

仍は期間起算の點に付き二三の問題あり  
一の犯罪を數人共謀して犯したるときは格別に時効を経るか又は同時に時効を経るか例へば犯罪の豫備たる從犯の所爲は三年以前にして正犯の所爲は三年以後なるとき又は正犯數人にして各犯人其終了の期を異にせるときは其中或は時効を経るものあり或は時効を経ざるものあるも可なるり又は同一犯罪なれば同時に時効を経へきものなるや此問題に付き佛國の學者は重に同一所爲として時効の起算を爲す可きものとせり即ち一人に對して時効來らざれば他の犯人にも亦時効來らざるものとせり尤も此種の學者は連續犯の場合にも時効は終りの所爲の日より起算するものと主張するものなれば親刑事訴訟法の如く繼續犯は最終の日より起算すと獨り繼續犯に限り時効を設けたる所にては此説を適用することを得ず然れども從犯の場合には此説を適用することを得へし何となれば戦刑法に於て所謂從犯は犯罪の器具を給與し又は誘導指示し其他豫備の所爲を以て正犯を幫助し犯罪を容易ならしむるの所爲即ち事前の所爲なれば正犯に

して罪とならざれば從犯成立のとなし從て正犯と從犯とは常に同時に時効に從はしめざるを得ざればなり又佛にては夫の罪毀罪に付ては事實の有無に依りて罪の有無の分かるゝ場合あれば許さたる事實の証明なりとの判決ありたるるときより時効の期間を計算するものとの判決例あり然るに學者は實際罪毀したるときより時効を計算す可きものと論せり又受寄財物消費罪は返還す可きの催促を受け返還せざるるとき又は返還し能はざるるとき罪と爲るものなれば其時より時効を計算す可きものなりと云ふ説ありたり然れども今日に於ては實際消費したるときより罪と爲る可きものと論ずるに至れり從て時効も其消費したる日より計算せざる可からざるなり又貨幣偽造罪は一種特別の犯罪にして只貨幣を偽造したるのみにて一罪として之れを罰し又之れを行使したる所爲をも一罪として罰するなり若し貨幣を偽造して之れを行使するに非ざれば罪と爲らすとせば只偽造したるのみにては未遂犯なり然るに刑法は別罪として之れを罰せり加之豫備の所爲をも一罪として之れを罰するなり(刑法第百八十六條)然

り而して一般犯罪の性質より云へば犯罪の着手より進んで其實行に至るものなれば別に時効を適用するを得ず例へば竊盜罪に着手したる所爲も其實行の所爲に付き各別に時効を適用するを得ざるか如し何となれば着手なければ實行のある可き理なく二箇決して分つ可からざるものなればなり然るに貨幣偽造罪に至ては偽造したるときより之れを行使したるときまでは長年月を隔つるとあり此場合に於て偽造の所爲と行使の所爲とに付き時効を各別に適用す可きや若し然るときは偽造の所爲は時効を要するに偽造の所爲と行使の所爲とに付き各別に時効を適用す可きや否やは外國學者間に議論ありて或は分つべきものなりと云ひ或は同一に爲す可きものなりと云へり

第三 時効期間の中断

時効は總ての犯罪に之れを適用するが故に時としては大罪にして社會の遺忘せざる犯罪に對しても其罪を免かれしむるに至り社會の公安を亂す

時効期間の中断

の恐あるを以て時効中断の方法を設け時効を遡るとなからしむ是れ刑事訴訟法第十一條に時効は起訴後又は公判の手續ありたるに因り其期間の經過を中断すとのあり此中断の方法は總ての犯罪に適用するものにして又此中断に依りて之れまで經過したる期間を全く無効に歸せしむるものとする故に刑事には中断あるも中止あるとなし中止とは一時期間の進行を止むるものにして民事訴訟法の定むる所なり

第一 起訴後又は公判の手續なかる可からず

起訴とは檢察官の犯罪を起訴又は公判に付するの手續にして起訴とは起訴官が被告人に對して今狀を發し證據を蒐集し家宅搜索を爲し其他臨檢鑑定證人訊問等を爲す手續を云ふ又公判とは裁判を公行し之れを取調を爲し之れを裁判を爲すを云ふなり此の如く起訴以上の手續あるにあらざれば決して時効を中断するとなし故に檢察官が探偵を以て犯罪の搜索を爲し其他一人の告訴告發を爲すも未だ以て時効を中断するに足らず殊に

時効中の  
断に非ざる  
る條件

告訴告發の由は又或事の起訴の材料たるに過ぎざるあり

第二 起訴豫審又は公判の手續有効ならざる可からず

起訴豫審又は公判の手續の有効なるには是等の手續が法律に定めたる法式に適ひ且法律に定めたる職權ある者の爲したることを必要なりとす故に若し其法律に違ひ手續無効となるときは起訴豫審の中断之れあらざるなり何となれば手續無効に歸するときは起訴豫審公判の手續ありたりと云ふを得ざればなり然れども一の例外あり即ち裁判所の管轄違なるか爲めに其手續の無効となる場合に於ては時効中断の効あるなり(刑事訴訟法第十二條)何か故に然らう第一事件の何れの裁判所に屬するうは實際上頗る困難にして屢管轄違の裁判所に起訴するにあり之れが爲めに時効中断の効なしとするときは社會の遺忘せざる犯罪を罰せざるに至ればなり第二管轄違の裁判所は本案に付き判決の爲すの職權なきも其手續に至ては十分有効なるを以て時効を中断するに足るなり第三假令裁判所は管轄違なるも爲めに被告人は何故に此の如き手續を爲されたるを自得するを得るな

り既に然らば後に被告人に恩典を與ふ可き理之れあらざるなり

第三 中断の手續は法律に定めたる時効期間内に爲さざる可からず

重罪なれば十年、輕罪なれば三年、連警罪なれば六箇月を經過せざる間に中断の手續を爲さざる可からず此に一の問題あり中断の手續は屢之れを行ふとを得るか又は然らざるか例へば重罪に對して九年を經過したる後中断を爲し其後九年を經過したるとき復た中断を爲すとを得るか或は初め一度中断を爲したるのみにて再び中断を行ふとを得るかや此際付ては舊治罪法には明文ありて時効期間の二倍を經過す可からずとせり然るに新刑事訴訟法には之れを削れり其削りたる理由は際限なく中断することを得るの意を將た然らざるや併及併に披ひたる國の法律は舊治罪法の如く明文あるとなし然れども學者は二倍の期限を超過す可からずと論決せり即ち時効の期間内に一度中断を行ふのみにして其後再び中断を行ふとを得ずと是れ二箇の理由に基けり其一は一度中断を行ふも時効期間の二倍を超過するときは社會は實際犯罪を遺忘し證據も亦湮滅するに故なり其

二は法律には重罪は十年内に時効を中断せられれば犯罪は時効に依りて消滅すべからず故に學者は此法文に因り時効は十年内にありされば中断を行ふことを得ずと論せり(明治六百三十七條參照)然れども我刑事訴訟法には此明文あるとなければ法律者同一の論決を與ふることを得ず從て時効は實際なく中断することを得と云はざるを得ざるなり

時効中断の結果

時効中断の時効は第一中断の手續あるときは從來經過したる期間を消滅に歸せしむるか故に中断したる時より起らに時効の期間を起算せざる可からず第二一人に對して中断を行ふときは中断せられたることを知らざる他の正犯、従犯又は民事擔當人にも其時効を及ぼすものなり何となれば中断の手續を爲すときは社會は其犯罪を遺忘せざるものと法律上推定すればなり

第三 時効の効果

公訴時効の効果は犯罪を消滅せしむるものなるか故に大抵の効果と同じ

時効中断の結果

時効の効果

果

何人も雖もこれを主張することを得即ち被告人は勿論檢察官もこれを主張することを得べく裁判官も亦職權を以てこれを主張せざる可からず又何時にてもこれを主張することを得即ち豫審又は公判中は勿論上告に至りてもこれを主張することを得べきなり又被告人はこれを抛棄することを得ず故に裁判官は一の犯罪に付き第一罪となるや否や第二何時犯したる所爲なるや否やを取調へざる可からざるなり時効の効果に付ては既に時効の性質を説くに當り之を述べたれば茲には只一言を爲すに止めん  
以上にて公訴權消滅の理由を研究し終れり次回より私訴權消滅の理由に移らん

第二十三回

公訴及び私訴は等しく犯罪の事實より生ずるも此二箇の訴權の間に性質上區別あるが故に公訴消滅の理由と私訴消滅の理由とは必ずしも同一ならず公訴消滅の理由と爲るも全く私訴消滅の理由と爲らざるものあり又或は其反訴に私訴消滅の理由と爲るも公訴消滅の理由と爲らざるものあり

り又或る理由に至ては公訴私訴に共通なるものあり即ち公訴消滅の理由と爲りて私訴消滅の理由と爲らざるものは被告人の死去大赦及び刑の廢止の三箇にして私訴消滅の理由と爲りて公訴消滅の理由と爲らざるものは拋棄又は私和なりとす而して確定判決及び時効は公訴私訴に共通の消滅の理由たり是より何か故に公訴消滅の理由と爲りて私訴消滅の理由と爲らざるや又何う故に私訴消滅の理由と爲りて公訴消滅の理由と爲らざるを述べ終りに公訴私訴に共通の消滅の理由に付さ述べん

第一 被告人の死去

被告人の死去は公訴消滅の理由と爲るも私訴消滅の理由と爲らざる即ち被告人死去したるときは其相続人に依りて請求するを得違は元來私訴は其性質より被告人其人に對するものと云はんより寧ろ其財産に對する訴權と云ふ可きものにして相続人は死者の權利義務共に之れを承継するものなればなり

第二 大赦

公訴消滅の理由と爲るも私訴消滅の理由と爲らざるも

大赦は公訴消滅の理由と爲るも私訴消滅の理由と爲らざる所以のものは大赦は一國主權者の行ふものにして一國の主權者は公益の理由を以て犯罪人の罪科を全免するを得るなり假令無上の權力を有する一國の主權者と雖も一私人の權利を侵害するを得ず即ち私訴は被害者に屬する犯罪より生したる損害賠償の訴權なり故に大赦に依りて被害者より既得の權利を減却し之を消滅に歸せしむるを得ざるなり然るに佛學者間には議論ありて大赦の國王即ち主權者より出てたる場合と立法部より出てたる場合とに區別し執行權即ち國王の大赦を行ふときは國君の權利には制限あるか故に大赦を以て私訴をも消滅に歸せしむるを得ず反之立法部より法律を以て大赦を行ふときは毫も制限あるとなし從て大赦を以て私訴をも消滅に歸せしむるを得へしと論ずるものは是れ誤謬の説にして今日一般學者の非難する所となれり假令立法部と雖も我儘勝手法律を定め覆りに人民の權利を侵害するを得ず是れ即ち將來の法律を以て既得權を侵害す可からざるの原則の存する所以なり抑も政府の一部たる立法部の權

力と雖も全く絶對的のものに非ず故に確定判決は新法を以て之れを取消すを得ず又法律を以て道義に反する命令を爲すことを得ざるなり換言すれば私訴は人民の既得権なり既に既得権たる以上は財産の所有権と異なることなし凡そ所有権なるものは何人ど雖も之れを侵害せざることを得ず故に公益の爲め政府が之れを要する場合と雖も公益の爲め必要なりとのことを證明し且先づ其償金を拂はざる可からざるなり然るに之れを雖する者ありて曰く元來大赦は其犯罪を曾て之れあらざりしものと看做すものなり而して違は公益の理由に基くものにして之れを犯罪として罰するときは却て社會の公安を害するを以てなり此の如く犯罪として再び其取調を爲す可からざる理由あるにも拘はらず私訴を存せしむるときは犯罪事件を再び社會に發露し大赦を行ふたる業志に反するに至る可しと然れども此雖論は容易に之を變くるとを得るなり元來大赦は社會の平和を慮かりたるものなれば犯罪として刑を適用するが即ち公益に害ある所にして私訴の理由として之を引出すは別に害あることなし又論する者あり曰く政府が

既に消滅したるものなりと看做したる犯罪より何等の訴權と雖も發生す可きの理由なしと是れ亦容易に之か答を爲すことを得可し法律又は命令を以て犯罪に對して大赦を行ふたるときは其犯したる事實の犯罪たる性質を消滅せしむるに止り其事實自身は決して之を消滅せしむることを得ざるなり即ち事實は犯罪たる性質を失ふも事實自身は存在するか故に之れを根據として私訴を起すことを得べきなり加之我憲法第二十七條に依るに日本臣民は其所有權を侵せざることをなし公益の爲め必要なる處分は法律の定むる所に依るとあり故に政府と雖も獨りに人民の權利を侵すことを得ず若し之を侵さんとするときは先づ其償金を拂はざる可からず故に政略上假令私訴の爲なりと雖も再び其事件を發露せしめ爲めに公益に害ありとするときは政府自ら私訴の賠償を爲し之れを消滅せしむ可きなり要するに大赦は私産消滅の理由と爲らざるなり

### 第三 刑の廢止

犯罪の後頒布したる法律に因り其刑の廢止も亦公訴消滅の理由と爲りて

私訴消滅の理由と爲らざる何となれば法律を以て廢止したるものは犯罪たる性質にして爲めに損害を生したる事實自身を消滅に歸せしむるを得ざればなり

以上述べたる三箇の理由は公訴消滅の理由と爲りて私訴消滅の理由と爲らざるものなり此に私訴消滅の理由と爲りて公訴消滅の理由と爲らざる拋棄又は私和に付き少しく迷ふる所あらん

私和とは損害の際に付き雙方熟議を遂けたるを謂ふ私訴の拋棄又は私和を爲したるとき既に告訴を爲し居れば之れが取下けを爲すなり故に告訴を待て受理す可き事件に付ては私訴の拋棄又は私和ありたるときは公訴も亦消滅す可きなり然れども是れ親告罪にのみ限るものにして一般の犯罪は爲めに公訴消滅せざるなり反之私訴に至ては如何なる種類の犯罪より生したる私訴と雖も其拋棄又は私和に依りて何時にても之を取消すとを得るなり何となれば元來私訴は一人の權利を保護する爲めの訴權なるが故に自己の利益を拋棄するは各人の自由なればなり而して拋棄又は

私訴消滅の理由と爲らざるも  
公訴消滅の理由と爲らざるも

公訴私訴の消滅に共通するもの

私和の結果如何は民事に関するときは民事訴訟法の定むる所なりとす是より公訴私訴に共通なる消滅の理由に付き講究せん

第一 確定判決

公訴の判決と共に私訴の判決を受けたるときは其効力私訴に及ぶは勿論なり或は公訴のみの判決を受け未だ私訴の判決なきときは被害者民事原告人と爲りて知はり居らざるも其判決確定すれば私訴も亦消滅するものなりとの説を唱ふる者ありと雖も決して否らざるなり公訴の判決あるも私訴の判決之れあらざるに於ては決して其消滅ある可き理由なきなり要するに確定判決は公訴にも私訴にも之れあるも公訴の確定判決は刑事の確定判決にして私訴の確定判決は民事の確定判決なり従て私訴の確定判決に必要な条件も總て民事の規則に従はざる可うらす故に其詳細は民法證據編の規定に譲らん

第二 時効

私訴の時効は總て公訴の時効に伴ふものにして其期間自身も起算の際も

又其中断の方法も總て同一なり即ち私訴の時効は公訴と等しく連帶罪は六ヶ月輕罪は三年重罪は十年の期間にして其期間は犯罪の日より起算し起訴豫審又は公判の手續ありたるに因り其期間の經過を中断するものなり(刑事訴訟法第八條乃至第十一條)私訴は元來民事の訴なれば民事の時効の期間に従はしむる可きものゝ如くなるに其否らすして公訴時効の期間に従はしめたるは如何なる理由に基つくや民事の時効は債權者か其權利を行はざりし懈怠に基く者にして公訴の時効は社會か犯罪を遺忘したりとの理由に基くものなり此の如く公訴の時効と私訴の時効とは其理由を異にするのみならず公訴と私訴と時効の期間を同ふするときは頗る奇怪なる結果を生ずるに至る可し即ち他人に損害を加へたる所爲か犯罪と爲る可き重大の所爲なるときは私訴は公訴の時効と共に速かに消滅に歸するも單に民事上の犯罪又は准犯罪たるに止まるときは頗る長き民事の時効に従はざる可からざるか如き不推衡を來す可きなり之を詳言すれば加害の所爲か犯罪と爲るときは六ヶ月又は三年の短

0

期の時効にして頗る重きものに至ても尙ほ僅に十年に止まるなり反之加害の所爲か犯罪と爲らすして只私犯即ち不正の損害たるに過ぎざるときは通常三十年の永き期間を經過するにあらんは時効に因りて消滅するとなし法律は保護す可きものを保護せず却て保護す可からざるものに對し保護の度を過したるものゝ如し然るに佛其他各國大抵私訴の時効の期間を公訴と同一にせり是れ公益上止む可からざる理由の存するあればなり公訴の時効に因り犯罪の消滅したる所爲に對し私訴を起すときは犯罪事件の裁判所に顯はるゝに故に之れを罰せんとするも既に時効に罹りたるものなるを以て之れを罰するを得ず此の如く社會公權の罰するを得ざる事件裁判所に顯はるゝに至り裁判所の威嚴を失するに至るべきなり是れ其主たる理由なりとす尙ほ一の理由あり凡そ犯罪事件に付き有罪を必罰し以て刑法の目的を達するには被害者をして早く其事件を社會に知らしむる途を開うざる可からず然るに私訴を通常民事の時効の如く長うらしむる時は勢ひ等閑に付し去るに至り爲めに社會は早く犯罪を知ると



を得ず又之れを知りたる當時は既に證據の湮滅を來すか如き恐あり故に私訴の時効を公訴の時効と同一ならしめ以て被害者をして速に告訴又は私訴を爲し其事件を官衙に知らしむるの途を蔽けたるなりホアソナード氏は舊治罪法草案に證據を下して曰く公訴は主たる訴にして私訴は従たる訴なり而して従は主に従ふは一統の原則なれば公訴附帯の私訴は公訴の時効と共に消滅せざる可らず又氏は證據湮滅を以て時効の一理由なりとする論者なるを以て又此理由を引用して私訴の時効を公訴の時効と同一ならしめたる一理由なりとせり然れども證據湮滅を以て私訴時効の理由と爲す可からざるは曾て論したる如くにして又従は主に従ふとの原則を此に援用し來りたるも亦全く之れを贊成するを得ず何となれば私訴は獨立して民事裁判所に此訴を爲すとあればなり然り而して舊治罪法には私訴は別に民事裁判所に之れを爲すとを得どありしか新刑事訴訟法には公訴に附帯せしめて其訴を爲したるときと雖も公訴の時効と其期間を同一とすとの文字と取替へたり然れども其意味に至ては異なるとなし何か故

に此場合に於ても公訴の時効と同一ならしむるや是れ亦公訴私訴同時に刑事裁判所に起りたるも私訴の時効を公訴の時効に罹らしむる理由と異なるとなし即ち既に罰す可からざる犯罪を裁判所に顯はるゝに至ればなり且時効の期間は訴の性質より來るものにして裁判所の管轄の異りたるも爲め變更を來す可きものに非ざるなり此に注意す可きは公訴の時効と同一の期間に従はしむるは私訴即ち損害賠償の訴ならざる可うらす故に假令犯罪に基因したる訴なるも離婚の訴又は相繼離排除の訴の如きは此内に入らざるなり而して苟も私訴なるときは何人に對しても此規則に従はざる可からず即ち被告人に對して其訴を爲す場合は勿論民事擔當人に對して私訴を爲す場合も亦之れに従はざる可からざるなり然れども民事擔當人に對する場合に於ては多少の議論なき能はず元來民事擔當人たる幼者の後見人父又は母教師親方等が損害賠償の責に當るは自己に監督を怠りたる過失ある可なり而して此過失は犯罪に非ずして所謂民事上の准犯罪なり果して然らば民事擔當人に對

する損害賠償の訴は通常民事の規則に従ふ可きものに非ずや真に然り然れども私訴の時効を公訴の時効と同一ならしめたる理由の時効に因りて一旦消滅したる犯罪の裁判所に願はるゝを避くるに在る以上は民事被告人に對する場合に於ても亦同一ならざる可からざるなり因是觀之犯罪人の相續人に對するるときも亦同一なる可きなり

第二十四回

前回に於て苟も私訴なるときは民事被告人に對するも又其相續人に對するも公訴と同一の時効に従ふ可きものなることを述べたり今日は尙ほ其引續きにして苟も訴の性質が私訴即ち犯罪に基因したる損害賠償の訴なるときは假令被害者が通常民事の如き名義を付して訴へ出づるも私訴と看做し公訴と同一の時効に罹らしめざる可からず例へば證書の無効を訴へたる民事の訴は其實詐欺取財又は證書偽造にして犯罪を爲すとき若くは過失にて器物を毀壞したりとて損害賠償の民事の訴を爲したるに其實故意に器物を毀壞したるものにして犯罪を成すときの場合に於

被告人か私訴の時効を主張

して民事の訴を免れんと欲するは自己の悪事を主張するも非ざるに非ざる

ては假令相手に於て時々の抗辯を爲さるも裁判官其職權を以て之れを主張せざる可からず又被告人も其抗辯を爲して訴て却けしむるを得可し是れ理の變易さか如くなるも多少疑ひなき能はず何となれば何人とも雖も自己の悪事を申立て自己の權利を主張し又は自己の義務を免るゝを得ざるものなればなり是れ羅馬以來存する所の原則にして羅句語之れを *Nemo audiat allegans suam turpitudinem* と謂ふ今原告人は通常の民事として訴を爲したり然るに被告人は刑事にして刑事の時効に従ふ可き者なるか故に時事を纏たるものなりと主張したるときは自己の悪事を主張して自己の責任を免かるゝものに非ずやとの疑を生ずるなり然れども此場合は此原則に矛盾するものに非ず其理由は第一此場合に於ては被告人躬ら自己の犯罪を主張するに非ず只原告人の謂ふが如く犯罪たる可き事實なりとすれば既に時効を纏たるものなりと謂ふものなればなり第二被告人は私訴に非ずして刑事の訴訟を起されるときは時効を纏たることを主張するを得然らば私訴に付て既に時効を纏たることを主張するも自己の悪事を

主張するものに非ざるなり第三裁判官も亦刑事の訴訟を受理したるとき職權を以て時効を經たるの故を以て之れを却下するを得然れば此同一の時効を主張して其訴訟を免かれんとするとき之れを却下し得ざるの理由なりるへし第四若し此場合に於て自己の惡事を主張するを得ずとの原則に抵触するものときせは私訴を刑事に附帶せしめて別に民事裁判所に訴ふる場合に於て常に之に抵触するものときは是る可うらす從て私訴に付き時効の抗辯を爲すを得ざるに至る可し第五若し此原則に違ふの故を以て却下す可きものときは既に時効を經たる私訴にて其訴の名義を變すれば必ず受理せざるを得ず從て訴訟を受理せしむると否とは原告人の自由と爲るに至る可し故に此場合の如きは右の原則に抵触するものに非ず然らば如何なる場合に此原則の適用ありや違は僅々の差異に依りて抵触するとのあり即ち時効を經たりと云ふを得ざる場合あり夫の原告人が刑事に觸れたる事實なることを主張せず純粋民事の訴として訴へたる場合の如きは是なり此場合に於ては被告人は刑事の事實なることを主張し既

前原則に  
觸れる場  
合

私訴は既  
に時効を  
經るも尚  
ほ民事の  
訴を起す  
とを得る  
場合あり  
や

に時効を經たりとの抗辯を爲すを得ず例へば原告人は寄託契約を原因として物品の取戻しを訴へたるに被告人は其物件は費消に罹り所謂費消罪を犯したるものにして費消罪は三年の時効なるを以て其私訴即ち物件取戻の訴は既に時効を經たりと主張する場合の如し是れ自己の惡事を主張するものなるを以て其責任を免るゝを得ざるなり若し原告人が犯罪を根據とするに非ずして原告人が從來有する權利を根據とする場合即ち私訴として訴ふるに非ざるるときに時効の適用之れわらざるなり例へば受寄財物費消罪に付き既に其私訴の時効を經たる後ち原告人より寄託契約を根據として物件の取戻を訴へたる場合の如し此場合に於ては原告人は二箇の權利を有するが故に私訴は既に時効を經るも契約を根據とする民事の訴は未だ時効に至らず即ち三十箇年間は起訴することを得又犯罪を理由とし犯罪に依りて失ひたる物件の返還を訴ふるは私訴なり而して其私訴の既に時効を經たる後從來有する所の所有權を根據として其取戻を訴ふるときは民事の時効に従ふ可きものなり又私訴に非ざる



と得る

人、告發人又は民事原告人の惡意若しくは重過失に出でたるときは是等の者に對し損害の償を求むるとを得被告入刑の言渡を受けたりと雖も告訴人、告發人、民事原告人より惡意若しくは重過失に因り其犯罪に付き過實の申立を爲したるとき亦同じ、民事原告人上訴を爲し敗訴したるときは被告入其上訴に因り生したる損害の償を求むるとを得、要償の訴は本案の判決あるまで何時にても其裁判所に之れを爲すよとを得とあり因是觀之被告入か惡意又は重過失ある告訴人、告發人又は民事原告人に對し其惡意又は重過失を理由として損害賠償を求むるとを得是れ何人とも雖も權利なくして他人に損害を被らしめたるものは之れを償はさる可からすとの原則に基きたるものなり而して此に所謂惡意とは事實を捏造して故らに訴へたるべき即ち誣告の場合なり人を誣告するときは犯罪を組成するが故に反對に被告入より民事原告人と爲りて訴訟を起すとを得るや當然なり又重過失とは訴を爲す者が輕罪を誤認して重罪として訴へたるか如きは未だ以て重過失と云ふを得ず少しく注意せは容易に誤謬を免かるゝとを得るに頗る

疎忽にして無辜の人を犯罪人として訴へたる場合を云ふ例へは人に金を執して使に遣はしたるに其人の歸りの邊かりし故直ちに費消したるものと違つして之れを告訴したる場合の如し要するに少しく注意せは明かなる可きに之れを爲さずして擬りに人を訴ふると重過失と云ふ其果して重過失なるや否やは事實上の問題なれば事實裁判官の決する所なり而して被告入か訴を爲すを得るは無罪又は免訴の言渡を受けたるときは勿論假令刑の言渡を受くるも告訴人、告發人、又は民事原告人に惡意若しくは重過失あるときは損害賠償を求むるとを得るなり何となれば過實の申立を爲し被告入をして長く未決の間に苦ましめられたるなり例へは過失殺を謀殺として訴へたるが如し重罪は之れを輕罪に比すれば其取調の手續嚴重にして爲めに損害を被ると大なり又民事原告人上訴を爲し敗訴したるとき其上訴の爲めに生したる損害は被告入に對して之れを償はさる可からず是れ民事原告人か爲す可からざる上訴を爲し被告入をして長く拘留の苦痛を受けしめ損害を被らしめられたるなり而して此場合は獨り民事原告人の

みにして告訴人又は告發人の之れあらざるは上訴を爲すの權あるものは民事原告人のみにして告訴人、告發人には之れあらざるか故なり即ち告訴人、告發人は訴訟關係人にあらざればなり

然り而して右被告人か告訴人、告發人又は民事原告人に對する要償の訴は其被告事件を受理したる刑事裁判所に之を爲すとを得元來要償の訴は民事裁判所に爲す可きものなりと雖も此場合に於ては刑事裁判所が既に其取調を爲したるか故に他の裁判所をして之れか裁判を爲さしむるよりは頗る便利にして且正確なるへければなり然れども既に刑事裁判所に於て本案に付き關係を脱離したる後なるときは要償の訴は民事裁判所にあらざれば之れを爲すとを得ざるなり

被告人か  
司法官の  
過失を責  
め之れに  
對して是  
等の訴を  
起すとを

又第十四條に因るに被告人無罪の言渡を受けたりと雖も刑事、民事裁判所書、執達吏、司法警察官又は巡查、憲兵卒に對し要償の訴を爲すとを得ず但是等の官吏被告人に對し故意を以て損害を加へ又は刑法に定めたる罪を犯したる場合は此限に非ずとあり何人と雖も濫利なくして他人に損害を被

得るや

らしめたるものは之れを償はざる可からずとの原則より云ふときは檢察、司法警察官、判事等、過失に出で無罪の人を長く牢獄の内に呻吟せしめたるときは被告人は之れに對して損害を賠償せしむるを得ざる可からず然れども他の點より觀察するときは是等の者に賠償の責を負はしむるを得ず人誤なき能はず假令始め犯罪人なりとして訴へたる被告人と雖も必ず其犯人なることを明するは事實上到底能はざる所なり故に疑しき者は之れを取押へ之れを取調へざる可うらず取調の末罪を爲らざるか又は證據擧らざるときは無罪の言渡を爲し之れを放免せざる可うらず然るに若し無罪の言渡を爲したるとき司法官が其責を負ひ損害を賠償せざる可うらざるものと爲すときは勢ひ司法官をして活潑の働きを爲すを得ざらしむるに至るのみならず一旦訴へたる被告人に對しては自己の過ちを悔はんか爲り無辜の者に強て罪を科するか如き弊害を生ずるに至るは到底免かれざる所なり是れ第十四條の規定ある所以にして條理に適するものなりとす然りと雖も其但書の如く司法官が故意を以て損害を加へたるときは又は

刑事に觸るゝときは被告人は之れに對して損害賠償を求むることを得るや勿論なり然れども司法官が果して故意を以て爲したるや否やは事實上判知し得へららず從て其適用を爲すを得ざるに至る可きを以て余は重過失ありたるときは損害賠償の責ありと爲したる方式法上其宜しきを得るものと信するなり

第廿五回

今日は總則中に掲げたる許多の事柄を取集めて述べんとす

第一 期間計算の事

期間計算の事は刑事訴訟法第十五條に掲げあり一讀の下能く之を明りにするを得る所にして別に述べ可きとなし只此刑事訴訟法中に時を以て計算するものあり夫の十二時間二十四時間若しくは三十六時間の如き時より時に計算するものは即時より起算す又日を以て計算するものは事ありし初日を算入せず又最終の日休暇なれば之れを計算せざるなり即ち其法文に曰く「此法律よ於て期間を計算するに時を以てするものは即時より起算

期間の計算

し日を以てするものは初日を算入せず若し最終の日休暇に當るときは期間に計入す可からず但時効の期間は此限に在らず一日と稱するは二十四時間を以てし一月と稱するは三十日を以てし一年と稱するは曆に従ふ」と又民事訴訟法にも同一の規定あり即ち其第六十五條に期間を計算するに時を以てするものは即時より起算し又日を以てするものは初日を算入せずとあり又第六十六條に一日の期間は二十四時とし一ヶ月の期間は三十日とし一箇年の期間は曆に従ふ期間の終日曜日又は一般の祝祭日に當るときは其日を期間に算入せずとあり此規定のある所以は刑事訴訟法及び民事訴訟法中裁判所又は訴訟關係人の爲めに期間を定めたる場合頗る多し而して其期間を定めたる理由は裁判の延滞を防ぐと又急速に失するの弊を防ぐに在り又期間を二十四時間二日若しくは十日等に限定したるは別に深き理由あるにわらず立法者より適當と認めたるものに過ぎざるなり此の如く數多の期間あるか故に期間の計算に付き一定の規則を定めざる可らざるなり是れ總則中に期間計算の規定を爲せし所以なりとす

然り而して日を計算するものに初日を算入せざるは何故なるやと云ふに初日は多く端目にして金うらす従て期間に付き利益ある者の爲めには不利益なるを以てなり然れども夫の時効は向きに迷へたる如く初日を算入す是れ畢竟初日を算入するの被告人に利益にして且時効は犯罪の終りたる日より直ちに社會の起訴權生ずればなり

此に注意す可きは全期日を與ふると云ふも期間の最終の日は全き一日と云ふを得ず何となれば上訴を爲すに當り夜の十一時後に上訴を爲さんとするも裁判所は之れを受付けず故に必ず裁判所の閉庭前に爲さる可くらざるものなればなり然れども上訴期間の如く權利を行ふ爲めの期間に非ずして訴訟上の手續の爲めに置く期間は多く全き日數を與ふるものなり例へば刑事訴訟法第二百十五條に呼出狀の送達と出頭との間少くとも二日の猶豫ある可しとある二日は全き日數即ち四十八時間ならざる可くらす又第二百五十七條に在る呼出狀の送達と出廷との間に存する二日の期間の如きも全き二日と爲さる可からざるなり是れ法律の正面なれば

も實際に於ては全き二日たらざるとあり即ち二日の猶豫を置かず翌日直ちに呼出すとあり而して被告人は曾て異議を申立たる例なし是れ一日も早く取調を受くるは却て被告人の利益なればなり故に裁判所は若し被告人が異議を申立てを爲したるときは前の呼出を無効と爲し更らに規則に従ひ呼出を爲すの考にて早く呼出を爲すなり

又最終の日休日なるときは期間に算入せず是れ何故なるかと云ふに被告人に對する一の恩典たるに過ぎず若し最終の日休日なるにも拘はらず期間に算入するときは爲めに上訴を爲すを得ざるに至り間接に上訴の權を剝奪するに至るへければあり然れども時効は一の例外にして最終の日休日なるも尙ほ之を期間に算入するものなり是れ之を算入するは被告人に利益なればなり尤も算入せざるは最終の日休日なるときのみ期間の始め又は其中間の日休日なるも爲めに期間を延すものにあらす又土曜日は半日なるも尙ほ一日と爲すなり

又一箇月を三十日と爲したるは二月の如き二十八日の月ありて曆に従ふ



ときは不公平と爲るか故なり一年は層に従ふと爲したるは四年にして送  
あるも僅に一日に過ぎず故に層に従ふものとせり  
又第十六條に此法律に定めたる期間には海陸路八里毎に一日の猶豫を加  
ふ八里に滿するものと雖も三里以上なるるとき亦同じ島嶼又は外國に付て  
は裁判所に於て特に附加期間を定むるよとを得とあり是れ路の遠近又拘  
はらす常に同一の期間と爲すときは頗る不公平を生ずるか故に出廷又は  
送達に付き八里毎に一日の猶豫を與ふ可きものとせるなり又島嶼又は外  
國に付ては書治罪法には別に法律を以て之れを定むと規定せしか明治十  
五年以來特別法を以て之れを定めたるとなし新刑事訴訟法は之れを裁判  
所の定むる所に任したり  
又第十七條に此法律に於て訴訟を爲すに付定めたる期限を經過したると  
きは特別の場合を除く外其訴訟を爲す權を失ふ可しとあり若し訴訟行爲  
を爲すに付き期間を定めなから之り制裁を附せらるるときは訴訟行爲の終  
局を告ぐるの期ならに至る可し故に其制裁を定めたるものなり而して特

別の場合とは刑事訴訟法第二百四十七條に定むる所の天災其他避く可う  
らざる事變の爲め上訴期間を經過したるとき其正當の理由を疎明したる  
ときに限り尚ほ上訴を爲すとを許し以て特別に之を保護したる場合等を  
云ふなり

第二 書類送達の事

書類送達の事は書治罪法中には多少詳しく規定しありたり然るに新刑事  
訴訟法には此法律に明文即ち特別の規定なきときは總て民事訴訟法の規  
定に従ふとせり即ち民事訴訟法第三百三十六條以下に其規定あるを以て其  
詳しきは民事訴訟法に譲り此に之を送へず唯此に所謂特別の規定とは普  
通の規定に依るときは書記は送達の事を司り執達吏をして之を爲さしむ  
るものなるに刑事に關しては逕査に令狀を携帶せしめて本人に之を送達  
せしむる場合等是なり

此に一言す可きは總て訴訟關係人は書類の送達を受くる爲め裁判所所在  
の地に住所を有せらるるときは假住所を定めらる可からず若し假住所を定

書類の送達

めざるときは書類の送達なしと雖も異議を述べらるるを得ず是れ書類送達  
の便を計りたるものなり

第三 書類調製の事

書類調製とは刑事訴訟法第二十條及第二十一條に規定しあり條文に示  
す如くにして別に述べらるべきなき要之官吏公吏の作るべき書類は官署公  
署の印を捺し始めて公けの書類たる性質を備ふ然れども此印を捺するを  
得ざるにあり即ち出張先にして此印を用ゆる能はざるときは其事由を  
記載す可きなり

凡そ訴訟書類を作るときは本人自ら署名捺印せざる可からず若し本人無  
筆なるか又は手を傷し自署する能はざるときは官吏公吏の面前に於て作  
りたる場合を除く外立會人代署し其事由を記載す可きものなり  
若し書類を爲したるときは元の字を存し書き改めたるを明かに爲し置  
かざる可からず又若し挿入削除及び欄外の記入あるときは之れに認印せ  
ざる可からず故に此規定に背きたるときは其増減變更の効なきなり

書類の調製

此法律と  
従來の法  
律との關  
係

第四 此法律と従來の法律との關係

此法律と従來の法律との關係を規定したる法文は第二十二條なり此刑事  
訴訟法は此法典頒布以前に犯したる犯罪にも之れを適用するものなり故  
に違は夫の法律は既に溯るの効力を有せずとの原則の例外と爲るもの  
なり元來刑事と民事とを問はず總て訴訟手續に關する法律は既に溯る  
の効力を有するものなり何となれば改良したる訴訟手續の方法に依りて  
審判を受けるは被告人に利益なればなり例へば従來は上訴は三級なりし  
り後之れを改めて二級と爲したりとせん以後の法律に依りて二級と爲す  
ときは爲めに被告人の既得權を害するものに非すやとの疑起るも訴訟手  
續に付ては被告人は既得權を有するものに非す只其當時の法律に依りて  
裁判せらるゝの既望を有せしに過ぎず加之實際其當時の手續に依りて裁  
判せらるゝを得ざる場合あり即ち舊治罪法に於ては國事犯は之れを高等  
法院にて審判したりしか新刑事訴訟法は之れを廢したる場合の如し然れ  
ども其當時の法律に依りて既に終へたる部分に付ては其手續其當時の法

律に違はざるものは新たなる法律の爲めに無効に歸す可きものに非ざるなり

第五 刑事訴訟法は陸海軍に関する法律を以て處分す可きものに適用することを得るや

刑事訴訟法は陸海軍に関する法律を以て處分す可きものに適用することを得るや

此法典は陸海軍に関する法律を以て處分す可きものに適用することを得るあり其理由は軍事には陸軍治罪法のあるあり海軍治罪法のあるあり而して特別法は普通法を破るの効果あるものなるを以て普通法たる此刑事訴訟法は特別法たる陸海軍治罪法を以て處分す可き犯罪に適用することを得ざるなり

第二十六回

前同にて總則を講了せり今日より第二編に移らん

總則中に規定する所は必要なるもの多く殊に公訴私訴に関する事項は最

親族例

裁判所の種類による

區裁判所

も必要なるものなるを以て多少詳しく講述せしか第二編以下は略す可きは之を略し一日に數十箇條を講了し時に或は全く之れを省くともある可し尤も又其必要の際に至ては或る可く詳しく講述す可きなり  
第二編の標題は裁判所とあり舊治罪法には裁判所の構成及管轄とありしう裁判所の構成に関するとは別に裁判所構成法の頒布ありたるに依り今日の刑事訴訟法には之れを除き裁判所の管轄及裁判所職員の除斥及び忌避回避の事を定め之れを第一章及び第二章と爲したり

第一章 裁判所の管轄

凡そ裁判の管轄に二種類あり即ち第一犯罪の種類より生ずる裁判の管轄第二犯罪の場所に関する裁判の管轄是なり第一種の犯罪の種類より生ずる裁判の管轄のとは第二十五條に示すか如く裁判所構成法に其規定を譲りたるを以て茲には只其大體を述ふるに止めん

犯罪の種類に関する區裁判所の管轄は裁判所構成法第十六條に在り即ち第一區裁判所は總ての連繫罪を判決する權あり是は舊治罪法と異なること

なし著治罪法に於ても治安裁判所は刑事に付き違警罪裁判所と稱し総ての違警罪を裁判せり第二本刑五十圓以下の罰金を附加し若は附加せざる二月以下の禁錮又は單に百圓以下の罰金に該る輕罪の裁判を爲すなり是等の犯罪は刑法に依るときは極めて少なうる可し然れども昨年十月頒布せられたる法律第九十九號に二月以下の禁錮を以て罰す可き犯罪を定められたり其第一條及び第二條に曰く家屋又は其他の建物外に於て犯したる竊盜にして未だ遂げざる者又は已に遂げたるも其贓物五圓に滿たざる者若しくは田野山林川澤池沼湖海に於て其産物を竊取せんとし又は牧場に於て其獸類を竊取せんとし又は已に竊取したるも其贓物五圓に滿たざる者は十一日以上二月以下の重禁錮に處すどあり故に今日にては區裁判所に於て禁錮を以て罰す可き輕罪を増加したり加之單に百圓以下の罰金に該る輕罪も刑法中には甚だ稀なるも從來は規則違犯者は悉く輕罪裁判所に於て處分したるを以て之を悉く區裁判所の管轄とするときは事件の數隨分夥多なる可き著なるも昨廿三年九月發布法律第八十六號間接國稅犯

則者處分法により其異議なきものは間税署長の通告書により罰金を納付すれば別に裁判を要せざることとなりたるを以て今日にては次に其數を減したり第三刑法第二編第一章を除き其他の輕罪にして本刑二百圓以下の罰金を附加し若は附加せざる二年以下の禁錮又は單に三百圓以下の罰金にして實際二月以下の禁錮又は百圓以下の罰金に處す可きものは區裁判所の管轄なりとす之れを從來に比すれば區裁判所の管轄權限は大に擴張せられたり

地方裁判所

又裁判所構成法第二十七條に依るに地方裁判所は第一審として區裁判所の權限並に大審院の特別權限に屬する事件を除き其他は總ての刑事訴訟を管轄し又第二審として區裁判所の判決に對する控訴及び區裁判所の決定命令に對する法律に定めたる抗告の裁判と爲すの權限を有するなり又同法第三十七條に依るに控訴院は地方裁判所の第一審判決に對する控訴區裁判所の判決に對する控訴に付爲したる地方裁判所の判決に對する上告及び地方裁判所の決定命令に對する法律に定めたる抗告を裁判する

控訴院

大審院

の権限を有するなり

又同法第五十條に依るに大審院は終審として控訴院の爲したる判決に對する上告及び控訴院の決定命令に對する法律に定めたる抗告又第一審にして終審として刑法第二編第一章及び第二章に觸れたる重罪並に皇族の犯したる罪にして禁錮又は更らに重き刑に處す可きもの、彈劾及裁判を爲すの権限を有するなり

同一犯人が數罪を犯したるとき其犯罪中或は重きものあり或は輕きものありて一は區裁判所の管轄にして他の一は地方裁判所の管轄なるるとき又一は地方裁判所の管轄にして他の一は大審院の管轄なるときは上級裁判所に於て併せて之れを管轄せるものなり即ち區裁判所と地方裁判所とに屬す可き事件に付ては地方裁判所の管轄にして地方裁判所と大審院とに屬す可き事件に付ては大審院の管轄なりとす

場所の管轄

以上述べたる犯罪の性質に付ての管轄権限に付ては裁判所構成法に規定する所にして刑事訴訟法中には只た場所の管轄に付き規定せるのみ即ち

刑事訴訟法に依るときは同等の裁判所中第一犯罪の地の裁判所第二被告人所在の地の裁判所を以て其管轄とす而して此犯罪地の裁判所を以て其管轄と爲すは最も正當にして且便利なり何となれば臨證人訊問等證據蒐集に便利なるは犯罪の地に若く者なく又罪惡必罪の例を示すの必要は犯罪地に優る者之れ非されはなり舊治罪法に於ては正當の管轄を犯罪の地として犯罪の地分明ならざる時被告人逮捕の地とせり然るに今日にては犯罪の地及び被告人所在の地を以て管轄とし其區域を廣くせり是れ實際の便宜を計り容易に被告人を逮捕するの主旨に出でたる者なり佛國に於ては管轄三あり即ち第一犯罪の地第二逮捕の地第三被告人住居の地に於て其區域頗る廣し舊治罪法は狹隘なりしを新刑事訴訟法は少しく其區域を擴張したり而して所在の地は實際多くは被告人逮捕の地と同一なり此の如く裁判所の管轄は同一犯罪に付き二箇あり故に被告人か一の場所に於て罪を犯し其土地に於て逮捕せらるるときは監轄は一なるも若し犯罪地外に於て逮捕せらるるときは二箇の管轄裁判所を有するに至るなり

又二箇の裁判所の管轄内に於て繼續犯を爲すときは犯罪の地二箇と爲り  
従て二箇の管轄裁判所を有するに至るへし此の如き場合に於て數箇の裁  
判所等しく管轄権を有するときは何れを以て正當の管轄と爲す可きや  
二箇の裁判所共に管轄権を有するものとするときは不都合なるを以て此  
場合に於ては最初豫審又は公判に着手したる裁判所を以て其管轄とす是  
れ先きに其事件に着手し取調も多少運ひ居るを以てなり  
被告人數人あるを爲め管轄裁判所を異にするを以て此場合に於て二箇に  
區別して之を論ぜざる可からず第一正犯と従犯とあるときは従犯は正犯  
を管轄する裁判所に於て之れを管轄するものとす是れ一般法律上に行は  
るゝ所の主は従を併すとの原則に基きたるものなり何となれば従犯は正  
犯ありて始めて犯罪と爲るものなれば正犯を取調へされば従犯の罪と爲  
るや否や知る可からざればなり第二數箇の裁判所の管轄に屬する正犯數  
人あるときは其中にて最初豫審又は公判に着手したる裁判所を以て其管  
轄とす然れども此場合に於ては一の例外あり即ち皇族の犯したる禁錮以

上の刑に該る可き犯罪に付ては其正犯及従犯の身分の如何に關せず常に  
大審院に於て之れを管轄するものなり是れ此種の犯罪は鄭重の取調を要  
するものなるを以て大審院の管轄とせり而して他の正犯及び従犯は他の  
裁判所に於て管轄す可きものとするときは時日を遷延するのみならず時  
に裁判の牴觸を來すの患われはなり故に其共犯及び従犯は各管轄の利益  
を得るものとす

以上は被告人の内國に在る場合なり若し外國に於て犯したる罪なるときは  
如何外國に於て犯したるときは場合を分ちて之れを述べざる可からず  
第一犯人日本に歸り來り内地にて逮捕したるときは逮捕の地の裁判所を  
以て其管轄なりとす第二外國より送致し來りたるときは送致の地の裁判  
所を以て其管轄なりとす第三大審院判決を爲す場合に於ては被告人最後の  
住所の地の裁判所を以て其管轄なりとす  
又船中に於て犯したる犯罪に付ては船船定繫港又は犯罪後最初に着船し  
たる地の裁判所を以て其管轄なりとす而して定繫港の裁判所を以て其管

轉と爲すは船舶が永く滞在しあるを以て被告人の取調臨検等に便利なるを以てなり又犯罪後最初に着船したる地の裁判所を以て之れが管轄と爲すは遠洋航海等の場合に於ける便宜上に出でたるものなりとす

以上は場所が付ての管轄なり此管轄の事たる簡單なるか如くなるも實際に於ては多少困難なるとあり時として二箇の裁判所が同時に管轄権を有するとあり夫の二箇の裁判所に於て同時に豫審又は公判に着手したるときは如き是なり又何れの裁判所も管轄権を有せしむる場合等あり斯る場合に於ては管轄裁判所指定の申請を爲す可きものなり此事は裁判所構成法に定めあり即ち其第十條に法律即ち民事訴訟法を以て特定したる場合を除くの外適當の申請あるときは關係ある各裁判所を併せて之れを管轄する直近上級の裁判所は何れの裁判所に於て本件を裁判するの権あるやを裁判する四箇の場合を定めたり第一權限ある裁判所が判事の除外又は天災其他事變の爲め裁判権を行ふを得るとき第二裁判所管轄區域の境界明確ならざる爲め其の權限に付疑を生じたるるとき第三法律に従ひ又

は二以上の確定判決に因り二以上の裁判所裁判権を互有するとき第四二以上の裁判所權限を有せしむる確定判決を爲し又は權限を有せしむる確定判決を受けたるも其裁判所の一に於て裁判権を行ふべき時即ち是なり」尙ほ管轄に付き一の迷ふ可きとあり法律によれば正當の管轄裁判所なる者特別の理由に依り管轄を變ず可き場合二あり即ち一は公安の爲め一は嫌疑の爲め管轄を移す場合はなり公安の爲め管轄を移すとは犯罪の性質被告人の自身員數地方の民心其他重大なる事情ありて公安を害する場合例へば犯罪の性質國事犯なるとき被告人が名望家なるか又は憎まれたるものなるとき人員の多數なるとき犯人其土地に知人多きとき等の如し如何なるとか公安を害するとかと云ふに人民或は一揆を起して裁判所を打破り或は犯人を奪ひ去り若くは犯人を打殺さんど企て大に騷擾する場合はなり是等公安の爲め裁判管轄を移すの申請は司法大臣の命令に因り大審院檢察事總長より大審院に之を爲す可きものなり而して其決定は訴訟關係人の申立を聽くまどなく大審院に於て之を爲すものなりとす

第二十七回

疑義の爲  
り裁判管  
轄を移す  
場合

前同に於て公安の爲め裁判所の管轄を移す場合を述べたり今日は疑義の爲め裁判所の管轄を移す場合を看んとす

疑義の爲め管轄を移す場合は公安の爲め管轄を移す場合と殆んど同一なり即ち第三十六條に曰く被告人の身分地方の民心又は訴訟の模様云々とあり是等の原由に依り裁判の公平を維持する能はざる恐れある場合に於て管轄を移す者なり而して其申請は訴訟關係人又は其裁判所に屬する檢事之を爲すなり又其申請は大審院に爲す者に非ずして上級の裁判所に爲す者なり又民事原告人ノ嫌疑ある裁判所に私訴を爲したるときは被告ノ其裁判所に於て異議の申立なくして本案の答辯を爲したるときは最早裁判管轄を移すの申請を爲すを許さるるなり是れ審理中自己に不利益なる模様之願はれたるとき之を口實として管轄を移し訴訟を遷延するに至る可ければなり然り而して疑義の爲め管轄を移すは主として一人の利益の爲めにする者にして公益の爲めにする者に非ざるか故に民事原告人

私訴を爲し被告人本案の答辯を爲したるときは之を許さるる所以なり

第二章 裁判所職員ノ除斥及び忌避回避

抑裁判官に最も貴ふ可きは公平無私不偏不黨に在り故に苟も其裁判を爲す事件が其裁判を爲す裁判官に利害の關係ありて公平無私の裁判を爲すを得ざる疑あるときは其裁判官をして裁判を爲さしむるを得ず是れ法律に除斥忌避回避の規定ある所以なり

除斥

第一 除斥

除斥とは法律上當然裁判官を不適當として裁判に與らざらしむるを云ふ而して此申立は何人にて之を爲すを得べく又裁判官自ら之を知りたるときは其事件より離脱せざる可からず而して此の除斥は法文に漏くる如く左の四箇の場合なり

第一 刑事被害者なるとき○裁判官被害者にして其訴訟に付き利害の關係あるとき即ち其訴訟の相手方なるときは自ら之れが裁判を爲すを得ざるを明なり



第二 判事が訴訟關係人の親族なるとき○判事又は其配偶者と被告人被害者又は是等の者の配偶者と親屬なるとき又は姻族なるときは人情私を爲すの嫌われはなり

第三 判事其事件に付き證人鑑定人と爲りたるとき又は被告人若しくは被害者の法律上代理人なるとき○證人又は鑑定人は證人又は鑑定人として證言若しくは鑑定を爲し裁判す可き材料を與へたるものなれば先きに爲したる證言又は鑑定に依はらず公平の裁判を爲すを得ず又法律上の代人は其被代理人の利益を保護す可き職務あるものなれば其職務と公平なる裁判を爲す地位とは兼ねるを得ざるなり

第四 判事其事件の審審終結に干與し又は不服を申立てられたる裁判の前置に干與したるとき○是れ亦其事件に付き一旦意見を附したるときは最初の意見に關せず公平の裁判を爲し難し是れ除外の理由と爲す所以なり此に注意す可きは審審終結の字に在り假令審審に干與するも其終結の決定を與へざる者は公判に干與するも公平を欠くの嫌あることなし

なし

第二 忌避

忌避は除外と同じ場合其他苟も公平の裁判を欠くの嫌ひある場合に於ては故事其他訴訟關係人より判事を斥くる場合を云ふ而して其他の場合とは裁判官が訴訟中訴訟關係人の一人と會合し或は贈物を受けたるときの場合に是なり忌避の申請及び其裁判に付ての手續は民事訴訟法第三十四條乃至第三十八條の規定に據れり

第三 回避

回避は忌避と同じ場合なり忌避は訴訟關係人の申立に依り判事を斥くるなり回避は判事自ら退くなり故に回避は第一に述べたる除外の理由あるとき其他裁判の公平を欠くの嫌ひあるとき之を爲すものなり  
右除外忌避及び回避は之を裁判所書記に準用するなり元來書記は多少職權ありて始末書等書類の調製を爲し取調の正當を維持するものなればなり

忌避

回避

然れども此等の規則は之を檢察に適用せざるなり檢察と雖ども或は親戚  
 其他の理由に依りて實際上に於て多少の公平を欠くを免かれず然れども  
 法律上檢察の爲め規則を設け之を除斥し忌避し又は之を回避するに及ば  
 ざるなり何となれば檢察は判決を爲すものに非ずして只自己の意見を述  
 ぶるに止まるものなればなり尤も檢察が故意に上訴を爲し長く被告人を  
 苦むるゝ如きものは或は罰せられ或は損害賠償の請求を受くるの制裁の  
 り加之實際より之れを云ふも檢察は被告人の相手方なり素より被告人の  
 利益なる證據を擧ぐるとあるも先づ犯罪の證據を擧ぐるとを以て其常とす  
 故に若し之を斥くるとを得るとせば被告人は常に之が申立を爲すに至る  
 へし之れ檢察に之を準用せざる所以なり

第三編 犯罪の捜査起訴及び豫審

本編は犯罪事件を實際に取扱ふ手續なり即ち犯罪の捜査起訴及び豫審に  
 して各一章を爲せり第一章は犯罪の捜査にして第二章は起訴第三章は豫  
 審なりとす

第一章 捜査

捜査

捜査は刑事の訴訟を起す第一着の手續なり而して捜査は世間の風評新聞  
 紙若しくは人の舉動等如何なる事によりて之を始むるも自由なりと雖ども  
 就中告訴告發及び現行犯に依りて之を始むるものとす故に告訴告發及現  
 行犯は此章に於て各一節を爲せり依て其所に於て詳説す可し  
 犯罪の捜査を爲すは檢察の職務なりとす然れども檢察のみにては十分に  
 其職務を盡すを得ず故に之を補佐する司法警察官なる者あり司法警察官  
 は行政官を以て之を組織し警視總監及び地方長官の統轄する所なり此長  
 官たる警視總監及び府縣知事は其管轄地内に於ては此犯罪の捜査に付て  
 は地方裁判所檢察と同一の権限を有す尤も東京府知事は警視總監あるを  
 以て此権を有せず何か故に之れに檢察と同一の権を有せしむるかど云ふ  
 に此等は行政警察の長官なり行政警察を究ふするには勢ひ司法警察に付  
 充分の権を有せざる可うらず元來行政警察と司法警察とは相密接したる  
 ものにして行政警察は犯罪を求た起らざるに豫防し司法警察は既に犯罪

と爲りたるものを處分するものなれば行政警察より一歩進めは忽ち司法警察と爲るなり是れ行政長官に捜査の權を委ねたる所以なり其他の司法警察官は捜事の補佐として其指揮を受け犯罪の捜査を爲すなり而して其他の司法警察官とは第一警視、警部長、警部、警部補、第二憲兵、將校、下士、第三島司、第四隊長、第五林務官、第六市町村長是なり此に注意す可きは巡査及び憲兵卒は司法警察官に非ざると是なり行政官を以て司法警察官と爲すは各國概ね此の如しと雖も實際上弊害を生ずるが故に捜事の下に司法警察官として別に之を立つるを可とす何となれば實際の有様を見るに捜事、犯罪の捜査を爲すに非ずして警察官が犯罪を捜査し犯人を逮捕して之を捜事に送り捜事始めて之を知るか如き有様なればなり然れども法律の定むる如く捜事として捜査を爲さしむるときは犯人を捕ふる能はざるへし何となれば司法警察官は他の行政官の配下に屬し其身分捜事の支配を受くるものに非ず従て捜事の命令は司法警察官に對して充分行はれされはなり故に今日の組織を改め捜事として司法警察官を賞罰黜陟するの權を與

よるに至らば多少今日の弊を矯むるを得んや  
是より第一節に移り告訴告發に付き述べん

第一節 告訴及び告發

告訴

告訴とは被害者即ち犯罪に依りて損害を受けたる者か之を訴へ出づるを云ふ而して此告訴を受ける者は犯罪の地若くは被告人所在の地の捜事又は司法警察官なりとす元來捜事が告訴を受けるを以て其本則と爲すも捜事は汎く居らざるを以て司法警察官か之を受けて之を捜事に送るなり而して告訴の手續は書面又は口頭にて之を爲すとす得元來書面を以てするか本則にして確實なれども世間には無筆の者あるを以て此便法を設けたるなり而して書面を以てするときは之に署名捺印を爲す可し又口頭を以て之を受けたるときは調査を作り告訴人に之を讀聞せ共に署名捺印を爲すなり若し告訴人署名捺印する能はざるときは其旨を附記す可きなり」  
告發とは被害者以外の者が犯罪事件を訴へ出づるを云ふ此告發には二種あり一は官吏公吏の爲す告發にして他の一は一私人の爲す告發ありとす

告發

官吏公吏の爲す告訴は官吏公吏が其職務を行ふに因り犯罪あることを認めし又は愚料したるとき其職務を行ふ地の檢察に告發するを爲す而して官吏公吏の爲す告發は官吏公吏の責任にして必ず之を爲さざる可からず尤も其職務中に非らざる事件は必ず告發するの責任あるとなし又官吏公吏の爲す告發は必ず書面を以て之を爲さざる可からず而して一私人の爲す告發は告訴と同じく書面又は口頭を以て之を爲すなり此場合に於て官吏公吏と異なり必ず告發を爲さざる可からざるの責あるとなし只告發するの権利あるのみ又此告發は告發人所在の地若くは犯罪の地の檢察又は司法警察官に告發することを得るものなり

右官吏公吏の爲す告發を除き一私人の爲す告發は代人に委任して之を爲すを得るなり其代人は契約上の代人法律上代理人又は裁判上の代人を以てするも自由なり故に無能力者の告訴は法律上代理人之を爲すも其効ありとせり

此に注意す可きは告訴告發は郵便を以て之を爲すことを得ず明治六年司法

純粋の現  
行犯及び  
准現行犯

第六十九號條に訴訟は郵便を以てするとを許さず若し郵便を以てするときは之を燒き捨つ可しとあり是れに付き實例を生したるときは郵便を以て爲したる告訴を取上げたるとき其告訴は誣告なりとて誣告の新起りたりしに元來誣告罪あるには有効なる告訴告發なかる可らず然るに郵便を以てしたる告訴は前掲の條により無効なり從て誣告は成立せず故に無罪ありと爲したるときありたり

第二十八回

第二節 現行犯罪

現行犯には二箇の種類あり純粋の現行犯及び准現行犯即ち是なり第一純粋の現行犯は第五十六條に其定義を下せり曰く現行犯罪とは現に行ひ又は行ひ終りたる際發覺したる罪を云ふと此に所謂行ひ終りたる際とは何時までを指すかと云ふに是れ事實問題にして一定の標準を立つるを得ず只罪の輕重に従ひ時間の長短を斟酌す可きなり第二准現行犯の場合第百五十七條に列記せり准現行犯は純粋の現行犯の定義中に入らざるも實際

の取扱上純粋の現行犯と異にす可き理由なきに依り之を純粋の現行犯と同一に看做し一様の取扱ひを爲さしむ其場合は左の三箇の場合なりとす」  
第一 犯人として一人又は數人に追呼せらるゝとき○此場合には一方には現に犯人の逃走を爲すありて他の一方に於ては一人又は數人より人殺又は泥棒と追呼するものあるときは其逃ぐる者は犯人なりとの推測立つなり尤も純粋の現行犯の場合には斯かる場合を生ずるとありと雖も追呼は現に行ひ終りたる際なれば別に之を准現行犯なりとして規定するに及ばざるなり時に准現行犯の場合は既に犯罪の日より數刻若しくは數日を經過したるときに生ずるものとす

第二 犯人の被疑に依りて現行犯と看做す場合○此場合は其被疑に依るの方法ニ體ありて一は犯人の携帯する所の物件に依りて此推測を下すものにして他の一は犯人の身體若しくは被服に犯人たりとの疑を著し可き痕跡を残すに依り此推測を下すものなり即ち犯人か凶器を携帯するか竊盜の用に供す可き物件を有するか又は贓物を有するときは之を以て

犯人なりと推測するに足るなり夫の夜中風呂敷包を持ちたる怪しき體の者又晝にても婦人の服子供の服等不備の衣服を持ちたる者の如きは亦以て之を犯人と推測すべきなり而して身體被服に顯著なる犯罪の痕跡あるときは身體に負傷し居るゝ又は衣服に血痕ある場合等を云ふなり其他明治十四年四十六號布告を以て被告人の舉動犯人と認料す可きものは准現行犯なりとせり

第三 家宅内に於て犯したる罪を檢證する爲め又は其犯人を認料す可き者を逮捕する爲め戸主より官吏に其處分を求めたるとき○此檢證及び逮捕の場合には或は純粋の現行犯なるとあり或は然らざるとあり即ち數日前の犯罪を檢證するの求めを爲し又は曾て犯したる犯人と認料す可き者を逮捕するの求めを爲すとあり此場合に於ては戸主たる者より官吏に處分を求むるに故に急速の處分を爲さる可からず何となれば一家の戸主たる者か此求めを爲すときは眞面目のものと推測するに足ればなり

此の如く現行犯は二種に區別するも是れ只理論上のみにて實際に於ては

現行犯と非現行犯との差異

二箇の場合同一に之を處分するに故に之を區別するの利益を見ず反之現行犯と非現行犯との間には大なる差異あり尤も現行犯にても非現行犯にても犯罪の結果たる科する所の刑に付ては更に異なることなく只訴訟手續上に著しき差異あるなり第一此に規定したる捜査に關し第二條審の取調に關して異なる所あり是の逮捕に關する差異は左の如し

第一 非現行犯の場合に於て巡查憲兵卒は露審判事の令狀あるに非ざれば犯人と思料す可き者を逮捕するを得ず然るに現行犯の場合に於ては今狀を待たず直ちに之を逮捕するを得るなり加之此の場合には其責任として之を逮捕せざる可からず尤も此に注意す可きは今狀を待たずして逮捕するを得るは禁錮以上の刑に該る可き犯罪の場合にして罰金科料又は拘留に處す可き犯人なるときは之を逮捕するを得ざるなり

第二 現行犯の場合に於ては獨り巡查憲兵卒か今狀を待たずして之を逮捕するを得るのみならず通常人と雖も之を逮捕するを得尤も通常人は法律上之を逮捕せざる可からざる義務あるに非ず只義務上此義務あるのみ

然れども一私人か犯人を逮捕したるときは多少の責任あり運は一旦捕へたる者は之を司法警察官に引致して之を引渡さざる可からず若し引致する能はざるときは巡行の巡查又は憲兵卒に引渡すことを得然れども此場合に於ては直に告訴告發を爲さざる可からず又被告人又は巡查憲兵卒か共に官署に至るとを求めたるときは之を拒むを得ず若し之を拒むときは強て引致せらる可きなり何故に此の如き責任を負はしめたるかと云ふに若し此等の責任を負はしむるとなく濫りに逮捕するを得るとするときは私怨あるか爲め人を苦しめ其名譽を害せんことを企圖する者あるや知る可らず加之同行を拒むときは或は不法逮捕に非らざるかの疑あるへし不法逮捕罪と爲るものにして此場合は現行犯なるを以て之を引致するを得るなり

第二章 起訴

起訴は何人の爲す可きもの

舊治罪法には檢事の起訴と民事原告人の起訴の二ありしも此刑事訴訟法には民事原告人の起訴なる一節を削除したり(其理由は置て述へたるを以

なるや

て今亦此に費せず(故に今日にては起訴は只検事が爲すのみにして他に之を爲す者なし而して此起訴は検事の犯罪の捜索を終りて後に爲すものなり其起訴を爲す際即ち捜索を終り被告事件犯罪なりと思料したるときは或は豫審を求め又は直に管轄裁判所に起訴を爲し又管轄連と思料するときは管轄裁判所の検事に之を送るなり又若し被告事件罪を爲らす公訴受理す可からざるものと愚料したるときは起訴を爲さずして訴訟手續を終るなり

尚ほ検事の職務に付き多少迷ふ可きとわたり即ち普通の裁判所たる地方裁判所の検事が捜索を終り被告事件重罪なりと思料したるときは之を豫審に送り輕罪なりと思料したるときは其輕重難易に従ひ或は豫審を求め又は直に其裁判所に訴を爲さる可からず又連警罪と思料したるとき若くは假令輕罪にてモ裁判所構成法第十六條第二號に規定したる二月以下の禁錮又は百圓以下の罰金に該る可き犯罪と思料したるときは之を區裁判所検事に送致せざる可からざるなり

又區裁判所の検事犯罪の捜査を終り連警罪又は本刑二月以下の重禁錮若くは百圓以下の罰金に該る輕罪なりと思料するときは之を其裁判所に起訴し其他の犯罪なるときは管轄地方裁判所検事に送るものとす此に注意せざる可らざるなり裁判所構成法第十六條第三號に二年以下の禁錮又は三百圓以下の罰金に該る輕罪にてモ其實際科する所の刑二月以下の禁錮又は百圓以下の罰金に該る可きものと思料したる事件は區裁判所に於て之を裁判を爲すことを得然れども此場合に於ては區裁判所の検事が直に自己の裁判所に起訴を爲すことを得るなり其區裁判所に屬す可きや否やは地方裁判所検事の見分る所なりとす又検事が告訴に依りて右の處分を爲したるときは其處分を被害者に通知せざる可からず這は被害者は元來私訴を爲すを得るものなれば其告訴の結果を知るの利益を有する故なり又検事が豫審を求むるときは證據及び事實參考と爲る可き事物を送致し又臨檢す可き場所其他逮捕す可き他の被告人及び證人と爲る可き者を指示せざる可からず

第三章 豫審

豫審

豫審は犯人の何人たるに及以有罪無罪の證據を擧ぐるを以て其目的とす故に豫審は犯罪に關する一切の證據を蒐集す即ち有罪の證據は勿論無罪の證據も亦之を蒐集せざる可からず此の如く豫審の職務は要するに證據の蒐集に在り然れども只證據の蒐集のとなりせは判事をして之を爲さしむるに及はざるなり然るに判事をして之を爲さしむる所以のものは豫審は證據の取捨を爲し又證據に依て有罪無罪の推定を下すものなればなり然れども有罪無罪の確然たる決定に至ては豫審判事の爲すを得ざる所なりとす從來我邦には豫審公判の區別あるとなく取調及び裁判は總て之を密行したり今日之を區別し殊に豫審なるものを設けたるは社會の利益と被告人の利益と二重の利益あるか爲めなり何ぞか社會の利益と云ふ事件重大にして且難雜なるものに至ては直に之を公判に移すも有罪の證據を擧ぐるを得ざるなり何となれば被告人證人の取調其他の證據蒐集は總て公けの場所にては十分に其目的を達するを得されはなり故に先づ豫審

豫審の性質

に於て犯罪の下調を爲し十分犯罪たるの推定を立て而して後公判に於て公明正大の裁判を爲さしむ又被告人の利益より云ふも直に公判に移さるゝときは假令公判に於て青天白日の身と爲るも一旦被告人と爲りたるのみにて既に名譽を害せらる故に先づ豫審に於て其下調を爲し有罪の證據なきものは直に放免の言渡を爲し有罪たるの推定十分なるものに限らば始めて之を公判に移すときは不幸の良民の名譽を害すると其少なきを庶幾するを得へし是れ豫審を設けたる所以なりとす

右の如くなるか故に豫審の性質は左の如し

第一 豫審は直に有罪無罪の決定を爲すものに非ずして只證據の蒐集を爲すものなりとの點より口頭の審理に非ずして書類の審理なり故に公判は只始末書を作り大體の記載を爲せば可なりども豫審に於ては證人の取調被告人の申立其他臨檢家宅搜索等總て之を調書と爲さざる可からず

第二 豫審の秘密は只社會公衆に對して秘密なるのみならず證人被告人



等相互の間にも亦秘密に爲さざる可からず故に譯審の性質は極めて秘密なり

第三 譯審に於ては只事實を申述するのみにて公判に於けるか如く辯論を爲す者に非ず從て辯論を爲すの材料を示さず只證據を示して之を確むるのみ

第二十九回

檢察と譯審判事との權限に付き一言せざる可うらざる可あり夫の搜索及び起訴は檢察の職務にして譯審の取調は譯審判事の司とる所なり而して譯審判事が譯審の處分を爲すの際檢察其傍に在りて公訴を行ふが故に檢察屢譯審判事に請求を爲す可あり從て檢察と譯審判事の職權内に立入るの恐れあり又誤りて檢察譯審判事の職權を侵さんとする可あり今其區別の存する所を見ん

第一 譯審判事は現行犯の場合を除くの外檢察の請求あるに非ざれば譯審の處分に着手するを得ず又事件を終る際にも一應檢察の意見を求め

檢察及び譯審判事の職權

ざる可からず

第二 一旦譯審判事の事件を纏れば最早譯審判事は獨立にして假令檢察の請求なきも一切の譯審處分を爲すを得

第三 檢察は種々の請求を爲し又種々の事柄に付き意見を述べ然れども譯審判事は檢察の意見に束縛せらるゝとなし(尤舊治罪法にては檢察の證據を求めたるときは譯審判事は必ず證據を爲さざる可からざりし)然れども新法には斯る規定なし

第四 譯審判事は必要なりとするときは譯審を中止することを得

此等原則の一を本章の初條と爲し記載せり則ち第六十七條に現行の重罪輕罪を除く外譯審判事は檢察の請求あるに非ざれば譯審に取掛ることを得ず此規定に背きたるときは其請求より以前に係る手續の効なかる可し

譯審は如何なることを爲すや是れ譯審の章を十節に分ち之を規定せる所なり即ち第一節今狀第二節密室監禁第三節證據第四節被告人の取問及對質

第五節 檢證 搜索及以物件差押第六節 證人 訊問第七節 鑑定 第八節 現行犯の  
逮捕第九節 保釋第十節 羈押終結是なり

第一章 令狀

令狀には三種あり第一召喚狀第二拘引狀第三拘留狀是なり此に一言す可  
きは舊治罪法には四種ありて今一つを収監狀と云ふ此收監狀は拘留狀を  
發したる後發するものなり又此收監狀には多少嚴重の手續を要し被告事  
件の罪名法律の正條檢事の意見を聽きたることを記載せざる可からざりし  
然るに刑事訴訟法に之を廢したるは拘留狀も収監狀も共に被告人を獄舎  
に繋ぐものにして之を二種に區別するは徒らに煩雜なりと云ふに基つ  
くのなり

第一 召喚狀

檢事の起訴に依り豫審判事か被告人に對して第一に發する令狀は召喚狀  
なり此召喚狀は普通の呼出狀にして只被告人を裁判所に呼出すのみにて  
公力を以て強制す可き者非ず然れども被告人若し之に應じて出頭せざ

召喚狀

るときは拘引狀を發することを得るか故に多少の効力を有す此召喚狀に依  
りて呼出すときは召喚狀の送達と出廷との間少しくとも二十四時間の獨  
録を置かざる可からず而して召喚狀に依りて呼出したる被告人は即時に  
之を訊問せざる可からず若し事務の都合に依りて即時に訊問するを得る  
るときは遅くとも出頭の日を過ぐるを得ず若し被告人が豫審判事の  
管轄地内に居らざるときは被告人所在の地の豫審判事又は區裁判所の判  
事に屬託して訊問を爲さしむ是れ畢竟被告人の利益を慮かりたるものな  
り元來第一に召喚狀を發して被告人を呼出すは被告人は未だ犯罪人と看  
做さず無罪の人なりと看做すにより成る可く其自由を束縛し又は其他違  
礙を來たすと少なうらしめんとの旨趣に出でたるものなり

第二 拘引狀

拘引狀は公力を以て被告人を引致することを得るものなり而して拘引狀は  
召喚狀に應せざる被告人に對して發するを以て正則とす此場合に於ては  
稍犯罪の嫌疑甚すのみならず最早公力を以て引致するの外途なきによる

拘引狀

なり然れども場合に依りて直に拘引状を發するとあり其場合は法文に規定せる如し第一被告人に定まりたる住所おらざるとき第二被告人罪證を湮滅し又は逃亡するの恐れあるとき第三被告人未遂罪又は脅迫罪を犯し仍は其目的を遂げんとするの恐れあるときなり此拘引状に依りて引致したる被告人は四十八時間内に之を訊問せざる可からず若し此期間に訊問せざるときは必ず之を放免せざる可からず而して召喚状を以て呼出したる被告人は二十四時間内之を訊問し拘引状を以て引致したる被告人は四十八時間内に之を訊問するものにして二者の間に此差異あるは拘引状に依りて引致したる被告人は之を召喚状を以て呼出したる者に比すれば犯罪の嫌疑を益すのみならず召喚状は時日を定めて之を發するものなるに依り其出頭の時刻を逃はさす之を訊問するを得るも及之拘引状を以て引致したる被告人は何時裁判所に來るや知る可からず因て速うに訊問するに能はざるなり是拘引状に依り引致したる被告人訊問の時間を長くしたる所以なり

若召喚状及び拘引状に依りて呼出したる被告人疾病其他正當の事由ありて呼出に應ずるとき能はざるときは豫審判事は其住所に付きて之を訊問せざる可からず尤も此場合に於ては被告人は疾病又は正當の理由に依りて出頭するを得ざるの理由を證明せざる可からざるなり

第四 拘留状

拘留状は數日若くは數十日の間被告人の自由を束縛して之を獄舎に繋ぐを得故に之を發するには一應被告人を取調べ果して犯人たる疑を生し且其罪は罰金以上の刑即ち犯人の自由を束縛す可き刑に處る可き犯罪ならざる可からず未だ疑の十分ならざるるとき又は罰金若くは拘留料に處す可き犯罪なるときは拘留状を發するを得ざるなり然れども一の例外あり被告人既に逃亡したる場合に於ては其訊問を爲さずして之を發することを得這は此場合に於ては有罪の推測益すのみならず拘留状に非されは不便なればなり即ち拘留状に依りて束縛したる被告人は監倉に入りたる者と同一に取扱ふとを得るものなるを以て犯人は再び逃亡を爲すを得ず

拘留状

尤も此被告人と雖も禁錮以上の刑に就る可き者ならざる可からず  
是より今狀一般に關する規則を述ぶ其規則は大略左の如し

第一 今狀調製の事

第二 今狀執行の事

第三 今狀執行後の事

第一 今狀調製の事は第七十六條に在り即ち今狀には被告事件及び被告人の氏名職務住所を記載せざる可からず若し氏名分明ならざるときは容貌體格等を明示せざる可からざるなり尤も召喚狀は住所分明なる者に發するものなるを以て氏名の分明ならずして容貌體格等を明示するの場合の生ずるは拘引狀拘留狀を以て引致する被告人に對するときはなりとす而して今狀には之を發する年月日時を記載し判事及び裁判所書記署名捺印す可きものなり

第二 今狀の執行は執達吏巡查憲兵卒の爲すものにして召喚狀は執達吏之を送達し拘引狀拘留狀は巡查憲兵卒の行ふものなり是れ拘引狀拘留狀

今狀調製の手續

今狀執行の手續

は公力を要するものなるが故なり只此場合に一の例外ありて被告人が既に監獄署に在るときは公力を用ゆるの必要なきを以て之に拘留狀を發するときは執達吏として送達せしむるとを得他の事件に付き拘留せられたる被告人又は既決の囚徒に對して發する場合に於ては更に拘留狀を發するの必要なきが如く然り然れども假令既に拘禁せられたる者と雖も未決なるときは其事件落着して放免せられ既決囚なるときは期滿ちて出獄するを以てなり

抑今狀は普通二通を作り其一通を正本と云ひ他の一通を謄本と云ふ尤此正本謄本は一紙にして前を正本と云ひ後を謄本と云ふ故に今狀執行者執行の際之を被告人に示し其執行の場所日時を記載し被告人をして署名捺印せしむ若し署名捺印するがと能はるときは其旨を附記し後中央より切りて謄本を渡し正本を携ら歸るなり

召喚狀を執行する規則は普通民事の時出狀執行の規則と同一なれども拘引狀拘留狀を執行する命を受けたる巡查憲兵卒は被告人其家宅若くは他

人の家宅に潜伏したりと懸料したるときは其地の市町村長又其差支あるときは隣街二人以上の立會を求め而して之を搜索せざる可からず其立會人を要するるとしたるは是れ財産権及家宅不侵の權を保護したるものなり此場合に於ては被告人を發見したると否とに拘はらず搜索調書を作り立會人と共に署名捺印せざる可からず又家宅搜索は日出前日没後之を爲すを得ず然れども寄席、旅店、刺烹店其他夜間と雖も人の出入する場所に付ては其公開時間内は夜間にては搜索を爲すを得

又豫審判事は今狀を以て呼出さんとする被告人が管轄地外に居るときは逓査憲兵卒をして今狀を携帶せしむるを得元來今狀は自己の管轄地内に行はるゝが普通なれども只管轄地内のみならず全國何れの地と雖も其効力あるものなり然れども其執行は逓査憲兵卒が自ら之を執行するを得ず必ず先づ其今狀を被告人所在地の豫審判事檢察又は司法警察官に示して即時に執行を求む可し

又今狀の執行を受くる被告人が現役の軍人軍屬なるときは此今狀を執行するに比連に其人に執行するを得ず其所屬の長官又は隊長は今狀を示して執行せざる可からず連は軍人軍屬は嚴正なる規律に服従す可きものにして假令犯人と雖も其今狀に應せしむるを得ざるをわり故に今狀に應せしむるも軍務に差支るるや否やは所屬の長官又は隊長に於て之を見分くるものとす

是等の種々の手續を経て今狀を執行したるときは其旨を記し若し執行し能はざるときは其理由を記す可きなり而して被告人各喚狀に依りて出頭するか又は拘引狀に依りて引致せられたるときは豫審判事之を受取り訊問を爲すなり又拘留狀に依り捕縛したる被告人は其今狀に記したる監倉に入るゝなり若し事變等に依りて其監倉に送るを得ざるときは其最寄の監倉に入るゝなり而して監獄署長被告人を受取りたるときは其證書を渡す可きものとす若し今狀を執行するを得ざるときは又は始より被告人の所在明かならざるゝ爲り今狀を發するを得ざるときは豫審判事が各控訴院の檢察長に被告人氏名入相書等を送致し捜査及び逮捕の請求を爲し檢察

今状執行  
後の手續

長は自己の監督内の執事をして捜索せしむ此場合に於ては逮捕状を發するものなり此逮捕状は拘留状と同一の効力を有するものとす

第三 今状の執行終れば拘留状を以て捕縛したる被告人は監倉に繋ぐものなり其監倉に繋ぐ所以のものは第一被告人の逃走を防ぎ第二證據の湮滅を防ぐに在り尤も被告人は監獄則に従ひ辯護士親族又は故舊に逢ふとを得又書翰書籍其他の書類は豫審判事又は執事の檢閲を經たる後に非ざれば被告人と外人と之を授受するを許さず又場合に依りて豫審判事又は執事は其書類を留置くとを得然れども密室監禁の被告人は豫審判事の許あるに非ざれば外人と接見するを能はず又書類の授受を爲すと能はざるなり

右拘留状に依りて入監したる被告人が判決を經ずして出獄する場合三あり第一豫審判事より禁錮以上の刑に該らざるものと愚料したるとき第二被告人逃走及び證據湮滅の恐れなしと愚料して保釋を許したるとき第三逃走及び證據湮滅の恐れなしと愚料して貴付を許したる場合はなり

以上にて今状に關する事を終れり

第三十回

第二節 密室監禁

密室監禁

密室監禁のとは第八十七條に在り曰く豫審判事は豫審中事實發見の爲め必要なりと愚料したるときは執事の請求に依り又は職權を以て拘留状を受けたる被告人を密室に監禁する言渡を爲すとを得此に所謂事實發見の爲め必要とは漠然たるにして其必要たるを否とは豫審判事の認むる所たり今實際如何なる場合に密室監禁を命するかを見るに被告人か他人と交通するときは證據を湮滅するの恐れありと愚料したるとき之を命する者なり此他人と交通を禁するは最も嚴重にして管に外人のみならず同じ囚徒と雖も暗號等を以て相互に示し合すの恐れあり故に一室に幽閉し何人とも雖も之に接見するを許さざるなり又書類の授受を禁する者なり此密室監禁は或は執事の請求に依りて爲すとあり或は豫審判事の職權を以て爲すとあり而して密室監禁言渡の効力は被告人を獨り別室に幽閉するに

在り通常は監獄則に従ひ外人と接見するを得るに此場合に於ては時に  
 豫審判事の許可を要す又書類の授受に付ても特許を要するなり故に密室  
 監禁は被告人の爲めには頗る苦痛を感ずるものなり従て被告人躬ら其來  
 歴を綴へ遂に被告事件の實際を述べ白狀を爲すに至るへし然れども此密  
 室監禁は證據の隠滅を防ぐの目的にして決して被告人を苦しめ其自白を  
 求むるの手段に非らざるなり若し其目的被告人を苦しむるに在りどせ  
 は密室監禁は頗る不都合のものと云はざる可からず拷問を禁するの今日  
 豈此の如きものあらんや

此密室監禁は十日間の効力を有するのみ又此十日間に少なくとも二度訊  
 問を爲さざる可からず尤も十日にて猶足らざるときは更らば之を命ずる  
 とを得然れども此場合に於ては其事由を裁判所長に報告せざる可からず  
 是れ多少裁判官をして注意せしむるを得るを以てなり

第三節 證據

豫審判事の職務は専ら證據の蒐集に在り故に豫審の處分中第四節乃至第

證據の通

則

七節は皆證據の蒐集なり此證據の二節は第四節乃至第七節に對する通則  
 なり即ち通則三あり

第一 第九十條に被告人の自白官吏の檢證調書證據物件證人及び鑑定人  
 の供述其他諸般の證據は判事の判斷に任すどあり是れ證據の取捨は判事  
 の認定次第なるを指示したるものなり換言すれば如何なる證據あれば犯  
 罪と看做さるを得ずどか又如何なる證據は證據とならずどか云ふとな  
 く自由に諸般の證據に依りて犯罪の有無を決するを得舊治罪法に法律  
 に於ては被告事件の證據に因り有罪なるの推測を定むるとなしどあるも  
 同一の意義にして即ち法律上有罪無罪の證據を立てすと云ふに外ならざ  
 るなり

第二 豫審判事は檢事又は被告人の請求あるか又は其請求の有無に拘は  
 らず自己の職權を以て總ての證據を蒐集せざる可からず是れ第九十一條  
 に規定する處にして豫審判事の本分を示したるものなり法文に證據證據  
 と區別しあれども實際に於ては同しとなり證據とは法律上直ちに確實と

認め可きものにして證據は之を證據に比すれば精薄弱なるものなり  
 此に注意す可きは豫審判事は檢事若しくは被告人の請求に因り又は職權を  
 以て事實發見の爲め必要なりとする證據徴憑を集取す可しとあり然らば  
 檢事又は被告人の請求したるときは豫審判事は必ず其證據を蒐集せざる  
 可からざるなり又は其取捨は豫審判事の職權内に在るか舊治罪法にては豫  
 審處分に對し會議局に故障の申立を爲し又其言渡に對して上告を爲すを  
 得たり故に被告人が請求したる證人を豫審判事が取調へるときは故障  
 を爲し以て終結の言渡を破るとありたり然るに今日にては會議局は廢せ  
 られたるか故に故障上告の方法あるとなし只抗告の方法あるのみ且つ可  
 へしとあるも必ずしも命令法なりと愚料す可からず(第百三十五條の文意  
 參照)故に證據の取捨採擇は豫審判事の職權内に在りて請求あるも之を取  
 ると取らざるとは其自由なりとす  
 第三 豫審判事が證據の蒐集を爲すは書記の立會を要す即ち第九十二條  
 に豫審判事臨檢搜索物件差押又は被告人證人の訊問を爲すには裁判所書

記の立會を必要とすとのあり是れ判事の公平を保ち公益を維持せんが爲め  
 なり而して書記は只立會ふのみならず書記は調書を作り豫審判事と共に  
 署名捺印せざる可からず若し現行犯等にして豫審判事急速に處分を爲さ  
 ざる可からずして書記の立會を得ること能はざる場合には立會人二人な  
 かる可からず尤も監獄署に就て被告人を訊問するときには其監獄署の官吏  
 一名を立會しむるを以て足れりとす此等の場合に於ては豫審判事自ら調  
 書を作り之を讀聞せ立會人と共に署名捺印せざる可からず若し豫審判事  
 一人にて取調を爲し獨り調書を作りたる時は其効力なかる可し是れ即ち  
 所謂無効の記載ある訴訟手續なり然れども實際に於ては裁判所の構成十  
 分ならず書記の人員不足なるなり爲め舊治罪法に於ても此明文ありたるに  
 も拘はらず明治十六年第八號布告を以て當分の内裁判所内に於て被告人  
 證人の訊問を爲すときは書記の立會を要せすとせり裁判所構成法の實施  
 に因り書記の員數を増したる今日に於ても猶ほ此布告は効力あるものな  
 り故に是等の場合に依り判事一人にて其訊問を爲すも有効なりとす



第四節 被告人の訊問及び對質

被告人の訊問及び對質

尋審判事は第一被告人の訊問を爲さざる可からず其理由三あり第一他の者を先きに訊問するときは尋審判事の腦裏に有罪の豫斷を爲し被告人に不利を生ずるに至るへし第二最初に被告人を訊問するときは最も能く事情を知るとを得又若し人違なれば他を取調よるの必要なし第三被告人の訊問には時の制限あるが故に他の者より先きに取調よるを可とす然れども其例外あり檢證を爲し又は證人を訊問するに付き急遽を要するときは先づ檢證を爲し證人を訊問するを得るなり

被告人を訊問し其陳述を聽くに必要なる規則あり被告人の陳述は自由の陳述ならざる可からず被告人をして罪を自白せしむるは望むべきとなれども自白を得んか爲め被告人を恐嚇し又は詐言を用ひ可からず然れども被告人に餘り強情を張らず早く自白を爲すの自己に利益なることを暗示するは詐言に非らず何となれば其状況に依り裁判官は長短期の間に斟酌することを得ればなり而して裁判所書記は訊問及び供述を録取し之を被告人

に讀聞せ尋審判事は被告人に其供述の相違なきや否やを問ひ署名捺印せしむ可し若し署名捺印すると能はざるときは其旨を附記せざる可からず若し被告人其供述に付き増減變更す可きことを申立たるときは更に訊問を爲し其訊問及び供述を録取し之を讀聞せ署名捺印せしむ又被告人は供述書の謄本を求むるを得るなり

尋審判事は被告人證人を各別に取調ふるを原則とす然れども被告人の共犯なる人違なきと其他事實を發見す可き一切の證據を證する爲め必要なりとするときは被告人と被告人と證人と證人とを對質せしむることを得是れ對質の状況に依り事實を發見するを得而して書記は被告人か恐れて居たるるとき又は語塞かりて歌して居たるるとき等其状況を録取し對質人に其對質に關する部分を讀聞せ署名捺印せしむ

又被告人又は對質人筆なるときは書面を以て問ひ答はるときは書面を以て答へしむ若し筆者啞者文字を知らざるときは通事を用ひ可し又被告人等外國人にして國語に通せざるときは正實に通譯す可きことを宣せしめ

其調書を讀聞せ署名捺印せしむ

第三十一回

第五節 檢證、搜索及ヒ物件差押

檢證、搜索物件差押は何れも豫審判事か證據蒐集の方法なり

檢證、搜索  
物件差押

第一 檢證に付ての定規は第百二條に在り曰く豫審判事は事實發見の高め必要なりとするときは犯所其他の場所に臨み檢證を爲す可しと實際上此上證を爲すは放火殺人の場合に最も多く其他山林竊伐に付ては境界を定むるの必要あるが故に檢證を爲すと多し而して檢證を爲すときは必ず書記の立會を要す即ち豫審判事は檢證を爲す可き場所に書記を同道し豫審判事ハ調書を作り有罪無罪の證據を記載せざる可からず

第二 搜索には二種あり第一家宅搜索第二所持品の搜索是なり家宅搜索は被告人の住居又は事實を證明す可き物件を藏匿する疑ある者の住居に臨検するものなり此場合に於ては被告人住宅なるときは之を立會はしめ若し其不法なるときは同居の親屬を立會はしむ若し其在らざるときは市

町村長を立會はしむ是れ家宅不侵の權を重するが故なり而して此家宅搜索のときも今狀執行の場合の如く日出前日没後は之を行ふを得ざるなり又所持品の搜索は其身に付け居るものを搜すの謂にして夫の衣服を脱かしむるか如き「カバン」の中を搜すも如きはなり法文には事實を證明すへき物件を藏匿する疑ある者の身體及び之に屬する物件に付き搜索を爲すを得とあり此に所謂身體とあるは主として着服を搜索するを云ふものなるへし然れども若し身體の一部に物件を藏匿するを得る所あらは又此法文により之を搜索するを得へし

第三 物件の差押は檢證又は搜索を爲して證據と爲る可き物件を見當りたるとき之を差押へ裁判あるまで預り置くを云ふ元來所有權は侵す可からざるものなり然れども公益上已むを得ざるより差押ふるとせり

是より檢證、搜索物件差押の三のことに關する共通の規則を述べん  
第一 是等の處分を爲して場合に依りて一日に其處分を終へざる可き此場合に於ては豫審判事は場所の周圍に閉鎖を命ず何人も之を動かす可

を得ざらしめ、動産には封印を施す等の處分を爲し、而して巡査又は市町村長をして之を看守を爲さしむることを得

第二 以上の處分に付き被告人には自身又は其代人をして之に立會はしむるの權あり然れども是れ被告人自由の身なるときは之にして若し拘禁せられ居るときは自ら之に立會ふの權なきものなり尤も豫審判事か本人の立會を必要なりとするときは拘禁の身なるときは否とに拘はらすと立會はしむることを得るなり

第三 以上の處分を爲すに當り證人の供述を聴くことを必要なりとするときは其場に於て之れを訊問することを得是れ證人は通常裁判所に於て訊問す可きものなるも其規則の例外なりとす

第四 是等の處分を爲すに當り豫審判事は總ての人を拒絶することを得若し其命令に従はざる者あるときは之を逐斥し又は其處分を終るまで之を留置するを得るなり

第五 以上の處分は豫審判事自ら之を爲さざるも場合に依りては之を他

に屬託することを得假令管轄内地と雖も急遽を要し且費用を省くの旨趣を以て區裁判所の判事に屬託することを得元來區裁判所の判事は是等の處分を爲すの權を有せずと雖も屬託を受ければ之を爲すことを得るなり

此に注意す可きは豫審判事事實發見の爲め必要なりと認むるときは信書の秘密を侵し其他運送中に在る物件を差押あることを得抑も信書の秘密は最も必要なるものにして憲法に之を觸く故に何人も雖も之を侵すことを得ず然れども豫審判事は公益の爲め場合に依りては之を侵すの已む可からざるまじり故に豫審判事に限り此秘密不侵の原則に反し之れか例外を定めたるなり

此に豫審判事公益の爲め必要なる場合に於ても尚ほ信書の秘密を侵すを得ざるにあり後に述へんとする裁判所に於て證言を拒むことを得る者の所持する物件にして且其秘す可き義務ある事情に關するものは其承諾あるに非されは決して之を差押へ又は之を開破することを得ざるなり

第八節 證人訊問

本節は之を大別して第一證人呼出に關すると第二證人の資格に關すると第三證人訊問に關するとの三箇を爲して講究せん

第一 證人呼出に關すると

證人の呼出状には證人の氏名住所及び職業を記載し又其呼出に應し出頭せざる時は罰金を言渡し且場合に依りて拘引する可き旨を記載し且出頭す可き裁判所出頭す可き時日を記載せざる可からず而して其呼出と出頭との間には少なくも二十四時間の猶豫を與へざる可からず此呼出を受けたる證人は必ず出頭せざる可からず只其呼出に應せずして可なる場合は左の二箇の場合なりとす

第一 證人が疾病公務の爲め又は其他事實上出頭し能はざる時

第二 現役の軍人軍屬にして軍務上差支ありて其長官之を許さざる時

右の事實上出頭し能はざる時は夫の洪水流行病等の爲め裁判所に行かざる場合は如きを云ふ又證人軍人軍屬なる場合は被告人軍人

證人呼出の手續

軍屬なる場合に必ず其長官を経由する等の規則と更に異なる所なし此二箇の場合に於ては證人は出頭せざるを得るも其他の場合に於ては必ず出頭す可きの義務あり若し其呼出に應して出頭せざる時は二圓以上二十圓以下の罰金及び不参の爲め生じたる裁判費用賠償の言渡を受けざる可からず此制裁を受くるも尚ほ出頭せざる證人に對しては費用賠償の外二倍の罰金を言渡し且之れに對して拘引状を發し強て之を引致するを得

證人出頭せざる時は右の制裁を與ふるとを得る理由は元來國民たる者は其義務として自己の見聞したる事實を裁判所に於て證言せざる可からず殊に刑事は民事と異なり罪の有無を決するは多く證人の證言に依るものなるを以て證人に此義務を負はしむるは公益上已む可らざる所なり又他の點より見るに證人なるは名譽の事務にして無資格者は證人と爲ることを得ず是れ證人に此義務を負はしめ制裁を與ふるとを得る所以なり然れども證人は被告人に非ず公益上國民たるの義務を盡す者なれば須らく之を

鄭重に取扱はざる可からず從來證人を疎末に取扱ひたるは實に其當を失するものなり

證人出頭するときは先づ其氏名を問ひ入連なきや否やを正さざる可からず是に於て乎證人の資格に關する問題を生ず

第二 證人の資格に關する事

何人ど雖も證人たるの資格あるを以て通例とし其資格なきを以て例外とす資格なき者に二種類あり第一證人たる者か訴訟關係人と親屬の縁故あるとき第二證人たるに不適當なるときは是なり

右第一の場合には第百二十三條に規定したり第一民事原告人民事原告人及び被告人の親屬第三民事原告人及び被告人の後見人又は此等の者の後見を受くる者第四民事原告人及び被告人の雇人又は同居人は是なり民事原告人は自己に利害の關係あるを以て之に公平の陳述を求むるは素より人情の能はざる所なり又親屬の關係ある者は私情の爲め公平の陳述を爲すを得ず又後見人は保護すべき位置に在るものにして被後見人は其保護を受

證人の資格

け其威權の下に在るものなれば是亦公平の陳述を爲すを得ず又雇人同居人の如きは其主人の威權の下に在り同居の誼あるものなれば等しく眞實の陳述を爲す能はざる者なり此に注意すべきは雇人は證人たるを得ざるも其主人は證人たるを得へし是れ主人は自由に陳述を爲すを得るものよしして雇人の如く威權の爲めに事を左右するの恐わらざればなり

第二の場合には第百二十四條に規定したり第一十六歳未満の幼者第二智覺精神の不十分なる者第三癡弱者第四公權を剝奪せられ又は停止せられたる者第五重罪事件又は重禁錮の刑に該る可き輕罪事件に付き公判を付せられたる者第六現に供述を爲す可き事件に付き曾て訴を受け其證憑十分ならざるに因り免訴の言渡を受けたる者は是なり未だ智識の發達十分ならざる幼者又は成年者なるも智識の不十分なる者の如きは證人たらしむるを得ず癡弱者の如きは法理上其智識の發達不十分なるものと見做すのみならず事實上證言を爲す能はざる者なり又犯罪人は證人たる名譽を得せしむるを得ず又未だ犯罪人たると確定せざるも既に刑事上の訴進を受け

たる者の如きは其疑あるを以て亦證人と爲すを得ず又既に免訴の言渡を受けたる者と雖も新なる證憑出づるときは再び新進せらるゝとあるを以て曾て訴を受けたる者の如きは證人たるの資格なきなり

右第一の場合に於ては訊問を爲すに先たち其資格あるや否やを問ふへきものなれども第二の場合に於ては之を爲さざるなり是れ第二の場合に於ては別に訊問を爲さざるも効者たるか智識の不十分なる者なるか又は瘡痍者たるか一見して之を知るとを得へく又第二百二十四條に規定したる第四第五第六の場合に相當するや否やを訊問するも如きは人を辱かしむるものなるを以て之を問ふを得ざるものとす

證人たるの資格を具備するときは良心に従ひ眞實を述べ何事をも欺秘せず又何事をも附加せざる旨を宣誓せしむ此宣誓は宗教の盛なる國に於ては其効著大なりと雖も戦邦の如き宗教の盛ならずる國民に對しては只其誠實心に訴へ且若し偽證を爲すときは刑事上の制裁を與へ以て其眞實を陳述せしむるに勵まざるなり即ち證人たる資格ある者宣誓を拒み又は宣

誓して陳述を拒むときは刑法第百八十條に依り四圓以上四十圓以下の罰金に處せられ又偽證を爲したるものは刑法第二百十八條以下の偽證の罪に處せらる

然れども此に宣誓を拒むとを得る者あり第一官吏公吏其職務上欺秘すべき義務ある者第二職業上欺秘すべき義務ある者是なり何故に此等の者は證言を拒むとを得るの理由は次回に於て之を陳辨せん

第三十二回

前回に於て證言を拒むとを得へき二箇の例外を述べ置きたり此例外は畢竟公益上の理由に基くものなり元來官吏公吏か其職務上より知りたる欺秘すべき事柄は裁判所に於て之を陳述するを得ず夫の外交官に於ける外交上の秘密の如きは其最も著しきものなり又醫師は職業上治療を乞ふ者あれば必ず之に應せざる可からず而して疾病の原因を知るは施術上必要なるを以て犯人の治療を乞ふに際し創傷其他の疾病に付き其原因を明かさざるを得ず然るに若し醫師に於て之を欺秘するを得ずるときは

犯人は醫師の口より犯罪の發覺するを恐れ治療と云ふなく遂に病に陥る  
 者あるに至る可し又辯護士の如きも詳しく其事情を聞くに非ざれば十  
 分の辯護を得ずを得ず故に若し辯護士にして證言を拒むの権なくんば犯  
 人は之れに事實を明らすを得ず従て辯護不十分にして裁判に誤謬を來し  
 不幸の良民をして囹圄の下に吟呻せしむるに至る可し此の如くんは獨り  
 被告人の不幸なる而已ならず實に社會の公益を害する者と云はざる可か  
 らず然り而して其黙秘す可き事情なるや否やの甄別は訊問を受くる者の  
 判斷如何に任せざる可からず故に訊問を受くる者に於て黙秘す可きもの  
 と恐惟せは黙秘す可く黙秘するに及ばすと恐惟せは之を陳述す可きなり  
 尤も黙秘する場合に於ては必ず其理由を述べざる可うらす之を實際に據  
 するに陳述を拒む者の如きは實に稀なり是れ若し明白に陳述せざるべき  
 は嫌疑を受くるを恐れて然るものなりと雖も其職業上の徳義より云へば  
 甚だ不都合と云はざるを得ざるなり

第三 訊問に關する

訊問に關する手續

第一 證人には先づ其氏名住所職業身分を問ひ人連に非ざるや否やを組  
 し其取調を爲すに當ては數人の證人各別に之を訊問せざる可からず是れ  
 畢竟各證人をして獨立の陳述を爲さしめんが爲めなり然れども場合に依  
 りては證人と證人又は證人と被告人とを對質せしむるを得るなり  
 第二 證人は裁判所に呼出されて訊問を受くるのをならす場合に依りて  
 は犯罪の場所又は其他の場所に同伴せらるゝとあり若し之を拒むときは  
 證人呼出に應せざるべきと同一の制裁を受くるものなり  
 第三 證人の陳述は書記之を調書に作り豫審判事は書記をして之を讀聞  
 かさしめ供述の相違なきや否やを訊し若し増減變更の申立ありたるときは  
 は更に之を調書に記載せしめ豫審判事書記及び證人共に署名捺印せざる  
 可からず若し證人署名捺印する能はざるときは其旨を附記す可きなり  
 第四 證人の訊問は被告人訊問の場合に於けるか如く證人若し裁判所々  
 在の地に居らざるときは其訊問を其住所の地の區裁判所判事に囑託する  
 とを得若し又他の管轄裁判所に居るときは其裁判所に囑託するを得

るなり明治十四年第九十六號の布告は訊問の事を警察署に屬託することを得せしめたり此布告は舊治罪法の廢止と共に無効に歸したるや否やは多少議論ある所なり此屬託を受けたる判事は豫審判事と同一の権力を有し證人に關し豫審判事に屬する一切の處分を行ふことを得るなり此證人訊問に關する二三の特例あり即ち皇族大臣及び國會議員に關するとは是なり第一證人皇族なるときは裁判所に呼出すことを得ず豫審判事親ら其邸宅に就き之を訊問せざる可からず是れ皇族たる身分を尊びたるものなり第二大臣を證人として訊問するときは其所屬官廳所在地の裁判所に於て之を訊問せざる可からず大臣所屬の官廳は今日にては東京に在るを以て其訊問は東京の裁判所に於てすべきものとす若し大臣旅行して他に在るときは其所在地の裁判所に於てす第三帝國議會の議員證人なるときは其開會中は議會の所在地即ち現今は東京の裁判所に於て訊問せざる可からず又他所に滞在中は其所在地の裁判所に於てせざる可からず是れ皇族の如く其人を尊びたるに非ず大臣及び議員は國家極要の職務に當るもの

なると以て其妨げを爲さしめんとの旨趣に出でたるものなり證人には旅費日常を給せざる可からず此旅費日常は被告人の負擔す可きものなれども被告人無罪なるときは官に於て之を支辨せざるを得ず

### 第七節 鑑定

鑑定とは第百三十五條に在り曰く豫審判事は犯罪の性質方法及以結果を分明ならしむる爲め鑑定を必要なりとするときは學術職業に依り鑑定することを得べき者一名又は數名をして鑑定を爲さしむ可しと裁判官法律を知らず雖も萬般のことに通するを得ず是れ學術職業に付き特識ある者の智識を借るの必要ある所以なり犯罪の性質に付き鑑定が必要なるは赤子を殺したる事實に付き生れて後殺したるものなるか死して後生れたるものなるかは醫師の診斷に依らざるを得ず又方法とは物を以て殺したるか又は毒藥を服せしめて殺したるか等なり又結果とは毆打創傷に付き廢疾に至らしむるか又は死に致すに足るか等なり是等は醫師の判決に依らざるを得ず是れ今日裁判醫學の起りし所以なり而して鑑定に必要なるるとき



は死體の解剖を爲し又檢視する爲め墳墓を發掘し又其死體を解剖するとを得るなり

鑑定を命ぜられたる者は裁判所に出づるの責任あり鑑定に付ての規則は證人に付ての規則と殆んど同一なり只鑑定人に對しては證人に對するか如く拘引狀を發して之を引致するを得ず此區別ある所以のものは證人は事實と見聞したる者なるを以て其人に限り他人を以て之れに代ふるを得ず反之鑑定人は學術職業に付き智識ある者なれば其甲たると乙たるとは表て問はざる所なればなり

鑑定人には宣誓を爲さしむ之れに付ては證人の場合の方式と殆んど異なることなし只證言と云ふ代りに鑑定を爲すと云ふのみ鑑定人宣誓を背せざるか又は宣誓して陳述を背せざることは罰金の言渡を受く是亦證人の場合と更に異なる所なし只證人と鑑定人と異なる所は證人は自己の見聞したる事柄を其儘陳述するに在り鑑定人は學術職業に依り知り得たることを述ふるものなるを以て必ず自己の見聞を述べてざる可からざる若し場合に依

り知り得ざるときは自己の推測する所を述へざる可からず又數人の鑑定人各意見を異にするときは各別に鑑定を爲し各自の意見を記さしむる可からず

鑑定人の鑑定したるに付ては證人の陳述と同しく裁判官は必ず之れに従ふの責任あるとなく裁判官は自由なる制定を爲すとを得要するに鑑定は只裁判官の参考たるに過ぎざるなり

鑑定人も證人と同しく旅費日當を請求するを得只然るのみならず鑑定人は鑑定に要したる立替金の請求を爲すとを得るなり殊に鑑定人の費用は場合により官より立替を爲すものとす

### 第八節 現行犯の豫審

現行犯の場合には曾て述べたる如く巡查憲兵卒は令狀なくして被告人を逮捕するを得へく又通常人と雖も之を逮捕するを得るなり加之現行犯の場合に於ては豫審處分に付き尚ほ非常の例外あり即ち豫審判事は該事の起訴なきに直ちに豫審處分を取掛ることを得へく又該事は自ら豫審の

處分を爲すとを得べきなり是れ急遽を要する場合に於ける特例なるを以て急遽の止むと同時に直ちに其本則に覆さる可からず今之を左に詳説せん

第一 元來豫審判事は檢事の起訴あるに非ざれば豫審に取掛ることを得ざれども現行犯の場合には其旨を檢事に通知し直ちに犯所に臨檢し或は今狀を發し其他總ての豫審處分を爲すとを得へし尤も之を爲したるときは其檢證調書を作り一切の書類を檢事に送致し檢事の意見を問はざる可からず然れども豫審判事は檢事の意見如何に關せず通常の手續に従ひ豫審の終結を爲す可きなり是れ現行犯の場合には豫審判事自ら事件を握り之を以て公訴起りたるものと見做すにより一旦公訴起りたる以上は其終結の決定を爲さざる可らざるを以てなり

第二 檢事が先づ現行犯あることを知りたるときは急遽を要する場合に限り其旨を豫審判事に通知し自ら豫審處分を爲すことを得元來檢事は原告官なれば取調を爲すと得ざるものなれども急遽を要する場合なるに依り互

に相助け合ふの旨趣を以て檢事に此豫審處分を爲すとを許したる者にして非常特例なるを以て檢事は證人又は鑑定人に對し罰金又は費用賠償の言渡を爲すことを得すとせり何となれば言渡は判事の特權にして檢事は如何なる場合に於ても之を僥すとを得されはなり故に檢事は證人鑑定人の陳述を聴くに當りても宣誓を爲さしむることなく只參考の爲め之を訊問するのみ而して檢事其處分を爲したるときは證憑書類の意見書を添へ逮に之を豫審判事に送致せざる可からず尤も其檢事區裁判所の檢事なるときは之を地方裁判所の檢事に送致し地方裁判所の檢事より豫審判事に送致すべきなり

第三 右檢事に與へたる豫審處分を爲すの權限は急遽する場合に於て司法警察官にも亦假に之を行ふことを許すなり是れ檢事は司法警察官の長官なり長官に許すとなるを以て其下官にも之を許したるに過ぎず然れども司法警察官は拘留狀を發するまをを得ず舊治罪法は令狀を發するまを得すと廣く規定しありたるとしか實際に於ては明治十四年第四十六號布告

を以て當分の内司法警察官も亦令状を發することを得せしめたり此布告は令状は令狀を待するや否やは多少の疑ある所なり而して司法警察官は證憑書類に意見書と添へ之を檢事に送致し檢事に於て相當の處分を爲すなり

終りに臨み一言す可きは右條の場合に於て檢事は豫審を求むるに及ばずと認料するときは直ちに裁判所に向て起訴を爲す可く又被告事件罪と爲らす又は公訴受理す可うらざるものと認料したるときは起訴の手續を爲す可からざるなり

第三十三回

第九節 保釋

押米決の囚徒の身體を拘束するは被告人の逃走を防ぐと證據の湮滅を防ぐに在り故にその二箇の危険なきときは可成一般の原則に従ひ被告人を自由の身と爲さる可からず而して此米決の囚徒に對し自由を與ふるに二箇の方法あり第一保釋第二貴付是なり第百五十條に曰く豫審判事は豫

保釋

保釋を許するに要する條件

審中拘留状を受けたる被告人の請求に因り檢事の意見を聽き何時にても呼出に應じ出頭す可き證書を差出し且保證を立てしめ保釋を許すを得と此法文に依るときは保釋を許すには左の四箇の條件を必要なりとす

第一 被告人の請求あると○保釋は豫審判事の職權を以て許すものに非す必ず被告人の請求なかる可うらす尤も被告人無能力者なるときは法律上の代人代て之を爲すを得るなり

第二 檢事の意見を求むると○被告人の逃走を防ぎ證據の湮滅を防ぐ爲め拘禁したるものなれば叩りに之を解く可きに非す故に保釋を爲すに當ては必ず檢事の意見を聽かざる可からず然れども豫審判事は其意見に左右せらるゝものに非す假令檢事が保釋を許す可からすと云ふも豫審判事は之を用ゆるに及ばず自己の自由に處置するを得べきなり

第三 保證を立てしむると○豫審判事は保釋を許したる者に金錢又は有價證券を差出さしむ而して其金額の如きは犯罪の輕重被告人の貧富の度に應じ豫審判事が適當と認むる處に依る又場合に依りては裁判所の管轄

地内に住し且十分の資力ある保證人を立てしめ之れに代ふるとを得るなり

第四 證書を差出さしむると〇此證書は通例受書と稱して之を差出さしむるものなり證書には保釋に關する一切の規則を記載す即ち明治十六年十一月司法省丙第八號違被告人保釋責中取締法是なり

保釋を許すには邊審判事其言渡を爲さざる可からず其言渡書には金額を記載せざる可からず是れ判事若しくは書記の私するとなからしめんか爲めなり

保釋の效果は被告人の身體の拘束を解くに在り然れども保釋を許さるゝも被告人は之か爲め全く自由の身と爲るものに非ずして多少の羈束を受くるなり即ち前に示したる取締法の規則を遵守せざる可からず今該法に定むる所の規則の旨趣を達へんに被告人は裁判所々在の地に假住所を定め之を届け置かざる可からず又管轄地外へ旅行するを得ず(第一條)管轄地内に限り旅行するを得るも假住所外の地に宿泊するときは必ず其場所を

保證金を返還する  
場合

家族に告げ置かざる可からず若し家族なきときは其地の町村長に告げ置かざる可らず(第二條)保釋中の者は代言人若しくは辯護人と爲りて裁判所に出て其他裁判上に於ける一切の訴訟事務の取扱を爲すを得ず又集會又は公衆の群集する芝居等に行くを得ず(第三條)保釋中の者逃走又は證據湮滅の恐あるときは其保釋の取消を爲すを得(第四條)るなり

右保釋の規則に背くときは二箇の制裁あり第一保證金を没収せらるゝと第二保釋の言渡を取消せらるゝと是なり此制裁は二箇同時に之を受くるとあり又否らざるとあり即ち保證金を没収するときは必ず保釋の取消を爲すものなりと雖も保釋の取消を言渡を爲すも必ず保證金を没収するものに非ず

保證金は如何なる場合に之を被告人に返還するかと云ふに左の三箇の場合なりとす

- 第一 單に保釋の取消を爲したるとき
- 第二 邊審の決定にて免訴の言渡を爲したるとき

第三 豫審の決定にて逮捕罪又は罰金に就る可き輕罪の言渡を爲したるとき

右第二第三の場合には一旦没收したる保證金も之を還付す可き者なり其  
之を返す所以は元來拘禁を受くへからざる犯罪なれば留て爲したる拘禁  
其ものか間違ひたりしものなり從て拘禁を解く爲め保釋せられ其規則に  
背き没收せられたる保證金は之を返還す可きは當然の理なりと云ふにわ  
り  
是より貴付に付て一言せん貴付は保釋と殆んど似たるものなり其目的に  
至ては二者同一にして其異なる所は只貴付は別に被告人の請求あるを要  
せず裁判官自己の職權を以て之を爲すを得又此場合に於ては保證金を  
出さしむるに及はず只親戚又は故舊に身體の保證を爲さしめ之を預くる  
ものなり蓋し貴付は逃走又は證據湮滅の恐れ全くなしと思料する場合に  
命するものなり

第十節 豫審終結

豫審終結

豫審判事は證據の蒐集を終り又未だ之を終らざるも他に取調を爲すに及  
ばずと思料したるときは豫審終結の處分に付き檢察の意見を求むる爲め  
訴訟記録を檢察に送致す檢察は之を受取り三日内に意見を付し之を返還  
す可きなり然れども實際に於ては三日にては十分ならざるか爲り猶ほ三  
日以上書類を留め置くとなしとせず又此場合に於て檢察未だ豫審の取調  
十分ならずと思料するときは其點を示し尙ほ其取調を請求するなり豫審  
判事檢察の請求を正當と認むるときは更に取調を爲し不當と認むるとき  
は取調を爲さずして直ちに檢察に之を送り返すなり然るときは檢察は從  
來の取調の有様につき相當の意見を述べざるへからず而して豫審判事は  
檢察の意見に束縛せられず自由に自己の判斷を以て豫審終結の處分を爲  
すべきなり

豫審決定の類別

豫審判事より爲す豫審の決定には三種あり第一管轄連の決定第二免訴の決  
定第三有罪の決定是なり  
第一豫審判事が管轄連の決定を爲すに當ては其管轄連なるの理由を付せ

さるへうらす此場合に於て審判事禁錮以上の刑に該る可き犯罪と認料し且拘留を要するものと認めたるときは前に發したる今狀を存し又は斷に今狀を發し其事件を自己の屬する裁判所の檢察に送り其檢察より管轄裁判所の檢察に送付するものなり

第二免訴の言渡を爲す場合は要するに無罪とすへき場合又は公訴受理すべからざる場合なり即ち第百六十五條は之を列記したり第一犯罪の證據十分ならざるるとき第二被告事件罪と爲らざるるとき第三公訴の時效に罹りたるるとき第四確定判決を経たるるとき第五大赦ありたるるとき第六法律に於て其罪を全免するときは是なり

此に注意す可きは第三乃至第五の場合は第六條に掲けたる公訴消滅の原由中に之れおれども他の公訴消滅の原因たる被告人の死去告訴を待て受理す可き事件に付ては告訴の抛棄犯罪の後頒布したる法律に因り其刑の廢止の原由の此に列記しおらざるは如何なる理由なるや被告人死去したるときは別に免訴の言渡を爲すに及ばず只其一件書類に被告人死去した

ることを附記し茲に事件落着と爲るなり是れ裁判は被告人に對して言渡すものなるに已に被告人死して之れおらざれば言渡す目的を缺ければなり又告訴を待て受理す可き事件に付き被害者か之を抛棄すれば事件は消滅に歸するを以て最早免訴の言渡を爲すに及ばざるなり又犯罪の後頒布したる法律に依り其刑の廢止せらるるときは最早犯罪たる可きものに非ざるを以て此場合には被告事件罪とならざるものとし前第二の場合に包含せしめて免訴の言渡を爲すへきものと信す

若に掲けたる免訴す可き場合に於て免訴の言渡を爲したるときは赦免の言渡を爲さざる可からず

第三の場合の有罪の言渡を爲す場合此場合は之を三箇に區別して見ざる可からず即ち第一連警罪なりとの決定を爲すとき第二輕罪なりとの決定を爲すとき第三重罪なりとの決定を爲すときは是なり

第一連警罪なりと思料したるときは區裁判所に移すの言渡を爲し且被告人拘留を受けたるときは釋放の言渡を爲さざる可からず

第二輕罪なりと思料したる場合は舊治罪法と異なり區別を爲さざるを得ず即ち裁判所構成法に従ひ區裁判所の管轄に屬す可き輕罪なりと思料したるときは區裁判所に移すの言渡を爲し其他の輕罪なりと思料したるときは地方裁判所の公判に移すの言渡を爲さざる可からず若し被告人拘留を受けたる場合に於て罰金の刑に該るものと思料したるときは釋放の言渡を爲し禁錮の刑に該る可きものと思料したるときは被告人未だ拘留を受けざるときは斯に令狀を發し己に發したる令狀を存し又は保釋を許し若しくは責付を爲すは豫審判事の自由に決する所なり

第三重罪と思料したるときは今日別に重罪裁判所なるもの之をあらざるを以て地方裁判所の重罪公判に移すの言渡を爲すものなり此場合に於ては若し保釋又は責付せられたる被告人なるときは其言渡を取消し被告人拘留を受け居らざるときは令狀を發せざる可からず

豫審の決定を爲すに當ては其管轄連の決定たるは有罪の決定たるは又免訴の決定たるを問はず事實及び法律に因り其理由を付せざる可からず

即ち管轄連の言渡を爲すに當ては犯罪の種類土地の區域等管轄連なるの理由を明示し免訴の言渡を爲すに當ては被告事件罪と爲らざると及び其理由犯罪の證據十分ならざるときは其旨を明示し又公訴受理す可からざると及び其原因たる大赦ありたると時効を経たると等を明示せざる可からず而して有罪の言渡を爲すに當ては犯罪の性質模樣證據及び法律の正條を明示すべきなり

若決定の正本は速かに檢事及び被告人に之を送達せざる可からず従前は謄本を送りたれども今日は正本なり此正本は之を原本と混す可からず原本は裁判所に備へ置くものあり正本は之と全く同一のものなれども前に之を作るなり

### 第三十四回

前同に於て豫審終結の決定の効力に付き説き殘せり今日は之を説き終り直ちに公判の通則に移らん  
舊治罪法には豫審の決定に對する故障なるもの、發けありて豫審の決定

抗告

に不服なる者は會議局に其中立を爲し會議局之を受理して其判決を與へたり會議局の判決に對し尙ほ不服なる者は大審院に上告を爲すを得たり然るに新法典は豫審の決定に對する故障を廢したるに依り從て會議局も消滅に歸し又從て其判決に對する上告なきに至れり故に今日に於ては豫審の決定に對する上訴の途は只一の抗告あるのみ此抗告は檢事又は被告人か豫審の決定に不服なるとき豫審判事に對して之を申立てを爲すものにして豫審判事に於て其抗告理由ありと認むるときは其不服の點を更正し若し理由なしと認むるときは意見を付して上級の裁判所に抗告の取次を爲すものなり

右抗告を爲すに付ては多少の制限あり即ち檢事と被告人との間の權利に廣狹の差ありて檢事は第一重罪公判に移すの決定第二免訴の決定第三管轄の決定に對して抗告を爲すを得然るに被告人は只重罪公判に移すの決定に對してのみ抗告を爲すを得るに過ぎず因是觀之豫審の決定に對する上訴の方法たる只一の抗告も輕罪の公判に移すの決定又は連警罪の

公判に移すの決定に對しては被告人は勿論檢事と雖も抗告を爲すを得ざるなり

重罪公判に移す決定に對しては被告人も亦抗告を爲すを得るを以て豫審判事は被告人に送達す可き決定に抗告を爲すとを得へきと及び其期間を記載し以て被告人の注意を惹起し十分に伸張の途を盡さしむ然れども檢事は法律を知るものなるを以て之に對しては別に此等の手續を要せず若し被告人に送達す可き決定に右の記載なきときは更らに其記載ある決定の送達あるまで抗告期間の經過を停止するものなり是れ被告人保護の旨趣に出でたるものとす

抗告の効力

抗告の効力は抗告の期間内又は抗告ありたるときは其決定に至るまで執行を停止するものなり然れども保釋及び責付取消の決定は其執行を停止するとなし是れ抗告の高め停止するときは被告人逃走し又は證據を湮滅して回復す可からざるの憂あるか故なり

此の如く豫審終結の決定に對し抗告の申立てありたるとき豫審判事其決



定を不都合と認料し之を改むるか又は抗告を不當とし之を抗告裁判所に移送し其裁判あるり若くは始めより抗告なかりしときは豫審の決定は茲に確定と爲るなり即ち免訴又は公判に移すの言渡確定と爲るに至るなり」  
 豫審終結の決定確定と爲るときは如何なる効力を有するや是は曾て確定判決のときを講ずるに當り述へたるを以て今復た茲に之を贅せず然れども一言以て之を述へば豫審に於て被告人免訴の言渡確定したるときは新なる證據出づるにあらざれば決して同一件に付き再び起訴せらるゝとなし又公判に移すの言渡確定するときは其言渡は固より確定の効力を生じ必ず其事件を公判に移さる可からず然れども公判に於て之を有罪と爲すと將た無罪と爲すとは其自由にして豫審決定の効力の關する所に非ざるなり

#### 第四編 公判

公判は重罪又は繁雜なる輕罪に付ては必ず豫審を経たる後又簡易なる輕罪又は連警罪に付ては豫審を経るとなく直ちに檢事の起訴に依りて開く

ものなり

第四編を三章に分つ第一章通則第二章區裁判所公判第三章地方裁判所公判是なり而して通則は區裁判所及び地方裁判所の公判に通用するものにして又場合に依りては控訴院及び大審院の公判に準用せらるゝものなり又此通則中には種々なる事柄を規定しおれども之を標題として掲ぐるべきは左の十一箇と爲るなり

第一 公廷の組織に關する

第二 被告人の身體の自由に關する

第三 被告人の辯護に關する

第四 被告人が精神錯亂又は疾病に罹りたるときに爲す可き處分に關する

第五 裁判官は訴以外の事件を裁判す可からざる原則及び其例外たる附帯犯に關する

第六 管轄邊又は公訴不受理の抗辯に關する



告人に利益なるを以てなり刑法を設け罪人を必罰するは之れに倣はんとする者を警戒するに在り故に訊問辯論及び裁判を公行し裁判所の威嚴を示し以て破法の恐る可きを知らしむるは社會の利益なり加之公衆の面前に於て取調を爲すときは總て公平を保つとを得是れ社會の利益にして又訴訟關係人即ち被告人は勿論民事原告人及民事擔當人にも亦利益なりと云はざるべからず此の如く社會及訴訟關係人に利益なりと雖も公行か社會の公安を害するの恐れある若くは觀察に涉り風俗を亂すの恐あるときは其公開を停むるは社會公益上の理由に基つくものにして亦已む可からざる所なり

第二 被告人の身體の自由に関する事

公廷に於ては如何なる重大なる犯罪を犯したる被告人と雖も手錠は勿論腰繩をも解き全く自由の身と爲さざる可からず是れ公廷に於ては被告人の身體の拘束を解くも其逃走を防ぐに足る役人の備はるありて此憂なきと身體の拘束を解き全く自由の身と爲さざるときは勢以十分の中立を爲すを得ずして被告人辯護の自由を妨ぐるに至るを以てなり

被告人の身體の自由に関する事

第三 被告人の辯護に関する事

刑事に於ては檢察は原告なり而して檢察は官吏にして相當の智識を有するを以て一般に法律上の智識經驗なき被告人をして之れと對抗して辯護を爲さしめんとするときは甚だ雅術を失ひ被告人は自ら十分の辯護を盡すを得ざる可し是に於て乎被告人を保護する爲め之れに辯護人なる者を附し以て檢察に對抗せしめ十分に辯護の途を盡さしむ而して辯護人は通常辯護士中より之を撰定するものなりと雖も被告人貧窮にして自ら辯護士に依頼するの資力なきか又は親族若くは故舊にして能く事實を知悉し辯護士に依頼するに便る場合に於ては裁判所の允許を得て辯護士外の者を辯護士と爲すを得るなり

輕罪事件に於ては辯護士を付する可きと否とは被告人の自由なりと雖も重罪事件に於ては必ず辯護士を付せざる可からず若し辯護士なくして爲したる辯論及び裁判は總て其効なかる可きなり故に被告人貧窮にして辯護人

被告人の辯護に関する事

を撰定するの資力なきときは裁判所に於て其裁判所々屬の辯護士中より  
辯護人を撰定し之を付せざる可からず

辯護人は辯護の爲め裁判所に於て訴訟記録を閲覧し又之を謄寫することを  
得又被告人保護の爲め被告人の法律上代理人あるときは其輔佐人と爲り  
辯論に與るとを得せしむ是れ舊治罪法に其規定なりしものなり

第四 被告人の精神錯亂又は疾病に罹りたるとき爲す可き處分は  
關するに

此場合は三箇に分ちて研究せざる可からず

第一 公判開廷以前より被告人精神錯亂し又は疾病に罹り居たるときは  
此のときは其全癒に至るまで公判を停止せざる可からず是れ亦た被告人  
保護の旨趣に出でたるものなり假令被告人に辯護人あるときと雖も以て  
之を停止せざる可からず元來事實上の辯論は被告本人に若くものなし又  
本人に非されは辯解する能はざるものあり然るに單に辯護人の片言に依  
り裁判を爲すときは往々誤判ありて不辜を罰するに至る可し然れども此

に一の例外あり即ち罰金以下の刑に就る可き罪に付き代人を出すときは  
公判を爲すことを得べきなり

第二 公判中出被告人精神錯亂し又は病に罹りたるとき

此のときも亦た公判を停止せざる可からず而して全癒したるときは又公  
判を始むるなり尤も此場合に於ては區別ありて被告人精神病に罹るとき  
は前に爲したる取調は遺忘するものなるを以て更らに新たに辯論を仕直  
さし可からず然れども其他の病氣なるときは前に爲したる手續に引繼  
ぎ其以後の手續を爲す可きものなり尤も此場合と雖も停止したる日數五  
日を過ぐる可し又は檢察其他訴訟關係人の請求ありたるときは新たに辯論  
を爲さざる可からず是れ公判の裁判は時に判事の心證に依りて裁判する  
ものなるを以て時日を經過するときは裁判官に於て前の取調に依りて得  
たる心證を失ふに至るを以てなり

第三 被告事件及び法律の適用に付き既に辯論を終りたるとき即ち一  
件の結審を爲したるとき

此のときは已に法律の適用をを終り他に取調を爲すの必要なく裁判を爲すに熟したる場合なるを以て被告人の精神錯亂したると又は其他の疾病に罹りたるを問はず平癒の後別に取調を爲さず直ちに裁判を言渡すを得るなり

第五 裁判官は訴以外の事件を裁判す可からざる原則及び其例外たる附帯犯に關するを

抑民事と刑事とを問はず裁判官は訴を受けざる事件に付き裁判を爲す可からざるは動うす可からざる一大原則なり然れども此原則に對する一の例外あり即ち裁判官が辯論中發見したる附帯の犯罪是なり此の附帯犯に付ては裁判官は檢察の起訴なきに之れが裁判を爲すを得るなり而して其場合は左の如き場合なりとす

第一 同一の場所にて同時に一人又は數人にて數罪を犯したるときは犯罪の場所と其時とが同一なるときは假令數人が通謀せざるも又犯罪の性質を異にするも附帯犯と爲すなり例へば甲者乙者を毆打するの際偶

裁判官は訴以外の事件を裁判す可からざるの原則及び其例外

々丙者も亦乙者を毆打したる場合若くは甲者か乙者を毆打するの際偶々丙者乙者の其場に置きたる物品を竊取したるか如し其他一人にて數罪を犯したるも亦之に同じ

第二 數人通謀して日時又は場所を異にし數罪を犯したるときは數人が共謀して罪を犯したるときは假令日時又は場所を異にして犯したるときと雖も數人各手分けを爲して犯したるものにして意思の連絡あるか故に各犯の輕重を知るには同時に之れを取調ふるに於て最も便利なりとす例へば三人通謀して或る目的を達せんか爲め各所に散し一人は人を殺し一人は火を放ち他の一人は盜を爲したるか如し

第三 自己又は他人の犯罪を容易にする爲め又は其罪を免かるゝ爲め他の罪を犯したるとき

罪を犯すか爲め他の罪を犯したるとき又は既に罪を犯したる後之を免かるゝ爲め他の罪を犯したるときは二罪相連絡せるを以て同時に之を取調を爲すを便利とするが故に之を附帯犯と爲すなり例へば竊盜を犯す爲め

夜廻りを執りし如き又は竊盜を犯し逃走するの際追ひ懸け來りたる人を執したる如し

第六 管轄連又は公訴不受理の抗辯に關する

檢察又は被告人は訴訟の如何なる程度に在るを問はず即ち其第一審たる第二審たるを問はず本案の言渡あるまで管轄連又は公訴受理す可からざるの申立を爲すと得又檢察又は被告人のこれか申立てを爲さざるるときは雖も裁判所は自己の職權を以て管轄連なりとし公訴受理す可からざるものとして之を却下するを得るなり

裁判所は管轄連又は公訴受理す可からざるの申立を却下したるときは被告又は被告人は本案の判決を待たず直に控訴又は上告を爲すと得るなり而して此場合に於ては當然本案の取調を停止す是れ若し控訴又は上告に依り却下の言渡を不當と爲るときは申立ありたる後裁判所が爲したる手續は何等の効なくして無用に歸するを以てなり

第三十五回

第七 證人及び鑑定人に關する及以偽證のと

豫審に於て既に取調へたる證人若しくは鑑定人たるを豫審に於て未だ取調へざる證人若しくは鑑定人たるを問はず取調未だ十分ならざるり又は新たに證言若しくは鑑定の必要ありと愚料するときは公判を事は何時にても一度豫審に於て呼出したる證人若しくは鑑定人を再び呼出すとを得べく又新なる證人若しくは鑑定人を呼出すとを得べきなり故に之れに關する規則は豫審の場合と異なるとなし然れども多少の差異なきに非ず今左に之を述へん

第一 豫審に於て調書を作りたる司法警察官は檢察若しくは訴訟關係人の請求あるか又は裁判所に於て必要なりと愚料したるときは職權を以て證人として之を呼出すとを得然れども司法警察官は自ら事實を見聞したるものに非ず只た第一に其事件に干與し調書を作りたるものなるにより其際の状況に付き證言を爲さしめんか爲めなり

第二 豫審にて取調へたる證人鑑定人も公判に於て又再び之を訊問する

證人取調に付き公判に特別なる規則

管轄連又は公訴不受理の抗辯に關する

得既に一旦取調べたるものなれば再び之を取調べるの必要なか如しと雖も實際取調べの不充分なるう又は新たに氣付きたる處あるときは再び之を呼出し取調べるの必要あればなり此場合には其豫審に於ける調書の朗讀を爲さるるを以て通則とす然れども再び取調べを爲すの必要なか爲め呼出を爲さるるう又は呼出すも出頭せざるるとき強て之を呼出すの必要なときは裁判長は自己の職權を以て又は檢事若しくは訴訟關係人の請求に因り書記をして之を朗讀せしめ直に取て以て證據と爲すとを得べきなり加之公判に於て再び取調べを爲したるときと雖も豫審の取調べと比較するの必要あるときは又書記をして之を朗讀せしむることを得るなり

第三 證人疾病其他正當の事故ありて出頭するまど能はざるるとき豫審に於ては豫審判事其所在に付き訊問を爲すを要すれども地方裁判所の公判なるときは合議制にして數多の判事あるが故に其中一名をして其所在に就き訊問を爲さしむることを得證人裁判所を在の地に居らざるるときは區裁判所に囑託して訊問を爲さしむることを得るの點は豫審と異なるとなし

第四 公判に於ては證人の氏名目録を作らざる可うらす是れ公判は豫審と異なり總て取調べ公けに爲す可きものなるを以て檢事被告人及び民事原告人の請求に因り呼出す所の證人は相手方に於て之を反駁するの豫備を爲さしむる爲め開廷より一日前之を各相手方に送達せざる可からざるによるなり

第五 公判に於て數人の證人を同時に取調べるとあり此場合に於ては證人は互に言語を操す可からず又其他何れの場合に於ても證人は供述前辯論に立會ふ可からず故に證人は一人毎に公廷に呼入れ訊問終りたるときは其席に和へしめ退廷を許さず是れ證人をして決して他の證人の陳述に因りて事を左右するが如きとなからしめ以て獨立の證言を得んう爲めなり尤も裁判長が退廷を許すも差支なしと思料して退廷を許したる證人は直に退廷するを得るなり

第六 證人の訊問は裁判長に於て之を爲すものなり又陪席判事及び檢事は訊問を爲す可き旨を裁判長に告げて自由に證人を訊問するまどを得る

なり然れども他の訴訟關係人は自ら訊問を爲すとを得ず必ず訊問を爲す可き廉を裁判長に告げ裁判長をして訊問を爲さしむるを得るのみにして直接に訊問するを得ざるものとす但し裁判長に於て直接の訊問を許したるときは格別なりとす

第七 證人の陳述する事柄及び其身分其他證人と被告人との關係等によりて被告人の面前に於ては十分の陳述を爲すを得ずと愚料したるときは裁判所は證人の陳述中被告人を退庭せしむるを得るなり然れども證人の陳述を終りたるときは被告人を呼入れ證人の供述したる事項は必ず之を告知せざる可からず

第八 證人又は鑑定人の供述不實にして故意に出で禁錮以上の刑に該る可き者と愚料したるときは裁判所に於ては檢事又は訴訟關係人の請求に因り又は自己の職權を以て之を取押へ拘引狀を發し之を引渡して豫審判事に送付し豫審を爲さしむ可し若し其偽證の有無に因り本案の被告事件に關係を及ぼす可きものなるときは裁判所は檢事又は訴訟關係人の請求

に因り又は自己の職權を以て豫審の決定するまで本案の辯論を停止することを得るなり

第八 證據に付き被告人辯解を爲すと

證據に付き被告人辯解を爲すと

裁判長は以上の各證據の取調終りたる毎に被告人に意見ありや否やを問ひ且被告人自身の利益と爲る可き反證を舉げ得べきことを告知せざる可からず又證據物件は之を被告人に示して其辯解を爲さしめざる可からず

第九 異議の申立に關する

異議の申立に關する

公判の取調中其手續に關し被告人又は辯護人より異議の申立を爲すとあり何へは證人と爲す可からざる者を證人と爲したるとき又は證人の請求を爲したるに之を附けたるとき若くは最後に被告人をして辯論を爲さしめざるべきの如し此異議の申立あるときは裁判所は檢事の意見を聽き其許否の決定を爲すものなり裁判所が異議の申立を却下するときは何等の効力なきや如くなるも其實否らず元來訴訟手續に二種ありて其一は之に連ふときは其手續當然無効となる場合と又其一は之に連ふも訴訟關係人



に於て之に對して異議の申立を爲さざる時は其手續無効と爲らざる場  
 合を以て第一の場合に於ては異議の申立を爲し置かざるも判決後に於て  
 も之を以て上告の理由と爲すを得るも第二の場合に於ては其手續に  
 違ふたる際に異議の申立を爲さずして取極したるときは判決後之を以て  
 上告の理由と爲すを得ざるなり然るに之に對し異議の申立を爲し置  
 きたるときは假令裁判所が之を採用せずして之を却下したるときと雖も  
 果して違法なるに於ては判決後之を以て上告の理由と爲すを得るな  
 り

第十 判決及び言渡書に關する

事件の取調を終りたるときは有罪又は無罪若しくは免訴の言渡を爲すもの  
 なり其何れの場合に於ても事實及び法律に因り其理由を付せざる可から  
 ず此に本案の判決の外に尚ほ二三の述べ可きとあり

第一 私訴判決の○私訴の判決は成る可く公訴の判決と同時に爲す可  
 き者なり然れども私訴事件錯綜離離にして其取調未だ十分ならず到底

判決及び  
 言渡に關  
 する

公訴の判決と同時に之を爲すとあり斯かる場合に於て若し必ず  
 私訴の判決を公訴の判決と同時に爲さざる可からざるものと爲すときは  
 は爲めに公訴の判決を遅延せしめ大に被告人に不利益を與ふるを以て  
 先づ公訴の判決を爲し後ち私訴の判決を爲すとを得るなり

第二 訴訟費用負擔の○公訴の言渡と同時に費用負擔の言渡を爲さ  
 る可からず被告人が無罪若しくは免訴の言渡を受くる場合に於ては訴訟  
 費用は官に於て之を負擔せざる可からず被告人有罪なる時は裁判所の  
 職權を以て費用負擔の言渡を爲さざる可からず尤も故事故事か無用の證人を  
 呼出したる場合の如きは費用の幾分のみを被告人に負擔せしむるの言  
 渡を爲す可きなり又場合によりて證人を要せず民事原告人も之れなく  
 事件頗る簡單にして迅速に落着し毫も費用を要せざるとあり斯かる場  
 合に於て其言渡を爲さざると勿論なり而して私訴に因り生じたる費用  
 負擔は總て民事の規則に従ひ取訴者に於て之を負擔す可きものなり

第三 差押物件處分の○刑法に従ひ沒收す可きものは之を沒收し又沒

收に係りたる差押物件は被告人が有罪と爲りたるに否とに關せず被告人又は其他の所有主に返還す可きものなり此場合に於ては假令所有者の請求なきも之が言渡を爲すものなり實際に於て此言渡は裁判官往々之を遺忘して言渡を爲さざるにあり今日の實際に於ては追加の裁判を以て之を補充す可きものとせり

判決の言渡は辯論を終りたる日即刻又は次の開廷日に必ず之を爲さる可からず從來は言渡書を作り後言渡す可き者なりしか故言渡の遅延を來したりしう今日に於ては言渡書を作らずして先づ其言渡を爲すを得るを以て言渡の遅延するか如きことなきなり而して判決の言渡は判決書の全部を朗讀するに及ばず唯其主文の朗讀に依りて之を爲すなり又其理由は判決と同時に或は之を朗讀し又は口頭にて其要領を告ぐるのみにて可なり然れども判決の原本は必ず之を作らざる可からず此原本には裁判を爲したる裁判所其年月日及び立會檢察事の誰たることを記載し其事件に予與したる判事及び裁判所書記共に署名捺印せざる可からず

訴訟關係人其費用を以て判決の正本謄本又は抄本の請求を爲したるときは書記は二十四時内に必ず之を下附せざる可からず是れ判決に對して控訴若しくは上告を爲すに必要なるか爲め之を請求を爲すを以て其常とし控訴は判決の日より五日上告は判決の日より三日の短き期間内に於て爲されは突進の結果を生ずるものなるを以て請求あるや直に之を下附せられは被告人は爲めに上訴の期間を失するに至るを以て書記をして必ず二十四時内に下附せしむると爲せり

刑の言渡に對して上訴を爲し得可きとは裁判長裁判を爲したるとき必ず之を告知せざる可からず故に對席判決の場合に於ては裁判長は判決の正本謄本及抄本を求むるを得へきと上訴を爲し得へきと及び上訴を爲し得へき期間を告知せざる可からず若し是等の告知なかりしときは更らに復た是等の告知あるまで上訴期間の經過を停止するものなり又對席判決の場合に於ては被告人に送達す可き謄本に故障を爲し得可きと及び其期限の記載を爲さざる可からず若し是等の記載なかりしときは更らに其通知

あるまで上訴期間の経過を停止するものとす

第十一 公判始末書に關する

公判始末書は裁判所書記より之を作るものにして其記載すべき事項は第一  
公に辯論を爲したると又は公開を禁じたと及び其事由第二被告人の訊  
問及び其供述第三證人鑑定人の供述及び宣誓を爲したると若し宣誓を爲  
さざるべきは其事由第四證據物件第五辯論中異議の申立ありたると其中  
立に付き檢事其他訴訟關係人の意見及び裁判所の裁判第六辯論の順序及  
以被告人をして最終に供述せしめたと及び其他一切の訴訟手續を記載  
せざる可からず加之裁判を爲したる裁判所年月日裁判長陪席判事檢事及  
以裁判所書記の官氏名を記載し辯論數日に涉るときは其旨及び同一の判  
事出席したるとを記載し辯論中補充判事をして代らしめたと及び其旨  
を記載すへきなり而して公判始末書は判決の言渡より三日内に之を作り  
裁判長及び裁判所書記署名捺印す裁判長は署名捺印せざる以前に一應之  
を檢閲し若し意見あるときは其末尾に之を記載すへきなり

公判始末  
書に關す  
ること

判決及び公判始末書の原本は訴訟記録に添へ裁判所に之を保存すこれ上  
訴ありたるときは之を上級の裁判所に送送り以て其理由ありや否やを審  
査せしむ故に公判始末書は上訴ありたる場合に於ては多少詳細に記載せ  
ざる可ならずと雖も上訴なき場合に於ては結局反古紙たるに過ぎざるを  
以て實際に於ては之を省略すると多しとす

第二章 區裁判所公判

區裁判所の公判に關する手續は公判通則の外尚ほ左の特別の規則に従は  
ざる可からず

第一 事件受理に關するに○區裁判所の管轄に屬する連警罪及び輕罪の  
事件を受理するには第一檢事の起訴ありたるとき第二豫審判事が區裁判  
所公判に移すの決定を爲したるとき第三上級の裁判所より事件を移すの  
裁判ありたるとき三箇の場合なりとす

第二 被告人呼出に關するに○裁判所は檢事より被告人に呼出狀を發せ  
んとこの請求ありたるときは裁判所書記をして被告人に對して呼出狀を發

區裁判所  
に關する  
特別の規  
則

せしめざる可からず而して其呼出状には呼出を受け可き者の氏名、職業、住所、出頭の日時、場所及び被告事件を記載せざる可からず若し被告事件の記載なき場合に於て被告人其事件に付き未だ取調を受けざりしときは辯論準備の爲め二日の猶豫を求むるを得加之被告事件連警罪又は罰金に就る可き輕罪なるときは代人をして出頭せしむるを得へき旨を記載せざる可からず其他被告事件禁錮の刑に就る可きものなるときははこれに對して勾引状若しくは勾留状を發するを得るなり

第三 檢證處分及び證人呼出に關する事○豫審を經ずして直ちに公判に付したる事件にして檢證の必要ある時は檢證處分を爲すとを得るなり然れども豫審を經たるものは豫審判事か檢證處分を爲したるを以て又更に之れか處分を爲すの必要なきなり又區裁判所より呼出す證人も呼出状の送達と出送との間二十四時間の猶豫を以て之と呼出す可きものなり然れども呼出を受けずして出頭したる者と雖も異議の申立を爲さざるときは證人として其供述を聽くことを得るものとす

第四 被告人取調に關する事○被告人出頭したる時は先づ其氏名、年齢、身分、職業、住所、出生の地を問ひ(一)其人違なきや否やを正し果して被告人其者なるときは檢事か被告事件に付き起訴の陳述(二)を爲し而して後被告人の取問(三)を始むるものなり取問の後必要なる調書其他の證憑書類は書記をして之を朗讀せしめ又證人の陳述を聽き其他の證據物件に付き取調を爲す(四)ハさなり然れども若し被告人の自白ありたるときは區裁判所の管轄に屬する事件は元來輕微なるを以て檢事及び民事原告人の異議なきに於ては他の證憑を取調ふるとなく直ちに其自白を取りて以て裁判を下すを得へきなり是れ事件を迅速に完結するの旨趣に基つくものなり

### 第三十六回

今日は前回は引續き辯論に關する事より説明せん  
辯論には事實上の辯論と法律上の辯論とあり(五)此事實及び法律の辯論は通常之を同時に爲すものなり今辯論を爲す者の順序を述べんに總ての證據調の終るや先づ檢事立て事實の認定及び法律の適用に付き其意見を陳

述す尤も煩雜なる事件なるときは事實の辯論と法律の辯論を各別にし先  
の事實の辯論を爲すとを得るなり然れども是れ實際の手續なれば何れに  
爲すも事に差支なし檢事の辯論終りて被告人及び辯護人は之れに對して  
答辯を爲すとを得後檢事再び其答辯に對して辯論を爲すとを得へく被告  
人及び辯護人も亦之れに對して再答辯を爲すとを得へし此の如く檢事被  
告人及び辯護人は迭に辯論を爲すとを得るなり然れども辯論の最終には  
被告人若くは辯護人をして必ず供述を爲さしめざる可からず是れ被告人  
の利益を保護するの旨趣に出でたるものなり

右公訴の辯論終りたる後民事原告人は被害の事實を證明して私訴の請求  
を爲すなり之れに對して被告人辯護人及び民事辯當人は答辯を爲すとを  
得民事原告人其答辯に對して再び辯論を爲す等相互に辯論を爲すとを得  
るは公訴辯論の場合と同じ然るに舊治罪法には私訴の請求ありたる場合  
に於て民事原告人は檢事か公訴の申立てを爲すや直ちに自己の被害の事  
實を述ぶるの規定なりし從て公訴私訴の辯論は總て之を同時に爲したり

判決に關  
する

今之を廢して公訴私訴の取調及び辯論を各別に爲す可きものと爲したる  
は蓋し被告人の相手方に檢事及び民事原告人ありて互に公訴私訴の證明  
の加勢を爲し單に檢事一人のみにては被告人の爲めには頗る強敵なるに  
之れに加ふるに民事原告人を以て其加勢を爲さしむるは辯護人なき場合  
の如きは殊に甚しき權衡を失するか故に此弊を救ひ被告人を保護せんと  
の旨趣に出でたるものならんか

第五 判決に關すると

公判の判決も亦豫審決定の場合と同じく三箇の場合に分ちて之を見ざる  
可からず

第一 管轄連の言渡○此場合に於て拘留を受けたる被告人にして拘留す  
可からざるもの又は拘留するを要せざるものと認むるときは放免の言  
渡を爲さざる可からず反之拘留を要するものと認むるとき既に拘留せ  
られたる被告人なるときは前の拘留状を存し未だ拘留せられたる被告  
人に對しては新に拘留状を發し其事件を檢事に送付せざる可からず

第二 有罪の言渡○取調の末自己の管轄にして犯罪の證據十分なるときは法律に從ひ刑の言渡を爲さざる可からず

第三 無罪及び免訴の言渡○犯罪の證據十分ならず又は被告事件罪と爲らざるときは無罪の言渡を爲し公訴の時効に罹りたるるとき確定判決を経たるるとき大赦ありたるるとき法律に於て其罪を全免する四箇の場合に於ては免訴の言渡を爲さざる可からず故に免訴の言渡は彈審に於て爲す可きものにして無罪の言渡は公判に於て爲す可きものなりと述べず可からず彈審は常に免訴の言渡のみにして無罪の言渡を爲すとなし反之公判は無罪の言渡を爲すとあり又免訴の言渡を爲すとありて其場合如何は前に示す如きなり

右第二及び第三の場合に於ては私訴に付き判決を爲さざる可からず而して其金額の多寡は敢て之を問はず故に百圓以上の事件は元來地方裁判所の管轄なれとも私訴に付ては區裁判所に於て之が判決を爲すとを得るなり

大席判決に關する

第六 大席判決に關する

被告人公判時出の期日に出現せざるときは場合に依りて直に大席の判決を爲し又は告知書を發して後大席判決を爲すとあり而して刑事に大席判決の規定を設けたるは被告人逃走して其所在分明ならざる場合の如き若し大席の儘判決を爲さざれば公訴の時効の爲め犯人は容易に罪を遁るゝに至るの患あるのみならず假令大席の儘にても必ず判決を爲し以て罪惡必罰の例を公衆に示し警戒の實を顯はさざる可からざればなり

大席判決を爲すに當り告知書を發することを要する場合と之を要せざる場合あり其告知書を要せざる場合は罰金以下の刑に該る可き被告人に對して大席の儘言渡を爲す場合にして告知書を要する場合は禁錮の刑に該る可き被告人に對して言渡を爲す場合なり而して孰れの場合に於ても大席判決を爲すに當りては必ず被告の意見を聴かざる可からず

禁錮以下の刑に該る可き事件に付ては被告人又は其代人が公判の期日に出現せざるときは直に大席裁判を爲すとを得るも禁錮の刑に該る可き事

大席判決に關する

件に付ては被告人公判の期日に出席せずと雖も直に大審裁判を爲すとを得ず必ず豫審終結の言渡書又は公判の呼出状を本人に送達したるの證なる可からず若し豫審終結の言渡書又は公判の呼出状を本人に送達する能はざる場合に於ては出頭の爲め相當の擔保期間を定め其期間に出席せざるときは大審の催判決を爲す可き旨の告知書を其親族又は其本籍若しくは最終の住所の地の市町村長に送達す可きあり若し其本籍若しくは最終住所の地分明ならざるときは右告知書を一月間裁判所の揭示板に貼付して公示の手續を爲し之を送達したると同一に看做し大審判決を爲すなり然り而して豫審終結の言渡書又は公判の呼出状を被告人に送達したるの證ある場合に於て別に告知書を要せざるは是等の場合に於ては被告人は公判開廷のあることを知り居らるる故に復た之か告知を要せざるなり此の如く大審判決は被告人の不在なるにも拘はらず言渡すものなれば之を被告人に送達し被告人をして之れに對して故障を爲すの途を得せしめざる可からず

故障に關する事

第七 故障に關する事

故障に付き第一に送ふ可きは故障の期間なり即ち故障の期間は三日なりとす此期間は何時より計算す可きや是れ場合を分ちて見ざる可からず

第一 罰金以下の刑を言渡したる判決及び私訴の判決○罰金以下の刑を言渡したる判決及び私訴の判決に付ては被告人か判決ありたることを知ると否とを問はず言渡書送達の日より起算して三日間に故障を爲さざる可からず

第二 禁錮の刑を言渡したる判決○言渡したる判決禁錮に該る場合に於ては判決送達の日より起算せしめて被告人か判決ありたることを知りたるとき即ち言渡書の送達を受けたるか又は判決執行の爲め逮捕せられたる翌日より起算するものなり

右二箇の場合に於て起算點の異なるは別に深き理由あるにあらす只た罪の輕重に依り之か區別を爲したるに過ぎず而して法文に「知りたるの日より始る」とあれども蓋し普通の規則に依り期間は其翌日より算起す可き也

のならん

故障は何れの裁判所に為す可きものなるや故障は判決に對して不服を述  
 ぶる所の裁判後の方法なれば或は上級の裁判所に之を為す可きものにあ  
 らざるかの疑あり然れども故障は上級裁判所に為すべきものに非ずして  
 其判決を與へたる裁判所に為す可きものなり其理由は故障は前判決を不  
 當なりとして之を攻撃するものに非ずして前判決は被告人辯論即ち辯護  
 を為さざる裁判なるを以て新に對席辯論を求むるに過ぎず又裁判所に於  
 て被告人の辯論を聴き被告人の反證に依り前判決と異なりたる裁判を為  
 すも決して裁判所の不名譽に非ず從て裁判官は先入主となり強て前判決  
 を維持せんとするや如き慮之れあらざるか故なり

故障の手續は故障を為さんとする被告人より闕席判決を爲したる裁判所  
 に其申立書を差出す此申立あるときは裁判所に於ては故障を許す可きや  
 否やの決定を爲し其受理す可きものなるときは其故障の申立ありたると  
 を相手方に通知し且其事件を公判に付す可き期日を定め訴訟關係人を呼

出さる可からず舊治罪法には明かに故障の申立あるや裁判所は先づ其  
 受理す可きや否やを定め受理す可きものと認めたるるとき始めて相手方に  
 之を通知し訴訟關係人を呼出すものなり然るに此新刑事訴訟法の明文  
 にては先づ關係人を呼出し復受理す可きや否やを決するや如く見るも其  
 精神は否らずして従前の如く受理す可きものと決したる後關係人を呼出  
 すものなりと解せざるべからず

裁判所に於ては職權を以て故障を許す可きや否やを調査し受理す可から  
 ざるものと認むるときは棄却の判決を爲すなり此判決に對しては上裁を  
 爲すことを得るや普通の場合に於ては抗告を爲すことを得べき旨を記載し  
 れども此には之を記載なし故に抗告を爲すことを得ず從て上訴の途なきも  
 のと云はざる可らず

裁判所に於て故障の申立を受理したるときは更に通常の手續に従ひ之か  
 裁判を爲すなり然れども此場合に於て被告人再び闕席したるときは其闕  
 席判決に對し復た更に故障を爲すことを得ず若し之を許すときは訴訟の完



結を見るの期なければなり  
 右の如く故障の申立は必ず三日の期間内に之を爲す可きものにして若し  
 此期間を経過するときは故障を棄却せらるゝなり然れども天災、戦争、流行  
 病等避く可からざる事變の爲め裁判所に到る能はずして上訴期間を経過  
 したる旨を説明したるときは期間を経過したるか爲め失ひたる權利を回  
 復し其障喝の止みたるより三日内に故障を爲すことを許すなり

### 第三章 地方裁判所公判

區裁判所公判の手續にして地方裁判所公判に通用す可きもの多きを以て  
 本章には只地方裁判所公判に特別なるもののみを規定せり  
 地方裁判所より事件を受理するには左の方法に依る

- 第一 豫審判事より移送ありたるとき○豫審判事より豫審の取調を終り有  
 罪と認むるときは其事件を管轄裁判所に送る即ち地方裁判所は其移送  
 に依り自己の管轄に屬する輕罪及び重罪を受理す
- 第二 上級裁判所より移送ありたるとき○大審院に於て上告を理由あり

地方裁判所の受理

地方裁判所に特別なる規則

として原裁判を破毀し原裁判所と同等なる他の裁判所に移すとあり故  
 に地方裁判所は上級裁判所よりの移送に依りて事件を受理す

- 第三 檢事の起訴ありたるとき○輕罪に付ては其難易に依り檢事或は豫  
 審を求め或は直に公判に移すとあり故に地方裁判所は檢事か豫審を求  
 めざる輕易の輕罪に付き其起訴に依りて公訴を受理す  
 今地方裁判所に特別なる規則を擧ぐれば左の如し

第一 地方裁判所に於ては重罪事件に付ては裁判長又は數人の判事中特  
 に任せられたる受命判事が開廷前迄其下調を爲し一應被告人を訊問  
 し其辯護人を撰任したるや否やを問はざる可うらす重罪は事件重大に  
 して被告人の自由權利に關すると大なるを以て必ず辯護人を付せざる  
 可うらす故に被告人資力なくして自ら辯護人を選任せざる時は裁判長  
 の職權を以て裁判所所屬の代言人中より之を選任す可きなり代言人は  
 義務として其辯護を爲さざる可からず然れども必ず一人の被告人に一  
 人の辯護人を付せざる可からざるものに非ず數人の被告人利害の關係

を異にせざる場合の如きは一人の辯護人として数人の辯護を爲さしむるを得るなり

第二 地方裁判所に於ては證據蒐集の爲め臨検を爲すを要する場合に於て数人の判事悉く臨検を爲すに及ばず其中一人を選りて受命判事と爲し之をして臨検を爲さしむるなり

第三 地方裁判所に於ては被告人の自白ありと雖も仍ほ他の證據を取調へざる可からず是れ區裁判所の事件と異なり重大なるか故なり

以上は地方裁判所公判に特別なる規則なり此に尙ほ二三の規則あり  
地方裁判所に於て受理したる事件にして其取調の末區裁判所の管轄に屬するものと認むるとあり殊に今日に於ては區裁判所の権限廣まり本刑二月以下の禁錮に處す可き輕罪若くは實際二月以下の禁錮に處す可きものは元來二月以上に處するを得へき輕罪事件と雖も區裁判所の管轄なるを以て取調の末區裁判所の管轄に屬するものと發見すると多からん此場合に於て一々管轄連の言渡を爲す時は徒らに時間と費用を要するのみならず

す元來地方裁判所は區裁判所に對しては上級の裁判所にして裁判所の構成取調の手續等之を區裁判所に比すれば頗る鄭重なれば被告人は其判決を受くるを以て却て其利益なりとす加之若し地方裁判所に於て管轄連なりとして之を區裁判所に送るものとするときは區裁判所も亦自己の管轄に非ずとして之を地方裁判所に差戻すとありて徒に事件の延滞を來すに至るなし故に假令區裁判所の管轄に屬する事件と雖も地方裁判所の第一審として之を判決を爲すなり此の如く第一審として判決を爲す所以は若し否らすして手續の鄭重なるの故を以て之を第二審と看做すときは被告人は其判決に對して控訴を爲すを得ずして大に其利益を害せらるゝに至ればなり既に第一審たる以上は被告人は通常の規則に従ひ控訴院に控訴を爲すを得へく又其上告は大審院に爲すを得るなり  
此に注意す可きは舊治罪法に於ては百圓以下の私訴事件に付ては輕罪裁判所は結局の判決を與へたり然るに新刑事訴訟法は假令百圓以下の私訴に付ても第一審として之を判決を與ふるとせり

地方裁判所に於て  
輕罪として  
受理したる  
事件にして  
認むる場合  
に於て  
手續に於て

裁判所に於て豫審を経たる輕罪として檢察の起訴に依り直に受理したる事件を重罪なりと思料するときは又は檢察より始め輕罪として豫審を経ず直に起訴したる事件を更に重罪として訴進するの申立あるときは豫審を爲さしむる爲め之を豫審判事に送付せざる可からず而して此場合に於て被告人拘留を受けざることは必ず拘留状を發し其逃走を防ぐざる可からざるなり

然れども既に豫審を経たる輕罪に付き重罪と認むる場合に於ては更らに之を豫審判事に送付し豫審せしむるも豫審判事は従前の意見を維持し矢張輕罪なりと認むるとあるべきを以て法律は斯る場合を處り豫審判事に送付せず受命判事として之を豫審を爲さしむ而して受命判事に屬する一切の處分を爲すことを得るものなり

受命判事が豫審の報告を爲すまで公判を停止し其報告を待て更らに重罪として取調を爲すなり或は此場合に於ては別に受命判事を任ずるとなく直に裁判所に於て重罪として之を取調を爲すも可なるや如くなるも豫審

判事が輕罪として取調へたる事件は其取調未だ十分ならず而して豫審は秘密を要し公判廷の爲すべきものにあらざるを以て別に豫審を爲さしむるなり

第三十七回

第五編 上訴

上訴に二種あり普通の上訴及び非常の上訴是なり普通の上訴とは控訴上告及抗告にして非常の上訴とは再審及び非常上告なり舊治罪法には哀訴なるものありしか新刑事訴訟法は之を廢したり第五編の上訴は普通の上訴にして控訴上告及び抗告の三箇の事柄を規定せり

本編は之を分ちて四章とす第一章通則第二章控訴第三章上告第四章抗告即ち是なり而して第一章の通則は控訴上告及び抗告に通して適用するとを得るものなり又場合に依りては非常上訴にも準用するとを得るものとす

第一章 通則

通則中に規定したる事柄は三箇なり即ち第一何人の上訴を爲すや第二上訴の期間及び期間に關する特例第三書類に關する是なり

第一 何人か上訴を爲すや

上訴は檢察其他訴訟關係人即ち被告人及び民事原告人又は民事擔當人に於て之を爲すものなり尤も上訴は特別の權利なれば法律に於て特に上訴を爲すことを許す場合に限るものにして法律の許さざる場合に於ては決して上訴を爲すことを得ず而して檢察り上訴を爲す場合は重に社會公益の爲め原告官となり被告人に對する上訴其多きに居る然れども檢察の上訴と雖も必ずしも原告官たる位置に立つものにあらず檢察は公益の代表者なり社會の利益を保護するに同時に被告人の利益を保護せざる可からず故に檢察は被告人の利益の爲め上訴を爲すことあり其他被告人は自己の利益の爲め又民事原告人及び民事擔當人は私訴に付き上訴を爲すことを得るなり是れ當然上訴を爲すことを得る者にして舊治罪法にも之が規定ありしより新刑事訴訟は此他尚ほ上訴を爲すの權ある者を認めたり

何人か上訴を爲すや

第一 辯護人 辯護人は被告人に代り上訴を爲すことを得是れ辯護人は被告人の利益を保護す可き任に當るものにして且被告人に比すれば固より能く法律を知るものなれば被告人が當然上訴の權を有するにも拘はらず上訴を爲さずして不利益なる裁判に服せんとする場合に於て之を保護し其伸張を爲さしむるに在り此の如く辯護人の上訴の被告人の利益の爲め之を爲すものなれば被告人は之に付き通常異議なきものと看做すにより故らに其同意を求むるを要せざるなり然れども是れ普通意思の推測なれば被告人が明かに上訴を爲さざるの意思を表したるときは辯護人は上訴を爲すことを得ざるなり

第二 被告人の法律上の代理人 被告人の法律上代理人(未成年者の父若しくは母又は後見人の如し)は被告人保護の爲め之れに代りて上訴を爲すことを得是れ法律上代理人は總て無能力者の利益を保護するの義務あるものにして上訴を爲すの理由あるや否やの區別は因より無能力者たる幼者の爲し得べき所にあらざればなり

此に一二の附言す可きとあり第一被告人上訴を爲すに當り拘留の身と爲り居るときは自ら裁判所に到ることを得ず故に上訴申立書を監獄署長に差出し署長より之を裁判所に送致するものなり第二上訴は検事の上訴を除く外其他の者の爲したる上訴は上訴を爲したる者に於て何時にてモ自由に之を取下くことを得るなり其理由は元來上訴は自己に利益なる裁判を受けんが爲めに爲すものなり而して何人モ雖モ自己の利益は自由に之を抛棄するを得るものなれば被告人は上訴を取下げ其裁判に服するを得へきなり然り而して検事は一旦爲したる上訴は取下くことを得ざる所以は元來検事の上訴は被告人に利益なるを將た不利なるを問はず總て公益の爲め其職務上之を爲すものにして其權元と検事の所有物に非ず故に一旦爲したる上訴は最早之を取下くことを得ざるなり然れども是れ檢事も既に起したる以後は自由に之を左右することを得ざるの謂にして中途其意見を變ずるを得ざるの謂にあらざる故に檢事は最初の意見と全く反する意見を呈へ上訴の意見を抛棄するを得可し而して裁判所は其抛棄に拘

上訴の期間及び期間の特例

はらざる適當の裁判を下すなり

第三 上訴の期間及び期間に関する特例

總て法律に於て普通の上訴を爲すことを許したる場合に於ては上訴を爲す爲めの期間を與へたり故に上訴期間を經過せざる間は其裁判は確定せず若し否らされは法律の上訴を許したる旨趣は永泡に歸するに至るへし此の如く上訴期間は裁判の確定を妨ぐるものなれば其期間を永くするときは其裁判は又從て永く確定の期を見ず故に法律は控訴に五日上告に三日控訴に三日の期間を定めたり若し此期間内に上訴を爲さずして之を經過するときは上訴權を失ひ從て其裁判確定と爲るに至る可し然れども場合に依りては上訴期間を經過したるにも拘はらず尙も上訴を爲すを得るとあり是れ期間を經過したるは全く已むを得ざるに出たるものにして若し之に違ひの期間を遵守せしめんとするときは訴訟關係人に對して頗る酷に過ぐるの嫌われはなり即ち訴訟關係人が洪水の爲め又は戰爭流行病等の如き天災其他避く可からざる事變の爲め道路を遮斷せられ裁判所に出

頭する能はざるか爲め上訴期間を經過したるときは訴訟關係人よ於て其期間を經過したる事情を説明し以て失ひたる權利を回復するとを得るなり尤も障礙の止みたる日より通常の期間内に其説明方法を上訴申立書に記載して上訴を爲さる可からず而して裁判所書記は其申立書を相手方に送達し相手方をして答辯書を差出すとを得せしむ而して後上訴を裁判す可き裁判所に於て檢察の意見を聴き先づ其申立を訴す可きや否やを決定す可きなり

第三 書類に關する

如何なる場合に於ても上訴完結したるときは曾て第一審裁判所より上訴の爲め送りたる訴訟記録は上訴裁判所に於て爲したる裁判の謄本と共に之を第一審裁判所に送戻し第一審裁判所に於て之を保存するものとす

第二章 控訴

控訴も亦數箇の場合に分ちて之を説明せん

第一 控訴は如何なる判決に對して之を爲すとを得るや

書類に關する

控訴

控訴は如何なる裁判に對して之を爲すとを得るや

控訴を爲し得べき判決は第二百五十條に規定しあり今之を分別するときは左の三箇の判決なりとす

第一 區裁判所第一審として爲したる本案の判決○區裁判所の管轄に屬する事件の如何は裁判所構成法第十六條第一號乃至第三號に規定したる違警罪及び輕罪にして輕き犯罪を云ふ

第二 地方裁判所第一審として爲したる本案の判決○裁判所構成法第二十七條第一號に規定したる如く區裁判所の管轄に屬せざるもの并に大審院の特別管轄に屬する刑法第二編第一章及び第二章に掲けたる重罪並に皇族の犯したる罪にして禁錮以上の刑に處す可き犯罪を除き其他の一切の犯罪に付ては地方裁判所は第一審として之を判決を爲すなり

右二箇の場合に付き注意す可きは本案の判決と云ふ語に在り即ち控訴を爲し得べきは本案の判決所謂有罪無罪の判決を指すものにして其他の本案前に於ける手續に關する判決に對しては控訴を爲すとを得ず

第三 區裁判所又は地方裁判所に於て爲したる管轄違及ひ公訴不受理の

判決○此場合に限り本案の判決を誤たすして控訴を爲すことを得何となれば管轄違反及び公訴受理す可うらすとの申立あるにも拘はらず辯論及び判決を爲すも後に管轄違反なりとの言渡又は公訴受理す可きものにあらすとの言渡あるときは前に爲したる手續は全く無効に歸すへければなり

控訴を爲し得べき判決は右三箇の判決なり而して何れの裁判所に於て之か裁判を爲すや地方裁判所及び控訴院是なり即ち區裁判所の判決に對する控訴は地方裁判所に於て之を裁判し又地方裁判所の判決に對する控訴は控訴院に於て之を裁判するものなり大審院は事實に付ては大審院の時別控限に屬する事件に付き第一審にして終審として裁判するの外決して爲さざるものなれば従て事實の覆審たる控訴は大審院の爲す可きものにあらざるなり

控訴の裁判は如何なる事柄なる

第二 控訴の裁判は如何なる事柄を裁判するものなりや

控訴は上告と異なり事實の覆審を爲すものにして全く新なる訴の如く事件の根本より事實及び法律に付き其裁判を爲すものなり故に控訴を爲す

に當りては敢て其理由を述べらるに及ばず只原判決に對して不服なりと申立つれば可なり従て其結果として控訴を爲したるときは全體の覆審を求めたるものと看做すなり然れども控訴を爲すは訴訟關係人の權利なれば全體の覆審を求めず只其不服なる部分の更正を求むるを得只一部の覆審を求むる場合に於ては明かに之か申立を爲さざる可うらざるのみ

第三 控訴期間に關する

控訴は裁判の言渡ありたる翌日より起立して五日内に之を爲さざる可うらす然れども此五日の期間は對席判決の場合にして欠席判決を受けたる者は故障の期間に故障を爲さずして直ちに控訴を爲すことを得此の如く欠席判決の場合に於ては故障の期間内控訴を爲すことを得るものなるを以て故障の期間は何日なるやを知らざる可からず即ち故障申立の期間は三日なりとす而して其期間の起算は對席の場合と異なり判決ありたる日は之れありたることを知らざるか故に判決ありたるの日若くは知りたりと看做す可き日より起算するものなり即ち禁錮以上の刑を言渡し

たる判決に付ては被告人自ら其送達を受けたるるとき又は判決執行に因り刑の言渡ありたることを知りたる日より起算し罰金以下の刑を言渡したる判決及び私訴の判決に付ては文席判決の送達ありたる日より起算するものとす

第四 控訴の効力

控訴の効力は控訴ありたるときは原判決の執行を停止するに在り此の如く控訴ありたるときは當然原裁判の執行を停止するものなれば控訴期間内は勿論其執行を停止す可きものなり控訴期間内は其初日に之を爲す但其終りの日に之を爲すも又其中間に於てするとは全く訴訟關係人の自由なり然るに控訴期間内たるにも拘はらず之が執行を許すときは法律は一方に於て控訴を爲すの權を與へ他方に於て之を妨ぐるものと云はざるを得ず

第五 控訴の手續

手續を二箇に區別して講究せん即ち第一控訴裁判所へ行くまでの手續第

續

二控訴裁判所に於ての手續是なり

第一 控訴裁判所に行くまでの手續○控訴を爲さんとする訴訟關係人は其申立書を原裁判所に差出すなり而して裁判所は控訴の申立ありたるを相手方に通知せざる可からず此場合に於て若し其控訴が期間を經過したる後に爲したるものなるときは決定を以て之が棄却の言渡を爲すものなり若し否らずして控訴期間内に爲したる控訴なるときは之を上級裁判所に送らざる可らず即ち原裁判所の檢事より上級裁判所の檢事に送り其檢事より之を公判に廻はすものとす而して此場合に於て訴訟記録も亦同時に檢事より控訴裁判所の檢事に送り檢事より之を裁判所に差出すものなり又公訴の判決に對し控訴ありたる場合に於て被告人勾留を受け居たるときは檢事は之を控訴裁判所の監獄に送致し以て公判の出廷に差支なからしむ

第二 控訴裁判所に於ての手續○前の手續に依りて事件控訴裁判所に至りたるときは呼出狀と送達と出廷の間少くとも二日の猶豫を置き訴訟開



休入を呼出し其裁判に取掛る而して控訴の裁判に付ては地方裁判所の第一審に關する規定を適用し曾て原裁判之れあらざりしもの、如く看做し全く新たに取調を爲すなり故に第一審に於て取調へたる證人又は鑑定人を呼出すと否と又全く新なる證人又は鑑定人を呼出すと否とは控訴裁判所の自由なり然れども既に第一審に於て訊問したる證人又は鑑定人にして再度の訊問鑑定を必要なりとせざるるときは之を呼出すして其訊問又は鑑定に依るとを得るなり

第六 附帶の控訴

檢事たる被告入たるを問はず相手方は附帶の控訴を爲すことを得るなり而して附帶の控訴とは自ら先たちて控訴を爲すにあらす他人か爲したる後に爲すものなり即ち檢事が控訴を爲したるに依り被告人か附帶の控訴を爲すとあり又被告人か控訴を爲したるに依り檢事が附帶の控訴を爲すとあり然れども必ずしも反對の申立を爲すものにあらす例へば被告人の有期懲刑に處せられたる言渡は不當にして自分の犯罪は懲役に處せら

附帶の控訴

る可きものなりとして控訴を爲しなるとき檢事は被告人の所爲は全く無罪たる可きものなりとて附帶の控訴を爲すことを得るなり如し然り而して附帶控訴は五日の期間内に爲さる可からざるものにあらす五日後何時にても之の申立を爲すことを得是れ原裁判は多少不服なれども控訴を爲さんよりは寧ろ裁判に服するの優れるに若かすと恐惟し不本意ながら裁判に服し控訴を爲さざりしに他の一方より控訴を爲し裁判の覆審を求むるに至ては曲けて裁判に服せんとしたる甲斐なく若し期間を經過したるの故を以て附帶控訴を許さるときは甚だ酷に失するを以て法律は之れに便宜を與へたるものなり然れども被告人か初め控訴を爲し檢事より之に附帶控訴を爲したる場合に於て後日被告人か控訴の取下げを爲したる時は主たる控訴は取下げに依りて消滅し従て従たる檢事の控訴も亦自然消滅に歸するなり尤も檢事が主たる控訴を爲し被告人の附帶控訴を爲したる場合に於ては元來檢事は事件を左右するを得ざるものなるを以て此問題を生ずるとなし

控訴の裁判に関する

第七 控訴の裁判に関する  
控訴は先きに述べたる如く全く事實の覆審なれば其手續殆んど第一審と異なるとなし而して其判決には二種あり第一本案前の判決第二本案の判決是なり

第一 本案前の判決○控訴裁判所に於ては控訴の期間内に其申立を爲したるや否や即ち控訴を爲すの権利ありや否やを調査し若し期間後に爲したるものにして控訴の権利なりしものなるときは判決を以て直ちに控訴の棄却を言渡すなり而して事件は之に依て全く確定するなり

第二 本案の判決○控訴の申立期限内なるときは事件の取調を爲し進んで判決を爲すに至る而して其判決にも亦二種あり即ち審理の未控訴の理由なしと認むるときは判決を以て控訴の棄却を言渡し及之控訴理由ありと認むるときは原判決を取消し更らに裁判を言渡すなり  
原判決取消の裁判を爲すに當り管轄に關し取消を爲すに當り此場合を二箇の場合に分ちて説明せん

第一 原裁判所が不當に管轄を認めたる時○原裁判所は元來管轄裁判所にありざるにも拘はらず不當に自己の管轄なることを認め裁判を爲したるとき覆審に依り其管轄にあらざるとを發見すれば原判決を取消し正當管轄裁判所に移送し以て其裁判を受けしむ而して此場合に於て拘留を要するものと認めたるときは前に發したる拘留状を存し未だ拘留状を發せざるものなるときは新に拘留状を發し其事件を故事に交付すへきなり然れども場合に依りては他の裁判所へ移送するとなく控訴裁判所に於て自ら之が裁判を爲すとあり違は他に自ら控訴裁判所たる地方裁判所より自ら其事件に付き第一審として裁判権を有することを發見したるとき是なり  
此場合に於て原判決を取消し直ちに自ら之が裁判を爲すなり  
若し其事件重罪なるときは未だ拘留を受けざる被告人に對しては拘留状を發し其事件を覆審裁判所に送付するの決定を爲す可きなり  
第二 原裁判所が不當に管轄を言渡したるとき○此場合は原裁判所が管轄なるに管轄に非すとの言渡を爲したるに過ぎざるか故に單に其判決

を取消し原裁判所の管轄なるを言渡し再以之を原裁判所に差戻し之か  
裁判を爲さしむるなり  
控訴院に於て覆審の際地方裁判所か輕罪なりとして判決したる事件の重  
罪なるを發見したるとき又は檢事より其事件を重罪なりとして主たる  
控訴又は附帶の控訴ありたるときは其公判を止め更に重罪事件として裁  
判す可き旨の決定を爲し以て受命判事をして其事件の取調を爲し其報告  
を爲さしむ而して受命判事は覆審判事に屬する一切の處分を爲し其覆審  
を盡すものとす此の如く受命判事か覆審の報告を爲したるときは此に再  
以公判を開き本案の取調を爲すなり此場合に於て被告人若し辯護人を撰  
任せざるときは裁判所所屬の代官人中より官選を以て辯護人を付せざる  
可からず是れ重罪公判には必ず辯護人を要すと云ふ原則の適用により當  
に然る可き所なり  
此に注意す可きは被告人又は被告人の利益を保護す可き辯護人又は法律  
上代理人のみ控訴を爲したるとき之れに對して檢事若くは民事原告人よ

り附帶の控訴なきときは控訴裁判所は原裁判より被告の爲め不利益とな  
る可き裁判を言渡すを得ず普通の道理より云へば控訴は原裁判の覆審  
なれば何人の控訴たるに拘はらず控訴裁判所は自由に或は之を重くし或  
は之を輕くするの權利ある可き筈なり然れども是れ只道理の一片に偏し  
たるものにして元來被告人は原裁判を不當とし一層自己に利益なる裁判  
を受けんとして控訴したるものなれば之に對して原裁判より尙ほ重き裁  
判を言渡すか如きは控訴人の意思に反する所なるのみならず若し自由に  
原裁判より尙ほ一層被告人に不利なる裁判を爲すを得るときは被告人  
は控訴を爲さんとするに當り控訴の却て裁を銜きて蛇を出すものにあら  
ざるを恐れ遂に控訴を爲さざるやも知る可からず此の如くんは法律か  
控訴を許し以て被告人の冤枉を伸へしめんとするの旨趣に背くに至る可  
し而して此規則は檢事より被告人の利益の爲め控訴を爲したる場合に於  
ても亦適用す可きものとす  
控訴の場合に於て控訴申立入り大席したるときは控訴を拋棄したるもの

と看做し控訴棄却の判決を爲し若し相手方が出頭せざるときは申立人の意見を聽き大審判決を爲す可きものなり

第三十九回

第三章 上告

第一 如何なる判決に對して上告を爲すものなるや

上告は地方裁判所又は控訴院が第二審として言渡したる本案の判決及び本案前管轄連又公訴受理す可からざる申立を却下したる言渡に對して爲すものなり(第百八十七條參照)而して地方裁判所が第二審として言渡したる判決及び控訴院が第二審として言渡したる判決の如何は此に之れを明示せず是れ裁判所構成法に其規定あるが故なり即ち裁判所構成法第二十七條第二號に揭けたる區裁判所の判決に對する控訴は地方裁判所に於て第二審として之を判決を爲すものなれば此判決に對して上告を爲すことを得又裁判所構成法第三十七條第一號に揭たる地方裁判所の第一審判決に對する控訴は控訴院に於て第二審として判決するものなれば此判決に對

上告

如何なる  
判決に對  
して上告  
を爲すも  
のなるや

如何なる  
裁判所  
上告裁判  
所なるや

して上告を爲すことを得るなり

第二 如何なる裁判所か上告裁判所なるや

舊治罪法に於ては上告裁判所は只大審院の一ありしのみにて控訴院が第二審として言渡したる判決は勿論地方裁判所が第二審として言渡したる判決に對する上告も總て大審院に於て之れが裁判を爲したりしか裁判所構成法の頒布により上告裁判所は獨り大審院のみならず控訴院も亦上告裁判所と爲るとあり即ち控訴院は區裁判所の判決に對する控訴に付下したる地方裁判所の判決に對する上告を受理し之を裁判を爲すものにして其裁判に關しては上告裁判所と爲るなり裁判所構成法(第三十七條第二號)而して大審院は夫の刑法第二編第一章及び第二章又揭けたる重罪並に皇族の犯したる禁錮以上の罪を除くの外常に上告の裁判を爲す所にして上告裁判所たるを以て其通常とす故に控訴院か上告として受理する場合を除き其他總ての第二審の判決に對する上告を受理するものなり(裁判所構成法第五十條第一號(一))

如何なる  
點に對し  
て上告を  
爲すとす  
得るや

如何なる  
場合か法  
律に違背  
したるも  
のなるや

第三 如何なる點に對して上告を爲すとを得るや

控訴及び上告は共に上訴の方法なれども控訴は第一審の判決に對する覆  
審にして事實及び法律の點に付き第二審を爲すものなり反之上告は單に  
法律の適用如何を見るものなり故に上告の理由ある裁判は法律を適用せ  
ず又は不當に適用して法律に違背したるものに限るなり故に只事實上の  
錯誤は以て上告の理由と爲すを得ざるなり

第四 如何なる場合か法律に違背したるものなるや

法律を適用せざるや若しくは之れを適用するも不當に之れを適用するか苟  
も法律に違背したるときは總て上告を爲し得べき場合なりとす然れども  
其如何なる場合を果して法律に違背したる場合なるや之れを示さざるに  
きは甚だ漠として之れを知るに由なきが故に刑事訴訟法第二百六十九條  
に其場合を列記したり尤も此に列記したるものは只た其例示に過ぎずし  
て決して之れを制限したるものにあらずは假令此列記以外に係るも苟  
も法律に違背したる場合なるときは常に上告を爲すとを得るなり

第一 規定に従ひ判決裁判所を構成せざりしとき○裁判所構成法の規定  
に従ひ相當の判事檢察事及び裁判所書記を以て組織したる裁判所に於て  
言渡したる判決にあらざれば裁判の効力を有せず故に其判決は常に上  
告に依りて破毀せらる然れども實際に於て裁判所構成の組織に反する  
か如きは其例並し稀有ならん只地方裁判所の合議裁判には三人の判事  
を要し其内の一人は添補判事を以て組織するとを得るも若し二人以上  
の添補判事が列席したるときは裁判所の構成に反するものなり此等の  
場合は實際に於ても時に或は有り得るなり

第二 法律に依り職務の執行より除外せられたる判事裁判に參與したる  
とき但し意趣の申請又は上訴を以て除外の理由を主張したるも其効な  
かりしときは之れを以て上告の理由と爲すとを得ず○刑事訴訟法第四十  
條に列記したる判事は職務の執行より除外せられ其裁判に干與するを  
得ざるものなるに法律に反し裁判に干與したるときは其裁判は上告に  
依りて破毀せらるるものなり然れども其上告の理由と爲し得べき場合

は忌避の申請を爲さざりし場合なり忌避の申請を爲したるに裁判所は其申請を不當なりとて却下したるとき其決定に對して即時抗告を以て除外の理由を主張したるも尚ほ其効なかりしときは最早之を以て上裁の理由と爲すとを得ざるなり(民事訴訟法第三十八條參看)

第三 判事忌避せられ其忌避の申請を理由ありと認めたるに拘はらず裁判に參與したるとき○判事忌避せられ自ら忌避せらる可き理由ありと認め其忌避の申請を容れなから尚ほ裁判に干與したるときは即ち除外の理由ある判事が裁判に干與したると同一なれば其裁判は上告の理由あるものなり

第四 裁判所に於て其管轄又は管轄違を不當と認めたるとき○裁判所か自己の管轄なりと云ひたるも其管轄にあらざるるとき又は其管轄なるに管轄違の言渡を爲したるときは共に上告の理由と爲るものなり

第五 法律に背き公訴を受理し又は受理せざるるとき○法律に背き公訴を受理するとは告訴を待て復起る可き事件なるに其告訴あらざるに之れ

を受理し又は既に確定判決を纏たるもの若くは時効に罹りたるものなるに之れを受理したる場合の如きを云ふ又法律に背き受理せざるるときは検事が起訴を爲せば必ず之れを受理せざる可からざるものなるに之を受理せざりし場合等を云ふ

第六 法律に定めたる場合に於て検事の意見を聴かざるるとき○裁判官は検事の意見に従ふと否とは其自由なれとも法律上一應検事の意見を聴かしむる場合に於て之れを聴かずして言渡したる裁判は上告の理由あるものなり即ち夫の證人又は鑑定人に言渡したる罰金の言渡を爲すとき又之を取消すとき保釋を許すとき又其保證金を没収するとき又は審終結の處分を爲すとき等に於ては必ず検事の意見を聴くを要するもの如きはなり

第七 裁判所に於て請求を受けたる事件に付き判決を爲さず又は職権を以て判決するを得べき場合を除く外請求を受けざる事件に付き判決を爲したるとき○裁判官は一旦受理したる事件に付ては必ず之れが判

決を爲さざる可からず是れ法例第十七條に判事は法律に不明不備又は  
 欠缺あるを口實として裁判を爲すを拒絶するを得ずとある所以なり又  
 裁判官は請求を受けざる事件に付き判決を爲すを得ず是れ告げされ  
 は理せずとの原則ある所以なり然れども裁判官が公庭内に於て附帯記  
 を發見したるときは職権を以て之れを裁判を爲すを得るが故に此場  
 合は例外なりとす故に裁判官受理したる事件の裁判を爲さず又は請求  
 せざる事件の裁判を爲すときは上告の理由と爲るなり

第八 判決を公行せず又は公開を禁する言渡なくして辯論を公けにせざ  
 るとき○憲法の明きに依れば裁判の對審判決は之を公開す可きものに  
 して安寧秩序又は風俗を害する虞あるとき對審の公開を禁するを得  
 せしむ故に公開を禁するの言渡なくして辯論の公開を爲さず又は假令  
 辯論の公開を禁したるときも雖も判決は必ず之を公行す可きものなれ  
 は之を公行せざるときは上告の理由と爲るものなり

第九 裁判に理由を附せず又は理由の組織あるとき○裁判には必ず事實

上及び法律上の理由を附せざる可からず例へば詐欺取財の刑を言渡す  
 に當ては欺罔の手段を行ひ他人の財物を騙取したり故に刑法第何條に  
 照し何の刑に處すと云ふり如し然るに其理由を附せず只詐欺取財の刑  
 を言渡したるときは所謂理由を附せざるものなり又一方に於て詐欺取  
 財の理由を附しなから他方に於て他人の財物を騙取したりとの理由を  
 附するときは前後理由の組織あるものなり是れ皆上告の理由と爲るな  
 り

第十 法律の錯誤あるとき○法律の錯誤とは事實は確定したるものに對  
 する法律の適用を誤りたる場合など例へば詐欺取財と認定しなうら竊  
 盜の刑を科したるか如し是れ誤謬の最も著明なるものにして以て上告  
 の理由と爲すを得

以上列記したるものは或は法律を不當に適用し或は法律を正當に適用せ  
 るものにして皆上告の理由となるものなり然れども只此理由に止まら  
 ず苟も法律に違背したる場合あるに於ては以て上告の理由と爲すを得

例へば證據の取捨は裁判官の権内にして訴訟關係人は之れに向て取を容るゝを得ざるものなり然れども假令裁判官と雖も裁判官言渡書の如き公正證書は必ず之を證據として採用せざる可からざるに裁判官之れを排斥したる場合の如き亦以て上告の理由と爲すを得可し然れども同じく法律に違背したる場合なるも之を以て上告の理由と爲すを得ざるを以り即ち免訴又は無罪の言渡ありたる場合に於ては被告人の利益の爲め設けたる規定に背きたるとき及び土地に付ての管轄連ありたるときは是なり假令被告人の利益の爲め定めたる規則に違背するよとあるも其裁判にして被告人に利益なる無罪又は免訴の裁判なるに於ては被告人は之れに對して上告を爲すの利益あるよしなし是れ即ち利益なければ訴訟なしとの原則の適用なりとす故に是等の場合に於ては被告人自ら上告を爲すを得ざるよし勿論にして是等の場合には檢事と雖ども上告を爲すよしを得ざるなり管轄連の裁判所に於て裁判を言渡したる場合に於ても只土地の管轄連なるときは均しく職権ある同等の裁判所に於て同一の

手續に依り裁判を受けたるものなれば大に不都合あるとなし是れ土地の管轄連なるの故を以て上告を爲すを許さざる所以なり然れども若し犯罪の種類に依る管轄連なるときは裁判所の職權上大に異なるものにして犯罪の性質を異にするに依り裁判所の管轄を異にしたるは元來公益上の理由に基くものなれば常に上告の理由となるなり

第五 上告の期間

上告の期間は言渡のありたる翌日より起算して三日間なりとす故に若し此期間を經過したる後なるときは之を却下せらるゝなり尤も此場合に於ても天災其他避く可からざる事變の爲め上告期間を經過したるときは其障礙の已みたる日より起算して三日内に於て上告を爲すときは受理せらるゝなり又一般里程の精算は上告の場合に於ても勿論之れを受くるを得るなり

第六 上告の効力

控訴の場合と同じく法律が訴訟關係人に上告を爲すの權利を與へたる已

上告の期間

上告の効



力

上は上告の期間内及び上告ありたるときは其裁判の言渡あるまで原裁判の執行を停止するものなり然れども此に一の例外ありて拘留及び赦免の言渡は上告あるに拘はらず直に之れを執行して被告人を拘留し又拘留せられたる被告人は之れを赦免するなり是れ若し直に執行せざるるときは或は被告人逃走し或は其身體を拘禁せられ後日之れを回復し能はざるが故なり

従来は刑事の上告は原裁判の執行を停止し民事の上告は原裁判の執行を停止せざりしか民事訴訟法を以て民事の上告に付ても當然原裁判の執行を停止するとなれり是れ理の當に然る可き所なり

第七 上告の手續

上告を爲さんとする者は三日内に上告申立書を原裁判所に差出し而して五日以内に上告趣意書を差出すなり裁判所か之を受取りたるときは二十四時内に相手方に送達し相手方をして之を受取りたる日より五日以内に答辯書を差出さしめ裁判所は又之れを受取りたるより二十四時内に上告申立

上告の手續

人に送達す尤も相手方は必ず答辯書を差出さしむる可うらざるものにあらず之を差出すと否とは相手方の自由なり

又趣意書より差出す可き上告申立書及び趣意書又は答辯書は二通と作り一通を上告裁判所に差出し一通を相手方に送達するなり又私訴の判決に對して被告人又は民事原告人か上告を爲すに當ても被告人又は民事原告人は二通を作りて差出し其一通を相手方に送達せしめざる可うらす夫の被告人か公訴に付上告を爲す場合に於ては趣意書か上告裁判所に其書類を送るものにして別に相手方なきが故に一通にて足るなり

若し上告期間後爲したる上告なるときは原裁判所に於て直に之を却下するなり尤も訴訟關係人は其言渡に對して抗告を以て不服を申立つることを得るなり

若し上告に關する總ての書類は趣意書より上告裁判所に送るなり即ち地方裁判所の判決に對する趣意書なるときは其趣意書より控訴院に送り控訴院の判決に對する上告なるときは其趣意書より大審院に之を送るものとす

第八 附帶上告

上告を爲したる者の被事たる被告又は民事原告人たるを問はず其相手方たる者は之れに附帶して上告を爲すと得又上告裁判所の被事も附帶上告を爲すとを得るなり尚ほ之を詳言すれば被事か上告を爲したるときは被告人及び民事原告人は附帶上告を爲すと得へく民事原告人か上告を爲したるときは被告人は附帶上告を爲すと得へく又被告人か上告を爲したるときは被事及び民事原告人は附帶上告を爲すと得へきなり此場合は於ては上告裁判所の被事も亦附帶上告を爲すと得是れ被事は一體なりとの原則より出でたるものとす而して附帶上告は假令上告期間を経過したる後と雖も之を爲すとを得るなり是れ附帶控訴に付て述べたる如く訴訟關係人又は被事は原裁判に對し多少不服なるも強て之れに服従し上告を爲さざりしは相手方に於て上告を爲したるときは最早強て原裁判に服従せんとしたる甲斐なりるへし然るに若し之れに附帶上告を爲すと許さざるときは甚だ不公平を來すに至るへければなり

上告裁判所に於ける訴訟手續

第九 上告裁判所に於ける訴訟手續

上告裁判所に於ける訴訟手續に付ても亦之を四箇の場合に分けて之を説明せん

第一 上告申立人及び其相手方は上告裁判所に上告代言人を差出すことを得上告に付ては必ずしも本人の出廷を必要とせざるものなり是れ上告は元來法律適用の當否を正すものにして事實上の審査を爲すものにあらずるか故に通常法律を知らざる本人を呼出すも法律上の辯論を爲すを得ざる而已ならず上告趣意書あるにより十分之れに上告の理由を申立めるものとして之れに依りて裁判を爲すなり然れども法律は尚ほ之れに上告代言人を差出すことを得せしむ而して之を差出すは上告申立人の權利にして義務にあらず故に之れを差出すと否とは素より其自由なりとす然れども此に例外ありて上告申立人に必ず上告代言人を附せしむるまどあり即ち重罪の刑の言渡を受けたる者上告を爲したるか又は被事か原裁判は輕罪の言渡なるも被告人の所爲は元來重罪たる可き所

為なりとして上告を爲したるときは其事件重罪に関するものなれば必ず上告代言人を差出さしめざる可からず故に刑の言渡を受けたる者自ら之を撰定せざるときは上告裁判所長の職權を以て其裁判所々屬の代言人中より之を選任せざる可からざるものとす

第二 裁判長は受命判事を撰定し之れに報告書を作らしむ受命判事は一切の書類に就き其争點を明にし報告書を作る尤も之れに自己の意見を付することを得ず何となれば受命判事は既に其裁判に干與するものなれば之れに意見を付するときは其斷斷を爲すものなればなり而して上告申立人及び其相手方は受命判事の報告書を差出すまで其趣意を擴張すへき辯明書を差出すことを得ずし受命判事の報告書を作りたる後之を差出したるときは受命判事は之れを報告書に添へて差出すものなり

第三 右の手續終るときは裁判所書記は開廷より三日前に開廷の期日上告申立人及び相手方の代言人に通知するなり而して之を通知するも其期日に出席せざるときは其置にて裁判を言渡すものとす

第四 公廷にては受命判事か先づ報告書を朗讀す之れに次て檢事及び上告代言人の其趣意を辯明するものなり然れども私訴に付ては檢事をしつて最終に其意見を陳述せしむ元來私訴に付ては檢事は全く其局外者なるにも拘はらず之れをして其意見を述べしむるは是れ畢竟民事訴訟法に於ける公益に関する訴訟又は紛者に関する訴訟等に付ては之が保護の爲め檢事をして民事訴訟に關係し意見を述べざるを得せしむるものと其精神を同ふするものなり

第十 判決

判決

上告の判決を大別して二とす第一棄却の判決第二破毀の判決是なり

第一 棄却の判決の上告裁判所に於て上告として受理したるも上告の理由なきもの、上告の爲め定めたる手續に背きたるもの、又は既に上告期間を経過したるものと認めたるときは直に棄却の言渡を爲すなり此上告期間経過の際に付ては原裁判所に於ても之を取調ふるものなれども必ず其誤なきを保せず故に上告裁判所に於ては尙ほ之を取歸へ期間を経過したる

ものなるときは之を棄却するものとす

第二 破毀の判決○破毀の判決は審理の末原裁判は不當にして上告の理由あるものと認めたるとき行ふものなり即ち上告を以て不服を申立てられたる點を破るものとす然れども若し其一部を破るときは自ら他の部分にも影響を及ぼす可きときは他の部分を破るなり而して此場合は左の三箇に分ちて説明するを可とす

第一 破毀して他の裁判所に移すとき○上告裁判所に於て上告を理由ありと認めたるときは上告に係る判決の部分を破毀し更に之を覆審を爲さしむる爲め原裁判所と同等なる裁判所即ち地方裁判所の判決に對する上告なるときは他の地方裁判所に又控訴院の判決に對する上告なるときは他の控訴院に移すものなり尤も同等の裁判所中其最も原裁判所に接近したる他の裁判所に移し以て訴訟關係人に不便なからしむるなり若し單に私訴に關する判決に對する上告なるときは原裁判所の民事部に移す可きものなり

第二 上告裁判所自ら裁判するとき○若し只機律に錯誤あるとき又は受理す可からざる公訴を受理したるときは他の裁判所に移すとなく上告裁判所自ら之を裁判を爲すなり是れ單に機律の錯誤に止まるゝ又は受理す可からざるものに係るときは之れを破毀するも事實に變更を來すものにあらざるか故に上告裁判所自ら之を裁判を爲すとを得然れども此場合に於て被告人の上告に係るゝ又檢事の上告なるも被告人の利益の爲めに爲したる上告なるときは原裁判より重き刑を科するを得ざるなり

第三 只破毀したるのみにて他の裁判に移さず又自ら裁判を爲さゝるとき○此場合は公判の手續に背きたるの故を以て上告を爲したるものにして其手續を破毀するも他の手續に影響を及ぼさゝるときは之れを破毀すれば十分なるを以て他の裁判所に移すとなく只其手續を破毀したりと宣告するのみ

第四十四回

非常上告

非常上告は如何なる判決に對して爲す可きものなるや

非常上告とは普通の上訴期間内に上訴を爲すおとなくして裁判確定したる後行ふ所の非常上訴の方法あり而して非常上告は如何なる場合に爲す可きものなるやは刑事訴訟法第二百九十二條の規定する所なり即ち法律に於て罰せざる所爲に對し刑を言渡したる場合及び相當の刑より重き刑を言渡したる場合に於て之を行ふものなり之を換言すれば元<sup>法律</sup>事罪として論ず可からざる所爲なるよ之を犯罪として刑の言渡を爲したるとき又連警罪の事實と認めなからこれに輕罪の刑を言渡し若くは輕罪の事實と認めなからこれに重罪の刑を言渡したるとき<sup>法律</sup>の如きを云ふ  
右の場合と雖も常に非常上告を爲すおとを得るものにあらず非常上告を行ふを得へきは通常上訴を爲すおとを得るものとあらず第一審の判決に對して控訴を爲すおとして裁判確定したるとき又は控訴を爲したるも其判決に對して上告を爲すおとして裁判確定したるとき<sup>法律</sup>之を行ふものなり故に通常上訴期間内に控訴を爲し又其判決に對して上告を爲し終りた

非常上告は何人か之を爲すや

り判決は後日其不當なるおとを發見するもこれに對しては最早非常上告を爲すおとを得ざるなり是れ法律は總ての上訴の方法を盡したる判決は真正にして盡し誤謬なしと看做すに由るなり  
故に非常上告を發けたる所以は通常上訴の方法を盡さしりし者を保護するの旨趣と又通常上訴の方法を盡さるる裁判は時に誤謬ありと看做したるに因るものと云ふへし換言すれば非常上告は一方より云へは被告人の利益の爲め之を發けたるものと云ふへく又地方より云へは法律上の點に關し判決の誤謬を正すものと云ふし  
此非常上告の手續は其事件に付き上告を受くる權ある裁判所の檢察官司法大臣の命に因り又は其檢察官自己の職權を以て之を爲すものなり故に之を爲すものは區裁判所の第一審に繫る事件に付ては控訴院の檢察官にして地方裁判所の第一審に繫る事件に付ては大審院の檢察官なりとす而して被告人は決して非常上告を爲すおとを得ず是れ法律は通常上訴をも爲さず一旦裁判に服従したる者に之を爲さしむるは保護の度を過まし裁判確

定する期なきを懲りたるによるなり  
非常上告を受理したる控訴院又は大審院に於て非常上告の理由ありと認むるときは之れを他の裁判所に移すとなく自ら之れを裁判を爲すなり何となれば此場合は法律の趣に付き誤謬あるや否やを正すに止まり事實を覆審するものにあらざればなり

此に一の問題あり非常上告は裁判の執行を停止するものなるや否やの問題是なり元來非常上告は裁判確定したる後に爲す可きものなれば被告人は既に其裁判の執行を受けつゝあると明りなり此場合に於て非常上告のありたる爲め其執行を停止するや否やに付き法律上別に之れを明文なし法律に之れが明文なきが故に當然其執行を停止せざるものと論断するを得ず場合により條理上之を停止す可きとありと云はざるを得ず夫の死刑の如き若し其執行を停止せざるときは假令非常上告に因り原裁判を取消し被告人は元來無罪たるものなりとの裁判あるも亦之を如何とも爲すを得ず故死刑の執行の如き回復す可からざる者は之を停止す可きは勿論其

非常上告の効力

他の刑に付ても上告裁判所に於て非常上告の理由ありと認むるときは其職權を以て之を停止するを得るものと認料す

第三章 抗告

第一 抗告は如何なる場合に於て爲す可きものなるや

抗告

抗告を爲す如き場合は第二百九十三條の定むる所にして法律に於て特に抗告を爲すよとを許したる場合に限り之を爲すよとを得るものなり而して其場合は刑事訴訟法中所々に散在せり今其場合を擧ぐれば左の如し

抗告を爲すを得る場合

第一 第四十二條に依るに忌避の申請及び其裁判に付ては民事訴訟法第三十四條乃至第三十八條の規定に従ふとあり而して民事訴訟法第三十八條には忌避の申請を不當なりと宣言する決定に對しては即時抗告を爲すことを得とあり故に裁判官若しくは書記に對し訴訟關係人より忌避の申立を爲したるに裁判所より之れを不當とし却下したるときは此決定に對して抗告を爲すよとを得るなり

第二 證人又は鑑定人か呼出に應せざるときは再審判事又は裁判所は之

れに對して不蒙に因りて生したる費用の賠償及び罰金の言渡を爲すことあり此決定に對し證人又は鑑定人は抗告を爲すことを得るなり(第三百十八條第三百三十六條第九十條)

第三 證人又は鑑定人か宣誓を背せず又は宣誓して陳述を背せざる時は尋審判事又は裁判所は之れに對して刑法に從ひ罰金の言渡を爲すことあり此決定に對して證人又は鑑定人は抗告を爲すことを得(第二百六十六條第三百三十八條第九十條)

第四 尋審終結の決定中重罪公判に付するの決定に對して被告人は抗告を爲すことを得又檢事は其免訴の決定に對しても抗告を爲すことを得(第三百七十二條)

第五 第一審の判決に對して控訴の申立を爲したるとき原裁判所に於て控訴期間を經過したるものとして之を棄却したる決定に對して抗告を爲すことを得(第二百五十五條)

第六 第二審の判決に對して上告の申立を爲したるときは原裁判所に於

て上告期間を經過したるものとして之を棄却したる決定に對して抗告を爲すことを得(第二百七十六條)

第七 刑の言渡を受けたる者其言渡に付き疑義の申立又は其執行に付き異議申立を爲したるとき裁判所は與へたる決定に對して抗告を爲すことを得(第三百二十二條)

以上七箇の場合に於て抗告を爲すを得べきなり

### 第二 抗告の期間

抗告は裁判の送達ありたる日の翌日より起算して三日の期間内に於て爲さる可からず

### 第三 抗告の手續

抗告を爲すには先づ其申立書を抗告を爲す可き決定を與へたる尋審判事又は裁判所に差出さる可からず然るときは尋審判事又は裁判所か其抗告を正當とし直に之を更正するときはそれにて事終る若し抗告を不當と認むるときは尋審判事又は裁判所は自己の意見を付し三日内に抗告申立

### 抗告の手續

書を抗告裁判所に送達せざる可からず又其抗告にして豫審終結の決定に對する抗告なるときは其訴訟記録をも送致せざる可からず

故に抗告は一體特別のものなり他の上訴は或は直に之を棄却するか或は直に上級裁判所に取次ぐものなるに抗告は抗告の理由ありと認めるときは直に其不服の點を更正し抗告の理由なしと認めたるるとき抗告裁判所に取次ぐものなり故に原裁判所に於て直に更正する場合は殆んど大席判決に對する故障に同じ従て此場合は上訴にあらず只抗告の理由なしと認め抗告裁判所に取次ぐに至り始めて上訴と爲るなり

第四 抗告を裁判する裁判所は如何なる裁判所なるや

抗告裁判所は直近上級の裁判所なり故に區裁判所の裁判に對する抗告は地方裁判所に地方裁判所の決定に對する抗告は控訴院に控訴院の決定に對する抗告は大審院に於て裁判す可きものなり

第五 抗告裁判所に於ける訴訟手續

抗告を受けたる裁判所は其抗告は法律に於て抗告を爲すことを許したる場

抗告裁判所

抗告裁判

所に於ける訴訟手續

合は於ける抗告なるや否や又抗告を許す場合とするも抗告の期間内に於て爲したるものなるや否や又抗告を許す可き場合に於て且其期間内に爲したるものなるも果して正當の理由ありや否やを審査し若し其一を欠くときは其抗告を棄却す及之其抗告を理由あるものと認むるときは原裁判を取消し自ら更に其裁判を爲すなり

右棄却する場合なり又抗告の理由ありと認め更に裁判を爲す場合なるを問はず抗告裁判所は裁判を爲すに當ては必ず檢察の意見を聴く可からず又其裁判は書類に依る裁判なりとす若し其抗告にして豫審判事の決定に對する抗告なるときは抗告裁判所に於て必要なりとするときは尙は受命判事を任し之をして事件の取調を爲し其報告を爲さしむるを得此場合に於て其受命判事は豫審判事に屬する總ての處分を爲すよとを得是れ元來豫審に關するものなればなり

第六 抗告裁判の効力

抗告裁判の効力の如何は之を二箇の場合に分ちて見ざる可からず即ち第

抗告の効力



一 抗告の裁判あるまで抗告の効力如何第二 抗告裁判の効力如何の二箇に分ちて見んとす

第一 抗告の裁判あるまで抗告の効力如何○此場合を復た二箇に分ちて述へん

第一 抗告裁判あるまで原決定を停止するや○前に掲げたる抗告を爲すを得る場合にして或は停止するの明文あるものあり或は明文なきものあり而して其明文ある場合は呼出に應せざるか爲り費用の賠償及び罰金の言渡を受けたる證人又は鑑定人か爲す抗告第二宣誓又は供述を爲さざるの故を以て罰金を言渡されたる證人又は鑑定人か爲す抗告(第三)重罪公判に付する豫審終結の決定に對する抗告の三箇なり又其明文なき場合は控訴又は上告の申立と棄却したる決定に對する抗告(第五)第六)刑の言渡を受けたる者や刑の言渡及び其執行に付き爲したる義務又は異議の申立に付き裁判所か與へたる決定に對する抗告(第七)なり又裁判官書記を忌避する申請を棄却する決定に對する抗告(第一)も民事訴訟

法中別に執行を停止するの明文なし

此の如く明文あるまじり又之れあらざるあり明文ある場合は勿論當然其執行を停止す可きも明文あらざる場合は如何多少議論ある可きも余は抗告裁判所に於て抗告を理由ありと認めたるときは執行を停止するの職権ありと信し若し停止せざるときは抗告理由ありて原判決を取消すに至りたるるとき前に爲したる手續を無効に歸せざるを得ざるまじりあり夫の裁判官忌避の申請に於けるか如し其他の場合に於ても亦皆之を停止するを正當とするの理由あるなり

第二 抗告期間内原決定の執行を停止するや○抗告の期間内は勿論執行を停止す可きものなり若し否らざるときは法律か抗告を許したる所以を解するを得ざるに至るなり

第二 抗告裁判の効力如何○抗告裁判所の與へたる裁判は確定動りす可からざるの効力を有す故に再び之れに對して抗告を爲すよとを得ず

第六編 再審

再審  
再審を爲すを得る  
場合

再審も亦一の非常上訴なり普通の場合には上訴を爲すことを得ざる者に再審の方法を以て裁判の不公平を救済するの途を與へたるものなり  
上告と再審とは如何なる點に於て差異ありや

第一 上告は只法律適用の誤謬を正すものなれば上告裁判所は事實に立入るよとを得ず反之再審の訴を受けたる上告裁判所は事實の審査を爲すよとを得

第二 上告は控訴を爲したる後之を爲すものなり舊治罪法に於ては控訴を爲さずして直に上告を爲すよとを得たりしか刑事訴訟法は控訴を爲したる後にあらざれば上告を爲すを許さず反之再審は悉く上訴の方法を盡したることを必要とせず只上訴の途なきに墮りたる確定判決に對するにあらざるは爲すことを得たるのみ假令其確定判決は控訴を爲さず第一審のみにて確定したるものにて可なり

第三 上告は上告期間内に於て之を爲さざる可からず反之再審には期間あるよしなし故に再審の理由を發見すれば何時にても之を爲すよとを得

得又既に刑の執行を受け終りたる後にても之れを爲すよとを得るなり

再審を爲すには如何なる條件を要するや

第一 再審は重罪又は輕罪の刑の言渡ありたる場合ならざる可からず○  
故に無罪又は免訴の言渡ありたるるとき若くは違警罪の言渡に付ては再審の訴を爲すよとを得ず

第二 再審は判決が確定したる後ならざる可からず○苟も判決が確定したる後なるに於ては其判決は上訴の途を盡さずして確定に至りたるものなるも可なり

第三 再審は法律は時に之を爲すよとを許したる場合ならざる可からず○  
再審を爲すよとを得へき場合は第三百一條に規定したる場合にして即ち左の如し

第一 人を殺したる罪に付き刑の言渡ありたるも其殺されたりと認められたる者犯罪後生存し又は犯罪前死去したる確證ありたるとき○人を殺す爲め河川の急流又は深山の谷底に擲殺し犯人も被害者既に死した

りて信し裁判官之れに殺人罪の刑を言渡したるに後日其殺されたりと認められたる被害者生存せしときは犯人の行爲は未遂犯にして元來一等又は二等を減せらるべきものにして其裁判に誤謬あるや明かなり又犯人が殺したりと認めたる者其犯罪前既に死去したる確證あるに於ては其所爲は元來不能犯にして罪とならざるものなれば其裁判に誤謬あるや又明かなり故に是等の場合に於ては再審を許し誤謬の裁判を更正するなり

第二 同一の事件に付き共犯にあらずして別に刑の言渡を受けたる者ありたるるとき〇共犯なれば共に罰せらるゝは當然なれども共犯にあらずして同一事件に付き刑の言渡を受けたる者二人あるときは其中一人は罪を犯さるゝるに刑の言渡を受けたる者なるか故に再審の訴を爲し誤謬の裁判を更正すべきなり

第三 犯罪以前に作りたる公正證書を以て當時其場所に在らざることを證明したるとき〇此場合は單案には詳しく規定しありしか舊治罪法以來

續る簡單と爲れり元來犯罪の成立には場所に關係すると最多し夫の殺人罪の如き竊盜罪の如き放火罪の如き毆打罪の如きは場所に關係するものにして犯罪の當時其場所に在らざりし者は之を犯すに由なければ他所に在りし者にして刑の言渡を受けざるものあるに於ては其裁判の誤謬たるや明かなり(尤も夫の證書偽造罪の如き詐欺取財罪の如きは場所に關係せざる者なり)故に辯護人は能く犯人が犯罪の當時犯罪の場所に居らざりしことを以て辯護の良方便と爲す然れども犯罪の當時其場所に在らざりしと云ふ證據は容易に之を信す可きにあらず是を以て法律は公正證書を以て犯罪の當時他所に在りたるよとを證明するにあらずれば再審を許さず又假令公正證書を以て之を證明するも常に之を許すにあらず土地の遠近行道の便不便等に依り果して此處にあるに於ては彼處にあるを得ざる場合ならざる可からず而して公正證書とは公證人の作りたる證書と云ふ義にあらずして公けの記録と云ふ義なり故に苟も公けの記録なるに於ては區役所登記所の帳簿等總ての書類を云ふ登

記役所に出頭して自ら姓名を公簿中に記入したるときは犯罪の當時其役所に在りし最も著明の證據なりとす

第四 被告人を陷害したる罪に因り刑の言渡を受けたる者ありたるとき  
○刑の言渡を受けたる者を陷害したるの故を以て誣告又は偽證の罪に處せられたる者あるに於ては其刑の言渡は誣告又は偽證に因りたるものにして其誤謬たるや明かなり然れども其刑の言渡にして誣告又は偽證に因りたる場合ならざる可からず草案は詳しく規定しありて陷害したることか證據となり居たるときならざる可からずとありたり舊治罪法以來別之を明記せされども宜しく參考す可きとなりとす

第五 公證證書を以て訴訟記録に偽造又は錯誤あるまことを證明したるとき  
○訴訟記録は之れに因て以て裁判を言渡すものにして裁判の根據なり故に訴訟記録にして偽造又は錯誤あるまとの確證あるに於ては再審を爲すまことを得せしむ

第六 判決の憑據と爲りたる民事上の判決他の確定と爲りたる判決を以て廢棄若しくは破毀せられたるとき  
○此場合は豫斷問題の場合に類似するものなり民事の裁判如何に依りて刑事裁判の有罪無罪の分うるゝとあり夫の竊盜罪は他人の所有物を竊取したるとき罪を組成するものなるか故に民事裁判に於ける其所有權有無の決定は實に刑事裁判の根據となるものなり而して民事に於ける決定に因り竊盜罪を認め刑の言渡を爲したるに其民事裁判他の確定と爲りたる判決を以て廢棄若しくは破毀せられたるときは之を根據として言渡したる刑事裁判の誤謬たるや明かなり故に再審を以て之を更正せしむるものとす

第四十一回

第二 再審の訴を爲すことを得る者は何人なるや

第一 檢事  
○刑の言渡を爲したる裁判所の檢事其裁判所を管轄する控訴裁判所の檢事及び其裁判所を管轄する上告裁判所の檢事は再審を爲すことを得是れ第三百二條第一乃至第三に規定する所なり尙ほ之を詳言すれば區裁判所の言渡に對する再審の訴は其裁判所の檢事は勿論地方

再審を爲すを得る者は何人なるや