

編四第書叢覽要政法

東方法學會譯編

刑事訴訟法要覽

上海泰東圖書局發行

國立貴州  
大學移贈

上海圖書館藏

上海图书馆藏书



A541 212 0003 4294B

# 刑事訴訟法要覽凡例

一 民國刑事訴訟法法典尙未公布無可根據本書應徵引條文之處悉舉日本法爲例然所發揮者則多係各國之立法先例及其學說也日本法中有難於解釋或彼此相異之用語則取民國現行法所沿用者易之

二 刑事訴訟法係程序法頗多歷史的機械的事情應研究者應重實際而輕理論本書卽本此旨從事編輯其用意與民事訴訟法要覽相同

三 本書之參考書如左

- 1 豐島博士 修正刑事訴訟法新論
- 2 中川博士 刑事訴訟法講義
- 3 富田學士 刑事訴訟法要論
- 4 清水學士 刑事訴訟法論綱



- 5 板倉學士 刑事訴訟法玄義
- 6 松室學士 刑事訴訟法論
- 7 谷野畢士 刑事訴訟法講義
- 8 小疇學士 新刑法論及日本大審院判例新刑法
- 9 泉二學士 日本刑法論
- 10 大審院判例
- 11 其他法學協會雜誌 國家學會雜誌 法學新報 法學志  
林 法律新聞所載諸大家之論說及質疑解答

民國三年六月

譯者識

# 刑事訴訟法要覽目次

## 第一編 緒論

### 第一章 刑事訴訟之意義

第一、訴訟之觀念 第二、刑事訴訟之意義

### 第二章 刑事訴訟之性質

### 第三章 刑事訴訟之諸主義

第一、彈劾主義與糾問主義 第二、不變更主義與處分權主義 第三、勵行主義與便宜主義 第四、實體的真實發見主義與形式的事實確定主義 第五、公開主義與密行主義 第六、直接審理主義與間接審理主義 第七、言詞辯論主義與書狀審理主義

### 第四章 刑事訴訟法之意義

### 第五章 刑事訴訟之沿革

第一、一般的沿革

## 第六章 刑事訴訟法之效力

- 第一、關於時之效力
- 第二、關於事物之效力
- 第三、關於場所之效力
- 第四、關於人之效力

## 第二編 訴訟主體

### 第一章 總論

### 第二章 審判衙門(裁判所)

#### 第一節 審判衙門之意義

- 第一、國法上之意義
- 第二、訴訟法上之意義 (問題) 地方審判廳之支部獨立者乎

#### 第二節 裁判權

- 第一、意義
- 第二、裁判權之種別
- 第三、裁判權之效力
- 第四、外國審判衙門判決之效力

### 第三章 審判衙門之編制(裁判所之構成)

## 第一節 裁判管轄

### 第一款 通則

第一、裁判管轄之意義 第二、管轄與權限之別 第三、管轄權與裁判權之別 第四、管轄之區分

### 第二款 事物之管轄

第一、初級審判廳(區裁判所)之事物管轄 第二、地方審判廳(地方裁判所)之事物管轄 第三、高等審判廳(控訴院)之事物管轄 第四、大理院(大審院)之事物管轄

### 第三款 土地之管轄(裁判籍)

◎意義 第一、諸主義 第二、現行法之規定 (一)犯罪地 (二)被告人所在地 (三)土地管轄之特例

### 第四款 併合管轄(牽連事件)

◎意義 第一、事物管轄之併合 (一)主義的牽連 (二)客觀的牽連 (三)主觀及客觀的牽連 第二、土地管轄之併合 (一)主觀的牽連 (二)客觀的牽連 (三)主觀及客觀的牽連

## 第五款 管轄規定之效果

第一、一般規定 第二、特別規定（問題）上級審判衙門就屬下級審判衙門之事件認為管轄特例之理由如何

## 第六款 指定管轄

第一、意義 第二、指定原因 第三、指定程序

## 第七款 移轉管轄

第一、意義 第二、移轉原因 第三、程序

## 第八款 共助

第一、通常審判衙門間之共助 第二、通常審判衙門與特別審判衙門間之共助 第三、通常審判衙門與他官廳間之共助 第四、國際共助

## 第二節 內部組織

第一、通則 第二、迴避拒却及引避（除斥忌避及迴避）（問題）迴避之效果如何

## 第三節 外部組織



第一、審判衙門之階級及配置 第二、審判衙門之機關

## 第四章 訴訟當事者

### 第一節 概論

第一、刑事訴訟當事者之存否 第二、當事者之意義 第三、當事者之種類 第四、當事者能力 第五、訴訟能力

### 第二節 檢察官(檢事)(原告)

第一、檢察官制度 第二、檢察官之地位 第三、檢察廳(檢事局)之組織(一)內部之組織 (二)外部之組織 (三)檢察官同一體之原則 第四、檢察官之職務

### 第三節 司法警察官

第一、意義 第二、種類 第三、職務 (問題)林務官郡市町村長之權限範圍

### 第四節 被告人

第一、意義 第二、被告人能力 第三、訴訟能力 第四、被告人之權

利義務及爲被告人之利益所設之規定

### 第五節 代理人

第一、法律上之代理人 第二、訴訟代理人

### 第六節 辯護人

第一、辯護人之觀念 第二、辯護人之地位（問題）被告人與辯護人之  
意見牴觸 第三、辯護人之選任 第四、辯護人之資格 第五、辯護人  
之權利義務 第六、辯護之資格

## 第三編 訴訟客體

### 第一章 總論

### 第二章 公訴

#### 第一節 公訴之意義

#### 第二節 公訴權

第一、意義 第二、性質（問題）公訴權與科刑權之關係

### 第三節 公訴權之發生

### 第四節 公訴權之消滅

- 第一、被告人死去 第二、親告罪告訴之拋棄 (一)認親告罪之理由
- (二)親告罪之意義 (三)告訴之性質 (甲)一般性質 (乙)告訴不可分之風則 (丙)告訴權之主體 (丁)告訴權之發生 (戊)告訴權之拋棄
- (問題)條件附告訴之效力如何 第三、確定判決 第四、刑事之廢止
- 第五、大赦 第六、時效 (一)時效設置之理由 (二)時效期間 (三)時效起算點 (四)時效之中斷

## 第三章 私 訴

- 第一、私訴之觀念 第二、私訴之目的 (一)損害之賠償 (二)贓物之返還 第三、私訴權之主體 第四、私訴之附帶 第五、私訴權之發生
- 第六、私訴權之消滅 第七、要償之訴 (問題)(一)公訴私訴之區別
- (二)公訴與他訴訟之關係

## 第四編 訴訟行爲

## 第一章 總論

第一、訴訟行為之意義 第二、訴訟行為之性質 第三、訴訟行為之效力 (問題)對於人違之被告判決之効力 第四、訴訟行為之時 第五、  
訴訟行為之場所 第六、訴訟行為之分類

## 第二章 呼出及強制方法

### 第一節 呼出

第一、意義 第二、要件 第三、呼出之效果

### 第二節 強制方法

#### 第一款 人的強制

第一、勾引 第二、勾留 第三、逮捕 第四、保釋及責付

#### 第二款 物的強制

第一、物件提出之義務 第二、搜索 (一)意義 (二)客體 (三)制

限 (四)搜索之程序 第三、差押 (一)意義 (二)程序 (三)制限

(四)效力

## 第三章 證據

### 第一節 總論

第一、證據之意義 第二、證據之目的物 第三、舉證責任 第四、自由心證主義 第五 證據之種類 第六、證據調查 第七、證據方法  
(問題)證明與疏明之區別

### 第二節 證據方法

#### 第一款 人的證據方法

第一、被告人 第二、證人 (一)意義 (二)權利義務 (三)訊問程序 第三、鑑定人 (一)意義 (二)權利義務 (三)鑑定程序 (問) 證人與鑑定人之區別

#### 第二款 物的證據方法

第一、檢證 (一)意義 (二)目的物 (三)程序 第二、書證 (一)意義 (二)目的物 (三)程序

## 第四章 裁判

第一、意義 第二、種類 (一)判決 (甲)意義 ◎判決決定命令之比較 (乙)種類 (二)決定 (三)命令 第三、裁判之成立 第四、裁判之評決 第五、裁判之告知 第六、裁判之確定力 (一)確定力之必要 (二)確定力之種類及特質 (1)形式的確定力 (2)實體的確定力 (一事不再理) (甲)意義 (乙)生實體的確定力之裁判 (丙)一事不再理之條件

## 第五編 公判准備

### 第一章 搜查

#### 第一節 通論

第一、意義 第二、目的 第三、始終 第四、端緒

#### 第二節 告訴告發及自首

◎意義 (一)告訴 (二)告發 (三)自首

#### 第三節 現行犯

第一、意義 第二、準現行犯 第三、現行犯之特別處分 (一)逮捕及

引致 (二)豫審類似之特別處分 ◎搜查後之程序 (問題)(一)檢察官  
司法警察官對於現行犯特別處分之性質爲搜查處分乎抑爲豫審處分乎  
(二)犯所之臨檢爲特別處分之條件乎 (三)豫審推事(判事)對於現行犯  
之特別處分爲搜查處分乎抑爲豫審處分乎

## 第二章 起訴(公訴提起)

### 第一節 通論

第一、關於起訴之諸主義 第二、不告不理之原則及例外

### 第二節 起訴之程序

第一、起訴(公訴提起)之方式 第二、其程序

### 第三節 起訴之效果

第一、積極的效力 第二、消極的效力 第三、權利拘束之範圍 第四  
權利拘束之始終

## 第三章 豫審

### 第一節 豫審之性質

第一、意義 第二、性質

## 第二節 豫審之開始

## 第三節 豫審之實行

(一)豫審實行權者 (二)豫審推事之地位 (三)豫審實行

## 第四節 豫審終局

第一、豫審終結決定之種類 第二、其性質 第三、其效力 (問題)法律上豫審免訴決定之性質 第四、再訴

## 第四章 訴訟條件

第一、意義 第二、種類及其特質 (問題)訴訟條件與處罰條件之區別 第三、效果

## 第六編 公判

### 第一章 第一審之公判

#### 第一節 公判開始



## 第二節 開庭準備

第一、公判期日之指定 第二、訴訟關係人之呼出 第三、辯護人之選  
定及被告人之訊問 第四、公判前之檢證

## 第三節 公判開庭

第一、公判組織 第二、法廷警察及訴訟指揮 第三、公判之順序

## 第四節 公判審理之範圍

第一、一般原則 第二、附帶犯

## 第五節 判決

第一、判決之種別 第二、其內容 第三、判決之條件 第四、闕席判  
決 (一)認闕席判決之理由 (二)其條件 第五、故障 (一)意義 (二)  
其條件 (三)其效力 (問題)對於如何闕席判決可爲故障乎

## 第二章 上訴

### 第一節 總論

第一、上訴之意義 第二、上訴權者 第三、上訴理由 第四、上訴之

效力 第五、上訴呈明之方式 第六、上訴取下 第七、一分上訴 第八、上訴之種類

## 第二節 控 訴

### 第一款 控訴之性質

第一、意義 第二、性質

### 第二款 控訴審之程序

第一、公判準備 第二、公判程序

### 第三款 附帶控訴

第一、意義 第二、其條件 第三、附帶控訴權者

### 第四款 控訴之判決

第一、形式判決 第二、實體判決  
◎控訴判決之制限

## 第三節 上 告

### 第一款 上告之性質

第一、意義 第二、性質

## 第二款 上告理由

## 第三款 上告審之程序

第一、公判準備程序 第二、審理程序 (問問) 上告審判衙門事實審理之範圍如何

## 第四款 上告之判決

第一、棄却判決 第二、破毀判決 (問題) 破毀判決之效果與共同被告人之關係

## 第四節 抗告

第一、意義 ◎可許抗告之情事 第二、抗告程序 第三、抗告審裁衙門之裁判

## 第三章 對於確定判決之攻擊

### 第一節 非常上告

第一、意義 第二、非常上告權者 第三、條件 第四、非常上告之審判

## 第二節 再審

- 第一、意義 第二、條件 ③再裁之原因 第三、再審之訴之權利者
- 第四、再審之訴之程序 第五、再審之訴之審理及裁判 第六、再審之審判 (問題)(一)非常上告與再審之差異 (二)被告人死亡後亦許再審乎

## 第七編 大理院(大審院)之特別事件

- 第一、意義 第二、搜查及起訴 第三、豫審及公判

## 第八編 裁判執行

### 第一章 總說

- 第一、裁判執行之意義 第二、執行機關 第三、受刑人 第四、裁判執行之條件 第五、執行停止 第六、裁判執行權之消滅

### 第二章 各說

- 第一、死刑執行 第二、自由刑之執行 第三、財產刑及其他之執行

第四、疑義及異議之呈明

刑事訴訟法要覽目次 終

目次



# 刑事訴訟法要覽

東方法學會編纂

## 第一編 緒論

### 第一章 刑事訴訟之意義

——刑事訴訟與民事訴訟及行政訴訟同爲一個之訴訟故欲知刑事訴訟之觀念須先定此等訴訟共通之觀念以爲前提次及刑事訴訟之意義

#### 第一 訴訟之觀念

凡訴訟含左之要素

一 訴訟當事者之存在

訴訟當事者云者所謂原告被告也原告云者指就或事件主張權利者被告云者指對應原告之主張者

二 裁判官之存在

## 刑事訴訟法要覽

二

當訴訟當事者互爭權利之主張有爲第三者之審判官判斷此等原告被告關係等事件之正否使其權利之存在及範圍明確

三 爲一定之目的進行發展

訴訟應自起訴訟時至其終局進行發展

四 一定事件之存在

訴訟須係爭事件存於原告被告間而有爲第三者之審判官之判定者也

刑事訴訟  
之義

### 第二 刑事訴訟之意義

刑事訴訟云者以國家刑罰權之存否及其內容之確定爲目的所行之法律關係也更分說之如左

一 刑事訴訟者關於刑事事件之訴訟也

民事訴訟以保護私權爲目的行政訴訟以救濟行政事件爲目的刑事訴訟乃關於刑事事件即或犯罪事實之科刑也

二 刑事訴訟之目的物爲國家之科刑權

茲有一定之犯罪其犯罪何人犯之乎又國家對之有科刑權與否之問題生故刑事訴訟以此科刑權爲其目的物

三 刑事訴訟者向其終局之目的進行發展者也



刑事訴訟終局之目的(1)確定科刑權之存否及範圍(2)在科刑時執行之而刑事訴訟應從起訴時向此終局之目的進行發展

## 第二章 刑事訴訟之性質

刑事訴訟既以爲法律現象觀之矣更進而述其法律上之性質如左

### (一) 刑事訴訟者訴訟的法律關係也

除約林氏一派外刑事訴訟之爲法律關係已爲今日一般所共認其要旨凡刑事訴訟亦與民事訴訟同在數個訴訟主體間互有權利義務此等權利義務之關係一括而爲一個法律關係卽如一犯罪事實有起訴則審判衙門(裁判所)對於原告被告生審判之權利義務原告及被告生上訴權等之權利與到場之義務是也

### (二) 刑事訴訟者公法上之法律關係也

凡法律關係得分之爲私法上者與公法上者私法上之法律關係如契約使私人間權利義務之關係發生公法上之法律關係者定國家間或國家與私人間之關係之謂也而刑事訴訟者乃爲國家機關之審判衙門與當事者之關係故屬於公法上之法律關係

刑事訴訟  
之性質

### 第三章 刑事訴訟之諸主義

凡主義之採否於定全編之原則有必要刑事訴訟亦因為其根本原則所採用之主義如何支配審判衙門(裁判所)及當事者之行爲之事較多今爲便宜綜合說之

#### ◎刑事訴訟之諸主義

- 1 彈劾主義與糾問主義
- 2 不變更主義與處分權主義
- 3 勵行主義與便宜主義
- 4 實體的眞實發見主義與形式的事實確定主義
- 5 公開主義與密行主義
- 6 直接審理主義與間接審理主義
- 7 言詞辯論主義與書狀審理主義

#### 第一 彈劾主義與糾問主義

(一) 彈劾及糾問者依何方式行使國家之刑罰權之區別也

彈劾主義者彈劾者爲原告被彈劾者爲被告審判衙門立於其間審判之無彈劾決不審判之主義也

(二) 糾問主義者不待彈劾審判衙門以其職權逮捕犯罪者而審理審判之也與彈劾

主義比較之則彈劾主義有原告被告及審判衙門三者糺問主義則僅有審判衙門被告二者

(三) 兩主義之利害

(1) 糺問主義使審判官之負擔重且有使懷豫斷之弊蓋糺問推事(判事)自開始訴訟集取訴追及辯護之材料又自審判是以一人兼爲原告被告及審判官其事務未免過繁且糺問推事訴訟開始已懷豫斷其審判難免無缺公平之虞

彈劾主義反是審判官與原告機關各別既無繁忙當過之虞又可免懷豫斷之弊

(2) 糺問主義生司法權濫用之弊蓋糺問主義糺問推事得隨意行其職權自不免流於擅斷

彈劾主義反是訴追者(即原告)與審判官異此弊自少

(3) 糺問主義使被告人之地位危險蓋糺問推事集取有利益於被告人之證據資料終不如集取訴追材料之用心故足使被告人之地位危險

彈劾主義反是被告人有爲當事者之地位有辯護權故被告人主張利益得充足可防如斯弊害

(四) 日本刑事訴訟法之主義

日本刑事訴訟法其原則採用彈劾之方式以公訴權之主體爲原告此主體不提起訴

彈劾主  
義及糺  
問主義

則審判衙門不爲審理審判但左列者爲例外雖無原告之訴亦認公訴之提起

(1) 豫審推事(判事)比檢察官(檢事)先知屬於地方審判廳(地方裁判所)管轄事件之現行犯臨檢犯所作檢證調查時

(2) 公判中發見附帶犯時

(3) 於公判證人偽證或鑑定人虛偽鑑定時

第二 不變更主義與處分權主義

(一) 不變更主義者訴訟既繫屬於審判衙門則不得取下其訴或變更訴訟之目的之主義也

(二) 處分權主義者取下訴訟變更目的之事當事者得任意爲之之主義也

(三) 右兩主義中日本刑事訴訟法與民事訴訟法異採用不變更主義不問其審判上與審判外不別其爲直接與爲間接不許科刑權之處分和解認諾拋棄刑事訴訟爲一國刑罰權之運用運用如何事關公益苟有訴訟之提起則訴訟主體不許變更之但左列者爲例外公訴提起後亦許變更

(1) 關於親告罪因被害者拋棄告訴權使科刑權消滅

(2) 關於上訴被告人不僅得爲之或不爲之且得取下已爲之上訴檢察官雖有上訴權然不許取下已爲之上訴

不變更  
主義與  
處分權  
主義

(3) 國家恩赦權之發布依大赦減刑之形式對於其犯罪得拋棄科刑權之一部或全部

### 第三 勵行主義與便宜主義

(一) 勵行主義或合法主義者檢察官所得犯罪之證據充足時為處罰之目的有提起公訴之義務之主義也

(二) 便宜主義或任意主義者為訴追機關之檢察官得從事情任意起訴不起訴之主義也

(三) 右兩主義中日本現行法採用勵行主義依法院編制法(裁判所構成法)第六條檢察官就刑事事提起公訴為其處理上必要之手續請求法律上正當之適用正不外採用勵行主義之趣旨蓋以便宜主義有反於犯罪必罰之精神也

### 第四 實體的真實發見主義與形式的事實確定主義

(一) 實體的真實發見主義者不拘當事者之主張事實之如何認定真實事實之主義也

(二) 形式的事實確定主義者無爭之事實為真實有爭之事實以當事者所提出之證據為基礎決真否之主義也

(三) 右兩主義中日本刑事訴訟法採用實體的真實發見主義此主義採用之結果不可不依此方法求真實發見

實體的  
真實發  
見主義  
與形式

勵行主  
義與便  
宜主義

刑事訴訟法要覽

的事實  
確定主  
義

(1) 審判衙門審判時要聽當事者雙方之主張片言斷訟自昔所禁欲知事實之真相要聽雙方之主張

(2) 判決之際必要之事實真實與否要以推事之自由心證判斷之

昔時採用制限證據主義不拘推事之心證如何依一定之形式決事案今日則不拘形式如何依推事之自由心證決之

第五 公開主義與密行主義

(一) 公開主義者公開審判之場所無論何人均許傍聽之主義也

(二) 密行主義者不許一般公眾傍聽審判之主義也

(三) 右兩主義中今日各國皆已採用公開主義刑事訴訟法亦然蓋密行主義易生私曲之弊公開裁判之場所使一般公眾傍聽之足防其弊自可得公平之審判

第六 直接審理主義與間接審理主義

(一) 直接審理主義者審判衙門集取審判之材料不可不基於自己直接之實驗之主義也

(二) 間接審理主義者為審判材料之事物審判衙門不必直接實驗之之主義也

(三) 右兩主義中日本刑事訴訟法原則上採用直接審理主義蓋關於事物之判斷直接觀察事實而為之者其誤謬比較的少也而此主義採用之結果審判官須直接實驗

公開主  
義與密  
行主義

直接審  
理主義  
與間接  
審理主  
義

——審判之材料除證人鑑定人死亡外不能使據間接之傳聞證人

### 第七 言詞辯論主義與書狀審理主義

(一) 言詞辯論主義者審判衙門與當事者及證據直接凡訴訟行爲非以言詞則不採爲判決之基礎之主義也

(二) 書狀審理主義者可爲判決基礎之資料均取諸書狀之主義也

(三) 右兩主義中日本現行法採用言詞辯論主義蓋言詞辯論主義與直接審理主義同審判官親就當事者及訴訟關係人審判之行爲計之餘地少事實之真相可知也

今舉採用此主義而生之重要結果如左

(1) 以期日爲必要使當事者雙方互爲辯論或與以呈明審判衙門之機會

(2) 須基於辯論之全體判決之

(3) 當事者及訴訟關係人不可不互解言語若有不解則以繙譯爲必要例如聾啞者

(4) 要訴訟資料之連續辯論亘數日時其期日之間最要接近否則前之期日所陳述推事未必能悉記憶也

(四) 言詞辯論主義之範圍

言詞辯論主義日本現行法非就一切訴訟行爲而行之者其範圍僅就當事者之主張辯解審判衙門之訊問或證據調查等而行之故受命推事受託推事之查驗不能行又

言詞辯  
論主義  
與書狀  
審理主  
義

公判與上告審均以書狀審理主義爲基本其辯論爲附隨的

(五) 言詞辯論主義與直接審理主義

普通言詞辯論主義行之之時直接審理主義與之併行書狀審理主義行之之時間接審理主義與之併行但此事不能盡然蓋直接審理主義及間接審理主義屬於認識之段階言詞辯論主義及書狀審理主義屬於理解之方式故也換言之直接審理主義與間接審理主義乃審理之主體與客體之間爲直接或間接之別非依書狀與否之別又言詞辯論主義與書狀審理主義乃審理依何形式爲之之別與審理之爲直接或間接無直接交涉

附記豐島博士刑事訴訟法論謂廣義之直接審理主義中含有言詞辯論主義

## 第四章 刑事訴訟法之意義

刑事訴訟法者於刑法之應用所定必要程序之法律也以何行爲爲犯罪其犯罪科何刑罰刑法雖有規定然法者死物也不能自活動僅存於刑法則雖有爲其所定之犯罪行爲者無由逮捕審理之科以所定之刑罰故欲刑法之應用不可無有此權力之機關其機關卽爲法院(裁判所)其編制爲法院編制法(裁判所構成法)之所規定而法院應用之際不可無一定之程序以爲據定其程序者卽謂刑事訴訟法

刑事訴訟  
之意義



## 第五章 刑事訴訟法之沿革

刑事訴訟法之起源與其他之法律同在於羅馬法及日耳曼法加之而後所謂寺院法生其後一般之俗人法院間多用之遂生意大利法中世之終以降意大利法廣行於大陸諸國又日耳曼法屢變遷而行於今日之德法間及意大利法入於此等之國遂爲意大利法所歷至於近世屢制定關於刑事訴訟之法典而法國革命之際輸入英國之制度以與法國之制度折衷之遂成爲現今法國之刑事訴訟法典其勢力殆風靡全大陸至十九世紀之後半大陸法至於德埃及等之諸國無論何國皆模之以制定刑事訴訟法典而法國法典雖屢有修正今日尙行之

刑事訴訟法之沿革

審判罪之有無科犯人以刑之程序日本古時已有之其因法律之形式而表現者大寶律令以來之事也其後與貞永式目寬保律德川百個條變遷入於明治然有明治元年之假律及三年之新律綱領等所定刑事訴訟法尙未脫大寶律令等之臭味其後屢有法典之編纂亦未受繼歐洲法系迨明治十三年始專做法國法制定治罪法明治二十二年制定現行刑事訴訟法及法院編制法(裁判所構成法)而現行法典乃折衷混用法德二國之法而成就中尤多因法國法典及明治四十年刑法改正依據刑法施行法有一部之修正遂至於今日

## 第六章 刑事訴訟法之效力

### ◎刑事訴訟法之效力

- 1 關於時之效力
- 2 關於事物之效力
- 3 關於場所之效力
- 4 關於人之效力

#### 第一 關於時之效力

關於時之效力

凡法律之效力其實施期間有效力實施期間者自其實施時迄於廢止之時間之謂也而日本現行法規規定明治二十三年十一月一日實施故此時期後通常審判衙門之刑事事件皆應適用本法又舊法時代所着手之訴訟程序中途新法頒行則其時以後應為之訴訟程序當然從新法此原則也而刑事訴訟法與刑法異無論何時無遡及效或以刑事訴訟法第二十二條有「此法律頒布以前之犯罪亦適用之之規定」認為有遡及效此大誤也蓋刑訴實施後無論頒布以前之犯罪其訴訟程序當然適用現行法與遡及效之問題全然異也

#### 第二 關於事物之效力

刑事訴訟法為關於通常刑事事件之訴訟法屬於特別審判衙門處理之事物無其效於

審判衙門以外宣告刑時亦不適用之僅於通常審判衙門應處理之事物有適用力今列舉特別審判衙門如左

關於事物之效力

◎特別審判衙門  
(特別裁判所)

- 1 軍法會議(軍事裁判所)
- 2 戰時審判衙門(戰時裁判所)
- 3 臺灣審判衙門(臺灣法院)
- 4 朝鮮總督府審判衙門(朝鮮總督府裁判所)
- 5 領事審判衙門(領事裁判所)
- 6 司獄官之審判

第三 關於場所之效力

關於場所之效力

刑事訴訟法亦與其他一般之法律同以行於本國版圖全部為原則然臺灣樺大朝鮮等處別以法令設特別審判衙門用特別之刑事程序法則刑事訴訟法自不能適用於其區域蓋刑訴訟法為通常審判衙門之程序法當然不適用於特別審判衙門也

第四 關於人之效力

刑事訴訟法行於本國版圖內凡為被告人或其他訴訟關係人者無論何人皆有效力此原則也然左列者為例外不及其效力

一(一)國法上 1 天皇及攝政

第三編 第六章 刑事訴訟法之效力

關於人  
之效力

◎關於人  
之效力  
之例外

之例外

2

陸海軍人及軍屬

1

外國之君主及大統領

2

外國使節

3

右二者之隨員非本國人者

4

領事之曾以條約認為有治外法權者

5

外國軍隊之得本國承認駐在者

(三)單受制  
限者

1

皇族

2

帝國議會之議員

# 第二編 訴訟主體

## 第一章 總論

(一) 刑事事件之審判程序今日既採訴訟形式主義則爲訴訟不可不認爲必要之人格者而指其人格者爲訴訟主體

(二) 訴訟主體者原告被告與審判衙門是也原告爲提起訴訟者被告爲對應原告者審判衙門爲立於原被告兩造之間判斷爭議者此三者存在訴訟始得成立而此三者依法律之規定得爲各種之訴訟行爲因其行爲訴訟遂進行發展至於終了但實際此三者以外訴訟上尙有必要者例如證人鑑定人是也然此非絕對必要者不過爲達訴訟之目的有必要耳

(三) 審判衙門爲國家機關檢察廳亦然故審判衙門及檢察官皆代表國家夫以代表國家者而爲訴訟主體雖似甚奇然國家自身亦有爲原告或被告之事殊不足怪

訴訟主體  
總論

◎訴訟主體

(1) 訴訟當事者

- (1) 原告(檢察官)
- (2) 被告(犯人)

(2) 審判衙門(裁判所)

## 第二章 審判衙門(裁判所)

### 第一節 審判衙門之意義

審判衙門之意義因在國法上者與在訴訟法上者而異

#### 第一 國法上之意義

國法上之審判衙門不外行司法之官廳換言之屬於司法官廳之職員其集合體即為審判衙門今舉此意義之審判衙門如左

審判衙門之意義

◎國法上之審判衙門

(一) 通常審判衙門

(二) 特別審判衙門

1 初級審判廳(區裁判所)

2 地方審判廳(地方裁判所)

3 高等審判廳(控訴縣)

4 大理院(大審院)

1 軍法會議(軍事裁判所)

2 戰時審判衙門(戰時裁判所)

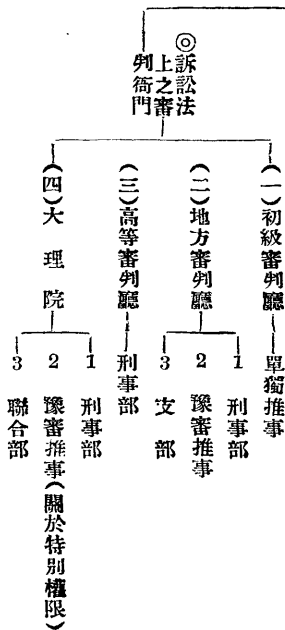
3 臺灣審判衙門(臺灣法院)

4 朝鮮總督府審判衙門(朝鮮總督府裁判所)

5 領事審判衙門(領事裁判所)

## 第二 訴訟法上之意義

訴訟法上之審判衙門指就各事件行司法職務之部局而言即合議審判衙門之部又初級審判廳之單獨推事也今舉之如左



(問題) 地方審判廳之支部獨立者乎 關於地方審判廳支部之性質或謂與地方審判

之關係上有獨立之地位與否為可論議之問題然依明治二十八年大理院民事刑事總部聯合之判決非獨立者與稱為地方審判廳之第一部第二部在同一之地位今日已定蓋支部設置之必要既如法院編制法第三十一條之所示土地遠隔或交通不便之處司法總長(司法大臣)為處理屬於地方審判廳之民事刑事部之一部分定之則

# 刑事訴訟法要覽

其所處理之事務正不外屬於地方審判廳之民事刑事之一部即與本廳之關係全不過內部編制之關係決非有獨立之地位者

## 第二節 裁判權

### 第一 意義

裁判權分之爲原始之裁判權與委任之裁判權

#### (一) 原始之裁判權

原始之裁判權者與所謂司法權同義爲一國統治權之一作用之權力也日本憲法第五十七條云「司法權以天皇之名依法律審判衙門行之」此司法權即茲所謂原始之裁判權

#### (二) 委任之裁判權

國家爲其統治之作用有原始之裁判權(即司法權)以之委於審判衙門使處理之基礎此委任審判衙門裁判之權稱爲委任之裁判權

### 第二 裁判權之種別

- (一) 訴訟事件之裁判權
  - (1) 民事裁判權
- (二) 通常刑事裁判權



◎裁判權  
之別

〔2〕 刑事裁判權

（二） 特別刑事裁判權

（二）非訟事件之裁判權

第三 裁判權之效力

凡一國之審判權行於其全版圖之上而於其版圖內生左之效力

（一） 各審判衙門之命令其效力及於全版圖

（二） 判決之效力亦及於全版圖

（三） 同一事件之起訴後繫屬中不許對之起訴

第四 外國審判衙門判決之效力

民事訴訟法第五百十四條第五百十五條認外國審判衙門判決確定之效力定關於執行之制限刑事訴訟法上無此規定在刑事上絕對的不認外國審判衙門判決之效力即外國審判衙門之判決刑事上不過為單純之事實問題法律上殊無效力此蓋一國之科刑權於其國權之發動上絕對不許他國裁判權之容喙故也

第三章 審判衙門之編制

第一節 裁判管轄

第二編 第三章 審判衙門之編制

## 第一款 通則

### 第一 裁判管轄之意義

管轄之意義

裁判管轄者一定之審判衙門處分一定之刑事事件之權利義務也

### 第二 管轄與權限之別

管轄與權限之別

權限者權利義務之全體屬於一定之官職故權限之中亦含所謂司法行政管轄反是僅指關於刑事事件之權利義務例如審判衙門關於或事件無管轄權時尙有發拘留狀之權限故兩者決不可混同

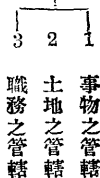
### 第三 管轄權與裁判權之別

管轄權與裁判權之別

管轄權之問題與裁判權之問題要區別之審判衙門有裁判刑事事件之權與他國家機關之間雖生裁判權有無之關係爭議究不生管轄有無之問題管轄之問題乃審判衙門對於有裁判權之事務始起者也換言之有二以上之審判衙門應於何審判衙門審判之問題管轄之問題也要之管轄權與裁判權其內容雖同爲司法權然裁判權爲抽象的權利管轄權爲具體的關於或刑事事件之權利故無裁判權之管轄權雖不能是認而無管轄權之裁判權間有存者例如管轄違之裁判

### 第四 管轄之區分

◎管轄之區別



第一款 事物之管轄

事物之管轄

事物之管轄者審判衙門之權利義務因刑事事件之性質而定者也今分之爲初級審判廳地方審判廳高等審判廳大理院而說明之

第一 初級審判廳(區裁判所)

◎初級審判廳之事物管轄

- (1) 關於拘留或科料之罪
- (2) 竊盜之罪
- (3) 遺失物 埋藏物等之橫領罪及關於贓物之罪
- (4) 家宅侵入罪及其未遂罪關於猥褻物之罪關於普通賭博富籤之罪及過失傷害罪
- (5) 一年以下之懲役或禁錮又關於三百圓以內罰金之罪

茲所定刑之標準乃依法定刑而非量定刑故減輕之結果雖爲一年以下或三百圓以下然非初級審判廳之管轄反之累犯或併合罪加

重之結果爲一年以上之懲役禁錮又三百圓以上之罰金則初級審

判廳之管轄也

第二 地方審判廳(地方裁判所)

- ◎地方審判廳之事物管轄
  - (1) 凡事件之不屬於初級審判廳及地方審判廳之管轄爲第一審
  - (2) 不服初級審判廳之審判而爲控訴或抗告事件爲第二審

第三 高等審判廳(控訴院)

- ◎高等審判廳之事物管轄
  - (1) 不服地方審判廳之裁判而爲控訴或抗告事件爲第二審
  - (2) 不服地方審判廳爲第二審審判衙門之判決而爲上告事件爲上告審

第四 大理院(大審院)

- ◎大理院之事物管轄
  - (1) 不服高等審判廳之審判而爲上告或抗告事件爲終審
  - (2) 屬於大理院之特別權限之事件

此大理院之特別權限事件非爲所謂特別審判衙門而管轄之者乎今舉其事項如左

- ◎大理院之特別權限事件
  - (一) 對於皇室之罪
  - (二) 關於內亂之罪

### 節三款 土地之管轄（裁判籍）

土地管轄之意義

土地之管轄者依管轄區域與刑事事件之關係所定審判衙門之權利義務也

#### 第一 諸主義

由來關於定土地管轄之原因有三主義

- 1 犯罪地主義
- 2 住所地主義
- 3 逮捕地主義

關於土地管轄之諸主義

犯罪地主義者以管轄犯罪地之審判衙門管轄其事件為原則之主義也住所地主義者以管轄犯人住居地之審判衙門管轄其事件之主義也逮捕地主義者以逮捕犯人之地之管轄審判衙門為其事件之土地管轄之主義也

日本現行法以犯罪地為裁判管轄之原因同時以被告人所在地為裁判管轄之原因其他特別之情事亦用逮捕地主義以下說明之

#### 第二 日本現行法之規定

日本現行法土地管轄之原因為犯罪地及被告人所在地二者

#### 第二編 第三章 審判衙門之編制

(一) 犯罪地

犯罪地者犯罪所存在之地也茲說明如左

不法行爲爲構成犯罪之要素不法行爲所存在之地爲犯罪地殆無疑而所謂行爲之地者不僅爲犯罪的行爲自體所行之地尙包含其行爲直接所生效果之土地之範圍構成犯罪要素之一切事實生於同一審判衙門管轄區域內時關於犯罪地雖不生疑問然所謂隔地犯卽如甲地之人銃殺乙地之人之犯罪應以甲乙何地爲犯罪地由來有左之諸說

(1) 動作地說(谷野學士刑事訴訟法講義)

曰以或行爲爲犯罪而處罰之不外因有對於其結果之原因故應以爲此等原因之動作地爲犯罪地

(2) 結果地說

曰行爲之性質如何因結果而定應以結果發生地爲犯罪地

(3) 實行地說

曰犯罪地不僅爲犯罪原因之動作其所利用機械的作用之活動應同認爲犯人之行爲此地亦應爲犯罪地

(4) 動作地及結果地說(中川博士豐島博士)

曰行爲之意義中不僅於法律上之動作外含有結果動作地與結果發生地法律上之價值亦皆同一此動作地及結果發生地一般應爲犯罪地

(5) 構成犯罪要素地說(伯倫業克氏)

曰苟爲構成犯罪要素之事實之一動力所存在之場所總稱爲均等犯罪地以上諸說中余以爲犯罪地之問題動作地及結果發生地均等不問何地皆爲犯罪地蓋刑事訴訟法上規定犯罪地專爲便宜之問題構成犯罪要素之事實中動作與結果之間不能別發見應認爲輕重之理由故也

次說明關於犯罪地之重要事項如左

(1) 教唆及從犯

關於教唆以實行正犯之犯罪地及教唆行爲之地爲犯罪地關於從犯特規定於第二十八條第一項以正犯之犯罪地爲犯罪地

(2) 不作爲犯

不作爲犯罪之犯罪地應爲作爲之地也又不作爲犯俟結果發生成立時其結果發生地亦爲犯罪地

(3) 間接正犯

關於間接正犯爲其機械被使用者之行爲地及正犯之使用地皆爲犯罪地

(4) 關於出版物之犯罪

普通以出版物發行之地爲犯罪地然以結果爲要素之犯罪例如誹毀罪以所頒布之諸地爲犯罪地

(二) 被告人所在地

被告人所在地者就被告事件提起訴訟時被告人現在之地也此現在地不問爲一時的與永久的又不問爲任意的與強制的豐島博士刑事訴訟法論謂以不法起訴之目的自他場所強制被告人而引致之情事雖應不在此限然既以現在爲主要原因雖出於不法行爲亦可不計也(同旨趣中川博士)

被告人  
所在地

(三) 土地管轄之特例

犯罪地及被告人所在地之外定土地管轄之原因尙有二特例

(I) 在外國之犯罪

在外國之犯罪內地無犯罪地故現行法第二十九條逮捕被告人時以被告人逮捕之地爲管轄審判衙門又自外國接受時以接受地之審判衙門爲其管轄審判衙門又應爲闕席判決時以被告人最後之住所地爲管轄地

(2) 海船內之犯罪

海船內之犯罪其船舶在領土主權所及之範圍內時無論矣在領土主權所不及之場

土地管  
轄之特  
例



所則以其船之定繫港或有犯罪後最初停船之港之審判衙門爲其管轄審判衙門（同說中川博士豐島博士刑事訴訟法論）此規定僅限於航海中之船舶若在港內時不適用之

#### 第四款 併合管轄（牽連事件）

併合管轄之意義

法院編制法之規定僅定一人犯一罪時之管轄數個刑事事件互相牽連之情事無規定故刑事訴訟法特定之而茲稱爲牽連者數個刑事事件其實質上互有關係之情事也故僅爲形式上之牽連者其審理之併合須區別之今就關於實質的併合分爲事物之管轄與土地之管轄而說明之

##### 第一 事物管轄之併合

牽連事件之事物管轄有二情事其一爲一人犯數罪謂爲主觀的牽連其二爲數人犯一罪謂爲客觀的牽連

##### （一）主觀的牽連

就異管轄之數個犯罪同時對於同一之被告人有訴時上訴審判衙門併管轄之此本法第二十五條第二項之所規定也例如一人犯數罪內一罪爲初級審判廳之管轄一罪爲地方審判廳之管轄則地方審判廳併管轄之內一罪爲大理院之特別管轄事件

事物管轄之併合

則均應歸大理院管轄之而茲所謂同時者非爲同特別同日之趣旨乃指第一審判決前言也或有解爲判決確定前者此失之過廣蓋併合管轄之便宜僅判決前有之判決後併合之實益不存在也

(二) 客觀的牽連

數人犯一罪而爲共犯時上級審判衙門應併管轄之關於此點日本法典雖僅規定關於皇族之犯罪其他之犯罪亦可依此解之信爲穩當(同說豐島博士等)

(三) 主觀及客觀的牽連

世際一切事件均歸上級審判衙門管轄例如甲乙共謀犯內亂罪乙丙共謀犯屬於地方審判廳管轄之犯罪丙丁共謀犯初級審判廳管轄之犯罪此際一切犯罪及被告人均歸大理院管轄之

第二 土地管轄之併合

關於土地管轄亦得分爲二其一人犯數罪是爲主觀的牽連其二數人共犯一罪是爲客觀的牽連

(一) 主觀的牽連

一人犯數罪時許併合管轄與否有兩說

(甲) 消極說(豐島博士刑事訴訟法論溝淵學士刑事訴訟法講義清水學士刑事

訴訟法論綱

此說之根據如左

(1) 本法第二十七條有所謂「數個審判衙門之管轄」之規定曾受第二十六條者  
不含土地管轄之情事

(2) 若欲許之則證據調查(證據調)等事殆無緣故無之又有害無益反乎認併合  
管轄之趣旨

(3) 舊治罪法曾明記之現行法特削除之不外不許之趣旨

(4) 法文第二十七條有最初豫審或公判云云此限於一罪之情事

(乙) 積極說(中川博士刑事訴訟法講義富田學士刑事訴訟法要論谷野學士刑事訴訟法講義松室學士刑事訴訟法木下學士刑事訴訟法講義龜山學士刑事訴訟法講義等)

積極說之根據如左

(1) 第二十七條與第二十六條無關係別個獨立關於土地之管轄乃就主觀的牽  
連而者定也

(2) 依證據調查之緣故如何其他牽連之情事亦得存在

(3) 沿革上與治罪法異以爲無必要則削除之別無反對之趣旨

土地管  
轄之併  
合

- (4) 第二十七條最初公判云云之用語何故於一罪之情事乎反對說甚乏理由
- (5) 處罰上適用併合罪之規定非認土地之主觀的牽連則實際上運用刑法殊多不便

以上兩院中余以積極說爲妥當

卽關於數罪之情事以其最初豫審及着手公判之審判衙門爲其土地之管轄

(二) 客觀的牽連

正犯有數人時其中以最初豫審或着手公判之審判衙門爲管轄此第二十八條之所規定也而茲所定最初豫審或着手公判之標準應依呼出狀之日附如何而定又其併合之時期以審理之便宜爲主則須解爲要爲判決之宣布前

(三) 主觀及客觀的牽連

主觀的及客觀的互相牽連時以最初豫審或着手公判之審判衙門管轄之爲原則

第五款 管轄規定之效果

第一 一般規定

(一) 原則

無管轄權之審判衙門所爲之訴訟行爲以無效爲原則蓋管轄違之審判衙門其豫審

管轄規  
定之一  
般效果

或公判之程序不僅全體無效即個個之之訴訟行為亦無效大理院從來之判例以訴訟程序爲無效但形式上有效成立之調查得採用之爲證據

(三) 例外

無管轄權之審判衙門其訴訟行爲以無效爲原則但左列者爲例外有效力

(1) 公訴私訟之時效有中斷之效力(一一條)

(2) 當爲管轄違之裁判得存前發之拘留狀或新發拘留狀(一六四條二二二條二

六二條)

管轄違則審判衙門之訴訟程序無效故審判衙門不可不調查自己之管轄又判決前訴訟關係人有呈明管轄違之權利審判衙門審查之對於呈明有裁判之義務

第二 特別規定

(一) 事物之管轄

(1) 地方審判廳之公判認告訴事件屬於初級審判廳之管轄者則不爲管轄違之宣告而爲第一審之判決(二四〇條)

(2) 大理院以爲屬於其院之特別權限受訴之事件認爲屬於地方審判廳或初級審判廳之權限時不爲管轄違之宣告指定應管轄其事件之審判衙門送使審判之

(3) 在豫審認其事件屬於初級審判廳之管轄時不爲管轄違之宣告而於初級審判

廳特宣告之

(問題) 上級審判衙門中屬於下級審判衙門之事件認爲管轄之特例其理由如何

關於此有二說

管轄之  
特例

第一說(豐島博士刑事訴訟法論)上級審判衙門之事物管轄包含下級審判衙門之事物管轄

第二說(中川博士刑事訴訟法講義富田學士刑事訴訟法要論)屬於下級審判衙門管轄之事件固非上級審判衙門當然有之此不得移其權限立法上認此等事物管轄之理由不外使下級審判衙門處理容易之事件於地方審判廳審判屬於初級審判廳之事件不過鄭重其程序其事件之實體不生何等之害此便宜上特以爲關於管轄之例外也

以上二說中以後說爲妥當蓋管轄與權限異上級審判衙門有一定之管轄不許下級審侵害之但便宜上有特以爲例外者此不外定特別之權限

(三) 土地之管轄

宣告免許或無罪時雖有土地之管轄違不得爲上告之理由(二七〇)其他之情事於土地之管轄違時絕對不許審理本案

## 第六款 指定管轄

### 第一 意義

管轄之指定者就各事件以裁判特設土地之管轄或確定不明也（刑訴三一條裁構一

### ○條）

### 第二 指定原因

(1) 因法律上或事實上之理由不得於有權限之審判衙門及爲代理之審判衙門行  
裁判權

(2) 審判衙門管轄區域之境界不明確時

(3) 就管轄權限有積極或消極之爭議時

### 第三 指定手續

(1) 管轄指定之審判衙門

可爲管轄指定之審判衙門者併有關係之各審判衙門而管轄之之直近上級審判衙門也

(2) 指定申請者

得爲管轄指定之申請者爲檢察官及訴訟關係人於大理院爲總檢察廳檢察長

(3) 指定之方式

有申請指定管轄之權者呈請書於審判衙門申請指定管轄審判衙門依書狀審理決之

第七款 移轉管轄

第一 意義

管轄之移轉者管轄審判衙門有不能裁判事情使訴訟繫屬於無管轄權之審判衙門也

第二 移轉原因

(一) 爲公安爲之者

此因犯罪之性質被告人之身分負數地方之民心及其他重大之情事恐對於審判衙門生紛擾或危險爲公安移其事件於同等之他審判衙門

(二) 爲嫌疑爲之者

此因被告人之身分地方之民心或訴訟之權限恐不能維持裁判之公平爲嫌疑移其事件於同等之他審判衙門

第三 手續

(一) 爲公安所爲移轉之申請依司法大臣之命總檢察廳總檢察長於大理院爲之大理院可不聽訴訟關係人之申告決定其申請

移轉管轄



(二) 爲嫌疑所爲移轉之申請管轄審判衙門所配置之檢察官及其他之訴訟關係人得於上級審判衙門爲之其申請發出趣意書二通於原審判衙門審判衙門書記官速一送通於對手人對手人得於三日內發出答辯書審判衙門受其申請則停止訴訟手續依書類決定其申請

## 第八款 共助

一國之審判權固不及於外國一國之中亦有通常審判衙門與特別審判衙門之別各審判衙門間互被限定互不相犯通常審判衙門間各有一定之管轄區域不得於其管轄區域外行裁判權此不問何情事或爲審判衙門權限所不及或爲訴訟程序所必要皆以共助爲必要學說上稱此事爲共助今分說之於左

### 第一 在通常審判衙門間之共助

一 被告人之訊問及勾留(七〇條)

二 證人之訊問(一一九條二二三二條)

三 鑑定

四 臨檢搜索及物件差押

第二 通常審判衙門與特別審判衙門間之共助

第二編 第三章 審判衙門之編制

(1) 朝鮮審判衙門與通常審判衙門 (2) 臺灣總督府審判衙門與通常審判衙門

(3) 關東都督府審判衙門與通常審判衙門關於其間之共助各依特別法定之

### 第三 通常審判衙門與他官廳間之共助

關於此點訴訟法上僅規定得屬託送達書類於外務大臣駐外使臣及其他出征之軍衙

### 第四 國際共助

(一) 外國審判衙門應本國通常審判衙門之囑託與否依條約所定外不能強之

(二) 關於外國審判衙門囑託本國審判衙門之情事依明治三十八年法律第六十

三號初級審判廳應就書類之送達及證據調查爲共助

## 第二節 內部組織

### 第一 通則

審判衙門之內部以左列之職員組織之

#### (一) 推事(判事)

推事有關於裁判之全權裁判事務中未定明分配於職員者推事自行之爲本則至裁

判之宣告訴訟之指揮及其他審理之權專屬於推事

其他推事受身分上特別之保障其資格依法律定之

(二) 審判衙門書記官

審判衙門書記官爲補助機關對於推事在從屬之地位其重要之職務如下 (1) 調書  
殊公判始末書之作成 (2) 呼出通知 (3) 書類之送達 (4) 判決決定命令之謄本正  
本抄本之作成及下付 (5) 記錄之整理及保存等

(三) 承發吏(執達吏)

承發吏亦審判衙門補助機關之一其重要之職務如下 (1) 書類之送達 (2) 罰金科  
料之收集 (3) 裁判之執行等

(四) 庭丁(廷丁)

庭丁乃在法廷<sup>14</sup>機械的作用者執達吏有障礙時爲送達之事

第二 迴避(除斥)拒却(忌避)及引避(回避)

(一) 迴避原因

推事有左之原因時應迴避不得執行其職務

- (1) 推事自爲被害者時
- (2) 推事與被告或被害者有親族關係或姻族關係時
- (3) 推事就其事件爲證人鑑定人或爲被告人或被害者之法律上代理人時

(4) 推事干與其事件之豫審終結或呈明不服之前審裁判時

右規定審判衙門書記官亦準用之承發吏則於承發吏規則另定別之

(二) 拒却之原因

凡拒却之原因如左

(1) 推事有迴避原因之時

(2) 審判偏頗有可疑之狀況時

此規定審判衙門書記官亦準用之

(三) 引避之原因

引避之原因如左

(1) 自認有迴避原因時

(2) 自料應引避時

此規定審判衙門書記官準用之

(問題) 迴避之效果如何

推事及審判衙門書記官有迴避原因時固不應執行其事件之職務若執行之則訴訟行為實際受如何之影響從來有無效說及取消說之爭以下說明之

第一 無效說(富田學士刑事訴訟法要論)

迴避拒却及引避

曰推事有迴避原因則訴訟行爲不成立當然無效

又此說一派之論者以爲應迴避之推事所干與之審判與其他職務上之行爲當區別之關於審判非受適法上訴之攻擊不能爲無效職務上之行爲如特在公判以外之證據調查全然無效

又他之一派以爲判決雖不依攻擊而取消破毀亦當然無效

## 第二 取消說(豐島博士刑事訴訟法論清水學士刑事訴訟法論綱)

曰縱有迴避原因訴訟行爲亦不能爲無效蓋此固有可得適法取消或破毀之性質未被取消破毀非無效關於判決違法之訴訟行爲與判決有因果關係時應取消與判決無因果關係時不許取消

右二說中余以取消說爲妥當蓋無效論理論雖似明白然日本刑事訴訟法中特定迴避原因之攻擊方法依之既可決原因之有無若妄以之爲無效殊不當也凡推事之已喪失相對的資格者其所爲之訴訟行爲得應用此理論

## 第三節 外部組織

### 第一 審判衙門之階級及配置

一(一) 審判衙門之階級有三段之國例如法國是也日本定爲四段實爲三段蓋初級審

審判廳爲第一審時以高等審判廳爲終了不至大理院也

審判衙門之階級及配置

◎審判衙門之階級



(二) 其配置大理院涉於全國立於統一法律之適用之地位其下有高等審判廳各高等審判廳之下有地方審判廳各地方審判廳之下有初級審判廳

第二 審判衙門之機關

審判衙門之機關得分之爲裁判機關與執行機關

(一) 裁判機關

裁判有判決決定命令三者

(1) 判決審判衙門

判決審判衙門者爲判決之審判衙門之機關也初級審判廳以單獨推事爲之地方審判廳以推事三人高等審判廳以推事五人大理院以推事七人組成就中以一人爲裁判長他爲陪席推事依合議決之

(2) 決定審判衙門

決定審判衙門者爲決定之審判衙門之機關也初級審判廳爲單獨推事地方審判廳以上與判決同審判衙門之部當之

(3) 命令

命令者裁判長爲之初級審判廳爲單獨推事地方審判廳以上審判衙門之部當之

(4) 豫審掛

豫審者地方審判廳行之審判廳之中置豫審掛豫審掛得爲決定與命令

(5) 受託推事

囑託時初級審判廳之單獨推事爲受託推事行其職務

(6) 受命推事

受命推事爲合議審判衙門合議體之一員受其部之委囑事行務

(7) 裁判長

裁判者代表合議審判衙門之部(即合議體)而爲訴訟行爲者也

(二) 執行機關

關於刑事其執行機關殆皆屬於檢察廳檢察官茲可爭者僅送達文書之承發吏耳

## 第四章 訴訟當事者

### 第一節 概論

第一 刑事訴訟當事者之存否

刑事訴訟認當事者與否今日尙有異論

(一) 否認說(約林氏等)

今揭否認說之根據如左

- (1) 國家爲裁判權之主體同時不得爲訴訟當事者
- (2) 刑事被告人不過爲一證據方法非訴訟當事者

(二) 是認說(通說)

- (1) 國家爲裁判權之主體同時得爲訴訟當事者殊不足怪例如私訴之際國家一面以一人之資格爲原告起訴或爲被告受訴刑事上亦同一理國家一面爲裁判權之主體一面爲當事者不足爲異

- (2) 刑事訴訟被告人原應爲證據方法民事訴訟法亦有爲當事者本人之訊問之事一面爲證據方法他面有法律上所認識之防禦權其認爲獨立之訴訟主體已可推知

以上兩說中刑事訴訟亦認當事者今已大概一致

第二 當事者之意義

刑事訴訟當事者爲何人乎由來有形式說實質說二種

訴訟當  
事者之  
存否



當事者  
之意義

(一) 形式說(谷野學士刑事訴訟法講義)

此說當事者云者以自己之意思行訴訟之方法以自身與對手人對峙者也

(二) 實質說(豐島博士刑事訴訟法論清水學士刑事訴訟法論綱)

此說當事者云者乃就自己之請求及職務而被裁判者故以應歸屬訴訟行為之效果者為當事者

右兩說中余以實質說為至當檢察官直接為訴訟行為時檢察官為國家之代表者當事者不外國家訴訟代理人為訴訟行為時乃為本人代本人而為者當事者不可不為本人蓋本人實質上應受訴訟行為之效果

第三 當事者之種類

◎當事者之種類

- (1) 國家
- (2) 被告人
- (3) 民事原告人及民事被告人

第四 當事者能力

當事者能力者於刑事訴訟就訴訟上之權利義務受裁判必要之適格也

凡屬自然人無論其精神狀態或智識發達之程度如何皆有為被告人之當事者能力法人則限於特別法特認之時有之關於檢察官之事後述之

當事者  
能力

第五 訴訟能力

訴訟能力

訴訟能力者訴訟行爲得爲有效之適格也

關於被告人有訴訟能力之適格無何等之制限不拘精神狀態及智識發達之程度如何凡自然人皆有爲被告人之訴訟能力

第二節 檢察官(檢事)即原告

第一 檢察官制度

刑事訴訟既採訴訟形式主義對於被告自應定代表國家爲原告之機關此檢察官制度所由起也按立法關於刑事訴訟追之點從來有左之三主義

檢察官制度

(1) 私人訴訟主義

(2) 被害者訴追主義

(3) 檢察官制度

然至今日以法國爲始各文明國均依檢察官制度日本刑事訴訟法亦然

第二 檢察官之地位

檢察官者於通常刑事審判衙門提起實行公訴之官職也分說之如左

(一) 檢察官者刑事訴訟之國家機關也

檢察官  
之地位

即檢察官之地位代表國家實行一國之刑罰權而為國家機關

(一) 檢察官者司法行政之官職也

即檢察官之性質非司法官乃行政官也故檢檢官無裁判刑事事件之權

(二) 檢察官對於審判衙門有獨立之地位

即檢察官之地位對於審判衙門獨立不受裁判官之監督命令又裁判官亦不受檢察

官之命令

第三 檢察廳之組織(檢事局之組織)

(一) 內部之組織

為檢察官雖要法定之資格然法院編制法之規定無其身分資格者亦得處理其事務  
今舉之如左

- ◎檢事事務處理者
- 1 推事(判事)
  - 2 警察官
  - 3 憲兵將校下士
  - 4 林務官
  - 5 司法官試補
  - 6 郡市町村長

(二) 外部之組織

檢察官設於各檢察廳檢察廳附設於審判衙門檢察廳之管轄關於土地管轄依法院編制法與其配置的審判衙門之事物管轄應一致而各檢察廳間於直管轄區域內應處理之事務法律上得爲補助

檢察廳  
之組織

(三) 檢察官同一體之原則

檢察官立於上官監督之下從其命令恰如一體之手足行動焉如斯組織學者稱爲檢察官同一體之原則分說之於左

(1) 檢察廳之組織獨裁的也

卽檢察廳之組織非合議體乃依上官之命令行動者下官不過爲上官之代理者或代表者處理事務也

(2) 檢察官應絕對服從上官之命令

卽檢察官之上官對於其管轄區域內檢察廳或檢察官有指揮監督之權爲實行之有命令權且有懲戒權者也但其上官之命令不過對於其管轄區域內之下官僅有使其服從之力而已

(3) 各檢察官對於外部代表檢察廳放假令違反上官之命令對於外部之行爲不及

何等影響

#### 第四 檢察官之職務

檢察官之職務得區別爲五

##### (一) 公訴權實行上之職務

即檢察官公訴權實行上先爲起訴準備此等訴訟提起後不可不搜索必要之犯罪事實其他有提起公訴蒞視訴訟事件之義務

##### (二) 爲公益代表之職務

檢察官關於刑事要求法之正當適用所謂公益之代表者茲舉職務之重要者如左

##### ◎爲公益代表者之職務

- (1) 爲被告人之利益上訴
- (2) 附帶上告
- (3) 再審之訴
- (4) 其他爲被告人申請選定辯護人等

##### 檢察官之職務

##### (三) 裁判執行上之職務

檢察官爲裁判執行官之職務

##### ◎裁判執行上之職務

- (1) 命令之執行
- (2) 刑之執行
- (3) 保釋責付等之執行等

(四) 司法行政上之職務

即檢察官指揮監督其下級檢察官 其他公訴記錄之保存 廢棄 關於公訴之設備 應答 通告等 有為之之職務

(五) 民事上之職務

◎民事上之職務

- (1) 檢察官於一定之民事事件有蒞視之義務(民訴四二條)
- (2) 得求通知意見
- (3) 檢察官得自提起民事訴訟為其他民事上之申請
- (4) 司法官廳為民事之被告被訴時檢察官不可不代表之

第三節 司法警察官

第一 意義

司治警察官者補助檢察官搜索犯罪者也

第二 種類

(1) 警視總監及地方長官

(2) 警視、警務長、警部、憲兵、將校、下士、島司、郡長、林務官、市町村長

司法警察官

◎種類

(3) 在海船內犯罪時之船長

### 第三 職務

司法警察官之職務在犯罪之搜查而其搜查不必限於檢察官之指揮即以有檢察官之指揮爲常無其指揮亦得行使其職務但不能超土地之管轄關於事物之管轄無制限又非有檢察官之命令不能加此強制力

(問題) 林務官郡市町村長等之權限範圍

司法警察官中如林務官郡市町村長關於其管轄行政事務之犯罪有搜查權與否雖有異論然法文無何等制限對於事物管轄解爲不限於其管掌事務之範圍豐島博士刑事訴訟法論謂關於土地管轄應不能超其行政區劃

## 第四節 被告人

### 第一 意義

被告人云者有犯罪之嫌疑應爲公訴之對手人也

### 第二 被告人能力

被告人當事者之能力與其責任能力有區別無刑事上責任能力者亦得爲訴訟之被告人其責任能力之有無訴訟程序之後始得明白故無論何人不拘年齡或精神狀態

如何常視爲有當事者能力者

### 第三 訴訟能力

民事訴訟關於未成年者禁治產者之訴訟行爲應從民法之規定然刑事訴訟以無規定爲原則雖如何之被告人不可不謂之有訴訟能力唯事實上無能力時可依刑事訴訟法第一八三條之規定停止辯論

### 第四 爲被告人之權利義務及被告人之利益所設之規定

刑事訴訟上亦有所謂當事者平等之原則然事實上被告人如在未決勾留較諸爲原告之檢察官頗難保其平等故特爲被告人之權利義務及被告人之利益設此規定

被告人

### (一) 被告人之權利義務

- (1) 被告人不問其豫審與公判得請求調查證據(九一條一九二條)
- (2) 得求訴訟記錄裁判書之謄本(九七條二〇六條)
- (3) 臨檢搜查及差押得自蒞視或使人蒞視(一〇八條)
- (4) 未決拘留中得請求保釋(一五〇條)
- (5) 公判中得用辯護人
- (6) 未決拘留中得與辯護人及其他接近授受書類物件(八三條)
- (7) 被告人受呼出有到場之義務(六八條二一九條)若不到場則受強制(七〇



條一七八條)然被告人有辯論之權利無義務(二二〇條一八九條)

(8) 被告人有呈明故障抗告控訴上告再審等之權利

(二) 爲被告人之利益所設之規定

(1) 審判衙門爲被告人設辯護人之規定(一七九條二三七條)

(2) 檢察官爲被告人之利益得上訴(二四二條之二)

(3) 非常上告再審之事爲被告人之利益亦得爲之(二九二條三〇一條)

## 第五節 代理人

### 第一 法律上之代理人

(一) 意義

刑事訴訟上法定代理人云者關於自然人當依民法之規定卽未成年者之親權者或後見人及禁治產者之後見人是也其在法人則就法人之犯罪代表法人立於被告人之地位而爲訴訟行爲者也法定代理人代本人所爲之訴訟行爲與本人自身所爲之訴訟行爲同其效果歸於本人

(二) 權限

凡法律上代理人有左之權限

第二編 第四章 訴訟當事者

- (1) 得爲被告人求保釋關於法人原不適用
- (2) 得爲補佐人參與公判之審理辯論
- (3) 有獨立上訴之權利

## 第二 訴訟代理人

### (一) 意義

訴訟代理人云者其事件在罰金以下之刑受被告人之委任爲代理人到裁判所代被告而爲訴訟行爲者也

刑事訴訟與民事訴訟異其原則須當事者本人自身到場唯其罪在罰金以下之刑者得依被告人之委任代理訴訟蓋採用真實發見主義之結果也

### (二) 權限

訴訟代理人之權限限於委任之範圍內其資格別無制限但須有訴訟能力

## 第六節 辯護人

### 第一 辯護之觀念

辯護云者對於一切攻擊防禦之作用也

於刑事訴訟使被告人不蒙不當之不利益此爲檢察官應注意之職務然檢察官原爲原

訴訟代理人

告以原告而計被告之利益殊非適當之機關又審判衙門雖為適用法律所設之機關然聞原被雙方之呈明而為判斷自不能專計被告人之利益且被告人通常不知法律對於攻擊之防禦方法必難盡知法律以辯護人為一種訴訟上之機關使其專注意被告人之利益補助被告人盡其應為之程序不外欲實行當事者同等之原則也

更從觀察之方面區別辯護為刑罰辯護與訴訟辯護及實體的辯護與形式的辯護

### (一) 刑罰辯護與訴訟辯護

所謂刑罰辯護者對於攻擊之內容國家於其公訴事實之範圍內對於被告人主張有刑罰權者也例如犯罪事實之有無被告人責任能力之有無刑權消滅事由之有無諸爭議屬之

所謂訴訟辯護者對於訴訟上方式之攻擊所行之辯護也即爭論攻擊須適合訴訟法規也例如起訴方式之違法管轄遲等主張屬之

### (二) 實體的辯護與形式的辯護

所謂實體的辯護者乃依檢察官或裁判官所行者檢察官或裁判官注意不使被告人失卻訴訟法上或實體法上應受正常之利益也

所謂形式的辯護者指依辯護人之補助機關所行之辯護也

要之辯護者對於攻擊之防禦而行之者其方法方針及程度依攻擊如何而定而其目

的則擁護被告人法律上應享受之利益使不受不正或過當或過酷之裁判也

## 第二 辯護人之地位

### (一) 辯護人者國家機關也

辯護人乃爲豫防被告人蒙不當不利益而設有一國家機關之地位又不僅被告人之利益公益亦存在也

### (二) 辯護人對於被告人立於補助的地位者也

辯護人非單純之被告人代理人非應服從被告人之意思在使被告人得盡其法律所許之防禦方法由來辯護人對於被告之地位或以之爲代理人或以之爲補助者或以之爲有補助的及代理的兩性質者(豐島博士及清水學士等)余採以之爲補助者之說(同說中川博士刑事訴訟法講義)

### (三) 辯護人對於被告人有獨立之地位

辯護人對於被告非應服從其意思其辯論應獨立而述自己之意見故被告人對於辯護人不得強之也

### (問題) 被告人與辯護人意見之牴觸

被告人與辯護人意見牴觸時應如何乎此時不拘被告人之意思應分爲關於辯護人固有之權利時與訴訟上不得違反被告之意思時而說明之

辯護人  
之地位

(一) 卽辯護人之固有權時如訴訟記錄之閱覽抄寫或基於公判之延期推事之

迴避及拒却之呈請公訴不受理管轄違之呈明證據調查等雖違反被告之意思亦得爲之蓋此等事若絕對從被告人之意思則反於爲國家機關之一爲公益而設辯護之旨矣

(二) 反之不得違反被告人之意思而爲者例如上訴之呈明(二四三條)或基於偏頗之原因呈請忌避不許違反被告人之意思而爲之

### 第三 辯護人之選任

(一) 被告人之選任與裁判長之選任

辯護人之選任可分爲被告人爲之與裁判長依法律之規定爲之

(二) 強制辯護及自由辯護

所謂強制辯護者依法律之規定強要辯護人選任也所謂自由辯護者選任與否任被告人自由也裁判長之選任時常爲強制辯護學者稱之爲官選辯護被告人之選任時則稱爲私選辯護

### 第四 辯護人之資格

(一) 官選辯護

爲官選辯護人者限於其審判衙門所屬之辯護士但高等審判廳及大理院無所屬辯

辯護人  
之資格

護士以受訴審判衙門在地之辯護士充之

(二) 私選辯護

私選辯護人從審判衙門所屬之辯護士中選任之爲常但得審判衙門之允許時雖非辯護士亦得爲辯護人

第五 辯護人之權利義務

(一) 權利

(1) 抄寫訴訟記錄或閱覽之之權利(一八〇條)

(2) 與被告人交通之權

(3) 蒞視公判期日之權

(4) 辯護實行權

(5) 上訴權

(二) 義務

(1) 除有正當之理由外有爲官選辯護人之義務

(2) 公判中服從裁判長之法廷警察權之義務

(3) 特定之事件有回避義務(辯護士法一四條)

(4) 其他如辯護實行之權同時亦爲義務

辯護人  
之權利  
義務

第六 辯護之始終

（一）始 期

官選辯護始於裁判長選任之時私選辯護始於向審判衙門提出辯護屆之時

（二）終 期

官選辯護以裁判長取消其選任或其審級之訴訟關係終了爲終期私選辯護則專繫

於被告人之意思若無別段之意思表示則與其審級之訴訟關係終了共消滅

辯護關係之始終

## 第三編 訴訟客體

### 第一章 總論

(一) 刑事訴訟之目的刑罰權之實行也故刑事訴訟客體換言之刑事訴訟之目的物不可不謂為國家請求此刑罰之實行為原告之國家欲依訴訟達其所有權利實行之目的則於訴訟所處理者即國家所為刑事上之請求也

定此請求之當否為犯罪之結果實體的法律關係成立與否實現於訴訟當事者間又訴訟為其自身之目的從而訴訟之目的物得見其為實體法上之法律關係要之刑事訴訟之目的物從所謂犯罪之行為發生為法律上之結果也

(二) 刑事訴訟之目的物從犯罪行為為生為實體上之關係既如前述左列者特認得為從屬的刑事訴訟之目的物

- (1) 有基於犯罪之損害賠償或贓物之返還請求時(私訴)
- (2) 贓物在犯人之手時刑事審判衙門判為應還付被害者
- (3) 被告人有要償之訴時

(三) 公訴不可分



公訴不可分者對於一犯罪生一公訴之謂也爲訴訟目的物之刑罰請求乃因此不可分而生今舉其結果如左

(1) 原因不可分 卽有犯罪發生公訴時爲其公訴發生原因之一切事實爲訴訟之目的物而不可分也

(2) 內容不可分 卽如審判衙門對於公訴之犯罪有主刑與附加刑時此不得分離內容僅就主刑或附加刑而爲裁判

(3) 判斷不可分 卽公訴之事實法律之解釋及其適用上雖生種種之意見但不可不綜合而判斷之

## 第二章 公 訴

### 第一節 公訴之意義

公訴者以國家刑罰權之實行爲目的之訴訟也

分說之於左

(一) 茲所謂刑罰權之實行者刑之宣告及執行也而刑之宣告必先確定犯罪事實之有無然此犯罪事實之認定其自身未決非公訴終局之目的實爲實體上之法律關係或國家請求權成立之手段本法第一條公訴證明犯罪云云不過爲此手段之意義蓋

刑事訴訟法單純確認之訴原則上不存在如僅證明犯罪事實之有無而不宣告所定法律上之結果全無益也例如關於誹毀罪之公訴以自其犯罪所生法律上之結果爲目的非以證明誹毀事實之無根回復被害者之名譽爲目的也

(二) 公訴之目的雖爲刑罰權實行卽刑之宣告執行然訴訟本來之意義僅以判斷國家有刑罰權與否而宣告之爲終了刑之執行國家所最置重爲最終之目的然訴訟本來之意義於執行無關係

(三) 公訴者確認犯罪事實依之以爲刑之宣告者也審判衙門宣告有犯罪之裁判乃宣言客觀的既存在之犯罪非依裁判作出何等之事實故爲刑法定爲犯罪之行爲時卽爲犯罪者非依裁判受宣告始爲犯罪者

◎公訴之用語 法典公訴有訴訟及請求二義

- (一) 用於訴訟之意義者第一條第三條
- (二) 用於請求之意義者第八條第十條

## 第二節 公訴權

### 第一 意義

公訴權云者提起公訴請求審判衙門審判之權利也

公訴之  
意義

## 第二性 質

(一) 公訴權者國家所有公權之一也

公訴權爲刑罰權主體之國家所有之權利公權之一也一說以爲公訴權非權利乃義務但以之爲義務何者爲權利者不可不明之蓋公訴權利義務之觀念必以權利者與義務者對立爲要素故也故雖採用此說

(二) 公訴權者訴訟法上之權利也

公訴權者因對於犯罪行使國家之實體權請求審判衙門之裁判其事實上應隨伴於實體權者也本來訴訟之目的在判斷實體權之有無實際上提起訴訟當不能必爲實體權存在之時審理之結果發見實體權不存在之事往往皆是此際應宣告國家無刑罰權之意旨非以爲無公訴權而却下訴也要之事實上實體權不存在時國家主張其存在有充足之理由則訴訟僅適法成立故公訴權非實體上之權利乃訴訟上形式的權利也

(三) 公訴權者請求審判衙門審判之權利也

國家爲刑罰權之主體代表國家之機關對於審判衙門請求審判實體上有刑罰權與否之權利謂之公訴權

(問題) 公訴權與科刑權之關係

科刑權與公訴權兩者互有密接之關係即定科刑權之存否者公訴權也因公訴權始得運用者科刑權也換言之科刑權爲目的公訴權爲手段科刑權如魚公訴權如水有公訴權而後科刑權始得活動猶之有水而後魚始得活動也

然兩者固非同一者今舉其差異如左

(一) 發生原因異科刑權與犯罪共發生公訴權不必然例如親告罪有告訴始發生公訴權是也

(二) 消滅原因異公訴權依訴訟關係之消滅(即確定判決)而消滅科刑權則確定判決之執行前尙存續

(三) 性質異科刑權乃國家對於犯罪者所有實驗上之權利公訴權不外訴訟上形式的權利故實體權之有無不必一致

### 第三節 公訴權之發生

——公訴權何時發生之問題不可不區別論之

#### 第一 有刑罰權時

國定有刑罰權時公訴權與犯罪同時發生學說尙不一致但親告罪爲例外無告訴不發生公訴權有告訴始發生公訴權也

## 第二 無刑罰權時

無刑罰權時公訴權發生之時期如何此問題甚困難

第一說 以檢察官得有罪之心證與否爲標準檢察官以爲有罪提起公訴之意思決定則公訴權發生

第二說 以公訴提起之時爲公訴權發生之時

第三說 公訴權有發生之時期而非消滅者蓋公訴權之發生乃既存之公訴權於其發生之時期可得行使之狀態也消滅反是於稱爲公訴權消滅之時期成不得行使之狀態也嚴格言之國家無刑罰權之時無論已有之之時公訴權之性質上常生關於行使之時期之問題不生關於發生或消滅之時期之問題依此意義公訴權乃繼續的常存在於審判衙門與檢察官之間而非發生者故不消滅換言之公訴權常抽象的存在於審判衙門檢察官之間爲具體的行使之條件檢察官對於有犯罪之心證或申告罪不過以告訴爲要件

若如通說解公訴則公訴權之消滅實生奇怪之現象卽如親告罪無告訴則公訴權不發生未告訴前豫爲告訴之拋棄則公訴權因未告訴於其未發生前既因拋棄而消滅夫未發生者而消滅於其發生前豈非矛盾乎又公訴權未發生前因時效而消滅亦同一理故刑事訴訟法第六條所謂爲公訴之權非實際上消滅乃關於公訴

公訴權  
之發生

權行使之制限也（參照宮本學士法學志林一二卷七號公訴權之性質）

右三說中第三說雖足爲研究此問題之好材料然實際上得應用之與否尙屬疑問蓋如斯則不僅反於刑訴第六條之明文通說所謂公訴權者自應認爲別個之或權利第二說雖在公訴提起之時然公訴權存在於公訴提起究不可解爲提起其存在之公訴權故余以檢察官思料有犯罪提起公訴之意思決定時解爲公訴權發生信爲正當附記關於公訴權之發生中川博士、豐島博士、谷野學士、富田學士、清水學士木下學士等均曖昧殆無可見之點唯前記宮本學士之論文最可參考

#### 第四節 公訴權之消滅

公訴權之消滅原因如左以下分說之

- （一） 被告人之死去
- （二） 親告罪之告訴拋棄
- （三） 確定判決

◎公訴權消滅原因  
（第六條）

- （四） 犯罪後因頒布之法律廢止其刑
- （五） 大赦
- （六） 時效

## 第一 被告人之死去

被告人死亡刑之目的物已消滅從而科刑權及公訴權當然消滅

(一) 公訴提起前 死亡則刑罰權及公訴權均消滅

(二) 公訴提起後 死亡則訴訟歸於終了審判衙門無裁判之義務

(三) 刑之宣告後 死亡則刑罰權之執行消滅但判決確定後死亡時得從繼承人

徵收裁判費用

共犯者中死去一人其他共犯人不受影響

## 第二 親告罪告訴之拋棄

告訴之拋棄云者告訴權利者拋棄告訴權之意思表示也包含二種情事其一不告訴之  
意思表示其二取消已告訴之意思表示前者稱爲狹義告訴之拋棄後者稱爲告訴之取  
下茲所謂告訴之拋棄爲廣義包含兩者以下略述關於親告罪應注意之諸點

(一) 認親告罪之理由

關於此點或以爲訴追之則被害者既受加害行爲更因發表之於世而受害或以爲非  
被害者希望訴追無訴追之必要然親告罪中有置重於被害者訴追之希望者（例如  
特許法第四五條等）有認爲加重二重損害於被害者之虞者（例如刑法第一三五條  
一八〇條等）固執其一則失之隘矣（同說豐島博士刑事訴訟法論富田學士事訴

訟法要論)

(二) 親告罪之意義

親告罪云者關於犯罪之訴追以有被害者之申告爲條件之犯罪也

(三) 告訴之性質

(甲) 一般性質

由來親告罪告訴之性質有三說 (1)處罰條件說 (2)訴訟條件說 (3)折衷說

(1) 處罰條件說 犯罪行爲以外無被告之告訴則國家之刑罰權不發生

(2) 訴訟條件說 國家之科刑權雖因犯罪行爲而成立唯公訴權須待告訴始發

生

(3) 折衷說 親告罪之被告有一面爲處罰條件他面爲訴訟條件之性質

右諸說中以訴訟條件說爲正當蓋處罰條件說關於時效之起算點無告訴則實體權不生故時效之起算點應解爲非告訴後不能進行或犯罪後即進行無告訴而欲時效進行則比於非親告罪失其權衡矣又犯罪後即進行則告訴前(即刑罰條件發生前)公訴權消滅矣或有以刑法規定中有關於親告罪之規定爲理由而以處罰條件爲要者然此乃便宜上之問題與法理混同原難採用其次折衷說以關於時之效力訴訟法與刑法不同既無專屬自難適用要之以訴訟條件爲妥當



親告罪  
之告訴

(乙) 告訴不可分之原則

告訴不可分云者親告罪之目的物因爲犯罪行爲而生也蓋不可分原則之適用其關係不存於以告訴所呈明之犯罪行爲與被告訴人之間而在於與係於告訴之犯罪行爲之間故假令告訴指名者無罪責另有犯罪人亦有告訴之效果此原則之結果關於親告罪

- (1) 就共犯者之一人告訴之及於全部拋棄之亦及於全部  
(2) 及於犯罪行爲之全體 (1)連續犯 (2)繼續犯 均及於其全體

(丙) 告訴權之主體

即告訴權者如左

- (1) 被害者

茲所謂被害者法益之所有者因犯罪而被侵害也告訴權應專屬於被害者爲原  
則若被害目的物應承繼者則承繼者有此權利例如著作權特許權等

- (2) 法律上代理人

所謂法律上代理人者如未成年者禁治產者實際上無訴訟行爲能力者之法定  
代理人也 此等之無行爲能力者原有事實上之行爲能力故有告訴能力

(丁) 告訴權之發生

告訴權之發生在犯罪成立之時告訴雖爲訴訟條件然犯罪之搜查不必俟告訴（同說中川博士）無告訴提起公訴訴訟不成立應棄却訴訟不爲實體的判斷

(戊) 告訴權之拋棄

(1) 拋棄之方式

告訴之拋棄者有告訴權者不欲訴追之意思表示也拋棄之方式別無制限以書狀或言詞對於被害者或審判衙門同有效力

(2) 拋棄之時期

告訴權之拋棄確定審決前無論何時皆許之但對於共犯者之一人其判決已確定則其內之一人雖不確定已不許拋棄之蓋不得反於告訴不可分之原則也或以爲可許告訴之取下且其效果得及於共犯者彼第二八九條之規定即其根據但同條有破毀判決時之規定應解爲不能適用於此

(3) 拋棄之效力

告訴權之拋棄生左之結果

(一) 積極的效果

積極的效果在使告訴權消滅公訴權失其條件而消滅不得實行科刑權但告訴權者有數人時其一人之拋棄不及影響於他權利者之權利

(二) 消極的效果

消極的效果乃告訴權拋棄者不得再爲告訴判決確定前對於共犯者之一人取下告訴其他共犯者不受影響此蓋從告訴不可分之原則而出者也

(問題) 條件附告訴之效力如何

本問不可不區分說之

(一) 附法律上之條件時

例如犯人之行爲爲構成犯罪者則應爲告訴附加法律上當然應附着之條件則告訴爲有效

(二) 附普通之條件時

雖有主張絕對無效說者余以爲停止條件之際爲無效解除條件之際則其條件無效告訴有效(同說豐島博士刑事訴訟法論)

(三) 其告訴附單純之制限或希望時

例如姦通罪不望處罰姦婦此等之希望及制限均無效告訴有效

第三 確定判決

公訴權以刑罰權之存否及其範圍之確定爲目的其目的達時卽爲判決之確定公訴權自體亦可消滅此稱爲因行使公訴權之消滅公訴只有起訴未達其目的自未消滅若目

決

的既達則刑罰權自因確定判決而消滅又茲所謂確定判決者指關於訴訟本案之實體的判決確定不含所謂形式的確定

第四 刑之廢止

刑之廢止  
犯罪後依新法有刑之廢止與刑名變更之情事異舊法之犯罪新法不認為犯罪時刑罰權可消滅公訴權亦可消滅公訴提起前檢察官已不得提起公訴提起後有刑之廢止則審判衙門應宣告免訴判決後確定前檢察官有上訴之義務

第五 大赦

大赦  
大赦乃本於天皇之大權消滅刑罰權者從而公訴權亦因之消滅

第六 時效

時效有公訴之時效與刑之時效二種公訴之時效者規定刑事訴訟法第八條以下關於公訴權者也刑之時效者規定於刑法第三十一條以下關於刑之執行權者也而茲稱為時效者指稱公訴之時效以下分說之

(一) 時效設置之理由

時效依何理由認之乎關於此點不止刑事上有議論即民事商事亦然今舉應設置公訴時效之諸說如左

1 遺忘說 曰因時日之經過關於犯罪事實之社會或犯人多被遺忘

2 證據湮滅說 曰時日之經過則證據自湮滅不能檢舉矣

3 其他或以爲恩典的或以爲一種之既得權

4 秩序維持說 曰時日之經過使社會之秩序複雜檢舉犯罪却掌其既存之秩序維持社會秩序之必要上不可不認時效

以上諸說中以最後之秩序維持說爲正當蓋遺忘與否證據湮滅與否均爲事實問題他如爲恩典的爲既得權法律之實際生活上別無何等之根據要之從維持社會秩序之必要上規定之較爲穩當

### (二) 時效期間

1 關於死刑之罪 十五年

2 關於無期或長期十年以上之懲役或禁錮之罪 十年

3 關於長期十年未滿之懲役或禁錮之罪 七年

4 關於長期五年未滿之懲役或禁錮又罰金之罪 三年

5 刑法第八十五條之罪 一年

6 關於拘留或科料之罪 六月

7 其他特別法有規定者依之

右規定中關於何罪云者乃依審判衙門所認定之罪名乃法定刑者也

## 時效

(三) 時效起算點

時效之起算自犯罪之日起算其期間

但對於繼續犯罪應自其最終之日起算(一〇條)

而茲所謂犯罪之日者犯罪事實發生之日也若事實亘數日則以其事實最終之日為

犯罪之日如不作為犯自犯罪請求事實終了之日進行自作為義務最後之日起算

(四) 時效之中斷

時效之中斷者因或事實之發生使既進行之期間無效更使新期間開始進行也

◎中斷原因

- (1) 起訴
- (2) 豫審
- (3) 公判之程序

違背起訴豫審或公判程序之規定無效時時效之經過無中斷之效但因審判衙門之管轄違屬於其程序之無效時不在此限

## 第三章 私訴

### 第一 私訴之觀念

有犯罪則其結果國家有刑罰權但犯罪有害他人之私權時被害者有民事上之保護請

私訴之  
觀念

求權無論矣此請求權固應於民事審判衙門請求之然關於刑事上之請求以在刑事審判衙門發生公訴爲常合併此等刑事及民事之訴訟使同歸於刑事審判衙門審理之較爲便宜卽私訴與公訴因同一犯罪而生者則其審理以併合爲便宜若分離之則不僅審理上有不便且難保無裁判之牴觸因之便宜上特設併合審理之規定是爲私訴之觀念

## 第二 私訴之目的

私訴之應請求者損害賠償及贓物返還是也

### (一) 損害之賠償

茲所謂損害賠償者以金錢救濟損害也損害不必以財產上之損害爲必要卽對於身體自由名譽者亦含之例如名譽毀損罪以在新聞紙上登謝罪廣告爲回復名譽之方法也是也

### (二) 贓物之返還

茲所謂贓物者因犯罪所得之物件也卽因強盜竊盜詐欺恐喝或橫領等所得之物件也所謂返還者不必限於有形的交付卽登記抹消之請求亦包含之  
贓物之返還有特別規定贓物在犯人之手時無被害者之請求亦應宣告返還之（刑施六一條）故以贓物返還爲目的之私訴大抵贓物在第三者之手時

私訴之  
目的

## 第三 私訴權之主體

第三編 第三章 私訴

私訴權  
之主體

私訴權之主體爲被害者而被害者中含有直接之被害者及間接之被害者又私訴之目的物(卽客體)爲私法上之請求權權利者雖死去而權利不消滅以移於繼承人爲原則但屬於被害者一身之權利不在此限

第四 私訴之附帶

私訴不拘其金額之多寡第二審判決前無論何時得附帶於其公訴而爲之第三者從民事訴訟法之規定得參加於公訴附帶之私訴此本法第四條之所規定也  
右規定當然之結果如左

(一) 私訴無特別之規定時不可不適用關於公訴之規定

今舉私訴之設有文明者如左

- (1) 私訴附帶於公訴時得不依民事訴訟法之方式以書狀或言詞爲之
- (2) 第三者從民事訴訟法之規定得參加於公訴附帶之私訴
- (3) 民事原告人得於公判開庭前請求呼出證人
- (4) 私訴之辯論須公訴之辯論終後爲之
- (5) 私訴之判決除證據調查未完外應與公訴之判決同時爲之
- (6) 私訴關係人不到場時得從民事訴訟法之規定闕席判決
- (7) 對於私訴之闕席判決受闕席判決得呈明故障但其期間以闕席判決之送達爲



(8) 私訴請求之價額通常雖屬於民事上初級審判廳之管轄審判衙門者亦為第一審之判決

(9) 私訴之原告人被告人擔當人參加人等對於私訴之判決得依法律上訴

(10) 私訴之上告檢察官應於最終陳述意見

(11) 上告審判衙門破毀控訴審判衙門之私訴判決時應移之於審判衙門之民事部

(12) 再審之訴上告審判衙門認為有再審之原由破毀原判決時私訴亦與公訴同不

可不宜告再審

(13) 訴訟費用之負擔及私訴判決之執行均應從民事訴訟法之規定

以上十三項外之事皆須適用公訴之規定或謂私訴無特別規定之事項應準用民事訴訟法之規定但依此說則特別規定依民事訴訟法之事項例如刑訴第四條二項第二〇一條三項第二二六條二項第三二三條等殆無意義矣要之私訴無明文之事項當然適用公訴不得適用公訴時應依條理依條理之判斷準用民事訴訟之規定雖有同一之結果但論者不可不極力區別

(二) 管轄之問題皆依公訴之規定決之

(三) 上訴故障之方式及期間亦須皆依公訴之規定定之

(四) 私訴與公訴共其運命

被告人雖受免訴或無罪之判決審判衙門須就私訴判決本案管轄違時不可不以爲不適法而却下之

(五) 附帶之時期

- (1) 公訴提起後無論何時得使私訴附帶於公訴
- (2) 第二審公訴判決前得附帶私訴於公訴
- (3) 公訴當第二審判決後不得使私訴附帶於公訴

第五 私訴權之發生

私訴權發生

私訴乃因犯罪之不法行爲而生者一般與國家刑罰權之發生同其時

第六 私訴權之消滅

私訴權因左列原因而消滅

(一) 和解或拋棄

和解云者當事者互讓步拋棄權利之一部也拋棄云者乃有私訴權利者之單獨行爲對手人因之得免除其義務也

(二) 確定判決

茲所謂確定判決者限於本案之確定判決

私訴權之消滅

(三) 時效

私訴之時效不論附帶於公訴與訴於民事審判衙門與公訴之時效同一其時效期間及其起算點又時效中斷之原因等均與公訴同一

其他告訴權之拋棄刑之廢止及大赦非私訴之消滅原因

第六 要償之訴

要償之訴云者刑事被告人向民事上之加害者要求損害賠償之訴也茲分說之

(一) 對於私人之訴

左列各款被告人對於告訴人告發人或民事原告人在本案判決前無論何時得於審判衙門爲損害要償之訴

- (1) 被告人受免訴或無罪之宣告時其訴訟之原由出於告訴人告發人或民事原告人之惡意或重大過失者
- (2) 被告人受刑之宣告因於告訴人告發人或民事原告人之惡意或重過失爲過失之呈明時
- (3) 因民事原告人上訴所生之損害得對於爲上訴之民事原告人爲之

(二) 對於官吏之訴

左列各項被告人對於推事檢察官書記官承發吏司法警察官或巡查憲兵卒得提起

要償之  
訴

要償之訴

(1) 被告人受無罪之宣告

(2) 是等之官吏對於被告人故意損害或犯刑法所定之罪

(問題) (一) 公訴私訴之區別

私訴與公訴雖均從同一之犯罪而生實有左之差異

(一) 原因上之異差

公訴權因其犯罪害公益而生私訴權則因害一私人之權利而生

(二) 目的上之差異

公訴權之目的在行國家之刑罰權私訴權之目的限於損害賠償及贓物返還

(三) 權利主體上之差異

公訴權之主體存於國家私訴權之主體為私人

(四) 消滅上之差異

公訴權因被告人之死去而消滅私訴權不然關於親告罪因告訴權之拋棄公訴權即消滅私訴權不然其他刑之廢止大赦為公訴權消滅之原因而私訴權不消滅和解或拋棄為私訴權消滅之原因而公訴權不消滅

(問題) (二) 公訴與其他訴訟之關係如何

## 第一 公訴相互之關係

(一) 數個刑事事件互繫屬於審判衙門時審判衙門得自由審理之

(二) 一事件之裁判其原則對於後之事件以無關係爲原則

## 第二 公訴與民事事件之關係

(一) 關於天然事實時

爲天然事實時頗有爭點例如血族關係年齡問題不拘民事判決之如何刑事推事應以獨立之意見判斷之

(二) 爲法律關係時

(1) 未有民事裁判時不可不爲獨立之判斷

(2) 既有民事裁判時被其拘束例如竊盜罪認定財物之所有者

## 第四編 訴訟行爲

### 第一章 總論

#### 第一 訴訟行爲之意義

訴訟行爲之意義

訴訟行爲者訴訟關係人對於其他訴訟主體從訴訟法之規定所爲之行爲訴訟法上有一定之效果且爲訴訟程序之一部者也

#### 第二 訴訟行爲之性質

訴訟行爲者訴訟關係人向訴訟之目的所行之行爲也卽其行爲爲訴訟關係之成立進行及終了之原因也以下說明其性質

(一) 訴訟行爲者訴訟關係人之行爲也

故第三者如證人鑑定人之行爲非訴訟行爲不過爲訴訟行爲之目的然第三者就自己權利義務之範圍欲受訴訟上之效果或避之則與當事者在同一之地位得爲訴訟行爲例如證人對於罰金刑抗告是也

(二) 訴訟行爲者對於訴訟主體所爲者也

卽訴訟行爲乃訴訟關係人之一人對於其他訴訟主體所爲者故如訴訟委任雖以得

訴訟之效果爲其目的然對於外部其意思表示非對於訴訟主體故非訴訟行爲

(三) 訴訟行爲非法律行爲

訴訟行爲有法律行爲之性質與否尙無定論余以爲宜依所要法律行爲之意義如何而決之若以法律行爲解爲僅生法律上效果之意思表示則訴訟行爲亦得稱爲法律行爲蓋訴訟行爲生訴訟法上效果之意思表示故也然若解法律行爲爲「因欲使私法上之效果發生而生其效果之意思表示」則訴訟行爲不得稱爲法律行爲矣蓋訴訟行爲爲刑事訴訟法上之行爲非私法上之行爲生公法上之效果關於司法權之行爲者也且行爲之希望卽希望法律上之效果發生與否於其行爲之效果無所差異故余解法律行爲與民法總則所謂法律行爲同意義信爲妥當卽解爲因欲使私法上之效果發生而生其效果之意思表示故訴訟行爲非法律行爲（同說豐島博士刑事訴訟法論）若夫以法律行爲解爲使生法律上之效果之意思表示則訴訟行爲之屬於法律行爲也更無疑義要不過名稱之爭以余見之民法既於法律行爲各目之下規定一定之行爲與其強以法律行爲之用語解於廣義認法律行爲有廣狹二義招思想之混亂毋寧不以法律行爲之用語濫用於民法上所謂法律行爲之外可期理論明白較爲妥當（法律行爲說富田學士刑事訴訟法要論清水學士刑事訴訟法論綱）

訴訟行  
爲之性  
質

(四) 訴訟行爲者，意思表示也

行爲者身體之動靜基於意思也訴訟行爲既爲行爲又不外意思表示故全無意思能力者不能爲訴訟行爲然如詐欺強迫錯誤不能稱爲全無意思不過單有瑕疵無妨於爲訴訟行爲（同說豐島博士刑事訴訟法論）中川博士曰「行爲爲意思之表示意思與表示不一致時其行爲之要素有錯誤則行爲無效」此說之前提以訴訟行爲法律行爲之一故要素有錯誤全然無效以余輩見之假令要素有錯誤全然缺意思時不同之意思存在以之爲無效反於訴訟行爲之性質所見殊不常蓋訴訟法上之效力問題依於上訴等之方法訴訟行爲有瑕疵時特認取消之救濟策與全然缺意思訴訟行爲不成立時有別蓋詐欺強迫與要素有錯誤時不能使訴訟行爲全然無效也

（五） 訴訟行爲不得附條件

應認爲條件附訴訟行爲與否由來非無異說余以爲訴訟行爲絕對不得附條件蓋訴訟行爲於訴訟之發生進行終了無效果因使訴訟進行向其終局而行之者故其得存不確定之狀態者非訴訟行爲（同說豐島博士刑事訴訟法論）

第三 訴訟行爲之效力

訴訟行爲之效力在於使訴訟法上效果發生之點而各個情事之效力問題如何與訴訟行爲之性質問題相關頗深前既說明訴訟行爲非法律行爲詐欺強迫無論矣即意思表示之要素有錯誤時亦不妨訴訟行爲之效力反對說謂行爲缺其成立要素時一般爲無



訴訟行  
爲之效  
力

效(富田學士刑事訴訟法要論)其理論雖似明白無所間然究難免失於早計之嫌蓋日本訴訟法之規定對於其判決特設上訴再審及非常上告之制度使主張實體法上或訴訟法上之瑕疵若不於期間內主張之則使不得取消判決但因訴訟行爲之不完全竟以爲一般的全然無效亦未免反於法律之趣旨(同說豐島博士刑事訴訟法論)次訴訟行爲之效力發生時期以到達時對手人爲原則即應依到達主義也

(問題) 對於人違之被告其判決之效力如何

裁判所對於人違之被告人所爲之判決其效力如何之問題可分爲審理中發見時與宣告後發見時而說明之

(一) 審理中發見時

此時不必別爲公訴不受理之宣告使之直從法廷退出更指定期間呼出真正之被告  
告人

(二) 本案判決宣告後發見時

此判決對於何人宣告乎事實上不可不謂爲對於到場審判衙門辯解者爲之者故其判決確定前可依上訴破毀之若已判決確定則應如何乎此點最有議論

第一 無效說 依此說則訴訟行爲不問其程度如何人違者之訴訟行爲法律上

不認存在故全然無效判決確定雖不能以上訴爲其救濟方法然採特別之處置

應下有效之判決以代其無效之判決

第二 有效說 曰純然之法理論無效說雖似正當然自實際上觀之甚不妥當蓋若認訴訟行為爲無效有時雖可明瞭有時亦非無不明瞭者結局各人異其所見凡判決之確定陷於不安固之狀態至害國家權力及法律秩序故人違之際形式的確定力不可不存在之然實體的確定力不存在無一事不再理之效力（同說 豐島博士刑事訴訟法論盧加斯氏）

要之本問與刑事訴訟行為之本質問題深相關聯頗爲重要之問題尙有研鑽之餘地余於訴訟行為之本質論既以爲行為而存在自不認訴訟行為之全然無效故於本問亦以後說爲然

#### 第四 訴訟行為之時

##### （一） 期日

期日者訴訟主體可爲訴訟行為之時期也由裁判長或推事指定之

##### （二） 期間

###### （1） 意義

期間者因訴訟主體爲訴訟行為或不爲之法律或審判衙門所定之時間也

###### （2） 種類

訴訟行  
爲之時

(甲) 行爲期間

行爲期間者在其期間內不可不爲或訴訟行爲否則失其爲之之權利也例如故障或控訴上告呈請之期間是也

(乙) 不行爲期間

不行爲期間者在其時間內不可爲或訴訟行爲之謂也例如召喚狀之送達與被告人之到場其間至少須有二十四時之猶豫是也(六九條)

(3) 原狀回復

不守期間之規定應失其訴訟之權但疏明具備左列二要件則原狀回復即使期間懈怠前之狀態回復

(甲) 實體的條件

實體的條件要因天災及其他不可避之事變即所謂不可抗力經過期間

(乙) 形式的條件

形式的條件要自障礙止日上訴或於故障期間內以書狀上訴或呈明故障

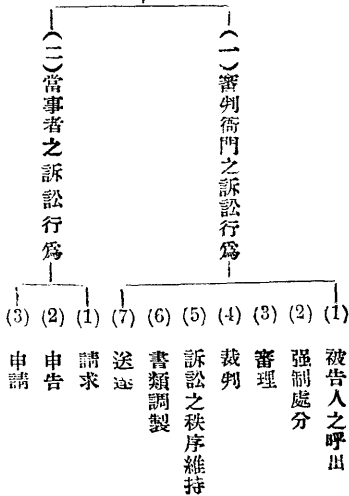
第五 訴訟行爲之場所

訴訟行爲通常於審判衙門內爲之臨檢及其他必要時得於審判衙門外爲之

第六 訴訟行爲之分類

訴訟行  
爲之場  
所

◎訴訟行為之分類



第二章 呼出及強制方法

第一節 呼出

第一 意義

呼出者傳被告人證人鑑定人其他訴訟關係人於裁判官面前之命令當依送達召喚狀或呼出狀而行之者也於公判開廷時以言詞告知次期開廷日作為傳喚亦有效也

而呼出與召喚性質相同不過公判時稱呼出豫審時稱召喚而已

## 第二要件

- (一) 以裁判官之命令爲之
- (二) 對於被告人證其他訴訟關係人
- (三) 送達呼出狀或召喚狀

現行犯或其他之情事檢察官司法警察官搜查之必要上得爲呼出之事但此屬於搜查行爲非固有之訴訟行爲

## 第三 呼出之效果

- (一) 適法之呼出於其本人生到場之義務
- (二) 被告人若不應呼出時一經發出勾引狀則受直接之強制
- (三) 證人鑑定人繙譯官無正當之事由不應呼出則宣告因其不應所生之費用賠償及罰金且可向證人發勾引狀

## 第二節 強制方法

- └ (一) 人的強制 ─┬ (1) 勾引
- └ (2) 勾留

◎強制方法



第一款 人的強制

第一勾引

勾引者強制被告人而引致於審判衙門之謂也但勾引必用勾引狀今將發勾引狀分說於左

(一) 豫審

(1) 被告人不應召喚時

(2) 不依召喚程序而直勾引時

- (一) 被告人無一定之住所時
- (二) 被告人漂滅罪證或有逃亡之虞時
- (三) 被告人犯未遂罪或脅迫罪尙欲遂其目的時

(二) 公判

裁判長無論何時對於可當禁錮以上之刑之被告人得發勾引狀

勾引

## 第二 勾留

### (一) 意義

勾留者以使被告人現當訴訟爲目的依勾留狀逮捕監禁之之命令也

### (二) 條件

#### (甲) 一般條件

- (1) 一定之人爲或行爲之嫌疑
- (2) 其行爲爲犯罪之嫌疑
- (3) 當罰金以上之刑者

須有右三個之條件

#### (乙) 特別條件

- (1) 被告人有逃亡之恐
- (2) 被告人有湮滅之恐

### (三) 消滅原因

- (1) 當罰金以下之刑宣告釋放或取消時
- (2) 控訴審判衙門宣告無罪免訴公訴不受理或管轄違時但勾留狀與管轄違之判決共保存時不在此限

(四) 勾留狀之執行

(1) 執行機關

勾留狀之執行檢察官指揮之使巡查憲兵卒執行之對於在監中之被告人所發之勾留狀使司獄官吏執行之依勾留狀受取被告人之典獄當檢察官出監指揮或刑之執行指揮前依監獄法拘禁之

(2) 執行之制限

通常對於不服從審判衙門裁判權之人無發勾留狀之事

苟對於被勾留之人執行上可謂無何等之制限

第三 逮捕

被告人之所在地不明時豫審推事送被告人之人相書於各檢察官長得請求搜索及逮捕受此請求之檢察官長使屬其管轄之檢察官執行搜查及逮捕此時該檢察官得發逮捕狀此逮捕狀與勾留狀有同一之效力

逮捕

逮捕被告人以依令狀行之爲原則然逮捕禁錮以上之刑之現行犯時雖無令狀亦得逮捕罰金以下之刑之犯人而爲現行犯時限於該犯人氏名住所不明時及有犯人逃亡之恐時無令狀亦得引致於相當官署

第四 保釋及責付



保釋及  
責付

— 勾留之必要全然消滅時無論何時可取消之現行法除一定之情事外不許勾留之取消然現行法設停止一時勾留狀之效力之制限以爲保釋及責付

(一) 保釋

保釋者出證書及保證使被告人無論何時應呼出到場而解其拘禁之謂也

(二) 責付

責付者審判衙門認爲無拘禁之必要對於拘留中之被告人一時解其拘禁之制度由其親族或其他故舊出具被告人到場之證書若被告人不應則呼出責付取消

## 第一款 物的強制

第一 物件提出之義務

物件提出  
義務

關於可爲證據資料必要之物件審判衙門命提出時所有者及管理者有提出之義務

第二 搜索

(一) 意義

搜索者發見證據物沒收物件或被告人之手段也

(二) 客體

搜索之客體即可爲目的物者 (1) 住居 (2) 身體 (3) 物件 (4) 一定場所四者是也

第四編 第二章 呼出及強制方法

搜索

(三) 制限

(1) 家宅搜索以夜間不能行之爲本則但如公衆出入之旅店割烹店公開時間則無論何時亦無妨

(2) 對於有治外法權人之身體物件及其他住居等不得搜索

(四) 搜索之手續

其日搜索未了則閉鎖其場所之周圍或置看守人俾得中止之又搜索中得禁未得允許者之出入而搜索之際與對於其住居身體及其他之情事應常作成調書又搜索住居須被告人或物件藏匿者或此等同居之親族或市町村長蒞視

第三 差押

(一) 意義

差押者審判衙門爲占有特定之證據物件或沒收物件而行之強制處分也

(二) 程序

差押之程序對於一定之目的物先作差押物件之目錄以之作成調書且目的物可施認印也其目的物之監護或遞送屬於審判衙門書記官之任務

(三) 制限

差押者其原則不拘物件提出義務之有無對於被告人及其他如何之人之有體物產

亦得爲之其例外有左之制限

(1) 對於有治外法權者所有物件不得爲之

(2) 在有治外法權時不許之

(3) 可拒證言者之所有物而關於默秘義務之物件不得差押之但有所有者之承諾

時不在此限

(四) 效力

差押以該物件之占有移於審判衙門爲其效果然所有者之所有權及其他權利不因之消滅不過一時之權利不行使而已其不應沒收者因還付之宣告確定消滅差押之

效力

## 第三章 證據

### 第一節 總論

#### 第一 證據之意義

證據之意義如何由來其說不一或以爲證明之原因或以爲證明之作用即證據方法或以爲證明之結果或以爲證明之材料或以爲此等證明之原因證明之作用證明之結果

證明之材料均包含在內或以爲證據有廣狹二義廣義包含此等狹義爲證明之原因然余以證據爲證明之原因信爲正當卽證據者使或事實生正確之確信之原因也

分說右定義如左

(一) 證據者證明之原因也

卽證據者就或事實之判斷與以正確之心證以爲證明之原因也

(二) 證據者裁判之物也

於裁判外或有爲證明之原因者然此所謂證據者必不可不專關於裁判上之判斷

(三) 證據者事實也

卽證據者不在爭法律之存否解釋之如何法律問題者判官之職責而證據者就事實

不明點證明之以便得其確信爲目的

## 第二 證據之目的物

刑事訴訟之目的在刑罰權之實行其證據之目的物以定刑罰權之存否爲必要之事實卽量定可爲犯罪之事實及刑以爲必要之事實訴訟上必要之事實多以疏明爲足使爲疏明之時不要證明例如拒却之原因不能到場之事由證言拒否之原因證人無人違之事實等之事實以疏明爲足

一般可要證明之事實有時亦有不要證明者不要證明之事實却無所用證據方法今舉

證據之  
目的物

證據之  
意義

之如左

1 法律之推定事實 例如新聞紙條例第十一條等

2 顯著事實（公知事實） 所謂顯著事實者公知之事實而為一

◎不要舉證者  
般多數人之確信認之為真實者也例如歷史上之事實天災等事

實

### 第三 舉證責任

舉證責任  
刑事訴訟所謂實體的真實發見主義採用之結果事實證明之責任非當事者審判衙門  
進而有以職權定事實真否之權限故民事訴訟之舉證責任在當事者刑事訴訟之刑事

責任在裁判官

### 第四 自由心證主義

自由心證主義  
裁判官依其自由心證可判斷必要事實之真否現行法不採用所謂制限證據主義昔因  
置重自由致生拷問強迫之弊現行法不拘自白如何全依裁判官之自由心證焉參照緒  
論之刑事訴訟法諸主義可得詳細

### 第五 證據之種類

(一) 有罪之證據與無罪之證據

第四編 第三章 證據

普通證據者罪證卽有罪之證據也反此之事實之證據稱爲無罪之證據或反對證據

(二) 直接證據與間接證據(徵憑)

直接證據者謂或事實足直證明以證據爲必要之或事實之正確也例如犯人在審判衙門之自白或傍觀犯人犯罪之證人之證言等足直證明犯罪事實之正確屬於直接

證據

間接證據卽徵憑謂或事實雖不足直證明以證據爲必要之或事實然綜合此等事實所證明之或事實推理之結果遂至證明其事實之正確例如人相或音聲等依被害者之早明且因平素之行狀不良受強盜之嫌疑者自有其犯罪時所有金錢或浪費均不相應或犯罪時適外出不在其家又受嫌疑者洩其所知之人犯罪之事情此等事實被證明時綜合其事實遂得明確其人爲犯人是爲間接證據現行法第九十條所謂徵憑卽指此間接證據也

第六 證據調查(證據調)

證據爲事實欲得證據不可不調查得供給其事實者稱此調查爲證據調查

第七 證據方法

證據方法者可利用於事實之認識之物或人也此可分之爲物的證據方法與人的證據方法證據物及證書屬於物的證據方法被告人證人鑑定人屬於人的證據方法

證據之種類

證據調查

證據方法

注意 證據正當之意義固為證明之原因然日本訴訟法有時亦指證據方法為證據例  
—如法文稱證據之蒐集是也

（問題）證明與疏明之區別

（一）實質上之區別

可疏明之事項於訴訟關係之進行及成立限於必要之事實證明反是乃關於基

於刑罰權之事實也

（二）舉證者之區別

要證明之證據推事依其職權有舉之之義務疏明反是當事者之一方對於裁判

官負必為之之責任

（三）程度上之區別

疏明者推事信或事實之存在時依之達其目的者也證明反是要達於不許反證

之程度

## 第二節 證據方法

（一）人的證據方法

- (1) 被告人
- (2) 證人
- (3) 鑑定人

### ◎證據方法

(二)物的證據方法

- (1) 檢證
- (2) 書證

第一款 人的證據方法

第一 被告人

被告人有當事者(即訴訟主體)之地位同時又為證據方法之目的物

被告人

被告人之陳述最置重其證據調查人情也昔時置重被告人之自白其結果致有強迫拷問之弊今日以自白為判決之資料與否悉依裁判官之自由裁量

第二 證人

(一)意義

證人者於訴訟外就實驗事實對於裁判官為陳述之第三者也分說之如左

(1) 證人者第三者也

故左列者不得為證人

◎無證人資格者

- (1) 與於其事件之推事檢察官及書記官
- (2) 其事件之被告人及共同被告人
- (3) 其事件之辯護人法律上代理人及訴訟代理人



# 證人

(2) 證人者在訴訟外報告實驗者也

此為與鑑定人不同之要點即鑑定人為訴訟而實驗者也證人者不過在訴訟外報告實驗而已

(3) 證人者對於裁判官陳述事實者也

茲所謂裁判官者豫審推事受託推事受命推事也於現行犯時對於檢察官或司法警察官亦得陳述

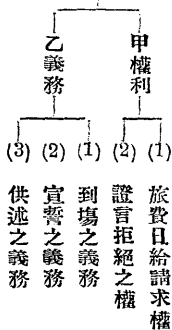
(4) 證人者報告實驗者也

依五官之作用報告過去實驗之事實非陳述自實驗而生之變更推斷

## (二) 權利義務

證人之權利義務如左

### ◎ 證人之權利義務



## (三) 訊問手續

(1) 關於證人訊問先送達呼出狀呼出之但不受呼出而到場者無異議時不在此限

(2) 證人有數人時各別訊問使其不接言語但既知事實之真相必要對質時不在此限

(3) 訊問之順序先訊問證人之身分及被告人之關係後及本案事件而訊問調書於豫審讀之使署名捺印以保證其供述無誤若公判則單記載公判始末書足矣

### 第三 鑑定人

#### (一) 意義

鑑定人者基於因訴訟所實驗之特別技能對於裁判官陳述判斷之第三者也

(1) 鑑定人者第三者也

(2) 鑑定人者有特別之技能者也

若不待特別之技能而得知者不必別要鑑定

(3) 鑑定人者述判斷者也

基於此特別知識之判斷所為鑑定也

(4) 鑑定人之判斷因訴訟為之者也

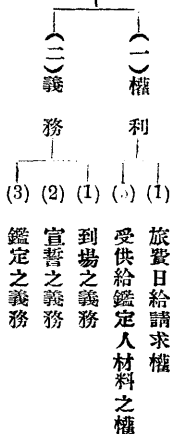
其判斷要在訴訟中報告偶然過去所實驗之事實乃證人非鑑定人者要為訴訟於訴訟中實驗之者也

(5) 鑑定人之判斷乃對於裁判官供述者也

命鑑定者審判衙門也受其供述鑑定之結果者裁判官也

(二) 權利義務

◎鑑定人之權利義務



(三) 鑑定程序

- (1) 命鑑定者其原則為裁判官也受適法鑑定之命令者有為此之義務
  - (2) 鑑定人於其鑑定上以為必要時可以解剖已埋葬之死體又可發掘墳墓
  - (3) 鑑定之結果普通依鑑定者上申之於裁判官但以言詞直表示意見時不在此限
- (問題) 證人與鑑定人之區別

第一說 (富田學士刑事訴訟法要論列烏葉氏等)

曰證人者單供述實驗事實者也鑑定人者不在報告實驗事實而述判斷者也

第二說

曰鑑定人者基於特別技能供給判斷者也證人者無特別技能者也

第三說（枯拉色魯氏等）

曰證人者報告過去實驗之事者也鑑定人者基於現在之事實而判斷者也

第四說（中川博士豐島博士清水學士等）

曰證人者於訴訟外報告實驗事實者也鑑定人者訴訟中爲訴訟供給實驗者也以上諸說中余信最後之說爲正當蓋 第一說依判斷與報告而區別之嚴格言之無記憶毫不伴判斷力之情事故不爲兩者之區別 第二說依特別技能之如何區別之然證人亦有有特別技能實驗過去事實者僅謂鑑定人有之不可也 第三說依過去之實驗與現在之實驗區別之嚴格言之現在之觀念不外指過去與將來之間假令於法廷爲鑑定其鑑定結果之供述不外其以前實驗之結果即以十日前與一秒前其爲過去之點無異者似不可也故結局信第四說爲正當蓋第四說乃依有訴訟實驗與否而認兩者之區別也

第二款 物的證據方法

第一 檢證

（一） 意義

檢證者以訴訟法所定之方法實驗檢證物之證據調查也茲所謂檢證物者合體事實

之物體也

檢證與臨檢不可不區別之臨檢者臨犯所及其他場所而爲檢證之謂也故檢證有於法廷內行之者臨檢則必於法廷外爲之

(二) 目的物

檢證者對於以爲依之可證明一定事實之物體行之也故凡人畜不動產及其他物件可依五官之作用感知者皆可對之行之但關於書證不在其內蓋書類依朗讀爲證據調查也

(三) 程序

(1) 檢證依裁判官之行爲爲之在現行犯之時檢察官司法警察官亦可爲之  
(2) 檢證之場所常於公判爲之檢證之結果記載之於調書公判始末書又臨檢犯所及其他場所時須作成檢證調書檢證調書者記載可證明犯罪之方法性質日時場所及被告人確係本人等事也

(3) 以檢證物示被告人使之辯解讀檢證調書使之聞之但非使之辯解不許以之爲證據採用之於判決

第二 書 證

(一) 意義

書證者依文書而現之思想以之供證明之用之謂也

(二) 目的物

書證之目的物限於文書文書者依文字而現之意思表示也此點與檢證之目的物不同檢證之目的物乃物自體供判斷之資料書證與物自體無關係現於其文書之思想爲直接判斷之資料也例如借用證書屬於書證探其證書之墨色屬於檢證也

(三) 程序

書證之證據調查方式依朗讀而爲之該證書依搜索及差押而使之歸於審判衙門之占有普通依審判衙門書記官之朗讀而爲之然裁判官亦不妨自朗讀之

## 第四章 裁判

### 第一 意義

裁判之意義

裁判者審判衙門或裁判官宣言國家意思也此不問其在訴訟上所爲與在實體上所爲又不問依判決之形式所爲與依決定或命令之形式所爲

### 第二 種類

裁判可分類如左

裁判之種類

◎裁判之種類

- (一) 判決
  - (1) 終局判決
  - (2) 中間判決
- (二) 決定
- (三) 命令

(二) 判決

(甲) 意義

判決為裁判之主必經公判程序始足今舉判決命令與判決之差異如左

判決之意義

◎判決決定命令之比較

- (1) 判決須已經公判程序為之決定命令則不然
- (2) 判決及決定通常審判衙門為之命令通常推事為之但如豫審終結決定者豫審推事為之
- (3) 判決常以理由為必要而決定命令不然豫審終結決定及抗告審之決定必附理由
- (4) 判決決定合議審判衙門以合議為必要命令則除發勾留狀外常不以合議為必要
- (5) 對於判決之攻擊方法依控訴上告非常上告再審或故障方法對於命令呈明異議之外不認上訴

(6) 判決決定命令各異其形式蓋判決有判決之形式決定有決定之形式命令有命令之形式

(乙) 種類

判決分爲終局判決與中間判決

判決之種類

(1) 終局判決者於其審級使訴訟爲終局之判決也例如宣告有罪無罪之判決是也

(2) 中間判決者爲本案終局判決之準備所爲之判決使訴訟尙繫屬於其審級之判決也例如却下公訴不受理之呈明之判決却下管轄違之呈明之判決等是也

(二) 決定

決定以關於訴訟方式之裁判爲主即決定者關於對於判決之訴訟準備事項所爲之裁判也

(三) 命令

命令以合議體機關所爲之裁判爲主其事項乃關於不屬判決及決定之訴訟準備事項者也

決定命令

第三 裁判之成立

關於裁判之成立不可不分單獨制之審判衙門與合議制之審判衙門說明之



## (一) 單獨制之審判衙門

初級審判廳推事豫審推事裁判長受託推事受命推事爲裁判時依單獨推事之意思決定而成立余信爲正當或有謂因宣告而成立者但宣告乃宣告既存之裁判非因宣告而裁判始成立也唯事實上宣告前之裁判對於外部不得對抗其存在此爲事實法理上裁判成立之間題非在宣告前則裁判宣告有誤謬時必生不得更正之不便也

裁判之  
成立

## (二) 合議制之審判衙門

裁判之順序先爲各裁判官之評議定足數之推事依法律之所定採決評議確定合議體之意思以之爲裁判關於裁判之成立時期其說不一或謂判決成立於宣告之瞬間前決定則依決定書之作成或謂判決依宣告而成立或謂在判決書作成之時余以一般依裁判官之評議採決而成立者爲正當蓋對於裁判外部之效力依宣告而非依宣告而裁判成立也前述有存在宣告前之裁判言宣告也依宣告而裁判成立反於一般之觀念故余以爲合議體於評議採決之時裁判成立也

## 第四 裁判之評決

單獨推事依其調查之結果裁判時全在其精神作用不須別設規定然合議審判衙門有推事數人難保其意見不異評決亦不可不定其順序及採決方法

## (一) 評議

評議者各推事交換意見也今分說之

(1) 要定數之推事出席

地方審判廳三人高等審判廳五人大理院七人

(2) 依蒞視推事爲之

可爲評議之推事要爲引續審理已蒞視之推事

(3) 評議秘密行之

卽非如公判公開者

(4) 評議者由裁判長整理之

卽如其順序意見採決裁判長司之

### (二) 採決

評議結果之採決絕對依過半數推事之意見有三說以上各不達過半數時自無利益於被告人之意見順及有利益於被告人之意見合算之達於過半數決之而採決非對於理由乃對於結果也

### 第五 裁判之告知

裁判常要告知之告知之方法有依言詞與依書狀之別依書狀則依送達判決以依言詞宣告之爲原則如闕席判決依送達之豫審終結決定必不可不依書狀判決則朗讀其主

裁判之告知

裁判評決

— 文宣告之其理由同時朗讀之或告以要旨

## 第六 裁判之確定力

### (一) 確定力之必要

裁判確定之必要

在單純之理論上無論對於如何之裁判如何之時期許不服之呈明苟有誤謬之存在應許其更正但如斯毫無制限不僅裁判永久不得執行且紊一國之法律秩序故依裁判之種類或其時期確定之

### (二) 確定力之種類及特質

裁判之確定力分爲形式的確定力與實質的確定力

#### (1) 形式的確定力

形式的確定力者不能依故障上訴之方法而攻擊之之效力也即上告審之裁判始生形式的確定力第一審及第二審之裁判許其攻擊若不攻擊經過期間則生形式的確定力

#### (2) 實體的確定力(一事不再理)

##### (甲) 意義

實體的確定力者就生形式的確定力之裁判更就同一事件不再受裁判之效力也  
裁判僅形式的確定未能貫通法律認裁判確定力之趣旨蓋同一內容之事件無制

確定力  
之種類  
及特質

限屢受國家之審判名雖確定終歸有名無實故法律既認形式的確定力同時復認實質的確定力學者稱此實質的確定力爲一事不再理之原則蓋判決確定則公訴權因之消滅得其判決之事件爲既判事項不可再爲刑事訴訟之目的也

而生實體確定力之裁判限於判決在判決中又限於本案之判決訴訟判決不生實體的確定力分說之如左

(乙) 生實體的確定力之裁判

(1) 限於判決

決定命令不生實體的確定力但關於豫審免訴之終結決定則生實體的類似之確定力即若無新證據則生不受再起訴之效果

(2) 限於本案判決

訴訟判決有二 (1)管轄違之判決 (2)公訴不受理之判決此雖確定亦不生實體的確定力生實體的確定力者限於本案之判決即如左

(注意) 谷野學士謂非本案判決其確定後非補欠缺之條件則

以不更爲訴訟之目的物之點爲有一種實質的效力然此不過實質的文字用語之爭也

◎生實體的確定力之裁判



(丙) 一事不再理之條件

一事不再理者對於同一被告事件即同一被告人就同一犯罪事實不許二個以上之訴訟之謂也其條件如左

(1) 被告人同一

同一事件而被告人不同時其一人雖有確定判決其他不受影響

(2) 犯罪事實同一

對於同一被告人爲其訴訟目的之犯罪事實不同時不適用一事不再理而犯罪事實即所爲之同一須注意左列之點

(1) 罪名之變更更於犯罪事實無關係

(2) 事實之補助或減縮不影響於犯罪事實

(3) 於判決所認犯罪事實之變更難以一概論斷惟動作或結果同一時得稱爲同一之事實例如犯罪之日時場所不同是也

(二) 關於繼續犯連續犯及牽連犯有說焉

一事不再理之條件

第一說 限於事實上被認於判決之範圍爲同一犯罪事實其他雖爲判決確定前之所爲亦爲別個之犯罪事實不適用一事不再理

第二說 苟依法律可以爲一罪處罰之行爲總含於同一犯罪事實蓋連續犯繼續犯罪之手段或結果之行爲皆屬於茲所謂同一犯罪事實中也

第三說 豐島博士中川博士等所主張以爲事實之分界須以判決確定之時爲標準判決確定前之行爲使包括屬於同一犯罪事實中其後之行爲各構成別個之犯罪事實一事不再理之原則不能及之蓋以第一說失於狹隘第二說失於廣汎也右諸說以第三說爲穩當

# 第五編 公判準備

◎訴訟  
程序之  
順序

- (一) 搜查
- (二) 起訴
- (三) 豫審
- (四) 公判
- (五) 執行

## 第一章 搜查

### 第一節 通論

#### 第一 搜查

搜查之  
意義

— 搜查者定起訴不起訴以得必要材料爲目的之檢察官及其補助官所爲之起訴準備程序也  
— 搜查程序者起訴之準備受嫌疑者不至有訴訟主體之地位即訴訟若未繫屬者則與公訴提起後之程序不同搜查權專屬於檢察官

#### 第二 搜查之目的

— 搜查者公訴提起之準備也其目的如左

#### 第五編 第一章 搜查

搜查之  
目的

(一) 或行爲犯罪與否

(二) 何人爲犯人與否

(三) 證據保全

(四) 防禦嫌疑者逃走

第三 搜查之始終

(一) 始期

國家機關以爲有犯罪或有犯罪之嫌疑時生搜查權事實上搜查之開始在有搜查權者實際上活動之時

關於親告罪有解爲告訴前生搜查權者(豐島博士)然告訴爲公訴提起之條件準備提起公訴法所不禁以告訴前不妨搜查也(同說中川博士清水學士富田學士)

(二) 終期

搜查何時可終乎搜查者起訴不起訴準備之程序也故於起訴後終了者不可也蓋於起訴後亦爲訴訟實行上又其維持上所必要者故可解爲未終了也然則搜查何時可終乎應解爲關於結局事實之最終審判前較妥蓋判決確定時一般終了其他至控訴審之判決爲止上告審不爲事實之審查故不爲判決確定亦無搜查之必要

搜查之  
始終

第四 搜查之端緒



搜查之  
端緒

「檢察官因告訴告發現行犯及其他原因認知有犯罪或思料有犯罪時可搜查其證憑及犯人」爲第四六條所規定是關於搜查之端緒者也而可爲搜查端緒之原因非限於告訴告發現行犯故本條爲一般的包括的規定也今舉其重者如左

(1) 告訴

◎搜查端緒之

(2) 告發

重原因

(3) 自首

(4) 現行犯

## 第二節 告訴告發及自首

### 第一 意義

(一) 告訴

告訴者申告被害事實於該管官憲希望其訴追之意思表示也

告訴告發及自首關於親告罪告訴乃訴追之條件關於非親告罪不過單純犯罪之端緒而已

(二) 告發

告發者由犯人或被受害者以外者申告犯罪事實於搜查權者之謂也

告訴告  
發及自  
首

犯罪之告發者別非訴訟條件不過以單純犯罪搜查之端緒爲原則稅務官依間接國

稅犯則者處分法而爲告發者所謂訴訟條件公訴條件也

(三) 自首

自首者犯罪者自身積極的申告其犯罪事實於搜查權者之謂也

自首於犯罪發覺前則爲刑罰之免除或減輕之原因但非訴訟法上之問題

### 第三節 現行犯

#### 第一 現行犯之意義

現行犯者現行又現行終時發覺之犯罪之謂也

此意義尙分說如左

(一) 現行者犯罪實行中之謂也

(二) 現行終時者犯罪實行後直接其實行存續實行當時之狀態之謂也又爲終者不

限於犯罪既遂時未遂時亦得存在

(三) 發覺者犯罪事實被犯人以外者覺知之謂不必問犯人之何人發覺也

#### 第二 準現行犯之意義

準現行犯者就可處罰金以上刑之犯罪準照現行犯處理也

(一) 被一人或數人追呼爲犯人時

現行犯  
之意義

準現行  
犯之意

(二) 攜帶兇器贓物其他物件又身體被服有顯著犯罪之痕跡而思料爲犯人時

(三) 於家宅內爲檢證犯罪又爲逮捕可思料爲其犯人者由戶主求其處分時茲所謂戶主之請求者可解爲包含戶主及代之者也

於右準現行犯之時亦與現行犯之時同如後所述可依對於現行犯之特別處分

### 第三 現行犯之特別處分

關於現行犯及準現行犯之搜查爲一般搜查程序之例外而定所謂特別處分之程序也其特別程序大要爲二其一關於逮捕引致之規定其二關於所謂豫審類似處分者是也以下分說之

#### (一) 逮捕及引致(即強力使用)

(1) 當司法警察官及巡查憲兵卒行其職務知有可受重罪或禁錮刑之輕罪之現行犯時不待令狀而可逮捕被告人也(五八)

知有可受罰金刑之輕罪或違警罪之現行犯時問明被告人之氏名住所輕罪者可告發於檢察官違警罪者可告發於即決之官署若其氏名住所不明或有逃亡之恐者可引致於檢察官或官署巡查憲兵卒已捕被告人時可速送之於司法警察官

(2) 不限何人見有可受重罪又禁錮以上刑之輕罪之現行犯時得直逮捕被告人此時逮捕犯人者可送之於司法警察官若不能引致時陳述自己之氏名職業住所

現行犯  
之特別  
處分

及其逮捕之事由得假交付之於巡查憲兵卒而交付被告人於巡查憲兵卒時速告訴或告發又被告人或巡查憲兵卒得求逮捕者同至官署逮捕者若無正當之事由不得拒其要求

(二) 豫審類似之特別處分

(1) 地方審判廳及初級審判廳所配置之檢察官較豫審推事先知有重罪又屬於地方審判廳管轄之輕罪之現行犯時若要其事件急速則不待豫審推事得通知其旨臨檢犯所而為屬於豫審推事之處分但不得為罰金又科料及費用賠償之宣告又證人及鑑定人之供述不用宣誓可聞之

(2) 初級審判廳所配置之檢察官知有屬於其審判衙門管轄之輕罪現行犯時要其事件急速則可行與前述相同之特別處分

(3) 司法警察官較豫審推事先知有此等前述二種情事之現行犯時司法警察官得假行就檢察官所許之處分但不得發勾留狀

此時司法警察官添意見書於證憑書類速送於管轄審判衙門所配置之檢察官逮捕被告人時可共送之

而茲所謂假者若檢察官自開始其程序時司法警察官直可停止其程序之義也

◎ 搜查後之程序

搜查後  
之程序

(1) 初級審判廳所配置之檢察官受右事件之送致時依其書類決定起訴不起訴而為其程序

(2) 初級審判廳所配置之檢察官就重罪或屬於地方審判廳管轄之輕罪之現行犯行完特別程序則可送致其事件於地方檢察廳檢察官就初級審判廳管轄之輕罪現行犯終特別程序則決起訴或不起訴而可行其程序然若發拘留狀則三日內必行起訴之程序

(3) 地方檢察廳檢察官終其自為之特別程序又受由初級檢察廳檢察官或司法警察官送致事件時可決起訴不起訴而行其程序也當此時假令拘留被告人亦無起訴之必要又與事件共受被告人之送致時二十四時間以內訊問之又必要訊問時得發拘留狀

(問題) (一) 檢察官司法警察官對於現行犯特別處分之性質搜查處分平豫審處分乎

本問之解決如何於其結果生重要差異即若為豫審處分則其效果中斷公訴之時效且為對於土地管轄之先着手反是起訴前之程序不生如斯之效果

然今日通說謂起訴前之處分為搜查處分已一致蓋現行犯之特別處分固類似豫審然此特別處分之後檢察官行起訴或不起訴之處分規定於第四百九十九條第二

項其爲起訴前之處分也明矣（同說豐島博士中川博士谷野學士富田學士清水學士等）

要之反對說者第四百十五條之前段中地方檢察廳檢察官添意見書於證憑書類送致之於豫審推事以其旨之規定爲根據者也但此規定寧可見爲添意見書於證憑書類送致於豫審推事時始因豫審之請求提起公訴者而反對說可謂無容之餘地矣

（問題）（二） 犯所之臨檢爲特別處分之條件乎

第四百四十四條之所謂「臨檢於犯所」之文字絕對的要件乎或單例示乎解決之後本間自可決矣

第一 例示說（豐島博士清水學士三十一年以前大理院判例等）

曰關於所謂現行犯之特別處分不必臨檢犯行之場所法文臨檢犯所云云之規定不過例示的規定非絕對以之爲要件之趣旨此於第四百四十八條第二項見之地方檢察廳檢察官事現不臨檢犯所自明白矣更自不以被告人訊問或拘留之處分爲必要等點推測之亦可知爲例示又如立法論臨檢犯所時許之否則不許之豈非不能發見何等根據乎

第二 要件說（松室學士谷野學士富田學士最近大理院判例等）

曰犯所之臨檢非例示的乃必要條件也法文有臨檢犯所之語不啻示爲要件反對論者但以第四百四十七條第二項之規定謂不臨檢犯所又許特別處分此由觀察之方面有誤蓋此際地方檢察廳檢察官自身雖不臨檢犯所然爲其補助者之初級檢察廳檢察官或司法警察官既臨檢犯所與自臨檢何異

右兩說中例示說理論雖似明白然立法論總以現行法之解釋爲主法典既明記臨檢犯所自應以臨檢爲要件較爲妥當日本大理院始雖採用例示說然自明治三十一年刑事聯合部之判例以來迄於今日均採用以臨檢爲要件之說

### (高題) (三) 豫審推事對於現行犯之特別處分搜查處分乎豫審處分乎

「豫審推事較檢察官先知有重罪或屬於地方審判廳管轄之輕罪之現行犯時要其事件急速則不待檢察官請求得直通知其旨着手豫審」此第四百四十二條之所規定也本問屬於本條之解釋問題關於本條之解釋爲豫審處分非搜查處分殆無反對說蓋同條有着手豫審之文字無反對之意義也然則此際公訴提起之時期卽爲着手豫審之時歟第四百四十三條雖無檢察官起訴之規定然豫審推事作檢證調書受理公訴其檢證調書作成之時卽爲公訴提起之時故其檢證調書作成前之行為雖生爲豫審前處分之疑然決不然蓋此際檢證調書之作成不過以爲豫審推事特別處分之條件而定者若不成亦不外豫審處分無效之趣旨決非可誤解爲搜

## 第二章 起訴（公訴提起）

### 第一節 通論

#### 第一 關於起訴之主義

起訴即公訴提起有二個立法主義其一為法定主義其二為任意主義

#### （一）法定主義

法定主義者被告事件具備一切訴訟條件及處罰條件時檢察官對之不能不提起公訴也

#### （二）任意主義

任意主義者雖具備一切訴訟條件及處罰條件而起訴與否專委於檢察官自由裁量者也

#### 右兩主義之批評

法定主義其理論雖似正確實際上到底有不能一貫之弊蓋無論如何微罪絕對不能不檢舉之不堪其煩且有因檢舉而反荼毒社會者故於或圍範圍內可認自由裁量之餘地又任意主義絕對委之於檢察官自由裁量於其名下必生濫用之弊亦不可也

關於起訴之主義



要之其原則採法定主義於或範圍內認檢察官自由裁量之餘地可極檢舉之妙用

### 日本現行法採用之主義

日本現行法採用法定主義本法六十二條地方檢察廳檢察官終犯罪之搜查時可行左之程序百四十五條百四十六條等依有如何如何之命令的用語可推知也然今日之實際有所謂微罪不檢舉主義之訓令或事件之檢舉有反紊一般秩序之虞則政策上不行檢舉此與立法論有別現行法之解釋可謂不能不許者然勿誤解以為不具備訴訟條件及處罰條件者不檢舉之固正當也然知具備處罰條件及訴訟條件者依所謂便宜主義不檢舉之非現行法上之解釋也

### 第二 不告不理之原則

審判衙門非有訴之提起不開始訴乃採用訴訟主義當然之結果稱此事為不告不理之原則然對於此原則認左之例外

不告不理之原則

(一) 公判中附帶犯發見時

時

- (1) 於同一之場所同時一人或數人犯數罪
- (2) 數人通謀而異其時日或場所犯數罪時
- (3) 為自己或他人容易犯罪又為免其罪犯他

◎不告不理

之例外

罪時

(二) 豫審推事較檢察官先知有重罪或屬於地方審判廳管轄之現行犯必要急速處分時雖無檢察官之請求唯通知其旨於檢察官直可着手豫審此際豫審推事作檢證調書時視為有公訴提起者也

## 第二節 起訴之程序

起訴之程序

檢察官既就犯罪為搜查以為有罪且訴訟條件具備認為適於起訴時不可不為其程序但事件係於告訴時檢察官必要通知起訴或不起訴之處分於告訴人對於不起訴之處分許告訴人對抗監督其檢察廳之上級檢察廳(檢事局)以下分說之

### 第一 公訴提起之方式

(一) 以書狀或言詞為之

日本刑事訴訟法公訴提起之方式別無何等之規定故其方式當解為不問依書狀或言詞德國訴訟法日本刑事訴訟法改正案舊治罪法特規定依書狀蓋公訴提起之事訴訟法上頗生重要之關係僅依單純之言詞必有為後日紛爭原因之虞故也

然而日本現行法上不限其方式謂為絕對無制限乎依書狀原為正當但依言詞之時檢察官在法廷呈明之審判衙門書記官要作調書 日本大理院公訴提起不要依書

公訴提  
起之方  
式

狀而要有足證有適法之公訴提起且公訴提起不可不依提起者作成之書面又以電報提起公訴者無效以電話者有效後亦無效 日本學者豐島博士謂依書狀時一般爲正當依言詞時要書記之調書 中川博士謂「起訴應以書狀爲之」富由學士謂不可不依書狀谷野學士謂「公訴提起不問爲書狀與爲言詞」清水學士謂「原則要書狀」

(一) 不可不指示一定之人及行爲

(1) 不可不指示一定之人然被告人之指定不必一定指示其氏名若氏名不明時依其人相特徵等而指示之亦可

從來關於此點有所謂人論事件論之爭今日以起訴爲對人者已爲一般之通說非對於事件者也

(2) 不可不指定行爲

公訴之提起其起訴狀必不可不指定爲犯罪事實之行爲蓋不指定之則對於如何之行爲提起公訴乎頗不明然行爲之指示不要詳細單就如何之行爲足知有公訴之提起足矣

(三) 其他可受公訴之審判衙門提起公訴之原告官及求豫審或提起訴於公判之旨

及所請求之事由均要記載之

第二 公訴提起之程序

—公訴提起之程序分求豫審與求公判說之

(一) 求豫審時

(1) 所謂重罪事件即法定豫審事件必不可不求豫審茲所謂法定豫審事件者死刑無期徒刑又短期一年以上之懲役或禁錮之罪也

(2) 其他事件檢察官以豫審爲必要時得求豫審但其事件可料爲拘留又科料之刑之犯罪者不得求豫審

求豫審者地方檢察廳檢察官也大理院之特別管轄件事總檢察廳總檢察長也

(二) 直求公判時

以爲其事件非法定豫審且無求豫審之必要時地方檢察廳檢察官及初級檢察廳檢察官可直求公判於各相當審判衙門

第三節 起訴之效力(權利拘束)

—爲公訴提起之效力而生者在訴訟法上爲所謂權利拘束之效力在實體法上爲時效中斷之效力關於時效中斷之效力雖無持異論之餘地關於所謂權利拘束之效力由來有說

公訴提起之程序

## 第一說(谷野學士)

曰刑事訴訟法公訴提起之效力止於使審判衙門及當事者間生訴訟關係概不生權利拘束之效力或有謂可生權利拘束之效力者若同一審判衙門同一事件異時繼續則或權利拘束類似之效力可發生但此種之情事實上應稀而有而刑事訴訟法所以不必使有權利拘束之效力者對於同一被告人判決前有二個公訴之提起則不論其公訴之前後上級審判衙門可併合管轄之在同等之審判衙門間最初着手豫審又公判之審判衙門門管轄之也民事訴訟法以權利拘束之情事解爲管轄違之效力至生如斯之差異蓋民事訴訟法原告得選擇管轄審判衙門刑事訴訟法僅得於其檢察官所屬之審判衙門提起公訴也

公訴提  
起之效  
果

## 第二說(豐島博士、中川博士、清水學士、富田學士等)

曰權利拘束之觀念刑事事件可由公訴被審判繫屬於審判衙門之狀態換言之關於公訴之目的物審判衙門及當事者間生訴訟上之權利義務從而刑事訴訟亦以爲公訴提起之效力於審判衙門與當事者之間認爲訴訟的法律關係也

蓋刑事訴訟法關於同一事件同時提起數個訴訟有害無益與民事訴訟無異如第二十七條之規定以先著手之審判衙門管轄之不使其餘之審判衙門處理之正認權利拘束之效力可推知也

右兩說中以刑事訴訟法亦認權利拘束之觀念爲妥當谷野學士謂刑事訴訟不拘訴訟的法律關係存在於當事者與審判衙門之間不認權利拘束之觀念如斯則結局無非用語之爭蓋認之之論者指稱訴訟的法律關係爲權利拘束之觀念谷野學士則以爲生訴訟關係非權利拘束也

分說以上之觀念如左

第一 積極的效力

(一) 審判衙門就受訴事件生可爲裁判之權利義務

(二) 公訴提起後被告人之所在地雖生變動所在地管轄不受影響

第二 消極的效力

爲權利拘束之刑事事件不得使繫屬於他審判衙門蓋同一事件不得爲二重訴訟也

第三 權利拘束之範圍

權利拘束之效力範圍限於起訴範圍茲所謂起訴範圍者爲同一事件之意義而同一事件者被告人同一而限於同一所爲也

日本大理院以審判衙門所認之事實與起訴事實其範圍有廣狹然此止於認定同一犯罪事實限於起訴以外非認爲別個犯罪則不得判爲無公訴提起之事實

第四 權利拘束之始終

權利拘束之效力

(一) 始期

權利拘束者發生於檢察官以書狀或言詞提起公訴於審判衙門時不問發送呼出狀於被告人與否也

(二) 權利拘束之效力依左之事由而消滅

- (1) 判決之確定
- (2) 豫審免訴之終結決定之確定
- (3) 被告人之死去

### 第三章 豫 審

#### 第一節 豫審之性質

##### 第一 豫審之意義

豫審之  
意義

豫審程序者爲定可付被告人事件於公判與可免訴與否所蒐集材料之下調程序也

##### 第二 豫審之性質

(一) 豫審者對於公判之下調程序也

豫審之目的在就被告事件決開公判與否且爲公判蒐集證據故豫審此點與搜查同其性質唯與搜查異者豫審爲起訴後之程序爲一審判衙門之審理程序搜查反是必

豫審之性質

以公訴提起之存在爲前提乃依檢察官之行動者

(二) 豫審者其形式卽審判衙門之審理程序也

豫審之實質爲公判之下調但豫審爲公訴提起後之事爲審判衙門行動之一階段其審理程序乃依裁判之形式與單純之搜查程序異

(問題) (一) 豫審適用彈劾之方式乎

第一說(平沼博士法曹記事一八卷五號論文松室法學士刑事訴訟法)豫審依糾問之方式不適用彈劾方式

第二說(豐島博士刑事訴訟論富田學士刑事訴訟法要論)豫審以檢察官提起公訴爲必要(六二之一、一四五)又適用不告不理之原則(六七)其他以種種之權利賦與檢察官事及被告人(九一、一〇八、一七二、六八等)則豫審亦因公訴提起形成三個訴訟主體致實行彈劾之方式

右兩說中余以後說爲妥當蓋豫審適用言詞辯論主義及公開審理之原則無辯護之制故不能如公判收足彈劾主義之效果蓋雖有傾於糾問之點其根本則依彈劾方式也

## 第二節 豫審之開始



豫審推事就被告事件開始審理須當左列之一

(一) 自檢察官請求豫審時

(二) 豫審推事就要急速之重罪現行犯不待檢察官請求着手豫審處分時

此時以作成檢證調查書視為起訴

◎豫審開始之情事

(1) 於公判就附帶犯以豫審為必要被  
送付時

(2) 於公判可處罰證人鑑定人者送致  
豫審推事時

(3) 於公判以為輕罪受理之事件思料  
為重罪送付豫審推事時

(四) 大理院之特別權限受大理院長之命開始豫審

### 第三節 豫審之實行

(一) 豫審實行權者

可實行豫審者豫審推事也而豫審推事者於地方審判廳每年司法大臣於其審判衙

門之推事一人或二人以上命之大理院則就各事件大理院長命之

(二) 豫審推事之地位

豫審推事爲豫審之主働者且自公判或檢察官可有獨立之地位非如受命推事應依裁判長之命令及其他之囑託者蓋爲一個獨立機關也

(三) 豫審實行

豫審者於客觀的確定犯罪事實之有無又於主觀的不可不確定被告人爲犯人與否爲達此目的可得爲一切之審理處分故豫審者可謂無不能爲之豫審處分也例如證人鑑定人被告人之訊問證書之利用檢證處分又如證據調查或物件之搜索差押被告人之勾引勾留皆爲強制處分

要之豫審處分之範圍對於外部限於起訴之範圍對於內部限於公判準備目的之範圍於其範圍內可得爲必要之一切處分也

第四節 豫審終結

豫審推事以爲被告事件非其管轄或不要處理則就豫審終結之處分爲求檢察官之意見可送致訴訟記錄於檢察官檢察官就訴訟記錄付意見可於三日內還付之檢察官以爲豫審不完全得就其條件更請求處理豫審推事不允其請求則檢察官可付意見於訴

豫審之  
實行

# 豫審終結

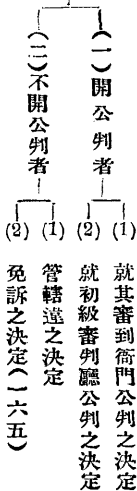
訟記錄於二十四時間內還付之

豫審推事不爲檢察官之意見所拘束得以決定終結豫審可爲問題者不問豫審推事之意見而爲終結決定時該終結決定之效力也富田學士刑事訴訟法要論以之全然無效余以爲其決定確定則已爲確定不動者蓋不完全之決定亦與因確定而完全者生同一之效果也(同趣旨豐島博士及日本之通說)

右爲豫審終結決定前之大概程序以下就爲本節骨子之豫審終結決定分說之

## 第一 終結決定之種類

### ◎ 豫審終結決定之種類



### (一) 開公判者

(1) 就其審判衙門公判之決定

豫審推事以爲其事件屬於其審判衙門管轄者則爲對於公判之宣告被告人受勾留時以爲當受罰金之刑者則應爲解放之宣告對此決定檢察官被告人皆不許抗告從而事件因此決定應直繫屬於公判

(2) 移於初級審判廳之決定

豫審推事以爲事件當受違警罪者則爲移於初級審判廳之宣告被告人受勾留則應爲釋放之宣告此時亦不許檢察官被告人抗告從而事件應直繫屬於初級審判廳

(三) 不開公判者

(1) 管轄違之決定

豫審推事認爲被告事件不在其管轄則爲管轄違之宣告認爲要勾留則新發令狀交付其事件於檢察官

此時檢察官得爲抗告

(2) 免許之決定(一六五)

左列情事可爲免許之決定

(1) 犯罪證據不足時

(2) 被告事件不成罪時

(3) 罹於公訴時效時

(4) 經確定判決時

(5) 大赦時

◎免許決定之情事

豫審終  
結決定  
之種類

對於免訴之決定檢察官可爲抗告

## 第二 終結決定之性質

豫審者乃爲本審公判之準備程序而行之非終局的決定爲本案訴訟之實體的法律關係也今分說其性質於左

### (一) 決定

終結決定之性質

豫審終結決定者非判決乃決定也或有謂終結決定之形式爲決定其實質爲判決者蓋其意以爲與一般決定異也總之終結決定者其形式固爲決定其實質亦爲決定也

### (二) 形式的裁判

分裁判爲形式的裁判與實質的裁判形式裁判者其審判之內容不決定其實質上之如何也實質的裁判者例如決事之有罪無罪爲實質上之裁判也而終結決定非決有罪無罪不過單定應開公判與否故不可不以之爲形式的裁判之一

## 第三 終結決定之效力

豫審終結決定既確定因之所謂形式上開公判與否之事至不可動然則單以此等形式之確定力爲足乎單可宣告管轄違之時固以形式的確定力爲足免訴之時則以類似之效果加於一種實質的確定力即第一百七十五條之規定「被告人受免訴之宣告其決定

終結  
決定之  
效力

確定則有罪名之變更而就同一事件不再受訴但有新證據時不在此限」  
此際之確定力與在判決之實體的確定力同不認之則一般法律上之秩序紊矣蓋管轄  
違之際判決亦認實體的確定力則再妨同一事件之審理其結果有害也又開公判之際  
可受本案之處理故認實體的確定力亦無用也又同為免訴之決定在公判當宣告公訴  
不受理之際無認實體的效力之理由故結局無犯罪情事之預期其他關於刑罰權或公  
訴權應宣告之免訴決定一經確定則同一事實不得再訴

(問題) 豫審免訴之確定力在法理上之性質如何

豫審免訴時生實體的類似確定力準照明文雖甚明白然關於法理上性質有諸說  
第一說 公判不開始所決定免訴之決定其法理上與判決之實體的確定力同一  
非有何等異者即與公判無罪免訴之宣告同一也

第二說(豐島博士) 此決定之性質要區分說之即對於被告人與無罪之判決生  
同一之效力對於檢察官非有新證據則有不許再起訴之條件附之效力

第三說(中川博士) 實體的確定力者起訴目的已達之結果公訴權消滅因之生  
一事不再理之效力者也此際於實質上未為何等審判不過非有新證據則不許  
再訴之效力非變為形式的裁判之性質則實體的確定力不可不區分之故此決  
定之性質可得為實體的類似者不能為純然實體上之物

以上之諸說中余以第三說（即實體的類似說）爲正當蓋豫審終結決定本來有形式的裁判之性質其公判不開始之裁判單生形式的確定力不能維持法律秩序關於免訴之決定對於同一事實許再訴不過定一定之制限

#### 第四 再訴

### 再訴

就許再訴之事設一定之制限是爲豫審免訴之效果所謂非有新證憑不許再訴也有新證據則自檢察官發出於其審判衙門審判衙門可決定許其起訴與否

茲所謂新證憑者指當豫審免訴新發見未曾發見證憑而言

可爲疑問者非直接爲新證憑之事實乃發見其他事實使爲裁判基礎之事實間接受影響之際含於新證憑中與否也例如先以爲輕罪致罹時效後發見爲重罪重罪之事項又未完成中川博士以如斯情事含有擴張新證憑之意義亦足爲研鑽之資也

## 第四章 訴訟條件

### 第一 意義

### 訴訟條件之意義

訴訟條件者就一定之科刑權於審判衙門與當事者間使訴訟關係有效成立爲必要之事實也

### 第二 種類及其特質

### 第五編 第四章 訴訟條件

◎訴訟條件之種類

- (一) 一般訴訟條件及特別訴訟條件
- (二) 絕對訴訟條件及相對訴訟條件
- (三) 通常訴訟條件及特種訴訟條件
- (四) 積極訴訟條件及消極訴訟條件
- (五) 實體法上訴訟條件及形式上訴訟條件
- (六) 訴訟成立條件及判決條件

(一) 一般訴訟條件及特別訴訟條件

- (1) 一般訴訟條件者不問其爲第一審與爲上訴審不論爲通常訴訟程序與爲特別訴訟程序各訴訟關係之成立一般必要之條件也

◎一般訴訟成立條件

- (1) 裁判權之存在
- (2) 管轄權之存在
- (3) 當事者能力
- (4) 就同一事件權利拘束或確定判決之不存在

- (2) 特別訴訟條件者就或特種之訴訟關係於一般訴訟條件之外與之共存之條件也例如控訴之呈明以控訴呈明之有效條件爲必要是也

(二) 絕對訴訟條件及相對訴訟條件



(1) 絕對訴訟條件者爲公益所設之條件不問訴訟在何程度須以職權審查之例如關於管轄之條件

(2) 相對條件者爲當事者之利益訴訟法所定之條件也例如雖有恐受偏頗裁判之事情然當事者不於一定時期申請拒却則審判衙門可不審查其條件之存否

(三) 通常訴訟條件及特種訴訟條件

(1) 通常訴訟條件者凡刑事事件共通之條件也

(2) 特種訴訟條件者存在於特種刑事事件之條件也例如親告罪之告訴是也

(四) 積極訴訟條件及消極訴訟條件

(1) 積極訴訟條件者訴訟有效成立以其存在爲必要之條件也例如要管轄之存在是也

(2) 消極訴訟條件者訴訟有效成立以其不存在爲要件之條件也例如本案之確定判決要不存在是也

(五) 訴訟成立條件及判決條件

(1) 訴訟成立條件者僅爲訴訟有效成立必要之條件也

(2) 判決條件者其條件與係於訴訟之有效成立同時爲判決之條件也

(問題) 訴訟條件與處罰條件之區別

訴訟條件者於訴訟關係之成立發展必要之事實也處罰條件者於國家刑罰權之發生必要之事實也以下分說之

第一 性質上之區別

處罰條件之問題事實屬於刑法上乃關於國家之刑罰權發生如何者也訴訟條件之問題反是全關於訴訟關係之成立及發展與直接刑罰權之存否無交涉例如茲有親告罪則國家對之生刑罰權然非告訴之訴訟條件存在則不得提起公訴又茲有一定之犯罪嫌疑者對之提起公訴其審查之結果為無罪之判決公訴提起及實行因訴訟條件之具備得為之處罰條件之存否不確定

第二 發生時期上之區別

訴訟條件要存在於訴訟關係發生時處罰條件反是其原則以存在犯罪行為終了時為必要但狹義之處罰條件如詐欺破產罪破產宣告之存在雖可存在行為終了後然與訴訟條件發生時期無直接交涉

第三 效果上之區別

(一) 無處罰條件訴訟適法存在發展無訴訟條件不許提起公訴

(二) 缺處罰條件常可為無罪之宣告缺訴訟條件可為公訴不受理或管轄違之宣告但關於訴訟本案不得為何等之審查

### 第三 效果

訴訟條件之效果

——訴訟成立必要訴訟成立條件若此條件欠缺則生左之效果

(一) 公訴提起之際訴訟條件欠缺確定則檢察官不得起訴

(二) 若起訴則審判衙門應以訴訟條件欠缺爲理由而爲公訴不受理或管轄違之裁

判決不可爲本案之審理

(三) 若審判衙門誤爲本案之裁判則可依上訴取消變更之

## 第六編 公判

### 第一章 第一審之公判

#### 第一節 公判開始

訴訟程序之中心在公判程序公判前之程序皆爲公判存者也而公判前之程序就公判之訴訟目的物爲審理裁判訴訟事件依此公判程序始終結  
今舉爲公判第一審審判衙門受理公訴之情事如左

公判開始

◎第一審公判開始之情事

- (一) 檢察官提起公訴直求公判時(六二條之二、一四九條之一)
- (二) 就公判豫審終結決定時(一六六條一六七條)
- (三) 自上級審判衙門移事件受裁判時(二一三條之二、二三五條之一)
- (四) 對於卽決處分有正式裁判之呈明時
- (五) 於關席判決有適法之故障呈明時

## 第二節 開廷之準備

第一審判之公判開始所必要之準備程序舉之如左

### 第一 公判期日之指定

公判期日之指定其原則裁判長指定之第一回之公判期日呼出狀送達與期日之間至少須存二日之猶豫期間第二回以後無此制限

### 第二 訴訟關係人之呼出

審判衙門書記官不可不於一定期日呼出被告人辯護人其他證人鑑定人等之訴訟關係人

### 第三 辯護人之選定及被告人之訊問

重罪事件公判開廷前裁判長或受命推事訊問被告人須問已選定辯護士與否否則須為選定官選辯護人

### 第四 公判前之檢證

未經豫審之事件認為要急速處分者公判開廷前審判衙門得為檢證

## 第三節 公判開廷

第一 公判之組織

凡公判廷依左組織之

(一) 要定數之推事檢察官及書記官出廷

(二) 要辯護人在廷

輕罪事件之時不在此限

(三) 要被告在廷

被告人爲訴訟之當事者以本人在廷爲原則但罰金以下刑之事件許代人

第二 法廷警察及訴訟指揮

(一) 在公判開廷中裁判長有維持法廷秩序之權維持其方法如左

(1) 命令退廷

(2) 科秩序罰或爲刑事訴追

(3) 中止審問

(4) 禁止發言

(二) 訴訟指揮

裁判長使訴訟適法進行且無滯注注意終了之之事得爲相當之行爲即爲裁判之

開廷閉廷又休憩定證據調查之順序等

公判開  
廷

### 第三 公判之順序

通常公判依左之順序

#### ◎公判之順序

- (一) 關於被告人人別之訊問
- (二) 檢察官陳述被告事件
- (三) 訊問對於被告人之事件
- (四) 證據調查
- (五) 辯論
- (六) 私訴之審理
- (七) 判決及其宣告

## 第四節 公判審理之範圍

### 第一 一般原則

公判審理之範圍總依起訴之範圍而定蓋日本訴訟法採用彈劾之方式當然之結果也換言之審判衙門不得就不受訴之事件而為審判又不可不就受訴事件之範圍而為審判

已受訴之提起之範圍依檢察官之起訴狀或豫審終結決定書可得知則審判之範圍

公判審  
理之範圍

圍自不別生疑問但所謂牽連犯及連續犯其審判事項之範圍如何殊爲問題然既規定以爲一罪罰之則未明記於起訴狀或豫審決定書之事實亦可併爲則審判之目的物蓋公訴之目的物不可分故也

## 第二 附帶犯

右爲一般原則但附帶犯雖無起訴該審判衙門有事物及土地之管轄則可審判之今舉附帶犯之情事如左

—(一) 於同一之場所同時一人又數人犯數罪時

—(二) 附帶犯之情事

—(三) 數人通謀不同日時又場所犯數罪時

—(四) 爲自己或他人容易犯罪又爲免罪犯他罪時

## 第五節 判決

判決之一般的說明讓第四編第四章裁判說明之茲就判決將各論的說明逐一說之

### 第一 判決之種別

—(1) 有罪判決(二二三)

即有訴訟條件及處罰條件時

—(2) 無罪判決(二二四)



無處罰條件時

(3) 免訴判決(二二四後段)

雖認犯罪然刑罰權消滅不認科刑權時

(4) 管轄違之判決(二二二)

無管轄權時

(5) 公訴不受理之判決(一八六一二)

缺起訴條件又方式違法時

(1) 管轄違呈明棄却之判決(一八七)

(2) 公訴不受理呈明却下之判決(一八七)

(1) 訴訟費用負擔之宣告

(2) 差押物件還付之宣告

——(三)附屬判決——

——(二)中間判決——

## 第二 判決之內容

判決之  
內容

——判決要備主文與理由主文現其判決之主眼骨子理由現其所據理由有事實上之理由與法律上之理由事實上之理由有罪則示各罪之要素及法律上加重減輕之事實無罪則以證據不足為言法律上之理由者適用刑罰法之正條於確定之事實也

## 第三 判決之條件

(一) 一般條件

判決之一般條件者可為本案例決之裁判權關於其存在之一般的訴訟條件也例如就事件有土地及事物之管轄公訴不受理之事由不存在是也

(二) 特別條件

判決之  
條件

判決之特別條件者就特定事件為判決本案必須存在之條件之謂也

(1) 構成裁判之適法

(2) 有被告人之訴訟能力

(3) 闕席判決須經適法之闕席程序

第四 闕席判決

(一) 設闕席判決之理由

認本制度之理由如左

(1) 若非對席不許判決則不得使被害者回復其損害

(3) 被告人受呼出狀之送達不自到場使公判延期殊多不便闕席判決被告人雖立

於不利益之地位然彼不自到場理有應得且採用實體的真實發見主義之結果被

告人亦未必不利益也

闕席判  
決

(二) 闕席判決之條件

(1) 被告人要不於公判期日出廷

罰金以下之刑時許代理人到場禁錮以上之刑時命被告人自身到場其不到場之原因如何可置之不問

(2) 被告人須受適法之呼出

若不能對於本人或家族等送達呼出狀則以送達關於呼出之告知書或貼付公示爲必要

## 第五 故障

(一) 意義

對於終局判決以上訴方法攻擊者當事者之權利也。闕席判決亦爲終局判決之一。可得對之爲上訴。然上訴乃對於上級審判衙門爲之者。殊爲不便。故法律對於闕席判決設呈明故障之方法。便已爲闕席判決之審判衙門新受審判是爲故障之觀念。

(二) 呈明故障之條件

(1) 要自己受闕席判決之被告人呈明之

檢察官常出席故對於檢察官無可有闕席判決之理

(2) 要已受刑之宣告

對於不爲刑之宣告之判決爲闕席故障判決不許呈明故障

故障

(3) 法定期間內爲之

須於受闕席判決日起三日之期間內爲之茲所謂受判決之日者指被告人受闕席判決告知之也

(4) 提出呈明書

即發出呈明故障書於爲闕席判決之審判衙門也

刑事訴訟法對於闕席判決認上訴與呈明故障二種方法受闕席判決者任擇何種方法皆可(二五一之二)

(三) 呈明故障之效方

有故障呈明時闕席判決生當然消滅之效果此效果對於闕席判決檢察官呈明控訴時亦然然此等闕席判決之消滅其呈明原要適法以爲不適法棄却時闕席判決原非可消滅也

次要說明者呈明故障不許取下是也其理由因呈明故障當然生闕席判決消滅之效果故也

(問題) 對於如何之闕席判決可爲故障乎

本問不可不區分說明之

第一 第一審之闕席判決

單存第一審之闕席判決則對其判決呈明故障者更無論矣

## 第二 控訴棄却時

於第一審宣告刑時控訴之控訴棄却則可對第一審之判決而爲故障蓋此時第一審之判決可對被告人施行故也

第三 於第二審取消第一審之判決更爲刑之宣告時此時對於第二審之判決可爲故障蓋第一審之判決因第二審之判決既被取消而不存在故也

## 第四對於上告審時

(一) 於上告審爲上告棄却之判決於第二審爲棄却控訴之情事則可對第一審之判決爲之於第二審取消第一審之判決爲代之之判決則可對第二審之判決爲之

(二) 於上告審破毀原判決自爲判決則對其判決不許故障蓋於上告審闕席判決不存在也

上告審判衙門基於第二審確定之事實宣告刑時審查違反法律與否以基於第一審第二審所認定之事實故此時對於第一審或第二審之判決不可不呈明故障即控訴棄却時對於第一審之判決因第二審判決第一審判決被取消則可對於第二審判決爲故障也

上告審破毀移送第二審判決則第二審判決消滅無可呈明故障之判決

## 第二章 上訴

### 第一節 總論

#### 第一 上訴之意義

上訴者對於未確定之裁判求其取消變更於上級審判衙門之不服呈明也更分說之如左

(一) 上訴者對於未確定之裁判求取消變更者也

在此點上訴與非常上告及再審不同蓋非常上告及再審者對於確定判決之攻擊方法也上訴者必對於未確定之判決也

(二) 上訴者對於上級審判衙門呈明不服之方法也

此點上訴與故障異蓋故障對於爲闕席判決之審判衙門上訴必對於上級審判衙門也

#### 第二 上訴權者

關於裁判有上訴權者如左

(一) 檢察官

上訴之  
意義

檢察官爲原告官國家之代表者也國家刑罰權之運用正確故檢察官爲被告人之利益或不利益有上訴之權

(二) 被告人

被告人僅對於自己之利益之裁判得爲上訴不許以變更自己之利益爲理由而上訴故對於無罪免許之裁判勿論矣即對於管轄違或公訴不受理之裁判亦不問其理由如何無上訴權

(三) 辯護人

原審辯護人可代被告人上訴但不得反被告人所明示之意思

(四) 法定代理人

被告人之法定代理人不拘被告人之意思如何有獨立上訴之權利

——私訴之時私訴之當事者及其法定代理人有上訴之權

第三 上訴之理由

——上訴之理由結局在原則判決之不當得分之如左

(一) 主張事實認定之不當時

即認定爲裁判基本之事實不當之時也

(二) 主張法律之適用不法時

上訴之理由

上訴權者

此時更分之爲二

- (1) 以違背訴訟程序法爲理由時
- (2) 適用實體法不當時

第四 上訴之效力

適法提起上訴則生移審之效力裁判確定力及停止之效力

(一) 移審之效力

移審之效力者訴訟由下級審判衙門移於上級審判衙門以致繫屬之謂也

(二) 停止之效力

停止裁判確定力之效力者被上訴之裁判因上訴停止其確定力之謂也又上訴以停止其裁判之執行力爲原則但上告之際拘留及放免之宣告不停止判決之執行又抗告之際取消保釋責付之宣告決定則不停止執行

上訴之效力

第五 上訴呈明之方式

(一) 呈明書

上訴之呈明要以書狀爲之然附帶上控訴及附帶上告得以言詞呈明此時記載其旨於公判始末書以爲後日之證據

(二) 可發出呈明書之審判衙門



上訴呈明之方式

上訴之呈明書要發出於裁判呈明不服之審判衙門受勾留之被告人爲上訴其呈明書發出於監獄署長監獄署長以之送致原審判衙門

(三) 呈明期間

上訴不可不於法定之期間內呈明之即控訴要在五日內上告及抗告要在三日內而期間之起算點自判決決定宣告或送達之翌日始

訴訟關係人爲天災及其他不可避之事實經過上訴期間時說明其旨不得回復因經過期間所失之權利但自障礙止日須於通常之期間內記載其疏明方法於呈明書而爲上訴

第六 上訴取下

(一) 取下權者

爲上訴之被告人及法律上代理人又證人鑑定人(抗告時)等得取下之然檢察官不得取下上訴辯護人得爲被告爲上訴但已爲之上訴不許單獨取下

要之除檢察官外爲上訴者得取下之

關於上訴權之拋棄法文無所規定故豫拋棄上訴權不可不解爲無訴訟法上之效果但立法論如民事訴訟法可附與一定之效果

(二) 取下之時期

上訴取下者自上訴時起至有上訴審之判決止無論何時許之上訴判決後絕對不許之

(三) 取下之方式

上訴取下之方式者以無何等制限可依言詞或書狀而爲之也

(四) 取下之效力

上訴取下之效果使上訴權消滅與否有二說

第一說(豐島博士刑事訴訟法論)

此說謂上訴取下之效果如民事訴訟法別無關於上訴權消滅之規定以無何等之效力爲不當不可不解爲與民事訴訟無異消滅上訴權

第二說(富田學士刑事訴訟要論谷野學士刑事訴訟法講義清水學士刑事訴訟法論綱)

此說區分本問爲上訴期間內之取下與期間經過之取下其期間內不使上訴權消滅單取下已爲之上訴復於與無上訴同一之狀態不妨於其期間內再爲上訴上訴期間經過後之取下生不能再爲上訴之效果

右兩說中余以後說爲妥當蓋第一說爲立法論現行法不認上訴權之拋棄上訴期間中雖取下上訴上訴權未消滅不過復於未爲上訴以前之狀態而已

上訴之  
取下

## 第七 一分上訴

上訴者對於原裁判呈明不服之方法也故限於其裁判之一部有不服時僅其部分許上訴蓋欲正當也而現行法關於此一部上訴限於控訴及上告之時認之抗告之時不認之蓋在抗告審理之範圍比較的狹少也所謂一部者意義如何有二說

第一說 判決之一部者凡判決內容之一部也不問一罪之時數罪之時或關於法律之點或爲事實之認定或限於刑之量定皆許呈明不服

第二說 區分爲一罪時與數罪時一罪時實際上及法律上均不許一分上訴或有以爲可分爲法律之適用與事實之認定刑期之量定三種者實爲不能之事蓋法律之適用不可不以事實之認定爲基礎刑期之量定不可不依法律之適用故一罪時不能許一分上訴也

然併合罪時常不能解爲許一分上訴蓋併合罪中之一罪得於處分上互相分離於其可得分離之範圍內許一部上訴其他不許之例如竊盜與詐欺取財二罪俱發竊盜罪判決無罪詐欺取財罪判決有罪則其受有罪判決之部分得爲上訴此即屬於所謂一部上訴者也

## 第八 上訴之特權

現行法有二種上訴

## 第六編 第二章 上訴

◎上訴種類

- (一) 控訴
- (二) 上告
- (三) 抗告

第二節 控訴

第一款 控訴之性質

第一 控訴之意義

控訴者對於第一審之未確定終局判決而爲之不服呈明也

第二 控訴之性質

(一) 控訴者對於第一審之未確定判決之不服呈明也

對於第一審判決之點同爲上訴之一但與上告異對於終局判決之點與抗告異蓋

上告爲對於第二審之終局判決抗告則對於決定者也

(二) 控訴非第一審之繼續

控訴爲覆審非第一審之繼續故不因第一審之事實認定或法律適用而受何等之

拘束可與之獨立而爲自由之審判從而得呈明新證據方法或處理之

要之控訴審者審判第一審判決之適否也其適否審判之資料不限於提出於第一

控訴之性質

審之證據資料得無制限審查之

## 第一款 控訴審之程序

### 第一 公判準備

(一) 原審判衙門受理控訴呈明書時速通知對手人若爲控訴期間經過後之呈明則以決定棄却之控訴呈明人對此決定得爲抗告

(二) 原審判衙門之檢察官送致自審判衙門所送致之訴訟記錄於控訴審判衙門所配置之檢察官該檢察官可發出之於審判衙門而原審判衙門所配置之檢察官可將已拘留之被告人移於控訴審判衙門所在之監獄

(三) 控訴審判衙門發呼出狀於訴訟關係人須於呼出狀之送達與其到場之間至少置二日之期間若被告事件屬於重罪則使受命推事訊問被告人又要選任辯護人

### 第二 公判程序

控訴之公判程序適用關於地方審判廳第一審之規定今舉在控訴審特別者之大要如左

(一) 第一審所訊問之證人又鑑定人控訴審判衙門如不以其再度之訊問鑑定爲必要得不呼出之

(二) 地方審判衙門判爲輕罪之事件控訴審以爲重罪時又以其事件爲重罪有主控

公判準備

公判程序

訴或附帶控訴時不可不止其公判使受命推事處理其事件而報告之

- (三) 地方審判衙門認原審判衙門管轄違而其事件爲第一審有裁判權時須就其本案審判之若此時高等審判廳爲控訴審判衙門則爲管轄違之宣告不爲本案之判決
- (四) 高等審判廳爲控訴審判衙門時以原審判衙門判爲輕罪以下之事件爲重罪處理者要受命推事之準備的處理但地方審判廳爲控訴審判衙門時經豫審之事件須送致於豫審推事

第三款 附帶控訴

第一 意義

附帶控訴者附帶對人之主控訴而呈明之控訴也

第二 附帶控訴之條件

- (一) 附帶控訴不得出主控訴之範圍外  
即主控訴對其判決之一部則附帶控訴限於其範圍
- (二) 附帶控訴與主控訴共其運命  
即主控訴不成立則附帶控訴亦不成立又主控訴被取下則附帶控訴亦消滅
- (三) 不服之點不妨與主控訴同一

附帶控訴

例如被告人為無罪控訴時檢察官亦不妨以為無罪而控訴之

### 第三 附帶控訴權者

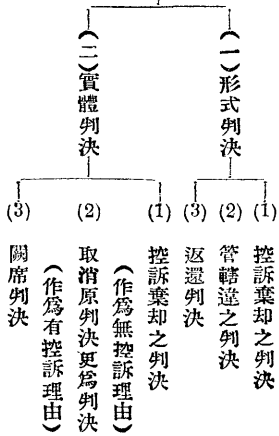
附帶控訴權者得為附帶控訴者如左

(一) 主控訴之對手人

(二) 控訴審判衙門之檢察官

## 第四款 控訴之判決

### ◎控訴審之判決一覽



### 第一 形式判決

### 第六編 第一章 上訴

(一) 控訴棄却之判決(作為不適法)

經過訴訟期間呈明控訴時其他控訴不具備其形式條件時不為本案之審理可作為不適法棄却控訴

(二) 管轄違之判決

第一審審判衙門就其事件認為管轄違時可取消其判決宣告管轄違

然若地方審判廳以其事件為第一審自有裁判權時可就其事件更為判決

(三) 返還判決

原審判衙門宣告管轄違不當時可取消其判決返還事件於其審判衙門

控訴判決

第二 實體判決

(一) 無控訴理由之判決

控訴雖重形式然其審理之結果實體上無理由時可以為無理由棄却控訴之判決

(二) 以為有控訴理由更為判決

控訴不僅適式實體上控訴亦有理由即第一審若有判決之適用事實之認定又量刑之誤謬則取消原判決控訴審判衙門更可自為判決

(三) 闕席判決

控訴呈明人於其期日不到場則以闕席判決棄却控訴對人不到場則聽呈明人



之意見爲斷席判決而茲所謂控訴呈明人者指被告人言也

◎控訴判決之制限(片面的確定)

控訴審爲第一審之覆審不拘束於第一審判決之如何自由發見實體的真實得下任意之判決爲其本則關於此點設一大制限即第二百六十五條所規定「被告人辯護人又法律上代理人爲控訴時不許變更原判決爲被告人不利益之事檢察官爲被告人之利益爲控訴時亦同」是也

(一) 此規定被告人爲控訴若於變更不利益之情事則被告賭如斯危險而生不爲控訴之結果從而有可受充分利益之判決之證憑非欲避不爲之之弊然立法論果正當否要研究之

(二) 茲所謂被告人之利益不利益者有如何之意義乎要之爲具體的不利益判決主文不外指利益於被告人與否也

(三) 上告審判衙門破毀第二審判決移送時對於如何之判決可定利益不利益乎此時第二審之判決因破毀消滅可比於其第一審判衙門之判決而定之

右之規定不僅控訴審之判決上告審之判決亦準用之而學者從欲變更不利益之反面的意義稱之爲判決之片面的確定然檢察官不爲被告人之利益爲控訴上告又附帶控訴則不許此片面的效力

### 第三節 上告

#### 第一款 上告之性質

##### 第一 上告之意義

上告者對於第二審之未確定判決以其違背法律爲理由之不服呈明也

##### 第二 上告之性質

(一) 上告者對於第二審之未確定判決者也

上告之性質

此與控訴同爲上訴而實異蓋控訴者對於第一審之判決也上告者對於第二審之判決也對於未確定判決與非常上告異對於判決與抗告異

(二) 上告者以違背法律爲其不服呈明之理由者也

控訴者對於法律違背及事實認定諸事覆審第一審判決之當否者也然上告之理由以法律違背與否爲其理由事實認定之如何以第二審爲終局者也此學者所以欲以上告審爲一名法律審也

#### 第二款 上告理由

上告審者所謂法律審也上告限於以違背法律之裁判爲理由得爲之今分說之於左

(一) 上告要以法律違背爲其理由

所謂法律違背者不適用法則或適用不當之謂也卽不適用可適用之法則或適用不可適用之法則茲所謂法則者不問其爲成文法與爲慣習法爲法律與爲勅令爲公法與爲私法爲程序法與爲實體法

(二) 法律違背與裁判須至有因果關係

裁判以法律違背爲理由因之要爲不法實際上違背法律結局可終同一之結果時不爲上告理由此判決與法律違背之因果關係存於如何情事乎在實體法上之情事比較容易知之違背程序法之情事極困難故法律於左之情事不拘判決與法律違背有關係與否常定爲得以無條件爲上告理由

由上告理由

◎絕對的上告之理由

- (1) 不從規定構成判決審判衙門時
- (2) 依法律應迴避之推事參與裁判時但以拒却之申請或上訴主張迴避之理由無其效時不得以之爲上告之理由
- (3) 推事被拒却不拘其認爲拒却之申請有理由參與裁判時
- (4) 審判衙門認其管轄或管轄違不當時
- (5) 背法律受理公訴又不受理時
- (6) 定於法律之情事不聽檢察官之意見時
- (7) 審判衙門不就受請求之事件爲裁判又除以職權得判決者外就

不受請求之事件爲判決時

(8) 不公行判決又無禁公開之宣告而不公開辯論時

(9) 裁判不附理由又其理由有齟齬時

(10) 擬律有錯誤時

(三) 檢察官上告理由之制限

宣告免訴或無罪時背於爲被告人之利益所設之規定又有土地之管轄違不得爲上告之理由

茲所謂被告人之利益所設之規定者爲被告人防禦權之保證所設之規定也例如一九八條二一五條二二〇條第二項等

### 第三款 上告審之程序

第一 公判準備程序

(一) 上告呈明

上告須以其呈明書發出於原審判衙門而其期間自宣告判決日起爲三日受闕席判決者不爲故障直爲上告時亦然

原審判衙門受取上告呈明書時須速送達其謄本於對手人

(二) 辯護人之選任

受重罪之刑之宣告者爲上告又檢察官以爲可受重罪之刑者而爲上告時被告人不自選定辯護人則上告審判衙門須於其審判衙門在所在地辯護士中選任之

(三) 公判期日之指定及通知

上告審判衙門定公判期日其期日至遲須在最初所定公判期日之三十五日前通知上告呈明人及對手人又辯護士

(四) 上告趣意書答辯書之送達

上告審判衙門受領上告趣意書或答辯書時須速以其謄本送達於對手人又上告呈明人

(五) 受命推事之報告書作成

上告審判所衙門公判之開廷前選定受命推事受命推事可檢閱趣意書及答辯書作其報告書而受命推事之選定在裁判長之權內

上告審  
之程序

第二 審理程序

第一 在上告審其原則爲書狀審理但亦有言詞辯論此爲附隨的性質

(一) 上告呈明人或對手人非檢察官時亦限於不選任辯護士可自受公判期日之通知但辯論必不可不出辯護士

(二) 公判始於朗讀受命推事之報告書次辯護士辯論但其辯論限於上告趣意書之範圍

第二 上告不適法時棄却上告上告適法時上告審判衙門可更進而審查有上告理由與否

第三 上告審判衙門之審查制限的也

即上告審判衙門之審查常制限於上告之範圍內

第四 上告審判衙門審查法律適用之當否須依審查時之法律

即第二審之判決非依常時之法律上告審判衙門須依自為審判當時之法律

第五 注意

上告審判衙門之程序及判決之效力特應注意者大理院爲上告審判衙門時大理院欲變更從來之判決例則其部報告於大理院長大理院長因事件之性質不可不以刑事總部或民事及刑事之總部聯合審判之此蓋大理院謀法律解釋之一統也

(問題) 上告審判衙門事實審理之範圍

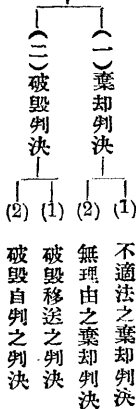
上告審判衙門乃就法律之適用而審查者事實上無審查權之原則不唯實體法上爲然訴訟法上亦然然則此原則絕對不許於上告審查事實乎茲所謂事實者指以所謂證據調查可認定之事實而言故不依證據調查而得認定之情事上告審亦

得於其範圍內而爲事實之認定又不爲之則多不得爲上告之裁判例如不拘或書類之形式反於訴訟法之規定原審判衙門採爲證據以爲不法之上告趣意上告審判衙門不外調查其書類果違形式與否若此際不得爲此種事實之審判則上告審判衙門將不能爲裁判矣

要之上告審判衙門不能審查事實之原則適用於依第二審之證據調查所認定之事實其他關於訴訟程序違背如何之事實可得自爲審查判斷

#### 第四款 上告之判決

##### ◎上告之判決



##### 第一 棄却判決

上告審判衙門以判決可棄却上告時如左

(一) 上告不合法時

上告不合法之情事更分爲二

(1) 上告之呈明違法律上之方式或經過期間時

(2) 不於期間內發出趣意書時

(二) 無上告理由時

上告雖適式審查之結果無理由則可以上告無理由判決棄却之

第二 破毀判決

以上告爲有理由時可爲破毀判決破毀者取消原判決而廢棄之也破毀判決之情事更分爲二

(一) 破毀移送

破毀移送之判決以上告爲適法且審查之結果爲有其理由時爲之者廢棄原判決指定接近原審判衙門之同等裁判宣告移其事件於其審判衙門之情事也

不返還於原審判衙門而移送於他審判衙門者不外避所謂先入爲主之弊維持事  
判之公平之趣旨也

上告審  
之判決

受移送之審判衙門與通常受控訴之時同就事實及法律之點可爲全部之覆審也  
唯與一個控訴之情事異者當大理院爲裁判就法律之點所表之意見被拘束之事  
也

(二) 破毀自判

上告審判衙門第二審破毀之判決自爲判決時有二



(1) 擬律錯誤時

此時犯罪事實既確定單就法律之適用若有違背者則不移送於他處自就其事件而判決之也

茲所謂擬律之錯誤者為主指關於公訴事實可適用實體法之情事也通說不含適用訴訟法之情事（大理院判例及清水學士專訴訟法論綱）

(2) 背法律受理公訴時

原審判衙門可宣告公訴不受理時非要事實之審查則上告審判衙門直可自爲裁判原審判衙門認爲管轄違不當時以無上告審判衙門可自爲裁判之明示雖有議論然立法論總爲現行法之解釋解爲不得自爲裁判較爲妥當（同說清水學士刑事訴訟法論綱反對說豐島博士刑事訴訟法論）

（問題）破毀判決與共同被告人之關係

破毀之利益僅及於爲上告之被告人不及於他之共同被告人此原則也然因擬律之錯誤或背法律受理公訴爲被告人之利益破毀判決時其利益亦及於不爲之共同被告人

## 第四節 抗告

第一 意義

抗告者於法律所認許時對於決定求上級審覆審之上訴也分說之如左

(一) 抗告者對於決定之不服呈明也

同爲上訴控訴及上告爲對於判決之不服呈明方法抗告爲對於決定之不服呈明方法民事訴訟法對於決定及命令許抗告刑事訴訟法僅對於特定之決定許之

(二) 抗告對於決定只可於特許時爲之

抗告之  
意義

(1) 宣言拒却之申請爲不當之決定(四二條)

(2) 證人鑑定人又繙譯違反到場之義務對之爲費用賠償及宣告罰

金之決定(一一八條一二八條之二、一三六條一〇一條之三、一

九〇條)

(3) 證人鑑定人違反宣誓又供述之義務對之宣告罰金又科料之決

定(一二六條一三八條一九〇條)

(4) 免訴又管轄違之豫審終結決定(一七二條)

(5) 棄却期間經過後之控訴上告或違法律上方式之上告之決定(

二五五條二七四條)

(6) 就刑之宣告之疑義又刑之執行之異議審判衙門所爲之決定(

◎可許抗告  
之決定

## 第二 抗告程序

### （一） 審理前之程序

- （1） 抗告呈明爲抗告須以其呈明書發出於爲原裁判之審判衙門或豫審推事此呈明書須記載可呈明抗告之意思表示呈明之期間自送達裁判之日起爲三日內
- （2） 原審判衙門又豫審推事以抗告爲有理由則更正不服之點之一部分或全部若以抗告爲無理由則對於抗告之意見書須於三日內向直近上級審判衙門即所謂抗告審判衙門送致抗告呈明書及訴訟記錄

抗告之  
程序

### （二） 審理程序

抗告審判衙門之審理者書狀審理也關於事實及法律之一切證據資料可依證明求之也然對於豫審終結決定之抗告得使受命推事處理其事件蓋此際之受命推事與豫審推事同得爲被告人之訊問檢證等之處分也

抗告裁判書者以書狀審理爲原則不爲言詞辯論故無公判開廷之事

### 第三 抗告審判衙門之裁判

抗告審判衙門之裁判可分爲棄却決定與取消決定

#### （一） 棄却決定

## 第六編 第二章 上訴

抗告審判衙門之裁判

抗告審判衙門不許抗告者或不於抗告期間內呈明者則可為抗告棄却之決定

(二) 取消決定

抗告審判衙門以抗告有理由則取消原裁判更自為裁判又審理之結果抗告無理由則可為棄却之之決定

### 第三章 對於確定判決之攻擊

◎對於確定判決之攻擊

(一) 非常上告

(二) 再審

#### 第一節 非常上告

##### 一 第一 意義

非常上告者對於確定判決以其實體法適用之不審為理由而求其救濟於上告審判衙門之訴也

##### 第二 非常上告權者

有非常上告權者為就其事件有受上告權審判衙門所配置之檢察官也蓋上告審判衙門之檢察官依司法大臣之命或以職權為非常上告者也

### 第三條 件

非常上告之條件法律別無所定其程序與一般上告同因提出上告呈明書及上告趣意書於上告審判衙門而可爲之也今舉其非常上告之特種者如左

非常上告

◎非常上告之條件

- (一) 要第一審判決又第二審判決中無上告而確定之事
- (二) 要對於法律不罰之行為宣告刑或宣告較重於相當之刑

#### 第四 非常上告之審判

(一) 對於非常上告之審判一般與上告同公判開廷之上趣意書之範圍內可以言

詞辯論

#### (二) 裁判

於非常上告之裁判分爲破毀自判之判決與破毀之判決

##### (1) 破毀自判之判決

以非常上告爲有理由則可破毀原判決付其事件自爲裁判

(2) 以非常上告爲無理由則與一般上告同可爲棄却之判決

## 第二節 再審

### 第一 再審之訴之意義

第六編 第三章 對於確定判決之攻擊

再審之  
意義

再審之訴者以事實不審爲理由覆既確定之判決更求新審理裁判之救濟方法也  
再審之訴者對於既確定判決之攻擊方法也此點與上訴不同  
再審之訴與再審不可混同蓋再審之訴以再審爲目的而起訴者再審不過再審之手段也

第二 再審之條件

(一) 須有有罪之確定判決

而其有罪判決要宣告重罪輕罪之刑之判決拘留科料之罪不爲再審之目的物

(二) 須有法定之原因

今舉其原因如左

再審之  
原因

◎再審之原因

- (1) 殺人之罪雖已有刑之宣告然其被殺者被認爲有犯罪後生存或犯罪前死去之確證時
- (2) 就同一事件非共犯別有受刑之宣告者時
- (3) 以犯罪以前所作之公正證書證明當時不在其場所時
- (4) 有因陷害被告人之罪受刑之宣告者時
- (5) 以公正證書證明訴訟記錄有偽造又錯誤時
- (6) 爲判決憑據之民事判決被廢棄或破毀時

即爲刑事判決憑據之民事判決被廢棄或破毀之情事也而  
所謂民事判決者包含有創設的效力之情事也

(三) 要爲被告人之利益爲之

第三 再審之訴之權利者

再審之訴之權利者如左

再審之  
訴之權  
利者

◎再審之  
訴之權利者

(1) 宣告刑之審判衙門所配置之檢察官

(2) 管轄該審判衙門之控訴審判衙門所配置之檢察官

(3) 管轄該審判衙門之上告審判衙門所配置之檢察官

(4) 受宣告刑者

(5) 受宣告刑者死去則其親屬

第四 再審之訴之程序

(一) 再審之訴於上告審判衙門審判之受刑之宣告者又其親屬可附加原判決之謄

本及證憑書類於趣意書發出於宣告刑之原審判衙門原審判衙門之檢察官或控訴

審判衙門之檢察官爲再審之時亦從同一之程序可發出趣意書及其他書類於上告

審判衙門所配置之檢察官而上告審判衙門所配置之檢察官爲再審之訴時亦從同

樣之程序

再審之  
訴之程  
序

第六編 第三章 對於確定判決之攻擊

一七七

(二) 爲再審之訴之時期無制限判決確定後無論何時皆可

(三) 再審之訴法律上不直接生效果即不停止判決之確定又無停止執行力之效

第五 再審之訴之審理及裁判

(一) 關於再審之訴檢察官請求審判開始時上告審判衙門速定一名受命推事使依

書類處理報告而上告審判衙門須聽受命推事之報告及檢察官之意見而爲相當之

判決

(二) 關於上告審判衙門再審之訴之判決如左

(1) 再審之訴不適法時又認爲無原因時棄却訴之判決

(2) 認爲有再審之原因時可破毀現判決之判決

第六 再審之審判

自上告審判衙門受送付之審判衙門須就其事件從通常之規定而爲審理裁判

而受送付之審判衙門得基於他證據爲有罪又無罪之判決有罪之判決其處罰不得重

於依前確定判決所認之刑蓋第三百一條有「爲被告人之利益」之用語若可變更之使

被告人不利益則反於認再審之趣旨矣（同說豐島博士刑事訴訟法論富田學士刑事

訴訟法要論反對說清水學士刑事訴訟法論綱）

再審之結果爲無罪或破毀時爲回復其名譽揭示其判決又再審無罪時須將所納付之

再審之  
訴訟及  
審判之  
裁判

再審之  
審判



罰金沒收物追徵金還之

私訴不許單獨再審公訴不然且其訴有理由則同時破毀公訴私訴之判決許再審但於同一審級公訴私訴之判決須共確定

(問題) (一) 非常上告與再審之差異

非常上告與再審均爲對於確定判決之攻擊方法然兩者有左之差異

非常上告者確定判決有實體的適用之誤謬時有之再審者有事實之誤謬時許之皆期被告人不負不當之責任也以下辯明其差異

第一 兩者異其原因

非常上告以對於不可罰之行為宣告刑或較相當之刑加重法定期間內無上告已確定時爲其原因再審反是其原因限於法文列舉之六種

第二 兩者異其性質

非常上告其性質爲上告之一變體法理上之性質有上告的類似之性質故非常上告規定於上告章限無特別規定不可不依一般上告之規定再審反是爲訴訟法上一種獨立之制度全在復活原狀更新處理與上告之觀念無交涉者也

第三 兩者異其呈明權者

非常上告呈明權者爲就其事件有受上告權之審判衙門所配置之檢察官依司法

大臣之命或以職權爲之得爲再審之訴者 (1)宣告刑之審判衙門所配置之檢察官 (2)管轄該審判衙門之控訴審判衙門所配置之檢察官 (3)管轄該審判衙門之上告審判衙門所配置之檢察官 (4)受刑之宣告者 (5)受刑之宣告者死去則其親屬得爲之

#### 第四 兩者異其程序

非常上告就其事件有受上告權之審判衙門所配置之檢察官依司法大臣之命或以職權行之有非常上告之理由則可破毀原判決直爲裁判再審反是始起再審之訴上告審判衙門認爲其原因則宣告可許再審其次受移送之審判衙門可更從通常之規定審理之換言之再審者先定可爲再審之訴與否次可爲再審之審判常要經二段之階梯非常上告反是上告審判衙門直可審判原判決之可否常不過一段之關係

#### (問題) (二) 被告人死亡後亦許再審乎

本法第三百二條第五之規定受刑之宣告者死去則其親屬有爲再審之訴之權而此際再審之原因與一般之情事異常限於判決無罪爲有罪之情事單以刑失於重之理由不許再審蓋此情事無回復死者及其親屬名譽之價值若以有罪爲無罪始有名譽回復之價值也

# 第七編 大理院之特別事件

## 第一 意義

大理院以爲屬於其特別權限之事件有可爲第一審且終審而審判者今舉之如左

(1) 關於對天皇、太皇太后、皇太后、皇后、皇太子又皇太孫加危

害又欲加之者之事件(刑法七三條)

## 意義

◎大理院之特別權限事件

(2) 關於對皇族加危害者之事件(刑法七五條)

(3) 關於內亂之罪(刑法七七條乃至七九條)

(4) 皇族犯罪在禁錮以上刑之事件

與右列記之犯罪有共犯關係者總由大理院併合管轄之

## 第二 搜查及起訴

### (一) 搜查

此事件之搜查檢察總長爲之地方檢察廳初級檢察廳之檢察官及司法警察官作爲檢察總長之補助而搜查之報告於檢事總長者也

關於現行犯事要急速時地方檢察廳之檢察官及司法警察官從一四條及一四七條第一項之規定得爲屬於豫審推事之處分而此結果速添證據書類之意見書由地方

## 搜查及起訴

## 第七編 大審院之特別事件

檢察廳檢察官送致檢察總長

(二) 起訴

檢察總長認爲其事件屬於大理院之特別權限且應起訴者則可請求大理院長命豫審推事而此起訴常依此豫審請求而實行之起訴不起訴之權一委檢察總長

第三 豫審及公判

(一) 豫審

(1) 豫審者強制的也大理院長於大理院之判決可命他審判衙門推事豫審之受命推事與普通事件之豫審同樣爲相當之處分以爲無他處理之必要則自身不爲終結決定附意見書於訴訟記錄送之於大理院

大理院聞檢察總長之意見可先決定其事件應付公判與否

(2) 決定其事件屬於地方審判廳或初級審判廳之權限者則可指定管轄審判衙門送致其事件若認屬於特別審判衙門之權限者則可以決定宣告管轄違又百六十五條之情事可以決定宣告免訴

(二) 公判

公判之程序依一般之程序屬於大理院特別權限之事件爲一審且爲終審則直確定但不妨再審

豫審及  
公判

# 第八編 裁判執行

## 第一章 總說

### 第一 裁判執行之意義

單謂裁判則含判決決定命令三者實行其內容之事總爲裁判之執行關於命令卽令狀之執行等曩已說之茲爲主就判決之執行述之

### 第二 執行機關

刑之執行機關檢察官也蓋指揮刑之執行者宣告其刑之審判衙門所配置之檢察官或自上告審判衙門受命之審判衙門所配置之檢察官也

### 第三 受刑人

受刑人限於受宣告刑之被告人對於繼承人無執行之事故刑之執行因被告人之死亡而消滅

### 第四 裁判執行之條件

#### (一) 裁判確定

(二) 直接執行者要所有其裁判之正本或謄本抄本

第五 執行停止

裁判執行總說

判決確定則直以執行之爲原則對於此原則亦有左之例外

(一) 監獄可執行二個以上之主刑時此時執行重者停止輕者

(二) 死刑囚有左之原因時

(1) 心神喪失時

(2) 婦女懷胎時

(三) 受懲役禁錮又拘留之宣告者有左之原因時

(1) 在心神喪失之狀態時

(2) 依刑之執行不能保生命時

(3) 受胎後七日以上時

(4) 分娩後未經過一日時

◎刑之執行停止時

第六 裁判執行權之消滅

裁判執行權依左之原因消滅

(1) 執行完了

(2) 被告人死去

(3) 時效

◎裁判執行權消

減原因

(4) 恩赦(大赦特赦減刑)

(5) 執行猶豫

(6) 假出獄假出場

## 第二章 各說

### 第一 死刑之執行

(一) 死刑之執行於監獄內絞首受死刑之宣告者至其執行止勾置之於監獄

(二) 死刑之判決確定則檢察官速以其訴訟記錄送於司法大臣司法大臣調查無奏請恩赦理由與其他死刑執行無牴牾則可命令死刑之執行有命令則除大祭祀日等日外可於三日內執行之

(三) 死刑之執行須檢察官及審判衙門書記官蒞視之書記官作死刑執行始末書與檢察官共署名捺印

### 第二 自由刑之執行

自由刑者懲役禁錮及拘留也而此等自由刑者限無執行停止之事故判決確定則直可依檢察官指揮於監獄執行之

自由刑之執行  
懲役與禁錮拘留於監獄拘留者拘留於拘留場也懲役與禁錮之差異在懲役定服役禁

綱無定役之點

第三 財產刑及其他之執行

(一) 財產刑之執行

茲所謂財產刑者罰金科料及沒收三者是也

財產刑  
及其他  
之執行

(1) 不能完納罰金者一日以上一年以下之期間留置之於勞役場

(2) 不能完納科料者一日以上三十日以下之期間留置之於勞役場

(3) 沒收依檢察官之命令徵收時爲之

(二) 其他裁判之執行

裁判訴訟費用及追徵金依檢察官之命令徵收之若不得則檢察官之徵收命令與有執行力之債務名義有同一之效力可依民事訴訟法之規定強制執行以補償之

第四 疑義及異議之呈明

(一) 疑義之呈明

疑義之呈明者就刑之宣告其裁判有不明之點爲闡明主文之意義爲之也  
而此呈明須自受刑之宣告者對於宣告刑之審判衙門爲之

(二) 異議之呈明

疑義及  
異議之  
呈明

異議之呈明者受刑之宣告者就刑之執行不服時爲之也例如刑期之計算或起算點



及其他有不服時爲之也

右疑義或異議之呈明於宣告刑之審判衙門決定之此決定可拘束檢察官又對此決定  
許抗告(三三三條)

# 刑事訴訟法要覽

終

第八編 第二章 各說



民國三年六月初版  
民國三年七月再版

刑事訴訟法要覽

定價大洋四角

不許複製

譯編者 東方法學會

發行者 泰東圖書局

印刷者 民友社  
上海愛文義路五十五號

總發行所 泰東圖書局  
上海四馬路一百十九號

經售處 各省大書坊

# 法政要覽叢書

東方法學會編纂

第一編

憲法要覽

附法院編制法要覽

全一冊  
定價大洋四角

東方法學會編纂

第二編

行政法要覽

全一冊  
定價大洋四角

東方法學會編纂

第三編

刑法要覽

全一冊  
定價大洋四角

東方法學會譯編

第四編

刑事訴訟法要覽

全一冊  
定價大洋四角

東方法學會譯編

第五編

民法要覽

第一卷  
總則編  
定價大洋四角

東方法學會譯編

第六編

民法要覽

第二卷  
物權編  
定價大洋四角

東方法學會譯編

第七編

民法要覽

第三卷  
債權編  
定價大洋四角

編八第

東方法學會編纂

民 法 要 覽

卷四第 親屬、繼承編  
定價大洋四角

東方法學會編纂

商 法 要 覽

卷一第 商人通例編  
定價大洋四角

東方法學會編纂

商 法 要 覽

卷二第 公司條例編  
定價大洋四角

東方法學會編纂

商 法 要 覽

卷三第 手形、海商編  
定價大洋四角

東方法學會譯編

民 事 訴 訟 法 要 覽

卷上 自第一編至第二編  
定價大洋四角

編九第

編十第

編一十第

編二十第

編三十第

編四十第

編五十第

編六十第

編七十第

東方法學會編纂

# 民事訴訟法要覽

下自第三編至第八編  
定價大洋四角

東方法學會譯編

# 國際公法要覽

全一冊  
定價大洋四角

東方法學會譯編

# 國際私法要覽

全一冊  
定價大洋四角

東方法學會譯編

# 經濟要覽

全一冊  
定價大洋四角

東方法學會譯編

# 財政要覽

全一冊  
定價大洋四角

上海图书馆藏书



A541 212 0003 4294B



珍 袖

法政要覽叢書

本書之特色

預備  
考試之  
利器

研究  
法政所  
必攜

- 一 譯纂東西名著
- 二 解釋現行法規
- 三 學說豐富
- 四 問題完備
- 五 提挈綱領
- 六 助長
- 七 攜
- 八 一