

和仏法律学校講義録

松室, 致 / 副島, 義一 / 勝本, 勘三郎 / 古賀, 廉造

(出版者 / Publisher)

和仏法律学校

(巻 / Volume)

3

(号 / Number)

号外の3

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

53

(発行年 / Year)

1900-04-14

和佛法律學
講義
第百卷

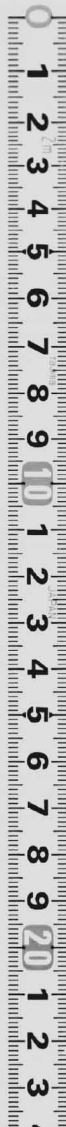
每月貳回
目次

刑法總論 (自四六一頁至四七三頁) 法律學士古賀廉造

刑法各論 (自五〇一頁至五一六頁) 法律學士勝本勘三郎

刑事訴訟法 (自四一〇頁至四一六頁) 法律學士松室致

號外之叅
憲
法 (自三一五頁至三四六頁) 法律學士副島義一



090
1899
3-2-3

ニ比セリ事實上ヨリ觀察スルトキハ「ガロ」氏ノ論一理ナキニ非スト雖モ犯意
ヨリ論スルトキハ未タ正鵠ヲ得タリト謂フ可カラス然レトモ現行刑法ノ規定
ハ茲ニ出ツルニ非スシテ共犯人ノ種類ヲ分別シタルハ蓋シ「ガロ」氏ノ如キ論
理ニ基クモノナランカ

犯罪ノ加擔ニ二ノ區別アリ一ハ任意のノ加擔一ハ必要のノ加擔即チ是ナリ必
要のノ加擔ハ犯罪ノ構成上多人數ヲ必要トスル場合ヲ謂フモノニシテ有失姦
ノ如キ兇徒嘯聚ノ如キ謀罪ノ如キハ皆是レ必要のノ犯罪加擔ナリ今茲ニ論
スル所ハ必要のノ加擔ニ非スシテ唯任意のノ加擔ニ在リトス刑法ニ所謂數人
共犯トハ即チ此任意のノ犯罪加擔ヲ指スモノナリ

第二節 犯罪ノ加擔

第一款 加擔條件

現行刑法ニ於テ犯罪ノ加擔ヲ謂スルニ付キ總テノ共犯ニ共通ス可キ條件ニアリ
（一）有形上ノ條件（二）無形上ノ條件是ナリ
第一 有形上ノ條件 有形上ノ條件トハ犯人自ラ現實其犯罪行為ノ實體ニ付

ヲ力ヲ致シタル場合ノミヲ謂フカ故ニ犯罪ノ實體ニ付キ何等ノ力ヲ致シタルコトナク唯犯罪ノ原動者ト爲リテ原動力ヲ犯人ニ注入スルノ行爲ヲ爲スニ止マル者ハ有形上ノ加擔行爲ヲ爲シタルナリト謂フヲ得ス此條件ヨリ生ス可キ結果ニアリ

第一結果 他人ノ犯罪行爲ヲ行フヲ見テ之ヲ默過シタル者ハ犯罪ノ加擔者

ヲ以テ論スルヲ得サルナリ例ヘハ竊盜アリ群衆ノ中ニ於テ他人ノ物品ヲ拘摸セントス予之ヲ目撃シテ之ヲ官署ニ告發セスシテ竊盜ノ實行ヲ默過

セリ此場合ニ於テ予ハ竊盜ノ加擔者ヲ以テ論セラレモモノニ非サルナリ

第二結果 犯罪ヲ行フ者アルヲ見テ之ヲ防止セサルトキモ亦犯罪ノ加擔者ナリト看做スヲ得サルナリ例ヘハ犯罪ヲ實行スル者アルヲ見テ之ヲ防止スルノ途ヲ知ルト雖モ故ラニ之ヲ防止セサルノ行爲ハ道德上深ク尤ム可キモノナリト雖モ刑法上之ヲ以テ犯罪ノ加擔者ナリト看做スヲ得サルナリ何トナレハ縱令犯罪ヲ容易ナラシムルノ意思ヲ有シテ之ヲ防止セサルモ是レ唯德義上命シタル行爲ヲ爲サ、ルニ過キスニテ刑法上ノ命令ヲ犯

シタルモノニ非サルヲ以テナリ若シ又一步ヲ進メ犯人ヨリ其犯罪ノ實行ヲ防止セサルノ報酬トシテ多少ノ財物ヲ受ケタリトスルモ尙ホ未タ以テ犯罪ノ加擔アリト謂フヲ得サルナリ若シ犯人ヨリ受ケタル財物ハ犯罪ニ關スルモノナルトキハ受贖罪アリト雖モ其財物ニシテ犯人ノ所有物ニ係ルトキハ之ヲ受クルノ原因不正ナリト雖モ其行爲ハ敢テ刑法ノ禁スル所ニ非サルヲ以テ決シテ加擔行爲アリト謂フヲ得ス

之ニ要スルニ犯罪ノ實行ヲ默過シ又ハ之ヲ防止セサルノ行爲ハ刑法ノ禁制命令中ニ包含セサルヲ以テ犯罪ヲ構成ス可スヘキモノニ非サルナリ

第二 無形上ノ條件 無形上ノ條件二個アリ(一)犯罪アルヲ知ルコト(二)犯罪ノ意思ヲ有スルコト凡ソ無形上犯罪ニ加擔スルニ付テハ加擔者ハ其加擔スル所ノ行爲ハ犯罪ニシテ而シテ加擔者ハ其犯罪ヲ實行又ハ幫助スルノ意思ヲ有セサル可カラス然レトモ加擔アレハ必ス其犯人ノ間ニ通謀ヲ要ス可シト謂フニ非サ、ルナリ苟モ加擔者ニシテ犯罪行爲タルコトヲ知ツテ之ヲ實行又ハ幫助スルノ意思ヲ有スルトキハ是レ同一ノ意思ヲ以テ同一ノ目的ヲ行

テ者ナルカ故ニ共犯人ノ間ニ何等ノ通謀ヲ爲スナシト雖モ犯罪ハ共同ノ犯
 意ト共同ノ實行ニ個リテ全ク完結スルニ至リシモノナリ論者共犯ニハ必ス犯
 意ノ通謀ヲ要スルモノト論ス然レトモ是レ刑法ニ規定スル所ノ條件ニ非ス
 シテ論者ノ想像ニ出テタル所ノモノニ外ナラサルナリ刑法ニ於テハ或ハ二
 人以上ニ現ニ罪ヲ犯シタルトキハ云々トアリ或ハ一人ヲ教唆シタル者云々トア
 リ或ハ豫備ノ所爲ヲ以テ犯罪ヲ幫助シタル者云々トアリテ未タ皆テ共ニ謀
 リ云々ト謂フコトヲ言ハサルナリ故ニ刑法ノ精神ニ於テハ同一ノ犯意即チ
 二人以上ノ共犯人カ有スル所ノ犯意ハ共ニ一定ノ罪ヲ犯サントスルニ在リ
 テ而シテ共同シテ犯罪ヲ犯シタル以上ハ是レ即チ二人以上現ニ犯罪ヲ犯シ
 又其罪ヲ犯シシメ又ハ其罪ヲ幫助シタルモノニシテ所謂共犯ノ條件備ハ
 レルモノナリ更ニ之ヲ約言スレハ犯罪ノ事實タルコトヲ知り又其犯罪ヲ共
 ニスルノ犯意ヲ有スレハ即チ共犯ノ條件具備スルナリ其他尙ホ共犯人間ニ
 意思ノ通謀アルコトヲ要セス共ニ一定ノ罪ヲ犯スノ犯意ヲ要スト謂フハ互
 ニ共謀スト謂フノ意ニ非サルナリ例ヘハ暗夜ニ人ヲ毆打スル者アリ今其毆

打罪ヲ犯スヲ知リ突然出テ、共ニ其被害者ヲ毆打スルノ意思ヲ以テ之ヲ毆
 打シタルトキハ則チ予ト他ノ犯人トハ未タ皆テ何等ノ通謀ヲ爲シタルモノ
 ニ非サルナリ然レトモ予既ニ毆打創傷罪ノ事實タルコトヲ知り又共ニ之ヲ
 犯サントノ意思ヲ以テ共ニ毆打ヲ爲シタルトキハ予ハ犯罪ノ事實ヲ知り又
 犯罪ヲ行フノ意思ヲ以テ之ヲ行フタルモノナレハ有形上ノ條件ト無形上ノ
 條件ヲ全ウシタルモノト謂ハサル可カラズ是ヨリ無形上ノ條件ノ二者即チ
 犯罪ノ事實ヲ知ルコト及ヒ其犯罪ヲ行フノ意思ヲ要スルコト之ヲ分離シテ
 説明スル所アル可シ

(二) 共犯ヲ以テ論スルニハ犯罪ノ事實ヲ知テ而シテ之ニ加擔スルコトヲ要
 ス、故ニ犯罪タルコトヲ知ラスシテ犯罪ヲ共ニシ又ハ之ヲ幫助シタル者ハ
 罪ヲ犯スノ意思ナキヲ以テ正犯ニモ非サレハ又從犯ニモ非サルナリ第
 百四條ニ於テ現ニ罪ヲ犯シタル者ハトアリ又第九條ニハ「重罪輕罪ヲ犯
 スコトヲ知テ」トアリ是ノ知ノ一事偶、以テ共犯ノ一條件ト爲スニ足ルヲ知
 リ得可シ然レトモ犯罪ノ事實ヲ知ルノ條件ハ正犯ニ付テハ別ニ困難ヲ生

スルコトナシト雖モ從犯ニ付テハ之カ區別ヲ爲シテ論セサル可カラサルモノアリ即チ事實ノ性質既ニ犯罪タルコトヲ知ラシムルニ足ル可キモノナルトキハ則チ其事實ノ成立ノミニ因リ以テ犯罪ノ事實ヲ知りタル者ナルコトヲ明カニスルニ足レリ此場合ニ於テハ別ニ犯罪ノ事實ヲ知ルニ付テ他ノ證據ヲ擧タルヲ要セサルナリ若シ之ニ反シ事實ノ性質犯罪ノ事實タルコトヲ知ラシムルニ足ラサルトキハ則チ犯罪ノ事實タルコトヲ知ルヤ否ヤニ付テハ必ス確實ノ證據方法ニ依リテ之ヲ證明セサルヘカラス

(二) 共犯ヲ以テ論スルニハ必ス犯罪ヲ共ニシ之ヲ教唆シ又ハ之ヲ幫助スルノ意思ヲ有スルコトヲ要ス刑法第百四條ニ「二人以上現ニ罪ヲ犯シタル者」トアリ第百五條ニ「人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタル者」トアリ罪ヲ犯罪シタリト謂ヒ又ハ罪ヲ犯サシムルトハ是レ皆罪ヲ犯サシムルノ意思ヲ以テシタルコト明白ナリ從犯ノ場合ニモ亦然リ第百九條ニ「云々其他豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助シ」トアリ是レ幫助ノ犯意ヲ有スルニ非サレハ縱令豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助シタルノ形蹟アルモ未タ以テ從犯ト

爲スヲ得サルナリ第百四條及ヒ第百五條ニ於テハ法文上明カニ犯意ノ條件ヲ記載セスト雖モ現ニ罪ヲ犯スト謂ヒ又ハ罪ヲ犯サシムルト言フトキハ常ニ犯意ヲ有スル場合ヲ謂フ殊ニ犯罪ヲ幫助スルト謂フトキハ幫助ノ犯意ヲ有シテ然ルモノタルコトハ毫モ疑ヲ容レサルナリ凡ソ刑法ノ各本條ニ規定スル犯罪モ亦別ニ犯意ヲ有シテ犯スモノタルコトハ何人モ疑ヲ容レサル所ナリ唯法文ノ各本條ニ於テ一々犯意ノ文字ヲ掲クルトキハ煩雜ニ流ル、恐アルヲ以テ一般ニ犯意ノ語ヲ用ヒサリモニ過キサルナリ此故ニ若シ共犯人ハ犯罪ノ事實タルコトヲ知リテ之ニ加擔スルモ罪ヲ犯スノ意思ヲ以テセサルトキハ是レ犯意ナクシテ犯罪ノ事實ヲ行フタルモノニ過キサレハ固ヨリ共犯ヲ以テ論ス可キノ限ニ在ラサルナリ共犯ニ最も必要ニシテ缺ク可カラサル條件ハ則チ總テノ共犯人ノ犯意ハ同一ノ目的タル犯罪ニ集合スルニ在リ而シテ其犯意ノ集合ハ(集合ニハ各共犯人通謀シテ其犯意ヲ集合スル場合モアレハ又何等ノ通謀ナクシテ事實上一定ノ目的ニ犯意ノ集合スルコトモアリ)或ハ之ヲ推定ス可キ場合モアレハ又

推定ス可カラサル場合モアリ例ハ甲アリ乙ノ犯罪ヲ犯スコトヲ知り其犯罪ノ實行ニ必要ナル方法ヲ授ケタルトキハ則チ事實上明カニ乙ノ犯罪ト甲ノ犯意ハ一定ノ犯罪ニ集合セシコトヲ推定スルニ足レリ例ハ貨幣ヲ偽造スル機械ヲ製作シテ之ヲ所有セリ然レトモ自ラ貨幣ヲ偽造スルノ意思ヲ有スルモノニ非ナリシニ偶々其友人某貨幣ヲ偽造セントノ意思ヲ有シテ之ヲ機械ノ製作者ニ告ク機械ノ製作者ハ其友人カ貨幣ヲ偽造スルモノナルコトヲ知り其製作ノ機械ヲ以テ之ヲ其友人ニ與ヘタリ而シテ友人ハ此機械ヲ使用シテ貨幣ヲ偽造セリ此場合ニ於テ機械ノ製作者カ其機械ヲ以テ之ヲ友人ニ與フルノ一事ハ既ニ犯罪ヲ犯スコトヲ知テ之ヲ幫助スルノ意思アルコトヲ推定スルニ足レリ何トナレハ其機械ハ實ニ唯一ノ目的ヲ有スルノミニシテ貨幣ヲ偽造スルノ外他ニ之ヲ使用ス可キ者ニ非タルヲ以テ之ヲ其貨幣ヲ偽造セントスル者ニ與フルハ即チ實ニ其犯罪ヲ幫助セントノ意思ヲ有スルモノナルコト少シモ疑ヲ容レサル所ナレハナリ然レトモ此推定ハ必スシモ反對ノ證據ニ因テ以テ之ヲ破壞ス可カラスト謂フ

ニ非ス若シ甲ハ乙ノ犯罪ヲ犯スコトヲ知ルト雖モ乙ニ授ケシ方法ハ乙ノ犯罪ヲ幫助スルノ犯意ヲ有シテ然ルニ非ス又乙ト犯罪ヲ共ニスルノ意思ヲ有シタルニ非サルコト明白ナルトキハ則チ縱令甲ハ乙ノ犯罪ヲ知リタルノ事實アリト雖モ其加擔行爲ハ甲ノ犯罪ヲ推定スルニ足ラサルナリ例ハハ茲ニ博徒アリ屬人ト爭鬪シテ毆打創傷ノ刑ニ處セラレタル者ナリ其知己ノ刀劍商ノ許ニ到リ一振ノ刀ヲ購求セリ刀劍商ハ其博徒ノ素行ヲ知ルヲ以テ其刀劍購求ノ目的ハ必ス人ト鬪ハントスルニ在ルコトヲ知レリ(一步ヲ進メテ博徒ハ刀劍商ニ爭鬪ヲ爲スノ目的ヲ有スルコトヲ明言シテモ可ナリ)而シテ博徒ノ需ニ應シテ一振ノ刀ヲ渡シタリ其明日果シテ博徒ハ大人ト鬪ヒ其刀劍ヲ用ヒテ數人ヲ斬殺シタリ此場合ニ於テ刀劍商ハ果シテ從犯ヲ以テ論ス可キカ刀劍商ハ固ヨリ博徒ノ犯罪ヲ爲ス者タルコトヲ知レリ然レトモ其賣却セシ刀劍ハ全ク商業上ノ目的ニ出テ之ヲ賣リテ以テ多少ノ利益ヲ獲ント欲スルモノニシテ毫モ博徒ノ殺人犯ヲ幫助セント欲スル者ニ非サルナリ即チ刀劍商ハ刀劍ヲ賣買スルヲ以テ營業ト爲ス者

ナレハ何人ニ對シテモ其刀劍ヲ賣リテ而シテ多少ノ利益ヲ獲レハ則チ可ナリ其刀劍購求ノ目的ハ敢テ問フ所ニ非サルナリ然ラハ則チ刀劍商ノ意思ハ未タ博徒ノ意思ト共ニ殺人犯ノ上ニ集合シタルモノナリト謂フヲ得サルナリ之ヲ要スルニ犯罪ノ成立ニ共同加擔スト雖モ若シ其犯罪ヲ幫助スルノ意思ヲ有セサルトキハ未タ以テ刑法上ノ加擔行爲アリト謂フヲ得ス是ニ於テ乎左ノ四結果ヲ生ス(一)犯罪ノ成立ヲ幫助シタルノ事實アリト雖モ犯人ト其意思ヲ同シウセス全ク罪ヲ犯スノ意思ヲ有セザリシトキハ共犯ヲ以テ論スルヲ得サルナリ例ヘハ竊盜アリ予ノ留守宅ニ來リ予ノ家ヲ借ラントシテ屋内ノ構造ヲ一見センコトヲ求メタリ予ノ家婢ハ其竊盜タルコトヲ知ラス之ヲ導キテ屋内ノ總テノ構造ヲ知ラシム其夜竊盜ハ予ノ家ニ侵入シテ財物ヲ奪略シタリ此場合ニ於テ竊盜ノ意思ハ予ノ家ニ侵入シテ竊盜ヲ爲スニ在リ而シテ予ノ家婢ハ家屋ヲ貸與スルノ意思ヲ以テ屋内ノ構造ヲ知ラシメタリ即チ竊盜ノ意思ト予ノ家婢ノ意思ハ毫モ一致スル所ナキヲ以テ縱令竊盜ハ家婢ノ力ニ依リテ竊盜ノ目的ヲ達スルコト

ヲ得タリト雖モ予ノ家婢ハ決マテ從犯ノ責任ヲ負フモノニ非サルナリ(二)竊盜ノ成立ニ共同加擔スト雖モ正犯者ト同一ノ犯意ヲ有セサルトキハ正犯者ト其責ヲ同シスルモノニ非サルナリ例ヘハ從犯ハ竊盜スル者ナリト信シテ門戸ヲ踰越スル者ヲ見テ之ニ一ノ梯子ヲ貸與セリ然ルニ正犯ハ其家宅内ニ侵入シ竊盜ヲ爲サシテ而シテ殺人罪ヲ犯セリ此場合ニ於テ從犯ハ竊盜ノ共犯人タルノ責ヲ負フ可シト雖モ決シテ殺人罪ノ共犯人タルノ責ヲ負フ可キ者ニ非サルナリ又例ヘハ婦女ノ逃亡ヲ幫助スルノ意思ヲ以テ其逃亡ニ加擔シタリ然ルニ其婦女ハ逃亡スル者ニ非スシテ全ク略取セラルル場合ノ如キモ亦略取ノ從犯ヲ以テ論ス可キニ非サルナリ(三)數人相謀リテ或一罪ヲ犯サントシテ偶共謀以外ノ罪ヲ犯セリ又或ハ甲ハ乙ヲ教唆シテ或罪ヲ犯サシメントシテ乙ハ偶教唆以外ノ罪ヲ犯セリ例ヘハ甲ハ乙ヲ教唆シテ銅貨偽造ヲ爲サシメントス然ルニ乙ハ銅貨ヲ偽造セスシテ金貨ヲ偽造セリ又或ハ甲ハ乙ニ對シテ私書ノ偽造ヲ爲スコトヲ教唆セリ然ルニ乙ハ私書ヲ偽造セスシテ官文書ヲ偽造セリ又或ハ甲ハ乙

ヲ殺害シテ丙ヲ毆打セシメタリ然ルニ乙ハ丙ヲ殺害シタル場合ノ如シ此
 場合ニ於テ殺害者ノ意思ハ被殺害者ノ意思ト少シモ一致スル所ナキヲ以
 テ決シテ殺害者ト同一ノ責ニ任スルモノニ非サルナリ又例ハ甲乙相謀
 リテ丙ヲ毆打セントス然ルニ甲ハ唯毆打ノ所爲ニ止マラスシテ直チニ丙
 ヲ殺害セリ此場合ニ於テモ亦甲乙ノ共謀ハ毆打ニ在リテ而シテ甲ノ所爲
 ハ殺人ナルヲ以テ乙ノ意思ト甲ノ意思ハ未タ背テ合スル所アリト謂フ可
 カラス此故ニ乙ハ甲ノ責任ヲ分ツモノニ非サルナリ(四)過失罪ノ成立ニ共
 同加擔スル者ハ共犯若クハ從犯ナリト謂フコトヲ得ルヤ若シ共犯ニハ必
 ス意思ノ通謀ヲ要スルトスルトキハ過失罪ニ於ケル共犯者ハ意思ノ共通
 ヲ望ム可カラサルカ故ニ共犯ノ責任アリト謂フヲ得サルナリ然レトモ予
 ノ論セシ如ク共犯ニハ意思ノ共通ヲ要セストモ少クモ無意犯ニ付テ數
 人ノ正犯者アルコトヲ認ムルヲ得可シ即チ同一ノ犯意ヲ以テ同一ノ犯罪
 ニ協力シタルトキハ即チ有意ノ共犯アリト謂フコトヲ得可シトモ同一
 ノ犯意ナクシテ同一ノ犯罪行爲ニ協力シタルノ事實アラハ即チ無意ノ共

キハ果シテ論者カ云フカ如ク危險ナキカ已ニ之ヲ區別スルノ理由ナシトセ
 ハ法ハ何ヲ以テ之ヲ罰セサルカ論シテ茲ニ至ラハ單ニ文字上博奕ハ賭事ヲ
 含マスト云フノ外他ニ理由ノ據ル可キナシ果シテ博奕ハ賭事ヲ含マサルカ
 骰子ヲ以テ輸贏ヲ争フハ博奕ノ最モ顯著ナルモノトシテ世人ノ異マサル所
 ナリ然レトモ此事果シテ博奕ニ屬スルカ余ハ其賭事タルコトヲ信シテ疑ハ
 ス蓋シ博奕ハ遊戯ナリ已ニ之ヲ遊戯トスレハ勝敗ノ數カ多少自己ノ手腕ニ
 モ存シ隨テ其結局ニ至ルマテモ多少ノ能力ヲ費スカ故ニ其手段ト結果トノ
 間ニ於テ或快樂ヲ覺ユルモノタラサル可カラサルヤ論ヲ俟タス然ルニ骰
 子ヲ放擲スルノ行爲ハ之ヲ放擲スルニ依テ得ル所ノ快樂單ニ其結果ニノミ
 存スルコト骰子ハ通常犯人自ラ之ヲ放擲スルモ亦第三者ニ依テ放擲セラ
 ルコトヲ得ルニ依テ之ヲ知ル可キ其快樂已ニ結果ノ上ニノミ存ストモハ是
 レ其現出ス可キ數ノ上ニ於ケル意見ノ争ノミ競馬又ハ角力ノ優劣ヲ判定シ
 又ハ後日ノ晴雨ヲトスルト何ノ異ル所アラシキヤ人或ハ曰ハン競馬角力ノ優
 劣後日ノ晴雨ハ犯人ノ行爲ニ關係ヲ有セス之ニ反シ假令骰子ハ第三者ニ依

ヲ放擲セララルモ是レ犯人ヲ代表シ放擲スルナリ然ラハ彼トハ犯人ノ行爲ニ出ツルト否トノ點ニ於テ差異アリト夫レ然リ豈夫レ然ランヤ論者若シ他人ノ賭場ニ望ミ他人ノ骰子ヲ放擲スルヲ利用シ傍ニ於テ更ニ一團ノ賭博組合ヲ作りテ輪贏ヲ争ヒタル者ハ全ク關係ナキ他人ノ行爲ヨリ現出セララル、骰子ノ點數ニ付テ意見ヲ争フモノナルカ故ニ無罪ナリト論決スルノ勇アラハ則チ止ム荷モ之ヲ以テ有罪ナリト論決センカ賭事ノ博戯ト區別セララル、所以茲ニ在リト云フヲ得サラン否ナ余ヲ以テ之ヲ觀レハ骰子ハ競馬角力ノ賭事ヨリモ一步ヲ進メタルモノ詳言スレハ競馬角力ニ因リテ生ス可キ勝敗ノ結果ヲ見ンカ爲メニハ多少ノ時間ヲ要シ其目的ヲ達スルノ材料トシテハ甚タ迂遠ナルカ爲メ時間ヲ省略スルト同時ニ競馬等ニ依テ生ス可キ場合(註)ヲ頻繁ナラシメ以テ十分ニ其目的ヲ達センカ爲メ一六ノ數ヲ四方ニ配置シテ案出セラレタルモノニシテ前者ヨリ數段ノ進歩ヲ爲シタルモノタリ而シテ其犯人自ラ之ヲ投擲スルカ如キハ畢竟意見ヲ争フヘキ場合ヲ發生セシムルカ爲メ已ムヲ得サルニ出ツルノミ博戯ノ如ク目的ノ自體ノ性質上

必要ナルニ非ス論シテ茲ニ到ラハ骰子ヲ投擲シテ勝敗ヲ争フハ純然タル賭事ト云ハサル可カラス已ニ之ヲ賭事ナリトセハ我所謂博奕ハ唐律博ヲ以テ例ト爲ストアルト同時ニ骰子ニ依ラサル自餘ノ賭事モ亦之ヲ包含スト云ハサル可カラス

(附言)人或ハ勝敗ニ偶然ノモノト否ラサルモノト有ルカ如ク思惟スルモ勝敗ハ常ニ偶然ノモノタリ唯其間純然タル委運ノモノト多少結果ヲ推測スルコトヲ得ルモノトノ差アルノミ

之ヲ要スルニ我所謂博奕ハ夫ノ毆打創傷若クハ圍毆ナル文字ト同シク昔時ニ在リテハ其文字ノ示スカ如ク碁將棋等勝敗ヲ争フヘキ博戯ノ中學術技藝其他農工商業ノ發達進歩ヲ圖ルカ爲メニセラル、モノヲ除外シタル總テノモノヲ意味スルニ止マリ賭事ヲ含マザリシモ法律制定ノ趣旨ハ專ラ僥倖ヲ希フニ因リテ生ス可キ弊害ヲ杜遏セントニ在リシカ故ニ世ノ進歩ト共ニ賭事ニモ適用セララル可キ一種ノ法語ト爲リシモノニシテ現今ニ在リテハ右ニ所謂除外セララルモノノ外總テ財物ヲ賭シテ勝敗ヲ争フコトヲ意味スルモ

第二ノ要素 財物ヲ賭シタルコト (一)財物トハ吾人カ其物ノ上ニ法律上ノ利益ヲ有スル總テノ有體物ヲ云ヒ債權使用權等ノ無體物ヲ含マズ然レトモ法律ハ單ニ財物タルコトヲ要シ必スシモ動産タルコトヲ要セサルカ故ニ不動産ト雖モ賭博ノ目的物タルコトヲ得(二)賭シタルコト、賭スルトハ委運契約ノ目的物トスルノ義即チ勝タハ得敗ルレハ失フヘキモノトスルノ義ナリ故ニ例ヘハ我ニ勝タハ金若干ヲ與ヘント云フカ如キ無償契約ノ目的物トシタルノ事實アルノミヲ以テ十分ナリトシ現實ニ物ノ取引ヲ爲ササル場合ニ於テモ尙ホ罪ノ構成ヲ妨ケス

第三ノ要素 現ニ行ヒタルコト 法文現ニ博奕ヲ爲シタル者トハ如何ナル意味ヲ有スルヤニ付キ從來種々ノ解説ヲ試ミ或ハ風俗ヲ害スル罪タリトノ點ヨリ觀察シ現ニトハ公然ノ義ナリト解シ或ハ現ニナル文字ハ共犯ノ場合ニ於テ多ク用ヒラルル文字タルト同時ニ第二百六十一條前段ハ後段ニ對シテ正犯ノ位地ニ在ルヨリ現實賭博ニ從事シタルノ義ナリト解セリ然レトモ何

レモ正當ノ解釋ト認ムルヲ得ス蓋シ佛國刑法ト其ニ本罪ヲ以テ風俗ヲ害スル罪ト爲シタル草案ノ條文ニハ先ニモ示シタル如ク別ニ賭博開帳者ノ家屋又ハ公ノ場所ニ於テ等ノ文字ヲ以テ其意ヲ示シタルト同時ニ刑法明文中心何レノ處ニ於テモ現ニナル文字ヲ公然ノ義ニ使用シタル例ナク又本條ノ場合ニ限リ特ニ正犯ト從犯トヲ明ニセサル可カラサルノ理ナケレハナリ然ラハ如何ニ解釋ス可キヤ曰ク本條ニ相當スル佛文第一草案第二百九十四條ヲ按スル前條ニ掲ケタル條件即チ賭博開帳者ノ家屋又ハ公然ノ場所ニ於テ現行犯トシテ發覺セラレタル者云々トアリ又其第二草案註釋第六百十二條ニ「本罪ハ行爲ノ終了ト其ニ罪證直ニ消滅ス云々トアリテ慕氏カ佛國刑法ニ倣テ起草シタル部分ハ確定法文ニ於テ全ク排除セラレテ痕跡ヲ留メサルニモ拘ハラス獨リ其Flagrant delit(現行犯)ニ相當スルカ如ク思惟セララルヘキ[現ニ下ル]文字ノ記載セラレタルト其註解ノ說明我新律綱領ノ母法タル清律ノ註釋ト辭ヲ相類スルトニ依テ之ヲ觀レハ草案文中Flagrant delitハ慕氏ノ創意ニ非ス一ヲ我編纂委員ノ說ニ基キシモノニシテ我編纂委員ノ之ヲ主張シタルハ彼等

カ刑法ニ於ケル智識上清律ニ依リタルモノト推測スルコトヲ得可キカ故ニ此現ニトハ其淵源ヲ清律ニ據見發爲坐ニ發シテ草案ニ移リ留リテ明文ノ一部ト爲リシモノニシテ草案所謂現行犯ヲ意味スト解釋セサル可カラスト信ス然リ而シテ其之ヲ要シタル理由ニ付テハ清律ノ註釋ニ蓋非見發即無憑據恐有指攀誣陷之弊也トアリテ誣陷ノ最モ盛ナル彼國ニ於テハ必要ナル明文タル可シト雖モ我國ニ於テハ單ニ罪證消滅シ易シト云フニ止マリ罪證ノ消滅シ易キハ獨リ賭博ニ限ラサルカ故ニ殆ト之ヲ置クノ必要ナシ畢竟其國情ヲ詳ニセス安ニ他國ノ法制ヲ模倣シタルノ誤ニシテ學者ノ疑問ヲ煩ハシタル所以亦此ニ職由ス立法ノ任ニ在ル者慎マサル可ケンヤ

乙 處分

處分ニ付テハ法律ハ二月以上六月以下ノ重禁錮ニ處シ五圓以上五十圓以下ノ罰金ヲ附加ス賭博ノ器具、財物其現場ニ在ル者ハ之ヲ沒收スト云ヘリ前段ハ格別説明ス可キモノ無シ後段ハ清律所謂攤在場之財物入官ニ相當ス(一)賭博ノ器具トハ骰子、骰牌、數取ニ用フル碁石、木札等勝敗ヲ爭フニ必要ナル器

具ノ義ニシテ臨時賭場ニ敷カレタル風呂敷又ハ胡蘆等ノ類ハ包含セス(二)賭博ノ財物トハ賭シツ、アル財物及ヒ賭スルカ爲メノ財物賭博ニ依テ得タル財物賭博ヨリ生シタル寺錢等總テ賭博ニ關係アル財物ヲ云フ(三)現場ニ在ルモノハ之ヲ沒收ス、何レモ賭場ニ現在スルコト即チ表現セテ賭場ニ存在スルコトヲ要ス故ニ他所又ハ犯人ノ懷中ニ存在スルモノハ沒收スルコトヲ得ス然ラハ土地、家屋等不動産ヲ賭スルカ爲メ其内又ハ其現在スル場所ニ於テ賭博シタル場合ニ於テハ其不動産モ亦之ヲ賭場現在ノモノトシテ之ヲ沒收スルコトヲ得ルヤ改定律令第二百七十條ニハ原主ニ還付シ官ニ入ルノ限ニ在ラストアリシモ現行法ニ此制限ナキカ故ニ聊カ奇異ノ感アルモ猶ホ沒收セサルヲ得サラン(四)此沒收ノ規定ハ賭博ニ特殊ナル規定ナルカ故ニ總則ノ規定ト重複スルモノニ付テモ決シテ總則ヲ適用スルコトヲ得ス

第二項 賭博ノ情ヲ知テ房屋ヲ給與シタル罪

第二百六十一條後段ニ曰ク「……其情ヲ知テ房屋ヲ給與シタル者亦同シト」一 亦同シトハ刑罰相同シノ義

- 二 賭博ノ情ヲ知り特ニ此カ爲メニ房屋ヲ給與シタルノ事實アルコトヲ要ス故ニ初メ知ラスシテ貸與シタルトキハ假令後ニ至リ其情ヲ知りテ制セサルモ罪ヲ構成セス
- 三 然レトモ已ニ情ヲ知テ給與シタルノ事實アルトキハ其因ヲ報酬ヲ得タルト否ハ犯罪ノ構成ニ影響セス
- 四 賭場ヲ開張シテ利ヲ圖ル者トノ區別如何曰ク賭場ヲ開張シテ利ヲ圖ル者ハ賭博ノ興行者ニシテ豫メ之ヲ備ヘテ賭博者ヲ引誘スル者即チ一種ノ欺瞞ニ類ス房屋ヲ給與スル者ハ賭博者ノ求ニ應ヂテ臨時之ヲ幫助スル爲メ一種ノ從犯タリ換言スレハ前者ノ行爲ハ賭博者ヲ招集スルモノニシテ賭博者ヲ客トシ後者ハ賭博者ニ從テ利便ヲ與フルモノニシテ賭博者ヲ主トスルノ差アリ
- 五 本罪ハ其性質賭博ノ從タル行爲ナルカ故ニ賭博者罪ヲ構成ス可キ場合ニ非スルハ罪ヲ構成セス
- 六 其刑主犯ト同一ナルハ單ニ嚴罰センカ爲メノミ

第三項 賭場ヲ開張シ又ハ博徒ヲ招結シタル罪

是レ第二百六十二條規定セル所先ニ引用シタル新律綱領賭博ノ條若シ產業ナクシテ常ニ腰刀ヲ挾帶シ無賴ノ徒ヲ招結シ賭場ヲ開張シ四隣ニ横行スル者ハ皆流一等ヨリ來レル條文ナリ賭場開帳ニ付テハ佛國刑法第四百十條ニ其規定アリト雖モ法條ノ性質全ク相異レリ

一 賭場ヲ開張シテ利ヲ圖リタル者 之ニ依テ收入ヲ得ルカ爲メ賭場ヲ開張シテ賭博ヲ爲サシムル者ト云フノ義ニシテ法文ノ主トシテ云ハント欲スル所ハ技術練習ノ爲メトシテ公認セラル、玉突場又ハ大弓場ノ如ク公衆ヲシテ賭博ヲ爲サシメンカ爲メ玉轉ハン場等ヲ設ケテ一定ノ入場料又ハ器具ノ使用料等ヲ徴收スル者ニ在リト雖モ夫ノ親分ト稱スル者カ賭場ヲ設ケ賭博者ヨリ寺錢ヲ徴收スルノ行爲モ亦本罪ノ中ニ入ル可キモノトス

二 博徒ヲ招結シタル者 (一)博徒トハ賭博ヲ常業トスル無賴ノ賭博者ヲ云ヒ(二)招結トハ嘯聚シテ團結(夫ノ俗ニ所謂團體兵衛ノ身内又ハ團體忠治ノ身内ト云フカ知種々ハ團結ノ一分子タルコトヲ示ス)ヲ作リ己レ自ラ其首長ト爲ルコトニシテ即チ俗ニ所謂博徒ノ親分ヲ云

二者ノ刑賭博者其者ノ刑ヨリ重キ所以ハ二者共ニ賭博ヲ誘引獎勵スルモノニシテ其害ハ彼ニ比シテ遙ニ大ナルモノアレハナリ又法律ハ第二百六十一條ニ於ケルカ如ク現行犯ナルコトヲ要セサルト同時ニ其犯人自ラ賭博ニ關與シタルコトヲ要セサルカ故ニ本條規定ノ行爲アルトキハ直ニ罪ヲ構成シ犯人更ニ自ラ賭博ニ關與シタルトキハ第二百六十一條ノ條件ヲ充タシタル場合ニ於テ本罪トノ數罪俱發ヲ以テ論ス可キモノトス

第二款 富籤ニ關スル罪

富籤ニ關スル犯罪ハ刑法第二百六十三條ト明治十五年第二十五號布告トニ跨リテ規定セラル余輩ハ先ツ富籤ノ何モノタルコトヲ説明シ次ニ之ニ關スル處分ヲ説明スヘシ

甲 富籤ノ定義 法律ハ第二百六十二條ニ於テ富籤興行者ノ定義ヲ示セリ曰ク財物ヲ匯集シ富籤ヲ以テ利益ヲ僥倖スルノ業ヲ興行シタル者云々ト之ニ依テ觀レハ富籤トハ二人以上ノ者ノ財物ヲ匯集シテ財團ヲ作り更ニ抽籤ノ方

法ニ依リ其財團又ハ其代物ノ全部又ハ一部ヲ不平等ニ出資者ニ分配シ依テ出資者ノ或者カ利益ヲ僥倖シ他ノ者カ損害ヲ受クルコトヲ云フモノニシテ賭博トノ間其之ニ因テ利益ヲ僥倖シ又ハ損害ヲ受クル者ヲ害スト云フノ結果ニ於テハ毫末ノ差異ナシト雖モ彼ハ勝負ト云フ出來事ニ依テ始メテ勝者カ敗者ノ手中ヨリ財物ヲ獲得スルト云フノ手段即チ勝敗關係ニ依ルモ是ハ抽籤ト云フ偶然ノ事ニ依リ先ニ出資シタルヨリモ多クノ物又ハ少キ物ヲ得若クハ全ク何物ヲモ得サルコト、爲ルト云フノ手段即チ損益關係ニ因ルノ點ニ於テ大ナル性質上ノ差異アリ更ニ此關係ヲ明ニセンカ爲メ損失ヲ被リタル者ノ方面ヨリ説明センニ賭博ニ在テハ勝敗ノ定リタルトキ始メテ自己ノ財産ヲ奪取セラルルモ富籤ニ在テハ先キニ失フタル財物ヲ回復スルコトヲ得サルニ過キササルノ差アリ

右ニ説明スルカ如ク富籤ハ其手段ノ性質上ニ於テ賭博ト大ナル相違アリト雖モ人ノ僥倖心ヲ養成シ社會ヲ害スルノ點ニ至テハ全ク同一否夫ノ散子ヲ投擲シテ輸贏ヲ争フモノト同シク毫モ人ノ技藝又ハ能力ヲ要スルモノニ非サルノ

結果ソレ自身直ニ學術技藝又ハ農工商業ヲ獎勵裨益シ得可キモノタルノ性質ヲ有セス隨テ富籤ハ賭博廣キ意義ニ於テ云フト異ナリ如何ナルモノト雖モソレ自身不法有害ノモノタルノ性質ヲ有スルモ一時ニ多額ノ財産ヲ醜集スルノ方法トシテハ最モ便宜且有効ナルカ故ニ若シ其目的國家ヲ裨益ス可キ必要ナル事業換言スレハ非常手段ヲ執ルモ猶ホ且之ヲ與サハル可カラサル程ニ必要ナル事業ヲ與サンカ爲メ等ニ在ルトキハ國家ハ非常政策トシテ之ヲ許スヲ有益ナリトスルコトアリ是レ我法律ノ管ヲ認メサル所ナルモ歐米諸國ノ法典ニ於テ之ヲ官許スルコトアルノ規定ヲ設ケタルト同時ニ官許ニ依ラサルモノハ賭博ト異ナリ如何ナルモノト雖モ不法有害トシテ處罰スルノ規定ヲ設ケタル所以ナリ

乙 富籤ニ關スル處分 刑法第二百六十一條ハ富籤興行者ノ處分ニ關シ明治十五年第二十五號布告ハ富籤賣買ノ牙保又ハ幫助ヲ爲シ及ヒ其購買ヲ爲シタル者ノ處分ニ關ス

第一 富籤興行者ノ處分 (一)富籤興行者トハ前ニ所謂富籤ヲ創始シ以テ利益

ヲ僥倖セントスル出賣者ヲ募集スル者ヲ云フ(二)其行爲賭場ヲ開設スル者ト大差ナシ法ノ之ヲ待ツニ一月以上六月以下ノ重禁錮ト五圓以上五十圓以下ノ罰金ヲ以テスルハ些カ權衡ヲ失スルノ嫌アリ

第二 富籤賣買ノ牙保者幫助者及ヒ其購買者ノ處分 (一)牙保者トハ刑法第三

百九十九條ニ所謂牙保ト同シク媒介ヲ爲スノ義ニシテ賣主ト買主トノ間ニ周旋シ賣買行爲ヲ容易ナラシムルヲ云ヒ一種ノ幫助タリ(二)牙保及ヒ幫助ノ刑興行者ト同一ナルハ知情給與房屋者ノ刑賭博者ト同一ナルカ如シ(三)購買者ノ刑稍輕ク二十日以上四月以下ノ重禁錮ト四圓以上四十圓以下ノ罰金タルハ賭博者ノ刑賭場開張者ヨリモ輕キカ如シ(四)布告第三條再犯ノ場合ニ於テ刑罰金額ノ二倍云云ハ例ヘハ牙保ナレハ二月以上一年以下ノ重禁錮ノ範圍内ニ於テ先ニ科シタル刑罰ヨリ重キ刑罰ヲ科ス可シトノ義ニシテ再犯加重ノ變例タリ習慣犯ニ對スル處分トシテハ適當ナリト雖モ興行者ニ及ハサルハ第四條以下ノ規定ト共ニ立法ノ缺典ナリ(五)布告第四條以下皆富籤ニ關スルテフ廣キ文字アリテ刑法規定スル所ノ興行者ニモ

及フ可キカ如キモ布告ノ表裏富籤賣買ノ牙保補助ヲ爲シ及ヒ富籤ヲ購買シタル者ノ處分法トアルカ故ニ此等ノ者ノ犯罪行為ニノミ關スル規定ト云ハサルヲ得ス亦立法ノ缺典ナリ

第三節 信教ニ對スル罪

余カ茲ニ信教ニ對スル罪ト題スルハ刑法第二百六十三條ノ犯罪ヲ總稱ス而シテ其第一項ハ神佛其他人ノ尊敬又ハ歸依スル所ノモノニ對スル不敬罪ヲ第二項ハ所謂狹義ニ於ケル信教ノ自由ヲ妨害スル罪ヲ規定シタルモノトス

第一 不敬罪

一 神祠佛堂墓所其他人ノ禮拜所(一)神祠佛堂其他ノ禮拜所トアリテ恰モ殿堂等建造物ニ對スルコトヲ要スルカ如キモ(イ)建造物ハ人ノ尊敬又ハ歸依スヘキ神體又ハ佛體ヲ安置スル場所ニ過キスヤ所謂不敬罪ハ神又ハ佛ノ尊敬又ハ功德ト云フ無形ノモノニ對シテ行ハルモノナルト(ロ)本罪ニ相當スル佛文第一草案第二百九十六條ニモ神祠佛堂墓地其他信教ニ關スル場所ニ於テ公認セラレタル宗教ニ對シテアリテ神祠佛堂……ハ尊敬又ハ功德ヲ汚瀆セ

ラルヘキ目的物ノ所在ヲ示スト同時ニ犯罪行為ノ行ハル可キ場所ヲ示スニ過キサルトニ依テ之ヲ觀レハ必スシモ殿堂其他ノ建造物内ニ於テスルコトヲ要セス苟モ人ノ禮拜ス可キ場所ニ於テシタルモノハ路傍ノ滯佛ニ對スルモ仍ホ罪ヲ構成ス可キモノト信ス此點ニ關シ人或ハ神祠佛堂トアルカ故ニ墓碑又ハ路傍ノ神佛ニ對スル不敬ノ行為ハ第四百二十六條第十二該當スルカ如ク信スル者アルモ謬ナリ彼ハ主トシテ博徒カ墓碑ヲカキ取り旅人カ落書ヲ爲スカ如キ行為等ヲ豫見シタルモノニシテ公然タル不敬ノ行為ニ涉ルモノハ皆本條ニ入ル(ニ)然レトモ公然認メラレタル禮拜所タルコトヲ要ス彼ノ一人人カ私ニ注連繩ヲ施シタル樹木等ニ對スルモノハ或ハ第四百十九條ノ犯罪ト爲ル可キモ本罪ヲ構成セス

二 公然不敬ノ所爲ヲ爲シタル者 (一)公然タルコトヲ要ス故ニ隱密ニ行ハレタルモノハ有形ノ行為ニ依テ行ハレタル場合ニ限リ第四百二十六條第十一ノ犯罪タル可キモ本罪ヲ構成セス(二)不敬ノ所爲トアリテ第四百十七條第四百九條等ニ使用セラレタル不敬ト同一ナルカ故ニ苟モ人ノ尊敬又ハ歸依スヘ

キ神佛等ニ對シ其尊嚴又ハ功德ヲ汚瀆スルノ意思ヲ以テ公然不敬ト判定ス可キ行爲ヲ爲シタルトキハ場所行爲ノ如何ヲ問ハス罪ヲ構成ス可キカ如キモ前掲ノ如ク草案ニハ「神祠佛堂其他ノ信教ニ關スル場所ニ於テ」トアリテ其現場ニ於テスルコトヲ要スルカ故ニ言語動作等現場ニ於テ行ハル可キモノタルコトヲ要シ夫ノ刷行ノ文書圖書等ニ依リ他所ニ於テ行ハル、モノハ本罪ヲ構成セズ

第二 信教ノ自由ヲ害スル罪

單ニ說教又ハ禮拜ヲ妨害シタル者トアリテ其手段ヲ限定セスト雖モ前項ト同シク草案ニハ「前同一ノ場所ニ於テ」トアルニ依テ之ヲ觀レハ言語又ハ動作等ニ依リ現在其場所ニ於テ行ハル、コト例ヘハ喧囂騷擾シテ聽聞ヲ妨ケ又ハ禮拜者ヲ抑留セテ之ヲ妨クルカ如キコトヲ要シ夫ノ文書ヲ刊行シテ廣ク之ヲ攻撃スルカ如キ所爲ヲ含マズ

第七章 死屍ヲ毀棄シ及ヒ墳墓ヲ發掘スル罪

本章規定スル所ノ犯罪ハ人ノ遺骸ニ對スル道義及ヒ宗教上ノ感情ヲ傷害スル

タルキヲ知ルノ必要ナケレハナリ若シ結果ノ生ジタル地ヲ以テ犯罪ノ地ナリトセハ例ヘハ新橋ニテ人ヲ斬リタルニ被害者逃レテ横濱ニ至リ遂ニ死亡セタリトセンニ殺人ノ結果ハ横濱ニ於テ生ジタルカ故ニ犯罪ノ地ハ横濱ナリト謂ハサルヘカラス事實ニ於テ此ノ如キ不都合ヲ生スルノミナラス已ニ前陳ノ如ク犯罪ハ其行爲地ニ於テ成立スルモノニシテ犯罪ノ結果ノ如何ハ犯罪ノ成立ニ關係スルコトナシ然ラハ犯罪ノ地トハ犯罪ノ成立シタル地即チ犯罪行爲ノ地ナリト謂フヲ以テ穩當トス

犯罪ノ豫備ヲ爲セシ地ハ犯罪地ニアラサルヲ原則トスト雖モ刑法上其豫備ノ所爲ヲ罪トシテ罪スルコトアリ此場合ニ於テハ豫備ノ行爲ヲ爲シタル地ヲ犯罪地ナリトセサルヘカラス蓋シ其豫備ノ地ハ即チ犯罪行爲ノ地ナレハナリ次ニ被告人所在ノ地モ亦土地ノ管轄權ヲ定ムルニ付テ一ノ標準ナリ而シテ被告人所在ノ地ト謂フトキハ一見被告人ノ現在地ヲ指スニ似タリト雖モ決シテ然ラス何トナレハ場合ニ因リテハ被告人昔日ノ所在地ヲモ意味スルコトアレハナリ蓋シ此規定ハ治罪法ニ被告人ノ逮捕地トアリシヲ狹隘ニ失スト爲シ

所在地ト云フ漠然タル文字ヲ用ヒタルモノナリ逮捕地ト云フトキハ何故ニ狹隘ニ失スルヤト云フニ罰金科料ニ處スヘキ犯罪ハ或例外ヲ除キ原則トシテハ逮捕スルコトヲ得サルモノナリ隨テ此場合ニ於テハ逮捕地ナルモノナキカ故ニ被告人カ極メテ遠方ニ在ル場合ニ之ヲ犯罪地ニ召喚スルカ如キハ極メテ不便ト謂ハサル可カラス加之逮捕スルコトヲ得ル犯罪ニ付テモ例ヘハ東京ニ於テ罪ヲ犯シ大阪地方裁判所ノ管轄内ニ逃レタルニ因リ大阪地方裁判所ハ檢事ノ起訴ニ因リテ之ヲ逮捕セントシタルニ被告人又逃レテ長崎ニ走り途ニ長崎地方裁判所ノ手ニ逮捕シタル場合ニハ逮捕地ノ裁判所ハ長崎地方裁判所ナルカ故ニ長崎地方裁判所ヘ其管轄裁判所ナリト謂ハサルヘカラスト雖モ大阪地方裁判所ハ既ニ起訴ヲ爲シ且ツ逮捕ノ手續ヲモ爲シタルヲ以テ大阪地方裁判所ヲ以テ之カ管轄裁判所ト爲ス方便利ナリト謂ハサルヘカラス此ノ如キ事情アルカ爲メニ逮捕地ヲ以テ管轄ヲ定ムルノ不便タルコト言フヲ俟タス然ラハ如何ニ之ヲ定ムヘキカ被告人ノ住居地トセハ如何然レトモ住居地トハ法律上生活ノ本據ニシテ被告人カ生活ノ本據ニ居ルコト甚タ稀ナリ然ラハ被告人ノ現在

地トセハ如何然レトモ是レ殆ト逮捕地ト謂フニ異ナラス此ノ如ク辯シ來レハ被告人ノ所在地ト謂フノ外適當ノ文字ヲ見出スコト能ハス是レ此改正アリタル所以ナリ然ラハ被告人ノ所在地トハ如何ナル解釋ヲ爲スヲ以テ最も適當ト爲スカ曰ク起訴ノ當時被告人ノ現在スル地ヲ謂フ故ニ例ヘハ東京ニテ罪ヲ犯シ静岡ニ逃去シ且ツ同地ニ現在スルカ故ニ静岡地方裁判所ハ檢事ノ起訴ニ因リ之ヲ逮捕セントシタルニ大阪ニ逃走シ同地方裁判所ノ手ニ逮捕セラレタリトスルモ起訴ノ當時已ニ静岡地方裁判所ノ管内ニ所在シタルヲ以テ静岡地方裁判所ハ其正當ノ管轄裁判所ナリトス隨テ被告人一時通過ノ地ト雖モ其地ノ裁判所ニ於ケル起訴ノ當時其地ニ現在スルニ於テハ即チ所謂所在地ナリトス

被告人ノ所在地トハ任意の所在地ノ謂ナルカ又ハ強制的所在地ノ謂ナルカ實際家ノ探ル所ノ說ハ何レモ包含スト爲セリ余モ亦此說ヲ探ルモノナリ蓋シ皮相ノ見ヲ以テスレハ任意ノ所在地ナリト謂フヘキカ如シト雖モ例ヘハ市ヶ谷監獄署ニ服役中ノ既決囚人自首シテ曰ク余ハ仙臺ニ於テ殺人罪ヲ犯セリト而

シテ其言眞實ナルヲ以テ之カ裁判ヲ爲サントスルニ當リ市ヶ谷ハ強制的の所在地ナルカ故ニ第二十六條ノ所謂所在地ニ非ストシ之ヲ仙臺ナル犯罪地ニ讓送スヘシトセンカ不都合モ亦甚シト謂ハサルヘカラス
 以上ノ如ク犯罪ノ地又ハ被告人所在ノ地ヲ以テ管轄裁判所トスルトキハ一被告事件ニ付キ數箇ノ管轄裁判所ヲ生シ隨テ互ニ管轄争ヲ爲スコトアルヘキヤ勿論ナリ故ニ法律ハ豫メ此争ヲ防クノ必要ヲ認メ刑事訴訟法第二十七條ニ於テ數箇ノ裁判所ノ管轄ナル場合ニ於テハ其中ニテ最初豫審又ハ公判ニ着手シタル裁判所ヲ以テ其管轄ナリトス下規定セタリ故ニ同一事件ニ付キ數箇ノ裁判所之ヲ管轄スルトキハ最モ先ニ其豫審又ハ公判ニ着手シタル裁判所ヲ以テ管轄ト爲ス而シテ其所謂豫審又ハ公判ノ着手トハ必スシモ訟廷ヲ開キ若クハ被告人ヲ訊問スルヲ要セス檢事ノ起訴アレハ以テ豫審又ハ公判ニ着手シタリト謂フコトヲ得隨テ起訴ノ日時ノ最モ早キ裁判所ハ最初豫審又ハ公判ニ着手シタル裁判所ナリトス

第二十六條ヨリ讀下シテ第二十七條ニ至レハ本條ハ唯一犯罪ニ付キ數箇ノ裁判

所之ヲ管轄スル場合ノミヲ規定シ數罪俱發ノ場合ヲ包含セザルカ如シ即チ一人若クハ數人ニテ一罪ヲ犯シ第二十六條ニ從ヒテ數箇ノ管轄裁判所アル場合ニ於テ第二十七條ヲ適用シ最初豫審又ハ公判ニ着手シタル裁判所ヲ以テ其管轄裁判所ト爲スコトハ疑ナキモ一人若クハ數人ニテ數罪ヲ犯シ其各罪ニ付キ數箇ノ裁判所アル場合ニハ第二十七條ノ適用ヲ受クヘカラサルカ如シ果シテ然ルヤ否ヤ今治罪法ノ規定ヲ案スルニ刑事訴訟法ハ之ヲ削除シタリ其何故ニ之ヲ削除シタルカハ今日實際家ノ問題トスル所ナリ若シ此削除ノ理由ニシテ數罪俱發ノ場合ニモ之ヲ適用スルハ不當ナリトスルニ在リトセハ第二十六條及ヒ第二十七條カ數罪俱發ノ場合ヲ包含セザルハ疑ナカルヘキモ果シテ然ルヤ否ヤハ固ヨリ未タ知ルコトヲ得サルノミナラス余輩ハ却テ之ヲ削除シタルハ立法者ノ意思ハ數罪俱發ノ場合ニハ之ヲ一裁判所ニテ管轄スヘキコト當然ニシテ明文ヲ要セスト云フニ在リシコトヲ信スルモノナリ何トナレハ數罪俱發ノ場合ニ其各罪ヲ數箇ノ裁判所ニ管轄セシムルトキハ數罪一ノ重キニ從テ處斷スルコトヲ命スル法律ノ精神ニ背馳スルノ嫌アルノミナラス第二十六

條第二十七條ヲ讀ミテ毫モ數罪俱發ノ場合ヲ除外シタル痕跡ヲ殘スヲ見ザレハナリ

以上ハ一人ニテ數罪ヲ犯シタルトキ即チ數罪俱發ノ場合ニ於ケル管轄ノ問題ナリ次ニ數人ニテ一罪ヲ犯シタルトキ即チ數人共犯ノ管轄ニ付テ説明セン數人共犯ノ場合ニ於ケル管轄裁判所ハ第二十八條ノ規定スル所ニシテ其第一項ニ曰ク「從犯ハ正犯ヲ管轄スル裁判所ヲ以テ其管轄ナリトス」即チ正犯ト從犯トハ同一罪ニ付キ主從ノ關係アルモノナレハ其主タル正犯ヲ管轄スル裁判所ニ於テ從犯ヲモ管轄スルトキハ事實發見ニ付キ迅速且ツ便利ナルコト固ヨリ言フ俟タス

右ノ如ク從犯ハ常ニ正犯ト同一ノ管轄ニ屬スヘキモノナレハ從犯ハ幾人アルモ皆正犯ノ管轄ニ從フヘキナリ然ラハ正犯數人アルトキハ其管轄如何レモ主從ノ關係アルモノニ非カレハ固ヨリ本條第一項ノ範圍ニ在ラス例ヘハ甲乙丙ノ三人相謀リ東京ニテ罪ヲ犯シ直チニ各地ニ逃散シ甲ハ宇都宮乙ハ仙臺丙ハ函館ニ於テ各其地ノ地方裁判所ノ手ニ逮捕セラレタリトモ第二十六條ニ

從ヘハ犯罪地及ヒ被告人所在地ヲ以テ管轄裁判所ヲ定ムルカ故ニ犯罪地ナル東京及ヒ所在地ナル宇都宮仙臺函館ハ各其管轄裁判所ナリト謂ハサルヘカラス然レトモ數人共犯ノ場合ニ於テハ被告人數人アリト雖モ其犯罪ハ一箇ナルカ故ニ被告人ノ員數ニ應ジテ管轄裁判所ヲ異ニスルトキハ同一罪ナルニ拘ラヌ數箇ノ裁判所ノ裁判互ニ相牴觸スルコトアルノミナラス事件ノ關係不明瞭ナル爲メ事實ノ真相ヲ失スルコトナキヲ保セス故ニ此ノ如キ犯罪ニ付テハ必ス之ヲ同一裁判所ニ於テ管轄セサルヘカラス是レ第二十八條第二項ノ規定アル所以ナリ曰ク「數箇ノ裁判所ノ管轄ニ屬スル正犯數名アルトキハ其中ニテ最初豫審又ハ公判ニ着手シタル裁判所ヲ以テ其管轄ナリトス」下故ニ前例ニ於テ仙臺地方裁判所乙ヲ逮捕セテ最初豫審又ハ公判ノ手續ヲ爲シタルトキハ同裁判所ハ甲及ヒ丙ヲモ共ニ管轄スヘキナリ所謂最初豫審又ハ公判ニ着手シタルトハ前已ニ其意義ヲ明ニセン所ナリ

次ニ第二十八條第三項ハ皇族ノ犯罪ニ付キ管轄裁判所ノ特例ヲ規定セリ曰ク「裁判所構成法第五十條第二號ニ記載シタル皇族ノ犯罪ニ付テハ其正犯從犯ハ

身分ノ如何ヲ問ハス大審院ニ於テ之ヲ管轄ス〔ト此規定ハ土地ノ管轄ニ關スルモノト謂ハンヨリハ寧ロ事物ノ管轄ニ屬スヘキモノナリ此事ニ付テハ前已ニ第二十五條ト關聯シテ一言ヲ費シタリト信ス然リ而シテ右ノ規定ニ依レハ數人共犯ノ場合ニ其正犯タリ從犯タルヲ問ハス其中一人ニテモ皇族ノ關係者アルトキハ其他ノ正犯又ハ從犯ハ其身分皇族ニ非スト雖モ同シク大審院ノ管轄ニ歸スヘキモノナリ此ノ如ク單ニ一箇ノ共犯ニ付テハ其管轄最モ單一ニシテ共犯人中一人ノ皇族アルトキハ其關係者ハ皆大審院ノ管轄ニ屬スト謂フニ過キナルモ前管轄ニ關スル說明ト相對照シ幾多ノ犯罪相關聯シタルトキノ如キハ非常ノ混雜ヲ生シ極メテ不都合ノ結果ヲ呈スルコトナシトセス例ヘハ此ニ皇族從犯ニシテ普通人民正犯事件アリトセヨ普通人民タル正犯ハ右ノ規定ニ依リテ大審院ノ管轄ニ屬ス若シ右正犯他ノ甲ナル者ト或他ノ罪ヲ犯シタル場合ニ於テハ甲モ亦大審院ノ管轄ニ屬スヘク而シテ甲又丙ヲ從犯トシテ他ノ罪ヲ犯シタリトスレハ丙モ亦甲ナル正犯ト共ニ大審院ノ管轄ニ屬セサルヘカラス此ノ如クシテ止マスンハ大審院ハ全ク關係ナキ數多ノ犯罪ヲ管轄スルニ至リ

立法ノ精神ニ反スル結果ヲ生スヘシ然レトモ法文ノ明記スル所亦如何トモスヘキナシ

以上説明シタル如ク數多ノ犯罪數多ノ正犯從犯皆同一裁判所ノ管轄ニ屬センニハ總テノ犯罪總テノ共犯人ニ對シ同時ニ訴フルコトヲ要スルカ又ハ之ヲ要セサルカ今簡單ナル一例ヲ以テ説明スレハ共犯者甲ナル者ハ東京ニ在リ其人ノ乙ナル者ハ大阪ニ在リ而シテ甲已ニ東京地方裁判所ノ第一審ノ裁判ヲ受ケタル後乙ノ共犯者ナルコト發見セラレタリトセヨ若シ同時ニ訴アルコトヲ要ストセハ此場合ハ已ニ同時ト謂フコトヲ得サルカ故ニ乙ハ東京ニ護送セラレ東京地方裁判所ノ裁判ヲ受クルニ及ハスト雖モ第二十五條ニ規定スル如ク同時ニ訴アルコトヲ要セス常ニ最初豫審又ハ公判ニ着手シタル裁判所ノ管轄ニ屬スヘキモノトセハ東京地方裁判所ハ乙ヲ大阪ヨリ護送シ來リテ更ニ之カ豫審又ハ公判ヲ爲ササルヘカラス兩說果シテ何レニ從フヘキカ後ノ說ヲ採ル者ハ曰ク法文ハ毫モ之ヲ區別セサルカ故ニ其間歲月ヲ隔ツルト雖モ最初豫審又ハ公判ニ着手シタル裁判所ノ管轄タルヘキモノナリト之ニ反シ前說ヲ採ル者

即チ同時ニ訴アルコトヲ要スト主張スル者ハ曰ク同時ニ訴アルニアラス即チ審級ヲ異ニスル場合ニ於テハ法律カ共犯人ヲシテ同一裁判所ノ裁判ヲ受ケシムルノ精神ニ適セザルモノナリ蓋シ法律ノ精神ハ二重ノ手續ヲ省キ裁判ノ抵觸ヲ避ケントスルニ在リ然ルニ已ニ審級ヲ異ニスルニ於テハ各別ニ之カ審理ヲ爲ササルヘカラス例ヘハ前例ニ於テ甲ハ已ニ第一審ノ裁判ヲ受ケ控訴審ニ在ル場合ニ乙ノ共犯者タルコト發見セラレタルトキ之ヲ東京地方裁判所ニ管轄スヘキモノトセハ同裁判所ハ新ニ乙ノ爲メニ豫審又ハ公判ノ審理ヲ爲サザルヘカラス是レ毫モ手續ヲ省クモノニアラス却テ之ヲ大阪ヨリ送致スルハ徒勞ト謂フヘシ夫ノ裁判ノ抵觸ヲ防クノ點ニ付テモ同一裁判所ナリト雖モ同時ニ訴アリタルモノニアラザレハ其目的ヲ達スルコトヲ得サルヘシ何トナレハ多クノ日子ヲ隔ツル間ニハ屢裁判官ノ更迭ヲ見ルヘク隨テ前裁判官ト反對ノ意見ヲ有スル者之ニ代ルコトナキヲ保セザレハナリト實際家ハ多ク此說ヲ採用スルカ如シ予モ亦之ヲ以テ實際便宜ニシテ且ツ法律ノ精神ナリト信ス右ノ問題ニ付キ予ハ更ニ例ヲ設ケテ説明セン例ヘハ甲ハ甲府地方裁判所管内

ニ於テ罪ヲ犯シ直チニ逃走シタリトセンニ甲府地方裁判所ハ其犯罪地ノ裁判所タル故ヲ以テ之カ管轄權ヲ有シ缺席ノ儘有罪判決ヲ與ヘタリ其後甲ハ東京ニ於テ乙丙等ト共ニ罪ヲ犯シ其罪ニ付キ東京地方裁判所ニ起訴セラレタリ然レトモ此場合ニ甲ハ甲府地方裁判所ノ缺席判決ヲ受クタルコトヲ知リタルトキハ甲府地方裁判所ニ向テ故障ノ申立ヲ爲スコトヲ得然ラハ甲ハ前單獨ノ犯罪ト後ノ共犯罪トニ付キ數罪俱發ノ犯罪人ナリ而シテ甲府地方裁判所ハ其罪ニ付キ最初豫審又ハ公判ニ着手シタルモノナレハ第二十七條及ヒ第二十八條ニ從ヒ他ノ乙丙等ヲモ亦甲府地方裁判所ノ管轄ナリト謂ハサルヘカラス然レトモ是レ甚タ不便ニシテ護送ノ入異危険又ハ證據蒐集ノ困難等固ヨリ法律ノ精神ニアラサルヘシ然ルニ予輩ノ信スルカ如ク斯ノ如キ場合ニハ同時ニ訴アルコトヲ要ストスレハ甲府地方裁判所ハ已ニ缺席裁判ヲ終リタルモノナレハ後ノ東京地方裁判所ノ起訴ハ同時ニ訴アリタリト謂フコトヲ得ス隨テ東京地方裁判所ハ後ノ共犯ニ付テハ其管轄裁判所ナリト謂ハサルヘカラス
法文ニ付キ尚ホ一ノ不都合ヲ囑スヘキモノアリ第二十八條第一項ニハ從犯

ハ正犯ヲ管轄スヘキ裁判所ヲ以テ其管轄ナリトス下アルカ故ニ例ヘハ正犯甲ト從犯乙トハ東京地方裁判所ノ管轄ニ屬シ而シテ乙ハ別ニ丙ナル正犯ノ從犯トシテ横濱地方裁判所管内ニ於テ他ノ罪ヲ犯セタリトセハ丙ハ正犯ナルカ故ニ乙ナル從犯ノ管轄ニ從フヘキモノニアラス却テ乙ハ正犯丙ニ從ヒ横濱地方裁判所ノ管轄ニ屬スヘキモノナリ然レトモ乙ハ既ニ他ノ罪ニ付キ甲ト共ニ東京地方裁判所ノ管轄ニ屬スルモノナレハ固ヨリ乙ヲ分離シテ横濱地方裁判所ノ管轄ニ移スヘキモノニアラス然ラハ乙ノ罪ハ一ノ裁判所ニ併セテ管轄スルヲ得サルカ故ニ東京横濱兩裁判所ノ内何レカ其一方ハ他ノ裁判終了スルマテ其審理ヲ中止セサルヘカラス是レ右ノ規定ヨリ生スル不都合タルニ外ナラス

土地ノ管轄ニ關スル前述ノ原則ニ對シ二個ノ例外アリ

第一 海船内ノ犯罪ニ付テノ管轄

海船内ノ犯罪ニ付テノ管轄ハ第三十條ノ規定スル所ナリ同條ニ曰ク「海船内ノ犯罪ニ付テハ定繫港又ハ犯罪後最初ニ着船シタル地ノ裁判所ヲ以テ其管轄ナリトス」ト海洋中ニ於ケル船内ノ犯罪ニ付テハ犯罪地ナク又所在地ナキヲ以

テ特ニ此規定アリ定繫港トハ船籍アル場所ト謂フニ同シ故ニ例ヘハ横濱ニ船籍ヲ有スル船内ノ臺灣航行中其船中ニ於テ犯罪アリタルトキハ定繫港ナル横濱地方裁判所ノ管轄ト爲ス又此場合ニ於ケル管轄ハ獨リ定繫港ノミナラス犯罪後最初ニ着船シタル地ノ裁判所モ亦其管轄裁判所ナリトス而シテ所謂最初着船シタル地トハ敢テ起訴ノ前後ニ關係ナク最初ニ着船シタル地ヲ謂フ例ヘハ臺灣航行ノ船内ニ犯罪アリ最初大阪ニ着船シタルトキハ其後長崎ニ到着シタル時訴起ルモ最初着船シタル地ハ大阪ナルカ故ニ大阪地方裁判所ヲ以テ管轄裁判所ト爲ササルヘカラス

第二 外國ニ於テ犯シタル罪ニ付テノ管轄

外國ニ於テ犯シタル罪ハ恰モ船内ノ犯罪ノ如ク日本帝國ノ裁判管轄地外ニ屬スルカ故ニ犯罪地ヲ以テ其管轄ヲ定ムルコトヲ得ス又犯罪人カ外國ニ在ル間ハ固ヨリ其所在地ヲ以テ裁判管轄ヲ定ムルコトヲ得サルナリ第二十九條ニ曰ク外國ニ在テ犯シタル罪本邦ノ法律ニ依リ處斷スヘキモノニシテ内地ニ於テ被告人ヲ逮捕シタルトキハ逮捕ノ地ノ裁判所ヲ以テ其管轄ナリトス又外國

ヨリ送致シタルトキハ送致ノ地ノ裁判所ヲ以テ其管轄ナリトス願席判決ヲ爲
 ス可キ場合ニ於テハ被告人最後ノ住所ノ地ノ裁判所ヲ以テ其管轄管轄ナリト
 ス下今日我刑法上ノ問題トシテ日本人又ハ外國人カ外國ニテ我刑法上ノ罪ヲ
 犯シタルトキハ我刑法ヲ以テ之ヲ罰スルコトヲ得ルヤ否ヤノ點ニ付キ學說未
 タ一致セサルカ如シ然レトモ刑事訴訟法第二十九條ニハ外國ニテ犯シタル罪
 ニ付キ管轄裁判所ヲ定ムルカ故ニ予ハ今之ヲ罰スル場合アリトシテ之ヲ論セ
 ントス

犯罪地カ外國ナルトキハ犯罪地ヲ以テ管轄裁判所ヲ定ムルコトヲ得サルハ勿
 論ナルモ其犯罪人タル日本人又ハ外國人カ日本ニ歸來シ又ハ渡來シタルトキ
 ハ已ニ日本領土内ニ在ル者ナレハ所謂被告人所在地ヲ以テ管轄裁判所ヲ定ム
 ヘキカ如シ然ルニ前掲第二十九條ハ事此ニ出ラス逮捕地ヲ以テ管轄裁判所ト
 爲セリ是レ恐クハ本末ヲ失スルノ謗ヲ免カレサルヘシ何トナレハ此ニ犯罪ア
 リテ其犯罪人ヲ逮捕スルニハ先ツ之ヲ逮捕スヘキ裁判所ヲ定メサル可カラ
 外國ニテ犯シタル罪ナルヲ以テ日本ニ渡來シ又ハ歸來シタルトキハ最早現行

犯ノ場合アルコトナキカ故ニ單ニ其外國ニ於ケル犯罪ノミナルトキハ管轄裁
 判所定マラスシテ先ツ之ヲ逮捕スルヲ得ル場合アルコトナシ其犯罪人ヲ逮捕
 スルニハ必ス勾引狀又ハ拘留狀ヲ發セサル可カラズ然レトモ之ヲ發スヘキ管
 轄裁判所未タ定マラサルヲ如何セン要スルニ現行犯ノ場合ノ外ハ令狀ナシシ
 テ直チニ逮捕スルコトヲ得サルヲ以テ實際第二十九條ヲ適用スルコトヲ得ル
 場合ナシト謂ハサル可カラズ若シ強ヒテ本條ヲ解釋セント欲セハ本條ノ場合
 ニ限リ何レノ裁判所ニテモ令狀ヲ發スルコトヲ得而シテ之ヲ逮捕シタル裁判
 所ヲ以テ管轄裁判所ト爲スト謂フノ外ナシ

次に第二十九條ハ外國ヨリ犯罪人ノ送致ヲ受ケタルトキハ其送致ノ地ノ裁判所
 ヲ以テ其管轄ト爲ストセリ然レトモ凡ソ犯罪人ノ引渡ハ條約ヲ以テ定ムルモ
 ノナリ例ヘハ犯罪人引渡ノコトニ付キ條約ヲ締結セル米國政府ニ對シ日本政
 府ヨリ犯罪人引渡ヲ請求スルトキハ米國政府ハ之ヲ日本ノ公使又ハ領事ニ引
 渡スモノナリ而シテ引渡ヲ受ケタル公使又ハ領事ハ令狀ニ依ルニアラサレハ
 之ヲ内地ニ送致スルコトヲ得ス故ニ此場合ニ於テモ引渡ヲ請求スル前即チ送

致前ニ管轄裁判所ヲ定メサルヘカラス然ルニ送致ヲ受ケタル裁判所ヲ以テ其管轄ト爲スト謂フハ是レ亦本末ヲ失スル規定ト謂ハサルヘカラス
前掲第二十九條第二項ニ依レハ關席判決ヲ爲スヘキ場合ニハ被告人最後ノ住所ノ地ノ裁判所ヲ以テ其管轄裁判所ト爲ストアリ然ラハ日本ノ國民分限ヲ有スルノミニシテ外國ニ生レ外國ニ成長シ現ニ外國ニ在ル場合ニ於テ關席判決ヲ爲サントスルトキハ如何スヘキヤ日本ニ被告人ノ最後ノ住所地ナキカ故ニ本條ヲ以テ支配スルコトヲ得サルヘキ予思フニ立法論トシテハ第二十九條ノ場合ニ於テ被告人日本ニ歸來シタルトキハ第二十六條ニ依リテ其所在地ノ裁判所ヲ以テ其管轄ト爲シ歸來シタルトキハ檢事總長ヨリ大審院ニ管轄裁判所指定ノ申請ヲ爲シ大審院ハ適當ナル裁判所ヲ指定スルヲ最モ其宜シキヲ得タルモノト云フヘキナリト要スルニ第二十九條ハ徹頭徹尾不完全タルヲ免レサルナリ

第三節 事物ノ管轄及ヒ土地ノ管轄ニ共通ノ規定

管轄違ノ言渡確定シタルトキハ其以前ニ行ヒタル手續總テ無效ニ屬ス例ヘハ

豫審ニ於テ被告人ヲ訊問シ證人ノ陳述ヲ聞キ實地ニ臨ミテ檢證ヲ爲シタル後管轄違ノ言渡ヲ爲サンカ此等ノ手續皆無効ナルカ故ニ爾後其被告人又ハ證人ノ訊問調書及ヒ實地ニ臨ミテ作りタル檢證調書等ハ證據ト爲スヲ得ザルナリ此原則ハ事物ノ管轄及ヒ土地ノ管轄ニ共通ノモノナリ然レトモ其原則ニハ一ニノ例外アルヲ以テ併セテ之ヲ説クヘキモ先ツ其原則ノ理由ヲ説明スヘシ凡ソ管轄違ノ裁判所ハ其事件ニ付キ總テノ行爲ヲ行フノ權限ナキカ故ニ其行ヒタル手續ハ一私人ノ之ヲ行ヒタルト一般何等ノ效力ヲ有セザルハ理論ノ然ラシムル所ナリ然レトモ其立法ノ精神ハ尙ホ法文ニ依リテ之ヲ證スルヲ得ヘキナリ即チ第十二條ハ時效中斷ニ關スル規定ナレトモ其但書ニ「裁判所ノ管轄違ナルニ因リ其手續ノ無効ニ屬スルトキハ此限ニ在ラス」トアルヲ見レハ管轄違ノ裁判所ノ行フタル手續ハ無効ナルコトヲ推知スルヲ得ヘキナリ
然レトモ土地ノ管轄ニ付テ右ノ原則ヲ勵行スルトキハ實際不便ヲ感スルコト尠カラス例ヘハ檢事カ乙裁判所ノ管轄ニ屬スル事件ヲ誤テ甲裁判所ニ起訴シタリトセンカ甲裁判所ハ少クモ其事件カ自己ノ管轄ニ屬スルヤ否ヤヲ判斷ス

ルニ付テモ其判断ヲ爲スニ必要ナル事實ヲ審理セサル可ラサレハ檢證ヲ爲シ
 證人ヲ訊問スル等ノ手續ヲ爲スコトアルヘシ而シテ結局其事件カ自己ノ管轄
 ニ屬セサルコトヲ認メ其言渡ヲ爲シタルカ爲メ檢事ハ再ヒ之ヲ裁判所ニ起訴
 ヒシカ若シ甲裁判所ノ爲シタル手續有效ナリセハ乙裁判所ハ再ヒ同一證人ヲ
 呼出シテ同一ノ事項ヲ訊問シ同一ノ場所ニ臨ミ同一ノ檢證ヲ爲スノ必要ナク
 甚タ便利ナリト云ハサル可カラズ管ニ裁判所ニ於テ便利ヲ感スルノミナラス
 呼出サルヘキ證人ニ取リテモ屢遠路ヲ旅行スルノ勞ヲ省キ結局時間ト費用ト
 點ニ於テ公益上甚タ便宜ナリトス蓋シ甲裁判所ハ管轄權ヲ有セスト雖モ一ノ
 同等裁判所トシテ行ヒタル手續ナレハ一私人ノ之ヲ行フタル場合ト同一視ス
 可ラサル所アリ故ニ其手續ヲ有效ナリト規定スルノ優レルニ如カサルナリ然
 レトモ法律ハ此便宜ノ規定ヲ爲ササルカ故ニ前述ノ理由ニ依リテ徒勞徒費ノ
 弊害ヲ免ルニ由ナキナリ

右ノ原則ニハ二ノ例外アリ
 第一ノ例外ハ第十二條ノ規定ナリ同條ニハ「公訴時効ハ起訴豫審又ハ公判ノ手

續ニ依リテ中斷セラレトモ其手續ノ無効ニ歸ズルトキハ中斷ノ效力ナシト
 規定シ而シテ其但書ニ於テハ「裁判所ノ管轄ナルニ因リ手續ノ無効ニ屬スルト
 キハ此限ニ在ラス」ト規定セリ左レハ管轄違ノ裁判所ノ爲シタル手續ハ元來
 無効ノモノナレトモ唯時効中斷ノ點ニ付テノミ其效力アルコトヲ知ルヲ得ヘ
 シ
 第二ノ例外ハ管轄違ノ裁判所ノ發シタル令狀ヲ有效ナリトスル規定是ナリ元
 來管轄權ヲ有セサル裁判所ノ手續ハ無効タルヘキヲ以テ拘留狀ニ依リ被告人
 ヲ拘留シタルトキハ管轄違ノ言渡ト共ニ之ヲ放免スヘキハ當然ナレトモ法律
 ハ特ニ其令狀ヲ有效トシ續テ其被告人ト拘留スルコトヲ許セリ加之管轄違ノ
 言渡ヲ爲ストキト雖モ新ニ令狀ヲ發シテ被告人ヲ拘留スルコトヲ許セリ是レ
 例外ノ最モ著シキモノニシテ豫審公判共ニ適用セラルルモノナリ(第一六四條
 及ヒ第二二二條參照)

第四節 裁判管轄ノ指定
 裁判所ノ管轄ニハ種々アルコト前述ノ如シ隨テ其管轄ニ付キ裁判所ノ間ニ種種

ノ争ノ生スルコトアルヘキハ勿論ナリ例ヘハ事物ノ管轄ニ付テハ地方裁判所ノ管轄ナルカ區裁判所ノ管轄ナルカニ付キ疑アリテ或ハ孰レモ自己ノ管轄ナリト主張スルコトアルヘク或ハ反對ニ孰レモ自己ノ管轄ニアラスト主張スルコトアルヘク又土地ノ管轄ニ付テハ或ハ管轄ノ區域若クハ境界ノ明瞭ナラサルカ爲メ二箇ノ裁判所各管轄ナリト主張セ若クハ管轄ニアラスト拒ムコトアルヘク或ハ豫審又ハ公判ニ着手シタル時ノ前後ニ付キ争アルコトアルヘシ此ノ如ク二以上ノ裁判所カ各其管轄ナリト主張シ又ハ管轄ニアラスト主張スル場合ニ於テハ孰レカ其一ニ於テ之ヲ管轄スルニアラサレハ同一事件ニ付キ二箇以上ノ裁判ヲ見ルニ至ルコトアルヘク又ハ遂ニ裁判ヲ爲ス者ナクシテ止ムコトナシトセス故ニ此ノ如キ場合ニ於テハ何レカ其一ヲ以テ管轄裁判所ト定ムルノ必要アリ之ヲ名ケテ管轄裁判所ノ指定ト謂フ其指定スヘキ場合其指定ヲ爲スヘキ管轄裁判所等ハ裁判所構成法第十條ノ規定スル所ニシテ曰ク法律ヲ以テ特定シタル場合ヲ除ク外左ノ場合ニ於テ適當ノ申請アルトキハ關係アル各裁判所ヲ併セテ之ヲ管轄スル直近上級裁判所ハ何レノ裁判所ニ於テ本件

ヲ裁判スルノ權アルヤヲ定ムト而シテ其所謂其申請ノ適當ナル場合トハ同條ノ列記スル所ニシテ左ノ如ク

第一 權限アル裁判所ニ於テ法律上ノ理由若クハ特別ノ事情ニ因リ裁判權ヲ行フコトヲ得ス且此法律第十三條ニ依リ之ニ代ハルヘキコトヲ定メラレタル裁判行モ亦之ヲ行フコトヲ得サルトキ

法律上ノ理由ニ因リ裁判所カ裁判權ヲ行フコトヲ得サルトキトハ例ヘハ區裁判所判事一人ナルトキ其判事カ被告人ノ親類若クハ被害者ナリトセハ法律上其職務ノ執行ヨリ除外セラルルモノナリ而シテ其區裁判所ハ判事一人ナルカ故ニ最早其裁判所ニ於テ其事件ノ裁判ヲ爲スコトヲ得ス裁判所構成法第十三條ハ此ノ如キ場合アルコトヲ豫想シ地方裁判所長ハ毎年一ノ區裁判所ニ於テ法律上若クハ特別ノ事情ニ因リ事務ヲ取扱フコトヲ得サルトキハ之ニ代ルヘキ他ノ區裁判所ヲ前以テ定ムルコトヲ規定セリ故ニ若シ此場合ニ於テ其代理ヲ爲スヘキ區裁判所アラハ差支ナキモ其代理區裁判所モ除外其他ノ理由ニ因リテ裁判權ヲ行フコト能ハサルトキハ其事件ヲ裁判スル裁判所ナキヲ以テ此二

區裁判所ヲ併セテ管轄スル直近上級裁判所ニ裁判所指定ノ申請ヲ爲スヘキモノナリ

六二

特別ノ事情ニ因リ裁判所カ其裁判權ヲ行フコトヲ得サルトキトハ例ヘハ區裁判所判事ノ一人若クハ數人カ病氣又ハ停職若クハ轉職等特別ノ事情ニ因リテ裁判權ヲ行フコトヲ得サル場合ヲ謂フ此場合ニ於テモ構成法第十三條ニ依リテ其代理ヲ命セラレタル裁判所ニ於テ裁判スルコトヲ得ルトキハ論ナキモ此代理裁判所モ亦法律上若クハ特別ノ事情ニ因リ其裁判權ヲ行フコト能ハサルトキハ管轄裁判所ナキニ至ルヲ以テ前段同様裁判所ノ指定ヲ申請セサルヘカラス

以上ノ如キ場合ハ區裁判所ノ外生スルコトナシ蓋シ地方裁判所ニ於テハ其判事ノ一人若クハ數人除斥若クハ特別ノ事情ニ因リテ事務ヲ取扱フコトヲ得ス且ツ同裁判所ノ判事中其代理ヲ爲シ得ヘキ者ナキ場合ニシテ其事件緊急ナリト認ムルトキハ裁判所長ハ其管轄區域内ノ區裁判所判事又ハ豫備判事ニ其代理ヲ命スルコトヲ得構成法第二五條ルカ故ナリ控訴院大審院ニ於テモ亦同

第二 裁判所管轄區域ノ境界明確ナラサルカ爲メ其權限ニ付キ疑ヲ生シタルトキ

是レ別ニ説明ヲ要セス

第三 法律ニ從ヒ又ハ二以上ノ確定判決ニ依リ二以上ノ裁判所裁判權ヲ互有スルトキ

法律ニ從ヒ二以上ノ裁判所裁判權ヲ互有スルトキトハ例ヘハ犯罪地ノ裁判所ト被告人所在地ノ裁判所カ同日ニ豫審又ハ公判ニ着手シタルトキノ如キヲ謂フ固ヨリ同日ニ豫審又ハ公判ニ着手スルモ其時ヲ異ニスルコトアルヘシ然レトモ實際上起訴狀ニハ日ヲ記スモ時ヲ記ササルカ故ニ同日ニ起訴シタルトキハ其前後ヲ知ルコト能ハサルヘシ斯ル場合ニ於テハ即チ本號ニ依リテ管轄裁判所ノ指定ヲ申請スヘキモノナリ

次ニ二以上ノ確定判決ニ依リ二以上ノ裁判所裁判權ヲ互有スルトキトハ例ヘハ或被告人東京地方裁判所ニ訴ヲ起サレタルトキ東京ハ犯罪地ニモアラヌ所

在地ニモアラサルカ故ニ管轄違ナリトノ抗辯ヲ爲セタルモ東京地方裁判所ハ管轄違ニアラスト裁判シ其裁判確定シタリ然ルニ被告人當時逃レテ横濱ニ在リ同地方裁判所ニ訴ヲ受ケタルニ付キ被告人ハ又管轄違ノ抗辯ヲ爲セタルモ横濱地方裁判所ハ管轄ナリトノ裁判ヲ爲シ其裁判確定シタリトセハ二箇ノ裁判所ハ確定判決ニ因リテ各裁判權ヲ有スルモノナリ此ノ如キ事實ハ實際甚タ稀ナルヘシト雖モ共犯人アル事件ニ付キ豫審若クハ公判ノ着手ノ前後ニ付キ争アリテ二箇ノ裁判所互ニ管轄ナリトノ裁判ヲ爲シ其裁判確定スルカ如キ場合ハ實際少シトセス

第四 二以上ノ裁判所權限ヲ有セストノ確定判決ヲ爲シ又ハ權限ヲ有セストノ確定判決ヲ受ケタルモ其裁判所ノ一ニ於テ裁判權ヲ行フヘキトキ
 例ヘハ或犯罪事件ニ付キ檢事ハ東京地方裁判所ニ起訴シタルニ東京地方裁判所ハ管轄違ノ裁判ヲ爲シ其裁判確定セタルニ因リ檢事ハ其事件ヲ横濱地方裁判所ニ送致シ横濱地方裁判所檢事ハ之ヲ其裁判所ニ起訴シタルニ同シク管轄違ノ裁判ヲ受ケ其裁判確定シタルモ抑モ其事件ハ東京地方裁判所又ハ横濱地

方裁判所ノ何レカニ於テ管轄スヘキモノニシテ他ニ管轄スヘキ裁判所ナキトセハ本號ニ從ヒ管轄裁判所指定ノ申請ヲ爲スヘキモノナリ故ニ若シ其事件ニシテ浦和地方裁判所ノ管轄ニ屬スヘキモノナルトキハ決テ指定ノ申請ヲ爲スヘキモノニアラス
 二以上ノ確定判決云々トアルカ故ニ右ノ例ニ於テ東京地方裁判所カ管轄違ノ裁判ヲ爲シタルハ全ク其誤ニシテ他ニ管轄裁判所ナキコトハ明瞭タリ且ツ檢事モ他ニ管轄裁判所ナキコトヲ信セタル場合ニ於テモ所謂二以上ノ確定判決ヲ得ル爲メ故ラニ無益ノ起訴ヲ爲セテ二以上ノ確定判決ヲ得サルヘカラサルカ如シ是レ法文ノ宜キヲ得サル結果ナリ
 本號後段ニハ又ハ權限ヲ有セストノ確定判決ヲ受ケタルモ云々トアリ文字ヨリ解スルトキハ確定判決ヲ受ケタルモ其裁判所ニテ裁判權ヲ行フヘキトキト云ヘハ裁判所カ之ヲ受ケタルトキト解スヘキカ如ク立法者ノ精神モ亦此ニ在リシナルヘシト雖モ裁判所カ裁判ヲ受クヘキ筈ナシ或ハ立法者ハ下ノ如キ場合ヲ想像セタルニアラサルカ例ヘハ東京地方裁判所ハ管轄ナリト裁判シタル

ニ付キ訴訟關係人ハ直チニ控訴ヲ爲シ東京控訴院ハ管轄違ナリト裁判シ其裁判確定シタル後横濱地方裁判所ニ起訴セラレ被告人ハ管轄違ヲ申立テ爲シタルニ付キ横濱地方裁判所ハ管轄ナリト裁判シ被告人ハ之ニ對テ控訴ヲ爲シ東京控訴院ハ尙ホ其事件ハ横濱地方裁判所ノ管轄ニアラストイ裁判ヲ爲シ其裁判確定シタル場合ノ如シ然レトモ此場合ハ二以上ノ裁判所カ權限ヲ有セストノ裁判ヲ爲シタルモノニアラス唯控訴院ノ一アルノミ故ニ或ハ本號ハ右ノ場合ヲ包含セシムル爲メニ單ニ又ハ權限ヲ有セストノ確定判決ヲ受ケタルモ其裁判所ノ一ニ於テ云々ト規定シ確定判決ヲ爲シタル裁判所ノ二以上アルコトヲ云ハス唯其確定判決ヲ受ケタル裁判所ノ二以上アルコトヲ示スノミトノ説ヲ爲スモノアラン然レトモ如何ナル場合ニ於テモ裁判ヲ受ケタル者ハ裁判所ニアラス訴訟ノ當事者ナリ隨テ裁判所カ裁判ヲ受クヘキ場合アルコトナレ故ニ予ハ又ハ以下ヲ改メ下ノ如ク規定セザレハ立法者ノ意思ヲ貫カスト信ス即チ又ハ其上级裁判所ニ於テ二以上ノ裁判所カ權限ヲ有セストノ確定判決ヲ爲シタルモ其裁判所ノ一ニ於テ裁判權ヲ行フヘキトキト是ナリ

以上管轄裁判所指定ノ申請ハ何レノ裁判所ニ爲スヘキカ前掲構成法第十一條ノ示スカ如ク關係アル各裁判所ヲ併セテ管轄スル直近上级裁判所ニ爲スヘキモノナリ故ニ例ヘハ東京區裁判所ト八王寺區裁判所ノ間ニ管轄爭アリテ其指定ノ申請ヲ爲スヘキ場合ハ直近上级裁判所ハ此兩區裁判所ヲ併セテ管轄スル東京地方裁判所ナリトス然レトモ若シ浦和區裁判所ト東京區裁判所トノ間ニ管轄爭アルトキハ浦和地方裁判所モ東京地方裁判所モ共ニ上级裁判所ナリト雖モ何レモ二箇ノ區裁判所ヲ併セテ管轄スルモノニアラス故ニ此場合ニ於テハ直近上级裁判所ハ東京控訴院ナリ浦和地方裁判所ト東京地方裁判所トノ間ニ管轄爭アルトキノ直近上级裁判所モ亦同シ然レトモ若シ岐阜地方裁判所ト東京地方裁判所トノ間ニ管轄爭アルトキノ直近上级裁判所ハ東京控訴院ニモアラズ名古屋控訴院ニモアラズ右二箇ノ地方裁判所ヲ併セテ管轄スル直近上级裁判所ハ獨リ大審院アルノミ此ノ如クナルカ故ニ東京區裁判所ト大阪區裁判所ヲ併セテ管轄スル直近上级裁判所ハ東京大阪ノ地方裁判所ニモ非ス控訴院ニモアラズ同シク大審院ナリトス

前掲第十條初段ニハ法律ヲ以テ特定シタル場合ヲ除ク外トナリ然レトモ今日ニ於テハ管轄裁判所ノ指定ニ付キ所謂法律ヲ以テ特定シタル場合アルコトナシ
管轄裁判所指定申請ノ手續ハ極メテ簡單ナルモノニシテ第三十二條及ヒ第十三條ノ規定スル所ナリ

第三十二條 管轄裁判所ノ指定ニ付テノ申請ハ檢事其他訴訟關係人ヨリ之ヲ爲スコトヲ得

大審院ニ於テ管轄裁判所ヲ指定スヘキ場合ニ於テハ檢事總長ハ司法大臣ノ命ニ因リ又ハ職權ヲ以テ其申請ヲ爲スコトヲ得

第三十三條 管轄裁判所ノ指定ニ付キ申請ヲ爲サントスル者ハ申請ニ付キ管轄權ヲ有スル裁判所ニ其趣意書ヲ差出スヘシ
裁判所ハ書類ニ依リ其申請ヲ決定スヘシ

第五節 裁判管轄ノ移轉

裁判管轄ノ移轉ハ第三十四條乃至第三十九條ノ規定スル所ニシテ一旦法律ニ依

リテ定マリタル管轄カ公安ノ爲メ又ハ嫌疑ノ爲メ同等ナル他ノ裁判所ニ移サ
ナル場合はナリ法文ヲ一讀スルヲ以テ明瞭ナルヘキヲ以テ別ニ詳細ノ説明ヲ
爲ササルヘシ

公安ノ爲メ其事件ヲ同等ナル他ノ裁判所ニ移ス場合及ヒ其移スニ付テノ手續
ハ第三十四條及ヒ第三十五條ノ規定スル所ナリ

第三十四條 犯罪ノ性質被告人ノ身分員數地方ノ民心其他重大ナル事情ニ
因リ裁判所ニ對シ紛擾又ハ危險ヲ生スル恐アルトキハ公安ノ爲メ其事件
ヲ同等ナル他ノ裁判所ニ移スコトヲ得

第三十五條 公安ノ爲メ裁判管轄ヲ移ス申請ハ司法大臣ノ命ニ因リ大審院
檢事總長ヨリ其院ニ之ヲ爲スヘシ

大審院ニ於テハ訴訟關係人ノ申立ヲ聽クコトナシ其申請ヲ決定スヘシ
嫌疑ノ爲メ其事件ヲ同等ナル他ノ裁判所ニ移ス場合及ヒ其移スニ付テノ手續
ハ第三十六條第三十七條第三十八條及ヒ第三十九條ノ規定スル所ナリ

第三十六條 被告人ノ身分地方ノ民心又ハ訴訟ノ模様ニ因リ裁判ノ公平ヲ

維持スルコト能ハサル恐アルトキハ嫌疑ノ爲メ其事件ヲ同等ナル他ノ裁判所ニ移スコトヲ得

第三十七條 嫌疑ノ爲メ裁判管轄ヲ移ス申請ハ管轄裁判所ノ檢事其他訴訟關係人ヨリ上級裁判所ニ之ヲ爲スコトヲ得

民事原告人嫌疑アル裁判所ニ私訴ヲ爲シ又被告人其裁判所ニ於テ異議ノ申立ナクシテ本案ニ付キ辯論ヲ爲シタルトキハ前項ノ申請ヲ爲スコトヲ得ス

第三十八條 嫌疑ノ爲メ裁判管轄ヲ移ス申請ヲ爲スニハ其趣意書二通ヲ原

裁判所ニ差出スヘシ裁判所書記ハ速ニ一通ヲ相手方ニ送達シ相手方ハ其送達アリタルヨリ三日内ニ答辯書ヲ差出スコトヲ得

裁判所ニ於テ前項ノ申請ヲ受ケタルトキハ其訴訟手續ヲ停止スヘシ第三十九條 前項ノ申請ニ付キ管轄權ヲ有スル裁判所ニ於テハ書類ニ依リ其申請ヲ決定スヘシ

公安ノ爲メ裁判管轄ヲ移ス申請ヲ爲スニハ裁判ニ對シ紛擾又ハ危險ヲ生スル

恐アルコトヲ要シ嫌疑ノ爲メ裁判管轄ヲ移ス申請ヲ爲スニハ裁判ノ公平ヲ維持スルコト能ハサル恐アルコトヲ要スルハ第三十四條第三十六條ノ明示スル所ナリ而シテ此二箇ノ申請ハ其手續ヲ異ニスルコト下ノ如シ(一)公安ノ爲メニ裁判管轄ヲ移ス申請ハ大審院ニ之ヲ爲シ嫌疑ノ爲メニ裁判管轄ヲ移ス申請ハ上級裁判所ニ之ヲ爲ス(二)公安ノ爲メ裁判管轄ヲ移ス申請ハ管轄裁判所ノ檢事ノ上申ニ因リ又ハ司法大臣ノ命ニ因リ大審院檢事總長ヨリ之ヲ爲シ嫌疑ノ爲メ裁判管轄ヲ移ス申請ハ管轄裁判所ノ檢事其他訴訟關係人ヨリ之ヲ爲ス但シ被告人ハ其裁判所ニ於テ異議ノ申立ナクシテ本案ニ付キ辯論ヲ爲シタルトキ民事原告人ハ其裁判所ニ私訴ヲ爲シタルトキハ申請ヲ爲スコトヲ得ス(三)公安ノ爲メ裁判管轄ヲ移ス申請ヲ爲スニハ大審院檢事總長ハ唯之ヲ其院ニ申立ツルノミ別ニ手續ヲ要セザルモ嫌疑ノ爲メ裁判管轄ヲ移ス申請ヲ爲スニハ申請者ハ其趣意書二通ヲ原裁判所ニ差出シ相手方ハ裁判所書記カ右趣意書一通ヲ送達シタル日ヨリ三日内ニ答辯書ヲ差出スヘキナリ

第二章 裁判手續

刑事訴訟法

第一節 沿革

刑事訴訟手續ニ關シ詳細ノ研究ヲ遂ケントスルニハ先ツ其沿革ヲ知ルコト極メテ有益ナリト雖モ是レ亦一科ノ學問ニシテ到底一朝一夕ノ能ク盡クス所ニアラザレハ今ハ唯其概要ヲ示スニ止ムヘシ

刑事訴訟手續ニ付テハ古來二個ノ正反對ノ主義行ハレテ彈劾主義ト稱シ一ヲ糾問主義ト稱スルハ既ニ一言シタル所ナリ

彈劾主義ノ要領ヲ摘示スレハ犯罪アルヤ國民一般ハ皆之ヲ彈劾スルノ權ヲ有ス其之ヲ彈劾スル者ヲ彈劾者今日ノ所謂原告ノ地位ニ在ル者ト稱シ其彈劾ヲ受クル者即チ犯罪者ヲ被彈劾者今日ノ所謂被告ノ地位ニ在ル者ト稱ス而シテ裁判所ハ彈劾者被彈劾者ノ中間ニ立チテ其雙方ノ爭ヲ聽キ之カ裁判ヲ爲スコト恰モ民事訴訟ト異ナルコトナク且ツ彈劾者タル原告ハ被彈劾者タル被告ニ犯罪アリトノ證據ヲ舉タルノ責アリテ裁判所ハ證據蒐集ノ職權ナシ此主義ハ今日尙ホ英國ニ於テ行ハルハ所ニシテ古代ニ於テハ羅馬ノ王政時代ヨリ共和政時代ヲ經帝政時代ニ至ルマテ純粹ノ彈劾主義行ハレ之ニ伴フテ口頭辯論主

義及ヒ公開主義行ハレタリ其後羅馬帝國滅亡シ其文明モ同時ニ亡滅シ世ハ再ヒ暗黒ト爲レリ然レトモ之ヲ亡シタル日耳曼野蠻人ノ慣習モ亦彈劾主義ヲ採リタレハ其後ト雖モ歐洲各國皆彈劾主義ニ依リテ裁判ヲ爲シタリ物換リ星移リ世漸ク文明ニ進ムニ隨ヒ再ヒ羅馬法ノ研究ヲ始メ各國遂ニ羅馬法ニ則ルモノ多キニ至レリ此間實ニ千五六百年ニシテ裁判制度ハ遂ニ二主義ニ岐ルハニ至レリ其一ハ英國ノ裁判制度ナリ元來此制度ハ中古佛國ノ一部ニ任シタル「アルマン」人カ英國ヲ侵略シタル時ニ齎シタルモノナレトモ舊來ノ彈劾主義ニ自國ノ經驗ト羅馬法トヲ混用シ益此主義ノ基礎ヲ固クシタルモノトス又他ノ一ハ即チ糾問主義ナリ今其起因ヲ案スルニ歐洲ノ中古即チ封建時代ニ於テハ國王ノ裁判所宗教裁判所諸侯ノ裁判所等アリテ糾問主義ハ即チ此宗教裁判所ヨリ始マレリ

宗教裁判所ニ於テハ初メ僧侶ノ行狀ニ對シ懲戒裁判ヲ爲ス爲メ此主義ヲ行ヘリ今此主義ノ要點ヲ擧クレハ荷モ裁判所ニ於テ犯罪者ト認ムルトキハ敢テ彈劾者アルヲ要セス職權ヲ以テ之ヲ逮捕シ且ツ審理裁判スルモノトス故ニ原告

ナク被告ナク唯裁判所アズト云フモ過言ニ非ス此主義ニ伴フモノハ書面審理
 及ヒ秘密審理ノ二主義ナリ書面審理トハ一ノ主任者アリテ立會判官二三人ト
 共ニ事件ノ審理ニ着手シ證人被告人等ノ陳述ヲ一切筆記シテ調書ヲ作りタル
 上始メテ數多ノ判官ヲ以テ構成スル裁判所ヲ組織シ前記ノ書面ニ依リテ審理
 裁判スルモノナレハ別ニ口頭辯論ヲ開キテ證人其他ノ陳述ヲ聽キ被告人ヲシ
 テ之カ辯解ヲ爲サシムル等ノ餘地アラズ又秘密審理トハ彈劾主義ニ於ケルカ
 如ク裁判ヲ公開スルニ非ス始終其審理裁判ヲ秘密ノ中ニ決行セリ故ニ被告人
 ハ始メテ捕レテ獄ニ下ルヤ其何ノ故タルヤヲ知ラス其獄窓ノ下ニ在ルヤ終始
 之ヲ知ルニ由ナク裁判ヲ受クルニ至リ始メテ之ヲ知ルヲ得ルノミ然レトモ此
 主義ニ從フトキハ審理速ニシテ費用少キノ便アルカ故ニ漸ク之ヲ刑事裁判ニ
 用フルニ至レリ初メ之ヲ死刑其他重刑ニ處スヘキ犯罪ノ審理ニ用ヒ途ニ一般
 普通ノ手續ト爲レリ加之諸侯ノ裁判所之ニ準ヒ國王ノ裁判所之ヲ採用シ途ニ
 歐洲大陸ノ諸國ハ皆此制度ヲ用フルニ至リタリ

義ニ依ルトキハ裁判所ハ訴ヲ待チテ始メテ裁判ヲ爲スコトヲ得其審理ハ公開
 スルカ故ニ裁判ノ公平ヲ維持スルノ擔保アリ又其證人等ノ陳述ハ被告人ノ面
 前ニテ爲サシムルカ故ニ充分ノ辯解ヲ爲シ且ツ其反證ヲ提出スルノ餘地アレ
 ハ誤判少ナキ觀アリ是レ此制度ノ尊重セララルル所以ナリ然レトモ之ヲ簡單ナ
 ル事件ニ用ヒンカ甚タ可チレトモ之ヲ錯雜繁雜ノ事件ニ施サンカ困難甚シト
 云ハサルヘカラス多數ノ判官列席シテ數十人ノ證人ヲ訊問シ證據蒐集上臨機
 ノ處分ヲ施ス等多クノ日數ト手續トヲ要スルモノニシテ進退自由ナラサルノ
 ミナラス其間判官中ニ死亡疾病其他ノ差支アリテ裁判ノ中止ヲ爲ササルヘカ
 ラサルコトアルヘク列席員交迭ノ爲メ證人訊問等ノ手續ヲ更新セサルヘカラザ
 ルコトモアルヘシ事務煩繁ナル世ニ在リテハ純粹ナル彈劾主義ハ此手續上ノ
 弊ノミヲ以テ云フモ到底行ハレ難カラシ加之國事ニ冷淡ナル人民ハ進テ彈劾
 者ト爲リ舉證ノ重任ヲ負擔スルノ熱心ナク大惡無道ノ犯罪人ヲシテ空シク法
 網ヲ免レシムルノ憂アリ羅馬ノ末世佛國ノ中古以降ニ在リテハ此弊ニ苦メ

反之私問主義ニ從フトキハ裁判所ハ職權ヲ以テ犯人ヲ捕縛監禁シ審理裁判ヲ公開セラルカ故ニ其職權強大ニ失シ事權ニ流レ公平ヲ維持スル能ハサルノ憂アリ伊太利イスパニアニ於ケル私問主義最モ其弊ヲ極メタリ是レ此主義ノ擯斥セララルル所以ナリ歐米各國ニ於テ今日此純粹ナル私問主義ヲ執ル所ナキモ之カ爲メナリ

右ノ如ク彈劾私問兩主義ニハ各其長所ト短所トアルカ故ニ之ヲ折衷シテ折衷主義ナルモノ起レリ佛國現行治罪法是ナリ尤モ同法ハ彈劾主義ヲ基礎トシ之ニ私問主義ノ部分ヲ加ヘタルニ過キス故ニ其豫審制度ハ審理秘密ニシテ判事ニ重大ナル權限ヲ付與シ成場合ニ於テハ判事ハ訴ヲ待タス職權ヲ以テ豫審ニ着手スルコトヲ得此點ハ全ク私問主義ノ遺物ナリト云ハサルヘカラス然レトモ被告事件已ニ豫審ヲ了リ公判ニ移ルトキハ其審理ヲ公開シ證人ノ證據ハ口頭ヲ以テ陳述セシメ其他一切ノ證據ヲ被告人ニ示シテ以テ自由ニ之カ辯解ヲ爲サシメ而シテ後其罪ノ有無ヲ判決ス此點ハ彈劾主義ヲ採リタルモノトス我邦ニ於テ明治十四年中公布セラレタル治罪法ハ佛國治罪法ヲ模範トシ尙ホ幾

分ノ私問主義ヲ加味シタルモノナリ其詳細ハ後ニ之ヲ説カン其後明治二十三
年治罪法ヲ改正シ現行刑事訴訟法ヲ制定スルニ當リテハ獨逸法及ヒ伊太利刑
事訴訟法ノ規定ヲ參酌シタリト雖モ其大體ノ主義ニ於テハ結局舊治罪法ト異
ナル所アラサルナリ

佛國ニ始マリ歐洲大陸諸國ニ傳ハリ遂ニ我邦ニ於テモ採用シタル檢事ノ制度
モ亦前述兩主義ノ折衷ニ外ナラス彈劾主義ニ依レハ國民一般ニ彈劾權ヲ有シ
私問主義ニ於テハ裁判所ハ彈劾ヲ待タス職權ヲ以テ犯人ヲ處分スルモノナレ
トモ檢事制度ヲ採リタル國ニ於テハ檢事ノ起訴即チ彈劾アルニ非サレハ裁判
所ハ裁判權ヲ行フコトヲ得サルヲ原則トス然レトモ其起訴權ヲ有スル者ハ檢
事ニ限ルモノトス

第二節 總則

第一款 裁判所職員ノ除斥忌避及ヒ回避

第一項 除斥

除斥トハ判事カ法律上當然其職務ノ執行ヨリ排除セララルコトヲ謂フ其如何

ナル場合ニ除斥セラルルヤハ第四十條ノ規定スル所ナリ曰ク
判事ハ左ノ場合ニ於テ法律ニ依リ其職務ノ執行ヨリ除斥セラル可シ

第一 判事被害者ナルトキ

第二 判事又ハ其配偶者ト被告人被害者又ハ是等ノ者ノ配偶者ト親屬ナルトキ但姻族ニ付テハ婚姻ノ解除シタルトキト雖モ亦同

第三 判事其事件ニ付證人鑑定人ト爲リタルトキ又ハ被告人若クハ被害者ノ法律上代理人ナルトキ

第四 判事其事件ノ豫審終結ニ干與セ又ハ不服ヲ申立テラレタル裁判ノ前審ニ干與シタルトキ

以下順ヲ追ヒ除斥ノ各原因ニ付キ少シク説明スル所アルヘシ
(一) 判事被害者ナルトキ

判事カ其犯罪ノ被害者ナルトキハ多クノ場合ニ於テハ金錢上ノ損害ヲ被ルモノナリ然ルトキハ被告人ノ有罪無罪ハ被害者タル判事ノ損害賠償ノ權利ニ一
大關係ヲ有スルモノナレハ人情トシテ公平ナル裁判ヲ爲スコトヲ得サル虞アリ

リ又假令金錢上ノ損害ヲ被ラズト雖モ自己ニ對スル不法ノ行爲者ニ向テハ普通何人モ惡感情ヲ抱キ復讐ノ念ヲ生スルモノナレハ判事ト雖モ之ヲ惡ムノ結果自然公平ヲ失スルノ虞ナシト謂フ可ラス是レ其除斥ノ原因タル所以ナリ
(二) 判事又ハ其配偶者ト被告人被害者又ハ是等ノ者ノ配偶者ト親屬ナルトキ但姻族ニ付テハ婚姻ノ解除シタルトキト雖モ亦同シ

判事カ其取扱フ被告事件ニ付キ被害者ナルトキノ如ク直接ノ利害關係ナキモ被告人ト親屬ナル場合ノ如キハ親屬ノ情義上之ヲ助ケント欲スルノ情切ナルヤ人情トシテ免ル可カラサルモノナリ隨テ法ヲ枉ケテ無罪又ハ輕キ刑ヲ言渡スノ虞アリ
右ハ被告人ト親屬ナル場合ナリ然ルニ之ト反對ニ被害者ト親屬ナルトキト雖モ親屬間ハ極メテ親密ナルモノニシテ互ニ利害ノ關係ヲ有スルモノナレハ其情義上自然被告人ヲ惡ムノ弊アルヤ免ル可カラス故ニ此場合ニ於テモ判事ハ之ヲ除斥スルヲ可トス
次ニ判事ハ右ノ如ク被告人又ハ被害者其人ト親屬ナラサルモ是等ノ者ノ配偶

者ト親屬ナルトキト雖モ事情又右ノ場合ト同一ナラサル可カラス何トナレハ配偶者ノ一方ト親屬ナルトキハ他ノ一方トモ同一ノ情義アルヘキ筈ノモノナレハナリ

以上ハ判事カ被告人被害者又ハ是等ノ者ノ配偶者ト親屬ナル場合ナリシカ判事ノ妻カ判事ト同一ノ親屬關係アルトキト雖モ亦同一ナラサル可カラス何トナレハ已ニ判事カ是等ノ者ト親屬ナルトキハ公平ヲ失スルノ虞アリトスレハ判事ト異體同心タル妻カ是等ノ者ト親屬ナルトキモ判事ノ情義ニ於テハ多クノ差異ヲ見サレハナリ

前掲但書ニ「婚姻ノ解除シタルトキモ亦同シ」トアリ一考スレハ已ニ婚姻ノ解除シタルトキハ親屬關係斷絶スルカ故ニ最早本條ノ規定ニ服セシメサルモ可ナルカ如シ然レトモ其實ハ然ラス凡ソ婚姻ノ解除セラルルハ死亡及ヒ離縁ノ二ト爲ス死亡ニ因リテ婚姻ノ解除シタルトキハ多クノ場合ニ於テ子女ヲ遺スカ故ニ其情義依然タリ假令子女ナキモ人情トシテ永ク親屬同様ノ情義ヲ保ツモノナレハ未タ死亡セサル以前ト同一ノ規定ニ從ハサル可カラス若シ離縁ニ因

カ法律ヲ執行スルニ當リ法律ノ意義ヲ一定スルニアラザレハ各種ノ官府ノ間ニ法律執行ノ結果區々ナル恐アリ故ニ政府ハ法律ノ疑義ニ關シ下級官府ニ訓令スルコトヲ得ヘシ此ノ如キ訓令ハ行政ノ監督者トシテノ訓令ナルニヘ下級官府ヲ拘束スヘシ然レトモ此ノ如キ訓令ニ出テタル註釋ハ裁判官ヲ拘束スルモノニアラス裁判官ハ獨立シテ法律ヲ解釋スルヲ得ルナリ彼ノ司法權ノ獨立又ハ行政官ノ干渉ヲ受ケスト云フハ此意義ニテ云フナリ故ニ臣民ハ行政官ノ解釋カ果シテ正當ナルヤ否ヤハ之ヲ裁判所ニ訴ヘテ判決ヲ請フヲ得ルナリ執行命令ハ此ノ如ク法律ヲ執行スルノ目的ニ出ツルヲ以テ若シ其法律廢止ニ歸シタル場合ニハ其執行命令モ亦其目的ノ消滅シタル爲メ自ラ廢止ニ歸スヘシ是レ執行命令ト委任命令ト異ナル所ナリ

第三十六節 獨立命令

從來立憲國ノ原則トシテ法規ハ法律ヲ以テノミ制定スヘク君主ノ命令權ハ其監督スル行政官ニ對シテノミ效力アリ故ニ君主ハ法律ノ委任ニ依ルニアラサレハ一般人民ノ自由ヲ制限スル命令ヲ發スルヲ得スト爲セリ故ニ君主ハ獨立

シテ人ノ自由權利ヲ制限スルヲ得ス唯行政官ニ對シテ訓令スルヲ得ルカ然ラザレハ法律ノ委任ニ依リテ之ヲ發スルカ此二者ノ外獨立シテ命令權ヲ行フコト能ハストセリ是レ佛蘭西及ヒ獨乙諸邦ノ憲法ノ法理トシテハ適當ナランモ我憲法ノ解釋トシテハ少シク適セサル所アリ我憲法第九條ニハ天皇ハ公共ノ安寧秩序ヲ保持シ及ヒ臣民ノ幸福ヲ増進スル爲メニ必要ナル命令ヲ發シ又ハ發セシムト云ヘリ故ニ天皇ハ法律ノ委任ニ依ラス獨立シテ一般臣民ニ對シテ拘束力ヲ有スル命令ヲ發スルヲ得ヘシ故ニ之ヲ獨立命令ト名ク或ハ之ヲ法規命令ト云フ者アレトモ執行命令等モ法規ヲ規定スルコトアルヲ以テ之ヲノミ法規命令ト云フコトヲ得ス固ヨリ之ヲ獨立命令ト云フモ未タ完全ナル名稱ニアラス緊急命令ヲ發スルモ毫モ他ノ委任ニ依ルコトナキユヘ之ヲ獨立命令ト云フヲ得ヘシ然レトモ茲ニ云フ獨立命令トハ唯法律ノ委任ニ依ル命令ニ對シテ名クタル通俗ノ稱呼ニ從フヲ云フノミ或ハ之ヲ補充命令ト云フコトアリ是レ法律ノ不足ヲ補充スル場合ニ於テ發スルモノナレハナリ或ハ行政命令ト云フコトアリ是レ行政官ニ對スル命令ト云フ義ニアラスシテ行政ノ目的ノ爲メニ殊

ニ内務行政ノ目的ノ爲メニ發スルヲ以テナリ其何レノ名稱ニ從フモ其意義ヲ審ニセシムルハ他ト混同スル恐アリトス

獨立命令ヲ發スルニハ種々ノ制限アリ其一ハ則チ公共ノ安寧秩序ヲ保持シ及ヒ臣民ノ幸福ヲ増進スル爲メニ必要ナルコト他ノ一ハ則チ法律ヲ變更スルヲ得サルコト是ナリ凡ソ國家ノ行爲ハ汎ク之ヲ言ヘハ總テ安寧秩序ヲ保持シ又ハ幸福ヲ増進スルノ目的ニ出テサルモノハ無キナリ然レトモ憲法第九條ニ所謂安寧ノ保持又ハ幸福ノ増進ハ國務全體ノ總目的ヲ掲ケタルニアラサルコトハ他ノ條ニ天皇ノ行政各部ノ官制々定權陸海軍編制權等ヲ特別ニ規定シタルヲ見テモ知ルヘシ故ニ安寧保持及ヒ幸福増進ハ國家政治中ノ一部分ノ行爲ノ目的ト解セサルヘカラス又安寧ノ保持ト幸福ノ増進トハ亦之ヲ分ツテ要セサルカ如ク見ユ何トナレハ安寧ヲ保持スルハ即チ幸福ヲ増進スル所以ト云フヲ得ヘキヲ以テナリ然レトモ憲法カ明カニ此兩事ヲ區別シタル以上ハ亦各其區域ヲ異ニスルモノト解釋スルヲ至當トス此事ニ付キテハ憲法義解ノ註釋其當ヲ得タルモノト云ハサルヘカラス同義解ニ公共ノ安寧秩序ヲ保持ストアルハ警

察ノ消極手段ヲ指シタルモノニテ臣民ノ幸福ヲ増進ストアルハ經濟及ヒ教育ノ方法ニ倚リ人民ノ生活及ヒ智識ヲ發達セシムル積極手段ヲ指スモノナリト此警察上ノ作用及ヒ經濟教育上ノ作用ハ內務行政ノ事務ニ屬スルモノナリ故ニ茲ニ所謂獨立命令ハ此內務行政ノ事務ニ關シ之ヲ發スルヲ得ルモノトス故ニ彼ノ法律ノ未タ先占セザル事項ニ付テハ總テ獨立命令ヲ發シ得ヘシト云フ說ノ如キハ即チ此憲法ノ劃セル目的ヲ眼中ニ置カサルノ論ナリト云ハサルヘカラス

蓋シ此等ノ事項ハ時ニ伴ヒ變動スヘク場所ニ隨ヒ差異ヲ立ツヘキモノ多ク法律ノ如キ常久ヲ期スルモノニテ規定スルハ能ク實際ノ利害ニ應シテ其作用ヲ完ウスル能ハサルノ虞アルコトヘ之ヲ命令ニテ規定スルコトヲ認メタルナリ獨立命令ヲ發スルニハ此外ニ尙ホ制限アリ即チ憲法中ニ法律ヲ以テ規定スヘキコトヲ定メタルコトハ縱令公共ノ安寧秩序ノ保持幸福増進ノ目的ノ爲メナルモ獨立命令ヲ以テ之ヲ規定スルヲ得サルナリ蓋シ憲法中ニ法律ヲ以テ云々ト規定シ命令權ノ範圍ニ制限ヲ加ヘタルヲ以テナリ

第三十七節 委任命令

凡ソ法律ヲ制定スルニハ必ス議會ノ協贊ヲ經サルヘカラザルニヘキ手續甚ダ繁雜ナルヲ以テ國家常久ノ制度ニシテ且國民一般ノ遵奉スヘキ制度ヲ立ツルニハ法律ヲ以テスルヲ適當ト爲セトモ時ト場所トノ狀態ニ從ヒ其規定ヲ異ニスヘキモノハ法律ヲ以テ之ヲ規定スルハ甚タ不便タルヲ免レス斯ル場合ニハ法律ハ其規定ヲ命令ニ讓ルコトアリ斯ク法律カ或事項ニ關スルコトヲ命令ヲ以テ規定シ得ヘキコトヲ規定シタル場合ニ其法律ニ從ヒ命令ヲ發シタルトキハ之ヲ委任命令ト云フ茲ニ委任ト云フハ民法上ノ所謂委任トハ其意義ヲ異ニスルナリ民法上ニテ委任ト云ヘハ權利者カ其權利執行ヲ他ノ人格ニ委任スルノ謂ナレトモ茲ニ謂フ委任トハ立法機關カ其權限ヲ他ニ委任シテ或事項ニ關スルコトヲ命令ヲ以テ規定スルコトヲ定ムルヲ云フナリ

憲法中或事項ニ關スルコトハ法律ヲ以テ規定スヘキコトヲ規定セリ今之ヲ命令ニ委任スルトキハ違憲ナルニ似タリ然レトモ委任命令ハ各國ノ實例ニ於テモ學說ニ於テモ等シク認ムル所ナリ獨リ普國國法學者レオンキー氏ハ委任命令

ヲ發セシムルハ憲法違反ナリトセリ

「レオンチ」氏ノ説ニ云ク凡ソ立法權ハ君主ト議會ト共同ニテ之ヲ行フヘキモノナルコト憲法ノ規定スル所ナリ議會カ立法ニ協賛スルハ獨リ其權利ナルノミナラス亦一ノ義務ナリ故ニ議會ハ協賛權ヲ拋棄スルコトヲ得ス隨テ若シ憲法上ノ立法事項ニ付キ議會ノ協賛ヲ經シテ命令ヲ發スルコトヲ得ルト規定スル如キアラハ是レ協賛權ノ拋棄ヲ規定スルモノナルヲ以テ此ノ如キ法律ハ憲法ニ違反スルモノナリト此説ニハ「ラバンド」「ザイデル」「エリネック」「マイエ」等ノ諸大家ノ皆反對スル所ナリ蓋シ法律カ其憲法上ノ事項ノ規定ヲ命令ニ讓ルハ其協賛權ヲ拋棄スルニアラスシテ憲法上ノ立法事項ニ付キ如何ノ方法ニ依リテ其事項ヲ規定スヘキヤヲ定ムルモノナリ而シテ議會ハ其命令ノ規定ニ依ルヘキコトニ協賛ヲ爲シタルナリ故ニ此場合ニ議會ハ其協賛權ヲ拋棄シタルニアラサルナリ憲法ハ立法事項ニ付キ君主ノ當然其命令權ヲ以テ之ヲ規定スルコトヲ許スモノニアラスト雖モ而モ之ヲ命令ニテ定ムルヲ徹頭徹尾禁止スルニアラサルナリ憲法ハ立法權カ憲法上ノ立法事項ヲ規定スルニハ如

何ノ形式ヲ以テ作用セサルヘカラストノ規定ハ之ヲ設クレトモ其法律ノ實質ハ如何ナルヘキヤニ付キ一ノ制限ヲ加ヘタルコトナシ故ニ法律ハ直接ニ其詳細ノ規定ヲ設クル代リニ如何ニシテ此規定ヲ爲スヘキヤノ方法ヲ定ムルコトヲ得ルナリ此ノ如キ規定ヲ設クルハ決シテ我憲法ニ牴觸スルニモアラス又憲法ヲ變更スルニモアラサルナリ

又「アルント」ハ獨乙帝國命令論ニ於テ憲法ニ法律ヲ以テ「下アル」委任ヲ許サ、ルノ精神ニシテ法律ノ定ムル所ニ依リ「下アル」命令ニ委任スルヲ許スノ精神ナリト云ヘリ我國ニモ此説ヲ採ル者アリ然レトモ我憲法ニ於テモ獨乙憲法ニ於テモ「以テ」定ムル所ニ依ル「ト」云フニ由リ此ノ如キ區別ヲ認メタルモノト云フヲ得サルナリ憲法第十四條ニ「戒嚴ノ要件ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム」トアリ又第十八條ニ「日本臣民タルノ要件ハ法律ノ定ムル所ニ依ル」トアリ今此兩條ニ於テ甲ハ委任命令ヲ許サス乙ハ之ヲ許ストハ何ニ據リテ之ヲ推論シ得ルカ全ク理由ナキ説ト云ハサルヘカラス

法律カ其規定ヲ命令ニ委任スル事項ノ範圍ト實質ハ豫メ之ヲ一定スルヲ得ス

或ハ或事件ノ爲メニ命令ヲ發布シテ委任シテ其廢止ハ之ヲ委任セザルヲ得
 へク又或時期ヲ限リテ委任スルコトアリ得ヘシ其他種々アルヘシ
 執行命令ト委任命令ト異ナル所ハ執行命令ハ各個ノ法律ニ基キテ生スルモノ
 ニアラス然レトモ其一タロ存在シタル以上ハ其本法律ニ附着スルモノナリ之
 ニ反シ委任命令ハ特別ノ法律ニ基キテ生スルモ其存在ハ法律ノ存在トハ關係
 ナキモノナリ法律ノ消滅ト共ニ各機關ニ與ヘタル命令發布ノ權ハ未來ニ消滅
 スト雖モ既ニ發シタル拘束力ヲ有スル命令ハ之ニ由テ影響ヲ受タルコトナシ
 此命令ノ消滅ニハ特別反對ノ行爲ヲ要スルニ在リ尙ホ執行命令ト委任命令ト
 異ナル所ハ執行命令ハ憲法ニ基キテ生スルモノナレトモ委任命令ハ特別ノ法
 律ニ基キテ生スルコト是ナリトス

第二章 豫算

第三十八節 豫算ノ性質

我憲法上豫算ハ形式上法律ナリヤ又ハ特別ノ國家意思發露ナリヤハ多少爭
 存スル所タリ豫算ヲ法律ニアラスト爲メ論者ノ說ニ曰ク我憲法第六十四條

ニハ國家ノ歲出歲入ハ豫算ヲ以テ帝國議會ノ協贊ヲ經ヘシトアリテ豫算ハ法
 律ヲ以テ定ムヘシト云ハス故ニ議會ハ豫算ニ協贊スルニアラスシテ豫算ニ依
 リ歲入歲出ニ協贊スルナリ豫算ハ歲入歲出ニ對シテ協贊スル所以ノ具タルニ
 過キサルナリト此說ハ憲法上ノ豫算ト豫算案トヲ混セシニハアラサルヤヲ疑
 ハサルヲ得ス論者ノ說ニ從ヘハ豫算ハ議會ノ協贊ヲ爲ス具タルニ過キサルニ
 議會ノ協贊ナキ前ニ既ニ豫算ナルモノノ存セルト爲スニ似タリ即チ政府カ
 議會ノ協贊ヲ經ル爲メ提出スル議案ヲ豫算ト爲スニ似タリ然レトモ議會ノ協
 贊ナキ前ニ眞ノ豫算ナルモノ成立スルコトナシ憲法第六十四條ニ豫算ヲ以テ
 協贊ヲ經ヘシトアル所謂豫算ナルモノハ豫算案ノ義ト解セザルヘカラス然ラ
 スンハ憲法上ノ說明ハ之ヲ爲スヲ得サルニ至ルヘシ政府ノ提出スル議案モ之
 ヲ豫算トシ又議會ノ協贊ヲ經タルモノモ之ヲ豫算トシ又天皇ノ裁可公布シタ
 ルモノモ之ヲ豫算トシテ少シモ其間ニ區別スルコトナクシハ例ヘハ第七十一
 條ニ豫算不成立ノ場合ニ前年度ノ豫算ヲ施行スヘシトアルハ果シテ何レノ豫
 算ヲ指スモノナルヤ之ヲ知ルヘカラサルニ至ルヘシ故ニ憲法第六十四條及ヒ

第六十五條ニ單ニ豫算トアルハ豫算案ノ義ト解スヘシ議院法第四十條ニ政府ヨリ豫算案ヲ提出シタルトキハ云々トアリ亦以テ立法者ノ意思ヲ推測スルニ足ル又單ニ議會ノ協賛ヲ經タルモノノミニテハ未タ憲法上確定ノ豫算ト云フヲ得ス論者ハ我憲法ニ謂フ所ノ豫算ハ豫メ國務大臣ノ責任ヲ免除スルモノナラバ以テ議會ノ同意ヲ得ルヲ以テ足レリ若シ然ラズンハ憲法第六十七條ニ或種類ノ費目ハ政府ノ同意ナクシテ之ヲ廢除削減スルコトヲ得サル旨ヲ規定セル理由ヲ知ルコト能ハス何トナレハ若シ豫算ノ全部ニシテ裁可ナクシテ成立セストセハ特ニ或一部ノ歳出ニ付テノミ政府ノ同意ヲ要スルコトヲ規定スルノ必要ナクケレハナリ故ニ此等ノ點ヨリ考フレハ豫算ニハ裁可ヲ要セス隨テ又豫算ハ行政官廳ニ對シ遵由ノ效力ヲ生スルモノニアラスト云ヘリ

此說ハ憲法第六十七條ニ云フ政府ノ同意ヲ天皇ノ裁可ト同視シタルノ論ナリトス然レトモ憲法上政府トアルハ直チニ天皇ヲ包含シテ指シタルモノナルカ是レ先ツ疑問タリ憲法第四十條ニ兩議院ハ其意見ヲ政府ニ建議スルコトヲ得トアリ而シテ其第四十九條ニ「兩議院ハ各々天皇ニ上奏スルコトヲ得」トアリ今

若シ政府ト天皇トヲ全ク同一ノモノト視ハ何故ニ一ハ建議ト云ヒ一ハ上奏ト云ヒテ之ヲ區別シタルカ又憲法第三十八條ニ政府ハ法律案ヲ提出スルヲ得トアリ而シテ其第七十三條ニハ憲法條項改正案ハ勅命ヲ以テ提出ストアリ天皇ト政府ト同一ナラハ何故ニ此區別ヲ爲シタルヤヲ知ルヲ得サルヘシ故ニ憲法第六十七條ニ「政府ノ同意云々」トアルハ天皇ノ裁可ト視ルヘカラス單ニ政府一個ノ意見ニ依ルノ同意ト視サルヘカラス故ニ之ノミニテハ未タ豫算全體ニ裁可ヲ要セスト論決スルヲ得サルナリ且帝國議會ハ行政官廳及ヒ臣民ニ命令スル能ハサルモノユヘ議會ノ議決シタル豫算ハ未タ遵由ノ效力ヲ生セサルコトハ固ヨリ論ナシ議會ノ議決シタル豫算ハ猶ホ豫算案タルノミニナリ然レトモ憲法第七十一條ニ本年度ノ豫算不成立ノ場合ニハ前年度ノ豫算ヲ施行スヘシトアリ然ラハ若シ本年度ノ豫算成立ノ場合ニハ即チ之ヲ施行スヘキコト論ナキナリ此施行スヘキ豫算ハ單ニ議會ノ協賛ヲ經タルモノナルカ又ハ天皇ノ裁可シタルモノナルカ議會ハ行政官ニ命令スルヲ得サルユヘ無論天皇ノ裁可シタル豫算ニアラサレハ行政官ニ施行スルノ義務ヲ生セサルヘシ然ラハ則チ憲

法上眞ノ豫算ナルモノハ天皇ノ裁可シタルモノナラサルヘカラス又天皇カ豫算ヲ裁可スルニハ必スシモ議會ノ協贊ヲ經タルモノニ依ラサルモノナリト云フ者アレトモ憲法第六十四條ニハ「國家ノ歳入歳出ハ毎年豫算ヲ以テ帝國議會ノ協贊ヲ經ヘシトアリ故ニ國家ノ歳入歳出ハ必ス議會ノ協贊ヲ經サルヘカラス而シテ此議會ノ協贊ヲ經タル歳入歳出ハ必ス議會ノ協贊シタル豫算案ニ外ナラス且凡テ議案ハ之ヲ上奏スヘキコト議院法第三十一條ノ規定スル所ナルヲ以テ天皇ハ此議會ノ協贊シタル豫算案ニ裁スル歳入歳出ヲ除キテ他ニ裁可スヘキノ議案ヲ有スルコトナキナリ

故ニ豫算ハ帝國議會ノ協贊ヲ經テ天皇ノ裁可シタル行政官ニ對スル財政上ノ命令ナリト云フヲ得ヘシ夫レ形式上法律トハ帝國議會ノ協贊ヲ以テ天皇ノ發シタル國家ノ意思ナルコト前既ニ述ヘタル所ノ如シ然ラハ則チ豫算モ亦其形式上ヨリスレハ之ヲ法律ト云フモ決シテ不可ナキナリ總令豫算ヲ發布スルニハ豫算法律若クハ豫算法トシテ發布スルコトナク單ニ豫算トシテ發布スルモ是レ決シテ豫算ノ法律タルニ害ナキナリ何トナレハ法律ト云フモ單ニ法律トシ

テ發布サレタルカ爲メニ法律タルニアラスシテ一定ノ條件ヲ具備スルニアラザレハ憲法上形式的ノ法律ト云フヲ得ス豫算ト雖モ形式上ノ法律ト同一ノ條件ヲ以テ生スレハ即チ之ヲ法律ト云ハサルヘカラサルヲ以テ豫算ハ法律ナリ故ニ天皇カ豫算ヲ裁可スルハ即チ法律案ヲ裁可スルナリ議會カ之ニ協贊スルハ即チ形式上ノ立法ニ協贊スルナリ

或ハ曰ク形式上ノ法律ハ法律トシテ協贊シ裁可シ公布シタルモノニアラザレハ之ヲ法律ト云フヲ得ス豫算ノ如キハ豫算トシテ協贊シ裁可シ公布シタルモノナルニヘ之ヲ法律ト爲スヲ得スト然レトモ是レ法律トハ果シテ如何ナルモノナルヤヲ知ルコトヲ得タル後ニアラスンハ此區別ヲ立ツルヲ得サルヘシ唯外形ニ顯ハレタル用語ノ異ナル所ニ據リテハ其性質ヲ知ルヲ得サルナリ若シ外形的用語ニ因リ區別セントスルトキハ甚タ不都合ヲ生スルコトアリ例ヘハ明治二十九年三月二十九日發布ノ事業公債條例ノ如キ事業公債條例トシテ協贊シ裁可シ公セラレタリ故ニ此條例ハ法律ニアラサル一種ノ條例ナル法ト爲ササルヘカラサルヘシ然レトモ何人モ此事業公債條例ヲ法律トシテ「疑フ者ナ

カルヘシ何トナレハ法律タルヘキ要件ヲ具備スルヲ以テ其用語ノ異同ハ之ヲ問フヲ須ヒサルヲ以テナリ

豫算ハ其外形上ヨリ云ヘハ形式上ノ法律ナリ其實質上ヨリ云ヘハ天皇ノ行政各機關ニ對スル財政上ノ處分令ナリトス尙ホ豫算ノ性質ニ關スル獨乙國法學者ノ一二ノ說ヲ列舉シテ研究ノ實ニ供セント欲ス

第一說ハ「グナイスト」ニ「ラバンド」等ノ唱フル說ニシテ最モ廣ク行ハル、所タリ其說ノ大要ニ云ク凡ソ立憲國タルト專制國タルトヲ問ハス一國經濟ノ收入ト支出ヲ豫メ比較對照シテ財政上ノ計畫ヲ爲スハ財政整理ノ必要條件トスル所ナリ憲法ニハ經令豫算ハ法律ヲ以テ定ムヘキコトヲ規定セルモ是レ形式的ノ法律ニシテ實質的ノ法律ニアラス實質上ヨリスレハ豫算ハ法規ヲ定ムルモノニアラス單ニ財政ノ計畫ニ過キスシテ唯行政官ニ對スルノ命令ナリ故ニ豫算ヲ定ムルハ立法ニアラスシテ行政行為ナリ隨テ豫算ヲ定ムルニハ法規ノ範圍内ニ於テセサルヘカラス法律上必要ノ費用ハ之ヲ削除スルヲ得サルナリ議會カ此行政行為ニ協賛スルハ唯豫メ政府ノ責任ヲ免レシムルニ過キス故ニ豫算

不成立ノ場合ニハ政府ハ固ヨリ法令ニ依リ收入支出ヲ爲サ、ルヘカラサルモ唯不成立ノ結果ハ後日議會ニ對シ其支出ノ必要ナリシコトヲ證明スルノ責ヲ負フニ止マルナリ云々

第二說ハ「ツチン」首唱スル所ニ係ル其說ノ大要ニ曰ク豫算ハ純然タル法律ニシテ國家ノ收入支出ノ基礎タリ故ニ租稅ヲ徵收スルモ豫算ノ規定アルニ由ルナリ豫算ノ規定ナクシテ租稅ヲ課スルヲ得ヌ又行政官ハ國庫金ヲ支出スルヲ得ヌ若シ豫算成立セサルトキハ國家ノ經濟ハ總テ中止セサルヘカラス經令法令ヲ以テ國家ノ收入支出ヲ規定スルモ後法ハ前法ヲ變更シ得ルヲ以テ豫算ハ此等ノ法令ヲ變更スルヲ得此等ノ法令ハ豫算ノ成立ヲ條件トシテ效力ヲ有スルニ過キスト

第三說ハ「レッキエ」唱フル所タリ其大要ニ曰ク豫算ハ國家ノ歲入歲出ノ基礎ニアラス國家ト一個人トノ關係ハ法律ニ依リテ定マリ豫算ニ依リテ定ラス人民ノ納稅ノ義務ハ豫算ノ有無ニ拘ハラヌ國家ハ之ヲ徵收スルヲ得ヘシ又國家ノ歲出ハ豫算ナキヲ口實トシテ一個人ニ對シテ支拂ヲ拒ムコトヲ得ス國庫ニ對ス

ル請求權ハ豫算ニ依リテ影響ヲ受クルモノニアラス故ニ豫算ヲ以テ歳出入ノ基礎ト爲スハ不可ナリ豫算ハ人民ニ對シテ法律ノ效力ナシ然レトモ豫算ハ立法者カ行政官ニ財政事務ヲ委任スル委任狀ナリ全權ヲ與フルノ議決ナリ故ニ豫算ハ政府ニ對シテハ法律ノ效力ヲ有シ豫算ナキトキハ國家ハ租稅ヲ徵收スルノ權アリト雖モ行政官ハ國家ヲ代表シテ之ヲ取立ツルノ職權ナシ又一個人ノ請求權ハ豫算ニ拘ハララス成立スト雖モ裁判所ノ判決ヲ以テ執行ノ手續ヲ爲スノ外ハ行政官カ之ヲ支拂フ權限ナシ何トナレハ國家ノ資產ハ行政官ノ資產ニアラス政府ハ單ニ之ヲ管理スルモノナレハナリ管理權限ナキトキハ管理者トシテ專決ノ處分ヲ爲スコトヲ得ス故ニ豫算ハ人民ニ對シテ權利義務ノ標準ト爲ラスト雖モ政府ニ對シテハ法律ノ效力ヲ有シ豫算ナキトキハ政府ハ會計スルノ職權ナシト此說ヲ採ル者ノ内或ハ豫算不成立ノ場合ニハ内閣大臣ハ立法機關ヨリ全權ヲ得ルノ望アル者ニ其職ヲ讓ラサルヘカラスト云フ者アリ或ハ豫算不成立ノ結果ハ内閣ノ交迭ヲ惹起スモノニアラサルモ豫算ハ財政ヲ行フノ必要條件ナレハ若シ其不成立ノトキハ政府ハ法律上財政ヲ行フニ道ナ

シト云フ者アリ是レ「エリネック」ノ主張スル所タリ此不成立ノ場合ニ關スル諸說ハ不成立ノ場合ニ關スル規定ヲ缺ケル憲法ニ於テ殊ニ必要ヲ見ルモノニシテ我憲法ノ如ク特別ノ規定アル所ニ於テハ其必要ヲ見サルナリ

第三十九節 豫算案議定ニ關スル制限

既ニ述ヘタル如ク豫算ハ形式上法律ナリ議會カ豫算案議定ニ參與スルハ即チ形式上ノ立法ニ協賛スルナリ凡ソ議會ノ協賛權ハ制限ナキヲ原則トス唯豫算議定ニ關シテハ制限アリ此制限ヲ受クルモノハ第一ニ皇室費ナリ憲法第六十六條ニ依レハ皇室經費ハ將來増額ヲ要スル場合ニアラサレハ協賛ヲ要セストアリ其他一タヒ繼續費トシテ協賛ヲ經タルモノハ再ヒ協賛ヲ要スルコトナキハ無論ナリ唯豫算案ニ此等ヲ掲載スルハ歳入歳出ノ對照ヲ明カニスルニ過キサレナリ制限ノ重ナル場合ハ憲法第六十七條ノ規定ナリトス同條ニ曰ク憲法上ノ大權ニ基ツケル既定ノ歳出及法律ノ結果ニ由リ又ハ法律上政府ノ義務ニ屬スル歳出ハ政府ノ同意ナクシテ帝國議會之ヲ廢除シ又ハ削減スルコトヲ得ストト先ツ此條ニ消フ所ノ三種ノ費用ヲ區別ヨリ論セシ明治二十三年八月法律第五

十七號會計法補則ハ此三種ノ費目ノ區別ヲ規定セリト雖モ此法律ハ唯明治二十四年度ノ豫算議定ノ爲メノ規定セルコト同法律ノ明言スル所ナルヲ以テ此法律ハ二十四年度ノ豫算議定ノ終了ニ因リ其規定ノ目的ヲ達シ之ト同時ニ消滅シタルモノト爲ササルヘカラス故ニ今日ニ於テハ必スシモ此法律ニ據リ區別ノ標準ヲ定ムルヲ須ヒス別ニ一般ノ法理ニ據リ之カ區別ヲ立テサルヘカラス或學者ハ此費目ハ政府ノ義務ニ屬スル歳出ト然ラサルモノトヲ區別シタルモノナリ即チ第一種大權ニ基ケル歳出第二種法律ノ結果ニ由リ政府ノ義務ニ屬スル歳出及ヒ第三種法律上ノ政府ノ義務ニ屬スル歳出ノ義ト解セザルヘカラス而シテ法律ノ定メタル官制ノ結果トシテ支出ヲ要スルモノハ之ヲ政府ノ義務ニ屬スル歳出ト爲シ能ハサルユヘ此等ハ第一種ノ費目ニ屬スヘシ第二種ノ費目ニ屬スルモノハ恩給等ノ如ク特ニ法律ニ依リテ始メテ義務ヲ生ゼタルモノヲ云フト説ケリ然レトモ法律ノ定メタル官制ノ結果トシテ支出ヲ要スルモノ例ヘハ俸給ノ如キハ政府ノ義務ニ屬スル歳出ニアラス之ニ反シ恩給ノ如キハ政府ノ義務ニ屬スル歳出ナリト爲スハ其理ヲ解スル能ハサルナリ官吏

カ俸給ヲ受クル權ヲ有スルコトハ猶ホ官吏タリシ者カ恩給ヲ受クル權利ヲ有スルト少シモ異ナルコトナシ故ニ政府カ俸給ヲ支出スルハ亦其義務ニ屬スルモノト謂ハサルヘカラサルナリ第六十七條ニ謂フ所ノ大權ニ基ケル歳出中ニハ法律ニ基ケル歳出ヲ含有スト爲ス説ニハ予ノ同意スル所ナリ何トナレハ我憲法ニ於テ大權ト云ヘハ立法權ヲ含ムモノナルコト憲法第十七條ニ據政ハ天皇ノ名ニ於テ大權ヲ行フコトアル大權中ニハ立法權ヲ含ムコト明カナルヲ以テ然レトモ此三種ノ費目ノ區別點ニ付テハ少シク異見ナキ能ハス予ハ第六十七條ハ既定ノ歳出ト然ラサル歳出トヲ區別セタルモノト信ス抑既定ノ歳出ト云フコトニ付テハ頗ル議論ノアル所ニシテ或學者ハ曰ク既定ノ歳出トハ今年度ニ對シテ支出ノ必要既ニ定マレルモノヲ云フ凡ソ豫算ハ其效力一年ニ限ルモノユヘ前年度ノ豫算ハ今年度ノ支出ノ必要ヲ定ムル效力ヲ有セス故ニ憲法ニ所謂既定ノ歳出トハ命令又ハ條約ノ如キ將來ニ向テ效力ヲ有スヘキ國家行爲ニ因リ定マリシモノナラサルヘカラス而シテ其金額ハ此等ノ命令條約ヲ實行スル爲メニ必要ナル額ヲ以テ限リトシ必スシモ前年度ノ金額ニ東縛セ

ラルコトナシト故ニ此説ニ從ヘハ前年度ノ豫算議定後新ニ命令ヲ發シテ新
 置増置ノ歳出ヲ設ケタルトキハ之ヲモ既定ノ歳出ト謂ハサルヘカラザルナリ
 固ヨリ此説ニ云フ如ク豫算ハ一年限ノモノニシテ前年度ノ豫算ハ今年度ノ支
 出ヲ定ムルノ效力ハ之ナカルヘシ然レトモ凡テ歳入歳出ハ議會ノ協賛ヲ經
 ヘキコト憲法第六十四條ノ規定セル所ナルニ由リ未タ議會ノ協賛ナク天皇ノ
 裁可アリタルニアラスンハ之ヲ國法上既ニ定マレル歳出ト謂フコトヲ得サル
 ヘシ豫算案提出ノ當時ニ其年度ニ執行スヘキ確定ノ歳出アルヘキ理ナシ未タ
 豫算ノ議定公布ナキ間ハ今年度ノ既定歳出ナルモノ存セサルナリ故ニ既定ト
 ハ現ニ既ニ定メラレタルコトアル歳出即チ豫算案提出ノ當時ニ於テ既ニ議會
 ノ協賛ヲ經且公布セラレ現ニ執行シツツアル歳出ノ義ト解セサルヘカラス豫
 算ノ效力ハ一年限ノモノトスルモ既ニ定メラレタル前年度ノ豫算ノ存在スル
 事實ハ消滅スルモノニアラス現ニ憲法第七十一條ニ依ルモ豫算不成立ノ場合
 ニハ前年度ノ豫算ヲ執行シ得ヘキニアラスヤ故ニ憲法ニ所謂既定ノ歳出トハ即
 チ豫算提出ノ當時ノ年度ノ豫算ニテ既ニ定メタル歳出ノ義ト解セサルヘカラ

ス隨テ前年度ノ豫算確定後命令等ニテ新置増置ノ歳出ヲ定メタルモノハ之ヲ
 既定ノ歳出ト謂フヲ得ス故ニ第六十七條ノ第一種ノ費目ニ屬スルモノハ法律
 命令其他條約等ニ基キタル歳出ニシテ現ニ前年度ノ豫算ニ於テ定マレルモノ
 ヲ謂フナリ又第二種ノ費目ニ屬スル法律ノ結果ニ由ル歳出トハ法律ノ規定ニ
 從ヒ生スヘキ歳出ニシテ前年度ノ豫算ニ於テ未タ定メラレサルモノヲ云フナ
 リ故ニ此費目ニ屬スルモノハ前年ノ議會ニ於テ協賛ヲ經タルモノヲ法律トシ
 チ公布シタルモノニ由リ生スヘキ歳出ヲ以テ其主要ノ部ト爲スヘシ第三種ノ
 費目ノ法律上政府ノ義務ニ屬スル歳出トハ獨リ法律ノミニ基クモノニアラス
 法律命令習慣法等凡テ廣義ノ法律上ニ於テ豫メ一般ニ認ムル所ノ義務ノ偶政
 府ノ負擔ニ歸スヘキモノヲ云フ政府カ契約ノ如キ民法上ノ法律行為ヲ爲スニ
 因リ負擔スヘキ義務ノ如キハ即チ此費目中ニ屬スルナリ此三種ノ費目ノ區別
 ハ特ニ甚シキ必要ヲ有スルモノニアラス何トナレハ此三種ノ費目ハ總テ同一
 ノ取扱ヲ受クルモノナルヲ以ナリ

帝國議會ニ於テ此三種ノ費目ニ廢除削減ヲ加フルニハ政府ノ同意ヲ得サルヘ

カラス此同意ハ何時ニ於テ之ヲ求ムヘキヤ是レ第一帝國議會ニ於テ大議論ノアリシ所ニシテ前後三回ノ動議ヲ起シ漸ク第三回ノ動議ニ於テ政府ノ同意ヲ求ムヘキ時期ヲ一定シ爾後之ヲ慣例トシテ遵守スルコトト爲レリ當時此同意ヲ求ムル時期ニ關シ大凡三說アリタリ其第一說ニ曰ク憲法第六十七條ニハ帝國議會ハ云々トアリ帝國議會トハ即チ貴族院及ヒ衆議院ヲ指スモノナリ故ニ衆議院ノ議決ノミヲ以テ政府ノ同意ヲ求ムヘキニアラス貴族院衆議院同一ノ議決ヲ爲シ以テ始メテ政府ノ同意ヲ求ムルヲ至當トスト

此說ニ反對スル者ノ曰ク憲法第六十五條ニ「豫算ハ前ニ衆議院ニ提出スヘ」トアリテ衆議院ハ豫算案ニ付キ先議權ヲ有ス豫算案先議ハ衆議院ノ特權ニシテ其意向ヲ他ニ關セス貫徹スルノ方法ヲ求ムルハ衆議院當然ノ權利ナリ然ルニ兩院通過ノ上貴族院ヨリ同意ヲ求ムルハ衆議院ノ權利ヲ損傷スルモノナリト然レトモ衆議院カ先議權ヲ有スルニ同意ヲ求ムルモ亦貴族院ニ先タサルヘカラスト云フ論決ヲ生セサルヘシ何トナレハ同意ハ何時之ヲ求ムルモ先議權ハ少シモ之ヲ損傷スルコトナキヲ以テナリ唯兩院制ノ原則トシテ各院ハ各獨立

シテ作用ヲ爲シ得ヘキモノユヘ各院別々ニ同意ヲ求ムルヲ得ルハ復タ疑ナキ所ナリ衆議院ハ必スシモ貴族院ニ先チテ同意ヲ求ムルヲ要セサルヘシ貴族院ト合同ノ上之ヲ求ムルモ亦妨ナキ所ナリ

第二說ニ曰ク憲法第六十七條ニ「廢除削減スルコトヲ得ストアルハ單ニ議決スルヲ得スト云フニアラスシテ議決ノ效力ヲ生スルヲ得サルヲ云フナリ議會ニ於テ第六十七條ノ議出ニ對シ如何ナル議決ヲ爲スモ敢テ問フ所ニアラス唯政府ニ於テ其議決ニ同意スルト否トニ依テ其效力ヲ生スルト生セサルニ岐ル是レ全ク議決ノ效力ノ生否ヲ規定シタルモノナリト

之ニ反對スル說ニ曰ク憲法第六十四條ハ豫算議定權ニ關スル一般ノ通則ニシテ第六十六條第六十七條ハ例外ナリ而シテ第六十四條ニハ議決ト議決ノ效力トヲ包含セリ隨テ第六十六條第六十七條ノ例外ニ於テモ亦之ヲ包含スルカ故ニ第六十七條ヲ議決ノ效力ヲ規定シタルモノトシ政府ノ同意ヲ認可權ト解スルハ其當ヲ失スルナリ

若シ政府ノ同意ヲ以テ政府ノ認可權ノ如ク解スルトキハ立法部ノ權利ヲ縮少

スルモノニシテ府縣會規則第五條ノ原案執行ト同一ニ歸シ議會ニ於テ最モ貴重ナル豫算議決權ヲ侵害シ加之第六十七條ニ關係セサル費目ヲ自由ニ廢除削減スルコトヲ得ル立法都ノ權利ヲ無視スルニ至ルヘシ且若シ政府ノ同意ナケレハ獨リ廢除削減ノ議決ノ效力ナキノミナラス此費目ニ付テハ議會ノ協賛ナキコトト爲ルユヘ豫算不成立ノ結果ト爲ルヘシ何トナレハ議會カ此廢除削減ノ議決ヲ爲ス時ニ政府不同意ノ場合ニハ原案ニ協賛スルノ議決ヲモ併セテ爲スモノニアラサレハナリ是レ豈不穩當ノ甚レキモノナラスヤ蓋シ此費目ニ付テハ元則トシテハ議會ノ協賛ヲ強要セラルルモノナレハナリ

第三說ニ曰ク政府ノ同意ヲ得ルニハ確定議前即チ政府ノ同意ヲ求ムル爲メ議決後直チニ之ヲ求ムヘシ故ニ先ツ政府ノ同意ヲ求ムル前廢除削減ノ議事ヲ爲シ次ニ其議事ヲ終了シテ政府ニ同意ヲ求メ政府ノ同意ヲ求メタル後終リニ廢除削減ノ議決ヲ爲スヘシ蓋シ第六十七條ノ費目ヲ廢除削減スルニハ政府ノ同意ナル條件ヲ要ス而シテ此同意ハ議會ノ廢除削減ニ對シ事後ニ效力ヲ與フルモノニアラス事前ノ條件ニシテ廢除削減ノ前ニ必要缺クヘカラサルモヲタ

リ即チ廢除削減ノ勸ヲ制限スルモノナリ故ニ廢除削減ノ議決ヲ爲ス前ニ同意ヲ求メサルヘカラスト

是レ現今實行セラル、所ニシテ亦最モ適當ナル說ト謂フヘシ蓋シ政府ノ同意ハ議會ノ議決ニ異議ナキコトヲ發表スルモノニテ事前ニ之ヲ與フルモ少シモ其性質ニ反スルモノニアラス故ニ議會ニ確定議前ハ政府ノ意思ヲ問ヒ以テ其贊同ヲ得タルトキハ廢除削減ノ確定議ヲ爲シ若シ得サルトキハ原案ニ強要的ニ協賛セサルヘカラサルナリ

此三種ノ費目ハ政府ノ同意ヲ得レハ總テ廢除削減シ得ルカ政府ハ此廢除削減ニ無條件ニ同意スルヲ得ルカ議會モ亦無條件ニ此費目ヲ廢除削減シ得ルカハ大ニ議論ノ存スル所タリ稍、極論ヲ採ル者ノ說ニ曰ク豫算ハ法律ニアラス豫算議定ハ一ノ行政行為ナルヲ以テ法令ヲ基礎トセサルヘカラス法令ヲ廢止變更スルヲ得ス法令カ廢止變更サレサル限ハ政府モ議會モ均シク之ヲ守ラサルヘカラス故ニ議會ハ法律上必要ナル歳出ノ廢除削減ヲ議決スルヲ得サルト同シク政府モ亦廢除削減ニ同意スルヲ得ス要スルニ法令ヲ變更スルニアラサレ

ハ執行スルヲ得サル豫算案ニ對シテハ政府ハ同意スルヲ得ス唯法令ヲ變更セ
 スコト執行シ得ル範圍内ノ廢除削減ノ豫算案ニノミ同意スルヲ得ヘキノミ
 ト

此說ハ豫算議定ハ行政行為ナルユヘ法令ヲ基礎トシテ議定セサルヘカラス法
 令ヲ變更スルヲ得ストノ主旨ナリ然レトモ先ツ詳ニセサルヘカラサルコトハ
 法令ノ變更ト法令ノ執行ノ障害トハ之ヲ區別セサルヘカラサルコト是ナリ法
 令ノ變更ハ一定ノ手續ヲ以テスルニアラザレハ之ヲ爲スヲ得ス決シテ豫算ノ
 形式ヲ以テ之ヲ爲スヲ得サルハ固ヨリ明カナリ然レトモ法令ノ執行ハ豫算ノ
 存否ニ因リ條件ヲ附セラル、モノナリ君主ハ法令ヲ定ムト雖モ亦豫算ノ存否
 ニ付キ其執行ヲ得ルト得サルトノ差異ヲ生スヘシ豫算ニ基キ法令ヲ執行スヘ
 キコトハ憲法上一ノ條件ナリ而シテ豫算ヲ定ムルニハ議會ノ協賛ヲ要スヘキ
 モノナルユヘ法令ノ執行ハ亦議會ノ協賛權ニ影響ヲ受クルモノト云ハサルヘ
 カラス而シテ議會ノ協賛權ハ明文ノ規定ヲ以テ制限セサル限りハ自由ナリ故
 ニ法令ニ基ク豫算案ニ付テモ自由ノ議決權ヲ有スルナリ若シ豫算ノ議定ナケ

レハ其丈ケハ法令ノ執行ハ不能ト爲ルノミ然レトモ法令ハ形式上依然トシテ
 存在スルナリ斯ル狀態ハ憲法カ議會ニ豫算協賛權ヲ與ヘタル當然ノ結果ニシ
 テ決シテ不法ノ狀態ニハアラサルナリ且憲法ニハ廢止削減トアリ若シ憲法カ
 政府ハ法令執行不能ニ歸スヘキ結果ト爲ル豫算案ニ同意スルヲ得ストノ趣意
 ヲ探レリトセハ何故ニ單ニ削減トノミ云ハザリシカ令然ラズシテ廢除シ得ル
 旨ヲモ規定セリ然ラハ則チ法令ニ基キタル費目ニシテ此法令執行ノ不能ト爲
 ラズシテ之ヲ廢除シ得ルモノアリヤ之ヲ想像スルコト能ハス蓋シ歳出ヲ廢除
 セハ其結果必ス法令ノ執行ノ不能ヲ來サ、ルヘカラサルハ理ノ當然ナリ憲法
 ニ歳出ヲ廢除シ得ルコトヲ認メタル以上ハ法令執行ノ不能ト爲ルヘキ豫算案
 ニ同意スルコトヲ得ル場合ヲ認メタルモノト謂ハサルヘカラス然レトモ議會
 ニ於テ全ク廢除削減スヘカラサル費目ハ必ス存スヘシ例ヘハ國庫ノ法律上ノ
 義務ニ屬スル歳出ノ如キハ議會之ヲ廢除削減スルヲ得ス政府モ亦之ニ同意ス
 ルヲ得サルナリ唯國家一方ノ意思ニ基キ支出ヲ自由ニ爲シ得ルモノハ縱令法
 令ニ基クモ之ヲ廢除削減シ得ヘキナリ

第四十節 豫算ノ效力

三四二

豫算ハ其成立ノ形式ヨリ論スレハ之ヲ法律ト云フヲ得ヘケレトモ其效力ハ決シテ當然法令ヲ變更廢止スル效力ヲ有スルモノニアラス何トナレハ立法者ノ意思茲ニアラサレハナリ豫算モ法律ナルユヘ一種ノ命令ナレトモ其實質ハ則チ歳入歳出ノ見積及ヒ證券發行額ノ規定等ニシテ決シテ他ノ法令ヲ變更廢止スルノ目的ヲ以テ發シタルニアラサルニ直チニ法令ヲ變更スルノ效力ヲ有スルコトナシ蓋シ豫算ハ行政官府ニ對スル一種ノ命令タル效力ヲ有スルノミ殊ニ豫算ノ效力ハ歳入ト歳出トニ分チテ之ヲ論セサルヘカラス憲法第六十三條ニ現行ノ租稅ハ更ニ法律ヲ以テ之ヲ改メサル限ハ舊ニ依リ之ヲ徵收ストアリ又會計法第十條ニモ「租稅及其ノ他ノ歳入ハ法律命令ノ規程ニ從ヒ之ヲ徵收スヘシトアリ故ニ總令法律命令ノ規程ニ合セサル歳入ノ計算ヲ豫算ニ掲ケタルコトアルモ決シテ豫算ニ從フテ徵收スヘカラス歳入ハ必ス法令ニ從フテ徵收セサルヘカラスナリ唯法令ニ基カスシテ單ニ豫算ノミニ掲ケタル歳入ハ固ヨリ豫算ニ據リテ收入スヘキノミ故ニ豫算ハ大部分ノ歳入ニ對シテハ其徵收

ヲ命令スルモノニアラス然レトモ憲法カ國家ノ總歳入ニ議會ノ協賛ヲ要スル旨ヲ規定セル以上ハ豫算ノ歳入ニ對スル效力ハ其歳入ヲ國家行政ノ目的ニ使用スヘキコトヲ命令スルモノダラスンハアラス故ニ若シ豫算ニ於テ法令ニ基クノ歳入ヲ載セサルコトアルモ政府ハ之ヲ徵收セサルヘカラスト雖モ其徵收シタル歳入ヲ其年度ノ歳出ニ供給スルノ財源ト爲スヲ得サルナリ

豫算ノ效力ハ歳出ニ對シ殊ニ著シ即チ行政官ハ豫算ノ範圍内ニ於テ支出スヘキヲ原則トス又豫算ニ定メタル目的ノ外ニ定額ヲ使用シ其他各項ノ金額ヲ彼此流用スルコトヲ得サルハ會計法第十二條ノ規定スル所タリ然レトモ實際上物價ニ高低ノ變動アリ其他種々ノ事情ヨリ豫算定額ノ不足ヲ告ケタルコトアルヘク又豫算ニ掲載セサル費用ヲ要スルコトアルヘキニ憲法第六十九條ハ之ヲ豫想シテ此等ノ費用ニ充ツル爲メニ豫備費ヲ設クヘキコトヲ規定セリ憲法カ豫算超過及ヒ豫算外ノ支出ノ爲メニ豫備費ヲ設クヘキコトヲ規定シ隨テ豫算ニ此豫備費ヲ設ケタル以上ハ豫算外及ヒ豫算超過ノ支出ハ必ス此豫備費ヨリ支出セサルヘカラス決シテ豫算ニ掲載セサル他ノ財源ヨリ之ヲ支出スヘカ

ラニ憲法第六十九條ハ單ニ豫備費ヲ豫算ニ設クヘシトノ規定ヲ爲シタルニ止
 ラス尙ホ豫備費ヨリ必ス支出スヘシトノ命令ヲ爲シタルモノナリ故ニ若シ豫備
 費ニシテ竭盡スルニ至ラハ憲法第七十條ノ場合ヲ除クノ外ハ更ニ議會ヲ召集
 シテ追加豫算ヲ定ムルニアラサレハ復タ臨時ノ支出ヲ爲スヲ得サルナリ彼ノ
 國庫剩餘金ヲ此等ノ費途ニ用フルハ憲法違反ノ行爲ナリト謂ハサルヘカラス
 會計法第八條ニ豫備金ヲ以テ支辨シタルモノハ年度經過後帝國議會ノ承諾ヲ
 求ムルヲ要スルト規定シ豫備費外ノ支出ニ付キ何等ノ規定スル所ナク且會計
 法第二十條ニ各年度ノ歲計ニ剩餘アルトキハ其翌年度ノ歳入ニ繰入ルヘシト
 ノ規定アルヲ觀レハ立法者ノ意ハ蓋シ剩餘金ヲ以テ豫備費ニ充ツル如キコト
 ハ之ヲ許スモノニアラサルコト明カナリトス
 豫算超過又ハ豫算外支出ハ豫備費ヨリ支出スヘク而シテ豫備費ハ既ニ議會ノ
 協賛ヲ經タルモノユヘ豫算超過豫算外支出ハ更ニ事後承諾ヲ要セサル如シ然
 レトモ豫備費ノ濫出ヲ監督セシムル爲メニ第六十四條第二項ノ規定ヲ設ケタ
 ルナルヘシ

第四十二節 豫算ノ不成立

豫算ハ次年度ノ費用ヲ豫メ定ムルモノナルユヘ次會計年度ノ開始前ニ成立セ
 サルヘカラス若シ種々ノ原因ヨリ豫算成立セサルカ又ハ年度前ニ成立セサル
 トキハ之ヲ豫算ノ不成立トス此ノ如キ場合ニハ憲法第七十一條ニ依リ政府ハ
 前年度ノ豫算ヲ執行スヘキナリ歐洲諸國ノ憲法ニ依レハ多クハ不成立ノ場合
 ニ處スル方法ヲ規定セス故ニ諸説紛々トシテ或ハ豫算ナケレハ一切ノ收入支
 出ヲ爲スヲ得スト云ヒ或ハ豫算ハ成立セサルモ國家ノ活動ハ一日モ休止スル
 ヲ得スト論スル者アリテ學說一定セサルカ如シ我憲法ニハ此第七十一條ノ規
 定アルヲ以テ幸ニ此ノ如キ爭ノ起ルヲ防クコトヲ得ヘシ然レトモ或年度ノ不
 成立ノ場合ニハ前年度ノ豫算ヲ施行ストノミノ規定アリテ數年間引續キ不
 立ノ場合ニハ如何スルカノ規定ヲ缺ケルヲ以テ多少ノ疑ヲ生スルヲ免レス然
 レトモ凡ソ國家ノ經濟ハ豫算ナクシテ之ヲ行フヲ得サルコト會計法ノ原則タ
 リ故ニ若シ本年度豫算不成立ノ場合ニハ前年度ノ豫算ヲ施行スヘシトアルハ
 前年度ノ豫算ヲ本年度ノ豫算トシテ施行セヨトノ命令ナリ故ニ本年度ニハ前

年度ノ豫算ト同シキ本年度ノ豫算アリテ前年度ノ豫算ヲ其儘ニ行フニアラス
 本年度ニハ縦令豫算成立セサルモ法ノ結果ニ由リ本年度ノ豫算アリ故ニ若シ
 本年度ニ於テ豫算成立セサルトキハ本年度ノ豫算即チ前々年度ノ豫算ト同シ
 キ豫算ヲ施行スヘキナリ前々年度ノ豫算ヲ施行スルハ即チ前年度ノ豫算ヲ施
 行スル所以ナリトス

第三章 條約

第四十二節 條約ノ性質

國家ノ意思ハ種々ノ形狀ニ依リテ表ハル或ハ立法ノ手續ニ依リテ表ハレ或ハ
 命令ト爲リテ表ハレ或ハ條約ト爲リテ表ハル
 國家支配ノ下ニ在ル目的物ニ依リテハ立法事項ノ範圍ト條約締結事項ノ範圍
 トヲ區別スルヲ得サルナリ立法ナル形式ハ獨リ法規ヲ規定スルノミニ限ラス
 國家ノ他ノ事項ニモ之ヲ應用シ得ヘシ之ト同シク國家カ施行シ得且作爲シ
 得ル事件ハ總テ國際條約ノ目的物タルヲ得ルナリ此故ニ國際條約締結ノ要
 件ト效力ニ關スル規定ハ立法ニ關スル原則ト一致調和セサルヘカラサルナリ



明治三十三年四月十三日印刷
明治三十三年四月十四日發行

編輯者 東京市西谷區四谷仲町三丁目六番地
小田 幹治 郎

印刷者 東京市芝區四ノ久保明舟町十一番地
金子 鐵五 郎

印刷所 東京市芝區四ノ久保明舟町十一番地
金子 活版 所

發行所 司法省 和佛法律學校

所在 (東京市麴町區富士見
町六丁目十六番地)
電話 (番町百七十四番)

明治廿二年十二月九日內務省許可