ノニ非ストアルニ對シ同年一月一日同院第一刑事部ハ下ノ如ク判決セリ「第一審公判始末書ヲ査閲スルニ檢事ハ陪席判事ト合議ノ上云々ト裁判長云々ノ誤ナルモコト明文ニ記載シタル如ク訊問手續ノ前後ヲ參照スルニ全ク裁判官カ自由ニ其作成效力等ヲ判斷シ得ヘキモカナルヲ以テ第一審判決ヲ相當ナリトシ被告ノ控訴ヲ棄却シタルハ決シテ不法ニ非ラス（判例要旨類集ハ此判例ヲ誤解シテ判決ヲ以テ公判始末書ニ於ケル記事ノ誤謬ヲ訂正スルコトヲ得ルモノナリト掲ケタリ）判決原本ノ消失シタル場合ニ於ケルト同シク公判始末書ノ消失セル場合ニ於テモ更ニ公判ノ審理ニ適合スル始末書ヲ作成スルヲ得ルコトハ理論上疑ナシト雖モ判決ト異リ公判手續ノ細鎖ナル事實ノ經過ヲ分厘ノ差異ナク全部記憶スルコトハ殆ント不能ナルモノナレハ公判始末書ノ再製ヲ爲スコトハ實際稀有ナリト謂ハサルヘカラス

第四編　上訴

第一章　上訴總論

四五五、上訴ノ立法上ノ價値……四五六、上訴ノ意義及ヒ種類……四五七、上訴制度廢止論……四五八、上訴ノ物體……四五九、上訴權……四六〇、上訴權利者（檢事被告人）……四六一、上訴權利者（法定代理人、辯護人）……四六二、上訴權利者（私訴關係人）……四六三、上訴期間……四六四、原狀回復……四六五、上訴成立ノ要件……四六六、上訴ノ效力……四六七、上訴ノ拋棄及ヒ取下……四六八、記錄ノ送付返還

上訴ノ立法上ノ價値

四五五　上訴ハ事實判斷ヲ正確ナラシメムカ爲メ又法律適用ニ非違ナカラシメムカ爲メ設ケタル制度ニシテ上訴ノ目的トスル所ハ事實ノ眞相ヲ穿テル裁判ト此事實ニ適當スル法律ノ應用トヲ生セシムルニ在リ民事タルトヲ問ハス裁判ニ當ルノ人ニシテ神鑒機微ニ徹シ明察鏡裡ヲ觀ルニ等シキ能アリトスルモ事實ノ誤判ナキヲ保スヘカラス法律ニ精通シ法理ノ深奥ヲ極メタル者モ時トシテ法ノ解釋ヲ誤ルコトアリ彼ノ**ヲルダリー**Ordanie（神檢又神試ト釋ス）ノ

如キ或ハ探湯ノ如キ制度ノ古代ニ於テ存セシハ人ノ爲ス裁判ニハ誤謬アリテ之ニ信頼スル能ハサリシ事實上ノ經驗及ヒ理論上ノ觀察ニ出ツルモノナリ故ニ同一事件ニ付キ裁判ヲ爲サシムルトキハ誤判ノ必無ヲ期スヘカラサルハ勿論ナリト雖モ庶幾クハ事實ノ眞相ニ反スル裁判ノ數ヲシテ少カラシムルコトヲ得ヘク法律ノ適用ヲシテ法意ニ反スルコト稀ナルニ至ルヲ得ヘシ之レ上訴制度ヲ必要トスル所以ニシテ彼英國ノ如キハ刑事事件ニ付キ上訴ヲ許ササルヲ原則(毆打、竊盜、毀棄、銃獵規則違犯等略式裁判ニ對シテハ法律ニ規定シタル場合ニカウンチーセシヨン(County-Session)ボローフセシヨン(Borough Session)ニ控訴スルヲ得ル極メテ狹キ範圍ノ例外アルノミ)トシタリシモ刑事事件ノ上訴ニ付キ特別ノ法規ヲ設クルノ必要アリトハ夙ニ輿論ノ認ムル所ナリシカ重懲役ノ重刑ヲ受ケタル一端典人ノ滿期後人違ナリシコトヲ發見シ英國政府ハ同人ニ對シテ數萬マルクノ賠償金ヲ交付シタル事例ハ輿論ノ熱度ヲ強烈ナラシメ其結果彼ノ千九百七年ノ上訴法律ノ發布セラルルニ至レルナリ上訴制度ノ價値ハ權利ノ保護ヲ厚クスルノ點ニ於テ之ヲ認ムヘク殊ニ事實ノ覆審ノ如キハ公訴ニ於テハ無辜ヲ罰スルノ危險ヲ尠少ニシ犯人ヲ逸スルノ弊害ヲ除去シ私訴ニ於テハ權利者ヲシテ正當ノ保護ヲ享受セシメ義務者ヲシテ倖免ヲ得セシメサルニアリ而シテ團體生活ニ於ケル各人ノ利益關係複雜ヲ極メ事實ノ判斷滋々困難ト爲リ加フルニ各種ノ犯罪ハ驚クヘキ數ヲ以テ日ニ增シ月ニ殖ヘ彼ノ獄中ニ桃樹ヲ生シ蓬蒿亦滿テリト云フカ如キ史的事實ノ再現ヲ望ムヘカラサル現時ノ狀勢ニ於テヲヤ裁判所ノ判理スヘキ事件愈々多クシテ判官ハ腦力ノ過勞ニ病ミ民間ニ於テハ時ニ寃ヲ叫フノ聲ノ大ナルモノアル時代ニ於テヲヤ上訴制度ノ必要ナルコトハ多ク論スルノ要ナカルヘキナリ

上訴ノ意義及ヒ種類

四五六　上訴ハ未確定ノ裁判ヲ攻擊シテ上級裁判所ニ權利ノ保護ヲ要求スルノ方法ナリ詳言スレハ、第一下級裁判所ノ裁判ヲ受ケタル事件ニ付キ自己ノ權利保護ノ爲メ上級裁判所ニ對シテ更ニ審判ヲ求ムルノ意思表示ナリ之レ上訴ノ實質的意義ニシテ右ノ如ク上級裁判所ヲシテ事件ノ審判ヲ爲サシムル上訴ノ性質ハ上訴ト故障及ヒ原狀回復ノ申立トヲ區別セシムル重要ノ點ナリトス而シテ彼ノ移審ノ效力(Devolutiveffekt; Effet suspentif)ハ此性質ヨリ生スルモノナリ、第二、未確定ノ裁判ノ取消變更ヲ目的トスル不服申立ノ方法ナリ之レ上訴ノ形式的意義ニシ

テ右ノ如ク上級裁判所ヲシテ裁判ノ取消變更ヲ爲サシムルニ在ル上訴ノ性質ハ亦上訴ト故障ト原狀回復トヲ區別スルノ重要點ト爲ルモノナリ故障ハ直チニ其目的物タル裁判ヲ消滅セシムルモノニシテ故障ヲ受理スル裁判所ヲシテ之ヲ取消スノ裁判ヲ爲サシムルモノニ非ス原狀回復ハ之ニ異リ單ニ期間ヲシテ其經過前ニ復セシムルニ止マリ直チニ裁判ヲ消滅セシメ若クハ裁判ヲ取消スノ訴訟行爲ヲ發生セシムルモノニ非ス而シテ上訴ノ此性質ヨリシテ停止ノ效力(Suspentiveffket; Effet susdentif.)ヲ生ス停止ノ效力トハ確定力及ヒ執行力ヲ停止セシムルヲ謂フ裁判ニシテ確定セハ之ヲ取消シ或ハ變更スルニ由ナク又之ヲ執行スルヲ妨クヘキ理由ナキカ故ニ上訴ハ裁判ノ取消變更ヲ爲サシムヘキ性質ヲ有スル以上ハ所謂停止ノ效力ヲ有セサルヘカラサルナリ而シテ裁判ノ執行力ノ停止ハ上訴ノ通有性的性質ニ非ス何者抗告ニ在リテハ決定ノ執行ヲ停止セサルモノ多ケレハナリ(例之刑訴法第四二條、第二五條、第二七、四條第三二條ノ決定ノ如シ)又無罪ノ判決若クハ勾留ヲ命スル判決ハ上告ノ申立アルモ其執行ヲ停止スルコトナケレハナリ(同法第二七二條)

上訴ニ三種アリ控訴、上告、抗告是ナリ控訴ハ第二審裁判所ニ向ヒ事案ノ覆審及ヒ第一審判決ニ對スル不服申立ノ意思表示ニシテ其取消ヲ目的トスルモノナリ所謂事案ノ覆審トハ眞實ニ適スル事實ノ判斷ト正當ナル法律ノ適用トヲ內容トスル審判ヲ意味ス上告ハ法律違背ヲ理由トシテ上告裁判所ニ向ヒ第二審判決ノ破毀及ヒ正當ナル法律ノ適用ヲ求ムル意思表示ナリ抗告ハ事實及ヒ法律ノ點ニ付キ決定ノ違法ヲ攻擊シテ其取消ヲ求ムル不服ノ申立ナリ抗告ノ內容ハ控訴ニ於ケルカ如ク事實及ヒ法律ノ點ニ付キ上級裁判所ノ判斷ヲ求ムル意思表示ナレトモ控訴トハ上級裁判所ノ判斷ヲ求ムルノ事物及ヒ攻擊ノ標的トスル物體即チ裁判ノ種類ヲ異ニス又後ニ說明スル如ク審判ノ手續及ヒ裁判ノ形式ニ於テ控訴ト甚シク異ルモノナリ抗告ト上告ト異ル點ハ主トシテ前者ハ實體事實ノ判斷ヲ求ムルモノナレトモ後者ハ之ヲ求ムルモノニ非ス前者ハ決定ヲ攻擊スルモノ後者ハ判決ヲ攻擊スルモノナルノ點ニ在リ以上之ヲ約言スレハ抗告ハ決定ニ對スル上訴方法ニシテ事實認定及ヒ法律適用ノ不法ヲ理由トスルモノ、控訴ハ判決ニ對スル上訴方法ニシテ前二種ノ違法ヲ理由トスルモノ、上告ハ判決ニ對スル上訴方法ニシテ法律適用ノ不法ヲ理由トスルモノ

ナリ刑事訴訟法上命令ハ訴訟手續ニ關スルモノタルニ於テハ異議ノ物體タルヲ得レトモ（刑訴法第一九九條）上訴ノ物體ト爲ルコトナシ上訴ノ物體タルモノハ未確定ノ裁判ナルヲ以テ確定裁判ノ攻擊方法詳言セハ確定裁判ノ取消變更ヲ求ムル救濟方法ハ上訴ニ非ス現行法上確定裁判ノ攻擊方法トシテ規定スルモノハ非常上告及ヒ再審ノ訴是ナリ學說上之ヲ非常上訴（Ausserordentliche Rechts-mittel; Voie de recours extraordinaire）ト稱ス（獨墺等ノ如ク再審ノ訴ハ確定判決ヲ爲シタル裁判所ニ提起セシムルヲ原則トスル刑訴法ノ下ニ於テハ此訴ヲ非常上訴ト稱スルハ妥當ナラスト雖モ常ニ上告裁判所ニ此訴ヲ爲スヘキコトヲ規定セル我訴訟法ノ下ニ於テハ此訴ヲ非常上訴ト稱スルハ適當ノ名稱ナリトス）上訴ハ訴ナリヤ否ヤハ訴ナル觀念ノ奈何ニ因リ其論定ヲ異ニス訴ヲ以テ判決ヲ求ムル意思表示ナリトセハ上訴ハ通有的性質トシテ訴ニ屬セスト謂ハサルヘカラス何者上訴ノ一種ナル抗告ハ判決ヲ求ムルモノニ非サレハナリ又訴ヲ以テ單ニ裁判ヲ求ムル意思表示ナリトセハ上訴ハ訴ナリト謂フヲ得ルモ右ノ如キ前提ハ正確ヲ缺クモノナリ何者忌避ノ申請證據調ノ申請等モ亦訴ナリト謂ハサルヲ得サレハナリ訴ヲ以テ實體法上ノ請求權ノ存否ニ付キ裁判ヲ求ムル意思表示ナリトスルモ上訴ハ訴ナリトスルヲ得ス何者上訴ニハ判決ノ攻擊ヲ包含スレトモ訴ハ單ニ判決ノ要求ノミニシテ判決ノ攻擊ヲ包含セサレハナリ既ニ述ヘタル如ク上訴ハ實質上權利ノ保護ヲ求メ形式上原裁判ノ取消變更ヲ求ムルモノナレハ訴ト區別シテ觀察スルヲ妥當トス（控訴ハ一ノ訴ナリトハ訴ナル文字ト判決ヲ求ムル意思表示ナリトスル觀念トニ基ク立言ニシテ全然誤レリトスヘキモノニ非サレトモ上述ノ如ク控訴ハ上訴ノ一種ニシテ上訴ハ訴ニ非サル以上ハ控訴モ亦訴ニ非スト斷スルヲ正當トス）此觀察方ニ依レハ再審ノ訴モ亦訴ニ非スト謂フヘシ然レトモ訴訟法上判決ヲ求ムル意思表示ハ訴ナリト謂ハサルヘカラサルモノトシ且單ニ權利保護ヲ求ムルト且之ヲ求ムルト同時ニ裁判ヲ攻擊スルモ判決ヲ求ムル申立ナル以上ハ其性質ハ訴ニシテ立法上ノ便宜ヨリシテ抗告ヲ上訴ノ一種ニ加ヘタルニ過キサルモノトスルトキハ控訴及ヒ再審ノ訴ノ如キハ其文字ノ示ス如ク訴ノ一種ニシテ上告殊ニ非常上告ノ如キモ亦訴ナリト謂ハサルヘカラス上訴ノ一種タル控訴ニハ主タル控訴附帶控訴ノ別又上訴ノ一種タル上告ニハ主タル上告附帶上告ノ別アリ抗告ニハ右ノ區別ナシ主タル上訴トハ後ニ說明スル如ク他ノ當事者ノ上訴提起ヲ前提要件ト爲ササル控訴若クハ上告ヲ謂ヒ附帶上訴トハ他ノ當事者ノ提起セル上訴ヲ前提要件トシテ提起スルモノヲ謂フ刑事訴訟法ハ改正

上訴制度廢止論

前ニ於テハ附帶上告ヲ認メタレトモ現行法ハ之ニ代フルニ上告趣意書提出期間內ニ於ケル相手方ノ上告ヲ以テセリ所謂相手方ノ上告ト附帶上告ト異ル點ハ附帶上告ハ取下ニ因リテ當然消滅スレトモ趣意書提出期間內ニ爲シタル相手方ノ上告ハ上告ノ取下ニ因リテ消滅スルコトナキノ點ニ在リ又上告ニハ通常上告ノ外非常上告ナルモノアリ非常上告トハ法律ノ罰セサル所爲ニ刑ヲ科シ或ハ罰スル所爲ニ相當ノ刑ヨリ重キ刑ヲ科シタル判決カ上訴ナクシテ確定シタル場合ニ之ヲ攻擊スルノ方法ナリ（刑訴法第二九二條）

四五七　控訴、上告ニシテ存置スヘカラサルモノトセハ單リ抗告ヲノミ存置セシムルノ要ナキコト論ヲ俟タス而シテ現時議論ノ最モ喧々タルハ控訴制度存廢ノ問題ナリ控訴制度ノ必要ナルコトハ既ニ本章ノ起頭ニ於テ論述セリ、然ルニ控訴廢止論者ハ數多ノ有力ナル理由ヲ武器トシテ此制度ヲ絕滅センカ爲メ戰ヒツツアリ茲ニ控訴廢止論ノ重要ナル理由ヲ摘擧センニ　一、陪審裁判ニ附スル重罪事件ハ事實ノ覆審ヲ許ササルモノナルニ輕罪事件ニ付キ覆審ノ制度ヲ置クハ事理ノ輕重ヲ顚倒セルモノナリ　二、覆審制度ハ其名ノミ美ニシテ其實ノ名ニ伴ハサルモノナリ之レ（イ）第二審ニ於テハ第一審ニ於ケルカ如ク事實ノ眞相ヲ發見スルニ恰當ナル審理上ノ便宜及ヒ機會ヲ得ル能ハサルト（ロ）第二審ニ於テハ凡テノ事件ニ付キ第一審ニ於ケルカ如ク刑事訴訟ノ大則ナル直接審理主義ノ忠實ナル實行ヲ爲スノ不能ナルト（ハ）縱シ之ヲ實行シ得ルトスルモ其結果ノ極メテ不成績ナルトニ由ルモノナリ彼ノ陪審ノ判斷ハ不可侵ナリトノ思想ハ高尙ナル純理ヨリ生シタルモノニ非スシテ心證ヲ以テスル判斷ハ一タヒ之ヲ爲スヘク再ヒ之ヲ爲スヘカラサル事實上ノ經驗ヨリ生セシモノナリ第二審ニ於テ事件ノ審理ヲ爲スノ時ハ第一審ノ審理ノ時ヨリハ遙カニ後ルルモノニシテ之カ爲メ必要ナル證人ノ或ハ死亡シ或ハ所在不明トナリ檢證スヘキ物ハ損壞腐敗シテ審理上ノ用ヲ爲サス現存スル證人モ或ハ記憶ヲ喪失スルアリ或ハ事件ニ對スル自己ノ關係ニ不利ヲ及ホスコトアルヘキヲ顧慮シ或ハ被害者ノ請囑ヲ受ケテ其意ヲ枉ケ或ハ被告人ノ方面ヨリ恐嚇ヲ受ケテ畏怖スルニ至リ故ラニ言ヲ曖昧ニシ事實ヲ不明瞭ニ述フルノ弊アリ又被告人ハ審理ニ馴レテ其詐言ヲ滋々巧ミニシ證據ヲ作爲シテ罪跡ヲ蔽ハントスルコト

アリ之レ第二審ニ於テハ第一審ニ於ケルカ如ク事實ノ眞相ヲ得ルノ便宜及ヒ機會ヲ有セサルコトノ一端ヲ示スモノナリ次ニ控訴裁判所ニ於テ審理スル件數ノ割合ハ第一審裁判所ノ審理スル件數ヨリモ多キモノニシテ假ニ其數ニ大差ナシトスルモ事件ノ審理ニ於ケル煩雜ノ程度ハ遙カニ優レルモノナリ何者輕易又ハ明白ナル事件ハ控訴ノ實益ナキヲ以テ上級裁判所ニ到ルコトナク控訴事件ト爲ルモノハ概シテ事件關係ノ錯綜紛亂シ從ツテ證據ノ種類モ其數多ク證人ノミニ付キテ之ヲ觀ルモ豫審又ハ第一審ニテ訊問ヲ受ケタル證人ノ全數ハ勿論其中ノ多數ヲ第二審裁判所ニ呼出シテ一々訊問スルコトハ事實上爲シ得ヘカラサルモノニシテ殊ニ檢證ノ如キハ控訴裁判所ヲ組織スル判事全員ニ於テ之ヲ爲スコトハ檢證地ノ遠隔ナルト他ノ事件ノ審理ニ影響スルト其他種々ノ原因ニ依リ幾ント不能ニ屬スルモノナリ茲ニ於テカ多クハ殆ント一件記錄ノ調査ノミヲ以テ事件ノ審理ヲ終結スルニ至ルモノニシテ刑事訴訟法第二百五十八條ノ規定アルハ法律カ直接審理主義ハ到底第二審ニ於テ勵行スル能ハサルモノナルコトヲ豫想セルニ由ルモノナリ是ヲ以テ刑事訴訟法改正案ニモ其第三百二十二條ニ現行法第二百五十八條ト同趣旨ノ規定ヲ置ケリ又假リニ此主義ヲ實際上忠實ニ行フコトヲ得ルモノトスルモ其結果ハ良好ナルヲ得サルモノナリ何者比較的同一ノ形狀ヲ存スルヲ得ヘキ性質ナル物的證據トシ形狀ノ變更アルコト少カラス之カ爲メ精確ナリシ第一審ノ檢證調書モ心證上其效力甚タ薄弱ト爲ルノ弊アリ又第一審ニ於テ訊問シタル證人ハ第二審ニ於テ同一ノ供述ヲ爲スコトナキハ實際ノ經驗上顯著ナル事實ニシテ之カ爲メ裁判官ハ滋々迷路ニ彷徨セサルヲ得ス故ニ審級愈々多ケレハ事實ノ眞相愈々不明ト爲ルモノナリ

三、刑訴制度ハ現時ノ狀態ニ於テハ第二審裁判官ノ負擔ヲ重劇ナラシムルノ結果裁判官ハ凡テノ控訴事件ニ對シ鄭重綿密ナル審理ヲ爲ス能ハス加フルニ一日ニ數多ノ煩雜ナル事件ヲ審理スルノ結果神經ヲ過勞シ不知不識判斷ノ精確ヲ缺キ往々ニシテ誤判ヲ生スルノ虞アリ又各判事ハ事件集積ノ結果トシテ一件記錄ヲ調査スル暇ナク其調査ハ裁判長ト主任判事ニ委ネサルヲ得サルニ至リ加フルニ事件ノ延滯ヲ防カンカ爲メ其審理ノ終結

ヲ急クノ風ヲ生シ其結果トシテ公廷ニ於テハ事實ノ審問ハ極メテ之ヲ簡約ニシ證據書類ノ朗讀ハ概シテ之ヲ省略スルニ至リ直接審理主義實體的眞實發見主義ノ精神ヲ失フニ至ルモノナリ　四、第一審ノ裁判官ハ覆審アルヲ頼ミトシ自己ノ重責ヲ輕ンスルニ至リ審理ノ內容ヲ疎ニシテ從ラニ外形ヲ整ヘ審理終結ノ件數ノ多キヲ示シテ自己ノ敏腕ヲ誇ラントスルノ弊ヲ生スルモノニシテ此弊害ハ我國ニ於テモ遺憾ナカラ多少其痕跡ヲ留ムルモノニシテ此弊タル一面ニ於テ第二審ノ審理ヲシテ滋々困難ナラシムルニ至ルモノナリ何者必要ナル證人モ之ヲ呼出スノ勞ヲ厭ヒ其申請アルモ多クハ却下セラレ之ヲ訊問スルニ適當ナル機會ヲ逸スレハナリ又其間接ノ弊害トシテ訴訟關係人ハ第一審ノ審理ヲ重要視セス「我等カ第一審ノ裁判ヲ受クルハ法律ニ因リ余義ナクセラレタル一片ノ形式ノミ眞ニ爭ハントスルハ第二審ニ在リ適正ノ裁判ヲ得ルハ第二審ニ於テノミ故ニ手裡ニ集メタル證據モ第一審ニハ提出スルノ要ナシ證人訊問ノ申請モ第二審ニ至リテ爲スヘシ」トノ考想ヲ抱クニ至リ其結果上訴ノ數ハ滋々增加シ第二審裁判所ノ要スル手數ヲシテ愈々繁カラシムルモノナリ而シテ實際ノ事情右ノ如クナルトキハ又其間接ノ弊トシテ第一審ノ裁判官ヲシテ滋々不眞面目ナルニ至ラシメ終局ノ結果トシテハ覆審制度ハ其實質單審制度ト爲リ無益ニ第一審ノ手續ト之ニ要スル時間ト之ニ對スル訴訟關係人ノ手數トヲ費スノ不經濟ヲ來タスモノナリ　五、人ノ爲ス裁判ニハ誤判ノ絕無ヲ期スヘカラストセハ單審制度ト覆審制度トハ畢竟五十步百步ノ論ニシテ覆審制度ノ下ニ於テモ誤判ヲ免レサルカ故ニ特ニ該制度ヲ存スルノ要ナシ　六、誤判ノ弊ヲ防ク能ハサル二級ノ事實審ヲ置クヨリモ事實審ヲ一級審ト爲シ裁判官ヲシテ其責任ヲ重セシメ二審級ノ審理ニ要スル手數ト勞力ト費用トヲ一審級ノ審理ニ集注セシムルナラハ其結果ニ於テハ却テ二審級制度ニ優ル者アルノミナラス手數ト勞力ト費用トノ中其幾分ヲ省クノ經濟的結果ヲ得ヘク又一級審制度ト爲サハ現在ニ比シ第一審裁判官ノ數ヲ增ササルヘカラサルモ現在ノ第一審第二審裁判所ノ判事ノ總數ヨリモ裁判官ノ數ヲ減スルヲ得ヘク第二審裁判所ノ建物ト廳費トヲ節約スルヲ得ルノ利アリ　七、又現今ノ如ク控訴ノ結果第一審判決ノ取消サルルモノ頗ル多キハ裁判ノ信用ノ薄弱ナルヲ示

スモノニシテ之カ爲メ國家ノ利害ニ及ホス影響ハ決シテ尠少ニ非サルナリ

八、 治罪法ノ下ニ於テハ重罪ニ付キテハ重罪裁判所ヲシテ審理ヲ爲サシメ其裁判ニ對シテハ控訴ヲ許ササリシモ寃枉ノ聲ヲ聞カサリシナリ又治罪法施行後數年間特別法ヲ以テ輕罪及ヒ違警罪事件ノ控訴ヲ許ササリシモ無辜ヲ罰シタリトノ非難ヲ生シタルコトナカリシナリ右ノ如ク前例ト爲ルヘキ事實上ノ根據アル以上ハ覆審制度ヲ廢シテ單審制度ト爲スモ毫モ危險ヲ生スルノ虞ナシ以上之ヲ要スルニ控訴ノ存廢ハ事情ノ異レル既往ノ沿革ニ基キテ決スヘキモノニ非スシテ現在ノ利弊如何ニ依リテ之ヲ定ムヘキモノナルニ單審制度ノ弊害ナカリシ前例ノ儼トシテ複審制度ノ百害アリテ一利ナキ理由ノ明確ニ存スル以上ハ一日モ速カニ該制度ハ之ヲ撤去セサルヘカラサルナリト然レトモ余輩ハ覆審制度ノ維持ヲ主張スル者ニシテ之ヲ主張スルハ反對說ノ攻擊ヲ防キ又反對說ノ本陣ヲ突擊スヘキ理由ノ存スルヲ以テナリ以下之ヲ述ヘン第一陪審制度ヲ行ハサル我法制ノ下ニ於テハ反對說ノ第一理由ハ何等ノ價値ナキモノナリ、第二控訴廢止論ノ第二理由ハ控訴制度ノ實益ナキヲ示スノ點ニ於テ誤レルモノニ非サレトモ未タ以テ如何ナル場合ニ於テモ該制度ヲ常ニ無益ナリトスルノ理由トハ爲ラサルモノナリ縱令控訴審ニ於テハ第一審ニ於ケルカ如キ事實ノ眞相ヲ發見スルニ恰當ナル便宜及ヒ機會ヲ得ルコト難シトスルモ第一審ニ於テ蒐集セル材料ノミニ因リ第一審判決ノ誤謬ヲ發見シ適正ノ裁判ヲ爲スコトハ稀ナラサル事例ニシテ控訴ノ審理ニ因リ右ノ如キ結果ヲ得ヘキモノナルニ於テハ該制度ヲ以テ無益ナルモノト爲スヲ得ス第三反對論第三第四第七ノ理由ハ控訴制度其者ノ弊害ニ非スシテ該制度ノ實行ニ關スル設備ノ不完全ナルヨリ或ハ裁判機關タル人ノ不心得ナルヨリ生スル結果ナレハ該制度廢止ノ理由トシテハ最モ薄弱ナルモノナリ第四反對論第五ノ理由ハ完全ナラサルモノハ凡テ不當ナリト謂フニ外ナラサレハ人類社會ニ適用スヘカラサル理論ナリ現時ノ衞生法ヲ以テシテハ**コレラ**或ハ**ペスト**ノ絕滅ヲ期スヘカラス故ニ是等ノ衞生法ハ實行スルノ價値ナシト謂フニ等シキ論法ナレバナリ第五反對論第六ノ理由ハ一面ノ觀察ニ於テハ正當ナルモノナレトモ第二審ノ裁判官ハ第一審ノ裁判官ニ比シテ先入爲主ノ弊少キト他ノ勢力ノ影響ヲ蒙ルコ

ト少キト第二審ノ裁判ニハ第一審ノ遺漏ヲ補ヒ其裁判ノ明瞭ナル錯誤ヲ發見スルノ便宜アルコト等數多ノ利益アル方面ヲ閑却セルモノナレハ亦以テ有力ナル反對論ノ論據ト爲ラス第六反對論第八ノ理由ハ最モ薄弱ノモノナリ過去ノ事情ハ以テ現在ノ事物ヲ判斷スルノ論據ト爲ラサルコトハ反對論者ノ主張スル所ニシテ洵ニ其當ヲ得タルノ論ナリ進化ノ勢力ハ社會ノ事物ヲシテ滋々複雜ナラシメ新事物ノ發生ハ社會關係ノ織條ヲシテ愈々錯綜セシム是ヲ以テ舊時ニ於テハ危險ナカリシ裁判法モ現時ニ於テハ同一ノ保障アリト爲スヲ得ス治罪法實施當時單審制度ナリシ重罪事件ノ審理ニ付キ刑事訴訟法ハ覆審制度ヲ採用セルハ事物進化ノ情勢ニ促カサレタルモノニシテ單審制度ノ弊害ヲ事實上指摘セルモノアルニ由レリトスヘク殊ニ治罪法ノ施行後覆審ニ關スル規定ノ適用ヲ止メタル特別法ヲ數年ナラスシテ廢止シタルハ我國ニ於ケル進化ノ情勢カ覆審制度ノ必要ヲ感セシメタル結果ニ非サルナキヲ得ンヤ之ヲ外國ノ立法ニ徵スルニ英國ニ於テ上訴ノ法制ヲ新ニ施行シ獨逸刑事訴訟法改正案ニ上訴ノ場合ヲ擴張セルカ如キ沿革上ノ事象ハ上訴廢止論ヲ非トスル有力ノ理由トナルモノナリ而シテ彼ノ陪審ノ如ク我國ノ法律的慣習ニ存セサル新制度ヲ施行セントスルニ異リ上訴制度ノ如キハ遠クハ大寶令近クハ德川氏百ケ條ニ規定シタリシコトハ姑ク措キテ論セス明治維新後之ヲ施行スルコト四十年縱令期待シタルカ如キ利益ヲ收メ得サリシトスルモ審判上好果アリシヤ爭フヘカラサルモノニシテ論者カ此制度ノ弊害ナリトシテ指摘スルモノハ上述ノ如ク制度其者ノ弊害トシテ見ルヘキニ非ストセハ世界ノ趨勢ニ反キ數十年來行ヒ來リシ此制度ヲ廢滅セントスルハ深ク考慮スヘキモノニシテ之ヲ廢シタル後再ヒ此制度ノ必要ヲ感シ更ニ之ヲ施行スルニ至ルカ如キコトアラン歟長ク不明ノ譏ヲ受クルノミナラス災禍ヲ社會ニ釀セルノ罪ハ之ヲ謝スルニ由ナカルヘシ且覆審制度ニ於テハ縱令無辜ヲ罰スルコトアルモ被告人ハ二回ノ審理ヲ受クルモ其寃ヲ伸フル能ハサルハ不幸ナル運命ナリト謂メ慰ムル所アルヘシト雖モ單審制度ノ下ニ於テハ其反對ニ猶一回ノ審理ヲ受ケタルナラハ晴天白日ノ身トナルコトヲ得タリシナラン制度ノ不備コソ是非モナシト遺憾ノ情ニ堪ヘサルヘク右ノ如キ感情的政策觀ヨリスルモ覆審制度ヲ以テ優レ

上訴ノ物體

リトスヘキニアラスヤ

四五八　上訴ノ物體トハ上訴ノ標的タル物體ノ義ニシテ上訴ヲ以テ攻擊スルヲ得ル裁判ヲ稱ス、控訴、上告、抗告ノ三者ハ各其物體ヲ異ニス

(甲)　控訴ノ物體　控訴ヲ以テ攻擊スルコトヲ得ル裁判ハ下ノ如シ　一、第一審ニ於テ下シタル本案ノ判決　茲ニ本案ノ判決ト稱スルハ終局判決ノ義ニ外ナラス(刑訴法第二五〇條)而シテ其判決ハ闕席ナルト對席ナルトノ別ナシ而シテ法律ハ闕席判決ニ對シテ之ヲ受ケタル者ヨリ控訴ヲ爲スニ當リテハ其期間ヲ故障期間ト同一ナラシメクリ(刑訴法第二五二條第二項)然レトモ後ニ説明スル如ク故障ヲ許サザルモノニ對スル控訴期間ハ五日ナリトス管轄違、公訴不受理ノ判決ハ形式的判決ニシテ實體的判決ニ非サレトモ亦終局判決ナルカ故ニ控訴ノ物體ト爲ルモノナリ　二、第一審ニ於テ下シタル本案前ノ判決　本案前ノ判決トハ公訴不受理ノ申立或ハ管轄違ノ申立ヲ却下シタル中間判決ヲ謂フ刑事訴訟法第百八十七條ニ此申立ヲ却下シタルトキハ本案ノ判決ヲ待タス直チニ控訴又ハ上告ヲ爲シ得ル旨ヲ規定セリ本條ハ第一審判決ニ對シテ直チニ上告ヲ許スノ趣旨ニ非スシテ第一審判決ニ對シテハ控訴、第二審判決ニ對シテハ上告ヲ爲シ得ルコトヲ規定セルモノナリ(明治二七年刑第一〇七號同年一〇月二五日大審院刑事部判決一)私訴判決モ亦控訴ノ物體タルモノナレト私訴ノ請求ヲ却下シタル判決ハ其原因ヲ不當トスルト其他ノ理由ニ出ツルトヲ問ハス控訴ノ物體タルヤ勿論ナレトモ私訴請求ノ原因アリトシタル判決ハ其性質中間判決ナレハ之ニ對シテハ第百八十七條ノ如キ明文ナキヲ以テ直ニ控訴スルヲ得ス(明治三三年レ第四八三號同年五月三日同院第二刑事部判決ニ曰ク私訴ノ請求ノ原因ノミニ付キ裁判ヲ爲シ其原因アリトシタル裁判ハ刑訴法第二五〇條ニ所謂本案ノ判決ニ非ス)

(乙)　上告ノ物體　一、第二審ニ於テ下シタル本案前ノ判決是レナリ(刑訴第二六七條)本案ノ判決トハ終局判決ノ義ニシテ本案前ノ判決トハ公訴不受理及ヒ管轄違ノ申立ヲ却下シタル判決ヲ謂フモノナルノ點ニ於テハ其意義ハ控訴ノ物體タル判決ノ意義ニ異ル所ナシ故ニ管轄違又ハ公訴不受理ヲ言渡シタル第二審判決ハ上告ノ物體ト爲ルモノナリ然レトモ公訴不受理ノ判決ニ對シテハ被告人ノ方面ヨリ上告ヲ爲スヲ得ス(明治二三年第五六號同年四月一一日同院第一刑事部判決ニ曰ク刑訴法第二七〇條ハ被告人及ヒ檢察官共ニ上告ヲ爲スコトヲ得サル旨ヲ規定スルモノナリ此他被告人

テノミニ付キテハ不利益トタルヘキ上告ヲ許ササルコト刑訴法第二九一條ニ於テ知リ得ヘシ而シテ公訴不受理ノ言渡ニ對シテハ被告人ノ上告ハ其趣旨ノ如何ニ拘ハラス不利益ナルコト明カナルカ故ニ被告人ヨリ上告ヲ爲スヘキモノニアラス）上告ノ物體タルヘキ本案前ノ判決ハ管轄違又ハ公訴不受理ノ申立ヲ却下セル判決ニ止マルヲ以テ公訴ヲ受理ストノ第二審判決ニ對シテハ直チニ上告ヲ爲スコトヲ得サルモノノ如シ何者右ノ判決ハ中間判決ニシテ此ノ如キ中間判決ニ對シテハ上告ヲ許スノ規定ナケレハナリ然ルニ判例ハ右ノ判決ハ刑事訴訟法第二百六十七條ノ上告ヲ許シタル本案前ノ判決ナリトセリ其理由ハ公訴ヲ受理ストノ判決ハ公訴不受理ノ申立ヲ却下スルニ同シキモノナレハナリト謂フニ在リ（明治三三年第二二八號同年三月二〇日同院第一刑事判決ニ曰クヲ審請求書ト審決定書トヲ比較スルニ犯罪ノ成立時期ニ付テ前後ノ別アルモ其犯罪事實タル互ニ密接ノ關係ナキ有シ別箇ノ事件ニ非ス即チ事實ハ檢事ノ豫審請求中ニ當然包含スルモノナルヲ以テ檢事ノ豫審請求以外ノ事項ニ付キ豫審ヲ爲シタリト謂フヲ得ス依テ原裁判所カ被告人ノ公訴不受理ノ申立ヲ却下スルニ同シキ第一事實ノ公訴ハ之ヲ受理スト判決ヲ與ヘタルハ敢テ不法ニ非ス）關席判決ハ上告ノ物體タルヤハ議論ノ岐ルル所ナリ消極說ノ理由トスル所ハ（一）關席判決ニ對シテハ故障ヲ爲スヲ原則トシ故障ノ道ヲ開ケル以上ハ更ニ上訴ノ手段ヲ備フルノ要ナシ（二）法律ハ第一審ノ關席判決ニ對シテハ故障ノ期間內控訴ヲ爲スコトヲ許スモノナレトモ之レ法律ノ特ニ認メタル例外ナリ（刑訴法第二五條第二項）然ルニ上告ニ關シテハ右ノ如キ例外規定ナキヲ以テ關席判決ニ對シテハ直チニ上告ヲ許ササルモノト論斷セサルヘカラスト謂フニ在リ積極說ノ理由トスル所ハ（一）上告ハ終局判決ニ對シテ之ヲ爲スヲ得ルヲ原則トスルモノニシテ關席判決モ亦終局判決ナレハ特ニ之ニ對スル上告ヲ禁スル例外規定ナキ現行法ノ下ニ於テハ刑事訴訟法第二百六十七條ニ依リ之ニ對シテ上告ヲ爲シ得ルモノト論斷セサルヘカラス（二）刑事訴訟法第二百五十二條第二項ハ單ニ關席判決ニ對スル控訴期間ヲ特ニ定ムルノ必要ヨリシテ設ケラレタルモノニシテ關席判決ニ對シテハ直チニ上訴ヲ許ササルヲ原則トスルカ故ニ之ニ對スル例外トシテ設ケラレタル規定ニ非ス（三）反對論ニ從フトキハ民事訴訟法第三百九十八條同第四百五十二條第一號ノ如キ明文ナキ結果故障ヲ許ササル關席判決ニ對シテモ控訴、上告ヲ爲ス能ハストノ不當ナル論定ヲ爲ササルヲ得サルニ至ルヘシト消極說ハ民事訴訟法ノ規定ト其理由ヲ同シクシ且現行判例ノ採用スル所（同三五年レ第一六一號同年二月二七日同院第二刑事部判決）ナレトモ余輩ハ積極說ヲ正當ト爲スモ

ノニシテ刑事訴訟法ノ解釋トシテハ同說第三ノ理由ハ最モ有力ナルモノナリ民事訴訟法ニハ故障ヲ許ササル闕席判決ニ對シテハ解怠ナキコトヲ理由トスルトキニ限リ上訴ヲ許スノ規定ヲ設ケタルカ故ニ(同法第三九八條第四五二條第一號)同法ハ闕席判決ニ對シテハ直チニ上訴ヲ許ササルコトヲ原則トセルモノナリト解釋セサルヘカラサルモノナレトモ刑事訴訟法ニ於テ同一ノ解釋ヲ下スヘキ條文上ノ根據ナク(刑訴法第二五二條第二項ハ根據トスルモノナルコトハ積極說第二理由ノ如シ)且右ノ如キ解釋ヲ取ルトキハ裁判所カ不當ニ故障ヲ許ササル闕席判決(刑訴法第二三三條第二六六條)ヲ爲シタル場合ニ之ヲ受ケタル當事者ハ自己ノ權利ヲ保護スヘキ手段ヲ有セサルノ不幸ヲ見ルヘケレハナリ而シテ積極說ニ從ヘハ第二審ノ闕席判決ニ對シ故障ト上告トヲ申立タルトキハ故障ノ受理ニ因リ上告ハ消滅スヘク又事情ニ因リ故障ヲ拋棄セルモノト認ムヘキトキハ故障ヲ受理セスシテ第二審裁判所ハ不適法トシテ之ヲ棄却スヘク故障受理ノ後上告裁判所ノ判決アルモ其判決ハ故障受理ノ結果トシテ生スル對席判決ニ對シテ何等ノ影響ヲ及ホサス(以上論スル所ハ私訴ノ判決ニ付キテモ同シ)決定ハ上告ノ物體タラス(明治三四年レ第七七號同年同院第二刑事部八月八日)故ニ決定ニ如何ナル法律上ノ違法アルモ上告ヲ以テハ之ヲ攻擊スルヲ得ス次ニ論スル如ク法定ノ場合ニ於テノミ抗告ヲ以テ之ヲ攻擊スルヲ得ルノミ

(丙)　抗告ノ物體　凡テノ決定ハ抗告ノ目的物ト爲ルモノニ非ス法律ニ特定セルモノノミ抗告ヲ以テ之ヲ攻擊スルコトヲ得ルモノトス(刑訴法第二九三條)故ニ例ヘハ訴訟手續ニ關スル異議ニ對スル決定ノ如キハ抗告ヲ以テ之ヲ攻擊スル能ハス然レトモ其決定ノ不法ナルトキハ訴訟手續ニ關スル規定ニ違背アリシモノトシテ此決定ヲ基礎トスル判決ニ對シ控訴若クハ上告ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ又公訴事件ヲ公判ニ付スル豫審終結決定ノ如キハ刑法施行法ニ依レル刑事訴訟法ノ改正以後ハ絶對ニ攻擊スルヲ許サス現行法上抗告ノ物體ト爲ル決定ハ左ノ如シ

一、忌避ノ申請ヲ不當ナリトスル決定　忌避ノ申請ニ付キテハ民事訴訟法ノ規定ニ從フカ故ニ忌避ノ申請ヲ理由アリトスル決定ハ之ヲ攻擊スル能ハス(刑訴法第四二條民訴法第三八條)

二、免訴又ハ管轄違ヲ言渡ス豫審終結決定(刑訴法第一七二條)

三、證人、鑑定人、通事ニ對シ出頭義務或ハ同行義務違背ヲ理由トシテ費用賠償及ヒ罰金ヲ言渡シタル決定（刑訴法第一一八條、第一一〇一條、第一一九〇條）

四、證人、鑑定人ニ對シ宣誓不肯又ハ供述不肯ヲ理由トシテ罰金又ハ科料ヲ言渡シタル決定（刑訴法第一二六條、第一三八條、第一一九〇條）

五、期間經過又ハ方式違背ヲ理由トシテ上訴ヲ棄却シタル原裁判所ノ決定（刑訴法第二五五條、第二七四條）

六、刑ノ言渡ニ關スル疑義又ハ刑ノ執行ノ異議ニ對シテ下シタル決定（刑訴法第二三二條）

七、刑法第五十二條第五十八條ニ依リ刑ヲ定メタル決定（刑法施行法第五七條）

八、刑法施行法第五十六條ニ依リ刑ノ執行猶豫ヲ取消シタル決定（刑法施行法第五七條）

前號及ヒ本號ノ決定ハ現行刑事訴訟法ニ規定セサレトモ其性質ハ訴訟法上ノ決定ナルコト疑ナシ

九、私訴ノ假差押、假處分ノ申請ヲ却下シタル決定　刑事訴訟法ニハ私訴ノ假差押、假處分ニ付キ規定スル所ナシ從ツテ此申請ヲ却下シタル決定ニ對シテハ刑事訴訟法ニ依リ抗告スヘキモノニ非スシテ民事訴訟法ニ依リテ抗告ヲ爲スヘキモノトス（第一編第十章參照）然ルニ現行判例ハ刑事裁判所ニ於テ假處分ノ申請ヲ却下シタル決定ナル以上ハ刑事訴訟法ノ抗告ノ規定ニ從ヒ之ニ對シ抗告ヲ爲スヘキモノトセリ（明治四一年ノ第一日大審院第二刑事部決定）而シテ判例ノ説明ニハ單ニ抗告人カ刑事裁判所ニ抗告ヲ爲スモノナレハ刑事訴訟法中抗告ノ規定ニ從ハサルヘカラサルコト勿論ナリトストアルニ止マレトモ所謂「勿論」ナリトノ點ハ一層詳密ノ説明ヲ要スルモノナリ私訴ノ假差押、假處分ノ決定ニ對シテハ民事訴訟法ニ從ヒ異議ヲ申立ツルコトヲ得ルモノニシテ此點ヨリ觀ルモ假差押、假處分ノ申請却下ノ決定ハ民事訴訟法ニ從ヒ不服ヲ申立ツヘキモノナリトスルハ權衡ヲ得タル説ト謂フヘキナリ

受命判事、受託判事ノ裁判、裁判所書記ノ處分ノ變更ヲ求ムルニハ民事訴訟法ニ依レハ先ツ受訴裁判所ノ裁判ヲ求ムヘキモノナレトモ（同法第大五條第四）刑事訴訟法ニハ之ヲ許ス明文ナク唯公判手續ニ關スル異議ノ申立ヲ許スノミ故ニ以上ノ裁判及ヒ處分ニ對シテハ抗告ヲ爲スコト能ハサルコト勿論ナリ

上訴權

十、私訴ノ訴訟費用確定決定及ヒ裁判所書記執達吏等ニ其過失又ハ懈怠ニ因リテ生シタル費用ヲ負擔セシムル決定　以上ノ決定ニ對シテモ亦民事訴訟法ニ從ヒ抗告ヲ爲スヘキモノトス（民訴法第八五條）（民訴法第八三條）

四五九　刑事訴訟ハ公益ヲ主眼トシテ行フモノナレハ其結果タル裁判ニ不當ノ點アラハ利益ヲ害セラレタル被告人ハ姑ク置キ國家機關タル檢事ニ於テ之ヲ攻擊スル手段ヲ行ハサルヘカラス然レトモ法律ハ第一審若クハ第二審ノ裁判ヲ正當ノモノト推定スルヲ以テ訴訟法上檢事ニ上訴ヲ爲スノ義務ヲ負ハシメス檢事ヲ被告人ト等シク訴訟當事者ト觀察スルノ見地ニ於テ上訴ヲ以テ其權利トセリ是ヲ以テ刑事訴訟法第二百四十二條第一項ニハ檢事其他訴訟關係人ハ法律ニ許シタル上訴ヲ爲スヲ得ト規定セリ檢事以外ノ訴訟關係人ハ公益ノ主體ニ非サルハ勿論其維持發展ニ盡スヘキ義務ナキモノナレハ自己ノ利益以外ノ目的ニ於テ上訴ヲ爲スノ權利ナシト雖モ檢事ハ公益ノ擁護者ナルヲ以テ被告人ノ利益ノ爲メニモ上訴ヲ爲スノ權利アルモノトセリ（刑訴法第二四二條第二項）上訴ハ權利ナリトスレハ上訴權ヲ有スル者ハ之ヲ拋棄スルノ自由ヲ有スルハ固ヨリ當然ノコトナレトモ公益上ノ理由ニ基キ上訴權ヲ有セシメタルト同シク亦公益上ノ理由ニ因リ其拋棄ヲ禁スルヲ得ヘキヲ以テ刑事訴訟法第二百四十六條ハ訴訟關係人ニハ上訴ノ取下ヲ許スヲ原則ト爲シ檢事ニ限リ取下ヲ爲スコトヲ禁シタリ然レトモ廣汎且精密ナル公益ノ觀念ニ由ルトキハ檢事ニモ上訴取下ノ權利ヲ有セシムルヲ以テ進歩セル立法ト爲スヘキナリ（改正草案第二九八條ハ廣ク上訴權ノ拋棄ヲ規定シ又同第二九九條ニハ廣ク取下ヲ規定セリ又獨刑訴法第三四四條ニハ上訴ノ取下並ニ上訴提起ノ拋棄ハ上訴提起期間經過前ト雖モ有效ニ之ヲ爲スコトヲ得、但嫌疑者ノ利益ノ爲メ檢事局ノ提起シタル上訴ハ嫌疑者ノ承諾ナクシテ之ヲ取下クルコトヲ得スト規定セリ）上訴權ヲ有スル者ハ訴訟關係人ナリ次號ニ説明スルカ如シ上訴權ハ理論上之ヲ享有スル者ニ於テ之ヲ處分スルコトヲ得ルノ點ハ他ノ權利ト異ル所ナシト雖モ第一其性質ハ實體法上ノ權利ニ非スシテ訴訟法上ノ權利ナリ此性質ヨリ生スル結果ハ訴訟手續以外ニ於テ之ヲ行使スル能ハサルコト之ナリ第二上訴權ハ上訴裁判所ニ對スル權利ニシテ原裁判所或ハ訴訟ノ相手方其他ノ訴訟關係人ニ對シテ存スル權利ニ非サルコトハ上訴權ノ他ノ性質ナリ此性質ハ義務違犯ノ爲メ罰金、科料ノ言渡ヲ受ケタル證人、鑑定人、通事ノ上訴權即チ抗告權ニ於テ最モ明

瞭ニ顯ハルルモノニシテ此性質ヨリ生スル結果ハ上訴ヲ爲シタル者ノ相手方其他ノ訴訟關係人ハ上訴者ニ對シテ何等ノ義務ヲ負ハサルコト之ナリ上訴ノ相手方ハ上訴ニ對シ適當ナル應訴行爲ヲ爲ササレハ闕席判決其他不利益ナル效果ヲ受クルコトアレトモ斯ノ如キハ上訴義務ニ違背シタル制裁ニハ非ス訴訟手續ニ適當セサル行爲或ハ不行爲ヨリ生スル結果ニ外ナラス又上訴ノ相手方カ敗訴ノ判決ヲ受クルトキハ訴訟費用ノ負擔ヲ命セラルルニ至ルモノナレトモ之レ上訴權ニ對スル義務ニ非スシテ訴訟上敗訴者ニ課シタル一ノ負擔ニ外ナラサルコトハ上訴權者モ亦敗訴者トナルトキハ此負擔ヲ命セラルルニ徵シテ明カナリ上訴權ニ對スル義務者ハ裁判所ナリ即チ上訴ノ申立アラハ裁判所ハ相手方ヲ呼出シ事件ノ審理ヲ爲シ上訴ニ適當スル裁判ヲ爲スノ義務ヲ負フモノナリ此點ニ於テ上訴權ヲ形式的上訴權及ヒ實質的上訴權ニ區別スルヲ得ヘシ形式的上訴權トハ上訴ニ對シ裁判所ヲシテ裁判ヲ爲スノ義務ヲ負ハシムル權利ナリ原裁判所ニ於テ上訴ヲ不適法トシテ棄却スル決定（刑訴法第二五條第二七四條）ヲ爲ス場合ト雖モ所謂形式的上訴權ノ存スルモノト謂フヘシ實質的上訴權トハ上訴裁判所ヲシテ上訴人ノ主張スル如ク裁判ヲ爲サシムルノ權利ナリ原告カ上訴人ナルトキハ實質的上訴權ハ所謂實質的訴權ト其內容ヲ同クシ其形式ヲ異ニスルニ止マレトモ被告カ上訴人ナリシトキハ實質的上訴權ハ實質的訴權ト其內容ヲ異ニスルヤ明カナリ第三上訴權ハ實體權ノ效力ニ非スシテ上訴ノ物體トスル裁判ノ成立スルニ因リテ發生スル權利ナリ（訴權ハ實體權ノ效力ナリヤ或ハ實體權ノ保護請求トシテ訴訟法ノ附與セレトモ上訴權ハ實體權保護ノ爲メ訴訟法ノ附與セル公權ナルヤハ學界ニ於ケル一大論點ナリトノ點ニ付キテハ反駁ヲ容ルルノ餘地ナキモノト謂フヘシ）此性質ヨリ生スル結果ハ判決ノ未タ成立セサル場合ハ勿論判決カ其發表ニ依リ當事者ニ對シ效力ヲ生セサル以前ニ於テハ上訴權ノ成立セサルコト之ナリ之ニ關シテ重要ナル問題アリ公判始末書ニ判決ヲ言渡シタル旨ノ記載アルノミニシテ判決原本ノ作成カ刑事訴訟法第二十條ニ違背スル爲メ原本タルノ效力ヲ有セサル場合ニ於テハ判決ハ成立セサルモノト謂フヲ得ル歟換言セハ上訴權ハ成立スルヤ否ヤノ問題是ナリ此點ニ付キ曾テ函館控訴院ハ「第一審公判始末書ニハ裁判長陪席判事ト合議ノ上別紙判決書ノ通リ主文ヲ朗讀シ口頭ニテ其理由ノ要領ヲ告ケ言渡ヲ爲シ云々ト記載アレト

モ一件記錄中ニ存スル判決書ト題スル書類ハ第四葉ト第五葉トノ間ニ判事ノ契印ナキ無效ノ書類ニシテ其他適法ノ判決書ト認ムヘキモノナケレハ原裁判所ハ未タ法律上有效ナル判決言渡ヲ爲ササルモノナルカ故ニ被告人ノ控訴ハ判決前ノ提起ニ係リ受理スヘキモノニ非ス（明治三二年一二月五日同院刑事部判決）トノ理由ヲ以テ上訴權未發生説ヲ發表セリ大審院ハ右ノ場合ニ於テ上訴權ハ既ニ發生セルモノトシ原判決ヲ破毀セリ其理由ニ曰ク「判決ノ言渡ハ主文ノ朗讀ニ依リ之ヲ爲スコトハ刑事訴訟法法第二百四條ノ規定スル所ナレハ既ニ判決主文ノ朗讀ニ因リ判決ノ言渡ヲ爲シタル以上ハ縱令判決原本ニ違法ノ點アリテ無效ニ屬スト雖モ爲メニ判決言渡ノ無效ニ屬スヘキ理ナキヤ明カナリ然ルニ原院ハ第一審裁判所ノ公判始末書ニ依リ同裁判所カ判決ノ言渡ヲ爲シタルコトヲ認メナカラ其判決原本カ無效ナリトノ理由ヲ以テ判決言渡モ亦無效ナリト論斷シ控訴ヲ受理セスト論斷セルハ上告論旨ノ如ク公訴ヲ不法ニ受理セサル失當ノ判決ニシテ破毀ノ原由アリ」ト即チ大審院ハ上訴權發生説ヲ採用セリ（四一六號ノ下ニ引用セル明治三二年第一五四八號判決）判決若クハ判決原本ト判決ノ言渡トハ固ヨリ別物ニシテ原本ハ完備セサルモ判決言渡ハ效力ヲ生スヘク從ツテ判決ハ確定力ヲ有スルニ至ルコトハ疑ナキモノニシテ判決ニ干與セス從ツテ判決原本ニ署名捺印セサル判事カ言渡ニ干與スルヲ得ルニ想到セハ以上ノ區別一層明瞭ナルモノナレハ大審院ノ判例ハ其當ヲ得タルモノト謂フヘク殊ニ實務上前示控訴院ノ判決ニ從フトキハ更ニ適法ナル判決原本ヲ作成シテ其言渡ヲ爲ササルヘカラサル不都合ト不體裁トヲ生スレトモ大審院ノ判例ニ從フトキハ上訴裁判所ニ於テ判決原本ノ無效ナル原審ノ手續及ヒ原判決ヲ取消シ或ハ破毀シ相當ノ裁判ヲ爲シ或ハ他ノ裁判所ニ事件ヲ移送シテ相當ノ裁判ヲ爲サシムルモノナルヲ以テ手續上不體裁ナル結果ヲ生スルコトナシ故ニ余輩ハ大審院ノ判例ハ實際ノ執務上最モ適切ナルモノナルコトヲ認ムルニ於テ躊躇スル者ニ非サレトモ此判例ニ對シテハ形式法ノ理論ニ照セハ下ニ述フルカ如キ疑難ヲ生ス　一、公判始末書ノ記載ニ依リ僅カニ判決ノ存在ヲ認ムルヲ得ルモ形式上判決ノ內容ヲ窺知スヘキ材料ナシ判決原本ハ書類タルノ效ナキカ故ニ此無效ナル書類ニ依リ判決ノ內容ヲ證スルヲ許サス又公判始末書ニハ言渡シタル主文ヲ記載

セサレハナリ被告人ハ云々ノ判決言渡ヲ聽ケリ檢事モ亦同趣旨ノ判決言渡ヲ聽ケリトスルモ訴訟當事者ノ證言ヲ以テ判決ノ內容ヲ證明スルノ手續ナク又判決ヲ爲シタル判事ヲシテ無效ナル判決原本ニ表示シタル判決ノ內容ヲ證明セシムル手續モ存セサレハ右ノ場合ニ於テハ形式上判決ノ內容ヲ證明スヘキモノナシト謂ハサルヘカラス公判始末書ニ上訴及ヒ上訴期間ノ告知ノ記載アラハ科刑ノ判決ナリト推知スヘク其記載ナキトキハ刑ノ言渡ニ非サル判決ナリト推知スルヲ得ルモ以上ノ記載ハ判決ノ內容ノ證明トシテハ毫モ其效ナキモノナリ右ノ如ク手續上內容ヲ知ル能ハサル判決ハ存在ストスルモ其存在ハ神秘的ノモノト謂フノ外ナキヲ以テ手續上存在セサルト同一視スヘキモノニ非サル歟　二、被告人ハ無罪、免訴、公訴不受理ノ判決ニ對シテハ上訴ノ權利ヲ有セサルモノナレハ判決ノ內容ニシテ不明ナラン歟被告人ノ上訴ノ正當ナルヤ否ヤハ何ニ因リテ之ヲ判定スルヲ得ルヤ之ヲ判定スヘキ材料ハ形式上全ク存セサルモノト謂フヘキナリ　三、形式上原判決ノ內容不明ナルヨリシテ控訴裁判所ハ被告人ノ控訴ニ基キ原裁判所ノ言渡シタルヨリ甚シク重キ刑ヲ科スルモ法律違背トナルコトナク本問ノ場合ニ於テハ刑事訴訟法第二百六十五條ハ全ク其適用ヲ見サルニ至リ被告人ニ取リテハ寒心ニ堪ヘサル結果ヲ來タスヘシ以上三箇ノ理由ハ大審院判例ニ對スル疑難トシテハ有力ノモノト謂フヘク此理由ニ照セハ函館控訴院カ本問ノ事實ニ於テ法律上有效ノ判決ナシト斷定セルハ敢テ不當ノ見解ナリト爲スヘカラサルナリ余輩ハ實務上ノ見地ニ於テハ大審院ノ判例ニ從フヘキモ學理的觀察ニ於テハ函館控訴院ノ斷定ノ如ク判決原本ノ無效ニシテ判決ノ內容ノ公判始末書ニ顯ハレサルニ於テハ上訴權未タ發生セスト斷スルノ適當ナルヲ信スル者ナリ本問ハ元來訴訟法上ノ難問ナレハ刑事訴訟法第二十條ヲ改正スル歟否ラスンハ新法條ヲ置クニ非サル以上ハ理論ト實際トノ調和セル解決ヲ本問ニ與フルコトハ困難事ト謂ハサルヘカラサルナリ

上訴權利者（檢事被告人）

四六〇　上訴權利者即チ上訴權ノ主體タル者ハ訴訟關係人ニシテ公訴ノ判決ニ關シテハ原告、被告、主參加人、從參加人、是ナリ（刑訴法第二四二條第一項）抗告ニ關シテハ特別ナル權利者アリ左ニ以上ノ數者ニ付キ說明スヘシ

(一)　檢事　檢事ハ公益上、上訴機關ト定メラレタル者ナリ公益ニ關スル偏狹ナル觀察ヨリシテ法律ハ檢事ニ上訴權ノ處分即チ拋棄及ヒ取下ヲ許ササルコトハ既ニ論シタルカ如シ國家ノ利益ハ被告人ニ正當ナル法律ノ適用ヲ爲サシムルニ在ルヲ以テ裁判其當ヲ失シ法律ノ適用ヲ誤ラハ檢事ハ被告人ノ不利益ニ於テハ勿論其利益ニ於テモ上訴ヲ爲スヲ得ルモノニシテ右ノ如ク檢事ノ上訴權ハ公益保護ノ爲メニ存スルモノナレハ檢事ノ上訴權ハ被告人ニ利益ナル裁判ヲモ爲サシムル效力ヲ有スルヤ明カナリ例ヘハ科刑輕キニ失ストノ理由ヲ以テ檢事ヨリ控訴ヲ提起セル場合ニ裁判所ハ無罪ノ判決ヲ爲スコトヲ得ルカ如シ檢事ノ上訴權ノ性質ハ右ノ如クナルヲ以テ刑事訴訟法第二百四十二條第二項ニ檢事ハ被告人ノ利益ノ爲メニモ亦上訴ヲ爲スコトヲ得ト規定セルハ一見無益ノ條文タルヤノ觀アリ然レトモ該條項ハ第二百六十五條ニ照應スルモノニシテ形式上特ニ被告人ノ利益ニ於テスルコトヲ標榜シテ上訴シタルトキハ原判決ヲ被告人ノ不利益ニ變更スルヲ得サラシムルカ爲ニ設ケタルモノナリ檢事ハ代理人ヲ用ヒ上訴スルヲ得スト雖モ檢事ハ同一體ナリトノ原則ニ從ヒ甲檢事カ原審ニ於テ當事者トシテ審判ヲ受ケタル場合ニ於テ乙檢事カ上訴權ヲ行使スルコトハ固ヨリ適法ナリ又檢事局ノ事務分配上檢事正或ハ檢事長ノ名ヲ以テ上訴ヲ爲スヘキコトヲ定メタル場合ニ於テ他ノ檢事カ其代理名義ヲ以テ上訴ヲ爲スコトモ亦固ヨリ適法ナルモノトス(明治四〇年レ第九六八號同年一〇月二四日大審院第二刑事部判決ニ曰ク檢事ハ獨立シテ上訴ヲ爲スノ職權ヲ有スルコトハ必ス檢事正ノ名ヲ以テ上訴ヲ申立得ヘキ檢事ハ一體ノモノナルヲ以テ上訴ヲ爲スヘキコトヲ要セス故ニ檢事局ノ事務分配上上訴ハ檢事正ノ缺員若クハ不在ノ時他ノ檢事カ檢事正代理ノ名義ヲ以テ上訴ヲ爲スモ固ヨリ違法ノ廉アルコトナシ)檢事ノ上訴權ハ獨立ノモノニシテ被告人ノ利益ノ爲メニ上訴ヲ爲ス場合ト雖モ其上訴權トハ別物ナルヲ以テ右ノ場合ニ於テ被告人ノ意思ニ反シテ被告人ノ利益ノ爲メ上訴ヲ爲スコトハ固ヨリ妨ケサル所ニシテ又被告人ハ右ノ如キ檢事ノ上訴ヲ取下クルヲ得サルモノナリ

(二)　被告人　被告人ノ上訴權ヲ有スルハ自己ノ利益ノ爲メナルヲ以テ原裁判ヲ不當ナリトスル公益上ノ理由ニ因リテハ被告人ハ上訴權ヲ有スルコトナシ故ニ自己ニ不利益ナル上訴ハ之ヲ爲スノ權利ナシ所謂利益、不利益ハ被告人

ニ存スル特殊ノ事情ニ因リテ定マルモノニ非スシテ一般的ナル法律上ノ觀察ニ因リテ定マルモノナリ（學者或ハ之ヲ說明シテ被告人ノ利益不利益ハ主觀的ニ定ムヘキモノニ非スシテ客觀的ニ決スヘキモノナリト謂リ）故ニ例ヘハ刑法第百三十條ヲ適用シ罰金刑ニ處セラレタル被告人ハ自己ノ所持スル金圓ヲ罰金ニ充ツルトキハ現ニ企圖シツツアル甚タ有利ナル事業ニ投スヘキ資本ヲ失フノ不利アリ且獄中生活ハ心理學的研究ヲ爲スニ便利ナリトシ懲役刑ヲ冀望スルヨリシテ我カ罪狀ニ對シテハ懲役刑ヲ相當トスルモノナルニ原判決カ罰金刑ヲ科シタルハ不當ナリトノ理由ヲ以テ上訴ヲ爲スヲ得ス又所謂利益不利益ハ判決主文ヨリシテ生スル現實ノ結果ニ因リテ定マルモノニシテ判決ノ理由ヲ以テ之ヲ決スルノ標準ト爲スヲ得ス故ニ被告人ノ主張ノ如クスルモ判決主文ノ變更ヲ來ササルモノナルトキハ上訴權ヲ有スルコトナシ例ヘハ犯罪ノ證憑十分ナラストノ理由ヲ以テ無罪ノ判決アリタル場合ニ被告人ノ所爲罪ヲ構成セストノ理由ヲ以テ該判決ヲ攻擊スルヲ得サルカ如シ反之上訴ノ目的物タル裁判カ被告人ノ受クヘキ正當ノモノナリト主張スル裁判ニ比シ被告人ニ不利益ノ結果ヲ生スルモノナルニ於テハ被告人ハ之ニ對シ上訴權ヲ有スルモノトス故ニ例ヘハ刑法第三十六條或ハ第三十七條ニ依リ刑ヲ免除シタル判決或ハ刑ノ執行猶豫ノ判決ニ對シテハ被告人ハ無罪ヲ主張シテ上訴スルヲ得ヘシ免訴ノ判決ニ對シテハ無罪ヲ理由トシテ上訴スルヲ得ヘシトノ說アルモ余輩ノ取ラサル所ナリ又議論ノ一致セサルハ公訴不受理或ハ管轄違ノ判決ニ對シテハ單ニ其原因ノ存セサルコトト無罪若クハ免訴ノ原因アルコトトヲ併セテ主張シテ被告人ヨリ上訴ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤノ點ニ在リ積極論者ノ理由トスル所ハ公訴不受理若クハ管轄違ノ裁判ハ被告人ノ求ムル免訴或ハ無罪ノ裁判ヨリモ被告人ニ不利益ナリト謂フニ在リ然レトモ訴訟法上ノ觀察ニ於テハ公訴不受理若クハ管轄違ノ效果トシテハ無罪若クハ免訴ノ判決アリタル場合ニ比シ被告人ヲ一層不利益ナル地位ニ置クコトナシ唯間接ナル結果トシテ事實上被告人ヲシテ再ヒ公訴ヲ受クルニ至ラシムルコトアルヘキノミ然レトモ法律上ノ觀察ニ於テハ公訴不受理若クハ管轄違ノ判決ハ免訴若クハ無罪ノ判決ト同列ニ在ルヘキモノナレハ不受理又ハ管轄違ノ判決ニ對シテハ上訴權ナシトノ斷定ヲ下スヲ正當ナリトス之ヲ要スルニ被告

人ハ犯罪者トシテ現實ノ法果ヲ受ケサル場合ニ於テハ上訴權ナシト論斷スヘキモノトス現行判例モ亦此論定ヲ採用セリ（明治三二年第九二九號同年一〇月六日同院第二刑事部判決ニ依レ三八七條告人ハ公訴不受理ノ判決ニ對シテハ上訴權ヲ有セサルモノト凡セリ。又明治一二年第一七二號同年六月二七日同院第二刑事部判決ニ曰ク上訴ハ被告人ノ利益ノ爲メ前裁判ニ不當ノ廉アル正モスルカコ矯ト正ヲ得セシムルカキ爲メ訴訟關係人各自ノ利益ノ爲メ前裁判ニ不當ノ廉アル正モスルカコ矯ト正ヲ得セシムルニ付キ設ケタルモノナレハ縱シ前裁判ニ不當ノ廉アル正モスルカコ矯ト正ヲ得セシムルニ付キ上利益ヲ有スルニ付テモ非必サレハ被告人自己ノ利益ヲ爲ノスコトニ關スサル場合ノナラスサルニヘカラス反リテ之ノ裁判ニ被告ノ點ニ付キ被告人ノ不利益ニ歸スルモノ害ノ關ナ係ルト何キハ其按上スルハ不裁適法ナリ於トテス者而シテ不當ニ管轄ニチ認メン以歟テ其結果被告人ノ利

特ニ委任代理ヲ許スノ規定ヲ設ケタルナラハ他ノ事項ニ付テハ委任代理ヲ禁シタル法意ナリト解釋スルハ敢テ不當ニ非サレトモ一方ニ於テ委任ニ依ラサル代理ノ規定アルヲ論據トシテ他方ニ於ケル委任代理ヲ禁シタル法意ナリト論定スルハ間接至極ノ立論ニシテ其根據ノ薄弱ナルヲ示スノミナラス此論定ノ理由ハ私訴判決ニ對スル上訴ノ委任ヲモ否定セサルヘカラサルニ至リ民事訴訟法トノ權衡ヲ失ヒ上訴ニ關スル私訴手續ヲ不便ナラシメ私訴制度ノ立法上ノ理由ニ矛盾スルノ解釋ニ至ラシムルヲ以テ大審院ハ特ニ私訴ニ關シテハ其判例ヲ變更スルノ已ヲ得サルニ至レリ明治四十四年三月六日同院第一第二刑事聯合部ノ判決ニ曰ク「當院從來ノ判例ニ依レハ私訴ノ上告ハ公訴ノ上告ト同シク本人ヨリ其申立ヲ爲スヘキモノニシテ代理人ニ依リ之ヲ爲シタル場合ハ其上告ハ不適法トシテ之ヲ棄却シタリ然レトモ私訴ハ元來民事訴訟ノ一種ニシテ刑事裁判所ヲシテ其審判ヲ爲サシメタル場合ト雖モ民事訴訟タル其性質ニ變更ヲ來タスヘキモノニ非ス左レハ民事訴訟ニ於テハ代理人ニ依リ上訴ヲ爲スコトヲ得ルニモ拘ハラス公訴附帶ノ私訴ニ限リ代理人ヲ以テ之ヲ爲スヲ得サルノ理由ナク且刑事訴訟法上私訴ハ代理人ニ依リ上訴ヲ爲スコトヲ得サル旨ノ規定アルコトナケレハ公訴ニ付テハ代理人ニ依リ上訴ヲ爲シ得サルモ民事訴訟ニシテ代理人ニ依ル上訴ヲ認許スル以上ハ私訴モ亦代理人ニ依リ上訴ヲ爲シタル場合ハ適法ニシテ二者ノ間差別アルヘキ謂レナシ是レ即チ代理人ニ依リ爲シタル本件私訴ノ上告ヲ受理審判スル所以ナリ」ト之レ判例上ノ一大進歩ニシテ實際上私訴當事者ニ取リテ一大福音ト稱スヘキモノナリ而シテ此判例ノ理由ハ余輩ノ說ニ一ノ論據ヲ與ヘタルモノナリ判決理由ニ曰ク刑事訴訟法上私訴ハ代理人ニ依リ上訴ヲ爲スコトヲ得サル旨ノ規定アルコトナシト余輩ハ此論法ニ從ヒ刑事訴訟法上被告人ハ代理人ニ依リ公訴判決ニ對シ上訴ヲ爲スコトヲ得サル旨ノ規定アルコトナシト謂ハントス而シテ今立法上ノ理由ニ於テ反對說ノ論據ヲ索ムルニ適切ナルモノヲ發見スル能ハス上訴ノ申立ハ純然タル形式上ノ意思表示ニシテ代人ヲ任シテ此意思表示ヲ爲スコトハ刑事訴訟法ノ諸主義ニ毫モ反スルモノナク又此行爲タル簡單ナルモノナレハ手續上齟齬謬錯ヲ來スノ虞ナケレハ之ヲ禁スヘキ立法上ノ理由存スルコト

ナシ僅カニ沿革上ノ理由トシテハ獨逸刑事訴訟法第三百三十八條（同條ニ曰ク檢事局並ニ嫌疑者ハ裁判所ノ裁判ニ對シ許サレタル上訴ヲ爲スコトヲ得）ノ解釋トシテ存スル消極說カ我訴訟法ノ解釋トシテ消極說ヲ立ツルノ因襲的論據ヲ供スルニ過キス（獨逸法ノ下ニ於ケル消極說モ一般學者ノ唱フル所ニ非スシテ其他余輩ト同說ノ論者尠カラサルナリ）而シテ我法律ハ實體的眞實發見主義ヲ適用スヘキ口頭辯論ニ於テスラ罰金以下ノ刑ニ當ルヘキ事件ニ付キテハ代人ヲ出頭セシムルコトヲ許セリ此點ヨリ推究スルモ簡單ナル一片ノ意思表示ニ過キサル上訴ノ申立ヲ爲スニ付キ代人ヲ用フルコトヲ禁スル法意ニ非サルヤ明カナリト謂フヘキナリ反對說ハ前示聯合部判例ノ爲メニ其城塞ノ堅固ナル一角ノ崩壞ヲ來シタルモノナリ然ラハ知ルヘシ其落城ハ遠キ將來ニアラサルコトヲ

四六一　**（三）法定代理人**　法定代理人又ハ法律上代理人トハ民法上ノ法定代理人ヲ謂フ刑事訴訟ニハ民法上ノ法定代理人ナケレハナリ故ニ上訴權ヲ有スル法定代理人ハ親權者、後見人、未成年ノ婦ノ成年ナル夫（民法第四條、第八條、第七九一條、第八七九條以下第九二一條）是ナリ保佐人、財產管理人、後見監督人、親族會員、

上訴權利者（法定代理人辯護人）

成年ノ婦ノ夫等ハ法定代理人ニ非サルヲ以テ上訴權ヲ有セス財產管理人ハ被管理者ノ財產ニ直接ノ影響ヲ及ホスヘキ判決（例ヘハ罰金ニ處スル判決）ニ對シテモ上訴權ヲ有スルコトナシ然レトモ後見人カ被後見者ノ犯罪行爲ノ被害者ナルトキハ後見監督人ハ後見人ノ地位ニ代ハリ上訴權ヲ有ス（民法第九一五條第四號參照）反之親權ヲ行フ父又ハ母カ子ノ犯罪行爲ノ被害者ナル場合ニ於テハ民法第八百八十八條ニ依リ選任セラレタル特別代理人ハ上訴權ヲ有スルコトナシ（又上訴權ヲ行ハシムル爲メ親族會ハ特別代理人ヲ選任スル能ハス）法定代理人ハ民法上ノ行爲ヲ爲ス場合ニ於テ親族會ノ同意ヲ要スル場合ニ於テモ（民法第八八六條等）公訴ノ判決ニ對シ上訴ヲ爲スニ當リテハ其同意ヲ要セス然レトモ後見人ハ私訴ノ判決ニ對シ上訴ヲ爲スニ當リテハ其同意ヲ受ケサルヘカラス（民法第九二九條）親權ヲ行フ母ハ同一ノ場合ニ於テ親族會ノ同意ヲ得ルノ要ナシ何者民法第八百八十六條ニハ親權ヲ行フ母ノ親族會ノ同意ヲ要スル行爲ヲ列擧スルモ訴訟行爲ヲ除外シタレハナリ（無能力者カ私訴行爲ヲ爲スニハ民法ノ規定ニ從ヒ其法定代理人ノ同意ヲ要スルモノニシテ上訴行爲亦同シ）法人ノ代表者カ法人ノ犯罪ニ付キ公訴ノ被告人ト爲リタルトキハ形式上當事者ノ地位ニ在リテ其判決ニ對シテハ被告

本人トシテ上訴權ヲ行フヘキモノナルヲ以テ右ノ場合ニハ刑事訴訟法第二百四十四條ノ適用ナシ然レトモ私訴ニ關シテハ當事者本人ノ代表者トシテ行動スルモノナルヲ以テ上訴權モ亦代表者トシテ之ヲ行使スルモノトス法定代理人ノ行フ上訴權ハ被代理者ノ上訴權ナルヤ或ハ法定代理人ニ固有ナル上訴權ナルヤハ手續上ノ效果ニ於テ重要ナル差異ヲ生ス法定代理人ノ上訴行爲ハ其固有ノ權利ニ基クモノトセハ法定代理人ト被告人トノ双方ヨリ上訴ヲ申立テタル場合ニ各其權利ヲ實行セルモノナルカ故ニ何レノ上訴ヲモ適法ト爲スヘク唯其目的ノ同一ナルカ爲メ二箇ノ上訴ヲ合體セシムヘキモノトス反之法定代理人ハ被告人ノ上訴權ヲ行使スルニ過キサルモノトセハ兩者ヨリ上訴ノ申立アリタル場合ニハ先キニ提起シタル上訴ニノミ效力ヲ有セシムヘク後ニ提起セル上訴不適法トシテ之ヲ棄却スヘキモノトス（前ニ提起セル上訴カ他ノ理由ニ依リ不適法ナル場合ニ於テハ先ツ之ヲ棄却シテ後ノ上訴ニ效力ヲ有セシムルヲ得ヘシ）右ノ如ク本問題ハ單純ナル學理的ノモノニ非スシテ實際ノ手續上ニ影響アルモノナルヲ以テ其解決ハ愼重ニ之ヲ爲ササルヘカラス而シテ法文ヲ對照スルニ刑事訴訟法第二百四十三條ニハ辯護人ハ被告人ニ代リ上訴ヲ爲スコトヲ得トアルニ徵スレハ法律ハ法定代理人ニハ被告人ノ上訴權以外ニ別箇ノ上訴權ヲ與ヘタルモノト解スルヲ得ヘク此解釋ハ法定代理人ヲシテ刑事訴訟ニ關與セシムル立法上ノ理由ニ適合スルモノナリ無能力者ハ民事ニ於テモ刑事ニ於テモ訴訟上十分ニ其權利利益ヲ自ラ保護スル能ハサルモノナルカ故ニ法律ハ法定代理人ヲシテ其權利利益ヲ擁護スルノ任務ヲ負ハシメタリ之レ刑事訴訟法第百八十一條ニ被告人ノ法律上代理人ニ其補佐人ト爲リ辯論ニ關與スル權利ヲ與ヘタル所以ニシテ亦前示第二百四十四條ノ規定アル所以ナリ而シテ此規定ヲ設ケタル立法ノ趣旨ハ法定代理人ニ被告人ノ上訴權ト異レル別箇ノ上訴權ヲ與フルニ非スンハ之ヲ貫徹スル能ハサルナリ何者上訴ヲ必要ナリトスル場合ハ被告人ハ世事ニ經驗薄キヨリシテ又ハ其思慮ノ輕忽ナルヨリシテ上訴權ヲ抛棄シ或ハ法定代理人ノ爲シタル上訴ヲ取下ケ以テ容易ニ法定代理人ノ苦心ヲ水泡ニ歸セシムルコトアレハナリ是ヲ以テ第二百四十四條ニハ法律上代理人ハ獨立シテ上訴ヲ爲スコトヲ得ル旨ヲ規定シ以テ被告人ノ意思如何ヲ問ハス又被告人ノ取下行爲ノ影響ヲ受ク

ルコトナク法定代理人ヲシテ其所信ニ從ヒ被告人ノ權利利益ヲ十分ニ擁護スルコトヲ得セシメタルモノナリト解スルハ法律ノ精神ニ適スルモノト謂フヘキナリ

法定代理人ノ上訴權ヲ獨立別箇ノモノナリトスルヨリシテ生スル結果ハ下ノ如シ　一、法定代理人ハ被告人ノ明言セル意思ニ反シテ上訴ヲ爲スコトヲ得　二、被告人ハ自己ノ上訴權ヲ抛棄シ若クハ自己ノ爲シタル上訴ヲ取下クルモ法定代理人ハ上訴ヲ爲スヲ得ヘク又既ニ爲シタル法定代理人ノ上訴ハ被告人ノ取下ニ因リテ影響ヲ受クルコトナシ　三、被告人モ亦法定代理人カ其上訴ヲ取下ケタル後自ラ上訴ヲ爲スコトヲ得　四、被告人ハ法定代理人ノ上訴行爲ヲ妨ケ若クハ其提起シタル上訴ヲ取下クルノ權利ナシ右ノ如ク被告人ノ上訴權ト法定代理人ノ上訴權トハ各獨立セル別箇ノモノナレトモ兩者ハ何レモ法定代理人ノ利益ノ爲メニ成立スルモノニ非ス被告人ノ利益ノ爲メニ存スルコトハ兩者ニ共通ノ性質ナレハ此性質ヨリシテ下ノ如キ結果ヲ生ス　一上訴期間ノ開始及ヒ終了ハ兩者ニ付キ之ヲ同一ニ爲ササルヘカラス故ニ關廉判決アリタルトキハ法定代理人ハ辯論ニ出頭スルモ故障ノ期間內ニ上訴ヲ爲ササルヘカラス　二、上訴審ニ於テ當事者ト爲ルハ被告本人ニシテ法定代理人ニ非ス　三、被告人及ヒ法定代理人ヨリ各上訴ノ申立アリテ適法ノモノナリシトキハ手續上一箇ノ上訴トシテ取扱フモ可ナリトス（現行判例ハ法定代理人ノ上訴權ハ被告人一〇四四上訴權ト別箇ノモノナルヤ否ヤニ付キ明示スルモノナキモ明治三三年代理人ノ行爲ト雖モ代理行爲ニ外第一刑事部判決同院第一號ニハ法律上代理人ノ上訴モ亦被代理人タル被告人ノ上訴權一箇ナラサルヲ以テ其獨立シテ爲シタル上訴ハ被告人ノ如シ而シテコトヲ辯サルヲ要セストノ說明アルニ徵スレハ上訴權一箇說ヲ採ルモノトスル法律上代理人ト雖モ被告人ニ同判例ハ以上ノ說明ヲ前提トシテ法律上代理人ト雖モ被告人ニ上訴期間內ニ非サレハ上訴ヲ爲ス能ハスト論セリ）余輩ノ說ニ於テハ勿論法定代理人ノ有スル上訴權ハ被告人ノ上訴權ナリトノ說ニ於テモ法定代理人カ之カ行使スルニハ訴訟ニ關與セルコトヲ條件ト爲スコトナシ此上訴權ハ法定代理人カ訴訟當事者トシテ行使スルモノニ非サルカ故ニ訴訟ニ關與ノ有無ヲ問フヘキ謂レナケレハナリ（前示三三年第一〇四四號判例ハ同第二四四條ヘ法律上代理人カ訴訟ニ關與シタル場合ナルト否トヲ區別セサルノミナラス其之ヲ區別スルノ理由ナキコトハ同條ノ趣旨及ヒ法律上代理人ノ性質ニ鑑ミテ明瞭ナルヘシ）被告人ヨリ上告ノ申立ヲ爲シタル場合ニ上訴權ヲ有スル法定代理人ヨリ又此法定代理人ヨリ上告ノ申立ヲ爲シタル場合ニ被告人ヨリ上告趣

意書ヲ提出スルヲ得ヘク何レノ場合ニ於テモ第二審ニ於テ法定代理人ハ補佐人トシテ辯論ヲ爲スヲ得ルコトハ第一審ニ於ケルト異ルコトナシ（刑訴法第二八條）

一）但上告審ニ於テハ被告人ト雖モ辯論ヲ爲ス能ハサルカ故ニ法定代理人ニ於テモ辯論ヲ爲スノ權能ナシ法律ハ法定代理人ニノミ上訴權ヲ與ヘタルモノナレハ前審ニ於テ代理人トシテ訴訟行爲ヲ爲シタル者ハ上訴權ヲ有スルコトナシ（明治三九年第一五九號同年一月二一日同院第一刑事部判決ニ曰ク權限ナシ何者代理人ハ何人タリト雖モ被告人ハ辯護人トモ異リ刑訴法第一七九條第二項ノ如キ制限ヲ受クルカ故ニ又裁判所ハ之ニ對シ許否ノ權利ヲ有セサルモノトセン歟若シ代理人ニ選任スルコトヲ得ルモノナリ第一七九條ニ於テ被告ニ代リ上告ヲ爲シ趣意書ヲ提出スル權利ヲ有セサルモノトセン歟若シ代理人ニ於テ被告ニ代リ上告ヲ爲シタル者ハ上訴權ヲ有スルコトナシ（前審ニ於テ單ニ被告人ノ代理人ト爲リタル者ハ被告ニ代リ上訴ヲ爲スニ曰ク權限ナシ何者代理人ハ何人タリト雖モ被告人ハ辯護人トモ異リ刑訴法第一七九條第二項ノ如キ制限ヲ受クルカ故ニ又裁判所ハ之ニ對シ許否ノ權利ヲ有セサルモノトセン歟若シ代理人ニ於テ被告ニ代リ上告ヲ爲シ趣意書ヲ提出スル

合シテ下ノ如キ判例ヲ下セリ被告人及ヒ辯護人双方ヨリ上告申立アリト謂フニ止マリ辯護人ノ申立ニシテ被告人ノ是一箇ノ上告ニ二箇ノ申立アリト謂フ（明治三五年レ第六〇六號同刑事部判決ニ曰リ辯護人ノ上告ハ被告人ノ上告ヲ爲スモ唯リ明言シタル意思ニ反セサル限リハ二者ヲ低觸スル所ナキヲ以テ共ニ有效ナリトス從テ其申立ノ一ニシテ法定期間內ニ提出セラレ次テ被告人又ハ辯護人其上告趣意書ヲ差出シタルトキハ公定期ヨリ上告ハ適法ニ成立シタルモノトス）而シテ被告人先ツ上告ノ申立ヲ爲シ之ニ對シ公判期日ヲ定メタル場合ニ辯護人ハ其後ニ上告申立ヲ爲スモ其申立ハ適法ナラス然レトモ辯護人ハ自己ノ申立ニ關スル上告趣意書ヲ被告人ノ上告趣意書提出期間內ニ提出シタルナラハ其趣意書ハ代理行爲ニ依リ提出セラレタルモノナルヲ以テ被告人ノ趣意書トシテ採用スルコトヲ得ルモノナリ　三、辯護人ノ上訴ハ被告人ノ上訴トシテ效力ヲ生スルモノナルヲ以テ兩箇ノ上訴ノ共ニ成立セル場合ニ於テ（判例ニ從ヒ）被告人ノ上訴ニ對シ審判ヲ爲シタルトキハ辯護人ノ上訴ニ對シテモ審判ヲ爲シタルモノトス（明治三五年レ第六〇六號同年五月五日同院第二刑事部判決ニ曰ク辯護人ノ上訴ハ被告人ノ上訴ニ關スル判例）又其反對ニ辯護人ノ上訴ニ對シ審判セハ被告人ノ上訴モ亦審判セラレタルモノナリ　四、辯護人ノ上訴行爲ハ被告人ノ上訴ノ代理行爲タルニ止マルヲ以テ上訴審ニ於テハ辯護人ヲ上訴當事者トシテ取扱フヘキモノニ非ス（明治三〇年第一〇五九號同年一二月一四日同院第二刑事部判決ニ曰ク辯護人ニシテ被告人ニ代リ控訴ノ申立ヲ爲スモ辯護人ヲ差出サルトキハ公定期ニ召喚スルノ要ナシ）五、辯護人ノ爲シタル上訴ハ被告人之ヲ取下グルコトヲ得　六、被告人ノ上訴權消滅後辯護人ノ爲ス上訴ハ其效ナシ　七、辯護人ノ上訴ヲ被告人ノ上訴ナリトシテ審判スルモ手續上ノ違法ヲ生セス（明治三五年レ第八〇〇號同年五月二九日同院第二刑事部判決ニ曰ク被告人ニ代リテ爲シタル辯護人ノ上訴ハ被告人ノ上訴ニ止マリ獨立シタル辯護人ノ上訴ニ特ニ上級審ノ審判ヲ受クルノ效力ヲ發生スルモノニ非ス從テ辯護人ノ上訴ト申立ヲ爲シタルモノトシテ審理判決シタルハ相當ナリト）辯護人ハ私訴判決ニ對シテ上訴ヲ爲スヲ得ルヤハ議論ノ岐ルル所ナリ消極說ニ曰ク刑事訴訟法第二百四十三條ハ獨逸刑事訴訟法第三百三十九條ハ公訴ノミニ關ヲ繼受セルモノニシテ私訴ノ規定ナキ獨訴法第三百三十九條ハ公訴ノミニ關スルモノナルヤ明カナレハ我刑訴法第二百四十三條ニモ亦私訴判決ニ對スル辯護人ノ上訴權ヲ包含セサルモノト解セサルヘカラス且辯護人ハ公訴ニ關シテ被告人ノ利益ヲ擁護スルモノナレトモ其上訴權能ニ付キテハ法律ハ特ニ明文ヲ置ケリ私益ヲ本體トスル私訴ニ關シテハ明文ナキ以上ハ辯護人ニ上訴ノ權利アリト爲スヲ得スト積極說ニ曰ク私訴ノ本體ハ私益ナレトモ私訴制度ヲ設ケタルハ公益上ノ理由ニ出ツルモノナレハ法律ハ辯護人ニ與フルニ私訴ニ

干與スルノ權利ヲ以テセリ刑事訴訟法第二百二十一條第二項ニ私訴ニ付キ辯護人ノ答辯ヲ爲スコトヲ得ト規定セルモノ是ナリ而シテ第二百四十三條ニハ辯護人ハ被告人ニ代リ上訴ヲ爲スコトヲ得ト規定シ辯護人ノ上訴ノ目的物タル判決ノ種類ヲ公訴判決ノミニ制限セサリシコトハ第二百四十四條ノ規定ニ對照スレハ明瞭ナルモノナリ故ニ知ルヘシ辯護人ハ私訴ノ判決ニ對シテモ上訴ノ權能ヲ有スルモノナルコトヲト現行判例ハ積極說ヲ採用セリ（明治三六年第五〇三號同年四月一六日同院第一刑事部判決ニ曰クヲ辯護人カ被告人ニ代リ上訴ヲ爲スコトヲ得ルニハ被告人ニ非スシテ控訴人ニ代ツテ控訴ヲ爲スヲ要スルモ被告人ニ通知シテ其承認ヲ得ルニ過ギサルヲ以テ辯護人ハ被告人ニ代リ上訴ヲ爲スコトヲ得ルモ被告人ニ代リ上訴ヲ爲スコト

ハストノ論定ヨリシテ生スル他ノ結果ハ辯護人ハ抗告權ヲ有セサルコト是ナリ何者抗告ノ審理ニハ辯護人ヲ許ササルヲ以テナリ（明治四〇年ッ第七號同年六月二一日同院第一刑事部判決ニ曰ク抗告ニ於テハ辯護人ヲ用ユルコトハ刑訴法ノ規定上自ラ明カナリ隨テ抗告裁判所ハ裁判ニ對シ辯護人ヨリ提起セル抗告ハ常ニ不適法ナリ）

四六二　（五）私訴ノ原告被告主參加人從參加人ハ私訴判決ニ對シ上訴ヲ爲スコトヲ得然レトモ公訴判決カ是等私訴關係人ニ對シテ甚麽ニ不利益ナリトスルモ私訴關係人ハ公訴判決ヲ攻擊スルノ權利ナシ是等ノ私訴關係人ハ上訴ヲ爲スニ當リテハ訴訟代理人ヲ委任スルコトヲ得ヘク又第一審ノ訴訟行爲ヲ委任スルニ當リ同時ニ上訴行爲ヲ包含シテ委任スルコトヲ得ルモノナリ而シテ判例ニ依レハ國カ民事原告人タル場合ニ其代表者ニ指定セラレタル者ニ對スル委任ノ範圍ハ當然上訴ニ及フモノトセリ（明治二八年第一四四七號同二九年一月二〇日同院第二刑事部判決ニ曰ク大林區署長カ大林區署書記ヲ民事原告人ノ代表者ニ指定シタル上ハ其代理ハ第一審ニ止マラス上訴マテノ行爲ヲ包含スルモノト認メ得ヘシ）私法人カ私訴關係人タル場合ニ於テ其代表者ハ當然上訴權ヲ有スルコトハ喋々ノ要ナキ所ナリ主參加人ハ共同訴訟ヲ成立セシムル原告ナルカ故ニ上訴權ヲ有スルコト理論上疑ナキモ從參加人ニ付キテハ疑アリ然レトモ刑事訴訟法第四條第二項ニ第三者ハ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ公訴附帶ノ私訴ニ參加スルコトヲ得トアルハ第一審ノ參加ノミニ非サルコト明瞭ナレハ同條ハ第三者ノ私訴參加權ヲ規定シタルモノト解釋スルヲ相當トス從ッテ私訴ノ從參加人ハ民事訴訟法第五十四條第一項ニ依リ上訴權ヲ有スルモノト論斷スルヲ得ヘシ然レトモ從參加人ノ上訴權ハ固有獨立ノモノニ非ス精言スレハ從參加人ハ公訴ニ於ケル辯護人ノ如ク其附隨セル當事者ノ上訴權ヲ行使スルニ過キサルモノナルヲ以テ主タル當事者ノ意見ニ反シテ提起セル上訴ハ其效力ナク又主タル當事者ハ從參加人ノ提起セル上訴ヲ取下クルコトヲ得ルモノナリ又從參加人ト主タル當事者トカ各上訴ノ申立ヲ爲シタルトキハ各申立ノ形式上何レモ瑕瑾ナキモノナラハ後ニ爲シタル上訴申立ヲ却下スヘキモノナリ但判例ノ採レル論法ニ從ヘハ二箇ノ申立ヲ合シテ一箇ノ上訴トシテ取扱フヘキモノトス又其一ハ完全ニシテ他ノ一ハ瑕瑾アラハ完全ナル申立ヲ採用スヘキモノトス

（六）第三者　訴訟當事者ニ非サル者ハ利害關係ヲ有セサルヲ以テ訴訟ノ判

決ヲ攻擊スル權利ヲ有セサルヤ勿論ナリ玆ニ所謂第三者トハ公訴若クハ私訴ノ手續ニ於テ自己ニ對シ裁判ヲ受ケタル者ヲ謂フ即チ罰金、科料、費用賠償等ノ制裁ヲ言渡サレタル證人、鑑定人、通事是ナリ（刑訴法第一一〇條、第一一八條、第一一二八條、第一三六條、第一三八條、第一九〇條參照）民事訴訟法第八十三條ニハ裁判所書記、法定代理人、辯護士、其他ノ代理人及ヒ執達吏カ其過失又ハ其懈怠ニ因リ費用ヲ生セシメタルトキハ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ其費用ノ辨濟ヲ命セラルヘク此決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ本條ハ特別ナル訴訟費用ノ負擔者ヲ定メタル規定ナレハ刑事訴訟法第二百一條第二項ニ私訴ニ關スル訴訟費用ノ負擔ハ民事訴訟法ノ規定ニ從フトアルヲ以テ私訴ニ關シテ以上列擧スル書記、法定代理人等ノ過失懈怠ニ因リテ訴訟費用ヲ生シタルトキハ民事訴訟法第八十三條ニ依リ是等ノ者ニ費用ヲ負擔セシムルコトヲ得ヘク從ツテ其負擔ヲ命セラレタル者ハ該決定ニ對シ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ルヲ以テ訴訟費用ノ負擔ヲ命セラレタル裁判所書記、執達吏、法定代理人、辯護士等ハ上訴權利者ノ中ニ數フヘキモノナリ公訴ニ於テ罰金科料、費用賠償ヲ言渡サレタル證人、鑑定人、通事、私訴ニ關シテ費

用ノ負擔ヲ命セラレタル書記、執達吏、法定代理人等ハ其實質ニ於テハ被告タルノ地位ニ立ツモノニシテ形式上訴訟ニ對シテ第三者タルモノナリ

四六三　上訴期間ハ上訴ノ種類ニ依リテ異ルモノナリ即チ控訴期間ハ五日、上告期間ハ三日、抗告期間ハ三日ニシテ前二者ハ判決言渡ノ日ヨリ起算シ後者ハ裁判ノ送達アリタル日ヨリ起算スルモノニシテ總則ノ規定ニ從ヒ初日ヲ算入セス又最終日カ休暇ニ當ルトキハ之ヲ除外ス（刑訴法第二五二條、第二七一條、第二九五條、第二〇〇條等）闕席判決ニ對シテ控訴ヲ爲スニハ故障期間ニ從フヘキモノナルヲ以テ闕席判決ノ送達ヨリ三日內ニ之ヲ爲ササルヘカラス（同法第二五二條第二項）故障ヲ許ササル闕席判決ニ對スル控訴期間ニハ刑事訴訟法第二百五十二條第二項ノ適用ナキヲ以テ其期間ハ五日ナルモ判決ノ言渡ヨリ起算スヘキ歟或ハ判決ノ送達ヨリ起算スヘキ歟ニ付キテハ議論ノ岐ルル所ナレトモ現行判例ハ後說ヲ採レリ（明治二九年第六八五號同年七月六日大審院第二刑事部ハ本問ノ場合ニ於テハ同條第一項ヲ適用スヘク第二項ヲ適用スヘカラストノ檢事長ノ上告ニ對シテ判決シテ曰ク刑訴法第二三三條第二項ノ場合ニ於テ闕席判決ヲ受ケタル者控訴ヲ爲スニ付キ判決言渡ノ日ヨリ起算スヘシトノ規定ナシ然ラハ判決送達ノ日ヨリ起算スヘキモノトス）嚴格ナル解釋論トシテハ第一說ヲ相當トスヘキモノナルモ被告人ノ利益ヲ

リ觀レハ判例ノ説ハ實際ニ適スルモノナリ玆ニ又他ノ問題アリ第一審裁判所カ闕席判決ヲ言渡スヘカラサル場合ニ之ヲ言渡シタルトキハ之ヲ適法ナル闕席判決ト同視スヘキヤ或ハ之ヲ對席判決ト看ルヘキヤハ亦議論ノ岐ルル所ナレトモ判例ハ前説ヲ採リ後説ヲ採レル原控訴院ノ判決ヲ破毀セリ（明治三三年第一六四九決ノ二同年一二月一日同院第一刑事部ノ判決ニ曰ク原判決ハ同年九月二一日ナリト雖刑訴法第二五二條ニ從ヒ控訴セハ原判決ハ須ラク然ルニ第一審判決ハ該取消決ハ更ニ闕席裁判ニ對スル控訴期間ト同様判決ノ言渡ヨリ起算スヘキヤ或ハ判決ノ送達ヨリ起算スヘキヤノ問題ヲ生ス判例ハ此問題ニ對シテハ控訴ノ場合ト正反對ニ前説ヲ取リ且其理由モ正反對ナルハ奇ナリト謂フヘシ（明治三六年レ第四〇一號同年四月一〇日闕席判決ニ對シテ曰ク上告申立ノ期間ハ判決言渡ノ日ヨリ三日ニシテ其判決ノ送達ヨリ期間ヲ算定スヘキ特別ノ規定アルコトナシ從テ闕席判決言渡後三日內ニ其申立ヲ爲ササルヘカラス）總則第十六條ニ規定スル猶豫期間ハ裁判ノ送達ヨリ期間ヲ計算スル場合ニ之ヲ與フルモノナレトモ判決ノ言渡ヨリ期間ヲ算定スル場合ニハ之ヲ附與セス被告人ハ裁判所ニ出頭シテ判決ノ言渡ヲ受クヘキモノナレハ里程ノ猶豫ヲ與フルノ要ナキヲ以テナリ（明治四二年ツ第一六號同四三年二月一五日同院第一刑事部決定ニ曰ク再度ノ闕席判決ニ對スル上告申立期間モ亦刑訴法第一六條ノ風ニ依リ判決言渡アリタル日ヨリ起算シ三日ニシテ刑訴法第一六條ニ依リ申立ノ場合ニ適用スヘキモノニ非サルコトハ本院判例ノ夙ニ認ムル所ナリ）私訴當事者カ訴訟代理人ヲ以テ訴訟ヲ爲ス場合ニ於テ死亡セハ上訴期間ハ手續受繼屆ノ送達ノ日ヨリ起算スヘキモノトス受繼ニ關シテハ刑事訴訟法ニ民事訴訟法ノ規定ヲ適用スヘキ明文ナシト雖モ右ノ論定ハ民事訴訟法ノ規定トノ對照ヨリ生スルモノニシテ訴訟法規ノ根本理論ニ適スルモノナリ（明治三八年第一〇〇六號ノ二同年一二月一二日同院第二刑事部ノ判決ニ曰ク原判決ノ言渡ハ明治三八年七月一九日ニシテ上告申立ハ同年九月二一日ナリト雖

（モ本院ノ明治三八年レ第一〇〇六號ノ一ニ對スル判決ニ說示スル如ク角田重左衛門死亡シタルニ因リ訴訟手續ハ中斷セラレタルモノナレハ上告期間ハ訴訟手續受繼屆ノ送達ノ日ヨリ起算スヘク而シテ其送達ハ明治三八年九月二一日ニ在ルヲ以テ本上告ハ法定ノ期間ニ爲シタルモノトス）抗告期間ハ原則トシテ裁判ノ送達アリタルヨリ三日ナレトモ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒテ決定ヲ爲シタルトキハ此裁判ニ對スル抗告ハ民事訴訟法ノ規定ニ從フヘキモノナレハ即時抗告ノ規定アルトキハ之ニ從フヘク民事訴訟法カ期間ヲ定メスシテ抗告ヲ許ストキハ亦右訴訟手續ノ繼續スル間抗告ノ權利アルモノトス

故ニ　一、民事訴訟法第八十三條ニ依リ費用負擔ノ裁判ヲ受ケタル裁判所書記、執達吏、法定代理人、辯護士其他ノ代理人ノ爲メニ存スル即時抗告期間ハ裁判ノ送達アリタルヨリ七日トス（民訴法第八條第二項）　二、忌避ノ申請ヲ不當ナリト宣言スル決定ニ對シテハ亦七日ノ不變期間內ニ即時抗告ヲ爲スヘキモノトス（明治五年ッ第二號同年二月六日同院第二刑事部決定）訴訟ニ關シテ假差押、假處分ヲ爲スニハ民事部ニ於テ其裁判ヲ下スカ故ニ民事訴訟法ニ從ヒ異議ヲ申立ッヘク（民訴法第七四四條第七五六條）又民事部ニ於テ其申請ヲ却下シタル場合ニ於テハ民事訴訟法第四百五十五條ニ從ヒ抗告ヲ爲スコトヲ得、刑事部ニ於テ假差押、假處分ニ關スル裁判ヲ爲シタルトキハ刑事訴訟法ニハ此場合ニ對スル規定ヲ缺クヲ以テ抗告ヲ爲ス能ハスト論斷スレヲ得ヘシト雖モ民事訴訟法ニ於テ之ヲ許スモノナルニ刑事訴訟法ニ於テ之ヲ許ササルハ不當ナルヲ以テ右場合ニハ法律ノ不備ヲ補ヒ立法的解釋トシテ民事訴訟法ノ規定ニ準據セシムルヲ相當トス現行判例ニ於テハ既ニ一言セル如ク刑事訴訟法ニ依リ抗告ヲ爲スヲ得ヘキモノトシ其期間ヲ三日トセリ之レ亦法律ノ不備ヲ補フ立法的解釋ニ外ナラス（明治四一年ッ第六號同年五月二日同院第二刑事部決定ニ曰ク抗告人ハ豫テ原院ニ繫屬スル公訴附帶ノ私訴ニ付キ假處分命令ノ申請ヲ爲セシニ同院カ不適法トシテ之ヲ却下シタル決定ニ對シ今回抗告ヲ爲シタルモノニシテ右ハ抗告人カ刑事裁判所ニ抗告ヲ爲スモノナレハ刑事訴訟法中抗告ノ規定ニ從ハサルヘカラサルコト勿論ナリトス而シテ同法第二九五條ニ依レハ凡ソ抗告ノ期間ハ決定ノ送達アリタル日ヨリ三日ナレハ抗告人ハ此期間內ニ抗告ヲ爲ササルヘカラス若シ此期間ヲ經過シタルトキハ抗告ハ固ヨリ不適法トナス）

原狀回復

四六四　原狀回復トハ上期期間ノ經過ニ因リ喪失セル上訴權ヲ回復スルヲ謂フ、原狀回復ノ實質的要件ハ　一、天災其他避クヘカラサル事變ノ爲メ上訴期間ヲ經過セル事實　二、右事實ニ關スル疏明之ナリ形式的要件ハ　一、申立書ニ疏明方法ヲ記載シテ原裁判所ニ提出スルコト　二、右申立書ヲ障礙ノ止

ミタル日ヨリ起算シ通常ノ上訴期間内ニ提出スルコト是ナリ(刑訴法第二四七條)此中立書トハ上訴ノ中立及ヒ原狀回復ノ中立ヲ内容トスルモノヲ謂フ障礙ノ止ミタル日トハ上訴期間ヲ經過スルノ止ヲ得サルニ至ラシメタル天災其他ノ事變ノ絶對的若クハ關係的消滅ヲ謂フ絶對的消滅トハ事變自體ノ消滅シテ其發生以前ノ狀態ニ復シタルヲ謂ヒ關係的消滅トハ事變ハ猶存續スルモ上訴行爲ノ妨害ト爲ラサルニ至レルヲ謂フ例ヘハ洪水ノ爲メ鐵道橋梁ノ損壞流失シタル場合ニ洪水ハ去リ交通機關ノ舊時ニ復セルカ如キハ事變ノ絶對的消滅ニシテ洪水ハ未タ去ラス鐵道橋梁ハ未タ修復成ラサルモ汽船其他ノ方法ヲ以テ臨時ノ交通ヲ開クニ至リタルカ如キハ事變ノ關係的消滅ナリ中立アリタルトキハ原裁判所書記速ニ其中立書ヲ相手方ニ送達スヘキモノトス原裁判所書記カ此手續ヲ爲ササリシナラハ上訴裁判所ノ書記此手續ヲ爲ササルヘカラス之ニ對シ相手方ハ三日内ニ答辯書ヲ差出スコトヲ得、答辯書提出ハ手續上ノ要件ニ非サルヲ以テ其提出ナキモ裁判ヲ爲スニ差支ヲ生セス上訴裁判所ニ於テハ檢事ノ意見ヲ聽キ中立ノ許否ヲ決ス此決定ニ對シテハ抗告ヲ許サス(刑訴法第二四八條第二九三條)

然レトモ原狀回復ノ原因存セサルコトヲ上告理由トシテ以テ原狀回復ヲ許サレタル上訴ニ對シテ下シタル裁判ヲ攻擊スルコトヲ妨ケス

四六五　以上説明セル(一)上訴ノ物體(二)上訴權利者(三)上訴期間ハ何レモ上訴ノ成立要件ナリ詳言スレハ(一)上訴ノ物體ト爲ラサル裁判ニ對シテ提起セル上訴ハ成立セス例ヘハ上告裁判所ノ裁判ニ對シテ上訴ヲ爲シタルカ如シ(二)上訴權利者ニ非サル者ノ提起セル上訴ハ成立セス例ヘハ民事原告人カ公訴ノ判決ニ對シテ上訴ヲ爲シタルカ如シ(三)上訴期間ノ經過後ニ提起セル上訴ハ成立セス例ヘハ對席判決言渡ヨリ六日ヲ過キテ控訴ヲ爲シタルカ如シ以上ノ要件ノ外、(四)上訴ハ法定ノ法式ニ從ヒ提起スルニ非サレハ成立セス其方式下ノ如シ

ア、上訴ノ申立ハ原裁判所ニ其中立書ヲ提出スヘキモノトス豫審終結決定ニ對スル抗告ハ豫審判事ニ之ヲ提出スヘキモノトス(刑訴法第二七條第一項)勾留ヲ受ケタル被告人ノ爲ス上訴ハ其中立書ヲ監獄署長ニ提出スレハ上訴中立ノ效力ヲ生シ裁判所ニハ期間經過後到達スルモ上訴ノ無效ヲ來タスコトナシ(明治二七年刑第一三〇六號同年一二月一四日同院刑事部判決ニ曰ク監獄署長ハ被

告人ノ代理者ト同視スヘキモノニ非サルニ從ヒ期間内ニ上訴申立書ヲ監獄署長ニ差出シタル以テ被告人ニ於テ現署長ニ法律ノ規定ニ依テ被告人ノ權利ヲ失却スルモノニ非スト同二九年第五八五號同年六月一日第二刑事部判決ニ曰ク上訴ノ提起ハ期間内ニ其申立書ヲ監獄署長ニ提出スルヲ以テ其效力ヲ生ス）第一審裁判所ニ控訴申立書ヲ提出セス第二審裁判所ニ差出シタル爲メ二審裁判所ヨリ之ヲ一審裁判所ニ回送スル手續ヲ爲シ五日ヲ經過セル後第一審裁判所ニ到着セルトキハ控訴ハ無效ト爲ル（明治三一年第一〇四四號同年一一月一四日同院第二刑事部判決）而シテ上訴申立書ノ日附ハ縱シ期間過經後ナルモ上訴期間内ノ上訴申立ナルコト一件記錄ニ徵シ明瞭ナルニ於テハ其上訴申立ハ有效ナリ（明治三四年レ第一一六八號同三五年一月三一日同院判例九七七號同三年レ第一一三六日同院判例ハ控訴申立ニ付キ本文ト同一ノ論定ヲ示セリ）

4、書面ノ提出ヲ以テ之ヲ爲サ

サルヘカラス故ニ電報ヲ以テ上訴ヲ爲スハ不適法ナリ（明治三四年レ第一一六八號同年二月三日同院第二刑事部判決ハ上告人ニ關シテ如上ノ斷定ヲ爲シ上告ニ關スル特殊ノ理由ヲ附シテ曰ク上告申立書ハ相手方ニ送達スヘキモノナレハ其書面ハ上告人ノ作成セルコトヲ要ス從テ電報ニ依ル上告申立書ハ不適法ナリト）況ンヤ電話ヲ以テスル上訴申立ニ於テヲヤ其無效ナルコト勿論ナリ然レトモ郵便ニ依リ上訴申立書ヲ提出スルハ不法ニ非ス（現行法ノ解釋ヲ離レ立法論トシテ觀察スレハ電報ハ勿論電話ヲ以テスル上訴申立ヲ許容スルヲ相當ト）上訴申立ノ書面ニハ上訴人ノ署名捺印ヲ要スルヤ判例ハ之ヲ要スルモノトセリ（明治三三年レ第三四六〇號同年五月三四日同院第二刑事部判決ニ曰ク刑訴法第二一三條ノ二ニ規定シタル方式ニ背キタル場合ニ於ケル無效ノ制裁ナキニ依リ其方式ニ背キタル訴訟行爲ハ之ヲ無效ナリト論スル方式ニ其書類ニ無效ナリト論スル直チニ本人ノ承諾ニ出テタル書類ナルコトヲ認ムルニ足ルヘキ事實アルニ於テハ之ヲ無效ト認ムヘキ事實ナキ場合ニ有效ナリトスルモノナリ（上告ニ付テハ刑訴法ノ特別ノ規定アリ又抗告ニ付テハ附帶控訴ノ申立書ハ原裁判所ニ提出セスシテ控訴院ニ提出シタル場合ニ於テハ之ヲ換言セハ附帶控訴ノ申立書ハ原裁判所ニ提出セスシテ控訴院ニ提出シタル場合ニ於テハ之ヲ換言セハ附帶控訴ノ申立書ハ原裁判所ニ提出セスシテ控訴院ニ提出シタル場合ニ於テハ之ヲ換言セハ附帶控訴ノ申立書ハ原裁判所ニ提出セスシテ控訴院ニ提出シタル場合ニ於テハ之ヲ換言セハ附帶控訴ノ申立書ハ原裁判所ニ提出セスシテ控訴院ニ提出シタル場合ニ於テハ之ヲ換言セハ附帶控訴ノ申立書ハ原裁判所ニ提出セスシテ控訴院ニ提出シタル場合ニ於テハ之ヲ換言セハ附帶控訴ノ申立書ハ原裁判所ニ提出セスシテ控訴院ニ提出シタル場合ニ於テハ之ヲ換言セハ附帶控訴ノ申立書ハ原裁判所ニ提出セスシテ控訴院ニ提出シタル場合ニ於テハ之ヲ換言セハ附帶控訴ノ申立書ハ原裁判所ニ提出セスシテ控訴院ニ提出シタル場合ニ於テハ之ヲ換言セハ附帶控訴ノ申立書ハ原裁判所ニ提出セスシテ控訴院ニ提出シタル場合ニ於テハ之ヲ換言セハ附帶控訴ノ申立書ハ原裁判所ニ提出セスシテ控訴院ニ提出シタル場合ニ於テハ之ヲ換言セハ附帶控訴ノ申立書ハ原裁判所ニ提出セスシテ控訴院ニ提出シタル場合ニ於テハ之ヲ換言セハ附帶控訴ノ申立書ハ原裁判所ニ提出セスシテ控訴院ニ提出シタル場合ニ於テハ之ヲ換言セハ附帶控訴ノ申立書ハ原裁判所ニ提出セスシテ控訴院ニ提出シタル場合ニ於テハ之ヲ換言セハ附帶控訴ノ申立書ハ原裁判所ニ提出セスシテ控訴院ニ提出シタル場合ニ於テハ之ヲ換言セハ附帶控訴ノ申立書ハ原裁判所ニ提出セスシテ控訴院ニ提出シタル場合ニ於テハ之ヲ換言セハ附帶控訴ノ申立書ハ原裁判所ニ提出セスシテ控訴院ニ提出シタル場合ニ於テハ之ヲ換言セハ附帶控訴ノ申立書ハ原裁判所ニ提出セスシテ控訴院ニ提出シタル場合ニ於テハ之ヲ換言セハ附帶控訴ノ申立書ハ原裁判所ニ提出セスシテ

控訴裁判所ニ提出スヘキモノナリ（明治二八年第一一八六號同年一一月一四日同院第一刑事部判決ニ曰ク控訴申立書ヲ原裁判所ニ差出スヘキ法則（刑訴法第二五四條）ハ主タル控訴ニ適用スヘキモノニシテ附帶控訴ニ適用スヘキモノニ非ス）又上訴申立書ヲ要スル規定ハ公廷ニ於テ爲ス附帶控訴ニハ適用ナシ（明治三三年レ第一二七四號同年一一月五日同院第二刑事部判決ニ曰ク公廷ニ於ケル附帶控訴ノ申立ハ相手方ニ於テ之ヲ知悉スルヲ以テ特ニ申立書ヲ提出セシメテ通知スルノ必要ナシ）上訴申立ニハ原裁判ヲ不當トスル旨或ハ上訴裁判ヲ求ムル旨ノ意思表示ヲ包含スレハ足レルモノナリ上訴理由ノ陳述換言スレハ如何ナル理由ニ基キ原裁判ヲ不當ナリトスルヤノ説明ハ上訴ニ通スル要件ニ非ス上告ニ付キテ之ヲ要件トスルノミ法律ハ之ヲ上告趣意ト稱ス後ニ説明スルカ如シ但抗告ノ場合ニハ原裁判ノ不當ナル點ヲ指摘セサレハ審査ヲ爲スニ由ナシトテ棄却セラルヘシ然レトモ之カ爲メ不適法ナル抗告トシテ棄却セラルルコトナシ反之控訴申立ハ理由ヲ明示スルヲ要セス之レ控訴裁判所ハ事實及ヒ法律ノ兩點ヲ包括シ事件全部ニ對シ覆審ヲ爲スモノナレハナリ唯原判決ノ一部ノミニ付キ不服ナルトキハ其部分ヲ指定スヘキノミ不服ノ部分ヲ限ラサルトキハ判決ノ全部ニ對スル控訴トシテ之ヲ取扱フモノトス（刑訴法第二五一條）後ニ説明スルカ如シ

（五）上訴ノ拋棄取下ナキコトヲ要ス拋棄取下ニ付キテハ後ニ論究セン

（六）上訴ヲ爲スニ付キ利益アル場合ナルコトヲ要ス故ニ無罪ノ判決ニ對シテハ被告人ハ上訴權ヲ有セス

上訴ノ效力

四六六　移審ト停止トハ上訴ノ二大效力ナリ移審トハ事件ヲ上級裁判所ノ審級ニ移スヲ謂フモノニシテ此效力ニ因リ上級裁判所ハ事件其者ニ對シ審判ヲ爲スノ義務ヲ負フニ至ルモノナリ而シテ此效力ハ上訴申立ノ適法ナルコト換言スレハ上訴要件ノ具備スルニ因リテ生スルモノナリ上訴不適法ナラン歟原裁判所又ハ上級裁判所ニ於テ事件ノ內容ヲ審査セスシテ上訴ヲ棄却スヘシ但抗告ノミハ不適法ナルモ原裁判所ニ於テ之ヲ棄却スルコトナシ停止トハ裁判ノ確定及ヒ執行ヲ停止スルノ效力ヲ謂フモノニシテ我訴訟法ニ於テハ苟モ上訴期間內ニ於テ上訴ノ申立アラハ其理由ナキコト一見明瞭ナルモノト雖モ原裁判ノ確定ヲ妨クルモノナリ但不適法ナル上訴ハ原裁判ノ確定ヲ妨クルノ效力アリヤ否ヤハ不適法ナル上訴ノ性質ニ因リテ異ルモノナリ例ヘハ上訴權利者以外ノ者ノ提起セル上訴申立或ハ期間經過後ノ上訴或ハ上訴ノ物體ト爲ラ

サル裁判ニ對スル上訴ノ如キハ原裁判ノ確定ヲ妨クル效力ナシト雖モ上告趣意書ノ提出ナキ上告申立ノ如キハ上告裁判所ノ判決アルマテ原判決ノ確定ヲ妨クルカ如シ我訴訟法ノ下ニ在リテハ適法ナル上訴ニシテ判決ノ確定ヲ妨クル效力ヲ有セサルモノナシ又控訴及ヒ上告ノ申立ハ判決ノ執行ヲ妨クルモノナリ(刑訴法第二七二條第二五三)例外トシテ上告ノ申立ハ勾留及ヒ放免ト裁判ノ執行ヲ停止セス(同法第二七二條第二)反之抗告ハ執行停止ノ效力ナキヲ原則トスルモノナルヲ以テ法律ハ此原則ニ對シ例外ヲ置クコトヲ必要トスル場合ニハ常ニ之ヲ明文ニ示セリ刑事訴訟法第百十八條第一項、第百二十六條、第百二十八條第二項(第百十八條第一項)、第百三十六條、第百一條(第百三十六條)、第百九十條、第百七十四條等是ナリ以上ノ效力ノ外特別ノモノヲ擧クレハ公訴不受理又ハ管轄違ノ申立ヲ却下シタル中間判決ニ對スル控訴、上告ノ申立ハ本案ノ辯論ヲ停止スルノ效力アリ(刑訴法第一八七條)擬律ノ錯誤又ハ法律ニ背キ公訴ヲ受理シタル判決ニ對スル上訴ハ上告ヲ爲ササル共同被告人ニ其利益ヲ及ホスノ效力アリ(同法第二八九條第二項)又控訴ノ申立ハ相手方ヲシテ控訴期間後ト雖モ附帶控訴ヲ爲スノ權利ヲ有セシメ上告ノ申立ハ其相手方ヲシテ公判期日ノ十五日前マテニ趣意書ノ提出ヲ以テスル上告申立ヲ爲スノ權利ヲ有セシムルカ如シ(刑訴法第二七九條第二五九)又被告人若クハ檢事カ公訴ノ判決ニ對シ控訴ヲ爲シタルトキハ犯罪ノ被害者ハ第二審裁判所ニ私訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノニシテ之レ又控訴ノ效力ニ外ナラサルナリ此場合ニ於ケル私訴ノ提起ハ附帶控訴ニ類似スルモノナレトモ其性質及ヒ效力ハ全ク異ルモノナリ附帶控訴ハ第一審判決ヲ攻擊スルモノナレトモ第二審ニ於ケル私訴ノ提起ハ新ニ裁判ヲ求ムルモノニシテ第一審判決ヲ攻擊スルコトナシ之レ其性質ノ差異ナリ附帶私訴ハ主タル控訴ノ取下ニ因リ或ハ不適法トシテ棄却セラルルニ因リテ其效力ヲ失フコトナシ(明治二九年第八八二號同年九月二九日大審院第一刑事部判決ニ曰ク私訴ハ公訴ノ附帶トシテ之ヲ提起スル際公訴ニ附帶セシ言ヲ俟タサル所ナレトモ既ニ公訴ニ附帶シテ之ヲ提起シ其裁判所ニ繫屬シタルトキハ其主タル公訴ト運命ヲ終始スヘキモノニ非サルコト刑訴法第二二四條第二項ノ律意ニ依リ推認スルヲ爲メ本件附帶私訴ハ受理審判スヘキ理由ナシトスル控訴ノ取消アリタルカ爲メ得ヘシ然ルニ原院ニ於テ公訴ノ判決ニ對シ當控訴院刑事部ノ管轄ニ非スト判決シタルハ上告論旨ノ如ク不法ノ判決ナリ)然レトモ控訴ノ不適法ナリシトキハ第二審ニ提起シタル私訴ハ其繫屬ノ條件ヲ失フヲ以テ控訴ノ棄却セラルルト

同時ニ其效力ヲ失ハサルヘカラス上訴行爲カ民法上違約ニ基ケル損害賠償ノ原因ト爲リ或ハ刑法上犯罪ヲ構成スルコトアリト雖モ是等ハ實體法上生スル效果ニシテ訴訟法上ノ效力トハ其性質ヲ異ニスルモノナリ上訴權ハ拋棄ニ因リテ消滅シ上訴ノ效力ハ取下ニ因リテ消滅スルモノナレトモ我訴訟法ニハ拋棄ノ規定ヲ缺ク

上訴ノ拋棄及ヒ取下

四六七　上訴權ハ之ヲ拋棄スルコトヲ得ルモノトスルトキハ數多ノ問題ヲ生ス拋棄ハ裁判前ニ之ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤ相手方ノ承諾ナクンハ之ヲ爲ス能ハサルヤ否ヤ等ニシテ之ニ關シテ相當ノ規定ヲ設クルノ必要アリ是ヲ以テ獨逸訴訟法ノ如キハ上訴權ノ拋棄ハ上訴期間ノ經過前ト雖モ有效ニ之ヲ爲スコトヲ得ル旨ヲ規定シ裁判前ニ於ケル上訴權ノ拋棄ヲ否定セリ(同法第三四四條)我訴訟法ハ上訴ノ取下ニ付キ規定セルニ拘ハラス上訴權ノ拋棄ニ付キ何等ノ規定ヲ存セサルヲ以テ之ヲ認メサルモノナリトハ現時優勢ナル解釋論ナリ此說ニ從フトキハ上訴權拋棄ノ意思表示ヲ爲スモ訴訟法上何等ノ效力ヲモ生スルコトナシ檢事ハ上訴權ノ主體ニ非サルカ故ニ之ヲ拋棄スルノ職權ナキコト勿論ナレトモ上訴權ノ主體タル被告人ニ上訴權拋棄ノ權能ヲ拒絕スヘキ謂レナシ若シ上訴取下ニ付キテハ第二百四十六條ノ明文アレトモ拋棄ニ付キテハ明文ナキヲ以テ之ヲ許サストノ論法ヲ取ランカ私訴當事者モ亦上訴權拋棄ノ權能ナシトノ論決ヲ下ササルヘカラス何者私訴ノ判決ニ對スル上訴權モ亦刑事訴訟法第二百四十二條ノ附與スル訴訟法上ノ權利ニシテ同條ニ依リテ被告人ノ有スル上訴判決ニ對スル上訴權ト區別スヘキ理由ナケレハ拋棄ヲ許スノ明文ナキカ故ニ被告人ハ上訴權ヲ拋棄スル能ハストノ論定ヲ下スヘキモノトセハ私訴當事者モ亦同一ノ論法ノ適用ヲ受ケサルヘカラサレハナリ然レトモ私訴ニ付キ上訴權ノ拋棄ヲ認ムヘカラサル理由アルコトナケレハ本問題ヲ決スルニ明文ノ有無ヲ論據トスルハ誤レルモノニシテ本問題ハ須ラク法理ニ從ヒ之ヲ決スヘシ夫レ公訴ノ判決ハ刑罰權ヲ實現スルモノニシテ一面ニ於テハ公益ニ關スルコト極メテ重大ナルモノアリ他ノ一面ニ於テハ被告人ノ生命、身體、財產ヲ處分スルニ至ルヘキ峻烈ノ效力ヲ有スルモノナレトモ被告人ハ公訴ノ判決ニ服從スヘキヤ否ヤヲ決スルノ自由ヲ有シ判決ヲ不當ナリト認ムル場合ニ

法律ハ被告人ニ與フルニ上訴權ヲ以テシタリ上訴權ハ訴訟法上ノ權利ニシテ實體法上ノ權利ト其性質上同シカラサルモノアリト雖モ權利主體ハ其權利ヲ處分スルヲ得トノ原理ハ形式權ト實體權トノ區別ナク等シク適用セラルヘキモノナリ法律ハ既ニ上訴ノ取下ヲ明規セリ然ラハ上訴ノ抛棄ヲ許スノ法意ナリト解スルハ不當ノ見解ニ非サルヘシ上訴ノ取下トハ何ソヤ曰ク上訴權行使ノ中止ナリ而シテ後ニ説明スル如ク此中止行爲ハ再ヒ上訴權ヲ行使スル能ハサルニ至ラサラシムルモノ換言スレハ上訴權ヲ實質上消滅セシムルモノナリ兩者ノ實質上ノ差異ハ實ニ此點ニ存スルニ止マルモノナレハ其一ヲ許シ他ノ一ヲ禁スヘキ法理ナシ權利者ヲシテ其權利ノ消滅ヲ來サシムルニ付キ一タヒ之ヲ行使セハ之ヲ消滅セシムルヲ許スモ未タ之ヲ行使セサルトキハ任意ニ之ヲ消滅セシムルヲ禁ストノ理論ハ余輩ノ解スル能ハサル所ナリ而シテ余輩ノ説ニ於ケルカ如ク被告人ハ上訴權ノ抛棄ヲ爲シ得ルモノトセハ其手段方法ニ付キ規定ナキヲ以テ裁判ニ因リ上訴權ノ發生シタル以上ハ上訴期間ノ開始前ニ於テモ之ヲ抛棄スルヲ得ヘク之ヲ爲スニ當リテハ相手方ノ承諾ヲ要セス又裁判外ノ方法ヲ以テモ之ヲ爲スヲ得ルモノナリト論斷スヘキモノトス抛棄ノ效力ハ其意思表示ヲ裁判所若クハ相手方ニ對シテ爲スニ由リテ生ス（改正案第二九八條ニハ論爭チ豫防スル爲メ上訴提起權ハ之ヲ抛棄スルコトヲ得ト規定セルモ其手續ヲ規定セス）上訴ノ取下ハ刑事訴訟法第二百四十六條ニ明規スル所ナリ取下ノ權能ヲ行使スルヲ得ル者ハ檢事以外ノ訴訟當事者ナリ即チ被告人及ヒ私訴ノ原告被告是ナリ法定代理人カ法人ノ犯罪ニ付キ形式上被告人ト爲リタルトキハ上訴權ヲ有スルカ故ニ從ツテ之ヲ取下クル權能ヲ有ス辯護人ハ被告人ノ承諾ナクンハ其爲シタル上訴ヲ取下クル能ハス訴訟代理人カ取下ヲ爲スニハ特別ノ委任ヲ要ス從參加人ニハ取下ノ權能ナシ檢事ハ取下權ナキヲ以テ附帶上訴ヲ爲シタル場合ト雖モ之ヲ取下クルヲ得ス（明治三一年第一四〇六號同年四月二九日大審院第一刑事部判決）上訴ノ取下ハ裁判所ニ對シテ其意思表示ヲ爲スヘキモノナレハ相手方ニ之ヲ爲スモ其效ナシ而シテ上訴ノ取下ハ上訴裁判所ニ達シタル時其效力ヲ生スルモノナリ（明治三八年レ第六五二號同年六月同院第二刑事部判決ニ曰ク控訴取下ハ被告人ノ控訴ニ係ル事件ニ對シテ任意ニ控訴裁判所ノ繫屬ヲ離脱セントスルニ在ルモノナレハ控訴裁判所ニ於テ取下ノ事實ヲ知リタル後ニ非サレハ其效力ヲ生スヘキモノニ非ス單ニ被告人ヨリ控訴取下ノ書面ヲ監獄署ニ提出シ又ハ其書面カ控訴裁判所ノ檢事ニ到達シタルノミヲ以テ其效アリト謂

フヘカラスト本件ニ於テハ控訴取下願ノ原院受付書記ノ手許ニ到達セシハ判決ノ言渡ニ後ルルコト約七時間ニシテ原院ハ其前判決ノ言渡ニ依リ其繫屬ヲ斷ツノ手續ヲ終ヘタルモノナレ何等違法ノ廉アルコトナシ）而シテ上訴ノ取下ハ公判廷ニ於テ之ヲ爲ストキハ其申立ヲ爲スノ瞬間ニ於テ又書面ヲ以テ其意思ヲ表示シタルトキハ其書面ノ到達ノ時ニ於テ效力ヲ生スルモノニシテ上訴裁判所ヲ構成スル判事全員カ之ヲ認知スルト否トハ問フ所ニ非サルナリ（明治三六年レ第二五七四號同三七年一月二一日同院第二刑事部判決）

上訴取下ノ效力ハ下ノ如シ　一、相手方ノ獨立ノ上訴ナキ以上ハ事件ヲシテ上訴裁判所ノ繫屬ヲ離レシム從テ上訴裁判所ハ審理ヲ續行スル能ハス　二、取下後猶上訴期間ヲ存スルモ同一當事者ハ再ヒ上訴ヲ爲ス能ハス（明治三八年レ第一五六號同年三月一四日同院第二刑事部判決ニ曰ク被告人ヨリ爲シタル控訴ノ取下ハ控訴權ノ拋棄ニ外ナラスシテ控訴權ノ拋棄ハ控訴權ノ消滅ヲ來タスヘキモノナルヲ以テ被告人ニ於テ一旦控訴ノ取下ヲ爲シタル上ハ法律ニ定メタル控訴期間内ト雖モ其取下ヲ取消シ更ニ控訴權ヲ行フコトヲ得ス）　三、附帶上訴ヲ消滅セシム之レ附帶上訴ハ上訴ノ存在ヲ以テ其成立條件トスルカ故ニ成立條件タル上訴ノ消滅後ニ於テ附帶上訴ノミ其存在ヲ持續スル能ハサレハナリ然レトモ獨立ノ上訴ト同視スヘキ附帶上訴ニハ影響ナシ例ヘハ控訴期間内ニ於テ檢事ノ爲シタル附席上訴ノ如シ　四、相手方ノ上訴ナキニ於テハ原判決ヲ確定セシム以上ノ效力ヲ生スルニハ上訴取下ノ適法ナルコトヲ要スルモノニシテ上訴取下ハ上訴ノ申立ト異リ期間ナキヲ以テ上訴裁判所ノ判決ノ言渡（或ハ決定ノ送達）アルマテハ其取下ハ適法ナリ公訴私訴ノ判決アル場合ニハ其一ノ判決ニ對スル上訴ノミノ取下ヲ爲スヲ得ヘク判決ニ數箇獨立セル主文ノ存スルトキハ一部ノ上訴取下ヲ爲スヲ得レトモ併合罪ニ基キ處斷シタル判決ニ對シテハ其中ノ一罪ノミニ關シテ部分的上訴ノ取下ヲ爲スヲ得ス之レ右ノ判決ハ不可分ノモノナルヲ以テナリ（明治三四年レ第一八八一號同三五年一月二一日同院第一刑事部判決參照）上訴取下ノ方式ハ法律ニ特定セサルヲ以テ電報又ハ電話ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナリトス

記錄ノ送付返還

四六八　上訴ハ原裁判所ニ其申立書ヲ提出スルモノナルヲ以テ（刑訴法第二五二七三條第一項第四條第一項第二九六條第一項）原裁判所ニ於テ之ヲ適法ト認ムルトキハ其申立書ヲ一件記錄ニ編入シ檢事ヲ經テ之ヲ上級裁判所ニ送附スヘキモノトス詳言スレハ記錄ヲ檢事ニ送附シ檢事ハ之ヲ上級裁判所ノ檢事ニ送致シ檢事ハ之ヲ裁判所ニ差出ス（刑訴法第二五六條第一項）上訴裁判所ニ於テ事件ノ完結シタルトキハ上訴審ニ於テ成

立セル調書其他手續上ノ文書ヲ一件記錄ニ編入シ且判決ニ因リテ事件ノ完結シタルトキハ其判決ノ謄本ヲ編入シテ之ヲ第一審裁判所ニ返還スヘキモノトス故ニ上告審ニ於テ事件ノ完結セル場合ニ於テモ第二審裁判所ニ記錄ヲ送附スヘキモノニ非スシテ第一審裁判所ニ直接ニ之ヲ返付スヘキモノトス(刑訴法第二四九條)而シテ現時ノ實際ニ於テハ上告審ニ於ケル判決ノ結果ヲ第二審裁判所ニ知ラシムル必要アルヲ以テ上告判決ノ謄本ヲ第二審裁判所ニ送附スルノ手續ヲ爲ス

控訴審ノ性質

第二章　控訴

四六九、控訴審ノ性質……四七〇、控訴及ヒ附帶控訴ノ申立……四七一、附帶控訴ニ關スル問題……四七二、控訴ノ效力……四七三、控訴ノ效力ニ關スル問題……四七四、控訴ノ公判前ノ手續……四七五、控訴ノ審理……四七六、控訴審ニ於ケル特別手續……四七七、事件ノ移送及差戻……四七八、闕席審理……四七九、控訴ニ於ケル公訴判決ノ準則……四八〇、同前(控訴ヲ理由アリトスル場合)……四八一、同前(同前)……四八二、同前(同前)……四八三、同前(控訴ヲ理由ナシトスル場合)……四八四、同前(控訴ノ一部ヲ理由アリトシ一部ヲ理由ナシトスル場合)……四八五、同前(第一審判決取消又ハ控訴棄却ノ判決ヲ爲ス場合ニ於テ特ニ判示スルヲ要セサルモノ又ハ判示スヘカラサルモノ)……四八六、同前(刑訴法第二六五條)……四八七、刑事訴訟法第二六五條ノ適用ニ關スル問題……四八八、控訴審ニ於ケル私訴判決ノ準則

四六九　控訴ノ審理ハ事件ノ覆審ヲ目的トス詳言スレハ控訴裁判所ハ控訴申立ニ依リ第一審裁判所ノ爲シタルト同樣ニ事實及ヒ法律ノ兩面ニ於テ事件ノ審判ヲ爲スモノナリ之レ控訴ノ申立ニハ控訴理由ヲ具フルコトヲ要件トセサ

ル所以ニシテ法律ハ固ヨリ控訴理由ノ開陳ヲ當事者ニ禁スルモノニ非サレトモ控訴理由ノ當否ヲ判斷スルノミヲ以テシテハ控訴裁判所ハ其職責ヲ完全ニ盡クシタルモノト爲スヲ得ス、否、右ノ行爲ノミニ止マラン歟重大ナル手續上ノ違法ヲ生スルモノナリ之レ上告ト控訴トヲ區別スルノ基礎觀念ナリ控訴ノ審理ハ事件ノ覆審ナルヨリシテ生スル理論上ノ結果ハ下ノ如シ

一、手續上控訴ノ審理ハ第一審ノ審理ト其性質ヲ同シクス之レ刑事訴訟法第二百五十八條ニ控訴ノ裁判ニ付テハ地方裁判所ノ第一審ニ關スル規定ヲ適用ストアル所以ナリ

二、控訴ノ理由ハ之ヲ提出スルノ要ナク又縱令控訴理由ノ提出アルタル場合ト雖モ裁判所ハ之ニ拘泥スヘキモノニ非ス事件全體ニ付キ審理ヲ爲サルヘカラス（明治三五年控訴ヲ受理シ第五四〇二號同年五月一日控訴ヲ以テ主張セラレタル第二審裁判所ハ第二刑事部判決ニ曰ク第一審判決ハ其判決ノ理由ハ之ヲ拘泥スヘキモノニ非ス事件全體ニ付キ審理ヲ爲サ

ハラス自由ナル心證ヲ以テ犯罪事實ヲ認定スルヲ得ルモノナリ（明治三四年レ第一八五九號同三五年二月一〇日同院第二刑事部判決）

四、控訴裁判所ハ各箇ノ爭點ニ付キ一々判斷スルノ要ナク又控訴理由ノ當否ヲ一々判示スルノ義務ナシ（明治二九年第六二三號同年六月二二日同院第二刑事部判決ニ曰ク控訴ニ付キ第一審判決ノ理由ハ之ヲ拘泥スヘキモノニ非ス事件全體ニ付キ審理ヲ爲サ

控訴及ヒ附帶控訴ノ申立

四七〇　控訴申立ハ書面ヲ以テ之ヲ爲スヘク其申立書ハ原裁判所ニ（刑訴法第二五四條第二項）差出ノ方法ハ郵便ヲ以テスルモ可ナリトスレトモ現時ノ解釋ニ於テハ電話若クハ電報ヲ以テハ之ヲ爲スコトヲ得サルモノトセリ原裁判所ハ直接ニ控訴申立書ヲ受ケ又ハ監獄署長ヨリ其送致ヲ受ケタルトキハ速カニ之ヲ相手方ニ通知スヘキモノトス（同條第二項）此手續ハ控訴ノ成立要件ニ非ス又控訴裁判所ノ手續ニ非サルヲ以テ其欠缺ハ手續上何等ノ影響ヲ及ホスコトナシ（監獄署長ニ申立書ヲ提出セハ原裁判所ニ提出セルト同一ノ效力アルヲ以テ上訴期間遵守ノ效力

アルヤ勿論法律ノ變更アルモ爲メニ影響ヲ受クルコトナシ）原裁判所ハ控訴期間內ノ申立ナルヤ否ヤニ付テノミ調査ヲ爲スヘク其他ノ點ニ付キテハ調査スヘキモノニ非ス（同法第五五條ニ）故ニ例ヘハ現行判例ニ示ス如ク私訴請求ノ原因アリトノ判決ハ終局判決ニ非サルヲ以テ之ニ對シテ上訴スル能ハサルコト明カナレトモ第一審ニ於テ言渡シタル私訴ノ原因アリトスル判決ニ對シ控訴申立ヲ期間內ニ提出シタルトキハ原裁判所ハ其不適法ナルコトヲ決定スルノ權利ヲ有セルヲ以テ事件ヲ控訴裁判所ニ送致セサルヘカラス決定ニ對シテ控訴申立ヲ爲シタル場合亦同シ（此點ニ付キテハ民訴法第四〇二條ノ如キ規定ヲ設クヲ可トス）期間經過後ノ控訴申立ナリシトキハ原裁判所ハ決定ヲ以テ之ヲ棄却スヘク控訴申立人ハ該決定ニ對シ抗告ヲ爲スノ權利アリ（刑訴法第二五五條）原判決カ獨立ナル數箇ノ主文ヲ有スル場合ニハ判決ノ一部ニ對シ控訴ヲ爲スコトヲ得右ノ場合ニ判決ノ一部ニ限ラスシテ單ニ控訴ノ申立ヲ爲シタルトキハ判決ノ全部ニ對シテ之ヲ爲シタルモノトス（同法第二一條）但控訴申立人ハ後ニ至リ其控訴ノ目的トスル判決ノ部分ヲ限定スルコトハ控訴ノ取下ニ非サルヲ以テ檢事ト雖モ之ヲ爲スコトヲ得ルヤ勿論ナリ附帶控訴ハ公廷ニ於テハ控訴裁判所ノ立會檢事ヨリ口頭ヲ以テモ之ヲ爲スヲ得ヘク（明治三五年レ第八一二號同年五月二九日同院第二刑事部判決ニ曰ク附帶控訴ニ關シテハ別ニ其申立ノ方式ヲ限定シタル法則ナシ從テ控訴ノ相手方又ハ檢事ハ公廷ニ於テ口頭ヲ以テ其申立ヲ爲スヲ得レリトス）公廷以外ニ於テハ書面ヲ以テ之ヲ爲スヘク此後ノ場合ニ於テハ原裁判所ニ之ヲ爲スヲ要セス控訴裁判所ニ直接ニ附帶控訴申立書ヲ提出スルヲ得ルモノナリ附帶控訴ハ之ヲ相手方ニ通知スルヲ要セス其他通常控訴ノ手續ヲ履踐スルノ要ナシ（明治三五年レ第八一二號同年五月二九日同院第二刑事部判決同二九年第一〇九四號同年一月一六日同院第一刑事部判決）控訴ノ相手方ハ控訴裁判所ニ於テ事件ノ審理ヲ開始スルマテハ附帶控訴ノ申立書ヲ原裁判所ニ提出スルコトヲ得ルヤ明カナリ刑事訴訟法第二百五十九條ハ此點ニ付キ何等ノ制限ヲ置カサレハナリ附帶控訴ノ申立ニ付キテハ方式ノ定ナキヲ以テ附帶控訴ナルヤ否ヤヲ判定スルニハ必スシモ附帶控訴ナル法律的專門語ノ言明アルヲ必要トセス其趣旨ヲ認メ得ヘキ陳述アルヲ以テ足ルモノトス（明治二九年第五號同年二月二七日同院刑事聯合部判決ニ曰ク檢事ノ陳述ニ被告ヲ重ク處斷センコトヲ請求ストアルヲ以テ附帶控訴ヲ提出シタルコト分明ナリ）然レトモ第一審判決カ被告人ヲ輕罪ノ刑ニ處シタル場合ニ控訴裁判所ノ檢事カ公廷ニ於テ被告人ノ所爲ハ重罪ヲ構成スルモノナリトノ意見ヲ

陳述シタルノミニテハ未タ之ヲ以テ附帶控訴ナリトスルヲ得ス何者檢事ハ犯罪ニ對スル法律上ノ意見ヲ述ヘタルニ過キスシテ被告人ニ對シテ第一審判決ヨリモ重キ刑ヲ請求セルモノト解スル能ハサレハナリ（明治二八年第一四五二號同二九年二月三日同院第二刑事部判決ニ曰ク法律適用ニ關スル檢事ノ辯論ハ其意見ニシテ附帶控訴ニ非スル）檢事ハ被告人ノ利益不利益ニ於テ附帶控訴ヲ爲スヲ得レトモ被告人ハ自己ニ不利益ナル裁判ヲ求ムル爲メニ附帶控訴ヲ爲スヲ得ス又控訴權ヲ拋棄シ若クハ控訴ノ取下ヲ爲シタル者ハ附帶控訴ヲ爲スヲ得ス此點ニ付キテハ刑事訴訟法ハ民事訴訟法ト其主義ヲ異ニセリ（民訴法第四〇五條ニハ控訴人ハ自己ノ控訴ヲ拋棄シタルトキ又ハ控訴期間ノ經過シタルトキト雖モ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得トアリ）茲ニ於テ私訴ニ關シテ立法的非難ヲ生ス卽チ民事訴訟法カ控訴權ヲ任意ニ若クハ懈怠ニ基キ消滅セシメタル當事者ニ附帶控訴權ヲ附與セル以上ハ權衡上少クトモ私訴當事者ニハ其控訴權ヲ拋棄シ若クハ控訴ヲ取下ケ若クハ控訴期間ヲ經過セシメタル場合ト雖モ附帶控訴權ヲ附與スルヲ相當トスヘキモノニアラスヤト謂フニ在リテ理由アル非難ト謂フヘシ有罪ト無罪トノ判決アリタル場合ニ當事者ノ一方カ有罪若クハ無罪ノ判決ノ部分ニ對シ控訴シタルトキハ他ノ一方ハ他ノ無罪若クハ有罪ノ部分ニ付キ控訴期間後附帶控訴ヲ爲スヲ得ルヤハ議論ノ岐ルル所ナレトモ余輩ハ積極說ヲ採ル（此點ニ付キテハ四七三號ノ下ニ於テ論究スヘシ）

附帶控訴ニ關スル問題

四七一　附帶控訴ニ關シテハ議論ノ岐ルル數箇ノ問題アリ茲ニ之ヲ論究セン

其一、　控訴裁判所ノ檢事ハ被告人ノ控訴ヲ爲シタル場合ニモ附帶控訴ヲ爲スヲ得ルヤ或ハ其附帶控訴ハ原裁判所ノ檢事カ控訴ヲ爲シタル場合ノミニ限ラルルモノナルヤ後說ヲ主張スル者ハ曰ク刑事訴訟法第二百六十五條第二項ニ被告人ノ利益ノ爲メ檢事ヨリ控訴ヲ爲シタルトキハ原裁判ヲ變更シテ被告人ノ不利益ト爲スコトヲ許サスト規定セルヲ以テ控訴裁判所檢事ニ附帶控訴權ヲ與フルノ必要ヲ來タシタルモノナリ故ニ控訴裁判所檢事ハ原裁判所檢事カ控訴ヲ爲シタル場合ニ於テノミ附帶控訴ヲ爲スヲ得ルモノナリト然レトモ此說ハ法律ニ存セサル制限ヲ立テントスルモノニシテ毫モ其理由ナキモノナリ控訴裁判所ノ檢事モ亦附帶控訴ヲ爲スコトヲ得トノ法文ハ其規定廣汎ニシテ適用上何等ノ制限ヲ認メス故ニ苟モ控訴ノ申立アラハ之ニ附帶シテ所謂附帶控訴ヲ爲スヲ得サルヘカラス原裁判所檢事カ被告人ノ不利益ノ爲メ控訴ヲ爲

シタル場合ニ於テ控訴裁判所檢事ハ其利益ノ爲メニ附帶控訴ヲ爲シ得ヘカラサルノ理由ナキノミナラス被告人ハ無罪ヲ主張シテ控訴セル場合ニ控訴裁判所檢事ハ原裁判所ノ科刑輕シト認ムルナラハ之ヲ理由トシテ附帶控訴ヲ爲スカ如キハ實際上有益ナルモノニシテ法文ノ解釋ヨリスルモ理論ノ推究ヨリスルモ之ヲ否定スヘキ根據ナシ是ヲ以テ現時ノ實際上ニ於テハ控訴裁判所檢事ハ被告人ヨリ控訴ヲ爲シタル場合ニ於テモ原檢事ヨリ控訴ヲ爲シタル場合ニ於テモ附帶控訴ヲ爲シ得ルモノトセリ故ニ控訴審ニ於テハ二箇ノ附帶控訴ノ駢立ヲ見ルコトアリ　其二、檢事カ情狀酌量ノ請求ヲ爲スハ附帶控訴ナルヤ曰ク情狀酌量ノ請求ハ原裁判所ノ科シタルヨリ輕キ刑ニ處センコトヲ求ムルモノナレハ附帶控訴ト爲ササルヘカラス此場合ハ檢事カ單ニ法律上ノ意見ヲ述フル場合ト異ルモノナリ然レトモ此斷定ハ判例ノ採用セサル所ニシテ判例ニ依レハ縱令檢事ハ情狀酌量ノ請求ヲ爲スモ特ニ附帶控訴タルコトヲ明言セサルトキハ直ニ其請求ヲ以テ附帶控訴ト認ムルヲ得サルモノトセリ（明治二八年第九一四號同年九月一六日同院第一刑事部判決）　其三、審理終結後ニ於テ附帶控訴ノ申立アリタルトキハ裁判所ハ辯論ヲ再開スヘキヤ或ハ曰ク時機ニ後レテ提出シタルモノトシテ之ヲ棄却スヘシ何者審理中ニ附帶控訴ヲ爲シ得ルニ拘ハラス之ヲ爲サスシテ審理ヲ終結セシメタルトキハ附帶控訴者ニ怠慢アリ附帶控訴者ノ怠慢ノ爲メ裁判所ニ辯論再開ノ義務ヲ生スヘキ理由ナシト然レトモ法律ハ控訴ノ相手方ニ與フルニ第二審ノ判決アルマテ附帶控訴ヲ爲スノ權利ヲ以テセリ然ラハ審理ノ終結スルト否トハ附帶控訴權ノ行使ニ影響ヲ及ホスヘキ謂レナシ辯論終結後附帶控訴ノ申立アリテ事實ヲ審理スルヲ必要トスル場合ニハ之ヲ爲ササルヘカラサルモ其必要ナキ場合ニハ事實ノ審理ヲ爲サスシテ直ニ裁判ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ公判廷ヲ閉チタル後附帶控訴ノ申立アラハ裁判所ハ常ニ辯論ヲ再開セサルヘカラス何者控訴申立ハ判決ヲ以テ裁判スヘキモノナルカ故ニ主タルモノタルト附帶ノモノタルトヲ問ハス辯論ニ現出セシムルコトヲ要スレハナリ（明治三五年レ第一九九五號同年一二月一八日同院第二刑事部判決アルヤニ曰ク刑訴法第二五九條ニ依レハ附帶控訴ハ判決ヲ爲スヘキ事實審理終了ノ前後ヲ區別スルコトナシ從テ事實ノ爲メニシテ得ルモノニシテ之ヲ爲スコトヲ得ルモノ審理及ヒ證據調ノ後ト雖モ附帶控訴ヲ爲スヲ妨ケス而シテ其附帶控訴ニシテ新ナル事實ニ非サル以上ハ更ニ事實及ヒ證據ノ取調ヘヲ爲スノ要ナシ本件事實ハ第一審ニ於テ被告ノ中一人ノ責ニ歸スヘキ行爲ト判斷シ第二審

ニ於テ其行爲ノ審理ヲ終リタル後他ノ被告ニモ其行爲ノ責アルモノトシテ附帶控訴ヲ爲シタルモノナレハ更ニ事實及ヒ證據ノ取調ヲ爲スノ要ナシ）

其四、 上告裁判所カ原判決ヲ破毀シ事件ヲ他ノ裁判所ニ移送シタル場合ニハ前裁判所ニ申立テタル附帶控訴ハ其效力ヲ失フヤ或ハ曰ク然リ附帶控訴ハ何レノ裁判所ニ於テモ判決アルマテ之ヲ申立ツルヲ得ルモノナルカ故ニ本問ノ場合ニ於テハ前裁判所ニ於テ申立テタル附帶控訴ノ效力ヲ破毀移送後ニマテ存續セシムル必要ナシト然レトモ附帶控訴ハ控訴ト同シク取下又ハ判決アルニ非スンハ終了スルモノニ非ス本問ニ於テハ附帶控訴ニ對シテ一タヒ判決ヲ下シタリト雖モ其判決ハ上告判決ノ爲メニ破毀セラレテ消滅シタルカ故ニ事件ハ判決前ノ狀態ニ復シタルモノニシテ附帶控訴モ亦判決ヲ受ケサルト同一狀態ニ至レルモノナレハ事件ノ移送アリタル裁判所ニ於テモ其效力ヲ有スルモノト謂ハサルヘカラス而シテ移送ヲ受ケタル裁判所ハ公廷ニ於テ附帶控訴ノ陳述ヲ聽キタル後裁判ヲ與フヘキモノトス（明治三六年レ第三九五號同年四月一七日同院第二刑事部判決ニ曰ク上告審ニ於テハ其破棄ノ效力ハ原判決ノミニ止マリ事件ヲ他ノ控訴院ニ移送シタル場合ニ於テハ其破棄ノ效力ハ控訴審ニ繫存スヘキモノト原則然レトモ移送後控訴人ノ第二審ニ於テ更ニ其控訴ノ趣旨ヲ陳述スルコトヲ要ス）右ノ論定ニシテ誤ラスンハ同一裁判所ニ於テハ附帶控訴ハ部員變更ノ爲メ消滅スルコトナキヤ勿論ナリ故ニ裁判所ハ附帶控訴ニ對シ審判ヲ爲ササルヘカラス（明治三七年レ第五四七號同年四月七日同院第二刑事部判決）

其五、 裁判所ノ構成適法ナラサル公判廷ニ於テ申立テタル附帶控訴ハ其效力ヲ有スルヤ曰ク其效力ナシ何者適法ニ構成セラレサル裁判所ニ於ケル訴訟行爲ハ其效力ヲ有セサルモノナレハ訴訟行爲ノ一種タル附帶控訴ノミニ付キ例外トシテ其效力ヲ認ムヘキ理由存セサレハナリ然レトモ公判開廷前ニ附帶控訴ノ申立アリテ公廷ニ於テ之ヲ陳述シタル場合ニハ其陳述ノミ無效ニシテ前ニ申立テタル適法ノ附帶控訴ハ其效力ヲ失フモノニ非ス又裁判所ノ構成ニハ不法ナク立會ハシムヘキ辯護人ヲ立會ハシメサリシカ如キ手續上ノ缺點アル場合ニハ附帶控訴ノ申立ハ何等ノ影響ヲ受クルコトナシ（明治四二年レ第一八五三號同年四月一〇日同院第二刑事部判決ニ曰ク檢事ノ附帶控訴ハ被告辯護人ノ一人ニ對シ呼出狀ヲ發セス其出廷ナキ抑ハラス開キタル公判ニ於テ申立テタルモノナルモ形式上完全ニ裁判所ナキ構成シタル公廷ニ於テ爲サレタル本院カ東京控訴院ノ審理手續ニ前示ノ如キ違法ノ廉アルヤ固ヨリ論ナク又以テ其判決ノミニ止マリ之カ爲メ其公判始末書ノ無效シタリトテ破毀ノ效力ハ該判決カ爲シタル附帶控訴ノ無效タルヘキ理由ナク從テ檢事カ

控訴ノ效力

四七二　控訴モ亦上訴ノ一種ナレハ既ニ説明セル上訴ノ效力殊ニ移審及ヒ停止ノ效力（第四六七號參照）ヲ生スルヤ喋々ノ要ナキモノナリ茲ニハ先ツ控訴ニ基キ第二審裁判所ハ如何ナル範圍ニ於テ事件ヲ覆審スルコトヲ得ルヤノ點ヲ論究セン曰ク控訴ニ依リ不服ヲ申立テラレタル判決ノ基礎ヲ爲スヘキ事件全體カ控訴審理ノ目的物ト爲ルモノナリ之レ覆審ノ性質ヨリ生スル結果ニシテ此論定ノ適用ヲ示セハ下ノ如シ　一、適法ノ起訴ニ依リ被告事件ノ全部カ豫審終結決定ヲ以テ公判ニ付セラレタル以上ハ縱令其一部ニ付キ第一審ニ於テ判決ヲ遺脫スルモ該事件ニ付キ控訴ヲ受ケタル裁判所ハ其遺脫セシ一部ニ對シテモ亦判決ヲ爲スヘキモノトス（明治三〇年三月三〇日同院第二刑事部判決）或ハ曰ハク控訴裁判所ハ覆審ヲ爲ス裁判所ナリ然ルニ第一審ニ於テ判決ヲ爲ササル點ヲ第二審ニ於テ直チニ審判スルハ所謂覆審ノ性質ニ反スルモノニ非スヤ曰ク然ラス覆審トハ事件ニ付キテ謂フモノニシテ其事件ヲ構成スル箇々ノ事實點ニ付キテ謂フモノニ非ス故ニ第一審ニ於テ事件ノ一部ニ付キ審理ヲ遺脫スルモ第二審ニ於テハ事件ノ全部ニ付キ審判スルコトヲ得ルモノナリ然レトモ豫審ニ於テ特ニ其部分ニ付キ免訴ノ決定ヲ爲シタルトキハ第二審裁判所ハ之ヲ審判スルニ由ナシ　二、豫審ニ於テ免訴ト爲リタル事實ト雖モ第一審裁判所檢事カ更ニ同一事實ニ付キ訴追ヲ爲シ裁判所ハ有罪ノ判決ヲ下シ之ニ對シテ控訴アリタルトキハ第一審裁判所ノ處置ハ不法ナルモノナレトモ第二審裁判所ハ此點ニ付キ審理ヲ爲ササルヘカラス但確定裁判アリタルコトヲ理由トシテ免訴ノ判決ヲ爲スヘキモノトス（明治三九年一月一七日同院第二刑事部判決）　三、第一審ニ於テ認定セサル事實ナルモ第二審ニ於テ發見シタル事實ニシテ公訴事實トシテ既ニ顯ハレタル事實ト刑法第五十四條第五十五條ニ規定スル手段結果ノ關係ヲ有スル事實若クハ連續ノ事實ハ之ヲ審判スルコトヲ得ルモノナリ（明治三七年レ第一二一四號同四〇年一月一七日同院第二刑事部判決）　四、併合罪ノ判決中其一罪ニ關スル部分ノミニ付キ控訴スルモ控訴裁判所ハ併合罪全部ニ付キ判決ヲ爲ササルヘカラス　五、被告人ノ闕席シタル場合ニ於テ第一審裁判所カ

謀殺未遂ノ點ニ付キ無罪ヲ言渡シ其間接ノ手段タル家宅侵入ノ點ノミヲ有罪ナリトスルノ判決ヲ下シ被告人ハ之ニ對シ故障ヲ申立テ檢事ハ無罪ノ點ニ對シテ控訴ヲ申立テタルトキハ控訴裁判所ハ事件全體ニ對シ審理ヲ爲スヲ得ルモノナリ家宅侵入ノ事實ハ謀殺未遂ノ事件中ニ包含セラルルヲ以テ控訴申立後第一審裁判所カ故障ヲ受理シ對席判決ヲ言渡スモ其判決ハ確定スルコトナシトハ判例ノ示ス所ナリ（明治三五年レ第一四八號同年一二月九日同院第一刑事部判決）

六、共犯竊盜ニ對スル教唆事件ニ付キ檢事ハ一名ノミニ對スル教唆事實ヲ擧ケ控訴シタル場合ニ裁判所ハ他ノ共犯竊盜者ニ對スル教唆事實ヲ審判スルコトヲ得（明治三七年レ第一〇四號同年六月六日同院第二刑事部判決ニ曰ク原公廷ニ於ケル檢事ノ陳述ハ被告人久松カ新吉ニ對シテ森林窃盜ノ教唆シタリトノ點ニ包含セラルル事件ニハ非スシテ皆是レ一事件ニ帰シ教唆シタリトハ明カナリト雖モ元來被告久松カ新吉ニ對シ森林窃盜ノ教唆ハ各獨立セル別事件ニ帰シ教唆シタリトノ點ハ檢事ニ於テ被告久松カ新吉ニ對シ森林窃盜ノ教唆ハ以テ控訴シタル以上ハ特ニ眷吉ニ對シモ教唆ノ事實ヲ擧ケレハ足レリトスルコトハ事理ノ當然ニシテ易キ所ナリトスルノ點ニ於テモ原院ハ進ンテ其點ノ審判ヲ爲スヘキモノニ非ス）之ヲ要スルニ同一事件ノ内容ヲ成ス事實ハ檢事ノ陳述ノ如何ニ拘ハラス又第一審裁判所ノ行爲ヲ斟酌セス第二審裁判所ニ於テ自由ニ審判スルヲ得ルモノナリ然レトモ事件ヲ異ニスル場合ニハ甲事件ノ判決ニ對スル控訴ニ基キ乙事件ヲ審判スル能ハス例ヘハ併合罪ノ規定ヲ適用セサル甲乙二罪ニ付キ控訴ハ甲罪ニ關スル判決ノ部分ニ對シテ申立テラレタル場合ニ控訴裁判所ハ乙罪ノ審判ヲ爲ス能ハサルカ如シ又例ヘハ賭場開張ノ事實ノミニ付キ起訴アリタル場合ニ附帶犯タル賭博ノ事實アルモ之ニ對シテハ起訴ナク又第一審ニ於テ附帶犯トシテ之ヲ審理セサリシトキハ控訴裁判所ハ附帶犯タル賭博罪ノ審判ヲ爲ス能ハサルカ如シ（明治四二年レ第一五號同年五月七日刑事部判決）公訴不受理又ハ管轄違ノ申立ハ公訴ノ内容ニ屬スルモノニ非スシテ形式ニ關スルモノナレハ第一審ニ於テ右ノ申立アリシトスルモ此點ニ關シテ特ニ控訴ノ申立ヲ爲ササルナラハ控訴裁判所ハ控訴ノ範圍ニ在ルモノトシテ右ノ申立ノ當否ヲ裁判スヘキモノニ非ス（明治三七年レ第一六七三號同年一〇月一三日同院第二刑事部判決ニ曰ク檢事ノ控訴ニ非スシテ第一審カ公訴不受理ノ申立ニ對シ何等判決ヲ爲ササリシ點ニ對スル控訴ナルハ勿論公訴不受理ノ申立ハ各審級ニ於テ之ヲ爲スヘキモノナルニ原院ハ其申立ヲ爲サスシテ形式ニ關スルモノナルニ原院ニ於テ公訴不受理ノ點ニ付キ何等判決ヲ爲サスシタルニ非サルヲ以テ第一審裁判所カ公訴不受理ヲ爲シタル案ニ付キ裁判ヲ爲シタルハ尤當ナレトモ原院ハ他ノ點ニ於テ第一審判決ヲ取消シタレハ此點ニ付キノ判示スル所ナキモ不法ト謂フヲ得ス）職權ヲ以テ公訴不受理又ハ管

轄違ノ原因ノ有無ヲ調査スルヲ得ルヤ勿論ナリ刑ノ執行猶豫ハ事件ノ内容ニ屬スルモノナルヲ以テ本案ノ判決ニ對スル控訴ニ基キ執行猶豫ノ點ニ付キ審判スルヲ得ルモノナリ（明治四二年ノ執行猶豫ノ言渡ハ刑ノ言渡ヲ爲シタル判決ニ對シ控訴アリタルモノトス）執行猶豫ノ點ノミニ對スル控訴ト雖モ全部ノ事件ニ對シテ效力アリ（明治四三年レ第三〇號同年四月八日同院第一刑事部判決ニ曰ク刑ノ執行猶豫ノ言渡ハ刑ノ言渡ト同時ニ爲ス可キ判決ノ一部ナルヲ以テ之ニ對シ控訴ヲ爲シ得ルニヲ當然ノ一部ナルヲ以テ既ニ刑ノ事項ニ關スル判決ノ一部ハ執行猶豫ニ關スル事項モ亦共ニ控訴セラレタルモノトス而シテ其上訴ハ判決全部ニ非ス）又檢事カ控訴ノ理由ヲ限定スルモ之カ爲メ控訴裁判所ハ其理由以外ノ點ニ付キ審判ノ職權ヲ失フコトナシ又檢事カ控訴申立書ニ一二ノ理由ヲ掲ケタル場合ニ於テモ公廷ニ於テ他ノ理由ヲ主張スルヲ得ルヤ明カナリ（明治四二年レ第九四八號同年八月三一日同院休暇部判決ニ曰ク檢事ノ控訴申立書ニハ必シモ控訴ノ理由ヲ記載スル要ナシ）被告人カ不服ノ程度ヲ限定セルトキ亦同シ（明治二八年第八八二號同年九月六日同院休暇部ノ判決ニ控訴申立書ニ不服ノ程度ヲ限定セルトキハ其申立ハ一審判決ノ全部ニ對スルナリ）

文ハ之ヲ其中一審判決ノ主文ニ關スル犯罪ノ審理ニ於ケル審理ノ範圍ヲ定ムルモノナリ）判決ノ全部ニ對シテ控訴スル旨ノ申立アルナラハ主刑ハ勿論附加刑ノ處分ヲモ不當トスル控訴ナリト解スヘキコト疑ナシト雖モ右ノ如キ場合ハ之ヲ解釋問題ト爲スノ要ナシ故ニ縱令控訴申立書ニ主刑ノミヲ不服トスル旨ノ記載アルモ控訴裁判所ハ事件全部ニ付キ審判ヲ爲スヘク被告人ハ他ノ點ニ付キテハ不服ニ非スト陳述スルモ其審理ヲ省クヲ得ス即チ右ノ場合ハ純然タル法律問題ニシテ被告人ノ意思ノ解釋問題ニ非ス（明治二八年第一九一六號同年九月一日同院第一刑事部判決ニ控訴申立書ニ主刑ノミヲ不服トスル旨ノ記載アルモ審判ニ際シ全部不服ノ申立アリタルトキハ其申立ヲ參酌シ全部ニ對スル控訴アリタルモノト解釋スヘキ法律問題トシテ判決全部ニ對スル控訴ト爲サルヘカラス）然レトモ時トシテ控訴申立書ノ意義曖昧ニシテ控訴ノ範圍不明ナルコトアリ右ノ場合ニハ被告人ヲ訊問シテ其範圍ヲ明カニスルコトヲ得ルモノナリ（明治二九年二號同院第一刑事部判決）次ニ論スヘキ控訴ノ效力ハ被告人ヨリ控訴ヲ提起シタルト檢事ヨリ之ヲ提起シタルトヲ問ハス犯罪ノ被害者ニ私訴提起ノ機會ヲ與フ

ルモノニシテ右ノ場合ニ提起セル私訴ハ控訴カ不適法ニ非サル以上ハ公訴判決ニ對スル該控訴ノ運命ノ影響ヲ受クルコトナシ故ニ例ヘハ公訴判決ニ對スル控訴ヲ取下クルモ控訴裁判所ハ私訴ニ付キ相當ノ裁判ヲ爲ササルヘカラス（明治二九年第八八二號同年九月二九日同院第一刑事部判決ニ曰ク私訴ハ公訴ニ附帶シテ之ヲ得ヘキハ刑訴法ニ規定スル所ニシテ之ヲ提起スルコトヲ得ヘカラサルコトハ言ヲ俟タサル所ナレトモ公訴ニ附帶セスシテ單獨ニ爲シ得ヘカラサルコトハ言ヲ俟タサル所ナレトモ既ニ公訴ニ附帶シテ之ヲ提起シ其裁判所ニ繫屬シタル上ハ其主タル公訴ノ運命ニ非サルニ原コト刑訴法第二二四條第二二五條ノ取律意アニリロ推認スルヲ得ヘシ然ルニ原院（宮城控訴院）ニ於テ公訴ノ控訴ノ取消ヲ爲メ本件附帶私訴ハ受理審判スヘキ理由ナシトシ當控訴院（刑事部ノ管轄ニ非スト判決シタルハ上告論旨ノ如ク不法ノ判決ナリ）又例ヘハ公訴ニ對シ先ツ第二審判決ヲ爲シ之ニ對シテ上告アリ原判決破毀ノ結果事件ハ他ノ第二審裁判所ニ移送セラレタル場合ニ於テモ私訴ハ前控訴裁判所ノ繫屬ヲ離脫スルモノニ非サルカ如シ附帶控訴ヲ爲シ得ルハ主タル控訴ノ效力ニ外ナラサルモノニシテ期間經過後附帶控訴ハ主タル控訴ト離レテ獨立ノ存在ヲ有スル能ハサルモノナルヲ以テ不適法トシテ控訴ノ棄却セラレ若クハ控訴ノ取下アリタルトキハ期間後ノ附帶控訴モ亦消滅ス故ニ期間後ノ附帶控訴ノ獨立ノ效力ヲ生スルコトナシ而シテ附帶控訴ハ私訴當事者ヨリ公訴判決ニ對スル控訴ニ附帶シテ之ヲ爲ス能ハス又私訴判決ニ對スル控訴ニ附帶シテ公訴判決ニ對スル控訴ヲ爲ス能ハサルハ勿論ナリ但右ノ如ク違法ノ附帶控訴ト雖モ控訴期間內ニ提起サレタルナラハ之ヲ獨立ノ控訴ト看ルヘキモノトス

控訴ノ效力ニ關スル問題

七、

適法ナル控訴アリタルナラハ檢事ノ手ヲ經テ記錄ヲ控訴裁判所ニ送附スヘク公訴ノ判決ニ對スル適法ノ控訴アリタルナラハ勾留ヲ受ケタル被告人ヲ檢事ヨリ控訴裁判所所在地ノ監獄ニ移スノ命令ヲ監獄官吏ニ發ス（刑訴法第二五六條）

四七三　控訴ノ效力ニ關シテハ手續ノ施行上數多ノ問題アレトモ茲ニハ其重要ナル少數ノモノニ付キ論究スルニ止ム。

一、併合罪ノ規定ヲ適用スヘキ事件ニ付キ有罪ト無罪トノ判決アリタル場合ニ檢事ハ無罪ノ判決ニ對シテ控訴シタルトキハ控訴裁判所ハ第一審ニ於テ有罪ト爲シタル點ニ付キ審判スルヲ得ルヤ曰ク併合罪ノ規定ヲ適用スヘキ事件ナリトノ點ヨリ觀察スレハ第二審裁判所ハ有罪ノ部分ニ付キテモ審判スルヲ得ルモノノ如ク（ナレトモ本問ノ場合ニ於テハ獨立セル二箇ノ主文アルヲ以テ詳言スレハ有罪ノ判決主文ト無罪ノ判決主文ト駢立スルヲ以テ無罪ノ判決部分ニ對スル控訴ハ有罪ノ判決部分

ニ對シテ其效力ヲ及ホスコトナシ而シテ刑法ノ適用ニ於テハ同法第五十條ニ該當スル場合ナルヲ以テ控訴裁判所ハ第二審ニ於テ無罪ノ判決ヲ爲シタル部分ノミニ付キ事件ノ覆審ヲ爲スヘキモノトス（明治四三年一月一日同院第一刑事部二四八號判決同年四月一日同院第二刑事部二四七號判決）

二、併合罪ノ規定ヲ適用スヘキ數箇ノ事件ニ付キ第一審ニ於テ全部無罪ノ判決ヲ爲シタル場合ニ第二審裁判所ハ一罪ニ關スル判決ノ部分ノミニ對スル控訴ニ基キ他ノ犯罪ニ關スル公訴ヲ審判スルヲ得ルヤ曰ク判決主文ニハ單ニ無罪トアリテ數箇ノ犯罪ニ對スル公訴ヲ包括スルノミナラス形式上主文ハ單一ニシテ控訴ヲ理由アリトセハ其單一ノ主文ヲ變更セサルヘカラス然レトモ此單一ノ主文ハ數箇ノ罪案ニ對スル判斷ノ歸結ナレハ理論上此主文ヲ生セシメタル罪案ノ全部ヲ審理スルニ非サレハ此主文ヲ變更スル能ハサルモノト謂サルヘカラス從テ本問ノ場合ニ於テハ控訴裁判所ハ控訴ノ目的ト爲ラサル無罪ノ判決ヲ生セシメタル罪案ノ審判ヲ爲スコトヲ得ルモノト謂フヲ得ヘキモノノ如シ然レトモ此觀察ハ精確ナラス無罪ノ判決ノ主文ノ內容ハ併合罪ニ對スル有罪判決ノ如ク單一ナラス此判決自體ハ獨立セル數箇ノ無罪ノ判決ニシテ形式上單一ナル無罪ノ主文ハ其實甲ノ罪案モ無罪乙ノ罪案モ無罪ト爲スヘキ文字ヲ省略シテ判文ノ體裁ヲ整ヘタルノミ換言スレハ文詞ハ單一ナレトモ此單一ナル文詞ニハ數箇ノ無罪ノ主文ヲ包含スルモノニシテ獨立ナル數箇ノ主文ノ存在スルモノナルヲ以テ控訴裁判所ハ公訴中一ノ罪案ニ對スル控訴ニ基キ他ノ罪案（無罪ノ判決ヲ受ケタル）ヲ審判スルノ職權ヲ有セサルナリ（明治三七年刑事部二號判決）

二、二、一七號同年一月二八日同院第一審裁判所カ無罪ノ判決ヲ爲シタル場合ニハ檢事ハ詐欺取財又ハ強盜ノ判決ノミニ對シテ控訴ヲ爲ス・ナ得ヘク詐欺取財又ハ強盜ノ點ニ關スル第一審確定判決ニ對シ第一審裁判所カ無罪ノ判決ヲ爲シタル場合ニハ檢事ハ詐欺取財又ハ強盜ノ點ニ關スル第一審判決ノ部分ニ對シテハ控訴ヲ爲シ得ヘキモノナレハ本件ノ如ク強盜事件ノ第一審判決ニ於テハ第二審判決ハ第一審判決ト同趣旨ニシテ無罪ノ言渡スヘキ場合ニ於テハ第二審判決ハ第一審無罪ノ判決ヲ爲シ得ヘキモノナレハ本件ノ如ク強盜事件ノ第一審判決ニ付キ第一審無罪ノ言渡スヘキ場合ニ於テハ第二審判決ハ第一審判決ト同趣旨ニシテ無罪ノ言渡

ヲ爲シタル場合ニハ控訴裁判所ハ他ノ控訴セサル共犯人ノ所爲ニ付キテモ事實ノ審理ヲ爲スヲ得ルヤ曰ク然リ共犯行爲ノ事實ハ其認定上之ヲ分離スル能ハサルモノナレハ控訴裁判所ハ共犯事實ノ全部即チ他ノ共犯人ノ行爲ヲ包含スル事實全體ニ付キ審理ヲ爲ササルヘカラス然レトモ控訴セサル共犯人ニ對スル原判決ハ之ヲ取消スヘキモノニ非ス何者此者ノ控訴ノ申立ナケレハナリ單ニ控訴者ニ對スル關係ニ於テ控訴セサル共犯人ノ行爲ヲモ審理スルニ過キサルナリ而シテ沒收ノ點ニ付キテハ一層微妙ナル論定ヲ爲ササルヘカラス即チ共犯人ノ一名ニ屬スル犯罪供用物件ヲ沒收シタル判決ニ對シ他ノ共犯人ハ自己ノ所有ニ屬セサル物件ノ沒收ノ點ニ對シテハ不服ナク唯自己ニ對スル主刑ノ點ノミニ付キ不服ヲ唱ヘ控訴ヲ爲シタル場合ニ控訴裁判所ハ沒收ノ點ニ付キテモ審判ヲ爲ササルヘカラサルナリ（明治三九年第一〇六七號同年一一月二〇日同院第一刑事部判決ニ曰ク原院ハ小刀一挺ヲ上告人ニ對スル判決ニ於テ沒收セリ右小刀ハ第一審共犯者末吉院ノ所有ニシテ同院ハ之ヲ以テ長山重夫ヲ刺シタルモノナリト認定シタリ末吉ハ破産ノ上所謂犯罪ノ用ニ供シタル物件ナリトスル而爲メ使用セラレタル附加物件ハ末吉ト共謀シテ本件犯罪ヲ實行トスル而爲メ沒收セラレタル附加物件ハ末吉ニ對シテモ之ヲ沒收スルカ沒收ノ言渡ヲ爲ササルヘカラサルモノナル場合ニ於テハ第一審判決ハ不可分的ノモノナレハ被告ニ於テハ該判決ハ刑ナリ而シテ沒收ノ點ニ付キテ

ノト斷定ス何者法律ハ附帶控訴ノ形式ヲ定メサルノミナラス或ル行爲ヲ有效ナルモノト解スヘキ方途アル以上ハ之ニ依ルヘキコトハ權利保護ノ法律タル訴訟法ノ精神ニ適スルモノナレハナリ或ハ曰ハン控訴人ハ控訴ノ意思ヲ表示シタレトモ附帶控訴ノ意思ヲ表示セルコトナシ然ルニ附帶控訴アリトスルハ不當ナリト之レ形式論法ノ弊竇ニ陷レル僻論ニシテ此種ノ論法ハ往々手續法規ヲシテ實際上ノ妙用ヲ得サラシムル危險ヲ生スルモノナリ又此ノ如キ議論ヲ爲ス者アルカ爲メ世人ヲシテ手續法規ハ無益有害ナリトノ僻見ヲ懷カシムルニ至ルモノナリ控訴者ノ意思ハ原判決ノ取消若クハ變更ヲ求ムルヲ以テ主眼トスルモノニシテ控訴若クハ附帶控訴ハ此意思ヲ表示スルノ手段ニ過キス而シテ其何レノ手段ニモ原判決ノ取消若クハ變更ヲ求ムルノ意思表示アルヤ明カナリ實質觀ニ於テハ附帶控訴モ亦控訴ナルカ故ニ其形式ノ不可ナル點ヲ捨テ其內容タル意思表示ヲ採用スルニ於テ何ノ不可カアランヤ之レ本問ノ場合ニ於テ控訴申立ニ附帶控訴ノ效力ヲ有セシムヘシト謂フ所以ニシテ斯ノ斷定ハ控訴者ノ意思ニ適シ且法律ノ精神ニ協フモノナリ次ニ第二點ニ付キ論究センニ訴訟當事者ハ裁判ニ幾分ノ滿足ナラサル點アルモ相手方ヨリ爭ハサル以上ハ自ラ進ンテ裁判ノ攻擊ヲ爲ササルヲ得策トスルカ爲メ不備ノ裁判ニ服從スルコトアルハ實際上普通ノ狀態ナリ然ルニ相手方カ爭ヲ好ミ上訴ヲ爲スニ至リシ場合ニ於テ前示ノ理由ニテ裁判ニ服從セル當事者ニ其不服ノ點ヲ主張スルコトヲ峻拒スルハ人情ニ反スルモノニシテ且公平ヲ缺クノ虞ナキヲ保セサルヲ以テ民刑訴訟法ハ共ニ附帶控訴ノ制度ヲ立ツルニ至リタルモノニシテ民事訴訟法第四百五條ニ被控訴人ハ自己ノ控訴ヲ拋棄シタルトキ又ハ控訴期間ノ經過シタルトキト雖モ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得ト規定シ又刑事訴訟法第二百五十九條ニ控訴ノ相手方ハ其判決アルマテ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得ト規定セルハ文字ニ差異アリト雖モ其內容ニ於テハ異ル所ナク何レモ叙上ノ理由ニ基クモノナリ而シテ民事訴訟法ノ解釋ニ依レハ數箇ノ請求ニ對シ裁判ヲ爲シタルトキハ控訴人カ控訴ノ申立ヲ爲ササル請求ニ付テハ被控訴人ハ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得ヘク（明治四〇年(オ)第四一四號同年一月二三日同院第二民事部判決）又第一審裁判所カ一箇ノ判決ヲ以テ本訴竝ニ反訴ノ裁判ヲ爲シタル場合ニ於テ當事者ノ一方カ反

訴ノ判決ニ對シ控訴ヲ爲シタルトキハ相手方ハ控訴期間ノ經過後ト雖モ本訴ノ判決ニ對シ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得ヘク（同四三年(オ)第四五號同年二月二四日同院第一民事部判決）其請求ノ關聯スルト否トハ問フ所ニ非ストセリ附帶控訴制度ノ立法上ノ理由及ヒ民事訴訟法ノ解釋敘上ノ如クナリトセハ單ニ刑事ニ於ケル附帶控訴ニ付キ其立法上ノ理由ヲ無視シ民事訴訟法ニ對スル解釋ト異レル解釋ヲ立ツヘキ謂レナキコトハ敢テ喋々ノ要アルヲ見サルナリ難者或ハ曰ハン控訴ヲ申立テサル判決ノ部分ハ控訴期間ノ經過ニ依リ附帶控訴ノ提起前ニ確定スルモノナレハ（前顯四三年レ第二四八號事件ノ判決參照）其確定後ニ於テ縱令附帶控訴ノ申立アルモ之ヲ審判スルヲ得サルヲ以テ結局附帶控訴ハ許スヘカラストノ斷定ヲ爲スヘキモノニ非スヤ然リ控訴期間ノ經過ノ點ニ於テ觀察スレハ判決ノ確定スルコトハ難者ノ言フカ如シ然レトモ附帶控訴ノ點ヨリ觀察スレハ判決ハ未タ確定シタルモノニ非ス何者附帶控訴ノ特質トスルハ附帶控訴者ニ對スル方面ニ於テ控訴期間經過ノ爲メ確定セル判決ヲ攻擊スルヲ得ルノ點ニ在ルモノニシテ此性質ヲ認メサラン歟附帶控訴制度ノ理由ヲ沒却スルニ至ルヘケレハナリ故ニ判決ノ確定ハ本問ノ場合ニ於テハ解除條件ニ繫ルモノト謂フヘキ歟（敘上余翌ノ斷定ヲ又附帶控訴ノ立法上ノ理由ニ之ヲ照ラセハ附帶控訴ノ目的物ト爲レル判決ノ部分ト其主文ノ性質ヲ同クセルヲ要セス又此兩者ノ間ニ關聯アルコトヲ要セス唯一箇ノ判決ヲ以テ數箇ノ犯罪ヲ裁判シタル場合ニ於テモ併合罪ノ規定ヲ適用スヘカラサル場合ニ於テハ一罪ニ關スル主タル控訴ニ關スル附帶控訴ヲ許サストノ斷スルヲ適當トス）

控訴ノ公判前ノ手續

四七四　(一)　訴訟關係人ノ呼出　訴訟關係人ノ呼出ハ呼出狀ヲ發シテ之ヲ爲ス呼出狀ノ送達ト訴訟關係人ノ出頭トノ間ニハ少クトモ二日ノ猶豫ヲ存セサルヘカラス（刑訴法第二五七條）所謂訴訟關係人ニハ辯護人被告人ノ補佐人タル法定代理人私訴ニ於ル參加人ヲ包含スレトモ證人鑑定人ヲ包含セス訴訟關係人ヲ呼出サスシテ開始セル審理ハ違法ナレトモ審理中ニ訴訟關係人ノ出頭スルアラハ其手續ハ適法ノモノトナルヘシ呼出ヲ爲サス訴訟關係人ノ出頭ナクシテ審理ヲ終結セハ其判決ハ破毀ヲ免レス（明治三二年第五二二號同年五月二三日同院第二刑事部判決）又呼出狀ノ送達若クハ呼出狀其者ノ適法ナラサルトキハ呼出ナキト同一ナリ（明治三五年第八七七號同年六月二三日同院第一刑事部判決ニ曰ク辯護人ニ對シ適法ノ呼出狀ヲ送達セスシテ公判ヲ開廷シ辯護人ノ出廷ナキニ訊問ヲ爲シタルハ違法ナリ。明治三二年第六一〇號同年五月二六日同院第二刑事部判決ニ曰ク作成者タル官吏ノ署名捺印ヲ闕キタル呼出狀ハ效カナシ。明治三八年判決第一〇五八號同年一

一月七日同院第二刑事部判決ニ曰ク辯護人ヲ期日ニ呼出サスシテ審理ヲ終結シタルトキハ重要ナル訴訟手續ノ違背ニシテ此違法ノ審理ニ基ケル判決ハ違法ナリ又右ノ審理ニ於ケル被告人ノ供述ハ證據タルノ效力ナシ）呼出ヲ爲ササルモ手續上ノ違法ヲ生セサル場合アリ下ノ如シ

ア、 公判開廷ノ當日辯護屆アリタルトキハ其辯護人ニハ呼出ノ手續ヲ爲スヲ要セス判例ハ右ノ場合ニ於ケル辯護人ハ刑事訴訟法第二百五十七條ニ所謂訴訟關係人ニ非ストセリ（明治三五年レ第二二〇四號同三六年二月一〇日同院第二刑事部判決ニ曰ク刑訴法第二五七條ニ所謂訴訟關係人トハ呼出狀ヲ發スル當時ノ訴訟關係人トシテ其後ニ關係人トナリタル者ハ之ヲ包含セス何者訴訟關係人中途ニ干與スルモノナレハ其訴訟ニ關係人トナリタル者ハ其關係シタル時ニ於ケル以後ニ於テ訴訟ノ程度ニ於テ訴訟關係人トシテ付テ取扱ヲ受クヘキ權利ノ取調ヲモ爲シ其關係手續ヲ遵守シテ訴訟ノ進行ニ伴フヘキ權ニ付テハ進テ自ラ相當ノ調ヲモ爲シ其關係手續ヲ遵守シテ訴訟ノ進行ニ伴フヘキ權ニ付テ取扱ヲ受クヘキ權利ノ取

ヲ發スルノ要ナシ例ヘハ法定代理人ノ資格消滅シタルカ如キ又ハ辯護士ヲ以テ辯護人ト爲シタル場合ニ辯護士ノ資格消滅シタルカ如シ後ノ場合ニ於テハ此辯護士ノ資格消滅シタル者ヲ更ニ裁判所ノ許可ヲ得テ辯護人ニ選定シ公判期日前ニ其許可アリタルナラハ呼出ノ手續ヲ爲スヘキヤ勿論ナリ呼出狀ノ送達ト出頭トノ間ニ存スヘキ猶豫時間ノ法則ハ下ノ場合ニ於テハ之ヲ適用セス

ア、 訴訟關係人カ異議ナク辯論ニ應スルトキ　刑事訴訟法第二百五十七條第二項ノ規定タルヤ被告人其他訴訟關係人ニ辯論準備ノ時間ヲ有セシメムカ爲メニ設ケタルモノナレハ訴訟關係人カ此利益ヲ拋棄スル場合ニハ右ノ規定ヲ強行スルノ必要ナケレハナリ（明治三〇年第一八號同年二月五日同院第二刑事部判決（被告人ニ關スルモノ）同四三年レ第一八〇二號同年一一月八日同院第二刑事部判決（辯護人ニ關スルモノ））

イ、 附帶控訴ノ場合　附帶控訴ニハ第二百五十七條ノ適用ナシトハ判例ノ明示スル所ナリ（明治三三年レ第一二七四號同年一一月一日同院第二刑事部判決）

ウ、 第二回以後ノ公判ノ場合　之レ既ニ第一回公判ノ際其準備アリタルモノナレハナリ（明治三八年レ第一七四號同年四月二〇日同院第一刑事部判決）

エ、 從參加人ヲ呼出ス場合　之レ從參加人ハ主タル當事者ノ如ク辯論ノ準備ヲ爲スノ要ナキモノナレハナリ本條ノ規定ニ違背スルモ審理ヲ更新シテ本條ニ適合セル呼出手續ヲ爲サハ審理上ノ瑕瑾ヲ生セス（明治三五年レ第二二四六號同三六年二月二七日同院第二刑事部判決）數名ノ訴訟關係人ニ對シテハ同一ノ場所ニ居住シ或ハ同一ノ場所ヲ假住所トシテ屆出ヲ爲シタルカ如キ同時ニ送達ヲ受クヘキ狀態ニ在ルトキハ各自ニ別々ニ呼出狀ヲ發スルノ要ナク總員ニ對シ共通ノ呼出狀ヲ發スルモ差支ナシ（明治四一年レ第七四五號同年一〇月二三日同院第一刑事部判決ニ曰ク增島辯護人ハ自己ノ爲メ且假住所主トシテ平岡辯護人外一名ノ爲メニ呼出狀ノ送達ヲ受ケ送達更ニ增島辯護人ニ對シ兩樣ノ資格ニ於テ送達ヲ爲シタルモノナレハ期日呼出狀ノミノ送達ナルモ手續上送達ノ法ニ非ス）

（二） 控訴ヲ申立テタル辯護人、法定代理人ハ控訴審ニ對シ辯護又ハ補佐ノ申立ヲ爲ササルナラハ之ヲ呼出スノ要ナシ

（二） 公判前ノ檢證（刑訴法第二一六條、第二五八條）

（三） 重罪事件ノ下調（同法第二三七條、第二五八條）ハ第一審ニ於ケル手續ト異ル所ナシ然レトモ茲ニ注意スヘキハ重罪ノ起訴ニ對シ第一審裁判所カ輕罪ナリト判決シ此判決ニ對シテ控訴アリタルトキハ下調ヲ要スルヤ否ヤノ問題ナリ曰ク下調ヲ爲ササルヘカラス第一審ニ於テ輕罪トシテ受理シタル事件ヲ重罪ナリトスルトキハ重罪事件トシテ取調ヲ爲ス旨ノ決定ヲ爲スニ因リテ事件ノ性質ニ變更ヲ來タスモノナレトモ第一審ニ於ケル

終局判決ハ事件ノ形式上ノ性質ヲ變更スル效力ヲ有セサレハナリ（明治三五年第八二號同年六月二日同院第二刑事部判決ニ曰ク原審終局決定ニ付セラレタル事件ハ輕罪ノ刑ヲ言渡シタルトキト雖モ更ニ第二審ニ繫屬シタル場合ニ於テハ輕罪公判ニ附セラレタルモノトスルヤ否ヤヲ選定シタル判決ハ重罪事件ノ輕罪ニ關スル場合ニ於テハ輕罪事件ノ下調ニ於テハ辯護人ナキ場合ニ於テ辯護人ヲ選定シタルヤ否ヤヲ問フヘク其他必要ノ取調ヲナスヘキコトヲ取調ヲ爲スヘキコトヲ得ルモノトス判決ハ日頭ヲ以テモ之ヲ爲スヘキモノトス）右ノ外證人鑑定人ノ呼出辯護人ノ選定私訴ノ受理等凡テ第一審ニ於ケルト同一ノ訴訟手續ヲ踐行スヘキモノトス

四七五　控訴ノ公判ハ期日トシテ呼出狀ニ指定シタル又ハ公廷ニ於テ告知シタル又ハ期日出廷ノ受書ニ揭ケタル日時ニ於テ之ヲ開始スヘキモノニシテ訴訟關係人ノ右日時ニ出廷セサルニ拘ハラス又ハ其承諾ナキニ拘ハラス他ノ日時ニ於テ或ハ同日ナルモ時間ヲ繰上ケテ公判ヲ開始セハ其手續ハ違法ニシテ判決ハ破毀ヲ免レス（明治三七年レ第一八六三號同年一〇月一一日同院第一刑事部判決ニ曰ク原院ハ辯護人ニ對シ明治三七年五月五日午前十時ニ出廷スヘキ呼出狀ヲ發シタルニ拘ハラス同日午前八時四十分ニ公判ヲ開キ同辯護人缺席ノ儘審理ヲ爲シタルニ不法アルヲ以テ原判決ハ破毀ヲ免レス）然レドモ時間ヲ繰下ケテ公判ヲ開始シタルトキハ期日ノ變更ニモ非ス又訴訟關係人カ出廷スルヲ得サルノ危險ナキヲ以テ其手續ハ違法ニ非ス（明治三五年レ第三九號同年九月一日同院第一刑事部判決）裁判長ハ被告人ノ氏名、年齡、身分、職業、住所、出生ノ地ヲ訊問シタル後控訴ノ範圍ヲ明カニシ檢事ハ被告事件ヲ陳述スヘキモノトス之レ刑事訴訟法第二百十八條ノ適用ヨリ生スル當然ノ論定ナリ控訴ノ範圍ヲ明カニスル爲メ通例ハ控訴人ヨリ控訴ノ趣旨ヲ陳述スルモノナレトモ此陳述ニ代フルニ裁判長カ問ヲ發シテ控訴ノ範圍ヲ定ムルモ違法ニ非ス然ルニ判例ハ此點ニ付キ嚴格ナル解釋ヲ採リ無罪ノ判決ニ對シ檢事ヨリ控訴ヲ爲シタル場合ニハ控訴ノ趣旨ヲ陳述スヘク此手續ヲ盡サスシテ審判ヲ爲シタルトキハ其判決ハ破毀ヲ免レサルモノトセリ（明治三七年レ第一九一一號同年一〇月二四日同院第二刑事部判決。明治三五年レ第五四〇號同年五月一日同院第一刑事部判決ニ曰ク檢事カ公訴申立ヲ爲スニハ申立書ヲ提出スルノミヲ以テ足レリトセス公判ニ於テ其旨趣ヲ演述スルヲ要シ且公判ノ起頭ニ於テスルヲ普通ノ順序トス）但第一審ニ於ケルカ如ク必スシモ被告事件ノ全體ニ亘リ逐一事實ノ陳述ヲ爲スヲ要セス唯其控訴ヲ爲シタル趣旨ノ大要ヲ陳述スルヲ以テ足ルモノトセリ（同三九年レ第一二三九號同年二月一日同院第一刑事部判決）控訴審ニ於テハ事件ノ覆審ヲ爲スモノナレハ必スシモ控訴ノ趣旨ノ陳述ヲ要スヘキ謂レナキモ檢事ノ控訴ノ場合ニハ控訴ノ趣旨ノ陳述カ其內容ニ於テ被告事件ノ陳述ニ該當スルナラハ

第二百十八條第二項ノ適用ニ外ナラスト謂フヘキモ被告事件ノ陳述タルノ效カナキ控訴ノ趣旨ト雖モ必ス之ヲ陳述セサルヘカラストノ判旨ナラハ法律ノ要求セサル手續ヲ認ムルモノト謂フヘキナリ而シテ判例ハ他ノ一面ニ於テ被告人カ有罪ノ判決ニ對シ控訴シタル場合ニハ檢事ハ被告事件ノ陳述ヲ爲スコトヲ要セサルモノトセリ其理由區々ニシテ或ハ刑事訴訟法第二百十八條第二項ハ第一審公判ニ適用スヘキモノニシテ第二審公判ニ適用スヘキモノニ非スト謂ヒ（明治三三年レ第九五四號同年九月二八日同院第一刑事部判決）或ハ被告ノ控訴ニ係ルトキハ被告ヨリ先ツ控訴ノ趣意ヲ申立ツヘキモノナルヲ以テ刑事訴訟法第二百十八條第二項ヲ適用スヘキモノニ非ス（明治二七年刑第七九一號同年一月五日同院刑事部判決）ト謂ヘリ然レトモ刑事訴訟法第二百五十八條ニハ控訴ノ裁判ニ付テハ地方裁判所ノ第一審ニ關スル規定ヲ適用ストアリテ第二百十八條ノ適用ニ何等ノ制限ヲ置カサルヲ以テ單ニ同條第二項ハ第二審公判ニ適用スヘキモノニ非ストノ斷言ノミニテハ未タ以テ論定ノ理由タルノ價値ナシト謂フヘク又控訴ノ趣意ノ陳述ト被告事件ノ陳述トハ必スシモ常ニ同趣旨ナルヘキモノニ非サルヲ以テ被告ヨリ控訴ノ趣意ヲ申立ツヘキモノナルカ故ニ本條第二項ヲ適用スヘキモノニ非スト謂フノミニテハ未タ以テ十分ノ理由ト爲スヲ得ス茲ニ於テカ判例ハ又下ノ如キ說明ヲ爲セリ曰ク公判ノ初ニ於テ檢事ヨリ被告事件ノ陳述ヲ爲スハ裁判所及ヒ被告人ヲシテ公判ノ目的タル被告事件ヲ知ラシムル爲メニシテ審理ノ基礎ヲ爲スモノナレハナリ是レ刑事訴訟法第二百十八條第二項ノ規定アル所以ニシテ檢事ノ被告事件ノ陳述ハ公判ノ必要條件ナリ然レトモ此規定タルヤ第一審ノ公判ニ於テ常ニ嚴守セサルヘカラサルモノニシテ第二審ノ公判ニ於テハ必シモ然ラス控訴ノ目的ハ第一審判決ノ取消ヲ求ムルニ在ルヲ以テ控訴ヲ申立タル被告人ハ唯第一審判決ニ對スル不服ノ趣旨ヲ陳述スルヲ以テ足レリトス檢事ヨリ被告事件ノ陳述ヲ爲スヲ要セサルナリト（明治四一年レ第五一八號同年六月一八日同院第二刑事部判決）然レトモ口頭審理主義ノ適用セラルル第二審ノ審理ニ於テ原告カ公訴ノ事實ヲ公廷ニ於テ演述スルコトナクシテ審理ヲ爲スモ適法ナリト謂フハ解スヘカラサルモノニシテ被告人カ不服ノ趣旨ヲ陳述スルヲ以テ足レリト謂フノミニテハ未タ以テ首肯スヘキ理由ト爲ラサルナリ茲ニ於テカ或ハ控訴ノ趣旨ノ

陳述事實ノ訊問、證據調及ヒ其結果ニ付キテノ辯論ニ依リ公訴事實ハ明瞭ナルニ至ルヘキヲ以テ公訴事實ノ陳述ヲ要セサルモノナリト謂ヘリ然レトモ右ノ論法ニ從フトキハ第一審ニ於テモ第二百十八條第二項ノ適用ナキモ可ナリト謂ハサルヘカラサルカ故ニ到底有力ナル理由トシテ之ヲ觀ルヲ得ス明治三五年ノ判例ハ以上ノ判例ニ反シテ第二審裁判所カ檢事ノ控訴ノミニ基キ事件ノ審理ヲ爲ス場合ニ於テ檢事ヨリ被告事件ノ陳述ナキニ拘ラス審理ヲ爲スハ口頭審理ノ原則ニ反スト斷セリ（明治三〇年第一三四五號同年三月六日同院第二刑事部判決）之レ余輩ト説ヲ同シクスルモノニシテ法律ノ正解ナリト稱スヘシ事實ノ訊問、證據調及ヒ證據調ノ結果ニ付テノ辯論、受命判事、受託判事ヲシテ爲サシムル證據調、辯論ノ中止再開等審理ノ手續ハ凡テ第一審ニ於ケルト異ル所ナシ又公訴不受理、管轄違ノ原因ニ付キテモ審理ヲ爲スヘク辯論停止ノ原因アラハ其決定ヲ爲スヘク檢證ノ如キハ控訴裁判所ヲ組織セル判事全員出張シテ之ヲ爲スヲ得ルコト勿論ナリ（同法第二五八條）刑事訴訟法第二百五十八條第二項ニ第一審ニ於テ訊問シタル證人又ハ鑑定ヲナシタル鑑定人ハ控訴裁判所ニ於テ其再度ノ訊問、鑑定ヲ必要トセサルトキハ之ヲ呼出ササルコトヲ得ト規定セルハ同法第百八十九條第二項ノ適用ヲ補充セルモノニ外ナラサルナリ

公訴判決ニ對スル控訴ト私訴判決ニ對スル控訴ト竝立シタルトキハ公訴ノ審理ヲ爲シタル後私訴ノ審理ニ着手スヘキモノトス（刑訴法第二五八條第二項）私訴ノ判決ノミニ對シテ控訴ノ申立アリタルトキハ刑事裁判所ノ組織ニ於テ審理スヘキモノトス第一審ニ於テ私訴ノ提起ナク第二審ニ公訴ノ繫屬セルニ附帶シテ私訴提起（第一審ニ私訴ヲ起シ之ヲ取下ケタル後第二審ニ至リ再ヒ提起セルトキ亦同シ）アリタルトキハ其裁判所ハ私訴ニ對シテハ事實ノ終審トシテ裁判ヲ爲スヘキモノトス右ノ場合ニ於テ公訴判決ニ對スル控訴ノ取下アルモ私訴ハ消滅スルモノニ非ス何者該控訴ノ取下ハ公訴判決ヲ確定セシムルモノナレトモ公訴其者ヲ消滅セシムルモノニ非サルカ故ニ公訴ニ附帶シテ成立セル私訴ハ公訴判決ニ對スル控訴ノ取下ヲ爲スモ消滅スヘキ謂レナケレハナリ（明治二九年第一刑事部判決ニ曰ク私訴ハ公訴ニ附帶シテ之ヲ爲スコトヲ得ヘキハ刑訴法ノ規定スルセスシテ單獨ニ爲シ得ヘカラサルコトハ言ヲ俟タサル所ナレトモ既ニ公訴ニ附帶シテ之ヲ提起スルトキハ其主タル公訴ト運命ヲ終始スヘキモノニ非サルコト刑訴法第二四條第二二五條ノ律意ニ依リ推認スル

チ得ヘシ然ルニ原院ニ於テ公訴ノ控訴ニシテ取消アリタルカ爲メ本件附帶私訴ハ受理審判スヘキ理由ナシトシ當控訴院(富城控訴院)刑事部ノ管轄ニ非スト判決シタルハ上告論旨ノ如ク不法ノ判決ナリ)右ノ如ク決スルトキ茲ニ一ノ難問ヲ生ス控訴裁判所ハ私訴ヲ裁判スルニ當リテ確定力ヲ有スルニ至リタル公訴ノ第一審判決ニ抵觸スル裁判ヲ爲ス能ハサルヤ否ヤ是ナリ後ニ論究スヘシ(四八八號ノ下ニ解決ヲ掲ク)第一審ニ於テ公訴及ヒ私訴ノ判決アリテ之ニ對シ各控訴ノ申立アリタル場合ニ於テ公訴判決ニ對スル控訴ノ取下アルモ私訴判決ニ對スル控訴ノ消滅ヲ來タスヘキ理由ナキヤ一層明瞭ナルヘシ

控訴審ニ於ケル特別手續

四七六　或ハ刑事訴訟法第二百五十八條第二項ノ規定ヲ以テ控訴審ニ於ケル特別規定ナリトスル學者アリ消極的手續ヲ規定セルモノトシテ之ヲ觀ルトキハ右ノ如ク論スルモ亦妨ケナシ今最モ明瞭ナル控訴審ニ於ケル特別手續ヲ擧クレハ左ノ如シ

(一)　控訴ノ不適法ナルトキ　控訴裁判所ハ先ツ控訴ノ適否ニ付キ形式上ノ調査ヲ爲ササルヘカラス刑事訴訟法第二百六十條ニ控訴裁判所ニ於テハ控訴ノ期間內ニ控訴ノ申立ヲ爲シタルヤ否ヤヲ調査スヘキ旨ヲ明示シ他ノ形式上ノ調査ニ關シテ規定スル所ナキハ條文上ノ不備ト謂フヘシ然レトモ此調査ヲ要セストスルノ法意ニ非サルヤ明カナリ期間經過後ノ控訴ナルト其他ノ形式上ノ缺點アルトヲ問ハス調査ノ結果不適法ノ控訴ト認メタルトキハ判決ヲ以テ之ヲ棄却スヘク右ノ場合ニハ本案ノ調査ヲ爲スノ要ナシ(明治三五年一二月二二日同院第一刑事部判決ニ曰ク第二審裁判所ハ控訴カ適法ニ成立シタルヤ否ヤヲ調査スル職責ヲ有ス從テ先ツ其成立如何ヲ調査シ有效ニ控訴ヲ爲シ得サルル者ノ爲シタル控訴ハ第一審判決ノ當否如何ヲ問ハス直ニ之ヲ棄却スヘキモノトス)本案ノ審理ニ入リタル後若クハ審理ヲ終結シタル後不適法ノ控訴ナルコトヲ發見シタルトキハ右ノ理由ニ基キ判決ヲ爲スヘク本案ノ判決ヲ爲スヘキモノニ非ス而シテ不適法ノ理由ニ基キ判決ヲ爲スニ當リテハ特ニ之ヲ當事者ニ告ケ此點ニ付キ辯論ヲ爲サシムルノ要ナシ唯其判決ノ要件トシテ辯論ヲ開始セルノ事實アルヲ要スルノミ判決ハ口頭辯論ヲ要件トスルモノナレハ不適法ナルコト一見明瞭ナル場合ト雖モ口頭辯論ヲ開カスシテ不適法ノ理由ヲ以テ控訴棄却ノ判決ヲ爲スヲ得ス若シ之ヲ爲サハ其控訴判決モ亦不適法ノモノト爲ルナリ不適法トシテ控訴ヲ棄却スル場合ニハ其點ニ關シ被告人ノ辯論ヲ聽クヲ要セス又被告人ヨリ控訴アリタ

ル場合ト雖モ此點ニ關シ刑事訴訟法第百九十八條ノ手續ヲ履行スルヲ要セス

(明治二七年刑第八六七號同一月八日刑事部判決)

(二)　輕罪事件ヲ重罪事件ナリト認ムルトキ又ハ重罪事件トシテ主タル控訴又ハ附帶控訴アリタルトキ　刑事訴訟法第二百六十四條第一項ニ曰ク控訴院ニ於テ地方裁判所カ輕罪ナリト判決シタル事件ヲ重罪ナリトスルトキ又ハ其事件ヲ重罪ナリトシテ主タル控訴又ハ附帶控訴アリタルトキハ其公判ヲ止メ受命判事ヲシテ其取調ヲ爲シ報告ヲ爲サシムヘシト此條項ニ關シテハ二箇ノ問題アリ第一、本條ハ輕罪ノ起訴ニ基キ輕罪トシテ事件カ第二審ニ繫屬シタル場合ニノミ適當アルヤ或ハ重罪ノ起訴ニ對シ若クハ第一審裁判所ニ於テ重罪事件トシテ審理スル旨ノ決定ヲ爲シタル後輕罪トシテ判決セル場合ニモ適用アルヤ否ヤ曰ク第一ノ場合ニノミ適用アルモノニシテ第二ノ場合ニ適用ナシ何者既ニ論シタル如ク重罪事件ノ性質ハ第一審ニ於テ輕罪事件ナリトノ判決アリシニ因リテ變更スルモノニ非サレハナリ(明治四年第九四八號同年八月三一日同院休暇部判決ニ曰ク刑訴法第二四六條ノ趣旨ハ控訴院ニ於テ地方裁判所カ輕罪ニ關スル手續ヲ履行シテ審理判決シタル事件ヲ自ラ重罪ナリトスルカ又ハ其事件ナ重罪ナリトシテ控訴アリタルトキハ其公判ヲ止メ重罪ニ關スルカ手續ヲ履行スヘシト云フトニ在リテ犯罪事實其者カ重罪タルト輕罪タルトハ之ヲ適用シタルト將タ無罪ヲ言渡シタルトハ法條ヲ適用シタル法條ニ關スル問題ニ該當スルヲ以テ刑法施行法第二五三條ニ依リ重罪ト輕罪トノ所屬ハ刑法第二五三條ニ該當スル第一審裁判所カ誤テ輕罪ニ關スル手續ヲ以テ審理判決シタル不法アリトシテ檢事ヨリ控訴シタル場合ニ刑訴法第二四六條ニ依據シテ手續ヲ爲シタルハ相當ナリ)

第二、本條ハ地方裁判所カ第二審トシテ其受理シタル事件ヲ重罪ナリトスルトキニ適用アルヤ否ヤ曰ク否、第二百六十三條ノ規定アルノミナラス假リニ同條ノ規定ナシトスルモ本條ニハ控訴院ニ於テ地方裁判所カ輕罪ナリト判決シタル事件ヲ重罪ナリトスルトキトアルカ故ニ區裁判所カ輕罪ナリト判決シタル事件ヲ地方裁判所ノ第二審ニ於テ重罪ナリトスル場合ニハ本條ノ適用ナシトスヘキハ當然ノ文理解釋ナリ然ラハ右ノ場合ニハ本條ニ依ルヘキモノニ非スシテ刑事訴訟法第二百四十一條ヲ適用セサルヘカラス或ハ曰ハン第二百四十一條ハ第一審ニ於ケル訴訟手續ヲ規定セルモノナレハ之ヲ適用スルハ不當ナリト曰ク然ラス右ノ場合ニハ地方裁判所ハ原裁判所ノ管轄違ヲ言渡シ第一審トシテ審判スヘキモノナレハ第二百四十一條ヲ適用スルハ相當ナルノミナラス假ニ重罪事件ノ手續ヲ命スル場合ニハ第二審裁判所タルノ資格ヲ以テ之ヲ

命スルモノトスルモ第二百五十八條ニ依リ第二百四十一條ヲ適用スルモノナレハ其適用上毫モ非難ヲ生スヘキモノニ非サルナリ以上ノ如ク第二百六十四條第一項ヲ解釋スルトキハ控訴院ノ手續ト地方裁判所ノ手續トノ間ニハ下ノ如キ差異アリ控訴院ニ於テハ事件カ豫審ヲ經ルト否トヲ問ハス控訴院ハ公判ヲ止メ常ニ受命判事ヲシテ其取調ヲ爲サシメ且其報告ヲ爲サシムヘキモノトス地方裁判所ニ於テハ事件カ豫審ヲ經タルトキノミ受命判事ヲシテ其取調ヲ爲シ報告ヲ爲サシムヘク（第二六四條第一項）豫審ヲ經サルトキハ事件ヲ豫審判事ニ送致スヘキモノトス（第二五八條第一項、第二四一條）受命判事ノ爲スヘキ處分ハ豫審判事ノ職權ニ屬スル處分ニシテ此點ハ地方裁判所タルト控訴院タルトニ因リ異ル所ナク何レノ場合ニ於テモ受命判事ハ豫審終結決定ヲ爲スヘキモノニ非ス又受命判事ハ豫審處分ヲ爲シタル後更ニ第二百三十七條ノ手續ヲ履行スヘキモノトス第二百六十四條末項ニハ特ニ辯護人ノ選任ナキ場合ニ對シ裁判長ノ職權ヲ以テ辯護人ヲ選任スヘシト明規セリ然レトモ此規定ハ蛇足的ノモノト謂フヘキナリ（大正二年法律第六號ヲ以テ區裁判所ノ權限ヲ擴張シタル結果第二六四條ハ改正スヘキ法條ト爲レリ）

（三）地方裁判所カ控訴ヲ受ケタル事件ニ付キ第一審トシテ裁判權ヲ有スルトキ　此場合ニハ控訴裁判所タル地方裁判所カ原裁判所ノ管轄違ナルコトヲ認ムルモノナレハ先ツ原審ハ管轄違ナリトノ裁判ヲ爲シタル後、第一審トシテ訴訟手續ヲ行フヘキモノナリヤ第二審トシテ手續ヲ施行シタル後、原審ノ管轄違ナルコトノ裁判ト本案ノ裁判トヲ爲スヘキモノナリヤノ問題ヲ生ス手續ノ整正ナル順序ニ從フトキハ先ツ原審ノ管轄違ヲ言渡シ而シテ後、第一審トシテノ審理ヲ開始スヘキモノナリ然レトモ法律ハ此點ニ付キ規定スル所ナシ故ニ先ツ原審ノ管轄違ナルコトヲ裁判スヘキモノトスルトキハ決定ヲ以テ之ヲ爲スヘキヤ判決ヲ以テ之ヲ爲スヘキヤノ問題ヲ生スルモ決定ヲ以テ裁判スヘキモノニ非サルヤ明カナレハ判決ヲ以テ裁判スヘキモノト決スルトキハ中間判決ヲ以テスヘキモノナレトモ右ノ如キ中間判決ハ現行法ノ認メサル所ナレハ管轄違ノ裁判ト本案ノ裁判トヲ同時ニ爲スヘキモノトセル法意ナリト解スルヲ相當トス蓋シ第二審裁判所トシテ審理スル場合ニ於テモ將タ又第一審裁判所トシテ審理スル場合ニ於テモ審理ノ實質ニ於テハ毫モ異ル所ナキカ故ニ第

二審裁判所トシテ審理ヲ爲シタル後、第一審判決ヲ言渡スモ之カ爲タ毫モ被告人ニ不利益ナル結果ヲ歸セシムルコトナキノミナラス多クノ場合ニ於テ重罪事件ノ手續ヲ爲スカ故ニ之ニ因リ被告人ハ第一審トシテ審理ヲ受クルモノナルコトヲ推知スルヲ得ヘク又手續ノ經濟ノ點ヨリ觀察スルモ原審ノ管轄違ノ裁判ト本案ノ裁判トヲ同時ニ爲スヲ便利トスルモノナレハナリ判例モ亦同一ノ論定ヲ取レリ（明治二八年刑第九八號同年一月二五日同院刑事部ハ控訴裁判所ノ管轄違ナルコトヲ認メタルトキハ先ツ單獨ノ判決ニ對シテハ獨立シテ取消訴ス言渡ノ權アルモノ管ナレハ何者管轄ヲ有スト否トノ況ンヤ刑訴法第二六三條ノ「更ニ」ナル文字ハ付キ判決ヲ取消スヘシト同時ノ法意ニ非スシテ別ニ其事件ニ付キ判決ヲ爲スヘシトノ意ニ非スト判示セリ）

事件ノ移送及差戻

四七七　控訴裁判所カ事件ヲ受理スルハ控訴ノ申立ニ基クヲ通例トスレトモ右ノ外控訴裁判所ハ上告裁判所ノ移送ニ因リテ事件ヲ受理スルモノナリ（刑訴法第二八六條）事件ノ移送ヲ受ケタル控訴裁判所ハ上告裁判所ノ表示シタル法律上ノ判斷ニ羈束セラルルヤ曰ク民事訴訟法ニハ此點ニ付キ明文アリ（同法第五〇四條）刑事訴訟法ニハ明文ナシ然レトモ刑事訴訟法ニ於テモ原則トシテ此羈束力ヲ認ムルニ非スンハ上告制度ノ存在ヲ無意味ナラシムルカ故ニ刑事事件ノ移送ヲ受ケタル裁判所ハ上告裁判所ノ表示セル法律上ノ判斷ニ從ヒ裁判ヲ爲ササルヘカラス所謂法律上ノ判斷トハ實體法及ヒ手續法ニ關スル判斷ヲ謂フモノナリ後者ノ例ヲ擧レハ第一審裁判所カ管轄違ヲ言渡シ其判決ニ對シテ控訴シタルニ控訴裁判所モ亦原裁判所ト同一ノ見解ニ基キ控訴棄却ノ判決ヲ爲シ之ニ對シ上告ヲ爲シ上告裁判所ハ第一審裁判所ニ管轄權アルモノトシ原判決ヲ破毀シ事件ヲ他ノ第二審裁判所ニ移送シタルトキハ其裁判所ハ上告裁判所ノ判斷ニ從ヒ第一審判決ヲ取消シ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘキモノトス而シテ移送ヲ受ケタル第二審裁判所カ事件ニ付キ本案ノ裁判ヲ爲スハ違法ナリ（明治三一年刑第二四五號同年一一月二〇日同院第二刑事部判決ニ曰ク本件ハ第一審裁判所タル名古屋地方裁判所岡崎支部ニ於テ管轄違ナルノ理由ヲ以テ公訴ヲ受理セスト爲シ名古屋控訴院ニ於テ右第一審判決ヲ是認シ檢事ノ控訴ヲ棄却スルトキハ其判決ヲ破毀シ原院ニ移シタル事件ナレハ原院ハ刑訴法第二六二條第二項ニ直ニ自ラ本案事件ニ付キ有スル管轄權ナシトシテ公訴ヲ受理セスト判決シタルモ亦失當ナリトシテ同院カ檢事ノ控訴ヲ容認シ名古屋控訴院ニ移シタル事件ニ付キ管轄權ナシトシテ從ツテ名古屋控訴院カ檢事ノ控訴ヲ公訴ヲ受理セスト判決シタルハ失當ニシテ同院ノ判決ヲ破毀シ原院ニ移シタル事件ナレハ原院ハ刑訴法第二六二條第二項ニ直ニ自ラ本案事件ニ差戻ササルヘカラス然ルニ原院カ直ニ本案事

(實ニ付判決ヲ爲シタルハ不法ナリ)第一審ニ於テ管轄權アリトシ本案ノ審判ヲ爲シタル場合ニ第二審裁判所ハ第一審裁判所ニ管轄權ナキモノトシ原判決ヲ取消シ管轄違ヲ言渡シタル判決ニ對シ上告ヲ爲シ上告裁判所ハ管轄權アルモノト判斷シテ事件ヲ控訴裁判所ニ差戻シタルトキハ(此場合ニ差戻判決ヲ爲スヘキヤ否ヤハ疑問ナリ後ニ論究スヘシ)控訴裁判所ハ上告裁判所ノ判斷ニ從ヒテ判斷ヲ爲ササルヘカラス然レトモ常ニ必スシモ本案ノ裁判ヲ爲ササルヘカラサルモノニ非ス他ノ管轄違ノ理由又ハ公訴不受理ノ原因アラハ之ニ基キ管轄違又ハ公訴不受理ノ判決ヲ爲スヲ得ヘシ移送又ハ差戻ノ判決カ違法ナルコト明瞭ナル場合ニ於テモ上告裁判所ノ判斷ニハ服從セサルヘカラス故ニ移送又ハ差戻ヲ受ケタル裁判所ハ上告裁判所ノ判斷ニ從フノ外ハ控訴ノ申立ニ基キ事件ヲ受理シタル場合ニ同シク事件ノ覆審ヲ爲スヘキモノトス前ノ控訴裁判所ニ爲シタル附帶控訴ハ移送ヲ受ケタル裁判所ニ於テ效力ヲ有スルコトハ既ニ論述セルカ如シ差戻ヲ受ケタル裁判所ニ於テ效力ヲ有スルコトハ勿論ナリ公判ヲ開キタル場合ニハ控訴裁判所ハ附帶控訴ノ申立ヲ公判ニ現出セシムルノ職責アルモノニシテ當事者カ附帶控訴ニ付

關席審理

キ陳述ヲ爲ササリシトテ其儘ニ經過シ之ニ對シ判決ヲ與ヘサリシナラハ手續上ノ違法ヲ生スルモノトス檢事以外ノ者ノ爲シタル附帶控訴ハ右ノ場合ニ於テ之ヲ取下クルコトヲ得ルヤ勿論ナレトモ檢事ハ之ヲ取下クルヲ得ス移送ヲ受ケタル裁判所ノ檢事ト雖モ前檢事ノ爲シタル附帶控訴ヲ取消ス職權ナシ(明治三〇年第一八號同年二月五日同院第二刑事部判決)

四七八　(一)　控訴申立人關席シタルトキハ本案ノ審理ヲ爲サスシテ關席判決ヲ爲スヘキモノトス(刑訴法第二六條第一項)相手方カ本案ノ審理ヲ求ムルモ之ヲ許スヘキモノニ非ス從ツテ控訴ノ理由アリヤ否ヤヲ審理スル能ハス亦公訴ノ消滅シタルヤ否ヤニ付キテモ審理ヲ爲スヲ得サルナリ(明治三四年レ第二四七號同年三月一九日同院第二刑事部判決)控訴ノ不適法ナリシトキハ控訴人ノ關席ヲ理由トセス不適法ノ理由ヲ以テ之ヲ棄却スヘキモノトス何者不適法ノ理由ニ基キ控訴ヲ棄却スルニハ控訴申立人ノ辯論ヲ要セサルヲ以テ不適法ナルコト顯然タラハ關席ヲ理由トスル判決ヲ下スノ要ナキノミナラス此判決ヲ爲ストキハ原狀回復ノ申立アラハ之ヲ許シタル後更ニ控訴ヲ不適法トスル判決ヲ下ササルヘカラサル手續上ノ不經

濟ヲ生スレハナリ又通說ニ從ヘハ此判決ニ對シ故障ヲ許スモノナレハ之カ爲メ無益ニ手續ヲ行フノ不經濟アレハナリ附帶控訴アリタルトキハ該控訴ニ基キ本案ノ審理ヲ爲スヲ得ルヤ曰ク否、附帶控訴ニ基ケル本案ノ審理ハ控訴ノ審理ヲ前提トスルモノナレハ控訴ノ審理ナクシテ先ツ附帶控訴ノ審理ヲ爲スヲ得サレハナリ右ノ場合ニ於テハ附帶控訴ハ一旦消滅シ控訴ノ原狀ニ回復スルニ由リテ更ニ復活スルモノナリ控訴ニ基キ事案ノ審理ヲ開始シ辯論續行期日ニ闕席シタル場合ニ於テモ闕席判決ヲ爲スヘキモノナレハ闕席者及ヒ其相手方ハ證據調ノ申請ヲ爲シ裁判所カ之ヲ採用スルノ決定ヲ爲シ該決定ノ未タ施行セラレサルトキト雖モ控訴申立人ノ闕席ノ爲メ該申請及ヒ決定ハ全然其效力ヲ失フモノトス（明治三七年レ第二五〇一號同三八年一月一九日同院第一部判決）右ノ如ク闕席審理ヲ爲スニハ相手方ノ申立ヲ俟ツヘキモノニ非ス然レトモ期日變更ノ決定ヲ爲サハ闕席審理ヲ爲スヲ得ス以上ノ手續ハ單ニ公訴ノミナラス私訴ニ付キテモ行ハルルモノナリ辯護人カ控訴ヲ申立テタル場合ニ於テ被告人ノ出廷セサルトキハ刑事訴訟法第二百六十六條ノ適用アルモノトス詳言スレハ本案ノ審理ヲ爲サスシテ控訴棄却ノ闕席判決ヲ爲スヘキモノトス（明治三〇年第二五五號同年五月二八日同院第二刑事部判決）此闕席判決ニ對シテ故障ヲ爲スコトヲ得ルヤ嚴格ナル法文解釋トシテハ消極的斷定ヲ下スヲ相當トス何トナレハ一、刑事訴訟法第二百五十八條ニハ控訴ノ裁判ニ付テハ地方裁判所ノ第一審ニ關スル規定ヲ適用ストアリテ闕席判決ニ對スル故障期間及ヒ其起算ニ關シテ第一審ノ規定ヲ適用スヘキコトヲ示サス同第二百六十六條ニハ闕席判決ノ手續ノミヲ規定スルモ故障ニ關シテ何等ノ規定ヲ設ケサレハナリ二、第一審ニ於ケル故障ノ規定ニ依レハ刑ヲ言渡シタル闕席判決ニ對スル故障期間ハ罰金刑ニ付テハ闕席判決ノ送達ヲ以テ始マリ禁錮ノ刑ヲ言渡シタル場合ニハ被告人自カラ其送達ヲ受ケ又ハ判決執行ニ依リ刑ノ言渡アリタルコトヲ知リタル日ヲ以テ始マルモノナルニ（刑訴法ノ二二六條）刑事訴訟法第二百六十六條ノ控訴棄却ノ闕席判決ハ刑ノ言渡ニ非サルヲ以テ第一審ニ於ケル故障ノ規定ヲ適用スルヲ得ルモノトスルモ本條ノ判決ニ付キテハ故障期間ノ起算點ヲ知ル能ハサレハナリ三、第一審ニ於テ有罪ノ判決ヲ受ケ控訴シタルニ拘ハラス漫リニ其期日ヲ懈怠スルカ

如キハ許スヘカラサル怠慢ナレハ右ノ如キ當事者ニ故障ニ因リ對席審理ヲ受クルノ恩典ヲ許與スルノ要ナシトノ理由ハ即チ刑事訴訟法ハ第二審ノ闕席判決ニ對シテ故障ヲ許ササルノ法意ナリト解スルノ根據ト爲スヲ得ヘキナリ然レトモ通說及ヒ判例ハ此問題ニ對シテハ積極的斷定ヲ下セリ而シテ判例ノ理由トスル所ハ刑ノ言渡ヲ受ケタル判決ニ對スル控訴ノ棄却セラレタル場合ニ於テハ其對審タルト闕席タルトヲ問ハス刑ノ言渡ヲ是認シタルモノナレハ該判決ハ刑訴法第二百二十九條ニ所謂刑ヲ言渡シタル判決ナルヲ以テ故障期間ノ起發點ヲ知ルニ苦シマスト謂フニ在リ然リ控訴棄却ノ對審判決カ刑ノ言渡ヲ是認スト謂フハ精確ナリ何者事案ヲ覆審シテ犯罪行爲ノ存在ト之ニ對スル被告人ノ責任トヲ確定シ法律ノ適用ヲ考査シ原裁判所ノ科シタル刑ノ量定ヲ適當ナルモノト認メ以テ控訴棄却ノ判決ヲ爲シタルモノナレハナリ然レトモ闕席判決カ刑ノ言渡ヲ是認セルモノナリト謂フハ第二百六十六條ノ控訴棄却ノ闕席判決ノ性質ヲ無視セル不精確ノ說ナリト謂ハサルヲ得ス右ノ場合ニハ毫モ本案ノ審理ヲ爲スコトナク法律適用ノ當否、刑ノ量定ノ如何ヲ考査スルコトナク單ニ期日闕席ノ事實ノミヲ理由トシテ控訴ヲ棄却シタルモノナレハナリ事案ノ覆審ヲ爲サスシテ刑ノ言渡ヲ是認スト謂フコトハ訴訟法ノ理論トシテハ是認スヘカラサルモノナレハナリ故ニ積極說ハ理論上ノ根據薄弱ナレトモ立法論トシテハ固ヨリ相當ナリ消極說ノ成立スルハ畢竟法文ノ不備ニ職由スルモノナレハ被告人ノ權利ヲ重ンスヘシトノ觀察點ヨリスレハ立法的解釋トシテ現行判例ノ說ヲ行ハシムルハ敢テ不可ナリトセサルナリ

(二)　被控訴人闕席シタルトキハ申立人ノ意見ヲ聽キ闕席判決ヲ爲スヘシトアルハ控訴人ノ申立通リノ裁判ヲ爲スヘシトノ義ニ非ス申立人ノ意見ヲ參酌スヘシトノ義ナリ公訴ト私訴トニ分チテ之ヲ論究セン　甲、公訴ノ控訴ニ付キテノ闕席審理ニ於テハ裁判所ハ諸般ノ證據ヲ取調ヘ檢事ノ意見ヲ聽キ自由ナル心證ヲ以テ裁判スヘキモノトス故ニ控訴ヲ棄却スル判決ヲ爲スコトアルヘク又原判決ヲ取消ス場合ニ於テモ控訴人ノ意見ニ反スル裁判ヲ爲スコトアルヘシ何者控訴ノ闕席審理ニ於テモ實體的眞實發見主義、自由心證主義ハ何等ノ制限ヲ受クヘキモノニ非サレハナリ

乙、私訴ノ控訴ニ付キテノ闕席審理ニ於テハ本條ノ規定ト公訴ノ審判トニ牴觸セサル限度ニ於テ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ審理裁判ヲ爲スヘキモノトス此論定ノ適用ヲ示セハ下ノ如シ

ア、控訴申立人出頭シテ一定ノ申立ヲ爲シタルナラハ特ニ闕席判決ノ申立ナキモ審理裁判ヲ爲スヘキモノトス（既ニ明治四二年二九第四七二號同年五月六日同院第二刑事部判決ニ曰ク上告論旨ハ民訴法第四二條ニ則リ控訴人ヨリ闕席判決ノ申立アリタル場合ニ限リ其審理ヲ爲スヘキモノトス此次第ナル爲ニ原審公判始末書上告人敗訴ノ裁判モ亦其申立アリタル場合ニ限リ形跡ナキ謂フ拘ハラスト進ンテ刑事訴訟法第二六六條後段ハ被控訴人カ出頭セサル場合ニ關スル意見ヲ聽キ且被控訴人ノ事實及ヒ法律ニ關スル意見ヲ聽キ而シテ民訴法ノ規定ニ從ヒ闕席判決ヲ爲スヘシト謂フ故ニ同條ニ申立人ノ請求ニ從テ第一審ニ於ケル事實上及ヒ法律上ノ主張カ其當ニ得タルヤ否ヤニ付キ審理ヲ遂ケタルト上訴人カ出頭セサルトキハ之ニ對シ敗訴ノ言渡ヲ爲スヘシト謂フ故ニ同條ニ申立人ノ請求ニ從ヒ闕席判決ヲ爲スヘキモノトス此理由ハ上告人カ出頭セサルトキハ被控訴人

辨濟ナシト認定スルナラハ右證據調ヲ爲シ且其結果ヲ得タルモノト看做ス能ハサルカ如シ判例ハ此點ニ付キ詳細ナル說明ヲ與ヘタリ曰ク刑事ノ第二審ニ於ケル闕席判決ハ民事ノ第二審ニ於ケルカ如ク民事訴訟法第四百二十九條ニ從ヒ控訴ノ申立ヲ待テ之ヲ爲スニ非ス又第一審裁判ノ憑據トナリタルモノニ牴觸セサル控訴人ノ事實上ノ供述ハ被控訴人之ヲ自白シタルモノト看做シ且第一審裁判所ノ事實上ノ確定ヲ補充シ若クハ辯駁スル爲メ控訴人ノ申立タル適法ノ證據調ハ既ニ之ヲ爲シ及ヒ其結果ヲ得タルモノト看做シテ之ヲ爲スヘキモノニ非スシテ刑事訴訟法第二百六十六條ニ從ヒ之ヲ爲スヘキモノトス而シテ同條ノ規定ニ依レハ民事訴訟法ト異リ裁判所ハ被控訴人出頭セサル場合ト雖モ仍ホ對席ノトキト等シク事實及ヒ證據ノ取調ヲ遂ケタル上之ヲ爲スヘキモノナリ（明治三九年レ第四三一號同年二月二日同院第一刑事部判決）

エ、 故ニ控訴人出頭シテ辯論ノ延期ヲ求ムルトキハ裁判所ハ許否ノ職權ヲ有スルモノニシテ必スシモ之ヲ容ルルヲ要セス何等ノ理由ナク徒ラニ訴訟ヲ遲延スルニ過キサルモノト認ムルナラハ延期ノ申請ヲ却下スルヲ得ルモノトス右ノ場合ニ控訴人カ其延期ノ申請ヲ容レラレサルヨリ任意ニ退廷セハ私訴手續ヲ休止ト爲スヘキヤ或ハ控訴ヲ棄却スヘキヤ曰ク任意ノ退廷ハ出廷ナキ場合ト同視スヘキモノニシテ刑事訴訟法第二百六十六條ハ私訴ニモ適用スヘキモノナルヲ以テ本問ノ場合ニハ控訴棄却ノ闕席判決ヲ爲ササルヘカラス況ンヤ訴訟手續ノ休止ハ刑事訴訟法ニ規定セサルモノナルニ於テヲヤ同條ヲ適用シテ事件ヲ處理スルノ外ニ適法ノ手段ナシト謂ハサルヘカラス唯第一審ノ訴訟手續ニ在リテハ民事原告人闕席シタル場合ニ被告人ヨリ闕席判決ノ申立ナクンハ私訴ヲ處理スルコト能ハサルヲ以テ訴訟手續自然ノ經過トシテ休止ノ狀態ニ至ラサルヲ得サルモノナレトモ此狀態ハ法律ノ規定ヨリ生スル當然ノ結果ニ非サルナリ

オ、 被控訴人ノ從參加人出頭シテ被控訴人ノ爲メニ訴訟行爲ヲ爲ストキハ被控訴人ニ對シテ闕席判決ヲ爲ス能ハス控訴人ノ闕席シタル場合ニ其從參加人ノ出頭シタルトキ亦同シ（明治四〇年オ第三〇四號同年一二月一一日第二民事部判決ニ曰ク從參加人ハ其補助スル訴訟當事者ノ陳述及ヒ行爲ト相牴觸セサル限リハ其當事者ノ爲メニ攻擊及ヒ防禦ノ方法ヲ施用シ且凡テノ訴訟行爲殊ニ故障又ハ上訴ヲ爲ス權利ヲ有スルコトハ民訴法第五四條ノ規定スル所ナリ而シテ口頭辯論期日ニ從參加人ノミ出頭シ其補助スル當事者ノ出頭セサルトキハ其當事者ノ出頭セサル一事ヲ以テ從參加人ノ行爲ニ反スル意思ヲ表示

シタルモノト看做スコトヲ得サルヤ論ヲ俟タサル所ナレハ相抵觸スル行爲アリシタルモノト謂フヲ得スト故ニ從參加人ハ口頭辯論期日ニ出頭シタル以上ハ其補助スル當事者カ出頭セサルニ拘ラス其當事者ノ爲メニ期日ノ遵守アリタル者モノト看做シ攻擊及ヒ防禦ノ方法ヲ提出スルコトヲ得ルモノニシテ其當事者ニ期日ノ解怠アリタルモノトシテ闕席判決ヲ爲スコトヲ得サルモノトス（刑訴法第四條第二項）

控訴ニ於ケル公訴判決ノ準則

四七九　判決ヲ爲スニ當リテ控訴裁判所ノ標準トスヘキ形式上及ヒ實體上ノ法則ハ本號以下ニ述フルカ如シ

(一)　控訴ヲ不適法トスルトキハ控訴ヲ棄却スルノ判決ヲ爲スヘキモノトス

第二百六十條ニハ期間經過ノ場合ノミヲ規定スルカ故ニ他ノ理由ヨリシテ控訴ヲ不適法トスル場合ニハ同條ニ依ル能ハス然レトモ不適法ノ控訴ハ棄却スルノ外ニ之ヲ處理スヘキ相當ノ手段ナキヲ以テ棄却ノ判決ヲ爲スヘキモノタルヤ疑ナシ而シテ右ノ場合ニハ本案ノ事實審理ヲ爲スノ要ナキコトハ既ニ述ヘタルカ如シ又事實ノ審理ニ入リタル後控訴ノ不適法ナルコトヲ發見セハ此理由ニ基キ控訴ヲ棄却スヘキモノトス縱令本案事實ノ審理ニ基キ本案ノ判決ヲ爲スモ上告ノ結果破毀セラルヘケレハ本案ノ判決ハ無益ニ歸スヘケレハナリ（刑訴法第二八五條參照）

(二)　原裁判所ノ管轄違ナルコトヲ認メタルトキハ原判決ヲ取消ス判決ヲ爲スヘキモノトス右ノ場合ニ法律ハ判決主文ニ原裁判所ノ管轄違ナルコトヲ示スヘシト命セサレトモ主文ニ原裁判所ハ管轄違ナリトノ判示ヲ爲スヲ相當トス而シテ右ノ如ク管轄違ノ理由ニ基キ原裁判ヲ取消シタル場合ニ被告人ノ勾留ヲ要スルモノト認メタルトキハ前勾留狀ヲ存シ又ハ新ニ勾留狀ヲ發シ其事件ヲ檢事ニ交付スヘキモノトス（刑訴法第二六二條）前勾留狀ヲ存シ又ハ新タニ勾留狀ヲ發スルニ當リテハ之ヲ主文ニ示スヲ以テ足リ判決理由ニ說示スルノ要ナシ（明治三八年レ第七六五號同年七月四日同院第一第二刑事聯合部ノ下セル判決ニ於ケル文例ハ下ノ如シ原判決ハ之ヲ破毀ス廣島地方裁判所尾ノ道支部ハ本件ニ付キ管轄權ヲ有セス被告ニ對スル勾留狀ヲ存シ事件ヲ檢事ニ交附ス云々本件ハ第一審ニ於テハ天津領事館ニ既ニ事件ノ繫屬スルカ故ニ管轄權ヲ有セスト爲シ第二審ニ於テハ公訴不受理ノ判決ヲ爲シタルヲ破毀シタル事件ナリ）地方裁判所カ控訴ヲ受ケ原裁判所ノ管轄違ナルコトヲ認ムルト同時ニ第一審トシテ自ラ管轄權アリト認メタルトキハ原判決ヲ取消スニ止マラス本案ニ付キ裁判ヲ爲ササルヘカラス而シテ區裁判所檢事カ地方裁判所ノ事物ノ管轄ニ屬スル事件ヲ同裁判所檢事ノ移付ニ因リ區裁判所ニ起訴シ同裁判所カ本案ノ判決ヲ與ヘタルトキト雖モ控訴審

タル地方裁判所ハ裁判所構成法第十六條第三號ノ二ノ前段ノ事由アルトキハ原裁判所ノ管轄違ナルコトヲ理由トシテ原判決ヲ取消シ自ラ第一審トシテ本案ノ裁判ヲ爲スヘク職權ナキ檢事ノ提起シタル公訴ナルコトヲ理由トシテ公訴不受理ノ判決ヲ爲スヘキモノニ非ス之レ此判決ヲ爲サシメス本案ノ判決ヲ爲サシメムカ爲メ刑事訴訟法第二百六十三條ノ規定ヲ設ケタル所以ナリ而シテ又右ノ如ク檢事ノ起訴ヲ有效トスルモ被告人ニ對シテハ地方裁判所カ第一審トシテ事件ヲ審理スルカ故ニ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權ヲ被告人ニ奪ヘリトノ非難ヲ生スルノ餘地ナク且新タニ起訴スルノ繁ヲ省キ事件ノ終局ヲ迅速ナラシムルノ實益アルヲ以テ本條ハ理論ニ戻ラス實際ニ適切ナル規定ト謂フヘキナリ（明治三七年第二三八一號同年一月一五日同院第二刑事部判決參照）

（三）原裁判所カ不當ニ管轄違ヲ言渡シタルトキハ原判決ヲ取消シ事件ヲ原裁判所ニ差戻スヘキモノトス　刑事訴訟法第二百六十二條第二項ハ上告審ヨリ事件ノ移送アリタル場合ニ於テモ適用スヘキモノニシテ殊ニ上告審ノ判決ニ第一審裁判所カ管轄權ヲ有スルニ拘ハラス不當ニ管轄違ヲ言渡シタルコトヲ判示シタル場合ニ於テハ移送ヲ受ケタル第二審裁判所ハ本案ニ付キ審理ヲ爲スノ職權ヲ有セサルコトハ既ニ論究セルカ如シ（四七ヒ號參照）

（四）原裁判所カ不當ニ公訴ヲ受理シタルトキハ原判決ヲ取消シ公訴不受理ノ判決ヲ爲スヘキモノトス　右ノ場合ニハ前ニ發シタル勾留狀ヲ存シ又ハ新ニ勾留狀ヲ發スル能ハス公訴提起ハ絶對ニ不適法ナルモノナレハナリ

（五）原裁判所カ不當ニ公訴不受理ノ判決ヲ爲シタルトキハ控訴裁判所ハ原判決ヲ取消シ自ラ本案ニ付キ審判ヲ爲ササルヘカラス舊判例ニ依レハ此場合ニハ刑事訴訟法第二百六十二條第二項ヲ準用シ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘキモノトセリ（明治三一年第六四六號同年八月二日同院休暇部判決）此判例ハ訴訟法ノ理論ニ適スルモノナレトモ根據トスヘキ條文ナキヲ奈何ニセン是ヲ以テ現行判例ハ公訴不受理ノ判決ハ本案ノ判決ニシテ第一審裁判所カ此判決ヲ爲シタルトキハ未タ事實ノ審理ナシト雖モ法律ニ特別ノ規定アルニ非サル以上ハ再ヒ同一事件ニ付キ判決ヲ爲サシムヘカラス刑事訴訟法第二百六十二條第二項ハ此場合ニ適用スヘキ法則ニ非ストノ理由ヲ以テ前判例ヲ變更シ右ノ場合ニハ第一審ニ於テ

事實ノ審理ナキモ第二審裁判所ハ本案ニ付キ審判ヲ爲サザルヘカラサルモノトセリ（明治三三年レ第一一〇號同年一月二日同院第二刑事部判決）現行法ハ該判例ノ如ク解セザルヲ得サルモノナレトモ第一審ニ於テ不當ニ公訴不受理ヲ言渡シタル場合ハ不當ニ管轄違ヲ言渡シタル場合ト同一ニ規定スルヲ相當トスルモノナレハ現行法ハ立法上ノ缺點アルヲ免レス本號及ヒ第三號ノ場合ハ常ニ控訴ノ理由ヲ正當ナリトスル場合ナレトモ第二號第四號ノ場合ニハ控訴ノ理由トシテ管轄違又ハ不當ナル公訴ノ受理ヲ主張セサルトキト雖モ控訴裁判所ハ職權ヲ以テ其原因ヲ調査シ其存在ヲ認ムルナラハ原判決ヲ取消サザルヘカラス而シテ原判決ヲ取消スカ故ニ控訴ノ理由トシテ右ノ原因ヲ主張セサリシモノナルモ控訴ハ理由アルモノト爲ルナリ

同前（控訴ヲ理由アリトスル場合）

四八〇　（六）　以上ノ場合ノ外控訴ノ正當ナリシトキハ原判決ヲ取消シ有罪若クハ無罪ノ判決ヲ爲サザルヘカラス（刑訴法第二六一條第二項）控訴ノ正當ナル場合換言スレハ控訴ノ理由アル場合ノ重要ナルモノ左ノ如シ

甲、裁判所ノ構成ニ違法アリシトキ　即チ第一審ニ於テ法律ノ規定ニ從ヒ判決裁判所ヲ構成セサリシトキハ原判決ヲ取消サザルヘカラス例ヘハ定數ニ不足ナル或ハ過剩ナル判事ヲ以テ裁判所ヲ構成シタルトキ又ハ豫審終結決定ニ干與セル判事カ第一審裁判所ノ構成員タルトキ又ハ忌避ノ理由アリトノ裁判ヲ受ケタル判事カ第一審ノ審判ニ干與シタルトキ又ハ裁判所書記ノ立會ナクシテ行ヒタル審理カ判決ノ基礎ト爲リシトキノ如シ然レトモ縱令裁判所ノ構成ニ違法アリシトスルモ其後辯論ヲ更新シテ更ニ適法ナル裁判所ヲ構成シテ審判ヲ爲シタルトキハ原判決ハ取消ヲ免レサレトモ右ハ裁判所構成上ノ違法ニ非ス豫審處分ヲ爲シ或ハ受託判事トシテ豫審行爲ヲ爲スモ豫審終結決定ヲ爲ササルトキハ其判事カ第一審裁判所ヲ構成スルモ判決取消ノ理由ヲ生セス

乙、實施セル訴訟手續ニ違法アリシトキ　公訴ニ關シ訴訟手續ノ違法ナル重要ナル場合ヲ擧レハ下ノ如シ

ア、公開禁止ノ決定ヲ爲サスシテ審理ヲ公開セサルトキ

イ、判決ノ言渡ヲ公行セサルトキ

ウ、辯護人ヲ立會ハシメサルトキ

エ、公判ノ手續ニ付キ異議ノ中立アリタル場合ニ檢事ノ意見ヲ聽

カスシテ之ヲ裁判シタルトキ　**オ**、被告人ノ身體ヲ拘束シテ審理ヲ爲シタルトキ　**カ**、呼出ノ手續ノ適法ナラサルニ拘ハラス闕席判決ヲ爲シタルトキ　**キ**、公訴不受理若クハ管轄違ノ申立アリタルニ拘ハラス之ニ對シ裁判ヲ與ヘスシテ本案ノ裁判ヲ下シタルトキ　**ク**、下調ヲ爲サスシテ重罪事件ニ對シ判決ヲ下シタルトキ　**ケ**、判決期日ヲ當事者ニ通知セス其出廷ナキニ拘ラス判決ヲ言渡シタルトキ　**コ**、檢事カ被告事件ノ陳述ヲ爲ササルトキ　**サ**、判決ヲ言渡スニ當リ判決主文ヲ朗讀セス又ハ判決ノ理由ヲ朗讀セス若クハ其要領ヲ口頭ヲ以テ告知セサルトキ　**シ**、訴ヲ受ケサル事件ニ付キ審理ヲ爲シタルトキ　**ス**、訴アリタル事件ニ付キ審理ヲ爲ササルトキ　**セ**、第一審ノ合議裁判所カ合議ヲ爲サスシテ判決ヲ爲シタルトキ等是ナリ有罪ノ判決ヲ爲ス場合ニ對席判決ナラハ之ニ對シ控訴ヲ爲スヲ得ヘキコト及ヒ控訴期間ヲ告知セス闕席判決ナラハ故障ヲ爲スヲ得ヘキコト及ヒ故障期間ヲ判決（被告人ニ送達スヘキ判決ニ）ニ記載セサルトキハ手續ノ違法アルモノナレトモ右ノ告知或ハ記載ヲ缺クトキハ控訴期間及ヒ故障期間ノ經過ヲ停止スルモノナレハ之ヲ缺クニ拘ラス控訴若クハ故障アリタルトキハ被告人ニ何等ノ不利益ヲ及ホササリシモノナルヲ以テ右ノ違法ハ第一審判決取消ノ理由トナラサルモノトス第一審ニ於ケル證據調ノ手續ニ違法アリシトキハ第一審判決ヲ取消スヘキヤ例ヘハ證據調ヲ爲サスシテ審理ヲ終結シテ判決ヲ下シタルカ如シ理論上手續ノ違背ナルコトハ明白ナルモノナレトモ現行判例ハ右ノ場合ニハ第一審判決ヲ取消スヘキモノニ非ストセリ（明治三六年レ第二二七三號同三七年一月二八日同院第二刑事部判決ニ曰ク第一審ニ於ケル證據調ノ違法又ハ證據調ノ申請ニ付キ審理シ第一審判決ノ主文並ニ其基本タル認定ノ事實、適用ノ法律ニ付キ之ヲ相當ナリト判定スルトキハ原判決ノ主文ハ之ヲ棄却スヘキモノトス何者控訴ハ主トシテ原判決事實ノ認定法律ノ適用ヲ攻擊シ其主文ニ對シ不服ヲ唱ヘ之カ取消ヲ求ムルモノナレハ其點ニ付キ原判決相當ナル以上ハ控訴ハ理由ナキニ歸スヘキモノナレハナリ。明治三五年レ第九七八號同年六月三日同院第一刑事部ハ第一審ニ於テ被告人ノ承諾アリシヲ以テ書類ノ朗讀ヲ省略シタルハ違法ナレトモ第二審ニ於テ此瑕疵ヲ更正スルカ故ニ第一審判決ハ之ヲ取消スヘキモノニ非スト判決セリ證據調ノ違法ナル場合ナリ）第一審ニ於テ被告人又ハ辯護人ヲシテ最終ノ陳述ヲ爲サシメサリシ違法ハ手續上ノ違法トシテハ輕カラサルモノナレトモ現行判例ハ此違法モ第一審判決ノ取消ノ理由トナラサルモノトセリ（明治四〇年レ第一一六七號同年一二月二四日院第一刑事部判決ニ曰ク所論ノ如キ訴訟手

瑕瑾（被告人ナシテ最終ノ陳述ヲ爲サシメサリシコトヲ指ス）ハ事實ノ覆審ヲ爲ス原院ニ於テ之ヲ補正スルヲ以テ足リ其瑕瑾アリシ爲メ第一審判決ヲ取消スヘキモノニ非スト而シテ原院ニ於テハ被告ニ對シ最終ノ申立ヲ爲スヘキ旨ヲ告ケタレハ本趣意ハ理由ナシ）

丙、判決ニ違法アリシトキ　判決ノ違法ト判決言渡ノ違法トヲ混同スヘカラス後者ハ訴訟手續ノ違法ニ屬スルモノナレハナリ判決ノ違法トハ判決ノ形式ニ存スル違法ト判決ノ內容ニ存スル違法トノ兩者ニ大別スヘク內容ノ違法ハ事實ノ認定ニ關スル違法、實體法ノ適用ニ關スル違法、訴訟法ノ適用ニ關スル違法、科刑ノ違法及ヒ刑ノ量定ノ不當ノ五者ニ區別スルヲ得ヘシ以上ノ數者ニ付キ順次左ニ其適用ヲ示ス

子、判決ノ形式ニ存スル違法　例ヘハ挿入削除ニ適法ノ押印ナク或ハ數葉ヨリ成ル原本ニ契印ナクシテ判決ノ重要ナル點ヲ理解スル能ハサル場合ノ如シ判決原本ニ裁判所印ノ押捺ナク或ハ判事ノ署名捺印ヲ缺キタル場合ニハ余輩ハ判決ハ未タ存在セスト主張スルモノナレトモ通說ハ判決ハ存在スルモノトシ形式上重大ナル違法アルモノトセリ又判決原本カ消滅シタルトキハ現行判例ニ依レハ其判決ハ取消サルヘキモノトセリ（明治二九年第一〇九號同年二月二五日大審院第一刑事部判決ニ曰ク訴訟記錄ノ燒失ニ依リ上告論旨タル判決原本ニ判事ノ捺印ニ欠缺アリヤ否ヤノ事實ヲ審査スルヲ得サルトキハ原判決ハ破毀セラルヘキモノトス）

丑、事實認定ノ違法　其二三ヲ例示セハ　**ア、第二審裁判所カ第一審判決ノ認メタル二所爲ノ中一所爲ヲ以テ事後ノ所爲ト爲シ犯罪ノ成立セサルモノト認メタルトキハ原判決ニ事實認定ノ違法アリ右ノ場合ニ原判決ヲ取消ササレハ第二審判決ハ破毀セラルヘキモノナリ**（明治三一年三月三〇日同院第四〇七號同年刑事部判決五）　**イ、連續セル收賄行爲ニ付キ第一審判決ト第二審判決ト認定ヲ異ニシ沒收若クハ追徵スヘキ賄賂ノ數額ノ判定ニ影響ヲ及ホスヘキ場合ニ於テハ第一審判決ヲ取消ササルヘカラス**（明治四三年レ第九五三號同年六月六日同院第二刑事部判決）　**ウ、第一審ニ於テハ建造物ヲ破壞シタル事實ヲ認メ第二審ニ於テハ建造物以外ノ物ヲ破壞シタル事實ヲ認定スル場合ニハ第一審ヲ取消ササルヘカラス**（明治四三年レ第一一九四號同年六月廿八日同院第一刑事部判決ニ曰ク原審ニ於テハ第一審カ建物破壞ト認メタル障子破壞ノ事實ヲ認メタル單ニ竹垣ヲ引倒シタル事實ノミヲ認メタルニ過キス換言スレハ建造物損壞ノ事實ヲ認メス竹垣即チ建造物又ハ艦船以外ノ物ヲ損壞シタル事實ヲ認メ第一審ト事實上ノ見解ヲ異ニシタルニ拘ハラス第一審判決ヲ取消サス控訴ヲ棄却シタリシハ不當ナリ）　**エ、第一審ニ於テハ甲ヲ被害者ト認定シ第二審ニ於テハ乙ヲ被害者ト認定スル場合ニハ第一審判決ヲ取消ササルヘカラス**　**オ、證憑十分**

ナラサルニ犯罪アリト認定シ或ハ犯罪事實アルニ其證憑十分ナラストノ裁判ヲ爲シタル第一審判決ハ取消ササルヘカラス適用スヘキ法律ヲ異ニセサル點ヨリ觀レハ事實認定ニ類似スルモ精確ニ觀察スレハ事實認定ノ相違ニ非スシテ法律上ノ判斷ノ異ル場合アリ例ヘハ人ヲ欺罔シテ借用金證書ヲ作成セシメ之ヲ騙取シタル場合ニ第二審ニ於テハ不法ニ財産上ノ利益ヲ得タルモノト認メ第一審ニ於テハ財物ヲ騙取シタルモノト認メタルカ如シ舊判例ニ於テハ右ノ場合其他之ニ類似スル場合ニハ第一審判決ヲ取消スヘキモノトナシタルモ（明治三三年レ第一七五號同年六月二九日同院第一刑事部判決ハ第一審ニ於テ財物騙取ト認メタルニ原判決ハ之ヲ取消ササリシハ違法ナリト說明シ明カニ其ノ判斷ヲ異ニシ原判決カ第一審判決ヲ破毀シ事件ヲ他ノ裁判所ニ移セリ）新判例ニ於テハ法律適用ニ差異ヲ生セサル限リハ第一審判決ヲ取消ス要ナシトセリ（明治三七年レ第八三九號同年五月三日同院第一刑事部判決同三八年レ第一四〇五號同年一月二日同院第一刑事部判決等參照）以上ノ例示ニ徵シテ明カナル如ク事實認定ノ差異ノ爲メ第一審判決ヲ取消スハ第一審ノ判斷ヨリ生シタル判決主文ト第二審ノ判斷ヨリ生スヘキ判決主文トヲ異ニスヘキ場合或ハ事實認定ノ差異ノ結果トシテ法律ノ適用ヲ異ニスヘキ場合或ハ判斷ノ差異ノ結果

私訴權利者ヲ異ニスヘキ場合等重要ノ點ニ於テ第二審判決ト第二審判決トノ差異ヲ生スル場合ナラサルヘカラス故ニ判例ニ曰ク第一第二審兩級ノ判決カ犯罪ノ構成條件タル主要ノ事實ニ於テ相一致スル以上ハ縱令枝葉ノ點ニ於テ其認定ヲ同フセサルモ第一審判決ヲ認可スルニ妨ナシト

（明治四〇年レ第一七四號同年九月一九日同院第二刑事部判決）（明治四〇年レ第一七四號同年九月一九日同院第二刑事部判決）

審裁判所カ其主文並ニ事實ノ認定、法律ノ適用ニ於テ符合スルコトヲ要シ其間ニ論難アル事實ノ認定ハ第一審判決ヲ取消シ更ニ自ラ判決ヲ爲スコトヲ要シ其間ニ論難アル事實ノ認定ハ第一審ノ判決ニ於テ一致シタル事實ニ於テ云々致スル以上ハ所ノ是枝葉ノ相違アル事實ト認ムルモ其間寸毫モ差異ナキトキハ兩審級ニ於テ其認定ノ主要ナル事實ニ於テ一致スル以上ハ兩審級ノ點

鏡賢中立ヲ爲シタル債權者如クハ云々調書ニハ虛僞ノ記載ヲ出頭シ」ト鏡賢人ヨリ保證ヲ立テシ於テ鏡賢ニ立會コシ右ノ如ク事實虛僞ナキ事ニ付テ鏡賢ニ云々」ト判示シタルモノナリ

申出ノ事項ヲ記載シタルモノ

申出ヲ爲シタル如ク

賣ハ所論ノ如シ然レトモ第一審ノ判決ハ云々然之相ヲ認致スルコトノナキ得リヘシ其果シテ點然ハラ第ハ一此審點ノニ判關決スハ被第一、二ノ審目ノ

處分ニ因リ不動產ト騙取ス

判決ハ全ク相一認致スルコトノ

既遂ト說示シタル

的ハ金四騙取ニ在ツテ豫期ノ如ク金四ヲ騙取シタルモ本件ノ犯罪ハ第一審判決ノ點ニ在ルモノナリタルト說示シタル

ナムリル金員ノ騙取ナリト其結果ルニモ外ナラサルヲ以テ不動產ノ騙取ニ因リ第二審ノ判決ノ理由

告決等ハ相當金員ニシテ騙取シタル時ヲ以テ本件ノ犯罪ノ所爲ヲ告ヲ得ス

等ハカ金員ニシテ騙取シタル時ヲ以テ不動產ノ騙取ノ所爲ヲ告ヲ得ス

第一審判決ハ相當金員ニシテ騙取シタル時ヲ以テ本件ノ犯罪ノ所爲ヲ告ヲ得ス

第二審カ犯罪ノ情狀ニ關シテ認定ヲ異ニスルモ或ハ前科ノ認定ヲ異ニスルモ之カ爲メ適用スヘキ法律又ハ被告人ニ科スヘキ刑ヲ異ニセサル以上ハ第一審判決ヲ取消スノ要ナキモノナリ（明治三五年第二刑事部判決ニ同年二月二日前科二有期刑十二年ナルヲ十五年ト判示スルモ此誤認ハ刑ノ適用ニ何等ノ影響ヲ及ホサス）又犯罪ノ日時、場所ニ關シ第一審裁判所カ認定ヲ誤ルモ之カ爲メ犯罪ノ成否竝ニ時效ノ成否等ニ何等ノ響影ヲ生セサルトキハ第一審判決ヲ取消スノ要ナシ（明治三五年第二刑事部判決ニ同年二月二日同院第二刑事部判決ニ同年二月二日同院第二刑事部判決ニ同年二月二日同院

ハ單ニ法律適用ノ誤法アリシニ止マラス事實認定ニ誤法アリシモノナレハ丑ノ部類ニ入ルモノトナス）

ケ、犯罪ヲ構成スル事實ナルニ第一審判決ハ之ヲ構成セサルモノトシテ無罪ヲ言渡シタルトキ

コ、刑ノ併科ヲ規定シタル法條（例ヘハ森林法第一條）ヲ適用スヘキニ之ヲ適用セス或ハ適用スヘカラサルニ之ヲ適用シタルトキ（明治三五年第四八號同年二月二〇日同院第二刑事部判決）

サ、人ヲ欺罔シテ財物ヲ騙取シタル事實ニ人ヲ恐喝シテ財物ヲ騙取シタル法條ヲ適用シタルトキハ第一審判決ヲ取消ササルヘカラス以上之ヲ要スルニ適用スヘキ法條ヲ異ニシタルトキハ第一審判決ヲ取消ササルヘカラス然レトモ同一法條ヲ適用スルモ第一審第二審ノ判決ハ各其法條中ノ適用スヘキ條項ヲ異ニスルニ過キサルトキハ第一審判決ヲ取消スノ要ナシ何者法條其物ノ適用ニ變更ヲ生セサレハナリ例ヘハ偽造ト爲スヘキモノヲ偽造トシテ擬律シタルカ如シ又刑法第二百四十六條第一項ト第二項トノ適用ヲ異ニシタルカ如シ（明治四四年刑第二八五號同年五月二三日同院第一部判決ニ曰ク一箇ノ欺罔行爲ニ因リ先ツ被害者ヨリ金三千圓ノ代金債權ヲ取得シ而シテ後更ニ其債權ニ基キ被害者ヲシテ內金三百圓ノ附交セシメタルモノナレハ右債權ニ關シ第二項ノ詐欺取財ト變更スルモ之カ爲得ル金圓ノ取得ハ第二項ノ詐欺取財ト同一ノ罪質ニ結果ニトシテ同一ノ罪ナレハ之カ適用ヲ得スト雖モ其孰レ適用スヘキモノニ非スト謂フヲ得ス而シテ同條第一項第二項ハ之カ適用ヲ得スト雖モ其孰レ適用スヘキモノニ非スト謂フヲ得ス當リテハ同條第一項ノ適用ニ關シ四六條ヲ欺罔シテ人ヲ騙取シタル財物ヲ法律ノ適用ヲ誤リタルモノニ非スト雖モ其財物ヲ騙取シタル法條ヲ適用シタルトキハ第一審判決ヲ取消ササルヘカラス然レトモ同一法條ヲ適用スルモ第一審第二審ノ判決ハ各其法條中ノ適用スヘキ條項ヲ異ニスルニ過キサルトキハ第一審判決ヲ取消スノ要ナシ何者法條其物ノ適用ニ變更ヲ生セサレハナリ例ヘハ偽造ト爲スヘキモノヲ偽造トシテ擬律シタルカ如シ又刑法第二百四十六條第一項ト第二項トノ適用ヲ異ニシタルカ如シ（明治四四年刑第二八五號同年五月二三日同院第一部判決ニ曰ク一箇ノ欺罔行爲ニ因リ先ツ被害者ヨリ金三千圓ノ代金債權ヲ取得シ而シテ後更ニ其債權ニ基キ被害者ヲシテ內金三百圓ノ附交セシメタルモノナレハ右債權ニ關シ第二項ノ詐欺取財ト變更スルモ之カ爲得ル金圓ノ取得ハ第二項ノ詐欺取財ト同一ノ罪質ニ結果ニトシテ同一ノ罪ナレハ之カ適用ヲ得スト雖モ其孰レ適用スヘキモノニ非スト謂フヲ得ス當リテハ同條第一項第二項ハ之カ適用ヲ得スト雖モ其孰レ適用スヘキモノニ非スト謂フヲ得ス當然一ノ罪結果ニトシテ同一ノ罪ナレ

明治三八年一〇月四日第一〇五號同年一二月一八日同院第一〇〇條及第一九〇條第二項ニ違キ刑事部ノ判決ニハ一般ニ重キ所爲ニ對スル刑ヲ適用シタル場合ニ於テモ其犯罪ノ性質ト其情ノ重キトトナシテ以テ恐喝取財罪ノ主ト文書偽造行使罪トノ牽連犯ニシテ文書偽造ノ目的ノ如何ハ犯罪ノ成否及ヒ恐喝ニ於テ被告人ニ科スヘキ刑ヲ定メタル法條ノ適用ニ異ナリ故ニ第一審判決ニ之ヲ明示セス第二審判決ニ之ヲ明示スル場合ニ於テモ第一審判決ヲ取消スヘキモノ

（明治三八年第一〇五號同年一二月一八日同院第一刑事部判決ニ曰ク第一審ノ判決ハ理由ヲ有スルカ故ニ自己ノ金融委託ヲ受ケタル物件ハ同人ノ使用ニ供スルコトヲ得サルニ至レハ犯罪ニ構成スル審理ヲ遂ケタル以上ハ該物件ニ付キテハ犯罪ニ關スル部分ハ之ヲ取消ササルヘカラス（明治四一年第八九五號同年九月三日同院休暇部判決）後ニ論スルカ如ク第一審判決ニ於ケル誤記書損ハ其取消ノ理由ト爲ラサレトモ判文上法條ノ適用ヲ誤リテ之ヲ援用セル記載アリテ誤記書損ナリト認ムヘキ根據ノ判文上ニ存セサルトキハ第一審判決ハ法律ノ適用ニ錯誤アルモノトシテ之ヲ取消ササルヘカラス（明治四一年第八〇號同年四月二三日同院第二刑事部判決）

四八一　卯、訴訟法ノ適用ニ關スル違法　訴訟法ノ適用ニ關スル判決ノ違法ハ實體法ノ適用ニ關スル判決ノ違法ノ如ク其種類多カラスト雖モ其凡ユル違法ノ場合ヲ網羅シテ論センコトハ困難ナルヲ以テ茲ニハ其重要ノ場合ヲ擧クルニ止メン

ア、第一審判決カ或ル犯罪事實ヲ認メナカラ之ニ擬律スルヲ遺忘シタルトキハ第二審裁判所ハ縱令第一審裁判所ノ認定シタルト同一ノ事實ヲ認定セサル場合ト雖モ之ヲ取消ササルヘカラス（明治三九年第四六九號同年六月一日同院第一刑事部判決參照）

イ、押收物ノ還付ニ付キ判旨ノ符合セサルトキハ第一審判決ヲ取消シ正當ノ擬律ヲ爲ササルヘカラストハ判例ノ示ス所ナリ（明治三九年第二六號同年二月一五日同院第二刑事部判決ニ曰ク判決ノ實質ハ主文ノ判定及ヒ其基本タル法律ノ適用ヨリ組成セラルルモノナレハ兩級審ノ判決ノ間右等事項ノ中何レカ其一ニ於テ相

符合セサル限アルトキハ結局判決ノ實質ニ於テハ第二審裁判所ハ常ニ必ス第一審ニ於テ相符合セサルモノナレハ此場合ニ於テハ第二審裁判所ハ常ニ必ス第一審判決ヲ取消シ更ニ相當ノ判決ヲ爲サスヘキモノトス第二審判決ハ刑訴法第二〇二條ヲ適用シ第一審主文ニ沒收ニ係ラサル押收書類ノ部分ヲ差出人ニ還付スト雖モ第一審判決ハ其主文ニ沒收ニ係ラサル物件ニ非サル以上ハ之ヲ爲サスヘキモノトス（明治二四年一月判例及ヒ同二八年八月九日第八六八號同院休暇部判決）右ノ判例ニシテ誤ラストセハ原判決ハ原審ニ於テ還付ノ裁判ヲ爲サスシテ違法ナラサルニ於テハ其判決後ニ發生セル若クハ發見セル特別ノ事情ナキニ於テハ第一審判決ヲ取消スコトハ不當ナル

ノ處分ハ之ヲ判決ニ明示セサルモ沒收ニ係ラサル物件ニ非サル以上ハ之ヲ爲ササルヘカラス換言スレハ判決ニ沒收ノ主文ナキ以上ハ檢事ハ押收物ノ還付ヲ實行セサルヘカラサルモノニシテ判決ニ還付ノ言渡ナキヲ理由トシテ其處分ヲ怠リ所有者ニ損害ヲ被ラシムルコトヲ得サルモノナリ是ヲ以テ大審院判例ハ沒收ニ係ラサル物品ノ處分ハ刑ノ言渡ニ非サルヲ以テ公訴ノ裁判ト同時ニ其言渡ヲ爲スヲ要セス且所有者ハ何時ニテモ還付ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノトセリ（明治二四年一月判例及ヒ同二八年八月九日第八六八號同院休暇部判決）右ノ判例ニシテ誤ラストセハ第一審ニ於テ還附ノ裁判ヲ爲ササリシヲ以テ訴訟法規ニ違背セルモノト爲スヲ得ス右ノ如ク第一審判決ニシテ違法ナラサルニ於テハ其判決後ニ發生セル若クハ發見セル特別ノ事情ナキニ於テハ第一審判決ヲ取消スコトハ不當ナル

モノト謂ハサルヘカラサルモノナレハナリ　ウ、起訴ノ事實以外ニ附帶犯ニ非スシテ第一審裁判所カ或ル犯罪事實ヲ認定シタルトキハ訴ヲ受ケサル事物ニ付キ判決ヲ爲シタル不法アルヲ以テ第二審裁判所ハ原判決ヲ取消ササルヘカラス但右ノ場合ニハ訴ナクシテ認定セル犯罪事實ニ付キ第二審裁判所ハ公訴不受理ノ裁判ヲ爲スヘキモノニ非ス何者第一審ニ於テ公訴ヲ成立セシムヘキ特別ノ手續ヲ行ヒタルニ非スシテ右犯罪ハ公訴事實ニ包含スルモノトシテ裁判ヲ爲シタルニ過キサレハナリ（明治四二年一〇月八日同院第一刑事部判決）然レトモ附帶犯罪ニ非サルモノヲ附帶犯罪ナリトシテ第一審ニ於テ其審理ヲ爲シタル後有罪若クハ無罪ノ判決ヲ下シタルトキハ第二審ニ於テハ原判決ヲ取消シ公訴不受理ノ判決ヲ爲ササルヘカラス　エ、一所爲ナルヘキ公訴事實ニ付キ其一部ヲ有罪トシ他ノ一部ニ對シ特ニ無罪ノ言渡ヲ爲シタル第一審判決ニ對シ檢事ヨリ全部ノ控訴ヲ爲シタルトキ第二審ニ於テ原判決ノ不法ヲ認ムルナラハ原判決全部ヲ取消スヘク無罪ノ部分又ハ有罪ノ部分ノミニ付キ原判決ヲ取消シ或ハ檢事ノ控訴ヲ棄却スヘキモノニ非ス故ニ單ニ一審判決ノ有罪ノ部分ノ

ミヲ取消シ無罪ノ部分ニ付キ檢事ノ控訴ヲ棄却スルカ如キ（全部ヲ無罪トスル場合）ハ違法ナリ（明治三五年レ第一三四六號同年一〇月一三日同院第二刑事部ハ一所爲ナル無罪ノ一部ニ對シ特ニ無罪ノ言渡ヲ爲シ檢事ノ全部ノ控訴ヲ理由アリトシ一審ニ於テ一審判決ヲ取消シタル公訴事實ニ付キ其一部ヲ有罪ノ部分ニ付キ檢事ノ控訴ヲ棄却シタル場合ニ於テハ第一審判決ヲ不法ニ認メタル部分ノミヲ取消シ無罪ノ部分ニ從ツテ檢事ノ控訴ヲ棄却シタルハ違法ナリ）

オ、裁判費用ノ點ニ付キテノミ第一審判決ヲ不法トスルトキハ其部分ノミニ止マラス判決全部ヲ取消ササルヘカラス（明治三四年レ第一五三八號同年九月二日同院第一刑事部判決）

カ、被告人カ控訴ヲ爲シタル後檢事ヨリ附帶控訴アリタルトキハ重キ刑ニ處スル場合ニ於テモ被告人ノ控訴ヲモ理由アルモノトシテ兩控訴ニ基キ原判決ヲ取消スヘキモノトス此點ハ後ニ第二百六十五條ノ論究ノ際更ニ論スヘシ（明治四二年レ第一五二〇號同年一二月一六日同院第部判決）

キ、判例ハ下ノ如キ場合ニモ第一審判決ヲ取消スヘキモノトセリ即チ第一審判決ニ於テハ被告カ春畫販賣罪ニ依リ罰金三十圓ニ處セラレタルハ現ニ處斷スヘキ事件ノ前科ナルモ出版法第三十二條ニ依リ再犯加重ヲ以テ論セスト爲シ第二審ニ於テハ右春畫販賣罪ハ現ニ處斷スヘキ事件ノ前發罪ナルモ出版法第三十二條ニ依リ數罪俱發ノ例ヲ用ヒスト爲シタル場合是ナリ右ノ場合ニ於テハ第二審判決ハ第一審判決ト事實ノ認定法律ノ適用ヲ異ニスルヲ以テ第二審ニ於テハ第一審判決ヲ取消シ更ニ判決ヲ爲ササルヘカラス然ルニ之ヲ是認シ控訴ヲ棄却シタルハ即チ擬律錯誤ノ不法アルモノナリトシテ第二審判決ヲ破毀セリ（明治四〇年レ第一二一號同年二月二六日同院第二刑事部判決）

ク、甲乙ノ併合罪アリテ被告人ハ甲罪ノ處斷ヲ不當トシ檢事ハ乙罪ノ處斷ヲ不當トシテ控訴ヲ爲シタル場合ニ何レカ一方ノ裁判ニ於テ不法アリシトキハ各控訴ヲ共ニ理由アリトシテ原判決全部ヲ取消スヘキモノトス（明治三二年第五七〇號同年五月二二日同院第一刑事部ハ舊刑法第百條ニ適用セルニ罪ニ關シテ本文ト同趣旨ノ判決ヲ下シタリ）

ケ、主タル兩控訴ノ一ヲ或ハ主タル控訴又ハ附帶控訴ヲ理由アリトスルトキハ他ノ控訴（主タル控訴ニ對スル附帶控訴）ヲモ理由アリト爲スヘキモノトス（明治三一年第一七七四號同年一二月二七日同院第一刑事部判決ニ曰ク檢事及ヒ被告人共ニ全部ノ控訴ヲ爲シタル場合ニ於テ控訴審カ第一審判決ノ事實ヲ變更シ同年一二月一〇日同院第二刑事部判決ニ曰ク檢事及ヒ被告人ノ控訴ハ共ニ其理由アリ。明治三一年第一審判決ノ事實ヲ變更シ三號同年一二月一〇日同院第二刑事部判決ニ曰ク檢事ノ控訴ハ理由アリトシテ原判決ヲ取消シ被告人ノ控訴ハ理由アリトシテ第一審判決ヲ取消シタル場合ニ於テ被告人ノ檢事ノ附帶控訴ニ對シテモ亦理由アリトスルモ控訴ハ其者ハ理由アルハ精確ナラサルヘカラス縱令被告人ノ主張セル以前點ノハ理由アリ

○ト年説明シタル判決ハ法則ヲ不當ニ適用シタル不法アルモノト判示セリ（明治三六年第一刑事部判決）之レ亦正當ノ見解ニ非ス同年一〇月四日同院第一刑事部判決）

是ヲ以テ例ノ第一審判決ハ破棄ノ控訴ヲ取消ス能ハス

ル場合ニ於テ後ノ判例ハ破棄ノ控訴ヲ取消ス

確リ（明治三一年第六五八號同三二年二月六日同院第一刑事部）他ノ判決ハ一層明ニ此點ヲ説明セリ曰ク檢事ノ附帯控訴ニ基キ第一審判決ノ瑕疵ヲ認メテ之ニ拘ハ

ラス取消ス審判決ハ其瑕疵ニ付キ被告人ノ控訴ニ基キ第一審判決ノ全部ニ對スルヘキ點ニ付キ被告人ノ控訴ニ基キ第一審判決ノ全部ニ對スルヘキ

第五七五一號刑事部判決）此論定ハ控訴審ノ覆審ノ性質ヨリ生スルモノニシテ

同五日同院第五一號刑事部判決）

控訴裁判所ハ上告ノ如ク控訴ノ理由ノ當否ノミヲ審査スルニ非サルモノナルヲ以テナリ故ニ主タル控訴又ハ附帯控訴或ハ二箇ノ主タル控訴ノ中其一ヲ理由アリトスルトキハ常ニ他ノ控訴ハ理由アルモノナルヲ以テ他ノ控訴ノ理由アル所以ヲ特ニ説示スルノ要ナキモノナリ（明治三二年レ第一〇一四號同年第七日同院第二刑事部判決）

コ、

以上ノ如キ理論ナルヲ以テ苟モ第一審判決ニ違法ノ點アリテ之ヲ取消ス場合ニハ其違法ノ點カ控訴人ノ不服ノ理由トスルモノニ符合スルト否トヲ問ハス控訴ヲ理由アリト爲ササルヘカラス（明治三六年レ第二三五〇號同年二月二三日同院第一刑事部判決）但判決ノ全部ニ對スル控訴ナキコトヲ要ス故ニ例ヘハ第一審判決ニ有罪ノ部分ト無罪ノ部分トアル場合ニ無罪ノ部分ノミニ對シテ控訴アラハ有罪ノ部分ニ如何程明白ナル不法アルモ控訴ヲ理由アリトシテ原判決ノ有罪部分ヲ取消ス能ハス是ヲ以テ判例ニモ原判決取消ノ理由ニシテ被告ノ主張セシ理由ト異ル場合ト雖モ判決ノ全部ニ對スル控訴ナルトキハ其控訴ハ理由アルモノト説明セリ（明治三二年第五號同年二月一〇日同院第二刑事部判決）此點ハ研究上注意スヘキモノタルナリ

辰、科刑ノ違法及ヒ刑ノ量定ノ不當

科刑ノ違法トハ法律ニ定メサル刑ヲ科スルハ勿論、法律ニ定ムル刑ナルモ其刑ヲ科スヘキ事實ナキニ之ヲ科スルヲ謂フ例ヘハ竊盜罪ニ該當スル法律ヲ適用セルニ拘ハラス被告人ニ罰金刑ヲ科シタルカ如キ犯罪供用ノ物件ヲ沒收スルニ當リ被告人ノ所有ニ屬スル事實ヲ確定セサルカ如キ之ナリ刑ノ量定ノ不當トハ第一審裁判所ノ科シタル刑ハ法律ニ違背セサルモ第二審裁判所ノ科スヘキモノト定メタル刑ニ同シカラサルヲ謂フ例ヘハ第二審裁判所ハ懲役一年ニ處スヘキモノト定メタルニ第一審判所ハ懲役二年ニ處シ若クハ懲役六月ニ處シタルカ如キ第二審裁判所カ沒收スルヲ相當トスル物件ヲ沒收セス沒收スルノ要ナシトセル物件ヲ沒收シタルカ如シ刑ノ量定ハ全ク裁判所ノ心證判斷ニ屬スルヲ以テ所謂刑ノ量定ノ不當

ハ法律問題ニ非サルナリ殊ニ選擇刑ヲ科スル場合ニ於テ第一審ニ於テ懲役ニ處シタルヲ第二審ニ於テ罰金ヲ科シ第一審ニ於テ罰金ヲ科シタルヲ第二審ニ於テ懲役ニ處スルカ如キハ刑ノ量定問題ニシテ法律ノ適用問題ニ屬セス上告審ノ審査ヲ受クルコト能ハサルモノナルヲ以テ實質的觀察ニ於テハ第一審裁判所ノ裁判其當ヲ得タリヤ第二審裁判所ノ裁判ハ果シテ正鵠ヲ誤ラサリシヤハ未定ノ問題ト謂フヘク唯形式法上審級ノ上下關係ヨリシテ上級裁判所ノ裁判ニ異レル下級裁判所ノ裁判カ不當ナルノ結果ヲ生スルノミ刑ノ量定ノ性質ハ右ノ如クナレトモ異レル二箇ノ裁判ノ兩立ヲ許ササルカ故ニ第二審裁判所ト第一審裁判所ト其科刑ヲ異ニスル場合ニ於テハ常ニ第一審判決ヲ取消スヘキモノトス而シテ嚴格ニ論スルトキハ第一審ニ於テ重キ情狀アリトシテ例ヘハ懲役十月ニ處シ第二審ニ於テハ其情狀ナシトシテ同シク懲役十月ニ處シタルトキハ第一審判決ハ科刑輕キニ失スルモノト謂ハサルヘカラサルモノナレトモ第一審ト第二審ト科刑ヲ同クスル以上ハ第一審判決ヲ取消スヘキモノニ非ス

（同前）

四八二　控訴ヲ理由アリトスルコトト原判決ノ違法ナルコトトハ全然同意義ノモノニ非ス換言セハ原判決ノ違法ナルトキハ控訴ノ理由アルモノナレトモ原判決ハ違法ニ非サルモ控訴ハ理由アリト爲ササルヘカラサル場合アリ其重要ナルモノ左ノ如シ

戊、第一審判決後法律ニ變更アリタルトキ　法律ニ變更アリタルトキトハ第一審判決後從前ノ法律廢止セラレタル場合及ヒ從前ノ法律ヲ變更スル法律ノ施行アリタル場合ヲ謂フ例ヘハ第一審ニ於テ爆發物取締罰則ヲ適用シタルニ第二審判決ノ當時該罰則ノ廢止セラレタルカ如キ又ハ第一審裁判所カ舊刑法ヲ適用シタルニ第二審判決ノ當時新刑法ノ施行期限ニ達シタルカ如シ第一ノ場合ニ於テハ無罪ノ判決ヲ爲ササルヘカラス第二ノ場合ニ於テハ新舊法ノ比照ヲ爲ササルヘカラサルカ故ニ第一審判決ハ取消ササルヲ得ス第二ノ場合ニ於テハ第一審判決ト同一ノ主文ヲ以テ裁判スルトキト雖モ新舊法ノ比照ヲ缺クカ爲メ第一審判決ハ取消ヲ免レサルナリ以上ノ場合ニハ第一審判決ニ寸毫ノ瑕瑾ナキモノナリ

己、同一ノ被告人ヨリ異レル二箇ノ裁判所ノ第一審判決ニ對シテ各控訴ヲ爲シ控訴裁判所ハ併合罪ノ規定ヲ適用スルトキ　右ノ場合ニハ第二審ニ於テハ兩事件ヲ併合シテ審理ヲ爲スヘク其結果刑法第四十五條第四十七條ノ適用ヲ爲ササルヘカラサルカ故ニ右兩條ヲ適用セサル第一審判決ハ何レモ取消ヲ免レス又右ノ場合ニハ此二箇ノ第一審判決ハ兩立スル能ハサルモノナルカ故ニ各別ニ觀察スレハ何レモ微瑕ナキモノナリトスルモ亦取消ササルヲ得サルナリ

第一審判決ト第二審判決ト主文ヲ異ニスルトキハ多クノ場合ニ於テ第一審判決ヲ取消スヘキモノナレトモ常ニ必スシモ然ラス例ヘハ第二審ニ於テ生シタル訴訟費用ノ負擔ヲ被告人ニ命スル場合ノ如シ右ノ場合ニハ費用ノ裁判ハ第一審ノ裁判ト異ナラサルヘカラサルモノナレトモ第一審判決ニ第二審ニ於テ生シタル費用ノ負擔ヲ命セサリシ不法アリト謂フ能ハナルモノナレハ右ノ場合ニハ控訴ヲ棄却シ而シテ第二審ニ於テ生シタル費用ノ裁判ヲ判決主文ニ掲クヘキモノトス又第二審ニ於テ押收シタル物件ヲ還付スヘキトキハ第一審ノ判決ハ右ノ如キ言渡ヲ爲ス能ハサルモノナルヲ以テ原判決ヲ取消スヘキモノニ非ス反之主文ヲ同クスルモ第一審判決ヲ取消ササルヲ得サル場合アリ下ノ場合ノ如シ卽チ第一審ニ於テ舊刑法ヲ適用シタル場合ニ第二審ニ於テハ新舊刑法ヲ比照シ輕キ舊法ヲ適用スヘキモノトシ原審ト同一ノ刑ニ處スル場合ニ於テハ第一審第二審ノ主文ニ差異ナシト雖モ第一審判決ヲ取消ササルヲ得サルナリ故ニ知ルヘシ主文ノ異同ハ以テ第一審判決ヲ取消スヘキ必然ノ標準ト爲ラサルモノナルコトヲ然レトモ如何ナル場合ニ於テモ刑ヲ異ニスルトキハ其刑ノ差異ハ極メテ微細ナルモノト雖モ原判決ヲ取消ササルヘカラス（明治四〇年一月一日同院第一刑事部判決ニ曰ク原判決ハ其法律適用ノ部ニ於テ被告同年一〇月一日同月ニ處シ罰金五圓ヲ附加シ監視六月ニ處シ罰金六圓ヲ附加ス被告ヲ重禁錮五月ニ處シトアリ然ルニ第一審裁判所ニ於テハ被告ヲ重禁錮五月ニ處シ監視六月ニ付スル旨ノ判決ヲ爲シタルコト第一審判決書ニ徵シ明カナリ故ニ原判決ハ第一審判決ト相合致セサルモノナレハ原院ハ須ラク第一審判決ヲ取消シ更ニ被刑告ノ點ニ於テ重禁錮五月ニ處シ罰金五圓ヲ附加シ六月ノ監視ニ付スヘキ旨ノ判決ヲ爲ササルヘカラサリシナリ然ルニ事茲ニ視由テ被告ノ控訴ヲ棄却シタルハ擬律錯誤ノ不法ヲ免レス）

同前（控訴ヲ理由ナシトスル場合）

四八三　控訴ヲ理由ナシトスルトキハ控訴ヲ棄却スヘキモノトス　刑事訴訟法第二百六十一條第一項ハ法文明瞭ニシテ何等解釋ノ必要ナキモノノ如クナ

レトモ其適用ニ關シテハ數多ノ問題ヲ生スルヲ以テ先ツ其意義ヲ明確ニスルノ必要アリ所謂控訴ヲ理由ナシトスルトキトハ第一審判決ヲ取消スヘキ理由ナシトノ義ナリ詳言セハ第一審判決カ事實ノ認定、法律ノ適用、科刑其他ノ處分ニ於テ毫厘ノ差ナク第二審判決ニ符合スル場合ハ勿論第一審判決ニ對スル控訴ノ理由トスルモノハ正當ナルモ第一審判決ハ他ノ理由ニ因リテ支持セラルヘキ場合、或ハ控訴判決ト事實ノ認定上多少ノ差異アルモ若クハ法律上ノ說明ヲ異ニスルモ適用スヘキ法律ニ差異ナキ場合、被告人以外ノ者ノ犯罪行爲及ヒ其證據理由ヲ揭ケタルカ如キ場合或ハ差押物ノ還付處分ニ付キ還付ノ手續ヲ異ニスルモ之カ爲メ還付ヲ受クヘキ者ノ權利ニ何等ノ影響ナキ場合等要スルニ第一審判決カ結局相當ナル場合ヲモ意味スルモノナリ而シテ第一審判決ト第二審判決トノ間ニ判文ニ於ケル條文列擧ノ詳略ノ差異アルカ如キハ第一審判決ヲ取消スノ理由ト爲ラサルナリ今第二百六十一條第一項ノ適用ヲ示セハ下ノ如シ

ア、 第一審裁判所カ甲者ニ對スル被告事件ノ判決理由中ニ甲者ト乙者トノ犯罪行爲ヲ列記シ且證人ノ豫審調書ヲ引用セルモ其調書ハ甲者ノ事件ニ無關係ナルコト明瞭ナルニ於テハ乙者ニ關スル事實認定及ヒ證據ノ引用ニ不法アルモ控訴ヲ棄却スヘキモノトス（明治二八年刑第四二二號同年四月一六日大審院刑事部判決）

イ、 第一審裁判所ニ於テ兇徒嘯集ノ首魁ヲ敎唆者ト判定セル不當アルトモ敎唆者ト云ヒ首魁ト云ヒ共ニ舊刑法第百三十七條ノ適用ニ影響ヲ及ホササルヲ以テ控訴裁判所ハ右ノ場合ニハ控訴ヲ棄却スヘキモノトス（明治三七年レ第八三九號同年五月三一日同院第一刑事部判決）

ウ、 森林竊盜ノ贓物ニシテ森林主事ヨリ裁判所ニ差出シタルモノハ之ヲ差出人ニ還付スルモ將タ被害者ニ還付スルモ共ニ同一ノ結果ニ歸着シ何人ノ利害ニモ影響セサルヲ以テ此點ニ付キ判定ヲ異ニスルモ控訴ヲ棄却スヘキモノトス（明治四〇年レ第四三七號同年五月二八日同院第一刑事部判決）

エ、 强姦罪ハ被害者ヨリ告訴スルモ將タ親屬ヨリ之ヲ告訴スルヲ論スルコトヲ得ヘキモノトス從テ第一審ニ於テハ被害者ノ告訴アリタルモノトシ第二審ニ於テハ親屬ヨリ告訴シタルモノト認ムルモ控訴ヲ棄却スヘキモノトス（明治四〇年レ第五一八號同年六月一三日同院第二刑事部判決）

オ、 第二審裁判所ニ於テ前科ノ事實ニ付キ第一審裁判所ト認定ヲ異ニスルモ結局第一審裁判所ノ事實ノ認定法律ノ適用科刑ノ量定ヲ相當ト

スルトキハ之ヲ取消スヘキモノニ非ス控訴ヲ棄却スヘキモノトス（明治四一〇年第一號同年一二月四日院第一同刑事部判決）

カ、 第一審判決カ共同被告ノ或者ヲ共犯者ト認メタルニ反シ第二審判決ニ於テ之ヲ共犯ト認メサルモ刑法第九十七條第九十八條ノ如ク共犯者ノ數カ刑法上犯人ノ責任ニ影響ヲ及ホシ之ニ適用スヘキ處罰法條ヲ異ニスル場合ニ非サル限リハ控訴ヲ棄却スヘキモノトス（明治四〇年レ第一〇八七二號同年一〇一月二五日同院第一刑事部判決）

キ、 傷害犯事件ニ付キ第一審判決ニハ其傷害ノ内容タル疾病ノ治癒シタル日時ヲ明記セサリシニ反シ第二審判決ハ之ヲ明記シタル場合ニ於テ縱令其治癒ノ時日カ第一審判決言渡後ニ在リトスルモ之カ爲メニ控訴裁判所ハ第一審裁判所ノ事實認定ヲ變更シタルモノトシテ之ヲ取消スヘキモノニ非ス（明治四三年レ第二〇一二號同年一月四日同院第一刑事部判決）

ク、 犯罪決意ノ動機ニ關スル事實認定ヲ異ニスルモ刑ノ量定ニ變更ヲ生セサルナラハ控訴ヲ棄却スヘキモノトス（明治四三年レ第二四三八號同年二月二〇日同院第一刑事部判決）

ケ、 贓物ニ關スル罪ハ寄藏タルト故買タルトヲ問ハス犯罪ニ因リ收得セラレタル物件ナルノ情ヲ知リテ之ヲ爲スニ因リテ成立シ孰レモ犯罪ニ因ル不法ノ收得ヲシテ更ニ安固ナラシメ被害者ヲシテ返還請求權行使ヲ更ニ困難ナラシムルモノニシテ共ニ同一ノ法條ノ下ニ同一ノ刑ヲ適用スヘキ犯罪ナリトス故ニ第一審裁判所ニ於テ贓物寄藏ト判定シタル所爲ヲ第二審裁判所ニ於テ贓物故買ト認定スルモ之カ爲メ第一審判決ヲ取消スヘキモノニ非ス卽チ控訴ヲ棄却スヘキモノトス（明治四二年レ第二八二號同年四月一五日同院第二刑事部判決）

コ、 判文ニ於ケル文字ノ誤記ハ判決ノ實質ニ影響ヲ及ホスヘキモノニ非サルカ故ニ誤記若クハ誤脫ナリト認メタル以上ハ形式上第一審判決ニ瑕瑾ノ外觀アルモ之ヲ取消スヘキモノニ非ス控訴ヲ棄却スヘキモノトス（明治三四年レ第一七五九號同二五年一月二七日同院第二刑事部判決ニ曰ク前科ナキ者波シタル裁判所ノ名稱ヲ誤記シタル裁判所ノ名稱ヲ異ニスルモ再犯加重ノ法律適用ニハ何等ノ影響ナシ。明治四二年レ第二八二號同年四月一五日同院第二刑事部判決ニ曰ク法律適用ニ關スル判文ハ之ヲ誤記ナリト認ムルヲ妨ケス。明治三六年レ第一一五〇號同年七月二一日同院第一審判決ニ曰ク第一審判決ニ誤謬アルモ其判文殊ニ證據部判決ニ曰ク參照シ其誤脫タルコト明白ナル以上ハ第二審裁判所ハ第一審判決ヲ取消スノ要ナシト認ム）

サ、 騙取ノ金額ヲ變更スルカ如キハ犯罪構成ノ要素ヲ變更スルモノニ非ス從テ第二審裁判所カ第一審裁判所ニ於テ被告ノ騙取セリト認定シタル金額ヲ變更スルモ刑ヲ變更セサルニ於テハ控訴ヲ

棄却スヘキモノトス（同前判決）シ、起訴ノ適法ナルヤ否ヤハ各審級共ニ職權上調査スヘキ事項ニ屬スルヲ以テ第一審第二審裁判所ハ各自ラ相當ナリトスル理由ニ基キ之ヲ受理スヘキモノトス從テ偶其受理ノ理由ヲ異ニスルモ前判決ヲ取消スノ必要ナシ（明治三六年レ第三〇四號同年月三〇日同院第一刑事部判決）。

第一審裁判所カ不備ナル證據判斷ヲ爲シ或ハ違法ナル證據ヲ採用シ或ハ證據ヲ誤認（例ヘハ證言セサルモノヲ證言セルモノノ如ク認メタル）シテ事實認定ヲ爲シタルトキハ第二審裁判所ハ第一審判決ヲ取消スヘキヤ　自由心證主義ニ依レハ裁判所ハ證據取捨ノ專權ヲ有スルヲ以テ第一審裁判所カ第二審裁判所ノ排斥スル證據ヲ採用シタリトテ之ヲ違法ナル處分トスル能ハス然ラハ右ノ場合ニハ控訴ヲ棄却セサルヘカラス（明治三四年レ第一七六號同年六月三日同院第二刑事部判決ニ於ケル事實承審官ノ職權ニ屬ス故ニ第一審裁判所ノ爲シタル證據ノ判斷ニシテ其當ヲ得サルコトアルモ其證據ニシテ不法ノモノニ非サル以上ハ之カ爲メ第一審判決ヲ取消スノ要ナシ）次ニ違法ナル證據ノ採用若クハ證據ノ誤認ノ場合ニハ第一審判決ハ不法ナルヲ以テ之ヲ取消スヘシトノ論定ヲ下スヘキハ當然ナレトモ控訴ヲ爲ス訴訟關係人カ控訴ノ手段ニ依リテ達セントスル目的ハ判決其者ノ取消ニ非ス自己ノ主張スル如キ裁判ヲ得ントスルニ在リ此目的ヨリ觀レハ判決ノ取消ハ寧ロ手段ニ屬スルモノト謂フヘシ右ノ如ク第一審ニ於テ採證上ノ違法アルモ單ニ之ノミニテハ控訴ノ目的ヲ達スル能ハサルモノトセハ判決ヲ取消スハ實際上便宜アリトスヘキモ法律上其要ナキモノナリ然ラハ第一審判決ノ根本的判斷ニシテ誤ラサルナラハ之ヲ取消スニ及ハサルモノト謂フヘシ之レ現行判例ノ立ツル所ノ卓說ニシテ余輩モ亦此說ニ贊同スルニ吝ナラサルモノナリ（明治三五年レ第一五三號同年一一月一一日同院刑事聯合部判決ニ曰ク訴訟人ノ呼出サスシテ證人訊問ヲ爲シタル第一審裁判所ハ被告人ノ出席ヲ得サルトキハ其證言ヲ採用シタル場合ニ於テハ主文ノ判定並ニ其基本タル犯罪事實及ヒ刑ノ適用ニシテ全然符合スル場合ニ於テハ第二審裁判其基本タル犯罪事實ノ確定ニ適切ナリト爲リシ證憑ハ果シテ犯罪事實ノ確定ニ適切ナリヤ否ヤノ如キハ第一審裁判ノ權限ニ屬スル事項ニ關スル第二審裁判ノ目的ハ犯罪事實ノ有無ヲ確定スル權限ヲ有シ第一審裁判ニ引用シタル證憑ハ犯罪事實ノ有無ヲ確定スル權限ヲ有シ第一審裁判ニ於テ失當ノ點アリトスルモ第二審ハ此點ニ關シテ失當ノ點ニ關スル第一審判決ハ犯罪事實ノ認定ニ關シ第一審ノ認定シタル事實ハ相當ナリト認ムルモノナリ然レトモ第二審ハ之ヲ以テ新ノ證據ニ關スル第二審裁判所ノ目的

（同前一部ノ理由ヲアリトシ一部ノ理由ナシトスル場合）

（判決ヲ取消スヘキ控訴理由ト爲ラス）

四八四　數箇ノ事件ヲ第一審ニ於テ各別ニ審判シ數箇ノ判決アリ控訴審ニ於テハ之ヲ併合シテ審理シタル場合ニ一事件ニ付テハ控訴ヲ理由アリトシ一事件ニ付テハ控訴ヲ理由ナシトスルトキハ控訴裁判所ハ原判決取消ト控訴棄却トノ二箇ノ判決ヲ爲スヘキモノトス（明治三七年レ第一二五號同年一〇月一九日判決）（日本刑事第一編第二二頁同年一〇月一九日同院第七部判決）

所カ各別ニ審判シタル同一ノ被告ニ對スル數箇ノ訴訟事件ヲ併合シテ審理シタル場合ニ於テハ其事件ニ付テハ被告人ハ無罪ノ判決ヲ爲シタルモノニ係リ金員ヲ騙取シタル部分ニ關シテハ詐欺取財罪ノ成立スルモノトス（明治四一年レ第一〇二號同年一二月二三日同院第一刑事第一二號同年一五日同院第一刑事）

又之ト同一ノ論法ニ從ヒ一罪ノ處斷ニ關シテ原判決ノ不法ナル一點ヲ擧ケテ原判決ヲ取消ス以上ハ他ニ不法ノ點アリシトシテ主張セル控訴ノ理由ヲ理由ナシトスルモ此控訴ノ論點ニ關シテ控訴棄却ノ裁判ヲ爲スヘキモノニ非ス又第一審判決ニ存スル一ノ瑕瑾ニ基キ原判決ヲ取消ス以上ハ同判決ニ存スル部分ヲ相當トセハ之ヲ取消シ他ノ部分ヲ相當トセハ之ニ對スル控訴ヲ棄却スヘキモノトス（明治四一年レ第一〇二號同年一二月二三日同院第一刑事）

四ヲ騙取シタリトノ公訴事實ニ對シ共ニ無罪ノ判決ヲ爲シ第一審公訴事實ニ關スル判決ノ全部ニ對シ控訴ヲ爲シ取消シニ以テ原院ハ右第一審判決中第一ノ詐欺取財ノ點ニ關スル部分ニ相當トセサルモノナリ而シテ騙取シタリトノ公訴事實

第一審判決取消又ハ控訴棄却ノ場合ニ於テ特ニ判示スルモノヘカラサル

ル他ノ瑕瑾ヲ指摘シテ之ヲ判示スルノ要ナシ（明治二九年レ第九四一號同年一〇月二〇日同院第一刑事部判決）

四八五　一ノ缺點ニ基キ第一審判決ヲ取消ス場合ニハ他ノ缺點ヲ指摘シ若クハ控訴ノ理由トスル他ノ論點ニ對シ一々説明スルノ要ナキコトハ既ニ述ヘタルカ如シ之ト趣ヲ異ニシ控訴ノ判決ニ判示スルヲ要セサルモノアリ　**ア、**　第一審ノ判決ヲ相當トスル場合ニハ第二審判決理由中ニ特ニ刑ノ量定ヲ説示スルノ要ナシ　**イ、**　又第一審判決ヲ取消シ更ニ刑ノ言渡ヲ爲ス場合ニハ控訴判決ノ主文ニ刑ヲ掲クルカ故ニ判決理由中ニ重ネテ之ヲ明記シ且其刑ヲ量定シタル理由ヲ説明スルノ要ナシ（明治四二年レ第八九九號同年三〇日同院休暇部判決）　**ウ、**　刑事訴訟法ノ條文ハ之ヲ判文ニ掲クルノ要ナク又刑法ノ規定ト雖モ總則ノ規定ハ之ヲ適用シタルコト判文上明瞭ナルニ於テハ特ニ判文ニ之ヲ示スノ要ナシ（明治三一年第二〇六六號同年一〇月二四日同院第二刑事部判決ニ曰ク控訴ヲ棄却スルニ付キ法條ヲ示ササルモ違法ニ非ス。同院第二刑事部第一三六四號同年一一月八日同院第二刑事部判決ニ曰ク控訴ヲ棄却シ又ハ原判決ヲ取消シ更ニ裁判ヲ爲スニ當リ其準據セル法條ヲ示ササルモ違法ニ非ス）　**エ、**　第一審ニ於テ謀殺及ヒ死屍毀棄ノ二罪ト爲シタル事實ヲ第二審ニ故テ故殺ノ一罪ヲ構成スルモノト認メタル場合ニ於テハ右ノ事實ノ説明ト之ニ適用スヘキ法律ヲ示

同前（刑訴法第二六五條）

スニ止マリ第一審判決ノ一部タル死屍毀棄ノ點ニ付キ重ネテ判決ヲ爲スヘキモノニ非ス（明治三二年第四九四號同年五月一九日同院第二刑事部判決）　**オ、**　繼續犯タル公訴事實ニ付キ第一審裁判所ニ於テ無罪ノ判決ヲ爲シ檢事ヨリ控訴ヲ爲シ第二審裁判所カ該公訴事實ヲ縮少シテ有罪ノ判決ヲ爲スニ當リテハ其證憑十分ナラスト認メタル部分ニ付キ控訴棄却ノ判決スヘキモノニ非ス（明治三八年レ第四四四號同年二月一〇日同院第二刑事部判決）

四八六　刑事訴訟法第二百六十五條ニ曰ク「被告人、辯護人又ハ法律上代理人ノミ控訴ヲ爲シタルトキハ原判決ヲ變更シテ被告人ノ不利益ト爲スコトヲ許サス被告人ノ利益ノ爲メ檢事ヨリ控訴ヲ爲シタルトキ亦同シ」ト條文ハ一見明瞭ニシテ何等ノ疑義ヲ生セサルモノノ如シ然ルニ本條モ亦深ク之ヲ究ムルトキハ所謂不利益ノ變更ヲ許サストハ判決ノ如何ナル部分ヲ變更スルヲ許ササルノ義ナルヤニ付キ疑問ヲ生セン第一審判決カ金百圓ヲ竊取セリト認定セルニ第二審ニ於テ金千圓ヲ竊取セリト認定セハ被告人ハ私訴ノ請求ヲ受クルニ當リ第一審判決ノ如クンハ百圓ヲ賠償スレハ可ナルモノナルニ第二審判決ノ如クンハ千圓ノ賠償請求ニ應セサルヘカラス之レ即チ不利益ノ變更ニ非スヤ又

第一審ニ於テ竊盜罪ヲ構成スルモノト認定セルニ第二審ニ於テ强盜罪ヲ構成スルモノト認定セハ亦之レ不利益ノ變更ニ非スヤ然レトモ第二審ニ於テ右ノ如キ判決ヲ爲ス能ハストセン歟覆審裁判所トシテノ任務ヲ盡クス能ハサルヲ奈何ニセン第二審裁判所ハ自己ノ自由ナル心證ニ從フテ裁判スルトキハ第一審裁判所ノ認定セルヨリモ被告人ニ取リテ不利益ナル事實ヲ認定セサルヲ得ス然レトモ斯ノ如キハ法律ノ禁スル所ナルカ故ニ事實ヲ認定セストノ裁判ヲ爲ス能ハサルコトハ明カナルヘシ然ラハ右ノ場合ニ於テ如何ナル裁判ヲ爲スヘキ或ハ曰ク犯罪事實ノ認定ハ被告人ニ取リ如何ニ不利益ナリトスルモ第二審裁判所ハ事實認定ノ專權ヲ有スルモノナルヲ以テ之ヲ禁シタル法意ニ非ス唯第一審ノ認メサル罪ヲ認メ或ハ罪數ヲ第一審判決ヨリモ多ク認ムルヲ許サス又第一審判決ノ適用セルヨリモ重キ刑ヲ言渡シ若クハ重キ刑ヲ定メタル法條ヲ適用スルヲ許ササルノ義ナリト(明治二九年第一五一號同年三月二日同院第一審ニ於テ一罪ハト原判決ヲ斷シタル所爲ヲ數罪ト爲シ數罪俱發例ヲ適用シ重キニ從テ處斷セル被告人ノ不利ト爲シタルモノト。同三〇年第九七三五號同年一一月一五日同院第一刑事部判決ニ曰ク第一審ノ認メサル罪ヲ認メ或ハ罪數ヲ減シテ其刑ヲ重クシ又ハ原判決ノ認メサル罪ヲ認ムルヲ許サス刑訴法第二六五條第一項ハ原判決ノ不利益ニ變更スルコトヲ許サスト)然レトモ以上ノ論定ニハ二箇ノ不條理アリ第一事實ノ認定ニ付キ制限ヲ置ク能ハスト爲シナカラ或事實ハ犯罪トシテ認ムルヲ許サス或ハ第一審ノ擬律セルヨリ重キ罪トシテ擬律スルヲ許サス或ハ第一審裁判所カ一罪ト爲シタルカ故ニ數罪ト爲スヲ許サストスルトキハ事實ノ理由ト法律ノ理由ト齟齬スル裁判ヲ爲スコトヲ强ユルモノニ外ナラス第二、認定事實ニ適當スル法條ヲ擬律スル能ハサルカ故ニ第一審判決ノ擬律ヨリモ重キ刑ニ該當スル犯罪事實ヲ認定シタル場合ニハ第二審裁判所ハ之ニ相當スル擬律ヲ爲ス能ハサルカ故ニ其事實ヲ明確ニ說示スルノ要ナシト爲ササルヘカラサルコト是ナリ且第一審判決ヨリモ重キ刑ヲ言渡ササル以上ハ刑罰以外ノ負擔ヲ重カラシムルモ不利益變更ニ非ストハ此說ノ裏面解釋ヨリ生スルモノナレトモ(明治二八年第九八四號同年一〇月三日同院第一刑事部判決ニ曰ク原判決ヲ變更シテ被告ノ不利益ト爲スコトヲ許サストノ法則ハ判事ノ職權ヲ以テ裁判ヲ爲シ得ヘキ公訴費用ノ揚合ニ適用スヘキモノニ非ス)現實ナル不利益ヲ被告人ニ受ケシメナカラ不利益ニ變更セル裁判ニ非スト謂フハ難解ノ說ニアラスヤ余輩ハ夙ニ適用シ。明治二九年第七四三號同年九月一日同院休暇部判決ニ曰ク第一審判決ノ第二一〇條第二項ヲ更正シ第一項ヲ適用シテ處斷シタル第二審ノ裁判ニハ被告人ノミノ控訴ヲ爲シタル不法控訴ニ對アリ)

本條ノ解釋トシテ所謂不利益變更ヲ許サストハ單ニ刑ノミナラス判決主文ヲ被告人ノ不利益ニ變更スルヲ許ササルノ義ニシテ換言スレハ第二審判決主文ニ於テ第一審判決ヨリモ其内容ヲ重ク變更スルヲ得サルノ謂ニシテ事實ノ認定ヲ第一審ノ認定ヨリモ不利益ニ變更シ第一審ヨリモ重キ罪ニ擬律シ又ハ第一審ニ於テ一罪ト爲シタルヲ數罪トスルカ如キハ法文ニ所謂不利益變更ニ非ストノ說ヲ主張シ嘗テ東京控訴院ニ在リテ此說ニ基キ裁判ヲ爲シ來リシカ現今ニ於テハ大審院判例モ余輩ト其說ヲ同クスルニ至レリ（最近同院ニ於ケル著明治ナル四三年レ第一三〇五號同年七月七日同院第二刑事部判決ニ曰クアル刑訴法第二六五條ニ「原判決ニ不利益ト爲スコトヲ許サス」）

於テ各竊盗罪ニ付キ懲役九年ツツノ刑ヲ科シタルニ第二審ニ於テハ懲役十七年ニ處シタルカ如シ（刑法第二三五條參照）後ノ場合ニハ不利益ノ變更ニ非スシテ擬律ノ錯誤ナリ　ウ、法律ニ於テ禁制シタル物件ト雖モ第一審ニ於テ沒收セサリシモノヲ第二審ノ主文ニ於テ沒收スルハ不利益變更ナリ何者沒收ハ一ノ附加刑ナレハナリ（明治四一年レ第四八四號同年六月八日大審院第二刑事部判決）第一審ニ於テ金百圓ノ公訴費用ノ負擔ヲ命セハ不利益變更ナルヤ勿論ナレトモ第一審裁判所カ被告人ニ費用ノ負擔ヲ命セサリシ場合ニ第二審ニ於テ生シタル訴訟費用ノ負擔ヲ被告人ニ命スルハ不利益變更ニ非ス何者右ノ場合ニハ第一審判決後ニ生シタル被告人ノ費用負擔義務ノ履行ヲ命スルモノニシテ第一審判決ヲ此點ニ於テ變更スルモノニ非レハナリ（明治四三年レ第七五號同年三月一〇日同院第二刑事部判決）茲ニ問題トナルハ第一審ニ於テ三名ノ連帶負擔トセル訴訟費用ヲ第二審ニ於テ二名ノ連帶負擔トスルノ裁判ヲ爲スハ不利益變更ナルヤ否ヤ是ナリ判例ハ之ヲ以テ不利益變更ナリトセリ（明治三三年第二五號同年三月九日大審院第一刑事部判決）然レトモ連帶負擔トハ各負擔者ニ於テ全部ニ付キ義務アルヲ謂フモノナレハ法律上ノ觀察ニ於テハ連帶負擔者ノ數ノ增減ハ負擔者各自ノ義務ニ對シテハ何等ノ影響ナキモノト謂ハサルヘカラス但連帶負擔者相互ノ關係ニ於テハ其數ノ增減ハ各自ノ分擔部分ニ增減ヲ來タスモノナレトモ之レ民法上ノ理論ニ屬スルモノニシテ刑事訴訟法第二百六十五條ニ所謂不利益ハ右ノ如キ間接ナル不利益ヲ謂フモノニ非サルナリ若シ斯ノ如キ不利益ヲモ意味スルモノトセン歟金百圓ヲ竊取セリトノ事實ニ變更セハ不利益變更ト謂ハサルヲ得サルヘシ何者被告人ノ民事原告人ニ對スル賠償義務ヲ增加セシムルモノナルヲ以テ右ノ如キ事實認定ハ被告人ニ取リテ間接ナル不利益ノ著明ナルモノナレハナリ判例ハ前示余輩ノ理由ヲ他ノ方面ニ於テ採用シナカラ現時猶不利益變更說ヲ維持セリ（明治三五年レ第二三六號同年二月十三日同院第二刑事部判決カ相被告四名ナシテ負擔セシムヘキ公訴費用ナ被告東ナ除キ他ノ三名ノ連帶負擔ナシタルハ不當ナリト雖モ若シ原院ニ於テ被告四名ノ連帶負擔トナシタルトキハ即チ被告東ニ在ツテハ不利益ニ變更セラルルノ筋合ナルヲ以テ原院カ被告ノミノ控訴ニ係ルヲ以テ不利益ニ變更セストル判示シタルハ至當ナリ而シテ公訴費用ハ元來相被告各自ニ於テ其全部負擔スヘキモノナルヲ以テ第二審裁判所カ第一審判決ノ如ク被告ノ內一名ヲ除キ他ノ三名ニ連帶負擔ヲ命シタレハトテ

益ナリト謂フヲ得ス）而シテ何等ノ異議ヲ狹ムヘカラサル不利益變更ニ非サルモノハ第一審ニ於テ共犯四名ノ連帶負擔ト爲シ第二審ニ於テ共犯五名ノ連帶負擔ト爲シタル場合ニシテ新ニ加ヘラレタル一名ハ或ハ不利益變更ナルコトヲ主張スルヲ得トスルモ四名ノ者ハ之ヲ主張スルヲ得サルコト是ナリ（明治四二年レ第六六號同年六月二一日大審院第二部判決）今一歩ヲ進メ右レ第二五號レ第二三六二號ノ判例ハ果シテ正當ナルヤ否ヤヲ考究スルニ被告四名ニ連帶負擔セシムヘキ訴訟費用ヲ第一審ニ於テ三名ノミノ連帶負擔ト爲シタル判決ニ對シ被告四名ハ各自ニ關スル部分ヲ不法トシテ控訴ヲ爲シタル場合ニ第二審裁判所ハ何故ニ被告人四名ニ對シテ訴訟費用全部ノ連帶負擔ヲ言渡ス能ハサルヤ（但此判例ハ第一審ニ於テ二名ノ連帶負擔ト爲シタルモノヲ第二審ニ於テ控訴ヲ爲シタル被告トノ連帶負擔ト爲シタル案件ニシテ他ノ被告一名トノ連帶負擔ト爲シタル場合ニ對スルモノナレトモ）判例ノ説明ニ依レハ第一審カ費用ノ負擔ヲ命セサリシ被告人ハ原判決ヲ自己ノ不利益ニ變更セラルヘキモノニ非ルヲ以テ之ニ對シテ費用ノ負擔ヲ命スルヲ得スト謂フニ在リ然レトモ費用ノ負擔ヲ命セラレタル被告人三名ハ大審院ノ説明卽チ三名ノ連帶負擔トセル訴訟費用ヲ二名ノ連帶負擔トスルハ不利益ナリトノ論法ニ從フトキハ他ノ被告人一名ヲ加ヘ之ヲ四名ノ連帶負擔トスルニ於テ利益ヲ有スルモノナレハ法律上四名ノ連帶負擔タルヘキモノナルニ於テハ三名カ控訴ヲ申立テタルナラハ各控訴ヲ理由アリトシテ原判決ヲ變更スルヲ相當トスルニ非スヤ費用ノ負擔ヲ命セラレサリシ被告人ノ不利益ニ變更スルヲ許サストノ方面ノミニ著眼シ他ノ三名ノ被告人ノ利益ヲ顧ミサルヲ得サルニ非スヤ右ノ場合ニハ被告三名ノ控訴ハ費用ノ負擔ヲ命セラレサリシ被告人ノ利益ニ反スル主張ヲ包含スルモノニシテ此被告人ト右三名ノ被告人トハ形式上共同被告人ナルモ實質上訴訟費用ノ點ニ於テ利害相反スルモノナリ然ラハ右ノ場合ニハ費用ノ負擔ヲ命セラレサリシ被告人ノ爲メニ第二百六十五條ノ適用ナシト論斷スルニ非スンハ判例ノ採ル所ノ理論ハ一貫スルヲ得サルナリ然レトモ同條ハ右ノ如キ場合ヲ除外セサルナリ條文ノ正當ナル解釋ニ從ヘハ理論ヲ一貫スル能ハス理論ヲ一貫セントセハ條文ヲ制限シテ解釋セサルヘカラス右ノ如ク理論ト解釋ト調和スルヲ得サルハ不利益變更ノ意義ヲ解釋スルノ廣キニ失シタルニ職由セスンハアラス余輩ノ解釋ニ從ヘハ詳言セハ第

不利益變更ニ非サル場合

二審ニ於テ第一審判決ヨリモ連帶負擔者ノ數ヲ減スルハ勿論之ヲ增スモ不利益變更ニ非ストスルノ論法ニ從ヘハ毫モ條文ノ解釋ト理論トノ不調和ヲ生スルノ虞ナキモノナリ

四八六ノ二　刑事訴訟法第二百六十五條ニ所謂不利益變更ノ意義ハ前號ニ詳論セルカ如シ而シテ不利益變更トハ主文ノ不利益變更ヲ謂フモノナルモ本條ノ適用ニ關シテハ疑ヲ生スルコト多キヲ以テ玆ニ不利益變更ニ非サル場合ヲ擧ケ以テ本條ノ意義ヲ一層明確ナラシメン　**ア**、第一審ニ於テ被告ニ二箇ノ犯罪行爲アリトシ其各所爲ニ對シテ各罰金三十圓ヲ言渡シタル場合ニ第二審裁判所カ之ヲ變更シテ單一ノ犯罪行爲ナリトシ罰金三十圓若クハ四十圓ヲ言渡スモ不利益變更ニ非ス（明治三七年レ第八五〇號同年二月二日同院第二刑事部判決）　**イ**、第一審ニ於テ意思繼續ノ一罪トシテ處罰シタル所爲ヲ第二審ニ於テ二箇ノ獨立ナル犯罪ナリト斷定シ罰金ヲ併科スルモ其罰金ノ總額ハ第一審判決ノ罰金額ヲ超過セサルニ於テハ不利益變更ニ非ス（明治四〇年レ第一〇一九號同年一一月五日同院第一刑事部判決）　**ウ**、第一審判決カ押收物ヲ所有者ニ還付スト言渡シ第二審裁判所カ之ヲ差出人ニ還付スト判定スルモ所有權者タル被告人ハ差出人ニ對シ該物件ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ルモノナルカ故ニ右判決ハ不利益變更ニ非ス（明治四三年レ第一九五三號同年一一月五日同院第二刑事部判決）　**エ**、第二審判決ノ科スル主刑ノ第一審判決ノ科シタル主刑ヨリ輕キトキハ第一審判決ノ科セサル沒收追徵ハ勿論罰金ヲ科スルモ將タ又押收物ノ還付處分ヲ被告人ノ不利益ニ變更スルモ法律ニ所謂不利益ノ變更ニ非ス（明治四二年レ第七七號同年九月一〇日同院休暇部判決ニ於テ縱シヤ新ニ追徵ノ言渡ヲ爲スモ不利益變更ニ非ス。明治三七年レ第一六〇九號同年十二月十日同院第二刑事部判決ニ於テ附加セサリシ罰金ヲ附加スルモ主刑ヨリ輕キトキハ第一審判決ヲ被告ノ不利益ニ變更シタルモ第一審判決ニ非ス。明治四〇年レ第五一三號同年六月一一日同院第一刑事部判決ニ曰ク第二審ニ於テ第一審ニ於テ爲スモ不利益變更ニ非ス。明治四三年レ第一八七三號同年四月二日大審院第二刑事部判決）　**オ**、第一審判決カ本刑ニ通算セル前發罪ノ刑ハ二審判決ノ當時既ニ執行ヲ了シ其言渡無效ニ歸シタルトキハ第一審判決ト同一ノ本刑ノミヲ科シ第一審判決カ通算セル前發罪ノ刑ヲ通算スル言渡ヲ爲ササルモ第二審判決ハ第一審判決ノ刑ヲ不利益ニ變更シタルモノニ非ス何者之ヲ通算セサルモ毫モ被告ノ利益ニ影響スル所ナケレハナリ（明治四三年レ第一八七三號同年一一月二一日大審院第二刑事部

決判）カ、第二審裁判所ニ於テ第一審裁判所カ重シト認メタルモノヲ無罪トシ同一ノ刑ヲ殘餘ノ罪ニ科スルモ不利益ノ變更ニ非ス（明治三一年一二月七日大審院第二刑事部判決）キ、第一審判決ヲ變更シタル結果被告人ニ未必ノ不利益ヲ生スヘキコトハ所謂不利益ノ變更ニ非ス（明治三七年一二月一〇日同院第二刑事部判決）ク、控訴審ノ確定判決カ第一審判決ヲ取消シ更ニ重キ刑ヲ言渡シタル結果被告人ニ未必ノ不利益ヲ生スヘキコトハ所謂不利益ノ變更ニ非ス（明治三七年一二月一〇日同院第二刑事部判決）ケ、第一審判決ヲ變更シタル裁判所ハ前ノ第一審裁判所ノ刑ヨリ重キ刑ヲ言渡スコトヲ得何者移送ヲ受ケタル裁判所ハ前ノ第一審裁判所ニ對シテハ直接ナル控訴裁判所ニ非ルノミナラス此第一審裁判所ノ刑ハ確定判決ニ因リ既ニ消滅シタレハナリ即チ右ノ場合ニハ第二六五條ノ適用ナキモノナリ

ケ、刑事訴訟法第二六三條ノ場合ニ於テハ詳言スレハ控訴ヲ受ケタル地方裁判所カ自ラ其事件ニ付キ第一審トシテ裁判ヲ爲スヘキトキハ本條ノ適用ナシ即チ原裁判所ノ科シタル刑ヨリ重キ刑ヲ言渡スコトヲ得ルモノナリ之レ右ノ場合ニハ控訴裁判所トシテ本案ノ裁判ヲ爲スモノニ非サレハナリ判例ノ説明ニ依レハ右ノ場合ハ恰モ地方裁判所カ原裁判所ノ管轄違ヲ言渡シ事件ヲ檢事ニ交付シ檢事ヨリ更ニ起訴シタルト同一ニシテ變更スヘキ判決アルコトナケレハナリトセリ（明治三七年一二月二一日大審院第四九六號同年第四二刑事部判決）コ、第一審判決カ刑ノ執行猶豫ヲ與ヘタル場合ニ於テ第二審裁判所カ原判決ヲ取消ストキハ更ニ執行猶豫ヲ與ヘサルモ不利益變更ニ非ス執行猶豫ヲ與ヘサルコトハ被告人ニ取リテハ不利益ナリト雖モ原判決ヲ重キニ變更セシモノニ非サレハナリ又刑ノ執行猶豫ハ第一審判決ノ取消ニ因リテ當然其效力ヲ失フモノナレハナリ（明治四二年一三號同年三月一九日同院第一刑事部判決ニ曰ク刑法施行法第五五條第一項ニ依レハ第二審ニ於テ第一審判決ヲ取消シタルトキハ刑ノ執行猶豫ノ言渡ヲ爲ス場合ニ於テハ新ニ執行猶豫ノ言渡ヲ爲スルモノナルコトモ同條第二項ノ規定ス當然其效力ナ失フモノトスル而シテ其場合ニ於テハ第二審裁判所ノ職權ニ屬スルモノナルコトハ否トハ

刑訴法第二六五條ノ適用ニ關スル問題

所ナレハ原院カ第一審判決ヲ取消シ更ニ判決ヲ爲スニ當リ執行猶豫ノ言渡ヲ爲サリシヲ以テ刑訴法第二六五條ニ違背シタルモノナリト謂フヲ得ス）

四八七　有罪ト無罪トノ判決アリテ被告人ハ有罪ノ判決ノ部分ニ對シテ檢事ハ無罪ノ部分ニ對シテ控訴シ之ヲ理由アリトスルトキハ檢事ノ控訴セサル判決ノ部分ニ關シテ第一審ヨリモ重キ處斷ヲナスコトヲ得ルヤ例ヘハ檢事ノ控訴セサリシ罪ノ刑ヲ重クシ或ハ此罪ニ關シテ原判決ノ科セサリシ沒收ヲ言渡シ或ハ押收物ノ還付處分ヲ第一審判決ヨリモ不利益ニ變更スルカ如シ曰ク併合罪ノ規定ノ適用ナキ場合ニハ檢事ノ控訴ノ目的ト爲ラサリシ判決ノ部分ハ縱令之ニ對シテ被告人ヨリ控訴ノ申立アルモ檢事ノ控訴ニ基キテハ之ヲ變更スルヲ得サルモノナレハ此場合ハ問題ト爲スノ價値ナキナリ反之併合罪ノ規定ヲ適用スル場合ニ於テハ檢事ノ控訴ノ目的ト爲リシ犯罪ヲ認メ之ヲ重シトシテ處斷スル場合ニハ第一審判決ヨリモ重キ刑ヲ言渡スコトヲ得ヘシ而シテ右ノ場合ニ於テ被告ノ控訴ニ係ル犯罪ニ關シテ沒收スヘキ物件アリテ第一審ニ於テ沒收セサリシナラハ之ヲ沒收スルヲ得是レ併合罪ノ規定ヨリ生スル主文ノ不分割ノ當然ノ結果ナリ（九刑法第四條參照）檢事ノ控訴ノ目的ト爲レル犯罪ヲ輕シトシ第一審ニ於テ處斷セル罪ヲ重シトスル場合ニ於テモ亦同一ノ論定ヲ爲スヘキモノトス是レ併合罪ノ規定ヲ適用スル場合ニハ判決ノ一部ニ對スル控訴ト雖モ刑法第四十七條ノ適用上主文ノ不可分ナルヨリシテ判決全部ニ對シテモ其效力ヲ及ホスモノナレハナリ從ツテ押收物ノ還付又ハ公訴費用ノ負擔ニ付キテモ同一ノ論定ヲ爲スヘキモノトス判決ノ同一點ニ對シ主的控訴ト附帶控訴トアリテ附帶控訴ヲ理由アリトスル場合ニハ檢事ヨリ提起セル附帶控訴ナラハ原判決ヲ附帶控訴ニ基キ被告人ノ不利益ニ變更スルコトヲ得ルモノナリ但右ノ場合ニハ原判決ハ取消スヘキカ故ニ被告人ノ控訴モ亦理由アルモノト爲ササルヘカラス（明治三七年レ第二五五九號同年一月二七日同院第二刑事部判決ニ曰ク第一審ニ於テハ私印私書僞造行使詐僞取財罪ニ付テハ刑法第二審ニ於テハ檢事ノ控訴ヲ爲シ第二審裁判所ハ私印私書罪ニ關シ控訴ヲ爲シタルニ檢事ハ無罪ノ言渡シ來遂ノ點ニ付テハ無罪ナ言渡シ詐僞取財及ヒ詐僞行使詐僞取財罪ニ關シ檢事ハ有罪ノ部分ニ對シ被告人ハ有罪ノ部分ニ對シ控訴ヲ爲シタルモノナリ若シ夫レ本件ノ場合ニ於テハ原判決ノ一審ト等シク前者ニ重キ刑ナリト言渡シタル僞造行使詐僞取財及ヒ詐僞取財罪ニ關シ檢事ノ控訴ニ付キ被告人ノ控訴ニ對シ第一審判決ヲ取消シ更ニ無罪ナリト言渡シタルモノナリ若シ夫レ本件ノ場合ニ於テハ原判決ノ一審ト等シク前者ニ重キ刑ナリト言渡シ眼目定シタル此點ニ關スル檢事ノ控訴ニ付キ被告人ノ控訴ニ對シ第一審判決ヲ取消シ更ニ無罪ナリト言渡シタル

テ刑ヲ科スル場合ニ於テハ第一審判決ヨリ重キ刑ヲ言渡スハ宜シカラザルモノト謂フヲ得ス）刑法第四十八條ヲ適用スヘキ場合例ヘハ竊盗罪ト過失傷害罪ト俱發シタル場合ニハ其一罪ニ關シテ檢事ヨリ控訴アラハ他ノ一罪ノ刑ヲ重クスルコトヲ得ルヤ曰ク右ノ場合ニハ各別ニ其刑ヲ科スルモノニシテ卽二箇ノ獨立セル主文アルヲ以テ竊盗罪ニ對シテハ檢事ヨリ傷害罪ニ對シテハ被告人ヨリ控訴ヲ申立テタル場合ニ檢事ノ控訴ヲ理由アリトスルモ傷害罪ノ刑ヲ重クスルヲ得ス從テ傷害罪ニ關スル裁判費用物件還付ノ處分等ヲ被告人ノ不利益ニ變更スルヲ許サス

原判決ヲ被告人ノ不利益ニ變更セサルトキハ控訴ヲ棄却スヘキヤ或ハ原判決ヲ取消スヘキヤ原判決ヲ取消スヘキモノトセハ如何ナル主文ヲ以テ宣言スヘキヤ之ニ付キテハ從來二說アリ第一說ハ控訴棄却說ニシテ「被告人ノ不利益ニ歸スヘキ點ニ付キ控訴ヲ理由アリトセハ其當然ノ論結トシテ被告人ニ不利益ナル裁判ヲ判決主文ニ揭ケサルヘカラス然レトモ是レ第二六五條ノ禁スル所ナルカ故ニ右ノ場合ニハ控訴ハ理由アリ從テ原判決ヲ取消シ相當ノ裁判ヲ爲スヘキモノナレトモ右ノ如キ裁判ヲ爲スニ於テハ原判決ヲ被告人ノ不利益ニ變更セサルヘカラサルモノナルモ不利益變更ハ刑事訴訟法第二百六十五條ニ反スルモノナルヲ以テ控訴ヲ棄却スルニ止ムヘキモノナリトノ理由ヲ以テ裁判スヘキモノナリ」ト論セリ第二說ハ「正當ノ擬律及ヒ刑ノ適用等ヲ爲シテ原判決ヲ取消シ第二百六十五條ニ依リ原判決ヲ不利益ニ變更スルヲ得サルヲ以テ原判決ト同一處斷ヲナスモノナリトノ理由ヲ附シテ判決主文ニハ原判決取消ノ宣言ト原判決ト同一ノ內容ヲ揭クヘキモノナリ」ト論定シ其理由トスル所ハ苟モ控訴ニシテ理由アラハ縱令被告人ノ不利益ニ歸スヘキ點ニ關スルモノナルニ於テモ刑事訴訟法第二百六十一條第二項ヲ適用セサルヘカラサル謂レナシ故ニ本問ノ場合ニハ右條項ト第二百六十五條トヲ併セテ適用セサルヘカラス之ヲ併セテ適用スルトキハ前示ノ如キ裁判ヲ爲スノ外ニ道ナシト謂フニ在リテ現行判例ノ採用スル所ナリ（明治四二年レ第一五二〇號同年一二月一六日同院第二刑事部判決ニ曰ク被告人ニヨリ控訴ヲ爲シタル場合ニ於テハ被告人ハ第一審判決ヲ自己ノ利益ニ變更センコトヲ求ムルモノナルヲ以テ控訴審ニ於テ被告人タル被告人ノ利益ニ關係ナク刑訴法第二百六十一條第二項ニ依リ控訴ハ理由アルコトヲ發見シタルトキハ第一審判決ニ取消ノ取消ヲ求ムルモノナリトシテ原判決ヲ取消シ更ニ判決ヲ爲サルヘカラス但シ被告人ノ利益ノ爲メ檢事ヨリ控訴ヲ爲シタル場合ニ於テハ被告人ハ第一審判決ヲ自己ノ利益ニ變更センコトヲ求ムルト同時ニ其前提トシテ第一審判決ノ取消ヲ求ムルモノナルヲ以テ控訴審ニ於テ被告人ノ利益ニ關係ナク刑訴法第二百六十一條第二項ニ依リ控訴ハ理由アリトキハ法律上代理人ノミノ控訴ニ係ルカ又ハ被告人ノ利益ノ爲メ檢事ヨリ控訴ヲ爲サルヘカラス但シ被告人辯護人又ハ

シタルトキハ同法第二六五條第一項ニ依リ第一審判決ヲ變更シテ被告人ノ不利益ナル爲スヲ許サス從ツテ被告人ノ不利益ニ歸スヘキ點ニ關シテ第一審判決ニ比シ被告ノ不利益ニ變更スルヲ許ササルニ止マリ此場合ニ於テモ猶被告ノ控訴ハ

控訴審ニ於ケル私訴判決ノ準則

第一審判決ヲ取消シ更ニ判決ヲ爲スヘキモノトス）

四八八　私訴判決ニ對スル控訴ヲ理由ナシトスルトキハ控訴ヲ棄却スヘク理由アリトスルトキハ原判決ヲ取消シ其理由アリトスル所ノ趣旨ニ從ヒ相當ノ判決ヲ爲スヘキコトハ手續上當然ノ理論ニシテ又附帶控訴ナクンハ控訴人ノ不利益ニ原判決ヲ變更スヘカラサルコトハ申立テサル事物ヲ當事者ニ歸セシムヘカラストノ訴訟法上ノ原則ヨリ生スル論定ナレハ刑事訴訟法第二百六十五條ノ規定ハ私訴ニモ適用セラルヘキヤ勿論ナリ況ンヤ民事訴訟法第四百二十五條ニモ不利益變更ハ相手方ノ控訴又ハ附帶控訴アルトキニ限ル旨ノ規定アルニ於テヲヤ反對ノ論定ヲ爲スノ根據ナキモノナリ然レトモ私訴ト公訴トハ元來其實質ヲ異ニスルモノナルカ故ニ右法條ノ適用ニ於テモ其趣旨及ヒ方向ヲ異ニスルモノナリ又控訴審ニ至リ始メテ私訴ノ提起セラルルコトアリ右ノ場合ニハ第二百六十一條第二百六十五條ノ適用ナシ今私訴ノ實質ト其訴訟上ニ於ケル附帶ノ性質ト前示法條ニ基キ私訴ニ對スル控訴審ノ判決ノ準則ヲ細別スレハ左ノ如シ

甲、私訴判決ニ對スル控訴ヲ不適法トスルトキハ之ヲ棄却スヘキモノトス

例ヘハ控訴期間ノ經過後ニ於テ或ハ公訴ノ被告人以外ノ者ヲ私訴ノ被告トシテ審理シタル場合ニ其私訴ノ判決ニ對シ公訴ノ被告人ヨリ控訴ヲ爲シタル場合ノ如シ而シテ公訴判決ニ對スル控訴ハ適法ナルモ之カ爲メ私訴ノ判決ニ對スル控訴ノ瑕瑾ヲ消滅セシムルモノニ非ス又私訴判決ニ對スル控訴判決ノ條件具備スルナラハ公訴判決ニ對スル控訴ハ不適法ナルモ之カ爲メ私訴判決ノ控訴ヲ不適法ナラシムルコトナシ何者私訴判決ハ公訴判決ニ附帶シテ生スルモ判決トシテハ獨立セル別箇ノモノニシテ且其當事者若クハ其當事者ノ資格ヲ異ニスレハナリ公訴判決ニ對シ控訴アリタル場合ニ私訴判決ニ對スル控訴ヲ前者ノ附帶控訴トシテ提起スル能ハサルコト亦右ノ理由ニ出ツルモノナリ故ニ又公訴判決ト私訴判決トハ其判決ノ日ヲ異ニスルニ從ヒ控訴期間ノ起算點ヲ異ニスルモノナリ

乙、私訴判決ニ對スル私訴ノ適法ナルトキ　私訴ノ控訴申立カ形式上適法ナリシトキハ種々ノ場合ヲ生ス左ノ如シ

一、公訴ニ付キ管轄違又ハ公訴不受理ノ判決ヲ爲ストキハ私訴判決ニ對スル控訴理由ノ如何ナルモノナルヲ問ハス常ニ控訴ヲ理由アルモノトシ原判決ヲ取消シ私訴ヲ不適法トシテ棄却スヘキモノトス

二、公訴ニ付キ控訴棄却又ハ原判決取消ノ判決ヲ爲スモ常ニ私訴ニ付キ同一ノ判決ヲ爲スヘキモノニ非ス私訴ノ本案ニ付キ審理ヲ爲シ相當ノ判決ヲ爲スヘキモノトス故ニ公訴判決ヲ取消スモ私訴ノ控訴ヲ棄却スルコトアリ例ヘハ擬律ノ錯誤ニ因リテ公訴判決ヲ取消ス場合ノ如シ右ノ場合ニ於テ第二審判決カ犯罪事實ト損害ノ存在トヲ認メ原判決ヲ相當トスルナラハ私訴判決ニ對スル被告ノ控訴ハ棄却セサルヘカラス反之公訴判決ニ對スル控訴ヲ棄却スルモ私訴判決ヲ取消スコトアリ例ヘハ私訴判決カ過大ナル賠償ヲ被告ニ命シタル場合ニ被告ヨリ控訴ヲ爲シタルカ如シ或ハ民事原告人カ犯人以外ノ第三者ヲ私訴被告トシテ訴追シ第一審ニ於テ之ニ賠償ヲ命シタル場合ニ此第三者ハ民事原告人ニ對シ何等ノ責任ヲ負ハサルモノト第二審裁判所ニ於テ判定セルトキノ如シ之ト異ナリ私訴判決カ公訴判決ノ認定事實ヲ基礎トシテ損害賠償ヲ命セル場合ニ公訴判決ニハ採證ニ關スル瑕瑾アリテ之ヲ取消ストキハ私訴判決ニ對スル控訴モ亦理由アルモノトシテ該判決ヲ取消スヘキモノトス又公訴ニ關係ナク私訴ニ對シ第一審裁判所カ特別ナル事實ヲ認定シ或ハ特別ナル法律上ノ理由ニ基キテ判決シタルニ第二審裁判所カ此認定或ハ法律上ノ理由ヲ不當トスルトキハ公訴ノ控訴ヲ棄却スルモ私訴判決ハ之ヲ取消ササルヘカラス公訴判決ニハ何等ノ違法ナク私訴判決ニ採證若クハ若クハ事實認定ノ違法タルトキ亦同シ

三、第二審裁判所ノ私訴ニ對スル結局ノ判定卽チ主文カ第一審判決主文ト符合スルトキハ控訴ヲ棄却スヘク符合セサルトキハ原判決ヲ取消シ相當ノ裁判ヲ爲スヘキモノトス　是レ私訴判決カ公訴判決ノ影響ヲ受ケサル場合ヲ謂フモノニシテ此場合ニ於テハ公訴ノ第二審判決トハ裁判ノ方法ヲ異ニス例ヘハ公訴判決ニ於テハ第一審判決カ罪ト爲ラストシテ無罪ヲ言渡シタル場合ニ

第二審ニ於テ證憑不十分ト認メ無罪ヲ言渡ストキハ原判決ヲ取消スモノナレトモ（是レ今日ノ實際ニ於テ行フ所ナリ）私訴ニ於テハ第一審ニ於テ甲ノ理由ヲ以テ民事原告人ノ請求ヲ不當ト爲シタルニ第二審ニ於テ甲ノ理由ニ因リテハ民事原告人ノ請求ヲ不當トナスヲ得サレトモ乙ノ理由アルヲ以テ民事原告人ノ請求ヲ斥クル場合ニハ控訴棄却ノ判決ヲ爲スモノトス又第一審第二審ノ公訴判決ニ於テハ被告人ニ同一刑ヲ科スルモ第一審ニ於テハ竊盜罪ナリトシ第二審ニ於テハ詐欺罪ナリト認定シタルトキハ第一審判決ヲ取消スヘキモノナレトモ私訴判決ニ於テハ否ラス其主文ヲ同クスルトキハ理由ニ於テ宵壞ノ差モ啻ナラサルモノアルモ第二審裁判所ハ控訴棄却ノ裁判ヲ爲ササルヘカラス是レ公訴ノ裁判ノ影響ノ及ハサル場合ニ於テハ私訴ノ實質ニ從ヒ民事訴訟法ノ原則ニ依ラシムヘキモノナレハナリ（民訴法第四三五條參照）是レ現行判例ノ認ムル論定ナリ（明治三八年レ第一八七號同年三月十三日同院第一刑事部判決ニ曰ク上告人ハ其回復チ請求スル旨ノ論旨ハ第一審判決ハ本件ニ得ス請求ノ株券ハ賊品又ハ遺失物ニ非ス從テ上告人ノ請求ハ其末尾「右株券ノ賊品又ハ遺失物ナリト認定スヘキ證據十分ナラサルヲ以テコト云々」ノ既明白ナリ然ルニ原判決ハ一方ニ於テ本件株券ノ賊品ナリトシ其末尾「右株券ノ賊品又ハ遺失物ナリト認定スヘキ證據十分ナラサルヲ以テコト云々」ノ既明白ナリ然ルニ原判決ハ一方ニ於テ本件株券ハ委託物ナリトシ他方ニ於テハ之ヲ取戻スコトヲ被告人ニ得サシムルコトヲ示唆シ此ノ如キ不法アリト云フニ在リ按スルニ原判決ノ理由ニハ第一審判決ノ理由ト異ニシ控訴人ノ請求ヲ棄却シタルハ法則ニ背キ過失消滅ノ賊物ナル以上告人ハ之ヲ取得スト判示セリ

判決ハ確定スルモ之カ爲メ第二審裁判所ハ私訴ニ付キ事實判斷ノ專權ニ制限ヲ受クヘキ謂レナシ故ニ自由ニ事實ノ認定ヲ爲スヲ得ヘク其結果公訴ノ確定事實ニ反スル私訴ノ事實認定ヲ生スルハ已ヲ得サル所ナリト余輩ハ此說ニ反對スル者ナリ私訴事實ノ實質ハ民事訴訟ナリ唯公訴ニ附帶シテ之ヲ提起セルカ爲メ公訴ノ手續ニ從ヒテ之ヲ審判スル特異ノ點アリテ其結果公訴ノ事實確定ニ矛盾牴觸スル裁判ヲ爲ス能ハサルニ至ルヲ以テ此點ヨリ觀ルモ本問ハ第一審裁判所ノ爲シタル公訴ノ確定事實ニ從ヒ第二審裁判所ハ裁判ヲ爲ササルヘカラストノ解決ヲ爲スヘキノミナラス之ヲ民事訴訟法ノ規定ニ參照スルトキハ滋々此解決ノ適當ナルヲ知ルヘシ民事訴訟法ニ依レハ第一審ニ於テ請求ノ原因ニ付キ先ツ判決ヲ下シ其原因アルモノト爲シタル場合ニ之ニ對シテ控訴ヲ爲サス其中間判決ヲ確定セシメタルトキハ第二審裁判所ハ數額ノ判決ニ對スル控訴ニ於テ原因ニ關スル確定判決ニ反スル裁判ヲ爲スコトヲ得サルモノナリ（民訴法第二二八條參照明治三〇年第一七三號同年一二月七日同院第一部判決ニ曰ク本件請求ニ付キ其原因ヲ正當ナリトスル確定判決ノ存在ニ付キ調査及ヒ裁判束セラレ數額ニ關スル辯論ニ依リテ最早請求ノ原因ノ保存否ニ付キ以上ハ之ニ羈束セラレタル以上ハ之ヲ爲スコトヲ得サルヤ論ヲ俟タス而シテ法律上ノ保護ヲ受クルコトヲ得サル請求ナルトキハ其原因ハ正當ノモノニ非サレハ原院ハ本件報德講ハ富藏斯似ノモノナルカ故ニ法律上保護スヘキモノニ非スト認ムルハ理由ナシ然レハ原院ハ數額ノ判決ニ對スル控訴ニ依リ右確定判決ノ效力ヲ顧ミ外ナラス上告人ノ請求ヲ却下シタル之ニ反スル請求ノ原因ニ付キテハ不法ナリ）公訴ノ確定判決ハ私訴請求ノ原因タル事實ヲ確定セルモノナリ詳言スレハ私訴ハ公訴ヲ包含スル事實ヲ請求ノ原因トスルモノナレハ公訴ノ判決ハ犯罪關係ヲ確定スルモノナレトモ私訴ニ對シテハ其請求ノ原因タル事實ヲ確定スルモノナリ故ニ實質的觀察ニ於テハ公訴判決ハ民事訴訟法ニ所謂原因判決ニ匹敵スルモノナレハ彼ニ於テ第二審裁判所ハ確定セル第一審ノ原因判決ニ羈束セラルルナラハ此ニ在リテ私訴ノ控訴ヲ審理スル第二審裁判所カ確定セル公訴ノ第一審判決ニ羈束セラルルモノナリト爲スヘキハ彼此權衡ヲ得タル適當ノ論定ニシテ又能ク公訴附帶私訴制度ノ精神ニ協フモノト謂フヘキナリ

第三章　上告

第一節　上告審ノ性質及ヒ上告ノ理由

四八九、上告審ノ性質……四九〇、上告理由……四九一、實體法ノ違背擬律錯誤）……四九二、手續法ノ違背擬律ノ錯誤）……四九三、手續法ノ違背擬律錯誤ニ非サル場合）……四九四、手續法ノ違背擬律錯誤ニ非サル場合）……四九五、手續法ノ違背擬律錯誤ニ非サル場合）……四九六、刑事訴訟法第二百六十九條ハ制限的規定ニ非ス……四九七、上告ノ理由ト爲ラサル判決及ヒ手續ノ違法（絶對的ノモノ）……四九八、上告ノ理由ト爲ラサル判決及ヒ手續ノ違法（相對的ノモノ）……四九九、私訴判決ニ對スル上告ノ理由トナラサル判決ノ違法……五〇〇、上告ノ要件及ヒ效力

上告審ノ性質

四八九　上告ハ訴訟ノ法律上ノ判斷ノミヲ攻擊ノ目的トスル上訴ナリ從テ上告審ニ於テハ本案事實ノ裁判ヲ爲スコトナシ被告人ニ犯罪ヲ構成スヘキ所爲アリヤ否ヤ民事原告人ハ果シテ犯罪ニ因リテ損失ヲ受ケタリヤ否ヤハ上告裁判所ノ審理ノ範圍外ニ在リ第一審及ヒ第二審ニ於テ行ハレタル手續上ノ事實ハ手續ノ法規ニ違背アルヤ否ヤヲ判斷スル爲メ上告裁判所ノ審理ノ目的物トナルモノナレトモ上告裁判所ハ右事實ノ有無及ヒ狀態ヲ知悉スル爲メニハ一件記錄ノミニ依據スヘキモノニシテ一件記錄以外ノ材料ヲ斟酌考査スルヲ得ス（明治三四年レ第四八二號同年五月七日同院第二刑事部判決ニ曰ク上告裁判所ハ記錄以外ノ書類ニ付キ取調ヲ爲スヘキモノニ非ス從テ新ニ上告裁判所ニ提出シタル書類ニ付キ審査スルヲ得ス）故ニ證人又ハ鑑定人ノ訊問ノ如キハ上告裁判所ニハ絶對ニ存セサル手續ニシテ文書ノ如キモ一件記錄（上告申立書ヲ包含ス）上告趣意書ノ外ハ之ヲ調査スルコトナシ但上告審ニ於ケル手續ノ進行及ヒ終結ニ關シテハ記錄及ヒ趣意書以外ノ文書ヲ參酌スルコトアルハ勿論ナリ（例ヘハ辯護士選定屬上告申立人若クハ相手方ノ死亡ナル證スル文書、相手方ヨリ提出シタル答辯書ノ如シ而シテ是等ノ文書ハ其提出以後ハ一件記錄ノ一部ヲ爲スモノナリ）上告審ニハ口頭辯論主義ノ適用アレトモ本人訴訟主義ノ適用ナシ上告裁判所ハ口頭辯論ヲ開クモ檢事及ヒ辯護士以外ノ訴訟關係人ノ公廷ニ於ケル辯論行爲ヲ許サス之レ我刑事訴訟法ノ特質ナリ民事訴訟法ハ本人訴訟主義ノ原則ヲ制限セサルヲ以テ訴訟當事者ハ上告審ノ公廷ニ於テ自ラ辯論行爲ヲ爲スコトヲ得（民訴法第四四條）又記錄外ノモノニ付キ證據調ヲ爲スヲ得ルコトヲ示セリ（同法第四四六條第二項）我刑事訴訟法

ニ於ケル上告ノ規定ハ佛、獨ノ刑事訴訟法ニ其範ヲ取レルモノナレトモ佛法ヨリモ獨逸刑事訴訟法ニ最モ類似ス佛國刑事訴訟法即チ治罪法ニ依レハ上告裁判所カ原判決ヲ破毀セル場合ニハ常ニ事件ヲ他ノ裁判所ニ移送スルモノニシテ絶ヘテ自ラ其事件ニ對シ法律ノ適用ヲ爲スコトナシ獨逸訴訟法ハ一定ノ場合ニ於テ上告裁判所ハ破毀シタル事件ニ法律ノ適用ヲ爲ス(同法第三九四第一項)第一、無罪ノ場合第二、訴訟手續停止ノ場合第三、法律ニ定メタル不動刑ヲ言渡ス場合第四、檢事ト意見ノ一致ヲ以テ法定ノ最低度ノ刑ヲ言渡ス場合之ナリ墺太利刑事訴訟法モ亦其第二百八十一條第一號乃至第五號ニ掲ケタル無效ノ理由及ヒ同條第六號ニ掲ケタル原判決ノ不法ナル管轄違ノ言渡第七號ニ掲ケタル終局判決ニ公訴ヲ終結セサルノ不法アル場合ノ外ハ破毀院自ラ其事件ニ付キ裁判ヲ爲ス(同法第二八八條)上告裁判所ハ原裁判所ノ事實ノ誤認ヲ改訂スルノ職權ナク唯法律上ノ誤判ヲ匡正スルノ職權アルノミ法律上ノ誤判トハ訴訟法規ノ違犯(Error in judicando)ヲ謂フ而シテ此違犯ヲ匡正スルニハ申立ニ基クコトヲ要ス詳言スレハ上告論旨トシテ之ヲ指摘スルニ因リ始メテ裁判所ハ其判斷ヲ爲スヲ得ルモノニシテ上告裁判所ハ進ンテ原判決及ヒ其基礎ト爲レル訴訟手續ノ瑕瑾ヲ探査スルコトハ法律ノ許ササル所ナリ裁判所カ職權ヲ以テ上告理由ヲ探査スルノ立法例ハ敢テ不當ノモノト謂フヘカラサルモ檢事ノ在ルアリテ被告人ノ利益ノ爲メニモ上告ヲ爲スノ職責ヲ有スル以上ハ上告裁判所ハ進ンテ上告ノ理由タルヘキ判決若クハ手續ノ瑕瑾ヲ探査スルノ要ナキノミナラス此ノ如キ制度ヲ立ツルトキハ爲メニ上告ノ數ヲ多カラシムルノ弊害ヲ生セン(宋遜王國、バイエルン王國ニテハ特別ノ場合ニ裁判所カ進ンテ上告ノ理由ヲ探査スルヲ得ルモノトセリ死刑ノ宣告アリタルトキハ被告人ヨリ上告ノ申立ナキモ事件ヲ最上裁判所ニ送付シ同裁判所ハ職權ヲ以テ破毀ノ原由アルヤ否ヤヲ審査スヘキモノトセリ(死刑ノ宣告アリシ場合ニ右ノ如キ規定ヲ設クルハ相當ナリ)佛テヘルツ(Herz)クロツ(Klotz)エイゾルト(Eysolt)ノ諸氏ハ獨逸帝國議會ニ以上ノモノニ類似ノ規定ヲ刑事訴訟法中ニ置クヘシトノ法律案ヲ提出セルモ該案ハ遂ニ否決ノ運命ニ陷レリ)以上ノ所論ヲ約言スレハ上告審ノ性質ハ

一、上告裁判所ハ法律ノ論點ニ付キテノミ審査シ

二、上告理由トシテ主張セル論點ニ對シテノミ裁判ヲ與フルモノニシテ上告裁判所ハ決シテ自ラ進ンテ原判決及ヒ訴訟手續ノ瑕瑾ヲ檢査スルコトナシ唯公訴ノ消滅シタル場合ノミ上告論旨ノ提出ナキモ職權ヲ以テ裁判ス(大正元年(第一九七四號)同年一月一五日大審院

（第一部刑事判決）三、上告理由ノ相當ナルヤ否ヤヲ決スルニ付キ據ルヘキ材料ハ之ヲ一件記錄ニ採ルノミニシテ證人、鑑定人、記錄外ノ書證ニ付キ證據調ヲ爲スコトナシ　四、上告審ニ於テ辯論行爲ヲ爲スコトヲ得ルモノハ檢事及ヒ辯護士ノミニシテ被告人及ヒ私訴當事者ハ自ラ辯論行爲ヲ爲ス能ハス又辯護士以外ノ者ヲ代理人トシテ辯論ニ出頭セシムル能ハス　五、原判決若クハ訴訟手續ニ存スル瑕瑾ノ性質ニ從ヒ或ハ原判決ヲ破毀シテ原裁判所ト同等ナル他ノ裁判所ニ事件ヲ移送シ或ハ事件ヲ他ノ裁判所ニ移サスシテ直ニ判決ヲ爲スコトヲ是ナリ

四九〇　上告ハ法律ニ違背シタル判決ナルコトヲ理由トスルトキニ限リ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ（刑訴法第二六八條）即チ上告ノ理由タルモノハ法律違背ナリ判決ノ法律違背ト爲ルモノニ二種アリ　一、違法カ判決其者ニ存スルコト　二、違法カ判決ノ基礎タル手續ニ存スルコト是ナリ而シテ法律違背トハ法則ヲ適用セス又ハ不法ニ之ヲ適用スルヲ謂フ（刑訴法第二六八條第二項）茲ニ所謂法則トハ　一、法律、勅令、省令等法令ノ形式ヲ具ヘタルモノ即チ成文法　二、慣習法　三、我法令ニ引用スル外國法　四、我法律ノ指示セル條約（例ヘハ條約ヲ勅令トシテ公布シタルカ如シ）

五、法理上ノ原則是ナリ法律違背タルニハ判決ト法律違背トノ間ニ因果ノ連絡ナカルヘカラス然レトモ縱令因果ノ連絡アルモ訓示的法令ニ違背シタル場合ニハ上告ノ理由タルヘキ法律違背ナシ又適用スヘキ法令ヲ適用シタル以上ハ適用ニ關スル說明ニ違法アルモ之カ爲メ直ニ法律違背ト爲ルコトナシ現行判例ハ更ニ一歩ヲ進メテ同一ノ罪質ニ關スル法文ナルトキハ例ヘハ一條文ノ第一項ニ該當スル罪ニ第二項ヲ適用シ第二項ニ該當スル罪ニ第一項ヲ適用スルモ法律ノ違背ニ非ストセリ（刑訴第二四六條ノ如シ）況ンヤ一ノ條項ニ二種ノ罪ヲ規定シ而シテ其刑ヲ同クスル場合ニ第一種ニ該當スルモノヲ第二種ニ該當スルモノトシテ擬律シ第二種ニ該當スルモノヲ第一種ニ該當スルモノトシテ擬律スルモ法律違背ト爲スヲ得ス（刑訴法第三一五九項ノ如シ）公訴ノ判決ニ於テハ縱令主文ニ變更ヲ生セサルモ竊盜ノ所爲ニ詐欺ノ法文ヲ適用シ傷害ノ所爲ニ過失傷害ノ罰條ヲ擬シタル場合ノ如キハ法律違背ト爲ササルヘカラサルモ私訴ノ判決ニ在リテハ主文ニ變更ヲ生セサル以上ハ其理由ヲ異ニスルモ法律違背ト爲スヘキモ