

14.5-54



1200700288476

002

3

資料法百

號十六百二第

將來の獨逸刑事訴訟手續(下)

— 刑事訴訟法委員會報告 —

〔禁轉載〕(昭和十四年十一月)

司法省調查部



始



「將來の獨逸刑事訴訟手續」——刑事訴訟法委員會の報告書——の最後の部分の邦譯が出来上つたので茲に筆寫に代へて排印する。
譯者はやはり篠塚春世氏である。

昭和十四年十一月

司法省調査部

司法資料
第二六〇號

將來の獨逸刑事訴訟手續(下)

——刑事訴訟法委員會報告——

目次

第十二章 再審	一
第十三章 略式の手續——速成手續並に處罰命令——	三五
第十四章 逃亡者及び不在者に對する手續	四七
第十五章 保安手續と沒收手續	七三
第十六章 手續法上に於ける被害者の名譽保護	八七
第一節 總說	八七
第二節 名譽毀損の故を以て緊屬中なる刑事訴訟手續の範圍内に於てする評判の原狀回復	九三
第三節 刑事裁判官の面前に於ける獨立の確認の手續に依る名譽の保護	一〇
第四節 治安判事手續に於ける評判の原狀回復	一三
第十七章 被害者に對する損害賠償	一七

第一節	總說	一七
第二節	損害賠償手續を許す範圍	一三七
第三節	申立と被害者の手續法上の地位	一三五
第四節	被害者の申立についての裁判、判決の確定、一部請求の取扱	一三九
第五節	被害者の申立と無罪の言渡	一四七
第六節	上訴	一五〇
第七節	執行力、再審	一五八
第八節	費用	一六三
第十八章	治安判事法と仲裁人法	一六三
A 治安判事の面前に於ける手續		
第一節	私人起訴の制度の不充分であること	一六三
第二節	新法の根本思想	一六七
第三節	治安判事の管轄	一七三
第四節	手續の開始	一七六
第五節	訴の取扱	一八一
第六節	手續	一八四

第七節	手續の擴張	一八七
第八節	治安判決	一八八
第九節	治安判決の取消適性	一九三
B 仲裁人の面前に於ける手續		一九六
附錄	刑事訴訟法改正の重要な問題に關する控訴院長並に控訴院檢察長への廻章諮問の結果に關する報告	一九九
第一問	現行法の公判開始手續 Eröffnungsverfahren は存置すべきものであるか	一九九
第二問	如何なる條件を具備するに於ては被告人の在廷なくして公判を遂行することを許されるか	二二三
第三問	公判中に於ても事件が瑣細であると云ふの故を以て公訴を棄却することを許すべきであるか	二二八
第四問	區裁判所判事及び參審裁判所の判決に對しては如何なる上訴を許すべきであるか	二三〇
第五問	上告手續は寛裕ならしむべきであるか	二三五
第六問	如何なる條件の下に再審を許すべきであるか	二四三
第七問	如何なる條件の下に未決勾留を許すべきか	二五一

- 第八問 證言拒絶の権利を刑事裁判所の訴追の危険の場合以上に互つて他の重大な不利益が證人を脅威する場合にも擴張すべきであるか……………二五四
- 第九問 如何なる條件の下に速成手續を許すべきであるか……………二六〇
- 第十問 名譽毀損の故を以てする刑事訴訟手續に於て被害者の名譽の保護に役立つ判決文はどう云ふ文言にすべきであるか……………二六四
- 第十一問 刑事訴訟手續の骨子内に於て被害者の損害賠償の請求について裁判することは如何なる範圍内で許すべきか……………二七三
- 第十二問 控訴並に上告を廢止して其の代りに司法の領域外に「原狀回復機關」を設置すべきであるか……………二八〇

第十二章 再 審

ドクトル・ドエルナア

眞實探究の爲の努力は刑事訴訟手續の最高の目標であると共に、裁判官の最も立派な任務でもある。従つて法律は眞實を識認する爲に裁判官の必要とするあらゆる手段を提供する。法律はまた他の上級裁判所が事實の認定と法律の適用とを審査することを認め、依つて以て認識と判断の過誤を除かうとする。けれども上訴にして盡されて了つた場合に於ては手續は完結することを餘儀なくされるのであつて、法律的安定は犯行に由つて妨害された法律の平和が判決の確定と共に終局的に回復されることを要求するのである。併し乍ら人間の認識の淵源の不充分であるの致す所として、其の眞實探究の努力も亦自然に依つて界限されるのは免れない所であつて、極く細心に良心に従つて審査を行つて見た所で裁判官が錯誤に陥り、其の判決が眞實でなく、其の創造する新しい形式的の正義が現實の正義と合致しないと云ふことも随分あり得る。此の場合に於ては判決の確定は正義の要求する所と矛盾するのであつて、何れの原則を優先せしめて然るべきやの問題が生ぜざるを得ない。法律的平和を維持する上には確定の事實を不必要に覆さないことが必要であり、判決にどんな些細な瑕疵があつてもそれを以て直ちに此の判決を破毀するに至らしめる譯にはいかなければ、逆に民族の正義の感情

は事實の認定の著しく動搖させられた判決を葬り去つて了ふことを要求するのであつて、かくの如き判決に因つて招來された「平和」を維持するについての民族全體の利益と云ふやうなものは存在することは出來ない。

即ち根本の問題は、判決が正義と餘りにも甚しく矛盾するの結果判決を維持することに由つて社會公共の重大な利益が傷けられる場合にあつては、法律秩序は確定力に例外を認めるのを許容せざるを得ないと云ふ風に答へることが出来る。即ち法律は正否の疑はしいものあるに至つた判決であつてそれを破毀するのに大なる利益の伴ふものがあるものを再審の租上に載せることを可能ならしむべき非常の手段方法を、上訴方法以外に提供する必要があるのである。此の非常の審査は再審 *Widerauffnahme des Verfahrens* の方法で行はれる。されば新刑事訴訟法も亦確定判決を以て完結した手續を再審する方法を缺くことは出來ないであらう。そこで新刑事訴訟法は判決の確定に無制限の例外の認められるのを阻止する爲に一定の規矩準繩を設ける必要があると考へる。此の理由に因り——時に提案されたやうに——具體的の場合に協同體の正義感が餘りに甚しく侵害されて其の結果再審の必要を生ぜしめるに至つて居るか、それとも不當の判決を固執すべきであるかについて決定するの權を檢事に一任するのは適當でないやうに思はれる。加之此の規律は檢事が廣汎な範圍に互つて中央的に指揮する場合にあつても實際上の取扱をまち／＼にするの結果を來し、従つてまた忍ぶべからざる法律的不安定を招來することゝなる虞がある。

一、草案に於ける再審の系統的地位

現行刑事訴訟法は上訴と關聯して再審を取扱つて居るのであるが、外見上はそれとは分離して特別の編中に於てして居る。現行法に依ると上訴に對する再審の關係は、上訴に關する通則（刑事訴訟法第二百九十六條乃至第三百三條）が再審の申立（刑事訴訟法第三百六十五條）にも適用されて居ると云ふ程度に於てのみ成立して居るに過ぎない。所が草案は一方に於ては上訴を、他方に於ては關席公判 *verhängte Hauptvorhandlung* の反覆（從來の原狀回復の場合）と再審とを法律的救済として特別の編に於て總括し、之を共同的に若干の通則の下に屬せしめて居ることに依つて、以上に述べたやうな上訴と再審との内面的の關係を外面的にも今までも遙に力強く表明しやうとして居るのである。

二、再審の實體的條件

(1) 現行刑事訴訟法の自由主義的著想に出づるものであることは、確定的に完結した手續を再審することを得しめる條件についての規定に於て特に顯著に表明されて居る。其の規律たるや一方的に有罪を言渡された被告人の利益のみに役立つことを使命として居るのであるから、被告人の不利益に於てする再審を其の利益に於てする再審よりも遙に峻嚴な條件に繋らしめることに由つて、それ自體既に

否定しなければならぬ検事と被告人との間の「當事者對等主義」(Grundsatz von 'Waffengleichheit')の原則をば、一層被告人の利益に擴張すると云ふ特別の保護が有罪の言渡を受けた被告人に與へられて居るのである。即ち被告人の利益に於てする再審は——實際上餘り大して意義を持たない文書偽造や宣誓違反や裁判官の職務上の義務違反の場合を除くれば——無罪の言渡を受けた者が裁判所で又は裁判外に於て罪となる行為の信憑に値ひする自白を爲した場合でなければ許されないのに加へて、此の條件たるや非常に狹隘であつて、其の結果として此の規定に極めて些細な實際上の意義を有するものではない。之に反して被告人の利益に於てする再審は遙に容易な條件に繁らしめられてある。

かやうに再審を有罪の言渡を受けた者の利益に於てするものと其の利益に於てするものとに區別して、其の條件の形成をまち／＼にするのは委員會の見る所に依れば不當至極なことであつて、實體的正義を發見し之を擁護しやうと云ふ刑事司法の任務と相調和することの出来ない矛盾に陥らざるを得ない。「正義の任務は分裂することはあり得ない。同一の案件に於て幾つかの正義が相並び存し、又はいろ／＼の程度の正義が競ひ立つと云ふことは全くない。唯正か不正かの一途あるのみ」(Friedrich Deutscher Justiz 1937, S. 730, 731)。即ち正義は只一つのみあつて二つとはないのであるから、此の正義がよしんば被告人の利益に作用を及ぼさうとも不當の判決を破毀するの道を困難ならしめることは許されないし、また被告人の利益の爲に誤判を破毀しやうとする場合にあつても特に之を容易ならしめる譯にはいかない。國民は無辜の者が有罪を言渡されるのを承知しないやうに、また不當に無罪を言渡された者が有罪を言渡されることを要求するものである。されば新刑事訴訟法に於ては検事に依る再審についても、被告人に依る再審についても同一の條件を認めなければならぬと云ふ原則を樹立することを必要とするであらう。委員會は此の見解に對して學說中に散見する懸念を正しとして承服する譯にはいかなかつた。將來被告人の利益に於てする再審が數多く行はれるやうになつて、之に由つて刑事司法に依る鎮靜の作用は廣汎な範圍に互つて破壊されるに至るであらうと云ふ懸念は、委員會としては——以下に於て更に説明するやうに——別の方法で防止することが出来ると思惟するものである。

かやうな規律を以てするに於ては、再審事由の形式的形成方法が決疑的に列擧されてある所から、此の形式的界限に禍されて——有罪を言渡された者の利益に於てする新しい事實及び證據方法に基く再審の唯一の例外を除き——判決の實體的正義の審査が困難ならしめられると云ふ、現行法の第二の根本的缺陷も除去することが出来るであらう。

最後に草案が企て、居る實體的な再審法の形成は、無罪の言渡を受けた者に對しては本人が自白をした場合には再審を行ふことが出来るけれども、例へば文書とか證人とかのやうな本人の犯行に對する他の確實な證據の知れるに至つた場合に於ては再審を行ふことを得ないと云ふ、今日の觀念とはもはや相容れることの出来ない状態を除去することが出来るであらう。今日過失に因る殺人の廉を以

て有罪を言渡された者は、後に至つて——本人自身の自白に依つてにせよ又は他の證據方法に依つてにせよ——本人は過失に因つて殺人を犯したのではなくて、寧ろ故意に因つて謀殺を犯したものであることの確定した場合にあつても、更に重く處罰することは出来ないこと云ふのは誠に不満足なこと、謂はなければならぬ。本當の正義を追求する民族協同體の要求は、かくの如き場合には事實上の狀態と相容れることの出来ない判決に代ふるに、他の公正な判決を以てする必要がある。換言すれば他の刑罰法條に基いて重く處罰するの目的を以ても再審を行ふことを許す必要があるのである。

以上のやうな考慮からして委員會は、新しい事實又は證據方法が單獨で、又は從來の證據と相俟つて有罪の言渡を受けた者の無罪の言渡又は著しく軽い處罰又は有罪の言渡の代りに公訴棄却を言渡すことを可能ならしめるとき、更にかくの如き新しい事實又は證據方法が無罪の言渡を受けた者の處罰又は前判決よりも著しく重い處罰又は公訴棄却の代りに被告人の有罪の言渡又は保安處分に關する著しく別様の裁判を可能ならしめるときにあつても再審を許す旨を決議した。尙ほ委員會は被告人が處罰を留保して訓戒されたとき、又は裁判所が處罰を見合はせたときにあつても、之を有罪の言渡と同視すべきものであると云ふ建前から出發した。此の同視の處置は特に其の理由を説明するまでもないことであつて、法文上に明示的に言明されるものと豫期される。

委員會の企て、居る再審の規律には更に一つの重要な現行法の變更を存する。一八七七年の刑事訴訟法は別様な刑罰の量定又は「同一の」刑罰法規に基く保安及び矯正の處分に關する裁判の變更を目

的とする再審を許して居ないのであるが、草案は刑を量定する際に於ける裁判官の裁量に從來よりも著しく大なる餘地を與へる極めて廣汎な刑の範圍を使用して居るのであつて、従つて同一の法條に基く刑の量定に於ける想像し得られる相違は、二つの異つた法條に基く刑の量定に於ける相違と往々にして同じやうに大であり、時にはより以上大ですらあるであらう。されば將來は正義と云ふ理由に由り同一の刑罰法條に基く刑の量定を他の刑罰法條に基く刑の量定と同一視することが必要であり、即ち再審手續に於て同一の刑罰法條に基いて重い處罰を科することを可能ならしめることが必要である。此の變更の實際上最も重要な結果は、將來は連續的行爲の犯人にして是等單行の行爲の一小部分を基礎としてのみ判決された者を、多數の罪となる行爲の廉を以て公正に處罰することが出来ると云ふことであるであらう。同時に限定歸責能力の故を以てする刑の減輕（刑事訴訟法第三百六十三條第二項）を目的とする再審の禁止も廢止されることになつて居るのである。

かやうに規律することになつて餘りに廣汎な範圍に互つて再審が許されることとなり、従つてまた確定力と云ふものが餘りに甚しく弛緩せしめられる結果を來すであらうと云ふことを懸念するのは根據のない杞憂である。先づ第一に再審を是認せしめるに足りるものは判斷の點に於て著しい變更を期待することの出来るとき文に限られるであらう。従つて判決の重要でない修正は今後も從來に於けると同様恩赦の方法に於てしか行ふことは出来ないのである。尙ほ判決の著大な變更を期待すべき蓋然性が非常に大であるときでなければ、再審は行はれないことになつて居ることによつて制限が加へら

れる。更に検事が再審を請求する場合に於ては検事は各個の案件について刑事訴訟手續を再興することに對する民族協同體の要求が、確定判決を以て完結した事件を其の儘にして置かうとする要求と較べてどちらが重きを爲すものであるかを、良心に従つて審査するものと豫定してかゝることが出来るのであつて、此の検事に對する信頼の念は第三帝國の立法者が新刑法中に於て他の點に關しても、とりわけ公訴に關する裁量の運用に際しても認めて居る所なのである。最後に行政上の方法に於ても「刑事訴訟手續の準則」中では、自明的に訴追の強制の成立し得ない手續は被告人の不利益に於ては特に制限的な條件の下に於てしか検事に於て進行せしめることは出来ないやうにするのに注意を拂ふことが企てられて居る。此の制限的な條件は犯行の輕重と云ふことを目當とすることを必要とするものではなく、寧ろ民族の法律的感情が再審を要求して居るかどうかを目當とすることを必要とするであらう。即ち其の結果に於ては實際上有罪を言渡された被告人の利益に於てする再審と、其の不利益に於てする再審との條件をそれ／＼平等に取扱ふと云ふのは單に一つの原則たるのみに止まり、有罪を言渡された被告人の利益に於てする再審に比較して其の不利益に於てする再審は制限されると云ふのが常則であるであらう。かくの如くにして確定判決を以て無罪を言渡された者に對して再び手續を開始すると云ふこと、無辜にして有罪を言渡された者に無罪を言渡すと云ふこと、は協同體や本人にとつて同一でないことと云ふ、必ずしも不當でない觀念にも究極に於て斟酌が拂はれる次第である。

以上に述べたやうな範圍内に於て再審が許されるときは、現行法が特別に列擧して居る文書偽造並に宣誓違反の再審事由は特に掲げる必要はない譯である。是等の事由は新しい事實若しは證據方法の小種目を成すに止まるものであるからである。加之是等の再審事由を特に掲げるのは恣意に外ならぬものであつた。何となれば其の他の證據方法、例へば偽造の足跡、指紋、虚偽の血液検査などの如きも、偽造の文書若しは虚偽の證言と同様に大なる意義を有することがあり得る次第であるからである。文書偽造及び宣誓違反の再審事由は現行法に於ては當該の罪となる行爲の廉を以て確定の有罪判決の行はれたとき、又は犯人に對する公訴が證據不充以外以外の事由に由つて不可能であるときに限り主張することが出来ると云ふ、更に別段の形式的制限の下に在るものである。此の制限も亦適當でない。何れの場合に於ても主張された事實や證據方法が果して確定判決を動搖させるに足りるものであるかどうかを良心に従つて審査する方が遙に優つて居る。此の審査にして根本的に行はれるに於ては、それ丈で常に恣意を以て判決に狐疑の念の挿まれるのを豫防することが出来るであらう。其の外罪となる行爲の嫌疑について決定の行はれるまでは再審の審査を猶豫するのは、裁判所や検事にとつて禁止される所でないのは素より言を俟たないこと從來と變りはない。文書偽造と宣誓違反とを普通の再審事由中に包含せしめるのは、是等の證據方法の偽造は將來は、再審の目的として列擧された結果の一つを期待することの出来るときに限り、再審を是認せしめるの効果を有するものである。所が現行刑事訴訟法に依るも、案件の状況上罪となる行爲が裁判上に影響を有したと云ふ認定が全然除外される

ときは、再審の請求は理由なしとして棄却することを必要とするものなのである。此の現行法との相違は決して著大なるものではない。最後に此の包含と共に學說の屢々主張する所である、罪とならぬ虚偽の証言や罪とならぬ偽造の文書も再審事由たることを必要とするものであると云ふ要求も充される次第なのである。

現行刑事訴訟法は被告人の利益に於てする再審事由の下に、刑事裁判所の判決の基礎となつて居る民事裁判所の判決の破毀された場合をも包含せしめて居る。此の形式的制限は——其の他の點に於ては法の發見を困難ならしめるものとして否認すべきものであるとしても——一から十まですべて不常であると云ふ譯ではない。併し乍ら之を法文中に收載する必要はない。刑事裁判官は普通民法上の問題をみづから裁判することが出来るのであるが、併し刑事裁判官が基礎となる民事法上の事實をみづから判決することなくして、刑事裁判所の判決を民事裁判所の判決の上に立脚せしめて居ると云ふことは恐らく減少にはない。刑事裁判官は民事の判決が設權的の判決、例へば離婚判決であつて何人に對しても羈束的效力を以て有權的に其の認定を爲す所のものである場合に限り、民事の判決に遡及することを餘儀なくされるのである。此の設權的の裁判に留保せられる問題の審査は専ら民事裁判所の權限に屬する次第なのであるから、刑事裁判官は同一の問題について民事裁判所とは違つた解釋に到達する譯にはいかない。加之——民事裁判所以上に互つて——法律が特定の問題の裁判を專屬的に委任して居るすべての裁判所並に行政官署についても同じことが言ひ得られる。かくの如き確定判決

又は前記の種類の他の裁判が破毀される場合に於ては、此の點から生ずる法律狀態の變動は「新しい事實」を形成するのであつて、此の「新しい事實」は通則に従つて再審の理由となるものである。従つて此の問題を明示的に法律を以て規律する必要はない。

現行刑事訴訟法第三百五十九條第五號の再審事由は、區裁判所判事の面前に於ける手續並に參審裁判所に於ける手續に於ては、被告人は前の手續に於ては知つて居なかつたか又は其の責任にあらずして主張することの出来なかつた新しい事實又は證據方法をしか援用することは出来ない」と云ふ制限に服するものであるが、委員會は此の制限を拋棄することに決心した。或る事實又は證據方法が既に前の辯論に於て知れて居たと云ふことの證明は往々にして不可能なるものがあると云ふ事實は暫く措いて問はないにしても、かくの如き制限は、適時に主張されなかつたことを理由としての除外を一般的には認めないこととして居る刑事訴訟法にとつては、思想上一つの夾雜物であることを免れない。かかる制限を削除しても裁判所が再審の請求の爲に過當に負擔を負はしめられるに至るのを懸念する必要のないことは、實際の經驗の教へる所なのである。

(2) 刑事事件に於て參與する判事の一人（専任裁判官若しくは名譽職裁判官）が刑事上罪となるやうな方法に於て其の服務上の義務に違反した場合にあつては、判決は適法なる司法の基礎を缺くものと謂はなければならない。かくる判決は破毀することを必要とするものであるけれども、此の場合再審を職務上の義務違反が判決の内容に影響を及ぼしたかどうかに繋らしめることは出来ない。此の再審は被

告人の利益の爲にも、また其の不利益の爲にも遂行することが出来るやうになつて居る必要のあるのは自明的のことである。被告人の主張する所である罪となる行爲が豫め確定力を以て認定せられてあることを必要とするものであると云ふ、他の再審事由については拋棄されて了つた條件は、此の場合にあつては例外として存置する必要がある。蓋しでもないときは或る種の人物の餘りにも輕々に言明した裁判官に對する嫌疑に門戸を開放することとなり、裁判官の收賄とか法の曲解とか云ふ不當な非難に由つて司法の威信に重大な損害を被らしめるの結果を招來する虞があるからである。裁判官に對する刑事訴訟手續が證據不充分以外の理由を以て開始することを得ないか又は遂行することを得ないときにあつては、之を——現行法と一致して——確定有罪判決と同視することになつて居る。被告人自身が裁判官の義務違反をみづから促した場合にあつては、被告人の利益に於てする再審が除外されると云ふ現行法の制限は拋棄される。不法に成立した判決は其の成立の方法には關係なく之を破毀することを必要とするからである。

(3) 現行法とは異り委員會案は、別段の再審事由として不適法な刑の再審事由を規定して居る。之に依ると裁判官が適用された罰則上不適法な刑又は保安處分を言渡した場合にあつては、再審を請求し得ることになつて居る。刑若は保安處分は種類若は程度上一般的に——即ち獨り具體的の場合の特殊の關係上そうであるばかりでなく——不適法であることを必要とする。例へば裁判所が譴責を言渡し、又は適用された罰則が輕懲役のみを規定して居るに拘らず重懲役を言渡した場合にあつて

は、刑は不適法であらう。從來かゝる場合に於ける判決の更正は恩赦の方法で行ふことを必要としたのであつたが、委員會は再審の方法で過誤を正す機會を裁判所自身に與へるのが一層正しいと考へた。此の場合再審は被告人の利益の爲にも、又其の不利益の爲めにも爲し得ることになつて居る。此の再審は新しい事實又は證據方法の條件に繋るものではなく、また著しく別個の裁判を豫期することの出来ることを必要とするものではない。

(4) 判決の理由が被告人に重大な不服を感せしめた場合に、通常の上訴を以て判決の理由を攻撃することを將來許す必要があると委員會の思料した理由は、本書の他の箇所詳細に説明してある。控訴や上告についてかゝる規定を設けると云ふことは、同様な條件の下に再審をも許すの結果を招來するものである。蓋し立法者が最後の事實審の裁判所の無罪の言渡を、證據不充分に因る無罪の言渡から無罪の立證ありたるに因る無罪の言渡に變更するの目的を以てする上告を許す以上は、かゝる判決を以て確定的に完結した手續を同じ目的を以て再審するのをも許す必要があるからである。されば委員會は別段の——被告人の利益の爲のみにする效力を有する——再審事由として、判決の理由に依る不服「*Beschwer durch die Gründe des Urteils*」を規定した。この事由は單獨で又は以前の證據と相俟つて被告人の名譽を著しく傷け又は被告人の其の他の利益を著しく侵害するやうな事項を包含する、確定の無罪又は公訴棄却を言渡す判決の理由を失効せしめるに適する新らしい事實又は證據方法の提出される場合に存する。こゝに指摘して置きたいのは必ずしも如何なる名譽毀損も再審の事由となり得

るものではないと云ふことであつて、名譽若は其の他の利益に對する加害は被告人に重大な負擔を負はしめることを必要とするのである。更に再審の結果を招來すべき瑕疵が判決理由の失效を意味することを必要とする點にも、此の再審の一つの制限を存するものである。即ち判決理由の變更を期待することの出來る非常に大なる蓋然性を存することを必要とするものである。

(5) 學説上では判決の確定後に生じた犯行の法律的評價の點に於ける變動も再審の根據たらしむべきものであるかどうかと云ふ問題も論ぜられたのであるが、委員會は此の問題を消極的に解した。それはかゝる事由を以て再審を許すのは判決の確定に無制限に例外を設けるの結果を來す虞があり、且又法律的信念のかゝる變動が果して存在するものであるかどうかと云ふことを具體の場合に認定するのは至難であるからである。此の犯人は犯行の當時竝に判決の當時に成立して居た法律觀念上不當に行動したものであるから、此の判決を破毀する正當な方法は後日の恩赦に俟つの外はない。

(6) 刑又は保安處分の執行が再審を阻却するものでないのは、現行法と一致して居る。

(7) 今日實際に行はれて居る所では、確定の處罰命令 *Verurteilung* を以て完結した手續の再審は許して居ないのであつて、只他の裁判所が重く處罰するの目的を以て別個の法律の見地の下に同一の犯行を再度訴追すること丈を許して居るに過ぎない。其の程度に於ては公訴は「消耗され」 *verbraucht* して了つたものとは認められないのである。所が今企てられて居る規律に依ると、裁判所は著しく重い處罰を目的としての再審をも廣汎な範圍に互つて許すことが出來るのであるから、處罰命令を「公訴

の消耗」から除外する理由は今日ではもはや全然存在しないのであつて、將來は處罰命令も判決に於けると全く同様に公訴を「消耗する」ことになつて居る。其の必然的結果は、處罰命令手續 *Strafverfahren* に於ても通則に従つて再審を爲すことが出來ると云ふことになる。

(8) 治安判事手續 *Friedensrichterliches Verfahren* に於ても再審を規定する必要がある。其の細目に至つては此の手續と關聯して論ずるであらう。

三、再審の手續

現行刑事訴訟法の嚴格な手續規定は大體に於て成績を挙げたのであつて、一面に於ては再審手續の無制限に許されるのを妨止すると共に、然もまた他の半面に於ては公正にして實際的な手續に於て實體的に必要な判決の再審査を可能ならしめることを妨げて居ないのである。されば現行刑事訴訟法の手續に關する規定は將來の刑事訴訟法に於ても大體に於て之を存置することを必要とするであらう。

(1) 許否に關する手續 *Zulassungsverfahren*

再審手續を開始するのには普通檢事又は被告人の請求が必要である。此の原則に對する例外（確定有罪判決を受けた同種の犯行の共同正犯又は正犯に對する再審）については後に論及するであらう。檢事は——他の何れの法律的救済に於けるとも同じやうに——有罪の言渡を受けた者の利益の爲にも此の請求を爲すことが出來る。請求には理由を附することを必要とするのであつて、再審の法律上の

條件を明かにすべき事實竝に證據方法を記載しなければならぬ。請求人が適當に助言を受け得る利益上現行法と一致して、被告人は其の辯護人又は辯護士の署名して居る書面に於てのみ、又は不服を申立てられた判決を言渡した裁判所の調書に留めて口頭を以てのみ、請求を爲すことが出来るものと規定することを必要とするであらう。更に實際家の提案する所に従つて、被告人は其の住所地の區裁判所書記課の調書を以ても請求を爲すことが出来る旨を規定する必要があるであらう。勾留中の被告人は其の勾留地の區裁判所へも請求を爲すことが出来るものであることは、法律的救済に關する通則中に於て確保されて居る所である。請求は請求について裁判を爲すの任を有する裁判所に提出することを必要とする。請求の期限については——現行法と一致して——別に規定されて居ない。請求の提出を以て——公訴狀の場合に於けると同じやうに——手續は裁判所に繫屬するのであつて、之を以て手續についての支配權は裁判所に移行する。此の請求は判決の執行を阻止しないことになつて居る。現行法とは異り執行の停止については請求の行はれたことに由つて既に裁判するのではなく、再審の許否に關する裁判と一所に初めて裁判することになつて居る。此の裁判は當該裁判所の裁判長の擔任する所である。

現行法に依ると再審を求める請求の許否については、當該の請求を以て攻撃された判決を爲した裁判所が裁判をするのであり、上告判決の存在する場合にあつては普通上告の提起された判決を言渡し裁判所が裁判をするのである。所が此の規律は數個の判決が異つた裁判所に於て言渡された場合に

あつては疑義の因を興へたので、委員會は此の問題を明示的に規律するの必要ありと認め、其の裁判に當つては細目に互つて左の原則から出發した。即ち再審の請求を以て攻撃される認定を爲したのは何れの裁判所であるか、肝要であると云ふことになつて居る。是はそれ／＼狀況に應じて第一審の裁判所たることもあれば控訴院若は上告裁判所たることもあるであらう。上告裁判所は例へば上訴期間の遵守に關する認定の攻撃される場合は別として、普通には問題とはならないであらう。控訴判決が言渡された場合にあつては、大抵の場合控訴裁判所の認定が攻撃の客體を形成するであらう。控訴裁判所が判決を以て上訴を不適法として棄却したとき、又は控訴裁判所が独自の審査を俟つことなくして其の判決の基礎とした事實に關する認定が攻撃されるときにあつては趣を異にする。是等の場合に於ては請求は第一審の裁判所に提出することを必要とすることになつて居る。刑が不適法であるの故を以て又は裁判官の職務上の義務に違反があつた故を以て再審の請求される場合については、特別の規律を規定することを必要とするのであつて、是等の場合に於ては狀況上攻撃された判決を爲した裁判所、又は其の判決に有罪者が判事として參與した裁判所丈が請求に關する裁判を爲すの權限を有することが出来るのである。裁判所は公判外の裁判について規定されて居る構成に於て、即ち國民裁判官 *Volksrichter* を參與せしめることなくして請求の許否につき（再審の命令については決して裁判しない）裁判をするのである。

學說、特にナチスの政權獲得以前の學說中には、再審の請求の審査の任は其の請求の許否たと再

審の命令たるを問はず之を攻撃された判決若は認定を爲した裁判所に附託することをしないうで、從來無關係な裁判所である「再審部」 *Wiederaufnahmekammer* に其の審査を委任しやうと云ふ提案をしたものがあつた。此の提案の理由は大體に於て、請求の指向されて居る當該の認定を爲した裁判所は必然的に偏執を感ぜざるを得ないから、先入の見を去つて虚心坦懐に此の請求に對することは不可能であると云ふに在る。併し委員會は此の提案に聽従することは出来なかつた。委員會は裁判官たる者が先入の見を去つて虚心坦懐に己れの下した判決を審査することが出来ないものとは認め得なかつたのである。審議の際にはまた、裁判官は己れの下した判決にとつての新しい見地を自由に審査する事の勇氣を振ひ起す必要のあることの屢々あるのを指摘した委員もあつた。加之前に同じ事件にたづさはつた裁判所は事件についての己れの知識を基礎として、請求中で主張されて居る事實や證據方法が果して新規なものであるかどうかの問題を審査するにも一番適して居るのである。再審の請求に關する裁判を他の裁判所に附託することゝするときは、前の手續が大規模な手續であつた場合にあつては、裁判所にとつて重大な負擔を意味し、非常な困難を招來することゝなるであらう。最後に新しい公判を同一審級の他の裁判所に委任する權限を抗告裁判所に與へることになつて居ることによつて、再審の請求に關する裁判に際し偏頗の廉を以て前の裁判所を除外する被告人の利益をも部分的には斟酌することが出来る譯である。

現行法に依ると裁判所は請求を受けた後先づ再審の適否について裁判をする。此の豫備的審査は適

當であつて、従つて草案も之を存置するであらう。裁判所は請求が適法であるか、それとも不適法として之を棄却することを必要とするかを言明することになつて居る。請求を不適法とする事由はいろ／＼であることがあり得る。

(a) 請求が法律の設けて居る形式規定に従つて居ないとき。此の場合に於ては請求人は期間の羈束を受けないことであるから、何時たりとも成規の形式を履んで請求を反覆することが出来る。

(b) 請求中に適當な證據方法が擧げられて居ないとき。此の場合にあつても後に至つて追加的に證據方法を擧げるか又は證據方法を表示して更めて請求を爲すのを妨げられるものでは全然ない。

(c) 主張された事實及び證據方法からして再審の法定の條件が明白となつて來ないとき。即ち裁判所は——現行法に於けると同じやうに——許否に關する手續中に於て主張された所が再審事由を成すものであるかどうかを審査することを必要とする。此の手續に於ては普通請求の寧ろ外面的形式的方法面丈しか審査することは出来ないものであるから、裁判所は手續の此の階段に於ては主張された事實又は證據方法が前の手續に於ける被告人の提供に比較して果して新規であり、判決を動かすに適するものであるかどうかを審査する必要はない。此の審査は再審命令手續 *Auflösungsverfahren* に於て初めて行はれる。本號の下に説明した事由に因り請求を棄却する一つの場合は、請求が裁判官の罪となる職務上の義務違反に基いて居て且其の確定の有罪の言渡が再審の許否に關する裁判の當時にはまだ行はれて居ないときに之を存する。此の場合に於ては許否に關する手續中に於て既に實體的の審査を行

ふことなくして請求を棄却することを必要とする。裁判所は適用された罰則上不適法な刑を言渡したものであると云ふことが主張され、此の主張が不当である場合に於つても同一の原則を適用することを必要とする。此の認定も亦實體的の審査を必要とすることなくして、許否に關する手續中に於て行ふことが出来るのである。

現行法に依ると、罪となる行為を理由とする再審の請求は普通此の行為の故を以て確定有罪判決の行はれた場合でなければ許されないことになつて居る。今日再審にとつての一番甚しい障礙を成して居る此の規定は、其の伴つて居る制限が餘りに廣汎に過ぎるの故を以て公正でないものであることは曩に既に説明したことである。もつと弾力性に富んだ規律を規定し、即ち裁判所を此の窮屈な羈束から解放して當該の犯行に關して手續の遂行される迄の間請求の許否に關する裁判を猶豫するの權限を裁判所に與へるのが適當であるやうに考へられる。此の場合にあつては再審裁判所は刑事訴訟手續の完結した上で手續上の資料の全部を評價して、再審の條件が果して存在するものであるかどうかを獨自の責任の下に審査することを必要とする。其の際再審裁判所が當該の犯行に關して開始された手續の結果と異なるのを妨げられないことになつて居る。

(II) 再審命令手續

再審が許されると新に公判の行はれるに先だつて先づ請求が理由ありや否やについての本案の豫備的審査を行ふことを必要とする。此の豫備的審査は請求の無際限に行はれるのに對する防波堤として

必要である。委員會は此の審査手續を形成するに當つても大體に於て現行法に倚據することが出来た。従つて手續は次のやうにして展開される。

裁判長は先づ被告人の請求を檢事に通知し、期間を定めて其の爲すべき調査に關する説明を被告人に催告する。檢事の請求について之に相當したことが行はれる。從來は判事の一人に證據調を命ずることを必要としたものであつたが、將來は裁判長自身も證據調を行ふことが出来ることになつて居る。其の外に從來同様受託判事に依る證據調も出来ることになつて居る。證人及び鑑定人の宣誓は訊問機關の本分に從つての裁量に一任される。とは云へ此の場合に宣誓供述に立脚する確定判決は無宣誓供述に基いて新しい公判に附託すべからざるものであると云ふ建前から出發することを必要とするであらう。爾後の手續については公判前の手續に關する規定を準用することが出来なければならぬ。只裁判長又は其の命じたる判事が檢事に代るのである。檢事の捜査、裁判所及び警察に依る檢事の補佐、公判手續の證據調の先廻り等に關する通則も準用されなければならない。こゝに於てか再審手續に於ては判事の豫審行為への關與は檢事の捜査手續に於けるよりも廣汎な範圍に於ては許されないことになつて居るものであることが判る。取調が完結したら、檢事、被告人、辯護人及び其の他の關係者に陳述の機會を與へることを必要とする。從來の裁判所の慣行と一致して更に辯護人の附添なき被告人には其の缺けて居る記録閱覽の權利の代りとして、被告人の立會はなかつた證據調の結果を被告人に通知すべき旨を規定する必要がある。

審査の結果再審の法定の條件が明かにされて居ないこと、即ち判決は曩に論究したやうな意味に於て動搖せしめられて居るものでないことが明白となつたときは、裁判所は決定を以て請求を理由なしとして棄却することを必要とする。さもないときは裁判所は再審と新しい公判とを決定する。此の審査を爲すに當つては裁判所は時間上前の手續に身を置いて考察することを必要とするのであつて、此の立場から當時既に此の新しい審問資料と古い審問資料とが一所に存在して居たとしたら、果して此の攻撃されて居る判決を言渡したであらうかどうかを裁判することを必要とする。従つて時日の経過に因つて證據方法が曖昧となつたが爲のみの故を以て今日もはや有罪の言渡を期待することの出来ない場合、即ち例へば主たる有罪事實證人 *Hauptbelastungszeuge* が、己れはもはや其の事實を想起することは出来ないことと陳述したやうな場合に於ては、再審を是認せしめることは出来ない。併し他の半面に於ては判事は、事情に依つては今日では當該の事實をどう判断することが出来るかを斟酌することを妨げられるものではない。されば再審裁判所は犯行の道義的價值若は無價値を判断するに當つて、今日現に成立して居る義務觀念を基礎に執ることを禁ぜられるものではない。數年前刑法第一百七十五條に對する輕罪の廉を以て當時此の罰則を狭く解釋することが行はれて居たにも拘らず有罪を言渡された者は、今日の觀念上當該の行爲が罪となるものである以上は、自分は當時罪となるものと認められて居なかつた反自然的行爲を爲したに止まるものであると云ふ理由を以て、再審を請求する譯

にはいかない。最後に裁判所は新しい事實及び證據方法が有力であつて、其の結果新しい状況上手續が勝訴の見込充分であるときでなければ再審を命ずることは許されない。其の追求する手續が實際上遂行し得られないものであるとき、及び其の間に生じた事實關係の變動を斟酌するも再審の目的を達成することが不可能であるときは請求の命令を差控へることを必要とする。裁判所が其の裁判を爲すに當つて請求の許否に關する決定に依つて羈束されるものではなく、寧ろ許否の手續に於ては請求の許されたにも拘らず手續の此の階段に於ては適法性を否定することが出来るものであることは、特に其の理由を説明するまでもないことである。

新しい公判は原則として攻撃された認定を爲した裁判所に於て行ふ。けれども問題たる犯行につき他の裁判所が事物の管轄を有するときは、此の裁判所に於ても新しい公判を命ずることが出来ることになつて居る。之に依つて再審裁判所が後に至つて事件を他の裁判所に移送することを餘儀なくされるのを避けることが出来るのである。従つて公判は上級若は下級の裁判所に於てすべき旨を命ずることが出来る。上級裁判所に於てする公判の命令は新しい取調の結果再審裁判所は新しい判決に際し其の刑罰權を超過することを餘儀なくされるであらうこと、又は犯行が上級裁判所の專屬管轄に屬することを豫期すべきときに常に適當とするであらう。けれども逆に上級裁判所に於て重い著眼の下に言渡された判決が新しい公判に基いて著しく減輕されるであらうことを豫期しなければならぬときにあつては、上級裁判所の判決を變更することを下級裁判所に一任するのは普通適當ではないであら

う。蓋しかくの如きは第一の判決後に事件の享受した意義に相當する所以ではあるまいからである。再審の請求は請求の理由ありや否やについての裁判所の決定のあるまでは取消することが出来ることになつて居る。けれども取消は検事が請求を爲した場合にあつては被告人の承諾を必要とし、被告人が請求を爲したのである場合にあつては検事の承諾を必要とする。裁判所が裁判をしたときは、もはや事件を此の裁判所から取上げることは出来ない。

請求を許すに當つて既に執行が猶豫されることのなかつた場合にあつては、裁判長は執行を續行すべきかそれとも之を停止すべきかについて判断することを必要とする。公判の行はれることになつて居る裁判所の裁判長も此の裁判を爲すことが出来る旨が規定してある。かやうに判決の執行を續行するのを許して居ることからして、再審並に新なる公判の命令に由つて舊來の判決はまだ破毀されて居るものでないことが判る。判決の破毀は前の判決を破毀する後の判決に由つて初めて行はれるのである。委員會はかくの如くにして此の現行法上非常に争はれた問題を決定するに當つて、殊更に大審院の從來の判決から轉向したのである。執行が停止される場合にあつては一般の規定に従つて有罪の言渡を受けた者を未決勾留に收容することが出来る。

爾後の手續は第一審の裁判所に於ける公判手續に關する規定に従つて規整することを必要とする。新しい公判は前の手續の結果に對して全然獨立であることを必要とする。裁判所は新しい審問資料が前の認定を動かしたかどうか、それとも前の認定には觸れる所がないものであるかを審査すること

にみづからを制限することは出来ないのであつて、寧ろ此の審問資料をみづから事實上及び法律上の両面から評價することを必要とするものである。即ち本案に於て新に辯論し、新に裁判することを必要とするものである。新しい公判を如何に進行せしむべきかについては、現行法と一致して特別に規律する必要はないのであつて、寧ろ前の公判について適用のある規則を適用すべきものと云ふ建前、即ち第一審の再審手續については第一審の手續についての規定を適用し、控訴審若は上告審に在る再審手續については控訴若は上告に關する規定を適用すると云ふ建前を執ることが出来る。再審裁判所が前の判決と異なる判決に到達するときは、判決中に於て同時に前の判決を破毀することを必要とするが、之に反し前の判決が新しい判決と一致するときは、前の判決を維持しなければならぬ。此の規律は現行法の規定と合致するものである。之に反し現行刑事訴訟法は前の判決の破毀からして如何なる論結を抽出すべきものであるかの點についての明示的の規定は掲げて居ない。實際上の取扱は普通、有罪の言渡の維持されたとき又は他の刑の言渡されたときにあつては、前に言渡された刑は其の既に執行されて了つて居る限りに於て之を新しい判決に通算し、別種の刑の言渡された場合にあつては裁判所は本分に從ふ裁量に依つて刑の如何なる部分を執行済たるものとして看做すべきやを定めると云ふ風に處置して居た。此の司法上の原則は新刑事訴訟法中でも踏襲するのが適當である。被告人が自己の利益の爲に再審を請求した場合にあつても、上訴の場合に於けると同様被告人の不利に於てする判決の変更することが出来るのは、一般的に *reformatio in peius* (被告人の不利に於てする判決の變

更)を許して居るのからしておのづから推論し得られる論結である。

裁判所が公判に基き本案に於て新に裁判することを必要とするものであると云ふことは、只原則でしかあり得ない。其の外是と平行的に手續を簡略にするの利益上、新に公判を行ふことなくして決定を以て裁判することが出来るやうになつて居る必要がある。此の略式の手續は被告人の利益にも役立つものである。何となれば被告人は大抵の場合公判を経ることなくして敏速に無罪を言渡されることに利益を有するものであるからである。現行法からして既に、證據が充分に存在し、且檢察がそれを承諾した場合にあつては新に公判を行ふことなくして被告人に無罪を言渡すことを許して居る。委員會は此の手續の適當であることを肯定して、被告人に責任のないこと又は根據のある嫌疑の不存在が明かにされた場合、更に——現行法以上に互つて——公訴を棄却すべき場合、又は手續が法令に違反したるの故を以て再審の行はれる場合には此の手續を許す心算である。最後に擧げた二つの場合に於ては、大抵の場合公判を必要としないものと考へられる法律問題が裁判されるのであるが、最初の場合に於ては現行法と一致して即時に無罪を言渡し又は判決を破毀するのに檢察の承諾を必要とすることになつて居る。被告人の特別な承諾の意思表示は前提條件とはなつて居ない。己れの名譽を世間的に回復せられんことを欲する被告人の希望が若しあつたとすれば、裁判所は新に行はれた判決を公告することに依つて其の希望を斟酌することが出来る。とは云ふものゝ此の書面に依る手續を以てしては、被告人に責任がないことの認定に對する充分確實な基礎が提供されない場合があり得る。されば

決定手續を許す件に關する規定は能爲規定 *Kannvorschrift* として形成された。此の規定は公判を命ずる裁判所の権能を取上げて了ふものでない。

更に沒收手續 *Einziehungsverfahren* も亦、決定を以てする再審の請求に關する實體的裁判の一つの特別な場合を包含するものである。再審が専ら沒收關係者の請求に基いて命ぜられた場合にあつては、新に公判を行ふことなく決定を以て裁判するのを許すのが適當であるやうに思はれる。

四、再審手續に於ける特則

(1) 有罪の言渡を受けた者が死亡したか、又は精神病に罹つたか、又は其の他の事由に由つて永久的に審問を受ける能力を失つて了つた場合に於ては、再審の條件は別様に形成する必要がある。是等の場合に於ては再審が、前の判決よりも軽い處罰若し前の判決よりも重い處罰を目的とすること將來も許さないことゝする必要のあるのは素より言を俟たない。寧ろ再審はそれが無罪の結果を招來すべきとき、又はよしんば無罪の言渡を招來することは出来ずとも有罪の言渡を受けた者が判決に由つて被つた特に甚しい名譽の毀損を、能く除去することを得べきときでなければ許すことは出来ないのである。現行法が有罪の言渡を受けた者の死亡後に於ける再審は無罪の言渡を招來する目的を以てするに非ざれば許さないことゝして居るからには、草案は以上の規律を以てして現行法と一致するものである。只有罪の言渡を受けた者が精神病に罹り又は審問を受ける能力を失つて了つた場合に於

き、其の死亡の場合について同一の規律を適用すること、したの草案の新規な點である。更に重大な名譽毀損を是正するの目的を以てする再審を認めて、犯行がもつと重くない見地に基いて罪となるものであるか否かには關係なく此の再審を許すものとして居るのは、必要な擴張を意味するものである。また有罪の言渡を受けた者に代つて——現行刑事訴訟法に依る場合に於けると同様——其の配偶者、直系の親族及び兄弟姉妹も再審を請求することが出来るのであつて、是等の者は有罪の言渡を受けた者が既に再審の請求を爲して居た場合に於ては、前記の再審の條件の下に手續を續行することが出来る。有罪の言渡を受けた者が己れの請求した再審手續中に死亡したか又は精神病に罹つたと云ふ此の場合は、現行法中には規律されては居なかつたのである。

裁判所が請求を許す場合に於ては、其の必要である以上は證據調を爲すべく、然らざる場合には直ちに本案に於て裁判を爲すべきである。此の裁判は新しい公判を経ることなくして行はれ、特に裁判は——此のことは明示的に規定して置くべきことであるが——決定を以てするものである。委員會は、獨り有罪の言渡を受けた者の利益に於てのみに止まらず民族協同體の利益に於ても判決を公然破毀する必要ありと認められる場合もあるのであるから、此の場合に公判を許すと云ふことも考慮したのであつたが、それにも拘らず委員會は公判を許すのを見合はせた。其の理由は、最も重要な人物である有罪の言渡を受けた者の存在しないか、公判は、實體のない全く形式的の公判でしかあり得ないのであり、また對世間的の名譽回復の利益は新しい判決を公告することに依つて斟酌することが

出来るからである。第二讀會に於ては少くとも裁判所に、公判に基き判決を以て裁判を爲すことを必要とする旨を命ずる権能を興ふべきではないかどうかを審査して見るのが恐らく適當であると思ふ。

無罪の言渡を爲すについての條件又は名譽毀損を除去するについての條件が明かにされて居ないときは、裁判所は請求を棄却することを必要とする。即ち棄却は特に手續が前の手續と同一の結果に到達する場合に行ふことを必要とするものである。無罪の言渡を爲すについての條件又は名譽毀損を除去するについての條件が存するときは、前の判決を破毀して被告人に無罪を言渡すべく、又は名譽毀損を除去することを必要とする。被告人が無罪を言渡されるとき、例へば被告人が犯行を行ひはしただけでも、前の判決に於て認められたよりも非常に軽く判斷しなければならぬものであることが明白となつたときは、判決を破毀して公訴を棄却するを要する。例へば有罪の言渡を受けた者が實は謀殺を犯したものでなくして過失殺を犯したのであるに止まるときは、謀殺につき有罪を言渡す判決は破毀すべく、然もまた過失殺の故を以て之に有罪を言渡すべきものではなくて、本人は死亡し若は精神病に罹つて居るのであり又は審問を受ける能力を失つて居ることであるから、公訴を棄却することを必要とするものである。

(2) 再審手續に於て言渡された判決の公告は、現行法に於ては無罪の言渡又は保安處分の廢止が口頭辯論を経ることなくして行はれた場合についてのみ規定されて居る。公告は此の場合有罪の言渡を

受けた者の利益に於て、審問並に判決の言渡が公行されなかつたことの代償を形成することになつて居るのである。けれども審問の公行と云ふことは有罪の言渡を受けた者にとつては、必ずしも絶對的に職權を以てする公告と同一の價値を有するものではなく、且又公告に對する需要は獨り無罪の言渡の場合に於て存するのみに止まらず、新しい判決が著しく軽い處罰を、又は有罪の言渡の代りに公訴棄却を、又は保安處分に關する著しく別個の裁判を言渡す場合にあつても、公告に對する需要の成立することがあり得る。されば新しい判決の内容は公告し得るものであることを普遍的に規定するのが適當である。此の公告は有罪の言渡を受けた者の利益に於て言渡された裁判に制限されないことになつて居るのであつて、逆の場合に於ても公告の道が存在して居る必要がある。公告は裁判所の裁量に屬せしめられる。公告を請求する再審請求者の權利を規定する必要はない。

(3) 現行法とは異り草案は期限付の(即時の)抗告 *Rechtsbeschwerden* (einstweilige Rechtsmittel) を、裁判所が再審の請求に關して裁判する決定に制限して居る。即ち期限付の抗告にとつては大體に於て、請求の許否に關する裁判並に再審の命令に關する裁判の場合のみが問題となるのである。之に反して裁判所の其の他の決定並に裁判長の命令に對しては單純な抗告を以てしか不服を申立てることは出来ない。被告人並に被告人に代つて不服を申立てる權利を有する者の期限付の抗告については、此の抗告は請求について適用のある形式規定に服することを必要とする旨が規定されて居る。それは一つは抗告の手段の濫用されるのを極力豫防する爲であり、然もまた同時に抗告手續に於ては請求手續に於けると

同一の事由を主張することが出来るからである。

曩に既に指摘して置いた通り請求について管轄權を有する裁判所が請求に對して或る程度の嫌厭の念を持ち、裁判を爲すに當つて此の嫌厭の念に由つて左右される虞があると云ふ懸念も時に表明されたことがある。此の懸念を斟酌する爲に、上告裁判所に於けると同様抗告裁判所も亦再審を命ずるに當つて、同時に新しい公判を同一審級の他の裁判所に移送する權能を與へられることになつて居る。

(4) 控訴及び上告の手續に於て、不服を申立てられた判決の變更若は破毀を導く事由が、此の判決中に言明された共同被告人の一人に對する確定判決をも左右したことが明白となつたとき、即ち控訴若は上告を言渡す判決が共同被告人に對する確定判決と相調和することの出来ない矛盾に陥る虞があるときは、本書の他の箇所詳細に説明したやうに上訴裁判所は、共同被告人に關する裁判も亦上訴を以てして不服を申立てられたのであるかの如く判決することが出来る。再審手續に於てかくの如き判斷の變動を生じたときは、此の手續を如何にして共同被告人に及ぼすことを得しむべきかと云ふ意味に於ての明示的の法律の規律は必要でない。蓋し共同被告人は何時たりとも獨立して再審の請求を爲すことが出来る次第だからである。共同被告人が獨立して再審の請求を爲さなかつた場合に、二つの判決の間に非常な間隙を存し其の結果民族の正義感が傷けられるときは、檢事も當該の共同被告人の利益の爲に再審を請求することが出来る。此の二つの再審手續は共同の審問及び裁判の爲に併合することが出来るのである。

(5) 逃亡者に對する手續 *Verfahren gegen Flüchtige* は再審に類似した特殊の法律的救済を規定して居る。即ち逃亡者に對して闕席判決が言渡されたときは、逃亡者にして逮捕されるか又は任意に出頭した場合には、逃亡者は再審を請求することが出来る。とは言へ此の簡易再審手續の條件は逃亡者が適切な事由を以て其の闕席を辯解することが出来ること、又は其の他の事由に由り公判の更新が必要であると認められることである。此の法律的救済の外に逃亡者は通常の上訴を爲すの權を有する。更に逃亡者は一般に再審を許す事由に由り何時たりとも再審を請求することが出来るのであつて、即ち手續の反覆の期間の滿了後と雖再審を請求することが出来るのである。此の二つの法律的救済の間の實際上最も重要な區別は、手續の反覆は檢事に於ては請求することは出来ないものであること、及び再審の命令は手續の全部の反覆を導くものであるのに反し、裁判所の裁判後に於ける簡易の再審の場合にあつては、公判手續の個々の部分丈を反覆することを必要とするに止まることの點に存するものである。

懈怠ありたる公判の反覆

現行法は被告人の闕席した公判の反覆を、期間の懈怠に對する「原狀回復」の一つの場合として取扱つて居る。草案は委員會に於ける審議の後此の形式に於てする原狀回復を踏襲することをせず、其の代りに自己の責仕に非ずして期間を懈怠した者は懈怠した行爲を追完することを得る旨を規定して居る。従つて此の場合關係者の一人の懈怠した手續上の行爲の追完に關する限りに於ては、被告人の

闕席した公判の反覆にとつて特色となるのは、それが裁判所の履むべき手續の追完ではなくて寧ろ其の反覆であると云ふことである。従つて懈怠された公判の反覆は概念上もはや原狀回復の一つの場合と見ることは出来ないのであつて、是は寧ろ再審に類似するものである。されば草案は被告人の闕席した公判の反覆を被告人に責任のない期間の懈怠の場合と區別し、特に上訴並に再審と關係を持つ法律上の救済として之を取扱つて居るのである。

懈怠ありたる公判の反覆の實體的條件は、草案中に於ては第一審及び控訴審に於ける公判と關聯して取扱はれて居る。被告人が自己の責任にあらざして公判の全部又は一部を懈怠——自然の事故に因る障礙又は其の他の避くべからざる事件は將來はもはや要求されない——し、且其の結果として第一審に於て判決が言渡され、控訴手續に於ては被告人の控訴は本案自體に於ける辯論を俟たずして棄却された場合にあつては、被告人が一週間に公判を行つた裁判所に公判の反覆を請求したときは、被告人の請求に由り公判を反覆することを必要とする。此の場合には判決の送達を以て始まる期間内に懈怠の事由を開示し、之を疏明する必要がある。此の請求については——執行の猶豫についてと同じやうに——もはや裁判所が裁判するのではなくて、寧ろ裁判長が之を裁判する。請求を容れる決定に對しては不服を申立てることが得ず、請求を棄却し若は之を却下する決定に對しては期限付の抗告を以て不服を申立てることが出来る。尙ほ公判の反覆を命ずる決定と同時に舊判決は根據を失ふものであることを明確にするのが適當である。

懈怠ありたる公判の反覆を求めずる請求の判決の不服申立に對する關係を、現行法と同様に、判決の不服申立の期間の進行は公判の反覆を求めずる請求を爲し得ることに依つて阻止する譯にはいかないものであると云ふ風に規律する必要があるであらう。即ち被告人は公判の反覆を求めずる請求の完結するまで不服申立を猶豫する譯にはいかないものとすべきである。此の二つの法律的救済は獨立して相並び存し、被告人が二つの法律的救済を行使する場合にあつては、公判の反覆を求めずる請求は先づ最初に完結することを必要とするの制限を伴ふ丈のことである。

被告人が公判の反覆を請求するのは、普通同時に判決の實體的審査を要求するものである。されば請求が裁判長の却下する所となつたときは、今度は上訴裁判所に依る判決の審査を許すのが公平である。従つて草案は——現行法に較べて新規の點として——被告人が何等別段の意思表示を爲すことをせず、且請求が上訴期間内に行はれた以上は、抗告期間の満了に由つてにせよ、抗告裁判所の裁判に由つてにせよ、公判の反覆の請求の棄却された場合につき、公判の反覆の請求を同時に判決の不服申立として看做すべきものと規定するであらう。

第十三章 略式の手續

——速成手續並に處罰命令——

ドクトル・クローネ

従來は刑事訴訟法第二百十二條に於ける速成手續 *Schnellverfahren* は、「公判手續の開始に關する裁判」の章に附屬せしめられて居たのであつたが、現在は従來既に處罰命令 *Strafbefehl* がさうであつたやうに之を「特殊の手續」の章中に編合し、處罰命令と一所にして「略式手續」 *Vereinfachtes Verfahren* と云ふ、一章を形成することになつて居る。系統上正當な處置である。

此の二つの手續は、そのそれについて各別に説明するやうに、實際上成績を擧げて居るのであつて、其の意義は絶えず増大しつゝあり、従つてまた將來は、通常の刑事訴訟手續からして、既に著しく簡易簡略となつて來て居るにも拘らず、是等の手續は依然として存置され、然も大體に於て今日實際上に認められて居ると同じ形態同じ範圍に於て存置されるものである。

一、速成手續

速成手續は其の沿革の劈頭からして實際上に非常に活潑に利用され、従つて其の適用の領域は不斷

に擴張されて行つた。寺院法は「明白な」*offenkundige* 犯行（現行犯を押へられた場合）についての
 み之を認め、ザクセンシビールは「現行的」*handhafte* 犯行（更に逃亡中を捕へられた場合及び盗品
 を發見された場合）について之を許し、普通法 *Allg. Landrecht* は其の適用を普遍的に比較的些細な
 窃盜罪について、また普通裁判所法 *Allg. Gerichtsordnung* は軽い輕罪について之を認めた。一八四
 九年のプロイセン邦の邦命令は、刑量を六週間の自由刑と五十ターレルの罰金とに制限し、ザクセン
 邦刑事訴訟法は、一般的に單純な證據狀況 *Beweislage* を伴ふあらゆる場合に於て之を許した。一八
 七九年の刑事訴訟法並に之に倣つた一九二四年のエムミングル法に立脚する第二百十二條は、參審裁
 判所や單獨判事の手續について事實狀態及び法律狀態の單純な場合に於ける任意出頭、假逮捕若は違
 警罪について之を許した。

一九三一年以來の七箇の命令は、特に適用領域の擴張と云ふ精神に於て速成手續を取扱つて居り、
 一般的に政治的常軌逸行爲 *politische Auslieferung*、外國爲替に關する事件、職權を以て訴追され
 た侮辱及び暴力事件に速成手續を擴張して居るのであつて、特に其の程度に於ては、任意出頭若は逮
 捕の條件は、もはや存在することを必要としては居ないのである。

速成手續の實際上に適用されるパーセンテージの漸次増大しつゝあるのは、立法者が速成手續を愛
 好する程度の増大しつゝあるのと相應して居るものである。此の發達の素晴らしさは、此の制度の反
 對論者の云つて居る、此の手續は其の匆卒の間に行はれるのと其の不要式なるの致す所として、必然

的に被告人の權利を奪ふの結果を來さざるを得ないのであつて、被告人の自白あり、豫め判事に依る
 取調の行はれ、且豫め被告人の訊問の行はれる場合に限り忍ぶことが出来るのであつて、被告人には
 異議申立の權利と必要的辯護の權を與へることが必要であると云ふ、不吉の豫言を反駁し得て余りあ
 るものと謂はなければならぬ。然も此の手續が主たる利害關係者たる被告人自身に依つて愛好され
 て居ると云ふことに依つて、暗い豫言は殘る限なく拭ひ去られるものと謂はざるを得ない。即ち一九
 三五年、一九三六年の兩年度中に、區裁判所判事並に參審裁判所の判決に對して、控訴の提起された
 案件のパーセンテージは、二十パーセント及び十七パーセントを示して居るのに反し、同一の年度に
 速成手續に於てする判決に對して、控訴の提起されたパーセンテージは、僅々六パーセント及び四パ
 ーセントに過ぎない。かくの如き顯著な區別は主として、速成手續に依つて判決される犯行が、事實
 並に法律の上から見て頗る簡單であると云ふ、事實に歸著せしむべきものであるにしても、兎に角被
 告人の權利の褫奪と云ふことは全然問題とはなり得ないものである。精々の所寧ろ逆に手續の敏速と
 云ふことが判決を余りに甚しく寛大ならしめるの結果を招來しはせぬか、どうかを問題とすることが
 出来るに止まるであらう。併し實際を觀察した所では、此の方向にかけては何等懸念すべき現象は發
 生しなかつたのである。

されば此の種の手續の規律を更新するに當つては速成手續を廢止すると云ふことは勿論、それを制
 限すると云ふことすらも問題とはなり得ないで、寧ろ反對に實際の上で障礙たるものと感ぜられた制

限を撤廢することを必要とした丈であつた。たゞ同時に被告人にとつて必要な、犯行の根本的にして公正な判断の保障を、法律中に規律することが必要であつたのである。

従つて速成手續の適用に對する異議申立の權利を、被告人に與へると云ふやうなことは到底問題とはなり得なかつた。公訴の提起に至る迄の刑事訴訟手續の開始若は遂行について決定するのは、一に檢事あるのみである。同様にして公判に先だつて原則として判事をして被告人を訊問せしめやうと云ふ要求も、容れることは出来なかつた。何となればかくの如きは速成手續を永びかせ、通常の手續との區別を殆ど撤廢して了ふことゝなる處があるからである。蓋し草案に依ると將來は通常の手續の經過も著しく短縮されることになつて居るからである。加之此の種の案件に於ては事實及び法律の狀態が原則として單純であるのを顧るに於ては、必要的辯護の如きも問題とはなり得なかつた。

速成手續の領域の一番重要な擴張は、もはや任意出頭等に假逮捕の場合に限り速成手續を許すことをしないで、寧ろ一般的に「他の事由に依り犯行を即時判断することが適當である場合」にあつても、之を許すと云ふ點に存する。此の擴張は曩に述べた、特にエムミンゲル法以來此の方向を辿つて居た發達に、有終の美を爲すものであつて、實際家に自由の手腕を振ふ餘地を與へるものである。此の點に存する、余りに氣早に且つ余りに廣範圍に互つて此の手續の適用される危険を當初からして豫防する爲に、草案中には嚴重な制限が設けられてある。此の制限に依つて速成手續が比較的輕微な、そして法律上もまた事實上も困難なくして解明することの出来る、犯行についてのみ行はれるのを確

保することが出来るのである。此の種の犯行の主たる淵源は從來拘摸 *Taschennhiebthat*、枕探し *Knöchelstechthat*、賭博竝に不正乘車罪 *Parasiten* などであつた。かくの如き制限に屬するものは先づ、速成手續が區裁判所判事並に參審裁判所についてのみ許されると云ふことであり、更に刑罰權の範圍が二年を超えない輕懲役若は禁錮に狭く制限されて居ると云ふことである。屢々提案されたやうに刑罰權を是れ以上擴張すると云ふことは、不必要であるやうに考へられた。それは從來の實務は此の限界を超えたことは殆どなかつたからである。更に「事件が速成手續に於てする訊問に適しない場合、特に被告人の防禦が不當に困難ならしめられる處のある場合」には、此の手續を開始することを檢事に禁止して居るのも此の制限の一つに屬する。かくの如く事件が速成手續に於てする訊問に適して居ないにも拘らず、檢事が此の手續を請求したときは、裁判長は公判の期日を定めることを拒むことを必要とし、其の此の手續に適しないことが公判に至つて初めて明かとなつた場合に於ては、事件を通常の手續に移すことを必要とする。此の決定に對しては抗告を爲すことを得ない。召喚狀の必要である場合には、召喚狀を以て被告人に嫌疑を細目に互つて通知することを必要とする旨の規定も、矢張被告人の不意撃を喰ふのを豫防すると云ふ同じ目的に役立つものである。召喚の期間は少くとも二十四時間を算することを必要とする。更に辯護人は既に速成手續に於てする裁判を求める請求の提出以來、勾留中なる被疑者と無制限に交通し、また無制限に記録を閲覽する權利を有する。最後に被疑者は提起された公訴の理由のないことが立證された場合に於ては、無罪の言渡を請求することが出

る。蓋し檢事は公訴を提起した後は、裁判所と被告人との承諾がなければ公訴を取消することは出来ないからである。

かやうな次第で草案中で現行刑事訴訟法に較べて遙に周匝に取扱はれて居る速成手續は、從來それに伴つて居た係争問題の全部を解決して了つて居るのであつて、敏速にして有效な武器を欲求する民族協同體の需要と、良心に従ふ審問と公正とを求めらるる被疑者の請求とを巧みに協調させて居るのである。

二、處罰命令

處罰命令の歴史は速成手續の歴史よりは著しく新しい。即ち普通法の刑事訴訟法や各邦の立法の彈劾訴訟中には處罰命令の模範は全然なく、寧ろフランス革命以後の改革された刑事訴訟中に至つて初めて、其の發達を見るに至つたものである。即ち口頭主義、公行主義に依る彈劾訴訟手續の施行後に至つて、特に速決的な刑事訴訟手續 *summarisches Strafverfahren* に倚據したものでなく、寧ろ民事の令狀訴訟手續 *Mandatsprozess* に倚據して發達したものである。最初に此の制度を認めたのは王室裁判所にベルリン刑事裁判所に於ける手續に關する一八四六年七月一七日のプロイセン邦法であつて、然も殊更に條件付の令狀訴訟手續を模倣して出來たものであつた。従つて其の適用地域も當初は只ベルリンのみに限られ、一八四九年以來初めて前記の「令狀訴訟手續」*Mandatsverfahren* なる標

題の下に、すべての單獨判事について適用されることとなつたのである。

かくの如く處罰命令の制度は、プロイセン邦に始まつて其の後漸次に他の獨逸の各邦に及び、原則として違警罪についてのみ認められた所であつたが、獨りザクセン邦のみにあつては、輕罪の一部についても此の制度の適用を許したものであつた。此の處罰命令にあつても速成手續の場合に於けると同様、沿革は其の適用の範圍の次第に擴張されて行つたのを示して居る。即ち舊刑事訴訟法第四百四十七條は違警罪並に參審裁判所の範圍内に於ける輕罪、百五十ライヒスマルク以下の罰金並に六週間以下の自由刑についてのみ、處罰命令を規定して居たに止まるに反し、戦時の立法は其の適用領域を擴張し、特に戦時經濟上の輕罪についても此の制度を適用した。一九一七年以來は罰金についての制限を撤廢し、一九二四年以來は自由刑の範圍を三ヶ月以下の輕懲役に高めたけれども、他の半面に於ては少年については、自由刑は罰金の代科刑としてのみ之を許すの方針を堅持した。

處罰命令を許すのに對する異論は、普通速成手續の場合に於けると同一の懸念に出づるものである。即ち論者は被疑者が實體刑法の公正な實現を犠牲にして不意撃を喰はせられ、威制せしめられることを懸念するものである。之に反し此の制度に賛成の論者は時間、勞力及び費用の節約されることに因つて、裁判所の負擔が著しく輕減される點を高調して居るのであるが、併し論者が極く重い重罪についても此の制度を認めやうとし、處罰命令の言渡を包含する手續の全部を檢事に委任しやうとして居るのは、聊か此の代用手續 *Ersatzverfahren* の範圍内に存する程度を超越するの嫌なしとしない。

此の點については以下に於て詳論するであらう。

實際上の發達を見ると、若し刑事司法をして現在の事件數の爲に難破するの厄を免れしめやうとするならば、もはや刑事司法から處罰命令を除いて考へることは出来ないものであることが判る。今プロイセン邦について一九三〇年乃至一九三五年の模様を概観するのに、處罰命令に依つて完結した刑事事件のバーセントは、刑事事件全體の六十五パーセントから六十七パーセントに上つて居る。獨逸全國に於ては最近刑事事件數七十二萬八千件の中で、處罰命令に依つて完結した數は五十六萬三千件である。而して處罰命令に先だつて行はれる調査の皮相淺薄であると云ふやうなことも到底問題ではなく、被疑者は決して「不意撃を喰はせられる」ものではなく、従つてまた不當に判決されたものとは感ずることの出来ないのは、プロイセン邦に於て一九三五年度の處罰命令件數六十萬六千件中、異議の申立のあつたのは僅々八萬九千件で、即ち此のバーセントは十五パーセント以下である。然も亦同時に正式裁判の結果判決を以て處罰命令を確認した場合のバーセントが、非常に高率であるのを考慮するに於ては、思ひ半ばに過ぐるものがあるであらう。

處罰命令の主なる目的は手續を促進すると云ふことである。されば此の手續にあつては口頭審問の場合に於けるが如く、立證上の一切の機會を遺漏なく盡すことが出来るものではない。けれども此のことは處罰命令を比較的輕微な事件に限り許すことに制限するに於ては、決して懸念すべきことではない。されば草案に於ては從來の刑の範圍（三ヶ月以下の自由刑及び無制限の自由刑）を存置するこ

と、し、實際家の屢々要求する所であつた、自由刑を六ヶ月以下に擴張する案を容れることをしなかつた。蓋し此の従前存して居た需要は、近年の觀察に依れば其の後次第に減退したからである。加之處罰命令手續の全都を擧げて檢事に一任すると云ふ案も、屢々要求された所であつたけれども、それは不適當である。何となれば左様な案は判事と檢事との間の職能の明確な區別を伴ふ他の手續全體の構成に妨害を興へるものであつて、其の異議申立の數を増大せしめるであらうことは疑を容れないからである。

されば從來實際の上にて、成績を擧げた現行刑事訴訟法の規定を、大體に於て存置して之を草案の新原則に適應せしめ、竝に個々の規定中に包含されて居る係争問題を解決することにした。

既に從來の刑事訴訟法第四百七條中に規定されて居る沒收及び判決の公告の外に、更に實際界の要求に應じて收公の宣言 *Verfallserklärung*、竝に廢棄處分 *Unbrauchbarmachung* も附け加はることになつた。新に設けられた處罰留保の訓戒 *Verwarnung mit Strafvorbehalt* をも、處罰命令の方法で言渡すのを許すことにしたものであるかどうかについては、疑があつたけれども、併しかくの如き訓戒は、被疑者たる者の意思や性質を周囲に評價するに於てのみ爲すべきものなのであつて、即ち判事と被告人との個人的に密なる接觸を前提とするものなのであるが、かゝる密なる接觸は處罰命令手續には全く缺けて居るのである。けれども他の半面に於ては此の手續で訓戒處分を許さないと云ふことは、其の實際上の價値を全然問題たらしめることとなる虞がある。何となれば訓戒處分を施すことに依つ

て、毎年刑事訴訟約五萬件を節することが期待されて居る次第だからである。けれども判事は、事件の状況上全く表面的な公判と云ふ廻り道を経由しないことには訓戒に到達することが出来ないとするれば、普通訓戒を施すことをしないで罰金の處罰命令を言渡す道を選ぶであらう。是と共に此の刑事政策的教育手段の所期の効果は當初からして阻碍されて了ふであらう。されば尊重すべき中庸の道を選んで訓戒命令 *Verwarnungsbechtel* の制度を設けることとした。此の訓戒命令は訓戒を許しはするけれども訓戒命令を言渡すに先だつて被告人を訊問し、口頭を以て命令を言渡すべきを判事に強制するものである。之に由つて訓戒と云ふ制度から期待される、判事に依る痛切にして眞摯な詰責の効果を護持し得られるのである。

草案が處罰命令の内容を人竝に物に従つて精確に捕捉して居ると同じやうに、草案はまた裁判官の権利を精確に區別して居る。裁判所をして公判の命令を拒否するの権を得しむべき瑕疵が存在するときは、判事は斷然處罰命令を發せられんことを求める請求を拒絶することが出来る。けれども判事にとつて事件が不充分にしか解明せられては居ないものと認められるか、又は提案されて居る刑又は處分が、種類若は程度上己れには適當して居ないときは、檢事との合意が行はれない以上は、判事は公判を命ずることを必要とするものである。

更に草案は一方では處罰命令の口頭を以てする告知を許すと共に、他方では其の公示送達 *öffentliche Zustellung* を禁止することに依つて、更に二つの從來の係争問題を解決して居る。被疑者にとつ

て更に別段の特典を成すものは、被勾留者は其の勾留地の區裁判所にも、異議を申立てることが出来ると云ふ革新である。

現行刑事訴訟法中で未解決の儘にされて居る、判事は異議の申立を受けたときはどうしても公判の期日を指定することを必要とするものであるかどうかと云ふ問題は、實際上の取扱に於ては、判事は異議申立の期間の不遵守の場合には、直ちに不合法たるものとして異議を棄却することが出来るものであると云ふ風に、解決されて居た。此の権限は現在では、「成規の通り申立てられない」すべての場合に、擴張されることになつて居るのである。

不必要な公判の遂行を避ける爲に、草案は檢事に獨り從來同様手續の劈頭に於てのみに止まらず、第一審に於ける判決の言渡あるまでは、何時たりとも公訴を取消すの権利を興へて居るのであるが、併し公判の開始後にあつては、判事竝に被告人の承諾を必要であるとして居る。それは公判の進行中に喚起された公判の遂行についての、判事竝に被告人の利益を保護せんが爲に外ならない。

最後に、同一の犯行に因る再度の公訴は、再審について設けた條件の下にのみ許されるものなのであるか、それとも確定した處罰命令の公訴を消耗する程度は、判決よりも遙に劣るものであるかは、多年に互つての係争問題であつた。大審院は此の問題を解決するに當つて、重い可罰性の根據となり且他の裁判所の管轄に屬する別個の法律上の見地の下に犯行を評價しやうとする場合には、同一の犯行に基き再度の公訴を許すと云ふことにしたのであつたが、草案は大審院の此の見解に同じたのであ

る。

速成手續についても處罰命令についても、草案の改正した所を審査して見ると、根本的の事項に於ても細目に關する事項に於ても從來の規律に賛否のあらゆる意見が斟酌されてあると同時に、敏速な贖罪を欲する民族協同體の要求も、はたまた周到にして公正な評價を求める被告人の要求をも保障するやうな武器を司法に與へるものであることが判るのである。

第十四章 逃亡者及び不在者に對する手續

控訴院判事 ドクトル・レムベ

一、總論

被告人不在の儘審問を行ひ、有罪を言渡すことが出来るものであるかどうかと云ふ問題は、刑事訴訟手續の直接主義口頭主義の原則に觸れざるを得ない。過去の書面に由る糺問訴訟に於けると同様、手續の重心が記録の内容に存する場合にあつては、被告人自身が手續に出席して居ると否とは比較的從屬的の意義をしか有するものではない。併し被告人の責任に關する判決は、原則として直接裁判所自體の面前に於て取調べられた證據を基礎とすべきものであるとすれば、被告人の不在中に裁判を爲すことを禁止しなければならぬのは明白である。けれどもかかる規律は敏速にして有力な訴追についての社會公共の利益と、事情に依つては矛盾する虞がある。立法者は個人の國家に對する關係についての支配的見解と協調するに於てのみ、利益の矛盾を解決することが出来るのである。若し立法者にして窮屈な制限を設けることに依つて、國家權力に對して出来る限り個人を保護するのを以て己れの任務とするならば、被告人の不在の儘で裁判することは禁止するであらう。併し法律秩序にして

寧ろ公訴についての國家の關心を高調し、個人を保護する爲の窮屈にして形式的な規定の代りに、民衆的な刑事司法を行ふことを得しめる、被告人に依る手續規定の濫用を阻止する。比較的變通性に富んだ規定を包容すべきものであるとするならば、不在の被告人に對する審問は、必ずしも如何なる事情の下にあつても禁止することの出来るものではあるまい。不在者に對する審問の禁止に例外を設けることに由つて、或る條件の下に審問を許す制度は、ナチスの政權獲得以來最初の手續法改正法たる十九三五年六月二八日の法律中で行はれた所であつて、是と共に新國家は此の問題に對する其の見解を明確に固定させて了つたのである。併し實際の需要に余儀なくされた此の決定的の處置に先だち、立法の漸進的な變遷が行はれて居て、此の變遷は結局に於て不在者に對する手續に劃せられた限界を、少くとも中庸を超えない範圍に於て拋棄することに歸著するものである。

二、舊法

現行刑事訴訟法は本來不在者に對する手續を除外して居て（第二百三十條第一項）、此の原則に對して只四つの余り取立て、云ふに足りない例外を許して居るに過ぎない。尙ほ現行刑事訴訟法にあつては適式の召喚状を受けた「闕席」被告人 *ausgebliebener Angeklagter* に對する手續と、公示召喚を受けた *öffentlich geladen* 「不在」被告人 *abwesender Angeklagter* に對する手續との間に區別を立て、居り、闕席被告人に對しては三つの場合に於てのみ審問を許して居るに過ぎない（刑事訴訟法第二百

三十一條第二項、第二百三十二條、第二百三十三條）。是等の場合はこゝで是れ以上論究することを必要としないのであるが、只被告人に不在の儘で有罪を言渡すことの禁止は、公判に於ける出頭の義務から己れを解放せしめる被告人の權利を擴張することに由つて（註）、其の程度に於ても寛裕ならしめられたのである。

（註）一九二四年一月四日の命令第三十一條、一九三一年一〇月六日の命令第六部第一章第五條。

第二百三十條第一項中に言明されて居る原則に對する第四の例外は、刑事訴訟法第二編第七章中に取扱はれて居る不在者に對する手續の包含して居る所である。稱して「不在の」被疑者と云ふ概念については、法律は其の最初の法文に於て「居所の知れて居ない」被疑者、又は「外國に居住して居る。管轄裁判所に引致することが不可能若は不適當であると認められる」被疑者を指すものとして居る。前世紀の中葉支配的勢力を有して居た法律學の影響を受けて、現行刑事訴訟法の草案は舊來の獨逸の訴訟法と極めて截然たる對立關係に於て、かくの如き不在者に對する手續を許すのを斷然排斥し、證據保全の手續（第二百八十五條）と被疑者を出頭せしめる爲の處分（第二百九十條乃至第二百九十五條）しか許さないこととしたのであるが、此の急進的の見地は既に帝國議會の委員會の爲に弱められ、結局罰金若は沒收のみを以て處罰されることになつて居る罪となる行爲については、不在者に對して公判及び判決の言渡を許すこととし、従つて従前第二百七十七條乃至第二百八十四條中に包含されて居た規定を、刑事訴訟法中に附け加へることとなつた。かやうな次第で此の章は一八三五年六月

二八日の法律に至るまで、不在者に對する二つの異つた手續を包括して居た。對不從順者手續 (Gefahrensverfahren) (第二百七十七條乃至第二百八十四條) と、證據の保全並に被告人の出頭とに關する手續 (第二百八十五條乃至第二百九十四條) とであつて、最後に護照 (Zahlungsbefehl) に關する規定 (第二百九十五條) が之に附け加へられてあつた。

既に比較的早く現行刑事訴訟法の施行せられた直後から、更に被告人の闕席の場合に於ける手續を許すことが念頭に置かれたのに反し(註一)、不在者に對する手續は刑事訴訟手續の改正に關する提案の際には單に從屬的の意義を有するに止まり、爾來度々の草案は實質上、此の場合刑事訴訟手續に劃せられた限界をば存続せしめるのに傾き、只法律技術的に不在者に對する手續に關する章を全然解體して(註二)、其の規定を他の章中に收容することを提案した丈であつた。不在者に對する手續の限界を狹隘にするのが缺陷であることの判明したのは、最初租稅刑法 (Zeuernstrafrecht) 中に於てである。されば此の缺陷を除去する爲に立法者は先づ個々の租稅立法に於て、刑量の如何には關係なく不在者に對する公判を許すやうになつて行つた(註三)。

(註一) 裁判所構成法及び刑事訴訟法の變更及び補充に關する法律案 (RTBer. 1849/95, 1. Anlageband S. 55)。

(註二) 一九〇八年の草案第二百二十五條第二項、一九二〇年の草案第二百二十七條第二項及び第三項、一九二八年の草案第五百四十四條。

(註三) 一九一三年七月三日の財産増價稅法第七十七條、一九一九年一月三日の國公課法第四百二十八條第三項(今日では一九三五年六月二八日の法律の第九百第五號の法文に於ける一九三一年五月二二日の國公課法第四百七十三條、一九三一

年十二月八日の Reichsgerichtsurteil 第九條第一項第一號、一九三三年六月一二日の民族的背反取締法第九條第三項)。

三、新 法

根本的考察

獨逸の立法者にとつては公示召喚に基いて不在者に有罪を言渡すのを適法とすべきか否かの問題に對して、先づ根本的の見地を發見するのが肝要であつた。此の場合二つの相對立する見解を調和せしめることを必要とした。先づ刑事訴訟法草案は現行法と一致して、被告人が公判に在廷して居ることを必要とするの要件を樹て、居る。是で被告人の訊問は眞實探究の爲の特に重要にして、意義の大なる手段として承認された次第である。此の手段は實際に於て獨り其の責任の種類程度を承認する爲に缺くべからざる必要であるのみに止まらず、寧ろ眞實に徹する爲の一番確實な道たるものである。けれども同時に特定の刑事事件に於て、被告人の悪意の爲に手續が失敗させられることのないやうにする絶對的の必要を存する。犯人が逃亡することに由つて、其の有罪の言渡に決定的の障礙を興へることが出来るものとすれば、それは刑事司法や國家の威信にとつて忍ぶべからざることであるであらう。或る種の事件に於ては公判に依つて犯行を解明し、被疑者の有罪無罪を認定し、判決に依つて責任者に烙印を捺すこと——犯人の不在中に於ても達成することの出来る刑事司法の目的——に對する

社會公共の需要は往々にして非常に強いものがあつて、犯人の出頭するか又は逮捕せられるまで公判を猶豫するのは不適當であることがある。また往々にしてそれを全然期待することの出来ないこともある。經驗上證據方法が消散して了つて後來犯行を立證することを困難ならしめられるの故を以ても、公判の猶豫は常に不都合である。更に被告人が不在であるにも拘らず刑を執行することを得べき場合にあつては、それが名譽刑であると財産刑であるとに關係なく、公判の猶豫は望ましからぬものがある。最後に立法者は交通の發達と之に因つて利せられた特定の犯人仲間の國際的聯絡を、無關心に看過することは出来ない。實際の所資力のある犯人、特に租稅通脫者 *Zollschieber*、資本逃避者 *Kapitalflüchter* にとつては、其の資本の換價し難い部分を國內に残留した儘國外に走つて、外國に其の隠れ場を見出す道が次第々々に増加して來て居る。此の點に新訴訟法が新規定を以て對抗せざるを得ない危険を存するものである。第三帝國の立法は其の必要とした所のものに既に充分斟酌を拂つて居るのであつて、従つて委員會の仕事は只それを刑事訴訟法中に編入する文に制限することが出來たのである。

手續の條件

草案は一九三五年の法律とは異り現行刑事訴訟法第二百七十六條、第二百七十七條及び第二百七十八條中に包含されて居る條件にして、それを具備するに於て初めて逃亡者に對する手續を遂行することを得べき所のものを、一條の下に總括して居る。先づ第一に逃亡者の概念が定められてある。逃亡

者と認められるのは、外國に居住し若は内國に潜伏することに由つて、獨逸の裁判權を免れる被告人である。従つて此の概念は現行法と一致して二つの特徴を示すものである。先づ第一に被告人の居所が知れて居ないと云ふことであり、又は被告人の何人なるやは確められたけれども外國に於て居住して居ると云ふことであるが、併し被告人が裁判權を「免れた」ことを必要とすると云ふ字句に依つて、更に何事かゞ表明されるものである。即ち被告人が故意に由る行狀を以て手續の適正なる經過、特に刑の言渡竝に執行を永久的若は一時的に妨げる考なのであると云ふ推論を、特定の事實が是認せしめることを必要とするものである。之に反して被告人が専ら此の理由に因り、獨逸國の裁判權を免れること又は其の及ぶ範圍外に居住することは必要でない。されば被告人の逃亡は被告人が一つには刑事訴訟手續の理由に因り、また一つには經濟上若は其の他の動機に基いて外國に居住する場合にあつても之を存するであらう。

逃亡者に對する公判の第二の條件としては、現行法は民族の法律的感情が犯行に對する即時の刑の言渡を要求して居ることを必要として居るのであるが、委員會は現行の法文を踏襲することをしなかつた。此の法文は余りに曖昧であると云ふこと、竝に民族の法律的感情の指示は行狀の處罰價值ありや否やにとつての一つの標準は形成するけれども、手續の相當であるかどうかについての標準は形成するものではないことが抗議された。他の半面に於ては公訴官廳は個々の案件を判斷するに當つて、自由な裁量の余地を有することを必要とするものであること、竝にその理由から既に法律中に列擧す

べき一定の構成要件の場合を限つて、逃亡者に對する公判を許す譯にはいかないと云ふ要求も誤認はされなかつた。審議の経過中には第二の條件について犯行の特別の輕重と即時に解明し並に贖罪せしめる利益とを目標に置くことが考慮された。併し委員會は此の法文を採用することをしなかつた。委員會の眼から見ると、此の法文は余りに狹隘に過ぎるやうに思はれたのである。從來の慣行に依ると、特に外國爲替事件や租稅事件に於ては逃亡者の犯行が特に重くはないけれども、犯行の種類と犯人の人物との故を以て特に訴追することを必要とする犯行も、往々にして訴追されることになつて居る。されば此の第二の條件としては、即時に判決を言渡すことが民族協同體の立場から見ても必要であること、云ふ風に書き改められた。此の法文は草案の他の箇所にも存在して居るのであるが、此の法文の及ぶ範圍は廣汎であるに拘らず、委員會は此の場合に明確な限界を劃するのを殊更に斷念し、民族協同體の利益上即時に審問を行ふことを必要とせざるを得ないことを、一層力強く表明するのを以て満足した。

被告人が逃亡者たるものであるかどうか、及び民族の法律的感情は被告人の不在の儘公判を遂行することを要求するものであるかどうかの審査は、現行法は檢事に一任して居る(第二百七十八條)。裁判所は其の程度に於ては檢事の見解に羈束されるのであつて、己れが此の條件を存在しないものと思惟するの故を以て、審問の開始を拒むことは出来ない。草案の規律する所は此の規律とは異なるものであつて、被告人が逃亡者であるかどうかと云ふ問題は、裁判所にも審査させることにして居る。即ち

裁判長が、被告人は己れの脅威せられつゝある刑事訴訟手續、又は繫屬中の刑事訴訟手續を阻止するの意圖にあらずして、其の土地を去つたのであるかも知れないと云ふ懸念を有するときは、裁判長は檢事に此の點に於ての別段の調査を囑託し、又は自身に於て若は其の裁判所の判事の一人を通じて、被告人の居所並に不在の理由についての證據を調べることが出来る。被告人が法律に所謂逃亡者たるものでないことが明白となつたときは、裁判所は公判の命令を拒むことが出来る。公判の命令後に至つて初めて被告人が「逃亡者」でないことが判明したときは、裁判所は逃亡者手續を棄却することが出来る。けれども此の二つの場合を通じて裁判、公判の命令の拒否又は手續の棄却は、事件が逃亡者に對する手續に於てする審問に適するや否やの問題に關する效力丈しか有するものではない。されば被告人が後になつて獨逸の裁判權の範圍内に落ちるに至つたときは、通常の形態に於てする公判の遂行を妨げるものは全然ない。之に反し犯行を即時に判決するのが、民族協同體の立場から觀察するに於て必要であるかどうかと云ふ問題の裁判は、現行法と同様に手續の何れの状態に在るを問はず檢事に留保してある。是が解答は具體的の場合から離れた立場からの考察を要求する。數多くの事件に基いて比較と評價とに由つて、此の見地の下に於てする犯行の評価についての正しい尺度を擱むことが必要なのである。然も此のことたるや中央的機關についてのみ行はれ得ることである。何となれば中央機關には逃亡者に對する手續についての國家の特殊の關心が知れて居るからである。かくの如き考察に基き草案は、公判を舉行するについての國家の利益に關する裁判を檢事に委任するものである。

それは検事は必要の場合には指令に依つて指導せられ得る所のものであるからである。

訴訟法の規定が新しい領域に足を踏み入れるに當つては、細心の注意が必要である。されば現行法は逃亡者に對する公判の遂行を検事の特別な請求に結び付けて居る。検事の請求は此の手續にとつて一つの條件である。裁判所は手續の如何なる状態に在るを問はず、検事の請求に注意を拂ふことが必要である。草案も特別な請求の要件を固執する。公訴なくしては判決を言渡すことが出来ないのと同様、検事の請求がなくても逃亡者に對する公判を行ふことは出来ない。検事は被告人が逃亡者であることの外、更に犯行を即時に判決するのが民族協同體の立場から觀察するに於て、必要であると思惟されることを確信した場合でなければ、請求を爲さないことになつて居る。尙ほ検事は司法行政の一般原則に依つて細目に互つての指令を興へられるものであることは、從來に於けると同様である。かやうな次第で將來は逃亡者に對する公判は検事の上級官廳が、犯行を即時に判決することの必要についての検事の見解を、是認するときでなければ行はれないやうに注意が拂はれてある次第である。検事の請求は公訴の提起後にあつても提出することが出来ると云ふ現行法の指示は、委員會は無用たるものとして撤廢した。所が検事の請求は手續の條件を成すものであるが故に、裁判所は手續の如何なる状態に在るを問はず、此の請求が果して存在するものであるかどうかを審査することを必要とするものである。けれども此の審査は検事が其の或は存在する内規に従つて其の上官の承諾を求めたかどうか、竝に——既に述べたやうに——犯行を即時に判決する必要についての検事の見解が、果して

正當たるものであるかどうかの點には及ばないのである。

現行刑事訴訟法第二百七十七條の第二項及び第三項は、將來の刑事訴訟法中にはもはや出て來ないのであつて、其の必要である場合には準則中に收容することになつて居る。

不在中に於て有罪を言渡された者が、判決に對して原狀回復（刑事訴訟法第二百三十五條、第四四條）を請求することが出来るものであるかどうかは、現行法中には明示的に解明されては居ないのであつて、只理由書中で此のことが否定されて居るに過ぎない。委員會はもう一度此の問題を審査した結果、逃亡者の責任に因るに非ずして懈怠の行はれた場合にあつては、通則に従つて懈怠された公判の反覆——今日の原狀回復に相當する法律的救済——を逃亡者に許さうと云ふに傾いて居る。逃亡者の普通の上訴に對する懈怠された公判の關係は、懈怠された公判の反覆に關する草案の規定に依つて解明されて居る。されば逃亡者手續中に於ては、此の點について何等もはや言明することを必要としなかつた。之に反して不在者も亦懈怠した公判の反覆を請求することが出来るものであるかどうか、又は此の請求は、被告人の不在が通常の形態に於てする公判を許す場合に限り許されるものであるかどうかについては、草案は更に詳細に態度を決定することを必要とするであらう。

公示召喚

逃亡者の召喚狀の内容竝に公告については、多く述べることは必要でない。取調の内容の要旨は現行法と同様に被告人には通知しないことになつて居る。けれども委員會は召喚狀中に於て辯護人の選

任をも被告人に通知するのを事宜に適するものと思惟するものである。此のことは逃亡者をして、辯護人と聯絡することを得しめる爲に適當であると考へられる。更に既に公判に公示召喚せられた逃亡者の再召喚は略式を以て行ひ得る道が確保されてある。召喚状の認證された謄本を裁判所の揭示板に貼付するを以て充分とするであらう。公示召喚の公告に關する規定は、公示召喚の内容に關する規定よりも幾分か余分に改正されてある。此の改正は一つは公示召喚の執行に關する現行刑事訴訟法の規定が改造されて居ることによるものであつて、草案に依ると公示召喚は、其の完本若は抄本を判事の選定する一種若は數種の新聞紙上に公告するのである。其の外召喚状の認證した謄本を裁判所の揭示板に貼付する。最後の新聞紙の刊行され且謄本が裁判所の揭示板に貼付されて以來二週間を経過したときは、召喚状は送達されたものと看做す。逃亡者、其の親屬若は其の他逃亡者に親近なる者の居所が知れたときは、現行法に依ると公訴狀を添付して逃亡者の召喚を之に通知することになつて居るのであるが、逃亡者の親屬及び其の他の者に公訴狀を通知するのに對しては懸念を存する。余りに廣範圍に互る通知は好ましくならぬ結果を招來する處がある所から、草案は親屬及び其の他の者に對する公訴狀の通知を規定しては居ない。併し召喚状の謄本は是等の者に通知することが出来るのであつて、之に由つて是等の者は、己れが案件を判断する上に重大な意義を有すると思惟する所のものを、證人として裁判所に提供することを充分得しめられる次第である。親屬及び其の他の者も亦、逃亡者の辯護人と接觸することが出来るのは自明的のことである。居所の知れた被告人には、草案に依るも公訴

狀並に公判の場所並に日時を通知することが出来る。けれども此の規定は能爲規定に弱められ、通知が外國に於ける外國官廳を回避して遂行された逃亡者の召喚狀として、觀察される處のないやうに注意が拂はれてある。裁判長は檢事に代つて逃亡者に對する召喚狀の通知についての、別段の處分を爲すことを必要とするであらう。

被告人が外國に居住するときは、公示召喚が送達されたものと看做す時日と公判との間の期間を、被告人の出頭することの出来るやうに量定するのは裁判長の仕事であらう。委員會は具體の場合の狀況の異なるのを斟酌して、此の期間を法律中で確定するのは不可能であると思惟するものである。

辯護人

不在手續の被告人にとつて有することあるべき結果は、随分重大なるものがあることであるから、現行法に於けると同様職權を以て被告人に辯護人を附することが必要であつて、被告人が同時に他の辯護人を選任した場合に限り之を見合せ得るに過ぎない。辯護人の選任並に行動に妨害を加へない爲に草案は逃亡者に對する手續については、辯護人は裁判所の請求のあつた場合には己れの委任關係を立證することを必要とすること、並に辯護人が法律的救済の手段を行使し、棄權し、取消すには被告人の明示的な授權を受けてあることを必要とするものであることの、將來の刑事訴訟手續の一般原則に例外を設けて居る。逃亡者の辯護人——其の裁判所の選任に係る者と逃亡者の選任に係る者とを問はず——は訴訟上の救済手段を行使し、取消し又は之を棄權することが出来ること云ふ言明は、委員會

としては無用たるものと思惟したのである。同様にして逃亡者の親屬も辯護人を選任することが出来るものであると云ふことも、自明的のことであるやうに考へられたのである。

公判

逃亡者に對する公判は、被告人が在廷して居ないと云ふことを度外視すれば通常の公判と區別されるものではないのであつて、被告人の闕席を罪責の自白たるものと見、一にそれのみに基いて有罪を言渡すこと前世紀の若干の法制の認めて居た所の如くならしめるのは許されない。證據調は原則として在廷の被告人に對する審問の際に於けると同様全く完全であることを必要とするであらう。裁判所、檢事並に辯護人は、使用することの出来る一切の認識の淵源を細心に用ひ盡すことを必要とするであらう。只通常の公判に於けると同様被告人の身許關係を先づ訊問し、公訴について陳述し、證人及び鑑定人に發問し、法律的判斷を變更するに當つて意見を表明する機會を被告人に與へることが出来ないのは、素より自明的のことである。草案は此の手續の通常の手續とのかゝる相違を特別に規律しては居ないのであつて、辯護人を介ししめることに由り、また證據調の種類並に範圍を加減することに依つて、逃亡者手續の此の瑕疵を出来る限り補正するのを裁判長に一任して居るのである。通則に従ひ被告人を在廷せしめてする審問に基いてとなければ、之に對して保安處分を命ずることが許されない場合にあつては、逃亡者に對して保安處分を言渡すことを得ないと云ふ成文上の宣言も、委員會は無用であると考へた。此の種の場合には稀なのであるから、從つて之を法文上に掲記する必要

はないのである。

逃亡者に對する公判は如何にして完結するかについては、草案は何等特別の規律は設けて居ないのであつて、公判は通則に従つて本案の裁判——有罪若は無罪の言渡——又は公訴棄却を以て完結することが出来る。公訴棄却は特に手續上の障礙を存する場合に問題となるものである。けれども犯行を即時に判決するにつき民族協同體の特別の利益を存するや否やの手續上の條件に關する場合に於ては、裁判所は此の條件を審査することを必要としないのであるから、公訴を棄却することは出来ない。

假の公訴棄却

現行法（刑事訴訟法第二百八十二條）と一致して草案は、裁判所が被告人なくしては其の有罪無罪についての心證を得ることの出来ない場合に於ても、假の公訴棄却 *vorläufige Einstellung des Verfahrens* を許して居る。此の場合に於てはさもなければ被告人に無罪を言渡すことを必要とするであらうが、それは不公平であると思ふ。何となれば本案の裁判を不可能ならしめる所以の理由は、被告人の逃亡と云ふ事實の中に存するものに外ならないからである。假の公訴棄却を言渡す此の決定に對しては不服を申立てることは出来ない。蓋し最初の判事に向つて控訴審を通じて本案の裁判を強ひるべきものではないからである。委員會は被告人の不在の故を以て刑を量定する上に於ての充分な基礎資料を獲得することが出来ない場合に於ても、假の公訴棄却を必要とするものであるかどうかをも

審査した。惟ふに刑の種類並に其の量定は將來は今迄よりも一層犯人の全人格に従つて量定することを必要とするものであるから、此の考案は誠に尤もな考案である。けれども草案は此の場合について公訴の棄却を規定して居ない。逃亡者手續に於ては特に刑罰問題については、普通の場合に於けるが如く被告人の人物を評價することが出来ない位のこと、忍ばなければならぬのは素より其の所である。けれども之について責任を負ふ者は、われからに通常の手續を免れて居る被告人其の人の外にはないのである。

判決

判決は現行法も亦規定して居るやうに不在判決 *Abwesenheitsurteil* として表示し、且又——それが有罪を言渡す判決であるにせよ、又は無罪を言渡す判決であるにせよ——公示送達される。所が正常な裁判の成るべく完全な保障を具へるのが建前なのであるから、検事、被告人又は其の他不服申立の権利を有する者は無制限に不服を申立てることが出来る。獨逸法は此の場合イタリーの新刑事訴訟法とは違つた道を辿つて居るのであつて、イタリーの新刑事訴訟法は尙ほ一年以上を服役することを必要とする自由刑を言渡される場合にあつては、逃亡者の辯護人の提起した上訴についての審問は被告人の出頭に繁らしめられて居るのである（第二百十條）。被告人が上訴裁判所に於ても闕席したときは、手續は逃亡者に對する手續について規定されて居る形式に於て行はれる。是は特に控訴裁判所に於ける審問について云ひ得られることである。假令被告人が控訴審に於ても出頭せず、其の闕席が充

分に免責せられない場合にあつても、本案自體に於て辯論することをしないで控訴を棄却するのは不可能であるが、委員會は此の點について法律中で何事かを言明する必要はないものと考へた。それは此のことは事柄の本質からしておのづから明白となつて來ることであるからである。上告裁判所に於ける手續についてはさなきだに既に、被告人は公判に出席することを必要としないものであることが規定されて居る。普通の上訴期間は判決の公示送達のと時から其の進行を開始する。逃亡者自身が適時に控訴又は上告を提起した場合にあつては、本來ならば此の逃亡者に向つては理由を附して判決を公示送達することを必要とする所である。けれども公示送達の施行についての通則に従ひ判決の全文を裁判所の掲示板に貼付し、又は公刊の新聞紙上に於て之を公告することを必要とするのは餘りに煩瑣に過ぎるであらう。されば草案は、判決は此の場合には逃亡者の辯護人に送達する旨を規定した。判決の公告並に執行に關する現行法の規定（第二百八十二條、第二項）は、草案中にはもはや出て來ない。有罪の言渡の公告は新刑法典草案中に、無罪の言渡の公告は新刑事訴訟法の公判に關する章中に普遍的に規律されて居るので、従つて其の程度に於ては逃亡者に對する手續の下には、もはや何事をも言明する必要はないのである。判決が執行することの出来る範圍内に於ては之を執行する必要のあるのは、委員會にとつては自明的のことであつて、別に規定を設ける必要はないと考へられたのである。

手續の反覆

事情に依つては被告人は、公判への召喚に従ふことの出来ない状態に置かれてあることがあり得る。さればかくの如き場合に其の不在中に言渡された有罪の言渡に對して、何等かの訴訟上の救済を被告人に拒むのは極めて不當であらう。委員會は此の見解に眼を閉すことをしなかつた。逃亡者の逮捕若は出頭後に手續がどう経過すべきものであるかについては、外國の立法例や我が國從前の法制は幾多の模範を提供して居る。フランス法の思潮に従つて、被告人の不在中に言渡された判決は先づ出来る限り執行するけれども、後に至つて逃亡者が出頭した場合にあつては、此の判決はおのづから其の意義を失ひ、従つて何れの場合に於ても新に審問及び裁判を行ふことを必要とする旨を規定することも出来る。また異議に依つて判決を廢止することを被告人の自由に一任することも出来る。此の異議は全然理由を附することを必要としないものとすることも出来るし(註一)、また關席の充分な免責の行はれた場合に限り之を許すものとすることも出来る(註二)。また不在判決に對して不服を申立てる爲に被告人に通常訴訟の上訴を指示することも出来るし、又はイタリヤ法に於けると同様、普通の上訴並に逃亡者手續に特有な特殊の上訴を行使するのを拒むことも出来る。

(註一) 一九二九年九月一〇日の聯邦刑事司法に關するスウェーデン聯邦法案第百五十條。

(註二) 一九三四年六月一五日の聯邦刑事司法に關するスウェーデン聯邦法案第百五十條。

委員會は現行法と一致して、不在判決に對する特別の訴訟上の救済を被告人に與へる決意をした。其の際此の訴訟上の救済は再審に關する一般的の規定と關聯して規律すべきものであるか、それとも

懈怠された公判の反覆に關する規定——今日の原狀回復——と關聯して規律すべきものであるかと云ふ問題が生じた。現行法は此の第一の方法を執るものであつて、先づ有罪の言渡を受けた者並に檢事に、何時たりとも普通に再審を許す事由(第三百五十九條、第三百六十二條)に基いて通常の形態に於て再審を請求することを許し、更に有罪の言渡を受けた者並に、特に刑事訴訟法第二百八十二條に列挙した比較的輕易な條件の下に再審を請求する權利を與へて居る。現行法に於けると同様草案も亦先づ一般の規定に従つて再審を許して居るのであるが、併し草案は現行刑事訴訟法に於けるとは異り、懈怠された公判の反覆に關する規定に倚據して逃亡者手續に特有な訴訟上の救済を規律して居るのである。委員會の見解に依ると、此の場合には其の全般の構成の然らしめる所としても逃亡者に對する公判の更新の場合には適當しない再審手續よりも、寧ろ本當は公判の反覆たるものなのである。況んや草案は比較的重大な意義を持たない通常の事件に於ても、自己の責任に非ずして公判を懈怠し、輕い刑を言渡された被告人に懈怠された公判の反覆の方法を指示して居るに於てをや。

逃亡者が手續の反覆を請求することの出来る條件に關しては、草案は別に現行法に對して異を樹ては居ない。有罪の言渡を受けた者にして逮捕されるか又は任意に出頭したときは、更めて之に不在判決を送達するのであつて、此の場合此の本人に手續の反覆を請求するの道と、それについて規定してある期間とを説示する。有罪の言渡を受けた者は送達後一週間内に手續の反覆を請求することが出来る。即ち有罪の言渡を受けた者は、先づ自身出廷することに由つて通常の形態に於てする審問の遂

行が可能となつた場合でなければ、手續の反覆を請求するの權を持たない。刑事訴訟法の一般原則に依ると、被告人が己れの責任にあらずして公判を懈怠した場合には公判を反覆することを必要とするのであるが、此の條件は逃亡者手續にとつては、或る部分に於ては廣汎に過ぎると共に、或る部分に於ては狹隘に失する。不在判決の方法は被告人に出頭を促すことを目的とするものであるが、此の作用は公判の反覆が餘りに容易ならしめられるに於ては、おのづから弱められざるを得ない。されば草案は先づ被告人が其の關席を適切な事由を以て辯解することの出来る場合に、公判の反覆を制限して居る。何を以て適切な事由と看做すべきかについては詳細に定めることをして居ない。それは具體的の場合の状況に應じて、なれば、何が適切な事由であるかを判断することは出来ないからである。所が被告人は責任なくして手續若は召喚を全然知らなかつたと云ふこともあるであらうし、また其の出頭に障礙の存すると云ふこともあるであらう。何れにしても此の場合には、委員會の見る所では通常よりも遙に峻嚴な尺度を宛て、測るべきである。更に公判の更新を必要として認めしめる其の他の適切な事由を存するときは、公判の反覆を許す。所が此の種の適切な事由は極めて普通に再審の方法を以て主張することが出来るであらうから、かゝる一般的條項は無用であると云ふことが、委員會の審議の經過中に指摘された。けれども委員會は一般的條項を廢止するの決意をすることは出来なかつた。此の規定は從來特別命令（第十六條第二項）中に於て成績を擧げた思想を踏襲するものであつて、爾後に知れるに至つた有罪の言渡と、再審手續に於て主張することの出来ない刑量に對する其の或は存

することあるべき重大な懸念を、公正に取扱ふに適するものである。條件を審査するについての特定の形式は草案には規定されて居ない。

草案の一般的規定に依ると、懈怠された公判の反覆を求める請求については、公判の行はれた裁判所の裁判長が裁判をする。何人が逃亡者に對する手續の反覆に關して裁判をするのであるかの問題にとつては、此の規律は充分たるものではない。蓋し被告人は第一審に於て、控訴審に於て、又は上告裁判所に於て、逃亡者として有罪の言渡を受けることが出来るからである。されば草案は手續の反覆を求める請求についての裁判は、本案に於て最後の判決を言渡した裁判所が爲すべき旨を規定して居る。此の裁判所は第一審の裁判所たることあるべく、控訴審の裁判所たることあるべく、また上告裁判所たることもあるのである。草案は、裁判所が手續の反覆の請求を理由ありと認められた場合に、何れの點から手續を反覆すべきかの問題に關して、現行法に比較して更に別段の革新を行つて居る。此の革新は請求に關する裁判の權限の規律に觸れるものである。被告人が第一審當時はまだ出廷して居た場合に於ては、手續を當初から反覆すると云ふのは不適當であらう。被告人自身も亦當該刑事事件の審問の根本から更新されるのについて、全然利益を持たないと云ふことも想像し得られる。されば委員會にとつては、此の問題を解決するに當つて或る程度の屈伸性の設けられてあることが肝要なものであつた。そこで委員會は手續の反覆を求める請求について裁判をする裁判所は、同時に公判手續の何れの部分を反覆することを必要とするものであるかをも、指定すべき旨を提案して居るのである。

委員會の思想の進路の現行法と乖離して居る最後の點は、被告人の不在中に通常の上訴のまだ提起されて居なかつた場合に於ては、被告人の出頭若は不在判決の送達後手續の反覆について規定されて居る期間内に、更に通常の上訴方法を行使することが出来るものであるかどうかと云ふ、被告人にとつて重大な問題に關する。現行刑事訴訟法第二百八十二條の理由に明白であるやうに、現行法は此の場合に於ては通常の上訴方法の行使を禁ずることとして居るのであるが、委員會は之を被告人に拒まないことに傾いて居る。事情に依つては被告人は其の關席を免責することは全然出来ない立場に在るけれども、本案自體に於ては恐らく不在判決に對して不服を申立てる重大な理由を有することもあるであらう。被告人が其の關席を免責する見込を持たないの故を以て手續の反覆を求める請求を見合はせたとしても、此の事實からは未だ以て、被告人は判決に對して實體的に不服を申立てるについても、全然利益を持たないものであると推論する譯にはいかない。加之事情に依つては特定の點につき上級の裁判官の審査を受けることが被告人にとつて大切であつて、手續全般の更新については被告人は利益を持たないと云ふこともあり得る。とは云ふものゝ草案がこゝで逃亡者の爲に規定して居る所のものには、適切な事情が公判の更新を必要なりと認めしめる場合に於ても、手續を反覆することが出来るものとするに由つて、既に部分的には斟酌することが出来るのである。けれども公判の反覆は只稀にしか存在しない、特にむづかしい條件に繋らしめられて居るのである。此の二つの訴訟手續の反覆を求める請求と上訴の提起とは平行的に與へられて居るのであるから、此の二つの訴訟

上の救済の相互間の關係をどう云ふ風にあらしめるべきかと云ふことは、篤と熟慮することを必要とした所である。草案は逃亡者に對する公判に關する規定を設けるに當つて、手續の反覆を求める請求は上訴の代りに爲すことも出来れば、また上訴と平行的に之を爲すことも出来ると云ふことを宣言するに制限することが出来た。上訴に對する請求の關係は、懈怠された公判の反覆についての草案の一般規定からしておのづから明白となつて來るのであつて、被告人にして此の二つの訴訟上の救済の双方を行使するに於ては、先づ公判の反覆を求める請求から片付けてかゝることを必要とする。また被告人にして公判の反覆を請求する場合には、被告人にして別段の意思表示をしない以上は、請求は其の棄却される場合には、同時に判決に對する不服の申立てるものと看做すべきものであると云ふことになつて居る。

兵役義務を免れた不在者に對する手續

ウエルサイエの壓制的平和條約に依り、從來現行刑事訴訟法第六編第四章中に包含されて居た兵役義務者に對する關席手續に關する規定は無意義となつて了つたのであるが、國民皆兵の義務の復活後一九三五年六月二八日の法律に依つて、此の手續は大體に於て無變更の儘再び施行されることとなつた。草案は若干の變更を加へて此の規定を踏襲して居るのであつて、其の加へられた變更は此の手續を逃亡者に對する公判に關する規定に、成るべく同化するの目的を追求するものに外ならない。

兵役義務者に對する手續は一種特別の關席手續たるものであつて、兵役義務の回避、禁止を犯して

の移住並に戦時中に於ける獨逸國領土よりの退去の各場合についてのみ許されるのである。此の手續の重心は軍憲である監督官廳に存し、兵役義務者の行狀に關する此の官廳の意思表示は公訴の基礎を成すものである。此の意思表示の字句については草案は實體刑法を指示して居るのであつて、それによつて今日刑事訴訟法第四百三十七條中に包含されて居る規定の字句を著しく短縮することが出来る。檢事並に裁判所は先づ意思表示が法律中に設けてある要件に合致するものであるかどうかを審査することは出来ないであつて、意思表示にして法律中に設けてある要件に合致するに於ては、公訴の提起も公判の命令も何れも共に拒むことは出来ない。意思表示を妨げる事情を存するや否やの問題は、公判に留保されるものである。

手續の行はるべき裁判所の管轄を規律するに當つては、草案は現行法の欠缺を補正して、獨逸國內に於ける最後の住所又は通常の居所の裁判籍の存在して居らず、また之を確めることも出来ない場合に於ては、被告人の出生した地を管轄する裁判所が管轄権を有するものであると云ふことを規定して居るのである。出生地が外國であるとき、又は出生地が知れないときは、ベルリン區裁判所又は其の上級裁判所が管轄権を有するものである。召喚狀並に被告人の辯護に關する規定は、逃亡者に對する公判に關する規定に關聯するものであつて、其の結果として現行法と相違する點が二つ生ずる。先づ被告人の親屬はもはや被告人の代理人として行動することは出来ない。けれども被告人の親屬は草案の一般原則に従つて補佐人として認許されることが出来るのであつて、此の點を裁判する者は公判前

の手續に於ては檢事であり、公判手續に於ては裁判長である。尙ほ親屬には被告人に與へられてある上訴を提起するの權ももはや與へられては居ない。其の程度に於ても此の場合訴訟上の救済に關する草案の一般規定の適用があるのである。草案は判決については現行法と同様に一種の積極的な證據規則を設けて居る。即ち草案は裁判所に向つて、具體の場合に特定の事由の妨げを爲すものを存するにあらざる限り、監督官廳の意思表示中に包含されて居る或る種の事實上の事情に基いて犯行を推論することを命じて居る。事實が監督官廳の意思表示を強めるに適して居るかどうかは、裁判官の自由な裁量に屬せしめられる。公判に於て逃亡者に對して言渡された判決を不在判決として表示し、之を公示送達すべき旨の規定は、兵役義務者に對する手續にも適用される。けれども草案は、此の手續に於ても逃亡者に對する公判の際に於ける手續の反覆に關する規定を適用し得るものと宣言して居る程度に於て、著しい革新を齎すものである。

手續の費用

逃亡者に對する手續又は不在の兵役義務者に對する手續の反覆される場合にあつては、新しい裁判中に於て今度は有罪を言渡されない被告人に前の公判の費用を課することが出来る。此の規定は現行法と一致するものである。草案はこゝに言明されてある思想を、兵役義務者に對する手續にも擴張して居るのである。

第十五章 保安手續と沒收手續

上席検事 ドクトル・リヒテンベルグ

一九三三年一月二四日の危険なる常習的犯罪人の取締並に保安及び矯正の處分に關する法律に依つて、從來の刑法典の一番重要な瑕疵の一つが除去され、犯罪の有効な鎮壓についての法律的基础が設けられることとなつた。此の法律は、社會公共の利益には犯罪人たる個人の利益に對しては、絶對的に優先的地位が與へられると云ふ原則を實現し、「公益は私益に優先する」と云ふ思想を以て特徴として居る、將來の獨逸刑法典の先驅者を成すものである。けれども將來の刑法典に於ては常習的犯罪人取締法の規定は其の儘には出現することなく、寧ろ澤山の重要な變更と加補とが行はれることであらう。例へば現行法に依ると療養院若しくは看護院への收容以外の處分は獨立しては命令することは出来ないのであるのに反し、將來は勞働留置所若しくは救護院、酒癖矯正所、節制訓練所への收容も、恩赦權の範圍内に於て手續が廢止せられたるの故を以て、又は被告人が犯行後に至つて精神病となりたるの故を以て、被告人に對して刑事訴訟手續を遂行することが不可能である場合には、獨立して之を命令することが出来るのである。去勢處分も犯人が去勢處分の根據となる犯行を犯すに當つて責任能力

を有して居なかつたとき、又は犯人に對して刑事訴訟手續を遂行することが出来ないときには、獨立して之を命令することも出来るであらう。

されば將來の刑事訴訟法は、一九三三年一月二四日の常習的犯罪人取締法施行法に依つて、刑事訴訟法第四百二十九條乃至第四百二十九條として刑事訴訟法中に挿入された保安手續に關する規定を無難作に踏襲することをしないで、寧ろ之を保安及び矯正の處分に關する新刑法典の規定に適應せしめるであらう。先づ刑事訴訟法第四百二十九條に相當する規定は保安處分を獨立して命ずる權能の増大せしめられた事實を斟酌し、從つて取調の結果上獨立して處分を命ずることを許すものと看做すについての充分な理由を存するときは、検事は自由の拘束を伴ふ保安處分又は去勢處分の獨立の命令を求め請求を爲すことが出来る旨を表明するであらう。

手續の経路についての規律は現行法のそれと一致する。特別の場合を除くれば一般的手續規定が準用されるのであつて、特に公判手續についての規定も、公判前の手續についての規定も同様である。即ち検事は特に獨立の保安手續を可能ならしめる行爲の事實關係をも究明することを必要とする。保安手續の開始を求める、公訴と同一の地位を有する請求に基いて公判の命令について裁判が行はれるのであつて、此の請求は公訴狀の要件に合致することを必要とする。公判は判決を以て完結するのであつて、判決に對しては通常の上訴を爲すことが出来る。判決は請求された處分を命ずることもあり、また此の請求を棄却することもある。委員會の見解に依ると、特定の犯行が常に請求の、從

つてまた手續全體の客體であることを必要とする。けれども普通の手續規定に従つて手續の進行中に、請求を支持する爲の別段の犯行を手續に加入せしめることも出来るのである。地方裁判所の參審部が陪審裁判所に代るのである以上は、事物の管轄についての一般規定に例外が設けられてあるのである。

更に被告人の不在中に行はれる保安處分の命令は通常の手續規定とは異り、また部分的には現行法の規律とも異つて規律されてある。被告人なくして行ふ審問は、被告人が辯論無能力でない場合でなければ許されない。辯論無能力 *Verhandlungsunfähigkeit* は精神作用の病的障礙又は精神薄弱に基くことを必要とする。公判に先だつて行ふ判事に依る被告人の必要的訊問は裁判長又は受命判事の擔任する所である。受託判事は刑事訴訟法第四百二十九條に於けると同様訊問を行ふことは出来ない。訊問には醫師たる鑑定人を立會はしめることを必要とするのであるが、尙ほ檢事、辯護人及び共同被告人の外被告人の法定代理人及び被告人を世話をする者を有する者も訊問に出席することが出来る。被告人及び其の法定代理人の不在の儘で判決の言渡された場合に於ては、法定代理人にも之を通知する。手續の経過中に請求を支持する爲の新しい犯行を手續に加入せしめる場合に於ては、刑事訴訟手續に關する規定を準用して、判事に於て更めて被告人を訊問することを必要とするものである。

保安手續が通常の手續に經過する稀有の場合に於ては、現行法（刑事訴訟法第四百二十九條d）に

相當する規律を存することになつて居る。公判中に於て獨立して保安處分を命ずるについての條件は存在しないで、寧ろ刑を言渡すべき必要のあることが判明したときは、被告人に法律狀態の變動を指示して之に防禦の機會を興へることになつて居る。被告人が精神作用の病的障礙たるの故を以て又は精神薄弱なるの故を以て、辯論無能力であつたが爲に被告人不在の儘で審問が行はれたときは、其の出廷して居なかつた公判の部分を反覆することが必要である。參審部が陪審裁判所に代つて事件を取扱つたときは、參審部はみづから管轄違を宣言して事件を陪審裁判所に移送することを必要とする。

委員會の見解に依ると、現行刑事訴訟法第四百二十九條を新刑事訴訟法中に引繼ぐことは必要でない。此の規定は獨逸國民の一人が外國に於て確定有罪判決を受け、刑法第五條第一號に依り内國に於て新に公訴を提起することを阻却される場合について、追加的に保安手續を遂行する方法を規定するものである。此の規定の理由に依ると、危険なる常習的犯罪人竝に風俗に對する犯罪人が外國に於て有罪の言渡を受けたるの故のみを以て、社會公共を保護するの使命を有する保安處分を之に科することを遠慮するのは、宜しきを得たものでないと云ふのである。併し乍ら刑法第五條第一號の制限は將來の刑法中にはもはや存在しないのであつて、寧ろ檢事は外國に於て判決された犯行をも直ちに訴追することが出来るのである。只外國の判決に基いて服役を了した刑は通算する必要があること、竝に内國に於て期待すべき刑がもはや重きを爲すに足りないときは、公訴を見合はすことが出来るこ

と丈が規定してあるのである。即ち刑事訴訟法第四百二十九條の規定を削除して了つても別に欠缺は生じない。蓋し検事は常に刑事訴訟手續を開始し、刑の外に保安處分を言渡す權能を與へられてあるからである。

二

將來の刑法典に於ては沒收に關する法令は本質的に形成されることになつて居る。今日では沒收は或は附加刑であり、また或は保安處分であるが、將來は沒收は單に保安處分でしかなく、被告人若は其の他の者の權利には關係なく物件について之を行ふことを許すものである。其の効果は判決の確定と同時に沒收された物件は國に移行すると云ふ風に規律されてある。沒收の一般條件は、物件が其の種類上危険であること、又は犯行に關與した者の一人の手中に存するとき危険であるとして證明されたことである。此の點は除外するも沒收は、法律がそれを規定して居るあらゆる特別の場合にもそれを爲し得ることになつて居る。併し乍ら判事は犯行が過失に由つて犯されたとき、又は物件が權利者の責任に非ずして犯行の爲の使途を有せしめられ若は犯行に行使せられたるとき、又は沒收が不當な苛酷を意味する虞のあるときには、沒收を命ずるのを見合はせることが出来る。此の點を斟酌して沒收すべき物件につき權利を有する者に、刑事訴訟手續中に於て沒收に對して異議を主張する權を與へることが必要である。

現行刑事訴訟法は獨立の沒收手續についてののみ、關係者を立會はしめるについての明示的の規定を掲げて居る。此の獨立の沒收手續に於ては刑事訴訟法第四百三十一條に依り、沒收の客體について請求權を有する者は、其の實行することの出来る以上は期日に召喚することを必要とする。是等の者は被告人に屬する一切の權限を行使することが出来る。沒收利害關係者が刑事訴訟手續に關與することは、現行刑事訴訟法には規定されては居ないのであるが、之に反し將來の刑事訴訟法中に於ては沒收關係者は原則として刑事訴訟手續に立會はしめられるのであつて、特に獨り其の沒收が裁判の客體となつて居る物件について、當該の沒收關係者が權利を主張する場合のみに止まらず、沒收關係者がかくの如き權利を有することの根據が存在するに過ぎない場合にあつても、沒收關係者を刑事訴訟手續に立會はしめるのである。けれども沒收關係者を立會はしめることに因つて、刑事訴訟手續が不當に遅延されることのないやう注意を拂ふ必要はある。遅延は先づ沒收關係者の居所が知れないこと、又は之に對する召喚狀を外國に於て送達することを必要とするときに生ずることがあり得る。されば公示送達は行はないこと、及び外國に於て送達する召喚狀の代りには不要式の通知を以て充分とするものであることが規定された。尙ほ此の場合に沒收の言渡は、居所の知れない爲に召喚狀を送達することの出來なかつたか、又はかくの如き關係を有する者であることが裁判所に知れて居らず、且又關係者本人の側に於ても刑事訴訟手續の繫屬について全然知る所なかつた故を以て、刑事訴訟手續に立會はしめられなかつた關係者に對して、どう云ふ効果を發生するものであるかと云ふ問題を解決する必要

があつた。

此の場合二つの方法があるやうに考へられた。

(1) 没收の効果を立てしめられた没收關係者に制限し、立會はしめられない没收關係者に關する裁判は後の手續に留保すると云ふ方法が其の一つである。此の場合にあつては立會はしめられない没收關係者の権利は、没收の言渡に由つて全然左右されるものではないのである。寧ろかくの如き没收關係者は、己れに對して没收の言渡されない間は、國に對して己れの請求権を主張することが出来る譯である。

(2) 没收の効果は立會はしめられない關係者にも及ぶのであるが、立會はしめられない關係者に對しては、後に至つて没收に對して異議を申立てるの權を與へると云ふ方法が他の一つである。

委員會は此の後者を執ることに決定した。蓋し此の後なる規律は檢事に向つて追加的裁判を招來することを強制するものではなくて、寧ろ公判後の手續 *Nachverfahren* に於て既に行はれた没收の言渡を取消し若は變更すべき旨を申立てるのを、立會はしめられない没收關係者に一任するものに外ならないからである。

没收關係者が廣汎な證據調を必要とする異議を申立てたときも、刑事訴訟手續の遲延を來すことがある。例へば外國爲替事件に於ては没收することの出来る財産上の價值にして、それについて外國人たる共同正犯や利害關係人が權利を主張する所のものが、往々にして重大な意義を有することがあ

る。此の利害關係人は没收利害關係人として代理人を公判に出頭せしめることが出来るのであつて、請求や異議に依つて手續を著しく困難ならしめ、また著しく長びかしめることが出来る。かくの如き場合については裁判長に、決定に依つて没收關係者を刑事訴訟手續から除外し、立會はしめられなかつた没收關係者と同じやうな留保に基いて與へられて居る、公判後の手續に於て没收に對する異議を主張する權を、没收關係者に留保する道が與へられねばならない。けれども没收の言渡を直接目的として居る異議と、事實問題若は罪責問題に關する異議との間には區別を立てることを必要とする。所が相矛盾する裁判を避けなければならないのは素より自明的な次第なのであるから、没收關係者に公判後の手續を指示するのは犯行若は犯人の責任を目的とし、異議に制限する必要があるであらう。かくの如き異議として問題となるのは、權利者の責任に非ずして物件が犯行の爲に行使された場合、又は没收が不當な苛酷を意味する虞のある場合である。

没收の宣言の取消若は變更を求める請求に關しては、獨立した没收手續について適用のある規定に従つて裁判することを必要とするであらう。けれども裁判所は以上に述べた事由に因り前の裁判の罪責判断 *Schuldprinzip* に羈束されるのであつて、是が例外は前の判決が逃亡者若は不在者に對する手續中に於て言渡された場合についてのみ、規定されて居るに過ぎない。所が此の場合被告人は己れの權利を擁護して居ないのであるから、没收關係者は事實問題と罪責問題についての異議をも主張するにつき緊切な利益を有するものである。此の申立は没收關係者が没收について確定裁判のあつたこと

を知つた時以後、一週間に爲すことを必要とする。申立が不適法でないときは、裁判所は決定を以て申立を棄却する。此の決定に對しては期限付の抗告を以て不服を申立てることが出来る。

刑事訴訟手續に立會はしめられた沒收關係者の權限は、手續が沒收に關する以上は被告人の權限と一致する。只刑事訴訟手續に立會はしめられた沒收關係者は公判後の手續に於ける沒收關係者とは異り、獨り沒收が犯行外に存する何等かの事由に因つて不可能であることを證明する機會を有するのみに止まらず、尙ほあらゆる部分に互つて提起された公訴に對して異議を申立て、其の沒收を豫防する爲に必要である以上は證據調の申立を爲すことが出来る。要求された場合には己れの權利を疏明することを必要とする。公判に於ては沒收關係者は辯護士をして己れを代理せしめることが出来る。其の召喚されない場合に於ても、出頭して己れの權利を主張することが出来る。適正な召喚の行はれたにも拘らず沒收關係者が闕席した場合に於ては、沒收關係者の出頭なきも尙ほ審問を行ふ。召喚状態には沒收については沒收關係者に對しても裁判が行はれるものであることの指示を記載する。召喚状態と同時に公訴狀並に其の抄本を沒收關係者に通知する。かくの如き通知は往々にして、特に沒收關係者が外國に居住して居る場合に於ては不可能であるであらう。是は特に外國爲替事件について云ひ得られることであつて、是等の事件に於ては沒收と直接の關係に在る物の通知は望ましからぬことが少くないであらう。されば委員會は原則としては沒收關係者に公訴狀若し其の抄本を通知することを必要とするけれども、重大な事由を存する場合には此の通知を行はない權能を裁判長に與ふべきである

と云ふ論結に到達した。

判決言渡の際に沒收關係者が自身出廷しても居なければ、また其の代理人も在廷して居なかつたけれども公判に召喚はされて居たものであるが、又は召喚されることなくして自發的に出廷して居た場合に於ては、此の沒收關係者には判決を送達する。此の規律は沒收關係者にとつての裁判の意義の重大であるのに顧み、また之に伴ふ法律問題の往々にして頗る困難なるものあるの事實を斟酌するときは、緊切に必要であるやうに思はれる。けれども之を外國に於て送達を行ふ必要のある場合、又は沒收關係者の居所の知れて居ない場合に迄も擴張するのは餘りに行き過ぎるの嫌があるであらう。外國に於てする判決の送達又は公示送達は手續の忍ぶべからざる遅延を來す虞があるのであるから、従つてかくの如き場合に於ては内國に於て送達代理人 *Zustellungsbevollmächtigte* 一人を選任せんことを沒收關係者に一任せざるを得ない。

刑事訴訟手續に立會はしめられた沒收關係者は被告人の權利を有する次第なのであるから、かくの如き沒收關係者は沒收を命ずる判決に對して獨立の上訴をも提起することが出来る。判決に對する不服申立の期間は、判決を送達すべき沒收關係者にとつては送達と同時に其の進行を開始し、其の他の者にとつては判決の言渡と同時に進行を開始することになつて居る。其の如何なる場合たるを問はず不服申立期間の始期を判決言渡の時期に置く旨の統一的の規律を設ける必要はない。蓋し公示送達並に外國に於てする送達を行はないことに由つて、既に手續の遅延は豫防することが出来る次第だから

である。

沒收關係者は上訴を提起して居るのに反し、有罪の言渡を受けた被告人は判決に満足し、検事も亦不服申立を断念して居ると云ふ場合が随分發生することがある。かくの如き場合に於ては沒收關係者が罪責判断を攻撃して、それに依つて被告人に對する確定裁判とは違つた判決を獲得すると云ふやうな事態の發生するのを避けなければならない。犯人が第一審に於て密獄の故を以て有罪を言渡され、其の犯行に利用した、沒收關係者に屬する獵銃を沒收されたと云ふやうな場合に於ては、沒收關係者は控訴審に於ては被告人は全然犯人たる者ではないと云ふこと、又は全然有責に行爲を爲したる者ではないと云ふことを主張することは出来ない、即ち上訴裁判所は公判後の手續に於ける判事と同様に、不服を申立てられた判決の罪責判断に羈束されるものである。けれども此の場合にあつても、不服を申立てられた判決が逃亡者及び不在者に對する手續に於て言渡されたのである場合について、一つの例外が規定されてあるのである。

沒收關係者は控訴及び上告の外に獨立しても、己れの立會はしめられた手續の再審の請求を爲すの權利を有する。けれども往々にして無用な公判を避ける爲に、再審が専ら沒收關係者の請求に基いて命ぜられたのである場合に於ては、公判を経ずして決定を以て裁判を爲すことが出来る旨が規定してある。

己れの責任に非ずして懈怠した公判の反覆を請求すると云ふ被告人に屬する權利は、沒收關係者に

は與へることは出来ない。何となれば沒收の問題丈の故を以て長期間に亘る公判を反覆しなければならぬと云ふのは、到底忍ぶことの出来ないことであるからである。即ち沒收關係者は其の現に在るが儘の状態に於てのみ、手續に参加することを得しめられる。此のことは一見沒收關係者にとつて苛酷のやうではあるけれども、己れの責任に非ずして公判を懈怠した沒收關係者も、手續に立會はしめられなかつた關係者又は除外された關係者と同様、公判後の手續に於て其の權利を主張することが出来るやうに規定してある以上は、沒收關係者にとつて決して苛酷を意味するものではないのである。

沒收關係者を立會はしめると云ふことは、刑事訴訟手續についても規定されて居る。處罰命令に依つて沒收が命令されるときは、此の處罰命令は沒收關係者にも通知される。此の通知と同時に沒收關係者には、沒收については沒收關係者に對しても裁判が行はれるものであることが指示される。沒收關係者に對する公示送達は以上に述べたやうな理由に因り必要でない。尙ほ處罰命令は外國に居住する沒收關係者には送達することを必要とするのではなく、寧ろ不要式に通知することを必要とするに止まるものである。異議申立の期間は處罰命令を送達されない沒收關係者又は處罰命令を言渡された沒收關係者にとつては、被告人に對する處罰命令の通知と同時に其の進行を開始するものである。刑を言渡すことは出来ないけれども、其の他の點に於ては沒收の條件を存する場合には、現行法上既にそうであるやうに、檢事の請求に基き獨立して沒收を命ずることが出来る。今日では此の辯論及

び裁判は常に一つの期日に行はれ、此の期日に對しては公判に關する規定の準用があるのである。將來の刑事訴訟法に依ると裁判所は原則として關係者を訊問した上で決定を以て裁判することが出来る。此の決定に對しては期限付の抗告を以て不服を申立てることが出来るのである。口頭辯論後に於ける判決を以てする裁判は、檢事がそれを請求した場合又は裁判長がそれを相當と認めた場合についてののみ規定されてあるのである。現行法に於けるとは異り此の場合にあつては被告人は、沒收關係者と同一の權限を與へられるものである。此の平等の取扱は恩赦の後に獨立して沒收を言渡すべき場合に特に重大な意義を有する。被告人竝に沒收關係者の法律上の地位は、獨立でない沒收手續について適用のある規定に従つて定まる。けれども獨立でない沒收手續の場合にあつては、沒收關係者は公判後の手續竝に上訴審に於て事實問題若は罪責問題に關する一切の異議は遮斷されて了ふのに反し、獨立の沒收手續に於ては其の異議は、全然制限を受けるものではないのである。

其の他の點に於ては獨立の沒收手續には、刑事訴訟手續に關する規定が準用される。保安手續の場合に於けると同様、檢事の請求は公訴と同視される。檢事の此の請求は公訴狀の要件を具備することを必要とする。沒收が命令されないときは、請求は却下される。參審部が陪審裁判所に代る。請求提出の當時沒收すべき物件の存在する地を管轄する裁判所も土地の管轄權を有する。

現行法に於けると同様沒收手續に關する規定は物件の廢棄處分について裁判することを必要とする場合にも適用される。是は收公の宣言 *Verfallankündigung* についても適用のあることであるかどうかと

云ふ問題は、否定しなければならなかつた。即ち將來の刑法典の規律に依ると、第三者の權利は一種の刑である收公の宣言に依つて妨げられるものではない。收公を宣言された物件についての所有權は、それが有罪の言渡を受けた者に判決の確定の當時歸屬して居る場合に限り、國に移行するものである。收公の宣言が不可能であるか、又は實行し難いときは、物件の價額に相當する金額が有罪の言渡を受けた者から徵收される。従つて收公の宣言にとつて問題となる物件につき權利を有する者を手續に立會はしめることは必要でない。是等の者は執行の段階に於ても尙ほ其の權利を主張することが出来る。被告人以外の者が罰金及び費用について負責すると云ふ宣言に擴張するのも必要でない。蓋し此の宣言は現在では租稅立法及び外國爲替立法上許されて居る所であるけれども、併し將來についてはもはや規定されないからである。

國民裁判所の管轄に屬する刑事事件については、沒收手續の特別な規律が必要であつた。此の場合にあつては沒收關係者の在廷することが國の福祉に不利益を醸す虞のある場合には、沒收關係者は公判には召喚されず、また之に参加することを得ない旨が規定してある。此の場合に於ては沒收關係者は、書面を以て其の權利を主張せんことを適時に催告される。其の陳述は公判に於て朗讀されるものである。

沒收關係者を原則として刑事訴訟手續に立會はしめる以上は、費用に關する權利を相當に規律することも必要である。此の點については先づ第一に、沒收を宣言するに當つては沒收關係者の一人の參

加に因つて生じた國庫の特別の出費を、此の沒收關係者に負課することが出来る旨が規定されてある。沒收關係者の必要の出費は沒收の宣言の場合についても、また其の棄却の場合についても被告人に負課することが出来る。例へば犯行に銃を使用したけれども、所有者が銃の使用は所有者の責任に非ずして行はれたものであることを説明した爲に沒收が見合はせられた場合にあつては、沒收關係者の出費をも有罪を言渡された者に負課するのは公平に合致する所以である。更に沒收の棄却された場合にあつては、國庫にも關係者の必要な出費を負課することが出来る旨が規定してあるのである。

獨立の沒收手續の費用は、沒收を宣言するに當つて關係者の参加に因つて生じた國庫の出費を當該の關係者に負課することを得ると云ふ前記の方法を除外すれば、國庫の負擔たるものである。

第十六章 手續法上に於ける被害者の名譽保護

エルンスト・シェーファー

第一節 總 說

凡そ名譽なるものは民族協同體内部に於ける同胞各個の最高の財寶たるものなのであるから、従つて名譽を充分に保護すると云ふことは刑事法改正の一つの重要な問題である。從來の刑事法に於ける名譽の保護の不充分であることについての不平は、今に始まつたことではなく、決して獨り實體法に於ける名譽保護の形成方法とか、法定してある刑が不充分であるとか、所謂無遠慮犯罪 *Indiskretion* *delikt* の取扱ひ方だとか、正當な目的の追求についての規定の不完備とかにのみ關するものではなくて、寧ろ犯人の贖罪とか威制とか云ふ考案の外に被害者の評判の原狀回復や、己れに對して主張された名譽毀損の非難の淨化などと云ふことが、被害者にとつては犯人を處罰すると云ふことと同様に重要であり、時にはそれが寧ろ主なる事柄ですらあるものにも拘らず、それ等の事が餘りにも甚しく閑却されて居ると云ふことについても、不平が唱へられて居るのである。けれども評判の原狀回復 *Wiederherstellung* と云ふことは専ら手續法上の問題なのであるから、其の解決は新しい訴訟法の是非共行はなければならぬことなのである。

名譽の毀損に因つて害を被つた者の好き評判の原状回復を目的とする規定は、從來の刑事法中には殆ど皆無と云つてもよい位なのであつて、現行刑法は此の種の唯一の規定として判決の公告を規定し、公然の所犯に係る侮辱について之を許して居る。現行刑事訴訟法中には評判の原状回復に關する特別の規定は全然ない。判決主文中で名譽毀損の主張の不實なことを若は根據のないことを確認すると云ふのは現行刑事訴訟法の認めない所であつて、かくの如き事實の確認は今日裁判所の裁量に従ひ判決理由に一任されて居るのである。關係の規定の缺如たるの結果として實際上に於ては、裁判所は往々にして此の種の事件を輕視すると云ふ結果を來すに至つた。特に實際上頻繁であつて且重要な、正當な利益を擁護したのである廉を以て被告人に無罪を言渡すことを必要とする場合に於ては、どうせ刑法第九十三條に基いて被告人に無罪を言渡すことを必要とするのであるから、名譽毀損の主張の眞否の解明は行はないで差支ないと云ふ理由を以て、名譽毀損の眞否の解明を全然行はないと云ふ慣行が下級裁判所には随分蔓延つて居るし、また同じ理由を以てかくの如き場合に公判手續の開始が當初からして行はれないことも往々にしてある。かくの如き手續に依つて名譽毀損の非難の淨化や己れの評判の原状回復を欲求する被害者の正當な要求が、害を被らずには居ないことは素より明白である。被告人の責任無能力の故を以て又は恩赦に因る不起訴處分に由つて、被告人の無罪の言渡又は公訴棄却を行ふことを必要とする場合に於ても、關係は相似たるものがある。被害者が既に名譽毀損の廉を以てする相手方の處罰を達成することの出來ない場合に、少くとも己れに對して主張された名譽毀損

の非難を淨化するのを助けてやる目的を以てする特殊の確認手續は現行刑事訴訟法には認められては居ないのである。

以上述べたやうな次第で、從來の刑法並に刑事訴訟法中名譽保護の領域上に於て評判の原状回復に關して見せて居る缺陷は、過去に於て民法と民事訴訟法とが其の使用し得る手段を以てして其の一部を補正しやうと努めた所である。補正は先づ不法行為に由る損害賠償請求權に基いて行はれ、名譽毀損に因つて加へられた損害の除去と原状回復を目的としたものであつた。損害除去の請求權と原状回復の請求權は、内容上損害除去の適切にして且最も有效な形式としての取消を求める權利として、また犯行反覆の危険ある場合については不作爲を求める權利として形成されたことに由つて、此の民事の損害賠償請求の訴は、間接的には名譽毀損の主張の不實の確認を直接目的とする申立と、類似の作用を擔當することゝなつた。蓋し民事訴訟法第二百五十六條が權利關係の確認を求める訴のみを許して、事實の確認を求める訴は許して居ないが爲に、名譽毀損の主張の不實の確認を直接目的とする民事の確認の訴の方法は、本來全く存在して居ないからである。更に一步を進めて大審院の民事部は罪責を前提とする犯罪に因る損害除去の請求並に不作爲の請求の外に、罪責とは無關係な準否認の訴的な *quasi-negatorischer* を損害除去の請求並に豫防的不作爲の請求を判例上に於て認めるに至つた。此の判例上に於ける承認は決して平等一律に、統一的行はれた次第ではないが徐々に發達して竟には貫徹するに至つたものであつた。大審院は單なる客觀的の權利侵害の場合にあつても罪責問題には

關係なく、永續的な違法の侵害や名譽毀損の主張の永續的效果に對して、原狀回復の目的を以て取消請求權を、また不法行為反覆の危険の場合に不作爲の請求權を被害者に與へるのを以て正義の命ずる所であると判示した（最近の事例としては特に *RGZ. Pal. Tag. 133 ff.* を参照せられたい）。かくの如くにして例へば名譽毀損の加害者の責任無能力なるの故を以て又は正常なる利益の擁護ありたるの理由を以て、不法行為に基く請求權を與へられなかつた場合についても、民事訴訟の方法で評判の原狀回復を行ふ少くとも或る程度の權能が、被害者の爲に設けられた。

かやうにして過去に於ては民法と民事訴訟が、刑法と刑事訴訟の役に立たないのに代つて、或る程度まで評判の原狀回復を目的とする方向に於て、名譽の保護を擔當するにはして居たけれども、それにも拘らずかゝる法律状態は單に臨時應急の救済手段たるのみに止まり、評判の原狀回復の問題を適切に終局的に解決したものと目することは出来なかつた。先づ第一に看過することの出来ないのは、民法及び民事訴訟上に於て一般的に事實に關する確認の訴が許されない間は、只損害除去の請求並に不作爲の請求と云ふ廻り道を通つて、幾分不自然な構成を以て、間接に名譽毀損の主張の不實であることを、裁判上に確認する道が、開かれて居るに止まるものであると云ふことである。更に民事訴訟は只一時の彌縫策として本來自分に配當されて居る譯でない、若し單に第二次的に配當されて居るに過ぎない作用を擔當して居るに止まるのであつて、それは本來から云へば主として刑法や刑事訴訟の任務たるものであると、原則上は云はざるを得ないであらう。惟ふに實體刑法はナチスの國家に於

ては犯人の贖罪と威制と云ふ其の本來の狭い目的を超えて、次第に其の任務の領域を擴張し、寧ろ消極的目的を有する犯人の處罰と云ふ任務の外に積極的方向に於ても同胞の保護を——賠償 *Verjütung* の方法に依つて——併せ擔當したのである。けれども名譽保護の領域上に於ては、個人の名譽保護の必要は淨化並に評判の原狀回復の要求をも包含するのであつて、此の要求は犯人の處罰並に威制の要求と相並んで其の獨立の地歩を主張し、其の斟酌されることを要求するものである。刑事訴訟手續自體に於て又は少くともそれと關聯して此の必要を満足させると云ふことより自明的なるはなく、またそれよりも自然的なるはないのである。第一訴訟經濟の原則からして既に此のやり方を辯護して居るものである。何となれば適用すべき刑罰法規の構成要件の要求する所であるの故を以て既に、刑事裁判官は名譽毀損の主張の眞否についての證據を取調べることを余儀なくされる者であるか、又は少くとも全事件を取扱つた者として、評判の原狀回復に必要な事實上の認定を爲すのに一番適した者である。加之刑事訴訟手續に特有な職權主義と糾問主義とは、民事訴訟に於て認められて居る——よしんば今日では餘程弱められた形式に於て認められて居るに止まるにせよ——當事者遂行主義や辯論主義の原則よりも遙に此の確認に適するものである。蓋し是等の原則は傀儡たる人物に對して遂行される確認手續に依る濫用の危険、從つてまた避くべからざる有害な結果を免れない作用並に反動作用を伴ふ似而非なる評判の原狀回復の危険を包藏するものであるからである。加之將來の刑事訴訟手續の民衆的であることの斟酌も亦、成るべく刑事訴訟手續自體に於て、又は之に附屬

せしめられ若は之に近似せしめられた手續に於て、被害者の名譽の回復にとつて必要な事柄を行ふことを要求するものである。刑事裁判官が正常な目的を追求したと云ふ廉を以て名譽毀損者に無罪を言渡すことを餘儀なくせられ、名譽毀損の主張の事實上不當であることの確認を求め、請求を引つくるめて被害者を他の手續や他の官署——民事裁判官なり、非訟事件裁判官なり乃至はまた常設の名譽裁判所なり——に附託することを強制されると云ふが如きは、民族中の男子の恐らく理解し兼る所であらう。訴訟經濟の理由から、また將來の刑事訴訟法の民衆的であることからして既に、一般的に被害者の財産權上の損害を賠償するの目的を以て所謂附隨訴訟 *Adhäsionsprozess* の制度を設けることを要求するのだとすれば、それよりも名譽毀損の場合に評判の原狀回復を處罰や刑事裁判官（若は治安判事）の面前に於ける手續と結び付けることの方が、どれ丈必要であるか判らない。

是等の理由並に考慮は刑事訴訟法委員會をして、將來の刑事訴訟手續に於ては名譽の保護を遂行する上に、原期として左の見地に立脚するの決意を爲すに至らしめた。

(1) 評判の原狀回復を求める被害者の請求は、犯人の處罰を求める被害者の請求と相並んで獨立して斟酌を受けるに値ひするものであること、

(2) 名譽毀損の主張が刑事訴訟手續又は治安判事手續の客體である場合にあつては、是等の手續は同時に不實を確認することに依つて評判の原狀を回復するの任務をも擔當することを必要とすること、

(3) 特定の事由に因り名譽毀損の廉を以てする刑事訴訟手續を認める餘地がない場合にあつては、不實の確認並に評判の原狀回復については刑事裁判官若は治安判事に依つて遂行される確認手續を規定することを必要とするものであること。

刑事訴訟法委員會は其の起草に係る草案の第四編に於て「特別手續」を取扱ひ、其の中に「被害者の名譽の保護」と題する一章を設けて居る。以下に於ては委員會の提案に依ると、被害者の名譽保護の遂行は細目に互つてどう云ふ風に考案されてあるかを詳細に説明しやうと思ふ。便宜上説明を次のやうに區分する。先づ第一に繫屬中なる刑事訴訟手續内に於てする名譽保護の遂行を論じ（第二節）、次に評判の原狀回復の爲の獨立の確認手續は、檢事に於て刑事裁判官の面前に於て遂行し得るものであることを論じ（第三節）、最後に——附録として——治安判事手續に於てする評判の原狀回復の遂行を論ずることとする（第四節）。

第二節 名譽毀損の故を以て繫屬中なる刑事訴訟手續の範圍内に於てする評判の原狀回復

第一款 適用範圍

此の場合には或る者が他人の爲に其の名譽を毀損せられ、此の他人に對して其の犯行に基いて刑事訴訟手續の繫屬する場合に外ならない。先づ第一に問題となるのは、現行刑法典中では第百八十五條以

下に於て取扱はれ、將來の刑法草案に於ては「名譽毀損」の章中に包含されて居る侮辱のいゝな構成要件、即ち名譽毀損 *Elrabachtung*、誣罔 *Verleumdung*、單純侮辱 *einfache Beleidigung* (特に常人自身に對する事實の主張) 並に死者に對する誹毀 *Beschimpfung* *Verstorbenen* である。其の外他の章では虚偽の嫌疑 *falsche Verdächtigung*——現行刑法第六十四條の虚偽の歸罪 *falsche Anschuldigung*——が此の種に屬する。刑法草案中に於て「獨逸民族の名譽に對する侵害」の章中に設けてある民族指導者に對する侮蔑の構成要件、並に民族指導者に對する信用に對する脅威の構成要件は、個々の特定の指導的人物並に公務員に對する實質的に眞正な名譽毀損を包含するものであつて、只それが同時に民族に對する攻撃を意味し、從つて處罰の問題にとつては此の見地が主眼とせらるべきものであるから、亦此の種類に屬するものである。

刑事訴訟法委員會は是等の名譽毀損のすべてに對して、其の提案に係る「被害者の名譽の保護」と題する特別の章の適用せられんことを欲するものである。蓋し委員會にとつては被害者の評判の原狀回復 *Wiederherstellung des guten Rufs* の必要は、特に斟酌に値ひすること、認められるからである。之に反して此の關係に於ては、不法に刑事訴訟手續に捲き込まれた被告人の評判は如何にして原狀回復せらるべきか、特に無罪の立證されたが爲に因る無罪の言渡と證據不充分に由る無罪とは果して區別出来るものであるかどうか、若し區別することが出来るものであるとすればどう云ふ風にしてゝあるかと云ふ遙に深刻な問題は、本章の關する限りに於ては關心は持たれない。此の後なる問題に對し

ては委員會は、判決主文の形成並に判決に對する不服申立の許否の一般的问题と關聯して態度を決定したのである(是等の章についての論文を參照せられたい)。

第二款 名譽毀損に由つて害を被つた者の刑事訴訟手續への關與

刑事訴訟法委員會に於て原則的に奉じて居る見地に依ると、ナチスの國家では刑事罰を目的として居る手續は専ら檢事の仕事であつて、一に檢事の掌中に置かれてあることを必要とするものである。されば委員會は——從來の法に於けるとは異り——檢事の所謂公訴の獨占を嚴重に遂行し、被害者の手續への參加は一般的には私人起訴 *Privatklage* の形態に於ても、はたまた公訴參加 *Nebenklage* の形態に於ても認めることをしなかつた。併し根本的の態度はかうであるに拘らず委員會は、名譽毀損に基く刑事訴訟手續の場合にあつては、刑事訴訟手續の經過や結果について被害者の持つ關心は、特に著しく大なるものがあるのであると云ふ事實を默看することは出来なかつた。かくの如き手續は實に獨り被告人の處罰を主眼とするのみに止まらず、同時に被害者を淨化する爲のものでもあるのである。名譽毀損の主張の内容の眞否が解明せられないで置かれてあるのは、被害者の名譽に重大なことであつて、從つて事實上被害者は或る程度まで云はゞ輿論の法廷の前に裁かれる被告人たるものである。かくの如き考慮は必然的に、名譽毀損の故を以てする刑事訴訟手續には、被害者に積極的の參與の權能を與へるの結果を導かざるを得ない。

從つて委員會は原則として、名譽毀損の廉を以てする手續に於ては、己れの名譽を保護する爲並に

己れの名譽の原状回復を行ふ爲に、みづから行動するの權限を被害者に與へると云ふ建前を執り、被害者には常に公訴提起の事實を通知すべきこと、及び被害者はみづからの請求次第で公判手續に参加し、公判や準備的證據調の場所並に時日について通知を受けることを得しめること、公判に参加し、證據の申出を爲すことを得しめること、被害者の請求のあつたときは其の所存を聴くことを必要とすること等を提案した。

委員會は名譽毀損の廉を以てする手續に於て先づ被害者自身に以上のやうな權限を與へやうとして居るのである。妻の被害の場合にあつては婚姻的共同生活の成立して居る間は、夫も亦此の權限を行使することが出来ることになつて居る。被害者が行爲無能力者又は限定行爲能力者である場合に於ては、其の權限は法定代理人又は本人の世話をする權利者 *Vormünderliche* に於て之を行使することが出来ることになつて居るし、十八歳以上の限定行爲能力者の場合に於ては、本人自身に於ても是等の權限を行使することが出来ることになつて居る。死者が誹毀されたとき、又は被害者が死亡したときについては、生存して居る配偶者並に親屬の爲に相當の權限が提案せられた。

かやうな次第で被害者は評判の原状回復が問題たる限りに於ては、實際上は今日公訴參加人 *Nebenkläger* の地位を與へられることとなるであらう。被害者を公訴參加人と區別せしめる所以のものは、只根本的事項、即ち手續の刑事的半面は檢事のみ保留せられ、處罰の問題、特に刑量の問題に關しては被害者の辯護人にとつては余地は全然剩されては居ないと云ふこと丈に過ぎないのである。

る。

第三款 名譽毀損の主張の眞否の職權を以てする解明並に判決理由中に於ける確認——解明についての制限

刑事訴訟法委員會の提案の中心に位するものは、名譽毀損の廉を以てする手續に於ては裁判所は被告人が刑を言渡されない場合にあつても、職權を以て名譽毀損の主張の眞否について確認を爲し、審査の結果を判決理由中に於て説明するの義務を負ふと云ふ原則である。

委員會は其の提案に係る章の劈頭第一に此の原則を掲げて居るのであるが、此の原則は實體法の構成上主張された事實の客觀的不實が構成要件の條件たる場合については、誣罔や虚偽の嫌疑の場合に於けるが如く決して新規の事柄を意味するものではない。また正常な利益の追求が問題とはならない名譽毀損の場合についても、決して新規の事項を意味するものではない。蓋し此の場合にあつては主張された事實の證明し得られることは、刑罰阻却事由 *Strafaußschließungsgrund* を成す次第であるからである。是等すべての場合を通じて實體法の構成は既に裁判所をして、職權を以て主張の眞否を解明することを餘儀なからしめる。委員會の提案中で從來の法律に較べて決定的な新規な點は、それが「被告人が正常の利益を追求するの故を以て、又は他の理由に因り無罪を言渡された場合に於ても、主張の眞否の解明を明示的に裁判所の義務たらしめて居る點に存するものである。「公訴が棄却することを必要とする場合」にあつても亦同様である。即ち委員會の提案に依ると將來は、正常なる

目的を追求したものであると云ふ理由を以て被告人には無罪を言渡すことを必要とする次第なのであるから、此の問題は解決しないで置いて差支ないと云ふやうな不精な理由を以てして、裁判所が被告人の主張の真否の解明を免れるのを明示的に禁止するものである。また委員会の提案に依ると、裁判所はさなくとも既に犯行當時に於ける被告人の責任無能力の故を以て其の無罪の言渡を必要とするものであると云ふ理由だとか、又は犯行が恩赦せられたるの故を以て、乃至は被告人は不可侵權を享有するものなるの故を以て公訴を棄却することを必要とするものであると云ふ理由だとかに由り、解明を免れることも出来まい。寧ろ委員会の提案は是等すべての場合を通じて、無罪の言渡又は公訴の棄却に先だつて緊屬中なる刑事訴訟手續に於て名譽毀損の主張の真否が解明せられ、此の審査の結果が判決理由中に於て明かにされるについての十分な保障を與へるものである。

とは云ふもの、此の原則を完全に貫徹して全く例外を認めないと云ふのは餘りに極端であつて、他の重要な利益と衝突する虞がある。従つて多少の例外を設けることは必要である。そこで委員會は次のやうに提案した。

(a) 實體法上必要である公訴の命令が存在しないの故を以て公訴を棄却することが必要である場合にあつては（又は類似の手續上の障礙を存するの故を以て公訴を棄却するの必要のある場合にあつては）、評判の原状回復に役立つ名譽毀損の主張の真否を解明する餘地は全くない。著しく政治的色彩を有する名譽毀損の若干の場合、例へば指導的地位に在る人物を侮辱することに由つて民族指導當局

を侮蔑するやうな場合は此の種類に屬するのであつて、此の場合にあつては刑法草案は公訴を行はなことを命令するの權を國司法大臣に與へて居るのである。かくの如き場合に刑事訴訟手續の遂行を妨げる外交上若は内政上の理由は、普通全然裁判所に由る解明の遂行を妨げるものである。蓋し己れの評判の原状回復についての被害者の利益は、社會公共の利益の前には屏息せざるを得ないからである。

(b) 主張が眞實であると否とには關係なく實體法が處罰を法定し、眞實の立證を許さないものと宣言して居る場合にあつては、評判の原状回復を目的とする不實の解明も爲すことを許されない。此の場合には主として所謂不遠慮犯罪 *Indiscretionsdelikt*、換言すれば他人の個人的生活若は家庭生活に關する名譽毀損の主張であつて社會公共には關係のないものが、理由なくして公然主張せられ若は流布せられる場合である。實體法を形成するに當つて立法者の追求する意圖は、私生活上の秘密が必要もないのに法廷で曝露されるのを阻止しやうとするにあるのであるけれども、若し評判の原状回復と云ふ廻り道を通ることによつて私生活上の秘密を刑事裁判官の前に曝け出すことが出来るとするならば、立法者の意圖は全く齟齬させられて了ふこととなるであらう。さればこゝでは被害者の利益に對する充分な理解の上から見て、刑事裁判官には眞否の解明を全然禁止せざるを得ない。

(c) 國家竝にナチス黨の公務員の服務上の發表竝に學問、藝術、營業若は其の他の仕事に關する非難的表示は、刑法草案に依ると——現行法第九十三條に於けると同じやうに——其の客觀的に不當

の場合にあつても、犯人が善意で行爲を爲したのであるときは罪となる侮辱は成さないものである程度に於ても、特別に取扱はれて居るものと謂はなければならぬ。此の後なる條件にして該當する場合にあつては、委員会の提案に依ると裁判所は評判の原状回復の見地の下に主張の眞否を解明するの義務を負はしめられることになつて居る。是等の場合に於ては委員会としては、刑事裁判官は解明行爲を行ふ爲に正常な官署であるとは考へなかつたのである。

(d) 最後に委員会は一種の一般的條款を以てして、被害者が解明につき正常な利益を持たない場合には、一般的に主張の眞否を解明する刑事裁判官の義務を免じやうとするものである。此の一般的條款は裁判所をして訴訟經濟の要求を斟酌し、些細の訴訟沙汰を取締ることを可能ならしめるのを目的とするものである。

第四款 被害者の特別の確認の申立に基く判決中に於てする不實の確認

第三款について述べた、職權を以て名譽毀損の主張の眞否を解明し、審査の結果を判決理由中で説明すると云ふ刑事裁判官の義務は、評判の原状回復を求める被害者の正常な要求に既に廣汎な範圍に互つて斟酌を拂つて居るのである。前記の除外例の一つが該當しない限りには、己れを淨化するの道が之に由つて既に被害者の爲に確保されてある次第である。けれども此の淨化作用を外部に對しても成るべく目に立つやうにしやうと云ふ念から、委員会は被害者の申立のあつたときは判決中で、換言すれば判決主文自體中で名譽毀損の主張の不實についての確認を行ふことをも規定してあるので

あつて、獨り判決理由中のみに於て確認を行ふことを規定されて居るに止まるものではないのである。此の革新は從來の法律中に全然匹敵を見ない所であつて、此の革新を以てして委員会は、評判の原状回復と云ふことをどんなに重大に考へて居るのであるか、どの程度まで委員会は罪責問題並に刑罰問題と相並んで評判の原状回復に、獨立の意義を認めて居るのであるかを示して居るものに外ならない。

判決主文中でかくの如き確認を許すについての實際上の需要の存在して居るものであることについては、争の餘地はない。けれども此の必要は手續が誣罔又は虚偽の嫌疑に因る被告人の有罪の言渡を以て完結して居る場合に於ては、余り緊切なるものではない。蓋し誣罔又は虚偽の嫌疑の故を以てする有罪の判決は、既に間接的に何人もに名譽毀損の主張の客觀的不實の確認されたことを識認せしめるものであるからである。誣罔又は虚偽の嫌疑の故を以てする有罪の判決が餘りに無色であつて、且又規模の廣大な誣罔や嫌疑の場合にあつては、裁判所が如何なる範圍で不實を客觀的主觀的に確認したかを識認することの出来ない程度に於ては、此の種の有罪の言渡は評判の原状回復の任務を完全に果すことが出来るものではないのは云ふ迄もない。刑事訴訟手續が名譽毀損の廉を以てする被告人の有罪の言渡を以て終結する場合にあつては、判決主文中に於てする確認の必要は特に緊切なるものがある。蓋し此の場合にあつては評判の原状回復の問題にとつては、主張の眞實が確認されなかつたと云ふこと丈が判決主文から間接的に推論されるに止まり、不實が明にせられたか、又は立證不可能

の結果のみを生じたに止まるかと云ふことは、名譽毀損の廉を以てする有罪の言渡からは明白とはならないのであつて、只判決理由を閱讀することに由つてのみ明かにすることが出来るに過ぎないのである。されば此の場合にあつては被害者は、裁判所の行つた不實の認定が餘り大衆を目當として居ない、又は少くとも大衆に知れ互るのに極めて困難なるものがある判決理由中に於てのみに止まらず、判決主文自體中に於て明確に言明されることにつき非常な利益を有することがあり得るのである。最後に最も緊切なのは被告人に對する無罪の言渡又は正當なる利益の追求、責任無能力、恩赦等の理由に因り公訴棄却を行ふことを必要とする實際上頻繁に發生する場合に於ける、判決主文中に於ける確認の必要である。是等の場合に於ては委員會の提案する所である革新は歓迎すべき進歩であることが明白であるであらう。

云ふ迄もなく此の場合にあつては直ちに困難な問題が生ずる。即ち評判の原狀回復を目的とする判事の宣言は判決主文中ではどう云ふ風に言明せらるべきであるか。問題全般の解決は此の派生的問題の満足な解答に依つて左右される。委員會に於ては此の派生的問題が特に詳細に論ぜられたのであるが、之を完全に解決し去ることは恐らく全然不可能である。一面に於ては評判の原狀回復の要求に出來る限りの——即ち若し出來得べくんば百パーセントの——公正な處置を發見すると共に、他の半面に於ては生活事實の中には立證の困難の避くべからざるものがある爲に半分丈の淨化しか行ふことは出來ず、半分丈の認定からは恐らく利益よりも遙に超えたる損害しか有し得られないと云ふやうな、

危険を豫防する道を發見するのが肝要なのである。

此の場合二つの解決方法がある。われ／＼は之を普通の標語の形式を以て、判決主文を一つにするか、二つにするかと云ふ對句の形で言明することが出来る。此の二つの解決はそれ／＼に長所と短所とを具せ有する次第なのであるから、之を對立させて比較考量することが肝要である。

第一の解決方法は公判が名譽毀損の主張の不實を明かにした場合と、不實も眞實も何れも共に明かにすることの出來なかつた場合、即ち主張の内容が立證不可能であつて其の程度に於ては *non liquet* (不明白) を存する場合との間に全然區別を立てやうとはしないのである。即ち此の解決方法は二つの種類につき同一の寧ろ中立的な判決主文を規定するものである。例へば主張が「眞實なりとして立證されなかつた」とか、又は「眞實の立證は失敗に終つた」とか若は「眞實の立證が行はれなかつた」とか云ふやうな判決である。此の判決主文を一つにする方式の長所は明白である。此の方式は被害者が不實の立證を試みて失敗に終り、他面被告人も亦眞實の立證に成功することの出來なかつた場合に、完全に淨化されて居る者と同一の地位を被害者に與へるものである。けれども此の長所は同時に其の弱點でもある。蓋し此の解決の半面は不實の完全な證據を擧げた被害者に、*non liquet* (不明白) の生じた者に於けると同一の地位しか與へないと云ふことに外ならないからである。此の後なる中途半端が果して忍び得られることであるかどうかとは問題であつて、委員會は之を消極的に解決したのである。

先づ全然特定した事實が主張され、證據狀況 *Keweisung* はあらゆる構成要件の標識に於けるよりも困難でない名譽毀損の場合を眼中に置いて考へるときは、中立的な統一的判決主文が評判の回復を求め、被害者の要求を、原則として公正に取扱ふものでないことは明白である。例へば區裁判所判事甲が特定の夜特定の夜明し料理店で賣笑婦と巫山戯合つたと云ふ事實が主張された場合、又は郡長乙が營業の許可を興へるについて丙から千マルクの收賄をしたと云ふことの主張された場合、又は大都會の不動産局長丁が豫め己れの傀儡たる人物に附近の土地を買収させて置いて、其の上で一定の道路の開設を行つたと云ふことの主張された場合について想像せられたい。是等の場合に於て甲が當該の夜には同僚と出張中で不在であつたと云ふこと、又は乙が賄賂金を突き返し、丙を直ちに檢事に引渡したと云ふこと、又は丁が最後まで道路の開設には反對でありまた決して土地の買収に狂奔した事實のないことが明確に立證されるならば、判決は明確に主張の不實であることを確認すべきであつて、主張は眞實として立證されなかつたとか、又は眞實の立證は行はれなかつたとか云ふやうな、どちらとも付かない中立的な判決主文を以て満足しないこと、竝に名譽毀損の非難については何等か解明せられないである點のあるかの如き疑念を起させるやうな字句を選ばないことは、正義の命ずる所であり、民衆的な裁判の要求する所なのである。公判の結果上百パーセントに是認されてある者は、當然百パーセントの雪冤を受けるに値ひする次第であつて、他の案件が五十パーセントの雪冤しか出來ないのであるからと云ふ丈の理由を以て、五十パーセントの雪冤にみづからを制限する譯にはいかな

のである。之に反して證據調が事態を完全に明白ならしめることが出來ないで、*non liquet* が存在して居る場合に於ては、甲も乙も丁も判決主文中に於ては主張の立證の不可能、若し立證の不舉行より以上のことを證明する譯にはいかないと云ふことについての、理解をも有するであらう。

所謂特定の事實の主張については判決主文に區別を立てると云ふことは必ずしも困難ではなく、然もそのみが公正にして民衆的な司法に合致する所以であることは、以上述べた所に依り殆ど疑義を容れるものではないけれども、所謂不特定の事實の主張については事柄は遙に困難で曖昧である。所謂不特定の事實の主張は日常の生活に於ては稀に見る所ではないけれども、そしてまた當然の事理として複雑な案件計り集積されて居る最高裁判所の判決集中にも随分頻繁に出て來るには來ても、決してそれが原則を形成するものではないのである。委員會は不特定の事實の主張のかくの如き場合をも眼中に置いた。例へば「甲女は男と關係して居る」とか、又は「乙は若い時分に同性愛的傾向を示した」とか云ふ主張の如し。委員會は、かくの如き場合に於ては、舉證の困難は遙に大なるものがあつて、人間の認識の淵源は反對事項の確實な立證を必ずしも常に可能ならしめるものではなく、従つてまた主張が不實であると云ふ確證は不可能であると云ふことを看過しなかつた。けれども委員會は、是等の場合に於ても普通區別は立てることが出來るのであつて、證據調の結果主張は全然根據がないものであることや、主張には全然事實上の基礎が缺けて居て一般的に行はれた非難の具體的立證 *Substantiierung* が試みられなかつたことが明白となつた場合と、證據調の結果が必ずしも明確で百バ

「セントたるものでなく、寧ろ non Inquet を存する他の場合とは區別する必要があるものであると云ふ見解であつた。されば委員會にとつては所謂不特定の事實の主張についても、確認の判決主文に區別を立てる充分な餘地を剩すものであると考へられた。委員會は此の場合實生活が多岐多端であり、且證據調の結果についてはあらゆる可能性の想像し得られるの事實を斟酌して、特定の窮屈な確認判決の判決主文に判事を固定させることをせず、寧ろ己れの裁量に従つて確認判決が取調の結果を最もよく反映させるやうに、判決主文を形成する自由を判事に與へるのを適當とするものと考へたのである。

委員會は此の考慮に基いて判決を形成する上に次のやうな規律を提案した。

公判に於て名譽毀損の主張の不實であることについての證據が提出された場合には、裁判所は主張の不實であることの立證されたのを確認する。公判は主張の不實であるの結果を明かにしはしないけれども、主張は全然根據がないものであること、又は事實上の基礎は全然缺けて居るものであることを明かにしたときは、裁判所は此のことを言明する。

以上の條件にして具はらないけれども、主張の眞實であることの證據も提出されないときは、裁判所は主張の眞實であることが證明されなかつたものとして確認する。けれども別様の確認が公判の結果をもつと適切に反映する場合にあつては、裁判所は別様の確認をも爲すことが出来る。眞實の證據が提出されたか又は被告人が主張を爲しもせず又は流布もしなかつたときは、裁判は

確認の申立を理由なしとして却下する。

委員會は此の規律に依つて評判の原状回復を求める被害者の正常な要求に、最もよく役立つことが出来ると思惟するものである。被害者が其の或は言渡さるゝことあるべき確認の判決主文の一樣でない爲に賭することを餘儀なくされる或る程度の危険は、被害者に於て忍ばなければならぬことである。此の危険なくしては百パーセントの雪冤の機會は當初からして塞がれて了ふこととなるであらう。實際の話どの訴訟も危険なしに済むものはないのである。此の避くべからざる危険を斟酌して委員會の提案は、判決主文に於ける確認を被害者の特別な確認の申立に繋らしめて居る。被害者は控訴審に於ける最終の演述の終結する迄に、此の確認の申立を爲すことを必要とするのであつて、控訴判決の言渡があるまでは自由に之を取消することが出来ることになつて居る。即ち被害者は最後まで事實上の危険の大小を比較考量して、敢て此の危険を負担する道を選ぶか否かをみづから決定することが出来るのである。被害者が確認の申立を爲すときは、被害者は手續の關係者たるの正式の地位を占めるのであつて、被告人とほゞ同一の權利を有することになつて居る。只手續が確認の請求に關する限りに於てのみに止まるのであることは、素より言を俟たない。

第五款 確認の効果——上訴

以上述べた所に由つて明白であるやうに、刑事訴訟法委員會の提案は名譽毀損の主張の眞否の解明並に其の雪冤の目的を達成する爲に、被害者に二つの道を開いて居る。即ち被害者は、裁判所が——

職権を以て且また被害者自身に依つて幫助されて——解明を行ひ、其の審査の結果が専ら判決理由中に收容されるのを以て満足することが出来し、或はまた被害者は自分自身訴訟關係者となり判決主文自體中で其の申立について併せ裁判されるの効果を以て、正式の確認の申立を爲すことも出来る。被害者が何れの方法を執るかに従つて、法律状態は確認の効果並に適法な上訴に關してまら／＼に形成される。

被害者が正式の確認の申立を爲さないときは、裁判所は公判の結果上必要な確認を専ら判決理由中に行ふ。此の場合に於ては其の爲したる判決理由の一部としての確認には、確定力は與へられないものであることは、判決理由の他の部分に於けると同様である。確認の内容が被害者を満足させないでも、被害者は——手續に關與しなかつた者として——不服申立の方法を持たない。被告人の側よりする確認に對する獨立の不服申立は、被告人が「判決に由る不服」の場合に一般の規定に従つて上訴を提起することが出来る程度に於てのみ、問題となるに止まるものである。

之に反して被害者が正式の確認の申立を爲したときは、被害者は委員會の提案に依ると、判決が確認の申立に關する裁判を包含する程度に於ては、獨立して判決に對して不服を申立てる權限を有することになつて居る。被告人の上訴に關する規定が準用されるのであつて、即ち被害者はそれがどう云ふ判決に關するものであるかに従つて、普通の規定上適法な控訴若は上告を提起することが出来るのである。被告人並に檢事に依る判決に對する不服申立については、通常の規定が準用される。被害者

のみが上訴を提起した場合に於て、上訴に基いて確認の申立に關する裁判が廢止せられ若は變更される場合に於ては、變更が既に確定した判決の部分であつて罪責問題や刑罰問題に關する所のものにも、作用を及ぼす状態の生ずることがあり得る。委員會の提案に依るとかくの如き場合に於ては裁判所は、判決の不服を申立てられない部分にも其の裁判を及ぼすことに由つて、實體的正義の要求を斟酌することを得しめられることになつて居る。其の細目に互つて詳論することは、今こゝでは許されなす。

判決主文中に於て——獨り判決理由中に於てのみに止らず——行はれた確認（又は確認の申立の却下）が形式的に確定したときは、此の確認は實體的の確定力をも有するのであつて、後來同一の被告人に對して同一内容の主張の故を以て刑事訴訟手續を遂行することを必要とするなどの刑事裁判官や、どの治安判事をも羈束する。此の確定力の効果が他の種類の裁判所、例へば民事裁判所にも及ぶ旨を規定すると云ふことは、其の他の刑事判決の場合に於けると同様此の場合餘り適當ではない。われ／＼は其の程度に於ては、特別の法律の規定はなくとも其の實質的内容に應じて、どの判決もの及ぼす自然の決定的効果を信賴することが出来るのである。確定力を手續に關與しなかつた者——同一内容の主張を爲した他の犯人であるにせよ、又は有罪を言渡された主張に因つて併せ影響を受ける他の被害者であるにせよ——に及ぼすのは委員會の適當と思惟しなかつた所である。蓋しかくの如きは正義の要求や正式の訊問を求める一般的の權利と兩立し難いものがあるからである。即ち確認の請求は只

interpartes (當事者の間) に於てのみ作用を有することになつて居るのであつて、何人に對しても作用を及ぼすものではない。是で實際上被害者の雪冤の要求には普通満足を興へることが出来るであらう。

當事者間に於ける確定力の効果につき確認の判決が不實の確認 (又は主張の全然根據のないこと) を言渡して居るか、又は主張の眞實であることの證據が擧げられないこと丈を言明して居るのみに止まるかに従つて、區別を立てべきものであるかどうかは疑問たることがあり得やう。前の手續が主張の眞實若は不實に關して non liquet の結果を生じた後なる場合に於ては、後の手續——同一の關係者間に於ても——に於て新なる事實若は證據方法に依り、前の non liquet の結果を否認する丈の權能の興へられることを必要とするのは明白である。けれども此の權限は實質上再審狀態に合致する次第なのであるから、不實の確認を言渡した確定の確認判決に對しても此の權限を興へるに於て別に懸念することはいらぬであらう。けれども確定力の效果に對する此の例外を一般的に規定する以上は、いろいろな種類の確認の請求について確定力の效果に關する區別を設ける必要はない譯である。されば委員會は此の點に區別を設けることを企てなかつた。

第三節 刑事裁判官の面前に於ける獨立の確認の手續に依る名譽の保護

第一款 獨立の確認の手續の適用範圍竝に條件

名譽毀損に因る通常の刑事訴訟手續は、それが公訴の提起及び刑事訴訟手續の遂行に迄到達する場合に限り、評判の原狀回復の任務を負ふことが出来るものであるが、公判に先だつて既に被告人は名譽毀損の主張をするにはしなけれども、正當な利益を追求したのであるが爲に又は其の他の理由、例へば犯行の當時責任無能力であつたが爲に確實に被告人の無罪の言渡を期待し得ること、又は刑事訴訟手續が例へば恩赦に因り若は被告人の不可侵性の故を以て、當初からして遂行不可能であることが判明した場合にあつては、被害者の雪冤の爲の一番簡單にして一番便宜な方法が杜絶されて了ふ譯である。是等の場合に於ては、有罪の言渡や處罰を目的とする公訴を提起せんことを檢事に強ひるのは不合理であらう。此の場合にあつては評判の原狀回復を目的とする手續、即ち本來の刑事訴訟手續ではなくて、獨立の確認手續 *Feststellungsvorhaben* である所の手續丈しか問題となることは出來ない。

是等の場合にあつても名譽毀損に因つて害を被つた者の正當な要求を斟酌する爲に、刑事訴訟法委員會の草案は獨立の確認手續を規定して居るのであつて、此の手續は檢事が刑事裁判官の許に繫屬せしめるものである。即ち檢事は名譽毀損の主張を爲した者又はかくの如き主張を流布した者が正當な目的を追求したのであるが爲に、又は其の他の理由に因つて無罪を言渡さざるを得ず、若は刑事訴訟手續それ自體が遂行不可能であるの故を以て名譽毀損に因る公訴の提起若は遂行を見合はせ、又は裁

判所が公判の命令を拒む場合には、被害者が検事の許に主張の不實についての確認を招来せんことを求める申立を爲す以上は、犯人に對して確認の訴 *Feststellungsklage* を起すことになつて居る。

とは云ふもの、一切のかくの如き場合に於て、獨立した確認の訴を起すことを検事の義務たらしめるのは、餘りに極端に走るの嫌があるであらう。刑法草案が些細な侮辱事件 *Bergeltbeleidigung* を治安判事手續に附託するのを許すことに由つて検事や刑事裁判所の負擔を軽減して居るやうに、検事は民族協同體の立場から見て裁判所の判決を以て主張の眞否を解明することが必要である場合でなければ、獨立した確認の訴を起すべきではないのである。實際上検事は主張の内容又は關係者の人物の然らしめる所として特に重大な意義を有する名譽毀損の主張に對してのみ、かくの如き確認の訴を提起するのであつて、さもない場合には検事は被害者の雪冤の要求に對して治安判事手續の方法を指示すべきである（第四節を参照）。

第二款 獨立の確認手續の經過

被害者が確認の申立を爲し、検事が獨立の確認手續の開始を決意した場合には、委員會の提案に依ると、検事は己れの選擇に従つて區裁判所判事、參審裁判所又は刑事部に訴——所謂確認の訴——を提起する。普通其の前提となつて居る事件の意義の然らしめる所として、參審裁判所若は刑事部のどちらか一つに提起するのが常である。訴狀は刑事訴訟手續に於て普通に行はれて居る公訴狀と一致するものであつて、只此の訴狀は仔細に表示してある主張の不實についての裁判所の確認のみを求めるべきである（第四節を参照）。

申立に終つて居るの丈が違つて居るに過ぎない。此の確認の訴については口頭辯論に基き刑事裁判官が、刑事訴訟手續について適用のある規定を準用して判決を以て裁判する。此の場合一方の側には被害者に幫助されて居る検事があり、他の一方の側には主張を爲した者若は主張を流布した者が申立の對手人として兩々相對立し、被害者は此の場合刑事訴訟手續に併合されて居る獨立でない確認手續中に於けると同一の地位を有し、申立の對手人は大體に於て刑事訴訟手續に於ける被告人と同一の權利を有する。此の手續は判決を以て終結するのであつて、此の判決は實質上義に第二節第四款及び第五款に於て述べた意味に於ての確認の判決に相當し、上訴竝に確定力の效力に關しては確認の判決と同一の地位を有するのである。

最初の見込に反して辯論中に、例へば正常な利益の追求の援用若は恩赦が犯人の爲に認められないの結果として、罪となる名譽毀損を存するものであることが明かとなつたときは、検事は刑事訴訟手續に移行せんことを求める請求を爲すことが出来る。此の場合にあつては確認の訴は直ちに公訴に代るのであつて、刑事訴訟手續について適用のある規定に従ひ、第二節第三款、第四款、第五款に述べた原則に従つて辯論及び裁判が行はれるのである。

第四節 治安判事手續に於ける評判の原狀回復

新刑法典草案が、検事は將來些細な名譽毀損の場合にあつては刑事訴追を見合はせることが出来る

旨を規定して居るのは、曩に既に一言した通りである。此の検事の無關心に因つて是等の些細な侮辱事件は或る程度まで其の刑事的性質を失つて了つて、刑法竝に刑事裁判所の手續の範圍から除外される。被害者は非刑事的の見地の下に、換言すれば阻碍された法律的平和の原狀回復を目的として、治安判事法に依り新に設置すべき治安判事の面前に此の種の侮辱事件を持出すことが出来る。是と共に些細な名譽毀損の大多數に關しては、被害者の評判の原狀回復につき配慮を爲すべき任務は全く當然に治安判事に歸屬する。否、此の任務こそ正しく治安判事の主たる任務の一つたるものである。係争當事者 Streitpartei の和解的論議 sühliche Aussprache に依つて名譽毀損の主張の眞否を解明し、必要の場合には補充的證據調をも行ふのは往々にして平和の原狀回復の第一の條件たるものである。従つて和解的論議は何よりも先づ理由なしとして承認された名譽毀損の任意的取消、相當な名譽の宣言 entsprechende Erklärungs- 又は免責 Entschuldigungs- を達成するのに努める。されば委員會の立案に係る治安判事法の草案——是は別の章に於ける特別な報告のテーマたるものであるが——は、治安判事の判決權の發露として「評判の原狀回復の爲の確證を爲す」と云ふ其の權限を明示的に掲げ、治安判事が犯行を處罰するに當つて爲すことを得べき處分を究明するに際し特に、治安判事は「犯人が任意的に被害者に満足を與へた場合、特に犯人が名譽毀損の主張を取消し又は己れを相當に免責する場合」には、犯人に對する處分を見合はすことが出来る旨を特に指摘したのである。

更にそれ以上に互つて治安判事法は特別の規定を以てして、名譽毀損の被害者が治安判事手續に於

て、和解的調停に由つて既に其の追求する原狀回復の與へられない場合には、主張の眞否の解明竝に其の評判の原狀回復に必要な確證を貫徹することが出来るやうに配慮して居る。また被害者は刑事訴訟手續に於けると同じやうに、不實を確證することを求める申立を爲すの權利を有することになつて居る。此の確證の申立は治安判事を強制して、犯人が正當な目的を追求したのである爲に、又は其の他の理由に由つて犯人を訴追することの出来ない場合に於つても、主張の眞否について確證を爲さしめる。只曩に第二節の第三款に挙げた例外を存する場合に於ては、治安判事にとつて此の義務は成立しないのであつて、主張の眞否について解明や確證を爲す餘地は剩されない。確證の申立は訴の成分を成すのであつて、それを提出することによつて被害者は治安判事の面前に於ける手續の進行を開始せしめるものであるけれども、手續の進行中にも尙ほ此の申立を爲すことが出来る。治安判事は和解的調停の目的を達成することの出来ないときは、辯論の結果に基いて治安判決 Friedensspruch を言渡すのであつて、被害者が確證の申立を爲したときは、治安判決の主文中に主張の眞否についての其の確證の結果を收容する。此の確證判決の内容については治安判事法は、曩に説明した新刑事訴訟法草案の規定の參照を要求して居るのである。

治安判事法は普通治安判決に對する上訴を認めて居ないけれども、治安判決が確證の申立について裁判を包含して居る程度に於ては、治安判決の此の部分の重大なる意義と其の影響の及ぶ所とに顧み上訴を規定して居る。治安判決は其の程度に於ては關係者に於て控訴を以て不服を申立てることが

出来るのであつて、此の控訴は地方裁判所の参審部に向つて爲すものとし、大體に於て控訴についての
の新刑事訴訟法の規定の適用を受ける。治安判事の判決が正式に確定するときは、治安判決中に於て
爲した主張の不實についての確認（確認の申立の棄却）は、刑事訴訟手續に於ける確認の判決と同一
の效力を有する。

以上は治安判事法中に規定してある、名譽毀損に由つて損害を被つた者の評判の原状回復に關する
規定の大綱であつて、若し夫れそれ以上の細目に至つては治安判事法についての特別の報告を参照あ
りたい。

（以下は非常に淡く、ほとんど不可読な文字列が続く）

第十七章 被害者に対する損害賠償

ベルリン大學教授ドクトル・グラーフ・フォン・グライスパッハ

第二節 總 說

被害者が罪となる行為に因る手續の範圍内に於て、此の罪となる行為から由來する民事法の請求權
を主張し、刑事裁判所の手で判決を受けることの出来るやうになつて居る制度を稱して、賠償手續
Entschädigungsverfahren とか、附隨手續 Anschlussverfahren とか又は附帶手續 Adhäsionsverfahren と
か稱する。法律秩序は被害者に向つて、先づ刑事訴訟手續に於て其の請求權を主張することを必要と
するものと規定することが出来る。即ち刑事裁判官に被害者の民事法上の請求權についても裁判する
の義務を負はしめることが出来る。併し乍ら附隨手續をかやうに廣範圍に形成せしめるのは、附隨手
續の本質に適する所以ではないのである。従つて此の廣汎な形成は非認して差支ないのであるが、そ
れにも拘らず真正の附隨手續は設けることが出来る。其の代りに此の制度は刑事事件と民事法上の請
求權とが明確に區別されること、其の一方と其の他方とは別々の手續が規定されてあることに由
つて條件付けられる。此の状態は本來的のものではないのであつて、今日でも少くとも同一の事實關

係が刑法的に處罰すべき罪責の問題と、損害賠償の義務若は其の他犯人の給付の問題を生ぜしめる場合にあつては、民衆の觀念に合致する所以たるものではない。成る程今日では刑事事件と民事訴訟事件の區別を撤廢して了つて、只一つの手續を規定すると云ふ考案を立てる譯にはいかない。否、差當つての所では刑事事件の公法的性質の高調されること益々大なるに従つて、民事事件と刑事事件との二種の事件の間隙は、必然的に尙ほ一層擴大されざるを得ないのであるかの如き、外觀を有するものと云ふことが出来るかも知れない。併し乍ら刑事事件の公法的性質を有するものであることは誠に正常なことであり、新刑法典草案中に於ても顯著となつて居るのであつて、其の趨勢は新刑事訴訟法中に於ても愈々以て顯著ならしめられつゝあるのであるけれども、訴訟事件の他の部分の純然たる私法の見解の、追々弱つて居ることも決して看過する譯にはいかない。此の變動と民事訴訟手續に關する最近の改正法との間には、明白な内面的の關係が成立するものである。従つて前記の外観は間違ひであつて、大體として觀察すれば發達の趨勢は、二種の訴訟手續の間隙を深遠ならしめる方向を辿つては居らないで、寧ろ兩者の間隙を減少せしめる方向に向つて居るのである。此の發達はまだ決して完結して居るものではないと云ふ見解を奉ずるにしても、はたまた此の間隙を出来る丈埋めて了ふのを以て發達の目標と見るにしても、乃至はまた反對の見解に傾くにしても、現在の所では兎に角附隨手續を施行すべきであるか否か、問題であると謂はなければならぬ。

此の問題は既に數世紀來のことである。われ／＼は時あつてか賠償手續を採用すると云ふのは、外

國法を踏襲することを意味するものであるとか、それは獨逸法にとつて全然新規な事柄であるとか、云ふ風に見る見解にぶつかるのであるが、賠償手續の根源如何の問題に至つては必ずしも充分には解明せられて居ないにしても、法制史の教へる所では右に擧げた二つの見解は不當なのである。既に中世に於て、恐らくは裁判所の慣行に基いて、一種の附隨手續が成立して居つて、獨逸普通法の刑事訴訟手續に於ては外國法の制度とは無關係に發達を遂げ、十九世紀中葉の獨逸各邦の邦法に於ては最も汎く流布して居たものであるが、十九世紀後半の各邦の訴訟法の多くのものは、却つて之を認めないやうになつて來て居る。けれども統一獨逸帝國の爲に訴訟法典を編纂することを志すやうになつた時代には、多數の手續法中には尙ほ依然として此の制度の存立を見て居たのであつて、實際また第一章案の如きは附隨手續を規定して居るのであるが、刑事判決中に於ける民事法的判決に對する不服申立を、規律する上に困難を感じて其の施行は失敗に終つた。即ち帝國刑事訴訟法は附隨手續を規定しては居ないのである。是は以上に述べたやうに、技術的の困難に由る獨逸固有の法制の拋棄を意味するものに外ならないのであつて、オーストリア（一八七三年の刑事訴訟法）に於ては附隨手續の制度は引續き存續して居た。

とは云ふもの、帝國刑事訴訟法に依つて民事法上の請求權が、剩す所なく驅逐されて了つた譯ではないのであつて、侮辱罪（刑法第八十八條、第二百三十一條）や傷害罪（刑法第二百三十一條）の場合に、刑事裁判官が被害者の請求に基き、判決を以て之に懲罰金 *Fines* を言渡すことが出来る

のは、周知の通りの次第であるし、また刑法附屬法の幾多の規定に依つても、懲罰金を言渡すことは出来るのである。此の場合被害者にして刑事訴訟手續に於て懲罰金を獲得しやうとする者は、公訴参加人 *Nebenkläger* (懲罰金原告) *Beschädigter* (として公訴に附随することを必要とするのであるが、此の公訴参加の手續を許さるべき、罪となる行為を選定する上に標準となる、實體的の見地を探索するのは恐らく徒勞たることは免れまい。附屬法は暫く度外視するにしても、侮辱罪や傷害罪については、懲罰金を求める請求権が成立して居るのに、不法監禁や家宅侵入や若は物件毀棄等の犯罪については、此の請求権の成立を認めないのは何故であるかは解し難い。即ち現行の法律状態に依ると、被害者が刑事訴訟手續の範圍内で、損害賠償の請求権を獲得することが出来るかどうかと云ふことは、懲罰金請求権の認められて居る範圍に依つて左右される次第であつて、かくの如き状態は決して満足なるものとは稱し難い。

實際また損害賠償手續の問題は、前世紀の七十年代に於ける大立法事業の完結と同時に、終熄するに至りはしなかつたのであつて、學問上の團體も個人たる學者も、附隨手續の復活を盛んに辯護した結果として、一九〇九年の新刑法典豫備草案は既に此の提案を採擇し、由來此の手續の問題は大抵は手續法の取扱ふべき客體であるにも拘らず、豫備草案が實體法中で此の提案を採擇することゝしたのは、損害の賠償を言渡すのは有罪を言渡される本人にとつても、はたまた社會公共にとつても刑罰の効果を著しく深遠ならしめる所以であるからであると云ふのを辯明の辭とし、夫いで刑事訴訟法草案

中で損害賠償手續に關する周匝な規定が爲されたのであつた。

外國の法制を概観して見ると、附隨手續の制度が著しく汎く流布されて居ることが判る。其のオーストリアに於て存續して居ることは前にも既に述べた通りであるが、勿論オーストリアでは損害賠償の問題を、刑事判決中で裁判すると云ふ裁判所の傾向は、必ずしも決して大なるものではなく、多數の場合に於ては被害者は、民事訴訟の方法に於て其の請求権を主張すべき旨を指示されるのであるが、之に反しフランスに於ける損害賠償手續は、完全に成績を擧げて居るやうに見受けられ、刑事訴訟法中に損害賠償手續についての特に詳細な規定を掲げて居るイタリアにあつても、其の結果は良好なるものがあると承知して居る。ポーランド、スウエーデン、ノルウェー、スペイン其の他の諸國も亦附隨手續の制度を持つて居るのである。

附隨手續の制度が民衆的な制度であることは、曩にも既に簡単に一言して置いたのであるが、更に一步を進めて一つの事件が或る裁判所に依つて取扱はれる場合に、刑事的半面からは裁判されるけれども、同時に民事法の半面からは裁判されないと云ふのは、法律家に非ざる者の納得を難しとする所であると、斷言して差支あるまい。被害者に往々にして告訴人として訊問されるけれども、證人として訊問されることは更に多く、裁判所への歩を踏み出さざるを得ない。裁判所では被害者が犯人に對して其の請求を演繹した基本たる犯行について辯論される。事實關係並に罪責問題を完全に解明した上で被告人に有罪を言渡す判事が、被害者の權利の主張をも助けることをしないで、寧ろ被害者は他

の手續を俟つて初めて、其の請求権を主張することを必要とする旨を諭示されると云ふやうなことを、被害者はどうして理解するであらうか。加之訴の提起を受け、之について審問することを必要とする判事が、刑事事件を完結したのと同じ區裁判所判事であることもあり得る。時に同一の問題が取扱はれること益々大なるものがあるに従つて、事實關係の解明が民事事件をも判決に熟せしめること愈々大なるに應じて、法律的の概念と區別の世界には全く通曉して居ない人間にとつては、手續の二元主義は理解し兼ることであらねばならぬ。被害者にとつてはかくの如き二元主義は、權利實現の遷延と作業時間並に費用の損失とを意味し、即ち幾多の不利益を伴ふことであるから、被害者としては手續の分離を是認し難しとするに傾かしめられ易い。

けれども手續の二元主義は獨り被害者の負擔たるのみに止まらず、往々にして裁判所の無用の勞力の費消を意味することがある。事實關係の確認に必要な所の一切の事項を、二度迄も行はなければならぬのであるけれども、こゝに注意しなければならぬのは、證據方法は反覆行使することによつて其の價値を喪失するに至ることである。即ち國家の行動の經濟と云ふ見地も亦、附隨手續の制度に賛成するものである。原則としては刑事訴訟手續の手段を以てして眞實を確保することの出来る見込は充分である。刑事訴訟手續の手段を刑事訴訟手續の爲に施用する以上は、被害者に向つて其の當然被害者に歸屬する所以のものを言渡すのにも、刑事訴訟手續の結果を利用すべきである。更に附隨手續は少くとも第一審の範圍については、同一國家の裁判所が同一の問題をまことに裁判すると

云ふやうな、結果を避けるに足りるのである。云ふ迄もなく主たる問題が充分な理由によつて、まことに裁判されると云ふことはあり得るのであつて、換言すれば例へば被告人には有罪を言渡すことを必要とするけれども、それにも拘らず損害賠償の請求権は棄却することを必要とすると云ふこともあり得る。併し乍ら實行正犯の問題若は故意の問題又は損害の發生の問題が、まことに判斷されると云ふが如きことは、決して生じてはならないのである。かゝる事柄は忍ぶべからざることとして稱することを得べく、必然的に司法の威信に甚しい損害を加へるものと謂はざるを得ないであらう。それにも拘らず二元主義の支配の下にあつては、かくの如き結果は避けることは出来ないのである。だが併し同一の事件が刑事裁判所に繫屬して居る場合には、民事訴訟事件の手續を猶豫することを必要とする旨、並に民事裁判所は刑事裁判所の裁判に羈束される旨を規定することは出来るのであつて、此の點については尙ほ後に論ずる所があるであらう。

附隨手續の更に別段の長所は、刑事裁判官をして民事法上の問題にもたづさはらしめ、それによつて刑事裁判官の素養の片面的な發達を豫防し、彼等に示唆を興へる點に存する。今ここでは刑事裁判官の何人もが、若は刑事裁判官の多數の者が、附隨手續の制度をそう云ふ風に見て居るかどうかを審究する譯にはいかないのであつて、其の點は今こゝでは餘り重きを置かないけれども、刑事裁判官の中には以上に述べたやうな長所を識認して居る者のあるのは確なことである。

問題を左右するのは、民旅協同體の福祉が附隨手續の存在によつて助長されるか、それとも其の不

存在に由つて助長されるかと云ふ一事に存する。第一の解決を決定するものは、前に此の制度の民衆的であることを論ずるに當つて既に詳述した所のものである。民族の判決は、全く健全な考慮に基くのである。之に對しては、此の義に既に特示した考慮は個々の被害者の立場から行はれたものであつて、即ち個人主義的に爲されたものであるけれども、刑事訴訟手續に於て主眼とする所のものは、社會全體の防衛と云ふことであるとして、異論を唱へることは出来ない。損害の回復は、獨り被害者にとつて望ましいことであるのみに止まるものではなくて、寧ろ民族協同體の利益にも歸著するものである。苟も真正の正常な權利たるものは、協同體は常に其の實現されるやうに助長するけれども、刑を法定してある行狀に由來する義務については、特に著しくそう云ふことが出来る。況んや罪を犯した者が敏速に被害者に對する其の義務を履行することを言渡されるのは、刑事判決の効果を昂揚する所以に外ならないのであつて、其の豫防的效果についても亦然り、權利と法律的安定の感情の侵害されたのを鎮靜すると云ふ、刑事判決の使命たる效果についても、こゝに看過することの出来ないのは、附だに併し附隨手續の長所を非常に高く評價するにしても、こゝに看過することの出来ないのは、附隨手續が刑事事件の敏速な完結を阻止する、ブレーキとなる處があると云ふこと、此の刑事事件の敏速な完結と云ふ目的には、他のどの目的よりも優先的地位を與へることを必要とし、素より刑事訴訟手續に於て損害賠償の問題を裁判すると云ふ目的の如きも、刑事事件の敏速な完結と云ふ目的の前には、一步を譲らざるを得ないと云ふことである。

わが國の刑事訴訟法の改正に關する學說に於ては、専ら附隨手續が推稱されて居るのであつて、只それには多少の制限は伴はないでもなく、また細目に互つて生ずる困難を随分指摘はして居るけれども、兎に角附隨手續の推稱されて居るのに變りはないのである。獨逸法學士院の刑事訴訟法委員會の覺書は、此の制度の長所と短所とを究明して居る丈で、それに対して態度を決定しては居ない (Schönke'sche Folge, (Fruhdfragen des neuen Strafverfahrensrechts)。ナチス法曹聯盟の覺書「刑事訴訟手續の新組織」は、刑事訴訟手續と民事訴訟手續との間には大なる相違の存する故を以て、附隨手續を否認して居るのである。

委員會に於ては、根本原則を論究するに當つて、附隨手續を斷念しやうと云ふ意見は出なかつたけれども、審議の其の後の経過に於て、其の或は發生することあるべき不利益な作用の故を以て、有力な懸念の生ずることを免れなかつた。懸念はとりわけ、損害賠償の問題に因つて刑事訴訟手續が遅延し、多大の負擔を被る處があると云ふ點にあつた。損害賠償の問題を究明することに因つて、公判の品位が傷けられる處があると云ふ點にあつた。被害者の手續に参加するのを認めることに因つて、「當事者」が刑事訴訟手續に於て行動するに至る處があること、即ち云はば公訴参加 Nebankläger と云ふ從來芳しからぬ經驗を負ひ、將來の刑事訴訟法からは驅逐すべき筈の制度が、被害者と云ふ形態に於て再び刑事訴訟手續に、這入つて來る處があると云ふ點にあつた。それに確定力や上訴の形成の際に於ける困難や、辯護士強制の制度 Anwaltszwang の問題等が加はるのである。かゝる懸念からし

て附隨手續を出来る丈廣汎な制限に服せしめやう、例へば百マルク以下の請求に制限すること、しやうと云ふ提案を生じた。即ち附隨手續に對する根本的態度と恐らく調和し難いものあるの故を以て、到底貫徹することの出来ない提案に外ならなかつた。

附隨手續を形成することに當つては、澤山の獨立した問題を生ずるのであつて、是等の問題の有する意義はまち／＼であるが、其の中で他の問題や今迄に既に簡単に述べた根本問題と、密接な關係を持たない問題は殆ど一つもない。此の一事は獨り審議を困難ならしめるのみに止まらず、同時にまた本章の説明をも困難ならしめるものである。さればこゝでは二つのことを前提として置きたい。(1)、審議の結果は、すべて獨り紙上の存在のみに止まるものではない附隨手續を建設し乍ら、然も既に述べたやうな懸念や憂虞を、充分に斟酌しやうと云ふ努力に出づるものである。(2)、此の一時的の結果の中で以下の事柄をこゝで豫め述べて置きたい。凡そ刑事訴訟手續に於て其の請求を主張するしないは、常に被害者に一任される。判事は手續の如何なる状況に在るを問はず、被害者の附隨を拒むことが出来るのであつて、然も請求が刑事訴訟手續に於て取扱ふのに適しない旨を指示することに由つて、被害者の附隨を拒むことが出来るのである。判事は被害者の附隨を拒まない場合にあつても、請求の全部若の一部について只肯定的にのみ裁判することが出来るに止まり、請求を棄却することは出来ないのである。寧ろ判事は請求を全然承認せず、若は其の全額に於ては請求を承認しない場合には、常に其の請求を——全部若は一部——民事訴訟に於て主張することを被害者に留保する旨を宣言

する。此の宣言に對しては不服を申立てることは出来ない。其の結果として被害者には上訴の方法は全然與へられないと云ふことになる。

第二節 損害賠償手續を許す範圍

申立の權利を有する者は被害者である。此の何れの學者もの主張する所である資格が、實際にも果して成立するものであるかどうかと云ふことを確認するのは、確に困難を醸すことがあり得るけれども、併し此の點からして重大な懸念を生ずることはあり得ない。それは判事は、附隨の要求に應ずることを餘儀なくされるものではないからである。事情に依つては夫が妻に代つて申立を爲すことが出来るし、また法定代理人が本人に代つて申立を爲すことも出来るのは、殆ど特に指摘する迄もあるまい。之に反して委員會は反對の提案はあつたに拘らず、被害者の權利承継人や間接の被害者には申立を許すことは出来なかつた。

附隨手續を肯定する以上は、少くとも物の引渡を求める請求や損害の賠償を求める請求については、原狀の回復を請求することを許す必要があるのであつて、此の後者については、請求が金錢の給付を目的としない場合にあつても許さなければならぬ。之に反して確認若は不作爲を求める請求は、附隨手續に於ては主張する譯にはいかなることになつて居る。委員中の若干者は之について、かくの如き請求について裁判するを困難とする場合も確にあるにはあるにしても、兎に角是等の場合

は、事件が刑事訴訟手續の範圍内に於て取扱ふのに適して居ない場合に於ては、判事は被害者の附隨を拒むことを必要とする旨の一般的條項に依つて、除外されるであらう。けれども此の種の場合の極めて簡單なるもの、例へば家宅侵入の場合に於ける不作爲の請求なども存在するのであつて、かくの如き場合に此の請求の主張を許さないものとする理由は解することは出来ない。確認の請求の場合にあつては、草案が名譽毀損の主張について特別の確認手續を提案して居る以上は、かやうなことは正當とすることは出来まいと論じた。刑事訴訟手續に於ては、物の引渡と損害の賠償の二つの請求を解決することだが、民衆的である所以であると云ふ理由に對しては、附隨手續を許す範圍を餘りに甚しく制限するのは、却つて附隨手續から民衆的性質を奪つて了ふものに外ならないと云ふ、反對の主張を存する。更に刑事事件の中には、不作爲の請求の及ぼす經濟上の影響の範圍が非常に廣大である所から、是が辯論は刑事事件の刑事事件たる所以の本質を、閑却せしめる虞があると云ふことが主張された。即ち例へば特許法の侵害の場合などに見る所である。かゝる場合に於ては、刑事訴訟手續が「商業的性質を帯びるやうになる」*Kommerzialisiert werden* 危険があるであらう。以上に述べたやうな請求を許さないものとする假の決断は、もう一度篤と審査して見る必要があると思ふ。

附隨手續についての更に一つの制限は、此の手續はどの任意の刑事裁判所に於ける手續の場合にあつても許されることになつて居る譯ではなくて、國民裁判所、第一審に於て裁判する控訴院並に陪審裁判所などの手續に於ては、許されないことになつて居る點に存する。また今日特別裁判所の權限に

屬する事件に於ても同様である。即ち精確ではないけれども、一言にして盡せば、政治的事件と陪審裁判所の事件に於ては附隨手續は許されない譯である。此の制限について主張されたのは、先づ刑法上の罪責の問題の意義と民事事件の意義との間には恐ろしく不權衡な關係を存するの故を以て、既に附隨は許すことは出来ない。加之少くとも第一の部類については民事上の請求は稀であるし、且又民事上の義務を確認したり、又は負責せしめたりするのは往々にして不可能であらう。何となれば直接犯行を行った者(例へば間諜罪に因る手續を想像せられたい)は普通手先として行動するを常とし、また損害を賠償することの出来る立場には置かれてないからであると言ふことである。所で以上に述べたやうな不權衡な關係は陪審裁判事件の大多數についても成立する。例へば被告人の生命に關することかやうな謀殺事件に於て、被害者の寡婦の恐らくは餘り大したことのない民事上の請求を辯論することが出来らうか。けれども其の他の事件に於ても死刑が問題とはならない迄も、刑事裁判權を有する裁判所に於ける手續と云ふものは、國民の眼から見て特別の意義を有するのであつて、若し民事事件が刑事事件と結合せしめられるに於ては、此の刑事裁判所の威信が傷けられるに至るのを懸念せざるを得ない。是等の考慮はすべて必ずしも全然異論を伴はない譯ではなく、此の場合にあつても既に反復して引用した一般的條項を以て、充分とすると云ふ意見を懐いて居る者もあるし、一般的に若は政治的事件に於ける手續と陪審裁判事件に於ける手續についてののみ、檢事に附隨に對する取消權を與へると云ふことも提案された。けれども是等の事件に於ては民事上の請求を主張することを禁止する

のが、結局一番いゝ解決方策であるやうに考へられたのである。

けれども一番深刻な制限は、刑事訴訟手續に於ては區裁判所の管轄に屬する請求丈しか、主張することは出来ないものとする點に存する。此の提案は、附隨手續は小規模の簡單な事件に於てしか、許すべからざるものであると云ふ思想を貫くものである。簡單な事件に於てしか附隨手續を許さないと云ふことは、勿論一般的條項に依つて保障される次第であるが、簡單な事件を單にそれが五百ライヒスマルクを超える額に關するの故のみを以て、除外するのが果して正當たるものであるかどうかは疑はしい。かやうな次第で結局一時は貫徹した提案も、實際また極めて猛烈に攻撃された。此の提案に對しては、附隨手續を認めて居る多數の外國の立法例の何れもが、價額の限界を設けて居ないと云ふことを援用することが出来る。從來の獨逸の諸草案（一九一三年の刑法草案、一九三〇年の施行法案）は價額の限界を提案して居るには居るけれども、其の額たるや二萬ライヒスマルクと一萬ライヒスマルクとである。五百ライヒスマルクの價額の限界の提案に關する各控訴院の意見書は、衆説一致して之を否認し、價額の限界を設けるのに賛成の論者すらも、五百ライヒスマルクの制限に内面的の理由のあるのを説明し兼て居るのである。また刑事訴訟手續に於て五百ライヒスマルク以下の請求を主張するのを許すけれども、例へば五百五十ライヒスマルクの請求は除外するのが民衆的であると云ふことは主張する譯にはいかない。裁判の難易とか特に廣範圍に互る證據調の必要の有無とか云つたやうなことは、すべて價額の大小高下に依つて左右されるものではない。多額の請求も刑事事件の裁

判にとつて必要な證據調に基いて、既に完全に判決を爲すに熟することがある。然も價額を窮屈に界限すると此の重要な利益を害して、刑事裁判官が請求について裁判するのが妨げられることとなる。そこで民事訴訟に於ては證據調を反覆することを餘儀なくせられ、被害者は敏速に、簡單に且無費用を以て執行力ある判決を獲得するのは難作もない筈であるにも拘らず、それが獲得出来ないのである。若し價額の限界が經濟上の弱者の爲にのみ附隨手續の道を開き、其の他の者には之を閉すの効果を及ぼすものであるとするならば、價額の限界に對する懸念は比較的少いかも知れない。が、此の場合にあつても懸念は比較的少いと云ふ丈である。それは價額の制限に由つて除外される場合に於ける二重の證據調等の不利益は、依然として存続するからである。けれども價額の限界が曩に述べたやうに作用するであらうと云ふ見込は、決して適當するものではない。一面に於ては經濟上非常に有力な地位に在る者にとつても、價額の限界以下に在る他人の罪となる行爲に因つて損害賠償の請求權の發生することがあると同時に、他の半面に於ては經濟上の弱者と雖罪となる行爲に因つて、五百ライヒスマルクを超える損害を被ることがあり得るのであり、且又敏速で費用を必要としない損害賠償についての正當な利益は決して被害者丈に制限されるものではなく、また獨り被害者の經濟上の劣弱に於て増大するのみに止まるものではなくて、實に其の被つた損害の額につれて増大する。此の場合にあつても價額の限界は技術的の應急手段たるに止まり、それには大きな缺陷のまづはるものであることが判る。と同時に法制の發達は嘗て刑法に於て支配的であつた價額の限界を、既に淘汰して了つた

ことは實に周知の事實である。勿論民事訴訟に於ける手續に於ては價額の限界は維持されたとしても、それを何時迄も其の儘に置かなければならないと云ふことが、確定の事項たるものと看做す譯にはいかならう。此の見地からも刑事訴訟手續に於ける新しい制度を、價額の限界と結び付けるのに對して、懸念を生ずるものであることは明白である。

價額の限界に賛成する議論としては、價額の限界は損害賠償手續を簡單に比較的「少額の」事件に制限し、之に因つて民事事件が刑事事件を壓倒して了ふ危険を、豫防するに足りると云ふことが主張された。之については此の見地に對する反對の理由は、既に前に論及した所であると云ふことを一言したい(民事事件が刑事事件を壓迫する危険は、價額の大小に由つて左右されるものではなくて、寧ろ裁判の難易に由つて左右されるものである)。價額の限界についての決断は、すべての民事訴訟事件中五百ライヒスマルクの限界を超えないものが、七十パーセントにも達して居ることに由つて容易ならしめられた。従つて除外された事件の範圍は比較的狭小であるやうに思はれる。とは云ふもの、此の論結は争ふべからざるものではない。這般の消息を明かにせんが爲には罪となる行爲から生ずる、價額の限界以下に在る事件を識る必要があらう。即ち統計上捕捉することの出来ない數字である。けれども決定的の意義を有するものは、民事訴訟手續に於て訴訟價額五百ライヒスマルクを超える事件について、辯護士強制主義の存在して居ることから生ずる困難であつた。價額の限界を超える事件につき附隨手續の爲に辯護士強制の制度を規定するのも不適當なら、また民事裁判官の面前に於ては辯

護士強制の制度が成立して居るのに、附隨手續に於ては辯護士強制の制度を見合はせるのも同じく不適當であるやうに思はれる。けれども辯護士強制の制度を採用しやうとする以上は、恐らく同一の範圍内に於て被告人の形式的防禦 *formelle Verteidigung* を必要とするものとして宣言しなければならぬ。附隨手續に於て辯護士強制の制度を設けるのに賛成の議論としては、民事裁判所に於ける手續と經過を同一ならしめると云ふ理由より以上の理由を、主張する譯にはいかならう。精々の所若し辯護士強制を認めないとしたら辯護士の聘用されることが現在より稀になるであらうと云ふ事情、附隨手續は被害者をして其の五百ライヒスマルクを超える請求を、刑事訴訟手續の範圍に於て主張することに由つて、辯護士の選任を避けることが出来ること、なるであらうと云ふ事情より以外には、主張することは出来ないであらう。けれども他の考慮は全然度外視するならば、辯護士自身は確に辯護士の仕事の現在の範圍の低下するのを阻止する爲の理由からのみ、辯護士強制の制度の施行されるのに反對の急先鋒たるものであらう。辯護士強制の制度は決して辯護士の爲に充分な仕事を保障することを使命とするものでもなければ、またさう云ふ保障たり得るものでもないであつて、只司法の利益がそれを要求する程度に於てのみ、是認することが出来るに過ぎない。けれども請求が刑事裁判官の面前で主張される場合にも、民事裁判官の面前で主張される場合にも同一の經過を執らしめると云ふことは、差當つての所純然たる外面的の理由に過ぎない。辯護士に對する需要が、此の二つの種類の手續に於て全然同一であるものであらうか、但しはまた寧ろ内面的の理由、即ち實質的の理由が、

民事裁判官の面前に於ける手續の形態の然らしめる所として、民事裁判官の面前に於ける手續に於ては必要たるものとして、若は少くとも司法にとつて有益たるものとして認められた所の制度を、附隨手續に於ては見合はせる結論を生ぜしめるかどうかは問題である。此の種の理由は一つは主張するところが出来る。精確に觀察すれば數個すらも主張することが出来るのである。民事裁判所に於ける手續に於ては裁判の基礎資料を集積して之を篩にかけ、秩序的に之を主張するのは當事者の任である。當事者自身としてはとりわけ比較的困難な事件に於ては、往々にしてそれ丈の仕事をやりにこなすことが出来ないことがある。けれども刑事訴訟手續に於ては事情は全然異なるものがあるのであつて、こゝでは訴訟資料を解明し、證據調を準備し、其の結果を裁判所に提出するのは検事の仕事である。此の相違からしてが既に辯護士の附隨手續への參與を著しく抑制するものである。何となれば損害賠償の請求權が原告官の其の公訴を由來せしめた同一の事實關係に立脚すると云ふことは、實に附隨手續の本質に外ならないからである。尙ほまた草案が損害賠償手續に與へやうとして居る形態は特別の形態たるものである。刑事裁判官は實に損害賠償請求權が刑事事件について、必要な證據調の後に判決を爲すに熟するであらうとき、又は判決を爲すに熟したときに限り、附隨を許すことが出来ることになつて居るのである。かくの如く附隨手續が著しく制限された手續である以上は、辯護士の行動にとつては原則として始と全然餘地を剩さないであらう。兎に角其の參與が必ずしも絶對的に必要たるものと稱する譯にはいかないのである。即ち五百ライヒスマルク以上の事件につき、民事裁判官の面前

に於ては辯護士強制の制度を認めるに拘らず、附隨手續については全然價額の限界を撤廢して了ひ、少くとも此の手續に於ては辯護士強制の制度を見合はせるのは、決して矛盾たるものではない。況んや辯護士を聘用するや否やは常に被害者に一任されてあるし、また被害者は決して刑事訴訟手續に於て其の請求を主張することを強制されるものではなく、且また被害者が刑事訴訟手續に於て、其の請求を主張することに決心したけれども、目的を達成することの出来なかつた場合に於ては、常に民事訴訟手續に於て更に其の請求を主張することが出来るに於てをや。是等の考慮は何れも重大な意義を有するものであることを否む譯にはいかないけれども、それにも拘らず差當つての所是等の考慮の貫徹を許す譯にはいかなかつた。けれども前に論じた他の問題と關聯して此の問題竝に價額の限界の問題は、兎に角もう一度審査をし直す必要があるものと考へる。

第三節 申立と被害者の手續法上の地位

刑事訴訟手續に於ける損害賠償請求權の取扱は、絶對的に被害者の申立を條件とするのであつて、被告人が被害者に對して給付を爲すの義務を負ふものであるかどうかの問題に、刑事裁判官が職權を以て立入ることは未だ會てないのである。此の見解に對しては委員會に於ても異論は殆ど唱へられなかつた。被害者に向つて附隨の權能の存在する旨を指示し、必要とあらば此の權能を行使せんことを示導すべきや否やは別個の問題である。刑事訴訟手續に於て行動する官廳の爲に、又は特に検事の爲

に設けることを得べき此の種の規定は、目下の所では設けられては居ない。雖に検事は法律がそれを規定して居ない場合に於ても、何時たりとも被害者に諭示することが出来る。請求が刑事訴訟手續に於て主張するに適しない場合に於ては、検事は諭示を行はないであらう。けれども請求が刑事訴訟手續に於て主張するに適する場合に於ては、此の請求が刑事裁判官に依つて取扱はれると云ふことは、司法の利益とする所である。即ち新しい制度が民衆の間に慣熟するのに貢献する爲には、前記のやうな種類の規定を適當とするものであるかどうかは、更に考慮することを必要とするであらう。

被害者の申立については形式規定は別に設けられて居ない。そこで書面を以て申立を爲すことも出来るれば口頭を以て申立を爲すことも出来るのであるが、口頭を以てする申立は公判に於ては無難作に出来るけれども、其の他の場合に於ては裁判所書記課の調書に録取することを必要とする。之に反して申立は第一審の手續中に爲すことを必要とするのであつて、特に遅くも公判に於ける最終の演述の終結するに先だつて行はなければならぬ。是等の提案が別に理由を示すことを必要としないやうに被害者は第一審に於ける判決の言渡あるまで、併し適法な控訴の提起のあつた場合に於ては、控訴判決の言渡のあるまでは申立を取消することが出来ると云ふ、別段の提案も理由を示すことを必要とするものではない。申立は決して却下されない。とは云へ被害者は申立を取消すことに由つて、裁判所が裁判を拒むのを避ける。被害者が辯論の結果上、請求を認める判決を獲得する見込の全然成立して居ないのを、みづから承認することの出来るのは決して稀ではないであらう。

此の手續並に其の慣熟させられる範圍にとつて重大な意義を有する問題は、被害者には公判についてどんな権利が與へられることになつて居るか云ふ問題である。此の場合にあつても二つの見解が對立する。一面に於ては被害者が其の請求を申出ではするけれども、其の他の點に於ては刑事訴訟手續に於て己れの勝訴を得る爲に、何事をも企圖することを許されないとする場合に於ては、此の制度は生存して行くことは出来ないこととなる。併し他の半面に於ては、此の場合被害者の法律上の地位の廣汎に形成されてあることは、此の手續に當事者訴訟の性質を與へ、常に主眼となつて居ることを必要とする刑事事件を片際に追ひやつて、眞實の究明にすら障礙を與へる虞があると云ふ懸念も、特に著しく顯著となつて居る。即ち被害者は往々にしてまた證人でもあること、否、それ所でなく特に重要な證人であることも稀ではないことに注意しなければならぬ。そこで證人について適用のある所のものは、證人が被害者である場合に於ても、原則として矢張り適用されることになつて居る。かやうな次第で既に述べた懸念を力強く高調した結果次の論結に到達した。被害者は公判には召喚されない(證人として召喚される場合は此の限りではない)。被害者が在廷して居ない場合に於ても、被害者の申立について裁判することは出来る。けれども被害者は辯論の時日並に場所の通知は受けるのであつて、即ち辯論に際し出頭する権利を有するものである。云ふ迄もなく此の権利は無制限ではないのであつて、寧ろ裁判長は被害者の在廷することが、眞實を究明するのを著しく困難ならしめる虞があるときは、被害者を辯論から退斥せしめることになつて居る。是は被害者を證人として訊

問することを必要とする場合に、特に適當することである。最後に辯論に於て被害者を其の請求について訊問することを必要とする。即ち被害者は一度は發言することを必要とするものである。けれども被害者は其の請求の基礎、即ち犯行、被告人の犯人たること、責任などについては意思を表明することを必要としないで、寧ろ手續法上の意味に於ての責任問題を超越して、其の請求を堅める爲に必要であるものについてのみ、意思を表明することを必要とするものであると云ふ風に學者の見解はなつて居る。それ以上に互つて廣汎な権利は被害者に與へるべきではなく、特に判事を忌避するの權、證據を申出でるの權、最終の演述を爲すの權は與へるべきではない。即ち大體に於て、被害者は其の請求に依つて、被害者の權利の實現を助ける裁判官の「崇高な職務」 *nobile officium* を發動せしめるが、併し之に參與することは被害者には許されないと云ふことに歸著するものである。云ふ迄もなく判事は實際また極めて制限された範圍内に於てのみ、行動することが出来るに止まるものである。蓋し判事は刑事訴訟手續に於て完結するに「適する」請求丈にしか、たゞさはることは許されないからである。此の點には後に尙ほ論及する心算であるが、かやうに本當に餘り有利でない被害者の地位を辯護する爲には更に、被害者の申立は何等危険を伴ふものではないと云ふことが指示された。被害者からは請求を取上げて了ふ譯にもいかないし、費用を賠償する義務を被害者に課することも許されない。此の危険のないと云ふことが曩に既に論じた理由に因り、申立の提出されることが極めて望ましい殆どすべての場合に、申立が提出されるやうにするのに充分たるものであるかどうか、此の

問題は尙ほ未解決の状態に在るものである。

損害賠償手續に於て和解を締結することが出来るものであるかどうか、判事は和解を招來するやうに工作すべきものであるかどうかと云ふ問題が詳細に論ぜられたのであるが、此の問題は無難作に否決された。和解の辯論は刑事事件に於ける公判の辯論の威嚴とは相容れ難いものがあるであらう。加之被告人は寛大な判決を受ける爲には汎く被害者の要求する所に迎合する必要があるのであるかの如き印象を持つ虞があるし、又は少くとも被告人が、此の様な壓迫の下に在るのであるかの如き外觀を生ずる虞があるのである。然も此の傾向は、判事が和解の爲に努力することゝなるならば、もつと著しく増大する虞があるであらう。即ち刑事訴訟手續の範圍内に於ては、裁判上の和解は全然存すべからざるものである。只此の見解は、損害賠償の請求權について訊問するに當つて、被害者と被告人とを互に歩み寄らせて、中間の一致點に到達せしめるのを妨げるものではない。此の場合にあつては判事はそれに應じて判決を言渡し、其の理由としては被告人と被害者が爲した意思表示を、指摘するを以て充分とすることが出来る。

第四節 被害者の申立についての裁判、判決の確定、一部請求の取扱

裁判所は、損害賠償の請求が刑事訴訟手續に於て完結するに適して居る場合でなければ、損害賠償の請求に關する辯論に入らないことになつて居る。請求が刑事訴訟手續に於て完結するに適しない

主なる場合は、罪責問題が解明されたにも拘らず請求が判決を爲すに熟さない場合、竝に此の請求を
して判決を爲すに熟せしめると云ふことが、刑事訴訟手續を遅延せしめる虞のある場合である。此の
場合にあつては裁判所は申立について裁判するのを拒む。此の決定は手續の如何なる状態に在るを問
はず、爲すことの出来る決定であつて、「命令」竝に「公判の準備」と稱せられる手續の部分に於て、
既に此の決定を爲すことも出来れば、公判自體に於ても、判決と一所に於ても、乃至はまた第二審に
於ても之を爲すことが出来るのである。此の決定は決して、裁判所が被害者の申立に應じて、損害賠
償の問題を刑事事件と一所にするのを拒むものであると云ふことより以上のことを意味するものでは
ない。且又純然たる手續上の不成功の後、其の請求を民事裁判官の許で主張するのは、被害者にとつ
て敢て差支のないことであるのは素より言を俟たない。われわれは検事が其の取調を損害の問題にま
で擴張するのは稀ではなく、また己れの任務を果す爲には、そう云ふことを爲さねばならないのであ
るのを認めることが出来る。被害者が己れに屬する申立を爲し、其の請求は公判に於て判決を爲すに
も熟せしめることが出来るものと豫見される場合にあつては、検事は益々以てそれを爲すであら
う。取調の遅延する危険は、簡単な場合に於ては確に脅威を及ぼすものではない。蓋しいろ／＼の取
調が平行的に行はれるからである。公判に於ては趣を異にするのであつて、最初に企てられたやうに
刑事訴訟手續の如何なる遅延も、既に刑事訴訟手續に於ける裁判を拒むの結果を來すことになつて居
て、甚しい遅延が刑事訴訟手續に於ける裁判を拒むの結果を來すことになつて居るのではないとす

れば、只損害賠償の問題についてのみ必要とするであらう所の獨立の證據調は、適法たるものと見る
ことは出来ない。少くとも取り立て、云ふに値ひする丈の時日の費消を伴ふ場合には、適法と見るこ
とは出来ないのである。之に反して事件を刑事訴訟手續に於て完結するものとして認める
爲には、刑事事件にとつて必要な證據調が申立についての裁判にとつての遺漏なき基礎を、與へる
ことを必要とするものであると要求するのは、委員會の意圖には合致しないであらうし、几帳面に過
ぎることを免れないであらう。即ち例へばさなくとも鑑定人證を遂行することを必要とする場合に
つては、判事は鑑定人に問を發することに因つて民事事件を判決を爲すに熟せしめることの出来る場
合には、刑事事件の爲には立てることを必要としないやうな鑑定人に對して、一個若は若干個の問を
發することが出来るものであるし、また發すべきものなのである。

けれども刑事訴訟手續を遅延せしめるの危険は、民事事件を刑事訴訟手續にとつて不適當なるもの
として宣言するのについての、唯一の理由ではないであらう。勿論多額の訴訟的價値を有する物は、
既に價額の限界に由つて除外されるのであるけれども、更に陪審裁判所の手續と政治的事件に於ける
手續とは、是亦無雜作に損害賠償手續から除外されるのである。けれども論者は、此の狹隘な限界内
に於ても刑事事件の民事事件との兩立し得ない性質は、明白となることがあり得るであらうと云ふ見
解なのである。更に民事事件の裁判が、寧ろ民事裁判官に留保される特に困難な法律問題を、生ぜし
める虞のあると云ふやうなことも想像し得られるであらう。

民事事件の裁判を行はざることとする旨の決定に對しては、不服を申立てる譯にはいかないものであると云ふことは、取立て、理由を擧げるまでもないことである。次に明かにする必要があると思はれるのは、此の決定には何故理由を附すべからざるものであるかと云ふことである。是等のことをすべて考へ合はせると、刑事裁判官には己れにとつて大抵の場合餘り好ましいものとも考へられない任務、即ち損害賠償請求權について裁判することを、輕々に免れやうとする誘惑が忍び寄つて來る虞がある。けれども刑事裁判官の義務精神と法律に對する理解は、こゝに言及した危險を煙散霧消せしめるであらう。蓋し法律にして若し損害賠償手續に價値を認めないとすれば、損害賠償手續を規定しはしないであらうからである。

申立が不適法であるときは、判事は申立を刑事訴訟手續に於て解決するには適しないと、思惟する場合に於けると別様には裁判しない。けれども事實上の理由からにせよ、乃至はまた法律上の理由からにせよ申立を容れることの出来ない場合、即ち主張された請求が全然成立しては居ないときは、判事は一體どう裁判すべきものであるか。此の場合常に條件となつて居るのは、判事が被告人に責任ありとし、即ち之に有罪を言渡して居ることである。かくの如き状態にあつては本案の判決を言渡し、即ち請求を棄却するのが先づ手續の目標とする所に添ふ所以であるやうに思はれる。それにも拘らず別個の解決法の提案されるのは、上訴の問題と密接な關係を有するのである。尙ほ公判の結果に依ると被害者の申立は全然判決を爲すに熟して居るけれども、申立は棄却しなければならぬ場合にあつ

ても、裁判所は單に被害者の申立についての裁判を見合はせる旨を決定すると云ふことが提案されて居る。此の決定は決して申立が不適當である場合に行はれる決定と相違するものではないのであるが、此の種の形式的決定 *Formaleschluß* に、其の主張された請求は成立して居ない旨の理由を附することが不適當であるのは明かである。其の爲と、また一つには不服申立が許されないことになつて居る爲とで、此の決定に理由を附することは全然斷念することになつて居るのであつて、此のことは曩に既に指摘した通りである。即ち損害賠償の請求權が問題となる限りに於ては、刑事裁判官は判決を以て請求を認めるの任を有するものであつて、決して之を却下することは出来ない。判事のかゝる地位は全く特異なものである。けれども一面から云へば此の地位は、不服申立の問題を非常に簡單に形成することが出来ることと云ふ、大きな利益を興へるものである。從來論ぜられた場合に於ては、すべて被告人に依る不服申立は全然問題とはならないのに反し、提案された解決は被害者にも上訴は全然興へないことを無難作に許して居る。蓋し被告人の請求には全然觸れる所はないのであるし、刑事裁判官が請求を全然理由なしと認めた場合にあつても、被害者は之を民事裁判所に向つて主張することが出来るのであつて、此の請求に關しては、確定力の効果は全然問題とはなることは出来ない。それは請求については決定は、全然何事をも言明しては居ないからである。百ライヒスマルク以下の請求に關する限りに於ては、實體的の棄却をも許すことが出来るであらうが、それにも拘らず不服申立を拒むことが出来る。何となれば被害者は、それに依つて民事裁判官の面前に於てする手續中に於て

より、悪い地位に置かれることはないであらうからである。此の解決方法は周匝に考慮されたことであつたが、貫徹するには至らなかつた。それは此の解決方法は、組織の統一を害する虞があるからである。

判事が公判の基礎に基いて、被害者の請求は理由があると云ふ心證を得たときは、判事は被告人に向つて被害者の請求する給付を命ずる言渡を爲す。此の宣言 *Verurteilung* は判決の一部である。判事が此の場合、被害者の申立てた所を超越する譯にはいかないものであることは、殆ど指摘するまでもないことである。之に反して被害者をして一部請求 *Teilanspruch* を刑事訴訟手續に於て主張することを得しむべきであるか、それとも被害者が罪となる行爲に基いて、被告人から要求しやうとする所のものをすべてを、刑事訴訟手續に於て主張するか、又は刑事裁判官の判決を求めるのは全然断念するかを、選擇せしむべきであるかは審査する必要があつた。更に裁判所には只請求を容れるか又は本案の裁判を全然見合はせるかの何れか一方丈を選擇せしむべきか、それとも本案に於ける一部判決をも爲すことを得しむべきかを、審査しなければならなかつた。

最初に掲げた問題に於ては若干の理由は、刑事訴訟手續に於ては一部請求を許すべからずとする。蓋し一部請求の主張されるのを許すことにすると、刑事裁判官の面前に於ける手續と民事裁判官の面前に於ける手續とが、平行的に行はれるやうになるのを避けることは出来ないであつて、此の二つの裁判所が相矛盾する判決を言渡す見込も絶無ではないからである。此の見込は民事裁判所をして全

然又は一部の、刑事裁判所の裁判に羈束せしめることゝすることに依つてしか、阻却することは出来ないのであるが、此の方法は否決されて了つた。此の點には後に至つて更に立戻つて論ずることゝするが、併し一部請求を認める上には有力な理由が存する。即ち被害者は己れが其の申立を刑事裁判官に向つて爲した當時にあつては、己れはそれを主張すること出来なかつたことを證明する場合にか、被告人に對する民事法上の請求を民事裁判官の面前に於て主張することは出来ないものであるとするならば、被害者は是が爲に往々にして刑事裁判官に出訴することを抑制される虞があるであらう。此の峻厳なる見解は被害者が全然判決に熟した一部請求を、刑事裁判官の面前に持出すのを妨げざるを得ないであらう。更に此の場合にあつては、さなきだに重大な懸念を伴ふ價額の限界が、忍ぶべからざる範圍に於て作用を及ぼすことゝなるであらう。蓋し個々の訴訟物の價額が標準となるのではなくて、標準となるのは價額の總額に外ならないからである。其の例として役立つのは、有責に招來された交通上の事故である。被害者は其の衣服に對する損害の賠償、見舞金、治療費、得べかりし利得の喪失並に己れの車輛の破損に對する原狀回復を求める請求権を有する。即ち被害者は厳格な見地からするときは、假令其の中の一つのみが五百ライヒスマルクの額を超えるとき、又は是等の請求の總額が五百ライヒスマルクの額を超えるときにあつても、是等の請求の何れもを刑事訴訟手續に於て主張することを許されないのであらう。けれども此のことは、比較的少額の事件に於て被害者に敏速に其の権利の實現を助けてやると云ふ目的とは、全然相容れないものがあるであらう。提案されて居るや

うに一部請求を認める場合に於ては、被害者は統一的な、内容上同一の請求にして被害者にとつて罪となる行爲から生じて居る所のものを、各部に分割することが出来るものであると云ふ風に、理解する譯にはいかないことは云ふ迄もないとわたしは考へる。即ち例へば被害者が千ライヒスマルクの見舞金を求める請求権を有するものと思惟する場合にあつても、當初損害賠償手續に於て三百ライヒスマルクの債権を申出で、次に刑事裁判官が此の額を被害者に認めたと上で、残餘の七百ライヒスマルクを民事裁判所に於て請求すると云ふことは許されない。刑事裁判官の本家の判決は、此の極めて制限された範囲内に於て確定力を有することを餘儀なくされるであらう。けれども此の問題は尙ほ終局的に解明することを必要とするであらう所の問題である。一部請求と被害者が恣意を以て分割した請求との間に限界を劃すると云ふことは、決して困難を醸すことではないであらう。

以上に述べた所と類似の例は、曩に擧げた第二の問題を明瞭ならしめるに役立つであらう。被害者が刑事訴訟手續に於て、被害者に見舞金四百五十ライヒスマルクを支拂ふべき旨を、被告人に言渡されんことを求める旨を申立てたけれども、然も判事は二百ライヒスマルクの額を支しか正當であると認めなかつたと假定せよ、此の場合にあつては判事は被害者に簡単に民事訴訟手續を指示すべく、即ち裁判を拒むことを必要とするか、或はまた二百ライヒスマルクに關する本案の判決を言渡すけれども、然も判事は請求棄却の本家の判決を言渡すことは出来ないと思ふに述べた原則に従ひ、被害者は己れの貫徹することの出来なかつた殘餘請求を、民事裁判官の面前に於て主張することが出来る

云ふ効果を伴はしむべきであるか。草案は此の後者を執るに決した。本案の判決を言渡すについての基礎が造られてある以上は、本案の判決を言渡すのが手續の經濟と云ふ原則に合致する所以である。被害者は其の程度に於ては敏速に執行力ある債務名義を獲得するであらう。被害者と云ふ者は其の當然享くべき所のものより以上を要求すると云ふのが、恰も損害賠償事件などのやうな事件に於て非常に頻繁に見る所なのである。即ち二者の擇一 *Entweder Oder* と云ふ見解は、被害者が刑事訴訟手續に於て効果を達成するのを妨げることが非常に多いであらう。云ふ迄もなく此の場合にあつても刑事裁判所の判決の基礎と相容れ難い理由に基いて、民事裁判官が殘餘の請求を棄却すると云ふ可能性も生ずるのであるけれども、併しかやうなことが頻繁に發生するであらうとは認めることは出来ない。加之其の請求した額の一部丈しか認められなかつた被害者は、誰でも民事裁判官の判決を求めるに至るであらうと解するのは間違ひであると思ふ。

第五節 被害者の申立と無罪の言渡

以上損害賠償手續に於ける判決について説明した所は、刑事訴訟手續が有罪の宣告 *Schuldpruch* に到達した、精確に云へば被害者が其の請求を演繹して居る犯行に基いて有罪の宣告に到達したと云ふ假定から出發したものである。其の他のすべての場合、即ち公訴棄却の場合、無罪の言渡の場合、數罪の形で競合した他の犯行の故を以てする有罪の宣告は伴ふと雖、請求の根據となる犯行の故を以

ては無罪を言渡された場合に於ては、刑事裁判官は被害者の申立については全然判決を見合はせるべき旨が提案されて居る。特に刑事裁判官は無罪の言渡と被害者の請求についての本案の判決とを結合してはならないと云ふことになつて居て、被告人の可罰性は否定せざるを得なかつたにも拘らず、請求それ自體は理由のあるものであることが判明した場合にあつても、尙ほ且然りとするものである。提案に依ると、此の場合申立に關する裁判を明示的に拒否する必要は全然ない。申立は被告人の有罪を言渡された場合についてのみ、提出されたものと看做すべきである。此の必要缺くべからざる條件にして該當しない場合には、申立は其の基礎を奪はれて了ふ譯であつて、消滅して了つたものと看做されるのである。だが此の見解は決して必然的たるものではないのであつて、加害者が罪とはならなくとも、其の損害賠償の義務は存立することのあり得るのは周知の通りの次第である。特に少からず重大な事實上の意義を有するのは、故意に因る行爲の場合に限り罪となる加害である。例へば物件毀棄の故を以て公訴が提起されたけれども、併し公判の結果は故意に因る行爲の證據は明白でなく、然も過失に因る加害は全然疑を容れないものがある場合に於ては、被告人には無罪を言渡さなければならぬに拘らず、被害者の損害賠償請求權は完全に判決を爲すに熟することがあり得る。かくの如き場合に於ては被害者に其の當然に享くべき害のものを言渡す爲には、即ち敏速に被害者の權利を實現するのを助けてやり、民事裁判官の面前に於ける第二の手續の不必要な勞力の費消を避ける爲には、公判の結果を評價するのが極めて必要であるやうに考へられる。實際また此の處置は委員會に於

ては極力推稱されたのであつた。それにも拘らず委員會は反對の決定に到達した。それについては次のやうなことが主張されて居るのである。一方に於て被告人は無罪を言渡して置き乍ら、他方に於て被害者に向つて給付を爲すべく被告人に言渡すのは、互によく調和するものとは云ひ難い。此の種の判決は恐らく素人の理解を難んずる所以たるべく、物の返還若は損害の賠償の言渡は無罪の言渡の効果を滅殺する虞があるのである。損害賠償手續は刑事訴訟手續の附屬物たるものであるが、被告人の無罪の言渡にして確定するに於ては、民事事件の附隨することを得べき手續がなくなつて了ふ譯であつて、此の場合にあつてはもはや刑事裁判所の管轄には屬さない、民事法上の事件しか存在しないこととなるのである。尙ほ不服申立の問題に關しても困難が生ずる。無罪を言渡され乍ら被害者に對する給付を言渡された被告人に向つて、全然どんな上訴をも認めないと云ふ譯にはいかないであらう。けれども無罪の言渡にして不服を申立てられないであるとすれば、只民事事件に關する争文を存することとなる。それにも拘らず第二審の刑事裁判所をして此の上訴に關する裁判を爲すの任を有せしむべきか、それとも刑事裁判官の裁判した事件を第二審に於ては民事裁判所に移行せしむべきか。此の二つの解決方法は何れも満足なるものとは稱し難い。後に直ちに示すであらう通り、損害賠償に關する本案の判決が被告人の有罪の宣告と結合される場合に於ても、民事事件丈が裁判せらるべき案件の發生することがあり得るのである。

第六節 上 訴

不服申立をどう云ふ風に形成すべきであるかと云ふ困難な問題に於ては、被害者には刑事事件に於ける裁判に對して不服を申立てることを得しむべきではないと云ふ結論、即ち特に被告人の無罪の言渡が刑事訴訟手續に於て本案の判決を達成する爲の基礎を被害者から奪つて了ふ場合に於ては、被告人の無罪の言渡に對して何事をも企てることは出来ないと言ふ結論から先へ云つて置いて差支ない。今此の方向に於て被害者に上訴の權を與へやうとするならば、被害者は公訴參加人 *Nebenklager* となるに至るであらう。かういふことこそ當然避くべきことなのである。所が從來既に述べた所を顧み、且は被害者には極めて控へ目勝な地位しか與へられて居ないのである。被害者は被告人の無罪の言渡並に其の他被害者に不利な刑事事件に於ける裁判を、甘受することを餘儀なくされると云ふ結果を必然的に生ずる。民事裁判所は刑事裁判所の裁判に羈束されもしないが、また此の刑事裁判所の裁判を變更もしないことになつて居る以上は、益々以てかく謂はざるを得ない。即ち其の程度に於ては羈束の問題は此の場合に重大な意義を有するものではない。被害者にとつては加害者が刑事訴訟手續に於て（不當に）無罪を言渡された場合に於て、損害賠償請求權が加害者の故意に因る行狀を條件とし、然も刑事裁判官が此の故意を否認した場合に於ては、其の理由ある請求を民事裁判所に於て貫徹するのは被害者として困難であらうと云ふのは確に正當である。けれども此の困難は被害者

が刑事訴訟手續には全然附隨しないで、従つて被害者に此の方向に向つて上訴方法を與へるについで、理由を見出すことの出来ない場合に於ても成立するであらう。其の外民事事件に於ては、被害者にとつて有利な内容のみを有する本案の判決を許さうとする考であると云ふことが、前に既に説明された。被害者はかくの如き内容の判決に依つては不服を感じしめられることはあり得ないであらう。被害者が其の數個の請求若是一個の請求の一部丈しか、判決を以て認められなかつた場合に於ても、不服を感じしめられることはないであらう。蓋し被害者は其の他の點に於ては確定力を以て棄却された譯ではなく、寧ろ常に民事訴訟の方法を指示される丈に止まる次第だからである。民事裁判所は之に由つて被害者にとつて不利益な影響を受けることはあり得ないであらう。何となれば刑事裁判所が裁判を拒む理由は全然指摘されて居ないのである。即ちまだ判決を爲すには熟さないと云ふ理由たることもあり得るのだからである。此の場合に於ては羈束と云ふ問題は全然發生するものではなく、刑事裁判官と民事裁判官の裁判の矛盾する危険も生ずることはないのである。其の程度に於ては被害者に刑事訴訟手續への附隨を斷念させるやうに威制することもなく、又は之に不當の取扱を加へることもなくして、此の構成の立場からして被害者にあらゆる上訴を拒むことが出来る。けれども被害者が、其の請求の明白に判決を爲すに熟して居らず、且刑事訴訟手續の範圍内に於て判決を爲すに熟せしめることは出来ない場合などに於ても、輕卒に刑事訴訟手續に附隨しやうと云ふ誘惑を、感ぜしめられると云ふ懸念の生ずることがあり得る。けれども手續の如何なる状態に在るを問は

ず、請求に關する裁判を拒むことが出来ると云ふ、廣汎な権限が刑事裁判官の手に存するのを顧みるときは、此の危険は恐らく成立することはないであらう。精々の所極端な場合について費用上の結果を、規定する考慮を廻らす必要があるであらう。

其の他の點に於ては委員會は、被告人が被害者の請求に關する本案の裁判に依つて、即ち被告人が被害者に給付を爲すべく言渡されたことに依つて、不服ならしめられた場合にあつても、己れの權に屬する上訴を以てして、判決に不服を申立てることが出来ると云ふ論結に到達した。判決の民事的構成部分に對する不服申立に關する特別の規定が設けられない以上は、此の結果は上訴の形成に由つておのづから生ずるのである。即ち被告人は有罪の宣言を攻撃することが出来るのであり、同時に其の損害賠償の給付の言渡をも責問することが出来るのである。けれども被告人が損害賠償の給付の言渡は責問しなかつた場合にあつても、判決の民事的部分は本案に於ける裁判の取消不適性 *Unzulässigkeit* と共に初めて確定力を有するに至るものである。民事事件が不服申立の際にも刑事事件と結合されてあると云ふことは、附隨手續の本質に合致する所以である。其の發生する審級は被告人を民事裁判官に判決される場合よりも不利益な地位に置くものではない。特に第一審の裁判所が終局的に裁判を爲すか、又は少くとも控訴を以ては其の判決に對して不服を申立てることが出来ない場合に於ては、第一審に於ける參審部の管轄の一つの場合を除いては、損害賠償手續は全然許されないと云ふ理由から云つても、不利益たるものではないのである（此の例外たる場合「參審部」については本節

の最後から二番目の段落を參照せられたい）。之に反して民事裁判官も亦第一審に於て終局的に裁判する事件に關する場合（係争價額百ライヒスマルク以下の場合）にあつては、被害者に對する給付を言渡したるの故を以て判決に對して不服を申立てるの權を、被告人に拒むのが正當であらう。けれども委員會は統一的の解決に到達する爲に、かくの如く處置することは見合はせたのである。

不服申立の權利を有する者が不服ならしめられたものとは感じないで刑事事件が完結し、被告人は只被害者に對する損害賠償の言渡を、或は全然不當であるとし、或は只其の額のみが不當であるとして攻撃しやうとして居る手續の状態は、特別の考察を必要とする。論者或は、一部の確定 *Teilrechtskraft* を認めないのが競合の場合に於ける統一刑の必然的結果たるものと草案が見て居る所から、草案はもはや一部の確定の制度を認めて居ないと云ふことから出發して、以上に述べた手續上の状態が何等か特異な性質を示して居ると云ふことを争ひ、刑事の判決はそれ自體獨立して確定することに出来るか出来ないかであるから、此の事件は決して完結するものではないと云ふことを主張すること、此の考察方法は未だ下されて居ない裁判の先廻りするものである。草案は競合の刑法的規律の更新された結果として、一部の確定を拒んで居るけれども、それは未だ以て決して、損害賠償手續に於ける判決の刑事的構成部分と民事的構成部分に關しても、一部の確定を認める譯にはいかないと云ふことが言明される次第ではない。けれども此の場合に認められた手續上の状態は民事法上の請求に關

する争が尙ほ一つ存在する丈と云ふ態様に在るか、又はもつと精確に云へばそれ自體丈について觀察され且不服を申立てることが出来ないやうに裁判された刑事事件とは切り離されて、民事裁判官の面前に於ける手續に屬するやうな事件に關する裁判丈が審査されることになつて居ると云ふ態様に在るのである。即ちかくの如き状態に於て、何故被告人は民事訴訟手續に於てする被害者に損害を賠償すべき旨の言渡に、不服を申立てさせられないことになつて居るのであるか。けれども一見した所明白である此の規定に對しては、有力な懸念の反對するものがあるのであつて、懸念は特に二種の手續種別（特に舉證の責任に關する）の相違からして生ずるものである。此の點に於て刑事裁判所の判決に對する民事裁判所の羈束の問題を生ずるのは素より言を俟たない。刑事裁判所の判決を完全な範圍に互つて處理することの出来ないのは素より自明的のことであるが、例へばオーストリアの民事訴訟法の模範に倣つて、刑事裁判所の判決を罪となる行爲の歸責に制限することも出来るであらう。かやうにするときは被告人にとつては事實問題に於ける第二審が役に立たないこととなるであらうと云ふ異論は、適切であるとする譯にはいかない。蓋し有罪の宣告に不服を申立て、事實問題を提出し、事件の民事裁判官への移行を避けるのは、被告人にとつて一向差支ないことであるからである。けれども被告人が罪責問題を以て異論を容れないやうに裁判されたものと思惟する場合にあつては、被告人が被害者に向つての給付の言渡に對して、新しい辯論又は再應の審査の制限的羈束に由つて奪はれるであらう所の、何事かの異論を挿むことを必要とするものであるとは殆ど想像することは出来ないから

である。更に別個の提案は、民事裁判所も亦刑事裁判所の事實に關する認定に羈束されること、國懲戒法や國辯護士法や國醫師法が其の階級裁判所 *Standessgericht* について規定して居る所の如くならしめやうとして居る。換言すれば衆説の一致あるに於ては事實を新に審査する旨を決定することが出来ること云ふ留保を以て、刑事裁判所の事實に關する認定に羈束されることとして居るのである。此の獨逸法上に於ける模範や外國の立法例に於ける模範を斟酌するときは、羈束を絶對的に不可能なるものとして、又は忍ぶべからざる所であるとして斥ける譯にはいかない。羈束が眞實究明の自由を制限する所以であるのは、素より其の本質の然らしめる所である。只此の場合に看過してならぬのは、それが眞實を究明する上に於て民事裁判所に於ける手續とは比較にならぬ程の少い制限にしか服さない手續に於てする確認に對して行はれるのだと云ふことである。されば裁判所に向つて其の不當と思惟する基礎に基いて判決することを強ひる譯には全然いかないのだと云ふ異論も餘り重きを爲すものではない。最後に擧げた提案が此の状況から脱する、一つの方便を成すものであることは暫く置いて問はない。けれども此の問題を今こゝで是以上追求するのは無用である。何となれば委員會は結局に於て、羈束の問題は損害賠償手續の範圍についてのみ解決する爲には、餘りに其の影響の及ぶ所が廣大過ぎるから、此の點に於ては現行法の原則を引續き固執すべきである。即ち民事裁判所は刑事裁判所の裁判に羈束せしむべきではないと云ふ見解であつたからである。けれども此の場合にあつては審級を民事裁判所に移行せしめると云ふことは、刑事裁判官と民事裁判官の裁判が互に相矛盾すると云ふ

危険を伴ふことは明白であらう。かやうな矛盾の生ずるのは事實上極めて稀にしか起ることではないと云ふのが正しい見方であるにしても、そう云ふことの發生する虞のある道を開くと云ふことは少くとも適當ではあるまいと思はれる。

今提案した方法——刑事訴訟手續の範圍内のみに於てする不服の申立——は、純然たる手續法の立場丈から觀察すると、一部確定の制度は認めないと云ふ方針を固執する場合にあつても、決して困難を招來するものではない。蓋し被告人が被害者に損害を賠償することを必要とする旨を言渡された故を以てのみ、判決に對して不服を申立てる場合にあつては、第二審の裁判所は辯論及び裁判を此の事項に制限するであらうからである。けれども刑事の判決の執行を曩に述べたやうな種類の不服申立のあつたと云ふ丈の理由で、延期することゝすべきであるかどうかは重大な意義を有することであつて、此の問題は消極的に解するの外あるまいと思ふ。所期の結果は二つの方法で達成することが出来る。例外として確定力は存在して居ないに拘らず判決の刑事的の部分は執行せしめることが出来ることゝするか、又は問題となつて居る特別の手續上の状態について一部確定の制度を認めるかである。此の種若はあの種の内容を有する規定を、一つ尙ほ草案中に收容することを必要とするであらう。

刑事事件が第一審に於て參審部の裁判する所である場合にあつては、一つの特別な結果を生ずる。上訴に關する草案の提案に依れば、此の場合には被告人は大審院に上告を爲すの權を有する丈であつて、控訴を爲すの權を有するものではないのであるから、即ち被害者に損害を賠償すべき旨の言渡の

如きも、只上告の方法でなければ不服を申立てることは出来ないものである。けれども之に對する反對の重きを爲す意見は、第一審に於ては地方裁判所が裁判をしたのであるから、従つて被告人は損害を被つたものであると認めることは出来ないと思ふ點に存する。けれども大審院をして此の種の案件に従事せしめるのを不當と感ずる場合にあつても、此の裁判所も亦被害者の請求を以て刑事訴訟手續に於てする解決には適しないものとして宣言し、即ち上訴に應ずるの見合はせることが出来るのを懸念せざるを得ない。被害者は此の場合にあつては第一審に於て既に民事裁判所への出訴を言渡されたのであるかの如く、民事裁判所の裁判を求める譯である。

委員會は以上に説明した解決の外に、他の幾つかの提案について研究した。今こゝでは簡單に其の中の極く重要なものについて言及して置くことゝする。是等の提案の中の一つは刑事裁判官をして被害者の理由のない請求を却下せしめ、此の裁判に確定力を認め、それにも拘らず被害者には上訴の權は全然與へず、よしんば請求が百ライヒスマルクの額を超える場合にあつても、尙ほ且然りとすることゝしやうとするものである。此の提案には賛成する者が非常に少かつた。被害者が刑事訴訟手續に附隨する度毎に、刑事訴訟手續に於ける裁判に對しては上訴する道が全然ないのだと云ふ法律的结果を充分に意識し、即ち被害者は任意的に此の法律的结果を負擔する譯なのであると認めるにしても、被害者から全然上訴を取上げて了ふのは不當であらう。加之被害者は其の結果に恐れを爲して、刑事訴訟手續に於て其の請求を主張するのを見合せられる虞があるのである。

更に他の一つの提案は、被告人の上訴と被害者の上訴とは損害賠償の問題に關する限りに於ては、常に審級順序に於て上級の民事裁判所にしか提起することを許さないものとしやうと云ふのである。此の場合に生ずる困難と懸念とは、曩に既に「移行」の遙に狹隘な範圍について論じた所であるが、それ等のものはこゝでは益々有力となる計りであらう。草案の現在提案して居る解決は、一つの纏つた全體として觀察することを必要とする。即ち刑事裁判所の裁判を以て民事裁判所を羈束せしめない提案、刑事訴訟手續に於ける本案の裁判を被害者の不利益ならしめない提案、従つてまた被害者の負擔に於て確定力の效果の及ぶことはないやうにする提案、一部の移送を許す提案、被害者の上訴を許さない提案、被告人の上訴は只刑事裁判所の審級に於てのみ許すこととする提案等、是等の提案はすべて互に極めて密接な關係に在るものなのである。

第七節 執行力、再審

抑も損害賠償手續の目的とする所は、成るべく敏速に且簡単に被害者が損害を回復するのを助けやうと云ふのであるから、刑事の判決の構成部分を形成して居る損害賠償の言渡の如きものにも、假執行の宣言を附することが出来るものとすべき有力な原因を存するものと謂はざるを得ない。即ち被害者に於ては己れの返還を受くべき物件が判決の確定するに至るまで轉匿され、若し己れの損害を賠償せらるべき筈の金錢が蕩盡されるに於ては、折角己れに有利な判決を受けるにしても何の役にも立

たないのである。けれども被害者が成るべく敏速に辨済を受ける道をも確保すると云ふ、全く争ふことの出来ない需要に對している／＼と異論が唱へられた。例へば第二審に於て裁判が破毀せられ、然も被告人が假執行に因つて損害を被つたと云ふやうな場合に於ては一體どうなるのであるか。此の場合にあつては被告人は、刑事訴訟手續の骨子内では反訴 *Widarklage* を提起することは出来ないものであるから、民事裁判所に其の損害賠償の請求を訴求しなければならぬのである。尙ほ其の他の點に於ても多大の技術上の困難が指摘された。けれども凡そわれ／＼が何事か新規なことをやり出さうと云ふ場合に、困難の生ずるのは免れ難いことである。若し其の達成し得られる事柄がよい事柄であるならば、技術的の困難は超克しなければならぬ。けれどもわれ／＼はまだ解決には到達しなかつたのであつて、寧ろ解決は草案の第二讀會に留保されるものである。前記の困難を避ける目的を以て被害者を擔保する爲假差押を許すの權を檢事に與へ、差押の命令に對する區裁判所判事への被告人の抗告を規定しやうとする提案についても、同じことが云ひ得られる。

被害者に向つて給付を爲すべき旨の被告人に對する言渡の執行力（終局的の）は、判決の確定と同時に發生する。被告人には執行に對する異議を許すことを必要とする。被告人が民事裁判官に依つて給付を言渡された場合に於けるよりも、被告人を不利な地位、若し別個の地位に置くべき理由は全然認められることは出来ない。されば損害賠償手續に於て執行力を有するに至つた賠償給付の判決は、民事訴訟手續に於て言渡された終局判決と同等の地位を有するものであると云ふ原則が樹立される。此の

原則に依つて強制執行の種類及び方法に對する異議、執行文を求める訴、執行に對する異議の訴及び執行文に對する訴（民事訴訟法第七百六十六條、第七百三十一條、第七百六十七條、第七百六十八條）は此の原則に依つて許される。是等の訴については、「受訴裁判所」には民事司法が具はつて居ないのであるから、第一審に於て裁判を爲した裁判所の所在地を管轄する民事司法裁判所が管轄裁判所として宣言されてある。更に執行に對する異議の訴は如何なる異議に立脚することを得べきかについての、民事訴訟法第七百六十七條第二項の規定も適應を必要とするのであつて、執行異議の訴は其の根據となる理由が第一審の公判の終結後に至つて初めて、併し被告人が控訴裁判所に依つて判決を言渡され又は此の裁判所に依つて判決を承認されたのである場合に於ては、公判の終結後控訴審に至つて初めて、發生した程度に於てのみ許されることになつて居るのである。

手續（刑事訴訟の）の再審は、被害者が手續に有効に附隨したかどうかによつて左右されるものではないことは、當然の事理として自明的のこと、云ひ得やう。新しい判決の形成に關する普通の規定が、被害者への給付を被告人に言渡す判決にも關係するものであること、即ち新しい判決は其の前の裁判と異つて居る場合に於ては、前の裁判を破毀することを必要とするけれども、さもない場合には前の裁判を維持することを必要とするものであることも亦同様である。けれども再審の理由は専ら判決の民事的部分に關してのみ、生じ得るものであることに注意を拂ふ必要がある。此の場合については草案が通常の上訴に關して執つて居る見解と一致して、再審理由は再審の請求を以てして刑事

裁判所にのみ主張することが出来るものとする方針を維持することになつて居るのであるが、再審を判決の民事的部分に制限する申立を許すのが適當である。其の他の點に於ては手續上の規定を準用することを必要とする。云ふ迄もなく一つの例外を以てである。即ち裁判所は再審された手續に於ては被害者に民事訴訟の方法を指示することは出来ない。事件が一度刑事訴訟手續に於て解決するに適應するものとして承認された以上は、再審の理由に由り之を拒むべからざるものである。かやうな次第で再審についての若干の規定を設ける理由が存在する以上は、之に由つて同時にまた、損害賠償の言渡次に制限される再審理由の場合に於ては民事訴訟法の原状回復の訴 *Restitutionsklage*こそ權限ある上訴たるものであると云ふ、普通の場合に恐らく想像し得られる説も煙散霧消せしめられる。之に反して刑事訴訟手續の再審理由は原状回復理由よりは著しく包括的である所から、更に別個の問題を生ずる。即ち民事訴訟法第七百六十七條の執行に對する異議の訴と再審の關係の問題である。學者は後に至つて初めて發生した事實（例へば被害者に對する慰藉）は、民事訴訟法第七百六十七條に依り民事裁判所に於て主張することを必要とするものであること、之に反して再審理由が執行に對する異議の訴に依つて主張されることに由つて、刑事裁判權に再審の範圍を狭めるのは不可能であることについては一一致した。民事訴訟法第七百六十七條の廻り道を通つて民事裁判官の面前で刑事裁判官の確定力ある確認を動搖させるやうなことを試みる譯にはいかない。刑事裁判官の面前に於ける再審は絶對的に優先的地位を有する。確定して居る目的を達成する爲に明示的な規定を必要とするものであ

るかどうかは審査しなければなるまい。

第八節 費用

刑事裁判所が被告人に被害者への給付を言渡す場合にあつては、請求に因つて生じた特別の費用並に被害者の特別の立替金は、被告人に於て負擔する。裁判所が被害者に其の請求の一部を支を認めたときは、被告人に費用の全部若しくは一部を支を負擔せしめることが出来る。被害者が請求を取消すなり、裁判所が請求について裁判することを拒み、即ち被害者に民事裁判所を指示するなりして、本案の裁判に迄到達しなかつた場合に於ては、請求に由つて生じた費用は國庫に於て負擔することになつて居るのである。

第十八章 治安判事法と仲裁人法

ベルリン大學教授ドクトル・コールラウシュ

A 治安判事の面前に於ける手續

裁判上の名譽保護の不十分であるのは主として、名譽の毀損と云ふことが刑罰と云ふ形態で裁判所の提供し得る所のものを以ては、到底補償することの出来ない事柄であり、將來も亦そうである爲であるが、更に實體的の侮辱刑法 *Belaidigungsstrafrecht* 即ち眞實の立證の無際限に許されて居ること、評判の原狀回復の不十分であること、協同體の名譽の保護が満足でないこと其の他の爲でもある。併し缺點は手續法の中にも存する。所が手續法の中で評判の原狀回復を目的とする確認に由つて、救済を行ふことを使命とするものについては、本書の他の箇所既に論ぜられて居る。本稿は現行の私人起訴 *Privatklage* の制度が、果して適當な處置を以て代らしめることが出来るものであるかどうかと云ふ、一事に關するものである。

第一節 私人起訴の制度の不十分であること

私人起訴の制度を存立せしめる理由は二つの考慮に歸著する。一つは、或る種類の侵害行爲は自然

の人性に出づるもので、社會公共の利益は之に因つて殆ど害せられるものではないのを常とし、従つて私人たる原告官は這般の葛藤からは除外して差支ないと云ふ考慮である。また一つには、是等の侵害行為は個人的には極めて痛切なるものがあつて、特に名譽毀損の場合にあつては其の影響の及ぶ範圍は極めて廣汎であり、従つて一種の權利保護を拒む譯にはいかなることがあり得る。所が民事裁判官はわが國法上は普通此の場合に救済を致すことは出来ない、と云ふのは實體的の損害は稀にしか生じはしないし、よしんばまた生じたに於てはそれが唯一の決定の契機たるものではない。被害者は原状回復 *Wiedergutmachung* よりも寧ろ慰藉 *Genugtun* を、救治 *Reparation* のみに止まらず寧ろ満足 *Satisfaction* をも要求するのである。然も慰藉と云ひ、満足と云ひ、何れも刑事裁判官でなくては與へることの出来ない所であり、特にまた刑罰の方法に依つてでなくては與へられない所なのであると云ふのが論者の説である。かやうな次第で刑法上の保護は與へるけれども、私人たる原告官はそれに與らしめなかつたのである。

併し此の私人起訴の制度は踏襲することは出来ない。それはとりわけ三つの理由に由るものである。(1) 云ふ迄もなく法律的構成の問題は過當に重く評價する譯にはいかなければ、此の場合考慮しなければならぬのは、真正の刑を目的とする手續が其の開始に於ても、更に其の経過に於ても全く被害者の手中に存して居ると云ふことである。此の場合私人が所謂國家の刑罰請求權を主張するも

のであると云ふ風に論ぜられ、或は甚しきに至つては——形式的な當事者の立場から出發して——私人は「代理人の地位 *Vortratersstellung*」に在るものではなくて、寧ろ法定の處分者の地位 *Begeztellthe Verfügstellung* を有するものである(とりわけ *Beling, Strafprozess 1928, S. 450* の所説である)とさへも論ぜられたのは避くべからざる勢であつた。かくの如き見解は當時でさへも既に往々にして奇矯なりとして感ぜられた所であつて、今日となつては到底不可能とする所である。けれども此の責任は理論には存するものではなくて、寧ろ制度それ自體に存するものなのである。

(2) 私人起訴の制度の目標とする所は、當初からして餘りに狹隘に過ぎて居た。慰藉の提供とは全く關係する所はなかつたのである。檢事が公訴についての公の利益を否定した場合にあつては、慰藉については兎に角權利の保護が提供されると云ふ間接の社會的利益を存するに過ぎない。權利の保護を提供すると云ふことは時には正常な自己目的であるが、併しまた時には日常生活に於ける紛争沙汰の安全瓣として必要と云ふの外はないこともある。所が此の思想は更に突進して、安全瓣を以て一種の獨立の任務たらざるを得ざらしめる。即ち平和でない状態を平和ならしめると云ふ任務である。蓋し此の場合こそは個々の犯行は、それが個々の犯行として制裁を必要とするのであるにせよ、専ら一般的葛藤 *Unfriede* の表現であり——かくの如き葛藤の爆發的結果であると同時に、更に別段の葛藤の原因たるものであるからである。そこで包括的な有力な調停を試みることに由つて、一定の行狀を手痛く否認することによつて、名譽健在の宣言 *Ehrenerklaerung* を爲すことに由つて、争の淵源を

閉塞すること由つて、争を續行するすべての者に對してよく聽き取れる制止の掛け聲をかけることに由つて、かゝる葛藤を除去しやうとしなければならぬ。かくの如き権能は、處罰するか無罪とするかの何れか一つに制限された私人起訴裁判官 *Privatklagegericht* には缺けて居るのである。

(3) 更にまた私人起訴の制度に最初からまづはりついで居る不便不都合の外、更にまた、よしんば餘りに狹隘に劃せられ居たとは云へそれ自體としては兎に角正當であつた目標すらもが、後には眼界外に逸出してふふやうになつたと云ふ事情が附け加はつて居る。即ち公訴官廳の負擔の軽減、即ち結局は司法全體の負擔の軽減と云ふことが寧ろ次第に自己目的となつて來た。權利の保護を興へると云ふ必要は、益々忘却されて了つたのである。

一九二一年並に一九二四年の兩度の法律はまだ議論の餘地があつた。是等の法律は私人起訴事件を増加すること由つて檢事の負擔を軽減して居るのであつて、此の財政的考案に示唆されること素より大なるものがあつた。けれども此の二つの法律は是等の場合のすべてを通じて兎に角被害者に私人起訴の方法を興へて居るのであるが、一九三一年一〇月六日の緊急命令は負擔軽減の思想を裁判所にも擴張し、「犯人の責任が輕微で犯行の結果が重要でない」と認められる事件は、手續の如何なる状態に在るを問はず訴を棄却する權限を私人起訴裁判官 *Privatklagegericht* に興へた。一九二四年に通常の訴訟手續について導入されることとなつた便宜主義の原則は、かやうにして私人起訴手續にも移植されることとなつた次第であるが、それは論理一貫せるものとも稱することは出来なかつた。蓋しか

くの如き訴の棄却は、私人起訴原告の同意を必要とするものではないからである。

結局官僚的財政的利益が勝を制することとなつて、私人起訴事件一萬五千件以上が毎年緊急命令の犠牲となつたものである。論者が之を以て權利保護の拒絶であると稱したのも誠に尤もなことである。此の緊急命令は全く威制的の作用を及ぼすことがあり得る。蓋し裁判所は訴を棄却するに當つて、必要な立替金を私人起訴原告に負課する權利を興へられることであるから、被害者は己れの念頭に在る名譽に關する事件が、裁判官に依つて些細の事件たるものとして看做されると云ふ、測り知るべからざる危険の脅威を受ける次第だからである。

第二節 新法の根本思想

従來の法律の不充分であることは、左の諸點に於て現はれて居るのであつて、此の點に於て従來の法律を改正する必要がある。

(1) 調停 *Mediation* と云ふことを、裁判官の獨立の任務たるものとして高調する必要がある。調停は裁判に優る。私人起訴の取下げることが出来るのを斟酌するときは、和解も亦締結することが出来るものであると云ふことは附隨的に生ずる可能性であつてはならない。寧ろ有力な手續上の目標たるものでもあらねばならぬ。

(2) 裁判官が調停することの出来ない場合にあつては、裁判官は云ふ迄もなく裁判を行はなければ

ならない。換言すれば甲に有利に、そしてまた乙に不利に判決することを必要とするものである。是は未だ以て裁判官が真正の「刑」を言渡すことを、必要とするものであることを言明するものではないのであつて、何人が正當であるかと云ふことの裁判上の確認が既に價値を有するのである。尙ほ其の外に評判の原状回復 *Rechtserhaltung* の見込がある。けれども平和の妨害者に其の不當を感じさせ、被害者に慰藉の感情を興へる處置も亦、裁判官に提供されなければならぬ。それは「刑」たることを必要とするものではなく、また「刑」たるべきものでもないのである。刑は國家指導の機關が公訴を提起することによつて、刑法の手段を以てして犯行を處罰することの、必要を肯定した場合に留保されるものである。

(3) 裁判官は平和をも醸成すべく、獨り個々の場合を調停し、若は裁判するのみに止まるべきもではない。されば判事は左の諸件を爲すことを得しめられなければならない。

(a) 葛藤に關與した他の者にも其の判決を擴張することが手續を不自然に擴張することなく、また手續を甚しく遅延せしめることなくして爲し得る以上は、判決を是等の者に擴張すること、

(b) 葛藤に關聯する民事上の争議をも裁判すること、

(c) 争議の再燃を豫防するに足るべき處置を爲すこと、

(4) 判事はよしんば平和を醸成すると云ふ任務を有するものであるにしても、判事は究極に於て「裁判官」たるものなのであるから、之を稱して治安判事 *Friedensrichter* と呼ぶことにする。但し之を

治安判事と呼ぶことに依つて、かのイギリスに於ける *Judge of Peace* だとか、フランスに於ける *Juge de Paix* と類似の關係に置かれるものではない。蓋し英佛の是等の判事は些末事件裁判官 *Bagatellrichter* たるものだからである。わが國の新制度に於ける治安判事はどこ迄も名詮自稱の治安を掌る判事である。只此の治安判事は、語の完全な意味に於て、「裁判をする」ことが出来る次第なのであるから、此の判事は裁判官たるの資格を有することを必要とする。即ち治安判事は區裁判所判事である。

(5) 治安判事に與へるべく豫定されて居る任務が根本的に相異つて居るものであることは、深く念頭に置かなければならない所である。それは次の四つである。

(a) 治安判事は調停を爲すべきものである。之についての雛型は存在して居ないのであつて、特別な規律は必要でないのである。

(b) 治安判事は被害者の主張に係る平和の妨害を肯定若は否定し、其の前なる場合に於て平和の妨害者に對して處置を爲すときには、刑事裁判官に相當する任務を果すものである。刑事裁判官に與へるべく豫定されて居る評判の原状回復の任務も亦、同じやうにして治安判事に與へることが出来る。

(c) 治安判事は民事訴訟を裁判する場合にあつては民事裁判官として行動するのである。

(d) 將來に互つて平和を保障することを使命とする處分を爲す場合にあつては、治安判事は行政上の任務を果す。

委員会は是等の任務の一樣でないことに重きを置かないで、場合の統一に重きを置いたには違ひないけれども、個々の問題を取扱ひまた裁判するに當つては、問題が個々別々に發生した場合に本來裁判権を有する官廳が裁判するときには於けると同一の原則を、治安判事にとつても標準たらしめることを必要とするものであることはつきりと承知して居た。さもなかつたら人的結合の約束して居る利益よりも、法律問題に於て常に不明瞭と不確實とが伴ふと云ふ損害の方が遙に重きを爲すこととなるであらう。

(b) について、

列擧した特定の犯行につき治安判事の手續の管轄が設定され、是等の犯行の確認若しは不確認には治安判決 *Friedenspruch* が結び付けられてあることであるから、治安判事の面前に引出された者が其の彈劾されて居る犯行につき、實際に罪があるものであるかどうかと云ふ問題にとつては、刑法上の諸原則が標準となるものである。例へば何が傷害罪であり、物件毀棄罪であり、また侮辱罪であるか、是等の犯罪にあつては如何なる場合に正當なる利益の追求若しは眞實の立證が無罪たらしめられるのであるか、如何なる程度に於て正當防衛若しは緊急状態が存するのであるか、故意若しは過失はどの程度まで前提となつて居ることを必要とするものであるか、假定の場合に故意若しは過失は實際に存在するものであるかどうか、是等一切の事柄については、通常の刑事裁判所と治安判事の面前とで、二様の法が存在することは出来ないのである。

事實に關する認定を獲得する上に於ても、治安判事を指導するものは、通常の裁判所に於けると著しく異つた手續上の原則ではない。特に治安判事についても、「裁判所は眞實を究明する爲に必要である一切の事柄を、職権を以て行ふことを必要とする」と云ふ原則を、第一の金科玉條と認めなければならぬ。

(c) について、

民事上の争議が、是等民事上の争議にとつて標準となる民事法に従つて、裁判されるのであることは同様にして素より言を俟たない。實體的眞實と云ふ手續上の原則も亦、わたしの考では、辯論主義が訴訟の目的物について處分する當事者の権利の一つの結果である以上は、此の場合辯論主義の前に譲らざるを得ないのである。

(d) について、

治安判事の爲し得る處分を界限するのには特別の熟慮が必要である。行政法上合宜と權衡の保持との二原則に由つて、劃せられて居る限界まで行政法に深入りをするのが、果して適當であるかどうかは問題である。確に治安判事については「處置の融通性に富むこと」を往々にして要求せられても居り、實際それを必要とするものであるには違ひがないけれども、治安判事はまた何ものとも比較することの出来ない、また何ものを以ても代へることの出来ない、特別の信用をも享受することを必要とするものである。蓋し此の信用は何と云つても法の「擁護者」である「裁判官」と云ふ概念には結

び付いて居て、裁判官の獨立不羈の地位や其の明確な法條への羈束やと不可分の關係に結ばれてある次第だからである。此の信用を動搖させると云ふことは、餘りに窮屈に形式的の規律に羈束せしめるのと同じやうに、新しい手續を害する虞があるであらう。

第三節 治安判事の管轄

(1) 其の如何なる手段に依るを問はず、重大な葛藤の状態の發生した場合に常に治安判事をして——申立に依ると否とは問はない。此の點については後に論ずる——行動せしめ、調停を行ひ、また場合に依つては治安の妨害者をして辯明を爲さしめると云ふのは、問題となる虞がある。此の方法が無際限の境地に到達せしめるであらうことは、敢て多言を須ひない。それが執り得る方法である場合に、そしてそのみが問題たる場合にはそれは警察の方法である。また争の原因が民事上の争の形態に於て、裁判を必要とする丈の範圍に於ては、裁判を下し又は出來れば其の争を調停するのは民事裁判官の仕事なのである。

新しい手續をして既に成立して居る方法と相並んで存在の理由を有せしめやうとし、然も官廳の構成の上に紛糾を持たせまいとすれば、更により以上のものが存在する必要がある。葛藤は特定の方法に於て發生することを必要とするのであつて、特に別の方法を以てすることが出來ないなら、關係者の一人に對して干渉を加へ、他の關係者を保護することに因つて、平和を醸成することを餘儀なく

されると云ふやうに、發生することを必要とするものである。また他人の一身を侵害する行狀の存在することを必要とし、特に將來の葛藤の萌芽を包藏するのを常とする、行狀を存することを必要とするのである。

此の見地からして私人起訴を招來する構成要件は、元來極めて正當に選定されて居たものであつた。即ち個人に害を及ぼす、然も引續き惡を産み出すやうな性質の犯行としての侮辱罪や傷害罪がそれであつて、只其の目標は慰藉と云ふ一事に偏して居たこと、後になると事柄それ自體にとつて本質的でない理由からして、以上に述べたやうな思想の適合しない場合までが附け加はるやうになつたと、竝に最後に決して適切なものとは認め難い理由からして、訴を棄却する權限を裁判所に與へることに由つて、一方の手で與へた所のものを他方の手で再び取上げるやうなことをして居ることは、既にも述べた通りである。

治安判事の面前に持出すことの出来る非行 *Anzeiureitung* を普遍的の法文で書き下すと云ふことも想像し得られるであらう。例へば「個人的の重大な治安妨害」 *schwere Friedensstörungem persönlichen Art* とか、又は「治安の妨害を包含する犯行」 *eine Straftat, die eine Friedensstörung enthält* とか云ふやうな文句を以てある。けれども第一の種類の字句は全然界限性 *Bezugbarkeit* と云ふものを持たないであらう。また第二の種類の字句は一面では限界を餘りに汎く劃して、それを處罰する上には治安の妨害と云ふことが主眼ではないやうな犯行に擴張すると共に、他面では餘りに狭く限界を劃し

て、正當な立法上の動機である所のものを、具體の場合に確認することの困難な、構成要件の標識たらしめる嫌がある。

そう云ふ風に考へて來ると、寧ろ個々の犯行を列擧するの方針を引續き墨守すべきであらう。即ち治安判事に向つては、生存者若は死者に對する名譽毀損の故を以て、侮辱や故意若は過失に因る輕い傷害の故を以て（「過失」は本來から云ふと決して典型的の治安妨害たるものではないのであるけれども）、家宅侵入の故を以て、信書の祕密の侵害、物件毀棄並に物件の抑留 *Enthentziehung* などの故を以て、出訴することが出来るのである。

従つて治安判事の行動は一定の犯行を前提とするものである。然も此の特定の犯行の筋道の立つた主張 *die schlüssige Behauptung einer bestimmten Straftat*——犯行の嫌疑の不充分なるに因る訴却下の權利、即ち一種の消極的な公判開始決定は規定されて居ない。若し或る犯行が主張される必要があるとするならば、それは前記の犯罪構成要件の一つを有責違法に實現することが念頭に置かれてあるものと謂はなければならぬ。或る者が不法に通行權を要求し又は洗濯場を利用したとか、教師が生徒の、親爺が息子の横面を張つたとか、又は債務者が惡意を以て其の債務を支拂はないとか、隣のラヂオが傍若無人の高音を出すとか云つたやうな主張では充分ではないのであつて、かゝる場合については現に民事裁判官が警察が管轄權を有して居るのであるし、將來も引續き此の兩者が管轄權を有するのである。けれどもさう云ふ不當の行狀に故意に因る家宅侵入が結び付いて居るとか、さう云ふ不當

の行狀が侮辱若は暴行を招來するに至つたとか、又は所犯の暴行若は罵倒的の言辭が故意に因る違法の傷害若は侮辱であるとか云ふことは、争を治安判事にとつて熟せしめるものである。蓋し治安判事は云ふ迄もなく争を極めて廣汎な範圍に互つて、即ち民事上の出發點や、事情に由つては將來に及ぼす作用迄も併せ包括する範圍に於て、調停し若は裁判することを使命とするものだからである。けれども治安判事手續への正門は刑法的のものである。

只是が例外たるべく見えるのは、他人が名譽毀損の主張をしたとか、若は流布したとか云ふことが彈劾の内容である場合にあつては、此の他人が——然も申立人の記述の上から見て既に——正當な利益を追求するの故を以て、又は其の他の方法で個人的に罪とはならないときにあつても、治安判事が管轄權を有すると云ふことである。此の例外は單に外見上の例外たるのみに止まる。何となればよい評判の原狀を回復すると云ふ任務は、刑事裁判官の場合にあつても、同胞の名譽を根底から破壊した者を處罰する權能とは、獨立の關係に在ること、なつて居る次第だからである。

(2) 此の積極的の條件の外に、犯行が眞正の刑を以てする處罰を必要としないと云ふことが、治安判事の管轄の消極的の條件たるものである。さもない場合にあつては檢事が、通常の刑事裁判官の面前に公訴を提起するの任を有するものである。如何なる場合に、通常の刑事裁判官の面前に公訴を提起することを必要とするやを、法律の上に指示する必要はない。刑は民族全體の立場から見ても一方に保護の必要が存し、他方に贖罪の必要の存することを前提とするものである。現在「公訴を提起するに

ついで「公の利益」を測定するのに標準となる著眼點（刑事訴訟法第三百七十六條）は、此の場合に有益な作用を及ぼすであらう。

(3) 治安判事の土地の管轄は、大體に於て普通の刑事訴訟法に従つて定まるのであつて、印刷物に依る名譽毀損の管轄についても亦同様である。只一つ違つた所がある。それは數個の管轄を存する場合に、檢事と同一の範圍に於て被害者を選択權を與へると云ふことは適當でない。管轄權を有するのは行爲地の治安判事又は相手方の通常の居所の治安判事である。「住所」と云ふ法律上の概念は、此の場合には全く適當な標準たるものではないのである。

管轄の條件の訴訟的取扱は其の區別に従つて行はれる。此の點については後に論ずることとする。

第四節 手續の開始

(1) 治安判事に向つての出訴に先だつて、仲裁人 *Schiedsmann* の面前に於て和解の試圖 *Sühneversuch* を行ふことを必要とする。此の試圖を見合はせることの權能は、幾分か大まかに取扱はれて居るのであるが、それが爲には特に立法者に於て平和を來さしめやうとする者の範圍を、擴張する爲に努力することが必要である。従つて同種の手續を開始するの權利を有する他の權利者が、既に開始された手續に参加する場合にあつては、和解の試圖は必要でないことになつて居る。申立の對手人が矛を逆さまにして、治安判事に出訴した者に對して彈劾を爲す場合にあつても亦同様である。

此の場合にあつても仲裁人の面前に於ける和解の試圖を、治安判事の行動發動の條件たらしめやうとするに於ては、全體的雪冤 (*gesamthetwärtigung*) の道を開いたのが全く無意義となつて了ふであらう。其の場合に於ても、治安判事は己れが不適當であると思惟した場合にあつては、和解の試圖を行はないうで差支ないことになつて居る。かやうに大まかに取扱つても決して仲裁人手續の漸次的廢滅を來すことはあり得ないのは云ふ迄もあるまい。それは統計の確實に證據立て、居る所なのである。

(2) 治安判事は申立に基いてのみ行動する。此のことは、當該の種類に屬する犯行の場合にあつては、檢事も亦申立に基いてのみ公訴を提起することが出来るのであることから云つても、既に自明的の事柄なのである。そこで是等の犯行が筋道立つて主張された場合に限り、治安判事手續への門戸が開放されるのである。公訴に告訴を必要とするのは、或る種の犯行については、國家の保護を要求しない被害者、即ち恐らくは全然己れの法益を侵害されたものと意識しない被害者の面倒は、國家としては自分の側からは差出でする必要はないと云ふ、意味丈を有するに止まるものではないのは既に從來からのことであつて、多くの場合に於ては告訴は、當該の種類に於ては、受けた損害の代償として慰藉を請求するや否やを、被害者の選ぶ所に任せることとするの意義を有するものである。侮辱や傷害などのやうな場合に於ては、是こそ治安判事に於ても、少くとも原告官に於て尊重するのを必要とするのと同じ程度に、尊重することを必要とする重大な見地なのである。加之當事者が要

求しないのに平和の扱ひをするのは、事情に依つては其の所期の正反對の結果に歸著することさへあるのである。

(3) 申立は訴と稱せられることになつて居る。申立を訴と稱することに依つて私人起訴の記憶が存置される虞のあるのは、素より考慮されたことである。けれども治安判事手續と私人起訴手續との間には、云ふまでもなく實體的の區別を存するのであつて、主眼とするのは此の實體的の區別であつて名稱の上の同異ではない。最後に治安判事の行動が單なる調停以上に出づる場合にあつては、治安判事も亦裁判官たるものである。また原告が存在しない場合にあつては裁判官も存在しないと云ふことは、獨り法律的に正常な觀念であるのみに止まらず、昔乍らの民衆的な觀念でもある。更に其の外に實體的の理由と用語的の理由とが附け加はる。手續を進行せしめる申立は、手續の適否に差當つては手續の内容並に限界を規定するものであつて、手續の經過中に可能となるに至るいろ／＼の申立と、區別することを必要とするものである。

是で治安判事に出訴する者の氏名と、其の何事かを弾劾しやうとする相手方の氏名も明かにされる譯である。此の兩者を指して「申立人 Antragsteller」に「對手人 Antragsgegner」と稱するのは、我慢の出來ない法曹獨逸語 Juristen-deutsch たるものであらう。兩者は Kläger (原告) に Verklagter (被告) として相對峙するのである。此の Verklagter と云ふ名稱を以てするときは、餘りに刑事訴訟的な Angeklagter (被告人) と云ふ名稱を避けることが出来るし、また餘りに民事訴訟的な、そしてま

た服喪閉門の状態に在る者 Leidtragender を促はせるやうな Beklagter (被告) の語をも避けることが出来るのである。

(4) 訴を提起するの權利を有する者は専ら被害者であつて、被害者が行爲無能力者であるときは法定代理人であり、場合に依つては被害者の世話をする權利者 Sorgeberechtigter である。妻とか十八歳乃至二十一歳の者とかの被害の場合に訴權が重複するのは、現在に於けると同じやうに規律されてある。

所が治安判事法は、死者に對する誹毀の場合にあつては現行法を超越するのであつて、此の場合には兄弟姉妹も亦訴權を有する。また生前害を被つた者の死後は、親屬は治安の訴 Friedensklage を提起することが出来るし、又は開始された手續の續行を促すことが出来ることになつて居る。只手續を續行するのが被害者の意思と相容れない虞のあるとき、又は訴權を有する親屬の一人が理由ある異議を主張したときは、治安判事は訴又は手續の續行を拒むことが出来ることと云ふ、制限を伴ふものであることは云ふ迄もない。

(5) 此の訴は期間に羈束されるのであつて、特に訴權者が犯行並に犯人を知つたときから三ヶ月である。期間を遵守する爲には仲裁人への出訴又は告訴を以ても充分である。犯行後三年を経過したときははや訴を許さない。

(6) 訴の形式は最も自由に規律されることになつて居る。訴は書面を以て提出することが出来る

し、また調書を以て訴提起の意思表示を爲すことも出来るし、治安判事の許可のあつた場合には、治安判事の面前に於て被告の列座の上で口頭を以て訴を提起することも出来る。

(7) 訴の内容についても極く必要とする所丈が規定されて居るに止まり、然も是も「當爲」規定の形式に於てされて居るに過ぎないのであるから、従つて缺けて居る所は補充することが出来るのである。必要なのは、治安判事が手続を開始すべきや否やについての其の決意の基礎資料を與へられること、竝に被告がどう云ふ事柄に對して答辯することを必要とするものなのであるかを承知して居ることである。即ち原告及び被告の何人であるかと云ふこと、竝に「被告に對して彈劾される犯行」を記載することを必要とする。一定の申立、即ち方式に従つての要求 *formuliertes Petition* を記載することは必要でない。訴は犯行の彈劾と、明らかにそれとは云はないけれども「彈劾」に相當する方法で治安判事の使用し得る手段を以てして、行動を開始せんことを求める治安判事に對する申立を包含するものである。訴の中で既により以上のことを要求するのは不適當であらう。何となれば如何なる處置が事態に適當するものであるかは、辯論の結果を俟つて始めて明かとなることであるし、また治安判事でなければ定めることは出来ないことであるからである。示唆 *Anregung* は行つて差支ないけれども、形式上は治安判事が適正に出訴を受けたと云ふこと丈で充分とするものである。一定の申立は、確認に依る評判の原状回復又は民事法上の裁判（よしんば一時的のもの、みに止まるにせよ）の請求される場合にあつては、云ふ迄もなく必要である——此の申立は手続中に於ても追

完することが出来るのであつて、即ち決して手続の開始の條件を成すものではない。確認に依る評判の原状回復は通常の手続に合致すると共に處分の兩刃の劍たる性質に合致する所以であるし、民事法上の裁判は治安判事が此の場合果すことを必要とする民事訴訟上の任務に合致する所以なのである。

(8) 訴は治安判事の判決の言渡されるまで、又は控訴に基いて裁判されるまでは取下げることが出来るのであつて、一旦取下げた場合にあつては云ふ迄もなく更めて訴を提起することは出来ない。また公判の開始後にあつては、對手人の同意のあつた場合でなければ取下げることが出来ない。是は裁判官の調停的行動の基礎の一つたるものである。

第五節 訴の取扱

(1) 被告に對して彈劾された所のものが全く犯行を成さないとき、即ち彈劾された所のものが原告の此の手続に入ることを請求する唯一の適法な「刑事上の門戸」ではないときは、治安判事は「訴を却下する」。治安判事は己れが土地の管轄權を持つて居ないとき、又は普通の、若は治安判事手続の手続上の條件（例へば仲裁人への出訴、又は期間の遵守）が具はつて居ないときにあつても訴を却下する。此の場合竝に訴の内容の瑕疵ある場合にあつても、治安判事は出来得る限り官僚的でなく處置をするのであつて、追完の出来ることは追完せしめるし、またそれが必要でもありまた可能である

場合には、原告に其の権利を追求する正常な方法を示す。例へば警察の門を叩けとか民事の訴を起せとか云ふ類である。けれども治安判事の手続には入ることはしない。

(2) 治安判事手續の條件の存在しない場合に於ては、訴を却下して爾後の處置を被害者に一任すると云ふ原則は、犯行が主張されたけれども治安判事の面前に於て判決するには適さない犯行である場合に於ては、制限を加へる必要がある。即ち犯行が既に述べたやうな部類の犯罪には屬さないで、例へば竊盜とか恐喝とか云ふやうな犯罪であるとき、又は既に述べたやうな部類には屬するけれども刑法上の處罰を必要とするやうな犯行であるときには、制限を加へる必要があるのである。かかる場合に檢事の許に走るのを被害者にのみ一任するのは、己れの管掌部門にのみ立籠る割據主義 *Resortpartikularismus* に外ならないであらう——否、非親告罪 *Officialvergehen* たる場合に於ては正しく不適當ですらあるのである。是等の事件は引續き訴訟屬して居るのであつて、只治安判事が之を檢事に提出する丈のことである。親告罪の場合に於ては、治安訴訟を以て事件を未必的に刑法的に訴追すべき希望の表明されたものと見るのは、決して懸念を生ぜしめるものではない。

只こゝに問題となることのあり得るのは、治安判事手續上の犯行について檢事が刑事的處罰の必要を否認したとすれば、其の後はどう處置すべきかと云ふことであつて、即ち當然服務監督上の方法に於て攻撃することの出来る裁判の場合である。檢事が其の心證に反して治安判事に依つて公訴提起の義務を負担せしめられると云ふのは不適當である。さりとてこゝに一つの真空状態 *Vakuum* を生

ぜしめるのも宜きを得たものではない。真空状態を認めるのは法を否認する *Kassationsverweigerung* にも等しいからである。剩す所は只事件を治安判事に差戻して、治安判事を檢事の軽い見方に羈束するの一途がある丈である。學說中にはかくの如き場合に、其の心證に従つて真正の刑を言渡す權能を治安判事に與へやうと云ふことを提案して居るものもあつたけれども、此の場合治安判事が己れについて適用のある規定に従つて行動するの義務を負ふ以上は、治安判事の心證の爲に犠牲を捧げることを強ひる譯にはいかないであらう。治安判事が刑事裁判官に於けると同じやうに、評判の原狀回復を目的とする確證を爲すことの出来るのは暫く問題外とするにしても、治安判事の犯人に對して科することの出来る處分も亦、假令刑罰ではない迄も極めて痛切なるものがあるのであつて、従つて治安判事が元來もつと重く考へて居たにしても據つて以て爾後の參與を拒むことを得べき理由を治安判事の爲に認めることは出来ないものである。加之此の場合に「處罰をする」と云ふ治安判事の權利は、凡そ刑罰は常に公訴を前提とするものであると云ふ原則に對する、是認することの出来ない一つの例外たるものであつて、従つてかくの如きは私人が國家の刑罰請求權を主張するのであるとか、若は甚しきに至つては私人自體が此の請求權の主體なのであるとすら見て居る、今日の私人起訴法の歪んだ見方に復歸するものに外ならないであらう。

(3) 第三節の(1)の下に述べた理由に由り、訴の主張する所に依れば被告は名譽毀損を犯したには相違ないけれども、被告は正常な目的を追求するに因り、又は其の他の理由に基いて刑法上の責任を問

ふ譯にはいかないものである場合にあつては、訴の却下は問題とはならない。評判の原状回復の任務は舊來の儘である。

(4) (1)に述べた理由からして訴の却下と云ふ結論を生じないときは、治安判事は手續に入る。

第六節 手 續

(1) 原則

「治安判事は其の本分たる裁量に従つて手續を定む。此の場合刑事訴訟法の諸般の原則は治安判事の準則の用を爲すものとす」謂ふ所の刑事訴訟法のいろ／＼の原則の適用性を一々審査すると云ふことは、本稿としては不可能である。治安判事は只其の若干者を明示的に指摘しやうとして居る丈である。即ち判事の除斥竝に忌避に關する一般原則の適用、實體的眞實探求の義務、關係者の出頭の義務、被告を訊問する裁判所の義務、當事者宣誓 *Parbittbeerdigung* の除外、證人及び鑑定人を宣誓せしめる義務の寛裕、未決勾留や逃亡阻止の處分や施設内監視 *Anstaltsbeobachtung* の除外、辯護士又は治安判事の許可のあつた場合に辯護士以外の者を補佐人として附添はしめる關係者の權利、竝に記録の閲覧を求める辯護士の權利などである。

(2) 捜査手續 *Ermittlungsverfahren* については治安判事の爲に規定は設けられて居ない。治安判事は「辯論を準備するに適當なるものと認めらるゝ處置を爲す」のであつて、其の際治安判事は「被告

に陳述を爲すの機會を與へる」のである。必要の場合には證據方法の申出を爲すべき旨を被告に督促することが出来ること、竝に被告に向つて此の爲に期限を定めてやることが出来るものであることは、このづから明白な所である。

(3) (a) 辯論は原則として公行しないことになつて居る。公行する、しないと云ふことは周知の通り争のあつた點である。公行に賛成する理由としては、公行は此の自由な手續に於ても一切を秩序的に行はしめる丈の統制を加へ得ると云ふ利益のみに止まらず、とりわけ世間をして此の手續が民衆的の手續であり、治安判事の手續のよさがどんなに當事者間の争を圓滿に終熄せしめて居るかについての證人を勤めさせる利益を伴ふのであつて、そう云ふこともまた教育的の作用を及ぼすものであると云ふ、理由が擧げられるものであることは素より言を俟たない所であるが、委員會に於ては手續の公行と云ふことも、現在裁判所の名譽保護を不充分なりとする正當な不平の一原因であると云ふ考が重きを爲すに至つた。けれども此の種の訴訟に於て辯論される所ものは、往々にして極めて内密の事柄であつて、傍聴者の中には淨化の必要よりも、寧ろ好奇心の満足を欲する念の方が強く、教育的の作用よりは寧ろ他人の不幸を小氣味好しとする感じを懐く者の多いのが常である。事柄を慎重に取扱ふについての被害者の利益を、手續の民衆化への努力に隷屬せしめると云ふことは、究極に於ては手續の民衆性を失はしめ、際どい所のある事件に於ては、治安判事手續を回避するに至らしめる虞があるのである。例へば眞實の立證については、其の成功した場合にあつても、常に何等かの割り切れな

いものを残す」と云ふことも、兎に角必ずしも全然不當ではない。評判の原状回復の爲には、結果を公表する上で充分役に立つのである。治安判事は例外として己れが相當であると認めるときは、辯論の公行を命ずることが出来ることになつて居る。必然的に發見されざるを得ない所の比較的一般的の弊害は、それが直接検事の公訴を招来しなかつた場合に於つても、是が理由を與へることがあるからである。

(b) 治安判事は公判の主體である。そこで治安判事は公判を指揮して關係者と共に事實關係を究明し、關係者に申立を爲すの機會を與へるのであるが、併し其の判決の點に於ては、眞實を發見すると云ふ己れの義務にしか羈束されるものではない。民事上の争を裁判すべき場合に於つても、果して右に述べた所の適用があるものであるかどうか、若し適用があるものとすればどの程度に於てであるかは、疑はしいことがあり得る。けれども治安判事は訴訟價額百ライヒスマルク以下の事件を管轄するに止まるものであるが故に、かくの如き辯論の遂行の自由は、決して民事訴訟法の原則と矛盾するものではないのである。

(c) 治安判事は先づ第一に調停しやうと試みる。換言すれば治安判事は、當事者の何れか一方を是なりとし、一方を非なりとする裁判を無用ならしめるやうな、結果に到達しやうと試みる。此の點について規則を設けることは出来ない。謝罪若は免責、取消若は名譽の宣言、原告若は第三者に對する何等かの義務の任意的引受、また他の半面に於ては訴の取下、訴を以てする彈効と關聯する民事訴訟

の場合にあつては和解の締結等が、達成しやうとする結果である。

(d) 調停を行ふことに失敗した場合には、即ち原告——若は申立を提げて登場した者——が其の申立を固執するときは、治安判事は裁判を行はざるを得ない。即ち治安判決 *Friedensspruch* を言渡すものである(第八節を参照)。

(4) 辯論の何れの時期に於けるを問はず若し辯論の開始前に判明したとしたら訴の却下、又は檢事への移付の結果を來すであらう所の、手續上の障礙の明白となることがあり得る(第三節の(2)及び第四節の(8))。此の場合にあつてはそれ／＼それに準じて處置すべきであるが、只訴の却下は此の場合、訴の棄却 *Einstellung des Verfahrens* と稱することになつて居ることが違つて居る丈である。即ち訴訟條件は同時にまた裁判條件でもあるのである。

第七節 手續の擴張

治安判事は狀況を全般に互つて満足せしめることを使命とするものであるが、併し其の場合に成立して居る申立の要件は墨守することを必要とする。されば原告は治安判事の許可のあつた場合に於ては、口頭を以て治安判事の管轄に屬する被告の別段の犯行に訴を擴張することも出来るし、また辯論に在廷して居る他の者に對する訴をも起すことが出来る。被告も亦原告に對して訴を提起することが出来る。かくの如き擴張的の申立を原告及び被告に制限するのが、餘りに狹隘に過ぎること

はないかどうかは、もう一度考慮されるものと思はれる。

第八節 治安判決

(1) 治安判決は訴を以てする弾劾が眞實であることを立證されなかつたと云ふ點から、出發するところが出来る。此の場合にあつては「己れに對して主張された弾劾から無罪を言渡された」と云ふ、慰藉を被告に與へることを必要とする。

(2) 己れに對して弾劾を爲された者が——訴に於てにせよ、辯論の經過に於てにせよ——己れに對して弾劾された犯行につき有罪である場合に於ては、之をどう表現して然るべきであるかと云ふ、制度全體の性質を決定する問題が生ずる。一面に於ては有責違法の犯行を存する。此のことは手續をして親爺めいた訓戒 *väterliche Ermahnung* より以上のものを以て終結せしめやうとする上からは、犯人にとつて痛切に感ぜられる所であらねばならぬ。他の半面に於ては刑は科すべからざるものである。何となれば手續は刑が必要でないといふ條件の下に在るものだからである。即ち治安判事には加害者に其の行狀の平和を妨害するものであることを明瞭に意識せしめ、加害者竝に他の者を動かして將來平和を守らしめるやうにする處分を提供する必要がある。けれども眞正の刑には多少にせよ名譽を毀損し、將來に互つて侮蔑を感ぜしめるやうな内容がまつはるのを常とすべく、また當然かかる性質がまつはるべき筈のものなのであるが、今謂ふ所の治安判事の處分には、そう云ふやうな性質は全

然伴はしめる譯にはいかないのである。

治安償金 *Pflichtschulds* と訓戒 *Verwarnung* とが豫期されて居るのであるが、治安償金は十二日定償金 *zwölf Tagesbusse* 以下と云ふことになつて居る。六ヶ月乃至二年の間に量定せらるべき考試期間中に犯人が適正な行狀でなかつたと云ふ條件の下に於ても、治安償金の納付を命ずることが出来る。けれども治安判事は「制裁」が全然必要でないときは、有罪を宣言したにも拘らず處分を見合はせることが出来る。特に犯人が任意的に慰藉を爲すとき、わけでも名譽毀損の主張を取消し又は相當に免責を爲すときに然りとする。だが併し訴訟法的壓迫は全然見合はすべきものである。何となればか、る壓迫は慰藉の價値を減少せしめ、本當の平和には寄與しないであらうからである。被害者も亦犯人に對して不當な行爲を爲した場合にあつても、處分を見合はせることが出来るのである。

(3) 豫防的處分として役立つのは治安保證 *Verpflichtung zum Bürgschaft* である。此の處分は關係者の一人——必ずしも被告たることを必要とするものではない——が、治安判事への出訴を適法たらしめる犯行（侮辱とか家宅侵入とかの如き）を犯すであらうと云ふ、根據のある懸念の成立して居る場合に、之に對して科することが出来るのであつて、犯行を爲さないことを約し、之に對して擔保を差入れる義務を課することを内容とする。擔保は金額に於て成立するのであつて、此の金額は十二日定償金に上ることが出来る。犯行のあつたときは此の擔保たる金額は國庫に歸屬するのであつて、治安判事に於て六ヶ月乃至二年の間に定むべき期間の満了と共に、擔保は還付される。其の他の豫防的處分は規

定されて居ない。

(4) 治安判決に於ては、治安判事は通常の刑事裁判官に於けると同じやうに、好い評判の原状回復の確認を爲すことが出来る (vgl. den Beitrag von E. Schläfer)。此の確認は恰も此の場合に重要な意義を有する次第であつて、治安判事に一つの重要な任務を課するものである。此の確認は被害者を處罰する権能とは全然關係を持つものではないことは、曩に第三節の(1)と第五節の(3)の下で既に論じた所である。

(5) 最後に治安判事は、民事に屬する爭議が、(a) 本案の裁判の眼目とする犯行と相關聯するとき、此の關聯は治安判事が犯罪が行はれて居ないと云ふ理由で、又は行爲が全然犯罪ではないの故を以て判決中で被告を弾劾から解放して居ることに因つて生ずる場合もあらうし、また治安判事が犯行の所犯のあつたものと認めて處分を言渡し、又は例外として之を見合はせて居ることに因つて生ずる場合もあるであらう。所謂「關聯」は緩やかであることもあり得る。例へば通行權に關する争から家宅侵入が生じ、債權に關する争から侮辱の生ずるが如きものである。即ち謂ふ所の關聯は、附隨手續 Admissionsverfahren に於けると同じやうに、法律的の關聯たることを必要とするものではない (本書收める所のグラーフ・グライスバッハの論文を参照)。けれども少くとも因果の關係若は心理的の關係は、存在する必要がある。此の民事上の裁判に通ずる門戸も差當つては刑法的のものである。(b) 民事上の訴に相當する關係者の申立が條件である。(c) 最後に治安判事の事物の管轄の存在することが

條件である。治安判事の事物の管轄は、訴訟物の價額が百ライヒスマルクを超えない場合にあつては、直ちに存することになつて居るけれども、訴訟價額五百ライヒスマルク以下にあつては「合意」に依つても決定することが出来ることになつて居る。此の種の爭議を引込んだが爲に本案の裁判の遅延が生ずるやうなことがあつてはならない。治安判事はかくの如き場合の裁判を拒むの權を有する。

治安判事は、かくの如き種類の係争法律關係を満足せしめるのに役立つ、假の規律をも爲すの權を有する。例へば道路とか空地とかの利用に關する場合の如し。此の場合にあつては終局的の裁判は、民事訴訟法上其の權限を有する通常裁判所が爲す。かくの如き處分こそは治安判事手續の懐く目的に、特に適當することが出来るものと云ふことを得べく、また治安判事手續をして、今日の私人起訴手續とは著しく別個のものとして認めしめる所以なのである。

(6) 治安判決は辯論の末尾に言渡すのであつて、治安判事がそれを命じた場合にはそれを公告をすることが出来る。判決の公告と云ふことは、犯人が特に輿論の裡に不名譽の烙印を捺せられるに値ひする者であるとき、又は被害者に公然の慰藉を與へるのが相當であると認められるときには、どんな刑事の判決をも——刑として——公告すべく命ずることが出来る旨の、一般的の規定が企てられて居ると一致するものである。併し是は普通第二の目的たることを得るに止まり、且評判の回復が問題となる場合に限られるものである。之に反して犯人が例へば甚しいあばれ者として「輿論の裡に特に不名譽の烙印を捺せられるに値ひする」者であると云ふことは、本人が單なる治安妨害者として認