

日本法律學士
佛國法律學士

磯部四郎講義

刑事訴訟法 完

東京專門學校藏版



刑事訴訟法目次

第一編 總則

一六頁

第二編 裁判所

九六頁

第一章 裁判所の管轄

九六頁

第二章 裁判所職員の除斥及忌避回避

一一四頁

第三編 犯罪の捜査起訴及豫審

一二六頁

第一章 捜査

一二六頁

第一節 告訴及告發

一二九頁

第二節 現行犯罪

一三九頁

第三章 起訴

一四七頁

第三章 豫審

一五三頁

第六節 令狀

一五六頁

第三節 密室監禁

一七四頁

第三節 證據

一七七頁

| | | |
|--------|-----------|------|
| 第四節 | 證人の訊問及對質 | 一八八頁 |
| 第五節 | 檢證搜索及物件差押 | 一九九頁 |
| 第六節 | 證人訊問 | 二一三頁 |
| 第七節 | 鑑定 | 二四二頁 |
| 第八節 | 現行犯の豫審 | 二五一頁 |
| 第九節 | 保釋 | 二五八頁 |
| 第十節 | 豫審終結 | 二七一頁 |
| 第四編 公判 | | |
| 第一章 | 通則 | 二九〇頁 |
| 第二章 | 區裁判所公判 | 二九三頁 |
| 第三章 | 地方裁判所公判 | 三五一頁 |
| 第五編 上訴 | | |
| 第一章 | 通則 | 三七四頁 |
| 第二章 | 控訴 | 三八五頁 |
| | | 三八六頁 |
| | | 三九一頁 |

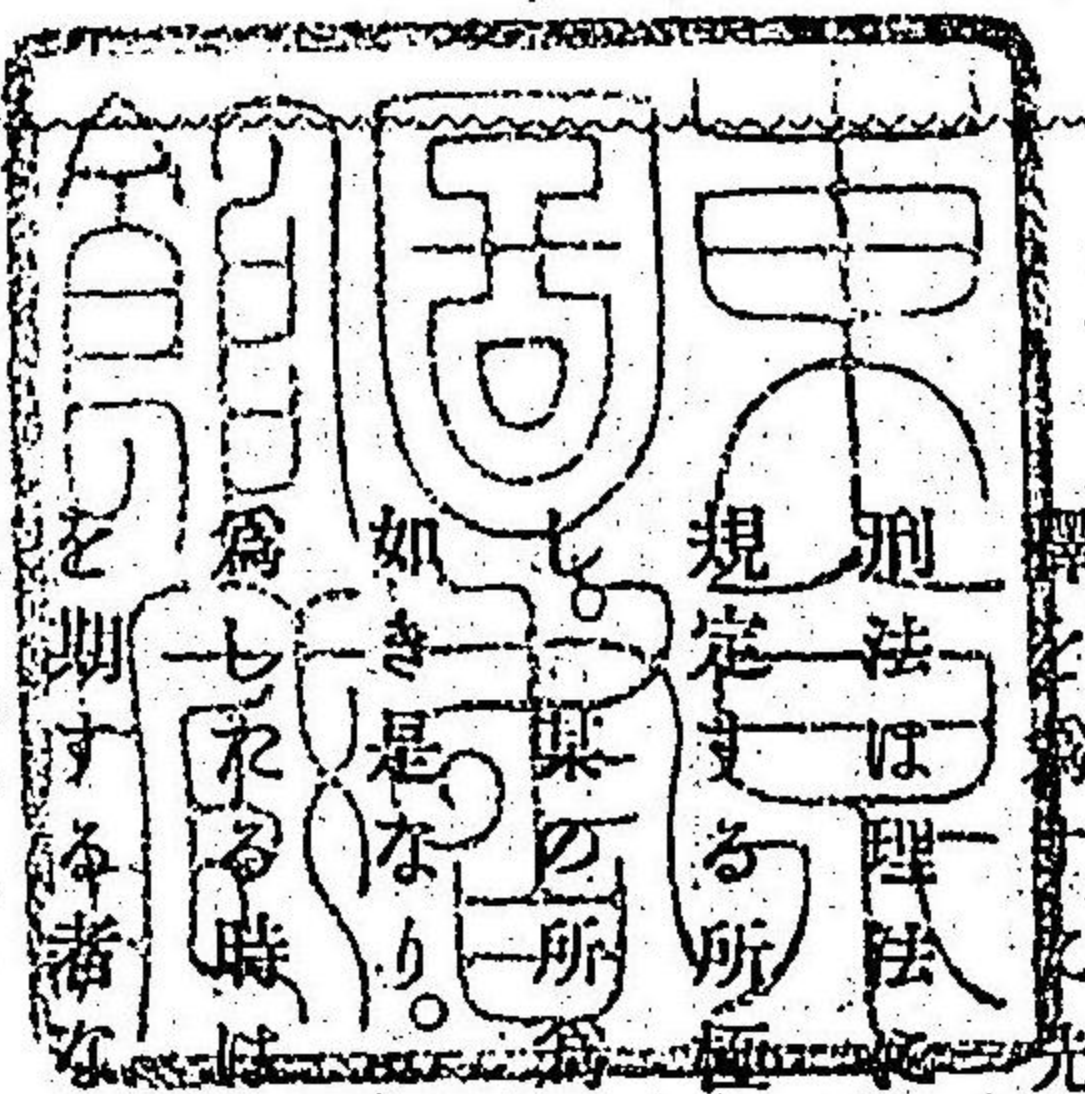
| | | |
|----------------|----------------------|------|
| 第三章 | 上告 | 四〇五頁 |
| 第四章 | 抗告 | 四四五頁 |
| 第六編 再審 | | |
| 第七編 | 大審院の特別權限に屬する 訴訟手續 | 四六一頁 |
| 第八編 裁判執行、復權及特赦 | | |
| 第一章 | 裁判執行 | 四七四頁 |
| 第二章 | 復權 | 四七八頁 |
| 第三章 | 特赦 | 四八五頁 |
| 附則 | | 四九〇頁 |

法律學士 磯部四郎 講義

第一章 緒言
第二章 刑事訴訟法の意義
第三章 刑事訴訟法の歴史
第四章 刑事訴訟法の目的
第五章 刑事訴訟法の原則
第六章 刑事訴訟法の種類
第七章 刑事訴訟法の程序
第八章 刑事訴訟法の執行
第九章 刑事訴訟法の救済
第十章 刑事訴訟法の終結

刑事訴訟法

法律學士 磯部四郎 講義



諸君余は本日より刑事訴訟法の講座を擔任するととなれり。余は成條の解釋を爲すに先ち一言以て本法の總論とも云ふ可き者を述べ置かんとす。抑、刑法は理法として刑事訴訟法は實地法なり。刑法は理屈の集合體なれば其規定する所極めて高尚に亘れり。例へば某の罪を犯す者は某の刑を加ふ可し。某の所爲ある者は加重す可し。某の情狀ある者は酌量す可しとあるが如き是なり。而して人あり若し爲す可きことを爲さず又爲す可らざるとを爲したる時は之に刑罰を科し以て一國社會の安寧を保ち秩序を維持せんとを期する者なり。然らば一步を進めて其立派なる理論其高尚なる事柄は如何して之を實地に施行する歟。見よ口を開けば堂々たる議論を爲し舌を動かせば高尚なる理屈を吐く者世間往々之あり。然るに醜て其人の行狀如何んを探究すれば其言行相反し甚だしきに至ては爲めに子孫の品行を亂す者

刑事訴訟法

あるに非ずや。是れそも如何なる原因に由る歟。這は是れ議論立ち理屈合ふも之を實際に行ふの方法を知らざるに坐するのみ。刑法の刑事訴訟法に於ける關係豈之に異ならんや。蓋し刑法如何に高尙の規定を爲し、如何に立派なる理論を排列するも之を實地に行ふの方法即ち刑事訴訟法にして備はらざれば或は有罪者をして法網を脱せしめ、或は無辜を罪するが如き不都合を來すとある可し。之を矯正するの策は只刑事訴訟法をして完備せしむるに在るのみ。予曾て云へることあり。今一國社會に於て刑法善美を極め刑事訴訟法も亦完備を告げざる可からざるは勿論のことなりと雖も、若し一は進み一は進まざるが如き事情の存するとき寧ろ刑事訴訟法の進歩を加へ完備を盡すことを希望せざんば非ずと。今其故を尋ぬるに刑法は如何に不理屈のとを規定するも其及ぶ所の範圍は犯人なる一小部分に限り、其影響を蒙むるものは社會少數の人に止まれり。故に此不理屈の規定に觸れんとを避け其責任を免かれんと欲せば各自の行狀を謹めば可なり。決して其不理屈なるの故を以て無辜を罪し良民を害すると無かるべし。之に反して若し刑

法の理屈を實地に運用する所の刑事訴訟法と稱する器械にして完備せざらん歟、良民害せられ無辜罪せられ社會多數の不幸之より甚しきものなきに至るべし。故に曰く完備なる刑法及刑事訴訟法の兩立せざる時は寧ろ此訴訟法の完備を希望すと。然らば現今我國の刑事訴訟法は完全無欠なるや否や若し此論結如何んを見んと欲せば予が此訴訟法を講了したる後に非ざんば之を知るに由なきなり。熟々我國の法律規則を按ずるに成法誹毀てう制度あり。而して苟も一旦法律の制定あるからは之を學術上より論究し法理に照して辯難するの必要あり。然れ共成法誹毀の法律あらば斯の如き議論を爲すの餘地無きや。予は然かく信ずると能はざるなり。蓋し一國社會に於て法理に照す時は如何にも不都合の法律ありと假定するも苟も其法律の現存する以上は國民たるも皆之に服従するの義務あり。又立法官の持論と法理とは時として相牴牾し是非とも法理に反するの法律を制定せざる可からざるとあるを以て一國の法律中多少法理に適せざるものあるは實際免かる可からざるの數と云ふ

可し。然れ共其法は惡法たるが故に遵奉せずと云ふと能はず必ず之に服従の義務ある者なり。然るを此法律を妄に誹毀し公衆をして之を侮蔑せしむるに至る者あり。茲に於てか彼の成法誹毀の法律を制定するの必要を生ず。然りと雖も其法律は現今云々なるも之を法理に照す時は斯く々々の不都合あり故に學術上よりして考ふる時は他日斯く改良せざる可らずとの論難を試むるを得るは勿論なり。若し斯の如き議論は決して爲すと能はずとせば法律の研究は全く無用と爲り法學なる者は地を拂ふて消滅するに至る可し。蓋し此法律は如何なる理由に依て成立したる歟。其法律の成立せし當時の事情如何ん其法律の沿革及び必要の有無等を按じ、此法律は法理上正當の者なる歟、情理に適する歟、社會の必要上此種の法律を制定するの必要ある歟等の議論を爲し研究を怠むるは眞に法學の範圍に屬する者にして、又我國法律進歩の一大原因なり。之を以て成法誹毀と混同す可き者に非ざるなり。夫れ然り左れば予は今より刑事訴訟法を講ずるに當り此條は法律に照して此の如くせざる可からず、彼條は情理に訴へて云々に爲す可しと直言憚り無く

論究する心得なり。故に予は諸君に對し予の議論たる決して成法誹毀に非ざるを豫告せんと欲するなり。刑事訴訟法を研究せんと欲せば先づ公訴及び私訴の何ものたる乎を知らざる可からず。公訴は社會の特有する公權にして私訴は一個人の有る私權なり。然れ共茲に物あれば必ず其原因あるが如く何んが故に社會に公訴權を生し何んが故に一人に私訴權を生ずるや其原由無くんば非ず。請ふ左に之を説かん

先づ社會に公訴權を生ずる原由を説明せん。抑も公訴は勿論私訴と雖も其依て起る原因は犯罪の一點に在り。今其故を考ふるに社會は犯罪者を罰するの權あり。而して其權は如何なる所より生ずる乎。即ち社會刑罰權の原因如何の問題は刑法に亘るを以て今詳説するの違なし。兎に角社會には人の生命、名譽、財産を剝奪するの權あり。此權たるや容易ならざる特權と云はざる可らず。何んとなれば今日人の生命、名譽及び財産なる者は貴重せざる可からず安固ならざる可からずとは社會自から唱道するとなるに却て自

ら此貴重す可く又安固を要する生命、名譽及び財産を剝奪するが如き所業を爲せばなり。然りと雖も社會は素と害せられざるの權を有するが故に其害を蒙むりたる時は之を罰するの權あるは勿論なり。併し單に是等の權利ありとするも其權利を實行する方法を得ざる可からず。之を得ずんば有名無實の虛權を擁するど一般なり。又此權利を實行せんと欲せば一の目的なる可からず。目的とは何ぞ人の生命、名譽及び財産を剝奪するとは是なり。然らば是等の方法及び目的を達するには如何して可ならんか只公訴權を社會に有せしむるの一事あるのみ

社會に公訴權の生ずる原由は前述の如し。被害者に私訴權の生ずる原由果して如何。凡そ一國社會ありて之に生活する人類は貴賤、貧富、老幼、智愚、強弱を問はず皆其社會より平等に保護せらる可き權利を有せざる可からず。若し夫れ貴者賤者を輕んじ富者貧者を凌ぎ老人幼者を虐げ智者愚者を欺き強者弱者を窘むるか如きとあるも社會が被害者より加害者に對し其損害を賠償せしむるの方法を附與するに非ざれば社會は保護の責任を盡したるものと云ふ可からず。社會は各人に同等の保護を爲すものと云ふ可からざるものなり。之を再言すれば人民たる者は正當の理由なくして損害を蒙ふりたるときは加害者に對して出訴するの權利なかる可からず。否な此權利を各人に附與してこそ始めて社會が人民に對して負ふ所の保護の責任をも盡したるものと云ふを得べきなり

之を要するに茲に一の犯罪あれば必ず其犯罪よりして一方には社會を害し他の一方には一私人を害するものとす。既に犯罪ありて社會を害すれば社會に公訴權なる者を生し。既に犯罪ありて一私人を害する以上は一私人即ち被害者に私訴の權利を生ずるの理は多辯を待たずして明かなり。説を爲すもの曰く學者動もすれば社會を害するが故に社會に公訴權を生ずと云ふと雖も函館に於て竊盜を働きしか爲め長崎の果て迄も其影響を受く可しとは如何に千思万考するも想像し難きとなり。故に曰く犯罪の結果社會を害すとは刑罰權の口實なりと。夫れ然り豈夫れ然らんや。抑も社會は各人をして悉く安寧を保たしむるの任ある者なり。社會に此任あるが故に其保護

の下に立つ各人に義務を課し租税を徴すとの理屈も行はる。若し夫れ犯人輩出するも之を鎮壓するに能はず彼を逮捕するも之を罰するに能はずんば社會は何を以て人民の安寧を保つのを盡したりと云ふ歟否を決して之を盡したりと云ふに能はざらん。若し然る時は社會の信用を損じ人民の不安を招くや明なり。果して然らんには論者の所謂東隅の犯罪は西邊に影響なければ犯罪の爲め社會が損害を受くることは刑罰權の口實なりとの議論は是等の理論に通せざるの過ちに坐するものと云はざる可からず。斯く論し來れば公訴權は必ず犯罪より生ずること明かなり。然らば公訴權に附従する私訴權も亦犯罪より生ずる者なる乎と云ふに多くの場合に於ては犯罪より損害を生じ損害を受けたる被害者に此權利を生ずる者なりと雖も或る場合に於ては犯罪ありと雖も此權利を生ぜざるとあり。例へば國事犯の場合に一私人を害したるとなく財産を毀損したるとき如し。又或る行爲に依て損害を受け私訴權を生ずと雖も其行爲たる犯罪として罰せられざるるときも同一なり。

以上公訴權及び私訴權の發生する原由を説けり。是より進んで犯罪あれば直ちに公訴權を生ずるや否やの問題に進まん。原則上公訴權は犯罪後直ちに生じ決して他の事情に依て其發生の妨害を受く可きものに非ず。然れ共時としては茲に犯罪ありと雖も或る他の事情に依て一時公訴權の發生を停止せらるゝとあり。即ち此原則に對する例外的場合なり。殊に佛國の如きは最も然りとす。例へば行政官が其職務に依て執行したる行爲に就ては假令之を以て現然たる犯罪ありと認知せらるゝ場合と雖も參事院の許可を経るに非ずんば之を逮捕若くは審問するに能はずと爲すが如し。是等は一時公訴權の發生を停止するものと云ふを得べし。又我國に於ても奏任官若くは有位の人を擅まゝに法廷に引致するに能はず等の規則あり。是れ強ち惡しき規則にあらず。其故は所謂司法權及び行政權の獨立てふとあり。這は我彼を割せず彼も亦我を制するに能はざるの云ひなれば若し司法官吏にして種々の事情を以て隨意に行政官吏を逮捕審問することを得るとせば(行政官に實際不當の所爲ある場合は姑く開き)決して二權の獨立主義を貫徹

すること能はざるべし。故に行政官吏か職務上の事に付き爲したる事柄は司法權の妨害を受けざるの自由ありとするは蓋し必要のとならん。若し又行政官吏にして犯罪の行爲ありたる時と雖も之に對し直ちに逮捕を命し審問を爲すとなく相當の制限を加ふるは二權の分立上より必要のとなるべし。然れ共是は之れ行政官吏か職務上の行爲に就て云ふ者なれば其職務以外の行爲に就ても猶ほ奏任官てふ者は尊敬すべき人なるが故に之に對して容易に司法權を施行す可からずとの理屈なかる可し。而も若し實際に斯の如きとあらん乎予は之を稱して司法行政の獨立主義を擴張するに過ぎたるものと評するに憚からざらんとす

又外國人か外國に於て日本の安寧を害する罪を犯したる時は素と日本法律の効力は外國に及ばざるものなれば假令治外法權の廢棄せらるゝ曉と雖も決して日本刑法を外國に及ぼし其犯人を罰すると能はざるべし。然らば斯る場合に於ては我は公訴權を實行すると能はざる乎。日本社會には到底公訴權は生ぜざる乎と云ふに之を生ずるに二個の場合あり。第一は右の外國

人が不圖日本國裡に來る場合に於て。第二は外國政府に其外國人の引渡しを求むると是なり。此二個の場合に於ては直ちに日本社會に公訴權を生し之を實行するを得べし。然れども第二の場合に於ては恐らく外國政府は其引渡を肯んぜざる可ければ到底第一の場合に非ずんば公訴權の發生及び其實行の期なかるべき乎。然れども第二の場合に於て外國政府が罪人の引渡しを肯んぜざるときは日本政府は外國政府に對し私訴權を有するや勿論のことなりとす。扱て司法行政二權の獨立のことに就ては行政法に詳なり。又外國人か外國に於て日本の安寧を害する罪に關する問題は事萬國公法に涉るを以て茲に之を詳述せざる可し

又日本人外國に到りて日本の法律を犯したるときは如何んと云ふに是も亦其犯人が日本に歸國するを待つ乎否らざれば外國政府に其犯人の引渡しを請求するの二方法に過ぎず。而して既に犯人現に日本に歸國する乎、又は外國政府日本の請求を容れて之を日本政府に引渡さば其とき始めて日本政府は公訴權を實行するを得べし。然れども茲に注意すべきは斯く本國人の引

渡しを外國政府に請求するの権利たるや獨り常事犯人の場合に限り國事犯人に至ては内外人たるを問はず其引渡しを請求する能はず。否な假令引渡しを請求すると雖も事徒勞に屬す可し。如何となれば假りに甲國の一人民國事犯を企て其事中道にして發覺し逃れて乙國に至れり。故に甲國政府は乙國政府に對し該犯人の引渡しを請求したりとせん乎乙國政府は正さに答ふるならん。抑も該犯人たる貴國に在つては有害なる可きも弊邦に於ては寸毫の害惡あることなし。既に弊邦に害なく又逃れて弊邦に投ずるものを如何に貴國の請求とは言ひながら其需めに應じ難しと。蓋し斯く乙國が甲國の請求を拒絶する所以のものは今日の國際上國事犯人に限り互に引渡さるるを以て其國の光榮とし之を引渡すを以て國辱と爲すの慣習あるに依れり。然らば日本人外國に至り如何なる罪を犯したる場合には日本政府は外國政府に對し其引渡しを求むるを得る乎。此問題たる刑法に屬するを以て茲に之を贅せず

公訴は犯罪より直ちに生ずてふ原則の例外に付き猶ほ一二の場合を示さん

に。佛國に於ては身分湮滅の罪なる者あり。身分湮滅の罪とは人の身分を湮滅せしめ何某の血統なる乎を曖昧に附し去り親にして其子を知らずと爲して他人に交附し又他人の子を己の子として何人の子なりしやを知らしめざるが如き罪を云ふ。何んが故に佛國に於て是等の所爲を罰する乎と云ふに抑も親として苟も其子を殺害するの權利なき以上は斯る所爲を罰せざる可からず。親として其子を遺棄するの權利なき以上は必ず其子を子として之に保護を加へざる可からず。然るに親として其子の身分を湮滅せしめ倚る所を失はしむるは何ぞ其子を殺害すると異ならんや。何んぞ其子を遺棄すると撰む所あらんや。是れ佛國に於て是等の所爲を罰する所以なり。翻て日本刑法を見るに此種の所爲を罰するの明文なし。是れ豈法律の欠典に非ずや。抑も一國の強固は一家親族の強固に基因せずんばならず、一家親族の構成強固ならずして未だ嘗て一國の強固なるもの非ざる可し。故に一家親族の構成をして強固ならしめんと欲せば身分を明瞭にし血族を判然たらしめざる可からず。一國を強固ならしめんと欲せば一家親族の構成を強固

ならしめざる可からず。然るに此國家強固の基礎とも云ふ可き一家親族の構成をして薄弱ならしむるか如き所爲を罰せざるは法律の欠典に非ずして何そや。夫れは扱置き佛國に於て身分湮滅の訴訟起りたるときは先づ民事裁判所に於て審問を経何某は果して何某の子なるや否やを明かにし。其民事裁判の確定したる後に非ずんば刑事裁判所に於て之を審問するを許さずとは佛國民法第三百二十六條及第三百二十七條に規定する所なり。果して然らば此種の犯罪に就ては犯罪後直ちに公訴權を生ずる原則の例外と云はざる可からず。又重婚の場合に於て右と同一の結果を生ず可し。何となれば甲女は果して乙男の妻たる身分を有しながら丙男と重ねて結婚したるや否やを確むるに非ずんば甲女を重婚の罪として罰すると能はず。之を確むるは民事裁判所の權内に存すればなり。又姦通、誣告、誹毀、幼者を略取誘拐したる場合又は猥褻、姦淫等の罪は被害者又は其親族の告訴を待て其罪を論ずものなれば是れ亦原則の例外と云はざる可からず。又專賣特許又は版權等を害するの罪たるや必ず被害者の告訴を待て公訴の生ずるものとす。

以上縷々列叙したる例外を除くの外公訴は必ず犯罪後直ちに生じ茲に公訴生ずれば公訴の實行即ち公訴は如何なる方法を以て起すべき歟の問題に進まざる可からず。此問題は第一條以下に規定せるを以て是より條文に立入て詳述する所あらんとす。

第一編 總則

二六

第一條

公訴は犯罪を證明し刑を適用することを目的とするものにして法律に定めたる區別に従ひ檢事之行ふ

公訴の目的は如何なる點に有る乎。曰く刑を適用するとの一點に在り。學者動もすれば公訴の目的は刑の適用のみならず犯罪を證明するとも亦目的なりと。然れども犯罪を證明するは公訴の目的に非ず只公訴の目的たる刑の適用を爲すに付き必要なる方法たるのみ。蓋し刑の適用を爲すに當ては先づ公訴の原由即ち犯罪ありたるを證明せざる可らざると猶ほ義務の履行を要求せんと欲せば先づ自己に權利ありとの證明を要するが如し。確言に法律は惡事を推測せずと云ふとあり。此確言たる之を裏面より云ふときは人は皆善良の者なれば若し人に惡事ありと云はゞ之を云ふ者より某は如何なる惡事ありと證據を擧げて證明せざる可からず。然らざれば法律は決して人に惡事ありとは推測せざる可しとの云ひなり。思ふに道德地を拂ひし時代と雖も如何に教育普及せざる社會と雖も罪人稀にして良民多數を占むるは争ふ可からざるの事實なり。是れ即ち性は

善なりてふ孟子の金言吾人を欺かざる明證と云ふ可し。夫れ然り檢事若くは裁判官たる者成程法律は人の惡事を推測せず人の性は善なるに相違なかる可しと雖も某は此確言の例外にして彼の金言の取除けなり。某に限り云々の惡斯々の罪を犯せりと云はんと欲せば先づ是々の證據是々の證人あるを以て某は必ず此罪を犯せりとの證明を爲さざる可からず。法律は惡事を推測せずとは民法刑法を問はず凡て舉證の責任に關する一大原則なり。されば社會の代理人たる檢事にして被告人に對し刑の適用を爲さんと欲せば其犯罪を證明せざる可からず。犯罪を證明せずして彼の容貌は竊盜を働きそふな人相なりと推測して刑を適用すると能はざるは瞭々たるとなりとす。是に由て之を觀れば論者が公訴の目的は刑の適用と犯罪の證明との二者なりと云ふは即ち公訴の目的と其目的を達するに必要なる方法とを混同したるものと云はざる可からず。夫れ斯の如く法律は人の惡を推測せず凡て人は善良なる者と見做し若し某に限り罪あり惡ありと云はんと欲せば必ず其證明を爲さざる可からずとせば檢事若くは司法警察官たる者は被告人に對し汝は云々の罪を犯したるに相違なし夫に

相違なくんは有躰に白状す可しと或は威迫を用ひ或は拷問を施すの権利なきや明かなり。又刑事訴訟法上被告人に辯護權を附與せし以上は被告人は飽迄検事の論告を論難駁撃し以て自己の無罪を主張するを得べし。又社會が此權利を被告人に附與したる上からは被告人に辯護權ありと雖も社會は之に對し威迫を爲し拷問を加ふるの権利なし。既に主たる社會に此權利なくんば社會の代理人たる検事等に斯る權利なきや勿論なり。然れども豫審判事は被告人に對し前後の事實を審問し其犯罪に於ける證據を擧ぐるの權利あり。是と同時に被告人も亦其審問に對し答辯するもせざるも隨意なりとす。本條に法律に定めたる區別に従ひ検事之を行ふとあり。此法文を瞥見するとき公訴は恰も検事の所有物に似たり。然れ共公訴は社會の所有物にして決して検事の所有物に非ず。故に検事は公訴を行ふの權利ありと雖も之を取捨するの權利なし。既に取捨するの權利なくんば勝手に公訴を拋棄するの權利なきや明かなり。何となれば凡て權利を取捨するの權は其權利を所有する者に限ればなり。

予は先に公訴の目的は刑の適用に在りと云へり。然るに之を駁する者の説に依れば此説の如くんば刑の適用を爲さざるるときは犯罪の證明を爲すに及ばざらん。而かも猶ほ之が證明を爲すを見れば汝の説は誤見なり。加之假令刑の適用なき場合と雖も某は云々の罪を犯せりと證明する時は以て他人を戒むる良劑となるべし。刑の適用なきも犯罪の證明を爲すの必要あり否な此二者は皆公訴の目的と云はざる可からず。請ふ刑の適用なき場合と雖も單に犯罪を證明する證據を示さん。彼の數罪俱發を見よ單に一の重き者に付き刑の適用を求むる場合なれば其重き者の證明を爲せば夫れにて事足る可き筈なるに檢事は尙ほ他の刑を適用せざる數罪を證明するに非ずやと。然れ共數罪俱發の場合に檢事が一の重き者のみに付き刑の適用を求むるに係ばらず他の輕き罪迄一々證明の勞を取るは以て公訴の目的は刑の適用のみならず犯罪の證明をも包含するとの議論を確むるに足らざるなり。如何となれば抑も數罪俱發一の重きに問ふは決して他の輕き刑を宥恕するにも非ず措て問はざるにも非ず只重き刑罰中に輕き刑罰を吸収せしめ置くに外ならざればなり。例へば強盜と竊盜と俱發したる場合には一の

重き強盜のみを罰すと雖も若し前裁判は誤判に出で強盜は全く其被告人の所爲に非ずして他人の所爲なりしと明かなるときは強盜の刑は全く消滅に販すると雖も夫れが爲めに竊盜の刑迄免除するとなし。然るに若し數罪俱發一の重きに問ふは他の輕き者を免除する者とせば前例の場合に於ては竊盜の罪を罰するに能はざるべし。之を要するに論者が刑の適用なき場合と雖も他戒主義を以て犯罪を證明するを見れば公訴の目的中に犯罪の證明をも包含すと云へるは數罪俱發一の重きに問ふの理由を誤解したるに因れるのみ

第二條

私訴は犯罪に因り生したる損害の賠償贓物の返還を目的とするものにして民法に従ひ被害者に屬す

凡そ何人と雖も自己に權利無くして人に損害を蒙らしめたるときは之を賠償せざる可からずとは民法の一大原則なり。故に本條に於ては私訴の目的は犯罪に起因したる損害を賠償せしむると及び贓物の返還即ち強竊盜等に依りて自己の所有物を取去られたるときに之を返還せしむるに在りて。其方法は民法の規則に従ふて被害者に屬する所の權利なるを明かにしたるなり

或る學者説を爲して曰く損害の賠償は對人權にして贓物の返還は物上權なり。何となれば損害の賠償は被害者より其當事者たる犯人に對して要求する者なれば是れ對人權ならざる可からず。之に反して贓物の返還は獨り犯人に限らず第三者に對しても要求するを得るを見れば物上權なるに相違なしと。然れども第三者に對し贓物の返還を爲さしむるを得るは其物件の贓物なるか故に非ず又其物件の上に物上權を有するの故に非ず只被害者か其物件に所有權を有するを以てなり。要するに贓物の返還は損害賠償の手段に過ぎず。故に私訴は損害の賠償を目的とする者にして民法に従ひ被害者に屬すと規定するを以て足れりとす。既に損害の賠償と云へば贓物の返還は其中に包含せらる可し。又日本現時の實況にては贓物の範圍明瞭ならざるに似たり。即ち苟も其原由の不正に出でたる物品は轉讓して他人にあるも猶ほ之を贓物と云ひ。商人か他人より委託を受けたる物品の返還をも爲さず代價をも辨償せざるを以て詐僞の訴を受け其物品は所謂贓物の處分に逢ふたる實例もありしやに聞く。蓋し贓物返還の名義を以て出訴するを得るは犯人及び共犯者に限れる者にして其物品轉讓して他人

の手に渡りたる時被害者に於て之が返還を要求するを得るは所有權の執行に他ならざるなり。果して然らば現時の解釋現時の實例は民法の規則に背くの甚しき者と云はざる可からず。又動產の所有權なるものは果して何人に屬する歟の疑問は容易に證明するを得ざるなり。何となれば動產の所有權を登記すること猶ほ不動產の如くするとは煩雜にして實際行はれ難きものなればなり。之を不動產と等しく登記すると企てたるは歐洲諸國中一日耳曼國あるのみ。されは動產は善意を以て購求したる者は盜贓物を除くの外其人に所有權ありと爲さざる可からず。茲に於て乎佛蘭西民法第二千二百七十九條には動產の事に付ては占有は原權に等しき効力ありとす。然れ共物を遺失し又は盜取せられたる者は其遺失又は盜取の日より起算して三年間は其物を現に所持する者に對して之が所有權を取返さんと要求するを得べし。但し其所持する者は己れに其物を得せしめたる者に對して賠償を要求するを得べしと規定し。以て占有者は原所有者の權利に等くして他人の決して犯す可からざるを明かにし。又善意なる第三者の占有する物件は決して贓物の名稱を附す可からざることを確め。只被

害者が之より返還を求むるは所有權の執行に外ならざることを示したり。又同第二千二百八十條に於ては若し盜取せられ又は遺失したる物品の現在の占有者が市會又は市場に於て之を買ひ又は公賣に於て之を買ひ又は其類の者を賣る商人より買ひたる時は元來の所有者は其占有者に對し其之を買入れたる代金を償還するに非ざれば己れは其物を返還せしむるを得ずと規定せり。此の如く規定したる所以は經濟上より來りし者なり。即ち若し今日の如き動產も不動產も効用相半ばする時に當り國家財源の重位にある動產の運轉を不自由ならしむるは經濟上其宜しきを得たる者に非ざれば此法文を規定し以て人々安堵して物を買ひ物を賣り所謂財産の安固を得るに至らしめしなり。之を要するに損害の賠償は對人權なり贓物の返還は損害の賠償に附屬する一手段に過ぎず。故に對人權たる損害の賠償より出てたる贓物の返還にして物上權に變する謂れなし。論者が之を第三者に對し要求するを得るを以て物上權と爲すは物上權と所有權の執行とを混同したる僻論なりと云ふに在り

第三條

公訴は被害者の告訴を待て起る者に非ず又告訴私訴の拋棄に因て

消滅する者に非ず但法律に於て特に定めたる場合は此限に在らず

公訴は原則上犯罪より直ちに生ずる者にして決して他の事情を待て起る者に非ず。但し或る場合には犯罪ありたる後或る他の事情之に添ふに非ずんば公訴の生ぜざるとありとは予か總論に於て縷々説明したる所なれば今又前言を繰返すの必要なし。故に茲には本條の但書なる但法律に於て特に定めたる場合は此限に在らずとは即ち公訴は犯罪より直ちに生ずるとなくして被害者又は其親屬の告訴を待て始めて起るとにして刑法第三百四十六條乃至第三百五十條第三百五十三條第三百五十五條乃至第三百六十一條等の場合はなり

第四條

私訴は其金額の多寡に拘はらず公訴に付き第二審の判決あるまで

何時にても其公訴に附帶して之を爲すことを得

第三者は民事訴訟法の規定に従ひ公訴附帶の私訴に参加することを得

本條は少しく治罪法の規定を修正し以て公訴附帶の私訴を起すの區域を明にせり。即ち治罪法の規定たる何時にても公訴に附帶して私訴を爲し得るものとし若し輕罪裁判所に於て公訴附帶の私訴を起さざれば第一審又控訴に於ても同しく私訴を起さざる時は第二審法律の裁判所たる大審院即ち上告の場合に於て之を

爲すも差支なきもの、如し(第三審)。抑も第一審は事實の初審裁判にして第二審は事實の終審裁判なり。而して第三審は法律の裁判なり。然るに治罪法に於ては事實に關する私訴をして尙ほ第三審の場合にも之を爲すを得せしむるもの、如く規定し私訴を起すの區域を明にせざりしは一の欠點なりと云はざるを得ず。左ればにや本法に於ては第二審の判決あるまでは何時にても公訴に附帶して之を爲すを得るものとし以て第三審に至ては之を爲すこと能はざるの意を明にせり。而して斯の如く私訴を公訴に附帶して爲すことを得ると爲したる所以は一個の刑事裁判所に於て公訴私訴を併せて審理することを得る所謂法律上の經濟に基きたるもの以外ならざるなり

又本條に「私訴は其金額の多寡に拘はらず云々」とあり。若し民事裁判所に私訴を爲さんか金額の多寡に依て其管轄を異にせり。例へば區裁判所は百圓以下の訴訟に限りて第一審の裁判を下し地方裁判所之が控訴を受くる所となれり。又地方裁判所に於ては之と同時に通常第一審の裁判を爲し控訴院は其控訴を受くる所と爲り居るか如し。若し私訴は必ず民事裁判所に出訴す可しと爲す時は重罪

の爲めに受けたる損害と雖も實際僅のことあれば其私訴は區裁判所に出訴せざる可からず。又違警罪と雖も之が爲めに受けたる損害の額數千圓に至ることなしとせず。是等の場合には其私訴を地方裁判所に爲さざる可からず。此の如くんば實に訴訟人の迷惑甚だしきに至り實際通常の民事手続きに依ること能はざるの事情あるなり。茲に於て乎立法者は本條を規定し私訴は金額の多寡に拘はらず公訴に附帶して只其罪の輕重に依て管轄する所の裁判所に出訴するを得ると爲したるなり。

然れども公訴に附帶して私訴を爲すは必ずしも利益ありと云ふ可からず、又必しも損害なりと云ふ可からず損害相俟ばすと云はゞ適當なるべし。先づ其利益ある點より講述せんに元來民事裁判所に於ては證據書類の提出若くは證人の出廷を許すと雖も其舉證の責任は原告にあり。且つ民事裁判官は常に證書の如き確實の者のみに依て裁判することに馴れ居る者なれば證人の證言を聞くが如き耳は先づ鈍き方と云はざるを得ず。果して然らば民事原告人たる者は斯る困難繁雜を極むる民事裁判所に私訴を爲すは不利の最も甚しき者と云はざる可からず。

然るに公訴に附帶して私訴を爲すときは民事原告人は非常の利益と爲る可し。何となれば公訴に付ては舉證の責任檢事に在り。檢事にして犯罪の確證を擧げたらんには民事原告人は自ら手を勞して自己に私訴權の存することを證明せざるも充分訴訟の目的を達するを得べし。是れ公訴に附帶して私訴を爲すとの利益ある所なり。是より公訴に附帶して私訴を爲すの不利益なる場合を云はん。一旦公訴に附帶して私訴を爲し自己に不利益の裁判を受けたるを以て上訴する時は必ず檢事の上訴に附帶せざる可からず。又民事の上訴期限は三十日なりと雖も刑事の上訴期限は控訴は五日、上告は三日と爲り居るなり。故に民事の如く長期の上訴期限あるときは熟考の餘暇もあり又差掛りたる業務を終て上訴するを得るも、刑事の上訴期限は斯く短期なれば民事原告人の不利益なるや明かなり。蓋し右の如く公訴の上訴期限を短縮したるは長く人身の自由に關する事柄を未定に附す可からずと云ふに在るなり。

又本條第二項は全く治罪法の規定を改め代ふるに訴訟參加の事を以てせり。蓋し訴訟に關係なき第三者が從來訴訟に参加すること能はさりしは甚た不都合あり。

りしことにて彼の身代限の場合の如き負債主は間々想像上の債主を作り熟議の上其債主をして裁判所に起訴せしめ己れは恰も義務あるものゝ如くに言ひなし自己所有の財産を引渡して以て真誠なる債主の権利を害するものありたり。故に斯る手段の往々行はるゝに至ては法律は他の之に關係を有する第三者をして正當に自己の権利或は利益の爲めに干渉することを得せしむるを要す。是を以て立法者は夙に民事訴訟法に此事を規定したれども若し治罪法にして之か規定なからんには聊か公平を失ふことあるを恐れ本法に於ては第三者の訴訟参加を許して其利益を保護せり。其手續の如きは民事訴訟法第五十一條乃至第六十二條の規定に據るものとす

第五條

被告人免訴又は無罪の旨渡を受けたりと雖も民法に従ひ被害者より賠償返還を要むるの妨害とならざる可し

人をして刑事の責任を負はしめんと欲せば或る特別の例外を除くの外概して三要素の具備するを要す。(第一)犯人自由に罪を犯したると(第二)意思ありしと(第三)智覺精神ありたると是なり。然れども此犯罪構成の要素は民事の原則と相反せ

り。民事の原則に於ては假令怠慢不注意に依るも意思なくして犯すも智覺精神なかりしも苟も人に損害に加へなば必ず之に應ずるの義務あるなり。苟も不當の利得を爲したる者は必ず辨償の義務を負はざる可からず。例へば幼者か無意に隣家の物件を取り來るときは刑事に於ては之を犯罪と爲さざるが故に無罪なりと雖も民事に於ては其物件を隣家に返還するの義務あるが如し。是れ本條に於て假令被告人か免訴又は無罪の旨渡を受けたりと雖も民法に従ふて被害者より被告人に對し賠償返還を要むるの妨害とならざる旨を規定したる所以なり。彼のジュースチアン法典に於て人を害するなかれと云ひ又は如何なる物品と雖も之を其所有主に返す可しと云ひ或は正直に生活せよと云ひたるは蓋し右の原則の依て來る淵源なり。然れ共最後の正直に生活せよと云へる原則は人の内部に屬する者なれば之を民法の原則と云はんよりも寧ろ道德の範圍に屬する確言と評する方穩當なる可し

第六條

公訴を爲す權は左の事項に因て消滅す

第一 被告人の死去

刑事訴訟法 第六條

- 第二 告訴を待て受理す可き事件に付ては告訴の拋棄
- 第三 確定判決
- 第四 犯罪の後頒布したる法律に因り其刑の廢止
- 第五 大赦
- 第六 時效

以上の法文は公訴私訴の發生す可き原由及び其既に發生したる場合を規定せり。然れ共生者必滅は自然の道理にして此道理たる獨り有形物を支配するのみならず無形物をも亦支配する者なるが故に無形物に屬する公訴私訴と雖も一度は消滅の期なき能はず。是れ本條に於ては公訴の消滅する場合を擧げ。次條に於ては私訴の消滅する場合を擧げたる所以なり

第一 被告人の死去

抑も犯罪なる者は犯人一個の所爲に出でたる者なり。此犯人に科す可き刑は犯人の一身に止まる可きものなり。故に犯人死去するときは他に刑罰を科す可き人なし。是れ本條に被告人の死去を以て公訴消滅の一原由と爲したる所以なり。然れ共往昔に在ては死者に對して猶ほ刑の宣告文を爲したり。即ち其方法たる

勿論實際之に刑を科すると能はざれ共單に宣告書文を公けに爲したりしなり。其理由たる若し犯人にして裁判言渡を受くる以前に於て死去したるときは實際罪ありしに拘はらず世人は其犯人の罰せられたるを知らざる者多ければ我も一番罪を犯さんと欲するが如き亂暴者の輩出するとなきを保せず。果して然らば他戒主義を貫徹すると能はず。是れ死者に對し儀式的の宣告を爲す所以なりと。然りと雖も今日より之を考ふれば大に不都合なると云はざる可からず。何となれば抑も裁判なる者は法廷に於て原被告兩造を同等の地位に置き相互の辯論を聞きたる上始めて裁判の言渡を爲す可き者なり。然るに好し儀式にもせよ自ら辯護すると能はざる死者に對し單に原告たる檢事の論告のみを聞き所謂片證據を以て裁判言渡を爲すことは裁判の原則に背き情理に反するの甚しき者と云はざる可からず是れ今日斯る制度の廢棄せられたる所以なり。被告人の死去は公訴を消滅せしむるの原由なりとは一般の原則なり。然らば共犯の場合に一人の被告人死去したるときは他の共犯人の公訴も消滅する歟と云ふに、其生存者に就ては公訴の消滅するとなきなり。然りと雖も共犯中如何に考

ふるも二人に非ずんば犯すこと能はざる罪あり、姦通罪即ち是なり。此姦通罪の場合に姦婦の死去したるときは其姦婦に對する公訴の消滅するは勿論なるが姦夫に對する公訴は消滅するや予は然りと答ふ可し。如何となれば若し假りに此場合に於て姦夫をも罰す可しとせん歟、檢事が被告人に對し汝は姦通罪を犯せりと辯論するときには被告人は必ず反問するならん、私は何人と姦通したりしやと。此反問に對し檢事は能く汝は某の妻と姦通したりと云ふを得べき歟。否々一旦姦婦の死去したるときは公訴も亦從て消滅したるものなるを以て決して之に姦名を下すこと能はず。之を下すこと能はずんば決して檢事は汝は某の妻と姦通したりと口外すること能はず。之を口外せずして單に汝は兎に角何人かと姦通したるに相違なしと云ひ以て之を罰すること能はざる可し。蓋し他の共犯の場合に於ては共犯人の何人たる歟を云はずして之を罰するを得べしと雖も姦通罪に限り姦夫を罰せんと欲せば勢ひ姦婦の名を出さざる可からず。故に曰く姦婦の死去したるときは姦夫に對する公訴も亦消滅す可しと。若し夫れ斯る場合に於て姦夫を罰せん歟、死者に姦名を附せざる可からず。而かも之に姦名を附する

には猶ほ彼の死者に刑の宣告を爲すと異なる所あらんや。然らば一步を進めて姦夫の死去したる場合には姦婦のみを罰するを得べき歟。蓋し前段の場合に姦夫を罰する能はざる所以は固と男子をして姦罪の責任を負はしめんと欲せば必ず有夫の婦と姦通したる事實あるを要す。如何となれば男子は有夫の婦に非ざる者と通するも之を以て犯罪と爲すと能はざればなり。之に反して婦女に姦罪の責任を負はしむるには單に其婦の有夫の婦たる資格を有すること、夫以外の者と通したる事實にあらば果して何人と通したりやを確むるに及ばざる者とす。さすれば假令姦夫の死去したる場合と雖も此二個の事實あれば姦婦に於ける公訴の消滅す可き謂れなく又實際之を罰して差問なかる可し

第二 告訴を待て受理す可き事件に付ては告訴の抛棄

元來刑法に於て告訴を待て受理す可き事件を規定したる理由果して如何。蓋し姦通猥褻脅迫誘拐等の諸犯罪に付き假令被害者の告訴を爲さざるにもせよ又一且告訴したる後告訴の抛棄を爲したるにもせよ之を罰するとなからん歟社會は多少の害を被むるや明かなり。然らば之を罰するに告訴を待つにも及ばず告訴

の抛棄をも顧みずして可なるに似たり。然れ共單に社會の利益とのみ云ふて一個人の利害を問はざるときは一個人は非常の迷惑を感ずると多からん。思ふに夫の社會一般の利益の爲めには一個人の利益を犠牲にす可しとの原則は宜しく其社會の利益と一個人の利益と大小如何んを比較せざる可からず。之を比較して若し社會の害を蒙むると小に一個人の害を蒙むると大なるときは社會は一步を譲りて一個人の利益を保護せざる可からず。夫れ然り被害者の告訴を待て其罪を論ずる者の如きは固より一個の犯罪なれば社會も亦多少の害を受くるや明かなり。然れ共之を夫の一個人が害を蒙むるとの大なるに比す可くも非ず。而かも一個人の利害如何んを察せずして社會が一個人に關する犯罪に付き遠慮なく公訴を提起せしめん歟。犯罪一人の名譽を毀損するは言ふ迄もなく其子孫若くは親族等の名譽を毀損し迷惑を來すと夫れ將た如何そや、茲に於て平脅迫、誘拐、猥褻、姦通等の罪は社會の害よりも一個人の害を被むると大なるを以て被害者又は其親族の告訴を待て始めて社會は公訴權を實行す可しと爲したるなり。其れ此の如く刑法の規定したるを以て被害者に於て是等の犯罪に就き告訴するとなく

又一旦告訴するも若し告訴の抛棄を爲すときは從て公訴權の消滅するの理は明白なる可し。是れ本項の依て起る所以なり

佛國治罪法第四條に於ては告訴を待て受理す可き事件に付ては單に被害者の棄權とあり。故に佛國に於ては學者說を爲して曰く告訴を受理す可き事件に付ては其告訴を爲さざる前なれば何時たりとも棄權するを得べく從て公訴權も運動することなし。然れ共一旦告訴したる後は公訴權の運動を始め公訴權は獨立し最早一個人人民の意思を以て之を動かすと能はずと。之に反對する學說に依れば抑も告訴を待て受理す可き事件たるや社會か一個人の利益を計りて規定したる者なり、社會が一步を一個人に譲りたる者なり。而して其一個人の利益たるや利益たらざるや何時之を確むるを得べきや。固より其裁判の終局に至らざんば決して之を了知すると能はざる可し。故に是等の事件に付ては告訴前は勿論告訴後何時たりとも棄權するを得べしと爲さざる可からず。然るに若し論者の説の如く一旦告訴したる以上は最早棄權すると能はずとせば社會が此事を規定せし本義に反し社會の親切心は地を拂ふに非ずやと。治罪法に於ては第二の説

に基き其第九條に下の如く規定せり曰く、告訴を待て受理す可き事件に付ては被害者の棄權又は私和と。是れ棄權の文字に加ふるに私和なる文字を以てし、告訴前は勿論告訴後と雖も被害者の随意に棄權若くは私和を爲すを得べしと爲したるなり。然るに本法に於ては佛國に行はれたる第一説を探り、公訴權の一旦運動を始めたる上は公訴權は獨立して到底一個人の意思を以て消滅せしむること能はずと爲すものゝ如し。然らざれば私和なる文字を削除したる理由明ならず。又告訴の拋棄なる文字を解すること能はざる可し。蓋し告訴は斯の如き損害を受けたりとの事を訴ふるに過ぎざるを以て告訴の拋棄と云ふからは公訴權の發生せざる前に於て拋棄すること相違なきや勿論なり。而して此規定の果して當を得たるや否やは素より實際の經驗に由て判断す可きものにして理論又は今日の人情より論し去るべきものに非ざるなり。暫らく略して他日の判定に一任す可し。

第三 確定判決

確定判決の効力は如何なる者ぞ。即ち如何なる事件は既に確定判決を経たりと

云ふを得べき歟の問題を講ず可し。民事に於て一の訴訟事件に付き確定判決を経たる者と爲すには三個の條件を具備するを要す。(第一)訴訟の原由同一なる(第二)訴訟の目的同一なる(第三)訴訟人の同一なると是なり。請ふ左に之を分論せん

第一 訴訟の原由同一なる

抑も一方に權利あれば又一方に義務あるとは偶然に非ず。或は一方より金員を貸與するか、或は賣掛代金の淹滞あるか、或は不正の所爲を以て人に損害を加へたるか、或は角其權利義務の生ず可き原由なくんばあらず。之を稱して訴訟の原由と云ふ。而して予が一人に對して貸金の訴訟を起したるに予は敗訴し裁判は確定したり此場合に予は復た同一の人に對し賣掛代金延滞の廉を以て出訴したりとせんに被告は之に抗辯して最早此事件たる確定判決を経たる者と云ふを得ず。其故如何となれば始めは貸金の廉を以て訴へ後には賣掛代金の名義を以て出訴し其訴訟の原由異なるを以てなり。要するに一の事件に付き訴訟の原由同一なるを以て既に確定の判決を経たりとするには前後訴訟の原由同一なる場合に限る者ぞ

第二 訴訟の目的同一なる

訴訟の目的とは訴訟を提起して自ら裁判の救済を得んと欲する目的を云ふ。例へば貸金催促の名義を以て貸金の返還を目的とするは訴訟の目的なり。損害賠償の名義を以て己の被ふりたる損害の賠償を目的とするも亦然り。故に若し前後訴訟の目的を同一にしたるときは後の訴訟に於て既に確定判決を経たる者と云ふを得るも若し之を異にしたるときは然か云ふと能はざるなり

第三 訴訟人の同一なる

訴訟の原由及び目的同一なりと雖も若し前後の訴訟人異なるときは後の裁判に於て此事件は既に確定判決を経たる者と主張すると能はざる者とする。故に確定判決の主張者は必ず前後同一の訴訟人なることを證明せざる可からず。以上は民事の確定判決に關する原則なるが刑事に於ても亦同一の原則を適用するを得べし。即ち刑事に於て第一の訴訟の原由とは犯罪なり。第二の訴訟の目的と云ふは第一條に規定せる刑の適用なり。第三の訴訟人の同一なるとは訴訟人の原告は何時にても検事にして被告人は何時にても犯罪者なり。故に假令

同一の人に對して始めは竊盜の公訴を爲し後には詐僞取財の公訴を起すと雖も被告人は前の訴訟に於ける判決は確定したる者なるを以て後の公訴を受く可き理由なしと云ふと能はず。何となれば此場合には同一の訴訟人なるも其原由たる犯罪を異にし刑の適用を異にすればなり。又前後共等しく竊盜の公訴を爲すと雖も前には甲に對して之を爲し後には乙に對して之を爲したるときは是れ亦後の被告は前判決の確定せる理由を以て後の公訴に付き責任を免かるゝと能はず。又前判決確定の効果をも以て後の裁判を受けずと云ふと能はず。何となれば前後其訴訟人即ち被告人を異にすればなり。確定判決の効力は其利も他に及ばず其害も亦た決して他に及ぼすと能はざる者なり。故に共犯者二人の中一人は先に無罪の言渡しを受けたりと雖も其後逮捕されたる他の共犯人は之を理由として無罪を主張する能はず。此場合には決して前後の裁判抵觸せりと云ふと能はず。之を云ふを得るは前の被告と後の被告と同一なる場合に限れるなり。然れ共茲に原則あれば必ず例外あり竊通の場合の如き即ち是なり。例へば姦婦姦夫一室に在りて姦淫するとき本夫其姦所に踏

込み取押へんとしたるに姦夫は逸早く逃げ去り獨り姦婦のみ取押へられ法廷に引出されしも何か當時の事實に依り無罪の言渡しを爲し其判決は確定せり。然るに日を経て其姦夫の所在發覺したるときは之に對して有罪の宣告を爲すを得べき歟と云ふに素と姦夫をして姦通罪の責任を責はしむる所以即ち姦通罪の成立する所以は有夫の婦と姦通したる事實に基く者なり。然るに一方には其主たる姦婦に付き無罪の言渡しを爲しながら獨り姦夫に對し有罪の宣告を爲すと能はざるべし。佛國にては管に人の妻たる者他の男子と姦通したるとき之を罰するのみならず。夫か他の婦女と通したる場合にも亦姦通の罪と爲し罰金の刑に處す。然れ共之を姦通罪と爲すには夫婦同居の家にか他の女を引入れ常に相通し居る所謂慣習犯の場合に限れり。然るに其妻たる者は單に夫と同居の家に限らず何れの場合に於ても一回にても他の男子と通するときには罰金又は禁錮の刑に處せらるゝことなり居るなり。又佛國にては強盜共犯の場合に其正犯無罪の宣告を受けたるときは其判決の効力他の從犯に及び同く無罪とせらるべし。夫れ斯く姦通又は共犯の如き場合に一人の受けたる確定判決の効力は他の正犯又

は從犯に及び是等の者は一方の確定判決を理由と爲し公訴の消滅したるを主張するを得ると雖も其他一般の場合に此理由を以て公訴の消滅を主張せんと欲するものは必ず前述せる三個の條件を具備せるとの證明を爲さざる可からず。茲に困難なる一問題あり。即ち謀殺の嫌疑を受けたる者審問の末無罪の言渡しを受け其判決確定したるときは檢事は同一事件に付き更に過失殺傷なりと論告するを得るや否やと云へる是なり。此事に付き佛國に於ては二派の議論ありて一定せざるものゝ如し。一方の論者は云ふ此場合には謀殺なりや否やの點は之を審問したりと雖も未だ過失殺なりや否やと云へる事實は取調べたるとなければ假令謀殺の罪なきも或は過失殺の罪を犯したるやも未だ知る可からず。約言すれば假令同一の被告人にして同一の目的なりと雖も其犯罪の異なるを以て前の確定判決の効力を後の過失殺の論告に及ぼすを得ず。故に檢事は右の如く論告し判事は之を罰することを得べしと。而して此事たる單に學說に止まらず裁判例に實際存するなり。之に反對する論者は云ふ。果して然らば強盜に付き無罪の言渡しを爲し其判決確定したるときと雖も他日同一事件に付き再び竊盜なり

とて公訴を提起するを得べき歟と。予の考ふる所に依れば前説は正實なるに似たりと雖も元來右の場合たる只刑名を異にするのみにして同一事件に付き同一の人に對して爲すとなれば之を確定判決を経たる者とし再び此事に關し公訴を提起するを得ずと爲す方穩當なりと思はるゝなり。若し然らずして夫より是と類を追ひ例外を唱へなば折角確定判決を以て公訴消滅の一原因と規定しながら實際確定判決に依て公訴消滅の恩典に浴する者僅少の區域に止まるに至る可し然れ共茲に一の實例ありて前例に類似するも而かも同一の論決を付すると能はざる者あり。例へば赤子を殺害して之を無届にて私有地に埋葬したる者あり。而して検事は謀殺の廉にて公訴を提起したるを以て判事は各關係人等を取調べしに謀殺に非ずして全く死して出生したる子を埋葬したること明瞭と爲り、謀殺の點丈は無罪の言渡を受けにき。然るに検事は再び同一事件に付き同一の被告人に對し相當の手續を経ずして私有地に埋葬したる廉を以て公訴したりとせん。此場合は前判決確定したることなれば其効果後の事件に及び公訴權消滅したりや否やと云ふに。前の謀殺を取調べる際には埋葬云々は其犯罪の結果

に屬する事實なれば別段之を取調ぶるの必要なし。然れども謀殺の點無罪となるときは各獨立したるものにして更に後の罪を審問するの必要あり。換言すれば獨立の別罪を成立せしむる場合は前例の例外なれば再び公訴を爲すを得べきなり

第四 犯罪の後頒布したる法律に因り其刑の廢止

此事に就ては予が刑法第三條を講じたる際縷々説明したるを以て今茲に之を説明するの必要なし

第五 大赦

抑も大赦は國家戰亂の餘を受けて之を統一し新に君王若くは大統領の即位したる時に之を行ふ者なり。其之を行ふ所以は從來君王、大統領等に反對し罪を國事に得たる者の罪を遺忘し刑を宥恕し以て一國の治安を保ち富強を謀らんが爲めなり。此大赦に依て罪を赦されたる者は從來の罪を遺忘したるの故を以て曾て犯罪の事跡なかりし者と同一視し。其者再犯するも再犯加重例を適用せざる程の者なり。是れ大赦を以て公訴消滅の一原因と爲したる所以なり

第六 時効

治罪法に於ては時効と云はすして期満免除なる文字を用ゐたり。是れ素より他に深き意あるにあらず民法上の期満免除を時効と爲したるか故に本法に於ても亦同一の文字を使用したるに過ぎざるなり。但し此時効のことに付ては第八條を講ずる時に詳述す可し

第七條

私訴を爲す權は左の事項に因て消滅す

第一 拋棄又は和解

第二 確定判決

第三 時効

前條に於て公訴消滅の原由を列擧したるを以て本條には私訴の消滅する場合を列擧したるなり。然れ共何故公訴の消滅する原由は六個あるに私訴消滅の原由は僅に三個の場合に限れるか。換言すれば私訴は何故公訴と等しく被告人の死去に依て消滅せざる歟。何故公訴消滅の場合には告訴を待て受理す可き事件に付ては告訴の拋棄とあるに私訴消滅の場合には單に拋棄又は和解と爲したる歟。

何故犯罪の後頒布したる法律に因り其刑の廢止せられたる場合に消滅せざる歟。何故大赦に依て消滅せざる歟。請ふ此問題を討究せん。抑も私訴の目的たる被告人の生命、身躰、名譽に關する者に非ず。只財産に關し贓物の返還、損害の賠償を目的とする者なり。故に假令被告人の死去したる場合と雖も其財産は多少相續人に傳はる者なれば被害者が賠償返還を要むるの妨げとなることなし。是れ私訴は公訴の如く被告人の死去を以て消滅の原因と爲さざる所以なり。何故公訴消滅の場合には告訴を待て受理す可き事件に付ては告訴の拋棄とありて私訴消滅には拋棄又は和解と爲したる歟と云ふに。公訴は第三條にある如く被害者の告訴を待て起るものに非ず。又拋棄に依て消滅する者に非ず。只告訴を待て始めて起る事件に限りては告訴を待て公訴起り。告訴の拋棄に依て消滅するなり。然れども私訴は素と之を爲すも爲さざるも被害者の自由にあり。故に被害者私訴を爲せば私訴起り。拋棄又は和解すれば消滅す可きは當然のことと云ふ可し

何故私訴は犯罪の後頒布したる法律に因り其刑の廢止せられたる場合に消滅せざる歟。元來公訴と私訴とは各獨立したる者にして公訴の方は無罪と爲るを以て私訴の權利を消滅すること能はず。私訴消滅するも以て公訴の運用を妨害するに足らず。然らば即ち犯罪の後頒布したる法律に因り其刑の廢止に逢ひ公訴を消滅すと雖も毫も私訴を消滅せしむるの原由と爲すと能はざるや勿論なり。是れ是等の場合を以て公訴消滅の場合の如く私訴消滅の原由と爲さざる所以なり。

何故私訴は大赦に因て消滅せざる歟。明治の初年に在ては所謂徳政と稱し凡ての負債主をして其義務を免かれしめたることあり。今日の時世に於ては斯る亂暴の行ふ能はざるは勿論なり。又社會は社會全體の利益に關するを規定するの權ありと雖も一個人民の權利を伸縮するの權利なし。故に社會全體の利益と認むるときは大赦を以て公訴を消滅せしむるとあるも之が爲めに私訴を消滅せしむ可きに非ず。是れ大赦を以て私訴消滅の原由と爲さざる所以なり。前數段の説明を以て本條を講了したりと信ず否な之を以て前條の講義と對比す

るときは本條を解するに難からずと信ずるを以て是より次條に進んで講述すべし

第八條

公訴の時効は左の期間を経過するに因て成就す

- 第一 遠警罪は六月
- 第二 輕罪は三年
- 第三 重罪は十年

時効の事たる法律家に非ざれば不可思議の感を爲す者あらん。蓋し一旦罪を犯したる者をして時効の爲めに罪なきものゝ如くするは道德家の許さざる所なるのみならず又普通の感覺なり。然れども法律家として之を論ぜんには時効の規定たる素より必要ならざる可からず。凡そ社會の權力を執行せんには常に確實なるを要するものなり。故に充分の證據を集めしめ無罪の者を有罪となし義務なき者に義務を負はしむるが如き裁判の錯誤を避けざる可からず。左れば公訴の場合に於ては原被告を同等の位置に置き双方をして充分の證據を提出せしめ、而して之が判決を爲さは即ち確實にして正當を得ること言を俟たず。然るに若し

長の月日を経過し證據の湮滅せるを顧みずして遂に無辜を罰することあるが如きは裁判の宜しきを得たるものに非ざるなり。是れ法律上時効の規定を設くる所以なりとす。時効には刑の時効及公訴の時効の二種あり。刑の時効に就ては刑法講義の範圍に於て之を論ず可ければ茲に贅せず。公訴の時効を設けたるとに付き二説あり。第一説は刑の時効にも公訴の時効にも二つながら通ずる議論なり。左に之を示さん

第一説 一犯人あり何か犯せる罪ありて或る期限内跡を窺みて隠匿し居る間は決して彼の無罪潔白の人と同一に安心して日月を費し得べき者に非ず。必ずや常に戦々兢兢として法網に罹らんとを是れ恐れ人を見れば捕吏に非ざる歟と疑ひ、一日片時も安堵の思を爲すとなかる可し。されば其常に恐怖の念慮を懐くの苦痛たるや實際受くる所の刑罰の苦痛と毫も異なるとなし。斯る苦痛を數年若くは數十年間嘗め續きたる者に對し刑罰を加ふるととせんか恰も其者は二回の刑罰を受けたると同一様の思ひあらん。果して然らんに假令其者は實際刑罰に服せざと雖も刑に服したる者と同一視し其刑罰を免除せざる可からず。是れ

刑及び公訴の時効を設けたる所以なりと。此説たる一應尤もらしく聞ゆる者なり。斯る者に刑を科せずと云は、如何にも社會は有情家の如く見ゆ可し。殊に其隠匿中に於て再犯も爲さざる者なれば是等の者に對しては最早刑罰を科するの必要もなかる可く、又其時間中は社會が斯る犯人ありしや否やを遺忘し居たる者なれば其遺忘したる者が發覺したればとて之を罰して犯人其人を懲し世人を戒むるの必要なかる可し。假令必要ありとするも到底自懲他戒の目的を達すると能はざる可し。而も猶之を罰すとせば所謂二重の刑罰を科すると一般の結果を生ずるに至る可きなり。去れと予は此説を以て時効を設けたる理由と爲すには決して賛成を表すると能はざるなり。其故如何となれば成程論者の云へるが如く罪を犯して逃亡せる間には或は刑罰と同一の苦痛を感じる者もありぬ可し。然れ共這は是れ例外の場合なり。例外の場合を以て一般を推す可からず。一般の犯人は公訴の執行を免かれ刑罰の執行を逃れても平氣に居る者其多きに居る可し。現に國事犯を企て中途に事顯はれて外國に逃走するものゝ如きは本國の法律を輕蔑こそすれ決して其外國に隠匿中刑罰と同様の苦痛を感じざるが如きと

は之を想像するだも能はざらん。殊に彼の違警罪を犯したる者其公訴の執行を逃れて六箇月間は常に巡査の勾引に逢はんことを恐れ居たりとは千思萬考するも想像すること能はざらん。果して然らば此説の正當ならざるや明かなり

第二説 凡そ事物は時の経過と共に消滅すとは吾人が常に之を耳にし之を口にする所なり。然れ共犯罪の事跡なる者は全く消滅に皈する者に非ず。例へば人の殺されたる事跡の如し。此事跡たる幾百年を経過すと雖も歴々跡を止め決して消滅の恐れなき者なり。乍併人の記憶なる者は時の経過と共に消滅するに相違なし諸君が之を既往の経験に徴するも些細の出来事は早く既に腦裡を脱去したるを見るならん。抑も人に犯罪の責任を負はしめんには單に犯罪の實跡存するのみを以て足れりとす可からず必ずや之を確む可き人の記憶の存在するを要するなり。然らば假令犯罪の實跡現存するにもせよ之を確む可き人の記憶即ち當時の事情を目撃若くは見聞せし人の記憶にして消滅せんか之を罰す可からざるや明かなり。蓋し犯罪には三個の元素を要する者なり。(第一)犯罪の意思(第二)自由(第三)知覺精神即ち是なり。而して一犯人に對し果して此三元素を具備して

罪を犯したりや否やを取調べんと欲せば其犯罪の當時若くは之に近接したる時に非ずんば決して詳細に其實を得る者に非ず。又時の経過に従て犯罪の實跡存在するも何人の所爲に出でたるや之を詳にする能はざることある者なり。又犯人現に明かにして其犯罪の事情を目撃せし者ありと雖も仔細に當時の事情を記憶し得たりと云ふこと能はざることあるものなり。之を要するに犯罪の證據物若くは證人若くは犯罪の元素等は月を経年を重ねるに従て散亂し或は消滅に皈する者なり。然るに是等の者消滅散亂したる時即ち犯罪より數年若くは數十年の後に至り證據の湮滅したる時に於て猶ほ公訴を提起するを得べしとせん歟、裁判の錯誤を豫防すること得て行はる可きに非ず。例へば眞の謀殺を以て過失殺に擬することもありなん。或は正當防衛を以て故殺に問ふこともありなん。其甚しきに至ては人違ひを以て罰するか如きことなきを保せず。果して然らんには折角刑事訴訟法を設け裁判の錯誤を避けんと欲したる目的と齟齬するに至るべし。是れ或る一定の年限を経過したる者に對して公訴の時効を附與する所

論者或は説を爲して曰く證據の充分なる者は幾十年の後に於ても之を罰せざる可からず。又證據の不充分なる者は昨夕の犯罪と雖も之を免訴して可なり。豈違警罪は幾月、輕罪、重罪は幾年を經過せば之を罰せずと爲すが如き必要ある可けんや。實に其必要なのみならず刑法若くは刑事訴訟法に於て時効の如き制度を設くる時は爲めに狡猾なる罪人を利するに至らんも未だ知る可からず。故に曰く時効廢す可しと。然れ共數年若くは數十年の後に於て是は犯罪の證據充分なり是は犯罪の證據充分ならずと認定する者はそも何人なる歟、神に非ず、佛に非ず、必ず凡人の眼力智覺に依らざるを得ず。果して然らば凡人が以て證據充分なりとするもの奚ぞ知らん其實充分ならざるを。抑も事の大なるものは人の記憶に存することも亦長久に亘る可きは争ふ可からざるの事實なり。之に反し事の小なる者は從て人の記憶も永久に存せざるは是れ亦動かす可からざるの原理なり。されば立法官思へらく常人の見を以て證據充分なりとし充分ならずとするは未だ以て其實果して然るや否やを知らず。斯る疑はしき事實を以て人を罰す可きに非ず。况んや前述の事實と原理の存するに於てをやと。然り然れ共論者

の説と雖も未だ俄に排斥す可からざる者あり。又假令幾多の年月を閱すと雖も彼の現行犯の如き者には調書等の存するともあり好し是等の存せずとするも充分犯罪の證據具はる者あるへし。若し果して是等の證據具はるときは夫の公訴の時効は證據の湮滅を恐れ裁判の錯誤を來す可しとの理由を貫徹すること能はざるに至る可し。何んとなれば證據充分ならんか之を以て證據は湮滅せりと云ふこと能はず、之を以て裁判の錯誤を來す可しと云ふこと能はざればなり。故に予は單に證據の湮滅と云へるを以て公訴時効の理由と爲すは未だ以て充分精確の議論と云ふと能はず。成程是等の議論と雖も其幾分の理由たるや明かなりと雖も、而も前述の如き場合には其理由を貫徹すること能はざる可し。然らば如何なる理由を以て前段の難問に答ふ可き歟。如何なる理由を以て公訴時効を説明す可き歟。曰く抑も人に刑罰を科し以て自懲他戒の主義を貫徹せんと欲せば犯罪の當時若くは之に近接したる時日ならざる可からず。何んとなれば世人は犯罪の當時又は之に近接の時日に於てこそ彼は云々の罪を犯せりと記憶す可く犯人と雖も予は云々の行爲を爲したるが爲めに云々の刑を科せられたりと感す

可し。若し夫れ月往き年去り幾十年の後に於て之か公訴を起し之に刑罰を科せん歟、假令確實なる證據あるにもせよ誰か斯くの如き感覺を懷き誰か斯くの如き記憶を存し犯人自らを懲し併せて他を戒むるの効能ありとせんや。社會が人に刑罰を科するは此効能あるか爲めなり。然るに人々犯罪を遺忘し且此効能にして既に去らん歟、社會は之を罰するの必要なし。既に必要なくんは社會は之を罰するの刑罰權だも有するとなきなり。何となれば刑罰權の基本たるや背徳加害及び社會の必要と云へる三者に存すればなり。是れ公訴の時効を設けたる一大理由と爲す所以なり。然れ共諸君幸に予が公訴時効の理由は證據湮滅に基けるに非ずと爲す者と誤解する勿れ。後の理由も亦是れ其一理由たるに相違なきも予が前段の理由と相合するときは完全無欠の確論たるへしと云ふに在るなり。第十一條の規定に依れば時効は起訴豫審又は公判の手續ありたるに因り其期間の経過を中斷す云々とあり。何故に起訴豫審又は公判の手續を以て人の記憶を呼起したりしと爲し其経過を中斷せしむるや。學者之を説明して曰く。抑も時効を設けし理由たるや社會の遺忘に基けり、社會の遺忘とは人々犯罪に關する記

憶の薄弱と爲るの謂ひなり。既に人の記憶薄弱となる時は犯罪の證據不十分なるものなり。犯罪の證據不十分なる時に於て之を罰する時は裁判の錯誤を以て無辜を罪するの恐あり、是れ時効を設けし理由なり。然るに社會の代理人たる檢事が社會公衆に代て起訴の手續を爲すか、或は判事が豫審又は公判の手續を爲す以上は社會が遺忘せざる證據なり。社會にして遺忘せずんば犯罪の證據充分なりと云はざる可からず。犯罪の證據充分なる時と雖も猶ほ之をして時効を得せしむるの理由なし。是れ時効の経過を中斷する所以なりと。此説たる法理上可なるべきも實際上より云ふ時は多少牽強附會の議論たるを免かれず。成程檢事は社會の代人に相違なしと雖も檢事が起訴するか判事が豫審又は公判の手續を爲したれば逆夫れが爲め常に社會公衆の記憶を呼起す可き歟、實際然らざるべし。然らば社會の遺忘を喚起し世人の記憶を喚起さるとあるに何故其経過を中斷する歟。是等實際上微妙の點に至ては未だ法律の不完全と云ふより外なきなり。然れ共單に法律の不完全と放言して止む可きに非ず。蓋し立法者が斯く規定したる所以の者は五年若くは十年の後には必ず時効の恩典を附與す可し、假令其期限

中に於て、検事等が起訴の手續を爲し、判事が豫審又は公判の手續を爲すと雖も、此期限を動かすこと能はずとせば、實際其弊害に堪へざる者ありと爲したるに依れり。然りと雖も、實際上、検事若くは判事が逃走中の犯人に關し一の行爲を施すに當り、其行爲たる法律上、社會の代理人たる資格を以て之を爲すと雖も、而も其行爲毎に其本人たる社會より一々命を受けて之を爲す者に非ず。只自己の思想を以て其行爲を爲すに過ぎざる可し。故に純然たる法理より云ふときは、假令職務に熱心なる検事若くは豫審判事等が起訴又は豫審公判の手續を爲すと雖も、實際社會公衆が其犯罪を遺忘したるときは、之に對し時効を附與せざる可からずと思惟せらるゝなり。故に此點より極論するときには、檢事等の行爲を以て社會が其行爲を遺忘せざる證據なりと云へる議論は薄弱の者とならざるを得ず。之を要するに實際上及び純然たる法理上より云ふときは、前述の如しと雖も、法律に於て斯く規定したる所以は、是れ只一の便宜法と見做さは、左迄差問へなかる可き歟。以上公訴の時効の事を講了せり。是より本條に規定せる公訴時効の期間を罪の輕重に依て伸縮したる所以を説かん。立法者以爲らく罪の重き者は其證據の消滅

滅及世人の記憶も長く存す可し。之に反し罪の輕き者は其證據其記憶も早く消滅に歸す可し。是れ違警罪は六月、輕罪は三年、重罪は十年と爲したる所以なり。然らは何故刑の時効の如く死刑は幾年、禁錮は幾年と定めざりしかと云ふに刑の時効なるものは既に裁判の確定後に在るものなれば、其刑名に依て期限を異にするを得ると雖も、公訴の時効に在ては未だ公訴の起らざる前に在る者なれば、果して其犯人は死刑に入るか、無期徒刑に該るか、禁錮に處す可きか明かならず。從て斯く刑名に依て規定すると能はず。是れ違警罪、輕罪、重罪と三種に區別して其期限を豫定したる所以なり。

第九條

私訴の時効は被害者無能力なる時又は公訴に附帶せずして其訴を爲したる時と雖も、公訴の時効と其期間を同くす

公訴に付き既に刑の言渡ありたる時は民法に定めたる時効の例に従ふ

本條を説明するに就ては民法の時効を説明せざる可からず。抑も民法に於て時効を規定し、或る一定の期限を経過したるときは出訴すると能はずと爲したる所以は、凡そ普通の権利者は相當の期限内に自己の權利を執行して權利の權利たる

効力を保たしむるを常とする者なり。然るに數十年の長き権利の執行を爲さざりし所以は之が執行を爲し得べき者が其執行を爲さざりしに非ずして素より權利なかりしか、或は義務者は既に義務を盡したるにも拘はらず權利者は二回の義務を盡さしめんとしたりしやも未だ知る可からず。又皮相上にては證書等のありて權利を有せしに似たるも其實權利を有せざりしやも未だ知る可からず。之を約言すれば權利者は實際權利を有せざりしか或は之を有するも其權利を拋棄したる者と見做したるなり。民事時効の依て來る所果して前述の如くんば此時効の恩典をして義務者に得せしむるには必ず其權利者が權利の執行を爲す可きに實際之を爲さずして拋棄したるの形狀なかる可からず。若し此形狀なからんか斯る推測を下す可からざるや勿論なり。夫れ然らんには夫の無能力者の如き者權利者たる時は實際權利の執行を爲すと能はざる者なり。故に其無能力者たる間は權利の執行を爲さざりしに非ず權利を拋棄したる者に非ずと云はざるを得ず。何となれば幼者、白痴、瘋癲者等の如き無能力者には後見人を附し置くと雖も後見人に於て幼者に或る權利あることを遺忘したることあるやも未だ知る

可からず。又幼者に於ては實際自己に權利ありと雖も法律上之が執行を求むると能はざるの地位に在る者なればなり。果して然らんには是等の無能力者に限りては或は丁年に達するか、或は智覺精神の舊に復する迄は幾十年を経過すと雖も時効の経過を停止せざる可からず、否な民法に於ては若かく規定せしなり。然らば本條に於ては何故私訴の時効に付き公訴時効の期限と同一と爲し民事時効の原則を適用せざる歟。抑も公訴なる者は社會の權利にして一個人の權利に非ざるなり。然らば如何に被害者無能力なればとて此社會の權利たる公訴時効の期限の経過まで停止す可き謂れなし。既に被害者の無能力にして公訴時効の期限の経過を停止すること能はずとせば獨り犯罪に起因したる私訴に於ける時効の期限の経過を停止する能はず。何となれば公訴に起因せる私訴なれば其私訴の目的を達せんと欲せば犯罪の證明を爲し某は予の物品を竊取せり、故に其物品の返還を求めたしと云ふを要す。然るに其基本たる公訴即ち犯罪の事跡にして時効を得たる以上は斯る證明を爲し得べき様もあらず。是れ私訴時効の期限は被害者無能力なる場合と雖も公訴時効の期限と同一なりと規定したる所以

なり

六〇

被害者の無能力なる場合も猶ほ公訴時効の期限と同一なるの理由は前述の如し。然れ共私訴を公訴に附帯せずして爲したる時と雖も猶ほ公訴時効の期限と同一に爲したる理由如何ん。元來私訴の時効と純粹なる民事の時効とは其期限に於て一大差異あるを以て斯く規定したるなり。即ち我民法に依れば飲食料宿泊料、勞力者の給料等の如き特別の者は其時効の期限六箇月なりと雖も一般民事の時効の期限は其権利を執行し得る時より三十箇年と爲り居るなり。之に反して本條にある如く私訴時効の期限は公訴の時効と同一なるを以て違警罪に原因せる私訴の時効は六箇月、輕罪に關する私訴の時効は三年、重罪に關する私訴の時効は十年と爲れり。然らば假令私訴を公訴に附帯せずして爲したる時と雖も民事の時効の期限に依ると能はざるの理由明かならん

然りと雖も退て考一考すれば私訴を公訴の時効の期限と同一に爲したるは稍不可思議の感なき能はず。試に問はん竊盜、詐僞取財等を以て人に損害を加へたる者私訴と借金の返済を怠り、又は物件を購求して代價を拂はざる者純粹の民事

とは何れか其情狀に於て惡む可き所ある歟。成程借金を返済せず、物品の代價を拂はざるは不道德たるに相違なしと雖も先方は辨償するならん支拂ふならん信任し所謂承諾の上にて貸與し、信用の上にて賣却したる者なれば其情狀大に恕す可き者あり。之に反して人の物件を竊取するか或は人を欺て金錢を騙取するが如き者は其情狀の惡む可きと前者に比す可くもあらざる可し。然らば其情狀の惡む可き原由よりして義務を負ふに至りし私訴は其時効も亦純然たる民事の義務よりも長期に爲してこそ至當なれ、毫も之を短縮するの必要なきに非ずや。然るに其情狀の恕す可き民事の義務に於ける時効の期限は三十年にして恕す可からず惡まざる可からざる私訴時効の期限は最長期十年と爲し、民事時効の三分の一に位せしむ豈不可思議千万ならずや

然りと雖も若し私訴の時効をして民事の時効と同一にするときは先づ公訴時効の期限より長期に爲さざる可からず。何んとなれば公訴と私訴とは勢ひ命脈を共にせざる可からざると前陳の如くなればなり。例へば重罪は百年、輕罪は三十年、違警罪は六年と爲さずんば之に附帯する所の私訴の時効のみ獨り長期と爲す

と能はざるが如し。乍併若し假りに公訴の時効を斯くの如く延長せん歟社會は實際公訴權の拋棄を爲さざる可からざるに至る可し。何んとなれば前にも屢々講述したるか如く犯罪の證據なる者は歲月の経過と共に消滅す可く犯罪の證據消滅したるときに於て猶ほ公訴を實行するとせば之か爲めに裁判の錯誤を生ず可ければなり。好し又證據確然たりとするも人の記憶の消へ失せたる時に於ては假令公訴を實行し犯人を罰すと雖も刑罰の目的たる自懲他戒の主義を貫徹すると能はず。之を貫徹すると能はずんば社會は之を罰するの必要なし。既に其必要なくんば社會は之を罰するの刑罰權だも有するとなきに至るべければなり。夫れ長き歲月を経過せば主たる公訴の實行すら覺束なきと斯の如し。况んや之に附屬する私訴にして斯る長期の後に於て某は云々の罪を犯し予に斯く斯くの損害を被ふらしめたりと證明すると能はざるをや。是れ私訴と公訴との時効期限を同一にしたる所以にして、又獨り私訴の時効の期限を延長して民事時効の期限よりも一層長期と爲すと能はざる所以なり。且つ夫れ民法に於て其時効を此の如く三十年の長期と爲したる所以は素と民事上のとたる或る例外を除ては刑

事の如き證據薄弱の者に非ず。何んとなれば民事に於ては權利義務を確むる所の證書もありなん。公正證書もありなん。證人も亦之あるべければ其證據の湮滅する度は刑事の迅速なるに似ざるなり。已に其證據湮滅の恐れなくんば之が時効の期限を延長ならしむるは固より其所なればなり。乍併此理由は民刑共に適用するを得るを以て刑事と雖も證據湮滅の恐れなきか又は現に證據の確實なる者は幾十年の後に至るも猶ほ之を罰して可なるが如し。故に公訴時効の期限を短縮するの必要なきに似たり。然れ共民事に在ては假令無證據を以て義務を科せらるゝも高が財産上の消長に過ぎずと雖も刑事は然らず。即ち其證據は民事に比すれば消滅の期早きのみならず若し一旦曖昧の中に人を罪し無證據に人を罰せん歟其關する所至重至大なり。果して然らば假令公訴時効期限の短期なるが爲め實際犯罪の形跡明瞭なる者をも罰すると能はざるが如き弊害あるにもせよ無辜を殺さんよりは寧ろ不經に失せよとの確言に則らざる可からず。公訴と私訴とは其時効の期限を同一に爲し公訴消滅すれば私訴も亦消滅すると前述したる所の如し。然らば公訴時効の時限を経過したる後即ち公訴の消滅し

たる後に於て犯罪の事實を證明せず私訴なる名稱を用ゆることなくして純然たる民事訴訟を以て贓物の返還損害の賠償を要求するとを得るや否や。例へば甲者乙者に或る物件を竊取せられたるも既に三年後に至り乙者は時効を得たるときは甲者は其竊取されたるの事實を證明するとなくして之か返還を要求するを得べき乎。蓋し贓物の返還は對人權なれば甲者が乙者に對して汝は其物件を予に返還するの義務ありと云はんと欲せば其義務の原由即ち竊取の事實を證明せざる可からず。然れ共只奈何せん公訴の消滅後は斯の如き證明を爲す能はざるを。然り然れ共甲者は乙者に對して其物件は如何なる原由を以て汝の手許に存するやを知らずと雖も兎角予は此物件に付き所有權を有せり。已に予が之に所有權を有するからは汝は之を予に返還せざる可らずと云ふを得べし。而して若し乙者にして此要求を拒絶せんとならば其物件たる全く正當の手續を経て獲得しりたとの證明を爲さざる可からず。何んとなれば佛法及び日本民法を見るも所有權の時効は三十箇年とあればなり。尤も動産に付き所有權の取戻を要求するは實際困難なる者なりと雖も而も其所有權主張者の言を拒絶せんと欲せば必

ず此物件たる予が所有物にして汝の所有に非ずとの反證を擧げざるを得ず。然り苟も前例の乙者に於て賣買、交換又は贈與等の手續に依て其物件を得たるものに非ざるよりは即ち實際竊取したる者なれば之か反證を擧ぐると難かる可し。然る時は甲者の請求は其目的を達するを得べし。又佛國民法第二百七十九條には動産のことに於ては占有は原權に等しき効力ありとすとあり。之を學術語を以て云ふときは瞬間の期滿所得とは稱するなり。然れ共此法文に於て占有は原權に等しき効力ありとは真正の所有者より動産を買取るか或は假令眞の所有者に非ざる者より買取るも善意を以てしたる場合か或は贈與又は交換等によが所謂正當の手續を経たる者と云ふなり。故に若し是等の手續に依り動産の占有を得たる者に對しては假令元の所有者と雖も取返すとを得ざる可し。然れども夫の竊盜若くは詐欺等を以て他人の物件を得たるものは斯く正當の手續に依て獲得したりとの反證を擧ぐると能はざる可し。終りに一言す可きは本條の末項に公訴に付き既に刑の言渡ありたる時は民法に定めたる時効の例に従ふとあり。何故此の如く定めたる歟と云ふに刑の言渡あ

りたるときは最早私訴に關する證據の湮滅する恐れなく又純粹なる民事の場合と差異なきに至ればなり

第十條

公訴私訴の時効は犯罪の日より其期間を起算す但繼續犯罪に付ては其最終の日より起算す

本條は公訴私訴に於ける時効の期限に關する起算法を示したる者なり。而して本條に於て何故其期限を犯罪の日より起算すると爲したる歟と云ふに元來公訴權なる者は犯罪の當初より生ずる者なれば之が時効を起算するにも亦犯罪の當日よりせざる可からず。是に由て之を觀れば理論上時効は公訴權の生したる時より起算せざる可からず。然りと雖も犯罪の性質に依り非常に長く繼續す可き者あれば若し是等の犯罪に付き犯罪の日より其時効を起算するとせんか未だ其犯罪を爲しつゝある間に早く既に時効を得既に犯罪を爲し終りたるるとき時効を得るが如き不都合を生ずるや明なり。是れ本條但書の依て起る所以なり。繼續犯とは如何なる者ぞと云ふに犯罪の始めより犯罪の終り迄一秒時間も間斷なく繼續する者を云ふ。論者動もすれば意思のみの繼續する犯罪を繼續犯と稱すれ共無意犯は姑く閑き犯罪の意思を要する者に付ては犯罪の意思及び犯罪の事實の二者相繼續する者に非ずんば繼續犯と云ふと能はず。論者は常に人の妻に通じ居る者若くは他人の倉庫に穴を穿ち昨日一俵を盗み今日二俵を盗むが如き者を以て繼續犯と稱すれ共是等は假令其意思繼續するも其所爲斷續するが故に之を連續犯と稱する方穩當なるべし。然らば繼續犯とは如何なる種類の犯罪を云ふ歟。曰く人を私家に監禁すると例へば阿染を質倉に閑込めたるが如きは之を閑込むるの意思と之を閑込めたる事實と相繼續するが故に繼續犯たり。其他偽造變造の度量衡を所持するの罪は繼續犯なれ共之を使用する罪は連續犯なり。何となれば前者は間斷なく所持するも後者は或る時は之を使用し或る時は之を使用せざればなり。正當に生計を營むの證明を爲し能はざる無籍者所謂浮浪人と稱するが如き者は繼續犯たるも。私に醫業を營むの罪は藥劑を盛る時のみ罪となる者なれば之を連續犯と云はざるを得ず。眞の繼續犯は其犯罪の繼續する時間の長短に依て刑に長短あれども第三百二十二條參看連續犯は數罪俱發例に照し一の重き者のみを罰せらるゝなり

すれ共無意犯は姑く閑き犯罪の意思を要する者に付ては犯罪の意思及び犯罪の事實の二者相繼續する者に非ずんば繼續犯と云ふと能はず。論者は常に人の妻に通じ居る者若くは他人の倉庫に穴を穿ち昨日一俵を盗み今日二俵を盗むが如き者を以て繼續犯と稱すれ共是等は假令其意思繼續するも其所爲斷續するが故に之を連續犯と稱する方穩當なるべし。然らば繼續犯とは如何なる種類の犯罪を云ふ歟。曰く人を私家に監禁すると例へば阿染を質倉に閑込めたるが如きは之を閑込むるの意思と之を閑込めたる事實と相繼續するが故に繼續犯たり。其他偽造變造の度量衡を所持するの罪は繼續犯なれ共之を使用する罪は連續犯なり。何となれば前者は間斷なく所持するも後者は或る時は之を使用し或る時は之を使用せざればなり。正當に生計を營むの證明を爲し能はざる無籍者所謂浮浪人と稱するが如き者は繼續犯たるも。私に醫業を營むの罪は藥劑を盛る時のみ罪となる者なれば之を連續犯と云はざるを得ず。眞の繼續犯は其犯罪の繼續する時間の長短に依て刑に長短あれども第三百二十二條參看連續犯は數罪俱發例に照し一の重き者のみを罰せらるゝなり

第十一條

時効は起訴、豫審又は公判の手續ありたるに因り其期間の経過

六八

を中斷す其未だ發覺せざる正犯、從犯及び民事擔當人に付ても亦同し
時効の経過を中斷したる時は起訴、豫審又は公判の手續を止めたる日より更に其期間を起算す

本條は第八條を講ずるの際殆んど講了したりと信ずるを以て今簡單なる説明を附す可し。民事時効期間の経過を中斷するには權利者より義務者に對して義務の執行を求むるか、又は所有權の取戻しを請ふか、又は負債の督促を爲すか、又は義務者より權利者に對し自分は或る義務を負ふたるに相違なしと云へる確認證書を差入るゝとを要す。是等の手續を爲すに非ざれば決して其経過を中斷するとなきなり。然るに公訴時効の期間の経過を中斷するには本條に規定するが如く單に起訴、豫審又は公判の手續を爲せば夫れにて其経過を中斷するの効力ありとせり。是れ如何なる理由なる歟。蓋し民刑時効の趣意を異にするを以てなり。民事の時効を設けし理由たるや、前述したるか如く權利者が權利を拋棄したるか、又は義務者が義務を盡したるならん、然らざれば幾十年の久しき間一度も義務の

執行を求めざる理由なかるへしとの推測に基きたる者なり。故に若し權利者又は義務者に於て斯の如き行爲を爲す時は此推測を破るに足れり。此推測にして破るゝ時は義務者をして時効の恩典を得せしむ可きに非ず。必ず其経過を中斷せざる可からざるは多辯を用ひずして明かなり。之に反して公訴の時効を設けし理由たる數年を経過するときは犯罪の證據湮滅し且社會公衆が其犯罪の事實を遺忘すべし。若し證據の湮滅したる場合に刑を科せん乎裁判の錯誤を來さん。社會公衆の遺忘したるときに罰せん歟、自懲他戒の主義を達する能はず。之を達する能はざれば社會は之を罰するの利益なし。已に利益なければ刑罰權を行ふの必要なし。是れ公訴時効の依て起る所以なり。されば若し檢事の起訴あるか、豫審又は公判の手續あらんか、證據湮滅の恐なからん、社會は遺忘する患なからん、此恐れ此患ひなくんば被告をして時効の恩典を得せしむ可きに非ず。是れ其経過を中斷する所以なり。然り而して民事時効の期間の経過を中斷するには權利者より被告人に對し直接の請求を要すと雖も、公訴時効の期間の経過を中斷するには現に被告が檢事の起訴若くは判事の豫審又は公判の手續ありたるや否や

を知るを要せず。又現に其犯人の何人なるや否やを知るを要せず、兎に角是等の手續にあれば其経過を中断するなり。是れ他なし民事に在ては権利者義務者の關係に過ぎずと雖も刑事に在ては社會と被告人との關係にあらざして社會と犯罪事跡との關係なるを以てなり。

是より本條第二項の趣意を説かんに一旦時効の期限の経過を中断したる時は其中斷後の時効の経過を起算するには本條にあるが如く、起訴豫審又は公判の手續を止めたる日より更に其期限を起算せざる可からず。何となれば之を中断する所以は是等の手續あれば證據湮滅の恐れなく、社會公衆遺忘の患ひなしと云ふに在り。然らば是等の手續を止めんか其止めたる日よりして又々漸次に證據湮滅し社會公衆の遺忘を來す可ければなり。扱又本條第二項の精神たる檢察が是等の手續を爲す度毎に其経過を中断して際限なからんか到底時効を得るの時なからん。果して然らば折角時効を設けながら到底之を適用するとなきに至る可し。今本條を治罪法と對照せんに同法第十四條第二項には特に但書を設けて曰く、但し前後の日數を通算して第十一條本法第八條に定めたる期限の二倍を超過す可

からずとあり。是に由て之を觀れば治罪法は時効を設けたるの精神に基きたる者と謂ふ可し。然るに本法に於て斯の如き但書を削除したるは大なる欠點なりとす。何となれば一方には時効の制度を設けて幾年後は恩典に浴するを得べしと爲し、一方には檢察が是等の手續を爲したるときは何時たりとも制限なく、之が経過を中断するを得るとせば職務に熱心なる檢察は社會公衆の遺忘せざるを名とし、屢是等の手續を爲し權利の濫用を爲すに至らんも未だ知る可からざればなり。是れ改正の却て其當を失ひたる點にして斯の如くんば余は寧ろ時効の規定なきの優れるに如かずと信ずるなり。

第十二條

起訴豫審又は公判の手續其規定に背きたるに因り無効に屬す

る時は時効の経過を中断するの効なき可し但裁判所の管轄違なるに因り其手續の無効に屬する時は此限に在らず

起訴豫審又は公判の手續ありたるの故を以て時効の経過を中断せんと欲せば是等の手續を正當に施したる場合に限らざる可からず。若し夫れ尙も檢察等が社會の機關となり、社會の代理人たる資格を以て其職務を取る以上は其手續の正當

なると否とに關せず法律規則に従ふと否とに係はらず、何時たりとも其経過を中斷するの効力ありとせん歟。檢事等漫りに權利の濫用を爲すに至り、實際非常の弊害を醸すに至る可し。茲に於て平是等の規則に背き毫も法律上の効力を生ずるに足らざるときは決して社會の機關たるの資格を以て爲したるに非ず。社會公衆の代理人となり其職務を取りし者に非ず。既に是等の資格なくして爲したる手續は以て社會の遺忘を防ぐに足らずと見做し、從て時効の経過を中斷するの効力なしと規定したるなり。而して起訴、豫審又は公判の手續其規定に背くとは例へば第三編第四編の各法文に規定せる規則に背きたる手續を爲したるが如き場合を云ふなり。

本條の但書に於て裁判所の管轄違に因り起訴、豫審又は公判の手續無効となりたる時と雖も、猶ほ時効の経過を中斷すと規定せるは何故なる歟。抑も裁判管轄なる者は實際非常に困難を極め錯雜を極むる者なり。重罪の形狀を備へたるを以て之を重罪裁判所に於て管轄したるに取調の末其實輕罪なりしこともあらん。甲地に於て犯罪したりと思惟して甲地の裁判所に於て之を管轄したるに、其實乙

地に於て犯罪を爲したる場合もあらん。裁判管轄は單に犯罪の場所のみならず犯人所在の地も亦等しく管轄權ある者なれば、是等の場所に於て甲を殺害したる者は乙に相違なしとて豫審に取掛りしも其實乙に非ずして丙なりし場合もありなん。是等の場合には其手續の無効に屬するや論なしと雖も、之が爲め時効の経過をも中斷するの効なしとする謂れなかる可し。何んとなれば斯くも錯雜困難を極むる管轄にして一朝之か錯誤ありたれば、連一々其経過を中斷するの効なしとせば實際不都合の結果を生ずるのみならず、彼の起訴、豫審又は公判の手續其規則に背きたるとき之を無効と爲し時効の経過を中斷するの効なしと爲したる所以は。此の如き手續きたる以て社會の遺忘を喚起し、公衆の記憶を呼起すの効力なく、檢事等が正當に社會の代理たるの資格を以て爲したるものに非ずと云ふに在り。然れ共管轄違の場合に於ては管轄するの場所こそ異なれ相當の手續を爲し、而も裁判官が權力を濫用したる跡もなく、惡意を挟みたるともなく、社會の代表者となりて爲したるとなれば社會の遺忘を喚起するの効なしと云ふ可からず、公衆の記憶を喚起するの力なしと云ふ可からず、是れ若かく規定したる所以な

第十三條

被告人免訴又は無罪の言渡を受けたる場合に於て其訴訟の原

由告訴人、告發人又は民事原告人の惡意若しくは重過失に出でたる時は是等の者に對し損害の償を要むるを得

被告人刑の言渡を受けたリシ雖も、告訴人、告發人又は民事原告人より惡意若しくは重過失に因り其犯罪に付き過實の申立を爲したる時亦同し

民事原告人上訴を爲し敗訴したる時は被告人其上訴に因り生したる損害の償を要むるを得

要償の訴は本案の判決あるまで何時にても其裁判所に之を爲すことを得

彼れは予の物品を竊取せりと訴へ、何某は云々の犯罪ありと告發し、之を取調へたるに其證據不充分なりしか、又は罰す可からざる者に係り、遂に無罪若しくは免訴の言渡を爲したる時は、汝の如き告訴、告發を爲す者あればこそ被告人に迷惑を掛け無罪潔白の人を冤枉に泣かしむるなり。故に汝に對し云々の刑罰を科す可しとせん歟。世に犯罪人の發覺する者跡を絶つに至る可し。昔は無罪者に對して告訴を爲せば罰あり、犯罪の事實を目撃しながら之を訴へざりし時も亦罰あり。此時代より盜に追錢と云へる確言を生じたりと云ふ。蓋し社會は犯罪人を捜査し

又は之を罰するの權利あり。人民は犯罪に依て害を蒙りたる場合と雖も之を訴ふると訴へざるとは其自由に於て社會は之が出訴權を妨害するの權利なし。然るに若し無罪者に對し告訴、告發を爲したる者は非常の責任を負はざる可からずとせば誰れか危險を蹈んで告訴、告發を爲す者あらんや。然りと雖も社會は人民が自由の意思より出でたる告訴、告發を受けたる時は之を取調ぶると雖も、若し其告訴なり告發なりの申立にして善意に出づる時は格別、惡意を以て人を訴ふるが若しくは重過失例へは自分自身に於て物品を紛失しなから却て何某は予の物品を盜取りしと云へるが如き告訴を爲し、少しく注意するときは何人と雖も斯る馬鹿げたる告訴を爲すまじと思はるゝ場合には社會は其れが爲めに幾分か非常の取扱を爲し、被告人は其れが爲めに非常の迷惑を來すや明なり。斯る場合に於ても告訴人、告發人をして無責任たらしむる道理なし、否な之をして無責任たらしめば此種の訴訟人腫を接するに至るや明なり。是れ本條の依て起る所以なりとす。凡そ何事に依らず人の所爲にして他人に損害を生せしむる者は自己の過失に依り其損害を起さしめたる者をして之を補償するの義務を負はしむとは是れ民法

の一大原則なり。故に悪意若くは過失に因り人に損害を蒙らしめたる者は此原則に依て其責任を盡さしむるを得べく、從て本條を規定するの必要なきに似たり。然りと雖も抑も告訴人若くは告發人は單に某は罪を犯せり、誰は予に云々の所爲を以て損害を加へたりと申立るに過ぎず、被告人の身軀を檢束し名譽を毀損する者は社會の機關たる檢事若くは豫審判事等に外ならず。成程檢事又は豫審判事等が被告人を取調べて之を苦しめたるは告訴人、告發人の申立に依て爲したるに相違なし。告訴、告發は之が原因を爲したるや勿論なり。然れども其理由たる決して直接の理由に非ず。何んとなれば告訴、告發を受理すると否とは檢事又は豫審判事等の權内に存する者なり。而も之を理ありとして受理し受理したる後取調べ被告人を苦めたるは檢事等が其直接の原因を爲したる者と云はざる可からず。之に反して右に陳べたる民法原則の場合には加害者より被害者に對して直接に損害を加へたる者なるを以て二者自ら其對手を異にするなり。且夫れ民法の規則に依れば常に重過失のみならず輕過失を以て人に損害を加へたる場合と雖も猶ほ之が賠償の責任を負はざる可からず。之に反して本條は單に悪意又

は重過失を以てしたる場合に限れるなり。果して然らば斯くの如き民法の規則ありと雖も之のみを以て足れりとすべからざるや明かなり。是れ本條に規定す可き必要ある所以なり

告訴人被告人に對し悪意又は重過失を以て謀殺なりと告訴し種々取調べの未全く過失殺傷の廉を以て刑の言渡を受けたるときは社會は其間被告人を取扱ふに過失殺傷なる通常の取扱ひを爲さずして謀殺なる非常の取扱ひを爲せしや明かなり。是れ本條第二項に於て被告人刑の言渡を受けたりと雖も告訴人告發人又は民事原告人より悪意若くは重過失に因り過實の申立を爲したる時は被告人は是等の者に對して損害の償ひを受くるを得べしと爲したる所以なり

本條第三項に於て民事原告人上訴を爲し敗訴したる時は被告人其上訴より生じたる損害の償を要むるを得とあり。蓋し豫審又は公判の言渡に對し民事原告人が上訴を爲したるときは其上訴たる不都合の者なり。此不都合の上訴ありたるが爲め上訴中被告人は拘束せられ非常の迷惑を來すとあるを恐れ此法文を規定したる者と思はる。然れ共予は是等の場合と雖も猶前項と等しく民事原告人

に悪意若くは重過失ありたる時に限り賠償の責任を負はしむると爲さる可からずと信ずるなり。其故如何となれば抑も上訴の道を開きたる所以のものは單に裁判の錯誤を避けんが爲めのみにあらず、之を以て社會の信用を維持し之を以て人民に上訴の權利を附與すること其主眼たり。夫れ人に一種の責任を負はしめんと欲せば法に觸れ義務を怠り他の權利を侵害したるときならざる可からず、自己の權利を正當に執行したる時に於ても猶ほ之に賠償の責任を負はしむべき道理なかる可し。一步を進めて之を論ずれば既に人民に上訴權を附與し人民は法律より附與せられたる權利の實行を爲し爲めに被告人の迷惑を來したれば迎其上訴に付き責任を負はしむ可き謂れなし。上訴人は毫も過失なき者なり。若し上訴の爲め被告人に迷惑を來すを以て不都合とせば是れ上訴の不都合なるが故に非ずして法律自身の不都合なりと云はざる可からず。夫れ一方に於ては上訴の道を開き一方に於ては之を閉塞するが如きは法律の缺點に非ずして何そや

本條末項の趣意は訴訟の手續の初めに申立るを要する者と裁判の終結迄申立つ

るを得べき者との二者あり。例へば證人の呼出しを請求するが如きとは辯論の初めに申立るを要すと雖も、要償の訴は本案の裁判言渡ある迄何時にても之を申立るを得るが如し。而して本項は後者の場合を規定せしに外ならざるなり

第十四條

被告人無罪の言渡を受けたりと雖も判事、檢事、裁判所書記、執達吏、司法警察官又は巡查、憲兵卒に對し要償の訴を爲すを得ず但是等の官吏、被告人に對し故意を以て損害を加へ又は刑法に定めたる罪を犯したる場合は此限に在らず

前條に於ては被告人が免訴無罪の言渡しを受けたる時は其訴訟の原由が告訴人の重過失に出でたる時と雖も猶ほ其被告人に對し賠償の責任ありとせり。之に反して本條に於ては官吏は故意又は犯罪の場合を除くの外一切無責任なりと爲せしは權衡宜しきを失するの法文なるに似たり。然りと雖も若し此判事、檢事等をして被告人が無罪の言渡しを受くる毎に其被告人より一々要償の訴を受けざる可からずとせんか。一方には可成的犯罪事件に手を出さざらんことを務め熱心以て其職務に従事するものなく皆因循姑息に流るゝの弊を生ずるに至らん。又一方には一旦犯人を捕へ審問に着手したる以上は多少無罪の感覺を起すと雖も

若し之を無罪と爲すときは此者より要償の訴を受くるの恐れあるを以て之を罰するも罰せざるも予が権内にあり寧ろ之を罰す可しと云へるが如き弊習を醸すに至るべし。之を要するに若し判事以下の者をして此の如き責任ありとすれば此の如き弊害を生ず可く。此の如き弊害を生ずる時は切角刑法若くは刑事訴訟法を設けたる効力を抹殺し、或は無辜に罪せられ或は有罪に免せられ社會の秩序是より紊亂し人民の危険是より増加するや明なり。是れ即ち本條の依て起る所以なり

官吏が善意を以て其職務を取りたるに偶被告人たるもの無罪の言渡を受けたるとき之に賠償の責任を負はしめざるの必要なると前述する所の如し。然りと雖も如何に官吏なるにもせよ被告人に對し故意を以て損害を加へたる場合若くは刑法第二百七十六條以下に規定したる罪を犯したる場合と雖も賠償の責任を負はしめざるの理由なし是れ本條但書の規定ある所以なり

第十五條

此法律に於て期間を計算するに時を以てするものは即時より起算し日を以てするものは初日を算入せず若し最終の日休日に當る時は期

間に算入す可からず但時効の期間は此限に在らず

一日と稱するは二十四時を以てし一月と稱するは三十日を以てし一年と稱するは曆に従ふ

本條は年月日時起算法を規定せる者なり。而して時を以てするものは即時より起算しとは例へば第七十三條の法文に於て勾引狀を以て引致したる被告人は四十八時間内に之を訊問す可しとあり。此場合には其引致したる即時より起算して四十八時なる時間を定むるが如し。日を以てする者は初日を算入せずとは例へば上告期間は三日とあれば裁判の言渡しありたる日を除き其翌日より起算して三日間と爲すが如し。此點に就ては刑法第四十九條第二項の「受刑の初日は時間を論せず一日に算入し放免の日は刑期に算入せず」とある者と異なれり。何故刑事訴訟法に於ては斯く日を以てする者は初日を算入せざるかと云ふに法律に於て人民に三日なり五日なりの期間を與へたる以上は充分其日數に價するの隙なき可からず。其時日間に種々の準備を爲す可き間隙あらしめざる可からず。彼の裁判の言渡の如きは夜の十二時迄は之を爲すを得べし官の都合を以て人民に附與したる時日を斯く短縮し以て人民に迷惑を來さしむ可きに非ず。

是れ若かく規定せる所以なり。若し最終の日休暇に當る時は期間に算入す可からずと爲したるは、前例の場合に於て若し判決の翌日より三日目休暇に當るも尙ほ其日迄を三日とし其翌日に至れば上訴すると能はずとせば大に上訴者の迷惑を來すとある可し。何となれば休暇の日は人々皆休息す可き時なればなり。若し最終の日休暇に當るときも尙ほ期間に算入すとせば官吏も亦役所に於て事務を執らざる可からざるに至る可し。是れ若かく規定したる所以なり。「時効の期間は此限に在らずと爲したる所以は抑も時効の期間たるや犯罪のありたる即時に生ず可き者なれば、其犯罪の日より其期間を起算す可きは勿論にして、初日を算入せざるの必要なし。種々の手續を要するの手續もなきなり。又其時効の最終の日にして假令休暇に當るも別に宣告若くは書面提出等の手續等を要する者に非ざるを以て之を其期間中に算入するも毫も差問あるとなし。是れ此規定ある所以なり。

「一日と稱するは二十四時を以てし」とあるは若し此定めなくして僅か一二時間を以て一日とせんか、人民は切角與へられたる時間を短縮せられし爲めに非常の迷

惑を被むるとあるを以てなり。「一月と稱するは三十日を以てし」とある所以は、單に一月と稱するも一月には二十八日、二十九日(閏年の場合)三十日及び三十一日等の差ありて、其何れの月を指示したるや分明ならざる可し。故に之を三十日と定めて其疑問を決定し繁雜を避けたるなり。一年と稱するは曆に従ふとしたる所以は、一年とし云へば通常三百六十五日なり。只三年目に閏年ありて三百六十六日即ち一日の差あるのみ。故に此の如き小差異に關せず曆に従ふと爲し以て其繁雜を避けたるなり。

第十六條

此法律に定めたる期間には海陸路八里毎に一日の猶豫を加ふ

八里に滿たざるものと雖も三里以上なる時亦同し

島嶼又は外國に付ては裁判所に於て特に附加期間を定むることを得

令狀到達の日より五日間に出頭す可しとか、又は上告期間は三日なりとするも土地の遠近に依て幾分の猶豫期間なかる可らず。故に人の足力なる者は概ね八里位と假定し以て海陸路八里毎に一日の猶豫を加ふと爲したるなり。而して本條第二項に於て、島嶼又は外國に付ては裁判所に於て特に附加期間を定むることを得と爲したる所以は是等の場合は海陸路八里云々の標準に基くと能はず。何とな

れば或は船舶渡航の多少、航路の難易若くは風波の靜穩等に依て豫期す可からざるもの又一定す可からざる者あればなり

第十七條

此法律に於て訴訟を爲すに付き定めたる期間を経過したる時は特別の場合を除くの外其訴訟を爲す權を失ふ可し

訴訟を爲すに付き定めたる期間とは例へば第二百五十二條に於て控訴は判決言渡ありたる日より五日内に之を爲すとを得とあるが如き。又は第二百七十一條に於て上告の期間は三日なりとあるが如き是なり。抑も斯く一定の期間を控訴若くは上告に置き其期間の経過したる後は控訴權若くは上告權を失ふと爲したる所以は裁判なる者は時日の経過と共に事實の眞正を得べき者なるが故歟。否々何れの國如何なる時代に於ても裁判を爲す者は平凡の人間が爲すとなれば必ずしも事實の眞正を誤るとなしとせず。否寧ろ裁判は誤り勝ちと稱する方穩當ならん。今日有罪なりとする者も奚ぞ明日に至て無罪ならざるを知らんや。然りと雖も之が爲めに何時たりとも上訴するを得るとせんか被告人たる者は今日無罪の宣告を受くるも何時再び有罪の言渡を受くるや知る可からざるが如き

恐れありて爲めに戦々兢々安堵の思ひを爲すとなかるべし。然らば即ち裁判の錯誤を避けんが爲めに上訴の道を開くの必要なると同時に何れの時か復た汝に對するの言渡は最早確定せり、汝の上訴權は幾日を経過したる後は消滅すべしと規定するとの必要なるや明かなり。是れ本條の依て起る所以なり。然り而して本條に所謂特別の場合とは例へば第二百四十七條の訴訟關係人天災其他避く可ら加さる事變の爲め上訴期間を経過したる場合に於て其旨を疏明したる時は期間を経過したるに因り失ひたる權利を回復するを得とある場合の如し

第十八條

訴訟關係人は裁判所々在の地に住せざる時は其他に假住所を定め裁判所に届出づ可し否らざるときは書類の送達なしと雖も異議を申立てることを得ず

訴訟關係人なる汎博の言語中には檢事、被告人、民事原告人并に民事擔當人等をも含蓄する者とす。然れ共本條を規定するの必要は其訴訟に付き財産上の利益の關係を有すると最も密切なる民事原告人及び民事擔當人等に在りて、檢事は勿論被告人等を云ふに非ず。兎角其訴訟に付き不利益の關係を有する者を云ふにあらざるなり。其故如何となれば是等の訴訟に付き不利益の關係ある者に在て

は書類の送達等のなきとをこそ願ふなれ爰ぞ其送達なきとに付き異議の申立を爲す者あらんや。然り而して裁判所々在の地に假住所を定めしむる所以は實際否らざるべきは訴訟の滞滯を來し不便極まりなければなり

裁判所所在地に假住所を定むるは事繁雜大業に類するに似たりと雖も其實其地の旅宿等を以て之に充つるを得べき者なれば實に簡單の手續を以て足れる者とす。佛國等に於ては裁判所に出頭するに辯護士の外必ず代書人の出廷するを以て常とす。而して他の旅宿に宿泊する者は格別其他の訴訟關係人は此代書人の家を假住居と爲すものと見做すと爲り居るなり

第十九條

書類の送達は此法律に於て別に規定あらざるべきは民事訴訟法の規定を準用す

本條は別に説明を要す可き廉なきが如し。只刑事訴訟法に於て別段規定を設けざりし場合は民事訴訟法の規定を準用し、以て其不足を補ふと云ふに過ぎず。所謂民事訴訟法の規定とは同法第一編第三章第二節送達の規則是なり

第二十條

官吏公吏の作る可き書類は其所屬官署、公署の印を用ひ年月日

及び場所を記載して署名捺印し毎葉に契印す可し若し官署、公署の印を用ふるに能はざる場合に於ては其事由を記載す可し其規則に背きたる時は其書類の効なき可し

官吏公吏に非ざる者の作る可き書類には本人自ら署名捺印す可し若し署名捺印するに能はざる時は官吏公吏の面前に於て作りたる場合を除くの外立會人代署し其事由を記載す可し

官吏公吏の作る可き書類に其所屬官署、公署の印を用ゆるは官吏が其職務に依て之を作りたることを明かにせんが爲めなり。之に年月日を記載するは書類を作りたる時は現に官吏公吏たるの資格を有したるの時たるを明確ならしめんが爲めなり。場所を記載するは其管轄内に於て爲したるや否やを確めんが爲めなり。毎葉に契印するは官吏公吏の作りたる書類は幾枚なりと云へることを明かにして以て紙數の増減を防がんが爲なり。官署、公署の印を用ふる能はざる時とは、例へば不圖現行犯等に遭遇して調書等を作る際其所屬の官署、公署迄販り來るの暇なき場合、又は裁判所の火災に逢ふたる場合の如し。故に斯る場合に於ては一々其事由を記載す可きものなり。若し之に背きたる時は其効なきものと知る可し

司法警察官等の作る告訴、告發狀には其所屬官署の印を要する歟。蓋し告訴、告發は官民の別なく皆之を爲すことを得べし。只其異なる點は官吏の告訴、告發は概ね義務にして人民の告訴、告發は義務に非ざると是なり。元來告訴、告發狀は官吏の作る可き書類の中に包含す可しと雖も、甲の官署より乙の官署に對して書類の往復を爲す場合には權利の濫用稀なる可ければ種々繁雜なる方式を履むを要せざるものとす。只嚴格なる方式を履まざる可からざるものは官署公署より人民に對して發する所の書類なりとす。何となれば往々官吏、公署が權利の濫用を爲すとあればなり。果して然らば彼の司法警察官等の作る告訴、告發狀は官署より人民に對して發する書類に非ずして官吏より其所屬長官に向て差出す所の書類なれば決して之に官署の印を捺するに及ばざるべし。又一私人の作る可き書類には本人自ら署名し捺印せざる可からず。若し自ら署名捺印すること能はざる時は官吏、公署の面前に於て作りたる場合の外は立會人代署し其理由を記載す可きものとす。是れ詐偽百出の恐れあればなり。

第二十一條

官吏其他何人に限らず訴訟に關する書類の原本正本又は謄

本を作るに付き文字を改竄す可からず若し挿入、削除及び欄外の記入ある時は之に認印す可し文字を削除する時は之を讀み得べき爲め字跡を存し其數を記載す可し此規則に背きたる時は其變更増減の效なかる可し

本條は治罪法第二十六條に該當するものなり。今先づ字句の説明を爲さんに、改竄とは初め書したる文字を直して他の文字を其上に書き改むるを云ふ。例へば「販」と書きたる者を假と改むるが如し。挿入とは行の間に傍書するを云ひ。削除とは文字を塗抹するを云ひ。欄外の記入とは本文の不備を罅外に添記するを云ふ。而して是等の事を爲したるとき記者をして認印せしむるは本人の所爲たることを明確ならしめ以て他人が是等の所爲を働くの豫防に供せんが爲めなり。文字を削除したるとき之を讀得べき爲め字跡を存せしめ且幾字の削除を爲したるかを明記せしむるも亦前段と同一の趣意に出でたるなり。抑も吾人が書類を認むるに當ては必ずしも脱漏誤記なきを保せず之あるも猶ほ削除挿入若くは欄外の記入を許さざとせんか其書類のみを以ては文章を爲さざる意を通せざるとあるや明かなり。是れ本條の規則を設け、一は以て是等の自由を許し、一は以て本人の所爲なることを明かにせしめんが爲めなり。然るに本條にい

と不可思議なる點は、此規則に背きたる時は其變更増減の効なかる可しとあると是なり。前述の如く是等の自由を許す所以は原文のみにては文章を爲さず意を通ずるに足らざるが爲めなり。然るに單に其變更増減の効のみを無効とするところあるを以て原文は猶ほ此場合に於ても有効の文書なりと解せざる可からず。果して然らば實に文章を爲さざる意を盡さざる一種奇妙なる片言雜りの原文のみ有効と爲りて奇怪の結果を見るに至るや明かなり。是れ豈適理の法文ならんや。是を以て本條は、此規則に背きたる時は其全文の効なかる可しと解釋せざる可らず。

余は前年治罪法を講せし際にも本條規定の奇異なるを評したりき。然るに同法改正の際に當て一人の之に氣付くものなかりし爲めか同法原文の儘を本條に存したるは余の遺憾とする所なり

第二十二條

此法律は頒布以前に係る犯罪にも亦之を適用す
頒布以前に爲したる訴訟手續當時の法律に背かざる時は其効ありき

凡そ刑事たると民事たるとを問はず、凡て事實の取調を爲し事實の眞正を得んが

爲めの法律は之を既往に遡らしむるを得べしとの原則あり。而して刑事の訴訟手續及び裁判の構成等に付て規定したる法律は社會の利益の爲めなると被告人の利益の爲めに規定したるとを問はず、皆事實の眞正を得る爲めの法律と見做す可き者とす。換言すれば治罪法を改正せし所以は從來の手續にては事實の眞正を得るに不充分なるを以て新に完全なる法律を制定したるに外ならず。果して然らば假令新法頒布以前に係る犯罪と雖も舊法に依て取調を爲すは社會の利益にも非ず被告人の利益の爲めにも餘り望ましきとに非ざるや明かなり。是れ本條の依て起る所以なり

新に制定したる刑事訴訟手續を以て舊法時代の犯罪にも亦適用せしむ可しとは現時の學者が一致する所にして一人の之に向て不同意を表する者なきなり。然れども只學者間に於て立論の主義を異にする者あり。一方の論者は云ふ、彼の法律は既往に及ぼす可からずと云へる原則は人の既得權を害する場合に限りて適用する者なり。即ち犯人の身軀に及ぼす可き刑は現行の法律に規定せる者に依て處斷す可く、決して現行の法律に規定せる刑罰を以て舊法時代の犯罪に遡て處

斷す可き者に非ざるなり。然れ共新に制定せる訴訟手續の如きは被告人の權利を強固にこそすれ決して之を害す可き者に非ず。去れば新法を以て舊法時代の犯罪に及ぼすと雖も之を法律は既往に遡る者なり既往に及ぼすを得べしと云ふ可き者に非ずと。之に反對する他の論者は云ふ舊法に於て云々と規定したるに拘はらず新法を以て云々と改正し而も其新法の規則を以て舊法時代の犯罪に及ぼすとせば之を法律は既往に遡る者と云はざる可からず。既往に遡ると云へる原則は必ずしも人の既得權を害する場合にのみ限れる者に非ずと。之を要するに此二論者の説たる一は法律は既往に遡るを得ずと云へる原則は被告人の既得權を害する場合に限り適用す可く決して刑事訴訟法の如き既得權を害せざる法律は好し舊法時代の犯人に及ぼすと雖も既往に遡る者に非すと主張し。一は既往に遡るとは單に被告人の既得權を害する場合に限らずと主張すると雖も其新法を以て新法頒布以前の犯罪にも亦適用するを得べしとの論決に至ては二者毫も徑庭あるとなきなり

余は後者の説を賛成する者なり。既往に遡ると云へば被告人の既得權を害する場合に限れるものにあらざして兎に角新法を舊法時代の犯罪に及ぼす場合には之を既往に遡るものと云ふて可なりと信ずる者なり。法律を既往に遡らしめて犯人の既得權を害する場合には勿論之を既往に遡らしむ可からずと雖も。豫審又は公判の手續きの如きは假令之を既往に遡りて効力を保たしむると雖も毫も差支あるとなし。啻に差支なきのみならず却て被告人の利益となる可し。白耳義の民法起草者ローラン氏は同國民民法草案に明記して曰く凡て法律は既往に遡るの効力あるを以て通則と爲す但人民の既得權を害する場合は此限に非ずと。蓋し人民の既得權を何時にても新法を以て剝奪するとせば人々一日も安堵の思ひを爲すと能はざる可し。然れども人民の權利を害せざる而も舊法の不備を改めて完全の手續と爲したる新法を以て舊法時代の犯罪に及ぼすの至當なるとは一點の疑訝を其間に挿むに由なかるべし

余は前段に於て犯人の既得權を害する場合には既往に遡るを得ず刑事訴訟法の如きは犯人の既得權を害するとなきを以て之を既往に遡らしむるを得べしと論ぜり。然れども若し訴訟手續を既往に遡らしめ爲めに被告人の既得權を害する

とあらんか、勿論之を既往に遡らしむ可き者に非ざるなり。本條末項の如き場合即ち是なり。如何となれば新法頒布以前の訴訟手續にして當時の法律に背かず被告人は之に依て取調を受け將に裁判宣告を受けんとする際突然新法の頒布に逢ひ舊法の手續を以て凡て無効と爲し新法の規則に依て再び取調を受けざる可からずとせんか、或は從來の證據物件烏有に販し或は當時の證人死去するが如きとありて爲めに被告人の既得權を害するに至ればなり。是れ本條末項の依て起る所以なり

第二十三條

此法律は陸海軍に關する法律を以て處分す可き者に適用するを得ず

陸海軍に關する法律は何れの邦に至るも特別に之を規定し普通の訴訟規則を之に適用するとなし。例へば佛國に於ては軍事裁判所の判決に付ては控訴を許さず單に上告の一途あるのみ。何を以て此の如く定めしか。蓋し普通の刑事訴訟手續は人民の自由を保護し財産を貴重するとを以て其主眼と爲せり。此の如き法律を以て彼の一種特別なる軍事犯に適用す可くも非ざればなり。然れ共本條

の如く全く之を適用すると能はずと爲せしは或は時に不便を醸すことなしとせず。故に此法律は陸海軍に關する法律を以て特別に其處分法を規定したる者に適用するを得すと爲し幾分の餘地を止むるを好しとす。例へば證人尋問に關する規則の如きは刑事訴訟法を適用するも左迄不都合なかる可し否之を適用する方却て實際の便益を覺ふることある可し

第二十四條

此法律に於て親屬と稱するは刑法第一百四條第十五條の例に従ふ

我刑法に規定したる親屬の如き範圍の廣濶なる者は恐らく各國に比類なかる可し。而して刑事訴訟法に於て親屬なると否とを確むる必要なる場合は證人の場合及び忌避の場合なり。而して是等の場合に刑法の親屬例を適用するは予未だ其可なるを知らざるなり

第二編 裁判所

第一章 裁判所の管轄

第二十五條

犯罪の種類に關する裁判所の管轄は裁判所構成法の規定に従ふ

管轄を異にする數箇の犯罪に付き同時に同一の被告人に對し訴ありたるときは上級の裁判所併せて之を管轄す

裁判所の管轄に付ては絶対的の管轄及び相對的の管轄の問題あり。而して犯罪の種類に依り違警罪は此裁判所に於て之を管轄し、輕罪若くは重罪は此裁判所之を管轄すと云ふが如き絶対的の管轄の場合は本條に示す如く之を裁判所構成法に規定せり

第二項の場合に至ては最早犯罪の種類に關し裁判所の管轄を區別する所の問題に非ずして犯罪を處分する部分に入る可きものなり。故に本條に之か規定を設けたり。然らば這は如何なる場合を想像したるか。例へば茲に輕罪と違警罪との二個の犯罪あり。此二個の犯罪に付ては輕罪は輕罪を裁判す可き裁判所(地方

裁判所に訴へ、違警罪は違警罪を裁判す可き裁判所(區裁判所)に訴ふ可き者なり。然るに今同時に同一の被告人に對し右二個の問題の起りたる時は之を如何に處分す可きや。斯る場合には便宜上之を纏めて何れか一方の裁判所に托す可きものとす。然らば何れの裁判所に之を托す可きや。法律の曰く上級の裁判所併せて之を管轄すと。蓋し此の如く上級の裁判所に之を托すとせば管に時間及手数を省き費用を節するのみならず又被告人に取て大に利益なるとなり。何となれば上級の裁判所に於ては其裁判官は下級の裁判官よりも幾分か經驗と熟練とに富み學識も多少進歩し居るを以て被告人の安心ある可ければなり

第二十六條

同等の裁判所に於ては犯罪の地又は被告人所在の地の裁判所を以て豫審及び公判の管轄なりとす

茲に一個の犯罪ありて其犯罪たる輕罪たること判然せり。而して此輕罪たる裁判所構成法に據れば地方裁判所之を管轄す。然れども其之を管轄す可き同等の裁判所數箇所ある時は何れの裁判所を以て之が管轄と爲すべきか。本條は此疑問を決定せし者なり。此場合に於ては法律は犯罪の地の裁判所か、又は被告人所

在の地の裁判所を以て其管轄と爲す可きことを示せり。然るに治罪法に於ては單に犯罪の地の裁判所を以て其管轄なりとせり。故に治罪法に於ては往々言ふ可からざる手數と費用とを要したること少なからず。凡そ犯罪を爲す者は平氣に其地に居る者に非ず、必ずや直ちに犯罪の地を逃亡する者にして、其縛に就くや常に管轄外の地に在り。故に東京に於て犯罪を爲せば大坂に奔り、横濱にて犯罪を爲せば箱館に飛ぶ。此場合に於て若し治罪法に従はん乎大坂にて捕へたる者は巡査をして之を東京に送り、箱館にて縛したる者は之を横濱に護送せざるを得ず。此の如くんば費用、手數、時日を費すこと實に鮮少なからざる可し。加ふるに犯罪の地は其事實を取調べ證據物件を蒐集すること容易なるも其犯罪前の行爲を知るに甚だ難きものなり。是を以て本法に於ては從來の行跡を探知するの便なるが爲め及び手數、費用、時日を省かんが爲め犯罪の地及び被告人所在の地云々と規定したる所以なり。

第二十七條

數箇の裁判所の管轄なる場合に於ては其中にて最初豫審又は公判に着手したる裁判所を以て其管轄なりとす

本條は數罪俱發の場合の如き數箇の犯罪ありて其犯罪たる數箇の裁判所の管轄なる場合には、最初豫審又は公判に着手したる裁判所を以て其管轄とするに在り。何故に最初豫審又は公判に着手したる裁判所を以て被告事件の管轄たらしむるかと云ふに。是等の裁判所に當然之を管轄せしむ可き理由なかる可きも、既に被告事件に付き第一着に手續を爲したる裁判所の手より之を奪ひ未だ豫審、公判の手續に毫も着手せざる裁判所に之を管轄せしむるの理由も亦之なきなり。然らば第一着に是等の手續を爲したる裁判所をして之を管轄せしめざる可からず。況んや既に着手したるに之を他に移すは更に費用と手數とを要するのみならず。是等の裁判所は未だ曾て被告事件に付き手を下さりし所の裁判所よりも其事實に通曉するものと看做すを得ればなり。

第二十八條

從犯は正犯を管轄する裁判所を以て其管轄なりとす

數箇の裁判所の管轄に屬する正犯數名あるときは其中にて最初豫審又は公判に着手したる裁判所を以て其管轄なりとす

裁判所構成法第五十條第二號に記載したる皇族の犯罪に付ては其正犯、從犯

は身分の如何を問はず大審院に於て之を管轄す

一〇〇

數人連合して罪を犯したる場合には成るべく之を同一の裁判所に於て審問せざる可からず。凡そ共犯の場合に於ては其犯罪たる必ずしも同一の場所に於て行ふものに非ず。若し夫れ犯罪をして必ず同一の場所に於て行ふものとすれば本條第一項の規定の如きは無用のものなり。何となれば其犯罪の正犯及び従犯は同一の場所に於て罪を犯したるものなれば之を同一の裁判所に於て管轄するを得ればなり。然れども往々一個の犯罪本となりて其犯罪を助くる者及び犯罪後之に附従する犯罪は其地を異にすることあるものなり。例へば大坂に於て兇器を與へ東京に於て人を殺傷するが如き。或は長崎に於て竊盜を働き横濱に於て其贓物を賣却する者ありたるが如き場合には其兇器を與へ若くは贓物を賣却したる者は人を殺し、又は竊盜を働きたる正犯に對する従犯なるか如し。而して裁判管轄の本則に據れば各犯罪の地又は被告人所在の地に於て之を管轄せざる可からず。然れども斯の如くするときは其殺人若くは竊盜と云へる犯罪の連脈を探知し事實の真正を確め背徳加害の度を計り以て刑罰を科するに充分なるを得

す。加之各裁判官にして相計らざる以上は其裁判言渡たる多くは相牴觸して到底一轍に出つること能はず。遂には裁判の信用を損し司法權の尊嚴を傷くるに至る可し。是れ則ち本條に於て従犯は正犯を管轄する裁判所を以て其管轄と爲したる所以なり

第二項の場合には前に第二十七條を講したる時に説明したる理由と敢て差異なきを以て茲に之を略す

裁判所構成法第五十條第二號に曰く大審院は刑法第二編第一章及第二章に掲げたる重罪並に皇族の犯したる罪にして禁錮又は更に重き刑に處す可きもの、豫審及び裁判の權を有すと。而して又本條第三項に於ては裁判所構成法第五十二條第二號に記載したる皇族の犯罪に付ては其正犯、従犯は身分の如何を問はず大審院に於て之を管轄すと。何故に斯の如き者の犯罪は之を大審院に於て裁判す可きや。抑も又如何なる必要あつて斯の如き區別を立てたるや。凡そ人類なる者は別に其心中に故意を挾まずと雖も身分と地位との異なるよりして其身分地位の低き者は其高き者に對して幾分か知らず識らず公平を失ふとあればなり。

詳言すれば皇族等の犯罪ありたる場合には通常の裁判所をして之か裁判を爲さしむるも其判事と被告人とは地位身分に非常の差異あるを以て到底公平の裁判を下すと能はざらんことを慮りてなり。從來何れの國に於ても高位高官の地位に在る者の犯罪を爲したる場合には之を公平に裁判するとは幾分か其政府の軀面に關するかの如き考を懷き或は髻の塵を拂ふの念慮よりして却て其犯罪を隠蔽するの傾きあり。是れ最も痛歎す可き事にして斯の如き弊を防遏するは一に裁判官の任なり。然るに長官の一顰一笑に由り自己の意思を左右せらるゝが如き人物をして之か裁判の任に當らしめん乎。素より裁判の公平を保つと能はざるのみならず。如何に裁判權をして獨立ならしめんと欲するも豈得べけんや。我國の如きは裁判官をして獨立の地位に置き以て自由に其職分を盡さしむるの制度を設けたりと雖も未だ之を以て充分公平を得るものと爲す可からざるにや、立法者は皇族等の犯罪を裁判するの職權を大審院に一任したり。是れ蓋し前述の理由に依りしならん

皇族の犯罪を大審院に於て裁判せしむるの理由は前述の如し。而して右の如き

犯罪人の共犯と爲り又は従犯となりたる者は其身分の平民たると皇族たるとを問はず大審院に於て之か審判を爲す可しと爲したる所以は若し之を其身分地位に應じて分轄せば爲めに犯罪の連脈を發見し及び事實の眞正を確め刑罰の切盛りを爲すに不便なるを以てなり。而して平民も亦大審院の管轄する所とならば毫も怨む所なかる可し。何となれば其判事檢察は皆學識經驗に富むのみならず其身分地位尊き御方々なればなり

第二十九條

外國に在て犯したる罪本邦の法律に依り處斷す可きものに

して内地に於て被告人を逮捕したるときは逮捕の地の裁判所を以て其管轄なりとす又外國より送致したるときは送致の地の裁判所を以て其管轄なりとす

關席判決を爲す可き場合に於ては被告人最後の住所の地の裁判所を以て其管轄なりとす

本條は治罪法第四十五條に該當するものにして只僅に其末項に削除したる所あるのみ。而して此法文たる刑法にして改正せられざらんには到底理會すること能はざるなり。故に今此法文を了解せんと欲せば刑法草案第四條乃至第八條の

法文が未だ削除せられざるものと假定するに非すんば不可なり。何となれば同草案第四條以下に於ては日本人か外國に於て犯したる犯罪に付き其罰す可きものと否とを明確に規定せしと雖も、此法文は不幸にも審査の際削除せられたればなり

扱刑法草案第四條以下の法文は尙現存せるものと假定し。本條に所謂外國に在て犯したる罪本邦の法律に依り處断す可きもの、何たるやも既に明瞭なることと爲し置き。何故に内國に於て逮捕したる時は其逮捕の地の裁判所を以て其管轄と爲し。又外國より送致したる時は送致の地の裁判所を以て其管轄と爲すやと云ふに、犯罪の地及び被告人所在の地の裁判所を以て其管轄と爲すは我法律の原則なりと雖も、其犯罪の地にして外國なる時は其犯罪地たる外國を以て之が管轄たらしむること能はざるを以てなり

犯罪人の居らざる場合に闕席判決を爲すことあり。此場合には被告人最後の住所の地の裁判所を以て其管轄なりとす。凡そ刑の目的は自懲他戒に在り。去れど若し犯人を懲戒すること能はざる場合には他を戒むるの主義を採らざる可か

らす。本項の如きは即ち此主義に據るなり。而して此の如き場合は社會は之を遺忘したるに非ざるを以て裁判所は一日も其責を忽にす可からず。故に犯人の居らざる場合には被告人最後の住所の地の裁判所に於て判決するものと爲したる所以なり

第三十條

海船内の犯罪に付ては定繫港又は犯罪後最初に着船したる地の裁判所を以て其管轄なりとす

或る國の法律に於ては海船内の犯罪を處分するの權を船長に任し、或は船長をして之を警察官に委ぬしむることあり。乍併船長は法律を知る者少し、故に本邦に於ては斯る職權を船長に與へず。去れど同船者か竊盜若くは其他の犯人と席を同ふするは不都合なるを以て定繫港又は犯罪後最初に着船したる地の裁判所に引渡すこととせり。是れ早く犯人を船中より出し同船者をして安心せしめんか爲めなり

第三十一條

管轄裁判所の指定に付き申請を爲す場合及び其決定を爲す

裁判所は裁判所構成法第十條の規定に従ふ

一の犯罪事件に付き犯罪の地の裁判所と被告人所在の地の裁判所と裁判管轄を争ふとあり。而して此管轄争に付き佛國杯にては互に譲り合を爲し、若し其事件たる人の注目す可き面白きものなる時は務めて自ら裁判せんとし。若し又面倒にして厭ふ可き事件なる時は力めて之を拒否せんとせり。我國に於ては斯る場合には其何れの裁判所に於て管轄す可きやを定むるに裁判所構成法第十條を以てし、關係ある各裁判所を併せて之を管轄する直近上級の裁判所に於て何れの裁判所が其事件を裁判するの權あるやを決するものとす。例へば横濱は犯罪の地に於て被告人所在の地は静岡なる時は東京控訴院を以て直近上級の裁判所と爲すが故に東京控訴院に於て本件の裁判權ある裁判所を定むる者と爲すなり

第三十二條

管轄裁判所の指定に付ての申請は、検事其他訴訟關係人より之を爲すことを得

大審院に於て管轄裁判所を指定す可き場合に於ては、検事總長は司法大臣の命に因り又は職權を以て其申請を爲すことを得

裁判管轄の何れに屬するや明瞭ならざる場合には、検事又は辯護士等訴訟に關係

を有する者より之を定むるの申請を爲すことを得るものとす

若し一の控訴院と他の控訴院とか其管轄を争ふ場合には、大審院に於て之を決せざる可からず。此場合に於ては訴訟關係人をして之を爲さしめざるなり。何となれば若し訴訟關係人をして爲さしむるとせば、貴重なる司法權も誠に輕々しく見ゆるを以て、檢事總長は司法大臣の命令若くは自己の職權を以て其申請を爲すことを得るとせり

第三十三條

管轄裁判所の指定に付き申請を爲さんとする者は申請に付

き管轄權を有する裁判所に其趣意書を差出す可し

裁判所は書類に依り其申請を決定す可し

本條は右第三十一條及第三十二條の實際の適用を示したるものなり。兎に角裁判管轄を指定せざる可からざる場合は、若し區裁判所と區裁判所と争あるときは、地方裁判所に於て之を決し。地方裁判所と地方裁判所と争あるときは、控訴院に於て之を決す可き者なり。而して其申請に付ての趣意書は之か争を決す可き裁判所に差出す者とす

第二項に於て裁判所は書類に依り其申請を決す可しとは其事件に付ての關係人を召喚して之を決するに非ず、單に書類のみにより其申請の當否如何を決定するに在り

第三十四條

犯罪の性質、被告人の身分、員數、地方の民心、其他重大なる事情

に由り裁判に對し紛擾又は危険を生ずる恐れあるときは公安の爲め其事件

を同等なる他の裁判所に移すことを得

本條は、公安を維持する爲め、裁判所を移すとを得る場合を規定せり。斯の如く裁判管轄を移すは被告人當然の裁判管轄を棄て、他の裁判所の管轄を受くるものなれば、變例の甚しきものなれども社會の公安を維持し適正の裁判を爲さんと欲するには亦已むを得ざるなり。是れ本條を設けたる所以ならん。而して其場合を分つて左の五箇と爲す。曰く犯罪の性質、曰く被告人の身分、曰く被告人の員數、曰く地方の民心、曰く以上の外重大なる事情に由り裁判に對し紛擾又は危険を生ずるの恐ある時はなり

(第一) 犯罪の性質とは國事犯若くは兇徒囂集の如き犯罪を云ふものにして、此場

合は國事犯者を憫諒するの念より被告人を強奪せんと欲する者あり。或は被告人刑せらるゝ時は地方の利害に關すると勘なからざるを以て審判を妨害せんと試むる者あるを以て之を他の裁判所に移すとあるものとす

(第二) 被告人の身分とは政黨の首領の如き尤も名望ある者を云ふ。此等の人政治に關する罪を犯したる場合に於ては平素被告人に傾意する激烈なる黨員は或は其刑を輕減せんが爲め、或は之を強奪せんが爲め審判に對し妨害をなす者あるべし。此場合に於ては之を他の裁判所に移すとある可し

(第三) 被告人の員數とは被告人の朋友黨類衆多なる場合を云ふものにして、此等の場合は審判に對し紛擾又危険の恐れ最も多し

(第四) 地方の民心とは其地方の人民が或は被告人を痛く嫌惡するか、若くは尊敬するの傾きある場合を云ふものにして、此等の場合は被告人を嫌惡するが爲めに其罪を重ふせんと欲して危険のことを爲す者あり。或は被告人を尊敬するか爲めに其罪を輕ふせんと欲して紛擾を爲すことあり。故に之を他の裁判所に移すものとす

(第五) 其他重大なる事情に因り裁判に對し紛擾又は危険を生ずるの恐れある時は如何なる場合なるや、豫め之を定むることを得ず。實際紛擾又は危険を生ずるの恐れあることを認めたる場合を云ふものとす

以上の事情あるときは其事件を同等なる他の裁判所に移すを得るものなり

第三十五條

公安の爲め裁判管轄を移す申請は司法大臣の命に因り大審

院檢察事總長より其院に之を爲す可し

前條は公安を維持する爲めに其管轄を他の裁判所に移す可きことを規定したり。本條は前條の場合ある時に之を申請すへき人を定めたるなり。而して此申請は司法大臣の命に因り大審院檢察事總長之を爲すものとす。蓋し特に司法大臣の命に因りと規定したる所以は最も重大なる事件なればなり

第三十六條

被告人の身分、地方の民心又は訴訟の模様に因り裁判の公平

を維持するに能はざる恐れある時は嫌疑の爲め其事件を同等なる他の裁判所に移すを得

本條は裁判管轄を移す第二の場合を規定したるものにして、則ち裁判の公平を維

持すると能はざる恐れあるとき嫌疑の爲め其事件を他の裁判所に移す場合を規定せり。而して此原由を分つて三と爲す。曰く被告人の身分、曰く地方の民心、曰く

訴訟の模様是なり

(第一) 被告人の身分とは曾て管轄裁判所に在勤したる官吏の如き、若くは己れが信仰する所の宗教上高等なる位置を占むる者等を指したるものにして、此等の人々に付ては裁判官は裁判上充分に公平を維持すると能はざるものと見做すを得へきなり

(第二) 地方の民心とは例へば刑法第二百六十七條以下に規定したる人生最も必要なる食物の價値を昂低するの偽計を爲したるに由り公訴起り、而して其住民多くは物價の變動に由り生活を遂ぐるに困究を告げ爲めに被告人を敵視すると甚しき場合の如き。又銀行の役員詐欺の破産を爲し、而して其地方の人民多く損害を受けたる場合の如き是なり。是等の場合も裁判官は公平を旨として之を裁判するを得ず。何となれば裁判官は動もすれば民心に背き人情に戻るに忍びざるの情實あればなり

(第三) 訴訟の模様は豫め之を定むるを得ず、實際其訴訟の起りたる場合に其模様
に因りて之を認むるに過ぎざるのみ

以上の場合には裁判官に於て實際公平を維持すると能はざるものと見做し本條を
規定したるものとす

第三十七條

嫌疑の爲め裁判管轄を移す申請は管轄裁判所の檢察其他訴訟
關係人より上級裁判所に之を爲すことを得

民事原告人嫌疑ある裁判所に私訴を爲し又被告人其裁判所に於て異議の申
立なくして本案に付き辯論を爲したる時は前項の申請を爲すことを得ず

本條は嫌疑の爲め裁判管轄を移す申請を爲すべき人を定めたり。而して本條は
公安の爲め裁判管轄を移す場合と異にして大審院の檢察總長之か申請を爲すに
非ずして檢察其他訴訟關係人より之を爲すものとす。蓋し其異なる理由は前者
は公安に關する場合にして、後者は訴訟關係人か一身の利益上に關係するものな
ればなり。是れ公安の爲め裁判管轄を移す場合と嫌疑の爲め之を移す場合と其
申請を爲す人を異にする所以なり。而して此申請は之を上級裁判所に爲すを得

るものとす

然れども民事原告人嫌疑ある裁判所に私訴を爲し、又被告人其裁判所に於て異議
の申立なくして本案に付き辯論を爲したるときは裁判管轄を移すの申請を爲す
とを得ざるなり。其故他なし民事原告人及び被告人は初より自ら其裁判所の審
判を受くるとを甘諾したるものと見做せはなり。蓋し斯の如く規定せざる時は
被告人及び民事原告人は己れに不利なる裁判を與へられんとを恐れ濫りに裁判
管轄を移すの申請を爲し故なく辯論を遷延せしむるの弊を生すべければなり。
然れども辯論中若くは其後に於て嫌疑すべき事實新に生じたる場合は之か申請
を爲すことを許して可なるか如し

第三十八條

嫌疑の爲め裁判管轄を移す申請を爲すには其趣意書二通を
原裁判所に差出す可し裁判所書記は速に一通を相手方に送達し相手方は其

送達ありたるより三日内に答辯書を差出すことを得

裁判所に於て前項の申請を受けたるときは其訴訟手續を停止す可し

本條は嫌疑の爲め裁判管轄を移す申請を爲すの手續を規定したるものなり。而

して本條に其趣意書二通を原裁判所に差出す可しとあり。何故に斯く二通を要するや。是れ一通を相手方に送達し、一通を上級裁判所に差出すを以てなり。又三日以内に答辯書を差出すことを得るとは之を差出すも又は差出さざるも相手方の勝手たる可しと雖も、若し之を差出さざるときは只趣意書のみによつて決定せらる可し。何となれば此等の事に時日を費すときは本案を決すると後ればなり

第三十九條

前條の申請に付き管轄權を有する裁判所に於ては書類に依

り其申請を決定す可し

本條は別に説明を要す可き所なし

第二章 裁判所職員を除斥及び忌避、回避

裁判官は獨立不羈にして他の拘束を受けざるものなり。故に従來裁判官を免することなかりしと雖も、所謂轉任なるものありて長官の愛憎等により或は僻遠なる山地又は不自由極まる地の裁判所に轉任せしめらるゝことあり。又或は長官か其配下に在る裁判官の等級を昇降することありし。此等は皆裁判官の獨立を

害する甚しきものなり。夫れ此の如くんは到底其獨立を保持すること能はざるを以て裁判所構成法に於ては裁判官をして他に轉任せしむることなく、只其死亡等の原因に依り席順を進むるとなし。又一方に於ては妄りに俸給を増減することを爲さざるも、他の一方に於ては悉く之を終身官と爲し、妄りに褒貶黜陟を爲さざる事とせり。斯の如くにして始めて裁判官の職務執行に際し獨立に其處分を爲すを得べきなり。若し夫れ其責む可きことあるときに當ては他に懲戒法なるものあり(構成法第三百三十六條第三百三十八條)。以て裁判の公平を維持することを得べし。然りと雖も裁判官も亦一個の人間にして神ならぬ身の或は情の爲めに制せられて他人の利益を害し又は自己の利益の爲めに職權を弄するの恐れなきを保す可からず。是れ即ち本章の規定ある所以なり

除斥とは或る原因の爲め法律上當然之に干與するものを斥くるを云ひ。忌避とは或る原因の爲めに訴訟關係人、檢事より豫め其判事の訴訟に干與することを避けんことを求むるを云ひ。回避とは判事が或る原因の爲めに其事件に干與することを避くるを云ふ。要するに法律に由て避くるを除斥と云ひ。請求に由て避く

るを忌避と云ひ。判事自ら避くるを回避と云ふなり

第四十條

判事は左の場合に於て法律に依り其職務の執行より除斥せら

る可し

第一 判事被害者なるとき

第二 判事又は其配偶者と被告人被害者又は是等の者の配偶者と親屬なるとき但姻族に付ては婚姻の解除したるときも亦同し

第三 判事其事件に付き證人鑑定人と爲りたるとき又は被告人若くは被害者の法律上代理人なるとき

第四 判事其事件の豫審終結に干與し又は不服を中立てられたる裁判の前審に干與したるとき

本條の規定たる右に述べたる如く一に裁判の公平を維持せんが爲めに外ならず。而して判事にして或る事情の存するより法律上當然其職務の執行より除斥せらるゝは次に説明せんとする所の四箇の場合なりとす

(一) 判事被害者なるとき 抑も判事は無關係の地位に立ち公平無私に事の是非曲直を決すべきものなり。左れば一の事件を裁判するに當ては其事件に關し利害の關係を有せざる者をして其任に當らしめざる可からず。故に若し判事自身

にして被害者ならんには法律上當然除斥せざる可からず。何となれば或は情の爲めに制せられて遂に公平の判断を爲すこと能はざるに至る可ければなり

(二) 判事又は其配偶者と被告人被害者又は是等の者の配偶者と親屬なるとき但姻族に付ては婚姻の解除したるときと雖も亦同し 判事たる者は原被兩造の間に立ち虚心平氣以て公明正大の處分を爲す可きことは前段に述べたる所の如し。然れども判事も亦吾人と同しく一の人間なれば時に或は被告人と親屬たるの故を以て其犯罪を曲庇するの恐れなきを保せず。又被害者と親屬たるときは被告人を陷害して其刑を酷にすることなしと云ふ可からず。歐洲の或る學者も「親族は愛に沈むか、或は嫉妬に流るゝかの兩極端に奔るものなり。而して其相愛するや慈母の赤子に於けるか如く其惡むや敵人を視るよりも甚し」と。此言誠に然り。故に訴訟事件を裁斷するに當り其任に當れる判事又は其配偶者にして若し被告人被害者又は是等の者の配偶者と親屬の關係あるときは或は愛に泥むか、或は之を惡むの情よりして其裁判の公平を失ふことあるを恐れ。此場合を以て除斥の一原因となしたるなり。而して判事又は其配偶者と檢事又は其配偶者と親屬な

るときを除外の原因となさざるは、元來檢事の刑事原告人たるは公務にして私事に非ず。故に判事之と親屬なるか爲めに私情に泥み私利に迷ふ如き恐れなき所以なり。次に本項に所謂親屬とは如何なる範圍までを指すかと云ふに是れ亦刑法に規定せる者を指したるものなり。故に此親屬中には血族のみならず姻族即ち結婚に依り成りたるものをも包含す可し。左れば一旦婚姻に由て斯の如き關係を生じたる上は假令其婚姻の解除するも其間に必ず一種の情の存するあるを以て法律は亦此場合も除外するものとす。

(三) 判事其事件に付き證人鑑定人と爲りたるるとき又は被告人若くは被害者の法律上代理人なるとき 判事と雖も時としては證人となることあり。又或は被告人と親密なる關係ありて其手跡を明知するか爲めに其手跡の鑑定人となることあり。而して若し其事件を裁判する者にして證人となり若くは鑑定人となるが如きは素より兩立す可からざることなるを以て、到底法律の許す可きに非ず。又後見人、事務管理人即ち被告人若くは被害者の法律上の代理人は被後見人の財産を管理する者なれば、素より彼の親屬の間に於けるか如き愛情の關係あるに非ず

と雖も既に被後見人の利益を保護する以上は勢ひ私情私利の爲めに誘惑さるゝの傾きあり、從て裁判の公平を失はんとことを恐れ遂に之を除外の一原因となしたる所以なり

(四) 判事其事件の豫審終結に干與し又は不服を申立てられたる裁判の前審に干與したるとき 凡そ判事か其事件の豫審終結に干與して其有罪無罪を決し、又公判に於て其事件を判決するも或は其裁判に錯誤なきを保す可からざるを以て法律は他に控訴、上告等の道を開けり。然れども其事件に干與する所の判事は前後同一人を以てす可からず。何となれば豫審の場合に關係したる判事は其事實を取調へ之を有罪者と認めたるものなり。故に此判事をして公判に従事せしむるも亦之を有罪視するを以て終始同一の判決を爲すに相違なし。又第一審に關係したる判事をして第二審即ち控訴の裁判を爲さしむるときは亦前審に與へたる判決と同一の判決を與ふること疑なかる可し。是れ犯罪視するの念慮の先入主となるに因るなり。故に此の如くんば亦裁判の正當を得ること能はざるを以て豫審終結に干與したるものは公判に干與すること能はずとし、豫審終結若くは公

判に干與したる者は控訴に干與す可からずと爲したる所以なりとす

第四十一條

判事法律に依り職務の執行より除斥せらるゝ場合及び偏頗

なる裁判を爲すことを疑ふに足る可き情況ある場合に於ては檢事其他訴訟關係人より之を忌避することを得

前條に掲ぐる四個の場合の如く判事か當然法律上除斥せらるゝ事情あるにも拘はらず依然其事件を裁判す可き任に居るときは檢事其他訴訟關係人より忌避せらる可し。又其判事にして右の如き關係なくも若し偏頗なる裁判を爲すことを疑ふに足る可き情況ある場合に於ては亦檢事其他訴訟關係人より忌避せらる可し。故に斯の如き場合に於ては假令證據なきも各場合の情況に依り其忌避の申請を許すものとす。往時羅馬に於てはジュエーシポビールとて双方協議の上人民の希望する所信任する所の人を撰んで其事件の裁判官となすことを得たり。若し之を撰ふこと能はざるときはジュエーシホルセルとて其訴訟關係人の例へば東京に居る場合には其地の判事に、大坂に居るときは大坂の判事をして其事件の裁判官たらしめたり。乍併最早今日に至ては斯の如き簡便なる方法は行はれ

す。尤も今日と雖も右の如き偏頗の裁判を爲すことを疑ふに足る可き情況ある場合には矢張り忌避することを得るものと爲せり

第四十二條

忌避の申請及び其裁判に付ては民事訴訟法第三十四條乃至

第三十八條の規定に従ふ

忌避の申請及び其裁判に付ては民事訴訟法に詳細に規定せられたるを以て同法第三十四條乃至第三十八條を参照すべし

第四十三條

忌避の申請ありたるときは公判に付ては其辯論を中止す可

し豫審に付ては仍ほ其處分を繼續す可し但急速を要せざる事件に付ては豫審手續を中止することを得

判事にして訴訟人の一人と關係あるの故を以て忌避の申請を爲されたるときは最早其事件を裁判するも無益の業なり。故に其申請にして理由ありと定まりたるときは公判に付ては其辯論を中止すべきものとす。乍併豫審に付き忌避の申請ありたるときは其手續を中止すべきやと云ふに、若し豫審處分を中止するものとせば之が爲めに諸般の證據を湮滅するの恐あるのみならず、奸黠の徒或は之を

名として徒らに豫審處分を遅延せしめ以て其間に悪計を回らすの恐れあり。是れ即ち審豫に付ては其處分を繼續するものと定めたる所以なり。然りと雖も既に充分に證據を取調べ事實明なるに於ては右の如き證據湮滅の恐れなきを以て若し其事件急速を要せざる場合に於ては其手續を中止するを可とす

第四十四條

判事自ら第四十條に定めたる原由あるこゝを認め又は回

避す可きものと思料したるときは回避申請の管轄裁判所に回避の申立を爲す可し

其裁判所に於ては回避の申立を裁判す可し

本條は判事に於て自ら第四十條に定めたる所の原由あることを認めたるときは未だ訴訟關係人より忌避の申立あらざるも自ら其事件を回避し以て其裁判の公平を維持し信用を厚からしめざる可からず。又第四十條の原由なきも判事自ら其事件を審理するに忍びずと認めたるときは亦回避せざる可からざることを規定したるものなり。去れど判事は假令右の原由ありと雖も自ら擅に其事件を避くことを得ず必ず回避の申立を管轄裁判所に爲さざる可からず

此の如く判事にして回避の申立を爲したるときは其裁判所は其回避の正當なるや否やを裁判す可きものとす。然れども之が申立を許して以て判事が職務を怠るの機となす可からず。故に其果して回避するの理由あるや否やは各場合の情況に由て決す可きなり

第四十五條

本章の規程は裁判所書記にも之を準用す

但其裁判は書記所屬の裁判所之を爲す可し

以上講し來りたる所の規定は裁判所書記にも亦之を適用すべきものとす。故に茲に明に規定せざるも既に裁判所職員の除斥云々とあるからは書記も亦裁判所の職員なるを以て此中に包含せるは勿論なり。然らば何故に此規則を書記に準用す可きや。抑も書記は法廷に於て双方の陳述を筆記し調書を製するの職務を執るものなり。故に若し書記にして第四十條に掲ぐるが如き事情のあらんには爲めに被告人の利益を計りて都合能く調書を製し隨て裁判の結果に至大なる影響を與ふればなり

本章を終るに臨み尙ほ一言す可きは此等の規定は之を檢事に適用す可きや否の

と是なり。抑も検事は公の代人にして行政上の事務官吏なり。而して検事は其人を異にするも全國一躰を爲す者にして其職務は分つ可からざる者なり。伊太利、佛蘭西、白耳義等皆然りとす。斯の如く検事の職務は分つ可からざる者なり。故に一の検事に對して忌避の申立を爲せばとて已に同一躰なるからは何時にても其職務に在る者なり。其故如何と云ふに元來裁判確定の効力は同一の訴訟人間に非されは其効力を有する者に非ず。然るに一の刑事事件に於て裁判を受け其有罪たると無罪たるとを問はず、又其輕罪たると重罪とに論なく、苟も一旦裁判の確定したる上は検事は何れの裁判所にも同一事件に關して訴を起すこと能はざる者なり。是れ検事の職務の分つ可からざる證據なり。若し否らざれば同一の事件に付き更に他の検事に於て訴を起すことを得べし。然るに全國一般の檢事にして之を訴へざるを見れば即ち同一躰にして其職務の分つ可からざるの理明なり。果して然らば本章の規定は之を檢事に適用す可からざること勿論なりとす

右は理論上より論したることなるが事實に就て之を見るも檢事第四十條に定めたる原因あるにせよ、既に判事にして是等の原由なく而も獨立にして確定の意見を有する場合には判事は檢事の爲めに自己の意見を枉くることなかる可し。況んや一方に辯護士あるに於てをや故に本章を適用するの要なきものとす

第三編 犯罪の捜査、起訴及び豫審

第一章 捜査

佛國に於ては豫審判事自ら犯罪の證據を搜索し之を蒐集し之を取調ぶるの職權を有す。其取調の手段の巧みなることは恐らく他國に於て其比を見ざる所なり。然りと雖も法理上より之を論ずるときは素より不都合なることにて斯の如く自ら證據を集めて自ら之を裁判するが如きは法理に反するの甚しき者と謂ふ可し。本邦に於ては幸に之を豫審判事に任せずして之を檢事に一任せり。是れ素より正鵠を得たるの規定と云はざる可からず

第四十六條

檢事は後に記載したる告訴告發、現行犯其他の原由に因り犯

罪あることを認知し又は犯罪ありと思料したるときは其證據及び犯人を捜査す可し

本條を熟讀翫味すれば檢事なる者は犯罪捜査の爲めに妄りに人家に覗込み妄りに人相を見て犯罪人なりや否を捜査するの權なし。必ずや捜査す可き原由ありたる場合に限り。若し夫れ檢事をして斯の如き職權を有せしめん乎、人身の自由を毀損し、家宅の安寧を害するに至ればなり。是れ立法官が檢事の捜査に付き

本條の如き制限を設けたるなり。捜査の原由となる可きものは第一、告訴、告發なり。檢事自ら直接に人民より告訴告發を受くる乎、又は人民より警察署等に告訴、告發を爲し警察署より檢事に其旨を通知したる場合を云ふなり。(第二)は現行犯なり本條に所謂現行犯とは現に檢事か現行の犯罪を目撃したる場合を云ふ。彼の警察官吏か現行犯に遭遇し調査を作りて檢事に具上したる場合若くは人民か現行犯罪を發見し官に之を告發したる場合を云ふにあらず。是等は本條に所謂其他の原由中に入る可きものと信するなり(第三)其他の原由とは例へば民事裁判所に於て訴訟の審問中刑事に涉るものを發見したる場合若くは世間の風評等の如し。之を要するに檢事か捜査を爲すに就ては犯罪あることを認知し又は犯罪ありと思料したる場合ならざる可からず

第四十七條

警視總監及び地方長官は各其管轄地内に於て司法警察官と

して犯罪を捜査するに付き地方裁判所檢事と同一の權を有す但東京府知事

は此限に在らず
左に記載したる官吏、公吏は検事の補佐として其指揮を受け司法警察官として犯罪を捜査す可し

- 第一 警視、警部長、警部、警部補
- 第二 憲兵、將校、下士
- 第三 島司
- 第四 郡
- 第五 林務官
- 第六 市町村長

犯罪の捜査に關する總ての事は悉く検事の特權として之を委ねると能はず。故に會計検査院内に犯罪ありたるか、又は山林盜の場合に於ては何者か検事の補佐となる可き者なかる可からず。併し這は單に犯罪を捜査するまでにして公訴を爲すは一に検事の職務なりとす。又彼の地方長官の如きは即ち其管轄内に於て司法警察官として犯罪を捜査するの權を有する者なり。去れど東京府廳の如きは純粹なる行政事務を取扱ふ者なるが故に東京府知事は司法警察官として犯罪を捜査するの權を警視廳に委ねることとせり。但し本條に付ては別に説明する

の要なきを以て之を省略す可し

第四十八條

海船内の犯罪に付ては船長に於て司法警察の職務を行ふ可

河には水上警察ありと雖も、海船内に於ては斯の如き職務を執る者なし。故に海船内に犯罪ありたるときは司法警察の職務は之を船長に一任するの外なし。故に船長は海船内に在ては乗客の身軀、財産の安寧を保たんか爲め司法警察の職務を執り第三十條の規定に従ひ之を裁判所に引渡すものとす

第一節 告訴及び告發

前條には検事が犯罪捜査の第一原因と爲る可き者を告訴及び告發とせり。故に本節を規定し告訴、告發とは何者なるか、其之を爲す方法如何、其効果如何等を規定したるなり。告訴とは佛語に之をプレントと云ふ。此語は不平を聲すと云ふ義なり。而して此告訴は第四十九條に規定せる如く犯罪に因て損害を受けたる者之を爲すなり

告發とは佛語に之をデノンシヤシヨと云ふ。此語は人の惡事を申立ると云ふ

義なり。元來告發なる者は之を告發者一個人の上より云ふときは自ら損害を受はざる者が人の悪事醜行を摘發する者なれば餘り美事に非ず。左れ共之を國家全般の上より觀察すれば必要欠く可からざる者と云はざるを得ず。何んとなれば犯罪の捜査上に至大なる便益を與ふればなり。

第四十九條

何人に限らず犯罪に因り損害を受けたる者は犯罪の地若く

は被告人所在の地の検事又は司法警察官に告訴するを得

司法警察官告訴を受けたる時は違警罪に付き即決を爲す場合を除く外速に

其書類を検事に送致す可し

余は告訴す可き場所を犯罪の地及び被告人所在の地の二者に制限したるは猶ほ實際の不便を免かれざる者と信す。例へば予が大阪にて賊に逢ひ東京に販り始めて之を覺知したるも犯人は長崎に在るが如きとあらば予は犯罪の地たる大阪の裁判所又は被告人所在地なる長崎裁判所に告訴せざる可らざるが如し。故に予は本條を擴充して犯罪の地被告人所在の地又は被害者所在の地云々と爲さんとを切望するなり。

茲に一問題あり。告訴は郵便端書を以て之を爲すを得るや否や即ち是なり。或る裁判所に於ては是等の告訴狀は之を灰燼に付すると聞きつれ共予は之を許容するを賛成する者なり。何んとなれば斯くして被害者に便益を與へ一犯人も有罪に法網を脱せしめざるを要すればなり。第二項には司法警察官告訴を受けたる時は違警罪に付き即決を爲す云々とあり。此即決を爲すとは素より簡便法にして。理論上より云ふときは警察官に於て裁判するの權なきものなり。乍去違警罪の如きは元と地方罪と云ふ可きものなるが故に良し警察官に裁判せらるゝとするも敢て其人の一身の名譽を害することなかる可し。又其即決に對して不服あるときは直ちに控訴を爲すを得るが故に亦其權利を害せらるゝこともなかる可し。然るに若し之を區裁判所に於て裁判することとせん乎其手數と費用とは右の比に非ず。隨て被告人其人の不利なるとも亦少からざる可し。是れ即ち司法行政の權を混同するにも拘はらず實際の便宜の爲め斯の如く定めたる所以なり。尤も違警罪なりとて悉く即決す可きに非されば其即決を爲す場合の外は告訴を受けたる司法警察官は速に其書類を檢

事に送致す可きものとす

一三三

第五十條

告訴人は成る可く其證憑及び事實參考と爲る可きことを申立つ

可し

告訴は成る可く簡易の方法を以て之を爲さしむるを要す。若し告訴に種々の方式を設くるが如きことを爲さん乎、誰も其面倒を厭ひ告訴する者跡を絶つに至り従て犯罪發覺の道壅塞するに至る可し。之を以て本條に於ては、告訴人は成る可く其證憑及び事實參考と爲る可きことを申立つ可しと規定し。其他は告訴者の自由に一任し、云々の事柄を必ず申立つ可しと規定せず。故に假令此等の事柄を申立てずと雖も制裁あるとなし。又人民をして告訴す可きの義務を負はしむるとなし。既に人民に告訴の義務を科せざる以上は之を爲さしむるときと雖も毫も制裁あるとなし。要するに何れの場所に於ても制裁力を附せざる法文あれば以て人民の權利を輕重するとなき者と知る可し。蓋自己の利益と爲る可き事柄に關して制裁力ある法文を規定せられなば便益なる可しと雖も告訴の如きは政府の利益と爲る事柄にして毫も被害者自身の便益となるとなし。被害者に在つては假

令其被害事件の告訴を爲さずと雖も若し其犯人にして逮捕せらるれば贓物の還給を受けるを得べし。夫れ然るが故に本條には成る可く云々と規定したるなり。告訴とは單に云々の犯罪ありしと官署に告知するに過ぎず。故に私訴即ち民事原告人と爲るの申立と彼是混同せざるを要す。民事原告人たるの申立を爲すには犯罪に因て云々の損害を被ふりたるを以て其賠償を受けたしと請求する者なれば告訴の如き簡單なる申立を以て足れりとせず。必ず詳細なる申立を爲さる可からず。若し之を爲さざるときは爲めに我權利を失ひ我利益を損するの恐れある可し

第五十一條

告訴は告訴人の署名捺印したる書面を以て之を爲す可し

又告訴は口述を以て之を爲すとを得其告訴を受けたる官吏は調査を作り告訴人に之を讀聞かせ共に署名捺印す可し若し告訴人署名捺印すると能はざる時は其旨を附記す可し

告訴狀に署名捺印せしむるは徒らに之を爲すに非ざるとを表せしめんが爲めなり。告訴狀には只署名捺印すれば夫れにて足れり。如何なる紙を用ひ如何なる

方式を用ひよと云へるが如きとは一切之を命ずるとなし。教育如何に發達したれば迎各人凡て書を読み字を知るに至るとなし。故に告訴は書面を以て之を爲すも口述を以て之を爲すも告訴人の隨意と爲し。且、告訴人署名捺印すると能はざる時は其旨を附記す可しと規定せしなり。而して口述の告訴を受けたる官吏が調書を作るには告訴人の陳述せる儘を記す可きものとす。何んとなれば告訴人等に重過失又は悪意ありたる時は第十三條に規定せるが如き責任を負はしむるものなれば其陳述を省略若くは擴張するときには告訴人をして非常の迷惑を來さしむるの恐れあればなり。

第五十二條

官吏公吏其職務を行ふに因り犯罪あることを認知し又は犯罪ありと思料したる時は速に其職務を行ふ地の檢事に告發す可し。告發は官吏公吏の署名捺印したる書面を以て之を爲し成る可く證憑及び事實參考と爲る可き事物を添ふ可し。

第五十三條

何人に限らず犯罪あることを認知し又は犯罪ありと思料したる時は第五十條第五十一條の規定に従ひ其所在の地若くは犯罪の地の檢事又は司法警察官に告發するを得。

告發を受けたる司法警察官は第四十九條の規定に従ひ其處分を爲す可し。

第五十二條に於て官吏公吏が其職務を行ふに因りて告發する場合には、告發す可しと規定し。第五十三條に於て一般人民が告發する場合には、告發するを得と規定し。一は告發を以て一種の義務と爲し、一は告發を其隨意に一任せり。是れそも如何なる理由なる乎。蓋し一般人民は他人の行爲を監督するの義務なき者なり、他人の悪事を捕發す可き義務を有せざる者なり。從て社會も亦一般人民に對して斯の如き義務を負擔せしむ可き權利なきなり。而かも猶往昔の如く他人の犯罪を告ぐる者を賞し之を告發せざる者を罰すとせん乎、人々常に相反目し到底圓滑の交際を爲すと能はざるに至る可し。是れ第五十三條に於て、告發するを得と爲し、決して告發す可しと命ぜざる所以なり。然りと雖も官吏又は公吏が其職務を行ふ際犯罪あることを認知し若くは之ありと思料したる時は之を告發す可き義務ありと爲すを要す。何んとなれば人民は人の行爲、人の犯罪を監督又は指摘するの義務なしと雖も官吏公吏は之を監督し之を告發するの義務を有するは其職務の然らしむる所なればなり。

官吏又は公吏が告發の義務を有すると前述の如し。然れ共官吏公吏が此義務を有するは官吏公吏たるの資格を以て官吏公吏たるの職務を行ひ而かも自己の與り關して責任を有する場合に限れり。若し官吏公吏たるの資格を以てせず自己の全く責任を有せざる職務外のとに至ては假令官吏公吏と雖も毫も一個人と異なることなく從て其告發の義務をも有するとなきなり。例へば警察官吏が一般の犯罪を目撃し會計検査官吏が官署の會計簿を檢閲する際官金を私しする者を發見し林務官が巡視の際官林盜伐者を認めたる場合の如きは所謂其職務を行ふに因り犯罪あることを認知したる者なれば之が告發の義務ありと雖も。林務官が會計犯則者を認知するも之を告發するの義務なきが如し。右の如き理由に由り第五十二條に於て故らに「官吏公吏其職務を行ふに因り云々と規定せしなり。官吏公吏が告發を爲すは其義務なれば一般人民の如く口述を以てす可きに非ず。是れ第五十二條第二項に於て告發は官吏公吏の署名捺印したる書面を以て之を爲し云々と規定したる所以なり。然れ共如何に官吏公吏は告發の義務あるにもせよ之を爲すに當り證據と爲り事實參考と爲る可き一切の事物を添へざる可か

らずと爲し所謂備はらんとを此等の者に求むるに至ては之が爲め犯罪の證據湮滅するの恐れなしとせず。且夫れ一般人民にせよ通常の官吏にせよ公吏にせよ一旦尋常の證據及び事實參考と爲る可き者を添へて告發する時は之が有罪の證據となるや否や將た無罪の證據と爲るや否やを決するは判事其人の職務に屬する者とす。されば人民は勿論通常の官吏公吏と雖も是等の點に至る迄干涉せしむ可きに非ず。是れ本條第二項に於て成る可く云々と記し以て第五十條に於て一般人民が告訴を爲す場合と同様の文牒を用ひし所以なり

第五十四條

告訴告發は代人に委任して之を爲すとを得但第五十二條の

場合は此限に在らず

無能力者の告訴は法律上代理人之を爲すも其効ありとす

告訴告發は書面にても口述にても可なり方式をも要せず。然らば代人を以て之を爲すを得るは勿論なれば故らにそが規定を要せざるに似たり。然れ共是等の場合は皆本人の名を以てする者なれば茲に故らに代人を許す旨を規定したるに過ぎず

刑法の法文には往々本人の告訴を以て受理する事柄を規定せり。是等の場合には通常本人又は代人が本人の名を以て之を爲すを要す。然れ共無能力者例へば幼者、白痴、瘋癲等は法律に定めたる代人例へば後見人若くは監督者等に於て告訴を爲すも効ありと爲したるなり

第五十五條

告訴告發は其取下を爲し又は其申立を變更するを得此場

合さ雖も第十三條の規定に従ひ被告人より要償の訴を受くるとある可し

假令一旦告訴告發を爲すと雖も或は過失又は疎漏に出づるとなしとせず。而して取下を許さず其始めの申立を變更すると能はずとせば爲めに事實の眞正を確め捜査の便宜を失ふに至る可し。是れ本條の依て起る所以なり。然りと雖も良し過を改むるも其之を改むる迄に至るの責は自ら之を負はざる可らず。故に若し告訴告發の取下を爲したる場合と雖も猶ほ第十三條の規定に従ひ告訴告發人に惡意若くは重過失ありたるが爲め被告人に損害を被ふらしめたる時は猶ほ被告人に對して賠償の責任ありとす。然れば告訴告發の取下若くは其申立を變更するとは毫も告訴告發人に取て利益なきに似たり。然り既往に在

つては利益なからん然れ共將來に取ては其責任なきを以て強ち利益なしとせず。換言すれば取下前變更前の責任を負はざる可からざるも取下後變更後の責任を負ふに及ばざるなり

第二節 現行犯罪

現行犯及び非現行犯の區別は其刑罰の上は何等の影響を及ぼすとなし。即ち現行犯も非現行犯も同一の犯罪に就ては同一の刑罰を科する者とす。然れば此區別たる刑罰の點よりしたる者に非ざるや知る可し。然らば何故此區別を立てたる乎と云ふに現行犯たると非現行犯たるとに依ては捜査上に著るしき差異あるを以てなり。即ち一は至急の取調べを要し、一は之に反す。一は之が捜査上に鄭重を要すと雖も、一は之に反す。抑も非現行犯の捜査に付き一定の制限なくんば犯罪ありと雖も之を等閑に付し犯罪なしと雖も之を取調べ従て人民の權利を害し自由を傷くるの恐れあり。之に反して現行犯たる犯罪の證據明確なる者にしあれば之を逮捕し之を認知し之を捜査するに嚴格なる制限を設くるの必要なし。好し之を設けざるも裁判の錯誤を來し無罪者を有罪者たらしむるの恐れ稀なり。

是れ二者の區別を設けし理由の一なり

假令非現行犯と雖も充分の證據に存せば急速に公判に付す可きは望ましきと云はざるを得ず。然れ共之を逮捕するに令狀を用ひず何人にも之を逮捕せしめん乎爲めに無罪潔白の良民を苦むるとなきを保せず。故に非現行犯に付ては鄭重に鄭重を加へざる可からず。又犯罪の性質上左迄急速を要せざる可し。之に反して現行犯に在ては荏苒時日を遷延せば爲めに證據湮滅犯人逃走等の恐れあり。故に之が逮捕及び取調を急速に爲す可き必要あり。是れ現行犯及び非現行犯を區別する理由の二なり

前述の現行犯及び非現行犯の區別は其刑罰に何等の影響なしとは近世に行はるる説なり。往昔羅馬法に於ては非現行犯にして財産上に關する犯罪例へば竊盜犯の如きは其贓物を計算し四倍の罰金を科すると雖も。そが現行犯に至ては之に死刑を科するととなれり。其理由は刑の輕重を定むるに犯罪の性質に依らずして被害者の感覺を標準と爲したるに依れり。即ち刑法は復讐主義より變遷し來れる者なれば彼の現に被害者が掠奪に遭遇したる時は其憤怒の程度非常に高

し此程度高ければ從て其刑罰も一層大にせざる可からず。之に反して被害者は何時其所有品の掠奪に逢ひしかを覺知せざるが如き非現行犯に在ては其憤怒の程度も現行犯より數等の下に在り。然らば即ち其刑罰も亦之を減輕せざる可からずと云ふに在り。然れ共方今に至ては斯く刑罰の輕重を定むる標準を犯人の感覺如何んに取るとなく犯罪の性質如何んに取れり。而して現行犯と非現行犯とは其犯罪の性質に於て毫も異なる所なし。只現に行ひ又は現に行ひ終りたる際に發覺したるか將た何時之を犯したるか否や不明にして發覺したるの差異あるのみ。左れば其刑罰も亦現行犯たるが故に重からず非現行犯たるが故に輕からざるなり

第五十六條

現行犯罪とは現に行ひ又は現に行ひ終りたる際に發覺したる罪を云ふ

本條は純然たる現行犯の定義を下したる者なり。現に行ひとは例へば物件を奪ひ又は人を斬るが如き時を云ひ。現に行ひ終るとは例へば物件を盜みて逃去らんとし或は人を斬て刀を納めんとするが如き場合を云ふ。現行犯とは何人か其

現に行ひ又は行ひ終りたるを目撃し以て發覺したる場合を云ふ乎。蓋し如何なる犯罪と雖も現に行はざる者なし只非現行犯は今日犯したる罪他日に於て發覺したるを云ひ。現行犯とは現に行ひ又は現に行ひ終りたる際に發覺したるを云ふのみ。さすれば何人之を認めて發覺したるや否やは以て現行犯の要素を爲すに足らず。單に現行の犯罪が直ちに發覺したる者と解釋せざる可からず。若し否らざれば第六十條に所謂何人に限らず重罪又は禁錮の刑に該る可き輕罪の現行犯ある場合に於ては直ちに逮捕するを得と云へる法文を解すると能はざるに至る可し

第五十七條

重罪輕罪に付き左の場合に現行犯に準す

第一 犯人として一人又は數人に追呼せらるゝとき

第二 凶器、贓物其他の物件を携帯し又は身體、被服に顯著なる犯罪の痕跡ありて犯人と思料す可きとき

第三 家宅内に於て犯したる罪を検證する爲め又は其犯人と思料す可き者を逮捕する爲め戸主より官吏に其處分を求めたるとき

本條は準現行犯の定義を下したるものなり。何故本條列記の場合を以て現行犯

に準し次條以下に規定せるが如き特別處分を許したる乎と云ふに、是等は概ね犯人たるに相違なく之を令狀を待たずして逮捕するも裁判の錯誤なく被告人の迷惑を來す可き恐れなしと認定したればなり

第一項の「犯人として一人又は數人に追呼せらるゝ時」とは。例へば一人は足を早めて官道を走りて一人は之を追掛け賊よ々と叫喚する場合の如し。蓋し是等の場合を以て準現行犯と爲したる所以は立法官思へらく斯る所爲は或は無罪者を有罪者ならしめんが爲め策を設けて追掛くるが如きとを想像すると能はず、必ずや十中八九は其逃る者は犯人たるに相違なし。然れば假令現に其犯罪の實跡を目撃せずと雖も之を現行犯に準して可なり。之を現行犯に準ずるも裁判の錯誤を來し無辜を罪するが如きことなかる可しと。是れ第一項の規定ある所以なり

第二項の「兇器、贓物其他の物件を携帯し又は身體被服に顯著なる犯罪の痕跡ありて犯人と思料す可き時」とは。例へば血痕を止めし刀を携ふるか、又は同様の衣服を所持する場合の如し。然れ共兇器は猶ほ可なり、彼の贓物と云ひ、犯人と思料す

可き物件を携帯する場合と云ひ、其局に當る者は潛心精意其職を取るに非ざれば往々良民をして迷惑を來さしむるとなしとせず。之を要するに本項の趣意は通常人の携帯す可からざる物件を携帯する乎、若くは時ならざる時に贓物其他犯人と思料す可き物件を携帯したる時は準現行犯と爲す可しと云ふに在り

第三項の家宅内に於て犯したる罪を検證する爲め又は其犯人と思料す可き者を逮捕する爲め戸主より官吏に其處分を求めたる時とは。例へば人家中にて人を殺したる者の檢證を乞ひ、又は人を殺して將さに立去んとする者を逮捕せられよと、其家の主人より警察署に訴出でたる場合の如し。而して本條の戸主なる文字には餘り拘泥して解釋せざるを要す。假令戸主自らに非ざるも、其家宅内の人だに訴へ出なば之を戸主の代人と見做し、以て相當の處分を爲さざる可らず。論者曰く本項は眞の現行犯にして準現行犯に非ず。而かも猶ほ之を準現行犯の場合に規定するは不當なりと。成程此場合は戸主に對しては現行犯なりと雖も其臨檢若くは逮捕に向ふ所の官吏に取ては既に行ひ終りたる後のとなれば之を純然たる現行犯と云ふ可からず。然れ共之を準現行犯と見做すには充分なりと云ふ

可し

第五十八條

司法警察官及び巡查、憲兵卒其職務を行ふに當り重罪又は禁

錮の刑に該る可き輕罪の現行犯あるとを知りたる時は令狀を待たずして被告人を逮捕す可し

罰金の刑に該る可き輕罪又は違警罪の現行犯あることを知りたる時は被告人の氏名住所を問ひ輕罪に付ては檢事、違警罪に付ては即決を爲す可き官署に告發す可し其氏名住所分明ならず又は逃亡の恐ある者は檢事若くは官署に引致することを得

本條より第六十一條迄は司法警察官、巡查及び憲兵卒は令狀なくして現行犯及び準現行犯を逮捕するを得ること并に之を逮捕したる後の處分法を規定したるなり

本條に現行犯あるとを知りたる時はとあれ共予は之を改訂して現行犯あるとを見たる時はと爲すを可なりと信ず。何んとなれば現行犯あるとを認知するは心に知るよりも眼に見ると多ければなり、否眼に見るを要すればなり

罰金の刑に該る可き輕罪又は違警罪は何故之が逮捕を許さざる乎と云ふに這は

斯の如き微罪を逮捕し却て本刑の苦痛に十倍するが如き不都合なからしめんとを欲してなり

第五十九條

巡査、憲兵卒被告人を逮捕したるときは速に之を司法警察官

に引致す可し

其被告人を受取りたる司法警察官は逮捕及び告發に付ての調書を作る可し
調書の文字穩當ならず申立書又は現狀書と改正するを可とす。原語の意義より
考察するに只現狀の申立通りに記載すと云ふ義なればなり

第六十條

何人に限らず重罪又は禁錮の刑に該る可き輕罪の現行犯ある

場合に於ては直ちに被告人を逮捕することを得

第六十一條

前條の場合に於て被告人を逮捕したる者は之を司法警察官

に引致すへし若し引致することを得ざる時は自己の氏名、職業、住所及び其逮捕の事由を陳述し假に之を巡査、憲兵卒に引渡すことを得
被告人を巡査、憲兵卒に引渡したる時は速に告訴又は告發を爲す可し
被告人又は巡査、憲兵卒は逮捕を爲したる者に對し共に官署に至ることを求むることを得但逮捕を爲したる者は正當の事由あるに非されば其求を拒むことを得す

第六十條には何人にてても被告人を逮捕するを得と爲し彼の官吏の必ず逮捕す可き義務ある者と異なれり。然れ共此義務なきにも係はらず一旦被告人を逮捕したる以上は相當の責任を負はざる可からず。是れ第六十一條の規定ある所以なり。之に反して官吏は斯る責任なし。何となれば官吏は其職務に依て逮捕したる者にして醉狂に之を逮捕したるに非ざればなり

被告人を引致したるとき及び之を引致すると能はざる時又は其告訴告發の方法及び巡査と共に官署に至ると等の手續きは妄りに被告人を逮捕せしめざるが爲めなり。又一旦逮捕したる以上は其責任を負はしめんが爲めなり

第一章 起訴

起訴と公訴とは宜しく混淆す可からず。公訴は第一條に規定せる如く犯罪を證明し刑を適用することを目的とする者にして之を行ふ者は檢事たり。之に反して起訴は檢事に於て之を行ふも彼の犯罪を證明し刑を適用するに至る迄の種々の手續を云ふ。例へば檢事が犯罪の捜査を終りて重罪ならば豫審を求め輕罪ならば豫審を求むる者と否とを判別するが如し

第六十二條

地方裁判所檢察犯罪の捜査を終りたるときは左の手續を爲す可し

第一 重罪を思料したる事件に付ては豫審判事に豫審を求む可し

第二 輕罪を思料したる事件に付ては其輕重難易に従ひ豫審を求め又は直ちに其裁判所に訴を爲す可し

第三 裁判所構成法第十六條第二號第三號に記載したる輕罪又は違警罪を思料したる事件に付ては證據書類に意見書を添へ之を區裁判所

檢察に送致す可し

犯罪の捜査とは第四十六條に規定せるか如く檢察が告訴告發現行犯其他の原由に因り犯罪あることを認知し、又は犯罪ありと思料したる時其證據及び犯人の捜査を爲すを云ふ。而して此捜査終り檢察が重罪なり輕罪なり將た違警罪なりと思料するも自ら其價值を定め裁判を下すと能はず。何となれば固と檢察たる者は刑事の原告官なればなり。されば檢察が是れ何罪なりとの意見を有し其意見の當否如何を認定するには裁判官なかる可からず。是れ本條の依て起る所以なり。何故檢察が重罪と思料したる事件に付き豫審を要するやと云ふに。凡そ重罪程其種類の多きものなし。例へば重罪の最も重きものは死刑を科せられ、或は終身

苦役に服し、或は其否らざるものも終身國民たるの特權を剝奪せらるゝなり。被告人をして斯く重大の責任を負はしめんと欲せば之を輕々に取調ふ可きに非ず、必すや鄭重反覆之を取調を爲し以て之か裁判を下さる可からず。殊に重罪は輕罪と異にして其外形は重罪に似たるも或は正當防衛の場合もありなん。或は知覺精神の喪失に出てる者もありなん。然らば單に其外形のみに依て之を公判に付す可からず。果して重罪と爲すに足る無形の元素を具備せるや否やを取調ふるの必要あり。是れ重罪に豫審を行ふ所以なり

檢察が輕罪と思料したる事件に付ては何故豫審を求むると否とを檢察の意見に一任したる歟。蓋し輕罪の刑は重罪の刑の如く重からず。殊に其重難の者に在つては格別、其輕易の者に在ては重罪事件の繁雜錯綜せる者と異なりて簡單明白なる者多し。是れ必す輕罪に豫審を要すと爲さる所以なり

檢察が裁判所構成法第十六條第二號第三號に記載したる輕罪又は違警罪と思料したる事件に付ては何故全く豫審を要せざる歟。曰く犯罪の取調に鄭重を要し豫審を爲すの方治や善し。然れ共其鄭重を尊ぶの餘り極めて簡單なる極めて輕

微なる犯罪をも鄭重に取扱ひ豫審を行ふとせん乎、徒に無用の手数を煩はし却て被告人の迷惑を來し害ありて利なきに至る可し。是れ違警罪に付ては全く豫審を爲さざる所以なり

第六十三條

區裁判所檢察犯罪の捜査を終りたる上裁判所構成法第十六條第一號第二號に記載したる事件を思料したるときは其裁判所に訴を爲す可し

本條は別に説明を要する廉なし。只犯罪の捜査を終りたる上構成法第十六條に定むる違警罪第一號又は本刑五十圓以下の罰金を附加し若くは附加せざる二月以下の禁錮又は單に百圓以下の罰金に該る輕罪第二號と思料したるときは檢察は區裁判所に之が訴を爲す可しと云ふに在り

第六十四條

檢察は被告事件其裁判所の管轄に屬せざるものと思料したるときは之を管轄裁判所の檢察に送致す可し

被告事件罪を爲らす又は公訴受理す可からざるものと思料したるときは起訴の手續を爲す可からず

前に管轄の問題に就て述べたるが如く犯罪の地及び被告人所在の地の裁判所は

其地内に於て起りたる被告事件に付き裁判權を有するものなり。故に若し檢察が其被告事件にして他の管轄に屬するものと思料したる場合には之を其正當に管轄權を有する裁判所の檢察に送致す可きものとす
社會は苟も犯罪あるに非ざれば起訴するを許さざるなり、故に檢察は假令告訴發する者あるも其事件にして罪とならず又は公訴受理す可からざるものたるときは決して起訴の手續を爲すことなし。例へば刑法第七十五條に規定せる場合又は犯罪あるにせよ公訴權の消滅せる場合第六條の如きは共に起訴の手續を爲す可きに非ざるなり

第六十五條

前數條の場合に於て被告事件告訴に係る時は檢察より其處分を被害者に通知す可し

檢察は社會の代表者にして被害者の代表者に非ず、故に檢察は事々之を被害者に通知するの義務なきなり。然らば何故前數條の場合に檢察より其爲したる處分を被害者に通知する乎と云へば後來被害者が其告訴事件に付き施す所の方法に利害の關係あるが爲めなり。例へば檢察が被告事件罪を爲らず起訴の手續を

爲さる時は被害者は其損害要償を民事裁判所に出訴するが如し

第六十六條

検事豫審を求むるときは證據及び事實參考を爲る可き事物を送致し且臨檢す可き場所、逮捕すべき人名及び證人を爲る可き者を指示す可し

検事が豫審を求むるに當り證據及び參考事物を送致し、其他臨檢の場所、被告の名若くは證人等を指示す可きは法文を待て知らざるなり。而して之を送致若くは指示する以前に於て或は探偵を遂げ或は證據を蒐集するが如きとは檢事又は其屬僚に之を爲さしめ。又其證據を蒐集するにも單に有罪の證據のみならず無罪の證據をも蒐集せざる可からず。是れ本條に於て證人云々と規定せる所以なり。本條の規定は極めて穩當なり。佛法に於ては是等數事を舉げて豫審判事の職權内に屬せしめ豫審判事自ら證據を集め自ら探偵掛となりて犯罪を捜査するなり。現に巴里豫審判事の如きは犯罪の捜査に付き全世界無比の能力を有せりとの評ある位ひなり。然れ共此種のとほ決して豫審判事其人の本務に非ざるなり。若し豫審判事をして自ら犯罪の捜査を爲し自ら證據の蒐集を爲し之を裁判せしめめん乎豫審判事たるの性質を失ふに至り隨て弊害百出するに至る可し。

左れば豫審判事は何處迄も裁判官たらざる可からず。裁判官なる者は人の捜査し人の蒐集したる證據に依て之が裁判を下さる可からず。實に佛法は不都合の規定と云ふ可し我刑事訴訟法の之に則らざりしは蓋し幸なり

第三章 豫審

豫審を設けたる理由は既に講述したることなれば茲には簡單に之を説述せん。凡そ一の犯罪を審理し之に刑罰を科せんと欲せば三個の手續を要す。即ち犯罪を捜査し及び之が證據を擧ぐる者(檢事)、其證據の有効無効を認定する者(豫審判事)之を判決する者(判事)是なり。抑も公判の前に於て豫審を要する所以は有罪者は兎に角無罪者を始めより公判廷に呼出す時は傍聽を許すを以て爲めに被告人の名譽を毀損すると甚しからん。故に豫審なる者を設け其裁判を秘密に爲し以て檢事の舉證に付き有價值の者なるや否やを判定せしめざる可からず。是れ豫審を設けたる所以の一なり。重罪に付き必ず豫審を要する所以は曾て詳述したる所の如し。是れ豫審を設けし所以の二なり。曾て講述したるが如く民事には書面の證據を以て原被告の權利義務を認定するを以て證據争ひの生すると稀なり。

又原被同等の權力を有するを以て權力の一方に偏するが如き恐れなし。之に反し刑事に在ては検事たる者は有罪無罪の證據を擧ぐ可き者なれ共實際に於ては有罪の證據のみを擧げんとするの傾向あり。而して被告人は其權力の検事に匹敵す可からざるは云ふも更なり其未決拘留中には一定の規則ありて無罪の證據を提出するに困難の事情あり。されば其検事の提出せる證據に付き果して有罪の證據と爲す可きや否やを認定する者を置かざる可らず。是れ豫審を設けし所以の三なり

第六十七條

現行の重罪、輕罪を除く外豫審判事は検事の請求あるに非ざれば豫審に取掛ることを得ず此規定に背きたるときは其請求より以前に係る手續の効なかる可し

屢云へるが如く豫審判事は何處迄も裁判官たらざる可からず。既に裁判官たる以上は請求なき事件は裁判せずと云へる原則を服膺するを要す。決して探索方の親分たる思考を有す可からず。是れ本條の規定ある所以なり。然らば現行の重罪、輕罪は何故請求なきも豫審に取掛るとを得ると爲したる乎と云へば是等の犯罪は通常人民だも之を逮捕するを得る者にしあれば、斯る原則に拘泥して證據

を湮滅せしむ可きに非ず是れ一の例外法を設けし所以なり

第六十八條

検事は豫審中何時にても豫審判事に請求して訴訟記録を檢

閲することを得但二十四時内に之を還付す可し

又必要なりとする處分に付き臨時其請求を爲すを得

検事は通常人民と異なりて假令訴訟記録を自宅に持參して檢閱せしむるも之を紛失せしむるが如きとなかる可し。又検事は社會の代理人なれば假令之に證據書類を交付するも其證據を湮滅するの恐なかる可し。果して是なくんば之に檢閱せしめ以て其參考に供するも差支へなからん。斯く推測する所以は検事は公平にして決して偏頗の行爲なきことを信すればなり。之に反して一般人民は官の監督の下に立たざる者なれば若し之をして訴訟記録を自宅に持行かしめば證據物を湮滅する等其危険實に検事の比に非ざるや多辯を費さずして明ならん検事が必要なりとする處分に付き臨時其請求を爲すとは例へば曾て己れが豫審判事に囑托したることを豫審判事に於て等閑に附し去りたるが如き場合に云々の點を今一層精密に取調べられよと請求するを得るが如し。然れ共豫審判事は假

令檢事より此種の請求を受くると雖も必ず其請求通りに爲す可き義務を負ふ者に非ざるなり

第一節 令狀

第六十九條

豫審判事は檢事の起訴に因り重罪、輕罪の事件を受理したる

ときは被告人に對し先づ召喚狀を發す可し召喚狀の送達と被告人出頭との間少なくとも二十四時の猶豫ある可し

召喚狀に因り出頭したる被告人は即時に之を訊問す可し又遅くとも出頭の日を過くるとを得ず

豫審判事が重罪、輕罪事件を受理したる場合に他の令狀を發せずして先づ召喚狀を發する所以は果して有罪なりや否やの不明なる場合に被告人の身軀若くは自由を束縛するが如き令狀を發するは不都合なればなり。而して本條に所謂送達とは裁判所が召喚狀を發したる時より被告人の出頭する時迄を云ふなり。其間を二十四時間と定めし所以は被告人は充分是丈けの時間内に於て出頭するを得べしと見做したるに依れり。然り而して右の送達と云へる文字を召喚狀の被告人に達したる時より起算す可き者とせば例へば豫審判事が甲者に對して今日の

午前八時に召喚狀を發するも使丁が夕刻六時頃に本人に送達したるが如き場合には翌日の午後五時頃出延せば可なりと云へるが如き有様となり爲めに豫審判事は之が準備の違なきが如き不都合を來す可し。故に曰く本條の二十四時間云々は豫審判事が令狀を發したる時より起算す可き者なりと
召喚狀を以て呼出すが如き被告人は先づ之を無罪視せざる可からず。故に之に依て出頭したる被告人は即時に之を訊問し以て被告人をして迷惑を感ぜしめざるを要す。然れども事務の繁簡に依り即時に之を訊問すると能はざるが如き場合あらば其日に之を訊問するを要す決して之を翌日に廻し一夜被告人を拘留するが如きとある可からず。是れ本條末項の規定ある所以なり

第七十條

豫審判事は召喚狀を受く可き被告人其管轄地内に住せざる時

は訊問す可き條件を明示して被告人所在の地の豫審判事又は區裁判所判事に其處分を囑託することを得

些細の嫌疑の爲め管轄外に在る所の被告人迄も召喚するの必要なし。是れ本條に於て被告人所在の地の豫審判事又は區裁判所の判事に囑託することを得る旨

を規定せし所以なり

第七十一條

豫審判事又は受託判事は召喚状を受けたる被告人其日時に

出頭せざる時は勾引状を發するを得

社會か被告人の自由を尊敬して召喚状を發したる以上は人民も亦社會の意を躰してそが迷惑を來さしむるの心掛けなかる可からず。然るに召喚状を以て何日何時に出頭すへしと命ずるにも係はらず其時日に出頭せざるときは社會は止むを得ず勾引状を發せざるを得ざるや明かなり。是れ本條の依て起る所以なり。然りと雖も本條の法文は右等の場合に必ず豫審判事又は受託判事をして勾引状を發せしむるの意に非ず發することを得ると云ふに過ぎず。斯く規定せし所以は蓋し召喚状に示せる時日に出頭すると能はざるか如き種々止むを得ざる事情の存する者之ある可きを以てなり

第七十二條

豫審判事又は受託判事は左の場合に於て直ちに勾引状を發

するを得

第一 被告人定まりたる住所あらざるべき

第二 被告人罪證を湮滅し又は逃亡するの恐れあるべき

第三 被告人未遂罪又は脅迫罪を犯し仍ほ其目的を遂げんとするの恐れあるべき

住所なき者は無籍者若くは乞丐の徒のみ其他の者に在つては住所あらざる者なし。住所なき者は逃亡の恐れあり此恐あるを以て勾引状を發するを得せしめたるなり。然れ共定まりたるの四字は寧ろ之を衍字と云ふも不可なかる可き歟被告人の身躰及び自由は社會之を尊敬す然れ共被告人にして罪證を湮滅するが如き恐れある乎又は逃亡の恐れあるが如き場合には社會の危險一層其極度に達したる者と云ふ可し。此時は止むを得ず右の尊敬心をも抛棄して被告人の身躰及び自由を束縛する所の令状を發せざるを得ず。是れ第二項の依て起る所以なり第三項の場合に勾引状を發する所以は前項の如く猶ほ社會の危險を醸す可き恐れあるを以てなり

第七十三條

勾引状執行の命を受けたる者は其命令を發したる判事に被

告人を引致す可し

刑事訴訟法 第七十三條

勾引狀を以て引致したる被告人は四十八時内に之を訊問す可し若し其時間を經過する時は勾留狀を發するに非されば當然之を釋放す可し

勾引狀を發する所以は本人を引致して之が取調を爲さんが爲めなり。決して之を勾留するの趣意に非ず。されば勾引狀に依て引致したる被告人は或る一定の時間内に之を訊問せざる可からず。若し其時間を經過せば之を釋放するを要す。然れ共彼の召喚狀を以て召喚したる被告人とは之を同一視すると能はざる可し。何んとなれば召喚狀には何日何時に出頭す可しと記入せるを以て其時日には裁判所に於ても之が取調の準備を爲す可き餘裕あるなり。之に反して勾引狀の性質たる被告人を見附次第に執行する者なれば之に依て引致せし被告人は何時裁判所に出頭するやも豫知すること能はず從て裁判所も亦之が訊問の準備を爲すに多少前者よりも多くの時間を要す可し。是れ本條に於て四十八時内に訊問す可し云々と規定せし所以なり

或る人曰く勾引狀も勾留狀も皆豫審判事の等しく發する所の令狀に非ずや。されば先づ勾引狀を發し然る後勾留狀を發するが如き繁雜の手續は之を全廢し單

一の令狀を以て且訊問し且勾留するの優れるに如かずと。然れ共凡そ人情として一種の令狀を以て十數日間被告人を訊問し且勾留し置くを得るとせば勢ひ怠慢心を生じ其取調を怠り被告人の迷惑を來すに至る可し。之に反して勾引狀を發して引致したる被告人の訊問時間を四十八時内と爲し万一其時間内に訊問を終らざる時は始めて勾留狀を發するを得るとせば良心を備へず慈悲心を有せざる豫審判事は格別苟も良心を有し通常の慈悲心を有する豫審判事に在つては自ら怠りて豫定の時間内に訊問を爲さずして勾留狀を發するが如きとなかる可し。是れ二者の區別の無用ならざる所以なり

第七十四條

豫審判事又は受託判事は召喚狀又は勾引狀を受けたる被告

人疾病其他正當の事由ありて令狀に應ずる能はざることを疏明したる時は被告の所在に就て之を訊問するを得

元來未決の被告人を法廷に喚出し又は之に勾引狀を發するか如きは正則の手續に非ず。此の如く罪未だ定らざる者は先づ無罪の者と看做す可きものなり。只之に召喚狀を發し勾引狀を發するは一に必要に出づるものにして若し一々被告

人の宅に行き之を取調ふることしせば判事は其職務を充分盡すこと能はざるを以て此變則を用ゆるなり。併し被告人若し疾病其他正當の理由あるにも拘はらず出頭す可しと云ふは大に人情に反するを以て、此場合には被告人の所在に就て訊問するを得。而して茲に所謂正當の事由とは例へば鐵道の機關師、電信の器械掛、燈明臺の官吏等の如き到底他人を以て代理せしめ難き性質を有する職業に従事する者の如し。但し其正當と否とは一に豫審判事の認定に任ずる者とす

第七十五條

勾留狀は被告人を訊問したる後禁錮以上の刑に該る可き者と思料するに非されば之を發するを得ず但被告人逃亡したる場合に於ては其訊問を爲さずして之を發することを得

勾留狀なる者は人の身軀を束縛し自由を妨害する者なれば輕忽に之を發す可き者に非ず。故に本條に於て其制限を附したるなり。何故被告人を訊問したる後禁錮以上の刑に該る可き者と思料したる場合に非ざれば勾留狀を發すると能はざる乎。若し通常の場合即ち罰金又は單に違警罪の如き本刑すら全く被告人を拘束せざる乎、若くは之を拘束するも僅々の日數に過ぎざる者をも勾留狀を發し

て之を拘束せん乎、却て被告人をして本刑に數倍するの苦痛を與ふるが如き不權衡を來すに至るを以てなり。然らば何故被告人の逃亡したるときは訊問を爲さずして勾留狀を發する乎。曰く勾留狀を發して其身軀を拘束し以て其逃亡を防ぐ可き必要あるを以てなり

第七十六條

總て令狀には被告事件及び被告人の氏名、職業、住所を記載す可し但召喚狀を除くの外其氏名分明ならざるときは容貌、體格等を明示す可し
又令狀には之を發する年月日時を記載し判事及び裁判所書記署名捺名す可し
召喚狀は執達吏をして被告人に送達せしめ勾引狀、勾留狀は巡查警兵卒をして之を執行せしむ

茲に所謂令狀とは召喚狀、勾引狀、勾留狀の三種を總稱したる語なり。而して此三種の令狀には本條列記の條件を記載せざる可からず。之を記載せしむる所以は人違ひを以て同名異人若くは容貌類似の人に迷惑を被ふらしめんとを恐れてなり。然るに召喚狀を發する場合には其住所氏名等の不明なる者に之を發すると

能はず必ずや住所氏名の判然たる者に對し何月何日に出頭す可しと命ずる者にしあれば斯く人違ひ等の恐れなきなり。既に此恐れなきときは容貌體格等を明示するの必要なからん。是れ本條但書の依て起る所以なり。

本條第二項に於て年月日時を記載する所以は若し令狀を何月何日に發せしや不明なる時は何時に出頭す可しとか又は何時より公訴時効の期限の中斷せしや否を計算する場合等に大なる必要あればなり。

本條末項に於ては召喚狀は執達吏をして送達せしめ、勾引狀及び勾留狀は巡查憲兵卒をして執行せしむるとせり。蓋し召喚狀は被告人の許に置き來れば充分なるも他の二種の令狀に至ては公の力を以て執行するの要あればなり。是れ巡查憲兵卒をして執行せしむる所以なり。

第七十七條

勾引狀、勾留狀は時宜に因り正本數通を作り巡查、憲兵卒數人に分付する可し。

前項の令狀を執行するには被告人に正本を示し其謄本を下付す可し此場合に於ては其正本、謄本に執行の場所、日時を記載し被告人をして署名捺印せしむ若し署名捺印するに能はざるときは其旨を附記す可し。

勾引狀又は勾留狀を發したる場合に被告人たる者必ず或る一定の場所に居て毫も東奔西走南潜北避の恐れなからんには一通の令狀にて事足れり、何ぞ數通の令狀を作るの必要あらんや。然れ共事實は之に反せり。故に數通の正本を作り如何なる場所に於て被告人に遭遇するも之を執行するを得るが如き方法なかる可からず。是れ本條の規定ある所以なり。

本條の末項に於て令狀の正本を被告人に示す所以は正當の故ありて勾引又は勾留するものなり決して擅横に人を捕へ亂暴に人を檢束するに非ざるとを示さんが爲めなり。即ち被告人の自由を貴重し司法官の權威を亂用せんとを豫防せんが爲めなり。故に令狀なくして吾人を逮捕せんと欲する者あるも吾人は當に應ずるの義務なきのみならず時と場合に依ては是等の弄權者に對して正當防衛の權利を實行するを得べきなり。又執行の場所を記載するは管轄を示し、日時を記載するは令狀を以て被告人を捕へたるときは犯罪人は既に時効を得居るや否や又時間は日中なるや否を知るが爲めなり。

第七十八條

令狀執行の命を受けたる巡查憲兵卒は被告人其家宅若くは

他人の家宅に潜匿したりと思料したるときは其地の市町村長又其差支あるときは隣街二名以上の立會を求め之を搜索す可し
 前項の場合に於ては被告人を發見したるとき否に拘はらず搜索調査を作り立會人と共に署名捺印す可し

家宅搜索は日出前日没後之を爲すを得ず但旅店割烹店其他夜間雖も衆人の出入する場所に付ては其公開時間内に限り何時にても搜索を爲すことを得

人民の住所は貴重なる者なり人民は居住の自由を有する者なり。此貴重なる住所此自由なる居住は容易に犯すと能はざる者なり。之を犯すときは人民の自由は實に抹殺せらるゝに至る可し。帝國憲法第二十二條に於ても日本臣民は法律の範圍内に於て居住及び移轉の自由を有すと規定せられし程なり。然り人民の住所は之を貴重せざる可からず人民の自由は之を毀損す可からず。然れ共如何に人民の自由を毀損す可からずとするも如何に人民の住所を貴重す可しとするも時と場合に依ては幾分乎之を毀損し幾分乎之を犯すとの必要なるとあらん。而かも社會は之を毀損するを得ず之を犯すを得ず。即ち此自由此權利は毫も制限なき者とせん乎。何を以て社會の秩序を保ち一般人民の安寧を維々を得べき

や。是を以て社會は是非とも或る場合に於ては人民住居の自由を害するの權利なかる可らず。蓋し社會は是等の特權を有する所以は、抑も社會と各人との關係に於て二者何れ乎制限するに非ざれば到底圓滑に社會の安寧を維持するに能はざる場合には寧ろ一個人の利益を制限するも社會公衆の利益を計らざる可からず。諺に小蟲を殺して大蟲を助けよとは此謂ひなり。夫れ人民の住居は恰も治外法權に似たり、其容易に犯す可からざるは恰も城廓の如し。然れ共彼の被告人たる者逃れて自己の家宅若くは他人の家宅に潜匿したるが如き場合には司法權の實行を全たからしめんが爲め止むを得ず家宅搜索を行はざる可からず。好し之が爲め幾分乎人民の自由を妨げ住居の權利を害するとあるも社會公衆の安寧には換へ難からん。是れ社會に此權ある所以にして本條を規定せし所以も亦茲にあるなり

社會が或る場合に家宅搜索の權利を有すると前述の如し。然れ共假令社會に此權利あるにもせよ何時之を實行し如何なる方法を以て之を實行するも可なりと云ふ可からず。されば公明正大にして毫も權利濫用の嫌ひなきとを證せんが爲

めには市町村長若しくは隣佑二名以上の立會を要し。且其搜索調書を作り立會人と共に之に署名捺印せしめ。又家宅搜索の爲め人民の安寧を害すると甚しからんとを恐れ日出前日没後は決して之を行ふと能はずと爲したるなり。然れ共公開の場所は假令夜間家宅搜索を爲すと雖も敢て人民の安寧を害することなし。是れ第三項に於て但書を設けたる所以なり

第七十九條

豫審判事は被告人他の管轄地内に潜匿したるを知り又は潜匿したりと思料したる場合に於て被告事件急速を要するときは巡査憲兵卒に令狀を帶行せしむるを得

巡査憲兵卒は被告人所在の地の豫審判事、検事又は司法警察官に令狀を示し得て即時に執行を求めむ可し

本條は別に説明を要せず

第八十條

豫審判事は被告人所在の地を覺知すると能はざるときは各檢察長に被告人の人相書を送致し捜査及び逮捕を爲すべきことを請求するを得

請求を受けたる檢察長は其管轄地内の検事をして捜査及び逮捕の處分を爲さしむ可し此場合に於て検事の發したる逮捕狀は勾留狀と同一の效を有す

被告人の所在不明なる場合に全國各地の地方裁判所又は區裁判所に一々そが捜査又は逮捕を請求す可しとせば豫審判事將に其勞に堪へざらんとす。之に反して全國を通じて僅々七箇所に止まる控訴院の檢察長に之を請求せば檢察長は其控訴院管轄内の検事を統轄する者故に檢察長よりは等地方裁判所の検事に命令を下し以て其捜査及び逮捕の處分を爲さしむることを得べし是れ本條の規定ある所以なり

第八十一條

豫備後備の軍籍に在らざる下士以下の軍人、軍屬に對し令狀を發したるときは其所屬の長官又は隊長に令狀を示す可し其長官又は隊長は已むを得ざる差支あるに非されば本人をして速に令狀に應せしむ可し

司法權は貴重なり然れ共行政權も亦貴重なり。司法權の貴重なるが故に陸海軍の貴重を忘れ司法權をして之を犯さしむるが如きとある可からず。若し夫れ司法權を濫用し之をして無限の勢力を振はしめん乎專横に流れ他を害し遂には社會紊亂の端緒とならんも亦未だ知る可からず。若し其甚しきに至ては彼の佛國の大革命ルイ十六世の斬罪の如き司法權濫用の結果に陥らざるは非ず。故に若

し豫備後備の軍籍に在らざる下士以下の軍人軍屬に對して令狀を發したる場合には其軍人軍屬の所屬長官又は隊長に之を示したる上に非ざれば其執行を爲すと能はずと爲せしなり。然れ共如何に陸海軍の權力は貴重なるにもせよ現に罪を犯し若くは犯したる者の在營するにも係はず此權力を口實としそが執行を拒み司法權の執行を妨害す可きに非ず。是れ本條の末段に於て長官又は隊長は已むことを得ざる差支あるに非ざれば本人をして速に令狀に應せしむ可しと規定せし所以なり

第八十二條

勾留狀を受けたる被告人は速に其令狀に記載したる監獄署に引致す可し若し其監獄署に引致すると能はざる時は最近の監獄署に引致するを得

何れの場合に於ても監獄署長は令狀を検閲して被告人を受取り其證書を渡す可し

第八十三條

令狀執行の命を受けたる巡查憲兵卒は之を執行したるを又執行すると能はざるまきは其事由を令狀の正本に記載す可し
巡查憲兵卒は令狀執行に關する書類を檢事に差出す可し

第八十四條

勾留狀を受く可き被告人既に監獄署に在るときは執達吏をして之を本人に送達せしむ可し

右三條は別に説明を要せず

第八十五條

密室監禁の場合を除くの外被告人は監獄則に従ひ官吏の立

會に依り其親屬故舊又は辯護士に接するを得

書籍書類其他の書類は豫審判事の検閲を経たる後に非ざれば被告人と外人と之を授受することを許さず但豫審判事又は檢事は其書類を留置くことを得

他の場合には親屬故舊又は辯護士に接見を許しながら獨り密室監禁に限り之を許さざるは何故なる乎。元來密室監禁を爲すは如何なる犯人なる乎。密室監禁を爲すの必要は何處に在る乎。密室監禁を爲す時は如何ん。蓋し密室監禁を施す可き犯人はいとも重大なる犯罪に限らざる可らず。若し夫れ輕微の犯罪に之を施さん乎却て豫審中に於て本刑に倍するの苦痛を與ふるが如き不都合を來すに至る可し。又如何に重大なる犯罪と雖も現行犯の如き罪蹟明確證據完備するが如き犯人に對しては之を適用す可き者に非ず。何んとなれば固き密室監禁を

設けて之を或る犯人に施す所以は其犯罪重大にして而かも極めて之を秘密に取調ふるに非ずんば内應外援其證據を湮滅するの恐れあればなり。然らば重大なる犯罪にして秘密を要する場合には何時たりとも之を適用す可き乎否々密室監禁は必ず豫審中に限る者とす。其他の場合には決して之を施行すると能はざるなり。之を要するに密室監禁を適用するを得るは右の條件を具備したる時に限り。然り而して既に密室監禁を設けし趣意斯くの如くんば其被告人をして隨意に親戚故舊辯護士等に接見せしめん乎到底其目的を達すると能はざるに至る可し。是れ本條の依て起る所以なり

然りと雖も學者往々密室監禁の一部若くは全部を非難する者あり。其一部の非難に曰く一方には學識あり勢力ある檢事は犯罪の證據蒐集に執掌しつゝある間に一方には哀れにも被告人は辯護士に接見するだも叶はず豫審既に終り突然公庭に出で我辯護を爲さざる可からずとするは恰も拷問に類するの嫌ひあり。故にせめては密室監禁中にも辯護士丈けは接見を許す可し。又その全部非難者は曰く抑も人は群居を好むの動物なり。然るに之をして豫審中一室に監禁し

て親戚故舊の訪問を許さず辯護士の接見を許さざるは往昔の拷問と毫も異なるとなし。如何に其事件の重大にして證據湮滅の恐れありとするも餘りと云へば苛酷に失する所の制度ならずや若し左程證據湮滅の恐れを懐かば他に如何なる良法明策もある可し豈人の天性に背きし酷法を用ゆるの必要あらんやと。蓋し一理あるの説と云ふ可き乎

本條第三項に於て書翰書籍其他の書類は豫審判事の檢閲を経たる後に非ざれば被告人と外人と之を授受するを得ず云々と規定したる所以は若し是等の授受を自由に許さば或は内外相通じて脱獄を企て或は證據を湮滅するの恐れあればなり。蓋し本項は憲法に所謂信書秘密の例外と云ふ可し

第八十六條

豫審判事は被告事件禁錮以上の刑に該る可きものに非ずと
 思料したる時は豫審中何時にても勾留狀を取消す可し

本條は豫審をして本刑より重からしむ可からずと云ふの趣意に出づ。即ち罰金勾留若くは科料等に該當する犯人に對し依然勾留狀を實行す可しとせば豫審の手續は本刑よりも重くならんことを慮りてなり。而して茲に輕罪の刑以上に該

るものとせずして禁錮以上の刑に該るもの云々と記したるは輕罪中には罰金の如き身軀の拘束を爲さざる者あればなり

第二節 密室監禁

第八十七條

豫審判事は豫審中事實發見の爲め必要なりと思料したるときは檢察の請求に因り又は職權を以て勾留狀を受けたる被告人を密室に監禁する旨を爲すを得

密室監禁を設けたる趣意及び其弊害に關しては第八十五條の下に於て講述せり。然れ共今猶ほ之を詳述するの必要を感じたれば重複を厭はず茲に數言を費さん。蓋し密室監禁程身軀の自由を害する者なかる可し。されば之を實行するの職權ある者は彼の社會の必要大にして到底一個人の身軀の自由に代へ難き場合に非ざれば容易に之を施す可き者に非ず。之を條理の上より論ずる時は密室監禁を爲す犯人は豫審中に限れり。豫審中の犯人は未だ果して犯人なりや否やの不明なる者なり。然るに社會は此の如き重大の權力を此の如き曖昧なる犯人に施す可き權利ありや否決して之なからん。思ふに密室監禁は野蠻時代の遺習のみ條

理に反するの甚しき者なり。而かも之を廢棄する能はざるは實に歴史上の由來に依るなり、舊慣古例なるに依るなり。前に述べたるが如く密室監禁を設けたる趣意は證據の湮滅を防ぐに在り。而して其證據の湮滅する恐れは何れの時に在りや、曰く犯罪發覺の當時に在り。されば之を用ふるは豫審の中途よりす可からず始めより之を行ふを要す。然れ共豫審中と雖も之を實行するの必要を感じるとある可し。例へば被告人たる者昨日迄は豫審庭に於て殆んど自白せんと欲する傾向ありしに、今日に至り俄然其趣を一變し遁辭を設け言を左右に託し切に事實を隱蔽せんと欲するに至るとあらん。此時豫審判事は不審を起し其原因を探究したるに昨夕外來の人に接見せしめたることを發見したり。斯る場合には豫審判事は其外人に接見せしむるは證據湮滅の基ひなりと思惟し以て密室監禁を行ふを得べきや明かなり。豫審判事の職權を以て密室監禁を實行するを得るや法文に規定する所の如し。然れ共被告人自ら密室監禁せられんとを請求するを得るや否や。諸君中或は此種の疑問は無益なり。何んとなれば人は自ら進んで苦痛を試みんと欲する者に

非ざればなりと云ふものあらん。然れ共必ずしも斯く斷言すること能はざる可し。例へば一の國事犯人未決監に勾留せらるゝ際内に在つては其同類と雜居し外に在つては親戚故舊若くは同類者の來訪を受くると頻々なる場合に若し本人にして予は無罪潔白の人間なり。然れ共外人に此の如く接見せば或は豫審判事等の嫌疑を招き無辜に罰せらるゝの不幸なきを保せず、如かず自ら請ふて密室監禁たらんにはと、遂に請願を爲すに至るとなしとせず。斯る場合には豫審判事は之を許すや否や。予意へらく被告人が決して外人に接見せざらんと欲するは其自由なりと雖も密室監禁を請求するの權利を有するとなかる可しと

第八十八條

密室監禁の言渡を受けたる被告人は一名毎に之を別室に置き豫審判事の允許を得るに非されば他人と接見し又は書類其他の物品を授受するを許さず

被告人は一名毎に之を別室に置くこと云ひ。或は他人との接見を禁じ或は書類其他の物品の授受を許さずと爲したるは皆密室監禁の目的を達するに付き必要なる手段なり

第八十九條

密室監禁は十日を超過す可からず但十日毎に其言渡を更改

するを得
言渡を更改するときは其事由を裁判長に報告す可し
豫審判事は十日間に少なくとも二度被告人を訊問す可し

必要ありて密室監禁を爲すときは其日數十日間を越ゆ可からず。又其間には少なくとも二回の訊問を爲す可きものとす。是れ密室監禁に一定の制限を設け、一は以て被告人を保護し、一は以て豫審判事の擅横怠慢を豫防したるに在り

第三節 證據

刑事訴訟法の凡ての部分中本節證據の論理程大切なる者なかる可し。何んとなれば刑事訴訟法なる者は八編三百三十四條より成ると雖も歸する所は證據の一點に在り。公訴の運用公訴の執行故障及び上訴に至る迄皆證據の正確を求め被告人は果して有罪なりや否やを確かめんと欲するに過ぎず。而して刑事の證據は民事の證據の如く單に權利の有無を確むる者と異にして其類一にして足らず。今左に其大要を列叙せん

(一)犯罪の性質上に付ての證據なかる可からず。例へば重罪なる乎、輕罪なる乎、將

た違警罪なる乎の證據を擧げざる可からざるが如し。(二)或る犯罪の證據ありとして其事實は果して犯罪を構成するに足るや否やの證據を擧げざる可からず。(三)既に犯罪を構成するの證據明確なる上はその犯罪者は被告人と同一なるや否やの證據を擧げざる可からず。(四)犯人は被告人と同一の人たるを明かにしたる上は猶ほ其犯罪は刑法に定めたる如何なる犯罪を組織するやの證據を確めざる可からず。(五)既に竊盜たり強盜たり謀殺たり過失殺たると明かなりし以上は猶ほ刑法總則に定めたる情狀なきや否やの證據を探究するを要す。例へば再犯者なりや否や情狀の酌量す可き者なりや否や等是なり。扱て事實の證據は以上にて盡すと雖も猶ほ犯罪の場所及び時の證據を擧げざる可からず。蓋し場所を確かむるは裁判所の管轄を定めんが爲めにして時の如何を明かにするは時効の期限を經過したるや否やを確かめんが爲めなり。次に其事件たる告訴を待つて受理す可き事件なるや否やをも確かむるの必要あり。之を要するに以上列擧せる數者は皆本節證據の部に包含せる者なれば裁判官たる者潛心以て之が採證に注意を加ふる可からざるなり。

第九十條

被告人の自白、官吏の檢證、調書、證據物件、證人及び鑑定人の供述

其他諸般の徵憑は判事の判斷に任す

茲に注意す可き點は民事上の證據及び刑事上の證據の差異に在り。抑も民事上の證據なる者は殆んど一定せる者の如し。即ち公正證書及び私書等は民事に在つて最も重要な證據と爲し彼の證人の陳述の如きは或る僅少の場合の外之を許すとなし。今日日本民法を瞥見するに金額五十圓以下の事件は證人の證明を許すと雖も之より以上の金額に於ては必ず書面の證據を提出するに非ざれば決して其證明を許すとなし。但詐僞若くは脅迫等に依て損害を被ふり到底書面の證據を提出する能はざる場合には其金額の多寡に拘はらず證人の證明を許すなり。然れ共其他の場合に於て苟も書面の證據を得らる可き者なる時は決して證人の證明を許すとなし。又民事に於ては義務者の自白を以て一の證據と爲すを得べし。又法律上及び事實上の推測なる者あり。法律上の推測とは證書若くは證人の證明を要するとなし法律を以て云々の事柄は云々なりと推測するを云ふ。例へば人の妻より出生せし子は其夫の子なりと推測し。若くは私書を以て貸借を

爲したる場合に権利者之を義務者に交付したる時は権利者は自ら其権利を抛棄したる者と推測せらるゝが如し。事實上の推測とは例へば貸金の證據なくんば貸與せざる者と見做すが如きを云ふ。又民事には宣誓等を以て一の證據と爲すとあるなり。

民事上の證據は一定し而も其證據力の強大なると夫れ此の如し。之に反して刑事上の證據力なる者は極めて薄弱なる者なり。民事に在つて最も有力と爲す所の公正證書若くは私書の如き者は刑事の證據と爲すと能はず。何となれば公の官吏立會の上公正證書を認めて罪を犯すとなきは勿論私書を認めて犯罪する者もなかる可し。何んとなれば某月某日汝の金員を竊取す可しとの書面を送り然る後罪を犯すが如き痴漢なかる可ければなり。されば刑事上の證據は勢ひ證人の陳述に重きを置かざるを得ざる可し。又刑事に在つては民事に所謂法律の推測なるものなし治罪法には法律に於ては被告事件の摸様に依り有罪なるの推測を定むるとなしと云へる法文ありたり。蓋し刑を免かれ罪を免かるゝ點に於ては刑及び公訴の時効なる者ありと雖も刑を科する點に於ては法律上の推測を以

て何某は詐僞師の顔附きを爲せり何某は竊盜を働きそふな舉動なりとて所謂認定裁判を下すと能はず。何んとなれば犯罪の證據なくんば凡て之を無罪者と爲すとは刑法の一大原則なればなり。之を以て刑事に於ては所謂ピトスド、コンピクシヨ、即ち心證を惹起す可き物件例へば血刀、物件、風評、犯場等、其他本條列記の各證據に依り裁判官の認定に一任せざるを得ず。民事に於ては義務者の自白に依て權利義務の存在を認むると雖も刑事は然らず。昔は強て被告人をして自白せしめんが爲め拷問其他の方法を用ゐしと雖も、今日は是等の酷法を廢棄し單に自白は他に之と符合する事實あるときに限り有罪の證據と爲すととなれり。何故自白に信を置かざる乎と云へば彼の拷問等に依て自白したる者は苦痛の餘り無根の事を申立てし者と云はざるを得ず。又人情自ら罪を犯すも之を免かれんと欲するは其常なるに自ら進んで其犯罪を申立るは或は愚かなる義侠心等に依り他人の身代りと爲るが如き者あらんとを恐れてなり。又民事に於ては宣誓を以て一の證據と爲すと雖も刑事に於ては宣誓は單に證人に限りて之を適用するのみ決して被告人に之を適用するとなし。蓋し刑事に於ては汝は犯罪の覺へな

きも犯罪せりと宣誓す可しと強ゆると能はず。何となれば被告人は常に罪を免かれんとに汲々たる者と云ひ、且既に社會の信用を失ひし者なれば之をして宣誓せしむるも到底其効なければなり。之を要するに刑事に於ては既に民事に於て毫も取るに足らず之を取るも僅少而かも輕微の場合に限れるが如き實に薄弱なる證據を以て裁判を下す者なり。されば裁判官たる者は常に此意を躰し注意に注意を加へ彼の被告人と見れば直ちに犯人と見做すか如きとある可からざるなり。

第九十一條

豫審判事は檢事若しくは被告人の請求に因り又は職權を以て

事實發見の爲め必要なりとする證據を集取す可し。元來判事は虚心平氣にて原被告より提出する證據を見て以て心證を作るに非ざれば公平の裁判を爲す能はざるなり。故に理論上より云へば豫審判事なり公判判事なり苟も被告事件の曲直を判断するものは自ら證據を集取するの職務を執らしむるは尤も弊害ありとす。例へば豫審判事已れ自ら有罪無罪と認むべき證據を集取し之に據りて其事件を裁判すれば已に證據を集取するの時よりして其

心に心證を惹起しあるか故に公平の裁判を爲す能はざる可し。元來豫審判事其人は決して不公平なるものに非す只先入主となるの極遂に不公平の事あるのみ。故に判事をして證據を集取するの職に當らしむ可らず。原告若しくは被告より提出せし所の證據を以て裁判官之を判断すること尤も公平無私の判決を下すを得るなり。此理由より見れば本條の如きは甚た當を得ざるものなり。何となれば豫審判事は原被告の請求に因り又は職權を以て事實發見の爲め必要なりとする證據を集取すべしとあるが故に自ら證據を集取するを許したり否之を命じたればなり。夫れ何故に法律は斯の如き不公平の恐ある理由を採つて之を法文に残したる乎は一の問題なり。然れども之を他の一方より考察すれば刑事の場合には民事と異なり其證據の集取及提出を原被告に一任す可らざるの理由あり。何んとなれば刑事は證據あれば裁判し證據なければ之を捨つるか如き事ある可からず。元來民事に於ては固より其事件に輕重大小の區別ありと雖も要するに一己人の私權に關係するか故に證明の責任を盡さずして敗訴するも是れ只權利の拋棄を爲したるの結果に外ならず。故に民事にては敢て公力の干涉を爲すの必要なし

と雖も刑事に於ては其事の公益に關するか故に斯る放任の主義に據る能はず。且つや刑事にては檢事即ち原告なり故に有罪の證據を提出するは充分ならん。雖も之か被告人たるものは己れは未決囚となり、又關係の書類は悉く差押を受け、あれは實際上其己れに利益ある證據を提出すること能はず。若し夫れ檢事は公平無私の思想を以て公益を保護せんか爲め獨り有罪の證據のみならず無罪の證據をも集取するかは知らされとも己に原告の位置に立つものなれば多くは獨り有罪の證據を集むるを常とす。加之其有罪の證據を集むるに於ても檢事は他の職務を有すれば其事件にのみ従ふと能はず、従つて一己の權利義務に關係する所の民事に於ける原告の如くなる可からざるは明なり。而して被告人は鐵窓の下に呻吟し時としては外人と接見することさへ能はざるなり。如何そ己れに利益の證據を集むるを得んや。

前陳の如し是に於てか豫審判事をして證據を集取せしむるの止むを得ざるに至り、檢事又は被告人の請求により、時としては職權を以て進んで之を集取することある可きなり。右の如き止むを得ざるより本條を設けたるものなれば單に世の

學者か自ら證據を集めて自ら判斷するは道理に背戾せるに非ずやとの非難を爲すものありと雖も立法者は實際を斟酌して之を規定したるのみ。

又豫審判事は刑の適用を爲す可からず、只其事實のみを認定し、之を公判判事に引渡す者にして、公判判事は其狀況により有罪無罪を判決するものなり。之を要するに法理より見れば本條は非難するの點あれども事實上より見れば利益あるものとす、法理も事實と符合するに於て始めて完全なる効用を表はすへけれ、事實と多少の背反あるに於ては之を斟酌するは必要なり。

第九十二條

豫審判事、檢査、搜索、物件差押又は被告人、證人の訊問を爲すに

は裁判所書記の立會を必要とす。書記は調書を作り豫審判事と共に署名捺印す可し。

裁判所外に於て急遽の際書記の立會を得ること能はざるときは立會人二名あるを要す。但監獄署に就て被告人を訊問するときは其監獄署の官吏一名を以て立會はしむ可し。

前項の場合に於ては豫審判事自ら調書を作り之を讀聞かせ立會人と共に署名捺印す可し。

書記又は立會人なくして爲したる處分は其効なかる可し。

豫審判事の純然たる職務は證據の集取に在り。即ち有罪無罪の證據を裁判するの裁判官なり。換言すれば證據の判定を爲し其價值を定むるに外ならず。已に證據裁判官なる以上は其證據は自己の製造に出づるものなる可からず。去れば豫審判事の證據臨檢書は只外部に表はれたるものを其事實通り認めたるを要す。故に自己に於て獨り之を認め而して之を證據とするか如きあらは是れ自分にて證據を製造するものにして危険之より大なるはなし。時としては私情に迷はざれ時としては愛憎の念を起し遂に錯誤を生ずるか又は針小の事も棒大に認め、若くは事實を洩らすの恐あらん。彼の公正證書が民事に於て強固なる効力ありとせるは蓋し公正證書は一人の手に成ること尠く必ずや二人以上の立會人あるか、又は之を監督する人ありて職務上に成れるか故なり。之に反して私書は一人己の間に成立するか故に効力遙に公正證書に劣るなれ、若し豫審判事をして自己一人をして自由に證據を作らしめんか、假令豫審判事は職務上之を爲すとは云ひなから元是れ私情あるの人類なり安んそ其不公平あるの恐れなきを得んや。本條第一項に於て裁判所書記の立會を要すとせしは之か爲めなり。

凡そ豫審判事自ら訊問し自ら筆記するは危険なれば裁判所書記之に立會ひ其訊問の事柄及び其訊問の方法を調書となすか故に不公平の事柄あれば直ちに調書に表はる可し。故に自ら豫審判事の專横を防ぎ而して其調書には公正證書の效力を付與するも孝支なきに至るなり。故に書記の職務は器械的の事務にして只外形に表はれたる事柄を有りの儘に調製して判事と共に署名捺印して以て其誤りなきを證すへきなり。

又急遽の場合にして迅速を要するときは如何すへき乎。豫審判事は朝夕書記を隨行せしむるものに非ず。而して何時其何職を行ふの必要を生ずるも知る可からず。例へば現行犯の場合の如き急遽の際には書記の立會を待つこと能はざる可し。故に臨時の處分を爲さざる可からず。此場合には何人にも二人の立會を求めたり。茲に立會人二人を要すとせしは書記一人と通常人二人と其價值に於て同一なりとの理由にあらざ。彼の書記は服務規律ありて充分に束縛を蒙るか故に職權濫用の恐なしと雖も通常人には是等の設けなく従つて制裁を受けざるか故に怠惰の恐あるのみならず其位置も異なるか故に其威に屈するの事な

きを得ず。是れ之を補ふに二人としたる所以なり。監獄署に於ては其長あり且其署にあるものは矢張り服務規律の下に支配せらるるか故に一名を立會はするを以て足れりとせり。而して普通の入立會ふ時か又は監獄署の官吏立會ふときは其人々は訊問又は調書を作ることには裁判所書記の如く慣熟せるものにあらす。従つて其人々に向つて必ず調書を作る可しとの強制を加ふるを得ず。故に此場合には豫審判事自ら之を作らざるを得ざるを以て前述の如く器械的に之を筆記直寫するの効を欠くことなきを知らす。去れば其錯誤又は相違せざることを證せんか爲め之を讀み聞かせたる上に署名捺印すへしとあり。夫れ以上の如く立會人あるときに豫審判事をして訊問せしむるものなれば立會人は豫審判事の職權濫用を防禦する爲めの一種の嚮なり。故に此嚮なくして働きたる上の調書は凡て効力を付與せざるは實に當然の事と云ふ可し。豫審判事の職務と雖も法律に違反するときは何等の効力なしとは本條の末項に規定する所なり。

第四節 被告人の訊問及び對質

第九十三條

豫審判事は先づ被告人を訊問す可し但し檢證を爲し又は證人を訊問するに付き急速を要するときは此限にあらず

被告人を先づ訊問して後に證人に及ぶは何そや。蓋し豫審判事か主とする所のものは被告人なり、證人を取調へざるも又檢證處分を爲さざるも被告人を訊問したる上にて有罪無罪の事明瞭なるを得る以上は豈他の人民を煩はすに及ばんや。被告人にして自白したるのみを以て充分なりと爲すを得ずとは雖も告訴狀、探偵復命書等他の證據充分なる以上は先づ第一に被告人を訊問し、若し被告人にして之を承認し其事實の符合するあらば他人を煩すを要せざる可し。故に被告人を第一に訊問するは事物の順序なりとす。然れども被告人を先づ訊問するは本條の主として規定したるの目的に非ざる可し。其尤も必要なるは但書以下なり。何となれば事物の順序は前述の如しと雖も時としては變則を用ゆるの止むを得ざる時あり。若し犯罪の形蹟にして消滅するか如き恐あるときは被告人を訊問して後を俟つ可からす。故に檢證を爲して其形蹟を失はざるを第一に務むべく又人民たるものは其知る所の事實を法廷に出て、申立つるの義務ありとは雖も

政府は其権利ありとの故を以て人民の職業を濫りに妨害す可からず。去れば證人たるものにして將に定期の航海を爲さんとするか、又は已に旅行の途に在る如きものあるに際し裁判所に於て先づ被告人より訊問して後に其證人に及ぶか如きことありては證人の不便夫れ幾何そや。政府と雖も此等の場合に決して一己人を妨ぐるの権利なし。故に順序を守りて之を訊問するを得ず其證人を始めに訊問し又は檢證を爲す所以なり

第九十四條

豫審判事は被告人をして其罪を自白せしむる爲め恐嚇又は

詐言を用ひ可からず

本條の精神は極めて簡單のことなりとす。古昔猶未だ野蠻の境を脱せざるに當りては裁判官は拷問の手段を用ゐたりき。然りと雖も今日に於ても其虚實は固より明ならずと雖も控訴院に於て被告人の陳述を聽くときは往々予は犯罪を自白したれども是れ固より本心に出たるに非ず警察署に於て拷問せられたりとして法廷に於て或は大に怒るものあり。是れ決して事實にあらざる可しと雖も、凡そ裁判官又は豫審判事か恐嚇を加へ罪ありと陳述せば刑を軽くすへし罪なしと

云はし重くすへしと刑を輕重するの權ある人か陳述することあり。此場合に於て氣象の薄弱なる被告人は直ちに之か爲め其心を動され其刑の輕からんことを望むの餘り遂に無實の罪を自白することあり。抑も政府なるものは犯罪人に向て強て犯罪を自白せしむるの權ありやとの一問を發せんに何人と雖も之ありと答ふるものなかる可し。是れ至當至正の答辯なり。何となれば人は危急の場合には自己を防禦するの權あるに非ずや。又公義も此權を是認したるに今一方に於ては自白せざる可からずと云はは理由の齟齬するものと云はさる可からず。一身には防禦するの權を與へなから他方には犯罪を陳述すべしとは決して理論の許す所に非ず。故に裁判官たるものは被告人に向て怒を加へ議論を爲すもの如きは其被告人に對するの途を知らざるものなり。去れば假令自白を爲すに至りしは自由なる意思より生したると、又犯罪人か既往を顧み惻隱の心を發し曾て爲したる悪事を懺悔せんとの心より起りたると、又罪の輕からんことを望みたるに拘はらず判事に於て斯々の事を陳述す可し否らされは汝の爲めにならざる可しと云ふ如く、恐嚇を用ひ。又は汝は右の如き陳述を爲して法廷を欺く所存

なるへきも己に確なる證據あると云へる如く其實何の證據なきに斯の如き詐言を用ひて自白せしむるは其手段は異なるも法理より云はゞ犯罪人をして強て自白せしむるものなれば凡て法律に背くものたるや明なり

佛國に於て一の判例あり。即ち懷妊中なる一婦人の殺親罪の嫌疑を受けて公判廷に呼出されしものあり。然るに此婦人獄中に在るの日一獄卒該婦人に諭して曰く、汝は今懷妊中なるが如し、未決囚にてあるときは何時分娩するとも之を養育すること能ふまし。之に反して處刑を受け既決囚監に轉せは安全に之を養育するを得へしと。此言を聽きて其婦人は只管其子の健康に養育せられんとを欲し子を思ふの情に迫り遂に法廷に於て犯罪人なりとの自白を爲したれば直ちに刑の言渡を受けたれども、佛國にては幼兒ある婦人は酌量減輕を受くるか故に若干の有期懲役に就役し居ること三年、然るに他より眞正の殺人犯者顯はれ來りたるより再審の訴を以て無罪となりたることあり。以て誘導して自白せしむるの眞を得ざるを知る可し。而して現今佛國に於ては自白には少しの効力をも置かず。之に反して證據充分にして裁判官の心證さへ確かなれば假令被告人は飽まで無

罪なりと抗辯するも之を處刑するを得ることとなれり

茲に一問題あり。豫審判事か若し恐嚇詐言を用ひて自白せしめたるに此事公判に於て表はれたるときは右の豫審終結の決定は有効なりや將た無効なりや是なり。予は此場合には斷然無効なりと思ふなり。何となれば法律に背きたる所の調査なれば不法の裁判と云はざる可からず、不法の裁判にして効を有すへきの理あらざればなり

第九十五條

裁判所書記は訊問及び供述を録取し被告人に之を讀聞かす

可し

豫審判事は被告人に其供述の相違なきや否やを問ひ署名捺印せしむ可し若し署名捺印すること能はざるときは其旨を附記す可し

予か屢々遺憾に考ふるは豫審判事の調書か甚た簡略に失するの一事なり。故に向來裁判所書記の試験中に速記の一課を設けなは可ならんと思ひたることもありしか、又能く熟思すれば速記は速記者其人には解し得るも以外の人には更に解し能はず、故に裁判官に於て之に署名捺印すること能はざる可し。故に速記を以