲ以テ觀レハ被告人訊問ト其他ノ證據調トハ之ヲ混同シテ爲スヲ得ヘキモノト云ハサルヘカラス

被告人ノ訊問ニ依リテ被告人カ犯罪ヲ自認スルモ裁判所ハ其他ノ證憑ノ取調ヲ爲スノ義務ヲ免カルヽモノニアラス何トナレハ被告人ノ自白ナルモノハ絕對ノ信用ヲ有セス他ノ證憑ト同シク自由ノ心證ニ依リテ其眞否ヲ決スヘキモノナレハナリ本法ニ於テハ被告人自白スルモ他ノ證據調ヲ爲スヘキコトヲ命シ（刑事訴訟法第二三九條參照）區裁判所ノ公判ニ於テハ地方裁判所ノ公判ニ於テハ被告人自白スルモ他ノ證據調ヲ爲スヘキコトヲ命シ（刑事訴訟法第二三九條參照）區裁判所ノ公判ニ於テハ其管轄スル事件ノ輕微ナルヲ理由トシテ被告人ノ自白アリタル場合ニ於テ檢事及ヒ民事原告人ノ異議ナキトキハ他ノ證據ヲ取調フルニ及ハサルモノトナセリ（刑事訴訟法第二一九條第三項參照）此規定タル裁判所カ自白ニ因リ心證ヲ得ルモ他ノ證憑ヲ取調フルヲ要スルカ故ニ甚シク自由心證主義ヲ基本ト爲ス裁判所ノ職權ヲ制限スルモノニシテ不當ノ規定タルヲ免

カレス而シテ地方裁判所ハ自白アルモ尙ホ他ノ證據ヲ取調フルノ義務アレトモ其判決ニ於ケル事實確定ノ材料トシテ自白ノ外尙ホ他ノ證據ヲ採用スヘキノ義務アルニ非ス自白ノミヲ以テ心證ヲ形クルトキハ判決ニ於テ敢テ他ノ證據ヲ擧示スルニ及ハス

第四　證據調　證據調ハ證人、鑑定人ノ訊問調書ノ朗讀證據物件ヲ示シテ辯解ヲ爲サシムル等ナリトス（刑事訴訟法第二一九條第二項參照）其詳細ハ次章ニ讓ル

第五　證據調ヲ終リタルトキハ檢事、被告人及ヒ辯護人ハ辯論ヲ爲スモノトス然ルニ本法公判ノ規定中第百八十三條及ヒ第百八十七條等ニ揭クル所ノ辯論ハ廣ク公判審理ヲ意味スルモノニシテ茲ニ所謂辯論ニアラサルコトヲ注意スヘシ

以上ヲ以テ公訴ノ審理ヲ終了スルモノトス

第六　公訴ノ審理終レハ私訴ノ審理ヲ爲ス　私訴ノ審理ハ先ツ民事原告人被害ノ事項ヲ證明シ私訴ノ請求ヲ爲ス而シテ被告人辯護人ハ之ニ對シテ

答辯ヲ爲ス私訴ノ辯論ニ於テハ公訴ノ審理ヲ援用スルヲ得レハ更ニ公訴ニ於テ爲シタル證據調ノ如キハ之ヲ反覆スルヲ要セス

公訴私訴ノ審理終レハ裁判所ハ公訴ノ判決ト共ニ私訴ノ判決ヲ下シ公判ヲ終了スルモノトス但私訴ニ付キ其取調不十分ナルトキハ公訴ノ判決ヲ爲シタル後私訴ノ判決ヲ爲スコトヲ得ルナリ（刑事訴訟法第二〇〇條參照）

以上ハ普通ノ順序ナリ然レトモ或場合ニ於テハ被告人ハ判事ヲ忌避シ又ハ本法第百八十六條ニ依リ檢事、被告人又ハ辯護人カ管轄違又ハ公訴不受理ノ申立ヲ爲スコトアリ又第百九十九條ニ依リ公判手續ニ對シ異議ノ申立ヲ爲スコトアリ此場合ニ於テハ中間ノ爭ヲ生シ中間判決又ハ決定ヲ以テ之ヲ處分スルモノトス

以上述タル公判審理ノ順序ニ付テ之ヲ見ルニ刑事訴訟法ハ公判ノ訴訟行爲ニ付キ順次主義ヲ採リタルニアラスシテ結合主義ヲ原則ト爲スモノナリ然レトモ法律ニ於テ訴訟行爲ヲ分離シ順次主義ヲ採用シタルモノアリ即チ公

訴ノ審理ト私訴ノ審理トハ之ヲ分離シ公訴ヲ先ニス又公訴ノ審理中檢事ノ被告事件ノ陳述ヲ爲シタル後ニ非サレハ他ノ取調ヲ爲スヲ得サルハ是ナリ然レトモ其他ノ審理ニ至リテハ順序ヲ定メスシテ之ヲ自然ノ順序ニ一任ス換言スレハ法律ヲ以テ之ニ干渉スルコトナク裁判所ノ訴訟指揮ニ一任シタルモノアリ故ニ一方ニ於テハ被告人ノ訊問ニ先チ他ノ證據調ヲ爲スモ可ナリ又一方ニ於テ本案ノ審理ニ先チ公訴不受理、管轄違ノ申立ノ辯論ヲ爲スヲ要セス總テノ是レ等ノ爭點又ハ訴訟行爲ノ種類ハ結合シテ同時ニ之ヲ爲シ裁判所ニ於テ其事件ノ必要ニ應シ順序ヲ定ムルモノトス

第七節　證據調

第一款　證據調ノ範圍

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百八十九條第二項ノ規定ハ例外ヲナスモノニアラス此ノ場合ニ裁判所カ其朗讀ヲ不必要ナリ

トスルモ裁判長ハ之ニ拘ハ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ニ付テ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元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ナ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コトアリ又之ヲ以テセサルコトアリ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、鑑定ヲ職權ニ因リ必要トナス場合ニ於テモ亦證據決定ヲ爲サヽルヘカラス反之調書其他ノ證認書類ノ朗讀、公判ニ於テ當事者ノ提出シタル證據物件ヲ取調フルニハ證據決定ヲ要セス蓋シ證據決定ハ一定ノ證據方法ヲ公廷ニ現出セシムルノ趣旨ヲ有スルノミナラス證據調ヲ順次追行セントスル訴訟指揮ノ命令タルモノナルカ故ニ證據方法ノ提出ト同時ニ之カ取調ヲ爲スヲ得ヘキ書證、檢證ノ如キモノニ至リテハ證據決定ヲ要セス證人訊問ノ

如キ證據調ニ付テ之ヲ新期日ニ爲スヘキヤ又ハ數人ノ證人ニ付キ同時ニ訊問ヲ爲スヘキヤ否ヤニ關シテハ證據決定ヲ要ス

證據決定及ヒ證據調ノ請求ハ判事ニ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後ノ構成ノ裁判所カ其證據調ヲ必要ナシト認ムルトキハ請求ヲ却下スル決定ヲ爲スカ又ハ證據決定ヲ取消ス裁判ヲ爲サヽルヘカラス若シ之ヲ爲スコトナク又ハ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ニ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又一旦證據決定ヲ爲シタル後チ證據調カ不能トナリタルトキ例ヘハ訊問スヘキ證人ノ所在不明トナリタルトキニハ證據決定ヲ施行スルヲ要セス

證據調チ要セサル場合アリ

裁判所ハ其本案ニ入リ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ヽ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サルカ故ニ證據調ヲ爲スコトヲ要セス又法律ニ於テ罪ト爲ラサルトキモ亦證據調ヲ必要トセサルコトアリ唯時效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付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要セス

第二款　證人ノ訊問

公判ニ於ケル證據調ノ方式ハ第百九十八條第二百十九條ノ規定セル所ナリ其他第百九十條ニ依リ證人ニハ總テ豫審ニ關スル規定ヲ準用スルコトヽナシタルヲ以テ茲ニハ公判ニ特別ナルモノヽミニ付キ說明スルニ止ムヘシ

證人ノ證言ハ他ヨリ制限ヲ受クルコトナク全ク自由ニ出テタル場合ニ於テ最モ效力アルモノナリ故ニ可及的他ヨリ制限ヲ加フルコトナキヲ期セサルヘカラス是ニ於テカ左ノ如キ結果ヲ生ス

第一　證人ハ其供述前ニ於テ審理辯論ニ立會フコトヲ許サス（刑事訴訟法第一九三條參照）是レ思想ヲ混惑セシムルノ恐アルヲ以テナリ但傍聽席ニ在ル者ヲ直チニ證人トナシタル場合ハ此規定ヲ貫クコト能ハス而シテ法律ハ證人ニ付キ此制限ヲ設ケタルニ拘ハラス鑑定人ニ付テハ此規定ヲ置カサル所以ノモ

ノハ鑑定ノ性質上公判手續ニ立會ハシムルノ必要アルヲ以テナリ

第二 證人ハ互ニ言語ヲ接セシムヘカラス（刑事訴訟法第一ニハ適用スヘキモノニアラサルナリ 九三條前段參照）是レ亦鑑定人

第三 證人ハ各別ニ被告人ノ面前ニ於テ訊問スヘシ 證據調ハ公判ノ一部ナルヲ以テ證人ノ訊問ニ被告人ノ在廷スルコトヲ要スルハ公判ニ被告人ノ在廷スルヲ要スト同一ノ理由ナリ但第百九十七條ハ其例外ヲ認メタルナリ

第四 證人ハ供述後法廷ニ止マルコトヲ要ス（刑事訴訟法第一充又ハ對質ノ必要アルニ依ルナリ 九三條後段參照）是レ訊問補

第五 證人又ハ鑑定人ノ供述ニシテ不實ナルカ爲メ禁錮以上ノ刑ニ該ルトキハ裁判所ハ職權ヲ以テ取押ヘ勾引狀ヲ發シテ之ヲ豫審判事ニ送致スルコトヲ得（刑事訴訟法第一九五條一項參照）此場合ハ所謂不告不理ナル原則ノ例外ナリ舊治罪法ニ於テハ公判廷ニ於テ犯罪ハ不告不理ノ例外トシテ裁判所ヨリ直チニ裁

不告不理ノ例外

判スルコトヲ得ヘク又豫審判事ニ送致スル言渡ヲ爲スコトヲ得タリ而シテ證人カ僞證ヲ爲シ鑑定人カ虛僞ノ鑑定ヲ爲シタル場合ニ於テモ亦同一ノ規定ヲ爲セリ（舊治罪法第二七三條乃至第二九二條參照）本法ヲ制定スルニ當リテ舊治罪法第二百九十二條ノ場合ノミヲ存シテ本法ノ第百九十五條トナシ他ノ條項ヲ删除シタルヲ以テ即チ此第百九十五條ハ不告不理ノ例外ナリト云フコトヲ得ヘシ故ニ此場合ニ於テハ檢事ノ起訴ヲ要スルコトナク豫審判事ニ送致スル決定アリタルトキヲ以テ起訴アリタルモノト看做シ豫審判事ハ普通ノ手續ニ依リテ審理ヲ爲スヘキモノトス若シ此規定ヲ以テ不告不理ノ例外ト見ルコトヲ得ストセンカ何故ニ豫審判事ニ送致スルモノトセシヤヲ解スルコト能ハサルニ至ルヘシ

第三款 書類ノ朗讀

刑事訴訟法ハ直接理審主義ヲ採リタルコト第百八十九條及ヒ第二百五十八

條第二項ヲ對照スルトキハ直チニ知リ得ヘシ第百八十九條第一項ニハ豫審ニ於テ訊問シタル證人又ハ鑑定ヲ爲シタル鑑定人ハ更ニ之ヲ呼出スコトヲ得ト規定セリ此規定ヲ單ニ文字ノ如ク解スルトキハ無用ノ規定ト云ハサルヘカラス何トナレハ公判ノ準備ニ止マル所ノ豫審ニ於テ取調ヘタル證人鑑定人ハ犯罪ノ有無ニ付キ最終ノ判斷ヲ爲ス公判ニ於テ更ニ呼出スヲ得ルハ當然ナルコトナレハナリ余輩ハ立法者ノ眞意ハ斯ル無益ノ規定ヲ設ケタルモノニアラスト信ス即チ法文ニ「更ニ之ヲ呼出スコトヲ得」ト云フハ裁判所ノ權利ノ方面ヨリ規定シタルニ止マリ其法意ハ已ムヲ得サル場合ノ外ハ之ヲ呼出スコトヲ命シタルモノナリト解釋セサルヘカラス彼ノ第二審公判ノ規定タル第二百五十八條ヲ見ルニ第百八十九條ノ文面ニ反シテ第一審ニ於テ訊問シタル證人又ハ鑑定シタル鑑定人ハ再度ノ訊問鑑定ノ必要ナクンハ之ヲ呼出サヽルコトヲ得ト規定セリ此規定ハ媒介ノ證據方法タル公判始末書ニテ滿足スヘキコトヲ規定シタルモノニシテ第二審ニ於テハ此規定ニ依リ

直接審理主義ニ制限ヲ加ヘタルニ外ナラス此等ノ點ヨリ觀察スルトキハ我刑事訴訟法カ直接審理主義ヲ採用シタルハ瞭乎トシテ明カナリト云フヘシ」第二百十九條第二項ハ書類ノ證據調ノ方式ヲ定メ第百八十九條第二項ハ如何ナル場合ニ於テ書類ヲ朗讀シ直接審理ニ代フルコトヲ許スヤヲ定メタリ元來書類ヲ利用スルコトハ直接審理主義ニ違背スルモノニアラス例ヘハ人ヲ誹謗シタル旨ヲ記載シタル書面ノ如キモノハ之ヲ採リテ直チニ證據トナスハ直接審理主義ニ適フモノニシテ此等ノ書類ヲ見タル證人ノ供述ニ依ルカ如キハ却テ此主義ニ反スルモノト云フヘシ然レトモ此種ノ書類ト異ナリタル豫審調書又ハ聽取書ヲ取調ヘテ其供述ヲ爲シタル證人ヲ直接ニ訊問セサルハ直接審理主義ニ反スルモノナリ縱令直接審理主義ニ反スルモ事實上到底此主義ヲ貫徹スル能ハサル場合アルヲ以テ此場合ニ於テハ豫審調書其他ノ書類ノ利用ヲ許容スルノ規定ヲ設ケサルヘカラス今其場合ヲ擧クレハ左ノ如シ

書類朗讀ノ各場合

一、客觀的ノ事實ニ關スル檢證調書ノ朗讀

第一 客觀的ノ事實ニ關スル檢證調書ノ如キハ公判ニ於テ再ヒ其檢證物ヲ實見スルコト能ハサルヲ以テ常ニ書類ノ朗讀ヲ以テ之ニ代用セサルヘカラス又被告人ノ前科ヲ知ルヘキ前判決書又ハ前科調書ノ如キモ之ト同一ナリ其他一般ニ官廳ノ報告書、證明書之ニ類スル書證ノ如キハ常ニ朗讀ノ方法ニ依リ間接ノ審理ヲ爲ササルヘカラス蓋シ官廳ナルモノハ數人ノ官吏ヨリ成ルモノニシテ官廳ニ於テ起リタル事實ヲ證明スルニ當リ直接審理主義ヲ實行スルトキハ各官吏ヲ訊問セサルヘカラス例ヘハ被告人カ入監シタルハ何時ナルヤヲ知ラントスルカ如キ場合ニハ總テノ監獄官吏ヲ訊問セサルヘカラサルノ結果、事繁雜ニ亘リ却テ眞實ヲ得ルコト能ハサルヘシ斯ル場合ニ於テハ裁判所ハ官廳ノ報告ヲ以テ滿足セサルヘカラス但特別ノ事情アルトキハ直接ノ訊問ヲ要スルヤ論ヲ俟タサルナリ

第二 證人ノ供述書又ハ鑑定人ノ鑑定書ハ第百八十九條第二項ニ依リ次ノ場合ニ於テ朗讀スルコトヲ得

二、證人、鑑定人ヲ公判ニ呼出スコト能ハサル場合ニ於ケル朗讀

一 其證人、鑑定人ヲ公判ニ於テ呼出サヽルトキ 證人、鑑定人ヲ公判ニ呼出サヽルコトハ場所ニ關スル原因ニ基クコトアリ時ニ關スル原因ニ基クコトアリ場所ニ關スル原因トハ證人カ疾病其他ノ事由ニ因リテ出頭スルコト能ハサルトキ(刑事訴訟法第一九一條參照)又ハ遠隔ノ地ニアリテ其出頭ノ容易ナラサル場合又ハ第百三十條ニ依リ所在ニ就キ又ハ所在地ノ裁判所ニ於テ訊問ヲ爲スヘキ場合ニ於テ起ルモノニシテ時ニ關スル原因ハ豫審ニ於テ訊問シタル證人カ死亡シ、精神錯亂シ又ハ其所在ヲ失ヒタルカ如キ場合ニ生スルモノナリ

本法ハ獨逸ノ治罪法ニ於ケルカ如ク證人等ノ出頭スル能ハサル原因ヲ列擧スルコトナク又墺國治罪法ニ於ケルカ如ク正當ノ原因アルカ爲メニ出頭スル能ハサル場合ナル條件ヲモ附セス唯單ニ「呼出サヽルトキ」トシテ殆ト捕捉スヘカラサルノ結果今日ノ實際ニ於テハ直接審理ノ實行ヲ見ルコト能ハサルニ至レリ

右ニ述フルカ如キ原因アリテ公判ニ呼出サヽルトキハ直接審理ニ代ヘ書證ヲ用フルコトヲ得ルナリ然ラハ代用スヘキ書證ハ豫審調書ニ限ルモノナリヤ否ヤ第百八十九條ニ於テハ豫審ニ於ケル供述書、鑑定書トアリト雖モ法意ハ決シテ此二者ニ限定セラレ居ルモノニアラス受命判事受託判事ノ訊問調書モ亦朗讀スルコトヲ得ヘク檢事、司法警察官カ現行犯ノ場合ニ作リタル調書モ亦之ヲ朗讀スルコトヲ妨ケス又檢事、司法警察官カ非現行犯ノ場合ニ作リタル關係人ノ聽取書、關係人ヨリ受取リタル始末書及ヒ告訴狀ノ如キモ第二百十九條第二項ニ調書其他ノ證憑書類云々トアルヲ以テ朗讀スルコトヲ得ルモノナリ又通常裁判所ノ作リタル調書ノミナラス特別裁判所ノ官吏ノ作製シタル調書例ヘハ領事ノ作リタル調書、軍法會議ノ作リタル調書等モ之ヲ朗讀スルコトヲ得ヘシ」判事ノ作リタル調書ト雖モ違法ノモノハ之ヲ朗讀スルコト能ハス例ヘハ豫審判事、書記ノ署名押印ヲ缺キタル調書等ハ之ヲ朗讀スルコト能ハ

サルナリ其他除斥ノ原因アル判事、書記ノ作製シタル調書、第二十條ノ方式ニ違背シタル調書等亦然リ蓋シ斯ノ如キ調書ハ法律上瑕疵アルモノニシテ之ヲ朗讀シテ證據トナストキハ判決ノ取消ヲ免カレサルヲ以テナリ

尙ホ茲ニ論スヘキハ證人、鑑定人ノ調書、鑑定書ハ其被告事件ニ付キテ作製ジタルモノニアラサレハ朗讀スルコトヲ得サルモノナルヤ將タ又他ノ被告事件ノ際ニ作リタルモノニテモ可ナルヤト云フニ既ニ直接審理主義ノ例外トシテ書類ヲ朗讀シ之ヲ代用スルコトヲ許セル以上ハ其被告事件ニ於テ取調ヘタル調書ナルト他ノ事件ニ際シテ取調ヘタル調書ナルト又民事事件ノ調書ト刑事事件ノ調書トヲ區別スヘキモノニ非サルハ當然ナリ

二　證人、鑑定人呼出ヲ受ケテ公判ニ出頭セサルトキ　此場合ニ於テハ裁判所ハ證人ヲ勾引シテ直接ニ訊問スヘキカ將タ又調書ノ朗讀ヲ以テ滿

公判ニ出頭セサルトキ、公判ニ於テ適法ニ證書ヲ拒絕シタル場合ニ豫審ニ於ケル其證人ノ供述書ヲ朗讀スルコトヲ得ルヤ

足スヘキカヲ自由ニ決スルコトヲ得ルモノニシテ必スシモ勾引セサルヘカラサルニアラス

證人カ呼出ニ應シ公判ニ出頭セルモ不當ニ其供述ヲ拒ミタル場合ニ於テハ書類ノ朗讀ヲ許スヤ否ヤ是レ明文ナキ所ナリト雖モ之ヲ許スヘキコトハ議論ナキナリ唯問題トナルハ豫審ニ於テ訊問ヲ受ケタル證人カ公判ニ出頭シテ適法ニ證言ヲ拒絕シタル場合ニ豫審ニ於ケル供述書ヲ朗讀スルコトヲ得ルヤ否ヤニアリ若シ證言ヲ拒絕シタルニ拘ハラス豫審ノ調書ヲ朗讀スルコトヲ得トスレハ第百二十五條ニ於テ證言拒絕ノ權利ヲ付與スルモ全ク空文ニ屬シ公判ニ於テ此權利ノ行ハレサル結果ヲ見ルニ至ルヘシ是ニ於テ獨逸治罪法ニ於テハ明文ヲ以テ朗讀ヲ禁シタリ然レトモ本法ニ於テハ右ト同一ニ論斷スヘカラス即チ豫審ニ於テ證言ヲ拒マスシテ供述シタル事項ヲ公判ニ至リ證人一己ノ自由ニ因リ之ヲ取消スコトヲ得セシムルハ條理ニ適スルモノニアラス從テ此場合

豫審及ヒ公判ニ於ケル供述書、鑑定書ヲ比較スヘキトキ

ニモ證人カ呼出ヲ受ケテ出頭セサリシ場合ト同シク調書ノ朗讀ヲ許ササルヘカラス

三　豫審及ヒ公判ニ於ケル供述書、鑑定書ヲ比較スヘキトキ

サレタル證人、鑑定人カ其實驗シタル事實ヲ遺忘セルトキ又ハ其供述カ相齟齬スルトキ等ニ於テハ其記臆ヲ回復セシムル爲メ又ハ其供述ヲ正確ナラシムル爲メ豫審調書ヲ比較シテ朗讀スル必要アリ此場合ハ證人ノ直接ノ訊問ニ書類ノ朗讀ヲ代用スルモノニアラス即チ豫審調書ノ內容ニ依リテ證據調ヲ爲スカ爲メニ朗讀セシムルニアラスシテ證人カ記臆ヲ回復シ抵觸シタル陳述ヲ確ムル爲メ直接ノ訊問ヲ爲スニ付テノ方法ナリ蓋シ證人カ一旦公判ニ出頭シ供述ヲ拒マサルトキハ直接ノ審理ハ之ニ依リテ行ハルヽモノニシテ之ニ代用スルモノハ此場合ニ存在セサレハナリ從テ右ノ場合ハ第百八十九條第一項ノ原則ニ例外ヲ爲スモノト云フコトヲ得ス反之公判ニ於テ出頭シタル證人ノ供述ヲ正確ト爲

スカ爲メニ非スシテ獨立シテ豫審調書ニ記載シタル供述ヲ證據ト爲スカ爲メニ之ヲ朗讀スルハ即チ直接審理ノ例外ヲ爲スモノナリ此目的ヲ以テ朗讀スルノ必要ハ證人カ公判ニ於テ供述ヲ全然變更シタル場合ニ在リトス

第三 被告人又ハ共同被告人タリシ者ノ供述書ニ關シテハ常ニ直接ノ審理ニ代用セラルヽモノニ非ス被告人ハ公判ニ出頭スルコトヲ原則トナセトモ證人ノ如ク供述ヲ强制スルコトヲ得ス若シ被告人カ豫審ニ於ケル自白ヲ公判ニ於テ取消シタルトキハ被告人ノ豫審調書ヲ朗讀スルコトヲ得ルハ勿論ナリ此場合ハ直接審理主義ノ例外ニアラス何トナレハ被告人ノ自白ヲ記載シタル調書ハ被告人カ豫審判事、檢事、司法警察官等ノ面前ニ於テ其當時犯罪ヲ認メタリシ徵憑事實ノ證據タルモノニシテ此間接事實ニ付キテ獨立ノ證據力ヲ有シ從テ被告人ニ對スル直接ノ訊問ニ代用セラルニアラサレハナリ或學者カ豫審ニ於ケル被告人ノ自白ヲ記載シタル調書ハ其裁判外ノ自白(公判ニ於ケル自白ヲ以テ裁判上ノ自白トス)ナリト云ヘルハ其當時犯罪ヲ認メタリトノ徵憑事實タルヲ言ハントスルモノナリ又被告人ノ公判ノ供述ト公判前ノ供述トヲ相牴觸シタルトキ被告人ノ供述ヲ確實ナラシムル爲メ公判前ノ調書ヲ朗讀スルコトヲ得ルハ直接審理主義ノ例外ニアラス

第八節 辯論

辯論權ヲ有スル者及辯論ノ範圍

證據調終リタルトキハ訴訟關係人ハ辯論ヲ爲スモノトス而シテ此證據調終リタルトキトハ公判ニ於テ利用スヘキ證據材料ヲ利用シ盡シタルトキヲ指スモノニシテ通常ハ裁判長カ其旨ヲ告ケ證據調ノ結果ニ付テ辯論ヲ聽キ以テ判決ノ準備トナスコトヲ促スモノナリ

辯論ヲ爲スノ權ヲ有スル者ハ檢事、被告人、辯護人及ヒ法律上代理人等ニシテ民事原告人ハ公訴ノ辯論ニ容喙スルコトヲ許サス而シテ辯論ナルモノハ證

據調ノ結果ニ因リテ得タル材料ニ付テ法律上及ヒ事實上ノ關係ヲ說明スルニアリ故ニ辯論ハ公判審理ノ內容ニ制限セラレ其以外ニ出ツルコトヲ得ス例ヘハ辯論ノ際ニ新ナル證據材料ヲ提出シ又ハ之ヲ朗讀スルカ如キ又違法ノ調書ヲ讀ミ上ケ又ハ裁判所カ審理セサリシ事實ヲ述ヘ立ツルカ如キハ總テ許サヽル所ニシテ辯論ハ判決ヲ以テ決スヘキ所ノ問題ヲ分離セスシテ說明スルモノナリ而シテ檢事ニ於テハ其官職上ノ地位ヨリスレハ辯論ヲ爲ス ノ義務アレトモ法律ハ檢事カ辯論ヲ爲スニ非サレハ公判手續ヲ無效ト爲スモノニ非ス只檢事ノ辯論ヲ爲スヘキ機會ヲ與ヘ其辯論ノ權ヲ制限スルコトナケレハ足レリトス被告人ノ最終ノ辯論ハ權利トシテ認メラルヽ所ナルモ是亦必スシモ最終ニ演述スルヲ要セス（刑事訴訟法第二二〇條第三項但書第二〇八條第六號參照）辯論ヲ終結スルモ裁判所カ必要ト認メタルトキハ審理ヲ再開シ更ニ證據調ヲ爲スコトヲ妨ケス審理ヲ再開シタルトキハ更ニ辯論ヲ爲サシメサルヘカラス

第九節　判決

第一款　判決ノ言渡及ヒ條件

公判ノ終了及判決ノ成立

判決言渡ノ方式

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始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案文アルノミ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依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其間ニ於テ相違アルトキハ之ヲ理由トシテ判決ノ取消ヲ求ムル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口頭ニテ其要領ヲ告ケテ之ヲ爲サヽ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揭ケタ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ヽ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ヲ得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(刑事訴訟法第二〇七條參照)是レ判決言渡ノ一部ニ非スシテ被告人ノ利益ノ爲メノミニ定メタル告知ナリトス

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ルモノタリ然レトモ此規定タルヤ訓示的效力ヲ有スルニ止ルナリ

各種ノ訴訟行爲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カルヽ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ネ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

判決言渡ノ效力

學者ノ所謂判決固有ノ條件

第一 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爲スモノニシテ公判ニ現ハレタル材料ニ依リテ言渡サルヽモノナリ故ニ公

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

第二 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

第三 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

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非ス

第二款 判決ノ種類

判決ニハ中間判決ト終局判決トノ二アリ終局判決トハ訴訟ヲ其審級ニ於テ終

了セシムル判決ヲ云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脫離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脫スルヲ得サラシムル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終局判決ノ理由中ノ判斷タルモノニシテ唯便宜ノ爲メニ特ニ其點ニ限リ獨立シテ裁判ヲ爲スモノナルト同時ニ犯罪ノ如キハ之ヲ分割シテ獨立ナル攻擊又ハ妨禦ノ方法ト爲ス能ハサレハナリ本法ニ於テ中間判決ヲ認ムルモ唯一ノ場合ハ即チ管轄違又ハ公訴不受理ノ申立ヲ却下スルノ判決（刑事訴訟法第一八七條參照）是ナリ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

ノ申立ヲ爲スコトヲ得ル乎

中間判決及之ニ對スル獨立ノ上訴

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上告審ニ於テモ之ヲ上告理由ト爲スコトヲ得ヘク結局判決確定マテハ之ヲ主張スル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其申立ヲ爲スヲ得ルモノナリ而シテ第一審及第二審ノ裁判所ハ職權ヲ以テ此言渡ヲ爲スコトヲ得ヘク上告裁判所ハ上告申立人ノ提出シタル上告理由ヲノミ審判スルヲ得ルモノナレハ職權ヲ以テ此言渡ヲ爲スヲ得ス（刑事訴訟法第一八六條第二項參照）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ヽルトキハ單純ナル理論ヨリ見ルトキハ本案ニ立入リ本案ノ判決ヲ爲シ暗默ニ其申立ヲ採用セサルコトヲ認ムルヲ得ヘキナリ然レトモ第百八十七條ニ於テ此申立アリタル以上ハ特ニ其申立ヲ却下スル中間判決ヲ爲スヘキモノトシ之ヲ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リ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リテ審理裁判スルモ無效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獨立シタル上訴ノ方法ヲ許シタルモノナリ然レトモ此申立アル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終局判決ト共ニ此裁判ヲ爲スヲ得ヘシ蓋シ親告罪ナルヤ否ヤ犯罪地ナルヤ否ヤヲ本案ノ審理ト同時ニ之ヲ爲スヲ最モ便宜ト爲スカ故ニ必スシモ本案前ニ此判決ヲ爲スモノト制限セサルハリ此場合ニ於テ本案判決ト同時ニ申立却下ノ裁判ヲ爲ストキ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申

立却下ノ中間判決ニ對シテ上訴スルトキ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ヽ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申立ヲ却下スル中間判決確定スレハ其中間判決ノ確定力トシテ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是ニ由リテ之レヲ觀レハ其事件ニ於テ裁判所ハ第百八十六條第二項ノ職權調査ノ權ヲ此點ニ付キ制限セラルヽモノトス而シテ第一審ニ於テ本案ノ辯論ヲ停止セスシテ之ヲ進行シ申立却下ノ判決確定スル以前ニ於テ此本案判決確定シタル場合ニハ直チニ其判決ノ執行ヲ爲ス能ハス此判決ハ申立却下ノ判決ノ確定スルコトヲ條件トシテ確定力ヲ有スルモノナレハ其中間

判決カ確定ニ至ルニ非サレハ本案判決ハ完全ナル確定力ナシト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

第一 管轄違ノ判決（刑事訴訟法第二二條參照）

第二 公訴不受理ノ判決（刑事訴訟法第二二四條前段參照）（刑事訴訟法第二二四條後段參照）（刑事訴訟法第二二六條第二項參照）

第三 無罪ノ判決（刑事訴訟法第二三三條參照）

第四 免訴ノ判決（刑事訴訟法第二三七條參照）

第五 刑ヲ言渡ス判決（刑事訴訟法第二二〇條第一項參照）

刑ノ言渡ヲ亦有罪ノ判決ト云フ（刑事訴訟法第二二三條參照）

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其他控訴棄却上告棄却、故障棄却ノ判決ハ皆ナ終局判決ナリ而シテ判決ナルモノハ被告人カ一定ノ犯罪ヲ爲シタルヤ被告人ノ所爲ニ因リ被告人ニ對シテ科刑權ヲ生スルヤ及ヒ其生シタル科刑權ノ範圍如何ヲ決スルモノナリ故ニ判決ニ於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ニ有罪無罪ノ中間ニ位スル判決ヲ以テスルコトナシトス

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碍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尚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

主タル終局判決ノ種別

一、管轄違ノ判決

ル所以ハ此等ノ問題ハ上告裁判所ヲシテ之ヲ一定セシメ其解釋ヲ統一スル必要アレハナリ

以下前揭判決ノ種類ニ付キテ說明スル所アルヘシ

第一 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サルトキハ此言渡ヲ爲スヘキモノトス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ヘハ事件カ軍法會議ノ管轄ニ屬スルカ如キ場合ニモ尙ホ判決ノ方式ハ管轄違ノ言渡ヲ爲スヘキモノトス（利事訴訟法第三一五條第二項參照）

第一審ニ於テ言渡シタル管轄違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着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キ第二百六

上訴審ニ於テ管轄違ノ判決ヲ不當ナリトシテ取消シタル場合ハ如何ニ之ヲ處置スヘキ乎

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アラストナ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疑ナキ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ル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所ハ上告審ノ判決ニ羈束セラルヽヲ以テ（裁判所構成法第四八條參照）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ヽ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ルヘシ飜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ニ適用アリ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竝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ニ管轄アルコトヲ認メ審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

第二 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（裁判所構成法第一八條參照）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

第一審ニ於テ言渡シタル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第二審及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着シ何等ノ問題ナシト雖モ上訴審ニ於テ原判決ヲ不當トシテ之ヲ取消ス場合ニ如何ニ之ヲ處置スヘキヤ管轄違ノ判決ニ於ケルカ如キ疑問タルヘシ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

上訴審ニ於テ公訴不受理ノ判決ヲ不當トシタル場合ハ如何ニ之ヲ處置スヘキ

合ニモ差戻ヲ爲ス明文ナシ從テ第二百六十二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ナシタル以上ハ直チニ本案ニ入リテ事實ノ審理ヲ爲シ第二百六十一條後段ヲ適用シ有罪又ハ無罪ノ判決ヲ爲スヘキモノトス故ニ第二百六十二條第二項ハ例外規定ナリトス而シテ本問ノ場合ニハ事實ノ審理ハ第一審ニナクシテ第二審ニ於テ始メテ行ハルヽコ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カ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其事件ヲ第一審ニ差戻サスシテ第二審ニ於テ直チニ本案ノ判決ヲ爲ス場合ト異ラス又第一審、第二第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ナ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レ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リテ審理裁判スヘキハ勿論ナリ

公訴不受理ノ判決及ヒ管轄違ノ判決ニ付テハ第百八十七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ハ當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個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スルモノト解スヘシ

第三　無罪ノ判決

無罪ノ判決ハ此種ノ判決ハ犯罪及ヒ科刑權ヲ認メサルモノナリ即チ第二百二十四條ノ示スカ如ク犯罪ノ證憑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存セス及ヒ手續カ適法ナラサレハ爲ス能ハス

第四　免訴ノ判決

免訴ノ判決ハ犯罪ヲ認ムルヲ得ルモ刑罰消滅原因ニ依リ科刑權ヲ認メサルモノナリ即チ第百六十五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ヽルヘカラス是レ法文ノ脫漏セル所ナリ要スルニ一旦科刑權ハ成立スルモ或原因ニ因リ科刑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個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時效

五、刑ノ言渡ヲ爲ス判決

其他ノ原因ニ因テ國家ノ科刑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

第五 刑ノ言渡ヲ爲ス判決 此種ノ判決ハ訴訟條件ヲ具備スル場合ニ於テ言渡スヘキモノトス又刑ノ執行猶豫ノ言渡ハ條件付刑ノ言渡ナリトス(刑法第二七條參照)刑法第二十一條ニ依ル未決勾留ノ通算ハ刑期ヲ短縮スルト同樣ノ結果ヲ生スルカ故ニ刑ノ言渡中ニ包含セラルヽモノト謂フヘシ而シテ數罪ヲ一個ノ判決ヲ以テ裁判スルヘキ場合ニ一罪ハ有罪ニシテ一罪ハ無罪、免訴又ハ公訴不受理、管轄違タルトキハ各罪ニ付キ兩個ノ裁判ヲ爲サヽルヘカラサルモノトス

附從ノ判決ノ種別

以上說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

第一 訴訟費用負擔ノ言渡(刑事訴訟法施行法第二〇一條、刑事訴訟法第六二條以下參照)

第二 差押物件還付ノ言渡(刑事訴訟法施行法第二〇二條、刑事訴訟法第六一條參照)

第三款 判決ノ內容

判決ノ成立要件

判決ハ主文ト理由トヨリ成立スルモノトス(刑事訴訟法第二〇四條參照)本法ニ於テハ民事訴訟法第二百三十六條第二號及ヒ第三號ノ如ク事實及ヒ爭點ノ摘示又ハ裁判ノ理由ヲ區別スルコトナクシテ事實及ヒ爭點ノ摘示ハ總テ判決ノ理由中ニ包含セシメタリ主文ト理由トヲ區別スルモ主文ハ理由ニ依テ補ハルヽ關係ヲ有ス主文ニ於テ無罪又ハ刑ヲ言渡シタルモノナリ又執行猶豫ノ言渡スモ理由中ニ認ムル犯罪事實ニ付テ刑ノ有無ヲ言渡シタルモノナリ又執行猶豫ノ言渡若クハ刑法第二十一條ニ依ル未決勾留ノ通算ヲ言渡ス場合ニ於テモ是等ノ言渡ハ之ヲ理由ニ於テ揭クルヲ得ヘシ然レトモ主文ニ於テ之ヲ言渡スヲ通常トス

主文及理由

理由ノ內容

判決ノ理由ナルモノハ判決ノ主文ニ於テ示ス所ノ裁判ノ原由ヲ表示スルモノナリ而シテ此理由ヲ必要トナス所以ハ當事者及ヒ上級裁判所ニ之ニ依リ

判決ノ當否ヲ知ルコトヲ得セシムルカ爲メナリ而シテ判決ノ理由ニ付テハ第二百三條ニ於テ其内容ノ最少極度ヲ掲ケタリ即チ左ノ如シ

刑ノ言渡ノ理由

第一　刑ノ言渡ノ理由　此場合ニ於テハ事實上ノ理由ト法律上ノ理由トヲ示スコトヲ要ス但現行法ニ於テハ訴訟終局ノ結果タル裁判ニ伴テノ積極的理由ノミヲ以テ足レリトシ當事者ノ主張ヲ排斥スル消極的ノ理由ニ至リテハ之ヲ必要トセサルナリ

事實上ノ理由トハ何ソ

一　事實上ノ理由　事實上ノ理由ニハ各犯罪ノ要素及ヒ法律上ノ加重減輕ノ事實ヲ示スコトヲ要ス然レトモ第二百三條ニ依レハ酌量減輕ノ情狀又ハ刑期ノ輕重ヲ定ムル所ノ情狀ノ如キハ之ヲ掲クルノ必要ナキヤノ問題ヲ決スル能ハサラシメ又犯罪ノ場所カ内國ナルヤ外國ナルヤ不明ナルトキハ此種ノ確定ヲ爲ス能ハス次ニ刑法ノ規定ニ於テ不定ノ事實確定ヲ許リ尤モ之ヲ禁止スルニアラサレハ掲クルモ爲メニ環瑾トナルコトナシ是レ「罪トナルヘキ事實」ナル一句ヨリ生スル解釋ニシテ再言スレハ各犯罪ノ特別ノ要素ハ常ニ必ス之ヲ明示スルコトヲ要スルモ犯罪一般ノ要素ニ至リテハ必スシモ特ニ之ヲ明示スルヲ要セス即チ特別要素ノ明示ニ依リテ推知スルコトヲ得ル場合ノ如キ特ニ之ヲ示スノ必要ナキモノトス例ヘハ犯罪能力及ヒ犯罪ノ故意アリシト云フコトノ如キハ特別要素ニ屬スル事實ヲ掲クルニ依リテ推知スルカ故ニ特ニ之ヲ掲クルヲ要セサルカ如シ又親告罪ノ場合ニ於ケル告訴ノ有無ノ如キハ犯罪ノ要素ニアラス從テ證據調ノ目的トナラサルモノナルカ故ニ之ヲ明示スルヲ要セサルナリ而シテ事實ノ確定ハ多少不確定ナル範圍ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得ヘク他ノ犯罪事實ト區別シ得ヘキ程度ニ於テ不確定ニシテ且同一ナル犯罪構成要素ヲ充スヲ得ルトキハ理由不備トナラス例ヘハ本年何月ヨリ何月マテノ間ニ某地方ニ於テ他人ノ所有スル物件ヲ竊取セリトノ確定ヲ爲スヲ得ヘキモ犯罪ノ日時カ時效ニ罹ルヤ否

スコトアリ例ヘハ刑法第二百十二條ノ藥物ト其他ノ方法ノ如キ同第百八十五條ノ博戯ト賭事トノ如キ撰擇的事項ハ同一ノ犯罪構成要素ニ屬シ唯所犯ノ狀況ヲ異ニスルニ止マルトキハ不定ノ確定ヲ其範圍ニ於テ爲スヲ得ルナリ之ニ反シ刑法第二百四十六條ノ第一項ノ行爲ト第二項ノ行爲トハ本來同一ノ犯罪構成要素ニ屬スヘキモノナリト雖モ法律ノ規定ヲ以テ殊更ニ之ヲ二項ニ區別シテ別異ナル犯罪構成要素ト爲シタルモノナリ此ノ如キ場合ニ於テハ不定ノ確定ヲ許サヽルモノトス

又事實上ノ理由ハ裁判所カ或事實ハ眞實ナリト認メタリトノ表示アルノミニテハ未タ以テ完全ナリトナスヲ得ス更ニ進ミテ何カ故ニ此事實ヲ認メタルヤヲ示サヽルヘカラス即チ各事實ハ如何ナル證據ニ基キテ認メタルヤ法律上ノ推定ニ基キタルヤ將タ又顯著ナル事實ナルカ爲メナルカノ點ヲ明示セサルヘカラス斯ノ如クニシテ始メテ理由ノ盡スヘキモノヲ盡シタリト云フヘキナリ但法文ニ於テハ「證據ニ依リテ之ヲ認メタル理由」トアルモ是レ單ニ證據ノミニ止マラス法律ノ推定ニ依リ又顯著ナル事實タル場合モ同一ナラサルヘカラス證據ニ依リ認ムル理由トハ事實ノ證明ニ推理セシムル證據材料ニ依リ事實ヲ認ムル原因ヲ謂フ證據方法ノミヲ揭クルヲ以テ足レリトスルモノニアラス判例ニ於テ證言、鑑定ヲ證據ト爲スト雖モ其內容ヲ明示スルヲ要スト爲スハ證據材料ノミヲ明示スレハ足レリトノ趣旨ニ歸シ妥當ノ解釋ニ非ス又第二百三條ノ明文ヨリスレハ諸般ノ徵憑ニ因リ罪トナルヘキ事實ヲ認メタル場合ニハ徵憑事實ヲ更ニ證據ニ依リテ說明スルヲ要セサルモノト認メ得ヘキモ判例ニ於テハ徵憑事實ニ付テモ亦證據ノ內容ヲ揭ケテ說明スルヲ要スルモノトセリ

二　法律上ノ理由

法律上ノ理由トハ確定シタル事實ニ刑罰法ノ正條ヲ適用スルヲ示スモノテリ之ヲ示スニハ各犯罪ニ關スル正條ヲ揭クルヲ以テ足レリトス而シテ事實上ノ理由ト法律上ノ理由トハ全ク別個ノ問

題ニ屬スルカ故ニ之ヲ區別セサルヘカラス其之ヲ區別スルニ依リ始メテ上級審カ下級裁判所ノ判決カ法律ニ違背スルヤ否ヤヲ審査スルコトヲ得ヘキナリ

以上說明シタル所ノ理由ヲ具備セサルトキハ判決ハ第二百六十九條第九號ニ依リ常ニ法律ニ違背シタルモノトセラルヘシ

無罪、免訴、公訴不受理及管轄違ノ言渡ノ理由

第二 無罪、免訴、公訴不受理及管轄違ノ言渡ノ理由 此場合ニ於テモ事實上及法律上ノ理由ヲ附スヘキコトハ第百六十九條第一項及ヒ第二項ニ依リテ明カナリ蓋シ此條文タル豫審ニ關スル規定ナリト雖モ判決ハ必ス確定シタル事實ニ法則ヲ適用シ其結論ヲ抽出スルモノナルカ故ニ常ニ事實上ノ理由ト法律上ノ理由トノ存在アルヘク同條第一項ハ一般ノ通則ト看做スヘキヲ正當ト信ス然レトモ或場合ニ於テハ事實上ノ理由ノミ又ハ法律上ノ理由ノミヲ揭クルヲ以テ足ルコトアリ例ヘハ證據不十分ナルカ爲メ無罪ヲ言渡ス場合ニハ事實上ノ理由ノミニテ可ナルカ如キ是ナリ又新法

判決書作成ノ方式

ニ依リ刑ヲ廢シタル場合ノ如キハ法律上ノ理由ヲ示スノミヲ以テ足レリトス

第四款 判決書及ヒ公判始末書

判決ハ其主文ノミナラス其全部ヲ書面ニ認メサルヘカラス而シテ第二百五條ニ依レハ「判決ノ原本ニハ其裁判ヲ爲シタル裁判所、年月日、其事件ニ干與シタル檢事ノ官氏名ヲ記載シ判事、裁判所書記共ニ署名捺印スヘシ」トアリ此規定タル公訴ノ判決ノミナラス私訴ニ付キテモ亦適用セラル檢事ノ氏名ハ其事件ノ公判ニ立會ヒタル者ノ氏名ヲ記スレハ足ル判事ハ其審理裁判ニ干與シタル判事ニ限リ他ノ判事代リテ署名捺印スルヲ得サルモノトス又判決書ニハ第二十條ノ適用ヲ爲スヘキモ作製ノ場所ノ如キハ裁判ヲ爲シタル裁判所ヲ表示スヘキカ故ニ之ヲ明示スルヲ要セス而シテ判決カ一度言渡サレタルトキハ判事ト雖モ之ヲ變更スル能ハス

公判ニ於テハ裁判所書記公判始末書ヲ作リ第二百八條列記ノ事項其他公判ノ一切ノ訴訟手續ヲ記載シテ後日ノ證據ニ供セサルヘカラス今左ニ其性質ヲ畧述セン

第一 公判始末書ハ書記之ヲ作リ裁判長及書記之ニ署名捺印ス(刑事訴訟法第二一〇條參照)裁判長及ヒ書記ノ署名捺印スルコトヲ要スルハ公判始末書ニ記載スルモノハ正確ヲ保證スルノ責任アルヲ以テナリ若シ此署名捺印ヲ缺ケハ其公判始末書ハ證據力ナシ而シテ書記ト裁判長ト意見ヲ異ニシタルトキハ裁判長ハ其末尾ニ自己ノ意見ヲ附記スルコトヲ得(刑事訴訟法第二一〇條第二項參照)若シ裁判長差支アリテ署名捺印スルコト能ハサルトキハ公判ニ干與シタル陪席判事代テ之ヲ爲スモ遠法ニアラス蓋シ此點ハ民事訴訟法ニハ明文アリテ本法ニハ規定ナキ所ナレトモ之等ノ認證ノ作用ハ裁判長ニノミ屬スルニ非ス他ノ辯論ニ干與シタル判事代テ始末書ノ正確ヲ保證スルコトヲ得ルニ非サレハ認證ナキニ至ルヲ以テナリ

公判始末書ハ判決言渡ヨリ三日内ニ之ヲ整頓スヘキコトハ法律ノ規定スル所ナリ(刑事訴訟法第二一〇條參照)若シ裁判長及書記カ此期間以後ニ始末書ニ記載シタル所ト實際公判ニ於テ爲シタル手續ト異ナルコトヲ發見シタルトキハ何時ニテモ之カ訂正又ハ補充ヲ爲スコトヲ得ルヤ之ニ付テハ未タ確然タル判例ヲ見ス外國ノ判例ニ於テモ亦然リ獨逸大審院ノ判例ヲ見ルニ或ハ裁判長、書記カ署名捺印シテ之ヲ記錄ニ綴リ込ミタル後ハ變更スルコトヲ許サストスルモノアリ又或ハ始末書ニ於テ確定シタル訴訟上ノ事項ニ基キテ上訴ノ提起ヲリタルトキハ其提起ノ時ヨリ變更スルコトヲ得ストスルモノアリ最近ノ判例ニ依レハ上訴ノ提起アリタル以後ニ於テモ被告人ノ利益ノ爲メニハ之ヲ變更スルコトヲ得ルモ被告人ノ上訴ノ理由ヲ失ハシムルコトヲ許サストセリ然レトモ同國ノ學者ハ此最近ノ判例ヲ攻擊セリ其說ノ大要ニ曰ク元來公判始末書ナルモノハ裁判長及ヒ書記カ書面ヲ以テスル確實ノ證言ナリ然ラハ始末書ノ不正ナルコトヲ此兩者ニ於テ認

メタルトキハ之ヲ訂正スルノ權利及ヒ義務アリト謂ハサルヘカラス而シテ一方ニ於テ上訴ナルモノハ公判廷ニ於テ實際ニ生シタル手續ノ違背ニ基クモノニシテ公判始末書ニ記載シタル手續ノ違背ニ依ルモノニアラス公判始末書ノ效力トシテ公判手續ノ方式ナルモノハ此始末書ノミヲ以テ證明スルコトヲ得他ノ證據方法ニテハ證明スルコト能ハサルヘシ然レトモ此事タル證明ノ方法ニ關スルニ止マリ上訴者カ依テ基ク所ノ手續ノ違背ハ實際ニ生シタルモノナルコトニ付テハ毫モ關スル所ニアラス故ニ若シ後日ニ至リ公判始末書ヲ訂正スルコトヲ許ストキハ既ニ訴訟上ノ違背ニ基キテ爲シタル上訴ノ根據ヲ不當ニ奪フモノナリト云フハ是レ一ヲ知リテ他ヲ知ラサル所ノ謬說ナリ何トナレハ公判始末書ノ訂正ヲ許サストセハ是レ當事者ノ利益トナラサルノミナラス却テ當事者ノ不利益トナルコトアリ例ヘハ實際公判ノ手續ニハ違背アリシニ其違背アリシコトヲ公判始末書ニ記載セサリシ場合ニハ被告人ハ違法ノ裁判ヲ受ケナカラ公判

始末書ニ記載ナキカ爲メ其攻擊ノ理由ヲ失フニ至ルヘシ之ニ反シテ實際ニハ手續ニ違背ナカリシニ書記カ誤テ之アリシカ如ク始末書ニ記載セシトキニモ亦不利益トナルヘシ即チ檢事カ其始末書ノ手續ノ違背ニ基キテ上訴シ上級審ニ於テハ其違背ニ基キ原判決ヲ取消シ不利益ニ被告人ヲ裁判スルコトアレハナリ故ニ縱令上訴アリタル後ニ於テモ公判始末書ノ訂正ハ之ヲ許サヽルヘカラス余ハ此說ノ正當ナルヲ信ス故ニ我刑事訴訟法ノ下ニ於テモ亦三日ノ期間後尙ホ訂正スルコトヲ得ヘシト解スヘキナリ併シ上訴アリタルトキハ第二百十一條ニ依リ公判始末書ノ原本ハ訴訟記錄ニ添附シテ上訴裁判所ニ送付スヘク從テ此送付後ハ如何トモスルコトヲ能ハサルヘシ然レトモ是レ事實上ノ不能ニシテ法律上ニ於テハ何時ニテモ訂正スルコトヲ得ルモノト謂ハサルヘカラス

第二 公判始末書ニ揭クヘキ事項ハ第二百八條ノ列記スル所ナリ同條ニ依レハ裁判所書記ハ公判始末書ニ左ノ事項其他一切ノ訴訟手續ヲ記載スヘ

キモノトス

一　公ニ辯論ヲ爲シタルコト又ハ公開ヲ禁シタルコト及ヒ其事由

二　被告人ノ訊問及ヒ其供述

三　證人、鑑定人ノ供述及ヒ宣誓ヲ爲シタルコト若シ宣誓ヲ爲サヽルトキハ其事由

四　證據物件

五　辯論中異議ノ申立アリタルコト其申立ニ付キ檢事其他訴訟關係人ノ意見及ヒ裁判所ノ裁判

六　辯論ノ順序及ヒ被告人ヲシテ最終ニ供述セシメタルコト

是ナリ而シテ公判始末書ニハ公判ニ屬セサル事項ヲ揭クヘカラサルコト明白ニシテ例ヘハ裁判所ノ評議ノ如キ公判ノ一部ニアラサルモノハ之ニ揭クヘキモノニアラサルナリ

公判始末書ニ記載スヘキ事項ナリヤ否ヤヲ知ル唯一ノ標準ハ始末書其物

ノ目的ヲ知ルニ因リテ明カニスルコトヲ得ヘシ公判始末書ノ目的ハ當事者及ヒ上級裁判所ニ於テ下級審カ公判手續ニ付キ法律ニ違背シタルコトナキヤ否ヤヲ知ラシムルニアルナリ故ニ之ニ揭クヘキ事項ハ若シ公判ノ手續ニシテ之ヲ遵守セサレハ上訴ノ理由トナルヘキ事項ナラサルヘカラス是ヲ以テ第二百八條列記ノ事項ノ外如何ナル豫審調書及ヒ證憑書類ヲ朗讀シタルカヲモ揭ケサルヘカラス又其他當事者若ノ總テノ申立及ヒ裁判等ハ之ヲ記載スルコトヲ要ス而シテ申立ハ曾ニ第二百八條第五號ノ異議ノ申立ノミナラス忌避ノ申立、管轄違、公訴不受訴ノ申立等ヲモ包含スルモノトス又第二百八條第二號第三號及ヒ第四號ノ記載ハ獨リ被告人、證人等ノ供述カ控訴審ニ於ケル證據タルコトヲ得ルカ爲メノミナラス證人ニ對シテ僞證ノ訴追ヲ爲シ又ハ本案事件ニ付キ再審ノ訴ヲ爲ス必要アルカ爲メナリ然レトモ證人等ノ供述ハ之ヲ記載スルニ付テ豫審調書ニ於ケルト異ナリ第百三十一條ノ如ク證人等ニ讀ミ聞カセ署名捺印セシムルモノニ

アラス其他公判始末書ニハ第二百九條ニ揭ケタル事項ヲ記載セサルヘカラス殊ニ同條第二項ニ規定セルカ如キ事項ハ其最モ必要ナルモノナリ

公判始末書ノ證據力

第三 公判始末書ハ公判手續ノ方式ニ付テハ唯一ノ證據力ヲ有スルモノナリ換言スレハ公判ノ手續ナルモノハ公判始末書ニ記載セラレタルカ如ク行ハレタルコトヲ證明シ又始末書ニ記載ナキコトハ之ヲ行ハサリシコトヲ證明スルモノナリ例ヘハ公開停止ノ旨ヲ記載シテ之ヲ解キタルコトヲ揭ケサレハ判決ノ言渡マテヲモ公開セサリシモノト認メサルヘカラス而シテ公判始末書中此唯一ノ證據力ヲ有スル點ハ公判ノ方式ノミニ關シ公判始末書ニ記載シタル證人ノ證言ノ如キハ絕對ノ證據力ヲ有セスシテ豫審調書ト同一ノ證據力ヲ有スルニ過キサルナリ

判決ト公判始末書ノ記載事項ノ抵觸

公判始末書ノ記載ト判決ト抵觸セルトキハ公判始末書ヲ以テ正當ナリトセサルヘカラス例ヘハ第二百五條ニ依リ言渡ノ年月日ヲ記載セル場合ニ其日附カ公判始末書ニ揭クル所ト相違セルトキハ公判始末書ヲ以テ正當ナリトセサルヘカラス是レ公判始末書ハ證證ノ效力ヲ有シ判決書ハ其效力ヲ有セサレハナリ

第十節 闕席判決

闕席判決ト實體的眞實發見主義トノ關係

刑事訴訟ニ於ケル實體的眞實發見主義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ナセト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彈劾方式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彈劾方式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故ニ刑法ニ於テハ欠席判決ナルモノヲ認メサリシモ之ニ相當スル刑事訴訟法未タ制定セラレサルカ爲メ今日仍ホ欠席判決ヲ存スル所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基テ獄ヲ

闕席判決ノ制度ヲ設ケタル立法上ノ理由

斷スルモノニシテ實體的眞實ヲ發見スルノ方法ニ非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モノナリ法律上ノ推定ハ眞實發見ノ敵ナリトス又假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廷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ネ之ヲ多少ノ範圍ニ於テ認メサルモノナキナリ而シテ刑事訴訟法ニ於テハ犯罪ノ輕重ヲ問ハス闕席判決ヲ認ムルヲ以テ比較的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個ニ歸着スルカ如シ

第一 被告人カ闕席スル爲メニ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アラス若シ被告人逃走シテ所在ノ不明ナルカ爲メ訴訟手續ヲ中止スルモノトセハ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ス爲メニ十分ナル救濟ヲ受クルコト能ハサルヘ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ヽ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白ナリ

第二 被告人自ラ呼出狀ノ送達ヲ受ケタルニ拘ハラス出頭セサルカ爲メ公判ヲ延期シ終ニハ公判ヲ中止スルノ己ムヲ得サルニ至ルハ實ニ被告ノ意思ニ依リ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

說ヲ爲ス者アリ曰ク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害アリ故ニ此手續ヲ認メタルモノナリト然レトモ余輩ハ此兩說ノ正確ナラサルヲ信ス蓋シ被告カ不在ナル場合ニ於テ眞實ヲ發見セントセハ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

認メタルヲ見レハ第一說ノ不當ナルコト明カナリ又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ス必スヤ實際被告人ヲ處刑セサルヘカラス故ニ第二說モ亦失當ノ見解タリ

刑事訴訟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罪ニ付テモ同前ナリ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塲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フルコトヲ得殊ニ重罪事件ニアリテハ此塲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行フコトヲ得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塲合ニ於テ對席ノ規定ヲ適用セラルヽコトヲ極メテ多シ如此民事訴訟法ニ於テ闕席判決ノ付キ法律上ノ推定ヲ設ケタル

ハ當事者雙方ノ辯論ニ基カサレハ完全ノ裁判ヲ爲シ得スト爲シタルカ爲メニシテ其結果トシテ闕席判決ニ對シ故障ノ申立ヲ許セリ刑事訴訟法ニ於テハ被告人カ闕席スルモ尙ホ眞實ヲ發見スヘキノ制度ヲ採リタルモノナレハ刑事ノ闕席判決ニ對シ絕對ニ故障ノ申立ヲ許スハ矛盾ノ立法ナリ又刑事ノ闕席判決ハ被告人カ出廷ノ義務ヲ怠リタル制裁トシテ之ヲ言渡スモノニシテ被告人カ辯論セサルモ尙ホ對席判決ヲ言渡スノ點（刑事訴訟法第二八二條參照）ヨリスレハ故障ヲ許スハ益々不當ナルカ如シ民事訴訟法ニ於テモ刑事訴訟法ニ於テモ等シク欠席判決ナル名稱ヲ用ユレトモ其實質ハ全然異ル判決ナリ民事訴訟法ノモノハ所謂辯論懈怠ノ判決ナリ刑事訴訟法ノモノハ被告人不出頭ノ判決ナリ此二者ノ混スルコトナキヲ要ス

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ナルヲ以テ被告人出席セサルカ爲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ヽ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

闕席判決ノ條件

第一款　條件

第一　被告人カ出廷セサルコトヲ要ス　禁錮以上ノ刑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ルナリ而シテ其出頭セサルノ原因ハ被告人ノ所在不明ナルカ爲メナルト外國ニ滯在スルカ爲メナルト或ハ出頭ヲ怠リタルカ爲メナルトヲ問ハサルナリ即チ被告人カ裁判所ノ權力範圍內ニ在リテ勾引シ得ヘキ場合ナルト其權力範圍外ニ在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

第二　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

第三　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十九條及ヒ民事訴訟法第百四十五條ニ依リテ被告人ノ親族雇人又ハ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（刑事訴訟法第二二七條參照）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內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若シ其本籍若クハ最後ノ住所ノ地分明ナラサルトキハ右ノ告知書ヲ少ナクトモ一个月間裁判所ノ掲示板ニ貼付シテ公示セル後ニアラサレハ闕席判決ヲ爲スヲ得サ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カ遂ケサリシコトヲ以テ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ヘキモノナレハナリ

禁錮以上ノ刑ニ該ル事件ノ被告人ノ控訴ニ付キ第二審ニ於テ闕席判決ヲ爲ス場合ニハ第二百二十七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カ被告事件ニヨリ公判カ開始セラレタルコトヲ知ルコトヲ要スルモノト爲シタルカ爲メニシテ被告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

闕席判決ノ言渡及送達

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ヽルヘカラス蓋シ言渡ナキニ於テハ檢事ノ上訴期間ノ起算點ヲ知ルコト能ハサレハナリ尤モ言渡ヲ爲スモ被告人ハ之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サ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私訴ニ付テハ其勝訴者ニ於テ之ヲ請求スルモノトス

故障ノ意義

第二款　故障

終局判決ニ對シテハ上訴ノ方法ヲ以テ攻擊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カ故ニ法律ハ闕席判決ニ對シテハ尚ホ闕席シタル被告人ニ故障申立

第二審ノ闕席判決ニ對シ故障ヲ申立ルコトヲ得ルヤ

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二項ノ規定即チ是ナリ故障ハ闕席判決ヲ消滅セシメ被告人ノ闕席前ノ程度ニ復セシムル方法ナリ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二百五十二條第二項ノ如キ規定上告ノ場合ニ存セサルヲ理由トシテ第二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ト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個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反之上訴ヲ擇フモ故障申立ノ權ヲ失フコトナシ蓋シ上訴申立ニ依リ闕席判決ハ消滅スルコトナク闕席判決ノ存在アレハ訴訟ハ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス故障ヲ爲スノ權ヲ失フコトナケレハナリ

故障申立ノ條件

一、申立者

第一項 故障申立ノ條件

第一 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、法律上代理人及ヒ被告人ノ訴訟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

第二 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、申立期間

第三 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ニ於テ三日トスルコトヲ規定シ而シテ其起算點ハ法文ノ示スカ如ク各場合ニ依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

期間ノ起算點

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ヽ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クルカ又ハ傳言セラレタルカ如キ塲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塲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ニシテ刑ハ執行スルヲ得サルモ判決ノ執行ニ付テハ確定判決ト同一ニ取扱ハルヽ點ヨリ來ル即チ刑法施行法第十七條ニ依レハ欠席判決言渡ノ日ヨリ刑ノ時效ハ進行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カ如キ是ナリ然ラハ判決執行ニ依リ刑ノ言渡アリタルコトヲ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從來ノ問題ナリ余輩ハ被告人カレハ被告人ハ逮捕狀ヲ執行セラルヽモ闕席判決ノ如何ナルモノナルヤヲ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間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ノ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ノ三日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ヨリ起算スヘキモノトナサヽルヘカラス而シテ其告知ヲ爲ス者ハ檢事ナルト司

判決ノ執行ニ因リ刑ノ言渡アリタルコトヲ知リタル日ハ如何

故障期間進行前故障ヲ申立ツルコトヲ得ルヤ

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起算點以前ニアリテモ之ヲ許サヽ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迂遠又ハ告知ニ因リ被告人カ之ヲ知リタルモノトモ認ムレハナリ又第二百三十二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ナ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ル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非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

刑ノ時效完成後ノ故障申立

ト爲スヲ正當トス

舊刑法ノ下ニ於テハ故障ハ刑ノ時效完成後ニ於テモ之ヲ申立ツルコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ舊刑法第四十條第一項ノ規定アリタルカ爲メ議論ノ餘地アリタリト雖モ刑法施行後ニ於テハ刑法中刑ノ時效完成シタルトキハ闕席判決ハ確定スルモノト爲スノ根據ヲ存セサルノミナラス刑事訴訟法第二百二十九條ハ亦斯ル制限ヲ設ケサルカ故ニ刑ノ時效完成後モ有效ニ故障ノ申立ヲ爲スヲ得ヘシ而シテ余ノ信スル所ニ依レハ故障受理後ニ言渡シタル刑ハ執行スルコトヲ得ルモノナリト解スルノ論アリト雖モ這ハ聊カ首肯スルコト能ハサル所ナリ抑〻刑ノ時效ハ公訴ノ時效ト同シク國家ノ科刑權ヲ消滅セシムルモノナリ去レハ闕席判決ニ認メタル刑カ既ニ刑ノ時效ヲ得タリトスレハ國家ハ其被告人ニ對シテ科刑權ヲ失ヒタルモノト云フヘシ然ルニ尚ホ故障ヲ受理シテ刑ノ言渡ヲ爲スハ決シテ當ヲ得タルモノニアラス故ニ此場合ニハ公訴ノ時效ノ經過シタルトキト同シク免訴ノ言渡ヲ爲スヲ以テ至

當ナリト信ス之ニ反シテ闕席判決ニハ輕キ刑ヲ言渡シタルモノヲ故障受理ノ後更ニ重キ刑ニ該ルヘキモノト認メタル場合ニ其刑ノ時效ノ期間異ナルトキニハ刑ノ言渡ヲ爲スコトヲ得ヘク從テ其刑ヲ執行スルコトヲ得ヘシ何トナレハ此場合ニハ實際ニ於テ刑ノ時效ニ依リ國家カ科刑權ヲ失ヒタリト云フコト能ハサレハナリ以上ハ單ニ故障ヲ爲シタル場合ニ付テ論シタリト雖モ被告人カ故障ヲ爲サスシテ直チニ控訴ヲ爲シタル場合ニ於テモ之ト同一ニ論スルコトヲ得ヘシ

第二項　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ヽ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一ヲ缺クトキハ判決ヲ以テ故障ヲ棄却スヘシ尤モ此故障棄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コト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アラス

茲ニ問題トナルハ他人ヲ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テタル者ハ始ヨリ公訴ヲ受ケタル被告人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

故障ノ申立ニ因リ人違ナルコト確定

シタル場合ニ裁判所ハ如何ナル判決ヲ爲スヘキ乎

故障ノ審理

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適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ノ如キ權利ナキ者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依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內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（刑事訴訟法第二三三條第一項參照）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ナセリ（舊治罪法三三三條第三五條參照）本法ニ於テハ唯故障ヲ不適法ナリトナス場合ニ限リ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ナセリ依テ本案ノ審理ニ入リ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ス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リ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サ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ス

再度ノ闕席判決

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モ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リテ證據調ヲ爲サヽルヘカラス故ニ此場合ニ於テモ亦被告人ハ實體上不利益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

第一審ノ手續　公判　闕席判決

故障ヲ許ササルヲ再度ノ口頭辯論ニ對シ控訴ヲ爲スコトヲ得ルヤ

十三條第二項ノ示ス所ナリ然レトモ故障ヲ棄却スル口頭辯論判決ニ對シテハ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ヽルヲ至當ノ解釋トス

故障ヲ許サヽル再度ノ口頭辯論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モノトス或論者ハ同條ヲ以テ故障ヲ爲スコトヲ得ル口頭辯論判決ニ對シテノミ控訴ヲ許シ故障ヲ許サヽル所ノ口頭辯論判決ニ對シテハ控訴スルコトヲ得サルモノトナシ或論者ハ同條ハ斯ノ如キ制限ヲ定メタルモノニアラスシテ口頭辯論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規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ヽ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ナスヘキナリ上告ニ於テハ第二百五十二條第二項ノ如キ明文ナキヲ以テ故障ヲ許サヽル再度ノ口頭辯論判決ニ對シ上告ヲ爲シ得ルコトハ疑ヲ容レス又此場合ニ於ケル上告期間モ言渡ヨリ起算スルモノトス

第三項　故障申立ノ效力

第一　故障ノ申立アリタルトキハ口頭辯論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ヽニ止マラサルナリ而シテ故障申立ニ依リ當然口頭辯論判決カ消滅スルコトハ口頭辯論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檢事ノ控訴シタル口頭辯論判決ニ對シ被告ヨリ第一審ニ故障ヲ爲ストキニハ控訴ハ不成立トシテ棄却セラルヽモノトス然レトモ口頭辯論判決ヲシテ消滅セシムルニハ其故障カ適法ニ爲サレタルコト

ヲ要シ不適法ノ故障ハ闕席判決ニ何等ノ影響ヲ及サ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存在セサリシカ如ク通常ノ判決ヲ爲スヘキモノトス

第二 適法ナル故障ノ申立アレ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ケレハ不利益ノ變更ヲ許サヽルモ故障ニ付キテハ斯ル明文ナシトス

第三 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レトモ故障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

故障ハ之ヲ取下クルコトヲ得

第一審ノ闕席判決ニ對シ故障ヲ爲スヤノ問題ハ最モ困難ナル問題ナリトス即チ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

第一 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ヽモノ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

第二 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ヽコトナケレハナリ或ハ闕席判決ニ對シ檢事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ス爲スノ說ヲ爲スアリ然レトモ控訴アレハ全部訴訟ハ第二審ニ繫屬シ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非サルカ故ニ第二審ニ於ケル原判決ノ取消ノ裁判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又或ハ控訴棄却ノ判決ハ即チ刑ヲ言渡シタル判決ト同性質ナレハ常ニ第二審ノ闕席判決ニ對シ故障ヲ爲スヘシト云フモノアリ然トモ第一審判決ニ對シ故障ヲ爲スコトヲ得ル旨ハ第二百七條ニ依リ判決ニ之ヲ記載スルモノニシテ此第一審判決ニ對スル故障ノ權ハ控訴棄却ノ言渡ニ依リテ消滅スルコトナシトス

次ニ檢事ヨリ更ニ第二審ノ判決ニ對シ上告シタルトキハ何レノ闕席判決ニ對シテ故障ヲ申立ツルコトヲ得ルヤノ問題ハ左ノ區別ニ從ヒ之ニ答ヘサルヘカラス

第一　上告審ニ於テ上告棄却ノ判決ヲ爲シタル場合ニ於テハ第二審ニ於テ控訴ヲ棄却シタルト第一審判決ヲ取消シタルトニ依リテ故障ヲ爲スヘキ判決ヲ異ニス即チ前段ニ說明シタルト同一ニ歸スヘキナリ

第二　第一審第二審ニ於テ無罪ヲ言渡シタルト刑ノ言渡ヲ爲シタルトヲ問ハス上告審ニ於テ原判決ヲ破毀シ擬律ノ錯誤アリトシテ刑ノ言渡ヲ爲シタルトキハ上告裁判所自身カ刑ノ言渡ヲ爲シタルモノナルモ上告判決ニ對シテハ故障ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ上告判決ニハ闕席判決ナケレハナリ又上告裁判所カ第二審ニ於テ確定シタル事實ニ基キテ刑ノ言渡ヲ爲ス場合ハ唯法律ニ違反セルヤ否ヤヲ審査スルノミニシテ總テ第一審第二審ノ認定シタル事實ニ基クモノナルヲ以テ第一審ノ判決若クハ第二審

第二審ノ闕席判決ニ對シ檢事ヨリ更ニ上告シタル場合ニ於ケル何レハ闕席判決ニ對シ故障ヲ申立ツルコトヲ得ルヤ

ノ判決ニ對シテ故障ヲ申立テサルヘカラス而シテ其第一審ノ判決ニ對シテ故障ヲ爲ス場合ハ控訴棄却ノ場合ナラサルヘカラス其故ハ控訴棄却ノ場合ニハ上告裁判所ハ第二審ニテ是認シタル第一審認定ノ事實ニ基キテ刑ノ場合ヲ爲シタルモノナレハナリ又第二審ノ判決ニ對シテ故障ヲ爲ス場合ハ第二審ニ於テ第一審判決ヲ取消シタル場合ナリ蓋シ此場合ニ於ケル上告審ノ判決ハ第二審ノ認定シタル事項ニ基クモノナレハナリ而シテ上告審ニ於テ原判決ヲ破毀シ之ヲ他ノ同等ナル裁判所ニ移送スル判決ヲ爲シタル場合ニハ第二審判決ハ消滅スレハ本問題ノ如キ場合モ亦從テ消滅ス

第五編　上訴

第一章　總論

上訴ノ意義

上訴ハ民事訴訟法ニ於ケルト同シク控訴、上告、抗告ノ三ツヲ云フ故ニ上訴ノ意義トシテハ未タ確定力ヲ生セサル裁判ヲ上級裁判所ノ裁判ヲ以テ取消變更スルコトヲ求ムル救濟方法ナリト云フヘシ故ニ上級裁判所ニ對シ裁判ノ取消變更ヲ求ムル點ニ於テ期間回復ノ申立、故障ト異ナリ未タ確定力ヲ生セサル裁判ノ取消ヲ求ムル點ニ於テ非常上告、再審ト異ル

上訴ノ意義ニ關スル異說

或ル學說ニ依レハ前記ノ意義中確定力ナキ裁判ニ對スルトノ點ハ無益ナリト爲シ單ニ上訴ハ裁判カ上級審ノ裁判所ニ對シ攻撃セラルヽ方法ナリト云フモノアリ曰ク確定力アル裁判ト云ハヽ二ツノ意義アリ取消シ得ヘカラサル裁判及ヒ執行シ得ヘキ裁判是ナリ決定ノ如キモノニ付テハ事件其者ノ實體上ノ確定ヲ爲スモノアリ又事件ノ實體上ノ方面ニ關セスシテ單ニ訴訟上ノ問題ヲ處分シ其以後ノ手續ヲ整ヘント爲スニ過キサルアリ此終リノ場合ニ於テハ確定力アル裁判ト云フハ取消スヘカラサル裁判トノ意義ニ外ナラス取消シ得ヘキ裁判ヲ取消スヲ上訴ト云フハ無益ノ定義ヲ下シタルモノナ

上訴ノ意義ニ關スル普通法時代ノ議論

再審ハ上訴ナリヤ

リ然ルニ上訴以外ノ救濟方法ハ移審ノ效力ヲ欠クヲ以テ上訴ノ本體ハ上級裁判所ニ移審スルニ在レハ其定義モ亦上記ノ如クナラサルヘカラスト雖モ現行法ニハ此定義ハ適當ナラス抗告ヲ爲シ得ヘキ決定ノ如キモ一二ノ例外ノ外ハ事件其者又ハ事件ノ或ル點ニ付キ實體上ノ確定ヲ爲スモノニ限リ又再審ノ訴非常上告ハ上級ノ裁判所ニ於テ之ヲ裁判スルモノナレハ此定義トシテハ上訴ノ意義ニ付普通法時代ノ學說ヲ見ルニ上訴ヲ以テ當事者カ相手方ニ對スル地位ニ於テ依テ以テ損害ヲ蒙ル所ノ裁判ヲ變更スルコトヲ求ムル請求ナリト爲スモノアリ之ニ依レハ上訴ノ本性ハ其條件及ヒ方針目的ニ依テ定マルト爲スモノナリ即チ其條件ハ裁判ニ依テ生シタル訴訟上ノ損害ナリ方針目的ハ裁判ノ變更是ナリ此說ハ上訴ノ條件及ヒ目的ヲ說クニ付テハ正當ナルモ上訴ヲ再審ノ如キモノト區別スル能ハサルニ至ル不都合アリ實ニ再審カ上訴ナリヤ否ヤハ當時ノ問題ナリシナリ或ハ通常上訴ト非常上訴ト區別シ再審ヲ非常上訴ナリト爲スアリ此區別ノ基ク所ハ此救濟方法ノ行使カ裁判ノ日ヨリ起算スル不變期間內ニ爲スヘキヤ否ヤニ在リタルモノナリ案スルニ再審ハ獨立ノ訴ナリヤ上訴ナリヤハ確定判決前ノ手續ト再審ノ手續ト組織的一體ヲ爲スヤ否ヤニ歸ス組織的一體ヲ爲スモノナレハ訴訟ノ普通ノ進行ニ屬シ然ラサレハ獨立ノ手續ナリ而シテ通常ノ上訴ハ第一審ノ手續ニ對シ新ナル訴ヲ成スニ非ス同一訴訟ノ一段落ニ過キス即チ同一訴訟關係ノ發展シタル審級ナリ此事ハ次ノ關係ヲ見テ知ルヲ得ヘシ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クヲ以テ新ナル訴ニ非ス又控訴ニ於テハ新證據ノ提出ヲ許スモ第一審ノ證據材料ヲ利用スルヲ得ヘク又第二審ニハ豫審モナク控訴カ適法ナレハ直チニ公判ノ審理ヲ爲スニ依ルモ知ルヘシ又訴訟費用ノ負擔ノ如キモ各審級ヲ通シテ之ヲ被告人ニ負擔セシムルカ如キモ其一證ナリトス然ルニ再審ノ訴ハ新ナル原因ニ基キ上告裁判所カ此原因ノ有無ヲノミ審査スル規定ヲ採ルカ故ニ確定判決前ノ手續ニ關係

通常上訴ト非常上訴

上訴ハ當事者ノ權利ナリ

上訴ノ理由

ナクシテ新ナル訴ト認ムヘク之ヲ上訴ト云フ能ハス

上訴ヲ設クルハ正當ノ裁判ヲ得ントスル公益ノ爲メニ在レトモ職權ヲ以テ上訴裁判所カ審査ヲ爲スコトハ不能ナルヲ以テ裁判ニ付キ利害ノ關係ヲ有スル當事者ヨリシテ申立ヲ爲スコトヽセリ即チ上訴ハ之ヲ當事者ノ權利ト爲ス當事者カ此權利ヲ行使スルニ依リテ公益モ共ニ維持セラルヽモノナリ」

上訴ノ理由ハ原判決カ不當ナリト云フニ在レトモ次ノ三ツニ分ツコトヲ得」

第一 裁判ノ依テ基ク手續カ法律ニ違背ストノ主張ヲ爲スコトアリ即チ訴訟法ノ違背ノ理由是ナリ

第二 裁判カ不當ナル事實上ノ基礎ニ基クカ故ニ實體上裁判ハ不當ナリトノ主張ヲ爲スコトアリ是レ事實認定ノ不當ノ理由ナリ

第三 裁判ハ實體法ヲ不當ニ事實ノ上ニ適用シタルカ故ニ實體上不當ナリトノ主張ヲ爲スコトアリ是レ擬律錯誤ノ理由ナリ

上告ハ第一及ヒ第三ニ其理由ヲ制限セラルヽモ控訴及ヒ抗告ハ此制限ナク

不服ノ範圍

上訴ハ裁判ノ主文ニ對ス

右何レノ理由ニ基クモ之ヲ爲スコトヲ得

上訴ハ右ノ理由ニ基キ裁判ノ一部ニ對シ又ハ其全部ニ對シ不服ヲ申立ルヲ得ヘシ之ヲ一部ニ制限スルトキハ上訴ノ申立書ニ之ヲ明示スヘク然ラサレハ全部ニ對スルモノト看做ス（刑事訴訟法第二五一條第二八六條第二八九條第一項參照）此一部ノ上訴及ヒ全部ノ上訴ノ區別ハ裁判ノ主文ニ關スルモノトス蓋シ裁判ノ主文カ各塲合ニ於ケル權利ヲ確定スル意思表示タルモノニシテ當事者ノ法律上ノ利益ヲ損スルハ此主文ニ基クヲ以テナリ故ニ裁判ノ理由ハ不服ノ理由及ヒ範圍ヲ知ラシムルノ效用ヲ爲スニ過キスシテ不服申立ノ目的物タルモノニ非ラス故ニ上訴ハ裁判ノ主文ヲ攻擊シ之ヲ取消シ變更スルヲ以テ目的トス而シテ一部ノ上訴ヲ認ムルハ刑事訴訟ニ限リ民事訴訟ニ於テハ之ヲ認メス民事訴訟ニ於テハ未タ不服ヲ申立テサル部分ニ對シテモ申立ノ擴張又ハ相手方ノ附帶上訴ニ依リ更ニ攻擊スルヲ得ヘキモ刑事訴訟ニ於テハ一部ノ制限ハ終局ニ至ルマテ裁判所ヲ拘束ス

上訴ノ效力ハ確定力停止ノ效力及ヒ移審ノ效力ナリトス

第一 上訴ハ正當ノ裁判ヲ求ムル爲メニ存スルカ故ニ上訴ノ申立アルニ拘ラス權利確定ノ效力ヲ裁判ニ生セシムヘカラス故ニ上訴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(刑事訴訟法第二五三條第二七二條第一七四條參照)抗告ニ付テハ明文ナキモ確定力ヲ停止シ從テ其裁判ノ執行ヲ爲ス能ハサル結果ヲ生ス而シテ確定力ヲ停止スルトハ執行ヲ停止スルトハ異ナルモノニシテ確定力ヲ停止スルモ執行力ハ常ニ必スシモ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ト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總テ被告人ニ利益ナル裁判ヲ包含シ第二審ニ於テ無罪、免訴及ヒ公訴不受理前勾留ヲ存セスシテ管轄違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此場合ニ於テ被告人ヲ釋放スルハ事實ノ認定ハ第二審ニ限ラレ最早ヤ之ヲ覆ヘコト能ハサルカ故ナリトス

次ニ裁判ノ一部ニ對シ上訴アリタルトキハ上訴ニ係ラサル部分ハ確定シ之ヲ執行スルヲ得ヘシ

第二 上訴ノ申立アルトキハ其訴訟ハ上訴ニ係ル部分ニ限リ原裁判所ヲ脫離シテ上級裁判所ニ繫屬スルモノナリ之ヲ移審ノ效力ト云フ而シテ移審ノ效力ハ事件ノ裁判ニノミ及フモノニシテ上級裁判所ニ其事件ノ裁判ヲ爲サシムルノ趣旨ヲ云フ上訴ノ申立書ヲ原裁判所ニ提出スルヲ妨クルモノニ非ス又上訴ノ審理手續ニ付キ第二百五十五條第二百七十四條第二百九十六條ノ如ク原裁判所ヲシテ裁判又ハ更正ヲ爲サシメ上級裁判所ハ何等ノ裁判ヲ爲サヽル規定ヲ設クルモ妨ナシ此規定ハ移審ノ效力ノ例外規

定ニ非スシテ唯此場合ニハ上訴裁判所ハ裁判ヲ爲サヽル結果ヲ生スルノミニ止マル何トナレハ若シ此規定ヲ原裁判所ニ於テ適用セサルトキハ上訴裁判所ハ同一趣旨ノ裁判ヲ爲スヘク之ヲ原裁判所ニ差戻スヲ得サルカ故ニ此場合ニモ移審ノ效力アルコトヲ認ムヘキヲ以テナリ移審ノ效力ノ程度ニ付テハ各場合ニ依テ異ル所アリ即チ上訴裁判所ハ原裁判ヲ取消スニ止ムルコトアリ(刑事訴訟法第二六二條第二項第二八六條參照)又ハ更ニ本案ノ裁判ヲ自ラ爲スコトアリ(刑事訴訟法第二六二條第二八七條參照)又移審ノ效力ノ範圍ハ一部ノ上訴ナルト否トニ依リ定マリ上訴ノ理由ヲ上訴申立人カ提出シタルモノニ限リ審査スルト職權ヲ以テ上訴ノ理由ヲ審査スルトハ移審ノ效力ニ關係ナキ所ナリ

上訴申立ノ方式

一、申立ノ實體

上訴ノ申立ノ方式ヲ摘示スレハ左ノ如シ

第一 未タ裁判ノ成立セサル間ハ上訴ハ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

二、申立書

第二 上訴ハ書面ヲ以テ申立ツルコトヲ要ス(刑事訴訟法第二五四條第二七三條第二七九條第二九六條參照)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

三、申立書ヲ差出ス裁判所

第三 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但第二百七十九條ノ上告申立ハ然ラス故ニ控訴ナレハ之ヲ第一審裁判所ニ、上告ナレハ第二審裁判所ニ、抗告ナレ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（刑事訴訟法第二四五條參照）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カ爲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レハ上訴ノ取下上告趣意書ニ付キ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ヽモノトセリ而シテ第二百四十五條ハ上記ノ趣旨ニ出タルモノナレハ上訴申立ノ成立ハ原裁判所ニ申立書ノ到達シタルトキト爲サヽルヘカラス從テ申立書カ監獄署長ノ許ニ提出セラレタル後ト雖モ未タ裁判所ニ達セサル間ハ之ヲ取戻スヲ得ヘク此以後ハ上訴ノ取下ヲ要スト爲スヘカラス

四、申立書ノ内容

第四 上訴ノ申立ハ上訴ノ名稱即チ之ヲ受理スヘキ官署ノ名稱ヲ誤用シタルトキ又ハ全ク上訴ノ名稱又ハ記名ヲ用ヒサルトキニ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シ一定ノ裁判所ニ不服ヲ申立ツ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ノ方法又ハ上訴裁判所ヲ選擇スルコトヲ得サレハナリ故ニ其名稱又ハ記名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一定ノ裁判所ノ一定ノ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縱令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

第五 上訴ハ之ヲ一定ノ期間内ニ申立ツルコトヲ要ス（刑事訴訟法第二五二條第二七一條第

五、申立期間

（二七八條第二、九五條參照）此期間ハ民事訴訟ニ於テハ長ク刑事訴訟ニ於テハ短シ是レ勾留ノ如キ強制處分アルト證據ノ湮滅スルコト速ナルカ爲メ第二審ノ證據調ニ困難ヲ生セサラシムルト裁判ノ一般ニ及ホス效用ヲ多大ナラシムルトニ依ルナルヘシ

第一節　上訴申立ノ權利者

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爲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待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罰處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他ノ訴訟關係人アリ

上訴申立ヲ爲スコトヲ得ル者左ノ如シ

一、檢事及被告人ノ外被告人ノ上訴權ハ如何ナル對シ判決ニ對シテ行使スヘキ乎

第一　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ノ適用ハ二者ノ間大ニ異ル所ヲ生ス凡ソ或裁判ヲ攻擊スルニハ其裁判ニ依リテ自己ノ有スル法律上ノ利益ヲ侵害セラレ裁判ヲ取消スニ付キ利益ヲ有スルコトヲ以テ其條件トス故ニ被告人ニハ不利益ナル裁判ヲ自己ノ爲メニ破毀變更スルカ爲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爲メニ上訴權ヲ與ヘタルモノニアラス被告人ハ曾ニ重刑ヲ受クルカ爲メ又ハ無罪、免訴ノ判決ニ對シテ有罪トナル爲メ上訴スルコトヲ得サルノミナラス免訴、公訴不受理、管轄違ノ判決ニ對シテモ全然無罪ノ判決ヲ受ンカ爲メ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此點ヲ削除セシムルカ爲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擊方法ニシテ理由ヲ攻擊スルモノニアラス又主文カ被告ニ不利益ヲ與フルモノサレハナリ

檢事ノ上訴權ハ如何ナル判決ニ對シテ行使スヘキ乎

然ルニ異說アリ曰ク被告ニ對シ犯罪ヲ認メ公訴ノ時效ニ罹リタル爲メ免訴ヲ言渡シタル判決ハ被告人ノ名譽ヲ害スルノミナラス認メラレタル犯罪ハ慣行犯タルノ證據トナリ又後日他罪ヲ犯シタル時刑期ノ見積ニ關係アリ故ニ被告人ハ此不利益ヲ除ク爲メ上訴ヲ爲スコトヲ得又管轄違公訴不受理ノ判決アルモ後日再ヒ條件ヲ具ヘ訴ヲ提起セラルヽ虞アレハ本案ニ入リ全然無罪タル爲メ上訴ヲ爲スコトヲ得ト然レトモ此論者ノ主張スル不利益ハ現實ニ判決ノ主文ヨリ生スルモノニ非スシテ將來ニ生スヘキ假裝ノ不利益ナレハ之ヲ除去スヘキ權利ヲ被告ニ認ムヘキニ非ス

檢事ニ至リテハ右ト全ク反對ニシテ檢事ハ被告人ノ不利益ノ爲メノミナラス被告人ノ利益ノ爲メニモ上訴スルコトヲ得（刑事訴訟法第二四二條第二項參照）蓋シ公益ハ不當ニ無罪ヲ言渡シ又ハ刑ノ輕キ塲合ノミナラス不當ニ刑ヲ言渡シ又其刑ノ重キニ失スル塲合ニモ害セラルヽモノナリ而シテ不當ニ刑ノ言渡ヲナス裁判ヲ爲シタル塲合ニモ檢事ハ訴ヲ取下クルコトヲ得サルヲ以

檢事カ被告人ノ利益ノ爲メニ上訴シタル塲合ト其不利益ノ爲メニ上訴シタル塲合

テ此塲合ニハ被告人ノ利益ノ爲メ上訴ヲ爲スノ外ナケレハナリ

檢事カ被告人ノ利益ノ爲メニ上訴スル塲合ニモ檢事自身ニ上訴權アルコトヲ要件トス即チ檢事ハ被告人ノ代理人タルニアラス檢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爲メニ上訴スル塲合ニモ上訴期間ハ檢事ニ對シテ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爲メニ上訴スルト不利益ノ爲メニ上訴スルトハ上訴ノ效力ニ付テ非常ノ差異ヲ生スルモノニシテ即チ第二百六十五條ニ於テハ被告人ノ利益ノ爲メ檢事ヨリ上訴シタル塲合ニハ被告人ノ不利益ニ變更スルコトヲ得ストナセリ故ニ檢事カ被告人ノ利益ノ爲メニ上訴スルニ

ノ效力ニ付キ差異アリヤ

檢事ノ上訴權ト被告人ノ上訴權トハ相互ニ獨立ス

當リテハ上訴ノ方針目的ヲ明ニスルコト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人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爲メニ上訴スルハ特ニ第二百四十二條第二項ニ明文ヲ設ケタル所ヨリ見レ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擊スルコトヲ得ル塲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

被告人ハ上訴ヲ爲スニ付他人ヲシテ代理セシムルコトヲ得ル乎

二、辯護人

罰金ヲ言渡サレタル證人、鑑定人又ハ通事ハ抗告ヲ爲スコトヲ得此塲合ニハ證人、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トナリタルモノト云フコトヲ得ヘシ之ニ反シ沒收物件ノ所有者ノ如キハ裁判ニ依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塲合ニ在テハ被告人カ上訴ヲ爲スニ付キ代理人ヲ用フルハ法律ノ許サヽル所ナリト云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待タサルヘカラスト論スルヲ正當トス

第二 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被告人ニ代リテ上訴ノ申立ヲ爲スコトヲ得ルノ權利ヲ付與セリ但被告人

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非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ニ因リ法律上此代理權ヲ付與シタルモノナレハ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更ニ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内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ルヲ許シ又被告人カ上訴ヲ爲シタルトキニ當リ辯

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ハ上訴ハ二個アルニアラスシテ唯一アルノミナレハナリ

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ソ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破ラ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强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キナリ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效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效ナルモノナレハ其無效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ハ再ヒ其意思ヲ翻シ上訴ヲ爲スコトヲ妨ケサルナリ

辯護人ハ私訴ノ判決ニ對シ上訴スルコトヲ得ルヤ

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只第二百二十一條第二項ニ依リ答辯ヲ爲スヲ得ルニ止マル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ルノ權ヲ付與スヘキノ理ナク本條ハ獨逸治罪法ヨリ採リタルモノニシテ獨逸治罪法ニハ私訴ノ附帶ノ制度ナキヲ以テ本條モ亦毋法ト同シク私訴ニ適用セラレスト云フヘキナリ

三、法律上代理人

法律上ノ代理人ハ辯護人ト異ナリ獨立シテ上訴スルコトヲ得(刑事訴訟法第二四四條參照)此獨立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尚ホ一個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個アルノミニシテ其申立カ二個アルニ過キサルモノナレハ其上訴ノ理由ハ被告人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即チ法律上代理人ハ被告人ノ意思ニ關セスシテ上訴ヲ爲スヲ得ルカ如ク被告人モ亦法律上代理人ノ意思ヲ問ハス上訴ヲ爲スヲ得ヘク互ニ拘束ヲ受ルコトナシ

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

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非ス法律上代理人カ申立タル上訴ニ付テモ亦被告人ハ當事者タルノ地位ヲ失フコトナシトス故ニ上訴ヲ申立タル法律上代理人ハ第二百五十七條ニ依リ之ヲ呼出シ

四、私訴ニ付テハ民事原告人被告人擔當人民事參加人

上訴ノ趣旨ヲ述ヘシムルコトナク又上訴審ニ於ケル裁判ハ法律上代理人ニ送達スルヲ要セス從テ法律上代理人ノ申立タル上訴ニ於テモ上訴申立以後ノ手續ニ於テハ被告人カ上訴ノ申立人タリ第二百四十六條第二百十六條ノ上訴ノ申立人ノ意義モ斯ク解スヘキナリ

第四 私訴ニ付テハ民事原告人、民事被告人、民事擔當人及民事參加人モ上訴スルコトヲ得ヘシ（刑事訴訟法第二四二條參照）現行法ハ上訴ノ規定ハ公私訴共ニ併セテ之ヲ定ムル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非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ル

第二節 上訴ノ方針

適法ナル上訴アリタルトキハ上訴裁判所ハ審査ヲ爲サヽ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ヽルヘカラ

上訴ノ目的及方針ニヨリテ定マル效力

片面的確定力及關係的確定力

ス而シテ此場合ニ於テハ上訴ナル攻擊ノ方針及ヒ目的ニ依リ上訴審ニ於ケル裁判カ制限ヲ受クルコトアリ被告人ヨリ上訴ヲ爲シ又ハ檢事ヨリ被告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（刑事訴訟法第二六五條參照）此上訴ノ方針ニ依リテ定マル效力ヲ裁判ノ片面的ノ確定力又ハ關係的ノ確定力ト稱ス但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此關係的ノ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ノ不利益ノ變更ノミナラス被告ノ利益ノ爲メニモ原判決ヲ破毀變更スルコトヲ得換言セハ檢事ハ被告人ノ不利益ニ變更スルノ方針ヲ以テ上訴スルモ其事件ヲ被告人ノ利益ノ爲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ニ尙ホ被告人ノ利益ノ爲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ヽ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ノ其最終ノ目的ヲ達スルコト能ハサルヲ以テナリ

被告ノ利益ノ爲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爲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審査スルヤノ問題ハ第二百六十五條及ヒ第二百九十一條ニ依リ定マルニ非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ニ變更スルヲ求ムル爲メ上訴シタルトキモ其主張シタル利益ニ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査スルコトヲ得ヘク若シ其輕キニ失セリト認定シタルトキハ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

上訴ノ拋棄ヲ認ムルヤ

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蓋シ刑事訴訟ノ目的物ハ之ヲ拋棄スルヲ得サルカ故ニ裁判カ正當ナルコトヲ當事者ニ於テ認メ始メテ上訴ノ拋棄ヲ爲スヲ得ヘキナリ而シテ初メヨリ拋棄ヲ許サスシテ上訴ヲ申立タル後ニ之ヲ拋棄スルヲ許スハ當事者カ熟考ノ末裁判ノ正當ナルコトヲ認メタルニ由ルト云フヲ得ルカ故ナリ反之民事訴訟ニ於テハ權利ヲ

検事ハ上訴ヲ取下クルコトヲ得ル乎

被告人ノ爲シタル上訴ハ何人カ之ヲ取下ルコトヲ得ル乎

拋棄シ得レハ何時ニテモ拋棄ヲ爲スヲ得ヘシ

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節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ヲ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ミ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ノ取下ハ上訴權ノ拋棄ヲ爲ス處分ニシテ上訴權ハ當事者ニ屬シ當事者ニ於テ之ヲ處分スヘキヲ原則トスレハ

一部ノ上訴ノ取下

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擧示スヘシ

第一　數個ノ獨立ノ犯罪ニ對シテ數個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即チ一部ノ上訴ヲ爲シ得ヘキ場合ニ限リ一部ノ上訴取下ヲ爲スヲ得

上訴取下ノ期間

第二　取下ハ上訴ヲ爲シタルトキ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

上訴取下ノ方式

第三　上訴ノ取下ノ方式ハ書面ヲ以テシ又ハ公廷ニ於テ口頭ヲ以テスルヲ得ヘシ

其ノ一

第四　取下ハ明示ヲ以テスルコトヲ要ス故ニ暗默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

其ノ二

モノモ法律ノ認メサル所トス

其ノ三

第五 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效力ヲ生スルモノナリ

其ノ四

第六 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裁判所ノ書記課ニ達スレハ即チ裁判所ニ到達シタルモノナリ

上訴取下ノ效力

其ノ一

第七 取下ハ上訴權ヲ喪失スル效力ヲ生ス但不適法ノ上訴申立ニ付テハ此效力ヲ生セス刑事訴訟法ニ於テハ民事訴訟法第三百九十九條ノ如キ明文ナキモ取下ナル處分カ何等ノ效力ヲモ生セサルモノト認ムルヲ得ス故ニ上訴權喪失ノ結果ヲ生シ上訴期間内ト雖モ再ヒ上訴ヲ爲スヲ得ス又上訴期間後ハ原裁判ヲ確定セシム

其ノ二

第八 上訴ノ取下アレハ檢事ノ附帶上訴ハ共ニ消滅ス此結果ヲ認ムルハ立法上檢事ノ承諾ヲ得テ取下ヲ許スヲ至當トス

其ノ三

第九 取下ヲ爲シタル者ハ上訴審ニ於ケル訴訟費用ヲ負擔スヘキハ當然ナレトモ公訴ニ付キ此明文ナキハ欠點ナリトス

控訴制度ヲ設クルノ可否

第二章 控訴

近代ノ刑事訴訟法ニ於テハ其範圍ハ廣狹アリト雖モ悉ク控訴ヲ認メサルナシ佛國治罪法ニ於テモ陪審裁判所ノ事件ハ控訴ヲ許サヽルニ其他ノ事件ニ付テハ之ヲ許セリ蓋シ前者ニ之ヲ許サヽルハ陪審ノ判決ハ侵スヘカラストノ云フニアリ然レトモ英國ニ於テハ或條件ノ下ニ陪審裁判所ノ判決ニ對シ控訴ヲ許スニ至レリ獨逸ニ於テハ區裁判所ノ判決ニ對シテノミ控訴ヲ許シ地方裁判所ノ判決ニハ之ヲ許サス是レ控訴カ口頭審理主義ニ基ク手續ニ一致セストノ理由ニ據ルモノニシテ控訴ハ口頭審理主義ト一致セサルニアラスシテ事實上ニ於テ然リト云フニアリ詳言スレハ物件證

據ノ如キハ第一審ノ判事カ審理シタルト同一ニ控訴審ノ判事モ審理シ得ヘク從テ上級審カ實際ニ下級審ノ裁判ノ正否ヲ判斷スルコトヲ得ヘシト雖モ之ニ反シ人的證據ノ如キハ覆審スルヲ得ス例ヘハ第二審ニ於テ同一證人ノ訊問ヲ爲スモ是レ新ナル訊問ナリ然ルニ人證ハ常ニ證據ノ大部分ヲ占メ物件、證據ニ比シテ重要ナルモノナリ此重要ナル證據ニ付テ覆審スルヲ得サルヲ以テ口頭審理即チ直接審理ト一致セスト雖モ余ノ考フル所ニ依レハ控訴ニ於テハ新事實、新證據ヲモ提出シ得ヘク又判事ノ員數數多ナルヲ以テ實體的眞實ヲ發見スルハ決シテ第一審ニ劣ラサレハ右ノ理由ヲ以テ正當ナリトナスヲ得ス故ニ獨逸ニ於テモ學者間ニ從來議論アリテ地方裁判所ノ判決ニモ控訴ヲ許スヘシトノ說勝ヲ占メ刑事訴訟法草案ニ於テ之ヲ認メタリ只控訴ノ審理手續ハ之ヲ如何ニ組織スヘキヤハ困難ナル立法問題ニシテ此點ニ付テハ未タ歸一スル所ナシト雖モ控訴ヲ認ムヘキヤ否ヤニ付テハ學說ノ傾向ハ一定セリト云フヘシ本法ニ於テハ區裁判所ノ判決ナルト地方裁判所ノ判決ナルトヲ問ハス第一審ノ判決ニ對シテハ總テ控訴ヲ爲スコトヲ得ルナリ

第一節　控訴ノ申立

控訴ノ申立ハ判決ノ一分ニ限リ一分控訴トシテ之ヲ爲スコトヲ得ヘキモ其理由ニ付テハ制限スルヲ得サル所ニシテ控訴裁判所ハ控訴申立人ノ提出セサル理由ニ付テモ職權ヲ以テ調査スルヲ得ルナリ凡ソ上訴ノ申立ノ組織ニ付テハ左ノ二方法ヲ認ムルヲ得ヘシ

第一　上訴申立人カ訴訟手續、實體法ノ適用又ハ事實ノ認定ノ何レニ付キ不服ナルヤヲ表示シ且之ニ關スル理由ヲ提出スルヲ要シ上訴裁判所ハ其不服ノ點カ主張セラレタル理由ニ基キテ正當ナルヤ否ヤヲ調査スルニ止マリ原裁判カ他ノ點又ハ他ノ理由ニ於テ不當ナルモ之ヲ顧サルノ組織アリ

第二　不服ノ點及ヒ理由ヲ上訴申立人ヨリ提出スルヲ要セスシテ單ニ原裁判ヲ取消スコトヲ求ムル表示ヲ爲セハ足レリトシ上訴裁判所ハ原裁判ノ

上訴　控訴　控訴ノ申立

當否ヲ總テノ方面ニ向テ審査スルノ義務アリト爲ス組織アリ此場合ニハ上訴申立人ヨリ不服ノ點ヲ制限シ又ハ理由ヲ提出スルモ裁判所ハ他ノ點又ハ理由ヲ調査シ之ニ基テ原裁判ヲ取消スヲ得ルナリ

右兩個ノ組織ノ何レヲ採ルヘキヤハ上訴方法ノ性質ニ依テ異ル所アリ上告ノ如キハ事實ノ審査ヲ主ト爲ス控訴ハ第一ノ組織ヲ適當ト爲スヘキモ事實ノ審査ヲ主ト爲ス控訴ハ第二ノ組織ニ出サルヘカラス蓋シ事實ノ認定ニ付キ自由心證主義ヲ採用シ公判審理ノ全體ヨリ確信ヲ爲ス以上ハ上訴申立人ヨリ理由ヲ定メ事實認定ノ不當ヲ鳴ス能ハス何トナレハ上訴裁判所ハ自ラ全部ノ訴訟材料ヲ取調ヘ又新證憑ヲモ調査シテ始メテ裁判ノ當否ヲ監査スルヲ得ルナリ故ニ訴訟申立人カ第三百一條第一號乃至第三號ノ如キ事實ヲ主張シ之ヲ理由トシテ控訴ヲ爲シタルトキト雖モ再審ト異ナリ此理由ノミヲ審査スルコトヲ求ムルノ趣旨ニ非スシテ總テノ點及ヒ理由ト雖モ審査ヲ求ムルニ在リトス從テ控訴ニ於テハ控訴趣旨書ヲ必要トセス又之ヲ提出スルモ審査ヲ制限スルノ趣旨ヲ有セス

控訴ノ方式

控訴ノ申立ハ申立書ヲ第一審裁判所ニ差出スニ依リテ成立ス（刑事訴訟法第二五四條參照）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

控訴申立ノ期間

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（刑事訴訟法第二五五條一項參照）闕席判決ニ對スル控訴期間

闕席判決ニ對スル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（刑事訴訟法第二五五條一項參照）闕席判決ニ關スル闕席者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ニ付テハ五日ナリトノ說ト三日ナリトノ說トノ二派アリ五日ナリトノ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ノ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……」ト句ヲ切リテ讀ミ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

上訴　控訴　控訴ノ申立

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「……故障期間内……」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故ニ余輩ハ「……故障ノ期間内」ニテ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又或ハ故障期間ヨリモ第二百五十二條條一項ニ依ル五日ノ期間カ長キトキハ此五日ノ時間ニ從フトノ折衷説ヲ爲スモノアルモ闕席判決ニ付キ特ニ同條第二項ヲ設クルハ第一項ノ適用ヲ排斥スルノ意ナルコト明ナレハ此説モ亦非ナリトス

期間經過後ノ控訴ハ原裁判所決定ヲ以テ之ヲ棄却ス（刑事訴訟法第二五五條參照）其他ノ控訴ニ關スル取調ハ第一審ニ於テ爲スヘキモノトス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ヽトキハ第一審ノ判決確定スル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故ニ第一審裁判所ノ檢事ハ第二百五十六條ノ手續ヲ爲サヽルヘカラス

第二節　一分控訴

第二百五十一條ニ於テ控訴ハ判決ノ一分ニ限リ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其申立書ニ於テ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ヽ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

キ疑アルトキハ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

一分控訴審理ノ範圍

控訴ヲ一分ニ制限スルコトハ申立ノトキニ之ヲ爲スヲ得ルノミナラス申立ノ後ニ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ヽルヘカラス故ニ再ヒ此制限ヲ取消スコトハ控訴ノ期間内ニ於テモ之ヲ許サヽルモノトス

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査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法律適用及ヒ刑ノ量定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ルヽ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

數罪ニ對スル一分控訴

今如何ナル範圍マテ一分控訴ヲ許スヤニ付キテハ裁判ノ部分カ牽連シテ分離スヘカラサルヤ否ヤニ在リ左ニ場合ヲ分チテ之ヲ詳說スヘシ

第一 數罪ノ場合　數罪ノ場合ト雖モ一分ノ控訴ヲ絕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四十七條及第四十八條第二項ニ依リ處斷スヘキ場合ハ一罪ニ付テ一分ノ控訴ヲ爲スヲ得ス何トナレハ第一審ニ於テ重キ罪ノ刑ヲ加重シ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强盜、竊盜ノ二罪俱發ノ場合ニ於テ强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强盜無罪ナレハ竊盜ニ付テ刑ヲ言渡スコトヲ得ヘシ然レトモ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一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刑法第五十條ニ依リ第一審ニ於テ有罪ト爲シ

タル罪ニ關係ナク處斷シ唯其刑ヲ執行スルニ當リ刑法第五十一條ノ制限ニ從フヘキヲ以テナリ又被告人カ有罪ノ部分ニ對シ控訴スルトキハ無罪ノ部分ハ確定シ有罪ニ對シ一分ノ控訴タルコト疑ナシトス

第二 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、刑期ノ量定ノ三トナシ若シ後ノ二者ノ一ツ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不可ナリ蓋シ事實ノ問題ハ之カ分割ヲ許サヽルハ勿論又法律適用ノ問題ト區別スルコトヲ得ス法律ノ適用ヲ審査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橫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財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ヲ能ハサルノ結果ヲ來スヘシ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是レ亦論者ノ所說ヲ不可ナリトナサヽルヘカラス蓋シ刑期ノ問題ハ一方ニ於テハ犯罪ノ情狀タル事實ニ關シ一方ニ於テハ此情狀ハ刑法ノ趣旨ニ從テ刑ヲ重クスヘキヤ否ヤノ法律適用ノ問題ニ關スルヲ以テナリ是等ノ問題ヲ調査スルニ當リ無罪タル事實ヲ發見スルモ尙ホ刑期ノミニ付テ裁判スト爲スハ上訴申立人ノ理由ノミニ拘束セラレ他ノ理由ヲ審査スルヲ得スト爲スノ組織ニ非サレハ認ムヘキニ非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ナレハ附加刑ノミノ審理ヲ許サス主刑ヲ審査スルニハ事實及ヒ法律上ノ審査ヲモ爲サヽルヘカラサルヲ以テナリ

第三節　附帶控訴

（附帶控訴ノ性質（附帶控訴ノ條件））

當事者ノ一方ヨリ控訴アリタルトキハ事件ハ控訴審ニ移審シ新ナル審理辯論ヲ爲スヲ要スル以上ハ相手方モ之ニ干與スルヲ要スヘク從テ辯論ノ結局ニ至ルマテ相手方ハ自己ノ欲スル裁判ヲ求ムル申立ヲ爲スヲ得サルヘカラス相手方ノ不利益ノ部分ハ當事者一方ノミノ控訴申立アル場合ニハ關係的確定力ヲ生シ上級審ニ移審セスト爲スノ不當ナルコト既ニ述タルカ如シ是レ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セシムル所以ナリ故ニ附帶控訴ハ相手方ノ主タル控訴ニ附從シテ申立ツル控訴ナリ以下附帶控訴ノ性質ヲ分析說明スヘシ

第一　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ル判決ノ一部ノ確定力ヲ認メサル民事訴訟ニ於テハ此原則ヲ認メス一部ノ確定力ヲ認ムル刑事訴訟ニ於テ始メテ此原則アリ

第二　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ルモノトス附帶控訴ハ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

第三　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ナレハ其取

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着スル以上ハ其不服ノ點モ亦同一ニ歸着スヘキハ自然ノ結果ナレハナリ

附帶控訴ヲ爲シ得ヘキ者

第四 被告人カ主タル控訴ヲ取下ケタルトキハ檢事ノ主タル控訴ニ對シ附帶控訴ヲ爲スヲ得ス蓋シ控訴權ハ取下ニ依テ消滅シ民事訴訟法第四百五條ノ如キ明文ナキヲ以テナリ又附帶控訴モ上訴ノ一般ノ條件ヲ要シ自己ノ法律上ノ利益ヲ裁判ニ依テ損セラルヽコトナケレハ之ヲ爲ス能ハサルカ故ニ被告人ハ無罪ノ判決ニ對スル檢事ノ主タル控訴ニ附帶控訴ヲ爲スヲ得ス

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ヲテハ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得蓋シ開廷後ハ訴追ハ開廷シタル裁判所ノ檢事ニ一任シタルモノナレハナリ而シテ既ニ當事者ノ控訴ノ申立アリタルトキハ第一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ヲ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ハ控訴裁判所ノ檢事ニ限ラルレハ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ヲ爲シタルトキニ尚ホ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トス此ノ如ク相手方タルニ非スシテ控訴裁判所ノ檢事ノ資格ヲ以テ附帶控訴ヲ爲サシムル必要ハ第二百六十五條第二項ノ如キ制限アレハナリ

第四節 控訴ノ審理

覆審ノ制及覆審ト續審トノ差異

民事訴訟ニ於ケル控訴ノ審理ハ第一審ノ續審ナレトモ刑事訴訟ニ於テハ全ク之ト異リ覆審ノ制ヲ採リ第一審ノ審理ニ關係ナク新ニ審理辯論ヲ爲サヽルヘカラス覆審ト續審トノ差異ハ第一審ノ材料ヲ其儘ニ採用スルヲ得ルヤ否ヤニ在リ刑事訴訟ニ於テハ口頭辯論ノ主義ニ基キ公判ノ審理カ第一審ニ於テモ隔絶シタル期日ニ行ハルヽヲ許サス此場合ニハ審理ヲ更新スルヲ要スルナリ然ラハ第二審ニ於テモ隔絶シタル第一審ノ材料ヲ其儘ニ採用スルヲ得スシテ全ク新ナル審査ヲ爲サヽルヘカラサルナリ本法ノ控訴ノ手續ハ其事件ヲ新ニ覆審スルニ在ルコトハ本法ト千八百六十七年ノ獨乙刑事訴訟法ト比較シテ知ルヲ得ヘシ此手續ニ依レハ控訴申立人カ新ナル主張又ハ證憑ヲ提出セルカ爲メニ第一審ノ事實ノ確定ニ對シ疑ヲ生シ又ハ控訴裁判所カ第一審ノ事實ノ認定ニ付テ書面ノ審理ニテ除ク能ハサル疑ヲ生シタルトキニ限リ證據調ヲ爲スコトヲ得此新ナル證據調ニ依リテ始メテ控訴裁判所ハ第一審ト異ナル認定ヲ爲スコトヲ得證據調ヲ爲サヽルル點ハ第一審判決ノ

控訴ノ審理ハ覆審ナルカ故ニ全ク新ナル審理ヲ爲シ辯論ニシテ第一審ノ辯論ノ繼續ニ非ス第一審ニ現出セサル材料ヲ以テ判決ノ基本ト爲ス能ハス是故ニ本法第二百五十八條第一項ニ於テ控訴ノ審理判決ハ第一審ノ認定カ控訴裁判所ヲ羈束スルヤ否ヤノ問題ヲ決定セサルヘカラス其決定ノ如何ニ依リテ控訴裁判所カ被告事件ニ對スル地位ハ自ラ定マルヘキモノトス證據調カ行ハルヽトキハ自己ノ職權ヲ以テ判決スルコトヲ得ルモ然ラサルトキハ第一審ノ判決ノ確定ヲ基礎ト爲サヽルヘカラス

本法ニ於テハ右ト異ナリ控訴裁判所カ第一審判決ニ羈束セラルヽコトヲ認メス被告事件カ上訴ノ目的トナリタルトキハ控訴裁判所ハ獨立シテ判決スヘキモノトス即チ自己ノ心證ヲ以テ如何ナル部分ヲモ判決スルヲ得ヘシ縱令控訴ハ第一審判決ノ不服ノ點ヲ攻擊スルニ在ルモ控訴裁判所ハ總テノ點ニ涉リテ調査セサルヘカラス其結果トシテ控訴裁判所ハ證據調ヲ爲シ新ニ事件ヲ調査セサルヘカラス控訴審理ノ辯論ハ全ク新ナル審理辯論ニシテ第一審ノ審理辯論ノ繼續ニ非ス第一審ニ現出セサル材料ヲ以テ判決ノ基本ト爲ス能ハス是故ニ本法第二百五十八條第一項ニ於テ控訴ノ審理判決ハ第一

控訴ノ審理ハ覆審ナルカ故ニ全ク新ナル審理辯論ニシテ第一審ノ辯論ノ繼續ニアラス

控訴審理ノ範圍

審ニ關スル規定ヲ適用スヘキモノトセリ同條ニ裁判トアルモ之ニハ審理マテモ包含スルモノト解セサルヘカラス是レ第二百五十七條第一項ニ依リテ見ルモ裁判ノ文字ヲ斯ク解スルノ至當ナルヲ知ルヘキナリ

上述ノ如クナレハ本法ノ控訴審ニ於ケル審理ノ問題ハ證據調ヲ爲ス原因アリヤ否ヤニアラスシテ訴訟ノ模樣ニ依リテ證據調ヲ爲サスシテ裁判ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤニアリ即チ證據調ヲ要セサル場合ハ第二百六十二條ノ場合及ヒ公訴不受理ヲ言渡スヘキ場合ナリ此場合ニハ證據調ニ關係ナキ控訴問題ノミヲ決スルヲ以テ足レリ之ニ反シテ事實ニ付テ裁判ヲ爲スヘキ場合ニ於テハ如何ナル事實ニ付テモ審理セサルヘカラス即チ被告人カ第一審判決ニ對シテ攻擊ヲ爲サヽルル點ト雖モ尙ホ其證據調ヲ爲スコトヲ要ス此主義ノ結果トシテ當事者其他訴訟關係人ハ新事實新證據ヲ無制限ニ提出スルコトヲ得又證據調ノ範圍ニ付テモ第一審ニ於テ爲シタル證據調カ直チニ控訴ノ證據調ノ限界トナルモノニアラス

控訴審ニ於テハ直接審理主義ニ依リテ決セラルヘキモノトス此規定ハ直接審理ヲ禁シタルモノニアラス

控訴審ニ於ケル公判ノ準備

直接審理ハ第二審ニ於テモ禁シタルニアラサルモ此主義ハ控訴ニ於テハ嚴正ニ應用スルコトヲ得ス即チ證人ノ出廷ニ要スル時間及ヒ費用ノ點ヨリ直接審理主義ノ例外ヲ第一審ヨリ尙ホ一層廣ク認メタルモノニシテ直接審理主義ニ依ルト否トハ之ヲ控訴裁判所ノ判事ノ判斷ニ一任セルモノナリトス」

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含包スルヲ要セス蓋シ此場合法律上代理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人モ亦控訴ノ趣意ヲ申立ツルコトヲ得ルカ故ナリ

重罪トシ

重罪事件ニ付テハ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

テ第一審ノ公判ニ付セラレタル事件ヲ輕罪トナセル場合ニ控訴審カ之ヲ重罪ナリト爲シタルトキハ如何ナル手續ニ依リテ審判スヘキヤ

訊問セサルヘカラス被告事件カ重罪トシテ第一審公判ニ於テ訴追セラレタルトキハ地方裁判所ニ於テ輕罪又ハ違警罪若クハ無罪ナリト判決シタル場合又ハ其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履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ヲ爲シタル事件ト雖モ地方裁判所カ罪質ヲ變シテ輕罪トシテ判決シタル場合ニ控訴裁判所カ之ヲ重罪トナ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ヽルヘカラストノ說是ナリ此說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ヽル場合ニ於テ適用スヘク既ニ重罪トシテ豫審ヲ經又ハ地方裁判所ニ於テ重罪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

形式ニ關スル判決

其ノ一

其ノ二

十一條ト關係シテ重罪事件ハ必ス豫審ヲ要スルノ原則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ノ手續ヲ爲サヽ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而シテ豫審請求ハ重罪ノ罪名ヲ附シタルモ豫審終結決定ニ依リ輕罪トシテ公判ニ付セラレタルトキハ其事件重罪ナルカ故ニ第一審及第二審ニ於テ第二百三十七條ヲ適用スヘキモノトス

第五節　控訴ノ判決

第一　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控訴棄却ノ言渡ヲ爲ス（刑事訴訟法第二六〇條參照）

第二　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（刑事訴訟法第二六二條第一項參照）然レトモ第二百六十三條ニ依リ控訴

上訴　控訴　控訴ノ判決

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此判決ニ對シ控訴院ニ控訴シ大審院ハ其上告裁判所タリ而シテ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若シ分離スルヲ得ルトセハ管轄違ヲ理由トシタル原判決ノ取消ノ裁判ハ第二審ノ裁判トナリ本案ノ裁判ハ第一審ノ裁判トナリ法律ノ豫期スル所ト反スルニ至ル從テ此場合ノ審理手續モ亦第一審ノ審理タルモノトシテ附帶犯ヲモ採テ審判スルヲ得ルモノトス而シテ第二百六十三條但書ノ適用アル場合ハ地方裁判所自ラ其事件ニ付キ第一審トシテ裁判權ヲ有スルコトヲ條件トスルカ故ニ第二百四十一條第一項後段及第二百六十四條ト異ナリ檢事カ重罪ナリトシテ控訴ヲ爲シタルノミニテハ豫審判事ニ送付スル決定ヲ爲スコト能ハス地方裁判所ニ於テ重罪ナリト認メテ始メテ豫審判事ニ送付スルヲ得ルモノナリ

第三 控訴ノ實體ニ關スル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可シ」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リ原判決ヲ取消シ形式上ノ誤謬ナ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又ハ刑期ニ付キ誤ナキカ如キトキハ控訴ヲ爲スノ根據ナシ且ツ控訴裁判所モ事件ノ實體ニ付キ原判決ノ當否ヲ裁判スルモノニシテ訴訟法ノ原則ニ觸ルヽヤ否ヤヲ裁判スルヲ目的トスルニ非サ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ノ一事ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ヘキモノナレハナリ

上訴　控訴　控訴ノ判決

控訴ノ欠席判決

第四 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可シ」トアリ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前段ノ棄却ハ控訴申立人カ出頭セサルトキハ第一審判決ヲ正當ト認メ之ニ服從シタルモノト看做ス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管轄違又ハ公訴不受理ヲ言渡スヘキモノトス本條後段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ル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元來被告人ノ權利ニシテ控訴申立後ノ手續ニ於テ當事者タルハ被告人其者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又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「許サヽルハ控訴審ヲ置キタル制度ノ趣

上訴　控訴　控訴ノ判決

被告人ノ不利益ナル判決トハ何ソ

旨ト背馳スルモノト云ハサルヲ得ス何トナレハ控訴審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採リテハ甚タ危險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故ニ不利益ノ變更ノ制限ヲ貫カントスルニハ地方裁判所カ控訴ヲ受ケ第一審トシテ裁判スル場合及ヒ第二審ヨリ第一審裁判所ニ差戻ヲ爲シタル場合ニ於テモ前ニ言渡シタル刑ヨリ重ク處罰スルヲ得スト爲スヘシト雖モ此制限ハ控訴ノ性質ニ反スル例外規定ナレハ狹ク之ヲ解シ第二審トシテ判決スル場合ニ第一審ノ刑ヨリ重ク處罰スルヲ得サルモノトス

被告人ノ不利益トハ判決主文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强盜ト認メ橫領罪ヲ竊盜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ニ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ナ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ヽ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橫領罪ナリト判決セルモ第二審ニ於テ事實ハ全ク竊盜罪ナルコトヲ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竊盜ト認ムルハ事實ヲ重クスルモノトセハ遂ニ無罪ヲ言渡サヽ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言ヲ俟タサルナリ斯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刑法第二百五十四條ノ罪ナリトシテ罰金ヲ言渡シタルニ第二審ニテハ之ヲ竊盜罪ナリトセルカ如キ場合ニ在リテハ竊盜罪ヲ認メテ之ニ對シ罰金ヲ言渡サヽルヘカラサ

ルニ至ルナリ

上告制度ノ沿革

第三章　上告

上告ハ舊時ノ破毀ノ請求ヲ改正シタル制度ニシテ其改正シタル重ナル點ハ訴訟手續ノ違背カ判決ノ原因トナリタルトキニ限リ上告ノ理由アリト爲シタルコトナリ然ルニ現行法ノ上告ノ規定ニ付キ獨乙ノ立法者ハ其理由書ニ於テ破毀ノ請求ヲ改正スルモ目的ヲ違スル能ハサルカ爲メ新制度タル上告ヲ設ケタリト論セリ曰ク佛獨ニ於テ行ヒタル破毀ノ請求ハ形式的ノ傾向ヲ有スルカ故ニ實質上ノ法律違背アラサルモ判決ヲ破毀セサルヘカラサルコトアリ又理由アル申立ヲ排斥セサルヘカラサルコトアリ故ニ上告審ニ於テ前審ノ事實認定ニ基キ事件ノ法律上ノ裁判ヲ爲スニ方リ上告審ニ自由ノ行動ヲ許シ可成方式ノ制限ヲ受ケサラシムルヲ要ス此自由ノ地位ニ立ツ點ニ於テ舊制度ト上告トハ異ナリ法律ニ

上告ノ理由ト爲ル法律違背ノ範圍

違背スレハ直チニ判決ヲ破毀スルニ非スシテ唯判決カ法律違背ニ基クトキニ始メテ之ヲ破毀ス又上告審ハ直チニ事件ニ付キ實質上ノ裁判ヲ爲スコトアリ故ニ上告ハ之ヲ法律點ノ控訴ト稱スルヲ得ヘシト然レトモ上述スル所ニ依ルモ上告ハ破毀ノ請求ト全然異ナル新制度ニ非ス又一千八百五十五年ノ索遜ノ治罪法ノ如キ今日ノ上告ト同一ノ方針ヲ以テ舊立法ヲ改正セルモノアリシト云フ故ニ一般ニ學者間ニ於テハ上告ノ制度ノ新制度タルコトハ認メサル所ナリ

第一節　上告ノ理由

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リ之ヲ爲スコトヲ得（刑事訴訟法第二六八條第一項參照）即チ上告ハ判決カ法律ノ違背ニ基クコトヲ理由トシ爲サヽ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

上訴　上告　上告ノ理由

上告裁判所ハ訴訟上ノ事實ヲ自ラ判斷スルヤ否ヤ

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

上告裁判所ハ法律ノ適用ニ付テ審査スルモノニシテ事實ニ付テハ審査セストハ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

於ヲ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效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判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ン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內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

法律ニ違背シタル裁判トハ何ソ
一、法則ノ意義

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說明スヘシ

第一 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渉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以テス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竝ニ判例等ハ之ヲ包含セス

二、法則、不適用及適用ノ不當

第二 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ノ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累犯ニ關スル刑法第五十六條第五十七條ノ規定ヲ適用セサル如キ又認定シタル事實ノ不當ナルコト例ヘハ恐喝取財ノ事實ヲ認メナカラ詐欺取財ニ關スル刑法第二百四十六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ヽ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ヽ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ナシタルトキノ如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リ居ルトキニ限リ

三、判決ト法律ノ違背トノ因果關係

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ヽノミナラス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斥ノ原因アル判事カ干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（九判事訴訟法第二六條第二號參照）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

第三 判決カ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ニ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內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ニ法律ヲ適用スルモ上告ノ理由トナラス

實體法上ノ違背ニ基ク判決

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ヲ區別セサルヘカラス

一 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內容（判決理由）ニ依リテ之ヲ判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

訴訟法上ノ違背ニ基ク判決

二 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之ニ付テハ往時獨佛ニ於テ認メタル破毀ノ請求ノ制度ト比較

上訴 上告 上告ノ理由

シテ攻究スルコト便宜ナリ此制度ニハ三主義アリ

甲 判決ヲ破毀スルニ足ルヘキ訴訟法ノ規定ヲ制限的ニ列記シタルモノ

乙 列記主義ヲ採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

丙 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(乙)及ヒ(丙)ノ二主義ハ(甲)ノ主義ニ比シテ優レリト雖モ此等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ナ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ナ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內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

甲 絕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

乙 絕對的ニ上告ノ理由トナラサルモノ　即チ搜査及ヒ豫審終結手續ニ關スル規定、訴訟上ノ強制處分ニ關スル規定、訓示的規定ハ之ニ屬スルコトアルモ判決ニ影響ヲ及ホサス此等ノ規定ハ之ニ違背スルモノ　即チ之ニ關スル規定ニ違背スレ

丙 相對的ニ上告ノ理由トナルモノ

上訴　上告ノ理由

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違法ノ調書ナルモ之ヲ證據トセハ上告理由アリ然ラサレハ上告ノ理由トナラサルカ如シ

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レハ其判決ヲ破毀スルニ足ルモノナリ故ニ法律ノ違背カ判決ノ內容ニ影響ヲ及ホサヽルコトノ明白ナラサル限リハ訴訟手續上ノ瑕疵ニ因リ判決ハ破毀セラルヽモノト謂フヘシ或ハ確的ニ法律ノ違背ト裁判トカ因果關係ヲ有スルニ非サレハ上告ノ理由トナラストノ學說ヲ唱フル者アレトモ此說ニ依レハ上告理由トナルヘキモノハ甚タ鮮ク訴訟條件ヲ欠キタル場合ノ如キモノニ止マリ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救ヲ生セサルニ至ル又違法ノ調書ヲ證據トセルトキハ上告理由タルハ何人モ疑ハサル所ナルモ之ヲ除キタル以外ノ證據ニ依レハ他ノ裁判トナリシコトノ因果關係ヲ確的ニ認メントスルカ如キハ裁判ヲ爲シタル裁判官ト雖モ爲ス能ハサル所ナリトス故ニ因果關係ノ推測ヲ以テ上告理由トナルモノトナスヲ至當トス

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ヲ確定セサルカ故ニ上告裁判所ハ訴訟記錄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錄ヲ以テ之ヲ知ルコト能ハス斯ノ如キ場合ニ於テハ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錄ニ存スル所ノミヲ以テ審査ノ範圍トナスヘキニ非ス又或學說ニ依レハ證言ニ依リテ定ムルコトヲ得ヘク其證言

判決カ訴訟法上ノ違背ニ基クヤ否ヤハ何ニ因リテ審査スルヲ

ハ受命判事ヲシテ集取セシムルヲ得ルト言フモノアレトモ如此コトハ明文ヲ要スヘキカ故ニ此說ハ非ナリトス

第二節　上告理由ノ擴張及ヒ制限

訴訟法上ノ違背ニ付テハ第二百六十八條ヲ以テ第二百六十九條ヲ擴張セリ此規定ノ趣旨ハ訴訟手續ノ基礎ヲナス訴訟法ノ規定ニ違背スレハ其違背ト判決ノ內容トノ間ニ原因結果ノ關係ノ存スルト否トヲ問ハス當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揭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查スルニ止マル若シ其違背カ判決ノ內容ニ影響ヲ及ホサヽルコト明白ナルトキト雖モ判決ヲ破毀セサルヘカラス

訴訟法上ノ違背ニ基ク上告理由ノ擴張

第二百六十九條ニ揭ケタル絕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就中第四號第五號第七號ノ如キハ因果關係ハ明白ニシテ敢テ本

訴訟法上ノ違背ニ基ク絕對的ノ上告理由

條ノ如キ規定ヲ要セス又第十號ハ實體法ノ違背ニシテ是亦明文ヲ要セサル所ナリトス

第一　規定ニ從ヒ判決裁判所ヲ構成セサリシトキ

定數ノ判事ニ缺クル所アル場合ノミナラス裁判所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百七十六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

第二　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以テ上告ノ理由トナスコトヲ得ス

除斥ノ原因ハ上告審ニ至リテ始メテ之ヲ主張スルヲ得然レトモ除斥ノ原因ニ基キ忌避ノ申請ヲ爲スモ其申請却下セラレ而モ確定シタルトキハ之

ヲ再ヒ上告審ニ於テ主張スルコトヲ得ス

第三 判事忌避セラレ其忌避ノ申請ヲ理由アリト認メタルニ拘ハラス裁判ニ參與シタルトキ

前號及ヒ本號ハ余ノ考フル所ニ依レハ共ニ判事カ判決ニ干與シタル場合ニ限ルモノト信ス故ニ豫審終結決定ニ此原因アル豫審判事カ之ニ干與スルモ該決定ノ確定ニ依リ其瑕疵ハ消滅シ上告ノ理由トナラス

第四 裁判所ニ於テ其管轄違ヲ不當ニ認メタルトキ

本號ノ適用ハ土地ノ管轄ナルト事物ノ管轄ナルトヲ問ハス土地ノ管轄ニ付テハ檢事ノ上告ニ付テ第二百七十條ノ制限アリ

第五 法律ニ背キ公訴ヲ受理シ又ハ受理セサルトキ

是レ檢事ノ起訴カ不適法ナル場合ニシテ第六條ニ揭クル原因アル場合ハ茲ニ包含セス

第六 法律ニ定メタル場合ニ於テ檢事ノ意見ヲ聽カサルトキ

豫審手續ニ於テ檢事ノ意見ヲ聽カサルモ其終結決定ノ確定ニ因リ其瑕疵ハ消滅スルカ故ニ本號ハ公判ニ於テ檢事ノ意見ヲ聽カサル場合ナリトス

第七 裁判所ニ於テ請求ヲ受ケタル事件ニ付キ判決ヲ爲サス又ハ職權ヲ以テ判決スルヲ得ヘキ場合ノ外請求ヲ受ケサル事件ニ付キ判決ヲ爲シタルトキ

事件全體ニ付キ判決ヲ爲サヽルトキハ上訴ノ目的ナキカ故ニ上告ヲ爲スヲ得サルハ明カナリ故ニ請求ヲ受ケタル事件ニ付キ判決ヲ爲サストハ數罪公判ニ付セラレタル場合ニ一罪ヲ判決セス又ハ全部ノ控訴ナルニ一分控訴トナシ或罪ニ付テ判決ヲ爲サヽルカ如キ分離シテ裁判スル能ハサル場合ニ一部ノ犯罪ヲ遺脫シテ之ヲ分離シタルヲ謂フ故ニ分離シ得ヘキ獨立ノ刑ヲ併科スヘキ數罪アル場合ニハ本條ノ適用ナシ又刑法第四十七條第四十八條第二項ニ依ルヘキ場合ニ於テモ一罪ニ付テハ無罪免訴又ハ管轄違、公訴不受理トナルヘキトキハ此罪ヲ分離シテ此部分又ハ他ノ部分ノ

ミニ付キ裁判スルヲ得ヘシ又數罪共ニ有罪トナルヘキ場合ニ於テモ訴訟指揮ノ決定ニ依リ數罪ヲ分離シテ一部ニ付テノミ裁判シタルトキニ於テモ本條ノ適用ナカルヘシト信ス次ニ請求ヲ受ケサル事件ニ付キ判決ヲ爲ストハ或ル罪ニ付キ起訴ノ範圍ヲ誤リ又ハ共犯ハ職權ヲ以テ判決スルコトヲ得ルモノトスルカ如キ訴又ハ上訴ナキニ或ル被告人又ハ犯罪ニ付キ職權ヲ以テ判決ヲ爲シタルカ如キヲ謂フ職權ヲ以テ判決スルコトヲ得ヘキ場合トハ附帶犯ノ如キ不告不理ノ例外タルヘキ場合ヲ謂フナリ

第八 判決ヲ公行セス又ハ公開ヲ禁スル言渡ヲ爲サスシテ辯論ヲ公開セサルトキ

公開主義ヲ論シタル章ニ明カナリ今復タ贅セス

第九 裁判ニ理由ヲ付セス又ハ其理由ノ齟齬アルトキ

裁判ニ理由ヲ付セサルヤ否ヤハ判決ノ言渡ヲ以テ審査スヘキモノニアラスシテ判決書ヲ以テ標準トナサヽルヘカラス裁判ニ理由ニ付セサル場合ハ其理由ノ全部ヲ缺ク場合及ヒ理由ノ一部ヲ缺ク場合ヲ包含スル例ヘハ事實上ノ理由ニ於テ犯罪要素ニ屬スル事實ヲ掲ケス又ハ附加刑ヲ認メタルニ之ニ關スル刑法ノ規定ヲ適用セサルカ如シ要スルニ第二百三條ニ違背スル場合ナリトス理由ニ齟齬アルトハ事實上ノ理由ニ於テ相互ニ矛盾ノ點アリ又法律適用ノ部分ニ相互ニ牴觸スル所アル場合ナリ此場合ニハ前審ノ判事ハ如何ナル意見ヲ以テ裁判ヲ爲シタルヤヲ知ル能ハス即チ上告審ニ於テ其裁判ヲ審査スルヲ得サルモノナルカ故ニ其判決ヲ破毀セサルヘカラス

第十 擬律ノ錯誤

即チ事實上ノ理由ニ刑法ヲ適用スルニ當リ其適用ヲ誤リタル場合ナリ刑事訴訟法第六條ノ場合モ亦之ニ屬ス是レ實體法上ノ錯誤ニ基ク上告理由ニシテ訴訟法ニ基ク上告理由ニアラサルナリ判例ニ依レハ刑事訴訟法第二百六十一條ニ違背シ第二審裁判所カ第一審判決ヲ取消スヘキニ之ヲ取

消サヽル場合ヲ擬律ノ錯誤ノ中ニ加フルモ正當解釋ニ非サルナリ

上告理由ノ制限

上告ノ理由ハ第二百六十九條ノ規定ニ依リ之ヲ擴張シタルト同時ニ第二百七十條ニ於テ檢事ノ上告理由ヲ制限セリ同條ニ依レハ免訴又ハ無罪ノ言渡アリタル場合ニ於テハ被告人ノ利益ノ爲メ設ケタル規定ニ背キタルコト又ハ土地ノ管轄違アリト雖モ上告ノ理由トナスコトヲ得ストセリ被告人ノ利益ノ爲メニ設ケタル規定トハ被告人ノ辯護權ト其權利ノ告知ニ關スル規定ナリ例ヘハ第百九十八條、第二百十五條又ハ第二百二十條末項ノ最終ノ發言權ノ如キ之ナリ之ニ反シテ正當ニ手續ヲ進行セシムルカ爲メニ設ケタル規定ハ單ニ被告人ノ利益ノミノ爲メニ設ケタルモノニアラサルヲ以テ之ニ屬セス例ヘハ公判ヲ公開スル規定公判ニ被告人ノ出廷ヲ要スル規定ノ如シ第二百七十條ハ被告人ノ利益ノミニ設ケタル規定ヲ被告人ノ不利益ニ適用シテ之ニ違背スルモ却テ被告人ノ利益ノ裁判トナリタル場合ニハ檢事ヨリモ被告人ノ不利益ニ變更スルカ爲メニ上告理由トナスヲ得スト云フ

被告人ノ爲メニ設ケタル規定トハ何ソ

ニ在リ斯ノ如キ場合ハ手續ノ違背ト判決トカ原因結果ノ關係ナキコト明白ナル場合ニ屬スレハ敢テ明文ヲ要スルモノニアラス然ルニ第二百七十條ノ規定ヲ設ケタルハ蓋シ獨逸治罪法ニ倣ヒタルカ故ナラン又第二百七十條ハ右ノ如キ訴訟法ノ規定ヲ被告人ノ不利益ニ適用セル場合ニ限リ檢事ハ之ヲ上告ノ理由トナスヲ得サルコトヲ定メタルモノナルカ故ニ此等ノ規定ヲ不當ニ被告人ノ利益ニ適用シ以テ之ニ違背シ之カ爲メニ無罪、免訴ノ判決ヲ爲シタル場合ニハ檢事ヨリ其違背ヲ以テ上告ノ理由トナサヽル所以ハ事物ノ管轄ヲ有スル各裁判所ハ土地ノ管轄權ヲ有セサルモ正確ノ裁判ヲ爲スニ付キ管轄裁判所トノ同一ノ保證ヲ有スルカ故ニ無罪、免訴ノ判決アリタル場合ニ限リ土地ノ管轄違ハ其判決ニ影響ヲ及ホサヽルモノト看做セルカ故ナリ

第三節　上告ノ方式

上告ノ方式ハ明治四十一年法律第六十一號ヲ以テ改正セラレタル所アリ其改正ハ上告ハ上告申立書ヲ差出スノミヲ以テ成立シ上告趣旨書ハ公判期日ノ十五日前マテニ差出スコトヲ得ルモノトセル點ニ在リ此改正ヲ招キタルハ上告趣旨書差出ノ期間短キニ過キ殆ント趣旨書ヲ差出スコト能ハサルニ由リシモノナリ然ルニ現行法ハ上告ノ公判期日ヲ三十五日前ニ上告申立人ニ通知シ十分ナル上告趣旨書作成ノ期間ヲ與ヘタルモノナリ（刑事訴訟法第二七三條第二七七條第二八八條參照）而シテ上告理由ハ上告趣旨書ヲ以テノミ提出スルヲ得ヘク趣旨擴張書ナルモノヲ認メス又上告ノ辯論ニ於テ新ナル上告理由ヲ提出スルコトヲ得ス（刑事訴訟法第二八三條第二項參照）此改正以前ニ在リテハ此等ノ點ニ付キ實務家ノ間ニ見解ヲ異ニスル所アリ大審院ハ受命判事ノ報告アルマテハ新ナル理由ヲ提出スルコトヲ得ルモノトセシモ仍ホ實際ノ不便ヲ免レサリシカ爲メ終ニ此ノ改正ヲ見ルニ至リタルモノナリ

上告ノ期間ハ三日トス故障ヲ許サヽル控訴審ノ闕席判決ニ對シテモ亦判決

言渡ノ日ヨリ三日ノ期間内ニ上告ヲ爲サヽルヘカラス故ニ此判決ニ對シテハ實際被告人ヨリ上告ヲ爲スコト能ハサルヘシ（刑事訴訟法第二七一條參照）

上告ハ控訴ト異ナリ常ニ其理由ヲ要スルモノナリ單ニ上告申立書ヲ差出シタルノミニテハ上告ハ成立スルモ上告裁判所ノ裁判ヲ受クルニ足ラサルナリ故ニ其上告理由ヲ揭クヘキ趣意書ヲ期間内ニ差出スニアラサレハ上告本案ノ裁判ヲ受クルコトヲ得ス（刑事訴訟法第二八五條第二號參照）

上告理由ノ說明ハ上告手續ニ必要ナル條件ナリ此理由ヲ揭クヘキ上告趣意書ハ如何ナル範圍ニ於テ判決カ攻擊サルヽヤヲ明カニシ上告審ノ審理ニ係ル訴訟ノ材料ヲ制限シ上告審ノ判決ノ基礎ヲ爲スモノトス即チ趣意書ニ揭ケタル點ノミカ上告裁判所ノ審査ヲ受クヘキモノトス

上告ハ控訴ニ於ケルカ如ク判決ノ一部ニ對シテモ之ヲ爲スコトヲ得ル（刑事訴訟法第二八九條第一項參照）モノナレハ上告趣意書ハ此點ヲ明カニセサルヘカラス又上告理由ヲ說明スルニ當リテハ原判決ハ訴訟法ニ違背シタルヤ又ハ其他ノ法律

上告趣意書ニ掲ク訴訟法違背ノ主張

ニ違背シタルヤヲ明カニセサルヘカラス今場合ヲ分チテ之ヲ左ニ說明セン

第一 訴訟法ニ違背シタルコトヲ上告ノ理由トスルトキハ手續ノ違背ノ因テ基ク事實ヲ示スヲ要ス若シ此事實ヲ揭ケサルトキハ上告理由ヲ解スル能ハサルニ至ルヘシ即チ手續ノ違背カ如何ナル法律上ノ性質ヲ有スルカヲ抽象的ニ示スノミニテハ上告理由ヲ解スルコトヲ得ス手續ノ瑕疵ノ存スル現在ノ事實ヲ明示シテ始メテ之ヲ知ルコトヲ得ヘキナリ例ヘハ上告理由ニ於テ證人ノ宣誓ニ關スル規定ニ違背シタリト主張スルノミニテハ上告理由ヲ盡シタルモノニアラス如何ナル證人ニ宣誓ヲ爲サシメ其供述ヲ證據トナシタルカ不法ナリトノ事實ヲ示シ始メテ上告理由ヲ具備スルモノト謂フヘシ之ニ反シ違背シタル訴訟法ノ規定ヲ揭クルハ必スシモ必要ニアラス又全ク無關係ノ規定ヲ揭クルモ事實ヲ示シ之カ訴訟法ニ違背スルニ於テハ破毀ヲ爲スニ十分ナリトス

違背ノ據リテ基ク事實ハ之ヲ上告申立人ニ於テ說明スルヲ要セス即チ此事實ヲ知ルニ足ルヘキ記錄ノ部分ヲ示サヽルモ可ナリ其事實アリシヤ否ヤハ上告裁判所ノ職權ヲ以テ訴訟記錄ニ付テ審査セサルヘカラス但訴訟記錄ヲ以テ證明スル能ハサル事實ハ上告申立人書面ヲ以テ之ヲ證明セサルヘカラス

上告趣意書ニ掲ク訴訟法以外ノ法則ニ違背シタル主張

第二 訴訟法以外ノ法則ニ違背シタルコトヲ主張スル場合ニハ單ニ原判決ハ擬律ノ錯誤ナリト主張スルヲ以テ足レリトス如何ナル法律ノ規定ニ違背シタルヤ及ヒ其違背シタル說明ヲ揭ケサルモ可ナリトス蓋シ原判決カ實體法ニ反スト云ヘハ特ニ詳細ナル說明ヲ加ヘサルモ法律上之ヲ裁判スヘキ上告審ニ於テハ如何ナル點ニ實體法ノ違背アリヤハ判決書ヲ以テ直チニ知ルヲ得ヘケレハナリ然ルニ今日ノ判例ニテハ單ニ擬律錯誤トノミアレハ上告ヲ不成立ナラシメ又或學說ニ於テモ實體法ノ違背ハ刑法各本條ノ違背ノミナラス刑罰消滅原因等其規定ノ適用ナキコトカ處罰ノ條件タルノ規定アリテ此規定ノ違背ニ基クヤ否ヤノ說明ヲモ上告趣意書ニ加

上告趣意書ニ掲ク訴訟法以外ノ法則違犯ノ主張

ヘサルヘカラスト唱フルアリ然レトモ右ノ如キ原因ノ有無ハ判決ヲ以テ直チニ明カナルノミナラス有罪判決ハ元ト一個ノ刑法ノ規定ニ基クモノナレハ實體法ノ違背アリト云ヘハ完全ナル上告理由ヲ提出シタルモノトス

右孰レノ場合ニ於テモ上告裁判所ハ判決カ主張セラレタル規定ニ違背シタルヤ否ヤノミヲ審査スルニ止マリ主張セサル點ニ於テ判決カ法律ニ違背スルモ之ヲ顧ルコトヲ要セス例ヘハ實體法ノ違背ヲ主張シタルトキニ訴訟法ノ違背アルニ之ヲ顧ルヲ要セス殊ニ第百八十六條第二項ノ事項モ職權ヲ以テ裁判スヘキニ非ス此規定ハ上告審ノ原則ニ對シ決シテ例外ヲ定メタルニ非ス又親告罪ナルニ告訴ナキコトヲ主張シタル場合ニ於テ既ニ時效ニ罹リタルトキト雖モ之ヲ顧ミルコトヲ得ス又訴訟手續ニ違背セリトノ主張カ理由ナキトキハ實體法ニ違背スルコト明カナル場合ト雖モ其上告ヲ棄却セサルヘカラス但上告趣意書ニ揭ケタル說明カ誤レルトキト雖モ他ノ理由ニ因リ其主張シタル規定ニ違背セル結果ヲ得タルトキハ上告ハ理由アリトス

上告申立書ハ原裁判所ニ差出シ原裁判所ニ於テ期間經過後ノ申立其他法律上ノ方式ニ違ヒタルモノハ決定ヲ以テ上告ヲ棄却ス此場合ニ於テハ控訴審ニ於ケル第二百五十五條ヨリ決定ヲ以テ處分スヘキ範圍ハ廣クシテ期間經過後ノ申立ノミニ止ラス上告ノ申立ノ權限ナキ者タリ之ヲ申立タル場合等凡ソ上告ノ方式ニ違ヒタル場合ニ於テモ原裁判所ノ處分ニ任シタルモノトス然レトモ原裁判所ハ此法律上ノ方式ニ違フヤ否ヤノ問題ニ付疑ヲ懷クトキハ此決定ヲ爲サス上告裁判所ノ判決ヲ以テ之ヲ決セシムルヲ得ルモノトス又相手方ノ上告ニ付テハ附帶上告ノ制ヲ廢シ刑事訴訟法第二百七十九條ノ上告ヲ以テ之ニ代ヘタリ

第四節　上告ノ審理

上告審ニ於テハ書面審理ノ主義ヲ採レルヲ以テ被告人ノ呼出ヲ爲サス第二

百八十三條第一項ニ於テ上告申立人其相手方ハ辯護人ヲ差出シ其趣旨ヲ辯明セシムルコトヲ許スト雖モ此辯論ハ附從ノモノタリ故ニ辯護士ヲ差出サルトキハ趣意書ニ基キ裁判ヲ爲ス（刑事訴訟法第二八四條參照）是故ニ上告裁判ニ付テハ關席判決ナキモノトス而シテ檢事ハ常ニ上告ノ公判ニ出廷シ辯論ヲ爲スモ是亦附從ノモノタルヲ免レス

第二百七十六條ニ依レハ重罪刑ニ該ル者ノ爲メニ辯護士ヲ選定ス此規定ハ事件カ重罪ナルモ輕罪ノ刑ノ言渡ヲ受ケタル者ヨリ上告ヲ爲シタル場合及ヒ重罪ノ刑ノ言渡ヲ受ケタルモ檢事ヨリ輕罪ナリ又ハ無罪免訴スヘキモノナリトシテ上告ヲ爲シタル場合ヲ包含セス蓋シ此場合ニハ不利益ニ變更スルコトナキカ故ナリ然レトモ檢事ヨリ重罪ノ刑ニ該ルヘキモノトシテ附帶上告ヲ爲シタル場合ハ本條ニ包含スルモノヽ如シ

上告ノ趣旨及ヒ其答辯ハ受命判事ヲシテ之ヲ調査報告セシムルコトヲ得然レトモ改正以前ト異ナリ常ニ受命判事ヲシテ報告セシムルモノニ非ス被告人本人ヨリ提出シタル趣旨書ノ如キ場合ニ趣旨ニ付キ報告書ヲ作成セシメ又檢事辯護人ノ趣旨書ニ付テモ法律上ノ問題判例學說等ニ付調査報告セシムルコトヲ得ルモノナリ然レトモ受命判事ハ自己ノ意見ヲ報告スルコトヲ得サルコトハ勿論ナリトス

第五節　上告ノ判決

上告裁判所ノ判決ノ種類ヲ擧クレハ左ノ如シ

第一　棄却ノ判決（刑事訴訟法第二八五條參照）棄却ノ判決ニ又三種アリ即チ

一　法律上ノ方式ニ違背シ又ハ期間内ニ於テ提起セサル上告ナルトキ即チ上告不成立ノ場合ナリ

二　期間内ニ趣旨書ヲ差出サヽルトキ此場合ニハ上告ハ成立スルモ裁判ヲ爲スニ由ナキカ故ニ不適法トシテ棄却スルモノナリ趣意書ニ掲ケタル上告理由カ單ニ法律ニ違背セリト

云フニ在リテ實體法ノ違背ナルカ訴訟法ノ違背ナルカ不明ニシテ其ノ理由ヲ盡サヽルトキ又上告趣意書ニ犯罪事實ノ認定又ハ刑期ノミヲ非難スル理由ヲ揭ケタルトキモ亦之レニ屬ス今日大審院ノ判例ハ此ノ如キ場合ハ理由ナシトシテ棄却スルコトヽセルモ上告ハ法律ニ違背スルコトヲ理由トスルカ故ニ此場合ニハ不適法トシテ棄却スルヲ至當トス

三　上告理由ナキトキ

實體的ニ審査ヲ爲シ主張セラレタル趣旨カ理由ナキ場合ナリ此場合ニハ上告裁判所ハ刑ノ執行猶豫ノ言渡ヲ爲スコトヲ得ス（刑法施行法第五五條參照）

第二　破毀移送ノ判決（刑事訴訟法第二八六條參照）　第二百八十六條ニ所謂「上告ヲ理由アリトスル場合」トハ曾テ上告理由ニ於テ述ヘタルカ如ク第二百六十九條第四號及ヒ第五號前段第十號ノ場合ヲ除ク外其各號ニ該リ其他法律ノ違背ト判決ノ内容ト原因結果ノ關係アル場合ヲ謂フナリ此場合ニハ上告ニ係ル判決ノ部分ヲ破毀シ其事件ヲ原裁判所ニ接近シタル同等ノ裁判所ニ移

二、破毀移送ノ判決

送スルノ言渡ヲ爲スヘシ（刑事訴訟法第二九〇條參照）

判決ヲ破毀スルトハ上告ニ係ル判決ノ部分ヲ破毀スルヲ謂フ上告モ亦控訴ニ於ケルカ如ク一部ノ上告ヲ許スコトハ第二百八十九條ノ明文ニ依リテ明カナリ但明示ナキ場合ニ於テハ控訴ニ於ケルト等シク全部ノ上告ト看做ス然レトモ一部ノ上告アリタル場合ト雖モ他ノ部分ニ關係アルトキハ其部分ヲ破毀スヘキモノトス而シテ一分上告ニ依リ一部ヲ破毀スヘキ範圍ハ控訴ニ於ケル場合ト同一ナリ

以下破毀移送ノ效力ニ付テ說明スヘシ

破毀ニ因リ第二審判決及ヒ其公判手續ハ全部ノモノトシテ消滅スルモ第一審判決及ヒ之ニ對スル控訴ハ依然存在ス依テ事件ノ移送ヲ受ケタル裁判所ハ自ラ第一審裁判所ノ判決ニ對シ控訴ヲ受理シタル地位ニ立チテ恰モ第二審ノ審理裁判ナカリシ如クニ審理スヘキモノトス移送ヲ受ケタル裁判所ノ審理裁判ノ權限ハ通常ノ控訴ノ場合ト同シク事實及ヒ法律ノ點

破毀トハ何ソ

破毀移送ノ效力

移送ヲ受ケタル裁判所ノ權限

上訴　上告　上告ノ判決

判決破毀ノ効用
判決破毀ト附帯控訴トノ關係

ニ付テ全部ノ覆審ヲ爲スヘキモノトス移達ヲ受ケタル裁判所ニ於テ更審理ヲ爲スニ當リ前ニ第二審裁判所ノ取調タル證據材料ヲ證據ト爲スヲ得ヘシ即チ破毀セラレタル判決ヲ爲シタル裁判所ノ公判始末書ヲ書證トシテ被告人證人等ノ供述ヲ證據ト爲スヲ得ヘシ是等ハ破毀ノ判決ニ依テ消滅スルモノニ非サレハナリ我刑事訴訟法ニ於テ破毀ノ場合ニ差戻ヲ爲サスシテ他ノ裁判所ニ移送スルモノトナシタルハ是レ事實全體ニ付テ更ニ審理ヲ爲サシメントシタルカ故ニシテ先入主トナルヲ慮リタルモノナリ判決破毀ノ結果ハ原判決ト前審ノ手續トカ取消サレ判決前ノ程度ニ復スルモノナリ故ニ之ニ屬セサル檢事等ノ爲シタル附帶控訴ハ上告人ノミノ上告ニ係ルトキト雖モ尙ホ依然トシテ存在スルモノトス移送ヲ受ケタル裁判所ニ於テハ此附帶控訴ニ付テ裁判テ爲サヽルヘカラス又原裁判所ニ於テ檢事ノ附帶控訴ハ理由ナシトシテ棄却シタル場合ニ檢事ヨリ上告ヲ爲サス上告人ヨリ上告ヲ爲シタルニ原裁判ヲ破毀シ他ノ裁判所ニ移送シタル場合ニ於テモ附帶控訴ハ消滅セス蓋シ一犯罪事件ニ於テハ其全部ヲ分割セスシテ破毀スヘキモノニシテ附帶控訴ヲ棄却シタル判決ノ部分ヲモ破毀スヘキモノナレハ此棄却ノ判決ハ破毀ニ因リテ消滅シ其以前ノ原狀ニ復スヘキモノナリ依テ移送ヲ受タル裁判所ノ公判ニ於テ檢事ヨリ此附帶控訴ノ趣旨ヲ陳述シ之ヲ法廷ニ顯出セシメサレハ其公判手續ハ違法タリ

移送ヲ受ケタル裁判所ノ權限ハ上述スルカ如クナレトモ直接ニ控訴ヲ受ケタル場合ト異ナル點ハ裁判所構成法第四十八條ニ依リ大審院ニ於テ法律ノ點ニ付テ發表シタル意見ニ羈束セラルヽコトナリ此意見ハ實體法ニ關スルト訴訟法ニ關スルトヲ問ハス下級裁判所ヲ羈束ス同條ノ適用ノ條件ハ移送ヲ受ケタル裁判所ニ於ケル新ナル審理ニ依リ全ク異ナリタル結果ヲ生シ爲メニ他ノ法條ヲ適用スルニ至ラサルコト是ナリ又同條ハ下級裁判所ニノミ對スル規定ナレトモ凡ソ上告裁判所自體ハ其事件ニ付キ發

移送テ受ケタル裁判所ノ權限ニ關シ直接ニ控訴ヲ受ケタル場合ト如何ナル點ニ於テ異ナルカ乎

上訴　上告　上告ノ判決

表シタル意見ニ自ラ羈束セラルヽコト當然ナリ再ヒ上告アリタル場合ニ前ノ法律解釋ト異ナル判決ヲ爲ス能ハス若シ前ノ判決ト反對ニ出ツレハ下級裁判所及ヒ當事者ハ適從スル所ヲ知ラサルナリ此理由ヨリ推ストキハ控訴院カ上告裁判所タルトキモ明文ナキニ拘ハラス下級裁判所ハ其表示シタル意見ニ羈束セラルヽモノト謂ハサルヘカラス從テ當事者モ亦之ニ反スル理由ヲ再上告ノ理由トナスヲ得ス是ヲ以テ上告裁判所ノ意見ニ拘束セラルヽコトハ其事件ニ對スル破毀ノ效力トシテ認ムルヲ得ヘシ

私訴ノ判決ニ對シ公訴ト同時ニ上告ヲ爲シ又ハ私訴ノ判決ニ對シテノミ上告ヲ爲シタルトキニ私訴ノミニ付テ破毀移送ヲ爲スヘキ場合ニハ他ノ裁判所ノ民事部ニ移ス從テ其以後ノ手續ハ民事訴訟法ニ從ヒテ審理スヘキモノニシテ刑事訴訟法ニ依ルコトヲ得ス（刑事訴訟法第二九〇條參照）此場合ニ於テ第一審ハ刑事訴訟法ニ從ヒ私訴ノ審判ヲ爲シ第二審ニ於テ民事訴訟法ニ從フヲ以テ此規定ニ對スル非難アリ

第三　上告裁判所自身ノ判決（刑事訴訟法第二八七條參照）

モ亦二種アリ

一　擬律ノ錯誤アルトキ

此場合ニハ犯罪事實ハ既ニ確定シ唯法律ノ適用ニ付テ違背アルモノナレハ上告裁判所ニ於テモ本案ノ裁判ヲ爲スコトヲ得ヘク刑ノ言渡ヲモ爲スコトヲ得但犯罪事實ノ確定カ適法ニシテ且正確ナル場合ニ限ルコト勿論ナリ若シ事實ノ認定不確定ナルトキハ未タ裁判ヲ爲スニ適セサルモノナリ例ヘハ原判決ニ於テハ罪トナルヘキ事實ヲ認ムルモ其證據ノ說明ヲ缺キタルカ如キ理由ニ不備アリ又ハ理由ニ齟齬アルトキハ縱令其事實ハ刑法ノ適用ヲ爲スヘキモノナルニ拘ハラス上告裁判所ハ自ラ裁判ヲ爲スコト能ハス破毀シテ之ヲ他ノ裁判所ニ移サヽルヘカラス即チ民事訴訟法第四百五十一條第一號ニ於ケル如ク其事件カ裁判ヲ爲スニ熟スルトキニ非サレハ上告裁判所ハ直チニ裁判ヲ爲ス能ハサルナ

獨逸治罪法ノ規定

リ而シテ其移送ヲ受ケタル裁判所ニ於テ更ニ事實ノ確定ヲ爲スコトヲ要ス

獨逸治罪法ニ於テハ擬律ノ錯誤ニ因リ上告裁判所カ直チニ判決ヲ爲スヘキ場合ハ無罪、免訴若クハ絕對ノ刑ヲ言渡ス場合(例ヘハ各種ノ稅法ニ於ケル脫稅額ノ幾倍ノ罰金ト云フ如キ場合)又ハ最短期最少額ノ刑ノ言渡ヲ爲スヲ至當トスル場合ニ限レリ是レ刑期ハ犯罪ノ情狀ヲ十分ニ知了スルニアラサレハ定ムルコト能ハス犯罪ノ情狀ハ判決ノ理由中ニ完全ニ表示セラルヽモノニアラス從テ最長期最短期ノ間ニ於テ刑罰ヲ定ムルハ辯論ニ基キテ爲スヘキモノニシテ記錄ノ上ニ付テ爲スコトヲ得スト云フニ在リ然レトモ我刑事訴訟法ニ於テハ第二百八十七條ニ於テ一定不動ノ刑罰ヲ言渡ス場合ニ制限スルノ明文ナキヲ以テ刑ニ多少長短ノ範圍アル場合ニ於テモ上告裁判所ニ於テ刑ヲ定ムルコトヲ得ルノミナラス酌量減輕又ハ執行猶豫ノ言渡モ亦原判決ノ事實認定ニ基キ之ヲ爲スヲ得ルモノナリ然レトモ此ノ如キ判例ハ現行刑法ノ如ク廣キ刑ノ範圍ヲ有スルモノヽ適用ニ付テハ疑アリ

不當ニ公訴ヲ受理スト云ハ何

二　法律ニ背キ公訴ヲ受理シタルトキ

此場合モ亦事實ノ審理ヲ要スルモノニアラサレハ上告裁判所ニ於テ直チニ裁判スヘキモノトス原裁判所ニ於テ不當ニ管轄ヲ認メタル場合ニ於テハ上告裁判所自ラ裁判ヲ爲スノ明文ナキヲ以テ他ノ裁判所ニ移送セサルヘカラサルカ如シト雖モ之ヲ移送スルモ移送ヲ受ケタル裁判所ハ第二百六十二條ニ依リ上告裁判所ト同一判決ヲ爲スニ止マリ更ニ本案事實ヲ審理スルノ要ナシ斯ノ如ク無益ノ手續ヲ爲スハ法律ノ趣旨ニアラサレハ上告裁判所ハ此場合ニハ直チニ裁判ヲ爲スヘキモノトス殊ニ軍法會議ノ管轄ニ屬スル場合又ハ大審院ノ特別權限ニ屬スル場合ニ於テハ普通裁判所又ハ下級裁判所ノ管轄ニ屬セサルコトヲ上告審ニ於テ認ムルニ拘ハラス之ヲ下級裁判所ニ破毀移送スルハ其當ヲ得タルモ

上訴　上告　上告ノ判決

上告裁判所カ公判手續ノミヲ破毀スルヲ相當トスル場合アリ

破毀ノ利

ノニアラス

上告裁判所ノ判決ニハ上述ノ外原判決ヲ破毀セス公判手續ノミヲ破毀スル判決アリ（利事訴訟法第二八八條參照）凡ソ手續ノ違背ヲ以テ上告ノ理由トナスニハ違背ト裁判ト原因結果ノ關係アルコトヲ要スル以上ハ本條ハ全ク其適用ナキモノナリ是レ全ク舊治罪法ノ遺物ニシテ無用ノ規定タルヲ免カレス舊治罪法第二百三十四條ニ於テハ豫審ニ於テ不法ニ令狀ヲ發シ又ハ發セサルトキ不法ニ保釋責付ヲ爲シ又ハ爲サヽル等ノ場合ニハ其裁判所ノ會議局ニ故障ヲ許シ其會議局ノ判決ニ對シテ上告ヲ許セリ故ニ舊治罪法ニ本條ノ規定アリシハ公判ニ於ケル勾留狀ノ不法ノ發布等ニ對シ其手續ノミヲ破毀スルノ趣旨ナリト解スルヲ得ルモ本條ニ於テ公判ノ手續ト云フハ勾留勾引ノ如キモノヲ含マサルヤ明ナルカ故ニ刑事訴訟法ニ於テハ意味ナキ規定ナリト謂ハサルヘカラス

破毀ノ利益ハ獨リ上告人ニ及ヒ他ノ共犯罪人ニ及ハサルコト明ナリ然レトモ之ニ對シテハ例外ナキニアラス第二百八十九條第二項是ナリ同條ニ於ケル破毀ノ利益ハ當然他ノ共犯人ニ及フモノニアラス又非常上告ニ依リテ他ノ共犯人ニ對スル判決ノ部分ヲ取消スヘキモノニアラス此場合ニ共犯人モ共ニ上告ヲ爲シ破毀スヘキ理由ヲ主張シタリト看做スヘキモノニシテ上告裁判所ニ於テ同時ニ上告ヲ爲サヽル被告人ニ對スル部分ヲ破毀シ裁判スヘキモノトス今其條件ヲ擧クレハ左ノ如シ

共同被告ト判決破毀ノ關係（同時破毀ノ條件）

第一　共犯人ハ同一ノ犯罪ニ付テ同時ニ有罪ノ言渡ヲ受ケタル場合ニ限リ適用セラレ單ニ數個ノ犯罪ヲ併合審理シタルノミニテハ十分ナラス例ヘハ竊盜ト故買ト同時ニ判決アリタルコトヲ要シ一人ニ對シテハ先ニ公訴アリテ判決既ニ確定シ一人ニ對シテハ後ニ公訴起リテ其訴訟ノ上告ニ於テ擬律ノ錯誤アリタルトキニハ適用ナシ是レ第二百八十九條第二項ノ共同被告人ナル文字ヨリ推シテ爾ク言フヲ得ルナリ

上訴　上告　上告ノ判決

第二 法文ニ上告ヲ爲サヽルル共同被告人ニモ及フトアレトモ共同被告人カ上告ヲ爲シタルモ其理由ナカリシトキニモ亦適用セラルル

第三 被告人ノ利益ノ爲メニ判決ヲ破毀シタルコトヲ要ス即チ無罪、免訴又ハ公訴不受理トナリ又ハ法律上刑ノ減輕アル場合ナラサルヘカラス而シテ其上告ハ被告人ヨリ爲シタルト檢事ヨリ爲シタルトヲ問フコトナシ

第四 公訴ヲ不法ニ受理シ又ハ擬律ニ錯誤アルニ因リテ破毀ヲ爲ス場合ナルヲ要ス管轄違ノ場合ヲ包含セス

第五 共通ノ違法アルニ由リ破毀ヲ爲シタルコトヲ要ス故ニ同種類ノ違法アルモ共通ニアラサレハ不可ナリ而シテ公訴ヲ不法ニ受理シタルトキハ常ニ利益ノ破毀ナルモ共同被告人ニ其違法カ共通ナルコトアリ又然ラサルコトアリ共ニ同時ニ起訴セラレタルトキハ共通ノ違法アルコト多カルヘク別ニ起訴セラレタルトキハ共通タルコトナシ擬律ノ錯誤アルトキ例ヘハ累犯加重ノ如キ違法ハ他ノ共同被告人ニ同一ノ事由アルモ之ニ利益

ヲ及ホサヽルモノトス

第六 上告裁判所カ自ラ本案ノ判決ヲ爲ス場合ニ限リ適用ヲ見ル上告裁判所カ事件ヲ移送スルトキハ之ヲ受ケタル裁判所ニテ擬律ノ錯誤ヲ更正シ又ハ公訴不受理ノ言渡ヲ爲スコトアルヘキモ此場合ニハ事實ノ審理ヲ爲スカ故ニ或ハ其罪情ノ變スルコトアルヘク必スシモ共同被告人ニ利益アリト謂フヘカラス其利益ハ未定ニシテ豫メ知ルコトヲ得サレハ之ニ包含セス若シ事件ヲ移送スル場合ヲモ含マシメントセハ破毀ノ效力ハ上告ヲ爲サヽル共同被告人ニ及フト規定スヘク其利益ヲ及ホスト規定スヘキニ非ス

第二百八十九條ノ規定ノ批評

第二百八十九條ノ規定ハ數人ノ共同被告人アルトキ一人カ上告ニ依リ無罪等ノ利益ヲ受ケ一人ハ上告ヲ爲サヽルカ爲メニ有罪タルハ正義ヲ害スト云フニ基クモノナリ然レトモ其理由トスル所ハ頗ル不明ニシテ且其當ヲ得タルモノニアラス蓋シ同時ニ共同被告人ニ對シ判決カ言渡サレタルハ全ク偶

然ノコトナリトス然ルニ第二百八十九條ノ特典ハ此偶然ノ事項ニ係ルモノナリ若シ此理由ヲ正當ナリトセハ共犯ニアラスシテ同種類ノ犯罪ヲ犯シタルトキト雖モ一ハ無罪トナリ他ハ有罪トナリタルトキニモ正義ハ害セラルルモノナレハ此場合ニモ他ノ共同被告人ニ利益ヲ及ホサシメサルヘカラス」

上告裁判所自身カ判決ヲ爲ス場合ニ於テハ不利益ニ變更スルコトヲ得サル制限アリ（刑事訴訟法第二九一條參照）是レ控訴ノ場合ニ於ケルト均シク法律ノ特典ニ基クモノナリ而シテ此制限ハ事件ノ全體ヲ審査スヘキ控訴ノ如キ組織ニハ適セサルモ當事者ノ提出シタル理由ノ當否ノミヲ審査スヘキ上告ニハ適スルモノトス故ニ當事者ヨリ自己ニ不利益ナル上告理由ヲ提出シタルトキハ假令原判決ハ此點ニ於テ違法アルモ上告ヲ棄却スヘキモノトス

第二百九十一條ハ上告裁判所ヨリ移送ヲ受ケタル裁判所ニ於テモ適用サルルモノナリヤ否ヤ是レ議論ノ存スル所ナリ例ヘハ原判決ニ於テ第一審判決ヲ取消シ更ニ輕キ刑ヲ言渡シ上告裁判所カ之ヲ破毀移送シタリトセハ其事

上告裁判所自身カ判決ヲ爲ス場合ニ於ケル（不利益變更）制限

不利益變更ノ制限ハ移送ヲ受ケタル裁判所ニ於テモ亦適用セラルヽモノナリヤ

件ノ移送ヲ受ケタル判裁所ハ原判決ノ刑ヨリ重キ刑ヲ言渡スコトヲ得ルヤ或ハ形式上ヨリ言ヘハ上告人ハ上告裁判所ニ於テ原判決ヲ破毀シ事件ノ移送ヲ爲シタルトキニ其目的ヲ達スルモノニシテ事件ノ移送ヲ受ケタル裁判所ニテ不利益ノ變更ヲ禁スルコトハ想像スルヲ得ス然レトモ實體上ヨリ言ヘハ原判決ノ破毀ハ其レ自身カ目的ニアラス上告審ノ破毀ハ移送ヲ受ケタル裁判所ノ新ナル審査ニ依リ無罪、免訴トナリ又ハ輕キ刑ヲ求ムルノ手段ナリ移送ヲ受ケタル裁判所ニ於テモ此不利益ノ變更ノ制限ナケレハ上告人ハ其結果ニ於テ危險ナルモノナリ恰モ控訴ニ於テ此制限ナキト同一ナリト然レトモ原判決ハ既ニ破毀ニ因リテ消滅シタルモノナレハ其刑期ハ不利益ト否トノ標標トナラス被告人ハ第二審判決ノ破毀ト更ニ審理辯論ヲ爲スコトヲ求メ一方ニハ原判決ヲ此不利益變更ノ標準トシテ維持セントスルハ矛盾ノ事ナリトス被告人ハ原判決ノ破毀ニ依テ其目的ヲ達シタルモノニシテ上告理由ヲ認メ移送シタル判決ハ不利益變更ノ制限ヲ適用スヘキ反對ノ場合

ニ屬ス從テ第二百九十一條ヲ茲ニ適用スルコトヲ得ス移送ヲ受ケタル裁判所ニ於テハ第二百六十五條ニ依リ第一審ノ刑ヲ以テ標準トナスヘシ斯ノ如クナレハ移送ヲ受ケタル裁判所ニ於テモ檢事ハ附帶控訴ヲ爲スヲ得ヘシ

第四章　抗告

抗告ノ意義

抗告トハ裁判所若クハ判事ノ爲シタル決定ニ對スル上訴方法ナリ抗告ナル上訴ヲ設ケタルハ他ノ上訴ヲ補充シ且附從ノ爭點ヲ分離シテ他ノ上訴ニ係ル爭ヲ簡易ナラシムルニ在リ而シテ抗告ハ控訴ト同シク事實及ヒ法律ノ點ニ付テ攻擊ヲ許スモノニシテ上告ト異ナリ其理由ニ制限ナシ又抗告ハ他ノ上訴ノ如ク三審級ニ限ラルヽモノニアラス控訴院カ上告裁判所タルトキニ於テモ控訴院判事ニ對シ忌避ノ申請ヲ爲シ之ヲ却下シタル同院ノ決定ニ對シテ更ニ大審院ニ抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ

抗告ヲ爲シ得ヘキ場

刑事訴訟法二百九十三條ニ依レハ抗告ハ法律ニ於テ特ニ之ヲ許シタル場合ニ限リ爲スコトヲ得トセリ其場合ヲ擧クレハ左ノ如シ

第一　忌避ノ申請ヲ不當ナリトシテ却下スル決定（刑事訴訟法第四二條民事訴訟法第三八條參照）

第二　證人、鑑定人、通事カ判事又ハ裁判所ノ呼出ヲ受ケ出頭セサルカ爲メ費用賠償及ヒ罰金ヲ言渡ス決定（刑事訴訟法第一〇一條、第一一八條、第一二六條、第一三六條、第一九〇條參照）

第三　證人、鑑定人カ宣誓又ハ供述ヲ肯セサルカ爲メ罰金ヲ言渡ス決定（刑事訴訟法第一二六條、第一三八條、第一九〇條參照）

第四　免訴又ハ管轄違ノ豫審終結決定ニ付テハ檢事ヨリ抗告ヲ爲スヲ得（刑事訴訟法第一七二條參照）

第五　第一審若クハ第二審裁判所ニ於テ期間經過後ノ控訴又ハ法律上ノ方式ニ違ヒ若クハ期間經過後上告ヲ棄却スル決定（刑事訴訟法第二五五條、第二七四條參照）

第六　刑ノ言渡ニ付キ疑義ノ申立アルトキ又ハ執行ニ付キ異議ノ申立アルトキ之ニ關スル決定（刑事訴訟法第三二二條參照）

上告　抗告

第七 刑法第五十二條又ハ第五十八條ニ依リ刑ヲ定メ又ハ其請求ヲ却下シタル決定（刑法施行法第五三條第五七條參照）

第八 刑ノ執行猶豫ノ言渡ヲ取消シ又ハ其請求ヲ却下シタル決定（刑法施行法第五六條參照）

以上第二、第三ノ場合ニハ證人、鑑定人及通事ハ第三者タル地位ヲ去リテ當事者タル地位ヲ得ルモノニシテ第六ノ場合ニハ被刑人カ此點ニ付キ當事者タル地位ヲ復活スルモノナリ又第一ノ場合ハ此申請却下ノ決定ニ對シ抗告ヲ許シ之ニ依テ此問題ヲ確定セシメ更ニ控訴上告ノ審理ヲ及サシメサルニ在ルカ故ニ（刑事訴訟法第二六九條但書參照）手續ヲ簡易ニスル目的ニ出タルモノトス第二號ノ場合ハ第三者ニ對スル裁判ナレハ他ノ上訴ヲ以テ不服ヲ申立ルヲ得ス即チ上訴ノ制度ヲ補足スルノ目的ニ出ツ第四號及ヒ第五號ノ場合ハ本案判決ノ發生ヲ妨クルモノナレハ是レ亦補充ノ爲メニ抗告アリ第六號ハ本案判決後ノモノナルヲ以テ他ノ上訴ヲ用キル能ハサレハ補充トシテ抗告ヲ許スモノトス第七號及第八號ハ本來判決ヲ以テ裁判スヘキモノナルモ決定ヲ以テ簡易ノ手續ニ依リテ裁判スルコトヽ爲シタルカ故ニ他ノ上訴ヲ爲ス能ハス其補充トシテ抗告ヲ許スヘキモノトス

本法ニ於テ抗告ヲ許スハ以上ノ場合ニ限ラレ公判開廷ノ際言渡ス決定ノ如キモノニ對シテハ之ヲ許サス蓋シ是等ノ決定ハ判決ト密接ノ因果關係ヲ有シ判決ノ準備タル性質ヲ有スルヲ以テ判決ヲ爲ス際尙ホ此點ニ付キ審査スルヲ要スレハ之レニ對シ抗告ヲ許スハ其決定ノ趣旨ニ反スレハナリ即チ證據決定ノ如キモノ之レナリ

抗告期間内ニ抗告アリタルトキハ原決定ノ執行ヲ停止スルノ明文アルハ右第二第三及ヒ第四ノ場合ナリ（刑事訴訟法第一七四條第一一八條第一項末段第一二六條第一項末段參照）第二、第三ノ場合ニハ此抗告ハ執行ヲ停止スル效力ヲ有スルノ明文アルカ故ニ恰モ抗告アリタルトキノミ執行ヲ停止スルカ如クナレトモ抗告期間内ハ何時抗告アルヤモ圖ルヘカラサレハ抗告期間内ハ無論其執行ヲ停止セサルヘカラス

抗告期間

其他ノ場合ニ於テハ明文ナキモ執行ヲ停止スルト同一ノ結果ヲ生スルモノナリ第一ノ場合ニ忌避ノ申請アレハ公判ノ辯論ハ之ヲ中止シ豫審ハ急速ヲ要セサルモノヲ除ク外續行スルモノトス此狀態ハ忌避ノ申請却下ノ決定アルニ因リテ變更スルモノニアラサレハ執行ヲ停止スルト同一ノ結果ナリ第五ノ場合ニ於テ控訴又ハ上告棄却ノ決定アル前ニ判決ノ執行ヲ爲スヲ得ルコトハ疑ナク此決定ノ如何ニ依リテ檢事ハ刑ノ執行ヲ停止スルコトヲ得ルノ權ヲ有ス故ニ此決定ハ當然執行セラルヽモノト謂フヘカラス又第六ノ場合ニ於テモ此決定アルカ爲メニ現ニ行フ刑ノ執行ヲ變更又ハ中止スルコトヲナキヲ以テ決定ノ執行ヲ停止スルト同一ナリ第七、第八ノ場合ニ於テモ此決定アルノミヲ以テハ何等ノ狀態ノ變更ナキコト明ナリ要スルニ抗告ヲ爲シ得ヘキ決定ハ言渡ト同時ニ執行シ得ヘキモノニ非スシテ其形式上ノ確定ヲ待チテ之ヲ執行シ得ルモノトス

抗告期間ハ三日トス此期間ハ裁判ノ送達ノ日ヨリ起算スヘキモノトス（刑事訴訟法第二九五條參照）

抗告申立ノ方式

抗告ヲ爲スニハ抗告申立書ヲ決定ヲ爲シタル裁判所又ハ豫審判事、受命判事受託判事ニ差出スヘシ而シテ其裁判所又ハ豫審判事ニ於テ抗告ヲ理由アリトナストキハ更ニ決定ヲ以テ不服ノ點ヲ更正シ落着ヲ告クルコトヲ得此場合ニハ抗告裁判所ノ裁判ヲ受クルコトナクシテ終了スルモノトス之ニ反シ裁判所又ハ判事カ抗告ヲ理由ナシトスルトキハ意見ヲ付シ三日內ニ抗告申立書ヲ抗告裁判所ニ送致シ且豫審終結決定ノ抗告ニ付テハ訴訟記錄ヲ併セテ送致スヘキモノトス原裁判所ニ於テ裁判ノ實質ニ付キ再考ヲ爲スノ義務ヲ有シ不服ノ點ヲ更正スル權利アルハ決定ヲ以テ之ヲ爲シタル裁判所ニ於テ變更スルヲ得ルカ故ニ非ス裁判ハ如何ナル方式ノモノト雖モ同一裁判所ニ於テ變更スル能ハサルハ裁判ノ章ニ於テ述ヘタル所ナリ故ニ此更正ノ權ハ本條ヲ以テ與ヘタル特種ノ權ニシテ抗告ノ申立ヲ待テ始メテ行フコトヲ得ヘキモノナリトス又再考ノ義務ヲ行ハスシテ直チニ抗告裁判所ニ事件ヲ

送致スルモ抗告裁判所ヨリ事件ヲ原裁判所ニ差戻シテ此義務ヲ強制スルコトナシ蓋シ抗告審ハ抗告申立ニ依リ移審ノ效力ノ結果トシテ裁判スヘキ義務アルノミナラス抗告裁判所ニ送致セハ原裁判所ハ更正スヘキニ非ストノ意見ナリト認ムヘキヲ以テナリ（刑事訴訟法第二九七條參照）

抗告裁判所ノ審理

抗告裁判所ノ審理ハ書面審理ナリ豫審終結決定ニ對スル抗告ナルトキハ受命判事ヲシテ豫審判事ト同一ノ取調ヲ爲サシメ報告ヲ爲サシムルコトヲ得此報告アリタルトキモ亦書面ニ依リテ裁判スヘキモノトス（刑事訴訟法第二九八條參照）抗告ノ裁判ニ付テハ第二百九十九條第三百條ノ規定ヲ適用スルモノトス

一部抗告ノ審理

抗告ニ付テモ一部ノ抗告アリ免訴トナリタル數罪中ノ一罪ニ對シ抗告ヲ爲スヲ得ヘキハ論ヲ俟タス此場合ニ於テ有罪ト認メラルヽトキハ各罪獨立シテ公判ニ付セラルルモノナレハ刑法第四十七條ヲ適用スヘキトキト雖モ之ヲ分離シテ一部ノ抗告ヲ爲スコトヲ得一罪ヲ分離シテ一部ノ抗告ヲ爲シ得サルハ控訴ニ於ケルト同一ナリ而シテ一部ノ抗告アリタルトキハ抗告裁判所ノ審理裁判ハ其部分ヲ脫出スルヲ得ス又一部ノ抗告アリタルコト不明ナルトキハ全部ノ抗告ト看做スヘキハ控訴ノ場合ト異ナルコトナシ

抗告裁判所ノ決定ニ對シ再抗告ヲ爲スコトヲ得ルヤ

抗告ノ裁判ニハ不利益變更ヲ禁スル明文ナキヲ以テ此點ハ控訴ト異ナルモノトス蓋シ事實ノ審査ヲモ併セテ抗告ニ係ル部分全部ニ付キ職權ヲ以テ審査スル以上ハ此組織ト不利益變更ノ制限トハ相容レサルカ故ニ此制限ヲ付センニハ明文ヲ要スレハナリ刑法第五十二條又ハ第五十八條ニ依ル決定アリタルトキト雖モ右原則ノ適用ニ變更ヲ生スルモノニ非ス然ルニ此場合ニ於テ抗告書カ更ニ重キ刑ノ言渡ヲ得ルト爲スハ酷ニ失スルヨリ反對ノ訴ヲ立ツルモノト雖モ正確ナル根據ニ基ク議論ト謂フコト能ハス

抗告裁判所ノ決定ニ對シテハ再抗告ヲ爲スヲ得ルヤ否ヤ第二百九十四條第二項ニ於テ之ヲ決セリ同條ニ依レハ抗告申立人ヨリハ新ナル獨立ノ抗告理由アルモ之ヲ爲スヲ得ス之ニ反シテ抗告申立人ノ相手方ハ法律ノ許シタル

抗告理由アルトキハ再抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ、

第六編　確定判決ニ對スル攻撃

第一章　非常上告

非常上告ノ制度ノ沿革

我刑事訴訟法ニ於テハ確定判決ニ對スル攻撃方法トシテ非常上告及ヒ再審ノ方法ヲ設ケタリ非常上告ハ確定判決ニ實體法適用ノ誤謬アル場合ニ之ヲ許シ再審ハ事實ノ誤謬アル場合ニ之ヲ許シ以テ被告人カ不當ノ責任ヲ負フコトナキヲ期セリ

非常上告ハ佛國治罪法ニ於ケル法律ノ利益ノ爲メニスル上告ナル制度ヨリ移植サレタルモノナリ（佛國治罪法第四四二條參照）佛國治罪法ニ於ケル此制度ハ法律ノ適用ヲ統一スルノ目的ヲ以テ違法ノ確定判決ニ對シ如何ナル場合ヲ問ハス之ヲ許スト雖モ確定判決ヲ破毀更正スル裁判ノ效力ヲ上告人ニ及ホサス即チ原判決ノ執行ニハ何等ノ影響ナキモノトセリ然レトモ我刑事訴訟法ニ於ケル非常上告ノ制度ハ上告人ノ利益ヲ變更スル場合ニ限リ之ヲ許シ破毀更正ノ結果モ亦上告人ニ對シ其效力ヲ及ホスモノトセリ是レ彼我兩制度ノ異ナル點ニシテ我國ニ於テハ非常上告ヲ一ノ訴訟上ノ救濟方法ト爲シタルモノナリ

非常上告ヲ爲スノ條件

第二百九十二條ニ依レハ非常上告ヲ爲スノ條件ハ左ノ如シ

第一　第一審裁判所若クハ第二審裁判所ノ確定判決ナルヲ要ス

第一審又ハ第二審ノ判決ニ對シ期間内ニ上訴スル者ナクシテ其判決確定シタルトキニアラサレハ非常上告ヲ爲スコトヲ得ス即チ第二審ノ判決ニ對シ期間内上告ヲ爲シタル者アルトキハ非常上告ヲ爲スコトヲ得ス是レ上告裁判所ノ判決ニ對シテハ非常上告ヲ許サヽルモノナリ上告裁判所ハ上告論旨トナサヽル法律ノ違背ニ付テハ監査スルコトナキヲ以テ上告裁判所ノ判決ニ對シ非常上告ヲ許サヽルハ不當ナルカ如シト雖モ是レ佛國

ニ於ケル上告スル者ナキ場合ニ法律ノ利益ノ爲メニ大審院ノ權力ヲ擴張シタル趣旨ヲ繼承シタル結果ナリトス

第二 法律ニ於テ罰セサル行爲ニ對シ刑ヲ言渡シタル場合ナラサルヘカラス

本號前段ハ無罪ノ事實ヲ認メ之ニ刑罰ヲ科シタル場合ニシテ擬律錯誤ノ一ナリ故ニ同一事件ニ付キ確定判決アリタルニ刑ヲ言渡シ又ハ告訴ナキ親告罪ニ付キ刑ヲ言渡シタルカ如キ場合ヲ含マス後段ハ當ニ加減順序又ハ刑期計算ヲ誤リタルトキノ如キ法律ニ認メタル刑期範圍外ノ刑ヲ言渡シタル場合ノミナラス恐喝取財ノ事實ヲ認メ之ニ强盜ノ法條ヲ適用シタルカ如キ擬律ノ錯誤ニ因リ相當ノ刑ヨリ重キ刑ヲ言渡シタル場合ヲモ包含ス此點ニ付テハ學者間異論ナキニアラスト雖モ明文ニ擬律錯誤ノ場合ヲ除外スルノ制限ナキヲ以テ前段ニ照シ斯ク解釋スルヲ至當ナリトス而シテ此場合ニ恐喝取財ノ事實ニ强盜ノ法條ヲ適用シタルモ之ヲ酌量減輕シ恐喝取財ノ罪ニ相當スル刑ヲ言渡シタル場合ニモ非常上告ヲ爲スニ妨ケナシ蓋シ相當ノ刑トハ犯罪所爲ノ情狀ニ相當スル刑トノ意ニアラスシテ法律ノ適用カ相當ナリト解スヘケレハナリ

以上ノ條件具備シタルトキハ刑ノ執行ヲ終リ又刑ノ時效、特赦ニ因リ執行ヲ免セラレタル後ト雖モ何時ニテモ非常上告ヲ爲スコトヲ得ヘシ蓋シ非常上告ニハ期間ヲ設ケサルカ故ナリ又此場合ニ於テ刑ノ執行ヲ終ルモ破毀セラレタルトキニハ上告人カ新ニ罪ヲ犯スコトアルモ再犯トナルコトナキヲ以テ上告人ニ利益アリト謂フヘキナリ然レトモ被告人ノ死去後ハ非常上告ヲ爲スヲ得サルモノトス蓋シ當事者ノ存在ナクシテ判決ヲ言渡スコトヲ得ルハ法律ノ明文ヲ待テ始メテ存スヘキモノニシテ法律ハ之ヲ再審ニ限リ認メタレハナリ

非常上告ヲ爲スヲ得ル者ハ其事件ニ付キ上告ヲ受クル權アル裁判所ノ檢事ニシテ司法大臣ノ命ニ因リ又ハ職權ヲ以テ非常上告ヲ爲ス故ニ非常上告

刑ノ執行後又ハ刑ノ執行免除後ニモ亦非常上告ヲ爲スコトヲ得ルヤ

非常上告ヲ爲スヲ得ル者

確定判決ニ對スル攻撃　非常上告

受クル裁判所ハ大審院タルコトアルヘク又控訴院タルコトアルヘキナリ

非常上告ノ申立ノ效力

非常上告ノ申立ノ效力

非常上告ノ申立ノ效力

非常上告ノ審理

非常上告ノ審理

非常上告ノ審理

沿革ヲ按スルニ羅馬法ニ於テハ確定判決ヲ重ンスルノ主義ヲ確守シ再審ヲ許サヽリシカ近世ノ立法例ニ於テハ實體的眞實發見ノ主義ヲ實行スルカ爲メニ多少ノ範圍ニ於テ再審ヲ許サヽルモノナシ即チ今日再審ニ關スル立法上ノ問題ハ確定判決ヲ動カスヲ許スヘキヤ否ヤノ問題ニアラスシテ如何ナル範圍マテハ確定力ヲ動カスヘキヤノ點ニ在リ佛國治罪法ニ於テハ本法第三百一條第一號乃至第三號ニ揭クル原因アル塲合ニ限リ再審ヲ許シタルモ近時新證據アル一般ノ塲合ニマテ之ヲ擴張セリ且被告人ノ利益トナルヘキ塲合ニアラサレハ之ヲ許サス獨逸治罪法ニ於テハ被告人ノ利益ノ爲メニスル再審ト被告人ノ不利益ノ爲メニスル再審ノ原因ハ本法第三百一條第四號乃至第六號ニ該當スル塲合ノ外一般ニ被告人ヲ無罪トシ又ハ輕キ刑ヲ言渡スヘキ新事實又ハ新證據アル塲合ニモ之ヲ許ス墺國治罪法ハ獨逸ノ法制ニ倣ヒ一層其範圍ヲ擴張シ非常上告ノ名ヲ以テ大審院ハ檢事總長ノ請求ニ因リ又ハ職權ヲ以テ事實ノ誤認ノ疑

アルトキハ重罪又ハ輕罪ノ刑ノ言渡ヲ受タル者ノ利益ノ爲ニ原因ノ條件ニ係ラス罪又ハ輕キ刑言渡スヲ得ルモノトセリ我刑事訴訟法ハ佛國法ニ倣ヒ被告人ノ不利益ノ爲メニスル再審ヲ認メス然レトモ被告人ノ利益ノ爲メニスル再審ヲ認ムルニ當リ其原因ヲ佛國法ノ舊規定ニ比シテ遙ニ擴張セリ余ハ被告人ノ不利益ノ爲メニスル再審ヲ許シ再審ノ訴ヲ有罪ノ判決ニノミ限ラサルヲ至當ナリト信ス何トナレハ無辜ノ刑ヲ受ケサルノ權利又ハ輕キ責任アル者ハ輕キ刑ヲ受クルノ權利ト實際ノ有罪者ヲ罰スル國家ノ權利トハ之ヲ同樣ニ保護スルヲ以テ公平ヲ得タリト謂フヘキヲ以テナリ然レトモ不利益ノ爲メニスル再審ハ其原因ヲ成ルヘク制限スヘキハ當然ナリ我刑事訴訟法ニ於テ之ヲ認メサルハ蓋シ無罪、免訴ノ言渡ヲ受ケタル者ノ權利ヲ確實ニシ無罪者ノ心ヲ安ンセシムルノ意ニ出テタルモノナランカ

以上說述スルカ如ク各國ノ立法例ハ或ハ再審ノ範圍ヲ廣ク認ムルモノアリ或ハ制限ヲ加フルコト多キモノアリ而シテ範圍ノ廣キモノハ糺問主義ノ原

則ニ從ヒ實體的眞實ヲ得ルニ努ムルモノナリ範圍ノ狹キモノハ確定判決ノ結果ヲ固守シ再審ヲ以テ訴訟ノ原則ノ一大例外トナセルモノナリ此後者ノ主義ヲ採ルモノハ再審ノ訴ヲ裁判スル權限ハ確定判決ヲ言渡シタル裁判所以外ニ歸スヘキ權利ナリトシ確定判決ヲ破毀スルコトヲ最上級ノ裁判所即チ上告裁判所ニ委ネタリ而シテ上告裁判所ハ再審ノ訴ヲ理由アリトスルモ原判決ヲ破毀スルニ止メ新ナル審理ハ之ヲ他ノ裁判所ニ爲サシムル之ニ反シ第一ノ主義ヲ採ル者ハ確定判決ヲ爲シタル裁判所ヲシテ再審ヲ爲サシムル而シテ再審ノ手續ヲ前手續ノ續行トナス

現行法ノ規定

再審ト再審ノ訴トノ別

現行刑事訴訟法ハ上告裁判所ニ於テ再審ノ訴ヲ受ケ確定判決ヲ破毀シ之ヲ他ノ裁判所ニ移送シ他ノ事實裁判所ハ新ニ之ヲ審理判決スルノ手續ヲ採レリ故ニ再審ノ訴ト再審トハ全ク之ヲ區別セリ再審ノ訴ハ確定判決ヲ破毀スルコトヲ求ムルニ止マリ其手續ハ破毀移送ヲ以テ終ル而シテ再審ハ移送ヲ受ケタル裁判所ニ於テ新ナル基礎ニ基キテ爲ス手續ナリ換言スレハ再審ハ

目的ニシテ再審ノ訴ハ其目的ヲ達スル方法ナリ之ニ反シテ獨逸及ヒ墺太利ニ於テハ一個ノ手續ヲ以テ同一ノ裁判所ニ於テ再審ノ申立ト新ナル基礎ニ因ル審理トヲ爲スノ方法ヲ採用セリ（刑事訴訟法第三〇七條參照）

再審ノ訴ノ一般ノ條件

再審ノ一般ノ條件ハ左ノ如シ

第一　通常裁判所ノ確定判決ナルヲ要ス

軍法會議又ハ外國裁判所ノ裁判ニ對スル再審ハ刑事訴訟法ノ規定セサル所ナリ然レトモ刑事訴訟法頒布以前ニ於ケル通常裁判所ノ確定判決ニ對シテモ亦本法ニ從ヒ再審ノ訴ヲ爲スコトヲ妨ケス蓋シ再審ハ全ク新ナル基礎ニ基キ審理裁判ヲ求ムルモノナレハナリ又通常裁判所ノ確定判決ナリセハ被告人カ其後軍人ノ身分ヲ得タルトキニ於テモ亦再審ノ訴ヲ爲スヲ得ヘシ此場合ニ再審ノ訴ヲ受クル上告裁判所ハ再審ノ訴ヲ理由アリトシ原判決ヲ破毀シ他ノ同等ナル裁判所ニ移送シ移送ヲ受ケタル裁判所ハ管轄違ノ言渡ヲ爲シ軍法會議ニ於テ更ニ審理裁判スヘキナリ

軍法會議又ハ外國裁判所ノ裁判ニ對シ再審ノ訴ヲ爲スコトヲ得ルヤ

判決確定前ニ爲シタル再審ノ訴ハ無效ナリ或ハ第二審ノ判決後上告アリ上告審ニ於テ再審ノ原因アルコトヲ認メタルトキハ直チニ再審ヲ爲スヲ便ナリトスルモ我刑事訴訟法ニ於テハ之ヲ許サス即チ判決ノ確定ヲ待テ再審ノ訴ヲ爲スノ外ナシ蓋太利治罪法ニ於テ非常上告ナル名ヲ以テ大審院ノ職權ヲ以テスル再審ノ制ヲ設ケタルハ主トシテ此便宜ニ基クモノナリ又確定判決後ナリセハ特赦、刑ノ時效ニ依ル刑ノ免除又ハ刑ノ執行始リタル後ニ於テモ之ヲ爲スヲ得但大赦アリタルトキハ判決ノ效力ヲ失フカ故ニ再審ヲ爲スヲ得ス

第二 重罪輕罪ノ刑ヲ言渡シタル判決ナルヲ要ス

凡ソ重罪、輕罪ノ刑ヲ言渡シタルトキハ縱令原由カ附加刑ノミニ關スルモ再審ノ訴ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ訴訟費用ノ負擔又ハ差押物件還付ノ言渡ノ如キ附從ノ裁判ノミニ對シテハ單獨ニ再審ヲ求ムルコトヲ得ス又上訴放棄ヲ許スヘカラストシテ棄却シタル判決モ亦確定スルニ至レリ

刑ヲ言渡シタル判決ヲ執行セシムルニ至ルカ故ニ茲ニ所謂刑ノ言渡タル判決ノ中ニ包含ス然レトモ判例ニ依レハ再審ハ事實ノ誤認ヲ其原由ト爲スモノナルカ故ニ上訴放棄ヲ不適法トシテ棄却スル判決ニハ此ノ如キ原由ナキカ故ニ結局再審ヲ爲シ得スト解釋ス

原判決ニ於テ無罪ヲ有罪ト誤認シタル場合ノミナラス輕キ犯罪ニ對シテ重キ刑ヲ言渡シタル場合ニモ再審ノ訴ヲ爲スヲ得ヘク累犯加重等ノ事實ヲ誤認シタル場合ニ於テモ亦再審ノ訴ヲ爲スヲ得是レ第三百一號ノ原因ハ未遂犯ヲ既遂犯ト誤リタルトキ又ハ强盜罪ヲ强盜殺人ノ事實ト誤認シタルトキニモ存スヘシ換言スレハ全ク無罪トナル希望アルトキニモ又輕キ罪トシテ輕キ刑ヲ言渡サルヽ希望アルトキニテモ再審ノ訴ヲ爲スヲ妨ケス然レトモ刑期ハ輕減セラルヽ希望アルモ同一ノ正條ヲ適用スヘキ場合ニハ之ヲ許サス從テ酌量減輕ヲ爲スヘキ事實ナルニ拘ハラス原判決ニ於テ之ヲ爲サヽルモ再審ヲ求ムルコトヲ得ス

茲ニ一ノ例外ト見ルヘキモノアリ即チ被告人死去シタル後ニ親屬ヨリ再審ノ訴ヲ爲スニハ前述スル所ト異ナリ無罪ヲ有罪ト裁判シタル場合ニ限レリ此場合ニハ無罪ナルコト明白ナルニアラサレハ再審ノ訴ハ理由ナシトス即チ此場合ニ於テハ上告裁判所ハ再審ノ訴ヲ受クルノミナラス再審ヲモ爲スモノニシテ再審ノ訴ノ原因アルヤ否ヤヲ審査スルノミナラス無罪タル原因ノ有無ヲモ併セテ審査スヘキナリ而シテ無罪ノ原因ナシト爲ストキハ再審ノ訴ヲ理由ナシトシテ棄却スヘキニ非スシテ不適法トシテ棄却スヘキナリ蓋シ第三百八條ニ於テ此場合ニ再審ノ理由アリトスルモ原判決ヲ破毀スルニ止メ如何ナル犯罪ヲ實際犯シタルヤノ審理ヲ爲サヽコト及ヒ第三百九條ニ再審ノ判決ニ因リ無罪ノ言渡アリタルトキト此場合ニ破毀ノ言渡アリタルトキトニ於テ再審ヲ同一ニ取扱フヨリ見ルモ斯ク論決セサルヘカラス然ラハ上告人カ輕キ刑ヲ求メンカ爲メニ自ラ再審ノ判決ヲ受ケサル間ニ死去シタルトキハ如何ニス

ヘキヤ此場合ニハ上告人カ爲シタル再審ノ訴ヲ其親族ニ於テ承繼スルヲ得ヘキモノナレハ上告人ノ親屬ヨリ再審ノ訴ヲ爲シタルトキト同シク無罪トナス能ハサルトキハ再審ノ訴ヲ棄却スヘク無罪トナスヘキモノナレハ原判決ヲ破毀スルニ止ムヘキナリ

再審ノ訴ハ重罪、輕罪ノ刑ヲ言渡シタル判決ナリセハ審級ノ如何ヲ問ハス之ヲ爲スヲ得即チ第一審又ハ第二審ニテ判決確定シタルト上告裁判所自ラ刑ノ言渡ヲ爲シタルトヲ區別セス茲ニ刑ヲ言渡タル判決トハ現實ニ判決主文ニ於テ刑ヲ言渡タルモノニ限ラス刑ヲ言渡タル原判決ヲ認可シテ上訴ヲ理由ナシトシテ棄却スル判決ヲモ包含スル而シテ上告裁判所カ刑ヲ言渡タル場合ニ於テハ上告裁判所ハ他ノ場合ト同シク原裁判所ト同等ナル裁判所ニ移シ再審ノ取調ヲ爲サシムル蓋シ先ニ上告裁判所カ刑ヲ言渡シタルハ原審ニ於テ認メタル事實ノ確定ヲ基礎トシ擬律ノ錯誤ヲ更正セシニ止マル此基礎タル事實ノ確定ニ誤アリトシテ再審ノ訴ヲ爲シタルモノ

ナレハ此場合ニハ第一審又ハ第二審ノ確定判決ニ對シ再審ヲ求メタルト均シク事件ヲ他ノ裁判所ニ移スヘシ又大審院ノ特別權限ニ屬スル事件ニ付キ大審院カ第一審及ヒ終審トシテ刑ヲ言渡シタルトキニモ此判決ニ對シ再審ノ訴ヲ爲スヲ得ヘシ若シ特別權限事件ニ付キ再審ノ訴ヲ許サヽレハ不當ニ皇族及ヒ其共犯者ニ對シ再審ノ訴ヲ爲ス權利ヲ奪フモノナリ特別權限ニ屬スル事件ニ付キ再審ノ訴アルトキハ大審院自ラ新ナル基礎ニ據リ再審ノ裁判ヲ爲スヘキナリ蓋シ特別權限ニ屬スル事件ハ大審院ニ於テノミ事實ノ審理ヲ爲スカ故ニ他ノ裁判所ニ移スコトナケレハナリ(刑事訴訟法第三〇七條參照)

第三 再審ノ原因アルヲ要ス

再審ノ原因ヲ見ルニ第三百一條第四號ヲ除クノ外ハ裁判ノ證據上ノ基礎カ實質又ハ形式ニ於テ不當ナルコトニ向フモノナリ然レトモ原判決ノ誤謬ハ罪責問題ニ存スルトキニ限リ再審ノ原因ヲ存スルモノニ非スシテ訴訟上ノ問題ノ判斷ニ付テモ此再審ノ原因ヲ以テ其判斷ノ誤謬ヲ主張スルヲ得ヘシ第三百一條乃至第三號及ヒ第六號ハ常ニ罪責問題ニノミ關スル原因ナレトモ第四號第五號ハ必ラスシモ然ラスシテ訴追カ許スヘキヤ否ヤノ問題ニモ關係アリ例ヘハ親告罪ニ付キ告訴狀ノ僞造ナリシトキ又ハ起訴狀ノ署名ニ付キ證人僞證セシカ爲メ公訴不受理トナラサリシトキノ如キハ共ニ再審ノ原因アリ(刑事訴訟法第三〇一條參照)

第四 再審ノ原因カ原判決ニ影響アルコトヲ要ス

再審ノ原因アルモ之カ判決ニ影響ナキトキハ再審ノ訴ヲ爲スヲ得ス即チ主張セラルヽ原因事實ト判決ノ事實上ノ內容トノ間ニ原因結果ノ關係アルコトヲ必要條件トス例ヘハ判事收賄ノ事實ヲ主張スルモ其判事カ判決ニ干與セサレハ再審ノ理由ナシ上告裁判所ノ判事カ收賄スルモ事實確定裁判ニ影響ナケレハ再審ノ理由ナシ又僞造ノ調書ナリト主張スルモ判決ニ於テ之ヲ證據トナサヽレハ再審ノ理由トナラス

第二節　再審ノ原因

現行刑事訴訟法ニ於テ再審ノ原因ヲ規定シタルモノハ第三百一條ナリ同條ニ列記セル再審ノ原因ハ左ノ如シ

第一　人ヲ殺シタル罪ニ付キ刑ノ言渡アリタルモ其殺サレタリト認メラレタル者犯罪後生存シ又ハ犯罪前既ニ死去シタル確證アリタルトキ

此再審ノ原因タルニハ次ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス

一　人ヲ殺シタル罪ニ關スルヲ要ス　殺人、傷害、致死、過失殺、自殺補助等所爲ノ單一ナル犯罪ニ止マラス強盜殺人、強姦致死、監禁致死、墮胎致死等ノ如キ人ヲ死ニ致シタル所爲ト他ノ所爲ト結合シテ一罪ヲ構成スル犯罪ヲモ包含ス

二　被害者カ犯罪後生存シ又ハ犯罪前既ニ死去シタル確證アルヲ要ス　確證アルヤ否ヤハ一ニ上告裁判所ノ認定ニ依ラサルヘカラス而シテ證據方法ニ制限ナキヲ以テ如何ナル證據方法ヲモ用キルコトヲ得ヘシト雖モ人證ノ如キハ之ヲ取調フルノ手續ナキヲ以テ實際之ヲ用キルヲ得サルヘシ是レ法律ノ缺點ニシテ此場合ニ於テモ裁判所ハ直接ニ證據調ヲ爲シ以テ再審ノ訴ノ濫用ヲ防カサルヘカラス蓋シ直接審理ニ依ラサレハ確證ナリヤ否ヤ又原判決ニ認ムル證據ヲ破フルニ足ルヘキモノナリヤ否ヤハ確實ニ判定シ得サルカ故ニ現行刑事訴訟法ハ自然再審ノ訴ノ濫用ナキヲ保スヘカラス

三　前項ノ確證ハ新ナル證據ナルヲ要ス　確定裁判ヲ爲ス際ニ於テ未タ現ハレサリシ證據ナラサルヘカラス判決ノ當時既ニ裁判所ニ現ハレタル證據ハ再審ノ理由トナラス豫審免訴ノ場合ニ再起訴ヲ爲スニモ新ナル證據アルコトヲ要ス況ヤ再審ノ訴ヲ爲ス場合ニ於テオヤ

第二　同一ノ事件ニ付キ共犯ニアラスシテ別ニ刑ノ言渡ヲ受ケタル者アルトキ

此原因ニハ次ノ條件ヲ具備スルヲ要ス

一　同一ノ犯罪所爲ニ付キ別ニ刑ヲ言渡タル確定判決ヲ受ケタル者一人又ハ數人アルヲ要ス　同一ノ判決ニ於テ數人カ同一ノ犯罪行爲ニ付キ刑ノ言渡ヲ受ケタルトキハ共犯タルコトヲ明言セサルトキト雖モ共犯トシテ數人ヲ罰シタルモノト推定シ得ヘク其判決ハ只共犯タルコトヲ明言セサルニ止マルモノナレハ再審ノ原因タラス別個ノ判決ニ於テ數人カ刑ヲ言渡サレタルコトヲ必要ナリトス

二　別ニ刑ノ言渡ヲ受ケタル者ハ共犯ニアラサルコトヲ要ス　共犯ナルトキハ數個ノ判決牴觸スルコトナキヲ以テ其中ノ一人ハ全ク人違ナリト謂フコト能ハス

三　各判決ハ同一ノ犯罪行爲ヲ一人ニテ犯シタルモノト認メタルヲ要ス　若シ數人ニテ犯シタル犯罪ナリト認メタルトキハ各判決ヲ比較スルモ刑ヲ受ケタル者ノ中ニ於テ人違アリテ其者ノ無罪ダルコトヲ推測シ得ヘカラス從テ此數個ノ判決ハ兩立スルヲ得ヘキモノナリ

以上ノ條件ヲ具備スルトキハ執レノ受刑者ヨリモ再審ノ訴ヲ爲スコトヲ得ルモノトス或ハ法文ニ「別ニ刑ノ言渡ヲ受ケタル者アリタルトキ」トアルヲ根據トシ前ニ刑ノ言渡ヲ受ケタル者ハ再審ノ訴ヲ爲スヲ得ルモ後ニ刑ノ言渡ヲ受ケタル者ハ前者カ再審ノ後ニ有罪ト認メラレタルトキニアラサレハ再審ノ訴ヲ爲スヲ得スト論スル者アレトモ別ニ刑ノ言渡ヲ受クルトキハ別個ノ判決ヲ以テシタルノ意義ニシテ判決ノ前後ニ依リ再審ノ訴ヲ爲ス權アルト否トノ區別ヲ設ケタル法意ヲ含マス且此說ノ如クスルトキハ同時ニ異ナリタル裁判所ニ於テ同一ノ事件ニ付キ抵觸スル判決ヲ異ナリタル被告人ニ言渡シタル場合ニハ如何ニ爲スヘキヤ甚タ不明ナリトス謂ハサルヘカラス

次ニ者刑受ノ一人ヨリ此原因ニ基キ再審ノ訴アリテ其訴ノ理由アリタルトキハ其訴ヲ爲シタル者ニ對スル判決ノミヲ破毀シ再審ヲ爲スヘキナリ

然ルニ或ハ抵觸スル判決ハ皆之ヲ破毀シ數人ノ受刑者ニ對シ再審ヲ開キ其執レカ眞ノ犯人ナリヤヲ定ムヘシト言フ者アリ是レ明文ノ外ニ法律ノ精神ヲ求ムルモノナリ蓋シ除却スルヲ得サル抵觸アリテ互ニ兩立セサル判決アルモ其二個ノ判決ハ當然無效ナルモノニアラス唯再審ノ訴ヲ求ムルノ原因ヲ生スルニ止マルモノナリ若シ此兩立セサル判決ニ依リ刑ノ言渡ヲ受ケタル者ノ中一人ハ再審ヲ求メ他ノ一人ハ自己ニ犯罪責任アルコトヲ知ルカ故ニ之ヲ求メサル場合ニ刑罰ニ甘ンスル者ニ對シ再度ノ審理ヲ行フハ訴ナキニ審理ニ服從セシムルモノニシテ當然無效ナリト論斷スルニアラサレハ生セサルコトナリ

第三 犯罪アル以前ニ作リタル公正證書ヲ以テ當時其場所ニ在ラサルコトヲ證明シタルトキ

此原因ニハ次ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス

一 一定ノ日時及ヒ一定ノ場所ニ於テ犯サルヘキ犯罪ナルコトヲ要ス

殺人放火等ノ犯罪ハ必ス一定ノ場所一定ノ日時ニ於テ犯サルヘキ性質ノモノニシテ犯罪ノ當時其場所ニ在ラサルコトヲ證明シタルトキハ受刑者ニ罪責ナシ之ニ反シテ橫領罪、文書僞造行使罪又ハ總テノ罪ノ敎唆ノ如キハ此性質ヲ有スルモノニアラサレハ判決カ認メタル日時ニ其場所ニ在ラサルコトヲ證明スルモ唯原判決カ日時場所ヲ誤認シタルコトヲ認ムルニ足ルノミニシテ罪責ナキヲ推定スルヲ得ス原判決ノ事實認定ト相容ルヽ主張ナリトス

二 犯罪以前ニ作リタル公正證書ヲ以テ證明スルヲ要ス 證據方法ヲ制限シタルハ證明ノ確實ヲ得ンカ爲メナリ又此證據方法モ新證憑アルヲ要スルヤ勿論ナリトス

第四 被告人ヲ陷害シタル罪ニ因リ刑ノ言渡ヲ受ケタル者アルトキ

被告人ヲ陷害シタル罪ニハ僞證、虛僞ノ鑑定、通譯、裁判官、檢事、司法警察官賄賂罪ヲ包含ス而シテ此等ノ第三者ニ對シテ刑ノ言渡確定シタルヲ要ス是

ヲ以テ第三者カ死去シ又ハ公訴ノ時效ニ罹リタル爲メ刑ノ言渡ヲ爲ス能ハサルトキハ再審ノ原因存セス斯ク刑ノ言渡アリタルトキニ限リタルハ再審ヲ確定力ノ原則ノ例外トナシタル趣旨ニ適スルモノナリ然レトモ刑ノ言渡ヲ爲シタル判決ハ必スシモ通常裁判所ノ判決ニ限ラス軍法會議ノ判決ニ付テモ同一ナリ

右ノ判決アリテ被告人ヲ陷害シタル判事アルコトヲ認メ得ヘキ以上ハ其陷害カ有罪ノ判決ニ對シ如何ナル影響ヲ及ホシタルヤヲ證明スルヲ要セス蓋シ陷害罪ヲ犯シタル者アルニ拘ハラス被告人ノ犯罪ニ付テ正確ナル心證ヲ以テ被告人ニ對シ刑ノ言渡ヲ爲シタリト謂フコト能ハスシテ訴訟手續カ常ニ正確適法ナラス從テ事實ノ誤認アルコトヲ主張スルヲ得レハナリ反之證人ノ僞證ノ如キハ其證言ヲ證據トシテ判決ニ採用セサル以上又被告人ニ不利益ノ影響ヲ及サヽルヘキヲ以上ハ再審ノ原因タラス

第五 公正證書ヲ以テ訴訟記錄ニ僞造又ハ錯誤アルコトヲ證明シタルトキ僞造ト錯誤ハ其趣旨同一ニシテ犯意ナキ場合ニ錯誤ト稱スルナリ此僞造及ヒ錯誤ハ形式上ノ錯誤ヲ云ヒ實質上ノモノヲ含マサルヲ原則トス例ヘハ親告罪ニ付キ被害者ノ告訴狀カ僞造ナルトキ又ハ戸籍簿ノ謄本、前科調書ニ原本トノ錯誤アリテ累犯ト認メタルトキノ如キハ再審ノ原因トナルモ證據トシタル書面上ノ報告カ僞リナリシ場合ノ如キ戸籍ノ內容カ誤リ居リタルトキノ如キハ之ヲ包含セス但刑法ニ於テ實質上ノ僞造ヲ處罰スル場合ニハ之ニ基キ再審ノ理由アリトス而シテ其訴訟記錄ハ判決ノ基礎トナリ彼告人ニ不利益ノ影響ヲ及スモノタルト公正證書ヲ以テ僞造又ハ錯誤アルコトヽヲ證明スルヲ必要トス

第六 判決ノ憑據ト爲リタル民事上ノ判決他ノ確定ト爲リタル判決ヲ以テ廢棄又ハ破毀セラレタルトキ

民事裁判ヲ刑事ノ裁判ノ證據ト爲スコトヲ得ルハ前ニ述ヘタル所ナリ本項ハ此民事ノ判決カ上訴又ハ再審ニ依リ廢棄又ハ破毀セラレタル場合ナ

リ民事判決ニ限ルカ故ニ特許審決ノ如キヲ包含セス

第三節　再審ノ訴ノ權利者

我刑事訴訟法ハ職權ヲ以テ再審ノ訴ヲ爲スコトヲ認メス權利者ノ適法ナル申立アルコトヲ其必要條件トス即チ再審ノ訴ヲ爲シ得ヘキ者左ノ如シ（刑事訴訟法第三二〇條參照）

第一　刑ノ言渡ヲ爲シタル裁判所ノ檢事　第三百二條及ヒ第三百四條ハ共ニ第一審裁判所ノ刑ノ言渡カ確定シタル場合ヲ想像シテ規定シタルモノナリ然レトモ刑ノ言渡ヲ爲シタル裁判所ハ第一審裁判所ナルコトアリ第二審裁判所ナルコトアリ又上告審タルコトアリ第一審判決カ控訴ナク確定シ又ハ之ニ對スル控訴上告カ棄却セラレタルニ因リ確定シタルトキハ第一審裁判所カ即チ刑ノ言渡ヲ爲シタル裁判所ナリ但控訴ヲ理由ナシトシテ棄却シタル判決ヲ爲シタル裁判所カ刑ノ言渡ヲ爲シタル裁判所タル

コトアリ蓋シ控訴ヲ理由ナシトシテ棄却シタル判決ハ第一審判決ト同シク事件全部ニ付キ裁判ナシタルモノナレハ刑ヲ言渡タル判決ト謂フコトヲ得ヘク又此ノ控訴棄却ノ判決ニノミ再審ノ原由アルトキハ之ヲ言渡タル裁判所ヲ原裁判所即チ刑ヲ言渡タル裁判所ト爲シ此判決ニ對シ再審ノ訴ヲ爲サヽルヘカラス次ニ第一審カ刑ヲ言渡シタルト無罪ヲ言渡シタルトヲ問ハス第二審ニ於テ第一審判決ヲ取消シ更ニ刑ノ言渡ヲ爲シ其儘確定シタル場合又ハ之ニ對スル上告カ棄却セラレタル場合ハ控訴裁判所カ刑ノ言渡ヲ爲シタル裁判所ナリ此等ノ場合ニハ控訴裁判所ノ檢事及ヒ上告裁判所ノ檢事ハ再審ノ訴ヲ爲スコトヲ得ルモ第一審裁判所ノ檢事ハ再審ノ訴ヲ爲スコトヲ得ス又上告裁判所ニ於テ擬律錯誤ニ基キ第二審判決ヲ破毀シ刑ノ言渡ヲ爲シタルトキハ上告裁判所カ刑ノ言渡ヲ爲シタル裁判所ナリ此場合ニ於テハ上告裁判所ノ檢事ノミ再審ノ訴ヲ爲スヲ得ヘク第一審及ヒ第二審裁判所ノ檢事ハ再審ノ訴ヲ爲スヲ得ス

第二 刑ノ言渡ヲ爲シタル裁判所ヲ管轄スル控訴裁判所ノ檢事　第一審判決カ控訴ナクシテ確定シタル場合ニモ控訴裁判所ノ檢事ハ獨立シテ再審ノ訴ヲ爲スコトヲ得

第三 刑ノ言渡ヲ爲シタル裁判所ヲ管轄スル上告裁判所ノ檢事　第二審判決カ上告ナクシテ確定シタル場合ニ於テモ再審ノ訴ヲ爲スヲ得而シテ上告裁判所ノ檢事ハ司法大臣ノ命ニ因リ又ハ職權ヲ以テ再審ノ訴ヲ爲スモノナリ

第四 刑ノ言渡ヲ受ケタル者死去シタルトキハ其親屬　受刑人ノ親屬カ其死後再審ノ訴ヲ爲スヲ得ルハ各國法制ノ一致スル所ナリ受刑人ノ死後ハ其親屬ニ於テノミ再審ノ訴ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ檢事ハ此場合ニハ訴ヲ爲スコトヲ得ス

第四節　再審ノ訴ノ手續

再審ノ訴ノ手續ハ第三百四條以下ニ規定スル所ナリ即チ受刑人及ヒ其親屬ヨリ再審ノ訴ヲ起サントスルトキハ趣意書ニ原判決ノ謄本及ヒ證憑書類ヲ添ヘ之ヲ原裁判所ニ差出スヘシ此手續ニヨリテ受刑人ハ再ヒ被告人タルノ地位ヲ復活シ再審ノ訴ハ成立スルモノトス茲ニ原裁判所トハ刑ノ言渡ヲ爲シタル裁判所ヲ謂フ原裁判所ノ檢事ハ其書類ニ意見書ヲ添ヘ上告裁判所ノ檢事ニ差出スヘキモノトス又第一審裁判所ノ檢事若クハ控訴裁判所ノ檢事ヨリ其訴ヲ爲ス場合ニ於テモ受刑人及ヒ其親屬ヨリ訴ヲ起スト同一ノ手續ニ依リ之ヲ上告裁判所ノ檢事ニ差出スヘキモノトス而シテ上告裁判所ノ檢事ハ右執レノ場合ニ於テモ其書類ヲ上告裁判所ニ差出シ審理ヲ求メサルヘカラス上告裁判所ノ檢事自ラ再審ノ訴ヲ爲シタル場合ニ於テモ亦同一ナリ（刑事訴訟法第三〇四條參照）

再審ノ訴提起ノ方式

確定判決ニ對スル攻撃　再審　再審ノ訴ノ手續

再審ノ訴ノ審理

上告裁判所ニ於テハ再審ノ訴アリタルトキハ受命判事一名ヲシテ書類ニ依リ其取調ヲ爲シ報告ヲ爲サシム（刑事訴訟法第三〇五條參照）受命判事ノ取調終リタル後上告裁判所ハ受命判事ノ意見ヲ聽キ書類ニ基キ判決ヲ爲ス（刑事訴訟法第三〇六條參照）

再審ノ訴ノ提起ノ效力

再審ノ訴ノ手續ハ上告ノ審理ニ於ケルカ如ク書面審理ナリ唯口頭辯論ノ行ハルヽ範圍ハ僅ニ檢事ノ意見ヲ聽クノ點ニ限ラルヽモノニシテ被告人ハ辯護士ヲ差出シテ辯論ヲ爲サシムルコトヲ得サルモノトス

再審ノ訴カ提起サレタルトキト雖モ上告裁判所ニ於テ確定判決ヲ破毀スルマテハ其確定力ト執行力トヲ停止スルコトナシ唯死刑ヲ言渡シタル場合ニハ疑ナキニアラサルモ再審ノ訴ハ幾回ニテモ之ヲ爲スヲ得ルカ故ニ若シ死刑ノ場合ニ確定判決ノ執行ヲ停止スルモノトセハ到底其執行ノ期ナカルヘキヲ以テ此場合ニハ刑ノ執行ヲ停止スルコトナシト謂ハサルヘカラス

再審ノ訴ニ關スル上告裁判所ノ裁判ハ左ノ如シ

第一 棄却ノ判決　再審ノ訴カ條件ヲ具備セス又ハ再審ノ原因ナキトキハ之ヲ棄却セサルヘカラス受刑人ノ親屬ヨリ輕キ刑ニ該ルヘキモノトシテ再審ノ訴ヲ爲シタルトキモ訴カ條件ヲ缺クモノナリ而シテ再審ノ訴ヲ理由ナシトシテ棄却セラレタルトキハ更ニ他ノ原因ニ基キ又ハ他ノ證據ヲ以テ再審ノ訴ヲ爲スコトヲ得ヘシ又不適法ナリトシテ棄却セラレタルトキハ更ニ權利者ヨリ條件ヲ備ヘテ再審ノ訴ヲ爲スコトヲ得ヘシ

第二 破毀ノ判決　再審ノ訴カ適法ニシテ原因アリト認メタルトキハ原判決ヲ破毀シ公訴、私訴ニ付キ再審ヲ爲スヘキコトヲ言渡シ其事件ヲ原裁判所ト同等ナル他ノ裁判所ニ移送スヘシ（刑事訴訟法第三〇七條參照）刑ヲ言渡シタル判決ヲ破毀スルハ其確定力ヲ消滅セシムルノ必要ニ因ル又私訴ニ對シテハ單獨ニ再審ヲ許サヽルモ公訴ニ付キ再審ノ訴アリタルトキハ私訴ニ付テモ再審ノ訴ヲ爲スヲ得ヘク其訴カ理由アルトキハ同時ニ公訴、私訴ノ判決ヲ破毀シ再審ヲ爲スヘキモノトス但同一審級ニ於テ公訴、私訴ノ判決共ニ確

移送ヲ受ケタル裁判所ノ審理

定シタル場合ナルコトヲ要ス

次ニ移送ヲ受ケタル裁判所ニ於テハ通常ノ規定ニ從ヒ再審ノ裁判ヲ爲ス而シテ再審ノ裁判ニ於テハ更ニ他ノ證據ニ基キ被告人ヲ有罪ト認定スルコトヲ得ルモ確定判決ニ認メタル刑ヨリ重ク罰スルコトヲ得ストハ今日一般ノ通說ナルノミナラス判例ノ認ムル所ナリ此說ハ第三百一條ニ於テ「再審ノ訴ハ(中略)被告人ノ利益ノ爲メ之ヲ爲ス」云々トアルニ基ク然レトモ此規定ハ刑ヲ言渡シタル判決ニ限リ再審ノ訴ヲ許スノ趣旨ニシテ獨逸、墺太利ニ於ケルカ如ク無罪ノ判決ニ對シ被告人ノ不利益ノ爲メニ再審ノ訴ヲ爲スコトヲ禁スルノ意ニ外ナラス第三百七條ニ於テハ「通常ノ規定ニ從ヒ裁判ヲ爲ス可シ」トアリテ且控訴、上告ニ於ケルカ如ク不利益變更ノ制限ナキ以上ハ再審ノ裁判ニ於テ確定判決ヨリ重キ刑ヲ言渡スモ妨ケナシト信ス

死者ノ親屬ヨリ再審

死者ノ親屬ヨリ再審ノ訴ヲ爲シタル場合ニ再審ノ原因アリト認メタルトキハ其事件ヲ他ノ裁判所ニ移スコトナク原判決ヲ破毀ス(刑事訴訟法第三〇八條參照)此場合ニ判決ヲ破毀スルニ止ムル所以ハ死者ニ對シ通常ノ規定ニ從ヒテ審理裁判ヲ爲ス能ハサルカ故ナリ而シテ破毀ニ止ムルハ被告人ノ無罪タルコトヲ表示スルモノナレハ無罪タルノ事實確定スルニアラサレハ此判決ヲ爲スヲ得サルナリ又受刑人ヨリ再審ノ訴ヲ爲シ其判決前ニ死去シタル場合ニモ死者ノ親屬ハ其訴ヲ承繼スヘク從テ第三百八條ノ適用ヲ受クヘキモノトス若シ死者ニ親屬ナキトキハ受刑人ノ爲シタル再審ノ訴ハ當然消滅スルモノトス

審ノ訴ヲ提起シタル場合ニ於ケル審理

移送ヲ受ケタル裁判所ニ於ケル再審ノ判決ニ因リ無罪ノ言渡アリタルトキ又ハ第三百八條ノ場合ニ於テ上告裁判所ニ於テ破毀ヲ言渡シタルトキハ其者ノ名譽回復ノ爲メ其判決ヲ揭示スヘシ(刑事訴訟法第三〇九條參照)而シテ再審ニ依リ無罪トナリタルトキハ納付シタル罰金、沒收物、追徵金ハ之ヲ還付スヘシ蓋シ國家カ理由ナクシテ之ヲ領得スルノ不可ナレハナリ尙ホ今日ノ立法例

判決ノ揭示

ニ於テ再審ニ依リ無罪トナル者ニ對シ國家カ其損害ヲ賠償スルノ制アリ（獨乙一八九八年五月二〇日ノ再審ニテ無罪トナリタル者ニ對スル賠償ニ關スル法律墺國一八九二年三月一六日不當有罪ニ對スル賠償法律參照）現行法ハ未タ之ヲ認メス又無罪トナリタル者カ失ヒタル現任ノ官職其他ノ資格ハ再審ニ依リ無罪トナルモ之ヲ復活セシムル能ハス是レ刑ノ言渡ノ影響ニ過キサリシヲ以テナリ又再審ニ依リ新ニ刑ヲ言渡シタルトキハ此判決ニ對シ上訴及ヒ再審ヲ爲スヲ得ヘシ而シテ此判決ノ執行ニ付テハ再審前ノ判決ニ基キ執行シタル刑ヲ通算スヘキハ勿論ナリトス

第七編　裁判ノ執行

第一章　刑ノ執行

刑ノ執行ニ關スル各國ノ立法例

古今ノ立法ヲ見ルニ刑ヲ言渡シタル判決ヲ執行スルノ權ハ之ヲ刑事ノ裁判權ノ中ニ含マシムルモノアリ又之ヲ含マシメサルモノアリ獨逸法ノ觀念ハ執行權ヲ裁判權ノ內容ノ一トシ又近代ニ於テハ千八百五十三年ノ墺國治罪法ニ於テモ此觀念ヲ採用シタリ之ニ反シ佛國治罪法ハ三權分立ノ主義ニ基キ裁判ノ執行ハ裁判所ヲシテ爲サシメス之ヲ他ノ執行機關ニ任セリ此佛國ノ制度ハ一方ニ於テハ判事ヲシテ裁判以外ノ俗務ニ服セシムルコトナキカ故ニ裁判所ニ公平ナル裁判ヲ爲スノ地位ヲ保タシムルノ利アリ又一方ニ於テハ檢事ヲシテ刑ノ執行ヲ指揮セシムル時ニハ其執行ハ敏速ナルノ便アリトス故ニ我刑事訴訟法ニ於テモ裁判ノ執行ハ之ヲ司法行政ノ處分ト爲シ裁判ノ執行ヲ指揮監督スルハ之ヲ檢事ノ職務ニ屬セシメタリ（刑事訴訟法第三二〇條、裁判所構成法第六條）

裁判執行ノ指揮監督ヲ爲ス者

裁判ノ執行及ヒ其停止ノ指揮ヲ爲ス檢事ハ其刑ヲ言渡シタル裁判所ノ檢事又ハ上告裁判所ヨリ命ヲ受ケタル裁判所ノ檢事ナリ（刑事訴訟法第三二〇條第一項參照）刑ヲ言渡シタル裁判所トハ主文ニ於テ刑ヲ言渡シタル塲合ノ外控訴ヲ理由ナシトシテ棄却シタル塲合ヲ包含ス又上告裁判所ニ於テ刑ノ言渡ヲ爲シタルト

裁判執行ノ條件原則

キハ被告人ハ下級裁判所所在地ノ監獄ニ在ルヲ以テ上告裁判所ノ檢事ハ執行ノ指揮ヲ第二審又ハ第一審ノ檢事ニ命シ其命ヲ受ケタル檢事ニ於テ執行ノ指揮ヲ爲スヘキモノト規定セリ

以上ノ如ク檢事ハ刑ノ執行ノ指揮ヲ爲スニ止マリ執行ノ實行ヲ爲スハ或ハ行政官廳ニ在リ或ハ執達吏ニ在ルコトアリ

裁判執行ノ條件タルモノハ裁判ノ確定ナリ裁判確定スレハ直チニ之ヲ執行スルヲ原則トス（刑事訴訟法第三一七條第一項參照）刑事訴訟法ハ刑ノ執行ノミニ付テ其規定ヲ設ケ無罪、免訴、公訴不受理ノ判決ニ對スル執行ノ規定ヲ設ケス是レ勾留ヲ受ケタル被告人ヲ釋放スルノ外此等ノ判決確定スルモ執行ヲ爲スヘキ事項ナキヲ以テナリ而シテ被告人ヲ釋放スルハ其判決ノ執行ニ非ス無罪等ノ判決ハ宣示的ノモノニシテ執行ヲ爲シ得ヘキモノニ非サルナリ又證人、鑑定人通事ニ對スル罰金ノ決定ニ付テモ法律ハ執行ノ規定ヲ爲サヽレトモ判決ノ執行ト同一ノ執行ニ出ツルノ外ナキナリ

例外

刑ノ執行ハ判決確定後直チニ之ヲ爲スヲ原則トスルト雖モ次ノ例外アリ

第一 死刑ノ執行ハ判決確定後直チニ之ヲ爲スヲ得ス（刑事訴訟法第三一八條參照）又心神喪失者懷胎ノ婦女ニ對シテハ死刑ノ執行ヲ停止ス（刑事訴訟法第三一八條ノ三參照）此場合ニ於テ刑ヲ執行スルモ刑ノ目的ヲ達シ得ヘキモノニ非サルナリ

第二 懲役、禁錮又ハ勾留ノ言渡ヲ受ケタル者刑事訴訟法第三百十九條第二項ニ該當スル原因アルトキハ檢事ノ裁量ヲ以テ執行ヲ停止スルコトヲ得右第一及第二ノ執行停止中ハ刑ノ時效ハ進行セス（刑法第三條參照）又第二ノ執行ノ停止ハ刑ノ執行ニ着手セサル前ナルト執行中ニ之ヲ爲ストヲ區別セス而シテ第二ノ場合ニ於テハ停止中ノ日數ハ刑期計算ニ入ラサルモノトス

第三 二年以下ノ懲役禁錮ノ刑ニ處セラレタルトキハ執行猶豫ノ言渡ヲ爲シ直チニ刑ヲ執行セサルコトアリ（刑法第二五條參照）

右ノ例外ヲ除ク外ハ直チニ刑ヲ執行スルモノトス故ニ自由刑ノ確定判決ヲ受ケタル者ニ對シ豫審判事カ他罪ニ付キ勾留狀ヲ發スルモ刑ノ執行ノ障礙

ト爲ルコトナシ蓋シ勾留ハ豫審手續ニ附從スルモノニシテ獨立ノモノニ非ス豫審ヲ爲スニ當リテハ必ス勾留ヲ爲サヽルヘカラサルモノニ非ス此ノ如ク附從ノ性質ヲ有スルモノヽ爲メニ獨立ナル刑ノ執行ヲ妨ケラレルコトナキハ當然ナリトス

刑ノ執行ハ之ヲ嚴格ニ爲スヘキモノナルカ故ニ自由刑ノ執行ハ之ヲ分割シテ執行スルヲ得サルヲ原則トス然レトモ刑事訴訟法第三百十七條ノ場合ハ之ヲ分割シテ執行スルヲ得ヘク又罰金ハ之ヲ分割シテ執行スルコトヲ得ルコトハ刑法第十八條第六項及第七項ニ依リテ明ナリ

私訴判決ノ執行ハ民事訴訟法ニ從フ（刑事訴訟法第三二三條參照）

第二章　死刑ノ執行

死刑執行ノ條件及方式

死刑ハ刑事訴訟法第三百十八條ニ依リ司法大臣ノ命令アルニ非サレハ之ヲ執行スルヲ得ス仍テ死刑ノ判決確定後ニ於テモ受刑者ヲ拘置監ニ置ク（刑法第一條二項監獄法第一條一項四號參照）死刑ノ言渡確定シタルトキハ檢事ヨリ速ニ訴訟記錄ヲ司法大臣ニ差出スヘキコトヲ規定セリ斯ク司法大臣ノ命令ヲ待ツヘキ所以ハ司法大臣カ特赦ヲ奏請シ又ハ上告裁判所ノ檢事ヲシテ非常上告、再審ノ訴ヲ爲サシムル權ヲ有スルカ爲メニシテ司法大臣カ死刑ヲ言渡シタル判決ヲ認可スルモノニ非サルナリ而シテ司法大臣ヨリ命令アリタルトキハ三日內ニ其執行ヲ爲スヘキモノトス三日內トハ雖モ監獄法第七十一條第二項ニ定ムル日ニハ死刑ヲ行フコトヲ得ス

死刑ノ執行ニハ檢事書記之ニ立會ヒ書記ハ其始末書ヲ作リ立會官吏ト共ニ署名捺印ス（刑事訴訟法第三一八條ノ二第三二一條參照）

第三章　自由刑及ヒ財產刑ノ執行

自由刑及ヒ財產刑ノ執行

自由刑及財産刑執行ノ條件及方式

自由刑ノ執行ハ檢事ノ指揮アリタル後ハ行政官ノ處分ニ屬シ監獄法ニ依リ之ヲ執行スルモノナリ而シテ死刑及ヒ自由刑ノ執行ニヲ逃レ・タル者ニ對シテハ檢事ハ逮捕狀ヲ發スルヲ得(刑事訴訟法第三百九條第三項參照)此逮捕狀ハ勞役塲留置ノ言渡ノ執行ニハ適用ナシ

罰金ニ付テハ其言渡ト同時ニ勞役塲留置ノ言渡ヲ爲ス此勞役塲留置ノ執行ニ付テハ刑法第十八條第五項ノ猶豫アリトス又資金ナクシテ罰金ヲ納付スルコト能ハサルトキニ非サレハ勞役塲留置ノ執行ヲ爲スコトヲ得ス

罰金、科料、訴訟費用、沒收物件、追徵金ハ檢事ノ命令ニ依リ徵收シ破壞又ハ廢棄スヘキ沒收物件ハ檢事之ヲ處分ス而シテ此徵收ニ付テハ强制執行ヲ爲スコトヲ得(刑事訴訟法第三二〇條參照)

第四章　執行ニ對スル疑義及ヒ異議ノ申立

刑事訴訟法ハ刑ノ執行中疑義又ハ異議ヲ生シタルトキハ之ヲ執行指揮者ノ判斷ニ任セス裁判所ニ於テ之ヲ裁判スルコトヽセリ即チ刑事訴訟法第三百二十二條ニ依レハ刑ノ言渡ヲ受ケタル者ハ其言渡ニ付キ疑義ノ申立又ハ其執行ニ付キ異議ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘク而シテ其裁判ハ刑ノ言渡ヲ爲シタル裁判所ニ於テ決定スルコトヽセリ裁判所ハ此塲合ニ執行官府又ハ司法行政ノ官府ノ資格ヲ以テ決定ヲ爲スニ非ス其裁判ハ均シク裁判權ノ作用ニ出ツルモノナリ故ニ刑ノ言渡ヲ爲シタル裁判所ハ法律ニノミ服從スル官府トシテ此決定ヲ爲シ此決定ニ對シテハ上級裁判所ニ抗告ヲ爲スヲ得ルモノトス

執行異議又ハ疑義トハ何ソ

執行異議及疑義ノ申立ヲ爲ス ニ得ル者

執行異議ノ申立ハ檢事ノ刑ノ執行ニ關スル指揮ニ對シ異議ヲ唱フルモノナレハ受刑人ヨリ之ヲ申立ツルヲ得ルノミニシテ檢事ヨリ之ヲ申立ツルヲ得ス又疑義ノ申立ハ判決主文ノ不明ヲ明カニスルモノナレハ檢事ヨリモ亦之ヲ申立ツルヲ得ルカ如シト雖モ第三百二十二條ノ法文ニ於テ明カニ「刑ノ言

渡ヲ受ケタル者云々ト制限シタルヲ以テ檢事ヨリ之ヲ申立ツルヲ得ス仍テ檢事ハ判決主文ニ不明ノ廉アルモ自ラ之ヲ解釋シ其意見ニ從ヒテ之ヲ執行セサルヘカラス而シテ檢事ニ於テ其意見ニ從ヒテ之ヲ執行シ始メテ受刑人ハ執行ノ異議ヲ申立ツルヲ得ルニ至ルモノトス又疑義、異議ノ申立ニ關スル決定ニ對シ抗告ヲ爲スヲ得ス是レ今日判例ノ認ムル所ニシテ又第三百二十二條ノ規定ヨリスルモ斯ク解釋スルヲ正當トス

執行ノ疑義及ヒ異議ノ申立ハ共ニ執行カ法律上許スヘキモノナルヤ否ヤノ問題ヲ目的物ト爲スモノニシテ刑ノ執行方法ニ付テ行ハルヽモノニ非ス故ニ執行疑義ノ申立ハ判決主文ノ解釋又ハ其確定力ノ範圍ニ付キ疑ヲ生シタルトキニ之ヲ爲スヘキモノニシテ判決ノ理由ニ疑アルモ此申立ヲ爲スヲ得ス蓋シ既ニ判決カ確定シ刑ヲ執行スルニ至レハ判決理由ノ不備ハ復タ何等ノ效果ヲモ生セサルモノナルモ之ニ反シテ判決主文カ不明ナレハ其刑ハ執

行スル能ハサルモノナレハナリ又異議ノ申立ハ刑ノ執行カ許スヘカラサルニ拘ハラス之カ執行ヲ指揮シタル場合ニ之ヲ爲スヘキモノナリ例ヘハ既ニ刑ノ時效ヲ得タレハ刑ヲ執行スヘカラスト主張シ又ハ未決勾留ヲ刑期ニ算入セスシテ執行スルハ不當ナリト主張スルカ如シ而シテ其刑ハ何人カ之ヲ執行スルヤヲ問ハス疑義異議ノ申立ヲ爲スヲ得ヘシ

疑義、異議ノ申立ヲ受ケタル裁判所ハ判決主文ヲ解釋シテ其裁判ヲ爲スニ止マリ新ニ刑ヲ言渡スコトヲ得ル權利ヲ有スルモノニ非ス故ニ判決主文ニ於テ刑期ヲ定メサルカ如キ場合ニハ其刑期ヲ決定ヲ以テ定ムル能ハスシテ執行スヘキ刑ナキコトヲ言渡サヽルヘカラス

疑義、異議ノ申立ニ對スル裁判ハ決定ヲ以テスルカ故ニ書面審理ヲ以テス而シテ此申立アルモ刑ノ執行ヲ繼續スルノ妨ト爲ラス申立ニ對スル決定カ確定シテ始メテ刑ノ執行ニ變動アルモノトス

修正 刑事訴訟法新論 終

明治四十三年二月一日印刷
明治四十三年二月五日發行

著作者 豐島直通

發行者 江草重忠
東京市神田區一ッ橋通町七番地

印刷者 松澤玨三
東京市麹町區下六番町十七番地

修正 刑事訴訟法新論 奥附

定價金貳圓七拾五錢

本裝 製本料金貳拾五錢增

禁漢譯

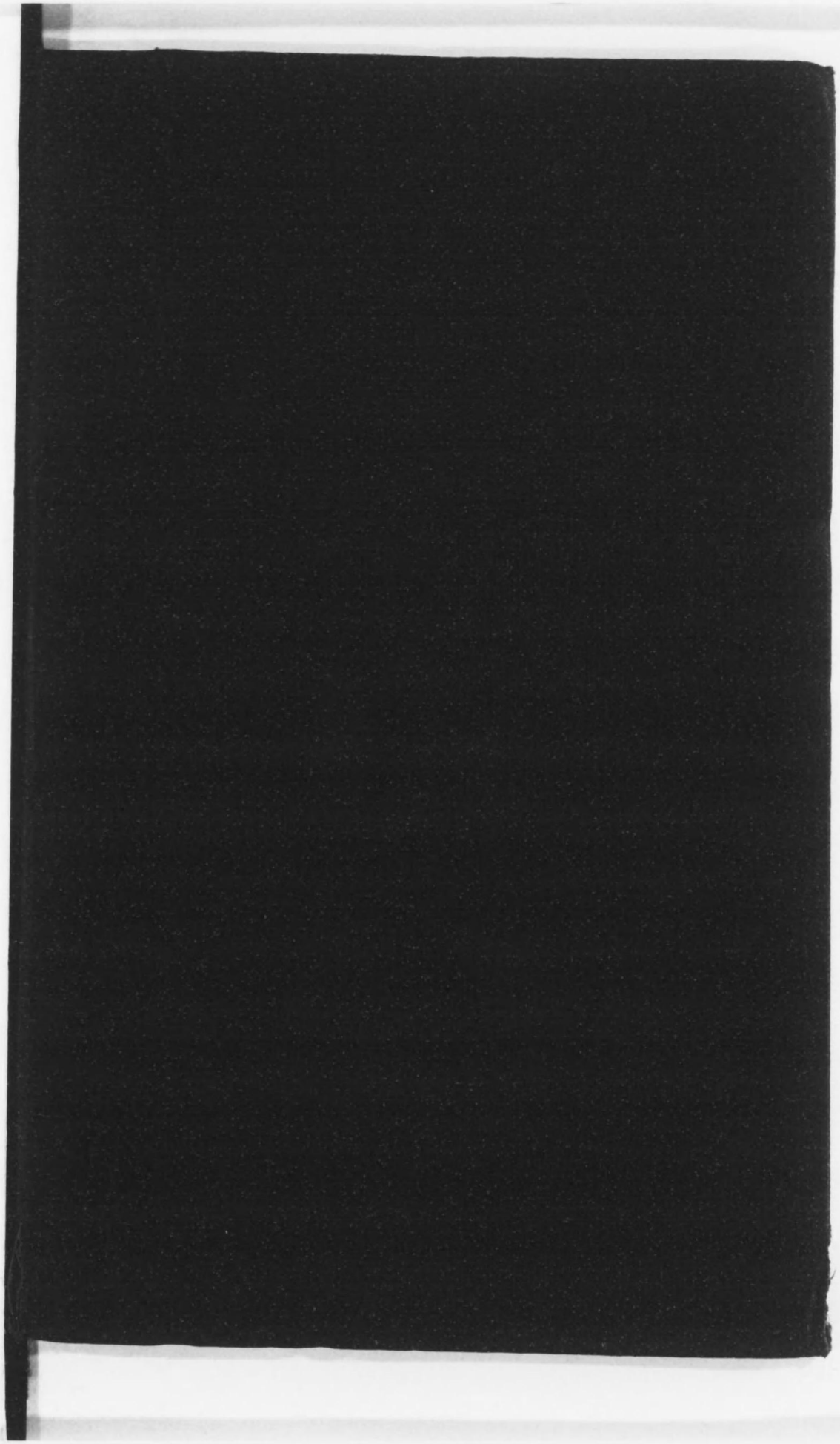
不許複製

發行所 東京市神田區三崎町三丁目一番地（電話本局二四〇九番） 日本大學

發賣所 東京市神田區南神保町十三番地（電話本局二四五二番） 有斐閣本店

發賣所 東京市神田區一ッ橋通町七番地（電話本局三二二三番） 有斐閣書房

【印刷東京市京麹町區下六番町十七番地（電話番町三六九）同勞舍】

44
360

終