

て調書を調製すること能はず。去れば普通の文字を以てするより外なしと雖も、我邦は言文の一致せざるのみならず逆も言語の半をも筆記する能はざるの状あり。之を以て大審院に於て裁判するに方り原被告より原裁判所にて斯々の事實を申立てたり然るに此點に付て何等の裁判なきは不當なりと申立つるもの多しと雖も、之を認むべき調書なきを以て證據なしとして却下すること往々あり。是れ書記の過失に非ず、又豫審判事の誤りに非ず、文字夫れ自身の不完全なるに由る。若し夫れ佛語の如きに至りては予の如きものと雖も日本文字を以て書する場合の殆んど二倍を筆し得べし。我國文字の不完全なるは歎きても尙ほ餘りありと云ふ可し

且又書記の調書を作るに方りてや言語を直接に寫し取る能はず多少文章體に變するより之を被告人に讀聞かすときは最早言葉と聞くと同じからず、恰も文章の朗讀を聞くか如くなれば之を解し兼ねるとあり。是れ又被告人の過失に非ず、日本の文章は自ら見ざるべきは能く解し得ざるの性質あればなり。故に書記の調書を作るに方りてや成る可く言葉通りの記入を爲すへしとの内訓あれば幾分か之を補ふを得ると雖も未だ歐米諸國に行はるゝ如く十分の信用を調書に置くこと能はざるなり

第九十六條

被告人其供述に付き増減變更す可きことを申立たるべきは

更に訊問を爲し其訊問及び供述を録取して之を讀聞かせ署名捺印す可し

前述の如く一旦讀聞かせたるも後に自分に不利益の點あるとき其取消を爲さんとの申立てを爲すとき之を取消し前後のみを存し置かば全體の連絡を失ふに至り従て不分明に至るべきを以て更に訊問を爲すへしと規定せり。佛國にては自白せしむることなけれども被告人を訊問するには最初に物の順序を追ひ時日の経過に従つて之を訊問す。而して一通り之か調を終りたる後或る必要の點に付き之を訊問するときは初め事實を隠蔽し又は詐欺の申立を爲したる場合に至れば前後同一の辯解に出でざることあり。又其抵觸齟齬を生ずる所あり。依て此點に對して詰問するときは事實の眞を得るに効驗ありと云ふ。故に被告人に於て後に増減變更を申立てたるときは又更に訊問を爲すへしとせば前後連絡を失ひ其辯解の齟齬する等のことありて遂に犯罪の發露を爲すの利益あらん。是れ

更に訊問するの手續を要するに拘はらず再び訊問すべしとの規定ある所以なり。故に此場合には前後二通の調書を作り置くことゝなる可し。然るに若し變更の點のみを更正するか又は前後を更に訊問せざるあらば調書として殘る所は只被告人の利益の點のみとなる可し

而して何れの場合に於ても後日の證據の爲め之に署名捺印するを要するなり

第九十七條

被告人は供述書の謄本を求むることを得

後に辯護せしむるの材料と爲し又實際に無罪者なれば其不都合なる點の修正を申立つる等必要のとあるを以て其調書の謄本を求むるを得せしめたるなり。又裁判所に於ても調書は已に公正の書類なれば之か謄本を被告人に下くるも何たる不都合を見ざるなり

第九十八條

豫審判事は被告人の共犯なること、人違なきこと其他事實を

發見す可き一切の模様を證する爲め必要なりとするときは被告人と他の被告、人證人又は其他の者と對質せしむることを得

對質裁判を爲すは古昔より行はるゝ所にして必要なることなり。然らば對質は

何れの時に之を爲すべきや。例へば共犯者二人あり各々密室に監禁し置き一人つゝ訊問する時は共謀したる事の外は各自の申立符合せず其齟齬の點よりして屈竟の證據を得ることあり。又普通の犯罪者の場合には之を一人つゝ訊問せざれば法廷に於て互に眼を以て意思を通する事ありて合意を爲すとあるか故に眞實發見の妨害となることあり。右の如き場合には對質は不利なりと雖も時としては其利益多きことあり。即ち共犯者なるや否や判然せざるるときに於ては之を對質せしむるに若かず。若し共犯者なるときは法廷に於て互に相接する状態を以て之を認知するを得るものなり。又共犯者なることは分明なるも果して其被告人に相違なきやを見るか爲め之を對質せしむるときは其法廷に於ての事狀より直ちに認知するを得べきなり。佛國にては謀殺犯者を發見するか爲めに第一の手段とする所は被殺人を法廷に置き嫌疑を受けたる被告人をして之に接せしむるに在り。若し被告人をして被殺人の死屍に近寄らしむる時は其狀貌を以て能く其眞否を知るべしと云ふ。又強盜犯者を民事原告人と對質せしむるか如きは効力の大なるものなり

又證人と被告人と對質せしめ心證を作ること間々之あり。然れども之を爲すは尤も注意せざる可からず。何となれば誠實なる證人は被告人の面前に於ては人情を慮り被告人に對するの情に忍びずして心弱きものは事實を明かに述べざる可く、又時としては人を犯罪に陥らしむるも詮なき事として故らに證言せざることもある可し。是れ法文に必要なりとするとき云々とありて必ずしも爲すに及ばざる所以なり

第九十九條

書記は對質人の供述及び對質に因り生ずる一切の事件を録

取し對質人に其對質に關する部分を讀聞かす可し

第九十五條第九十六條の規定は對質に付ても亦適用す

本條は第九十五條第九十六條と同一の意味にて規定せり只全部を讀聞かすに及ばずして其關係の點のみを讀聞かすを以て足れりとせり

第一百條

被告人又は對質人雙なるときは書面を以て問ひ咄なるときは書面

を以て答へしむ若し譯者啞者文字を知らざるときは通事を命す可し

被告人又は對質人國語に通せざるときは亦同し

第一百一條

通事は正實に通譯す可き宣誓を爲す可し

書記は通事に調書を讀聞かせ之に署名捺印せしむ可し

第三百三十六條第三百三十七條第四百一一條の規定は本條にも亦之を適用す

通事は正實に通譯すべき旨の宣誓を爲すへしと云ふは固より當然の事とす。元と通事は一種の機關にして聾者啞者の取次を爲し、又外人の通辯を爲すものなれば正實に之を陳述せざる可からず。其他別に説明を要せず

第五節 檢證、搜索及び物件差押

前節までに陳述したることは假令被告人を拘留する等の事ありと雖も事實上憲法の原則に觸れたるに非ず。何となれば被告人の拘留せらるゝは法律に據るものなればなり。去れども本節は時としては人の住所を犯すことあり、又人の所有權に抵觸す。憲法第二十五條には「日本臣民は法律に定めたる場合を除く外其許諾なくして住所に侵入せられ及び搜索せらるゝことなし」。又第二十七條には「日本臣民は其所有權を侵さるゝことなし」とあり。然るに本節は時としては住所に入るにあり、又時として物件を差押ふることあり。尤も之を行へばとて憲法に觸るゝにあらす、固より法律に於て許したることなれば差支なければと斯く憲

法と相連繫する事柄を行ふ者なれば必要止むを得ざる時に非されは濫りに其職權を行ふ可からず。近頃人あり曰く、憲法の制定以來犯罪の搜索上不自由となれり云々と、之れ何たる言そや。憲法に於て人の所有權を確め人の住所の自由を鞏固にせる上は警察上より云へば或は犯罪の捜査に不便なきに非ざるべきも一國の上より見れば之か爲め人民の權利を確めたるの効甚大なり。否是まての人民は元來住所又は所有權等に至るまで侵され居たるを知らざりしも、今や憲法の制定により之か侵害を防禦して其權利を平に復したるに外ならず。要するに本節は人民の權利に大關係ある例外的場合を行ふものなれば豫審判事の尤も注意すべき場合なりとす

第二百二條

豫審判事は事實發見の爲め必要なりとするときは犯所又は其

他の場所に臨み檢證を爲す可し

裁判官が訴訟を判するには外部に表はれたる物に依て之を判断すべく、決して自ら證據を作る可からず。又有罪の證據を認むるに止まらず無罪の證據をも判断せざる可からず。彼の事理を解せざる徒か豫審判事は罪人の探索者なり恰も司

法警察の事務を行ふものなり、又務めて有罪の證據をのみ集む可しと思惟する如きは豫審判事の判事なるを知らざるものと云ふ可し

本條及び次條の精神は是れ同一に歸するものにして要するに机上に顯はれ來る證據のみにて充分ならざるときは臨場して以て實際の形蹟を觀察し公平の判断を爲す可しとの意に出づ。犯所又は其他の場所とは罪を犯したる場所又は被告は犯後何れに潜伏したるや、又贓物を何れに藏匿したるや、等凡そ犯罪によりては多少の形蹟を實地に遺存することあれば、若し外部の證據物件のみにて罪の有無を判断す可からざるべき臨檢して證據を作るものとす。民事に於て山論の場合杯には恐らく地圖のみにては判断し難きか故に實地を見て初めて是非の判然たることあり。大審院判事は法律の適用のみを職分とするものなれば只已に現はれ來りたる事實のみを以て判断し、從て實地の臨檢を爲すとなしと雖も、事實裁判官なる以上は山の形况等を實視せざる可からず、豫審判事か有罪無罪の證據を決定する場合は之と同一なり。即ち原被告兩造の提出したる證據のみに分明ならざるときは實地を臨檢するものとす

第百三條

豫審判事は犯罪の性質、方法、日時、場所及び被告人の人違なきこ

とを證明す可き模様につき調書を作る可し
又被告人の利益を爲る可き模様をも記載す可し

本條の精神は前條と同一にして豫審判事か臨檢を爲すに方りては有罪無罪の證據を求むるを要するか故に本條の如き規定あるに至れり。犯罪の性質とは謀殺とか故殺とか過失殺とか云ふ如き區別なり。此等の者死屍より見る時は少しも差異なしと雖も加害者より考ふれば性質上三種の區別あり。而して此等の區別は實際に臨檢すれば一目判然たるある可し。例へば被告は飛丸によりたる過失殺なりと云ひ、檢察官は謀殺なりと論告するに方り、實地を見るに犯罪の場所は人家稠密にして常に銃獵を爲すべき處に非されは被告の飛丸に依り過失を以て殺したりとの辯明は忽ち破る可きなり。犯罪の方法とは犯罪の性質と能く區別せざる可からず例へば人を殺すに付ても其方法には種々あり、刀を以てするあり、銃を以てするあり、又は毒殺するあり。此等の方法因果して罪體と符合するや否やは實際を見るときは分明なるを得べし。犯罪の時を記載するは如何なる必要ありや。抑も罪に依ては晝夜の區別より刑に輕重を生ず。例へば住所を犯す罪の

如き夜間なると晝間なるとに依て輕重あり。又日時を記載するは公訴權の存す可きや否やを後に確むるか爲めなり。加之日時を記載するは被告人の人違なきとを證明するに大なる關係あり。即ち犯罪の日時該被告人は何れに在りしや若し確たる證據を以て當日他所に在りたるを證すれば(犯罪の當時は他の監獄等に服以て證明し無罪となりたる判例あり日時及び無罪なること明なるべきも、被告人が當場所を確かめ置くの必要なる参考たるに足る)無罪なること明なるべきも、被告人が當日何れに居たりとの辨解曖昧なるときは犯罪の證據となる可し。要するに日時は公訴權の存否及び刑に輕重の差あると被告人の人違なきとを證するに必要なり。場所を記載するも亦然り。竊盜の如きも田野と居宅とに依て刑に差異あり。又公道と家宅内とに依り區別を生す可し。又被告人の人違なきとを證明す可き模様につきては勿論の事なり

以上の數者は何れも犯罪の成否刑の輕重に大關係を有するものなれば注意して遺漏なきを務めざる可からざるなり

第百四條

豫審判事は被告人の住居又は事實を證明す可き物件を藏匿す

る疑ある者の住居に臨檢し搜索を爲すことを得

被告人又は物件を藏匿する者其住居に在らざるときは同居の親屬若し其在らざるときは市町村長の立會あるを要す
第七十八條第三項の規定は本條にも亦之を適用す

本條は即ち憲法上の住居不可侵てふ原則の例外に當る場合なり。憲法に法律に因るに非されは云々とあるか故に此刑事訴訟法に依て殊更に司法權の發動上止む可からざる場合には人の住居に入り得べきとを規定したるものとす。然れども豫審判事は固より法律の許す正當の範圍内に於てのみ人の住居に入るを得て一步も之を踏出す可からざるか故に其正當の職分を守りたることを證せんか爲め同居の親屬又は市町村長の立會を求めしむるなり

是れ又家宅に入る可き場合にも晝間に限るものにして夜間は入る可からず。若し犯罪の嫌疑あるときは行政警察を以て周圍を守り夜の明くるを俟て入る可きものとす。然れども今日にては猶ほ令狀をも有せずして勝手に人民の家宅を侵すを通常と心得居るものなき乎。若し此の如き考を有するものあらは是れ憲法の何たるを知らざるものと云ふ可し。又今日に於ては彼の現行犯なるもの、解釋を過てるか如し。賭博の如きは現行犯に非されは罪とならずと考へ之よりして令狀もなく人の住居に押入るとありと雖も。抑も現行犯には准現行犯なるものありて舉動犯人なりと思惟すへきものは其出づるを俟て之を捕ふるを得るか故に敢て住居を侵して現場に立入るに及はざるなり

尤も其住居にして公衆の出入を許せる場所例へは寄席、劇場、料理店等の如き一己人の住居に非ざる場所は苟も門戸を開ける時には令狀なくして入るを得るものとす。然れども其己に門戸を閉ちたる後は一己人の家と同様なり

第二百五條

豫審判事は被告人又は事實を證明す可き物件を藏匿する疑ある者の身躰及び之に屬する物件に付き捜査を爲すことを得

本條は人の身躰を搜索するとなれば尤も大切の條項に屬す。昔時は裸躰と爲して人身を搜索するは當然通常の事なりしか犯人たるもの往々珊瑚の如き黄金の如き貴重なるものを盗みたるときは或は耳孔中に入れ、或は毛髮の中に藏し、甚しきは之を呑みて腹中に入れ、後ち其排泄するを待ちしと云ふ。而して今日に於ては裸躰となして之を吟味するを得べしと雖も爲めに自由を拘束するを得ざるなり。又法文に所謂之に屬する物件とは例へば懷中革囊等の如きものを云ふ。裸

躰と爲して身躰を捜査するは豫審判事の爲し能ふ所なり。然れども裸躰となしたる上如何なる程度まで之を吟味するを得べきや。換言すれば何れの點まで捜索を爲すは職權内にして何れより以外は職權の許さざる所なりや。蓋し身躰を創傷し又は苦痛を覺えしめざる以上は總て身躰の各部を捜索するを得べきなり。斯く云はば諸君或は疑はん裸躰とするを得るの一言にて分明なり。猶ほも職權の及ふ可き範圍を研究するの要なかる可しと。豈夫れ然らんや。已に前云へるか如く貴重の價值ある者に付ては今日にても尙ほ男女に拘はらす人の尤も見るに忍びざるの躰部に挿入し置くことあるは定めて諸君の耳にする所ならん。此等の隠すべき部分にまで豫審判事の立入り得べきや否やは實際多く起る可き問題なれば、是れ予の論定すべき價ありと信する所なり。而して之に適用すべき標準は即ち創傷と苦痛を與へざる限りは検査し得べしとの原則是なりとす

第百六條

豫審判事は臨檢、搜索に因り發見したる物件其事實を證明する

に足る可しと思料したるときは之を差押へて認印を爲し目錄を作る可し但
其物件を護し又は遞送するは裁判所書記之を擔任す可し

本條は別に説明を要せざる程なれども憲法と關係あるものなれば一言せん。假

令些細なる物件なりと雖も一の所有權に外ならず。而して所有權不可侵は憲法上人民の私權たらしめたる上は豫審判事なりとも自由之を侵すを得ず。故に法文を置くの必要ある所以なり。抑も所有權は使用、收益、處分の三權より成立するものなるに若し豫審判事の差押を受くるときは其時間中は之か使用、收益、處分を行ふ能はざるなり。去れば本條も亦憲法の効力ある今日にては欠く可からざるの法文なるや明けし

第百七條

豫審判事は臨檢、搜索、物件差押に付き其日に處分を終らざるこ

きは場所の周圍を閉鎖し又は看守者を置くことを得

豫審判事は如何なる場合にも人の住所に入り搜索、物件差押を爲すを得るも第七十八條に依り必ず日中に限るものにして夜間に及ぶ可からず。乍併銀行の帳簿を調査する場合の如きは之か爲め數日の多きを要する事あり。此場合に日中調査するも夜間抛擲するときは證據は忽ち湮滅するに至るや必せり。是れ場所の周圍を閉鎖して之に看守者を置くの必要ある所以なり。故に本條は夜間は住居を侵す可からずとの原則と必要の場合とを斟酌したる規定なりとす

第百八條

被告人は臨檢、搜索、物件差押の處分に立會ひ又は代人をして立

會はしむることを得

若し被告人勾留を受けたるときは自ら立會ふことを得ず但豫審判事本人の立會を必要なりとするときは此限に在らず

臨檢、搜索、物件差押の處分に被告人を立會はしむるは被告人の利益なり。凡そ單に書類のみを調査して起す所の心證と被告の申立を聽きて調査するときの心證とは全く反對に出つるとあり。又時としては本人若くは代人の説明なければ了解し兼ねることなきに非ず。是れ被告人を立會はしめ一々辯解し又問ふに應じて答へしむる所以なり

被告人勾留を受けたるときは何故に立會を許さざるや。豫審は未だ被告事件を裁判するものに非ず管に外部に表はれたる有様を調査し以て他日の準備に供するまでなれば必ずしも被告の立會を要せされはなり。去れども何れの地に何を置けるや自白のみにては分らざるなり必ずや實地に臨み指示せしめざる可らざる如き必要の場合には立會はしむるを得へし。要するに被告人か此等の處分に立會ふは權利に在らざることを確めたるなり

第百九條

豫審判事は被告人物件差押の處分に立會ひたることを問は

ず其物件を被告人に示し辯解を爲さしむ可し

其訊問及び供述は之を調書に記載す可し

本條は差押たる物件は假令身分不相當のものなりとも其由來を辯解せしむるは判事の職務に屬することを定めたり。去れば本條も亦被告人の辯護權より來れるものなるや明なり

第百十條

豫審判事は臨檢、搜索の場所に於て證人の供述を聽くことを必

要なりとするときは第百十五條以下の規定に従ひ之を訊問す可し

本條は今別に説明するに及ばず

第百十一條

豫審判事は前數條に記載したる處分中何人に限らず允許を

得ずして其場所に入出入することを禁するを得

若し其禁を犯すものあるときは之を逐斥し又は處分を終るまで之を留置するを得

本條の目的は何れにありや。或は曰く公衆の集まるとあれば搜索に妨害を受く

るか爲めなりと。是れ未だ當らざるなり。蓋し本條の權利を判事に與へされは危險を感ずるとあり。例へば所謂壯士の頭領とも云ふべき人の嫌疑を受けたるとき若くは博徒の首領の捕へられたるとき杯は配下のもの集まり來りて搜索物件差押を妨害し其證據の湮滅を謀るとあり。之れ將に入らんとする者を逐斥し已に在るものを留置する所以なり。又一方より見るも豫審判事は他人の家に入り調査するともある可く此場合に人の出入を禁せされは其主人をして大なる迷惑を感せしむるとある可ければなり

第百十二條

豫審判事は其管轄地内と雖も時宜に因り臨檢、搜索、物件差押の事を區裁判所に囑托することを得

本條は司法上の費用節儉の爲めより生したるものなり。豫審判事は其數多からず而して地方に依りては其管轄區域廣大に亘ることあり。而して豫審判事は全牒の事件に従事せざる可からず故に一事件にのみ従事して他の事件の滯滞を來さしらしめん爲め此等の處分を囑托せしむるなり。然れども囑托なることは果して益ありや決して然らず。予屢々囑托に成れる調書を見れども書は意を通せざるにや少しも心證を作るの材料を爲さず。去れば判事にして自ら臨む能はざる場合には止むを得ずんば事件を限り書類のみを以て分る可き事丈を囑托すべし。犯罪の方法性質等罪の有無、刑の輕重に映響ある事は決して囑托により心證を作るべきに非ざるなり

第百十三條

豫審判事は事實發見の爲め必要なりとするときは驛遞、電信、鐵道の官署、諸會社に其事由を通知し被告人又は豫審事件に關係ある者より發し若くは此等の者に對し發したる書類電報又は物件を受取開披することを得但受取證書を渡す可し

憲法に於て信書の秘密を原則として人民の權利を確め殆んど所有權と同一ならしめられたるも亦或る場合には例外を設くるの必要あり。故に本條は憲法第二十六條の例外たるべき法文なり。假令裁判官と雖も憲法の明文を以て定めたる信書の秘密を侵すには法律を以て之を許すものならざる可からず。又受取證書を渡すは遞信省の責任にあらざることとを明かならしめん爲めなり。何となれば遞信省が謂れなく之を他に渡し開披せしむるは遞信省自ら信書の秘密を侵し且責

任に背くものなればなり

第百十四條

證言を拒むことを得る者の所持する物件にして其賦秘すべき義務ある事情に關するものは其承諾あるに非されば之を差押へ及び開披することを得ず

證言を拒むを得るものは辯護士、醫師、僧徒なり。基督教に懺悔なることあり信徒たるもの舊惡を打ち明けて神に禱り以て舊惡を滅すの主意なり。佛法に於ても亦此例あり。若し此場合に僧徒は之を證言すべきものとせば僧徒は秘密を託せらるることなきに至る可し。又病氣の種類によりては社會の一種の風俗より嫌忌せらるるものあり、故に人々之を秘密にするを氣風とすれども此等の病氣ほど成る丈け早く治療に従事せざる可からざるなり。然るに其治療を依託せられたる醫師か之を公言するありては爲めに依頼者の權利幸福を害するものと云ふ可し。曾て佛國に於て一人の紳士或る貴女と婚姻の談整ひ將に其式を行はんとす。而して右紳士を診察する所の醫師新婦たるべき人の家に入出入するものにして或る日雜談の傍ら偶然其紳士の忌む可き疾あるを語り。之か爲め紳士は婚姻の

破約を受けたるを遺憾として其人は遂に醫師を殺傷したる事實の判決に佛國上等裁判所は是れ正當防禦の所爲なりとして無罪を宣告したり。畢竟職業上秘密にすべき事を明かにするは一方の利益たらんも他方の不幸となるを以てなり。職業上秘密にすべき義務は右の如し。各人の間秘密にすべきことをは官に向て證言せよとは云ふ可からず。從て之に關する者は其承諾を得ずして之を差押へ及び開披するを得ざる者と規定したる所以なり

第六節 證人訊問

第百十五條

證人の呼出狀には其氏名、住所及び職業を記載す可し

又出頭の日時、場所及び呼出に應ぜざるときは罰金を言渡し且勾引すること

ある可き旨を記載す可し

呼出狀の送達と出頭との間少くとも二十四時の猶豫ある可し

刑事に於て證言の及ぼす力は甚だ顯著なるものなり。本條以下規定する所は即ち證人に關するの法條とす。右第一項は人違なきを確めん爲めにするものにして別に説明を要せず。凡そ證人として法廷に出頭し己れの知得したる事實を證

言することは國民たるもの盡すべき義務にして、一家にありては後見人たるの義務、國民としては兵役の義務及び証人たるの義務は人民が社會の爲め將に盡すべき所の義務なれば之に背くものは相當の罰金を科せらるゝも止むを得ざるなり。皆に罰金を科せらるゝに止まらず之に應ぜざれば強て勾引することを得るなり。扱て罰金を言渡すことは刑法の規定にて足るべきに何故に呼出狀に之を記載するの必要ありや。蓋し刑法の規定に止めんよりは現に呼出狀に記載すれば証人の注意を惹くこと強く且法律の主とする所は出廷せざる証人に罰金を科するにあらずして必ずや証人の出廷を爲さしむるに在り。故に制裁を特記して以て出廷を促かすは其目的を達するに便なり。其他の場合に罰金あることを一人々々に知らしめんことを特に法律の務むる場合なし只証人の場合に此規定あるのみ

証人として出廷するは人民の義務なれども出廷し得る様に定め置かざる可からず。即ち人民の遵奉し得る所の手續に依て之を出廷せしめざる可からず。而して証人にも或は家に在らざるときは或は豫て約束の事もあらん。然るに呼出狀を送達して直ちに呼出せよと云ふも實際行ひ得べからざる事なるを以て二十四時間の猶豫を與へ以て差支なからしめたるなり

第一百十六條

証人疾病其他正當の事故に因り呼出に應ずる能はざるを
説明したるときは豫審判事其所在に就て之を訊問す可し

証人が病氣又は正當の事故あれば出廷する能はざる可し。正當の事故とは重に公務に従事するを云ふ。公務は多くは他人に托し難きものとす。去れば之に従事するものは裁判所の呼出あればとて直ちに業務を捨て、出廷し難かる可し。例へば大審院の裁判は七人の合議制にて言渡さる可からずして一人の欠員あるも最早有効なる裁判の構成に非ざるを以て其裁判官の一人他に行くか如きあれば司法事務の阻滯あるのみならず人民は爲めに非常の迷惑を蒙ふる可し。又電信の技手の如きは特別の技術を要するものなれば人之に代はるを得ず。去れば技師にして他行する時は爲めに電信の通達を断たざるを得ず。又親の病氣とか子の病氣等に於て裁判所に出廷せよと云ふは決して正當の命と云ふ可からず。若し至急を要する場合なれば此の如き際には裁判官自から臨みて訊問す可し。

若し至急ならざる事柄なれば日を延ばす可し。抑も公事は固より重要なるには相違なきも時としては私事より輕きことあり。然るに何れの場合にも凡て公事を先にせよと云は、是れ公私の權衡を失するの甚しきものなり。故に私事の中にも事の大切なる場合には之を以て證人たるの義務を第二と爲すを得へし。正當の事故とは右述ふる如くなれば何々の事は正當なりと事實の上に定界を置くこと能はず事實の權衡に照して之を決せざる可からず。且又證人をして以上の如き事故ある際に出廷證言せしめんとするも徒らに無益に屬す可し。何となれば證言は精神平穩なるときに非されば充分に陳述し難きものにして事故ある場合は何れも證人の心緒亂れたるの時多かる可ければなり。右の理由によりて正當の事故あれば出廷せざることを許したり。

第一百七條

證人となり得る可きもの豫備、後備の軍籍に在らざる軍人軍屬なるときは其所屬長官又は隊長を經由して呼出狀を送達す其長官又は隊長は即時に出頭せしむ可きことを認可し又職務上止むことを得ざる差支あるときは其事由を付して出頭の延期を豫審判事に請求す可し

本條の起りしは畢竟公權の權衡を保たんとするに在り。實際に議論あることなるか司法權と行政權と往々軋轉するとあり。彼の行政裁判を設け又は軍法會議を設くるは行政權の專横を爲さんか爲めに非ずして司法權の爲めに政府の壓服せらるゝを防かん爲めなり。立法權なり司法權なり行政權なり各其權衡を保たざる可からず。司法權は獨立を尊ぶと雖も何れの區域にまでも立入るを得べからしむ可きに非ず。其權利の増加するの結果は政府を抑へ軍隊を自由にし殆んど全主權を握るの狀を呈す。佛國路易十六世の代に於ける革命は是れ司法權増長の結果なり。社會一般の事凡て司法權の掌握する所となり内亂の起るあるや直ちに當局者を法廷に呼出し審理の末遂に施政其宜しきを得ざるを以て云々依て斬罪に處すてふ裁判を下すか如きは決して珍しき事に非ず。去れば司法權の獨立は固より望む可きも以て他の權利の活動を妨く可からず必要ありて他の權利に立入るときは相當の手續を經由するを要す

以上の理由を茲に適用し來り裁判所か軍人を證人として呼出すの必要あるときは其所屬の長官又は隊長を經由するに非されば直接に之を呼出を得ざるなり。

夫れ軍律なるものは極めて嚴格なり、卒の長を見ることが猶鬼神を見る如く事あるに方りては之を手足の如く使役せしめざる可からず、従つて彼等を指揮するものは必ず長官隊長ならざる可からず。若し之を經由せずして他の權力に服従せしむる如きあらば長官の命や行はれず隊長の令や用ゐられざるに至る。彼の兵士と警察官と軋轉するは何れの國に於ても皆然るものなるか、畢竟軍人にまて警察權を及ぼし得ざるに由る。要するに長官隊長の許可を得されば呼出を得さらしむるは司法權に對し權力の平衡を保たしむる所以なり。司法權に依り軍律を侵害する如きありては國防の策立たざるなり。軍律を別にして特に法廷を設くるも亦此理由より出づ。尤も必要あるに際しては長官隊長は必ず許可するなる可し。

第百十八條

豫審判事は前二條に定めたる差支の場合を除く外證人呼出に應ぜざるときは檢事の意見を聽き其不參に依り生じたる費用の賠償及び二圓以上二十圓以下の罰金を言渡す可し但其決定に對しては抗告を爲すことを得此抗告は執行を停止する効力を有す

豫審判事は其證人に對し罰金の言渡書と共に再度の呼出狀を送達し又は直ちに勾引狀を發することを得

若し證人再度の呼出に應ぜざるときは費用賠償の外二倍の罰金を言渡す可し又勾引狀を發することを得

豫備後備の軍籍に在らざる軍人軍屬に對する罰金の言渡及び執行は軍事裁判所又は所屬の長官又は隊長に囑託して之を爲す可し其勾引に付ても亦同し

前二條に於て呼出したる證人が正當の事故なく出廷せざるときは之か制裁なる可からず。然れども其事故ありや否やを吟味したるの後に非ざれば罰金の言渡を爲さざる可からずとしては爲めに裁判事務滯澁す可し。何となれば一人の證人出廷せざるか爲めに二三回の開廷を爲さざる可からざるに至ればなり。故に呼出を受け其日時に出廷せざるものは先づ命令に應ぜざるものとして之に罰金を言渡し若し正當の事故あるものは其事故を證明す可し。之か證明あるに方りて罰金の言渡を取消すものとす。尤も正當の事故あること明かなるときは言渡す可からずして只有無の知れざるとき言渡すなり。又右の決定に對しては抗告を爲すことを得るなり

然れども證人の出廷なき爲め開廷し能はざることあり。即ち證人を訊問して後に本事件に掛らんとする場合の如し。去れば裁判所の開廷も無用に屬し辯護士被告人の出廷も其効なく加ふるに鑑定人又は他の證人も出廷の益なきに至る。是れ皆其證人の出廷せざるより生ずる訴訟費用なれば之を賠償せしむるは當然なり。故に罰金の言渡書と共に送達す。又呼出狀を送達して再度の召喚を爲すのみならず勾引狀を發するも亦豫審判事の職權に存す。現役中の軍人軍屬に對する罰金の言渡及び執行は司法權の爲すべき範圍に非ず必ずや軍事裁判所又は所屬の長官又は隊長に依頼す可し。是れ前條に説明せし所の理由に出づるものなり。

第一百十九條

豫審判事は證人罰金言渡書の送達ありたるより三日内に其

出頭せざりしことを正當の理由を以て辯解したるときは檢事の意見を聴き其罰金及賠償の決定を取消す可し。

本條は抗告とは別なり、抗告は元來裁判言渡しありたる裁判所より上級の裁判所に申立つるものにして上訴の一種に屬せり。然るに本條罰金の取消は自ら裁判

して自ら取消すか如きは甚だ不都合なりと雖も事實判明にして一點の疑を容れざるに當り上級裁判所を煩すは却て二重の手續を要するのみなれば若し夫れ罰金言渡書の送達ありたるより三日内に其出頭せざりし所以の正當の辯解あるときは檢事の意見を聞いて豫審判事之を取消すものとせり。一旦言渡したるものを取消すは事の變態なるものなりと雖も證人を呼出さす事實の審問を爲さずして刑罰を言渡すことか已に變態に屬するか故に結局まで變例を設けざるを得ざるなり。畢竟證人をして何れの手段に依るも出頭せしめんとするか法律上唯一の精神なるより斯る規定を生ずるに至りしなり。

第一百二十條

證人呼出狀に因り出頭したるときは其呼出狀を差出す可し

若し之を遺失したるときは其人違なきことを説明す可し

本條は出頭したるものか呼出を受けたる證人に相違なきことを證する手續にして別に説明を要せず

第一百二十一條

豫審判事は證人として呼出したる者に對し其氏名、年齢、

職業住所及び第一百二十三條に記載したる者なりや否やを問ふ可し

第二百二十三條及第二百二十四條に於て證人となり得べからざるものを規定しありて、若し證人の資格なきものを證人として採用したるときは大審院は之を破毀するか故に本條の訊問は此點に關し尤も必要なり。即ち氏名年齢の如き獨り人違なきことの證明のみならず證人たるの資格の有無を之に依て定むるものとす

第二百二十二條

豫審判事は證人をして良心に従ひ眞實を述へ何事をも

黙秘せず又何事をも附加せざる旨を宣誓せしむへし

裁判所書記は證人に宣誓書を讀開かせ之に署名捺印せしむ若し署名捺印す

ること能はざるときは其旨を附記す可し

宣誓の可否に付ては學術上我國は勿論歐洲各國に於ても議論紛々として決する所あらず。抑も宣誓を爲さしむるは宗教上の問題と司法上の問題とを混同するものなり。宣誓は元來宗教上に於て用ふる所なれば之を司法上にて用ふるは決して當を得たるものに非ずとは歐洲諸國に於ける非宣誓論者の主張する所なるか。我國に於ても亦此論鋒を以て反對するものなきに非ず。然れども、熟々東洋に於て宣誓の根本を探究するに支那の歴史未だ佛教の入らざるに方り、已に

宣誓の式あるを見る。即ち儒教にて宣誓を行ひしことあるに依て之を見れば歐洲に於ては宣誓は宗教問題ならんも、東洋に於ては決して宗教上のことに非ず、安んそ我國の宣誓を以て宗教、司法混同の弊ありと云ふ可けんや。尤も若し國教を設け一定の宣誓を爲さしむること猶ほ佛國の裁判所に於ける如くならしめは論者の言或は理あらん。然れども人か宣誓を爲すは決して神明佛陀に對して其誠實を誓ふのみにあらず。人各良心あり其良心に對して僞言を爲さしむることを誓はしむる豈一の非難す可き點あらんや。若し夫れ日本人は宣誓を爲すを得すと云は、恰も是れ日本人には良心なしと自白するに異ならず。多數人民中には或は良心なきものあらん、道德に乏しきものあらんと雖も社會の多數は依然道德に支配せらるゝものなり。若しも人民の道德は依據するに足らずとせば遂に裁判を爲すも無益なるに至らん。夫れ已に犯罪を爲すべきものは少數なる以上は其多數人の道德を標準として其良心に誓はしむる所の宣誓を行ふは實に當を得たるものと云ふ可きなり。故に道理上より云へば獨り證人に宣誓を爲さしむるに止まらず裁判官は公平無私の心を以て裁判す可きを誓ひ、國會議員は忠實の心を

以て國の爲め盡す可きを宣誓せざる可からずと雖も今は裁判官若くは議員に此の如きことなし

證人は宣誓を以て證言するも裁判官は之か證言に従はざる可からざるの義務あるに非ず。證人は白きと云ふも裁判官は之と反對に黒しと認むるも差支なしと雖も實際上に於ては證人の陳述なるものは犯罪の有無に付て莫大の勢力を及ぼす可き者なり。去れば證人は國に盡すの心を以て公明正直聊も私事を以て證言を曲く可からず。若し斯の如きとあらば是れ司法權の光輝を奪ふものなり、從て一たび宣誓したる上にて偽りの證言を爲すものあれば之を偽證の罪に問ふは畢竟證人をして誠實に陳述せしめんとするに在り
又證人は事實を有の儘に陳述す可く之を隠蔽することか獨り偽證となるのみならず事實あらざることを附言するも眞實を僞るに至ては一なりとす

第二百二十三條

左に記載したる者は證人となり得ることを許さず但宣誓を爲さしめずして事實參考の爲め其供述を聽くことを得

第一 民事原告人

第二 民事原告人及び被告人の親屬但姻族に付ては婚姻の解除したるも

きと雖も亦同し

第三 民事原告人及被告人の後見人又は此等の者の後見を受くる者

第四 民事原告人及び被告人の雇人又は同居人

公正の證言を得んとせば犯罪の有無に依り利害の關係を有せざる人ならざる可からず利害の關係あるものに對し正實に陳述せよと強ふるは法律か人情に背戻するの誹を免かるゝを得ず。去れども又嚴に之を問ふときは遂には證人を得難きに至るも圖る可からず。是れ或る制限を設けて證人たるものと否とを定めたる所以なり。而して本條は其制限に屬す

第一 民事原告人とは犯罪より損害を蒙ふり之か賠償を請求するの私訴を起したるものなれば百方手段を盡して被告を犯罪に陥らしめんとするに相違なし、安んぞ公平の陳述を爲すの推測を爲すを得んや

第二 親屬なるものは常に利益を圖るものなれば本人同様公平の陳述を爲し難がるべし。而して親屬の場合に別論なければとも姻屬は元來結婚の關係より親

屬となりしものにして其法律上の關係は夫妻の生存中に限り、其離婚又は死亡より解婚の後には最早何たる關係なし。然れども其親情は必ずしも斷つものに非ず、是れ法律の特に明文を置くの必要ある所以なり。親屬は利益を圖るを通常の推測とすれども之を實際上より云へば親屬は愛憎共に其極端に偏するものとす。即ち親愛なれば親愛に偏し、憎悪あれば憎悪に偏すること、他人に於けるより甚し。故に之を證人となさば其利益を圖るか乃至は全く反對に出て徹頭徹尾其不利益たらんことを務むるは勢の免かれざる所なり。姻屬に於ても亦然り。死亡により婚姻の解けたるときは別に偏愛偏憎に陥らざる可きも一方の破約等により離縁あるときは互に怨を結ぶを常とするか故に公平の證言を得難きこと明なり。

第三第四 後見人被後見人又は雇人同居人の如きも亦以上の理由にて説明するを得べし。自己の養育せんとするもの、不利を圖り又は恩義を受くるもの、不利を圖る如きは人情の爲し難き所なれば法律之を強ゆ可きに非ざるなり。

茲に一の問題あり。被告人は自己の事件に對し證人たるを得ざるや。民事原告人をは特に明文を擧げなから被告人なきは是れ證人たるを得るの精神ならん。

然り然れども被告人の證人たるを得ざるは明文を要せずして明なり。何となれば自己の所爲に付き之を證言す可き權利なきは當然なればなり。又檢事に於けるも然りと爲す。要するに刑事に於ては檢事と被告人とは原被の位置に立つものなれば別に明文なきも證人たるを得ざるなり。

然れども一方より見れば右等の人をして全く陳述を爲さしめざるは却て犯罪の手續を知るを得ざるの恐あることあり。何となれば例へば一家内の犯罪即ち姦通の如きは右等のものに非されば立證し難ければなり。故に裁判官が必證を惹かんか爲には事實參考人として之が供述を聽くことを得せしむ。然らば證人と事實參考人との差違果して如何。證人は宣誓を爲す者なれば裁判官が心證を惹くの勢力稍大なるを得べく。之に反して事實參考人は必ずしも正實の陳述を爲す可からされば之を充分に信用す可からざるの點のみ。其一、且裁判官の心證を惹くの時にては證人の證言より出つると、事實參考人の供述より出つるとに依て等差なかる可きなり。

第二百二十四條

左に記載したる者亦前條に同じ

第二 十六歳未満の幼者
第二 知覚精神の不充分なる者

第三 瘖瘡者

第四 公権を剝奪せられ又は公権を停止せられたる者

第五 重罪事件又は重禁錮の刑に該る可き輕罪事件に付き公判に付せられたる者

第六 現に供述を爲す可き事件に付き曾て訴を受け其證憑十分ならざるに因り免訴の言渡を受けたる者

証人として陳述す可きものは己れの陳述す可き事實を辨知し爲べきものなるを要す。幼者の如きは寧ろ正直にして有りの儘に事實を陳述す可しと雖も其觀察たるや決して充分なる可からず。或は事の一方のみを見て三方を見ざるならん。又は甲の事實を乙と見做すあらん。故に幼者の陳述に信據を置き難きなり。又

啞者聾者の如きは知覺の不充分なるものなり。或は瘋癲者白痴者の如きは己れ罪を犯すも刑法の制裁を受けざるものなれば証人として眞實の陳述を爲し得るものとは推測し難きなり
第四の公権剝奪又は公権停止に逢ひし者は己に帝國臣民たるの權を失ひしもの、

即ち一旦社會に對し害を加へたるものなれば社會の利益を圖るものとは思考す可からず。従つて證人として社會の爲めに盡すことなきや明なり。然れども人は類を以て集まる犯罪者の事は犯罪者能く之を知るか故に時としては此等の者をして供述せしむるの却て有要なるあり。故に事實參考人たらしむるは益ありて害なきものなりとす

第五は未だ公権の剝奪となり停止となりしには非されども己に重罪又は重禁錮の刑に處す可きものとして公判に送付せられたるものは豫審に於て有罪の決定を受けたるものなるか故に社會の信用を失ふたるを發表せり。之を神聖なる法廷に於ての證人として宣誓を爲さしむるも其證なかる可し

第六の犯罪事件に付き曾て訴へられ證憑不充分なるを以て免訴の言渡を受けたるものは若し之を證言するとき己れ再び捕縛せらるゝに至るか故に無實の陳述を爲すは實に分明なり。即ち己の利益を主として眞實の陳述を爲さざるの理由より證人たらしめざるなり。然れども是れ其事件に付てのみ證人たるを得ざるに過ぎず。故に本條第一より第五までの者とは固より同一に論す可からざる

なり

三三〇

第二百二十五條

左に記載したる場合に於ては證言を拒むべきを得

第一 官吏、公吏、又は官吏、公吏たりし者其職務上黙秘すべき義務ある事情に關するとき

第二 醫師、藥商、穩婆、辯護士、辯護人、公證人、神職、僧侶其身分、職業の爲め委託を受けたるに因て知りたる事實にして黙秘すべきものに關するとき
證言を拒む者は拒絶の原因たる事實を開示し且之を説明す可し

本條は證言を拒むことを得る場合にして、前條の如く證人たるの資格なきに非ず。官吏、公吏たるもの、又は曾て官吏、公吏たりしもの其職務上知り得たる事實は職務上黙秘す可き事とす。例へば裁判官の如し。今日にては五人又は七人の合議制なれば其評議に依て裁判を定むるものなるか若し其評議の経過を漏洩し甲は何々の説なりし、乙は何々の意見を述べ、而して何某の主張により決したりなどと公言するあらば裁判の力は甚だ薄弱なるに至らん。故に裁判官たるものは此評議の経過を公言す可きに非ず。又外交上の機密に屬する事の如きは官吏たるもの尤も黙秘す可き義務に屬す可し。又公吏とは執達吏、公證人等の如きものなるか

依頼に應じて遺言書を調製したる時等は飽まで之を秘密にせざる可からず
醫師に付ては已に説明せし所ありき。藥商に於けるも亦然り。辯護士、辯護人は一たひ依頼を受くるに於ては犯者の都合よきことは勿論、不都合なる點も凡て聞取るものなれば、此等のものに強て陳述せしむるとあらば恰も被告人をして強て罪狀を自白せしむると何の異なる所なかる可きなり。又穩婆は社會上必要のものにして之に治術を求めんとする女子は必ず懷妊の原因などを洩れなく告ぐるか故に之をして證言せしむるは依頼者をして遂に依頼するなからしむるに至る。又穩婆に關しては二の弊害を生ずるとあり。若し職業上知り得たる事實をして秘密ならさらしむれば私生子を懷妊せる女子は之を社會に露顯すれば己れの不名譽たるを恐れ墮胎を爲すに至るか、又は己れ自殺するの弊あり。然るに之を秘密にするものとすれば又之に依頼して凡ての事を秘密にして却て墮胎を企つることあり。何れにせよ弊害を免かる可からずとすれば寧ろ秘密にするの弊を取らざる可からず

其他公證人、神職、僧侶等に關しては已に述べたる所にて明なり。而して以上證言

を拒む可き場合には其拒絶すべき事實を申立つ可きなり

第二百二十六條

證人宣誓を背せず又は宣誓して供述を背せざるべきは

豫審刑事検事の意見を聽き刑法第八十條に従ひ罰金を言渡す可し但其決定に對しては抗告を爲すことを得此抗告は執行を停止する効力を有す

豫備後備の軍籍に在らざる軍人軍屬に對する罰金の言渡及び執行は軍事裁判所に囑託して之を爲す可し

證人か時としては宣誓を拒むとあり我國には此の如きことなかる可しと雖も西洋には間々あり。即ちマホメツト教に於ては宣誓を爲すを以て宗法に背戻するものとせり。凡そ一派の宗教を擴布せんとすれば既にある宗教と全く反對の説を爲すと得策なるものにして我國にても親鸞上人か本尊は唯九一なりと云へば日蓮上人は事物凡て祈禱す可しと云へる如く。歐洲にて宣誓の式は基督教信者の守る所なるより之に反對するマホメツト教を説くものは殊更に之と其色を異にせんとして宣誓を爲すは神に不敵の甚しきものとせり。信教上よりして宣誓を拒まは如何。信教の自由は吾人々民の已に得有せる權利なり。去れば實際宗教上の理由より之を爲すを得ざるものは宣誓を免かれしむるは至當なりと信す

るなり。之に反して已に宣誓を爲すも陳述せざるものあり。而して此者に自ら差別ありて事情を知らずして拒む者あり又知りつゝ拒むものあらん。若し知りつゝ拒むものあらば検事の意見を聽きて罰金の言渡を爲す可く證人は之を不當と思はし抗告を爲すの權利あるなり。而して若し其抗告にして理由ありと定まるときは無論罰金の言渡は取消さるゝに至るべし
軍人軍屬に對する罰金の言渡及び執行を軍事裁判所に囑託すべき理由は已に第百十七條に於て詳細説明したれば之を參考すへし

第二百二十七條

證人は他の證人及び被告人と各別に之を訊問す可し但

事實發見の爲め必要なりとするときは證人と他の證人又は被告人と對質せしむることを得

證人は誠實に己れの知る所の事實のみを陳述せざる可からず。去れば宣誓を行はしめて以て虚言を吐くを防ぐと雖も裁判所に於ても亦證人をして忌憚なく眞實を陳述し得るの方法を以て之を訊問せざる可からず。若し證人の心の上に多少の強迫を加へ或は忌憚する所あらしめは證人か自己の知る所を有の儘に陳述

せざるも強ち責む可きに非ず。彼の證人を訊問するに恐嚇を以てする如きは決して正當の方法と云ふ可からず。然り證人の自由の陳述を妨くるもの豈獨り裁判官の訊問方法のみ影響するに限らんや。被告人の出廷し居るか如きは最も自由の陳述を妨くべし。何となれば被告人と證人とは多く交際ある可し。然るに其證人の陳述より刑に處せらるゝかと思はゞ忽ち惻隱の心を起し遂に云ふ可き事を陳述せざるに至る可し。是れ證人は被告人と各別に訊問す可しと定めたる所以なり。又他の證人と同一に訊問するあらは前の證人の陳述を聞き其儘之を陳述する者なきに非ず。従て事實を知り難きを以て證人は別々に訊問す可しと定めたる所以なり。然れども時としては各別に訊問するの却て事實の發見に妨けあるとあり。而して各證人の陳述相齟齬する如きときは之を對質せしめて訊問するときは必ず證人の顔色變する有りて舉動の上よりして容易に眞偽を發見するを得べきとあり

第二百二十八條

豫審判事は證人の供述を確實ならしむる爲め必要なり
と爲すべきは犯所又は其他の場所に同行することを得

若し證人同行することを肯んせざるときは第一百十八條の規定に従ふ

豫審判事は獨り證人の陳述のみに因て判然する能はずと思料し必要なりとするときは眞實なる心證を作らん爲め犯罪の場所に證人を同行して説明せしむるを得るなり。而して證人にして此等の手續を拒むときは第一百十八條に定めたる刑罰を以て之を制裁す

第二百二十九條

第一百條第一百一條の規定は證人に付ても亦之を適用す

第一百條及び第一百一條は通事の事に關する規定なり。抑も理論上より云はゞ證人たるの義務は國民たるの關係より生ずるの義務なり。然れども證言は結局裁判官の心證を動かし司法權に參與するの點より是を國民の權利と云はざる可からず。已に義務にして且權利なる上は即ち一の公權なり、従て國民の享有すべき權利にして外國人の有す可きものに非ざるは原則なり。是を以て外國人は證人たるを得るや否や困難なる問題となり居れり。第一百條に依れば被告人又は對質人國語に通せざるときは通事を命す可しと定めありて之を證人に適用す可しとせば證人にも國語に通せざるものある可しと豫見したるものなれば法律は外國人

か證人として呼出に應せざるるときも之を證人に適用して刑罰に處すべきものと爲したるや明かなり。然れども予之を考ふるに理論に適したる事と云ふ可からず。何となれば證人たるは國民の義務なれば假令治外法權を撤去するに至るも外國人は國民の義務に服せざる可きは疑なき事なればなり。然らば本條の規定は外國人が其呼出に異議なく應じたるに限りと解釋せざる可からず。然れども外人が果して證人たるを得るや又之を拒むときは如何との問題は事公權の範圍に屬するか故に茲に詳説するの遑なしと雖も刑事訴訟法の精神は之を召喚するを得るのみならず之に應せざるときは處罰するを得べしとなしたるや疑なきなり。

第三百三十條

皇族證人なる時は豫審判事其所在に就き訊問を爲す可し

各大臣に付ては其官廳の所在地に於て之を訊問す若し其所在地外に滞在するときは其現在地に於て之を訊問す可し

帝國議會の議員に付ては開會期間其議會の所在地に滞在中は其所在地に於て之を訊問す可し

本條は大切なる法文なり治罪法に依れば皇族は勿論勅任官の如きも裁判所に呼出すを得ず。若し之をして證言せしむるの必要ある場合には豫審判事は書記と共に其所在に就て訊問す可しとせり。然れども此の如きは餘り一方に重きを置くに過ぎたりと云はざる可からず。等しく我國の臣民なり司法權の上より云はば勅任官なり人民なり差別を立つ可きに非ず。而して豫審判事は一國の司法權の代表者即ち公權を代表して之を呼出すものにして決して私に之を呼出すに非ず豈人の分限を問ふて遠慮を爲す可きの理あらんや

然れども皇族に對しては例外を置かざる可からず。何となれば我國の國體上皇族を裁判所に呼出し證言せしむる如きは甚た當を失すればなり。又判事は假令公權を代表すと云ふと雖も元來我國の公權は皇室より出づる所なり従つて皇族に在す方々を呼出し奉るは國體を瀆すの甚しき者と云はざる可からず。之に反して各大臣若くは議員の如きは只是れ政府に立ち若くは人民の選舉に因りて國政に參與すと雖も決して其人の貴きに非ず其人の位置あるに非ず公務に従事するが故に其公務の繁劇なるを妨げさらんを要するのみなれば此等の人を裁判所

に呼出すに於て何の嫌があらん。然れども之を呼出し得ればとて例へば長崎の裁判所が東京に在る大臣を呼出し又は開會中在東京の議員を奥羽地方の裁判所に呼出だすが如きあらは其司法権の上には甚だ便利ならんも他の公權に妨害を與ふるを如何せん。是れも公權なれば彼も公權なり各其權衡を保つは公權執行上必要なるが故に大臣若くは議員所在の地に於て之を訊問すべしと定めたる所以なり。故を以て例へば外務大臣を呼出さんとすれば外務省の所在地なる東京の裁判所に呼出す可し。又議員の如きも開會中は議會の所在地即ち東京裁判所に於て訊問すべきなり。茲に皇族に付ては所在と記し大臣又は議員に付ては所在とあるに注意せざる可からず。所在地と云へば例へば東京なれば東京地方裁判所に於て訊問するの意にて所在と云へば其皇族の現に在らせらるゝ所に行きて訊問す可きを云ふ。法文に微妙の區別あり決して混同す可からず

第三百三十一條

豫審判事は證人に其供述の相違なきや否やを知らしむる爲め裁判所書記をして調書を讀み聞かせしむ可し

證人は其供述を變更増減せんことを請求するを得書記は其請求ありたること及び變更増減の條件を調書に記載す可し
調書には豫審判事書記及び證人共に署名捺印す可し若し證人署名捺印するも能はざるときは其旨を附記す可し

本條第一項は證人の證言したる意味を能く調書に寫出したるや否やを證人に調へしむるか爲めなり。第二項は已に第一項に於て若し自己の述べたる所に異なる所あるを發見せば之を變更増減せしむるの權利あるは明なり。又第三項は要するに文字を記する能はざるものゝ爲めにするものなれば別に説明を要せざるなり

第三百三十二條

豫審判事は證人裁判所所在地に住せざるときは其住居の地の區裁判所判事に訊問の事を囑託することを得
若し證人管轄地外に在るときは其所在の地の豫審判事又は區裁判所判事に訊問の事を囑託することを得

本條は證人に餘分の煩勞を費やさしめざるを主意とする規定なり。元來證人に對しては豫審判事直接に之を訊問するに非されは充分の心證を得べからざるは

前述せし所なれども必ずしも直接に之を訊問するを要せざることあるとき強て證人を呼出して時日と費用とを費さしめ、又は國庫か過分の支拂を爲すは得策に非ざるを以て裁判所並に證人双方の便利を圖り囑託を以て之を訊問せしむるものとせり。地方によりては同じ地方裁判所の管轄内と雖も山河數十里の懸隔ある地なきに非ず、故に事情の如何に依り其證人の住所に最近なる區裁判所に囑託して必要なる個條に付き訊問せしむ。又證人にして管轄外に在るときは其地の地方裁判所に囑託するか若し又豫審判事の屬する裁判所と證人の住所と離隔せるときは近傍の區裁判所に呼出し調書を作らしむ。之を要するに時日と費用とを省き而して同一の結果を得んとするの精神より出てたり

第三百三十三條

第百十八條第百十九條及び第百二十六條に掲げたる證

人に對する豫審判事の權は受託判事にも屬す

第百十八條第百十九條は證人不參したる時の制裁及び證人を勾引するを得ることとに關する規定なり。又第百二十六條は證人宣誓を肯んぜず又は宣誓を爲すも故なく供述を拒むときの制裁を定めたるなり。此等の證人に對する豫審判事か

有する權は證人の訊問を囑託せられたる判事も亦之を行ふを得べしとの法文なり。若し囑託を受けたるものにして此權なしとせば證人が其呼出に應せざるの恐ある可し

第三百三十四條

證人は出頭に付ての旅費日常を要むることを得

國家は國民に負はしむるに證人として出頭し供述するの義務を以てすと雖も證人は自費を以て出廷供述する迄の義務あるに非ず。抑も人民は公權の執行を爲さしめん爲め各人租税を政府に納れて以て其費用に供せり。然るに勞力を以て國に盡すの必要なるに方りても尙ほ自費を以てせざるべからざるものとせば人民は恰も二重の租税を負擔するに等しきなり。故に勞力を以て國に盡すときは國庫より之に相當の費用を受く可きは實に正當の事と云ふ可し

且又證人たるもの凡て富裕の身に非ざる可し、故に證人として出頭するか爲め其職業に差支を生ずることなきに非ず。之をして相當の賠償に當るものを得せしめざる可からず。是れ證人が旅費日常を要むることを得と定めたる所以なり。而して證人に拂渡す可き旅費日常の額及び方法は特別法の詳細に規定したるも

のあり
第七節 鑑定

鑑定人と証人と如何なる差異ありや、二者殆んど同一なるか如しと雖も、要するに鑑定人は或る事實に付て自己の推理に係る意見を述ふる者なり。証人は見聞の儘を陳述するものなり。去れば鑑定は證言に非ず。従つて自己の見聞せざる事實に付ても意見を述ふるを得るものにして、以て裁判官の心證を作るの具に供するなり。裁判官は法律に付ては充分の智識を有す可きも、學術上技術上知らざる事に付ては其學術技藝に達したるものをして之か報告書を作らしめざる可からず。此點に於ては証人と鑑定人とは大差ありと云ふ可し。然れども證言と雖も裁判官は必ず之を採るの義務なきか如く鑑定人の鑑定と雖も之を採らざる可からざるの義務あるに非ず。尤も其効力の點に付て二者を比較せば、證言は當然存在したりし事實を陳述するものなれば其事實にして眞を得るときは裁判官の心證を動かすの度強し。反之鑑定は其人の心に想像する意見を述ふるものなれば必ずしも當を得るものと云ふ可からず。去れば證據力として裁判官の心證を動かすこと薄弱なるの傾きあり

第三百三十五條

豫審判事は犯罪の性質、方法及び結果を分明ならしむる爲め鑑定を必要なりとするときは學術職業に依り鑑定することを得べきも、その一名又は数名をして鑑定を爲さしむ可し

鑑定人の爲め必要なるときは死体の解剖を命し又已に埋葬したる死體を解剖し若くは檢視する爲め墳墓の發掘を命することを得

裁判官と雖も決して世事万般の事に通するものに非ず、否之に通するを要せず。只人を訊問して眞實を發見するの技倆あるを以て足れりとす。此發見したる事實と其法律智識とに依て公平の判断を下すものなり。去れば犯罪の性質、方法若くは結果に付て不分明の事あるときは學術上職業上技倆あるものに問ふは適當の事と云ふ可し。犯罪の性質上學術家技術家に鑑定せしむる場合とは例へば實際に能く起る實例は盜殺の時に於て自ら爲したるか他人の爲め殺されたるか裁判官に於て之を知り難きことあり。故に醫學上此等の事を鑑別する人をして意見を述べしめざる

可からず。タルシエー氏は裁判醫學上著名の學者なり。氏曰く、若し他人の爲め
 縊殺されるときは口中に多量の泡沫を含み且胸部に紫色の斑點を生ず。蓋し
 自ら縊殺するときには自ら死を決し觀念の上なれば別に抵抗せざる可しと雖も、他
 の力により苦しめらるゝときは之に抵抗して強て呼吸せんとするより口沫を生
 し且胸部の血凝結したる斑痕を呈す。故に此等の徴候あれば之を他殺と見るを
 得べしと云へり。又等しく縊死したる場合にも一旦殺されたる上自縊に装はし
 めん爲め釣り下げられたると全く自縊したると分明ならざる事あり。此場合に
 は口に泡沫なく斑點なしと雖も縊り目の上下に依り其何れなるやを鑑別す可し
 と云へり。又若し右の徴候にて尙ほ分明ならざるときは他殺に係りしものは頭部
 に毆打の痕跡を有したること二十に對し十三の多きを占めたりと。右はタルシ
 エー氏の裁判醫學上説きたる所なるか能く注意す可き事と思考するなり。又毒
 殺の場合の如き假令之を解剖するも證據を見分け難きとあり。凡そ是等犯罪の
 性質に付ては決して裁判官の知る可き限りに非ず

犯罪の方法とは毆打して殺したるか、又は毒殺したりや、若くは銃を以て殺したる

やと云ふか如し。之を判別するの必要は毒殺なれば豫謀なるを以て刑重く、毆打
 によりて殺したるときは故殺の罪に問はざる可からず。此等の事は凡て犯罪の
 方法に屬す。又結果を分明ならしむるの必要は毆打創傷に依り死に致したるや、又は他の疾病
 を自發したるより死に到りたるやに因り刑に輕重の差を生ずることあり
 以上は殺人の場合に付ての例に止まれども、其他貨幣の偽造變造に關する事、印影
 の眞偽に關すること、又は醫療の過失なりや否や等凡そ技術家藝術家をして鑑定
 せしむ可き場合擧げて數ふ可からず。而して尙ほも裁判官己れの力にて能はず
 と見るときは鑑定するを得べき技術あるもの一人又は數人をして鑑定せしむ可
 し。又鑑定の爲め必要なるときは死骸解剖を爲すことあり。例へば毒殺の場合
 の如し。佛國に問題の多かりしはアルスニツクにて死するときには其骨面は黄色
 の痕跡を附着するものなりと一決し若し此痕跡あるときは凡て毒殺を以て問ひ
 たりしか。現今の學說に依れば獨りアルスニツクにて死したる人に限らず酒精
 を多量に飲用したるものにも同様の結果あるを發見したれば、現今にては其徴候

あれはとて必ずしも毒殺を以て問ふ可きものに非すと云へり。去れば解剖も亦強ち眞を得ると言ふを得されとも身体内部を見るに非されは犯罪の性質方法を知り難きこと尠なからざるなり。又時としては已に埋葬したる死骸を解剖し、又は墳墓を發掘するも已むを得ざるなり。墳墓を發掘するに付ては宗教上甚たしく之を忌むとあり。然れども公權の執行上必要な場合には宗教の禁ずればとて墳墓を發掘せざるを得ず。故に此場合には宗教の自由も結局公益に勝つ能はずと知る可し。茲に法文に必要な事なれども宗教上の思想の公益を妨ぐるの例を述へんに支那にて鐵道布設の容易に行はれるは全く墳墓を發掘するを以て尤も忍びざるゝとなすの情其人民の信仰する所なるより來るなりと云へり。何となれば鐵道を布設するには墳墓を發掘すること最も多ければなり。然れども我國人に限り斯の如き偏頗の思想なきは實に幸の事と云ふ可し

第三百三十六條

鑑定に付ては第百十五條第百十八條乃至第百二十一條

第百二十三條乃至第百二十五條及び第百二十八條の規定を準用す但鑑定人に對しては勾引狀を發することを得ず

本條に於て鑑定人に準用す可き數條は證人呼出不參の責罰證言を拒み得る條件若くは證人出廷したるときの手續等に關するものなり。凡そ是等の條項の鑑定に適用し得べきものは之を適用するものとす。而して證人は一人にても出廷せされは事實の證明に大なる差支を生じ、他に之を知るの人なきを以て身体自由を拘束し之を勾引することを得べしと雖も。鑑定人は之と同一の技倆を有するもの世に尠なきに非されは其身体自由を拘束するも尠ほ其人を出廷せしむるの要なし。是れ勾引狀を發するを得すと定めたる所以にして、此點に付ては證人と差異あること明かなり

第三百三十七條

鑑定人は公平且正實に鑑定す可き宣誓を爲す可し其宣

誓は第百二十二條の式に従ふ

鑑定人は前述せし如く其學術上又は職業上にて自己の意見を述ふるに止まれは其意見の必ず誤りなきを保せず。然れども其誤りあるは決して咎むべきに非ず。只故意を以て故らに不正の陳述を爲し又は故意を以て人を罪に陥れんとするを禁するのみ。故に其意見の誠實にして少しも意を枉くるに非ざる旨を誓ふを要

す。證人は事實を間違なく陳述せざる可からず。故に此點に付ても亦證人と差異ありと云ふ可し

第三百三十八條

鑑定人宣誓を肯せず又は宣誓して鑑定を肯せざるべき

は豫審判事は檢事の意見を聽き刑法第七十九條に従ひ罰金を言渡す可し
但其決定に對しては抗告を爲すを得此抗告は執行を停止する効力を有す

鑑定人にして宣誓を肯せず又は宣誓を爲すも鑑定を肯せざるべきは檢事の意見を聽きて豫審判事は罰金の言渡を爲すを得と雖も。此場合に能く注意を爲さざる可からざるは、鑑定人自ら有する技倆の足らずして全く鑑定を爲す能はずして之を拒む事あらん。例へば印判師をして書籍の鑑定を爲さしめんとし、又は本人の肉筆なりや否やを識別せしめんとするも之を知らざるより鑑定を拒むことある可し。若し其事情にして果して實ならば之に罰金の言渡を爲すべきものに非ず。然るに之か言渡を爲すか如きあらば鑑定人は抗告を爲して上級裁判所に其不當を申立つるを得べし。去れば何れの場合にても鑑定せざれば必ず罰金を言渡すとの原則を適用す可きに非ざるなり

第三百三十九條

豫審判事は鑑定人の請求に因り又は職權を以て鑑定人

を増加し又は別人をして鑑定せしむるべきを得

鑑定は一人にて爲すを常とすれども事の大にして且迅速を貴ふに至りては一人にて爲し難きことあり。凡そ裁判官は己れの見聞せざる事に對し權利義務の所在を調査し人を罰するの權を行ふものなれば尤も精密に調査せざる可からず。然るに大事に對して一人の鑑定に依る如きは誠に不安心の極と云ふ可し。故に鑑定人より請求あるときは勿論職權を以ても數人を命するを得とせり。數人にして意見の合せざる如きあれば却て心證を定むるに便なることあり。茲に判事は請求に依らずして職權を以て命すとあり。凡そ裁判官は請求に依るを原則とすれども是れ公の秩序に關することにて付て適用す可き原則にして、公の秩序に關せざる事は判事は職權を以て補ふを得るものなれば請求なくも鑑定人を増すを得ると定めたる所以なり

第四百十條

鑑定人は鑑定書を作り其手續、結果及び鑑定を爲したる

時間を詳記す可し

若し結果を得ざるときは其推測する所を記載す可し

鑑定人意見を異にするときは各自鑑定書を作り又は各自の意見を一個の鑑定書に記載す可し

鑑定人は其鑑定に係る意見を書類に作るを要す。之を鑑定書と云ひ。鑑定したる手續結果及び鑑定に費やしたる時間を記するを要す。凡そ鑑定人は其意見を確めんには屍體を解剖することあり。即ち毒殺の時に之を分拆して果して人を死に至すに足るの毒物を有せしや否や、其分拆の効を奏するときは極めて明瞭なる結果を得ることあり。又貨幣の偽造等に於て金銀の分量を何程用ゐたるや若し多量を含ましめたるときは利得少なきを以て情狀の酌量を受けて最短期の刑を受け。之に反して最も不正の方法に依れるときは重刑に處するの必要あるか故に技術家をして精密に偽造貨幣を分拆せしむることあり。此等の分拆を爲したること、若くは解剖を爲したることを記するは即ち手續にして、其貨幣は純金何々にして銅分何々ありしか、毒殺なれば如何なる分量の毒を有せしか云ふ如きは結果なり。其時間を記せしむるは鑑定人の粗なりしや將た鄭重なりしやを知ら

ん爲めなり

又時としては之を解剖し分拆するも結果を得ざることあり。例へば植物より生ずる毒に中りしものは決して痕跡を遺留せずと云へば毒殺なりや否や分明ならざる可し。然るときは單に推測する所を申立つるより外なし。又若し數人の鑑定人の意見の合せざる事ありとも多數決を以て一定す可き性質に非されは各自の意見を記するものとす。其意見の合せざる所よりして却て適當なる心證を作ることあり

第四百四十一條

鑑定人は旅費、日當及び立替金の辨濟を要むることを得

鑑定人に對しては證人に關する規定を準用する程なれば旅費、日當を求めしむるは既に述べたる所にて明なる可し。其立替金とは例へば分拆を爲すか爲めに用ゐたる藥品の代價等を云ふ。是れ又辨濟を要むるを得るは別に説明を要せざる可し

第八節 現行犯の豫審

現行犯の豫審は最も迅速を貴ぶものなり。非現行犯の場合には後にて證據を蒐

集するものなれども、現に證據の存在し瞬間も猶豫するときは證據の散亂する恐あるときに之を散亂せしめて後に再ひ之を蒐集する如きは迂濶の甚しきものなり。是れ特に一節を設けて現行犯の場合に特別の手續を行ふ所以なり。

第四百二十二條

豫審判事は検事より先に重罪又は地方裁判所の管轄に

屬する輕罪の現行犯あることを知りたる場合に於て其事件急速を要するこ

きは検事の請求を待たず直ちに其旨を通知し豫審に取掛ることを得

豫審判事は犯所に臨檢し令狀を發し其他此章の規定に従ひ豫審の處分を爲

すことを得

豫審判事は裁判官なる上は請求なくして豫審處分に着手するを得ず。公訴を行ふは元來社會の權にして検事之に代りて公訴する者なり。然れども現行犯の場合に於て現に犯罪の證據顯然たりと雖も若し検事の請求なければ豫審に着手するを得ずとせば其間に證據は散亂し再ひ犯罪の證明を爲し難きに至るとある可し。此の如き場合には別に検事の請求を待つに及ばず豫審に取掛るを得べし。茲に地方裁判所の管轄に屬する輕罪云々とあるは等しく輕罪に付ても區裁判所

の管轄に屬する者あり。即ち裁判所構成法に依れば本刑二月以下の禁錮にして五十圓以下の罰金を附加するもの若くは附加せざるもの又は單に罰金百圓に處す可き者は區裁判所の管轄に屬するものにして其他は地方裁判所の管轄に屬す。而して區裁判所には豫審判事あらざるか故に右の場合には豫審判事は假令之を發見するも検事に通知するに止まる可し。去れども右區裁判所の管轄に屬せざるものは凡て地方裁判所の管轄に屬するを以て検事より先きに豫審判事の手に入る可し。元來此法律を改正するに方りては刑法も共に改正するの意にて其改正する所に從へば區裁判所の管轄に屬する者と地方裁判所の管轄に屬するものとの區別を明ならしむる筈なりし。故に本條に地方裁判所の管轄に屬する云々の文字ありし所以なり。而して右の如き場合に検事より先きに現行犯あることを知りたるときは臨檢し令狀を發する等總て豫審處分を行ふを得るものとす

第四百二十三條

前條の場合に於ては検事の起訴なしと雖も豫審判事檢

證調書を作るを以て公訴を受理したるものとす其調書には現行の重罪又は

輕罪なることを記載す可し

豫審判事は速に書類を檢事に送致すへし但檢事より其豫審手續を繼續す可

きものに非ざる意見ありと雖も通常の規定に従ひ之を終結す可し

本條は現行犯の場合に於ける豫審判事の權利なり。假令檢事の起訴なしと雖も檢證調書を作るを以て公訴の起りたるものとす。即ち現行犯ありて豫審判事之が處分に着手すれば公訴の起る結果を生ず。其理由たる蓋し犯罪あれば社會は既に害を受けたるものなれば現に社會加害を蒙ふりたると明なるときは社會の代表者たる檢事の手を待たず社會より直ちに公訴の起りたるものと見做すは理の當然なるものなればなり。而して檢事は社會の代表者として公訴を行ふものなり。公訴の所有者に非ず從て公訴の起りし上は檢事の意見に依て之を拋棄し得べきものに非ず。代表するものは代表せらるゝものゝ利益を圖るの義務こそあれ害となることを爲し得ざるは何れの場合にも適用せらる可き原則なり。去れは檢事は公訴を繼續す可き者に非すとの意見あるに拘はらず豫審判事は社會の爲め終局の處分を爲さざる可からざるなり

第四百四十四條

地方裁判所檢事及び區裁判所檢事は豫審判事より先に

重罪又は地方裁判所の管轄に屬する輕罪の現行犯あることを知りたる場合に於て其事件急速を要するときは豫審判事を待つことなく其旨を通知して犯所に臨檢し豫審判事に屬する處分を爲すことを得但罰金及び費用賠償の言渡を爲すことを得ず

證人及び鑑定人の供述は宣誓を用ゆることなく之を聽く可し

檢事も亦急速を要す可き場合には豫審處分を行ふの權なかる可からず。若し此權なくんば證據散亂するの恐あり。去れども檢事が臨檢其他豫審處分を行ふは非常の事なれば其必要の事のみ止めざる可からず。證人に罰金又は賠償を言渡す如きとは後日に至るも未だ遅からず。又鑑定人に宣誓を爲さしめ充分なる供述を爲さしむるも後日を待つを以て足るものなれば檢事は此等の處分を爲す可からず。急速にして必要なる處分を行ふに止まるものとす

第四百四十五條

前條の場合に於て地方裁判所檢事は證憑書類に意見書

を添へ速に之を豫審判事に送致し區裁判所檢事は之を地方裁判所檢事に送

致す可し

本條は別に説明を要せず

第四百四十六條

區裁判所檢察其裁判所の管轄に屬する輕罪の現行犯あることを知りたる場合に於て其事件急速を要するときは第四百四十四條に規定したる處分を爲すことを得

若し被告人に對し勾留狀を發したるときは三日内に起訴の手續を爲す可し
本條は即ち地方裁判所の檢察か豫審判事に代り豫審處分を行ふと同一の事を定めたるものにして區裁判所檢察か現行犯に對する處分に關す
茲に一の注意すべきは勾留狀を發するときは三日内に起訴の手續を爲す可しとあれども他には此の如き規定なし。蓋し通常の場合には勾留狀を發するときは十日間は留置するを得ると雖も區裁判所の管轄に屬する輕罪は輕易なる事件なれば假令判事か勾留するときなりとも永く留置するを得ざるか故に檢察か勾留狀を發するときには殊に制限を設けたる所以なり

第四百四十七條

第四百四十四條第四百四十六條に於て檢察に許したる職務は司法警察官も亦假に之を行ふことを得但勾留狀を發することを得す
司法警察官は證憑書類に意見書を添へ速に之を管轄裁判所の檢察に送致し

且被告人を逮捕したるときは共に之を送致す可し

司法警察官は檢察に所屬するものなれば現行犯を發見するときには檢察か豫審判事に代り爲し得べき豫審處分は司法警察官も亦た行ふを得。但し勾留狀を發するを得すとせしは勾留狀は人の自由を拘束すること甚しきか故に之を爲すは豫審判事及檢察にのみ與へたる權なり。司法警察官は犯人を逮捕し得ざるに非ず現行犯あるときは何人にも之を逮捕するを得るは當然なり、况んや司法警察官の逮捕するの權あるは別に茲に掲ぐるに及ばざるなり

第四百四十八條

地方裁判所檢察又は區裁判所檢察又は司法警察官より事件の送致を受けたるときは一切の書類に請求書を添へ豫審判事に送致す可し

若し同時に被告人を受取りたるときは二十四時間内に之を訊問し勾留狀を發し又は發せずして前項の手續を爲す可し

本條は地方裁判所の檢察か區裁判所の檢察又は司法警察官より犯罪事件の送致を受けたるときは求刑書を添へて豫審判事に送致す可しとの規定なり
茲に地方裁判所の檢察は豫審判事に送致す可しとあるは必ず送致す可しと云ふ

に非ず、犯罪成立せりと認めたる現行犯の場合を指して云へるなり。故に検事に
して犯罪成立せすと思はし之を放免するは當然なり。去れば第四百四十三條の場
合とは大差あり。同條の場合には豫審判事檢證調書を作ると同時に必ず公訴起
り。本條の場合には時としては放免せらるゝ事ある可し。之を要するに本條は
犯罪なりと認めたるときのみ送致す可しとの精神なりと云ふ可し。又被告人を
共に受取りたるべきの手續は第二項に規定せられたり

第四百四十九條

地方裁判所檢事は何れの場合に於ても輕罪の現行犯に

係り豫審を求むるに及ばずと思料したる時は勾留状を發したるべき否に拘
はらず直ちに其裁判所に訴を爲すことを得

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

輕罪事件に付ては豫審を求むるを要せざる輕易のものあり。此場合には檢事直
ちに起訴の手續を行ふ可く、又若し罪とならずと思料したるときは放免す可きは
これ理の明なるものにして別に説明を要せざるなり

第九節 保釋

凡て被告人か未だ犯罪人たることの確定せざる前に其身軀を拘束するは彼の刑
事に於て有罪なることの確定するまでは先づ無罪潔白の人と推定し、犯罪人とし
て之を遇す可からずとの原則と牴觸する所なきに非ず。苟も被告人の有罪なる
ことの判然確定するまでは無罪人と推定する上は決して其自由を拘束す可から
ずと雖も。又一方より見れば犯罪の證據を蒐集するが爲めには被告人を裁判所
の便利なる所に留置せざる可からず。又之を自由に放任し置くときは證據を湮
滅し又は逃亡するの恐なきを得ざる可き故に例外を設けて假令未決中と雖も
身軀を拘束するの必要を生ずるなり。已に然り必要已むを得ざるに出づるもの
にして固より理論の許す所にあらず。故に逃亡を防ぎ證據を蒐集するの必要以
外にまで此適用を及ぼす可からず。若し犯罪の嫌疑を受けたるものにして逃亡
の恐れなく又證據を湮滅するの虞なきときは例外を適用するの理由あらず。尤
も重罪の如き重大なる場合若くは輕罪と雖も重き場合は必ず右例外を適用せさ
る可らずと雖も、其他の輕罪にして若し被告人か保證を立て、必ず逃亡せざるを
證し、且證據を湮滅するの恐なき時は最早自由を拘束するの必要なかる可し。是

れ保釋を設けたる所以なり。然れども裁判官が保釋を許すは検事の意見を聽かざる可からず。此検事の意見を聽くは検事は原告官として犯罪の有無を争ふ可き位置に立つか故に爲すに非ず。何となれば検事は純然たる原告官たらは裁判官か之を聽くの理由なければなり。唯検事は原告として公訴を實行するの外裁判所に立ちて公益を保護するの職分を有するか故に被告人も共に之を保護するの職權を有せり。而して此場合には専ら公平無私の考を以て事を執るは當然なり。然れども検事の意見を聽けはとて之に依て有罪無罪を決するに非ず。又検事の意見に依て勾留狀を發したるに非ず、只検事は社會の公益を保護す可き位置にあるを以て特に其意見を訊問するものとす。去れば若し検事と裁判官か意見を異にしたるときは敢て検事の意見に従ふを要せず、裁判官は自己の心に依て裁判するを得べし、只輕忽の處分なからしむるを要するのみ

第五百五十條

豫審判事は豫審中勾留狀を受けたる被告人の請求に因り檢

事の意見を聽き何時にても呼出に應し出頭す可き證書を差出し且保釋を立
てしめ保釋を許すとを得

被告人無能力なるときは法律上代理人より保釋を求むるを得

保釋を許すには被告人の請求を待たざる可からず。未だ請求なくして豫審判事か之を許すを得ざるの理由は保釋を立つるの附帶義務あるか故に被告人自ら其義務を盡すとを云はざる以上は豫審判事か保釋を立てよと命令する能はされはなり。之に反し責付に付するときは斯る附帶の義務なきを以て被告人の意見を聽くを要せず。第五百五十九條に曰く、豫審判事は保釋の請求あると否とを問はず、検事の意見を聽き被告人を其親屬又は故舊に責付するを得とあるに依れば、被告人の請求なくも責付に付することあるや明かなり。即ち責付は只親屬又は故舊より何時にても呼出に應し被告人を出廷せしむ可きの證書を裁判所に於て領收するに止まり、被告人に何等の義務を負はしめざるか故なり。凡そ被告人を勾留するに付ては別に本人の請求に依るに非ざるも保釋は請求に依るとせしは要するに附帶の義務あるか爲めなり

被告人無能力者なるときは自ら保釋を請求するを得ざるなり。其理由は無能力者は自ら保釋を立つるを得ず。何となれば幼者癡癲者の如きは自ら財産を處分

するの権能なきものなればなり。故に此場合には法律上の代理人に於て保釋を求むるを要す。法律上代理人とは後見人又は父母ある者に付ては其父母なり。茲に後見人と云はすして法律上代理人と云へるは一語を以て父母、後見人等を包含せしめんとするに出づ

第五百五十一條

保證の金額は豫審判事之を定め保釋を許す言渡書に之

を記載す可し

保釋は元來保證を立て、一時自由を與ふるものにして、若し逃亡するときは保證金を沒收するを以て制裁と爲す者なれば、其保證の金額は被告人の資産と身分とに依り能く其逃亡の念慮を制する度と照應せざる可からず。甲に對して百圓の保證金を命ずるは左まで困難に非ざるも乙に對しては多額に過くるとあり。故に豫審判事は被告人の身分と資産とに依り相當の金額を定めざる可からず。若し罪に依て保證金を定むる者とせば豫め法律を以て規定するも差支なしと雖も前述の如く人毎に斟酌するを要するが故に豫審判事をして之を定めしむるなり

第五百五十二條

保證を爲すには被告人又は法律上代理人より金錢若く

は有價證券を差出す可し

又裁判所の管轄地内に住し且十分なる資力ある者より金額に充つ可き保證

書を差出すことを得

保證として納めしむべきものは如何なるものを要するか、必ず紙幣若くは金銀貨の如き通用貨幣を要する乎、又は價格あるものなれば何物にても可なりとする乎。理論より云は、價格あるものなれば可なりとせざる可からされども法律は特に金錢又は有價證券に限りたれば金銀細工物又は不動産の如きものは假令價格あるに拘はらず之を以て保證とするを得ず。何故に法律は保證金たるには金錢又は有價證券に限りたるかと尋ねるに、蓋し其他のものは價格に高低の變化あるのみならず、裁判所に於て之を預るに大なる不便あればなり。若し不動産を納めたりとせば裁判所は之に番人を附けざる可からず、又金銀細工物を預るとすれば之か貯藏に手数を要するのみならず、破損の恐ある可し。之に反して金錢又は有價證券即ち公債又は株券の如きものは此の如き手数なかる可し。要するに貯藏の便宜より斯く制限したる所以なり

時としては裁判所の管轄地内に住するものより保證書を差出さしむることあり。此場合には金錢又は有價證券を納めしむるに非されども十分の資力あるもの、保證に係るか故に逃走ありたるとき之を辨濟せしむるは容易なるか故に殊更に證書のみにて可なりとの便宜法を用ゐたり

第百五十三條

保釋人被告人を呼出すときは出頭より二十四時前に其

報告を爲す可し

茲に官報にて公布せられたる條文を見るに保釋人被告人とあれども保釋中被告人と訂正する方可なり。又報告を爲す可しとあれども蓋し報知を爲す可しの誤りならん。現に第百六十條には其報知を爲す可しとあり凡そ召喚狀は豫審判事より未だ拘留せざる人に對し發するものなれども保釋中の被告人は何時にても裁判所の呼出に應じて出廷することの保證を爲せるものなれば、敢て定式の召喚狀を發するを要せず。然れども保釋中の被告人と雖も住所の變ることあらん時としては自宅に居らざることあらん故に多少出頭の猶豫なかる可からず是れ二十四時間前に報知を爲さしむる所以なり

第百五十四條

保釋中被告人呼出を受け正當の事由なくして出頭せざ

るときは保證金の全部又は一分を沒收す可し

本條は必ずしも被告人の逃走したるときのみに限らず時としては外出することあらん。又故意を以て出頭せざることあらん。又懈怠を以て出頭せざることあらん。然れども法律は其何故なるに拘はらず苟も正當の事由なくして報知したる日時に出頭せざれば既に保釋を受けんが爲め爲したる盟に背くものなれば保證金を沒收するなり。然れども全く逃亡したることあらん又は一兩日の後に至り出頭するものあらん若し少しばかりの懈怠のものに對し全部を沒收せは全く逃亡の者に對し科罰の權衡を得ざる可く過失の多少に割合ふて懲罰を加ふること能はざるか故に豫審判事に此等の事情を裁判するの全權を與へ各被告人に依り其沒收す可き金額を定めしめ全部又は一部を沒收せしむるなり且又一度誤りて出頭せざれば何れの場合も全部の沒收を受くるときは被告人は最早其過失の回復す可からざるに失望し寧ろ逃亡して万一の僥倖を企てんに若かすとの感覺を惹起すに至らん。是れ一分の沒收を許すの必要なるを知る可し

第二百五十五條

保證金を沒收するには検事の意見を聞き豫審判事其言

渡を爲す可し

本條に保證金を沒收するには検事の意見を聽くとあるは何故なりや。本條に於ては保釋を與ふるに付て検事の意見を聽くと同様に公益の保護官たるの故を以て然るものには非ず。抑も沒收は刑罰の一種にして又其沒收に依るものは結局國庫の有に歸するか故に一種の公訴なかる可からず。即ち被告人は不正に出頭せずして刑罰を與ふ可き事由ありとの請求を爲すものなかる可からず。是れ檢事の意見を聽かしむる所以なり。然れども之か爲め辯論を要することなきは元來附隨の犯罪にして且其事實判然として一の疑なければなり

第二百五十六條

豫審判事保證金を沒收したるときは保釋の言渡を取消す可し

又豫審判事保釋の言渡を取消す可し

又豫審判事保釋の言渡を取消す可しを必要なりとするときは檢事の意見を聞き其言渡を取消す可し

豫審判事か被告人の保釋を許すは假令自由を與ふるも逃走の恐なく必ず報知に應じて直ちに出頭し裁判所の事務上に差支を來さるへしと認定したればなり。

然るに現に保證金を沒收さるゝか如き行爲あれば將來又此の如き行爲なきを保せず。故に保證金を沒收す可き事蹟あれば保釋を取消し勾留せざる可からず。第二項は保證金を沒收す可き場合に非されは保釋を取消し得すとすれば甚た危険なきを得ず。若し逃走の行爲現に事實上に存するか如きときは保釋を取消すに聊も躊躇す可き謂はれなし。故に豫審判事か必要なりと認むるときは檢事の意見を聽き其保釋の言渡を取消す可きものとす。然らば必要なりとする場合は如何。要するに是れ豫審判事の全權にして法律は其場合を示すことなし。然れども學理上より之か解釋を下さは或は外國に出立の準備を爲すか、又は證言を買求め證據湮滅の計を爲すか、又は賄賂を當局者に贈るの工夫を爲す等の事あれば之を勾留すること必要なる可し。就中證言を買求むることは尤も恐る可きことあり。何となれば獨り豫審中に限らず、公判に至て證言の効力を保つこと大なるものなればなり。而して之か取消を爲すには理由を付するの要なし。故に假令豫審判事か相當の理由なきに之を取消することあるも之を不法と云ふを得ず。苟も豫審判事の必要と認むる以上は奈何ともす可からざるなり

第二百五十七條

豫審判事保證金を沒收したる後免訴の言渡、違警罪又は

罰金に該る可き輕罪に付き公判に付する言渡を爲したるときは検事の意見を聽き前に沒收したる金額を還付す可し

本條の規定は之を理論上より見れば決して服す可きものに非ず。蓋し立法官が本條を設けたる趣旨たるや免訴の言渡を受くるものは當初より犯罪人に非ず。又違警罪又は罰金の言渡を受く可き輕罪として公判に移さるものは當初より身躰の自由を拘束せらる可き理由なし。然るに之を拘束して保釋を許し被告が過失懈怠若くは故意を以て出頭に應せざりしとて之を沒收したるものにして本來拘束す可からざるものを拘束したるより生ずるを以て之を還付す可しと云ふに外ならず。然れども立法者の右の理由は實に皮相の見たるを免かれず。抑も司法權か拘留すべき事實ありと認め法律の許す範圍に於て正當の方式を履み之を拘留するは裁判官の職權なり。假令其無罪なると有罪なるとに論なく一度嫌疑を受けたる上は宜しく司法權の命令に服從せざる可からざるの義務ありて、且被告人は何時にても呼出に應し出頭すへきを盟ひなから呼出に應せざるより制

裁として保證金の沒收を受けたるものなれば其本案犯罪の有無とは全く獨立したる原因に依るものなり。然るに後の事實即ち無罪とか又は違警罪なりとかの事實に依りて前の原因を消滅せしむるは決して當を得たるものに非ざるなり。故に予は本條は宜しく削除するを當然なりと信するなり。本條の犯罪の原因と保釋よりして義務を負ふとは全く特別にして、此義務を守らざるより沒收したるに拘はらず、後の事實にて之を消滅せしむるは法律か自ら法律の命令に違反す可き事を獎勵するに異ならず。之を要するに本條は理論上決して成立し得べき條文に非ずと思考するなり

第二百五十八條

豫審判事免訴の言渡、違警罪又は罰金に該る可き輕罪に

付き公判に付する言渡を爲し若くは保釋の言渡を取消したるときは保證金を還付す可し

免訴の言渡あるときは無論放免せざる可からず。又違警罪又は罰金に該るものは元來拘留す可き者に非ず従て保釋は自ら解けたるものとす。又重罪に該るものとの言渡を受くるときは保釋を許さるるか法律の規定する所なれば凡て之を

取消さる可からず。去れば保釋を許す爲め上納せしめたる保證金を還付するは別に辯明を要せざるなり

第二百五十九條

豫審判事は保釋の請求あると否を問はず檢察の意見を聽き被告人を其親屬又は故舊に責付することを得

責付を爲すには親屬又は故舊より何時にても呼出に應じ被告人を出頭せしむ可き證書を差出さしむ可し

既に度々説明せし如く犯罪の嫌疑ある者を拘束するは被告人の逃亡及び證據湮滅の恐れありて公の秩序を維持するが爲め已むを得ざるに出づる處分なれども若し此等の恐れなきときは敢て拘束するの必要なし。只裁判所の事務に差支なからしめん爲め其呼出に應じ直ちに出現せしむるの方法を設くるを以て足れり。是れ保釋責付の設けある所以なり。而して保釋は其逃亡又は證據湮滅の恐れあるものに許すこと多しと雖も其恐れ殆んどなきときは責付するを常とす。今保釋と責付と異なるの點を擧げんに保釋には保證金を要すれども責付には之を要せずして保釋は被告人の請求に依るも責付は之を要せざるなり

第二百六十條

責付中被告人を呼出すときは出現より二十四時前に其報知

を爲す可し

被告人正當の事由なくして出現せざるときは檢察の意見を聽き責付の言渡

を取消す可し

本條は第一百五十三條乃至第一百五十六條の説明を参照すれば分明なるを以て別に説明を爲さる可し

第十節 豫審終結

抑も豫審終結とは何そや豫審中蒐集したる證據に付て被告人は果して公判に付すべきものなりや否やを裁判する所謂證據の裁判なり。其有罪なりや無罪なりや又有罪なりとせば如何なる法律を適用す可きやは公判裁判官にして豫審判事は其下調を爲すに過ぎず。而して被告人の有罪を認定するには豫審判事は決して全權ありと云ふ可からず。假令犯罪者として公判に移すも公判裁判官は無罪とするにあり。反之被告人の無罪を決するに付ては全權を有すと云ふ可し。尤も檢察より抗告を爲す場合あれども若し之なきときは豫審判事は免訴の言渡を爲し以て全く其事件を斥くるを得べし。治罪法の行はれたる際には檢察も公訴

を抛棄し、豫審判事免訴するに拘はらず、検事長は特に命令を發して再び調査せしめたることありしも、今日にては此事廢止せられたるを以て豫審判事か免訴する以上は、檢事か抗告することあれば、兎も角然らざる以上は再び調査せしめらるゝとなし。是れ本法か裁判官の獨立を高めたるの一點なり。

第六十一條

豫審判事は被告事件其管轄に非ずまじ又は他に取調を

要することなしと思料したるときは豫審終結の處分に付き檢事の意見を求

むる爲め訴訟記録を送致す可し

檢事は訴訟記録に意見を付し三日内に之を還付す可し

元來公判に於ては其組織上迅速に犯罪の證據を取調ふること能はず、且被告人を直ちに公判に付するときは犯罪の有無未だ明かならざるものをして之を公衆の前に出し名譽を害さしむるの弊あるを以て豫審判事をして秘密に證據の取調を爲さしむと雖も、元來豫審も亦檢事の公訴に因りて現行犯の場合に例外なり、取調ふるものなれば既に取調ふる廉なしと思料するか。又は己れの管轄に非ずと爲すときは檢事に向て其意見を求めざる可からず。而して右意見を聴くときは猶

ほ豫審判事は終結の言渡を爲したるに非ざるなり。去れば檢事は或は此點に付て一層取調を要すとか、又は犯罪の證據十分なり最早終結に異存なしとか其意見を附して之を還附するを要す。然れども豫審判事は檢事の意見に因り決して動かさる可きものに非ず。其三日内に還附す可しとせしは永く檢事の爲めに留めらるれば事務の滯滞を來すに至ればなり。

第六十二條

檢事は豫審十分ならずと思料したるときは其條件に付

き更に取調を請求することを得若し豫審判事其請求を肯せざるときは檢事

は訴訟記録に意見を付し二十四時内に之を還附す可し

豫審判事は檢事の意見を聽きたる上にて豫審の終結を爲す可き者なりと雖も、檢事の意見に拘束せらる可きものに非ざれば、假令檢事の意見は證據充分ならずと云ふも自ら證據十分なりと思料すれば公判に移すの言渡を爲すを得べく。又檢事より何々の條件に付て更に取調の請求ありとも自ら取調を必要ならずと思料するときは直ちに終結の處分を爲すも差支なし。而して若し檢事か請求したる

に拘はらず豫審判事之を肯せざるときは検事は其意見を訴訟記録に付して之を還附するなり。斯の如くする時は其意見は記録に存するを以て公判廷に於て再び其意見を呈出するを得べし。其二十四時内に還附す可しとせしは既に一閱したる上なれば最早多くの時間を要せされはなり

第六十三條

豫審判事は検事の意見如何なるを問はず後數條に記載

したる決定を以て豫審を終結す可し

本條は検事の意見に豫審判事が拘束されざるの原則を明かにせり。之を検事に照會するを要すとせしは只町重を尊ぶと豫審も亦検事の公訴に基くとに因る。検事は意見を述ふるを得るのみにして之を決定するの權なし。人動もすれば決定の權なきときは無責任の意見を陳ふるに過ぎすとなし、検事の意見を以て又無責任なりと論するものあらんと雖も、自己に決定の權なければとて必ずしも無責任とは謂ふ可からず。實際上検事の意見を陳ふことは豫審判事が輕忽の處分を爲すを防ぎ且職權の濫用を制するの益あること夥しきものなり。故に本條の如く規定すればとて検事の意見を不必要なりと云ふ可からざるなり

第六十四條

豫審判事被告事件其管轄に非ざることを認めたるときは其旨を言渡す可し若し勾留を要するものと認めたるときは前に發したる

令狀を存し又は新に令狀を發し其事件を檢事に交付す可し

裁判所構成法第二十一條に於て其裁判所の裁判權に屬する刑事の豫審を爲すことを命すとあるか故に豫審判事は他の裁判所の管轄に屬する豫審を爲すを得ざるは明なり。故に管轄違なることを認むるときは其言渡を爲す可きなり。然れども之か爲め被告人を放免すれば忽ち逃亡す可く既に司法權の手中に在るものを解放するの理由なきを以て若し管轄違なるに拘はらず犯罪の事實ありと認むる場合には已に發したる令狀を存せしめ。又未だ拘束を受けざりし被告人なれば新に令狀を發して之を檢事に送り。檢事は相當の裁判權ある裁判所の豫審判事に送致するものとす

第六十五條

豫審判事は左の場合に於て免訴の言渡を爲し且被告人

勾留を受けたるときは放免の言渡を爲す可し

第一 犯罪の證據十分ならざるとき

第二 被告事件罪とならざるとき

第三 公訴の時效に罹りたるとき

第四 確定判決を経たるとき

第五 大赦ありたるとき

第六 法律に於て其罪を全免するるとき

豫審判事は本條に掲げたる原因あるときは免訴の言渡を爲すものとす。茲に豫審判事が訴を解き其手より脱離せしむるに付て免訴なる文字を用ゐしは、元來證據の裁判を爲すに止まり全く有罪無罪の判決を爲すは公判判事の手に依らざる可からされはなり。故に無罪の言渡を爲すこと能はず。

法律に於て常に放免とか釋放とか云へる文字を用ゐしは蓋し封建の餘習の尙ほ存するか爲めなり。今日憲法の採る所の主義と照合すれば矛盾の言語と云はざる可からず。若し予をして文字を撰はしめは訴を解くと言渡を爲すとか又は勾留を解くとか改定するの可なるを信す。思ふに白洲に呼出さるゝものは是れ犯罪人なりとの取扱を爲したる封建の主義より云はし訴を解くに非ずして犯罪人を放免するものと見るも可ならんも、今は然らず。其公判の言渡確定するまでは無罪潔白の人なりと見做すを刑事訴訟の原則とせし以上は豫審の取調を脱離す

るは放免せらるゝに非ずして刑事の訴を解かるゝなり。然れども放免と云ひ釋放と云へばとて被告人を輕蔑して掲げたるには非ず、全く封建の餘習と知る可し。佛國法廷に於て判事は勿論辯護士に至るまで毎にワンジャンスなる言語を使用するを常とす。蓋しワンジャンスとは復讐の意義を有するものなるに何故に斯る言語を使用するかと云ふに古代刑法の主義か復讐に在りて今は已に廢滅に歸したるに拘はらず、慣習上猶ほ存在するに外ならず、放免の如き亦之と同一の理由に依りて今日に存在するものと見做し、單に訴を解くの意義なりと爲さざる可からず。

是より六個の原因に付て説明す可し

(一) 犯罪の證據充分ならざるときとは證據の未だ犯罪を推測するに足るものなき場合なり。然れども此理由に依りて被告人を解きたる場合は後日證據の發見せらるる時は再び拘束するを得ること疑なし。何となれば犯罪なきに非ずして證據の不十分なるか故なれば原告人が再び充分の證據を持ち來る上は再び裁判す可きは當然なればなり。而して第七十五條は此事を明記せり。民事に於ても

亦同様にして若し原被告両造が権利の成立不成立に就て争訟を爲し裁判確定すれば再び訴ふるを得されども。之に反して妨訴の抗辯を爲し裁判の却下せらるゝか又は證據足らずして原告の訴を斥けらるゝときは後ち證據を呈出して再び裁判を受くるを得るなり。故に刑事に於て新なる證據に依て再び公訴起ればどて一事再理せずとの原則に背くものと云ふ可からず

(二) 被告事件罪とならざる時とは刑法第七十五條以下に規定する一般犯罪成立の原素を欠ける場合若くは各犯罪に付て各々特別に必要な元素ある場合に之を欠くときは罪とならざる如し。去れば此場合に再び訴へ來るときは前裁判確定の効力を以て訴訟の却下を請求するを得るなり

(三) 公訴の時効に罹りたる時(四)確定判決を経たるとき(五)大赦ありたるときは既に詳細に講述したる如く公訴を爲すの権利さへ消滅したるものなれば其事の知れずして豫審に來りたるときと雖も訴を解くべきは多言を要せず

(六) 法律に於て其罪を全免する時とは罪を構成する元素は充分に具備すれども犯罪後の情狀又は自白に依て法律加特に刑を全免する場合なり。例へば同居の

父子兄弟相盜するも法律は其罪を全免して盜罪を以て論せざる如し。然れども本項と罪とならざるときとは區別せざる可からず。彼の正當防衛の如きは權利の執行にして本來罪とならざる事實なり犯罪の原素を欠く場合も亦然り

第百六十六條

被告事件違警罪なりと思料したるときは區裁判所に移す言渡を爲す可し

違警罪なるものは元來拘束す可きものに非ざるか故に釋放の言渡を爲す

第百六十七條

被告事件裁判所構成法第十六條第二號に記載したる輕罪なりと思料したるときは區裁判所に移す言渡を爲す可し其他の輕罪なりと思料したるときは其裁判所の輕罪公判に付する言渡を爲す可し

被告人拘留を受けたる場合に於て罰金の刑に該るものと思料したるときは釋放の言渡を爲す可し
禁錮の刑に該る可きものと思料したるときは保釋を許し又は責付を爲すことを得若し被告人未だ拘留を受けざるときは令狀を發することを得

裁判所構成法第十六條第二號に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とありて是れ區裁判所の裁判權に屬するものなり。故に之に該るときは區裁判所に移し其他の輕罪なれ

は豫審判事か屬する裁判所の輕罪公判に付するの言渡を爲す可し
 又第七十五條に於て禁錮以上の刑に該る可きものに非されは勾留狀を發す可が
 らざることを規定しあれば單に罰金の刑に該るものは勾留を受くるの理由なし。
 是れ本條第二項の規定ある所以なり

又若し禁錮の刑に該る可きものにして未だ勾留を受けされは令狀を發するを得
 べく、又已に勾留したる上は之に保釋を許し若くは責付を爲すを得るなり

第六十八條

被告事件重罪なりと思料したるときは其裁判所の重罪

公判に付する言渡を爲す可し若し保釋を許し又は責付を爲したるときは其

言渡を取消し被告人未だ勾留を受けざるときは令狀を發す可し

裁判所構成法實施以來重罪も地方裁判所の管轄に屬したれば重罪なりと思料す
 るときは豫審判事の屬する裁判所の重罪公判に付し且保釋若くは責付中のもの
 なれば之を勾留し、又令狀を發して勾留するを要す。此勾留するに付ては他の輕
 罪の場合と異なり、重罪なれば假令未決中と雖も必ず身體を拘束せざる可からず。
 抑も重罪と雖も未だ公判を歴ざる未決中は無罪なりと推測す可きものにして且

今まで已に保釋を許し加之保證金の沒收を受けたる事なく、去りとして豫審終結の
 上なれば證據湮滅の恐れなきに何故に殊更に之を勾留するや。換言すれば重罪
 に限り被告人の自由を拘束するに他の場合より嚴酷ならしむる理由は何れにあ
 りや。蓋し重罪は終身公權を剝奪せらるゝ最重の罪なれば、被告人にして此刑に
 該る可き者と思料せられ、且現に重罪公判に付せらるゝときは其受くる感覺に一
 層の痛苦を生す可し。去れば是迄逃亡の恐なしとして保釋を許したるも其重罪
 の刑を受け甚しき苦痛を受けんよりは寧ろ萬一の僥倖を企てんに若かすとなし
 逃亡するの恐ある可し。又死刑の如き極刑を受く可きものは他に如何なる犯罪
 を犯すも死刑より重き刑に處せらるゝことなきが故に自放自棄遂に再三の罪惡
 を爲さんと企つるものある可し。決して過去の行狀を以て未來も亦然る可しと
 想像するを得ざるなり。斯の如く重罪公判に付せらるゝときは種々の嫌疑す可
 き狀況を生す可きを以て從て相當の手續を爲さざる可からず。是れ未決中なる
 に拘はらす保釋責付を取消し又は勾留を爲す可しと規定したる所以なり。故に
 一般の場合と理論上聊も抵觸する所あらざるなり

第六十九條

豫審終結の決定には事實及び法律に依り其理由を付す

二八二

可し

管轄違の言渡を爲すには其理由を明示し若し被告人を勾留す可きときは其理由を明示す可し

免訴の言渡を爲すには被告事件罪を爲らざること公訴受理す可からざること及び其理由又犯罪の證據十分ならざるときは其旨を明示す可し

區裁判所に移す言渡又は公判に付する言渡を爲すには犯罪の性質、模様、證據の十分なること及び其罪を罰す可き法律の正條を明示す可し

豫審判事は豫審を終結して管轄違の言渡を爲し、免訴の言渡を爲し、或は區裁判所に移すの言渡を爲し又は公判に付するの言渡を爲すには其之を處分する丈の理由なかる可からず。理由なくして公判に付し又は免訴する如きあらば何を以てか職權の濫用を防禦するを得んや。蓋し世未だ開明に向はす封建時代人民の權利を輕んずる頃に在りては裁判は一に君主の好惡に依り少しも之を罰するの理由を付することなし。去れば君主之を罰せんとせば無罪者猶ほ罰す可く、免さんとせば有罪者仍ほ免す可し。現に我國に於て舊幕府の頃に於ては人を捕へんと

すれば直ちに官の趣き有之との單なる命令を以て牢中に投し、多年之を捨て置き且刑罰に處するには只何々の刑に處すと言渡し、又數十年入獄の上勝手に放免することあり。司法省に保存する所の記録に依れば明治政府へ引繼を受けし際京都に於て三十年間未決入獄せられたるものあり。之を吟味せしに全く罪なきを以て放免せんとせしに、其人は親戚故舊は既に失ふて今は頼る可き所なければ終生を牢中に送らしめよと懇望したるとあり。其他十年二十年審問せしめて未決入獄せしむる如きは通常の事なりし。斯の如き悲しむ可き狀況を生ずるは畢竟裁判官が理由を付するを要せざるに依る。去れば歐洲諸國に於ては裁判官をして其裁判に必ず理由を付せしめんが爲め古來幾多の學者を苦辛せしめ幾多の志士の血を流さしめしや知る可からず。其結果漸く本條と同じき權利の障壁を築くに至りしと雖も、我國に於ては政府が自ら進んで本條を規定して人民の權利を保護したるか故に世人は本條の必要なるを感せざるものあらんと雖も、蓋し本條の價値は實に莫大なりと思はざる可からず

序に一言す可きは刑事訴訟法に於て裁判官の事務を決定すへき日限を定めたる

と是なり。民事訴訟法に於ても亦然り。舊法に於ては辯論の後一年二年の永き言渡なき加如きことありしも今日にては最早斯る事なかる可し。斯の如く日限の定めある以上は人民身軀の自由を保護せらるゝに付て尤も力あるものなり以上法文外に亘り説明せしは要するに本條の依て來れる理由と、其大切なる條項なるを説かんか爲めなり。故に豫審判事が豫審終結の言渡を爲す場合のみならず、公判々事か言渡を爲すも同様の事なるか、凡て事實及び法律に依り理由を付せざる可からず。事實の理由とは認定したる事實を云ひ。法律の理由とは事實の該る可き法律の正條を付するを云ふ。

第二項第三項第四項は右第一項の原則を各場合に應用したるに過ぎされは別に説明するに及ばざるなり。

第七十條

前條の決定には第七十六條の規定に従ひ被告人の氏名等を明示す可し。

氏名なき裁判ある可き筈なしと雖も、犯罪人に依り氏名を申立てざるものあらん。又其名を偽るものあらん。殊に無宿の人にして自己の氏名の何たるを全く知ら

ざる者あり。此の如き場合には他人より通稱せらるゝ名號を記載するを要す。何れにせよ言渡書には人違なき爲め被告人の氏名又は其誰たるを確知する丈の名稱を記載せざる可からず。

第七十一條

豫審終結の決定の正本は速に檢事及び被告人に送達す可し。

豫審終結の決定は檢事の立會被告人の出廷の上爲すものにあらず。故に豫審判事か其決定を爲したるときは其決定ありたることを原告官たる檢事及び被告人に送達せざる可からず。是に依て檢事及び被告人は次條に従ひ抗告を爲すを得るなり。治罪法に於ては民事原告人は私訴に付て豫審判事か越權の處分ありし時故障するを得たりし故同じく謄本の送達を受けられども、本法となりては豫審は犯罪の下調にして民事原告人の關係なき者と定めたるか故に民事原告人に正本を送達することなし。

七十二條

檢事は重罪公判に付する決定又は免許若くは管轄違の決定に對し抗告を爲すことを得。被告人は重罪公判に付する決定に對し抗告を爲すことを得。

抗告は是までの故障と殆んど同一なり。然れども故障を改めて抗告となしたるに非ず、又控訴若くは上告とは固より同しからず。蓋し抗告とは裁判の不服を上级裁判所に申立て口頭辯論を開かず書面にて裁判するものを云ふ。治罪法に於ては検事は終結の言渡に對しては凡て故障するを許したり。然るに今は輕罪として其裁判所の公判に付する場合及び違警罪として區裁判所に移す場合には抗告を爲すを許さず。何故に治罪法の如く凡ての場合に故障を許さざるや。蓋し輕罪又は違警罪の場合には公判に於て充分其意見を述ふるを得るのみならず。其刑も亦輕きものなるに検事の抗告の爲め却て未決勾留の時日永きに亘ることありては被告人の迷惑甚しければなり。然れども重罪は被告に重大の關係ある刑にして又免訴若くは管轄違の決定は原告官として當然不當を鳴らす可き事なれば之に付ては抗告を爲すを得るなり。被告人は重罪公判に付する決定のみに付て抗告するを得るは重罪は自己の權利に重大なる影響を與ふるものなればなり。然れども輕罪又は違警罪に付ては公判に於て十分辯明の機會もあり且刑も輕きか故に抗告の爲め却て時日を徒費するの不利ある可きか故に抗告を許さずと定めたる所以なり。

第七十三條

重罪公判に付する場合に於て被告人に送達す可き決定

には其決定に對し抗告を爲すを得べきこと及び其期間を記載す可し其記載なきときは更に通常の規定に従ひ決定の送達あるまで抗告期間の經過を停止す

本條は法律の親切心より出たる規定なり。抑も法律は人民之を知りたるものと推測すとの原則より云はゞ本條の如きは不用の規定と云はざる可からず。然れども法律執行上の便宜よりすれば人民の權利義務に特に關係する事は特に之を知らしめざる可からず。既に證人の呼出狀にも同様の例ありたり。此理由に依り抗告を爲し得ると及び其期間の如き現在權利の得喪に關する重要な事なるを以て若し其記載なきときは更に正當の送達あるまで抗告期間を經過せしめざるものとす

第七十四條

豫審終結の決定は抗告の期間内又抗告ありたるときは

其決定あるまで執行を停止す但保釋責付の言渡を取消す決定は其執行を停止せず

何故に抗告あるときは豫審終結の決定の執行を停止する乎。抑も豫審終結の決定の執行と云へば公判の開廷に外ならず。然るに豫審を爲すの目的は公にせず秘密に被告事件を取調ふるに在り。然るに未だ豫審終結の決定が確定せざる前に公判を開かば遂に豫審を秘密にするの理由消滅するに至ればなり。然るに保釋責任を取消す決定は之を停止せず。何となれば罪質上又は被告の行狀よりして直ちに之を取消すの必要あればなり

第七十五條

豫審に於て被告人免訴の言渡を受け其決定確定したる

ときは罪名の変更あるも同一の事件に付き再び訴を受くることなかる可し
但新なる證據あるときは此限に在らず

新なる證據あるときは検事より之を其裁判所に差出し裁判所に於ては其起訴を許す可きや否やを決定す可し

本條は彼の一事再理せすとの原則に基きたる規定にして豫審に於て免訴の言渡確定したるときは假令罪名の変更あるも同一の事件に付て再び訴を受く可からず。罪名の変更とは例へば謀殺として訴へられたる時に其同一の事件に付て過失殺として訴へ又は故殺として訴ふるが如し。尤も確定裁判の効力を適用せん

には訴の目的、訴の原由及訴訟人の同一なるを要するか故に此三者中一のみにても若し前後同一ならざる時は即ち訴訟異なる者にして一事を再理する者にあらす

新なる證據あるときは同一事件と雖も起訴するを得べし。蓋し豫審は證據の有無効力に付て判決を爲すものなれば同一の證據のみにつき訴を受く可からざるも新なる證據を發見するときには再び其證據に付て果して罪を構成すへきや否やを審理せざる可からず

第四編 公判

二九〇

公判とは訟廷を公にして刑の適用を爲すより唱ふる文字にして、今公判に關する各條を見るに別に困難なる問題なきが故に、予は大體に付き公判の原則を述へ各條に至りては略する所ある可し

今公判に付て法律の原則とする所を考ふるに、左の二原則を主とするものにして初より終りまで此原則を敷衍したりと云ふも可なるべし

第一 被告人の自由を拘束せざることを

第二 被告人をして辯護せしむることを

是なり。去れば被告人の身體を拘束して、公判廷に立たしむるは固より不可なるのみならず。彼の恐嚇又は詐言を以て被告人の意思の自由を奪ふも亦公判に於て堅く禁する所なり。恐嚇又は詐言の如きは敢て拷問等の如く有形上被告人の自由を左右するものに非すと雖も、無形上其意思を脅迫して自由の陳述を爲さしめざるに至ては一なり。已に拷問を以て罪を自白せしむるの不可なる上は詐言を以て自首せしむるも等しく不可ならざるを得ず。然るに刑法に於ては暴行を

加へ又は凌虐の所爲あるもの、即ち拷問を爲すものをば之を罰すと雖も、詐言を以て欺瞞し罪狀を陳述せしむるものを罰するの條文なし。豈法文の欠點と云はざるを得んや。凡そ裁判官が訟廷に於て刑事の審問を爲すには證據物に據り己れの心證を形造くりて裁判するを要す。而して其心證を作るには或は事實の訊問を爲し、其前後撞着せし點を詰りて之を得るか如きとあるも。然れども何れの場合にても被告人をして犯罪を自白せしむるの職權なし。何故に自白せしむる事か公判の原則に背反するかと云ふに。抑も公判は辯護人を用ふるを許し、又は自ら辯護するの自由を與へたるに非ずや。既に罪を輕くせしむるか、又は無罪たらしむる爲めの辯護權を附與しながら一方には犯罪を自白せしむるは論理の許さざる所なり。民事に於ても權利ありと主張せんとするものは先づ權利の成立を證明せざる可からず。而して之を證明するは即ち原告なり。之と同じく刑事に於ては原告は檢事なれば犯罪あることの證明を爲さざる可からず。若し被告人をして犯罪を自白せしむるとせば猶ほ民事に於て權利者をして權利を證明せしめず、被告をして義務を自認せしむるに等し。去れば裁判官は勿論檢事と雖も被告

人が認廷に於て如何程隠蔽するの情態あるにせよ、決して之を悪事と爲す可からず。被告人は實に己れの権利を行ふものと云ふ可し。既に然り公判に於ては裁判官勸めて自白せしむるは法律の原則に反する者なり。故に若し口供書中裁判官の誘導に依り自白したる跡ある時は大審院に於ては當然破毀の原由あるものと思考するなり。之を要するに豫審に於て已に證據を蒐集して公判に移したるものなれば公判廷に於ては檢事の證明する丈の證據により充分なるときは有罪を宣告し、若し不十分なれば無罪を宣告するを以て可なり。若し公判々事か檢事の提出したる證據外に出て、犯罪を取調ふることあらば即ち請求の外に立ち出てたるものにして職權の濫用を爲したるものとす

今公判と豫審と如何なる差ありや、其主要なるものを説明せん

第一 豫審は犯罪の證據を蒐集し其効力を判定するを目的とするものなれば對審の法に依らざるも公判は罪の有無を判決するものなれば原告被告をして對審せしむ

第二 豫審は迅速に證據の取調を爲し且被告人未だ犯人たるへきや否や明なら

ざるを以て秘密に取調ふれども公判は之を公行す

第三 豫審に於ては辯護人を許さざるも公判は之を許す

第四 豫審は一旦免訴の言渡あるも新なる證據あれば再ひ之を受理するとあり。公判は之に反し一旦無罪の言渡を受ければ再ひ之を受理することなし

第五 豫審の言渡には抗告を爲すを得るのみなれども公判は控訴を爲すを得以上述ふる五個の差異により諸君は公判の豫審と異なる點を瞭解せらる可しと信す

第一章 通則

通則とは第二章區裁判所公判、第三章地方裁判所公判に共通す可き規則を定めたる者なり。其各裁判所に特別なる手續は第二章第三章に掲げたり。茲に注意すべきは第一編に掲けたる總則とは即ち第二編より第八編まで共通すべき規則なれば通則に比すれば適用すべき範圍は廣濶に亘る者と云ふ可し

第七十六條

公判は判事、檢事、裁判所書記出廷して之を爲すものとす

本條は公判を開くに付ては判事、檢事、書記出廷の上に爲すべきことを規定したる

ものなれども。蓋し本條の法文は缺點なきを得ず。何となれば本文のみに依れば被告人は出廷せざるも可なるか如く見ゆればなり。凡そ欠席裁判を爲し得る場合の外は必ず被告人の出廷なかる可からず。故に被告人の文字も本條に加へざる可からざるに其之なきは立法者は元來公判は被告に對するものなるかゆゑに明文なくも可なりとせしに依るならんと雖も。若し然らば検事も亦之を略して差支なしとせざる可からず。何となれば原告官たる検事の出廷ある可きは被告の出廷ある可きと同一なればなり。然るに之を省きて彼を加へたるは法文の欠漏と云はすして何そや。尤も次條に於て被告人の出廷あることは間接に知るを得るか故に實際には差支なしと雖も學理上は非難を免かれざるの法文なり。茲に判事の出席ある可きは多言を要せず。検事は原告官として出席するものなり。又書記は文字の示す如く判事の訊問、検事の論告、被告の陳述及び公判一切の事柄に付て記録を作る爲めなり。然れども曾て陳べたる如く我國の文字は言文一致に非ざるを以て此等の筆記は固より不完全なるを免かれず、訴訟人に取ては不利を受くること多しと雖も是れ止むを得ざるの勢と云ふ可し。

第七十七條

被告人は公庭に於て身軀の拘束を受くことなし但守卒

を置くことある可し

抑も未決中被告人を勾留入監せしむるは證據の湮滅又は逃亡を防ぐ爲めなり。然れども訟庭に立つ場合には此等の恐なきのみならず、公判に於ては被告人は辯護の自由を有するものなるに若し身軀の拘束を受くるか如きあらば之か爲め精神の自由を得ず、心靜かなるを得ざるか故に辯護すると能はざるべし。是れ身軀の拘束を用ふる事なく自由にして權利の防禦をなさしむる所以なり。蓋し刑の確定せざる間は被告人を犯罪人視せざるは前述せし如く司法上の原則なり。然れども假令被告人を自由にせざる可からずと雖も實際上刑の言渡を受くるに當ては特に暴行を働く被告人あり。就中死刑の宣告を受くるもの、如きは求刑したる検事に向て腕力を用ゐんとするは往々之あるを見る。是れ守卒を置きて万一の恐に備ふる所以なり。

第七十八條

裁判所に於ては何時にても禁錮以上の刑に該る可き被

告人に對し勾引狀又は勾留狀を發するを得

罰金の刑に該る可きもの、又は違警罪の刑に該るべきものは勾留するを得ずと雖も。禁錮以上の刑に該るものは裁判所は何時にても勾留するを得るは當然なり。尤も逃亡したるものに對しては欠席裁判を爲すを得れども敢て法律か逃亡を勸むるの理なきか故に未だ勾留とならざりし被告人に對しては勾引狀、勾留狀を發し強て出廷せしむるを得るものと定めたるなり

第七十九條

被告人は辯論の爲め辯護人を用ふることを得

辯護人は裁判所々屬の辯護士中より之を選任す可し但裁判所の允許を得る

ときは辯護士に非ざるものと雖も辯護人と爲すことを得

今被告人が辯護人を用ふるに至りたる淵源を尋ねるに遠く古代の羅馬に濫觴せり。蓋し羅馬古代に在ては貴族は貴族の裁判を受け、僧侶は僧侶の裁判を受け、彼此互に自己の階級に屬する裁判を爲せるも平民に至ては自ら互に裁判するを得ざりしを以て別段に判官を置きて其裁斷を仰きしも、一般人民は本來法律を知るもの少なきを以て、法廷に立ち檢事と并んて辯論するを得ず。檢事は國家の代人なるを以て原被兩造力相敵せず其權衡を得ざるより學識才力殆んど檢事に劣ら

ざるものを選んで之を辯論せしめ以て裁判の公平を維持せしめたり。是れを裁判所に辯護人を用ふるの權輿にして爾來各國の襲ふ所とはなれり。而して我法律も亦遂に此制度を採用するに至りしは即ち人文進歩の致す所なり。蓋し我國舊時の有様を見れば拷問盛んに行はれ、殆んど訟事の常の如し。斯く拷問の行はるゝ頃は決して辯護せしむるとの制度を生す可き理なし。何となれば拷問は被告人をして強て犯罪を自白せしむるものにして辯護は無罪若くは少なくとも刑の輕減を主張せしむる者なれば二者相容る可からざるの制度たればなり。去れば我國が辯護を被告人に許したるときは即ち彼の尤も忌むべき嫌ふ可き拷問の廢止せられたるときと知る可きなり

今日にては重罪事件に付ては必ず辯護人を用ゐざる可からずと雖も、其他に至ては之を用ふるも否とは被告人の隨意なり。予は茲に尙ほ罰を得て隴を望むの感なきに非ず。併し今日を以て明治の初年に比せば其進歩固より同一の論に非ず。予が佛國より歸朝せし頃は猶ほ刑事に代言人を用ゐざりし。予は民事にのみ之を用ゐて刑事に之を用ゐざるを訝り曾て民事は裁判の結局當事者財産上の利害

に關するに過ぎず。之に反して刑事に至ては被告人の身軀、名譽を害し時として
 は生命を奪ふの結果を生ずる者なり。然るに民事に代言人を用ふるを許し、事
 重き刑事に之を用ゐざるは權衡を失せる者なり。况んや被告人充分に辯護する
 の權利あるに於てをやどの主意を以て當局者に建言を爲したることありき。今
 や人民の權利を重んずると一層の高度を致し法律之を強ひさるも輕罪事件にも
 辯護人を用ふるを常とするか如きに至れるは予か舊時の説の世の採用する所と
 なりしを甚た喜ぶなり

辯護人を選任する方法二あり。即ち裁判所々屬の辯護士中より撰任すること及
 ひ辯護士に非ざる者より選任するとは是なり。而して辯護士の出廷する場合は法
 律に通せるものと云ふを得るも通常人にして辯護人となりて出廷するは實際不
 都合を感ずること甚たし。是れ通常人にして出廷せんとせば法律を知れるもの
 と否とを區別して之を知らざるものを實際に排斥せんか爲め裁判所の允許を得
 されは辯護人とするを得せしめし所以なり。法律を知らざる人をして出廷せ
 しめざるは獨り裁判の事務の澁滞を防ぐ爲めのみならず被告人に大なる利益あり。

何となれば手續を知らざるものは往々失權の結果を來たす可き機會を曉ら
 すして迂濶の行爲をなすことあればなり。佛國にては辯護權の伸張其極に達し、
 今や豫審に辯護人を用ゐしめんとの議論を生じ、既に其改正法律案を國會に呈出
 したり。右議案が果して國會を通過するや否やは未だ遠に知り難しと雖も若し
 其議員にして法理の何たるを知るものあらは之を廢棄に歸せしむべし。何とな
 れば豫審は秘密にするを其主要とするに辯護人を用ゐて猶ほ其目的を達し得べ
 きや。加之豫審は證據の蒐集を目的とするに辯護人は只被告人より聽き得たる
 ことを陳述するに止まり、他に事實を知るものに非されは證據の上に一の利益を
 有せされはなり。是に依て見れば辯護人は公判には必ず用ゐしめざる可からず
 と雖も豫審には決して用ゐしむ可きものに非ず

第百八十條

辯護人は裁判所に於て訴訟記録を閱讀し且之を抄寫することを得

きを得

辯護人となりて被告事件に付て辯論を爲さんとせば獨り被告人より聽き取りた
 る事のみならず、其事件の起因より一切の經歷を知らざる可からず。是れ訴訟記

録を閲讀し若くは其必要なる點を抄寫して參考とするを要する所以なり

第百八十一條

こを得

被告人の法律上代理人は其補佐人と爲り辯論に與ること

法律上代理人とは幼者又は禁治産者等の後見人を云ふ。父母は其未成年者に對しては當然法律上の代理人たるものとす。此等の代理人は辯論に與ることを得るものなり。然らば幼者又は禁治産者は如何なる時に於て刑事上の被告人となることありや。此者等は元來民事上に對しては無能力者と見做さるゝと雖も刑事に付ては全く無能力者に非ず。即ち已に禁治産の位置に立つものと雖も行為の當時心神喪失し居たることを證明せざる限りは責任あり。去れば心神喪失せざりしときに犯したる所爲に付ては被告人たるは當然なり。又未成年者は十二歳以下は凡て無責任なりと雖も十二歳以上十六歳以下の幼者は、若し是非の識別力ありて犯したるときは二等を減するに止まり、十六歳以上二十歳以下のものは凡て一等を減するのみ。去れば未成年者と雖も被告人たる場合あるや明なり。而して幼者又は禁治産者か被告人となるとあれば後見人は補佐人となりて出廷

するを得。補佐人と辯護人と如何なる區別ありや。補佐人は本人の言ふ可き事を助けて本人として陳述するものなり。辯護人は本人の言を聽き及び書類に依りて辯論す。換言すれば補佐人は本人の智囊を助くるものにして、辯護人は補佐人の言を聽きて本人を助くるのみならず犯罪に付て法律上の辯論を爲すものなり

第百八十二條

被告人出頭して辯論する、こを肯んせざるときは對席

として裁判を言渡す可し

被告人審問を妨げ又は不當の行狀を爲し裁判長より退廷又は拘留を命ぜられたるるとき亦同し若し辯論二日に渉るときは更に被告人を出頭せしむ可し

既に公判を開く上は辯論なくして裁判を終結す可からざるは公判の原則なり。去れば検事及び被告人は最早他に證明す可きことなきか、又申立つると無きか、即ち事實の證明及び訊問の終りを告げたる上に、法律上の點に付て辯論を爲し、例へば宥恕減輕を與ふ可きものなりとか、犯罪の原素を缺けりとか、換言すれば刑法を以て罰す可きものなりや、若し罰す可きものとせば何れの條項を適用す可きものなりやの辯論を爲したる上に裁判言渡を爲さる可からず。此等の順序を経た

るに非されは不法の裁判なるを以て大審院に於て破毀の原因たる可し。故に被告人は通常此辯論の権利を實行するものなれども時としては黙して言はず、若くは辯論する事なしと云ふ者あらん。若し被告人が一言の辯論を爲さざれば恰も出廷せざると同一にして其相手なる検事の言のみを聽きて裁判するは理論上當を得たりと云ふ可からされども黙するものをして強て辯論せしむること能はず、且辯論す可き機會あるに故らに之を黙するは即ち相手の陳述を認めたるものと見做すは法理上の原則なるか故に法律は被告人出頭して辯論を肯んせざるときは對席として裁判す可しと規定し、辯論の上裁判したると同一の効力ありと定めたるは當を得たるものとす。

第二項は第一項と反對にして黙するに非ず、却て相手方の陳述を妨げんとし、又は暴行を用ひ辯論を爲すか如きときは獨り裁判所の威嚴を損し秩序を破るのみならず、公平の裁判を下す可からざるに至るを以て裁判長は公廷の秩序を維持せんが爲め被告人を退廷せしめ、又其暴行に至れるものは之を拘束するを得るか故に被告人は爲めに辯論を爲すこと能はざるに至る可し。然れども是れ被告人自

ら招く所の結果なれば第一項と同じく辯論したると同一の効力ありと爲せり。然れども辯論二日以上に亘るときは昨日暴行したればとて、今日も亦暴行を爲す可しと推測す可きに非されは次日は出廷せしむるものとす。

第八十三條

被告人精神錯亂又は疾病に因り出頭すること能はざる

ときは痊癒に至るまで辯論を停止す但罰金以下の刑に該る可き事件に付き

被告人代人を差出したるときは此限に在らず

辯論に取掛りたる後被告人精神錯亂したるときは其痊癒の後新に辯論を爲

す可し但五日間辯論を停止し又は検事其他訴訟關係人の請求ありたるとき

は新に辯論を爲す可し

若し被告事件及び法律の適用に付き既に辯論を終りたるときは其痊癒後更

に取調を爲すことなく裁判を爲す可し

被告人は十分の辯論を爲して自ら保護を爲すを得るは前に屢講せし所なり。假令證據ありと雖も辯論したるに非ざる以上は公判の手續を正當に終はれりと云ふ可からず。去れば被告人が精神錯亂し又は疾病に罹るありて出廷の上充分辯論を爲すを得ざる時は手續を停止して其痊癒の日を待つ可きは當然なり。被

告人か其意見を吐露するを得ざるに當り裁判するは決して理論に適ふもの云ふ可からず。然るに論者曰く豫審に於ては病床に赴き訊問することあり、公判も亦病床に於て審問すること可ならずやと。是れ正鵠を得たるの説に非ず。抑も疾病は人の精神上に如何なる影響を與ふるものなりやは學者の研究しつゝある所なるか、今日有名なる學者の研究に依れば如何なる疾病と雖も人の智能上の作用に多少の影響を及ぼさざるものなしと云へり。去れば病床に於て審問するは決して公平の辯解を得べからず。是れ公判を病床に於てする能はざる第一の理由なり。又公判は判事、検事、裁判所書記立會の上組織するものなり。然るに被告人の私宅に於て公判を開かんとするは到底爲す可き所に非ず。是れ第二の理由なり。此二理由に依て公判は被告人の病床に於て爲す可からず必ず其痊癒を待つ可しと定めたる所以なり。

然れども罪には所謂無意犯なるものあり。其犯罪の事實さへ證明せらるゝ以上は被告人の出廷すると否とを問はざる時あり。人或は無意犯を意思なき犯罪と解釋するは謬見なり。有意犯とは故意を要する犯罪にして、無意犯とは故意の有

無を問はず罪す可き所爲を云ふ者なり。例へば烟草脱税の罪の如き、證券印紙を貼用せざる罪の如き、故意を以て貼用せざるも、懈怠を以て貼用せざるも、又本人自ら爲したるも、番頭若くは子僧か爲したるも、苟も現に印紙のなかりしとの事實のみを以て條例の罪を犯したりと爲す可し。而して有意犯と無意犯とは如何なる區別ありやと云ふに、有意犯の場合には多少身軀又は自由に關する刑を科すれども、無意犯に至ては必ず罰金の刑を受くるのみ。而して罰金の刑に該る者は之を勾留せざるは法律の明定する所にして又代人を以て出廷せしむるも可なり。去れば已に代人を差出し置きたる際には本人は假令病氣に罹れると否とに拘はらず辯論の停止ある可き理なきなり。

辯論は中途に停止す可からず、中途に停止する時は假令數多の時日を経過せざるも前後記憶を脱却し漠然たることあり。故に辯論に取掛りたる後未だ終結に至らざるに被告人精神錯亂すれば痊癒の上再び辯論す。加之事實の辯論已に終りたるも法律適用上辯論終らざりしときも亦然り。然れども狂氣の如き精神上的變化を與へざる他の疾病なるときは停止したるより以後の手續を爲すを以て足

れりとせり。尤も五日以上辯論を停止したるとき又は五日以上辯論を停止せざるも検事其他訴訟關係人の請求ありたるときは新に辯論を爲す可しと定めたり。茲に法文に検事其他訴訟關係人の請求ありたるときは云々とあるか、疾病に罹りたる者も亦訴訟關係人なれば請求を爲し得るや否や。蓋し自己の疾病の爲め之を停止し後ち新に被告の爲め辯論を爲すときは他の訴訟人に尠からざる迷惑を與ふるか故に訴訟關係人中には疾病に罹りし者を除くを正當なりと考ふるなり。若し法律の適用に付て既に辯論を終りたるときは公判の經過に關する事項は不完全なからず公判調書に記録せらるゝを以て其後は刑の言渡を爲すのみなれば再び辯論を要せざるなり。茲に一言諸君の注意の爲め述べ可きことあり。今日にては辯論終結すれば判事は別室に退き評議して其結果により主任判事をして宣告文を書かしむ。主任判事は直ちに若くは其日の夜に至る前に之を筆するか故に假令之を言渡すの日は數日後に至るも恰も其日に言渡を爲したるに等しく心證消散の後に言渡したりと云ふ可からず。然れ共公判に立會ふたる判事と言渡の時に會ふ判事と同一の人に非されは裁判構成の規則に背くか故に言渡を爲す日に合議判事中一人の判事に新舊交迭あるも最早不法の言渡なるを以て假令言渡の根據に變更なきにせよ大審院は之を破毀せざるを得ず。

第百八十四條

裁判所に於ては訴を受けざる事件に付き裁判を爲す可

からず但辯論に因り發見したる附帶の犯罪に付ては此限に在らず

若し附帶の犯罪に付き豫審を必要なりとするときは本案の辯論を停止する

ことを得

本條は司法權の性質を示す所の原因にして尤も大切なる條項なり。即ち司法權は行政權とは異にして訴を受けざる事件に付ては決して裁判を爲す可からず。行政權の如く自ら進んで行爲するものと素より其性質を異にせり。夫れ然り然らば如何なる事は訴を受けたる事件なりや如何なる事は訴を受けざる事件なりや。是れ民事刑事ともに確定裁判の効力を論する場合にも往々生ずる問題なり。例へば茲に謀殺の公訴起りたるとき之を審問したるに被告人は人を殺傷したるとなしと主張し。検事は謀殺なりと論告するも裁判官は故殺若くは過誤殺なりと認むる時は自己の心證に従ふて故殺若くは過誤殺の言渡を爲すを得る乎。又

は謀殺の公訴に對し故殺若くは過誤殺の裁判を爲すは請求以外と云ふ可き乎。又例へは強盜の公訴あるに當り竊盜の裁判を爲すは請求以外に出でたる裁判なる可き乎。若し夫れ請求なき事件なりとせば羅馬以來各國の採用せし所のイルトラベチタ即ち不告不理の原則を適用せざる可からず。蓋し請求を受けざる事件とは性質の異なる事件又は請求ありたる事件より以上の事件を云ふ者にして若し請求を受けたる事件中に當然含まれ得べき事柄なれば之を申立ありたるものと云はざる可からず。去れば謀殺中には當然故殺を含むを以て謀殺の公訴に對し故殺の裁判を下すを得べし况んや過誤殺に於てや。又強盜中には當然竊盜を包含す可きなり。民事に於ても亦然り。例へは一萬圓の損害賠償事件に於て裁判官が五百圓の損害ありと認め之を言渡すは請求以外なるかと云ふに一萬圓中には當然五百圓を含むを以て決して不告不理の原則を適用す可き者に非ず。之に反して五百圓の請求に千圓の言渡を爲すは請求以外に出でたりと謂はざる可からず。要するに公訴を受けたる事件中に當然含蓄する事實に付ては請求外の事件なりと云ふ可からざるなり。

然れども辯論の際新に發見したる附帶の犯罪に付ては前述の原則を適用す可からず。例へは官文書偽造の公訴に於て辯論に至り官文書を偽造せしは畢竟已に犯したる罪蹟を蔽はんとするに出でたるものなりとして特別の犯罪を發生することあり。又詐欺取財の如きは殆んど文書偽造と相伴ふを常とするか故に附帶の犯罪とす可きこと多かる可し。而して前の場合には附帶事件の刑輕きも後の場合には附帶の犯罪は却て重刑に處せらる可きときあるなり。即ち詐欺取財は輕罪なれど官文書偽造は重罪なり。而して其附帶事件の刑の輕重に拘はらず一たび附帶事件を生ずるときは同一に之を審理せざる可からず。若し附帶事件にして重難なるより豫審を必要とするときは之を豫審に付せざる可からず。從て辯論を停止するは當然なり。茲に於て一の注意を要する事あり。附帶の事件と雖も之を裁判するは必ず其裁判所が管轄權を有すべき場合に限る。故に地方裁判所に於て重罪の公犯中輕罪又は違輕罪を發見するときは之を裁判するを得るも區裁判所に於て豫審を歴へき輕罪又は重罪を發見すればとて自ら裁判するの權限あらざるなり。

第百八十五條

左の場合に於ては附帯の犯罪なりきす

第一 同一の場所に於て同時に一人若くは數人にて數罪を犯したるとき

第二 數人通謀して日時又は場所を異にし數罪を犯したるとき

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

附帯犯、非附帯犯の區別は元來刑法上の問題にして、犯罪の性質を區別するに用ふるものなれども、刑法には曾て一言せずして刑事訴訟法に於て附帯犯の何たるを定めたるは何の理由に出たりや。蓋し附帯犯なると獨立の別罪なるとは裁判の管轄上重大なる關係を有すればなり。若し時と處とを同ふし又は數人通謀して犯したる所の犯罪あるとき、若くは罪を犯すか爲め又は已に犯したる罪を免かるゝに容易ならん爲め犯したる罪を各別の裁判所に於て裁判せんか、各裁判所毎に事件全般の取調を爲すを得ず、從て證據の蒐集上大なる不便を感ずるなる可し。加之附帯の犯罪の如き相連繫せる犯罪は刑の程度を割合に應じて斟酌するの必要ある可し。是れ附帯の犯罪は同一の裁判所に於て裁判す可きものと定め假令公訴を受けざるも之を審理するを得ると定めたる所以なり

是れより本條の規定に於ける附帯犯の三種の場合を説明す可し

(一) 同一の場所に於て同時に一人又は數人にて數罪を犯したるとき 此場合に於て場所と時日の同一なるを要す。然れども同時とは徒らに字義に拘泥す可からず。少しく廣汎に解釋せざる可からず。而して此場合は同時同所に於て一人にて數罪を犯したるとき、同時同所に於て數人にて數罪を犯したるとき、の二あり。例へば人を毆打すると同時に財物を拘摸取りたるか如きは前者に當り。又壯士の集合せるあり。一人か毆打を始めたるに他の壯士も勢に乗して毆打又は暴行を爲せるか如きは後の場合なり。然れども此數人の間に通謀なき場合に限るものにして通謀ある時は次項に屬す可し。而して此等同一の裁判所に於て調ふるは要するに證據か一時に集蒐せらるゝの利あればなり

(二) 數人通謀して日時又は場所を異にして數罪を犯したるとき 此場合は場所と日時には關係なければども數人の間に意思の通謀と行爲とか相牽連するか故に之を同一の裁判所に屬せしむるなり。去れば果して通謀したるや否やの事實を確め其共謀の度に應じて刑を適用すること必要なり。例へば甲は家内に入りて

財物を竊取し、乙は人力を以て、直ちに荷物を波止場に運搬し、丙は之を船舶に積込み、丁は其或る港に荷場の上之を賣却する如く。而して右甲乙丙丁は之を通謀の上にて爲したりとせば各人の爲したる所爲は時日と場所を異にすと雖も之を受理して審問を爲すを得へし。

(三) 自己又は他人の犯罪を容易にする爲め又は其罪を免かるゝ爲め他の罪を犯したるとき。此場合は自ら四種に分る。即ち(一)自己の犯罪を容易にする爲め犯罪を犯したるときにして例へば人を殺さん爲め刀を竊取して現に殺人の所爲ありしとき。(二)自己の罪を免かるゝ爲め他の罪を犯す場合にして例へば官吏が財産に對する罪蹟を覆はん爲め官文書を偽造せしか如し。(三)他人の罪を犯すに便利ならしむる爲め他の罪を犯す場合にして例へば長梯子を貸與し又は力を添へて倉庫の戸を破壊するが如し。(四)他人の罪を免かれしむるか爲めの場合にして、證人を教唆して偽證せしむる如し。凡そ右四種の場合には一罪は他の罪の原因となり結果となり互に相連繫するを以て二者を併せて審理するに非ずんば全躰を知ると能はざるなり。是れ之を附帯犯として已に一罪を受理するときは他の

罪に付ては請求なくとも裁判するを得せしめたる所以なり。

第八十六條

検事及び被告人は第一審第二審を問はず本案の判決あるまで何時にても管轄違又は公訴受理す可からざる申立を爲すことを得

る。裁判所に於ては職權を以て管轄違又は公訴受理す可からざる言渡を爲すことを得

るを得

民事裁判所の管轄は重に私人の利益を主とするを以て管轄を定むるの原則とせり。尤も不動産に關する管轄即ち物上管轄は特別なるものとせり。若し管轄が私益に關係せず、公の秩序に關係することなれば各自の隨意を以て之を變更するを得ずと雖も、私人の利益に關係する場合には訴訟人双方の合意にて管轄を變更するを得るなり。此理由に依りてラシヨネヘルソネ即ち人を主とするより管轄の定められる場合には、若し管轄違なるを申立てされば其管轄を認めたるものとす。去ればラシヨネヘルソネの場合には必ず初めに之を申立てざる可からず。之に反して刑事裁判の管轄は刑法を適用するの裁判所にして公の秩序を基とする所の管轄なるが故に訴訟人の合意を以て之を變更するを得ず。従て訴訟の始めに

ても又は終りにても其如何なる程度に在るに拘はらず管轄違なることを知る上は之を申立ざる可からず。又假令管轄違なることを發見せず裁判を爲したりとも是れ不法の裁判たるを免かれざるなり又公訴受理す可からざるとは如何なる場合なるやは已に公訴權消滅の事を説明する場合に説明したれば茲に複説せず。已に公訴の消滅することなる上は何時にても之を申立ざる可からざるなり。第二項に裁判所は職權を以て右の如き言渡を爲すとを得とせり。是れ裁判所は請求に依りて裁判す可しとの原則の一例外なり。何となれば已に公の秩序に係することにして之を裁判すれば不法の裁判となる上は第一審の裁判を爲すも又第二審の裁判を爲すも凡て大審院にて破毀を受くるの原因たるに至る可し。而して裁判所は請求なければとて不法の裁判を爲し職權を犯すの權利なき以上は假令請求なければとて職權を以て之か言渡を爲さざる可からず。若し請求なければ言渡す可からずとすれば裁判所も之を黙し訴訟人も之を申立ざるときは管轄違なるに拘はらず不法の裁判を爲すの權限あるの理となる可し。是れ普通の場合に依らずして裁判所は職權を以て言渡を爲し得るものとせし所以なり

第八十七條

裁判所に於て前條の申立を却下したるときは本案の判決を待たず直ちに控訴又は上告を爲すことを得此場合に於ては本案の辯論を停止す

本條は前條第一項に従ひ管轄違の申立又は公訴受理す可からざるの申立を爲したるに裁判所之を却下したるときの處分を定めたるものなり。此等の申立を却下したるときは本案裁判に立入らしむ可きか又は其管轄違公訴不受理の問題を確定せしむ可きか。蓋し管轄又は公訴の有無に付て問題の生じたるときは假令本案の裁判を爲すも若し後に上級の裁判所か管轄違なりとか公訴受理す可からざるものなりとか決定するときは本案の判決は爲めに無効たるに至る可し。例へば東京地方裁判所か裁判するに方り管轄違なりとの申立に對し却下の言渡を爲し引續き本案の判決を言渡したりとせんに。東京控訴院に於て東京地方裁判所は管轄を有するものに非すと云ふあらば、地方裁判所か下したる本案の判決は之か影響を受けて無効となる可し。是れ管轄違又は公訴受理す可からざる事確定せざる間は本案の裁判を見合せざる可からざる所以にして、又此等の申立を

却下したる言渡に對しては本案の判決を待たず控訴又は上告を爲さしむる所以なり

而して茲に云ふものは豫備の裁判に屬す可し。即ち之を先づ確定せしむるに非ざれば本案の裁判を爲すの運ひに至らざるなり

第百八十八條

調書を作りたる司法警察官は檢事其他訴訟關係人の請

求に因り又は裁判所の職權を以て證人として之を呼出すことを得
 本條は困難なる問題を生ずる條文なり。抑も司法警察官は人民の告訴告發に因り犯所に臨みて調書を作り、又は現行犯を發見したるとき調書を作ることあり。此等の調書は果して如何なる證據力ありや。即ち一己人の作りたる證書と同一の効ありや、若くは公正證書たるの効力ありや。而して法律には少しも此等の規定なしと雖も、司法警察官は元來裁判官に代て事を執りしにあらすして職務上認めたる事實に付ての調書を作りたるに過ぎず。去れば此調書も亦他の證據物件と同じく裁判官の自由なる意思に依て取捨するを得べき證據と云はざる可からず。若し此調書は公正證書の効力ありとせば裁判官は之に従ふが、又若し之に従

はざる時は偽造なりとの決定を爲さざる可からず。然れども刑事上には證據に制限なし彼の確定裁判を除くの外は完全の効力あらざる者なれば、理論上より云はゞ司法警察官の作りたる調書を取捨するは裁判官の自由なり。尤も實際に於ては司法警察官の調書は甚た大なる効力あるや必せり。然らば此調書を作りたる司法警察官を證人として呼出すは何の必要あるか。實際上自己の作りたる調書を誤りありと云ひ、以て反對の陳述を爲すとながる可し。又若し事實なかりし者を或は有と爲し又は重く認めて調書に記載したる時は後日多少の處分を受くるか故に司法警察官も亦利害の關係を有するものとなる可し。故に之を呼出すの必要なしと云ふものあり。然れども調書には事實脱漏の事ある可し。又は調書の文字不分明なることある可し。去れば之を作りたる官吏をして如何なる主意にて之を作りたるやを説明せしむるは尤も必要なり。是れ證人たる資格を以て呼出すものと定めたる所以なり

去れば本條は司法警察官の調書は證人として陳述したるものと同じの證據力ありて裁判官の取捨に任すべきものなることを間接に定めたるものとす。若し本

條なくんは或は司法警察官の調書は公正なりとの議論を爲すものなきに非ざるなり。要するに刑事にては確定裁判の外は證據の効力は凡て裁判官の自由の取捨に一任するものとす

第百八十九條

豫審に於て訊問したる證人又は鑑定を爲したる鑑定人

は更に之を呼出すことを得

豫審に於ける證人の供述書又は鑑定人の鑑定書は更に其證人鑑定人を呼出さざるべき證人鑑定人呼出を受け出頭せざるべき又は豫審及び公判に於ける供述鑑定を比較す可きときは検事其他訴訟關係人の請求に因り又は裁判官の職権を以て之を朗讀せしむることを得

抑も一旦豫審にて訊問したる證人、鑑定人は更に之を呼出すの必要なし。何となれば豫審にて訊問したることは其調書に記載ある可くして之を再び呼出せばとて前言を食むか如きことなればなり。去れば幾度呼出すも只前の陳述を繰返すに過ぎざる可し。然らば何か爲めに本條に於て之を呼出すことを得るとせしむ。是れ前條に於て司法警察官を呼出すとを得ると同一の理由にして、豫審に於ける證人鑑定人の陳述は一切調書に存するにせよ、如何せん言文一致ならざるよ

り調書が真正に供述の要旨を寫出せざることあり。又筆記不十分にして明瞭ならざることあり。去れば之か陳述を爲したる證人をして之を説明せしめ、之か鑑定書を作りたる鑑定人をして之を明解せしむるは尤も必要なることとす。要するに再び之を呼出すは重ねて陳述を爲さしめ、又は改めて鑑定を爲さしむるに非ず。前者の説明を爲さしむるに過ぎざるなり。第二項の三個の場合に於ては證人の供述書又は鑑定人の鑑定書を朗讀せしむることを得る旨を規定せり。三個の場合とは公判に於て之を呼出すの必要なしとして呼出さしむるとき。又之を呼出すも出頭せざるとき。又豫審に於ける證人の供述書、鑑定人の鑑定書と公判の時に爲さしめたる此等のものと比較するの必要ありたるとき是なり。此の如き場合には検事の請求あるか、又は訴訟關係人より請求あるか、又は裁判長が必要と認むるときは何時にても朗讀せしむるなり。然れども元來調書類をして必ず朗讀せしむるものとすれば甚た不便なり。何となれば豫審調書は何れも一事件に付き累積して大なる綴りを爲せる程なるか故に之を朗讀せしむるは數日を要することあり。去れば裁判の延滞を來すは當然な

方、故に必要ありと見て申立あるとき、又は申立なくとも前後齟齬するありて之を比較するの必要ある時に之を朗讀せしむるを要するなり

第百九十條

第百十五條以下の規定は公判の證人に第百三十五條以下の規定は公判の鑑定人にも亦之を準用す

本條は別に説明を要せず。證人鑑定人に二種なし。從て之が手續に於ても豫審と公判とに於て區別あるの理なきなり

第百九十一條

證人疾病其他正當の事故に因り出頭する能はざることを疎明したるときは裁判所は其部員一名に命し又は區裁判所判事に囑託し其所在に就て之を訊問せしむることを得

本條は第百十六條と殆んど同一の條文なり。證人が疾病其他正當の事故により呼出に應じ出頭する能はざることとを疎明したるときは豫審判事なれば自ら證人の所在に就くを得るも、公判に於ては合議なるか故に全員一同所在に赴くを得ず。是れ部員一名をして赴かしむるか、又は其證人接近の區裁判所判事に囑託して所在に付て訊問せしむる所以なり

第百九十二條

檢事、被告人及び民事原告人の請求に因り呼出す證人の氏名目録は開廷より一日前之を各相手方に送達す可し

證人の氏名目録を相手方に知らしむるは尤も危険の事と云はざる可からず。何となれば檢事に之を知らしむるは別に差支なしと雖も、民事原告人又は被告人に之を知らしむるときは動もすれば證人に食はずに利を以てし以て證言を買ふの計畫を爲すとなしと云ふ可からず。實際に於て往々囑託を受けたりとして知らざる事を陳述して爲めに偽證の罪に問はるゝことなきに非ず。去れば早く相手方の請求する證人の何人なりやを知らしむるは不利の甚しきものなれども、去れば迎全く知らしめざるを得ず。蓋し相手方の呼出す證人は果して資格の正當なるものなりや否や、若し證人たるを得ざるものなれば之を拒み以て不公平の證言を爲すの防きを爲さざる可からず。故に豫め何人か證人として出廷するやを知らしむるの必要ある所以なり。而して一方の呼出すものは他方に知らしめ、他方の證人は一方に知らしむるものとす。又餘り早く知らしむれば害を生ずるか故に之を斟酌して一日前と定めたり。即ち明日の開廷なれば今日知らしむるもの

とす

第百九十三條

證人は互に言語を接す可からず又供述前辯論に立會ふ可からず既に供述を爲したる後は公廷に留まる可し但裁判長より退去の允許を得たるときは此限に在らず

證人は互に言語を接す可からざるなり。獨り言語を接せしむ可からざるのみならず時としては符牒を以て意思を通せしめ、又は目眚を以て意思を通はしむることあるか故に法廷に於ては此等の事も堅く禁せざる可からず。又未だ證言を爲さざる前に辯論に立會はしむ可からず何となれば辯論の模様因り有罪無罪の推測を爲すときは例へは無罪となるものとすれば有罪の事實に傾く所の證言を爲して被告人の怨望を受けんより寧ろ知らずとして證言せざるに若かすと思ふか如きことある可し。去れば辯論に立合はしむるは證言の自由を失ふものと云ふ可し

又證言を爲したる後直ちに退廷せしむ可からず。是れ訊問を受けたることを直ちに他に洩らすの弊を防かんか爲めなり。故に裁判官が退廷して可なりとの允許を與ふるまでは公廷に留まらざる可からず

第百九十四條

證人及び被告人の訊問は裁判長之を爲すものとす

陪席判事及び検事は裁判長に告げ證人及び被告人を訊問することを得

訴訟關係人は辯論に必要なりとする事項を分明ならしむる爲め證人を訊問

す可きことを裁判長に求むるを得

本條は裁判所の秩序を保たんか爲め設けたる法文なり。抑も地方裁判所は三人の合議判事を以て裁判し。控訴院は五人、大審院は七人なり。此合議判事か各々口を開き隨意に被告人又は證人を訊問するものとせんか、忽ち裁判所の秩序は紊れ證人被告人は何人の問に對し陳述す可きやを知り難きに至る可し。是れ裁判官一人を以て此等の訊問を爲すの權を有するものとせる所以なり。尤も裁判長が訊問を爲すを要すればとて事件全体に付て調査するものに非ず。事務繁多なるを以て主任判事を定め、又は受命判事を置き以て各事件の調査に當らしむるなり。而して公判に於ての訊問は裁判所の秩序を保たんか爲め裁判長の權内に歸せしむるも是れ本則を示したるに過ぎされは、他の判事が訊問の必要あるを心

に浮ひたる時は裁判長に告げて自ら訊問するを得るなり。已に告げてあるか故に問の紛雜牴觸するか如きことなし。畢竟裁判官は行政官の如く上官に服従の義務なし。即ち長官の命に従ふて職務を行ふことは司法官の曾て知らざる所なり。憲法に於て裁判官は法律に従ふて裁判を爲すの權あるのみにして假令天皇の尊きと雖も命令を下して裁判を左右せしむるを得ず、從て裁判所は之に従はざるの權利あるのみならず。之に従はざるを以て法律の精神なりとす。去れば他の合議判事は裁判長の指揮を受けて行爲を爲すの義務あるに非ざるか故に裁判長に告げて其訊問するの許を得るのみに止まり。一旦許を受くる上は自由に訊問を爲し得るなり。蓋し裁判官は獨立なりとの原則に基くものと云ふ可し。今日まては訴訟關係人が各々相手方の證人に向て直接に訊問するの習ありて爲めに證人は迷惑を受けたること多し。元來證人は訴訟關係人の爲め毎に訊問を受く可きものに非ず。其必要なりとする點は已に裁判官に於て之を訊問したるものと推測せざる可からず。去れば訴訟關係人が訊問せんと思ふときは裁判官の訊問猶ほ不充分なりとすればなり。故に之か訊問を爲すべきことを裁判長に

求めざる可からず

茲に訴訟關係人中には檢事を加へざるなり。抑も檢事と雖も訟廷に於ては訴訟關係人なりとするを適當なりとす。何となれば原告官なればなり。從て裁判長の命令に従ふこと猶ほ民事原告人被告人に於けるか如くならざる可からず。然るに檢事は陪席判事と同じく裁判長に告げて訊問することを得せしめたるは所謂官尊民卑の餘習之をして然らしむるものにして、理論上より之を觀察すれば決して正當なりと云ふを得ざるなり。故に檢事は第二項中より除き以て訴訟關係人中に含ましむるを可なりと考ふるなり

理論は兎も角右の如く規定せられたれば本條の訴訟關係人とは民事原告人及び被告人を指すものと云ふ可し

第百九十五條

證人又は鑑定人の供述不實にして故意に出で禁錮以上

の刑に該る可き者と思料したるときは裁判所に於て檢事其他訴訟關係人の

請求に因り又は職權を以て之を取押へ勾引狀を發し豫審判事に送致す可し

其證人又は鑑定人の供述は裁判所書記之を録取し豫審判事に送致す可し

本條の場合に於ては裁判所にて檢察其他訴訟關係人の請求に因り又は職權を以て本條の辯論を停止することを得

偽りとは如何なることなりや、眞實ならざることとは凡て然るや。抑も偽りとは眞實ならざるとなれども間違に依り不實なるときと故意に依り然るときとあり。而して刑法の偽證罪を構成するには二個の要素あり。(一)故意を以てすると(二)被告人を曲庇陷害する爲め不實の陳述を爲すこと是なり。此二要素を具備すれば偽證となり、又偽りの鑑定と爲すに至るものとす。故に法廷に於て此等の犯罪あるに及ばし先づ之か處分を爲さざる可からず。是れ本條第一項の規定ある所以なり。茲に禁錮以上の刑に該る可きものと思料したる時は云々とあり。何人か思料するにや歐文に譯するときは全く主賓の關係なき文章にして意味を爲さざるに至る可し。蓋し裁判所か思料したるときを云ふに在り。此場合には檢察其他訴訟關係人の請求に依り、又は職權を以て事實の豫審を爲さしむ。何故に豫審に移すやと云ふに偽證罪の如きは數種の條件によりて成立し且犯意の有無にも關係するを以て之を調査するは豫審判事の手非されは發見し難きの恐あれば

なり

普通の場合には公訴あるに非されは裁判所は裁判するを得ざるなり。然れども第百八十四條に於て附帶の犯罪にして辯論に依り發見したるものに付ては例外にして請求なくも裁判す可きことを規定せり。偽證罪の場合も亦一の例外にして或る事件を裁判するの際に生じたる犯罪にして裁判所の手に来る上は公訴を待つゝの要なし。是れ職權を以て之を取押へ勾引狀を發して豫審判事に送致する所以なり。去れば公判の終結したる以上は公訴なければ取押ふるの權なきや明なり。只公判開廷中發見したるときに限る可し

第二項は裁判所か思料したる理由を證據として明かならしめん爲め其供述を録取して以て豫審判事に送り偽證となるや否やを調べしむるなり。右の如くにして若し偽證罪となり、若くは偽りの鑑定となるときは本案事件に重大なる關係を有することあり。又關係を有せざることある可し。例へば十人の證人あるに當り既に九人を訊問し、他の一人か偽證罪となりて豫審に送致するときは前の九人の證言に依て最早充分の心證を作り、裁判を爲すに足らば一人の偽

證は事件に關係を有せざる可し。從て本案の裁判を停止するの必要なし。之に反して證人の數少なくして且初めに陳述せしむ可き場合の如き之か偽證とならば本案の事件を裁判せんとするも爲し難かる可し。必ずや偽證罪の確定を待たざる可からず。故に豫審に偽證罪の爲め事件を送致したるに拘はらず本案裁判を爲すを得るや否やを取捨判断する爲め裁判官に全權を委ねたる所以なり。法文に本案の辯論を停止することを得と記したるも此理に依る

第九十六條

被告人聾者啞者又は國語に通せざる者なるときは第百

條第一百條の規定に従ふ

本條は別に困難の事なし。聾者、啞者の如きは文字を知るときは書面を以て問ひ又答へしめ、若し文字を知らざれば通事を雇ふて訊問を爲す。國語に通せざる外國人の如きも亦通事を命するなり。聾者、啞者を裁判所が訊問するの必要ありや。何となれば此等の者は全く識別力なき幼稚者と同じく刑法上の責任を免かるゝものなればなり。然るに之を訊問する必要ありとせしは蓋し刑法改正案(廿三年度の議會に提出せる)は其第七十九

條に於て、滿十歳以上十五歳に滿ざる者及び聾啞者は其罪を宥恕して本刑に一等又は二等を減すと定めんとして、聾啞者と雖も犯罪責任あり只情狀を酌量するの理由となしたれば此等の者も刑事被告人となるは當然なる可し。然れども現今の刑法に於ては當然被告となるものに非ず。尤も聾啞者は免罪たるは法律の定むる所なれども其聾啞者となりしは或は犯罪の後に然りしやも知る可からず。若し然らば被告人となりて訊問を受く可き場合は今日に於ても仍ほ之なしと云ふ可からず。去れば本條は決して無用の法文と云ふを得ず

第九十七條

裁判所に於ては證人被告人の面前に於て十分なる供述を爲すことを得ざる可しと思料したるときは其證人の供述中被告人を退廷せしむることを得但裁判長は證人供述を終りたる後被告人を入廷せしめ其供述したる事項を告知す可し

本條の規定は共同被告人にも亦之を適用す

本條は證人をして自由に陳述せしめんとするの精神に出づ。元來法律か人情に牽連するは不可なる可しと雖も、殘酷に亘るの規定ある可からず。假令證人たりと雖も朋友知己の前に於て其犯罪となる可き事實を陳述するは人情に於て忍ぶ

可からざるなり。去りとて之を陳述せず、又事實を隠蔽するは國民の義務に背くのみならず已れ却て犯罪人たらんとす。故に此の如き情狀あるときは被告人を退廷せしめ以て被告人を憚りて陳述せざるの弊を避くる所以なり。而して供述終りし後被告人を入廷せしめ之に付て辯解を爲さしむるなり。共同被告人とは即ち共犯人の場合なり。共犯人の一人か他の犯人に對し威力を有す可きときは其勢力に怖るゝものは自由の陳述を爲すを得ざる可し。去れば一方の者を退廷せしめて訊問するは當を得たり。而して其陳述したることを他の被告人に告知して辯解を爲さしむるなり。

第百九十八條

裁判長は各證憑の取調終りたる毎に被告人に意見あり

や否やを問ひ且つ其利益を爲る可き證憑を差出すを得べきことを告知す可

し。又證憑物件は被告人に示して辯解を爲さしむ可し。

本條は證據調に關するの規定なり。抑も裁判官の心證は一方の證據のみを以てす可からず、必ずや當事者双方の證據陳述に依り公平に之を判斷せざる可からず。

今被告人に原告より提出したる證憑を認むるや否やを問はし、已れに不利益なることは之を認めざるは通常なり。然れども亦證人の供述を認め而して是れ何々の理由に依るものなりとして辯解を爲すときは裁判官の心證を變することあり。故に各證憑は凡て被告人に意見ありや否やを問ひ又證據物件に付き辯解を爲さしむる所以なり。

被告人に利益となる可き證憑を出す可きことを告知すると雖も是れ被告人の利益の爲め被告人を保護する爲めにするものと云ふ可らず。裁判官は其受理したる事件に付ては尤も公平に裁判するの義務あり。而して裁判官其人は勿論國家を思ひ皇室を顧みるの忠良誠實の民たる可きも尙ほ法廷に立ち法律を執行し裁判を爲すに當りては心裡に國家ある可らず、又被告人ある可らず、眼中只法律あるのみ。不正の所爲あるものに對し法律の命する所に従ふて公平の裁判を與ふる是れ裁判官の本分を盡すものと云ふ可し。而して公平の裁判を爲さんには一方の證言を信し又一方の證據を知らずして爲し得る所に非ず。必ずや片言裁判を爲さずして當事者双方の陳述に依らざる可らず。故に原告の提出したる證據を

被告に示し被告をして之を辯解せしめ、又己れより利益ある證憑を出さしむるは、裁判官が公平なる心證を作らんか爲めに、裁判所より却て被告人に依囑するものと云ふ可し。換言すれば原告の證憑に對し効力を失はしむ可き證憑あらば之を差出す可し。然らざれば裁判所の公平を全ふするを得ずと云ふに在るなり。

第百九十九條

辯論中公判の手續に付き異議の申立ありたるときは、裁判所に於て檢事の意見を聽き直ちに之を裁判す可し。

公判中の手續は何れも社會の公益と被告人の利益とを主として定めたるものなれば、裁判所にして此等の手續に背反することあらば訴訟關係人は之に對して異議の申立を爲し、正當の手續に回復せしめざる可からず。今此等の異議の申立を爲す可き重なる場合を擧ぐれば

(一) 公判手續の順序に違背することあり。例へば原告人より先づ陳述す可きは法律の定むる所なるに被告人をして先づ意見を陳述せよと云ふ如きあらば被告人は異議を述ふるを得べし。

(二) 裁判所の組織に關し不法の手續を爲すことあり。例へば大審院か七人の合

議判事を以て裁判す可きに六人なるとか、又は前回に出席したる判事か欠けて他の判事之に代ることあり。裁判官に交代あるときは裁判の正不正に關係するを以て異議を申立つるを得べし。

右等の場合に異議の申立あるときは之を理ありとすれば其手續を改め、又正當ならすと判決すれば棄却せざる可からず。而して之を裁判するには檢事の意見を聽くを要す。然れども檢事より申立たるときは敢て檢事に意見を述べしむるの必要なかる可し。又異議の申立は重なることに付ては爲すを得るも些細の事に付て申立つることあり。證人は被告の辯護人と親密の關係ありとか云ふ如し。法律上異議の理由とならざるときは之を棄却するは當然なり。

第二百條

裁判所に於ては公訴の判決と同時に私訴の判決を爲す可し。

私訴に付き取調未だ十分ならざるときは公訴の判決ありたる後其判決を爲すことを得

夫れ公訴の起りたるときに刑事に附帶して私訴の起りたるときは之を共に裁判するを可なりとす。蓋し刑事ありて私訴の生するが故に公訴にして取調充分な

これは私訴も亦裁判するに充分なるか故に之を同時に裁判するときは事務を迅速に終結し公私の便利を致す可し

然れども時としては犯罪の點は已に充分に明なるも私訴の點に付ては仍ほ一段の取調を要することあり。例へば被告人に私訴の責任あることは明なるも損害を加へたる額の分明ならざるあらん。此場合には證人鑑定人を以て取調へざる可らずと雖も之を取調ふるまで已に明かなる刑事の裁判を遅延するの理由なし。若し然るときは被告人は永く未決勾留を蒙むるの害ある可し。而して公訴の裁判に先ちて私訴の裁判を爲すは法律の固く禁する所なれども公訴は私訴に關係なく獨立に裁判するを得るか故に右の如く私訴の取調を要するときには先づ公訴の裁判を爲し後に私訴の裁判を爲すものと定めたり。要するに公訴と私訴と並ひ起りたるときは同時にして差支なきときは同時に若し同時にせんとせば公訴の延滞を來すの恐あるときは公訴を先にす可きなり

第二百一條

被告人有罪と爲りたるときは裁判所の職權を以て公訴に關する訴訟費用の全部又は一分を負擔す可き旨を爲す可し

免訴又は無罪の旨渡ありたる場合に於て公訴に關する訴訟費用は國庫之を負擔す

私訴に關する訴訟費用の負擔は民事訴訟法の規定に従ふ

元來訴訟費用なるものは曲者をして負擔せしむるを原則とす。何となれば義務を怠るに依りて裁判を爲すに至りしものなれば之か爲め要せし費用を自ら負擔す可きは條理の命する所なればなり。然り刑事に於て被告人有罪となりしときは公訴正當にして被告人の不法の所爲ありしこと明なるか故に従て訴訟費用を被告人の負擔す可きは當然の事と云ふ可し。然れども刑事に於ては假令被告人が敗訴するも裁判所は或は訴訟費用の全部を負擔せしむることあり。又は一部を負擔せしめ他は國庫か負擔することあり。扱敗訴者全部を負擔す可きは原則なるに拘はらず殊更に一部のみを負擔せしむるの理如何。是れ格別困難なるに非ず。時としては裁判官、檢事、豫審判事か職務に熱心の餘り爲すに及はざることまで爲すことあり。例へば輕易なる事件なるに重大の事件と考へ或は鑑定を爲さしめ、或は臨檢し、探偵吏を派出し多額の費用を支出したるに取調の上にて見れば甚だ輕き罪に過ぎざるときは如何に被告人は不正なりと云ふも全部の

訴訟費用を負担せしむるは不都合なり。是れ國庫か其一部を負担して被告人に全部を負担せしめざる所以なり

又第二項は免訴又は無罪の言渡ありたる時は訴ふ可からざる者を訴へたる者なれば其過失の原因は検事に在りて被告人は即ち勝訴者の位置に立てり。去れば國家か敗訴したる者なれば之か費用を國庫か負擔するは當然なりと云ふ可し。私訴の訴訟費用は民事訴訟法の定むる所に依るものとす。民事訴訟法に従へば即ち訴訟費用負擔の原則に依て何れの場合にも曲者に負擔せしむ

茲に一言す可きは時としては裁判官か誤りて裁判を言渡すことあり。例へば控訴の敗者か上告を爲すに及んで之を取調ふれば前裁判を破毀せざる可らざることあらば上告の費用を被上告人に負はしむと雖も、是れ前裁判所に於て裁判の不當なるより、被上告人に餘分の負擔を爲さしむるものなり。去ればとて裁判官に費用を負担せしむるあらば之か爲め取調粗略になるの恐あるを以て裁判官は假令過失あるにせよ費用を負ふか如きことなきなり

第二百二條

被告人有罪と爲りたるを否かを問はず没収に係らざる差押

物は所有者の請求なしと雖も之を没収する言渡を爲す可し

本條を講述するに當り少しく刑事訴訟法の範圍を超越するの恐あれども刑法上附加刑の事に付て論述せんとす。抑も没収を以て附加刑中に入るは不可なり。何となれば没収す可き物件は純粹の罪跡なるか故に罪と爲らざる事あるも没収を爲す事あり。附加刑とは本刑ありて初めて生ずるの名稱なり。然るに本刑なくして没収する事あらば已に附加刑とす可からざるや理の明なるものにあらずや。然らば何れの時に此の如きことある乎。例へば公訴は已に時効を得たる時の如し。然れども犯罪の用に供したる物件犯罪に由て得たる物件、法律に於て禁制したる物件の如きは没収せざる可からず。去れば没収を附加刑とせしは現行法の瑕瑾と云ふ可し。今本條を見るに有罪となりたるを否かを問はず没収に係らざる差押物云々とあり。之を裏面より云へば無罪と爲るも没収あるは本法の認むる所にして實に予の常に論せし如く罪跡として附加刑とせざるの明證と云ふ可きなり

扱右の如く没収す可きものに非ずして既に差押置きたるものは所有者の請求な

しと雖も之を所有主に還付するの言渡を爲さざる可からず。例へば予は酩酊の上自己の煙草入と信し之を腰にして歸宅せしに豈圖らんや他人の煙草入なりしときに於て所有者は盜難届若くは遺失届を爲し。而して予は現に該物件を所持せしより嫌疑を受けたりとするも予は盜罪の要素を欠くを以て無罪たるや明かなり。此場合には煙草入は所有主に返還するの言渡を爲す可く假令請求あると否とに拘はらざるなり

本條に請求あると否とに拘はらすとあるか故に不告不理の原則に抵觸するか如しと雖も犯人犯罪の地に於て捕に就かざる時は或は遠隔の地に於て裁判を受くるとあり。此の如き場合に所有者公訴の起りたるを知らずして請求を爲さざりしとて必ず原則を適用して返還を言渡さざるあらは所有者を保護するの謂に非ず。是れ此場合に不告不理の原則を適用せざる所以なり。茲に所有者とあり故に字義に拘泥するときは物品の預主又は質取主の如きは假令竊取せらるゝことあるも物品の還付を受くる能はざる如し。然れども決して斯く嚴格に解釋す可からず。質取主の如き利害の關係あるものも無論此中に入るものと廣義に解釋

せざる可からず。去れば所有者とは被害者と讀むを當れりとす。蓋し十中八九は所有者が被害者なるを以てなり

往々例證多きことなるか裁判所は所有者に返還せんとするも些瑣たる物件に在りては所有者は態々下渡を受けん爲め裁判所に出廷するの不利なるを以て所有權を拋棄することあり。斯る場合にも必ず所有者に引渡さざる可からざるや否や。思ふに檢事は公益保護の理由を以て所有者に送達す可きや否やを照會し若し下渡に出でざること確定せば相當の處分を爲すを得べきなり。然らば所有者が物件を拋棄したる場合には如何に之を處分す可き乎。或は國庫の有とす可しと云へども此の如き場合には之を犯罪人に下付するを以て至當なりと信す。何となれば民法上所有者の放棄したる物件は第一に占有したるもの之を所有するに至當とすればなり。而して第一に占有したるものは誰そや犯罪人は是なり。是れ犯罪人に下付するを以て當を得たりと云ふ所以なり

第二百三條

刑の言渡を爲すには事實及び法律に依り其理由を明示し且

犯罪の證據を明示す可し

無罪又は免訴の言渡を爲すに付ても亦其理由を明示す可し

三四〇

本條は即ち今日の裁判書に必要な點なり。昔時に於ては有司裁判を爲すに決して理由を付する如きことなかりし。故に弊害非常に多かりし。然るに今や事實及び法律の理由を記するものとせしか故に此等の弊害を一掃せり。斯く事實及び法律に依り其理由と證據とを明示せざる可からざる旨を定めたるを以て裁判なるものは事實に對し、法律を適用し、其理由は證據に依り認定したるものなれば裁判官の心證は漫然のものに非ざることを公衆に知らしめ以て裁判に信憑を措かしめ兼て裁判官の專横を防ぐの利益ある可し

事實上の理由とは即ち犯罪構成の原素及び法律上の加重減輕の原由等を云ふ。例へば竊盜なれば其構成の原素を列記し。再犯に就ては再犯に必要な各條件を記するか如し。法律上の理由とは即ち據て以て處斷する所の法律の正條を指すに外ならず。例へば前の事實に付ては刑法第三百六十六條に依り二月以上四年以下の重禁錮に該るも、被告人は十六歳以上二十歳未滿なるを以て第八十一條に依り一等を減し、一月十五日以上三年以下の範圍に於て被告何某を何年何月の

重禁錮に處すと云ふか如し
右の如く理由を付して言渡を爲すは刑の言渡の時のみならず無罪又は免訴の言渡を爲すときも然りとす

第二百四條

判決の言渡は辯論を終りたる後即日又は次の開廷日に之を

爲す可し

判決の言渡は判決主文の朗讀に因り之を爲す其判決の理由は判決の言渡と同

時に之を朗讀し又は口頭にて其要領を告ぐ可し

本條の趣旨は要するに舊來裁判官か或る事件を取調へたる後追て言渡を爲す可しと云ふか如き、果して何時言渡を爲すや曖昧不明にして之を豫知し難く如何に之を遷延するも問ふと能はざるの弊を斷たんとするに在り。若し夫れ辯論の終るや直ちに之を爲さず遷延決せざらんか其間に裁判官の死亡若くは轉任等あれば再び他の裁判官をして其事件を調査せしめざる可からざるに至り、爲めに被告人は意外の不幸に陥る可し。是れ速に事件の確定を爲さしめん爲め即日又は次の開廷日に爲す可しと一定したる所以なり。其次の開廷日に爲すを許したるは

事件の錯雜なるものに付ては如何に敏捷老練なる裁判官と雖も即日に之を審査判定するは容易の事に非ざるか故に次の開廷日に爲すを許したるなり。從來は裁判言渡を爲すに付て其事實、法律の理由の全文を朗讀したり。然るに現今にては只何年何月の禁錮に處すと云へる判決の主文のみを朗讀するを以て足れりと爲し。其理由の如きは之を朗讀するも又は其委細を告ぐるも可なり。蓋し此等の理由に至ては後日に之を知るの途あればなり。

第二百五條

判決の原本には其裁判を爲したる裁判所、年月日、其事件に干

與したる検事の官氏名を記載し、判事、裁判所書記共に署名捺印す可し。

判決書には原本、正本、謄本、抄本等の種類あり。而して原本は書記之を淨書したる上判事と裁判所書記と共に署名捺印するものにして、之を裁判所の記録に保存し置くものなり。他の正本、謄本、抄本等は何れも此原本に依り作るものとす。原本に裁判所を掲ぐる所以は正當の管轄裁判所に於て裁判したるや否やを明かにせんか爲めなり。又年月日を記する所以は即日判決言渡を爲したるか又は次の開廷日に言渡したるやを明かにし、且之に依て時効、上訴期限又は刑期計算等の調査を爲すに必要なればなり。又検事の官氏名を記載するは検事の立會なければ不法の裁判なれば其正當の公廷を開きたるを表せん爲めなり。要するに本條は判決書の原本を作る書式を規定したるものなり。

第二百六條

訴訟關係人は其費用を以て判決の正本、謄本又は抄本を求むることを得但上訴の爲め其求を爲したるときは書記より二十四時間内に之を下附す可し。

正本とは執行力を有するものにして裁判所より訴訟人の請求に應じ下附するものなり。謄本も亦正本と同じく全部を謄寫したるものなれども裁判所書記より下附するものにして執行力あらず。抄本とは一部の寫を云ふ。而して訴訟關係人は自己の費用を以て此等のもの、下附を請求することを得べし。其自己の費用を以てするか故に己れの利害に關する部分のみの抄本を求むるを得せしめたるは當を得たり。

又正本、謄本若くは抄本を下渡すは別に一定の期限なきか故に何時之を下附するも可なりと雖も若し上訴を爲さんか爲めに此等の下附を請求するものなるべし。

きは時日を経過すれば上訴の権利を失ふの恐あるを以て書記は必ず二十四時間内に下附す可しと定めたり

第二百七條

對席判決に因り刑の言渡ありたるときは裁判長より其言渡を受けたる者に前條の請求及び其判決に對し上訴を爲すを得べきこと及び其期間を告知し又對席判決に因り刑の言渡ありたるときは其判決に對し故障を爲すを得べきこと及び其期間を記載す可し
若し其告知又は記載なきときは更に其通知あるまで上訴及び故障期間の経過を停止す

凡そ一般人民は法律を知るものと推測するを以て原則と爲すと雖も是れ司法權の執行上便宜を謀るに依る。何となれば若し法律を知れるや否やに依り法律の効力を及ぼす者と否とを定めんとせば裁判所は錯雜云ふ可からざる手数を爲さざるを得ざるに至り其結果として人を刑する能はざるに至らん。去れば本條に於て正本、謄本、抄本を請求し得ると又は上訴を爲し得ると及其期間を被告人に告ぐるは實に無要の手續に類せり。然りと雖も法律を知るものと推測するは已むを得ざるより出てたる者にして實際に臨んては法律を知らざるもの比々皆然ら

ざるはなし。且つや判決言渡書又は上訴に關する事等は被告人の利害に關すると多く其期間の如きは失權の結果を生し易きものなる等肝要の事なるか故に法律は特に注意の爲め告知すと定めたる所以なり
而して之か告知は對席のときは言渡の後に爲し。欠席のときには故障を爲し得る旨を其判決書に記載するものとす。又此告知又は記載は必ず爲さる可からざるものにして之なきときは上訴又は故障の期間を停止するものにして第三項に規定する所なり

第二百八條

裁判所書記は公判始末書を作り左の事項其他一切の訴訟手續を記載す可し

- 第一 公に辯論を爲したること又は公開を禁したること及び其事由
- 第二 被告人の訊問及び其供述
- 第三 證人、鑑定人の供述及び宣誓を爲したること若し宣誓を爲さざるときは其事由
- 第四 證據物件
- 第五 辯論中異議の中立ありたること其中立に付き檢事其他訴訟關係人の意見及び裁判所の裁判

抑も調書中公判始末書は最も緊要のものなり。何となれば上訴裁判所に於て裁判するに當り前審の果して當を得たりや否や、手續に背きたることなかりしや否やを決するに必要なればなり。往々實際に生ずるは上訴に於て訴訟人が曾て斯々の要求を爲したるも之に付て裁判なきは不當なれば再ひ調査を望むと申立つるも若し其申立を爲したる事か公判始末書に記載なきときは上訴裁判所は如何とも爲す可からざるなり。去れば書記か始末書を作るに當りては極めて鄭重を盡さざる可からず。是れ本條に於て其記載す可き事項を列擧したる所以なり

(二) 法廷は公開せざる可からず、若し之を公開せざるときは法廷を組織するの要件を欠くを以て其法廷に於て言渡したる裁判は無効なりとす。尤も特別の事柄にして秘密を要するとき即ち猥褻に關する事柄、又は公安を害する事柄に對しては格別なり。然れども公開せざるか爲めには之を公開の法廷に於て公開せざることを言渡を爲して後に公開せざるを以て當然とす。即ち第二百六十九條第八號に於て公開を禁ずる言渡なくして辯論を公にせざるときは不法の

裁判として大審院は破毀の原因とせり。是れ公行したること又は公開を禁じたること及び其理由を記する所以なり

(二) 被告人の訊問及供述は豫審の如く詳細に記載するを要せず。簡單に其要領を記すれば足れり。蓋し之を記するは以て裁判の當否を鑑査するの用に供するなり

(三) 證人鑑定人の供述は依て以て裁判官の心證を惹く所のものなれば其供述せし事柄を記するは勿論なり。又其宣誓を爲したること又は宣誓を爲さざることは大に其供述の効力に影響を及ぼすか故に是れ亦必要に屬す

(四) 證據物件は法廷に於て一々被告人に示し、其辯解を爲さしむ可きは第九十八條に明示せり。去れば之か辯解を爲さしめずして之を證據物件とするは不法の裁判たるに至る可し。是れ證據物件として被告人に示したるものを記載する所以なり

(五) 辯論中異議の申立を爲すは事件に關係なきことを申立つるものあるか、又は人身攻撃に亘る等の時に多かる可し。而して此申立ありて裁判所之を裁判せ

さりしときは假令無効の制裁なきときと雖も上訴の原因となる可し。故に其申立ありたること又之に付て検事の意見其他訴訟關係人の意見并に裁判所か其申立に對し下したる裁判を記載す可し

(六) 辯論の順序は第一に事實の辯論を爲し第二に法律の適用に付ての辯論を爲す。又辯論す可き人の順序は初めに検事即ち原告官陳述し次に被告人之に答辯するものとす。若し夫れ被告人をして初めに辯論を爲さしむるあらは甚だしき迷惑を感す可きなり。又辯論の最終には必ず被告をして供述せしむ可きは第二百二十條に明示せり

第二百九條

公判始末書には前項に記載したる事項の外裁判を爲したる

裁判所年月日、裁判長、陪席判事、検事及び裁判所書記の官氏名を記載す可し

辯論數日に涉るときは其旨及び同一の判事出席したることを記載す可し

辯論中補充判事をして代らしめたるときは其旨を記載す可し

本條が亦公判始末書に記載す可き條件を掲げたり。即ち前條に記載したる事柄の外裁判所の名、裁判を爲したる年月日、出席したる裁判長、陪席判事、立會を爲した

る検事及び裁判所書記の官氏名を記載す可し。是等は正當に裁判所を構成したることを表するに必要なり

凡そ辯論終結の後は主任判事を設けて判決言渡書を作らしむるを以て、言渡の日に立會ふ判事が辯論の時に出席したる判事と異なるも實際差支なしと雖も、法律は辯論より判決言渡に至るまで必ず同一の判事之を爲す可きことを必要なりと定めたり。去れば中頃判事の交代あるときは其裁判は正當に裁判所を構成せざるものと爲して上告の理由たるや明かなり。故に辯論數日に亘りたるときは其旨及び同一の判事が出席したることを記載し以て正當に裁判所の構成ありたることを確めざる可からず

右の如く同一の判事が必ず終始出席せざる可からざるを以て若し辯論四日以上に亘る可き見込あるときは判事の疾病其他の事故に因り參與し得ざる場合に之に代り審問及び裁判を完結せしむる爲め補充判事を命することあるは裁判所構成法第二百二十條に規定したり。故に補充判事か代りたるときは其旨を記載す可きなり

第二百十條

公判始末書は判決言渡より三日内に之を整頓し裁判長及び

裁判所書記署名捺印す可し

裁判長は署名捺印せざる以前に公判始末書を檢閲し若し恣見あるときは其紙尾に記載す可し

公判始末書は上訴あるときに上級裁判所に於て據て以て裁判を下すに必要な記録なり。去れば之を整頓せしむるの日限を定め置かされは自ら之か調製を怠るの恐ある可し。是れ三日内と制限したる所以にして且其確實なるを證せんか爲め裁判長及び書記之に署名捺印するものとす
裁判長は假令意見ありと雖も其記録を變更増減するを得ず。蓋し公判の當を得たるや否やを有の儘に記録したるものなれば後に之を訂正するを許さは遂に公判始末書たるの効力を失へばなり。故に意見ありたるときは之を紙尾に附記するを得るも記載を變更するを得ず

第二百十一條

判決及び公判始末書の原本は訴訟記録に添付し其裁判

所に保存す可し若し上訴ありたるときは之を上訴裁判所に送付す可し

本條は既に前數條中に於て時に臨み説明したるか故に一讀して其意義及び理由を知るを得べきなり

第二章 區裁判所公判

第二百十二條

區裁判所は左の場合に於て其管轄に屬する違警罪及び

輕罪の公訴を受理す

第一 檢事の起訴ありたるとき

第二 豫審判事又は上級裁判所より事件を移す裁判ありたるとき

本條は區裁判所の公訴を受理する場合を定めたるものなり。治罪法に於ては違警罪裁判所に移せしを以て此場合には只違警罪のみを受理し、輕少なる輕罪事件を受理するときは治安裁判所内に輕罪裁判所を開き裁判するか故に甚だ繁雜なりしも裁判所構成法の制定ありて區裁判所の權限定まりたれば違警罪たると輕罪たるとの論なく苟も管轄權に屬する犯罪なれば左の二個の方法に依りて公訴を受理し審判を遂ぐるものとす

(二) 檢事の起訴ありたるとき 即ち第六十二條に依り地方裁判所の檢事犯罪の

捜査を終りたるるとき裁判所構成法第十六條第二號第三號に該る輕罪又は違警罪
と思料したるときは之を區裁判所檢事に送附し區裁判所檢事は此送附を受けた
るもの及び自ら犯罪の捜査上同上の罪なりと思料したるときは其裁判所に起訴
す可しとの第六十三條の規定と相照應するものなり

(二) 豫審判事又は上級裁判所より事件を移す裁判ありたるるとき 初めより前項
に述べたる犯罪なること判然たるときは檢事は直ちに區裁判所に公訴を起す可
しと雖も犯罪の情状たる千差万別なるを以て最初は重罪又は豫審を要する輕罪
なりと認定せられ豫審に付せられしも裁判の上にて見れば違警罪又は輕少なる
輕罪なるときは區裁判所の公判に付するものとす。即ち第百六十六條第百六十
七條に豫審終結に際し違警罪又は裁判所構成法第十六條第二號に記載したる輕
罪なるときは豫審判事は區裁判所に其事件を移す可しとあるに照應するものと
す。又上告審に於て前裁判を破毀し之を區裁判所に移す場合あり

第二百十三條

檢事は何れの場合に於ても被告人に對し呼出狀を發す

裁判所は裁判所書記をして被告人に對し呼出狀を發せしむ可し

檢事は元來社會の代表者即ち刑事の原告たるを以て被告を直ちに呼出すの權力
なし。若し此權力ありとせば被告も亦之に對するの權力なかる可からず。故に
被告人を呼出すの權利は之を裁判官に存せしめざる可からず。本條は即ち此事
の規定なり

檢事か被告の召喚を請求したるに方り裁判所は之を拒むことを得るや否やと云
ふに假令裁判所と雖も之を拒むの權利なし。蓋し之を拒絶するを得る如きは法
文の明示なくんばあらずと雖も法律中其存在を見ざるなり。然らば結局被告人
を呼出すと否とは檢事の掌中に歸するに至り原告に過大の權力を附與したるの
嫌なきに非ず。去れども是れ便宜上の規定にして之か爲めに弊害を生ずること
もなかる可し。何んとなれば相當の理由なくして忘りに之を請求する加如きこ
とあらされはなり。故に此間に自ら請求權の濫用を防禦するを得べし

第二百十四條

呼出狀には呼出を受く可き者の氏名、職業、住所、出頭の日

時、場所及び被告事件を記載し且被告事件違警罪又は罰金に該る可き輕罪な

るときは代人を出頭せしむることを得べき旨を記載す可し
若し被告事件の記載なき場合に於て被告人未だ其事件に付き取調を受けざ
りしときは辯護準備の爲め二日の猶豫を求むることを得

本條は呼出狀の書式を定めたるものなり。呼出狀に氏名、職業、住所を記載するは
人違なからしめん爲めにして、出頭の日時を記載するは出廷の遅延なからしめん
爲め、場所を記載するは出廷す可き裁判所の何れなるを知らしめ、被告事件を記載
するは元來人民を呼出すには理由なかる可からず、否らされは妄に官權を弄し故
なく人を呼出し、以て人民を害するか故なり。且又呼出を受くる者は何か故に呼
出を受くるやを知り豫め之か辯護を爲すの準備を爲す者とす。去れば若し被告
事件の記載なくして未だ一回も其事件に付き取調を受けたることなく、即ち初め
て呼出さるゝ場合なるときは辯護を爲すの準備を爲さしめんか爲め二日の猶豫
を求むることを得るなり
違警罪又は罰金に該る輕罪なるときは代人をして出頭せしむるを得せしめたる
は蓋し此等の犯罪は無意犯なるを常とするを以て犯罪の無形上の元素即ち意思
の有無を調査するの要なし。單に法律の罰したる事實の存せるや否やを見るを

以て足れりとす。故に本人が強て出廷するを要せざるなり

第二百十五條

呼出狀の送達と出頭との間少くとも二日の猶豫ある
可し

呼出狀の送達と出頭との間に二日の猶豫を置くは結局被告人の辯護の準備を爲
さしめん爲めに過ぎず。然るに茲に議論あり。此二日の期間は呼出狀を送達し
たるときよりするか、又は呼出狀を發したる時よりするか是なり。若し發したる
時より起算せば豫め出頭す可き日時を定むるを得るも、送達の時よりとすれば何
時送達せらるゝか不明なるを以て從て出頭す可き時日も定まらざる可し。然れ
ども學理としては此の如き疑問を生す可きも實際は起ることなし。何となれば
多くは二三日前に發するか故に之を發したる時より起算するを通常と爲し、又之
か爲め苦情を鳴らすものなければなり

第二百十六條

刑事は豫審を経ざる被告事件急速を要するときは公判
に取掛る前檢證處分を爲すことを得此場合に於ては檢事其他訴訟關係人の
立會を要せず

本條は豫審を経ずして公判に來りたる事件を豫想せり。被告事件か急速にして若し通常の手續を爲すに於ては證據の湮滅を來すか如き場合なり。例へば船内の犯罪の如き時日を経過すれば船舶の出帆する恐あり。去れば公判々事も亦豫審の手續たる檢證處分を爲すを得ざる可からず。尤も是れ只裁判官の心證を確むる爲めに過ぎざるを以て檢事其他訴訟關係人の立會を要せざるなり。

第二百十七條

證人は呼出狀の送達と出頭との間少なくとも二十四時の猶豫を以て之を呼出す可し

又呼出を受けずして出頭したる者と雖も異議の申立なきときは裁判所に於て證人として其供述を聽くことを得

被告人には辯護の準備を爲さしむる爲めに猶豫期限を與ふるも其理ありと雖も證人に對し辯護の期限を與ふるの理由なし。何となれば證人は事實の有の儘を供述するに過ぎされはなり。去れば何故に二十四時の猶豫を與ふるか。蓋し之が理由他になかる可からず。蓋し證人と雖も不在なることあらん又自宅に在るも事故の差繰り難きことあらん。然るに呼出狀を受け直ちに出頭す可しと云は

之が爲め迷惑を受くること甚しければなり
證人が自己の見聞を供述するは國民の義務なりと雖も呼出を受けずして進んで證人となるを望む如きは或は被告人の爲めにするの嫌なきにあらず。故に訴訟關係人より異議の申立を爲すことを得べし。然れども此等の申立なきときは裁判所は之を斥くるに及はず、證人として供述を聽くことを得せしむるは當を得たるものと云ふ可し

第二百十八條

判事は先づ被告人の氏名、年齢、身分、職業、住所、出生の地を

問ふ可し

檢事は被告事件を陳述す可し

本條は則ち公判の開廷せられたるを豫想せり。判事が被告人の氏名其他を問ふは其人違なきを確めん爲めなり。又年齢の如きは刑の適用に影響あり、職業の如きは例へば煙草税則違反の如きは其職業煙草營業者たるに否とにより罪の成立不成立ある可く、身分の如きは或る場合には裁判管轄に關係あり。此等の數者は犯罪を治するに關係あるものなり。是れ第一に問ふ所以なり。而して其訊問終

るや原告官即ち検事は被告事件を陳述するなり

第二百十九條

判事は被告事件に付き被告人を訊問す可し

必要なる調査其他證憑書類は書記をして朗讀せしめ又證人の供述を聽き其

他證憑の取調を爲す可し
若し被告人の自白ありたる場合に於て検事民事原告人の異議なきときは他
の證憑を取調ふるに及ばず

第一項第二項は要するに判事か其心證を作らんか爲め爲す所の手續たるに外な
らず

抑も吾人は自己を辯護するの權あり是れ人の性情に出づるものなり。然るに裁
判官と雖も此性情に反して犯罪を自白す可しと云ふは裁判の旨趣に戻るのみな
らず若し單一なる自白を以て犯罪事件を證するに充分なりとせば人に代りて自
から罪を負ふの輩續々出づるに至る可し。例へば國事犯の首領の嫌疑を受くる
場合の如き又親の嫌疑を受けたるとき子之に代る如し。故に自白のみは決して
犯罪の證據と爲らず。然れども違警罪の如きは極めて輕微の罪にして之を爲し
たりと云ふも強ち不名譽と云ふ可からず。去れば自ら犯罪を爲したる事實を認

びるに仍ほ他の證據を調ふるが如きは無用の手續なり。故に被告人の自白あり
て検事民事原告人が異議を述べざるに於ては他の證據を取調ふるに及ばずと規
定したり。蓋し之が爲めに被告人の權利を害するの恐あらざればなり

第二百二十條

證憑調濟の後検事は事實及び法律適用に付き意見を陳

述す可し

被告人及び其辯護人は答辯を爲すことを得

検事被告人及び辯護人は迭ひに辯論を爲すことを得但辯論の最終には被告

人又は辯護人をして供述せしむ可し

本條は裁判官又は辯護人として法律の適用上に實際關係するときは重大なる法
文なるを見るも學理上としては餘り論す可きことなし。抑も證據調を終りし後
は裁判官の心證を益々確かめん爲め事實及び法律に付て辯論を爲すものとす。
而して検事は社會の代表者にして原告官なるか故に先づ其意見を陳述し被告人
及び辯護人は之に答辯す。若し又検事の論すること明了ならざれば被告人は敢
て答辯するを要せずと雖も有罪となすの恐れあるときは答辯するの必要あり。
是を以て法文には檢事に對しては意見を陳述す可しと命令の文詞を用ひ被告人

及び辯護人に對しては答辯を爲すことを得として答辯すると否との自由を與へたり。然れども検事は陳述することを命令せられたりとも論す可き理由なきに不誠實に構造の陳述を爲すか如きことある可からず。

検事が先づ意見を陳述して被告人并に辯護人は之に答辯するを事實及び法律上の辯論の順序とす。換言すれば原告官先づ論告を爲し被告人は之か防禦を爲すものなれば若し被告人は別に防禦を爲すの要なきときは答辯するの要なきは前述する所に於て且検事は被告人の辯解に付て之に答へ又は辯駁するに及ばず。己れ有する所の意見丈を陳述すれば足れり。然るに實際は検事と被告人又は辯護人と論難攻撃に至ることあり。現に福島事件のとき高等法院に於て此例を見たり。是れ決して検事の本分と云ふ可からず。強て被告人の辯解を論駁して之を屈服せしめんと試むる如きは被告人に防禦の手段を與へたる主意に反するなり。尤も検事は被告人又は辯護人の答辯したる後は再び陳述するを得ざるに非ず。陳述す可き事あらば重ねて云ふを得れども検事が陳述したる上は被告人又は辯護人をして必ず供述せしめざる可からず。最終に被告人又は辯護人をして

供述せしめざるは不法の裁判なり

若し検事が陳述し被告人之に答辯し後ち検事は又思ふ事ありて陳述したるに被告人又は辯護人が更に答辯せざるときは裁判長は答辯するの權利あることを達し論することなしとして辯論の終結を望むに於ては假令供述を爲さざるも終結するを得れども。之に反するの手續を爲し検事が最終に陳述したる事か公判始末書に在るときは大審院は破毀の言渡を爲す可し。要するに原告か論する以上は被告は防禦するの權利あるに依るなり

第二百二十一條

公訴に就き辯論終りたる後民事原告人は被害の事實

を證明し且私訴に付き其請求する所を陳述す可し

被告人辯護人及び民事擔當人は答辯を爲すことを得

本條は公訴に附帶して私訴のありたるときは公訴の辯論終結後に至り民事原告人は被害の事實を證明し賠償の求を爲す可し。而して其請求が相當なるときは被告人は黙するも可なり、不相當なるときは答辯するを得。若し民事原告人か被害の事實を證明して後に公訴に及へるときは其手續は無効となる可し。何とな

これは公訴は主にして私訴は従たり、主を先にして従を後にするは理の然る所なればなり。

第二百二十二條

被告事件其裁判所の管轄に屬せざるときは判決を以て管轄違の言渡を爲す可し若し被告人勾留を受けたるときは放免の言渡を爲す可し

本條の場合に於て勾留を要するものと認めたるときは前勾留状を存し又は新に勾留状を發し其事件を檢事に交付す可し

裁判管轄に關しては民事上は甚た奇なる主義を採れり。即ち專屬裁判に屬するもの外は假令管轄違なりと雖も當事者より之か請求なければ管轄違なりとして却くるを得ず。語を換へて言へば民事上は管轄の專屬の外は當事者の合意を以て管轄と爲すを得るなり。去れば管轄違の爲め不利益を受くるものは之を申立ざる可からず。然れども刑事上は民事の如く單に私法上の問題に非ずして全く公の秩序に關係するを以て假令被告人が申立を爲さざるも管轄違の事件を裁判するを得ず職權を以ても其言渡を爲さざる可からず。是れ法文に申立を受け又は請求を俟ちと云へる文字なき所以なり

已に管轄違に屬する上は被告人を裁判するの權なきを以て従て其身軀を拘束するの權なし。然れども之を茲に適用すれば實際上大なる不都合を生ず可し。例へば津田三藏か未だ處刑を受けざるに若し一己人に對する罪として檢事か起訴を爲すなれば大津の地方裁判所は管轄を有すと雖も若し皇族に對する罪なりとすれば大審院の管轄に屬す。今假令に地方裁判所に起訴ありたるとき吟味の上管轄違なるを發見し其言渡を爲すに當り直ちに被告人を放免せば果して如何。彼我交親國の感情を害するは勿論内人民は非常に恐怖の念を發す可し。今區裁判所の管轄に屬せざるときは必ず輕罪又は重罪なるを知る可し。斯る罪人を放免して再び職權ある裁判所の捜査勾留に委する如きは安んそ社會の平和を害さざるなきを得んや。是れ前勾留状を存し又は新に勾留状を發して送致す可しとせし所以なり。要するに理論上より云はば管轄裁判所に非されば此等の事を判斷するを得ずと雖も實際の便宜を圖り斯く規定したるものと云ふ可し

第二百二十三條

被告事件其裁判所の管轄に屬し且犯罪の證據十分なるときは判決を以て法律に従ひ刑の言渡を爲す可し

本條は即ち公訴の目的を達したるときなれば裁判官は判決を以て法律の規定に従ひ刑の言渡を爲す可きものとす。而して茲に法律に従ひとは即ち刑法なり。刑法の正條に従て刑の言渡を爲すものなれば苟も正條なき時は假令國際上の思想より又は政治上の考より又は道德上の考より云は、法律の不備なるを知ると雖も刑の言渡を爲す可からず。世或は迷想論者あり國土ありて裁判官あるものなれば裁判官が法律を適用するに當りては國家なる思想を有せざる可からずと謂へり。然れども是れ憲法の何ものたると及刑法第二條の明文を知らざるの議論なり。裁判官か他の思想を以て法律を伸縮増減するあらは其局憲法と刑法第二條の原則とは瓦解するに至り國家に及ぼすの害果して如何をや。予は裁判官の眼中法律ありて國土なく、政略なく、將た威權に畏るゝ等なきを希望して止まざるなり。是れ實に司法權の獨立を維持する所以なり。本條法律に從ひの四字其意味豈にからんや。

第二百二十四條

犯罪の證據十分ならず又は被告事件罪を爲らざることを認め、又は判決を以て無罪の言渡を爲し又第六百六十五條第三號以下の場合に於て

は判決を以て免訴の言渡を爲す可し
 犯罪の證據十分ならずとは犯罪を認定するに足るの證據なきを云ひ。被告事件罪を爲らざるは犯罪を成立するの元素欠けて罪を構成せざるものを云ふ。是等の場合には無罪の言渡を爲すものとす。無罪の判決を爲すとは續り公判々事の爲し得る所にして豫審判事の爲し得ざる所とす。即ち豫審判事の爲す場合には免訴の言渡を爲すなり。何となれば豫審は公訴が成立するや否やを裁判するものにして罪ありや否やを裁判するに非されはなり。而して公訴の时效に罹りたるとき確定判決を経たるるとき大赦ありたるるとき法律に於て其罪を全免するときは豫審の場合と同じく免訴の言渡を爲すは蓋し右の場所は罪の成立なきに非すして法律上特に刑を科せざるに依るか故に純然無罪の言渡を爲すを得されはなり

第二百二十五條

前二條の場合に於ては私訴に付き其請求價格の多寡に拘はらず判決を爲す可し
 前二條の或は刑の言渡あるか或は無罪免訴の言渡あるとき等の場合に附帶した

る私訴ありたるときは其請求額の多少に拘はらず之を言渡さる可からず。刑事が無罪又は免訴となれば私訴の成立する事なきに似たりと雖も、畢竟刑事と民事とは其原因を異にする上は犯罪の元素は之を具備せざるも仍ほ人を害することあるを以て賠償の責任なきを得ず。例へば通行の際偶然其手か他人の頭に觸れて大なる創傷を爲すときは手を振りて往來を通行するか不注意なりとして毆打創傷罪に問ふ可からず、況んや過誤殺に於てをや。去れば無罪の言渡を受くること明なりと雖も、現に人を打ちて創傷を蒙らしめたる上は其賠償の責任なかる可からず。又十二歳以下の幼者か他人の重寶を盗み取り之を破壊したりとせんか刑事上の責任なしと雖も現に破壊したる損害に對しては民事擔當人は(本人なるを以て民事擔當)之か賠償の義務を盡さる可からず、是れ刑の言渡あると否とに拘はらず私訴に付て判決を爲す所以なり。而して裁判所構成法に因れば裁判管轄は金額に從て差異あり。即ち金額百圓以下なれば區裁判所の管轄なるも、百圓以上なれば地方裁判所なり。然れども刑事に附帶するときは金額は假令百圓を超過し、時としては數万數千の多きに上るも區裁判所に訴ふるを得べきなり。

法文に金額に拘はらずとあるは即ち之を云ふなり

第二百二十六條

呼出を受けたる被告人又は罰金以下の刑に該る可き

事件に付き其代人公判の期日に出頭せざるときは検事の請求する所を聽き

闕席判決を爲す可し

私訴關係人出頭せざるときは民事訴訟法の規定に從ひ闕席判決を爲す可し

呼出を受けたる被告人公判の期日に出頭せされは闕席判決を爲すものとす。又罰金以下の刑に該る可きものは其罪の性質は意思の有無を問はざるか、又は違警罪なるを以て被告人を勾留するを得ず、從て代人をして出廷せしむるを得るものなれども代人か公判の期日に出廷せざることあり。然るも被告人を勾留す可からず。何となれば本刑を言渡すとも仍ほ身軀を勾留せざる者なるに手續に付て勾留するは道理の許す所に非されはなり。去ればとて被告人又は代人出廷せざるも固より裁判言渡を延引す可からず。是れ闕席判決なる制度を設け假令被告人の出廷なきも取調にして已に充分なれば裁判を言渡を得るものとせり。而して闕席判決に於ては原告の陳述に對し被告は異議なきものと見做すを以て検事

の請求通りの判決を受くるに至る可し。而して之に對し故障を爲さるときは確定と爲るを以て被告人は其不利なる結果を受くるを欲せずんば出廷を爲すの他あらず。之を以て闕席の判決結果に伴ふ不利を避けん爲め出廷を促かすに至るものとす。語を換へて云へば闕席判決は即ち手を下さすして被告人を出廷せしむるの手段なりと云ふ可し

訴訟關係人出廷せざるときも亦上來の理由に依り闕席判決を受く可し。尤も民事訴訟法の定めに従ふは勿論なり

第二百二十七條

禁錮の刑に該る可き事件に付き被告人出頭せずと雖も豫審終結の言渡書又は公判の呼出狀を本人に送達したる證あるに非されば闕席判決を爲す可からず

豫審終結の言渡書又は公判の呼出狀を本人に送達すること能はざる場合に於ては裁判所にて猶豫の期間を定め其期間に被告人出頭せざるときは闕席判決を爲す可き告知書を其親屬又は其本籍若しくは最後の住所の地の市町村長に送達す可し若し其本籍若しくは最後の住所の地分明ならざるときは同上の告知書を少なくとも一月間裁判所の掲示板に貼付して公示す可し

國事犯の外は禁錮の刑に該るものは有意犯なるを常とし。犯罪も重大なるを以

て被告人を勾引するか又は勾留するを得るなり。此等の方法あるに拘はらず之を爲さざる場合に被告人出廷せされはとて直ちに闕席判決を下し其裁判を世に公にするは不都合なるのみならず、事件重き犯罪を檢事の請求通り判決して防禦の手段を與へしめざるは公平の處斷に非ず。違警罪の如きは社會の秩序を保たんか爲め無意と有意とに拘はらず罰するものなれば假令處罰を受くるとも不名譽に非ず從て出廷せざるの事實に付て直ちに闕席判決を下すも差支なきも、禁錮の刑に該るものは違警罪又は罰金の刑の場合と同一に取扱ふ可からず。是れ本條に特例を規定したる所以にして裁判所は飽まで被告人が公判開廷のあるを知るの證左あるか又は本人に出廷し得る様の手續を取り仍ほ出廷せざるときに非ざる可からずと定めたり

尤も闕席判決は後日故障を逃ふるを得て回復の途なきに非すと雖も、一旦失ふた名譽は容易に回復す可らざる者なり。故に豫審終結の言渡書又は公判の呼出狀を正に送達したるの證あるか、又之を送達する能はざる場合には出廷し得る様に猶豫の期間を與へ其期日に出廷せざるに及んで闕席判決を爲すの告知書を發

し被告人をして知らしめんことを務むる所以なり
要するに禁錮の刑に該るものは容易に闕席判決を下さず被告人をして防禦を爲し得る手續を定めたるか本條の主意の存する所とす

第二百二十八條

に送達す可し

闕席判決は検事其他訴訟關係人の請求に因り闕席者に送達す可し

闕席判決を受けたる者は其判決に對し故障を申立つることを得

第二百二十九條

故障申立の期間は三日とし此期間は罰金以下の刑を

言渡したる判決及び私訴の判決に付ては闕席判決の送達を以て始まり禁錮の刑を言渡したる判決に付ては被告人自ら其送達を受け又は判決執行に因り刑の言渡ありたることを知りたる日を以て始まる

闕席判決を爲すは實に止むを得ざるの制度なりと雖も元來一方の陳述に依りて裁判を下したるものなれば其眞を得ざることも多からん。故に此不都合を避けん爲め故障を許し裁判を爲したる裁判所に不服を申立て其審問を再びせんことを請求せしめたり。然れども無限に故障を述ふるの權利を與へなは遂に判決確定の期なし。故に法律は三日内に故障の申立を爲す可しと定めたり。而して其期

間の起算方法は罰金以下の刑及び私訴の判決に對しては闕席判決書の送達よりとし。禁錮の刑を言渡されたるときは被告人自ら送達を受けたるか。又は判決の執行に因り判決のありたることを被告人知りたるときよりす

茲に本條に付て困難なる問題あり。送達より單に送達したると被告人三日の故障申立の期間を起算するとき送達の日を算入するや否や是なり。例へば六月

一日に送達したりとし送達の日を算入する時は六月三日までに故障せざる可からず。若し送達の日を入れざるものとすれば六月四日に至るも仍ほ故障を述ふるを得るなり。而して今日の實際には送達したる日より三日を起算すと雖も是れ果して理論に適するものなる乎。何となれば一日は二十四時とするは法律の明示する所なり。尤も夜に入り送達するとなしと雖も送達は果して何時なるやも知る可からず。若し其日の夕に至り送達するも其日を算入するとせば遂に一日は二十四時たらしむるに至り被告人に蒙ふらしむるの不利尠ならず。予は本條は送達を以て初まり又は被告人自ら送達を受けたることを知りたる日と云ふは送達したる日を算入せず其日の夜の零時より三日を起算するを以て理に適ふ

ものと考ふるなり。尤も是れ予の意見にして實際に行はるゝや否やは止むを得ざるなり

第二百三十條

故障を申立てんとする者は闕席判決を爲したる裁判所に

に其申立書を差出す可し

本條は故障申立人の申立書を差出す可きことの規定にして一讀分明なり

第二百三十一條

裁判所に於ては故障の申立ありたることを相手方に

通知し且其事件を公判に付す可き期日を定め訴訟關係人を呼出す可し

闕席判決に對し故障ありたるときは再び通常の手續に従ふて裁判を爲すか故に其申立ありしことを相手人に通知し且公判の期日を定めて訴訟關係人を呼出さざる可からず。是れ當然の手續にして法理の存する點なし

第二百三十二條

裁判所に於ては職權を以て故障を許す可きや否や又

故障の期間に於て申立を爲したるや否やを調査し此要件の一を缺くときは

判決を以て故障を棄却す可し

本條は故障ありたるときは裁判所は職權を以て之を受理す可きものなりや否や

を調査するものなれども、其事件の本體に立入りて之を調査するものに非ず。全く被告人の故障の申立は初度の公判に闕席したるか爲めに故障を爲すものなりや否や。又は三日の期間を経過したるものに非ざるや否やを取調ふるに在り。若し是等の取調を爲さず直ちに公判に付することゝせんか故障の成立に瑕瑾あるものを公判に付するに至り、徒らに無益の手續を爲すの煩あるのみ。此煩を避けんか爲め故障を爲すの權ありや否やを調査し、其要する條件を欠くときは之を棄却するものとせり。而して其要件を具備するに及んで初めて公判を開くものとす

第二百三十三條

故障の申立を受理したる場合に於ては更に通常の規

定に従ひ裁判を爲す可し

前項の場合に於て故障申立人闕席したるときは更に故障を申立ることを得す

第一項は前條に依り公判を開きたるときを豫想せり。此場合には初め裁判を爲したるものとせず最初に立返りて取調を爲すものとす

第二項に於て故障に依り公判を開きたるときに再び闕席したるときは最早故障を爲すことを許さすとの規定なり。蓋し再三故障を許すときは裁判は際限なく確定するの期に至らず、裁判所は被告人の玩弄物たるの嫌あればなり

第二百三十四條

第二百四十七條第二百四十八條の規定は闕席判決に對する故障にも之を準用す

第二百四十七條第二百四十八條は後に説明す可し。故障期間を三日と定めたるも被告人の任意に期間を経過すれば最早之か申立を爲すの権利を失はしむと雖も、天災其他避く可からざる事變の爲め期間を経過したるときは之か説明を爲すに於ては三日の後と雖も故障の申立を爲すことを許せり

第三章 地方裁判所公判

舊治罪法を改正したる點の其重なるものは重罪事件に控訴を許したるに在り。抑も治罪法に於ては重罪を取調ふるは重罪裁判所にして其不服を訴ふるは只大審院あるのみ。然るに大審院は事實の覆審を爲す所に非ず、法律の點を取調ふるに止まるか故に苟も重罪公判にして法律に違ふの點なければ上告の途なし。違

警罪及び輕罪には控訴の途ありて獨り重罪の如き事跡重き犯罪には控訴の途を與へざりしは即ち舊法の缺點なり。蓋し立法の基礎として重罪裁判所には十餘人の陪審官を置き法律と事實の裁判官を異にし、事實に付ては陪審官の決定を終結のもの爲すの主意なりしも、後ち遂に之を廢し僅かに二人の陪席判事を置くこととなれり。既に陪審官を置くことを廢したる以上は他の犯罪の如く控訴上告共に許す可き此點をば草案の定めに従ひたるより首尾貫徹せざりしなり。然るに刑事訴訟法となりては主として之を改め重罪は地方裁判所の管轄に屬せしめたると共に控訴上告を許すに至れり

又民事刑事の權衡に付ても舊治罪法は不都合ありたり。治罪法に於ては始審裁判所は民事に付ては假令幾百万の多額に上るも第一審を言渡すの權限ありしに、刑事に付ては重罪は特別の裁判所を構成したるを以て純然たる輕罪以下に非ざれば第一審の言渡を爲すを得ざりしを以て其權衡甚だ不公平なりしなり。然るに裁判所構成法の規定に依り地方裁判所は刑事、民事ともに第一審の裁判を爲すこととなりたり

陪審官を置く事に付ては是非得失學者の論する所一ならずと雖も、予は之を設くるの當然なるを信するなり。人の所爲は法律家より見れば犯罪たるも普通の智識より考ふれば敢て刑を加ふるに及はざるとあり。故に社會普通の位置に立つ多數の人をして公平に判断せしめ、其罪す可しと決するを俟ちて刑を適用するを正當なりとす。然れども我立法官か此の如き必要なきものとして遂に陪審官を置かざるものと定めたるは予の遺憾とする所なり

第二百三十五條

地方裁判所に於ては豫審判事又は上級裁判所より事

件を移す裁判に因り其管轄に屬する輕罪及び重罪の公訴を受理す

又輕罪に付ては檢事の起訴に因り其公訴を受理す

輕罪の豫審を経べき事件及び重罪は豫審判事か其終結言渡書に依り地方裁判所に移送の言渡を爲すものとす。又上級裁判所より事件を移す場合は上告の上大審院に於て之を破毀し前裁判所に移し又は他の同等の裁判所に之を裁判せしむることあり

第二項は豫審を経るを要せざる輕罪事件は付ては檢事は直ちに公判を開かん爲

め裁判所に起訴するとき生ずるなり

第二百三十六條

前章の規定は此章に別段の定なきものに限り地方裁

判所の輕罪重罪の公判に準用す

第二百十二條以下の規定は區裁判所公判に適用す可き規則なれ共等しく公判なれば同一の事を各場合に複記するを要せず。故に之を茲に準用するの規定なり

第二百三十七條

重罪事件に付ては開廷前裁判長又は受命判事は裁判

所書記の立會に依り一應被告人を訊問し且辯護人を選任したるや否やを問

ふ可し

若し辯護人を選任せざるときは裁判長の職權を以て其裁判所所屬の辯護士

中より之を選任す可し被告人及び辯護士に異議なきときは辯護士一名をし

て被告人数名の辯護を爲さしむることを得

書記は本條の訊問に付き調書を作る可し

本條は重罪の事件に限る條文なり。即ち裁判長は公判開廷前に於て裁判書書記の立會に依り被告人を訊問するものとす。之を訊問するは裁判長に於て能く其被告事件を知得し且被告人の氣質を知り、公判の準備に供する爲めなり。又被告

人多きことある可く、或は裁判長に於て差支あるときは判事中一名をして受命判事として此訊問を爲さしむるは事務上の便宜を謀るより出てたるに過ぎず。又被告人が辯護人を撰任したるや否やを問ふものは他なし。被告人中自ら辯護人を撰任するの権利あるを知らずして之か準備を爲さざるものあればなり。又之を知るも被告人にして自ら撰任せざるべきは裁判長は其裁判所所屬の辯護士中より之を撰任せざる可からず。

爰に一の疑問あり。裁判所より職權を以て命せられたる辯護人は被告人は當然罪責ある者と思料したるに依り之を辯護することを欲せずとの口實を以て此命を辭するを得べきや如何。若し之を辭するを得るときは被告人が公判廷に於て罪狀を自白するか又は公判の半はに於て被告人の罪狀あるを知覺するときには直ちに之を辭し裁判所は復た他の辯護人を撰任せざる可からず。斯の如き場合に於ては辯護人は決して拒絶するを得ざるものと考ふるなり。又被告人が辯護人を撰任するは權利にして義務に非ず。故に必ず自身に於て之を撰任するに及ばず是れ法律が職權を以て裁判所をして選任せしむるを得ると規定したる所以なり。

辯護人一名をして被告人數名の辯護を爲さしむるときは被告人と被告人との間に於て各自身を辯護するの點に付き利害を異にして、反目相視るの狀なきに非ず。此の如き場合に一名をして數名の辯護を爲さしむ可からず。必ず一名をして被告人一名の辯護を爲さしめざる可からず。故に若し一名をして數名の辯護を爲さしめんとせば被告人の承諾を受けしめざる可からず。

本條に於て大に遺憾に思ふは重罪事件に於ては必ず辯護人を附するを要すと定め輕罪以下に限り之を要せずとせるの一事なり。去れば輕罪事件に於ては被告人より辯護人を用ふれば兎も角否らされは裁判所は之を命せず。蓋し明治十五年治罪法實施の比は代言人乏じかりしか故に被告人に代言人を附する能はざるの事情ありしと雖も、今日に至ては法律學の進歩辯護士の増加又前日の比に非ず。各裁判所所屬の辯護士なきに非ず。或は曰ん裁判所より命を受け辯護に従事するは費用の上に損害ありと。豈夫れ然らんや。凡そ辯護士が名譽を得、其名を高くする所以の者は刑事の辯護にして裁判所の命に應じて其技倆を表はすとき

尤も多し。安んそ眼前に謝金のなきを憂へんや。且夫れ司法權の上より論するに刑事は人の名譽身體の自由に關する重大の事件なり。故に原告の論辯と被告人の抗辯と同等の辯論を経て之か裁判を下さしむる可からず。然るに一方は檢事なる法律に通し且勢力ある官吏なり。若し辯護人をして之か防禦を爲さしめざらんか其位置の不權衡なる何を以てか公平の辯論あらんや。實に其力に懸隔ありと謂はざる可からず。從て裁判は公平の辯論に依り爲したるものに非ざるなり。去れば之を法理上より云ふも將た實際上より論するも苟も司法權の公平を保たんと欲せば重罪と輕罪とに論なく原被をして同等の辯論を爲さしめ以て裁判を下さしむる可からず。

第二百三十八條

裁判所に於て事實發見の爲め必要なりとするときは

檢事其他訴訟關係人の請求に因り又は職權を以て受命判事をして臨檢の處分を爲し報告を爲さしむることを得

檢事其他訴訟關係人の請求ありて裁判所は之を事實發見の爲め必要なる請求なりと認めたるるとき又は請求なくも之を必要なりと認むるときは職權を以て一人

の判事に命し臨檢をなして其報告書を出さしむるなり。畢竟事實を明確にして裁判の錯誤を避けんとするに外ならず

第二百三十九條

裁判所に於ては被告人其罪を自白したるときも雖も

仍ほ證據を取調へざる可からず

假令自白ありたりとも罪ありと決す可からず。蓋し自白は決して信用す可きものに非ず。何となれば人情として罪を免かれんとす可きものなるに自ら罪責ありと陳述するは自然の人情に反ればなり。故に犯罪人たるの情況他にあるときは格別否らされは自白のみを以て罪ありと裁判するを得ざるなり。是れ自白あるに拘はらず證據を取調ふ可しと規定したる所以なり

然るに前既に論したる如く舊時に於ては自白せされは刑の適用を爲すを得すとせり。故に様々の拷問を用ゐて是非被告人をして自白を爲さしめたり。然れども今日に至ては全く之と反對にして被告人は自白するの義務なく又假令自白するも之のみを以て裁判す可からずとせしは司法上進歩の徴と云ふ可きなり

第二百四十條

裁判所に於ては被告事件區裁判所の管轄に屬するもの

を認めたるときは雖も第一審の判決を爲す可し

私訴に付き其請求の價格通常民事上區裁判所の管轄に屬するときは亦同し

上級裁判所の權限に屬するものは下級裁判所か裁判するを得ずと雖も下級裁判所の管轄に屬するものは上級裁判所に於て裁判するも少しも差支なきなり。故に地方裁判所に於ては區裁判所の管轄に屬すること明かなるに至るも敢て之を區裁判所に移すに及ばず。地方裁判所に於て第一審の判決を爲すを得るなり。私訴に付ても其金額か區裁判所の管轄に屬するものと雖も地方裁判所に於て之を裁判するを得るなり

本條は甚だ簡單なるか如しと雖も之か適用の範圍は廣し。彼の津田三藏事件を大審院か管轄するを得たるは本條の説明に依るものとす。第三百十六條に前數條に於て特に規定したるものを除くの外豫審公判の手續は第三編第四編の規定を準用すと。即ち第二百四十條の如きは準用して以て彼の事件を大審院か裁判するを得るの理由となれり。大審院か一旦自己に屬するものと決定して其公判に移したる上は假令地方裁判所又は區裁判所に屬するものと見るも管轄違を言

渡すに及ばず。又一方より見るも大審院に於てこそ初めて司法權の獨立を認むるを得るなり。控訴院以下に至ては團體も小にして且勢力少し從て外部の勢力に動かさるゝことなきに非ず。津田事件の如き若し地方裁判所に委任せば如何なる裁判を爲したるや其運命を知ること能はざるなり。大審院か之を管轄して裁判を結了せしは實に當を得たるものと謂はざる可からず。本條に直接に關係なしと雖も上級裁判所か下級裁判所の權限に屬するものを裁判するを得るの説明はなる可し

第二百四十一條

裁判所に於て輕罪として受理したる事件を重罪なり

とするとき又は檢事より更に其事件を重罪として訴追することを申立たる

ときは豫審判事に送付する決定を爲す可し但被告入勾留を受けざるときは

勾留状を發す可し

其被告事件豫審を経たるときは公判を止め更に重罪事件として裁判す可き

旨の決定を爲し受命判事をして其事件の取調を爲し報告を爲さしむ可し

受命判事は豫審判事に屬する處分を爲すことを得

輕罪として受理したる事件重罪たるか又は檢事より重罪として訴ふるときは重

罪と輕罪とは公判の取扱を異にし且重罪は必ず豫審を経ざる可からざるものなれば豫審判事に送付せざる可からず。又重罪は未決中と雖も凡て勾留するものなるか故に被告人勾留を受けざる時は勾留狀を發し。若し已に豫審を経たる事件なりしときは右の手續は無要なり故に改めて重罪として裁判す可き旨の決定を爲し。受命判事をして其事件を取調へ且報告を爲さしめ之に據て裁判を爲すものとす。而して其取調を命せられたる判事は豫審判事に屬する職分を行ふを得。故に臨檢鑑定其他の手續を爲すの權ありとす。是れ事實を發見するに付て必要なればなり

第五編 上訴

上訴とは要するに裁判所の裁判を不服として之を上級裁判所に申立つるを云ふ。故に第一審裁判の不服を第二審裁判所に申立て、第二審裁判の不服を上告審に申立て又裁判所の爲したる決定に對し抗告するを稱して上訴と云ふ。何故に上訴を許したるや、一旦裁判所に於て裁判したる上は上級裁判所に於て再び之を裁判するの要なきか如しと雖も、蓋し裁判は矢張り吾人々類の爲すものなれば錯誤なきを保せず。上訴は即ち此錯誤を防ぐ爲めに在り。願ふに錯誤は原被告双方にあることあらん、又原告のみに存するとあらん、又被告の方にあることあらん。其何れに在るに拘はらず之を救正するは實に裁判の公平を維持するに必要なりとす。然れども一利あれば一害あり、上訴の道を與へたるに依り訴訟人は之を濫用し裁判の執行を猶豫せしめんか爲め上訴を爲すものあり。然れども此等の弊害あればとて上訴の途を閉塞するを得ず。又之か爲め裁判の延滞あればとて以て裁判の錯誤を救正するの利に優ること能はざるなり。人或は合議裁判は裁判の延滞

ありとして之を非難するものありと雖も、是れ皮相の見たるを免かれず。上訴の途を設くるも亦合議裁判の方法を探るも要するに裁判の錯誤を防止するに外ならず。而して上訴の途を設くるに至ては、論者と雖も之を賛成する所にして、獨り合議裁判の制度を攻撃するは論點を誤るの甚しきものと謂はざる可からず。且又合議裁判は私謁請託の弊害を防止するの益あり。何となれば一人の判事なれば多少不公平の事なきを得ず。然れども判事の員數多きときは悉く之を欺くこと人の能くし得べき所に非ず。故に到底私謁請託の行ふ可からざるを知り、訴人の斯る奸策を企つるものなきに至る可し、是れ亦合議裁判の一利なり。

第一章 通則

第二百四十二條

檢事其他訴訟關係人は法律に許したる上訴を爲すことを得

とを得

檢事は被告人の利益の爲めにも亦上訴を爲すことを得

法律に許したる上訴とは法律の定めたる途に依り上訴するを云ふものにして、天皇陛下に直訴し又は司法大臣に上訴する如きは方角違の上訴にして法律の許す

所に非ず

輕罪以下の犯罪なるときは辯護人なきことを想像せざる可からず。此場合には裁判の錯誤を生ずること多からん。假令辯護人ありとするも不幸にして重き刑の言渡あり、又は法律に背くことあるに方り被告人之に注意せず辯護人も亦氣付かざるときは檢事は公益の保護を爲すの點よりして之に代りて上訴を爲すことを得。被告人の自ら上訴するは自己に利益の爲めに非されは上訴す可からず。又檢事をして原告官たる資格より云は、相當の刑より輕き刑の言渡あるに方り之を不服として上訴するを常とす。其被告人の利益の爲め上訴するか如きは即ち原告官たるの資格に於てするに非ずして、公益の保護を司るの點よりして爲すものなり。

第二百四十三條

辯護人は被告人に代り上訴を爲すことを得但被告人

の明言したる意思に反することを得ず

檢事は被告人の利益の爲めなりと思料すれば被告人は之を上訴するを望まざるも上訴することを得べし。又辯護人は被告の利益を主とするを任とするものな

これは上訴を爲すを得れども其檢事と異なるの點は辯護人は被告人が裁判に服し上訴を斷るに拘はらず上訴するを得ず。蓋し辯護人は往々被告の利益に反して上訴することあればなり。而して斯の如く規定するも差支なし何となれば尙ほ檢事か上訴するの途あればなり

第二百四十四條

得

被告人の法律上代理人は獨立して上訴を爲すことを

法律上代理人とは後見人或は親權を行ふ親又は失踪者の財産管理人の類なり。此等の人は別に被告本人の依頼なきに拘はらず無能力者に代り獨立して上訴を爲すことを得るなり。是れ本人は無能力者にして是を識別するの智識に乏しきか又は不在者なれば其者の利益を保護するの任ある法律上代理人は本人の依託を俟たず進んで利益を計畫せざる可からされはなり

第二百四十五條

獄署長に差出し署長は之を其裁判所に送致す可し

勾留を受けたる被告人上訴を爲すには其中立書を監

本條は勾留を受けたる被告人か上訴を爲すの手續に係れり。監獄に在るものは

自ら裁判所に申立書を差出すを許さず。其監獄署長に差出して裁判所に送致せしむるなり。蓋し監獄に在るものは外部に對する一切の事監獄官吏の手を經由せざる可からされはなり

第二百四十六條

にても之を取下くることを得

檢事を除く外上訴を爲したる者は其判決ある迄何時

上訴を爲すときは檢事は最早之を取下くるを得ず。其他の訴訟關係人は之を取下くるとを得るなり。何故に檢事は取下くるを得ざるや蓋し檢事は社會の代表者として上訴を爲すものにして己れの權利として爲すものに非す己に己れの權利に屬せず安んそ之を處分するを得んや。一己人か己れの權利を處分するとは素より同日の論に非す。要するに檢事は自斷するの權利なく社會に代り之を行ふに過ぎざるか故に自己の意に従て自由に取下くるを得ざるなり

第二百四十七條

訴訟關係人天災其他避く可からざる事變の爲め上訴

期間を経過したる場合に於て其旨を疏明したるときは期間を経過したるに因り失ひたる權利を回復することを得但障礙の止みたる日より通常の期間

内に其疏明方法を申立書に記載し上訴を爲す可し

控訴は判決言渡ありたるより五日内に申立ざる可からず。又上告は判決の日より三日内に申立ざる可からず。若し其期間を経過するときは最早控訴、上告を爲すの権利を失ふものとす。然れども若し天災其他避く可からざる事變の爲め其期間内に上訴する能はずして期間を経過するものにも失權の結果を受けしむるは決して正當の規定と云ふ可からず。是れ其障礙の爲め止むを得ず期間内に上訴の申立を爲さざるに至りしことの疏明を爲すものには権利の回復を許したる所以なり。而して此場合には其障礙の止みたる日より通常の期間内に其疏明方法を上訴の申立書中に記載して上訴を爲す可きなり

第二百四十八條

前條の申立ありたるときは裁判所書記速に其申立書を相手方に送達す可し相手方は三日内に答辯書を差出すことを得

上訴を裁判す可き裁判所に於ては檢察の意見を聽き先づ其申立を許す可きや否やを決定す可し

訴訟人中予は天災其他避く可からざる事變に依り期間内に申立つる能はざりし

として期間後に疏明して申立を爲したるときは裁判所書記は之を相手方に送付す。而して裁判所は果して天災に依りたるや否やを決定し若し之を然らすとすれば訴訟は茲に落着す可し。若し其申立を理由ありとすれば其上訴を許すものとす

檢察か其上訴に立會ふは三日内に申立てずして期間以外に申立つるものなれば例外に屬するを以て公益に關係する事ありとして之に立會ひ其意見を述ふるに外ならず

第二百四十九條

上訴完結の後其訴訟記録は上訴審に於て爲したる裁判の謄本と共に第一審裁判所に之を返還す可し

第一審の裁判記録は上訴の爲め上訴審に送付するも其訴訟の完結の後は之を返還するは當然なり。又上訴審に於て爲したる裁判は第一審裁判に密接の關係あれば其謄本を共に送付するものとせるなり

第一章 控訴

第二百五十條

控訴は區裁判所又は地方裁判所の第一審に於て爲した

刑事訴訟法 第二百五十條

る本案の判決及び第百八十七條に規定したる本案前の判決に對し之を爲す
ことを得

本條は控訴の如何なるものなりやの事實を示したり。蓋し控訴と云へは控訴院
に訴ふるか如しと雖も然らず區裁判所の判決に對する控訴は地方裁判所に爲し
地方裁判所の第一審に對する控訴は控訴院に爲すものなり。又本案前の判決即
ち第百八十七條の(第百八十七條に曰く)裁判所に於て前條の申立を却下したる
此場合に於ては本案(きは本案の判決を俟たす直ちに控訴又は上告を爲すことを得
の辯論を停止す)場合に於ても控訴を爲すことを得るなり

第二百五十一條

控訴は判決の一分に限り之を爲すことを得若し之を
限らざるときは判決の全部に對し控訴を爲したるものと看做す可し

判決は單純にして只一なるものに非ず、一判決中種々の部分を含めり。例へば檢
事は謀殺なりとして公訴を起し、被告人は故殺なりとして之を争ひ、裁判所は謀殺
なりとして判決したるを以て被告人は之か不服を申立て豫め謀りたるものに非
ずとして其點に付て控訴を爲したる時は判決の一部分に對する控訴なり。斯く
其不服の點のみに付て一分の控訴を爲すことを得るなり。然れども被告人は此

々の部分に付て不服なりとて控訴するに當り前判決は不法なりと云ふ事あり。
若し一部分なりと明言せざるときは全部に對し控訴したりや否やの問題を生ず
るを以て之を避けんか爲め一部分の時は一大部分なりと云ふ可く若し之を明かに
示さざるときは全部に對し控訴したるものと看做すものと定めたり

第二百五十二條

控訴の期間は判決言渡ありたる日より五日とす

開席判決を受けたる者は故障の期間内故障を爲さずして直ちに控訴を爲す

ことを得

此五日の期間の起算點如何。若し判決言渡の日より起算すとすれば其日より五
日目の夜の十二時までに控訴期間は盡く可しと雖も、初め判決のありたる日は
夜の十二時までを算ふるも二十四時間に足らず、故に若し定日より起算すとすれ
ば六日目の夜零時までは控訴するを得るなり。而して期間の事に付ては羅馬法
以來明文を以て定めざりしより議論の盡きざりし問題なり。蓋し他の場合を參
照して之を考ふるに判決の日を起算せず其翌日より起算するを法理に合するも
のと考ふれども本條の明文を見れば判決言渡ありたる日より五日とすと定めあ