

(4) 審判ノ囑託

現行法ハ個々ノ訴訟行為ノ共助ヲ認ムレトモ訴訟全体ノ囑託ヲ認メス然レトモ改正案ハ之ヲ認メタリ(三)

(二) 通常裁判所ト特別裁判所間ノ共助

(イ) 通常裁判所ト臺灣法院ノ共助ハ三三年五月法律第八十三號ヲ以テ定ム共助ノ範圍ハ同法ニ依レハ(1)訴訟書類ノ送達(2)證據調(3)令狀執行ニ限ラル證據調ノ中ニハ證人鑑定人ノ訊問檢證等純粹ノ證據調ノ外搜索差押ヲ包含ス令狀執行ニ付テハ囑託勾引ヲ含ム然レトモ判決執行ノ囑託ハ之ヲ爲スヲ得サルナリ(四) 通常裁判所ト軍法會議及領事裁判所ノ共助ニ付テハ現行法別段ノ規定ヲ有セス立法上ヨリ云ヘハ將來規定ヲ設クルノ必要アリ現今ニ於テハ司法大臣ト陸海軍大臣及外務大臣ノ協定ニヨリ各部下ニ訓令シテ交渉ニ應スル等其他直接交通ヲ得セシムルニ過キス但軍人軍屬ノ證人義務違背ニ對スル勾引罰金(刑一八第)及書類送達(刑一八九)ハ軍衙ニ囑託シテ行フ

(乙) 通常裁判所ト行政官廳間ノ共助

現行法ハ裁判所ト行政官廳ノ共助ヲ規定スルコトナシ固ヨリ行政廳ハ裁判所ト同シク國家ノ機關ナレハ裁判所ノ命令ニ服従スルモノニアラス然レトモ行政官廳モ或點ニ付テハ一個人ノ如ク裁判所ノ要求ニ從フヘキ義務ヲ負ハシムルヲ必要トス貨幣紙幣印紙公債ノ偽造變造ニ關スル罪ニ付テハ眞偽ノ鑑定ヲ必要トスル場合アリ其他分析解剖發明意匠ニ關スル調査ノ如キハ特別ノ設備ヲ有スル政府ノ官廳ニヨルヲ必要トス其他戶籍登記等ニ付キ其職務事項ニ關スル證明ヲ爲サシムル等亦必要ナリ此等ノ點ニ付キテハ實際ノ取扱上事實障碍ナク行ハル、モ法律上ノ義務ニアラスシテ官廳ノ好意ニスキス故ニ行政廳カ之ニ應セサルモ法律上救濟ノ道ナシ是レ法律ヲ以テ共助ヲ規定スル必要アル所以ナリ但不動產登記法(三)及戶籍法(一)ハ間接ニ共助ヲ定ム改正案ハ汎ク共助ヲ豫想セリ(四三第七第)

猶改正案ハ公訴提起前ニ於テ證據蒐集上區裁判所判事ニ檢證差押搜索ノ共助ヲ求ムルコトヲ許セリ(七一)



其訓令ニヨリ間接ニ共助ノ效果ヲ收ムル有様ナリトス

### 第二項 通常裁判所ト外國官廳ノ共助(國際共助)

民訴二八一ニヨリ外國ニ於テ爲ス可キ證據調ハ外國ノ管轄官廳等ニ囑託シテ之ヲ爲シ其囑託ニ付テハ一五二、一五五ノ規定ヲ準用ストアレトモ共助ノ基本トシテ帝國ト外國ノ間ニ訴訟上ノ共助ニ關スル條約ヲ見サルカ故ニ空文タルニスキス刑事訴訟上ニ於テモ國際共助ノ適用ヲ見ス然レトモ現時及將來ニ於ケル交通機關ノ整備ニヨリ帝國版圖内ニ於テ罪ヲ犯シ外國ニ逃レ又ハ外國ニ於テ帝國ノ法益ヲ侵害スルコトニヨリテ帝國ノ刑罰請求權ヲ成立セシム故ニ刑罰請求權ノ實行ヲ達セン爲メニハ外國ニ於テ犯人ヲ逮捕シ證人ヲ訊問シ其他檢證搜索差押ヲ爲スヲ要スルコトアリ故ニ此等ノ涉外事件ノ審判ニ付テハ內國裁判所ハ外國官廳ノ補助ヲ受クルヲ要ス現今ノ實際ニ於テハ共助ノ條約ナキヲ以テ外交手續ニヨリ外國官廳ニ照會シ外國官廳ハ好意上我ノ要求ニ應スルコトアルニスキス

國際共助ニ付キ一般ニ歐洲ニ於テ認メラレタル原則ハ(一)條項ニ關シテハ證人鑑定人ノ訊問、檢證、書類物件ノ搜索、差押、政府又ハ官廳ノ占有スル書類物件ノ引渡、被告及犯人ノ逮捕、引渡ヲ其重ナルモノトス(二)囑託ノ内容ハ受託國ノ法律ニ於テ認ムルモノナルコト(三)内外官廳間ニ直接交通ヲ許ス場合ニアラサル限りハ囑託ハ外交手段ニヨルコト(四)政治上ノ犯罪又ハ受託國ノ法律ニ從ヒ其所爲罪トナルヘキモノニアラザレハ囑託ハ拒絕スヘキモノトスト云フニアリ  
逃亡犯人ノ引渡ニ關シテハ帝國ト北米合衆國間ニ條約存セリ(一九〇九年九月二十  
六日公布及二〇〇年八月)改正案ハ證據調ニ付キ國際共助ヲ豫定セリ(一九〇九年十月十  
月勅第四二號詔) 明治三十八年三月法律第六十三號外國裁判所ノ囑託ニ因ル共助法ハ國際共助  
ニ關スル帝國側ノ法源ナリ該法律ハ四ヶ條ヨリ成ル其内容ヨリ云ハハ(一)帝國  
裁判所ノ應スヘキ共助行爲ノ範圍ハ書類送達及證據調トス(二)事物及土  
地上ノ職務管轄ハ所要事務ヲ取扱フヘキ地ヲ管スル區裁判所ヲ其管轄トス(同  
項三)共助行爲ノ準據法ハ日本帝國ノ法律トス(三)共助行爲ヲ拒絕スヘキ場合  
ハ(イ)日本法律ハ受託事項ノ施行ヲ許サ、ルトキ(ロ)受託事項カ受託裁判所ノ管



轄ニ屬セス且ツ第二條ノ手續ニ從ヒ轉囑スヘキ裁判所ナキトキ(ハ)相互條件存  
セサルトキ(四)外國ノ裁判所ノ相互主義ニ基ク故ニ日本カ共助ヲ求ムルヲ得サ  
ナリ)

## 第二編 當事者附補助者

### 第一章 總說

#### 第一節 當事者ノ觀念

刑事訴訟ハ國害ノ刑罰權ノ實行即加罰ヲ本質トス加罰ノ基本タル刑罰權ノ存  
在及範圍ハ裁判上ノ手續ニ於テ確定スルヲ要件トス故ニ刑事訴訟ニ必要ナル  
形式ハ裁判上ノ手續ナリ裁判上ノ手續トハ已ニ説明セル如ク被告人ニ對シテ  
國家作用タル判斷ト訴追トヲ分割シテ別々ノ官廳ニ委任シ相侵スコトナカラ  
シメ結局三作用ヲ專有スル主體ヲ設定シ即チ訴フル者(Der Klager)ハ訴追(攻)作用  
ヲ行ヒ訴ヘラレタル者(Der Beklagte)ハ防禦作用ヲ講シ互ニ相對峙シテ辯論ヲナ  
シ(Verhandeln)其辯論ノ結果ヲ參照シテ別ニ判斷ヲナス者アリテ請求ニ係ル實

體上ノ權利義務ヲ確定スル形式ヲ云フ如此辯論ニ於テ對峙スル所ノ訴フル者  
及訴ヘラル、者ヲ當事者(Partei)ト稱ス故ニ刑事訴訟ハ民事訴訟ト同シク當事  
者訴訟(Partei process)ナリトス而シテ當事者ナル觀念ニ付テハ實體的意義及形  
式的意義併ヒ行ハル

(甲)實體的意義ニ於ケル當事者(der materielle parteibegriff)

タリリスノ說ニヨレハ實體的當事者トハ自己ノ權利義務カ裁判上ノ手續ニ於  
テ審判セラル、權利主體ニシテ且裁判上ノ手續ニ於テ訴訟行為ヲナス權能ヲ  
有スルモノナリ(Partei ist dasjenige rechtssubjekt über dessen rechte und pflichten in einem  
gerichtlichen verfahren entschieden wird, sofern ihm in diesem das recht zu processualen  
thätigkeit zu steht)故ニ此觀念ノ要素トシテハ(イ)實體上自己ノ權利義務カ審判セ  
ラル、コト是ナリコト(ロ)所謂訴訟ハ其者ノ訴訟ニシテ又請求ハ其者ノ請  
求又敗訴ハ其者ノ敗訴ナラサル可カラス從テ訴訟ニ於テ權義カ審判サレタル  
ニアラスシテ僅カニ間接ニ影響ヲ生シタルニ止マルモノハ當事者ニアラサル  
ナリ(ロ)當事者タルニハ法律上訴訟行為ヲナス權能ヲ有スルコト是ナリ從テ此











普通ノ場合ニ於テハ公訴ヨリ生ズル被害ヲ救済スル方便ニシテ寧ロ變例ニ適用ス其尋常  
クスルモナリ之ニ對シテ犯人ハ處刑ヲ免レシテ又其相ヨリ重ク罰セラルコ  
トナシテ一方ノ利益ヲ無ニアルト見ル故チ以テ國家ハ片面一方ノ當事者利益ヲ有  
セストナシテ從テ國家ノ當事者タル資格ヲ否定

(乙) 形式的(訴訟的)意義ニ於ケル當事者(formeller parteibegriff)

形式的意義ニ於ケル當事者トハ審判ノ目的タル實體權ノ自家ノモノタルト否  
トヲ論セス訴ヲナス者(is qui rem in iudicium deducit)及ヒ訴ヘラル者(is contra  
quem res in iudicium deducitur)ヲ云フ即法律ノ定ムル範圍内ニ於テ自己ノ意  
思ヲ以テ訴訟ノ方式及方法ヲ定メ原告又ハ被告ノ地位ニ就キ訴訟上權義ヲ負  
フ主體ナリトス(ハインツエー、ベルクマイエル、ミツ  
タルマイエルノ所説之ニ該當ス)

此意義ヲ以テセハ自然人タル犯罪人ハ訴ヲ受ケル主體ナル故ニ當事者ナリ猶  
前項ニ引用セル法人カ犯罪ノ主體タル場合ニ於テ法人ノ代表者ハ躬カラ犯人  
ニアラサレトモ訴ヲ受ケ自己ノ意思ニ依リ訴訟行為(防禦  
方法)ヲ行フカ故ニ當事者  
ト謂ハサル可カラス又檢察ハ國家ノ訴追機關ニシテ自カラ刑罰請求權ヲ有ス

ルモノニ非スト雖モ自己ノ意思ヲ以テ訴ヲ提起シ攻撃方法ヲ行ヒ又場合ニヨ  
リテハ訴ヲ取消スコトヲ得(現行法ハ公訴ノ取消ヲ認メサレトモ  
獨刑訴ハ無限  
正案ハ獨刑許セリ一九七、二七三)故ヲ以テ之ヲ當事者トナスコトヲ得ヘシ人事  
訴訟手續法第二條第三項第四項、第二十六條、第三十九條ニ於テ檢察ヲ訴訟ノ相  
手方トシ刑事訴訟法改正案第二十六條、第二十七條、第八十八條、第九十條、第  
二百六十四條、第二百七十九條、第二百八十三條、第二百九十六條等ニ於テ被告人  
ト對稱シテ檢察ヲ當事者トシテ規定シタルハ形式的意義ニ依ルモノナリ現行  
法ニ於テモ檢察ヲ訴訟關係人トシテ取扱ヒ殊ニ相手方ナル文字ニヨリ(二四八  
項、二七四、二七五、二七三、二七八等)言ヒ表ハサレタル地位ハ形式的當事者ニアルコトヲ  
推測スルニ難カラサルナリ

當事者ノ實體觀念ナラズト云ヘリ其要旨チ案スルニ刑罰權ハ訴訟權ニ於テ私  
ノ三要素ヨリ成リ何レモ國家ニ專屬ス故ニ我輩治罪法及獨乙刑事訴訟法ニ於テ私  
外ノ者ニ及ハス故ニ刑事訴訟ノ當事者ハ國家及犯人ハ事實上訴訟行為ヲ行フ能ハサルカ故  
ト其機關タル檢察上ノ權人代表者力法定代理人トシテ當事者ニ代スル而シテ代表者  
ト當事者ハ其訴訟上ノ權利義務ニ於テ同一ナリト云フニ外ナラズト云フニ代表者

刑事訴訟法 本論 第一章 總論 第一節 訴訟主體 第二編 當事者附補助者 一九五











ナリトス

被告人ノ當事者能力ハ有效ニ即訴訟關係ヲ成立セシムヘク訴ヘラル、ニ必要ナル能力ナリ此能力ハ法人之ヲ有セス獨リ生存セル自然人(Die lebenden mensch-  
 〇)ノミ之ヲ有ス法人カ犯罪ノ主體タル場合ニ於テモ直接ニ法人ヲ起訴スルコ  
 トニヨリ訴訟關係ヲ成立セシムルコトヲ得ス法人代表者タル自然人ニ對シテ  
 訴ヲ提起セサル可カラス訴ノ提起ハ自然人ニ對シテナス要式行為(Formalakt)ニ  
 於テ成立チ訴カ有罪又ハ無罪ヲ言渡ス實體判決ニヨリ終局スルト公訴不受理  
 ヲ言渡ス形式判決ニヨリ本案ノ判決カ拒絕セラル、トハ何等訴訟關係ノ成立  
 ト相關スル所ナシトス當事者能力ハ責任又ハ犯罪能力(Zurechnungs-oder deliktis=  
 fahigkeit)ト左ノ諸點ニ於テ異ナレリ(1)當事者能力ハ訴訟關係ノ成立條件ニシテ  
 責任又ハ犯罪能力ハ處罰條件ニ屬ス(2)通常責任又ハ犯罪能力ノ確然タル者ニ  
 對シテ訴ヲ提起スルカ故ニ責任又ハ犯罪能力ハ訴訟關係ノ成立ニ關スル前提  
 ナリト雖モ必要條件ニアラス故ニ責任又ハ犯罪ノ能力ナキ者ニ對シテモ訴ヲ  
 提起スルコトヲ得ヘシ此場合ニ於テハ處罰條件ノ欠缺ニヨリ(有罪ノ言渡ヲ爲)

必スヤ免訴無罪ノ言渡(二六五前段)ヲ下サ、ル可カラス此言渡ハ實體裁判ナ  
 リトス之ニ反シテ當事者能力カ欠缺セル場合ハ有效ニ訴訟關係ヲ成立セシメ  
 ナルカ故ニ公訴不受理ノ形式裁判ヲ言渡サ、ル可カラス(刑罰權ノ發生セサル  
 場合例ヘテ被告ノ起訴時十二歳以上十六歳未満ニシテ極端ナ盲ハ之ヲ誤認シ  
 メタルトキ又犯罪時知覺精神ノ喪失ナカシトシテ何レモ無罪免訴ノ如クシ  
 テ公訴不受理ヲ言渡スヘキモ別アルコトナク何レモ無罪免訴ノ言渡スヘクシ  
 ノ欠缺ナルヲ以テ公訴不受理ノ形式判決ニヨリ(3)責任又ハ犯罪能力ハ一定ノ年  
 齡智能ニ條件セラルト雖モ當事者能力ニ至リテハ然ル事ナシ當事者能力ハ生  
 存セル自然人ニノミ存ス只法人カ犯罪ノ責任ニ任スヘキ場合ニ於テハ其代表資  
 格ヲ以テ當事者能力ノ要件トス故ニ法人代表資格ナキ者ヲ訴ヘ若クハ後ニ其  
 代表資格ヲ喪失シタル場合ハ當事者能力ノ欠缺ヲ來タスヘキヲ以テ亦公訴不  
 受理ヲ言渡サ、ル可カラス

現行法ノ實際ニ於テハ被告ノ死亡ノ場合ハ課審及公判共ニ訴訟書類ニ被告ノ死亡ノ旨  
 ナ附記シ手續ヲ止メ書類ヲ檢事ニ還附スルコトヲナセリ故ニ死亡ハ當然訴訟終了ノ結  
 果ト生ズ然レトモ訴ハ純然タル要式行為(公訴提起)ニヨリ成立スル者ナルカ故ニ裁判ニ  
 ヨル外終了スルコトヲナスヲ得ス故ニ余輩ハ現行法ノ下ニ於テモ亦公訴不受理ヲ宣告

刑事訴訟法 本論 第一卷 訴訟主體 第二編 當事者能力及訴訟能力  
 第一章 總論 第二節 當事者能力及訴訟能力



















アラス(二)六年三月法律第七號(護士法九、一七、二九、三三、二七、二九、三〇)刑事ニ付テハ專ラ  
國家用テ利益ヲ代表シ刑罰請求權ヲ實行スル爲通常裁判所ニ公訴ヲ提起シ法律ノ正當ナル  
執行ヲ指撥監督スルノ準備ヲ有ス(構六)

(三)獨乙ニテハ帝國法律實施前檢事任命ニ付テ二個ノ制アリ(一)ハ常任檢事ニシテ裁判官  
ト職務上別途ニ出テ檢事任命ニ付テ二個ノ制アリ(二)ハ裁判官カ臨時委任ニヨリ檢事ノ職務ヲ行ヒ  
巴威爾、巴丁、ベツセン、ユール、モンブル、メクレン、ブルヒ、オルデン、ブルヒ、ブランシ、ユイ  
委任終了後ハ依然裁判官タルモノトス(メクレン、ブルヒ、オルデン、ブルヒ、ブランシ、ユイ)

ハ、聯邦諸州ノ制度ニ一任セリ獨乙帝國法律ハ其帝國裁判所檢事ニ付テハ(一)ノ制ヲ採リ他  
タルモ憲法上ノ要件ニ非サレトモ事務ヲ執行フテ得ルニ任命セラレ得ルモ要件ハ裁判官ノ亦檢事ニ  
同シ憲法上ノ要件ニ非サレトモ事務ヲ執行フテ得ルニ任命セラレ得ルモ要件ハ裁判官ノ亦檢事ニ

ラレテ得ル(構五)七乃至六〇、六五、六六及裁判官トシテ得ルニ任命セラレ得ルモ要件ハ裁判官ノ亦檢事ニ  
事ノナリ此他裁判官タル事務ヲ代理セシムルヲ得ルニ任命セラレ得ルモ要件ハ裁判官ノ亦檢事ニ  
檢事ノ事務ニ限リ其他司法官、警察官、憲兵、將校、下士、又ハ檢事代理官ニ於テ法律上當然ニ取扱フ

ト檢事任命セラルルモノニ事務ヲ取扱フテ得ルニ任命セラレ得ルモ要件ハ裁判官ノ亦檢事ニ  
乙、諸國ノ刑事訴訟法(例ハ普國裁判所構成法施行法六二以下)ニ於テ檢事ニ不足又ハ支障  
即法五一ニ於テ之ヲ繼承シタリシモノナリシナ現行法ハ二區以下)ニ於テ檢事ニ不足又ハ支障  
ニアル場合ニ此等ノモノトシテ補充的

(四)檢事局ノ内組織ハ佛國ニ於テ之ヲ單獨官廳トシ數人ノ檢事アル場合ニテモ  
一人ニ專決セシメ而シテ司法大臣ハ行法權ノ直接代表者トシテ假令自ラ公訴

權ノ行使ニ與カラスト雖モ公訴ニ付テ佛國全土ニ統一權ヲ行ヒ(一八〇八年三  
年四月二十〇日法律六〇)之ヲ統轄ス之ヲ專決主義檢事ノ一體不可分又ハ專決

的一體(Hiérarchie; unité et indivisibilité; unité hiérarchique)ト稱ス獨逸ニアラテハ帝國  
裁判所檢事及聯邦各州ノ檢事ニ分レ兩者ニ通スル統一組織ヲ有セス然レト

モ聯邦各州限リノ檢事ハ各州ニ於テ統一組織トナリ各聯邦司法大臣之カ統  
轄ヲナス故ニ各州ノ憲法ヨリ見ルトキハ各州裁判所檢事局ハ各檢事局ノ出張

所ニ外ナラザルナリ我國ニ於テハ佛國ノ制度ニ從ヒ一體不可分ノ主義ヲ貫徹  
セリ(イ)各裁判所檢事局ニ相當ノ檢事ヲ置ク(七)ト雖モ檢事局ニテハ檢事正檢事

長及檢事總長ノ專決スル所トス他ノ檢事ハ特別授權ヲ要セス此等ヲ代理  
ス(同三三、四)故ニ内部ノ特別委任ヲ超逸スルモ外部ニ對シテ訴訟上ノ欠缺ヲ來

ス(同三三、四)故ニ内部ノ特別委任ヲ超逸スルモ外部ニ對シテ訴訟上ノ欠缺ヲ來  
ナシ隨テ又命令權(Anweisungrecht)(二)及懲戒權(Disciplinaryrecht)(一三三、六)ヲ行フ(ハ)檢事

正等ハ管内檢事ノ職務ノ範圍ニ屬スル事務ヲ自カラ取扱フ權及管内或檢事ノ  
事務ヲ他ノ檢事ニ移ス權(Devolutions und substitutionsrecht)(三)ヲ有ス(イ)檢事長ハ管

刑事訴訟法 本論一卷 訴訟主體 第二編 當事者附補助者  
第二章 檢事及補助者 第一節 檢事ノ沿革職務及組織 二二二



内各検事正ヲ督シ検事總長ハ各検事長ヲ督ス最後ニ司法大臣ハ司法行政ノ首長ニシテ總長以下ニ對シテ命令監督及懲戒ノ權ヲ有シ(八三、一三六)以テ司法行政ヲ統轄ス

裁判官ハ裁判事務ニ關シテハ法令ニ從フ外上官ノ命令ニ服スルコトナシト雖モ検事ハ司法行政官ニシテ法令ニ從フヘキハ勿論其他猶上官ノ命令ニ從ハサル可カラズ(八)假令上官ノ命令ハ法律ノ正當ナル解釋ニ非ラスト思惟スルモ事苟クモ検事ノ職務ノ範圍ニ屬スルトキハ從ハサルヲ得ス起訴スヘキヤ否ヤニツキ検事カ上官ノ命令ニ從フヘキハ法律ノ命スル所ニシテ司法權ノ獨立ト何等交渉スル所ニアラス此命令ハ純然検事局内部ノ關係ナルヲ以テ主任検事カ上官ノ認可ヲ得起訴スヘク訓令サレタルモノヲ獨斷ニ起訴シタル等上官ノ命令ニ違背シタル場合ハ其上官ニ對シテ問責セラルヘキモ訴訟關係ノ成立發展ヲ障礙スルコト、ナラス寧ロ検事ハ其事務取扱ニ付特別ノ許可ヲ受ケスシテ検事正等ヲ代理スル法律上ノ資格アルヲ以テ(三三)裁判所ハ主任検事カ果シテ其上官ノ命令ニ從テ行動ヲナスヤノ證明ヲ求ムルヲ得ス

(五)検事局ノ外組織トシテハ大凡刑事々件ハ一審ノ三種裁判所ニ分配セララル故ニ各裁判所ニ於テ公訴ヲ準備シ及ヒ其提起實行ヲナスニ付テ検事ヲ附置スルヲ要ス又事件ハ上訴ニヨリテ上級裁判所ニ移審セララル、カ故ニ上級裁判所ニ於テモ検事ヲ必要トス(八、三三、四二、五六)検事局ノ階級事物及土地管轄ハ原則トシテハ其附置セラレタル判決裁判所ノ管轄ニ符合ス  
(甲)事物管轄(イ)區裁判所検事ハ區裁判所ノ管轄事件ヲ取扱フ構一六ノ一第二以下ノ事件ニシテ豫審ヲ要セザルモノハ移付ヲ要セス捜査シ其裁判所ニ起訴スルヲ得捜査ノ結果豫審ヲ要スルモノハ地方裁判所検事ニ送致スヘキナリ此種ノ事件ハ起訴ニヨリ管轄定マル故ニ捜査ハ自由ナリトス此他ニ於テハ急速ヲ要スル場合ニ限リ區裁判所検事ハ地方裁判所管轄事件ニ付キ捜査スルコトヲ得(四) (ロ)地方裁判所検事ハ其裁判所管轄事件ノ公訴準備ヲナシ及公訴ノ提起實行ヲナス(四六、二、一) (ハ)控訴院検事ハ其院繫屬事件ニ付管轄ヲ有ス(二)大審院検事ハ其院繫屬ノ上告事件ヲ管轄ス猶專屬管轄事件ニ付捜査ヲ行フ此後ノ事件ニ付テハ區又ハ地方裁判所検事并ニ司法警察官捜査ヲ爲スヲ得(三) (乙)検事局ノ







レトモ此説タル誤謬ニ陷ルモノトス蓋シ法律ハ單ニ可及的ノミニアラスシテ  
常ニ管轄アル檢事ノ行爲ヲ要求スレトモ其違背ニ對シテ單ニ無效ノ制裁ヲ附  
セサルニスキサレハナリ

檢事局ノ權限爭議ニ付テハ司法行政ノ監督權ニヨリテ之ヲ解決スルコトヲ得  
ヘシ

檢事ハ其所屬裁判所管轄區域外ニ於テ職務行爲ヲナスヲ得ス故ニモシ之ヲ必  
要トナストキハ共助ヲ求メサル可ラス搜查ノ共助ハ地方裁判所管轄事件ニ付  
テハ他管地方裁判所檢事ニ囑託スヘキナリ管内ニアリテハ區裁判所檢事ニ命  
令スルヲ得(三、八三、八)檢事局ト他ノ行政廳間ニハ法律上共助ノ規定ナシト雖モ  
現行ノ實際ニ於テハ各主務大臣ノ協定ニヨリ其各部下ニ對スル訓令ニヨリ囑  
託ヲ行フ改正案ニ於テハ公訴提起前ニ裁判所ノ共助ヲ求ムルヲ得トセリ(七一  
項)

### 第二節 檢事ノ訴訟上ノ地位及權利義務

然レトモ訴訟上ノ地位ハ前記ノ如ク裁判所ノ地位ヨリテ發生スルモノナリトス(訴訟的意義ニ於テ)  
及事ハ裁判手続ニ關スル職務ヲ有スル公訴ノ準備  
反對即ハ裁判手続ニ對シテ裁判手續ノ獨立ヲ爭ヒ凡テ之ヲ合一シテ國權ノ行動トナ  
モ訴訟即ハ裁判手続ニ對シテ裁判手續ノ獨立ヲ爭ヒ凡テ之ヲ合一シテ國權ノ行動トナ  
查行刑ト區別セシトスルコトヲ採用シタル如ク現行法亦此見地ニ立テリ(六七、一八四、二一  
三五、六一、六三、七一、七二以下)故ニ此目的ニ處分ストキハ權能ヲ有スルコト於テ檢事ノ當  
ルコト一見明瞭ナリトス(イ)訴訟ノ目的ニ處分ストキハ權能ヲ有スルコト於テ檢事ノ當  
告又ハ被告側ニ在リテハ民事ノ人事處分ストキハ權能ヲ有スルコト於テ檢事ノ當  
取消ハ人事訴訟ノ要素トナセトモ獨刑訴訟ハ辯論開始後ハ公訴ノ取消ヲ許サス此  
差異ニヨリ當事者ノ否認スル根拠トナラズ(ロ)檢事ノ公訴ノ取消ハ公訴ノ範圍内ニ於テ取  
チ得ス(改正案ハ之ヲ檢事ノ利益ニ於テ上訴ノ有リ得(二)乃至(四)免責(三)一八六、一八  
チノ行動又被告側ノ利益ニ於テ上訴ノ有リ得(二)乃至(四)免責(三)一八六、一八  
レトモ此等ノ規定ハ實體眞實ヲ見ル目的ノ爲メニシタル刑罰請求權ノ性質カ訴ラレ  
念ヨリナサシムルモ訴訟主體(Verhandlungsmaxime)ニヨリ性質カ訴ラレ  
當事者トシテ其下位ニ立ツルモノニ非ス(ハ)檢事ノ裁判所ニ對シテハ同  
國ノ訴訟上ノ當事者トシテ觀念上ニ難シク標準モルヘキナラサト同時ニ  
ナ構成及訴訟法カ檢事ノ權利ヲ然レトモ法律ハ被告ノ人辯護人ニ對シテ  
刑事訴訟法 本論 第一卷 第二節 訴訟主體 第二編 當事者附助者 第二章 檢事 二一七  
及補助者 第二節 檢事ノ訴訟上ノ地位及權利義務







人檢事ハ職務執行ノ場所及時間ニ制限セラレテ直接犯罪ヲ實現スル機曾ヲ認知シテ  
 常トス此場合ニ於テ小數ノ檢事ヲ他官ニ補助スルニ於テ檢事ハ補助者  
 ナリ使用シ及ハ証用ヲ蒐集スルテ公訴ノ提起及實行ノ資料ヲ得ルカ爲ニ犯罪アリヤ犯人ハ對  
 シテ個人ニ對スルト稱害スル豫防シテ現行法ニ依リテ治安行政警察(Police municipale P.  
 Administrative, ト稱ス)ト稱害スル豫防シテ現行法ニ依リテ治安行政警察(Police municipale P.  
 道ヲ爲スヲ組織スルモトナシタリ決トモ現行法ニ依リテ治安行政警察(Police municipale P.  
 司法警察機關ハ裁判所及自體吏員ヲ以テ組織スルコトヲ檢事ハ犯罪ノ目的トシテ  
 警察ヲ捜査トモハ檢事亦此點ニ於テハ司法警察官ハ犯罪ノ捜査ニ模倣セリ地方裁判所  
 ノ一項ヲ採シ附屬トシテ改訂案ハ外ニ憲兵司令官ニ犯罪ノ捜査ニ模倣セリ地方裁判所  
 同一ノ権能ヲ行使スル由リ改訂案ハ外ニ憲兵司令官ニ犯罪ノ捜査ニ模倣セリ地方裁判所  
 指揮命令ノ下ニ行カスル者ニ限リテ之ヲ行使スルモ檢事ハ司法警察官ニ依テ行ハ  
 行法上ニ於テ其效力ノ免及懲戒ノ權ヲ掌握セザル可カラシメテ第一項ノ規定ハ現  
 ル、範圍ニ於テ其效力ノ免及懲戒ノ權ヲ掌握セザル可カラシメテ第一項ノ規定ハ現  
 ト捜査ニ關スル司法警察官ハ司法警察官ニ依テ行ハルモノトシテ第一項ノ規定ハ現  
 ト付テハ事ノ管轄ヲ有スルモノトシテ第一項ノ規定ハ現行法上ニ依テ行ハルモノトシテ  
 視檢監以下市町村長ハ官公吏トシテ第一項ノ規定ハ現行法上ニ依テ行ハルモノトシテ

地ノ管轄區域内ニ於テ管轄トシテ有キト謂フヘキナリ故ニ他管内ヨリ報告ヲ引致シ來ルヘキ  
 助ニ依ラトサス可カラシメテ第一項ノ規定ハ現行法上ニ依テ行ハルモノトシテ  
 定メテ上ノ司法警察官トシテ第一項ノ規定ハ現行法上ニ依テ行ハルモノトシテ  
 有(1)此規定ハ東京府以外ノ地方官ハ無益ナル付テハ地方裁判所ノ目的ハ普通同一ノ  
 訓則司法警察官ハ職務執行ノ場所及時間ニ制限セラレテ直接犯罪ヲ實現スル機曾ヲ認知シテ  
 フ(2)警視廳長ハ東京府以外ノ地方官ハ無益ナル付テハ地方裁判所ノ目的ハ普通同一ノ  
 サニ可カシテ檢事ハ職務執行ノ場所及時間ニ制限セラレテ直接犯罪ヲ實現スル機曾ヲ認知シテ  
 官ニ可カシテ檢事ハ職務執行ノ場所及時間ニ制限セラレテ直接犯罪ヲ實現スル機曾ヲ認知シテ  
 等ノ者ハ否ヤトシテ檢事ハ職務執行ノ場所及時間ニ制限セラレテ直接犯罪ヲ實現スル機曾ヲ認知シテ  
 法受者ハ否ヤトシテ檢事ハ職務執行ノ場所及時間ニ制限セラレテ直接犯罪ヲ實現スル機曾ヲ認知シテ  
 ナ内何レカニ構ハテ第四項ノ規定ハ現行法上ニ依テ行ハルモノトシテ  
 適者ノ關係ニ付キタリモ同命ノ事ニシテ刑罰ノ執行ニ關シテ二個警察官ノ規定ハ併存ニシテ  
 シタル五三警察及保安規定ハ効力ヲ有スルモ刑罰ノ執行ニ關シテ二個警察官ノ規定ハ併存ニシテ  
 成法一五三警察及保安規定ハ効力ヲ有スルモ刑罰ノ執行ニ關シテ二個警察官ノ規定ハ併存ニシテ  
 ノ所檢事及其(檢事)上ノ命令ニ從フヘキ義務ヲ規定スルニ於テ其資格ニ可カラシメテ  
 ハ官六〇第二項警察官ノ種類ハ補助官タル司法警察官ハ補助官タル司法警察官ハ補助官タル  
 刑事訴訟法 本論 第一卷 訴訟主體 第二編 當事者補助者 第二章 二二一  
 檢事及補助者 第三節 司法警察官及司法警察吏



ルサノ地ノ戸長ノ如ク此ノ種類ノ定メタル現行刑罰法第七項以外ノ者ヲ協議ニヨリ警察官タルヘキ者シムル類チ  
セメントセハ刑罰ニシテ刑罰法ニ於テ第二項以外ノ者ヲ協議ニヨリ警察官タルヘキ者シムル類チ  
メタルモハ刑罰ニシテ刑罰法ニ於テ第二項以外ノ者ヲ協議ニヨリ警察官タルヘキ者シムル類チ  
サハ刑罰ニシテ刑罰法ニ於テ第二項以外ノ者ヲ協議ニヨリ警察官タルヘキ者シムル類チ

官立セル格ナリテ警察官又ハ檢事ノ指命即チ受クル司法警察官ニテ有スルモ即司法警察  
官立セル格ナリテ警察官又ハ檢事ノ指命即チ受クル司法警察官ニテ有スルモ即司法警察  
官立セル格ナリテ警察官又ハ檢事ノ指命即チ受クル司法警察官ニテ有スルモ即司法警察  
官立セル格ナリテ警察官又ハ檢事ノ指命即チ受クル司法警察官ニテ有スルモ即司法警察

五分法第 司法警察官ノ職務ヲ行フニ付キ巡査及憲兵上等兵ヲ使用ス此等ノ補助吏員ヲ司法警  
察吏ト稱ス此等ノ職務ヲ行フニ付キ巡査及憲兵上等兵ヲ使用ス此等ノ補助吏員ヲ司法警  
察吏ト稱ス此等ノ職務ヲ行フニ付キ巡査及憲兵上等兵ヲ使用ス此等ノ補助吏員ヲ司法警  
察吏ト稱ス此等ノ職務ヲ行フニ付キ巡査及憲兵上等兵ヲ使用ス此等ノ補助吏員ヲ司法警

權利義務ヲ有ス之ヲ司法警察官及吏ノ第一着權(Recht dor  
sten engines)ト云フ司法警察官及吏ノ第一着權(Recht dor  
sten engines)ト云フ司法警察官及吏ノ第一着權(Recht dor  
sten engines)ト云フ司法警察官及吏ノ第一着權(Recht dor

引狀及勾留狀逮捕狀ヲ執行ス(七六第三項、八〇、三一九第二項)  
引狀及勾留狀逮捕狀ヲ執行ス(七六第三項、八〇、三一九第二項)  
引狀及勾留狀逮捕狀ヲ執行ス(七六第三項、八〇、三一九第二項)  
引狀及勾留狀逮捕狀ヲ執行ス(七六第三項、八〇、三一九第二項)

### 第三章 被告人及補助者

#### 第一節 被告人

ニ現行法ニテ捜査ヲ開始シタルトキヨリ之ヲ受理シタルトキ以前ナルトキハ其以前ノ犯罪嫌疑者  
ニ現行法ニテ捜査ヲ開始シタルトキヨリ之ヲ受理シタルトキ以前ナルトキハ其以前ノ犯罪嫌疑者  
ニ現行法ニテ捜査ヲ開始シタルトキヨリ之ヲ受理シタルトキ以前ナルトキハ其以前ノ犯罪嫌疑者  
ニ現行法ニテ捜査ヲ開始シタルトキヨリ之ヲ受理シタルトキ以前ナルトキハ其以前ノ犯罪嫌疑者

刑事訴訟法 本論 第一卷 訴訟主體 第二編 當事者及補助者 第三章 被告人及補助者 第一節 被告人 二二三







ヲ檢舉スルト共ニ亦其利益ナル證據ヲ看過スルコトナシ裁判官ノ側ニアリテ  
 モ當事者ノ申立ニ羈束セラル、コトナク利益ノ證據ヲ度外ニ附スルコ  
 トナシ(檢察官及裁判官カ實體眞實ノ發見ニ努ムヘキ義務ヲ稱シテ實體的)然レト  
 モ檢察ハ國家ノ官廳ニシテ一方ニハ裁判所ノ指揮權ニ服セス彼ハ法律ノ智識  
 ヲ有スルノミナラス補助機關ヲ使用スルノ便ヲ有シ又優大ナル權能ヲ有ス之  
 ニ反シテ被告人ハ犯人タル嫌疑者ニシテ裁判所ニ對シテハ法廷警察權ニ服セ  
 サル可ラス彼ハ一般法律ノ智識ヲ有セス隨テ實體眞實發見上利益ナル事項ヲ  
 主張シ又ハ訴訟上ノ權利行使ヲナス機會ヲ利用スルヲ知ラス又補助者ヲ有セ  
 ス場合ニヨリテハ獄房ニ拘禁セラル已ニ被告人トシテ現ハル、コトカ感情上  
 打撃ヲ受ケ意氣ヲ沮喪セシムルコト鮮カラス故ニ此等ノ地位ノ相異ハ或者ヲ  
 シテ刑事訴訟ノ當事者訴訟タルヲ反對スルノ根據トナレリ而シテ檢察ハ其職  
 務ノ性質上公訴維持ノ熱誠ニ驅ラレ稍モスレハ仔細ニ被告人ノ利益ヲ主張ス  
 ルニ適セス此ニ於テカ訴訟法ハ辯護人ナル特種ノ訴訟機關ヲ設ケ被告人ノ味  
 方トナリ專テ被告人側ニ立チ優勢ナル檢察ニ對抗シテ平衡ヲ保持セシメタリ

辯護人ハ被告人ノ助言者トシテ法律ノ智識ニヨリ被告ノ利益ナル事實ヲ主張  
 シ又機會アラハ訴訟上ノ權利ヲ利用スルモノナリ  
 辯護人ハ或ハ被告人ノ希望ナクシテ或ハ往々其意思ニ反シ之レヲ附スルコト  
 アリ此場合ニ於テ辯護人ノ權利ハ被告人ヨリ傳來スルニアラス一部ハ被告人  
 ノ意思ニ關係ナク或ハ其意思ニ反對シテ發生ス故ニ辯護人ハ被告人ノ受任者  
 (Mandatar)ニアラス然レトモ辯護人ハ被告ノ意思ニハ全然無關係ニ公益ノミノ  
 爲ニ其職務ヲ行フヘキニアラス然ラスハ被告人ハ檢察及辯護人ノ二方面ヨリ  
 攻撃ヲ集中セラレ寧ロ辯護人ノ設置ニヨリ更ニ一敵國ヲ増加スルニ均シケレ  
 ハナリ  
 辯護(防禦)ノ前提ハ攻撃ナリ攻撃ナクハ防禦アラス故ニ辯護ノ方法方向及ヒ程度  
 (Art, richtung und mass)ハ攻撃ニヨリ定マル辯護人ハ凡ノ攻撃殊ニ正當ナル攻撃  
 ヲ防キテ被告人ヲ保護スル義務ナシ公益上不適法又ハ過酷ノ攻撃ヲ防キ被告  
 人カ事實ニ適應スルヨリモ過重ニ處罰セラル、コトナキ様且訴訟中ニ被告人  
 ノ訴訟上ノ權利カ不當ニ侵害セラル、コトナキ様ニ注意スヘキノミ攻撃正當



ナルカ又ハ眞實ヨリモ寛大ニシテ檢事誤テ被告人ノ利益ヲ主張スルトキハ防禦スヘキ不法過酷(Duress)存セサルナリ

辯護人ノ法律上ノ本質地位ニ付テハ代理及非代理ノ二説アリクリースハ代理説ヲ主張シテ曰辯護人ハ被告人ノ代理人ナリ辯護人ノ爲シタル行爲ハ被告人ノ行爲ト見做ス抑モ代理ハ被告人カ當事者ナル時ニ限リテノミ可能ナレトモ被告人カ證據方法ナルトキハ代理ヲ許スヘキニアラス證據方法ノ場合ニアリテハ裁判所カ被告人ヲ直接ニ見ルカ間接ニ見ルカノ問題ニシテ被告人ニ代フルニ餘人ヲ以テスル如キハ考フヘキニアラス故ニ辯護人カ被告人ノ代理ナル場合ニ於テハ決シテ被告人ノ陳述ヲ裁判所ニ傳達スル役目ヲ有セサルナリ普通ノ説ニヨレハ代理人ノ特質ハ代理人ハ當事者ニ代リ(Dei)行動スルモ辯護人ハ當事者ノ傍ニアリテ(Pro)行動スルモノナリト云フモ此見解ハ公判ノミヲ想定スルカ故ニ正確ニアラス公判開始決定(我現行法ニ之ニ該當スルモノナシ此決定アリ豫審決定ハ其實質ニ對シテ不服申立アリ二一八ニヨリ舉證ノ申立ニ於テハ公判開始決定ナリ)ヲナシ上訴ヲ申立及理由書ヲ差出シタル場合ハ被告人ノ傍ニ在テ行動スル機

會ナシ然レトモ公判ニ付テハ被告人カ出廷スルト否トハ法律上全然重要ニアラス故ニ公判ニ出廷セサル被告人ノ辯護ノ爲メ辯護ノ授權ト異ナル特別代理權(Vollmacht)ヲ要ストナスハ正當ニアラスト(二三三三四頁)ペンネツケトハ非代理説ヲ主張シテ曰辯護ノ本質ヲ以テ單ニ代理トナスノミニテハ充分ナラス抑モ辯護人ノ代理ハ如何ナル範圍ニ及フヘキヤ法律之ヲ決定セサルカ故ニ之ヲ解決セントセハ刑訴法ハ代理人ノ本質ハ本人ニ代リ訴訟行爲ヲナスニアレトモ辯護人ノ本質ハ被告人ノ傍ニアリテ行動スルモノナルコトヲ基本トセサル可カラス又刑訴法ハ常ニ辯護人ノ行爲ハ被告人ノ行爲ヲ補足シ得レトモ原則トシテ被告人ノ行爲ト看做ストノ觀念ニ出ツルモノニアラス被告カ訴訟主體即當事者ナルノミナラス證據方法ナル場合ハ凡テ代理ヲ許サス故ニ被告カ公判ニ欠席スル時ハ辯護人ノ出席ニヨリ被告人ノ出席ヲ補足スルヲ得ス一面ニハ辯護人ハ被告人ノ有セサル而カモ辯護人トシテ公法上附與セラレタル自己固有ノ權能ヲ有ス故ニ此範圍ニアリテハ辯護人ハ被告人ニハ無關係ニシテ固ヨリ被告人ヲ代理スト云フヲ得ス然レトモ辯護人ハ被告人カ爲シ得ル訴訟行爲ヲ



被告人ニ代リ爲スコトヲ得ル範圍ニアリテハ被告人ヲ代理スルヲ得ト云フヲ得ヘシ代理說ヲ採レハ原則トシテ代理權ハ辯護人タル地位ニ包含セラルト見做サ、ル可カラス辯護人ハ行爲ヲナスノ明示ノ授權ニヨラス代理ヲナスヲ得法律カ反對ノ規定ヲ設ケタルトキハ此限ニアラスト云フヘキナリト(一三四頁及)吾輩ハ我現行法ニ於テモ辯護人ハ被告人ノ代理人トナルモノニ非サルヲ主張セントス

被告人ノ意思カ如何ナル範圍程度ニ辯護人ノ意思ヲ左右スルヤハ一般ニ辯護人ノ地位ヨリ論スルヲ得ス又私選ト官選辯護ニヨリテ區別アルコトナシ要スルニ各個ノ權利ニ付テ區別スルヲ要ス(一)法律カ被告人ニ屬セサル權利ヲ辯護人ニ附與シタル場合(辯護人ノ固有權)例ヘハ訴訟書類ノ閱覽謄寫ノ權其他辯護人ノ辯護準備ノ權ノ行使ニ付テハ被告人ノ意思ニヨリテ左右セラル、コトナシ(二)辯護人ノ權利カ被告人ノ權利ヨリ傳來セルモノト見做スヘキ範圍ニ於テハ凡テ被告人ノ意思ニ左右セラルト云フヘキニアラス故ニ被告人ト辯護人ト互ニ意見ヲ異ニスル場合ハ場合ヲ區別スルヲ要ス(イ)被告人カ拋棄又ハ處分シ得ル訴

訟上ノ權利例ヘハ偏頗ノ忌避嫌疑ノ爲ノ管轄移轉ノ申請及上訴ノ如キハ辯護人ハ被告人ノ意思ニ反對シテ之ヲ主張スルヲ得ス之ニ反シテ(ロ)實體眞實發見上重要トシテ拋棄又ハ處分ヲ爲スヲ許サ、ル權利例ヘハ除外ノ忌避證據申請管轄違、公訴不受理ノ申立等其他事實及法律上ノ辯論ニ至リテハ辯護人ハ被告人ノ意思ニヨリ左右セラルヘキモノニアラス故ニ被告人強テ其意思ヲ貫徹セント欲セハ私選辯護ニ付テハ之ヲ解任スル外能ハサルナリ改正案ハ辯護人ノ傳來的權利ノ範圍ニ於テ事實及法律上ノ辯論ニ付テハ全然被告人ノ意思ニ左右セラレサルコトヲ明ニセリ(一六三乃至一六五)

### 第二款 辯護人ノ種類及其員數

(一)被告人及其法律上代理人ハ辯護人ヲ選任スルヲ得此等ノ者ヨリ選任セラレタルモノヲ私選辯護人(Vahlvertheidiger)ト云フ此者ナキ場合ニ於テ裁判所カ必要的又ハ權能的ニ其所屬辯護士ヲ辯護人トシテ附添ハシムルコトアリ之ヲ官選辯護人(Bestellte Vertheidiger)ト云フ二者ノ區別ハ畢竟選任者ノ區別ヨリ來ル官選ハ私選辯護人ナキカ又ハ被選任者カ或理由ニヨリ裁判所之ヲ不充分トナス

刑事訴訟法 本論 第一卷 訴訟主體 第二編 當事者附補助者 第三章 二三一  
被告人及補助者 第二節 辯護人



場合ニ起ル然レトモ被告人側ノモノハ官選辯護ノ爲ニ辯護人選任權(Wahlrecht)ヲ喪失スルニ非ス故ニ私選ハ主(Principale)ニシテ官選ハ補足的(Subsidiar)ナリ辯護人官選アリタル後被告人側ヨリ私選シタルトキハ官選辯護ヲ取消スヲ要ス隨テ私選ハ官選ニ優ル(一)私選權者ハ被告人(九七)及其法律上代理人トス然レトモ第三者ハ被告人ノ爲メニ選任スル權能ヲ有セス依頼者ト辯護人ノ關係ハ普通委任(法律行爲ノ委任ナリ)ニシテ民法上ノ能力ニ關係アレトモ辯護關係ノ發生ノ要件タル選任ハ裁判所ニ對スル關係ニシテ委任ニ關係ナシトス故ニ其選任ハ法律行爲ノ能力ニ條件セラレス苟クモ辯護ノ意義ヲ了解シ辯護ヲ欲スル意思ヲ表示シ得ル事實上ノ能力ヲ有スル限リハ凡テ獨立選任ヲナスヲ得選任ハ裁判所ニ對シテ特定人ヲ被告事件ノ辯護人タラシムル旨ノ單獨意思表示(片的)ニヨリテ之ヲナス通例辯護届ハ辯護人ノ連署ヲ以テナスモ要件ニアラス(ロ)官選辯護ハ職權又ハ檢事ノ申立ニヨリ裁判所之ヲ決シ裁判長ノ命令ニヨリ任命ス

(二)辯護ノ觀念ヨリ見レハ事件ノ輕重大小ヲ問ハス辯護人ヲ附添ハシムルヲ要ス

スレトモ事實上時間ト費用ノ許サ、ルモノアルヲ以テ一般ニ辯護人ヲ使用スルト否トヲ被告人側ニ放任シ只重大ナル事件ニ限り公益上裁判ノ公正ニ對スル保障トシテ辯護人ノ干與ヲ必要的訴訟條件トセリ我治罪法及現行法ハ佛(四九)ニ倣ヒ重罪事件(無期刑事件ニ限リ)ニ付テ辯護人ノ附添ヲ必要トシ辯護人ヲクシテ爲シタル手續ハ上告理由タルモノトセリ(刑訴二)之ヲ必要的又ハ強制辯護(Notwendige oder Zwangsverteidigung)ト稱ス之ニ對シテ其他ノ場合ヲ不必要的辯護(Nichtnotwendige)ト稱ス我現行法ニ於テ輕罪以下ハ凡テ不必要的辯護事件ニ屬スレトモ被告人ノ智能意識不十分ナルトキ其他必要ト認ムヘキ場合ハ裁判所ノ判斷ニヨリ被告人側ヨリ辯護人ヲ附セサルトキニ限り辯護人ヲ附ス(七九)此場合ハ法律上辯護ヲ必要トスルニアラス裁判所ノ自由判斷ニ基クカ故ニ強制辯護ト區別スルカ爲ニ權能的辯護(Fakultative Vertdgg)ト稱ス

(三)一人ノ被告人ニ數人ノ辯護人カ附セラレタル場合ヲ複數辯護(Mehrfache)數人ノ被告人ニ一人ノ辯護人カ共通ニ附セラレタル場合ヲ共同辯護(Gemeinschaftliche)ト云フ複數辯護ハ普通私選辯護權者カ其選任權ヲ行使シタル場合ニ起



ル而シテ現行法ハ其員數ヲ制限セサルカ故ニ訴訟遲延ノ弊害ヲ實驗セリ故ニ改正案ハ最多數ヲ三人ニ制限セリ(一六)官選辯護人ニ付テハ裁判所ノ命令ヲ以テ員數ヲ定ムルカ故ニ複數辯護ノ弊害ヲ生スル場合ナシ共同辯護ハ共同訴訟ノ被告人數名ノ爲ニ利害相反セサル場合ニ於テ行ハル共同辯護カ被告事件ノ關係上辯護ノ職務ニ牴觸スルコトナキヤハ私選辯護ニ付テモ調査スルヲ要ス官選辯護ハ共同辯護ヲ原則トス(一七九ノ二第(一)項、二七九ノ二第(二)項)

### 第三款 辯護人ノ資格

刑訴一七九ニヨレハ私選辯護ニ付テハ資格ニ制限ヲ加ヘス隨テ婦女外國人未成年者ト雖モ裁判所ノ允許アリタルトキハ辯護人タルヲ得然レトモ官選辯護ノ場合ニアリテハ裁判所所屬ノ辯護士ヲ以テ之ニ充テサル可カラス(第二三項)辯護士タルニ要スル要件ハ積極及消極トス(辯護士法(二四、五)辯護士ハ其名義ヲ登録セル裁判所ノ所屬トス(七)及(八)猶其職務ヲ行使スルニ付テハ其裁判所辯護士會ニ加入シタルコトヲ要ス(四)以上ノ條件ヲ充タセル場合ニ於テハ所屬以外ノ裁判所ニ於テ辯護人トシテ職務ヲ行フノ妨ケトナラス蓋シ控訴院及大審院ニ於テ所謂

所屬ノ辯護士アルコトナシ又偏鄙ノ地方ニアリテハ所屬辯護士ノ員數少クシテ事實及法律上ノ事由ニヨリ其職務ヲ行使シ得サルニトアリ故ヲ以テ其所屬辯護士ヲ用ユヘキコトハ勵行スル能ハサルナリ故ニ裁判所所在地ノ辯護士ヲ使用セシメサル可カラス辯護士ハ正當ナル事由ヲ證明スル外裁判所ノ命令ヲ拒ムヲ得ス(一三)

(一)私選辯護ニ付テハ辯護士ヲ用ユルヲ通例トス辯護士ヨリ辯護人ヲ選任シタルトキハ裁判所ハ之ヲ許否スルコトヲ得ス選任ノ效力ハ無條件ニ發生スルヲ以テナリ被告人及法律上代理人ハ辯護士アル場合ニ於テモ辯護士以外ノ者ヨリ辯護人ヲ選任スルヲ得此場合ニ於テハ裁判所ハ許否ノ權ヲ有ス故ニ裁判所カ品位又ハ法律上ノ學識ナキ不適任者ト認ムルトキハ允許セサルコトヲ得故ニ此場合ニ於テ辯護人ノ選任ハ裁判所ノ允許ニヨリ其效力ヲ發生スヘキモノトス

(二)必要的ト權能的トヲ問ハス凡テ官選ノ場合ハ辯護士ヲ用ユルヲ要ス裁判所所屬辯護士ハ事實又ハ法律上之ヲ得サル場合アルカ故ニ此場合ニ於テハ受訴



裁判所所在地ノ辯護士ヲ以テ之ニ充ツ(辯護士法第三項)改正案二六三ニ於テハ官選辯護ハ受訴裁判所所在地ノ辯護士ヲ以テ之ニ充ツトナス外獨刑訴一四四第二項未段ノ規定ニ則リ司法官試補ヲシテ官選辯護ニ當ラシムルヲ得トセリ

#### 第四款 辯護關係ノ發生及消滅

辯護人カ裁判所ニ對シテ有スル關係ハ被告人ト辯護人ノ間ノ關係ニ異リ之ヲ辯護關係(Vertheidigungsverhältnis)ト云フ關係ハ純然タル公法關係ニシテ依頼人ト辯護人間ノ關係ハ私法上ノ法律關係ナリトス辯護關係ハ何時ヨリ發生シ得ルヤニ付テハ(期始)獨逸刑法ニテハ辯護人ハ公訴提起以後ハ何時ニテモ之ヲ附スルヲ得トナスカ故ニ已ニ豫審ニ於テ辯護人ヲ使用スルヲ得(一四三)之ニ反シテ我治罪法及現行法ハ佛治罪法ヲ繼受シ辯護人ハ私選ト官選ニ區別ナク事件公判ニ附セラレタル後始メテ辯護關係ヲ創始シ得ヘシトナセリ(刑訴一七九、二三七)現行法カ公判前ニ辯護人ノ附添ヲ許サ、ルハ豫審處分ハ密行ニシテ獨リ豫審判事ノ專行ニ任スヘキモノナリトノ主義ヲ一貫セルニ外ナラス然レトモ辯護人ノ辯護準備トシテハ訴訟ノ目的ヲ害シ又ハ進行ヲ阻却セサル限リハ已ニ公判以

前ヨリ其干與ヲ許スハ必要ナル所トス現ニ又現行法ニ於テモ豫審中重要ナル裁判アリテ被告人ノ不服ヲ認メタリ(第一七二)而シテ此ノ裁判所ハ事件ノ大體ニ於テ最モ辯護ノ必要ヲ見ル故ニ辯護關係ノ始期ヲ公判以後ニ限定スルノ理由ナシ故ニ改正案ハ私選辯護ニ限リ豫審中ヨリ辯護人ヲ使用スルコトヲ許セリ(三、一六〇、一六一)然レトモ吾輩ハ私選ト官選ニ限リ始期ヲ區別スヘキ理由ヲ發見スル能ハス以上ノ制限ヲ以テ辯護關係ハ私選ト官選ノ場合ニ於テ多少ノ差異ヲ以テ發生及終了ヲナス

(イ)私選辯護關係ハ被告人又ハ其法律上代理人カ選任ヲ裁判所ニ届出タルトキヨリ發生シ其依頼者ト辯護人間ノ委任關係ニヨリ影響セラル、コトナシ被告人側ヨリ辯護人ヲ選任シタルトキハ立會辯論ヲ爲サシムルカ爲ニ公判ニ呼出ヲナスヲ要ス選任カ時期ニ後レタリトノ理由ニヨリ辯護人ナシニ進行スルヲ得ス隨テ被告人カ故意ニ辯論ヲ遅延セシメントスル場合ニ非ラサル限リハ辯護人使用ノ爲メ辯論延期ヲ許可スルヲ要ス不必要的辯護事件ニ付キ被告人選任ノ辯護人カ適法ナル通知ヲ受ケ出廷セサルトキハ辯護人ナシニ進行スルモ

#### 刑事訴訟法

本論 第一卷 訴訟主體 第二編 當事者附補助者 第三章 被告人及補助者 第二節 辯護人

當事者附補助者 第三章



不當ノ辯護權ノ制限トナラス  
 私選辯護人ハ何時迄附添フモノナルヤ即辯護關係ハ何時終了スルヤハ選任權者ノ意思ニヨリ定マル故ニ辯護ノ範圍ヲ一審ノ訴訟行為ニノミ限リ又ハ上訴審ノ訴訟行為ヲ併セ選任スルヲ得又單一審級ノ特定ノ訴訟行為ヲ限リ辯護人トシテ選任スルヲ妨ケス故ニ選任權者ノ意思分明ナル場合ハ疑ナキモ其然ラサル場合ハ辯護關係ハ其審級ニ限リテノミ存スト謂ハサル可ラス故ニ此場合ニアリテハ審級ノ脱離ヲ以テ終了ス被告人又ハ辯護人ノ死亡ハ辯護關係ノ終了ヲ生セシム辯護人ハ辭任ニヨリ辯護關係ヲ終了セシメ得ルヤ否ニ付テハ反對説ナキニアラサレトモ辯護人ノ選任ハ權利者ノ一方行為ニシテ其承諾ニヨリ效力ヲ有スルモノニアラサルカ故權利者ノ意思ニ依ル外辯護關係ヲ終了セシムル能ハスト謂ハサル可ラス所謂辯護人ノ複委任ハ獨立ナル選任ニシテ其人選ヲ第一ノ辯護人ニ由テ行フニスキス  
 (ロ)官選辯護關係ハ裁判長カ選定ノ命令ヲ發スルコトニヨリ發生ス其何時迄存續スルヤニ付キ亦明文ナシト雖モ裁判長カ其選任ヲ取消サル限リハ其審級

ヲ終ハルト共ニ辯護關係ヲ終了ス(辯護ノ如ク死亡ハ亦辯護關係ノ終了ノ原因ナリ)

**第五款 辯護人ノ權利義務**

辯護ヲナストハ法律上不當ニ被告人ヲ迫害スル各請求及處分并ニ過實ノ刑ヲ言渡サントスル裁判ヲ防止スルニ外ナラサルコト辯護ノ範圍ヨリ明ナル處ナリ此目的ヲ達セシメ爲如何ナル行動ヲ必要トスルヤハ各場合ノ模様ニヨリ同カラス場合ニヨレハ辯護人ノ行為ハ單一消極受働的ニ檢事及裁判所ノ爲ス所ヲ期待觀望スルニ止マルコトアリ隨テ辯護人ハ一ノ申請又ハ發言ヲ爲サシテ公判ノ終ニ於テ一言ノ容喙スヘキモノナシト論結スルモ十分ナル辯護タルヲ失ハス故ニ辯護義務アルカ爲ニ其確信ニ反シテ堅白同異ノ辯ニヨリ凡ノ場合ニ無罪ヲ主張スルノ義務ヲ生セス隨テ如何ナル範圍迄カ辯護ヲナスト云ヒ得ルヤハ各場合ニ付テ決スヘキモノトス此點ニ付テハ敢テ官選ト私選辯護ノ間ニ區別アルコトナシ若シ檢事ノ請求及裁判所ノ處分カ實體上又ハ訴訟法上不當ナル場合ハ積極的ニ證據申立被告人證人ノ訊問ヲ請求シ又法律ノ認ムル抗辯ノ方法ヲ使用スルヲ得ヘシ之ヲナスニ付テ辯護人ハ各個ノ權利義務ヲ有ス

刑事訴訟法 本論 第一卷 訴訟主體 第二編 當事者附補助者 第三草 二三九  
 被告人及補助者 第二節 辯護人



(甲) 權利

(イ) 訴訟記録閲覧謄寫ノ權(Recht der Akteninsicht)(一八) 現行法ハ事件公判ニ附セラレタル後ニ非サレハ之ヲ許サス改正案ハ辯護人カ立會ヲ許サレタル豫審處分ニ關スル調書ハ公判前ニテモ閲覧ヲ許ス(第一六三項)所謂訴訟記録ハ其被告事件ニ關スル書類ナリ故ニ檢事司法警察官ノ搜查書類共犯及附帶犯人ノ訴訟書類ヲ包含ス然レトモ記録以外ノ書證及物件ハ公判ノ辯論開始後ニアラサレハ閲覧權ヲ有セズ如此辯護人ハ記録閲覧ノ權アルカ故ニ閲覧ノ爲メ相當ノ猶豫ヲ求ムルヲ得

(ロ) 拘禁セラレタル被告人ト交通スル權 此交通ハ書類ノ往復又ハ接見ニ於テ成立シ刑訴法及監獄則ノ制限ヲ受タ(刑訴八五監獄則) (ハ) 公判ニ立會フ權 刑訴二五七、二八二ニ於テハ明文ヲ以テ辯護人ヲシテ立會フノ機會ヲ與フヘシトセルニ拘ハラス一審ニ付キ明文ヲ設ケサルハ極メテ不權衡ト謂ハサル可ラス然レトモ刑事訴訟ノ組織殊ニ一七九、二三七ノ規定ヨリ當然ニ推測セララル故ニ私選辯護ノ届出アルニ拘ラス適法ナル呼出ナクシテ審

問ヲ進行シタルトキハ辯護權ノ不當ノ制限トナル改正案ニ於テハ公判前ノ處分ニ立會スル權利ヲ與フ(二〇〇七)必要的辯護ノ場合ニ於テハ事實辯護人ノ出廷ヲ要スレトモ不必要的辯護ニ於テハ立會ノ機會ヲ適法ニ與フルヲ以テ足り事實上在廷シタルヲ要セス

(二) 辯護權殊ニ公判ニ於ケル事實及法律上ノ辯護ヲナス權 單ニ被告人ノミノ利益ノ爲ニ存スル權利ニ付テハ被告人側ノ意思ニ從ハサル可カラスト雖モ事實及法律上ノ辯護ニ至リテハ獨立ナリトス故ニ辯護人ハ公判ニ於テ被告人ノ傍ニ在テ被告人ノ爲シ得ル訴訟行為ヲナシ得ルモ證據申立(第一九八項)證人鑑定人ノ訊問請求(第一九四項)異議ノ申立(一九九)最終發言權(二〇二)等ニ於テハ被告人ノ意思ヨリ獨立トス隨テ被告人カ自白ヲナシタル場合ニ於テモ之ヲ不實ト信スルトキハ證據申請ヲナスヲ得又辯護人ハ被告人ノ爲ニ上訴ヲ爲スヲ得但シ被告人側ノ意思ニ反シテナスヲ得ス(三〇四)改正案ハ辯護人ハ立會ヲ許サレタル場合ニ於テ被告人ノ爲シ得ル訴訟行為ヲナシ得ルカ故ニ一審ノ終局判決ト共ニ辯護人ノ立會フヘキ訴訟行為ヲ隨テ辯護人ハ上訴權ヲ有セサルコト、ナレリ(五、六)

刑事訴訟法

本論 第一卷 訴訟主體 第二編 辯護人及補助者 第二節 辯護人

當事者附補助者 第三章

二四一



獨刑訴一三九ハ私選セラレタル辯護士ハ被告人ノ承諾ヲ以テ司法官第一回試驗ニ及第シ引續テ二年間司法ノ職ニ從事シタル法學者ニ委任スル權ヲ有ス(代權 Substitutio nion srecht)レトモ我現行法ニテハ代用權ナシト云ハサル可カラス

(乙) 義務

(イ) 辯護ヲナスヘキ義務 此一般義務ノ結果トシテ公判ニ出廷スル義務不時ニ退出セサル義務、辯護ヲナスヲ拒マサル義務ヲ生ス獨刑訴一四五第三項ニヨレハ故意ニ必要的辯護又ハ一四一ノ官選辯護ニ其義務ヲ勵行セサル爲メ延期ヲ必要トスルニ至ル時ハ之ニヨリテ生スル費用ヲ負擔セシメ場合ニヨリ懲戒處分ヲ妨ケストセルモ我現行法上何等ノ明文ナキハ不備ト云ハサル可カラス  
(ロ) 辯護人ハ裁判長ノ指揮權ニ從フヘキ義務アリ(○九) 其違背ニ對シテハ退廷罰金拘留ヲ科スルヲ得(刑罰ニ)不當ノ言語ヲ用ユルモノカ辯護士ナル時ハ陳述ヲ禁止シ懲戒訴追ヲナスヲ妨ケス(同一) 辯護人ニ退廷ヲ命シタルトキ事件重罪ナルトキハ更ニ辯護人ノ選任有ル迄裁判ヲ延期スルヲ要ス輕罪以下ノ場合ハ進行ヲ妨ケス

(ハ) 辯護人タル辯護士ハ特定事件ニ付キ回避ノ義務ヲ有ス其違背ハ懲戒處分ヲ來ス(辯護士法三四)  
(ニ) 辯護人タル辯護士ハ職業秘密 (Secrets professionnel) ノ義務ヲ有ス(刑三)故ニ裁判所ニ對シテモ證言拒絕權ヲ有ス(刑訴二號二)

第三節 補佐人及代理人

第一款 補佐人

被告人ノ法律上代理人ハ被告人ノ爲保釋ヲ求ムルヲ(一五)補佐人トシテ公判ノ辯論ニ與ツカリ(一八)又獨立シテ上訴ヲナスヲ得(二四)何人ヲ以テ法律上代理人トナスヤハ民法ニ從フ故ニ(イ)未成年者ノ爲メニ親權ヲ行フ父母(八四)未成年者ノ後見人(同九〇四)乃及(ハ)禁治產者ノ後見人(一四)年第七三號布告ヲ以テ法律上ノ代理人トス(夫及保佐人ハ妻及準禁治產者ニ非ス)以上法定代理人ハ其無能力者ノ私法關係ニ於テ身體財産ノ保護者ナルヲ以テ又刑責關係(公法)上ニ於テ被告人タル無能力者ノ利益ヲ主張セシムルニ非サレハ保護ノ責務ヲ完フスヘキニ

刑事訴訟法 本論 第一卷 訴訟主體 第二編 當事者附補助者 第三章 被告及補助者 第三節 補佐人及代理人 二四三



アラス故ヲ以テ刑事上ニ於テ法律上代理人ヲ以テ自己ノ權利トシテ被告人ノ利益ヲ主張セシムル所以ナリクリリスハ法律上代理人ノ地位ヲ以テ從タル當事者(Nebenpartei)トセリ(從タル當事者トハ主ナル當事者ヲ補佐セシムルニ爲ス)ノ爲ニ辯護人ヲ選任スルヲ得(現行ノ爲ニ辯護人ヲ選任スルヲ得)法律上代理人ハ訴訟代理人ニアラス彼ハ被告ノ傍ニ在テ被告ヲ補助スルニアリテ其地位ヲ代理スルニアラス法律上代理人ハ訴訟上被告人ノ意思ト全然獨立ナル權利ヲ有ス法律上代理人ハ公判ノ辯論ニ干與スルト否トハ其隨意ニシテ裁判所ハ只其干與ヲ妨ケサル義務アルニ過キスシテ之ヲ出廷セシムル義務ナシ法律上代理人タル資格ハ證明スルヲ要ス故ニ裁判所ハ之ヲ調査セサル可カラス

現行法ハ法律上代理人ノ權利ヲ保釋申請辯論及上訴ノ三ニ限定シタル如キモ其他ヲ禁スルニアラス辯護人ノ權利ハ其多分ハ被告人ヨリ傳來セルモノナレトモ補佐人ノ權利ハ全部自己固有ノ權利ナリ故ニ被告人ノ意思ニヨリ左右セラル、コトナシ故ニ補佐人ハ辯護人ト異リ被告人ノ明示ノ意思ニ反スル場合ニ於テモ猶克ク上訴ヲナスヲ得ヘシ故ニ改正案ハ之ヲ明確ニセリ(六一六)

### 第二款 代理人

クリリス曰被告人ハ二重ノ訴訟上ノ地位ヲ有ス當事者タル地位及證據方法タル地位是ナリ前者ニ付テハ代理ヲ許スモ後者ニ付テハ之ヲ許サスト(二四)代理人ハ獨立ノ權利義務ヲ有セス被告人ニ代リテ被告人ノ權利ヲ行フモノナリ刑事訴訟ハ本人訴訟ニシテ代理人ニヨリテ訴訟行為ヲナスヲ許サ、ルヲ原則トス只罰金以下ノ刑ニ該ル事件ニ付テハ代理人ニヨリテ應訴スルコトヲ許セリ(刑訴一八三第一項但書二)故ニ法人代表者カ被告人タル場合ニ於テ自己ノ代理人ヲ指定シテ辯論ヲ爲サシムルヲ得ヘシ代理ヲ許シタル場合ニ於テモ證據方法トシテ訊問ヲ必要ナリトスル場合ハ本人ノ訊問ヲ妨ケサルナリ代理人ハ被告本人ニ屬スル權利ヲ行ヒ其行為被告人ニ於テ效果ヲ生ス故ニ代理人ノ自白證據申立上訴等ハ被告人ノ自白等トシテ效力ヲ生ス被告人ノ代理人トシテノ授權ハ之ヲ證明スルヲ要ス

上告裁判所ノ審理ニ於テハ一定ノ法律問題ヲ目的トシ事實ニ付キ證據調ヲ爲

刑事訴訟法 本論 第一卷 訴訟主體 第二編 當事者附補助者 第三章 二四五  
被告人及補助者 第三節 補佐人及代理人



サ、ルカ故ニ被告人ノ自身出頭ヲ要件トセサルノミナラス之ヲ許サス上告申立ノ範圍ハ上告申立書及擴張書ニヨリ限定セラル故ニ口頭辯論ヲ要セス假令上告申立人及相手方カ辯護士ヲ代人トシテ出廷セシメ辯論セシムルモ其辯論ハ單ニ附加的ニシテ訴訟ヲ口頭辯論タラシムルモノニアラス故ニ辯護士ヲ差出サ、ルトキハ書面ニヨリ判斷ヲナス(四二八)故ニ上告審ニ於テ附加的辯論ヲ爲サントスル場合ニ限リ代理人ニヨリ之ヲ行フ其代理人ハ辯護士ニ限ラル必要的辯護事件即重罪ノ上告事件及控訴ノ檢事ヨリ重罪ノ刑ニ該ルモノトシテ上告ヲナシタル場合ニ於テ被告人辯護人トシテ選任セサルトキハ官選辯護人ヲ附スルヲ要ス(二七九)此場合ハ純然タル辯護人ニシテ代理人ニアラス

【註】代理トハ一人カ第三者ニ對シテ行爲ナシ又ハ第三者ヨリ其者ニ對シテ行爲カ他人ニ於テ效力ヲ生スル關係ナリ其一人カ代理人ト云ヒ他人カ稱セハニ訴訟行爲ノ代理ト云ヘハ代理人ニ對シテ爲サレタル行爲カ本人ニ效力ヲ生スルコトヲ示シテ爲シ又ハ對シテ爲サレタル訴訟行爲カ當事者本人ノ權利義務ニ於テ效果ヲ生スル關係ハ被告ナラス當事者ノ實體既ニ從ヘハ檢事ハ原告タル國家ノ代理人ナリテ裁判所ハ裁判主體タル國家ノ代理人ト謂ハサル可カラズ其設定カ法律當然ノ結果ニ出ツルモノナリ代理人ト云ヒ本人ノ任意ニ出ツル代理ト云フ(余輩ハ上來觀ク如ク當事者ノ形式觀サ

探ルカ故ニ檢事及法人代表者ヲ代理人(法定)ト認メサルナリ隨テ代理ノ觀念ハ任意代理ニ限定スル所以トスル  
 檢事ハ其職務上代理人ト選任スルヲ得ス故ニ代理人ニヨリ訴訟行爲ヲナシ被告ノ場合ニ限リ代理人ト選任スルヲ得ス故ニ代理人ニヨリ訴訟行爲ヲナシ  
 代理人ニ依リ外訴訟ハ實體眞實發見ノ必要上本人訴訟場合一限リトシ代理權及  
 範圍ハ被告ノ意思ニヨリ特定スル得ヘキモノナレトモ法律ハ一々場合一ニ過  
 リキサルモノ制限シ訴訟行爲ノ代理トセリ故ニ罰金以下ノ事件外部代理人ハ上訴人  
 代理權アリト云ハサル可カラズ然レトモ判例ハ上訴人付テハ  
 代理權アリト云ハサル可カラズ然レトモ判例ハ上訴人付テハ

### 第二卷 訴訟目的物

#### 第一編 公訴

#### 第一章 公訴ノ觀念

#### 第一節 訴訟目的物ノ觀念

(一) 訴訟ノ目的物 (Gegenstand) ハ訴訟ノ本質ニ適應スル目的物ニシテ當事者カ主觀的ニ訴訟目的物ト爲サント欲スル事物ニアラス法律上訴訟目的物ノ差異ヨリシテ公訴及私訴ノ區別ヲ生スルコト、ナレリ

刑事訴訟法 本論 第二卷 訴訟目的物 第一編 公訴 第一章 公訴ノ觀念 第一節 訴訟目的物ノ觀念



(二) 刑事訴訟ノ目的ハ犯罪ヲ證明シ刑罰ヲ定メ而シテ之ヲ實行スルニアリ(犯罪證明ニハ手段ニシテ犯罪ノ法律上ノ效果)ト雖モ刑事訴訟ノ目的物ハ刑事即犯罪ニヨリ國家ト特定主體間ニ生シタル刑罰法上ノ權利關係(犯罪法律上ノ效果)ナリ此權利關係ハ訴訟上ノ保護カ請求セラレタル範圍ニ於テ審判ノ目的物 (Prozessobjekt)トナル故ニ訴ハ審判ノ目的物ヲ定ムルモノトス訴ノ形態ハ民事訴訟ニ於テハ満足セシムヘキ權利ノ存在及範圍ヲ定ムル履行訴訟 (Verurtheilungsleistungsklage)ト權利關係ノ存否ニ關スル消極的又ハ積極的確認訴訟 (Feststellungsklage) (民一八〇)ノ二様アレトモ刑事訴訟ニ於テハ確認訴訟ノ存スヘキ餘地ヲ見ス

(三) 犯罪ヨリ生スル一切ノ法律上ノ效果ハ必スシモ刑事訴訟ニ屬スルニアラス何トナレハ犯罪ヨリ生スル私法上ノ效果即不法行爲ノ請求權ハ民事訴訟ヲ以テ主張確定スヘキモノナレハナリ故ニ刑事訴訟ノ目的物ハ左記ノモノ、ミ之ニ屬ス

(1) 刑罰請求權 (Strafanspruch) 此ノモノハ犯罪ヲ原因トシテ國家カ犯人ニ對シテ刑罰ヲ加ヘントスル請求ナリトス

(2) 現行法ハ刑罰請求權ノ傍之ト共ニ又ハ場合ニヨリ獨立ノ請求トシテ非刑罰的請求ヲ刑事訴訟手續ノ目的物トナスコトアリ (Nebensprüche)

(イ) 懲治請求 (刑七九、八〇第一項後段及八) 此ノモノハ狹義純正ノ刑罰ヲ加フルモノニアラスト雖モ犯罪ヨリ生スル一種ノ效果ニ外ナラス其本質ヨリ云ヘハ行政行爲ニヨリ處分スヘキ行政法上ノ請求 (Der verwaltungsrechtliche anspruch)ニ屬スレトモ請求ノ原因タル事實ハ刑罰請求權ノ原因タル事實ト共通ニシテ一方ニ於テ調査セル結果ハ他方ニ利用シ又一方ノ請求ヨリ他ノ請求ニ移ルヲ得ル利便アルヲ以テ刑事ニ付管轄アル裁判所ニ於テ刑事訴訟法ニ從ヒ審判ノ目的物タリ得ルモノトス加之ナラス現行法及改正案ニ於テ懲治請求ハ獨リ刑事裁判所ニ於テ專屬管轄ヲ有シ刑事訴訟法ノ手續ニ依ル外之ヲ主張スルヲ許サス

(ロ) 或私法上ノ請求 (Gewisse zivilrechtliche ansprüche) 抑モ犯罪ヨリ生スル民事上ノ請求ト刑罰請求トハ互ニ獨立ニシテ不可分ノ一體ヲナスモノニアラス故ニ刑事訴訟ハ民事訴訟ノ前提トナルニアラス民事訴訟ハ刑事訴訟ニ併



合セラレ、コトナク又民事請求ハ刑事裁判所ノ審判ノ目的トナラサルヲ原則トス然ルニ佛國治罪法ハ聯合主義(Adhäsionsprozess)ヲ採用シ私訴(犯罪因トスル)ヲ刑事裁判官ニ申立ツルコトヲ許シ且ツ之ニヨリ刑事ノ審判ヲ開始スルヲ得トセリ(佛治一乃至三、六)獨逸刑事訴訟法ノ第一及第二草案ハ亦此主義ニ從ヒタリシモ第三草案ハ之ヲ削除シ今ヤ只要價請求(Bussanspruch) (要價請求ナリ本質ニ付テハ單ニ私法的請求ナリトスルカ故ニ刑罰ニ關セザルコト解釋スルヲ故ニ私法ニ付テノミ例外ヲ認ムルコト、ナレバ我治罪法ハ佛法ヲ繼受シ被害者カ民事原告人タル申立ヲ豫審判事ニナスヲ得之ニヨリ豫審判事ハ公訴ヲ受理シタルモノト見做セリ(治一〇)又被害者ハ刑事裁判所ニ公訴ニ附帶シ私訴ヲ提起スルヲ得(同二)猶又告訴發人及民事原告人ノ不法行爲ニ對スル要價請求(同一)ヲ刑事裁判所ノ審判ノ目的トナシ得ルコト、セリ現行法ハ附帶私訴及要價請求ヲ繼受シタル外場合ニヨリ原因變更ヲ認メ犯罪ニ關セサル民事請求(同二)ヲ刑事裁判所ノ審判ノ目的トナシ得トシタリ(民事請求ノ此等ニ付)

(四) 刑事訴訟ノ目的物ハ一犯人ノ同一事實ニ關スル限度ニ於テハ不可分ノ一體ヲナスモノトス

(1) 刑罰請求權ハ當然不可分ナリ何トナレハ(イ)其成立原因(Entstehungsgrund)ノ點ニ於テ之ヲ觀ルニ一個ノ刑罰請求權ニ付權利拘束トナレバ訴訟ハ刑罰請求權ヲ發生セシメタル一切ノ事實ヲ包含シ(ロ)其内容(Inhalt)ニ付テ之ヲ觀ルハ刑事訴訟ハ主刑及附加刑ヲ包含ス(ハ)法律上ノ判斷(Juristische Würdigung)ノ點ニ於テハ刑事訴訟ハ其事實ヲ凡ユル法律上ノ見解ヨリ觀察スルヲ得(ニ)其刑罰請求權ノ構造ヨリスレハ(Struktur)刑事訴訟ハ罪責問題(Schuldfrage) (過失ノ條件ノミナラス行爲ノ存否不法條件處罰條件行爲ノ形容加減情)及刑ノ問狀免責原因等之ニ屬ス然レトモ再犯及時效ハ罪責問題ヲ構成セズ)及刑ノ問題(Straffrage)ヲ分割スルヲ得サレハナリ

(2) 前ニ掲タル從タル請求ハ實體上ヨリ見レハ刑罰請求トハ全然異ナル獨立ノ請求(Anspruch sui generis)ニ屬スレトモ訴訟的ニ云ハハ刑事ノ獨立セザル一部ナリトス

(五) 訴訟ノ目的物カ一體不可分ナリト云フハ刑事各部分ノ裁判カ實體上總テ同



ニ出テサル可カラスト云フニアラス故ニ裁判所ノ判断ニヨリ附加刑ヲ附シ得ル場合又ハ法律上附加刑ヲ附スルヲ要スル場合ニ於テモ裁判所ハ法律上ノ理由ニヨリ附加刑ヲ加ヘスシテ主刑ノミヲ言渡シテ差支ナシトス隨テ訴訟目的物ノ一體不可分ハ訴訟的不可分ヲ云フニ外ナラス

(1) 一部訴訟 (Theilprozess) ハ之ヲ許サス即一ノ訴訟ニ於テ主刑ノ辯論ヲナシ他ノ訴訟ニ於テ附加刑ノ辯論ヲナスヲ得ス又一ノ訴訟ニ於テ事實ヲ詐欺取財トシテ論スルヲ得ス又使トシテ審理シ他ノ訴訟ニ於テ同一事實ヲ詐欺取財トシテ論スルヲ得ス又一ノ訴訟ニ於テ事實問題他ノ訴訟ニ於テ刑ノ問題ヲ論スルヲ得ス從タル請求ニ於テモ亦同様トス

(2) 權利拘束トナリタル訴訟ニ於テハ假令訴訟目的物ノ一部ノミカ表示セラレタリトスルモ訴訟ノ全目的物ニ付キ審判ヲナスヲ要ス故ニ集合犯ナリトスルトキハ公訴狀ニハ其一部ノ行為ノミ指定サレタリトスルモ裁判所ハ全部ニ付テ受理シタルモノトス又詐欺取財トシテ指定アルモ文書偽造行使ヲ手段トナス場合ハ全部ニ亘リテ審判ヲナスヘキモノトス

(3) 判決ハ全部判決 (Vollurteil) タルヲ要シ一部判決 (Theilurteil) タルヲ得ス裁判所ハ隨意ニ刑罰請求ノ一部ノミノ判断ヲナスヲ得ス例ハ數所爲ヨリ成ル一罪中ノ一個ノ行為ヲ罰シ他ノ行為ニ付延期ヲナシ又ハ一部ニ付有罪ヲ言渡シ他ノ部分ニ付キ無罪又ハ公訴棄却ヲ言渡スヲ得ス(有罪被産ハ多數ノ行為ヨリ其産ヲ増加シタル點ニ付キ有罪ヲ言渡シ) 又主刑ノミノ言渡ヲナシ附加刑ノ言渡ハ後日ニ讓ル如キハ許ス可キニアラス決定命令ハ訴訟目的物ヲ分割スルヲ得サルヲ原則トス一定ノ法律上ノ判断ノ下ニ事件公判ニ移サレタルトキハ其後ハ裁判所ハ他ノ法律上ノ見解ヨリ觀察スルヲ許サストナスコトナシ(放ニ竊盜ノ起訴ニヨリ事件公判ニ繫屬シタルトキ裁判所カ故意又ハ過失ニヨリ訴訟目的物ヨリ一部分ヲ別除スルモ其別除ハ全然有效ニ非ス私書偽造行使詐欺取財等數所爲一罪ヲナス場合ニ於テ訴訟目的物ヲ單ニ一部分ニ限リタル豫審決定アルモ公訴ハ全訴訟目的物ヲ包含スルカ故ニ一部分ニ關スル判決ハ從タル請求ト共ニ全訴訟目的ヲ完結ス隨テ一度判決アルトキハ後ニ之ヲ補充スルコトヲ得ス但シ上訴審ニ於テ審理ヲ受タル場合ハ此



限リニアラス

數個ノ刑事々件カ訴訟目的物ヲ組立ルトキ即數人共犯又ハ實體的數罪ノ場合ニアリテハ是等ノ刑事々件ノ各ハ即各人及各罪ニ付キ獨立セルカ故亦分割スルヲ得隨テ一人又ハ一罪ニ付判決ヲナシ他人又ハ他罪ニ付テハ續行延期ヲナスヲ得裁判所カ誤テ數個ノ刑事々件ノ一ニ付キ未タ判決ヲ與ヘサリシトキハ其者ハ未済ナルヲ以テ更ニ判決ヲナスヲ得ヘキモノトス  
訴訟目的物ノ一體不可分ニ付テハ例外アリ左ノ如シ

- (イ) 所爲カ申告罪ナルトキハ其審判ニ付テハ告訴又ハ請求ヲ要ス故ニ告訴又ハ請求カ欠如セサルトキハ申告罪トシテ之ヲ判斷ズルコトヲ得ス(強盜強姦若強及強盜ノ如ク申告罪カ他ノ重大ナル罪ト結合シテ一罪トナス場合ハ告訴ナキモ職權ヲ以テ審査スルヲ得)
- (ロ) 引渡ヲ受ケタル犯罪ニ付テハ國際法上引渡ヲ受ケタル事件ニ付テノミ審判シ引渡ヲ受ケサル他罪ニ付キ審判セサルヲ通義トス
- (ハ) 私訴及要價ノ請求ハ公訴ニ從タルモノナルカ故ニ是等ノ辯論ハ公訴ノ辯論ヨリ之ヲ先ニスルヲ得ス(刑一) 公訴ノ判決ト私訴ノ判決ハ之ヲ同時ニ爲ス

ヲ原則トス然レトモ刑罰請求カ判決ヲナスニ熟シ非刑罰的請求ハ未タ判決ヲナスニ熟セサルトキハ之ヲ後日ニ續行スルヲ要ス隨テ此場合ニ於ケル刑罰請求ノ判決ハ一部判決ナリトス(刑一) 刑二

(六) 如何ナル請求カ此訴訟ノ目的物ヲナスヤハ重大ナル問題トス抑一訴訟ニ於テハ同一事件 (Eine und dieselbe strafsache) (單一事件又ハ複數事件)ノミカ審判ノ目的物タルヲ得此目的物ニ關セサル裁判所ノ行爲ハ效力ヲ有セス一ノ事件ニ付權利拘束トナルトキハ同一事件ニ付他ノ裁判所ニ訴ヲ提起スルヲ得ス又實體的確定力アル判決ハ獨リ同一ノ事件ヲ標準トシテ再理セラル、コトナキナリ是即訴訟ノ目的物ノ同一 (Eadem res, identitat des prozessgegenstandes)ノ問題ナリ此問題ハ訴訟目的物ノ一體不可分ノ問題ト密接ナル關係ヲ有スルカ故已ニ上述スル所ニヨリ盡サレタルモノト謂ハサルヲ得ス要スルニ二個ノ刑事々件ハ同一ノ請求又ハ同一ノ數個ノ請求カ兩者ニ於テ訴訟ノ目的物タル時ニ於テ同一ナリトス之ヲ解説セハ左ノ如シ

(イ) 主觀的同一 (Subjektive identitat) 即二個ノ刑事々件カ同一ナル爲ニハ先ツ訴訟



カ起サレタル人即請求セラレタル人カ同一ナルヲ要ス故ニ正犯ニ對スル刑事々件ハ別人タル從犯ニ對スル刑事々件ト同一ナルヲ得ス犯人ハ通例氏名稱號身分年齢男女職業住所貫屬出生地等ノ屬性ニヨリ表示スレトモ表示ノ相違ハ犯人其モノ、同一ヲ害スルモノニアラス

(ロ) 客觀的同一 (Objective Identität) 即ニ刑事々件カ同一ナル爲ニハ刑罰請求カ同一事實詳言スレハ同一ノ歴史的出來事 (Dasselbe historische Vorkommnis, Derselbe historische Vorgang) ニ歸着スルモノタルヲ要ス如何ナル各個ノ事實カ湊合シテ一ノ歴史的出來事ヲ構成スルヤハ實體刑罰法ニヨリ判定スルヲ要ス事實ノ多數カ一又ハ他ノ刑事々件ノ基礎タル場合ニ於テハ若シ數個ノ事實カ實體法ノ意義ニ於テ自然的又ハ法律的ノ一所爲トシテ結合セルトキハ事實ハ同一ナリトス其場合ヲ擧クレハ左ノ如シ

(1) 意思行動及其結果若クハ其何レカ一カ同一ナルトキハ日時場所方法目的物等犯罪ノ體様ニ多少ノ相違アルニ拘ハラズ事實ハ同一ナリトス故ニ竊盜カ贖物犯トナルモ同一事實ナリトス然レトモ竊取シタル爲替券ニ他人ノ名義ヲ記入シテ金額ヲ受取ルヘク行使シタル場合ハ同一事實ニアラス

(2) 犯罪ノ形式 (Verbrechensform) ハ事實ノ同一ヲ害セス故ニ故意犯カ過失犯トナリ已遂犯カ未遂犯トナリ實行正犯カ教唆又ハ從犯トナルモ事實ハ同一ナルヲ失ハス

(3) 罪名ノ變更ハ事實ノ變更ニ關係ナシトス故ニ一事實ヲ竊盜トシテ訴ヲ求メタルモ審理ノ結果拐帶詐欺取財委託物費消又ハ遺失物法犯トシテ論スルモ事實ハ同一ナルヲ失ハス

(4) 犯罪ノ體様 (Modalitäten) カ公訴ノ時ト異ナルモ同一ヲ害セス但他ノ歴史的實事ト區別シ得ルヲ限度トス此限度ニ於テハ犯罪ノ目的物ノ性質數量方法結果ノ大小加減情狀ニ増減變更アルモ事實ハ同一ナルヲ失ハス然レトモ體様ノ變更ニ伴ヒ他ノ歴史的實事ト區別シ難キニ至ルトキハ最早同一事實ニアラス (ニ於ケル竊盜事實トナル竊盜事實ト起訴シタルニ伴ヒ其方實ナリ)

(5) 集合犯 (Kollektivverbrechen) (強竊盜等當然一行動ヲ以テ一罪トスル場合

刑事訴訟法 本論 第二卷 訴訟目的物 第一編 公訴 第一章 公訴ノ觀念 第一節 訴訟目的物ノ觀念







ノ請求即公訴ハ此意義ニ於ケル訴訟目的物トナルヘシ  
 公訴ハ實體權ノ爲ノ手段ナリト雖モ實體權其モノニアラス又實體權ノ作用ニ  
 アラス(何トナレハ公訴權ノ存在ハ實體權)通常刑罰權ヲ有スルモノハ公訴權ヲ  
 有シ得ルモノナレトモ之ニ代テ他ノ者ヲシテ公訴權ヲ有セシムルヲ妨ケス訴  
 訟主義ヲ採用スル刑事訴訟法ニ於テハ檢察ヲ以テ公訴ノ主動者(Initiator)トナセ  
 リ刑罰權ト公訴權ノ區別及關係ヲ摘示スレハ左ノ如シ

- (1) 刑罰權ハ實體的ニシテ訴ニ於テ認定セラレタル範圍程度ニ於テ存シ其刑罰  
 ノ執行ニヨリテ目的ヲ達スレトモ公訴權ハ訴訟的觀念ニシテ訴訟關係ヲ成  
 立セシメ刑罰權ノ存在及範圍ヲ定ムル裁判ニヨリテ目的ヲ達ス故ニベリン  
 グハ公訴權ヲ定義シテ各個ノ場合ニ於テ刑事裁判權ヲ發動セシムル權(Recht,  
 im einzelnen falle die strafgerichtsbarkeit auszulösen)ト云ハリ
- (2) 刑罰權ハ犯罪ト共ニ發生ス刑罰權カ實行セラル、場合ヨリ觀察セハ公訴權  
 モ普通犯罪ト共ニ成立スレトモ常ニ必スシモ然ラス申告罪ニ付テハ告訴又  
 ハ請求前ニ犯罪成立スルモ公訴權ハ訴訟條件タル告訴又ハ請求ニヨリテ生

ス(或ハ申告罪ニ於テハ公訴權ハ已ニ犯罪ト共ニ成立スルモ訴訟條件備ハラ  
 ズ)サレハ以前ハ停止ノ状態ニアリ此事タル公訴ノ時効ハ犯罪行為ノ終了ヨリ  
 進行スルニ照ラシテ明ナリトナス(此ナレトモ發生スルモノニ停止ト云フ)公訴權ハ  
 單ニ文字上ノ争ニシテ實質ニ於テ差異ヲ生スルモノニアラス)公訴權ハ  
 訴權ノ消費(Verbrauch)即確定判決ニヨリ消滅スレトモ刑罰權ハ確定判決ノ範  
 圍ニ於テ存シ執行ニヨリ消滅ス(故ニ兩者ノ原因ヲ異ニス)

(3) 刑罰權ハ犯人ニ刑罰ヲ加フル權ニシテ訴訟ヲ求ムル權(Recht auf strafprozess)ト  
 アラス公訴權ハ訴訟ヲ求ムル權、裁判權ノ發動ヲ求ムル權ナリ故ニ公訴權ノ  
 内容ハ刑罰權ノ存在ヲ條件トスルモノニアラス從テ單ナル犯罪嫌疑者ニ對  
 シテモ公訴權ハ存在シ得ルモノナリ

刑事訴訟ノ目的物ハ刑罰權ニシテ刑罰權ハ又公訴權ノ實體的内容ヲ構成ス故  
 ニ刑罰權ノ性質ハ公訴權ニ影響ヲ有スルモノナリ刑罰權ハ刑罰法ニ定ムル事  
 實カ發生スルト共ニ生ス故ニ刑罰權ノ處分ハ憲法及法律ノ命令ニヨル外之ヲ  
 ナスヲ得ス(故ニ刑罰權ハ國家ノ權利ニシ)刑罰權ハ國家ニ歸屬シ國家之ヲ追行  
 シ國家内ノ團體又ハ私人ノ何人ニモ屬セサルモノナリ(Causa publica)犯人カ過不  
 及ナク罰セラレ無辜カ冤枉ニ苦惱セサルハ刑罰權ノ實行ニ於テ國家ノ有スル



利益ナリ故ニ刑事訴訟ノ目的物ノ性質ヨリシテ國家主義、依法主義、職權主義及  
實體真實發見主義ヲ生セリ

### 第二章 公訴ノ原則(公訴ノ目的物ニ關スル原則)

#### 第一節 國家主義(Officialmaxime; staatslagesystem)

古代ニアリテハ刑罰其モノ、觀念ハ私益的個人的ナリシ結果訴ヲ起スニ付之  
ヲ決スヘキ意思ハ侵害ヲ受ケタル法益ノ所持者タル個人ニ屬シタリ所謂私人  
彈劾又ハ個人訴訟主義(Accusation; privatlagesystem)是ナリ然レトモ近代ニ於ケル  
犯罪及刑罰ノ觀念ハ國家的ニシテ從テ加罰モ亦公事ニシテ個人的事業ニアラ  
ズトナスニ至レリ故ニ訴ノ提起ハ國家機關タル檢事ニ於テ行フテ近世諸國  
刑事訴訟ニ於ケル通義トス只稀ニ個人主義カ殘存スル立法例ナキニシモアラ  
ス其場合ニ二様アリ其一ハ國家主義ノ補充トナスモノ即公訴ハ檢事之ヲ提起  
スルヲ原則トシ檢事公訴ヲ提起セサル場合ニ限リ個人公訴ヲ提起ストナスモ  
ノナリ(模國刑事訴訟法ニテハ申告罪及違警罪)其二ハ特定ノ罪種ニ付檢事ノ公

訴ト同時ニ個人ノ公訴提起ヲ認ムルモノナリ(及輕刑事訴訟法ニテハ名譽侵害  
被害者ノ直接呼出ヲ爲ス(六四第二項、一四五、一八二)我舊治罪法ハ佛治罪法ニ倣  
ヒ民事原告人ノ起訴ヲ認メタル範圍ニ於テ國家主義ノ傍ラ個人主義ヲ採用シ  
タリシ者ナリ然レトモ現行法ニ於テハ公訴ニ付テ個人主義ヲ排斥シ公訴ハ公  
益公事トシテ國家ノ專行スルモノトセリ(Klagemonopol des Staates)

刑事訴訟ト個人主義ト看做シ其開始進行ヲ個人ノ意思ニ一任スルハ個人主義ナリ公訴ノ  
國家主義ト個人主義トハ刑事訴訟ヲ公事トスルヤ私事トスルヤ個人主義ナリ以テ決  
スルト個人ノ意思ニ決スルヤ否ヤノ區別ニ關スルモノナリ訴訟ノ形式ノ區別ニ關シテ  
問主義ト個人主義トハ訴訟ノ形式ヲ糾問主義ナリト云フナリ故ニ國家主義ト糾問主義  
立ニ結合スルトキハ其訴訟ノ形式ヲ糾問主義ト云フナリ故ニ國家主義ト糾問主義  
トナ同視シ個人主義ト訴訟主義トナ同視スルハ區別ノ標準ニ差異アルコトヲ無視ス  
ルモノナリ何トナレハ國家主義ヲ探ルモ主體ニ關シテハ糾問又ハ訴訟主義ナルヲ得  
ヘシ國家主義ニ訴訟主義ナ配セハ檢事カ公益ヲ代表シテ訴道ヲ掌握スルニアリ彼ノ  
所謂當事者ナクハ裁判官ナシ(Nemo iudex sine actore)又裁判官ハ已ニ權利拘束カ生シタル  
事件ニ付テモ請求ナクハ審理セズ(No procedat iudex ex  
officio)トノ原則ハ主體ニ關シテ生スルモノトス

現行法ハ訴訟主體ニ關シテハ訴訟主義ヲ採用シ公訴ノ目的物ニ付テハ國家主  
義ヲ採用シタル故ニ左ノ結果ヲ生ス(1)公訴提起ハ國家事務トシテ法律ニ定メ  
タル區別ニ從ヒ檢事之ヲ行フ(一)刑訴(2)檢事ノ公訴提起ハ被害者ノ意思ニ條件セ



















上ノ重要事實ニ付テモ同様ナリトス

(二) 裁判所ハ當事者ノ請求(申立)(Antrag)ニ羈束セララル、コトナシ

裁判所ハ被告カ犯罪事實ヲ自白シ刑罰ニ服從センコトヲ申立テ又檢事ハ被告ニ罪責ノ立證アルモノト認メ刑ノ言渡ヲ請求スル場合ニ於テモ無罪ヲ言渡スコトヲ得之ニ反シテ檢事及被告人カ罪責ナキモノトシテ無罪ノ言渡ヲ受クンコトヲ申立タル場合ト雖モ有罪ヲ言渡スコトヲ得ヘシ又檢事ニ於テ請求シタルヨリ以外ノ法律ニヨリ異ナル刑名刑期ヲ言渡スコトヲ得ヘシ其他訴訟上ノ事實ニ關スル事實ニ付テモ亦同シ(但精神錯亂以外ノ疾病ニヨリ五日以上辯論申請アルトキハ其申請ニ羈束セラレ更)

(三) 檢事ハ公訴ノ取消ヲ爲スヲ得ス

現行法ハ凡テ公訴取消ヲ許サスト雖モ改正案ハ公訴提起ハ第一口頭辯論迄(一七)取下ヲ許セリ一審ノ公訴提起ヲ裁判言渡迄許サ、ルハ若シ訴訟終局ニ至ル迄取消權アリトセハ有罪ノ言渡ヲナスヘキモノヲ妨ケ又ハ無罪ヲ言渡スヘキ場合ニモ之ヲ妨クルコト、ナリ結局有罪言渡ハ檢事カ繼續シテ之ヲ必要ト思

料シタル場合ニ限ル弊害ヲ生スレハナリ(改正案カ檢事ニ上訴ノ取下ヲ認メテ職權主義ニ付テ審判ヲ必要トセサレハナリ)

(四) 裁判所ハ當事者ノ在廷ニ於テ審理ヲ盡サ、ル可カラス

豫審ノ階段ニアリテハ當事者ノ在廷ヲ要セスト雖モ原則トシテ先ツ被告人ノ訊問ヲ行ハサル可カラス(九三、六)終結ニ付テハ檢事ノ意見ヲ聽カサル可カラス

(二六) 公判ノ辯論ハ對審トス檢事ハ其構成員トシテ審理ニ立會ヒ意見陳述ノ機會ヲ與ヘサル可カラス故ニ公判ノ辯論ハ被告人ノ欠席ニ於テ行フヲ得サルヲ原則トス(民訴ニテハ被告ニ於ケル懈怠ハ原告主張ノ事實ヲ自白シタルモノトシテ不利アルトモ判決ヲ下スニ四六乃至二五)

蓋シ公判ニ現ハレタル凡ノ事實及證據方法ニ關シ被告本人ノ辯解ヲ聽キ各種ノ請求其他ノ權利ノ行使ニヨリ防禦方法ヲ講セシメンカ爲ナリ故ニ被告人ノ公判ニ立會フハ一面權利ニシテ又義務トスルモノナリ(勾引勾留ハ其義務ナリトス)假令欠席ノ儘審理ヲナシ又法律上代理カ許サレタル場合ニ於テモ證據調ノ結果ニ基ツキ自由ナル心證ヲ以テ裁判ヲ下サ、ル可カラサルナリ



(五) 裁判官ノ認識ノ淵源 (Erkenntnisquellen) ハ制限スルヲ得ス  
 大凡裁判官カ認識シタル事物ハ判斷ノ資料タラサルモノナシ但シ直接證據ヲ  
 看過シテ間接證據ニ就クヲ得サルノミ(訴訟手續ニ於テ說明スル)  
 實體眞意發見主義ニ對スル例外ハ左ノ如シ  
 (1) 證據禁止ノ場合(一四二五ニ於テ證言拒絶權者カ物件ノ差押及開披ヲ拒絶シタル  
 場合ト雖モ如キハ實體眞意發見上必要ナリ)  
 (2) 當事者ノ處分權ヲ認メタル場合(改正案ハ上訴ニ付テハ檢事ノ處分權ヲ認  
 ト金ナヨリ一審判決ハ確定スルコトハ其後分府ニ對シテ正式裁判ノ申立通知ニ服  
 シタルトモ亦同シ被告ノ控訴ヲ棄却ス(二六六前段)是等ノ欠席合ニ於テハ被告  
 無罪ト受テト思惟スルモ處分)  
 (3) 法律ノ推定アル場合(裁判官ハ假令經驗及論理ノ事實ヨリ他ノ事實ヲ推  
 セル要スルカラコトアリ此場合ニ於テハ規則慣習ノ不遵守ヲ以テ之ヲ失裁判  
 ハ常訴ニ列九第一號法ヲ生ス第九號ノ訴訟手續ノ如キ是ナリ)

### 第三章 公訴權ノ消滅

刑罰權(又刑罰)ハ國家カ犯人ニ對スル實體關係ニ於テ成立シ訴訟ハ其存在及範  
 圍ヲ宣言スルモノナリ公訴權ハ訴訟主義ノ訴訟ニ於テ原告ノ裁判所ニ對スル  
 權利ナリ裁判權ノ發動即訴訟關係ノ成立ヲ求ムル權利ナリ故ニ確定判決ニヨ  
 リ訴權ハ消費セラレ消滅ニ至ルヘキナリ又法律ハ告訴ノ拋棄ニヨリ訴權ヲ消  
 滅セシム一方ニ於テ公訴權ハ亦訴訟ノ目的物タル刑罰權ヲ目的物トス(刑罰權  
 及範圍ニ決セシム關係ニ成立ナラズ)故ニ實體上刑罰權カ消滅シタル  
 場合ハ目的物ノ滅失ニヨリテ亦公訴權ノ消滅ヲ來スト爲サ、ル可カラズ故ヲ  
 以テ公訴權ハ必スシモ實體權ト終始存亡ヲ共ニスルモノニアラサルナリ(限  
 ト消滅シ實體權ニ影響ナキ場合ト實體權)或ハ云フ刑罰第一條ハ形式的公訴權即  
 公訴提起權ヲ定ムルモ第六條ハ實體的公訴權即チ刑罰請求權ヲ定ムルモノナ  
 リ故ニ是等ノ原因ナキコトカ刑罰請求權ノ發生ニ必要ナルヲ以テ消極的處罰  
 條件 (Negative Bedingung der Strafbarkeit) ト稱スヘキモノナリト然レトモ余輩ノ信



スル所ニヨレハ現行法(二四六五及三)ハ確定判決刑ノ廢止、大赦及公訴ノ時効ノ場  
 合ニ於テハ免訴即刑罰請求權不存在ノ裁判ヲ言渡スヘキモノト規定スト雖モ  
 少クトモ被告人ノ死亡及申告罪ニ付キ告訴ノ拋棄アリタル場合ニ於テハ前掲  
 ノ場合ト區別シ刑罰請求權不存在ノ裁判ヲ言渡スヘキモノト爲サス此後ノ場  
 合ニ於テハ其性質ニ照ラストキハ訴訟條件ノ欠缺ヲ生スルヲ以テ訴訟條件ノ  
 裁判(公訴不受)ヲ言渡スヘキカ故刑罰權自體ヲ消滅セシムルモノニアラスト謂  
 ハサル可カラス(被告ノ死亡カ裁判前ニアリトセハ當事者能力ノ欠缺トナリ訴  
 告訴ヲ取テ下ケタルトキハ更ニ公訴ヲ提起スルコトヲ得サレモ結果無罪即刑罰  
 永久ニ欠缺スルケナリテ檢事ハ公訴ヲ提起スルコトヲ得サレモ結果無罪即刑罰  
 權其者ニ關スル裁判ハ完全ナル得ス其結果ト成立テ前掲刑罰免ルハニ過キサルナ  
 合ニ於テハ實體裁判ヲ言渡スナル得ス其結果ト成立テ前掲刑罰免ルハニ過キサルナ  
 )獨逸ノ學說ニヨレハ公訴時効及刑ノ廢止ノ效果ハ實體的ナリヤ訴訟的ナリ  
 ヤニ付キ争アレトモ(刑法上ノ規定ニヨリ差異ヲ生ス)申告罪ノ告訴取下及確  
 定判決(詳見七九)ニ付テハ實體的ニアラスト訴訟的ナリトナスニ付テハ殆  
 ント一致スル所トス(ビュッケニ五九、六四、六五、六〇、六〇、六〇、六〇、  
 頁)今ベリングカ確定判決ニ付論スル所ヲ見ルニ曰實體的確定力ノ效果ハ訴訟

的ナリ蓋有罪ノ確定判決ハ無辜ヲ有罪タラシムルモノニアラス又無罪ノ確定  
 判決ハ刑罰請求權ヲ消滅セシムルコトナシ刑事ノ判決ハ宣言的(Declaratorisch)  
 ニシテ創權的(Konstitutiv)ニアラス故ニ確定判決即既判物ハ消極的訴訟條件ナ  
 リトス從テ確定判決アルトキハ無罪ノ言渡ヲナスヘキニアラスシテ公訴棄却  
 ヲ言渡スヘキモノナリ獨乙帝國裁判所ノ判決ノ一例ニ於テ確定判決ハ管ニ訴  
 訟的ニ止マラス亦實體的ノ效果ヲ有ス何トナレハ再度ノ公訴提起ヲ禁止スル  
 コトニヨリ所爲ハ全然刑罰ニ係ラサルコト(Straflosigkeit)トナル斯クテ被告人  
 ハ實體的ノ保護權(Schutzrecht)ヲ附與セラルト判示セルモ是レ訴訟法ト實體法  
 ヲ混合セルモノナリト(確ニシテ正當ナルトス)然ルニ我現行法及改正案ハ確定  
 判決アル場合ハ免訴即實體裁判ヲ言渡スヘシトセルハ公訴提起權消滅ノ結果  
 被告人再訴ヲ受クルコトナキヲ以テ其範圍ニ於テ刑罰權ハ永久ニ消滅スルモ  
 ノトナス見解ナル如シ故ヲ以テ現行法一六五、二二四末段ノ規定ニヨリ刑罰六  
 ハ刑罰請求權ノ消滅ノ場合ヲ規定スルモノト論スルヲ得サルナリ余輩ハ刑罰  
 六中公訴權其者ノ消滅原因ト刑罰權消滅ノ結果訴訟目的物ノ滅失ニヨリ公訴



權ヲ併セ消滅セシムル場合アルヲ主張セントス被告人ノ死亡、申告罪ニ於ケル  
告訴ノ拋棄及確定判決ハ前者ニシテ刑ノ廢止、大赦及時效ハ後者ノ場合ナリ

佛國治罪法ノ公訴消滅原因ハ(1)犯人ノ死亡(2)大赦(3)時効(4)確定判決(5)取下ハ訴毀又森通等ノ申  
リトス前四者ハ一般消滅原因ニシテ後ノ二者ハ特別罪ニ限リ存ス取テ下ハ訴毀又森通等ノ申  
告罪ニ起リ和解ハ間接ニ關稅稅務林ノ官吏等或事務ニ付公訴權行使ヲ委任セラレタル  
行政官ト被テ和解ハ間接ニ關稅稅務林ノ官吏等或事務ニ付公訴權行使ヲ委任セラレタル  
公訴權ヲ消滅セシムトナスモナリ(我國ニ於テ間接國稅犯則事件ニ付キ犯則者カ稅  
務官ノ通告ニ服從シムト金ヲ完納セルトキハ公訴消滅ストセルハ之ニ似タル所アリ)或  
ハ小ナル罪カ大ナル罪ニ吸收セラレトモ佛國多數學說ノ採用セサル場合トス  
消滅原因ニ算スルモノアレトモ佛國多數學說ノ採用セサル場合トス

現行法ニ於テ規定セラレタル公訴權消滅原因ハ左ノ如シ

第一 被告人ノ死去 (La mort de l'accusé)

羅馬ニテハ瀆職及大逆ノ罪ニ付テハ例外トシテ公訴ヲ提起スルヲ許セリ佛國  
大革命前迄ハ死者ニ對シテ公訴ヲナシ屍體ニ對シテ刑ヲ加ヘタリシカ憲法會  
議ハ死者ニ對スル公訴及行刑ヲ廢止セリ是ニ於テカ刑ハ一身ニ專屬(personalité)  
ストノ主義認識セラレ被告人ノ死亡ハ何時ニ於テ發生スルモ公訴提起權ヲ消  
滅スルモノトナレリ被告人ノ死亡ハ訴訟條件タル當事者能力ノ欠缺ヲ來スカ  
故ニ理論上公訴不受理ヲ言渡サ、ル可カラス(現行法ニテハ言渡アリ)故ニ改正

案ハ明文ヲ以テ訴訟條件欠缺ノ言渡ヲナスヘキモノトセリ(六、二四三、二四四)言渡前  
ニ死亡セハ獨リ體刑ノミナラス罰金其他ノ財産刑并ニ訴訟費用ヲ言渡スヲ得  
ス判決確定後ニ死亡セハ刑ノ消滅原因ナルヲ以テ財産刑ト雖モ相續人ニ對シ  
テ執行スルヲ得ス(刑附)但シ訴訟費用ニ限り相續人ヨリ徵收スルヲ得(三五)共犯  
ノ一人ノ死亡ハ死亡セサル他ノ共犯ニ對スル公訴提起ヲ妨ケス佛國ニ在テハ  
此點殊ニ姦通事件ニ於テ議論ヲ生シタルカ故嘉氏刑法修正案三九三第二ノ四  
項ニ於テ婦確定判決前ニ死スレハ相姦者ニ對スル公訴ヲ消滅セシムト附加シ  
タリシモ今日ニ於テハ最早疑ヲ容ル、ノ餘地ナシ

第二 申告罪ニ於ケル告訴ノ拋棄 (renonciation de la plainte)

(1) 犯罪ニ關スル觀念ハ上代ニアリテハ單ニ一個人ノミカ侵害ヲ受クルト云フ  
ニアリタレトモ共同團體ノ發達ニ伴ヒ犯罪ハ凡テ直接間接ニ共同團體ノ利益  
ノ侵害トシテ現ハル、カ故ニ其禁歴ハ共同團體ノ意思ヲ以テ實行スヘク一個  
人ノ意思ニ係ラシムヘキモノニアラストセリ故ニ犯罪ハ國家訴追犯(Offende-  
lit)トナレリ只極メテ例外ノ場合即(イ)誹毀、家畜傷害等ノ事件ハ訴追ニヨリ得



ル國家共同團體ノ利益ハ極メテ少ニシテ被害者カ侵害ト感シ始メテ救済ヲ必要トストノ見解若クハ(ロ)裁判上ノ喧騒 (strepitus fori) 即公訴提起ニヨリ裁判ヲ開始スルコトカ本人其他親族關係ヲ擾亂シ新ナル侵害トナルコトナキニシモアラサルヲ以テ訴追ヲ被害者其他ノ告訴權者ノ意思ニ係ラシメタリ是レ申告罪ヲ認メタル理由ナリトス

(2) 如何ナル者カ告訴權ヲ有スルヤハ實體法ニ於テ之ヲ定ム(1) 被害者即侵害セラレタル法益ノ所持者(刑三三九、三四四、三五〇)トス法益ノ所持者法人ナラハ其代表者告訴權ヲ行フ(2) 死者ニ對スル誹毀ハ親屬ニ於テ告訴權ヲ有ス(3) 脅迫略取誘拐猥褻姦淫罪ニ於テハ親屬亦獨立ノ告訴權者トス所謂親屬トハ刑一一四ノ例ニ從フトセハ廣キニ失スル觀アリ明治十年八月元老院ニ提出セラレタル草案ニ對照スルニ脅迫罪ニ付テハ草案三六七ニ被脅迫者又ハ之ヲ代表スル者ノ告訴 (plainte de la personne menacée ou de celles qui la représentent) トアリ略取誘拐ノ場合ハ被害者 (partie lésée) 又ハ其代表者 (ceux qui la représentent) (三三八) トアリ猥褻罪ノ場合ハ成年ノ被害者若クハ未成年者ナルトキハ其法定代理人若クハ其直

系尊屬ノ一人ノ告訴 (plainte de la partie lésée, si elle est majeur, ou si elle est mineur, de son représentant légal ou de l'un de ses ascendants) (三三九) トアリ姦通ノ場合ハ姦通ノ訴追ハ本夫ノ告訴ニ於テノミ行フ (la poursuite de l'adultère n'aura lieu que sur la plainte du mari) (三九三) トアリ誹毀ノ場合ハ被害者若クハ其者死亡セハ其家族ノ告訴ニ於テノミ行フ (plainte de la partie offensée, ou sur celle de sa famille, si elle est décédée) (四〇) 家畜傷害ニ付テハ被害者 (partie lésée) (四七三) ヲ以テ告訴權者トセリ然レトモ現行刑法ノ親屬ニ付テハ草案ノ如キ限界ヲ明文ニ示サ、ルカ故ニ刑一一四ノ範圍ヲ以テ解釋シ得ヘキカ如シト雖モ敢テ草案ノ趣旨ヨリ擴張シテ解釋スヘキ理由并ヒニ必要ヲ見サルカ故ニ親屬トハ被害者ノ法定代理人此者ナキトキハ最近親屬ト解スルヲ妥當トス刑訴五四ニ於テハ告訴告發ノ代理ヲ認メ被害者能力者ナルトキハ委任代理ニヨリテ告訴ヲナスヲ得被害者無能力者ナルトキハ法定代理人ニヨリ代理セラレ、コトヲ得現行法五四ハ舊治罪法九八ヲ直寫セルモノニシテ同佛文草案ニヨレハ未成年者禁治產者又ハ有夫ノ婦 (mineurs, interdits, femmes mariées) ノ告訴ハ其父、後見人又ハ夫 (père, tuteur, mari)



(第三項)ニヨリ之ヲ爲スト云フニアレトモ現行法ニテハ無能力者及其法定代理人ハ民法ノ範圍ニ從ヒ(無能力者ハ未成年者)親權者後見人トス然レトモ實體法上申告罪ノ告訴權ハ親屬ニ於テ獨立ノ權利トシテ有シ單ニ被害者ノ法定代理人トシテ本人ニ代リ之ヲ行使スルモノニアラス故ニ申告罪ノ告訴ハ親屬ニ附與セラレサル限リハ被害者ノ法定代理人カ代理人トシテ行使スルコトヲ許サ、ルモノト解スヘキナリ故ニ姦通罪ニ於テ本夫カ未成年ナルモ四五ニヨリ法定代理人ハ代テ告訴ヲナスヲ得シテ本人告訴ナルヲ要ス夫カ精神障礙等意思能力ヲ有セサルトキハ事實告訴ヲ提起スルヲ得サルカ爲犯人ハ有罪ノ言渡ヲ受ケサル弊害アレトモ此弊害ハ夫ノ意思ニヨラスシテ親屬關係ヲ破壞スルノ害ニ優ルモノト謂ハサル可ラス明治十九年ノ幕氏ノ刑法修正案ハ此點ニ於テハ反對ノ見解ニ出テ三九三ノ二第三項ヲ設ケ本夫瘋癲者ナルトキハ告訴ハ後見人又ハ夫ノ最近親族二人ノ同意ヲ以テ提起又ハ取下ケラル(si le mari est, en démeance, la plainte pourra être faite ou retirée par son tuteur assisté des deux plus proches parents du mari)トノ意見ナリシモ遂ニ採用セラル、ニ至ラザリシナリ刑法改

正案ハ告訴權者ヲ定ムルハ訴訟法ノ範圍ナリトシテ之ヲ訴訟法ニ讓レリ刑訴改正案二〇六ニヨレハ告訴權者ハ(1)被害者(2)此者無能力ナル時ハ其法定代理人(3)被害者死去シタルトキハ其親族トセリ但シ親族ハ本人ノ意思ニ反シテ告訴ヲナスヲ得ストス

(3)申告罪ノ種類ハ絶對的申告罪(absolutes antragsdelikt)及相對的申告罪(relatives antragsdelikt)トス前者ハ何時何人ニヨリ犯サル、モ申告即告訴ヲ要ストナスモノニシテ脅迫乃至姦通等我現行刑法ノ申告罪ハ之ニ屬ス後者ハ獨刑二四七又ハ我刑法改正案二八五ニ於ケル如ク一般ニハ國家訴追犯ナルモ犯人ト被害者ノ身分關係上特定ノ場合ニ於ケル告訴ヲ必要トスルモノナリ

(4)申告罪ノ告訴ハ申告罪ノ本質ヨリシテ訴訟條件ニ屬スルコト明ナリ故ニ告訴ナキモ犯罪成立スルカ故ニ犯罪捜査ニ着手シ現行犯ノ場合ハ強制處分ヲ加フルヲ得但被害者等告訴權者ノ全員カ告訴ノ拋棄ヲナシタルトキハ之ヲ解放セサル可カラス告訴ヲ以テ處罰條件トナスハ僅カニキルヘンハイム、クイラー等少數學者ノ所說ニスキス或ハ告訴ハ處罰條件ニシテ且訴訟條件ト論スルモ



ノアリ(フツクス、ヘルレユチ)ト雖モ若シ如此スルトキハ輕法溯及原則ニ奇觀ヲ生スルカ故ニ其正當ニアラサルヤ明ナリリスト(第九頁)ニ於テ申告罪ヲ二分シ(イ)或種ノ法益侵害ハ其所持者カ之ヲ侵害ト感シ即告訴ナル要式行爲ニヨリテ之ヲ表示スルトキ始メテ法益侵害トシテ法律ノ保護ヲ與フル必要ヲ見ル例ヘハ處女ニ對スル猥褻行爲ハ本人ノ所感如何ニヨリ戀愛又ハ無限ノ汚辱トナルヘシ此ノ場合ナラハ告訴ハ處罰條件ニシテ告訴ナケレハ無罪ヲ言渡スヘキモノトス(ロ)強姦略取誘拐等ノ場合ハ當初ヨリ國家ハ訴追ノ利益ヲ有スルモ被害者ハ審判ニヨリ新ナル侵害ヲ受クルニヨリ訴追ナキコトニ於テ利益ヲ有ス故ニ告訴ニヨリ國家カ被害者ニ屬スト認メタル利益カ特定ノ場合ニ限リ存セサル旨ヲ表示スル迄訴追ヲ見合ハスモノアリ此場合ハ告訴ハ處罰條件ニアラスシテ訴訟條件トス故ニ告訴ナケレハ公訴棄却ヲ言渡スヘキモノナリト然レトモリストハ現行法解釋トシテハ訴訟條件說ヲ主張シ單ニ上說ハ立法論ナルコトヲ明言セリ我現行法ノ基源タル慕氏草案ノ趣旨ニ照ストキハ告訴ハ訴訟條件ナルコト明ナリ(草案註釋三六七)

(5) 告訴ハ現行法及改正案ニ於テモ提起ニ付テ制限ナシ故ニ時効限内ハ何時ニテモ之ヲ提起スルヲ得ヘシ告訴ハ確定裁判ニ至ルマテハ現行法上取下ヲ許セトモ改正案ハ之ヲ弊害アリトシ告訴ノ取下ハ第一審ノ口頭辯論迄ニ爲サ、ルトキハ效力ナキモノトセリ(第一九八項)告訴ハ單純ニ犯罪ニ干與スル者ノ處罰ヲ希望スル旨ノ意思表示ヲ内容トス故ニ其意思ヲ不明確ナラシムル附帶意思表示(Zusatz)ハ告訴其者ヲ無効ナラシム附帶意思表示ハ三様ニ於テ分ツヲ得即條件(bedingung) 留保 (vorbehalt) 及制限 (beschränkung) 是ナリ要スルニ通説ハ留保制限ハ告訴ノ意思ヲ不明確ニセサルカ故ニ告訴ヲ無効トナスコトナキモ真正條件(wahrbedingung) ハモシ之レカ停止條件附告訴ナルトキハ告訴其者ヲ無効トシ解除條件附告訴ナルトキハ條件其者ヲ無効ナラシメ告訴其者ハ有効トスト云フニアリ

甲) 條件

條件トハ告訴ノ效力發生ヲ不確定ノ事項ニ係ラシムル意思表示ナリ真正條件(wahrbedingung) ト外觀的條件(scheinbedingung) ハ區別スルヲ要ス後者ハ外觀上條件



ニ類スルモ條件ノ成否明確ニシテ已ニ常態上又ハ法律上成否必然ナルモノニシテ之カ爲ニ意思表示ヲ不確定ニナスコトナケレハナリ條件ニ付テハ左ノ説アリ

(一) 條件ヲ區別セス一般ニ條件附告訴ハ無効ナリトスル説

マイエル曰犯人ノ處罰ヲ求ムル確定ノ意思ナケレハ條件附告訴ハ無効ナリ(三頁六) リスト曰告訴ハ訴追ヲ起サシムル意思ヲ確定ニ表示スヘキカ故ニ單ナル制限的留保ニアラサル真正條件ナルトキハ告訴ハ無効ナリ(九版一九六)ト

(二) 條件ノ種類ヲ分チテ有效無効ヲ分ツモノアリ

(A) 停止條件附告訴

(イ) 停止條件附告訴ハ無効ナリトノ説

オツベツホーフ曰已ニ提起セル告訴ノ效力若クハ其取下ヲ條件(留保又)ニ係ラシムルハ告訴權者ノ爲シ能ハサル處トス告訴權者カ法律ノ定ムル所ニ從ヒ即時ノ訴追ヲ求ムル意思ヲ明示セサル告訴ハ刑六一ノ要件ヲ欠ク随ツテ條件ニ係ラシメタル告訴ハ會テ告訴ノ提起ナカリシモノト見做ス

ヘキナリ(一七三第二十三號其他)

(ロ) 停止條件附告訴ハ會テ條件ヲ附セザリシモノトナス説(コルダンメル、ブル

六)

(ハ) 停止條件附告訴ハ無効ナラシムヘキヤ將タ會テ條件ナカリシモノト見ル

ヘキヤハ各場合ノ解釋ニ委スヘシトノ説(リユドルフ、ステンクライン)

(ニ) フラック曰停止條件成否未定ノ間ハ訴追ヲ許サスト雖其成就後ハ訴追ヲ

妨クス法律上不能ナル條件ハ成就サレ能ハス故ニ告訴ヲ無効ナラシム(刑

四〇八第

(B) 解除條件附告訴

(イ) ヲルスハウセン曰解除條件附告訴ニ於テハ條件自體ヲ無効トス已ニ告訴

ニヨリ成立セル訴追權ハ再ヒ消滅セシムル能ハストオツベンホーフ曰告

訴ニ附帶スル解除條件ハ會テ附加セラレザリシモノト見做ス

(ロ) 解除條件ハ告訴ヲ無効ナラシムトナス説(リユドルフ、ス

ト) クーレルノ説ニヨレハ解除條件附告訴ノ效力ハ未定ニシテ條件ノ消滅ニ



ヨリ告訴ノ意思始メテ單純トナルト

(三) 條件自體ノ區別ニヨラスシテ條件ノ適法不適法ニヨリ區別スル説

ヒンテング(法規論六)ヘルシニネール(一七卷七)ハ法律上許サル、條件(unzulässig)

ハ告訴ヲ無効ナラシム告訴ハ不可分ナリ故ニ共犯者ヲ除外シ其他ノ訴追ヲ望ム能ハス故ニ全共犯ノ訴追ヲ求メストノ條件ハ告訴ヲ無効ナラシム

(乙) 留保

留保ニ於テハ訴追ヲ求ムル意思カ無條件ニ表示セラル、ヲ以テ告訴權者カ告訴ト同時ニ後日取消スヤモ知レストシテ取消ヲ留保スルモ告訴ハ有效タルヲ失ハス

(丙) 制限

制限附告訴ハ無制限ナリ制限自體ヲ無効トス蓋シ訴追ヲ求ムル意思一度表示セラレタル以上ハ其法律上ノ進行ヲ變更スルヲ得サレハナリ

告訴ハ不可分(untheilbar)ナリ即告訴ハ一個ノ申告罪ニ加擔セル者ノ處罰ヲ求ムル意思表示ニシテ對物的(gegenständlich)ナリ故ニ指名者以外ノ共犯者ニ對シテモ訴

認條件ヲ完成ス(共犯關係ナキ單ニ同種ノ罪ニ然レトモ)檢事ノ公訴提起ハ對人的(in personam)ナルカ故ニ共犯全部ニ對スル訴訟條件完成スルモ各人ニ對シ公訴提起ナキ限りハ裁判所ハ檢事ノ指名者以外ノモノヲ審判ノ目的トナスヲ得サルヤ勿論ナリ告訴ノ拋棄モ亦不可分ナリトス此結果トシテ相姦者ノ一人ニ對シテ有罪判決カ確定セル場合ハ判決確定セサル一方ニ對シテ拋棄ノ效力ヲ生セス告訴權ハ檢事ヲシテ公訴提起ヲ爲サシムル權ニアラス不行使又ハ取下ニヨリ訴追ヲ妨クルノ權能ナリ告訴ノ拋棄ハ告訴權ヲ消滅セシムル意思表示ニシテ公訴權又ハ刑罰請求權ヲ消滅セシムル意思表示ニアラス故ニ告訴拋棄アルトキハ訴訟條件タル告訴ノ欠缺ヲ來シ公訴不受理(棄却)ヲ言渡サ、ルヘカラス告訴ノ拋棄ニヨリ被害者ハ再度告訴ヲ爲スヲ得サル結果被告人ハ再ヒ訴ヲ受クルコトナシ然レトモ告訴ノ拋棄ニヨリ刑罰請求權ノ消滅ヲ來スコトナシ故ニ現行法ニ於テモ告訴拋棄ノ理由ニヨリ無罪又ハ免訴即刑罰請求權自體ノ裁判ヲナスヘキモノト爲サ、ルナリ若シ告訴拋棄ヲ以テ消極的處罰條件ナリトセハ上訴期間内告訴ノ取下アリタルニ拘ラス檢事ノ懈怠ニヨリ確定シタ



リトセハ罰スヘカラサルモノヲ罰シタリトシテ非常上告(二九)ヲ爲サ、ルヘカ  
 ラサルニ至ル不都合アリ改正案ハ此ノ趣旨ヲ明カニシ告訴拋棄ハ訴訟條件タ  
 ル告訴其モノ、取消ニシテ此場合ニ於テハ訴訟條件ノ判決即公訴棄却ノ裁判  
 ヲ爲スヘキモノトナセリ(三四二第七號、二四六號、二四六號)  
 告訴拋棄ハ告訴權發生前ニ之ヲナスヲ得ス(反對)唯タ告訴權發生後(捜査中公  
 訴ヲ提起シタル後ニ於テモ之ヲ爲ス)ニ於テノミ之ヲナスヲ得殊ニ現行法ニ  
 テハ判決確定後ニアラサル限りハ訴訟ノ何ノ階段タルヲ問ハス之ヲ取下クル  
 ヲ得ヘシ是レ被害者ノ私意ヲ容ル、ノ範圍大ニ失シ却テ諸種ノ弊ニ堪エサル  
 ヲ以テ改正案ハ第一審ノ第一口頭辯論迄ニ非サレハ拋棄ノ效力ナキモノトセ  
 リ(八九)告訴ハ如何ナル方法ニ於テ拋棄シ得ルヤト云フニ被害者及加害者間ノ  
 和解(transaction)ニヨリ之ヲ爲スヲ得ス治罪法第九條第二號及同草案八第二號  
 ニヨレハ棄權(renonciation)及私和(トランザクション)ニヨリ之ヲ爲スヲ得タリシト雖現行法ハ私訴  
 ニ付テハ舊法ノ如ク和解ヲ認ムルモ公訴ニ付テハ私和ヲ除外セリ而シテ告訴  
 ノ拋棄ハ相當官廳ニ對シテ犯人ノ處罰ヲ求メサル意思表示ナルヲ以テ當事者

間ニアリテハ宥恕ニスキスシテ告訴ノ拋棄ニ非サルナリ故ニ宥恕ヲナシタル  
 後告訴ヲ提起スルモ告訴ノ無効ヲ來スコトナシ(反對)既ニヨレハ一旦私和シタ  
 カラス(脅迫罪、幼者ノ略取誘拐ノ場合ニテハ法益ノ所有者ト其親族ノ間ニ數人  
 カ告訴權ヲ有ス又特別法ニ於テ數人共同ノ著作又ハ發明ヲナシタル場合ハ數  
 人カ告訴權ヲ有ス然レトモ此等ノ場合ニ於テハ數人カ一個ノ告訴權ヲ共有ス  
 ルニ非ラスシテ各自獨立セル内容同一ナル告訴權ヲ有スルモノニ外ナラス故  
 ニ一人ノ告訴權者ヨリ告訴アリタルトキハ他ノ告訴權者ヨリ告訴ナキモ訴訟  
 條件ハ完備セルカ故ニ訴訟關係ノ成立ニ十分ナリトス隨ツテ全員告訴ヲナシ  
 一人ヲ殘ス外悉ク取下ヲナシタルモ本案ノ判決ヲナスヲ得告訴權者五人アリ  
 タル中四人迄告訴ヲナシ四人取下ヲナシタルトキハ公訴不受理ヲ言渡サ、ル  
 ヘカラス此四人ヨリ更ニ告訴ヲ提起シ起訴ヲ求ムルヲ得サルモ從來告訴ヲ爲  
 サ、リシ殘リノ一人ハ更ニ告訴ヲナシタルトキハ檢事ハ之ニヨリ更ニ公訴提  
 起ヲナスヲ得ヘシ(若シ反對)既ノ如ク告訴取消力消極的處罰條件ナリトセハ前ノ四人  
 ノ一人ヨリ更ニ告訴ヲナスモ檢事ハ起訴ヲナシ得サルヘシ假ニ檢事起訴ヲナスモ裁判  
 所ハ確定判決ニヨリ無罪ヲ言渡サ、ル可ラサルナリ殘リ一人ハ先ノ四人ノ取下ニヨリ



自己ノ權利ヲ侵害セラルル、  
結果ヲ生スル不都合アリ、)

第三 確定判決(autorité de la chose jugée)

判決ニ對シテハ普通上訴ヲ以テ攻撃スルヲ得此審級ノ經過又ハ上訴期間ヲ過  
スニヨリ又上訴ノ取下ニヨリ當事者ニ於テ之ヲ攻撃スルヲ許サス裁判ノ此不  
動ノ狀態ヲ稱シテ形式的確定力(formale rechtskracht)ト稱ス此確定力ハ行刑ノ基本  
トナリ檢事ハ執行權ヲ得ルニ至ル形式的確定力ハ一訴訟ノ秩序ヲ保持スル所  
以ナリ蓋之ニヨリ訴訟カ原狀ニ復シ又ハ前訴訟ノ階段ニ再歸スルヲ防止スル  
ヲ以テナリ訴訟カ原狀ニ復シ無限ニ訴訟ヲ許ストキハ法律ノ安寧ヲ消盡スル  
ノミナラス司法ノ威信ヲ害ス之ヲ防止スル爲メニ實體的確定力アリ此實體的  
確定力ハ形式的確定力ノ歸結ニ外ナラス然レトモ兩者必スシモ一致スヘキニ  
非ス蓋形式的確定力アリテ實體的確定力ナキモノアレハナリ所謂實體的確定  
力トハ一度確定のニ裁判セラレタル刑事々件ハ再度刑事訴訟ノ目的ト爲サル  
、コトナシト云フニアリ一事不再理(non [re] bis in idem)是ナリ  
實體的確定力即一事不再理ノ適用條件ハ左ノ如シ

(甲) 公訴權ノ行使シ盡サレタルコト 公訴權ハ行使サレ然カモ盡クサレサルコ  
トアリ即單ニ先著手裁判所ニ權利拘束トナル場合又ハ公訴不受理又ハ管轄

違ノ言渡アリタル場合ハ公訴權カ消費シ盡サレタルニ非ラサルナリ

(イ) 刑事々件ナルコト、故ニ懲戒罰、秩序罰、執行罰等刑事ニ關セサル場合ハ不再  
理ノ適用ヲ生セス

(ロ) 刑事々件ノ審判權アル内國官廳ノ裁判又ハ處分ナルコト、故ニ内國法ヲ以  
テ支配スヘキ刑事々件カ外國ニ於テ行ハレ外國ニテ處分アリトスルモ之  
ニヨリ内國ノ公訴權ハ満足セラレタルニアラサルヲ以テ内國官廳ハ更ニ  
之ヲ裁判スルニ付妨トナラス内國官廳ハ刑事審判權アル場合ハ通常裁判  
所ト特別裁判所ト將タ行政官廳タルヲ問ハス

(ハ) 公訴ノ目的タル刑事々件ニ付キテ審判權アル内國官廳ノ裁判又ハ處分ハ  
確定セルコト

(一) 通常裁判所ノ裁判ニ對シテハ故障控訴上告抗告スルヲ得サル時期ニ於  
テ確定ス(上訴ノ經由期間經  
過又ハ取下ニヨリ)



(二) 軍法會議ノ裁判ニ付テハ殆ト凡テノ場合ニ於テ上訴ヲ許サス領事官ノ裁判ニ對シテハ上訴ヲ許ス(領事官ノ職務ニ關スル法律一八)故ニ上訴ノ經由期間經過又ハ取下ニヨリ確定ス

(三) 違警罪即決處分ニ對シテハ正式裁判ノ申立ヲナシ裁判所ノ審問ヲ受クルヲ得期間内ニ申立ヲ爲サ、ルニヨリ確定ス

(四) 間接國稅犯則事件ハ間稅官吏ノ罰金通告ニ從ヒ之ヲ納入スルトキ處分ハ確定ス(同法四及)

或ハ更ニ確定力アル裁判ハ官廳カ其事件ニ付凡ユル法律點ヨリ審査シ得ル地位權能ヲ有スルニ非サレハ不再理ノ適用ヲシトナス說(ステングライ)二九五頁)アレトモ裁判ノ正否及手續ノ種類ハ確定力ニ變動ヲ來スモノトハナラス普國一八八三年四月二十三日法律第十條ニ曰警察ノ處罰令カ執行力ヲ生シタルトキ同一事件ニ付キ再訴セラル、コトナシ但シ其所爲違警罪ナラスシテ輕罪又ハ重罪ナルニヨリ警察官廳ノ權限外ナリシトキハ此ノ限ニアラストアル場合ハ已ムヲ得サルモ如此例外ナキ限ハ其根據ナシト云ハ

サルヲ得ス(九五頁以下)

(二) 實體上ノ確定力ヲ受クヘキ裁判又ハ處分ハ刑罰請求權ノ存否範圍ヲ決スルモノナラサルヘカラス故ニ管轄違又ハ公訴不受理ノ裁判ハ此確定力ヲ生スルモノニ非ス通常裁判所ニ於ケル刑罰請求權ノ裁判ハ(1)有罪處刑判決(三)(2)無罪又ハ免訴ノ判決(四)(3)有罪不論罪ノ判決(一〇)ナリ其他特別裁判所ノ有罪無罪ノ裁判正式裁判ノ申立ナカリシ即決處分履行サレタル通告處分ハ何レモ刑罰請求權自體ノ裁判ナリトス豫審決定ハ罪證ノ裁判(jugement des charges)ニシテ本案ノ裁判(j. de fond)ヲナスモノニ非サレトモ一六五ノ場合ハ刑罰請求權ノ不存在ヲ宣言スルモノナルカ故ニ確定力ヲ得ヘキモノト謂ハサルヲ得ス但シ證據不充分ニ基ク免訴ノ決定ハ一時ノ效力ヲ有シ新證據ノ出現セサル限ニ於テ實質上無罪免訴ノ判決ト同一ナリトス

(乙) 前ニ公訴ノ目的タリシ事件ト同一ナルコト

主觀的客觀的同一ナル場合ニ於テ事件ノ同一アリト云フヲ得(シ之ニ付テ



ハ訴訟ノ目的ニ付テ説明セシ所ヲ参照スレハ足レリ

以上(甲)(乙)條件ヲ有スルトキハ公訴ノ消滅ヲ來ス確定力ニ對スル例外ハ再審及再訴ノ場合トス

第四 刑ノ廢止(abolition de la peine par une loi nouvelle)

先ニ罰スヘキ行爲トシテ規定セラレタル所爲後ニ至リ社會ニ有害ナラサルニ至ルトキハ法律ハ之ヲ廢スルニ至ルヘシ公訴提起前ニ刑ヲ廢スル法律發布セラレタルトキハ其所爲最早犯罪ニ非ラサルコト、ナリ訴訟ノ目的ヲ失フ起訴後ニ刑ノ廢止アリタルトキハ免訴ヲ言渡サ、ルヲ得ス裁判確定前廢止アリタルトキハ檢事ハ被告人利益ノ爲ニ上訴ヲ爲スヲ要ス

第五 大赦(annistie)

大赦ハ天皇大權ニヨリ刑罰請求權ヲ消滅セシムルモノナリ故ニ起訴前ナルトキハ其所爲ニ付テ起訴ヲナスヘキ目的ナキニ至リ裁判後ニアリテハ裁判ノ效力ヲ全滅セシム裁判言渡前ニアリテ大赦アルトキハ免訴ヲ言渡サ、ルヲ得ス

第六 時効(prescription)

(1) 通説ヲ代表スルクリース曰刑六六ニ云フ時効ニヨリ訴追ヲ許サス此制度ノ法律上ノ性質ニ付テノ見解ハ極メテ異説アル處ナレトモ細目ノ議論ハ之ヲ措キ請求權自體カ時ノ經過ニヨリ消滅ストセル觀念ハ單純且ツ自然的ナリ刑法六七條ニ採用セル時効期間ノ階級ハ亦ヨク之ヲ明カナラシム之ヲ訴訟的ニ解セントスレハ一致ヲ得サルニ至ルト(八頁及九頁)フランク(四頁)曰時ノ經過ニヨリ刑罰權消滅ス隨テ刑罰排除原因(stataufhebungsgrund)ニシテ實體的性質ヲ有ス又刑法六六條ハ時効アル時ハ一般ニ刑事訴訟ナシト云ハスシテ訴追ヲ禁スト云ヘル範圍内ニ於テハ訴訟的性質ヲ有スルモノナリ時効當初ヨリ明確ナルモ國家ハ事件ヲ明瞭ナラシムル爲メ嫌疑者ヲ正式訴訟ニ移スヲ得ヘキヤト云フニ刑法ハ此見解ヲ斥ケ此場合ニハ訴追ヲ禁止シ之ヲ消極的訴訟條件ト爲セリ故ニ公判開始決定後時効成就ヲ確認セハ無罪ヲ言渡スコトナクシテ公訴棄却又ハ不受理ヲ云渡サ、ル可カラス(オルスハワセン)ト或ハ(3)單ニ時効ヲ以テ訴訟的ノ制度トノミナスモノアリヒンチング、オツベンホーフ、リユドルフ、スタンクラインノ如キ是ナリ余輩モ亦之ヲ訴訟的ト解スルヲ寧ロ法理的ト信スレトモ我



現行法ハ時效ヲ以テ實體的ノモノトナシ時效成就セル場合ハ免訴ヲ言渡スヘキモノトセリ(二二六四五)

時效ノ設ケラレタル理由ハ公益及ヒ秩序ノ維持ニアリ犯罪ハ所爲ト時ヲ隔テサル時ニ訴追處罰ヲナスコトニヨリ刑ノ一般及特別ノ目的ヲ達スルヲ得ヘシ故ニ之ヲ遙カノ後ニ於テ罰スル如キハ却テ公益ヲ害ス現在ノ事實狀態ハ法律保護ノ目的物ナリ既經ノ事實ヲ今日ニ持來シテ之ヲ論スルハ法律ノ安寧ヲ害スルコト、ナル時效ハ既得權恩典遺忘又ハ證據湮滅ノ推定ニアラス(註釋ニ草案)

ハ時效ハ社會ノ犯罪遺忘處罰不  
必要及案體ニ基クテ説明セリ

時效ニ二類アリ公訴ノ時效及刑ノ時效是ナリ一ハ公訴提起權ヲ消滅シ一ハ執行權ヲ消滅セシム時效ニ一般的ト特別トアリ前者ハ刑訴ニ之ヲ定メ後者ハ單行法ニ於テ規定セラル時效ノ基本タル罪ハ刑種ニヨリ之ヲ定ムヘクシテ從犯未遂犯特別ノ減等ノ結果ニヨリ之ヲ定ムヘキニ非ス何トナレハ彼等ハ加重減輕ニ付キ本刑タリ得ルモ(刑九)罪種ヲ定ムルモノニアラス從犯未遂犯ハ獨立ノ罪ニアラス故ニ改正案ハ特ニ疑ヲ避クル爲加減ヲ爲サ、ル者ヲ以テ標準ト

明示セリ(二〇)

時效ノ起算點如何獨刑六七第四項ニ曰生シタル結果ノ時期如何ニ拘ハラス時效ハ所爲ノ行ハレタル日ト共ニ開始スト即行動ノ時期ヲ以テ標準トス是ニヨリテ之ヲ見レハ處罰條件發生前ヨリ進行スヘキモノナリ我現行法ハ明文ナキモ行爲ノ行ハレタル日即即日ヨリ起算スヘキモノトス(一五)故ニ有罪破産ニ付テハ財産隱匿等各個ノ行爲ノアリタルトキヨリ進行シ支拂停止又ハ破産宣告ノトキヨリ起算スヘキニアラス但結果ノ發生ヲ以テ始メテ罰スル過失犯(過失失火)ハ結果發生前ハ罪ニアラス從テ時效ハ結果ノ時ヨリ進行スヘキヤ明ナリ(イ)作爲犯ニ付テハ結果ニ拘ラス行爲ノ終ハリタル日ヨリ進行ス實行正犯ニアリテハ其正犯ノ最後行爲ノ終リタルトキヨリ進行ス教唆從犯ニ付テハ其教唆及幫助行爲ノ終リタル日ヨリ進行ス(反對說ハ主犯ノ成立) (ロ)不作爲犯ニアリテハ作爲義務ノ消滅シタル時ヨリ時效ヲ進行ス作爲義務ノ消滅ハ何時ニアリヤハ各規定ヲ調査セサル可カラス作爲義務カ終了セサル間ハ不作爲犯ハ繼續ス



集合犯(續行犯、繼)及文書偽造行使詐欺取財ノ如キ一罪ニアリテハ最終ノ行動ノ日ヨリ時効ヲ進行ス

時効ハ停止スルコトナクシテ進行ス唯一定ノ中斷行為ニヨリ其進行ヲ遮斷セラレ已ニ爲シタル期間ノ進行ヲ無効ナラシム中斷行為ヲ分テ起訴豫審及公判ノ手續トス(一)起訴ハ檢事ノ要式的公訴提起ノ行為ナリ檢事カ先ニ現行犯ヲ覺知シ處分ヲ爲スモ起訴ニ非ス書類ヲ送致(五)シタルトキニ於テ起訴アリシモノト見做スヘキナリ違警罪ノ即決言渡ハ中斷行為ニ非ス但シ間税官吏ノ通告ハ中斷行為トス(同法)豫審處分ハ檢事ノ公訴アリタル後又ハ一四二ノ處分ノ時ヨリ處分ヲ中止シタルトキ又ハ決定ヲナシタルトキ迄存續ス其他抗告ノ裁判三一四三一五ノ處分再起訴ノ裁判亦豫審ノ手續ト云フヲ得ヘシ(三)公判ノ手續ハ判決ニ至ル迄存續ス而シテ此等ノ行為カ中斷ノ效果ヲ生スヘキ爲ニハ法律上適法ナルヲ要ス唯例外トシテ裁判所ノ管轄違ナル場合ニ限り中斷ノ效力アルモノトス(二)假令全然人違ノ者ニ對シ中斷行為ヲ行ヒ無罪免訴トナルモ形式上有效ナル限りハ有效ナル中斷ヲ生ス改正案ハ檢事ハ公訴提起ヲ取消シ得

トナシタルカ故ニ檢事ノ公訴提起ノ行為ハ中斷ノ效力ナキモノトシ中斷行為ハ一層強力ナル裁判權ノ行使即裁判官ノ行為ニ非サレハ其效力ヲ有セストセリ(刑六八三、獨)中斷行為ノ效果ハ事件ノ加擔者ニ對シテ不可分ナリ故ニ一共犯ニ對スル適法ノ中斷行為アルトキハ其當時發覺セサル共犯ニ對スル時効ヲ中斷ス故ニ其效力ハ對物的(In rem)トス獨刑六八第二項ニヨレハ中斷行為ハ關係アル人ニ對シテノミ效果ヲ有ストナス故ニ對人的(In personam)ト云ハサル可ラス

### 第四章 公訴ト他ノ訴訟及行政行為トノ

#### 關係

現ニ刑事訴訟ノ目的物タル刑罰請求ニ付キテ判斷ヲ下スニ當リテ訴訟ノ目的物タラサル他ノ刑罰請求又ハ行政法上ノ請求又ハ私法上ノ請求ノ存否ヲ釋明スルコトヲ要ス例ヘハ竊盜教唆ノ公訴ノ審判ニ於テ有罪ヲ言渡スニ付テハ主タル行為(竊盜行為者)ノ存在ヲ認定セサルヘカラス特許法違犯ノ公訴ニ付テハ特許權ノ存在ヲ認定スルニアラサレハ有罪ヲ言渡スコトヲ得サルナリ又竊盜

刑事訴訟法

本論 第二卷 訴訟目的物 第一編 公訴 第四章 公訴ト他ノ訴訟及行政行為トノ關係



ノ公訴ニ於テハ動産ノ所有權ノ問題ヲ決定セサル可カラサルカ如シ大凡刑事裁判所カ刑事ノ審判ニ必要ナル一切ノ事項ハ刑事訴訟法ノ手續殊ニ證據調ノ原則ニ從ヒ獨立自由ニ認定スルヲ得故ニ辯論ニ於テ當事者カ之レヲ抗辯スルモ自由ニ之ヲ認定スルヲ得從テ公訴ノ裁判官ハ亦抗辯ノ裁判官ナリ (Le juge de l'action est le juge de l'exception) トノ格言アリ然レトモ或ル立法例ニ於テハ刑事ノ審判ヲ爲スニ付刑事裁判所ハ他ノ裁判所又ハ行政廳ノ裁判又ハ事實認定ニ讓ラサル可カラサルコトアテ所謂豫判問題 (Questions préjudiciables) 是レナリ (豫判問題ハ單ナル先決問題 (Qu. préalable) ト異ナリ (1) 辯存否ノ分カル、事實即構成要素ナリ認定ノ目的トスルコト (2) 其實質ノ認定ハ受訴裁判所ト別異ナル他ノ裁判所ノ裁判ニヨリ認定セラルヘキコト是ナリ) 豫判問題ニ二種アリ其一ハ公訴權行使ニ關スル豫判問題 (眞分問題ニ付民事裁判確定迄ノ公訴權行使ヲ停止ストナセリ) 其二ハ判決ニ關スル豫判問題 (主張シ又ハ持テ辯論ニ於テ被告人婚姻ノ無効ヲ豫判問題ニ付キ明文ナキモ千八百十三年破毀院ハ假令立法の效力ヲ有セスト雖モ裁判長バアライノ私見ニ從ヒ公訴ノ裁判官ハ同時ニ抗辯ノ裁判官ナリト

ノ原則ヲ採用シタリ (note du président barris)

- (一) 不動産上ノ所有權ヲ害スル犯罪ニ付被告人ハ防禦方法トシテ所有權若クハ凡テ其他ノ物權又ハ法律上ノ占有權ヲ有スルカ故ニ責歸セラレタル行爲ヲナシタリト主張セハ刑事裁判所ハ抗辯ノ審判ヲ爲ス爲ニ之ヲ民事裁判所ニ移送シ其裁判確定スル迄刑事裁判ヲ中止ス (此見解ハ暗ニ森林法一八二條及九條ニ採用セラレタリ而シテ此等ノ法條ハ森林及河川事項ニ關スルモノレトモ一般原則ノ表示ニシテ立法者ハ機會アレハ特別ノ用例ヲ以テ擴張シタルモノナリトハ諸防禦方法ハ殊更ニ訴訟ヲ遅延セシムル如キモノタル可説ノ一致スル所トス) (防禦方法ハ殊更ニ訴訟ヲ遅延セシムル如キモノタル可要ス否ヲ求ムルハ抗辯ヲ受理セス固ヨリ民事裁判所)
- (二) 動産上ノ所有權其他ノ物權ヲ害スル罪ニ付被告人カ防禦方法トシテ物權ヲ主張スルモ刑事訴訟ヲ中止セス又移送スルコトナクシテ刑事裁判所自カラ治罪法ノ證據法ニ從ヒ之ヲ判定ス
- (三) 被告人カ自己ノ行爲ヲ適法ナラシムル契約ノ存スルコトヲ主張スル場合ニ二様アリ其一ハ公訴ノ目的タル罪カ契約ノ結果ニシテ被告人之ヲ抗爭スル場合 (虚偽ノ負債ヲ增加シタルニヨリ有罪破産又ハ家資分散ノ公訴提起サレタル場合) 被告ノ責任カ其負債ノ真正ニシテ虚偽ニアラサルコトヲ主張ス



如シルニシテ其二ハ罪ノ成立カ前ノ契約ニ係リ而シテ被告人カ其契約ノ存在又ハ解釋ヲ抗爭スル場合(例ヘハ委託物費消ノ公訴ニ於テ該物件ハ寄託又ハ如スル)是ナリ此等ノ場合ニ於テハ刑事裁判所自カラ民法ノ原則ニ從ヒ判定ヲナス

(四) 身分ノ問題ニ關シテハ(例ヘハ祖父母ハ被害者ノ對スル罪ニ付特別ノ宥恕ヲ得ル婚若ハ姦通ノ被告人カ前婚ノ無効ナリ)子ノ身分變更ノ罪ノ場合ヲ除ク外豫判問題トナラサル故ニ訴追又ハ裁判ヲ停止セス此原則ハ絶對的ニシテ子ノ身分夫妻ノ身分臣民タルノ分限ノ問題ニ適用セララル(子ノ身分變更ノ問題トナリテ)停止スルヲ要ス

(五) 被告人カ責歸セラレタル犯罪行為ハ元來行政處分ニ基クヲ以テ適法ナルコトヲ主張シタル場合ハ司法及行政ノ衝突ヲ避クル爲ニ行政行為ノ當否ハ行政廳ニヨリ解決セシムヘキニヨリ刑事裁判所ハ自カラ此問題ヲ決スルコトナクシテ手續ヲ中止スルヲ要ス

以上ノ意義ニ於ケル豫判問題ハ現行法ハ勿論改正案ニ於テモ之ヲ認ムルコト

ナシ然レトモ實體刑罰法カ他ノ非刑罰法ニヨリテ定マリタル法律關係ヲ保護セントスルトキ變言スレハ刑罰法ノ意思カ他ノ法律ニ規定ヲ讓ル場合ハ公訴ノ裁判ニ對シテ裁判前ニ在テハ豫判問題ヲ認メ若シ公訴ノ裁判確定後ニ於テ非刑罰法ノ定メタル法律關係カ顛倒シ(民事裁判又ハ行政行為カ再審若クハ法)隨テ公訴ノ裁判力證據ヲ失フタル場合ハ公訴ノ裁判ニ對シテ再審ヲ許スヲ至當トス(我現行法及改正案ハ凡テ豫判問題ヲ認メ他方ニ限リ公訴ノ再審ヲ許シタルハ狹隘ニ失スル)今左ニ公訴ト他ノ公訴民事訴訟及行政行為トノ各關係ニ付キ場合ヲ分テ研究スル所アルヘシ

(甲) 公訴ト他ノ刑事ノ訴訟及判決ノ關係

(一) 刑事ハ其性質上獨立ノモノナリ故ニ數個ノ刑事カ同一裁判所ノ働作若クハ同一ノ訴訟上ノ手段ヲ要求スルトキハ相互ノ間ニ牴觸ヲ生スルコト、ナルヘシ又一事件ニ付キ訴ヲ提起スル際若クハ其審問ノ進行中他ノ公訴ノ現實ノ若クハ將來起リ得ヘキ目的物ト關係ヲ生スルコトアルヘシ其一ハ他ノ刑事カ一ノ刑事ノ豫判問題タル場合ナリ其二ハ準備事件(Praeparatorische sache)ニシテ



即他ノ刑事ノ審判カ一ノ刑事ノ審判ヲ容易ナラシムル場合ナリ其<sup>〇</sup>三ハ偶然事件 (incident-sache) ニシテ中間事件 (zwischenfall; res seu questio incidens) トシテ刑事ノ辯論ノ目的物トナル場合はナリ刑事ノ豫判事件ハ前述ノ如ク我法律ニ於テハ認ムル所ニアラス故ニ教唆ノ公訴若クハ偽證、誣告ノ公訴ニ於テ本犯又ハ本案ノ審判ヲ俟ツヲ要セサルナリ刑訴一八四第二項及一九五第三項ノ場合ニ本案ノ辯論ヲ中止シ得トセルヲ以テ或論者ハ豫判事件ナリト主張スルモノアレトモ其誤謬ナルコト多言ヲ要セサルナリ此レ等ノ場合ニ於テ附帶犯又ハ偽證偽鑑定ノ審判カ本案ノ審判ヲ容易ナラシムル場合ニ限り便宜上準備事件トシテ取扱フヲ得トナスニ過キス(附帶犯又ハ偽證等ノ審判後ニアラサレハ本)又賭房給與、贓物犯等ノ公訴ニ於テハ賭博、賊盜等ノ本犯ノ成立ヲ認メサル可カラス此ノ問題ハ公訴ニ於ケル辯論ノ目的物ヲ構成ス是ヲ要スルニ刑事事件ハ其性質上獨立セルカ故ニ一ノ刑事ノ審判ノ爲ニ他ノ刑事ノ審判ノ落着ヲ要セサルナリ二個ノ刑事カ關聯事件トシテ存在スル場合ニ於テモ其審判ハ獨立ナリトス(同一人ノ數個ノ訴ハ外部ノ關聯ニシテ物的又ハ主觀的關聯ト稱ス別異ノ事件ノ犯罪ニ係ルコトハ内部ノ關聯ニシテ物的又ハ客觀的關聯ト稱ス關聯事件)

一及其訴ノ併合及分離ニ付テハ第一編一四五頁以下ニ說明セル故ニ略ス

(二) 先キノ刑事訴訟ニ於テ爲サレタル刑事裁判カ後ノ刑事裁判ニ對シテ創設的效力 (konstitutive bedeutung) ヲ有スルコトナキハ刑事訴訟ノ性質及目的物ヨリ直ニ明瞭ナリトス(註テ此點ニ付テハ說明スルヲ要セス)

(三) 創設的效力ヲ有セサル場合ニ於テ前ノ刑事裁判ノ事實認定カ後ノ刑事訴訟ニ效果ヲ有セサルヤ否ヤ問題トナルヘシ之ヲ判斷スルニ當テハ刑事訴訟カ先ツ第一ニ限定證據法 (gesetzliche beweis-theorie) 書面審理主義 (schriftlichkeit) 及間接審理主義 (mittelbarkeit) ニ從ヒ組立ラレタルヤ將タ次ニ自由證據法 (freie beweis-schwirigung) 口頭辯論主義 (mündlichkeit) 及直接審理主義 (unmittelbarkeit) ニヨリ支配セラレタルカニヨリ結論ヲ異ニス若シ第一ノ主義ノ訴訟法ナリトセハ判決理由ハ前裁判官カ其事實認定ヲ爲サ、ルヲ得サリシトノ證據ヲ供スルニヨリ後裁判官ハ更ニ之ヲ審查シ其認定ヲ採テ自己ノ判決ノ理由トスルモ其訴訟法ノ原則ニ反スルコト、ナラス然レトモ第二ノ主義ノ訴訟法ニ於テハ事實之ニ反ス即前裁判官ハ斯クスクノ心證ヲ得タルコトヲ宣明スルモ後裁判官カ之レ



ト同一結果ニ到ルヤハ全然疑問ニ屬スル所ナリ少クトモ之ニ付テハ法律上ノ必至關係 (Gesetzliche Notwendigkeit) ヲ見サルナリ殊ニ口頭辯論主義トシテハ判決ノ基本タル證據調ハ口頭辯論ノ一部ヲ組織スヘキヲ要件トス又先判決ヲ後ノ訴訟ノ口頭辯論ニ於テ朗讀シテ其事實認定ヲ後判決ノ採證ニ供セントスルハ直接審理主義ノ許サ、ル所トス(直接審理主義ハ受訴裁判所カ事物ノ本源ニ接スヘ他物ヲ代用セサルニアリ故ニ受訴裁判所カ直接ニ接スルニ於テ書類朗讀ヲ許ス故ニ先判決モ之ヲ朗讀シ其事實認定ヲ採用シ得ル如キ觀アレトモ然ラス此場合ハ只判決アリタル事實ヲ證明ス變言スレハ判決ハ犯罪事實ノ存在ヲ報告スル書證 (berichtende Urkunde) ニアラスシテ判決カ言渡サレタリトノ事實ヲ證スル書證 (dispositive Urkunde) トシテ朗讀サル、ニ外ナラス(故ニ甲ヲ實行正犯トシテ有罪處刑セラレタル後ニ乙カ甲ノ教唆ナリトシテ公訴セテ無罪トシテ同機ニ立證シ恰モ甲ニ對スル公訴力ナリ)

(四) 以上ノ如ク前刑事裁判ハ後ノ刑事訴訟ニ付キ羈束力ヲ有セス又事實認定ヲ左右セスト雖モ前判決ハ後ノ訴訟ニ於テ或ル他ノ方法ニ於テ之ヲ利用スルコ

トヲ得ヘシ即法律ノ定ムル方法ニ從ヒ利用スル證據方法ヲ知得スル爲前判決ヲ利用スル場合はナリ例ヘハ前判決理由書ニ於テ訊問シタル證人中甲乙丙ハ本案ニ重要ナル事實ヲ知ラストシ之ニ反シテ丁戊己ハ猶正確ニ記憶スト述ヘタル場合ニ於テ新ナル訴訟ノ時ニ甲乙丙ヲ召喚セスシテ丁戊己ヲ呼出ス類ノ如シ

前ノ刑事訴訟ニ於テ爲サレタル證據調ノ各調書ハ其調書カ獨立ノ證據力ヲ有スル場合ニ限り後ノ訴訟ニ於テ證據トシテ之ヲ利用スルコトヲ得(此コトタル民事案件タルトス)

(乙) 公訴ト民事訴訟及民事判決ノ關係

- (一) 私訴ハ民事訴訟ナレトモ請求ノ原因タル事實カ公訴ト共通ナル故ニ公訴ニ附帶シテ刑事裁判所ニ訴ヲ提起スルヲ得此點ニ付テハ次編ニ論スル所アルヘシ
- (二) 一ノ刑事訴訟ヲ完結スルニ付テ民事上ノ權利關係ヲ先ツ解決スルニ刑事裁判所ハ刑事訴訟法ノ原則ニ從ヒ自由ニ認定スルヲ得故ニ現行法并ニ改正案ニ



於テ民事カ刑事ノ豫判問題トナル場合ナシトス又先キノ民事裁判カ後ノ刑事訴訟ニ及ホス效果ニ付テハ前項刑事訴訟ノ關係ニ付テ述ヘタル(三)及(四)ハ此場合ニ付テモ亦同様ナルヲ以テ重テ述ヘス只本項ニ於テハ先キノ民事裁判カ後ノ刑事訴訟ニ付キ創設的效力ヲ有スル場合ニ付キ一言スル所アラントス

(三)民事裁判カ刑事訴訟ニ付創設的效力ヲ有スル場合トハ刑訴三〇一第六號ニ定ムル場合はレナリクリリスノ說ニヨレハ一事件ノ裁判カ當然後ノ刑事訴訟ヲ羈束スルヤ否ヤノ問題ハ(一)裁判ノ確定力カ當事者間又ハ第三者ニモ其效力ヲ及ホスヤ否(二)實體刑罰法ノ當該規定カ刑罰法規以外ノ法規ニヨリ定メラレタル關係ヲ保護スル目的ヲ有スルヤ將タ寧ロ自然的ノ狀態又ハ關係(自然的關係ト雖モ法律ノ定ムル關係ト符合スルコトアリ得)ヲ保護スルヤ否ヤニヨリテ結果ヲ異ニス抑モ民事判決ハ當事者間ニノミ確定力ヲ有スレトモ第三者ニ效力ヲ及ホスコトナシ故ニ甲カ乙ヨリ一動産ヲ所有權ヲ主張シ追奪スル確定判決ヲ得タリトセハ甲乙以外ノ第三者ハ其判決ヲ認ムルヲ要セス隨テ之ニ羈束サル、コトナシト雖甲乙當事者間ニ於テハ然ラス乙ハ該動産ハ實際自己ノモノニシテ自己ハ單ニ辯論期日ニ欠席シ又ハ立證ヲ盡サ、リシニヨリ敗訴ノ判決ヲ受ケタルニ止マレリト主張スルヲ許ス從テ乙カ甲ノ該動産ヲ竊取シタル事件ノ公訴ニ於テ此抗辯ニヨリテ責任ヲ辭スルヲ得ス故ニ民事判決ハ當事者間ニ於テハ創設的效力ヲ有ス刑事裁判所ハ當事者カ懈怠拋棄認諾又ハ自白等ノ處分權等其他如何ナル理由ニヨリ甲ノ所有物ナリト認メタルヤヲ審査スルコトヲ得ス何トナレハ竊盜ニ關スル刑法ノ規定ハ民法ニヨリテ定マリタル私權關係ヲ保護スルヲ以テナリ之ニ反シテ嬰兒殺、血族姦淫(我刑法ハ余輩ハ欠率養及殺親等子孫其祖父母父母ニ封ス)ニ付テハ刑法ハ他ノ規定ニ讓ルコトナク親子血肉タル自然的關係ヲ保護スルヲ以テ其嫡出私出ハ問フ所ニ非ス故ニ是等ニ關スル身分訴訟ニ於テ生シタル民事判決ハ刑事訴訟ニ對シテ創設的效力ヲ有スルモノニアラスト(頁五八)有罪破産者カ民事裁判所ニ於テ破産者トシテ宣告ヲ受スルコトニヨリ成立ス此支拂停止ハ多數ノ關係ニ於テハ民事裁判所ノ支拂停止ノ認定ハ刑事裁判所ニ一致スル)以上民事判決カ創設的效力ヲ有スル場合ニ於テ後ノ民事ノ再審ニヨリ取消サレタルトキハ即刑事判決ノ證據トナリタル關係

ノニシテ自己ハ單ニ辯論期日ニ欠席シ又ハ立證ヲ盡サ、リシニヨリ敗訴ノ判決ヲ受ケタルニ止マレリト主張スルヲ許ス從テ乙カ甲ノ該動産ヲ竊取シタル事件ノ公訴ニ於テ此抗辯ニヨリテ責任ヲ辭スルヲ得ス故ニ民事判決ハ當事者間ニ於テハ創設的效力ヲ有ス刑事裁判所ハ當事者カ懈怠拋棄認諾又ハ自白等ノ處分權等其他如何ナル理由ニヨリ甲ノ所有物ナリト認メタルヤヲ審査スルコトヲ得ス何トナレハ竊盜ニ關スル刑法ノ規定ハ民法ニヨリテ定マリタル私權關係ヲ保護スルヲ以テナリ之ニ反シテ嬰兒殺、血族姦淫(我刑法ハ余輩ハ欠率養及殺親等子孫其祖父母父母ニ封ス)ニ付テハ刑法ハ他ノ規定ニ讓ルコトナク親子血肉タル自然的關係ヲ保護スルヲ以テ其嫡出私出ハ問フ所ニ非ス故ニ是等ニ關スル身分訴訟ニ於テ生シタル民事判決ハ刑事訴訟ニ對シテ創設的效力ヲ有スルモノニアラスト(頁五八)有罪破産者カ民事裁判所ニ於テ破産者トシテ宣告ヲ受スルコトニヨリ成立ス此支拂停止ハ多數ノ關係ニ於テハ民事裁判所ノ支拂停止ノ認定ハ刑事裁判所ニ一致スル)以上民事判決カ創設的效力ヲ有スル場合ニ於テ後ノ民事ノ再審ニヨリ取消サレタルトキハ即刑事判決ノ證據トナリタル關係



カ消滅シ最初ヨリ存セザリシコト、ナルヲ以テ刑事判決ノ再審ヲ爲サ、レハ無辜ヲ冤枉ニ坐セシムルニ至ル故ニ之ヲ再審ノ理由トセリ

(丙) 公訴ト行政行為ノ關係

現行法ニ於テハ行政法ノ問題カ公訴ノ辯論ニ於テ起ルト雖モ所謂豫判問題トナスコトナク刑事裁判所自由ニ之ヲ判斷スルコトヲ得又前ニ爲サレタル行政行為カ後ノ刑事裁判ニ如何ナル效果ヲ生スルヤハ前項(甲)(乙)ニ於テ述ヘタル所ヲ以テ盡セルヲ以テ重ネテ論述セス只此ニ行政行為ノ創設的效力カ後ノ刑事訴訟ニ對スル場合ヲ述ヘントス

或特定人ニ對シテ爲サレタル行政行為カ汎ク第三者ニモ效力ヲ生シ且ツ之ニヨリテ定マル關係ヲ保護スルコトヲ目的トスル場合アリ例ヘハ或特定人ノ所有スル森林ヲ保安森ニ編入シ又或人ニ對シテ特許商標意匠ノ專用權ヲ附與スル場合ノ如キ是ナリ是等ノ場合ニ於テハ行政行為カ創設的效力ヲ有スルカ故ニ保安林ニ於テ濫リニ伐採ヲナシタル公訴又ハ以上ノ專用權侵害ノ公訴ニ於テ主務官廳ノ編入行為又ハ專用權附與ノ行為カ不法ナルヲ以テ無効ナリト主

張スルヲ得ス特許事件ニ付テ云ヘハ特許局カ特許ヲ取消シ又ハ特許ノ無効審判ノ申請カ確定スル迄ハ行政行為ハ有效ナリ特許カ取消又ハ無効トナリシトキハ其宣言ハ溯及力ヲ有シ初ヨリ特許ヲ與ヘラレザリシモノト同視セラル故ニ刑事裁判官ハ特許局カ特許ヲ與ヘタルモノナルコトヲ確認セル以上ハ特許ノ内容カ如何ニ不法ナルモ無効ノ原因ヲ審査シ專用權ノ不存在ヲ判定スルヲ得ス特許權ハ特許附與ニヨリ創設セラレ其無効宣言ニヨリ最初ヨリ存セザリシモノトナル(クリース五六〇頁一五頁)以上特許ニ付テ述ヘタル所ハ亦意匠等ノ專用權ニ付テモ亦同一ナリトス現行法ハ特許事件ノ公判中被告ヨリ特許ニ關シテ無効審判ノ申請ヲ特許局ニ提起スルトキト雖モ訴訟法上ハ公訴ヲ中止スルヲ要セス(實際ノ便宜ヨリ云ヘハ告訴ノ當時被告ハ人カ無効審判ノ申請ヲ提起セルトキハ檢事ハ公訴提起ヲ見合ハスヲ可トス何トナレハ特許無効ノ宣言アルトキハ公訴ヲ中止スルヲ可トスレトモ現行法及草案ハ之ヲ認メス)特許侵害事件ノ有罪判決確定後特許無効ノ審判確定スルトキハ刑事裁判ノ憑據タル行政行為カ效力ヲ有セサルニ至リタルヲ以テ宛カモ刑事裁判ノ憑據タル民事判決カ取消サレタル場合ト同シク刑事ノ再審ノ理由タラサル可カラ



サルニ拘ハラス現行法ハ勿論改正案ニ於テモ法理ヲ貫カサリシハ頗ル失當ト  
謂ハサル可カラス

## 第二編 私訴

### 第一章 私訴ノ意義、目的物及性質

犯罪アルトキハ常ニ二ツノ法律上ノ效果ヲ生ス其一ハ刑罰請求權ニシテ國家  
對犯人間ノ公法的關係トシテ國家カ犯人ニ刑罰ヲ加フルコトヲ目的トス其二  
ハ私法上ノ請求權ニシテ被害者(法益ノ所持者ナリ)對犯人間ノ私法的關係ト  
シテ被害者カ犯罪ニヨリテ蒙リタル損害ノ回復ヲ請求スルヲ目的トス前者ハ  
即刑事訴訟ノ目的物ニシテ其主張ハ公訴(Action publique)ナリ後者ハ即民事訴  
訟ノ目的物ニシテ而シテ公訴ニ對シテ之ヲ私訴(Action civile)ト稱ス私訴カ普通  
ノ民事訴訟ト相異スルハ請求ノ原因タル法律行為又ハ不法行為カ同時ニ犯罪  
タルニアリ

法律行為ニシテ同時ニ犯罪ナル場合アリトハ一見可怪ニ似タレトモ其實然ラサルナ  
リ何トナレハ要素ニ錯誤アルトキニ於テ其錯誤カ相手方ノ詐欺ニ基クトキハ法律行  
爲ハ無効ナリ(民九五)ト雖モ其他ノ場合ニ於ケル詐欺ハ取消シ得ヘキ法律行為ナリ(同  
九六)故ニ詐欺取財ノ場合ニ於テ要素ノ錯誤アリトモ相手方ハ不法行為ノ責任ニ任  
スヘク要素ノ錯誤ヲ生セザリトモ犯人カ他ノ債權者ニ私債シ又ハ虛偽ノ負債ヲ增加スル等  
破産及家資分散ニアリテハ犯人カ他ノ債權者ニ私債シ又ハ虛偽ノ負債ヲ增加スル等  
犯罪ヲ構成スルハナリ

私訴ハ犯罪ニヨリテ害セラレタル私權ノ回復ヲ目的トナスカ故ニ其本質ニ於  
テ刑事ニ屬セス故ニ或條件ニヨリ刑事裁判所ニ於テ刑事訴訟法ニ從ヒ其審判  
ヲナスコトアリト雖モ之レカ爲ニ私法上ノ請求權カ刑事訴訟ノ目的物トナル  
ニアラサルナリ然レトモ公訴ト私訴ハ訴ノ原因ヲ同一ニスルヲ以テ (identitas  
der Klagegründe)一定ノ條件ニヨリ訴ノ聯合(adhesion process)ヲナストキハ(1)手續ノ  
簡易迅速(2)費用ノ節省(3)舉證ノ平易(4)犯罪ノ獨立(5)民事裁判所ニ提起セ  
ル(6)被告ノ結果ヲ來スル之ニ反對シテ刑事裁判所ニ提起セザル(7)民事訴訟ニ  
於テ蒐集セル證據ヲ直ニ原告ニ於テ採用スルヲ得ル(8)故ニ敗訴ノ患ナシ(9)裁  
判ノ統一(10)民事訴訟ノ裁斷ノ原因ハ立證セラレタルモノト蓋シテ公訴ニ付キ犯罪ノ  
事實立證セラレ有罪トナルコト私訴ノ立證十分ナラスモ民事訴訟ニ至ル(11)民  
事裁判所ニ提起スルコト私訴ノ立證十分ナラスモ民事訴訟ニ至ル(12)民事訴訟  
ハ利益ヲ得ルヲ以テ古代ノ羅馬法、近世獨乙ノカロリナ法典ニ於テ聯合訴訟ヲ認  
メザリシニ拘ラス(尤モ民事訴訟ノ事件カ同一裁判官ノ雖モ原因同一ニヨル聯合訴訟



サルニナリ)最近世諸國ノ刑事訴訟法ニ於テ之ヲ認ムルコト、ナレリ佛國治罪法第三條ニ曰私訴ハ公訴ト同時ニ同一裁判官ノ前ニ提起スルヲ得(又私訴ハ公訴申立申テ得此場合ニアリテハ私訴ハ其中立前若クハ私訴ト佛治罪法ハ歐洲ノ模範法トナレリ一八七三年ノ奧國刑訴法(五三六)其他索遜(四三)波丁(九三)チーリゲン(七)フランシイヒ(九)リコーベック(九八)ハンブルヒ(六)ノ刑訴法等亦聯合訴訟ノ制度ヲ採用シタリ之ニ反シテ普國刑訴法及ヘン、ユールテンベルヒノ刑訴法ハ明文ヲ以テ聯合訴訟ヲ斥ケタリ其他明文ニ表ハサ、レトモ之ヲ禁スル立法例アリ獨乙刑訴法第二章案(三三)ハ被害者カ民事原告トシテ公訴ニ附帶シ得ルコトヲ規定シタリト雖モ確定法典ハ之ヲ削除シタリ但要價請求(usage)ハ從タル訴(nebenlage)トシテノミ訴求スルヲ得ト定メタルハ此點ニ限リ聯合訴訟ヲ認メタルモノト謂ハサル可カラス我舊治罪法及現行法并ニ改正案ハ亦佛法ノ主義ニ從ヒ聯合訴訟ヲ認メタリ

私訴ト普通民事訴訟ト異ナル點ハ(一)原因ニ於テ異ナレリ私訴ノ原因ハ犯罪ニシテ私權關係ト同時ニ公法關係(刑罰)ヲ生ス之ニ反シテ普通民事犯ハ單ニ私權關係(賠償)ヲ生スルニ過キス此結果トシテ裁判管轄及訴訟手續ニ差異ヲ生ス即普通民事犯ハ民事訴訟法ノ定ムル所ニ從ヒ民事裁判所ニノミ損害回復ノ訴求ヲナスヲ得レトモ私訴ハ

刑事裁判所ニ從ヒ民事裁判所ニ訴求シ得ル外特ニ刑事訴訟法ニ從ヒ公訴ノ緊要ニヨリ檢減スヘシト雖モ期間及中斷行為ヲ異ニス普通民事犯ニ付テハ民法(一四七)六七)ニ從フモ私訴ハ刑事訴訟法(九)ニ從ヒ公訴時効ト同一ニシテ且停止スルコトナシ

私訴ノ目的物ハ犯罪ニヨリ生シタル損害ノ直接回復(reparation directe du prejudice causé par l'infraction)ノ請求權ナリ而シテ現行法ハ公訴ト私訴ノ間ノ主從ノ關係ヲ注意シ一切ノ損害回復ヲ公訴ニ附帶セシムルヲ許サス其範圍ヲ贓物ノ返還(物上請求權)及損害賠償(對人請求權)ノ二者ニ限レリ故ニ犯罪ヲ原因トスルモ損害ノ直接回復ヲ目的物トセサル請求ハ私訴トシテ公訴ニ附帶セシムルコトヲ得ス例ヘハ有夫姦ノ公訴ニ離婚ノ請求ヲ附帶シ又ハ祖父母父母ニ對スル罪ノ公訴ニ相續人廢除又ハ養子離縁ノ請求ヲ附帶スルヲ得サル如キ是ナリ

(一)贓物返還(résitution des objets dont ils ont été injustement dépossédés) 贓物返還ハ生シタル損害回復ノ當然ノ方法ナリ贓物トハ犯罪ノ直接ノ目的物ニシテ(犯罪前ヨリ存シタル物ニシテ犯人カ犯罪ニヨリ自己ニ領得シタル物件ナリ)且被害者ニ於テ物タル物即犯罪手段トシテ直接ニ領得シタル物件ナリ)上請求權ヲ有スル場合ヲ云フ(強盜ノ錯誤ヲ生セサル不法侵害即強迫ハ取消シ得ル法律行為ナリ其不法)



近ノ新文字ハ支那法律ニ固有ニシテ之ヲ受シタル我國ニ於テハ遠ク大寶律ヨリ又  
 二日監守是ナリ而シテ常人盜取財物ハ盜罪ニ準シテ論ス放ニ舊律ハ犯罪ニヨリ不法  
 論シタル場合ト否テサレハ輕重シテ包含シテ然レモ新律ノ給没物ヲ稱セリ蓋シ  
 得シタル場合ト否テサレハ輕重シテ包含シテ然レモ新律ノ給没物ヲ稱セリ蓋シ  
 現物ノ多少ニヨリハ凡取罪ニ在シ及ヒ權限ノ人ノ手ニ在ル者ヲ追還ス若シ強盜  
 第五十條ニ云フハ取罪ニ在シ及ヒ權限ノ人ノ手ニ在ル者ヲ追還ス若シ強盜  
 法不取法坐等ノ取罪ニ在シ及ヒ權限ノ人ノ手ニ在ル者ヲ追還ス若シ強盜  
 探用セラレタリ收賄ノ目的贓物ハ例ハ多少ノ變更ヲ以テ贓物ニ準シテ刑罰ヲ  
 否ハ議論アレトモ余ハ消極說ヲ得ス(但シ收賄ノ贓物ニ準シテ刑罰ヲ)一ノ範圍ト刑罰  
 トハ差異アリ(1)是ノ故ニ強竊盜ノ贓物遺失物恐喝詐欺取財冒認受寄財物  
 費消ノ贓物ノ如キハ通常物上權ノ主張ニヨリ返還ヲ求ムルヲ得(物品及遺失  
 ノ第三取得者ヨリ動產ヲ追奪ス)然レトモ文官ノ偽造行使ニヨリ登記名義ヲ  
 犯人ノモノトセル不動產ハ贓物ニアラス此場合ト彼ノ文書偽造行使ヲ介入  
 セサル他人ノ不動產冒認又ハ騙取トハ異ニシテ後ノ場合ハ不動產ハ此ニ謂  
 フ贓物ト云フヲ得ヘシ(2)目的物ノ變形及加工ハ如何ナル程度迄物上請求權

ニ影響ヲ生スルヤハ被害者カ民法上物ノ所有權ヲ喪失シ同時ニ他方ニ獨立  
 ナル所有權ヲ發生セシノタルヤ否ヤヲ以テ其標準トス例ヘハ特定ノ紙幣金  
 銀貨ノ強竊盜アルモ犯人カ之ヲ兩替シタル場合ハ假令價值同一ナル他ノ貨  
 幣アルモ贓物ニアラス犯人又ハ轉得者カ不法ニ領得セル動產ニ加工シ之ニ  
 因リ生シタル價格カ原料ノ價格ヨリ著ルシク大ナル場合ハ元主ハ所有權ヲ  
 失ヒ加工者其加工物ノ所有權ヲ取得ス(民六)隨テ亦贓物トシテ物上權ノ主張  
 ニヨリ返還ヲ求ムルヲ得ス但森林竊盜ノ贓物ニ加工スル場合ハ猶之ヲ贓物  
 ト看做ス(森林法)③返還ハ有形的ニ物ノ占有ノ引渡ノミニ限ラス亦無形的ニ  
 侵奪ヲ解除スル方法ニヨル例ヘハ文書偽造行使ヲ介入セスシテ詐欺又ハ冒  
 認ニヨリ名義ヲ變更シタル不動產登記ノ抹消ヲナスハ贓物ノ返還タルヲ失  
 ハス贓物返還ノ請求ト共ニ猶生シタル損害アルトキハ賠償ヲ請求スルヲ得  
 以上ノ如ク贓物ノ返還請求ハ犯罪ノ直接目的物ニノミ限ル隨テ文書偽造行  
 使ノ結果犯人名義トナリタル不動產ハ贓物トシテ返還ヲ求ムル能ハサルカ  
 故ニ(判例)實際ノ便宜上此場合ニ精神ニ返還ヲサレテ登記抹(改正案)汎ク私訴



ノ目的物ヲ損害回復ノ請求ニアリトシ其範圍ヲ限定セス(改正案)  
(二)損害賠償(Domages-intérêts) 損害回復ノ方法トシテ現物即同一物ノ現存ス

ル場合ハ之ヲ請求スルヲ最モ當然トスレトモ現同一物存在セサルカ(現ニ毀  
損)及受ク可カリシ利益アルトキハ代價ニヨリテ補償ヲ爲サ、ル可ラス(現ニ毀  
返還ト損害賠償ハ同一目的ヲ有スト雖モ前者ハ直接且正例ノモノニシテ後  
者ハ間接且變例ノモノトス此結果トシテ贓物カ現存シ且犯人ノ手ニアルト  
キハ被害者ノ請求ナシト雖モ職權ヲ以テ被害者ニ還給ノ言渡ヲナスヲ要ス  
此(此)場合ハ勿論私訴ニアラス請求ナルヲ以テ還給ヲ刑罰ニシテ(刑罰)之ニ反シ損害賠償  
不法領得ヲ黙認スルハ公益ニ害アルヲ以テナリ刑罰ニシテ(刑罰)之ニ反シ損害賠償  
ニアリテハ被害者ノ請求ニヨル外之ヲ認容スルヲ得ス(贓物返還ヲ命スルト  
ハ等シク公益ノ爲不法領得ノ利益ヲ保持セシメサルニシテ(刑罰)之ニ反シ損害賠償  
此區別ヲ立ツルハ理由ナキモノナリト非テ(刑罰)之ニ反シ損害賠償  
ハ普通金銭賠償ノ方法ニヨル然レトモ之カ爲ニ賠償サルヘキ權利ハ常ニ金  
錢ニ見積リ得ルヲ要ス又常ニ金銭賠償ノ方法ニ限ルト云フヲ得ス(民法七  
ハ故意過失ニヨリ他人ノ權利ヲ害シタルモノハ財物以外ノ損害ヲモ賠償ス  
ルヲ要ス殊ニ名譽ニ對スル損害ニ付テハ金銭賠償以外ノ謝罪廣告ヲ爲サシ  
ムルトモ(民法七二三)賠償ノ範圍ハ犯罪ニヨリ生シタル直接當然ノ損害即蒙リタ

ル損失及受ク可カリシ利益ノ一切ヲ包含シ敢テ犯罪ノ當時犯人カ損害ヲ豫  
見シ若クハ豫見スルヲ得ヘカリシ範圍ニ限ラス(此點ハ民法四一六契約上ノ範圍  
ト限)徵償處分ニ關スル刑法附則五四乃至六〇ノ規定ハ民法施行法第六十一  
條ニ依リ削除セラレタルヲ以テ賠償ニ關シテハ全部民法及特別法ニ從フ殊  
ニ失火ノ責任ニ付テハ三二年三月法律第四十號ニヨリ失火者ハ唯重過失ア  
ル場合ニ限り不法行爲ニヨル賠償ニ任スヘキモノトナレリ

私訴ノ目的物ハ私權ニシテ私訴ノ裁判ハ民事裁判權ノ内容ヲ成シ刑事裁判權  
ノ内容ヲ構成セス此結果トシテ私訴ハ原則トシテ民事訴訟ヲ以テ追行セサル  
可カラス其之ヲ公訴ニ附帶シテ請求スルヲ得セシムルハ變例トス(訴ノ原因同  
タル公訴カ成立シ其範圍明確ナルトキハ私訴ハ公訴ニ於テ蒐集セラレ  
タル證據ニヨリ請求ノ成立及範圍ヲ明ニスル極メテ容易ナラレハナリ)私訴ヲ公  
訴ニ附帶セシムルニ付テモ左ノ主義ニ從ハサル可カラス

(1)私訴ニ付テハ當事者ノ處分權主義ヲ認メサル可カラス(故ニ私訴ハ當事者ノ  
ラニ判決ヲ受ケントスル請求範圍ハ當事者ニ於テ指定シテ申立サル可カラス證據方  
法ニ付テモ亦申立ニヨラサル可カラス又當事者ハ目的物ニ付キ訴訟上處分ヲ得サル  
可カラズ刑罰ニヨリ犯罪ニ因テ得タル物件犯人ノ手ニアレハ之ヲ被害者ニ返  
還スル旨言渡ヲナスハ私訴ニアラスシテ公訴即刑事裁判權ノ内容ヲナスモノナリ)故



ニ民事原告ハ公訴ニ附帶シテ私訴ヲ刑事裁判所ニ提起シタル後ト雖モ取下ケ之ヲ民事裁判所ニ提起スルヲ得民事裁判所ニ提起サレタル私訴ハ被告カ本案ノ辯論前ニ於テハ原告單意ヲ以テ取下ケ又其後ハ被告ノ同意ヲ以テ取下ケ(八)第一項(九)刑事裁判所ノ公訴ニ附帶シテ請求スルヲ得(佛國ニテハ明文ナラズ)

刑事裁判所ヨリ取下ケ民事裁判所ニ私訴ヲ提起シ得ルモ民事裁判所ヨリ私訴ヲ提起セザル以上ハ民事裁判所ニ提起スルメ之ヲ取下ケルコトヲ得然レトモ民事原告カ同一ノ訴ヲ同時民事裁判所ニ提起シタルトキハ當然無効ニアラス被告ハ民事原告カ提起シヨリ應テ拒ムヲ得タリ原告カ民事裁判所ニ私訴ヲ申立タルトキハ檢事公訴ヲ提起シヨリ應テ非ラサレハ取下ケ之ヲ刑事裁判所ニ提起スルヲ得(草六)トシ何レモ隨意煩雜ナシ民事裁判所ニ提起スルヲ得トシタルトモ現行法ハ之ヲ採用セザリシナリ)

(2) 附帶私訴ハ公訴ニ從タルモノナルカ故公訴ト運命ヲ同フスヘキハ勿論公訴ノ審判ニ先ヅシ又ハ公訴ノ進行ヲ妨ケ又ハ公訴ト獨立シテ進行スヘキモノニアラス從テ(イ)公訴カ管轄違又ハ公訴不受理ニ終局スルトキハ私訴ニ付テモ亦同様訴ヲ不適法トシテ却下スルカ若クハ審判ノ爲ニ民事部ニ移送セサル可カラズ(ロ)公訴カ無罪免訴ニ終局セシトキハ私訴ノ原因ナキヲ以テ請求ヲ棄却スルカ若クハ原因ノ變更ヲ認容シタル場合ニ於テハ本案ニ付テ民事

裁判所ノ審判ヲ得セシムル爲之ヲ民事部ニ移送セサル可カラズ(ハ)私訴ノミニ付テ上訴アリタルトキ若クハ主タル公訴ニ對スル上訴ノ取下アリタルトキハ附帶ノ條件ナキヲ以テ私訴ノ上訴ハ之ヲ民事裁判所ニ移送セサル可カラズ私訴ノ再審ニ付テモ亦同シ(ニ)私訴ハ公訴ト主義ヲ異ニスルカ故難問題ヲ刑事裁判所ニ取扱ハシムルハ附帶ノ本旨ニ非ラス故ニ公訴ノ裁判ノ前ナルト後ナルトヲ問ハス刑事裁判所ノ審問トシテハ繁雜ニ過キ又ハ數多ノ日子ヲ要スヘキ問題ハ民事裁判所ニ移送スル必要アリト謂ハサル可カラズ(ホ)私訴ノ裁判ハ如何ナル場合ニ於テモ公訴ノ裁判ニ先シテ之ヲナスヲ得少クトモ公訴ノ裁判ト同時又ハ後ナラサル可カラズ以上ハ附帶私訴カ公訴ニ從タル性質ヨリ當然生スヘキ論結ナリトス然レトモ現行法ハ公訴ノ原因ナキニ至ルモ職權ヲ以テ原因ノ變更ヲ認メ私訴以外ノ私法上ノ原因ヲ調査シ本案即請求存否ノ裁判ヲ下サ、ル可カラズトシ(張ハ私訴ヲ公訴ニ附帶セシムル條件ニシテ判決ノ條件ニアラス又現行法ハ公訴不受理管轄違ノ場合ハ私訴ニ付テハ不適式トシテ訴ヲ却下スル精神ナルハ二二三並ニ二四及ニシテ五ノ規定ニ照ラシ又公訴ノ裁判ハ既ニ確定セルニ拘ハラズ猶ホ私訴ニ付テ



故障及控訴及上告ヲ刑事裁判所ニ於テ獨立ニ進行セシムトセリ(私訴ノ付テニ若シテ此場合ヲ移送スヘキトキハ民事部ニ移送ストセルニ於テ獨立ニ私訴ヲ審判スルチ)是レ即私訴附帶ノ性質ニ反スルモノナリ故ヲ以テ改正案ハ以上諸點ニ付テ附帶ノ性質ヲ貫ク規定ヲ設ケタリ(四五六四五六)而シテ現行法ハ私訴ノ調査辯論ハ必ス公訴ノ辯論ノ後ニナスヘシ(二二)トセル故ニ手續ノ重複ヲ來スコトアリ故ニ公訴ノ調査辯論ト調和シ得ル範圍ニ於テハ同時ニ私訴ノ調査辯論ヲ得セシムルヲ便トス(四四九案)

私訴ハ公訴カ判決裁判所ニ繫屬シタル後公訴ニ付テ第二審ノ裁判アル迄附帶セシムルヲ得(公訴ニ對スル一審ノ欠陥判決アリ其故)私訴附帶ノ時期ニ付テハ既ニ豫審中ヨリ之ヲナスヲ得トノ説アリ(其根據ハ四條ノ明文ニ制限ナキトシテ公訴ノ成否ニ付テ被害者ニ通知ト雖モ其誤認ニ屬スルコト左ノ諸點ニ照ラシテ明ナリ)(1)沿革ニヨレハ治罪法ハ民事原告人ノ起訴ヲ規定セリ而シテ被害者公訴ニ附帶シテ私訴ヲ爲サントスルトキハ告訴ト共ニ之ヲ申立ツルカ若クハ告訴ヲナシタル後其旨ヲ豫審判事ニ申立ツルヲ要ス後ノ場合ニ於テハ檢事

ノ起訴ナクシテ豫審判事公訴私訴ヲ併セ受理シタルモノトセリ(一)隨テ豫審終結決定ノ際本ハ民事原告人ニ送達スヘク(二三)民事原告人ハ此決定ニ對シテ故障ヲ爲スヲ得(二四)故障ノ裁判ニ對シテハ更ニ上訴スルヲ得タリ(七五)故ニ治罪法上ニ於テハ既ニ私訴ノ提起ヲ有效ニナスヲ得タレトモ現行法ハ民事原告人ノ起訴ナル制度ヲ削除セリ又現行法六五(治八)及一二三(治一)ノ規定ハ治罪法ニ於テ主トシテ適用ヲ見タルモノヲ其儘ニ存シタルモノナレハ現行法カ豫審中私訴提起ヲ認メタル證左トナスヲ得ス何トナンハ現行法上檢事ノ處分ヲ告訴人ニ通知スルハ一面司法行政ノ監督權ニヨリ公訴ノ勵行ヲ促ス擔保トスル意味アレハナリ又私訴ハ既ニ公訴ノ提起前獨立ニ民事裁判所ニ提起スルヲ得ルカ故ニ此場合ニ一二三ノ適用ヲ見ル可ク治罪法ト異リタル方面ニ於テ適用アルヲ以テナリ(2)私訴提起ノ意義ハ訴ノ提起ニシテ訴ノ提起ハ管轄裁判所ニ對スル私權保護ノ請求ニ外ナラス豫審ハ公訴ニ付テモ結局ノ裁判ヲナスニアラス單ニ事件ヲ公判ニ移スニ足ルヤ否ヤヲ決スルニ外ナラス之ト同時ニ私訴ノ審判權ヲ有スルニアラス又治罪法ト異リ現行法ハ豫審判事カ申立ヲ受理ス



ル權利義務スラモ之ヲ認メタルニアラス故ニ權限ナキ豫審判事ニ對シテナシタル私訴ノ申立カ訴提起ノ效力ヲ生スト云フハ論理ニ適セス或ハ豫審判事ハ私訴ヲ受理スルニアラスシテ公判ニ取次クモノナリト果シテ然ラハ訴提起ノ效力ハ公判ニ於テ始メテ發生スルモノト謂ハサル可カラス取次ハ法律論ニアラスシテ事實論ナリ故ニ判決裁判所ハ豫審判事ニ申立タル私訴ハ法律上適式ノ私訴ニアラストシテ之ヲ無視スルコトヲ得ヘキナリ(3)公判ニ於テ公訴カ不受理管轄違トナルトキハ私訴ハ不適式トシテ却下セサル可カラス免訴無罪トナリタルトキハ原因變更ヲ認メ私訴ハ本案ニ付テ裁判セサル可カラス若シ豫審ニ於テ申立タル私訴カ有效ナリトセハ公訴カ豫審ニ於テ不受理管轄違又ハ免訴トナルトキハ之ヲ如何ニスヘキヤ反對說ハ私訴ノ當然消滅ヲ唱フル外ナシ抑モ訴ノ提起ハ要式行為ナリ公訴ニ付テ訴ノ當然消滅ヲ認ム可カラサル如ク私訴ニ付テモ亦然リト謂ハサル可カラス隨テ豫審中ヨリ私訴ノ提起ヲ許サストセハ此不合理ヲ免ル、ヲ得ヘキナリ故ヲ以テ私訴附帶ノ始期ハ一審公判以後ニシテ其終期ハ第二審ノ言渡迄トス故ニ私訴ニ付テハ審級ヲ紊ルコトアリ故ニ改正案ハ私訴附帶ハ一審言渡前ニ限ルトセリ(四三)

私訴ハ從タル請求ニシテ刑事裁判所ハ刑事訴訟法ノ明文及其精神ニ照ラシテ之ヲ取扱フヘキモノトス故ニ特ニ民事訴訟法ニ準據スヘシトセル場合(四第一九、四二、四〇一第三項、二六第二項、二九、三〇七、三二七)ノ外直接民事訴訟法ヲ採用スルヲ得ス或ハ實際上民事訴訟法ノ法理ヲ採用スルコトアルモ夫ハ只公訴ノ準則ニ照シテ採用スル範圍ニ於テ附帶私訴ノ精神又ハ一般條理トシテハ民事訴訟法ニ準據セサルナリ改正案ハ明文アル外故ニ當事者能力訴訟能力代理其他ニ付テハ民事訴訟法ニ準據セサルナリ(四四一)

現行法上私訴ハ公訴ニ附帶セシムル結果トシテ管轄、訴提起ノ方式、訴訟印紙其他上訴再審等ニ付テハ刑罰訴訟法ニ準據スヘク民事訴訟法ニ從フヘキニアラサルナリ故ニ私訴ハ公訴ト共ニスル外獨立ニ私訴ノミノ再審ヲ求ムルヲ得ス又附帶私訴ニ於テハ實際必要ヲ感スル場合アリト雖モ假令再審分ヲ行フヲ得レ等ノ保全處分ハ獨リ民事訴訟法ノ手續ニ從フ場合ニ行フヲ得故ニ改正案ハ民事訴訟法ノ規定ヲ準用スルコトトセリ

## 第二章 私訴ノ消滅

私訴ハ犯罪行為ニヨリ發生ス故ニ公訴ト發生ノ原因ヲ同フス公訴ノ提起及實行ニ付テハ一定ノ條件ヲ必要トスルコトアルモ私訴ニ付テハ何等ノ條件ヲ要セス私訴ハ損害回復ノ請求ヲ目的物トスルモノニシテ民事ノ訴權ニ外ナラス故ニ公訴權ハ満足セラレタリト雖モ私訴ニ影響ナキハ當然ナリ私訴權ハ唯一







更(五)ニハ、訴訟權ヲ喪失セザルナリ、其他刑ノ方面ニ及大救ヲ生セザルハ、多量ノ方面ニ於ケル

(二) 私權ノ拋棄又ハ和解(七)

私權ニシテ目的物ハ私權ナル故ニ權利者ニ於テ相シテ手方處分スルコトヲ得ヘシ、拋棄ハ單獨

(三) 私訴ノ確定判決

確定判決ハ、實體權ヲ消滅セシメ、事實同一ノ消滅ハ、前項ノ度、確定ニ依テ、裁判アリ、可カラ

(四) 時効

後ニ存シ、私權ノ時効消滅後、不可分ニ付テ行使スルヲ得、羅馬法ニテハ、私訴權ハ、公訴權







ニ對シテ提起スルトキハ誣告罪(刑三)ヲ構成スルカ故ニ其誣告罪ノ公訴力起ルヲ俟テ附帶私訴ヲ起シ得ヘシト雖モ此場合ハ之ヲ俟ツコトナクシテ本案被告事件ノ管轄裁判所ニ反訴トシテ要償ノ請求ヲナスヲ得又故意ノ外過失ハ不法行為ノ引責條件トス(民七)ト雖モ告訴告發ノ根據ハ私人ノ認知ニ存シ從テ不精確ヲ免レサルハ其常ナリ又一方ニ於テハ公ノ當事者ニ對シテ強力ノ補助者ナルヲ以テ公訴力無罪免訴ニ終ハリタルノ故ヲ以テ直ニ不法行為ノ責ニ任セシムヘキニ非ス故ニ特ニ重過失ニヨリ告訴告發ヲ敢テシタル場合ニ限リテ責任ヲ負擔セシムヘキナリ(重過失ニ至ラサル場合ハ單ニ民事裁判所ニ要償請求ヲ任セス只重過失アルトキニ限リ)現行法一三第一項ノ規定中民事原告人ニ係ル部分ハ民事原告人ノ起訴ヲ認メタリシ(治一)治罪法ニ於テ適用アリシト雖モ現行法ハ之ヲ削除シタルヲ以テ民事原告人ハ直接公訴ノ原由タル場合ナシトス(現行法ニテハ私訴ハ公訴ノ判決裁判所ニ權利拘束トナシタル後始メテ附帶シ得ルニ止マルニヨリ公訴ノ原由カ民事原告人ノ惡意又ハ重過失ニ因スル場合シナ)但シ民事原告人私訴ニ付上訴シ敗訴シタル場合ハ上訴ニヨリ生シタル損害ハ民事原告人ニ於テ負擔スヘキハ固ヨリ當然ナリトス

如此要償請求ハ元來民事訴訟ニシテ刑事裁判所ノ訴訟目的物ヲシムル如キハ徒ニ刑事訴訟ヲ濫濫セシムル外公益上ノ理由ナキヲ以テ改正案ノ如キハ無用ノ規定トシテ之ヲ削除セリ

### 第三卷 訴訟手續

#### 第一編 總論

#### 第一章 訴訟手續ノ原則

#### 第一節 直接審理主義

大凡人ノ認識作用ハ研究者自カラ認識サルヘキ事物ニ接近スルコト愈大ナルハ愈信賴ノ程度ヲ重ナルモノナリ故ニ訴訟法上受訴裁判所カ事實ヲ認定スルニ付テハ研究スヘキ事實ニ可及的最モ徹底シ(ingeste)最モ直接ニ(unmittelbarste)獵リニ現物ニ代フルニ他物ヲ以テシ又ハ自カラ認識ヲ爲サスシテ仲介者ニヨリ之ヲ觀察スヘキモノニアラス此主義ヲ採用シタルモノヲ直接審理主義(Grundsatz der unmittelbarkeit)ト云フ(而シテ其反對ト云フ)

佛國ノ學者ノ所謂口頭審理主義(Trautliche)トハ即直接審理主義ナリ日判決裁判所ニ於ケル審問行為ハ二個ノ特質ヲ有ス即一ハ公開ニシテ一ハ口頭主義ナリ審問行為ノ口

刑事訴訟法 本論 第三卷 訴訟手續 第一編 總論 第一章 訴訟手續ノ原則 第一節 直接審理主義 三三五



頭ト一切ノ證據ハ其本然直接ノ淵源ヲ失ハスニ裁判官ノ認識ニ委ヌ可シトノ思想(ce-  
 le idee que toute preuve doit être soumise à la connaissance du juge dans sa source originale et immédiate)ヲ表ハ  
 ステ判決ナリ即ニ許サシタル場合ニテモ判決被告人鑑定人ヲ供述問セサル可カラス尤  
 基テ判決ナリ即ニ許サシタル場合ニテモ判決被告人鑑定人ヲ供述問セサル可カラス尤  
 モ重罪上ハ重罪公判ト雖モ直接主義ハ三七一七ニ規定シテ之ニ違背スルトキハ手續ナリ無効  
 トシテ此期重罪公判ト雖モ直接主義ハ三七一七ニ規定シテ之ニ違背スルトキハ手續ナリ無効  
 而シテ此期重罪公判ト雖モ直接主義ハ三七一七ニ規定シテ之ニ違背スルトキハ手續ナリ無効  
 シテ此期重罪公判ト雖モ直接主義ハ三七一七ニ規定シテ之ニ違背スルトキハ手續ナリ無効  
 審査スル(contrôler)目的ノ爲メニ原則タル之ニ反シテ無効ノ制ヲ付テハ一般ノ明文ナ  
 ト(刑事法條第六〇七六〇八頁)蓋シテ人的證據即人ノ供述ヲ取調クニ當リテハ心證ヲ採  
 ノ(刑事法條第六〇七六〇八頁)蓋シテ人的證據即人ノ供述ヲ取調クニ當リテハ心證ヲ採  
 ト直接主義カ合ハスル如シト雖モ物的證據ノ取調ニハ口頭ヲ以テ調査スルコト頭論主義  
 以テ畢竟認識ノ程度ニ外ナラズ  
 又判決成スル所ニ於ケル當事者ノ行爲(申立及陳述)及裁判所ノ行爲ニ證據調カ訴訟ノ直  
 子ヲ構成スル所ニ於ケル當事者ノ行爲(申立及陳述)及裁判所ノ行爲ニ證據調カ訴訟ノ直  
 所接審理事物ト云ヒ其中ニ於テ口頭ヲ以テ理解ノ形式トスル部分ナリ口頭論主義アレト稱  
 接審理事物ト云ヒ其中ニ於テ口頭ヲ以テ理解ノ形式トスル部分ナリ口頭論主義アレト稱  
 廣義ノ直接審理主義ナルモノハ必要ナル觀念ニ屬セサルモノナリ直接主  
 義ト認識作用(erkennungsleistung)ニ關シテ初メテ意味ヲ生スルモノナリ

直接審理主義ハ主觀的及客觀的方面ニ於テ直接ナルヲ要件トス

(イ)主觀的○直接トハ即裁判所ノ側ヨリ見レハ受訴裁判所自カラ目ヲ以テ見耳ヲ  
 以テ聞ク等自己ノ五官ニヨリテ實驗スヘク代表者(受託判事)又ハ豫審判事書記

等ノ耳目ヲ介シテナシタル實驗ヲ以テ裁判ノ憑據トナスヲ得サルナリ然レト  
 モ事實及法律上受訴裁判所カ直接ニ取調ヲ爲シ能ハサル場合ハ媒介ノ方法ニ  
 ヨリテ知ル外能ハサルナリ(改正案三六及)

(ロ)客觀的○直接即實驗ノ目的タル事物ノ方面ヨリ云ヘハ裁判所ハ可及的事物ノ  
 淵源本體ヲ盡サ、ル可カラス隨テ猥リニ根源且直接(originaire et immédiate)ノ證據  
 ニ代テ他物ヲ利用スルヲ得ス

直接審理主義ヨリシテ左ノ結果ヲ生ス

(1)受訴裁判所カ自己ノ五官ニヨリ實驗ヲナシ以テ事實ヲ研究シ得ル場合ニ在  
 テハ事實ニ關スル人ノ報告ヲ以テ實驗ヲ廢スルヲ許サス此ノ故ニ事物ノ外  
 形性質ヲ研究スヘキトキハ檢證ヲ棄テ證人訊問ニ因ルヲ得ス之ト等シク證  
 書(dispositive urkunde)(民法上ノ證據關係ヲ觀念シテ傳用スルモノ又ハ其成立ヲ即民法上ノ證  
 書)例ハ手形、遺言證書、買賣證書ノ如ク刑事上ニ於テハ不敬、侮辱、誹毀ノ文書、犯  
 罪教唆、幫助ノ文書ノ如キハ重要事實ヲ證書自體カ成立立證スルモノナリ  
 ナ證ニ於テハ公訴狀上訴狀等ノ如シ是ニ對シテ文書ノ内容自體カ重要事實  
 ナ證ニ於テハ公訴狀上訴狀等ノ如シ是ニ對シテ文書ノ内容自體カ重要事實  
 書ハ告訴發書等ハ官吏カ訊問又ハ實驗ヲナシテ其者カ重要事實ヲ證シ告訴發  
 書ハ告訴發書等ハ官吏カ訊問又ハ實驗ヲナシテ其者カ重要事實ヲ證シ告訴發



ナ間接ヲ利用シ得ル場合ハ其内容ヲ朗讀シテ證據調ヲ爲スヘク其證書ノ作成者ヲ訊問シテ其内容ヲ探究スルハ間接審理ナリ人或ハ直接審理ハ書類ノ利用ヲ排斥ストナスモノアレトモ前述スル所ニヨリテ證書ハ之ヲ訴訟ニ於テ利用スルカ直接審理ナルヲ知ルヘシ

(2) 事實認定ニ付受訴裁判所カ人ノ報道ヲ俟ツヘキ場合ハ其認定サルヘキ事實ニ當時最密接ナル關係アリタル人ニ即キ調査ヲ遂ケサル可カラス故ニ人ノ行爲及實驗ヲ聞クニ當テハ其行爲實驗ヲナシタル當人ヲ取調フルコトナクシテ其者ヨリ傳聞ニヨリ事實ヲ知リタル者(testes de auditu)ヲ調査シテ満足スヘキニアラス

(3) 人ヲ訊問シテ事實ノ真相ヲ明ニスヘキ場合ハ受訴裁判所其人ヲ訊問シテ事實ヲ知ルヘク訊問ニ代ヘ書面上ノ申述即報告書類ヲ以テ足レリトセス

(4) 直接證據ニヨリ事實ヲ認定シ得ヘキトキハ徵憑即間接證據(indizien=beveis)ヲ以テ満足スヘキニアラス  
抑モ直接審理ノ原則ハ間接ノ事實認定ハ直接ノ事實認定ヲ排斥スルヲ得スト

ノ意義ニ外ナラス然レトモ具體的ノ場合ニ於テハ事實ニ最モ密接セル證據方  
法カ不充分ナルカ又ハ信憑力ナキニヨリ間接審理モ直接審理ト同時ニ相並  
テ相當又ハ必要ナルコトアリ

現行法ハ直接ニ明文ヲ以テ直接審理主義ヲ認メタルコトナシ故ニ或ハ九〇、一八九、二五八ノ規定ニヨリ却テ其間接審理ニアラルヤシクシテ其直接審理ヲ法律ノ精神トナシテ母法タル佛獨ノ刑事訴訟法ノ強罰及所在訊問ノ規定其他調書ヲ作リタル司法警察官ノ訊問(一八八)豫審ニ於ケル証人(一八九)一審ニ於ケル証人(二五八)ヲ呼出ラスコトノ規定ハ人的證據ニ付テテ直接審理主義ヲ明瞭ナラシムルモノト謂ハル可カラス之ニ反シテ改正案ハ之ヲ明確ニセリ(三六、三七及二六五、二六六)

現行法ノ直接主義ノ相同シカハ範圍ハ物的證據ト  
人的證據ト間ニ於テ相同シカハ凡テ官ノ實驗ニ題スル物件ヲ要スナシ且人證ヲ以テ最  
務トナセシモ刑訴法ノ變革以來今日ハ人的證據ノ直接主義ヲ勵ハ其意味ヲ失フニ至レリ之均  
ク優等ノ現行法ニ於テモ亦物的證據ニ付テハ直接審理主義ヲ勵ハ其意味ヲ失フニ至レリ之均  
ニヨリシト他ノ方法ヲ採ルニヨリ裁量ニ任セリ隨テ本源ノ證據(二一六)及受命シテ寫眞  
檢證ハ公判證據調ノ準備ナリ公判ノ證據調ハ代用タル檢證調(二一六)期讀ニヨリ當然直接  
主義ニ適スルモノトス之ニ反シテ人ノ供述ヲ關スル報告的書類ハ其供述者ノ直接訊問  
ニ代テテ期讀スルモノトス







口頭辯論ハ即口ニヨリ表ハシ耳ニヨリ理解スル主義ナリ次ニ言語ハ文書ニ表示シ視聽ニヨリ理解セシムルヲ得書面審理ハ筆ニヨリ表ハシ目ニヨリテ理解スル主義ナリ  
 口頭辯論ト書面審理トハ當事者ノ理解ヲ目的トスル言語ノ表示形式ノ差ニシテ證據調ノ方法上ノ差異タル直接審理又ハ間接審理トハ何等ノ關係ヲ有スルモノニアラス前者ハ交通即理解ノ形式(forma der verständigung)ニシテ後者ハ認識ノ程度(stufe der erkenntniss)ナリ故ニ口頭辯論主義ノ訴訟ニ於テ證據方法殊ニ記録ニ付キ特定ノ利用方法ヲ要求セス故ニ其記録カ朗讀サルヘキヤ將タ其内容ヲ當事者ニ於テ演述スヘキヤ若クハ他ノ方法ニ於テ證據調カ爲サレ得ルヤハ口頭辯論主義ト相關スルコトナシ  
 口頭上ノ理解ハ多クハ Post(直接ノ理解)ナリ書面上ノ理解ハ間接ノ理解ナリト云フモ不當ニアラス故ニ常ニ口頭辯論ヲ以テ判決裁判所ニ於ケル辯論ノ直接主義ト名ツクルハ強チ不當ニアラス然レトモ此ノ辯論ノ直接ハ前項ニ示シタル事項探究ノ直接ナルモノトハ別異ナルコトハ看過スヘキニアラス加之辯論ノ直接ハ只多クハ口頭上ノ發言ヲ要スルモ必スシモ之ヲ要スト云フニアラス口頭辯論常ニ必スシモ直接的理解ニアラス瘡腫ノ被告人訊問ハ文字記號ニ

ヨリ之ヲナストキハ直接審理ナルヘキモ口頭ニアラス書類報告者(referenten)ノ口頭上ノ演述ニ基キ判決ヲ下ス訴訟ハ口頭ナルモ直接主義ニアラサルナリ  
 判決以前ノ裁判ニ在テモ審判ノ口頭ト書面主義ノ對立アリ得ヘシ法律ハ口頭辯論ヲ經ルト否トフ各場合ニ裁判官ニ委シタルコトアリ如此權能的口頭辯論ハ判決ニ付テモ亦考得ヘキモノナレトモ適當ト云フヘカラス一審ノ終局判決ハ他ノ裁判ニ對比スレハ一層主要ナルカ故一審終局判決ニ付キ存在スル關係ハ舊慣ニ從ヒ全訴訟ノ名稱特質ノ標準トナリ一審ノ終局判決カ口頭辯論ニ基クトキハ假令他ノ裁判カ書類ニ基ク場合ト雖之ヲ口頭辯論ノ訴訟ト稱スルナリ(口頭辯論ノ利益ハ理解ニ付印章カ活潑且新鮮ニシテ眞相ヲ發揮スルニ足リ從テ誤解ノ介入ヲ避ケルヲ得蓋シ申立及陳辯兩々相對スルヲ以テナリ然レハナリ又前者ハ一時ノ口頭談話ハ一時ニシテ書面談話ノ如ク永続的ニアラサル)口頭辯論ノ範圍ハ判決裁判所ニ於ケル當事者ノ辯論ナリ當事者ノ辯論ハ即訴訟主體ノ共働ニ於テ行ハル、原告ノ申立及被告ノ陳辯ナリ檢證證人鑑定人ノ訊問ハ當事者ノ意思表示ニ關係ナキ裁判所ノ行爲ナリ勾留狀發布モ亦裁判所ノ行爲ナリ故ニ公判ニ於テモ當事者ノ意思表示ニアラサル部分ハ口頭辯論主



義ノ行ハル、區域ニ屬セサルヤ明ナリ。檢事ノ搜查手續ニ於テハ口頭主義又ハ書面主義ノ觀念ハ適用ナキモノトス。豫審ハ檢事ノ搜查ニ引續ク所ノ搜查的審理處分ニ屬スルカ故ニ又口頭辯論主義及書面主義ノ適用ヲ見サルナリ。(被告人ニ於テ證據申請ヲ爲スナリ得ル九一檢證搜集ノ目的ヲ達スルニ外ナラズ。一〇八フニ止マレカ故ニ當事者ニアラフスレテ證據蒐集ノ目的ヲ達スルニ外ナラズ。一〇八フニ止マレカ故ニトナルコ)然レトモ豫審終結(豫審ノ豫審ノ決定抗告裁判所ノ裁判ヲ包含シテ云フ)ノ裁判ハ口頭辯論ニ基クヤ書面ニ基クヤト云フヲ得ヘシト雖我現行法ハ書面主義ヲ採ル抗告ノ裁判亦然リ。(七九)

口頭辯論主義ノ結果トシテ、(イ)期日ヲ定ムルヲ要ス。期日ハ當事者カ互ニ辯論ヲナシ及裁判所ニ對シテ申立ヲナスノ機會ヲ與フルモノナリ。期日ナクハ三訴訟主體ノ共働スル時ナク隨テ又口頭辯論行ハル、コトナシ。(ロ)裁判所ハ辯論ノ全内容ヲ其裁判ノ憑據トナスヘキカ故ニ判決言渡ニ要スル全員判事ノ引續キ出廷スルヲ要ス。(一七六、二〇七第二項、條)當事者ニ付テハ多少趣ヲ異ニス抑口頭辯論主義ノ本領ハ若シ當事者ニ於テ申立ヲナシ又ハ陳辯ヲ爲サント欲スルトキハ之ヲ口頭辯論ニ於テ爲スヲ要スト云フニアリテ必シモ辯論ヲ爲スヲ要スト

云フニ非ス。被告人カ辯論ヲ肯セサルトキ又ハ退廷ヲ命セラレ又ハ勾留セラレタルトキ。(一八)又ハ出廷セサリシトキハ辯論ノ機會ヲ拋棄シタルモノニシテ對席又ハ闕席トシテ。(二七以下)判決ヲナスモ口頭辯論ノ例外ヲナスモノニアラス。法律カ檢事ノ引續テ在廷スルコトヲ要求スルハ公判ノ構成員トシタルト且公訴ノ維持實行ノ職責ヲ盡サシメントスル精神ヨリ來ルニ外ナラス。禁錮以上ノ罪ニ付キ被告人ノ自身出頭ヲ命スルハ實體眞實發見ノ爲ニシテ何レモ口頭辯論主義ノ結果ニアラサルナリ。(ハ)口頭辯論ハ當事者カ相互言語ヲ解スル場合ニ限リテ行ハル、カ故當事者一方カ法廷語タル日本語ヲ理解シ能ハサルトキハ(外國人又ハ瘖)通事ノ立會ヲ要ス。(一九六、一〇)(ニ)一審公判ニ於テ當事者ノ申立及陳辯カ證據調ニ關スルカ故ニ證據調ハ公判ノ要素ト爲サ、ルヘカラス。裁判所ハ口頭辯論ニ於テ利用セラレタル證據方法ニヨリテノミ或事實ニ關スル心證ヲ構成スルヲ得故ニ裁判官カ今一應確メノ爲メ證人鑑定人ヲ會議室ニ召喚セントスル如キハ口頭辯論ノ主義ニ反スルモノナリ。改メテ訊問ヲ要スルトキハ口頭辯論ヲ再開スヘキモノトス。檢證物記録等ニ付テモ亦同一ナリ。(ホ)裁判所カ



口頭辯論ノ目的ト爲サレヌ又ハ口頭辯論ノ結果トシテ明ナルニアラサル事實ハ凡テ判決ノ根據トナスヘキモノニ非ス顯著ナル事實又ハ法律ノ推定ニ係ル事實ハ立證ヲ要セスト雖之カ爲ニ口頭辯論ノ原則ヲ破ルコト、ナラス故ニ口頭辯論ノトキニ陳述セラレザリシ事實ヲ判決ニ認定スルヲ得ス此事タル事實カ顯著ナルヤ否法律推定ナルヤ否ニ付キ疑問起ルトキハ殊ニ明ナリ故ヲ以テ當事者ハ之ニ付キ意見ヲ述フヘキ機會ヲ奪ハル、コトナシ(ハ)口頭辯論主義ノ結果トシテ幾分カ訴訟ノ材料ノ連續即凝聚(Konzentration)ヲ要ス(單ニ證據調ニトラス)凝聚主義トハ辯論ノ連續及之ニ判決ノ連續セルヲ云フ蓋シ辯論ハ斷絶セル部分ニ分タレタルトキハ當事者ノ供述シタルモノ當事者及裁判官ノ記憶外ニ消散スルニ至ルヘキヲ以テナリ故ヲ以テ一八三第二項ノ規定アリ獨刑訴二二八ハ中斷セル辯論ハ遅クモ第四日目ニ於テ繼續スルヲ要ス然ラサレハ手續ヲ更新スヘシト定ム又二六七ニハ判決言渡ハ辯論終結ノ日又ハ遅クモ辯論終結後一週間内ニナスヲ要ストセリ我現行法ハ中斷五日ニ亘リ當事者ノ請求アルトキハ必ス更新ヲナスヲ命セリ改正案ハ辯論中斷ノ被告ノ精神障礙ニ因ル

トキハ凡テ辯論ヲ更新スヘシトシ(此點ハ現行法ニ同シ)其他ノ疾病又ハ他ノ事情ニヨリ辯論ノ中斷ヲ生スルモ辯論ノ更新ヲナサス然レトモ此場合ニ於テ辯論中斷七日以上ニ亘ル場合ニ限り更新ノ要否ヲ各個ノ場合ニ於テ決セシムルコト、セリ(二七)又判決言渡ハ現行法二〇四ニテハ辯論終結ノ日又ハ次ノ期日トアリ不定ナルヲ以テ改正案ハ七日以内トセリ(二九)訴訟材料ノ凝聚ハ重要ナル證據方法タル證人ハ判決裁判所ニ於テ直接審理ヲナスヘキカ故ニ之ヲ必要トス然レトモ凝聚主義ハ公判ニ於テ證人ノ訊問ヲ行ハス書證又ハ檢證物カ唯一ノ證據方法タル場合ニテモ適用アリトス(凝聚主義ハ囑託ニヨル證據調ニヨリ妨ケラレハコト)口頭辯論ハ或點迄準備書面ニヨリ之ヲ準備スルコトニヨリテ辯論ノ不時ノ中斷ヲ避クルヲ得ヘキモノトス現行法上ノ準備書面ハ左ノ如シ

(一) 檢事ノ起訴狀

檢事口頭ヲ以テ公判ヲ求メ又ハ豫審ヲ求ムル外ハ書面ヲ以テ起訴ヲナスヘキモノトス起訴狀ニハ犯人及事實ヲ指摘シ公判ノ目的ヲ明ニシ且成ル可ク證據



方法ヲ指示スヘキモノトス

(二)豫審調書及豫審決定書

豫審調書ハ判決ノ基本トシテ採用セラル、場合ハ口頭ノ供述トシテ憑據タルニアラス又決定書ノ指定スル人及事實カ公判ノ審理ノ目的トナルカ故ニ決定書ハ公判ノ訴訟目的ノ範圍ヲ定ムルモノナリ

(三)公判ノ呼出狀及證人目錄

口頭辯論主義ノ行ハル、區域ハ判決裁判所ニ於ケル辯論ナリ然レトモ公判ノ手續カ凡テ口頭ナルニアラス其例外左ノ如シ

(イ)已ニ第一審公判ニ於テモ證人鑑定人ノ訊問ニ代フルニ豫審ニ於テ爲シタル調書ヲ明讀シ又被害者第三者ヲ證人トナスコトナク其者ノ署名セル告訴狀又ハ告發書或ハ始末書ヲ朗讀スルコトアリ(口頭辯論主義ハ證據關係ナシ故ニ證據方法トシテ記錄ヲ利用スルモ此主ニ反スルモノニアラス)

(ロ)控訴審ノ審理ニ於テハ更ニ廣ク調書朗讀ヲ許セリ

(ハ)上告審ニ於テハ口頭辯論アレトモ畢竟從屬的ニシテ(二八)判決ノ材料ハ口頭

辯論ニアラスシテ原審ノ判決記錄及趣意書擴張書(二八七三)ヲ用フ相手方ハ答辯書ヲ提出スルヲ得(四二七)

(二)再審ハ審級ノ更新ニシテ普通ノ手續ニ從ヒ口頭辯論ヲ行フ(三〇七)ト雖死者ニ對スル再審ノ裁判ハ書面ニ於テ之ヲ行フ(八三〇)

### 第三節 公開主義

裁判ノ公開トハ訴訟行爲即裁判官ノ行爲ニ立會スル權能ヲ云フ裁判官ノ行爲ニ立會スル者カ當事者ナルト第三者ナルトニヨリ當事者公開(Partheioeffentlichkeit)及公衆又ハ廣義ノ公開(volksoeffentlichkeit)ノ區別アリ(1)當事者公開ハ(イ)證人又ハ共同被告人カ被告人ノ面前ニテハ供述スルヲ憚ル場合(七一)(ロ)裁判官ノ法廷警察權ノ行使ノ場合(八一)及(刑訴)ニ停止セラル口頭辯論主義ノ訴訟ニテハ當事者公開ヲ要スルコト明ナリ(2)公衆公開ハ訴訟手續ヲ第三者ノ實見ニ任スモノニシテ政治上革命運動ノ原因トナリシモノハ公衆ニ對スル公開ニ外ナラス先是第十七八世紀以來歐洲ニ行ハレタル訴訟手續ハ書面審理糾問主義ナ

刑事訴訟法

本論 第三卷 訴訟手續 第一編 總論 第一章  
訴訟手續ノ原則 第三節 公開主義



リシカ故ニ隨テ公開ノ公開ヲナスコトナク秘密(huit-clos)ナリシヨリ(書面主義ト  
 ハ見地異ナル故ニ相排斥スルニ能ハス然レトモ書面主義ナリ公開)裁判官ノ不法  
 スルモ第三者ハ審理ノ内容ヲ知ル能ハス殆ントモ其意味無キナリ)裁判官ノ不法  
 偏頗ヲ來シ又裁判ニ對スル人民ノ不信ヲ生シタルヲ以テ弊害アリトシ口頭辯  
 論主義ニ改ムルト共ニ裁判ノ公開ハ裁判ノ公平及ヒ改善ノ擔保ナリ(訴訟事件  
 ナラズ廣ク裁判ノ改善上必要ナリ(一)公開ハ法規ノ嚴正ナル遵守ヲ強制ス(二)良  
 心ニ從テ事實ノ真相ヲ發見セサルヘカラス(三)司法ノ公正ニ付テ人民力裁判ニ  
 對スル信頼ヲ增加ス(四)裁判所ノ必要條件ナリ自由)トノ議論佛國革命ノ際以來是認セ  
 ニ批評セシムルハ法律進歩ノ必要條件ナリ自由)トノ議論佛國革命ノ際以來是認セ  
 ラレ(一七九〇年八月四日及二十四日ノ法律共和三年果月五日ノ憲法一八一四  
 月一八日法律七)憲法上ノ要件トナリ其趣旨ニ從ヒ治罪法一五三、一九〇、三〇九  
 ハ公開セサル公判手續ヲ無効ト宣言セリ裁判ノ公開ハ公判ニ於テ傍聽ヲ許シ  
 公判外ニ於テ引續キ新聞雜誌ニ公判ノ經過ノ掲載ヲ許ス結果ヲ生ス但公開禁  
 止ノ例外ハ古法ニ存シ次ヲ絶對公開ノ極端ニ奔リ弊害ヲ生シタルヲ以テ訴訟  
 手續法(code de procedure)八七ニ於テ之ヲ再興シ其後一八一四、一八三〇及ヒ一  
 八四八年ノ憲法ニ於テ稍之ヲ擴メタリ一八四八年ノ憲法八一條ハ現ニ效力ヲ  
 有ス之ニヨレハ辯論ハ之ヲ公開ス但公開カ秩序又ハ風教ニ害アルトキハ裁判

所判決ヲ以テ公開ヲ止ス(les débats sont publics, à moins que la publicité ne soit dangereuse  
 pour l'ordre ou les moeurs et dans ce cas le tribunal le déclare par un jugement)トアリ來  
 因地方ニハ佛法ノ口頭辯論及公開主義ニ基キテ已ニ訴訟法ヲ改メシカ其後一  
 八四八年ノ革命運動獨逸ニ傳ハリ(一八四九年三月二十八日、一七八ノ會議ノ憲法  
 判手續ハ公開ニシテ且口頭辯論ヲ定ム)帝國構法ニハ一七〇一、一七六刑訴二  
 八〇、二八一、二八八ニ之ヲ規定セリ我國ニ於テモ佛國流ニ從ヒ公開ヲ以テ憲法  
 上ノ要件トシ(五)隨テ構一〇五ニ於テ之ヲ明示セリ公開ハ訴訟上ニ於テハ絶對  
 的必要條件ニシテ當事者ニ於テ之ヲ拋棄スルヲ得ス隨テ公開ニ關スル規定ヲ  
 遵守セシメテ公開ヲ停止シタルトキハ絶對的上告理由トス(二六九)公開ノ原則  
 ノ行ハル、時期及ヒ範圍ハ判決裁判所ノ審理及判決ナリ公開ノ時期ハ公判廷  
 ニ於テ公判ノ初ヨリ判決言渡迄ニ限ラル、ニ非ス公判以外公判後其經過ヲ新  
 聞雜誌ニ掲載スルハ公開ノ效果ナリ公開ノ事項ハ公判開始ヨリ判決言渡迄ノ  
 事項ナリ故ニ檢事及司法警察官ノ行爲ハ公開ノ問題ノ範圍外ナリトス豫審手  
 續(第三章再起訴ノ裁判豫審決定ニ對ス)受命受託判事ノ行爲非常上告申立ノ裁  
 續(第三章再起訴ノ裁判豫審決定ニ對ス)受命受託判事ノ行爲非常上告申立ノ裁



判再審申立ノ裁判執行異議疑義ノ裁判(裁判所ノ合議探決等)等公判ニ屬セサルモノニ付  
 テモ亦同シ公開ニアラストハ何人モ此等ノ行為ニ立會スル權利ナキノ謂ニ外  
 ナラス故ニ此等ノ處分ヲ行フ官吏ハ特定人ノ立會ヲ許可スルヲ得(構六)被告人  
 證人鑑定人ハ之ニ對シテ故障ヲ主張スルヲ得ス只合議裁判所ノ討議採決ニ付  
 テハ同一裁判所ニ於テ法律ノ修習ヲ要スルモノニ限り裁判所ノ許可ヲ受ケ立  
 會スルヲ得(構一)

公開ノ例外ハ法律ニヨリ又ハ裁判所ノ決議ニヨリ之ヲ爲ス(九)現行法ハ佛獨  
 ノ如ク之ヲ停止スレトモ法律ニ規定セラレサル故ニ只裁判所ノ決議ニヨリテ  
 之ヲ爲スヲ要ス裁判所ノ決議ニヨリ辯論ノ公開ヲ停止スルニハ公衆ヲ退廷セ  
 シムル前決議及其理由ヲ言渡スヲ要ス然レトモ判決言渡ハ何ノ場合ニ於テモ  
 公開ニ於テ爲スヲ要ス(構五)公開停止ノ原因ハ安寧秩序又ハ風俗ノ侵害危険ナ  
 リ獨構一七三ニヨレハ辯論全部又ハ其一部ニ付キ裁判所カ公ノ秩序殊ニ國安  
 ノ危害若クハ風教ノ危害ヲ慮ルヘキトキハ(in allen sachen kann durch das gericht  
 für die verhandlung oder für einen theil derselben die öffentlichkeit ausgeschlossen werden,

wenn sie eine gefährdung der oeffentlichen ordnung, insbesonder der staatsicherheit oder  
 eine gefährdung der sittlichkeit besorgen lässt) トアリ學說ハ秩序殊ニ國安ノ文句ヲ  
 批難シ例ヘハ要案設計ノ公示等ノ爲國安ヲ害スル虞アルトキハ秩序ノ危害ト  
 云ツヲ得スト云ヒ(レリウカ一五五頁ニホツケ)之ヲ國安秩序及風教ノ三個ト  
 セリベリング曰國安トハ内外ノ敵ニ對シ國家全體トシテ有力ニ存立スルヲ云  
 フ(das machtvolle das ein des states als ganzen gegenüber inneren wie ausseren feinde)國  
 安危害ノ虞ハ國事犯事件ニ付要案設計動員計劃等ノ國家秘密カ公衆ニ示サル  
 ヘキ場合ニ存ス公ノ秩序トハ社會一般生活ノ和平ナリ(der ungestörte verlauf des  
 lebens der allgemeinheit)此和平ハ公廷ノ聽衆カ裁判官又ハ被告人ニ對シ暴行脅  
 迫ヲ加ヘントスル恐レアルトキニ害セラルハモノトス猶獨逸ニテハ理由ノ言  
 渡カ國安又ハ風教ニ害アルトキハ亦決定ニヨリテ之ヲ停止スルヲ得トセリ(七  
 四)一七五ニヨレハ公開停止ノ決定ハ公示スルヲ要シ其理由カ公秩序殊ニ國安  
 又ハ風教危害ニアルヤヲ明ニスヘク國安危害ノ理由ニヨリ公開ヲ停止セルト  
 キハ裁判所ハ在廷者カ辯論公訴狀又ハ訴訟ノ書類ニヨリ知得セル事實ヲ默秘











出職務ヲ命スルハ無意味ナリ  
 裁判所ヘ特定物件ヲ提出スルハ  
 取上クヘキモ、物件ヲ特定人ノ手  
 ハ保管者ニ於テ提出スルモ、手  
 セサルニヨリ、提出スルモ、手  
 法一、三、提出スルモ、手  
 意味ナリ、三、提出スルモ、手  
 秘密ニ對シテ、例外ナルメ、手  
 官ノ秘密ヲ理由アルシテ、手  
 差押 (Beschlagnahme) トハ、訴訟上證據物件ヲ保全スル爲其物ノ保管者ノ意ニ反シ  
 テ其者ノ手裡ヨリ裁判所ノ保管ニ移ス命令ナリ證據物件トハ最廣義ニシテ罪  
 體 (corps delicti) 及罪證タル點ニ於テ禁制物供用物及領得物モ亦證據物件ナリト  
 ス證據物件ニハ檢證物及記録 (類) アリ獨法 (九) ハ執行保全ノ爲ノ差押ヲ認ム我改  
 正案亦之ニ從ヘリ (九) 然レトモ我現行法ハ罪證物件ノ爲メノミノ差押ヲ規定ス  
 所謂差押ハ訴訟上ノ目的ヲ有スル點ニ於テ間接國稅犯則處分法 (九) 新聞紙條例

(三) 出版法 (一九三〇) 等ノ安寧秩序ノ保持ノ爲ニスル差押ト區別セラル  
 (イ) 各種ノ強制方法ニ於ケル如ク差押ニ於テモ亦之ヲ命スル裁判ト其裁判ノ實行ノ區別  
 形無形ノ二方式アリ有形ノ方法トハ物件ヲ依然保管者ヨリ取上 (seignior) 以テ裁判所ノ保  
 失毀損隠蔽等ヲ禁スル爲メニアリ無形ノ方法トハ物件ヲ依然保管者ヨリ取上 (seignior) 以テ裁判所ノ保  
 ニヨリテ相當トスハ差押ニ服セサル人ハ主權者攝政其他治外法權者トス現役軍人屬ハ  
 通常裁判所得官吏被官其職務ニ取テタル主權者攝政其他治外法權者トス現役軍人屬ハ  
 差押ヲ受ケル可ク物件カ其職務ニ取テタル主權者攝政其他治外法權者トス現役軍人屬ハ  
 承差押ヲ受ケル可ク物件カ其職務ニ取テタル主權者攝政其他治外法權者トス現役軍人屬ハ  
 正案ハ此等ノ者カ職務ニ取テタル主權者攝政其他治外法權者トス現役軍人屬ハ  
 拒案ハ此等ノ者カ職務ニ取テタル主權者攝政其他治外法權者トス現役軍人屬ハ  
 留案ハ此等ノ者カ職務ニ取テタル主權者攝政其他治外法權者トス現役軍人屬ハ  
 (二) 差押ノ場所ニ付テハ軍事秘密ノ保護ニ關シテ、差押ノ場所ニ於テ差押 (其他檢證搜索) 爲スル  
 範圍ニ於テハ、軍事秘密ノ保護ニ關シテ、差押ノ場所ニ於テ差押 (其他檢證搜索) 爲スル  
 以前ニ於テハ、軍事秘密ノ保護ニ關シテ、差押ノ場所ニ於テ差押 (其他檢證搜索) 爲スル  
 示得ニ於テハ、軍事秘密ノ保護ニ關シテ、差押ノ場所ニ於テ差押 (其他檢證搜索) 爲スル  
 ナモ、差押ノ場所ニ於テハ、軍事秘密ノ保護ニ關シテ、差押ノ場所ニ於テ差押 (其他檢證搜索) 爲スル  
 キモ、差押ノ場所ニ於テハ、軍事秘密ノ保護ニ關シテ、差押ノ場所ニ於テ差押 (其他檢證搜索) 爲スル  
 ニテ裁判所ノ占有ニシテハ、軍事秘密ノ保護ニ關シテ、差押ノ場所ニ於テ差押 (其他檢證搜索) 爲スル  
 ルニ於テハ、軍事秘密ノ保護ニ關シテ、差押ノ場所ニ於テ差押 (其他檢證搜索) 爲スル  
 通信ノ官署ニ對シテハ、軍事秘密ノ保護ニ關シテ、差押ノ場所ニ於テ差押 (其他檢證搜索) 爲スル

刑事訴訟法 本論 第三卷 訴訟手續 第一編 總論 第二章 刑事訴訟上 三五九  
 必要ナル物件及被告ノ身體ノ保全 第二節 物件保全



















(一) 訴訟行為ノ外面ハ多クハ口頭若クハ書面上ノ言語ヲ以テ完成スルヲ常トス告訴告發  
 自首起訴其他ノ申立裁判ノ如キ之ニ屬ス然レトモ實行々爲ニ於テ始メテ成立スルモ  
 檢索差押出勾引勾留逮捕  
 外部働作ハ人ノ意思ニ基クモノタルヲ要ス意思ニ基キタリト云フヘキ爲ニハ(1)意思  
 ナシ成スルハ自覺ノ狀態ニ於テハ(2)陷行爲又ハ自覺ノ狀態ニ於テハ(3)次ニ意思  
 ハ其訴訟行爲ニ有テ自由ニ於テ決定セラルルハ(4)行爲ノ自由ニ於テハ(5)行爲ノ自由  
 機械トシテ使用者ノ自由ニ於テハ(6)行爲ノ自由ニ於テハ(7)行爲ノ自由ニ於テハ(8)行爲ノ自由  
 ハ自由ナル等ナラシメテ於テ決定セラルルハ(9)行爲ノ自由ニ於テハ(10)行爲ノ自由  
 ナラシム故ニ裁判所ハ二年ノ禁錮ヲ行爲ノ錯誤(essential error)ニ於テハ(11)行爲ノ自由  
 言渡シタルトキ又被告ハ上訴申立テ得ルハ(12)行爲ノ自由ニ於テハ(13)行爲ノ自由  
 テモ有テタル由ノ錯誤(irregular procedure)例シテハ(14)行爲ノ自由ニ於テハ(15)行爲ノ自由  
 ムノ爲メトナラシメテ得ルハ(16)行爲ノ自由ニ於テハ(17)行爲ノ自由ニ於テハ(18)行爲ノ自由  
 云フニ至ラズモ判決理由ニヨリ錯誤ニシテハ(19)行爲ノ自由ニ於テハ(20)行爲ノ自由  
 行爲モ亦訴訟能力者ノ行爲ニテハ(21)行爲ノ自由ニ於テハ(22)行爲ノ自由ニ於テハ(23)行爲ノ自由  
 カ行爲ハ有テタルニテハ(24)行爲ノ自由ニ於テハ(25)行爲ノ自由ニ於テハ(26)行爲ノ自由  
 行爲ニ至ラズモ訴訟開始者其他外國人ナリ

(二) 訴訟行為ノ外面ハ多クハ口頭若クハ書面上ノ言語ヲ以テ完成スルヲ常トス告訴告發  
 自首起訴其他ノ申立裁判ノ如キ之ニ屬ス然レトモ實行々爲ニ於テ始メテ成立スルモ  
 檢索差押出勾引勾留逮捕  
 外部働作ハ人ノ意思ニ基クモノタルヲ要ス意思ニ基キタリト云フヘキ爲ニハ(1)意思  
 ナシ成スルハ自覺ノ狀態ニ於テハ(2)陷行爲又ハ自覺ノ狀態ニ於テハ(3)次ニ意思  
 ハ其訴訟行爲ニ有テ自由ニ於テ決定セラルルハ(4)行爲ノ自由ニ於テハ(5)行爲ノ自由  
 機械トシテ使用者ノ自由ニ於テハ(6)行爲ノ自由ニ於テハ(7)行爲ノ自由ニ於テハ(8)行爲ノ自由  
 ハ自由ナル等ナラシメテ於テ決定セラルルハ(9)行爲ノ自由ニ於テハ(10)行爲ノ自由  
 ナラシム故ニ裁判所ハ二年ノ禁錮ヲ行爲ノ錯誤(essential error)ニ於テハ(11)行爲ノ自由  
 言渡シタルトキ又被告ハ上訴申立テ得ルハ(12)行爲ノ自由ニ於テハ(13)行爲ノ自由  
 テモ有テタル由ノ錯誤(irregular procedure)例シテハ(14)行爲ノ自由ニ於テハ(15)行爲ノ自由  
 ムノ爲メトナラシメテ得ルハ(16)行爲ノ自由ニ於テハ(17)行爲ノ自由ニ於テハ(18)行爲ノ自由  
 云フニ至ラズモ判決理由ニヨリ錯誤ニシテハ(19)行爲ノ自由ニ於テハ(20)行爲ノ自由  
 行爲モ亦訴訟能力者ノ行爲ニテハ(21)行爲ノ自由ニ於テハ(22)行爲ノ自由ニ於テハ(23)行爲ノ自由  
 カ行爲ハ有テタルニテハ(24)行爲ノ自由ニ於テハ(25)行爲ノ自由ニ於テハ(26)行爲ノ自由  
 行爲ニ至ラズモ訴訟開始者其他外國人ナリ

(三) 訴訟行為ノ外面ハ多クハ口頭若クハ書面上ノ言語ヲ以テ完成スルヲ常トス告訴告發  
 自首起訴其他ノ申立裁判ノ如キ之ニ屬ス然レトモ實行々爲ニ於テ始メテ成立スルモ  
 檢索差押出勾引勾留逮捕  
 外部働作ハ人ノ意思ニ基クモノタルヲ要ス意思ニ基キタリト云フヘキ爲ニハ(1)意思  
 ナシ成スルハ自覺ノ狀態ニ於テハ(2)陷行爲又ハ自覺ノ狀態ニ於テハ(3)次ニ意思  
 ハ其訴訟行爲ニ有テ自由ニ於テ決定セラルルハ(4)行爲ノ自由ニ於テハ(5)行爲ノ自由  
 機械トシテ使用者ノ自由ニ於テハ(6)行爲ノ自由ニ於テハ(7)行爲ノ自由ニ於テハ(8)行爲ノ自由  
 ハ自由ナル等ナラシメテ於テ決定セラルルハ(9)行爲ノ自由ニ於テハ(10)行爲ノ自由  
 ナラシム故ニ裁判所ハ二年ノ禁錮ヲ行爲ノ錯誤(essential error)ニ於テハ(11)行爲ノ自由  
 言渡シタルトキ又被告ハ上訴申立テ得ルハ(12)行爲ノ自由ニ於テハ(13)行爲ノ自由  
 テモ有テタル由ノ錯誤(irregular procedure)例シテハ(14)行爲ノ自由ニ於テハ(15)行爲ノ自由  
 ムノ爲メトナラシメテ得ルハ(16)行爲ノ自由ニ於テハ(17)行爲ノ自由ニ於テハ(18)行爲ノ自由  
 云フニ至ラズモ判決理由ニヨリ錯誤ニシテハ(19)行爲ノ自由ニ於テハ(20)行爲ノ自由  
 行爲モ亦訴訟能力者ノ行爲ニテハ(21)行爲ノ自由ニ於テハ(22)行爲ノ自由ニ於テハ(23)行爲ノ自由  
 カ行爲ハ有テタルニテハ(24)行爲ノ自由ニ於テハ(25)行爲ノ自由ニ於テハ(26)行爲ノ自由  
 行爲ニ至ラズモ訴訟開始者其他外國人ナリ

刑事訴訟法 本論 第三卷 訴訟手續 第二編 總論 第三章 訴訟行為 三六九



























