

法政講義第一集 第十一冊

刑事審判官

丙午社印行

刑事訴訟法

(第十一册)

MG
D715 301
b



例言

一是編爲日本板倉學士所講授編者以講堂筆記修訂而成其有講時過畧或其理難明者間取豐島直通氏松室致氏寺尾亨氏之說以證明之別以參攷二字使不相混

一訴訟法爲手續法解釋若不明晰則運用實體法時必致齟齬板倉氏爲日本司法官數十年最有經驗故於講時往往舉其所得以批難日本訴訟法之缺點及駁正他學說之偏見故閱此編者於斯法之煩難處可以解其紛而祛其惑特編者識有未足或不能達講述之意旨深於此學者有以指正之是所冀幸

一是編因付印期迫文字校正不免謬誤閱者幸賜匡正

編者識

刑事訴訟法目次

第一編 總論

第一章 刑事訴訟法之定義及其效力	一
第一節 刑事訴訟法之定義	一
第二節 刑事訴訟法之效力	五
第二章 刑事訴訟之審理主義	一
第三章 公訴及私訴	一六
第一節 公訴	一七
第一款 公訴之定義	一七
第二款 公訴之效力	二九
第三款 公訴消滅	三〇

第二節 私訴…………… 四八

第一款 私訴之定義…………… 四八

第二款 私訴之手續…………… 五七

第三款 共同訴訟…………… 六一

第四款 私訴消滅之原因…………… 六二

第四章 被告人受無罪或免訴之裁判時公訴關係者之責任…………… 六七

第五章 期日期間書類之作成送達及親族例附…………… 七一

第二編 裁判所及訴訟當事者

第一章 裁判所…………… 八五

第一節 裁判所之管轄…………… 八八

第二節 裁判所職員之除斥及忌避回避…………… 九四

第三節 裁判所之共助…………… 九七

第二章 訴訟當事者·····	一〇〇
第一節 當事者能力及訴訟能力·····	一〇三
第二節 當事者之代理及補佐·····	一〇四
第一款 檢察及其代理官補佐官·····	一〇五
第二款 被告人之代理人及辯護人·····	一〇八

第三編 通常訴訟手續

第一章 犯罪之搜查·····	一一五
第一節 告訴發及自首·····	一一六
第二節 現行犯·····	一一九
第二章 公訴私訴之提起·····	一二五
第一節 公訴之提起·····	一二五
第二節 私訴之提起·····	一二八

第三章 豫審	一三〇
第一節 豫審之開始及被告人之召喚勾引勾留	一三二
第二節 證據及證據之蒐集	一三七
第一款 被告人之訊問及對質	一四二
第二款 檢證搜索及物件差押	一四五
第三款 證人鑑定人之訊問	一四六
第三節 現行犯之豫審	一五四
第四節 豫審終結	一五七
第四章 公判	一六二
第一節 口頭辯論	一六二
第一款 辯論前之手續	一六三
第二款 公訴之口頭辯論	一六七
第三款 私訴之口頭辯論	一七二

第二節 裁判	一七四
第一款 裁判之處分	一七四
第二款 裁判之形式成立及言渡之手續	一八一
第五章 攻擊未確定裁判之方法	一八三
第一節 故障	一八三
第二節 上訴通論	一九七
第三節 控訴	二〇八
第四節 上告	二三二
第五節 抗告	二五九
第六章 對於確定裁判攻擊之方法	二六五
第一節 非常上告	二六六
第二節 再審	二六八
第一項 再審制度之比較	二六八

第二款	可爲再審目的之裁判及再審之條件	二七三
第三款	再審之權利者	二八二
第四款	再審之手續	二八三
第七章	裁判之效力	二八六

第四編 特別訴訟手續

第一章	大審院特別權限之訴訟手續	二九五
第二章	懲治處分之手續	二九七

第五編 裁判之執行復權特赦及刑之猶豫執行

第一章	裁判之執行	二九九
第一節	總論	二九九
第二節	各種刑之執行	三〇一

第三節	關於刑之異義及疑義·····	三〇三
第二章	刑之執行消滅之原因及求其消滅之手續·····	三〇三
第三章	刑之執行猶豫·····	三〇五
第一節	刑之執行猶豫之要件·····	三〇六
第二節	審理手續·····	三〇八
第三節	刑之執行猶豫裁判之效力·····	三一—
第四節	刑之執行猶豫之裁判效力之消滅·····	三一三
第五節	求執行猶豫確定裁判之取消之訴訟手續及命令取消之效力·····	三一六

刑事訴訟法目次終

刑事訴訟法

元和 張一鵬 編輯

第一編 總論

第一章 刑事訴訟法之定義及其効力

第一節 刑事訴訟法之定義

刑事訴訟法者。公法中關於規定訴訟手續之法律。其主目的在使刑罰得適用於犯罪。而從目的則在救濟因犯罪而受侵害之私權也。以下分析說明之。

第一 定義所謂使刑罰得適用於犯罪爲主目的者。謂無論何國。既有犯罪之人。即有相當之刑法。此刑法爲保護國家安寧秩序之法。而亦維持主權必要之條件。各國刑法。雖趨向不同。然其結果。則皆沒收人之財產。剝奪人之自由及生命。影響既如是重大。則不可缺適用之手續法。欲使犯罪者不漏網。當定手續法時。

不可不綿密。欲使無罪者不被枉。當定手續法時。又不可不正確。否則難保裁判官之必無錯誤也。

第二 定義所謂救濟、因犯罪而受侵害之私權、爲從目的者。謂人人有其生命、自由、財產。一旦爲人侵害。不獨受種種苦痛。且於其職業上。大有妨害。故依民法之規定。則可要求賠償損害。即所謂私權也。夫私權既規定於民法。則刑事訴訟法中。似可不設。然爲訴訟者及裁判官便利起見。則規定於刑事訴訟法中。其利益如左。

(甲) 被害者之便利 有刑事訴訟法之證據。即可爲民事訴訟法之證據。使刑罰請求權、與私權救濟權得併行。益之大也。

(乙) 裁判官之便利 使裁判官於刑事審判之時。附審民事。手續時間既省簡。而請求者復不煩勞。其附審之手續。另有規定。俟後說明。

第三 定義中所謂訴訟手續者。專指通常裁判所(即司法裁判所)之訴訟手續而言。故刑事訴訟法之訴訟手續。不得適用於特別裁判所。例如軍事裁判所。官

更裁判所。刑事訴訟法之訴訟手續。不得適用是也。蓋陸海軍軍人之刑事訴訟手續。有陸海軍治罪法。至懲戒官吏之訴訟手續。又有文官懲戒令。判檢事懲戒法。等。是皆規定特別訴訟手續也。此外依日本現行法。有以行政處分。而處理刑事事件者。此手續亦別有規定。如違警罪即決裁判手續。間接國稅犯者之處分。一則警察署長裁判之一。則稅務署長裁判之。但此等裁判手續。本屬變例。故被告者對於此等裁判不服。而請求司法裁判所裁判之權利。仍不被奪。

第四 定義所謂公法者。因刑法屬於公法。則適用刑法之手續法。自不得不爲公法。且就其所規定者觀之。如提起公訴之檢事。判決之判事。皆爲國家機關。與被告人之關係。其爲公法。更無疑矣。

定義既述於前。以下更就刑事訴訟法。與民事訴訟法差異之點言之。

第一 其適用之實體法異。刑事訴訟法所適用者爲刑法。而民事訴訟法所適用者爲民法。

第二 其法律關係之主體異。刑事保護國家之安寧秩序。則以國家爲主體。而檢

事爲其代表。(但有學者謂刑事由國家及被害者及加害者三方而成)民事保護人民之權利。則以人民爲主體。雖國家有時亦爲民事之當事者。然與人民之資格相同。

第三 其立法之主義異。刑事以干涉爲主義。民事以不干涉爲主義。所謂刑事之干涉者。列舉如下。

(甲)已經審判。不得取下。已經檢事提起公訴。亦不得取下。

(乙)裁判官於審判時。發見附帶犯罪。不以起訴之事實爲限。得以更處分之。

(例如訴者謂被告者盜米一石。而附審出盜米十石。訴者謂被告者爲竊盜。而附審出爲強盜之類。)

(丙)檢事呈出之證據。苟不充分。裁判官可調查其他之證據。而判決之。

刑事干涉之實例。見刑事訴訟法第百八十四條。「於裁判所未受訴之事件。不得爲裁判。但因辯論發見之附帶犯罪。不在此限。」

所謂民事之不干涉者。列舉如下。

(甲) 裁判官審理之範圍。只限於原告申立之事實。不得於所訴事件外。判及他事。(例如甲乙有百圓之交涉。而甲之控乙。但言五十圓。則裁判官雖明知爲百圓。亦祇照五十圓判斷。)

(乙) 未判定之訴訟。苟由當事者之承諾。即可取下。

民事不干涉之實例。見民事訴訟法第二百三十一條。「裁判所無使不申立之事物。歸於原告及被告之權。」

民事以不干涉爲原則。但有例外。如檢證及鑑定。(按見民事訴訟法第一百七條) 裁判官得以職權命之。有似於刑事之證據。然亦有學者謂檢證及鑑定之性質。並非證據者。苟如其說。則并無例外矣。關於檢證鑑定之是否證據。容後詳之。

第二節 刑事訴訟法之効力

効力分四種。(一)關於時之効力。(二)關於土地之効力。(三)關於人之効力。(四)關於事物之効力。

甲 關於時之効力

凡法律効力。常有一定期間爲限。故法律廢止後。効力自失。而溯及既往。（即法律發布以前）使有効力。亦必無之理也。但刑事訴訟中。若徒拘泥理論。實際卻有不便。故刑事訴訟法。特設例外規定。該法第二十二條第一項。謂「此法律關於頒布以前犯罪。亦得適用。」其第二項。又謂「頒布以前所爲之訴訟手續。若不背當時之法律。仍有効力。」蓋依頒布以前法律。事件既已審理。其手續若歸無効。不便實甚。故其手續。雖與現行訴訟法所定者相反。而照諸當時法律。若既有効。其効力仍不消失。至第一項理由。即如刑事訴訟法實施前。訴訟既已終局。後若提再審之訴。不依前手續法之規定。當以現行刑事訴訟法爲準。是蓋再審之訴。刑事訴訟法第二百一條以下。詳有規定。該法第三百二條第五號。謂「受刑之言渡者死。其親族得提再審之訴」。若是。則舊治罪法（現行刑事訴訟法以前手續法）中。雖無第三百二條第五號之明文。而其親族得依本條以起再審之訴。又如刑事訴訟法之原則。凡受無罪之確定判決者。關於同一事件。不再受訴。唯豫審中。雖受免訴判決。若後有新證據。裁判所仍許其再訴。故此等事件。若其免訴在舊治罪法時。而再訴起於刑事訴訟法實施之後。既有規

定。則許其再訴。是亦排斥舊治罪法。而適用刑事訴訟法也。但茲有當注意者。公訴時效之規定。不依現行訴訟法計算。仍從舊治罪計算是也。蓋時効事項。刑事訴訟法。雖有規定。而其實質。不專爲手續。乃犯罪之消極的處分。條件。故從舊治罪法。已得時効者。雖於現行刑事訴訟法。未滿時効。則依舊治罪法。不處罰之也。

乙 關於土地之効力

是名領土主義。如日本刑事訴訟法。行於日本帝國全版圖內。即爲采此主義之證。凡在日本帝國內通常裁判所。審判刑事訴訟。皆依刑事訴訟法。唯限於法律上。別有明文者。得以適用他手續法。例如刑事訴訟法第四條第二項。得依民事訴訟法。參加訴訟者是也。

茲舉適用領土主義之例如左。

(甲) 在外國犯罪。而審理則在日本通常裁判所時。適用日本刑事訴訟法。

(乙) 法律上共助時。亦適用日本刑事訴訟法。所謂法律上共助者。即在外國所施之刑事訴訟手續。而日本因補助之故。當在日本通常裁判所。施行刑事訴訟手續。

者是。例如受外國裁判所囑託。取調證人鑑定人時。則依日本刑事訴訟法。

(丙)但在外國犯罪。依外國裁判所之訴訟手續。刑既判決。則不能於日本裁判所執行之。蓋日本通常裁判所。若執行外國所判決之刑。是無異外國刑事訴訟法。得適用於日本。與領土主義相衝突。故不容外國法律行於日本也。至外國判決。得在日本執行者。唯以條約上有特別規定者爲限。

丙 關於人之効力

凡日本裁判權所及之區域。不論對於何人。皆以適用日本刑事訴訟法爲原則。唯有例外如左。

(甲)內國及外國之主權者。日本之主權者爲天皇。法律爲天皇所制定。故不能適用於制定法律之人。憲法第三條云。天皇神聖不可侵犯。即此理由。至外國之君主及大統領。雖亦爲主權者。自法理上嚴格論之。苟在內國。則與私人無異。但依國際慣例。本國法律。亦對之不能適用。此一般學說所同認者。又自事寔上言。外國之主權者。從無來至日本之事。則刑事訴訟法。固無可適用。然自理論言之。或

因結約旅行而來者。設有過失殺傷之行爲。自與刑訴上大有關係也。

(乙) 駐在內國之外國公使。公使爲代表其本國者。當與外國主權者。同受尊敬。刑事訴訟法。既不適用於外國主權者。故公使亦不適用。

(丙) 軍人軍屬。日本陸海軍武官以下。至士卒爲軍人。陸海軍之文官爲軍屬。均屬陸海軍特別裁判所管轄。皆不適用刑事訴訟法。蓋陸海軍治罪法。爲特別之手續。特別法優於普通法故也。

案以上三種。爲絕對的不能適用。以下所舉者。其適用必依一定之手續。否則亦不能適用也。

(丁) 皇族及勅任奏任官。此以得天皇許可爲一定之手續。否則不適用刑事訴訟法。(奏任官。但由總理大臣許可)

(戊) 帝國議會議員。在開會期限以內。不能適用。限外則否。

丁 關於事物之効力

所謂事物者。即犯罪之種類之義。刑事訴訟法。以凡有犯罪之行爲。皆適用之爲原則。

但例外者如左。

(甲)軍律。當依軍律處分之物者。不適用刑事訴訟法。但當分別言之。如係軍人軍屬之犯罪。有當以軍律處置者。有當以普通刑法處置者。然此區別無甚利益。茲所區別者。則在普通人犯軍律時。當從軍律處置之是也。

(乙)北海道集治監(獄名)之囚人。此監中之囚人犯罪時。由司獄官吏。以特別手續審判。不屬於通常裁判所。故不適用刑事訴訟法。

(丙)司法警察官之行政處分。犯違警罪者。歸於司法警察官之行政處分。以違警罪即決例。爲特別手續法。不適用刑事訴訟法。但若警察官處分不公平。犯人得以正當之訴訟手續。請求裁判所之裁判。

(丁)間接國稅犯則事件。例如不得官許而私造酒者。係違反間接國稅之規則。當由稅務署長。依間接國稅犯規則處分之。故不適用刑事訴訟法。稅務署長判決後。以確定之罪刑。及罰金之數。用通告(判決文)言渡於犯人。若不服則署長得以他之通告。申請於裁判所。

第二章 刑事訴訟之審理主義

審理主義。各國自古以來。分爲數種。今舉其最要者。

(第一) 糺問主義與彈劾主義

糺問主義者。謂於一裁判所內。合併訴追(提起公訴)裁判二者之作用。彈劾主義者。與糺問爲正反對。分離訴追裁判二者之作用。而以訴追機關。專屬檢事。裁判機關。專屬判事。非檢事提起公訴。則判事不得爲裁判。又有辯護士機關。立於兩造之間也。

考各國法制史。未開時代。半採糺問主義。日本維新以前亦然。厥後乃漸轉爲彈劾主義。論兩主義之優劣。則彈劾主義。固勝於糺問主義也。茲綜其要點有四。

(甲) 分業之利益。檢事未起訴以前。調查證據。判事於檢事查明證據起訴後。始行裁判。若經濟上之分業然。

(乙) 裁判可以公平。採用糺問主義。則訴追作用。與裁判作用合併。例如一人犯罪。裁判官必先搜查罪人之證據。當裁判官搜查時。已有是人必爲犯罪

之見。先入其心。故裁判時雖欲求其公平。而因有先入之見。或至陷於不公平之弊也。

(丙)裁判官責任可以減輕。以訴追裁判兩作用。併屬於一人之身。則裁判官責任過重。或致有背良心。例如裁判官搜查罪證。自提起公訴。既以爲有罪。至審問時。反發見其罪證不實。恐以前後之悖戾。貽人之疑議。勢必多方回護。以實其所搜查。於是背良心而執行其裁判者有之。若用彈劾主義。則裁判官得依一己之良心。不受訴追者之束縛。而於其職權範圍內。可以審查罪證之實否。爲公平之判決也。

(丁)被告者可得保護。採用糾問主義。裁判官即爲原告。則原告與被告。法律上之地位。殊不平等。其訴訟手續進行上。於被告亦甚不利益。若用彈劾主義。則檢察爲原告。罪人爲被告。此外尚有裁判官。其訴訟手續進行上。法律上原被告之地位。無不平等。故曰可以保護被告者也。

日本刑事訴訟。採用彈劾主義。刑事訴訟及裁判所構成法。是其證也。刑訴第

一條云。「公訴者、以證明犯罪適用刑罰爲目的、從法律所定之區別、以檢事行之、」是明以訴追專屬檢事之職也。又第二編第六十七條云。「除現行之重罪輕罪外、豫審判事、非有檢事之請求、不得豫審、」第一百八十四條云。「於裁判所未受訴事件、不得爲裁判、」是明以裁判官不能兼爲訴追也。又裁判所構成法第二十七條。「地方裁判所、就左之事項、有裁判權、」又第八十一條云。「檢事無論以如何方法、不得干涉或取扱判事之裁判事務、」是裁判專屬於裁判官之職也。以此觀之。檢事與裁判官、各有職權、分離獨立。其爲採用彈劾主義也明矣。日本刑訴法。唯規定豫審一章。似含有糾問主義之一分子。即所謂判事豫審時。於檢事所未指示者。有審查之權。又檢事不請求調查證據時。豫審判事。得自檢查之是也。然此不得謂日本刑訴法參用糾問主義。因豫審非直接裁判之作用。不過蒐集罪證而已。就理論上言。仍與彈劾主義不異也。

(第二)干涉主義與不干涉主義

干涉主義者。檢事提起公訴後。當事者不得處分之。(當事者、謂原被兩造、處分、

謂如民訴之取下及和解，必俟裁判確定。訴訟手續乃得終了也。不干涉主義者。如民事訴訟。原告提起訴訟於裁判所。中途可以取下或和解。其如何和解。裁判官不得干涉之也。

二者區別之標準。可由證據上觀察之。例如檢察事提起公訴時。有二證據。裁判官得以其職權決定之。又若檢察事欲以甲爲證人。而裁判官信乙之爲證人勝於甲。得以其職權更調之。此干涉主義也。

用干涉主義時。裁判官除檢察事所申請之事實。絕不相關者。不能調查外。凡與事實相關連者。均可調查。例如甲乙二人爲百金之貸借。而起訴訟時。甲但申出乙負其百金。而此外尙有利息金五十元。如用干涉主義。則於原被告所申出之百金外。尙可查及利息若干。用不干涉主義。即限於原被告所申出之百元。不能查及利息也。

日本刑訴用干涉主義。民訴用不干涉主義。惟刑訴雖用干涉主義。要非與不訴不判之原則相反。唯發見附帶犯時。則不待公訴也。

刑訴何以用干涉主義。民訴何以用不干涉主義。則因刑訴所規定。於公益有關係。民訴所規定。於私益有關係也。民訴但憑當事者所申出之事件及證據。裁判所爲之調查裁判。已足保護其利益。故中途取消及和解。均法律之所許。若刑訴則因有害國家之安寧秩序。或國家之生存。倘提起公訴後。仍可取消和解。其弊必至於有犯罪而無刑罰。不能祛社會之危害矣。

(第二)當事者訴訟主義與強制代理主義。

當事者訴訟主義者。原被告可自進於裁判所。請求申理之謂也。強制代理主義者。原被告不能自進於裁判所。因提出公訴後。必有代理人代訴之謂也。

此兩主義互有得失。茲先言第一主義之優點。蓋當事者於自己之事實。皆已明瞭。使訴訟時得直接供述。則裁判官可以廉得其情。若用強制代理。則由當事者告之代理人。而代理人容有誤解。或當事者不盡所言。代理人不能周知之。是以事實證據言之。當以當事訴訟爲優也。然第一主義。亦有缺點。蓋以當事者半爲普通人。往往不知法律。及訴訟之手續。倘爲直接訴訟。往往有失權之虞。且於訴

訟之終結。較有代理人者爲遲緩。此數點所以不如強制代理主義者也。日本於採用強制代理主義。規定一種制度。即辯護士是也。(法國謂之代訟人)辯護士之資格。(一)須知法律之種種條件。(二)須受國家嚴格之試驗。

採用強制代理主義。其利益有三。(一)不致使當事者失權。(二)不致使裁判所手續過煩。(三)不致有終結迂緩之弊。然於訴訟進行上。固有便利。此外有不便者。以當事者或深明法律。而限於國法所定。不得不用代理人。是拘束其自由也。又用代理人。必有一種報酬。設當事者自訴。則費用可省。而限於國法上所定。不得不用代理人。是使其費用加大也。

以上所述二主義。互有得失。故日本法律。亦非絕對用代理主義。法國以強制代理爲原則。唯例外輕小之事件。於區裁判所。亦適用當事者訴訟主義。日本民刑訴訟。均採當事者訴訟主義爲原則。唯例外則有用強制代理主義者。

民訴第六十三條。「原告被告。自不爲訴訟時。可以辯護士爲訴訟代理人。於辯護士不在之場合。可以有訴訟能力者之親族或傭人。爲訴訟代理人。若此

等者均不在時，可以他之有訴訟能力者，爲訴訟代理人，於區裁判所，雖辯護士在時，亦得以有訴訟能力者之親族或雇人，爲訴訟代理人，「玩此條文，可知其原則爲當事者訴訟主義也。至於刑事訴訟，所採用主義雖同，而性質則有迥乎異者。

刑訴與民訴性質上之差點，則以民訴之原告，皆爲自然人，間有以法人者，然此例甚少。刑訴之原告，不論何時，皆爲法人，法人者國家也，故在刑事訴訟大原則上，原告不能自往裁判所訴訟，則必有一代表，代表者檢事也。至被告者，於刑訴上用當事者訴訟主義，較之民訴尤嚴。民訴之被告者，無論何時，可用代理人，刑訴則被告者必自至裁判所受裁判，此原則也。例外唯違警罪或罰金之輕罪，則被告亦可用代理人。刑訴第二百十四條「在呼出狀中，記載應受呼出者之氏名職業住所，出頭之日時場所及被告事件，且被告事件係違警罪或該罰金之輕罪時，可記載得使代理人出頭之旨，」

刑訴上之被告，不能用代理人之理由爲何，蓋以刑事之結果甚大，至有剝奪生

命及自由者（如死刑無期徒刑等）故欲被告自至裁判所。得以審問詳細。倘用代理人。則事實陳述。或有錯誤者。或申出不明者。使裁判一陷於錯誤。被告者受莫大之苦痛。故必以被告自至裁判所爲原則也。

然刑訴採用當事者訴訟主義。其對於民訴。尙有一大例外。即被告於上告時。必用辯護士是也。其上告之狀文。雖仍用被告者之氏名。而審理時之口頭辯論。必用辯護士代理。刑訴第二百八十四條云。「因上告申立人又相手方不差出辯護士時。儘可爲判決。」按條文雖未明揭必用辯護士。而因上告者不用辯護士。裁判官仍得立行判決。是間接表示必用辯護士也。

刑訴上代表國家之檢事。就訴訟法言。檢事即國家之法定代理人。與民訴之法定代理人。爲同等之地位。但民訴之代理人。如會社之取締役。府縣之府縣知事。又得以自己職權。再用代理人。而刑訴之代理人。如檢事。則必以自己之氏名。提起公訴。此亦可爲適用當事者訴訟主義之一例。

（第四）口頭辯論主義與書面審理主義

口頭辯論者。謂於訴訟時。當事者可自至裁判所。陳述其權利。其大意即謂裁判官必以當事者之口頭辯論。爲裁判之基礎也。書面審理者。謂訴訟時原告以書面記載其訴訟之事件。裁判官但即其書面。爲裁判之基礎也。

以二主義比較之。當以口頭辯論爲優。蓋口頭辯論時。裁判官有不分曉之事實。可以直接質問。若以書面審理。則訴訟之文章記載。容有詞不達意者。裁判官憑以審理。其發現事實之真相。決不如口頭之確實。然口頭辯論。尙有一缺點。例如有事須錯雜計算者。原被告因商業取引關係而訴訟。其物品或數百種。金額或數百萬。計算至爲錯雜。須用書面。乃可條列詳舉。若用口頭。則當事者不能詳陳。裁判官亦不能盡記。因此缺點。故歐洲法律。皆以口頭辯論爲原則。唯例外有特別事項。則用書面審理。日本民訴刑訴亦如之。民訴第三百三條。於裁判所判決之訴訟。當事者之辯論。宜用口頭。此以口頭辯論爲原則之證也。又第二百二十二條。應受判決之事項之申立。要基於書面爲之。此以書面審理爲例外之證也。刑訴用口頭辯論無明文。從條文之意義。可以推知。刑訴第二百十八條

「判事應先問被告人之氏名年齡身分職業住所及出生地、檢事應陳述被告事件、」又第二百十九條「判事應就被告事件、訊問被告人、必要之調書、及其他憑證書類、應使書記朗讀、又聽證人之供述、爲其他證憑之取調、若被告人有自白之場合、而檢事或民事原告人無異議時、可取調他之證憑、」又第二百二十條「證憑調濟之後、檢事應就其事實及法律適用、陳述其意見、被告人及其辯護人得爲答辯、檢事被告人及辯護人得迭爲辯論、但於辯論之最終、應使被告人或辯護人供述、」

觀以上各條。是刑訴之採用口頭辯論也明矣。

(第五)辯論公開主義與秘密審理主義

辯論公開者。謂裁判時必公開法廷。無論何人。皆可傍聽者也。秘密審理者。謂裁判時訴訟當事者以外。不許他人傍聽者也。

以二主義比較之。當以辯論公開爲優。蓋以裁判時公開法廷。許人傍聽。則判事一有不公。即發布於世上。至秘密審理。或裁判有不公之時。被告者即思恢復其

被奪之權利。而無由證明其冤枉。且與被告共爲當事者。唯一原告。裁判既不公平。必多袒護原告。原告既有益。被告雖欲宣告裁判之不公。然決不能以原告爲證人。此秘密審理之弊也。

日本民刑訴訟。均以辯論公開爲原則。憲法第五十九條。「裁判之對審判決者。公開之。」是以公開爲原則也。又但書云。「但于有害安寧秩序又風俗之虞時。依法律或裁判所之決議。得停對審之公開。」此例外也。第云停對審公開者。謂裁判仍當公開也。然此特就憲法言之。

至刑事訴訟對於辯論公開有一例外。即豫審是也。豫審判事訊問時。除應受豫審判事實質問之原被告及證人或鑑定人外。不許他人傍聽。其秘密之理由。蓋以豫審之目的。在于蒐集犯罪證據。與裁判不同。苟用辯論公開。則傍聽者多。其中有被告之戚友。反使被告不能盡吐情實。必有捏造之弊故也。但日本法曹間議論不一。據辯護士協會之決議。以豫審當用辯論公開。因辯護士自經驗上。發見豫審秘密之流弊甚多。故於協會決議。如在蒐集罪證之範圍內。無妨害者。仍用

辯論公開。板倉氏亦贊成之。

用辯論公開主義。必用兩造審理主義。此雖未開化時代亦然。蓋裁判無取乎偏聽也。日本民訴刑訴均用兩造審理主義。但有例外。即闕席判決是也。闕席判決者。謂因被告不出頭。原告得依闕席判決而要求裁判也。但民訴與刑訴規定不同。民訴自第二百四十六條以下詳之。民訴第二百四十七條。「不出頭之一方爲原告。裁判所可以闕席判決。宣告其訴之却下。」又第二百四十八條。「不出頭之一方爲被告。裁判所可以原告事實之供述。視爲被告之自白。若以原告之請求爲正當。得以闕席判決。宣告被告之敗訴。又其請求爲不正當時。可宣告其訴之却下。」刑訴則檢事不出席時。不能判決。因檢事乃構成刑事裁判所必要之一員也。若被告闕席。亦不能如民訴之以原告所供述。看做自白。蓋以民事刑事之適用主義。本有不同。故不以此爲要也。

(第六)直接審理主義與間接審理主義

直接審理主義者。裁判官非親聆當事者之供述。不得爲裁判者也。間接審理主

義者。裁判官雖未嘗親聆當事者之供述。亦得爲裁判也。（裁判前案之判事。因故闕席後之判事。可依前案爲裁判也。）

日本民訴。採用直接審理主義。民訴第二百三十二條云。「判決者基本之口頭辯論。限於臨席之判事爲之。」至刑訴上則未定此明文。依學理上言。則仍用直接審理主義。蓋刑訴之結果。較民訴尤爲重大也。

（第七）自由心證主義與制限證據主義

自由心證者。即實體判斷主義。謂雖有當事者所呈證據。裁判官仍得自由檢查之也。制限證據主義者。即形式判斷主義。專憑當事者所呈證據爲斷。而不能自由檢查之也。

世界法律進步。悉從制限證據主義。漸進於自由心證主義。其目的則以當事者欲避己之不利。往往造爲詐僞證據。倘用制限證據主義。則證據既不的確。裁判即有錯誤。用自由心證主義。於當事者所呈證據。其種類同者。裁判官可自由檢查。辨別其真僞。即種類不同者。裁判官亦得自由選擇。或用甲而去乙。必以調

查的確之證據。爲裁判之基礎。如是則裁判之錯誤必少。此其所以優也。

制限證據主義。自羅馬法始。羅馬古代裁判官有無限勢力。得私自取調證據。恐其或有流弊。故用制限證據主義。但此主義實與訴訟原理相反。今世文化諸國。悉用自由心證主義。然考各國法律。所謂制限證據之遺物。猶有存者。如德法之法律中有宣誓制度。使犯人對天神宣誓其證據爲真。而後裁判官即憑爲判斷。此蓋羅馬法之遺物也。日本維新前之法律。無用制限證據之左證。則從前法律。皆用自由心證主義。有可斷言者。厥後定民法時。係法國人起草。以法國法律爲標準。故舊民法採用之主義。以自由心證爲原則。而例外仍有用制限證據者。即公正證書是也。當事者向公證人告以事實。公證人依法律上作爲公正證書予之。裁判官即信其無僞而就爲裁判。不得自出己見排斥之。是與自由心證主義爲反對也。

日本民刑訴訟。皆用自由心證主義。毫無制限。良由法律日漸進步。倘用制限證據主義。裁判官有不能發見真據之弊。今舉刑訴條文以明之。

刑訴第九十條云。「被告人之自白官吏之檢證調書、證據物件、證人及鑑定人之供述、其他諸般之徵憑、任判事之判斷、」任判事判斷云者。謂被告人雖可自白。仍當任判事之判斷也。此爲自由心證之確據。

(第八)數級審理主義(詳裁判所構成法)

數級審理者。裁判所設三審級之制度。不服下級裁判所之判決。得上告於上級之裁判所也。如第一審裁判宣告有不服者。可要求第二審。第二審之裁判宣告又不服者。得要求第三審。日本民刑訴訟均採此主義。其目的蓋因裁判訴訟。屬裁判官之職務。裁判官爲自然人。難保必無錯誤。區分審級後。則第一審有錯誤時。當事者可不服而上告。於第二審。以審查其有無錯誤也。且錯誤之結果。所關甚大。如原告本有權利。因而喪失者。被告本負義務。因而獲免者。乃至被告或既免義務。而反得權利者。原告既失權利而反負義務者。亦有之。國家之設數審級。以救斯弊。雖未必期於絕無錯誤。然亦可以減少也。

據日本法律。以第一審及第二審爲事實與法律之爭點。以第三審爲法律之爭

點。蓋因經過第二審。事實點必經確定。至第二審專屬上告事件。不得云事實尙有錯誤。僅能爭法律上之適當與否而已。今試舉例。以明事實裁判。與法律裁判。以民事之例言之。如甲乙因貸借百圓之訴訟。查其有無貸借。已否辨償。此事實點也。既知其果有借貸未償。則於民法上當適用消費貸借乎。抑適用使用貸借乎。此法律點也。

以刑事之例言之。如甲有馬。寄附於乙。乙以賣於丙。甲起訴訟時。查其有無寄附。乙之賣與。係用自己之名義乎。抑用甲之名義乎。此事實點也。既查得事實。知乙係用自己名義而賣與之。則當適用刑法第三百九十三條之冒認罪乎。抑當適用刑法第三百九十五條受託物消費罪乎。此法律點也。

第三審係法律之爭點。如遇有上告。匪特對於實體法（如民法刑法）之適當與否當審查。即對於手續法（如民訴刑訴）之適當與否。亦當審查。例如檢察之提起公訴。豫審判事之豫審。其適用手續。有無錯誤。亦當詳為審查是也。

第三章 公訴及私訴

第一節 公訴

第一款 公訴之定義

公訴之定義。謂對於犯罪者。要求適用刑罰之訴訟也。詳言之。公訴者。以適用刑罰爲目的。代表國家之檢事。對於犯罪者。行使刑罰請求權之謂也。按刑訴第一條云。「公訴。以證明犯罪及適用刑罰爲目的。從法律所定之區別。由檢事行之。」此亦公訴之定義。而此處不云證明犯罪者。以檢事提起公訴。已屬證明犯罪之意。定義中取其簡賅。故不贅也。

國家對於犯罪者。何以有刑罰權。蓋以犯罪者係破壞國家之安寧秩序。國家當回復其安寧秩序。故對於犯罪者有加以刑罰之權。此即所謂刑罰權也。

國家既有刑罰權。何以又有刑罰請求權。蓋以國家係無形的人格。其自身不能行動。必設種種機關。以代之。故刑罰權與刑罰請求權二者之機關分立。刑罰權即刑罰適用權。判事行之。茲姑勿論。刑罰請求權。以檢事行之。二機關之行使權利。各係自己之職務。故有犯罪者。檢事必以自己之職務。行使刑罰請求權。而提起公訴於裁判所。裁

判所亦必依檢事之公訴。以自己之職務。行使刑罰適用權。而加以適用之刑。此二者之權利。不能任意不行使。因其有此職務也。倘爲其犯者可憐。許以自由處分。則非矣。刑罰請求權之行使。乃國家之義務。而檢事者。即以代表國家履行義務爲職務。故不拘被害者之意思如何。且不容有公訴提起之職務之檢事。縱便宜而任意決其起訴不起訴。刑事訴訟法第三條云。「公訴不必待被害者告訴而後起。又不因告訴私訴之拋棄而消滅。」是雖被害者未經告訴。或拋棄訴權。而國家之刑罰請求權。依然存在。學說上有所謂職權、訴追主義者。此也。

國家既有刑罰請求權。斯代表國家行使刑罰請求權之檢事。不問犯人之罪情可原。或罪跡輕小。皆當以其職權提起公訴。刑訴第六十二條。「地方裁判所檢事。於犯罪搜查終了時。須爲左之手續。(一) 思料爲重罪之事件。須求豫審判事之豫審。(二) 思料爲輕罪之事件。從其輕重難易。須求豫審。或直訴於其裁判所。(三) 思料爲裁判所構成法第十六條第二號第三號所記載輕罪或遠警罪之事件。須添意見書於證據書類。送致於區裁判所檢事。」又第六三條。「區裁判所檢事。於犯罪搜查終了。思料爲裁判

所構成法第十六條第一號第二號所記載事件，須爲訴於其裁判所。」以上條文。皆對於檢事寓有命令之意。學說上有所勵行主義者此也。

民事之提起私訴。爲債權者對於債務者。原告得以自由處分。或拋棄。或和解。均無不可。而刑事之提起公訴。爲檢事代表國家履行刑罰請求之義務。因維持國家安寧秩序起見。以犯罪必罰爲目的。故不能不提起公訴。此又刑訴與民訴之差異也。

第二款 公訴之效力

凡檢事既提起公訴之後。裁判官對其刑事本案。有裁判之義務。所謂本案者。如竊盜事件、殺人事件、之類是也。但有當注意者。

(一) 檢事提起公訴。必須適法。而後裁判官有裁判之義務。若反乎刑事訴訟法之規定。則裁判官得棄却之。是謂公訴、不、受、理、之、判決。例如刑訴第六十二條第一號「思料爲重罪事件時、當求豫審判事之豫審、而後可開公判、」倘檢事不先求豫審。而即求公判。是違反刑訴第六十二條第一號之規定。斯裁判官對之。得下公訴不受理之判決。

(二) 檢事提起公訴。必在有管轄權之裁判所。而後裁判官有裁判之義務。如本係地方裁判所之裁判權。而檢事提起公訴於區裁判所。則裁判官得棄却之。是謂管轄、違、言、渡、之、裁、判。

無論民事刑事。皆有土地管轄及事物管轄之區分。裁判所若無此管轄權。得下管轄違言渡之裁判。

第三款 公訴之消滅

公訴之消滅。其原因有六。本法第六條云。「公訴之權。因左之事項而消滅。」以下說明之。

(一) 被告人之死亡 凡刑罰以加於犯人一身為原則。故犯人之相續者。無代犯人受刑之理。且被告死亡。斯國家刑罰請求權。不有相手方。即謂國家刑罰請求之目的。歸於無有可也。故被告人死亡。可為公訴消滅之一原因。此在公訴未提起之前時。為公訴權消滅。即公訴既提起之後。裁判官審決為有罪。尚在刑之未執行中。被告死亡。而公訴權亦消滅也。

(注意)被告死亡。爲刑罰請求權之消滅。但犯罪自體。尙不能消滅。故其結果。亦有不同。假定共犯三人。其一人死亡。國家對一人之公訴權消滅。而對其他共犯之公訴權。仍得行也。蓋如賭博奸淫。皆係必要共犯。國家對其已死之犯人。雖爲訴權之消滅。而因犯罪自體之存在。尙當加刑罰於未死之犯人也。

(二)須待告而後受理之事件。其告訴之拋棄。此刑法上所規定爲親告罪者。如姦通脅迫誹毀誘拐等罪。非待被害者。或其他有權者之告訴。不能受理。故其告訴拋棄。即爲公訴消滅之一原因。蓋此保護被害者之名譽。故刑法有親告罪之特別規定。若檢事不待其親告而提公訴。是與刑法之精神相反也。

所謂告訴拋棄之意義有二。

(甲)告訴權之拋棄。

(乙)既提起訴之取下。

二者皆爲公訴之消滅。但有反對說。以提起訴訟之取下。不能爲公訴消滅之理由。意謂親告之規定。爲保護被害者之名譽。設如被姦之女。一告訴於檢事。

則已失其秘密。而名譽已不能保。是雖取下。而公訴之消滅無由也。不知自法律上而言。皆以裁判確定。始爲犯罪之真實。是雖提起訴訟之取下。而未經判決。被害者之名譽。尙得保全。使謂一經提起訴訟。被害者之名譽不保。爲公訴不能消滅之理由。則使被害者。未經提起訴訟。而但將其事實登諸新聞。而檢事亦將視爲名譽破壞。從而提公訴於裁判所乎。是決以知其不然矣。

(三)確定判決 經過上。訴期間。及兩造。攻擊。終了。之時。即爲確定判決。不問有罪判決。與無罪判決。但已經確定。即檢事不能再提公訴。按其理由。蓋以犯罪既經決定。即爲終結。倘檢事尙能提起公訴。則自一次以至累次。勢必纏訟不休。而社會秩序。亦恐將不能維持。如既受有罪之判決者。再提公訴。則對於被害者。更不知有若何之結果。既受無罪之判決者。再提公訴。則被告累於訴訟。不能安其職業。是故不問民事刑事。皆以確定判決爲公訴消滅之原因。此法律上所同認者也。但有反對之法。例如羅馬法皇支配僧侶之法律。雖判決後。仍可提訴。其意以認判決爲公訴消滅。倘使判決誤時。檢事雖明知之。亦將不能再起公訴。請求裁判。

於裁判性質。甚有違反。雖然。今日開明之國家。終不適用也。

以上略言確定判決爲公訴消滅之理由。以下言確定判決之意義範圍及效力。

確定判決之意義

確定判決者。謂盡攻擊之道及經過上訴期間之判決也。

盡攻擊之道者何。即經由第一審至第三審之判決也。經過上訴期間者何。即第一審五日。第二審三日。第三審一日。經過此期間而不上訴。則判決可確定也。

以確定判決爲公訴消滅之原因。乃依一事不再理之原則自來有二學說。(一)正當說。(二)不正當說。日本效法歐洲。其定刑訴法。則採確定判決之正當說。若不採此制度。公訴未能消滅。判決後頻起訴訟。於保護權利。甚爲不便。

例如民訴。甲負乙金。至期不償。經裁判所判決。甲可不還。乙不服而自要償於甲。至於屢次起訴。甲亦不能保其安全之生活。然此僅民事上金錢借貸之關係。若刑事則所關尤大也。

例如刑訴。設有提訴竊罪於裁判所者。裁判所判爲無罪。有確定判決制度。則檢事不能提訴。否則屢次起訴。裁判所必調查其事實而審問之。拘束個人之身體自由。不能遂其安全之生活矣。又如裁判所對竊盜犯罪者。已下有罪判決。於執行禁錮刑後。如無確定判決制度。則於他事可以再起訴訟。是將對一人之身。施以數次之刑罰也。由是觀之。可知近今文明各國及日本所以採用確定判決制度之理由矣。

雖然。就事實上言之。確定判決制度。固屬便利。而就學理上言。則猶非完全之制度。蓋判決成效。本就訴訟上決其事實之真否。若必依確定判決制度。或裁判不能正當。真相盡失。使人難盡攻擊之道。既於學理不完全。而於國家存在。亦有妨害。日本採用確定判決之原則。而別設非常上告（規定於刑訴第三百九十二條）及再審（刑訴第三百一條以下）之例外。以補其缺。後詳之。茲從略。

確定判決之範圍。爲訴訟法上一大問題。規定於民訴第二百四十四條。判決

限於包含其主文者有確定力。」判決內容分爲三大綱。

(1)事實。合原被兩方所主張者而爲事實也。例如甲主張貸乙金百圓。乙主張未借甲金是也。

(2)理由。裁判官既據原被告兩方所主張。而別調查確切證據以實之。如原告有理由。依原告所主張者判斷。被告反對原告有理由。依被告主張者判斷是也。

(3)主文。對理由而下論斷也。例如甲乙貸借百圓之訴訟。依甲之理由。則斷爲既借。依乙之理由。則斷爲未借也。

依民訴第二百四十四條所謂包含者。不得僅言主文。即理由亦在其內。

理由之例(就民訴言)

被告者從原告於明治三十年五月十日。借受金百圓之事。因原告提出被告自署之借用證券而明瞭也。

主文之例

被告者應辨濟金百圓於原告。

按此以辨濟爲判決者。因有借受之理由也。民訴第二百四十四條中。所謂含有主文者。但指辨濟。猶未明瞭。當兼言借受二字。故云不僅含有主文。且含有理由也。

確定判決之解釋。以上僅從民訴上大概而言。後當詳述。至刑訴上之確定判決。現尙未有明文。近世學者及通常之判決例。則皆以民訴法可適用於刑訴法。

刑訴適用民訴之例

(1) 公訴之事實。明治三十八年一月三日被告某偷入麴町區富士見町法政大學。竊取教科書十冊。

(2) 主文 被告某處重禁錮六月。罰金五圓。監視六月。

(3) 理由 被告某於明治三十八年一月三日。至麴町區富士見町法政大學。對事務員詐爲講師板倉某之使。騙取教科書十冊。

按第一理由。必爲教科書十冊。第二理由。必爲騙取。第三理由。必在法政

大學第四理由。必在某日。有此四者可下確定之判決。判決後公訴消滅。被告對此理由。不得再要求提起公訴。

刑事上之確定力。與民事上同。但有異點者。

例如民事原告以貸金事實。要求裁判。裁判所判決爲賣買之代金。是貸借之關係。已被消滅。則判決不能成立。至刑事上則不然。如公訴爲竊取。而判決爲騙取。雖騙與竊事實不同。其判決仍可成立。何也。蓋確定之範圍。不但在理由。亦在公訴之事實。其所以得判決爲騙取者。固必有理由。而在事實上言。則由竊取而爲騙取也。故判決之理由。與公訴之事實。爲密接之關係。既經判決。不能對理由再提起訴訟。亦不能對事實再提起訴訟也。右判決既生肯定騙取事實之確定力。同時即生否定公訴事實之確定力。且生否定不能與騙取事實共存之事實之確定力。（與騙取不能共存事實。如強取毀棄、委託物消費之類。）有此否定之確定力。被告人不能於判決確定後。謂非騙取。而爲強取毀棄及委託物消費之提訴也。

以上所定範圍內。固不能再起訴訟。在範圍外。則不在此限。如於同時同地。同人有毆打之事實。即與騙取範圍不同。亦可再提公訴。確定判決之効力。

於有公訴提起之場合。其事件決爲既經確定判決與否。左之諸點。尙有宜調查者。

(1) 被告人於法律上之資格。前訴與現訴同一與否。例如前訴爲本人資格。

現訴爲法定代理人資格。即當再提訴訟。

(2) 構成公訴之事實。前訴與現訴同一與否。例如前訴爲一罪。現訴別發現一罪。亦當再提公訴。

(3) 對於前訴之判決本案。即就被告刑法上責任之有無。爲裁判與否。例如不受理之判決。管轄違之判決。亦當再提公訴。

(四) 因犯罪後所頒布之法律而其刑廢止者。凡公訴皆以適用刑罰爲目的。既因頒布新法。廢止前刑。則公訴之目的。當隨以消滅。消滅之法。裁判官得行免訴之

宣告。

公訴如經第一審及第二審之判決。尚在上告中。其刑廢止。則由檢事自用其職權。或爲控訴之方法。請求裁判所免下判決。

(五)大赦 大赦者拋棄刑罰請求權。及執行權之主權者之宣告也。依定義觀之。不特公訴消滅。即已確定之判決。亦歸無效。

大赦爲天皇之特權。(憲法第十六條規定之)與特赦有別。(刑訴第三百三十一條規定之)

依第三百三十一條之條文。可下一定義云。特赦者。免除刑罰執行之命令也。詳言之。爲免除刑罰執行主權者之命令。實免除刑之執行也。

大赦特赦之區別。依第三百三十一條之條文解釋之。自能明瞭。如第一項「特赦者於刑之言渡確定後。無論何時。得由爲刑之言渡之裁判所檢事或監獄署長。具犯人之情狀。申立於司法大臣。」第二項「由監獄署長爲特赦之申立時。可經由檢事。但檢事應添意見書。」第三項「有爲特赦之申立時。當由司法大

臣添意見書於其書類而上奏之。」按此可知訴訟者必經確定判決之後。方有特赦。行特赦時。必按犯罪者之情狀。察其可受特赦與否。如果可受特赦。則由檢察或監獄署長。請求於司法大臣。由司法大臣認可上奏。再由天皇下勅。乃行特赦。此特赦之手續也。至大赦則無論何等情狀。可通於一般。盡受大赦之恩典。故大赦不適用特赦之手續。

大赦消滅公訴之理由。古學者謂大赦者。因社會上對犯罪事實。已經遺忘也。（大赦一字。拉丁文爲 *amnestia*。アムラスチャ即遺忘之義。大赦遺忘說。殆用此義。）

按此說殊不適合。夫對犯罪者而加以刑罰。爲國家之權利。亦爲國家之義務。遺忘權利猶可也。遺忘義務則不可。主張遺忘說者。若質諸今日進步之法律。則知其所蔽矣。蓋大赦不特消滅公訴。且可消滅刑之執行。近世學者悉主張調和社會情狀之說。良以國家刑法。本爲法定主義。經數十年或數年而未修改者有之。至社會之狀態。則日益變更。法律不能不隨以遷移。如數十年前或數年前之刑

法。有夫之過酷者。裁判官苟因其不合於社會。遽然停止執行。亦所不宜。故惟有宣告大赦。以爲調和社會現狀之方法。

(六)時効 此與民法消滅時効。意同而性質異。民事法之時効。謂權利者經過期間。放任其權利而不行使。即爲消滅。刑事法之時効。乃國家刑罰請求權與執行權。有一定期間之經過。即當消滅。民事法爲箇人與箇人之關係。刑事法爲國家與人民之關係。此其所以不同也。

(甲)時効 消滅公訴之理由。約有六說。列舉如左。

(第一說)時効爲保護被告者。按此說最古。且無價值。其意以刑之執行。於被告者甚不利益。若公訴消滅。則利益自歸於被告者。故時効爲保護被告者。但詰以被告者何以必受保護之理由。彼必無辭以答。且國家所以有刑罰請求權者。乃對犯罪者求國家被害之回復也。若以保護被告者之利益。與保護國家被害之利益。相提並論。輕重自見。果如所說。則將不保護其重者。而保護其輕者矣。再以此相詰。彼又必不能答也。

(第二說)犯罪者在時効期間。雖未受罰。其精神上(良心)實感同一之痛苦。故經過此時間。可與已受刑者同視。而消滅其刑之執行也。按良心之痛苦。與肉體之痛苦。其不同固不待言。即強爲相同。時期亦不同。日本刑法時効重罪十年。輕罪六年。違警罪六月。過此期間。不得再提公訴。即國家不得有刑罰請求權。惟在期間內之被告者。日慮其罪之發覺。良心誠不免痛苦。然刑法重罪之期限不同。重懲役六年以上。有期徒刑十年以上。此外尚有無期徒刑。及死刑。是與時効年限。相去甚遠也。若依此說。謂此罪人已受同一之痛苦。可以不罰。假如犯有期徒刑。適爲十年。或可謂其感同一之痛苦。若犯罪期間。與時効不同。即不得謂受同一之痛苦也。

(第三說)國家在一定期間內。本應行使訴追權。(即刑罰請求權)如經過期間而不行訴追。是爲國家之怠慢。故當加以公訴消滅之制裁。按國家爲無形人格。決無怠慢之事實。或以機關之自然人有怠慢者。則未可知。但因機關之怠慢。而剝奪國家之刑罰權。實不適當。且所謂刑罰請求權者。爲國

家之權利。亦爲國家之義務。爲怠慢其權利。乃並消滅其義務。而謂之制裁。其不合於理論。不待辨也。

(第四說)國家已將經過期間之罪人遺忘。即無訴追之必要。按此說與大赦主張遺忘說相似。國家本有訴追之義務。因遺忘而謂其義務爲不必要。亦不適合。

以上四說皆無價值。近世惟下兩說盛行。然入主出奴。聚訟亦紛如也。

(第五說)國家所以設時效者。因經過長久期間。國家再提公訴。證據必將湮滅。(如盜竊之證據。係與時俱湮者)證據既湮。無庸提訴。板倉氏云。余爲日本司法官數十年來。從經驗上之觀察。以此說爲最當。每見年久之後。證據調查。既甚困難。即有之亦多不確。證據之最重要者爲人。證人至年久。則記憶力漸形薄弱。對已往事實。必多模糊影響。如以不確之證據而提起公訴。於國家毫無裨益。即提公訴而以不可憑信之證據判決之。勢必冤抑無辜。故無寧消滅亦罪疑惟輕之意也。此說平易近理。認爲可說明時効爲公

訴消滅之原因者。法國學者亦主張斯說。德國學者則又主張一說。其說精深難解。試簡單述之如下。

(第六說)使法律之力。屈從於事實之力。欲使法律與事實相調和也。按國家制定刑法。爲維持公安秩序。必使人類社會。各安本業。以達生活之目的。如有犯罪者。經長久期間。國家對之未行使刑罰請求權。人類社會之腦中。對犯罪事實。亦已消滅。是公安秩序已回復矣。夫刑罰之執行。因社會上有犯罪者。足以擾亂安寧。且恐効尤者之多也。既經長久期間。則安寧已復。忽又提起公訴。搜查罪證。反使社會秩序。因而擾亂。甚非以公安爲目的者之本意也。刑法上制定之原則。自當實行。但不能絕對的不依社會之狀態。故必規定時効。使法律之力。屈從事實之力。而後事實與法律得以調和也。例如一人身體受創。必使醫者療之。倘未延醫而創已復。即不必再醫矣。然有謂凡人受創。不可不醫。必使已復之創。再加醫治。則斷無是理。國家之有犯罪。猶人身之受傷。國家之有刑罰。猶醫者之療病。經過時効。猶傷已復。國家

對社會上已遺忘之犯罪而再提公訴。猶強已愈之創而就醫也。此說在各國爲最有勢力之學說。

(乙)時效期間 刑訴第八條規定之。「公訴之時効。因經過左之期間而成就。第一違警罪六月。第二輕罪三年。第三重罪十年。」由是觀之。時効盖有三種。其由何時起算。則規定於第十條。「公訴私訴之時効。從犯罪之日起算。(現行犯)繼續犯從最終之日起算。」

於此有一問題。設爲二人以上之共犯。其行爲同而時期不同者。如甲乙共謀詐欺取財。甲行爲在今日。乙行爲在明日。此共犯時効期間之起算。當從甲乎。抑從乙乎。按甲乙共犯。其犯罪之構成。係於同一之行爲。無論所詐取之財產。歸於孰得。當從其中之一人最終之行爲之日起算。

又如教唆犯從犯之時効。設甲教唆乙犯罪。教唆爲今日。犯罪爲明日。當從何人之犯罪日起算。又甲從乙犯罪。當從從犯犯罪之日起算。抑從正犯犯罪之日起算乎。按兩者當從正犯之行爲終了日起算。因教唆正犯與實

行正犯。犯罪不成立。則教唆犯從犯犯罪皆不成立也。

又不作為犯。其時效之期間。必從應盡義務最後之日起算也。例如出產屆出（在特別法中出生兒必屆出於戶籍吏）必在十日之內。過十日即為違反法令。受罰金之處分。其第十日之起算點。即義務最終之時期。

（丙）時效之中斷。與民法上同。如期間以十年為限。剛逾五年。即有起訴者。因證據不充分而却下。是謂中斷。亦當從中斷最終之日起算。而為十年之期間。刑訴第十一條云。「時效者因已有起訴豫審或公判之手續。中斷其期間之經過。其尙未發覺之正犯從犯及民事擔當人亦同。」第二項「已中斷時效之經過時。自起訴豫審或公判之手續既止之日。更起算其期間。」例如今日有一犯罪者（單行犯）從今日起訴。即從今日起算時效之期間。若從今日後又過若干日起訴。則已過之日不計。當從公訴之日起算。以時効已被中斷也。第十一條第二項又如甲乙二人。共謀犯罪。甲被捕起訴。乙尙在逃。甲之時効。當自公訴日起算。乙以後就捕。亦當從甲之公訴日起

算。不從犯罪日起算。蓋以時効中斷之影響。通於正從犯也。（第十一條第一項）

時効因以上各手續而中斷。必爲有効之公訴。如法律上以爲無効。則其時効亦不得中斷。但有例外者。起訴無効。而時効仍可中斷。如管轄違之起訴是也。刑訴第十二條云。「因起訴豫審公判之手續。背其規定。屬於無効時。無中斷時効經過之効力。但因裁判所之管轄違。其手續無効時。不在此限。管轄違之調查。有土地事物之關係。非常困難。若土地之關係。猶屬簡單。至事物之關係。極形複雜。司法官常因管轄違之不明瞭。爭論至數年之久。未知所屬者。例如有重大之犯罪。急欲起訴。方可發拘引狀。乃因管轄一時不能決定。遷延數十日或數月。而犯人逍遙法外者。又如輕罪時効爲三年。因管轄違未定。無故經過三年。且如十年之重罪。倘因管轄違而時効得以中斷。設經九年六箇月之久。管轄始能確定。是十年之重罪。當作二十年之期限也。

第二節 私訴

第一款 私訴之定義

私訴者。謂以犯罪爲原因。私權被害時。附帶於公訴而請求回復之民事之訴也。依此定義。有三問題如下。(一)私訴請求之原因。(二)私訴請求之目的。(三)私訴請求之當事者。

第一 私訴請求之原因。當視公訴原因之如何。蓋私訴本牽連於公訴。公訴以犯罪事實爲原因。私訴即以公訴之原因爲原因。惟私訴之原因。祇取公訴原因中之一部分之事實。即爲有效。

例如毆打罪之事實。以犯罪者毆傷甲乙二人。提起公訴。是爲公訴全部之原因。若甲乙二人之被害者。欲向加害者。爲損害賠償之要求。但各自提起私訴。不必提起二人被害之事實。是祇取公訴一部分之事實。爲私訴之原因也。

又如竊盜罪之事實。累次爲竊盜行爲。刑法上謂之繼續犯。以繼續之竊盜犯。提起公訴。是爲公訴全部之原因。若被害者欲爲贓物返還之請求。當分按被竊之次數。而提起私訴。是亦祇取公訴一部分之事實爲原因也。

第二 私訴請求之目的。自廣義言之。即損害賠償是已。無論以金錢。以原物。莫非損害賠償。故贓物返還。具含於損害賠償中。第三損害賠償。法意已甚明瞭。不必贅以贓物返還一語也。然刑訴第二條。則以損害賠償與贓物返還並揭明文。探立法者之意。以損害賠償。多用金錢。乃民事上之問題。若以原物返還於所有者。即不得謂之賠償。故爲是分別耳。抑知強同爲異。既未適當。且損害云者。非必爲財產權上之限定。亦含有對於身體自由名譽之損害（民法第七十一條參照）則除金錢外有他之方法。可以回復被侵害之私權者。皆得謂之損害賠償。此余之定義中所謂求私權損害之回復之趣旨也。

例如誹毀罪。民法第七百二十三條云。「對於毀損他人之名譽者。裁判所因被害者之請求。得命以代損害賠償或與損害賠償同一者。爲適當於回復名譽之處分。」適當處分之方法。即新聞紙上登廣告或作謝罪文。皆損害賠償。不必限於金錢也。

又如私文書偽造罪。偽造土地所有者賣渡土地之委任。提出於登記所。爲賣

渡之登記時。被害者請求賠償。亦不用金錢。而於登記簿上改正登記是也。

第二 私訴請求之當事者以被害爲原告。以犯罪爲被告。此其通則也。有時犯罪者之相續人。可爲私訴之被告。然只限於或時間。如提起公訴或私訴後。而犯罪者死亡。可以其相續人爲私訴之被告。此外無得適用之者。惟不以私訴之名義。更以民事訴訟。對其相續人起訴。則事實上容或有之也。

犯罪者之相續人。可爲被告之場合。其制限既如上所述。若被害者之相續人。則無此制限。不問何時。皆得續爲原告。雖未提起私訴。而被害者死亡。其相續人仍可再提私訴。

又第三者亦可爲私訴之被告者。如竊盜之贓物。現爲第三者所占。雖非犯罪事實。而因贓物返還之方法。第三者亦可爲私訴之被害者。

私訴之場合。當事者可用代理人。(如辯護士等是)

又第三者可爲私訴之參加人。刑訴第四條第二項云。「第三者從民事訴訟法之規定。得參加附帶公訴之私訴。」按參加有主參加從參加之別。民事訴訟法

第五十一條所規定者主參加也。第五十三條所規定者從參加也。民訴第五十一條第一項云：「以他人間爲權利拘束之訴訟之目的物全部或部分爲自己請求之第三者。至訴訟權利拘束之終。於其訴訟繫屬於第一審之裁判所得爲對於當事者雙方之訴（主參加）主張其請求。」第二項云：「第三者因原告及被告之共謀。以生損害自己之債權爲主張時亦同。」民訴第五十二條云：「於他人之間爲權利拘束之訴訟。依其一方之勝訴。有權利上利害之關係者。不問訴訟在如何之程度。權利拘束之繼續間。爲補助其一方（從參加）得附隨之。」

例如甲以乙竊取其所有物。附帶于公訴事件。而提起私訴。甲爲民事之原告者。若第三者之丙。以當事者雙方訴訟之目的物。爲己之所有物。參加其訴訟中。請求返還時。是丙爲原告者。甲乙皆爲被告者矣。以第三者爲原告。即所謂主參加也。

又如甲竊取乙之時計。而丙向甲買之。甲被提起公訴時。乙以向甲買時計之丙爲私訴被告者。而提起私訴。則乙丙爲原被告之當事者。甲爲丙之一方之

補助者。利丙勝訴。而不利乙勝訴。蓋以第三者爲被告。即所謂從參加也。

附言 (甲) 附帶之意義

附帶者何。謂凡於公訴中。皆可提起私訴也。公訴中者何。謂公訴繫屬未判決之中也。公訴繫屬中。可提起私訴者分四級。(一) 繫屬於公訴之豫審之場合。(二) 繫屬於公訴之第一審公判之場合。(三) 繫屬於公訴之第二審之場合。(四) 繫屬於公訴之上告審之場合。但在各階級中。其提起常有問題。今解決之如左。

(1) 豫審中提起私訴。固必在公訴既起之後。然豫審判事之職務。限於調取罪證。不得判決訴訟。即不能向之提起私訴。如向公判判事提起私訴。則公訴之事實。方在豫審。必由豫審判事調製記錄。引渡於公判判事。而後公判判事始爲審理。斷無未知公訴事實。反先審理私訴之道。惟臨此場合。必欲提起私訴。參酌二者之間。仍當使向豫審判事提訴。但僅以條件附俟公訴之證據。認爲有罪時。併揭於記錄。引渡於公判判事判決。若公訴消滅。則私訴亦當隨以消滅也。

(2) 在公訴第一審中。無論何時。皆可提起私訴。

(3) 公訴經第一審判決。即不得再提私訴。當向第二審之繫屬中提起私訴。蓋因訴訟多有抗告者。其由第一審已判決之事件。必揭載記錄。引渡於第二審。倘於此時復向第一審提起私訴。亦惟被彙錄而引渡之而已。故無寧直向第二審提訴。尙免手續之煩瑣。特未向第一審提起之私訴。第二審當與第一審共同審理。此日本現行法一般所適用者也。

(4) 公訴至上告審時。一般學說。皆以不能再起私訴爲主。以上告審乃法律上之爭點。而非事實上之爭點也。(如私訴中請求之正當與否。及損害賠償之確否。財產上數量之多少。皆經第一審第二審所已調查者。上告審時。不能審理及此。當用他之方法。再起民事訴訟。) 刑訴第四條云。「私訴不拘金額之多寡。以第二審之判決爲止。」依法文觀之。是第二審後關於私訴事件。悉不受理也。自實際而言。則仍宜使得第三審之受理。日本法律及判決例。均以條文爲斷。就立法論之上。上告審乃爲第二審已判決之事件。被抗

告破裂後而設者。從前之判決。既作爲無效。公訴事實之全體。且當重申審理。何妨加以私訴之事實。況可以條件附由豫審引渡第一審者。已有成規。若此亦以條件附。由此引渡上告審。則上告審時。可無私訴不受理之欠缺矣。板倉氏又謂公訴當上告審時。上告裁判所。常有卻下其訴訟。轉交於他之第二審裁判所裁判者。故私訴在上告審時。上告裁判所。苟礙於不審關於事實之主義。何妨卻下其私訴。轉交於他之第二審裁判乎。且可俟豫審受理私訴之條件。若第二審裁判所不認其私訴之事實。則上告裁判所。亦可無須審理。視爲消滅可也。

(乙) 附帶之理由

公訴以實行刑罰爲目的。私訴以損害賠償爲目的。公訴原因爲國家權利之被害。私訴原因則以個人之權利被害。二者各異。而私訴之審理。可以附帶於公訴之審理者。其理由則有二。

(一) 在圖審理之簡捷。(簡便捷速)

(二) 防生裁判之牴觸。(防生公訴判決與私訴判決互相牴觸之結果也)

第一 私訴本屬民訴。不當附帶於刑訴。但民訴之規定。手續極繁。多感不便。故附帶於公訴。即所以圖簡捷也。試舉其例如下。

(子) 從民訴之規定。則起訴必有訴狀。訴狀又有種種之條件。如條件不具備。則裁判官可以却下。且即條件具備。裁判官猶未立爲審理。必先將原告訴狀送達被害者。使其答辯書。而後爲之審理。如此往復。至少亦須二十日之久。加以開庭時手續又甚煩瑣。不若附帶於公訴。使被害者得以口頭或書面就當時提起私訴之爲簡便也。

(丑) 從民事之規定。則必向裁判所管轄之區域起訴。即被告住在地之裁判所也。例如甲乙二人。皆在東京。甲欲向乙爲要償之訴。甲固東京人。而乙則大阪人也。以民訴言。甲當往大阪裁判所起訴。其費財需時。自不待言。設爲附帶之例。則此弊可無。

(寅) 民訴必經由第一審。私訴附帶公訴。則第一審公訴裁判確定。當事者不

服而爲上控時。其在第一審所未提之私訴。可向第二審再行提起。民訴則不能也。

(卯)公訴之原因。(犯罪事實)即私訴之原因。公訴私訴同時審理。若公訴之證據充分。則私訴亦必充分。且不必問所訴如何。但問犯罪事實確當與否。視其犯罪之事實。即可決其損害賠償之程度。民訴則當復調取證據也。

(辰)私訴時附帶於公訴。不獨便於原告。亦便於裁判所。蓋依民訴所規定。裁判所有訴狀等種種之手續。以之附帶刑訴。則概從簡省矣。

第二 裁判所皆有獨立之權。認定事實而下判決。不受他之羈絆。倘兩裁判所並判一事。以觀察點之差異。又不能協商而下裁判。往往於同一事實。生裁判之牴觸。其例有二。

(子)以殺人之事實。向甲裁判所提起公訴。經甲裁判所認定證據充分。已下有罪之判決。倘私訴不附帶於公訴。則被害者爲損害賠償之請求時。又

當向乙裁判所提起私訴。或乙裁判所以證憑不充分而却下之。則同一事實。而裁判之互相牴觸如此。於裁判上之信用必有妨害。故寧附帶之也。

(丑)同一民事。若裁判所互異。所判決亦不合致。如民訴事件。常有破壞甲控訴院之判決。而移訴於他之控訴院者。而後之判決。與前之判決。亦輒生種種之牴觸。附帶於公訴。則可以免此也。

第二款 私訴之手續

私訴之手續。在刑訴上無從民訴規定之明文。其原則當悉從刑訴上之規定。請舉例明之。

(一)民訴必準備書面及書面之交換。(如訴狀答辯書等)依刑訴之規定。則可省此手續。

(二)民訴之訴訟書類。必貼印紙。爲百金之訴訟。其訴狀當貼三元印紙。答辯書則貼二十錢之印紙。證據調申請之書面。則貼五十錢之印紙。否即作爲無效。若依刑

訴之規定。係以不貼印紙爲原則。特有時指定或種類使貼印紙者。惟甚少耳。似此則凡訴狀等類。不貼印紙。皆爲有效。微特裁判手續。見爲簡便。即於訴訟當事者之經濟上。亦有利益也。

(三)民訴有就審之期間。(民訴第九十四條云。於訴狀之送達與口頭辯論之期日之間。至少亦須存二十日之期間。)附帶于刑訴。多不用訴狀而用口頭。故無此自提起訴狀之日。爲期間之起算者。每以當日提起私訴。翌日即可審理。無一定就審之期間也。

(四)民訴之代理人多有限制。(民訴第六十三條云。原告或被告。不自爲訴訟時。以辯護士爲之訴訟代理人。於辯護士不在之場合。以訴訟能力者之親族或雇人爲訴訟代理人。若此等者不在時。得以他之訴訟能力者爲訴訟代理人。區裁判所雖辯護士在時。亦得以訴訟能力者之親族或雇人爲訴訟代理人。)私訴則極爲自由。無論何時何人。均可爲代理人。不如民訴之限於辯護士及親族雇人而已。此亦用附帶之原因。乃有如是結果也。

(五)民訴於取下時極有限制。(民訴第九十八條云。訴之全部或一部分。就其本案。至被告之第一口頭辯論開始時。無被告之承諾。可得取下。其最後口頭辯論之終結時。得被告之承諾。乃能取下。訴之取下。在不爲口頭辯論時。可以書面爲之。訴狀就送達之場合。可以訴訟取下之書面。送達於被告。適法之取下。生消滅一切拘束權利之效力。已取下而再起訴時。被告者以受前訴訟費用之辨濟爲止。得拒其應訴。)私訴則隨時可以取下。以刑訴上無如何制限之規定也。

(六)私訴時訴之原因。可聽原告自由變更。不似民訴之拘束。(訴之原因。即爲請求之憑據。事實及法律上之理由也。如貸借訴訟。甲乙二人。必先有貸借之事實。且生甲乙間法律上之關係者。甲以乙不履行債務而提起私訴。此事實上之理由也。法律上以乙爲債務者。認其必有返還之義務。以甲爲債權者。認其當受法律之保護。此法律上之理由也。無事實而有法律。則訴訟不成立。無法律而但有事實。則訴訟之原因。亦不成立。民訴之原因。不得變更。(如變貸借之原因而爲買賣是)私訴則無妨變更其原因。然若濫爲變更。在被告者之自身。亦甚不利益。

以私訴之原因。皆有範圍。出乎範圍。必招不利。如對盜竊罪提起私訴。當爲贓物返還之請求。若爲借金返還之請求。則變竊盜之原因。而爲貸借之原因。是又出乎範圍。必受裁判官之却下。而原告自招不利矣。且私訴之原因。本與公訴犯罪事實之原因相牽連。倘變竊盜爲貸借。則出犯罪事實之範圍以外。故欲變更原因。當在犯罪事實範圍以內。如法政大學案上之杯子被竊。提起公訴後。附帶贓物返還之私訴。此蓋以竊盜爲原因者。嗣後以非竊盜。故變爲占有不法之原因。則竊盜亦不法占有之一。不法占有。雖非竊盜。而占犯罪事實之一部。如是變更裁判官不得却下之也。

以上所述皆刑訴第二百二十五條所生之結果。從此條文觀之。殊與理論不合。如云「於前二條之場合。就於私訴。不問其請求價值之多寡。當爲判決。」以第二百零二十三條言。固無不合。自第二百零二十四條言。以公訴之原因。本爲私訴之補助。苟已下無罪之言。而尙爲私訴之判決。其於公訴原因。爲私訴原因之本。則已無所着。何第二百零二十五條又云。於此場合。付於私訴必爲判決乎。要之。此

雖近似不合理論。實亦爲當事者圖便利起見。如於此不爲之判決。則當事者必向他之裁判所。再起民訴。手續費用。均見繁多。故在本裁判所爲之判決。亦所以圖簡捷也。

(七)民訴之證據調取。不得由裁判官以其職權自由調取。依第一百七條所規定。除檢證鑑定可以職權自由調取外。如本人訊問證人訊問等。非經當事者之申請。不得自由調取外。至附帶刑訴之證據。則可聽裁判官以其職權自由調取也。

(八)私訴之上訴及故障期間。皆依刑訴規定。民訴從缺席判決。十四日之內。可以申立故障。逾期不得。又自判決之日起算。以一個月爲上訴之期間。刑訴則故障期間。僅三日。控訴上訴僅五日。上告亦僅三日而已。

此故障期間。刑訴第二百二十九條。民訴第二百五十五條規定之。上訴期間。(控訴)見刑訴第二百五十二條。民訴第四百條。(上告)見刑訴第二百七十一條。民訴第四百二十七條。

第三款 共同訴訟

共同訴訟。本屬民訴。但刑事私訴。亦常有此事實。例如集合二人以上共同犯罪。則起訴時必提起數人之罪狀。而被害者對犯罪者請求損害賠償。必向數人起訴。是為共同被告。換言之數盜竊一人之物。為共同被告。數人之物被一盜所竊。為共同原告。實則數人同為不法行爲。或數人同為被害者。皆謂之共同訴訟。不特民事有然。即刑事亦有之也。但刑事上無規定此共同訴訟之明文。因而生兩問題焉。(一)一切私訴。不必如何規定乎。(二)當從民訴之規定乎。

私訴之共同訴訟。甚為必要。如明文規定為放任裁判官按照條例。或以公益為標準。而自由判決。究嫌裁判官權力過大。實際上終不適用。日本從前對此問題。紛紛聚訟。至三十八年五月大審院始下判決例。以私訴全體。雖不全適用民訴之條文。要可適用民訴之理論。(按共同訴訟。詳見民訴。)

第四款 私訴消滅之原因

私訴消滅之原因。大別為二。(一)形式上之消滅。(二)實體上之消滅。
實體上之消滅者。即根本的請求權消滅也。形式上之消滅者。不過所提之訴訟消滅。

而根本的請求權。未嘗消滅也。形式上之消滅。以私訴取下爲唯一之原因。取下而後。但消滅其所提之訴訟。將來尙可至民事裁判所行其損害賠償之請求權。實體上消滅之原因甚多。約舉如下。

(甲) 拋棄 即原告拋棄其請求權也。拋棄時可對裁判官或被告者爲意思之表示。從意思表示以後。其拋棄之効力。即可發生。不問被告者之意思如何。被告者即或不以拋棄爲然。亦有効力。以拋棄者拋棄自己權利。不受他人意思之影響也。

(刑訴第七條第一號)

(乙) 和解 此於民法上規定之。(民法第六百九十五條)和解者。即當事者雙方互相退讓而息其爭端也。和解之後。請求權消滅。私訴亦隨之消滅。例如甲竊乙時計賣之。而莫究其踪跡。乙對甲請求損害賠償。提起私訴。偷於此時互相讓步。乙本欲得百圓。甲願償以五十圓。請勿起訴。苟乙得五十圓而拋棄其請求權。則私訴自消滅也。私訴和解之通例。皆爲雙方之讓步。乙當得百圓。而但得五十圓。是固乙之讓步。甲既爲竊盜。乃一犯罪者。則似不得復謂之讓步。然竊盜罪犯。必既

提起公訴判決屬實。賠償自然應爾。惟當此場合。甲終以非竊盜爲主張。既非竊盜。而爲五十圓之賠償。是不得謂之讓步也。（刑訴第七條第一號）

（丙）確定判決 私訴之確定判決。與公訴並無關係。此最宜注意者。私訴判決確定。請求權自當消滅。即適用刑訴一事不再理之原則。（刑訴第七條第二號）

（丁）時効 此指公訴之時効。公訴因時効而消滅。私訴即因公訴之時効消滅而消滅。何也。蓋私訴以犯罪事實爲原因。犯罪事實。即公訴之原因。公訴時効。較短於私訴。經過時効期間。即國家之刑罰請求權。亦當消滅。蓋以保護國家公益。不得不如此也。倘已經過公訴時効。又有私訴之提起。而私訴復以犯罪事實爲原因。是已往之罪犯。一經私訴。重複勾提。於公益上甚有妨害。故定爲短期時効。使私訴亦從刑訴所規定。不得適用民訴也。（刑訴第七條第三號）

反對者以爲玩刑訴第七條所規定。其第一號所謂拋棄或和解。皆民事上之問題。第二號之確定判決。雖未見明文。而當指爲私訴者。固學者所同認。則第三號之時効。宜亦指定私訴。云公訴者非也。板倉氏謂反對說亦有理由。但在文字上

解釋之。則可在法理上則不適當。且即文字之解釋。亦有未周者。此可取第九條第二項而證明之也。第九條第二項云。「就於公訴。既爲刑之言渡時。則從民法所定時效之例。」此條文謂既爲刑之言渡。則公訴之時效期間。悉已經過。更有訴訟屬民法之範圍者。皆從公訴所定時效之例。由是觀之。可知反對說之不正確矣。

私訴消滅之原因。既述如上。此外尚有數箇條。皆因請求權而發生者。但爲民法上私法之權利。而非公法上之權利耳。如辨濟更改混同相殺等皆是也。

(1)辨濟 私訴上之請求權。即請求損害賠償。因原告請求損害賠償。故被告者當負債務。被告者從事辨濟。即等於債務之履行。而私訴亦從而消滅。此見民法第四百七十四條。民法可以第三者爲辨濟。私訴亦同。

(2)更改 此民法第五百十三條規定之。謂易前之債務而爲他之債務。則前之債務消滅也。例如甲竊乙時計。附帶公訴。提起私訴後。其賠償金爲百圓。甲對乙當負百圓之債務。丙出願以金百圓與乙。使甲釋其債務。而丙代之。是之謂更改。

(3)混同 謂債務者與債務者之資格歸併於一人之身也。(詳民法上債務之消滅中)混同之事實。私訴時極不多見。姑舉其例。凡同居親族。無所謂犯竊盜罪者。以同居之甲。告同居之乙犯竊。其罪名不能成立。惟如別居之弟。盜其別居之兄之物。依損害賠償例言之。弟對其兄。當負債務。但其兄死亡。即以犯竊之弟爲相續人。其人本爲債務者。因相續效力發生。而取得債權。是債權債務。二者混合於一身。此爲一般民法上債務消滅原因之一。私訴中或時亦可適用。

(4)相殺 謂相抵消也。雙方互爲債權債務。不必辨濟。但用相殺之方法。即可消滅其債務。此與普通的不法行爲。及契約上之債務。雖不盡同。而就債權言之。則一也。但有疑問者。民法上乃有不準相殺之條文。是何以故。民法第五百九條云「債務因不法行爲而生時。其債務者。不得以相殺抵抗債權者。」蓋相殺乃爲債務者圖便利起見。質言之。即債務者之利益。如甲負乙債。乙復負甲債。其數量又適相等。是不必辨濟。其債務自歸消滅。倘不用相殺之方法。則雙方均須經營金錢。手續複雜。殊不便也。唯因不法行爲而生之債務。則法律上不當爲之保護。故

有民法第五百九條之規定。

第四章 被告人受無罪或免訴之裁判時公訴關係者之責任

被告人、被告訴或告發。逮捕至裁判所。受無罪或免訴之裁判時。其人之身體自由營業名譽上。已被損害。於此場合。公訴關係者。應有如何之責任。依民法言。則被告人當向之爲損害賠償之請求。公訴關係者。厥有五種如下。

檢事

告訴人(民事原告人)

告發人(官吏或私人)

證人(或參考人)

鑑定人

右五種人皆與訴訟有關係。故謂之公訴關係者。就公訴關係者。應有責任與否。及應有如何責任之問題。而以刑訴解決之。則應有責任。(刑訴第十三條)

據刑訴第十三條所規定。公訴關係者。既應有責任。應有賠償損害之責任。而被告者

請求之相手方。則但限於(一)告訴人、(二)告發人、(三)民事原告人、民事原告人、亦被害者。所以別爲一種者。蓋以私訴手續上本人受害而自告訴者。謂之告訴人。旁觀人爲之告訴者。謂之告發人。因有告發者。爲之提起公訴。其被害者非自行告訴。不得謂之告訴人。乃名之爲民事原告人。實則與告訴人之性質無異也。茲更就本條逐項解釋之。

刑訴第十三條第一項云。「被告人於受免訴或無罪之場合。其訴訟之理由。因告訴人告發人民事原告人之惡意或出於重大過失者。對於是等人。得要求損害賠償。」此項規定被告人受無罪或免訴之裁判時。要償之相手方及條件也。要償之相手方。如以上各等人是。又必因是等人當訴訟之初。有出於惡意或重大過失之條件。否則不得爲要償之訴。

其第二項云。「被告人雖受刑之言渡。而因於告訴人告發人民事原告人之惡意或重過失。就其所犯之罪。爲過實之申立者亦同。」此項專就被告人有罪而言。謂被告人雖受刑之宣告。若是等人就其犯罪爲過情之申立時。是使刑浮於罪也。故規定被告人亦得爲損害賠償之請求。

其第三項云。「民事原告人爲上訴而敗訴時。被告人得要求因其上訴而生之損害賠償。」板倉氏謂此項所規定。立法者有大錯誤。今日不能適用。何也。宣告無罪或免訴。乃公訴上之裁判。上訴亦公訴之手續。民事原告人。本屬私訴。無公訴之權利。此項規定。其理由殊不可解。或立法者當時別有理由。未可知也。預日本未有訴訟法時。但制定治罪法。其十六條云。「民事告訴人。對於被告免訴終結之決定。裁判官認證據不實而下免訴時。可行其上訴之權。如既上訴後。復爲無罪及免訴之宣告。歸於原告敗訴。被告者可對之要求損害賠償云云。」當時起草員之規定如是。至改爲刑訴法時。起草員亦忘其現行法所規定。乃爲民事原告人。無上訴之權利者。率意而漫錄之也。

其第四項云。「要償之訴。至本案判決爲止。無論何時。得於其裁判所爲之。」此項規定。至本案判決爲止。被告人無論何時。得爲要償之訴於其裁判所也。

刑訴第十三條規定公訴關係之責任如右。而但限於以上各等人。至證人及鑑定人。究屬有無責任。并未規定。從民法上之大原則。凡受損害者。皆有請求賠償之權。若證

人之所證及鑑定人之所鑑定。有未確實者。悉爲不法行爲。被告者無不可向之要償。惟刑訴上爲此事極罕。(因其爲不法行爲。證人鑑定人。多力求其確實。)且有民法之規定。是以保護被害者。刑訴上可以適用。故未特別規定。但請求時當向民事裁判所。不得仍向本裁判所。所以刑訴上祇規定告訴發之兩種人也。

證人鑑定人不過備訴訟手續上證據調查之補助。至檢事爲公訴中重要人物。如其提起公訴。非調查確實。或含惡意者。亦爲不法行爲。應負重大的損害賠償之責任。而刑訴上未規定之者。是以檢事爲無責任也。蓋檢事有國家機關之資格。國家爲公法人。公法上之原則。法人無能力爲不法行爲。檢事既爲國家之機關。亦無可加以不法行爲之罪名。故被害者不得向之行要償權。唯刑訴第十四條但書。則例外定之。刑訴第十四條云。「被告人雖受無罪之宣告。不得對判事檢事裁判所書記執達吏司法警察官或巡查憲兵等爲要償之訴。但是等官吏對被告人。以故意加損害。或犯定於刑法上之罪之場合。不在此限。」

條文所規定無責任者。不獨一檢事。茲但言檢事者。以其他非公訴關係者也。至條

文祇揭無罪。而不及免訴者。因免訴多繫屬於豫審。被告者在豫審中至久不能過二日。不至有大損害。自無要償之問題。若但書則因以官吏身分而濫用職權。國家不認其爲機關。擯之於一私人之列。被害者遂不妨對之爲要償之訴也。

第五章 期日期間書類之作成送達及親族例附

此數者、皆於刑訴有關係之要件。故綜爲一章以釋之。

第一期日

期日者、爲訴訟行爲所定之確定日時也。如口頭辯論期日。臨檢期日。刑期言渡期日之例皆是。刑訴上無期日之規定。而適用民訴第五百九條之規定。

(甲) 確定期日之人 (一) 豫審判事 (二) 單獨裁判所判事 (三) 合議裁判所判事長

(乙) 確定期日之職權 合議裁判所裁判長。單獨裁判所判事。定期日之職權。並無限制。不問何時。即夜間大祭日日曜日暑假中。皆得自由指定。獨豫審判事定搜索家宅之期日。不得於日出前日沒後爲之。此則爲例外之制限耳。(見刑訴第七十八條三項)

- (丙) 期日之宣示 公判中指定期日。當宣示公於訴訟關係者。豫審期日。則不必宣示。因豫審時期極爲迅速。無宣示之必要。公判離豫審時期已久。不宣示不可也。
- (丁) 不守期日之制裁 當事者不守期日。謂之期日之懈怠。公訴時則有種種之制裁。豫審時無之。所謂制裁。即闕席判決也。其他證人鑑定人。對於期日之懈怠。當受賠償訴訟費用。及被告損害或罰金之制裁。(刑訴第一百八條第三百六條)

(參攷) 當事者不守期日。其結果厥有種種。檢事不守公判期日。爲違背第一百七十六條之規定。缺公判之構成。故不得復開公判。被告人不守期日。應受勾引。又當依第二百二十六條受闕席判決。辯護人不守期日。輕罪事件。公判尙得進行。若爲重罪事件。則不得開公判。但如本法第一百八條及第二十三十八條所規定。當事者對於證據不守期日。於訴訟行爲上。亦無妨害。惟期日不僅與當事者之關係。亦適同於證人鑑定人。苟證人及鑑定人不守期日。當受第一百八條第三百六條之制裁。(豐島直通講義)

第二期間

期間者、因訴訟當事者得單獨而爲訴訟行爲所定時間之繼續也。如故障期間。控訴期間。上告期間之類。故障期間。限定三日。逾期不得爲故障之申立。訴訟亦不成立。餘皆倣此。期間與期日之區別有三。

(1) 期日有始期而無終期。期間則始期及終期皆有之也。例如但云明治二十八年九月十七日開口頭辯論。其終期則未有所定。此期日也。若云自某日始至某日止。則謂之期間。如故障期間有三日。則第一日爲始期。第三日爲終期。

(2) 期日者謂訴訟當事者與裁判官共同爲訴訟行爲之時間。期間者謂訴訟當事者單獨爲訴訟行爲之時間也。例如控訴之申立。亦一訴訟行爲。在控訴期間。乃訴訟當事者單獨之期間。至辯論期日。則爲共同之期日也。

(3) 期日爲單獨判事或裁判長之所定。而不定於法律。期間則有裁判官所定與法律所定兩種。

期間問題之解決。

(甲) 期間之起算法。刑訴第十五條云。「法律上期間之起算法。以時者。由即時起算。以日者。不算入初日。若最終之日。當休暇時。不可算入期間。但時效之期間。不在此稱。一日者爲二十四時。一月則以三十日計算。一年則從歷而稱。」茲分舉如左。

(子) 以時起算。例如刑訴第六十八條第六十九條及第七十三條是。

(丑) 以日起算。例如上訴期間。(控訴第二百五十二條上告第二百七十一

條) 故障期間。(第二百二十九條) 之規定是。按條文言三日等者。皆以日算。若但言一日。則依二十四時起算。所謂最終之日。當休暇時。不算入期間者。其結果歸於延長一日。

(寅) 以月起算。例如以三十日爲一月。從歷稱一年是。(第十五條第二項) 但法定期間。僅有以日以時。而無以月以年條文明定之者。蓋爲裁判官。必有計月計年以定期間之場合也。

乙) 猶豫期間之規定。刑訴第十六條云。「此法律所定之期間。每海陸路八里。加

一日之猶豫。雖不滿八里者。在三里以上時亦同。如在島嶼或外國裁判所。得特定附加期間。」按因被告者之住所。與裁判所隔地時。不得按照法定期間。故法律上特定此條文。以爲之猶豫。其以每八里加一日者原則也。設爲十二里。則應如何增加。揣立法者寬宥罪人意之。故又定爲例外。以八里之外。已滿三里以上者。可再加一日。

(丙)不守法定期間之制裁。刑訴第十七條云。「經過此法律所定爲訴訟之期間時。除特別場合外。應失其爲訴訟之權。」按經過法定期間而不出頭者。法律皆與以制裁。惟有特別情形。則不在此限。所謂特別情形者。必明揭條文。乃得爲延期及其他之手續。如控訴期間爲五日。被告人受地方裁判所或區裁判所之判決。決而不服時。當在五日以內。行其控訴。經過此期間。即不得以他之故障爲藉口。而當失其爲訴訟之權也。

(丁)原狀回復。以上不守期間之制裁。爲原則之規定。但拘守原則。於訴訟上亦甚不便。故又定爲原狀回復之方法。刑訴第二百四十七條云。「訴訟關係人。於因

天災及其他不可避之事變。經過上訴期間之場合。而疏明其旨時。得因經過時間。回復其所失之權利。但應由障礙既止之日。於通常期間內。記載其疏明方法於申立書而爲上訴。按行原狀回復時。其要件有三。

(1) 出於不可避之災害。即本條所謂天災及其他不可避之事變也。如暴風雨大水。橋梁斷折。內亂地方騷動。交通斷絕之類皆是。

(2) 記載疏明方法。疏明其理由於裁判所也。又必以障礙止日起算。爲其一定之期間。

(3) 申立書。此疏明方法之申立書。當與控訴申立書同時申上裁判所。又第二百四十八條云。「有前條之申立時。裁判所書記。應速送達其申立書於相手方。相手方得於三日內。差出答辯書。於應裁判上訴之裁判所。當聽檢事之意見。先決定許其申立之可否。」按相手方有受申立書之權利。而無差出答辯書之權利。又受理故障之申立之場合。可更從通常之規定爲裁判。若故障申立人闕席時。不得更申故障。(第二百二十三條規定之)對於

闕席判決之故障。亦準用第二百四十七條第二百四十八條之規定。（第二百三十四條規定之）

第三 書類之送達

送達之定義。謂送達機關所爲之書類之交付。而使訴訟關係人爲辯論之準備。或爲之定期間進行之始期者也。請就定義分釋之如左。

(1) 送達機關者。執達吏是也。執達吏之性質。及其職務。詳民訴中。大抵當民訴裁判時。則充當原狀回復之強制執行人。至當刑訴裁判時。則受判事檢事之命令。送達書類。至特別之場合。如執行罰金科料亦其職務也。送達書類之手續。若刑訴別無規定時。準用民訴上之規定。（見刑訴第十九條）但此指未有特別規定者而言。如刑訴第十八條所規定。乃與民訴第四百四十三條爲正反對者。刑訴第十八條。「謂當事者未定假住所屆出於裁判所時。裁判所不負送達書類之義務。」民訴第四百四十三條。則「謂當事者雖未選定假住所屆出時。裁判所亦負有送達書類之義務。」但不必由執達吏送達。可由裁判所書記或受委任之吏員。付

郵便配達人遞寄。不問書類之能否到達。或何時到達。均以付郵便時。看作送達終了。（見本條第三項）此刑訴所以爲特別規定也。

(2) 使訴訟關係人爲辯論之準備者何。即刑訴第二百十三條及第二百十四條所規定也。

(3) 定期間進行之始期者何。謂從何日起算。則期間之進行。即從何日發生也。民訴與刑訴所採主義不同。民訴期間之進行。以送達時爲始期。如控訴上告之期間。控訴爲五日。上告爲三日。此五日三日之起算法。即以第一審或第二審之判決書類送達到着。定進行之始期也。刑訴則從刑之言渡時。定期間進行之始期。亦有以書類到達時起算者。即對豫審終結之決定而爲抗告是也。蓋豫審雖終結。尙不能爲刑之言渡。故當從民訴所規定。又如證人與鑑定人對於罰金之決定。亦可抗告。抗告期間三日。（刑訴第二百九十五條）亦以書類送達起算。定期間進行之始期。（證人見刑訴第一百八條。鑑定人見刑訴第三百三十六條）又對於闕席判決之故障期間。亦以書類送達到着起算。（刑訴第二百二十九條）其送

達之手續。則詳於民訴。

第四 書類之作成

凡訴訟必有書類。民事與刑事同。民訴上無規定之明文。刑訴則自第二十條以下詳之。此何以故。蓋訴訟上定犯罪人之罪案。全憑書類。苟有錯誤。冤抑必多。故刑訴以嚴重之方法作成之。否則將恐失書類之効力。此書類所以與訴訟有重大之關係也。

(甲)法定之書類 書類之法定要件有四(刑訴第二百一條第一項)

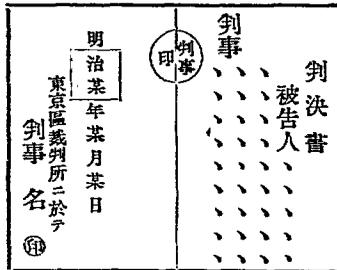
(一)官公署印之押捺(衙署之印)

(二)記載作成之年月日及場所

(三)每葉之契印

(四)官公吏之署名捺印(官吏之印)

判決書類。當具備右之要件。如一部分有欠缺時。則全部無効力。其圖式如左。



如圖分上下兩葉。中間界線。加以判事印者。爲契印。年月日上之押捺者。爲官公署印。官吏名下者。爲官公吏印。苟事實之記載。非兩葉所能容。有廣至三葉者。每葉均加契印。如一葉無契印。他葉雖有契印。亦爲無効。

(乙)私人之書類 刑訴第二十條第二項。「非官吏公吏所作成之書類。本人應自

署名蓋印。」例如告訴狀及告發狀亦書類之一種。而皆爲私人所作成者。蓋告訴狀爲箇人被害而告訴之書面。告發狀則爲他人代被害者告訴之書面。其爲私人所作成之書類則一也。皆適用第二十條第二項之規定。

板倉氏謂於此有一問題。如作成書類之私人。違反本條第二項之規定。其書類尙有効力與否。據本項條文。并未規定違反之制裁。而第一項則明定爲無効。似

此項所未規定者，宜爲尙有効力也。但當此場合，全憑裁判官之心證。對署名而不捺印，或捺印而不署名，或全不署名捺印者，可以變通辦理。令出承認狀，亦得作爲有効。因未項未有無効之規定也。

(丙) 書類變更增減之効力 刑訴第二十一條云：「關於官公吏之訴訟書類之原本正本謄本，所作之文字，不可改竄。若有插入削除及欄外記入時，當認印之。削除文字時，當存得讀之文字體，而記載其數。背此規定時，應無變更增減之効力。例如學生會召集廣告之書類，學生誤作職員，當改正之。此爲改竄。明後日誤作明日，當加一後字。此爲插入。三丁目十六番地，誤作二十六番地，當減二字。此爲削除。欄外記入者，附於行外也。當存得讀之文字體者，令已削除之文字得辨認也。記載其數者，記載其削除爲若干字也。凡此皆謂之變更增減。不背本條所規定，方爲有効。

(丁) 非官吏作成書類之署名捺印 刑訴第二十一條之二第一項：「於非官吏者之署名捺印之場合，不能捺印時，可僅爲署名，不能署名時，可使立會人代署，而

自爲捺印。」第二項。「立會人當記載其代署之事由而署名。或署名捺印。」第三項。「於官公吏之面前。雖本人不能署名之場合。不必要立會人。官公吏當爲代署。而附記其事由。」

按此所謂第二十一條之二者。因法律規定書類之條文。未能完備。至明治三十一年。方始加入。無以紀其數。因列於第二十一條之下。

立會人者。立會二字。畧如中國監臨之義。中國但限於公事之稱。日本則國家機關及市町村團體。皆有立會人。蓋公私事監臨者之通稱也。

不能捺印者。如歐人不重捺印而重署名。若與歐人爲訴訟之書類。但署名亦可。不能署名者。如不識丁之人。或手腕疾痛之人。皆可使立會人代署。而自捺印。若署名捺印。均屬不能時。則但使立會人代署也。

立會人當記載事由者。即記載本人所以不能署名捺印也。

於官公吏面前。本人不能署名。不要立會人者。如豫審中本人不能署名。但于豫審判事面前。申立其不能之場合。可由判事或令裁判所書記代署之。而附記其

之血族。(二)配偶者。(三)三親等內之姻族。直溯至高祖以上之始祖及兄弟之孫曾。至姻族亦列入親屬以內。刑法則範圍較狹也。蓋日本以家族爲基礎。故民法趨重家長戶主之制。以家督相續爲必要。故不能不擴張親族之範圍。爲證人者。在親族範圍以內。有隱蔽之事實。或可免罪。而在親屬以外。則不能從寬也。

刑事訴訟。若遇有親族關係。其影響如何。例如凡與被告者民事原告人有親族關係者。不能用爲證人。犯罪事件。設爲竊盜犯。被告人若爲被害者近親。則檢事不得訴追。又裁判機關與訴訟當事者。若有親族關係。則當除斥之。不得使執行職務等是也。

第二編 裁判所及訴訟當事者

第一章 裁判所

裁判所，爲處理民事刑事之司法裁判所。簡言之。即司法之機關也。關於裁判所之權能及權利。皆謂之裁判權。因其爲司法裁判所。故又謂之司法權。今說明其意義及種類。

(一) 意義 今所謂司法權者。乃普通之意義。學者偏於廣義的解釋。輒謂司法權非僅適用於裁判上。且有設立裁判所及規定裁判所權利義務範圍之權。此不適用於應用者。本編所述。悉就通常應用言之。從狹義的解釋。如憲法五十七條所規定是也。

裁判所限於國家設置。此外如公共團體地方團體及一私人等不得設置。以刑罰權爲國家所獨有。此外不能有之也。

裁判所。以國家之機關行其司法權。與統治權之天皇。應有如何關係乎。對於此

問題之解決。或斷爲代理之關係者。謂司法權亦統治權之一部。天皇不能自行而委任裁判所代理之。即憲法五十七條之規定云。「司法權以天皇之名。依於法律而裁判所行之。」按司法權之委任代理。不可取戻。(索回)他之委任代理。可以自由取戻。若天皇既以司法權委任裁判官及檢事代理。即不得取戻而自行之也。

司法權之外。又有所謂司法行政權者。係爲定實行司法權之必要方法。又定其易於實行之必要手續之權也。其分類如左。

第一 司法官及裁判所附屬官吏任命黜陟之權。

第二 監督裁判所及檢事局一切建物之權。

第三 定訴訟法規以外其他訴訟手續之權。

學者有謂司法行政權與本來之司法權。可合爲一。此說實誤。司法權者。直接行裁判之權。是即與司法行政權區別之要點。日本法律分此兩者。使各爲獨立之機關。所以區別之理由。因必如是。而後裁判官可保其獨立之地位。而裁判事務。

亦可因之簡單得爲公明之裁判也。

(二)種類 司法權有二種。(一)民事司法權。(二)刑事司法權。本編就刑事司法權言之。

(甲)定義 刑事司法權者對於犯罪人之裁判權。換言之即依刑法或刑事訴訟法之規定適用於犯罪人之權也。

(乙)分配 適用刑法及刑訴訟法者爲裁判權。判決確定。加刑罰於犯罪者之身。則爲裁判執行權。二者雖互異。而根本則同。因適用法律。乃有裁判權。適用刑罰。乃有裁判執行權。依純正論理而言。二者當併於同一之機關。近世歐洲諸國。則多分爲兩機關者。其原蓋由於三權分立之說。風行當時。後之學者。雖加駁正。而習用已久。見爲便利。而生良好之結果。至今遂不得不因之也。且經濟上分業之原則。亦爲法律上所適用。故歐洲與日本皆舍純正論理。而採用之方法。分判事爲裁判機關。檢事爲執行機關。學者或謂以兩機關分司二權。固亦甚善。以檢事司執行權。則其弊有二。(1)檢事無公平之保證也。(2)檢事乃原告人。以原告爲執行者甚不當也。如民事亦有原告人。

倘檢事以刑事原告人。可爲執行者。則民事原告人亦可爲執行者。而自處分被告人之財產矣。板倉氏謂檢事既爲國家之機關。於被告人無德怨之私。雖爲刑事之原告人。其所以代表國家者。與判事何異。特見有害公安秩序者。即以其職權提起公訴而已。至其執行刑罰。悉依法律所規定。無所謂不公平。若謂其無公平之保證。則判事亦非有如何公平之保證者。將謂之不足爲裁判機關乎。又如謂檢事可爲執行機關。無異於民事原告人。可自處分被告人之財產者。此說亦謬。夫爲原告者乃國家。檢事不過代表國家。爲國家提起公訴。非自爲原告人也。蓋國家以代理原告及執行機關。并委任於檢事。與民事之原告。顯有差別。況據反對之說。檢事既不能代國家執行刑罰。必以其權歸之國家。然國家亦爲原告人。又不得有刑罰執行之權。是刑罰必致全不適用矣。

第一節 裁判所之管轄

第一 定義 裁判所之管轄者。謂執行裁判權之範圍也。

第二 標準 裁判所之管轄標準有二。

(甲)事物之管轄 此已詳於裁判所構成法。而刑訴二十五條一項。重提明之。其第二項所規定者。則因裁判所構成法有脫漏。而附見於此者。最宜注意。第二項云。「就異於管轄之數個犯罪。同時同一之被告人。有起訴時。併於上級之裁判所而管轄之。」例如甲對於乙。以或種類之犯罪事實。當歸區裁判所管轄。即向區裁判所起訴。同時丙復對乙。以或種類之犯罪事實。當歸地方裁判所管轄。向地方裁判所起訴。此時應歸何裁判所判決。甚難規定。故不如歸併於上級之裁判所。按此理由。蓋圖節省時及減少煩勞起見。倘使區裁判與地方裁判分擔判決之職務。時間必致延長。不特被告勞苦。即裁判所亦不勝其煩。裁判所刊訴之費。由國家支給。既致虛糜。被告者亦不免受財產上之耗損也。

(乙)土地之管轄 刑訴第二十六條云。「於同等之裁判所。以犯罪地或被告人所在地之裁判所。為豫審及公判之管轄。」

(一)犯罪地 犯罪地者。謂構成犯罪要素之行爲全部或一部成立之場所也。

其例如左。

(子)犯故殺罪者。在橫濱東京交界殺人。先在橫濱界斫傷。後被害者逃至東京界。犯罪者復追殺之。其犯罪地當在東京。

(丑)犯私文書偽造行使罪者。日本刑法。以但偽造而不行使者。爲犯罪之豫備。偽造而又行使。方爲本罪之成立。設犯罪者在橫濱偽造。而在東京行使。其犯罪地亦當在東京。

(寅)間接正犯之罪。因他人之犯罪而成立。如偽造紙幣。利用他人行使。設偽造者在東京。而他人之行使。則在橫濱。其犯罪地當在橫濱。

(卯)以上諸例。尙易解決。有甚困難者。如不作爲犯。其行爲乃消極的。似無犯罪地之可言。今據學說。即以其應履行義務之地爲犯罪地。如戶籍法凡出生兒十日以內。當屆出於戶籍吏。不屆出者爲違反戶籍法罪。則以法律上所認當盡義務之地爲犯罪地。即本籍地是也。

(二)被告人所在地。謂起訴之始。被告人現在之場所也。其標準以起訴時決定

之。非必被告人之本籍。亦非必被告人之住所也。

土地之管轄。依二十六條所規定。以犯罪地及被告人所在地爲主。又有所謂強制所有地者。即包含於此條所謂被告人所在地中。例如西京之人。在東京犯罪。被禁錮於東京之監獄。而在西京又被人控告。則當從強制所在地之東京裁判所管轄之。此理由。蓋依立法者之本意。其定裁判所之管轄。以犯罪地爲標準者。爲易於搜查證據也。以所在地爲標準者。爲易於捕獲審問。而免於護送之手續。逃亡之危險也。若被告人既在東京監獄。因西京又提起訴訟。復將犯人移交於西京裁判。手續繁重。似違反當時立法者之本意。故以強制所在地。看做犯罪地及所在地。自屬當然。惟近世學者有謂訴訟當事者。宜除強制所在地而言。因特揭出。以表明其說之非。關於此問題。曾起衝突。日本數年前。教科書受賄之案。犯罪者多至數百人。其中有視學官。有教育家。有學士。有書賈。檢事隨在起訴。管轄問題。最爲複雜。有一教育家。住所在地在西京。其受賄（不當之檢定）亦在西京。而東京之檢事。因其書店在東京。遂在東京裁判所提起公訴。受豫審管轄違之却

下。又因被告人已禁錮於東京之監獄。檢事復用強制所在地之例起訴。豫審判事乃未却下之。嗣後大審院頒行判決例。認定本條文之犯罪地及被告人所在地。爲含有強制所在地者。但涉於裁判所爭權及規避。或檢事有惡意時。則對於官吏身分。當予以懲戒處分。對於訴訟。則仍爲有效也。

若有數箇犯罪。而連及數箇裁判所之管轄。則當以何地爲其管轄地乎。如在東京犯罪。又在大阪或京都及橫濱等處犯罪。而東京爲其逮捕地。此應歸何裁判所管轄。刑訴二十七條規定云。「數箇之裁判所管轄之場合。以其中最初着手於豫審或公判之裁判所爲其管轄。」云着手者。必須有書面之準備。非但提起訴訟也。例如在大阪犯罪者。經檢事提起公訴。又由判事已發拘引狀後。其犯罪者逃往東京。又被捕於東京。裁判所雖已開公判。或判決確定。亦當取消。或下管轄違之判決。以歸還大阪裁判所之管轄。即裁判所不爭。被告人亦可上告。刑訴第二十八條云。「從犯之管轄。屬於管轄正犯之裁判所。如正犯不僅一人。其管轄屬於數箇之裁判所。則以最初著手爲豫審或公判之裁判所管轄之。」

又裁判所構成法第五十條第二號。「皇族之犯罪。無論正犯從犯之身分如何。皆歸於大審院管轄。」

依第十九條所定。凡在外國犯罪。而依日本之法律處斷者。則以被告人於日本國內被逮之地。又由外國送致之地。爲其管轄地。

爲闕席裁判之際。無論其犯罪之在內地抑在外國。皆以被告人之最後所在地爲管轄地。

在海船內犯罪。則以定繫港或犯罪後最初着船之地之裁判所管轄之。此第三十條所規定也。

第三、管轄裁判所之指定。即有時某犯罪應屬某裁判所管轄。甚難判明。此際由檢事或他之訴訟關係人爲指定之申請。若於大審院。則由檢事總長。依司法大臣之命令。或以檢事總長之職權申請之。

第四、管轄之移轉。即原管轄裁判所。失其管轄權。而移其權於無管轄權之裁判所。使之管轄也。而原管轄裁判所。所以失權之故。或由於公安之關係。或由於嫌疑之引

避。皆不可不移轉其管轄也。關係公安者。即三十四條所規定。因犯罪之性質。被告人之身分員數。地方之民心。其他重大事情。對裁判所而有紛擾危險之虞。則爲公安而移其事件於同等之他裁判所。所謂嫌疑者。即三十六條所規定。因被告人之身分。地方之民心。及訴訟之模樣。而恐裁判所有不能維持公平之處。例如政黨之首領。犯政治犯。其裁判所所在地。有多數所屬之黨員。或有企圖劫奪之恐。故當移其管轄於他裁判所。三十四條。即指此也。又如被告人爲素有勢力之官吏。其管轄裁判所判事。或。因是而爲無罪之判決。故當此嫌疑之際。亦不得不移其管轄於他之裁判所。三十六條。即指此也。

第二節 裁判所職員之除斥及忌避回避

國家設立裁判所之意。乃爲人民判斷其曲直是非者。當以公平爲必要。否則不特喪失効力。且於人民爲有害。故有爲不公平之原因。皆須除斥之。此所以有除斥及忌避回避之規定也。

除斥之原因有四。刑訴第四十條云「判事於左之場合。依於法律可除斥其職務之

執行。

(一) 判事爲被害者時。

(二) 判事或其配偶者與被告者或被害者或是等之配偶者爲親屬時。但付於親族者。雖婚姻已解除時亦同。

判事於以上之原因。皆當回避。否則由裁判所除斥之。以其應回避而不回避也。蓋自己被害。其憾必深。既懷報復之念。對於被告人。自不免失之偏頗。至如袒護親屬。亦人之常情。即廉正持平者。時或不免。此不回避。所以爲當然除斥也。

(三) 判事就其事件爲證人鑑定人時。或爲被告人及被害者之法定代理人時。

此原因與第一號第二號不同。前恐其牽於愛憎之情。此則恐其爲保全自己名譽起見而致裁判之不公平也。如裁判時採用證人之言。視乎判事之自由。苟判事自爲證人。則斷無不採用之理。爲鑑定人時亦然。蓋言語正確。能被採用。此名譽上事也。至若充當代理人時。倘不能使當事者受其利益。亦於己之名譽有妨礙也。

德意志刑訴有判事前爲辯護士及檢事或司法警察。於同一事件。當受除斥之明文。如在第一審爲檢事。而轉爲第二審判事者。對控告之事件。即爲自己提訴之事件時。當然除斥。日本刑訴無明文。實爲欠點。述之以備參攷。

(四)判事于與其事件之終結。或于與被申立不服之裁判之前審時。

適用此號有一問題。如判事爲干與豫審之終結之判決而受除斥乎。抑但干與其豫審乎。據大審院判決例。則爲干與豫審終了之判決。方受除斥。豫審終結之判決。以已付公判爲斷。蓋因干與豫審終結。乃有發表之意見。恐其維持意見。以先入爲主也。若臨檢及下管轄違之却下。爲檢事所上控。經第二審決定。爲非管轄違。復下於元裁判所者。在其內容。皆未有發表如何之意見。可以不受除斥也。

忌避之原因。第四十一條所規定也。

忌避之申請及其裁判之手續。與民事訴訟法同。茲不復述。惟有特別之規定。即四十三條是也。若被忌避者。係公判判事時。則其手續。應即中止。苟係豫審判事。則不必中

止而繼續進行。此二者區別之理由。蓋豫審非迅速處分。則犯罪之證據。將有湮沒之恐。故繼續而不中止也。然苟認為不必處分之際。則其手續中止可也。

回避者。判事自陳其原因。而自引退之謂也。(1)有除斥之原因時。判事可自回避。(2)判事自見其事件應回避時。可自請於管轄裁判所。然恐或遇繁難事件。託辭規避。故必俟裁判所審按之。以定其申請之允否。

除斥及回避之規定。裁判所書記。亦可準用。刑事訴訟法第四十五條云。「本章之規定。裁判所書記。亦準用之。」而裁判所書記。非執行裁判之職。故忌避之規定。不必準用。第四十條一號至三號及第四十四條。裁判所書記。皆可準用。而第四十條四號之規定。裁判所書記。不必準用。

第三節 裁判所之共助

按此節板倉氏講時畧去。茲依豐島直通氏講義補之。

裁判所不問公判或豫審。非在其管轄區域內。則不能行職務。惟受訴之裁判所。因訴訟行為所生。必要於其管轄區域外。求他之裁判所為法律上之共助。或為便宜而求

他之裁判所共助者。例如證人訊問之囑託。或地方裁判所於其管轄區域內。囑託區裁判所檢證等是也。

法律上之共助者。因司法之事。一官府以自己之權限。補助他官府之謂也。故汎言法律上之共助。不惟裁判所有之。檢事局檢事之間。亦有共助。（參照裁判所構成法百三十二條。）又通常裁判所。與特別裁判所。亦有共助。（參照刑訴法百十八條末項。及通常裁判所與臺灣法院之共助法。）茲所言之共助。係專指通常裁判所與通常裁判所。因司法而以職權相補助也。

裁判所之共助。依裁判所構成法百三十一條。則限於訴訟法。與特別法。有規定者。得爲之。而在刑事訴訟法上。無規定通常裁判所間共助之特別法。惟其中有如左之規定者。

(一) 被告人之訊問及拘留。（參照刑訴法七十條。）此爲由豫審判事。囑託於被告人所在地之豫審判事。或區裁判所判事者。於公判則無此囑託。其方式則無制限。雖以電信囑託亦可。以電信囑託者。於被告人逃走時。見爲必要。此爲豫審判事

訊問及拘留被告人之便宜。故許得爲之。

(二) 證人之訊問。(參照刑訴二百三十二條百十九條) 證人不住於裁判所所在地時。則於豫審或公判。囑託於其住所在地之區裁判所。證人在管轄地外時。則囑託於其所在地之豫審判事或區裁判所判事。是亦爲便宜計也。

(三) 鑑定。鑑定之囑託。刑事訴訟法無明文。其關於證人之規定。鑑定人準用之者。第百三十六條所列舉是也。關於證人訊問之囑託。第百三十二條不舉之。或有謂不得爲鑑定之囑託者。判例亦同。此由無明文則不許之觀念而生。雖然。鑑定人不能爲拘引。故此囑託。不但爲便宜。且爲必要也。是鑑定雖無明文。不可不爲。準用第百三十三條之解釋。不然。則恐生雖有鑑定之必要。而不能爲之之場合也。

(四) 臨檢搜索及物件差押。刑事訴訟法第百十二條。雖惟有管轄內囑託之規定。然管轄地內。得囑託於區裁判所判事。則於不能行其職權之管轄地外。應行此等處分時。得囑託於其地之豫審判事或區裁判所判事。自不待言。前者爲其便宜。後者出於必要也。

由受訴裁判所。有法律上共助之囑託時。則受託裁判所。應許爲共助之行爲。且爲自己管轄權應生之義務。例如證人不住居於其管轄內。或應差押之物件。不存在於管內時。則得拒其囑託。不得以無故而來囑託之理由。或囑託之裁判所。爲管轄違之理由。以拒之。又受託裁判所。不得爲轉囑。惟轉囑若爲便宜者。法律亦無不許之之規定也。

第二章 訴訟當事者

刑事訴訟之原告爲國家。而被告則一私人也。訴訟當事者之關係。即國家與私人之關係也。詳言之。則國家者。刑罰請求權之主體。而一私人其客體也。檢事之於刑事訴訟。非原告。而代原告爲訴訟之行爲也。苟就民事訴訟法上之名稱。則謂之國家法定代理人可也。但此說有反對者。其言曰。檢事實原告人也。何則。苟以國家爲原告本人。而一方有裁判權。是國家有二資格也。而原告人與裁判官之兩資格。不能相容。故不得不以檢事爲原告本人。斯說蓋誤以刑事訴訟。與民事訴訟。爲同一性質也。刑事訴訟。固以刑罰之適用爲目的。蓋國家對於犯人。原可直接施行刑罰。而欲求犯罪與刑

罰之均平。故特設訴追機關。且訴追機關與裁判機關各獨立。故刑事訴訟之以國家爲原告。絕無弊害也。反對論者又曰。國家者。固有保護被告人利益之義務也。若以國家爲原告。則必不能保護被告人之利益。何則。既稱之曰原告矣。則惟保護自己之利益。固無保護被告人利益之義務也。此說亦誤。國家雖具原告人與裁判官之二資格。而其機關則各異。行裁判之職務者。裁判官也。居原告之地位者。檢察也。裁判所固有保護被告人之責。而檢察亦未嘗不以保護被告人爲務。若謂以國家爲原告。致於被告人之保護上有遺憾。此實誤也。夫刑訴上。國家所保護者爲公益。至個人之私益。則不保護。因維持社會之秩序。而私人之身體自由。有時亦不能被限制。故國家仍可爲當事者。不能謂其與被告人利害相反也。

日本刑事訴訟法。采用當事者訴訟主義。蓋欲求裁判之公平。不可不使當事者立於同等之地位。然現行刑事訴訟法。非無與此主義矛盾者。即原告較諸被告。常立於優等之地位也。此兩者之地位。所以不能無差異者。蓋本於刑罰權之性質。難於平等也。且欲檢舉犯罪之證據。尤不可不使檢察事立於優等之地位。今舉其不平等者如左。

(一) 檢事不論何時得請求豫審判事。檢閱訴訟記錄。(六十八條) 被告人則無此權利。

(二) 檢事欲貫徹自己所主張得請援助於他之官廳。而被告人欲證明自己之無罪不能請求他之官廳之援助。

(三) 不平等之最著者。即原告得拘束被告人之自由也。刑事訴訟法第一百四十四條云。「地方裁判所檢事及區裁判所檢事比豫審判事先知有重罪或屬於地方裁判所管轄之輕罪現行犯其事件要從速者不待豫審判事通知其旨而即臨檢於犯所得爲屬於豫審判事之處分」第一百四十六條云。「區裁判所檢事知其裁判所管轄之輕罪現行犯其事件要從速者得爲第一百四十四條所規定之處分」是也。依以上規定。檢事有訊問拘引被告人之權。故曰最不平等也。或有反對刑事被告人爲訴訟當事者之說。謂刑事被告人僅爲證據方法。且有極端之說。謂刑事被告人爲受動的刑罰權之目的者。此種學說。攷之歷史。非無根據。然不合於現今文明國之刑訴法。蓋近世刑訴法。用彈劾主義。有檢事判事辯護士各機關。

被告雖爲刑訴上之客體。然尙有上告等之權利。故可爲當事者無疑。證諸日本刑訴法之規定。益明瞭矣。(一)被告人不見呼出狀。可拒絕其逮捕。(二)自呼出狀之通達至出頭。尙有二日之猶豫。

第一節 當事者能力及訴訟能力

當事者能力與訴訟能力之區別。民訴刑訴上。皆爲必要。刑事訴訟法上。國家爲原告。前既言之。而國家一無形物也。既認國家之存在。則常有法律上原告的能力。至於自然人。則非生活的。不能有當事者能力。然刑法上無責任能力者。刑事訴訟法上。仍有當事者能力也。質言之。即刑法上之責任能力。非定當事者能力之標準也。例如檢事對於十二歲未滿之幼者起公訴時。裁判所定無罪之判決。此際十二歲未滿之幼者。固爲當事者。然苟檢事對於死者爲訴追時。裁判所探知被告人係已死者。則不下判決。惟將其事附記於訴訟記錄。即爲終結。蓋死者無當事者能力也。至於死亡之時期。不問其在起訴之前後。

訴訟能力者。謂可以實行法律上有効之訴訟行爲之能力也。關於民事訴訟法之訴

訟能力。據四十三條所定。必從民法之規定。然刑事訴訟法。則不設制限。雖十二歲未滿之幼者。在民法上爲無能力。而在刑事訴訟法。則不得爲非訴訟當事者也。茲有宜注意者。刑事訴訟法第八十一條云。「被告人之法律上代理人。得以爲輔佐人。參與於辯論。」此非謂關於無能力者之訴訟行爲。加以制限也。假令法定代理人參與辯論。而被告人之無能力者。仍可爲訴訟行爲。質言之。無能力者。自成獨立之訴訟當事者。不因法定代理人之參與。而失其訴訟當事者之資格也。又訴訟事件。苟非辯護人與被告人共同出頭。則裁判所不得審理其事件。然所以必令辯護人參與訴訟者。非因被告人之無訴訟能力也。實本於保護被告人之主旨也。又第八十三條云。「被告人精神錯亂。又因病不能出頭者。痊癒之前。可停止辯論。」此際恰如被告人缺乏訴訟能力。實則不然。蓋因事實上不能爲辯論也。以上所述。是刑事被告人。於訴訟行爲。絕無制限。而爲訴訟原告之國家。有當事者能力。無訴訟能力。故使檢察代表之。而爲訴訟行爲。

第二節 當事者之代理及補佐

第一款 檢事及其代理官補佐官

檢事者何也。於裁判所構成法詳之。並不復述。唯有宜申言者。檢事之職務。在於搜查犯罪。提起公訴。檢事於訴訟之提起。有專權也。即公訴之提起權。專歸於檢事。檢事以外之人。不能有此權。然對於此原則有三例外。

其一、刑事訴訟法第一百四十二條云。「豫審判事。比檢事先知有重罪。又屬於地方裁判所所管轄之輕罪現行犯之際。其事件要急速時。則不待檢事之請求。直通知之。即得取掛豫審。」第一百四十三條云。「依前條雖無檢事起訴。而豫審判事。得作檢證調查。受理公訴。其現行之重罪或輕罪。可於調書中記載之。豫審判事。速將書類送致於檢事。雖檢事有不可繼續其豫審手續之意見。可從通常規定終結之。」

其二、刑事訴訟法第八十四條云。「裁判所於未受訴之事件。不得爲裁判。但因辯論而發見之附帶犯。則不在此限。」即發見附帶犯時。不待檢事之公訴。公判判事可爲裁判。或送致於豫審判事。（須送致於豫審判事者。其附帶犯係重罪也。）

其三、證人或鑑定人。於公判爲偽證或爲虛偽之鑑定。則不俟檢事之公訴。而取押

之發勾引狀。送致於豫審判事（百九十五條）

檢事所提起之公訴。有不當之際。則其言渡。應依刑事訴訟法第六十五條、第八十六條、第二百二十四條之規定。有第六十五條第一號至第六號之原因時。例如其事件不爲罪時。豫審判事爲免訴之言渡。被告人被拘留時。則可放免之。又裁判所於其事件。係管轄違時。或不當受理其公訴時。則可爲管轄違或不當受理之言渡。又有第二百二十四條之原因時。例如犯罪之證據不充分。或被告事件不爲罪時。即爲無罪。又有第六十五條第三號以下之原因時。（第三號罹於公訴之時效時。第四號經確定判決時。第五號大赦。第六號法律全免其罪時。）得爲免訴之言渡。

日本法律。認有代理檢事執行職務之官吏。此種官吏。即司法官試補。及判事是也。司法官試補。得爲檢事之代理。辦理區裁判所管轄之事務。又於必要之際。司法大臣。得命判事代理檢事。以行其事務。

檢事之補佐官。即司法警察官。而爲檢事之補佐。搜查犯罪者也。刑事訴訟法第四十七條二項云。「左所記載之官吏公吏。爲檢事之補佐官。受其指揮。爲司法警察官。得

搜查犯罪。

第一 警視警部長 警部 警部補。

第二 憲兵將校 下士。

第二島司。

第四郡長。

第五林務官。

第六市町村長。」

此外在海船內犯罪者。船長得行司法警察之職務。(四十八條)

至地方長官及警視總監。非檢事之補佐官。實獨立而行搜查犯罪之事務。四十七條

一項云「警視總監及地方長官。各於其管轄地內。爲司法警察官。就於搜查犯罪。與

地方裁判所檢事。有同一之權。」

關於犯罪之搜查。司法警察官。有左之諸職權。

第一、於現行犯。依刑事訴訟法第四百十條「第四百四十四條第四百四十六條所許

檢事之職務。司法警察官亦得行之。」規定得使用強制力。

第二、關於搜查犯罪。得使用巡查或憲兵卒。

司法警察官之職務權限。在事物管轄。雖無制限。在土地管轄。則限於其所屬之行政管轄區內。即東京府之司法警察官。不得在橫濱爲犯罪之搜查。

第二款 被告人之代理人及辯護人

(一) 被告之代理人 刑事訴訟法所謂被告之代理人。有法定代理人。及訴訟代理人二種。而法定代理人。即從民法規定。親權者。未成年禁治產者之後見人。又女子之夫是也。然法定代理人。非皆可爲刑事訴訟之被告代理人也。刑事訴訟法第二百四十四條云。「呼出狀中。記載受呼出者之氏名職業住所出頭之時日場所。及被告事件。且被告事件。係違警罪。或該罰金之輕罪。則可記載得使代理人出頭。」依此規定。則法定代理人。得代理被告人爲訴訟行爲。即當罰金之事件。或違警罪事件。在第一審第二審。皆得代理之。而上告審則不得代理。又其他之事件。亦不得代理被告人爲訴訟行爲。法定代理人。以其資格。得爲左之行爲。

第一、無能力（民事上之無能力）之被告人。得爲之選定辯護人。又求保釋。

第二、得爲被告人之補佐人。有干與公判辯論之權利。（第八十一條）

第三、得獨立而爲上訴。（第二百四十四條）

次述訴訟代理人。於第一審第二審之辯論。其事件必在罰金以下之刑。得用訴訟代理人。此刑事訴訟與民事訴訟之異點也。代理人爲訴訟行爲之範圍。所以加制限之理由。蓋刑事訴訟。係采用直接當事者訴訟主義之結果也。又訴訟代理人。雖不必爲辯護士。而上告審之口頭辯論。則依現行刑事訴訟法。不得不用辯護士。被告人自己又以外之人。不得爲辯論。蓋采用辯護士訴訟主義故也。

前述罰金以下之事件。被告人得用代理人。然則裁判所若認爲直接取調必要之際。得命被告人自身出頭乎。或學者曰。被告人既有使代理人出頭之權利。而法律又未有他明文。故不能命被告人自身出頭。板倉氏謂此說爲未當。何則。此說蓋混證據方法之被告人之出頭。於訴訟當事者之被告人之出頭也。訴訟當事者之被告人。不能強其自身出廷。誠如論者所言。而命證據方法被告人自身之出廷。則決非不法也。既

於民事訴訟。得命當事者自身之出頭。則刑事訴訟。無不得爲之理由也。

(二)辯護人 辯護人者。於刑事訴訟之公判。爲保護被告人之正當的利益。而干與辯論者也。茲有宜注意者。即所謂正當之利益是也。辯護人不得主張有罪的被告人爲無罪。蓋辯護人之職責。固保護被告人之正當利益也。搜查被告人利益的證據。此辯護人當然之職務。而辯護人應以辯護士爲之。此雖原則。然苟得裁判所之允許。則得使辯護士以外之人爲辯護人。

刑事訴訟要辯護人之理由有二。(一)被告人於訴訟。有種種之權利。如提出證據也。求裁判官之臨檢也。求訴訟記錄之朗讀也。求證人鑑定之訊問也。是皆被告人應有之權利。然被告人通曉法律者甚尠。法律所與之權利。常有不能實行之虞。故爲被告人利益計。以通曉法律之辯護士。使爲辯護人。所以保護之也。(二)刑事訴訟。以實體的真實發見爲其真髓。而檢事固公益之代表者。以搜查犯罪爲其職責。雖亦有搜查被告人利益的證據之職務。然彼所注意者。以犯罪之檢舉爲主。故於保護被告人利益之點。不免有所輕忽。茲所屬之辯護人。即爲補此缺點而設者也。使辯護人專注意於被

告人之利益。爲保護被告人之機關。得以干與公訴之辯論。期其可爲公正明確之裁判也。

辯護人所干與之被告事件。在公判以上。不得干與豫審也。不許辯護人干與豫審之根據。即刑事訴訟法第一百七十九條「被告人得因辯論而用辯護人」之規定是也。此條在公判通則中。（刑事訴訟法第四編公判第一章通則。百七十九條。即在通則規定中也。）故知限於公判以上之被告事件。條文又不明言關於豫審。故曰不許辯護人之干與也。且更徵諸刑事訴訟法編纂理由書。亦言於豫審。不得用辯護人。

可用辯護人之處。現行刑事訴訟法上。分爲二。其一、不可不用辯護人。其二、以裁判所之意料而用之。以上所陳。爲被告人不自選任辯護人之際也。被告人無論如何事件。苟不在豫審中。隨時得以選任辯護人。故裁判所之選任辯護人。乃在於被告人不自選任之際。而法律上不可不用辯護人者。在重罪事件。所謂重罪事件。即當重罪之刑之事件也。此際必附以辯護人。故被告人不自選定時。則裁判長於其裁判所所屬辯護士中選任之。（第二百二十七條第二項。）裁判所得隨意選任者。第一百七十九條所

規定。(一)被告人未滿十五歲時。(二)被告人爲婦女。(三)被告人爲啞者聾者。(四)被告人有罹精神病之疑或有意識不充分之疑者。(五)因被告事件之模樣。裁判所必要辯護人時。其手續則與第二百三十七條同。而一名之辯護人。雖可兼爲數名被告人之辯護。然苟被告人之利益相反時。例如甲乙兩人。共犯強盜。受訴追時。甲謂乙爲犯人。乙謂甲爲犯人。此際以一人之辯護人。而兼爲甲乙兩人之辯護。決不可也。

被告人不自選任辯護人時。裁判長得選任之。然苟裁判長選任辯護人之後。被告人復自選定。則官選辯護人之効力。將消滅乎。此問題就學理上之答案。則官選辯護人。應於被告人自選時。効力消滅。何則。官選者。以被告人不自選任爲條件也。雖在官選既定之後。苟此條件消滅時。則官選辯護之効力。自不得不消滅。今日日本實際之判例。雖與此說成反對。而其結果。則實無所異也。蓋依今日之判例。官選効力。雖不與自選同時消滅。而於口頭辯論。不必呼出。故曰其結果無異也。

以下言辯護人之權利義務。

第一、辯護人之權利。分爲從被告人意思及自己獨立之二種。所謂從被告人之意思

者。即依刑事訴訟法第二百四十三條「辯護人得代被告人爲上訴，但不得反被告人明言之意思」之規定是也。所謂自己獨立者，如訴訟記錄謄寫權、辯論權、求證據調之權、求延期及變更期日之權是也。

第二、辯護人之義務。其主要在訴訟手續進行中，凡被告人之利益，不論細大，盡力發展之義務。因裁判所之呼出，出頭於公廷之義務。於公廷從裁判長指揮之義務等是也。

依民事訴訟法第七十一條，訴訟當事者，得以辯護士，又他之訴訟能力者，爲補佐人。而依刑事訴訟法第八十一條，則惟被告人之法定代理人，得爲被告人之補佐人。被告人之補佐人，加以制限，其規定所以不若民事訴訟法之廣者，蓋刑事訴訟，有辯護人之規定故也。而刑事訴訟之法定代理人，雖反被告人之意思，得爲其補佐人。



第三編 通常訴訟手續

第一章 犯罪之搜查

犯罪搜查之意義。謂蒐集犯罪及犯人之證據。以定犯罪事實之有無。及犯人誰何之手續也。刑訴第四十六條云。「檢事。因記載於後之告訴。發現行犯及其他之原因。認知有犯罪。或思料有犯罪時。可搜查其證據及犯人。」

依此規定。是搜查犯罪之權。屬之檢事。然檢事之外。更有同一之權者。則警視總監地方長官（府縣知事）是也。（第四十七條見前）

檢事與警視總監及地方長官三者。謂之搜查機關。有逮捕犯人之權。並有用各種強制處分之權。（第四百四十四條見前）

依此規定。是所謂強制處分方法。檢事得用之也。然搜查機關。雖有搜查之權。亦非必親自為搜查。有其部下之官吏焉。第四十七條第二項列舉之官吏（見前）皆為檢事之輔佐。受其指揮。為司法警察官。得以搜查犯罪者也。

檢事行使搜查權時。必有認知犯罪之原因。或得諸新聞風說。或檢事自至犯所而審知之。或他人目擊事實而申告之。（此二者爲現行犯）或由於被害者及官吏執行職務者之告訴告發。或由於犯罪者之自首。凡刑訴第三編第一章第一節以下。皆最普通最重要之認知原因也。以下當順次解說之。

第一節 告訴告發及自首

（第一）告訴 謂被害者（即被害之主體）至搜查機關申告犯罪也。由此定義。則告訴當在如何之場所乎。不可無規定也。故第四十九條第一項云。「不限何人。因犯罪而受損害者。得告訴於犯罪之地。或被告人所在地之檢事及司法警察官。」

依此規定。則告訴之場所有二。一爲犯罪地。一爲被告人所在地。設犯罪爲甲地。被告人所在爲乙地。而至丙地之檢事或司法警察官爲告訴者。即違反告訴手續之規定。當然受排斥者也。然使違前條之規定。而方式不合。於手續上仍不完全也。故第五十一條第二項云。「告訴者以告訴人署名捺印之書面爲之。又告訴者得以口述爲之。受其告訴之官吏。作調書。讀聞之於告訴人共爲署名捺印。若告訴

人不能署名捺印者，應附記其旨。」

依此規定，則告訴人方式有二：一爲書面，一爲口述，但爲口述者，必依第二項之手續。然告者又未嘗無告訴之理由也。故第五十條云：「告訴人應將可爲證憑及事實參攷者申立。」

所謂事實參攷者，非直接可爲證憑，而間接可爲證憑者是。但此之規定，不含命令之意味。故即無此申立，其告訴不得爲無効。非特此也。設身訴者不以自身而委之代理（第五十四條）或既經告訴，而旋復取下（第五十五條）皆任其自由。法律上無制限也。惟其告訴出於惡意或重過失時，被告人對之得爲要償之訴。（第十三條）

（第二）告發 謂被害者及犯罪者以外之人（即第三者）至搜查機關申告犯罪也。爲告發之人，可分爲二。

（一）公之告發。謂官吏公吏，因行其職務而發見之犯罪之告訴也。即第五十二條第一項云：「公吏官吏，因行其職務，認知有犯罪或思料有犯罪時，可速告發。」

於行職務地之檢事。」但公之告發不可不用書面。故前條第二項云：「告發者以官吏公吏署名捺印之書面爲之。應添可爲證憑及可爲事實參攷之事物。」

依此規定。則公之告發與告訴同其手續。惟必用書面爲獨異耳。

(二)私之告發。第五十三條第一第二項云：「不限何人。認知有犯罪或思料有犯罪時。從第五十條第五十一條之規定。得告發於其所在地或犯罪地之檢事及司法警察官。」受告發之司法警察官。從第四十九條之規定。爲其處分。所謂不限何人者。包內外國人而言。所謂從第五十條第五十一條之規定者。與告訴之手續全同。其第二項之規定者。謂司法警察對告發之手續。亦與其對於告訴之手續全同也。

凡告發皆可取下。皆可變更。其有惡意或重過失。被告者皆可爲要償之訴。惟代理人則限於私之告發。第五十四條第一項云：「告訴告發得委任代理人爲之。但第五十二條之場合。不在此限。」

(第二)自首 謂犯罪者自至搜查機關申告犯罪也。刑法第八十九條云。「犯罪事未發覺前。自首於官者。減本刑一等。」〔下略〕

關於自首之手續。刑訴無規定。此其不完備處。由判例言之。則或以書面。或以口頭。均可自由。惟就自首之性質言之。則既經自首。決無可以取下之理。此則與告訴告發相異之點。

第二節 現行犯

(第一)現行犯之意義。即刑訴第五十六條云。「現行犯云者。發覺於現行或現行終了時之罪。」

依此規定。是現行犯之意義有二。第一爲現行時發覺之罪。第二爲現行終了時發覺之罪。第一之意義。明了無疑。獨第二之意義。從來學說不一。板倉氏所信爲完全者。謂犯罪事實與犯罪人密接之時。而爲發覺者。詳言之。則由犯罪事實。可以推知犯罪之人。以狀態之程度爲標準也。更設喻以明之。例如甲殺乙。已下一刀。乙正抵抗。甲又將下一刀。此時爲檢事或他人所見。是第一之例。若被害者已倒於地。雖口

不能言。犯人亦不知何往。而視察當時之情狀。由推測而可以知確由於人。非由於動物。且其人尙可以追蹤得之。是第二之例。由是言之。則分別現行犯。不當以時間之長短爲定。當以狀態之遠近爲定。且現行犯之氏名住所。於法律上亦無必知之要也。

(第二)准現行犯。謂雖非現行犯。而可適用現行犯之規定也。第五十七條第一第二項云。「就重罪輕罪。於左之場合。爲准現行犯。

第一 犯人被一人或數人追呼時。

第二 携帶兇器贓物其他之物件。又於身體被服。有顯著犯罪痕跡。而思料爲犯罪時。

第三 於家宅內因檢證犯罪。又因逮捕所思料之犯人。由戶主求官吏之處分時。」

依此規定。則准現行犯之場合有三。依次解釋之如下。

第一之場合。以追呼犯人爲主腦。蓋追呼者。不必目見其犯罪。若目見其犯罪。則爲

純粹之現行犯。惟其不爲目見。故曰准現行犯。例如甲盜乙物。乙見犯人而追之。此現行犯也。丙聞乙之追。而半途參加。此第一號所規定之准現行犯也。

依本條則公衆但呼爲犯人。或不呼而但追跡者。亦爲准現行犯。雖然。公衆叫喚。要由目擊犯人而起。單由於風評者。不得爲准現行犯。（按板倉氏謂此條文重在犯人二字。以其只云犯人。則其未見犯罪可知。故豐島氏亦謂目擊犯人。正與板倉之說相合。）蓋目擊犯人爲准現行犯。而目擊犯罪。則純粹現行犯也。

第二之場合。兇器者由廣義言之。凡普通可用以殺人或盜物者是也。贓物者。因犯罪所得之物是也。其他之物者。類似兇器贓物之物是也。身體被服。有顯著犯罪痕跡者。例如身體負傷被服漬血之類是也。

（參攷）豐島直通曰。佛國治罪法。由犯罪之日無間。思料爲正犯。從犯。携取兇器等時。爲准現行犯。然本法削除「由犯罪之日無間」一語。但存思料爲犯人之條件。則犯罪雖經數月後。苟携帶兇器。且有不審之舉動。而思料爲犯人時。亦得爲現行犯之處分。又曰。携帶云者。不限於手之所握。凡在犯人監督內者。亦

包含之。

第三之場合。家宅內者。謂普通人住居之家屋。及其附屬之建築物也。戶主者。謂一家家長。有管理家宅之權。不必爲家屋所有者。蓋僅爲家屋所有者。無要求之權也。犯人者。謂出於戶主之想像。非目見其犯罪。若目見其犯罪。是純粹現行犯。非准現行犯也。（與第一場合之理由同。）

（參攷）豐島直通曰。本項由佛國治罪法第四十六條而來。爲保護一家之安全。故以之爲准現行犯。故於本法。亦因犯罪而侵一家之安全。苟在既復平常經數月後。則不得適用本項。又曰。以上我刑事訴訟法所認之現行犯。非現行犯。全仿佛國之治罪法。然現行犯所限之場合。失之狹隘。是畢竟混同逮捕處分與證據保全處分。逮捕處分。依現行法。雖不生支障。而證據保全處分。不如獨壞之治罪法。於遲延而生危險之場合。許特別處分。爲至當也。

寺尾享曰。現行犯與准現行犯。於理論上。雖區別爲二種。實際上爲同一之處分。故不見區別之利益。

第三 現行犯與非現行犯之差異 可分四段論之。

(甲) 非現行犯則司法警察官巡查憲兵卒。雖知爲犯人。非有豫審判事之拘引狀。不能逮捕。現行犯則異是。即第五十八條云。「司法警察官及巡查憲兵卒。當行其職務。知有重罪或應該禁錮刑輕罪之現行犯。不待令狀。可逮捕犯人。」

依此規定。是不待令狀而可逮捕之現行犯。但限於重罪或應該禁錮輕罪之現行犯。若禁錮以下之罪之現行犯。則以其不受體刑。故不能逮捕。然亦非無特別處分之法也。即同條第三項云。「知應該罰金刑之輕罪及違警罪之現行犯時。問被告之氏名住所。就輕罪則告發於檢事。就違警罪則告發於可爲即決之官署。其氏名住所不分明及有逃亡之恐者。得引致之於檢事或官署。」

依此規定。是禁錮以下罪現行犯之特別處分也。至逮捕以後之手續。則第五十九條第一第二項云。「巡查憲兵卒。逮捕被告人時。速引致之於司法警察官。受取其被告人之司法警察官。就逮捕及告發。當作調書。」

(乙) 非現行犯。則人與人爲平等關係。斷無以並無特別身分之人。而得妨害他人身

體自由之理。惟現行犯則不然。六十條云。「不限何人。於有重罪或應該禁錮刑之輕罪之現行犯場合。得直逮捕被告人。」

(丙)非現行犯。則屬於豫審判事職務內之處分。檢事不得爲之。惟現行犯則不然。
(百四十四條見前)

(丁)非現行犯則豫審判事。必待檢事之請求。然後可取掛豫審及爲其處分。現行犯則不然。(百四十二條第一第二項)

(附論)以上四者。乃對於現行犯最便最速之取締方法也。雖然。日本刑事訴訟法。於規定現行犯之手續有缺點二。例如五十九條以下。關於逮捕之事。不可謂不詳。而於保存證據之事。則一語不之及。故現今學者及實務家多非議之。此其缺點一。又如本法所規定之逮捕外。更有應規定而遺之者。設雇人盜其主人之物。逃避不見。經數月後。忽見其人。而以本法未經規定之故。必先訴諸檢事。因而其人得以復逃。此其缺點二。欲救此二缺點。則獨填之法。有詳細規定。但其性質。略有不同。因其不問現行犯與非現行犯。但認爲緊急時。皆可適用。學者當取以參攷。

焉。

第二章 公訴私訴之提起

第一節 公訴之提起

檢事爲提起公訴之司法機關。其理由已詳前編。茲更述其方法。即刑訴第六十二條云。「地方裁判所檢事。既終犯罪之搜查時。應爲左之手續。

(第一) 就思料爲重罪事件。應求豫審於豫審判事。

(第二) 就思料爲輕罪事件。從其輕重難易。應求豫審或直爲訴於其裁判所。

(第三) 就思料爲裁判所構成法第十六條第二號第三號所記載之輕罪。及違

警罪。應添意見書於證據書類。送致之於區裁判所檢事。

依此規定。是檢事起訴。方法有二。其一(一)求豫審判事之豫審。又其一(一)爲訴於其裁判所是也。惟第二號之規定。檢事於二方法中。有選擇其一之權。第一號之規定。則但能用第一方法。不能用第二方法。第二號之規定。則關於區裁判之事件。非起訴方法也。提起公訴之手續。無嚴格之規定。或用書面。或用口頭。均無不可。今以民訴比較之。民

訴百九十條云。「訴之提起。差出訴狀於裁判所而爲之。

此訴狀要具備左之諸件。

第一 當事者及裁判所之表示。

第二 所起請求一定之目的物及其請求一定之原因。

第三 一定之申立。

其他訴狀。從關於準備書面一般之規定而作之。且裁判所之管轄。於依訴訟物價額所定之場合。而訴訟物非一定之金額時。可揭其價額。

依此規定。是民訴規定。實較刑訴爲嚴。今更舉其重要之二點。

(第一) 訴之原因(第二號) 民訴訴狀。必記載訴之原因。而刑訴無之者。因訴之原因。惟民訴原告人知之最詳。例如貸借關係。則其物體數量。當事者必能知之。刑訴則犯罪者。既非公然舉動。而檢事又非被告者自身。故無直接之關係。設必使之記載於訴狀。是強以所難也。基此理由。故起訴時無須記載。由裁判所搜查之後。不患其原因之不發見也。

(第二)一定之申立(第三號) 民訴狀。必以一定申立。而刑訴無之者。刑訴取干涉主義。裁判所調取證據。若與起訴不合。可以變更。例如檢事提起者為強盜罪。而裁判所得變更。為竊盜罪。檢事提起者為禁錮刑。而裁判所得變更。為罰金刑是也。民訴與刑訴。其訴狀之相同者。即一九二條第二項第一號是。例如民訴以被害者為原告。刑訴以檢事為原告。民訴以相手方為被告。刑訴以犯罪者為被告。民訴指定裁判所。刑訴亦指定裁判所。三者缺一。訴訟為不成立。當被卻下者也。分更舉訴狀格式如下于。

<p>被告 人 某</p> <p>右就詐欺取財事另附憑證書類請求豫審 (或公判也) <small>檢事 局印</small></p> <p>年 月 日</p> <p>某地方裁判所</p> <p>豫審判事某(或裁判所)</p> <p>殿</p> <p>某地方裁判所檢事局 檢事局某口</p>
--

右起訴狀之格式。被告氏名住所不列入者。因已附見於證據書類中。無容重複。

也。前後二印者。一爲檢事局印。一爲檢事印也。（見刑訴二十條）如訴狀用畫面時。違反此格式及二十條之規定。則裁判所對之。可以公訴不受理却下之。

關於被告人之學說。有積極消極二說。積極說謂被告氏名必須指定。因起訴必對於特定之人。若不指定其氏名。是與理論不合。而消極說謂起訴事件內。已包含犯罪事實。則被告之氏名。非爲必要。折衷二說之間。則謂普通事件。必指定被告氏名。而現行犯反之。不必指定被告氏名也。

起訴既適法矣。其効力何如乎。解此問題。有三要點。

第一有權利拘束之効力。權利拘束者。謂同一事件。因起訴之後。不能於同裁判再起訴。亦不能於他裁判所再起訴也。

第二有不能取下之効力。刑訴主體爲國家。檢事代國家執行。不能代國家拋棄也。

第三有使裁判所豫備公判手續之効力。

第二節 私訴之提起

私訴者。關於民事之訴訟。以普通言之。當屬於民事裁判所。然私訴原因。既由公訴事實而來。則被害者隨而提起私訴。不必屬於民事裁判所。而屬於刑事裁判所。其便利不渺。此私訴附帶公訴制度所由生也。

私訴提起之方法。刑訴別無規定。是書面口頭。任其自由。惟實驗上徵之。多用書面。不用口頭。不可謂非一之慣例。然其書面亦不必依民訴第九十條（條文見上）之規定。而民訴必要之訴訟印紙。亦無須貼用。

私訴提起之場所。刑訴亦無規定。於此有問題。即私訴隨公訴而提起。固也。然公訴提起。有二方法。一爲公判。一爲豫審。則公訴提起豫審時。私訴亦得提起豫審乎。以理論言。當公訴請求豫審時。尙未入於公判。而使私訴先爲公判。於理論不合。故當同時請求豫審。然豫審判事對於私訴。亦得爲豫審乎。曰是不能。私訴之提起於豫審判事。非求豫審。不過俟公訴決定時。併送於公判而已。

又有一問題。例如公訴當第一審。私訴尙未提起。及控訴於第二審。在其繫屬中。則私訴得提起於第二審乎。抑仍提起於第一審乎。此於刑訴無規定。而可以斷其在第二

審。何則。訴訟事件。已至第二審。則使私訴提起於第二審。於當事者皆有便利。理由一。訴訟事件。當移於第二審特。則於第一審已無關係。私訴當然提起於第二審。理由二。然以第二審爲覆審。今以未經第一審之私訴。突然提起於第二審。不得謂非違反覆審之精神。惟日本一般之慣例。則基於上二種之理由。私訴得於第二審提起之也。又有一問題。即公訴當第一第二審時。皆未提起私訴。直至上告審時。得提起之乎。此則可決其不能。有理由二。即刑訴第四條第一項云。「私訴不拘其金額之多寡。就公訴第二審之判決前。無論何時。得附帶於其公訴而爲之。」依此規定。則提起私訴。限於第二審前。理由一。上告裁判之性質。在法律點。不在事實點。若提起私訴。是可屬事實點矣。與性質不合。理由二。

第三章 豫 審

豫審制度。訴訟法之一進步也。當糾問主義時代。被告人不過爲訴訟之目的物。全無當事者之權利。蓋公判起訴。屬於一人。其手續上不能分二者之界線。及改用訴訟主義（即彈劾主義）則二者劃然。自不得不設豫審制度。故豫審之定義。則蒐集犯罪證

据之謂。積極言之。則足以爲犯罪人之證據也。例如家宅搜索訊問證人等種種手續。皆以蒐集證據而斷定其犯罪有無爲目的。故豫審不啻爲準備公判之手續。公判以起訴爲唯一條件。則準備公判之手續。亦必以起訴爲唯一條件無疑矣。今更言豫審制度設置之理由。有二要點。

第一要點。秘密。犯罪者之所爲。斷無無因之理。於未起訴時。自不能斷定罪之有無。而必待證據之蒐集。設無豫審制度。則不可不於公判中爲先蒐集。而公判探公開主義。是於犯罪有無未定之先。而已宣布於大眾。有害被告者之權利。且被告者知其由爲蒐集。得以種種手段。隱蔽其他之罪證。困難莫甚焉。有秘密之豫審。即無是患。理將一。

第二要點。迅速。地方裁判所爲合議制。若於公判中爲證據之蒐集。則證人之應訊問與否。物件之應臨檢與否。必待多數判事意見之一致。至失時機迅速處分之機會。豫審爲單獨制。故無遲緩之弊。理由二。

第三要點。有力。此即第一第二要點之結果。蓋以秘密且迅速所得之證據。必較他

者爲有力。何則。在公判中所得之證據。被告可爲反證或爲妨害。秘密迅速。則不能爲反證。更無從爲妨害。其證據必有力。理由三。

豫審主意。在決定犯罪證據之足否。非決定犯罪之有無。故其蒐集。不但蒐集於被告人。不利益之證據。更要蒐集於被告人利益之證據。斟酌二者之間。始能推定其有罪無罪。而或爲公判。或爲免訴也。

第一節 豫審之開始及被告人之召喚勾引勾留

豫審開始之原因。上述之起訴是也。此外又有四。

第一即第六十二條第一第二號（條文詳前）地方裁判所檢事。思料爲重罪或輕罪而求豫審是。

第二即第一百四十三條（條文詳前）豫審判事。先發見重罪或屬於地方裁判所之輕罪。雖無檢事請求。亦得爲豫審是。

第三即第九十五條及二百四十一條是。第九十五條云。「證人或鑑定人之供述不實。出於故意。而思料該禁錮以上之刑者。於裁判所因檢事其他訴訟關係人

之請求。或以職權取押之。發勾留狀。應送致於豫審判事（下略）」

依此規定。是關於證人鑑定人之犯罪。而送致豫審者。又第二百四十一條云。「於裁判所以輕罪而受理之事件爲重罪時。又由檢事更以其事件爲重罪而申立訴追時。應爲送付於豫審判事之決定（下略）」

依此規定。是始爲不必付豫審之輕罪。其後由裁判所或檢事更發見爲重罪。而送付於豫審者也。

第四即第三百十四條云。「自大審院長受命之豫審判事爲豫審（下略）」

依此規定。是關於大審院特別事件。而命之豫審者也。

豫審開始中。對於被告人之處分甚多。第一即召喚狀。第六十九條云。「豫審判事。因檢事之起訴。受理重罪輕罪事件。對於被告人。先發召喚狀。但召喚狀之送達。與被告人出頭之間。至少有二十二時間之猶豫。」

依此規定。是召喚狀之性質。乃對於一定之人。使於一定時日內。出頭於一定之場所命令也。其得發召喚狀者。如豫審判事及受託判事。而檢事及司法警察官無之。惟有

例外。即現行犯之場合是也。召喚狀之送達。執達吏爲之。（執達吏爲送達機關）其指揮裁判所書記爲之。其効力。及於日本境內之人。但天皇受有治外法權者。不在其內。其結果。使被告人依此日時。而自至裁判所。其猶豫期間。二十四時。

（參攷）寺尾亨曰。召喚狀爲普通之呼出狀。於此場合之被告人。看做未犯罪人。既發召喚狀。於二十四時內不應者。則用勾引狀。第七十一條云。「豫審判事又受託判事。受召喚狀之被告人。於其日時不出頭者。得發勾引狀。」

依此規定。是被告人不應召喚而發之勾引狀也。然此外並更有未發召喚狀而直發勾引狀者。有二端。

第一 抽象的。謂法律推定召喚狀所不能招致者是也。

第二 具體的。謂事件認爲急速。不及發召喚狀者是也。其別有三。即第七十二條云。豫審判事又受命判事。於左之場合。得發勾引狀。

第一 被告人住所不定時。

第二 被告人有湮滅證據及逃亡之恐時。

第三 被告人爲未遂罪及脅迫罪，仍有遂其目的之恐時。

勾引狀之性質。一方與召喚狀同。又一方則加以強制力。故勾引狀之効力。於四十八時間。裁判所得勾留之。過此時間。而猶不釋放。則不可不更發勾留狀。

執行勾引狀者。巡查憲兵卒也。(百六十三條)

豫審判事認爲必要時。欲於四十八時外更勾留被告人。則發勾留狀。第七十五條云。「勾留狀者。非訊問被告人後。思料爲該禁錮以上之刑。不得發之。但於被告人逃亡之場合。得不爲訊問而發之。」

依此規定。是發勾留狀有二條件。第一須在訊問之後。第二須爲該禁錮以上之刑者。但書之規定。則例外也。

勾留狀之性質。謂以訴訟完結爲止。裁判所或判事拘束被告人自由之命令也。蓋一以防逃走。一以防證據湮滅。不得已而用強制手段也。

勾留狀與召喚狀不同。勾留狀於被告人出頭之後。而拘束其自由。召喚狀則被告人未出頭而命之出頭。不能拘束其自由也。勾留狀又與勾引狀不同。勾留狀之勾留。無

一定期限。勾引狀之勾留。不得過四十八時也。

發勾留狀者。爲公判裁判所、豫審判事、受命判事、及受托判事。而檢事不能發之。惟於現行犯之場合。則一之例外也。

凡召喚狀、勾引狀、勾留狀、皆謂之令狀。令狀之格式。第七十八條云。「凡令狀應記載被告事件、及被告人氏名、職業、住所。但除召喚狀外、其氏名不分明者、應明示容貌體格等。又令狀應記載發之年月日時。判事及裁判所書記署名捺印。」

依此規定。是不知被告氏名。不得發召喚狀。其理由由召喚狀之性質。欲使被告人出頭。若無氏名。是無從生其効力也。

執行令狀之手續甚煩。(第七十七及第七十八條)規定之。

非勾留之中。而裁判所欲停止其勾留。則有保釋及責付之二法。保釋者。被告者自爲保證而放釋之。責付者。被告者以外人之付以責任而放釋之。此其別也。

關於保釋之事。即第一百五十條云。「豫審判事。因豫審中受勾留狀之被告人之請求。聽檢事之意見。差出無論何時。應呼出而出頭之證書。且立保證。得許保釋。被告人

爲無能力者。得由法律上代理人求保釋。」

依此規定。是保釋有三要件。(一)被告人或法律上代理人請求。(二)證書。(三)不應呼出。則沒收保證之全部或一分。(參觀百五十四條)

關於責付之事。日本中古即有是制。蓋以被告人置之被責付者監督之下也。一五九條云。「豫審判事。不問有保釋之請求與否。聽檢事之意見。得責付被告人於其親屬故舊。」

依此規定。是責付之法。不問有無請求。全屬於裁判所臨時之處分。而被責負之人。則親屬與故舊二者也。

(參攷)豐島氏曰。保釋者。停止勾留之執行。非消滅勾留狀之存在。故對於保釋中之被告人。而爲豫審免訴之場合。不可不共免訴爲放免之言渡。

第二節 證據及證據之蒐集

證據及證據調。在刑事訴訟上。居最重要之部分。何則。被告人口頭之真偽。與夫犯罪之虛實。苟無證據。或有之而不蒐集。到底不能判決。佛國有證據法。未可爲訓。蓋證據

爲手續法。佛國附之於民法。則其根本已誤。日本現行法。乃仿照德國制度。此事最要。而又最難。板倉氏據所經驗者述之如下。

證據之定義。謂他之事實或理論。可爲決某事理之存否之根據者也。何謂足以決某事理之存否之他之理論。例如動物必死。此他之理論也。人爲動物亦必死。此以他之理論決某理之存否也。何謂足以決某事之存否之他之事實。例如或言某甲已死。此他之事實也。（指爲此言者之或人）因而知某甲已死。此以他之事實決某事之存否也。由此可知證據有二。（一）爲斷定證據。（亦曰理證。亦曰絕對的證據。）以其有必然之結果也。如前例人爲動物亦必死。則決無不死者是。（一）爲實在證據。（亦曰事證。亦曰關係的證據）以其非有必然之結果也。如前例人謂某甲已死。然不能保更無人謂其未死是。

以上爲學理的證據。若法律上則有實在證據而無斷定證據。斷定證據有四要點。第一點。證據方法。謂包含證據原因之事實之人或物也。欲解此定義。當先知證據原因。

第二點。證據原因。(證據之材料或證據外部之機關) 謂他種事實可以斷定或種事實有無之事實也。例如借用證書。此證書即證據方法。而因此證書內之文字。包含借用事實之原因。以判斷借用事實之有無。此物之說也。又如甲向乙借金丙。自謂知之。則丙亦證據方法。而因此丙之言語。包含借用事實之原因。以判斷借用事實之有無此人之說也。

第三點。證明。謂以前二者所得之他之事實。而決或事實之有無之推理作用也。例如判事取證書而讀之。心中必推測之曰。倘甲未借金。則甲必不爲此證書。今既此有證書。則必有借用之事實。可斷定也。此種推測。在斷定之前一步。是爲推理作用。

第四點。證明之結果。(判事之心證) 在推理界內。屬於第三點之證明。一旦由推理界而入於斷定界。則屬證明之結果矣。以上四點。證據之觀念。略盡於茲。惟普通所謂證據者。則但爲證據原因之意味而已。

證據分類。爲訴訟手續上困難之問題。茲述畧近完密者。列表如下。

證人 證物	
證據方法	證據原因
證人 鑑定人 訴訟當事者 證書 檢證物	證人之證言 鑑定之供述 原告及被告之自白其他之供述 證書文詞(證書之內容) 判事實驗之性質形狀其他觸知於判事之五感者

以上列表。皆就學理上言。民事刑事。一以此爲準。惟日本刑訴所規定。不如學理之正確。即九十條云。「被告人之自白。官吏之檢證調書證據物件。證人及鑑定人之供述。其他諸般之徵憑。任判事之判斷。」

依此規定。是證據方法與證據原因混同不分之結果也。例如被告人之自白。官吏之證據調書。證人及鑑定人之供述。是學理之證據原因。而證據物件。是學理上之證據方法。且條文中之徵憑。爲學理上所無。故曰混同不分也。

被告人之自白。官吏之證據調書。證人及鑑定人之供述。有似乎學理上之證書。而

不得謂爲證據方法者。證書存在於未有訴訟之先。自白證據調書及供述。發現於已起訴訟之後。是學理上之判事實驗。皆包含於其中。故曰學理上之證據原因也。官吏之證據物件。及其他之徵憑。有似乎學理上之判事實驗。而不得謂爲證據原因者。先解徵憑之義。所謂徵憑者。即九十二條第一項前段云。「豫審判事爲臨檢搜索物件差押又被告人證人之訊問。(下略)」

所謂臨檢搜索物件差押。及被告人之訊問。皆包含於九十條徵憑之中。故證據物件。(別於判事之證據物件而言)被告入證人。爲搜查之客體。是學理上之證據方法。而官吏之證據物件。及臨檢搜索物件差押。被告入證人之訊問。是對於證據方法之集取方法。日本刑訴證據方法與集取方法。合而爲一。則二者皆不出證據方法範圍之外。更以九十一條參觀之。九十一條云。「豫審判事。因檢事或被告人之請求。又以職權爲發見事實。集取必要之證據徵憑。」

依此規定。是九十二條云。即對於此條之必要。而實行其集取。故曰學理上之證據方法也。

關於集取方法。九十二條第一項後段云。「(上略見前)以裁判所書記之立會爲必要。書記作調書。應與豫審判事共署名捺印。」

所謂立會者。謂使監視豫審判事之檢證。苟有不合。立會人可自白其正確之意見。故立會人者(形式上非性質上)不啻檢證豫審判事之檢證也。雖然。書記不在時。則如之何。同條第二項第三項云。「於裁判所外急遽之際。不能得書記之立會時。要有立會人二名。但於監獄署訊問被告人時。應使其監獄署之官吏一名立會。於前項之場合。豫審判事自作調書。讀使聞之。與立會人共署名捺印。」

依此規定。是裁判所以外之人及監獄署官吏。亦可爲立會人。若並此而無之。則如之何。同條第四項云。「無書記及立會人而爲處分。則無其効。」

第一款 被告人之訊問及對質

訊問被告人。是訴訟法上第一重要之手續。自古迄今。雖無不加訊問而下判決之裁判。然其訊問之理由。則今與古不同。蓋與其所採主義而爲轉移。當糾問主義時代。其訊問不過被告人之自白而已。於是有所拷問之法。溯日本治罪法未施行前。對於被告

人身體。曾用此野蠻手段。是亦採用糾問主義之結果。及治罪法施行後。拷問之法廢。而主義亦改用彈劾。於斯時也。關於訊問之理由。有二學說。其一謂被告人得由因訊問而爲主張自己利益之辯論。其二謂裁判所得因訊問而發現一切證據。二說皆有根據。然以日本刑訴訟之。則不能取第一說。即九十三條前段云。「豫審判事。可先訊問被告人。」

依此規定。是第二說之結果。何則。若如第一說。則訊問當在集取證據之後。被告人始得依之而爲辯論。今先爲訊問。是被告人無從辯論也。雖然。於此有例外。即同條後段云。「但就於爲檢證及訊問證人要急速時。不在此限。」

更以民訴三百六十條比較之。民訴三百六十條云。「因許當事者提出所調證據之結果。就可證事實之真否。裁判所不足得心證時。因申立或以職權得訊問原告或被告之本人。」

依此規定。被告人之訊問。在當事提出證據之後。與刑訴之先爲訊問。其主義適成反對。其差異之故。有二理由。自沿革上言之。治罪法施行前用糾問主義。訴訟當事者之

權利。不及於被告人。而以拷問之法先訊問之。及治罪法施行後。主義雖改。遺跡尙存。刑事訴訟法與治罪法相爲銜接。故亦一仍其舊。理由一。自立法上言之。先訊問被告。於搜查手續。倍覺便利。蓋因訊問而被告自白。則不必更爲搜查之煩。即不自白而裁判官察其供述之模樣。以決定應用何等。人爲證人。理由二。當訊問被告人時。有不可用之手段。九十四條云。「豫審判事。不可爲使被告人自白其罪。而用恐嚇及詐言。」依此規定。是因恐嚇詐言所得之自白。必非眞確。故禁之也。若豫審訊問之順序。刑訴無規定。通常皆用公判訊問之順序。二十八條云。「判事先問被告人之氏名年齡身分職業住所出生之地。」依此規定。豫審時可因此先察其人違與否。頗爲緊要。而刑訴不及此。則法律之缺點也。

訊問之方法。刑訴亦無規定。故豫審判事。可就被告人之身分及其智識之程度。與訴訟之模樣。而自定適當方法也。訊問既畢之手續。則九五條云。「裁判所書記錄取訊問及供述。於被告人應讀使聞之。豫審判事。於被告人。問其供述之無相違與否。使之

署名捺印。若不能署名捺印。可附記其旨。」

依此規定。則錄取之訊問供述。必無相違。而後署名捺印也。設有相違。則又何如。九十六條云。「被告人就其供述。應申立變更增減時。則更爲訊問。錄取其訊問及供述。可讀聞之。署名捺印。」

其他關於訊問種種之手續。九十七條以下規定之。不煩絮辭。

第二款 檢證搜索及物件差押

檢證之定義。謂判事對於檢證物自以五官直接實驗也。惟檢證物所包甚廣。無論人與動物。即家屋樹木。甚至無形之音聲氣臭。皆在檢證物之列。

搜索之定義。謂所以探知被告人及證據物件也。被告人之搜索。第七十八條定之。證據物件之搜索。第一百五條以下定之。

物件差押之定義。謂可爲證據之物件。以強制力使歸於裁判所及豫審判事之占有也。惟差押之場合。有在檢證搜索後者。有在檢證搜索前者。

臨檢之定義。謂檢事或豫審判事。出張於裁判所外而爲檢證也。第一百四條云。「豫審

判事。臨檢於被告人之住居。及有藏匿可證明事實物件之疑者之住居。得爲搜索。所謂住居者。其義甚廣。不專指有人之住居。即無人之住居。如附屬家屋之建物。皆包含之也。

第三款 證人鑑定人之訊問

證人之定義。謂以自己所實驗之過去事實。對於裁判所（包含豫審判事）供述之。三者也。鑑定人之定義。謂對於裁判所（包含豫審判事）所與之材料。基於特別之智識經驗。所定之意見供述。以補助裁判所智識之。三者也。從來證人之證言。與鑑定人之供述。二者頗難區別。以此定義觀之。則其區別有二。證人之證言。爲自己實驗之過去事實。而鑑定人之供述。爲對於裁判所所與之材料。而發表其確定之意見。（即判斷）此區別之一。證人不必有特別之智識經驗。而鑑定人必有特別之智識經驗。此區別之二。

證人於供述之先。當使宣誓。此訴刑所規定也。然民訴不用宣誓。此其不同之點。證人之資格。凡人皆有之。然使與訴訟當事者有特別之關係。則不能爲證人。第二十

三條云。「記載於左者，不許爲證人，但不使宣誓而爲事實參攷，得聽其供述。

第一 民事原告人。

第二 民事原告人及被告人之親屬，但就於姻族，雖婚姻解除時亦同。

第三 民事原告人及被告人之後見人，又受此等人之後見人者。

第四 民事原告人及被告人之雇人及同居人。」

民事原告人爲附帶公訴提起私訴之主體。其目的在要求損害賠償、贓物返還，使爲證人，恐徇自己之利益，而與被告人以危險。此第一號之意也。民事原告人及被告人之親屬，與訴訟當事者有密切之關係，使爲證人，恐於所不必言之事，傷其感情。此第二號之意也。第三第四號之意，與第二號同。此外更有能力上不得爲證人者。第二百零二十四條云。「記載於左者，亦同前條。

第一 十六歲未滿之幼者。

第二 知覺精神不十分者。

第三 瘖啞者。

第四 剝奪公權又停止公權者。

第五 應該重罪事件或重禁錮刑之輕罪事件。被付於公判者。

第六 現爲供述事件。曾受訴。因其證據不十分而受免訴之言渡者。

證人責任綦重。第一第二第三號。或以智識不足。或以精神不完。或由醫學上發見其不能。使爲證人。則以無識之人。當至重之任。於裁判上詎有利也。又證人一方爲公法上之義務。一方亦爲公法上之權利。第四第五號。或已無公權。或準無公權。當然不能享公法上之權利也。又證人貴有信用。第六號其地位既同於被告。使爲證人。是不啻強其自白。且既經受訴。則信用已失。恐無真實之供述也。

此等人。而使之爲證人。則其供述。是無證據力。以無證據力之證據。爲裁判之基礎。是違反法律。無論何時。得破壞之也。雖然。於此之外。尙有可拒其爲證言者。第一百二十五條云「於記載於左之場合。得拒證言。」

第一 官吏公吏又爲官吏公吏。關於其職務上。有應秘密之義務者。

第二 醫師葯商穩婆辯護士辯護人公證人神職僧侶。關於爲其身分職業。因受

委託而知之事實應秘密者」

依此規定。是拒絕證言者。以其職務之性質上。理應秘密故也。且條文既明示得拒證言。則不特不能宣誓。並不能訊問。非如第二百二十三、二百二十四條。雖不爲證人。猶可爲事實參攷人也。

關於訊問證人之場所。以普通言。當在裁判所。惟有時爲便利計。雖在裁判所外。亦不禁也。若呼出證人。則有呼出狀。第一百五條云。「證人之呼出狀。應記載其氏名、住所、職業。又不應出頭之時、日、場所。及呼出時。則言渡罰金。且應記載當被勾引之旨。」

依此規定。則證人不應呼出之制裁也。然證人或有疾病。不能出頭。不可無他之規定。第一百十六條云。「證人因疾病其他正當之事故。疏明不能應呼出者。豫審判事。應就其所在訊問之。證人呼出之後。豫審判事對之爲訊問。不能無順序也。」第一百十一條云。「豫審判事。對於證人之呼出者。應問其氏名、年齡、職業、住所。及爲記載於第二百二十三條者與否。」

所謂第二百二十三條者。即不爲宣誓之與訴訟當事者有關係之人。然第二百二十四條。尙有「無證人能力者」本條何以不問及之。蓋第二百二十四條之第一第二第三號。則諦聽其所答之旨而決之。不必問也。其第四第五第六號。則可調查裁判所記錄而決。亦不必問也。即記錄偶有未詳。更以他法問之。固法律所不禁也。此訊問之手續終。即宣誓之手續起。第二百二十二條。「豫審判事。使證人爲從良心。眞實。無論何事不秘密。無論何事不附加之旨之宣誓。」

宣誓既畢。乃着手於訊問。第三百三十一條云。「豫審判事。爲使證人知其所供述之相違與否。應使裁判所書記讀調查書使聞之。證人得請求變更增減其供述書記。應記載其所請求及變更增減之條件於調查書。調查書。豫審判事書記及證人可共名署捺印。若證人不能署名捺印時。應附記其旨。」

今依第三百三十一條之規定。其訊問調查之格式如下。

就甲某竊盜事件。明治三十八年十一月二十九日。以乙某爲證人。出頭於東京地方裁判所。豫審廷。豫審判事某以書記某之立會。先爲左之訊問。

問證人之氏名。

答甲。

問證人之年齡。

答三十歲。

問證人之身分。

答士族（或平民）。

問證人之職業。

答織物業。

問證人之住所。

答東京區某町某某地。

於是豫審判事訊問證人與被告有記載於刑訴第三百二十三條之關係否。嗣證人答無關係之旨。乃使爲宣誓。如別紙宣誓書。

問證人知甲某乎。

答甲某居己之近傍。數年前與之有交際者。

問甲某於明治三十八年十月十四日夜入證人之家。有之乎。

答同夜有人己之

宅。而持去反物十反者。是甲某與否則不知。

問……………

答……………

讀以上之調書。使證人聞之。證人答無相違之旨。（或證人若知甲某入自宅之點。申立改正如左。曰同夜聞聲有人影觸於目。急問何人。則有答爲非賊者。其音聲酷似某甲。）乃共爲左之署名捺印。

證人某。Ⓢ

裁判所書記某。④

豫審判事某。⑤

以上關於證人訊問之事。以下關於鑑定人鑑定之事。第三百三十五條云。「豫審判事。爲不分明犯罪之性質方法及結果。以鑑定爲必要時。因學術職業。可使得鑑定者一名或數名爲鑑定。」

以鑑定爲必要時。得命死體之解剖。又爲解剖或檢視既埋葬之死體。得命墳墓之發掘。」

依此規定。是與前述之定義相合。惟定義僅述其性質。而本條兼言其目的。故犯罪之性質方法結果。悉爲鑑定所必要。例如同一死體。有自殺。有刺殺。有毒藥殺。若不分明。是無判決之基礎。此鑑定人之所以設也。若第二項則以事關重大。恐豫審判事疑不敢爲。特明定之耳。

對於鑑定人之種種手續。與證人同。第三百三十六條云。「付鑑定者。準用第一百五條

第百十八條乃至百二十一條第百二十三條乃至百二十五條及百二十八條之規定。但對於鑑定人不得發勾引狀。」

但書之規定者。因鑑定人之爲鑑定。乃視其職業學術。可以當鑑定之任者。無論何人。皆可呼出。非如證人必於該事件有關係。而不可不指定某某。故證人可用勾引狀。而鑑定人獨否。此二者不同之點。若夫鑑定人之宣誓。亦有不同者。即第百三十七條云。「鑑定人。可爲鑑定當公平且正實之宣誓。其宣誓從第百二十二條之式。」

此其與證人不同者。證人并應不秘密不附加。而鑑定人則公平正實。已爲盡職。惟宣誓方法。仍同於證人。而鑑人所鑑定之事。若但憑口語。恐不足信。故有鑑定書。第百四十條第一第二項云。「鑑定人作鑑定書。可詳記其手續結果。及爲鑑定之時間。若不得結果。則應記載其所推測。」

作鑑定書之理由。因鑑定人之學術職業。必有特別用語。非普通所能解。惟筆之於書。則雖日久可無誤會。其記載時間者。所以證其盡力與否也。但鑑定人。有時不止一人。（見上第百二十五條）則鑑定書亦不得無特別之規定。故同條第三項云。「鑑定人

意見各異時，各自作鑑定書，或記載各自之意見於一箇之鑑定書。」

所謂異其意見者，謂數人以學理所得之結果，各不相同，則分作或合作，各視其孰爲便利可也。關於鑑定人之費川，第四百四十一條云：「鑑定人得要旅費日當及立替金之辨濟。」

鑑定人比之證人，多一立替金者，何也。蓋鑑定人必用專門之器械藥材，而證人無之也。

第三節 現行犯之豫審

現行犯之豫審，刑事訴訟法，特於第八節提示之。其理由有二。原來豫審判事，不能於檢事未起公訴，取掛豫審。但豫審判事，若比檢事先知有犯罪者，得先爲豫審處分。（第四百四十二條詳上）此其一也。豫審處分，惟豫審判事得爲之。但檢事司法警察官，若比豫審判事，先知有犯罪者，亦得爲豫審處分。此其二也。（第四百四十三條見上）

（第一）豫審判事，不待檢事提起公訴者，其條件有三。
（甲）必爲重罪及屬於地方裁判所之輕罪。

(乙)必比檢事先知之。

(丙)必要急速之豫審處分時。

具此三條件。而作檢證調書。則法律上即可視爲公訴受理。第一百四十二條第一項云。「於前條之場合。雖無檢事之起訴。以豫審判事作檢證調書。爲公訴已受理。其調書應記載現行之重罪或輕罪。」

上所言之三條件之外。有所謂臨檢犯所者。如第一百四十二條第二項云。「豫審判事。臨檢於犯所發令狀其他。從此章所規定。得爲豫審處分。」

依此規定。學者間有以臨檢犯所爲一要件者。板倉氏以爲第一百四十二條第二項之臨檢犯所。不過豫審處分前之一例。不必爲要件之一。何則。現行犯之豫審處分前。不必定有此手續。若以爲要件之一。則是凡屬豫審處分。必須臨檢犯所。徒多此無益之手續。非法律之本意矣。惟第一百四十三條。以作檢證調書爲公訴受理之標準。故檢證調書。亦不可謂非有力之證據也。

豫審判事外。可爲豫審處分者有三。

(一) 地方裁判所之檢事。

(二) 區裁判所之檢事。

(三) 司法警察官。

以上三者之可以爲豫審處分者。其條件有五。

(甲) 重罪及屬於地方裁判所之管轄之輕罪之現行犯。

(乙) 比豫審判事先知之。

(丙) 其事件要急速者。

(丁) 不待豫審判事。通知其旨。

(戊) 臨檢犯所。

此以臨檢犯所爲一要件者。以第四百四十四條明定之也。蓋必具此五條要件。乃有效力。然於此有制限四。

(甲) 對於證人及檢定人不得使之宣誓。(第四百四十四條第二項)

(乙) 不得爲罰金及費用賠償之言渡。(第四百四十四條但書)

(丙)不得爲豫審終結之決定。

(丁)不得發勾留狀。(此專就司法警察官言。見第四百四十七條但書。)

區裁判所檢事爲豫審處分時。依第四百四十六條所規定。有特別之要件三。

(甲)屬於區裁判所之輕罪。

(乙)其事件要急速時。

(丙)臨檢犯所。

第四節 豫審終結

由豫審處分之結果。苟證據明確。則聽檢事之意見。認爲不必再行取調。則爲豫審終結之決定。關於豫審終結。由沿革上言之。從來有二主義。

(甲)第一主義。豫審判事。以本案證據書類。送之檢事。檢事更作訴狀。送之裁判所。而後裁判。所據以開始公判。此主義奧國及蘇格蘭土スコットランド取之。依此主義。則豫審處分。不過爲檢事搜查證據之補助。必待檢事認爲證據詳確。無復可疑。而後起訴。故豫審之處分。實在檢事起訴之前。(唯被告人對於檢事之訴狀。可爲異

議之申立於第二審裁判所仰其決定。是最合於彈劾主義之精神。(若檢事必待豫審判事之決定。則檢事可不求證據之充分。而輕率起訴。)何也。豫審不以檢事之證據為基礎。而更為之補助擴充。故曰與彈劾主義相合。雖然。此就理論言之耳。若實際則固不免於弊害。即豫審之後。更由檢事決定。是起訴與否。其權全在檢事。往往既經拋棄。旋復訴追。或遲至數年而被告人不能無起訴之恐。此其弊也。

(乙) 第二主義。豫審決定。即送公判。不更由檢事。此主義有二方法。

(一) 別以判事數人與本案之豫審判事。共決其可付公判與否。德國以三人為之。本案之豫審判事。亦在其內。

(二) 即以豫審判事一人。自決其可付公判與否。法國及日本用之為原則。而屬於大審院之事項。(見第三百十五條)及國事犯事項。則由大審院或部決之。

此種主義。學說上有非難者。謂公判之決定。全屬於豫審判事。則檢事之地位。直為執行裁判所(豫審判事)意見之機械。苟豫審判事。決其當付公判。雖反檢事於之意見。亦無如之何。是與彈劾主義大不相合。此根本之誤也。而於此主義之第二方

法。尤有非難者。謂犯罪之決定與否。於被告之名譽職業。出入甚鉅。以一人之豫審判事執其權。於被告人之保護。不無欠缺。故今日於英。則由二十四名之陪審員決之。於法。則由合議裁判所決之。蓋對於被告人爲切實之保證也。

以上二主義之孰爲適用。是立法上重大之事。而由日本實際所經驗。則輕微之事。雖以一人決定。其誤甚少。至重大之事。則當使合議裁判所決定之耳。關於豫審終結決定之手續有種種。以下略述之。

(第一)管轄違之決定 即第六十四條云。「豫審判事。被告事件。認爲非其管轄者。可言渡其旨。若認爲要拘留者。所存前已發之令狀。或新發令狀。可交付其事件於檢事。」

管轄違有三種。(一)土地之管轄。(第二十六條)(二)事物之管轄。(第二十七條)(三)屬於大審院特別權限之管轄。(第三百十條)

(第二)免訴之決定 即第六十五條云。「豫審判事。於左之場合。爲免訴之言渡。且被告人已受拘留時。應爲放免之言渡。」

第一 犯罪證據不十分時。

第二 被告事件不爲罪時。

第三 罹於公訴之時効時。

第四 已經確定判決時。

第五 有大赦時。

第六 於法律全免其罪時。」

第六號所謂法律全免其罪者如僞證罪之自首是也。然本條之外。尙有缺漏者二。即

(一) 訴追條件之欠缺。(二) 起訴手續之不適法。

(第三) 可付公判之決定 即第六十六條百六十七條第一項及百六十八條所

規定。大略可分爲三。

(一) 移於區裁判所者。即第六十六條及百六十七條前段云。「被告事件。思料爲

違警罪時。可爲移於區裁判所之言渡。且被告人已受拘留者。應爲釋放之言渡。

被告事件。思料爲記載於裁判所構成法第十六條第二號之輕罪時。應爲移於

區裁判所之言渡」

(二) 移於地方裁判所之輕罪公判。即第六十七條後段云。「思料爲其他之輕罪時。可爲就於其裁判所之輕罪公判之言渡。」

(三) 移於地方裁判所之重罪公判。即第六十八條云。「被告事件思料爲重罪時。可爲付於其裁判所之重罪公判之言渡。」

茲有一問題。若對於同一之被告人重罪輕罪並發時。爲如何之言渡乎。以刑訴無明文。當二罪各別送付公判。惟三罪並發。異其管轄。則從第二十九條第二項之規定。又付於重罪公判者。被告人對之有抗告之權利。故言渡之時。不可不定抗告期間。(第六十三條) 又豫審終結之決定之正本。不可不速送達於檢察及被告人。(第七十一條)

以上種種手續之外。刑事訴訟法第六十九及百七十條定之。茲略而不贅焉。爲此豫審決定之判事。不必即豫審處分之判事。因終結決定。非言渡被告之刑。故無前後一人之必要。惟於此場合。而被告人有脫逃。或不明其住所者。亦不妨爲闕席之

決定。

(附豫審終結決定書式)

住所身分職業氏名年齡

右就強盜被告事件爲豫審終結決定如左

主 文

以本件付東京地方裁判所之重罪公判。(或本件被告人免訴且放免)

理 由

被告人某明治某年某月某日夜。於某町某番地吳服商店某方。攜刀向主人使出金千元。不應且殺之。遂於主人篋中強取金五百元。及在店頭強取反物數十點。以右事實之證憑十分。被告之所爲。該當刑法第三百七十八條又三百七十九條之重罪事件。(以右實之證憑不十分)如右主文所決定。

東京地方裁判所

年月日印

豫審判事某印

關於豫審終結決定後之効力。輕罪則自送達後。即生確定効力。而裁判所有豫備公判之義務。

免訴決定之効力有二。

- (一)權利拘束之消滅。
- (二)同一事件不再受理。
- (二)之中有例外二。
 - (一)若爲訴追條件欠缺。則增入條件。或起訴手續不適法者。則重經手續。仍可受理。
 - (二)若爲證據不十分者。則更有新證據。仍可受理。

第四章 公判

第一節 口頭辯論

第一款 辯論前之手續

前言刑訴用口頭辯論主義。而辯論之前。必有手續。受理是也。無受理則無審理。安有辯論。故欲研究辯論之如何。當知受理。受理分二種。

(第一)屬於於裁判所之受理者。第二百十二條云。「區裁判所於左之場合。受理屬於其管轄之違警罪及輕罪之公訴。」

第一 有檢事之起訴時。

第二 有由豫審判事又上級裁判所所移事件之裁判時。」

第二號所謂豫審判事所移之事件者。蓋區裁判所事件。本不必經豫審。然由豫審判事認為應屬於區裁判所之管轄。則亦從而移之於區裁判所也。又同號所謂由上級裁判所所移之事件者。其例有二。

(甲)關於各種事故而移者。刑訴第三十四條以下規定之。

(乙)關於再審者。即刑訴第三百七條云。「於上告裁判所認為有再審之理由時。破壞原判決。就公訴私訴。言渡應為再審。其事件可移於與原裁判所同等之他之裁判所。」

(丙)關於大審院所決定者。即第三百十五條第二項云。「決定其事件。屬於地方裁判所又區裁判所之權限時。指定管轄裁判所。可送致其事件。」

(第二)屬於地方裁判所之受理者。即第二百三十五條云。於地方裁判所。因由「豫審判事」又上級裁判所所移事件。受理屬其管轄之輕罪及重罪之公訴。

又就輕罪。因檢察事之起訴。而受理其公訴。」

是與區裁判所列舉之事件相同。惟重罪必經豫審判事之豫審。而輕罪直由檢察事之起訴。是其異也。

受理之後。審理之前。尙有一手續。即被告人之呼出是也。第二百十三條云。「檢察於無論何場合。可對於被告人。請求裁判所發呼出狀。」

呼出狀之書式。第二百十四條云。呼出狀記載受呼出者之氏名職業住所。出頭之時。日場所及被告事件。且被告事件該違警罪又罰金之輕罪時。得記載可使代人出頭之旨。

若於無被告事件之記載之場合。被告人就其事件。尙未受取調時。因辯護準備。得求二日之猶豫。」

所謂二日之猶豫者。蓋純出於保護被告者之精神。而予以辯護材料之準備也。

公判之前。不特對於被告人可發呼出狀。即對於證人鑑定人亦得發之。惟送達至出頭之期間。至少須有二十四時。(第二百十七條見上)

送達呼出狀之人。本法第十九條(見前)明示從民事訴訟法之規定。而民訴第三百十六條所規定。蓋屬於裁判所書記之職權。則呼出狀之送達。亦爲裁判所書記。

如以上所述。被告人之呼出。刑訴固有規定。惟日本刑訴取訴訟主義。則原告亦有同時呼出之理。而刑訴以檢事爲原告。法文未經規定。不可謂非法典之缺點。然日本事實上。當公判期日確定之後。當通知於檢事。檢事受此通告。即有出頭之義務。是雖無呼出狀。而可以通知代之。於訴訟主義。初無所背。特法文之編制上。究有不完耳。

關於區裁判所特別之手續。檢證處分是也。第二百十六條云。「判事。未經豫審之被告事件。要急速時。於取掛公判前。爲檢證處分。於此場合。不要檢事及其他訴訟關係人之立會。」

此區裁判所之檢證處分。由本條觀之。有條件二。(一)未經豫審者。(二)事件要急速者。蓋區裁判所事件。多屬輕微。欲其急速。故許爲檢證處分。使訴訟易於完結也。

關於辯護人之手續。被告必於公判前先爲屆出。若公判前未經屆出。而欲於公判中半途辯護。亦應得裁判所之許可。否則爲無辯護之公判。於被告人不免蒙損害。故第一百七十九條云。「被告人爲辯論。得用辯護人。辯護人可由裁判所所屬之辯護士中選任之。但得裁判所之允許。雖非辯護士。亦得爲辯護人。」

對於民事原告人。亦得用呼出方法。

證人之姓名目錄。當於公判前送之相手方。其理由有二。(一)使相手方豫爲辯論之地步。(二)若知證人爲僞證。當訴其僞證之罪。第一百九十二條云。「因檢事被告人及民事被告人之請求。以呼出證人之姓名目錄。由開廷一日前。應送達之於各相手方。」

第二款 公訴之口頭辯論

已達公判期日。而被告不出頭。則遵審理手續。決定其罪之有無。是爲闕席判決。若被告出頭。則裁判所書記呼之入而後入。(證人鑑定人亦然)於此之時。被告身體。不得受各種之拘束。而問訊之間。裁判官亦不得用脅迫詐欺之手段。務令被告者得以自由表白其意見。

關於開公判時第一所當訊問者。即第二百十八條云。「判事先應問被告人之氏名年齡身分職業住所出生之地。

檢事應陳述「被告事件」。

訊問被告之氏名等。於實際極關緊要。何則。若被告人所答不符。則非真正之被告人可知。於此而裁判所據其辯論爲判決。其爲有效與否。實爲未決之疑問。故判事雖當被告人所答皆符。而猶有可疑者。不妨更訊他之關係人。以務求其真實。法文雖但言被告人。實則被告人以外。亦不禁其訊問也。其有此訊問權者。在合議裁判所。則判事長爲之。區裁判所。則判事爲之。訊問氏名後之手續。即第二百十九條第一項云。「判事就被告事件。可訊問被告人」。

所謂判事就被告事件者。即據檢事所陳述犯何罪。處何刑。得用種種方法。審理之也。若在合議裁判所。則陪席判事。有應問者。亦可申明於判事長而訊問之。

訊問後之手續。即第二百十九條第二第三項云。「使書記朗讀必要之調書。其他證憑書類。又聽證人之供述。可爲其他證憑之取調」。

若於被告人有自白場合。無檢察民事原告人之異議時。不及于取調他之證憑。」由第二項言之。則被告供述後。確認調書及證憑書類爲不足據。可命被告人退庭。而再從事於取調。由第三項言之。則崑就區裁判所而言。若地方裁判所。雖有自白。仍應取調他之證憑。何則。區裁判所事屬輕微。不如地方裁判所之重大。理由一。地方裁判所事件複雜。甚於區裁判所。理由二。被告人於裁判所所示證據外。若更有可爲證據者。被告人可差出於裁判所。即第九十八條第一項云。「裁判長。各證憑之取調終。每問被告人有意見否。且應告知得差出可爲其利益之證憑。」

蓋公判時。若不使被告人差出其可爲利益之證憑。則上訴時不免於破裂。以上爲對席裁判之手續。若爲闕席裁判。則其手續。略與前同。惟檢察陳述被告事件後。公判即終結。又有被告人雖不出頭。而代理人及辯護人。亦可差出有利益之證憑者。然其爲是闕席判決則一也。公判時有與法律反對之事實。其例有二。

(第一)被告人不肯辯論時。即第一百八十二條第一項云。「被告人出頭而不肯辯論時。可以對席而爲裁判。」

(第二)被告有不當行狀時。即同條第二項云。「被告人妨審問又爲不當之行狀。由裁判長命退庭。又拘留時亦同。若辯論涉二日時。可更使被告人出頭。」

(第三)被告人精神錯亂及疾病時。即第一百八十二條第一項前段云。「被告人因精神錯亂又疾病不能出頭時。至全癒前。停止辯論。」

被告人對於裁判所。可爲特別之申立。即第一百八十六條云。「檢事及被告人。不問第一審第二審。至本案之判決止。無論何時。得爲管轄違反公訴不受理之申立。」

本條雖於裁判所可以職權爲管轄違反公訴不受理之言渡。但言檢事被告人。而不及代理人辯護人。然於實際上亦可爲前項之申立。蓋代理人與辯護人。其精神全以保護被告人而設。既許被告人申立。未有不許保護被告人之申立者。本條第二項。則檢事被告人。雖不申立。裁判所亦得以職權爲之也。

申立手續。刑訴雖無規定。徵諸實際。口頭書面。皆可申立。有理由。則當時可據以裁決。

無理由時。亦從而卻下。惟被告人對此卻下。若爲第一審。可爲控訴。若爲第二審。可爲上告。即第八十七條云。「於裁判所卻下前條之申立時。不待本案之判決。得爲控訴。又上告。於此場合。停止本案之辯論。」

本條所當注意者。法文中控訴又上告一語。謂控訴指第一審。上告指第二審乎。抑不論第一審第二審。可隨意爲控訴或上告乎。學者每據控訴係事實點。上告係法律點之原則。謂管轄違及公訴不受理之申立。純係乎法律點。故雖第一審亦可爲上告。板倉氏以爲此說有二誤。(一)日本裁判所編制爲三級。若第一審已爲上告。是減一審級矣。(二)上告之事。規定於第二百六十七條。彼條文明示對於規定于第八十七條之本案前之判決。得爲上告。本案二字。與上文同。而上文有第二審二字。是其指第二審可知。

關於辯論中異議之手續。即第九十九條云。「辯論中就公判之手續。有異議之申立時。於裁判所聽檢事之意見。可直裁判之。」

所謂異議者。即公判手續之不適法。例如訴訟有順序。若裁判所不順其序。或檢事先

爲陳述。或不爲取調證憑。或無證人資格。而強使宣誓。皆足爲被告人異議申立之材料。

第三款 私訴之口頭辯論

私訴之口頭辯論。與公訴同。惟必在公訴辯論既終之後。即第二百一十一條云。「就公訴辯論既終後。民事原告人。證明被害之事實。且就私訴。可陳述其所請求。被告人辯護人及民事擔當人。得爲答辯。」

當私訴辯論之際。若被告人以公訴時所遺漏者。更爲補述。是法律所不禁也。

民訴要一定之申立。而私訴不拘。又民訴可變更其原因。而私訴不許。且公訴既爲無罪之判決。仍不妨提起私訴。即第二百二十五條云。「於前二條之場合。就私訴不拘其請求價額之多寡。可爲判決。」

所謂不拘其請求價額之多寡者。例如私訴附帶於地方裁判所。而價額在二百圓以下。準民訴規定。應屬於區裁判所之管轄。而既爲附帶之私訴。則地方裁判所亦可爲判決。蓋事物管轄之原則。不適用於私訴也。

在民訴被告人有妨訴之權利。(見民訴第二百六條)私訴有此權利與否。刑訴法文無規定。學者雖不妨爲反對之解釋。而日本實例及一般學說。多持私訴同有妨訴權利之論。其與民訴異者。民訴先就妨訴爲判決。私訴則先後自由也。

第四款 重罪事件之特別審理手續

重罪事件。關係於被告者大。故其審理手續。於法律上有嚴重之規定。其大要有三。

(第一)以地方裁判所爲第一審。而公判前不可不先爲豫審。(見第二百四十條)

(第二)必使用辯護人。即第二百三十七條云。「就重罪事件。開庭前裁判長或受命判事。依裁判書記之立會。一應訊問被告人。且應問已選任辯護人與否。

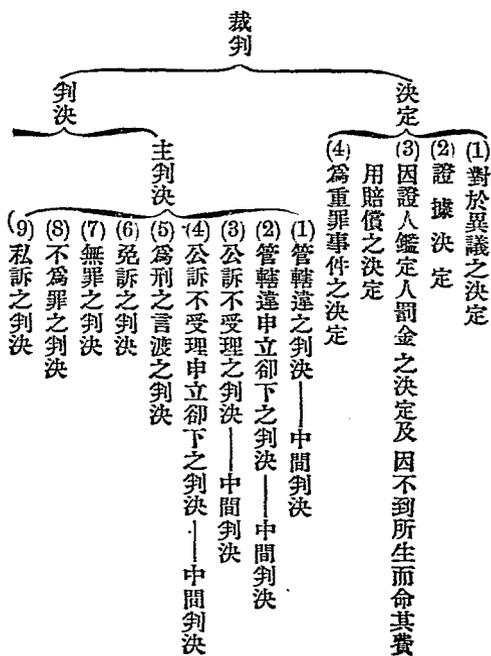
若未選任辯護人時。以裁判長之職權。由其裁判所所屬之辯護士中。選任之。被告人及辯護士無異議時。得使辯護士一人。而爲被告人數人之辯護。」

(第三)既經豫審之決定。受命判事。不得更爲豫審處分。(第二百四十一條第三項)因既經豫審之決定。則對於同一之被告人。不得有二箇之豫審。其未經豫審決定。則可送致於豫審判事。

第二節 裁判

第一款 裁判之區分

裁判有決定與判決之分。決定者。訴訟中間一部之決定。判決者。訴訟結局全部之判決。故判決有判決書。而決定無之也。分類如下。



〔從判決〕(1)命公訴費用負擔之判決(屬於前之(5)項)
(2)還附差押物之判決(屬於前之(6)至(8)項)

更就判決言之。又可括爲三分類如下。

判決

(1)中間判決及終局判決(或本案之判決及本案前之判決)

(2)一部判決及全部判決

(3)對席判決及關席判決

(第一)中間判決及終局判決 在刑事訴訟法。不用中間判決及終局判決之語。而用本案判決及本案前判決之語。所謂中間判決者。蓋僅括管轄違及公訴不受理申立却下之判決而已。其在民訴。如反訴之抗辯。裁判所當爲判決。亦一中間判決也。民訴法文有明示中間判決者。如第二百二十七條云。「爲各箇獨立之攻擊。或防禦方法。及中間之爭已熟時。得以中間判決爲裁判。」

而刑訴無此規定者。是由於刑訴之性質。與民訴不同。民訴於訴訟中間。雖牽涉各箇獨立之爭議。亦爲有効。刑訴非適法之訴訟。不能裁判。以此結果。則刑訴之判決。乃湊合種種取調證據而爲一箇之判決。故其中間。自不能容各個獨立之判決矣。

(第二)一部判決及全部判決 如刑法第百條云：「二罪俱發。從其一之重者處斷。」是以一判決包括二罪。故曰全部判決。若二罪俱發。而其一罪不關於刑法。例如違反特別法之稅法。則依據刑法。爲一判決。依據稅法。又爲一判決。是爲一部判決。

(第三)對席判決及關席判決 關席判決。專對於言渡刑及私訴之場合。或原告或被告不出頭時所下之判決也。雖然。刑訴以檢事爲原告。而因檢事不出頭。不能構成訴訟。故刑訴之關席判決。不啻僅對於被告不出頭而言。夫刑訴採本人審訊主意。則關席判決。實爲一大例外。法律上有不得已也。蓋犯罪而逃。人情之常。裁判所必發呼出狀以待其來。固也。假令堅不出頭。而顧坐待異日。致使證據久而湮沒。有罪者終成漏網。必不能達維持社會之目的。故曰關席判決。不得已也。關於此之條件有二。

(甲)已經適法之呼出。更分爲二。

(子)對於罰金以下者。此呼出狀。不必送達於本人。其方法甚多。見民訴。

(丑)對於禁錮以上者。此呼出狀。必送達於本人。若豫審決定書。已經送達。則呼

出狀亦不妨從民訴方法。

(乙)公判期日已到達而被告不出頭。但事屬微細。而不妨使代人出頭者。必待代

人亦不出頭時。始爲闕席判決。

更有一問題。如出頭於口頭辯論時。而未出頭於判決時。則闕席判決乎。抑對席判決乎。在民訴言之。言渡之判決。與爲判決之基本之審理。截然爲二。故出頭於審理時。而不出頭於判決時。可爲對席判決。(見民訴第二百三十二條)而刑訴未有規定。從前看做闕席。今則準用民訴規定。其理由蓋因闕席判決之性質。謂其聽原告一方之辯論耳。今於辯論時被告業已出頭。是於被告防禦攻擊方法。不可爲不盡。何有構成闕席判決之要素乎。看做對席。誠妥適也。

以上爲判決概括之分類。更就其細別說明如下。

(第一)管轄違之判決。更分言之。

- (甲)事物之管轄違。例如應屬於地方裁判所者。區裁判所可以此判決之之類。
- (乙)土地之管轄違。例如應屬橫濱裁判所者。東京裁判所可以此判決之之類。

於此有應注意者。即第二百四十條云。「於裁判所被告事件。雖認爲屬於區裁判所之管轄者。可爲第一審之判決。」

依此規定。是屬於地方裁判所之管轄者。區裁判所。固不可不爲管轄違之判決。反之屬於區裁判所之管轄者。地方裁判所。不必爲管轄違之判決。此何以故。蓋一以損無益之手續。一以求完結之迅速。且地方裁判所爲合議制。其作用較區裁判所爲大也。

(第二)管轄違申立却下之判決。裁判所本有以職權調查管轄違否之義務。依此調查。而自發見其管轄違。則屬前項之範圍。若於裁判中被告人爲利益之保障。而爲此申立。裁判所直却下之。則屬於本項之範圍。却下判決後。本案之審理。依然進行。故此判決爲中間判決之一種。夫管轄違之申立。在民訴屬於反訴。(民訴第六條第二號)而民訴第二百七條第二項謂「棄却反訴抗辯之判決。看做終局判決。」是民訴必先爲判決可知。惟刑訴無此規定。則先爲判決與否。可聽裁判所之自由。若刑訴亦必如民訴之先爲判決。則刑訴之手續。不免於遲緩。雖然。苟裁判

所對於被告之申立。雖無不必却下之理由。而亦不無可疑之存在。則與其至第二審而全案爲之破裂。寧先爲却下判決。俟被告之控訴或上告。而一任上級裁判定之也。

(第三)公訴不受理之判決。更分爲五。

(甲)起訴條件之欠缺。例如姦通罪。法律上必待親告。若非親告。則不受理。

(乙)起訴方式之欠缺。例如起訴必遵法律規定之式。若違之則不受理。

(丙)起訴職權之欠缺。例如代理檢察。起訴於地方裁判所。(裁判所構成法第十

八條)則不受理。

(丁)同一事件。再度起訴。其事件已起訴於甲裁判所。而又起訴於乙裁判。則不受理。

若前訴已判決。則可言渡免訴。非不受理矣。

(戊)對已死之人之起訴。人死則目的物不存在。不能構成訴訟。故不受理。

(第四)公訴不受理申立却下之判決。此判決與第二項同。所異者其理由也。第二

項以管轄不違爲理由。此則以公訴受理爲理由。至其爲中間判決。爲裁判手續。爲

却下手續。爲許其上訴（上告或控訴）無一不同。

（第五）言渡刑之判決。裁判所經審理手續。認原告所要求之被告事件。其犯罪爲已確實。是爲言渡刑。蓋判決中之最普通者。但除刑法第一百二條所謂前發之刑外。皆屬此判決之範圍。至於判決作成之手續。有條件七。

（甲）主文。

（乙）事實理由。

（丙）證據理由。（說明以如何之證據而認爲犯罪事實）

（丁）法律理由。（說明適用之法律）

（戊）判決之年月日。

（己）裁判所及檢察之氏名。

（庚）判事之署名捺印。

以上七項。皆規定於第二百三至二百五條。至於被告之氏名等。則與豫審決定同。

（第六）免訴之判決。規定於第一百六十五條之第三號至第六款（見上）然有未規

定者二。

(甲) 告訴之拋棄。

(乙) 新法頒布後。其刑之廢止。

以上二項。學者有以公訴不受理當之者。其說實誤。

(第七) 無罪之判決。被告犯罪。證據不充分。則爲此判決。蓋於一方被告行爲。不能構成犯罪行爲。而一方對於處罰條件不成就也。

(第八) 不論罪之判決。所謂不論罪者。規定於刑法第一百二條云。「一罪前發。已經判決。餘罪後發。其輕或等者。不論之。」是也。

(第九) 私訴之判決。即第二百條云。「裁判所於公訴之判決。同時可爲私訴之判決。私訴之取調未十分時。則公訴判決後。得爲其判決。」

第二款 裁判之形式成立及言渡之手續

(第一) 裁判之形式。決定之形式。以刑訴無規定。故有主旨而無理由。猶豫審終結之決定。則規定於第六十九條。(見前) 判決之形式。即第二百三條云。「爲刑之

言渡。依事實及法律。明示其理由。且應明示犯罪之證憑。爲無罪又免訴之言渡。亦應明示其理由。」

判決之內容。由實質觀之有二。一曰主文。一曰理由。主文之定義。謂由理由抽出之論定。而理由之定義。謂可以爲主文的事實上法律上之說明也。

(第二) 裁判之成立。裁判成立時期。此問題迄今懸而未着。日前大審院特開判事部會議。以解決此問題。其議論甚多。不具述。述板倉氏之意見。

(甲) 單獨裁判所。以原本作成爲成立。夫訴訟手續。以形式爲成立。判事之思料。他人所不能見。若以思料時爲成立。則與形式相反。故必俟原本作成。乃有形式可見。

(乙) 合議裁判所。以原表決爲成立。合議裁判所。必由各判事之表決。此表決乃見於外部之徵兆。故可爲成立。

(第三) 裁判之言渡手續。言渡之定義。謂以內部決定之意思。發布於外部也。言渡之場所。必在公庭。且必有定數之判事及檢事書記。惟被告人不到。則亦可爲闕席之言渡。而重罪事件。必有辯護人之立會。至其期日及方法。即第二百四條云。「判

決之言渡。辯論既終後。當於即日或次之開廷日爲之。判事之言渡。因判決主文之朗讀爲之。其判決之理由。與判決之言渡。同時朗誦之。又當以口頭告其要領。其爲闕席判決。則言渡之後。當以正本送諸被告人。

第五章 攻擊未確定裁判之方法

裁判既經確定。則攻擊方法。惟有再審及非常上告而已。若未確定之裁判。其攻擊方法有三。對於闕席判決者曰故障。對於對席裁判者曰控訴或上告。對於決定者曰抗告。

第一節 故障

被告人對於闕席判決。可申立故障。亦可控訴於第二審。即第二百五十二條云。「控訴之期間。自己判決言渡之日爲始。以日爲限。受闕席判決者。故障之期間內。不爲故障。得直爲控訴。」

於此有問題。本條專對於第一審之闕席判決。許其有控訴之權。而於第二審無規定。故大審院之判決例。據法律精神。謂對於第二審之闕席判決。不許爲上告。雖然。學說

上有非難者。蓋從第二百六十七條所謂「本案之判決」觀之。則本案判決云者。爲終局判決之意義。其爲闕席或對席。本無區別。故雖在第二審。亦不用故障方法。而用控訴方法。更以民訴相比較。民訴第三百九十八條云。「對於闕席判決。已懈怠期日者。不得以控訴申立不服。但對於不許故障之闕席判決。限於以不懈怠爲理由。得以控訴申立不服。」由是觀之。於民訴故障與控訴不並立。故無錯襍問題。於刑訴故障與控訴並立。故有錯襍問題。即如被告人既於第一審申立故障。復於第二審爲控訴。則將於第一審下判決乎。抑於第二審下判決乎。以理斷之。若先爲故障。而後爲控訴。則控訴卻下。反之先爲控訴。而後爲故障。則控訴無効。何則。闕席判決。當因故障申立而消滅。消滅則其控訴爲無理由。至控訴者爲檢察官爲被告人。所不問焉。

(第一)故障之定義。故障云者。闕席判決。受刑之言渡者。以此判決爲不當。對於其裁判所。求對席審理之申立也。由定義觀之。得三要素。

(甲)對於其裁判所申立。故障與上訴不同。上訴在上級裁判所爲之。故障即對於下此判決之裁判所。此其異也。

(乙)以刑之言渡爲目的。如決定。即刑之言渡以外之判決。不能申立故障也。又判決中。被告事件不成罪之判決。犯罪證據不充分之判決。免訴判決。管轄違判決。公訴不受理判決。並非故障之目的。

(丙)受刑之言渡者。有故障權利者。只爲被告人。而檢事不能。以裁判所對於檢事。無下判決之權利也。

對此定義。有可疑者。即其闕席判決。若屆於刑法第百二條之不論罪。可以爲故障之目的乎。不知定義。明言刑之言渡。而刑法第百二條。乃規定罪之吸收。非刑之吸收。則其不能申立故障。殆無容疑。況不論罪之闕席判決。被告亦無申立之必要。雖被害者。對此判決。有要求損害賠償。而提起私訴之權。被告人因防禦之故。而不免攻擊此判決。然於此。若受當賠償損害之判決。既可用控訴方法。則故障申立。其非必要可知矣。

(第二)故障之條件。大別爲五。

(甲)申立之期間。第二百二十九條云。「故障申立之期間爲三日。此期間。就言渡罰

金以下之刑之判決。及私訴之判決。以闕席判決之送達爲始。就言渡禁錮之刑之判決。以被告人受送達。或因判決執行。知有刑之言渡日爲始。」

所謂因判決執行者。即裁判所發逮捕狀以執行其刑也。所謂始者。謂期間以此爲始也。若於其期間開始之前。先爲申立。例如被告人雖未受送達。已知有判決。而直爲故障之申立。亦法律所不禁。然有反對者。謂被告人雖已知有判決。因法律明言以送達或判決執行爲始。故在此之前。被告人之地位。實立於不能先知之勢。於此雖豫爲申立。亦不過視爲條件附之申立而已。且本法第二百二十二條。有裁判所調查期間之明文。若申立在期間開始以前。是與法律精神。顯不相合。板倉氏不採反對之說者。有理由三。關於故障之事。刑訴與民訴。不當有異同。民訴第二百五十五條第三項云。「故障申立。雖判決之送達前。亦得爲之。」則刑訴亦宜如是。理由一。判決前之控訴無効。本法有規定。今若以期間前之故障。亦爲無効。則不宜無規定。理由二。期間前許其故障。則於被告人有利益。爲保護被告人起見。應爲法律所許。理由三。

(乙)申立之裁判所。即第二百三十條云。「欲申立故障者。可差出申立書於爲闕

席判決之裁判所」

(丙)申立之審理。即第二百三十二條云。「於裁判所以職權調查可許故障與否。及於故障期間爲申立與否。缺此條件之一。則可以判決棄卻故障。」

所謂許故障與否者。例如爲公訴不受理之判決。即不許故障是也。所謂期間者。即第二百二十九條之三日是也。

(丁)申立之經過。即第二百三十四條云。「第二百四十七條第二百四十八條之規定。對於闕席判決之故障。亦準用之。」

所謂第二百四十七條者。即因天災或不可避之事變。經過期間。而得以疏明回復權利也。所謂第二百四十八條者。即裁判所對此申立之手續也。

(戊)申立之受理。即第二百二十三條云。「於受理故障申立之場合。更從通常之規定。可爲裁判於前項之場合。故障申立人闕席時。不得更申立故障。」

(第三)故障之効力。在申立故障之中。前之判決於事實上全然消滅。不但停止而已。此主義與民訴正相反。民訴第二百六十一條云。「可爲基於新辯論之

判決與闕席判決符合時。言渡維持闕席判決。於其不符合之場合。以新判決廢棄闕席判決。」

是民訴則故障申立中。前之判決。尙有關係。非如刑訴之全然消滅也。因此原因。乃生二結果。

(甲)故障之申立。不能取下。蓋若許取下。則前之判決。亦已消滅。後之判決。無從發生。裁判所將失其執行權故也。

(乙)後之判決。不妨加重。蓋故障申立之審理。既與前之判決。毫無關係。則審理之後。其罪較前爲重。不得與前判決爲比較。

(第四)故障之問題。

問題一。刑之時效經過。得申立故障乎。有積極消極二說。

(甲)積極說 於舊治罪法第三百五十條。有「應該禁錮刑之被告人。至刑之期滿免除前對於闕席判決。得申立故障」之規定。反之於現行法削除之。而故障之申立。無期間之制限。以是知雖期滿免除之後。亦可申立也。

(乙)消極說 得期滿免除後。闕席判決已確定。而不得申立故障。其判決確定之理由。於刑法第四十條第一項「得主刑之期滿免除者之監視期間。自被告人就捕之日起算。」見之。因判決未確定。則不能起算監視期間。即此規定觀之。經過刑之時効。同時即爲判決確定。實瞭然矣。又附他之理由曰。若經過刑之時効後。許申立故障。則不過使裁判所爲不能執行之裁判。因審理之結果。雖裁判所宣告有罪。刑既罹時効。不能執行之。與上所舉經過刑之時効。同時闕席判決確定。此二理由。皆不許爲故障。

(參攷)按積極說駁消極說之言曰。期滿免除後。闕席判決確定之說。刑事訴訟法上。無可據之明文。如刑法第四十條。則必俟舊治罪法第三百五十六條之規定。始有其効。今日舊治罪法已廢。則無此等規定之意味。又期滿免除後。受理故障爲有罪。而言渡刑之場合。其刑亦絕非不可執行者。苟故障之申立爲適法。則此闕席判決。已歸消滅。故其刑亦不得謂爲罹於時効。因而無妨於執行。予輩贊成積極說者。依刑法第六十條。「剝奪公權。停止公權。及監視。不

得期滿免除。」故若期滿免除後。不許申立故障。則對於實際無罪之人。不經審訊其人。而執行附加刑。如此是對於實際無罪之人。杜絕救濟之途也。（豐島氏講義）

問題二、對於第一審之闕席判決。而由檢事爲控訴。於控訴又下闕席判決。而被棄卻。則被告人對於何裁判所。得申立故障乎。有二學說。

(甲)申立於第一審說。第二審之棄卻者。以檢事之控訴爲無理由也。夫檢事控訴。既無理由。則第二審判決之効力。與第一審所判決者無異。故申立仍當至第一審。蓋於此場合。惟第一審有執行裁判之權。被告人對於執行之裁判所。申立故障。當然之事也。

(乙)申立於第二審說。檢事控訴於第二審時。在形式上第一審之判決已消滅。不問第二審之判決。爲棄卻。爲受理。夫第二審判決而異於第一審也。則第一審判決之消滅。固居易見。今第二審既棄卻。似第一審之判決。不得云消滅。不知第二審之爲棄卻。於一方有不認檢事控訴理由之意味。於他方兼有與第

一審同一裁判之意味。故第一審之判決。亦消滅也。

板倉氏蓋贊成第二說者。以爲第二審判決時。第一審之判決消滅。此可於上告審見之。蓋上告裁判後。並不必宣言第一審第二審判決之消滅。而自然消滅者也。例如第一第二審。皆適用刑法第三百六十六條。至第三審乃適用刑法第三百九十條。於此場合。在第三審不過以擬律定之。而第二審刑法第三百六十六條之適用。固已破壞。第二審之判決。既被破壞。則第一審同一之判決。當然消滅。毫不容疑者矣。以此例彼第二說。不得謂非至當。

問題三、同上問題。若第二審之闕席判決。係取消第一審之判決。則被告人對於何裁判所得申立故障乎。解此問題。當用前項之第一學說。即對於執行之裁判所。申立故障。依此結果。乃適用前項之第二學說。當於第二審申立故障。何則。第二審取消第一審之闕席判決。則第一審已歸於消滅。且第一審既不能執行其判決。亦無申立故障之必要。

問題四、對於闕席判決。由檢察官爲控訴之申立。被告人又爲故障之申立時。故障之

審理與控訴之審理。當以何者爲先乎。

此當先爲故障之審理。若欲著手於控訴之審理。則使被告人適法之故障申立。終無實效也。詳言之。依被告人適法之故障申立。在訴訟上之地位。得受對席審理。如先爲控訴之審理。必使被告人。至不能受第一審之對席審理。故不當毀損被告人之權利。而故障之結果。已取消關席判決。有對席判決時。爲檢事控訴目的之關席判決。已居消滅。檢事之控訴。乃不適法者。從而第二審裁判所。當以不適法之理由。爲棄卻控訴之判決。

問題五、第一審關席判決。檢事起控訴後。被告人出頭於第二審。則被告人對於第一審。尙可申立故障乎。此問題可決其不能。其理由有三。

(甲)以被告人爲放棄權利故。

(乙)若爲受理控訴。則第一審判決。亦消滅故。

(丙)若爲棄卻控訴。則第一審判決。亦消滅故。(適用問題二之第二學說)

問題六、第一第二審皆爲關席判決。檢事又上告於第三審而被棄卻則被告人對

於何裁判所得申立故障乎。學說不一。板倉氏以爲上告審本無故障之規定。則不能對於第三審申立。固無容疑。至於第一審。則亦以經第二審之判決。而歸於消滅。(其理同上)故解此問題者。當知對於第三審。無故障之制度。而對於第一審。又無故障之權利也。此可以第二問之答案。(有控訴棄卻之闕席判決)或第二問之答案。(第一審判決取消之闕席判決)擇一說而從之。皆知其當於第二審闕席判決之裁判所爲故障也。

問題七、對於闕席判決。由檢察事爲上告。上告裁判所。破毀原判決。移送事件於他之裁判所時。被告人對於第一審之判決。或曾被破毀之第二審判決。得爲故障乎。於此場合。第二審判決。已爲確定的消滅。無可許其爲故障之理由。其事件復歸於未經覆審以前之程度。第一審之闕席判決。依然有其效力。被告人對之。得爲故障也明甚。

問題八、基於檢察事之上告。有擬律之錯誤。破毀第二審之闕席判決。上告裁判所。從刑事訴訟法第二百八十七條。爲刑之適用時。被告人對於第二審之闕席判決。

或第一審之闕席判決。不能爲故障乎。

甲說曰然。不能爲故障。蓋先以第二審之判決。既被破毀爲絕對的消滅。故其不能對之爲故障者自明。又以第一審之闕席判決。與第二審之闕席判決之成立。同時消滅。依第二審判決之破毀。無可以復活之理由。而第二審之闕席判決被棄卻控訴時。第一審之闕席判決。形式上雖不能爲消滅。亦不能許與上告審之判決並存。故實質上不得謂之有效力。

乙說曰。上告審之判決。非使被告喪失事實的裁判所對席審理之權利。乃基於檢事之上告。取消第二審之判決。上告裁判所之判決。非使第二審判決。絕對的消滅者。不過於與檢事之關係。使之消滅而已。其與被告人之關係。固依然存在也。故以上告審之判決。已破毀第二審之判決。棄卻控訴時。對第一審判決。可爲故障。（此論采對第二問題之甲說。）又以上告審之判決。已破毀第二審之判決。取消第一審判決時。對第二審之判決。可爲故障。若第一審判決及第二審判決。皆因證據說明。確定事實。與被告人得爲不爲罪之理由。言渡無罪之場合。

上告裁判所破毀原判決。會適用刑時。又可對第二審判決。爲故障之申立。以此上告裁判所。基於第二審所判決確定之事實。爲刑之言渡者也。（一派學者又論於此場合當對第一審之闕席判決。而爲故障。蓋以上告審之判決。基於第二審裁判所所肯認第一審判決認定之事實。爲刑之言渡也。）

難者或謂第二審判決。以被破毀而形式不存在。不存在之判決。無可爲故障之理。雖然。此未深研究者之說也。上告裁判所以擬律錯誤之理由。破毀第二審判決之場合。非使第二審判決之公訴事實認定之部分消滅。而使法律適用之部分消滅也。於此場合。若依上告裁判所之判決。第二審判決之事實認定之部分。亦歸於消滅時。上告裁判所。當不能適用法律。何也。蓋關於應適用法律之事實之裁判。已歸於消滅也。然則此非難者誤矣。難者又曰。依刑事訴訟法第二百一十九條。故障之申立。僅得對於爲言渡刑之判決而爲之者。而在本問題之場合。第一審判決。或第二審判決。非爲刑之言渡。爲刑之言渡者。乃上告裁判所之判決也。則對於不爲刑之言渡之第一審判決。或第二審判決。而謂可許申立故障

者。真不當矣。然此非難之言。又誤也。夫爲言渡刑之基礎者。在上告判決之法律理由。與第二審判決之法律事實理由二者。第二審判決之事實理由。既爲刑之言渡之基礎。故其判決應爲刑之言渡。因而對之得爲故障。亦不肯刑事訴訟法之第二百二十九條。

又有謂於本問題之場合。因第二審判決。肯認第一審判決之事實認定。故當對於第一審之闕席判決。得爲故障者。其說亦誤。蓋第二審裁判所。乃覆審公訴事實而判決者。非以審查第一審判決之當否爲目的。是爲第二審判決與第一審判決。旨趣相同之場合。棄卻控訴耳。而第二審判決。對於被告人爲刑之執行之名義。故當然對之得爲故障也。

但於上告裁判所。基於擬律錯誤之理由。下無罪之判決。或公訴不受理。或免訴之判決時。則以無刑之執行。不生故障之問題。

按板倉氏對於此問題。主張得對於第二審申立故障。其理由。以爲上告與控訴之性質不同。蓋控訴爲事實之復審。而上告爲法律之問題。與事實全不相

涉。故其破毀第二審之判決。乃破毀其法律點。非破毀其事實點。夫事實點既未破毀。則與被告人之關係。自未全絕。何則。第三審之法律問題。仍以第二審之事實爲根據。被告人對之。豈有不能申立故障之理。若於此而不許申立。則其結果。不啻對未經審理之被告人。而加以刑罰。其第二審事實之當否。未可知也。關於上告審之事。後尙詳言。此處所當知者。即上告審雖破壞第二審之判決。然其適用法律。仍不能出乎第二審事實範圍之外。故許被告人之申立故障。即許其攻擊第二審手續之不當也。

第二節 上訴通論

(第一)上訴之定義。上訴爲對於未確定之裁判攻擊方法。而申立於上級裁判所之謂也。詳言之。向上級裁判所求未確定之裁判(對席判決關席判決及決定)之取消或破毀之方法也。

(第二)上訴權利者。訴訟當事者及其關係人對於裁判所之裁判。有上訴之權利。試分言之如下。

(甲) 檢事 檢事爲代表公益機關。裁判而至於有謬誤。其有害於公益。固不待言。於此場合。檢事斷無座視不顧之理。此法律許檢事有上訴權之理由也。所謂裁判之謬誤何耶。例如犯罪之證據不充分。而下有罪之判決。一也。證據雖充分。而言渡之罪過重或過輕。二也。適用刑法。誤以甲條爲乙條。三也。夫檢事提起公訴。必添附自己之意見。裁判而與其意見異。固當上訴。即裁判而與其意見同。苟事後自覺其前此之誤。亦當上訴。何則。因檢事固代表公益者。其調查之結果。雖與己之意見不符。不可不糾正之。蓋法律上檢事既提起之公訴。不許取下。設無上訴權利。是雖知謬誤。將永無糾正之日。大不可也。又檢事既代表公益。則其有保護被告之職。雖無明文規定。可由推測而知其必然。第二百四十二條第二項云。「檢事爲被告人之利害。亦得爲上訴。」

此規定非有他意。不過明示爲法律所許而已。學說上有謂本條爲無謂之規定者。不必置辨。且刑訴中更有與此條相關者。即第二百六十五條第二項云。「爲被告人之利益。由檢事爲控訴時亦同。」

此規定即以第二百四十二條第二項爲根據。其明證也。於此有應注意者。即檢事之上訴。若爲被告人利益。必須明言。苟不明言。是其爲被告人之利益或不利益。裁判所不能臆測也。又其爲被告人之利益。亦非立於代理被告之地位。仍立於代表公益之地位。故上訴期間。普通雖同。而例外檢事亦有與被告人異者。即被告於闕席判決之上訴期間。以送達到着之日爲起算點。而檢事則以言渡判決之日爲起算點。其結果於檢事上訴之後。以被告人尙未出期間之外。得更爲上訴也。

(乙) 被告人 被告人雖無保護公益之職責。而以其防衛自己之利益。故亦許其上訴。若裁判所不侵害其利益。(例如免訴之判決。公訴之判決。公訴不受理之判決。管轄違之判決。無罪之判決。) 被告人皆不得上訴。即四者之外而許其上訴者。亦限於主文之一部。不得涉及理由。何則。主文對於被告人有執行力。而於理由無關焉。故有時就主文一方言。爲無罪之判決。而就理由一方言。或不免侵害其名譽。然不得因之而爲上訴。此其證也。於此有問題。即依公訴裁判而下費用

負擔之判決。其本案爲有罪也。固不生別問題。其本案而無罪也。被告人對之有上訴權乎。消極說者曰。凡費用負擔之判決。屬於行政處分。而不屬於司法。故無上訴權。此理由不能視爲正當。何則。本案有罪之費用負擔之判決。所以不生別問題者。以其與本案可同時上訴也。若爲行政處分。何以於彼許上訴。而於此不許。將無以解之。故以正當理由言之。費用負擔之判決。錯誤者少。無上訴之必要。理由一。假令許其上訴。則裁判所審問之中。不得不訊及本案事實。而本案則以不能上訴之故。無從審問其事實。理由二。積極說曰。有雖上訴而不必審問本案事實者。可以爲上訴。何則。民訴第八十二號云。「對限于費用之點之裁判。不得申立不服。而刑訴無之。可知其不在禁止之列。又本法第一百一條第二項云。於有免訴及無罪之言渡場合。關於公訴之訴訟費用。國庫負擔之。」

依此規定。則假令免訴或無罪。而更爲費用負擔之判決。是違反本條第二項之規定。以此爲上訴。即前所爲不必審問本案事實之場合也。板倉氏主積極說。

(丙) 被告人之法定代理人。法定代理人。規定於民法。如未成年之親權者。妻之夫。

禁治產者之後見人皆是。第二百四十四條云。「被告人之法定代理人得獨立而爲上訴。」

所謂獨立者。即與本人之意思雖有違反。法定代理人亦得以自己之意思爲之上訴也。蓋法律認此等代理人之精神。純出於保護被告人之意。彼能力不足精神喪失之人。不知事實之利害。貿然放棄權利者。往往有之。此所以有本條之規定耳。法定代理人既有獨立之上訴之權利。雖本人業經上訴。法定代理人猶可繼續爲之。於此場合。若爲控訴。本人與法定代理人爲同一之手續。若爲上告。則手續有不同者。何則。第二百七十三條云。「爲上告者。差出其申立書於原裁判所。且從其爲申立書之日。五日內當差出趣意書。」

依此規定。是差出趣意書之期間。以申立後五日爲限。設本人於裁判之第一日申立。而法定代理人於判決後第三日申立（上告期間三日）則至第五日。本人不差出趣意書。其申立已屬無効。而法定代理人以期間未滿之故。尙得差出趣意書。故曰上告之手續不同也。雖然。法定代理人之獨立上訴。其地位究與被告

自身迥殊。當本人答辯之際。法定代理人。不過爲之保佐。得以干與裁判而已。

(丁)辯護人 第二百四十三條云。「辯護人得代被告人爲上訴。但不得反於被告人明言之意思。」

辯護人之地位。不啻一之法定代理人。雖然。以本條但書觀之。則不得爲獨立之上訴。必被告人無明言。法律上始推定爲不反其意思。且此上訴之辯護人。即參與前審之人。若被告於判決後始委任者。則不許用之於上訴。其理由因既經參與前審。則凡本案之事實。以及上訴之於被告人有利益與否。皆所了然。而法律知識上。亦藉資其熟手。不然者。茫然於前後之情形。其無代理上訴之理由。不待言矣。而辯護人之權限。又以上訴爲止。上訴之後。即無關係。蓋辯護行爲與辯論行爲。截然爲二。上訴之後。則屬於辯論行爲。當聽被告人之自由。無辯護人干與之必要。又辯護人之上訴。不能獨立。故其結果。與法定代理人有大異者。即上訴期間。辯護人同於被告之本人。非如法定代理人。有特別之期間也。(見上項)若辯護人違反本人之意思。而爲上訴。則裁判所因本人書面之申立而卻下之。

當然之理也。

(戊)私訴之民事被告人。民事擔當人。民事參加人。此三種人於私訴上。皆有上訴權利者。若無能力。則其法定代理人爲之。且其相續人。亦可承繼訴訟。惟檢事及辯護人。則無上訴權。因私訴純屬於私益故也。雖然。若被告人而委任於辯護人。固法律所不禁。特於此場合。當認爲委任代理人。非法定代理人耳。

(第二)上訴義務者。上所列舉。爲上訴權利者。惟一方爲上訴。則一方必有對此上訴而爲答辯之相手方。是爲上訴義務者。在私訴雖相手方之相續人。亦得承繼訴訟。公訴不能。此二者之差異點也。

第四上訴之拋棄及取下。拋棄者。謂有上訴權利而不行使此權利之意思表示也。取下者。謂拋棄已上訴於裁判所之意思表示也。拋棄對於其相手方爲之。而取下必對於裁判所。因上訴本對於裁判所爲之。第二百四十六條云。「除檢事外。爲上訴者。其判決前。無論何時。得取下之。」

在民訴一經取下。上訴隨而消滅。而刑訴有不然者。何則。本人雖已取下。苟檢事認

爲謬誤時。亦有上訴權也。以理論言。被告人甘服從於刑罰。而自拋棄其權利。本其自由。不必干涉。惟刑罰之得失。與被告人之利害關係非細。準公益之理由。檢事當然爲之上訴者也。茲更就取下之要點。列舉於左。

(甲) 上訴取下之方法。得以書面又得以口述於公庭。

(乙) 取下要以明示。故暗然之取下及條件附之取下。非法律所許。

(丙) 取下之意思表示。達於裁判所後。其裁判爲確定。不得取消。縱令尙在上訴期間內。雖取消之。亦無效力。

(丁) 取下雖生喪失上訴權之效力。但不適法之上訴。不生此效力。因被告人知其不適法。恐經過期間。甯早爲取下。重以適法爲上訴。固所當許也。

拋棄私訴之上訴權者。不必取下而有效力者也。但上訴則適用民訴第三百九十九條。上告則適用民訴第四百五十四條。第三百九十九條。謂「控訴於口頭辯論前。無被告人之承諾。得取下之。」

是既經口頭辯論。則不取得下。此何以故。口頭辯論之後。必有訴訟費用之負擔。一

也。法律上相手方有種種之準備。不容輕於侵害。二也。刑訴雖無此規定。而爲附帶之私訴。則必能適用無疑。

被告若自爲上訴。則其法定代理人。無代爲取下之權。何則。裁判所判決之事。於被告自身。有重大之關係。若不問被告之意。而擅爲取下。則此判決爲已確定。裁判所將執行其刑罰。被告不得不承受。故代理人雖明知此上訴之無益。不許取下也。於此有問題。即法定代理人之上訴。法定代理人可取下之乎。若以第二百四十四條及第二百四十六條言之。(見上)似不妨許其取下。然更進一步。則可知其不能。何則。被告受有罪之判決。其上訴權僅有其一。不能析而爲二。故第二百四十四條所謂「獨立」云者。謂法定代理人代爲行使其權利而已。至處分此權利。當然屬於被告者。理由一。代理人上訴後。其被告人雖自己亦思上訴。而己有人代爲行使。因而不自進於公廷者。比比皆然。設法定代理人取下之。是與被告之意思。不啻違反其約束。理由二。

檢事之上訴權。非檢事所固有。特以代表國家之結果。國家不得不委任之。故可以

行使上訴權而不能處分上訴權。國家恐裁判所之判決。或有不當。故法律上定上訴之手續。而使檢事行之。至於取下。則自屬於國家。而非檢事所得擅爲。與公訴之不許取下。其理由正同。然此理由。有反對者。謂檢事之不能取下。非由於國家。乃因檢事上訴推定爲被告之利益。故苟復取下。即有害於被告。板倉氏以爲此不足採。以法定代理人證之。若如反對之說。則法定代理人。亦爲被告利益而上訴。何以第二百四十六條。許其取下乎。且彼所根據者。謂被告見檢事之上訴。因而不復再訴。不知被告人不知法律者居多。其視檢事恒疑其不利於己。是此推測被告人之意。與事實人情。亦有不合者。

(第五)爲上訴目的之裁判。對於判決之上訴。可分爲二。

(甲)控訴 對於第一審判決。及規定於第百八十七條之中間判決。

(乙)上告 對於第二審判決及規定於第百八十七條之中間判決。

對於決定之上訴。則用抗告方法。第二百九十條云。「抗告者。限於法律特許之場合得爲之。」

所謂法律特許者。如第二十四條及第一百十八條是。第三百二十八條鑑定人準用前第二條之規定。其他則第九十條第二百五十五條第二百七十六條第二百七十二條。皆其證也。

(第六)上訴之期間。期間起算點。因上訴方法而不同。控訴由判決言渡後爲五日。(第二百五十二條) 上告由判決言渡後爲三日。(第二百七十一條) 抗告由裁判送達後爲三日。(第二百九十五條) 又闕席判決之控訴則爲三日。(第二百五十二條第二項)

經過上訴期間者。可用疎明方法。更爲申立。(第二百四十七條) 而申立之手續。第二百零四十八條規定之。以上條文。詳于前編。

(第七)上訴之審理手續。由上訴人作上訴申立書。付於所下裁判之裁判所。或其豫審判事。控訴規定於第二百五十四條。上告規定於第二百七十二條。抗告規定於第二百九十六條。而上告有特別手續。即趣意書也。(第二百七十三條後段) 若被告人已入監獄者。則以上訴申立書交付監獄署長。(第二百四十五條)

(第八)上訴之効力。大要有四。

(甲)裁判之確定停止。

(乙)裁判之執行停止。於上告有例外。即除勾留及放免之言渡是也。(第二百七十二條)

十二條)

(丙)上訴適法。裁判所有裁判之義務。控訴則關於事實及法律之點。上告則單關

于法律之點。抗告與控訴同。

(丁)訴訟記錄。返還於第一審裁判所。不論控訴上告。皆返還於第一審者。以此訴訟記錄。皆當保存於第一審之檢事局也。

第三節 控訴

控訴之意義。謂就法律及事實。求更正第一審判決之誤點。爲訴訟上之請求也。

控訴有全部與一部之分。第二百五十一條云、「控訴者。得限於判決之一分爲之。若不限之時。應看做對於判決之全部爲控訴者。」

自實際上徵之。凡控訴多對於判決之全部。蓋數個之犯罪。依刑法第百條從其一重。

是數罪併科。其刑不可分。故對於一罪之上訴。則其餘皆有効力。即附加刑與主刑亦不可離。故對於附加刑之主刑。亦有効力也。雖然若一爲刑法上之罪。一爲特別法上之罪。控訴者僅對其一而爲控訴。則眞一分之控訴耳。不限於一分之控訴。何以看做全部。蓋法律爲被告利益起見。然依反對者之說。則分一罪爲三。事實認定。一也。刑罰二也。法律之適用。三也。故若對於後者而爲控訴。是限於法律之一分。而前二者不必訊問也。不知對於法律而審問其誤點。則必先審問其事實。並及其科刑之當否。是三者互相聯屬。而不得不視爲全部者。當然之理也。

控訴之性質。乃對於裁判所要求全部之覆審。故與上告有不同者。控訴但申立不服而已。不必列舉其理由。例如第一審下恐囑取財之判決。控訴者主張委托物消費罪。控訴審知爲強盜罪。則直以強盜罪判決之。若上告則必就其控訴之理由而爲審理。其他以外之理由。不必問也。

控訴有主控訴。及附帶控訴。刑事訴訟上。當事者之一方。不問相手方之爲控訴與否。若於控訴期間內。獨立提起控訴。即爲主控訴。反之。因有當事者之一方爲控訴。隨而

件其控訴提起控訴者。則附帶控訴也。

附帶控訴非獨立者。隨件於相手方所提起之控訴也。故附帶控訴。有左記之性質。

一 附帶控訴得對於主控訴之判決前。不論何時提起之。但須主控訴已提起於裁判所者。故當事者雖在自己所有之期間經過後。尙得爲附帶控訴。於主控訴之口頭辯論開始後。亦得爲之。附帶控訴申立。不必提出於第一審裁判所。得直提出於第二審裁判所。又雖主控訴之口頭辯論終結後。未言渡判決前。亦得爲之。

二 附帶控訴之効力。不能較主控訴爲大。換言之。附帶控訴。須於主控訴之範圍內爲之。故對於判決之一部爲主控訴之場合。不能以判決之他部分爲不當。而爲附帶控訴也。

如上所示之附帶控訴。若爲附帶控訴人所有之控訴期間未經過。則裁判所可。以之爲主控訴而受理歟。民事訴訟法第四百六條第二項。雖有被控訴人。於控訴期間內爲附帶控訴時。視爲獨立控訴之規定。而刑事訴訟法無此規定。故苟

依附帶控訴之形式而提出。則裁判所不能以之視爲主控訴。此多數學者所共唱也。然無特別理由。而得解釋爲刑事訴訟法關於此點。與民事訴訟法異其精神乎。故雖無與民事訴訟法第四百六條同一明文。而以對於刑事判決控訴期間內。所提出之附帶控訴。與民事訴訟法同視爲主控訴。實爲穩當也。若置重於附帶控訴之文字。以爲當就控訴申立書爲解釋。則控訴期間內。當事者之一方爲控訴申立之際。誤記載附帶控訴之文詞時。則將據未有主控訴。而提出附帶控訴爲無效之理由。必生不可不棄却之結果矣。如此解釋。固反立法者之意。思者。但申立人爲附帶控訴。不欲以所提出之控訴爲主控訴而受理。則固不當反其意思而爲主控訴也。

三 附帶控訴。從主控訴之運命。詳言之。主控訴因不合法被棄却時。附帶控訴。亦失其効力。又撤回主控訴時。附帶控訴。亦失其効力。

四 當事者撤回既提起控訴時。不許附帶於相手方之控訴。而更爲控訴。蓋因適用上訴之取下。致上訴權消滅之原則故也。

刑事訴訟法第二百五十九條云：「控訴之相手方，得於有判決以前，爲附帶控訴。」所謂相手方者，對於公訴之判決，由檢察官有控訴時，即被告人是。由被告人有控訴時，即第一審裁判所檢察官，及控訴裁判所檢察官是也。若對於私訴判決時，則申立控訴原告或被告之相手方之被告或原告，及其從參加人是也。同條第二項云：「控訴裁判所檢察官，亦得爲附帶控訴。」此規定，蓋由第一審裁判所檢察官，已有控訴（主控訴及附帶控訴）申立時，控訴裁判所檢察官，得附帶於第一審裁判所檢察官之控訴，更爲控訴。由被告人爲控訴時，控訴裁判所檢察官，亦得爲附帶控訴。此理由，因第一審檢察官，不能干與控訴，必付之於控訴裁判所檢察官，故控訴裁判所檢察官爲附帶控訴，不啻爲第一審檢察官之引續也。

參攷松室致氏曰：第一審檢察官，與被告人，互爲相手方。故自檢察官申立控訴時，則被告人得爲附帶控訴。又被告人爲控訴時，則檢察官得爲附帶控訴。而控訴裁判所檢察官，非控訴之相手方。但從檢察官爲全國一體之原則，故法律使之同於第一審檢察官，得爲附帶控訴也。

控訴審之訴訟手續。

(子)控訴之提起。須提出控訴申立書於第一審裁判所而爲之。刑訴法第二百五十四條云。「爲控訴，當差出其申立書於原裁判所，裁判所當速通知控訴之申立於相手方。」

(丑)既有申立。則裁判所當有調查之手續。第二百五十五條云。「原裁判所已經過期間之控訴申立，當以決定棄卻之，對此決定，得爲抗告。」

(寅)若調查而爲適法者。則其手續。規定于第二百五十六條云。「訴訟記錄。由檢察送致於控訴裁判所之檢事。可差出之於裁判所。對於公訴之判決有控訴之場合。若被告人受勾留時。由檢事可移之於控訴裁判所之監獄。」第二項之規定。蓋爲第二審呼出被告人時。易於出頭也。

(卯)呼出訴訟關係人之規定。則第二百五十七條云。「於控訴裁判所。對於訴訟關係人。發呼出狀後。可取掛其裁判。呼出狀之送達。與出頭之時間。至少須有二日之猶豫。」所謂訴訟關係人者。第一審之辯護人。不在其內。何則。辯護人雖代理

被告。而與第二審之關係。已斷絕。不得干與也。又二日之猶豫期間。只限於第一次之呼出。

(辰)關於控訴棄却之規定。第二百六十條云。「於控訴裁判所。調查其爲申立於控訴期間內與否。若認爲係期間已經過者。可以判決棄却控訴。」

本條規定之外。尙有應調查者。(一)控訴事件之可爲控訴與否。(例如無罪之判決。則不許控訴是。)(二)控訴者之有控訴權利與否。法文皆漏畧不詳。是一缺點也。宜俾民訴第四百十九條之規定爲妥。

(巳)公判開始。則控訴裁判所。須先調查其控訴申立。係於期間內提出與否。若認爲係期間經過後提出者。即不審理公訴事實。而爲棄卻之判決。又調查形式上控訴之適法與否。例如其控訴對於決定所提起者。或係對於無罪判決。由被告人所提起之控訴時。皆爲不適法之控訴。不可不棄卻。此固不須審理公訴事實也。(午)控訴之口頭辯論。爲新之口頭辯論。非接續第一審者。故皆與第一審同其規定。第二百五十八條云。「就控訴之裁判。適用關於地方裁判所第一審之規定。於

第一審訊問之證人。及爲鑑定之鑑定人。於控訴裁判。不必要爲再度之訊問。鑑定時。得不呼出之。第二項爲第一項之例外。蓋裁判所若讀訴訟記錄。而已知證人鑑定人之意見。則無再呼出之必要矣。

(未) 控訴裁判所。就於其爲審理目的之事件。自有管轄權與否。及第一審裁判所有管轄權與否。固有調查之職責。而此調查。非必皆於公訴事實之審理前爲之。即與公訴事實之審理同時。或審理公訴事實後爲之。亦可。裁判所管轄時。有以犯罪地定之者。故依第二十六條之場合。非審理公訴事實後。不能知犯罪地。而管轄權之有無。亦因之而不能豫決。於此場合。關於管轄權之調查。或與公訴事實之審理。同時爲之。或其審理後爲之。固屬當然。又雖不審理公訴事實。而得調查關於管理之場合。其調查之結果。若應爲管轄違之判決。則不必爲關於公訴事實之審理。

(申) 就重罪事件。控訴裁判所之裁判長。或受命判事。必於公判開始前。據刑事訴訟法第二百三十七條。訊問被告人。(第二百五十八條)對於初爲重罪事件所提

起之公訴。第一審裁判所認定可構成輕罪之事實。對其判決。由檢事或被告人爲控訴時。控訴裁判所不可不以爲重罪事件。而審理之。故於此場合。當行第二百三十七條之手續者也。何則。第一審判決。未有確定力。故使重罪事件之性質。變爲輕罪事件之效力。未能發生。第二審裁判所。即亦當以爲重罪事件。而審理之。至就檢事爲重罪事件。請求豫審之事件。豫審判事。當對之認定構成輕罪之事實。而附諸輕罪公判。第一審裁判所。亦認定輕罪事實時。其事件之性質。由豫審終結決定之效力（確定力）變爲輕罪事件。故於此場合。第二審裁判所。不可不以爲輕罪事件。而審理之。

(四)於第一審之公判。對輕罪事件。檢事以爲重罪事件。而行訴追。或裁判所以職權認爲重罪事件。則須履行第二百四十一條所規定之手續。既說明如上矣。於斯場合。以所行手續之效果。其事件之性質。變爲重罪事件。故第一審裁判所。將認定爲可構成重罪之事實。或認定爲可構成輕罪之事實。又或認定爲可構成重罪之事實。而科以輕罪刑。皆不具論。要其事件。本重罪事件也。故已受對於其判

決爲控訴之裁判所。則當依法律對於重罪命施行之手續。而審理該事件。

(戌)以輕罪事件。提起控訴。第一審裁判所。認定輕罪事實之判決。(在第一審未生爲重罪事件之手續。即第二四一條之手續者)。由檢察以該事件爲重罪事件。提起控訴或附帶控訴。控訴院亦認爲重罪事件時。控訴院須爲以重決事件審理之旨之決定。但與其決定同時。可使受命判事。爲其事件之取調而報告之。於右場合。受命判事。與第二三三十七條場合同。得爲屬於豫審判事之處分。故訊問證人鑑定人臨檢搜索家宅等。一切皆得爲之。如右之以重罪事件爲裁判之旨之決定。則該事件因而變爲重罪事件。故受命判事之報告後。開始公判之際。當爲被告人使辯護人立會於辯論。從而被告人不自選任辯護人。則裁判長從第二百七條以職權選任之。(第二百六十四條)

(亥)若申立控訴被告人之闕席。則可不爲本案事實之審理。下棄却控訴之闕席判決。(第二百六十六條)申立控訴之民事原告人闕席時亦同。又控訴申立人之相手方若闕席時。則控訴裁判所。得聽控訴申立人之意見。爲闕席判決。(第二

百六十六條)

刑事訴訟法第二百六十六條後段。規定「聽控訴申立人之意見而判決」者。非須從控訴申立人之意見。認定事實或解釋法律。而爲判決之意義。不過當聽其意見。供裁判所之參考。要從自由之心證。或從裁判所所有法律上之意見而判決之意。故適用同條後段之場合。裁判所當于證據調後。從自由心證而判斷事實也。又關於法律解釋。亦決不爲控訴申立人之意見所拘束。雖控訴相手方闕席。亦不必對相手方爲敗訴之判決也。或時有對於控訴人宣告敗訴。（明治三十九年十月五日日本大審院刑事第一部判決曰。於刑事訴訟法第二百六十六條。相手方不出頭時。聽申立人之意見爲闕席判決者。非對於不出頭之相手方必宣言敗訴之趣旨。乃宣言于相當審理後爲判決之趣旨也。）

茲有一問題。即被告人雖對於受刑之第一審判決爲控訴申立。因際控訴審之口頭辯論而闕席。受控訴棄却之闕席判決。則對之得申立故障耶。依刑事訴訟法第二百五十八條。控訴之裁判。適用關於地方裁判所第一審之規定。故對科刑於被

告人之第二審判決。顯然可爲故障也。然言渡棄却被告人控訴之闕席判決時。第二審裁判所。非如前項所說明審理控訴事件者。控訴申立。不問有理由與否。換言之。雖第一審判決之誤謬。一見自明者。（例如認定毆打人而未至創傷疾病之事實。）（即僅構成違警罪之事實。）而適用殺人罪之刑。尙當棄却控訴也。故控訴棄却之判決。非爲審理事件之結果而下者。乃對控訴人懈怠之制裁而下者也。是以控訴棄却之闕席判決。其本質不過非刑之言渡。乃爲對被告人懈怠之制裁。排斥控訴申立之裁判而已。然刑事訴訟法。對於宣告刑之判決外。不許故障。徵於關於宣告刑判決以外之判決。不定故障期間開始期。蓋昭昭然也。（第二百二十九條）於常識上觀之。被告人本係受刑之言渡而控訴者。其於口頭辯論。無理由而闕席。則甚怠慢。且不顧慮自己之利害者也。故可云拋棄其所有辯護權者。即亦不必與以爲故障之權利。現行刑事訴訟法之正解。對本問則下消極的斷定。然此說爲多數注解者。及大審院判例之所不採。若依反對說。則對於刑事訴訟法第二百六十六條所規定。被告人之闕席判決。其實質雖非言渡刑者。亦得與言渡刑之判決法

規上同一而視矣。故對此判決。可許被告人故障之說。非基于正確之論理。然此說之長。則在不致有罰無辜之危險。

控訴判決之種類

刑事訴訟法第二百六十條至第二百六十三條。規定控訴裁判所於如何之場合。當爲如何判決。而公訴判決。大別爲棄却控訴判決。及取消原判決判決之二種。

甲 棄却控訴判決。舉控訴裁判所棄却控訴之場合如左。

(子) 控訴不適法時。控訴期間經過後提起控訴。及其他控訴提起形式上不適

法時。無須審理公訴事實。而即棄却控訴也。例如對於決定提起控訴。或對於第二審判決提起控訴。或不提出控訴申立書於第一審裁判所。而提出於第二審裁判所。刑事訴訟法。與民事訴訟法異。不規定控訴申立書當具備要件。故欲申立書之文詞。得知控訴趣旨及爲控訴之目的判決如何。則其控訴申立書爲適法也。

(丑) 無控訴理由時。以控訴爲無理由。第二審判決之理由。因第一審判決理由

而異。

一 第一審裁判所爲公訴不受理判決時。第二審裁判所調查有公訴不受理之原因與否。以第一審判決爲正當。則可棄却控訴。當爲公訴不受理判決時。例如公訴狀違反於刑事訴訟法第二十條所規定。或不拘不在檢事之起訴爲豫審終結決定等是。

二 第一審裁判所爲管轄違之判決時。控訴裁判所。調查原裁判所有管轄權與否。若認爲不有管轄權。則當因其理由而棄却控訴。

三 第一審判決無罪或免訴之裁判。而控訴裁判所。亦與第一審之裁判。同認爲無罪或免訴之理由。則當棄却控訴。然與第一審裁判所。異其理由。而當爲無罪或免訴裁判時。不可棄却控訴。例如第一審裁判所。因公訴既罹時效之理由。宣告免訴時。第二審裁判所。以爲雖公訴未罹時效。而其罪會因大赦消滅時。第二審裁判。究竟與第一審裁判不異。換言之。此場合宜言。渡免訴。然不可爲棄却控訴之判決。即原判決理由誤謬。故當取消原判決。

更爲免訴判決。又例如第一審判決。基于被告所爲。不構成犯罪之理由。而言渡無罪時。第二審裁判所。以無足認定公訴事實之證。謂控訴爲有理由。（謂檢事之控訴）須取消原判決。更爲無罪判決。

四 第一審裁判所。爲却下由檢事被告人被告人之法定代理人被告人之辯護人所提出之公訴。不受理申立。或管轄違申立之判決時。（第八十七條）第二審裁判所。亦與原判決。爲同一理由時。須棄却控訴。然第二審裁判所。以第一審裁判所却下管轄違申立判決爲正當。換言之。與認原裁判所有管轄權。同時并認有公訴不受理原因時。控訴不可棄却。須取消判決。更爲公訴不受理判決。

五 第二審裁判所。審理公訴事件後。爲與第一審裁判所同認定事實。同適用法律。同刑之酌定。及同費用額之裁判。押收物還附之裁判。須棄却控訴。茲所謂同認定事實者。關於爲犯罪構成要件事實及犯罪情狀。第一審判決與第二審判決。同其認定之謂也。但唯枝葉事實之異其認定者。不必取

消第一審判決。例如第一審裁判所認定被告人甲侵入乙家。而竊取衣服。第二審裁判所認定該被告人竊取衣服及靴之場合。竊取靴事實之有無。不影響於犯罪構成要素及情狀。故於右場合。第二審裁判所不可取消第一審判決。宜棄却控訴也。又第二審裁判所與第一審裁判所。可爲認定事實之證據異者。亦應棄却控訴也。

乙 取消第一審判決之判決。第二審裁判所不棄却控訴。當取消第一審之判決。因其控訴有理由也。控訴有理由時。細別如左。

(子) 第一審裁判所。妄爲管轄違判決時。即第一審裁判所。就公訴事件。法律上有管轄權。誤爲管轄違判決時。第二審裁判所。須取消原判決。爲還付公訴事件於原裁判所之判決。(第二百六十二條第二項)

(丑) 第一審裁判所。妄却下管轄違申立。或妄爲有管轄權而裁判公訴事實時。此當取消原判決。而爲管轄違判決。於此場合。刑事訴訟法。與民事訴訟法異。不設爲得爲移送事件於管轄裁判所之判決之規定。是法律之缺點也。

受控訴地方裁判所。認原裁判所不有管轄權之場合。若就其事件有第一審裁判權時。當爲本案裁判。(第二百六十二條)若事件係重罪事件。當爲第二百四十一條之手續。

於爲管轄違判決場合。認須拘留被告人時。第二審裁判所。存前拘留狀或新發勾留狀。舉其事件交付於檢事。

(寅)第一審之公訴不受理判決不當之時。此場合第二審裁判所。須取消原判決。而此場合。以不有第二百六十二條第二項之規定。不能還付本件於原裁判所。故第二審裁判所。就於未經第一審判決公訴事實。不可不爲審理判決。於此場合。判決性質。非兼有第一審判決之性質。唯有第二審判決之性質耳。故對於此判決。宜爲上告而非可爲控訴者。

(卯)第一審裁判所。有公訴不受理之原因。而爲本案判決或却下公訴不受理申立時。此場合第二審裁判所認公訴狀之不適法。或由檢事不提起公訴。及其他有公訴不受理原因時。當取消原判決。爲公訴不受理之判決。

(辰)第一審裁判所。爲不法之免訴判決時。此場合。第二審裁判所。當取消原判決。而爲適當之裁判。而第一審裁判所。依第六十五條第四號理由。爲免訴判決場合。第二審裁判所。認有同條第五號之理由時。當取消原判決。更爲免訴判決。

(巳)第一審裁判所。不拘有可爲免訴判決原因。爲有罪或無罪判決時。於此場合。第二審裁判所。須取消原裁判。更爲免訴判決。

(午)第一審裁判所。下誤認定公訴事實之判決時。於此場合。第二審裁判所。須於公訴範圍內。以自由心證。認定事實後。取消原判決。而爲適當之判決。例如第二審裁判所。認爲構成詐欺取財罪事實之場合。第一審裁判所。認爲費消受寄財物之事實時。第二審裁判所。須取消原判決。適用於其認定事實。以詐欺取財法律。科被告人以刑法第三百九十條第三百九十四條所定之刑。

(未)第一審判決有擬律錯誤時。例如第一審裁判所。認定可構成詐欺取財事實。而適用關於受寄財物費消罪之法條(即刑法第三百九十五條)場合。

二審裁判所。認定與第一審裁判所同一事實時。須取消第一審判決。適用刑法第三百九十條第三百九十四條。科被告人以相當刑也。

又例如偽造證書法律所禁制物件。然第一審裁判所。爲不沒收而還付於被告之判決。或因有被告人行使之事實。爲犯罪供用之物件。適用刑法第四十三條第二號。爲沒收之判決時。第二審裁判所。於以上二個場合。須取消原判決。適用刑法第四十三條第一號。而爲沒收之判決。

第一審裁判所。於被告人之行爲。不構成犯罪而適用刑罰法令。或以構成犯罪爲不構成者。而爲無罪判決時。均爲擬律錯誤之判決。故此場合。須取消原判決。而爲適當之判決。

(申)爲第一審判決之基本審理手續。或判決手續。有違法時。例如第一審裁判所。拘束被告人之身體而爲審問。或於辯論之最終。不使被告人陳述。是其審理手續有違法者也。於右場合。判決之認定事實適用法律等。縱非不法。亦須取消之。更爲判決也。又不作成判決原本。判決原本缺。應具備要件之記載時。

或不宣告判決。而判決正本送達於被告時。均皆判決手續有違法者也。以上場合。須取消第一審判決。更爲適當之判決。

(酉)第一審裁判所構成有違法時。例如先干與於豫審終結決定判事。其他被

除斥於職務執行判事(第四十條)構成第一審裁判所時。又原來無職權判事。即大審院判事構成第一審裁判所時。須取消原判決。更爲適當之判決。

(戌)關於刑之酌定。或訴訟費用之負擔額酌定。或押收物之還付。第一審判決有不當時。

(亥)第一審裁判所。於犯罪證據不充分。爲有罪判決。或於犯罪事實明確存在。因其證據不充分之理由。爲無罪判決時。

以上於(戌)(亥)之場合。第二審裁判所。須取消原判決。更爲適當之裁判。

在第二審裁判所。爲關於公訴本案裁判。當遵守之規定。即刑事訴訟法第二百六十五條是。曰唯被告辯護人或法律上代理人。爲控訴時。不許變原判決而爲被告人之不利益。(同條第一項)爲被告人之利益。由檢察官爲控訴時亦同。本條之適

用如左。

第一審裁判所認定被告人犯竊盜罪事實。第二審裁判所認定被告人犯強盜罪事實。基於右認定事實爲判決。不可科較重於第一審判決之刑。故於右之場合。第一審判決原本。掲載第二審裁判所認定犯罪事實。即強盜罪之事實。次揭關於強盜罪適用法律之說明。且附加「本件以僅係被告人之控訴。故不變更原判決爲被告人之不利」之說明。而須取消原判決。更揭以與原判決先科於被告人之旨之主文。又如第一審判決。不沒收偽造證書時。第二審判決。爲「偽造證書雖當沒收者。然本件以係被告人之控訴。故不變更原判決爲被告人之不利。仍還付偽造證書於被告人」之說明。於其主文。須揭「取消原判決。處被告人以某某刑。以偽造證書。還付於被告人」之裁判也。從日本現今之實例。示第二審判決文之書式如左。

判決

東京市何區何町何番地平民彫刻師

被告人

甲 某

明治十年八月生

就對於被告人甲某故殺事件。明治三十九年二月五日。東京地方裁判所。處被告人以重懲役九年。沒收其供爲犯罪用小刀一本之判決爲不當。被告人申立控訴。而其控訴申立。以未經過法定期間。且其他形式上適法故。當控訴院受理該控訴。經口頭辯論爲判決如左。

主文

取消原判決。處被告人甲某。以重禁錮一年六月。供爲犯罪用小刀一本。沒收之。

理由

被告人甲某。明治三十九年一月十日。接其友人東京市何區何町何番地寄留。神奈川縣平民乙某之來訪。以酒食響應焉。然乙某酩酊而罵詈甲某。且毆打甲某。此時甲某雖甚憤怒。尙不抵抗。而將去其場所。然因乙某捉甲某不放。

毆打更甚。於是甲某憤怒激發。不能抑止。偶舉在其座右職業用小刀。(被告人所有)打擊乙某之面部。使乙某負前頭骨破碎。貫通前腦組織而達腦底之重傷。因之乙某數十分後。活機絕止而死亡矣。

以上事實。係被告人甲某。於當院法廷所自白者。而依醫師丙某之鑑定書。記載乙某之死因。實自前頭部達腦底之刃傷之旨。而當院因得以被告之自白。與醫師之鑑定書。爲真實之心證。說定前項事實。原裁判所。因證人丁某成某之證言。認定被告人以故意殺害乙某之事實。然當院右兩人之供述。均唯憑自己臆測。推定被告人有殺乙某之故意。而無有可確信其臆測之他證。故當院斥右兩證人之言。認定前項事實。

右事實以該當於刑法第二百九十九條。第三百九條。第三百十三條。依第三百九條。第三百十三條。從第二百九十九條之刑減三等。更適用第六十七條。第六十九條。第七十條。須處以主文之刑。供爲犯罪用小刀。以係被告人之所。故依刑法第四十三條第二號沒收之。又關於本件而生證人鑑定人之旅

費日當及其他裁判費用。須依刑法第四十五條。使被告人負擔其全部。故認定被告人。有當構成故殺罪行爲之第一審判決。誤謬。須取消之者也。而被告人負擔公訴裁判費用之義務。前段既說明之。唯原裁判所不爲命令於被告人之判決。而本件以唯係被告人之控訴。故於裁判費用之點。亦不能變更原判決於被告人之不利。此刑事訴訟法第二百六十五條所明規定也。從而適用同條。且以被告人之控訴有其理由。故適用同法第二百六十一條第二項。如主文之判決焉。

明治三十九年三月廿五日。於東京控訴院刑事第五部公庭宣告。檢事某干

東京控訴院刑事第五部

裁判長判事 某 印

判事 某 印

判事 某 印

判事 某 印

判事 某 印

東京控訴
院之印

東京控訴院書記 某 印

第四節 上告

上告者。謂對於第二審之終局判決。及第百八十七條之判決。以違背法律為理由。而求破毀更正之攻擊方法也。第二百六十七條云。「上告者。於地方裁判所又控訴院之第二審。對於為本案之判決。及規定於第百八十七條本案前之判決。得為之。」上告審對於事實不能為判決。以其無調查事實之權。但有審查法律之責也。第二百六

十八條云。「上告限於以違背法律之裁判爲理由者得爲之。」

所謂違背法律爲如何之程度耶。是最要之問題也。同條第二項云。「不適用法則又適用不當時。爲違背法律者。」

此即違背法律之定義。其云法則者。範圍頗廣。即一般之公法私法及條約。皆包含之。惟上級官對於下級官之訓令。會社之定款。及裁判所之判決例。則不包含之。第二百六十九條云。「裁判所於左之場合。常爲違背法律。」

(第一) 從法律不構成判決裁判所時。

(第二) 依于法律。因職務之執行。被排斥之判事。參與裁判時。但以忌避之申請。或上訴主張排斥之理由無其効時。不得以之爲上告之理由。

(第三) 判事被忌避。不拘認其忌避之申請爲有理由。而參與裁判時。

(第四) 於裁判所認其管轄或管轄違爲不當時。

(第五) 背法律受理公訴或不受理時。

(第六) 於已定于法律之場合。不聽檢事之意見時。

(第七) 於裁判所就受請求之事件。不爲判決。又除以職權得爲判決之場合外。就不受請求之事件爲判決時。

(第八) 不奉行判決。又無禁公開之言。渡而不公辯論時。

(第九) 裁判不付理由。又其理由有齟齬時。

(事十) 有擬律之錯誤時。

以上列舉之十事。不問其結果如何。皆推定爲違法。而得上告者也。以學理言之。可大別爲三。(一)關於不構成裁判之違法。(二)關於審理手續之違法。(三)關於裁判之違法。

(第一)關於不構成裁判之違法。即第二百六十九條第一二三號是也。(見上)由第一號言之。例如控訴院判事。法定五人。而或增爲六人。或減爲四人。又如雖違法定爲五人。而其中或有資格不具之判事。(區裁判所或地方裁判所判事)皆不能構成裁判者也。由第二號但書言之。是裁判決定之結果。不得主張除斥。以爲上告之理由也。第三號則所以圖裁判之公平。以上三者之違法。不問其裁判之實質如

何。常爲裁判之瑕疵。可以爲上告。

(第二)關於審理手續之違法。審理手續之違法者。謂違背關於重要手續之規定也。以下順次說明之。

(甲)規定於同條第六號者。蓋指第一百九十九條之異議申立。而聽檢事之意見。及第二百零六十六條之相手方。不出席而聽申立人之意見也。(此申立人。包括檢事。)

(乙)規定於同條第八號者。見上。

(丙)規定於第二百零九條及第一百九十九條者。此爲重要手續。故第一百六十九條雖未規定。而日本則亦爲上告之一理由。

(丁)規定於第二百二十條第三項但書者。此亦重要手續。可爲上告理由者也。

(戊)規定於第一百七十七條者。

(己)被告申立辯護士。而裁判所妨害其辯護權者。

(庚)重罪事件。開廷中。無書記之立會。或不呼出辯護人者。

(辛)違反第八十七條之規定者。

以上八種。皆違法之重要者。條文均見前。此外不得爲上告理由者。如豫審之手續。及條文含訓示之意味者是也。所謂訓示意味者。如第九十八條。謂（裁判所長。每於各證憑之取調終。問被告人有意見與否。）此每字即訓示意味。故若裁判長合併證憑之取調終。而爲總訊問。不得謂違反第九十八條之規定也。更有相對的違法者。例如裁判時。以恐嚇詐言爲審問。此可以上告者也。然使由此方法。其被告所答。不視爲裁判之材料。即不能爲上告理由。

第三、關於裁判之違法。可別爲三。

(一) 判決內容之違法。

(甲) 第二百六十九條第四號之場合。

(乙) 同條第五號之場合。

(丙) 同條第七號之場合。於此有例外四。

(子) 附帶犯雖未經請求。可爲判決。

(丑) 起公訴時。爲因恐嚇取財而發見爲偽造文書。則可適用刑法第三百九十

條第二項爲判決。

(寅)起公訴時。因僞造官之文書。而發見爲僞造官印。則可適用刑法第二百六條爲判決。

(卯)起公訴時。因官吏竊取自監守之金穀物件。而發見爲增減變化換官之文書籍冊。則可適用刑法第二百八十九條爲判決。

於此有問題。豫審時。有數罪及豫審決定減爲十分之七。而脫漏其十分之三。則裁判所對於其十分之三。可下判決乎。此當從消極說言之。脫漏者若爲輕罪。則以豫審終結而該事件爲確定。若爲重罪。則以經過抗告期間。或棄却抗告。而該事件爲確定。惟其確定。故裁判所對之有拘束力。而不得更下判決。雖然。若刑法各條。於實質上本爲數罪者。(如上列各例)豫審雖確定。仍當審理。然有反對者。例如刑法第三百九十條。起訴時。爲因僞造官私文書而詐欺取財。及豫審決定。對於僞造文書。下免訴之決定。而對於詐欺取財。下有罪之決定。則裁判所亦不能更審理及於僞造文書。以裁判所當然受豫審決定之拘束者也。

(丁)同條第九號之場合。所謂裁判不付理由之場合有三。

(子)但有主文而無理由者。蓋主文以理由爲前提。但有主文。是併事實上與法律上之理由而皆缺矣。

(丑)或無法律上之理由。或無事實上之理由。

(寅)雖有理由而不充分。

所謂理由之齟齬者。謂事實上之理由。與證據上之理由。相齟齬也。依刑事訴訟法第二百三條云。「爲刑之言渡者。依可爲罪之事實及證據。而明示認此之理由。且適用法律。須付以其理由。」於此所謂事實上之理由。與證據上之理由。相齟齬者。以依原裁判所採用之證據。得爲如此認定事實與否。有不明者也。

參攷松室致氏曰。理由之齟齬云者。判決事實之理由中。前半則認爲竊盜之事實。後半則爲詐欺取財之事實。如此既有前後矛盾之嫌。且於其理由中之一部分相齟齬時。亦包含之。然事實之理由爲明白。而與法律之理由相齟齬時。則爲擬律之錯誤。故不可適用本項之規定。

(戊)同條第十號之場合。所謂擬律之錯誤。謂適用法文之不當也。例如刑法偽造私文書罪。以行使爲條件。設裁判所以未行使者而適用該條。則錯誤矣。於擬律錯誤之場合。以理論之。前判決當被破壞。然使破壞其全部。於手續上不便殊多。以其既適用之條項。與應適用之條項相較。若結果無異。則不必破壞。例如百元之借用證書。被告改爲千元。而裁判所適用偽造行使私文書罪。上告時主張非偽造而爲變造。則雖擬律錯誤。然用偽造與變造。同屬刑法第二百十條。其結果無異。是但當改正其理由。即可棄卻上告耳。

於第一審之判決。以錯誤爲控訴理由。於控訴審已被棄卻。及上告審始認第一審實有錯誤。是違反第二百六十一條三條之規定。然所違反者。爲手續法。非刑法。故不得認爲擬律之錯誤。當移送其事件於他之同等裁判所。惟日本慣例。以此移送爲無益。而使上告裁判所得自爲判決也。

(二)判決形式之違法。例如判決書而不遵法律之形式。(見二十條)及不記載法律所定記載之事項。此因判決書爲判事所作。故視爲違法。而許爲上告理由。一

也。又如判決原本（見二百五條）不記載法律所定記載之事項。二也。於此有應注意者。第二十條與第二百五條。其年月日互見於法文。似爲重複之規定。不知第二百五條。乃適用二十條而已。非特別之規定。既非特別規定。第二百五條之後段明示記載于與其事件之檢事。亦可無用規定。因判決原本。本爲判事所作。亦可適用二十條也。

(三) 判決言渡手續之違法。可分爲三。

(子) 不朗讀判決主文時。見第二百四條第二項前段。

(丑) 不朗讀判決理由。又不告要領時。見同條第二項後段。

(寅) 言渡不公開時。見憲法第五十九條。「裁判之對審公開之。但有有害安甯秩序及風俗之虞者。得以法律或裁判所之決議。停對審之公開。」本法第二百六十九條第八號之規定。即根據於此。

以上三者。皆許爲上告理由。惟言渡手續。尙有似乎違法而實非違法者。不可不注意也。其場合有二。

(甲) 未與審理之判事爲言渡。例如審理時爲甲乙丙三判事。言渡時爲乙丙戊。或戊己庚三判事。此不得云違法。何則。判決言渡。不過以已確定之判決。發表於外部而已。與內部之間。無甚關係。

(乙) 言渡在辯論當日或次之開廷日之後。依第二百四條「判決之言渡。於辯論終後即日又次之開廷日爲之」之規定。則後於次之開廷日（例如辯論終日爲月曜。次之開廷日爲水曜。皆不爲言渡。直至金曜或次週月曜。始爲言渡。）不可不云違第二百四條之規定。雖然。該條含有訓示的意味。非言渡之要件。故不得違法。

以上各種之違法。而可爲上告理由者。皆包括於第二百六十九條之中。此外雖尙有違法之事。而不得謂皆可上告。蓋同一違法。有原因結果連絡者。則爲上告理由。其不連絡者。則不爲上告理由。此可以一言蔽之者也。或疑果如此說。又何必有第二百六十九條之規定。不知第二百六十九條所列之十號。法律上推定其原因結果之連絡。故特別規定云耳。

上告理由。更有加以制限者。即雖依第二百六十九條及他之規定而爲違法。然不能據以上告。其場合有二。

(甲) 被告不能上告之場合。例如免訴或無罪之判決是也。

(乙) 檢察不能上告之場合。例如爲被告利益。而爲免訴或無罪又管轄違之判決。檢事不得以證據不充分。及理由有錯誤。而更與被告人以不利益是也。

以上二者。見第二百七十條云。「於已有免訴或無罪之場合。雖背於爲被告人利益。所設之規定。又土地之管轄違。不得爲上告理由。」

本條規定中。更有一種不得爲上告之意思。即背於爲被告利益所設之規定。檢事亦不得援用之。何則。若援用之以上告。而使裁判所更爲不利益之判決。則是本爲利益被告而設之規定。今反變爲武器以殺之。有是理乎。所謂爲被告利益之規定者。例如第九十八條第二百七條第二百二十條(條文均見上)是也。然於此有當注意者。即第七十七條之「被告身體不受拘束」第二百三十七條之「選任辯護人」。一方爲被告人之利益。一方又爲公之利益。若反之而雖受

免訴及無罪之判決。檢事仍不妨爲上告也。上告之種類。可分爲二。

(甲)主上告。

(乙)附帶上告。

附帶上告者。以附帶於主上告而名。故有從屬之性質。主上告以無理由而被卻下。則附帶上告亦因而消滅。其有附帶上告之權利者。即主上告之相手方及檢事是也。第二百七十八條云。「上告之相手方。其判決前爲止。得爲附帶上告。

上告裁判所之檢事。亦得爲附帶上告。」

所謂其判決前爲止者。即主上告之判決前也。

可爲上告目的之判決。規定於第二百六十七條（條文見上）然不必對於判決之全部。即其一部分亦可。所謂一部分者。必其判決主文爲數箇。例如一爲刑法上之適用。一爲稅則上之適用。若其主文從刑法第百條而合爲一箇時。則無部分之上告。此與控訴同。（詳控訴章）

上告成立之要件有二。

(甲)手續。細別爲二。

(一)對於原裁判所差出申立書。

(二)對於原裁判所差出趣意書。

(乙)期間。亦細別爲二。

(一)申立書差出。於判決言渡後三日內。

(二)趣意書差出。於申立後五日以內。

以上皆規定於第二百七十一條及第二百七十三條。(條文見上)所謂趣意書者。乃說明上告理由之趣意。即對於判決之何部分有不服也。上告之所以必要。趣意書者。因上告審與控訴審不同。上告審非全部之覆審。不過對於不服部分。加以審察而已。若無趣意書。則上告審不知其所不服者在於何部分。必無從爲審查。依此理由。故趣意書之記載。不可爲具體的。必指出其違法之點。例如違背實體法之裁判。則趣意書中不可渾言違刑法。當謂其主文有偽造。即應適用刑法甲條。而主文適用刑法乙條。如是而後有上告之効。又如違背手續法之裁判。

則趣意書中亦不可渾言違刑訴法。當謂於某手續違反刑訴某條。如是而後有上告之効。又如事實認定乃第一第二審之關係。非上告審之關係。上告而以事實爲理由。則無其効。若因事實而致適用法律有錯誤。則不妨爲上告。例如毆打罪之上告。以未毆打爲理由。不能爲上告。若謂原判決以某爲證人。而定其毆打罪。其證人爲不適法。則可爲上告矣。蓋上告審於此。雖不能調查其毆打與否。而可調查其證人之適法與否也。

以事實點不能爲上告理由之結果。故欲改正趣意書。不可不於期間內（五日）取出。經過期間。則無改正之効。然日本實例爲便利起見。雖經過期間。苟能提出適法之趣意書。仍不失其効力也。

趣意書之外。更有辯明書。爲擴充趣意書之書面。第二百八十一條云。「上告申立人及相手方。于受命判事差出報告書以前。可用擴張其趣意之辯明書。差出於上告裁判所。」

受命判事差出報告書後。始差出辯明書時。可添之於其報告書。」

辨明書之設。專就趣意書中不明瞭者。從而擴張之而已。故凡趣意書未記載之事項。不得記載於辨明書。例如對於原判決主張適用竊盜罪之不當。此當記載於趣意書。而辨明書。則當記載竊盜罪係以不當之理由。(違背手續法亦同)辨明書所以不能超趣意書之範圍。其理由有二。

(甲)使上告理由。益加明瞭。故上告理由以外之事。不得驕入。

(乙)趣意書必在五日以內。故若辨明書超趣意書之範圍。是沒卻五日期間之精神。此爲板倉氏自己之解釋。大審院則反對之。謂趣意書以外之事。亦可記載於辨明書。是不過爲保護人權之意。至於法文所謂擴張。則不能如此解釋也。背乎以上之要件。則上告當然被卻下。

上告訴訟之手續有三。

(第一)原裁判所之手續。細別爲六。

(甲)編申立書於訴訟記錄。

(乙)棄卻經過期間之上告。第二百七十六條規定之。此期間有二。即經過申立書

三日之期間。及經過趣意書五日之期間，二者皆可棄卻。

(丙) 訴訟記錄。由檢事送之上告裁判所之檢事。其檢事送之裁判所。規定於第二百七十七條。

(丁) 裁判所受申立書及趣意書二十四時內。送之相手方。規定於第二百七十三條第二項。此二十四時內。可分爲二。一爲受申立書後之二十四時。一爲受趣意書後之二十四時。(日本實例以趣意書爲主)

(戊) 被告上告。則訴訟記錄作一通。檢事上告。則作二通。規定於第二百七十五條。
(私訴亦同)

(己) 相手方五日內。差出答辯書於原裁判所。原裁判所二十四時內。送達於上告申立人。

(第二) 上告裁判所之手續。細別爲二。

(甲) 定口頭辯論之期日。雖不適法之上告。亦必於口頭辯論之後。方可棄卻。故上告裁判所。既受訴訟記錄。必定口頭辯論之期日。上告審理主義。乃折衷於書面

口頭二者之間。即但有書面。或但有辯論。皆不爲據。必二者相兼乃可。立法者於此。有微妙之深意存焉。蓋專恃口頭。恐多誤聽。而專恃書面。又反乎刑訴之大原則。故折衷主義爲善。又上告審理主義。採用強制代理制。蓋上告審不關事實點。既無本人自訴之必要。又恐不知法律。反蒙損害。依此結果。則上告審遂無闕席之判決。(私訴亦然)規定於第二百七十九條。

(乙)關於檢事之手續。凡上告事件。要經檢事者。皆第二審之檢事爲之。
(第三)其他之各種手續。細別爲四。

(甲)受命判事之手續。第二百八十條云。「裁判長可定受命判事。受命判事。關於訴訟記錄。可作其報告書。但不可付自己之意見。」

第二項爲受命判事之職務。訴訟記錄。即趣意書與辯明書。其有二書所不明者。當訊問而後編入報告書。但書之意。恐失裁判之秘密也。第二百八十一條第二項之意。(見上)報告書差出後。始差出辯明書。則無更爲報告之必要。故法律上許其添於報告書而已。然大審院實例。以爲第二之辯明書。若不報告。則於保護

人權之道。容有未盡。故受命判事之差出報告書。在趣意書差出後。十日以內。由裁判所酌定其期間也。

乙) 裁判所書記之手續。第二百八十二條云。「裁判所書記。於開庭三日前。當以開庭之期日。報知於上告申立人及相手方之辯護士。」

相手方當除去檢事。因檢事無代理人。故於此場合。但包含被告人或私訴當事者。

(而) 開庭中之手續。第二百八十三條云。「開庭之日。受命判事。當先朗讀其報告書。檢事及辯護士。可各辯明其趣意。」

就私訴之上告。檢事於最終可陳述其意見。」

第三項檢事之陳述意見。非爲當事者而陳述。爲助裁判所之參攷而已。若其判決之論旨。或手續。有違法者。則當調查訴訟記錄。雖然。有時尙不足以發見違法之事實。例如審理未舉。判事轉任。則訴訟記錄中。亦所不詳。大審院判例。於此場合。可調查訴訟記錄以外之書面。惟無論如何。不得用人證與檢證。

(丁)判決之手續。開廷時不差出辯護士。則聽檢事之意見。而爲判決。惟此非闕席判決。因上告無闕席判決也。

上告之判決有二。

(甲)上告棄卻之判決。如違背上告手續及上告無理由者。

(乙)破壞移送之判決。上告有理由者。

(丙)破壞自判。原判決爲擬律錯誤及公訴不受理或管轄違者。

(第一)上告棄卻之判決。第二百八十五條云。「上告裁判所。上告無理由時。又於法律上之方式及期間內不起時。可以判決棄卻之。」

故上告棄卻之判決。可分形式上與論旨上言之。

(甲)形式上之不法。細別爲一。

(子)由第二審裁判過三日不爲上告。又過五日不差出趣意書。

(丑)趣意書不送於原裁判所者。

(寅)上告書面。僅主張原判決違法或不當。而不記載理由者。

(卯)對於無罪或免訴之上告者。

(辰)檢事主張。背於爲被告人利益所設之規定。及土地之管轄違者。(見第二百零七條)

(乙)上告無理由(即論旨上)細別爲二。

(子)主張違背實體法。無理由者。例如原判決適用刑法某條。以不當爲上告理由。而上告審調查其非不當。是上告無理由也。惟此調查。但及於上告論旨之範圍。例如關於親告之罪。以未經親告爲上理由。及上告審調查而知其實係親告。則雖已經時効。可不論罪。然因上告論旨之範圍。但主張親告。非主張時効。故仍當棄卻也。於此有注意者二。

(一)一部分無理由一部分有理由者。例如原判決適用刑法甲條。上告所主張。適用刑法乙條。及上告審知其當適用丙條。則上告適用乙條之論旨。雖無理由。而原判決不當適用甲條之論旨。是有理由。此爲一部分之有理由。當破毀原裁判。而不當棄卻上告。

(二) 論旨有理由結果無理由者。例如原裁判適用刑法第二百十條。以僞造證書爲理由。上告所主張。爲增減變換而非僞造。及上告審知其實係增減變換。雖應破毀原判決。然以增減變換與僞造。皆屬刑法第二百十條。其結果相同。故仍當棄卻也。

(丑) 關於事實認定之上告者。認定事實。專屬第二審之權限。故上告論旨。以事實爲理由。則爲不法。大審院實例。在形式上尙視爲適法之上告。然上告審既無調查事實之權。不得以棄卻爲正當。若以違法證據爲裁判之基礎。則即與法律有關係。而爲適法之上告矣。

(寅) 上告論旨與被告以不利益。於此場合。不問理由如何。皆可棄卻。蓋上告者。法律上不許爲被告之不利益。例如應處八年之輕懲役。而第二審定以六年。或法律上不許酌量減輕。而第二審予以酌量減輕。是不能上告者也。雖然。上告論旨。若不以減輕爲理由。而以擬律錯誤爲理由。及上告審認爲有理由。則不得棄卻。當從第二百九十一條之規定。(準用第二百六十五條)

(第二)破毀移送之判決第二百八十六條云。「上告有理由時。破毀係其上告判決之部分。可爲移其事件於他裁判所之言渡。但記載於後二條場合。不在此限。」

依此規定。蓋除第二百六十九條第四第五第十號(見上)所下之判決也。對於一部分之破毀。有移送其一部者。亦有移送其全部者。例如一部爲對於酒稅規則之犯罪。又一部爲對於刑法之犯罪。上告審對於酒稅規則之判決。認爲違法。則但破毀酒稅規則之一部。此移送其一部者也。又如數罪俱發之場合。適用刑法百條。上告審對於其中一罪之判決。認爲違法。則全部皆破毀。此移送其全部者也。

移送必在與上告審接近之裁判所。例如東京之移送必在宮崎或名古屋。不能遠至長崎。

亦有似移送而非移送者。如本屬其裁判所之管轄者是。亦有不移送於他裁判所而移送於原裁判所者。第二百九十條後段云。「其單係私訴之事件。可移之於其裁判所之民事部。」蓋單係私訴。則非刑事上之關係。送之民事部。於當事者不少便利焉。受移送之裁判所。對於移送事件。與新受之訴同。雖然。既經上告審之破毀。則必有法

律上之意見。此意見限於在第二審事實認定範圍中。有受其拘束之効力。（實體法手續法皆同）於刑訴雖無此規定。而裁判所構成法第四十八條。對於大審院有明文。而無控訴院者。因構成法發布於刑事訴訟法之前。當時上告審只限於大審院。不能包括控訴院故也。於此有注意者。受移送之裁判所。若於原裁判所認定事實以外。發見新事實。不妨適用他之法律。蓋不受原裁判所之拘束者也。

受移送之裁判所。對於以前之公訴。不受理申立及管轄違申立。仍有効力。不問其上告有關係否。當先爲判決。

原裁判所之判決。對於主控訴及附帶控訴。皆被棄却。及上告審僅破毀其主控訴之棄卻。則受移送之裁判所。對於其附帶控訴。亦有效力。因上告之破毀。乃破毀其全部也。舉例明之。

第二審之判決主文。

棄却本件控訴。（上告審破毀之）却下管轄違之申立。（上告審不破毀）

於此場合。棄却本件控訴。已經破毀。則却下管轄違之申立。亦因而復活。惟若爲中間

判決。則不在此例。因中間判決。據第一百八十七條。許其即時上告。是爲獨立之上告。全與本案判決不涉。故未經即時上告。其判決業已確定。當然不借本案同被破毀者也。民訴之上告審。破毀移送之件。多於刑訴。而刑訴惟裁決不當之一事。蓋民刑二訴。異其主意。民訴無固守舊見之流弊。刑訴反是。雖然。以立法論言之。於此容有缺點焉。

(第三)破毀自判。謂上告裁判所破毀原判決。不移送亦不返戾。而自爲判決也。其場合有三。

(甲)擬律有錯誤。擬律錯誤。乃原判決適用法文之不當。故無返戾移送之必要。惟其錯誤若不在法律而在事實。則不許自判。必用移送方法。試舉一例明之。

(子)原判決爲無罪。由檢事上告。而上告審認爲有罪時。於此場合。據第二百三條第二項示理由而無證據。(該條一項有罪判決示犯罪證據此爲無罪判決故無證據)故上告審雖認爲有罪。而以第二審本附證據之結果。不得不爲破毀移送之判決。

(丑)原裁判所之無罪判決。上告審認調查證據有違法時。於此場合。上告審雖認

爲有罪。因調查證據。全屬事實點。故亦用移送方法。

由上例觀之。凡破毀自判。必第二審未違第二百三條之規定而後可耳。

擬律錯誤。爲破毀移送之一。此就日本言之。德國治罪法有反對之規定。即該法第三百九十四條。單限於言渡無罪。停止確定刑場合。得爲自判。所謂確定刑者。即法律上一定不變之刑期。（如云某年以上某年以下非確定刑也。）以日本例言之。如麥酒稅法又酒精及涵有精酒飲料水法皆確定刑。以此爲有理由。乃可自判。則其結果必侵及事實。反於上告審之性質。日本所以不採也。

(乙) 背法律受理公訴。此全無事實之關係。當然自判。

(丙) 認管轄之不當。此於刑訴無明文。由法律精神上觀之。無不能自判之理由。而大審院判決例。則認爲當破毀移送。雖然。受移送之裁判所。依第二百六十二條。但與上告裁判所爲同一之判決。更無審理事實之必要。是無謂之手續。今已改正前例。得爲自判矣。

以上所述。皆規定於第二百八十七條。於此場合有當附述者。即第二百八十八條云。

「公判手續雖背規定，其利害不及於其後之手續時，不移其事件於他之裁判所，止當破毀其手續。」雖然此規定實無適用之場合。蓋本條實與舊治罪法第二百三十條相當。及現行法以事實之變更，而仍留舊時之論文，是立法者不注意所致也。破毀之効力，止及上告之當事者。故甲乙爲共同被告，則其効力可分爲二。

(甲) 甲乙同爲上告，乙之上告，雖經取下，對於甲無効力。

(乙) 甲乙同爲上告，甲之論旨有理由，乙之論旨雖無理由，對於甲亦無効力。

然非無例外之規定。即第二百八十九條第二項云：「因擬律錯誤，又背法律受理公訴爲被告入利益，而破毀裁判時，其利益可及於未爲上告之共同被告人。」抑觀此條文，謂不特同爲上告者，甲之利益可及於乙，即甲上告而乙不上告，或雖上告而中途取下，甲之利益亦可及於乙。然此解釋誤也。何則？乙不上告，或上告而中途取下，則乙之判決，以經過期間而確定，甚或已在執行之中，無端而變更之，無是理也。故解釋本條者，當舉例言之。例如甲之上告有理由，乙之上告無理由，（上告同而上告理由不同）於此場合，對於甲爲破毀自判，乃及其効力於乙，更詳言之，則對於本條之

適用。有條件二。

(甲) 同一犯罪。適用同一法律。上告於同一裁判所。例如甲爲詐欺取財罪。乙爲詐欺取財之贓物故賣罪。非同同一犯罪也。甲有酌量減輕原因。而乙無之。雖同一犯罪。非適用同一之法律也。(若非擬律錯誤而移送。則受移送裁判所之判決。效力不相及。) 甲上告於東京控訴院。乙上告於名古屋控訴院。雖同一犯罪。適用同一法律。非同同一上告裁判所也。

(乙) 背法律。受理公訴或擬律錯誤。而利益於被告。若檢事爲被告不利益之上告。非適用本條者也。

破毀自判之場合。不能重於第二審之判決。第二百九十一條云。「第二百六十五條之規定。上告所準用之。」

此就破毀自判言之也。若破毀而移送。則受移送之裁判所。不受此拘束。例如第一審之判決。處輕禁錮二年。第二審處輕禁錮一年。上告審移送於他之裁判所。受移送之裁判所。處輕禁錮二年。如是不得謂之違法。何則。受移送裁判所。以第一審爲參攷。是

不外第二審已被破毀而消滅之結果。其第一審之判決。隨而復活也。

第五節 抗 告

抗告雖上訴之一種。而與控訴上告。異其攻擊之目的。述抗告之定義如左。

抗告者。對於決定之攻擊方法也。詳言之。則以裁判所或受命判事或豫審判事。所下之決定。爲不法。對於其裁判所或受命判事或豫審判事所屬裁判所之上級裁判所。求關於事實。上之覆審。或法律上之審查也。

抗告雖攻擊決定之方法。然非一切決定。皆得以抗告之方法攻擊之。乃限於法律特許抗告之情事。述之如左。

- 一 却下申請忌避判事之決定。然對此決定之抗告。不可不從民事訴訟法之規定而爲之。（刑訴第四十二條民訴第三十八條）
- 二 爲證人鑑定人或通事。因不應裁判所之呼出。言渡罰金及費用賠償之決定。（刑訴第一百八十八條第一百二十六條第一百九十條）
- 三 爲證人鑑定人。不肯宣誓或供述。言渡罰金之決定。（刑訴第二百二十六條第

百三十八條第百九十條)

四 豫審終結中。得爲抗告之決定者。一免訴之決定。二管轄違之決定。三移於重罪公判之決定也。移於輕罪公判或區裁判所公判之決定。無論何人。均不得爲抗告。惟檢察得對於右之三種決定而爲抗告。被告人僅對於移於重罪公判所之決定得爲抗告。(刑訴百七十二條)

五 於第一審裁判所棄却控訴期間經過後之控訴之決定。(刑訴第二百五十條)

六 於第二審裁判所棄却上告期間經過後之上告決定。(刑訴第二百七十六條)

七 對於刑之言渡之疑義申立之決定。(刑訴第三百二十二條)對此決定。有抗告之權利者。以受刑之言渡此爲限。

八 對關於刑之執行異議申立之決定。(刑訴第三百二十二條)抗告權利者。與前號同。

可裁判抗告之裁判所。第二百九十四條云。「就抗告直近之上級裁判所。可爲其裁判。對於抗告裁判所之裁判。不得由抗告申立人。更爲抗告。」

依此規定。則抗告之審理。屬於第二級裁判所。惟上告在控訴院。對於控訴之決定。可抗告於大審院。第二項謂抗告不得有兩次。而民訴第四百五十六條第二項。與此相反。是刑訴所不認者也。

抗告成立要件。大畧有四。

第一法律有特別規定。詳上文

第二在抗告期間內。抗告期間。由裁判送達日爲三日。(第二百九十五條)但於此有例外二。

(甲)忌避申請却下之決定。此抗告依民訴第三十八條。得爲即時抗告。刑訴準用之。

(乙)付重罪公判不記載期間之決定。蓋裁判所忘却記載期間。則其期間被停止。第三提出抗告申立書於豫審判事或原裁判所。民訴第四百六十一條。限於急迫

場合。可直抗告於抗告裁判所。刑訴無此規定者。以其無急迫場合之事實也。例如目的物有腐敗。證據有湮沒之恐。皆所謂急迫場合。而刑訴無此恐也。

第四得限於判決之一分。規定於第二百五十一條（控訴）而抗告無明文。然日本通例。亦得爲一部之抗告。

抗告之効力。於抗告期間內。得停止執行。規定於第二百五十三條（控訴）抗告雖無此規定。亦可適用。然有例外二。

（甲）豫審終結取消保釋責付言渡之決定。此指重罪事件言。規定於第一百七十四條。

（乙）言渡刑疑義申立及執行刑異議申立之決定。於此場合。雖在抗告期內。不停止執行。何則。其申立時並無停止執行之狀態。故抗告時當然不更停止。

抗告受理之手續。第二百九十六條云。「爲抗告者。差出其申立書於爲原裁判之裁判所。或豫審判事。其裁判所或豫審判事。以抗告爲有理由時。更正不服之點。又以爲無理由時。付意見書於三日內。送致抗告申立書於抗告裁判所。且對於豫審終結決

定之抗告亦當送致訴訟記錄。」

所謂更正不服之點者。以其抗告有理由而不必抗告也。所謂三日內者。非過此期間。抗告無效也。其意對於裁判而言。故經過三日。不爲送致。是懈怠其職務。而爲懲戒處分之問題。於抗告自身。仍不失其效力。豫審終結決定之抗告。特規定送致訴訟記錄。依板倉氏之經驗。此規定爲無理由。何則。訴訟記錄。不獨限於豫審終結。苟他之抗告。有必要訴訟記錄時。反當再爲調查。或延緩其時日。甚不便也。

抗告審理主義。以書面不以口頭。第二百九十七條云。「於抗告裁判所。依於聽檢事意見之書類。可爲抗告之裁判。」

依民訴之抗告裁判。經口頭辯論而後下判決。刑訴特規定書類。是不用口頭可知。抗告審理手續之順序。細別爲四。

第一調查許抗告與否。又在期間內與否。第二百九十九條云。「於抗告裁判所。調查許抗告否。於抗告期間內爲申立否。闕此要件之一。可棄卻其抗告。」

第二調查後有理由。則更調查其實體。若爲豫審終結之決定。則第二百九十八條云。

「就對於豫審終結決定之抗告。於抗告裁判所。以爲必要時。得使受命判事。取調事件而爲報告。

受命判事。得爲屬於豫審判事之處分。」

第三調查實體後。無理由則棄卻。有理由則裁判。第三百條云。「於抗告裁判所。以抗告爲有理由時。取消原判決。更自爲判決。或以爲無理由。可棄卻之。」

抗告之裁判。無第二百六十五條及第二百九十一條之規定。故不妨爲被告人之不利。利益。

第四對於豫審終結決定之抗告。其裁判之手續有二。

(甲)豫審訊問證人之手續有違法者。若其結果無異。不必取消。可認爲無理由。而棄卻抗告。

(乙)公訴不受理管轄違及第百六十五條之各場合。而仍爲豫審者。可取消之。

抗告裁判所所下判決。大別爲四。(一)取消付重罪輕罪公判之決定而下無罪之判決。(二)取消免訴之決定而下付重罪輕罪公判之判決。(三)取消付重罪公判之決定而下

付輕罪之判決。(四)取消付輕罪公判之決定而下付重罪之判決。雖然此四者由學理言之。若刑訴則第四之場合。依第一百七十二條之規定。不見有此事實之發生。蓋於此場合。當由檢事再起重罪之訴。

前言抗告至第二審爲止。故第二百九十四條第二項。其抗告申立人。不得更爲抗告之規定。但有時雖至第三審。而自相手方觀之。仍爲第二審。則亦爲法律所許。例如豫審終結決定。由檢事爲抗告。抗告裁判所下重罪之決定。則被告可更爲抗告矣。蓋條文之意。其不得更爲抗告者。不過限於抗告申立人耳。

第六章 對於確定裁判攻擊之方法

裁判所下有罪之判決。能保其必無誤乎。且能保其被害者必無不服乎。此理論上絕對不能承認者。然則無論何時。必使被告者有攻擊之途。而裁判所亦有更正之責。雖然。使因此而遂不承諾裁判確定之制。於公益上必生紛擾。就審級之制定。亦出於同一理由。否則既知裁判之誤。何必以審級制限之耶。此期間與審級。所以爲莫破之公理也。雖然。使絕對的爲確定主義。將有雖知其誤而無由更正者。又非法律正義所許。

故有例外之規定。以救其窮。例外有二。一曰非常上告。一曰再審。二者區別之標準。對於適用法律有誤者。非常上告也。對於認定事實有誤者。再審也。更詳言之。則誤用刑法而使被告蒙不利益者。用非常上告方法。誤認事實而使被告蒙不利益者。用再審方法。民訴無非常上告之制。正以民訴雖適用法律有誤。而於被告之關係。非如刑訴之重大也。

第一節 非常上告

日本之有此制也。由法國治罪法第四百四十二條移植而來。彼之用此方法者。對於重罪裁判所輕罪裁判所違警罪裁判所之終審。被告或檢事爲之。但被告不能引用破毀。以主張自己之利益。其精神欲統一全國之法律。故其破毀也。不必爲被告之利益。而檢事亦無論何場合。皆可爲之。日本則異是。其設非常上告。全爲被告之利益。今舉其定義曰。非常上告者。謂對於法律上所罰之刑。又言渡之刑。比法律所定爲重。其第一審。或第二審之判決。未經上告審之裁判而確定者。攻擊之之方法也。請分析其定義而解之。

(第一)未經上告而確定者。故苟已經上告。因被棄卻而確定。則不能爲非常上告。此於立法上有非難者。夫上告之判決。只就其上告論旨而爲判決。其論旨所及。固以不當而被棄卻。而其論旨所未及。安保無誣枉者。此其缺點也。

(第二)法律上不罰。及重於法律所罰之言渡刑。所謂法律上不罰者。不獨指主刑而已。附加刑亦然。例如器物毀棄罪。法律上本無附加刑。若爲附加刑之裁判。亦違法也。又如私文書偽造罪。而言渡官文書偽造罪之刑。雖以酌量減輕。而與私文書偽造之刑相等。然以其言渡之刑重。故不能於私文書偽造罪爲酌量減輕。仍得非常上告也。

(第三)被告人生存時。刑罰止及犯罪者之一身。被告死亡。則犯罪主體消滅。且訴訟原理。必以當事者爲要素。被告死亡。則不能構成當事者。無非常上告之必要。(再審不在此例)

對於特赦時效。仍可爲非常上告。其理由有二。

(甲)爲被告之名譽。特赦時効。雖不執行裁判。然未經破毀。則此判決。終未消滅。是

有害其名譽也。

(乙)可不算入再犯。特赦時効仍算入再犯。必經破壞判決。方與未犯者同。

非常上告第二條件之場合。外國有許被告人自起訴者。日本不然。蓋恐其濫用也。以日本近例證之。去年一歲中求再審之數。(再審許被告者自爲之)不下數百件。有理由者一而已矣。可見濫用之多。使非常上告。亦許被告爲之。非益其紛亂耶。以是理由。日本得爲非常上告之人有二。

(甲)司法大臣以命於檢事。

(乙)上告裁判所之檢事。

非常上告之相手方。爲受刑言渡之被告。普通之訴。大半爲被告之不利益。此則專爲其利益。以其地位不同也。

日本刑訴。以非常上告爲上告之一種。故其手續。皆與上告同。

第二節 再 審

第一款 再審制度之比較

再審者對於確定判決更下裁判也。再審之訴者請求再審申立之形式也。原來確定判決爲吾人不可不尊重者。否則不能維持國家之秩序。然在不完全之社會。無論何事。有原則必有例外。即如非常上告及再審。其著明之一證也。在羅馬時代。固守確定裁判主義。故無再審之制。然必不能維持社會之秩序。何則。裁判之事。必於法律上事實上具非常之智識。而爲裁判官者。即普通之人。則安保其必無弱點。苟不設再審制度。是大有背於人智之進運。以是現今各國無不認之者。雖然同一再審。而主義有不同。大要有二區別。

(甲)爲被告利益主義。法國採之。

(乙)爲被告利益。并爲被告不利益主義。德國採之。

法國之再審場合有三。(法國治罪法第四百四十三條)

(甲)殺人罪有刑之言渡後。因其所稱被殺者之生存。而有充分之證據。以適當證據物差出時。

(乙)重罪輕罪有刑之言渡後。更以新裁判。就同一所爲。他之重罪被告人。又輕罪被

告人言渡刑而不能使二箇之刑相調和。其牴觸之言渡刑中得證一方爲無罪時。

(丙)有刑之言渡後。證人中之一名。被訴僞證罪而言渡其刑時。

以上三者與日本刑訴第三百一條相當。該條云。「再審之訴於左之場合對於重罪輕罪刑之言渡爲被告人利益爲之。但非判決確定之後不得爲之。」

第一 就殺人罪。雖有刑之言渡。認其被殺者。犯罪後生存。又犯罪前已死去有確證時。

第二 就同一之事件。非共犯而有別受刑之言渡者時。

第三 以作於犯罪以前之公正證書。證明當時不在其場所時。

第四 有因陷害被告人之罪。而受刑之言渡時。

第五 以公正證書。證明訴訟記錄。有僞造或錯誤時。

第六 爲判決憑據之民事上判決。以他之確定判決。被廢棄或破壞時。

本條第一第二第四項。與法國條件相當。而適用範圍。實較法國爲寬。例如第一項之

犯罪前已死去。及第四項之偽證罪。皆足以補法國治罪法所未及。

德國之再審場合。就其爲被告利益者有五。(德國治罪法第二百九十九條)

(甲)於本審受有罪言渡。因不利而呈出真正之證書爲偽造又變造時。

(乙)受有罪言渡者。因不利而就證人所述證言及鑑定人之鑑定。其宣誓出於故意又過失。有違反宣誓義務之罪時。

(丙)參與判決之裁判官陪審官又邑吏。就該事件。有違反其職務上義務之罪時。但其違背。係刑事裁判手續。起因於言渡。處公然之刑。而受有罪之言渡者爲限。

(丁)爲刑事判決理由之民事判決。以他之確定判決廢棄時。

(戊)由被告人提出適切之新事物及新證據方法。或單獨可以證明。或與他之既提出之證據方法相俟。可以證明被告人爲無罪之理由。或證明可處被告人以輕於既處之輕刑之理由時。但於邑吏裁判所審問事件。受有罪言渡者。併於控訴裁判。非爲前裁判手續中。所不知。又無過失。而應得申立之事實及證據物。不得提出之。

德國(甲)項與日本三百一條五號相當。(乙)項(丙)項與四號相當。(丁)項與六號相當。惟戊號爲日本所無。以理論之。該項所舉。無不許再審之理由。然於適用上大有危險。蓋必裁判官有非常之智識。及無濫縱之弊。否則有罪者或致因而漏網。欲求裁判之公平難矣。日本無此規定者。亦以裁判官程度尙遜於德國耳。雖然。德國於此亦非全無制限也。更就德國爲被告不利益之再審。其場合有四。(德治罪法第四百二條)

(甲)於本審利於被告。呈出真正之證書爲僞造或變造時。

(乙)利於被告證人所述之證書。又鑑定人之鑑定。依宣誓出於故意或過失。而有違反宣誓義務之罪時。

(丙)參與判決之裁判官又邑吏。就該事件。有違反職務上義務之罪時。但其背反。依刑事手續。以公然之刑被罰爲限。

(丁)受無罪言渡者。於裁判所。又裁判所外。就可罰之行爲。爲可信認之自白時。

填國治罪法。更有一端。如「以非常上告之名。大審院因檢事總長之請求。又以職權事實。有誤認之疑時。受重罪又輕罪之言渡。不拘爲利益言渡無罪又輕罪。又以此蓋因非

常上告而減

輕或無罪者。日本刑訴。從法國主義而改良之。其爲被告不利益者。不許再審。學者間更可爲再審。有非難者。蓋於事實誤認之點。無論其爲被告利益與否。皆不得不謂有害公益者也。裁判再審之訴。從來有二主義。

(甲)使受訴裁判所爲事實審理者。即既以再審之訴爲有理後。更決被告人之有罪無罪。又分爲二。

(子)使爲確定判決之裁判所。爲事實審理者。德國採之。

(丑)使上告裁判所。爲事實審理者。奧國採之。

(乙)使受訴裁判所以外之裁判所。爲事實審理者。日本採之。

蓋第一主義。再審之訴。與再審同在一裁判所。無有區別。第二主義。則再審之訴。有理由時。破壞而移之事實審理裁判所。是再審之訴。與再審。非同在一裁判所。此其別也。

第二款 可爲再審目的之裁判及再審之條件

(第一)可爲再審目的之裁判

其定義曰。認定犯罪之事實。關於通常裁判所。重罪輕罪之確定判決。得爲再審目

的也。於此場合。第二百三十二條關於棄卻故障申立之判決。亦包含之。以其判決。間接有言渡刑罰之効力也。通常裁判所者。別於外國裁判所。及特別裁判所。（軍法會議）然特別裁判所。有特可爲非常上告。如陸軍治罪法第九十五條以下。及海軍治罪法第一百五條以下。蓋合非常上告與再審之二原因而許其爲非常上告也。可爲再審目的者。以已經言渡刑罰之裁判爲限。故如刑法不論罪之裁判。及刑法第三百七十七條（竊取祖父母等之財物。不以竊盜論）之裁判。皆無刑罰之言渡。即皆無再審之必要。言渡刑罰所認定者。不關於犯罪要素。因而爲再犯三犯之加重。此可爲再審目的者也。有酌量減輕者。恕減輕之原因。而言渡刑罰時。不爲減輕。此可爲再審目的者二也。於此注意者。例如訴訟目的物。有官私二文書。被告爲偽造私文書。而裁判所認爲偽造官文書。此固可爲再審目的。若訴訟目的物。僅有一私文書。被告爲偽造私文書。而裁判所認爲偽造官文書。則不得爲再審目的。當爲非常上告。此再審與非常上告別異之點也。又如犯罪事實之認定。並無惡意。（無錯誤）而情狀有可原。裁判所不措意。因而言渡其刑。此非再審目的。蓋量定刑罰。

雖有不當。不足爲再審原因也。

被告死亡而其親屬爲再審之訴者。必限於被告之無罪。

上告審之裁判。不得爲再審目的。何則。再審以事實爲基礎。而上告之裁判。專爲法律點。許其再審。是不免沒卻立法之精神。雖然。此僅指上告審破毀而自判者耳。若破毀而移送於他之裁判所。則對於其裁判。仍得爲再審。夫原裁判既經上告審破毀之裁判。似其裁判全部已底於消滅。何得爲再審之目的。不知上告審之裁判。乃以自己之法律點。與第二審之事實點結合而成。故外形上雖全部消滅。而實質上則事實一部分。依然存在。是其於再審之要素。毫無不合也。

(第二)再審之要件。

再審以法律所規定爲基礎。故第三百一條第一號乃至第六號。爲其要件。以下順序述之。

(甲)第一號之要件。可析爲三。

(子)就殺人罪爲刑之言渡時。例如謀故殺(包含教唆)過失殺、自殺、之教唆補

助。強盜殺人、強姦致死、墮胎致死、監禁致死皆殺人罪也。

(丑) 被殺者有犯罪後生存。又犯罪前死去之確認。可爲證據之事實。皆本號所謂確證。非如第五號以公正證書爲制限。故何者爲確證。一任裁判官之認定。於此場合。若有人證之申出。則以上告裁判所。無呼出證人之權限。不能聽取其供述。故其手續取扱方法。恒使司法警察官及檢察。聽取其供述。而記載於證書。乃送之裁判所。是出於不得已之處分也。

(寅) 確證。確證者以新證爲限。若已提出於從前之裁判所者。更提出於再審裁判所。則關於事實認定。不得不更爲調查。非法律所許者。故知本條之確證。與百七十五之新證憑。當爲同一之解釋。以立法論之。不如新證憑爲妥。然苟如上之解釋。亦不至於誤會也。

(乙) 第二號之要件。亦析爲二。

(子) 同一犯罪所爲別有受刑之言渡者。於同一判決數人受刑之言渡。雖不明言共犯。然可推定其爲共犯。而罰數人。此不過判決有理由不備之譏。非再審

之原因。故以別箇之判決爲要。（據豐島氏說）

(丑) 受刑之言渡者非共犯。此意當與前項比較而明。蓋苟爲共犯。則其裁判已無牴觸。無牴觸之裁判。當然非爲再審原因。

(寅) 請求再審之裁判。與箇別之裁判。只容一人犯罪。設甲裁判謂被告人子殺

丑。乙裁判謂被告人寅（或卯辰）殺丑。夫丑止被殺於一人。則非子即寅。而前例之乙裁判。乃又或有卯辰之未定。是與本要件相背。不得爲再審原因。必二箇裁判有牴觸。斯爲適當。而此牴觸者。不必爲同級之裁判所。例如第一審判決。謂甲乙共謀而殺丙。嗣後獨乙爲控訴。控訴審謂殺人者僅乙一人。則甲可對之爲再審之訴。又如甲乙受二種之裁判。甲之再審。其効不及於不求再審之乙。此以甲之求再審。非爲乙之代理人。（謂非共犯）事實上若許及効力於乙。頗爲便利。然因爲法律所拘。故寧棄此便利焉。

(丙) 第三號之要件。可析爲四。

(子) 確定判決認定之場所證明其不在。

(丑)當時不在其場所。例如四月一日認定犯罪。則必以四月一日不在其場所爲再審原因。若四月二日或三月晦日在其場所。不計焉。

(寅)以公正證書證明之。此公正證書。不限於公正人所作。公正人以外之官吏。公吏。皆無不可。特非私署者爲限。

(卯)作於犯罪以前之證書。蓋作於犯罪以後之證書。雖可證明其不在。不得爲再審原因。以實例言之。如犯人於犯罪以前。已監禁獄中。則監獄簿冊及他之裁判書類。皆足以證明之。雖然。本號所規定。有流弊存焉。例如明治三十八年一月十日。被告人甲。因對於丁之竊盜罪。處重禁錮六月。由一月十五日執行其刑。同年二月一日內。入乙家竊取財物。甲於其刑執行終了後。受金錢於乙。自首謂已爲對於乙之犯人受判決。於其確定後爲再審之訴。於此場合。若謂甲之自首。既受確定判決。不能對乙復爲訴追。甲之自首。不得謂非圖免乙罪。然余則謂甲雖已確定。仍不妨爲乙之訴追。如是解釋。前弊始無可慮。特本號規定。雖爲再審原因。而實無適用之場合。蓋法文明言當時。而裁判往往有年。

月日而無時。余故謂犯罪之時。亦應有規定者也。

(丁) 第四號之要件。可分爲二。

(子) 因陷害被告人之罪。 陷害被告人之罪。如僞證、虛僞之鑑定、通譯僞證囑託。

又刑法第二百六十六條及第二百八十七條之犯罪等皆是。

(丑) 受刑之言渡。 雖陷害被告。而未受裁判。或受裁判。而於確定前死去。不得爲

再審原因。蓋於此場合。其陷害之真實與否。尙未確定也。

(戊) 第五號之要件。 本號所謂訴訟記錄。有僞造及錯誤者。謂爲裁判根據之訴訟

記錄也。故裁判自身。及訴訟記錄之謄本。有僞造及錯誤。不入此範圍。亦析爲三。

(子) 訴訟記錄有僞造及錯誤。 謂訴訟記錄之作成。有僞造及錯誤。非其記載之

事實。有僞造及錯誤也。例如證人參攷人之證言。雖非真實。不與本號相當。必

證言爲甲事。而記載者爲乙事。方可適用。且此僞造二字。亦包含變造。若違背

第二百三條之規定。非僞造及錯誤也。

(丑) 與犯罪之有無輕重有關係。 例如戶籍簿之謄本。前科證書有錯誤。而不爲

宥恕減輕。或爲再犯加重時。其適例也。然使前科證書。其錯誤僅關於起訴之裁判所。（如起訴爲甲裁判所。而證書誤爲乙裁判所。）及刑期之長短。（如禁錮六月。而證書誤爲八月。）則不爲再審原因。又關於訴訟手續之記錄。雖爲錯誤。亦不爲再審原因。皆以其與犯罪之有無輕重無關係也。

(寅) 訴訟記錄以外之公正證書。私署證書。又訴訟記錄自身之一部。雖可以證明其僞造及錯誤。不得爲再審原因。闕席判決送達之證書。若有僞造及錯誤。得爲再審原因矣。大審院拒絕之。其理由謂此等證書。於犯罪上無大關係。然立法不得不謂有缺點。何則。設受送達者在外國。以下能出頭而受闕席判決。若爲體刑。必送達於本人。乃執達吏認他人爲本人。據以爲送達證書。是有錯誤矣。然以不能爲再審原因。而終受裁判之確定。是非本人之不幸乎。故曰立法有缺點也。

(己) 第六號之要件。所謂廢棄者。由民訴用語徵之。上告審對於第二審。爲破毀。第一二審爲於第一審則爲變更。然變更時亦有稱廢棄者。故廢棄實包含變更。關於

取消。不能爲再審原因。又關於特許局、商標局、之廢棄破毀。亦不得爲再審原因。然此亦法律不完之一端。例如有人侵害他人之特許或商標。因而言渡刑罰。其後關於侵害事實。已被廢棄或破廢。顧以本號專示民事之故。不能請求再審。甚不當也。

以上諸要件。皆法律所規定者。然不完備者尙多。以下列舉之。

(甲)人違之場合。不能與第二號相當。至不能爲再審。

(乙)未起訴而處罰之場合。因起訴爲手續。無關係於事實認定。然於法律正義上。所損多矣。

(丙)處罰條件告訴狀有偽造之場合。例如親告罪。應依被害者自己之告訴。設有偽造。不能爲再審原因。按豐島氏謂合于第五號之例。雖親告罪之申出。大都由豫審判事檢事。訊諸

本人。未必有偽造。然亦不得謂其必無。例如被害者已死。他人冒其名。則不易辯別矣。

(丁)取消之場合。民訴再審原因有二。一爲取消之訴。(民訴第四百六十八條)一爲

原狀回復之訴。(同第四百六十九條)凡取消之訴。大都係於手續。而於刑訴之關係。尤爲重要。何以不規定。刑訴規定者。皆與原狀回復之訴相當。然民訴第四百六十九條之第二第七號。刑訴所未及。亦一缺點。

第三款 再審權利者

再審非關於裁判所之職權。必有申立之人。第三百二條云。「得爲再審之訴者如左。

第一 爲刑之言渡之裁判所檢事。

第二 管轄爲刑之言渡之裁判所之控訴裁判所檢事。

第三 管轄爲刑之言渡之裁判所之上告裁判所檢事。但因於司法大臣之命。又以職權爲其訴。

第四 受刑之言渡者。

第五 受刑之言渡者死去時其親屬。」

由第一號言之。則此檢事有四場合。

(甲)其第一審之判決。未控訴而確定。則其檢事爲再審之訴。

(乙) 雖控訴或上告皆被棄卻。則第一審檢事可爲再審之訴。

(丙) 對於第一審爲控訴。控訴審取消自判。或自判而又上告。上告被棄卻。則第二審之檢事可爲再審之訴。

(丁) 上告審破毀自判。則上告裁判所之檢事。可爲再審之訴。

要之本條第二第三號之場合。則第一審檢事。不得爲再審之訴。而第二號之場合。則第二審檢事。不得爲再審之訴。

由第四號言之。受刑之言渡者。即被告人之意也。然被告人不自爲。而委之法定代理人。則大審院判例所不許。而不知以是解釋條文。固不免失之狹隘也。

由第五號言之。所謂親屬者。限於刑法所規定者。以上再審權利者。無期間之制限。第三百三條云。「再審之訴。不拘刑之消滅。無論何時。得爲之。」

第四款 再審之手續

再審之訴。其手續規定於第三百四條以下。第三百四條云。「欲爲再審之訴者。添原

判決之謄本及證憑書類。於其趣意書。當差出之於原裁判所。

原裁判所之檢事。添意見於其書類。可差出之於上告裁判所之檢事。

原裁判所之檢事。及控訴院之檢事。自爲再審之訴時。從前項之手續。當差出其書類。第一項。添附原判決之謄本。在大審院判決例。視爲再審之一要件。然板倉氏不贊成之。第二百五條云。「於上告裁判所。因檢事之請求。速使受命判事一名。可爲其取調以報告。」

所謂取調者。即審查其請求再審之適法否。及其趣旨如何。乃送之所屬之部。第三百六條云。「於上告裁判所。聽受命判事之報告。及檢事之意見。爲裁判。」由本條觀之。上告裁判所。當口頭辯論。然現在實例。被告人不得出頭。亦不得差出辯護士。

對於再審之裁判。可分爲四。

(甲)棄卻形式之不法者。例如不添附謄本是。

(乙)棄卻無再審請求之權利者。例如反於第三百二條之規定。

(丙)棄卻再審之無理由者。

(丁)再審有理由。破壞原判決。而移送於同等之裁判所。規定於第三百七條。若公

訴附帶之私訴。亦因公訴破壞而消滅。但專爲私訴。不能提起再審。必從民訴之手續。

此外關於死者親屬爲再審之訴者。則第三百八條云。「於由死者之親屬爲再審訴之場合。上告裁判所認再審有理由時。不移其事件於他之裁判所。可破壞原判決。」本條規定之理由。因其人已死。雖移之他裁判所。亦不能爲正確之審理。况被告死亡。則公訴因之消滅。苟更爲審理。或復發見有罪之點而下判決。是於被告反多不利益矣。又如自己爲再審之訴。半途死亡。則親屬承繼其訴訟。有同一之効力。

關於再審有問題。如受破壞移送之同等裁判所。言渡刑罰。得比前判決重乎。解決此問題。與上告之場合合同(見上)即可比前判決重。而不可比第一審重。蓋原判決因再審破壞而消滅。不能取爲參攷。當以自己之意見爲裁判之資料。且於再審無第二百六十五條(控訴不許爲被告人之不利益)及第二百九十一條(上審適用第二百

六十五條)之規定。則其言渡之刑。雖重於前之確定判決。固法律所不禁也。然大審院判例則反對之。其理由以第三百一條「爲被告人利益」爲根據。不知該條所謂爲被告人利益者。不過於提起再審時之一條件。即理由有無之問題也。及認定爲有理由。更因再審審理中。而發見可以加重之事實。則不能復受起訴條件之拘束。當適合於刑訴之正義。而直爲重刑之言渡者也。

第七章 裁判之効力

裁判之効力。於訴訟法雖不別立標目。而學理上。則有不容不研究者。本章所述。多通用於民訴。故往往援用民訴焉。

裁判之定義。謂合議判事。或單獨判事之意。其表示者與受表示者間有一定之効力者也。單獨判事有四種。(一)區裁判所判事。(二)豫審判事。(三)受命判事。(四)受託判事。裁判之形式有三。(一)判決。(二)決定。(三)命令。判決者。以口頭辯論爲基礎。對於請求之當否。其人之有能力否。法定形式之適否。及有管轄違否。而下之裁判也。如刑之言渡。則請求當否之問題也。檢事司法大臣之起訴。則能力之問題也。提出訴狀。依第二百

五條之規定。則適法形式之問題也。決定者。謂不能用判決形式所下之裁判也。命令者。謂裁判長所下裁判之形式也。

裁判大抵皆對於爭點或疑點之決定。雖然。爭點疑點。不得爲裁判之必要條件。例如以民法認諾爲基本之訴訟。則無爭點。以自白爲基本之訴訟。則無疑點。又有不能推定有爭點或疑點者。例如第八十六條之思料是也。

所謂一定之効力者。(一)確定力。(二)證據力。(三)羈束力。(四)執行力。以下逐次說明之。(第一)確定力。謂裁判至不可變更狀態之時也。確定力之發生。有五場合。

(甲)由言渡裁判時發生者。例如最上級之裁判。及第二百三十三條第二項(故障申立之闕席判決)是其例也。

(乙)由送達時發生者。如輕罪之豫審終結決定。及忌避申請有理由之裁判。是其例也。

(丙)經過故障期間發生者。如第一第二審之闕席判決。及重罪之豫審終結決定。是其例也。

(丁)上訴方法已盡時發生者。如重罪之終結決定。及第一第二審之裁判。是其例也。

(戊)裁判言渡後經過一定期間發生者。例如刑法第五十九條（主刑之期滿免除）及第六十一條（起算點）是其例也。

此確定力。與日本舊民法證據篇之既判力相同。即裁判所不得更爲裁判。被告人及利害關係人不得主張變更也。雖然。於此例外。如再審之場合。又無罪之豫審終結決定而有新證據者。亦得再起公訴。（第七十五條）

(第二)證據力。亦包含於舊民法之既判力中。謂可以證明一定之事實也。然裁判之後。果絕對發生證據力乎。此在訴訟法爲一大問題。板倉氏謂對於本案。可爲絕對發生。對於他件。無絕對發生。故裁判官不爲所拘束。大審院判例。亦從是說。謂被告對於他事提出證據。則取捨解釋。任裁判官之自由。

(第三)羈束力。謂對於下裁判者。及受裁判者。有羈束力也。有羈束裁判所自身者。有羈束他之機關者。有羈束當事者及第三者。以下分釋之。

(甲) 裁判所自身。民訴第二百四十條。「裁判所包含於其所言渡終局判決。及中間判決中之裁判。受其拘束。」此特別規定也。而第二百四十五條準用之。說者謂第二百四十五條。爲法文之誤記。大審院判例從之。刑訴雖無此規定。而一般學說。謂與民訴同其精神。

羈束力不俟判決確定而始發生。言渡發表時已有之。

民訴第二百四十一條之違算書損。謬誤許其更正。此與羈束力無涉。不得謂之例外。眞之例外蓋有四。

(子) 第八百六十條之取消拘留狀。

(丑) 第六十八條之取消保釋責付言渡。

(寅) 裁判長之命令。皆可變更。

(卯) 更正抗告申立不服之點。(第二百九十六條)

此外如證據調之決定。若無調查之必要。不妨取消。又如申立證據調棄卻之決定。若有調查之必要。亦不妨取消。此二者法律上雖無明文。而爲一般通例所承

認。

(乙) 他之機關。謂此裁判所所下之裁判。對於他之裁判所。有羈束力也。其場合有五。

(子) 上級裁判所法律上之意見。羈束他之裁判所。見裁判所構成法第四十八條。

(丑) 區裁判地方裁判所事物管轄違之裁判。見民訴第八條。(刑訴同其精神)

(寅) 第一審請求原因正當之判決。見民訴第二百二十八條。(刑訴無此場合)

(卯) 特別裁判所之裁判。於此場合。可以羈束通常裁判乎。解決此問題者。雖不一其說。大審院判例主積極論。故行政裁判所。及特許局之審決。不能以通常裁判所之裁判消滅之也。

(辰) 刑事之判決。羈束民事。例如刑事竊盜罪之裁判。則對於民事要求損害賠償。民事裁判所。斷不能主張非竊盜罪。蓋民刑不許牴觸之結果使然也。雖然有當注意者。刑事爲無罪之判決。民事固不許主張有罪。若刑事爲證據不充

分之判決。則民事不妨認定事實。而命損害賠償。蓋證據不充分者。乃證據力薄弱之意味。非真斷定無罪故也。

(丙)當事者及第三者。此其羈束力顯然易明。惟民訴上有例外。即以占有資格爲被告。則所有者受裁判之効力。不及於占有者。是其例也。

(第四)執行力。謂以裁判認定之事項。使現出一箇事實之時也。有有形之執行力。有無形之執行力。然無形者之結果。亦必爲有形。例如對於未受拘留之被告。而下無罪之判決。此執行力。可爲無形矣。然當其訴訟中。已有不能自脫之勢。則無罪判決。不啻執行。而使之脫退也。若有罪裁判。則除不論罪之判決外。皆當然執行其刑。而有有形之効力者。(就費用賠償及沒收物品亦然)惟執行力。必發生於確定力發生之後。在民訴上。未命履行。即未發生執行力。此指履行之訴言之也。若非履行之訴。則無發生執行力之時。

裁判効力。如上所述。而其効力如何發生乎。有於此三種區別。

(甲)裁判時發生者。即發生羈束力及執行力。而執行力之發生。實有發布送達確

定之分。送達與確定。下當詳之。發布可分爲二。

(子)言渡 謂裁判機關以言發表之狀態也。例如證據調之令及退廷勾留(第一百八十二條)之命。皆以言渡時發生効力者。

(丑)交付 謂交付對於裁判機關之證書也。例如召喚狀(第六十八條)勾引狀(第七十一條)勾引狀(七十五條)之發。皆以交付時發生効力者。

(乙)送達時發生者。例如豫審終結之正本(第七十一條)及消費保釋責付言渡之決定(第七十四條)皆是也。

(丙)確定時發生者。例如豫審終結之決定(第七十四條前段)是也。裁判効力之範圍。有問題三。

(甲)裁判効力。以何時爲止乎。確定力。證據力。羈束力。皆無時之制限。惟執行力有之。例如罹於時効。則執行力消滅。即裁判亦從而消滅。然此從實際言之。若形式上(手續)之裁判。如命證人及證據調之決定。則至裁判終結。執行力已同時消滅。

- (乙) 裁判効力。對於何人有之乎。此可分爲(一)爲何人生効力。及(二)對何人生効力之二問題。夫裁判爲勝訴者及其承繼人而生効力。此易明者也。然刑訴以檢事代表國家。則國家之勝訴。以國家無生死。故無承繼人之問題也。又裁判對被告本人而有効力。亦易明者也。而被告之承繼人。不能及之。因本人可以一訴不受理爲抗辯。其承繼人無此抗辯權。二人之責任不同也。以原則言。裁判効力。但及於當事者。然民訴有例外。如脫退之被告(第六十二條第四項)第三者之占有(第五百六十七條)及離婚(人事十八條)離縁(同第二十六條是)其例也。
- (丙) 裁判効力。迄於何地乎。日本全國領土內皆有効力。例如東京裁判所之裁判。於西京裁判所。亦有同一之効力。然有時亦及領土以外。則依相互之國際條約。外國裁判所有執行之裁判而後發生。又刑事上有犯罪人引渡條約。亦効力及於外國之一端。



第四編 特別訴訟手續

第一章 大審院特別權限之訴訟手續

大審院之特別權限者。一方爲事實之裁判。一方又爲法律之裁判也。大別爲三。(見裁判所構成法第五十條第二項)

(甲)對於皇室之犯罪。即刑法第二編第一章之犯罪。

(乙)皇族之犯罪。處禁錮又更重之罪者。

(丙)國事犯之內亂外患罪。即刑法第二編第二章之犯罪。

以上三者。大審院可使其判事或下級裁判所判事。爲豫審。處分其搜查之事。第三百十條云。「記載於裁判所構成法第五十條第二號。屬於大審院特別權限之犯罪。檢事總長。可爲搜查。地方裁判所區裁判所之檢事。及司法警察官。亦就其犯罪爲搜查。當報告於檢事總長。」

又其關於現行犯者。第三百十一條云。「於有記載前條犯罪之現行犯場合。要急速時。地方裁判所區裁判所之檢事。及司法警察官。從第四百四十四條及第四百四十七條

第一項之規定。得爲豫審處分。但不要送知豫審判事。」

但書之意。以豫審判事無通知之必要也。又第三百十二條云。「於前條之場合。由地方裁判所檢事。添意見書於證據書類。送之檢事總長。」

決定起訴與否。檢事總長之職也。第三百十三條云。「檢事總長。於何之場合。其事件認爲屬於大審院特別權限。且當起訴者時。可命豫審判事請求於大審院長。」

於此有問題。即司法大臣。得命檢事爲搜查起訴之事乎。以刑訴規定論之。不得不採消極論。何則。凡司法大臣之命。在刑訴上必有特別規定。今既無之。即可推定其不能。然板倉氏之意。不能贊成之。試證之。裁判所構成法第八十二條。「檢事從其上官之命令。」所謂上官者。非指司法大臣乎。則司法大臣。得命檢事爲搜查起訴。夫復何疑。又第三百十條第二項。控訴院及大審院之檢事。不有規定。果有搜查權乎。此則當主積極論。蓋第三百十條第二項。但指明地方裁判所區裁判所者。不過規定其有搜查之義務。則控訴院大審院檢事。雖無規定。不得以其無搜查義務。遂謂其無搜查權利也。明甚。

大審院命豫審判事。以大審院判事爲之。有不便之場合。亦可命他裁判所之判事。裁判所構成法第五十五條。有特別規定。其豫審手續。從普通之例。

第二章 懲治處分之手續

懲治處分。規定於刑法第十九條及第八十條。而刑訴上無手續之規定。不可謂非法律之缺點。蓋其定義。即十六歲未滿者。於一定期間內。置之懲治場也。其手續有二場合。

(甲) 檢事不起公訴者。謂不起公訴。但請求裁判所付之懲役場也。於此場合。裁判所以決定方法決定之。

(乙) 檢事起公訴者。謂檢事認爲有辯別性。適用刑法要求裁判所付之懲治場也。於此場合。裁判所以爲不必適用刑法。但下懲治處分。則一方爲棄卻公訴之判決。一方又爲付懲治之判決。惟對之不得爲上訴原因。

入懲治場者。每日五時以內。教以農業或工藝。使之力作。(見監獄則第二十條)其幼年囚。則依小學程度。授修身讀書算術地理歷史習字體操其他必要學科。(見監獄

則執行細則）又精神病者取締方法。現行法無規定。改正刑法草案第五十二條。有付之監視之明文。

第五編 裁判之執行復權特赦及刑之猶豫執行

第一章 總論

第一節 裁判之執行

裁判之執行。可分爲四。

(第一)免訴無罪公訴不受理不論罪之裁判執行。細別爲二。

(甲)未拘留者。無執行之必要。

(乙)已拘留者。檢事決定不上訴。則直爲執行。否則停止。

(第二)刑之言渡及不關於第一之裁判執行。關於此之立法例有二。德之舊訴訟法。及奧國法。皆以執行爲裁判權之一部。而法國訴訟法。則用三權分立主義。而歸於行政處分。以司法權除裁判外。不越行政故也。日本屬之司法行政處分。而以檢察掌之。第三百二十條云。「刑之執行。由言渡其刑之裁判所檢察。及上告裁判所。因受命裁判所檢察之指揮。可爲之。」

罰金料。訴訟費用。及沒收物品。追懲金。依檢察之命令可徵收之。」

執行體刑。以檢事之命令。對於分監長或典獄。使之執行。然此就第一審裁判確定後。或上告審棄卻後言之也。若控訴受理而自下判決。則第二審檢事爲執行。而實際上上告卻下之執行。亦有第二審檢事爲之者。從構成法第八十三條。於事實無便利。護送費用。可以節省。一也。監守之人。可以減少。二也。犯人無逃亡。三也。又訴訟雖至第二審。而被告有時尙在第一審。則上級裁判所檢事。爲便利計。亦可使下級裁判所檢事執行之。關於刑之執行。檢事有當守之規則五。

(甲) 必在判決確定之後。見第三百十七條。

(乙) 除死刑外。直接執行之。見第三百十九條。(死刑要有司法大臣之命令。)

(丙) 妊身婦女。要產後經過百日。見刑法第十四條。(刑法附則第五條)

(丁) 大祭日。祝祭日。不可執行。見刑法第十四條。(刑法附則第四條)

(戊) 罰金科料要經過猶豫期間。罰金一月。見刑法第二十七條。科料十日。見刑法

第三十條。

監獄署長若不俟檢事之命令。擅自執行。是謂違反其職務。

(第三)賠償及訴訟關係人。訴訟費用裁判之執行。此從民訴之規定見第三百一十三條。

(第四)懲治處分。以檢事指揮。命於懲治場執行之。見監獄則第二十條。

第二節 各種刑之執行

錯見於刑法及監獄則中。可分爲五。

(第一)死刑之執行。

死刑執行。要有司法大臣之命令。蓋判決確定之後。檢事以訴訟記錄。送之司法大臣。司法大臣調查其有特赦。再審。及非常上告原因與否。有則爲特赦等之手續。無則下執行之命令。此調查非司法處分。乃行政處分。何則。其調查不過欲達執行之目的而已。自司法大臣命令後。三日開始執行。要裁判所檢察官。書記。典獄。之立會。(刑法附則第一條)日本死刑用絞首方法。以醫學言之。此方法之苦痛較少。

(第二)自由刑之執行。

自由刑者。謂徒流懲役禁錮拘留是也。執行之人爲檢事。執行之方法見監獄則。若

遁其執行。得發逮捕狀與拘留狀。有同一之効力。

(第二)財產刑之執行。

依執達吏規則第三條。則財產刑之執行。由執達吏受檢事指揮而爲之。此外有所謂過料者。則非刑之一種矣。執行之意。謂於一定期間之內。使之納付也。故至期不付。則告之檢事。得依刑法第二十九條及第三十條爲換刑處分。夫財產刑。不能如民訴之專制執行者。日本學者。頗多非難之論。然專制執行適用於私法關係。而罰金科料。乃以公法名義執行者。不適用專制執行。理之當然者也。

(第四)公訴裁判費用追徵金之執行。

規定於刑法第二百八十八條。亦由執達吏執行之。未及納付而罪人死亡者。得追徵其相續人。見刑法附則第五十三條。

(第五)附加刑之執行。

此與主刑之執行有不同者。如沒收以檢事爲之。停止公權及剝奪公權。在裁判確定時。即生効力。監視方法。具詳於刑法附則第二十一條以下。此皆不關於刑之處

分也。

第三節 關於刑之異議及疑義

(第一) 刑之言渡之異議。

異議者，謂執行刑時，對於裁判効力，釋明異議之申立也。

(第二) 刑之執行之疑義。

疑義者，謂對於執行刑之不當，而爲疑義之申立也。

例如刑法第五十一條第一號，「其上訴正當時，由前判宣告之日起算」，設檢察起算於後判宣告之日，而與受刑者有不利利益，則可爲疑義之申立。普通言之，着手執行前，可爲疑義之申立，而着手執行後，可爲異議之申立。雖然，爲此申立者，法律明定受刑之言渡者，故被告、委託人、及檢事，皆不許爲此申立，且其申立，必在言渡刑之裁判所，對於此申立之裁判，不得爲司法行政，乃以司法機關之資格，故不妨爲抗告，而其裁判，以本案判決主文爲基礎，故申立而不附判決主文者，可棄卻之也。

第二章 刑之執行消滅之原因及求其消滅之手續

所謂消滅原因者。(一)死亡。(二)時効。(三)執行終了。(四)大赦。(五)特赦。(六)減刑。(七)復權是也。(一)(二)(三)爲刑之自然消滅。其無手續可知。(四)出於天皇之大權。故刑訴上亦無手續。惟(五)與(七)則規定其手續於第三百二十四條以下。(六)雖無明文。以其爲特赦之一種。故可用特赦之規定。

(第一)特赦。特赦者。謂以特別理由。免除刑之執行也。其可爲特赦之人。第三百三十一條云。「特赦於刑之言渡確定後。無論何特。由刑之言渡裁判所之檢事。又監獄署長。具犯人之情狀。得申立於司法大臣。」

由監獄署長爲特赦之申立時。當經由檢事。但檢事可添意見書。」

又第三百三十條云。「司法大臣。於刑之言渡確定後。無論何時。得爲特赦之申立。除死刑外。雖有特赦之申立。不停止刑之執行。」

申立之郤下。第三百三十三條云。「特赦之申立郤下時。由司法大臣可通知其旨。於爲刑之言渡裁判所之檢事。」

申立之裁可。第三百三十四條云。「有特赦之裁可時。由司法大臣。可送致特赦狀。於

爲刑之言渡裁判所之檢事。於此場合。從第三百二十條之規定。

(第二)復權。復權者。開復公權之剝奪也。第三百二十四條云。「復權之願。定於刑法第六十三條。期間經過後。由受刑之言渡者於司法大臣可爲之。復權之願書。可差出之於現住地之地方裁判所檢事。」

復權願書。記載於第三百二十五條云。「復權之願書可添左之書類。

第一 判決之正本。

第二 證明主刑滿期爲特赦又時効成就之書類。

第三 假出獄及免假監視之證書。

第四 辨濟訴訟費用及賠償又免其義務之證書。

第五 過去現在之住所及記載生計之書類。」

第三章 刑之執行猶豫

刑之執行猶豫。法規之性質上。本當揭於刑事訴訟法中者。然現行刑事訴訟法起草時。就採用此制度之適否。議論未決。刑事訴訟法中。不得規定之。至明治三十八年。以

法律第七十號。布刑之執行猶豫法。此之先例。則比時之付條件裁判之制度。普魯士之付條件爲特赦之制度。是但普魯士之制度。與日本之制度。異其性質。在日本法律。刑之猶豫執行。爲裁判所之司法處分。普魯士法。則爲司法大臣之行政處分。

刑之執行猶豫。與特赦及假出獄。於不執行科于被告之刑之點。雖爲類似。而其性質則異也。(一)刑之猶豫。爲裁判所之處分。特赦爲由天皇大權而生之處分。假出獄爲行政處分。而非司法處分。(二)刑之執行猶豫。於裁判之確定前。與裁判同時言渡之。特赦及假出獄。則於裁判確定後爲之。(三)刑之猶豫執行。僅處以不附加監視之一年以下之禁錮者。得許與之。特赦及假出獄。則凡處重罪輕罪之刑者。皆得許與之。此明治三十八年法律第七十號。得及於頒布以前之犯罪者也。

第一節 刑之執行猶豫之要件

(第一) 得爲刑之執行猶豫之被告人。限於處禁錮一年以下者。附加之罰金。即如何重大。亦不妨與以刑之執行猶豫。但非附加刑之罰金刑。不得執行猶豫。而言渡應併科二以上之自由刑時。合算其刑期時。超過一年以上時。皆不能與以猶豫執

行。被處重罪刑之被告人。或就輕罪。處一年以上之重刑之被告人。若許以刑之執行猶豫。必甚危險。故法律設許與刑之執行猶豫。必處一年以下之禁錮刑之制限。處一年以下之禁錮刑者。不問其罪質之如何。得依犯人之情狀。與以刑之執行猶豫。

(第二) 要不科監視之附加刑者。故犯二罪之人。其重罪在法律無監視之附加刑。輕罪有監視之附加刑時。依刑法第百條之適用。以無監視之附加刑之重罪。言渡刑罰時。亦得與以刑之執行猶豫。

(第三) 要前無被處禁錮以上之刑。所謂前之處刑者。不獨依前科之處刑。亦包含依前發罪之處刑。又不獨事實上受刑之執行之場合。就他之犯罪。有確定言渡刑之闕席判決者。亦包含之。故依闕席判決處重禁錮六個月以後。以對席判決處禁錮十個月者。受對席判決。所命之刑之執行猶豫。對先之闕席判決為故障。其闕席判決。被取消而為無罪時。猶豫不被取消。但對於闕席判決。不為故障。使之確定時。則就於後罪。取消所言渡之刑之猶豫執行。先處禁錮之刑者。由其執行終了。或其

執行免除之時。經過十年以後。就所犯之罪。許與猶豫。

先處罰金之刑者。不妨猶豫。故刑法第二十七條。依換刑處分。處輕禁錮者。不妨於其後受刑之執行猶豫。蓋依換刑處分之禁錮之性質。不過罰金刑之方法也。

第二節 審理手續

對被告人猶豫所言渡之刑之執行與否。以裁判所之職權。或依檢事之請求而裁判之。不問何等場合。於應許與刑之執行猶豫場合。以基于公訴言渡刑之判決。言渡刑之執行猶豫。又被告人之上訴棄却場合。於其棄却之判決中。以爲當揭刑之執行猶豫者。而事件繫屬於上訴裁判所時。下級裁判所。不得與以刑之執行猶豫。

又於上級裁判所取消原判決。或破毀者。在言渡刑之場合。於上級審。爲刑之執行猶豫之判決。與處右之刑之裁判。同時亦爲刑之執行猶豫之裁判者也。若爲刑之言渡後。則刑之執行猶豫之裁判。以決定而爲之。又上告裁判所。破毀原告判決。即爲刑之言渡之場合。得爲刑之執行猶豫之裁判。（不爲刑之言渡時者。即爲無罪免訴之裁判。不生應許與以刑之執行猶豫之場合。）於控訴裁判所。棄却控訴或取消原判決。

以爲裁判時。則控訴審自爲之。

於茲當注意者。依上訴不適法之理由。或經過上訴期間之理由。棄却上訴時。上訴審不當爲猶豫之裁判。

法律無與被告人以請求刑之執行猶豫之權利。所以不許之者。蓋恐有濫出之請求之弊也。

檢事爲刑之執行猶豫之請求。若事件在審理中。則以書面或口頭爲之。若事件在審理終了之後。則必以書面爲之。

刑之言渡後。有刑之執行猶豫之請求時。於未著手執行以前。至對此請求之裁判確定止。停止執行。若在著手執行以後。則不爲猶豫。(第二條第四項)

又由檢事有刑之執行猶豫請求之場合。採用與否。在事實裁判所之專權。然必不可不爲對此之裁判。蓋執行猶豫之請求。以停止刑之執行爲原則。不與裁判。則無開始刑之執行之理由。

檢事對爲刑之執行猶豫之裁判。及棄却執行猶豫請求之裁判。得爲上訴。而其上訴。

對於判決者。以控訴之形式爲之。對於決定者。則以抗告之形式爲之。以判決爲猶豫之裁判時。對其一部。可爲一部上訴者。自不待論。

檢事對執行猶豫之裁判。而爲上訴者。拘留中之被告人。無出監之必要。本案之裁判與執行猶豫之裁判。法律上異其性質。故對不與執行猶豫之判決。由檢事有上訴之場合。上級裁判所。當與以執行猶豫者。僅取消原判決中棄却執行猶豫請求之部分。或破毀之。雖對本案之裁判。無上訴之理由者。而以執行猶豫之請求。爲有理由時。當容許之。又爲對本案之裁判之上訴有理由。採用此上訴。雖原判決被取消。亦不當與以執行猶豫者。則當棄却檢事之請求。

檢事從刑之執行猶豫法第四條。對第三條第二項之決定。而爲抗告。原裁判所從刑事訴訟法第二百九十六條。更正不服之點。或抗告裁判所。以抗告爲有理由。於取消執行猶豫裁判之場合。其刑期當由更正或取消。關於執行猶豫裁判之裁判確定時起算乎。將由本案判決之日起算乎。曰刑法第五十一條。不適用執行猶豫之裁判。故當由更正或取消關於刑之執行猶豫裁判之裁判確定。起算其刑期。

第三節 刑之執行猶豫裁判之効力

執行猶豫之裁判。於二年以上五年以下之範圍。裁判所定相當之期間而言渡之。

(第一) 執行猶豫之効力。及於主刑與附加刑。但沒收之刑。非當爲刑之執行猶豫者。如選舉權。雖與刑之言渡同時停止。而得刑之執行猶豫者。即不停止選舉權之行使。

執行猶豫之裁判不被取消。而經過其裁判所定之期間。則犯人免除刑之執行。若對執行猶豫中之犯人。有取消執行猶豫之原因。檢事於其猶豫期間中。爲取消之請求。但其取消決定確定之際。既經過猶豫期間。則亦免除刑之執行。

(第二) 猶豫之効力。自猶豫裁判之確定始。執行猶豫之期間。自言渡刑之判決確定始乎。抑自猶豫裁判之確定始乎。此爲一之疑問。以判決爲執行猶豫之裁判時。雖不生此問題。而于刑之言渡後。以決定許爲執行猶豫時。則生此問題者也。關此問題。司法省民刑局之意見。以爲執行猶豫之期間。當自言渡刑之裁判確定之日始。反對論則曰。當自執行猶豫之裁判確定之日始。其根據如左。

(一) 法文第一條。有因情狀而由裁判確定云云。不規定判決確定之日。若由刑之言渡之日起算。則當云由判決確定之日。以此爲裁判確定者。包含判決及決定之法意甚明也。

(二) 第三條第三項。規定至關於刑之執行猶豫之決定確定止。停止刑之執行之旨。法律上有刑之執行停止。與執行猶豫之區別。而停止期間。與猶豫期間不同。以此觀之。停止期間中。不當云使經過猶豫期間。當于法律所定之停止期間終了後進行者也。

(三) 第六條。區別於猶豫期間內犯罪之場合。與於猶豫裁判前犯罪之場合。若依民刑局之意見。則於刑之言渡後。猶豫之決定前。所犯之罪。當爲猶豫期間內之罪。沒却第六條區別之旨矣。第六條之規定。即明示執行猶豫之裁判前。無執行猶豫之期間者。此可知者也。

(四) 若由判決確定之日起算執行猶豫期間。則爲刑之言渡之判決。經過確定後五年。將爲刑之猶豫。當如何定其期間乎。若以執行猶豫決定之時。爲起算點。則

於二年間猶豫刑之執行。猶豫期間爲七年。必至反。夫法律之規定。從第一說時。亦必生不能從於法律定適當期間之結果。余則取第二說者也。

(第三)執行猶豫之裁判。不被取消。經過猶豫期間。則免除被猶豫之刑之執行。
(第九條)發見刑之執行猶豫之裁判取消之事由。自檢事請求執行猶豫裁判之取消。裁判所容其請求。爲取消之決定時。既經過猶豫期間。則亦免除刑之執行。蓋取消之裁判。不遑既往而生效力者也。

第四節 刑之執行猶豫之裁判效力之消滅

甲 未確定裁判之效力之消滅。

對行猶豫之裁判。有上訴而被取消時。其效力固當消滅。其他有間接消滅其效力之場合。有對刑之言渡之裁判。爲有上訴之場合。此爲第五條之所定。蓋以上訴裁判所。更得與以猶豫也。但非對上訴得爲公訴事實。及其他本案之審理之場合。則不失原審之執行猶豫裁判之效力。故如左之場合。爲不失其效力者。

一 被告人取下其所提起之上訴場合。

二 依刑事訴訟法第二百六十條。棄却控訴之場合。

三 依刑事訴訟法第二百五十五條第二百七十六條。棄却不適法上訴之場合。
四 上告裁判所。依刑事訴訟法第二百八十五條。棄却不適法之上告。或期間經過後之上告場合。

右之場合。有反對說。曰第五條規定對刑之言渡。於有上訴之場合。刑之執行猶豫之裁判。當然失其效力。故不同犯人爲上訴而取下之之場合。與基於上訴期間之經過。其他形式上不適法之理由。被棄却之場合。前之執行猶豫之裁判。皆失其效力者也。但此爲反夫法律精神之解釋。設第五條趣旨。在有上訴時。上訴裁判所得爲執行猶豫之裁判者。故不必存原裁判所與之執行猶豫之效力。但於以上之場合。上訴裁判所以不能爲執行猶豫之裁判。故無消滅猶豫裁判既存之效力之理由。而反對論者。以爲刑事訴訟法第二百六十條上訴棄却之場合。無執行猶豫法第五條之適用。於論理實不貫徹也。

乙 確定裁判效力之消滅。

刑之執行猶豫之裁判。生其確定力時。從確定裁判之原則。不得漫取消之。然法律就此裁判。認爲特別取消之原因。生此原因時。執行猶豫之裁判。被取消者也。其爲取消原因者如左。

一 被告人於期間內犯新罪。被處禁錮以上之刑時。

與被告人以執行猶豫者。推定其無再犯當禁錮以上之罪之虞者也。但被告人新犯同種或異種之罪時。可覆此推定。即顯爲不可與執行猶豫之狀況。而當取消執行猶豫之裁判也。

二 於執行猶豫前。所犯之他罪。而在猶豫期間中。處禁錮以上之刑時。

此無受刑之執行猶豫之資格者。爲與以執行猶豫故。右之裁判。實質上爲無效。而當被取消者也。

但執行猶豫之裁判後。有雖餘罪發覺。亦不論罪之判決時。不取消執行猶豫之裁判。

三 於猶豫之裁判前十年以內。發覺有處禁錮以上之刑時。

是爲對無受此之資格而與之者。但非十年以內確定刑之裁判確定。或爲刑之執行之事實。而于十年以前。終了此執行時。不爲執行猶豫裁判取消之原因。

第五節 求執行猶豫確定裁判之取消之訴訟手續及命取消

裁判之效力

受理以刑之執行猶豫之裁判取消爲目的之請求者。常爲管轄受刑者所在地之地方裁判所。而取消之請求權。獨檢事有之。此取消之裁判。常以決定爲之。對棄却其請求之決定。得爲抗告。對取消之決定。被告人亦得爲抗告。(第七條)

刑之執行猶豫之裁判。被取消時。刑期由其取消之決定確定時起算。(第八條)若被告人之所在地不明時。由其就捕之日起算。但取消之裁判。不遑既往。若于執行猶豫之取消裁判前。經過執行猶豫期間。則被告人無受執行刑之事。又依刑法第五十一條。雖當自刑之宣告之日起算刑期。而猶豫之裁判取消。其猶豫未來之時間。不算入刑期。當由執行猶豫取消之決定。確定時起算刑期者也。

刑事訴訟法 終

社告

法政講義第二集 嗣出

頃在編輯中不日付印陸續出版發行茲特先為通告其種數如左

比較憲法 日本法學博士美濃部達吉講述

地方制度 日本法學士吉村源太郎講述

教育行政 日本法學士吉村源太郎講述

商業政策 日本法學士河津崑講述

農業政策 日本法學士山内正瞭講述

工業政策 日本法學士山内正瞭講述

財政學 日本法學博士高野岩三郎講述

刑法各論 日本法學士菱谷精吾講述

民法財產 契約各論及擔保章 日本法學博士梅謙次郎講述

民法親族 日本法學博士梅謙次郎講述

民法相續 日本法學博士梅謙次郎講述

商法 日本法學博士松波仁一郎講述

破產法 日本法學博士加藤正治講述

外交史 日本法學博士立作太郎講述

銀行講義

貴筑姚 華編輯

全書紙數千餘頁編輯頃將告成秋間付印陸續出版
其種類如左

一 理論

日本法學士 山內正瞭講述

二 實務

日本法學士 勸業銀行員 多賀義三郎講述

三 簿記

日本商業學士 三菱銀行員 田村秀實講述

光緒三十三年九月初四日
明治四十年十月十日發行

編輯者

張一鵬

印刷者

長谷川辰二郎

發行所

日本東京市神田區
錦町三丁目一番地



印刷所

中國天津河北公園
小川印刷所

發賣所

日本東京市神田區
錦町三丁目一番地
中國各省各書肆
日本東京各書肆

