刑事訴訟法（第壹編）講義目錄

緒論……一

第一編　總則……七

公訴ノ執行ハ何人ニ屬スルカ……十三

公訴ノ何人ニ對シテ之ヲ行フカ……二十六

私訴ノ執行ハ何人ニ屬スルカ……二十八

公訴ノ執行ニ對シテ之ヲ行フカ……四十三

私訴ノ執行……四十五

公訴ノ消滅……九十九

私訴ノ消滅……百二十三

被告人ヨリ起ス要償ノ訴……百八十九

期間計算ノ事……二百三

書類送達ノ事……二百八

書類調製ノ事……二百十三
本法ト從來ノ法律トノ關係……二百十四
本法ト陸海軍ニ關スル法律トノ關係……二百十五
親屬例ノ事……二百十五

刑事訴訟法講義

法律學士
本校講師　寺尾亨先生口述

本校校友筆記

緒論

刑事訴訟法ハ公法ノ一ニシテ其目的トスル所ハ刑法ヲ活用スルニ在リ刑法ニ刑事訴訟法ノ何物タルコト及ヒ其目的

刑事訴訟法アルハ恰モ民法ニ民事訴訟法アルカ如シ故ニ今日ハ從來ノ治罪法ナル名稱ヲ改メテ刑事訴訟法ト稱スルニ至レリ

此刑事訴訟法中ニハ如何ナル事項ヲ規定スルヤヲ見ルニ裁判所管轄ノコト、刑事審判手續ノコト、犯人逮捕ノコト若クハ期限ノコト等ノ如キ其最モ主タル事項ナリトス此點ヨリ觀察スルトキハ刑事訴訟法ハ或ハ他ノ法律ニ比スレハ其必要薄キニ非サルヤノ疑ナキ能ハスト雖トモ其實際ニ必要アルハ又敢テ刑法

ニ讓ラサルナリ蓋シ刑法ハ一箇ノ体ニシテ斯ク々々ノ所爲ニハ何々ノ刑ヲ科スト云フニ止マリテ其之ヲ實際ニ運用スルニハ悉ク刑事訴訟法ノ規定ニ依ラサル可ラス故ニ刑事訴訟法ナケレハ單リ刑法ノミ之レアリト雖トモ何等ノ用ヲ爲スコト能ハサルナリ

且ツ夫レ刑法ノ適用ヲ爲シテ犯人ニ刑罰ヲ科スル場合ニハ二箇ノ相反對セル利益ノ互ニ牴觸セサルコトヲ期セサル可ラス此二箇ノ利益トハ即チ一ハ犯人ニ對スル國家ノ利益ナリ之ヲ詳言スレハ犯人アリテ國家ノ害ヲ爲ストキハ國家ハ之ヲ防カサル可ラス而シテ能ク此防禦ノ目的ヲ達センニハ容易ニ犯人ヲ捕ヘテ刑法ノ適用ヲ完全ナラシメサル可ラス然レトモ他ニ又之ト反對セル一箇ノ利益アリ即チ人民各自ノ利益ナルモノアリテ存スルナリ故ニ國家ハ人民ニ對シテ犯人ナリトノ疑ヲ懷クト雖トモ其有罪ノ判定ヲ經ルニ至ル迄ハ之ヲ目スルニ無罪ノ人ヲ以テセサル可ラス隨テ其者ノ身体自由ハ充分ニ之ヲ保護セサル可ラサルナリ是ヲ以テ一方ニ於テ國家ノ利益ハ固ヨリ之ヲ保護ス可キモノナリト雖トモ又他ノ一方ニ於テ一個人ノ利益モ亦之ヲ保護セサル可ラス

若シ此主義ニ反シ只國家ノ利益ノミニ着眼シテ一已人ノ利益ハ措テ更ニ之ヲ顧ミストセンカ其結果ハ遂ニ延ヒテ國家ノ大害ヲ釀スニ至ル可シ又他ノ一方ニ偏シ一個人ノ利益ノミヲ保護シテ國家ノ利益ヲ顧ミサルトキハ其害ノ大ナルコト固ヨリ明カナリ而シテ此二箇ノ相反スル利益ヲ調和シテ兩者交モ牴觸セシメサルハ是レ即チ刑事訴訟法ノ本領トスル所ナリ尙ホ實際ニ付テ之ヲ云ヘハ假令善美ナル刑法アリト雖トモ完全ナル刑事訴訟法ノ規定ナキトキハ治罪ノ方法其宜シキヲ得スシテ往々專横ノ裁判ヲ爲スニ至ル可シ即チ裁判ヲ爲スニ權限ノ區別ヲ立テス又逮捕若クハ豫審ノ際被告人ヲ保護スルノ規則ナク其他辯護人ヲ用ヒ裁判ヲ公開スル等ノ規定ナキトキハ一個人民ニ對シテ甚シキ損害ヲ與ヘ隨テ社會ノ大害ヲ釀出スルニ至ル可シ然レトモ又人民ノ自由ヲ重ンスルコト甚シキニ過クルトキハ爲メニ裁判權ノ萎縮ヲ來タサン裁判權ニシテ萎縮ヲ來タサンカ國家ハ遂ニ其權力ヲ保ツコトヲ得サルニ至リ其害モ亦云フ可ラサルモノアル可シ故ニ一ノ裁判ヲ爲スニ付キテモ一方ニハ撿事アリテ國家ノ利益ヲ代表シ他ノ一方ニハ辯護人アリテ被告人ノ利益ヲ保護シ又

檢事ハ公益ノ爲メ上訴ヲ爲スヲ得被告ハ自己ノ利益ノ爲メ上訴スルヲ得ル等ノ規定ハ皆刑事訴訟法ノ司トル所ニシテ是等ノ規定アリテ初メテ國家ノ利益ト一個人ノ利益ト兩ツナカラ完全ニ其保護ヲ受クルノ目的ヲ達スルコトヲ得ルナリ

此刑事訴訟法ハ此等ノ目的ヨリシテ特ニ裁判ニ關スル事實及ヒ法律ノ誤謬ヲ正ス可キヲ以テ一箇ノ目的トセリ即チ豫審ニ於ケル抗告ノ如キ公判ニ於ケル控訴、上告ノ如キ其他再審、特赦、大赦等ノ規定アリテ以テ一旦謬リタル裁判ニ之ガ救濟回復ノ方法ヲ與ヘタリ

之ヲ要スルニ刑事訴訟法ハ以上述フル如キ目的ヲ以テ之カ規定ヲ爲スモノナレハ其研究ハ決シテ忽諸ニ付ス可キモノニアラサルナリ

刑事訴訟法ハ我國ニ於テ從來之アリシヤ如何蓋シ刑法ハ從來我國ニアリシコト疑フ可クモアラス即チ近クハ新律綱領改定律例ノ如キ是ナリ然レトモ刑事訴訟法ハ實際ノ手續方法ナレハ必スヤ多少ハ之アリシニ相違ナカル可キモ極メテ不完全ナリシモノナルコト亦疑フ可カラサル所ナリ是レ獨リ我國ノミナラス昔時西洋諸國カ妄リニ人身ヲ拘束シ又ハ壓制セシ事實ハ歷史上屢々見ル所ニシテ夫ノ法理闡明ノ聞ヘアル佛國ニ於テスラ革命前迄ハ行政長官カ其施政ノ針路ニ妨害ヲ爲ス者ト認ムレハ私カニ之ニ對シ逮捕狀ヲ發シ猥リニ之ヲ逮捕シ徒ラニ之ヲ獄舍ニ苦シメタルコト少シトセス去レハ我國幕府時代ニ於テ猥リニ人民ヲ監禁拘束シ甚シキニ至リテハ思フモ尙ホ酸鼻ニ堪ヘサル拷問ノ方法ヲ採リ動モスレハ其虐待ニ斃ルヽモノアルニ至ラシメタルコトアルハ亦怪ムニ足ラサルナリ

我國維新以來百般ノ政務ヲ改良スルニ當リ曩ニ刑事訴訟手續ノ不完全ナルヲ憂ヒ之カ編纂ニ着手シ刑法ヲ發布スルト仝時ニ治罪法ヲ發布スルニ至レリ以來犯人ヲ處スル一ニ此法律ニ憑據シ諄々乎トシテ其緒ニ就キ曾テ聞クニ堪ヘサルカ如キ事實ハ又全ク地ヲ掃フニ至リシナリ

今日ノ刑事訴訟法ハ右從來ノ治罪法ニ多少ノ改正ヲ加ヘタルモノナリ而シテ從來ノ治罪法ハ諸君ノ知ラルヽ如ク佛國ノ治罪法ニ準據スルモノニシテ明治十三年七月三日第三十七號ノ布告ヲ以テ之ヲ刑法ト共ニ發布シ同十五年一月

一日ヨリ實施セルモノナリ之ヲ改正シタル新刑事訴訟法ハ即チ一昨明治二十三年十月六日法律第九十六號ヲ以テ發布セラレ同年十一月一日ヨリ實行セラルヽモノナリ

舊治罪法ハ編ヲ分チテ七編トナシタレトモ新刑事訴訟法ハ之ヲ改メテ八編トセリ左ノ如シ

第一編　總則
第二編　裁判所
第三編　犯罪ノ搜査起訴及ヒ豫審
第四編　公判
第五編　上訴
第六編　再審
第七編　大審院ノ特別權限ニ屬スル訴訟手續
第八編　裁判執行復權及ヒ特赦

右列擧シタル各編中最モ研究ノ必要アルモノハ即チ第一編ナル總則ナリ何トナレハ刑事訴訟法全般ニ通スルノ規定ハ皆此編中ニ存スレハナリ

各編中更ニ通則ナルモノアリ是レ其一編ニ通スルモノナレハ總則ニ比スレハ大ニ狹隘ナルモノトス

法典ノ區別

第一編　總則

本編ニ規定セル所ハ

第一　犯罪ヨリ生スル訴權即チ公訴權、私訴權ノコト
第二　被告人ヨリ起ス要償ノ訴權
第三　期間起算ノコト
第四　書類送達ノコト
第五　書類ヲ作ルノ方式
第六　法律變更ノ際ニ關スル規定
第七　本法ヲ軍事ニ適用スルヤ否ヤノコト
第八　親族例ノコト

等是レナリ

公訴私訴ノ何物タルコト

余ハ右第一ノ公訴私訴ノ事ヨリ講述シ先ヅ公訴私訴ノ何物タルコトヲ述ヘントス

凡ソ犯罪アレハ之ヨリ二箇ノ訴權ヲ生スルヲ常トス即チ犯罪ハ公益ヲ害ス故ニ國家ニ之ヲ罰スルノ公訴權ナルモノヲ生ス又犯罪ハ私益ヲ害ス故ニ其損害ヲ賠償セシムル私訴權ナルモノヲ生ス

夫レ一箇ノ犯罪アレハ必ス之ヲ罰スルノ刑ナカル可ラス而シテ其刑ヲ科スルニハ必ス裁判所ノ判決ヲ經サル可ラス其判決ヲ經ルニハ種々ノ手續ヲ要ス即チ司法警察官ノ搜査ヲ始メトシ檢事之カ起訴ヲ爲シ又事件ノ重キモノハ輕罪ト雖トモ豫審ヲ要シ而シテ後チ始メテ公判ニ付スルカ如キ是レナリ國家ハ是等一切ノ手續ヲ舉ケテ有形ノ人ニ委任セリ

斯ク國家カ委託スル種々ノ事項ニ付テ常ニ追隨シテ以テ委任事件ノ目的ヲ完全ニ達セシムル爲メニ存スル要求ハ之ヲ檢事ニ委任セリ是レ此委任ヨリ生スル檢事ノ要求事項ヲ公訴權ノ執行トハ云フナリ故ニ公訴トハ如何ナルヤ一言

以テ之ヲ蔽ヘハ曰ク公訴トハ犯罪ノ處分ヲ裁判所ニ追求スル法律上ノ手續ナリト

抑モ公訴ハ總テノ犯罪ノ場合ニ生スルヲ以テ原則トス是レ苟モ犯罪アレハ必ス國家ノ公益ヲ害セサルコトナケレハナリ犯罪ノ種類ニ依リテハ國家ノ公益ノミヲ害スルニ止マリテ私益ヲ害セサルモノアリ斯ル場合ニハ公訴權ヲ生スルノミニシテ私訴權ヲ生スルコトナシ然レトモ犯罪ノ種類ニ因リテハ又國家ノ公益ヲ害スルト仝時ニ一私人ノ利益ヲ害スルモノアリ斯ル場合ニハ公訴私訴ノ二權併セ生スルモノナリ第一ノ犯罪ハ即チ國事犯其他公益ニ關スル犯罪ノ如キヲ云ヒ第二ノ犯罪ハ即チ人ノ身体財産ニ對シ害ヲ加ヘタル犯罪ノ如キ是レナリ

斯ノ如ク公訴私訴ハ場合ニ依リ一箇ノ犯罪ヨリ同時ニ發生スルト雖トモ公訴ト私訴トハ互ヒニ相關聯シタルモノニアラス各自獨立シテ存在スルモノナリ今此兩者ノ交々相異ナル點ヲ擧ケテ以テ各自獨立ノモノタルコトヲ証明スレハ即チ左ノ如シ

第一　原因ヲ異ニセリ

即チ公訴ハ一ノ犯罪ノ所爲カ刑法ノ規定ニ違ヒテ公益ヲ害スルト云フヨリ生シ之ニ反シテ私訴ハ犯罪ノ所爲カ人ニ損害ヲ釀シテ私益ヲ害スルト云フヨリ生ス

第二　目的ヲ異ニセリ

即チ公訴ノ目的ハ刑ヲ適用スルニ在リ之ニ反シテ私訴ノ目的ハ損害ヲ賠償セシムルニ在リ

第三　右ノ結果トシテ其之ヲ執行スル人ヲ異ニセリ

即チ公訴權ハ國家ニ屬スルカ故ニ國家ヲ代表スル檢事之ヲ行ヒ之ニ反シテ私訴ハ被害者ニ屬スルカ故ニ被害者若クハ其親族之ヲ行フ

然レトモ又公訴私訴ハ大ニ密接ノ關係ヲ有スル所アリ今其二三ノ例ヲ擧クレハ

第一　私訴ハ元來民事ノ訴訟ナレトモ公訴ニ附帶シテ之ヲ刑事裁判所ニ提起スルヲ得而シテ刑事裁判所ニ公訴私訴仝時ニ起リタルトキハ互ニ相待テ之カ裁判ヲ下スモノナリ即チ公訴ハ私訴ノ助ケヲ得私訴ハ公訴ノ助ケヲ得テ互ニ其証憑ヲ利用シテ完全ナル事實ヲ得誤謬ナキ裁判ヲ下スコトヲ得ルナリ

第二　消滅ノ原因タル時効期間及ヒ中斷方法ハ公訴私訴共ニ同一ナリ

第三　私訴ノ判決ニ先ツテ公訴生スルカ又ハ公訴私訴仝時ニ生セシトキハ公訴ハ其効力ヲ私訴ノ裁判ニ及ホスヘシ例ヘハ私訴ハ公訴ニ先ツテ判決ヲ與フルヲ得サルカ如キ是レナリ(新法ニ於テハ多少ノ議論アリ)

右ノ外舊治罪法ニテハ私訴ノ提起ニ因リテ公訴モ亦從テ起ル場合アリタリ即チ被害者豫審判事ニ對シ私訴ノ申立ヲ爲シタルトキハ檢事ノ起訴ナシト雖トモ直チニ公訴起ルモノトセリ然レトモ新法ニハ此規定ヲ見ス其理由ハ後ニ説明セン

此公訴私訴ニ關スル事ハ刑事訴訟法中ニ於テハ大部分ヲ占ムルモノナリ故ニ左ノ順序ニ從ヒ詳細ニ論セント欲ス

- 公訴私訴
  - (1) 公訴私訴ノ執行ハ何人ニ屬スル乎又何人ニ對シテ之ヲ行フ乎
    - 公訴
      - (1) 何人ニ屬スル乎（檢事）
      - (2) 何人ニ對シテ之ヲ行フ乎（參加權）
    - 私訴
      - (1) 何人ニ屬スル乎（被害者）
      - (2) 何人ニ對シテ之ヲ行フ乎（民事上ノ責任）
  - (2) 公訴私訴ノ執行
    - 公訴
      - (1) 公訴權ノ獨立
      - (2) 檢事公訴ヲ執行セサル權利ニ對スル制限
      - (3) 檢事公訴ヲ執行スル權利ニ對スル制限……
        - (1) 許諾ノ必要
        - (2) 告訴ノ必要
        - (3) 豫斷問題
        - (4) 犯人引渡
    - 私訴
      - (1) 民事裁判所ト刑事裁判所トノ間之ヲ撰擇スルノ權
      - (2) 撰擇ノ結果
        - (1) 刑事裁判所ニ於テスル場合
        - (2) 民事裁判所ニ於テスル場合
      - (3) 訴權ノ執行
  - (3) 公訴私訴ノ消滅
    - 公訴
      - (1) 被告人ノ死亡
      - (2) 告訴ノ拋棄
      - (3) 確定判決
      - (4) 刑ノ廢止
      - (5) 赦免
      - (6) 大赦ノ時
    - 私訴
      - (1) 拋棄又ハ和解
      - (2) 確定判決
      - (3) 時効

公訴權ノ執行ハ何人ニ屬スルカ

依テ余ハ直チニ左ノ問題ニ入テ講セントス

公訴權ノ執行ハ何人ニ屬スルカ

公訴權ハ元來國家ニ屬スルモ國家ハ無形人ナレハ自ラ之ヲ行フコト能ハス必スヤ有形ノ人之ニ代テ公訴權ヲ執行スルモノナカル可カラス是ニ於テ乎檢事ナルモノアリテ國家ノ代表者トナリ國家ニ屬スル公訴權ヲ執行ス是レ即チ本法第一條ニ公訴ハ云々檢事之ヲ行フト規定セル所以ナリ

檢事ノ沿革

抑モ公訴權ノ執行ニ關シ沿革上ヨリ之カ觀察ヲ下セハ往古希臘羅馬ノ時代ニ在リテハ別ニ檢事ナルモノヽ設ケアルコトナク公訴ヲ起スノ權ハ各被害者及ヒ其親屬ニ屬シ此等ノ者カ各自公訴權ヲ執行スルコトナリシ故ニ此時代ニ於テハ之ヲ公訴ト稱セスシテ民訴ト稱シタリキ抑モ此制度ハ甚タ不備ノ制度ニシテ之レヨリシテ生スル弊害ハ主トシテ左ノ二點ニ在リタリ即チ其一ハ公訴權ノ執行ヲ以テ一己人民ニ委スルトキハ被害者ハ怠慢畏懼ノ爲メ遂ニ犯罪人ニ對シテ公訴ヲ起サヽルノ弊アリ其一ハ怨恨憎惡ノ情恣ニ支配セラレ妄リニ起訴スルカ如キ害アリキ加之此時代ニ於テ特ニ奇怪ナルハ犯罪中稍〻輕キモノ

即チ窃盗者ノハ罵詈ノ如キ所爲ニ對シテハ公訴ヲ行フコトヲ許サスシテ單ニ私訴即チ民事上ノ損害賠償ノ訴ノミ之ヲ起スコトヲ得ヘシト爲セシモノ是レナリ故ニ此等犯罪ノ結果トシテ加害者ハ毫モ刑事上ノ責任ヲ受クルコトナクシテ只民事上ノ責任ヲ負擔スルニ過キサリシナリ

羅馬帝國瓦解ノ後野蠻人侵入以來益々此賠償ノ制ニ傾キ大罪ニ至テモ尚ホ多クハ民事ノ賠償ノミヲ以テ事足レルコトヽ爲シ其刑ヲ科スルハ獨リ私訴ヲ起シ得サル事件ノミトセリ即チ公益ノミヲ害シタル所爲ニ限リ獨リ体刑ヲ加ヘタリキ依テ此時代ニ在テハ素ヨリ未タ檢事ナルモノヽ設ケアルコトナカリキ」

檢事ノ起リハ第十六世紀ノ終リニアリ即チ千五百七十年頃ニ至リ佛國ニ於テ初メテ檢事ヲ設クルノ制ヲ置クニ至レリ然レトモ其初メニ當テハ檢事ノ權力極メテ微弱ニシテ全ク被害者タル原告人ノ補助人タルニ過キサリキ

且此時代ニ在リテハ公訴ヲ行フノ權ハ檢事ノ外裁判官モ亦之ヲ有シタリ故ニ當時ニ在リテハ檢事ト裁判官トハ其性質殆ント同一ナリキ然ルニ漸ク降リテ佛國革命ノ時ニ至リテハ官權ヲ厭忌スルノ反動力ヨリシテ檢事ヲ設クルノ制ハ各人民ノ自由ヲ侵スモノナリトシ一時殆ント之ヲ廢セントスルニ至レリ然レトモ這ハ是レ一時革命狂奔ノ結果ニ過キスシテ其後社會平穩ニ歸シ從テ秩序整頓スルニ至リテ右革命反動ノ結果ハ從來ノ制度ヲ改メ檢事ヲ以テ他ニ隷屬スルコトナク全ク一己獨立ノモノタラシムルニ至レリ是ニ於テ檢事ハ漸次強大ナル勢力ヲ有スルニ至リ遂ニハ裁判官ノ職分上ニ勢力ヲ及ホスニ至リシナリ

然ルニ奈翁法典ヲ編纂スルニ至リテ檢事ノ權限大ニ明瞭トナリ檢事ハ決シテ裁判權ヲ有セス裁判官ハ亦決シテ檢事ノ職ヲ行フコトヲ得ストノ原則ヲ定ムルニ至リ此制度ハ漸々歐洲諸國ニ行ハルヽニ至レリ現今我國ニ行ハルヽ檢事ノ制モ亦此原則ニ從フモノナリ只今日ニ於テモ英國ハ獨リ此制ニ傚ハス特ニ檢事ヲ設クルコトナク一事件アル毎ニ代言人ヲシテ檢事ノ爲ス可キ事務ヲ行ハシメ以テ原告官タルノ職務ヲ盡サシムルト云フ

我國古來ノ事ヲ按スルニ裁判官ハ檢事ヲ兼ヌルノ制度ナリシモ稍々法理ノ明カナル今日ニ至リテハ其制度ハ全ク之ヲ改メテ檢事ト裁判官トノ職務權限ヲ

明カニ區別シ公訴權ノ執行ハ檢事ニ在リト定ムルニ至レリ之ヲ要スルニ公訴權ノ執行ハ檢事ニ屬スルモノトス

檢事ノ組織

檢事ノ組織ニ付テ一言センニ從來ノ治罪法ニ依レハ上ハ大審院ヨリ下ハ始審裁判所ニ至ル迄檢事ノ設ケアラサルハナク而シテ治安裁判所ハ獨立治安ニノミ檢事ヲ置キ普通ノ治安裁判所ニハ之カ設ケアラサリシ然ルニ裁判所構成法ノ發布ニ依リ之ヲ改メテ總テノ區裁判所ニ檢事ヲ設置スルコトヽ爲セリ外國ノ制ヲ按スルニ多クハ我國ノ制度ト異ナリ檢事ノ外ニ代言人又ハ其見習等アリテ此等ノモノモ亦檢事ノ職掌ヲ行フコトヲ得ルモノト爲セリ是レ彼我其制ヲ異ニスル所ナリ

檢事ノ性質

檢事ノ性質如何檢事ハ國家ヨリ委任セラレテ法律ノ執行ヲ掌ルモノナリ故ニ檢事ハ執行權ニ隸屬スル行政官ノ一部ナリトス而シテ其執ル所ノ事務ハ專ラ司法事務ニ屬ス故ニ檢事ハ此點ヨリ見レハ又司法官ノ性質ヲ有スルモノトス故ニ檢事ハ或ル點ニ於テハ獨立シテ事ヲ行ヒ又或ル點ニ於テハ全ク上長官ノ指揮命令ニ從ハサルヲ得ス之レ檢事ノ裁判官ト其性質ヲ異ニスル所ナリ裁判官ハ純然タル司法官ナレハ其事務ニ服スルハ素ヨリ上長官ノ任命スル所ニ出ツルト雖トモ其事務ヲ執ルニ至テハ一己獨立ノ地位ヲ占メ自己ノ責任ヲ以テ自由ニ事ヲ行ヒ敢テ他ノ干渉ヲ受ケサルナリ是レ檢事ノ獨立裁判官ニ及ハサル所ナリトス

檢事人躰不可分

檢事ノ性質ハ此ノ如ク上長官ノ命令ニ從ハサル可ラサルモノナルヲ以テ檢事ハ下區裁判所ヨリ上大審院ニ至ルマテ一鎖貫聯シテ司法大臣ノ支配ニ屬スルモノトス此性質ヨリシテ檢事ハ一躰又ハ不可分ナリト云フコトアリ其所謂不可分トハ蓋シ一人ノ檢事ノ爲シタル所爲ハ他ノ檢事ニ對シテモ効力アルヲ云フ而シテ其前後檢事ノ爲セシ行爲ノ効力ハ之カ爲メ異ナル所アルニアラスシテ全ク全一ノ効力ヲ有スルモノトス

之ニ反シテ裁判官ニ至テハ其一人ノ爲セシ行爲他ノ裁判官ニ對シテ効力アルコトナシ例ヘハ一事件ニ付キ一裁判官カ之カ審理ニ着手シタルトキハ中途ニ至リ他ノ裁判官之ヲ代理スルコトヲ得ス裁判官若シ疾病其他ノ事故ニ依リ他ノ裁判官之ニ代ハラントスルトキハ必ス其事件ノ初ヨリ更ニ着手セサル可ラ

ス

検事ハ一体不可分ナリトノ原則ヨリシテ左ノ二箇ノ結果ヲ生ス

第一　検事カ爲シ初メシ行爲ハ他ノ検事必ス之ヲ繼續セサル可ラス

第二　検事ハ全一事件ニ付キ相互ニ代理スルコトヲ得

但是等ノ場合ニ於テ検事ハ前検事ノ意見ニ從フヲ要セス是レ検事ハ一人ナルトキト雖トモ中途ニ自己ノ意見ヲ變更スルコト自由ナルニ依リ其人ヲ異ニスル場合ニ於テ之ヲ爲スコト能ハサルノ理ナケレハナリ夫レ検事ハ一体不可分ナリト云フト雖トモ検事モ亦其從屬スル裁判所ノ管轄如何ニ依リ其管轄以外ニ職務ヲ行フヲ得ス例ヘハ上級裁判所ノ検事ノ管轄ニ屬スル事務ハ下級裁判所ノ検事之ヲ行フヲ得ス又一區ノ検事ノ管轄ニ屬スル事務ハ隣區ノ検事之ヲ行フヲ得サルナリ又検事ハ他ノ検事ノ意見ト反對ナル意見ヲ以テ其事務ヲ繼續スルヲ得ルコトハ前既ニ述ヘタル所ノ如シ若シ夫レ検事ハ絶對的一体不可分ノモノナリトセハ決シテ此ノ如キコトアル可ラス故ニ學者中或ハ検事ニハ不可分ノ性質ナシト云フ人アルナリ

検事ノ權利

検事ノ權利ハ如何

起訴ノ自由

検事ハ前既ニ述ヘタル如ク公訴權ノ所有者ニアラス只其執行ヲ委任セラレタルニ過キス故ニ検事自ラ漫リニ公訴權ヲ處分スルヲ得サルコト勿論ナリトス然レトモ又他ノ一方ヨリ觀察スレハ検事ハ公訴權ノ執行ヲ委任セラレタルモノナレハ其良心ノ指示スル所ニ從ヒ或ハ起訴シ或ハ起訴セサルヲ得ルノ權利ナカル可ラス故ニ検事ハ只有罪ト認メナカラ自己ノ考ヲ以テ公訴ヲ起サヽルカ如キ勝手ノ處置ヲ爲スコトヲ得サルナリ是ニ於テ検事ニ起訴ノ自由ト云ヘルコト生ス即チ被害者ノ告訴アリタル場合ニ検事自己ノ見込ヲ以テ公訴ヲ起スモ又之ヲ起サヽルモ其自由ナリト云フ義ナリ又検事ハ如何ナル取調ヲモ要求スルコトヲ得ヘシ例ヘハ犯罪ノ輕重難易ニ從ヒ豫審ヲ必要トスレハ豫審判事ニ向テ之カ豫審處分ヲ請求シ又之ヲ必要ナラスト思量スルトキハ直ニ公判ニ向テ裁判ヲ求ムルカ如キヲ云フ此等ヲ稱シテ検事ノ獨立若クハ検事ノ職務ノ獨立ト云フ

検事ノ職務ノ獨立ハ絶對的ノモノニアラスシテ相對的ノモノナリトス何トナ

ナレハ場合ニ依リ他ヲ制限ヲ受クルコトアレハナリ即チ一犯罪事件ニ付キ之カ起訴ヲ爲シ公訴ノ執行ヲ爲スト否トハ檢事ノ權內ニ在ルヲ以テ通則ト爲スモ或ル場合ニ於テハ必ス之ヲ爲サヽル可ラサルコトアリ

一　司法大臣若クハ上級檢事ノ命令アルトキ

二　現行犯ノ場合ニ於テ豫審判事カ自ラ豫審ノ手續ニ着手シタルトキ

三　豫審判事カ被害者ヨリ民事原告人タルノ申立ヲ受理シタルトキ（新法ニハ此場合ナシ）

以上數箇ノ場合ニ於テハ檢事必ス起訴ヲ爲シ又已ニ起リタル公訴ヲ實行セサル可カラス

檢事ハ素ヨリ公訴權ノ所有者ニアラサルカ故ニ自ラ有罪ナリト思料スル事件ニ付テハ決シテ公訴權ヲ拋棄スルコトヲ得ス何トナレハ拋棄ハ公訴權ノ所有者即チ國家ニアラサレハ之ヲ爲スコト能ハサレハナリ故ニ檢事ハ起訴前又ハ起訴後特ニ刑ノ言渡後ニ於テ公訴權ヲ拋棄スルコトヲ得サルナリ其結果ハ左ノ如シ

第一　檢事ハ犯罪事件ニ付キ和解ヲ爲スコトヲ得ス若シ夫レ檢事ニ此權アリトセハ被告人ハ何々ノ犯罪ヲ爲セシニ因リ金幾圓ヲ出ス可シ檢事ハ之ニ對シ公訴ヲ起サヽル可シト云フカ如キ被告人ト檢事トノ間ニ一箇ノ契約ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ私和即チ和解契約ハ犯罪ヨリ生シタル損害ノ賠償ニ付テハ被告ト被害者トノ間ニ之ヲ爲スヲ得ルモ其犯罪ニ付キテ起ス可キ公訴權ノ實行ニ關シテハ決シテ之ヲ爲スコトヲ得サルハ各國法律ノ認ムル所ニシテ何人ト雖トモ疑ヲ容レサル所ナリ

然レトモ之レモ亦數個ノ例外アリ即チ稅關官吏カ其犯則者ト和解スルヲ得ルカ如キ其他建築工事等ニ關スル特別ノ犯罪ニ付テハ何レモ官吏ト一私人ト和解ヲ爲スコトヲ得ルナリ是等ハ特別ノ規定ニ屬スルモノニシテ此種ノ犯罪ハ畢竟社會公益上ノ關係ヨリ寧ロ其私益上即チ損害賠償ヲ目的トスルモノニシテ殆ント私訴ト其性質ヲ同フスルモノナレハナリ

第二　檢事一旦公訴ヲ起シタル以上ハ中途ニシテ被告人ノ無罪タルコトヲ覺知スルト雖トモ自由ニ公訴ヲ停止スルコトヲ得ス只其無罪タルノ理由ヲ主張

スルニ止マルノミ又上訴ニ付テモ仝一ナリトス是等ノ場合ニ於テハ裁判官既ニ其事件ヲ掌握セルヲ以テ事件ノ落着ヲ爲スハ裁判官ノ任ニ在リテ檢事ニアルモノニ非サルナリ

第三　檢事ハ其爲ス可キ上訴權ヲ抛棄スルコトヲ得ス此點ニ付テハ左ノ二箇ニ區別スルヲ得

(一)　檢事ハ自己ノ意見ト符合スル裁判ニ付テモ上訴權ヲ抛棄スルコトヲ得ス例ヘハ檢事或ル事件ニ付テ有罪ナリトシテ公訴ヲ起シ之ヲ維持シタルニ裁判官モ亦檢事ト仝意見ニシテ有罪ナリトノ判決ヲ與ヘタル場合ニ於テ檢事其後ニ至リ無罪若クハ減等ス可キ理由ヲ發見シタルトキハ直ニ上訴ノ手續ヲ行ハザル可ラス斯ル場合ニ於テ檢事其上訴權ヲ抛棄スルヲ得サルナリ

(二)　檢事裁判言渡後ニ執行ノ命令書ヲ發シタルトキト雖トモ苟モ上訴ノ理由アルコトヲ發見シタルトキハ直ニ上訴ヲ爲サヽル可ラス抑モ檢事カ執行命令書ヲ發シタルハ其裁判ヲ至當ノモノナリト思量シタルニ依ルナリ然レトモ猶ホ之ニ拘ハラス上訴期限内ニ上訴ノ理由アルコトヲ發見シタルトキハ公益ノ爲メ直ニ上訴ス可キモノトス

(三)　上級裁判所ノ檢事ハ下級裁判所ノ檢事カ上訴セサル場合ト雖トモ自ラ上訴スヘキノ理由アリト思料シタルトキハ必ス之ヲ爲サヽル可ラス

以上ハ悉ク公益上ノ理由ニ基クモノニシテ檢事トハ公訴抛棄ノ權利ナシト云フ原則ノ結果タルニ過キサルナリ

公訴權ノ執行ハ檢事ニ屬スルヲ以テ通則トス然レトモ之ニ例外アリテ或ル場合ニ於テハ檢事以外ノモノ之ヲ行フコトアリ其場合ハ即チ左ノ如シ

公訴權ノ執行ニ屬セサル第一ノ場合

第一ニ收稅主義ヲ以テ罰金其他体刑ヲ科スル場合例ヘハ稅關規則ニ違ヒ又ハ郵便規則ニ反キ若クハ山林規則ニ反キタル場合又ハ近頃發布セラレタル間接國稅違反處分ノ如キ皆ナ檢事以外ノ官吏ニ於テ其公訴ノ執行ヲ爲スモノナリトス

公訴權ノ執行ニ屬セサル第二ノ場合

右ノ外我邦ニ於テハ未タ之レナキモ外國ニ於テハ一ノ例外アリ即チ内閣員ノ犯罪ニ付テハ衆議院カ檢事ノ地位ニ立テ公訴ヲ起ス場合是レナリ抑モ内閣員

ノ犯罪ニハ二種アリテ其職務ニ關スルモノト全ク其職務ニ關セサルモノトアリ而シテ又其職務上ノ犯罪モ實ニ之ヲ小別シテ(一)一般ノ官吏カ犯ス所ノ罪即チ刑法上ニ規定セル犯罪例ヘハ收賄罪ノ如キモノ(二)內閣員ニシテ始メテ之ヲ犯スコトヲ得ル犯罪ノ二種ト爲スコトヲ得ルナリ此第二種ノ犯罪ハ內閣員ニ非サルヨリハ決シテ之ヲ犯スコトヲ得サル一種特異ノ性質ヲ有スルモノナリ從テ此種ノ犯罪ハ一般人民ノ遵奉ス可キ刑法中ニ規定スルコトナシ彼ノ所謂內閣員ノ責任ナルモノ即チ是レナリ內閣員ノ責任ニハ或ハ未タ犯罪ト稱スルニ至ラサル場合アリ又或ハ全ク犯罪タル場合即チ罰金若クハ躰刑ヲ科セラルヘキ至ル場合アリ[illegible]內閣員ニ責任アルコトハ外國ニ於テハ憲法ヲ以テ之ヲ定メ而シテ如何ナル場合ニ於テ其責任アリトスルカハ特別法ノ規定スル所ナリ其他如何ナル裁判所ノ之ヲ管轄ス可キヤモ亦特別法ノ規定スル所ナリトス而シテ之カ管轄裁判所ハ高等法院ナルヲ以テ普通ナリトス然レトモ是等ノ法律ハ公法ニ屬スルヲ以テ爰ニ之ヲ詳ニセス其其手續ニ關スル大要ヲ述フル[illegible]

內閣員ノ此種ノ犯罪ニ關スル手續ハ現內閣員タルト前內閣員タルトニ依リ區別アルコトナク均シク之ヲ適用ス可キモノナリトス

內閣員ニシテ或ハ貴族院議員ノ職務ヲ兼ヌルモノアリ此場合ニ於テハ衆議院ハ貴族院ノ許諾ヲ經ルニ非サレハ之ニ對シテ公訴ヲ實行スルコトヲ得サルナリ

二內閣員ニ對シテ公訴ヲ起ストキハ衆議院ハ其議員中ヨリ若干名ノ委員ヲ撰定シ之ニ公訴事件ヲ委托スルモノトス但シ前ニモ述ヘタル加ク仮令ヒ內閣員ノ犯罪タリト雖トモ一般ノ官吏タル資格上ヨリシテ爲セシ犯罪ニ付テハ其職務上ニ關係スル所アルモ檢事ニ於テ之カ公訴ヲ行フ可キモノトス之ヲ要スルニ衆議院カ公訴ヲ起スヘキ場合ハ其事件必ス政治上ニ關係スルモノニシテ所謂內閣員ノ責任ノ場合ニ限ルモノトス

抑モ此種ノ犯罪ニ付キ公訴權執行ノ權ヲ衆議院ニ與フル所以ハ凡ソ衆議院ナルモノハ政府ノ所爲ヲ監督ス可キ地位ニ立ツモノニシテ內閣員ヲシテ正當ノ政治ヲ爲サシメンカ爲メニ後見ノ職ヲ採ルモノナリ故ニ內閣員ノ行フ所ノ政

ノ犯罪ニハ二種アリテ其職務ニ關スルモノト全ク其職務ニ關セサルモノトアリ而シテ又其職務上ノ犯罪モ實ニ之ヲ小別シテ(一)一般ノ官吏カ犯ス所ノ罪即チ刑法上ニ規定セル犯罪例ヘハ收賄罪ノ如キモノ(二)內閣員ニシテ始メテ之ヲ犯スコトヲ得ル犯罪ノ二種ト爲スコトヲ得ルナリ此第二種ノ犯罪ハ內閣員ニ非サルヨリハ決シテ之ヲ犯スコトヲ得サル一種特異ノ性質ヲ有スルモノナリ從テ此種ノ犯罪ハ一般人民ノ遵奉ス可キ刑法中ニ規定スルコトナシ彼ノ所謂內閣員ノ責任ナルモノ即チ是レナリ內閣員ノ責任ニハ或ハ未タ犯罪ト稱スルニ至ラサル場合アリ又或ハ全ク犯罪タル場合即チ罰金若クハ笞刑ヲ科セラルヘニ至ル場合アリ

內閣員ニ責任アルコトハ外國ニ於テハ憲法ヲ以テ之ヲ定メ而シテ如何ナル場合ニ於テ其責任アリトスルカハ特別法ノ規定スル所ナリ其他如何ナル裁判所ノ之ヲ管轄ス可キヤモ亦特別法ノ規定スル所ナリトス而シテ之カ管轄裁判所ハ高等法院ナルヲ以テ普通ナリトス然レトモ是等ノ法律ハ公法ニ屬スルヲ以テ爰ニ之ヲ詳ニセス其其手續ニ關スル大要ヲ述フルニ[illegible]

內閣員ノ此種ノ犯罪ニ關スル手續ハ現內閣員タルト前內閣員タルトニ依リ區別アルコトナク均シク之ヲ適用ス可キモノナリトス

內閣員ニシテ或ハ貴族院議員ノ職務ヲ兼ヌルモノアリ此場合ニ於テハ衆議院ハ貴族院ノ許諾ヲ經ルニ非サレハ之ニ對シテ公訴ヲ實行スルコトヲ得サルナリ

內閣員ニ對シテ公訴ヲ起ストキハ衆議院ハ其議員中ヨリ若干名ノ委員ヲ撰定シ之ニ公訴事件ヲ委托スルモノトス但シ前ニモ述ヘタル加ク假令ヒ內閣員ノ犯罪タリト雖トモ一般ノ官吏タル資格上ヨリシテ爲セシ犯罪ニ付テハ其職務上ニ關係スル所アルモ檢事ニ於テ之カ公訴ヲ行フ可キモノトス之ヲ要スルニ衆議院カ公訴ヲ起スヘキ場合ハ其事件必ス政治上ニ關係スルモノニシテ所謂內閣員ノ責任ノ場合ニ限ルモノトス

抑モ此種ノ犯罪ニ付キ公訴權執行ノ權ヲ衆議院ニ與フル所以ハ凡ソ衆議院ナルモノハ政府ノ所爲ヲ監督ス可キ地位ニ立ツモノニシテ內閣員ヲシテ正當ノ政治ヲ爲サシメンカ爲メニ後見ノ職ヲ採ルモノナリ故ニ內閣員ノ行フ所ノ政

治上ノ行爲果シテ正當ナルヤ否ヤヲ知ルハ一ヶ衆議院ニ在ルナリ從テ其行爲ノ不正ニ出ツルニ當リ之ヲ訴フルノ權ヲ衆議院ニ任スルハ又頗ル適當ノ事ナリトス

又內閣員ハ右ニ述ヘタル如キ性質ノ犯罪ノ外通常ノ犯罪ヲ爲セシ場合ト雖トモ檢事之ニ對シテ公訴ヲ起スニハ先ツ衆議院ノ許諾ヲ經テ然ル後之ヲ起サヽル可カラサルモノトス蓋シ其理由タル議院ハ平素政府ノ監督ヲ爲シ施政ノ緩急ヲ熟知スルモノナルヲ以テ內閣員ニ對スル犯罪ヲ問ヒ之カ爲メ其拘引等ヲ爲ストキハ施政ノ針路ニ障碍ヲ來タスヤ否ヤヲ知ルニ付キ極メテ適當ナルコトナレハナリ

公訴ハ正犯ニ從犯ニ對シテ之ヲ行フ

第二問　公訴ハ何人ニ對シテ之ヲ行フヘキヤ

公訴ハ正犯及ヒ從犯ニ對シテ之ヲ行フモノナリ昔時ニ在リテハ一人ノ犯セシ罪ヲ原由トシテ其一家親族若クハ雇主ニ對シテ公訴ヲ起シ之ヲ罰スルカ如キコトアリシ然レトモ今日トナリテハ刑ハ一身ニ止マルトノ原則明瞭トナリタルヲ以テ復タ昔日ノ如キ問題ヲ生スルノ憂アラサルナリ又今日ニ於テハ或ル

刑事訴訟ハ參加ヲ許否スルニ付キ三個ノ學說アリ

場合ニ於テ上官ノ命令ヲ以テ一ノ犯罪トナル可キ行爲ヲ行ハシメタルトキハ其行爲固ヨリ命令ヲ受ケタル者ニ在リト雖トモ其行爲ノ責任ハ命令者タル上官ニ歸シ受命者タル者ニ歸セサルカ如キ場合ナシトセサルモ是レ極メテ例外ニ屬スルモノニシテ通則トシテハ何人ト雖モ犯罪ヲ爲セシモノハ必ス刑ヲ免カルヽコトヲ得ス又犯罪ナキモノハ何人ト雖トモ決シテ刑ヲ受ク可キモノニ非ストス又今日ニ於テハ犯罪者ニアラサル代人ヲシテ刑事ノ責任ヲ負ハシムルカ如キ不法ノコトハ絕ヘテ之レアラサルコト明カナリトス

然レトモ刑事ニ付テハ參加人ヲ許ス可キヤ否ヤ之ヲ許ス可キモノトセハ如何ナル結果ヲ生スルヤ此處ニ於テ聊カ攻究セサル可ラサル問題ナリ畢竟訴訟ニ參加ヲ爲スハ或ハ其訴訟ニ付テ自己ノ利益ヲ保護セントスルカ爲メナルモノトス刑事ノ訴訟ニ參加ヲタル被告人ノ利益ヲ保護セントスルカ爲メカ又ハ主許ス可キヤ否ヤニ付テハ立法上三個ノ說アリ左ノ如シ

第一說ハ刑事訴訟ニ參加シ得ルモノハ唯民事原告人ノミニシテ其他ノ者ハ一切刑事ニ參加スルコトヲ得ス[illegible]云フニ在リ[illegible]

第二說ハ民事原告人ノ起訴ニ係ル場合ト檢事ノ起訴ニ係ル場合トヲ區別シ第一ノ場合ニハ參加ヲ許ス可キモ第二ノ場合ニハ參加ヲ許ス可ラスト云フニ在リ

第三說ハ民事擔當人ハ常ニ之ニ參加スルコトヲ得ルト云フニ在リ(民事原告人トハ犯罪ノ爲メ生シタル損害ノ賠償ヲ要求スル權アル者ヲ云ヒ民事擔當人トハ犯罪ノ爲メ生シタル損害ノ賠償ヲ負擔スルモノヲ云フ例ヘハ被雇人ノ所爲ニ付テ雇主ハ民事擔當人タルカ如キ是レナリ)

以上三个ノ說中方今一般ニ第三說ヲ以テ定說ト爲スニ至レリ我刑事訴訟法モ亦第三說ノ主義ヲ採用シタルモノナリ

其參加ヲ許シタル効果ハ如何(一)參加人ニ對シテモ裁判ノ効力アリ(二)參加人若シ正犯又ハ從犯ナルトキハ裁判官ハ檢事ノ起訴ヲ俟タス之ニ刑ヲ言渡スコトヲ得ヘシ是レ參加人ハ既ニ訴訟人ノ一人ナレハナリ

第三問　私訴ノ執行ハ何人ニ屬スルヤ

此問題ヲ說クニ先チ私訴ノコトニ付テ一言セサル可ラス元來私訴ノ目的ハ犯罪ノ事實ヨリ生スル損害ヲ賠償セシムルニ在リ(法文ニ依レハ私訴ノ目的ハ損害ノ賠償贓物ノ返還云々トアリト雖トモ是レ決シテ二個異別ノモノニアラス即チ贓物ノ返還ハ損害賠償ノ一種タルニ過キス然ルニ爰ニ之ヲ區別シテ記載シタルハ更ニ深意アルニアラスシテ贓物現ニ存在スルトキハ之カ返還ヲ求ムルヲ得ルト云フノ意ヲ示スニ過キサルノミ)故ニ私訴ヲ起スニハ左ノ四箇ノ條件ナカル可ラス

私訴ヲ起スニ必要ナル四个ノ條件

第一　被害者ノ損害アルヲ要ス　故ニ犯罪ニ依リ被害者ノ身体ニ非常ノ危害ヲ受ケシメントシタルモ之カ爲メ實際ニ損害ヲ生セサルトキハ私訴ヲ起スコトヲ得ス

第二　其損害カ犯罪タル可キ事實ニ原由スルコトヲ要ス　故ニ損害アルモ其基ク所ノ所爲カ犯罪タラサル以上ハ私訴權ヲ生セス此場合ニハ只普通民事上ノ訴權ヲ生スルコトアルニ過キサルナリ

然レトモ時ニ或ハ一箇ノ犯罪ニ付テ一ハ民事上ノ訴權ヲ生シ一ハ私訴權ヲ生スルコトナシトセス例ヘハ委托物費消罪ノ場合ノ如キ仝一ノ原告人

ニ仝時ニ二様ノ訴權ヲ生ス即チ一ハ犯罪ヲ原由トスル私訴ニシテ一ハ契約ヲ根據トスル物件取戻ノ訴權是レナリ此ノ如キ場合ニハ原告人ハ其中何レヲ擇ンテ起訴ヲ爲スモ其自由ナリトス

第三　其損害カ回復セラル可キ性質ヲ有スルコトヲ要ス　之ヲ換言スレハ到底回復ス可ラサル損害ニ係ルトキハ之ニ對シテ私訴ヲ執行スルコトヲ得ス即チ財産ニ對スル犯罪例ヘハ財物ヲ竊取シ若クハ毀壞セシ犯罪ニ對シテハ金錢ヲ以テ之カ賠償ヲ爲サシムルコトヲ得此等ハ即チ其損害ノ回復セラル可キ性質ヲ有スル著明ナル例ナリトス然レトモ財産ニ對スル犯罪ト雖トモ場合ニ依リテハ其額極メテ些少ナルカ爲メ之ヲ回復ス可ラサルモノト爲ス場合ナシトセス即チ殆ント無キモノハ寧ロ無キニ均シト云フ法理ニ依リ之カ爲メ公訴ヲ起スコトヲ得ヘキモ私訴ハ之ヲ起スコトヲ得サル場合アリ又犯罪ニ依テ不愉快ナル感觸ヲ招キタリト云フカ如キ場合ハ回復ス可ラサル損害ナリトシテ私訴ヲ起サシメサル適例ナリトス然レトモ尚ホ此處ニ於テ注意ス可キハ回復セラル可キ損害ハ必スシモ金錢上ノ損害ノミニ限ラス名譽上ニ關スルモノト云ヒ其損害ヲ回復セシム可キ方法アルトキハ固ヨリ私訴ヲ起スノ妨ケトナラサルナリ即チ裁判所ニ訴ヘ出テ加害者ヲシテ名譽回復ノ廣告ヲ爲サシムルカ如キ是レナリ

第四　私訴ハ損害ノ回復ヲ目的トスルモノナルコトヲ要ス　換言スレハ均シク犯罪ヲ根據トシテ提起スル訴訟ナリト雖トモ其目的損害ノ回復ニアラサルトキハ私訴ニアラス例ヘハ子トシテ親ヲ殺サンコトヲ企テタリトテ之ニ對シ相續權ノ無資格者ナリトシ之カ排除訴權ヲ行フカ如キハ等シク犯罪ヲ根據トスル訴訟ナルモ其目的損害ノ回復ニアラス故ニ固ヨリ私訴ニアラサルコト明カナリ又有夫姦ニ付テ夫カ妻ニ對シテ離婚ヲ訴フルカ如キ素ヨリ其犯罪ヲ根據トスルモノナリト雖トモ其目的損害ノ回復ニアラス從テ私訴ト云フヲ得サルナリ

以上私訴ノ何物タルコトニ付テ一言シタルモノナリ以下本問題ニ入テ講述セント欲ス

私訴ノ執行ハ何人ニ屬スル乎

私訴ノ執行ハ被害者ニ屬ス

私訴ノ執行ハ犯罪ニ因リテ損害ヲ蒙リタル總テノ人ニ屬ス抑モ公訴ハ國家ニ屬シ檢事國家ニ代リテ之ヲ行フニ過キサルモ私訴ハ反之被害者之ヲ行フコトヲ得ルハ勿論元來私訴ハ被害者ニ屬スルモノナレハ被害者ハ私訴ニ付キ棄權又ハ私和ヲ爲スコトヲ得是レ即チ本法第二條ニ私訴ハ犯罪ニ因リ生シタル損害ノ賠償贓物ノ返還ヲ目的トスルモノニシテ民法ニ從ヒ被害者ニ屬スト雖トモ之カ爲メ損害ヲ蒙ムルニ所以ナリ抑モ私訴ノ執行ヲ爲スニハ其人自身ニ損害ヲ被リタルコトヲ必要トス然レトモ直接ニ其人自身ニ對シテ犯サレタル犯罪ニ因リテ損害ヲ蒙リタルコトヲ必要トセス他人ニ對シテ犯シタル犯罪ト雖トモ之カ爲メ損害ヲ蒙ムルニ至リタルトキハ之ヲ以テ被害者ト云フコトヲ得ヘシ設令ハ子ニ對スル誹毀ノ罪ニシテ其父ニ損害ヲ被ムラシムルニ於テハ其父ハ自己ノ名義ヲ以テ私訴ヲ爲スコトヲ得其他妻ノ財産ニ對スル犯罪アリタルトキ夫之カ爲メニ損害ヲ被ムレハ夫ハ自己ノ名義ヲ以テ私訴ヲ爲スコトヲ得妻ノ名譽ニ對スル犯罪ニ付テハ羅馬法ニ於テハ損害ノ有無ヲ考察セス直ニ妻ノ名譽ハ即チ夫ノ名譽ナリトシテ夫ニ私訴ヲ爲スコトヲ許シタリ日本ニ於テモ封建時代ニ在リテハ夫ノ

權頗ル强大ニシテ妻ノ名譽ヲ害スレハ則チ夫ノ名譽ヲ害シタリト看做セリ今日ニ於テハ何レノ國ト雖トモ單ニ妻ノ名譽ヲ害シタルノミニテ直ニ夫ニ私訴ヲ爲スコトヲ許サス其犯罪ノ結果殊ニ夫ノ名譽ニ關スル場合ニ限リ之ニ私訴ヲ爲サシムルニ至レリ蓋シ今日ニ於テハ昔時ノ如ク夫權ノ强大ナラサルニ由ルナリ其他前述ノ理由ニ因リ父又ハ夫ニ對スル犯罪ニシテ財産上ノ損害ヲ及ホシタル場合ニ於テ其子タリ又ハ妻タル者父又ハ夫ニ因リテ生活セルモノナルトキハ自己ニ損害ヲ被ルコトアルニ依リ之カ爲メ自己ノ名義ヲ以テ私訴ヲ爲スコトヲ得又彼ノ民事擔當人タル主人、親方、教師、師匠ハ其僕婢、手代、生徒、弟子カ他ノ犯罪ニ依リ損害ヲ被ムルトキハ自己ニ損害ヲ受ケタルコトヲ理由トシテ私訴ヲ爲スコトヲ得又之ト全一ノ理由ニ因リ債權者ハ債務者ニ對スル犯罪ニ依リ損害ヲ受クルトキハ自ラ私訴ヲ爲スコトヲ得而シテ其債務者ノ財産ニ對スル犯罪アリタルトキハ勿論仮令ヒ身体ニ對スル犯罪ノ場合ト雖トモ損害ヲ受クルコトアレハ則チ私訴ヲ行フコトヲ得ヘシ例ヘハ債務者ノ技能ヲ目的トシテ債權者トナリタルトキ又ハ債務者其人ノ信用ヲ目的トシタル場合ニ於テ債

務者他ノ犯罪ノ爲メ義務ヲ果スコト能ハサルトキノ如シ是レ畢竟民事上ノ原則ヨリ來リタルモノニシテ即チ民法債權擔保編第一條ニ債務者ノ總財産ハ債權者ノ共同ノ擔保ナリトアル如ク債務者ノ財産減少スレハ則チ債權者ノ損害ト爲ルニ依ルナリ

此ノ如ク苟モ損害ヲ蒙リタル者ハ自己ノ名義ヲ以テ特別ニ訴權ヲ有スルモノナルカ故ニ直接ニ犯罪ノ目的トナリタル被害者カ其訴權ニ付キ棄權又ハ私和ヲ爲スモ他ノ者ノ有スル訴權ハ爲メニ消滅スルモノニ非ス

是レヨリ私訴ハ被害者ノ相續人ニ於テ之ヲ行フコトヲ得ル乎ト云フ問題ニ移ラン此問題ヲ說クニ當リ左ノ三个ノ場合ニ區別シテ論セン

第一　犯罪カ被害者死去ノ前ニ在リタルトキ

第二　犯罪カ原因ト爲リテ被害者死去シタルトキ

第三　犯罪カ被害者死去ノ後ニ生シタルトキ

此ニ注意ス可キハ相續人トハ被害者既ニ死去シタルコトヲ想像シタルモノニシテ被害者本人未タ生存スレハ相續人ト云フヲ得サルナリ

第一　犯罪カ被害者死去ノ前ニ在リタル場合

右ノ場合ヲ小別シテ又左ノ二個ノ場合トス

第一　被害者死去前既ニ私訴ヲ起シタルトキ

第二　被害者死去前未タ私訴ヲ起サヽリシトキ

第一ノ場合　相續人ハ常ニ先人ノ私訴權ヲ承繼スルコトヲ得而シテ此場合ニ於テハ財産ニ對スル犯罪ナルト身体又ハ名譽ニ對スル犯罪ナルトヲ問フヲ要セサルナリ何トナレハ元來訴權ハ一ノ資産ヲ組成スル權利ニシテ凡ソ先人ノ權利義務ハ其相續人ニ於テ之ヲ承繼スルヲ一般ノ原則トスレハナリ

第二ノ場合　羅馬法ニ於テハ通則トシテ先人カ有スル私訴權ハ相續人ニ於テ當然之ヲ承繼スルモノトセリ是レ民法ニ於ケル先人ノ權利義務ハ當然相續人ニ移轉ストノ原則ニ基キタルモノナリ而シテ私訴ハ元來民法上ノ訴權ナレハ此原則ヲ更フルノ理由ナシ然レトモ又之カ區別ヲ立テサル可ラサルモノトセリ即チ先人ノ財産ニ對スル犯罪又ハ身体ニ對スル犯罪ニ付テハ此原則ヲ適用スヘキモ誹毀又ハ罵詈ノ罪ノ如キ名譽ニ對スル犯罪ニ付テハ右原則ノ例外ト

シテ之ヲ相續人ニ承繼セシム可ラストセリ此羅馬法ノ主義ハ佛法ニ移リ又佛法ニ摸擬シタル諸國ノ法律ハ凡テ羅馬法ノ如ク名譽ニ對スル犯罪ニ付キ先人私訴ヲ起サス默過シタルトキハ之ヲ拋棄シタルモノト看做スニ至レリ抑モ原則トシテハ相續人ハ總テ死者ノ權利義務ヲ承繼スヘキモノナリ決シテ先人カ有スル訴權中ニ區別ヲ爲スヘキノ理由アルコトナシ故ニ先人カ明カニ又ハ暗ニ其訴權ヲ拋棄シタルニアラサレハ悉ク之ヲ相續人ニ移轉スヘキモノト爲サヽル可カラス然ルニ誹毀詈罵ノ罪ニ付テハ羅馬法以來沿革上ノ法理ニ因リテ相續人ニ承繼セシメサルハ何ソヤ蓋シ特別ノ理由アリテ存スルニ依ルナリ其理由ハ第(一)先人カ此種類ノ犯罪ニ付キ私訴ヲ起サスシテ死去シタルトキハ先人ニ於テ被告人ヲ宥恕シタルモノト看做スコトヲ得ヘシ第(二)此種類ノ犯罪ハ被害者ノ告訴ヲ待テ始メテ起ルモノニシテ被害者ノ告訴アラサレハ起訴ヲ爲スコトヲ得ス故ニ被害者其死去ノ前ニ於テ起訴ヲ爲サヽリシハ蓋シ之ヲ拋棄シタルカ故ナラントノ推測ヲ下スコトヲ得ヘシ由是觀之獨リ誹譏罵詈ノ如キ名譽ニ對スル犯罪ノミニ止マラス苟モ告訴ヲ待テ受理ス可キ犯罪ニ付テハ私訴相續人ニ移ラサルモノト論斷セサル可ラス

第二　犯罪カ原因トナリテ被害者死去シタル場合

此場合ニハ古代ノ法律ニ於テハ私訴ノ權親族ニ在リトセリ即チ私訴ヲ爲スヲ得ルモノハ第一妻タル者第二子タル者第三孫タル者第四尊族親第五兄弟姉妹トシ其他ノ遠族ハ相續人タル資格ヲ以テスルニ非サレハ私訴ヲ起スコトヲ得ストセリ換言スレハ相續人ナルトキハ如何ナル遠族ノ者ト雖モ私訴ヲ起スコトヲ得タルモノナリ今日ニ於テモ相續人及ヒ直接ニ損害ヲ被ムリタル者ハ總テ私訴ヲ起スコトヲ得ト論スル者アリ有名ナル「フオーステンエリー」氏ノ如キ是レナリ然レトモ余ノ最モ信用スル或ル學者ハ相續人タル資格ニテハ訴權ナシト論セリ其理由ニ曰ク元來相續人カ先人ノ訴權ヲ行フコトヲ得ルハ相續人カ先人ノ權利義務ヲ承繼スルカ故ナリ換言スレハ相續人ノ承繼シ得ルモノハ先人カ有スル權利訴權ナラサル可カラス然ルニ先人ハ犯罪ニ因リテ死去セリ死者ハ權利義務ヲ有セサルモノナリ故ニ相續人カ承繼セントスル所ノ訴權ハ曾テ先人ニ屬セサルモノナリ豈承繼スヘキ訴權アランヤト然レトモ相續人ハ

死者ニ對スル愛情ノ爲メニ悲哀措ク能ハサルノ故ヲ以テ私訴ヲ起スコトヲ得ルニ非サルカノ疑アリ然レトモ愛情ハ以テ私訴ノ原因ト爲スニ足ラストハ今日一般學者ノ疑ハサル所ナリ又或ハ先人ノ訴權ハ相續人ニ移轉シ從テ相續人ハ私訴ヲ起スコトヲ得ト論スル者アリ曰ク先人カ有セサル訴權ハ固ヨリ之ヲ承繼スルヲ得スト雖トモ此場合ニ於テハ先人カ有セサル訴權ナリト云フヲ得サルナリ抑モ人ノ死スルニ當リテヤ倏然トシテ死スルモノニ非ス必ス多少ノ時間ヲ經過スルモノナリ即チ先人ニ生存中既ニ訴權生シタリト云ハサル可ラスト此論頗ル理アルカ如シト雖トモ亦甚タ微妙ニ過クルノ嫌ナキ能ハス

今日ノ定說ニ依レハ相續人ハ相續人タル資格ヲ以テ訴權ヲ有スルモノニ非スシテ自已ニ損害ヲ被ムリタル被害者タルノ資格ヲ以テ私訴ヲ起ス可キモノナリ故ニ相續人ト雖トモ損害ヲ被ムルニ非サレハ私訴ヲ爲スコトヲ得ス要スルニ損害ノ有無ニ歸着スルカ故ニ仮令ヒ相續人ニ非サル者ト雖トモ損害ヲ被ムルニ於テハ私訴ヲ爲スコトヲ得ヘシ

第三　犯罪カ被害者死去ノ後ニ生シタル場合

犯罪カ被害者ノ死去后ニ在リトハ頗ル奇ナルカ如シ然レトモ亦其場合ナキニ非ス即チ死者ニ對スル誹謗ノ罪ノ如キ是レナリ此場合ニ於テハ相續人ハ私訴權ナシト云ハサル可ラス何トナレハ名譽ニ關スル犯罪ニシテ未タ之ニ對シテ私訴ヲ起サヽルモノナレハナリ假リニ之ヲ相續人ニ移轉スヘキモノトスルモ犯罪ノ成立其人ノ死去后ニ在ルモノナレハ相續人ニ移轉スヘキ訴權アルコトナレ且假令ヒ死者ノ性質品行等其人ノ身上ニ付キ誹毀シタル者アリトスルモ元來死者ニ對スル誹毀ノ罪ハ事實誣罔ニ出テタル場合ニ非サレハ成立セス又假令ヒ無實ノコトニ出ルモ通常相續人ニ害ヲ及ホサヽルモノナリ何トナレハ單ニ其人ノ一身上ニ關スルコトヲ云フモ相續人ニ痛痒相關セサルコト多ケレハナリ然レトモ時トシテハ死者ヲ誹毀スルト仝時ニ相續人ニ害ヲ及ホスコハナシトセス此場合ニ於テハ相續人ハ私訴ヲ起スコトヲ得可シ然レトモ這ハ相續人タル資格ヲ以テスルニ非ス即チ死者ノ訴權ヲ以テスルニ非スシテ自已ノ名義ヲ以テ私訴ヲ起スモノナリ設令ハ死者ハ不品行ニシテ曾テ姦通ヲ爲シテ現時ノ相續人某ヲ生メリ又死者ハ屢々強窃盗ヲ働キタリ又官吏中監守盗ヲ爲

シタリトノコトヲ以テ死者ヲ誹毀シタリトセン此場合ニ於テハ死者ハ素ヨリ誹毀セラレタリト雖トモ獨リ死者ノミニ非ス其相續人モ亦誹毀セラレタルモノナリ何トナレハ相續人ハ姦通ヨリ生シタル子又ハ相續人ノ富ハ不正ノ富ナリト相續人其人ヲ誹毀シタルモノナレハナリ

此所ニ一ノ疑問アリ即チ或ル資格又ハ條件ヲ有セサル者カ官許ヲ得スシテ私カニ營業ヲ爲シタルトキハ他ノ正當ノ同業者ハ爲メニ損害ヲ受ケタリトシテ之ニ對シ損害要償ノ私訴ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤノ疑問ナリ(尤モ此問題ハ或ル資格又ハ條件ヲ欠クトキハ行政規則ニ觸レ罪ト爲ル可キ場合ヲ想像ス)

此問題ニ付キ四箇ノ學說アリ即チ左ノ如シ

第一說　請求權ヲ有ス然レトモ一ハ條件ヲ必要トス即チ其地方ノ同業者ハ總テ一致シテ起訴セサル可ラス何トナレハ同業者總テ一致シテ起訴スルニ非サレハ損害ノ有無ヲ知ル能ハサレハナリ

第二說　何等ノ條件ヲモ要セス何人ニテモ私訴ヲ起スコトヲ得何トナレハ爲メニ幾分ノ損害ヲ被ムリタルニハ相違ナカル可シ而シテ苟モ損害ヲ被ムル以上ハ其賠償ヲ請求シ得ヘキハ理ノ當然ナレハナリ

第三說　何人モ全ク請求權ヲ有セス或ル資格又ハ條件ヲ欠クトキハ行政規則ニ違ヒタリトシテ之カ爲メ國家ニ公訴權ヲ生スルモ一私人ノ爲メ私訴權ヲ生セス何トナレハ元ト其營業ニ資格條件ヲ要スル所以ハ畢竟公益保護ノ爲メニシテ私益ヲ保護スルノ爲メニアラサレハナリ

第四說　請求權ヲ有ス然レトモ其損害ハ須ラク確實ナラサル可ラス即チ場合ヲ區別シテ之ヲ論セサル可ラス設令ハ大ナル町村ニシテ全業者夥多ナル場合ニ於テハ同業者中一二ノ者ヨリ起訴ヲ爲スモ事實損害アリヤ否ヤ未タ確實ナラサルヲ以テ其請求ヲ容ルヽヲ得ス之ニ反シ小ナル町村ニシテ全業者僅カニ數人ナルトキハ恰モ專賣ノ姿ナレハ其請求ヲ許サヽル可カラス何トナレハ此場合ニ於テハ損害ヲ受ケタルコト確實ナレハナリ

右四箇ノ學說中孰レカ可ナルヤハ諸君ノ撰擇スル所ニ任セン

以上ニテ私訴ノ執行ハ何人ニ屬スルヤノ問題ヲ研究シ終レリ尙ホ爰ニ附說ス

可キコトアリ私訴ハ被害者ニ屬スルモノナレハ被害者親ラ私訴ヲ爲サヽルモ其代人ヲ以テ之ヲ爲サシムルコトヲ得ルハ民事上ノ規則ニ照シ明カナリ而シテ其代人ヲ以テス可キ場合ヲ示セハ左ノ如シ

第一　被害者未成年ナル場合　未成年者ハ無能力者ナレハ法律上ノ代理人即チ父母若クハ后見人ヲ以テ私訴ヲ起スコトヲ得ヘシ此ニ附述ス可キハ等シク無能力者ナルモ有夫ノ婦ハ其夫ノ許諾ヲ得レハ自ラ私訴ヲ爲スコトヲ得

第二　被害者禁治産者ナル場合　法律上又ハ裁判上(裁判上治産ノ禁ヲ受クル者ハ白痴瘋癲者等)ノ禁治産者ハ未成年者ト仝シク後見人若クハ管財人ヲ以テ私訴ヲ爲スコトヲ得

第三　被害者無形人ナル場合　會社其他市町村ノ如キ公私ノ無形人ハ其代表者ヲ以テ私訴ヲ起スモノトス

第四　私訴權ノ讓受人　私訴ノ目的金錢ニ在ルトキハ他ノ訴權ト同シク之ヲ他人ニ讓渡スコトヲ得然レトモ無形上ノ回復即チ名譽ノ回復ノ如キハ其人ノ心情ニ附着スルモノナルヲ以テ之ヲ讓渡スヲ得ス故ニ金錢ヲ目的トスル私訴權ノ讓受人ニ限リ被害者ニ代リテ私訴ヲ起スコトヲ得

第五　被害者ノ債權者　債權者ハ其債務者タル被害者ニ代リテ之ニ屬スル私訴ヲ行フコトヲ得是レ債務者カ有スル財産ハ總テ債權者ノ共同擔保物ナリトノ原則ヨリ出ツ(民法財産編第三百三十九條佛民法第千百十六條)然レトモ此場合ニ於テモ金錢ヲ目的トスル訴權ニ限ルモノニシテ被害者ノ一身上ニ附着スル訴權ニ至テハ債權者代テ之ヲ行フコトヲ得ス

右ノ外約束上ノ代理人カ本人ニ代リテ私訴ヲ行フコトヲ得ルハ勿論ナリトス

私訴ハ何人ニ對シテ之ヲ行フ可キ乎

私訴ハ正犯從犯及ヒ其相續人又ハ民事擔當人ニ對シテ之ヲ行フモノトス

正犯從犯ニ對シテ私訴ヲ行フコトヲ得ル所以ハ元來私訴ハ犯罪ニ原因シタル損害賠償ニシテ其源ヲ民事上ノ原則ニ及シタルモノナリ曰ク何人ニテモ自己ニ權利ナクシテ他人ニ損害ヲ釀シタル者ハ之ヲ償ハサル可ラスト是レ即チ私犯ノ一大原則ニシテ正犯從犯ハ其不正ノ所爲ニ依リ他人ニ損害ヲ釀シタルモ

ノナレハ之ヲ償フノ義務アルコト當然ナリトス若シ正犯從犯等ノ加害者數名アルトキハ悉ク之ヲ相手取ルコトヲ得而シテ犯罪人ハ犯罪ニ原因シタル損害ノ賠償ニ付テハ法律上全部若クハ連帶ノ義務アリ故ニ犯罪人中死去又ハ逃亡シタル者アリテ現存スル一人ニ對シテ請求シタルトキハ仮令一人ニテモ全部賠償ノ義務ヲ盡サヽル可ラス

又相續人ニ對シテ私訴ヲ行フコトヲ得ルハ何故ナルカ元來公訴ハ犯罪人其人ニ對スルニ非サレハ之ヲ起スコトヲ得サルモノナルニ等シク犯罪ニ原因シタル訴權ニシテ私訴ニ限リ其相續人ヲ訴追シ得ル所以ハ私訴ハ刑罰ヲ請求スル訴權ニ非スシテ單ニ賠償ヲ求ムル訴權ナレハナリ即チ財產ニ對スル訴權ナルカ故ニ其人ニ對スル訴權ト云ハンヨリハ寧ロ其財產ニ對スル訴權ト云フ可カレハナリ然レトモ此ニ注意ス可キハ私訴ハ犯罪ニ原因シタルモノナレハ公訴提起前ニ犯人死去シ公訴消滅シタルトキハ其相續人ハ私訴トシテ損害賠償ノ請求ヲ受ク可キ理アルコトナシ此場合ニ於テ被害者ハ純粹民事ノ損害賠償ノ訴權ヲ有スルノミ

第二問訴權ノ執行

又民事擔當人ニ對シテ私訴ヲ行フコトヲ得ル所以ハ民事擔當人タル父若クハ母又ハ主人等ハ其子又ハ僕婢ヲ監督スル義務アルモノナルニ其監督ヲ怠リ爲メニ他人ニ損害ヲ蒙ラシメタルニ由ル然レトモ民事擔當人ハ元來刑事ノ被告人ニ非サルニ刑事ノ訴訟中ニ於テ之ニ對シテ請求ヲ爲スコトヲ許スハ便宜上ヨリ出テタル一ノ變例タルニ過キサルナリ

以上ニテ私訴ハ何人ニ對シテ行フカノ問題ヲ了レリ爰ニ序テナカラ一言述フ可キコトアリ私訴ニ付テハ通常民事ノ規則ヲ適用スルモノナレトモ私訴ト純粹民事ノ訴トノ間ト全一ナラサル點アリ即チ民事上有夫ノ婦ハ夫ノ許諾ヲ得ルニ非サレハ訴訟ヲ爲スコトヲ得サルモノナレトモ私訴ヲ受ケタル場合ニ於テハ婦ハ之ヲ防クニ夫ノ許諾ヲ要セサルモノトス其理由ハ婦カ私訴ヲ受クル場合ハ通常自ラ被告人ニシテ夫ノ許諾ヲ經ルコト事實上能ハサル所ナルト刑事ハ民事ト異リ檢事ノ立會アリテ充分被告人ヲ保護スルニ足ルニ由ル

第二 訴權ノ執行

訴權ノ執行モ亦公訴私訴ニ區別シテ講究セン

先ヅ公訴執行ノ場合ヨリ研究ヲ始メンニ公訴執行ノ問題ハ分チテ左ノ三個トス

第一　公訴權ノ獨立

第二　檢事カ公訴ヲ起サヽルコトヲ得ル自由ニ對スル制限

第三　檢事カ公訴ヲ行フ自由ニ對スル制限

公訴權ノ獨立

第一　公訴權ノ獨立　本法第三條ニ公訴ハ被害者ノ告訴ヲ俟テ起ルモノニ非ス又告訴私訴ノ拋棄ニ因テ消滅スルモノニ非ストアリ凡ソ國家カ犯罪ノ所爲ニ依リ害ヲ被ムリタルトキハ之ニ對シ公訴ヲ起スノ權直チニ國家ニ生ス然レトモ國家ハ無形ノモノナルニ依リ其執行ニ至テハ法律ノ定ムル所ニ依リ檢事之ニ任セサル可ラス而シテ檢事カ公訴ヲ起スニ付テハ不羈獨立ニシテ其意見ニ依リ或ハ公訴ヲ起シ或ハ之ヲ起サヽルコトヲ得被害者ノ告訴ノ有無等ハ敢テ關係ヲ有スルモノニ非サルナリ此ノ如ク檢事カ有スル公訴執行ノ權ハ檢事ノ自由權內ニ在ルモノナレバ一私人ハ勿論裁判所ト雖トモ直接又ハ間接ニ之ニ干涉スルヲ得ス又檢事カ公訴ヲ行フニ付テ之カ障碍ヲ爲スヲ得ス之ヲ公訴權ノ獨立又ハ檢事ノ獨立ト云フナリ而シテ此公訴權ノ獨立ハ絕對ニシテ制限ナキヤ否ヤ是レ第二問第三問ノ起ル所以ナリ之ヨリ第二問ニ移ラン

檢事カ公訴ヲ起サヽルヲ得ル制限

第二問　檢事カ公訴ヲ起サヽルコトヲ得ル自由ニ對スル制限公訴ヲ起スト否トハ檢事ノ自由ナリト雖トモ其自由タルヤ絕對的ニ非スシテ多少ノ制限ヲ受ク即チ上官又ハ大臣ノ命令ニ從ハサル可ラス舊治罪法ニ於テハ被害者豫審判事ニ對シ民事原告人タルノ申立ヲ爲ストキハ檢事ハ其后ノ手續ヲ爲サヽルヲ得サリキ然ルニ新刑事訴訟法ニ於テハ其規定ヲ廢セリ故ニ今日ニ在テハ檢事ハ唯タ場合ニ依リ上長官ノ命令ニ從ハサル可ラサルノ制限アルノミ其他檢事ハ現行犯ノ場合ヲ除クノ外主トシテ告訴告發ニ因リテ犯罪ヲ認知ス即チ告訴告發ハ檢事ニ向ケ之ヲ爲ス(第四十九條第五十二條第五十三條)モノナリ然レトモ檢事ハ之ニ羈束セラルヽモノニアラスシテ起訴ヲ爲スト爲サヽルトハ檢事ノ隨意ナルコトハ第六十四條第二項ニ被告事件罪ト爲ラス又ハ公訴受理ス可カラサルモノト思料シタルトキハ起訴ノ手續ヲ爲スヘカラストアルヲ以テ分明ナリトス

第三　檢事カ公訴ヲ行フニ付テノ制限　檢事ハ公訴ヲ行フニ付テハ全ク自由ナリト雖トモ之ニ二個ノ制限アリ

檢事カ公訴ヲ行フニ付テノ制限

第一　永久ニ公訴ヲ行フコトヲ得サル場合

第二　一時公訴ヲ行フヲ得サル場合

右第一ノ場合ヲ左ノ數個ニ區別シテ說明セン

第一　公訴權消滅シタル場合　後ニ至リテ詳述セン

永久公訴ヲ行フコトヲ得サル場合

第二　外國ニ於テ犯シタル行爲ニシテ日本刑法ニ照シテ罰スルコトヲ得サル場合　本邦人カ外國ニ於テ犯シタル重罪ハ日本ノ刑法ヲ以テ罰スルコトヲ得ルモ輕罪ニ至テハ稍輕微ナルカ爲メ外國ニ在ルモノハ其犯罪タルコトヲ忘ルヽモノトシ之ヲ罰セサルヲ常トス其地方警察ノ爲メ罰スル違警罪ノ如キハ日本ノ公安ヲ害セサルモノナレハ之ヲ罰スルヲ得ス故ニ是等ノ犯罪ニ對シテハ檢事公訴ヲ行フヲ得サルモノトス

第三　外國ノ皇族又ハ公使及ヒ公使館員　外國ノ皇族ハ我國ノ主權者ト對等ノモノナレハ隣國ニ對スル好ミヲ完フスル爲メ之ヲ罰スルコトナシ又公使ハ其國主權者ノ代表者ニシテ公使館ハ外國ノ邦土ノ延長シタルモノト看做スカ故ニ之ヲ罰スルコトナシ而シテ公使館員中ニハ公使ノ家族書記官及ヒ其從僕等ヲ包含セリ然レトモ日本人トシテ公使館ニ雇ハレタル者ノ如キハ此中ニ包含セス故ニ其雇人ニシテ罪ヲ犯セハ之ニ對シテ公訴ヲ起スコトヲ得

其他日本ニ於テハ云フモ恐レ多キコトナカラ無論　天皇陛下ニ對シ奉リテハ公訴ヲ起スヲ得ス又條約改正ヲ爲シ治外法權ヲ撤去セサル間ハ條約國人ニ對シテ公訴ヲ起スヲ得サルナリ

或ル學者ハ第四第五ノ場合トシテ男子カ小女ヲ略取誘拐シテ後之ト正當ノ婚姻ヲ爲シタル場合及ヒ仝居ノ親族間ニ於テ竊盜罪詐欺罪又ハ受寄財物費消罪ヲ犯シタル場合ヲ追加シ此等ノ場合ニ於テハ最早公訴ヲ起スヲ得スト論セリ

公訴提起ハ檢事ノ自由ナリトノ原則

是ヨリ公訴ノ提起ハ、檢事ノ自由ナリト云フ原則ノ例外タル第二ノ場合即チ檢事カ一時公訴ヲ行フヲ得サル場合ニ移ラン

ノ例外タル第二ノ場合ノ細別

公訴ノ提起ニ付キ豫メ許諾ヲ要スル場合

此第二ノ場合ヲ分ツコト左ノ如シ

第一　豫メ許諾ヲ經ルヲ要スル場合

第二　告訴ヲ待テ公訴ヲ受理スル場合

第三　豫斷ヲ要スル場合

第四　犯罪人カ外國ニ住居スル場合

第一　豫メ許諾ヲ經ルヲ要スル場合

凡ソ檢事ハ法律ニ依リテ公訴權ノ執行ニ任セラルヽモノナリ故ニ苟モ罪ト爲ル可キ所爲アレハ其犯人ノ何人タルヲ問ハス直チニ之ニ對シテ公訴權ヲ行フコトヲ得ルヲ以テ通則トス然レトモ其例外トシテ豫メ許諾ヲ經サル可カラサル場合二箇アリ

第一　國會議員ノ犯罪

第二　或ル種類ノ官吏若クハ有爵者又ハ有位者ノ犯罪

第一ノ場合　憲法第五十三條ノ明文ニ依ルニ「貴族衆議兩院ノ議員ハ現行犯罪又ハ內亂外患ニ關ル罪ヲ除ク外會期中其所屬院ノ許諾ナクシテ逮捕セラルヽ

コトナシ」トアリ故ニ議員ニ犯罪ノ所爲アルモ議會々期中ハ猥リニ逮捕セラレサルヲ以テ通則トス然レトモ本條ノ明文ニモアル如ク直ニ逮捕シ得ヘキ例外ノ場合二箇アリ

第一　現行犯ノ場合

第二　國事犯ノ場合

右現行犯(舊治罪法第百條本法第五十六條)中准現行犯ハ例外中ニ入ルヤ否ヤニ付テ疑ヒアリ然レトモ准現行犯ハ例外中ニ入ラストスル說穩當ナルカ如シ蓋シ例外ハ狹隘ニ解釋ス可キモノナレハナリ即チ議員ノ犯罪ニ付テハ直チニ之ヲ逮捕スルヲ得ストノ原則ニ對スル例外ハ比附援引シテ之ヲ他ノ場合ニ擴張ス可カラサルモノトス而シテ國事犯ノ如何ニ付テハ刑法第二編第三章即チ第百二十二條以下ノ規定ニ依リ明カナレハ今此ニ之ヲ述ヘス

抑モ議員ノ犯罪ニ對シテハ議會ノ許諾アルニ非サレハ之ヲ逮捕スルコトヲ得スト云フ原則ノ理由ハ如何議員ト雖トモ一國ノ臣民ナレハ苟モ罪ヲ犯セハ之ニ對シテ公訴ヲ提起ス可キハ固ヨリ當然ナリ然ルニ此原則ニ依テ議員ヲ保護

議員保護ノ原則ハ之カ裁判ノ妨ト為ス

スル所以ハ議員其人ヲ保護セントト欲スルニ非スシテ憲法上ノ原理ヲ完フセンカ爲メナリ即チ議員ノ自由ヲ保護シテ以テ議員ノ議員タル本分ヲ果サシメントスルニ在ルナリ尚ホ換言スレハ重大ナル議院ノ仕事ヲシテ一私人ノ犯罪ノ爲メニ妨ケサラシメントスルニ在ルナリ而シテ此原則ハ議員タル資格ニ付キ多少爭ヒアルトキト雖トモ未タ其資格ナキモノト確定セサル間ハ議員ハ則チ議員ナレハ等シク此原則ヲ通用セサル可ラス

然レトモ此議員保護ノ原則ハ之カ爲メ証據蒐集ノ妨害ト爲ルモノニ非ス即チ其犯罪事件ニ付キ探偵ヲ爲シ証人ヲ訊問シ又ハ鑑定ヲ爲サシムル等其他証據保全ノ行爲ヲ爲スコトヲ得唯タ議員ヲ裁判所ニ呼出シ之ヲ訊問シ之ヲ逮捕スル等其自由ヲ妨害スル行爲ヲ爲スヲ得サルノミ

議員逮捕許諾ノ手續ハ起訴ノ前ニ檢事ヨリ先ツ議會ノ議長ニ向テ其許諾ヲ求ムルモノナリ然リ而シテ其許諾ノ請求ニ應スルト否トハ議會ノ自由ニシテ議會ハ之ヲ拒否スルコトヲ得然レトモ其拒否ノ權ハ議會ノ開期中ニシテ其閉會後ハ議會ノ與リ知ル所ニ非ス故ニ議會ノ開會前又ハ閉會後ハ自由ニ議員ヲ逮捕スルコトヲ得ルナリ若シ議會開會前ニ逮捕セラレタル議員アリテ其取調中開會ニ迫リ爲メニ議會ニ差支ヲ生スルトキハ議會ハ其保釋ヲ請求シ又ハ其開會中其取調ノ中止ヲ請求スルハ格別ナリト雖トモ其許否ノ權ハ總テ裁判官ニ在リトス

以上述ヘタル原則ハ議員ノ犯罪カ議員タル職務ニ關スル犯罪ナルト通常ノ犯罪ナルトヲ問ハス總テノ犯罪ニ之ヲ適用ス可キモノトスルモ唯タ違警罪ノ場合ニ於テハ之ヲ適用セス何トナレハ違警罪ニ付テハ代人ヲシテ代テ出廷セシムルヲ得ル而已ナラス其刑モ亦多ク科料ニ止マレハナリ然レトモ其刑拘留ニシテ議員ノ自由ヲ妨害セサルヲ得サルトキハ復タ右ノ原則ヲ適用セサル可カラサルカ如シ。

第二ノ場合　佛蘭西及ヒ佛蘭西ノ法律ニ摸倣シタル國ニ於テハ曾テ一般ニ官吏カ其職務ニ關シテ犯シタル犯罪ニ付テモ參事院ノ許可ヲ得タル後ニ非サレハ公訴ヲ起スヲ得スト云フ規則アリタリ然レトモ一般ノ官吏ハ議員ト異リ直チニ之ヲ逮捕スルモ其職務上大ナル差支ヲ生セサル而已ナラス此ノ如キハ行

政權ノ勢力强クシテ司法權ヲ侵害シタルモノナリトノ議論ヨリシテ遂ニ此規則ハ廢棄セラルヽニ至レリ故ニ今日ニ於テハ唯內閣員ノ犯シタル犯罪ニ付テ多少ノ規則存スルコトアルノミ則チ內閣員ヲ逮捕スルニ當テハ先ツ衆議院ノ許諾ヲ經ルヲ必要トセリ是レ蓋シ內閣員ハ施政ニ關シ樞要ノ地位ヲ占ムルモノナレハ猥リニ之ヲ逮捕スルトキハ則チ政務ニ差支ヲ生スルト云フ理由ニ基ツクモノナリ故ニ內閣員ニ犯罪アルトキハ先ツ議院ヲシテ之ヲ逮捕スルモ差支ヲ生セサルヤ否ヤヲ審査セシム而シテ議院ニ此權アルハ議院憲法ノ原則ニ依リ政府ノ處置ヲ監督スルノ權アリテ常ニ其處置ヲ視察シ居ルカ故ニ能ク其差支ノ有無ヲ判別シ得ルモノト看做スニ由ルナリ又內閣員カ內閣員タルト仝時ニ貴族院ノ議員タルコトアリ而シテ之ヲ逮捕セントスルニ當リ議會開會中ナルトキハ其許諾ヲ經ルニ非サレハ之ヲ逮捕スルヲ得サルナリ是前既ニ述ヘタル議員ノ資格ニ因テ逮捕スルヲ得サル原則ノ適用ナリトス又內閣員ノ犯罪ニ付テモ違警罪ノ場合ニ於テハ直チニ公訴ヲ起スモ差支ナキコトハ前段ニ述ヘタル所ト仝一ナリトス

以上ハ內閣員カ現職ニ在ル場合ニシテ若シ既ニ辭職ヲ爲シタル後ナルトキハ政務ニ何等ノ差支ヲ生セサルヲ以テ通常ノ場合ノ如ク直ニ公訴ヲ提起スルコトヲ得

官吏中內閣員ノ犯シタル犯罪ニ於ケル外國ノ規定ハ此ノ如シ我國ニ於テハ明治十五年三月司法省丙第十七號達ニ勅奏任官華族帶勳有位者(從六位以上)カ禁錮以上ノ刑ヲ犯シタルトキハ直ニ公訴ヲ起スコトヲ得ス檢事ヨリ豫メ司法大臣ニ申立テ大臣ノ手ヲ經テ天皇ニ奏聞シタル後處分セサルヘカラス唯現行犯ノ場合ニ限リ直ニ逮捕シテ後奏聞スルモノナリ

檢事告訴ヲ待テ後受理スル可キ場合

第二　告訴ヲ待テ公訴ヲ受理スル場合

凡ソ公訴權ハ仝ク獨立ノモノニシテ公訴私訴ト相關セサルモノナルコトハ本法第三條ニ在リ曰ク「公訴ハ被害者ノ告訴ヲ待テ起ルモノニ非ス又告訴私訴ノ拋棄ニ因テ消滅スルモノニ非ス」ト抑モ犯罪ハ社會ノ秩序安寧ヲ紊亂スルモノニシテ多クハ又仝時ニ一私人ノ利益ヲ害スルモノナリト雖トモ公訴ノ目的ハ社會ノ秩序安寧ヲ維持スルニ在リ故ニ仮令ヒ被害者ノ告訴ナキモ現行犯ノ場合

ハ勿論其他新聞紙又ハ世間ノ風評等ニ因リ犯罪アリト思料シタルトキハ檢事ハ自由ニ公訴ヲ起スコトヲ得ルナリ此ノ如ク公訴ハ被害者ノ告訴アリタルカ爲メ起ルモノニ非ス又其拋棄ニ因リ消滅スルモノニ非サルヲ以テ通則トス然レトモ犯罪ニ由リテハ公益ヨリハ寧ロ私益ヲ害スルコト大ナルモノアリ是等ノ犯罪アルニ當テ被害者ノ告訴ノ有無ニ關セス直チニ公訴ヲ起シ之ヲ維持スルトキハ却テ被害者ノ損害ヲ益〻大ナラシムルニ至ルヘシ故ニ此ノ如キ場合ニハ專ラ私益ヲ保護スルノ法律ノ趣旨ニヨリ被害者又ハ其親族ノ告訴ヲ待テ始メテ公訴ヲ起シ又其拋棄ニ依テ之ヲ消滅セシムルモノトス而シテ其理由ハ犯罪ノ種類ニ依リ多少ノ差異アリト雖トモ主トシテ其犯罪ハ一家ノ秘事又ハ一私人ノ名譽ニ關スルモノニシテ之ヲ世ニ公ケニスルトキハ却テ益々被害者ノ名譽ヲ害シ一家ノ安全ヲ妨クルト云フニアルナリ

刑法中ニ於テ被害者ノ告訴ヲ待テ公訴ヲ提起ス可キ犯罪ノ種類ヲ擧示スレハ則チ左ノ如シ

第一　猥褻姦淫ノ罪

ヲ待テ受理スヘキ犯罪ノ種類

此種類ノ犯罪ハ告訴ヲ待テ後公訴ヲ提起ス可キモノト爲シタル所以ハ前既ニ略ホ之ヲ述ヘタル如ク是等ノ犯罪ハ固ヨリ公益ヲ害セサルニハ非サレトモ主トシテ私益ヲ害シ殊ニ一私人ノ恥辱ト爲ルモノナレハ單ニ公訴ノ目的ヲ達セシカ爲メ被害者ノ告訴ナキニ直チニ公訴ヲ起スコトヲ得ルモノトスルトキハ所謂暗處ノ恥辱ヲ明處ニ出スモノニシテ之カ爲メ被害者ノ損害ハ益々其重キヲ加フルニ至ルヘケレハナリ

猥褻罪强姦罪(刑法第三百四十六條以下)ニ付テハ被害者自身ノ告訴アレハ公訴ヲ起スハ勿論ナレトモ此犯罪ノ被害者ハ婦女子ニシテ且ツ幼者ナル場合モアレハ之ニ對シテ監督權ヲ有スル親族ノ告訴ニ因テ公訴ヲ起スコト多シトス

有夫姦罪(刑法第三百五十三條)此有夫姦罪ハ本夫ノ告訴ヲ待テ後其罪ヲ論スルモノナリ外國ノ法律ニ於テハ日本刑法ノ如ク有夫ノ婦姦通シタル者ト云ハスシテ廣ク配偶者ト云ヘルモノ多シ佛國刑法ニハ有婦姦罪ナルモノアリ尤モ此有婦姦罪ハ有夫姦罪ト異リ其區域狹隘ニシテ有婦ノ夫カ其本宅ヘ他ノ婦女ヲ引入レ姦通スル場合ヲ罰スルノミ何カ故ニ男女ノ間ニ此ノ如ク區別ヲ爲スヤ

其理由ニ至テハ確乎タル道理ノ存スルアリテ然ルニ非ス固ヨリ男女ノ間其權利ノ差異アラサル可ク又其感情ニ於テモ異別アラサル可シ然ルニ日本ハ勿論外國ニ於テモ男女ノ間ニ此區別ヲ立テタルハ何ソヤ強テ之カ理由ヲ求ムレハ唯タ一アリ男子ハ他ノ婦女ト通スルモ血統ヲ亂スカ如キ結果ヲ生セサルモ有夫ノ婦カ姦通ヲ爲ストキハ他ノ分子ヲ混入シ來リ其血統ヲ亂シ一家ノ秩序ヲ破ルニ至ルノ虞アリト云フヲ得ヘシ然レトモ此ノ如キ薄弱ノ理由ハ未タ充分ノ理由トスルニ足ラス要スルニ其間ニ區別アルハ慣習ノ然ラシムルモノト云フノ外ナカルヘシ或ル人有名ナル故玉乃判事ニ其理由ヲ問ヒタルトキ判事之ニ答テ曰ク古來未タ曾テ女子ノ作リシ刑法ナキカ故ナラント此言固ヨリ戲言ナリト雖トモ亦以テ確乎タル理由ナキヲ知ルニ足ルヘシ

此場合ニ於テ一二注意ス可キモノアリ本夫ノ告訴トハ眞正ノ告訴アルヲ要ス即チ假令姦通ヲ根據トシテ訴ヲ起スモ其訴カ告訴ト稱ス可キモノニ非サルトキハ檢事尙ホ公訴ヲ起スヲ得サルナリ例ヘハ妻ノ姦淫ヲ原因トシテ起ス所ノ離婚又ハ佛國ノ所謂別居ノ訴ノ如キハ純然タル民事上ノ訴ニシテ其目的刑罰

ヲ行ハシムルニ非サレハ斯ル場合ハ之ヲ以テ告訴アリタリト看做スヲ得ス又既ニ純然タル告訴タル以上ハ單ニ告訴ノミニテ可ナリ尙ホ此上ニ私訴ノ申立アルヲ要セス又此場合ニハ其相姦シタル者(佛國ニテハ從犯ニシテ日本ニテハ共犯ナリ)ニ對シテモ告訴ナキ間ハ公訴ヲ受理セス又此場合ニハ通常ノ場合ニ於テ從犯ト爲ル可キ行爲ト雖トモ從犯トシテ之ヲ罰セス例ヘハ犯罪ヲ容易ニスル爲メ房屋ヲ貸スカ如キハ從犯ト云フヲ得ス此犯罪タルヤ一種異別ノ貞節ヲ破ルノ罪ナレハ其從犯アル可キノ理ナキハ固ヨリ明カナリ

第二　略取誘拐ノ罪(刑法第三百四十一條)

此犯罪ハ實ニ女子ノ被害者タル場合ヲ想像シタルモノナリ尤モ絶對ニ女子ニ限ルモノニ非ス男子ト雖トモ略取誘拐セラレタル例ナキニ非サルナリ而シテ其告訴ヲ要スルハ前ノ場合ト仝一ノ理由ニシテ略取誘拐セラルヽトキハ其者ノ恥辱ト爲ルコト多キモノナレハ告訴ノ有無ニ關セス直チニ公訴ヲ起ストキハ其者又ハ其親族ノ暗裏ノ恥辱ヲ社會ニ晒シ益々其損害ヲ加フルニ至ル可ケレハナリ而シテ告訴ヲ爲ス者ハ略取誘拐セラレタル者又ハ其親類ナリトス

然レトモ此犯罪ハ略取誘拐セラレタル者其後加害者ト正當ニ婚姻ヲ爲ストキハ告訴ヲ爲スモ其効ナシ(刑法第三百四十四條)若シ被害者ヨリ告訴ヲ爲シ其取調中加害者ヨリ既ニ正當ニ婚姻ヲ爲シタリトノ申立ヲ爲ストキハ先ツ果シテ正當ニ婚姻ヲ爲シタルヤ否ヤヲ査定セサル可カラス而シテ此問題ハ通常刑事裁判所ニ於テ之ヲ決定ス可キモノナリト雖トモ場合ニ依リテハ豫斷裁判ヲ爲スノ必要ヲ生スルナリ(豫斷裁判ノ事ハ後ニ說ク可シ)

第三　誹毀ノ罪(刑法第三百五十八條以下)及ヒ罵詈ノ罪(刑法第四百二十六條第十二項)

此種類ノ犯罪ハ元來人ノ名譽及ヒ信用ニ害ヲ及ボス犯罪ノ一種ナリ抑モ人ノ信用ヲ害スル犯罪ニハ主トシテ公益ヲ害スルモノト又主トシテ私益ヲ害スルモノトノ二種アリ其專ラ公益ヲ害スル場合ハ被害者ノ告訴ナキモ普通ノ犯罪ト仝シク直ニ公訴ヲ起スコトヲ得其場合ハ即チ左ノ如シ

第一　皇室皇族及ヒ皇陵ニ對スル不敬ノ罪(刑法第二編第一章ニ揭クル總テノ犯罪)

第二　官吏侮辱ノ罪(刑法第百四十一條)

第三　出版物又ハ新聞紙ニ依リ他人又ハ政府ノ名譽及ヒ信用ヲ害シタル罪(出版條例新聞條例)

右三箇ノ場合ハ主トシテ公益ヲ害スルモノナレトモ一私人ニ對スル誹毀罵詈ノ罪ノ如キハ主トシテ一已人ノ私益ヲ害スルモノナリ故ニ是等ノ場合ニ於テハ公訴ヲ起スト否トヲ被害者ノ自由ノ意思ニ放任セサル可カラス被害者ノ意思ニ依リテハ公訴ヲ起シテ誹毀若クハ罵詈ノ事實ヲ社會ニ發表スルトキハ益其不名譽ヲ重ヌルニ依リ寧ロ之ヲ默々ニ付シ去ルニ若カスト思惟スルコトアリ殊ニ誹毀ノ如キハ其人ノ感情如何ニ依リ或ハ誹毀ト爲リ或ハ誹毀トナラサルコトアリ要スルニ被害者其人ニ在ラサレハ犯罪ノ成否ヲ知ルコト能ハサルナリ故ニ其告訴ヲ爲ス者モ唯タ被害者一人ニシテ其親族ト雖トモ亦之ニ代テ告訴ヲ爲スヲ得ス唯死者ヲ誹毀シ其事實誣罔ニ出テ罪ト爲ルヘキ場合ノミ其親族ヨリ告訴ヲ爲スコトヲ得ルモノトス

第四　脅迫ノ罪(刑法第三百二十六條以下)

是レ亦被害者又ハ其親族ノ告訴ニ依リテ始メテ公訴起ルモノナリ其親告ヲ待ツ理由ハ誹毀罵詈ノ罪ト殆ント全一ニシテ二アリ即チ脅迫罪ナルモノハ被害者ノ心情ニ畏懼ノ念ヲ感シテ始メテ成立スルモノナリ而シテ其畏懼ノ念ヲ感スルト否トハ人ノ智識、年齢、強弱、性質、男女ノ差違ニ因リテ區別アリ故ニ被害者其人ニ因ルニ非サレハ犯罪ノ成否ヲ知ルコト能ハサルナリ又脅迫セラレタリト云フハ自己ノ弱キヲ示スモノニシテ婦女老幼ハ暫ク措キ苟モ成年男子タル以上ハ却テ之ヲ其恥辱ト爲スモノナレハ其告訴ナキニ公訴ヲ起ストキハ是被害者ノ暗裏ノ恥辱ヲ顯ハスニ至ルヘケレハナリ

第五　牛馬外ノ家畜ヲ殺ス罪（刑法第四百二十三條）

牛馬外ノ家畜トハ犬猫ノ如キヲ云フ此等ノ畜類ヲ殺シタル場合ニ被害者ノ告訴ヲ要スル理由ハ其損害極メテ少ニシテ公益ヲ害スルコト殆トナシト云フモ可ナルニ由ル且ツ是等ノ家畜ヲ殺シタル場合ニ告訴ヲ待タス直ニ公訴ヲ起ス可キモノトスルトキハ被害者ニハ却テ加害者ノ罰セラルヽヲ氣ノ毒ニ感シ之ヲ罰セシメント欲スル意思ナキニ之ヲ罰シ爲メニ近隣相敵視スルカ如キ惡結

果ヲ殘スノ恐レアレハナリ

以上ハ刑法中ニ掲クル犯罪ニシテ告訴ヲ待テ始メテ公訴ヲ起スコトヲ得ル場合ナリ是等ノ場合ニ通スル一ノ規則アリ告訴ヲ要セサル通常ノ場合ニ於テハ告訴アリト雖モ公訴ヲ起スト否トハ檢事ノ自由ナルヘケレハ其手續ノ方式ニ適フヤ否ハ之ヲ問フヲ要セス然レトモ告訴ヲ待テ始メテ公訴起ル場合ハ告訴ノ手續正當ノ式ニ合ハサルヘカラス若シ其告訴ノ式ニ違フカ爲メ無効ナルトキハ之ヲ全ク告訴ナキモノト見做ス可ク從テ公訴ヲ起スヲ得サルモノトス而シテ告訴ノ方式トハ唯タ正當ノ官吏則チ司法警察官又ハ檢事ニ告訴ヲ爲スニ在リ又告訴ヲ爲スニ付テハ本法ノ定ムル多少ノ手續アリ而シテ書面ヲ以テシ又口頭ニテ爲ストキハ官吏其調書ヲ作ラサル可カラサルカ如キ是ナリ

以上ニテ第二ノ場合ヲ了レリ以下第三ノ場合ニ移ラン

第三　豫斷ヲ要スル場合

凡ソ一罪犯ノ判決ヲ爲スニ際シ裁判官タル者ハ其犯罪ヲ組織スル一切ノ要件ニ付キ之ヲ具備スルヤ否ヤノ決定ヲ爲ス權力ナカル可カラス此權力アリ故ニ

豫斷問題ノ成立要スル事件

裁判官ハ苟モ犯罪事件中ニ包含スル問題ハ悉ク之ヲ決定スルヲ以テ原則トス然レトモ又其例外ナキニ非ス犯罪組成ノ要素ニ付キ先ツ他ノ裁判官ヲシテ判決ヲ爲サシメサルヲ得サル場合即チ豫斷問題ノ起ル場合ハ佛國及ヒ佛法ニ倣ヒタル國ニ於テハ其場合ヲ定メタリ我國ノ法典ニハ別ニ明文ナキモ實際上多少其必要ヲ生スヘシト信スルカ故ニ是ヨリ少シク其研究ヲ爲サン

或ル種類ノ犯罪ニ付キ其判決ヲ爲スニ際シ先ツ第一着ニ之ニ關係アル他ノ問題ヲ決定セサルヲ得サルコトアリ即チ犯罪成立ニ關スル要素ニシテ豫メ之ヲ決スルニ非サレハ罪ノ有無ヲ決スルヲ得サル問題起ルコトアリ此問題ヲ稱シテ豫斷問題ト云ヒ刑事ノ訴訟中被告人此問題ヲ提出スレハ之ヲ稱シテ豫斷ノ抗辯ト爲シタリト云フ此抗辯アルトキハ其問題確定判決ヲ經ルニ至ル迄公訴ヲ中止スルモノナリ而シテ豫斷問題ノ成立ニハ左ノ條件ヲ要ス

第一　豫斷問題ハ犯罪成立ノ要素ヲ目的ト爲スモノナラサル可カラス即チ其問題ハ犯罪ノ成立ト密接ノ關係ヲ有シ決シテ分離ス可カラサルモノナルヲ要ス故ニ若シ其犯罪ノ成立ニ關セスシテ唯タ公訴受理不受理ニ關スル問題タルニ過キサルトキハ決シテ之ヲ稱シテ豫斷問題ト云フヲ得サルナリ

第二　又豫斷問題タルニハ故ラニ一ノ訴ヲ要ス即チ他ノ裁判所ニ訴ヲ爲シ豫メ判決ヲ受クル場合ナラサル可カラス故ニ公訴ヲ受理シタル刑事裁判所自ラ判決ヲ爲ストキハ仮令犯罪成立ノ要素ヲ目的ト爲ス場合ト雖トモ之ヲ豫斷問題ト云ハサルナリ例ヘハ幼者カ犯者タル可キ所爲ヲ行フタルトキ是非ノ辨別心アリテ之ヲ爲シタルヤ否ヤ又或ル被告事件ニ付キ被告人ノ所爲ハ智覺精神ヲ喪失シテ犯シタルモノニ非サルヤ否ヤ若クハ不可抗力ニ因リテ爲シタル所爲ニ非サルヤ否ヤノ如キハ此問題ノ決定如何ニ因リ犯罪ノ有無分カルヽモノナリト雖トモ是等ハ刑事裁判所ニ於テ決定ス可キモノナレハ之ヲ稱シテ豫斷問題ト云フヲ得サルナリ

公訴執行前ノ豫斷問題

豫斷問題ニハ公訴執行前ニ豫斷ス可キ場合ト判決前ニ豫斷ス可キ場合ノ二アリ何レモ公訴ヲ中止スルモノナリト雖トモ一ハ先ツ其豫斷問題ヲ決シタル後ニ非サレハ公訴ヲ起スコトヲ得ス他ノ一ハ公訴起リタル後中途ニシテ豫斷ス可キ問題起リクルトキ公訴ノ執行ヲ中止シテ其裁判ヲ見合ハサヽルヲ得サルナ

裁判前ノ豫斷問題

リ故ニ一ヲ公訴執行前ノ豫斷問題ト云ヒ他ノ一ヲ裁判前ノ豫斷問題ト云フ然レトモ此區別ニ付テハ有名ナル刑法學者ハウス氏ノ如キハ之ヲ非難シテ裁判ノ中止モ亦等シク公訴ノ中止ナリ即チ此問題ヲ起スノ目的ハ公訴ヲ中止スルニアリテ公訴中止ノ結果トシテ其裁判ヲ見合ハスニ過キス唯其間ニ存スル差違ハ一ハ公訴ヲ其始メニ於テ中止シ他ノ一ハ既ニ起リタル後ニ於テ之ヲ中止スルニ在ルノミ故ニ之ヲ二箇ニ區別ス可キモノニアラスト云ヘリ一ニ道理ニ因ルトキハ或ハハウス氏ノ說其當ヲ得タルナラン然レトモ一般學者ノ唱フル普通ノ說ニテハ之カ區別ヲ爲スニ依リ其區別ノ存スル所ヲ知ラサル可カラス即チ裁判ニ關スル豫斷問題ハ既ニ始リタル公訴ノ執行ヲ單ニ其儘ニ差置クモノニシテ元來公訴ハ一旦至當ニ成立シタルモノナレハ刑事裁判所ハ自由ニ其判決ヲ爲シ得ル場合ナレトモ唯豫斷問題起リタルニ依リ公訴手續ヲ中止シ裁判ヲ見合ハスニ過キス之ニ反シテ公訴執行ニ關スル豫斷問題ハ先ツ其問題ヲ決シ其確定ヲ得テ後ニ公訴ヲ起ス可キモノナレハ先ツ之ヲ決スルニ非サレハ決シテ公訴ヲ起スヲ得サルナリ

豫斷問題ヲ決スル權力ニ種々ノ區別アリ之ヲ概括スレハ左ノ三種トス

第一　司法裁判所ニ屬スルコトアリ　是レ亦左ノ二種ニ小別ス

其一　公訴ヲ受理シタル刑事裁判所ニ非サル他ノ刑事裁判所ニ屬スルコトアリ

其二　民事裁判所ニ於テ之ヲ決スルコトアリ

第二　懲戒裁判ニ屬スルコトアリ　懲戒裁判トハ例ヘハ官吏ノ爲シタル行爲ニ付テハ其長官此權ヲ有シ又組合ナレハ其會長此權ヲ有ス其他部下ノ職員ヲ監督スル權ヲ有スル者ハ總テ此權ヲ有スルナリ

第三　行政上ノ豫斷問題ト云フ即チ純然タル行政官カ此問題ヲ決スル場合ナリ

以下右ノ場合ニ付キ逐次之ヲ述ヘン

民事上ノ豫斷問題ノ場合ハ暫ク之ヲ後ニ讓リ先ツ刑事上ノ豫斷問題ノ場合ト懲戒裁判上ノ豫斷問題ノ場合ヲ見ントス

人ノ名譽ヲ毀損スルトキハ刑事裁判所ニ誹毀罪ノ被告トシテ訴ヘラルヽコト

アリ又民事裁判所ニ損害賠償、名譽回復ヲ訴ヘラルヽコトアリ斯ル場合ニ於テ誹毀シタル者ヲ訐キタル事實ハ眞實ナリト主張シ且其訐カレタル事實カ刑法ニ觸ルヽコトニシテ未タ判決ヲ經サルトキハ其事實カ果シテ眞實ナルヤ虚搆ナルヤハ誹毀又ハ損害賠償、名譽回復ノ訴ニ付キ豫メ斷セサル可カラス即チ其事實ノ有無ノ判決アル迄誹毀ノ判決ヲ中止スルコトアリ何トナレハ或ル場合ニ於テハ誹毀ノ罪ニ二箇ノ要素ヲ要シ其一ヲ欠ケハ罪トナラサルコトアレハナリ即チ左ノ如シ

第一　事實ノ虚搆ナルコト

第二　故ラニ誹毀スルノ惡意アルコト

右誹毀スルノ故意アリヤ否ヤハ其事件ヲ受理シタル裁判所ニ於テ之ヲ決定スルモノ事實虚搆ナルヤ否ヤハ他ノ裁判所ニ於テ之ヲ判決セシムル國アリ佛蘭西、白耳義ノ如キ即チ是ナリ此場合ニ於テハ他ノ裁判所ノ判決如何ニ因リ誹毀ノ有罪無罪ノ判決ヲ爲ス可キモノナリ日本ニ於テハ事實ノ有無ニ因リ罪ノ有無ノ相分ルヽ犯罪ハ唯タ死者ニ對スル誹毀ノ罪ト新聞紙ヲ以テ誹毀シタルトキ新聞條例ニ依リ罰セラルヽ場合ナリトス

右ノ場合ニ於テ訐カレタル事實カ罪トナル可キコトニシテ誹毀罪及ヒ訐カレタル所爲ニ付テモ既ニ公訴起リ居リシトキハ訐カレタル事實ノ有無ヲ決スル迄誹毀罪ノ判決ヲ中止セサル可カラス之ニ反シテ訐カレタル事實ニ付キ未タ公訴起リ居ラサルトキハ誹毀ノ被告ニ於テ其申立ヲ爲シ檢事ヲシテ公訴ヲ起サシメ以テ自己ノ被告事件ヲ中止セシムルヲ得可シ是レ刑事上ニ於ケル豫斷問題ノ一例ナリトス

懲戒上ノ豫斷問題

懲戒上ノ豫斷問題トハ前ノ例ヲ直ニ此ニ援用シ來リ其説明ヲ爲サンニ訐カレタル事實カ刑法ニ觸ルヽニ非スシテ懲戒規則ニ觸ルヽ場合ナリ即チ訐カレタル事實ニ付キ官吏ニ於ケル長官、組合ニ於ケル會長、僧侶ニ於ケル管長等カ先ツ其有無ノ判決ヲ爲シタル後ニ非サレハ誹毀ニ關スル刑事ノ裁判ヲ爲スヲ得ス故ニ其決定アル迄刑事ノ裁判ヲ中止スル場合ニシテ其結果前ト異ナルコトナシ

是ヨリ行政上ノ豫斷問題ニ移ラン

行政上ノ豫斷問題

行政上ノ豫斷問題ハ前ニ述ヘタル他ノ一般ノ豫斷問題ノ場合ト異ナレリ一般ノ豫斷問題ノ場合ニハ他國ノ法律ハ明文ヲ以テ其場合ヲ定ムルヲ以テ通則トスモ行政上ノ豫斷問題ノ場合ハ元ト憲法上ノ原則ヨリ來リタルモノニシテ一々明文ヲ以テ之カ規定ヲ爲サス而シテ其原則トハ何ソヤ凡ソ行政權ニ屬スル監督又ハ檢査ノ權ニハ絶ヘテ司法權ノ干涉ヲ許サヽルコト是レナリ故ニ苟モ此原則ヲ適用シ得ル場合ニハ盡ク之ヲ適用シテ行政權ニ其判決ヲ任セサル可カラス然レトモ法律ノ明文ナキカ爲メ如何ナル場合ヲ以テ行政上ノ豫斷問題ナリト爲スカ換言スレハ如何ナル場合ニ司法裁判所ニ於テ判決ヲ爲ストキハ憲法上ノ原則ニ觸レ行政權ヲ侵害スルモノト爲ス可キヤニ付テハ多少ノ議論ナキ能ハス而シテ一般學者カ其場合トシテ疑ハサル所ハ官金私用ノ場合ナリ即チ收入官カ官金ヲ私用シタリトノ公訴起ラントスルカ若クハ既ニ起リタル場合ニ於テハ刑事裁判所ハ會計檢査院ノ如キ行政權ニ於テ收入官カ官金ヲ私用シタルニ相違ナシト決定シタル後ニ非サレハ公訴ヲ受理シ若クハ有罪ノ判決ヲ爲スヲ得サルナリ又カルトラン氏ハ尙ホ一ノ例ヲ擧ケタリ即チ官廳ノ受負工事ヲ爲スニ當リ人ノ所有地內ノ石材若クハ木材ヲ竊取シタリトノ公訴起リタル場合ニ於テ被告カ官廳ノ命令ニ依リテ採取シタリト申立テタルトキハ先ツ官廳カ果シテ此命令ヲ爲シタルヤ否ヤ又之ヲ爲シタリトセハ果シテ正當ノ命令ナルヤ否ヤニ付キ豫斷問題ヲ生スルコトアリ此等ノ問題ハ豫メ之ヲ決スルニ非サレハ犯罪ノ有無ヲ知ルコト能ハサルニ依リ其判決アル迄刑事ノ裁判ヲ中止セサル可ラス然レトモ是等ノ場合ニ於テモ行政官廳ヨリノ告訴ニ因リテ公訴起リタルトキハ豫斷問題ヲ生セス何トナレハ官廳ニ於テ告訴ヲ爲ス程ナレハ行政上ノ豫斷問題ハ既ニ決シタルモノト看做スヲ得可ケレハナリ是ヨリ民事上ノ豫斷問題ニ移ラン

民事上ノ豫斷問題

民事上ノ豫斷問題ニ入ルニ先チ一般ニ刑事ノ訴訟中ニ民事ノ問題生スル場合ヲ研究セン

凡ソ刑事ノ訴訟中ニ民事上ノ問題生スルコト甚タ多シ斯ル場合ニ於テ刑事裁判所ニ民事ノ問題ヲ判決スルノ權アリヤ否ヤ夫ノ私訴ヲ公訴ニ附帶シテ刑事裁判所ニ爲スコトヲ得ルト爲ス以上ハ刑事裁判所ト雖トモ民事ノ問題ニ付キ之

カ判決ヲ爲スノ權ヲ有スルコト明カナリ何トナレハ私訴ハ元來民事ノ訴訟ナレハナリ其他犯罪ノ成立又ハ公訴ノ受理、不受理ニ關スル民事上ノ問題起ル時ハ刑事裁判所ハ之ヲ決スルノ權ヲ有セサル可カラス何トナレハ刑事裁判所ハ犯罪成立ノ要素又ハ公訴ヲ起スノ要件ヲ具備スルヤ否ヤヲ決スルノ權ヲ有スルモノナレハナリ之ヲ換言スレハ一事件ヲ受理シ其裁判ヲ爲ス者ハ其事件中ニ起リタル一切ノ問題ニ付キ(若シ其問題カ別ニ獨立シテ起リタルトキハ之カ判決ヲ爲スヲ得サルモノト雖トモ)盡ク之ヲ判決スルノ權利ヲ有スルナリ是レ羅馬法以來ノ原則ナレハ其例外ハ法律ノ明文ヲ以テ之ヲ定メサル可ラス故ニ佛國其他佛法ニ倣ヒタル諸國ニ於テハ法律ノ明文ヲ以テ豫斷問題ト爲ス可キ場合ヲ規定セリ然レトモ其明文ナキ場合ト雖トモ其理由ノ全一ナルヨリ立法上又ハ成法上之ヲ豫斷問題ト爲ス可キヤ否ヤニ付キ多少議論アル所タリ我邦ノ如キ從來豫斷問題ノ規定ナシト雖トモ或ハ實際ノ必要上之カ規定ヲ爲サヽル可ラサルニ至ルコトアル可シ故ニ余ハ眞ノ豫斷問題ニ入ルニ先タチ外國法ニ於テ議論アル二三ノ說ヲ見ントス

豫斷問題ト爲ルヤ否ヤニ付キ議論アル場合

人ノ身分ニ關スル問題

是ヨリ眞ノ豫斷問題ト云フ可ラサル場合卽チ豫斷問題ト爲ルヤ否ヤニ付キ議論アル場合ヲ研究セン

第一　人ノ分限ニ關スル問題　人ノ分限ニ關スル問題ハ元ト純然タル民事上ノ問題ナルヲ以テ佛國其他佛法ニ倣ヒタル諸國ニ於テハ民事裁判所特リ之ヲ決定スルノ權アルモノトセリ然レトモ是等ノ問題中子タルノ分限ヲ削除シタル場合ニ之ヲ豫斷問題ト爲スノ外其他ハ人ノ分限ニ關スル問題ト雖トモ刑事ノ訴訟中ニ起ルトキハ尙ホ刑事裁判所ニ於テ之ヲ決スルヲ以テ普通ノ原則トセリ是レ刑事裁判所ハ犯罪ヲ組織スル要素ニ付キ一切ノ判決ヲ爲スノ權アルカ故ナリ例ヘハ尊族親ヲ殺害シ又ハ毆打シタルトキハ其罪通常人ニ對シテ犯シタルトキヨリモ重シ此場合ニ於テ果シテ尊族親ナリヤ卑族親ナリヤ將タ嫡子ナルカ庶子ナルカ卽チ人ノ分限ニ關スル問題生スルコトアリ又親カ子ヲ殺シタルトキ正當ノ子ナリシカ將タ私生子ナリシカハ民事上ノ問題ナリ又略取誘拐ノ罪ハ他人之ヲ犯セハ罪ト爲リ其父之ヲ犯セハ罪ト爲ラス罪人藏匿罪モ親族間ナルトキハ罪ト爲ラサルナリ此ノ如ク此等ノ場合ニハ身分ノ問題ハ刑事ノ

訴訟上極メテ必要ナルモノニシテ之カ爲メ或ハ罪ト爲リ或ハ罪ト爲ラス若クハ加重ノ原由ト爲ルト否トノ別ヲ生シ其關係スル所甚タ大ナリト雖トモ此等ノ問題ハ悉ク刑事裁判所ニ於テ之ヲ決スルコトヲ得即チ豫斷問題ト爲ラサルモノナリ

夫婦ノ分限ニ付キ刑事ノ訴訟中其分限ノ成立不成立若クハ其有効無効ニ付キ問題起ルコトアリ夫ノ重婚罪ノ如キハ二箇ノ婚姻アリテ初メテ犯罪成立スルモノナリ又二箇ノ婚姻ハ共ニ有効ナラサル可カラス故ニ重婚罪ノ被告事件アルニ際シ被告カ二箇ノ婚姻中其一ハ成立セスト主張シ或ハ式ニ從ヒテ婚姻ヲ爲シタルモ其一ハ瑕瑾アリテ取消ス可キモノナリト主張シタルトキハ先ツ其如何ニ付キ之ヲ決セサル可ラス此問題ハ豫斷問題ト爲ル可キモノナルヤ否ヤ即チ別ニ民事裁判所ニ於テ之ヲ決ス可キヤ否ヤニ付キ佛國ニ於テハ學者間大ニ議論アル所ナリ

第一被告ニ於テ二箇ノ婚姻中其一ハ全ク初ヨリ成立セサルモノナリト主張スルトキハ其問題專ラ事實ニ屬スルヲ以テ刑事裁判官ハ陪審官ト共ニ之ヲ決スルヲ得ルト云フハ一般學者ノ定說ナルカ如シ然レトモ被告カ其婚姻ノ成立不成立ニ付テハ更ニ異議ヲ唱ヘス只其形成立セルカ如キモ其實法律上無効ナリト主張スル場合アリ斯ル場合ニ於テハ之ヲ豫斷問題トシテ別ニ民事裁判所ヲシテ之ヲ決セシム可キヤ否ヤニ付キ議論アリ其說三派ニ分カル

第一說　刑事裁判官ハ陪審官ト共ニ總テ此等ノ問題ヲ決スルコトヲ得可シ

第二說　豫斷問題ト爲シ別ニ民事裁判所ヲシテ之ヲ決セシメサル可ラス

第三說　二箇ノ婚姻中或ハ第一ノ婚姻ヲ無効ナリト主張スルコトアリ又或ハ第二ノ婚姻ヲ無効ナリト主張スルコトアリ其第二ノ婚姻ヲ無効ナリト主張シタルトキハ刑事裁判所ニ於テ之ヲ決ス可キモノナリト雖トモ之ニ反シテ第一ノ婚姻ヲ無効ナリト主張スルトキハ之ヲ豫斷問題ト爲サヽル可ラス

右三說中一般學者ノ唱道スル所ハ第三說ナリトス即チ第二婚姻ノ有効無効ヲ刑事裁判官カ陪審官ト俱ニ決スルコトヲ得ルハ第二婚姻ハ犯罪ヲ組成スルノ事實ナリ而シテ犯罪ノ事實ヲ決スルハ刑事裁判所ノ職權ナレハナリ之ニ反シテ第一婚姻ノ有効無効ニ關スル問題ハ犯罪ノ事實自体ニ非スシテ其方式ニ適

ヒシヤ否ヲ見ルモノニシテ全ク法律上ノ問題ナリ既ニ之ヲ以テ法律上ノ問題ト爲ストキハ陪審官ト共ニ判決スル事實裁判官ノ與リ知ル所ニ非ス故ニ刑事裁判所ニ於テ之ヲ決スルヲ得スト然レトモ白耳義ノハウス氏ハ之ヲ駁シテ曰ク第二婚姻ノ有効無効ニ付キ刑事裁判所ニ於テ之ヲ決スルコトヲ得ルトセハ第一婚姻ノ正當ナルヤ否ヤ即チ式ニ從ヒテ爲シタルモノナルヤ否ヤハ法律上ノ問題ナリ然レトモ第二婚姻ノ式ニ適ヒシヤ否ヤモ亦法律上ノ問題ナリトス果シテ然ラハ法律上ノ問題タル第二婚姻ノ有効無効ニ關シ刑事裁判官カ陪審官ト俱ニ決スルコトヲ得ル以上ハ獨リ第一婚姻ニ於テ之ヲ決スルコト能ハサルノ理アル可ラス且犯罪ノ事實ハ直接ニ第二婚姻ノ上ニ在リト雖トモ第二婚姻モ亦犯罪成立ノ一要素ナリ苟モ犯罪成立ノ要素ナル以上ハ總テ刑事裁判所ニ於テ之ヲ決スルコトヲ得ルハ原則ノ當ニ然ル可キ所ナリト余ハハウス氏ノ說ヲ贊成スルモノナリ

物權ニ關スル問題

第二　物權ニ關スル問題　物權ニ關スル問題ハ屢〻刑事ノ訴訟中ニ起ルモノナリ例ヘハ他人ノ物ヲ竊取シ又ハ他人ノ不動產ヲ侵シタル竊盜罪又ハ冒認罪ノ被告カ其物ノ自己ニ屬スルコトヲ主張シタルトキハ先ツ果シテ被告ノ所有物ナルヤ否ヤヲ決セサル可カラス此問題カ不動產ノ所有權又ハ支分權ニ關スルトキハ佛國ニテハ豫斷問題トシテ別段ノ裁判所ニ於テ之ヲ決ス可キモノトセリ故ニ之ハ後ニ眞ノ豫斷問題ヲ講スルノ際之ヲ考究セン然レトモ動產權ニ關スルトキハ豫斷問題ト爲サスシテ刑事裁判所ニ於テ直チニ之ヲ決ス可キモノトセリ其理由ハ動產ニ關シテハ刑事訴訟中屢々此問題ヲ生スルモノナルニ一々之ヲ他ノ裁判所ニ於テ決ス可キモノトスルトキハ其繁雜ニ堪ヘス且ツ動產權ニ關スル問題ハ多少簡易ナルヲ以テ鄭重緩慢ナル民事ノ裁判ヲ要セサレハナリ

重罪輕罪ヲ組成スル契約ニ關スル問題

第三　重罪輕罪ヲ組成スル契約ニ關スル問題　凡ソ重輕罪即チ犯罪ノ成立ニ關シテ起ル問題ニシテ民事上ノ契約アリヤ否ヤヲ決セサル可ラサルコト多シ然レトモ之ヲ要スルニ左ノ二箇ノ場合ト爲ル

其一　犯罪ナリトシテ公訴ヲ起シタル事柄カ契約自身ニ關スルトキ即チ其契約ニ關シ犯罪アルヤ否ヤヲ決スルトキ

其二　其契約ノ成立スルヤ否ヤ又其契約ノ解釋如何ニ因リテ犯罪ノ有無ノ分カルヽトキ

第一ノ場合　此場合ニハ刑事裁判所總テ之ヲ決スルコトヲ得可シ其然ル所以ハ例ヘハ背信罪又ハ詐欺取財罪ノ如キハ捺印シテ渡サレタル白紙ヲ濫用シ又ハ詐欺ヲ以テ証書ヲ騙取シ若クハ暴行ニ因リ強ヒテ印ヲ捺シ契約ヲ爲サシメタル行爲自身カ犯罪ト爲ル可キモノナレハ犯罪ノ有無ヲ決スルニハ勢ヒ之ニ立入リ審判セサルヲ得サレハナリ

第二ノ場合　犯罪ノ有無契約ノ成否ニ關スル場合トハ例ヘハ寄托物費消罪ノ如キ曾テ寄托ノ契約アリシヤ否ヤヲ定メ而シテ後始メテ罪ノ有無ヲ知ルコトヲ得ル場合ヲ云フ抑モ寄托物費消罪ニハ前ニ寄托ノ契約アリシコトヲ必要トス即チ寄托セラレタル物品ヲ消費シテ始メテ犯罪ヲ組成スルモノナリ故ニ其罪アルコトヲ主張スルニハ先ツ寄托ノ契約アリシコトヲ証明セサル可ラス而シテ其契約ノ有無ハ民事ノ問題ナレハ民事ノ規則ニ從ヒ之カ証據ヲ擧ケサル可カラス而シテ民事ノ規則ニ依レハ佛國ニテハ百五十「フラン」以上日本ニテハ五十圓以上ナルトキハ書類ノ証據又ハ証據ノ端緒アルニ非サレハ人証ヲ以テ之ヲ証明スルヲ許サス故ニ刑事ノ訴訟中是等ノ規則ニ依テ証據ヲ擧クルヲ得サルトキハ公訴ヲ拋棄セサル可カラス從來日本ニ於テハ民法ニ斯カル規定ナキカ故ニ此問題ヲ生セス

以上ハ檢事カ契約アリシト云フ証據ヲ擧クル場合ニ付テ述ヘタルモノナリ若シ其契約擧証ノ責ニ任スル者被告ナルトキ即チ被告カ抗辯ノ材料トシテ契約アリシコトヲ主張スル場合ニ於テモ仝一ノ規則ニ從ハサル可ラス例ヘハ他人ノ所有地内ニ於テ狩獵シタリトテ公訴起リタルトキ又ハ他人ノ草ヲ窃ミ苅リ取リタリトテ公訴起リタルトキ被告ニ於テ狩獵ヲ許スノ契約アリシコト又ハ草ヲ苅取ルノ契約アリシコトヲ主張スルトキハ其擧証ノ方法ハ亦民事ノ規則ニ從ヒ五十圓以上ハ書類ノ証據ナキカ又ハ証據ノ端緒アラサルトキハ被告ノ抗辯立タスシテ有罪ノ宣告ヲ受クルニ至ル可シ

契約ノ解釋ニ關スル場合モ亦前ノ規則ト異ルコトナシ例ヘハ山ノ買主又ハ賃借人ニ對シ窃盗ノ公訴起リタリトセンニ被告ハ賣買契約又ハ賃貸契約ニ因リ

唯下草ヲ刈取ルノ權ノミナラス伐木ノ權ヲモ得タルモノナリト主張スルトキハ果シテ契約ニ因リ其權ヲ得タルモノナルヤ否ヤハ契約ノ解釋如何ニ因テ定マルモノナリ

右ノ外尚ホ豫斷問題ト爲ルヤ否ヤニ付キ疑ハシキ場合アリ夫ノ商人ヲ破産ノ刑ニ處スルニ當リ商人ノ資格アリヤ否ヤ又破産ノ宣告ヲ受ケタリヤ否ヤノ問題起ルコトアリ此場合ニ於テ佛國ニテハ議論アリテ其說二派ニ分レリ又夫ノ家資分散ノ罪ニ於テ財産ヲ藏匿脫漏シタル所爲アリテ罪ト爲ルニハ先ツ被告カ身代限ヲ爲スノ際ナリシヤ否ヤ又負債ヲ償ヒ能ハサリシヤ否ヤヲ定メサル可ラス此場合ニ於テモ先ツ民事裁判所ニ於テ之ヲ決セサル可ラサルカ如シ

以上ニテ豫斷問題ト爲ルヤ否ヤニ付キ議論アル場合ヲ見タリ以下佛國ニ於テ眞ノ豫斷問題ト爲セル場合ヲ見ン

豫斷問題ト爲ル可キ場合

第一　子ノ分限ヲ削除スル場合　此場合ハ外國ニ於テ其例ヲ見ル所ニシテ我國民法ニハ之アラサル所ナリ子タル分限ノ有無ハ先ツ民事裁判所ニ於テ之ヲ決シ而シテ後刑事裁判所ハ之ニ準據シテ其裁判ヲ下ス可キモノナリ

第二　略取誘拐ノ場合　我國ノ刑法ニ依ルモ略取誘拐シタル者式ニ從ヒ幼者ト婚姻ヲ爲シタルトキハ告訴ノ効ナク其罪ヲ論セサルモノトセリ故ニ被告カ其申立ヲ爲シタルトキハ先ツ婚姻アリシヤ否ヤ又其婚姻ハ有効ナルヤ否ヤヲ決セサル可カラス而シテ其決定ハ先ツ民事裁判所ニ於テ之ヲ爲サヽル可カラス我國ニ於テハ民事裁判所ニ於テ其決定アリタル後ニ非サレハ公訴ヲ起スコトヲ得スト云フ法律ノ明文ナキモ實際ニ於テハ然セサル可ラサルモノト信スルナリ

第三　不動産權ニ關スル問題　刑事ノ訴訟中不動産ノ所有權又ハ其支分權ニ關スル爭論起リタルトキハ先ツ民事裁判所ニ於テ之ヲ決セサル可カラス而シテ此場合ニ於テハ左ノ三條件ヲ必要トス

第一　刑事被告人自身其權利ヲ有スト主張スル場合ナラサル可ラス即チ只單ニ被害者ハ其權利ヲ有セスト主張スルモ未タ以テ豫斷問題ヲ惹起スニ足ラサルナリ

第二　其主張スル權利ニハ正當ノ權原アル如キ外形ヲ有スルカ又ハ被告人

カ之ヲ占有シタル事實ナカル可ラス即チ眞實被告人カ權利ヲ有スルモノヽ如ク見得ル場合ナラサル可ラス

第三　若シ被告人ノ主張スル事實ヲ眞實ナリトスレハ犯罪タル性質全ク消滅スル場合ナラサル可ラス

以上ノ三條件ヲ具備スルトキハ被告人ハ豫斷ノ抗辯ヲ爲シ其裁判ヲ請求スルコトヲ得裁判官其請求ヲ受理シタルトキハ相當ノ期限ヲ定メ其期限內ニ民事裁判所ニ起訴ス可キコトヲ命ス而シテ被告人果シテ其期間內ニ之ヲ起訴スレハ其裁判ノ確實ニ至ル迄刑事ノ裁判ヲ中止セサル可カラス之ニ反シテ若シ其期間內ニ起訴ヲ爲サヽレハ刑事裁判所ハ直ニ刑事ノ裁判ヲ爲スナリ

右不動產權ニ關スル問題起リタルトキ之ヲ豫斷問題トナシテ民事裁判所ヲシテ特別ノ判決ヲナサシムル理由ハ夫ノ違警罪若クハ輕微ナル輕罪ニ付テハ區裁判所ニ於テ之カ裁斷ヲナスモノナルニ區裁判所ハ元來民事ノ訴訟ニ付テハ百圓以下ノ訴訟ニアラサレハ之カ裁判ヲナスヲ得サルヲ以テ通則トナスニ依リ不動產權ノ消長ニ關スル訴訟ハ多クハ區裁判所ニ於テ裁判ヲナスノ權ヲ有セス然ルニ區裁判所カ刑事ノ裁判ヲナスニ當リ起リタル不動產權ニ關スル一切ノ民事ノ問題ヲ決スルヲ得ルトスルトキハ其權限外ノ事件ニ付キ判決ヲナサシムルモノト云フヘシ是レ即チ不動產權ニ關スル問題ヲ豫斷問題トナスヘキ一理由ナリトス又今日ニテハ之アラサルモ構成法實施以前ノ法律其他外國ノ法制ニ依ルトキハ重罪裁判所ハ常設ノモノニアラサルカ故ニ之ニ不動產ノ所有權ニ關スル如キ鄭重緩慢ノ手續ヲ要スル民事上ノ問題ヲ判決セシムルヲ得ス勢ヒ之ヲ豫斷問題トナサヽルヲ得サルナリ又地方裁判所ニ於テ輕罪ノ裁判ヲナス場合ノ如キハ元來地方裁判所ハ如何ナル民事問題ニ付テモ始審ノ裁判ヲナスノ權ヲ有スルモノニシテ區裁判所ノ如キ權限上ノ不都合ナク從テ之ヲ豫斷問題トナスノ必要ナキカ如クナルモ凡ソ刑事裁判ハ鄭重緩慢ニ失スルヨリハ寧ロ簡易迅速ニ其局ヲ結ハサルヘカラス之ニ反シテ民事裁判ハ迅速輕卒ニ失セス熟慮鄭重ニ其誤判ナキヲ期セサルヘカラサルモノナリ殊ニ不動產ノ所有權ニ關スル爭論ノ如キハ多クハ錯雜澁難ノモノナルヲ以テ之ヲ豫斷問題トシテ民事裁判所ノ判決ヲ受ケシムルノ優レルニ若カサルナリ

我國ニ於テハ未タ豫斷問題ノ場合ヲ規定セサルモ區裁判所ニ於テ刑事ノ裁判ヲナスニ際シ屢々此問題ヲ生スルコトアルヘシ

以上ニテ豫斷問題ヲ講究シ終レリ是ヨリ公訴中止ノ第四ノ理由タル犯人引渡ノ場合ヲ見ン

犯人引渡

第四　犯人引渡ノ場合

犯罪タルヘキ所爲ニ對シテ公訴ヲ起サントスルトキ若クハ既ニ公訴起リテ證據十分ナルニ依リ欠席ノ儘有罪ノ言渡ヲナシタルモ犯人直チニ逃走シテ外國ニ在ル場合ニ於テハ元來一國ノ主權ハ其國境ニ止マルモノナルカ故ニ假令自國ノ臣民ト雖モ逃走シテ外國ニ在ル犯人ハ濫リニ之ヲ逮捕スルヲ得ス是ニ於テ乎犯人交付ノ方法ヲ定ムルニ至レリ蓋シ犯人引渡トハ一國ノ政府カ其犯人ニ對シテ公訴ヲ行ハントスルカ又ハ既ニ言渡シタル裁判ヲ執行センカ爲メ其引渡ヲ請求スルニ當リ他ノ政府カ之ニ應シテ犯人ヲ引渡ス所爲ヲ云フ此犯人引渡ハ其起リ往古ニ在リト雖モ歐洲諸國ニ於テ一般ニ行ハルヽニ至リタルハ第十八世紀即チ西暦紀元千七百年代ノコトナリトス

犯人引渡正當ナヤ否ヤ

此犯人引渡ハ正當ナルヤ否ヤ

先ツ引渡ノ請求ヲナスハ正當ナルヤ否ヤヨリ見ン凡ツ一國內ニ於テ罪ヲ犯スモノアルカ又ハ外國ニ於テ之ヲ犯シタル場合ト雖トモ自國ノ法律ヲ以テ之ヲ罰スヘキトキニ於テ之ニ對シテ法律ノ適用ヲナスハ一國主權ノ最モ緊要ナル行爲ナリトス故ニ犯人ニ對シテ刑罰權ヲ有スル政府ハ或ハ之ニ對シ公訴ヲ行フテ之ヲ罰センカ爲メ或ハ之ニ對シ既ニ言渡シタル刑ノ執行ヲ遂ケンカ爲メ犯人ヲ自國ニ引寄スルノ權力ヲ有セサルヘカラス從テ犯人所在地ノ政府ニ照會シテ之カ引渡ヲ求ムルハ其政府ノ權內ニ存スル所ナリト云ハサルヘカラス殊ニ此所爲ハ之カ爲メ一國ノ主權ヲ國境外ニ及ホスモノニアラス何トナレハ犯人所在地ノ政府ニ照會シテ其許諾ヲ得ルモノナレハナリ而シテ其請求ヲナスニハ通常其國政府ノ相當官吏即チ司法官カ令狀ヲ出スカ又ハ既ニ言渡シタル裁判ヲ根據トシテ之カ引渡ヲ求ムルモノナレハ正當ノ行爲ニ基クモノナリ殊ニ其引渡ヲ求メラルヽ犯人カ其政府ノ臣民ナルトキハ其國法ニ依リテ處罰

セラルヽハ最モ自然ノ狀態ナリト云フヲ得ヘシ要スルニ犯人ノ引渡ハ正當ノ理由ニ基ツキ正當ノ手續ニ依リ之ヲ請求スルモノナレハ之ヲ正當ナリト云ハサルヘカラス

然ラハ犯人引渡ノ請求ニ應シ之カ引渡ヲナスハ正當ナルヤ否ヤ是レ亦正當ナリト云フヲ得ヘシ抑モ世界中ニ一國トシテ存在スル以上ハ國ト國トノ相互ノ關係上互ニ相助クルノ好意ナカルヘカラス此互ニ相助クル點ヨリ觀察スルトキハ隣國ニ於テ罰スヘキ犯人ハ之ヲ助ケテ處罰セシムルハ固ヨリ隣國ニ對スル義務ナリ曾ニ此公平ノ道理ニ於テ特リ然ル而已ナラス引渡ノ請求ヲ受ケタル政府ニ於テモ其引渡ヲナスヲ以テ却テ利益ナリトス今其利益ヲ擧クレハ第一他國ニ於テ罪人トシテ罰スヘキ惡漢ハ之ヲ罰セシムルヲ以テ自他一般ノ利益ナリトス第二他國ニ於テ犯人ト見做スヘキモノハ自國ニ居ラサルヲ以テ自國ノ利益ナリトス第三外交ノ事ハ總テ相互主義ニ出ツルモノニシテ他國ヨリ請求アリタルトキ之ヲ引渡サヽレハ自國ノ犯人ヲ其國ニ向テ引渡サシメントスル場合ニ於テ他國ハ其請求ヲ拒絶スルナラン之ニ反シテ他國ノ請求アリタルトキ之ニ應シテ引渡セハ自國ヨリ其國ヘ向テ之ヲ請求スル場合ニ於テ他國モ亦其請求ニ應シテ引渡ヲナスヘシ即チ自國ノ犯人ノ引渡ヲ受ケントスルニハ他國ノ犯人モ亦引渡サヽルヘカラス要スルニ犯人ノ引渡ヲナスハ道理上ヨリ觀ルモ又利益上ヨリ云フモ極メテ正當ノ處置ナリトス

此ノ如ク犯人引渡ハ之ヲ請求スル方ヨリ見ルモ又之カ引渡ヲナス方ヨリ見ルモ極メテ正當ノモノナリ故ニ今日ニ於テハ文明諸國一般ニ行ハルヽ所ニシテ之ヲ稱シテ犯人ノ處罰ニ對スル相互ノ保險ナリト云フニ至レリ

犯人引渡ノコトタル此ノ如ク正當ナリト雖トモ此相互ノ責務ハ絶對的ノモノニアラスシテ一二ノ制限アルモノナリ即チ引渡ノ請求ニ逢フタル者自國ノ臣民ナルトキ又ハ犯罪ノ性質國事犯ナルトキ其他小罪ニ付テハ引渡サヽルモノナリ(後ニ詳述スヘシ)

此犯人引渡ハ如何ナル性質ノモノナルヤ這ハ國ト國トノ關係ニシテ外交ニ關スルモノナルカ故ニ犯人引渡ハ所謂執行權ニ屬スル主權ノ一所爲ナリ然レトモ犯人引渡ニ關スルコトハ歐洲ニ於テハ通常立法院ノ協贊ヲ經ルコトヽナセ

人引渡ニ何人ヲ用ヒスヘキヤ

ルカ如シ尚ホ茲ニ注意スヘキハ犯人引渡ノコトタル國際法ニ關係アリ條約ニ因リテ成立ツモノナルカ故ニ甲國ニ對スル條約ト乙國ニ對スル條約トハ各異ナリテ固ヨリ同一ノモノニアラサルナリ尤モ白耳義ノ如キニハ内ハ立法院ノ定ムル法律ニ準據シ外ハ交換ノ條約ヲ以テ之ヲ定ムルモノトセリ

是ヨリ二三ノ問題ヲ研究セン

第一　犯人引渡ハ何人ニ適用スヘキヤ　犯人引渡ノ請求ヲ受ケタルトキハ自國ノ臣民ニアラサル以上ハ其何國ノ臣民タルヲ問ハス之ヲ引渡スモノトス自國ノ臣民ナルトキハ之ヲ引渡サヽルハ是レ國民ト云フ名譽ノ然ラシムル所ニシテ自國ノ臣民ハ自國ノ法律ニテ之ヲ支配シ之ヲ處罰セサルヘカラス是レ一國ノ体ヲ維持シ政府タル職務ニ於テ然ラサルヘカラスト云フニアルナリ故ニ苟モ其國籍ニ在ル者ハ元ト他國ノ者ナリト雖トモ之カ引渡ヲナサス例ヘハ日本ニ於テ罪ヲ犯シ米國ニ遁レ數年間住居シテ其國籍ニ移リタル場合ノ如キ之カ引渡ヲナサスシテ其國ノ法律ヲ以テ之ヲ罰スルナリ然リ而シテ犯人ノ引渡ヲナスニハ犯人所在國ノ法律ニ於テモ罰スル所爲タルヲ要ス故ニ引渡ノ請求

犯人引渡ノ請求ヲ受ケタル府ノ二個ヨリ政府ニ何レ國ニ渡ヲ受ケタル當時ハ何ヲ渡スヘキモノトス

ヲ受ケタル當時既ニ其所在國ノ法律ニ依レハ時效ヲ經過シタルモノナルトキハ亦之カ引渡ヲナサヽルヲ以テ通例トス何トナレハ時効ヲ得タル所爲ハ犯罪ト看做スヘキモノニアラサレハナリ從テ時效中斷ノ方法ノ如キモ亦其國ノ法律ニ依ルヘキモノトス

尚ホ此ニ問題アリ犯人引渡ノ請求ヲ二個ノ政府ヨリ受ケタルトキハ何レノ國ニ引渡スヘキモノナルヤ是ナリ犯人引渡ノ行爲ハ一國ノ主權ニ屬スルモノナレハ其引渡ノ請求ヲ受ケタル政府ニ於テ何レニ引渡ヲ爲スモ其自由ナリト雖トモ自ラ標準トナスヘキモノアリ場合ヲ分チテ之ヲ示サン

第一　二個ノ政府中其一ハ其國内ニ於テ犯シタル犯罪ニ付キ請求ヲナシ他ノ一ハ常ニ自國ノ臣民ナリト云フ理由ヲ以テ之ヲ請求シタルトキハ國内ニ於テ罪ヲ犯サレタル政府ニ引渡スモノトス

第二　夫ノ連續犯ノ場合ノ如ク二個ノ國ニ於テ犯シタルトキハ最モ重キ罪ヲ犯シタル國ノ政府ニ引渡スモノナリ

第三　若シ同シ重サノ罪ヲ二箇國ニ於テ犯シタルトキ其國籍アル政府ニ引渡

スモノナリ

第四　二個國ノ内何レニテモ國籍アラサルトキハ先キニ請求ヲナシタル政府ニ引渡スモノトス

犯人引渡ハ如何ナル所爲ニハ適用スヘキヤ

第二　犯人引渡ハ如何ナル所爲ニ適用スヘキヤ　從來ハ大罪ニアラサレハ引渡ヲナサヽルヲ以テ常トシタリキ然レトモ今日ニテハ犯人引渡適用ノ場合ヲ擴メ大抵ノ犯罪ハ皆之カ引渡ヲナスコトヽナレリ此引渡ヲナスヘキ犯罪ト否トノ區別ハ何ヲ以テ其標準トナスヤ蓋シ引渡ヲ受ケタル國ニ於テモ罰スヘキ所爲ナルトキハ之カ引渡ヲナシ之ニ反シ其國ニ於テ罰セサル所爲ナルトキハ之カ引渡ヲナサヽルモノトス是レ其國ニ於テ罰セサル所爲ヲナシタル者ハ之ヲ犯人ト見做スヘキモノニアラサレハナリ

然ルニ此處ニハ大ナル例外アリテ夫ノ國事犯ノ犯罪人ハ之カ引渡ヲナサヽルヲ以テ一般ノ通規トナセリ何カ故ニ國事犯ニ限リ引渡ヲナサヽルヤ元來國事犯ハ特別ノ性質ヲ備フルモノニシテ單ニ其國政府ノ組織ヲ變更セント企圖スル所爲ナレハ多クハ國ヲ愛スルノ衷情ヨリ出ツルモノナルニヨリ寧ロ憫ムヘキモ深ク憎ムヘキモノニアラサルナリ且其國ニ於テハ等シク犯罪ナレハ固ヨリ之ヲ罰セサルヘカラスト雖トモ外國政府ヨリ之ヲ見レハ自國ノ組織ニ對スル犯罪人ニアラサルヲ以テ他一般ノ常事犯人ト異ナリ自國ノ爲メニハ少シモ危險ナルモノニアラサレハ之ヲ引渡スノ利益ナキナリ此等ノ理由ニヨリ國事犯ニ付テハ何レノ國ノ條約ト雖トモ其犯罪人ヲ引渡サヽルヲ以テ常トセリ故ニ今日此ニ生スル問題ハ如何ナル所爲ヲ以テ國事犯トナスヘキヤニアリ國ニヨリテ國事犯ノ定義ヲ異ニシ又學者間ニ於テモ多少ノ議論アリト雖トモ引渡ヲ受ケタル國ノ政府ニ於テ國事犯ト認定スレハ之ヲ引渡サヽルモノトス即チ國事犯ト爲スト爲サヽルトハ引渡ノ請求ヲ受ケタル其國ノ政府ノ法律及ヒ其解釋如何ニ在リト云フヘシ又茲ニ疑フヘキハ一國ノ主權者及ヒ其家族ニ對スル犯罪ハ國事犯ナルヤ否ヤ是等ハ通常國事犯ト看做サスシテ其身分ニ對スル犯罪トナシ常事犯トシテ引渡ヲナスヲ以テ通例トセリ

此ノ如ク國事犯ノ場合ヲ除ク外總テ他ノ犯罪ニ付テハ引渡ヲ求ムル國ニ於テ之ヲ犯シタルモノハ勿論假令外國ニ於テ犯シタルモノト雖トモ其引渡ヲナス

モノトス例ヘハ日本人カ米國ニ於テ犯罪ヲナシ遁レテ英國ニ在ルトキ英國ニ於テモ犯罪視スヘキ所爲ナルトキハ引渡ヲナスナリ此ニ注意スヘキハ輕罪ハ元來輕微ノ犯罪ナレハ外國ニ於テ之ヲ犯シタルトキハ其犯人ヲ罰セサルヲ通例トス故ニ外國ニ於テ犯シタル犯人ヲ引渡スハ專ラ重罪ヲ犯シタル時ニ限ルモノトス

犯人引渡ノ効果

第三　犯人引渡ノ効果　犯人引渡ノ所爲ニヨリテ引渡ヲ受ケタル國ノ裁判權ハ之ニ依リテ其權力ヲ回復ス即チ未タ裁判ヲナサヽレハ之ニ對シテ裁判ヲナシ又既ニ刑ヲ言渡シタルモノナルトキハ其執行ヲナスヘキナリ然レトモ此引渡ノ効果ハ引渡サレタル所爲ニ限リ其他ノ所爲ニ及ホスコトヲ得ス即チ引渡サレタル犯人ハ引渡サレタル所爲以外ノコトニ付テハ裁判セラルヽコトナシ例ヘハ殺人罪ニ付キ引渡サルレハ他ノ犯罪俱發スルモ之ニ付テハ裁判ヲ受クルコトナキカ如シ何トナレハ此引渡ハ或ル一ノ所爲ニ付キ求メタルモノニシテ又引渡ノ求ヲ受ケタル政府モ其所爲ヲ罰スヘキモノナリトシテ之ヲ引渡シタルモノナルカ故ニ此雙方ノ政府間ニハ其引渡ヲナシタル所爲ノミニ付キ公訴ヲ起シ裁判ヲナシ又刑ヲ科スルコトヲ承諾シタルモノナレハナリ此場合ニハ國際法上ノ「プライクション」即チ假想ニ依リテ其犯人ハ其所爲ノミニ付テ自國ニ引渡サレタルモノニシテ他ノ犯罪ニ付キテハ尙ホ他國ノ政府ノ下ニアルモノヽ如ク看做サルヽナリ故ニ苟モ引渡ノ請求ヲナス際ニ請求中ニ包含セサル所爲後日發覺スルコトアルモ決シテ之ニ付キ裁判ヲナスヲ得ス數罪中一ハ手續ノ足ラサルカ爲メ殘シ置キタルトキ又ハ未タ發見セサリシトキ等如何ナル場合ニ於テモ決シテ此假想ヲ破ルコトヲ得サルナリ

此原則ヲ適用スルニ際シ一ノ疑問ヲ生ス凡ソ裁判事件ハ其取調ヲナシテ始メテ最初之ニ附シタル罪名ノ誤謬ナルヲ發見スルコト屢々アリ例ヘハ竊盜ト思料シタル所爲ノ詐欺取財タルコトアリ又常事犯ノ如クナリシモ其實國事犯ナルコトアリ此等ノ場合ニ於テハ引渡ヲ受ケタル所爲即チ裁判權ヲ行フコトヲ得ルモノハ始メ請求ヲナシタルトキ附シタル罪名ノ所爲ヲ指スカ將タ實際取調ヲナシタル後明カニ爲リタル罪名ノ所爲ヲ指スカ一般ノ說ニテハ取調ノ終局ニ於テ實際ノ事實カ引渡ヲ受ケタル所爲ナリト云フ何トナレハ引渡ヲ受ケ

タルモソハ其眞ノ事實其物ノ爲メニシテ仮リニ附シタル罪名ノ爲メニアラサレハナリ加之ス若シ否ラストスルトキハ或ハ政府ノ都合ニ依リ故ラニ眞ノ罪名ト異リタル罪名ヲ附シテ引渡ヲ求ムルカ如キ弊害ヲ生スルニ至ルヘシ例ヘハ國事犯ノ罪名ヲ附スルトキハ引渡ヲ受クルヲ得サルヲ以テ常事犯ノ罪名ヲ付シテ引渡ヲ受クルカ如シ又或ハ檢事カ誤リテ異リタル罪名ヲ下スコトナキニ非スト雖モ斯ル場合ニ於テモ檢事ノ誤リハ爲メニ被告ノ不利益ヲ來タサシムヘキモノニ非サルニ因リ取調ノ上生シタル終局ノ事實ノ爲メ引渡ヲ受ケタルモノト看做サヽルヘカラス

此原則ノ結果トシテ引渡サレタル事件ニ付キ取調ヲ受クル際他ノ事件發覺シタルトキ之ニ付キ取調ヲ受クレハ被告人ハ之ヲ爭フコトヲ得而シテ尙ホ此場合ヲ分チテ左ノ二箇ノ結果トス

第一　引渡ヲ受ケタル事件ニ付キ取調ノ末無罪ノ言渡ヲ受クルカ又ハ有罪ナルモ既ニ刑ヲ受ケ終リタルトキハ直チニ放免セラルヘキモノナリ從テ他ノ犯罪事件ニ付テハ直ニ公訴ヲ受クルニ及ハス又答辯ヲナスニ及ハサルナリ故ニ此場合ニ於テハ夫ノ假想ニ依リ唯タ欠席裁判ヲ受クルノミ何トナレハ犯人ノ上ニ有スル裁判權ハ只引渡サレタル所爲ニ止マレハナリ然レトモ犯人自ラ此國際法上ノ假想ノ利益ヲ拋棄シ裁判ヲ受クルコトヲ承諾スルトキハ對審裁判ヲナスコトヲ得ヘシ是レ一般ノ通說ナリト雖モ或ル論者ハ之ニ反對シテ曰ク元來國ト國トノ暗默ノ契約ハ契約者外ノ者ニ於テ之ヲ破ルコトヲ得ス故ニ假令犯人ノ承諾アルモ他ノ事件ニ付テハ決シテ裁判ヲナスヲ得スト

第二　引渡ヲ受ケタル犯人カ其事件ニ付キ無罪ノ言渡ヲ受クルカ又ハ有罪ノ言渡ヲ受クルモ既ニ刑ヲ受ケ終リタルトキハ假令其以外ノ事件ニ付キ既ニ裁判確定セルモノアルモ之カ爲メニ抑留セラル可キモノニアラス何トナレハ其以外ノ事件ニ付テハ尙ホ他國ニ在ルモノト看做サルレハナリ

犯人引渡ノ手續

第四　犯人引渡ノ手續・自國ニ潛伏スル犯人ヲ引渡スニハ通常二個ノ方式ヲ要ス第一外交ノ手續ニ依ルコト是レ前回ニ於テ述ヘタルカ如ク犯人引渡ハ執行權ニ屬スル行爲ナルヲ以テ外交上ノ手續ニ依ラサルヘカラス即チ外務省公使館等ノ紹介ナカルヘカラス第二引渡請求ヲナス國ノ正當ノ權力ヲ有スル司

法省ノ手ヨリ出テタル言渡書ノ正本又ハ正式ノ謄本アルカ若クハ令狀アルコヲ要ス尤モ令狀ノ場合ニハ犯狀ヲ記載シ且犯人所在地ノ地方裁判所ヨリ其令狀ヲ此國ニ於テ執行スルコトヲ得ル許可ヲ與書セサル可ラス

以上ノ方式アリタル後國內ニ於テ犯人ヲ搜索シ犯人ヲ逮捕シタリトノ報知アルトキハ司法大臣ハ其書類ヲ其地ノ裁判所ヲ管轄スル控訴院ニ渡シ其刑事局ニ於テ檢事立會ノ上被告ノ意見ヲ聞クヘキモノナリ此時ニ當リ被告ハ引渡サル可キモノニ非スト抗辯スルコトヲ得即チ其犯罪ハ國事犯又ハ國事犯ニ附帶セルモノナレハ引渡サル可キモノニ非スト抗辯シ若クハ其所在ノ國ニ於テ罰ス可キ所爲ニ非スト抗辯シ又ハ罰ス可キ所爲タルモ既ニ時効ヲ得タルモノナリト抗辯シタルトキハ之ニ意見書ヲ附シ相當ノ期限內ニ司法大臣ニ報知ス司法大臣此報知ヲ受クルトキハ執行權ノ行爲トシテ之ヲ引渡スヘキヤ否ヤヲ決定ス然レトモ此ニ注意ス可キハ司法官カ立入リテ取調ヲ爲スハ只引渡ノ請求又ハ手續ノ條約又ハ法律ニ違背スルコトナキヤ否ヤヲ調査スルニ止マリテ果シテ引渡ス可キモノナルヤ否ヤヲ決スルハ執行權ニ在リテ司法權ノ與ル所ニ非サルナリ

假取押

第五　假取押　今述ヘタル如ク犯人ノ引渡ヲ爲スニハ其請求ヲ爲ス政府ノ司法官ノ言渡書又ハ令狀アルコトヲ要ス然レトモ急速ヲ要シ是等ノ手續ニ據ルコト能ハサルコトアリ即チ莫大ノ金ヲ持チテ隣國ヘ逃走シタル場合ノ如キハ先ツ其犯人及ヒ証據物ヲ取押フルノ假處分ヲ爲サヽル可カラス從テ豫メ之ニ處スルノ方法ヲ定メ置カサル可ラス通常何レノ國ニ於テモ被告人所在地ノ豫審判事カ自己ノ令狀ヲ出ス此令狀ハ通常ノ令狀ニ引渡ノ請求アル旨ヲ書込ミタルモノナリ豫審判事ハ此自己ノ發シタル令狀ニ依リ通常ノ手續ニ從ヒ犯人及ヒ証據物ヲ取押フルナリ而シテ正當ノ手續ニ依リテ引渡ノ請求アリタルトキハ保釋ヲ爲スノ權ナシト雖トモ此場合ハ假處分ナルヲ以テ被告ノ請求ニ依リ保釋ヲ爲スコトヲ得其保釋ノ許否ハ會議局ニ於テ之ヲ決ス又証據物ニ付キ犯人ノモノナルヤ否ヤ取押フル必要アリヤ否ヤモ會議局ニ於テ之ヲ決スルモノトス

右ハ假處分ナルカ故ニ若干ノ期限內ニ於テ正式ノ請求ナキトキハ犯人ヲ放免

セサル可ラス而シテ其期限ハ固ヨリ一定セスト雖トモ自ラ適當ナル期限アリテ十五日乃至一ケ月内トシ歐羅巴以外ノ國ナレハ二ケ月間トスルカ如シ

船員ノ取押ニ關スル假取押

第六　船員ノ取押ニ關スル假取押　是レ純然タル犯人引渡ニ非サレトモ亦其一種ナリトス這ハ國ト國トノ契約ヲ以テ爲スモノニシテ現ニ日本ニモ其場合生スルコト多シ即チ他國ノ船員カ日本ノ港ニ來リ上陸シテ逃走シタル時其國領事ノ請求ニ因リ捜索シテ之ヲ捕縛ス又其請求アルトキハ監倉ニ入ルヽコトアリ然レトモ是レ固ヨリ假處分ナレハ久シク入監セシムルヲ得ス又一旦放免シタルトキハ再ヒ取押ヲ爲サヽルモノナリ

以上ニテ犯人引渡ニ關スル規則ヲ終レリ茲ニ注意ス可キハ總テ犯人引渡ノ規則ニ從ヒ引渡請求ノ條件ヲ具備スルトキハ直ニ引渡ス可キモノナリ引渡ヲ受ケタルモノカ果シテ罪ヲ犯シタルヤ否ヤ又其犯罪タル証據アリヤ否ヤハ引渡ノ請求ヲ受ケタル政府ノ問フ所ニ非ス然レトモ國際條約ニ因リ果シテ拘留スルニ足ルヤ否ヤヲ取調ヘ又証據ノ有無ニ依リテ引渡ヲ爲スト爲サヽルコト定ムル國アリ彼ノ白耳義ト英吉利及ヒ合衆國トノ條約ノ如キ是レナリ是レ亦相互主義ニ出テタルモノナリ

私訴ノ執行

私訴ノ執行

本論ヲ左ノ三箇ノ場合ニ分チテ研究セン

第一　刑事裁判所ト民事裁判所トノ中其一ヲ撰擇スルノ權

第二　撰擇ノ結果

第三　訴權ノ執行

先ツ第一ノ場合ヨリ見ン元來私訴ハ民事ノ訴訟ナレハ之ヲ民事裁判所ニ提起スルヲ以テ正當ノ順序トス然レトモ公益上ノ理由ニ基ツキ便益ノ爲メ私訴ヲ刑事裁判所ニ提起スルヲ得ルモノトセリ而シテ其便益ハ左ノ許多ノ點ニ於テ存ス

第一　刑事裁判所ハ公訴ノ提起ニ因リ犯罪事件ノ取調ヲ爲スニ依リ其取調ニ因リテ犯罪ノ有無及ヒ其情狀ノ輕重ヲ熟知スルモノナリ從テ同一ノ所爲ヲ根據トスル私訴ニ付キ損害賠償ノ有無及ヒ其程度ヲ知ルコトヲ得故ニ刑事裁判所ニ於テ私訴ヲ判決セシムルトキハ其判決容易ニシテ極メテ便利ナリ

トス

第二　同一ノ裁判所ニ於テ同時ニ二個ノ訴訟ヲ審理スルトキハ手續ヲ省略シ事件ノ終結ヲ迅速ナラシメ以テ費用ヲ省クコトヲ得ルノ便益アリ

第三　公訴ニ附帶シテ私訴ヲ起ストキハ總テ訴訟關係人ニ便利ナリ即チ檢事ハ民事原告人ヨリ要償ノ爲メ擧ケタル證據ヲ採テ以テ公訴ノ材料ト爲スコトヲ得可ク又民事原告人ハ檢事カ公訴ノ爲メ掲ケタル證據ヲ採テ以テ私訴權證明ノ補助ト爲スコトヲ得可シ又被告人ハ同一所爲ニ因リテ起リタル二箇ノ訴訟ニ付キ同時ニ辯護ヲ爲スヲ得ルナリ

第四　公訴ニ附帶シテ刑事裁判所ニ私訴ヲ爲ストキハ之ヲ各別ニ二箇ノ裁判所ニ起シタル場合ノ如ク刑事ニ先チテ民事ノ裁判ヲ爲シタルカ爲メ民事ノ判決ト刑事ノ判決ト矛盾スルカ如キ弊害アルコトナシ

第五　民事裁判官モ刑事裁判官モ等シク一裁判所ノ裁判官ナリ其資格能力ニ於テ別ニ差異アル可キノ理ナシ故ニ刑事裁判官ニ私訴ノ裁判ヲ爲サシムルモ敢テ不當ニ非サルナリ

此ノ如ク許多ノ便益アルカ故ニ民事原告人ノ撰擇スル所ニ任シ刑事裁判所ニ私訴ヲ起スコトヲ得セシム然レトモ是レ一ノ便法ノミ元來私訴ハ民事ノ訴ナレハ之ヲ民事裁判所ニ起スヲ以テ正則トス故ニ刑事裁判所ニ私訴ヲ起スコトヲ得ルノ規則ハ固ヨリ之ヲ以テ民事原告人ヲ羈束スルコトナシ時トシテ刑事裁判所ニ私訴ヲ起スコトヲ得サルコトアリ又民事原告人ニ於テ之ヲ欲セサルコトアリ斯ル場合ニ於テハ私訴ヲ民事裁判所ニ起スコトヲ得サル可カラス今其一二ノ例ヲ擧クハ左ノ如シ

第一　被告人死去シテ公訴消滅シタルトキ

第二　公訴ノ裁判既ニ確定シタルトキ

第三　又私訴ヲ刑事裁判所ニ起スコトヲ得サルニ非スト雖トモ公訴事件罪トヲ爲ラサルヤモ知ル可ラス故ニ先ツ刑事裁判ノ確定ヲ待テ後私訴ヲ民事裁判所ニ提起スル場合ナシトセス是レ蓋シ若シ敗訴スルトキハ訴訟費用ヲ辨償セサルヲ得サルニ依リ之ヲ避ケンカ爲メナルニ外ナラサルナリ

要スルニ民事原告人ハ刑事裁判所ト民事裁判所トノ中自由ニ其一ヲ撰擇スル

コトヲ得ルナリ然レトモ此原則ニハ多少ノ例外アリテ或ハ刑事ニ附帶シテ私訴ヲ爲スコトヲ得サルコトアリ今日我國ニ於ケル其著シキモノヲ擧クレハ軍法會議ニ公訴起リタルトキ軍法會議ハ私訴ヲ判決スルノ權ナキヲ以テ之ニ附帶ノ私訴ヲ爲スコトヲ得サル是レナリ軍人軍屬ノ犯罪ハ仮令ヒ常事犯ト雖トモ軍法會議ニ於テ之ヲ處罰シ得ル所以ハ刑事ノ事タル普通ノ良心ニ由ルモ之ヲ知ルコトヲ得ヘキモノナルニ由ル然ルニ民事ニ至テハ充分ノ法律思想ヲ要シ普通軍人ノ能ク爲シ得可キ所ニ非サレハナリ其他外國ニハ尙ホ種々ノ例外アリ佛國ノ如キハ人ノ身分ニ關スル事即チ國籍其他ノ分限ニ關スル問題ハ殊ニ民事裁判所ニ於テ之ヲ判決セサル可カラス又行政法中ニモ一ノ例外アリ夫ノ收入官カ其職務ニ付キ犯シタル罪ハ會計檢査院ニ於テ賠償ノ責アリト認メテ之ヲ命シタル後初メテ刑事裁判所ニ公訴起ルヲ以テ常トス故ニ此場合ニハ固ヨリ民事原告人ニ撰擇ノ自由アルコトナク又從テ公訴ニ附帶シテ私訴ノ起ル可キ理アルコトナシ然レトモ現時日本ニハ是等ノ場合ヲ生スルコトナカル可キナリ

刑事裁判ニ於テ公訴ニ付キハ又無罪ノ言渡ヲ爲ノ免訴ト雖トモ私訴ヲ爲ス得ルコトヲ得ヤ

抑モ公訴ニ附帶シテ刑事裁判所ニ私訴ヲ提起スルヲ得ル所以ハ主トシテ公訴私訴共ニ同一ノ所爲ニ原因スルニ依リ同時ニ之ヲ判決スルハ便利ナリト云フニアリ此理由ノ結果トシテ佛國其他佛法ニ倣ヒタル白耳義ノ如キハ私訴ノ根據ト爲ル損害ヲ生セシメタル事實カ犯罪ヲ構成セサルトキハ假令ヒ一旦公訴ニ附帶シテ私訴起レルモ刑事裁判所ハ私訴ニ付キ判決ヲ爲スコトヲ得ストシ尙ホ其結果トシテ第一刑事裁判所ハ被告ニ對シテ刑ノ言渡ヲ爲ストキニ非サレハ私訴ニ付キ判決ヲ爲スヲ得ストセリ此規則ニ對シ只一ノ便益上ノ例外アリテ重罪裁判所ニ於テハ重罪事件ニ付キ假令ヒ無罪ノ言渡ヲ爲スモ尙ホ私訴ニ付キ判決ヲ爲スコトヲ得ルナリ第二ノ結果ハ公訴消滅スルトキハ刑事裁判所ハ私訴ニ付キ判決ヲ爲スノ職權ヲ失フモノトセリ尤モ此場合ハ多少ノ議論アリテ公訴私訴共ニ刑事裁判所ニ並起シ中途ニシテ被告人ノ死去又ハ大赦等公訴消滅ノ原因生スル場合ニ於テハ佛國學者ノ所說三アリ

第一說　公訴消滅スレハ私訴ヲ判決スルノ權ナカル可シ何トナレハ私訴ハ公訴ニ附帶シテ起ルモノニシテ從ハ主ニ伴フモノナレハナリ

第二說　公訴消滅スルモ私訴ノ判決ヲ爲スコトヲ得何トナレハ私訴モ亦正當ニ受理シタルモノナリ一旦正當ニ受理シタル以上ハ公訴消滅ノ理由アリテ其消滅スルモ爲ニ私訴ノ消滅ヲ來タス可キ理由ナケレハナリ

第三說　公訴ノ消滅カ公訴ニ付キ判決ヲ與フルノ以前ニ在ルトキハ公訴私訴共ニ消滅シ私訴ノ判決ヲ爲スハ職權外ナリトシテ之ヲ排斥セサル可ラスト雖トモ公訴ノ消滅若シ公訴ニ付キ既ニ判決ヲ爲シタル後ニ在ルトキハ私訴ニ付キ尙ホ判決ヲ爲スコトヲ得可シ何トナレハ此場合ニ於テ私訴ハ公訴ト共ニ判決シ得ヘカリシ殘務ナレハナリ

然ルニ本邦ニ於テハ一旦受理シタル私訴ハ豫審ニテ公訴ニ付キ免訴ノ言渡ヲ爲シタル場合ノ外ハ假令無罪又ハ免訴ノ言渡ヲ爲ス場合ト雖トモ盡ク之ヲ判決ス可キモノトセリ即チ第二百二十五條ニ「前二條ノ場合ニ於テハ私訴ニ付キ其請求價額ノ多寡ニ拘ハラス判決ヲ爲ス可シ」トアリ而メ其前二條ノ場合ハ被告事件ニ付キ刑ノ言渡ヲ爲シ又ハ無罪若クハ免訴ノ言渡ヲ爲ス可キ場合ナリ」是ニ由テ之ヲ觀レハ公訴ノ判決如何ニ關セス刑事裁判所ハ私訴ニ付テ判決ヲ爲サヽル可ラス只豫審ニ於テ私訴ニ付キ判決ヲ爲スヲ得サルノミ蓋シ豫審ハ其性質上判決ヲ爲ス可キモノニ非ス加之ス若シ之ヲ許ストキハ濫訴ノ弊害ヲ生スルニ至ル可ケレハナリ

然レトモ立法上ヨリ觀察スレハ公判ニ於テハ何レノ場合ト雖トモ私訴ノ判決ヲ爲ス可シト云フ規定ハ多少ノ不都合ナキ能ハス即チ私訴ニ付キ判決ヲ爲シ得ヘキ場合ト否ラサル場合トヲ區別セサル可カラサルモノヽ如シ即チ被告事件ニ付キ無罪ノ言渡ヲ爲シタル場合ハ私訴ノ判決ヲ爲スニ差支ナカル可シ何トナレハ其所爲ニ付テハ取調充分シ居レハナリ之ニ反シテ第百六十五條第三以下ノ場合即チ公訴ノ時効ニ罹リタルトキ、大赦アリタルトキノ如キハ直チニ免訴ノ言渡ヲ爲ス可キモノニシテ其事件ニ付キ充分ノ取調ヲ要セサルモノナレハ私訴ノ判決ヲ爲サント欲セハ又更ニ私訴ノ取調ヲ爲サヽルヲ得ス若シ果シテ然ラハ正當管轄タル民事裁判所ニ於テ其取調ヲ爲サシムルニ若カサルナリ

是ヨリ第二ノ場合即チ撰擇ノ結果ニ付キ述ヘン

一路ヲ擇ミタルモノハ他岐ヲ採ルヲ得ストアリ故ニ民事裁判所ト刑事裁判所トノ中其一ヲ撰ミ之ニ起訴シタルトキハ中途ニシテ之ヲ止メ他ノ裁判所ニ移ルコトヲ許サス降リテ佛國法律ト爲ルニ方テハ此原則ヲ特ニ法律ノ明文ニ載セサリキ從テ學説三派ニ分レタリ

第一説　或ル場合ニハ此原則ノ適用ヲ揭ケタルカ如キ場合アリ其場合ニ限リ之ヲ適用ス可シ

第二説　一旦刑事裁判所ニ出テ後民事裁判所ニ移ルハ嚴ナル裁判所ヨリ寛ナル裁判所ニ移ルモノナレハ相手方ニ利益ナルヲ以テ之ヲ許ス可キモ民事裁判所ヨリ刑事裁判所ニ移ルハ寛ヨリ嚴ニ就クモノニシテ相手方ノ不利ナレハ之ヲ許ス可ラス

第三説　何レノ場合ニテモ中途ニ之ヲ變スルコトヲ得ス此説ハ即チ羅馬ノ原則ヲ固守スルモノナリ

以上三説ノ中佛國ニ於テハ第二説ヲ採ル學者最モ多シト雖モ余ハ或學者ノ説ニ從ヒ第三説ヲ採ラント欲ス是レ第三説ハ最モ公平ニシテ且法理ニ適スルカ

故ナリ先ツ公平ノ點ヨリ觀察センニ一ノ裁判所ヲ自由ニ撰擇シタル者カ中途ニ他ノ裁判所ニ移ラントスルハ畢竟事件ノ模樣カ原告人ニ不利ナル場合ニ限ル可シ若シ利益ナルトキハ決シテ之ヲ變セサル可シ此ノ如キ專横ノ行爲ハ公平ニ戻ルモノト云フ可シ又凡ソ裁判所ニ訴訟ヲ提起シ勝敗ノ其決スル所ニ任スルハ恰モ一種ノ契約ヲ爲スニ異ナラス而シテ契約ハ一方ノ意思ノミニテ自由ニ之ヲ解除スルヲ得ス然ラハ一旦一ノ裁判所ヲ撰ミタル者ハ自由ニ他ノ裁判所ニ移ルコトヲ得サルナリ是レ法理ノ當サニ然ル可キ所ナリ加之ナラス一般ノ學者ハ初メ民事裁判所ニ起シタル訴訟ヲ中途ニ刑事裁判所ニ移ス場合ハ寛ヨリ嚴ニ赴クモノナルニ依リ之ヲ許ス可ラスト爲スモ刑事裁判所ニ起シタル訴訟ヲ中途ニ民事裁判所ニ移スモ亦寛ヨリ嚴ニ赴クモノト云ハサル可ラス何トナレハ原告人カ一旦擇ミタル裁判所ヲ止メ他ノ裁判所ニ移ラント欲スレハ已レニ不利ナレハナリ原告人ノ不利ハ即チ被告人ノ利益ナリ被告人ニ利益ナル刑事裁判所ヲ去テ不利オル民事裁判所ニ移ルハ寛ヨリ嚴ニ赴クモノト云ハスシテ何ソヤ我邦舊治罪法ノ起草者タルボアソナード氏ハ佛國學者間ノ普

通說タル第二說ヲ採リ之ヲ其草案中ニ規定シタリ然ルニ其確定法典トナル際大ニ之ヲ變更シ其第七條ニ於テ民事裁判所ニ起リタル私訴ハ檢察官ノ起訴アルニ非サレハ更ニ刑事裁判所ニ移スヲ得ス又刑事裁判所ニ起シタルモノハ被告人ノ承諾アルニ非サレハ更ニ民事裁判所ニ移スヲ得ストシ以テ原告人ノ專横ヲ防キタリ然ルニ新法典タル刑事訴訟法ニハ此條ヲ削除セリ其削除シタル理由ハ何レニ存スルヤ固ヨリ之ヲ知ルニ由ナシト雖トモ余ノ想像ヲ以テスレハ羅馬ノ原則ハ專ラ獨乙ニ傳ハリ獨乙法ハ殆ント羅馬法ヲ其儘ニ用ヰルカ如キ所多ク而シテ新刑事訴訟法ニハ多少獨乙法ノ精神ヲ注入シタル蹟アルヲ以テ羅馬ノ原則ヲ採用スルカ爲メ或ハ之ヲ削除シタルモノナラン此事ニ付キ刑事訴訟法ノ編纂者タル某氏ニ尋子タルニ某氏曰ク凡テ民事訴訟法ノ規定ニ依ラシムルカ爲メナリト而シテ民事訴訟法ニハ被告ニ於テ答辯書ヲ差出シタル後ハ原告ノ勝手ニ事件ヲ左右スルヲ得サル等ノ規定アリ蓋シ是等ノ規定ニ依ラシムルノ意ナランカ未タ確カナル說ヲ得サレハ其理由ノ如何ハ今爰ニ斷言スルコトヲ得サルナリ

一路ヲ擇ヒタル者ハ他岐ヲ取ルヲ得ストノ原則ヲ適用スルニハ他岐ヲ得ルノ原ニ要スル條件

以上述フル所ノ一路ヲ擇ヒタル者ハ他岐ヲ取ルヲ得ストノ原則ヲ適用スルニハ二箇ノ條件ヲ要ス

第一　二箇ノ裁判所ニ訴ヘ出テタル請求ノ同一ナルコト

此第一條件タル請求ノ同一ナルコトハ尙ホ詳シク之ヲ分析スルトキハ左ノ三箇ノ要素ヲ含蓄ス

第一　目的ノ同一ナルコト

第二　原因ノ同一ナルコト

第三　相手方ノ同一ナルコト

是レ確定判決ニ要スル條件ト同一ニシテ若シ此條件ノ一ヲ欠ケハ刑事裁判所ニ訴ヘ出テタル後中途ニ之ヲ止メテ民事裁判所ニ訴ヘ出ツルコトヲ得可ク又其反對ニ民事裁判所ヨリ刑事裁判所ニ移ルコトヲ得可シ例ヘハ有夫姦罪ノ公訴ニ附帶シテ一旦刑事裁判所ニ私訴ヲ起シ後之ヲ止メテ更ニ民事裁判所ニ姦通ヲ理由トシテ離婚ノ訴ヲ爲シタリトセンニ此場合ニ於テハ同一ノ相手方ニシテ復タ同一ノ姦淫ヲ原因ト爲スト雖モ訴訟ノ目的ヲ異ニセリ即チ一ハ損害

ノ賠償ヲ目的トシ他ノ一ハ離婚ヲ目的トスモノナリ從テ一方ヲ止メテ他ノ裁判所ニ訴ヘ出ツルモ敢テ差支ナカル可シ尚ホ一ノ例ヲ擧ケンニ民事ノ訴訟中ニ證書僞造ノ民事豫審ノ訴ヲ爲シ中途ニ之ヲ拋棄シテ別ニ刑事裁判所ニ起レル證書僞造ノ公訴ニ附帶シテ私訴ヲ起ス場合ノ如キハ同シテ僞造ノ事實ヲ原因トシテ訴ヲ爲シ又其相手方モ同一ナリト雖トモ訴ノ目的ヲ異ニセリ何トナレハ民事裁判所ニ於ケル僞造ノ訴ハ証書ノ無効又ハ其幾分ヲ削除セシムルヲ目的トシ公訴ニ附帶シタル私訴ノ目的ハ之ト異ナリ其所爲ニ因リテ生シタル損害ノ賠償ニ在レハナリ此原則ヲ推ストキハ蓋シ其初民事トシテ訴ヘ出テタルモ其訴訟中刑事ニ繫ルコトヲ發見シ民事ノ訴ヲ止メテ刑事裁判所ニ訴ヘ出ツルモ自由ナリト謂フヲ得可シ例ヘハ民事裁判所ニ寄託物取戻ノ訴ヲ起シ中途ニテ受寄物費消ノ犯罪アルコトヲ發見シタルトキハ更ニ刑事ノ訴ヲ起シ之ニ附帶シテ私訴ヲ爲シタルトキノ如キ此場合ニ於テモ其目的ハ俱ニ物件取戻ニシテ其相手方モ亦同一ナリト雖モ一ハ契約ヲ原因トシ一ハ犯罪ヲ原因トス又其反對ニ前ニ受寄物費消罪アリトシテ刑事ノ訴ヲ起シタルモ其審理中犯罪ノ證憑不十分ニシテ到底有罪タラサル可シト思料シタルカ爲メ中途ニ刑事ノ訴訟ヲ止メテ民事裁判所ニ訴ヘ出テタルトキモ前後原因ヲ異ニスルヲ以テ同一ノ請求ト謂フヲ得サルナリ

第二　事件ヲ受理シタル裁判所カ私訴ノ裁判ヲ爲ス職權ヲ有スルコト

一路ヲ採リタル者ハ他岐ニ渉ルヲ得ストノ原則ヲ適用スルニハ其始メ事件ヲ握リタル裁判所カ私訴ノ裁判ヲ爲ス職權ヲ有セサル可カラス故ニ若シ其裁判所カ其職權ヲ有セサレハ假令一旦其裁判所ニ訴ヲ起スモ曾テ其裁判所ニ起訴ヲ爲サヽルト同一ナルカ故ニ之ヲ止メテ更ニ復タ他ノ裁判所ニ起訴スルヲ得可キナリ而シテ此條件ヨリ左ノ二箇ノ結果ヲ生ス

第一　刑事裁判所カ自ラ管轄違ノ言渡ヲ爲シタルトキ

第二　刑事裁判所カ豫審ノ決定ヲ以テ免訴ノ言渡ヲ爲シタルトキ

管轄違ノ言渡ヲ以テ事件ノ繫屬ヲ脫離シタル裁判所カ私訴ノ裁判ヲ爲スヲ得サルハ固ヨリ言フヲ俟タサル所ナリ又豫審ハ元來私訴ノ裁判ヲ爲スノ職權ナキモノナレハ公訴ニ付キ免訴ノ言渡ヲ爲シタルトキハ獨リ私訴ノ裁判ヲ爲ス

ヲ得サルヤ明カナリ

以上ニテ選擇權ノ結果ナル問題ヲ了レリ以下訴權ノ執行ニ移ラン

又此訴權執行ノ問題ヲ刑事裁判所ニ起訴シタル場合ト民事裁判所ニ起訴シタル場合トニ分チテ講究セン

被害者ハ何時ニテモ公訴ヲ附帶シテ刑事裁判所ニ民事原告人ト申立ヲ爲ノ得ス

第一　刑事裁判所ニ起訴シタル場合

凡ソ裁判所ハ訴訟ノ提起ヲ俟テ始メテ之カ裁判ヲ爲スモノナレハ刑事裁判所ニ於テ公訴ヲ審理スル所以ハ畢竟檢事ノ起訴アルニ因ルナリ故ニ私訴ニ付テモ刑事裁判所カ其裁判ヲ爲スヲ得ルニハ必ス被害者ヨリ民事原告人タルノ申立(即チ私訴ノ提起)アルヲ要ス(只夫ノ贓物ノ現存スル場合ニ於テ被害者ヨリ請求ナキモ之ヲ還付スルハ便宜上ヨリ出テタル一ノ例外ナリトス)而シテ此民事原告人トナル申立ハ何レノ時ニ於テ之ヲ爲ス可キカ本法第四條ニ曰ク「私訴ハ其金額ノ多寡ニ拘ハラス公訴ニ付キ第二審ノ判決アルマテ何時ニテモ其公訴ニ附帶シテ之ヲ爲スコトヲ得」ト由是觀之私訴ハ告訴ト共ニ之ヲ爲スコトヲ得可ク豫審中ニ其申立ヲ爲スコトヲ得可ク又公判ノ始メニ於テモ中途ニ於テモ

被害者ハ豫審判事ニ對シ民事原告人ト申立ヲ爲ルコトヲ得ス

終リニ於テモ常ニ其申立ヲ爲スコトヲ得可キナリ加之ナラス上訴アリタルトキハ其判決ナキ間ハ何時ニテモ其申立ヲ爲スコトヲ得可シ然レトモ第二審以後即チ上告中大審院ニ於テハ私訴ノ申立ヲ爲スコトヲ得ス是レ畢竟大審院ハ法律上ノ誤謬ヲ正ス所ニシテ新ナル訴ヲ受理ス可キ所ニ非サレハナリ

此ニ注意ス可キハ舊治罪法ニ於テハ檢事ノ公訴ナキ場合ニ於テモ被害者ヨリ豫審判事ニ對シ民事原告人トナル申立ヲ爲シ私訴ヲ起スコトヲ得ルノミナラス其私訴ノ提起ニ依リ公訴起リタルモノトセリ又外國ニ於テハ重罪ヲ除クノ外他ノ犯罪ニ付テハ豫審ニ私訴ヲ起スヲ以テ公訴起リタルモノト爲スノミナラス公判ニ私訴ノ申立ヲ爲シ公訴ヲ起スコトヲ得セシムルモノアリ然レトモ公判ニ私訴ノ申立ヲ爲シ公訴ヲ起スコトヲ得セシムルハ濫訴ノ弊害アルヲ慮リ我舊治罪法ハ只豫審ニ限リ私訴ノ申立ト仝時ニ公訴ヲ起スコトヲ得セシメシカ此刑事訴訟法ハ檢事ノ起訴ナキ間ハ豫審ニ私訴ノ申立ヲ爲シテ公訴ヲ起サシムルヲ許サス抑モ被害者カ豫審判事ニ對シ民事原告人タルノ申立ヲ爲シタルニ依リ公訴起リタルモノト爲シタル所以ハ畢竟公訴ヲ起スト否トハ檢事

ノ權内ニ在ルモノナレハ或ハ其權力ヲ濫用シ被告人ニ權勢アルカ又ハ私情ノ爲メ公訴ヲ起サヽルカ如キ弊害ナカラシメンカ爲メ被害者ヨリ私訴ノ申立アルトキハ豫審判事ハ檢事ノ起訴ナキモ必ス其取調ヲ爲ス可キモノトシ以テ被害者ヲ保護シタルモノナリ然ルニ新刑事訴訟法ニ之ヲ削除シタルハ何ソヤ曰ク濫訴ノ弊アレハナリ蓋シ刑事ハ之ヲ民事ニ比スレハ速ニ事ノ落着ヲ期スルヲ得可ク又相手方ヲ脅迫シテ直ニ示談ヲ以テ事ヲ纏ムルヲ得可キコトアルノミナラス刑事ハ民事ノ如ク訴訟印紙ヲ要セサルニ依リ元來刑事裁判所ニ訴フ可カラサル事件ヲ濫リニ提起スルノ弊害ハ已往ノ實例ニ徵シテ實ニ酸鼻ニ耐ヘサルモノアリシヲ以テナリ然レトモ之ヲ削除シタルカ爲メ檢事ノ專横ヲ防クノ途ハ殆ント絶ヘルニ至レリ今ハ只上級裁判所ノ檢事ニ訴フルコトヲ得ルノミ即チ區裁判所ノ檢事カ濫ニ公訴ヲ起サヽルトキハ地方裁判所ノ檢事ニ地方裁判所ノ檢事カ公訴ヲ起サヽレハ控訴院ノ檢事ニ控訴院ノ檢事モ亦然ルトキハ大審院ノ檢事ニ訴フルコトヲ得可ク又場合ニ依リテハ司法大臣ニ訴フルコトヲ得可シ蓋シ檢事ハ上長官ノ命令ニ服從ス可キ義務アルモノナルカ故ナリ

民事裁判所ニ私訴ヲ起シタル場合

然リト雖モ余ノ說ヲ以テスレハ檢事カ起訴ヲ爲サヽル場合ニ於テ其上長官ニ訴フルカ如キハ實際上爲シ難キモノナルカ故ニ檢事ノ專横ヲ防クノ途ヲ存シ他ニ告訴人ノ濫訴ヲ防クノ方法ヲ設クルノ優レルニ若カスト信スルナリ其方法トハ蓋シ刑事ニ訴フルニ際シ證據金ヲ出サシムルカ又ハ民事ノ如ク訴訟印紙ヲ貼用セシムルニ在ラン歟

被害者カ民事原告人タル申立ヲ爲ストキハ如何ナル結果ヲ生スルヤ此申立ヲ爲シタル以後被害者ハ訴訟ノ相手方ト爲ル可シ從テ復タ左ノ如キ結果ヲ生ス

第一　訴訟書類ノ送達ヲ受ク

第二　証人ト爲ルコトヲ得ス

第三　敗訴スレハ訴訟費用ヲ負擔セサル可ラス

以上刑事裁判所ニ私訴ヲ起シタル場合ニ付キ講述シ了レリ以下第二ノ場合ニ移ラン

第二　民事裁判所ニ私訴ヲ起シタル場合

元來私訴ハ民事ノ訴ナレハ之ヲ民事裁判所ニ訴フルヲ以テ其本則トス從テ其

公訴私訴ノ裁判ハ相互ニ影響ヲ及ホスヤ否ヤ

手續ノ如キモ通常民事ノ規則ニ從フ可キモノニシテ民事訴訟法ノ關スル所ナレハ此ニ詳細ノ説明ヲ爲ス可キモノナシ只少シク説明ス可キモノハ即チ民事裁判所ニ私訴ヲ提起シタル場合ニハ其私訴ノ裁判ト刑事裁判所ニ於ケル公訴ニ關スル裁判トハ通常相互ニ影響ヲ及ホサヽルヲ以テ通則ト爲スト雖モ場合ニ依リテハ刑事ノ裁判民事ノ裁判ニ影響ヲ及ホスコトアリ今場合ヲ三箇ニ分チテ之ヲ論セン

第一　公訴ノ執行以前ニ私訴ノ判決アリタルトキ

此場合ニ於テ私訴ノ判決ハ公訴ノ判決ニ影響ヲ及ホスコトナシ凡ソ一ノ判決カ他ノ判決ニ影響ヲ及ホスニハ前後同一ノ訴訟ナラサル可ラス然ルニ此場合ニ於テハ二箇ノ訴訟同一ナリト云フヲ得ス即チ私訴ハ損害賠償ヲ以テ其目的トシ公訴ハ刑ノ適用ヲ以テ其目的トス私訴ハ一私人ニ損害ヲ生シタル所爲ヲ以テ其原因トシ公訴ハ社會ノ公益ヲ害シタル所爲ヲ以テ其原因トス又私訴ニハ被害者其原告人ニシテ公訴ニハ社會ノ代表者タル撿事其原告人ナリトス故ニ刑事裁判所カ豫斷問題ノ爲メ豫メ民事裁判所ヲシテ之カ裁判ヲ爲サシメタル場合ヲ除クノ外ハ刑事裁判所ハ民事裁判ノ結果如何ニ關セス自由ニ公訴ノ裁判ヲ爲スコトヲ得可キナリ

第二　私訴ノ執行以前若クハ執行中ニ公訴起リタルトキ

此場合ニ於テハ羅馬法以來一般ニ行ハルヽ刑事ハ民事ヲ中止ストノ原則ニ依リ公訴ノ確定ニ至ルマテ私訴ノ判決ヲ中止セサル可ラス何カ故ニ此ノ如キ原則ヲ設ケタルヤ抑モ公訴私訴共ニ仝一ノ刑事裁判所ニ起リタルトキハ私訴ハ元來犯罪ノ行爲ヲ原因ト爲スモノナレハ其原因タル犯罪ノ有無ヲ決セサレハ其結果タル私訴ノ判決ヲ爲シ得可キノ理アルコトナシ然レトモ本問題ノ場合ニハ公訴私訴ハ別レテ二箇ノ裁判所ニ在ルヲ以テ原則上ヨリ之ヲ論スルトキハ裁判官ハ各獨立ナルカ故ニ其刑事タルト民事タルトヲ問ハス最モ先キニ之カ取調ヲ終リタルモノ先ツ裁判ヲ爲シ得可キモノヽ如シ然ルニ法律ハ被告人ノ利益ト公益上ノ理由トニ依リ公訴ニ先チテ私訴ノ判決ヲ爲ス可カラスト爲シタリ然ラハ何ヲカ被告人ノ利益ト云フヤ曰ク公訴ニ先チテ私訴ノ判決ヲ爲シ其判決被告人ニ不利トナルトキ即チ被告損害賠償ノ責任アリトノ言渡ヲ爲

シタルトキハ檢事ハ之ヲ引證シテ以テ其有罪ヲ主張スルヲ得可ク裁判官モ亦之カ爲メ多少動カサルヽコトアリ被告人ノ爲メ不利益ナル有罪ノ豫斷ヲ與フルニ至ル可シ即チ民事ノ裁判カ刑事ノ裁判ニ幾分ノ影響ヲ及ホス可シ是レ被告人ノ利益ヲ慮カリ刑事ノ裁判アルマテ民事ノ裁判ヲ中止スル所以ナリ又何ヲカ公益上ノ理由ト云フヤ抑モ民事ノ裁判ハ刑事ニ於テ之ニ從フニ及ハスト雖トモ之ニ反シテ刑事ノ裁判ハ何人ト雖トモ必ス之ニ從ハサル可ラサルモノナリ故ニ先ツ刑事ノ裁判ヲ爲ストキハ民刑二箇ノ裁判相牴觸スルコトナク裁判ノ威嚴ヲ傷フノ憂ナシ是レ即チ公益上刑事ノ裁判アルマテ民事ノ裁判ヲ中止スル所以ナリトス

此ノ如ク刑事ハ民事ヲ中止ストノ原則ハ被告人ノ利益ノ爲メ且公益上ノ理由ニ基クモノナレハ被告人、民事原告人若クハ檢事ヨリ之ヲ主張スルコトヲ得ルノミナラス此等ノ者若シ其申立ヲ爲サヽルトキハ裁判官ハ其職權ヲ以テ民事裁判ノ中止ヲ命セサルヘカラサルナリ

刑事ハ民事ヲ中止スルト云フ原則ヲ適用スルニハ左ノ二個ノ條件ヲ要ス

第一　二個ノ訴訟カ同一ノ所爲ニ基クコト

故ニ刑事裁判所ト民事裁判所トニ同時ニ二個ノ訴訟起ルト雖モ民刑各異ナル所ノ事實ヲ根據ト爲ストキハ刑事ノ裁判カ民事ノ裁判ニ影響ヲ及ホスコトナシ例ヘハ民事ノ訴訟中ニ證據トシテ人證ヲ許シタルニ其證人僞證ヲナシタリトテ僞証罪ノ公訴起リタル場合ノ如シ

第二　既ニ刑事裁判所ニ公訴ノ起リタルコト

故ニ同一ノ所爲ヲ根據トスル事柄ニ付キ二個ノ裁判所ニ事件顯ハレタル場合ト雖トモ未タ公訴起ラサル以前ナルトキハ民事ノ裁判ヲ中止スルコトナシ從テ告訴告發アリタルノミニテハ未タ民事ヲ中止スルニ足ラサルナリ

右二個ノ條件ハ刑事ハ民事ヲ中止スト云フ原則ニ必要欠クヘカラサルモノナリト雖トモ此條件以外ニハ復タ一ノ條件ヲ要セサルナリ換言セハ此二個ノ條件ヲ具備スル以上ハ其相手方及ヒ其目的ヲ異ニスルモ尚ホ此原則ヲ適用スルヲ得ヘキナリ故ニ檢事被告人ニ對シ公訴ヲ起ストキハ民事裁判所ニ於テ民事擔當人ニ對シテ起セル私訴モ尚ホ之ヲ中止セサルヘカラス又刑事ノ民事ヲ中

止スルハ損害賠償ヲ目的トスル純然タル私訴ノミニ限ラス苟モ同一ノ事實ヲ根據トスル民事上ノ訴訟ハ亦之ヲ中止セサルヘカラサルナリ夫ノ有夫姦ヲ理由トシテ離婚ヲ訴フル場合若クハ詐欺ノ所爲ヲ根據トシテ契約ノ無効ヲ訴フル場合ノ如キハ皆之ニ屬スルモノトス

原則ハ則チ斯ノ如シト雖トモ實際ニ於テハ時トシテ此原則ノ適用ヲ爲サスシテ刑事ノ裁判ニ先チテ民事ノ裁判ヲナスコトナシトセス例ヘハ同時ニ民刑二個ノ裁判所ニ公訴私訴並ヒ起リタル場合ニ於テ或ハ訴訟關係人ヨリ之カ中止ノ求メヲナサス又裁判官モ其並起ノ事實ヲ知ラスシテ公訴ノ裁判ニ先チテ私訴ノ裁判ヲナスコトアリ斯ル場合ニ於ケル裁判ノ効力ハ如何是レ場合ヲ分チテ論セサルヘカラス

第一ノ場合　民事裁判所ニ於テ刑事ノ裁判ニ先チテ被告人ニ賠償ノ責アリトノ判決ヲナシ其後刑事裁判所ニ於テモ亦被告事件有罪ナリトノ判決ヲナシタルトキ此場合ニ於テハ二個ノ裁判共ニ無効ナリトス而シテ刑事ノ裁判ノ無効ナル理由ハ夫ノ刑事ノ裁判ハ先キニナシタル民事裁判ノ爲メニ多少ノ影響ヲ被リ之カ爲メ有罪ノ裁判ヲナシタルヤノ嫌アルカ故ナリ又民事ノ裁判ヲモ無効トナス理由ハ若シ民事ノ裁判ヲ無効トナサヽルトキハ刑事ノ裁判ニ影響ヲ及ホスノ原因絶ユルコトナケレハナリ

第二ノ場合　民事裁判所ニ於テ賠償ノ責アリトノ言渡ヲナシ刑事裁判所ニ於テ無罪ノ言渡ヲナシタルトキハ二個ノ裁判共ニ有効ナリ何トナレハ刑事ハ民事ニ於テ賠償ノ裁判ヲナシタルニモ拘ハラス無罪ノ裁判ヲ爲シタルハ其影響ヲ受ケサルノ證據ニシテ又民事ハ刑事ニ先チ獨立シテナシタルモノナレハナリ

第三ノ場合　民事裁判所ニ於テ私訴ニ付キ賠償ノ責ナシトノ言渡ヲナシ之ニ反シテ刑事裁判所ハ有罪ノ言渡ヲナシタルトキハ公訴私訴ノ裁判共ニ有効ナリトス其所以ハ一方ハ賠償ノ責ナシトナシタルニモ關セス他ノ一方ニ於テハ有罪ノ言渡ヲナシタルモノナレハ其影響ヲ及ホサヽルコト明カナレハナリ

第四ノ場合　民事裁判所ニ於テ賠償ノ責ナシト言渡シ刑事裁判所ニ於テモ亦無罪ノ言渡ヲナシタルトキハ二個ノ裁判共ニ有効ナリトス何トナレハ此場合ニ於テハ被告ハ更ニ不利益ヲ被ムルコトナケレハナリ

以上陳述シタル四個ノ場合ハ舊治罪法第六條ニ規定スルトコロナリ該條ニ曰ク「刑事裁判所又ハ刑事裁判所ト民事裁判所トニ於テ公訴私訴并起ルトキハ公訴ノ裁判ニ先テ私訴ノ裁判ヲナスヘカラス若シ返還ノ言渡アリタル後刑ノ言渡アリタル時ハ其ニ其効ナカルヘシ」ト然ルニ新刑事訴訟法ニハ此法文アルコトナシ新法典ニ此規則ヲ削リシハ所謂刑事ハ民事ヲ中止スルノ原則ヲ認メサルカ將タ此原則ハ明カニシテ別ニ此原則ヲ掲クルノ必要ナキカ故ナルカ之ヲ知ルニ由ナシ故ニ刑事訴訟法ノ編纂ニ從事セシ人ニ質タセシニ曰ク民事訴訟法ノ總則ニ從ヒテ決スルノ意ニテ之ヲ削リタルモノニシテ別ニ原則ヲ替ユルノ趣旨ニ出テタルモノニ非スト然ルニ民事訴訟法ヲ通覽スルニ僅ニ之ニ關スル二個ノ條文アルノミ即チ第百二十一條ニ「裁判所ハ訴訟ノ全部又ハ一部ノ裁判カ他ノ繫屬スル訴訟ニ於テ定マルヘキ權利關係ノ成立又ハ不成立ニ繫ルトキハ他ノ訴訟ノ完結ニ至ルマテ辯論ヲ中止スヘシ」トアリ又其第百二十二條ニ「裁判所ハ民事訴訟中罰スヘキ行爲ノ嫌疑生スルトキハ刑事訴訟手續ノ完結ニ至ルマテ辯論ヲ中止スヘシ但其罰スヘキ行爲カ訴訟ノ裁判ニ影響ヲ及ホストキニ限ル」トアリ是ニ由テ之ヲ觀レハ今日ト雖モ刑事ハ民事ヲ中止スル原則ハ消滅ニ歸シタルニ非ス只舊治罪法ノ如ク其規定緻密ナラサルノミ爲メニ多少疑ナキニ非スト雖モ是等ノ問題ハ總テ條理ニ依テ決定スルヲ得ヘシト信ス

公訴消滅ノ原由

第三　公訴ノ確定シタル後私訴起リシトキ

此場合ニ於テハ一般學者ノ論スルトコロニ依レハ私訴ハ必ス公訴ノ判決ニ從ハサルヘカラス這ハ確定判決ニ付キ述フルノ際詳シク說明スヘケレハ此ニ之ヲ述ヘス

以上ニテ公訴私訴執行ノ部ヲ終レリ以下公訴私訴ノ消滅ニ移ラン

公訴ノ消滅

公訴消滅ノ原由ハ第六條ニ之ヲ定ム第一被告人ノ死去第二告訴ヲ待テ受理スヘキ事件ニ付テハ告訴ハ抛棄第三確定判決第四犯罪ノ後頒布シタル法律ニ因リ其刑ノ廢止第五大赦第六時効是ナリ故ニ公訴ノ受理セラルヽハ公訴消滅ノ原由生セサル以前ニ限ルモノニシテ若シ一タヒ此原由生スルトキハ最早公訴ヲ受理スルヲ得サルモノナリ之ヲ換言スレハ未タ公訴ヲ起サヽルノ以前公訴

消滅ノ原由生スルトキハ最早公訴ヲ起スヲ得サルハ勿論裁シ誤テ公訴ヲ起シタルトキハ之ヲ却下セサルヘカラス又既ニ公訴起リタル後公訴消滅ノ原由生スルトキハ其判決ノ確定ニ至ルマテ訴訟關係人ハ總テ之ヲ主張シテ其訴訟ヲ却下セシムルコトヲ得即チ始メ公訴ヲ起シタル檢事ト雖トモ尚ホ之ヲ主張スルコトヲ得雷ニ然ルノミナラス裁判官モ亦職權ヲ以テ之ヲ主張セサルヘカラス若シ此原由アルニモ拘ハラス裁判ヲナシタルトキハ大審院ニ於ケル破毀ノ原因ト爲ルモノナリ是レ畢竟公訴ノ消滅ハ被告人ノ利益ノ爲メニ之ヲ設クルモノニアラスシテ公益上ノ理由ニ基クモノナレハナリ而シテ此六個ノ公訴消滅ノ原由ハ制限的ノモノニシテ例示ニアラサルヲ以テ之ヲ他ノ場合ニ擴張スルヲ得サルナリ

被告人ノ死去

第一　被告人ノ死去

被告人ノ死去ニ因リ公訴消滅スル所以ノモノハ夫ノ刑ハ一人ニ止マリ罰ハ死者ニ及ハスト云フ原則ノ適用ナリトス抑モ刑ハ犯者ノ一身ニ止マルヘキモノナルコトハ今日ニ於テハ何人モ疑ハサル所ナレトモ今其然ル所以ヲ略陳スレハ元來刑ハ其人ノ惡事ヲ罰スルモノナレハ固ヨリ民事上ノ裁判ノ如ク其相續人ニ對シテ行フヘキモノニ非サルナリ然レトモ未タ此原則ノ明カナラサル古代ニ在テハ大罪ヲ犯ストキハ其妻子モ共ニ罰セラレ或ハ三族ヲ夷シ若クハ九族ヲ滅ス等ノコトアリ殊ニ國君ニ對スル犯罪ノ如キニ至テハ其共犯ナルカ將タ從犯ナルカ又其之ヲ知リシカ將タ之ヲ知ラサリシカハ毫モ之ヲ取調フルコトナク只其血緣タルノ故ヲ以テ盡ク之ヲ罰シタリ豈ニ不法苛酷ノ極ナラスヤ日本ニ於テモ封建時代ニアリテハ罪ヲ親族ニ及ホシタルコトアリキ中世ニ至リ刑ハ一人ニ止マルノ原則ハ一般ニ是認セラルヽニ至リシカ或ル種類ノ犯罪ニ付テハ被告人ノ死去シタルトキ其名ヲ罰シ甚シキハ其死骸ニ對シテ罰ヲ行ヒタリ日本ニ於テモ亦死骸ヲ市ニ暴ラセシコトアリシ然レトモ今日ノ文明社會ニ於テハ此ノ如キ背理ノコトヲ爲サス被告人死スルトキハ罪ヲ斷セサルナリ是レ蓋シ取調ベサレハ罰セストノ原則ニ出ツルモノトス苟モ罪ヲ斷スルニ當リテハ被告人ヲシテ十分ノ辯護ヲナサシメサルヘカラス死者ハ自ラ辯護スル能ハサルモノナリ自ラ辯護スルヲ得サルモノヲ罰スルハ不正是ヨリ太甚シ

被告人中一人ノ死去ニ因リ公訴消滅トシタルトキハ他ノ共犯ニ對スル公訴ハ消滅スルヤ

キハナシ或ハ曰ク被告人死去スルトキハ他人ヲシテ之カ辯護ヲナサシムルヲトヲ得ヘシト然レトモ假令他人ヲシテ之カ辯護ヲ爲サシムルモ夫ノ事實ヲ詳カニスルハ本人ニ若クモノナク到底他人ノ得テ代ルコトヲ得サルモノナリ加之ス凡ソ刑罰ノ目的ハ主トシテ犯者ヲ懲戒スルニ在リ故ニ被告人死去スルトキハ此目的ヲ達スルヲ得サルニ至ルヘキナリ是レ即チ被告人ノ死去ニ因リ公訴消滅スル所以ナリ

被告人ノ死去ニ因ル公訴ノ消滅ハ他人ト雖モ之ヲ主張スルコトヲ得ルナリ故ニ此點ヨリ見ルトキハ被告人ノ死去ニ因ル公訴ノ消滅ハ絶對的ノモノナリト雖トモ這ハ被告人其人ニ對シテ然ルモノニシテ之ヲ以テ事件其モノヲ消滅ニ歸セシムルモノニアラス從テ其利益他ノ共犯人ニ及フコトナシ換言スレハ共犯人ハ其中一人ノ死去ニ因リ公訴ヲ免カルヽヲ得サルナリ例ヘハ二人共謀シテ竊盜ヲ爲ストキハ一等ヲ加フルモノナルニ其中ノ一人死去シテ之カ爲メニ此一人ニ對スル公訴消滅スルモ他ノ一人ニ對シテハ尚ホ二人以上ノ竊盜ト見做シ一等ヲ加ヘテ處斷スルカ如キヲ云フ管ニ共犯ノ場合ノミナラス死去ノ事實ハ身上ニ關スルコトナレハ其從犯ニ影響ヲ及ホスコトナシ從犯ハ尚ホ犯人トシテ之ヲ罰セサルヘカラサルナリ

然レトモ此ニ疑フヘキハ有夫姦罪ニ付キ被告人ノ一人死去シタルトキ他ノ被告人ニ對スル公訴消滅スルヤ否ヤノ問題是レナリ抑モ有夫姦罪ナルモノハ一種特別ノ犯罪ニシテ佛國ニテハ姦婦ヲ以テ正犯トシ姦夫ヲ以テ從犯トセリ我刑法ニハ其相姦スルモノトアリテ男子ハ姦婦ニ對スル共犯トセリ然レトモ此犯罪ハ一種特別ノ犯罪ニシテ有夫ノ婦カ節操ヲ破リタルヨリ起ル罪ナリ而シテ之ト相姦シタル男子ハ只其犯罪ニ加功シタルニ過キルモノナリ故ニ有夫ノ婦カ死去シタルトキ之レニ對スル公訴消滅スルハ勿論ナリト雖トモ其相姦シタル男子ノ公訴ハ爲メニ消滅スルヤ否ヤハ頗ル疑フヘキ所ナリ舊治罪法ノ起草者タルボアソナード氏ハ女子ノ死去ト共ニ男子ニ對スル公訴モ亦消滅セサルヘカラスト論セリ其理由ニ曰ク有夫姦罪ニ付テ男子ノ犯罪成立スルニハ必ス特定ノ有夫ノ婦ナカルヘカラス即チ男子カ有夫ノ婦ノ犯罪ニ加功シタルコトヲ要ス然ルニ其婦ノ死去シタルニモ拘ハラス男子ヲ罰セントスルトキハ勢ヒ

其婦ノ姦通ノ事實ヲ許キ無罪ノ身ヲ以テ死シタル婦ノ名譽ヲ害フニ至ルヘシ故ニ婦死スルトキハ男子ニ對スル公訴ハ消滅セサルヘカラスト或ハ難スルモノアリテ曰ク姦通ノ証憑十分ナレハ宜シク男子ヲ罰スヘシト是レ誤レルモノニシテ犯罪ノ證憑充分ナルトキハ取調ヲ爲サスシテ之ヲ罰スルヲ得ルト云フニ異ナラサルヘシ凡ソ犯罪ノ何タルヲ問ハス證據十分ナルトキト雖トモ公明ノ取調ヲ爲シテ後始メテ罰スルモノナリ豈獨リ有夫姦罪ニ於テ然セサルノ理アランヤ

之ニ反シテ男子死シタル場合ニ於テハ女子ニ對スル公訴消滅セス何トナレハ此場合ニ於テハ有夫ノ婦ニ貞節ヲ破リタル事實アレハ其相姦スル所ノ男子ノ誰タルヲ問フヲ要セサレハナリ夫ノ現行犯ノ場合ニ於テ男子カ逃走シタルトキハ男子ノ誰タルヲ知ルヘカラスト雖トモ姦通ノ事實昭々タルカ如キ場合是ナリ

刑ハ一人ニ止マルノ原則ハ只体刑ニノミ限ルモノニアラスシテ罰金科料等苟モ刑ノ性質ヲ有スルモノニハ總テ之ヲ適用スルコトヲ得故ニ既ニ罰金科料ノ言渡ヲ受ケタル後犯人死去シタル場合ト雖トモ尚ホ其相續人ニ及ハサルモノトス(刑法附則第二十條)而シテ稅關ニ於テ科スル罰金ハ犯人ト稅關吏ノ示談ヲ以テ其額ヲ定ムルコトアリテ其性質能ク民事上ノ賠償ニ似タリ故ニ或ハ這ハ財產ニ對スル民事上ノ言渡ニシテ罰金ニアラス從テ其相續人ニ及ホスコトヲ得ト論スルモノアリト雖トモ一般學者ノ通說ニテハ等シク刑ニシテ其相續人ニ及ホス可キモノニ非ストセリ又夫ノ沒收及ヒ追徵モ亦一ノ附加刑ナレハ此原則ヲ適用スヘキモノナリ然レトモ此ニ一ノ例外アリ夫ノ沒收スヘキ物件中禁制物ノ沒收ハ其沒收ヲ命セラレタル人ニ對スル刑ノ性質ヲ具フモノニアラスシテ全ク法律カ社會ノ安寧秩序ヲ保維スル爲メ一私人ノ所有ヲ禁シタルモノナレハ其相續人ハ勿論何人ノ手中ニ存在スルモ尚ホ之ヲ取上クルコトヲ得ルナリ

告訴ヲ待テ受理スヘキ事件ニ付テハ告訴ノ抛棄

第二　告訴ヲ待テ受理スヘキ事件ニ付テハ告訴ノ抛棄

告訴ヲ待テ受理スル犯罪ノ種類ハ曾テ述ヘタル如ク五個ノ場合アリ即チ猥褻姦淫ノ罪、有夫姦ノ罪、脅迫ノ罪、誹毀罵詈ノ罪、牛馬外ノ家畜ヲ殺スノ罪是ナリ此

等ノ犯罪ニ付キ告訴ヲ待テ公訴ヲ受理スルモノトナシタルノ理由ハ固ヨリ一ニシテ足ラスト雖トモ要スルニ私益重クシテ公益ニ優ルトノ趣旨ニ原ツクモノナリ而シテ此種類ノ犯罪ニ付テハ何カ故ニ告訴人ノ告訴ノ拋棄ニ因リ其公訴ヲ消滅ニ歸セシムルヤ是レ畢竟事ヲ開始スル權アルモノハ之ヲ終了スルノ權アリトノ理由ニ出ツルモノニシテ告訴ヲ起スモ被害者ノ自由ナレハ從テ之ヲ消滅セシムルモ亦其自由ナラサル可カラスト云フニ在ルカ如シ然レトモ立法上ヨリ之ヲ議論スルモノアリ曰ク如何ニモ事ヲ始ムルノ權アル者ハ之ヲ終ルノ權アルカ如クナルモ是レ撿事カ未タ公訴ヲ起サヽル以前ノコトニシテ一旦撿事カ公訴ヲ起シタル以上ハ公訴ハ社會公益ノ爲メニ之ヲ行フモノニシテ一私人ノ利益ノ爲メ之ヲ起スモノニアラサレハ被害者ノ左右シ得ヘキモノニアラス從テ告訴ノ拋棄ニヨリテ之ヲ消滅ニ歸セシムルコトヲ得サルナリト此說ハ有力ノ說ニシテ外國ニ於テハ一般此說ニ依ルカ如シ尤モ白耳義ノ法律ニ於テハ只タ有夫姦罪ニ限リ告訴ノ拋棄ニ因リ公訴ヲ消滅セシムルコトヲ得ルノミナラス既ニ處刑ノ言渡ヲ受ケタル後ト雖トモ本夫ノ乞ヒニ因リ其罪ヲ允スコト

告訴人ノ死去ニ因リ公訴消滅スルヤ

トセリ是レ畢竟一家ノ和合ヲ主トシ平和ニ事ヲ治ムルヲ以テ其主義ト爲セルモノナリ然ルニ我邦ニ於テハ告訴ヲ待テ受理スヘキ事件ニ付テハ總テ告訴ノ拋棄ニ因リ公訴ヲ消滅セシムルナリ是レ理論上ヨリ看ルトキハ多少ノ非難ヲ免レスト雖トモ畢竟一私人ノ利益ヲ保護スルニ出テタルモノナリ

此ニ一二ノ問題アリ

第一問　告訴人ノ死去ニ因リ公訴消滅スルヤ

或ハ曰ク告訴人死去スレハ告訴ヲ拋棄セントスルモ最早爲シ能ハス既ニ拋棄ノ望ナキモノナレハ公訴ハ之ニ因テ消滅セサル可カラスト是レ誤レルモノト謂フヘシ抑〻彼ノ有夫姦罪ノ如キハ一家ノ平和ヲ主トスルカ故ニ本夫ノ願下ニ因リ公訴ヲ消滅セシムルモノナルニ本夫既ニ死去シタル場合ニ於テハ最早平和ノ望アルコトナク從テ公訴ヲ消滅セシムルノ理由ヲ缺クニ至ルヘシ且凡ソ例外ハ特別ノ理由アル場合ニ限ルモノニシテ其理由ナキ場合ニ之ヲ適用スルヲ得サルモノナリ又此種ノ論者又曰ク告訴ヲ待テ受理スル事件ニ付テハ告訴ノ意思常ニ繼續セサルヘカラス然ルニ告訴人ハ中途ニシテ死去シタリ故ニ告

訴ノ意思繼續セス從テ公訴消滅スヘキモノナリト此說モ亦採ルニ足ラス元來告訴ヲ待テ受理スヘキ事件社會ニ表ハルヽニハ其始メ必ス被害者ノ告訴ナカルヘカラス然レトモ一旦告訴ニ因リ其事件社會ニ表ハレタル以上ハ社會ノ代表者タル檢事ノ權內ニ歸シ之ニ付キ公訴ヲ起スト否トハ一ニ檢事ノ自由ニシテ或ハ之ヲ起サヽルコトヲ得ヘシ而シテ檢事ニ於テ公訴ヲ起スヘキノ理由アリトシテ之ヲ起シタルニ被害者ノ拋棄ニ因リ之ヲ消滅セシムル所以ノ者ハ被害者カ其罪ヲ允スノ意思ヲ表ハスニ因リテ然ルナリ即チ其意思ノ明カナル場合ニ限リ之ヲ適用スヘキナリ然ルニ此場合ニハ其意思ノ明示ナシ故ニ之ヲ適用スヘカラス此種ノ論者ハ尙ホ說ヲ爲シテ曰ク被害者若シ生存スレハ拋棄ヲ爲シタルヤモ知ルヘカラサルノ幸運アリ然ルニ被害者死去スレハ最早被告人ニ此幸運アルコトナシ此ノ如ク場合ニ於テハ被告人ノ利益ニ解釋シテ被害者生存スレハ拋棄シタルモノト看做サヽル可カラスト此論モ亦其當ヲ得ス如何ニモ死去ニ因リテ事件ノ取下ヲ受クルノ幸運ヲ減シタルニハ相違ナシ然リト雖トモ被害者死去シタルトキ其意思告訴ヲ拋棄スルニ在ルカ將タ之ヲ繼續スルニ

アルカト云フニ其死去前明ニ又ハ暗ニ其拋棄ヲ爲サヽル所ヲ以テ見ルトキハ寧ロ告訴ヲ繼續スルノ意思ト看做サヽルヘカラサルナリ此種ノ論者ハ又曰ク告訴ヲ待テ受理スル事件ニ付キ之ヲ罰スル所以ノモノハ被害者カ心情ニ受ケタル損害ヲ償フニ在リ例ヘハ誹毀罵詈ノ如キハ被害者カ心情ニ受ケタル無形上ノ損害ヲ償ハシムルニ在リ故ニ被害者既ニ死去スルトキハ最早之ヲ償ハシムルノ必要ナシト此說亦固ヨリ採ルニ足ラス苟モ刑法上犯罪トシテ罰スル所爲ハ社會ニ之ヲ罰スルノ必要アリテ然ルモノニシテ固ヨリ社會ニ屬スルノ權利ナリ唯タ特別ノ理由アリテ被害者ノ告訴ヲ必要トシ又其拋棄ニ因リテ公訴ヲ消滅セシムルノミ而シテ其特別ノ理由タル被害者ノ拋棄アラサル以上ハ社會ハ其當然有スル權利ニ依リテ之ヲ罰セサル可ラス故ニ告訴人ノ死去ハ未タ以テ公訴消滅ノ理由ト爲スニ足ラサルナリ

第二問 數人ノ被告人アル場合ニ於テ其一人ニ對スル告訴ノ拋棄ハ他ノ被告人ニ對シテモ有効ナルヤ

或ハ曰ク告訴ノ拋棄ハ數人中其一人ニ對シテ爲スコトヲ得ト其理由ニ曰ク元

告訴ノ抛棄ハ他ノ被告人ニ對シテモ有効ナルヤ

來告訴ヲ待テ受理ス可キ事件ニ付テモ既ニ公訴起リタル以上ハ一私人ノ之ヲ左右シ得サルヲ以テ原則トス然ルニ日本ニ於テハ其抛棄ニ因リ公訴ヲ消滅ニ歸セシムルコトヽ爲シタルハ蓋シ一私人ニ重大ノ權利ヲ與ヘタルモノナリ既ニ然リトセハ數人中其一人ニ對シテ抛棄ヲ爲スモ亦全部ニ對シテ抛棄ヲ爲スモ其自由ニ任セサル可ラスト之ヲ駁スル者アリ曰ク抑法律カ告訴ヲ待テ受理シ又其抛棄ニ因リテ公訴ヲ消滅セシムルハ主トシテ一私人ノ利益ヲ慮リタルモノナリ畢竟此等ノ事件ニ付テハ告訴ナキニ檢事カ猥リニ之ヲ訐クトキハ一私人ノ利益ヲ害スルコト益〻大ナルニ依リ公訴ヲ告訴ニ從屬セシメ又公訴ノ消滅ヲ其抛棄ニ繫ラシムルモノナリ然レトモ公訴ハ元來檢事ノ專ラニス可キ所ナリ故ニ苟モ其事件ニ付キ一旦告訴アリタルトキハ其告訴ハ被告人中或ル一人ニ對シテ之ヲ爲シタルモノナリト雖モ檢事ハ尙ホ他ノ被告人ニ對シテ公訴ヲ起スコトヲ得又被害者被告人ノ一人ニ對シテ告訴ヲ抛棄シタルトキハ事件全体ニ對シテ取下ケヲ爲サヽル可ラス要スルニ事件全体ニ對シテ告訴ヲ爲シ又其抛棄ヲ爲スモノニシテ人ニ對シテ告訴ヲ爲シ又其抛棄ヲ爲ス者ニ非スト

確定判決

蓋シ後說ヲ以テ穩當ナリトス元來告訴ヲ待テ受理ス可キ事件ニ付テハ檢事カ公訴ヲ起スニハ必ス先ツ被害者ノ告訴アルヲ以テ必要ト爲スト雖モ告訴アレハ檢事ハ必ス之ニ從ハサル可ラサルモノニ非ス公訴ヲ起スト否トハ實ニ檢事ノ自由權內ニ在ルナリ若シ一私人ニ此權アリトセハ檢事ハ何時ニテモ之ニ從ハサル可ラサルニ其然ラサルハ一私人ニ此權アラサルノ明証ナリトス從テ若シ被害者カ殊ニ一人ニ對シテ告訴ヲ爲シ又一人ニ對シテ抛棄ヲ爲スノ意思ナルトキハ決シテ之ヲ許ス可ラサルモノトス

第三　確定判決

抑モ確定判決ナルモノハ民事刑事ニ通スル一大原則ナリ即チ一事件ニ付キ下シタル判決一旦確定シタルトキハ之ヲ眞理ト看做シ之ニ十分ノ効力ヲ有セシメ何人ト雖トモ敢テ之ヲ爭フヲ得サルナリ既ニ判決セラレタル事ハ眞理ト看做ス故ニ再ヒ之ヲ理セス是レ一事再理セストノ原則ニシテ羅馬以來傳ハル所ナリ何カ故ニ此ノ如キ原則ヲ立テタルヤ元來人ハ神聖ニ非サレハ誤謬ナキヲ保ス可カラス加之夫ノ眞理ナルモノハ一定不變ノモノニ非ス今日ノ眞理トス

ル所ノモノ明日必スシモ之ヲ眞理トセス又裁判官聰明事ニ慣ルヽト雖トモ亦証人鑑定人ノ爲メニ誤マラルヽコトナシトセス到底絶對ノ眞理ハ人爲ノ得テ期ス可キニ非ス故ニ誤謬ノ裁判ナリトシテ之ヲ覆審スルトキハ其底止スルコトナキノミナラス時トシテハ誤謬ニ代フルニ眞理ヲ以テスルコトアリトスルモ亦眞理ニ代フルニ誤謬ヲ以テスルコトナシトセサル可シ若シ此ノ如クンハ人民一日モ安堵スル能ハサルナリ此ニ於テ法律ハ一ノ推定ヲ立テ上訴ヲ爲サス又ハ上訴ノ道ヲ盡シタル判決ハ確定シタルモノトシ之ヲ眞理ト看做シ何人ト雖トモ之ヲ遵守セサル可ラサルモノトセリ是レ確定判決ノ原則アル所以ナリ

確定判決ノ効力

確定判決ノ効力如何ヲ研究スルニ當リ之ヲ三箇ノ問題ニ分タントス即チ第一刑事ニ於ケル既判効ノ公訴ニ關スル勢力第二民事ニ於ケル既判効ノ公訴ニ關スル勢力第三刑事ニ於ケル既判効ノ民事ニ關スル勢力是レナリ

刑事ニ於ケル既判効ノ公訴ニ關スル効力

第一問　刑事ニ於ケル既判効ノ公訴ニ關スル勢力

此問題ヲ說明スルニ當リ又三箇ノ問題ニ分タン第一既判効ト爲ル可キ判決ハ如何ナルモノナルヤ第二判決ノ効力ハ如何ナルモノナルヤ第三如何ナル條件ヲ以テ既判効ヲ對抗スルコトヲ得ルヤノ問題即チ是レナリ

判決ノ既判効ヲ有スルニ要スル條件

第一　既判効ヲ有スル判決ハ如何ナル判決ナルヤ

一ノ判決カ確定判決ナリトシテ其効力ヲ他ノ事件ニ及ホスニハ二箇ノ條件ヲ要ス第一公訴ニ付キ下シタル判決ナラサル可ラス故ニ懲戒上ノ判決ノ如キハ假令ヒ司法官ノ下シタルモノト雖トモ之ニ確定判決ノ効力ヲ保タシムルコトヲ得ス例ヘハ司法官カ代言人公証人又ハ執達吏等ニ對シテ懲戒上ノ判決ヲ下スコトアリ此等ハ公訴ニ付キ下シタル判決ニ非サルヲ以テ確定判決ノ効力ヲ有セシムルコトヲ得ス司法官ノ下シタル判決ト雖トモ公訴ニ付キ下シタルモノニ非サルトキハ既判効ヲ有セサルコト此ノ如シ況ンヤ司法官ニ非サル其他ノ者ノ下シタル判決ニ至テハ絶ヘテ既判効ヲ有スルモノニ非サルナリ第二確定シタル判決トハ元來上訴ヲ以テ之ヲ攻擊スルヲ得サルモノ又ハ其性質上ニテハ攻擊スルコトヲ得可キモノナルモ既ニ攻擊ス可カラサル場合ニ立至リタルモノヲ云フ即チ左ノ三箇ノ場合ノ如キ即チ是レナリ

第一　大審院ニ於テ下シタル判決
第二　上訴ノ期限ヲ經過シタル判決
第三　上訴ノ途ヲ盡シタル判決

此ニ二三ノ注意ス可キモノアリ第一ニ注意ス可キハ苟モ確定シタル判決ナルトキハ如何ニ違法ノモノト雖トモ其効力ヲ有ス例ヘハ裁判所ノ組織カ法律ニ違ヒタルトキ又ハ管轄違若クハ法律ノ適用ヲ誤リタルトキ又ハ無効ノ記載アル訴訟手續ニ違ヒテ裁判ヲ爲シタルトキノ如キハ從テ上告ノ理由ト爲ルモノナリト雖モ之ニ對シテ上告ヲ爲サヽリシトキハ是レ亦確定判決ノ効力ヲ有スルニ至ル可シ第二ノ注意ハ此ノ如キ違法ノ判決ト雖モ確定判決タルコトヲ妨ケスト雖トモ必ス法律ノ是認シタル法衙ヨリ出テタル判決ナラサル可ラス同シク判決若クハ裁判ト名付クルモノニテモ夫ノ教會ノ裁判若クハ學校ニ於テ爲ス裁判ノ如キハ法律ノ是認スル裁判所ヨリ出テタルモノニ非ス故ニ確定判決ノ効力ヲ有セサルナリ第三ノ注意ハ假令ヒ法律ノ認ムル法衙ヨリ出テタル裁判ニテモ其裁判カ執行スルコトヲ得サルモノナルトキハ確定判決ノ効力ヲ有

セス例ヘハ外國ノ裁判所ニテ言渡シタル判決ニシテ我邦ノ裁判ニ於テ其執行ヲ認メサルモノ又ハ判決書ノ末文ニ被告ノ處分ノ記載ヲ遺漏シタルモノ又ハ法律ノ認メサル刑ヲ言渡シタルモノヽ如キヲ云フ

判決ノ効力

第二　判決ノ効力ハ如何ナルモノナルヤ

凡ソ少シク重大ナル犯罪事件ニハ概子豫審及ヒ公判ノ階級ヲ經ルヲ以テ常トス故ニ豫審ト公判トニ分チテ其判決ノ効力如何ヲ講述セン

豫審判決ノ効力

先ツ豫審ノ場合ヨリ看ン此場合モ亦二箇ノ場合ニ分タサル可ラス即チ豫審ニ於テ免訴ノ言渡ヲ爲シタル場合及ヒ有罪トシテ管轄裁判所ヲ定メタル場合是レナリ

一　免訴ノ言渡ヲ爲シタル場合

此場合モ亦二箇ニ分タサル可ラス即チ免訴ノ言渡ヲ爲シタル後新ナル証憑ノ出テサル場合及ヒ新ナル証憑ノ出テタル場合是レナリ

新証ノ出テサル場合

(イ)　新証ナキ場合　此場合ニ於テハ後日ニ至リ如何ナル罪名ヲ付スルモ仝一ノ事件ヲ再ヒ審理スルコトヲ得ス何トナレハ凡ソ豫審ニテ事件ノ取調ヲ爲ス

ニ當テハ只檢事カ起訴シタル罪名ニ付キ取調ヲ爲スノミナラス事件全体ニ付キ其取調ヲ爲シ其事件ハ何レノ点ヨリ觀察スルニ到底罪トナラナルトキ始メテ免訴ノ言渡ヲ爲スモノナレハナリ

新証ノ出テタル場合

(ロ) 新証アル場合　新証トハ事實ヲ變更スルニ足ル可キ証據最初ノ審理ノ際現ハレサリシモノヲ云フ此新タナル証據出ツルトキハ此証據ニ依リ復タ更ニ公訴ヲ起シ仝一事件ヲ再ヒ審理スルコトヲ得由是觀之豫審免訴ノ決定ハ一時仮リノ効力ヲ有スルニ過キスシテ之カ爲メニ被告カ受クル保護ハ新証ナキノ間ト云フ未必條件ニ繫ルモノト云フヲ得可シ例ヘハ殺人罪ニ付キ豫審ニ於テ証憑不充分ナリトシテ免訴ノ言渡ヲ爲シタリトセンニ此免訴ノ言渡ヲ以テ直チニ被告ハ無罪ナリト看做スヲ得ス何トナレハ只訴ヲ免カレシメタルノミニテ罪ナシト云フニ非サレハナリ又之カ公訴消滅シタルモノニモ非ス故ニ仮令ヒ免訴ノ言渡アルモ司法警察官ハ其事件ニ付キ探偵ヲ爲スコトヲ得可シ尤モ此場合ニ於テハ既ニ一旦免訴ノ言渡ヲ受ケタルモノナルヲ以テ苟モ確實ナルモノト認ム可キ新証ノ出ツルニ非サレハ濫リニ被告人ヲ訊問シ又ハ令狀ヲ發シ若クハ家宅捜索ヲ爲スコトヲ得サルナリ此ノ如ク新証アリト認定セラルヽト否トハ被告人ニ重大ノ關係アルヲ以テ檢事ノ見込ニ任セス裁判所ニ於テ新証ノ有無ニ付キ之カ決定ヲ爲スモノトス從來ハ會議局ニ於テ之ヲ決シタリシカ今日ニテハ會議局ハ廢セラレタルヲ以テ只タ裁判所ニ於テ之ヲ決スルモノト爲セリ

新証ノ發見ニ依リ再ヒ審理スルヲ得ルハ如何ナル理由ヲ以テ免訴シタル場合ナルヤ或ハ其始メ証憑不十分ノ故ヲ以テ免訴シタル場合ニ限ルカ如クナルモ其實決シテ然ルモノニ非ス苟モ免訴ノ言渡ヲ爲シタル場合ナル以上ハ其免訴ハ証憑不十分ナル理由ニ依ルト其他ノ理由ナルトヲ問フヲ要セサルナリ是レ第百七十五條ニ豫審ニ於テ被告人免訴ノ言渡ヲ受ケ云々ト概博ニ規定シタル所以ナリ而シテ免訴ノ言渡ヲ爲ス可キ場合ハ第百六十五條ニ示シタル犯罪ノ証憑十分ナラサルトキ、被告事件罪ト爲ラサルトキ、公訴ノ時効ニ罹リタルトキ確定判決ヲ經タルトキ、大赦アリタルトキ、及ヒ法律ニ於テ其罪ヲ全免スルトキナリトス何カ故ニ此ノ如ク敢テ其免訴ノ理由如何ヲ問ハサルヤ新ナル証憑出

ツルトキハ事件ノ性質ヲ變更スルモノナリ苟モ事件ノ性質ヲ變更ス可キモノナレハ其曾テ免訴シタル理由ノ何タルニ拘ハラス皆再訴ヲ許ス可キナリ只タ新ナル証憑ノ出ツルモ之カ爲メニ事件ノ性質ヲ變更スルコトナキ場合ニ於テハ再訴ヲ爲スコトヲ得スシテ向キノ免訴ノ言渡ハ爰ニ全ク確定ス可キモノトス例ヘハ公訴消滅シタリトノ理由ニ依リ免訴ノ言渡ヲ爲シタル場合ノ如キハ新ナル証憑ノ出ツルコトアルモ往々事件ノ性質ヲ變セサルヲ以テ再訴ヲ許サヽルコト多シ例ヘハ確定判決ナキニ確定判決ヲ經タルモノトシテ免訴シタルトキ又ハ大赦ヲ受ケタルコトナキニ大赦ヲ經タルモノトシテ免訴シタルトキノ如キハ元來公訴消滅セサル場合ナルモ新証ノ爲メ再訴ヲ許ス可キモノニ非ストス尤モ其始メ輕罪ナリト思料シ三年ノ時効ヲ得タルモノトシ免訴シタリシニ新ナル証憑ノ發見ニ依リ其事件重罪ニ變シタル場合ノ如キハ重罪ハ十年ニ非サレハ時効ヲ得サルモノナレハ再ヒ公訴ヲ起スコトヲ得可シ何トナレハ此場合ニ於テハ爲メニ事件ノ性質ヲ變更スルモノナレハナリ

三　有罪トシテ管轄裁判所ヲ定メタル場合

豫審ニ於テ有罪ナリト思料シテ其事件ヲ刑事裁判所ニ移スノ言渡ヲ爲シタル場合ニ於ケル豫審判決ノ効力如何、此豫審ノ判決ハ公判ノ判決ニ如何ナル影響ヲ及ホスヤ換言スレハ豫審ニ於テ有罪ナリト決定セハ他ノ裁判所ニ於テハ之ヲ遵守セサル可カラサルヤ曰ク公判ニ於テハ、豫審ノ言渡如何ニ關セス自由ニ有罪若クハ無罪ト判決スルコトヲ得可シ何カ故ニ然ルヤ是レ二箇ノ理由アルニ依ル第一元來豫審ハ其所爲カ重罪輕罪又ハ違警罪ナリトシテ刑事裁判所ニ移スニ足ルノ證憑アルヤ否ヤヲ調査スル所ニシテ果シテ其所爲カ重罪又ハ輕罪若クハ違警罪ナリトノ確然タル決定ヲ爲ス可キモノニ非ス故ニ此場合ニ於ケル豫審ノ決定ノ効果ハ只タ其事件ヲ管轄裁判所ニ移スニ止マルノミ此管轄裁判所ニ移スノ決定ハ多少ノ効力ヲ生ス即チ檢事ヲシテ其決定ニ從ヒ其事件ヲ管轄裁判所ニ移サシムルノ効力ヲ生スルト雖トモ公判ノ判決ニ關シテハ効力ヲ及ホス可キモノニ非ス第二元來豫審ハ秘密ナリ又相手方ト對審ニテ取調フルコトナク主トシテ書類ノ証據ヲ蒐集シ豫審判事ハ之ニ因リテ以テ其決定ヲ爲スナリ此ノ如ク口頭辯論ノ方法ニ依ルコトナク單ニ書類上ニテ認定シタ

豫審ニ於テ決スル可キ問題

ル判斷ハ素ヨリ之ヲ以テ正鵠ヲ得タルモノト云フ可ラス然ルニ之ヲ公判ノ判決ニ影響ヲ及ホサシムルトキハ刑事訴訟法ヲ設ケテ公明正大ノ訴訟手續ヲ定メ一國人民ヲ保護セントスル素志ニ背クモノト云フ可シ

豫審ノ決定ニ對スル公判ノ自由ト云フコトハ何人モ之ヲ疑ハサル所ナリ尚ホ細カニ其適用ヲ舉クレハ豫審ハ主トシテ左ノ四箇ノ問題ヲ決スルモノナリ

第一　公訴ノ受理不受理

第二　豫審ニ附セラレタル所爲カ犯罪ト爲ルヤ否ヤ若シ罪アリトセハ如何ナル犯罪ナルヤ

第三　其所爲ニ付キ被告人ニ責任アルヤ否ヤ

第四　如何ナル裁判所カ之ヲ管轄ス可キモノナルヤ

此四箇ノ點ニ付キ豫審ノ爲シタル決定ニ對シ公判ハ全ク自由ナリ第一豫審ニ於テ公訴ノ受理不受理ノ點ニ付キ公訴ハ受理ス可キモノト決定シタリ例ヘハ豫審ニ於テ被告人カ時効ヲ得タルニ依リ取調ヲ受ク可キモノニ非スト抗辯シタリシニ豫審判事ハ未タ時効ヲ經サルモノトシテ之ヲ公判ニ送レハ公判ニ於テ被告人再ヒ時効ノ抗辯ヲ爲シタリトセンニ公判判事ニ於テ既ニ時効ヲ經タルモノト認定スレハ豫審判事ノ決定ニ反シ免訴ノ言渡ヲ爲スコトヲ得第二豫審ニ於テ窃盗罪ナリトシテ終結シタル所爲ニ對シ公判ニ於テハ之ヲ無罪若クハ家宅侵入罪ノ言渡ヲ爲スコトヲ得第三豫審ニ於テ被告人ハ十二歳以上十六歳以下ノ幼者ニシテ是非ノ辨別アリテ犯シタル所爲ナリトシテ之ヲ公判ニ送リタリ然ルニ公判ハ之ニ反シテ是非ノ辨別ナクシテ犯シタルモノトシテ無罪ノ言渡ヲ爲スコトヲ得第四豫審ニ於テ其裁判所ノ管轄ナリトシテ之ニ移スノ言渡ヲ爲シタルニ公判ニ於テハ自己ノ管轄ニ非ストシテ管轄違ノ言渡ヲ爲スコトヲ得然レトモ其例外ナキニ非ス豫審ヨリ移サレタル裁判所カ上級ノ裁判所ナルトキハ其下級裁判所ノ管轄ニ屬ス可キ事件ハ尚ホ其裁判ヲ爲スコトヲ得例ヘハ二个月以下ノ窃盗ハ區裁判所ノ管轄ス可キモノナルニ之ヨリ重キモノトシテ地方裁判所ニ送リタルトキ地方裁判所ハ二个月以下ニ處ス可キモノト認ムルモ之ヲ區裁判所ニ送ラスシテ直ニ之カ裁判ヲ爲スヲ得ルカ如シ從前ニテモ重罪トシテ重罪裁判所ニ送リタル事件カ取調ノ末輕罪タル場合ニ於テ

モ直ニ之カ裁判ヲ爲シタリ是レ蓋シ上級裁判所ノ鄭重ナル手續ヲ以テ取調ヘタル裁判ヲ受クルハ被告人ノ利益ニシテ且其手續ヲ無効ニ歸セサルハ自他ノ便益ナレハナリ

公判ノ判決ハ豫審ト異リ一旦確定スレハ總テ充分ナル既判ノ効力ヲ有シ其確定判決ノ効力ニハ何人モ之ニ從ハサル可ラス故ニ此點ヨリ見ルトキハ全ク絶對的ノ効力ヲ有スルモノナリ又被告人ニ利益ナル點ヨリ見ルモ絶對的ノ効力アリ即チ既ニ一事件ニ付キ判決ヲ經テ無罪ノ言渡ヲ爲スカ若クハ輕キ罪ノ言渡ヲ爲シタル後有罪ナリトノ証據若クハ重カル可キ情狀表ハルヽコトアルモ再ヒ之ヲ審理スルコトヲ得サルナリ例ヘハ始メ單純竊盜ヲ以テ罰セラレ後門戸牆壁ヲ踰越損壞シテ入リタルコト又ハ兇器ヲ携帶シタルコト若クハ二人以上ニテ犯シタル等加重ノ情狀出ツルモ再ヒ之ヲ審理セサルカ如シ然レトモ被告人ニ不利益ナルトキハ例外トシテ再ヒ審理スルコトアリ即チ法律上又ハ事實上ニ錯誤アル場合是レナリ而シテ法律上ノ錯誤ニ依リ再ヒ審理スル場合トハ法律ニ於テ罰セサル所爲ニ對シ刑ヲ言渡シ又ハ相當ノ刑ヨリ重キ刑ヲ言渡シタルトキ非常上告ヲ許ス場合(第二百九十二條)ニシテ事實上ノ錯誤ニ依リ再ヒ審理スル場合トハ同一事件ニ付キ共犯ニ非スシテ別ニ刑ノ言渡ヲ受ケタルモノアリタルトキ等(第三百一條)再審ノ訴ヲ許ス場合ナリトス

確定判決ニ要スル條件

第三　如何ナル條件ヲ以テ既判効ヲ對抗スルコトヲ得ルヤ

此條件ハ一般學者ノ所說ニ據ルトキハ民事ノ確定判決ニ要スル條件ト全シク第一目的ノ同一ナルコト第二原因ノ同一ナルコト第三相手方ノ同一ナルコトノ三箇ノ條件ヲ要スルモノトセリ而シテ目的トハ民事ニ付テ之ヲ云ヘハ物ヲ與ヘ事ヲ爲シ又ハ爲サヽル等種々アリト雖トモ刑事ニハ單一ニシテ常ニ刑ノ適用ニ在リトス又原因トハ犯罪ノ事實ヲ云フ然レトモ刑事ノ既判効ニ要スル條件ハ民事ノ如ク目的及ヒ原因ヲ區別スルヲ要セス只事實ノ同一ナルコトヽ云ヘハ可ナリ故ニ第一事實ノ同一ナルコト第二相手方ノ同一ナルコトノ二箇ノ條件ト爲シ以下之カ說明ヲ與ヘン

第一　事實ノ同一ナルコト

一ノ事實カ一ノ犯罪ヲ構成ス可キ場合ニ於テ一タヒ確定判決ヲ經ルトキハ同

一事實ニ付キ再ヒ訴ヲ起スコトヲ得ス然レトモ相關係シタル事實ニテモ二箇ノ犯罪ヲ搆成ス可キ場合ニ於テハ其事實毎ニ同一ノ人ニ對シテ再ヒ訴ヲ起スコトヲ得可キナリ之ニ反シテ仮令ヒ數个ノ所爲アルモ其數个ノ所爲ニシテ僅カニ一罪ヲ搆成スル場合ニ於テハ再ヒ之ヲ審理スルコトヲ得ス而シテ數箇ノ所爲カ別罪ナルトキハ夫ノ附帶犯ノ如キハ元來犯罪ハ二箇以上アルモ只タ其犯罪多少互ニ相關連スル所アルヨリ同一ノ裁判所ニ於テ其審理中之ヲ發見スルハ檢事ノ起訴ナキモ直チニ之カ裁判ヲ爲スヲ得ルノ便宜アルニ過キス故ニ此場合ニ於テハ假令一ノ犯罪ニ付キ確定判決ヲ經ルモ後日發見シタル他ノ所爲ニ對シ之カ審理ヲ爲スコトヲ得ルコト勿論ナリ例ヘハ竊盜ヲ爲スノ前若クハ後ニ人ヲ殺シタルカ如キ又ハ放火ヲ爲シテ人ヲ殺シタルカ如キ場合ニ於テ始メ唯タ竊盜罪又ハ放火罪ニ付キ之カ裁判ヲ爲シ後ニ殺人罪ニ付キ之カ審理ヲ爲スコトヲ得ルカ如シ又數个ノ所爲アルモ其數箇ノ所爲ニシテ一罪ト爲ルトキトハ仝一ノ目的ヲ以テ集合シタル多クノ所爲ヲ行フタル場合ニシテ例ヘハ商人カ破產ヲ爲スニ當リ虛僞ノ負債ヲ爲シ或ハ帳簿面ヲ詐ハリ或ハ一人ニ對シテ多クノ負債ヲ辨濟シタルカ如キ其他一人又ハ數人ニ屬スル數个ノ物品ヲ仝時ニ竊取スルカ如キ又ハ毆打シテ一人若クハ數人ニ對シテ同時ニ數箇ノ創傷ヲ負ハシメタルカ如キ若クハ多クノ貨幣ヲ僞造スルカ如キハ一ノ所爲ニ對シテ判決ヲ經タルトキハ他ノ部分ニ付キ再ヒ之カ審理ヲ受クルコトナカルヘシ其他ハ始メ輕罪トシテ罰シタル所爲カ後日ニ至リ加重ス可キ情狀ヲ發見セラレタルカ爲メ重罪トナルコアルモ再ヒ之ヲ審理スルコトヲ得ス又始メ貨幣僞造ヲ以テ罰シタル後之ヲ行使シタル所爲發覺スルモ之ヲ罰スルヲ得ス單ニ人ヲ逮捕シタル所爲ヲ罰シ後監禁ノ所爲アリトシテ之ヲ罰スルヲ得ス又夫ノ慣行犯ニ付キ始メ只一度醫藥ヲ施シタルノミナリトテ之ヲ無罪トシ後數度醫業ヲ爲シタリトシテ之ヲ罰セントスルモ能ハサルナリ是レ畢竟裁判所ハ受理シタル事件全体ニ付キ之カ取調ヲ爲ス可キモノニシテ其加重ス可キ情狀其他一切ノ行爲ニ付テモ亦當然其調査ヲ爲ス可キモノナレハナリ

第二　相手方ノ同一ナルコト

刑事上ノ既判効ノ効力モ亦民事上ノ既判効ノ効力ト同シク訴訟ニ關與シタル

仝一ノ人ニ非サレハ之ヲ適用スルヲ得ス故ニ苟モ人ヲ異ニスレハ最初ノ判決ノ結果如何ヲ問ハス追々ニ公訴ヲ起スコトヲ得例ヘハ或ル一人ヲ殺人罪ノ犯人トシテ罰シ後復タ同一殺人ノ所爲ニ付キ他人ニ對シテ公訴ヲ起スコトヲ得此場合ニ於テ後ニ訴ヘラレタル被告人ハ前ニ仝一所爲ニ付キ處刑ヲ受ケタルモノアリトテ其訴ヲ免カルヽコトヲ得ス只此ノ如キ場合ニ於テハ再審ノ訴ヲ爲スノ原由ト爲ルノミ若シ被告人數人アルトキ即チ二人以上ノ正犯アルカ若クハ正犯從犯數人アルトキ一人ニ對スル判決ノ効力ハ他ノ被告人ニ及フヤ否ヤ通常一事件ニ付キ被告人數人アルトキハ仝一ノ裁判所ニテ仝時ニ之カ裁判ヲ爲スヲ以テ正當ノ手續ナリトス此場合ニ於テハ判決ノ結果モ同一ニ出ツ可キヲ以テ此問題ヲ起スノ必要ナシ然レトモ實際ニ於テハ被告人中逃亡シタルモノアルカ若クハ始メ發覺セサリシカ爲メ同時ニ之カ裁判ヲ爲スヲ得サルコトアリ此場合ニ於テ最初一人ニ對シテ言渡シタル判決ハ後ノ被告人ニ對シテモ亦仝一ニ出テサル可ラサルヤ又ハ人異ナルトノ理由ニ依リ自由ニ之カ裁判ヲ爲スコトヲ得ルヤ通常ノ說ニテハ犯罪タル可キ証據ナキカ又ハ其所爲ノ罪ト爲ラサルノ理由ヲ以テ被告人ノ一人ヲ無罪ト爲シタルトキハ他ノ共犯人ニ對シテモ亦其効力ヲ及ホシ之ヲ無罪ト爲サヽル可ラスト論セリ

抑モ同一ノ判決ニテ裁判スルトキ其一人ニ對シテ証憑ナシトシ又ハ其所爲罪ト爲ラストシテ無罪ノ言渡ヲ爲シタルトキハ他ノ被告人ニ對シテモ亦無罪ト爲サヽル可ラス既ニ一ノ訴訟ニ付キ二樣ノ判決ヲ爲スヲ得ストセハ假令ヒ之ヲ別訴訟トシテ後ニ他ノ被告人ニ對シテ判決ヲ下ス場合ニ於テモ亦二樣ノ裁判ヲ爲スヲ得サル可キナリ故ニ共犯人ノ一人ニ對シテ下シタル裁判ノ効力ハ後ニ仝一ノ事件ニ付キ裁判ヲ受クル他ノ被告人モ之ヲ主張スルコトヲ得且公訴ニ對スル判決ハ公益ノ爲メ社會ヲ代表スル檢事ノ行フモノナレハ何人ニ對シテモ絕對的ニ其効力ヲ有スルモノトス是レ普通ノ說ナリト雖モ實際ニ於テハ被告人異ナルトキハ前ノ裁判ノ如何ハ敢テ之ヲ問ハス別ニ更ニ前判決ト異ナリタル裁判ヲ爲スニ自由ナルカ如シ是レ畢竟前後被告人ヲ異ニスルカ故ナリ此ノ如ク二說アリト雖トモ其ノ取捨ハ諸君ノ選擇ニ任セン

第二問　民事ニ於ケル判決ノ刑事ノ裁判ニ關スル勢力

民事ニ於ケル既判効ノ効力ハ公訴ニ對シテ何等ノ勢力ヲ有セス元來民事ノ判決カ他ノ裁判ニ勢力ヲ及ホスニハ若干ノ條件ヲ必要トス其條件ヲ具備シテ初メテ既判効ヲ有ス而シテ其條件トハ目的ノ同一ナルコト原因ノ同一ナルコト及ヒ相手方ノ同一ナルコト是レナリ然ルニ民事ト刑事トノ間ニハ此三箇ノ條件盡ク備ハラス試ミニ各條件ニ付キ其如何ヲ看ンニ第一嚮キニ述ヘタル如ク公訴ノ目的ハ犯人ヲ罰スルニ在リ之ニ反シテ民事ノ目的ハ損害ヲ賠償セシムルニ在リ第二公訴ノ原因ハ刑法ニ於テ罪トシ罰ス可キ所爲ニ基因ス之ニ反シテ民事ノ原因ハ一ノ所爲カ民事上ノ犯罪若クハ唯犯罪ヲ爲スヤ否ヤ即チ爲メニ損害ヲ釀シタルヤ否ヤニ在リ假令ヒ同一所爲ニテモ刑事上ノ犯罪ト爲ラスシテ民事上ノ犯罪ト爲ルコトアリ又損害ヲ釀サヽル所爲ニシテ刑事上ノ犯罪ヲ爲スコトアリ加之ナラス刑事ニ於テハ一般ニ被告人ニ惡意アルヲ要ス之ニ反シテ民事ニハ必スシモ惡意ヲ要セス只過失又ハ民事上ノ詐欺アレハ可ナリ故ニ刑事ノ原因トスル事實ト民事ノ原因トスル事實トハ各相異ナルモノトス

第三刑事ノ原告人ハ檢事ニシテ民事ノ原告人ハ被害者ナリ而シテ被告人ニ至

民事ニ於ケル既判効ノ刑事ニ效ノ勢力ニ關スル

テハ民刑全一ナリ然レトモ其人ハ同一ナルモ其資格ヲ異ニス即チ刑事ノ被告人ハ犯罪ノ嫌疑ヲ受ケ刑法ニ因リテ罰セラル可キモノナリ之ニ反シテ民事ノ被告人ハ只通常金錢上ノ賠償ヲ爲スニ付テ被告タルモノナリ此ノ如ク刑事ト民事トハ原因目的及ヒ相手方ヲ異ニスレハ既判効ニ要スル條件一モ備ハルコトナシ從テ民事ノ裁判ハ刑事ノ裁判ニ對シテ何等ノ効力ヲ有セス即チ既ニ民事ノ裁判ヲ受ケタル事件ニ付キ公訴起レハ刑事裁判所ハ民事裁判所カ曾テ爲シタル民事ノ裁判如何ニ關セス自由ニ之カ裁判ヲ爲スコトヲ得然レトモ夫ノ豫斷問題ノ場合ニ於テハ刑事裁判所ハ其裁判ニ從ハサル可ラス

刑事ニ於ケル既判效ノ民事ニ關スル勢力

第三問　刑事ニ於ケル判決カ民事ノ裁判ニ對スル勢力

此問題ニ付テハ多少ノ議論アリト雖トモ一般ノ說ニテハ第二問ト全ク反對ニシテ刑事ノ判決ノ効力ハ民事ニ十分ノ勢力ヲ及ホスモノナリ即チ全一事件ニ付テ刑事裁判所カ言渡シタル判決ハ民事裁判所ハ必ス之ニ從ハサル可ラストセリ其理由ハ刑事ニ於テハ檢事社會ノ公衆ヲ代表シ之ニ代テ公訴ヲ行フモノナリ故ニ此檢事ノ行フタル公訴ノ結果ハ社會全般ノ人ニ對シテ効力ヲ有セサ

ル可ラス從テ其一部分タル一己人ニ對シテモ亦其効力ナカル可ラス換言スレハ其判決ハ何人ニ對シテモ絶對的ニ有効ナラサル可ラス又若シ刑事ノ判決ニシテ絶對的ノ効力ヲ有セスシテ刑事裁判所カ有罪若クハ無罪ノ言渡ヲ爲シタルニモ拘ハラス民事裁判所カ自由ニ反對ノ判決ヲ爲スコトヲ得ルトセハ民事ノ裁判ヲ以テ間接ニ刑事ノ裁判ヲ破ルニ至ル可シ果シテ此ノ如クンハ裁判ノ威嚴ヲ失墜シ刑法ヲ設ケ有罪ヲ必罰シ以テ社會公衆ヲ警戒セントスルノ目的ニ反ス可キナリ例ヘハ刑事裁判所ニ於テ此殺人ノ所爲ハ被告ノ所爲ナリトシテ之ニ死刑ノ言渡ヲ爲シタルニ民事裁判所ハ之ニ反シ其所爲ハ被告ノ所爲ニ非ス故ニ損害ノ請求相立タスト言渡シタリトセンカ裁判ノ威嚴ヲ失墜シ社會ノ公安ヲ妨害スルコト果シテ如何ソヤ

尚ホ一二ノ理由ヲ付スル者アリ曰ク刑事裁判所モ民事裁判所モ等シク法律ニ依リテ組織シタル裁判所ニシテ孰レモ輕重アルコトナシ然レトモ刑事ニハ檢事原告人ト爲リ其職權ヲ以テ証據ヲ蒐集シ或ハ家宅搜索ヲ爲シ或ハ官廳ノ書類ヲ取寄セ其他精密ノ取調ヲ爲シ蒐集シタル証憑ハ確實ニシテ之ヲ一私人ノ

學示シタル証據ニ比スレハ固ヨリ同日ノ論ニ非サルナリ又刑事裁判所ハ其名ノ如ク有罪無罪ノ取調ヲ爲シ刑ヲ科スル爲メ設ケタルモノナリ即チ犯罪ヲ處斷スルニ最モ適當ナル裁判所ナリ故ニ其判決ハ民事裁判所ニテ之カ反對ノ判決ヲ下シ以テ之ヲ破ルコトヲ得サルナリ故ニ民事裁判所ハ只一歩ヲ進ンテ損害アリヤ否ヤヲ見ル可キモノニシテ其根本ニ立戻リ罪ノ有無ヲ取調フルヲ得サルナリト夫ノ刑事ハ民事ヲ中止スルト云フ原則アルモ畢竟刑事ハ民事ニ勢力ヲ及ホスノ理由ニ基クモノナル可シ

刑事ノ判決カ民事ニ勢力ヲ及ホスニハ多少ノ條件アリ從テ多少ノ制限アリ即チ刑事ノ既判効カ絶對的ニ民事上ニ其効力ヲ有スルニハ二箇ノ條件ヲ必要トス第一其判決ハ公判ノ判決ナラサル可ラス第二其判決ハ公訴ノ本案ニ付テノ判決ナラサル可ラス

第一　公判ノ判決ナラサル可ラス

刑事ノ既判効ノ民事ニ及フハ獨リ公判ノ判決ナルノミ故ニ豫審ノ言渡ハ其勢力ヲ民事ニ及ホサス何カ故ニ然ルカ第一豫審ノ取調ハ對審ヲ爲サス秘密ニ犯

罪ノ下調ヲ爲スニ止マル故ニ豫審ノ言渡ハ只假リノ効力ヲ有スルニ過キス第二豫審ノ言渡ハ只豫審ヲ爲ス目的ニ止マルモノナリ其目的トハ何ソヤ豫審ノ目的ハ被告事件ニ付キ重罪又ハ輕罪タル可キモノナルヤ否ヤヲ取調ヘ之ヲ管轄裁判所ニ移スニ在リ故ニ此管轄裁判所ニ事件ヲ移スト云フコトノミニ付テハ既判効ヲ有シ撿事ハ之ニ羈束セラレ必ス之ヲ管轄裁判所ニ送ラサル可ラス然レトモ其他ノ点ニ付テハ豫審ノ決定ハ何等ノ効力ヲ有セス故ニ公判判事ハ豫審ノ決定ニ反シ無罪ノ言渡ヲ爲スコトヲ得可ク又民事裁判所ハ私訴ノ判決ヲ爲スニ付キ全ク自由ナリ然レトモ場合ニ依リテ少シク其効力ヲ及ホスコトアリ即チ民刑同時ニ起リタルトキ一時民事ヲ中止セサル可カラサルコト是レナリ

第二　本案ノ判決ナラサル可ラス

刑事ノ判決カ其勢力ヲ民事ニ及ホスニハ公判ノ判決ニシテ且本案ノ判決ナラサル可ラス即チ等シク公判ノ判決ニテモ單ニ附從ノ問題ニ付テノ判決ナルトキ例ヘハ公訴受理不受理ノ決定又ハ外國ニ於テ犯シタル罪ニ付キ被告人ノ外國人ナルヤ將タ日本人ナルヤヲ決シタル場合ノ如キハ其決定ノ勢力ハ民事ニ及ハサルナリ然レトモ苟モ本案ノ裁判ナルトキハ對審裁判ナルト欠席裁判ナルトヲ問ハス總テ其効力ヲ民事ニ及ホスモノトス

此ノ如ク二箇ノ條件ノ必要ナル以上ハ刑事ノ判決カ民事上ニ勢力ヲ及ホスニハ多少ノ制限アルコトヲ知ルヲ得即チ刑事ノ公判ニ於テ本案ニ對シテ言渡シタル判決ニシテ且其判決ハ左ノ三箇ノ其一ニ居ラサル可ラス

第一　公訴私訴ノ共同ノ根據ト爲リタル事實ノ有無ニ關スル判決

第二　其所爲カ刑事上罪トナルヤ否ヤニ付テノ判決

第三　其所爲ヲ被告ノ責ニ歸ス可キヤ否ヤニ付テノ判決

以上ノ條件ヲ備ヘ且其制限內ニ於テハ民事裁判所ハ先キニ爲シタル刑事ノ判決ニ反スル判決ヲ爲ス可ラス然レトモ右制限以外ニ涉ルトキハ民事裁判所ハ刑事ノ裁判如何ニ關セス自由ニ其判決ヲ爲スコトヲ得可キナリ

以上公訴ノ判決カ私訴ニ影響ヲ及ホス場合ヲ看タリ依テ此ヨリ公訴ノ判決ヲ

公訴判決ノ効力ハ

私訴以外ノ民事訴訟ニモ亦之ヲ及ホスヤ

私訴以外ノ民事訴訟ニ影響ヲ及ホス場合ヲ述ヘン

公訴判決ノ効力ハ只公訴ト同一ノ事實ヲ根據トスル私訴即チ損害賠償ノ訴ニ付テ勢力ヲ及ホスノミナラス仝一ノ事實ヲ根據トスル民事ノ訴訟ニモ亦其効力ヲ及ホスモノナリ例ヘハ姦通、重婚ノ所爲ヲ根據トシテ離婚ノ訴ヲ爲シ又ハ佛國ニ於ケル別居ノ訴ヲ爲シ或ハ殺人ノ所爲ヲ根據トシテ相續權排除ノ訴ヲ爲シ若クハ詐欺ヲ根據トシテ契約無効ノ訴ヲ爲スカ如キハ何レモ公訴ト仝一ノ所爲ヲ根據トスルモ損害賠償ヲ求ムルノ訴ニ非サルカ故ニ私訴ト云フコトヲ得ス然レトモ既ニ刑事ニ於テ判決シタル所ト仝一ノ事實ヲ根據トシテ民事ニ訴フルモノナレハ其民事ノ訴ニ付キ新タニ證據ヲ出シテ之カ判決ヲ求ムルニ及ハス只刑事ノ判決アリシコトヲ援用スルヲ以テ足レリトス此原則ハ佛國法律ニ於テハ治罪法第四百六十三條ヲ以テ之ヲ明示セリ即チ公正證書ヲ僞造シタル場合ニ於テ其僞造ノ判決ヲ爲シタル裁判所ハ其證書ノ全部又ハ一部ノ無効ナル部分ヲ削除セサル可ラストセリ是レ刑事ノ判決カ私訴以外ノ民事ニ影響ヲ及ホス一ノ證據ナリ何トナレハ一旦刑事裁判所ニ於テ無効トシテ之ヲ

削除シタル以上ハ何人ト雖トモ再ヒ其證書ヲ利用スルコトヲ得サレハナリ換言スレハ此場合ニ於テハ只訴訟ニ關係シタル者ノミナラス其訴訟以外ノ第三者ニ對シテモ僞造ナリトノ判決ノ効力ヲ有スルモノナリ其他尙ホ一ノ証據アリ佛國治罪法第百九十八條ニ婚姻ノ証據ヲ毀滅シ又ハ變更シタルノ所爲アリトシテ有罪ノ判決アリタルトキハ之ヲ戸籍ノ欄外ニ記入セサル可ラストアリ是レ亦刑事ノ判決カ何人ニ對シテモ効力アリトノ一ノ証據ナリ若シ刑事ノ訴訟カ被告人即チ訴訟ニ關係セルモノノミニ効力アルモノトセハ故ラニ戸籍ノ欄外ニ之ヲ記入スルニ及ハス相手方ハ判決書ヲ以テ之ヲ主張スルコトヲ得可シ因是觀之戸籍ノ欄外ニ記入スルヲ要スルハ畢竟之ヲ第三者ニ示シ之ニ對シテ効力ヲ有セシメ又第三者ヲシテ之ヲ主張スルヲ得セシメンカ爲メナリ

以上ハ一般學者ノ是認スル所ナリト雖モ亦多少ノ議論ナキニ非ス其反對論ニ二種アリ其一ハ刑事ト民事トハ固ヨリ仝一ノモノニ非ス既ニ別異ノモノナル以上ハ刑事ノ裁判官モ民事ノ裁判官モ各獨立ノ權利ヲ有ス故ニ刑事ノ裁判如何ニ拘ハラス民事裁判官ハ隨意ニ之カ裁判ヲ爲スヿヲ得殊ニ判決ノ効力ヲ他ノ

事件ニ及ホスニハ既判効ニ要スル總テノ條件ヲ具備セサル可ラス然ルニ民事ト刑事トハ悉ク其條件ヲ異ニシ一モ之ヲ具備スルコトナケレハ刑事ノ判決ノ効力ハ民事上ニ及フモノニ非スト是レオルトランノ説ナリ又他ノ説ニ曰ク苟モ刑事裁判所ノ下シタル判決ハ其本案ノ判決ナルト否ラサルトヲ問ハス悉ク其効力ヲ民事上ニ及ホスモノナリト然レトモ是レ皆其當ヲ得サルモノナリ若シ第一説ノ如ク刑事ノ判決ハ一モ民事ニ勢力ヲ及サストスルトキハ民事ノ裁判ヲ以テ刑事ノ裁判ヲ破ルニ至リ爲メニ刑事ノ裁判ハ其信用ヲ失スルノミナラス確定判決ハ動カス可ラストノ法律上ノ推定ニ反ス又其普通ノ人情ヲ以テスルモ刑事ニ於テ僞造ノ証書ナリト判決シタル証書ヲ根據トシテ貸金ノ請求ヲ爲シタルトキ民事ニ於テ其請求ヲ立タシムルカ如キハ豈不都合ナラスヤ其他檢事ハ社會ヲ代表セルモノナレハ何人モ之ニ從ハサル可ラストノ原則ニ反ス可キナリ又第二説ノ如キハ附從ノ裁判ニ付テモ民事上ニ影響ヲ及ホスモノト爲スモ判決ノ効力ヲ民事上ニ及ホスハ只本案ノ裁判ニ限ルモノニシテ附從ノ裁判ニ至テハ決シテ其効力ヲ民事上ニ及ホス可キモノニ非サルナリ

犯罪ノ後頒布シタル法律ニ因リ其刑ノ廢止

第四　犯罪ノ後頒布シタル法律ニ因リ其刑ノ廢止

一ノ犯罪アリテ所犯ノ當時ハ法律ニテ之ヲ罰セリ然ルニ其犯人ニ對シ未タ公訴ヲ起サヽル以前若クハ既ニ公訴ヲ起シ其取調中頒布シタル法律ニ因リテ其刑ハ廢止セラレタリ此場合ニ於テハ其被告人ニ對スル公訴ハ當然消滅ス可キナリ例ヘハ舊法ニ於テハ僧侶ノ肉食妻帶ヲ禁シ宗教ノ規則ニ違背スルモノヲ罰シ其他道德ニ背戻シタル所爲ヲ罪トシテ論シタリシニ新法ハ之ヲ罪トシテ論セサルニ至リシカ如シ是レ皆之ヲ罪トシテ罰スルノ必要ナシトシテ刑ヲ科セサルニ至リタルモノナリ故ニ最早之ヲ罰スルノ必要ナシ或ハ曰ク假令新法ヲ以テ其所爲ヲ罰セサルニ至ルモ犯罪ノ當時ハ之ヲ罪トシテ論シタルモノナレハ社會ハ之ヲ罰スルノ既得權ヲ有セリ故ニ之ニ對シテ公訴ヲ行フコトヲ得可シト然レトモ此説タルヤ社會カ既ニ之ヲ罰スルノ心要ナシトシテ其權利ヲ拋棄シタル所爲ニ對シテ公訴ヲ繼續スルモノニシテ條理ノ決シテ許サヽル所ナリ而シテ此原則ノ適用ハ如何ナル場合マテ及フモノナルヤ若シ未タ公訴ヲ起サヽルノ以前ナルトキハ之ヲ停メ既ニ公訴ヲ起シタル以後ナルトキハ其豫

審中ナルト公判中ナルト又其上訴中ナルトヲ問ハス苟モ判決ノ確定セサル間ハ此原則ヲ適用シテ公訴ヲ消滅セシムルコトヲ得可キナリ

第五　大赦

大赦ハ一國ノ主權者ニ屬スル一ノ恩典ニシテ既決未決ノ囚徒ニ對シ其罪ヲ免シ從テ其刑ヲ許スモノナリ故ニ大赦ニ因テ公訴權全ク消滅ス此大赦ト特赦トハ之ヲ混淆ス可ラス特赦ハ只既決ノ囚徒ニ對シ行フモノナリ之ニ反シテ大赦ハ既決　未決ノ囚徒共ニ之ニ因リテ罪ヲ免セラルヽモノナリ又特赦ハ單ニ其人ニ對シテ其罪ヲ許スモノナリ之ニ反シテ大赦ハ其事件ヲ罪ナキモノトス且特赦ハ特ニ其刑ヲ免スルモノニシテ大赦ハ其所爲自身ヲ始メヨリナキモノト看做スモノナリ而シテ大赦ヲ行フヘキ場合ハ重ニ國事犯及ヒ國事犯ト性質ヲ同フスル所ノ犯罪ナリ夫ノ内亂ノ如キハ犯罪人夥多ニシテ一々之ヲ取調フルノ困難ナルノミナラス之ヲ罪トシ罰スルトキハ益〻人心ノ激動ヲ來ス可キヲ以テ寧ロ之ヲ取調ヘサルニ若カサル場合ニ於テ行フモノナリ是レ事ヲ平穩ニ治ムルモノニシテ條理ニ適スル良法ト云フ可シ

大赦ヲ行フノ權ハ何人ニ屬スルヤ

大赦ヲ行フハ何人ノ權ニ屬スルカハ立法上即チ憲法ニ關スル一ノ問題ナリ是レ學者間ニ議論アル所ニシテ或ハ曰ク純粹ノ法理上ヨリ觀ルトキハ大赦ヲ行フノ權ハ執行權ニ屬ス可ラス何トナレハ執行權ハ法律ノ執行幷ニ此司法上ノ決定ヲ行フモノナレハナリ而シテ大赦ハ法律ニ定ムル所ノ罪ヲ執行セサルモノナレハ其執行權ニ屬セサルヤ固ヨリ明カナリ然ラハ立法權ニ屬ス可キカ抑モ大赦ヲ行ヒ以テ法律ノ執行ヲ中止スルノ權ハ立法權ニ在ラサル可ラス元來立法權ハ法律ノ法律タル効力ヲ保タシムルノ權アルモノナリ即チ商法ヲ作ルノ權アレハ又之ヲ中止スルノ權アリ然レトモ既ニ司法官カ着手シテ公訴ヲ起シ豫審又ハ公判中ニ在ルモノ若クハ既ニ判決ノ確定シタルモノヲ後ノ法律ヲ以テ之ヲ破ルカ如キハ頗ル越權ニシテ立法權カ司法權ヲ蹂躙スルモノト云フ可シ故ニ法律ニ依リテ大赦ヲ行フハ未タ公訴起ラサル以前ナレハ立法權ノ職權内ナリト雖トモ若シ既ニ公訴起リタル以前ナルトキハ立法權ハ大赦ヲ行フコトヲ得スト是レ一般學者ノ唱フル所ナリ法理上ヨリ論スルトキハ眞ニ然リ然レトモ此大赦ノ事タル政治上ニ必要ナルモノニシテ單ニ法律問題即チ憲法

問題トシテ之ヲ解スルコトヲ得ス苟モ大赦カ政治上必要ニシテ社會ノ公安上欠ク可ラサルモノナリトスルトキハ只純粹ノ法理論ハ暫ク措キ大赦ヲ行フ無上ノ大權ヲ有スルモノナカル可ラス凡ソ公益上欠ク可ラサル必要アル以上ハ純粹ノ法理ニテハ多少不正ノコトニテモ正當ト云フコトヲ得可シ例ヘハ人ヲ殺スカ如キハ不正不道ノ極ナリト雖トモ社會ノ公安ヲ維持スル爲メニハ人ヲ殺サヽル可カラス又死刑ノ事タル不善ハ則チ不善ナリト雖トモ社會ニ必要ナレ之ヲ存セサル可ラサルカ如シ故ニ佛國ノ如キ革命ノ後ハ憲法會議ヲ以テ特赦ハ之ヲ廢シタリシカ獨リ大赦ハ之ヲ存セリ大赦ノ必要ナルコト此ノ如シ然レトモ之ヲ行フノ權ハ孰レニ屬スルヤ立法權ニ在ルカ將タ王室ニ存スルカハ一ノ問題タリ此點ニ付テハ歸着スル所殆ント一ニシテ佛蘭西、白耳義ノ如キ民主々義ノ國ニ於テモ社會ノ平和ヲ望ム公益上ノ必要ヨリ着眼シ大赦ヲ行フノ權ハ王室又ハ大統領ニ屬スルヲ以テ正當トセリ元來大赦ハ政治上ノ問題ニシテ極メテ緊急ヲ要スル場合ニ行フモノナリ即チ國ノ將サニ亂レントスルトキ若クハ既ニ亂レタルモノヲ治メントスル場合ニ行フモノナリ故ニ之ヲ王室

大赦ノ結果

ニ屬セシムルヲ以テ最モ便利ナリトス若シ此權ヲ立法權ニ屬セシムルトキハ緊急ノ場合ニ間ニ合ハサル可シ何トナレハ法律ノ法律タルニハ幾多ノ手續ヲ要シ容易ニ成ルモノニ非サレハナリ我邦ニ於テモ憲法第十六條ヲ以テ大赦ヲ行フノ權ハ　天皇ノ有セラルヽモノト爲シタリ

大赦ハ向キニ述ヘタル如ク事件自体ヲ無ニスルモノナリ而シテ其理由ハ公益上ノ理由ニ基クモノトス故ニ其効果トシテ大赦ハ未タ公訴起ラサルノ以前ナルトキハ之ヲ起スヲ得サラシメ又既ニ公訴ヲ起シタル以後ナルトキハ之ヲ消滅ニ歸セシメ又既ニ裁判ヲ言渡シタルトキハ其刑ヲ消滅セシムルモノナリ而シテ其結果ノ一トシテ大赦後再ヒ罪ヲ犯スモ再犯ヲ以テ論セサルナリ」

尙ホ二三ノ結果アリ即チ被告人ハ大赦ノ利益ヲ抛棄シテ公明正大ノ裁判アランコトヲ求ムルヲ得ス裁判官モ亦之カ裁判ヲナスノ權ナシ何トナレハ裁判官ハ犯罪ノ取調ヲナスノ權アルモ犯罪タラサルモノヲ取調フルノ權之アラサレハナリ又大赦ハ當然行ハルヽモノナリ故ニ被告人大赦アリタルコトヲ知ラスシテ之ヲ主張セサルモ裁判官職權ヲ以テ之ヲ適用セサルヘカラス又大赦ハ何

時ニテモ之ヲ主張スルコトヲ得即チ裁判ノ前ニテモ裁判ノ後ニテモ之ヲ主張スルコトヲ得ヘキナリ

第六　時効

時効ナルモノハ民事ニモ刑事ニモ之アリ民事ノ時効ニハ取得時効ト稱スルモノアリ免責時効ト稱スルモノアリ而シテ刑事ノ時効ニモ亦二種アリ公訴ノ時効、刑ノ時効是ナリ一ハ犯罪ヨリ生シタル公訴ヲ免カレシムルモノニシテ一ハ裁判ノ効果タル執行ヲ免レシムルモノナリ然レトモ刑事ノ時効ハ何レモ免責時効ニシテ取得ナルモノアルコトナシ

時効ヲ設ケタル理由

抑モ此公訴及ヒ刑ノ時効ハ如何ナル理由ニ基クモノナルヤ一旦罪ヲ犯シタル者カ時ヲ經タルカ爲メ公訴ヲ免カレ又刑ヲ免カルヽニハ須ラク其理由ナカルヘカラス佛蘭西法典編纂ノ當時其立法者ノ與ヘタル理由ニ曰ク時効ニ因リテ犯罪ノ消滅スルハ犯人ノ悔悟ニ基クナリ即チ罪ヲ犯シタル者カ時効ノ期限逮捕セラルヽコトナク又再ヒ罪ヲ犯スコトナク隱匿スルハ頗ル困難ニシテ又苦痛ナルヘシ其苦痛ハ以テ十分懲戒スルニ足ルヘク其再犯ナキハ以テ犯罪ヲ悔悟シタルコトヲ徵スルニ足ルヘシ故ニ公訴ヲ起シ刑ヲ執行スルニ及ハスト是レ法典編纂者タルレアール氏及ヒ立法部ノ審査委員タルルーベー氏ノ主張スル所ナリ然レトモ此理由ハ之ヲ大罪ニ適用スルコトヲ得ルモ違警罪ノ如キ小罪ニハ之ヲ適用スルコトヲ得ス夫ノ警察規則ニ違背シタルカ如キ其他銃獵規則ニ違背シテ其時期及ヒ場所外ニ於テ銃獵ヲ爲シタル所爲ノ如キハ德義ヲ重シスルノ厚キ人ハ格別通常人ニ於テハ良心ニ愧ツルコトナク從テ之ヲ悔ユルカ如キハ實際之アラサルナリ又此理由ニ依ルトキハ爲メニ犯人カ悔悟シ懲戒シタルノ意思明白ナル場合ナラサルヘカラス然ルニ假令大罪ヲ犯シタル者ニテモ悔ヒサルモノ多シ强盜ノ如キハ最モ然リ故ニ此理由ハ法律上ノ推定タル時効ニ之ヲ適用スルヲ得ス何トナレハ法律上ノ推定ハ通常アリ得ヘキ場合ニ下スヘキモノナレハナリ而シテ夫ノ悔悟シタリトノ理由ノ如キハ特別ノ理由トナルヘキモ以テ時効ノ理由トナスニ足ラサルナリ

又或ハ論スル者アリ曰ク時効ヲ設ケタル理由ハ時間ノ經過ニ依リテ犯罪ノ證據湮滅シ被告人ニ對シテ有罪ノ證據擧ラスシテ之ヲ放免セサルヘカラサル

ニ至リ爲メニ裁判ノ信用ヲ失墜スヘク又若シ有罪ノ證據出ツルモ被告人カ之ニ對スル抗辯ノ材料タル無罪ノ證據既ニ湮滅シ不辜ヲ罰スルニ至ルヘキナリ換言スレハ長キ時間ヲ經過シタル後公訴ヲ起ストキハ有罪ヲシテ法網ヲ免カレシメ不辜ヲシテ寃抂ニ苦マシムルニ至ル故ニ時効ヲ設ケテ此弊ナカラシムト然レトモ此理由ハ之ヲ刑ノ時効ニ適用スルコトヲ得ス何トナレハ刑ノ時効ハ裁判言渡アリタル後判然タル刑ノ執行ヲ免カレシムルモノナレハナリ然ラハ公訴ノ時効ニハ適合スルヤ公訴ノ時効ニ付テモ何レノ場合ニモ適合スルモノニアラス夫ノ違警罪ノ如キ僅ニ數月ニシテ時効ヲ得ルモノニ付テハ此短日月ノ間ニ於テ證據湮滅シタリト云フヲ得サルナリ故ニ有名ナルベンザム及ヒ獨乙ノサツカリーノ如キハ時効ヲ以テ條理ニ適セサル不正ノモノトセリ

若シ時効ヲ設ケタルノ理由ニシテ以上述ヘタルモノニ止マリ他ニ之レアラスンハ不正ノモノナリ然ルニ今日ニ於テハ一般學者カ時効ヲ以テ正當ノモノトシ之レヲ非難スル者ナキハ他ニ正當ノ理由ノ存スルアレハナリ即チ時効ヲ設ケタルハ刑罰權ノ原理ト同一ナリ抑モ刑法ノ原理ハ純粹正義ト社會ノ必要トニ基クモノナリ故ニ此二個ノ要素ヲ具備セサレハ罪トシテ之ヲ罰スルヲ得ス否其必要ナキナリ必要ナキニ之ヲ罰スルハ極メテ不正ナリ然ラハ若干ノ時間ヲ經過シ社會カ既ニ遺忘シ之ヲ罰スルノ必要ナキニ至リタル所爲ハ犯罪トシテ之ヲ罰スルヲ得サルナリ要スルニ時効ハ社會カ既ニ犯罪ヲ遺忘シタリトノ法律上ノ推定ニ基ク而シテ此推定ハ完全ナル推定ナリトス

此ノ如ク時効ハ社會ノ遺忘ニ基ク法律上ノ推定ナリ既ニ遺忘ニ基クモノトセハ社會公衆ノ記念ノ遺忘ハ小罪ニ速カニシテ大罪ニ遲シ從テ罪ノ輕重ニ從ヒ時効ノ期限ニモ亦長短ナカルヘカラス又此理由ニ依リテ公訴ノ時効ト刑ノ時効トハ期限ニ差異ナカルヘカラス即チ刑ノ時効ハ既ニ公判ヲ開キ公衆ノ面前ニ於テ判決ヲ下シタルモノナレハ社會公衆ノ記念モ又容易ニ消滅ニ歸セサルナリ故ニ之ヲ公訴ノ時効ニ比スレハ其期限長カラサルヲ得ス或ハ難スル者アリ曰ク時効ノ理由ヲ社會ノ遺忘ニアリトスルトキハ殘酷ナル大罪ニ至テハ或ハ全ク社會公衆ノ遺忘セサルモノアルヘシ斯ル場合ニハ時効ハ不正ナリト然レトモ此論タル未タ以テ時効ヲ難スルニ足ラス其所以ハ斯ノ如キ犯罪ニハ中

斷ノ方法アリ因テ以テ公訴ヲ繼續シ時効ヲ經ルコトナカラシムルコトヲ得又假令偶々社會ノ遺忘セサル犯罪ニ對シ時効ニ依リテ其罪ヲ免カレシムルコトアリトスルモ法律ハ多クノ場合ニ付テ推定ヲ立ツルモノナレハ敢テ不當ナルコトナシ

時効ノ結果

以上述ヘタル如ク時効ハ社會公益ノ爲メニ設ケタルモノニシテ被告人ノ利益ノ爲メニ設ケタルモノニアラス從テ立法上ノ結果ヲ生ス

時効ハ當然生スルモノニシテ被告人カ時効アリタルコトヲ知ラサルモ又被告人ノ意思ニ反スルモ尙ホ行ハルヽモノナリ是レ民事ノ時効ト異ナル所ニシテ民事ノ時効ハ被告人ニ於テ之ヲ主張セサルヘカラス又被告人ノ意思ニ反シテ行ハルヽモノニ非サルナリ是ヨリ又左ノ三個ノ結果ヲ生ス

時効ハ被告人カ之ヲ抛棄シテ自ラ裁判ヲ請求スルコトヲ得ス例ヘハ欠席裁判ヲ受ケタル被告人刑ノ時効ヲ得タル後自己ニ罪ナキコトヲ主張シ靑天白日ノ身タル裁判ヲ受ケンカ爲メ更ニ取調ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス又時効ハ被告人之ヲ主張セサルモ檢事之ヲ主張スルコトヲ得ルノミナラス豫審判事又公判々事ニ於テモ其職權ヲ以テ之ヲ援用セサルヘカラス又時効ハ如何ナル場合ニ於テモ之ヲ主張スルコトヲ得即チ初審又ハ終審廷ニ於テ之ヲ主張スルコトヲ得ルハ勿論大審院ニ於テモ亦之ヲ主張スルヲ得ヘキナリ

時効ノ區域

是レヨリ時効ノ區域、時効ノ期間、時効ノ効果ノ三点ニ付キ研究セン

第一　時効ノ區域

時効ハ總テノ犯罪ニ適用セラルヽモノナリ何トナレハ如何ナル犯罪ト雖トモ時間ノ經過ニ因リテ社會公衆ノ遺忘セサルモノ之アラサルハナク從テ左ノ三個ノ結果ヲ生ス

第一　如何ナル大罪ニテモ時効ニ罹ラサルモノナシ羅馬法及ヒ古法ニ於テハ大罪ハ時効ヲ得ルヿナカリキ又現時ニ於テモ墺國ノ刑法ハ死刑ニ時効ヲ適用セス佛蘭西及ヒ日本刑法ハ總テノ犯罪皆時効ニ因リテ消滅ストセリ

第二　時効ハ特別ニ明文ナキ以上ハ刑法中ニ揭ケタル犯罪ナルト特別法ニ揭ケタル犯罪ナルトヲ問ハス又通常裁判所ニ於テ判決シタル場合トヲ別タス總テノ犯罪ニ之ヲ適用スルコトヲ得

第三　時効ヲ得ルニハ何等ノ條件ヲモ必要トセス夫ノ換國ノ如キ時効ヲ得ルニハ二個ノ條件ヲ要ス第一損害ノ賠償ヲナシタルコト第二其後再ヒ罪ヲ犯サヽルコト是ナリ然レトモ時効ハ社會ノ遺忘ニ基クモノトセハ此等ノ條件ヲ必要トセサルナリ

時効ノ期間

第二　時効ノ期間

時効ノ期間ヲ研究スルニ當リ之ヲ三ツニ分ツ第一期間自身第二期間ノ起算第三時効ノ中斷是レナリ

第一　期間自身

時効ノ期間ハ刑事訴訟法第八條ニ之ヲ示セリ曰ク違警罪ハ六月、輕罪ハ三年重罪ハ十年ノ期間ニ依リテ時効ヲ成就スト此ノ如ク六月、三年、十年ト期間ヲ限定シタルハ何故ナルカト云フニ敢テ深キ理由アルニアラス只立法者カ認メテ以テ相當トナシタルニ過キス佛蘭西白耳義ハ之ト同一ノ期限ナレトモ歐洲大陸ニ於テハ之ヨリ長キ國アリテ或ハ死刑ニハ時効ヲ許サヽルアリ或ハ二十年若クハ二十五年ノ長キアリ又徒刑懲役等ニ依リテ細カニ其期間ヲ定ムルアリ亞米利加ニ於テハ其期間頗ル短ク重罪ニテモ尚ホ三年トセリト云フ要スルニ立法者ノ專擅ヲ以テ定メタリト云フノ外ナシ然レトモ何レノ國ト雖トモ重罪輕罪違警罪ニ依リテ其期間ニ長短アリ是レ畢竟時効ヲ設ケタル原理ニ基クモノニシテ重キセノハ社會ノ遺忘遲ク輕キモノハ社會ノ遺忘速カナレハナリ然リ而シテ公訴ノ時効ト刑ノ時効トヲ比スルトキハ刑ノ時効ハ頗ル長ク且各刑ニ付キ其期間ヲ異ニセリ(刑法第五十八條)是レ刑ノ時効ハ既ニ裁判ヲ言渡シ犯罪ノ確定シタルモノナレハ社會ノ遺忘スルコト容易ナラサルカ故ナリ此ノ如ク重罪輕罪違警罪ニ依リテ時効ノ期間ヲ異ニセルカ故ニ此ニ困難ナル一問題ヲ生ス即チ左ノ如シ

重罪輕罪違警罪ノ區別ハ何ニヨリテ之ヲ定ムルヤ

重罪輕罪違警罪ノ區別ハ刑法第二編以下ニ定ムル所ノ刑ニ依ル可ヘキヤ將タ實際科スル處ノ刑ニ依ルヘキヤ尚ホ之ヲ換言スレハ法律上ノ減輕例ヘハ未遂犯若クハ幼者等ノ故ヲ以テ重罪ヲ減等シテ輕罪ニ下シタルトキハ之ヲ重罪トナスヘキヤ將タ輕罪トナスヘキヤ又事實上ノ減輕即チ酌量減輕ニ依リテ重罪ヲ減等シテ輕罪ニ下シタルトキハ重罪トナスヘキヤ輕罪トナスヘキヤハ學者

問議論ノ存スル所ニシテ三個ノ説ニ分カル以下順次ニ之ヲ述ヘン

第一説　實際科スル所ノ刑ヲ以テ其標準トナスヘキナリ假令刑名ハ重罪ニテモ法律上若クハ事實上減等スヘキノ理由アリテ減等シ輕罪ニ下シタルモノハ其罪輕キモノナリ抑モ時効ノ期間ノ長短ハ罪ノ輕重ニ依リテ區別アルモノナルニ依リ罪ニ輕カルヘキノ理由アリテ減等シ輕罪ノ刑ニ下シタルモノハ其刑名ノ如何ニ關ハラス之ニ輕罪ノ時効ノ期間ヲ適用セサルヘカラスト是レフオースタンエリー及ヒハウス等ノ主張スル所ナリ

第二説　法律上輕減ノ理由アリテ減等シタルトキハ實際科スル所ノ刑ニ依リテ區別スヘキモノナリ例ヘハ幼者カ强盜ヲナシタルトキ幼者タルノ故ヲ以テ宥恕シテ一等ヲ減シ輕懲役ヲ減等シテ重禁錮トナシタルトキハ輕罪ノ時効ヲ適用スルカ如シ其他一般ノ減輕タル未遂犯若クハ法律ニ明記シタル特別ノ減輕タルトヲ問ハス苟モ法律上ノ減輕タル以上ハ總テ此ニ包含セシムヘキナリ何トナレハ法律上ニ於テ減輕スル場合ハ其所爲自体ヲ輕キモノト見做スモノナレハナリト此説ニ從ヘハ酌量減輕ノ如キ裁判官カ事實ノ摸樣ニ依リテ減等スル場合ハ之ニ包含セサルナリ是レガロー及ヒオルトラン等ノ主張スル所ナリ

第三説　法典ノ罪名ニ依ルヘキモノナリ換言スレハ法律上若クハ事實上ノ減等ニ依リテ實際輕罪ノ刑ヲ科スルモ措テ之ヲ問ハス常ニ刑法ノ罪名ニ依リテ區別スヘキモノナリ此説ノ理由トスル所ハ元來刑法ハ其罪ニ科スヘキ刑ニ依リテ重罪輕罪違警罪ヲ分チタルモノニシテ云々ノ罪ヲ犯シタルモノハ云々ノ刑ニ處ストアリ然ラハ時効ノ標準タルヘキ罪ノ區別モ亦之ニ依リテ定メサルヘカラス殊ニ公訴ノ時効ノ如キハ實際如何ナル刑ニ處セラルヘキヤ豫メ之ヲ知ルコトヲ得ス故ニ刑法ニ定ムル所ノ刑名ニ依ラサルヲ得サルナリ加之時効ノ原理ニ依ルモ此説ヲ以テ正當ト爲サヽルヘカラス即チ夫ノ强盜罪ハ其罪自体カ重キカ故ニ社會ハ容易ニ之ヲ遺忘セサルナリ其幼者ノ犯シタルト成年者ノ犯シタルトハ其間敢テ差異ノ存スヘキ理由アラサルヘシ故ニ刑名ニ依ラサルヘカラスト是レヴィレー及ヒベルトール等ノ主張スル所ナリ

余ハ以上三說中第三說ヲ採ルモノナリ日本ニ於テモ議論未タ一定セスト雖トモ從來管轄ノ問題ヲ決スルニ當リ强盜ノ未遂ハ輕罪ナルモ之ヲ重罪裁判所ニ送リタリ是ニ由テ之ヲ觀レハ時効ニ付テモ亦刑名ヲ以テ其區別ヲナシ其減等ノ結果如何ヲ顧ミサルモノヽ如シ

時効期間ノ起算點

第二　期間ノ起算

刑事訴訟法第十條ニ「公訴私訴ノ時効ハ犯罪ノ日ヨリ其期間ヲ起算ス」トアリ故ニ時効ハ日ヨリ日ニ算フルモノニシテ時ヨリ時ニ算フルモノニ非ス又時効ハ犯罪ノ日ヨリ起算スルモノニシテ犯罪ノ當日モ亦時効ノ期間中ニ算入スルモノナリ夫ノ控訴若クハ上告ノ期間ノ如キ總テ期間ハ其翌日ヨリ起算スルモノナルニ獨リ時効ノ期間ニ限リ其日ヨリ起算スルハ何ソヤ是レ時効ハ其日ヨリ起算スルヲ以テ被告人ノ利益トシ通常ノ期間ハ翌日ヨリ起算スルヲ以テ被告人ノ利益トスレハナリ加之苟モ犯罪アレハ直チニ公訴權發生ス既ニ其日ヨリ公訴權發生スレハ之ヲ消滅ニ歸セシムル所ノ時効モ亦其日ヨリ始マラサルヘカラス然レトモ實際ニ於テハ多少不公平タルヲ免レス何トナレハ午前ノ一時頃ニ犯シタルモノト午後十二時頃ニ犯シタルモノトハ殆ント二十四時間ノ差異アレハナリ若シ時ヨリ時ニ算フルトキハ此弊ヲ避クルコトヲ得ルモ日ヨリ日ニ算フル場合ニ於テハ到底之ヲ免カレサルナリ而シテ犯罪ノ日トハ犯罪ヲ遂ケ終リタル日ヲ云フ犯罪ヲナシ終ラサル間ハ未タ時効ヲ始メサルナリ從テ所爲ノ繼續シテ直チニ終ラサル犯罪ニ就テハ最終ノ日ヨリ時効ヲ始ムルモノトス是レ即チ第十條但書ニ「繼續犯罪ニ付テハ其最終ノ日ヨリ起算ス」トアル所以ナリ是レヨリ少シク刑法ノ問題ニ涉ルモ繼續犯ノ種類ヲ示サン

繼續犯トシテ疑ナキ場合ハ私ニ軍用ノ銃礮彈藥ヲ所有スル罪、監禁ノ罪、不法結社ノ罪、罪人藏匿ノ罪、僞造ノ罪、度量衡ヲ所持スル罪、兇徒聚衆ノ罪等是ナリ又爲サヽルノ點ヨリ繼續犯トナル場合アリ即チ自己ノ所有地內ニ死屍アルヲ知テ之ヲ官ニ告ケサル罪及ヒ遺失物ヲ拾得シテ之ヲ官ニ屆出サル罪是ナリ又繼續犯ニ似テ非ナルモノアリ夫ノ重婚罪ハ重婚ヲナシ俱ニ住居スルモノナレハ繼續犯ニ非サルカノ疑アレトモ是レ即時犯ニシテ繼續犯ニアラス如何トナレハ重婚罪ハ一度婚姻シタル者カ再ヒ婚姻スルヤ直チニ罪ヲ搆成スルモノニシ

テ共ニ住居スルハ犯罪ノ結果タルニ過キサレハナリ幼者ヲ畧取誘拐スルノ罪モ亦畧取誘拐スルヤ直チニ罪ヲ成スモノニシテ其所爲ノ繼續スルハ犯罪ノ結果ナリトス贓物牙保ノ罪モ贓物ヲ自己ノ家ニ持込ミタル所爲カ罪トナルモノニシテ藏匿シ置クハ其結果タルニ過キサルナリ又兵卒脫營ノ罪、徵兵忌避ノ罪ノ如キハ即時犯ナルカ繼續犯ナルカハ多少疑ナキ能ハスト雖トモ徵兵ヲ忌避シテ其募集ニ應セサル所爲若クハ脫營シアル所爲ノ繼續ハ犯罪ノ結果タルニ過キス故ニ是等ハ即時犯ナリトス然レトモ一概ニ論スルヲ得ス夫ノ兵卒カ服役中脫營シタルトキ例ヘハ三年ノ義務中二个年半服役ノ義務ヲ盡シタル後ニテ脫營シタルトキハ其服役義務ノ殘期間即チ六个月間ハ犯罪ノ繼續スルモノナレハ繼續犯ト云ハサルヘカラス又監視違犯ノ罪ノ如キモ之ト同一ノ推理ヲ以テ監視ヲ免シタル期間內ハ繼續スルモノト云フヲ得ヘシ又從前ニハ地券ナルモノアリ(今日ニテハ廢セラレタレトモ尙ホ復スルノ議論アリ)相續ノ際六个月以內ニ之カ書替ヲ爲サヽルトキハ罪トナリタリ此書替ヲナサヽルノ罪ハ繼續犯ナリト論スルモノアリシカ只一度書替ヲナセハ可ナルモノニテ即時犯ナルコトニ判決例一定シタリ又車稅規則ニ違反シテ其屆出ヲナサヽル所爲ノ如キモ之ト同一ニシテ即時犯ナリトス

連續犯ニ付テハ時効起算ノ點如何

繼續犯ニ類似シタル連續犯ナルモノアリ連續犯トハ同一ノ目的ヲ以テ數多ノ所爲ヲ數度ニ行フモノナリ例ヘハ或ル倉庫中ニアル十俵ノ米ヲ毎夜一俵ヅヽ盜ムノ所爲又ハ貨幣ヲ鑄造スルノ器械ヲ備ヘ屢之ヲ僞造スルカ如キハ連續犯ナリトス此連續犯ノ時効ハ何レヨリ起算スヘキヤ各所爲ニ付キ一々之ヲ適用スルカ將タ最終ノ所爲ヨリ時効ヲ起算スルヤ或ハ曰ク連續犯ナルモノハ同一ノ所爲數多アルモ之ヲ總括シテ一ノ犯罪ト見做スカ故ニ最後ノ所爲ヨリ時効ヲ起算スヘシト又曰ク各所爲ニ付キ一々時効ヲ適用シテ可ナリ若シ然ラサルトキハ第一ノ所爲ト第二ノ所爲トノ間ニ長キ時間狹マリ居ル場合ニ於テハ第一ノ所爲ニ付テハ既ニ社會ノ遺忘シタルニ拘ハラス尙ホ時効ヲ適用スルヲ得サルニ至リ甚タ不都合ナリト是レボアソナード氏ノ採ル所ノ說ナリ

慣行犯ニ付テハ時効起算ノ點如何

尙ホ議論アルハ慣行犯ノ場合ナリ慣行犯トハ官許ヲ得スシテ私ニ醫業ヲ爲シタル罪又ハ佛刑法ニ於ケル高利貸ノ罪ノ如キハ只一度行ヒタルノミニテハ罪

トナラス又數度行フト雖トモ未タ業トスルヲ得サルトキハ罪ト爲ラス假令實際二三度行ヒタルノミニテモ之ヲ以テ業トナシタリト稱スルヲ得ヘクシテ始メテ罪トナルモノナリ此慣行犯ニ付テハ何時ヨリ時効ヲ起算スヘキヤ換言スレハ罪ヲ組成スル各所爲ニ付キ一々時効ヲ適用スヘキヤ將タ罪トナリタル時ヨリ時効ヲ起算スヘキヤ這ハ左ノ三個ノ說ニ分レタリ

第一說　罪ヲ組成スヘキ總テノ所爲カ悉ク三年以內ナラサルヘカラス故ニ三年以前ノ所爲ヲ加ヘテ慣行犯トナスヲ得ス例ヘハ三年以前ニ數度之ヲ爲シ三年以後一度之ヲナシタルトキハ其以前ノ分ハ時効ヲ經タルヲ以テ罪トナラサルナリ要スルニ所爲一々ニ付キ時効ヲ適用スヘキナリ是レフオースタンエリーノ主張スル所ナリ

第二說　慣行犯ナルモノハ多クノ所爲アリテ始メテ罪トナルモノナリ罪ヲ組成スヘキ此多クノ所爲ハ未タ罪ニアラス抑モ犯罪ハ時効ニヨリテ消滅スヘキモ犯罪ノ原素ハ時効ニ罹ルモノニアラサルナリ故ニ三年以前ノ所爲ヲモ包含セシメ罪トナルヤ否ヤヲ觀察スヘキモノナリト此說ニ從ヘハ最終ノ所爲苟モ三年以內ニ在ルトキハ其他ノ所爲ハ如何程古キモ總テ之ヲ加ヘテ時効ノ計算ヲナスヘシト云フニアリ

第三說　三年以內ノ事實ニハ其以前ノ所爲ヲモ包含セシムルコトヲ得ヘシ但其三年以內ノ所爲ト其以前ノ所爲トノ間ニ三年以上ヲ隔テタルトキハ之ヲ計算スルヲ得スト是レハウス及ヒガロ｜ノ主張スル處ナリ

元來慣行犯ハ多クノ所爲集マリテ始メテ罪トナルモノナリ故ニ理論上ヨリ見ルトキハ第二說ノ如ク苟クモ一ノ所爲カ三年以內ニ在レハ其以前ノ所爲ハ如何ニ古キモノナリトモ之ヲ加フルカ如シ然レトモ其以前ノ所爲ト三年以內ノ所爲トノ間ニ三年ヲ隔ツルトキハ慣行犯ノ性質ニ反スルモノナリ即チ二個ノ所爲ノ間ニ三年ノ長年月ヲ隔ツル場合ニ於テハ之ヲ慣行ノ所爲ト云フヲ得ス從テ未タ時効ヲ經サルモノトシテ之ヲ犯罪視スルヲ得サルナリ

仍ホ期間起算ノ點ニ付キ二三ノ問題アリ

一ノ犯罪ヲ數人共謀シテ犯シタルトキハ格別ニ時効ヲ經ルカ又ハ同時ニ時効ヲ經ルカ例ヘハ犯罪ノ豫備タル從犯ノ所爲ハ三年以前ニシテ正犯ノ所爲ハ三

年以後ナルトキ又ハ正犯數人ニシテ各犯人其終了ノ期ヲ異ニセルトキハ其中或ハ時効ヲ經ルモノアリ或ハ時効ヲ經サルモノアルモ可ナルカ又ハ同一犯罪ナレハ同時ニ時効ヲ經ヘキモノナルヤ此問題ニ付キ佛國ノ學者ハ重モニ同一所爲トシテ時効ノ起算ヲナスヘキモノトセリ即チ一人ニ對シテ時効來ラサレハ他ノ犯人ニモ亦時効來ラサルモノトセリ尤モ此種ノ學者ハ連續犯ノ場合ニモ時効ハ終リノ所爲ノ日ヨリ起算スルモノト主張スルモノナレハ我刑事訴訟法ノ如ク繼續犯ハ最終ノ日ヨリ起算スト獨リ繼續犯ニ限リ特例ヲ設ケタル所ニテハ此説ヲ適用スルコトヲ得ス然レトモ從犯ノ場合ハ此説ヲ適用スルコトヲ得ヘシ何トナレハ我刑法ニ於テ所謂從犯ハ犯罪ノ器具ヲ給與シ又ハ誘導指示シ其他豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幇助シ犯罪ヲ容易ナラシムルノ所爲即チ事前ノ所爲ナレハ正犯ニシテ罪トナラサレハ從犯成立ツヿナシ從テ正犯ト從犯トハ常ニ同時ニ從ハシメサルヲ得サレハナリ又佛國ニテハ夫ノ誹毀罪ニ付テハ事實ノ有無ニヨリ罪ノ有無ノ分カルヽ場合アレハ訐キタル事實ノ誣罔ナリトノ判決アリタルトキヨリ時効ノ期間ヲ計算スルモノトノ判決例アリ然ルニ學者ハ實際誹毀シタルトキヨリ時効ヲ計算スヘキモノト論セリ又受寄財物消費罪ハ返還スヘキノ催促ヲ受ケ返還セサルトキ又ハ返還シ能ハサルトキ罪トナルモノナレハ其時ヨリ時効ヲ計算スヘキモノナリト云フ説アリタリ然レトモ今日ニ於テハ實際消費シタル時ヨリ罪トナルヘキモノト論スルニ至レリ從テ時効モ其費消シタル日ヨリ計算セサルヘカラサルナリ又貨幣僞造罪ハ一種特別ノ犯罪ニシテ只貨幣ヲ僞造シタルノミニテモ一罪トシテ之ヲ罰シ又之ヲ行使シタル行爲ヲモ一罪トシテ罰スルナリ若シ貨幣ヲ僞造シテ之ヲ行使スルニアラサレハ罪トナラストセハ只僞造シタルノミニテハ未遂犯ナリ然ルニ刑法ハ別罪トシテ之ヲ罰セリ加之ス豫備ノ行爲ヲモ一罪トシテ之ヲ罰スルナリ

(刑法第百八十六條)然リ而シテ一般犯罪ノ性質ヨリ云ヘハ犯罪ノ着手ヨリ進テ其實行ニ至ルモノナレハ別ニ時効ヲ適用スルヲ得ス例ヘハ竊盜罪ニ着手シタル所爲ト其實行ノ所爲トニ付キ各別ニ時効ヲ適用スルヲ得サルカ如シ何トナレハ着手ナケレハ實行ノアルヘキ理ナク二個決シテ分ツヘカラサルモノナレハナリ然ルニ貨幣僞造罪ニ至テハ僞造シタルトキヨリ之ヲ行使シタルトキマ

テニハ長年月ヲ隔ツルコトアリ此場合ニ於テ僞造ノ所爲ト行使ノ所爲トニ付キ時効ヲ各別ニ適用スヘキヤ若シ然ルトキハ僞造ノ所爲ハ時効ヲ經タルニモ拘ハラス其行使ヲ罰スルカ如キ奇觀ヲ呈スルニ至ルヘシ之ヲ要スルニ僞造ノ所爲ト行使ノ所爲トニ付キ各別ニ時効ヲ適用スヘキヤ否ヤハ佛國學者間ニ議論アリテ或ハ分ツヘキモノナリト云ヒ或ハ同一ニナスヘキモノナリト云ヘリ

時効期間ノ中斷

第三　時効期間ノ中斷

時効ハ總テノ犯罪ニ之ヲ適用スルカ故ニ時トシテハ大罪ニシテ社會ノ遺忘セサル犯罪ニ對シテモ其罪ヲ免レシムルニ至リ社會ノ公安ヲ亂スノ恐レアルヲ以テ時効中斷ノ方法ヲ設ケ時効ヲ經ルコトナカラシム是レ刑事訴訟法第十一條ニ「時効ハ起訴豫審又ハ公判ノ手續アリタルニ依リ其期間ノ經過ヲ中斷ス」トアル所以ナリ此中斷方法ハ總テノ犯罪ニ適用スルモノニシテ又此中斷ニ依リテ之マテ經過シタル期間ヲ全ク無効ニ歸セシムルモノトス故ニ刑事ニハ中斷アルモ中止アルコトナシ中止トハ一時期間ノ進行ヲ止ムルモノニシテ民事訴訟法ノ定ムル所ナリ

時効ノ中斷ニ要スル條件

時効ノ中斷ハ如何ナル條件ヲ要スルヤ

第一　起訴豫審又ハ公判ノ手續ナカルヘカラス

起訴トハ檢事カ犯罪ヲ豫審又ハ公判ニ付スルノ手續ニシテ豫審トハ豫審判事カ被告人ニ對シテ合狀ヲ發シ證據ヲ蒐集シ家宅搜索ヲナシ其他臨檢、鑑定、證人訊問等ヲナス手續ヲ云フ又公判トハ裁判ヲ公行シ之カ取調ヲ爲シ之カ裁判ヲナスヲ云フナリ此ノ如ク起訴以上ノ手續アルニアラサレハ決シテ時効ヲ中斷スルコトナシ故ニ檢事カ探偵ヲ以テ犯罪ノ搜査ヲナシ其他一私人カ告訴告發ヲナスモ未タ以テ時効ヲ中斷スルニ足ラス殊ニ告訴告發ノ如キハ只檢事カ起訴ノ材料タルニ過キサルナリ

第二　起訴豫審又ハ公判ノ手續有効ナラサルヘカラス

起訴豫審又ハ公判ノ手續ノ有効ナルニハ是等ノ手續カ法律ニ定メタル法式ニ適ヒ且法律ニ定メタル職權アル者ノ爲シタルコトヲ必要ナリトス故ニ若シ其法律ニ違ヒ手續無効トナルトキハ時効ノ中斷之アラサルナリ何トナレハ手續無効ニ歸スルトキハ起訴、豫審、公判ノ手續アリタリト云フヲ得サレハナリ然レ

トモ一ノ例外アリ即チ裁判所ノ管轄違ナルカ爲メニ其手續ノ無効トナル場合ニ於テハ時効中斷ノ効アルナリ(刑事訴訟法第十二條)何カ故ニ然ルカ第一事件ノ何レノ裁判所ニ屬スルカハ實際上頗ル困難ニシテ屢々管轄違ノ裁判所ニ起訴スルコトアリ之カ爲メニ時効中斷ノ効ナシトスルトキハ社會ノ遺忘セサル犯罪ヲ罰セサルニ至レハナリ第二管轄違ノ裁判所ハ本案ニ付キ判決ヲ爲スノ職權ナキモ其手續ニ至テハ十分有効ナルヲ以テ時効ヲ中斷スルニ足ルナリ第三假令ヒ裁判所ハ管轄違ナルモ爲メニ被告人ハ何故ニ此ノ如キ手續ヲ爲サレタルカヲ自得スルコトヲ得ルナリ既ニ然ラハ徒ニ被告人ニ恩典ヲ與フヘキ理之アラサルナリ

第三　中斷ノ手續法律ニ定メタル時効期間内ニ爲サヽル可カラス

重罪ナレハ十年、輕罪ナレハ三年、違警罪ナレハ六ケ月ヲ經過セサル間ニ中斷ノ手續ヲ爲サヽルヘカラス此ニ一ノ問題アリ中斷ノ手續ハ屢々之ヲ行フコトヲ得ルカ又ハ然ラサルカ例ヘハ重罪ニ對シテ九年ヲ經過シタル後中斷ヲ爲シ其後九年ヲ經過シタルトキ復タ中斷ヲナスコトヲ得ルヤ或ハ初メ一度中斷ヲ爲シタルノミニテ再ヒ中斷ヲ行フコトヲ得サルヤ此點ニ付テハ舊治罪法ニハ明文アリテ時効期間ノ二倍ヲ經過スヘカラストセリ然ルニ新刑事訴訟法ニハ之ヲ削レリ其削リタル理由ハ際限ナク中斷スルコトヲ得ルノ意カ將タ然ラサルヤ佛國及ヒ之ニ倣ヒタル國ノ法律ハ舊治罪法ノ如ク明文アルコトナシ然レトモ學者ハ二倍ノ期限ヲ超過スヘカラスト論決セリ即チ時効ノ期間内ニ一度中斷ヲ行フノミニシテ其後再ヒ中斷ヲ行フコトヲ得スト是レ二個ノ理由ニ基ケリ其一ハ一度中斷ヲ行フモ時効期間ノ二倍ヲ超過スルトキハ社會ハ實際犯罪ヲ遺忘シ證據モ亦湮滅スルカ故ナリ其二ハ佛法律ニハ重罪ハ十年内ニ時効ヲ中斷セサレハ犯罪ハ時効ニ依リテ消滅ストアリ故ニ學者ハ此法文ニ因リ時効ハ十年内ニアラサレハ中斷ヲ行フコトヲ得スト論セリ(佛治第六百三十七條參照)然レトモ我刑事訴訟法ニハ此明文アルコトナケレハ佛學者ト同一ノ論決ヲ與フルコトヲ得ス從テ時効ハ際限ナク中斷スルコトヲ得ト云ハサルヲ得サルナリ

時効中斷ノ結果

時効中斷ノ結果

時効中斷ノ効果ハ第一中斷ノ手續アルトキハ從來經過シタル期間ヲ消滅ニ歸セシムルカ故ニ中斷シタルトキヨリ更ニ時効ノ期間ヲ起算セサルヘカラス第二一人ニ對シテ中斷ヲ行フトキハ中斷セラレタルコトヲ知ラサル他ノ正犯從犯又ハ民事擔當人ニモ其効果ヲ及ホスモノナリ何トナレハ中斷ノ手續ヲ爲ストキハ社會ハ其犯罪ヲ遺忘セサルモノト法律上推定スレハナリ

時効ノ効果

第三　時効ノ効果

公訴時効ノ効果ハ犯罪ヲ消滅セシムルモルナルカ故ニ大赦ノ効果ト同シク何人ト雖トモ之ヲ主張スルコトヲ得即チ被告人ハ勿論檢事モ之ヲ主張スルコトヲ得ヘク裁判官モ亦職權ヲ以テ之ヲ主張セサルヘカラス又何時ニテモ之ヲ主張スルコトヲ得即チ豫審又ハ公判中ハ勿論上告ニ至リテモ之ヲ主張スルコトヲ得ヘキナリ又被告人ハ之ヲ拋棄スルコトヲ得ス故ニ裁判官ハ一ノ犯罪ニ付キ第一罪トナルヤ否ヤ第二何時犯シタル所爲ナルヤ否ヤヲ取調ヘサルヘカラサルナリ時効ノ効果ニ付テハ既ニ時効ノ性質ヲ說クニ當リ之ヲ述ヘタレハ只此一言ヲナスニ止メン

以上ニテ公訴權消滅ノ原由ヲ研究シ終レリ是ヨリ私訴權消滅ノ原由ニ移ラン

私訴消滅ノ原因

私訴ノ消滅

公訴及ヒ私訴ハ等シク犯罪ノ事實ヨリ生スルモ此二個ノ訴權ノ間ニ性質上區別アルカ故ニ公訴消滅ノ理由ト私訴消滅ノ理由トハ必スシモ同一ナラス公訴消滅ノ理由トナルモ全ク私訴消滅ノ理由トナラサルモノアリ又或ハ其反對ニ私訴消滅ノ理由ト爲ルモ公訴消滅ノ理由トナラサルモノアリ又或ル理由ニ至テハ公訴私訴ニ共通ナルモノアリ即チ公訴消滅ノ理由トナリテ私訴消滅ノ理由ト爲ラサルモノハ被告人ノ死去大赦及ヒ刑ノ廢止ノ三個ニシテ私訴消滅ノ理由トナラサルモノハ拋棄又ハ和解ナリトス而シテ確定判決及ヒ時効ハ公訴私訴ニ共通ノ消滅理由タリ是レヨリ何カ故ニ公訴消滅ノ理由トナリテ私訴消滅ノ理由ト爲ラサルカ又何ノ故ニ私訴消滅ノ理由トナリテ公訴消滅ノ理由ト爲ラサルカヲ述ヘ終リニ公訴私訴ニ共通ノ消滅ノ理由ニ付述ヘン

公訴消滅

第一　被告人ノ死去

被告人ノ死去ハ公訴消滅ノ理由トナルモ私訴消滅ノ理由ト爲ラス即チ被告人

死去シタルトキハ其相續人ニ係リテ請求スルコトヲ得、這ハ元來私訴ハ其性質ヨリ被告人其人ニ對スルモノト云ハンヨリ寧ロ其財產ニ對スル訴權ト云フヘキモノニシテ相續人ハ死者ノ權利義務共ニ之ヲ承繼スルモノナレハナリ

ノ理由トナリテ私訴消滅ノ理由トサルモノ

第二　大赦

大赦ハ公訴消滅ノ理由トナルモ私訴消滅ノ理由トナラサル所以ノモノハ大赦ハ一國主權者ノ行フモノニシテ一國ノ主權者ハ公益ノ理由ヲ以テ犯罪人ノ罪科ヲ全免スルコトヲ得而モ假令無上ノ權力ヲ有スル一國ノ主權者ト雖トモ一私人ノ權利ヲ侵害スルコトヲ得ス即チ私訴ハ被害者ニ屬スル犯罪ヨリ生シタル損害賠償ノ訴權ナリ故ニ大赦ニ依リテ被害者カ既得ノ權利ヲ消却シ之ヲ消滅ニ歸セシムルヲ得サルナリ然ルニ佛學者間ニハ議論アリテ大赦ノ國王卽チ主權者ヨリ出テタル場合ト立法部ヨリ出テタル場合トニ區別シ執行權卽チ國王ノ大赦ヲ行フトキハ國君ノ權利ニハ制限アルカ故ニ大赦ヲ以テ私訴ヲモ消滅ニ歸セシムルヲ得ス反之立法部ヨリ法律ヲ以テ大赦ヲ行フトキハ毫モ制限アルコトナシ從テ大赦ヲ以テ私訴ヲモ消滅ニ歸セシムルコトヲ得ヘシト論ス、

ルモノアリ是レ誤謬ノ說ニシテ今日一般學者ノ非難スル所トナレリ假令立法部ト雖モ我儘勝手ノ法律ヲ定メ猥リニ人民ノ權利ヲ侵害スルコトヲ得ス是レ卽チ將來ノ法律ヲ以テ既得權ヲ侵害スヘカラストノ原則ノ存スル所以ナリ

抑モ政府タル立法部ノ權力ト雖トモ全ク絕對的ノモノニアラス故ニ確定判決ハ新法ヲ以テ之ヲ取消スヲ得ス又法律ヲ以テ道義ニ反スル命令ヲナスコトヲ得サルナリ換言スレハ私訴ハ人民ノ既得權ナリ既ニ既得權タル以上ハ財產ノ所有權ト異ナルコトナシ凡ソ所有權ナルモノハ何人ト雖トモ之ヲ侵害スルコトヲ得ス故ニ公益ノ爲メ政府カ之ヲ要スル場合ト雖トモ公益ノ爲メ必要ナリトノコトヲ證明シ且先ツ其償金ヲ拂ハサルヘカラサルナリ然ルニ之ヲ難スル者アリテ曰ク元來大赦ハ其犯罪ヲ曾テ之アラサリシモノト看做スモノナリ而シテ這ハ公益ノ理由ニ基クモノニシテ之ヲ犯罪トシテ罰スルトキハ却テ社會ノ公安ヲ害スルヲ以テナリ此ノ如ク犯罪トシテ再ヒ其取調ヲナスヘカラサル理由アルニモ拘ハラス私訴ヲ存在セシムルトキハ犯罪事件ヲ再ヒ社會ニ發露シ大赦ヲ行フタル素志ニ反スルニ至ルヘシト然レトモ此難論ハ容易ニ之ヲ避

クルコトヲ得ルナリ元來大赦ハ社會ノ平和ヲ慮カリタルモノナレハ犯罪トシテ刑ヲ適用スルカ即チ公益ニ害アル所ニシテ私訴ノ理由トシテ之ヲ引出スハ別ニ害アルコトナシ又論スル者アリ曰ク政府カ既ニ消滅シタルモノト看做シタル犯罪ヨリ何等ノ訴權ト雖トモ發生スヘキノ理由ナシト是レ亦容易ニ之カ答ヲナスコトヲ得ヘシ法律又ハ勅令ヲ以テ犯罪ニ對シテ大赦ヲ行フタルトキハ其犯シタル事實ノ犯罪タル性質ヲ消滅セシムルニ止マリ其事實自身ハ決シテ之ヲ消滅セシムルコトヲ得サルナリ即チ事實ハ犯罪タル性質ヲ失フモ事實自身ハ存在スルカ故ニ之ヲ根據トシテ私訴ヲ起スコトヲ得ヘキナリ加之ス我憲法第二十七條ニ依ルニ「日本臣民ハ其所有權ヲ侵サヽルコトナシ公益ノ爲メ必要ナル處分ハ法律ノ定ムル所ニ依ル」トアリ故ニ政府ト雖トモ猥リニ人民ノ權利ヲ侵スコトヲ得ス若シ之ヲ侵サントスルトキハ先ツ其償金ヲ拂ハサルヘカラス故ニ政署上假令私訴ノ爲メナリト雖トモ再ヒ其事件ヲ發露セシメ爲メニ公益ニ害アリトスルトキハ政府自ラ私訴ノ賠償ヲナシ之ヲ消滅セシムヘキナリ要スルニ大赦ハ私訴消滅ノ理由ト爲ラサルナリ

私訴消滅ノ理由トナルモ公訴消滅ノ理由トナルモ

第三　刑ノ廢止

犯罪ノ後領布シタル法律ニ依リ其刑ノ廢止モ亦公訴消滅ノ理由トナリテ私訴消滅ノ理由ト爲ラス何トナレハ法律ヲ以テ廢止シタルモノハ犯罪タル性質ニシテ爲メニ損害ヲ生シタル事實自身ヲ消滅ニ歸セシムルヲ得サレハナリ

右三個ノ理由ハ公訴消滅ノ理由トナリテ私訴消滅ノ理由ト爲ラサルモノナリ

左ニ私訴消滅ノ理由トナリテ公訴消滅ノ理由トナラサルモノヲ述ヘン

抛棄及ヒ和解

和解トハ損害ノ點ニ付キ雙方熟議ヲ遂ケタルヲ謂フ私訴ノ抛棄又ハ和解ヲ爲シタルトキ既ニ告訴ヲナシ居レハ之カ取下ヲナスナリ故ニ告訴ヲ待テ受理スヘキ事件ニ付テハ私訴ノ抛棄又ハ和解アリタルトキハ公訴モ又消滅スヘキナリ然レトモ是レ親告罪ニノミ限ルモノニシテ一般ノ犯罪ハ爲メニ公訴消滅セサルナリ反之私訴ニ至テハ如何ナル種類ノ犯罪ヨリ生シタル私訴ト雖トモ其抛棄又ハ和解ニ依リテ何時ニテモ之ヲ取消スコトヲ得ルナリ何トナレハ元來私訴ハ一私人ノ權利ヲ保護スル爲メノ訴權ナルカ故ニ自己ノ利益ヲ抛棄スル

ハ各人ノ自由ナレハナリ而シテ抛棄又ハ和解ノ結果如何ハ民事ニ關スルコトナレハ民事訴訟法ノ定ムル所ナリトス是レヨリ公訴私訴ニ共通ナル消滅ノ理由ニ付キ講究セン

公訴私訴ノ消滅ニ共通スルモノ

第一　確定判決

公訴ノ判決ト共ニ私訴ノ判決ヲ受ケタルトキハ其効力私訴ニ及フハ勿論ナリ或ハ公訴ノミノ判決ヲ受ケ未タ私訴ノ判決ナキトキ(被害者民事原告人トナリテ加ハリ居ラサルモ)其判決確定スレハ私訴モ亦消滅スルモノナリトノ說ヲ唱フル者アリト雖トモ決シテ否ラサルナリ公訴ノ判決アルモ私訴ノ判決之アラサルニ於テハ決シテ其消滅アルヘキ理由ナキナリ要スルニ確定判決ハ公訴ニモ私訴ニモ之アルモ公訴ノ確定判決ハ刑事ノ確定判決ニシテ私訴ノ確定判決ハ民事ノ確定判決ナリ從テ私訴ノ確定判決ニ必要ナル條件モ總テ民事ノ規則ニ從ハサルヘカラス故ニ其詳細ハ民法證據編ノ規定ニ讓ラン

第二　時効

私訴ノ時効ハ總テ公訴ノ時効ニ伴フモノニシテ其期間自身モ起算ノ點モ又其中斷ノ方法モ總テ同一ナリ即チ私訴ノ時効ハ公訴ト等シク違警罪ハ六ケ月、輕罪ハ三年、重罪ハ十年ノ期間ニシテ其期間ハ犯罪ノ日ヨリ起算シ起訴豫審又ハ公判ノ手續アリタルニ因リ其期間ノ經過ヲ中斷スルモノナリ(刑事訴訟法第八條乃至第十一條)私訴ハ元來民事ノ訴ナレハ民事ノ時効ノ期間ニ從ハシムルヘキモノヽ如クナルニ其否ラスシテ公訴時効ノ期間ニ從ハシメタルハ如何ナル理由ニ基クヤ民事ノ時効ハ債權者カ其權利ヲ行ハサリシ懈怠ニ基クモノニシテ公訴ノ時効ハ社會カ犯罪ヲ遺忘シタリトノ理由ニ基クモノナリ此ノ如ク公訴ノ時効ト其理由ヲ異ニスルノミナラス公訴ト私訴ト時効ノ期間ヲ同フスルトキハ頗ル奇怪ナル結果ヲ生スルニ至ルヘシ即チ他人ニ損害ヲ加ヘタル所爲カ犯罪トナルヘキ重大ノ所爲ナルトキ其私訴ハ公訴ノ時効ト共ニ速ニ消滅ニ歸スルモ單ニ民事上ノ犯罪又ハ准犯罪ニ止マルトキハ頗ル長キ民事ノ時効ニ從ハサルヘカラサルカ如キ不權衡ヲ來スヘキナリ之ヲ詳言スレハ加害ノ所爲ノ所爲カ犯罪トナルトキハ六ケ月又ハ三年ノ短期ノ時効ニシテ頗ル重キモノニ至テモ尙ホ僅ニ十年ニ止マルナリ反之加害ノ所爲カ犯罪トナラスシテ只私