

最後ニ豫審審理ノ方法トシテ上記審理ノ限度及範圍内ニ於テ被告人ヲ召喚シ、勾引シ、勾留シ被告人ノ訊問ヲ爲シ(第三百條)、押收、搜索及檢證ヲ爲シ、又證人ヲ訊問シ鑑定ヲ命スルヲ得ルハ勿論(第二百二十二條、第六十九條、第七十九條、第二百十三條、第二百二十八條)、豫審判事ハ公務所ニ照會シテ必要ナル事項ノ報告ヲ求ムルコトヲ得(第三百四條)。此ノ場合ニハ公務所ハ之ニ應スルノ義務アルモノトス。加之、其ノ取調ニ付テハ豫審判事ハ自ら照會セス公務所ヨリ進ンテ爲シタル報告(自發的報告)ト雖、之ヲ受クルノ權アルモノト謂フヘキカ故ニ電話ニ依ル報告ヲ當該係員ニ於テ錄取シタル書面ハ證據力ヲ有スルモノニシテ、夫ノ刑事訴訟法第三百四十三條第一項ノ書類ニ該當セス。此ノ點ハ判例ノ是認スルトコロナリ(大正十四年三月九日大判)。

豫審ノ取調カ密行ヲ原則トスルコトハ前述ノ如シ。是ハ豫審ノ目的ヲ達スルノ必要ニ基クモノナントモ、一面ニ於テ豫審ニ付セラレタル被告人ノ利益ヲ保護スルノ必要アルカ故ニ第二百九十六條ニ於テ、其ノ取調ニ際シ之カ秘密ヲ保チ、被告人其ノ他ノ者ノ名譽ヲ毀損セサルコトニ注意スヘキ旨ノ訓示規定ヲ設ケタリ。蓋豫審ニ付セラレタルハトテ犯罪ノ有無ヲ斷定スヘカラサルモノナレハ、其ノ取調ノ内容ヲ公ニシ世ノ批判ヲ受ケシムルハ被告人ノ名譽ヲ毀損セシムルカ故ナリ。之ハ搜查ニ於ケル第二百五十三條ト同一精神ニ出テタル規定ナリ。參考スヘキハ

新聞紙法第十九條ニ新聞紙ハ公判ニ付スル以前ニ於テ、豫審ノ内容又ハ豫審中ノ被告事件ニ關スル事項等ヲ掲載スルコトヲ禁シ、出版法第十七條モ亦同旨ノ規定ヲ設ケ、夫々之ニ違反シタル場合ノ制裁ヲ置キタル點ナリトス。

尙附言スヘキハ新聞紙法第二十條ハ新聞紙ハ官署、公署ニ於テ公ニセサル文書ヲ許可ヲ受ケスシテ掲載スルコトヲ得サルコトヲ定メ、刑事訴訟法第五十五條ハ訴訟ニ關スル書類ハ公判開廷前ニ於テハ之ヲ公ニスルコトヲ得ストアルニ依リ、右ハ專ラ官公署ノ公ニセサル文書ノ秘密ヲ保タントスルモノニシテ、前記豫審ノ秘密自體ヲ保タントスルモノトハ明ニ區別セサルヘカラス。然レハ若シ訴訟書類ヲ公判開廷前許可ヲ受ケスシテ新聞紙ニ掲載セハ新聞紙法第二十條ニ違反シ、同法第三十六條ニ依リ處罰セラレヘシ(大正十五年六月十八日大判)。

以下豫審手續ノ主要ナル事項ニ付キ説明センニ、

第一 被告人ノ訊問

本法ハ豫審ニ於テ被告人ノ當事者タル地位ヲ認メ防禦權ヲ行使スルヲ得シメタルコトハ前述ノ如シ。而シテ被告人ノ訊問ハ總則ノ規定(第三百三十三條乃至第三百三十八條)ニ從フヘク、裁判所ニ於テ之ヲ爲スル原則トスレトモ、被告人出頭スルコトヲ得サルカ又ハ出頭スルコトヲ得ルモ之ヲ便ト

セサル如キ場合ニ於テ、豫審判事ハ被告人ノ所在ニ就キ之ヲ訊問スルコトヲ得ルコトトセリ（第三百條第二項）。唯第四節豫審ノ手續ノ下ニ於テ説明シタル如ク、其ノ訊問タルヤ辯解ヲ爲サシムルヲ以テ主眼トスヘキモノトス。

被告人ヲ訊問セスシテ豫審ヲ終結スルヲ得ルヤ否ニ付テハ爭アリト雖、本法ハ公判ニ於テハ被告人出頭セサルトキハ別段ノ規定ナキ限リ開廷スルコトヲ得スト定ムレトモ（第三百三十條）、豫審ニ於テハ斯ノ如キ規定ナキヲ以テ被告人出頭セサルモ取調ヲ進行シ、豫審ヲ終結スルヲ妨ケスト解スルヲ通説トス。但シ被告人ノ所在分明ナラス又ハ被告人心神喪失ノ状態ニ在リテ被告人ヲ訊問スルヲ得サル爲、事實關係ヲ明ニスル能ハサル場合ハ豫審手續ヲ中止スルヲ得ヘシ（第三百五條）。

次ニ豫審判事ハ豫審終結前被告人ニ對シ嫌疑ヲ受ケタル原由ヲ告知シ、辯解ヲ爲サシムヘキコトハ前述ノ如ク、被告人ヲシテ遺憾ナキ防禦權ヲ行使セシメントスルノ趣旨ニ外ナラサレハ、此ノ場合ニ於テハ單ニ被告事件ノ何タルカヲ知ラシムルニ止ラス證據關係ヲ指摘シ、犯罪事實ヲ認ムヘキ根據ヲ告知スルヲ要ス。而シテ之カ爲被告人ヲ召喚スルモ被告人カ正當ノ事由ナクシテ出頭セサルトキハ叙上最終辯解ノ手續ヲ履踐スルノ要無シ。蓋然ラストセハ豫審終結ノ選

延スヘキヲ慮リタルニ由ル（第三百一條）。

第二 訴訟關係人ノ取調關與

豫審ニ於テ當事者公開主義ヲ認メタルコトハ第四節豫審ノ手續題下ニテ説明シタル如シ。而シテ豫審判事ノ取調中訴訟關係人ノ關與スル場合ト、然ラサル場合トハ總則ニテ之ヲ明ニシタルモ更ニ主要ナル點ヲ擧クレハ

- (1) 押收、搜索並檢證ニハ檢事被告人又ハ辯護人ハ之ニ立會フコトヲ得（第一百五十八條第百七十八條）。
- (2) 證人訊問ニハ訴訟關係人ヲシテ立會ハシメサルヲ原則トスルモ、唯公判ニ於テ召喚シ難シト思料スル證人ヲ訊問スル場合ニハ檢事及辯護人ハ其ノ訊問ニ立會フコトヲ得ヘシ（第三百二條）。

(3) 鑑定ニハ檢事及辯護人ハ之ニ立會フコトヲ得（第二百二十七條）。
是ナリ。尙檢事、被告人、又ハ辯護人ハ豫審中何時ニテモ必要トスル處分ヲ豫審判事ニ請求スルヲ得（第三百三條第一項）。此ノ場合ニ豫審判事該請求ニ應スヘキ義務ナク、之ヲ許スト否トハ其ノ職權内ニ在リト爲スヲ通説トス。

次ニ檢事ハ豫審ノ進行ヲ妨ケサル限リ書類及證據物ヲ閱覽スルコトヲ得ルモ、辯護人ハ豫審判

事ノ許可ヲ受ケ初メテ閱覽スルヲ得ヘシ(同條第二項第三項)。蓋檢事カ書類及證據物ヲ閱覽スルニ付キ豫審判事ノ許可ヲ受クルコトヲ要セサル所以ノモノハ、檢事ハ公訴ノ實行者トシテ常ニ豫審ノ進行ニ注意シ、其ノ經過ヲ知ルヲ以テ當然ノ職責トスレハナリ。

第六節 豫審手續ノ中止

前ニ一言シタル如ク豫審判事ハ被告人ヲ訊問セシテ豫審ヲ終結スルコトヲ得ルモ、實際上多クノ場合ニ於テハ被告人ノ訊問ヲ爲ササレハ事實關係明白ナラサルヘキヲ以テ、本法ハ被告人ノ所在分明ナラサルトキ又ハ被告人心神喪失ノ状態ニ在ルトキハ豫審判事ニ於テ檢事ノ意見ヲ聽キ豫審手當ヲ中止スルコトヲ得ルモノト爲セリ。心神喪失ナル語ハ民法及刑法ニ於テモ用キラレ其ノ意義ニ於テハ異ルトコロナシ。而シテ豫審判事カ手續ヲ中止スルト否トハ其ノ專權ニ屬シ、假令被告人カ所在不明ナルカ又ハ心神喪失ノ状態ニ在ルモ手續ヲ中止スルコトナクシテ他ノ證據ヲ取調フルヲ得ヘキハ當然ナリ。此ノ點ニ於テハ公判ニ於ケル手續ノ停止(第三百五十二條)ト異ルコトヲ注意スヘシ。

中止ノ決定ハ之ヲ送達スルヲ要セス(第三百五條)。蓋之ヲ告知セサルモ訴訟關係人ニ何等ノ不利ヲ

醸スコトナキヲ以テナリ。一旦中止ヲ爲シタルトキハ右決定ノ效力アル限りハ豫審處分ヲ爲ス能ハサルハ明白ニシテ、尙右期間内時効ハ進行セス(第二百八十七條)。若シ中止ノ原由消滅セハ何時ニテモ之ヲ取消シ手續ヲ進行スルヲ得ヘシ。

第七節 豫審ノ終結

豫審判事被告事件ニ付キ取調ヲ終ヘタルトキハ豫審終結ノ處分ヲ爲ササルヘカラス。此ノ處分ニ關シテハ英國ノ如ク陪審官Juryヲシテ公判ヲ開クヘキヤ否ヲ決セシムル立法アリ。又佛國ハ舊訴訟法ニテ豫審判事カ審理ノ結果ヲ裁判所ニ報告シ、裁判所ニ於テ爾後ノ手續ヲ決スルノ制ヲ採リシモ、改正法律ニ依リ豫審判事自ラ事件ヲ公判ニ付スヘキカ否ヲ決定スヘキモノト爲セリ。獨國ハ豫審後裁判所ノ公判開始決定(Eröffnungsschluss)ヲ待ツコトト定メアリテ立法例區々タリト雖、本法ハ豫審判事カ終結決定ニ依リ被告事件ヲ公判ニ付スヘキカ否ヲ決スルコトト爲セリ。

第一款 終結前ノ手續

豫審判事被告事件ニ付キ取調ヲ終ヘタルトキハ書類及證據物ヲ檢事ニ送付シテ其ノ意見ヲ求ムヘシ(第三百六條)。此ノ場合ニ檢事ニ於テ其ノ取調十分ナラスト思料スルトキハ事項ヲ指示シテ取調ヲ請求スルコトヲ得。此請求ニ應シ取調ヲ爲スヘキヤ否ハ一ニ豫審判事ノ裁量内ニ屬シ、若シ其ノ請求ニ應シ取調ヲ爲シタルトキハ更ニ其ノ取調ノ書類及證據物ヲ檢事ニ送付スヘク、之ニ反シ請求ヲ肯ンセサルトキハ速ニ其ノ旨ヲ檢事ニ通知スヘキモノナリ(第三百七條)。

以上ノ規定ニ依リ書類及證據物ノ送付ヲ受ケタルトキハ檢事ハ速ニ意見ヲ付シテ之ヲ豫審判事ニ還付スヘシ(第三百八條)。

檢事カ意見ヲ付シタル後仍ホ豫審判事カ證人訊問等ノ取調ヲ必要トスル場合、之ヲ爲スコトヲ得ルヤト云フニ豫審終結決定ヲ爲ササル以上ハ之カ取調ヲ爲スノ職權ヲ有スルモノト解スヘシ。

第二款 終結決定ノ種類

豫審判事ハ叙上ノ手續ヲ經タル後豫審終結決定ヲ爲ス。而シテ豫審終結決定ハ其ノ内容ニ依リテ左ノ如ク區別ス。即チ

- (1) 管轄違ノ決定
- (2) 公判ニ付スル決定
- (3) 免訴ノ決定
- (4) 公訴棄却ノ決定

第一 管轄違ノ決定是ナリ

第三百九條ニ依レハ、被告事件裁判所ノ管轄ニ屬セサルトキハ豫審判事ハ決定ヲ以テ管轄違ノ言渡ヲ爲スヘキヲ定ム。蓋裁判所カ被告事件ニ付キ事物及土地ノ管轄ヲ有スルコトハ公訴提起ノ條件ナルヲ以テ、公訴提起ノ裁判所カ管轄權ヲ有セサルトキハ其ノ公訴提起ハ違法ナレハナリ。

然ルニ本法ハ右原則ニ對シ例外ヲ認メ、管轄違ノ公訴ニ因リ形式的權利拘束ノ外實體的權利拘束ヲ生セシムヘキ場合ヲ規定セリ。即チ豫審判事ハ其ノ所屬地方裁判所ノ管内ニ在ル區裁判所ノ管轄ニ屬スル事件ニ付キ管轄違ノ言渡ヲ爲スコトヲ得ス。又土地ノ管轄ニ付テハ豫審判事ハ被告人ノ申立ニ因ルニ非スンハ管轄違ノ言渡ヲ爲スヲ得ス(第三百十條、第三百十一條)。然レハ前者ニ在リテハ當然被告事件ノ實體ニ入り審判スルヲ得ヘク、後者ニ在リテハ被告人カ責問權ヲ行使

セサル限り同様ノ審判ヲ爲スヘシ。之ハ要スルニ被告事件審判上ノ便宜ニ出テタル規定ナリトス。

管轄ニ關シ注意スヘキハ、被告事件裁判所ノ管轄ニ屬スルヤ否ハ公訴提起當時ノ狀態ニ依リ決スヘキモノナルヲ以テ、起訴當時管轄ノ原因存スルトキハ後之ヲ存セサルニ至ルモ管轄違ノ言渡ヲ爲スヘキモノニ非ス。反之起訴當時管轄ノ原因存セサルトキハ後之ヲ存スルニ至ルモ、管轄違ノ言渡ヲ爲スヲ原則トス。例ヘハ土地管轄ノ原由タル場所カ公訴提起ノ當時裁判所ノ管轄内ニ存スル以上ハ、其ノ後變動スルモ管轄權ニ影響ナシ。然レトモ事物管轄ニ付テハ公訴提起當時之ヲ有スルモ、其ノ後法律ノ改正ニ因リ之ヲ失フニ至リタルトキハ管轄違ノ言渡ヲ爲スヘキモノナリ。

第二 公判ニ付スル決定

公判ニ付スルニ足ルヘキ犯罪ノ嫌疑アルトキハ豫審判事ハ決定ヲ以テ被告事件ヲ公判ニ付スル言渡ヲ爲スヘシ(第三百十二條第一項)。所謂犯罪ノ嫌疑トハ如何ト云フニ、豫審ノ目的ハ屢説明シタル如ク被告事件ヲ公判ニ付スヘキカ否カヲ決スルニ在ルヲ以テ、犯罪ノ有無ヲ審理スルニ非サルモ豫審ノ結果之ヲ公判ニ付スルモ、到底犯罪事實ノ證明ヲ得ヘキ見込ナキトキハ之ヲ公判ニ

付スヘキモノニ非ストシ、其ノ見込アルトキ初メテ公判ニ付スルニ在リテ、所謂犯罪ノ嫌疑アリトハ公判ニ於テ犯罪事實ノ證明ヲ得ヘキ見込アルヲ謂ヒ、犯罪ノ證明アルコトヲ必要トセス。而シテ公判ニ付スル決定ニハ犯罪事實及法令ノ適用ヲ示スコトヲ要ス(同條第二項)。

第三 免訴ノ決定

免訴ノ決定ヲ爲ス場合ニ二アリ。

其ノ一ハ第三百十三條ノ規定スルトコロニシテ、被告事件罪ト爲ラス又ハ公判ニ付スルニ足ルヘキ犯罪ノ嫌疑ナキ場合ナリ。被告事件罪ト爲ラストハ法律上處罰規定ヲ存セサルモノナルカ又ハ處罰規定存スルモ法律上犯罪ノ成立ヲ阻却スル原由ノ存スルトキ(例ヘハ無能力者、正當防衛ノ如シ)ニシテ、公判ニ於テハ無罪ヲ言渡スヘキモノナレトモ、豫審ニ於テハ未タ最終ノ斷定ヲ與ヘタルモノニ非スシテ、更ニ新ナル事實ノ發見ニ因リ再訴ヲ爲スヲ妨ケサルヲ以テ、免訴ヲ言渡スモノトシタルナリ。公判ニ付スルニ足ルヘキ犯罪ノ嫌疑ナキトキハ前述ノ如ク公判ニ付スルモ犯罪事實ノ證明ヲ得ヘキ見込ナキトキニシテ、若シ公判ニ於テ犯罪ノ證明ナキトキハ無罪ヲ言渡スヘキモ、豫審ニ於ケル被告事件罪ト爲ラサル場合ト同シク免訴ノ決定ヲ爲スコトトシタリ。

其ノ二ハ第三百十四條ニ規定シ、

一八〇

- (1) 確定判決ヲ經タルトキ
 - (2) 犯罪後ノ法令ニ因リ刑ノ廢止アリタルトキ
 - (3) 大赦アリタルトキ
 - (4) 時効完成シタルトキ
 - (5) 法令ニ於テ刑ヲ免除スルトキ
- ハ免訴ノ言渡ヲ爲スヘキモノトセリ。

判決確定セハ其ノ適法ナルト否ト又ハ正當ナルト否トヲ問ハス實體的公訴權ハ消滅ス。而シテ斯ノ如キ實體的公訴權消滅ノ效果ヲ生スヘキ判決ハ有罪無罪ノ判決及免訴ノ判決ナリトス。學說上既判力(Rechtskraft)アリトセラルルハ右ノ場合ニシテ、其ノ同一事件ニ付キ原則トシテ再ヒ公訴ヲ提起スルコトヲ得ス。若シ再ヒ公訴ヲ提起セハ之ニ對シ免訴ノ言渡ヲ爲スヘキモノニシテ、之ヲ一事不再理ノ原則ト謂フ(Ne bis in idem)而シテ略式命令ノ確定シタルモノ及違警罪即決例ニ依ル即決言渡ノ確定シタルモノハ仍ホ確定判決ト同一ノ效力ヲ有ス。

犯罪後ノ法令ニ因リ刑ノ廢止セラレタルトキトハ犯罪後法令ノ改正ニ因リ行爲其モノヲ犯罪ト認メサルニ至レルヲ謂フ。

大赦ハ恩赦令ニ基キ將來ニ向テ刑ノ言渡ノ效力ヲ消滅セシメ、又ハ實體公訴權ヲ消滅セシム(恩赦令第二條第三條)。

時効完成セハ實體的公訴權ヲ消滅セシムルコト前ニ述ヘタル所ノ如シ。

之ヲ要スルニ(1)乃至(4)ハ總テ犯罪後ニ生シタル事由ノ爲實體的公訴權ノ消滅シタル場合ニ屬ス。

然ラハ法令ニ於テ刑ヲ免除スルトキハ如何、是ハ前記ノ場合ト異リ實體的公訴權消滅スルニ非スシテ、公判ニ於テ有罪ノ判決ヲ爲スコトヲ得ヘキモ、唯刑ヲ科スルヲ得サルモノナレハ結局公判ニ付スルノ要ナキモノトシ、公訴權消滅ノ場合ト同一ニ取扱フヘキモノト爲セルニ外ナラス(刑法第八十條、第二百四十四條、第二百五十一條、第二百五十五條、第二百五十七條等參照)。

第四 公訴棄却ノ決定

公訴棄却ノ決定ハ公訴ノ不適法ナル場合ニシテ、第三百十五條ニ依レハ

- (1) 被告人ニ對シテ裁判權ヲ有セサルトキ

- (2) 第三百十七條ノ規定ニ違反シテ公訴ヲ提起シタルトキ
- (3) 公訴ノ取消ニ因リ公訴棄却ノ決定アリタル事件ニ付キ更ニ公訴ヲ提起シタルトキ
- (4) 公訴ノ提起アリタル事件ニ付キ更ニ同一裁判所ニ公訴ヲ提起シタルトキ
- (5) 告訴又ハ請求ヲ待チテ受理スヘキ事件ニ付キ告訴又ハ請求ノ取消アリタルトキ
- (6) 公訴ノ取消アリタルトキ
- (7) 被告人死亡シ又ハ被告人タル法人存続セサルニ至リタルトキ
- (8) 第九條又ハ第十條ノ規定ニ依リ審判ヲ爲スヘカラサルトキ
- (9) 公訴提起ノ手續其ノ規定ニ違反シタル爲無効ナルトキ
- 之ヲ爲スヘキモノトス。以下同條ニ付キ注意スヘキ諸點ヲ説明スヘシ。
- 裁判權ハ起訴ノ要件ニシテ且訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス常ニ之ヲ必要トシ、裁判當時ニ裁判權ノ存スルヲ以テ足レリトセス。然レハ公訴提起ノ當時軍人ナルトキハ裁判當時常人ナルモ公訴棄却ノ決定ヲ爲スヘキモノナリ。學者或ハ裁判權ノ有無ハ裁判當時ヲ標準トスヘシト論スルハ誤レリト信ス。

豫審免訴ノ決定スルモ新ナル事實又ハ證據ヲ發見シタルトキノ如キ、第三百十七條所定ノ事由

アレハ再訴ヲ妨ケス。然ルニ其ノ條件ヲ具備セスシテ爲シタル公訴ハ不合法ナリト謂ハサルヘカラス。公訴ハ豫審終結決定又ハ第一審ノ判決アル迄之ヲ取消スコトヲ得ヘキハ前述ノ如シ。而シテ既ニ公訴取消サレタル以上ハ該公訴ハ棄却セラルヘク、然ルニ公訴棄却ノ決定アリタルニ拘ラス再ヒ公訴ヲ提起スハ不合法ナリ。又同一裁判所ニ二重ニ公訴ヲ提起シタル場合モ同一ナリトス。別異ノ裁判所ニ同一事件ノ公訴ヲ提起シタルトキハ第九條第十條ニ依リ之ヲ決スヘク、必スシモ公訴提起ノ先後ヲ以テ公訴提起ノ適否ヲ斷スルヲ得サルナリ。而シテ第九條第十條ノ規定ニ依リ審判ヲ爲スヘカラサルトキハ是レ亦公訴棄却ノ決定ヲ爲スヘシ。

親告罪ニ於テ公訴提起前告訴ノ取消アリタルニ爲ラス檢事カ公訴ヲ提起シタルトキハ公訴提起ノ手續不合法ナルヲ以テ、本條第九號ニ依リ之ヲ棄却スヘク、反之公訴提起後告訴ノ取消アリタルトキハ公訴進行ノ條件ヲ缺如スルモノナレハ右ト同趣旨ニテ公訴ハ棄却セラルヘキモノナリ。請求ヲ待チテ受理スヘキ事件ニ於ケル請求ニ付テモ亦同シ。

被告人死亡シ又ハ被告人タル法人存続セサルニ至リタルトキハ公訴ノ要素ヲ缺キ訴訟不成立トナルカ故ニ公訴ヲ棄却スヘク、公訴提起前既ニ被告人死亡シ又ハ法人存続セサルニ至リタルニ拘ラス檢事之ヲ知ラスシテ公訴ヲ提起シタルトキハ如何、斯ノ如キ場合ハ全然事件ナキト同シ

ク裁判スヘキモノニ非ストノ論アレトモ、形式的ニ繫屬セル公訴ニ付キ不適法(第九號)トシテ棄却スルヲ相當トス。本條ニ所謂法人存續セサルニ至リタルトキハ解散シタル法人ト雖、清算ノ目的ノ範圍内ニ於テハ其ノ清算ノ結了ニ至ル迄存續スルモノト看做サルルヲ以テ、清算ノ結了シタルトキヲ指稱スルモノナリ。

第三款 終結決定ノ内容

豫審終結決定ハ總則第四十九條第六十六條ニ依リ豫審判事書面ヲ作リテ之ヲ爲スヘク、且其ノ理由ヲ付スヘキモノナリ。殊ニ被告事件ヲ公判ニ付スル言渡ノ場合ニハ罪トナルヘキ事實及法令ノ適用ヲ示スヘキモ、證據理由ヲ掲クルヲ要セサルコトハ前ニ説明シタルトコロナリ。然レハ決定ニハ公判ニ付スルカ、管轄違ナルカ、免訴カ、公訴棄却カヲ明ニシ其ノ理由ヲ明示セサルヘカラス。尙決定書作成ノ手續ニ付テハ總則規定ニ則リ被告人ノ氏名年齢、職業及住居ヲ記載シ、署名捺印スヘキハ明ナリ。

第四款 終結決定ノ告知

法律ハ豫審終結決定ニ付キ常ニ言渡ナル文字ヲ用キタリト雖、茲ニ所謂言渡ハ判決ノ言渡即チ宣告ト同シカラス。蓋前述ノ如ク豫審ニ於テハ原則トシテ口頭辯論主義ヲ認メサルカ故ニ、豫審終結決定モ亦當事者ノ面前ニ於テ爲ス裁判ニ非サレハナリ。從テ該決定ハ常ニ決定書ノ謄本ヲ送達シテ之ヲ告知スヘキモノトス(第五十條)。

第五款 終結決定ニ對スル抗告

終結決定中管轄違免訴及公訴棄却ノ決定ニ對シテハ上訴ノ途ヲ開キ、即時抗告 (Zofortige Beschwerde) ヲ爲スヲ得セシメタリト雖、公判ニ付スル決定ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス(第三百十六條)。即時抗告ノ提起期間ハ三日ナリトス(第四百五十九條)。公判ニ付スル決定ニ對シテ訴ヲ許ササル理由ハ檢事又ハ被告人ハ公判ニ於テ不服ノ點ヲ主張シ判斷ヲ受クルヲ得ヘキヲ以テ之ヲ許スノ必要ナシト爲シタルナリ。而シテ檢事ハ管轄違免訴並ニ公訴棄却ノ決定孰レニモ即時抗告ヲ申立ツルヲ得レトモ、被告人ハ自己ニ不利益ナキモノニ關シテハ即時抗告ヲ爲スヲ得サルモノト謂フヘシ。然レハ第三百十四條ノ免訴ノ決定ノ如キ犯罪ノ成立シタルコトヲ前提トスルモノニ付テハ之ヲ否定スルノ利益ヲ有スルカ故ニ、之ニ對シ即時抗告ヲ爲スヲ得ルモ、第

三百十三條ノ免訴ノ決定、公訴棄却及管轄違ノ決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スヲ得ス。蓋第三百十三條ノ場合ハ被告人ニ毫モ不利益ナキハ明瞭ニシテ、他ノ二決定モ公訴カ排斥セラレ被告人ノ利益ヲ害セラレサレハナリ。而シテ即時抗告ヲ爲スニハ申立書ヲ豫審判事ニ差出シ豫審判事抗告ヲ理由アリトセハ自ラ決定ヲ更正スヘク、理由ナシトスルトキハ申立書ヲ受取リタル日ヨリ三日内ニ意見書ヲ附シテ之ヲ抗告裁判所ニ送付スヘキハ第四百六十條ニ照ラシ明瞭ニシテ即時抗告ノ提起期間内及其ノ申立アリタルトキハ裁判ノ執行ヲ停止スルモノトス(第四百六十二條)。

第六款 終結決定ノ確定

豫審ノ終結決定中即時抗告ヲ許スモノハ抗告申立人カ其ノ抗告ヲ爲サスシテ抗告期間ヲ經過シタルトキ、及ヒ抗告ヲ爲シ終リタルトキニ確定シ、抗告ヲ許ササルモノニ在リテハ其ノ送達ト同時ニ確定ス。終結決定確定セハ當該被告事件ハ最早決定前ノ程度ニ回復スルヲ得ス。然レハ豫審判事カ檢事ノ意見ヲ聽カスシテ終結決定ヲ爲シタルカ如キ、手續ニ不當ノ點アルモ決定ノ確定ヲ妨クルモノニ非ス。

以下各終結決定ニ付キ其ノ效力ヲ説明セン。

(一) 管轄違ノ決定ノ效力

管轄違ノ決定ハ其ノ裁判所ニ於テ審判スルノ權ナキコトヲ言渡スモノナレハ、同一事件ヲ更ニ管轄裁判所ニ起訴スルヲ得ヘキハ勿論ナリ。而シテ訴訟手續ハ管轄違ノ理由ニ因リ其ノ效力ヲ失ハサルコトハ既ニ説明セルトコロナレハ(第十二條)、後ニ起訴セラレタル裁判所ニ於テモ證據力ヲ有スルモノトス。

(二) 公訴棄却ノ決定ノ效力

公訴棄却ノ決定ハ適法ナル公訴ノ存在セサルコトヲ理由トスルモノナレハ更ニ適法ナル公訴ヲ提起スルコトヲ妨ケス。然レトモ第三百十五條第三號第五號第六號ノ如キ、公訴ノ取消又ハ告訴若ハ請求ノ取消ニ因リ公訴棄却ノ決定アリタル事件ニ付テハ再訴ヲ許サス。又同條第一號及第七號ノ場合ハ後日更ニ適法ナル公訴ヲ提起スルコトヲ得サレハナリ。

(三) 免訴ノ決定ノ效力

豫審ニ於ケル免訴ノ決定ハ公訴棄却ノ決定ト異リ實體的公訴權消滅ヲ原因トスルモノナレトモ、公判ニ於ケル無罪又ハ免訴ノ判決ノ如ク、絶對的ニ實體的公訴權及科刑權ノ存否ヲ確定

スルモノニ非サルコトハ前ニ一言シタリ。是ニ於テ乎

(1) 新ナル事實又ハ證據ヲ發見シタルトキ

(2) 決定若ハ其ノ基礎ト爲リシ取調ニ關與シタル判事、公訴ノ提起若ハ其ノ基礎ト爲リタル
 捜査ニ關與シタル檢事、又ハ公訴提起ノ基礎ト爲リタル強制處分ヲ爲シタル判事ニシテ、
 被告事件ニ付キ職務ニ關スル罪ヲ犯シタルコト確定判決ニ因リ證明セラレタルトキ、但シ
 決定ヲ爲ス前判事又ハ檢事ニ對スル公訴ノ提起アリタル場合ニ於テハ決定ヲ爲シタル豫審
 判事其ノ事實ヲ知ラサリシトキニ限ル。

以上ノ二場合ニ限り同一事件ニ付キ公訴ヲ提起スルコトヲ得セシメタリ(第三百十七條)。蓋豫審
 終結當時知ラレサリシ新事實又ハ新證據ヲ發見シタルトキハ前決定ハ誤判タルコトアルヘキ
 カ故ニ、新ニ公訴ヲ提起シテ之ヲ維持スルヲ適當トスレハナリ。舊法ハ單ニ新ナル證據アル
 トキニ限りシヲ以テ、證據不十分ノ理由ニ因ル免訴ノ決定ニ對シテノミ適用アリテ、其ノ他
 ノ理由ニ基ク免訴ノ決定ニ對シテハ再訴ヲ爲スコトヲ得ス。從テ公訴ノ時効ニ罹リタリトノ
 理由ヲ以テ免訴セラレタル場合ニ、時効中斷ノ新事實ヲ發見スルモ再訴ヲ爲スヲ得サリシハ
 法ノ不備ニシテ、獨逸ノ訴訟法ニハ明ニ新ナル事實又ハ證據アリタルトキト規定シアリテ學

者ハ舊法ヲ論難シタルヲ以テ、本法ハ再訴ノ原因ヲ擴張シテ其ノ不備ヲ補正シタルモノナ
 リ。

次ニ取調ニ關與シタル判事又ハ檢事カ被告事件ニ付キ瀆職罪ヲ犯シタルコト確定判決ニ因リ
 證明セラルルニ於テハ、前決定ノ公正ヲ疑フヘキモノナレハ新ニ同一事件ニ付キ公訴ヲ提起
 スルヲ得シメタルモノニシテ、唯取調ヲ爲シタルニ止マリ決定ヲ爲シタル判事ニ非ル判事、
 又ハ檢事ニ對シ決定ヲ爲ス前瀆職罪ニ付キ公訴ノ提起アリタル場合ニ於テハ、決定ヲ爲シタ
 ル豫審判事該起訴ノ事實ヲ知リテ決定シタルモノナルトキ、決定ハ瀆職ニ左右セラレサリシ
 モノト見ルヲ得ヘキカ故ニ再訴ヲ許ササルモノトス。

本條ニ所謂決定ノ基礎ト爲リタル取調トハ終結決定ノ基本ト認メラルヘキ被告人證人ノ訊問
 等ヲ指稱スルモノナリ。

然ルニ第三百十七條第一號第二號ノ事由ニ基キ公訴ノ提起アリシ場合ニ於テ其ノ事實ノ有無
 ヲ審理シ、同號ノ事由ナカリシトキハ第三百十五條第二號ニ則リ公訴棄却ノ決定ヲ爲スヘク、
 之ニ反シテ其ノ事由アルトキ前決定ハ其ノ效力ヲ失ヒ新ナル訴訟手續ヲ進行セシムヘキモノ
 ナリ。而シテ再訴ハ免訴ノ終結決定アリタル豫審手續ノ繼續ニ非サルカ故ニ、以前ノ訴訟ト

ハ獨立シテ其ノ管轄裁判所ニ提起シ審理セラルヘキハ殆ント附言スル迄モナシ。

(四) 公判ニ付スル決定ノ效力

公判ニ付スル決定ニ對シテハ抗告ヲ許ササルカ故ニ此ノ種ノ決定ハ其ノ送達ト同時ニ確定シ其ノ事件ハ當然裁判所ニ繫屬ス。而シテ豫審ノ手續又ハ決定ニ形式上不法ノ點アルモ、決定ノ效力ニ影響ナキモノナルコトハ本款冒頭ニ於テ説明シタル如シ。然ルニ學者或ハ終結決定ニシテ法律上ノ手續ニ違背シ、無効ナルトキハ形式的ニモ實體的ニモ確定力ヲ生セサルヲ以テ、公判ニ付スル終結決定ニ因リ被告事件被告ニ付セラレタル後ト雖、其ノ不法ヲ理由トシテ該決定ノ無効ヲ主張スルヲ得ヘシト主張スルモノアリト雖通説ニ非ス。此ノ點ニ關シ舊刑事訴訟法ノ下ニ於ケル判例ニシテ、本法ノ下ニ於テモ之ヲ容認スヘシト認ムルモノヲ掲クルコトハ攻學上無益ニ非スト信スルヲ以テ左ニ舉示センニ

(1) 被告事件ヲ公判ニ付スル豫審終結決定ニシテ一旦確定シタル以上ハ縱令終結決定ノ手續ニ不當ノ點アルモ之ヲ以テ事件ノ受理ヲ拒ムノ權無シ(明治三十七年大判)。

(2) 犯罪事實ノ記載ナキ終結決定ニ依リテ公訴カ適法ニ受理セラルヘキモノニ非ス(大正三年大判)。

(3) 終結決定ニシテ或犯罪事實ニ付キ法律ノ適用ナケレハトテ之カ爲其ノ事實カ公判ニ付セラレサルモノト言フヲ得ス(明治三十六年大判)。

(4) 豫審終結ノ決定書カ適法ニ被告人ニ送達セラレサル場合ト雖、該決定ハ被告人ニ對シ絶對的確定ノ效力ヲ有スルモノナレハ、其ノ送達ナキ故ヲ以テ事件ヲ公判ニ付スル效力ヲ失フモノニ非ス(明治四十四年大判)。

唯注意スヘキハ公訴ノ提起ナキ事件ニ付キ終結決定ヲ爲シ、又ハ起訴條件ニ欠缺アル場合ニ於テハ決定ハ形式上確定スヘキモ、公判ニ於テハ第三百六十四條第六號ニ則リ判決ヲ以テ公訴ヲ棄却スヘキモノナルコト是ナリ。

第七款 終結決定ト被告人ノ勾留及押收トノ關係

被告人ノ勾留ハ公訴ノ繫屬中ハ法定期間ノ滿了、取消ニ因ルニ非サレハ消滅セス。又保釋責付及執行停止ニ依ルニ非サレハ之ヲ解クヲ得ス。之ト同一理由ニシテ押收モ公訴ノ繫屬中ハ還付ノ裁判アルニ非サレハ之ヲ解クコトヲ得サルモノナリ。然レハ免訴公訴棄却、又ハ管轄違ノ終結決定アリタルトキハ原則トシテ勾留セラレタル被告人ニ對シテハ放免ノ言渡アリタルモノト

シ、押收物ニ付テハ之ヲ解ク言渡アリタルモノトス。然レトモ右原則ニ對シ例外アリ。即チ
 (一) 豫審判事ハ公訴棄却又ハ管轄違ノ言渡ヲ爲ス場合ニ於テハ、檢事カ更ニ適法ナル公訴ヲ
 提起スヘキハ之ヲ豫想シ得ルトコロナレハ、放免ヲ爲シタル結果逃亡シ又ハ證據ヲ湮滅スル
 虞アリト認ムルトキハ勾留狀ヲ存シ又ハ新ニ之ヲ發スルコトヲ得。此ノ場合ニ於テ三日内ニ
 公訴ヲ提起セス又ハ管轄裁判所ノ檢事ニ事件ヲ送致セサルトキハ勾留狀ハ效力ヲ失ヒ、檢事
 ハ直ニ被告人ヲ釋放スヘシ。又被告事件ノ送致ヲ受ケタル檢事五日内ニ公訴ヲ提起セサルト
 キ亦同シ(第三百十八條)。

本條ハ免訴ノ決定ヲ爲シタル場合ニ例外ヲ認メサル所以ノモノハ此ノ場合ニ再訴ヲ爲スコト
 蓋稀レナルヘケレハナリ。

尙同條第二項ニ依リ勾留狀ヲ存スルトキハ終結決定書中ニ其ノ旨ヲ宣言スルヲ以テ足ル。

(二) 豫審判事ハ免訴、公訴棄却又ハ管轄違ノ言渡ヲ爲ス場合ニ於テ必要アルトキハ押收ヲ存
 續スルコトヲ得。押收ニ付テハ勾留ト異リ免訴ノ言渡ヲ爲ス場合ニモ存續ヲ認メタルヲ注意
 スヘシ。而シテ押收ヲ存續シタル事件ニ付キ三日内ニ公訴ヲ提起セス、又ハ管轄裁判所ノ檢
 事ニ事件ヲ送致セサルトキハ檢事ハ別ニ決定ヲ要セスシテ其ノ押收ヲ解クヘク、被告事件ノ

送致ヲ受ケタル檢事五日内ニ公訴ヲ提起セサルトキ亦同シ(第三百十九條)。

第四章 公 判 (Hauptverfahren)

第一節 總 說

公判ハ元來本判或ハ本審 (Hauptverfahren) ト稱スヘキモノナレトモ、其ノ手續ノ多クハ公判セ
 ラルルヲ以テ通常公判ト云ヒ、舊法以來公判ノ文字ヲ使用セリ。公判手續ハ犯罪ノ有無並ニ刑
 罰權ノ範圍ヲ確定スル爲公開法廷ニ於テ行フ手續ニシテ、實ニ訴訟ノ中心タリ。捜査以後ノ手
 續ハ皆公判ヲ目的トシテ存在スト云フモ不可ナシ。從テ訴訟法上ノ原則ハ總テ公判ニ於テ實行
 セラルヘキモノナリ。

刑事訴訟法ノ特色トシテ公判ハ辯論主義ヲ原則トシ、書面主義、祕密主義ハ例外ニ屬ス。而シ
 テ公判審理ノ基礎ハ職權主義、實體的眞實發見主義、自由心證主義ニ在ルコト絮説ノ要ナシ。
 廣義ニ於テ公判 (Hauptverfahren) トハ公判自體 (Hauptverhandlung) ト其ノ準備 (Vorbereitung
 der Hauptverhandlung) トヲ包含ス。然レハ公判ノ手續ヲ更ニ公判ノ準備ト狹義ノ公判ト二分
 チテ説明セントス。

第二節 公判準備

公判準備ノ目的トスル所ハ公判ノ期日ヲ定メ訴訟關係人ヲ召喚シ證據方法ヲ準備シ又ハ保全スルニ在リ。此ノ準備ニシテ遺憾ナカラシカ公判ノ審理ヲ迅速ニ終了セシムルヲ得ルカ故ニ、夫ノ訴訟材料ヲ豫メ整理セシテ公判ニ臨ミ徒ラニ審理ノ回数ヲ重ヌルモノニ比シ、公判ノ目的ヲ達スル上ニ於ケル效果ノ大ナルハ想像ニ難カラサルナリ。準備手續ニ付テハ以下款ヲ分チテ説明スヘシ。

第一款 公判期日ノ指定

公判期日ノ指定(Terminshberaumung)ハ裁判長之ヲ爲スモノトス(第三百二十條第一項)。從テ公判期日ノ變更モ裁判長ノ職權ニ屬シ、訴訟關係人ハ公判期日ノ變更ヲ請求スルヲ得ルモ之カ許否ハ裁判長ノ自由裁量ノ範圍内ニ在リ。而シテ公判外ニ於テ右變更請求ヲ却下スル場合ニ於テモ、其ノ却下ノ命令ハ之ヲ送達スルコトヲ要セス(第三百二十二條)。即チ第五十條但書ニ依ル例外ノ場合ニ該當ス。

第二款 訴訟關係人ノ召喚

召喚ハ公判期日ニ必要ナル人ヲ裁判所ニ集ムルノ手段ニ外ナラスシテ、第三百二十條ニ依レハ公判期日ニハ被告人辯護人及輔佐人ヲ召喚スヘク、檢事ニハ其ノ期日ヲ通知スヘキヲ規定セリ。蓋期日ニハ訴訟關係人相會シテ口頭辯論ヲ開始スヘキモノナレハ之ヲ召喚スヘキハ當然ナリ。而シテ檢事ノ呼出ニ付テハ適宜ノ方法ニ依リ期日ヲ通知スルヲ以テ足り、辯護人及輔佐人ノ召喚ニ付テハ被告人ノ召喚ニ關スル總則規定タル第八十四條第九十九條ヲ準用シタリ。尤モ判決言渡期日ハ必スシモ辯護人ニ對シ之カ通知ヲ爲スヲ要セサルハ判例ノ示ストコロナリ(第三百二十條第三項)。尙私訴ノ提起アリタルトキハ公訴ノ公判期日ニハ私訴關係人ヲ召喚スヘキコト第五百八十一條ノ明規スルトコロノ如シ。次ニ第一回ノ公判期日ト被告人ニ對スル召喚狀ノ送達トノ間ニハ少クトモ三日ノ猶豫期間ヲ存スヘシ。此ノ猶豫期間ハ被告人ヲシテ辯論ノ準備ヲ爲スコトヲ得セシムルカ爲ニ設ケラレタルモノナレハ、被告人ニシテ之ヲ必要トセサルトキハ之ヲ存スルノ要ナシ。故ニ被告人異義ナキトキハ叙上ノ猶豫期間ヲ存セサルコトヲ得ル旨規定シタルモノトス(第三百二十一條)。又猶豫期間ハ第一回ノ公判期日ニノミ適用セラレ、第二回以後ノ公

判期日ニ存セサルノミナラス被告人ニ對スル召喚ニ限リ辯護人及輔佐人ノ召喚ニ其ノ適用ナキモノトス。更ニ裁判長ニ於テ公判期日ヲ定メ被告人ニ對シ召喚手續ヲ爲シタル後辯護人選任ノ手續ヲ爲シタルトキハ特ニ辯護人ヲ其ノ期日ニ召喚スル要ナキモノトス(大正十三年六月大判)。

第三款 公判前ノ被告人訊問

裁判所ハ第一回ノ公判期日ニ於ケル取調準備ノ爲公判期日前被告人ノ訊問ヲ爲シ、又ハ部員ヲシテ之ヲ爲サシムルコトヲ得(第三百二十三條)。舊法ハ重罪事件ニ限リ開廷前被告人ヲ訊問スヘキヲ規定シタレトモ、重罪事件必スシモ斯ル豫備訊問ヲ要セサルコトアリ。其ノ以外ノ事件ニシテ之ヲ要スルコトアルカ故ニ本法ハ之ヲ改メ當該事件ニ臨ミ被告人ヲ訊問スルノ要アルカ否ヲ裁判所ノ自由裁量ニ委スルト共ニ、眞ニ公判前被告人ヲ訊問シ事件ニ對スル被告人ノ辯解ノ趣旨、争點ノ如何ヲ闡明スルノ要アルモノニ付テハ其ノ取調ニ際シ叙上ノ點ニ着眼シテ以テ公判取調ノ資料ニ供セシメントシタルモノトス。而シテ右訊問ニハ檢事及辯護人ハ之ニ立會フコトヲ得ルヲ以テ、訊問ノ日時及場所ハ豫メ之ヲ檢事及辯護人ニ通知スヘキモノナリ。但シ急速ヲ要スル場合ハ此ノ限ニ在ラス。

判例ニ依レハ右通知ハ各場合ニ於テ裁判所ノ相當ト認ムル所ニ從ヒ期日前ニ書面其ノ他適宜ノ事法ニ依リ豫メ之ヲ爲スヲ以テ足ルト爲セリ(大正十三年十月大判)。法文カ通知ノ方式ニ關シ何等定ムルトコロナキヲ以テ之ヲ是認スヘシ。

第三百二十三條ニ依リ訊問セル被告人ノ供述ヲ錄取セル調書ハ法令ニ依リ作成シタル訊問調書ナルカ故ニ、有效ニ之ヲ證據ニ供スルヲ得ヘキハ勿論ナレトモ(大正十三年十二月大判)、其ノ訊問調書ニシテ正當ノ事由ナキニ拘ラス被告人ノ署名捺印ヲ缺ク場合ニハ該調書ハ無効ニシテ證據力ヲ有セサルモノトス(大正十四年六月大判)。蓋公判準備ノ爲ノ被告人訊問ハ公判期日ニ於ケル訴訟手續ニ屬セサルカ故ニ、其ノ被告人ノ供述ハ公判調書トシテ作成スヘキモノニ非スシテ、一般規定タル第五十六條ニ從ヒ其ノ訊問及供述ヲ記載シ、之ヲ供述者ニ讀聞ケ又ハ閱覽セシメ、其ノ記載ノ相違ナキカ否ヲ問ヒ調書ニハ供述者ヲシテ署名捺印セシムヘキモノナレハナリ。

第四款 公判ニ於テ取調ヲ要スル人及物證ノ準備

裁判所ハ公判期日ニ於ケル取調準備ノ爲公判期日前證據物若ハ證據書類ノ提出ヲ命シ、又ハ證人、鑑定人、通事若ハ翻譯人ニ對シ召喚狀ヲ發スルヲ得。而シテ其ノ召喚狀ヲ發シタル者ノ氏

名ハ直ニ訴訟關係人ニ通知スヘク、以上ハ職權ヲ以テ之ヲ爲スモノナレトモ檢事、被告人又ハ辯護人ハ右處分ヲ裁判所ニ請求スルノ權利ヲ有スルモノニシテ、其ノ請求ヲ却下スルトキハ決定ヲ爲スヘキモノトス(第三百二十四條)。此ノ公判期日トハ必スシモ第一回ノ公判期日ニ限ラス其ノ後ノ期日ヲモ包含スルコトハ解釋ノ一致スルトコロナリ。而シテ公判期日前公判準備ノ爲證據ヲ請求シタル場合ニ於テ裁判所カ其ノ請求ヲ採用シタルトキハ、特ニ決定書ヲ作成スルノ必要ナク、證人ナラハ直ニ召喚狀ヲ發スルノ手續ヲ爲スヘキモノニシテ判例モ亦同旨ノ見解ヲ採用セリ。

檢事、被告人又ハ辯護人ハ當ニ前述ノ如ク公判期日前證據物、若ハ證據書類ノ提出命令ヲ請求スルヲ得ルノミナラス、自ラ進ンテ公判期日前證據物又ハ證據書類ヲ裁判所ニ提出シテ公判ニ於ケル取調ノ準備ニ供スルヲ得ヘシ(第三百二十五條)。

第五款 公判前ノ取調

證據調ハ公判期日ニ之ヲ爲スヲ原則トスレトモ、證據保全ノ必要上又ハ公判廷以外ニ於テ爲スヘキモノハ期日前之ヲ爲スコトヲ得。即チ

(イ) 裁判所ハ證人疾病其ノ他ノ事由ニ因リ公判期日ニ出頭スルコト能ハスト思料スルトキハ公判期日前之ヲ訊問スルコトヲ得。此ノ場合ニ於テハ檢事及辯護人ハ其ノ訊問ニ立會フノ權ヲ有スルコト第一回公判期日前ニ於ケル被告人訊問ニ同シ(第三百二十六條)。又證人疾病等ノ爲裁判所ニ出頭スルコト能ハサルトキハ裁判所ハ第二百十二條ヲ適用シ、部員ヲシテ證人ノ所在訊問ヲ爲スヘキコト勿論ナリ。

(ロ) 裁判所ハ公判期日前鑑定若ハ翻譯ヲ爲サシメ又ハ押收、搜索若ハ檢證ヲ爲スコトヲ得。又裁判所ハ公判期日前公務所ニ照會シテ必要ナル事項ノ報告ヲ求ムルコトヲ得(第三百二十七條第三百二十八條)。公務所ノ報告ヲ求ムルノ必要アルコトハ搜查(第二百五十四條第二項)、豫審(第三百四條)ノ場合ニ説明シタルトコロニ同シ。

公判期日前檢證、證人訊問等ヲ爲ス場合ニ於テハ必スシモ決定書ヲ必要トセサルコトハ判例ノ存スルトコロニシテ、其ノ理由トスルトコロハ公判開廷前證據調ヲ命スル裁判ノ如キハ訴訟指揮ニ關スルモノニシテ、之ニ對シ上訴ヲ許ササルモノナレハ之ニ理由ヲ付スルノ要ナク、從テ必スシモ裁判書ヲ作成スルノ要ナシト爲スニ在リトス(大正十三年十二月大判)。

最後ニ附言スヘキハ公判期日前訴訟關係人ヨリ提出シタル證據物及證據書類ハ公判廷ニ於テ之

ヲ取調フルコトヲ要シ、尙第三百二十六條乃至三百二十八條ニ依リ作成シ又ハ集取シタルモノ亦同一ニシテ、唯訴訟關係人ニ於テ取調ヲ爲ササルモ異議ナキモノニ付テハ取調ヲ省略スルヲ得。然レトセ判決ノ資料ニ供セントスル場合ニハ之ヲ取調フルヲ要スルモノトス(第三百四十二條)。

第三節 公判手續

第一款 公判ノ組織

公判期日ニ於ケル審理ハ公判廷ニ於テ之ヲ爲スヘキモノトス(第三百二十九條第一項)。而シテ公判廷ハ裁判所又ハ支部ニ於テ開カルルモ司法大臣ニ於テ事情ニ因リ必要ナリト認ムルトキハ區裁判所ヲシテ其ノ管轄區域内ノ一定ノ場所ニ於テ職務ヲ行ハシムルコトヲ得ルカ故ニ(裁標第百三條)、此ノ場合ニハ公判廷モ亦右ノ場所ニ開カルルコト勿論ナリ。又公判廷ハ判事檢事及裁判所書記列席シテ之ヲ開クコトハ本法第三百二十九條第二項ノ規定ニ依リ明ニシテ、定數ノ是等ノ職員ノ列席ヲ必要トス。判事ノ定數ニ付テハ區裁判所ハ單獨判事、地方裁判所及控訴院ハ三人ノ判事ヲ以テ組立テタル部、大審院ハ五人ノ判事ヲ以テ組立テタル部ニ於テ審問裁判ス(裁標第十一條、第三十二條、第五十三條)。而シテ公判ニハ同一ノ判事引續キ出廷シテ之ニ關與スルコトヲ要スルコ

トハ口頭辯論主義ノ概念ヨリ生スル當然ノ結論ナリ。蓋同一裁判官カ親シク訴訟關係人ノ口頭供述ヲ聽キ之ニ基キ裁判ヲ下スヘキモノナレハナリ。故ニ開廷後判事ノ更迭アリタルトキハ公判手續ヲ更新スヘク、唯判決ノ宣告ヲ爲ス場合ヲ例外トス(第三百五十四條)。其ノ理由ハ判決ノ宣告ハ曩キニ總則ニ於テ説明シタル如ク、裁判ノ成立シタル後單ニ之ヲ告知スルニ過キササルヲ以テナリ。又開廷後或ル判事ニ故障ヲ生スル場合ニ處スル爲四日以上引續クヘキ見込アル刑事ノ審問ニ於テ、裁判所長ハ補充判事一人ヲ命シテ之ニ立會ハシムルコトヲ得。此ノ補充判事ハ其ノ審問中或ル判事ノ疾病其ノ他ノ事故ニ因リ引續キ參與スルコトヲ得サル場合ニ於テ之ニ代リ審問及裁判ヲ完結スルノ權ヲ有ス(裁標第百二十條)。

次ニ檢事及裁判所書記ニ付テハ別段ノ規定無キヲ以テ一人以上ノ出廷ニ付キ制限ナシ。而シテ判事ト異リ幾度交代シテ出廷スルモ妨無シ。

第二款 審理ノ指揮及法廷ノ秩序維持

(Prozessleitung, Sitzungspolizei)

審理ヲ進行セシメ訴訟ヲ終結セシムルニハ之カ指揮ヲ必要トシ、此ノ指揮ハ合議裁判所ニ於テ

ハ開廷ヲ爲シタル裁判長ニ屬シ、區裁判所ニ於テハ開廷ヲ爲シタル判事ニ屬ス(裁權第四百四條)。此ノ裁判長ノ公判指揮權(Leitungsgewalt)ハ其ノ獨特ノ權利ナリ。然レハ開廷、休憩、閉廷ヲ命シ證據調ノ順序ヲ定メ、訴訟關係人ノ證人訊問ノ要求ヲ許否スルカ如キ、公判指揮ノ行爲ハ總テ裁判長ノ特權ニ屬スルトコロニシテ、訴訟關係人ハ凡テ裁判長ノ公判指揮權ニ服從シ檢事ト雖之ニ服從スルモノト解スヘシ。

次ニ法廷ノ秩序ヲ維持スル權利ハ裁判長ニ屬ス(裁權第八條)。此ノ權利ヲ通常法廷警察權ト謂フ。今其ノ主ナル場合ヲ舉クレハ左ノ如シ。

(一) 退廷ヲ命スル權

裁判長ハ審問ヲ妨クル者又ハ不當ノ行狀ヲ爲ス者ヲ法廷ヨリ退カシムルノ權ヲ有ス。其ノ傍聽人ナルト證人等ナルト當事者ナルト官吏ナルトヲ問ハサルハ勿論ナリ(裁權第九條第一項)。

(二) 發言ヲ禁スル權

裁判長ハ不當ノ言語ヲ用キル辯護士ニ對シ同事件ニ付キ引續キ陳述スルノ權ヲ行フコトヲ禁スルコトヲ得(裁權第一百一條)。

(三) 處罰ヲ爲ス權

審問ヲ妨ケ又ハ不當ノ行狀ヲ爲ス者ニ付テハ必要アルトキハ之ヲ處罰スルコトヲ得。即チ裁判長ハ斯ノ如キ者ヲ勾引シ又ハ閉廷ニ至ル迄勾留ヲ命スルコトヲ得(裁權第九條第二項)。而シテ此ノ處罰ニ對シテハ上告ヲ許シ控訴ヲ許ササルモノトス(同條第三項)。

第三款 公判ノ公開

公開主義(Offentlichkeit)ノ意義ニ付テハ曩ニ説明シタルカ、憲法ハ裁判ノ對審判決ハ之ヲ公開スト規定シ、公判ハ公開スルヲ原則トス。然レトモ安寧秩序又ハ風俗ヲ害スルノ虞アルトキハ法律ニ依リ又ハ裁判所ノ決議ヲ以テ對審ノ公開ヲ停ムルコトヲ得。從テ判決ノ言渡ハ絶對ニ公開ヲ停止セラルルコトナク、公判調書ニ公開ヲ禁シタル旨ノ記載ナキ以上ハ特ニ公開シタル旨ノ記載ナシト雖其ノ公開セラレタルモノト認ムトハ大審院判決ノ常ニ宣言スルトコロナリ。

第四款 被告人ノ出廷

公判ヲ開クニハ原則トシテ被告人ノ出頭ヲ必要トス。舊法ハ闕席判決ノ制ヲ認メタレトモ是ハ口頭辯論主義ニ反シ、被告人ノ辯解ヲ聽カスシテ獄ヲ斷スルハ審理ノ公明ニ缺クルトコロアルノ嫌アルカ故ニ、本法ハ此ノ制ヲ廢シ被告人出頭セサルトキハ開廷スルコトヲ得サルヲ原則ト

定メタリ(第三百三十條)。然レトモ例外トシテ

(一) 罰金以下ノ刑ニ該ル事件ナルトキ及

(二) 罰金以下ノ刑ニ處スヘキモノト認ムル事件ニ付キ被告人出頭セサルトキハ被告人ノ陳述ヲ聽カスシテ判決ヲ爲スコトヲ得(第三百六十七條)。所謂罰金以下ノ刑ニ該ル事件トハ法定ノ刑カ罰金以下ナルモノヲ指シ、罰金以下ノ刑ニ處スヘキモノト認ムル事件トハ法定刑ハ罰金刑ト自由刑トヲ選擇シテ罰スヘキ旨ヲ定メタル場合ニ、裁判所カ罰金以下ノ刑ニ處スルヲ相當ト認メタル事案ニ係ルヲ謂フモノニシテ、斯ル例外ヲ存シタル所以ノモノハ罰金以下ノ刑ニ該ル事件ニ付テハ、法律ハ既ニ代理人ヲ用キルコトヲ許スカ故ニ、被告人ニシテ其ノ代理人ヲモ出頭セシメサルトキハ闕席ノ儘判決スルモ敢テ不當ニ非ス。又法律上罰金以下ノ刑ノミニ該ル事件ニ非サルモ、事實上罰金以下ノ刑ニ處スヘキ場合モ亦之ニ準スルヲ相當トスレハナリ。尙

(三) 被告人陳述ヲ肯セス、許可ヲ受ケスシテ退廷シ又ハ秩序維持ノ爲裁判長ヨリ退廷ヲ命セラレタルトキハ其ノ陳述ヲ聽カスシテ判決ヲ爲シ得ヘキハ第三百六十八條ノ規定スルトコロナリ。蓋斯ノ如キ場合ハ任意ニ辯論ヲ爲ササルカ然ラスンハ辯論ヲ制限セラルルハ、畢竟被

告人ノ責ニ歸スヘキモノト認ムヘキモノナレハ被告人ノ辯論ナクシテ判決ヲ爲スヲ適當トスル趣旨ニ出テタルナリ。而シテ此等ノ場合ニ於ケル判決ハ唯被告人ノ陳述ヲ聽カスシテ爲スニ過キスシテ、其ノ效力ハ普通ノ判決ト同一ナリトス。

以上説明ノ如ク公判開廷ニハ原則トシテ被告人ノ出頭ヲ必要トシ、從テ被告人ハ裁判所ノ召喚ニ應シ公判廷ニ出頭ノ義務アルモノニシテ、此ノ義務ニ違背シ再度ノ召喚ヲ受クルモ故ナク出頭セサルトキ、其他法定ノ事由アルトキハ勾引セラルヘク(第八十六條、第八十七條)、又被告人ハ在廷ノ義務ヲ有シ、裁判長ノ許可ナクシテ退廷スルコトヲ得サルモノニシテ、裁判長ハ其ノ在廷ヲ強制スル爲適當ナル處分ヲ爲スコトヲ得ヘシ(第三百三十三條)。唯罰金以下ノ刑ニ該ル事件ノ被告人ハ代理人ヲシテ出頭セシムルコトヲ得ヘク、法人又ハ訴訟無能力者ニ對スル事件ニ在リテハ其ノ代表者又ハ法定代理人出頭スヘキハ當然ナリ(第三百三十一條、第三十六條、第三十七條)。而シテ罰金以下ノ刑ニ該ル事件ト雖裁判所ハ本人ノ出頭ヲ命スルコトヲ得。是ハ被告人本人ノ辯論ヲ必要トスル場合ノ特例ニ外ナラスシテ、本人ノ出頭強制ニ付テハ總則第八十三條ヲ適用スヘシ。尙辯論終結ノ後ハ被告人出頭セスト雖判決ノ宣告ヲ爲シ得ヘシ(第三百六十八條)。被告人ノ出廷ニ關聯シ附言スヘキハ公判廷ニ於ケル被告人ノ身體ノ拘束ニ關スルコトナリ。第

三百三十二條ハ被告人ハ公判廷ニ於テ身體ノ拘束ヲ受クルコトナク唯之ニ看守者ヲ附スルコトアルヘキヲ規定セリ。故ニ被告人ノ身體ヲ拘束シテ爲シタル審判ハ無効ニシテ、公判廷ニ於ケル被告人ノ身體拘束ハ常ニ上告理由トナル(第四百十條第九號)。而シテ公判調書ニ被告人カ公判廷ニ於テ身體ノ拘束ヲ受ケタル事實ノ有無ニ付テノ記載ヲ缺如スルモ、直ニ身體拘束ノ儘審理ヲ爲シタルモノト爲スコトヲ得ス(大正十三年五月大判)。夫ノ公廷ニ設備シアル木廊ハ公廷取締ノ爲被告ノ一定ノ席ヲ與フルモノナレハ身體ヲ拘束スルモノニ非ス。

第五款 辯護人ノ出廷

辯護人ノ選任アルトキハ公判期日ヲ通知シテ召喚セサルヘカラス。辯護人ハ或ル場合ニハ絶對ニ必要ナリ。即チ所謂強制辯護又ハ必要辯護(Notwendige Verteidigung)ノ場合ニシテ、死刑又ハ無期若ハ短期一年以上ノ懲役若ハ禁錮ニ該ル事件ニ付テハ辯護人ナクシテ開廷スルコトヲ得ス(第三百三十四條)。是レ法律ニ依リ辯護ヲ必要トスル場合ニシテ、辯護人出頭セサルカ又ハ辯護人ノ選任ナキトキハ裁判長ハ職權ヲ以テ辯護人ヲ附スヘキモノトス。之ヲ官選辯護人ト稱ス。而シテ辯護人ヲ官選シタル後被告人ニ於テ別ニ辯護人ヲ選任スルモ、官選ノ效力ハ當然消滅ス

ヘキモノニ非サレハ裁判長ヨリ官選ヲ取消ササル以上ハ、依然トシテ辯護人タル資格ヲ有スヘキモノニシテ、判例亦之ヲ肯認セリ。

次ニ裁判所ニ於テ辯護人出頭セサルトキ又ハ辯護人ナキトキニ、辯護人ヲ附スルヲ必要トスル場合之ヲ官選スルヲ得ルコトトシタリ。即チ(イ)被告人二十歳未満又ハ七十歳以上ナルトキ、(ロ)被告人婦女ナルトキ、(ハ)被告人聾者又ハ啞者ナルトキ、(ニ)被告人心神喪失者又ハ心神耗弱者タル疑アルトキ、(ホ)其ノ他必要ト認ムルトキ是ナリ(第三百三十三條)。此ノ場合ニハ檢事ノ意見ヲ聽キ裁判所ノ決定ヲ以テ辯護人ヲ附スルモノナレトモ、其ノ選任ハ裁判長之ヲ爲スヘキハ總則第四十三條第一項ニ依リ明白ナリ。

以上ノ如ク法律ニ依リ辯護人ヲ要スル事件又ハ決定ニ依リ辯護人ヲ附シタル事件ニ付キ辯護人出頭スルコトナクシテ審理ヲ爲シタルトキハ不法ニシテ、常ニ上告ノ理由アルモノトシテ斯ル審理ニ基ケル判決ハ破毀セラルルモノトス。

注意スヘキハ叙上必要辯護ノ場合ト雖判決ノ宣告ヲ爲ス場合ハ辯護人ノ出廷ヲ必要トセサルコトナリ(第三百三十四條第一項但書)。蓋判決ノ宣告ハ辯論終結後ニシテ、辯護權行使ノ機關タル辯護人ノ在廷ヲ必要トスルモノニ非サレハナリ。此ノ點ニ付テハ判決ノ宣告期日ニ被告人ノ出廷ヲ

第六款 公判ノ審理

第一項 公判審理ノ原則

本法カ公判審理ノ原則トシテ辯論主義ヲ採用シ、從テ其ノ手續ノ方式ヨリ觀察スルトキハ公開ノ法廷ニ於テ口頭ニ依リ行ハルルコトハ總說冒頭ニ說注シタルトコロノ如シ。然カモ刑事訴訟ハ公益ニ關スル性質ヲ有スルヲ以テ、無制限ナル辯論主義ニ依ルヲ得スシテ職權主義ヲ以テ之ヲ制限スルノ要アルコト明ナリ。辯論主義ト職權主義トノ限界ハ極テ重要且微妙ナル作用ノ存スルトコロナレトモ、兩主義ハ決シテ相容レサルモノニ非ス。即チ裁判所ハ公判ノ審理ニ於テ訴訟關係人ノ處分權ニ拘束セラルルコトナク、檢事ノ公訴事實ト同一性ヲ有スル限り自由ナル事實ノ認定權ヲ有シ、又證據方法ニ關シテモ當事者ノ請求ニ羈束セラレスシテ自ラ訴訟ノ資料ヲ蒐集シ、諸般ノ取調ヲ爲シ事實ノ真相ヲ究ムルヲ得ヘキナリ。以上ノ原則ハ特ニ明文ノ示スモノナシトスルモ本法全體ノ構造ニ依リ自ラ明ナリトス。

特ニ本法カ公判手續ノ下ニ事實ノ認定ハ證據ニ依ルトノ原則ヲ掲ケタルニ付テハ(第三百三十六條)

一言スルノ要アリ。曩キニ總則ニ於テ證據ノ意義ニ付キ論シタル如ク、刑事訴訟法ハ犯罪ノ有無並ニ刑罰權ノ範圍ヲ確定スルヲ目的ト爲スカ故ニ事實ノ認定ハ刑事訴訟ノ根本的基礎ヲ成スモノニシテ、然カモ事實ハ裁判所ノ官斷ヲ以テスルヲ許サス。必ス證據ニ據ラサルヘカラスト爲スハ寔ニ謂アルトコロナリ。蓋末開時代ニ於テハ明確ナル證據觀念發達セサリシ爲、嫌疑者ニ對シ直ニ報復シタル如キ古來幾多ノ變遷存シタルヲ以テナリ。而シテ證據ノ許否並ニ證據判斷ニ關シ本法ノ採リタル原則カ自由裁量主義並ニ自由心證主義ナルコト亦、總則編ノ說明ト彼此對照セハ明瞭ニシテ、第三百三十七條ニ證據ノ證明力ハ判事ノ自由ナル判斷ニ任スト規定シタルハ即チ自由心證主義ヲ明言シタルモノニシテ、證據方法ノ證明力換言スレハ如何ナル程度迄之ヲ信憑シ得ルカハ判事ノ自由ナル意見ニ依テ之ヲ判斷スヘキモノト爲セルナリ。是ハ實質的眞實主義ノ要求ヨリ生スル當然ノ結果ニ外ナラス。

第二項 公判審理ノ範圍

檢事ノ公訴カ直接ニ裁判所ニ提起セラレタル場合ハ、公判審理ノ範圍ハ檢事ノ公訴事實ノ全部ニ及ヒ、公訴ノ提起カ豫審請求ニ依リテ爲サレ豫審終結決定ヲ以テ事件ヲ公判ニ付セラレタル

場合ノ公判審理ノ範圍ハ豫審終結決定ニ依リ公判ニ付セラレタル事實全部ニシテ、其ノ以外ニ及ハサルハ勿論ナルノミナラス、縱令豫審判事カ公判ニ付シタル事實ト雖、檢事ノ起訴ナキ以上ハ之ニ對シ、實體的審判ヲ爲スコトヲ得スシテ公訴棄却ノ裁判ヲ爲スヘキモノナリ。然レハ結局檢事ノ起訴アリ、且豫審判事ノ公判ニ付シタル事實ニ限リ實體的審判ノ目的ト爲ルモノニシテ、檢事ノ起訴アルモ豫審判事ニシテ公判ニ付セサル事實ハ公判ニ於テ審理スヘカラサルモノトス。

唯注意スヘキハ一罪ニ付キ公訴ノ提起アリテ事件カ公判ニ繫屬シタルトキハ其ノ訴訟ニ於テハ目的物ノ全部ヲ取扱ハサルヘカラサルコトニシテ、假令起訴ニ於テハ犯罪事實ノ一部ノミヲ指摘スルモ當然其ノ全部ニ及フヘキモノナリ。例ヘハ連續犯中ノ二三行爲ヲ舉ケ公訴ヲ提起シタル場合ト雖、裁判所ハ連續犯ノ全部ニ付キ審理ヲ爲スコトヲ得ルノミナラス、又審理ヲ爲ササルヘカラサルカ如シ、其他一個ノ犯罪ニシテ數個ノ罪名ニ觸ルル場合等牽連犯ノ關係アルトキ或ハ裁判所ノ認定ニ依リ一犯罪タル以上ハ罪名ノ如何ヲ問ハス同一事件トシテ公判審理ノ範圍ニ屬スルモノナリ。

第三項 公判審理ノ併合及分離 (Verbindung u. Trennung)

裁判所ハ同時ニ繫屬スル數個ノ刑事事件間ニ主觀的連絡又ハ客觀的連絡アル場合ノ外、本犯ト犯人藏匿罪、證憑湮滅罪、偽證罪、贓物罪ノ如キ密接ナル關係アル犯罪ノ併發シタル場合ニ於テ、凡テ之ヲ併合シテ同時ニ同一ノ手續ニ於テ之ヲ審判スルコトヲ得。獨刑事訴訟法ハ第二百三十六條ニ於テ之ヲ明規スルモ、之ヲ禁止スル明文ナキ以上我刑事訴訟ニ於テモ審判ノ併合ハ勿論之ヲ認ムヘキモノトス。之ト同シク併合シタル二個以上ノ刑事事件ヲ分離スルハ亦裁判所ノ任意ナリ。例ヘハ併合罪ノ關係ニ在ル數罪カ時ヲ同フシテ同一裁判所ニ繫屬シタルトキハ之ヲ併合審理ヲ爲スヲ正當トスレトモ、便宜上各別ニ審理判決スルモ違法ト爲スヲ得ス(大正十五年大判)。而シテ事件ノ併合分離ハ裁判所ノ決定ニ基クモノナレハ該決定ハ之ヲ訴訟關係人ニ告知スルヲ本則トスレトモ、判例ハ必スシモ之ニ關スル決定ノ告知ヲ要セスト爲スモノノ如シ。

第四項 公判審理ノ順序

公判ノ審理ハ辯論ヲ以テ骨子ト爲シ、自ラ一定ノ順序ニ依ルヲ通常トス。今左ニ其ノ順序ヲ述

ヘン。

第一 被告人ニ對スル人違ナキコトノ訊問

裁判長ハ先ツ被告人ニ對シ第三百三十三條ノ人違ナキコトヲ確ムルニ足ルヘキ事項ヲ訊問スヘシ(第三百四十五條)。即チ被告人ノ氏名、年齢、身分、職業、住居等ヲ問フヘキモノニシテ、此ノ訊問ヲ以テ公判ハ開始セラルルモノナリ。被告事件ノ呼上又ハ被告人ノ入廷ノ如キハ公判開廷ノ準備ニ過キスト爲ス説ヲ可トス。

第二 検事ノ被告事件ノ陳述

次テ検事ハ被告事件ヲ陳述セサルヘカラス。其ノ目的ナルヤ裁判所及訴訟關係人ヲシテ被告事件ノ如何ヲ知ラシムルニ在ルヲ以テ、被告事件ノ要旨ヲ陳述スレハ足レリ(第三百四十五條第一項)。所謂被告事件ノ要旨ヲ陳述ストハ被告事件ノ内容タル犯罪事實ノ概要ヲ述フルヲ謂ヒ、第一審ニ於テハ通常起訴狀又ハ豫審終結決定ニ記載シタル犯罪事實ヲ陳述ス。此ノ陳述ハ公判審理ノ基礎ヲ爲スカ故ニ之レ無キ公判ノ審判ハ無効ニシテ常ニ上告理由トナルモノトス(第四百十條第十二號)。第二審ニ於テモ検事ハ被告事件ノ要旨ヲ陳述スルコトヲ要シ、之ヲ聽カスシテ爲シタル口頭辯論ハ判決ノ基本ト爲スコトヲ得ス(大正十三年三月大判)。尙公判調書ニ被告事件ノ陳述ヲ記載

スルニハ必スシモ検事ノ陳述自體ヲ掲記シ、該記載ノミニ依リ直ニ被告事件ノ何タルカヲ知り得ヘキ程度ニ調書ノ記載ヲ爲スコトヲ要セスシテ、公判請求書又ハ豫審終結決定書ヲ援用シ、之ト同一ニ被告事件ヲ陳述シタル旨記載スルハ違法ニ非ス(第六十條第五號)。

第三 被告人訊問及證據調

検事ノ被告事件ニ關スル陳述終リタルトキハ被告人訊問及證據調ヲ爲スヘキコト第三百四十五條第二項ノ規定スルトコロニシテ、茲ニ所謂訊問ハ被告人ニ對スル本案事實ノ訊問ニシテ、其ノ訊問ノ性質ニ關シテハ曩キニ總則ニ於テ説明シタル如ク、被告人ノ當事者タル地位ヲ重ンシ被告事件ニ對スル辯解ヲ爲サシムルヲ以テ主眼トスヘシ。而シテ被告人訊問及證據調ハ裁判長之ヲ爲スモノニシテ、陪席判事ハ裁判長ニ告ケ被告人、證人、鑑定人、通事又ハ翻譯人ヲ訊問スルコトヲ得。検事又ハ辯護人ハ裁判長ノ許可ヲ受ケ此等ノ者ヲ訊問スルコトヲ得。又被告人ハ必要トスル事項ニ付キ共同被告ハ、證人、鑑定人、通事又ハ翻譯人ヲ訊問スヘキコトヲ裁判長ニ請求スルコトヲ得ヘシ(第三百三十八條)。次ニ裁判長ハ證人其ノ他ノ者被告人又ハ或傍聽人ノ面前ニ於テ十分ナル供述ヲ爲スコトヲ得サルヘシト思料スルトキハ其ノ供述中ノヲ退廷セシムルコトヲ得。被告人他ノ被告人ノ面前ニ於テ十分ナル供述ヲ爲スコトヲ得サルヘシト思料スルト

キ亦同シ。右規定ニ依リ被告人ヲ退廷セシメタル場合ニ於テ共同被告人、證人其ノ他ノ者ノ供述終リタルトキハ被告人ヲ入廷セシメ供述ノ要旨ヲ告クヘシ(第三百三十九條)。之ヲ要スルニ被告人ノ訊問ハ本案事實ニ關スルコト勿論ナレトモ、一面ニ於テ被告人ヲシテ防禦權ヲ行使セシメ、他面ニ於テ其ノ供述ニ依リ確實ナル證據ヲ得ンコトヲ期セルハ寔ニ明瞭ニシテ、斯ノ如ク事實辯解ト證據辯解トハ截然タル區別アルカ如クニシテ實際上ハ兩者密接不可分ノ關係アルコトヲ忘ルヘカラス。然レハ被告人ノ訊問ト證據調トヲ同時ニ爲スコトハ毫モ妨ケナキノミナラス、場合ニ依リテハ斯クテ初メテ公判審理ノ目的ヲ達スル事例尠ナカラサルヲ見ル。從テ被告人訊問中證據調ヲ交ユルハ一ニ裁判長ノ當該事案ニ直面セル場合ノ便宜ニ依ルヘキモノニシテ、事實調ト離レテ證據調ト稱シ特別ノ手續ヲ爲スノ必要無キモノトス。

第三百四十六條ニ依レハ區裁判所ニ於テ被告人自白シタルトキハ訴訟關係人異議ナキトキニ限リ他ノ證據ヲ取調ヘサルコトヲ得トアリ、即チ區裁判所ニ於テ被告人訊問ヲ受ケ自白シタル場合ハ其ノ自白ハ證據力ヲ有スルコト一點ノ疑ナキトコロナレトモ、之カ爲ニ被告人ノ訊問ヲ以テ直ニ證據調ト爲スヲ得ス。畢竟同條ハ裁判所ノ證據調手續ニ付キ特例ヲ設ケタルニ過キサレモノトス。

證據調トハ前ニ説明シタル如ク事實認定ノ材料タル證據ヲ得ル爲履踐スヘキ訴訟上ノ手續ナリ。即チ裁判所カ裁判ヲ爲スニ必要ナル事實ハ之カ材料ヲ取調ヘ、然ル後其ノ認定ヲ爲スヘキモノニシテ、何等材料ノ取調ヘナクシテ空ニ或認定ヲ爲スヘキモノニ非サルナリ。而シテ證據調ハ法律ノ許容スル證據方法ニ就キ之ヲ爲スヘキモノニシテ、法律ノ許容セサル證據方法ニ付キ爲シタル證據調ノ效力ヲ有セサルハ勿論ナルノミナラス、其ノ取調ハ證據方法ノ種別ニ從ヒ夫々一定ノ準則アルカ故ニ以下更ニ之ヲ細説スヘシ。

(一) 證據調ノ原則

公判ニ於ケル證據調ニ關シテハ直接審理主義(Unmittelbarkeit)ヲ以テ原則トス。直接審理主義トハ裁判所カ證明ノ目的タル事實ニ接觸シテ審理スルヲ謂ヒ、之ニ接觸セスシテ審理スルヲ間接審理主義ト謂フ。事實認定ノ誤謬ヲ避クルニ直接審理主義ニ依ルヘキハ固ヨリニシテ、是ハ口頭辯論主義トハ相同シカラサレトモ、書面主義ハ常ニ書面ノ仲介ヲ要スルニ反シ、口頭辯論主義ハ供述ニ直接接觸スルカ故ニ直接審理主義ノ最顯著ナル適用ト稱スルモ可ナリ。然レトモ直接審理主義ヲ絕對ニ行フコトハ刑事訴訟法ニ於テ豫審制及三審制ヲ採用シタル趣旨ト相容レサルカ故ニ、本法ハ豫審ニ於テ作成シタル各種ノ調書其ノ他ノ證據書類ハ之ヲ朗

讀シ、若ハ其ノ要旨ヲ告ケ、以テ之ヲ公判ニ顯出シタルトキハ直接ニ其ノ供述者ヲ訊問セサルモ之ヲ證據ト爲スコトヲ得ヘカラシメタリ。

斯ノ如ク公判ニ於テハ人證ノ審理ハ原則トシテ一々公判廷ニ於テ直接ニ之ヲ訊問シ、其ノ供述ヲ基礎トシテ事實ヲ認定スルヲ理想トスルモ、公判前ニ於ケル供述ヲ錄取シタル書類ト雖全然之ヲ排斥スルコトナク、法令ニ依リ作成シタル訊問調書ノ證據力ヲ認ムルノミナラス、縱令斯ル訊問調書ニ非サルモ被告人其ノ他ノ供述ヲ錄取シタル書類ニシテ、(1)供述者死亡シタルトキ、(2)疾病其ノ他ノ事由ニ因リ供述者ヲ訊問スルコト能ハサルトキ、(3)訴訟關係人異議ナキトキハ之ヲ證據ト爲スコトヲ得ト爲セリ(第三百四十三條第一項)。夫ノ檢事又ハ司法警察官ノ作成シタル供述聽取書ノ如キモ叙上供述者死亡シ、直接審理ノ不能ナル場合若ハ困難ナルトキ等ノ事由アルニ於テハ其ノ供述聽取書ニ依リ満足スヘキハ蓋已ムヲ得サルトコロナリトス。然カモ此ノ制限ハ地方裁判所以上ノ事件ニ限り、區裁判所ノ事件ニ付テハ被告人其ノ他ノ者ノ供述ヲ錄取シタル書類ハ總テ證據力ヲ有スルモノトス(同條第二項)。區裁判所ノ事件トハ區裁判所ノ管轄ニ屬スル事件ニシテ、現ニ區裁判所ニ繫屬シタル事件ヲ指稱スルモノニシテ、斯ル事件ニ付テハ如何ナル審級ニ於テモ供述錄取書ノ證據力ヲ認メタルモノナリ(大正十三年一月

(大判)。豫審判事ニ對スル公務所ノ自發的報告ヲ錄取シタル書面ハ第三百四十三條第一項ノ書類ニ該當セサル旨ノ判例ノ存スルコトハ前ニ述ヘタリ。

序ニ同條第一項第三號ノ訴訟關係人ノ異議ナキコトノ證明ニ關シテハ大審院ハ其ノ異議ナキコトカ公判調書ノ記載其ノ他一件記錄上ニ於テ明確ナルコトヲ要スト判決シタリ(大正十三年七月判決)。

次ニ法廷ニ顯出可能ノ證據物ノ取調ハ直接ノ審理ヲ要シ、裁判長ハ之ヲ被告人ニ示スヘキモノトス(第三百四十一條)。

(二) 證據調ノ範圍

證據調ノ範圍ハ裁判所之ヲ決スルモノニシテ、裁判長ハ唯裁判所ノ決シタル證據調ヲ實行スル權限ヲ有スルノミ。

然レトモ裁判所ノ決定ヲ待タスシテ裁判長カ公判廷ニ於テ證據調ヲ爲スヘキ場合アリ。其ノ一ハ第三百四十二條ノ場合ニシテ、公判期日前訴訟關係人ヨリ提出シタル證據物及證據書類ハ公判廷ニ於テ之ヲ取調ヘサルヘカラス。右公判期日前トハ第一回公判期日前ノ謂ナリトハ大審院ノ判示セルトコロニシテ(大正十四年四月判決)。第一回公判期日以後ニ於テ訴訟關係人ノ提

出シタル證據物及證據書類取調ノ要否ハ裁判所カ證據調ノ程度ニ付キ有スル自由判斷ノ範圍ニ於テ決スヘキ事項ナリトス。從テ斯ル書類等ノ取調ヲ爲サストスルモ刑事訴訟法第四百十條第十三號ノ場合ニ該當セサルハ勿論ナリ。又第三百二十六條乃至第三百二十八條ノ規定ニ依リ作成セル證人訊問調書、鑑定翻譯ニ關スル書類、押收物、檢證調書及公務所ノ報告書モ亦訴訟關係人ニ於テ異議ナキ場合ノ外必ス之ヲ取調フルコトヲ要ス。唯注意スヘキハ縱令訴訟關係人ニ於テ異議ナシトスルモ、裁判所之ヲ判決ノ資料ト爲サントスルトキハ必ス之ヲ取調ヘサルヘカラサルコトナリ。

其ノ二ハ新期日ノ指定其ノ他別段ノ手續ヲ必要トセサル證據調ハ裁判所ノ決定ヲ要セス(第三百四十四條第二項參照)。新期日ノ指定其ノ他別段ノ手續ヲ必要トセサル證據調トハ如何ナルモノヲ指スカニ付キ學說一致セサルトコロアリ。訴訟關係人ヨリ書類及證據物ヲ提出シテ證據調ヲ請求シタル場合ニ於テ、之ヲ取調フヘキモノト爲シタルトキハ即時ニ之ヲ爲スコトヲ得テ別段ノ手續ヲ要セサルコト明ナルヲ以テ、決定ヲ爲サシテ直ニ其ノ取調ヲ爲スコトヲ得。然レトモ書類及證據物カ訴訟關係人ノ手ニ存セサル爲、新期日ヲ指定スルニ非サルハ之ヲ公判廷ニ顯出スル能ハサル場合ノ如キハ決定ヲ要スヘキハ疑ナシ。問題ハ偶在廷ノ證人又ハ鑑定

定人ノ訊問ノ請求アリタル場合ハ如何ニ在リ。學說一致セサレトモ此等ノ者ニ於テ其ノ訊問ニ異議ナキヤ否等之ヲ訊問スルニハ別段ノ手續ヲ經サルヘカラサルヲ以テ、證據決定ヲ要ストノ見解ヲ是ナリトス。

叙上ノ例外ヲ除キ裁判所ハ證據決定(Beweisbeschlüsse)ニ依リテ證據調ノ範圍ヲ決スルヲ原則トシ、檢事其ノ他訴訟關係人ハ證據調ノ請求(Beweisantrag)ヲ爲スノ權ヲ有ス。請求ノ時期ニ付テハ法律上制限ナキモ辯論終結迄ニ之ヲ爲ササルヘカラス。然レトモ之ヲ許可スルト否トハ裁判所ノ任意ニ屬スルノミナラス、其ノ請求ヲ許可シタル場合ト雖其ノ請求ニ基キテ爲ス證據調ノ範圍ハ裁判所ノ任意ニ決スヘキモノトス。是ハ職權主義ノ當然ノ歸結ナリ。而シテ證據調ノ請求ヲ却下(Ablehnung)スルニハ必ス決定ニ依ルヘク、又證據調ヲ爲ス爲證人ノ召喚證據物ノ取寄等ニ付キ新期日ノ指定ヲ要シ、其ノ他別段ノ手續ヲ要スルトキハ裁判所ノ決定ニ依ラサルヘカラス(第三百四十四條)。

序ニ附言スヘキハ、辯論終結後辯論再開ノ申請ト共ニ證據調ヲ請求シタルトキハ其ノ請求ニ對シ許否ノ決定ヲ要スルヤト云フニ、辯論ヲ再開スルト否トハ裁判所ノ自由ナレハ裁判所ニ於テ再開ヲ必要トセサルトキハ斯ル申請及請求ニ付キ何等ノ裁判ヲ爲スヲ要セサルモ、若シ

該申請ニ基キ若ハ職權ニ因リ一旦辯論ヲ再開スル以上ハ、訴訟ハ更ニ辯論終結前ノ程度ニ復歸スヘキカ故ニ右證據調ノ請求ニ對シテハ許否ノ決定ヲ爲スヘキモノトス。

次ニ證據調請求ノ許否ニ關スル裁判所ノ職權ハ、其ノ請求ニシテ民事訴訟ニ所謂唯一ノ證據方法ニ該當スル場合ト雖、裁判所ハ之ニ拘ラス其ノ審判上必要ナルト否トヲ標準トシテ之カ許否ヲ決スヘキモノトス(大正十四年一月大判)。

又一タヒ爲シタル證據決定ハ判事ノ更迭アリテ公判手續ヲ更新シタル場合ト雖尙其ノ效力ヲ存スルモノナレハ、新ニ構成セラレタル裁判所ニ於テ之ヲ施行スヘク、若シ其ノ證據調ヲ不必要ナリトスルトキハ更ニ之ヲ取消ス旨ノ決定ヲ爲ササルヘカラス。然ルニ右取消ノ手續ヲ爲サス然カモ決定シタル證據調ヲ爲スコトナクシテ辯論ヲ終リタルトキハ其ノ手續ハ不法ナリトス。

最後ニ注意スヘキハ證據調請求却下ノ決定ニ對シテハ抗告ヲ許ササルコトナリ。此ノ點ニ付テハ宜シク大正十三年九月十六日ノ判例ヲ參照スヘシ。

(三) 證據調ノ手續

證據調ヲ爲スコトハ裁判長ノ職權ニ屬スルモ、陪席判事、檢事又ハ辯護人並ニ被告人カ證據

調ニ關シ證人、鑑定人、通事又ハ翻譯人ヲ訊問シ、又ハ其ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘキコトハ先キニ被告人訊問ニ付キ説明シタル際叙述シタル如シ(第三百三十八條)。又裁判長カ證人其他ノ者及共同被告人ノ訊問中遺憾無キ供述ヲ吐露セシムル爲、被告人又ハ或傍聽人ヲ其ノ供述中退廷セシムルノ權ヲ有スル點モ亦説明セリ(第三百三十九條)。

以上ハ人的證據方法即チ證人、鑑定人、通事、翻譯人ノ取調ニ關スル公判ノ特別規定ニシテ、此等ノ證據調ニ付テハ總則ノ一般規定ニ準據スヘキハ勿論ナリ。

次ニ物證(物的證據方法)ノ取調ニ關シ注意スヘキハ物證ハ檢證ノ目的物ト文書トアリテ、檢證ノ目的トナル證據物ハ裁判所等自ら其ノ性質狀態等ヲ實驗スル場合ノ證據方法ニシテ、文書ハ其ノ書面ノ意義證據トナルモノニシテ、朗讀又ハ要旨ノ告知ニ依リテ之ヲ證據ト爲スコトヲ得、特ニ之ヲ書證ト名ツク。然レハ所謂證據物ノ意義ニハ檢證ノ目的物ト文書トヲ包含シ誹毀ノ文書、誣告狀ノ如キハ之ニ屬ス。而シテ本法第三百四十條ニ所謂證據書類トハ悉ク文書タルヘキハ勿論ナルノミナラス、其ノ文書タルヤ本法ニ從ヒ作成セラレタル各種ノ調書等ニシテ、訴訟記録ノ一部ヲ形成スルモノヲ謂フト説ク學者アレトモ、是ハ狹キニ失シ當該被告事件ノ證據トシテ特ニ作成セラレタルモノナルトキハ訴訟關係人ノ提出シタルモノト雖、

證據書類タルヲ妨ケスト解スヘシ。判例亦之ニ同シ。是ニ於テ乎物證ヲ證據物ト證據書類トニ分別スヘク、公判ニ於ケル證據調ニ付テモ證據書類ノ取調ト證據物ノ取調トニ分チ、證據書類ハ裁判長之ヲ朗讀シ若ハ其ノ要旨ヲ告ケ、又ハ裁判所書記ヲシテ之ヲ朗讀セシムヘシ。蓋證據書類ハ書面ノ意義證據ト爲ルモノナルカ故ニ訴訟關係人ヲシテ其ノ意義ヲ了解セシムルヲ要スレハナリ。舊法ハ證據書類ヲ朗讀スヘキモノト定メタレトモ斯ノ如キハ徒ラニ多クノ時間ヲ費スニ過キスシテ其ノ效果乏シキモノアレハ、本法ハ以上ノ如ク其ノ要旨ヲ告クルヲ以テ足レリト爲セリ。斯ノ如ク證據書類ハ朗讀スルコトヲ得ルモ、單ニ風説又ハ素行ヲ記載シタル書類ニシテ被告人又ハ第三者ノ名譽ヲ毀損スル虞アルモノハ之ヲ朗讀スルコトヲ得ス。斯ノ如キ書類ニ付キ被告人ノ辯解ヲ聽クノ必要アルトキハ之ヲ被告人ニ示シ、被告人文字ヲ解セサルトキニ限り其ノ要旨ヲ告クヘキモノトス(第三百四十條)。以上ハ證據書類ノ證據調手續ナルヲ以テ夫ノ法令ヲ判決ノ證據理由中ニ引用スルコトアルモ證據ニ非サルヲ以テ、之カ證據調ノ手續ヲ爲スノ要ナキハ明瞭ニシテ、裁判所會計事務章程及鐵道保線從事員服務規程ニ付キ判例存ス(大正十三年十月及大正十四年十一月大判)。

次ニ證據物ヲ公判ニ於テ取調フルトキハ裁判長ハ之ヲ被告人ニ示スヘキモノナリ。證據物中

書面ノ意義證據ト爲ルモノニ付テモ、被告人文字ヲ解スル以上ハ檢證物ト同シク之ヲ被告人ニ展示スルヲ以テ足ルモ、被告人文字ヲ解セサルトキハ其ノ要旨ヲ告ケ書面ノ意義ヲ了解スルコトヲ得セシムヘキモノトス(第三百四十一條)。

叙上ノ如キ公判廷ニ於ケル證據調ノ一般方式トシテ裁判長ハ各個ノ證據ニ付キ取調ヲ終ヘタル毎ニ被告人ニ意見アリヤ否ヲ問フヘク、且被告人ニ對シ其ノ利益ト爲ルヘキ證據ヲ提出スルコトヲ得ヘキ旨ヲ告クヘキモノトス(第三百四十七條)。是レ畢竟被告人ヲシテ證據ニ對スル辯解ヲ爲サシメ、且反證提出ノ機會ヲ與ヘ以テ遺憾ナク辯護權ヲ行使セシメントスルニ外ナラサルナリ。

(四) 區裁判所ニ於ケル證據調手續ノ特例

第三百四十六條ニ依レハ區裁判所ニ於テ被告人自白シタルトキハ訴訟關係人異議ナキトキニ限り他ノ證據ヲ取調ヘサルコトヲ得ト規定セリ。蓋區裁判所ニ於テハ地方裁判所等ニ比シ輕易ノ事件ヲ審判シ、且其ノ手續ヲ簡易ナラシメタル爲被告人ノ自白アリ。且訴訟關係人異議ナキ場合ハ他ノ證據調ヲ爲スヲ要セサルノ便宜ニ出テタルモノナリ。是ヲ以テ地方裁判所ノ公判ニ於テ證據調ノ限度ハ裁判所之ヲ定ムルノ職權アルコト勿論ナレトモ、自白アリタルノ

一事ヲ以テ他ノ證據ノ取調ヲ略スルコトヲ得ス。若シ之ニ違反セ、第四百十條第十三號ニ該當スル違法アルモノトス。而シテ裁判所ハ被告人ノ自白ノミニ依リ犯罪事實ヲ認定スルコトハ證據取捨ノ職權上毫モ妨ナキヲ以テ、區裁判所ニ在リテハ被告人ノ自白ノ措信シ得ヘキ場合ニハ訴訟關係人異議ナキ以上、他ノ證據ノ取調ヲ爲スコトナクシテ、事實ノ認定ヲ爲スコトヲ得セシメ、以テ手續ノ簡便ヲ計リタルモノトス。

第四 證據調後ノ辯論(Schlussvortrag)

證據調終リタル後檢事ハ事實及法律ノ適用ニ付キ意見ヲ陳述セサルヘカラス。之ニ對シテ被告人及辯護人ハ意見ノ陳述ヲ爲スコトヲ得。双方互ニ辯論ヲ交換スルコトヲ得ヘキモ、最終ニハ被告人又ハ辯護人ヲシテ陳述ヲ爲スノ機會ヲ與フヘシ(第三百四十九條)。而シテ檢事及訴訟關係人ハ唯辯論ヲ爲ス可キ權利ヲ有スルノミ。之ヲ實行スルト否トハ其ノ任意ニシテ裁判所ハ唯此ノ辯論ヲ爲シ得ヘキ機會ヲ與フルヲ以テ足レリトス。又辯護人ニ最終ニ供述ヲ爲サシメタル以上ハ被告人ニ最終ニ陳述ヲ爲サシムルノ要ナシ(大正十三年七月大判)。

然レトモ被告人又ハ辯護人ニ最終ニ陳述ノ機會ヲ與ヘサルトキハ上告ノ理由トナルモノトス(第四百十條第十七號)。

第五 裁判長ノ處分ニ對スル異議

第三百四十八條ハ檢事、被告人、又ハ辯護人ハ裁判長ノ處分ニ對シテハ異議ノ申立ヲ爲スコトヲ得。裁判所ハ此ノ申立ニ付キ決定ヲ爲スヘキ旨規定スルヲ以テ、此ノ決定ニハ異議ヲ申立テラレタル裁判長ノ關與スルヲ妨クルモノニ非ス。尙同條ノ異議タルヤ公判手續中裁判長ノ不當ナル處分ヲ是正シ正當ナル處分ヲ求ムルモノナルヲ以テ、異議申立ノ時期ハ該處分ノ行ハレタル公判手續中ニ限ルト解スルヲ相當トス。蓋公判手續ヲ終了シタル後ハ該處分ヲ是正スルコト不可能ナレハナリ(大正十四年六月大判)。

第六 受命判事ノ取調

公判審理ノ中途ニ於テ裁判所カ計算其ノ他繁雜ナル事項ニ付キ、公判廷ニ於テ取調フルコトヲ不便トスルトキハ部員ヲシテ其ノ取調ヲ爲サシムルコトヲ得ルハ第三百五十一條第一項ノ規定スルトコロナリ。舊法カスル規定ヲ存セサリシ爲公判審理上不便ナリシヲ補正シタルモノニシテ、受命判事ハ豫審判事ト同一ノ權ヲ有シ、取調ノ結果ニ付キ報告ヲ爲スヘキモノトス。而シテ檢事及辯護人ハ此ノ取調ニ立會フコトヲ得ルモ、是等ノ者ニ取調ノ通知ヲ爲スヲ要セス(同條第二項第三項)。

第五項 公判手續ノ停止

被告人心神喪失ノ状態ニ在ルトキハ、檢事ノ意見ヲ聽キ決定ヲ以テ其ノ状態ノ繼續スル間公判手續ヲ停止スヘシ。此ノ場合ニ在リテハ、被告人カ其ノ防禦權ヲ行使スルニ足ルヘキ意思能力ヲ有セサルヲ以テ、被告人ノ利益ノ爲ニ公判手續ノ進行ヲ止ムルモノナリ。從テ無罪、免訴、刑ノ免除又ハ公訴棄却ノ裁判ヲ爲スヘキ事由明白ナル場合ニ於テハ、被告人ノ出頭ヲ待タス直ニ其ノ裁判ヲ爲スコトヲ得(第三百五十二條第一項)。即チ決定ヲ以テ公訴ヲ棄却スヘキ場合(第三百六十五條)ノ外、無罪、免訴、刑ノ免除又ハ公訴棄却ノ裁判ハ判決ヲ以テスヘキモノナレハ口頭辯論ニ基キテ之ヲ爲スヘキモノナレトモ、公判期日ニ被告人ノ出頭ヲ待タスシテ開廷シ、右裁判ヲ爲スコトヲ得ルモノトス。

次ニ被告人疾病ニ因リ出頭スルコト能ハサルトキハ、檢事ノ意見ヲ聽キ、決定ヲ以テ出頭スルコトヲ得ルニ至ル迄公判手續ヲ停止スヘシ(第三百五十二條第二項)。此ノ場合モ亦審理ヲ爲スコトヲ得サルヲ以テ右ノ如ク規定シタルモノニシテ、決定ニハ終期ヲ定ムルノ要ナシ。注意スヘキハ罰金以下ノ刑ニ該ル事件ノ被告人カ代理人ヲ出頭セシメタルトキハ代理人ニ依リ

テ被告人ノ防禦權カ行使セラルルヲ以テ公判手續ヲ停止スヘキモノニ非ス(同條第三項)。又叙上規定ニ依リ公判手續カ停止セラレタルトキハ其ノ期間内公訴ノ時効進行セサルコトハ前述ノ如シ(第二百八十七條)。

尙公判手續ヲ停止スヘキ特別ノ場合アリ。忌避ノ申立アリタルトキノ如シ(第三十條)。

第六項 公判手續ノ更新

曩キニ公判組織ノ題下ニ説明シタル如ク、公判ニハ同一判事引續キ關與スルコトヲ要スルモノニシテ、若シ開廷後判事ノ更迭アリタルトキハ公判手續ヲ更新スヘキモノトス(第三百五十四條)。但シ判決ノ宣告ハ此ノ限ニ在ラス。更新トハ被告人ノ訊問檢事ノ被告事件陳述ノ順序ニ基キ更ニ審理ヲ爲スヲ謂ヒ、前ノ手續ハ判決ノ基礎タル口頭辯論トシテノ效力ヲ有セサルモノナリ。但シ既ニ爲シタル裁判又ハ訴訟關係人ノ請求ノ如キハ當然新裁判所ヲ羈束スルノミナラス、前ノ訴訟手續ヲ記載シタル公判調書ノ證據力ヲ有スルコト疑ナシ。

次ニ假令同一判事カ被告事件ニ關與スルモ、公判手續カ長キ期間斷絶スルトキハ判事ノ記憶自ラ清新ヲ缺クカ故ニ、腦裡ニ印象ノ深ク存スル間ニ手續ヲ繼續シテ以テ終結ニ至ラシムルコト

ヲ要ス。是ニ於テ乎本法ハ開廷後被告人ノ心神喪失ニ因リ公判手續ヲ停止シ、又ハ其ノ他ノ事由ニ因リ引續キ十五日以上開廷セザリシ場合ニ於テハ公判手續ヲ更新スヘキモノト爲セリ(第三百五十三條)。注意スヘキハ第三百五十三條ハ辯論續行ニ關スル規定ニシテ、辯論終結後ノ手續ニ關スルモノニ非ス。從テ辯論終結後十五日以内ニ於テ判決ノ宣告ヲ爲スヲ要セサルナリ(大正十三年六月大判)。

第七項 辯論ノ終結ト再開

辯論ヲ終リタルトキハ裁判長ハ辯論ヲ終結シテ判決ヲ爲ス。然レトモ辯論終結後ト雖裁判所ハ必要ナル場合ニ於テハ辯論ヲ再開シ、更ニ證據調其ノ他ノ手續ヲ爲スコトヲ得(第三百五十條)。然レハ辯論再開ノ決定アルトキハ裁判長ハ新ニ公判期日ヲ指定スヘク、此ノ場合ニ於テハ最後ノ辯論ヲモ再ヒ繰返ササルヘカラサルモノトス。唯注意スヘキハ再開スルト否トハ裁判所ノ自由ナル意見ニ基キ決スヘキモノニシテ、被告人又ハ辯護人ノ爲ス再開ノ請求ハ參考資料トナルニ過キスシテ權利トシテ認メタルモノニ非サレハ、其請求ニ付キ決定ヲ與フルノ要ナシ(大正十五年九月大判)。

第四節 公判ノ裁判

公判審理ノ結果裁判所ハ茲ニ終局裁判(Prozessreifeidigende Entscheidung)ヲ爲ササルヘカラス。終局裁判ハ其ノ審級ニ於テ訴訟關係ヲ終了セシムルモノヲ謂ヒ、之ヲ終了セシメサル終局前ノ裁判ハ皆訴訟手續ニ關スルモノニシテ、訴訟指揮ノ裁判ノ如キモノヲ指シ、公判手續中ニ爲スモノト公判準備手續トシテ爲スモノトアリ。例ヘハ公判期日變更ノ請求却下證據調ニ關スル決定、異議申立ニ付テノ決定等ノ如ク、皆決定又ハ命令ノ形式ニ依ルヘキモノナリ。而シテ終局裁判ハ之ト異リ皆被告事件ニ付キ爲スヘキモノナルモ、決定ノ形式ニ依ルモノト判決ノ形式ニ依ルモノトノ別アリ。終局裁判ヲ其ノ内容ヲ標準トシテ實體上ノ裁判ト形式上ノ裁判トニ分ツヲ得ヘキハ總則裁判ノ章下ニ於テ既ニ説明シタル所ナリ。而シテ本節ニ於テ公判ノ裁判ト稱スルハ終局裁判ナリトス。

本法規定ノ終局裁判中判決ヲ以テスルモノハ管轄違ノ言渡ヲ爲ス判決、刑ノ言渡ヲ爲ス判決、刑ノ免除ヲ言渡ス判決、無罪ノ判決、免訴ノ言渡ヲ爲ス判決、公訴棄却ノ言渡ヲ爲ス判決ニシテ、決定ヲ以テスル場合ハ公訴棄却ノ決定ナリ以下之ヲ詳説セン。

第一款 管轄違ノ判決

被告事件裁判所ノ管轄ニ屬セサルトキハ判決ヲ以テ管轄違ノ言渡ヲ爲スヘシ(第三百五十五條)。而シテ被告事件裁判所ノ管轄ニ屬スルヤ否ハ公訴提起當時ヲ以テ之ヲ決スヘキモノトス。此點ニ付テハ學說上異論ナシ。然ルニ事物管轄ト土地管轄トニ付キ左ノ例外規定ヲ設ク。即チ

(一) 地方裁判所ハ其ノ管内ニ在ル區裁判所ノ管轄ニ屬スル事件ニ付キ管轄違ノ言渡ヲ爲スコトヲ得ス。是ハ豫審ノ場合ト趣旨ヲ同フス。但シ公判ニ於テハ檢事ノ意見ヲ聽キ決定ヲ以テ管轄權ヲ有スル區裁判所ニ事件ヲ移送スルコトヲ得セシメタリ(第三百五十六條)。

(二) 裁判所ハ被告人ノ申立ニ因ルニ非サレハ土地管轄ニ付キ管轄違ノ言渡ヲ爲スコトヲ得ス。而シテ管轄違ノ申立ハ被告事件ニ付キ供述ヲ爲シタル後ハ之ヲ爲スコトヲ得ス。又管轄違ノ申立ハ豫審ヲ經タル事件ニ付テハ豫審判事ニ對シテ其ノ申立ヲ爲シタルトキニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得ス(第三百五十七條)。本法ハ土地管轄ハ之ヲ強行セサル制ニ則リ、裁判所ノ職權調査事項ニ非スシテ被告人ノ申立ヲ待ツテ調査スヘキモノト爲セリ。又被告人ノ申立時期ニ關シ上叙ノ制限ヲ設ケタル所以ノモノハ、被告人カ管轄違ノ申立ヲ爲サスシテ被告事件ニ付

キ供述ヲ爲シ、又ハ豫審終結決定ノアル迄之カ申立ヲ爲ササルトキハ受訴裁判所ニ於テ審判スルコトヲ承認シタルモノト爲スヲ妨ケサレハナリ。

被告人ヨリ管轄違ノ申立アリタル場合ニ於テ裁判所カ管轄違ニ非スト認メタルトキハ如何ト云フニ、舊法ハ本案判決前其ノ申立ヲ却下スルコトヲ得ヘキ旨定メアリシモ、本法ハ中間判決ヲ認メサルカ故ニ其ノ儘審理ヲ進行スルコトヲ得ヘシ。

第二款 有罪ノ判決

有罪ノ判決ハ別チテ二トス。刑ノ言渡ヲ爲ス判決及刑ノ免除ヲ言渡ス判決是ナリ。孰レモ犯罪ノ成立ヲ前提トスルモノニシテ第三百五十八條第一項ニ依レハ被告事件ニ付キ犯罪ノ證明アリタルトキハ第三百五十九條ノ場合ヲ除外判決ヲ以テ刑ノ言渡ヲ爲スヘシトアリ、第三百五十九條ニハ被告事件ニ付キ刑ヲ免除スルトキハ判決ヲ以テ其ノ旨ノ言渡ヲ爲スヘシト規定セリ。犯罪事實ノ證明アリテ刑ヲ免除スル場合亦之ヲ區別シテ二トス。其ノ一ハ法律上當然刑ヲ免除スヘキトキ例ヘハ刑法第八十條第二百四十四條第一項前段ノ場合ノ如キヲ謂ヒ、其ノ二ハ裁判所ノ自由裁量ヲ以テ刑ヲ免除スルトキ、例ヘハ刑法第三十六條第二項、第三十七條第一項但書、

第七十條ノ場合ノ如シ。豫審ニ於テハ法律上刑ヲ免除スヘキトキニ限り免訴ノ判決ヲ爲スヘキコト前述ノ如シ(第三百十四條第五號)。

附言スヘキハ茲ニ所謂刑ノ免除ハ刑法第五條ノ刑ノ執行ノ免除ト異ルコト多言ノ要ナシ。

尙刑ノ言渡ヲ爲スト共ニ之カ執行ヲ猶豫スルトキハ刑ノ言渡ト同時ニ判決ヲ以テ右言渡ヲ爲スヘキコト第三百五十八條第二項ノ定ムルトコナリ。刑法施行法第五十四條ハ本條項ニ依リ自ラ廢止セラレタルモノト解スヘシ。

第三款 無罪ノ判決

被告事件罪ト爲ラス又ハ犯罪ノ證明ナキ時ハ判決ヲ以テ無罪ノ言渡ヲ爲スヘシ(第三百六十二條)。被告事件罪ト爲ラストハ審理ノ結果裁判所ノ確定シタル事實カ犯罪ヲ構成セサルノ意義ナリ。即チ公訴事實自體ハ罪ト爲ラサルモ、之ト同一性ヲ失フコトナクシテ犯罪事實ヲ認定スルヲ得ハ有罪ノ判決ヲ爲スヘキハ當然ナリ。

次ニ犯罪ノ證明ナキトハ證據ニ依リ犯罪事實ヲ認定スルコト能ハサルノ意義ニシテ、證明不十分ナルトキハ無罪ヲ言渡スヘキモノニシテ、疑ハシキハ被告人ノ利益ニ從フノ原則ニ則ル(三)

dubio pro reo = when doubtful, in Favour of accused Person

第四款 免訴ノ判決

免訴ノ判決ハ法定ノ事由ニ因リ實體的公訴權ノ消滅セル場合ニ之ヲ爲スモノニシテ、無罪ノ判決ト異ル點ハ後者ハ被告事件罪ト爲ラス又ハ犯罪ノ證明ナシトシ、當初ヨリ實體的公訴權ノ不成立ノ場合ナルニ反シ、免訴ノ判決ハ一旦發生シタル實體的公訴權ノ消滅シタル場合ニ之ヲ言渡スモノトス。而シテ免訴ノ判決ヲ爲スヘキ場合ハ

- (一) 確定判決ヲ經タルトキ
- (二) 犯罪後ノ法令ニ因リ刑ノ廢止アリタルトキ
- (三) 大赦アリタルトキ
- (四) 時効完成シタルトキ

是ナリ(第三百六十三條)。而シテ此ノ四事由ノ意義ニ關シテハ豫審ニ於ケル免訴決定(第三百十四條)ノ事由ニ關スル説明ヲ參照スヘク、所謂確定判決トハ有罪、無罪、免訴ノ判決ノ如キ實體的公訴權ノ消滅ヲ惹起スルニ限り、又確定判決ニ非サルモ確定ノ略式命令、違警罪即決例ニ依ル確

定ノ即決言渡、間接國稅犯則者處分法ニ依ル通告處分ノ履行ノ如キハ實體的公訴權ノ消滅ノ爲確定判決ト同一ノ效力ヲ有スヘシ。
又犯罪後實施セラレタル法令ニ依リ犯罪ヲ廢止シタルカ又ハ犯罪ヲ存シ刑ヲ免除シタルトキハ第二號ノ事由ニ該當スヘキモノトス。

第五款 公訴棄却ノ判決

公訴棄却ノ判決ハ公訴ノ不適法ナル場合ニ之ヲ爲スモノニシテ、實體的公訴權ノ有無ニ關スル判斷ヲ爲スモノニ非サレハ、其ノ判決確定スルモ既判力ヲ生セスシテ更ニ適法ナル公訴ヲ提起(再訴)スルヲ妨ケス。而シテ判決ヲ以テ公訴ヲ棄却スヘキ場合ハ

- (一) 被告人ニ對シテ裁判權ヲ有セサルトキ
- (二) 第三百十七條ノ規定ニ違反シテ公訴ヲ提起シタルトキ
- (三) 公訴ノ取消ニ因リ公訴棄却ノ決定アリタル事件ニ付キ更ニ公訴ヲ提起シタルトキ
- (四) 公訴ノ提起アリタル事件ニ付キ更ニ同一裁判所ニ公訴ヲ提起シタルトキ
- (五) 公訴又ハ請求ヲ待チテ受理スヘキ事件ニ付キ公訴又ハ請求ノ取消アリタルトキ

(六) 公訴提起ノ手續其ノ規定ニ違反シタル爲無効ナルトキ

是ナリ(第三百六十四條)。以上六個ノ事由ハ豫審ニ於テモ公訴棄却ノ決定ヲ爲スヘキ事由(第三百十五條第一號乃至第五號及第九號)ニシテ、是レ亦再說ヲ避クヘシ。然レトモ特ニ注意スヘキハ第一號ノ裁判權ノ問題ニシテ、裁判權ノ存否ハ起訴當時及裁判當時ヲ以テ之ヲ決スヘク、單ニ判決當時ノ狀態ノミニ依リ決スヘキモノニ非ス。公訴提起ノ當時軍人ナリシ場合ハ假令判決當時常人トナルモ公訴ヲ棄却スヘキモノナリ。

又第四號ハ同一事件ニ付キ同一裁判所ニ公訴ヲ提起シタルトキニシテ、若シ同一事件ト雖別個ノ裁判所ニ公訴ノ提起アリタルトキハ必スシモ公訴提起ノ先後ヲ以テ審判權ヲ定ムルヲ得ス。此ノ場合ハ第九條第十條ニヨリ處置スヘク、右二條ノ規定ニ依リ審判ヲ爲スヘカラサルトキハ決定ヲ以テ公訴ヲ棄却スヘキモノナリ。

次に第六號ハ親告罪ニ付テ告訴ナキニ拘ラス公訴ヲ提起スルカ如キ、起訴條件ヲ具備セサルモノハ無効ナルコト明ナレトモ、公訴提起ノ方式違反ノ場合ハ常ニ必スシモ無効ニ非スシテ各場合ニ付キ其ノ效力ヲ定ムヘキモノナリ。公訴提起方式ニ關シテハ第二百九十條第二百九十一條ニ對スル説明ヲ參照スヘシ。而シテ公訴提起ノ手續無効ナル爲公訴棄却ノ判決アリタルトキ、

更ニ起訴條件ヲ具備シ又ハ方式ヲ遵守シテ公訴ヲ提起シ得ヘキハ勿論ナレトモ、手續ノ欠缺ヲ追完シテ當初ヨリ有效ノ公訴提起ト爲スヲ得サルモノトス。
 最後ニ第三百六十四條列記ノ事由ニ非サルモ豫審判事カ檢事ノ起訴セサル事實ヲ公判ニ付シタル場合ノ如キ、訴訟條件ヲ缺クトキハ同シク公訴棄却ノ判決ヲ爲スヘキモノトス。
 公訴ノ不適法ヲ理由トスル公訴棄却ノ申立カ其ノ理由ナキトキハ裁判所ニ於テ特ニ其ノ申立ヲ棄却スル言渡ヲ爲スヲ要セス(大正十五年一月大判)。

第六款 公訴棄却ノ決定

決定ヲ以テ公訴ヲ棄却スヘキ場合ハ第三百六十五條ノ規定スルトコロニシテ、孰レモ訴訟條件ヲ缺如スルニ因リ實體ノ判斷ヲ爲スモノニ非サル點ハ判決ヲ以テスル公訴棄却ノ場合ト其ノ授ヲ一ニスト雖、公訴ヲ棄却スヘキ事由明白ニシテ口頭辯論ヲ開キ判決ヲ以テスルヲ要セスト爲シタルモノニシテ、同條列記ノ事由ハ

- (一) 公訴ノ取消アリタルトキ
- (二) 被告人死亡シ又ハ被告人タル法人存續セサルニ至リタルトキ

(三) 第九條又ハ第十條ノ規定ニ依リ審判ヲ爲スヘカラサルトキ

是ナリ。右事由ニ付テハ豫審ノ場合ニ付テノ説明ヲ參照スヘシ(第三百十五條第六號乃至第八號)。
 要スルニ公訴ハ第二百九十二條所定ノ時期ニ於テ之ヲ取消スヲ得ヘク、一旦適法ノ取消アリタルトキハ訴訟ノ基本ヲ失フヘキカ故ニ該公訴ヲ棄却スヘキハ明白ナリ。又第二號ノ事由ハ公訴提起後ニ發生シタル場合ニ限り適用アルモノニシテ、死亡者ニ對シ公訴ヲ提起シタル場合ノ如キハ全然事件不成立ト爲ルモノニシテ、公訴棄却ノ決定ヲ爲スヘキモノニ非ストノ見解アレトモ之ヲ採ラス。尙第三號ノ場合ニハ受訴裁判所カ管轄權ヲ有スルモ、法律ノ規定又ハ裁判所ノ決定ヲ以テ他ノ裁判所審判ヲ爲スヘキモノナレハ公訴ヲ棄却スヘキコト明白ナリ。
 叙上公訴棄却ノ決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スヲ得シム(第三百六十五條第二項)。

第七款 裁判ノ方式

裁判ヲ爲ストキハ裁判書ヲ作ルヘク、判決書(Urteilskunde)及決定書ニ記載スヘキ共通ノ事項方式ニ關シテハ總則第六十六條乃至第七十二條ノ定ムル所ニ從フヘシ。又裁判ニハ理由ヲ附スヘキモノナレトモ、上訴ヲ許ササル決定ニハ理由ヲ附セサルコトヲ得ルコトハ既ニ第四十九

條ニ關シ説明セリ。

二三八

裁判就中判決ノ普通ノ形式ヲ示セハ、

(1) 冒頭ニ於テ判決ナルコト、被告人ノ氏名、住居、職業等人違ナラサルコトヲ明ナラシムル程度ノ記載及被告事件ノ表示ヲ爲スコトヲ要ス。

(2) 主文 (Tenor, Urteilsformel)

主文ニ於テ明示スヘキハ裁判所ノ斷案ニシテ刑ノ言渡、刑ノ免除ノ言渡等ノ裁判ト共ニ押收物ノ處分、訴訟費用ノ負擔ヲモ掲記スヘキモノトス。

(3) 理由 (Urteilsgründe)

理由トハ主文ノ根據タルヘキ事實及法令ヲ示スヘキヲ謂フ。從テ無罪、免訴、管轄違又ハ公訴棄却ノ裁判ニ付スヘキ理由ニ付テハ各場合ニ適當スル説明ヲ爲スヲ以テ足ル。例ヘハ無罪ノ判決ニハ犯罪ノ證明ナキ旨又ハ事實ノ犯罪ヲ構成セサルコトヲ示スヲ以テ十分トシ、免訴又ハ公訴棄却ノ裁判ニ於テハ第三百六十三條第三百六十四條等所定ノ事由ノ一ニ該當スル事實ヲ舉ケ、又管轄違ノ判決ニ於テハ被告事件カ受訴裁判所ノ事物又ハ土地管轄ニ屬セサルコトヲ明ニセハ可ナリ。唯有罪ノ判決ニ至リテハ特ニ嚴密ナル理由ヲ要求スルモノアリテ第三

百六十條ハ左ノ事項ヲ説明スヘキモノトス。

第一 罪ト爲ルヘキ事實

罪ト爲ルヘキ事實トハ犯罪ノ構成要素タル事實ヲ謂ヒ、犯罪ノ構成要素タル事實ニハ一般構成要素タル事實ト特別構成要素タル事實トアリテ裁判所カ犯罪ヲ認定スル以上兩要素ヲ具備スヘキハ勿論ナレトモ、一般構成要素タル事實ニ關シテハ特ニ判文ニ示ササルモ判決ノ全趣旨ニ依リテ其ノ存在ヲ推知シ得ハ足レリトスルモ、特別構成要素タル事實即チ刑罰法令ノ各本條ノ規定ニ該當スヘキ事實ハ之ヲ具體的ニ説明スルヲ要ス。

犯罪ノ日時ト場所トハ罪ト爲ルヘキ事實ニ非サルモ、其ノ日時ハ時効期間ニ影響シ又其ノ場所ハ犯罪ニ適用スヘキ法律ヲ定ムルノ標準ト爲ルト同時ニ、其ノ犯罪ノ裁判管轄ヲ定ムル根據トナルモノナレハ犯罪事實ノ摘示ニ於テ全然日時及場所ニ關スル記載ヲ缺如シタル判決ハ理由不備ノ違法アルモノト謂ハサルヘカラス。

次ニ法律上刑ノ加重減輕又ハ免除ノ事實、例ヘハ前科ノ事實、中止未遂ノ事實、心神耗弱者タルノ事實ノ如キハ犯罪事實ニ非サルモ、事實上ノ理由トシテ之ヲ示ササルトキハ法令適用ノ當否ヲ知ルニ由ナキコトトナルカ故ニ之ヲ明示スルヲ要ス。尙法律ノ定ムル事由ニ基キ裁

判所ノ裁量ヲ以テ刑ノ減輕、免除ヲ爲ス場合、例へハ自首、障礙未遂ノ事實ノ如キ亦同一ナリトス。然レトモ右ノ外裁判所ノ裁量事項タル刑ノ量定、酌量減輕ノ原因タル情狀ニ關スル事實ノ如キハ之ヲ判示スルノ要ナシ。

序ニ訴訟條件ノ存否、例へハ親告罪ニ於ケル告訴アル事實ノ如キハ犯罪事ニ非サルヲ以テ之ヲ具備セルコトヲ特ニ明示スルノ必要ナキコトヲ注意スヘシ。

大審院ハ判決シテ曰ク、有罪判決ニ説示スヘキ罪ト爲ルヘキ事實トハ犯罪ヲ構成スヘキ積極的要件タル法律事實ノ謂ニシテ、犯罪ノ成立ヲ阻却スヘキ事由ナシトスル消極的要件ヲ指稱スルモノニ非スト(大正十三年二月十五日判決)。蓋叙上ト其ノ趣旨ニ於テ異ル所ナシ。

問題ハ犯罪事實ノ具體的説示如何ニ在リ。以上説明シタル所ニヨリ被告人ハ何年何月何日某所ニ於テ云々ノ犯罪ヲ爲シタリト判示スヘキモノニシテ、具體的ト謂フモ微細ニ互リ之ヲ明記スルコトヲ要求スルモノニ非スシテ、唯其ノ認定事實ニ依リ刑罰法令ノ適用ノ當否ヲ判斷シ得ヘキ程度ニ於テ判示スルヲ以テ足ル。

第二 證據ニ依リ犯罪事實ヲ認メタル理由(Beweisgründe)。

事實ノ認定ハ證據ニ依ルヘキモノナレハ犯罪事實ニ對スル證據ヲ示スヘキモノトス。而シテ

證據理由ヲ要スルハ犯罪構成事實ニ限リ爾餘ノ事實、例へハ犯罪ノ日時、場所、前科、犯罪ノ未遂、犯罪ノ動機等犯罪ノ構成ニ影響ヲ及ホササル事實ハ之ヲ判文ニ掲クル場合ト雖、之ニ對スル證據ヲ舉クルヲ要セサルモノトシ、判例ハ夙ニ之ヲ是認セリ。又裁判上顯著ナル事實ニ付テハ證據説明ヲ要セサルハ勿論ナリトス。

而シテ證據説示ノ方法トシテ大審院ハ認定ノ因テ生シタル證據ノ内容ハ必スシモ具體的ニ之ヲ明示スルノ要ナシト雖、如何ナル證據及證據ノ如何ナル部分ニ依リ如何ナル事實ヲ認定シタルヤ判文記載ノ事實ト相俟チ其ノ内容ヲ推知シ得ヘキ程度ニ於テ之ヲ説示シ、其ノ推理判斷ノ由來スル所ヲ明確ニセサルヘカラスト爲シ(大正十三年三月二十五日判決)、又證據説明ハ判決書自體ニ依リテ證據ノ内容ヲ了知スルコトヲ得ヘキ程度ニ於テ判示スルヲ要シ、單ニ證據ノ題目ノミヲ掲ケ又ハ明文アル場合ノ外訴訟記録中ノ他ノ文書ノ記載ヲ引用シテ其ノ説示ニ代ユルコトヲ得スト爲シ(同年八月九日判決)、證據説示ニ關スル大綱ヲ宣示シ、本法施行當時ノ異論ヲ排斥シタリ。

尙證據理由ニ關シ左記判例ヲ參考スヘシ。

(1) 公判ニ於テ取調ヲ爲ササル證據書類ヲ採用シ、他ノ證據ト綜合シテ有罪ノ事實ヲ認定ス

ル判決ハ縱令他ノ證據ノミニ依テ有罪ノ事實ヲ認定シ得ヘキ場合ナリト雖仍ホ違法タルヲ免レス(大正十三年二月大判)。

(2) 一ノ犯罪事實ヲ認定スル資料トシテ判決ニ掲ケタル數個ノ證據中或一ノ證據說示ニ不備ノ點アリトスルモ、爾餘ノ證據ニ依リテ犯罪事實ヲ認定スルニ足ルニ於テハ上告ノ理由ト爲スヲ得サルモノトス(同年四月大判)。

第三 法令ノ適用

有罪判決ニハ其ノ犯罪ニ對スル刑罰法令ノ正條ヲ適用スヘキモノナリ。而シテ刑法ノ總則規定例ヘハ連續犯ニ關スル第五十五條、教唆犯ニ關スル第六十一條第一項ノ如キ、之ヲ適用シタル趣旨ノ判文上自ラ明ナル以上ハ特ニ該法條ヲ明示セサルモ擬律ノ不法アリト爲サス。尙主文ニ掲ケタル斷案即テ押收品ノ沒收、訴訟費用ノ言渡ニ對シテモ其ノ理由ヲ附スヘキハ勿論ナレトモ、訴訟法ノ適用ハ之ヲ明示スルノ要ナシトス。

第四 法律上犯罪ノ成立ヲ阻却スヘキ原由又ハ刑ノ加重減免ノ原由タル事實上ノ主張アリタルトキ之ニ對スル判斷

所謂法律上犯罪ノ成立ヲ阻却スヘキ原由トハ如何。此ノ問題ニ答フルニ先チ、犯罪構成要素

(Tatbestand)ニ付キ一言スルノ要アリ。前述ノ如ク犯罪構成要素トハ犯罪成立ニ必要ナル條件ヲ謂ヒ、之ニハ主觀的要素ト客觀的要素トアリ。又犯罪一般ノ要素ト特別要素トニ分ツヲ得ヘシ。而シテ本條第一項ハ犯罪ノ特別構成要素タル事實ノ說示ヲ要求スルニ徴スルトキハ、第二項ニ所謂法律上犯罪ノ成立ヲ阻却スヘキ事由トハ犯罪ノ特別構成要素タル事實存スル場合ニ於ケル法律ノ規定ニ基ク主觀的不論罪原因(刑法第三十九條第一項第四十一條ノ如キ責任無能力)、及客觀的不論罪原因(法令又ハ正當業務行爲、正當防衛、避難行爲ノ如シ)ヲ指稱スルモノト解スヘシ。

次ニ法律上刑ノ加重減免ノ原由トハ刑ノ裁量ノ標準トナルヘキ犯罪ノ動機其ノ他ノ情狀以外ノ事實ニシテ、其ノ事實存在スルニ於テハ刑ヲ加重減輕又ハ免除スヘキモノト法律カ特ニ規定シタル事由ヲ指稱スルモノナリ(大正十三年三月大判)。從テ例ヘハ中止犯タル事實ヲ陳述スルハ法律上刑ノ減免ノ原由タル事實上ノ主張ニ該當ス。

叙上ノ定義ニ依リ單純ナル犯罪事實ノ否認ハ法律上犯罪成立ノ阻却事由タラス。又故意犯ニ於ケル犯意ノ否認亦結局犯罪ノ特別構成要素タル事實ノ否認ニ歸スルヲ以テ單純ナル犯罪事實ノ否認ト同一ナリトハ判例ノ存スルトコロナリトス。此點ニ關シ左記判例ヲ參照スヘシ。

約束手形偽造事件ニ於ケル作成名義人承諾ノ主張ハ、要スルニ有價證券偽造罪ノ構成要素ノ欠缺ヲ理由トシテ犯罪ノ不成立ヲ論スルニ歸スルヲ以テ、第三百六十條第二項ノ法律上犯罪ノ成立ヲ阻却スヘキ原由タル事實上ノ主張ニ該當セス(大正十四年五月大判)。

次ニ自首ノ事實ノ主張ハ同第三百六十條第二項所定ノ主張ニ該當セス。蓋同條項規定ノ趣旨ハ法律上特定ノ事實アル場合ニ必然刑ノ減免ヲ爲スヘキ場合ニ限り法律上刑ノ減免ヲ爲スコトヲ得ル旨ヲ定メテ之ヲ爲スト否トヲ裁判所ノ裁量ニ委ネタル場合ハ之ニ該當セサレハナリ(大正十四年三月大判)。

檢事カ被告人ノ犯罪カ心神耗弱中ノ行爲ナルヲ以テ、法定ノ減輕ヲ爲スヘキモノナル旨ヲ陳述スレハ第三百六十條第二項ノ法律上刑ノ減免ノ原由タル事實ノ主張ヲ爲スモノニシテ、其ノ陳述カ證據調終了後事實及法律ノ適用ニ付キ意見ヲ述フル場合ニ在リタルト否トニ依リ性質ヲ異ニスルモノニ非ス(大正十四年三月大判)。

刑ノ執行猶豫ヲ與フヘキ事由アリトノ主張ハ法律上刑ノ減免ノ原由タル事實上ノ主張ニ該當セス。蓋右主張ハ單ニ刑ノ裁量ノ標準トナルヘキ情狀ニ關スル主張ニ外ナラサレハナリ(大正十五年七月大判)。

又從犯ト正犯トハ其ノ態様ヲ異ニスルカ故ニ苟モ判決ニ於テ正犯タル認定ヲ爲ス以上ハ自ら從犯タルコトヲ否認シタルコト明ニシテ、其ノ以外ニ特ニ正犯ナリヤ否ノ判斷ヲ示スノ要ナシ。故ニ從犯タルコトヲ原由トシテ刑ノ減輕ヲ主張スルハ畢竟正犯タル事實ヲ否定スルニ外ナラスシテ、第三百六十條第二項ニ所謂法律上刑ノ減免ノ原因タル事實上ノ主張ニ該當セス(大正十五年九月大判)。

然リ而シテ第三百六十條第二項所定ノ事實上ノ主張アリタルトキハ之ニ對スル判斷ヲ示ササルヘカラス。即チ斷定ヲ示スヲ以テ足り必スシモ之カ理由ヲ說示スルヲ要セスト爲スヲ通説トス。

第八款 區裁判所ニ於ケル裁判ノ方式ニ關スル特例

第三百六十一條ニ依レハ區裁判所ニ在リテハ上訴ノ申立ナキ場合、又ハ判決宣告ノ日ヨリ七日内ニ判決書ノ謄本ノ請求ナキ場合ニ於テ判決主文並ニ罪ト爲ルヘキ事實ノ要旨及適用シタル罰條ヲ公判調書ニ記載セシメ、之ヲシテ判決書ニ代フルコトヲ得トアリ、從テ上訴ヲ爲シタル時又ハ判決宣告ノ日ヨリ七日以内ニ判決書ノ謄本ノ請求アリタルトキハ正規ノ判決書ヲ作成セサ

ルヘカラス。畢竟スルニ手續ノ簡便ヲ計リ能率ヲ高ムルノ趣旨ニ出テタルモノナレハ、必スシモ上訴セサルコト若ハ七日ノ經過ヲ待タスシテ右ノ判決調書ヲ作成スルヲ妨ケス。右特例ハ獨リ有罪判決ノ場合ニノミ限ラルルヤ將タ又無罪其ノ他ノ罪ノ判決モ之ニ倣フヲ得ルヤ、叙上ノ立法ノ趣旨ニ照セハ有罪判決ノ場合ニ限ルヘキモノニ非スト解スヘシ。

第九款 判決ノ告知

裁判ノ告知ハ第五十條ニ依ルモノニシテ、判決ハ辯論終結ノ後宣告ニ依リ告知スヘク判決ノ宣告ヲ爲スニハ裁判長ハ主文及理由ヲ朗讀シ又ハ主文ノ朗讀ト同時ニ理由ノ要旨ヲ告クヘキモノナリ(第五十一條)。而シテ判決宣告期日ニハ被告人ノ在廷ヲ必要トセサルコト前述ノ如ク、上訴期間ハ宣告ノ翌日ヨリ起算スヘキモノトス。

裁判長ハ有罪ノ判決ヲ告知スル場合ニハ被告人ニ對シ上訴期間及上訴申立書ヲ差出スヘキ裁判所ヲ告知スヘシ(第三百六十九條)。是ハ被告人カ法規ニ適セサル爲上訴期間及上訴申立書ヲ差出スヘキ裁判所ヲ誤リ、上訴權ヲ喪失スルカ如キコト勿カラシメントスルニ在リ。從テ若シ之カ告知ヲ爲ササルトキハ上訴期間ヲ經過セシメサルモノト解スヘキナリ。但シ上訴期間等ヲ告知セ

サリシ場合ト雖、被告人ニ於テ法定期間内ニ適法ナル上訴申立書ヲ差出シタルトキハ之ヲ以テ判決破毀ノ理由ト爲スコトヲ得ス。蓋右告知ノ有無ハ被告人ニ何等ノ害ヲ及ホスモノニ非サレハナリ。

次ニ第三百七十條ハ裁判長カ判決ノ告知ヲ爲シタル後被告人ニ對シ將來ヲ戒ムル爲適當ナル訓諭ヲ爲スコトヲ得ヘキヲ定メタリ。是ハ判決ノ效果ヲシテ一層意義アラシメンカ爲ノ訓示規定ナリトス。

第十款 公判裁判ノ勾留ニ關スル效力

被告人ノ勾留ハ其ノ取消、期間ノ經過等勾留狀ノ效力消滅セサル以上ハ公判ノ裁判確定ニ至ル迄持續スヘキモノニシテ、判決ヲ以テ自由刑ヲ言渡シ、執行猶豫ヲ附セサル以上ハ其ノ確定ト共ニ其ノ刑ヲ執行スヘク放免ノ問題ヲ生セサルコト明ナリ。

之ニ反シテ無罪、免訴、刑ノ免除、刑ノ執行猶豫、公訴棄却、管轄違、罰金又ハ科料ノ言渡ヲ爲シタルトキハ勾留セラレタル被告人ニ對シテハ別段ノ裁判ヲ爲サスシテ當然放免ノ言渡アリタルモノトス。故ニ右裁判確定スルトキハ直ニ被告人ヲ釋放セサルヘカラス。學者或ハ裁判ノ

確定ヲ待タスシテ言渡ト同時ニ放免ノ効アルモノノ如ク論スルモノアレトモ、次ニ説明スヘキ押收物ノ處分ト對照セハ、裁判確定セサルニ拘ラス獨リ勾留ノミ其ノ効力ヲ失フモノト爲スハ非ナリ。

但シ公訴棄却又ハ管轄違ノ言渡ヲ爲ス場合ニ於テハ其ノ裁判所ノ檢事ハ更ニ再起訴ヲ爲シ、又ハ管轄裁判所ノ檢事ニ事件ヲ送致スル場合アルヲ以テ、之カ必要ニ應スル爲裁判所ハ右ノ言渡ト同時ニ前ニ發シタル勾留狀ヲ存シ、又ハ新ニ勾留狀ヲ發スルコトヲ得ルコト爲セリ（第三百七十一條第一項第二項）。然ルニ三日内ニ檢事カ公訴ヲ提起セス、又ハ管轄裁判所ノ檢事ニ事件ヲ送致セサルトキハ別段ノ裁判ヲ待タスシテ檢事ハ直ニ被告人ヲ釋放スヘク、又被告事件ノ送致ヲ受ケタル檢事其ノ送致ヲ受ケタル時ヨリ五日内ニ公訴ヲ提起セサルトキ亦同一ナリトス（同條第三項）。問題ハ前記三日ノ期間ノ起算點ニシテ、即チ言渡ノ確定後三日ナリヤ否ニ在リ。既ニ勾留カ裁判ノ確定迄ハ有效ナリトスル以上三日ノ起算點モ言渡ノ確定後ナルコト多ク説明スルノ要ナシ。

第十一款 公判裁判ノ押收ニ關スル効力

押收モ還付ノ裁判無キ限り公判ノ裁判確定ニ至ル迄其ノ効力ヲ持續スヘシ。而シテ押收物ニ付キ沒收ノ言渡ナキトキハ當然押收ヲ解ク言渡アリタルモノトシ、裁判確定ト同時ニ檢事ハ還付處分ヲ爲ササルヘカラス。但シ公訴棄却又ハ管轄違ノ言渡ヲ爲ス場合ニ於テハ被告人ノ勾留ニ付キ述ヘタル趣旨ニ基キ、押收ヲ存續スルコトヲ得テ裁判中ニ押收存續ノ旨ヲ記載スヘク、其ノ存續ヲ爲シタルニ拘ラス裁判確定後三日内ニ檢事カ公訴ヲ提起セス、又ハ管轄裁判所ノ檢事ニ事件ヲ送致セサルトキハ檢事ハ其ノ押收ヲ解クヲ要シ、又被告事件ノ送致ヲ受ケタル檢事五日内ニ公訴ヲ提起セサルトキ亦然リトス（第三百七十二條）。

次ニ押收シタル贓物ニ關スル第三百七十三條第一項ヲ説明セン、贓物トハ不法ニ領得セラレタル物ニシテ、被害者ニ於テ返還ヲ請求シ得ヘキ物ヲ稱スルコトハ學說判例ノ一致スルコロニシテ、其ノ領得行爲カ法律行爲トシテ單ニ取消シ得ヘキモノナルトキト雖、其ノ物ハ贓物タル性質ヲ有ス。而シテ押收物ニシテ贓物ナルモ別段ノ言渡ナキ以上ハ之ヲ差出人ニ還付セサルヘカラスシテ、被害者ハ私訴又ハ民事訴訟ニ依リ之カ取戻ノ方法ヲ講スル外ナキモノナリ。斯ノ如キハ被害者ヲ保護スルニ足ラサルカ故ニ押收シタル贓物ニシテ被害者ニ還付スヘキ理由明白ナルモノ、例ヘハ強盜盜ノ贓物ニシテ犯人ノ手ニ在ル物ノ如キハ之ヲ被害者ニ還付スル言渡ヲ

爲スヘキモノトシタリ。右還付ノ言渡ハ判決ノ一部ヲ成スモノニシテ刑法施行法第六十一條ハ本條ニ依リ變更セラレタルモノトス。加之贓物ノ對價トシテ得タル物ニ付キ被害者ヨリ交付ノ請求アリタルトキ亦同シ(同條第二項)。贓物ノ對價トシテ得タル物トハ贓物ヲ賣買交換等有償ノ處分ヲ爲セル場合、之カ對價トシテ得タル金錢其ノ他ノ物ヲ謂ヒ、夫ノ盜贓品タル預金通帳ニ依リ銀行ヨリ引出シタル金錢ノ如キハ贓物ノ對價ト爲スニ妨ケサルナリ。

又第六十六條第二項ニ依リ假リニ還付シタル物ニ付テハ裁判所別段ノ言渡ヲ爲ササルトキハ還付ノ言渡アリタルモノトシ、一々判決中ニ之カ處分ヲ爲スノ煩ヲ避ケタリ(同條第三項)。

以上贓物又ハ其ノ對價並ニ假還付物ニ關スル處分ハ、民法上ノ法律關係ヲ確定スルモノニ非サルカ故ニ、其ノ物ニ對スル利害關係人ハ民事訴訟法ノ手續ニ從ヒ其ノ權利ヲ主張スルヲ得ヘシ(同條第四項)。

第五節

刑ノ執行猶豫取消ノ裁判並併合罪中大赦ヲ受

ケサル罪ノ刑及累犯加重ノ刑ヲ定ムヘキ裁判

刑ノ執行猶豫ノ言渡ヲ取消スヘキ場合ハ刑法第二十六條ノ規定スルトコロニシテ、此ノ場合ニ

於テハ刑ノ言渡ヲ受ケタル者ノ所在地又ハ最後ノ住所地ヲ管轄スル區裁判所ノ檢事其ノ裁判所ニ請求スヘク、此ノ請求アリタルトキハ裁判所ハ被告人又ハ其ノ代理人ノ意見ヲ聽キ決定ヲ爲スヘシ。此ノ決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得(第三百七十四條)。即チ公判ヲ開カスシテ決定ニ依ルヘキモノナレハ節ヲ改メタリ。而シテ刑法第五十六條ハ本條ニ依リ變更セラレタルコトハ勿論ナリ。

次ニ刑法第五十二條又ハ第五十八條ニ依リ併合罪中大赦ヲ受ケサル罪ニ付キ刑ヲ定ムル場合、又ハ裁判確定後再犯者タルコトヲ發見シタルトキ加重スヘキ刑ヲ定ムル場合ニハ、其ノ犯罪事實ニ付キ最終ノ判決ヲ爲シタル裁判所ノ檢事其ノ裁判所ニ請求スヘク、右請求アリタルトキハ裁判所ハ被告人又ハ其ノ代理人ノ意見ヲ聽キ決定ヲ爲スヘシ。此ノ決定ニ對シテモ即時抗告ヲ爲スコトヲ得(第三百七十五條)。而シテ公判ヲ開カスシテ其ノ決定ヲ爲スヘキハ刑ノ執行猶豫ノ取消ノ場合ト同シ。尙刑法施行法第五十三條カ本條ニ依リ廢止セラレタルコトハ多言ヲ要セス。

第三編 上 訴 (Rechtsmittel)

第一章 通 則

第一節 上訴ノ意義

上訴ハ未タ確定セサル裁判ヲ攻撃シテ上級裁判所ニ之カ更正ヲ求ムル救済方法 (Rechtsbehelf) ナリ。

然レハ確定裁判ニ對スル救済方法タル再審及非常上告ハ上訴ニ非ス。而シテ上訴方法 (Rechtsmittel) ニハ控訴、上告及抗告ノ三種アリテ、控訴及上告ハ判決ニ對スル上訴方法ナリ、就中控訴ハ第一審判決ニ對スル上訴方法ニシテ、控訴手續ハ即第二審手續タリト雖、上告ハ第二審判決ニ對スル上訴方法タルヲ原則トシ、此ノ場合ノ手續ハ第三審手續ナルハ勿論ナレトモ、第一審判決ニ對シ控訴ヲ爲サスシテ爲ス上告ノ場合ニ在リテハ然ラサル點ヲ注意スヘキナリ。抗告ハ専ラ裁判所ノ決定ニ對シテ爲ス上訴方法ナリ。

其ノ他ノ裁判ニ對スル不服ノ申立ニ付テハ之ヲ上訴ト稱セサレトモ之ニ對スル救済ヲ規定シ之ヲ抗告ノ章下ニ置ケリ、學者之ヲ準抗告ト名ツク（第四百七十條）。

之ヲ要スルニ再審及非常上告ハ確定セル判決ノ存在ヲ前提トスルモノニシテ、其ノ前提トスル手續トハ彼此訴訟手續ヲ異ニスレトモ、上訴ハ同一訴訟手續ノ進展ニ於ケル段階ヲ成スモノニシテ其ノ手續繫屬中ハ裁判ノ確定ヲ見サルモノトス。

次に上訴ハ上級裁判所ノ裁判ヲ求ムル救済方法ナルカ故ニ、夫ノ上訴權回復ノ請求ノ如キ救済方法ト其ノ性質ヲ異ニス。

第二節 上訴ノ效力

上訴ノ效力ハ分チテ二トス。

其ノ一ハ移○審○ノ○效○力○(Devolutiv-effekt)ニシテ、上訴ヲ爲スト共ニ事件ハ原裁判所ノ繫屬ヲ離レテ上級裁判所ニ繫屬スルヲ謂フ。固ヨリ之ハ適法ナル上訴ノ成立ヲ條件トスルモノニシテ、上訴不適法ナルトキハ該效力ヲ生セサルハ明ナリ。

其ノ二ハ確○定○力○停○止○ノ○效○力○(Suspensiv-effekt)ナリ。即上訴ハ前述ノ如ク確定セサル裁判ノ更正ヲ

求ムル方法ナルカ故ニ、上訴アリタルトキハ其ノ確定力ヲ停止セララルヘキハ當然ノ論結ニシテ此ノ效力ハ確定力停止ノ效力トハ稱スルナリ。然リ而シテ此ノ效力ハ多クノ場合ニ於テ原裁判ノ執行停止ノ效力(Aufschiebung der Vollziehung)ヲ伴フモ、上訴アルニ拘ラス原裁判ノ執行停止ノ效力ヲ生セサル場合アリテ、之ハ法律中特ニ規定セルヲ以テ參照スヘシ（第四百六十一條）。

第三節 上訴權 (Rechtsmittelrecht)

刑事訴訟法ハ上訴ヲ以テ當事者ノ權利ト認メタルコト疑ナシ、之ヲ上○訴○權○ト云フ。即第三百七十六條ハ「上訴ハ檢事又ハ被告人之ヲ爲スコトヲ得」ト規定シタル所以ナリ。蓋檢事ハ公益ノ代表者トシテ瑕疵アル裁判ヲ攻撃スルノ手段ヲ行フヘク、被告人ハ自己ノ利益擁護ノ爲自己ニ不利ナル判決ニ對シ不服ノ申立ヲ許スヘキモノナレハナリ。然リ而シテ上訴權ハ上訴裁判所ニ對スル訴訟法上ノ權利ニシテ原裁判所又ハ訴訟ノ對手人ニ對シテ存スル權利ニ非サルコトヲ注意スヘク、上訴裁判所ハ上訴ノ申立ニ因リ審判ノ權利ヲ有シ義務ヲ負フモノトス。

第四節 上訴權ノ主體

上訴權ノ主體左ノ如シ。

第一 檢 事

檢事カ當事者トシテ上訴權ヲ有スルコトハ前述ノ如ク、蓋其ノ地位タルヤ刑事ニ付法律ノ正當ナル適用ヲ請求スヘキモノナレハ（裁判所構成法第六條）、裁判ニシテ其ノ當ヲ失スルニ於テハ其ノ瑕疵ヲ理由トシ被告人ノ不利益ノ場合ハ勿論其ノ利益ノ爲ニモ上訴ヲ爲シ原裁判ノ更正ヲ求ムルヲ得シムルヲ當然トスレハナリ。舊○刑事訴訟法第二百四十二條第二項ハ「檢事ハ被告人ノ利益ノ爲ニ上訴ヲ爲スコトヲ得」ト規定シ、同第二百六十五條第二項ハ「被告人ノ利益ノ爲檢事ヨリ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得ス」ト規定シタリト雖、現行刑事訴訟法ハ之ニ該當スル規定ナシ。是ニ於テ乎檢事ハ被告人ノ利益ノ爲ノ上訴ヲ爲スヲ得サルヤノ疑ヲ生スルカ如シト雖、上叙ノ檢事ノ地位ニ鑑ミナハ檢事ニ於テ被告人ノ利益ノ爲ニモ上訴ヲ爲スコトヲ得ヘキハ勿論ニシテ、特別ノ規定ヲ要セサルモノト爲シタルモノト解スヘシ。唯斯ノ如ク檢事カ被告人ノ利益ノ爲ニ上訴ヲ爲シタル場合ニハ裁判所ハ原判決ノ刑ヨリ重キ刑ヲ言渡スコトヲ得サルヤ否カ第四百四條、第四百五十二條ニ關連スル一問題ナリト謂フヘシ。

學者或ハ舊法ト同一見解ヲ採リテ所謂不利益變更ヲ許サスト爲スモノアリト雖、本來上訴ハ原裁判ノ更正ヲ求ムルニ在ルカ故ニ、法律ニ別段ノ規定ヲ存セサル以上ハ上訴裁判所ハ職權ヲ以テ事實ヲ認定シ之ニ適當スル刑ヲ科スヘキハ當然ニシテ、本法カ舊法ノ規定ヲ削除シタル所以ノモノハ上訴裁判所ヲシテ檢事ノ上訴理由ニ拘束セラルルコトナク、同シク公益上ノ見地ヲ以テ適當ノ判決ヲ爲スヘキモノトシタルニ外ナラサルナリ。此ノ意味ヨリ檢事カ被告人ノ利益ノ爲ニ控訴シタル場合ニ上訴裁判所ハ不利益變更ノ制限ヲ受ケサルモノト解スヘシ。

第二 被告人

被告人ハ自己ノ利益ノ爲ニ上訴權ヲ有スルコト前述ノ如シ。然レハ自己ニ不利益ナル上訴ハ之ヲ爲スノ權利ヲ有セサルモノニシテ、若シ斯ル不利益ナル上訴ヲ爲サン乎、不適法トシテ棄却セラルヘシ。

茲ニ所謂利益又ハ不利益 (Beschwer) トハ法律上定メララル客觀的標準ニ依ルモノヲ指シ、當事者カ自己ニ感スル主觀的事情ニ依リ定ムルモノトハ別物ナリ。而シテ客觀的標準ハ判決主文ニ依リ定マルモノニシテ、判決ノ理由ヲ以テ決スヘキニ非ス。然レハ犯罪ノ證明十分ナラス若ハ犯行當時被告人心神喪失ノ故ヲ以テ、無罪ノ判決アリタル場合ニ所爲罪ト爲ラストノ理由ヲ以

テ該判決ヲ攻撃スルヲ得サルモノトス。要之、無罪、免訴、管轄違、公訴棄却等ノ判決ハ原告ニ對シテハ不利益ニシテ被告人ニ對シテハ利益ナリ、又有罪ノ判決ハ原告ニ對シテハ利益ニシテ被告人ニ對シテハ不利益ナルモ其ノ刑輕キニ失スルトキハ原告ニ對シテハ同シク不利益ナルカ故ニ、被告人ハ其ノ刑輕キニ失ストノ理由ヲ以テ上訴ヲ爲スコトヲ得サルナリ。

次ニ檢事ノ上訴權ト被告人ノ上訴權トハ互ニ相獨立スルヲ以テ上訴期間ノ起算點等モ互ニ獨立スルコト多言ヲ要セサルトコロナリトス。

第三 被告人ノ法定代理人、保佐人又ハ夫

第三百七十八條ハ被告人ノ法定代理人、保佐人又ハ夫ハ被告人ノ爲獨立シテ上訴ヲ爲スコトヲ得ヘキ旨ヲ規定シ、舊法カ單ニ法律上代理人ニ限リ此ノ權利ヲ付與シタルヲ狹キニ失ストシテ改メタリ。法定代理人等ノ意義ハ民法ノ定ムル所ニ從フヘキハ勿論ニシテ、此等ノ者ノ上訴ハ被告人ノ意思如何ニ拘ラス獨立ノ上訴ナルカ故ニ、被告人上訴ヲ爲シタル場合ニ於テモ其ノ效力ヲ有シ、被告人上訴權ヲ喪フモ其ノ效力存續スヘシ。唯注意スヘキハ此等ノ者ノ上訴權ト被告人ノ上訴權トハ上叙ノ如ク別異ノモノナレトモ孰レモ被告人ノ爲ハ上訴タル點ハ同一ナリ、從テ檢事ノ場合ト異ナリ上訴期間ノ起算點カ同一ニシテ、上訴審ニ於ケル當事者ハ被告人本人

ニシテ法定代理人等ニ非ス。蓋被告人及法定代理人ヨリ各適法ナル上訴アリタルトキハ互ニ相合體シ、又法定代理人ノミノ上訴アリタル場合ト雖、被告人自ラ當事者即上訴申立人タル地位ヲ有スルニ至ルノモノニシテ、畢竟スルニ法定代理人ノ上訴モ亦被告人ノ爲其ノ上訴ヲ實行スルニ過キスシテ、唯之ヲ實行スルニ付被告人ノ意思ヲ問ハス、自己固有ノ權利トシテ之ヲ爲シ得ルニ止マレハナリ。

第四 原審ニ於ケル代理人又ハ辯護人

原審ニ於ケル代理人又ハ辯護人ハ被告人ノ爲上訴ヲ爲スコトヲ得、但シ被告人ノ明示シタル意思ニ反スルコトヲ得ス(第三百七十九條)。即辯護人ハ獨立ノ上訴權ヲ有スルモノニ非スシテ、唯被告人ノ上訴權ヲ行使スルニ過キスト解スヘキモノナリ。從テ斯ル代理人又ハ辯護人ハ被告人ノ明示シタル意思ニ反シタル上訴ヲ爲スヲ得サルノミナラス、其ノ上訴ハ被告人ノ上訴ト期間ノ起算ヲ同フシ、辯護人ノ上訴後被告人更ニ上訴ヲ爲シ又ハ被告人ノ上訴後辯護人更ニ上訴ヲ爲シタルトキハ、孰レモ兩個ノ上訴ハ相合體シ、代理人又ハ辯護人ノ爲シタル上訴ハ被告人ニ於テ之ヲ取下クルヲ得ヘキモ、辯護人ハ被告人ノ上訴ハ勿論自己ノ爲シタル上訴ト雖之ヲ取下クルコトヲ得ス。

然レハ被告人カ上訴ノ取下ヲ爲シタルトキハ其ノ上訴權ハ消滅スルヲ以テ原審ニ於ケル辯護人ハ被告人ノ爲上訴ヲ爲スコトヲ得サルモノトス（大正十三年四月二十八日大判）。

次に上訴ヲ爲スコトヲ得ル原審辯護人ハ訴訟カ原審ニ繫屬セル時ニ於テ辯護人タリシ者ニ限ルモノナルコトハ我大審院ノ判例トシテ認ムル所ナリ（大正十四年九月二十九日大判）。即訴訟カ裁判ノ宣告ニ因リ其ノ審級ヲ離脱シタル後ニ於テ辯護届ヲ提出シタル者ノ如キハ原審ニ於ケル辯護人ト云フヲ得ス。唯問題ハ所謂原審ニ於ケル辯護人トハ原審ノ審理ニ關與シタルコトヲ要スルカ將タ辯護届ヲ差出シタルニ止マリ辯護ノ任ニ當ラサリシ者ヲモ包含スルカ否ニ在リ。反對說ノ根據ハ辯護人ニシテ審理ニ關與セザランカ事件ノ内容ヲ知悉セサルヲ以テ、上訴ノ適否ヲ精確ニ判斷スルコトヲ得サルコト多ク辯護人タル實ナキヲ以テ、上訴ヲ爲スヲ得スト云フニ在レトモ、苟モ辯護人タル以上事實審理ニ關與シタルト否トヲ問ハス其ノ審級ニ於テ爲サレタル判決ニ對シ上訴ヲ爲スヲ妨ケストスル說ヲ採用セントス。

次に原審ニ於ケル代理人ノ意義ニ關シテハ多ク言フヲ要セス、第三百三十一條ヲ參照スヘシ。又原審ニ於ケル輔佐人ハ法定代理人、保佐人又ハ夫ノ資格ニ於テハ上訴權ヲ有スルコト前述ノ如シト雖、輔佐人タル資格ニ於テハ之ヲ有セス、從テ法定代理人、保佐人又ハ夫以外ノ者ニシ

テ原審ニ於テ輔佐人タリシ者ハ上訴權ヲ有セサルモノトス、但反對ノ學說アリ。

更ニ注意スヘキハ原審ニ於ケル辯護人ハ上記ノ如ク上訴ヲ爲スコトヲ得ルモ、上訴審ニ於テ辯論ヲ爲スニハ更ニ選任ヲ受クルヲ要スルノ點ニシテ、是レ刑事訴訟法第四十一條ニ依リ辯護人ハ審級毎ニ選任スヘシトアルニ徴シ疑ヲ容レサルトコロナリ。

尙委任代理ニ依ル上訴申立ハ刑事訴訟法ノ認メサルトコロナルコトヲ注意スヘシ、是レ畢竟刑事訴訟法ニ在リテハ訴訟行爲ノ正確ヲ保障スル爲法律ハ特ニ例外規定ヲ設ケサル限リ代理行爲ヲ許ササルヲ原則トスレハナリ。

此ノ點ニ關シ參照スヘキ判例アリ、即原審辯護人カ被告人ノ爲ニ控訴スルニ當リ其ノ申立書ニ被告人ノ代理人トシテ之ヲ爲ス旨ヲ記載シ其ノ委任狀ヲ添附スルモ上訴ノ效力ヲ妨ケス（大正十四年十一月十三日大判）。

第五 檢事又ハ被告人ニ非サル者ニシテ決定ヲ受ケタル者

訴訟當事者ニ非スシテ公訴訴訟手續中決定ヲ受ケル場合アリ、例ヘハ證人、鑑定人等カ過料及費用賠償ノ言渡ヲ受ケル場合（第九十條、第二百十條、第二百二十八條、第二百三十六條）被告人ニ非スシテ訴訟費用ノ負擔ヲ命セラレタル場合（第二百四十三條）等ノ如シ。此等ノ場合ニ於テハ其ノ決定ヲ受

ケタル者ハ上訴權ヲ有スルモノトス(第三百七十七條)、而シテ其ノ上訴ハ抗告ナリトス。

第五節 上訴ノ範圍

上訴ハ裁判ノ全部ニ對シ之ヲ爲スヲ原則トスレトモ其ノ一部ニ對シテモ之ヲ爲スコトヲ得、而シテ其ノ部分ヲ限ラサルトキハ裁判ノ全部ニ對シテ爲シタルモノトス(第三百八十條)、唯裁判ハ如何ナル範圍ニ於テ之ヲ分割シテ其ノ一部ニ對シ上訴ヲ爲シ得ルヤハ攻究ヲ要スル問題ナリ。然レトモ數人ノ被告人ニ對シ形式上一個ノ裁判アリタル場合ニハ各被告人カ自己ニ關スル部分ニ對シ上訴ヲ爲シ得ルコトハ勿論ナリ、又同一被告人ニ對スル一個ノ犯罪ニ對スル裁判ニ付之ヲ分割シテ其ノ一部ニ對シ上訴ヲ爲シ得サルコトモ極メテ明瞭ナリ、又事實ノ認定、刑ノ量定及法律ノ適用ヲ分離シテ上訴ヲ爲スヲ得サルハ勿論ナリ。斯ノ如キ場合ニ其ノ一部ヲ指摘シテ上訴ヲ爲シタリトスルモ、是レ裁判全部ニ對スル上訴トシテ處理セラレ上訴裁判所ハ其ノ全部ニ付審判ヲ爲スヘキモノナリ。從テ裁判ノ一部ニ對シテ上訴ヲ爲シ得ヘキ場合ハ其ノ部分カ他ノ部分ト分離シテ確定スルコトヲ得ル場合ニ限ルト云ハサルヘカラス。然レハ併合罪ニ非サル數罪又ハ併合罪タル數罪ニ對シ刑ヲ併科スル場合ノ如キハ各罪ニ對スル部分ヲ限リ上訴ヲ爲スコト

ヲ得ヘキモ、併合罪トシテ一個ノ刑ヲ言渡サレタルトキハ之ヲ分割シテ上訴ヲ爲スコトヲ得サルモノトス。但シ併合罪トシテ公訴ノ提起アリタル場合ニ於テ有罪ノ判決ヲ受ケタルモノト無罪ノ判決ヲ受ケタルモノトアルトキハ、有罪ノ部分ニ對シ上訴ヲ爲スヲ得ルハ學說ノ一致スルトコロナレトモ、無罪ノ部分ノミニ對シ上訴ヲ爲シ得ヘキヤニ付學說上爭アリ、蓋無罪部分ノミニ對シ上訴ヲ爲スヲ得ルノ結果上訴審ニ於テ該部分ニ付有罪ノ判決ヲ爲スニ於テハ併合罪ニ對シ二個ノ刑ヲ科スルノ結果ヲ見ルヘケレハナリ。然レトモ併合罪ト雖同一訴訟手續ニ於テ審判スルコトナキトキハ、各別ニ刑ヲ科スルヲ得ヘキハ刑法第五十條ニ照ラシ疑ナキカ故ニ、既ニ有罪部分ノミニ對スル上訴ヲ認ムル以上無罪部分ノミニ對スル上訴モ亦之ヲ是認スルヲ可トス。之ニ牽連スル參考判例ヲ示サンニ

(一) 第一審裁判所ニ於テ併合罪ノ一部ニ對シ有罪ノ言渡ヲ爲シ、他ノ一部ヲ無罪ト爲シタル場合ニ於テ、被告カ其ノ有罪ノ判決ニ對シ上訴ヲ爲シタルモ檢事ヨリ上訴ノ申立ナキトキハ無罪ノ部分ハ第二審裁判所ノ審理範圍ヨリ脫離スルモノトス(大正十五年十月二十六日大判)。

(二) 懲役刑ニ該ル甲乙丙被告事件カ併合罪ノ關係ニ在ルモノトシテ起訴セラレ第二審裁判所ハ甲被告事件ニ對シ無罪、乙被告事件ニ付有罪ノ判決ヲ爲シ兩事件ニ對シテ上告申立アリタ

ル場合ニ於テ、上告審カ甲被告事件ニ付無罪ノ言渡ヲ爲シタル第二審判決ハ重大ナル事實ノ誤認アルコトヲ疑フニ足ルヘキ顯著ナル事由アルモノト認メタルトキハ、甲乙丙被告事件ニ付事實ノ審理ヲ爲スヘキ旨ノ決定ヲ言渡スヘキモノトス（大正十四年十二月二十二日大判）。
 次ニ訴訟費用ノ裁判ニ對シテハ第二百四十二條ニ依リ本案ノ裁判ニ付上訴アリタル場合ニ限り不服ヲ申立ツルコトヲ得ト規定シタルカ、押收ニ係ル贖物ノ還付言渡ノ如キ附隨ノ處分ニ付テモ之ト同一ニ解スヘシ。
 最後ニ一言スヘキハ上訴裁判所ノ審判ノ範圍ハ上訴申立ノ範圍ニ限ラルルヲ以テ上訴裁判所ハ此ノ範圍ヲ超エテ審判ヲ爲スヲ得サルコト是レナリ。

第六節 上訴ノ提起

(一) 上訴提起ノ方式

上訴ハ法律上ノ方式ニ從ヒ提起スルコトヲ要スルモノニシテ、即上訴ヲ爲スニハ原裁判所ニ其ノ申立書ヲ差出シ其ノ書面カ法定期間内ニ到達スルヲ要ス（第三百九十六條、第四百十九條、第四百六十六條）。監獄ニ在ル被告人上訴ヲ爲スニハ監獄ノ長又ハ其ノ代理者ヲ經由シテ申立書ヲ差出スヘシ、

Recht ist Recht

此ノ場合ニ於テ上訴ノ提起期間内ニ申立書ヲ監獄ノ長又ハ其ノ代理者ニ差出シタルトキハ、裁判所ニ到達セルハ上訴期間經過後ナリトスルモ上訴ノ提起期間内ニ上訴ヲ爲シタルモノト看做ス。而シテ被告人自ラ申立書ヲ作ルコト能ハサルトキハ、監獄ノ長又ハ其ノ代理者ハ之ヲ代書シ又ハ所屬吏員ヲシテ之ヲ代書セシムヘク、監獄ノ長又ハ其ノ代理者ノ原裁判所ニ申立書ヲ送付シ且之ヲ受取リタル年月日時ヲ通知スヘキモノトス（第三百九十一條）。
 以上説明スル如ク上訴ヲ爲スニハ申立ノ書面ヲ以テスヘク、電報又ハ電話ヲ用フルコトハ法ノ認メサル所ニシテ其ノ書面ノ方式ニ付テハ第七十一條以下第七十四條ニ從フヘシ。
 尙方式ニ關シ左ノ判例ヲ注意スヘシ。

控訴申立人カ控訴申立書ノ宛名ニ控訴裁判所ヲ表示セスシテ原裁判所ヲ表示スルモ之ヲ原裁判所ニ提出スル以上ハ控訴申立ノ效力ヲ生ス。

監獄ニ在ル被告人控訴ヲ爲スニ當リ控訴申立書ヲ控訴期間内ニ原裁判所ニ提出シタルトキハ法定ノ機關ヲ經由セサル場合ト雖其ノ申立ハ有效ナリ（大正十五年五月二十六日大判）。

更ニ附加スヘキハ附帶控訴又ハ附帶上告ノ申立ニ關スル特例ナリ。後ニ説明スル如ク刑事訴訟法ハ控訴裁判所ノ檢事ハ辯論ノ終結ニ至ル迄附帶控訴ヲ爲スコトヲ得ル旨ヲ定メ（第三百九十九

條)、舊法ノ如ク第一審裁判所ノ檢事並ニ被告人ノ附帶控訴ヲ認メス、又附帶上告ニ付テハ第四百二十四條ヲ以テ上告ノ對手人ハ最初ニ定メタル公判期日ノ十五日前迄之ヲ爲スコトヲ得ト爲シ、附帶控訴ノ申立書ハ控訴裁判所ニ差出スヘク、又公廷ニ於テ附帶控訴ヲ爲ス場合ニ於テ書面ヲ要セサルハ其ノ附帶控訴ノ性質上敢テ明文ヲ待タサル所ニシテ、附帶上告ハ其ノ上告趣意書ヲ上告裁判所ニ差出シテ之ヲ爲スヘキモノナルコトハ第四百二十四條第二項ノ明規スルトコロナリトス。

而シテ如斯書面ヲ以テ上訴ノ申立ヲ爲シタルトキハ裁判所書記ハ速ニ之ヲ對手人ニ通知スヘキモノトス(第三百九十三條)。

(二) 上訴ノ提起期間

上訴ノ提起期間ハ裁判告知ノ日ヨリ進行ス(第三百八十一條)、從テ控訴及上告ノ期間ハ第一審又ハ第二審ノ判決ヲ宣告シタル時ヨリ進行シ、抗告ノ期間ハ原裁判ヲ宣告シ又ハ送達シタル時ヨリ進行スルモノトス。而シテ其ノ期間ニ付テハ控訴、上告及抗告ニ關シ夫々之ヲ定メアルヲ以テ後ニ之ヲ説明スヘキモ控訴ニ付テハ七日、上告ニ付テハ五日、即時抗告ニ付テハ三日ニシテ、期間ノ計算ハ本法第八十一條ニ從フヘク、第八十二條ニ依ル里程猶豫ノ期間ハ宣告シタル裁判

ニ對スル上訴ノ提起期間ニハ之ヲ適用セサルヲ以テ(同條第二項)、結局裁判書ノ謄本ヲ送達スルコトニ因リ告知スル裁判(第五十條)ニ對スル上訴期間ノ場合ニ限り其ノ適用ヲ見ルヘシ。尙附帶控訴ハ辯論ノ終結ニ至ル迄、附帶上告ハ最初ニ定メタル公判期日ノ十五日前迄ニ之ヲ爲スヘキハ前掲規定ニ依リ明白ナリ。又單純抗告ハ原決定ヲ取消スモ實益ナキニ至ル迄ハ何時ニテモ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ(第四百五十八條)。

第七節 上訴ノ拋棄及取下 (Verzicht)

上訴ノ拋棄トハ上訴提起ニ先チ上訴權利者カ上訴權ヲ行使セサル旨ノ意思表示ニシテ、上訴ノ取下トハ上訴ノ提起後右上訴權行使ヲ中止スル旨ノ意思表示ナリ。畢竟上訴權利者ノ處分權ヲ認メタルモノニシテ、舊法ハ上訴ノ拋棄及檢事ノ上訴取下ヲ認メサリシモ、學者ハ夙ニ之カ改正ノ意見ヲ吐露シタルトコロナリ、蓋上訴ノ取下ヲ認ムル以上ハ其ノ提起前ニ於テ豫メ失權ノ效果ヲ生セシムルハ何等ノ不合理ヲ存セサレハナリ。又檢事ノ上訴取下ニ關シテモ既ニ前述ノ如ク公訴ノ取消(第二百九十二條)ヲ許ス以上ハ上訴ニ付處分權ヲ認ムルハ毫モ妨ナキヲ以テナリ。

(一) 上訴ノ拋棄及取下ヲ爲スヲ得ル者

第三百八十二條ニ依レハ檢事、被告人又ハ第三百七十七條ニ規定スル者ハ上訴ノ拋棄又ハ取下ヲ爲スヲ得ルモノトシ、唯被告人カ之ヲ爲スニハ被告人ノ法定代理人、保佐人又ハ夫ノ同意ヲ要スル旨ヲ規定ス。其ノ故ハ上訴ノ拋棄又ハ取下ハ上記ノ如ク上訴權喪失ノ效果ヲ生スルヲ以テ（第三百八十六條）、被告人カ輕忽ニ之ヲ爲サン乎、其ノ利益ニ重大ナル影響ヲ及ホスヘキヲ以テ法定代理人、保佐人又ハ夫ノ同意ヲ必要ト爲セルモノニシテ、此等ノ者ハ被告人ト離レテ獨立ノ上訴權ヲ有スルハ前述ノ如シト雖、既ニ被告人カ上訴シタル場合ニハ重ネテ上訴ヲ爲スノ要ナシ。其ノ場合ニ被告人單獨ノ意思ニ依リテ上訴ノ拋棄又ハ取下ヲ爲シ得ルモノトセハ法定代理人、保佐人又ハ夫ヲシテ被告人ノ利益ヲ保護セシメントシタル趣旨ニ反スルコト寔ニ明瞭ナリ。

然レトモ此ノ規定ノ結果トシテ右法定代理人等カ遠隔ノ地ニ在ルカ或ハ所在不明ナル場合ノ如キニ在リテハ、被告人ハ遂ニ上訴ノ拋棄ヲ爲スヲ得スシテ、上訴期間ノ經過ヲ待ツノ外ナキニ至リ又ハ一旦上訴シタル以テ之カ取下ノ機會ヲ失フ如キコトナキヲ保セス多少制限ヲ加フルノ要ナキ乎。

次ニ被告人ノ法定代理人、保佐人又ハ夫ハ上訴ノ拋棄ヲ爲スヲ得ス、唯被告人ノ同意ヲ得テ上

訴ノ取下ヲ爲シ得ルニ止マルモノトス（第三百八十三條）。蓋此等ノ者ヲシテ上訴ノ拋棄ヲ爲サシムルノ必要ナキノミナラス、之ヲ認ムルハ被告人ノ利益保護上却テ弊害ヲ醸スヲ虞レ拋棄ヲ許ササリシモノニシテ、又此等ノ者カ一タヒ上訴ヲ爲シタルトキハ被告人本人ニ於テ自ラ上訴ヲ爲ササル場合アルヘク、而カモ被告人カ上訴ノ實行ヲ欲スルニ拘ラス、法定代理人等單獨ノ意思ヲ以テ該上訴ヲ取下クルヲ得セシムルハ被告人ノ利益保護ニ缺クルトコロアレハナリ。

次ニ注意ヲ要スルハ原審ニ於ケル代理人又ハ辯護人ハ被告人ノ上訴權ヲ行使スルニ過キスシテ獨立ノ上訴權ヲ有スルモノニ非サルハ既ニ説明シタルトコロノ如シ。從テ上訴ノ實行ヲ維持スルヤ否ハ一ニ被告人ノ意思ニ委ヌヘク、右代理人又ハ辯護人ニ於テ自ラ之ヲ處分スルヲ得サルナリ。

（二） 上訴ノ拋棄及取下ノ方式

上訴ノ拋棄ハ原裁判所ニ之ヲ申立ツヘシ（第三百八十四條第一項）、蓋該申立ハ上訴提起ノ前ニ爲スヘキモノナレハナリ。次ニ上訴取下ノ申立ハ上訴裁判所ニ之ヲ爲スヘシ、但シ訴訟記録ヲ上訴裁判所又ハ上訴裁判所檢事ニ送付スル前上訴ノ取下ヲ爲ス場合ニ於テハ其ノ申立書ヲ原裁判所ニ差出スコトヲ得ヘシ（同條第二項）。茲ニ訴訟記録ヲ上訴裁判所ニ送付スル前トハ抗告ノ場合ニ其

ノ適用ヲ見ルモノトス。尙上訴ノ拋棄又ハ取下ノ申立ハ書面ヲ以テシ唯公判廷ニ於テハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得テ其ノ申立ヲ公判調書ニ記載スルノ特例アリ、例ヘハ判決言渡調書ノ末尾ニ被告人ヨリ上訴拋棄ノ申立アリタル場合ノ記載ヲ爲スカ如シ（第三百八十五條）。監獄ニ在ル被告人カ上訴ノ拋棄又ハ取下ヲ爲ス場合ニハ監獄ノ長又ハ其ノ代理者ヲ經由シテ申立書ヲ差出スコトヲ得ルハ第三百九十二條、第三百九十一條ニ依リ明ナリトス。如斯上記公判廷ニ於ケル特例ヲ除キ上訴ノ拋棄又ハ取下ハ書面ヲ以テ之ヲ爲スヘキヲ以テ電報又ハ電話ヲ以テスルモ其ノ效ナキモノトス。而シテ上訴取下ヲ爲スヘキ期間ノ定メナキカ故ニ上訴裁判所ノ裁判アル迄ハ之ヲ爲スヲ得ヘシ。

上訴ノ拋棄又ハ取下アリタルトキハ裁判所書記ハ速ニ之ヲ對手人ニ通知スヘシ（第三百九十三條）。

（三） 上訴ノ拋棄又ハ取下ノ效力

上訴ノ拋棄又ハ取下ヲ爲シタル者ハ其ノ事件ニ付更ニ上訴ヲ爲スコトヲ得ス（第三百八十六條）、即失權ノ效果ヲ生シ縱令上訴ノ期間未タ經過セスト雖再ヒ上訴ヲ爲スコトヲ得サルモノナリ、從テ對手人ノ上訴ナキ限リハ原裁判ヲ確定セシム。又附帶上訴ヲ消滅セシム。

唯注意スヘキハ被告人ノ法定代理人、保佐人又ハ夫ハ獨立上訴權ヲ有スルカ故ニ、被告人カ上

訴權ヲ失フモ此等ノ者ニ於テ上訴ヲ爲スヲ妨ケサルコトニシテ其ノ理由ハ前説ノ如シ。

第八節 上訴權ノ回復

廣ク原狀回復 (Wiedereinsetzung in der vorigen Stand, restitutis in integrum) トハ一定條件ノ下ニ期間ノ經過ニ因リテ失ヒタル權利ヲ回復スルヲ謂ヒ、本法ハ上訴期間ニ付之カ經過ニ因リ喪失セル上訴權ノ回復ヲ認ム。

（一） 上訴權回復ノ請求要件

第三百八十七條ハ其ノ實質的要件ヲ規定シテ上訴ヲ爲スコトヲ得ル者自己又ハ代人ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リ上訴ノ提起期間内ニ上訴ヲ爲スコト能ハサリシトキハ原裁判所ニ上訴權回復ノ請求ヲ爲スコトヲ得ト爲セリ。

舊法第二百四十七條ハ訴訟關係人天災其ノ他避クヘカラサル事變ノ爲上訴期間ヲ經過シタル場合ニ付規定シ、代理人ノ懈怠ニ付當事者ノ過失ナキ場合ニハ其ノ懈怠ヲ以テ避クヘカラサル事變ナリト解シ、殊ニ辯護人カ自己ノ過失ニ因リ上訴期間ヲ懈怠シタル場合モ亦同一ト看做スヘキヤ否學説ノ岐ルル所ナリシカ本法ハ上記ノ如ク改正シタリ。而シテ第三百八十七條ニ所謂自

己又ハ代人ノ責ニ歸スヘカラサル事由トハ自己又ハ代人ニ故意又ハ過失ナキヲ指稱スルコト疑ナキモ自己又ハ代人トハ如何ナル者ヲ謂フカ解釋上疑義ノ存スルトコロナリ。

先ツ自己トハ第三百七十六條乃至第三百七十九條規定ノ上訴權者本人ノ謂ナルハ明白ナレトモ代人ニ至リテハ其ノ意義ヲ確定スルコト困難ニシテ、上訴ノ委任代理ハ本法ノ許容セサルコロナレハ、斯ル委任代理人ハ所謂代人中ヨリ除外スヘク、又被告人ノ法定代理人ノ如キハ第三百七十八條ニ依ル上訴權者自己ニ外ナラサレハ是レ亦所謂代人ニ非スト云ハサルヲ得ス。結局代人トハ上訴申立書ノ差出ヲ委託セラレタル傳達代理人ナリト爲ス説ヲ可トス、從テ原審ニ於ケル辯護人ト雖右傳達代理ヲ依頼セラレタルトキハ原審辯護人ナル資格ト離レテ第三者ト同一地位ニ立チ所謂代人ニ該當スルモノトス。然レハ斯ル辯護人ノ過失ニ因リ上訴期間ヲ徒過シタルトキハ被告人ノ代人トシテノ責ニ歸スヘキ事由ニ因ルモノト爲ササルヲ得ス。

然ルニ昭和二年二月大審院ハ之ト異リ第三百八十七條ハ舊法ヲ改メタルハ主トシテ被告人ノ辯護人タリシ者ノ過失ヲ被告人ノ責ニ歸セシメサル趣旨ニ出テタルモノナレハ、原審辯護人タリシ辯護士ノ地位ハ極メテ重ク被告人カ原審辯護人タル辯護士ニ對シ上訴申立書ノ提出ヲ託スルハ其ノ辯護士カ被告人ノ辯護人トシテ上訴ヲ爲シタル場合ニ非ストスルモ、之ヲ目シテ單ナル

傳達機關ト云フヘキモノニアラス、從テ辯護士ノ責ニ歸スヘキ事由アリトスルモ、直ニ以テ被告人本人ノ過失ト同視スヘキモノニ非ス云々トノ決定ヲ爲シタリ、攻究ヲ要ス。

次ニ上訴權回復ノ形式的要件トシテ規定スルトコロヲ擧クレハ、

其ノ請求ハ事由ノ止ミタル日ヨリ上訴ノ提起期間ニ相當スル期間内ニ書面ヲ以テ原裁判所ニ之ヲ爲スヘク、而カモ上訴權回復ノ原由タル事實ハ之ヲ疏明スルヲ要シ、其ノ請求ヲ爲スト同時ニ同裁判所ニ上訴ノ申立書ヲ差出スヘシ(第三百八十八條)、而シテ監獄ニ在ル被告人カ上訴權回復ノ請求ヲ爲ス場合ニハ監獄ノ長又ハ其ノ代理者ヲ經由シテ申立書ヲ差出スヘキモノトス(第三百九十二條、第三百九十一條)。

上訴權回復ノ請求アリタルトキハ裁判所書記速ニ之ヲ對手人ニ通知スヘシ(第三百九十三條)。

(二) 上訴權回復ノ請求ニ付テノ決定

上訴權回復ノ請求アリタルトキハ原裁判所ハ檢事ノ意見ヲ聽キ該請求ヲ許スヘキカ否ノ決定ヲ爲スヘク、此ノ決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スヲ得(第三百八十九條)。而シテ上訴權回復ヲ許ス裁判ヲ爲シタルトキハ第三百八十八條ニ依リ其ノ請求ト同時ニ差出シタル上訴ノ申立ハ其ノ效力ヲ生シ事件ハ上訴裁判所ニ移ルモノニシテ、上訴裁判所ハ期間經過ノ理由ヲ以テ上訴ヲ棄却ス

ルヲ得ス。又回復ヲ許スヘキ理由ナキコトヲ發見スルモ、既ニ上訴權ノ回復ヲ許ス裁判ノ確定後ニ於テハ上訴ヲ棄却スルヲ得ス、然レトモ上訴權回復ノ請求ニ付テノ裁判ハ上訴期間ニノミ關スルモノナレハ、其ノ他ノ上訴ノ方式ニシテ不適法ナルモノアラン乎、其ノ點ニ於テ上訴ヲ棄却シ得ヘキハ勿論ナリトス。

反之、上訴權回復ヲ許ササル裁判ヲ爲シタルトキハ上訴ノ申立ハ期間後ノ申立トシテ之ヲ棄却スヘキモノトス。

注意スヘキハ上訴權回復ノ請求アルモ、許可ノ決定アル迄ハ原裁判ハ確定カヲ有シ之カ執行ヲ爲スヲ得ヘキコトナリ。然レトモ上訴權回復ノ請求アリタルニ拘ラス、裁判ヲ執行スルトキハ裁判ヲ受ケタル者ニ回復スヘカラサル損害ヲ被ラシムル虞ナシトセサルカ故ニ、右請求アリタルトキハ原裁判所ハ請求ノ許否ヲ決スル迄裁判ノ執行ヲ停止スル決定ヲ爲スコトヲ得。而シテ右裁判ノ執行停止ノ決定ヲ爲シタルトキハ訴訟手續ノ復活ヲ見ルコトアルヘキヲ以テ、被告人ニ對シ勾留狀ヲ發スルコトヲ得シメタリ(第三百九十條)。

第二章 控 訴 (Berufung)

第一節 總 說

控訴ハ第一審判決ニ對スル上訴方法ニシテ事件ノ覆審ナリ、即控訴裁判所ハ控訴ノ申立アリシ事件ニ付テハ更ニ事實ノ審理ヲ反覆シ其ノ認定、法律ノ適用等悉ク第一審手續ト同一ノ手續ヲ爲スモノナリ、是ニ於テ乎控訴ヲ事實及ヒ法律ノ覆審トハ云フナリ。從テ其ノ申立ノ理由ハ事實上ノ錯誤タルト法律上ノ錯誤タルトヲ問ハス唯第一審判決ニ對シ不服アルコトヲ申立ツルヲ以テ足ル、判決ニ對スル不服ナル以上ハ主文ニ對スル不服ニシテ理由ニ至リテハ主文ヲ攻撃スルカ爲ニ之ヲ援用シ得ルニ止マルモノトス。

如斯控訴ノ審判ハ覆審ナルカ故ニ第一審判決ノ當否ヲ審査判斷スルニ非ス、又第一審ノ審理ヲ續行スルモノニモ非サルナリ。舊刑事訴訟法ハ控訴ヲ以テ覆審ト爲セルニ拘ラス、尙其ノ手續ニ依リテ第一審判決ノ當否ヲ判斷スヘキモノト爲セルトハ其ノ制ヲ異ニシタルヲ注意スヘシ。然リ而シテ立法上控訴制度ヲ存置スヘキヤ否ニ付テハ歐米學者間久シク議論アリテ、控訴制度ノ廢止ヲ主張スル根據ハ事實及法律ノ覆審ト稱スルモ其ノ實ハ第二ノ第一審手續(Nurweite Instanz=Verfahren)ナレハ寧ロ控訴ヲ廢シテ第一審ノ手續ヲ鄭重周密ナラシムルヲ可トス、何ト

ナレハ證據方法ノ如キハ時ノ經過ト共ニ其ノ價值ヲ減シ殊ニ第一審當時存在セル證據物ニシテ第二審當時ニハ散逸シテ蒐集困難ニ陥ル場合無キヲ保セサル等幾多ノ不便アルカ故ナリトテ控訴廢止論ノ唱導ヲ見タルモ、他方ニ於テハ之ニ反對シ如何ニ第一審ノ審理ヲ鄭重周密ナラシムルモ判決ニ過誤ナキヲ保セサルカ故ニ、上級裁判所カ事實ノ覆審ニ依リ更ニ凡ユル訴訟資料ヲ提出スルノ機會ヲ與ヘ第一審ノ事實上及法律上ノ不備ヲ是正スルノ制ヲ設クルハ、理論上不當ニ非ス且實際上必要ナリトノ學說盛ト爲リ却テ之カ存置説有力ト爲リ本法ニ於テモ之ヲ認ムルニ至レリ。

第二節 控訴ノ物體

控訴ノ物體即控訴ヲ以テ攻撃シ得ヘキ裁判ハ區裁判所又ハ地方裁判所ニ於テ爲シタル第一審判決ナリ(第三百九十四條)。從テ控訴ノ判決及大審院ノ特別權限ニ屬スル事件ノ判決ハ控訴ノ物體タラサルコト明瞭ナリ。而シテ陪審法施行ノ上ハ陪審裁判所ノ判決ニ對シテハ控訴ヲ認メサルモノトス(陪審法第一百條)。

控訴ノ範圍ニ關シテハ曩ニ上訴ノ範圍ニ付説明シタル如ク、第一審判決ノ全部又ハ一部ニ對シ

テ爲スコトヲ得、其ノ部分ヲ限ラサルトキハ判決全部ニ對シテ爲シタルモノトス。判決ノ一部ニ限リ控訴アリタルトキハ其ノ部分ノミ控訴裁判所ニ移審セラレ他ノ部分ハ確定スルモノナレハ、控訴裁判所ノ審判ノ範圍ハ控訴ノ範圍ト一致スルモノト云フヲ得ヘシ、是レ上訴ノ效力トシテ當然ノ論結ナリトス。從テ判決ノ一部ニ對シテ控訴セントスルトキハ其ノ旨ヲ明示セサルヘカラス。

第三節 控訴ノ提起

控訴ヲ爲スニハ申立書ヲ第一審裁判所ニ差出スヘシ(第三百九十六條)。前述ノ如ク控訴ノ申立アレハ訴訟ハ控訴裁判所ニ繫屬スルモ、訴ノ提起ト異リ訴訟カ新ニ成立スルニ非スシテ、成立セル訴訟ノ存續ヲ見ルモノナリ。而シテ其ノ申立書ノ差出ニ關シテハ上訴通則ナル第三百九十一條、第三百九十三條ノ規定ニ從ヒ、且被告人監獄ニ在ルトキハ第一審裁判所ノ檢事ハ被告人ヲ控訴裁判所所在地ノ監獄ニ移スヘシ(第三百九十八條第三項)。是レ被告人ノ公判出廷ノ便宜ニ出テタルモノトス。

又控訴申立書ノ宛名ニ控訴裁判所ヲ表示セスシテ原裁判所ヲ表示スルモ、之ヲ原裁判所ニ提出

スル以上ハ控訴申立ノ效力ヲ生スル點ニ付判例ノ存スルコトハ前ニ説明シタル如シ。
控訴申立ノ權利者ハ第三百七十六條ノ當事者及第三百七十八條、第三百七十九條ニ記載スル者
ニシテ、控訴提起ノ期間ハ原判決告知ノ日ヨリ七日ト定ム。

第四節 附帶控訴

第三百九十九條ニ依レハ控訴裁判所ノ檢事ハ辯論ノ終結ニ至ル迄附帶控訴ヲ爲スコトヲ得、附
帶控訴トハ對手人ノ主タル控訴ニ附帶シテ爲ス控訴ヲ謂フ。故ニ

(1) 附帶控訴ノ範圍ハ主タル控訴ノ範圍ニ限ラルルモノニシテ、主タル控訴カ一部控訴ナレハ
附帶控訴モ亦一部控訴ナラサルヘカラス。

(2) 又附帶控訴ハ主タル控訴ト其ノ運命ヲ共ニスルモノニシテ、主タル控訴不成立ト爲ルトキ
ハ附帶控訴亦不成立ト爲リ、主タル控訴カ取下ニ因リテ消滅スルトキハ附帶控訴モ亦消滅ス
ルモノトス。

又本法ハ舊刑事訴訟法ト異ナリ控訴裁判所ノ檢事ニ限り附帶控訴ヲ爲スヲ得シメ第一審裁判所
ノ檢事竝ニ被告人ヲシテ之ヲ爲サシメサルハ此等ノ者ハ孰レモ主タル控訴ヲ爲シ得ヘキモノナ

レハ特ニ附帶控訴ノ權ヲ與フルノ必要ナシトシタルナリ。然ルニ控訴裁判所ノ檢事ハ訴訟記録
ノ送付ヲ受クル前事件ノ内容ヲ知ラス、固ヨリ獨立控訴ノ權ヲ有セサルモノナレハ、被告人控
訴ヲ爲シ又ハ被告人ノ爲ニ控訴ヲ爲シタル場合ニ於テ原判決ヲ不當ナリトスルトキハ附帶控訴
ノ途ニ依リテ之カ匡正ヲ計ルノ外ナキカ爲ナリ、從テ附帶控訴ヲ爲スノ實益ハ第四百三條ノ不
利益變更禁止規定ノ適用ヲ排斥スルニ在リト謂フヘシ。第一審檢事カ被告人ノ利益ノ爲ニ控訴
ヲ爲シタル場合ニ於テモ、其ノ控訴ノ理由ハ控訴裁判所ヲ羈束セサルカ故ニ、原刑ヨリ重キ刑
ヲ言渡スコトヲ妨ケサルヲ以テ此ノ場合ニハ附帶控訴ヲ認ムルノ要ナシ。

第五節 控訴申立ノ適否ニ關スル第一審

裁判所ノ審査

第一審裁判所ニ於テ控訴ノ申立書ヲ受取リタルトキハ其ノ申立ノ適否ヲ審査シ若シ法律上ノ方
式ニ違反シ又ハ期間經過後竝ニ控訴ノ拋棄、取下後ノ如キ控訴權消滅後ニ爲シタルモノナルト
キハ、檢事ノ意見ヲ聽キ判決ヲ以テ之ヲ棄却スヘシ、但シ此ノ決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲ス
コトヲ得(第三百九十七條)。

又第一審裁判所カ叙上審査ヲ爲シ控訴ヲ適法ナリト認メタルトキハ、訴訟記録及證據物ヲ其ノ裁判所ノ檢事ニ送付シ、檢事ハ之ヲ控訴裁判所ノ檢事ニ、控訴裁判所ノ檢事ハ之ヲ其ノ裁判所ニ順次送付スヘキナリ（第三百九十八條第一項第二項）。

第六節 控訴審ノ審理

控訴裁判所ニ於ケル審理手續ハ別段ノ規定アル場合ヲ除キ第一審公判ニ關スル規定ヲ準用セラ（第四百七條）。別段ノ規定トハ要スルニ第四百條以下第四百六條ヲ指スモノナレハ、其ノ他ノ點ニ於テハ第一審ニ於ケルト同様ニシテ、公判期日ノ指定、訴訟關係人ノ召喚等公判準備手續ヲ行フヘク、又公判廷ニ於テハ被告人ニ對スル人違ナキコトノ訊問、檢事ノ被告事件ノ陳述、被告人ノ訊問、證據調、辯論ヲ爲スヘキモノニシテ、其ノ審理手續ハ第一審ニ於ケルト異ナル所ナシ。然レハ第二審ニ於テ檢事ノ被告事件ノ陳述ヲ聽カスシテ爲シタル口頭論辯ハ判決ノ基本ト爲スヲ得ス（大正十三年三月二十七日大判）。然レトモ地方裁判所カ區裁判所事件ノ控訴ヲ審理スルニ當リテハ區裁判所ニ限り適用セラルヘキ規定ノ如キハ固ヨリ準用スヘキモノニ非ス、例ヘハ第三百四十六條ノ如キ區裁判所ニ在リテハ、被告人自白シ訴訟關係人異議ナケレハ他ノ證據ヲ取

調フルヲ要セス、而カモ是レ區裁判所ニ限り適用セラルルモノトス、法律カ準用ノ文字ヲ用キタル趣旨ヲ窺フニ足ルヘシ。

屢説述シタル如ク控訴ハ覆審ニシテ第一審ノ審理ヲ繼續スルモノニ非ス、又第一審判決ノ當否ヲ審査スルモノニ非サレハ、控訴審理ノ範圍ハ控訴申立ノ範圍ニ限定セラルルモ控訴ノ理由ハ毫モ控訴裁判所ヲ羈束スルコトナシ。

然レハ第二審ノ公判ニ於テハ檢事カ被告事件ノ陳述ヲ爲シタル以上ハ控訴ノ趣旨ノ陳述ナシト雖審判スルニ妨ケナキモノトス、蓋被告事件ニ付控訴アリタルトキハ之ヲ覆審シテ更ニ相當ノ裁判ヲ爲スヘキモノナレハ、既ニ檢事ノ被告事件ノ陳述アリタル以上ハ茲ニ覆審手續ヲ開始シ得ルモノニシテ、裁判所ハ控訴ノ趣旨ヲ聽カスシテ被告事件ニ付審理判決ヲ爲スニ妨ナケレハナリ（大正十四年五月十五日大判）。

茲ニ控訴ノ審理上第一審ノ公判手續ニ依ルヘカラサル點アリ、即第一審ノ公判ニ於テハ原則トシテ被告人出頭セサルトキハ開廷スルヲ得サルモ、控訴ノ公判ニ於テハ被告人出頭セサルトキハ更ニ期日ヲ定メ、被告人正當ノ事由ナクシテ其ノ期日ニ出頭セサルトキハ其ノ陳述ヲ聽カスシテ判決ヲ爲スコトヲ得（第四百四條）。而シテ再度ノ期日ヲ定ムルヲ要スルハ第一回ノ公判期日ヲ

ルト其ノ後ノ公判期日タルトヲ區別セス(大正十四年七月十七日判決)。唯問題ハ罰金以下ノ刑ニ該ル事件又ハ罰金以下ノ刑ニ處スヘキモノト認ムル事件ニ付テモ、第三百六十七條ヲ排シ第四百四條ニ則ルヘキヤ否ニ在リ。此ノ點ニ關シ久シク實務家ノ間ニ見解岐レ居リシモ大審院ハ昭和二年二月四日ノ判決ヲ以テ、控訴裁判所ハ罰金以下ノ刑ニ該ル事件ニ付被告人出頭セサルトキハ更ニ期日ヲ定メス被告人ノ陳述ヲ聽カスシテ判決ヲ爲スコトヲ得ルモノト爲セリ。而シテ其ノ理由ハ第四百四條ハ單ニ第三百三十條(被告人出頭セサルトキハ開廷スルコトヲ得サルノ原則)ニ對スル特別規定タルニ止マリ、第三百六十七條即罰金以下ノ刑ニ該ル事件又ハ罰金以下ノ刑ニ處スヘキモノト認ムル事件ニ付テハ、被告人ノ陳述ヲ聽カスシテ判決ヲ爲シ得ヘシトノ規定ノ準用ハ控訴ノ審判ニ付之ヲ除外スヘキモノニ非スト解スルヲ正當トスト云フニ在リ。第三百六十七條ノ場合ハ既ニ第一審ニ於テ公判期日ニ被告人ノ出頭ナキトキハ其ノ陳述ヲ聽カスシテ判決ヲ爲シ得ヘシトスル以上ハ、控訴ノ審判ニ於テ特ニ第四百四條ヲ適用スヘキ謂ハレナキモノナレハ右判例ヲ妥當ト信ス。

第七節 控訴審ノ裁判

控訴審ノ裁判ハ分チテ

- (1) 控訴棄却ノ判決(第四百條)
 - (2) 差戻ノ判決(第四百二條)
 - (3) 被告事件ニ付更ニ爲ス判決(第四百一條)
 - (4) 公訴棄却ノ決定(第四百六條)
- ト爲ス、以下順次之ヲ説明セン。

第一項 控訴棄却ノ判決

控訴裁判所ハ控訴申立ノ適否ヲ審査シ若シ其ノ申立ニシテ法律上ノ方式ニ違反スルカ又ハ控訴權消滅後ニ爲シタルモノナルトキハ判決ヲ以テ控訴ヲ棄却スヘキモノトス。

第四百條ハ判決ヲ以テスヘキコトヲ規定スルカ故ニ、總則第四十八條ニ依リ口頭辯論ニ基キ之ヲ爲スヲ要ス。

要スルニ控訴申立ノ不適法ナル場合ニハ、前述ノ如ク第一審裁判所ニ於テ決定ヲ以テ之ヲ棄却スヘキモノナレハ、第一審裁判所カ右決定ヲ爲ササル場合ニ叙上ノ判決ヲ爲スノ必要ヲ生スル

第二項 差戻ノ判決 (Zurückweisung)

第一審裁判所不法ニ管轄違フ言渡シ又ハ公訴ヲ棄却シタルトキハ判決ヲ以テ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スコトヲ得ヘシ(第四百二條)。不法ニ管轄違フ言渡シタルトキトハ、第一審裁判所カ事件ニ付管轄權ヲ有スルニ拘ラス管轄違フ言渡シタルトキ、又同裁判所カ土地ノ管轄權ヲ有セサルモ被告人ノ申立ニ因ラスシテ管轄違フ言渡シタルトキヲ謂ヒ(第三百五十七條)、又不法ニ公訴ヲ棄却シタルトキハ公訴棄却ヲ爲スヘキ場合ニ非サルニ拘ラス、之カ言渡ヲ爲シタルヲ謂フモノニシテ、孰レノ場合ニ於テモ第一審裁判所ハ本案事實ノ審理ヲ爲ササルヲ以テ、更ニ審判ヲ爲サシムル爲同裁判所ニ事件ヲ差戻シ若ハ事件ヲ差戻サスシテ控訴裁判所自ラ審判ヲ爲スコトヲ得。舊刑事訴訟法ハ原裁判所カ不當ニ管轄違フ言渡シタルトキハ其ノ判決ヲ取消シ事件ヲ其ノ裁判所ニ差戻ス可シト規定シタルモ、本法ハ之ヲ改メ差戻スト否トヲ控訴裁判所ノ自由裁量ニ委ネタリ。而シテ控訴裁判所カ事件ヲ原裁判所ニ差戻サスシテ自ラ審判スルトキハ實質上第一審判決ナリト雖形式ニ於テハ第二審判決ナリト知ルヘシ。

次ニ差戻ヲ爲シタル場合ニハ差戻ヲ受ケタル裁判所ハ差戻ノ判決ニ羈束セラレ被告事件ニ付更ニ第一審ノ審判ヲ爲ササルヘカラス。

第三項 被告事件ニ付更ニ爲ス判決

上記控訴棄却及差戻判決ノ場合ヲ除ク外被告事件ニ付更ニ判決ヲ爲スヘキハ第四百一條第一項ノ命スルトコロナリ。即覆審ノ趣旨ニ則リ控訴裁判所ハ原判決ノ當否ヲ審査スルコトナクシテ被告事件ニ付判決ヲ爲スヘキモノトシ、舊刑事訴訟法ノ如ク第一審判決カ控訴ノ判決ト一致スルカ否ニ依リ控訴棄却又ハ原判決取消ノ判決ヲ爲スコトナクシテ、更ニ被告事件ニ付第一審判決ト同シク有罪ノ判決、無罪ノ判決、免訴ノ判決、管轄違ノ判決及公訴棄却ノ判決ヲ爲スヘキモノナリ。而シテ控訴裁判所カ本案ニ付判決ヲ爲ストキハ第一審判決ハ當然其ノ效力ヲ失フモノニシテ、之ト符合セサル場合ト雖取消スヘキモノニ非ス(大正十三年四月十七日大判)。但シ管轄違ノ判決ニ對スル特例トシテ第一審裁判所カ不法ニ管轄ヲ認メタルトキハ、控訴裁判所ハ本來管轄違フ言渡スヘキモノナレトモ、第一審裁判所カ事件ニ付管轄權ヲ有セサルモ控訴裁判所カ之ニ付第一審ノ管轄權ヲ有スルコトアリ、此場合ニハ管轄違フ言渡サスシテ其ノ事件ニ付第一審

ノ判決ヲ爲スヘシ(第四百一條第二項)。是レ地方裁判所カ區裁判所ノ判決ニ對スル控訴ヲ受ケタル場合ニ其ノ適用ヲ生スルモノニシテ、控訴院ニ於テハ問題ト爲ラス。即區裁判所ノ事物管轄ニ屬セスシテ地方裁判所ノ事物管轄ニ屬スルトキ又ハ當該區裁判所ノ土地管轄ニ屬セサルモ、控訴地方裁判所ノ管内ニ在ル他ノ區裁判所ノ土地管轄ニ屬スルトキハ、控訴裁判所ハ管轄違ノ言渡ヲ爲スヲ得ス(第三百五十六條參照)。以上孰レノ場合ニ於テモ控訴地方裁判所ハ第一審ノ判決ヲ爲スヘキモノトス、蓋被告人ハ之カ爲何等ノ不利益ヲ受クルコトナキノミナラス、起訴ヲ新ニスルノ無用ノ手續ヲ省クノ便アレハナリ。之ニ牽連シテ參考スヘキ判決アリ即

地方裁判所カ其ノ管轄ニ屬スル事件ニ付不法ニ管轄ヲ認メタル區裁判所ノ判決ニ對スル控訴ヲ受理シ第二審トシテ審理ノ上判決ヲ爲シタルトキハ上告審ニ於テ其ノ判決ヲ破毀シ事件ヲ地方裁判所ニ移送スヘキモノトス(第四百五十條、第四百三十八條參照大正十四年十二月二十二日大判)。

次ニ控訴審ノ判決ニ對スル特則ニ付一言スヘシ。

(其一) 不利益變更ノ禁止(Verbot der reformatio in pejus)

控訴ノ判決ニ付テハ一個ノ制限アリ、即被告人控訴ヲ爲シタル事件及被告人ノ爲ニ控訴ヲ爲シタル事件ニ付テハ原判決ノ刑ヨリ重キ刑ヲ言渡スコトヲ得ス(第四百三條)、是レ所謂不利益變更ノ

禁止ナリトス。

舊法第二百六十五條ニハ被告人、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、被告人ノ利益ノ爲檢事ヨリ控訴ヲ爲シタルトキ亦同シトアリタルヲ上記ノ如ク改正シタルモノナリ。元來不利益變更ノ禁止カ妥當ナリヤ否ニ付テハ獨佛學者ノ間ニ議論岐ルト雖、上訴ヲ以テ一面被告人ノ不利益救濟ノ方法ト見ル以上ハ不利益變更ノ禁止亦已ムヲ得サルトコロナリト爲ス説ニ基キ斯ル特例ヲ開キシモノニ外ナラス。控訴カ事件ノ覆審ナリトノ論ヲ貫ケハ控訴裁判所ハ第一審ノ判決ヲ顧慮スルノ要ナク、獨自ノ見解ニ基キ事實ヲ認定シ刑ノ量定ヲ爲スヲ得ヘキモノト云ハサルヘカラス。

然リ而シテ本法ハ被告人控訴ヲ爲シタル事件及被告人ノ爲ニ控訴ヲ爲シタル事件ニ限り、前者ニ付テハ疑點ナシト雖、後者タル被告人ノ爲ニ控訴ヲ爲シタル事件トハ如何ト云フニ、第三百七十八條ノ被告人ノ法定代理人、保佐人又ハ夫及第三百七十九條ノ原審ニ於ケル代理人、辯護人カ被告人ノ爲控訴ヲ爲セル場合ヲ指稱スルモノニシテ、舊法ノ如ク檢事カ被告人ノ利益ノ爲ニ控訴ヲ爲スモ不利益變更ノ禁止ニ從フヘキニ非ス、控訴裁判所ノ檢事カ附帶控訴ヲ爲セル場合亦然リ。蓋檢事ハ公益ノ爲ニ控訴又ハ附帶控訴ヲ爲スモノニシテ、唯其ノ理由カ被告人ノ利

益ニ歸スト云フニ過キサルカ故ニ、裁判所亦公益ノ見地ニ立チ控訴ノ理由如何ニ拘ラス判決ヲ爲スヘキモノニシテ、原判決ノ刑ヲ被告人ノ不利益ニ變更スルヲ妨ケスト解スルヲ正シトス。次ニ本法ハ舊法ト異リ原判決ノ刑ヨリ重キ刑ヲ言渡スコトヲ禁シタルヲ以テ、訴訟費用ノ如キハ被告人控訴ヲ爲シタル事件及被告人ノ爲ニ控訴ヲ爲シタル事件ニ付テモ控訴審ノ判決ニ於テ第一審判決ヨリ重キ負擔ヲ被告人ニ對シ命スルコトヲ得ルモノトス（大正十四年二月二日大判）。又法律ノ趣意ハ第一審判決ヨリ實質上重キ刑ヲ言渡ササラシムルニ在リテ、例ヘハ第一審カ刑ノ執行猶豫ノ言渡ヲ爲セルヲ改メテ實刑ヲ科スルカ如キ、或ハ第一審ノ執行猶豫期間ヲ延長スルカ如キ、或ハ第一審ノ刑ノ免除ニ代フルニ刑ノ言渡ヲ爲スカ如キハ孰レモ法ノ禁スルトコロナリ。

右ノ外刑ノ輕重ニ關スル適用ヲ示セハ

(1) 自由刑ト財産刑トヲ併科スル場合ニ於テ、自由刑ヲ輕クシ財産刑ヲ重クスルハ刑全體トシテハ重キ刑ヲ科シタリト云フヲ得ス。

(2) 第一審ニ於テ併合罪ヲ以テ論スヘキ二個以上ノ犯罪ニ付各別ニ刑ヲ言渡シ第二審ニ於テ之ヲ併合審理シタル場合ニ於テ、第一審ニ於テ各別ニ言渡シタル刑期ヲ合算シタル範圍内ニ於

テ併合刑ヲ定メ言渡シタルトキハ第一審ノ各別刑ニ比シ重キモ刑事訴訟法第四百三條ニ違背シタルモノト云フヘカラス（大正十五年十月二十六日大判）。

(3) 第一審判決ノ沒收セサリシ物ヲ第二審ニ於テ沒收スルヲ得ス、蓋沒收ハ附加刑ナレハナリ。然レトモ第二審判決ノ主刑カ第一審判決ノ主刑ヨリ輕キトキハ第一審判決ノ科セサル沒收刑ヲ科スルヲ妨ケス。

如斯刑ヲ重クセサル以上ハ控訴裁判所ノ事實認定、法律ノ適用其ノ他刑ニ非サル附隨處分例ヘハ押收物ノ還付ノ如キハ、之ヲ被告人ノ不利益ニ變更スルモ違法ニ非サルナリ。

尙參考トスヘキ判例ハ第一審裁判所カ正式裁判ノ請求ヲ適法トシ略式命令ニ於ケルヨリモ輕キ刑ノ言渡ヲ爲シ之ニ對シ被告人ヨリ控訴ヲ爲シタル事件ニ付、控訴裁判所ニ於テ正式裁判ノ請求ヲ不適法トシテ棄却スルヲ妨ケス、即第二審判決ノ間接ノ結果トシテ第一審判決ノ刑ヨリ重キ結果ヲ呈スルモ第四百三條ニ反スルモノニ非ス（大正十四年四月四日大判）。

(其二) 第一審判決ノ事實及證據ノ引用

第四百五條ハ控訴裁判所ノ判決ニハ第一審ノ判決ニ示シタル事實及證據ヲ引用スルコトヲ得ル旨規定セリ、蓋控訴審ノ證據理由竝ニ認定事實ニシテ第一審判決ノ夫レト同一ナルニ於テハ特

ニ之ヲ詳記セサルモ、第一審判決ト對照セハ自ラ理解シ得ヘキカ故ニ、第一審判決ニ示シタル事實及證據ヲ引用シテ判決ノ記載ヲ省略スルニ外ナラス。而シテ引用ノ範圍ハ事實及證據ノ全部タルコトヲ要セサルハ勿論ナレトモ、引用部分ト否ラサル部分竝ニ新ニ附加セラレタル事實及證據ノ存スル場合ノ如キ其ノ記載如何ニ依リテハ徒ラニ判文ノ了解ヲ難澁ナラシムルノ憾ナシトセス、實務ニ當リテハ如何ナル方式ニ依ルヲ適切ナリトスルカヲ心スヘキモノトス。他ノ文書ノ記載引用ニ關連シ注目スヘキ判例アルコトハ前ニ掲ケタルトコロナルカ、要ハ證據說明ハ判決書自體ニ依リ證據ノ内容ヲ了知セシムヘク、第四百五條ノ場合ヲ除キ訴訟記録中ノ他ノ文書ノ記載ヲ引用シテ其ノ說示ニ代フルヲ得スト云フニ在リ。

(其三) 第一審判決ノ遺脱ト控訴審判決

第一審判決ニシテ審判ノ請求ヲ受ケタル事件ニ付判決ヲ遺脱シタルトキハ違法ニシテ、控訴審ニ於テハ遺脱シタル部分ヲモ併セテ審判スヘク、若シ之ヲ爲ササルトキハ第四百十條第十八號ノ違法アルモノニシテ、上告ノ理由ト爲リ破毀セラルヘキモノナリ。此ノ點ニ付參考トスヘキ判例アリ。即

縣會議員選舉違反及文書偽造行使被告事件ニ付有罪ヲ言渡セル判決ノ全部ニ對シ被告人ハ控

訴ヲ申立テ、而カモ第二審公判ニ於テ右申立ノ一部ヲ取下ケタル明確ノ事跡存セサル場合ニ於テ文書偽造行使罪ノミニ付判決ヲ爲シ縣會議員選舉違反被告事件ニ付何等審判スル所ナカリシハ違法ナリ(大正十三年三月七日大判)。

第四項 公訴棄却ノ決定

第三百六十五條ハ(1)公訴ノ取消アリタルトキ、(2)被告人死亡シ又ハ被告人タル法人存續セサルニ至リタルトキ、(3)第九條又ハ第十條ノ規定ニ依リ審判ヲ爲スヘカラサルトキハ決定ヲ以テ公訴ヲ棄却スヘキコトヲ規定ス。從テ第一審裁判所ハ右事由アリタルトキハ公訴棄却ノ決定ヲ爲スヘキニ拘ラス、之ヲ爲サスシテ事件ニ付判決ヲ爲シタルトキハ、控訴裁判所ハ事件ノ審理ヲ爲スコトナクシテ決定ヲ以テ公訴ヲ棄却スヘシ(第四百六條)。而シテ控訴裁判所右決定ヲ爲ストキハ、其ノ效力ニ依リ第一審判決ハ當然消滅スルモノト解スヘシ、但此ノ決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得。第一審判決後上記公訴棄却ノ事由生シタルトキハ(公訴ノ取消ハ第一審判決アル迄ニ限ルヲ以テ問題ヲ生セス)如何ト云フニ、例ヘハ被告人死亡シタル場合ノ如キハ第四百七條、第三百六十五條ニ從ヒ控訴裁判所ハ決定ヲ以テ公訴ヲ棄却スヘシ。

第八節 控訴理由の有無判斷

控訴ハ事件ノ覆審ニシテ第一審判決ノ當否ヲ審査セスシテ、被告事件ニ付判決ヲ爲スヘキモノトスルコト上來説明ノ如ク、且第二審ノ判決ニ於テ控訴ノ理由アリヤ否ノ判斷ヲ爲スヘシトスル規定存セサルカ故ニ、之カ判斷ヲ示ササルモ違法ニ非スト云フヘク判例亦之ト同説ナリ。第五百五十六條ニ依レハ檢事ニ非サル者ノ上訴ニシテ其ノ理由アルトキハ上訴申立後ノ未決勾留日數ノ全部ヲ本刑ニ通算スヘキモノナレトモ、是レ裁判ノ執行ニ關スル問題ニシテ其ノ控訴ノ理由アリヤ否ヲ檢事ノ判斷ニ委ネタルモノトスルヲ通説ト爲ス。正面ノ解釋ハ之ヲ以テ足レリトスルモ、執行ニ際シ控訴ノ理由アリヤ否ノ標準區々ニ亘ルコトアラン乎、勢ヒ刑ノ執行異議ノ申立ヲ爲ス者ヲ生シ裁判所ノ判定ヲ待ツニ至ルヘク、然レハトテ控訴審ノ判決中ニ控訴ノ理由ノ有無ヲ判斷シ置クトスルモ、檢事ト見解ヲ異ニスル等問題ヲ惑起スルニ至ルヘシ、從テ一般的問題トシテ控訴ノ理由アリヤ否ヲ決スヘキ標準如何ヲ研究スルノ必要存スルコト明ナリ。然レトモ凡ユル場合ヲ個別的ニ舉示シテ斷案ヲ下スコト困難ナルニ因リ其ノ大綱ヲ説キ他ハ之ニ依リテ類推ヲ爲スノ外ナシ。即第一審判決カ判決主文、事實認定及法令ノ適用ニ付不當アルニ

於テハ控訴理由アリト爲スヘシ。更ニ詳言スレハ

(一) 第二審判決ノ主文カ第一審判決ノ主文ト異ナル場合ハ原則トシテ控訴理由アリト爲スヘシ、但シ控訴審ニ於テ生シタル訴訟費用ノ負擔又ハ控訴審ニ於ケル未決勾留日數ノ算入等ノ如キハ控訴審ノ判決主文ニ於テ言渡シタリトスルモ、之ヲ以テ原判決ヲ不當ト爲スヘキニ非サレハ控訴理由アルモノト云フヲ得ス。

(二) 主文ニ變更ナシトスルモ原判決認定事實及法律ノ適用ニ於テ不當アリ且判決自體及其ノ訴訟手續ニ於テ第四百十條所定ノ上告理由ノ存在スル場合ニハ控訴ハ理由アルモノト認ムヘキモノトス。但シ第四百十條所掲ノ場合中第十四號、第十五號ノ如キ事由アルモ、判決ニ影響ナシトシテ之ヲ除外スヘシトノ説ヲ爲スモノアルヲ注意スヘシ。

第三章 上 告 (Revision)

第一節 總 說

本法カ舊刑事訴訟法ニ對シ幾多ノ改正ヲ加ヘタリト雖重大ナル改革ト目スヘキモノノ一ハ上告審ノ構造ニ付テナリ。即舊法ニ在リテハ上告審ハ法律上ノ審査ヲノミ行ヒ事實ノ審理ヲ爲ササ

ルヲ原則ト爲シ、事實ノ認定及之ニ伴フ刑ノ量定如何ハ上告審ニ於テ之ヲ爭フヲ得サルモノトスルト共ニ、上告理由 (Revisionsgründe) トシテ當事者カ不當判決ノ更正ヲ求ムル根據理由ハ法律上ノ審査問題ニ限ラレ、而カモ上告裁判所ハ當事者ノ主張スル上告論旨ニ就テノミ其ノ判斷ヲ爲シ、自ラ進ンテ原判決及其ノ基礎ト爲レル訴訟手續ノ瑕瑾ヲ探究スルコトナキヲ本則トセリ、是レ近時各國ニ於ケル刑事訴訟法ノ制度ニ則リタルモノナリ。然ルニ本法ハ事實ノ認定及刑ノ量定ニ付テモ亦上告ヲ爲スコトヲ得シメ此等ノ事由アルトキハ上告裁判所ハ決定ヲ以テ事實ノ審理ヲ爲スヘキ旨ヲ言渡スコトト爲セリ。加之、職權審理主義ニ從ヒ上告裁判所モ當事者ノ上告理由トシテ指摘スル論點ニ對シテ裁判スルニ止マラス、自ラ職權ヲ以テ一定ノ事項ニ付上告理由ヲ調査スルコトヲ得ルコトト爲セルハ注目ニ値ス。即上告審ノ審理範圍ハ大ニ擴張セラレ當事者ノ上告趣意書ニ包含セラレタル事項ノ外裁判所ノ管轄、公訴ノ受理及判決ニ因リ定リタル事實ニ對スル法令ノ適用ノ當否ニ付テハ職權ヲ以テ調査ヲ爲スヲ得、又判決アリタル後ニ於ケル刑ノ廢止若ハ變更又ハ大赦ニ付テモ同シ。殊ニ第二審判決ニ對スル上告事件ニ於テハ第四百十二條乃至第四百十四條ニ規定スル刑ノ量定甚シク不當、再審請求、重大ナル事實誤認ノ事由ニ付職權調査ヲ爲スコトヲ得ルニ至レリ。然レハ上告審ノ審理ハ營ニ法令違反ノミナラス

事實認定及刑ノ量定ニ及フヲ知ルヘシ。

上告ハ法律ニ定メタル事由ニ因リ原判決ノ更正ヲ求ムルモノニシテ、上告ノ理由アリト認ムルトキハ原判決ヲ破毀シ被告事件ニ付更ニ判決ヲ爲スモノトス(第四百四十七條、第四百四十八條)。從テ上告ハ控訴ト異リ上告裁判所ハ上記職權ヲ以テ調査スヘキ事項ノ外ハ上告人カ上告ノ理由トシテ主張シタル論點ニ付テノミ審判スルモノニシテ、事件ニ付覆審ヲ爲ササルヲ原則トス。

第二節 上告ノ物體

舊刑事訴訟法ニ於テハ上告ハ第二審ノ判決ニ對シテノミ之ヲ許シタルモ、本法ハ第二審判決ニ對シ上告ヲ爲スヲ本則トスレトモ、第一審判決ニ對シテモ直ニ上告ヲ爲シ得ル場合ヲ認メタリ、所謂超躍的上告 (revisio per saltum) 是レナリ。即第四百十六條ニ依レハ(一)判決ニ依リ定リタル被告事件ノ事實ニ付法令ヲ適用セス又ハ不當ニ法令ヲ適用シタルコトヲ理由トスルトキ、(二)判決アリタル後刑ノ廢止若ハ變更又ハ大赦アリタルコトヲ理由トスルトキ、ハ地方裁判所ニ於テ爲シタル第一審ノ判決ニ對シ控訴ヲ爲サシテ上告ヲ爲スコトヲ得ト規定セリ。從テ上告ノ物體ハ第二審判決及一定ノ制限ノ下ニ於ケル第一審判決ナリ。畢竟スルニ第

一審判決ヲ受ケタル當事者カ事實ノ覆審ヲ求ムルノ意思ナク單ニ同判決ノ法令違反ヲ理由トシテ判決ノ更正ヲ求ムル場合ニハ上告審ヲシテ理由ノ當否ヲ判斷セシムルヲ妥當トシタルナリ。從テ第一審判決ニ對スル上告ハ對手人控訴ヲ爲シタルトキハ上告ノ申立ハ效力ヲ失ヒ、又一方ニ控訴ヲ申立テナカラ他方ニ上告ヲ爲スヲ得サルハ勿論ナリ。然レトモ對手人カ控訴ヲ取下ケ又ハ其ノ控訴カ不適法トシテ棄却セラレタルトキハ控訴審ノ審判ヲ受クルニ由ナケレハ上告ハ效力ヲ失ハス（第四百十七條）。

第三節 上告ノ理由

上告理由 (Revisionsgründe) トハ前述ノ如ク上告ノ物體タル判決ノ不當ニ付當事者カ更正ヲ求ムル根據ヲ謂フモノニシテ、第一審判決ニ對スル上告ト第二審判決ニ對スル上告トニ依リテ異リ。依テ左ニ之ヲ説明スヘシ。

第一 第一審判決ニ對スル上告理由

第一審判決ニ對スル上告ノ理由ハ前節ニ於テ叙述シタル如ク第四百十六條所定ノ二個ノ場合ナリ、二者孰レノ場合ニ於テモ當事者ハ同判決ノ事實認定ニ異議ナク、唯法令ノ違反アリト爲ス

場合ナルヲ以テ、上告裁判所ハ其ノ點ヲ判斷スレハ足ル。

如斯認定事實ノ覆審ヲ求ムルモノニ非サレハ、右第一審破毀ノ結果トシテ事實ノ審理ヲ必要トスル上告ハ之ヲ許スヘキニ非ス、故ニ事實ノ審理ヲ要スルトキハ控訴スヘク直ニ上告ヲ爲スヘキモノニ非ス、上告裁判所ハ原判決ノ認メタル事實ヲ基本トシテ正當ナル法令ヲ適用スヘキノミ。從テ第一審判決ノ事實認定ニシテ犯罪構成要素ヲ具備セサルトキハ上告審ハ無罪ヲ言渡スヘク、又犯罪ヲ構成スルヤ否不明ナル場合ノ如キ理由不備ナルトキモ亦同様無罪ヲ言渡スノ外ナシ。若シ一定ノ事實認定ヲ知ル能ハサル如キ場合アリトセハ、斯ル第一審判決ニ對シテハ控訴申立ニ依リ事實ヲ確定スヘク上告ハ不適法トシテ棄却シテ可ナリト信ス。

第二 第二審判決ニ對スル上告理由

第二審判決ニ對スル上告理由ハ左ノ如シ。

- (一) 法令ノ違反（第四百九條乃至第四百十一條）
- (二) 刑ノ量定甚シク不當（第四百十二條）
- (三) 再審請求ノ事由（第四百十三條）
- (四) 重大ナル事實ノ誤認（第四百十四條）

(五) 判決後ノ刑ノ廢止若ハ變更又ハ大赦(第四百十五條)是レナリ、以下逐次之ヲ解説セントス。

(一) 法令ノ違反

上告ハ法令ノ違反ヲ理由トスルトキニ限り之ヲ爲スコトヲ得ルヲ原則トス(第四百九條)。法令ノ違反トハ法令ヲ適用セス又ハ不當ニ適用シタルコトヲ謂ヒ、換言セハ適用スヘキ法令ヲ適用セス又ハ適用スヘカラサル法令ヲ適用シタルコトナリ。而シテ所謂法令ニハ實體刑罰法規ノ違背ト訴訟法規ノ違背トヲ包含スルモノニシテ、例ヘハ正當防衛又ハ累犯ノ事實ヲ認メナカラ之カ規定ヲ適用セス、又窃盜ノ事實ニ對シ強盜ノ規定ヲ適用スルカ如キハ前者ニ屬シ、證據調ノ請求アリタルニ拘ラス許否ノ決定ヲ爲サス又ハ取調ヲ爲ササル證據ヲ罪證ニ供スルカ如キハ後者ニ屬ス。然レトモ訴訟法規ノ違背ニ付テハ強行法(imperative Rechtsatz)ニ違背スル場合ニノミ限り訓示規定(instruktionelle Satz)ノ違背ハ上告ノ理由ト爲ラス。

更ニ注意スヘキハ假令法令ノ違反アリタリトスルモ、判決ニ影響ヲ及ホササルコト明白ナルトキハ之ヲ上告ノ理由ト爲スヲ得サル點ナリ(第四百十一條)。然レトモ法令違反中二十一ノ場合(第四百十條)ニハ當然判決ニ影響アルモノトシテ上告ノ理由アルモノトス。學者法令ノ違反カ判決ニ

影響ヲ及ホシ上告ノ理由ト爲ルニハ法令ノ違反ト判決トノ間ニ因果關係(Kausalzusammenhang)ノ存スルヲ要スト説キ、法令違反カ實體法規違反ナルトキハ常ニ判決ト因果關係アルモ、訴訟法規ノ違反ナルトキハ必スシモ然ラスシテ、第四百十條ノ場合ハ因果關係ノ存否如何ニ拘ラス絶對的ニ上告理由ト爲ルト云ヘリ(Absoluten Revisionsgrunde oder unbefingte Revisionsgrunde)以下本法カ常ニ上告理由アリトスル法令違反ノ各場合ヲ順次説明スヘシ。

(1) 法律ニ從ヒ判決裁判所ヲ構成セサリシトキ

定數ノ判事ヲ缺ク場合ハ勿論轉補、停職等ノ爲裁判事務ヲ執ル能ハサル判事關與シ又ハ公判廷ニ判事、檢事、裁判所書記ノ列席ナクシテ審判シタル場合ノ如シ。然レトモ強制辯護人(又ハ必要辯護人)ノ出廷ナキ場合ハ之ニ包含セス。判決言渡公判調書ニ立會檢事ノ氏名ヲ遺脱シアリ如何ナル人カ檢事トシテ立會シタルヤ不明ニシテ、適式ニ判決裁判所ノ構成ヲ知ルヘカラストテ、第四百十條第一號違反ヲ主張シタル案件ニ於テ大審院ハ之ヲ是認シタリ。

(2) 職務ノ執行ヨリ除斥セラルヘキ判事審判ニ關與シタルトキ

判事ノ除斥原因ハ第二十四條ノ定ムルトコロナリ、而シテ第一審ノ判決ヲ爲シタル判事カ第二審ノ審理及判決ノ評議ニ關與シタルニ非スシテ、單ニ判決ノ言渡ノミニ立會フモ上告ノ理由ト

爲スコトヲ得サルハ判例ノ存スルコロナリ（大正十三年五月十二日大判）。

(3) 判事偏頗ノ虞アリトシテ忌避セラレ其ノ忌避ノ申立理由アリト認めラレタルニ拘ラス審判ニ關與シタルトキ

忌避ノ原因アル豫審判事カ豫審終結決定ヲ爲シタルトキハ本號ニ該當セサルモノト解スヘシ。

(4) 審理ニ關與セサリシ判事判決ニ關與シタルトキ
特ニ説明ヲ加フヘキコトナシ。

(5) 不法ニ管轄又ハ管轄違ヲ認メタルトキ

地方裁判所カ其ノ管轄ニ屬スル事件ニ付不法ニ管轄ヲ認メタル區裁判所ノ判決ニ對スル控訴ヲ受理シ第二審トシテ審理ノ上判決ヲ爲シタルトキハ、不當ニ管轄ヲ認メタル結果ニ外ナラサレハ、第四百十條第五號ニ該當スル違法アリトノ判例ノ存スルコトハ前述ノ如シ。

(6) 不法ニ公訴ヲ受理シ又ハ之ヲ棄却シタルトキ

公訴棄却ノ判決若ハ決定ヲ爲スヘキ場合ニ本案ノ審判ヲ爲シ又ハ適法ナル公訴ノ提起アルニ拘ラス公訴棄却ノ判決ヲ爲ス如キヲ謂フ。

(7) 審判ノ公開ニ關スル規定ニ違反シタルトキ

判決ヲ公開セス又ハ公開禁止ノ言渡ナクシテ辯論ヲ公ニセサルカ如シ。

(8) 別段ノ規定アル場合ヲ除ク外被告人出頭スルコトナクシテ審判ヲ爲シタルトキ

被告人出頭セサルモ審判シ得ヘキコトヲ規定セルハ第三百六十七條、第四百四條ナリ。

(9) 公判廷ニ於テ被告人ノ身體ヲ拘束シタルトキ

被告人ノ身體ノ不拘束ト公判調書ノ記載ニ關シ公判調書ニ身體ノ拘束ヲ受ケタル事實ノ有無ニ付テノ記載ヲ缺如スルモ、直ニ拘束ノ儘訊問供述ヲ爲シタルモノト解スヘキニ非ストノ判例アルヲ注意スヘシ（大正十三年五月八日大判）。

(10) 法律ニ依リ辯護人ヲ要スル事件又ハ決定ニ依リ辯護人ヲ附シタル事件ニ付辯護人出頭スルコトナクシテ審理ヲ爲シタルトキ

法律ニ依リ辯護人ヲ要スル事件ハ前述ノ如ク第三百三十四條ノ場合ニシテ、決定ニ依リ辯護人ヲ附シタル事件トハ第三百三十五條ノ場合ヲ指ス。此ノ點ニ關シ左記判例ヲ注意スヘシ。

辯護人ヲ要スル事件ニ於テハ辯護人カ事件ノ辯論ヲ終リタル後ト雖辯護人ナクシテ開廷シ審理ヲ爲シタルトキハ其ノ審理ニ基ク判決ハ破毀ヲ免レサルモノトス（大正十三年六月十六日大判）。

(11) 不法ニ辯護權ノ行使ヲ制限シタルトキ

公判期日ニ辯護人ヲ召喚セスシテ公判ヲ開廷シ其ノ辯護人ノ立會ナクシテ被告人ヲ訊問シタルハ、被告人ノ辯護權ヲ不法ニ制限シタルモノニ該當シ、斯ル公判審理ハ違法ニシテ其ノ被告人ノ供述ハ證據力ヲ有セサルナリ（大正十五年三月二十九日大判）。

(12) 検事ノ爲ス被告事件ノ陳述ヲ聽カスシテ審判ヲ爲シタルトキ

第二審ニ於テモ検事ハ被告事件ノ要旨ヲ陳述スルコトヲ要シ、之ヲ聽カスシテ爲シタル口頭辯論ハ判決ノ基本ト爲スヲ得サルハ、既ニ判例ノ存スルトコロナルコト前説ノ如シ。

(13) 法律ニ依リ公判ニ於テ取調フヘキ證據ノ取調ヲ爲ササリシトキ

所謂法律ニ依リ公判ニ於テ取調フヘキ證據ヲ取調ヘストハ、第三百四十二條ノ如ク特ニ法律ノ明文ヲ以テ公判廷ニ於テ取調フヘキコトヲ規定シタル場合ニ其ノ取調ヲ爲ササリシトキヲ指稱ス（大正十五年二月二十四日大判）。

(14) 公判ニ於テ爲シタル證據調ノ請求ニ付決定ヲ爲スヘキ場合ニ於テ之ヲ爲ササリシトキ
右ハ第三百四十四條ノ場合ヲ指スモノトス。

(15) 公判ニ於テ爲シタル異議ノ申立ニ付決定ヲ爲ササリシトキ
第三百四十八條ヲ参照スヘシ。

(16) 法律ニ依リ公判手續ヲ停止シ又ハ更新スヘキ事由アル場合ニ於テ之ヲ停止シ又ハ更新セザリシトキ

第三百五十二條乃至第三百五十四條ヲ参照スヘシ。

(17) 被告人又ハ辯護人ニ最終ニ陳述スル機會ヲ與ヘサリシトキ

判例ハ辯護人ニ最終ニ陳述ヲ爲サシメタル以上ハ、被告人ニ最終陳述ヲ爲サシムル要ナシトセルコト前説ノ如シ。

(18) 審判ノ請求ヲ受ケタル事件ニ付判決ヲ爲サス又ハ審判ノ請求ヲ受ケサル事件ニ付判決ヲ爲シタルトキ

此ノ點ニ付テハ控訴審判決ノ遺脱ニ關スル説明ヲ参照スヘシ。

(19) 判決ニ理由ヲ附セス又ハ理由ニ齟齬アルトキ

舊刑事訴訟法ニ於テ裁判ニ理由ヲ附セストハ理由ノ全部又ハ一部ヲ缺如スルヲ謂ヒ、理由ニ齟齬アルトハ事實又ハ法律ノ理由ニ於テ互ニ相矛盾スル所アルヲ謂ヒ、事實ト法律トカ互ニ矛盾スル場合ハ之ヲ擬律ノ錯誤ト稱シテ前者トハ明ニ區別シタリ。本法ハ判決ニ依リ定マリタル事實ニ對スル法令ノ適用ノ當否ハ之ヲ上告裁判所ノ職權調査事項ト爲シ（第四百三十四條第二項）タル

ニ拘ラス。舊法ノ如ク擬律錯誤ニ付獨立ノ法定理由ヲ掲ケサルハ之ヲ以テ理由齟齬中ニ包含セシメタルモノナルヘキカ。

(20) 判決ニ示スヘキ判斷ヲ遺脱シタルトキ

茲ニ所謂判斷トハ第三百六十條第二項ニ依ルモノヲ指ス。

(21) 判決書ニ判事ノ署名若ハ捺印又ハ契印ヲ缺キタルトキ

官公吏ノ作ルヘキ書類ニ年月日ヲ記載シ署名捺印シ且毎葉ニ契印スヘキハ第七十一條ノ定ムルトコロナレトモ、判決書ニ付テハ判決ノ眞實竝ニ公正ノ保障ヲ重シシ之カ方式ニ違背シタル場合ニ於テハ、通常書類ト異リ原判決ヲ破毀スルニ足ル上告ノ理由アルモノトス(大正十四年十二月十一日大判)。

以上列舉ノ場合ノ外法令ノ違反アルモ判決ニ影響ヲ及ホササルコト明白ナルトキハ、之ヲ上告ノ理由ト爲スコトヲ得サルハ既ニ説述シタル所ノ如シ。而シテ法令ノ違反カ判決ニ影響ヲ及ホス場合ナリヤ否ハ裁判所ノ裁量ニ俟ツヘキモノナレハ、斯ル理由ヲ稱シテ裁判上ノ理由又ハ裁定理由ト稱スルヲ得ヘシ。所謂判決ニ影響ヲ及ホストハ結局原判決ノ主文ニ影響ヲ及ホスノ意義ニ外ナラスシテ、此ノ點ニ關スル判例數題ヲ錄取シ參考ニ供スヘシ。

(1) 數個ノ創傷ヲ他人ニ負ハシメタル事實ヲ判示シタル場合ニ於テ其ノ中或創傷ニ關シテ之ヲ認メタル證據ヲ缺如セル違法アリトスルモ犯人ノ加ヘタル創傷ノ全體ヨリ觀察シテ犯罪ノ構成及其ノ科刑ニ影響ナキ限リハ判決ヲ破毀スルノ理由ト爲スニ足ラス(大正十三年二月二十九日大判)。

(2) 一ノ犯罪事實ヲ認定スル資料トシテ判決ニ掲ケタル數個ノ證據中或一ノ證據説示ニ不備ノ點アリトスルモ爾餘ノ證據ニ依リテ犯罪事實ヲ認定スルニ足ルニ於テハ上告ノ理由ト爲スヲ得ス(同年四月八日大判)。

(3) 判決書ニ公判關與ノ檢事ト異ナル檢事ノ氏名ヲ記載スルハ刑事訴訟法第六十九條第二項ニ違反スルモノナレトモ裁判ニ影響ヲ及ホササルコト明白ナルヲ以テ之ヲ上告ノ理由ト爲スコトヲ得ス(同年四月九日大判)。

(4) 單一罪ノ事實ヲ連續犯トシテ刑法第五十五條ヲ適用シタルハ違法ヲ免レスト雖結局一罪ヲ以テ處斷シタルモノナレハ刑ノ量定其ノ他ニ異ナル所ナク右違法ハ判決ニ影響ヲ及ホササルヲ以テ上告ノ理由ト爲スコトヲ得ス(同年七月二十九日)。

(三) 刑ノ量定甚シク不當

法令ノ違反ニ非サルモ刑ノ量定甚シク不當ナリト思料スヘキ顯著ナル事由アルトキハ、之ヲ上告ノ理由ト爲スコトヲ得ルハ第四百十二條ノ明示スルトコロナリ、蓋量刑ノ適正ヲ得ルコトハ刑事裁判ノ理想ナルカ故ニ、若シ刑ノ量定ニシテ甚シク不當ナルニ於テハ之ヲ更正セシムルヲ本旨トス。

(三) 再審請求ノ事由

第四百十三條ハ再審ノ請求ヲ爲シ得ヘキ場合ニ該ル事由アルトキハ、之ヲ上告ノ理由ト爲スコトヲ得ト規定ス。再審ハ後ニ説明スル如ク實體的眞實ニ根基シ確定判決ヲ攻撃シテ新ナル審判ヲ求ムルトキ該請求ヲ理由アリトセハ、更ニ審判ヲ行ヒテ確定ノ判決ノ效力ヲ消滅セシムルモノナリ。判決確定後ニシテ一定ノ事由アルコトヲ發見スルトキ之ヲ以テ判決ノ確定力ヲ消滅セシムルヲ得ヘキモノトセハ、判決確定前ニ於テ同一事由アルトキハ之ヲ理由トシ判決ヲ破毀シ更ニ裁判ヲ爲サシムヘキハ當然ニシテ、其ノ原由ハ再審ノ章下ニ詳述スヘシ。

(四) 重大ナル事實ノ誤認

重大ナル事實ノ誤認アルコトヲ疑フニ足ルヘキ顯著ナル事由アルトキハ之ヲ上告ノ理由ト爲スコトヲ得(第四百十四條)。

上告審タル大審院カ事實審理ヲ爲スノ當否ニ付テハ世論必スシモ歸一セサレトモ、凡ソ裁判ニ於テ事實認定ノ肯綮ヲ得敢テ誤判アルヘカラサルハ當然ナルニ拘ラス、人智ニ限アリ必スシモ事實誤認ナキヲ保セス、而カモ其ノ誤認ニシテ輕微ニ非スシテ重大ナルモノナルコトヲ疑フニ足ルヘキ顯著ナル事由存スルニ於テハ、斯ル判決ヲ更正セシムヘキヲ可トシ本法ハ之ヲ上告ノ理由トシテ認メタルモノナリ。所謂重大ナル事實ノ誤認トハ管ニ有罪ヲ無罪トシ無罪ヲ有罪ト爲スニ止ラス、甲罪ヲ乙罪ト爲ス場合等ヲ包含スヘキハ勿論ナリ。參考トスヘキ判例ヲ示セハ(イ) 犯罪ノ構成要素カ選擇的ニ定マル場合ニ於テハ其ノ一カ認メラレサルトキト雖他ノ一カ認メ得ラルル限り重大ナル事實ノ誤認アルコトヲ疑フニ足ルヘキ顯著ナル事由アリト爲スコトヲ得ス(大正十五年五月二十七日大判)。

(ロ) 自首ノ有無ニ關スル事實ノ誤認ハ上告ノ理由ト爲ラス蓋上告ノ理由ト爲ルヘキ事實ノ誤認ハ判決上說示ヲ要スル事實即刑事訴訟法第三百六十條ニ所謂罪ト爲ルヘキ事實ニ付存スルコトヲ要シ自首ヲ爲シタリヤ否ハ罪ト爲ルヘキ事實ニ屬セサレハナリ(同年六月七日大判)。

(五) 判決後ノ刑ノ廢止若ハ變更又ハ大赦

原判決自體ニ法令ノ違反アリト云フニ非サレトモ、判決アリタル後刑ノ廢止、變更又ハ大赦ア

リタルトキハ法令ノ違反ニ準シ之ヲ上告ノ理由ト爲スコトヲ得、蓋犯罪後ノ刑ノ廢止及大赦ハ公訴權消滅ノ原因ニシテ、刑ノ輕減ノ如キモ之ニ準スヘキモノナレハ、以上ノ事由ヲ以テ原判決ヲ變更スルハ法律ノ改正又ハ恩赦ノ趣旨ニ適スレハナリ。第四百十五條ニ刑ノ變更トハ刑ノ減輕ノ場合ニ限ルモノニシテ、判決後法律ノ改正ニ依リ刑ヲ重クシタル場合ニハ重キモノヲ科スルヲ得サルハ刑法第六條ニ徴シ明瞭ナレハ、之ヲ以テ上告ノ理由ト爲スヘキニ非サルナリ。

第四節 上告ノ提起

上告ヲ爲スニハ上告申立書ヲ原裁判所ニ差出スヘク(第四百十九條)其ノ提起期間ハ五日ナリトス。私訴ノ上告期間ハ公訴ト同一ニシテ裁判宣告ノ翌日ヨリ起算シテ五日ナリトス(大正十三年四月二十六日大判(第四百十八條))。而シテ電報又ハ電話ヲ以テスル上告申立ノ不合法ナルコトハ上訴ノ通則ニ於テ説明シタルトコロノ如シ。

上告申立書ヲ上告提起期間内ニ原裁判所ニ差出ササルトキハ、縱令直接ニ上告裁判所ニ差出スモ其ノ上告ノ申立ハ不合法ナリトハ判例ノ示ストコロナリ(大正十四年十月二十九日大判)。而シテ上告申立書ニハ一定ノ判決ヲ記載シ之ニ對シ上告ヲ爲スノ意思ヲ表示スルヲ以テ足り其ノ理由ハ

別ニ上告趣意書(Rechtsfertigung des Rechtsmittels)ヲ差出シテ之ヲ明ニスヘキモノトス。尙ホ上告提起ノ方式ニ關シテハ上訴提起ノ方式ノ題下ニ於ケル説明ヲ參照スヘシ。

第五節 附帶上告

第四百二十四條ニ依レハ上告ノ對手人ハ最初ニ定メタル公判期日ノ十五日前迄附帶上告ヲ爲スコトヲ得ヘキヲ定ム(第一項)。即上告申立人ノ上告趣意書差出期間ニ同シク、而カキ附帶上告ハ其ノ上告申立書ノミニテハ成立セスシテ必ス上告趣意書ヲ上告裁判所ニ差出シテ之ヲ爲スヘキモノナレハ(第二項)、上告趣意書ノ提出ハ附帶上告ノ方式ナリト謂フヘシ。而シテ附帶上告ハ主タル上告ニ隨伴シ主タル上告ノ存在ヲ前提トスルヲ以テ、主タル上告申立ノ範圍ヲ超越スルヲ得サルハ勿論ナリ。即判決ノ一部ニ對シ上告ノ申立アリシ場合ニハ其ノ部分ニ限り附帶上告ヲ爲シ得ヘク、又主タル上告不合法トシテ棄却セラレ又ハ其ノ取下アリタルトキハ附帶上告亦其ノ效力ヲ失フモノトス。

檢事附帶上告ヲ爲シタルトキハ所謂不利益變更禁止ノ適用ヲ受ケサルハ固ヨリナリ(第四百五十二條)。

第六節 上告申立ノ適否ニ關スル原裁判所ノ審査

原裁判所（第二審裁判所又ハ第一審判決ニ對スル上告ノ場合ニハ第一審裁判所）ニ於テハ上告ノ申立ノ適否ヲ調査シ、若シ其ノ申立ニシテ法律上ノ方式ニ違反シ又ハ上告權消滅後ニ爲シタルモノナルトキハ檢事ノ意見ヲ聽キ決定ヲ以テ之ヲ棄却シ、其ノ他ノ場合ニ於テハ原裁判所ハ訴訟記録ヲ其ノ裁判所ノ檢事ニ送付シ、檢事ハ之ヲ上告裁判所ノ檢事ニ、同檢事ハ之ヲ其ノ裁判所ニ順次送付ノ手續ヲ爲スヘキモノトス。而シテ前示上告棄却ノ決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得（第四百二十條、第四百二十一條）。

第一審無罪ノ判決ニ對シ被告人カ控訴ヲ爲シタルニ因リ第二審カ之ヲ不適法トシテ棄却シタル處更ニ上告シタル爲第二審カ該上告申立ハ方式ニ反ストシ決定ヲ以テ棄却シタルヲ大審院ハ是認セリ（大正十三年十一月二十七日大決）。

第七節 上告審ノ公判準備

上告裁判所ノ裁判長ハ公判期日ヲ指定シ遅クモ其ノ期日ノ五十日前ニ該期日ヲ上告申立人及對

手人ニ通知スヘク、此ノ期日ヲ定ムル前辯護人ノ選任アリタルトキハ辯護人ニ對シ右期日ヲ通知スルヲ要シ辯護人ヲ選定セル當事者ニ之ヲ通知スルノ必要ナシ（第四百二十二條）。何トナレハ上告審ニ在リテハ事實審理ヲ爲ス場合ノ外辯護人ニ非サレハ被告人ノ爲ニスル辯論ヲ爲スコトヲ得サルカ故ニ（第四百三十一條）、事實審理開始ノ決定ヲ爲ス以前ノ公判期日ハ之ヲ辯護人ニ通知スルヲ以テ足ルカ故ナリ。

其ノ反面解釋トシテ上告申立人及對手人ニ對スル期日通知後辯護人ヲ選任シタル場合ニ在リテハ、同辯護人ニ對シ期日ヲ通知スルニ及ハス。

特ニ一言スヘキハ上告審ニ在リテハ公判期日ハ單ニ通知ヲ爲スヲ以テ足り特ニ召喚手續ヲ爲スヲ要セサルコト是レナリ。

上告ノ提起ノ節下ニ於テ説明セル如ク上告ノ申立ニハ上告趣意書ノ差出ヲ必要トスルモノニシテ、上告申立人ハ上告申立書ト共ニ上告趣意書ヲ差出スヲ妨ケサルモ、遅クトモ最初ニ定メタル公判期日ノ十五日前ニ上告趣意書ヲ上告裁判所ニ差出スヘシ（第四百二十三條）。是レ裁判ノ準備ヲ爲ス期間ヲ存スルノ本旨ニ出テタルモノナレハ、上告申立人カ適法ノ期間内ニ上告趣意書ヲ差出シタルヤ否ハ其ノ勾留ヲ受ケタルト否トニ區別ナク總テ上告裁判所ニ到達シタル時ヲ標準

トシテ決スヘキモノトス(大正十三年十二月二十五日大決)。

上告趣意書ニハ上告ノ理由ヲ明示スヘシ(第四百二十五條第一項)。即如何ナル範圍ニ於テ原判決ノ不當カ攻撃セラルルヤヲ明確ニスヘキモノニシテ、上告趣意書ニ記載セラルヘキ原判決ノ不當ハ必ス上告ヲ以テ之ヲ攻撃スルヲ得ヘキモノナラサルヘカラス。若シ上告ヲ以テ攻撃シ得ヘカラサル不當ヲ目標トスルトキハ上告適法ノ理由ト爲ラストシテ其ノ上告ハ棄却セラルヘシ。上告趣意書ニ單ニ原判決ハ違法ナリトノミ記載シ其ノ不法ノ點ヲ指摘セサルトキハ法律上上告趣意書タルノ效力ナク從テ該上告ハ不成立トシテ棄却セラルヘシ。

尙上告趣意書ニ關シ本法規定ノ概要ヲ述フレハ

(イ) 訴訟手續ノ法令ニ違反スルコトヲ理由トスル場合ニ於テハ違反ニ關スル事實ヲ表示スヘシ(第二項)。例ヘハ原判決カ採證ノ法則ニ違反セルコトヲ理由トスルトキハ、如何ナル證據ニ付其ノ援用上如何ナル違法アリヤノ事實ヲ記載シテ、以テ違反事實ノ有無調査ヲ求ムヘキカ如シ。

(ロ) 刑ノ量定甚シク不當ナリ又ハ重大ナル事實ノ誤認アルコトヲ理由トスル場合ニ於テハ、訴訟記録及原裁判所ニ於テ取調ヘタル證據ニ現ハレサル事實ヲ援用スルコトヲ得ス(第三項)。

蓋原裁判所ニ顯ハレタル事實竝ニ材料ニ基キ量刑及事實認定ノ當否ヲ判斷セスシテ、新事實ノ主張竝ニ新材料ノ提出ヲ許ストキハ、上告審ヲシテ更ニ事實ノ覆審タラシムルニ至リ法令上ノ審査ヲ爲スノ場所タル本來ノ性質ニ牴觸スルカ故ナリ。

(ハ) 再審ノ請求ヲ爲シ得ヘキコトヲ理由トスル場合ニ於テハ事實ヲ表示シ其ノ證據ヲ差出スヘシ(第四項)。是レ再審請求ノ場合(第四百九十七條)ト同一理由ニ基クモノナリ。

茲ニ注意スヘキハ第一審判決ニ對スル上告ノ場合ニ於テハ前述ノ如ク上告ノ理由限定セラルルカ故ニ、叙上(イ)乃至(ハ)ノ適用ナキコト是レナリ。

以下上告趣意書ノ作成、他ノ上告申立人ノ論旨ノ援用ニ付略說センニ、上告趣意書ノ形式ニ付テハ別段ノ規定ナケレハ一般書類ノ作成ニ關スル第七十一條乃至第七十四條ニ從フヘキモノナリ。而シテ上告趣意書ヲ差出スニハ書面ヲ以テスルコトヲ要シ、電報ニ依ルコトヲ許ササル點ニ付テハ既ニ判例ノ存スルトコロナリ(大正十四年二月二十八日大決)。又外國語ヲ用ヒテ記載セル上告趣意書ハ裁判所構成法第一百五條ニ照ラシ其ノ效力ナシ(大正十三年九月二日大決)。

次ニ同一被告人ノ共同辯護人カ相互ニ他人ノ提出セル上告趣意書ヲ援用スルハ實用ナキニ歸ス何トナレハ同一被告人ノ共同辯護人ノ提出セル論旨ハ被告人ノ利益ニ於テ共通スルモノナレハ

ナリ。然レトモ既ニ提出セラレタル他ノ被告人ノ上告趣意書ヲ援用スルハ妨ナキヲ以テ、其ノ論旨ヲ具體的ニ掲ケサルモ有效ナレハ上告裁判所ハ之ニ對スル判斷ヲ爲ササルヘカラス。又上告趣意書カ相被告辯護人ノ上告趣意書ノ提出前若クハ之ト同時ニ提出セラレタル場合ニ於テハ、相被告辯護人ノ論旨ハ之ヲ援用スルヲ得サルモノト云ハサルヘカラス。尙縱令適法ニ相被告辯護人ノ上告理由ヲ援用シタル場合ト雖、相被告人ニシテ公判前上告ヲ取下ケタルトキハ其ノ理由援用ノ效ハ該取下ト同時ニ消滅スルモノトスルコトハ舊刑事訴訟法來ノ判例トスルトコロナリ。

更ニ附言スヘキハ上告趣意書ハ之ヲ援用セサルモ共同被告人ニ其ノ效力ノ及フ場合アリ。即第四百五十一條ノ場合ナルカ、是ハ後ニ原判決破毀ノ效力ヲ論スルニ當リ詳説スヘシ。

然リ而シテ上告裁判所カ上告趣意書ヲ受取リタルトキハ速ニ其ノ謄本ヲ對手人ニ送達スヘシ(第四百二十六條)。之ニ反シテ上告申立人ニシテ法定期間内ニ上告趣意書ヲ差出ササルトキハ、上告裁判所ハ口頭辯論ヲ經ルニ及ハスシテ檢事ノ意見ヲ聽キ決定ヲ以テ上告ヲ棄却スヘキモノトス。上告申立人カ上告趣意書ヲ發送スルモ法定期間内ニ上告裁判所ニ到達セサル場合亦同シ。蓋上告趣意書ヲ差出スコトハ上告完成ノ要件ナレハナリ。而シテ檢事ノ意見ハ書面ヲ以テ之ヲ

聽クト公判廷ニ於テ口頭ニ依ルトハ敢テ問フトコロニ非ス(第四百二十七條)。

上告趣意書ノ提出アリテ上告裁判所其ノ謄本ヲ對手人ニ送達シタルトキハ對手人ハ之カ送達ヲ受ケタル日ヨリ十日内ニ答辯書(Answerklärung)ヲ上告裁判所ニ差出スコトヲ得、檢事對手人ナルトキハ重要ト認ムル上告ノ理由ニ付答辯書ヲ差出スヘク、上告裁判所答辯書ヲ受取リタルトキハ速ニ其ノ謄本ヲ上告申立人ニ送達スヘシ、上告申立人辯護人ヲ選任シタルトキハ其ノ送達ハ辯護人ニ之ヲ爲スヘシ(第四百二十八條)。答辯書ハ本來上告審判上必要ナルモノニ非サレトモ、上告論旨ニ對シ對手人ヲシテ自己ノ主張ヲ明示スルヲ得シムルハ相當ナリ。

次ニ公判準備トシテ部員ノ報告書作成ノ手續ヲ定メタリ(第四百二十九條)。即裁判長ハ上告趣意書及答辯書ノ内容明瞭ヲ缺クモノアル場合ニ論旨ヲ明確ニシ又上告申立ノ適法ニ成立セルヤ否ヲ調査セシムル爲部員ヲシテ上告申立書、上告趣意書及答辯書ヲ檢閲シテ報告書ヲ作成セシメ公判審理ノ便ヲ計ルヲ得ヘシ。受命判事ハ報告書ニ上告趣意書及答辯書ノ要旨ヲ記載スヘキモノトス。

最後ニ辯護人ノ官選モ準備行爲ノ一トシテ擧クルヲ得ヘシ、上告審ニ於テハ事實審理ノ場合ヲ除ク外被告人ノ爲ニスル辯論ハ辯護人ニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得ス、又辯護士ニ非サル者ヲ

辯護人ニ選任スルヲ得サルコトハ前述ノ如クナレハ(第四百三十條、第四百三十一條)、被告人ニ對シテ召喚狀ヲ發スルノ要ナキハ勿論被告人ノ出頭ナクシテ公判廷ヲ開クヲ得ヘシ。然レトモ死刑又ハ無期若ハ短期一年以上ノ懲役若ハ禁錮ニ該ル事件ニ付テハ辯護人ナクシテ開廷スルヲ得サルヲ以テ(第三百三十四條)、辯護人出頭セス又ハ辯護人ノ選任ナキトキハ裁判長ハ職權ヲ以テ辯護人ヲ附スヘキモノトス。

辯護人ヲ官選シタル後被告人ニ於テ辯護人ヲ自選スルモ、官選取消ノ手續ヲ爲ササル以上ハ之カ爲ニ官選辯護人ノ辯護權ハ當然消滅スヘキモノニ非ストハ久シク認メラレタル原則ナリ。然レトモ被告人ノ自選シタル辯護人カ出頭セサルコトヲ條件トシテ官選セラレタル辯護人カ、縱令召喚ヲ受ケサル爲公判期日ニ出頭セサリシ場合ト雖被告人ノ自選辯護人カ右期日ニ出頭シタル以上ハ、之ヲ目シテ辯護權ノ行使ヲ制限シタルモノト云フヲ得ストハ最近判例ノ示ストコロナリ(昭和二年一月三十一日大判)。

第八節 上告審ノ審理

上告審ノ審理ハ分チテ二トス、其ノ一ハ上告理由ニ付テノ審理ニシテ、其ノ二ハ被告事件ニ付

テノ事實審理ナリ。而シテ第一審判決ニ對スル上告事件ニ付テハ上告理由ニ於テノ審理ヲ爲シ直ニ判決ヲ爲スヘキモノナルモ、第二審判決ニ對スル上告事件ニ付テハ上告理由ノ審理ヲ終ルヤ直ニ判決ヲ爲ス場合ト其ノ審理後更ニ被告事件ニ付事實審理ヲ爲ス場合トアリ。以下逐次之ヲ分説セン。

第一款 上告理由ニ付テノ審理

上告理由ニ付テノ審理ノ公判期日ニ於テハ受命判事ハ辯論前報告書ヲ朗讀(Vortrag des Berichterstatters)スヘシ、固ヨリ受命判事ヲ用ヒサル事件ニ付テハ例外トス。次テ檢事及辯護人ハ上告趣意書ニ基キ辯論ヲ爲スヘキモノニシテ、上告趣意書ニ掲ケタル事項ノ範圍ニ止マルモノトス(第四百三十二條)。辯護人出頭セサルトキ又ハ辯護人ノ選任ナキトキハ、第三百三十四條ノ規定ニ依リ辯護人ヲ要スル場合又ハ第三百三十五條ノ決定ニ依リ辯護人ヲ附シタル場合ヲ除キ、檢事ノ陳述ヲ聽キ判決ヲ爲スヘキモノナリ(第四百三十三條)。

第一 上告裁判所ノ調査事項

上告裁判所ハ上告趣意書ニ包含セラレタル事項ニ限り調査ヲ爲スヘキヲ原則トス。然レトモ之

ニ對スル例外トシテ

(1) 裁判所ノ管轄、公訴ノ受理及判決ニ依リ定リタル事實ニ對スル法令ノ適用ノ當否(所謂擬律ノ錯誤)

(2) 判決アリタル後ニ於ケル刑ノ廢止若ハ變更又ハ大赦

(3) 第二審判決ニ對スル上告事件ニ於テハ第四百十二條乃至第四百十四條ニ規定スル刑ノ量定甚シク不當、再審請求事由及重大ナル事實誤認ノ事由

ニ關シテハ假令上告趣意書ニ依リ之ヲ上告ノ理由ト爲ササルモ上告裁判所ハ職權ヲ以テ調査ヲ爲スコトヲ得、即以上(1)(2)ハ第一審判決ニ對スル上告及第二審判決ニ對スル上告ニ共通ノモタルコトヲ注意スヘキナリ(第四百三十四條)。而シテ上告裁判所カ上記事項ヲ調査シ原判決ヲ不當トスルトキハ假令上告ノ理由ト爲ササルモ上告ノ理由アルモノトシテ原判決ヲ破毀スヘキモノトス。

第二 事實ノ取調

上告審ハ原則トシテ法令違反ノ點ヲ審査スルモノナレハ上告理由ニ付審理ヲ爲スニ當リ實體的事實ノ取調ヲ爲スヘキモノニ非サレトモ、訴訟法上ノ事實ノ如キハ之ヲ取調ヘサレハ果シテ訴

訟法カ適法ニ行ハレタルヤ否ヲ判斷スルコトヲ得サルカ故ニ、第四百三十五條ヲ以テ上告裁判所ハ裁判所ノ管轄、公訴ノ受理及訴訟手續竝ニ再審請求ヲ爲シ得ヘキ事由ニ關シ事實ヲ取調フルコトヲ得ルモノトシ、其ノ取調ハ部員ヲシテ之ヲ爲サシメ又ハ豫審判事若ハ區裁判所判事ニ之ヲ囑託スルコトヲ得。此ノ場合ニ於テハ受命判事及受託判事ハ豫審判事ト同一ノ權ヲ有シ受命判事又ハ受託判事ハ必要ト認ムルトキハ、檢事及辯護人ヲシテ右取調ニ立會ハシムルコトヲ得、受命判事又ハ受託判事ハ取調ノ結果ニ付報告ヲ爲スヘキモノトス。而シテ右取調ハ汎ク諸般ノ事實及證據ニ亘リテ爲スヘキモノナレトモ、公判期日ニ於ケル訴訟手續ノ如キハ公判調書ノミニ依リテ之ヲ證明シ得ヘキモノナリ(第六十四條)。

第三 調査ノ順序

(A) 第一審判決ニ對スル上告事件ニ付テハ上告趣意書ニ依ル事項及職權調査事項(第四百三十四條第一項及第二項)ノ調査ヲ爲シタル上直ニ判決ヲ爲スヘキモノトス(第四百三十六條)。而シテ擬律錯誤竝ニ判決後ニ於ケル刑ノ廢止若ハ變更又ハ大赦ハ第一審判決ニ對スル上告理由ニシテ同時ニ職權調査事項タリ。其ノ餘ノ職權調査事項ハ裁判所ノ管轄及公訴受理ノ問題ニシテ、第一審カ管轄違又ハ公訴棄却ヲ言渡シタル事件ニ付テハ第四百十六條ニ依リ上告ノ途ナク、唯職權調査ノ

結果不當ニ管轄ヲ認メ又ハ不當ニ公訴ヲ受理シタルコトヲ認メタル場合ニノミ上告裁判所ハ夫々移送ノ判決又ハ公訴棄却ノ判決ヲ爲スヘキモノニシテ、總テノ上告理由ハ同時ニ調査スヘキモノナリ。

(B) 然ルニ第二審判決ニ對スル上告事件ニ付テハ之ト異リ總テノ上告理由ヲ同時ニ調査スヘキモノニ非ス。第四百三十七條ハ第二審判決ニ對スル上告事件ニ付テハ先ツ上告ノ理由ト爲ルヘキ法令ノ違反及第四百十五條規定ノ判決後ニ於ケル刑ノ廢止若ハ變更又ハ大赦ノ有無ニ付審査スヘキヲ定ム。次テ第四百四十一條ハ右調査ヲ終ヘタル後第四百十二條乃至第四百十四條ニ規定スル事由ヲ調査スヘシト爲セリ。學者ハ前者ヲ第一次ノ調査、後者ヲ第二次ノ調査ト稱ス。斯ノ如ク調査ヲ分別シタル所以ノモノハ第一次ノ調査ヲ終リタル後第二次ノ調査ヲ爲スヘキ場合ト之ヲ爲サスシテ直ニ判決ヲ爲シ又ハ事實審理ノ決定ヲ爲スヘキ場合トアレハナリ。以下更ニ之ヲ詳説スレハ

(イ) 直ニ判決ヲ爲スヘキ場合

所謂第一次調査ノ上原裁判所カ不法ニ管轄若ハ管轄違ヲ認メ又ハ公訴ヲ受理シ若ハ棄却シタルコトヲ認ムルニ於テハ、之ヲ理由トシテ原判決ヲ破毀シ直ニ判決ヲ爲ス。即法令違反ヲ理由ト

シテ破毀スルモノニ外ナラス(第四百三十八條)。而シテ其ノ判決タルヤ原裁判所カ不法ニ管轄違ヲ言渡シ又ハ公訴ヲ棄却シタルモノナルトキハ、第四百四十九條ニ則リ事件ヲ原裁判所ニ差戻スモ必要アルトキハ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スコトヲ得ヘシ。又原裁判所カ不法ニ管轄ヲ認メタルトキハ第四百五十條ニ從ヒ事件ヲ管轄控訴裁判所又ハ管轄第一審裁判所ニ移送スヘシ。又原裁判所カ不法ニ公訴ヲ受理シタルトキハ第四百四十八條、第四百五十五條、第三百六十四條ニ依リ公訴棄却ノ判決ヲ爲スヘキモノトス。

次ニ事實ノ確定ニ影響ヲ及ホササル場合ノ違反又ハ判決アリタル後刑ノ廢止若ハ大赦アリタルコトヲ理由トシテ原判決ヲ破毀シ無罪又ハ免訴ノ言渡ヲ爲スヘキ場合ニ於テハ、檢事ヨリ第四百十三條又ハ第四百十四條ニ規定スル事由ヲ以テ上告ヲ爲ササル以上ハ直ニ判決ヲ爲スモノトス(第四百三十九條)。

事實ノ確定ニ影響ヲ及ホササル法令ノ違反アルニ因リテ原判決ヲ破毀シ無罪又ノ免訴ノ言渡ヲ爲スヘキ場合トハ、結局原判決ノ認メタル事實ニ對シ無罪又ハ免訴ノ言渡ヲ爲スヘキ場合ヲ謂フモノニシテ、原判決ニ擬律錯誤ノ違法アルトキニ外ナラス。而シテ以上第四百三十九條ノ二個ノ事由アル場合ト雖檢事ヨリ再審請求ノ事由又ハ重大ナル事實誤認ノ事由アルコトヲ理由トシ

テ上告ヲ申立テタルトキハ、上告裁判所ハ其ノ事由ノ存否ヲ調査シ事由存セサルコトヲ認メタルトキニ非サレハ無罪又ハ免訴ノ言渡ヲ爲スコトヲ得ス。

附言スヘキハ第四百三十九條該當ノ場合ニ於テ、他ニ原判決破毀ノ事由存シ而カモ其ノ事由カ事實ノ確定ニ影響ヲ及ホスヘキモノナルトキト雖檢事ヨリ叙上ノ上告ナキ以上ハ、事實ノ調査ヲ爲スコトナク直ニ判決ヲ爲スヘキモノナリ。蓋原審ノ認定シタル事實ニ對シテ上告審ニ於テ無罪又ハ免訴ヲ言渡スヘキ場合ナル限リハ、被告人ハ事實ノ認定ヲ争フモ其ノ實益ナキコト明ナレハナリ。從テ此ノ場合ニハ第四百三十四條第三項ノ職權調査ノ適用ナキコト論ナシ。

(口) 直ニ事實審理ノ決定ヲ爲スヘキ場合

第一次調査ノ結果事實ノ確定ニ影響ヲ及ホスヘキ法令違反アルコトヲ認メ原判決ヲ破毀スヘキトキハ、第二次調査ヲ爲サスシテ直ニ事實審理開始ノ決定ヲ爲スヘキモノトス(第四百四十條)、從テ他ノ上告論旨ハ之ヲ審査セス。例ヘハ第二審判決ノ言渡ニ立會セサル裁判所書記ノ作成シタル公判調書ハ無効ニシテ其ノ判決ハ第四百四十條ニ所謂事實ノ確定ニ影響ヲ及ホスヘキ法令違反ヲ理由トシテ破毀スヘキモノニ該當ス(大正十三年九月十八日大決)。公判ニ於テ取調ヲ爲ササル證據書類ヲ罪證ニ供シタル判決亦同様ナリ。

(ハ) 第二次ノ調査ヲ爲スヘキ場合

第四百四十一條ニ依リ刑ノ量定甚シク不當ナル事由、再審請求ノ事由及重大ナル事實誤認ノ事由ノ存否ヲ調査スルヲ謂フ。即上述(イ)(ロ)ノ場合ヲ除キ第一次調査ノ後本調査ヲ爲スモノナルカ、此ノ調査ハ檢事又ハ被告人ノ上告趣意書ニ基キ又ハ職權ヲ以テ之ヲ爲スモノトス。

之ヲ要スルニ第一次調査ヲ爲シタルモ法令違反及判決後ニ於ケル刑ノ廢止、變更及大赦ナシトセハ更ニ進ンテ第二次ノ調査ヲ爲スヘク、又第四百三十八條乃至第四百四十條ニ該當セサル破毀ノ原因アルカ又ハ第四百三十九條ニ該當スル破毀ノ原因アルモ、同條所定ノ檢事ノ上告アリタルトキハ第二次ノ調査ヲ爲スコトヲ要スルモノト云ハサルヘカラス。

而シテ第二次調査ノ結果第四百十二條乃至第四百十四條ニ規定スル事由アリト認ムルトキハ、檢事ノ意見ヲ聽キ決定ヲ以テ事實ノ審理ヲ爲スヘキ旨ヲ言渡スヘシ(第四百四十三條)。又斯ル事由ナキコト明白ナリト認ムルトキハ其ノ點ニ付辯論ヲ聽カスシテ直ニ判決ヲ爲スコトヲ得ヘシ(第四百四十二條)。

第二款 事實ノ審理

事實ノ審理トハ被告事件ニ付覆審ヲ爲スヲ謂フ。第四百四十四條第一項ニ依レハ上告裁判所事實ノ審理ヲ爲スヘキ旨ヲ言渡シタルトキハ、被告事件ニ付更ニ審理ヲ爲スヘシトアリテ、其ノ審理ニ付テハ第四百五十五條ニ從ヒ公判ニ關スル規定ハ別段ノ規定アル場合ヲ除ク外上告ノ審判ニ付之ヲ準用シ且控訴ニ關スル規定ヲ準用セラルヘキモノトス。從テ第四百三十五條ニ所謂事實ノ取調トハ其ノ性質ヲ異ニスルモノナルヲ注意スヘシ。

然リ而シテ上告裁判所ノ事實審理ニ關シ特ニ規定セルハ、第四百四十四條第二項乃至第四項ニ止マル、即公判廷ニ於テ取調フルコトヲ不便トスル事項ノ取調ハ部員ヲシテ之ヲ爲サシメ又ハ豫審判事若ハ區裁判所判事ニ之ヲ囑託スルコトヲ得。此ノ場合ニ於テハ受命判事及受託判事ハ豫審判事ト同一ノ權ヲ有ス、受命判事又ハ受託判事必要ト認ムルトキハ檢事及辯護人ヲシテ右取調ニ立會ハシムルコトヲ得、又受命判事又ハ受託判事ハ取調ノ結果ニ付報告ヲ爲スヘシ。上告裁判所ハ其ノ報告及取調書類ニ基キ判決ヲ爲スヘキニ依リ口頭主義、直接審理主義ニ遠カルノ譏ヲ免レサルヘキモ、上告審タル唯一ノ大審院カ此等主義ヲ貫徹スルコトハ寧ロ裁判制度ノ實際上至難ニ屬スルヲ以テ、斯ル便宜規定ニ依ラシムルコトト爲シタリ。

第九節 上告審ノ裁判

上告審ノ裁判ハ第二審判決ニ對スル上告ナルト第一審判決ニ對スル上告ナルトヲ問ハス、判決ト決定トニ分チ判決ハ更ニ之ヲ上告棄却ノ判決ト破毀ノ判決ト爲スヲ得ヘシ。

(A) 依テ先ツ第二審判決ニ對スル上告事件ノ裁判ヨリ説明センニ

(イ) 上告棄却ノ判決

上告棄却ノ判決ニハ上告ヲ不適法トシテ棄却スルモノト上告ヲ理由ナシトシテ棄却スルモノトノ二アリ。

前者ハ第四百四十五條ノ規定スルコロニシテ、上告ノ申立法律上ノ方式ニ違反シ又ハ上告權消滅後ニ爲シタルモノナルトキ換言スレハ上告カ其ノ適法條件ヲ具備セサルニ因リ之ヲ棄却セラルルモノトス。此ノ場合ニハ上告ノ理由ノ審理竝ニ事實ノ審理ヲ爲スヲ要セサルナリ。

後者ハ第四百四十六條ノ規定スルコロニシテ、上告理由ナキトキハ判決ヲ以テ之ヲ棄却スヘシトアリ。上告理由ナシト爲スニハ上告趣意書ノ論點及上告裁判所ノ職權調査事項ニ付法令ノ違反ナキカ又ハ法令ノ違反アルモ其ノ判決ニ影響ヲ及ボササルコト明白ナルトキ(第四百十一條)

竝ニ第四百十二條乃至第四百十四條規定ノ事由ナキコト明白ナルヲ要ス。

學者或ハ事實審理ノ結果原判決ヲ正當ナリトスルトキハ上告ノ理由ナキモノトシテ棄却スヘキモノト論スルモノアレトモ判例ハ之ト反對ナリ。

(ロ) 破毀ノ判決

上告趣意書ニ基ク調査竝ニ職權調査ニ依リ上告ノ理由ト爲ルヘキ事項アルトキハ、職權調査ノ點ニ付テハ之ヲ上告ノ理由ト爲ササルトキト雖孰レモ上告ノ理由アルモノトシテ、第四百四十七條ニ則リ原判決破毀ノ判決ヲ爲スヘキモノナリ。而シテ破毀ノ判決ヲ爲ス場合ヲ更ニ差戻又ハ移送ノ判決ヲ爲ストキト被告事件ニ付自ラ判決ヲ爲ストキトニ分ツヲ得ヘシ。

差戻ノ判決ヲ爲ス場合ハ第四百四十九條ノ規定スルトコロニシテ原判決カ不法ニ管轄違フ言渡シ又ハ公訴ヲ棄却シタルトキハ、原判決ヲ破毀ノ上事件ヲ原裁判所ニ差戻スヘキモノトス。蓋原裁判所カ被告事件ニ付審判ヲ爲スヘキニ拘ラス、之ヲ爲ササリシモノナレハ、原裁判所ヲシテ審判セシムルヲ相當トスレハナリ。然レトモ第一審裁判所モ原裁判所ト同一ノ言渡ヲ爲シタル場合ニ於テハ上告裁判所ハ事件ヲ原裁判所ニ差戻サスシテ、第一審裁判所ニ差戻シテ以テ第一審判決ヲ爲サシムルコトヲ得ルコトトシタリ。而シテ何レニシテモ差戻ノ判決ヲ爲ストキハ

第四百三十八條ニ依リ他ノ事項ヲ調査セスシテ直ニ判決スヘキモノトス。

移送ノ判決ヲ爲ス場合ハ第四百五十條ノ規定スルトコロニ係リ原判決カ不法ニ管轄ヲ認メタルトキニシテ、事件ハ未タ管轄裁判所ノ審判ヲ受ケサルモノナレハ、事件ヲ管轄控訴裁判所又ハ管轄第一審裁判所ニ移送スヘキナリ。今土地管轄ニ付テ第一審裁判所ニ管轄權ナキニ拘ラス、控訴裁判所カ不法ニ第一審ノ管轄權ヲ認メ第二審ノ判決ヲ爲シタルトキハ上告裁判所ハ原判決ヲ破毀シ事件ヲ管轄第一審裁判所ニ移送スヘク、又事物ノ第一審管轄カ區裁判所ニ非スシテ地方裁判所ニ屬スル場合ニ、區裁判所カ不法ニ管轄ヲ認メ有罪ノ判決ヲ爲シ之ニ對スル控訴ヲ受理シタル以上ハ、第四百一條第二項ニ則リ第一審判決ヲ爲スヘキニ拘ラス、不當ニ管轄ヲ認メ第二審判決ヲ爲シタルノ違法ナルヲ以テ、第四百五十條ニ依リ第一審ノ管轄權ヲ有スル原裁判所ニ移送スヘキモノトス(大正十四年十二月二十二日大判)。即此ノ場合ニ原裁判所カ第一審ノ管轄權ヲ有スルトキハ事件ハ原裁判所ニ差戻スコトト爲ルモ、第二審タル原裁判所ニ差戻スニ非スシテ第一審ノ管轄裁判所タル原審ニ送致スルカ故ニ移送トハ云フナリ。

第四百五十條中管轄控訴裁判所ヘ移送ストハ、第一審カ管轄權アルモ原控訴裁判所カ控訴審トシテ事件ノ管轄權ヲ有セサル場合ヲ指稱スルモノトス。

以上移送ノ判決ヲ爲ス場合モ亦差戻ノ場合ト同シク第四百三十八條ニ依リ他ノ事項ヲ調査セスシテ直ニ判決スヘキモノトス。

最後ニ被告事件ニ付爲ス判決ニ付一言スヘシ。第四百四十八條ニ依レハ上告理由アリテ原判決ヲ破毀スヘキトキハ、叙上差戻又ハ移送ノ判決ヲ爲ス場合ヲ除キ被告事件ニ付更ニ判決ヲ爲スヘシトアリ。

是ニ於テ乎、不法ニ公訴ヲ受理シタルコトヲ理由トシテ原判決ヲ破毀スルトキハ、第四百三十八條ニ依リ他ノ事項ヲ調査セスシテ直ニ公訴棄却ノ判決ヲ爲スヘシ。

右ノ外上告裁判所ハ被告事件ノ實體ニ付判決ヲ爲スモノナレトモ、之ニハ事實審理ヲ經ルモノト否ラサルモノトアリ。即第四百三十九條ノ場合ニ該當スルトキハ原判決ノ認メタル事實ニ基キ判決ヲ爲シ、第四百四十條該當ノ場合及第四百四十二條乃至第四百四十四條ノ事由ヲ以テ原判決ヲ破毀スヘキトキハ、事實ノ審理ヲ經テ判決ヲ爲スヘキモノナリ。而シテ事實ノ審理ヲ經テ爲ス判決ハ控訴審ニ於ケル被告事件ニ付テ爲ス判決ト同一ナリト知ルヘシ。

(ハ) 公訴棄却ノ決定

第二審裁判所ハ第四百六條ノ場合ニ於テ決定ヲ以テ公訴ヲ棄却スヘキニ拘ラス、不法ニ之ヲ爲

ササリシトキハ上告審ニ於テハ公訴棄却ノ決定ヲ爲スヘキモノトス(第四百五十四條)。其ノ結果原判決ハ當然其ノ效力ヲ失フヘシ。

(B) 次ニ第一審判決ニ對スル上告事件ノ裁判ニ付説明セン。

前述ノ如ク第一審判決ニ對スル上告ノ裁判ニハ判決ト決定トアリテ、判決ハ更ニ上告棄却ト破毀ノ判決トニ分ツヲ得ヘク、上告棄却ニハ上告ヲ不合法ナリト爲スモノト上告ノ理由ナシトスルモノトアルコトハ第二審判決ニ對スル上告ノ場合ニ同シ。

破毀ノ判決ニ付テハ上告裁判所ノ第一審判決ニ對スル調査事項カ前述ノ如ク上告趣意書ニ基ク點竝ニ職權調査事項タル裁判所ノ管轄竝ニ公訴受理ノ適否ノ點ニ歸スルヲ以テ、右諸點ノ調査ヲ遂ケタル上上告趣意書ノ擬律錯誤竝ニ判決後ノ刑ノ廢止等ノ理由アルトキハ原判決ヲ破毀シ其ノ認メタル事實ニ基キ法令ノ適用ヲ正スヲ以テ足ル。

又原裁判所カ不當ニ公訴ヲ受理シタリト爲ストキハ、原判決ヲ破毀シ公訴棄却ノ判決ヲ爲シ、不當ニ管轄ヲ認メタルコトヲ理由トシテ原判決ヲ破毀スルトキハ、事件ヲ管轄第一審裁判所ニ移送スルノ判決ヲ爲スモノトス。

次ニ決定ヲ以テ裁判ヲ爲ス場合ハ第一審カ第三百六十五條ニ從ヒ決定ヲ以テ公訴ヲ棄却スヘキ

ニ拘ラス之ヲ爲ササリシトキニシテ、上告審ニ於テ公訴棄却ノ決定ヲ爲スヘク其ノ結果原判決ハ當然効力ヲ失フ(第四百五十四條)。

三三〇

第十節 上告審ノ判決ノ効力

上告裁判所ノ判決ハ言渡ト同時ニ確定スルヲ以テ此ノ判決ノ總ユル効力ハ言渡ト同時ニ發生スルハ當然ナリ。特ニ上告審ノ判決カ其ノ事件ニ於テ下級裁判所ヲ羈束スル點ニ付テハ説明ヲ要ス。裁判所構成法第四十八條ニ依レハ大審院ニ於テ裁判ヲ爲スニ當リ法律ノ點ニ付テ表シタル意見ハ其ノ訴訟一切ノ事ニ付下級裁判所ヲ羈束ストアリテ、事件ノ差戻又ハ移送ヲ受ケタル裁判所ハ上告審ノ判決中ニ表ハサレタル法律上ノ意見ニ從ヒ裁判ヲ爲ササルヘカラサルナリ。固ヨリ他ノ事件ニ付テハ下級裁判所ハ大審院ノ判例ニ從フヲ要セサレトモ、判例統一ノ意義ニ基キ本來上告裁判所ノ法律解釋ハ自由ナルニ拘ラス、大審院ノ或部ニ於テ上告ヲ審問シタル後法律ノ同一ノ點ニ付會テ一若クハ二以上ノ部ニ於テ爲シタル判決ト相反スル意見アルトキハ、其ノ部ハ之ヲ大審院長ニ報告シ大審院長ハ其ノ報告ニ因リ事件ノ性質ニ從ヒ民事ノ總部若ハ刑事ノ總部又ハ民事及刑事ノ總部ヲ聯合シテ之ヲ再ヒ審問シ且裁判スルコトヲ命スルモノトス(裁構

第四十九條)。

上告審ノ判決中破毀判決ノ効力ニ付本法ノ規定スル所ヲ見ルニ、被告人ノ利益ノ爲ニ原判決ヲ破毀スル場合ニ於テ破毀ノ理由上告ヲ爲シタル共同被告人ニ共通ナルトキハ、其ノ共同被告人ノ爲ニモ原判決ヲ破毀スヘシトシ、上告ヲ爲ササル共同被告人ニ此ノ利益ヲ及ホサス(第四百五十一條)。本條ニ付注意スヘキハ數人ニ對スル事件カ同時ニ上告裁判所ニ繫屬スル場合ナルコト、破毀ノ原因カ職權調査ニ屬スル事項ニ關シ其ノ數人ニ共通ノモノナルトキハ全共同被告人ニ破毀ノ効力ヲ生セシムヘキコト疑ナシ。若シ職權調査ニ屬セサル事項ニ付破毀ノ原因ト爲ルヘキ上告理由カ共同被告人ノ一人又ハ數人ヨリノミ提出セラレタルトキハ如何ト云フニ、一般ニハ他ノ被告人ニ及ハサルヲ原則トスレトモ、其ノ上告理由ニシテ他ノ共同被告人ニ共通ノモノナルトキハ之ニ對シテモ破毀ノ効力ヲ及ホスノ趣旨ナリ。舊法ハ擬律錯誤又ハ法律ニ背キ公訴ヲ受理シタルニ因リ被告人ノ利益ノ爲ニ判決ヲ破毀シタルトキハ、其ノ利益ヲ上告ヲ爲ササル共同被告人ニ及ホシタリト雖、破毀ノ原因ヲ右ノ如ク擬律錯誤ト不法ノ公訴受理トニ限リシ點竝ニ破毀ノ利益ヲ上告ヲ爲ササル者ニ及ホシタル點ヲ妥當ナラストシ上記ノ如ク改正シタルモノトス。

然リ而シテ本法第四百五十一條ノ解釋トシテ共同被告人トアルハ必スシモ共犯ノ關係アル者タルヲ要スルノ趣旨ニ非ス、共犯ノ關係ナキモ共同被告人タリ且共通ノ利益(Pravamen communi)アルトキハ本條ノ適用ヲ受クルモノトス。所謂共通ノ破毀理由ノ一例トシテ、學者ハ總被告人ニ對シ公判手續ヲ更新スヘキ場合ニ、之ヲ更新セサリシコトヲ理由トシテ原判決ヲ破毀スルトキハ、之ヲ上告理由ト爲ササリシ被告人ノ爲ニモ破毀ノ效力ヲ生スト爲シ、又判例ニ徵スルニ火藥類讓渡ノ無資格者カ其ノ讓受ノ資格ナキ者ニ火藥類ヲ讓渡シタル事實ニ付各別ニ其ノ火藥沒收ノ刑ヲ科セラレシカ、上告審ニ於テ沒收ノ言渡ニ對スル右讓受人ノ上告論旨ヲ理由アリト認メ原判決ヲ破毀スルトキハ、讓渡人ノ爲ニモ原判決ヲ破毀スヘシト爲セリ(大正十三年五月二十四日大判)。

第十一節 上告審ノ判決ト不利益變更禁止ノ原則

竝ニ判決ノ方式

不利益變更禁止ノ原則ハ上告審ニモ適用セラルルコトハ第四百五十二條ノ規定スルトコロナリ本條ノ趣旨解釋ニ付テハ曩ニ控訴判決ニ關シ述ヘタルトコロヲ參照スルヲ要ス。

次ニ裁判ノ方式ニ付テハ總則ニ示シタル裁判ノ方式ニ從ヒ上告ノ判決殊ニ事實審理ヲ爲シタル場合ニ於テハ、第一審判決竝ニ控訴審ノ判決ニ記載スヘキ事項ヲ參酌シテ其ノ判決書ノ内容ヲ知ルヘシ。第四百五十三條ハ判決書ニハ上告ノ趣意及重要ナル答辯ノ要旨ヲ記載スヘシト規定スルモ、場合ヲ分チテ説明センニ、

上告ヲ不適法トシテ棄却スル判決ノ場合ニ於テハ、不適法タル所以ノ理由ヲ掲クルヲ以テ足り、上告理由ナシトシテ棄却スル判決ノ場合ニハ、上告人ノ提出シタル總テノ上告論旨ノ採用スヘカラサル所以ヲ説示セサルヘカラスシテ、職權調査ニ關スル事項ハ之ヲ掲載スルノ要ナシ。破毀判決ノ場合ニハ破毀ノ原因ト爲リタル論旨又ハ事項ヲ摘示シテ其ノ理由アルコトヲ明ニスルヲ要シ、他ノ事項ニ關スル判斷ヲ記載スヘキヤ否ハ各場合ニ付論スヘキモノニシテ一概ニ不要ナリト云フヲ得ス。

第四章 抗 告 (Beschwerde)

第一節 總 說

抗告ハ決定ニ對スル上訴方法ナリ、即公判裁判所ノ爲シタル決定ニ對シテ獨リ法律ノ不當ノミ

ナラス、事實ノ不當モ亦之ヲ理由トスルコトヲ得ヘシ。然レハ原決定ノ事實及法律ノ適用ノ不當ヲ主張シテ上級裁判所ノ更正ヲ求ムル申立ナリ。又豫審判事ノ爲シタル豫審終結決定ニ對スル不服ノ申立モ亦抗告中ニ包含セシム(第三百十六條)。而シテ抗告ハ之ヲ分チテ即時抗告(sofortige Beschwerde)ト單純抗告ト爲シ即時抗告ハ特ニ各本條ニ之ヲ爲シ得ヘキコトヲ定メタル場合ニ限リ認メラルモノニシテ、單純抗告ハ特ニ禁止ナキ限り之ヲ爲シ得ルヲ兩者差異ノ一トス(第四百五十六條)。而カモ即時抗告ノ提起期間ハ三日ト限定セルニ拘ラス、單純抗告ニ在リテハ何時ニテモ之ヲ爲シ得ルモノニシテ、唯原決定ヲ取消スモ實益ナキニ至リタルトキハ之ヲ許ササルナリ。

尙裁判長、受命判事又ハ豫審判事ノ爲シタル裁判、檢事若ハ司法警察官ノ爲シタル處分ニ對シ不服ヲ申立テ之ヲ取消變更ヲ請求スルノ途ヲ開キ抗告ニ關スル規定ヲ準用セルヲ以テ之ヲ準抗告ト名ツク(第四百七十條以下)。

第二節 抗告ノ物體

總説ニ於テ略叙セル如ク抗告ノ物體ハ裁判所ノ決定竝ニ豫審判事ノ爲シタル豫審終結決定ナリ

ト概言スルヲ得ヘシ。然レトモ裁判所ノ決定ニシテ抗告ヲ許ササルモノアリ、即裁判所ノ管轄又ハ訴訟手續ニ關シ判決前ニ爲シタル決定ニ對シテハ、特ニ即時抗告ヲ爲シ得ヘキコトヲ定メタル場合ヲ除ク外抗告ヲ爲スコトヲ得ス(第四百五十七條第一項)。例ヘハ管轄ノ指定又ハ移轉請求ニ關スル決定(第二十三條)、證據調ノ請求ニ對スル決定(第三百四十四條)等ニ付テハ即時抗告ヲ許ササルカ故ニ抗告ヲ爲スヲ得ス。然レトモ第四百五十七條第二項ニ掲クル決定即拘留、保釋、押收又ハ押收物ノ還付ニ關スル決定及鑑定ノ爲ニスル被告人ノ留置ニ關スル決定ニ對シテハ抗告ヲ爲スコトヲ得ヘキモノトス、蓋人身權及財産權ニ影響スル重大事項ニ關スル決定ナルカ故ナリ。裁判所ノ管轄移轉ノ請求ニ關シ判決前ニ之ヲ却下シタル決定ニ對シテ抗告ヲ爲シ得サルコトハ大正十五年十月五日大審院ノ決定スルトコロナリ。

又裁判長ノ處分ニ對スル異議申立ヲ却下スル決定ニ對シ抗告ヲ爲スヲ得サルコトニ付テハ大正十五年二月三日ノ大審院決定ヲ參照スヘシ。

右ノ外各本條中裁判所ノ決定ニシテ抗告ヲ爲スヲ得サルコトヲ定メタルハ第四百七十四條第一項、第五百八十九條等ノ如シ。

第三節 抗告ノ理由

抗告ノ理由ハ原決定ノ事實及法律ノ兩者(in fact & in jure)ニ亘リ攻撃シ得ルモノナルコトハ總說ノ節ノ下ニ於テ説明セリ、而カモ抗告ハ原則トシテハ訴訟手續ノ不當ノミヲ理由トスト解スヘキモノトス(Prozessbeschwerde)。

第四節 抗告ノ申立

抗告權者ハ一般上訴權ノ主體トシテ論シタルトコロニシテ、重ネテ之ヲ説明スル要ナシト雖、特ニ注意スヘキハ檢事又ハ被告人ニ非サル者ニシテ決定ヲ受ケタル者ノ抗告ヲ爲シ得ル點ナリトス(第三百七十七條)。

抗告ヲ爲スニハ申立書ヲ原裁判所ニ差出スヘシ、而シテ抗告ノ期間ハ即時抗告ニ在リテハ裁判ノ告知アリタル日ヨリ三日、單純抗告ニ在リテハ原決定ヲ取消スモ實益ナキニ至ル迄ハ何時ニテモ之ヲ爲スコトヲ得(第四百五十八條、第四百五十九條)。抗告申立書ヲ受取リタル原裁判所ハ抗告ヲ理由アリトスルトキハ決定ヲ更正スヘク、又抗告ノ全部又ハ一部ヲ理由ナシトスルトキハ申立

書ヲ受取リタル日ヨリ三日内ニ意見書ヲ附シテ之ヲ抗告裁判所ニ送付スヘシ(第四百六十條)。豫審終結決定ニ對スル抗告ニ付テハ右規定ノ準用アルヲ以テ(第四百六十八條)、豫審判事ハ前記ト同一ノ手續ヲ執ルヘキモノナリ。

抗告期間ニ關シ參考スヘキ判例アリ、即

監獄ニ在ル被告人カ抗告ノ提起期間内ニ抗告申立書ヲ監獄ノ長又ハ其ノ代理者ニ差出シタルトキハ縱令其ノ申立書カ抗告裁判所ニ到達セザリシトスルモ抗告申立ハ其ノ效アルヲ以テ斯ノ場合ニハ上訴權回復ノ請求ヲ爲スヘキモノニ非ス(大正十四年十月二日大決)。

抗告不適法ナル場合例ヘハ其ノ申立カ法律上許スヘカラサルトキ又ハ即時抗告ノ申立カ其ノ提起期間後ニ爲サレタルトキニ於テモ、控訴又ハ上告ノ場合ト異リ原裁判所ハ意見書ヲ附シテ之ヲ抗告裁判所ニ送付スヘキモノトス。

原裁判所カ抗告ヲ理由アリトシテ決定ヲ更正シタル場合ニ於テモ、抗告申立人ハ更正決定ヲ不當ナリトスルトキハ之ニ對シ更ニ抗告ヲ爲スヲ得ヘシ、蓋更正決定ハ性質上之ヲ原決定ト同一視スルヲ得ヘケレハナリ。

茲ニ抗告裁判所ノ意義ニ付一言ヲ附加スル要アリ、舊刑事訴訟法ハ抗告ニ付テハ直近ノ上級裁

判所其ノ裁判ヲ爲スヘキ旨ヲ定メタルモ(舊第二百九十四條)、本法ハ斯ル規定ヲ設ケスシテ專ラ裁判所構成法ノ解釋ニ依リ抗告裁判所(Judex ad quem)ヲ決スヘキモノトス、即裁判所構成法第三十七條第二ニ於テ控訴院ハ大審院ノ權限ニ屬スルモノヲ除ク外、地方裁判所ノ第一審トシテ爲シタル決定及命令ニ對スル法律ニ定メタル抗告ニ付裁判權ヲ有ストシ、同第五十條(ロ)ニハ大審院ハ地方裁判所ノ第二審トシテ爲シタル決定及命令竝ニ控訴院ノ決定及命令ニ對スル法律ニ定メタル抗告(ハ)地方裁判所又ハ區裁判所ノ爲シタル上告棄却ノ決定ニ對スル抗告ニ付裁判權ヲ有スルコトヲ規定シアルカ故ニ、地方裁判所ノ爲シタル決定ニシテ第一審トシテ爲シタルモノナランニハ抗告裁判所ハ控訴院ナルモ、第二審トシテ爲シタルモノナルトキハ之ニ對スル抗告裁判所ハ大審院ナリトス。從來ノ判例ニ徵スルトキハ地方裁判所ノ決定カ第一審トシテ爲シタルヤ第二審トシテ爲シタルヤハ、本案カ第一審トシテ繫屬中ニ係ルヤ第二審トシテ繫屬中ニ係ルヤヲ以テ區別ノ標準ト爲スモノノ如シ。其ノ一例ヲ舉クレハ

再犯加重ノ決定ハ本案ニ付有罪ヲ言渡シタル確定判決ヲ補充スルモノナレハ地方裁判所カ第一審トシテ本案ノ判決ヲ爲シタルトキハ之ニ關スル再犯加重決定モ第二審トシテ與ヘタルモノト謂フヘク從テ之ニ對スル抗告裁判所ハ大審院ナリトス(大正六年大判)。

第五節 抗告ノ效力

上訴ノ效力トシテ説明シタル如ク、上訴ハ原裁判ノ執行停止ノ效力ヲ生スルヲ原則トスルニ拘ラス抗告ニ付テハ例外ノ場合アリ、即第四百六十一條ニ依レハ抗告ハ即時抗告ヲ除ク外裁判ノ執行ヲ停止スル效力ヲ有セス、但シ原裁判所ハ檢事ノ意見ヲ聽キ決定ヲ以テ抗告ノ裁判アルマテ執行ヲ停止スルコトヲ得。抗告裁判所モ亦檢事ノ意見ヲ聽キ裁判ノ執行停止ノ決定ヲ爲スヲ得ヘシ。

即時抗告ノ提起期間内及其ノ申立アリタルトキハ裁判ノ執行ヲ停止ス(第四百六十二條)。要スルニ單純抗告ノ場合ニ在リテハ裁判ハ直ニ執行力ヲ生スルモノトス。

第六節 抗告ノ審判

原裁判所ハ抗告申立書ト共ニ必要ト認ムルトキハ、訴訟記録及證據物ヲ抗告裁判所ニ送付スヘク、又抗告裁判所ヨリ進ンテ之カ送付ヲ求ムルコトヲ得ルモノトス(第四百六十三條)。而シテ抗告裁判所ニ於テハ檢事ノ意見ヲ聽キ決定ヲ爲スヘク(第四百六十四條)、抗告裁判所ノ手續ハ書面審理

ヲ原則トスルカ故ニ、檢事ノ外訴訟關係人ノ陳述ヲ聽クヲ要セサルナリ。然レトモ豫審終結決定ニ對スル抗告ニ付必要アル場合ニ於テハ、部員ヲシテ事實ノ取調ヲ爲サシムルコトヲ得、此ノ場合ニハ受命判事ハ豫審判事ト同一ノ權ヲ有シ取調ノ結果ニ付報告ヲ爲スヘシ。

抗告裁判所ノ裁判ニ付テハ(1)抗告ノ手續其ノ規定ニ違反セサルヤ否ヲ調査ス、換言スレハ法律カ抗告ヲ許容スル場合ニ該當スルヤ否、抗告提起期間内ノ申立ナリヤ否等ヲ調査ノ上若シ不適法ナルニ於テハ抗告ハ之ヲ棄却シ、(2)抗告適法ナルトキハ抗告理由ノ當否ヲ調査シ若シ抗告理由ナキトキハ之ヲ棄却スヘク、(3)抗告ヲ理由アリトスルトキハ原決定ヲ取消シ必要アル場合ニ於テハ更ニ裁判ヲ爲スヘキモノナリ(第四百六十六條)。即原決定ノ效力ヲ消滅セシムルヲ以テ足レリトセハ之ヲ取消セハ可ナレトモ、原決定ヲ變更シテ相當ノ處分ヲ爲スヘキ場合ニハ原決定ヲ取消スノミニテハ不可ナリトス。

抗告裁判所ノ決定ハ之ヲ原裁判所ニ通知スヘク(第四百六十七條)、豫審終結決定ニ對スル抗告ニ付テモ同規定ヲ準用セラレルカ故ニ、其ノ決定ハ豫審判事ニ通知スヘキモノトス(第四百六十八條)。

第七節 再抗告

再抗告ハ抗告裁判所ノ決定ニ對スル抗告ヲ謂ヒ、原則トシテハ之ヲ許ササルモ特ニ之ヲ即時抗告トシ左記場合ヲ限定シテ之ヲ許セリ。即

- (一) 公判ニ於ケル公訴棄却ノ決定ニ對スル抗告(第三百六十五條)
- (二) 控訴ノ申立ヲ棄却スル決定又ハ上訴權回復請求ニ付テノ決定ニ對スル抗告(第三百九十七條、第三百八十九條)

- (三) 再審ノ請求ニ付テノ決定ニ對スル抗告(第五百十條)

- (四) 刑法第五十二條又ハ第五十八條ノ規定ニ依リ刑ヲ定ムル決定ニ對スル抗告(第三百七十五條)

- (五) 裁判ノ疑義又ハ刑ノ執行異議ニ付テノ決定ニ對スル抗告(第五百六十四條)

- (六) 證人、鑑定人、通事、翻譯人其ノ他ノ者ノ受ケタル決定ニ對スル抗告(第九十條、第二百十條、第三百二十八條等)

是レナリ(第四百六十九條)、蓋以上ノ決定タルヤ重要ノモノナレハナリ。

本條ノ解釋ニ關シ參考スヘキ左記判例アリ。

- (1) 第四百六十九條第二號ノ控訴ノ申立ヲ棄却スル決定中ニハ正式裁判請求申立ヲ却下シタル決定ヲ包含セス。

同條第六號ノ其ノ他ノ者ニハ訴訟當事者タル被告人若ハ被告人ノ地位ニ立ツヘキ者ヲ包含セス(大正十四年六月二十九日大決)。

- (2) 第四百六十九條但書第三號ハ抗告裁判所カ再審ノ請求ニ付テノ決定ニ對スル抗告ニ付爲シタル決定ニ對シテ即時抗告ヲ爲スコトヲ許スモ右規定ハ抗告裁判所カ上級審ヲ有スル場合ニ限ルモノニシテ大審院カ抗告裁判所トシテ爲シタル決定ニ對シテハ適用ナキモノトス(大正十三年七月一日大決)。

第八節 準抗告

準抗告ハ分テ三トス。

- 第一 第四百七十條ハ裁判長、受命判事又ハ豫審判事左ニ掲クル裁判ヲ爲シタル場合ニ於テ不服アル者ハ、判事所屬ノ裁判所ニ其ノ裁判ノ取消又ハ變更ヲ請求スルコトヲ得。
 - (一) 忌避ノ申立ヲ却下スル裁判(第二十九條)
 - (二) 勾留、保釋、押收物ノ還付ニ關スル裁判(第九十三條、第二百二十二條)
 - (三) 鑑定ノ爲被告人ノ留置ヲ命スル裁判(第二百二十二條)

(四) 證人、鑑定人、通事又ハ翻譯人ニ對シテ過料又ハ費用ノ賠償ヲ命スル裁判

區裁判所判事右第一號ノ裁判ヲ爲シ又ハ受託判事トシテ第二號乃至第四號ノ裁判ヲ爲シタル場合ニ於テハ、其ノ裁判所ヲ管轄スル地方裁判所ニ其ノ裁判ノ取消又ハ變更ヲ請求スルコトヲ得。要スルニ裁判長、受命判事ノ叙上裁判ハ之ヲ裁判所ノ決定ト稱シ難ク、又豫審判事ニ付テハ本法ハ常ニ裁判所ト區別シ其ノ裁判ハ豫審終結決定竝ニ中止決定(第三百五條)ヲ除ク外決定ト稱セス、從テ上記ノ裁判ニ對スル不服ノ申立ハ抗告ニ非サルナリ。又區裁判所カ裁判所トシテノ固有ノ權限ニ基キ爲シタル決定ニ對スル不服ノ申立ハ抗告ニ外ナラスト雖、區裁判所判事カ受託判事トシテ爲シタル裁判竝ニ忌避申立ヲ却下スル裁判ハ之ヲ裁判所ノ決定ト爲スハ妥當ナラサレトモ、此等ノ裁判ノ取消變更ヲ許スヲ相當トシタルモノナリ。

更ニ右準抗告ノ期間其ノ他ニ付附言センニ第四百七十條第一項第四號即證人、鑑定人、通事又ハ翻譯人ニ對シテ過料又ハ費用ノ賠償ヲ命スル裁判ノ取消又ハ變更ノ請求ハ其ノ裁判アリタル日ヨリ三日内ニ之ヲ爲スヘク(同條第三項)、右期間内及其ノ請求アリタルトキハ裁判ノ執行ヲ停止スヘキモノトス(同條第四項)。其ノ他ノ前記裁判ノ取消又ハ變更ノ請求ニ關シテハ本法ニ於テ期間ヲ定メサルカ故ニ、單純抗告ニ準シ原裁判ヲ取消又ハ變更スルノ實益ノ存スル限リ何時ニテモ之

ヲ爲スヲ得ト解スヘシ。

第二 檢事ノ爲シタル勾留、押收又ハ押收物ノ還付ニ關スル處分ニ不服アル者ハ檢事所屬ノ裁判所ニ其ノ處分ノ取消又ハ變更ヲ請求スルコトヲ得(第四百七十一條第一項)。

第三 司法警察官ノ爲シタル押收又ハ押收物ノ還付ニ關スル處分ニ不服アル者ハ司法警察官ノ職務執行地ヲ管轄スル區裁判所ニ其ノ處分ノ取消又ハ變更ヲ請求スルコトヲ得(同條第二項)。

以上準抗告ヲ爲スニハ之カ請求書ヲ管轄裁判所ニ差出スヘキモノニシテ(第四百七十二條)、其ノ請求アルモ前記證人等ニ對シ過料又ハ費用ノ賠償ヲ命スル裁判ノ場合ヲ除キ、原裁判又ハ處分ノ執行停止ノ效力ナキヲ原則トスルコト、以上ノ請求アリタル場合ノ訴訟記録及證據物ノ送付ノコト、管轄裁判所ノ決定手續ニ關スルコト等ハ曩ニ抗告ニ付説明シタルトコロヲ準用スヘキヲ以テ再叙セス(第四百七十三條)。

然リ而シテ上記裁判又ハ處分ノ取消又ハ變更請求ニ付管轄裁判所ノ爲シタル決定(第四百六十六條準用)ニ對シテハ更ニ抗告ヲ爲スヲ得ス、但シ其ノ請求ニシテ證人、鑑定人、通事又ハ翻譯人ニ對シ過料又ハ費用ノ賠償ヲ命スル裁判ニ對スルモノナルトキハ、之ニ付爲シタル決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スヲ得ヘシ(第四百七十四條)。是レ前記再抗告ヲ認メタルト同趣旨ニ出ツ。

第四編 大審院ノ特別權限ニ屬スル

訴訟手續

大審院ノ特別權限ニ屬スル訴訟トハ大審院カ裁判所構成法第五十條第二號ニ依リ第一審ニシテ、終審トシテ審判スヘキ刑法第七十三條、第七十五條(皇室ニ對スル危害罪)、同第七十七條乃至第七十九條(内亂罪)及皇族ノ犯シタル罪ニシテ禁錮以上ノ刑ニ處スヘキモノノ特別手續ヲ指稱シ此等ノ事件ノ豫審及裁判ハ事重大ナルカ故ニ大審院ノ管轄ニ屬セシメ檢事總長之カ搜查ニ任ス(第四百七十五條)。

第一章 搜查及公訴ノ提起

大審院ノ特別權限ニ屬スル事件ノ搜查ヲ爲ス職權ハ檢事總長ニ在リテ、檢事總長ハ大審院檢事ヲシテ其ノ事務ヲ擔任セシムルヲ得ヘキハ勿論、控訴院、地方裁判所又ハ區裁判所ノ檢事ヲ指揮シテ搜查ヲ爲スヲ得ヘシ(第四百七十六條)。又第二百四十七條、第二百四十八條又ハ第二百五十條

ニ規定スル司法警察官ハ檢事總長ノ指揮ヲ受ケ捜査ヲ爲スヘク、第二百四十九條又ハ第二百五十條ニ規定スル司法警察吏ハ檢事又ハ司法警察官ノ命令ヲ受ケ捜査ノ補助ヲ爲スヘシ（第四百七十七條）。如斯下級ノ檢事及司法警察官ハ檢事總長ノ指揮ニ基キ捜査ヲ爲スヘキモノナレハ、此等ノ檢事又ハ司法警察官ニシテ大審院ノ特別權限ニ屬スル罪アリト思料スルトキハ、直ニ檢事總長ニ報告シテ其ノ指揮ヲ待ツヲ原則トスレトモ、急速ヲ要スル場合ニ於テハ報告前捜査ニ付必要ナル處分ヲ爲スヲ得シム（第四百七十八條）。

檢事總長捜査ヲ爲シタル後大審院ノ特別權限ニ屬スル罪アリト思料スルトキハ豫審ヲ請求スヘシ、即此ノ手續ノ公訴提起ハ常ニ豫審請求ニ依リテ實行セラルルモノニシテ、豫審ヲ求メスシテ直ニ公判ヲ求ムルノ方式ナシ（第四百七十九條）。次ニ檢事總長ハ大審院ノ特別權限ニ屬スル事件ト牽連スル他ノ事件ニ付併セテ豫審ヲ請求スルコトヲ得（第四百八十條）、是レ本法第二條ニ於テ牽連ニ因ル事物管轄ヲ定メ上級裁判所ノ管轄ヲ認メタルト其ノ趣旨ヲ同フス。

第二章 豫審及公判

檢事總長ヨリ豫審ノ請求アリタルトキハ、大審院長ハ裁判所構成法第五十五條ニ依リ大審院判

事ニ豫審ヲ命ス、但シ便宜ニ依リ各裁判所判事ヲシテ豫審ヲ爲サシムルコトヲ得。

大審院長ヨリ豫審ヲ命セラレタル判事ハ通常ノ規定ニ從ヒ被告事件ニ付取調ヲ爲スヘキモノニテ、被告人、證人、鑑定人ノ訊問等豫審處分ヲ爲シ得ヘキハ勿論ナリ。而シテ豫審中檢事總長ノ請求アリタルトキハ、牽連事件ヲ管轄地方裁判所ノ豫審判事ニ移送スルコトヲ得（第四百八十一條）。蓋大審院ノ特別權限ニ屬スル事件ト牽連事件トノ分離ヲ便ト爲シ檢事總長ヨリ之ヲ請求スル場合ニ於テハ、牽連事件ヲ管轄地方裁判所ノ豫審判事ニ移送スルハ全ク審理ノ便宜上妥當トスレハナリ。而シテ學者中其ノ區裁判所ノ管轄ニ專屬スル事件ハ之ヲ區裁判所ニ移送スルヲ得ヘシト論スル者アレトモ、一旦豫審ニ繫屬シタル以上ハ區裁判所ニ於テ管轄シ得サルカ故ニ、區裁判所ニ移送セサル法意ト解スヘシ。

大審院長ヨリ豫審ヲ命セラレタル判事被告事件ニ付取調ヲ終ヘタルトキハ、意見書ヲ添ヘ書類及證據物ヲ大審院ニ送付スヘク、自ラ豫審終結決定ヲ爲スヘキモノニ非ス。公判ニ付スヘキヤ否ノ決定ハ大審院ニ於テ檢事總長ノ意見ヲ聽キ之ヲ爲ス、從來大審院ハ特別ノ部ヲ設ケ右決定ヲ爲スヲ例トス。

豫審ヲ終了シタル場合ニ於テ大審院ハ左ノ區別ニ從ヒ決定ヲ爲スモノトス。

- (一) 被告事件公判ニ付スヘキモノト認ムルトキハ公判ヲ開始スル決定
- (二) 被告事件下級裁判所ノ管轄ニ屬スルモノト認ムルトキハ管轄權ヲ有スル裁判所ニ之ヲ移送スル決定
- (三) 被告事件右二號ノ規定ニ該當セサル場合ニ於テハ第三百十三條乃至第三百十五條ノ規定ニ準シ免訴シ又ハ公訴ヲ棄却スル決定
是レナリ(第四百八十三條)。
- (一)ノ公判開始ノ決定ヲ爲ス場合ハ被告事件大審院ノ特別權限ニ屬シ其ノ公判ニ付スルニ足ルヘキ犯罪ノ嫌疑アルトキニシテ、公判開始決定ノ内容ハ公判ニ付スル豫審終結決定ノ夫レニ同シ。
- (二)ノ移送決定ハ犯罪カ大審院特別權限ニ屬セスシテ地方裁判所又ハ區裁判所ノ管轄ニ屬スル事件ナリシトキハ其ノ特定ノ管轄地方裁判所又ハ區裁判所ニ事件ヲ移送スルモノナリ。
- (三)ノ免訴ノ決定ヲ爲ス場合ハ第三百十三條及第三百十四條ノ場合ニ該當スルトキニシテ公訴棄却ノ決定ヲ爲ス場合ハ第三百十五條ノ場合ニ該當スルトキナリ。孰レモ通常ノ豫審終結決定ノ例ニ準シタルモノトス。

公判ノ手續及公判ノ裁判ニ付テハ第四百八十四條ヲ以テ第一審規定ヲ準用スヘキ旨ヲ定メ特ニ規定ヲ設ケサルニ依リ公判ハ開始決定ヲ爲シタル部以外ノ部ニ於テ之ヲ行フモ、其ノ公判審理ノ手續ハ凡テ第一審ノ夫レニ準スヘク、其ノ結果爲スヘキ裁判モ第一審公判ノ規定ヲ準用セラレ大審院ハ第一審ト同シク事實及法律ニ對スル審判ヲ爲スヘシ。

問題ハ大審院ニ於テ被告事件大審院ノ特別權限ニ屬セスシテ下級裁判所ノ管轄ニ屬スルコトヲ發見シタル場合ニハ如何ナル裁判ヲ爲スヘキヤニ在リ、換言スレハ第三百五十五條ニ從ヒ管轄違ヲ言渡スヘキヤ或ハ第四百八十三條第二號ノ趣旨ニ依リ移送ノ判決ヲ爲スヘキヤ或ハ特ニ明文ナキ以上ハ自ラ其ノ認定シタル事實ニ擬律ヲ爲スヲ得ヘキモノナリヤ議論ノ一致セサルトコロナレトモ、移送說ヲ以テ最モ法ノ精神ニ適スルモノト認ム。

第五編 再 審 (Wiederaufnahme)

第一章 總 說

上訴ノ冒頭ニ於テ説明シタル如ク再審及非常上告ハ確定判決ニ對スル救済方法ナリ、要スルニ判決ニ對スル上訴方法盡クルニ於テハ判決確定シ最早之ヲ覆スヲ得サルナリ。而カモ確定判決ト雖誤謬アル限り之カ救済方法ヲ認ムルハ必要事ニ屬ス、即非常ノ場合ニ於ケル救済ニ外ナラサルヲ以テ、非常上訴(ausserordentliches Rechtsmittel)ノ名アル所以ナリ。

非常上訴中再審ハ確定判決ニ於ケル事實認定ノ不當ヲ攻撃スルモノニシテ、畢竟刑事訴訟ニ於ケル實質的眞實主義ニ基キ確定裁判制度トノ衝突ヲ調和センコトヲ期スルモノニ外ナラス。

再審ノ制度ハ古ク羅馬法ニ端ヲ發スルモノニシテ、佛國ニ於テハ幾多ノ變遷ヲ經タリト雖再審ノ請求ハ有罪判決ニ對シ被告人ノ利益ノ爲ニ之ヲ爲シ得ヘキモノト定メ、獨國ニ在リテハ之ニ反シテ再審ノ請求ハ舊ニ被告人ノ利益ノ爲ノミナラス被告人ノ不利益ニ之ヲ爲シ得ル場合ヲモ認メタリ。我舊刑事訴訟法ハ佛國主義ニ從ヒ再審ノ訴ハ一定ノ原由アル場合ニ於テ重罪輕罪ノ

刑ノ言渡ニ對シ被告人ノ利益ノ爲ニ之ヲ爲スコトヲ得ヘキヲ規定シタルモ、本法ハ獨國主義ヲ採用シ實質的眞實主義ノ要求ニ重キヲ置キ被告人ノ不利益ノ場合ニモ再審ノ請求ヲ爲シ得ヘキモノトセリ。

第二章 再審ノ請求ヲ爲シ得ヘキ場合

再審ノ請求ヲ爲シ得ヘキ場合ハ限定セラレ第四百八十五條乃至第四百八十八條ニ之ヲ規定セルカ、孰レモ事實認定ノ不當ヲ理由トシ確定判決ノ效力ヲ消滅セシメ事件ニ付判決ヲ爲サシムルヲ目的トスルモノニシテ更ニ細別シテ説明セントス。

第一節 再審請求ノ目的ト爲ル判決

再審請求ノ目的タル判決ハ確定セルモノナラサルヘカラサルコトハ前述ノ如シ、從テ未ダ確定セサル判決又ハ既ニ效力ヲ失ヒタル判決(例ヘハ第二審判決アリタルトキハ第一審判決ハ其ノ效力ヲ失フヲ以テ、之ニ對シテ再審ノ請求ヲ爲スヲ得サルカ如シ。)ニ對シテハ再審ノ請求ヲ爲シ得サルコト明瞭ナリ。而シテ再審請求ノ目的ト爲ルヘキ確定判決ヲ列舉スレハ

- (1) 有罪ノ言渡ヲ爲シタル確定判決(第四百八十五條及第四百八十六條)
 - (2) 無罪、免訴、刑ノ免除又ハ公訴ヲ棄却シタル確定判決(第四百八十六條)
 - (3) 控訴ヲ棄却シ又ハ上告ヲ棄却シタル確定判決(第四百八十七條第一項、第四百八十八條第一項)
- 是レナリ、略式命令確定セハ確定判決ト同一效力ヲ有ス。注意スヘキハ管轄違ノ確定判決ヲ控除セル點ナリ、是レ管轄違ノ判決確定スルモ更ニ管轄裁判所ニ公訴ヲ提起スルコトヲ得ルカ故ナリ。又破毀移送若ハ破毀差戻ノ判決ニ對シテモ再審ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス、右ハ孰レモ事件ニ付爲シタル下級審ノ判決ヲ確定セシムルモノニ非サレハナリ。

第二節 再審ノ原由

再審ノ請求ヲ爲シ得ルニハ法定ノ原因アルコトヲ要ス、而シテ其ノ原由タルヤ被告事件ニ付爲シタル確定判決ニ對スル場合ト控訴棄却ノ確定判決又ハ上告棄却ノ判決ニ對スル場合トニ依リ異ルノミナラス、被告事件ニ付爲シタル確定判決ノ場合ト雖有罪ノ言渡ヲ受ケタル者ノ利益ノ爲ニ請求ヲ爲スコト然ラサルトキトニ依リ差異アルカ故ニ以下場合ヲ分チテ説明セン。

第一款 有罪ノ言渡ヲ受ケタル者ノ利益ノ爲ニ爲ス再審ノ原由

第四百八十五條ニ依レハ再審ノ請求ハ左ノ場合ニ於テ、有罪ノ言渡ヲ爲シタル確定判決ニ對シテ其ノ言渡ヲ受ケタル者ノ利益ノ爲ニ之ヲ爲スコトヲ得。

- (一) 原判決ノ證據ト爲リタル證據書類又ハ證據物確定判決ニ因リ偽造又ハ變造ナリシコト證明セラレタルトキ
- (二) 原判決ノ證據ト爲リタル證言、鑑定、通譯又ハ翻譯確定判決ニ因リ虚偽ナリシコト證明セラレタルトキ
- (三) 有罪ノ言渡ヲ受ケタル者ヲ誣告シタル罪確定判決ニ因リ證明セラレタルトキ但シ誣告ニ因リ有罪ノ言渡ヲ受ケタルトキニ限ル。
- (四) 原判決ノ證據ト爲リタル通常裁判所又ハ特別裁判所ノ裁判確定裁判ニ因リ變更セラレタルトキ
- (五) 特許權、實用新案權、意匠權又ハ商標權ヲ害シタル罪ニ因リ有罪ノ言渡ヲ爲シタル事件ニ

付其ノ權利ノ無効ノ審決確定シタルトキ又ハ無効ノ判決アリタルトキ

(六) 有罪ノ言渡ヲ受ケタル者ニ對シテ無罪若ハ免訴ヲ言渡シ、刑ノ言渡ヲ受ケタル者ニ對シテ刑ノ免除ヲ言渡シ又ハ原判決ニ於テ認メタル罪ヨリ輕キ罪ヲ認ムヘキ明確ナル證據ヲ新ニ發見シタルトキ

(七) 原判決若ハ前審ノ判決若ハ其ノ判決ノ基礎ト爲リタリ取調ニ關與シタル判事、豫審終結決定若ハ其ノ基礎ト爲リタル取調ニ關與シタル判事、公訴ノ提起若ハ其ノ基礎ト爲リタル搜查ニ關與シタル檢事又ハ第二百五十五條ノ規定ニ依リ公訴提起ノ基礎ト爲リタル處分ヲ爲シタル判事被告事件ニ付職務ニ關スル罪ヲ犯シタルコト確定判決ニ因リ證明セラレタルトキ但シ原判決ヲ爲ス前判事又ハ檢事ニ對シテ公訴ノ提起アリタル場合ニ於テハ原判決ヲ爲シタル裁判所其ノ事實ヲ知ラサリシトキニ限ルトアリ。

各號ニ付注意スヘキ諸點ヲ舉クレハ

第一號中原判決ノ證據ト爲リタル證據書類又ハ證據物トハ、再審請求ノ目的ト爲レル判決ニ於テ事實認定ノ資料ト爲レル證據書類又ハ證據物ヲ指シ、此等ノ資料ニシテ偽造若ハ變造ナリシ

コト確定判決ニ依リ證明セラレタルトキハ、原判決ノ事實認定ニ誤謬アルコトノ推測極メテ強キモノアリト云ハサルヲ得ス。

第二號及第三號ハ要スルニ舊刑事訴訟法第三百一條第四號ニ所謂被告人ヲ陷害シタル罪ニ因リ刑ノ言渡ヲ受ケタル者アリタルトキニ該當スト云フヲ得ヘク、唯第三號ノ誣告罪確定スルモ有罪ノ言渡カ誣告ニ基因スル場合ニ限ル點ヲ注意セサルヘカラス。蓋誣告罪ヲ犯シタル者アルモ、其ノ行爲カ被告人ノ有罪判決ノ原因ト爲ラサル以上ハ、再審ノ原由ト爲スヘカラサルコト明白ナレハナリ。

第四號ハ汎ク通常裁判所又ハ特別裁判所ノ裁判ト定ムルカ故ニ、民事上ノ裁判タルト刑事上ノ裁判タルトヲ問ハサル趣旨ニシテ、舊法カ民事上ノ判決ニ限レルハ狹キニ失スルモノトシテ之ヲ改メタルモノトス。通常裁判所及特別裁判所ノ何タルカハ緒論ニ於テ説明シタルトコロナリ。第五號中無効ノ審決トハ特許局ニ於ケル審決ヲ指シ、無効ノ判決トハ特許局ノ審決ヲ不服トシ大審院ニ出訴シ大審院ニ於テ其ノ權利ノ無効ヲ宣言セル判決ヲ謂フ。

第六號ニ所謂明確ナル證據ノ新發見ニ付判例ノ説明スルトコロハ、有罪ノ言渡ヲ爲シタル確定判決ニ對シ新ニ發見シタル證據カ其ノ判決ノ基礎ト爲リタル事實ノ認定ニ影響ヲ及ホスモノナ

ル以上ハ、明確ナル證據ヲ新ニ發見シタルニ該當スト爲セリ(大正十三年九月六日大決)。

第七號ハ判事又ハ檢事被告事件ニ付瀆職行爲アリシコト確定判決ニ因リ證明セラレタルトキナリ。瀆職行爲トハ刑法第九十三條乃至第九十七條ニ定ムル如キ行爲ヲ謂フ。原判決即再審請求ノ目的タル判決ニ關與シタル判事ニシテ斯ル瀆職行爲アリシトセハ裁判ノ公正ヲ疑フニ足ルヲ以テ再審ノ原由ト爲スヘキハ當然ナリ。又上告審カ事實審理ヲ爲サスシテ破毀自判ヲ爲シタル場合ニ於テハ、第一審又ハ第二審判決ノ認定セル事實確定スルモノナレハ、前審タル第一審又ハ第二審判決ニ關與シタル判事ノ瀆職行爲ハ前同一理由ニ因リ再審ノ原由タリ得ヘキハ明ナルカ、尙上告審ニ於テ事實審理ノ末更ニ判決ヲ爲ス場合ニモ裁判ノ威信ニ鑑ミ前審ニ關與セル判事ノ瀆職行爲ヲ以テ再審ノ原由ト爲セリ。又原判決若ハ前審ノ判決ニ關與セサルモ、其ノ判決ノ基礎ト爲リタル取調ヲ爲シタル判事ニシテ同様ノ事由アルトキ亦同一ナリ。判決ノ基礎ト爲リタル取調トハ例ヘハ受命判事トシテ證人ヲ取調ヘ其ノ證人訊問カ判決ノ材料ト爲リタル場合ノ如キヲ指スモノトス。

次ニ判決裁判所ノ審判ニ關與セサル豫審判事及檢事ニ瀆職行爲アリタルトキニ、判決裁判所カ其ノ事實ヲ斟酌セサリシ場合モ、判決ノ公正ニ疑惑ヲ挾ムノ餘地アリトシ、再審ノ原由アルモ

ノト爲セリ。

第七號但書ノ趣旨ハ再審請求ノ目的ト爲レル判決ヲ爲ス前既ニ同號ニ定ムル判事又ハ檢事ノ瀆職行爲ニ對シ公訴ヲ提起セラレタル事實ヲ知リタル場合ハ、原審ハ右事情ヲ斟酌ノ上判決ヲ爲シタルモノナレハ、瀆職行爲アリシ故ヲ以テ再審ノ原由ト爲スヲ得サルコトヲ明ニシタルモノトス。

第二款 無罪免訴、刑ノ免除、公訴棄却ノ判決

又ハ相當ノ罪ヨリ輕キ罪ニ付言渡シタル判決ニ對シ被告人ノ不利益ノ爲ニ爲ス再審ノ原由

第四百八十六條ノ規定スルトコロニシテ其ノ原由トスル所ハ

- (一) 前條第一號、第二號、第四號又ハ第七號ニ規定スル原由アルトキ
- (二) 死刑又ハ無期若ハ短期一年以上ノ懲役若ハ禁錮ニ該ル罪ヲ犯シタル者無罪又ハ相當ノ罪ヨリ輕キ罪ニ付有罪ノ言渡ヲ受ケタル後裁判上又ハ裁判外ニ於テ其ノ事實ヲ陳述シタルトキ

(三) 死刑又ハ無期若ハ短期一年以上ノ懲役若ハ禁錮ニ該ル罪ヲ犯シタル者刑ノ免除若ハ免訴又ハ公訴棄却ノ言渡ヲ受ケタル後裁判上又ハ裁判外ニ於テ其ノ原由ナカリシコトヲ陳述シタルトキ

是レナリ。

本條第一號ニ付テハ前條第一號、第二號、第四號及第七號ニ關シ説明シタルトコロヲ參照スヘシ本條第二號及第三號ノ場合ニ於テハ原判決ニ事實誤認アルコトノ顯著ナル事由存スルモノナレハ、之ヲ再審ノ原由ト爲シタルナリ。之ヲ要スルニ裁判上又ハ裁判外ニ於テ自白シタル場合ノ外不利益ナル明確ノ證據ヲ發見シタリトスルモ(第四百八十五條第六號相當)、之ヲ以テ被告人タリシ者ノ不利益ノ爲ニスル再審ノ原由ト爲サス、尙裁判上又ハ裁判外ニ於テ被告人タリシ者自白シタル場合ト雖所謂重罪ニ非サレハ再審ノ原由ト爲ササルハ注目ニ値ス、是レ畢竟言渡ヲ受ケタル者ノ不利益ノ爲ニスル再審ナル點ヲ顧慮シタルニ外ナラス。

第三款 控訴ヲ棄却シ又ハ上告ヲ棄却シ

タル判決ニ對スル再審ノ原由

控訴棄却及上告棄却ノ判決ハ被告事件ニ付爲シタル判決ニ非サルモ、右判決ノ結果前者ニ付テハ第一審判決後者ニ付テハ第二審判決力確定スルモノナレハ、控訴棄却又ハ上告棄却ノ判決ノ確定力ヲ消滅セシムル結果ハ第一、二審判決ノ確定力ヲ消滅セシメ上訴ノ復活ヲ見ルヘキカ故ニ、本法ハ控訴棄却又ハ上告棄却ノ判決ニ對スル再審ノ原由ヲ認メタルモノニシテ再審ノ請求カ言渡ヲ受ケタル者ノ利益ノ爲ニスルモノト不利益ノ爲ニスルモノトヲ包含ス、以下其ノ原由ヲ列擧スヘシ。

第一 控訴棄却ノ判決ニ對スル再審ノ原由

控訴ヲ棄却シタル確定判決ニ對スル再審ノ請求ハ左ノ場合ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得。

- (一) 第四百八十五條第一號又ハ第二號ニ規定スル原由アルトキ
- (二) 原判決又ハ其ノ基礎ト爲リタル取調ニ關與シタル判事ニ付第四百八十五條第七號ニ規定スル原由アルトキ

是レナリ(第四百八十七條第一項)。

控訴棄却ノ判決ハ前述ノ如ク控訴ノ申立法律上ノ方式ニ違反シ又ハ控訴權消滅後ニ爲シタル場合ニ爲ス判決ナレハ、控訴裁判所ハ控訴申立ノ適否ヲ審査スヘキハ勿論ナリ。然ルニ其ノ審査

事項ニ付第四百八十五條第一號、第二號ニ記載シタル原由存スルトキハ再審ノ請求ヲ爲シ得ヘシ。又控訴棄却ノ判決ヲ爲シタル裁判所ノ審判自體又ハ其ノ基礎ト爲レル取調ニ關與シタル判事ニ瀆職行爲アリタルトキ亦同シ。

唯注意スヘキハ控訴棄却ノ判決ニ對シ再審ノ原由アルト共ニ、第一審判決ニ對シテモ再審ノ原由存スルコトアルハ想像ニ難カラス、斯ル場合ニハ何レノ判決ニ對シテモ再審ノ請求ヲ爲シ得ヘシ。然レトモ第一審ノ確定判決ニ對シテ再審ノ請求ヲ爲シタル事件ニ付、再審ノ理由アリトシ再審開始ノ決定ヲ爲シ再審ノ判決ヲ爲シタルトキハ、第一審確定判決ノ效力消滅スヘキカ故ニ、其ノ判決後控訴棄却ノ判決ニ對シテ再審ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス(第四百八十七條第二項)。蓋控訴棄却ノ判決ニ對スル再審請求ノ目的ハ第一審判決ノ確定力ヲ消滅セシムルニ在ルカ故ニ、既ニ第一審判決ノ確定力ニシテ消滅ニ歸セル以上ハ、控訴棄却ノ判決ニ對シ再審ノ請求ヲ爲ス利益存セサレハナリ。

又控訴棄却ノ判決ニ對シテ爲シタル再審請求ヲ理由アリトシ再審ノ判決ヲ爲シタル場合ニハ、控訴棄却ノ判決其ノ效力ヲ失フト共ニ、第一審判決亦其ノ效力ヲ失フヲ以テ、其ノ後ニ至リ第一審判決ニ對シ再審ノ請求ヲ爲スヲ得サルコト當然ナリ。反之、控訴棄却ノ判決ニ對スル再審

請求ヲ理由ナシトシテ棄却セル場合ニ於テハ、更ニ第一審判決ニ對シ再審請求ヲ爲シ得ヘキハ勿論ナリトス。

第二 上告棄却ノ判決ニ對スル再審ノ原由

上告棄却ノ判決ニ對スル再審ノ原由ハ第四百八十八條第一項ノ規定スルトコロニシテ、即

- (一) 上告裁判所カ裁判所ノ管轄、公訴ノ受理及訴訟手續竝ニ再審ノ請求ヲ爲シ得ヘキ事由ニ關シ取調ヘタル事實ニ付第四百八十五條第一號又ハ第二號ニ規定スル原由アルトキ
- (二) 上告棄却ノ判決又ハ其ノ基礎ト爲リタル取調ニ關與シタル判事ニ付第四百八十五條第七號ニ規定スル原由アルトキ

是レナリ。

要スルニ第四百八十五條第一號又ハ第二號ノ事由カ上告審ノ取調ヘタル事實ニ付存スルトキハ上告棄却ノ判決ニ對シ再審ノ請求ヲ爲スヲ得ヘキモノニシテ、若シ同一事由カ第一、二審ニ於テ確定シタル事實ニ存スルトキハ、當該第一、二審ノ判決ニ對シ再審請求ヲ爲スヘキコト多言ヲ要セスシテ明ナリ。

又上告棄却ノ判決ニ對シ判事ノ瀆職行爲ヲ理由トシテ再審ノ請求ヲ爲スニハ、上告審ノ審判ニ

關與シタル判事ニ付テノ場合ニ限ラルルコトハ、控訴棄却ノ判決ニ對スル場合ト同一理ナリトス。

最後ニ第一審又ハ第二審ノ確定判決ニ對シ再審ノ請求ヲ爲シタル事件ニ付其ノ請求ヲ理由アリトシテ再審開始ノ決定ヲ爲シ、其ノ決定ニ依リ更ニ審理ヲ爲シ被告事件ニ付再審ノ判決ヲ爲シタルトキハ、上告棄却ノ判決ニ對シテ再審ノ請求ヲ爲スヲ得サルコト前ニ控訴棄却判決ニ對シ述ヘタルト同一理ナリ(第四百八十八條第二項)。

第三節 再審ノ理由ノ證明

第四百八十五條乃至第四百八十八條ノ規定ニ從ヒ再審ノ理由ヲ確定判決ヲ以テ證明スヘキ場合ノ存スルコトハ、以上説明シタルトコロニ依リテ明ナリ。然ルニ被告人ノ死亡、逃亡、時効ノ完成等ノ事由ニ因リ事實上確定判決ヲ得ル能ハサルトキハ、他ノ方法ヲ以テ其ノ理由ヲ證明スルコトヲ許ササルヘカラス、是レ第四百八十九條ヲ設ケタル所以ニシテ、確定判決以外ノ方法ヲ以テ、其ノ事實ヲ證明シテ再審ノ請求ヲ爲スヲ得シメタリ。然レトモ證據ナキノ理由ニ因リ有罪ノ確定判決ヲ得ルコト能ハサル場合ニ於テハ、固ヨリ他ノ方法ヲ以テ確定判決ニ代フルヲ得

サルハ當然ナルカ故ニ但書ヲ以テ此ノ場合ヲ除外シタリ。

第三章 再審ノ管轄

再審ノ請求ハ別段ノ規定アル場合ヲ除クノ外原判決ヲ爲シタル裁判所之ヲ管轄ス(第四百九十條)。舊刑事訴訟法ハ再審ノ理由存否ノ審判ハ之ヲ上告裁判所ノ管轄トシ、被告事件ニ付テノ再審ノ審判ハ之ヲ上告裁判所ヨリ移送ヲ受ケタル原裁判所ト同等ナル他ノ裁判所ノ管轄ニ屬セシメタリ。然ルフ本法ハ原則トシテ右兩審判トモニ原裁判所ノ管轄ト爲ス。唯例外トシテ判決ノ一部第二審ニ於テ確定シ其ノ部分ニ對スル再審ノ請求ニ付再審開始ノ決定アリタルトキハ、第一審ニ於テ確定シタル部分ニ對スル再審ノ請求ハ控訴裁判所之ヲ管轄ス。又判決ノ一部上告審ニ於テ確定シ其ノ部分ニ對スル再審ノ請求ハ上告裁判所之ヲ管轄ス(第四百九十一條第一項、第二項)。斯ル例外ヲ認メタル所以ハ前述ノ如ク本法カ判決ノ一部ニ對シ上訴ヲ爲シ得ヘキコトヲ定ムルノ結果トシテ、判決ノ一部ハ第一審ニ於テ確定シ他ノ部分ハ控訴審ニ於テ確定スルコトアリ、又判決ノ一部ハ第一審又ハ第二審ニ於テ確定シ、他ノ部分ハ上告審ニ於テ確定スルコトアルハ

固ヨリニシテ、斯ル場合ニ第一審又ハ第二審ニ於テ確定シタル判決部分ト上訴審ニ於テ確定シタル判決部分トニ對シ再審請求アリトセンニ、前記原則ニ依レハ夫々原裁判所之ヲ管轄スヘキモノナレトモ、判決統一ノ精神ヨリ上訴裁判所カ其ノ受理セル再審ノ請求ニ付再審開始ノ決定ヲ爲シタルトキハ第一、二審ニ對スル再審ノ請求ヲモ併セテ管轄スルコトト爲セルナリ。

第四章 再審請求ノ權利者

再審ハ必ス一定ノ權利者ヨリ再審ノ請求ヲ爲スコトヲ要スルモノニシテ、裁判所カ職權ヲ以テ(ex officio)再審ノ手續ヲ開始スルコトナシ、而シテ再審請求權利者トシテ認めラルルハ次ノ如シ。

第一 有罪ノ言渡ヲ受ケタル者ノ利益ノ爲ニ再審請求ヲ爲シ得ル者ハ

- (一) 管轄裁判所ノ檢事
- (二) 有罪ノ言渡ヲ受ケタル者
- (三) 有罪ノ言渡ヲ受ケタル者ノ法定代理人、保佐人及夫
- (四) 有罪ノ言渡ヲ受ケタル者死亡シ又ハ心神喪失ノ状態ニ在ル場合ニ於テハ其ノ配偶者、家督相續人、直系ノ親族及兄弟姉妹(第四百九十二條第一項)

茲ニ管轄裁判所ノ檢事トアルハ、再審ノ請求ヲ管轄スル裁判所ノ檢事ヲ謂ヒ、又有罪ノ言渡トハ刑ノ言渡ヲ爲ス判決及刑ノ免除ヲ言渡ス判決ヲ包含スルコトハ殆ント附加スルヲ要セサルナリ。

然レトモ之ニ對スル例外ハ第四百九十二條第二項ニ規定セララル、即第四百八十五條第七號、第四百八十七條第二號又ハ第四百八十八條第二號ニ規定スル判事又ハ檢事ノ瀆職行爲ヲ確定判決ニ因リ證明セラレタルコトヲ原由トスル再審ノ請求ニシテ、有罪ノ言渡ヲ受ケタル者ノ利益ノ爲ニスルモノハ、有罪ノ言渡ヲ受ケタル者ノ行爲罪ヲ犯スニ至ラシメタル場合例ヘハ判事又ハ檢事カ被告人ヨリ賄賂ヲ收受シタル場合ノ如キニ在リテハ、檢事ノ外再審ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルモノトス。蓋有罪ノ言渡ヲ受ケタル者カ判事又ハ檢事ヲシテ瀆職罪ヲ犯サシメ再審請求ノ原由ヲ作爲シナカラ、自ラ之ヲ自己ノ利益ニ利用スルヲ許スヘキモノニ非サレハナリ。

第二 言渡ヲ受ケタル者ノ利益ノ爲ニ再審ノ請求ヲ爲シ得ル者ハ管轄裁判所ノ檢事ナリ。而シテ右ハ控訴棄却又ハ上告棄却ノ確定判決ニ對スル再審請求ノ場合ニモ、言渡ヲ受ケタル者ノ利益ノ爲ニスルニ非サル以上ハ其ノ適用アルモノトス(第四百九十二條第三項)。

尙檢事ニ非サル者再審ノ請求ヲ爲ス場合ニ於テハ、辯護人ヲ選任スルコトヲ得ルモノニシテ、

其ノ選任ハ再審ノ判決アル迄效力ヲ有スルコトハ第四百九十三條ノ明規スルトコロナリ。

第五章 再審請求ノ手續

第一節 再審請求ノ時期

再審ノ請求ハ確定判決ニ對スルモノナレハ、判決確定後ニ非サレハ再審ヲ請求スルヲ得サルハ言フ俟タサル所ニシテ、之ヲ爲シ得ル期間ニ付テハ場合ヲ分チテ説明セサルヘカラス。

第一 判決ノ言渡ヲ受ケタル者ノ利益ノ爲ニ爲ス再審ノ請求ニ付テハ、期間ヲ定ムルトコロナキノミナラス、刑ノ執行ヲ終リ又ハ其ノ執行ヲ受クルコトナキニ至リタルトキト雖之ヲ爲スコトヲ得(第四百九十四條)。然レハ言渡ヲ受ケタル者死亡シタルトキハ、第四百九十二條第一項第四號ニ則リ配偶者其ノ他ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得、畢竟スルニ言渡ヲ受ケタル者ノ名譽、信用ヲ回復セシメントスル趣旨ニ外ナラサルナリ。

第二 言渡ヲ受ケタル者ノ不利益ノ爲ニスル再審ノ請求ニ付テハ、判決確定後公訴ノ時効期間ニ相當スル期間ヲ經過シタル後ニ於テハ之ヲ爲スコトヲ得ス、元來公訴權ハ公訴ノ時効ニ因リ消滅スヘキモノナルコトニ鑑ミルトキハ、言渡ヲ受ケタル者ノ不利益ノ爲ニスル再審請求

權モ同一期間ヲ經過スルニ因リテ消滅スヘキモノト爲スヲ妥當トスレハナリ。控訴棄却又ハ上告棄却ノ判決ニ對スル再審請求ニ付テモ、言渡ヲ受ケタル者ノ利益ノ爲ニスルニ非サル以上ハ同一法則ニ從ハシムルヲ當然トス。上訴棄却ノ判決ノ確定ハ當然第一、二審判決ノ確定ヲ伴フモノナレハ、上訴棄却ノ判決確定ヨリ公訴ノ時効期間ニ相當スル期間ヲ經過シタルトキハ之ニ對シテモ再審請求權ヲ喪失セシム(第四百九十五條)。

第二節 再審請求ノ方式

再審ノ請求ヲ爲スニハ其ノ趣意書ニ原判決ノ謄本、證據書類及證據物ヲ添ヘ之ヲ管轄裁判所ヘ差出スヘシ(第四百九十七條)。證據書類及證據物ニ付注意スヘキハ、再審請求ノ原由中確定判決ヲ以テ證明スヘキコトヲ要スル場合ニハ所要ノ確定判決、又之ヲ得ルコト能ハサルトキハ其ノ事實ヲ證明シテ他ノ方法ヲ以テセサルヘカラス。其ノ以外ニ在リテハ證據書類及證據物ニ制限ナシ。

尙監獄ニ在ル者再審ノ請求ヲ爲ス場合ニハ第三百九十一條ヲ準用スヘク、又其ノ請求アリシ場合裁判所書記カ之ヲ對手人ニ通知スヘキハ第三百九十三條ニ從フヘキモノトス(第四百九十九條)。

第三節 再審請求ノ效力

再審ノ請求ハ判決ノ執行力停止ノ效力ヲ生セス、從テ執行官ハ之カ執行ヲ爲スヲ妨ケス。然レトモ管轄裁判所ノ檢事ニ於テ之カ停止ヲ必要ト認ムルトキハ、再審ノ請求ニ付テノ決定アル迄刑ノ執行ヲ停止スルコトヲ得(第四百九十六條)。唯死刑ヲ言渡シタル場合ニ付テハ疑ノ餘地ナシトセサルモ法文上ハ執行停止ノ要ナシ、然ラサレハ濫リニ再審請求ヲ繰返スノ弊ヲ見ルヘケレハナリ。

尤モ再審請求ヲ理由アリトシ再審開始ノ決定ヲ爲シタルトキハ、裁判所ハ決定ヲ以テ刑ノ執行ヲ停止スルコトヲ得ヘシ(第五百六條)。

第四節 再審請求ノ取下

再審ノ請求ハ再審ノ判決アル迄之ヲ取下クルコトヲ得ヘシ(第四百九十八條)。而シテ取下ノ方式、手續ニ關シテハ上訴ノ取下ニ關スル第三百八十五條、第三百九十一條、第三百九十三條ヲ準用スヘク、又一タヒ再審ノ請求ヲ取下ケタル以上ハ、同一ノ原由ニ因リ更ニ再審ノ請求ヲ爲スコトヲ

得サルモノトシ失權ノ效果ヲ附セリ(第四百九十八條、第四百九十九條)。

第六章 再審ノ審判

再審ノ審判ハ之ヲ再審請求ノ審判ト被告事件ニ付テノ再審ノ審判トニ分チ説明スルヲ便ナリトス。

第一節 再審請求ノ審判

再審ノ請求ヲ受ケタル裁判所ハ該請求カ適法ナリヤ否及其ノ請求ニ依ル再審ノ原由存スルヤ否ヲ調査シテ再審ヲ開始スヘキカ否ヲ決定スルモノトス。而シテ其ノ手續トシテハ

(イ) 再審ノ請求ニ付決定ヲ爲ス場合ニ於テハ請求ヲ爲シタル者及其ノ對手人ノ意見ヲ聽クヘク、又有罪ノ言渡ヲ受ケタル者ノ法定代理人、保佐人及夫カ再審ヲ請求シタル場合ニ於テハ、有罪ノ言渡ヲ受ケタル者ノ意見ヲ聽クヘキモノトス(第五百九條)。是レ決定ヲ爲スヘキ場合ノ一般原則ニ對スル別段ノ規定ニ該當スルモノトス(第四十八條第二項)。而シテ意見ヲ聽クニ付公判期日ニ於テ之ヲ爲スノ要ナシ。