テ一時的ノ心神喪失者ヲ指稱スルニアラス一時心神ヲ喪失シタル場合ノ如キハ訴訟行爲ノ進行ヲ妨クルコトアルモ當事者能力ノ有無ニ關係ナシ故ニ法律ハ被告人精神錯亂又ハ疾病ニ因リ出頭スル能ハサルトキハ痊癒ニ至ルマテ辯論ヲ停止スヘク辯論ニ取掛リタル後被告人精神錯亂シタルトキハ其痊癒ノ後新ニ辯論ヲ爲スヘシト規定シ上述ノ趣旨ヲ明ニセリ(三一八)之ニ反シテ永久ノ心神喪失者例ハ到底全快ノ見込ナキ精神錯亂者ノ如キ事實上辯論ヲ開始スルヲ得ルノ期ナキ者ニ在リテハ之ヲ事實上當事者能力ナキ者ト云フヘシ始ヨリ永久ノ心神喪失者タル場合ニ於テハ始ヨリ事實上當事者能力ナキ場合ニシテ事件繫屬後未タ判決ヲ爲サヽル前ニ永久ノ心神喪失者トナリタル場合ハ之ニ因リ事實上當事者能力ヲ失ヒタルモノナリ斯ル場合ニ於テハ前述ノ例外ノ場合ノ外本案ニ立入リ有罪若ハ無罪ノ裁判ヲ爲スカ如キハ事實上不可能ナリ故ニ始ヨリ事實上當事者能力ナカリシ場合ハ被告人ナキモノト同視シ訴訟繫屬中事實上當事者能力ナキニ至リタルトキハ被告人ノ死亡ト同視シ公訴不受理ノ言渡ヲ以テ訴訟ヲ終結スルノ外ナカルヘシビルク、マイヤー其他ノ學者モ同趣旨ノ說明ヲ成セリ(Birkmeyer 340.)

三　十四歲未滿ノ未成年者　十四歲以上ニ達シタルトキハ假令二十歲ニ達セサルモ犯罪ヲ犯スヲ得ヘク從テ處罰セラルヘキモノナレハ起訴ト否トヲ決セントスル際既ニ十四歲ニ達シタルトキハ刑事訴訟ニ於ケル當事者タル能力アルコト言ヲ俟タス犯罪ノ當時未タ十四歲ニ達セサルトキニ其所爲罪トナラサルモ(一刑四)起訴ノ當時既ニ十四歲ニ達シタルトキハ刑事訴訟ニ於ケル當事者能力アルコト論ヲ俟タス然ルニ起訴ノ當時若ハ起訴後被告人未タ十四歲ニ滿タサルトキハ刑事訴訟ニ於ケル當事者能力アリトスヘキヤ否ヤハ疑問ノ存スル所ナリ余ヲ以テ之ヲ見レハ起訴又ハ審理ノ當時未タ十四歲ニ滿タサル未成年者ハ法律上當事者能力ナキモノト決スルヲ相當トスヘキヤニ覺ユ法律カ十四歲未滿ノ未成年者ニ犯罪能力ナシト定メタルハ同時ニ斯ル未成年者ハ刑事裁判所ニ被告トシテ訴ヘラルヽコトナシト定メタリト解スルヲ得ヘシ故ニ起訴若ハ審理ノ當時未タ十四歲ニ滿タサルヤ否ヤノ疑問アルトキハ先ツ此點ヲ確定スルヲ以テ足ルヘク進テ本案ニ立入リ裁判スル

ノ要ナキモノト解スルヲ相當ト思考ス此點ニ關シビルク、マイヤー其他ノ學者モ同趣意ノ說明ヲ爲セリ(Birkmeyer 340.)

四　法人　法人ニ對スル刑事事件ニ付キ法人ヲ當事者トスヘキヤ又其法定代理人ヲ當事者トスヘキヤハ各之ヲ定メタル法規ニ依リ之ヲ決スルノ外ナシ

## 第二項　被告人ノ訴訟能力

前既ニ之ヲ述ヘタルカ如ク被告人ノ當事者能力ト訴訟能力ト一致スルヲ通例トスレトモ例外ノ場合ニ於テハ被告人ニ當事者能力アルモ訴訟能力ヲ缺ク場合アリ例ヘハ三歲ノ童兒又ハ心神喪失者モ營業名義人トシテ稅則ノ違反者トシテ刑事訴訟上被告人トシテ起訴セラルヽヲ得ヘシ然レトモ三歲ノ童兒若ハ心神喪失者ハ行爲能力(Handlungsfähigkeit)若ハ處分能力(Dispositionsfähigkeit)ナキコト明白ナレハ有效ニ訴訟行爲ヲ爲ス能力ナキコト明ナリ斯ノ如ク當事者能力アルモ訴訟能力ナキ場合ニ在リテハ委任ニ因ル代理人モ亦アリ得ヘカラサレハ法定代理人ヲシテ本人ニ代テ訴訟ヲ爲サシムルノ外ナキモノトス尤モ斯ル場合ニ於テハ代人ヲ許スヲ常トスルカ故ニ法定代理人ハ代理人ヲ選任シテ訴訟行爲ヲ爲サシムルヲ得ヘキナリ之ニ反シテ三歲ノ童兒若ハ心神喪失者ハ元來行爲能力ナキ者ナレハ代理人ヲ選任スル能ハサルヤ論ヲ俟タス

# 第二節　補佐人及代理人

## 第一款　刑事訴訟ニ於ケル補佐人及代理人ノ性質

補佐人及代理人

刑事訴訟ニ於ケル補佐人及代理人ノ性質

補佐人トハ助言其他ノ行爲ニ依リ當事者ヲ保護スル爲メ之ト共ニ法廷ニ出頭スル者ナリ而シテ補佐人ハ當事者ニ代テ訴訟行爲ヲ爲シ又之ニ代リテ出廷スルモノニアラスシテ當事者ト共ニ出廷シ當事者ト共ニ行爲ヲ爲スモノナリ之ニ反シテ代理人ハ當事者ニ代テ出廷シ之ニ代テ本人カ爲シタルト同一ノ效力アル訴訟上ノ行爲ヲ爲スヘキ者ヲ謂フ

刑事訴訟ニ於ケル被告人ノ代理人

### 第一項　刑事訴訟ニ於ケル被告人ノ代理人

我刑事訴訟法ハ文明各國ノ刑事訴訟法ノ如ク刑事訴訟ニ於ケル被告人ノ代理人ヲ認メサルヲ原則トス是レ全ク刑事訴訟ノ根本主義タル實質的眞實主義ヲ貫徹セシメントスルノ趣旨ニ出ツ此點ハ左ノ二點ニ依リ之ヲ說明スルヲ得

第一　事實上ノ關係ハ被告人最モ能ク知ル所ナレハ眞實ニ合スル被告人ノ利益ハ本人ニ於テ最モ有效ニ之ヲ保護スルコトヲ得(尤モ法律上ノ補佐ハ別論ニ屬ス)

第二　彈劾方式ヲ採用シタル刑事訴訟ニ於テハ被告人ハ當事者ナリト雖モ同時ニ其陳述ハ證據トシテ使用セラルヘキモノニシテ此目的ノ爲メ判事ハ取調ヲ爲スヘキモノナリ(七二頁以下及本論第三章第一節參照)然レトモ訴訟行爲ニシテ之ヲ代人ヲシテ爲サシムルモ大ナル不都合ナキ場合若ハ代理人ヲシテ爲サシムルノ外ナキ場合ニ於テハ例外トシテ代理人ヲ取調フヘキモノトス其場合左ノ如シ

一　罰金、拘留又科料ニ該ル事件　被告事件罰金又ハ拘留若ハ科料ニ該ル罪ニ係ルトキハ被告人ハ代理人ヲシテ出廷セシメ代テ訴訟行爲ヲ爲サシムルコトヲ得(二一四)斯ノ如キ事件ノ審理ニ付キ代理人ヲ許スハ一ニハ事件カ輕微ナルト一ニハ此種ノ犯罪ノ多クハ簡單明瞭ナルカ又ハ取締法違反ニシテ其犯罪構成ノ要件トシテ必スシモ罪ヲ犯スノ意アルヲ要セス從テ强テ本人自身ヲ取調フルノ實益大ナラサルニ由ルナラン

二　法人其他無能力者ニ對スル事件　法人其他無能力者カ被告人タル場合ニ於テハ代理人ヲ審理裁判スルノ外他ニ途ナキ場合ナキニアラス例ハ法人カ犯罪行爲アリタルカ爲メ法人トシテ罰セラルヽ場合ニ於テハ其法定代理人ヲ取調フルノ外ナシ又事實上訴訟能力ナキ幼者若ハ精神病者カ被告人タル場合ニ於テハ法定代理人ヲ取調フルノ外ナシ鐵道船舶郵便法第十四條電信法四十二條ノ如キハ法人ノ業務ニ關シ其代表者、雇人、其他從業者同法ノ規定ニ背キタルトキハ法人ヲ處罰スル旨及此場合ニ於テ法人ノ代表者ヲ以テ被告人ト爲ス旨ヲ規定シタルカ如キハ前者ノ例ナリ酒造稅法其他ノ稅法ノ如ク營業者ニ犯罪ノ主觀的要素ヲ缺ク場合ト雖モ又ハ自己ノ知ラサル他人ノ行爲ト雖モ常ニ處罰ヲ免レサル場合ノ如キハ後者ノ例ニシテ營業者ニシテ事實上訴訟能力ナキ場合ニ於テハ其法定代理人ヲシテ審理ヲ受ケシムルノ外他ニ途ナキモノトス

之ヲ要スルニ刑事訴訟ニ於テ代理ヲ認ムルハ例外ニ屬スルヲ以テ法律ニ於テ代理ヲ許シタルモノナリト認メ得ヘキ條文ナキカ又ハ法定代理人ヲシテ代表

セシムルノ規定ナキトキハ代理ハ之ヲ許サヽルモノト認ムルヲ相當トス又稅法ニ於テ營業者カ未成年、白痴、瘋癲ナル場合ノ如ク無能力者ナルトキハ法定代理人ヲ罰スル規定ナキニアラス例ハ醬油稅則第二十五條、砂糖消費稅法第十六條、骨牌稅法第十九條、賣藥稅法第十七條、鹽專賣法第三十六條ノ場合ノ如シ斯ノ如キ場合ニ在リテハ法定代理人ハ無能力者ノ代表者トシテ罰セラルヽニアラスシテ被告人トシテ本人カ處罰セラルヽモノト解釋スルヲ相當トスルカ如シ何トナレハ法文ハ斯ノ如ク解セラルヽノミナラス例外規定ハ之ヲ狹ク解釋スルヲ相當トスレハナリ

刑事訴訟ニ於ケル被告人ノ補佐人

## 第二項　刑事訴訟ニ於ケル被告人ノ補佐人

刑事訴訟ニ於ケル被告人ノ補佐人ニ廣狹二義アリ廣義ニ補佐人ヲ解スレハ補佐人トハ被告人ト共ニ出廷シ其助言及其他ノ行爲ニ依リ被告人ヲ保護スル者ヲ謂フ此意義ヨリスレハ補佐人中ニハ辯護人ヲモ包含スルモノナリ被告人カ裁判所外ニ於テ他人ヲシテ補佐セシムルト否トハ本人ノ隨意ニシテ刑事訴訟法ノ關スル所ニアラス狹義ヨリスレハ補佐人トハ法律ニ補佐人トシテ規定セラレタル者ヲ謂フ即チ被告人ノ法定代理人ニシテ補佐人トシテ辯論ニ干與スルモノ是ナリ補佐人ノ出廷ハ被告人ノ意思ニ基クコトナリ又被告人ノ意思如何ニ關セサルコトアリ自選辯護人ノ如キハ前者ノ例ニシテ官選辯護人及狹義ノ補佐人ノ如キハ後者ノ例ナリ左ニ補佐人ニ付キ注意スヘキ事項ヲ說明セン

第一　補佐人ハ被告人ト共ニ裁判所ニ出廷スヘキモノニシテ被告人ト共ニ在廷スルノ權利ヲ有ス故ニ裁判ヲ公開セサル場合ト雖モ退廷セシメラルヘキモノニアラス而シテ我刑事訴訟法ニ在リテハ補佐人ハ獨リ公判ニ於テノミ之ヲ認ムルノミニシテ公判前ノ手續ニ於テハ之ヲ認メス補佐人ハ被告人ト共ニ出廷スル權アルカ故ニ期日ニハ呼出ヲ受クヘキモノトス

第二　補佐人ハ被告人ト共ニ出廷シ被告人ノ利益ノ爲ニ陳述スル權利アリ補佐人ハ裁判所ニ對シ被告人ノ爲シタル申立ノ理由アルコトヲ明ニセン爲メ事實上及法律上ノ事項ヲ提出シ又被告人ノ提出シタル事項ヲ補充若ハ明瞭ニスヘキ說明ヲ爲シ又被告人ノ爲シタル申立ノ保護ノ爲ニスル申立ヲ爲スヲ得然レトモ補佐人ハ被告人カ爲シタル攻擊若ハ防禦ニ付キ之ヲ保護若ハ補充スルノ

任務ヲ有スルモノナレハ被告人カ爲サヽル攻擊若ハ防禦ノ方法ヲ獨立シテ提出スルコトヲ得ス然レトモ補佐人ハ被告人ニ對シ之ヲ提出スヘキコトヲ助言シ得ヘキコト論ヲ俟タス

第三　補佐人ハ一々被告人ノ意思如何ニ關係ナク其信スル所ニ從ヒ被告人ノ爲メ補佐行爲ヲ爲スコトヲ得然レトモ補佐人ハ共ニ出廷シタル被告人ヲ補佐シ得ヘキモノニシテ出廷セサル被告人ヲ補佐スル能ハサルモノトス出廷セサル被告人ノ爲メ訴訟行爲ヲ爲スカ如キハ補佐ニアラスシテ代理ナリ

辯護人

辯護ノ意義及種類

## 第二款　辯護人

### 第一項　辯護ノ意義及種類

辯護トハ被告人ニ對シ爲サレタル國家刑罰權ニ基キタル攻擊ニ對スル防禦ヲ謂フ辯護ハ之ヲ分テ左ノ各種ト爲スコトヲ得

第一　訴訟手續ニ關スル辯護

訴訟手續上ノ辯護トハ攻擊ノ訴訟手續上ノ形式ニ對スルモノニシテ攻擊カ刑事訴訟法ノ規定ニ適合セストノ理由ヲ以テ之ヲ防禦スルヲ謂フ例ハ公訴ノ提起カ形式ニ違ヒタルト云フカ如キ裁判所ハ管轄違ナリト云フカ如キ裁判カ公開ナラスト云フカ如キハ孰レモ訴訟上ノ手續ノ違反ヲ以テ辯護スルモノナリ之ニ反シテ公訴ノ本案ニ對スル辯護ハ攻擊其モノ即チ公訴ノ內容ニ對シ辯護スルモノニシテ或ハ被告ニ罪責ナシ從テ國家ハ元來被告人ニ對シ刑罰權ナシトスル辯護又ハ被告人ニ幾分ノ罪責アルモ其罪責タル輕微ニシテ公訴セラレタル如キ罪責ナシトスルカ如キ辯護ヲ謂フ例ハ犯罪ノ事實ナシト爭フカ如キ刑ノ免除若ハ減刑ノ情狀ヲ主張スルカ如キ孰レモ本案ニ對スル辯護即チ公訴ノ內容ニ對スル辯護ナリ

第二　實質上ノ辯護及形式上ノ辯護

一　實質上ノ辯護　之ヲ辯護ノ實質ヨリ解スレハ被告人ノ利益ノ爲メ國家刑罰權ニ基ク攻擊ニ對スル防禦タル以上ハ總テ之ヲ辯護ナリト稱スルヲ得ヘシ被告人自身カ辯護スルト辯護人若ハ補佐人カ辯護スルト檢事カ被告人ヲ辯護スルトニ依リ之ヲ擇ム所ナシ之ト同一理ニ依リ裁判所カ被告人ノ利益ノ爲ニスル審理行爲ハ辯護ナリ第一ニ辯護權ヲ有スル者ハ被告人ナリ苟モ

刑事訴訟ニ於テ正當ナル判決ヲ得ント欲セハ裁判所ハ被告人ヲシテ充分ニ辯護權ヲ行使シ得ヘキ自由ト機會トヲ與フルハ裁判所ノ任務ナリ裁判所ハ公平ノ態度ヲ以テ訴訟ヲ指揮シ以テ被告人ヲシテ正當ナラサル攻擊(若シアラハ)ヲ充分ニ防禦スルヲ得セシメサルヘカラス加之事實發見ノ爲メ相當ナリト思料スルトキハ積極的ニ被告人ノ利益ノ爲メ證據調ヲ爲スヘキナリ又檢事ハ獨リ公訴ノ維持ニノミ力ヲ盡スヘキモノニアラスシテ事實ノ眞相ニ合スル處置ヲ採ルヘキモノニシテ場合ニ依リ被告人ヲ辯護シ其爲シタル公訴ニ反對スル行爲ヲ積極的ニ爲サヽルヲ得ス斯ノ如ク訴訟ノ主體タル被告、裁判所及檢事カ爲スヘキ辯護ヲ稱シテ實質上ノ辯護(Materielle Verteidigung)ト稱ス

二　形式上ノ辯護　上述ノ實質上ノ辯護ノミニテハ被告人ノ正當ナル利益ヲ充分ニ保護スルニ足ラサル場合アリ且又正義ニ合シ實質的眞實ニ適スル判決ヲ望ムコト困難ナル場合ナキニアラス正義ニ合シ實質的眞實ニ適スル判決ヲ得ント欲セハ被告人ノ爲メ特定ノ人ヲシテ辯護ヲ擔任スルヲ得セシメサルヲ得ス辯護ノ爲メ特ニ定メラレタル人ニ依ル辯護ハ之ヲ稱シテ形式上ノ辯護(Formelle Verteidigung)ト云フ實質上ノ辯護ハ形式上ノ辯護ニ依リ其完全ヲ望ムヲ得ヘク又實質上ノ辯護ハ裁判カ實質的眞實ニ合スルヲ以テ目的トスルモノナレハ如何ナル場合タルトヲ問ハス決シテ無益ノモノニアラス我刑事訴訟法ノ如ク公判ニ於テノミ辯護人ヲ許ス制度ニ於テハ特ニ必要缺クヘカラサルモノニ屬ス

公訴ノ原告タル檢事ハ法律ヲ知リ裁判事務ニ熟達シタル國家ノ官吏ナリ刑事訴訟ノ彈劾方式ヨリ生スル當事者同等ノ原則(Grundsatz der Parteigleichkeit)ヨリスレハ被告人モ亦檢事ト同シク法律ヲ知リ裁判事務ニ通スル人ヲ補佐人トシテ使用スルコトヲ得セシムルコト即チ被告人ヲシテ形式上ノ辯護ヲ得セシムルノ必要アルハ多辯ヲ要セサルナリ

辯護ノ爲メ特ニ定メラレタル人即チ形式上ノ辯護ヲ擔任スル人之ヲ辯護人ト云フ辯護人ノ性質ヲ言ヘハ被告人ノ補佐人ニシテ代理人ニアラス即チ被告人ト共ニ出廷シ被告人ノ爲メ辯論スルモノナリ辯護人ハ被告人ノ代理人ニアラ

官選辯護人及自選辯護人

サルモ被告人ノ爲ニ訴訟行爲ヲ爲スコトアリ(此點ハ後段ニ說クヘシ)

## 第二項　官選辯護人及自選辯護人

### 第一　必要的辯護人 (Notwendige Verteidigung)

之ヲ純理ヨリスレハ形式上ノ辯護ハ如何ナル被告ニ對シテモ之ヲ許シ又訴訟ノ如何ナル程度タルトヲ問ハス之ヲ許スヲ相當トスルカ如シ又原告ノ職務ハ國家ノ官吏之ヲ擔當スルカ如ク被告人ノ辯護モ亦各事件毎ニ國家ノ官吏ヲシテ擔當セシムルヲ以テ相當トスルカ如シ然レトモ是等ハ孰レモ机上ノ空論ニシテ實際ニ之ヲ行フ能ハサルモノトス故ニ各國共ニ特定ノ事件ニ限リ形式的ノ辯護ヲ必要ナリト規定セリ我刑事訴訟法ニ於テモ亦各國ト同シク事件重大ナルカ又ハ被告人ニ特ニ辯護ヲ必要トスヘキ事情アル場合ニ限リ辯護人ノ立會ナクシテ裁判ヲ爲スコト能ハサルコトヲ定ム茲ニ注意スヘキハ法律カ辯護人ノ立會ヲ必要トシタル所以ハ獨リ被告人ノ利益ノミヲ眼中ニ置キタルニアラスシテ裁判ノ中正ヲ得ントスル公益保持ノ精神ヲモ包含スル一事是ナリ故ニ法律カ辯護人ノ立會ヲ必要トシタル場合ニ於テハ被告人ハ此利益ヲ拋棄シ辯護人ノ立會ナクシテ裁判ヲ受クル能ハサルモノトス斯ノ如キ辯護ヲ稱シテ必要的辯護ト云フ

### 第二　官選辯護人

官選辯護人ヲ必要トスル場合二アリ其一ハ法律カ辯護人ノ付添ヲ必要ナリトスル場合ニシテ其二ハ裁判所カ辯護人ノ付添ヲ必要ナリトスル場合ナリ

甲　法律カ辯護人ノ付添ヲ必要トスル場合

我刑事訴訟法ニ於テ絕對的ニ辯護士ノ付添ヲ必要トスルハ被告事件重罪事件ニ係ル場合ニ限ル(二三七第一項)而シテ重罪事件トハ死刑無期亦ハ短期一年以上ノ懲役若ハ禁錮ニ該ル被告事件ヲ謂フ(刑施二九)被告事件重罪ニ係ルトキハ辯護人ノ立會ナクシテ公判ヲ爲スコトヲ得ス故ニ重罪事件ニ付テハ開廷前裁判長又ハ受命判事ハ裁判所書記ノ立會ニ依リ被告人ニ對シ辯護人ヲ選任シタルヤ否ヤヲ問フヘキモノトス(二三七第一項)若シ被告人ニ於テ辯護人ヲ選任セサルトキハ裁判長ハ職權ヲ以テ其裁判所所屬ノ辯護士中ヨリ之ヲ選任スヘキモノトス被告人數名アルトキハ數名ノ辯護人ヲ選任スヘキヲ以テ原則トスレ

トモ各被告人及辯護人ニ於テ異議ナキトキハ辯護士一名ヲシテ被告人數名ノ辯護ヲ爲サシムルヲ得ルモノトス(三七二項)然レトモ各被告人間ニ利害ノ關係相異ナル場合ニ於テハ縱令各被告人及辯護士ニ於テ異議ナシトスルモ辯護士一名ヲシテ各被告人ノ辯護ヲ爲サシムルコトヲ得スシテ各利害ヲ異ニスル被告人毎ニ辯護人ヲ選任セサルヘカラス是レ法律カ必要辯護ヲ認メタル精神ヨリ斯ノ如ク解釋セサルヲ得ス外國ノ立法例ニ依レハ此點ヲ明文ヲ以テ規定シタルモノナキニアラス獨逸ノ如キハ其例ナリ最初重罪事件ニアラストシテ受理シタル事件ニシテ裁判所カ重罪事件ナリト思料スルトキ(刑訴一二四)又ハ控訴審ニ於テ輕罪事件トシテ受理シタル事件ヲ重罪ナリトスルトキ若ハ其事件ヲ重罪ナリトシテ主タル控訴若ハ附帶控訴アリタルトキハ辯護人ノ立會ナクシテ公判ヲ爲スヲ得サルモノトス(二六四)此場合ニ於テモ前述スル所ト同樣ノ手續ヲ爲スヘキモノトス

乙　裁判所カ辯護人ノ付添ヲ必要トスル場合

被告事件重罪ニアラサルモ被告人ノ如何ニ從ヒ又ハ事件ノ摸樣ニ從ヒ裁判所カ辯護人ノ付添ヲ必要ナリトスルトキハ裁判所ハ檢事ノ申立ニ依リ又ハ職權ヲ以テ其事件ノ公判ニ辯護人ヲ立會シムヘキ場合アリ其場合左ノ如シ」

第一　被告人十五歲未滿ナルトキ

第二　被告人婦女ナルトキ

第三　被告人聾者若ハ啞者ナルトキ

第四　被告人精神病ニ罹リ又ハ意識不充分ナル疑アルトキ

第五　被告事件ノ摸樣ニ依リ裁判所ニ於テ辯護人ヲ必要トスルトキ

以上ノ場合ニ於テ辯護人ヲ必要トスルヤ否ヤハ裁判所ノ自由裁量ニ依リ之ヲ決スヘキモノトス故ニ前述第一乃至第五ノ場合ニ於テ辯護人ヲ附セサルコトアルモ形式上不當アリト云フ能ハス此場合ニ於テハ裁判所カ辯護人ヲ必要トスルニ拘ラス被告人ニ於テ辯護人ヲ選任セサルトキハ裁判長ハ職權ヲ以テ其裁判所所屬辯護士中ヨリ辯護人ヲ選任スヘキモノトス此場合ニ於テハ被告人若ハ辯護士ノ異議如何ニ關セス辯護士一名ヲシテ被告人數名ノ辯護ヲ爲サシムルヲ得ヘシ是レ此場合ハ辯護人ヲ付スヘキヤ否ヤハ裁判所

ノ自由裁量ニ依リ決スヘキモノナレハ一名ノ辯護士ヲ以テ足レリトスヘキヤ又數名ノ辯護士ヲ必要トスヘキヤモ亦裁判所ノ自由裁量ニ在リト云ハサルヲ得ス(一七九ノ二)

### 第三　自選辯護人

被告人ハ辯論ノ爲メ辯護人ヲ用ヰルコトヲ得(一七九)而シテ被告人カ辯護人ヲ用ヰント欲セハ自ラ辯護人ヲ選マサルヘカラス被告人カ選ミタル辯護人ハ之ヲ自選辯護人ト稱シ之ヲ裁判所カ選ミタル辯護人即チ官選辯護人ト區別セリ既ニ被告人ニ於テ自ラ辯護人ヲ選任シタル以上ハ裁判所ハ被告人ノ爲メ更ニ辯護人ヲ選任スルノ必要ナシ故ニ被告人ニ自選辯護人アル場合ハ官選辯護人ナルモノヲ必要トセス其官選辯護人ヲ必要トスルハ自選辯護人ナキ場合ニ限ル法律カ一定ノ事件ノ審判ニハ辯護人ノ立會ヲ必要トスルニ拘ラス被告人ニ於テ辯護人ヲ依頼スルノ資力ナキカ又ハ之ヲ欲セサルカ爲メ若ハ其他ノ理由ニ依リ辯護人ヲ自選セサル場合ニ於テノミ官選辯護ハ必要ヲ見ルモノトス

## 第三款　辯護人ノ任務及其權利義務

辯護人ノ任務及其權利義務

### 第一項　辯護人ノ任務

辯護人ノ任務

辯護士ノ任務ハ前述シタル處ニ依リ明ナルカ如ク實質的眞實ニ合シ中正ナル判決ヲ得ルカ爲メ被告人ノ爲メ國家刑罰權ニ基ク攻擊ヲ防禦スルニ在リ辯護人ハ被告人ノ爲ニ計リ之カ補佐ヲ爲スコトヲ以テ其最モ直接ナル任務トスレトモ同時ニ此任務ハ正義ヲ貫徹スル爲メ之ヲ爲スヘクシテ單ニ被告人ノ利益ノミヲ計ルモノニアラサルコトヲ忘ルヘカラス故ニ辯護人ノ任務ハ之ヲ二分スルヲ得ヘシ其一ハ被告人ノ利益ノ爲ニスル任務ニシテ其二ハ正義ノ命スル所ニ從ヒ之ヲ行フ任務ナリトス左ニ區別シテ之ヲ說明スヘシ

第一　被告人ノ利益ノ爲ニスル辯護人ノ任務

辯護人ノ被告人ノ爲ニスル任務ハ之ヲ積極的及消極的ノ二ト爲スヲ得ヘシ

甲　辯護人ノ積極的義務　辯護人ハ被告人ノ辯護ニ該ル各種ノ行爲ヲ爲スノ任務ヲ有ス被告ノ利益ノ爲メ主張シ又ハ實施シ得ヘキモノハ必ス之ヲ主張シ又ハ實施スヘキモノトス故ニ原告官ノ攻擊ヲ以テ訴訟手續上欠缺アルモノトシ若ハ許スヘカラサルモノトシ又ハ攻擊ヲ實體上理由ナキモノト爲シ

又ハ相當ノ程度ヲ超越シタルモノト爲シ之ヲ明ニスルカ如キハ辯護人ノ任務ナリ辯護人ニシテ斯ル場合ニ臨マハ被告人ニ助言シテ之ヲ爲サシメ被告人ノ爲シタル申立ヲ補充シ又ハ被告人ニ代テ被告人ニ屬スル訴訟行爲ヲ爲シ以テ被告ノ利益ヲ保護スヘキモノトス辯護人ニシテ斯ノ如キ行爲ヲ爲スヲ怠ルカ如キハ義務懈怠タルヲ免レス

乙　辯護人ノ消極的義務　辯護人ハ被告ニ對スル攻擊ニ相當スヘキ各種ノ行爲ヲ爲スヲ得ス故ニ辯護人ニ於テ特別ノ事情ニ依リ被告ニ不利益ナル事實若ハ證據ヲ知リ居ルモ辯護人トシテ之ヲ主張スル能ハサルモノトス辯護人ハ被告人ノ攻擊ニ當ルカ如キ法律上ノ辯論ヲ爲スヘキモノニ非ス假令被告ニ罪責アリトノ心證ヲ得タリトスルモ之ニ依リ直ニ有罪ノ辯論ヲ爲スヲ得ヘキモノニアラス何人モ一見有罪ナリト思料スルカ如キ事案ニ於テモ尙ホ其實無罪タル場合ナキニアラス故ニ一見有罪ノ如ク見ユル場合ニテモ常ニ被告人ノ利益トナル事實ニ付キ思慮ヲ費スヘキナリ若シ夫レ辯護人ニシテ到底被告ノ無罪若ハ其利益タル事項アルコトヲ信スル能ハサル場合ニ於テハ沈默スヘキナリ其信スル所ヲ吐露シ以テ被告人ヲシテ不利益ニ陷ラシムルカ如キ行爲ハ斷シテ之ヲ避ケサルヘカラス斯ル場合ニ於テ辯護人カ尙ホ被告人ノ利益ヲ計リタリトテ決シテ之ヲ非難スヘキモノニアラス何トナレハ實質上ノ眞實ニ合スル中正ナル判決ヲ爲スノ任務ヲ有スル者ハ裁判官ニシテ辯護人ノ任務ニアラス而シテ辯護人カ專ラ被告人ノ利益ヲ代表シ主トシテ原告ノ主張ヲ貫徹セントスル傾アル原告官ノ攻擊ニ對抗スルハ裁判所ヲシテ實質上ノ眞實ニ合スル中正ナル判決ヲ得セシムル所以ナリ故ニ辯護人カ專ラ被告ノ利益ヲ代表スルハ刑事訴訟ノ目的ヲ達セシムル所以ナリ以上ノ議論ノ正當ナルコトハ我他ノ諸法律ニ依テ之ヲ證明スルヲ得ヘシ辯護人カ其業務上取扱ヒタルコトニ付キ知得シタル事項ニ關シテ辯護人カ民事若ハ刑事事件ノ證人トシテ呼出サレタル場合ト雖モ證言ヲ拒ムコトヲ得ヘシ(民訴二五第一項第二號、二九八第二號)然ルニ辯護士ニシテ證言ヲ拒ミ得ヘキニ拘ラス業務取扱ニ付キ知得タル人ノ祕密ヲ漏泄シタルトキハ場合ニ依リ六月以下ノ懲役又ハ百圓以下ノ罰金ニ處セラルヘシ(刑法三四一)是等ノ法律規定ニ依リ辯護人

ハ被告ノ不利益ナル事項ヲ發言スルニ及サルコト更ニ精密ニ言ヘハ斯ル事項ヲ發言ス可ラサル精神ヲ知ルヲ得ヘシ

第二　正義ノ命スル所ニ從ヒ辯護ヲ行フノ任務

辯護人ハ被告ノ利益ヲ計ルヲ以テ任務トスル者ナレトモ之ト同時ニ被告人ノ辯護ハ正義ノ貫徹ヲ計ルカ爲ニ設ケラレタルモノニシテ獨リ被告人ノ利益ノミヲ計ルノ趣旨ニ出テタルモノニアラサルコトヲ忘ルヘカラス然レトモ辯護人カ被告事件ニ關シ積極的ニ實質的眞實ニ合シ正義ニ適スル行爲ヲ爲スヘキ任務ヲ有スルニアラサルコト前述シタル所ニ依リテ明ナリ辯護人ノ此點ニ關スル任務ハ消極的ナリトス即チ辯護人ハ眞實及正義ノ貫徹ヲ妨ケ又ハ之ヲ困難ナラシムルカ如キ積極的行爲ヲ爲スヘカラサル任務ヲ有スル者ナリ故ニ辯護人ハ事案ノ實相ニ從ヘハ正當ナリト思料セラルヽ攻擊ヲ以テ詭辯ヲ弄シ不正當ナリト辯スヘキモノニアラス又被告ニ對スル攻擊カ縱令正當ニアラスト思考スルモ之ヲ辯護スル爲メ不正ノ手段ヲ用ヰルコトヲ得ス法律カ刑事事件ニ關シ證憑ヲ湮滅シ又ハ僞造ノ證據ヲ使用スル行爲ヲ罰スルノ規定ハ辯護人ニモ適用セラルヽコト疑ナキ所ナリ此規定ハ以上ノ議論ノ誤ラサル所以ヲ示ス一端ナリ辯護人カ自己ノ良心ニ背キ積極的ニ詭辯ヲ弄シテ被告人カ眞ニ其受クヘキ刑罰ヲ免カレシムカ如キハ三百代言的ノ行爲ニシテ廉恥ヲ破ルコト甚シキモノナリ外國ノ刑法中明文ヲ以テ斯ル行爲ヲ罰スルモノナキニアラス（例獨刑二五七）

辯護人ノ權利及義務

## 第二項　辯護人ノ權利及義務

辯護人ノ權利及義務ハ上述ノ辯護人ノ任務ヨリ出ツ辯護人ハ上述ノ任務ヲ實行スルニ必要ナル行爲ハ之ヲ爲シ得ヘキモノナラサルヘカラス辯護人カ其任務ヲ實行スル爲メ爲シ得ヘキ事項ハ辯護人ノ權利ニシテ同時ニ其義務ナリ辯護人ノ此權利及義務ハ之ヲ辯護材料ノ收集及其收集シタル材料ノ利用ノ二ト爲スコトヲ得

第一　辯護材料ノ收集　辯護人ハ苟モ辯護ノ資料タルヘキ諸般ノ材料ハ悉ク之ヲ細心收集セサルヘカラス換言スレハ辯護人ハ被告ノ爲メ利益タルヘキ事項ノミナラス其不利益ナル事項ニ就テモ明確ニ之ヲ詳知スルヲ要ス被告人ノ爲

メ利益及不利益ナル諸般ノ事項ヲ詳知スルニアラサレハ適切ナル辯護ハ之ヲ望ム能ハス左レハ辯護ノ材料ノ收集ハ辯護人カ被告事件ニ關スル諸般ノ事項ヲ詳細ニ知得スルニ依リ之ヲ望ムコトヲ得ヘキナリ斯ル必要ニ應スルカ爲メ法律ハ辯護人ニ許スニ左ノ事項ヲ以テス

甲　被告人ト簡易ニ接見シ得ルノ權利　辯護人カ自由ヲ拘束セラレサル被告人ト何時ニテモ接見シ得ヘキハ言ヲ俟タル所ナリ此點ハ之ヲ辯護人ノ權利ト云フニ足ラス通常人カ自由ヲ拘束セラレタル被告人ト接見セントスルニハ氏名、身分、職業、住所、年齢、在監者トノ續柄及面談ノ要旨ヲ申述ヘ許可ヲ願出ツヘキモノトス然ルニ辯護人カ在監人ト接見セントスルニハ其氏名、職業及住所ノミヲ申述フヘキモノトス但辯護士ニアラスシテ裁判所ノ允許ヲ得テ辯護人トナリタル者ハ允許ノ證明ヲ爲スヲ要ス(監獄法四五監獄法施行規則一二五)然レトモ我刑事訴訟ニ於テハ未タ辯護士ノ信用甚タ大ナラスシテ在監者ト自由ニ接見シ書面ヲ往復スルヲ許スノ機運ニ達セス

乙　審問ニ立會在廷スル權利　辯護人ハ公判以後ニ於ケル審理ニ立會スルノ權利アリ被告人自身ハ審理ニ立會スルノ權利ナキ場合ト雖モ辯護人ハ尚ホ之ニ立會スルヲ得ルコトアリ證人又ハ共同被告人カ被告ノ面前ニ於テ充分ナル供述ヲ爲スコトヲ得サルモノト認メラルヽ場合ニ於テ裁判長ハ證人又ハ共同被告人ノ供述中被告人ヲ退廷セシムルヲ得ルモ辯護人ハ引續キ證人又ハ共同被告ノ審問ニ立會スルヲ得ルモノトス(一七九)又裁判所カ事實發見ノ爲メ必要ナリトシテ臨檢ノ處分ヲ爲ス場合(二八三)若ハ被告人カ審問ヲ妨ケ又ハ不當ノ行狀ヲ爲シ裁判長ヨリ退廷又ハ拘留ヲ命セラレタル場合(一八二第二項)ニ於テモ辯護人ハ其臨檢又審問ニ立會スルヲ得ヘキモノトス尤モ此點ニ關シテハ法律上ノ明文ヲ缺クト雖モ事案ノ性質上斯ノ如ク解セサルヲ得ス又我裁判上ノ慣習モ亦之ヲ認ムルモノヽ如シ辯護人ニシテ公判ノ審理若クハ臨檢立會スルノ權利アルノ結果トシテ之カ爲メ適式ニ呼出ヲ受クヘキ權利アルモノトス尤モ此點ニ付キ控訴審ノ公判ニ關シ刑事訴訟法第二五六條ニ明文アリト雖モ第一審ノ公判檢證等ニ關シテハ明文ヲ缺クト雖モ上述ノ如ク解釋スヘキコトニ關シ爭ナキモノヽ如シ

丙　訴訟記錄ノ閲覽又ハ抄寫ノ權利　被告人ハ訴訟記錄ヲ閲覽又ハ抄寫スルノ權利ナシト雖モ辯護人ハ裁判所ニ於テ訴訟記錄ヲ閲覽シ且ツ抄寫スルヲ得ルモノトス(一八)我刑事訴訟法ニ於テハ公判後ノ手續ニ於テ辯護人ヲ認ムルモノナレハ辯護人ノ訴訟記錄ノ閲覽抄寫ノ權利ハ獨リ公判手續ニ於テ之ヲ認ムルモノニシテ豫審手續ニ於テ之ヲ認メス

丁　證據監督ノ權利 (Das Recht der Beweiskontrole)　辯護人ハ證據調ニ際シ被告人辯護上利益ノ爲メ爲シ得ヘキモノアラハ遺漏ナク之ヲ爲スヘク又不當ニ被告ノ利益ヲ害スルコトナカラシムル爲メ之カ注意ヲ爲スノ義務アリ故ニ辯護人ハ辯論ニ必要ナリトスル事項ヲ分明ナラシムル爲メ證人ヲ訊問スヘキコトヲ裁判長ニ求ムルコトヲ得(一九四)鑑定人又ハ共同被告人ニ對シテ別ニ明文ナキモ實際ノ慣行ニ於テハ證人ト同シク之ニ對スル發問ヲ求メ得ルモノトス若シ裁判長又ハ檢事カ證人、鑑定人、共同被告人ニ對シ不當ノ問ヲ發シタルトキハ辯護人ハ之ニ對シ異議ノ申立ヲ爲スノ權利アリ(一九九)辯護人カ證據調ノ申立ヲ爲スカ如キモ亦此權利ニ屬ス

戊　裁判外ノ調査權　辯護人ハ裁判所ニ於テ被告ノ利益ヲ保護スルノ外裁判所外ニ於テモ被告ノ利益トナルヘキ事項ヲ調査スヘキモノトス例ハ被告ニ責任能力アリヤ否ヤ又被告ノ爲メ不利益ノ證言ヲ爲シタル證人ハ元來信用スヘキヤ否ヤ其他被告事件ニ關シ辯護ノ材料ト爲ルヘキ事項ニ關シテハ辯護人カ裁判外ニ於テ之ヲ調査スヘキモノニ屬ス

第二　收集シタル辯護材料ノ利用　辯護人カ辯護ヲ爲ストハ其收集シタル材料ヲ被告ノ辯護ノ爲メ之ヲ利用スル謂ニ外ナラス即チ辯護トハ其收集シタル材料ニ基キ刑罰權ヲ原由トスル攻擊ニ對シ法律上許サルヘキ方法ヲ以テ之ヲ防禦スルヲ謂フ辯護ノ方法ハ被告人ニ助言ヲ與ヘ之ヲ補佐シ之ヲ代理スルニアリ其形式ハ訴訟ノ模樣又ハ訴訟進行ノ程度ニ從ヒ或ハ口頭ヲ以テ爲スヘキ場合アリ或ハ書面ヲ以テスヘキ場合アリ左ニ之ヲ畧示スヘシ

甲、助言　被告人ニ於テ法律上ノ知識ナキカ爲メ其爲シ得ヘキ權利ヲ行使セサルコトアリ又被告人ハ法律全體ニ對スル概念ヲ有セサル爲メ其權利ヲ有効ニ行使スル方法ニ付キ惑フコトアリ斯ル場合ニ於テ辯護人ハ被告人ニ相

當ナル助言ヲ與ヘ其權利ヲ適法ニ行使セシムルヲ得ヘキナリ辯護人カ被告事件ニ關スル諸般ノ事項ヲ詳知シタル後被告人ニ對シ相當ノ助言ヲ與フルコト必要ナルコト少カラス

乙　補佐　辯護人ノ主要ナル任務ハ補佐ニ在リ訴訟書類ヲ立案シ又ハ之ニ署名シ又被告ト共ニ期日ニ出廷シ之カ爲ニ辯スルカ如キハ辯護人ノ主要ノ任務ニシテ就中辯護人カ或ハ適當ナル申立ヲ爲シ或ハ被告人ノ利益ノ爲ニ事實上及法律上ニ涉ル辯論ヲ爲シ或ハ被告ノ申立ヲ釋明シ之ヲ補充シ之ヲ援護スルカ如キハ辯護ノ要部ヲ成スモノナリ

丙　代理　辯護人ハ被告人ノ箇々ノ訴訟行爲ニ付キ之ヲ代理スルコトアリ辯護人カ訴訟手續ニ關シ申立ヲ爲スカ如キ又判決ニ對シ上訴ヲ爲スカ如キ又上告審ニ於テ辯護士ヲシテ辯論セシムルカ如シ(二四三八三)辯護人カ被告ヲ代理スル場合ニ於テハ本人タル被告ノ意思ニ重ヲ置クヘキ場合アリト雖モ(二四三)本人ノ意思ニ依ラス又本人ノ意思ニ反對スル場合ナキニアラス辯護士カ裁判長ニ對シ被告ノ訊問ヲ求ムルカ如キ又被告ノ欲セサル證據調ノ申立ヲ爲スカ如キ又被告ノ知ラサル若ハ欲セサル上告趣意書又ハ答辯書ヲ差出スヲ得ルカ如シ斯ノ如キ場合ニ於テモ辯護人ハ被告ノ依賴ニ依リ若ハ官選ニ依リ被告ノ利益ヲ代理スル者ナレハ解任ナキ以上ハ被告ノ代理人タルヲ失ハス

辯護人ハ第一項ニ述フルカ如キ任務ヲ有スルモノナレハ法律ニ別段ノ規定(例四三)ナキ以上ハ其任務ニ該當スル各權利ノ行使ハ被告ノ意思如何ニ拘ラス之ヲ爲シ得ヘキモノト解釋スヘキナリ(Birkmeyer, S. 361)是レ苟モ辯護人トシテ選定セラレタルモノハ辯護人ニ屬スル任務ヲ行ヒ得ヘシト解スルハ當然ノ事理ニ屬スレハナリ故ニ辯護人カ被告ヲ代理スルモ特別ノ委任ヲ要セス辯護人タル任務ハ當然斯ノ如キ委任ヲ包含スルモノト解スヘキナリ斯ノ如ク解スルトキハ辯護人ノ行爲(申立モ包含ス)被告ノ行爲(同上)ト相牴觸スルトキハ其執レヲ採ルヘキカノ疑問ヲ生ス斯ル疑問ヲ生シタル場合ニハ被告人ノ正當ナル利益ニ合スル行爲ニ據ルヘキモノトス(Birkmeyer, S. 361.)

## 第四款　辯護人ノ選任

辯護人ニ自選ト官選ノ別アルコト前既ニ之ヲ述ヘタルカ如シ自選ト官選トノ別ニ從ヒ選任スヘキ人、選任セラルヘキ人、選任ノ方法及內容ニ付キ差異ナキ能ハス

第一　自選辯護人ノ選任

我刑事訴訟法ニ依レハ辯護人ヲ自選シ得ヘキモノハ被告人自身ノミ(一七九)外國刑事訴訟法ニ從ヘハ被告人ノ法定代理人又ハ親族モ亦辯護人ヲ選任スルノ權限アリト定メタルモノナキニアラスト雖モ我刑事訴訟ハ之ヲ認メス而シテ辯護士ハ其裁判所ノ所屬辯護士ヨリ選任スヘキモノトス其裁判所々屬ニアラサル辯護士ヲ選任セントスルトキ若ハ辯護士ニアラサル者ヲ辯護人ト爲サントスルニハ其裁判所ノ允許ヲ得サルヘカラス被告人カ何人ヲ選ムヘキヤハ一ニ被告人ト其選マルヘキ辯護人トノ合意ニ依リテ決セラルヘキモノナリ被告ヨリ選任セラレタルモノハ之ヲ受諾スル義務ヲ有スルモノニアラス辯護人ノ選任アリタルトキハ被告ヨリ其旨裁判所ニ屆出ツヘキモノトス但裁判所ノ允許ヲ要スル場合ニハ其者ノ願出ヲ要スルハ論ヲ俟タス辯護ハ何時ヲ以テ始マリ何時ヲ以テ終ルヘキヤハ被告人ノ意思ニ依リ定マル故ニ被告人ヨリ辯護屆アリタルトキハ裁判所ハ辯護人ノ付添アルモノトシテ取扱フヘク又辯護屆ノ取消アリタルトキハ辯護人ノ付添ナキモノトシテ取扱フヘキモノトス何ントナレハ自選辯護ノ場合ニ在リテハ辯護人ヲ用ユルト否トハ被告人ノ自由ナル權能ニ存スルモノナレハナリ但シ允許ニ依リ辯護人トナル者ニシテ其允許カ取消サレタル場合ニハ被告人カ辯護屆ヲ取消サヽルモ辯護人ノ付添ナキモノトシテ取扱フヘキモノナリ

第二　官選辯護人ノ選任

官選辯護人ヲ選任スルハ受訴裁判所ノ裁判長ナリトス裁判長カ辯護人ヲ選任スヘキ場合二アリテ一ハ法律ヲ以テ辯護人ノ附添ヲ必要トスル場合ニシテ其二ハ裁判所カ辯護人ノ附添ヲ必要トスル場合ナルコト前既ニ之ヲ述ヘタルカ如シ(第二款第二項)裁判長ヨリ辯護人トシテ選任セラルヘキ者ハ其裁判所所屬ノ辯護士ナリトス辯護士ニアラル者又ハ辯護士ナルモ裁判所ノ所屬ニアラサルトキハ官選辯護人ニ選任セラルヘキモノニアラス(一七九條ノ二第二項、二三七第二項)辯護人ニ選任セラレタル者ハ之ヲ拒ムコトヲ得ス

裁判所、検事局及被告人間ノ關係
裁判所ト検事局及被告人トノ關係

# 第四章　裁判所、検事局及被告人間ノ關係

## 第一節　裁判所ト検事局及被告人トノ關係

彈劾方式ヲ採用シタル我刑事訴訟法ノ下ニ在リテハ刑事訴訟ナルモノハ原告、被告人及裁判所間ノ三面的法律關係ナルコト既ニ之ヲ述ヘタルカ如シ此三面的法律關係ハ之ヲ左ノ三箇ノ兩面的法律關係ニ分テ之ヲ論スルヲ得ヘシ

第一　原告ト裁判所間ノ法律關係

第二　被告人ト裁判所間ノ法律關係

第三　原告ト被告人間ノ法律關係

而シテ原告ト被告人トハ裁判所ニ對シ直接ノ關係ヲ有スルモ原告ト被告人トハ間接ノ關係ニシテ裁判所ノ仲介ニ依リ權利義務關係ヲ有スルモノナルコトモ亦前既ニ之ヲ述ヘタルカ如シ裁判所ト原告若ハ被告人トノ關係ハ平等關係ニアラスシテ上下ノ關係アルモノナリ即チ裁判所ハ上位ニアルモノニシテ原告若ハ被告人ハ下位ニアル者ナリ之ニ反シテ原告ト被告人トノ關係ハ平等關係ヲ有スヘキモノナリ又一面ヨリ之ヲ觀レハ原告ノ事務ヲ取扱フ検事局ハ裁判所ト同シク一個ノ國家ノ機關タル官廳ナレハ検事局カ必スシモ裁判所ノ下位ニ立ツモノト云フ能ハス即チ裁判所ト検事局トハ諸般ノ關係ニ於テ對等ノ地位ニ在ルモノナリ然レトモ検事カ原告トシテ訟廷ニ立ツ場合ニ於テハ被告ト同シク一個ノ當事者トシテ裁判所ノ裁判ヲ受クルモノニシテ裁判所ノ指揮命令ニ服從スルモノナリ左レハ此關係ニ於テ検事局ハ裁判所ト對等ノ地位ヲ保ツモノニアラスシテ裁判所ノ下位ニ在ルモノナリ左ニ之ヲ略論スヘシ

裁判所ニ對スル當事者特ニ被告人ノ地位

### 第一款　裁判所ニ對スル當事者特ニ被告人ノ地位

検事局ハ國家ノ一機關タル一官廳ナルト検事局ハ原告ノ事務ヲ執ルノ外尚ホ其他ノ諸般ノ事務ヲ取扱フトノ二事ニ依リ検事局カ原告ノ事務ヲ取扱フ場合ニ於テモ尚ホ之ヲ以テ被告ト全然同一ナル純然タル當事者トシテ取扱フ能ハサル場合ナキニアラス講法ノ便宜上此點ノ説明ハ之ヲ次項ニ讓リ本項ニ於テハ検事局モ亦被告ト同等ナル一平民ト假定シ裁判所ニ對スル當事者ノ地位ヲ説明シ以テ特ニ被告ノ裁判所ニ對スル地位ヲ明ニスヘシ

甲　當事者ノ訴訟行爲ト裁判所ノ裁判　當事者ハ如何ナル訴訟行爲ヲ爲スモ其自由ニシテ裁判所ノ制肘ヲ受クルコトナシ當事者ハ其判斷ニ從ヒ訴訟ノ如何ナル手段ニ依ルヘキヤ又如何ナル方式ヲ用ユヘキヤハ一ニ其自由ニ存ス當事者ハ其利益ナリト思料スル所ニ從ヒ訴訟行爲ノ外形及內容ヲ定ムルヲ得ルモノナリ然レトモ刑事訴訟ノ實質ニ關スル事項ニ就テハ裁判所ハ當事者ノ申出ニ拘束セラルヽコトナシ裁判所ハ刑事訴訟ノ實質ニ關スル材料ニ就テハ何人ノ申出ニモ拘束セラルヽコトナク其自由ナル判斷ニ基キ之ヲ釋明シ之ヲ補充スルヲ得ヘク(九一、九八、一〇二、一三八、二三九)又自由ナル判斷ニ從ヒ其價値ヲ決スヘキナリ(〇九)」

乙　裁判所ト當事者トノ上下ヲ示スヘキ訴訟方式　當事者ハ其訴訟行爲ヲ爲スニ當リ裁判所ノ下位ニ在ルコトヲ示スヘキ方式ヲ採ラサルヘカラス當事者ハ裁判所ニ對シ原告人トシテ立ツ者ナリ而シテ裁判所ニ對スル其發言ハ之ヲ申立、申請ト云フ之ニ反シテ裁判所ハ當事者ノ申立若ハ申請ノ當否ヲ國家ノ名ヲ以テ判定シ之ヲ言渡ス而シテ其言渡シタル判定ハ當事者ヲ拘束スル效力アル宣言ニシテ法律上之ヲ裁判(判決、決定、命令)ト稱ス裁判ヲ以テ當事者ノ申立若ハ申請ヲ或ハ採用シ或ハ却下シ或ハ棄却スルヲ得

丙　當事者ノ訴訟行爲ニ關スル裁判所ノ訴訟指揮　當事者カ訴訟行爲ヲ爲サントスルニハ裁判所ノ訴訟指揮ニ從ハサルヘカラス裁判所ハ期日又ハ裁判上ノ期間ヲ指定シ以テ當事者ノ訴訟行爲ヲ行ヒ得ヘキ時ヲ定ム又裁判所ハ當事者カ訴訟上ノ權利ヲ實行シ又ハ訴訟上ノ義務ヲ履行スヘキ順序ヲ定ム例ハ裁判所カ或ハ證人若ハ鑑定人ノ訊問ニ關シ或ハ證據調ノ結果ニ關シ或ハ忌避權ニ關シ或ハ辯論ニ關シ先ツ原告次ニ被告ニ發言權ヲ與フルカ如シ又裁判所ハ或ハ被告人ノ審問ニ依リ或ハ裁判ノ送達ニ依リ或ハ訴訟上ノ權利若ハ義務ヲ敎示スルニ依リ(二〇七、二一、四第一項)當事者ニ其爲スヘキ訴訟行爲ヲ示スモノトス又裁判所ハ不必要ナル辯論ニ付キ注意ヲ與ヘ又ハ事件ニ關係ナキ發言ヲ差止ムルヲ得ルモノトス而シテ當事者ハ裁判所ノ是等ノ指揮ニ服從セサルヘカラス尤モ不當ナル指揮ニ對シ異議ヲ申立ツルコトヲ得ルハ論ヲ俟タス

丁　當事者ニ對スル裁判所ノ秩序維持權　當事者ハ其訴訟行爲ヲ爲スニ當リ裁判所ノ秩序維持權ニ服從セサルヘカラス裁判所ノ秩序維持權ハ裁判長之ヲ行

フ裁判長ハ秩序維持ノ爲メ相當ノ訓示ヲ爲スコトヲ得裁判長ハ秩序維持權ヲ行フ爲メ强制力ヲ使用スルヲ得ヘキナリ

當事者ハ裁判長ノ法廷ノ秩序維持ニ關スル訓示ヲ遵奉スヘク又在廷中裁判所ノ尊嚴ヲ汚瀆セサルコトニ注意スヘク又裁判所ヲ輕蔑スルカ如キ言語、擧動ヲ愼ムヘキナリ之ニ反スルトキハ退廷ヲ命セラレ又ハ拘留ヲ受クルコトアルノミナラス刑事上ノ訴追ヲ受クルコトアルヘキナリ(裁構一〇七乃至一一一刑訴一八二第二項)而シテ裁判所ハ原告ノ事務ヲ取扱フ檢事ニ對シ秩序維持權ヲ行フヲ得ルヤ若シ此權ヲ行フヲ得ルトセハ之カ爲メ檢事ニ對シ强制力ヲ使用スルヲ得ルヤ否ヤハ之ヲ次項ニ說カム

裁判所ニ對スル檢事局ノ地位

## 第二款　裁判所ニ對スル檢事局ノ地位

檢事局ノ事務ハ第一公訴權實行第二公益ノ代表第三裁判執行第四司法行政ノ四ト爲スヘキコト前既ニ之ヲ說明シタルカ如シ(二五頁以下)而シテ第一公訴權ノ實行ニ關スル檢事局ノ事務ハ之ヲ二種ニ分チ其一ヲ公訴ノ準備行爲及公訴ノ實行行爲ノ二ト爲スコトヲ得公訴ノ準備行爲ハ搜査手續ニシテ司法警察處分ニ屬ス仍テ檢事局ノ事務中檢事局カ國家ノ機關トシテ刑事訴訟上ノ原告ノ事務ヲ取扱フハ公訴ノ實行行爲ノミ檢事局カ刑事訴訟ノ原告ノ事務ヲ取扱フ場合ニ於テハ檢事局ハ裁判所ニ對シ被告人ト同等ノ地位ニ立ツヘキモノナルヤ否ヤハ之ヲ說明スルノ要アリト雖モ檢事局カ或ハ司法警察ノ機關トシテ或ハ公益ノ代表機關トシテ或ハ裁判ノ執行機關トシテ或ハ司法行政ノ機關トシテ事務ヲ取扱フ場合ニ關シテハ裁判所ト同等ノ地位ニ在ル國家ノ機關ニシテ裁判所ト同シク當事者ノ上位ニ在ルモノナリ

檢事局カ公訴ノ實行行爲ヲ取扱フ場合ニ關シ檢事局ノ當事者資格ニ付キ學說二派ニ分ル一方ノ學者ハ檢事局ハ裁判所ノ下位ニ在ルモノニシテ被告ハ同シク當事者ナリト說キ又一方ノ學者ハ檢事局ハ裁判所ト同シク國家ノ利益ヲ代表シ且實行スル官廳ニシテ裁判所ノ下風ニ立チ其秩序維持權及强制力ニ服スヘキモノニアラスト論セリ余ハ檢事局カ公訴ノ實行行爲ヲ取扱フ場合ニ關シテハ檢事局ハ當事者ナリト信スルモノナリ故ニ余ハ大體ニ於テ檢事ハ原告ノ事務取扱ニ關シテハ裁判所ニ對シ被告ト同樣ノ地位ニ在ル者ニシテ裁判所ノ指揮命令ニ服從

セサルヘカラスト信スレトモ檢事局ハ一面ニ於テ國家ノ機關ナレハ其當然ノ結果トシテ裁判所ノ强制處分ニ服サルモノナリト論決スルヲ可トスルモノナリ左ニ之ヲ分論セン

第一　公訴ノ實行行爲ニ關シテハ檢事ハ當事者ナリ

檢事ハ刑事訴訟ノ當事者ナリトハ通常學者ノ說ク所ナレトモ汎ニ失シテ精密ナル意義ニ合セス檢事カ刑事訴訟ノ當事者ナルヤ否ヤノ論ハ檢事カ公訴ノ實行行爲ヲ取扱フ場合ニ關シテノミ之ヲ言ヒ得ヘキノミ余カ檢事ハ斯ル場合ニ關シ刑事訴訟ノ當事者ナリト信スル所以ノ理由ハ之ヲ左ニ說明セン

甲　彈劾方式ト檢事　我刑事訴訟法ハ彈劾方式ヲ採用シタルコト前既ニ之ヲ說明シタルカ如シ（九七頁以下參照）苟モ彈劾方式ヲ採用スル以上ハ判事ニ對シ二箇ノ當事者即チ原告及被告ナカルヘカラス檢事カ原告トシテ公訴ノ實行々爲ヲ爲ス以上ハ檢事ハ即チ原告即チ當事者ナリト解セサルヲ得ス

乙　訴訟主體ト檢事　檢事ハ刑事訴訟ニ於テ訴訟ノ方式ニ關シ自己ノ判斷ニ基キ之ヲ處分シ得ヘキ訴訟主格ナルコト前既ニ之ヲ說明シタルカ如シ（七六頁以下參照）苟モ訴訟主格タル以上ハ判事ニアラサレハ當事者タラサルヲ得ス檢事カ判事ニアラサルコトハ勿論ニシテ檢事ハ如何ナル方法ヲ以テスルモ判事ノ裁判事務ニ干涉シ又ハ裁判事務ヲ取扱フコトヲ得サルコトハ裁判所構成法ノ規定スル所ナリ（一八）故ニ此點ヨリスルモ檢事ハ之ヲ當事者ナリト解セサルヲ得ス

丙　裁判ヲ受ル者ト檢事　當事者トハ判事ノ裁判ヲ求ムル爲メ各其判斷ニ基キ如何ナル訴訟上行爲ヲ採ルヘキヤヲ定メ（訴訟ノ方式ニ付キ一定ノ形體ト內容等トヲ定メ）之ヲ判事ニ提出スル者ナリ而シテ檢事ノ公訴實行ノ職務ハ檢事カ其判斷ニ基キ一定ノ被告人ニ對スル公訴ノ形體ト內容ヲ定メ裁判ヲ受クル爲メ之ヲ裁判所ニ提出スル者ナリ故ニ檢事ハ此點ヨリスルモ之ヲ當事者ナリト解スルヲ相當トス

第二　檢事ノ當事者トシテノ地位ハ大體ニ於テ被告ト同等

檢事カ刑事訴訟ノ原告トシテ公訴ノ實行行爲ヲ爲ス場合ニ於テハ大體ニ於テ被告ト同等ノ地位ニ在ル者ナレトモ檢事局ハ裁判所ト同シク國家ノ機關タル

一官廳ナル事實ニ依リ檢事局カ公訴ノ實行行爲ヲ行フ場合ニ於テモ檢事局ノ裁判所ニ對スル地位カ被告ノ其ト同シカラサル場合アリ左ニ之ヲ畧示スヘシ」

甲　檢事ノ訴訟行爲ト裁判所ノ裁判　此點ハ第一項ノ甲ニ於テ當事者ノ訴訟行爲ト裁判所ノ裁判ニ關シ說明シタル所ハ直ニ之ヲ茲ニ適用スルヲ得ヘシ要スルニ此點ニ關シテハ檢事ハ裁判所ニ對シ被告人ト同等ノ地位ヲ占ムルモノナリ

乙　裁判所ト檢事トノ上下ヲ示スヘキ訴訟方式　此點ニ關シテモ檢事カ裁判所ニ對スル地位ハ被告人ト同等ニ在リト解スヘキナリ公訴ノ提起ハ裁判所ニ對シ裁判ヲ求ムル一種ノ申請ナリ檢事カ既ニ起訴ノ手續ヲ爲シタル以上ハ事件其モノニ關シ何等ノ處分ヲ爲スコトヲ得ス檢事局カ事件ニ關シ何等カノ處分ヲ爲サント欲スルトキハ之ヲ裁判所ニ申立又ハ申請ヲ爲スヘク裁判所ハ此申立若ハ申請ニ對シ裁判ヲ爲スヘキモノナリ是等ノ檢事局ト裁判所トノ關係ハ被告人ト裁判所トノ關係ト異ナル所ナシ但裁判アリタル後檢事ハ事件ニ關シ執行處分ヲ爲スコトアルモ是レ執行機關トシテ之ヲ取扱フモノニシテ當事者タル資格ニ於テ之ヲ行フモノニアラス

丙　檢事ノ訴訟行爲ニ關スル裁判所ノ指揮　此點ニ關シテモ檢事ノ裁判所ニ對スル地位ハ大體ニ於テ被告人ト同等ナリ檢事ハ裁判所ノ指定シタル期日ニ出廷スルノ義務アリ其期日ニ出廷シタル場合ニ於テモ檢事ハ自由ニ發言又ハ辯論ヲ爲シ得ヘキモノニアラスシテ裁判長ノ指揮ニ從ハサルヘカラス（裁構一〇八、四一〇）唯檢事ノ特例ニ屬スルハ檢事ハ陪席判事ト同シク裁判長ニ告ケテ證人及被告人ヲ訊問スルヲ得ルノ一事ナリ（四一九）

丁　檢事ニ對スル裁判所ノ秩序維持權　檢事ハ裁判長ノ秩序維持權ニ服從セサルヘカラサルヤ否ヤハ疑ノ存スル所ナリ此點ニ關シテハ獨逸ニ於テ嘗テ非常ニ爭ハレタル所ナレトモ我裁判所構成法第百八條ニ開廷中秩序ノ維持ハ裁判長ニ屬スト汎博ナル規定アルカ故ニ此規定ニ依リ檢事モ亦裁判長ノ秩序維持ニ服從セサルヘカラサルモノト解スルヲ以テ正當トス故ニ裁判長ニ於テ檢事カ法廷ノ秩序ヲ紊ルモノアリト認メタルトキハ之ニ對シ注意ヲ爲シ又ハ其言語擧動ニ付キ反省ヲ促スコトヲ得ヘク又ハ場合ニ依リ訟廷ヲ

閉チ其檢事ノ上官ニ對シ訓令ヲ求ムルコトヲ得ルナラン然レトモ同第百九條第一項ノ裁判長ハ審問ヲ妨クル者又ハ不當ノ行狀ヲ爲ス者ヲ法廷ヨリ退カシムルノ權ヲ有ストノ規定竝ニ之ト牽連スル同條第二項違犯者ヲ開廷中勾留シ又閉廷ノ時釋放又ハ罰金若ハ科料ノ言渡ヲ爲シ得ヘキ規定及之ニ類スル同條以下ノ規定ハ之ヲ檢事ニ適用スヘカラス元來檢事局ナルモノハ判事ノ强制處分ニ服スヘキモノニアラスシテ裁判所ハ檢事局ニ對スル强制處分ヲ施シ得ヘキモノニアラサルコトハ裁判所ト檢事局ハ共ニ國家ノ機關タル對等ノ官廳タルニ依リ之ヲ知ルヘキナリ之ヲ要スルニ檢事局カ公訴ノ實行行爲ヲ爲ス場合ニ於テモ裁判所ノ强制處分ニ服從セサルノ點ハ檢事局ノ裁判所ニ對スル地位カ被告ノ其ト同シカラサル殆ト唯一ノ點ニシテ其他ノ關係ニ於テハ檢事局ノ裁判所ニ對スル地位ハ大體ニ於テ被告人ノ其ト異ナラサルコトヲ知ルヘキナリ

## 第二節　檢事局ト被告人トノ關係

檢事局ト被告人ノ關係

檢事局ト被告人トノ關係ニ二アリ一ハ公訴ノ實行行爲ヲ取扱フ機關トシテノ檢事局ト被告人トノ關係ニシテ一ハ或ハ司法警察機關トシテ或ハ公益ノ代表機關トシテ或ハ裁判ノ執行機關トシテ或ハ司法行政ノ機關トシテ檢事局ト被告人トノ關係ナリ前者ノ關係ニ於テハ檢事局ハ被告人トハ當事者タル關係ヲ有スル者ニシテ對等ノ地位ヲ有スル者ナリ後者ノ關係ニ於テハ檢事局ハ被告人ノ上位ニアル者ニシテ當事者タル關係ヲ有スルモノニアラス後者ノ關係ニ對スル說明ハ之ヲ省畧シ茲ニハ專ラ前者ノ關係ニ付キ說明スヘシ

### 第一款　當事者ノ反對的關係 (Die gegnerschaft der Tarteien)

當事者ノ反對的關係

當事者ハ相反對スル利益ノ爲メニ行動スル二人以上ノ人ナリ故ニ當事者關係 (Das Verhältniss der Tarteien) トハ反對的關係ト意義相同シ彈劾訴訟ニ於ケル當事者トハ一方ハ攻擊ノ任務ヲ行ヒ一方ハ防禦ノ任務ヲ行フ者ナリ訴訟ニ於テ當事者關係ヲ認ムルモノトセハ此反對的關係モ亦之ヲ認メサルヲ得ス此關係ヲ認ムル以上ハ訴訟ニ於テ之ヲ絕對的ニ貫徹セシムヘシト論シ得ヘキカ如シ然レトモ刑事訴訟ノ根本主義タル實質的眞實主義ハ當事者ノ反對關係ノ絕對的貫徹ヲ認ム

ルヲ得ルヤ否ヤ左ニ之ヲ論セン

## 第一項　當事者ノ反對的關係ヲ貫徹スルノ結果

當事者ノ反對的關係ヲ貫徹スルノ結果

當事者カ反對的關係ヲ刑事訴訟上ニ於テ貫徹セント欲セハ其當然ノ結果トシテ當事者カ反對的關係ニ在ル以上ハ一方ノ當事者ハ相手方ノ任務ノ遂行ニ利益ナルカ如キ行爲ヲ爲スノ義務ヲ有スヘキモノニアラスシテ各當事者ハ其任務ノ遂行ニ利益アル諸般ノ行動ヲ執ルヲ得ヘキモノナラサルヘカラス特ニ各當事者ハ相手方ノ主張ニ便利ナル證據ヲ差出スノ義務ナク又被告人ハ自己ノ利益ニ反スルトキハ眞實ヲ陳述スルノ義務ナシ又公訴ヲ提起シタル者ハ被告人ニ利益ナル點アルヲ發見スルモ之ヲ提示スルノ義務ナシ若シ之ニ反シテ當事者ハ此種ノ義務アリトセンカ當事者タル關係即チ當事者ノ反對的關係ハ茲ニ止マシ殊ニ被告人ノ如キハ訴訟主體ニアラスシテ審理ノ目的物ト爲ルニ至ラント論シ得ヘシ然レトモ當事者ノ反對的關係ヲ絶對的ニ貫徹セント試ムルトキハ刑事訴訟法ノ根本主義タル實質的眞實ヲ發見シ事實ノ眞相ニ合スル裁判ヲ爲シ得ヘキヤ何人モ大ニ疑フ所ナルヘシ

當事者ノ反對的關係ニ對スル現在ノ規定

## 第二項　當事者ノ反對的關係ニ對スル現在ノ規定

當事者ノ反對的關係ハ之ヲ絶對的ニ實行セシムヘカラス刑事訴訟法ノ根本主義ヲ實質的眞實主義ニ矛盾セサル範圍内ニ於テ之ヲ實行スルヲ許スヘキノミ若シ夫レ當事者ノ反對的關係ヲ絶對的ニ貫徹セシムルトキハ裁判所ハ詭辯、詐術ノ競技所ト爲リ裁判ハ徒ニ形式的ニ走リ實質的眞實ハ之ヲ得ルニ由ナク無辜ハ罰セラレ惡奸ハ法網ヲ免ルヽノ弊ニ陷ルコトナシトセサルニ至ルヘシ斯ノ如キハ決シテ刑事訴訟ノ目的ニアラサルコト何人モ異論ナカルヘシ是レ法律カ訴訟ノ彈劾的方式ヲ採用シ從テ訴訟上ノ當事者ヲ認ムルニ拘ラス當事者ノ反對的關係ヲ絶對的ニ實行セシムルコトヲ許サヽル所以ナリ啻ニ之ヲ許サヽルノミナラス法律ハ當事者ニ命スルニ反對的關係ノ實行ト相矛盾スル行爲ヲ爲スヘキ義務ヲ認ムル規定ヲ設ケタリ左ニ之ヲ略示スヘシ

甲、實質的眞實ニ對スル檢事局ノ義務　檢事局カ刑事訴訟ノ原告トシテ公訴ノ

實行行爲ヲ取扱フ場合ト雖モ檢事局ハ同時ニ國家ノ公益ヲ代表スル機關ナリ無辜ヲ罰スルハ惡奸ヲシテ法網ヲ遁レシムルト同シク公益ニ反スルヤ言ヲ俟タス故ニ檢事局ニシテ被告ニ罪アリト認メ公訴ヲ提起シタル後ト雖モ常ニ被告人ノ爲メ不利益ナル事實ノミナラス利益ナル事實ニ對シテモ常ニ注意ヲ怠ルヘカラス而シテ被告人ニ利益ナル事實アルヲ發見シタルトキハ其事實カ被告人ノ無罪ニ關スルモノナルト其罪ヲ輕減スヘキ情狀ニ關スルトヲ問ハス被告人ノ利益ノ爲メ積極的訴訟行爲ヲ爲スノ職務上ノ義務アリ(此點ニ關シテハ二三五頁ヲ參照シス)是レ學者或ハ檢事ハ當事者タルト同時ニ相手方ヲ積極的ニ辯護スルノ行爲ヲ爲スノ義務アリト說ク所以ナリ

乙　實質的眞實ニ關スル被告ノ義務　何人モ裁判所ニ對シ正直ナル申立ヲ爲スヘキコト即チ何事モ附加セス又隱祕セス實質的眞實ニ合スル陳述ヲ爲スヘキコトハ道德上ノ義務タルヘキコトハ何人モ異論ナカルヘシ而シテ道德上ノ義務ハ自己ニ利益ナルト否トニ依リ變スルコトナシ故ニ眞實ニ合スル陳述カ自己ノ利益ニ反スル場合ニモ之ヲ爲サヽルヲ得ス我法律中被告人ハ裁判所ニ對シ必ス眞實ナル陳述ヲ爲スヘキコトヲ强制シタル直接ノ規定ナシ然レトモ刑事訴訟法中被告人ハ必ス眞實ナル事實ヲ述フヘク其眞實ナル事實カ被告人ノ利益ニ反スル場合ニ於テモ之ヲ吐露セサルヘカラサルコトハ獨リ被告人ノ道德上負フ所ノ義務タルニ止ラス尙ホ法律ノ要求スル所即チ被告人ノ法律上ノ義務タル所以ヲ認メタルコトヲ示スヘキ法條ニ乏シカラス裁判所カ被告人ヲ訊問スル權利アルカ如キ又此權利ヲ行使スル爲メ被告人ヲ勾引又ハ勾留スルカ如キ又裁判所ハ被告人ト他ノ被告人トノ供述若ハ被告人ト證人其他ノ者トノ供述相矛盾スル場合ニ於テハ對質セシムルヲ得ルカ如キハ裁判所ヲシテ被告人ノ訊問ニ依リ眞實ヲ得セシメントスルノ趣旨ニ出テタルモノト認ムルノ外ナシ即チ法律カ裁判所ニ許スニ被告人ヲ訊問シ之ニ由リテ事實ノ眞實ヲ得ヘキコトヲ以テシタルモノト解スヘキナリ斯ル場合ハ被告人ハ當事者タルト同時ニ證據方法タルヘキコトハ前既ニ之ヲ述ヘタルカ如シ(第三章第一節參照)又法律カ裁判所ハ被告人ノ住居若ハ其他ノ場所又ハ被告人ノ身體及之ニ屬スル物ニ付キ强制力ヲ以テ搜査シ事實ヲ證明スルニ足ルヘシト思料シタル物ヲ差押フル

コトヲ得ト定メタリ(一〇四乃至一〇六)此規定ハ法律カ裁判所ニ許スニ被告人ニ對シ其所持若ハ保管スル證據物件ニシテ苟モ被告事件ヲ證スルニ足ルモノハ其利益ニ反スルト否トヲ問ハス悉クヽ之ヲ提出スヘキコトヲ命スルコトヲ許シタルト同シ何トナレハ被告人ニシテ若シ之ヲ提出セサレハ強制力ヲ以テ之ヲ捜査シ之ヲ差押フルコトヲ得ヘケレハナリ之ヲ要スルニ被告人カ積極的ニ眞實ナル陳述ヲ爲スヘキコトヲ強制シタル直接ノ明文ナシト雖モ被告人ノ眞實ナル陳述ハ種々ナル方法ニ依リ強制セラルヽコトアルヘキコト又被告事件ヲ證スヘキ被告人ノ所持又ハ保管ニ係ル證據物件ハ被告人ヨリ強制力ヲ以テ提出セシメラルヘキコトヽ被告人カ眞實ヲ吐露シ又眞實ヲ證明スヘキ證據ヲ提出スルコトハ被告人ノ道德上ノ義務ヲ全ウスル所以ナルノミニ止ラス斯ノ如キハ法律ノ要求スル所ニシテ被告人ノ其法律上ノ義務ヲ履行スル所以ナルコトヲ證明スルモノナリ但被告人ニ於テ何等ノ發言ヲ爲サヽルトキハ法律上別ニ發言ヲ強制スヘキ手段ナシ然レトモ發言ヲ強制スル手段ヲ缺如スル故ヲ以テ直ニ被告人ニ眞實ヲ吐露スヘキ義務ナシト論結スルヲ得サルハ多辯ヲ要セス

當事者同等又ハ武器平等ノ原則

## 第二款　當事者同等又ハ武器平等ノ原則(grundsatz der Parteigleichkeit order Waffengleichkeit)

當事者ノ一方ハ攻擊ヲ爲スニ依リ他ノ一方ハ防禦ヲ爲スニ依テ判事ニ公平ニシテ正義ニ適スル判決ヲ爲スヲ得ルノ材料ヲ供給スル任務ヲ有スルモノトス而シテ此目的ヲ貫カンカ爲メ攻擊ヲ爲ス當事者ト防禦ヲ爲ス當事者トハ同等ノ權利ヲ有セサルヘカラストスル原則即チ兩當事者共ニ同一ノ手段ヲ用ヰルコトヲ得ヘク又兩當事者共ニ裁判官ノ面前ニ於テ同樣ナル行動ヲ爲シ得ヘキモノナラサルヘカラストスル原則即當事者同等又ハ武器平等ノ原則(grundsatz der Parteiengleichkeit oder Waffengleichkeit)ナルモノヲ生スルニ至レリ此原則ハ大體ニ於テ非難スヘキモノニアラサルコト疑ナキ所ナレトモ刑事訴訟ノ全體ニ付キ何等ノ例外若ハ特例ヲ設ケテ之ヲ絶對的ニ實行セントスルカ如キハ相當ナリト云フ能ハサルコト恰モ刑事訴訟ニ於テ當事者ノ反對的關係アルコトヲ認ムルニ拘ラス之カ絶對的貫徹ヲ許ス能ハサルト其理ヲ等ウス我刑事訴訟ニ於テ此原則ヲ認メタリト解スヘキモノニアラサレトモ之ト同時ニ當事者不同等又ハ武器不平等ヲ定メタリト

當事者ノ同等ノ權利及義務

當事者不同等又ハ武器不平等

認ムヘキモノ少カラス

## 第一項　當事者ノ同等ノ權利及義務

上來説明シタル所ニ依リ我刑事訴訟法ニ於テハ當事者ノ同等ノ權利及義務ヲ認ムルコトヲ知ルヘシ即チ公訴ノ實行行爲ヲ取扱フ檢事局ノ爲シ得ヘキモノハ被告人又ハ其辯護人之ヲ爲スヲ得ルヲ原則トス被告人又ハ其辯護人ノ爲ス能ハサル所ハ檢事ニ於テモ亦之ヲ爲ス能ハサルヲ原則トス（第一節第一款及第二款參照）

## 第二項　當事者不同等又ハ武器不平等

大體ニ於テ我刑事訴訟法ハ當事者同等又ハ武器平等ノ原則ヲ採用スルモ當事者ノ地位、刑事訴訟ノ根本タル原則又ハ法律ノ特別ナル法條ニ依リ當事者不同等又ハ武器不平等ノ結果ヲ生ス而シテ斯ノ如キ不同等若ハ不平等ハ原告ニ利益ナルコトアリ又被告人ニ利益ナルコトアリ即チ原告ノ優越ヲ認ムルコトアリ被告人ノ優越ヲ認ムルコトアリ左ニ之ヲ略示スヘシ

第一　被告人ノ訴訟上ノ優越

被告人カ公訴ハ原告ニ對シ訴訟上優越ナル地位ヲ保有スルモノ一ニシテ足ラス左ニ重要ナルモノヲ略示セン

甲　被告人ニハ擧證ノ責常ニ無シ　公訴ノ實行行爲ヲ取扱フ檢事ニ於テ被告人ニ犯罪アリト一應認メラルヘキ擧證ヲ爲シタル場合ニ於テモ被告人ニ之カ反對ノ證據ヲ擧クル責ナシ（五二頁以下參照）之ニ反シテ公訴ノ實行行爲ヲ取扱フ檢事ニシテ被告人ニ犯罪アリト主張センニハ之ヲ證明セサルヘカラス刑事訴訟ニ於テハ擧證ノ責任ノ移轉ナルモノヲ認メスト雖モ公訴ノ實行行爲ヲ取扱フ檢事ハ犯罪ノ證憑及事實參考ト爲ルヘキ事物ヲ收集シ之ヲ裁判所ニ提出スヘキ責任アリ（六六、四二、七六、六七參照）

乙　罪ノ疑ハシキハ之ヲ罰セス（dubio pro reo）　被告人ニ對シ有罪ノ言渡ヲ爲サントスルニハ被告人ニ犯罪アリト認ムヘキ證憑充分ナル場合ナラサルヘカラス之ニ反シテ被告人ニ對シ無罪ヲ言渡サントスルニハ被告人ニ犯罪ナキコト明白ナル場合ニ限ルヘキモノニアラスシテ犯罪ノ嫌疑アルモ尚ホ犯罪アリト認ムヘキ證憑充分ナラサル場合ニ於テモ尚ホ之ニ無罪ヲ言渡スヘキモノトス

丙　上訴ニ關スル被告人ニ特別ナル利益　上訴ニ關シ被告人ニ特別ナル利益三アリ(第一)被告人、辯護人又ハ法律上代理人ノミ控訴ヲ爲シタルトキハ原判決ヲ變更シテ被告人ノ不利益ト爲スコトヲ得サルニ反シ檢事ノ控訴ニ係ルトキハ被告人ノ利益ニモ變更スルヲ得ルコト(二五六)(第二)免訴又ハ無罪ノ言渡アリタル場合ニ於テ被告人ノ利益ノ爲ニ設ケタル規定ノ違反又ハ土地ノ管轄違ハ上告ノ理由トナラサルコト(二〇七)(第三)擬律ノ錯誤又ハ法律ニ背キ公訴ヲ受理シタルニ因リ被告人ノ利益ノ爲メ判決ヲ破毀シタルトキハ其利益ハ上告ヲ爲サヽル共同被告人ニモ及フコト(二七八)是ナリ

丁　再審ニ關スル被告人ニ特別ナル利益　我刑事訴訟法ニ於テハ再審ハ獨リ被告人ノ利益ノ爲ニ之ヲ爲スコトヲ認ムルモノニシテ外國立法例ノ如ク被告人ノ不利益ノ爲ニ之ヲ爲スヲ許サス(三〇五)

第二　檢事ノ訴訟上ノ優越

檢事カ被告人ニ對シ訴訟上優越ナル地位ヲ保有スルモノ一二ニシテ足ラス左ニ重要ナルモノヲ略示セン

甲　檢事ハ裁判所ノ强制力ニ服セス　檢事局ハ當事者タル事務ヲ執ルノ外司法警察、司法行政其他ノ國家ノ事務ヲ執行スル官廳ニシテ裁判所ト對等ニ在ルモノナレハ其地位ニ於テ遙ニ被告人ノ其レニ優越スルコト前既ニ說明シタル所ニ依リ明ナリ故ニ此點ニ於テ既ニ檢事ハ被告人ト同等ニ在リト云フ能ハサルヤ論ヲ俟タス而シテ被告人ハ裁判所ノ强制力ニ服セサルヘカラサルヲ以テ法廷ノ秩序ニ反スルトキハ退廷又ハ勾留ヲ命セラルヘク又裁判所ノ意見ニ依リ何時ニテモ未決勾留ニ付セラルヽヲ通常トス而シテ檢事ハ斯ル强制力ニ服スヘキモノニアラス

乙　檢事ハ法律家ナリ　檢事ハ法律ヲ知リ辯論ニ巧ナル法律家ナリ之ニ反シテ被告人ハ法律ヲ知ラス又辯論ニ巧ナラサルヲ通常トス最モ被告人ハ此點ヲ補ハンカ爲メ檢事ト同シク法律ニ通シ辯論ニ巧ナル辯護人ヲ使用シ得ヘキモノナレトモ被告人ハ如何ナル訴訟ノ階級ニ於テモ辯護人ヲ使用シ得ヘキモノニアラスシテ獨リ公判ニ於テ之ヲ使用スルヲ得ルノミ又之ヲ使用スルニ當リテモ相當ノ報酬ヲ以テ之ヲ選任セサルヘカラサルヲ常トスルモノ

ナレハ資力ナキ者ハ此權能ヲ行使スルヲ得ス故ニ此點ハ檢事ノ訴訟上ニ於ケル優越ノ一タルヲ失ハス

丙　檢事ノ搜査權　檢事局ハ官廳トシテ搜査權ヲ有ス而シテ此搜査權ハ自ラ之ヲ行ヒ又ハ之ヲ其部下ニ屬スル機關(例ハ司法警察官)ニ命シテ之ヲ行ヒ又ハ他ノ官廳ニ囑託シテ之ヲ行ヒ得ヘキモノナリ而シテ此搜査權ハ起訴ノ準備トシテ之ヲ行フヲ得ルノミナラス公訴ノ實行ヲ貫徹セシメンカ爲メ之ヲ行フヲ得ルモノナリ尤モ被告人及其辯護人ニモ防禦ノ準備又ハ實行ノ爲メ各種ノ事項ヲ調査スルノ權能ナキニアラスト雖モ檢事ノ搜査ニ比シ其難易ハ到底同日ノ論ニアラス又假ニ之ヲ調査シ得タリトスルモ被告人及辯護人ノ調査ハ一私人ノ調査ニ外ナラサレハ裁判所ニ對スル信用如何ノ點ニ至リテハ雲泥ノ差アリ

丁　豫審終結決定ニ對スル抗告權　檢事ハ免訴又ハ管轄違ノ決定ニ對シ抗告ヲ爲スコトヲ得ルモ被告人ハ豫審終結決定ニ對シテハ如何ナル場合ト雖モ抗告ヲ爲スヲ得ス(一二七)

大塚講師公務多忙ノ爲メ講義ヲ完結スル能ハサルニ付キ豐島講師ノ訴訟行爲以下ノ講義ヲ掲載シテ之ヲ補充スルコトヽセリ

# 第二編　訴訟行爲

## 第一章　被告人ノ呼出

被告人ノ呼出ハ一定ノ日時ニ裁判所ニ出頭セシムル命令ニシテ故ナク之ニ應セサルトキハ強制ヲ受クヘキ趣旨ヲ含ムモノナリ證人、鑑定人、通事ニ對スル呼出モ亦強制ノ趣旨ヲ含ムモ被告人以外ノ訴訟關係人ニ對スル呼出ハ強制ヲ含マス而シテ呼出ニ應セサル場合ニ制裁ヲ加フヘキコトヲ豫告スル呼出ハ證人、鑑定人、通事ニ對スル呼出ニシテ被告人ニ對スル呼出ハ此豫告ヲ爲サス

第一　呼出ヲ命スル者　呼出ヲ命スル者ハ呼出ニ應セサルトキニ制裁ヲ加フル權ヲ有スル者ナラサルヘカラス其制裁ハ人ノ自由ヲ制限スル拘引、拘留ナルカ故ニ裁判權ヲ有スル者ニ於テ之ヲ爲スヘキモノトス從テ呼出ハ命令ニシテ呼出ヲ命スル者ハ裁判所ナリ但現行犯ノ場合ニハ檢事、司法警察官ハ呼出ヲ命スルヲ得ヘシ

第二　呼出ヲ指揮スル者　指揮トハ執行ノ作用ヲ惹起スル作用ナリ指揮ヲ爲ス者ハ裁判所書記ナリ豫審ニ於テハ裁判所書記ハ執達吏ニ召喚狀ノ送達ヲ委任スルニ止マリ公判ニ於テハ裁判所ノ命令ニ從ヒ書記ノ名義ヲ以テ呼出狀ヲ發ス（第二一三條第二項）現行犯ノ場合ニ檢事カ被告人ヲ呼出ストキハ直接ニ執達吏ニ送達ヲ命シ司法警察官カ呼出ヲ爲ストキハ巡査、憲兵上等兵ヲシテ送達セシム

第三　呼出ヲ執行スル者　豫審ニ於テハ執達吏ニ限リ（七六第三項前段）公判ニ於テハ執達吏及郵便配達人ヲ以テ執行機關トナス（九一）

呼出ノ方式ハ書面ヲ以テス豫審ニ於テハ召喚狀ヲ發シ（九六）公判ニ於テハ呼出狀ヲ發ス（三一）檢事、司法警察官ハ召喚狀ヲ以テ呼出ヲ爲ス召喚狀ヲ以テ呼出ヲ爲ス召喚狀及呼出狀ノ內容ハ大體ニ於テ同一ナリ（七六第一項、第二項、二四）而シテ法廷ニ於テ公判開廷中口頭ヲ呼出ヲ命スルモ無效ニアラス之ニ關スル規定ナキモ亦之ヲ無效ト爲ス規定ナケレハナリ

召喚狀ニ因リ出頭シタル被告人ハ即時ニ之ヲ訊問シ其訊問ハ出頭ノ日ノ翌日ニ延フルヲ許サス（六九第二項）公判ノ呼出狀ニ因リ出頭シタル被告人ニ對シテ即時ニ公判手續ヲ爲スノ規定ナシト雖モ出頭ノ日ヲ過クルヲ得サルハ當然ナリ若シ出頭

ノ日以後ニ於テ公判手續ヲ行ハントスルトキハ更ニ呼出狀ヲ發セサルヘカラス

呼出ノ效力ハ被告人ニ對シ裁判所ノ命スル日時ニ其指定シタル場所ニ出頭スルノ義務ヲ生ス此義務ハ適法ノ呼出アルニ因リテ生スルモノナリ猶豫期間ヲ與ヘスシテ呼出シタル如キ場合ニハ出頭ノ義務ナシ然レトモ適法ノ呼出アリタル場合ニモ此義務ヲ生セサルコトアリ豫審ニ於テ被告人カ疾病其他正當ノ事由アリテ呼出ニ應スル能ハサルコトヲ疏明シタル場合ハ即チ出頭ノ義務ナク此場合ニハ被告人ノ所在ニ就テ訊問ヲ爲サヽルヘカラス(七四)公判ニ於テハ被告人カ精神錯亂又ハ疾病ニ因リ出頭スル能ハサル場合ニ限リ出頭ノ義務ヲ免シ且被告人ノ所在ニ就テ訊問スルコトヲ爲サス痊癒ニ至ルマテ公判ノ手續ヲ中止ス(一八三第一項)蓋公判ニ於テハ裁判所カ直接ニ被告人ヲ訊問スルコトヲ要スルカ故ニ出頭ノ義務ヲ免スル場合ヲ制限シ此義務ヲ免スルヤ否ヤヲ裁判所ノ判斷ニ一任セス又被告人ノ所在ニ就テ訊問スルヲ許サヽルナリ

故ナク適法ノ呼出ニ應セサル被告人ニ對シテハ次ノ制裁アリ此制裁ハ出頭ノ義務ヲ履行セシムルノ方法ナリ

被告人ニ對スル強制處分 勾留

第一　勾引、勾留

第二　闕席判決ノ言渡

## 第二章　被告人ニ對スル強制處分

### 第一節　勾留

勾留トハ被告人ヲシテ訴訟ニ現在セシムルヲ以テ目的トシ裁判所ノ勾留狀ニ依リテ被告人ヲ逮捕督禁スル命令ナリ而シテ勾留ハ未タ罪責確定セサル嫌疑者ノ身體ノ自由ヲ拘束スルモノナレハ一定ノ原因ナカルヘカラス

第一　勾留ニハ公訴ノ提起アリタルコトヲ條件トセス即チ豫審判事及公判裁判所カ勾留スルヲ原則トスレトモ第百四十四條及第百四十六條ニ於テハ起訴前ニ檢事カ勾留ヲ爲シ得ル場合ヲ認メタリ

第二　勾留ニ付キ一般ニ必要ナル條件ハ左ノ如シ

一　一定ノ人カ其所爲ヲ行ヒタリトノ嫌疑

二　其所爲カ犯罪ナリトノ嫌疑アルコトヲ要シ單ニ犯罪ヲ爲シタリトノ推測ノミニテハ勾留スルコトヲ得ス

第三　勾留ヲ爲スニハ前項條件ノ外尙ホ被告人ノ身上ニ關スル他ノ特別ノ條件ヲ要ス即チ

一　被告人ノ逃亡スル恐アルコト

二　被告人カ罪證ヲ湮滅スル恐アルコト

是ナリ逃亡ノ恐ニハ事實ニ基クコトアリ又ハ法律上ノ推定ニ依ル場合アリ茲ニ所謂逃亡トハ廣ク訴訟上ノ意義ニ解スヘキモノニシテ近傍ニ潛伏スル場合又ハ所在ヲ移シ若ハ姓名ヲ變スルカ如キ場合ヲモ包含スヘシ第七十二條第一號ニ被告人住所不定ノトキハ直ニ拘引狀ヲ發スルコトヲ得ト規定セルハ是レ勾留ノ原因ヲ推定スルモノニシテ被告人ノ住所不定ナルトキハ法律上逃亡ノ恐アリト推定シタルナリ

被告人カ罪證ヲ湮滅スル恐アルトハ其罪責ヲ確ムヘキ證據ニ付キ犯罪ノ痕跡ヲ蔽ヒ又ハ共犯者若ハ證人ト爲ルヘキ者ニ虛僞ノ陳述ヲ爲サシメントスルカ如キヲ謂フ

第七十二條第三號ノ如キハ將來他ノ犯罪ヲ爲シ又ハ未遂犯ヲ遂ケントスルノ危險ヲ豫防スル目的ニ出テタルカ故ニ之ヲ以テ刑事訴訟ノ爲ニスル勾留ノ原因トナスハ其當ヲ得ス但現行法ノ精神ハ此場合ヲモ勾留ノ原因トナシタルカ如シ

又勾留ハ被告ニ取リ重大ナル自由ノ拘束ナレハ輕微ノ罪ニ付テハ其權衡ヲ失スルカ故ニ之ヲ許サス即チ犯罪カ罰金以下ノ刑ニ該ルモノナルトキハ之ヲ許サス（七五、一七八第二項）而シテ其犯罪ヲ禁錮以上ノ刑ニ該ルヘキヤ罰金以下ノ刑タルヘキモノナルヤハ訊問ノ後ニアラサレハ之ヲ定ムルコトヲ得サルカ故ニ豫審ニテモ將公判ニテモ常ニ被告人ヲ訊問シタル後ニアラサレハ勾留スルコトヲ得ス但豫審ニテ被告人カ逃亡シタルトキハ其訊問ヲ爲サスシテ直ニ勾留スルコトヲ得ヘシ勾留ヲ命スル權ハ公判裁判所、豫審判事及受託判事、受命判事ニ屬ス（七〇、一七八、二四一、二六四）但現行犯ノ場合ニハ檢事モ亦之ヲ命スルコトヲ得レトモ司法警察官ハ現行犯ノ場合ニ於テモ勾留狀ヲ發スルコトヲ得ス（一四四、四六）控訴裁判所モ亦勾留ヲ命スルコトヲ得レトモ上告裁判所ハ此權ナシ何トナレハ上告審ニ於テハ法律ノ違背ノミヲ審査スルモノニシテ事實關係ノ確定及斟酌ヲ爲スヘキモノニアラス然ルニ逃亡ノ恐アルヤ即チ事實ノ關係ニ屬スル判斷ナレハナリ

勾留ハ裁判ノ確定ニ至ルマテハ其效力ヲ有スルヲ原則トスレトモ左ノ場合ニ於テハ訴訟ノ進行中ト雖モ勾留ハ消滅ス

第一　罰金以下ノ刑ニ該リ釋放又ハ取消ノ言渡アリタルトキ（八六、一六、六七）

第二　控訴裁判所ニ於テ無罪、免訴、公訴不受理又ハ管轄違ノ言渡ヲ爲シタルトキ

但管轄違ノ判決ト共ニ勾留狀ヲ保存スルトキハ此限ニ在ラス（二七二、二六、二第一項）

右ノ外ハ如何ナル場合ニ於テモ被告事件ノ終了セサル間ハ勾留狀ヲ取消スコトヲ得ス例ハ無罪ノ見込立チタル場合ニ於テモ亦之ヲ取消スコトヲ得サルナリ

勾留狀執行ノ機關ハ巡査、憲兵卒ナリ（七六第三項）在監中ノ被告人ニ對シ發シタル勾留狀ハ司獄官吏之ヲ執行ス（八四）而シテ之ヲ指揮スル者ハ檢事ナリ是故ニ巡査、憲兵卒ハ令狀ヲ執行シタル後ハ之ニ關スル書類ヲ檢事ニ差出スヘキモノトス（七七第四項）

勾留狀執行方法ノ大要ハ第七十七條乃至第七十九條ニ規定シ又勾留狀ニ依テ被告人ヲ逮捕シタル後ノ手續ハ第八十二條ノ規定スル所ナリ第七十九條第二項ハ令狀執行地ノ指揮權者ニ執行スヘキ認可ヲ求ムルノ趣旨ナレハ必スシモ執行前ニ其認可ヲ求ムルヲ必要トセス而シテ又豫備後備ノ軍籍ニアラサル軍人、軍屬ニ對シテ令狀ヲ執行スル場合ハ軍事上ノ義務ト調和スル爲メ例外トシテ其所屬長官ノ補助ヲ受クルモノト定メタリ（八一）

勾留狀ノ執行ヲ論スルニ當リテハ其效力ヲ研究スルノ必要ヲ見ル勾留狀ノ效力ハ裁判所ノ管轄ニ依リテ制限セラルヽ所ナク我裁判權ノ及フ限リハ全國ニ於テ其效力ヲ有ス故ニ之ヲ執行スルハ何レノ監獄署ニ於テ爲スモ可ナリ第八十二條ニ依レハ勾留狀ヲ受ケタル被告人ハ速ニ之ヲ其令狀ニ記載シタル監獄署ニ引致スヘシトアリテ恰モ令狀ニ記載シタル監獄署ニ於テノミ執行スヘキカ如キ外觀アリト雖モ必スシモ然ルニアラス例ハ被告人カ控訴ヲ爲シタルトキハ第二百五十六條第二項ニ依リ被告人ヲ控訴裁判所ノ監獄署ニ移サヽルヘカラス此場合ニ於テモ尙ホ前ノ勾留狀ヲ以テ執行スルモノナリ勾留狀ハ一ノ裁判ナレハ全國ニ於テ其效力ヲ有ス然レトモ勾留狀ヲ帶行シテ他管內ニ於テ逮捕スル場合ニハ他管內ノ豫審判事、檢事又ハ司法警察官ノ認可ヲ得ルヲ要ス（七九）

勾留狀執行ノ制限左ノ如シ

第一　執行方法ニ關スル制限　一般ニ時ニ關スル執行ノ制限ナキモ第七十八條

第三項ニ唯家宅搜索ノ時ニ關スル制限アリ

第二　場所ニ關スル制限　通常裁判所ノ裁判權ノ行ハレサル場所ニ於テハ其補助ナケレハ勾留狀ヲ執行シ得サルナリ軍艦、兵營內ノ如キ之ニ屬ス是レ第八十一條ヨリ推知スルヲ得ルモノニシテ此場所ニ於テ常人ヲ逮捕スルトキモ亦補助ヲ求ムルヲ要ス

右ノ制限ヲ以テ令狀執行ノ命ヲ受ケタル巡査、憲兵卒ハ其執行ヲ爲スカ爲ニ被告人其他ノ者ノ家宅ヲ搜索スルコトヲ得此場合ニ於テハ市町村長又ハ其差支アルトキハ隣佑二名以上ノ立會ヲ要シ且搜索調書ヲ作ルヘキモノトス(八七)

## 第二節　逮捕狀

第七十七條第一項ニ依レハ令狀ハ數通ヲ發シテ之ヲ數人ノ巡査、憲兵卒ニ分付スルヲ得ルモ此方法ヲ以テシテモ尙ホ不充分ナル場合アルヘキカ故ニ爰ニ逮捕狀ノ必要ヲ生スルモノトス豫審判事ハ被告人ノ所在地ヲ知ルコト能ハサルトキハ各檢事長ニ被告人ノ逮捕ヲ請求シ各檢事長ハ其管內ノ檢事ニ逮捕狀ヲ發セシム

(八〇)此逮捕狀ハ勾留狀ト同一ノ效力ヲ有スルモノナレハ之ヲ發スル條件モ亦同一ニシテ禁錮以上ノ刑ニ該ルヘキ場合ナラサルヘカラス而シテ此逮捕狀ハ勾留狀ノ執行方法ニアラサルヲ以テ勾留狀カ既ニ發セラレタルコトヲ條件トセス全ク勾留狀ヨリ獨立シタル處分ニ屬ス

本法ノ認ムル逮捕狀ハ上述被告人ヲ逮捕スル爲ニ發スルノ外判決執行ノ爲ニ發スルモノアリ第三百十九條是ナリ即チ體刑ノ言渡ヲ受ケテ其執行ヲ免カレタル者ニ付キテハ檢事ハ逮捕狀ヲ發スルコトヲ得而シテ茲ニ所謂體刑トハ死刑及自由刑ヲ併稱スルモノナリ又此逮捕狀ハ闕席判決ヲ受ケテ執行ヲ逃レタル者ニ對シテモ發スルコトヲ得ヘシ闕席判決ノ場合ニ發スル逮捕狀ノ效力ハ勾留狀ト同一ナリトス故ニ故障申立後闕席前ノ程度ニ復シタル後ニ於テモ此逮捕狀ヲ以テ被告人ヲ勾留スルモノナリ

豫審ニ於テハ勾留狀、勾引狀、召喚狀ヲ併セ令狀ト稱シ逮捕狀ハ令狀ト稱セス(六七)

## 第三節　保釋及責付

勾留狀及逮捕狀ハ被告人ノ自由ニ對スル非常ノ制限ナリ是故ニ本法ハ他ノ方法ニ於テ目的ヲ達シ得ル場合ニ於テハ之ヲ一時停止シテ身體上ノ强制ニ換フルニ

他ノ方法ヲ以テ被告人ノ出頭ヲ確保ス即チ左ノ如シ

第一　保釋

一　保釋ハ逃走ノ恐アルト證據湮滅ノ恐アルトヲ問ハス勾留ヲ受ケタル被告人ニ對シテ言渡スヘキモノトス然レトモ被告人ハ保證金ヲ差入ルヽトキハ權利トシテ勾留ヲ免カルヽニアラス保釋ヲ許スト否トハ裁判所ノ自由ナリトス（一五一〇）

二　保釋ハ被告人又ハ法律上代理人ノ請求アルコトヲ要ス元來保釋ハ被告人ヨリ保證金ヲ出スヘキモノナレハ之ヲ裁判所ヨリ强要スヘキニアラス

三　保釋ハ勾留狀ノ執行ヲ停止スルモノニシテ勾留狀ノ存在ヲ消滅セシムルモノニアラス故ニ保釋中ノ者ニ對シテ豫審免訴ノ言渡ヲ爲ス場合ハ免訴ト共ニ放免ノ言渡ヲ爲サヽルヘカラス（一六第一項）

四　保釋ハ勾留セラルヽ間ハ其豫審ナルト公判ナルトヲ問ハス何時ニテモ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ尤モ公判ニ於テハ其規定ナキモ既ニ勾留ノ必要ナキトキハ之ヲ勾留シ置クノ理由ナク又一方ニ於テハ勾留取消ノ規定ナケレハ總テ保釋責付ニ關スル豫審ノ規定ハ公判ニ準用セラルヽモノナリ而シテ上告裁判所ニ繫屬中ハ保釋ノ許否ノ事實ヲ審査セサル上告審ニ於テ決スルヲ得サルカ故ニ控訴裁判所ニ於テ此許否ヲ決スヘキモノトス又上訴期間中ハ執レノ裁判所ニ於テ保釋ヲ許スヘキヤト云フニ同一ノ理由ヲ以テ下級裁判所ニ於テ爲スモノナルヘシ

五　保釋ノ方法ハ第百五十一條及第百五十二條ニ規定セリ第百五十一條ニ依レハ保證ノ金額ハ保釋ノ言渡書ニ記載スヘキモノトセリ是故ニ保釋ノ言渡ハ常ニ保證金幾許ヲ差出ストキハ保釋スヘシトノ條件附性質ヲ有スルモノトス又其言渡ニ依リ檢事ハ此擔保ノ執行ヲ爲サシメ擔保ヲ具備シタル後ニ於テ被告人ノ身體ノ自由ヲ許スヘキモノナリ

保釋ハ之ヲ取消スコトヲ得ヘシ即チ保釋ヲ取消ス場合ハ左ノ如シ

一　被告人豫審終結ノ決定ニ依リテ重罪公判ニ付セラレタルトキ（一六八）

二　被告人呼出ニ應セサルトキ（一五三乃至一五六）尙ホ此場合ハ保證金ヲ沒收スルモノトス然レトモ豫審判事カ免訴ノ言渡ヲ爲シ又ハ罰金以下ノ輕罪トシテ公判

ニ付シタルトキハ沒收シタル保證金ヲ還付スヘシ(一七五)蓋此場合ハ元來勾留スヘカラサル者ヲ勾留セシモノナレハナリ

三　裁判所ニ於テ必要ト認メタルトキ(一五六第二項)此場合ハ保證金ヲ還付ス(一八五)保釋ヲ許サヽル決定ニ對シテハ被告人ヨリ其裁判所ニ異議ノ申立ヲ爲スコトヲ得(一五八第二項)此異議ノ申立ハ同一ノ裁判所ニ再考ヲ求ムルノ方法ナレハ公判ニ於テ保釋ヲ許サヽルモ此異議ヲ申立ツルヲ得

第二　責付ハ我國古來存在セル制度ニシテ往昔ノ五人組預又ハ村預ノ制度ヨリ胚胎セシモノナリ而シテ此責付ナルモノハ裁判所ノ職權ヲ以テ之ヲ言渡スモノニシテ被告人ノ親屬故舊ニ被告人ヲシテ呼出ニ應シ出頭セシムルノ義務ヲ負擔セシム(一五九第二項)責付ノ取消ハ第百六十條ノ場合ノミナラス保釋ト同シク裁判所ハ必要アル場合ニ何時ニテモ之ヲ取消スコトヲ得ヘキモノトス

## 第四節　勾引

勾引ハ訊問ノ目的ヲ以テ被告人ヲ裁判所ニ出頭セシムルコトヲ强制スル命令ニシテ强制力ヲ用ヰル點ニ於テ呼出ト異レリ而シテ其效力ハ第七十三條ニ依リ四十八時間繼續スヘク又之ヲ執行スルハ巡査憲兵上等兵ナリ勾引ハ勾引狀ヲ以テスルヲ方式トス

豫審ニ於テ勾引狀ヲ發スル場合ニ二アリ

第一　召喚狀ヲ受ケタル被告人カ其日時ニ裁判所ニ出頭セサルトキ(一七二)

第二　直ニ勾引狀ヲ發シ得ル場合(一七二)

公判ニ於テハ何時ニテモ裁判長ハ勾引狀ヲ發スルコトヲ得(一七八第一項)

勾引狀ノ繼續時間ハ判事ノ面前ニ被告人ヲ引致シタル時ヨリ起算スルモノトスヽ而シテ此時間ヲ經過スルトキハ縱令被告人ヲ訊問シ終ハラサルモ當然之ヲ釋放セサルヘカラス

又次ニ問題タルハ勾引狀ハ罰金以下ノ刑ニ該ルヘキ者ニ對シテモ發スルコトヲ得ルヤ豫審ハ證據蒐集ノ作用ヲ爲スモノナレハ被告自身ヲ訊問スルコト最モ必要ナリ然ルニ公判ハ既ニ豫審ニ於テ蒐集シタル證據ニ依テ判決ヲ下スモノナレハ被告人自身ヲ訊問スルノ必要少ナキヲ以テ輕微ナル罰金以下ノ刑ニ付テハ代人ヲ許セリ反之豫審ニ於テ召喚狀ニ關スル第六十九條ノ規定ヲ見ルモ決シテ代

人ヲ許スヲ見ス是故ニ公判ニテハ罰金以下ノ刑ニ該ル者ハ勾引スルヲ得スシテ豫審ノミニテ之ヲ爲シ得ト云ハサルヘカラス尚ホ第六十九條以下ノ規定ヲ見ルモ召喚狀及勾引狀ニ付テ規定ヲ爲シタル第七十四條ニ至ルノ間ニ於テ更ニ禁錮以上ノ刑ニ該ルヘキ犯罪タルヲ要スル規定ノ存スルヲ見ス唯第七十五條ニ於テ勾留狀ノ規定ニ至リ始メテ之ヲ見ル

勾引狀ノ方式ハ第七十六條ニ依リ勾留狀ト同シ又勾引狀ノ效力、執行及其制限ハ第七十七條乃至第七十九條ニ依リ勾留狀ト同一ナリトス

物件ニ對スル强制處分
物件提出ノ義務

## 第三章　物件ニ對スル强制處分

### 第一節　物件提出ノ義務

刑事訴訟ヲ實行スルニハ訴訟物件ノ蒐集ヲ必要トス去レト裁判所カ訴訟ニ於テ此種ノ物件ヲ保全スルニ當テハ物件所持者ノ任意ノ提出ヲ待ツコト能ハサルヲ以テ各人ニ對シ裁判所ノ求ニ應シテ物件ヲ提出スルノ義務ヲ負ハシメサルヘカラス之ヲ物件提出ノ義務トナス勾引、勾留ノ强制處分ハ出頭ノ義務存スルカ故ニ認メラルヽ如ク物件ノ搜索、差押ノ强制處分ハ提出ノ義務アルカ故ニ認メラルヽモノナリ又第百十三條ハ或物件ニ付テ提出ノ義務アルコトヲ規定セルニ依ルモ之ヲ知ルヲ得ヘシ提出ノ義務ハ素ト何人ニ對シテモ絶對ニ行ハルヘキモノニアラスシテ本法根本ノ主義ヨリシテ之ニ或例外ヲ認ムルノ必要アリ即チ(第一)被告人(第二)第百二十五條ニ掲クル者ニ對スル場合是ナリ(一)(二)或學者ハ被告人ハ物件提出ノ義務ヲ强制セラルヽコトアリト云フモ輓近ノ訴訟法ニ於テハ被告人ニ對シ自己ニ不利益ノ行爲ヲ强フルハ原則トシテ許サヽル所ニシテ被告人ニ自白ヲ强制スルコト能ハサルト等シク物件提出ノ義務ヲモ强フルコト能ハサルナリ

物件所持者ハ裁判所ノ請求ナクンハ自ラ進テ物件ヲ裁判所ニ提出スルノ義務アル者ニアラス此義務ヲ生スルハ裁判所ノ請求アルヲ條件トナスモノナリ而シテ又裁判所カ其物件提出ヲ求ムルニ當リテモ一般ニ證據物件ヲ提出スヘシト命令スルヲ得ス必スヤ其物件ヲ一定セサルヘカラス加之其物件ハ被請求者ノ手ニ存在スルモノナラサルヘカラス他ヨリ取寄セ提出スヘシト云フカ如キ請求ハ法律ノ許サヽル所ナリ

物件提出ノ義務ノミニテハ訴訟ニ必要ナル物件ヲ保全スルニ未タ充分ナリト云

フヲ得ス茲ニ於テカ法律ハ豫メ之ヲ防クノ方法ヲ設ケサルヘカラス本法ニ於テ此等ノ必要ヲ充タサンカ爲ニ認メタル方法ハ即チ物件差押ナリ此物件差押ト物件提出ノ義務トノ關係ハ一見恰モ物件差押ハ物件提出義務ノ補充方法タルカ如キモ決シテ然ルニアラス即チ提出ノ義務ト差押トハ相互ニ兩立スルモノニシテ裁判所ハ或ハ此二箇ノ方法ヲ併セ用ヰルコトヲ得ヘク或ハ其一ヲノミ用ヰルコトヲ得ヘシ

差押ノ意義及效力

## 第二節　差押ノ意義及效力

差押トハ裁判所カ訴訟ニ於テ或物件ヲ保全シ若ハ沒收ノ執行ヲ爲サンカ爲メ他人ノ所持内ヨリ强制力ヲ以テ證據物及沒收物件ヲ裁判所ノ所持ニ歸セシムル爲メ發スル命令ヲ謂フ任意ニ提出シタル物件、遺留ノ物件ノ如キハ差押ノ處分ヲ必要トセス

差押ヲ命スル權アル者ハ原則トシテ裁判所ナリ即チ公判判事、豫審判事及受命、受託判事ナリトス或ハ公判ニ於テハ第二百十六條、第二百三十八條ノ規定アルカ故ニ檢證ヲ爲シ得ヘキモ搜索及物件差押ニ付テハ何等ノ規定ナキヲ以テ之ヲ爲シ能ハサルカ如シト雖モ余ハ然ラスト信ス蓋第二百十六條ハ公判前ニ檢證ヲ爲スヲ主眼トシテ規定シタルモノニシテ第二百三十八條ハ受命判事ヲシテ臨檢セシムルヲ主眼トセリ第一ノ規定ハ公判開廷ノ後ナラサレハ審理ニ著手セストノ原則ニ對スル例外ニシテ第二ノ規定ハ裁判所ノ全員カ檢證スル例外タルノミ法律ハ特ニ此場合ニ限リ豫審判事ノ爲ス處分ヲ公判ニ於テ行フコトヲ許シタルモノトハ解スルヲ得ス元來下調タル豫審ニ於テ爲シ得ルコトハ公判ニ於テモ亦爲シ得ヘキノ理ナリ故ニ物件差押、搜索及臨檢ハ公判ニ於テモ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ唯公判ニ於テ爲ス場合ハ裁判所全員ニテ爲スヘキモノナレハ實際適用ヲ見ルコト稀ナルノミ

差押ノ效力ハ物件ヲ所持者ノ占有ヨリ分離シテ之ヲ裁判所ノ占有ニ移スニ在リ然レトモ此物件ノ上ニ所有權其他ノ物權ヲ有スル者ハ爲ニ其權利ヲ奪ハルヽコトナシ

此裁判所ノ占有ハ何時マテ繼續スヘキカト云フニ物件差押ノ目的ハ訴訟ノ實行ヲ保全スルニ在ルモノナレハ裁判所ノ占有ハ訴訟手續ノ繼續スル間ハ消滅セス

即チ公判ニテハ判決ヲ以テ其差押物件還付ノ言渡ヲ爲スヤ豫審ニテハ免訴ノ言渡ヲ爲スヤ繼續スルモノニシテ此言渡ノ確定ニ依テ差押ハ解除セラルヽモノトス（施二〇二、刑六一）

差押物件還付ノ言渡ノ效力ハ占有ノ地位ヲ假リニ定ムルモノニシテ何人カ其所有者ナルカヲ定ムルモノニアラス即チ裁判所ハ所有者ノ如何ヲ審理スルコトナクシテ差押ヲ受ケタル者又ハ被害者ニ還付スルモノトス而シテ何人カ所有者ナルカハ民事訴訟ニ於テ決スヘキモノナリ

差押ノ手續ハ第百六條乃至第百八條及第百十一條ニ明記セル所ナリ

## 第三節　差押ノ目的

差押ノ目的ハ證據物又ハ沒收物件ヲ保全スルニ在レハ原則トシテ此性質ヲ有スル各種ノ物件ハ差押フルコトヲ得ヘシ又其物件ヲ所持スル者ニ對シテハ何人タルヲ問ハス之ヲ差押フルコトヲ得ヘシ然レトモ此原則ニハ例外アリ

第一　人ニ關スル例外

治外法權ヲ有スル者ノ手ニ存スル物件ハ差押フルコトヲ得ス又領事館ノ記錄書類ハ何等ノ口實ヲ以テスルモ搜索、差押ヲ許サス（日獨日墨領事職務條約）但總テ通常裁判所ノ權力ニ服セサル者ノ手ニ在ル物件ハ差押フルコトヲ得スト云フヲ得ス軍人ハ被告トナスヲ得ス然レトモ軍人ノ手ニ在ル物件ハ差押フルコトヲ得ヘシ唯軍艦、兵營等ニ於テ物件ヲ差押フルニハ軍衙ノ補助ヲ求メサルヘカラス

第二　物件ニ關スル例外

一　第百二十五條ニ揭ケタル者ノ所持スル物件ニシテ且默祕スヘキ義務アルトキ（四一一）此物件ハ所持者ノ承認ナケレハ提出ヲ爲サシメ又ハ差押フルコトヲ得ス是レ第百二十五條ニ揭クル者カ第三者タル地位ニ在ルトキニ限ルト雖而シテ被告人ト辯護人間ニ授受スル書類ハ第八十五條第三項ニ依リ裁判所ノ占有ニ入リタルトキハ差押フルヲ得何トナレハ其物件カ第三者ノ手ニ存スルトキハ第百十四條ノ適用ヲ受ケサレハナリ

二　第百十三條ノ場合　郵便法、電信法ハ信書通信ノ祕密ヲ侵スコトヲ禁スレトモ刑事訴訟法ニ於テハ信書ノ內容ノ祕密ニ限リ之ヲ破ルコトヲ許シタリ此場合ニハ一方ニ於テ豫審判事ハ郵便電信局ヲ差押ノ機關トシテ信書等ヲ

差押ヘ一方ニ於テハ郵便電信局ニ命シ强制シテ物件ヲ提出セシムルモノニシテ郵便電信ノ官署等カ物件提出ノ義務ヲ負擔スルト同時ニ差押執行ノ機關タリ法律ハ此方法ヲ以テ將來ニ於テ發スル信書等ニ付キ包括的ニ差押開披ヲ得セシメタルモノナリ故ニ此例外ハ差押フルヲ得サルノ例外ニアラスシテ差押方法ニ關スル例外ナリ

## 第四節　搜索ノ意義

搜索ノ意義

物件ノ差押ヲ爲スニハ判事カ物件ヲ發見シタル場合ニアラサレハ之ヲ執行スルコトヲ得サルヲ以テ茲ニ物件搜索ノ必要ヲ生ス

刑事訴訟ニ於テハ搜索ハ證據物件ニ限ラス總テ被告人ノ發見、逮捕ノ爲ニモ亦之ヲ爲スコトヲ得ヘシ即チ搜索トハ證據物、沒收物件又ハ被告人ヲ發見スルノ手段ナリ今此點ヨリ見ルトキハ搜索ト差押トハ獨立シテ存在スヘカラサル方法ナリ

尙ホ之ヲ詳言セハ差押ハ物件ヲ裁判所ニ取上クルノ處分ニシテ搜索ハ物件ヲ求ムル準備方法ナリ又被告人ニ關シテハ其勾引、勾留ト家宅搜索トノ關係ハ處分トト其準備手段トノ關係ナリトス

第百四條ニ依レハ搜索ハ被告人又ハ物件ヲ藏匿スル者ニ對シテ行フヲ得ト規定セリ唯被告人タルト第三者タルトヲ問ハス物件カ發見セラルヘシトノ疑アルニアラサレハ搜索スルコトヲ得ス然レトモ必スヤ一定ノ物件ヲ所持セリト充分推測スルニ足ルヘキ事情アルコトヲ要セスシテ如何ナル物件ニテモ證據トナルモノヲ所持スルノ推測アレハ足レリ

搜索ノ目的ト爲ルモノハ住所、物件及身體ナリ(五一〇)而シテ夜間搜索ヲ爲スコトヲ得サルノ制限ハ住居內ノ搜索ニ限ルモノニシテ物件、身體ニ付テハ斯ル制限ナシ(七八、一四〇第三項)

# 第四章　證據

## 第一節　證據ノ意義

證據

證據ノ意義

刑事ノ判決ハ犯罪事實ノ認定ニ基カサルヘカラス犯罪事實ノ認定ハ總テ證據ニ依ルヲ要ス故ニ裁判官カ私ニ見聞シタル所ヲ以テ裁判ノ基礎ト爲スヲ得ス必ス刑事訴訟法ニ定ムル擧證手續ニ從ヒ取調ヘタル證據ニ依ルヲ要ス

證據ナル辭ハ通常左ノ二樣ノ意義ニ用ヰラルヽモノナリ

第一　事實ノ眞否ヲ確定スヘキ方法ヲ指シテ證據ト云フコトアリ之ヲ證據方法ト稱ス又刑事訴訟法ニ於テハ證據方法ヲ證憑又ハ證據ト稱ス證據方法ナルモノヽ意義モ又學者ニ依テ見ル所異ナルカ如シ通常左ノ意義ニ用ヰラル

一　裁判ニ必要ナル事實ノ眞實ナルコトヲ認識スル爲メ利用セラルヽ道具ヲ證據方法ト云フモノアリ此意義ニ依レハ證人、鑑定人、被告人、證據物件(檢證ノ目的物)及書證カ證據方法ナリ

二　裁判ニ必要ナル事實ノ眞實ナルコトヲ之ニ依テ推知セシムル材料ヲ證據方法ト云フモノアリ此意義ニ依レハ證人ノ證言、鑑定人ノ鑑定、被告人ノ自白檢證及徵憑カ證據方法タリ

現行法ニ於テハ或ハ第一說ノ意義ニ從フ規定アリ又第二說ニ依ル規定アリ第二百三條第一項ニ於ケル證據ナル辭ハ第二說ノ意義ヲ有シ第九十條、第九十一條亦然リトス之ニ反シテ第百九十八條、第二百十九條第二項第三項、第二百三十九條ノ證憑ナル文字ハ第一說ニ從ヒ用ヰラルヽモノナリトス

第二　證據方法ノ信憑力即チ事實ノ存否ヲ確認セシムル證據方法ノ效力ヲ單ニ證據ト云フコトアリ而シテ舊時糺問訴訟ニ於テハ完全證據及不完全證據ト稱スルモノハ此意義ニ從フモノニシテ又現行法ニ於テ證憑充分又ハ證憑不充分ト云フ場合ハ此意味ニ於テ云フモノナリ

證據ニ關スル訴訟手續ヲ擧證ト稱ス擧證トハ裁判ヲ爲スニ必要ナル事實ノ眞實ナルコトヲ確定スヘキ訴訟上ノ作用ナリ今擧證ノ目的、內容及目的物ヲ左ニ說明スヘシ

第一　擧證ノ目的ハ證明ナリ證明トハ裁判官カ事實ノ眞實ナルコトノ確信ヲ得ルヲ謂フ確信ト云フハ絕對ノ眞實又ハ客觀的眞實ヲ知ルヲ謂フニアラス故ニ確信ヲ得ルトハ相對ノ眞實即チ裁判官ニ對シ主觀的ニ表ハル、確信ヲ心證ヲ以テ得ルニ在リ故ニ確信ナルモノニハ錯誤ノ存スル餘地アルモノニシテ之ニ關シ程度ノ等差アリ判決ヲ以テ犯罪事實ヲ認ムルニハ毫モ疑ノ存セサル程度ノ確信ヲ要シ豫審終結決定ニ於テ犯罪ヲ認ムルニハ犯罪ノ嫌疑ノ程度ヲ以テ定マリ又或訴訟上ノ事實ニ付テハ疑ノ存スル確信ヲ以テ足ル此終ノ場合ハ之ヲ疏明ト稱ス(一一六、一二、五、二四七)

第二　擧證ノ內容ハ證據調ナリ證據調ハ證據方法ヲ訴訟法ノ定ムル方式ニ從ヒテ利用シ事實ノ材料ヲ取得スルヲ謂フ證人又ハ被告人ヲ迅問シ鑑定人ニ鑑定ヲ命シ證據物件ヲ實檢シ調書ヲ朗讀セシムルカ如キハ皆證據調ナリ

或ハ證據ノ申出又ハ證據ノ考察ナルモノヲ擧證ノ一ノ內容トナス者アリ然レトモ刑事訴訟ニ於テハ裁判所カ職權ヲ以テ證據ヲ取調フルカ故ニ證據申出ナルモノナシト云フヲ至當トス又證據ノ考察ハ證據調ノ結果ニ付キ證據力ヲ量定スルモノニシテ即チ證據方法ヲ利用シ知リ得タル材料カ證スヘキ事實ヲ眞實ナリト認メシムル效力アリヤ否ヤヲ査定スルヲ謂フ證據力ノ考察ヲ爲スニハ單純ナル推理ノ作用ヲ以テスルモノニシテ內部ノ反射作用ニ過キサレハ決シテ之ヲ五官ノ認識作用タル擧證ノ手續ト云フ能ハス而シテ此推理作用ニ依リ證スヘキ事實ヲ眞實ナリト認メシムル原因ヲ證據原因ト云フ證據原因ハ考察ニ依テ生スルモノニシテ證據原因ニ因リ證據力ハ定マルモノナリ

第三　擧證ノ目的物ハ事實ナリ事實ハ法規ノ反對ヲナスモノナリ然ラハ如何ナル事實カ證明事項ナリヤ證明ハ刑法ニ於テ被告カ有罪ナルヤ否ヤヲ決スヘキ事實ナラサルヘカラス換言セハ本案ノ被告事件ニ於テ科刑權ノ成立ニ付キ刑法上必要ナル事實カ證明セラレサルヘカラス即チ裁判所ハ科刑權ノ存在條件タル事實ヲ確定スルノミヲ以テハ未タ訴訟上ノ問題ヲ裁斷シ盡シタリト云フコトヲ得ス尙ホ刑ノ輕重ヲ定メサルヘカラス唯刑法ニ於テ豫見セラレタル加重又ハ減輕ノ情狀ヲ證明スルヲ要スルノミニシテ酌量減輕ノ情狀ハ裁判所之ヲ證明スルヲ妨ケサルモ是レ必スシモ必要ナルモノニアラス第二百三條第一項ニ於テハ罪ト爲ルヘキ事實及證據ニ依テ之ヲ認メタル理由ヲ示シ云々トアルモ此中ニハ酌量減輕ノ情狀ヲ包含スルモノニアラスシテ唯科刑權ノ成立ニ關シ必要ナル情狀及刑法ニ豫見セラレタル情狀ヲ謂フノミナリトス

以上ハ科刑權ノ成立ヲ認メントスルニハ如何ナル事實ノ證明カ必要ナルヤニ關シテ論述セシカ若シ主張シタル科刑權カ裁判所ヨリ否認セラレ無罪又ハ免訴ノ言渡ヲ受クルトキニハ有罪ノ塲合ト同シク無罪免訴ニ必要ナル事實カ證明セラレサルヘカラサルカ元來證明ノ作用ハ有罪ノ言渡ノ條件タル事實即チ罪ト爲ルヘキ事實ニ必要ナルモノナレハ右ノ如キ問題ハ有罪ノ事實ヲ證明シ

得サルトキハ如何ナル處分ヲ爲スベキカノ問題ニ歸著スヘキヲ以テ此問題ヲ解スルハ極メテ容易ナリトス即チ犯罪ノ責任アリトノ單純ナル嫌疑ニ止マル場合モ犯罪ノ責任ナシトノ確信アル場合モ共ニ訴訟ノ結果ハ同一ニシテ孰レモ無罪タルヘキモノトス故ニ第二百三條第二項ニ於テモ無罪ノ言渡ヲ爲スニハ事實及法律上ノ理由ヲ明示スヘキコトヲ命スルニ止マリ證據ニ依テ之ヲ認メタル理由ヲ明示スヘキコトヲ規定セス

第四　證明ノ作用ハ判事ヲシテ必要ナル事實ノ確信ヲ得セシムルニアリ是故ニ證明ノ必要ハ判事カ事實ノ眞實ナリトノ心證ヲ缺クヲ條件トスヘキヲ以テ若シ判事カ疑ヲ置カサルトキハ證據ノ無益ナルハ是レ我刑事訴訟法ノ一原則ニシテ從テ次ニ掲クルモノハ證明ヲ要セサルナリ

一　法律上ノ推定　法律上ノ推定ハ刑法ニ於テハ重ニ責任ノ推定ニシテ特別法ニ於テ例外トシテ見ル所ナリ新聞紙條例第十一條ノ如シ然ラハ刑法上ノ推定ハ刑事裁判官ヲ羈束スルモ民法上ノ推定ハ刑事裁判官ヲ羈束スルヤ否ヤト云フニ民法上ノ推定ヲ以テ訴訟法上ノ規定ナリトスルトキハ之ヲ適用スルコト能ハサルヤ明ナリ何トナレハ民事訴訟法ノ手續及證據ニ關スル規定ハ刑事裁判官ヲ羈束スルモノニアラサレハナリ又民法上ノ推定ヲ實體法ノ規定トスルモ刑事裁判官ハ之ニ從フヘカラサルコトアリ即チ刑法ノ犯罪構成要素ニシテ自然上ノ關係ヲ認ムルトキハ此關係ニ基キ犯罪ヲ認メサルヘカラス刑事裁判官ハ民法上ノ權利關係ヲ判斷スルニハ刑事訴訟法ノ手續及其證據ニ關スル規定ニ從テ判斷セサルヘカラサルヲ原則トス要スルニ民法上ノ推定ハ刑事裁判官ヲ羈束スルモノニアラサレハ其事實ハ之ヲ證明スルコトヲ要ス

二　顯著ナル事實　擧證ハ判事ニ必要事實ノ確信ヲ得セシムルヲ目的トスルヲ以テ判事カ證據ナクシテ斯ル確信ヲ得タル場合ニハ全ク證明ノ作用ハ無益ナルヘシ併シ此原則ハ學說及立法上絕對ニ之ヲ主張スルヲ得スシテ判事ハ私ノ認識ヲ判決ノ基礎トナスヲ得サルハ學說及立法例ノ一致スル所ナリ何トナレハ判事ハ有罪無罪ヲ判斷スルニハ唯公判ニ於テ提出セラレタル證據材料ニ基クヲ要スルモノナレハナリ（一九〇、一八八乃至一九八、二一九）然レトモ茲ニ唯一ノ

例外アリ即チ顯著ナル事實是ナリ顯著ナル事實ハ證據調ヲ要セスシテ判決ノ基礎トナスヲ得ヘシ抑モ顯著ナル事實ニ付キ證明ヲ要セスト爲スハ私ノ認識ヲ以テ基礎ト爲スヲ許サヽル原則ヲ貫ヌケハナリ蓋私ノ認識ノ材料ハ監督ヲ何人ヨリモ爲ス能ハサルモノニシテ之ヲ採用スヘカラスト云フニ在レハ其認識ニシテ容易ニ當事者又ハ第三者ヨリ其眞實ナルコトニ付キ監督ヲ爲スヲ得ベキトキニハ此事實ヲ基本ト爲スヲ許サヽルヘカラス然ラハ如何ナル事實カ顯著ナルモノナルカト云フニ顯著ナル事實ハ公知ノ事實ニシテ一般ニ多數人ノ確信スルカ爲メ之ヲ眞實ト認ムルモノナリ即チ證據原因ニ基キ事實ヲ認ムルニアラスシテ一般ノ確信アレハ之ニ基テ事實ヲ認ムルナリ故ニ顯著ナル事實タルヲ知ルノ材料ハ制限ナク裁判所ニ於テ之ヲ記憶スルト否トヲ問ハス裁判所ハ亦之ヲ知ルノ義務ヲ有セサルナリ而シテ顯著ナルコトニハ時、場所及ヒ之ヲ知ル人ノ範圍ニ從ヒ廣狹アリ民事訴訟法ニ於テハ裁判所ニ於テ顯著ナルモノヲ以テ足レリトス裁判所ヲ包圍スル者ノ範圍ニ於テ顯著ナレハ足レリ然レトモ刑事訴訟法ニ於テハ國內ノ一般ノ人ニ顯著ナルヲ要ス之ヲ狹キ範圍ニ於テ認ムルハ即チ公判審理ノ目的ト爲ラサル事實ニ基テ判決スルノ批難ヲ免カレサルノミナラス被告人ニ對シテハ證據方法ニ關スル辯解ヲ爲サシメサルモノナリトス

## 第二節　證明ノ責任

證明ノ責任

普通ニ證明ナルモノニハ相對スル二人ノ者ナカルヘカラス即チ證明ヲ與フル人ト受クル人トヲ要スルモ此意義ニ於テ刑事訴訟法ヲ解釋スルトキハ證明ナルモノハ全ク存在セサルニ至ルヘシ何トナレハ刑事訴訟法ニハ證明スル者ト自己ニ證明セシムル者トハ無ケレハナリ故ニ刑事訴訟法ニ於ケル擧證トハ當事者ノ作用ニアラスシテ裁判所ノ作用ナリ換言スレハ證據ヲ提出スルト云フニアラスシテ證據ヲ擧クルコトヲ謂フナリ從テ民事訴訟法ニ於ケル證據申出ノ如キモノハ存在セサルナリ又證明ノ責任ヲ當事者ニ分擔スルハ是レ證明セサル者ハ敗訴トノ法律上ノ推定ニ基クモノニシテ實體的眞實發見ノ主義ニ反ス去レハ擧證責任ノ問題ハ刑事訴訟法ニ於テハ全ク價値ナキモノナリ

證明責任ノ分擔ハ如何ナル場合ニ於テモ之ヲ認ムルヲ得ス法律上ノ推定ニ對シ

テハ反證ヲ許シ反證ナキ限リハ法律規則ニ羈束セラルヽカ故ニ此場合ニハ證明ノ責任カ被告ニ在ルモノヽ如シ又新聞紙ニ依テ犯サレタル誹謗罪ハ或條件ヲ具ヘタル時ニ限リ被告人ニ誹謗ノ事實ヲ證明スルコトヲ許シ其證明ノ確立シタルトキハ其罪ヲ免スルモノトセリ(新聞紙條例參照)此場合ニモ亦證明ノ責任ハ被告人ニ存スルヤノ觀アリ然レトモ此規定ヲ解シテ證明ノ責任アル被告人カ自己ノ無責任タルコトヲ證明スルマテハ裁判所ハ手ヲ束ネテ待タサルヘカラストナスハ不可ナリ此場合ニ於テハ被告人ハ判事ニ自己ノ利益ナル證據ヲ知ラシムルニ止マルモノニシテ即チ其取調ヲ判事ニ求ムルニ外テラス元來被告人ハ判事ニ利益ノ證據方法ヲ告クルノ權ヲ有シ裁判官モ亦自ラ被告人ノ利益ヲ探究スルノ權ヲ有ス而シテ裁判官ノ此權利ハ被告人ノ爲ニ妨ケラルヽコトナキナリビンジング曰ク刑事訴訟法ニ於テハ證明ノ責任ハ裁判所ニ在リト

自由心證主義

## 第三節　自由心證主義

裁判官ハ裁判ニ必要ナル事實ノ眞否ニ付テ自由ナル心證ヲ以テ判斷ス(〇九)蓋證據方法ハ裁判官ノ感覺及ヒ理解力ニ向フモノニシテ裁判官ノ事實ノ認識ハ主觀的ノモノナリ裁判官ハ證據方法ヲ自己ノ五官ノ感覺ニ觸レシメ自己ノ理解力ヲ以テ事實ヲ推理シ以テ之ヲ眞實ナリト認識スルモノナリ故ニ心證ナルモノハ主觀的作用ニシテ之ヲ以テ事實ノ眞否ヲ決セサルヘカラス

刑事訴訟法第九十條ハ舊時糺問訴訟時代ニ行ハレタル制限證據主義ヲ排斥シタルモノナリ此主義ハ自由心證主義ノ反對ヲナスモノナリ糺問訴訟ニ於テハ自由心證ハ各人ニ依テ異ナル主觀的ノモノナレハ之ヲ以テ事實ヲ確定スルハ却テ眞實ヲ發見スルニ妨ケアリトナシ多年ノ經驗ニ依リ法律上殆ト一定シタル客觀的規則ヲ設ケ之ニ從テ事實ノ眞否ヲ定メシムルコトヽセリ其制限證據ノ規定ニハ積極及消極ノ二種アリ積極ノモノハ被告人ノ自白アルトキハ必ス其事實ヲ眞實ト認メシムルコトヲ命スルカ如キヲ謂ヒ消極ノモノハ被告人ノ自白アルモ必スシモ之ヲ眞實トナサヽルヘキナレトモ自白アルニアラサレハ之ヲ眞實ト認ムルヲ得ストナシ他ノ證據方法ヲ以テハ事實ノ認定ヲ禁スル法制ヲ謂フ何レノ制限證據ノ法制モ今日ハ之ヲ認メタル立法ナシ蓋制限證據主義ハ眞實發見ニ害アレハナリ制限證據ノ規定ハ多年ノ經驗ニ基クモノナリト雖モ各事件ノ眞相ハ各場

合ノ事實ヲ異ニスルニ從ヒ異別アルヲ以テ或事件ニ於テハ自白ヲ眞實ト認ムルヲ得ヘキモ他ノ事件ノ特別ノ事情ノ下ニハ之ヲ眞實トナス能ハサルコトアリ故ニ絶對ノ法律ノ規定ヲ以テ各事情ヲ異ニスル事實ノ認定ニ付キ裁判官ヲ律スヘキニアラス然ラサレハ裁判官ハ此特別ノ事情ヲ顧ミル能ハサルナリ

各證據ハ判事ノ自由ノ判斷ニ任ストハ何ソ是レ證據力ノ量定ハ審理ノ全體ヨリ斟酌シタル自由ノ心證ニ從テ眞否ヲ判斷スルヲ謂フナリ凡ソ證據ノ規定ハ證據方法ヲ許スヘキヤ否ヤノ規定ト證據調ノ方式ノ規定ト證據力ノ量定ノ規定トニ區別スルヲ得違法ノ證據ハ之ヲ心證ニ供スルヲ得サルカ如ク又公判手續ノ方式ハ公判始末書ノミヲ以テ之ヲ證スルヲ得ルカ如ク證據方法ノ許スヘキヤ否ヤニ付テハ法律ニ於テ之ヲ制限セサルヘカラス又證據調ノ方式モ法律ヲ以テ一定セサルヘカラス此二者ヲ法律ヲ以テ制限スルハ即チ事實ノ眞相ヲ得ルノ保證タルモノナリ此範圍ニ於テハ證據ハ自由ナリト云フヘカラス唯證據力ヲ定ムル上ニ於テノミ自由心證主義カ行ハルヽモノトス又證據力ヲ定ムル上ニ於テモ其心證ハ之ヲ裁判官ノ主觀的隨意ニ委ネ感情憎愛ヲ以テ判斷ヲ許シタルニ非ス其心證ハ必ス客觀的理由ノ存スルヲ要ス判決ニハ必ス之ヲ明示スヘク之ヲ明示セサレハ破毀ヲ免レス(二〇三、二六、九、第九號)故ニ此心證アルモノハ何人モ承認スヘキ理由ニ基クヲ要ス

證據ノ種類

## 第四節　證據ノ種類

證據ノ區別ニシテ其主タルモノハ直接證據即チ人爲上ノ證據及間接證據即チ自然上ノ證據ノ區別ナリ間接證據トハ徵憑ヲ指シテ云フモノニシテ直接證據トハ徵憑以外ノ證據方法ヲ云フモノナリ

徵憑トハ證明セラルヘキ事實ト理論上ノ牽聯ヲ保ツカ爲メ證明ヲ必要トスル事實ノ存在ニ推理論結セシムル事實ナリ故ニ證憑ヨリ證明事實ヲ認ムルニハ三段論法ニ依ラサルヘカラス其大名題タルモノハ經驗律ナリ其小名題ハ確定ノ事實ナリ此事實カ即チ徵憑ナリトス此事實ヲ大名題ニ適用シ以テ推論ノ方法ニ依テ證明ノ結果ニ達スルモノナリ故ニ徵憑ハ確定シタル一箇ノ事實ナリ徵憑ニシテ未タ確定ノモノト認メラレサルトキハ此事實カ證據方法ヲ以テ證明セラルヽコトヲ要ス故ニ徵憑ハ之ヲ證據方法ト云フヘカラス唯自由心證主義ヲ採リタル刑

事訴訟法ニ於テハ徵憑ヨリ證明事實ヲ認ムルニ付テモ之ヲ判事ノ判斷ニ任セリ

(九〇)即チ大名題タル經驗律ヲ認ムヘキヤ又確定シタル徵憑事實ヲ之ニ適用シ得ヘキヤハ判事ノ自由ナリ制限證據主義ニ於テハ之ヲ法律ニ規定セリ之ヲ法律ニ規定スレハ即チ法律上ノ推定タル形體ニ於テ表ハル

證據ノ區別トシテ以上述ヘタル直接證據、間接證據ノ外尚ホ今日存スルモノハ被告ニ不利益ナル證據即チ訴追證據及被告ニ利益ナル證據即チ防禦證據ノ區別、主タル證據及反對證據ノ區別ノ如シ(一九〇八三)完全證據及不完全證據ノ如キ證據力ニ關スル區別ノ如キハ今日其存在ヲ失ヒタルモノトス

## 第五節　證人

### 第一款　證人ノ意義

證人トハ過去ノ事實ニ付キ訴訟外ニ於テ爲シタル實驗ニ基キ訴訟ニ於テ裁判官ニ對シ證明ノ爲メ供述ヲ爲ス第三者ナリ

第一　證人ハ第三者ナリ　證人ハ同一訴訟ニ於テ裁判所職員及訴訟關係人タルコトヲ得ス然ラサルニ於テハ訴訟ノ目的タル公平ナル裁判ハ之ヲ望ムヘカラス裁判所職員ハ斯ノ如ク裁判ニ干與スヘキモノナレハ同一訴訟ニ於テ證言ヲ爲スカ如キコトアランカ其職務ヲ行フコト能ハサルニ至ルヘシ又當事者ハ證人ニ於ケルカ如ク眞實ニ基ク判決ヲ爲サシムル爲ニ公平ナル材料ヲ提供スルヲ得ルノ地位ニ在ルモノニアラス當事者ノ代理人及補助者亦然リトス故ニ判事、裁判所書記、檢事、被告人、其訴訟代理人、辯護人、法定代理人ハ同一訴訟ニ於テ證人タルヲ得ス若シ是等ノ者ニシテ證人タリシトキハ同一ノ訴訟ニ於テ訴訟上ノ作用ヲ爲スノ能力ヲ失フ此點ニ付テハ裁判所職員ニ付キ本法第四十條第三號ニ明文アルノミナラス證人ノ地位ト是等ノ者ノ地位ト相互ニ容レサルヨリ當然生スル所ナリ是ヲ以テ同一訴訟ニ於テハ共同被告人ハ相互ニ證人タルコトヲ得ス

現行法ハ同一訴訟ニ依テ嘗テ裁判所職員又ハ檢事トシテ其事件ニ付キ職務ヲ行ヒタル者ニ對シ其爲シタル處分ニ付キ證人タルノ能力ヲ剝奪セリ是レ本法第百八十八條ト其趣旨ヲ同ウシタル舊治罪法第二百八十五條トノ解釋ニ由リ然ラサルヲ得ス同條ハ其反面ニ於テ其訴訟ニ干與シタル職員ノ證人トナルヲ

禁シ是等ノ者ノ爲シタル處分ニ付テハ其作成シタル調書ヲ以テ之ヲ證スルノ趣意ヲ有シ司法警察官ニ限リ特ニ其作成ノ調書ノミナラス之ヲ證人トシ其處分ニ關スル事實ヲ裁判所ニ於テ證明スルヲ得ルノ規定ヲ爲シタルモノナリ

第二　證人ハ供述ヲ爲スモノナリ　證人ハ口頭ニテ供述ス其例外ハ本法第百二十九條ノ場合ナリ而シテ證人ノ供述ハ如何ナル趣旨ナルモ證據タルヲ得レトモ其態度等ハ證言ノ信憑力ノ信憑タルニ止マル

第三　證人ハ證明ノ爲ニ供述ヲ爲ス　證據ノ端緒ヲ得ンカ爲ニ供述セシムルカ如キ、檢證ノ基礎ヲ得ルカ爲メノ供述ノ如キハ證言ニアラス

第四　證人ハ過去ノ事實ヲ供述ス　證人ノ供述スル所ノモノハ事實ナリ其事實ニハ犯罪ノ構成要素ニ屬スルモノアリ又徵憑事實タルモノアリ何レモ過去ニ屬スル事實ナルコトヲ要ス此點ニ於テ鑑定人ト區別アルモノトス

第五　證人ノ供述ハ訴訟外ニ於ケル實驗ニ基クモノナリ　故ニ證人ハ五官ヲ以テ實驗ヲ爲スノ能力ヲ有シテ之ヲ行ヒ此實驗シタル所ノモノヲ供述ニ於テ表示スルノ能力ヲ有セサルヘカラス此能力ヲ缺ク者ハ事實上ノ證人タルヲ得ス然レトモ現行法ハ舊時ノ糾問訴訟ニ於ケルカ如ク法律上證人ノ無能力ヲ一般ニ認メス事實參考人モ亦證人能力アルモノニシテ唯宣誓ノ方式ヲ用ヰサルニ止マルナリ(一二三、一二四)而シテ證人ハ自己ノ爲シタル實驗ノミナラス第三者ノ爲シタル實驗ヲモ供述スルコトアリ即チ傳聞證人モ亦一ノ證人ナリ次ニ證人ハ其供述ヲ爲スヘキ以前ニ於テ事實ヲ實驗シタルコトヲ要シ鑑定人ノ如ク訴訟ニ於テ始テ實驗ヲ爲シ之ヲ供述スルモノニアラス

證人ニハ證言ノ義務アリ證言ノ義務ハ判事ノ呼出ニ應シテ出頭スルニ止ラス其面前ニ於テ供述シ且其供述ヲ宣誓スル義務アリトス而シテ事實參考人ハ出頭ノ義務アルモ供述宣誓スルノ義務ナキナリ此證言ノ義務ハ第百十五條ノ方式ニ從ヒ呼出ニ依リテ成立スル一般ノ義務ナリ

出頭ノ義務

## 第二款　出頭ノ義務

一般ニ法律カ證人ノ出頭義務ヲ認ムルコトハ其義務ヲ免除スル場合アルニ依リテ之ヲ知ルヲ得ヘシ然レトモ或ハ裁判所ニ出頭スヘキ義務ノ一部ヲ免除シ又或ハ其全部ヲ免除セラルヽコトアリ即チ左ノ如シ(一一三)

第一　國務大臣
第二　帝國議會ノ議員
第三　皇族

右ノ三者ハ其地位ノ爲ニ所在地ヲ離ルヽコト能ハサルカ故ニ此例外アリ故ニ第百三十條ニ違背スルモ證言ハ其效ナキニアラス

第四　證人カ疾病其他正當ノ事故ニ因リテ出頭スルコト能ハサル旨ヲ疏明シタルトキ（一一九〇六）

以上ノ例外ヲ除ク外ハ證人ハ裁判所又ハ其他ノ場所ニ出頭スル義務アルモノトス（一一八一）故ニ裁判所外ニ於テ作リタル訊問調書モ無效ニアラス

出頭ノ義務ハ之ヲ强制スルコトヲ得ヘク又制裁ヲ科スルコトヲ得ヘシ（一一八一）强制及制裁ヲ科スルノ權ハ證人ノ出頭スヘキ裁判所又ハ判事ニ屬ス（一一九三〇三）呼出ニ應シテ出頭スルトキハ其裁判所ニ來ルノミヲ謂フニアラスシテ判事カ證人ヲ利用スル間ハ其裁判所ニ留ルノ義務ヲモ包含スルヲ以テ途中ニテ立去ル者ハ出頭セサルト同一ノ責ヲ負ハサルヘカラス

裁判所ハ職權ヲ以テ其不參ニ付キテ生シタル費用賠償ノ外ニ罰金ヲ言渡スコトヲ得而シテ再度呼出ニ應セサルトキハ費用賠償ノ外ニ二倍ノ罰金ヲ言渡スモノトス再度ノ不參トハ同一ノ手續若ハ同一ノ審級內ニ於テ再度ノ意味ニアラスシテ同一ノ訊問ノ場合ニ於テ再度ナル意味ナリトス故ニ豫審ニテ兩度ノ不參ノ爲ニ罰金ヲ言渡シタル場合ニ於テ公判ニ於テ復タ不參ヲ爲スモ更ニ初度ノ不參トシテ之ヲ罰スルコトヲ得又豫審中ニ於テモ其訊問事項カ新ニ發生シ新ニ其訊問ノ必要ヲ認ムヘキトキハ之ヲ同一訊問ト爲ス能ハサルカ故ニ更ニ罰スルヲ得ヘシ

供述ノ義務

## 第三款　供述ノ義務

通常裁判所ノ裁判權ニ服從スル者ハ法律ノ明文ヲ以テ其義務ヲ免除セサル以上ハ裁判所ニ對シテ供述スルノ義務アリ而シテ其義務ノ內容及範圍ハ訊問ヲ爲ス判事ノ意思ニ從フモノナリ故ニ證人ハ判事ノ問ニ付テ供述セサルヘカラス又證人ハ事實ヲ知ルトキニ限リテ供述ヲ爲スニ止ラス之ヲ知ラサルトキモ亦其知ラサル旨ノ供述ヲ爲サヽルヘカラス此場合ニ於テ單ニ緘默スルトキハ第百二十六

條ノ制裁ヲ免カレサルナリ其他證人ハ被告人又ハ他ノ證人ト對質ヲ爲スノ義務アリ(二九八、二七、一)法律ハ此供述ノ義務ニ付テ例外ヲ設ケタリ即チ左ノ如シ

第一　事實參考人　事實參考人ニハ法律ハ其供述ヲ拒ムノ權ヲ付與シタルニアラス事實參考人ニ付テハ判事カ始ヨリ職權ヲ以テ證言義務アリヤ否ヤヲ審査セサルヘカラス第百二十三條及第百二十四條ハ制限的ノ規定ナリ此以外ニ事實參考人ナルモノ存在セサルカ故ニ證人タルヘキ者ヲ事實參考人トシテ審問スルヲ許サヽルナリ例ハ共犯者ノ如キ者ハ事實參考人トシテ審問スルヲ至當トサスモノナルモ右二个條中ニ規定セサルヲ以テ之ヲ許サス恰モ事實參考人ヲ證人トシテ訊問スルヲ得サルカ如ク證人タルヘキ者モ亦事實參考人トシテ訊問スルコトヲ許サヽルナリ

次ニ共同被告人ノ一人ニ對シ親族、後見人又ハ雇人等ノ關係アルトキハ他ノ被告人ニ對シテモ亦事實參考人トシテ訊問スルヲ要ス即チ其訴訟ニ於ケル訊問ニ付テ事實參考人ナリヤ否ヤヲ決セサルヘカラサルモノニシテ被告人ノ各人ニ付テ決スルモノニアラサルナリ蓋供述ハ之ヲ分割シ豫メ何レノ被告人ニ關スルモノナルカヲ定ムルコト能ハサレハナリ

第二　第百二十五條ニ掲ケタル者　本條ニ掲ケタル者ハ證言拒絶ノ權アリ即チ此者ノ意思表示ニ因リテ裁判所ハ拒絶ノ原因ノ當否ヲ顧ミサルヘカラス而シテ一旦拒絶シタル後之ヲ取消シタルトキハ始ヨリ拒絶セサリシト同一ナルモノトス

第一ニ掲ケタル官吏公吏タリシ者ハ職務上ノ祕密ヲ侵ス場合ニ限リテ證言ノ義務ナシ而シテ證言スヘキ事項カ職務上ノ祕密ナリヤ否ヤハ其官吏及上官ノ定ムル所ニシテ裁判所ノ決スヘキモノニアラス裁判所ハ唯本項ノ適用ヲ受クヘキ場合ナリヤ否ヤヲ審査シ得ルニ止マル

第二ニ掲ケタル者ハ身分、職業ニ因リ委託セラレタル事項ニ限リテ證言ノ義務ナシ而シテ其事項ハ被告人ノ利益ナルト否トヲ問ハサルナリ本號ノ場合ニ於テハ默祕ノ事項ヲ委託シタル者カ此義務ヲ免除スルトキハ再ヒ證言ノ義務ヲ發生スルモノトス

裁判所ハ右第一第二ノ者カ本條ニ該當スルモノナリヤ否ヤヲ定ムル必要アル

カ故ニ拒絶ノ原因ヲ疏明セシムルモノトス

不法ニ證言ヲ爲サヽル者ニハ第百二十六條ノ制裁アリ

宣誓ノ義務

## 第四款　宣誓ノ義務

證人ハ法律ニ別段ノ規定ヲ設ケサル以上ハ宣誓スルノ義務アリ唯事實參考人ニ限リ此義務ヲ免カレシメ其他ノ者ヲ訊問スルニハ總テ宣誓ヲ要ス第百二十三條及第百二十四條ノ各號ニ付キテ見ルニ第百二十四條ニ列記セル者ハ第六號ヲ除クノ外ハ宣誓ノ能力ナキカ故ニ宣誓ヲ用ヰサルナリ而シテ第百二十三條及第百二十四條第六號ニ掲ケタル者ハ宣誓ハ無能力ナリトノ意ニアラス唯其事件ニ限リ被告人又ハ民事原告人トノ關係及事件トノ關係ニ因リテ宣誓セシメサルニ在リ

證人ノ訊問

## 第五款　證人ノ訊問

證人訊問及宣誓ノ方式ハ證人ヲシテ誠實ニ供述セシムルカ爲メ存スルモノニシテ即チ左ノ如シ

第一　證人數人アルトキハ後ニ訊問スヘキ他ノ證人ノ在ラサル所ニ於テ訊問スヘキモノトス即チ公判ニ於ケル第百九十三條ハ此精神ナリ

第二　證人數人アルトキハ之ヲ各別ニ訊問セサルヘカラス(七一二)即チ判事ハ數人ノ證人ニ對シ同時ニ問ヲ發スルコトヲ得ス一人ノ證人ヲ訊問シタル後他ノ證人ニ及フコトヲ要ス是レ訴訟ノ必要條件ニシテ之ニ違背セル證言ハ判決ノ基礎トスルヲ得ス

第三　右原則ノ例外トナルヘキ場合ハ第百二十七條但書ニ示スカ如ク對質ノ場合是ナリ即チ此場合ニハ一人ノ證人ヲ他ノ證人ノ在ル場所ニ於テ同時ニ訊問シ得ルモノトス

第四　宣誓モ亦各證人各別ニ爲サヽルヘカラス而シテ我刑事訴訟法ニ於テハ宣誓ハ訊問前ニ爲サシムルモノトセリ(一二二)是レ眞實ヲ吐カシムル適當ナル方法ニシテ若シ訊問後ニ宣誓セシメタルトキハ其證言ハ之ヲ證據ト爲スコトヲ得ス又一人ノ證人ハ豫審公判ニ於テハ各別ニ宣誓セシメサルヘカラス

第五　訊問ハ二部ニ區分セラルヽモノニシテ一ハ證人ノ氏名、年齢等及被告人トノ關係ノ訊問即チ第百二十一條ノ訊問ニシテ一ハ本案事實ノ訊問ナリ第百二

十一條ノ訊問モ證人訊問ノ一部ニシテ證人ノ信用ニ關スル事項ヲ知ルカ爲メ最モ重要ナルモノナリ若シ本案ノ訊問ヲ爲ス前ニ被告人ノ全體ニ對シテ第百二十三條ノ關係ヲ訊問セスシテ證人ヲ宣誓セシメタルカ如キ場合ニハ之ヲ以テ證據ト爲スヲ得サルナリ又本案ノ訊問スヘキハ證人ハ箇々ノ間ナシト雖モ自ラ事件ニ付キテ知ル所ノ事柄ハ之ヲ連絡シテ供述スルノ義務アリ

## 第六節　鑑定人

### 第一款　鑑定人ノ意義

鑑定人ハ訴訟中ニ實驗シタル現在ノ事實ヲ供述スル第三者ナリ

鑑定人ノ意義

普通ノ意義ニ依レハ證人ハ實驗事實ヲ供述スルモノニシテ鑑定人ハ判斷ヲ爲スモノナリトナシ以テ二者ヲ區別スルノ標準ト爲スモ證人モ其實驗ヲ供述スルニハ判斷ヲ要シ鑑定人モ亦鑑定ヲ爲スニハ事實ヲ實驗スルヲ以テ之ヲ區別ノ標準ト爲ス能ハス

次ニ證人ハ特別ノ智識ヲ缺クモ鑑定人ハ特別ノ智識ヲ以テ供述スト云フヲ以テ區別ノ標準ト爲スモ非ナリ鑑定的證人即チ特別ノ智識ヲ以テ過去ノ事實ヲ實驗シ之ヲ供述スル者アルヲ見レハ證人ニハ特別智識ヲ缺クモノナリト云フ能ハス次ニ鑑定人ハ智識ヲ以テ論結セラルヽ一般ノ經驗律ヲ新ナル材料トシテ提供シ證人ハ事實ヲ新ナル材料トシテ提供スト爲ス者アリ然レトモ此說ハ鑑定人ニ對シテ抽象的ノ方式ニテ經驗律ヲ提供セシムル場合ニハ適當ノ說ナレトモ裁判所カ解剖ヲ命シテ死因ヲ鑑定セシムルカ如キ具體的方式ニテ鑑定ヲ爲サシムル場合ハ裁判所ニ於テ事實ヲモ報告セシムル目的アルモノニシテ此說ヲ適用スル能ハス

右二者ノ區別ニ付キ剩ス所ノ學說ハ本款ノ冒頭ニ揭ケタル所ノモノニシテ最モ當ヲ得タルモノナリ即チ鑑定人ハ鑑定ノ爲メ裁判所ノ命スル所ニ從ヒ事實ヲ實驗シ其智識ヲ以テ觀察シタル事實ヲ供述ス故ニ其供述スル所ノ事實ハ現在ニ於テ實驗スルヲ得ル所ノモノナリ之ニ反シテ證人ノ實驗ハ過去ニ存シ現在ニ於テ爲ス能ハス又裁判所ノ命スル所ヲ實驗シタルモノニアラサルナリ

鑑定人ノ義務

### 第二款　鑑定人ノ義務

鑑定人ニ對シテモ證人ニ關スル第百二十三條、第百二十四條ノ規定ハ適用セラル

ルモノニシテ(一六三)此場合ニ於テモ鑑定ヲ爲スノ方式トシテ宣誓ヲ用ヰサルニ止マリ特別ノ智識ヲ有スル者ハ總テ鑑定人タルヲ得ヘクシテ證人ノ場合ト同シク鑑定人タル能力ナキ者アラサルナリ

鑑定人ヲ選擇スルニ付テハ左ノ事項ニ注意セサルヘカラス

第一　鑑定ハ豫審判事、受命判事、受託判事及公判裁判所ニ於テ命スルヲ原則トシ、現行犯ノ場合ニハ檢事、司法警察官モ亦之ヲ命スルコトヲ得ヘシ

第二　或事項ニ付キ鑑定人ニ鑑定ヲ命スルヤ否ヤハ前項掲クル所ノ者ノ隨意ナリ

第三　何人ヲ鑑定人ト爲スヘキヤ又ハ幾人ノ鑑定人ニ鑑定ヲ命スヘキヤ又ハ何時鑑定ヲ爲サシムヘキヤハ裁判所ノ隨意ナリ

第四　同一ノ問題ニ付キ幾タヒ鑑定ヲ命スルモ隨意ナレトモ新ニ鑑定セシムルトキハ前ノ鑑定人ヲシテ鑑定セシメシ別人ヲ用ユヘキモノトス(九一三)

嘗テ證人ノ義務ニ付テ述ヘタルコトハ鑑定人ノ義務ニ付テモ亦之ヲ基礎トナサルヘカラス鑑定人ノ義務ハ即チ左ノ如シ

第一　鑑定人ノ義務ハ證人ノ如ク一般ノ義務ナリ即チ本法ニ於テハ民事訴訟法第三百二十六條ノ如キ規定ナケレハナリ

第二　鑑定人ハ鑑定ヲ爲スノ義務アリ此義務ハ必要ノ試驗ヲ施スコトヲモ含ムモノトス而シテ鑑定ハ必スシモ裁判所ニ於テ爲スノ要ナシ又解剖ノ如キハ裁判所ニ於テ之ヲ爲ス能ハサルコトアリ又鑑定人カ正當ノ結果ヲ得ンニハ被告人、證人等ニ對シ直接ニ訊問ヲ爲シ又ハ記錄ヲ見ルヲ要ス

鑑定人ハ鑑定ヲ了リタル後鑑定書ヲ作リ其手續、結果、時間ヲ詳記セサルヘカラス(一〇四)而シテ鑑定ハ鑑定書ヲ以テスルカ故ニ鑑定人ノ訊問調書ヲ作ルノ必要ナキカ如シ又第九十二條ニモ鑑定人ノ訊問ニ付キテ調書ヲ作ルノ規定ナシ然レトモ第百二十一條ハ鑑定人ニ適用セラルヽモノナレハ被告人トノ關係等ヲ明カニセンカ爲ニ訊問ヲ要シ從テ此訊問ニ付キ調書ヲ作ラサルヘカラサルナリ又裁判所ハ此訊問ノ際鑑定書ヲ作成スルコトヲ命スルコトナク口頭ヲ以テ鑑定事項ヲ供述セシムルコトヲ得ヘシ蓋第百四十條ハ直接ノ審理ヲ禁シタルモノニアラサルト同時ニ第九十條、第二百八條第三號、第百四十四條第二項ニ鑑

定人ノ供述ナル用語アリテ豫審公判ヲ問ハス口頭ヲ以テスルヲ許シタルモノト認メ得ヘケレハナリ判例ニ依レハ公判ニ限リ鑑定ヲ許スモ之ヲ制限スヘキ根據ヲ見ス

## 第七節　被告人

被告人

被告人ノ訊問ハ證據調ノ一方法ナリ此訊問ハ被告人ノ辯解ヲ得判事ハ之ヲ利用シテ其心證ヲ得ルニ在リトス第二百十九條ニ依レハ宛モ被告人ノ訊問ハ證據調ニアラサル如ク見ユレトモ豫審ノ章ニ於テハ被告人ノ訊問ヲ證據ノ節ニ規定シ又第百九十四條ニ依レハ被告人ノ訊問ヲ證人ノ訊問ト同一ニ取扱フコト等ヲ見レハ被告人ノ訊問ハ亦之ヲ證據調ト云ハサルヘカラス

證據調ハ必ス證據方法ノ存スルコトヲ條件トスルモノニシテ證人訊問ナル證據調ニ於テハ證人其者カ證據方法タリ之ト均シク被告人ノ訊問ニ於テハ被告人カ證據方法トシテ利用セラルヽモノナリトス

舊時ノ糾問訴訟ニ於テハ被告人ノ自白ノミニ特別ノ效力ヲ有セシメ被告人カ自己ノ利益ノ爲ニシタル供述ヲ顧ミス即チ自白ハ證據ヲ無益ナラシムルモノトセリ然レトモ被告人ニ不利益ナル供述即チ自白モ被告人ニ利益ナル供述モ共ニ被告人ノ供述ニシテ現行ノ刑事訴訟ニ於テハ之ヲ利用スルヲ得ヘキ證據材料タリ被告人ノ供述ヲ以テ證據材料タリトノ觀念ヲ採ルニ至リテ始テ利益ノ供述ト自白トニ輕重ヲ設ケサルニ至レリ

判事ハ心證ヲ得ルニ足ルヘキ被告人ノ供述ノミヲ以テ滿足スルヲ得ヘキヤ否ヤノコト是ナリ詳言スレハ斯ノ如キ供述アレハ公判ニ於テ他ノ證據ヲ取調フルノ義務ヲ免カルヽヤ又ハ被告人ニ十分ノ信用ヲ置クトキト雖モ尙ホ證據ノ取調ヲ爲サヽルヘカラサルヤ否ヤ被告人ノ供述ニ關シテモ判事ニ自白ノ判斷ヲ爲スヲ得レハ之ヲ眞實ナリト信用シタル以上ハ他ノ證據ヲ取調フルニ及ハサルヘシ若シ被告人ノ供述ヲ信用セサレハ格別ナレトモ之ヲ信用スルモ尙ホ他ノ證據調ヲ要ストスルハ是レ裁判所ヲシテ證據調ノ範圍ヲ自由裁量ニ依リ定メシムル趣旨ニ反ス即チ第二百十九條第三項、第二百三十九條ハ之ヲ制限スルモノニシテ甚タ不當ノ規定ト云フヘキナリ但此規定アリト雖モ判決ニ採用スル證據ハ自白ノミヲ採用スルモ可ナリトス被告人ノ訊問ノ手續ハ證人ノ訊問ノ如ク各別ニ爲スヲ

原則トシ第八十九條ニ依リ事實發見ノ爲メ必要ナルトキハ對質ヲ爲サシム而シテ其供述ハ之ヲ調書ニ作ルモノトス（九五、九六、九九）

## 第八節　檢證

檢證トハ訴訟法ニ定ムル方式ヲ以テ檢證物ヲ實驗スル證據調ナリ檢證ハ證據方法ニアラスシテ檢證物タルモノカ證據方法タリ證據方法ト云ヘハ證據材料ノ合體スル物體ナリ檢證ノ如キハ物體ニアラスシテ一定ノ事實ノ存在ニ付キテ確信ヲ得ルノ目的ヲ以テ行フ裁判所ノ作用ナリトス却テ檢證物ハ事實ヲ合體スル物體ナリ然ラハ檢證ハ一ノ證據調ナレハ之ヲ證人、鑑定人ノ如キ證據方法ト同列ニ置クヘカラスシテ證人訊問、鑑定人訊問ノ如キ證據調ト同列ニ在ラシムヘキモノトス

檢證ハ眼ヲ以テ視ル場合ノミニ限ラス耳ヲ以テ聽クモ又味フモ嗅クモ觸ルヽモ共ニ檢證ニシテ即チ五官ヲ以テ實驗スル場合ハ總テ檢證ナリ之ニ反シテ精神上ノ推理作用ハ證據ノ考覈トナリ檢證ニアラス

檢證物タルモノハ其物件自體ニ依リ一定ノ事實ヲ證明シ得ルモノナラサルヘカラスシテ物件ノ內容ヲ以テ證明ヲ爲スモノニアラサルナリ是レ檢證ノ目的物ト書證ト異ナルノ點ナリ檢證物ハ單ニ物件ノ存在ニ因リテ事實ヲ證明スルコトヲ得ル場合アリ又物件ノ性質ニ因リテ證明スルコトアリ物件ト場所又ハ時トノ關係ニ於テ證明ヲ爲スコトアリ然レトモ或物件アレハ必ス檢證物ナリト云フ能ハス其物件カ證明ノ目的ノ爲ニ法律上ノ方式ニ從ヒ觀察セラレタルトキニ於テ始メテ檢證物タルモノトス

檢證ヲ爲スヲ得ル者及其方式ハ左ノ如シ

第一　檢證ハ裁判官ノ行爲ナリ公判ニ於テハ第二百十六條、第二百三十八條ノ特例アリ現行犯ノ場合ニハ檢事、司法警察官之ヲ爲スコトヲ得ヘシ

第二　檢證ハ之ヲ公判ニ於テスルヲ原則トス故ニ差押フルヲ得ヘキ物件ナリセハ之ヲ差押ヘ以テ公判ニ於ケル實驗ニ供シ被告人ニ示シ辯解ヲ爲サシムヘキモノトス之ヲ證據物件ト爲ス（二〇八、第四號、第二項）然レトモ差押ヘテ裁判所ニ持來ルコト能ハサル物件ナレハ檢證調書ヲ作ラサルヘカラス又猶豫スヘカラサルモノナレハ檢證調書ヲ作リ之ヲ公判ノ審理ニ供セラサルヘカラス茲ニ於テカ公

判前ニ於ケル豫審判事、受命判事、檢事等ノ檢證ノ必要ヲ生スルモノトス

第三　檢證ノ方式ハ檢證調書ヲ作ル場合ト然ラサル場合即チ證據物件ノ場合トヲ區別セサルヘカラス檢證調書ヲ作製スル場合ニハ同第百三條ニ於テ豫審判事ニ犯罪ノ性質、方法、日時、場所及被告人ノ人違ナキコトヲ證明スヘキ模樣ニ付キ調書ヲ作ルヘシト規定セリ此規定ノ趣旨ハ豫審判事ニ於テ檢證ノ範圍及結果ヲ定ムルノ權アルコトヲ示シタルニ外ナラス調書ハ第九十二條ニ依リ書記之ヲ作ラサルヘカラス檢證調書ヲ作ル場合ニ於ケル檢證ノ手續ハ第百七條、第百八條、第百十條、第百十一條ニ規定セリ證據物件ニ付テハ法廷ニ於テ之ヲ實驗シ被告人ニ示シテ辯解ヲ爲サシムルヲ以テ證據調ノ方式トス(第一九八項)此手續ヲ履踐セサレハ之ヲ證據トシテ採用スルヲ得サルナリ

## 第九節　書證

文書ニ合體スル表示ノ內容ヲ以テ證明ノ用ニ供セラルヽ記錄ヲ書證ト云フ凡ソ文書ハ了解シ得ル文字ヲ以テ表シタル表示ニ合體スル物件ナリ然レトモ斯ル文書ハ訴訟上之ヲ書證ナリト云フ能ハス通常ノ意義ニ於ケル文書モ書證ノ目的ヲ以テ利用セラルヽニアラサレハ之ヲ訴訟上ノ書證ト爲スヲ得ス即チ書證ニ合體スル表示ノ內容ヲ以テ證明ノ用ニ供シ始テ書證タリ之ニ反シテ其文書ノ存在又ハ性質ヲ以テ證明ノ用ニ供スレハ證據物件ナリ例ハ僞造證書ノ如キハ證據物件ナリ又豫審調書ノ如キハ書證ナリ而シテ同一ノ文書記錄ニ於テモ之ヲ證明ノ用ニ供スル利用ノ方法ヲ異ニスルニ從ヒ或ハ證書タリ或ハ證據物件タリ又此二者ヲ兼ヌルモノタリ

書證ノ證據調ノ方式ハ朗讀ナリ(第二一九項)此朗讀ハ必シモ書記ヲシテ爲サシムルヲ要セスシテ公判ニ於テ證據調ヲ爲スノ職權アル裁判長自ラ朗讀スルヲ得レトモ訴訟關係人ノ承諾アルニ依リテ之ヲ省略スルヲ得ス蓋朗讀アリテ始テ裁判所及訴訟關係人ハ書證ノ內容ヲ法廷ニ於テ知ルヲ得レハナリ

書證ヲ裁判所ノ占有ニ歸セシムル手續ハ證據物件ニ關スルモノト同一ナリ即チ物件提出義務ヲ命シ又ハ搜索差押ヲ爲スニ依テ獲得ス此場合ニ於テ證據物件及書證モ共ニ之ヲ差押物件ト稱ス(二〇〇六、二〇〇七)故ニ差押ヲ爲スト否トニ依リ證據物件ト書證トノ區別ヲ爲スヘキモノニアラス

# 第五章　裁判

裁判ハ裁判所ノ意思ノ發表ニシ拘束力ヲ有スルモノナリ本法ニ於ケル裁判ノ内容ハ一定セス或ハ爭點又ハ疑點ヲ一定ノ趣旨ニ處分スルモノアリ或ハ爭定ノ存スルコトナク法律ノ規定ニ依リ常ニ一定ノ裁判ヲ爲サヽルヘカラサルコトアリ又裁判ニハ單ニ拘束力アル順序ヲ定ムルニ止マルモノアリ訴訟指揮ノ裁判ノ如シ又事實ニ法律ヲ適用スルモノアリ舊時ハ前者ヲ以テ裁判所ノ意思ヲ表シタル裁判トシ後者ヲ以テ法律ノ意思ヲ表シタル裁判ト爲シ之ヲ區別セルモ何レモ裁判所ノ意思ヲ表示シタル性質ヲ有スルモノナリ

裁判ノ方式ニハ判決、決定、命令ノ三アリ此區別ハ内容ノ區別ニアラス判決及決定ハ合議體ニ於テ爲シ且必ス書面ノ方式ヲ取ルヲ要ス但其書面ハ公判始末書ニ記載スルト特ニ裁判書ヲ作ルトヲ問ハス之ニ反シテ命令ハ合議體ノ機關ノ爲ス裁判ニシテ且必スシモ書面ノ方式ヲ要セス豫審判事ノ如キハ合議體ト其他位ヲ同フスレハ其裁判ハ命令ニアラス次ニ判決ハ重要ナル形式ヲ具フル裁判ニシテ決定ハ然ラス即チ判決ニハ常ニ主文、理由ノ形式ヲ具フルヲ要シ決定ニハ之ヲ要セス合議裁判所ニ於テ裁判ノ成立スルニハ評議決定ヲ要ス（一一九以下）

法律ニ於テハ評議ノ採決方法ヲ規定セス故ニ結果ニ依リテ採決スヘキヤ又理由ニ依リテ採決スヘキヤノ問題ヲ生ス第一ノモノハ問題ヲ分タスシテ一舉ニシテ決スル塲合ニ行ハン第二ノモノハ問題ヲ分離シテ決スル塲合ニ行ハルヽモノナリ其何レニ依ルヘキヤハ問題ノ性質カ分離シ得サルモノナリヤ否ヤニ依リテ異ナルモノナリ罪責ノ問題ハ原則トシテハ之ヲ分離セス結果ニ依リテ其罪責アリヤ否ヤヲ決セサルヘカラス蓋犯罪ノ意思ハ一箇ニシテ分割スル能ハサレハナリ反之法律上ノ問題ハ各論點ニ區別シテ之ヲ評決セサルヘカラス上告論旨ノ如キ即チ是ナリ次ニ裁判ハ過半數ノ意見ニ因リテ生スルヲ原則トス然レトモ三說以上ニ分レタルトキハ人爲的ノ過半數ヲ以テ決スルモノトス（裁構二三一）

裁判ハ言渡若ハ送達ニ依リテ之ヲ發表セサルヘカラス

第一　裁判ハ裁判ヲ受クル者ノ在廷スル時ニ之ヲ言渡スヲ原則トス而シテ裁判ヲ受クル者トハ裁判ニ因リテ影響ヲ受クヘキ權利ヲ有スル者ヲ謂フ又判決ハ被告人カ在廷セサルトキニ於テモ亦言渡スヘキモノトス（二〇四）第二百四條ニ依

レハ判決ノ言渡ハ主文ノ朗讀ニ依リテ行ハルヽモノトス又言渡ハ常ニ裁判所ノ用語ヲ以テスルモノナルカ故ニ或場合ニ通事ヲ要ス本法ニ於テハ決定命令ニ付キテハ判決ノ如ク之ヲ言渡スコトヲ要スルノ規定ナシ故ニ決定命令ハ言渡ヲ爲スコトナクシテ送達ヲ以テ告知スヘキモノトス但公判ニ於テ在廷スル者ニ對シ決定命令ヲ爲ス場合ニハ言渡ヲ以テ之カ發表ヲ爲スモノナリ

第二　本法ニ於テ送達ニ付キ本法中特ニ規定アラサルトキハ民事訴訟法ノ送達ニ關スル第百三十六條以下ヲ準用スルコトヽナセリ準用ナルカ故ニ民事訴訟法第百三十八條、第百四十一條ノ如キハ之ヲ適用スルヲ得サルナリ今本法ニ於テ民事訴訟法ト異ナル送達ノ規定ヲ設ケタルモノヲ擧クレハ左ノ如シ

一　民事訴訟法ニ於テハ送達機關ハ執達吏及郵便ノ二アレトモ本法第七十六條末項ニ依レハ召喚狀ハ常ニ執達吏ヲシテ送達セシメ之ヲ郵便ニ依リ送達スルヲ得ス

二　民事訴訟法第百五十八條ノ公示送達ト本法第二百二十七條ニ於テ闕席判決ヲ言渡ス爲ニスル公示送達トハ其方法及期間ヲ異ニス

言渡若ハ送達ヲ要スル裁判ハ此方法ニ依ル告知アリテ始テ成立スルモノトス故ニ裁判ハ評議ノ決シタル時ニ於テ成立スルモノニアラス即チ送達及言渡ハ既ニ成立シタル裁判ニ付テ行ハルヽモノニアラス又單ニ表示ノ效力ヲ有スルノミナラス成立ノ效力ヲ有スルモノナリトス

裁判カ成立シタル時ハ之ト同時ニ當事者ヲ拘束スルノ效力ヲ生ス蓋裁判ハ當事者間ノ不確定ノ事項ヲ確定スルニ在レハ如何ナル裁判モ當事者間ニ對シ拘束力ヲ生ス而シテ裁判ノ成立及效力カ終局的ニ生スルニハ其裁判ヲ變更スル能ハサルニ至ルコトヲ要ス其變更ノ方法ニハ上訴ノ申立ヲ爲シ上級裁判所ヲシテ變更セシムル方法ト裁判ヲ爲シタル裁判所カ自ラ變更ヲ爲スノ方法ト二ツアリ前者ハ重要ナル裁判即チ判決、決定ニ行ハレ後者ハ重要ナラサル裁判ニ行ハル後者ハ例外ノ規定ニ屬シ其裁判ノ性質上之ヲ許シタルコト明白ナルモノニアラサレハ行レス訴訟指揮ノ裁判殊ニ證據決定ノ如キ是ナリ第二百九十六條ニ於ケル不服ノ更正ハ之ニ屬セス蓋抗告ノ申立アリテ始テ更正スルヲ得レハナリ判決ノ如キハ常ニ更正ヲ許サヽルモ其書損誤記ハ何時ニテモ之ヲ訂正スルヲ得ルコト勿論

ナリ

口頭辯論主義及直接審理主義

## 第六章　口頭辯論主義及直接審理主義

廣義ノ直接審理主義ハ口頭辯論主義及狹義ノ直接審理主義ヲ包含ス廣義ノ直接審理主義ハ訴訟カ判決裁判所ノ面前ニ於テ行ハルヽヲ謂フ訴訟ハ公判ニ於テハ當事者ノ主張及裁判所ノ證據調ニ依リテ行ハルヽカ故ニ此二種ノ行爲カ直接ニ判決裁判所ノ面前ニ於テ行ハルヽトキハ直接審理ノ手續トス

口頭辯論主義トハ裁判所及當事者カ口頭ノ陳述ヲ以テ相互ニ交通シ訴訟ヲ爲スヲ云フ故ニ此主義ハ民事訴訟法第百三條ニ示スカ如ク當事者ノ行爲ノ上ニ行ハルヽモノナリ而シテ現行法ハ其意義ヲ進メ當事者カ判決ニ於テ口頭ヲ以テ提供シタル訴訟材料ニアラサレハ之ヲ裁判所ニ於テ顧ミサルノ意義ヲ以テ口頭辯論主義ヲ認ムルモノトス此主義ノ反對ヲ書面審理主義ト稱ス

狹義ノ直接審理主義ハ判決裁判所ニ於テ親シク證據方法ニ接觸シ之ヲ取調フルヲ謂フ故ニ狹義ノ直接審理主義ハ裁判所ノ行爲タル證據調ノ上ニ行ハル此主義ノ反對ヲ間接審理主義ト稱ス

以上述フル所ニ依リ口頭辯論主義ノ要求スル所ハ公判ニ於ケル原告ノ主張及被告ノ抗辯ハ口頭ヲ以テ行ハレ裁判所ハ裁判ノ材料ヲ其辯論ノ全體ヨリ取ルニ在リ故ニ縱令調書ニ記載アルコトニテモ口頭ノ辯論ヲ以テセサレハ裁判所ハ之ヲ顧ミルヲ得ス(一七六、一九八、二一九、二二〇)

狹義ノ直接審理主義ノ要求スル所ハ(一)證據調ハ判決裁判所ノ面前ニ於テ行ハレ公判開廷前ニ於テ行ハレ又ハ受命判事、受託判事ニ依テ行ハルヽハ例外ナリ(二)公判外ニ於テ證據調ヲ爲シタルトキト雖モ可成ハ公判ニ於テ直接ニ再ヒ之ヲ審理スルヲ要スルモノニシテ調書ヲ朗讀シ間接ノ方法ヲ以テ審査スヘキニアラス故ニ被告人ノ訊問ハ豫審ニ於テ之ヲ爲スモ公判ニ於テ更ニ之ヲ訊問シ(二一九第一項)證人鑑定人ニ付テハ第百八十九條第一項ニ更ニ之ヲ呼出スヘキコトヲ規定シ同條第二項ニ其例外ヲ規定シ又控訴審ニ於テ第二百五十八條第二項ヲ以テ第一審ヨリモ一層此主義ヲ制限スル所アリ

第一　口頭辯論主義ヲ採用セハ期日ヲ必要トス期日ハ當事者カ相互ニ辯論ヲ爲シ又ハ裁判所ニ對シテ申立ヲ爲ス機會ヲ與フルモノナリ

第二　裁判所ハ口頭辯論主義ニ基キ其辯論ノ全體ニ鑑ミ判決ヲ下サヽルヘカラス從テ公判ハ始メヨリ判決言渡ニ至ルマテ定數且同一ノ判事カ繼續シテ參與セサルヘカラス若シ公判ノ中途ニ於テ判事ニ變更アレハ再ヒ審理ヲ更新セサルヘカラス是レ第百七十六條第二百九條第二項ニ依リテ明カナル所ナリ（裁構二〇）

第三　口頭辯論ハ相互ニ其言語ヲ理會スル者ニアラサレハ行ハレス從テ訴訟關係人中ニ裁判上ノ用語ニ通セサル者アルカ又ハ文字ヲ知ラサル所ノ聾者啞者アレハ通事ヲ任命スルノ必要アリ（一九六、一〇、一〇）

第四　口頭辯論主義ハ訴訟材料ノ連續スルコトヲ必要トス即チ辯論數日ニ亘ルトキハ其期日ノ間最モ接近スルコトヲ要ス若シ然ラサルトキハ前ノ期日ニ於テ陳述シタル事項ハ判事ノ記憶ヲ脫シテ充分ニ心證ヲ得ルコト能ハサルニ至ルヘケレハナリ本法第百八十三條第二項ニ依レハ辯論ニ取掛リタル後被告人精神錯亂セハ痊癒ノ後新ニ辯論ヲ爲スヘシ其他ノ疾病ニ罹リタルトキニ五日間辯論ヲ停止シタルトキハ新ニ辯論ヲ爲スヘシト規定セリ第二百四條ニモ亦判決ノ言渡ハ辯論ヲ終リタル即日又ハ次ノ開廷日ニ爲スヘシト規定セル法意ハ蓋シ訴訟材料ノ連續ニ在ルヲ知ルヘシ而シテ訴訟材料ヲ連續セシムルニハ公判ノ準備手續ヲ必要トス（一九二、二、一四）

## 第七章　訴訟條件

### 第一節　意義

訴訟條件ノ意義ハ訴訟ノ法律關係ノ意義ト牽連ス訴訟關係ハ裁判所ト當事者トノ間ニ於ケル權利義務ノ關係ナリトセハ此法律關係カ成立スルニハ如何ナル條件ヲ要スルヤノ問題ヲ生ス此條件ハ即チ訴訟條件ナリ今訴訟條件ノ定義ヲ擧クレハ左ノ如シ

訴訟條件トハ一定ノ科刑權ニ付キ裁判所ト當事者ニ於テ有效ニ訴訟關係ヲ成立セシムルニ必要ナル事實ナリ

刑事訴訟ノ法律關係ハ公訴ノ提起ニ依リテ成立ス故ニ訴訟條件ハ公訴提起ノ條件ナリ若シ訴訟條件ヲ缺ケルトキハ檢事ハ公訴ノ提起ヲ爲スヲ得ス又裁判所ハ有效ニ豫審又ハ公判ノ手續ヲ爲スヲ得ス然レトモ搜索手續ニ於テハ然ラス檢事

訴訟條件　意義

ハ訴訟條件ヲ缺クトキハ捜索ヲ爲スノ義務ナシト雖モ訴訟條件ノ存否ハ捜査手續ニ依リ公訴提起前ニ於テ確定セラルヽヲ要スルカ故ニ訴訟條件ハ捜査手續ノ有效條件ニアラサルナリ

訴訟條件ハ訴訟創設ノ行爲ト區別スルヲ要ス訴訟創設ノ行爲ハ公訴ノ提起ニシテ直接ニ訴訟關係ヲ成立セシムル行爲ナリ訴訟條件ハ訴訟關係ノ成立ヲ有效ナラシムルニ必要ナル訴訟外ノ事實ナリ公訴ノ提起ト訴訟條件トハ相待テ訴訟關係ヲ有效ニ成立セシムルト雖モ訴訟關係ハ必スシモ公訴ノ提起ノミニ依テ成立スルモノニアラス(一四二、一四三)公訴提起以外ノ行爲ニ依リ訴訟關係カ成立スル場合ニ於テモ亦訴訟條件ノ存在ヲ要ス又訴訟條件ハ訴訟外ニ在ル事實ナレハ訴訟行爲其ノモト合體スル條件ト區別スルヲ要ス起訴カ適法ナルコトハ判決ヲ爲スノ條件ナレトモ是レ訴訟條件ニアラス或ル訴訟ノ作用ハ他ノ訴訟行爲カ適法ニ行ハレテ始テ生スルコトヲ得トノ意味アルニ過キサルナリ

訴訟條件ハ處罰條件ト區別スルコトヲ要ス處罰條件ハ實體法上ノ法律關係カ成立スルニ必要ナル條件ナリ實體法上ノ法律關係ハ國家ト犯人トノ間ニ於ケル科刑及受刑ニ關スル法律關係ニシテ犯罪ニ依リテ成立スルヲ通常トス然レトモ或犯罪ニ於テハ犯罪ナル行爲アルノミニテハ未タ科刑權ヲ發生セス處罰條件ノ存在ヲ待テ始テ此請求權カ發生スルコトアリ依テ處罰條件ナルモノハ犯罪行爲ヨリ獨立シテ存在スル事實ニシテ科刑權ノ成立ニ必要ナルモノヲ謂フ今訴訟上ノ法律關係ヲ見レハ科刑權ノ確定ヲ目的トシ訴ノ提起ニ依リ生シタル裁判所及當事者間ノ關係ナリ

以上訴訟條件ニ付キ說明シタル所ハ刑事訴訟全體ニ於ケル一箇トシテノ法律關係ノ成立ニ必要ナル條件トシテ觀察シ來リタルモノナリ然レトモ此一箇ノ法律關係ハ訴訟ノ進行スルニ從ヒ變化スルモノナリ此變化ニ依リ新ニ生スル法律關係ニ付テモ其成立ノ條件アリ故ニ豫審ノ條件、公判ノ條件、上訴ノ條件アリ又一箇ノ訴訟行爲ニ付テモ之カ有效ニ成立シ刑事訴訟ニ效果ヲ及ホスニハ其條件アルヲ要ス例ハ判決ノ條件勾引勾留ノ條件ノ如シ是等ノ條件ヲ總稱シテ廣義ノ訴訟條件ト稱スルヲ得ヘシ而シテ廣義ノ訴訟條件中判決ノ條件ハ多數ノ學者カ特ニ其條件ヲ抽出シテ說明ヲ爲ス所ナリ然レトモ其判決條件トシテ說明スル所ハ判

決前ニ於ケル訴訟行爲ノ條件ニシテ唯其行爲ノ有效ナル成立カ判決ニ效果ヲ及ホスモノヲ說明スルニ止マル

## 第二節　種類

訴訟條件ハ觀察ヲ異ニスルニ依テ種々ニ區別セラル即チ左ノ如シ

第一　一般ノ訴訟條件、特別ノ訴訟條件　一般ノ訴訟條件ハ第一審ナルト上訴審ナルトヲ問ハス通常ノ訴訟手續ナルト特別ノ訴訟手續ナルトヲ論セス一般ニ各訴訟關係ノ成立ニ必要ナル條件ナリ特別ノ訴訟條件ハ或種ノ訴訟關係ニ付テ一般ノ訴訟條件ノ外ニ於テ之ト共ニ存在スルヲ要スル條件ナリ例ハ控訴審ニ於ケル訴訟關係ニハ一般ノ訴訟條件ノ外控訴申立ノ有效條件ヲ要スルカ如シ

第二　絶對ノ訴訟條件、相對ノ訴訟條件　絶對ノ訴訟條件ハ公益ノ爲ニ設ケタルモノニシテ相對ノ訴訟條件ハ當事者ノ利益殊ニ被告人ノ利益ノ爲ニ訴訟法ノ定ムル所ナリ從テ絶對ノ訴訟條件ノ存否ハ訴訟ノ如何ナル程度ニ於テモ職權ヲ以テ調査スルヲ要シ相對ノ訴訟條件ハ其欠缺ヲ當事者ヨリ主張シテ始テ裁



判所其存否ヲ調査スルニ至リ且當事者ノ欠缺ノ主張モ亦訴訟進行ノ或時期ニ於テ之ヲ爲スヲ許シ其時期ヲ經過スレハ之ヲ主張スルノ權ヲ失フ是ヲ以テ當事者ハ相對的條件ノ欠缺ヲ主張スルコトヲ拋棄シ得ヘク之ヲ拋棄スレハ其欠缺ハ補充セラル之ニ反シテ絶對的條件ハ當事者ノ拋棄ヲ許サス其拋棄ニ依テ欠缺ヲ補充スルコトヲ得ス故ニ絶對的條件ヲ拋棄スルヲ得サル條件ト云ヒ相對的條件ヲ拋棄スルヲ得ヘキ條件ト云フ現行法ニ於テハ訴訟成立條件ニ付テハ相對的ノモノヲ認メス然レトモ或一部ノ訴訟行爲ヲ爲スニ付テ相對的ノ條件ヲ認ムルコトアリ例ハ判事カ各訴訟ニ干與スルニハ公平ナル裁判ヲ爲シ對ヘキ資格ヲ條件トス然ルニ偏頗ナル裁判ヲ爲スノ恐アル事情アルモ當事者カ一定ノ時期ニ忌避ノ申請ヲ爲サヽレハ裁判所ハ其條件ノ存否ヲ審査スルコトナシ是レ相對的條件ト云フヲ得ヘシ

第三　積極ノ訴訟條件、消極ノ訴訟條件　積極ノ條件ハ訴訟カ有效ニ成立スルニ其存在ヲ必要トスル條件ナリ消極ノ條件ハ訴訟カ有效ニ成立スルニハ不存在ヲ必要トスル條件ナリ裁判所ノ管轄權ハ前者ニ屬シ本案ノ確定判決ハ後者ニ

屬ス本項ノ區別ハ訴訟條件ノ欠缺カ訴訟ニ及ホス效果ニ付テ差異ヲ生スルモノニアラサルカ故ニ之ヲ區別スルノ必要ナキモノナリ

## 第三節　一般ノ訴訟成立條件

第一　訴訟主體ノ存在及權能　訴訟關係カ有效ニ成立スルニハ裁判所及當事者ノ存在ト權能アルコトヲ要ス

裁判所ニ付テハ左ノ權能アルヲ要ス

一　裁判權　各刑事事件ハ客觀的關係及主觀的關係ニ於テ裁判所ノ裁判權ニ服從スルヲ要シ裁判所カ裁判權ヲ有セサレハ訴訟關係ハ有效ニ成立セス裁判權ハ公益ノ爲ニ裁判所ニ附與セラルヽ故ニ絕對ノ條件ナリ

二　管轄權　一定ノ裁判所ト當事者トノ間ニ訴訟關係ヲ成立セシムルニハ其裁判所カ事物管轄及土地管轄ヲ有セサルヘカラス管轄權ハ公益ヲ目的トスルノミナラス當事者ノ利益ヲ目的トシテ規定スルモノナレトモ現行法ハ之ヲ絕對ノ訴訟條件トセリ

當事者ニ付テハ左ノ能力アルヲ要ス

一　當者能力　死亡者ヲ訴フルハ訴訟成立條件ヲ缺クモノナリ

二　當事者及其代理人ノ訴訟能力　訴ヲ受クヘキ裁判所ニ附置セラレタル檢事ニアラサレハ訴訟能力ヲ缺クカ故ニ訴訟關係ヲ有效ニ成立セシメス又法人ヲ罰スヘキ場合ニ於テ其代表者ヲ被告ト爲シ訴フルニ當リ其代表者カ代表ノ權限ヲ缺クトキハ當事者ノ代理人ノ訴訟能力ヲ缺クカ故ニ訴訟成立條件ヲ缺クモノナリ

右當事者能力及訴訟能力ハ共ニ絕對ノ條件ニ屬ス

第二　同一事件ニ付キ權利拘束又ハ確定判決ノ存在セサルコト　是レ公訴ノ消滅ノ章確定判決ノ說明中ニ述ヘタル所ナリ

## 第四節　效果

訴訟成立條件ハ訴訟關係ノ有效條件ナリ故ニ訴訟成立條件ノ欠缺ハ左ノ效果ヲ生ス

第一　公訴提起ノ時ニ於テ訴訟成立條件ノ欠缺カ確定シタルトキハ檢事ハ起訴ヲ爲スヲ得ス然レトモ其欠缺カ確定セサルトキハ搜査手續ヲ以テ之ヲ定ムル

ノ義務アリトス又訴訟成立條件ノ缺ケタルトキハ裁判所ハ本案ノ犯罪事實ヲ審査スルノ義務ナシ

第二　訴訟成立條件ヲ缺クニ拘ラス公訴カ提起セラレタルトキハ事實上訴訟關係ハ成立スルモノト云フヘキモ法律上訴訟關係ハ成立セス然レトモ現行法ニ於テ裁判所ハ何等ノ裁判ヲ爲スコトナクシテ手續ヲ終了スルヲ得ス裁判ヲ以テ其訴ヲ却下セサルヘカラス是レ管轄違又ハ公訴不受理ノ裁判ナリ此裁判ハ裁判所ノ職權ヲ以テ之ヲ爲スヲ得ヘク又當事者ハ此裁判ヲ爲スコトヲ申立ツルヲ得ルナリ(一六八)而シテ訴却下ノ判決確定シタル後更ニ新ナル訴ヲ以テ同一ノ訴訟目的物ニ付キ裁判所ノ判決ヲ求ムルヲ得

第三　裁判所カ訴訟申立條件ノ欠缺ニ拘ラス本案ニ付キ判決ヲ爲シタルトキハ其判決ハ上訴ニ依テ取消サルヽモノナリ上訴審ハ其判決ヲ取消シ訴ヲ却下セサルヘカラス然レトモ當事者カ上訴ヲ爲スコトナク本案ニ付テノ判決カ確定スルニ至リタルトキハ其判決ハ確定力ヲ有シ之ヲ執行セサルヘカラス判決ノ確定力ハ訴訟成立條件ヲ缺キタル場合ト否トヲ問ハス同一ノ效力アルモノナリ此場合ニ於テ判決ハ當然無效ナリト云フ能ハス

第一審ノ手續、捜査

處罰條件ノ欠缺シタル場合ハ其效果ニ於テ上述スル所ト同シカラス

第一　之ヲ缺クモ檢事ハ公訴ヲ爲スヲ得ヘク裁判所ハ本案事實ノ審査ヲ爲スヲ得ヘシ唯判決ヲ爲スニ方リ其條件具備スレハ足レリトス

第二　處罰條件ヲ缺クモ訴ヲ却下スルヲ得ス無罪ノ判決ヲ爲スニ在リ斯ノ如ク本案ニ付テ判決スルカ故ニ再ヒ同一ノ訴訟目的物ニ付キ訴ヲ爲スヲ得サルモノトス

# 第三編　第一審ノ手續

## 第一章　捜査

捜査ハ起訴、不起訴ヲ定ムルニ必要ナル材料ヲ得ルヲ目的トスル起訴準備ノ手續ナリ捜査手續ハ起訴ノ準備ナルカ故ニ被嫌疑者タル者ハ此手續ニ於テ訴訟ノ主體タラスシテ捜査處分ノ目的物タルモノトス蓋捜査手續中ハ未タ其事件ハ裁判所ニ繫屬セサルヲ以テ訴訟關係ナルモノヲ生サレハナリ依テ公訴提起後ノ手續ト異ナリ捜査ノ範圍ハ制限ナク之ヲ檢事一個ノ指揮ニ任シ隨意ニ行ハシメ捜査

ノ方針及其範圍ヲ定ムルカ如キハ全ク檢事ノ權內ニ存スル所タリ(四六)

搜査手續ハ公訴ヲ提起スヘキヤ否ヤヲ定ムル目的ノ爲ニ證憑及犯人ヲ搜査スルニアルコトハ第四十六條ノ定ムル所ナリ之ニ依テ搜査ノ目的ヲ擧示スレハ(一)行爲ハ犯罪ナリヤ又訴訟條件ヲ具フルヤノ搜査(二)何人カ犯人ナリヤノ搜査(三)湮滅ノ恐アル證據ヲ公判ノ爲ニ保全スルコト(四)被嫌疑者ヲ保全スルコト是ナリ

搜査ノ方法ハ特別ノ場合ヲ除クノ外ハ强制力ヲ用ヰルヲ得ス蓋第四十六條ハ佛國治罪法ヨリ來リタルモノニシテ初メ佛國治罪法ノ草案ニ於テハ現行犯ナルト非現行犯ナルトヲ問ハス檢事、司法警察官ハ證據ヲ集取スルヲ得ルモノトセシモ遂ニ現行犯ノ場合ニ限リ檢事、司法警察官ニ公力ヲ用ヰルノ職權ヲ與フヘシトノ折衷ノ規定ヲ見ルニ至リタリ我舊治罪法ハ此精神ヲ採リ其第九十二條ニ於テ證憑ヲ搜査シ云々ト規定シ以テ其公力ヲ用ヰサルコトヲ明ニセリ本法第四十六條ニ於テ舊治罪法第九十二條ト同一ノ規定ヲ設ケテ豫審ニ於テハ第九十一條ニ證據徵憑ヲ集取スヘシト規定シテ搜査ト其用語ヲ區別シ以テ公力ヲ用ヰルモノト否トヲ明ニセリ

搜査ニ於テハ强制力ヲ用ヰスシテ任意ニ出頭供述スル限リハ關係人ヲ訊問スルヲ得ヘシ又證據物ノ犯所ニ在ルカ若ハ任意提出ニ係ル場合ハ之ヲ收メテ領置スルヲ得ヘシト雖モ之ニ反シテ他人ノ家宅ヲ其意ニ反シテ搜査シ若ハ墳墓ヲ發掘スルカ如キハ之ヲ許サヽル所ナリ又犯罪其他ノ場所ノ實況ヲ見分スルヲ得ルモ檢證ハ現行犯ノ場合ニアラサレハ爲スヲ得ス

搜査處分ハ之ヲ大別シテ現行犯ノ手續ト非現行犯ノ手續トノ二トシ現行犯ノ場合ニ於テハ公力ヲ用ヰルヲ得ヘシ而シテ現行訴訟法ニ於テハ非現行犯ノ場合ニ於ケル搜査ノ規定甚タ粗ニシテ搜査ノ權力モ亦十分ナラス

搜査ノ始期及終期如何搜査權ハ犯罪アルト同時ニ發生ス但親告罪ニ付テハ告訴ナケレハ公訴權ハ發生セサルカ故ニ其準備ノ爲ニスル搜査權モ亦發生セス判例ハ告訴前ニ於テ親告罪ノ現行犯人ヲ逮捕スルヲ得ルコトヲ認ム余輩ハ此逮捕ハ警察上ノ處分ニアラスシテ搜査ノ目的中ニ包含スル犯人ノ保全ナレハ告訴ナクシテ之ヲ爲ス能ハスト信ス搜査ノ終期ニ至リテハ搜査ヲ以テ單ニ起訴ノ準備ニ過キスト爲ス者ハ起訴以後之ヲ爲ス能ハスト云フモ搜査手續ノ目的ト搜査ノ方

法ヲ何時マテ用ヰルヲ得ヘキヤハ別問題ナリ第四十六條ニ依レハ捜査ノ方法ハ證憑材料ヲ得ルヲ唯一ノ目的トスルヲ以テ公訴ノ實行中之ヲ維持スルニ必要ナル資材ヲ得ルニ妨ナク捜査方法ノ終局ノ目的ハ適當ノ刑ヲ適用スルコトヲ求ムルニ在リトス然ラハ檢事ハ何時マテモ捜査ヲ爲スヲ得ルモノト云ハサルヘカラス

檢事、司法警察官カ捜査ヲ爲スニハ犯罪ヲ認知セサルヘカラス而シテ之ヲ認知スル方法二アリ即チ捜査權ヲ有スル者カ自ラ犯罪アルコトヲ認知スル場合ト他人ニ依リテ之ヲ認知スル場合是ナリ自ラ犯罪ヲ認知スル場合ハ主トシテ現行犯ノ場合ナリ風評又ハ新聞ノ記事等ニ依リテ之ヲ認知スル場合ヲモ包含スヘシ他人ニ依リテ犯罪ヲ認知スル場合ハ告訴、告發又ハ自首ニ依リテ犯罪ヲ認知スル場合ナリ而シテ本法ニ於テ捜査ノ原因ニ付キ規定ヲ設ケタルハ告訴、告發及現行犯ニ關スル事項ノミナリトス而シテ捜査ハ其原因ノ異ナルニ依リ捜査ノ手續ニ差異アルモノニアラスシテ現行犯ノ場合ナルト非現行犯ノ場合ナルトニ依リテ其手續ヲ異ニスルノミ



## 第一節　告訴及告發

告訴トハ直接又ハ間接ノ被害者カ犯罪アルコトヲ捜査官ニ申告スルヲ謂ヒ又告發トハ被害者以外ノ者カ犯罪アルコトヲ捜査官ニ申告スルヲ謂ヒ自首トハ犯人カ犯罪アルコトヲ自ラ申告スルヲ云フ故ニ此三者ハ申告者ノ異ルヨリ名稱ヲ異ニセシノミナリ從テ此三者ハ唯僅ニ些末ナル手續ニ於テ其差異アルノミ

告發ニハ私ノ告發ト公ノ告發トアリ私ノ告發ハ何人ト雖モ各人ノ權利トシテ之ヲ爲スコトヲ得ヘキモノニシテ第五十三條ニ規定スル所ナリ公ノ告發ハ官吏、公吏ニ對シ告發ノ義務ヲ負擔セシメタル場合ニシテ第五十二條及第五十八條ニ規定セル所ノモノ是ナリ告訴及私ノ告發ハ各人ノ權利ニ屬スルヲ原則トナセトモ第六十一條ニ於テハ其例外トシテ之ヲ義務トナセリ而シテ同條ニ於テハ告訴、告發ヲ以テ義務トナシタレトモ之ニ違背スルモノニ對シテ何等ノ制裁ヲ加フルコトナシ今左ニ告發ノ各場合ヲ説明スヘシ

第一　一般ノ官吏、公吏カ其職務ヲ行フニ因リ犯罪ヲ認知思料シタルトキハ速ニ其職務ヲ行フ地ノ檢事ニ告發スルノ義務ヲ負フモノトス(二五)此告發ノ義務アル

官吏ノ中ニハ檢事、司法警察官ヲ包含セサルモノトス檢事ハ公訴提起ノ權ヲ有スル者ナルヲ以テ犯罪アルコトヲ認知シタルトキハ直ニ所屬裁判所ニ起訴スヘク若シ其裁判所ノ管轄ニ屬セサルトキハ第六十四條ニ依リ管轄裁判所ニ送致スヘキモノナレハ告發ヲ爲スノ義務ナキコトハ明白ナリ司法警察官ニ付キテハ第百四十七條ニ依リ罰金ノ刑ニ該ル犯罪ナルト否トヲ問ハス現行犯處分ヲ爲シ管轄裁判所ノ檢事ニ送致スヘキモノトナセリ斯ノ如ク現行犯ノ場合ニハ司法警察官ハ如何ナル裁判所カ管轄裁判所ナルカヲ定メ而シテ犯人ヲ茲ニ送致スヘキ重キ義務アリ又第四十九條第二項、第五十三條第二項ニ於テモ司法警察官カ告訴、告發ヲ受ケタルトキハ即決ヲ爲スヘキ場合ヲ除キ其他ハ悉ク管轄裁判所ノ檢事ニ其書類ヲ送致スルモノトセリ、故ニ告發ヲ爲スノ義務ナシトス要スルニ搜査權ヲ有スル者ハ告發ヲ爲スコトナク起訴又ハ送致ヲ爲スヘキモノナリ巡査、憲兵上等兵ハ第五十二條ノ官吏中ニ包含セラルヽモノトス

第二　巡査、憲兵上等兵カ其職務ヲ行フニ當リ禁錮以上ノ刑ニ該ルヘキ罪ノ現行犯アルコトヲ知リタルトキハ被告人ヲ逮捕シテ速カニ之ヲ司法警察官ニ引致シ口頭ヲ以テ告發スルノ義務アリ此場合ニ被告人ヲ受取リタル司法警察官ハ巡査等ノ逮捕及告發ノ顚末ヲ聽取シ之ニ付キ調書ヲ作ルヘキモノトス又巡査憲兵上等兵カ罰金以下ノ刑ニ該ルヘキ罪ノ現行犯アルコトヲ知リタルトキハ罰金ニ該ル罪ニ付テハ檢事ニ拘留又ハ科料ニ該ル犯罪ニ付テハ即決官署ニ之ヲ告發スヘキモノトス(五五八、五九)

第三　告訴及私ノ告發ニシテ義務ニ屬スル場合ハ何人ニ限ラス禁錮以上ノ刑ニ該ルヘキ罪ノ現行犯ニ付キ被告人ヲ逮捕シタルトキ之ヲ司法警察官ニ引致スル能ハスシテ假ニ巡査、憲兵卒ニ引渡シタルトキニハ告訴又ハ告發スルノ義務アルモノトス(六一)又爆發物取締罰則第八條ニ依レハ該罰則ニ記載シタル重罪アルコトヲ認知シタルトキハ直ニ警察官吏若ハ危害ヲ被ラントスル人ニ告知スヘキモノトシ若シ之ニ違フ者ハ六月以上五年以下ノ懲役ニ處セラルヽモノトス是レ告發ノ義務ヲ負擔セシメタルト同時ニ之ニ制裁ヲ附シタル唯一ノ場合ナリ

告訴、告發ヲ受クヘキモノハ檢事及司法警察官ナリ而シテ告訴ハ犯罪ノ地若ハ被

告人所在地ニ於テ之ヲ爲シ告發ハ告發人ノ所在地若ハ犯罪ノ地ニ於テ之ヲ爲スヘキモノトス(四九、五三)斯ノ如ク土地ノ管轄ニ付テハ明文アルモ事物ノ管轄ニ付テハ明文ナシ然レトモ檢事ニ告訴又ハ告發ヲ爲ス場合ニハ必ス其事物ノ管轄ニ從ヒテ地方裁判所檢事若ハ區裁判所檢事ニ之ヲ爲スヘキナリ然トモ法律ニ規定シタル地ノ檢事ニ告訴、告發セサルモ搜査原因カ無效タルニアラス唯搜査ノ便宜ノ爲メ告訴、告發ノ地ヲ定メタルニ過キサルナリ

告訴、告發ニシテ上述ノ管轄及告訴ノ方式ニ違背シタルトキハ如何ナル結果ヲ生スヘキヤト云フニ管轄ニ違背スルトキハ檢事ハ其告訴狀、告發書ヲ管轄裁判所ノ檢事ニ送致スヘク又方式ニ違背アルモ搜査官カ犯罪ヲ認知シ搜査ニ著手スルモ毫モ影響スル所ナキナリ然レトモ今日ノ實際ニ於テハ告訴狀、告發狀ヲ證據ニ援用スルコトアルヲ以テ管轄及方式ニ違背シタルトキハ爲ニ議論ヲ生ス管轄ニ違背スルモ別ニ無效タルコトナキモ方式ニ違背シタルトキハ之ヲ證據トスルヲ得サルヘシ

告訴人、告發人ノ責任ニ付テハ本法第十三條ニ規定スル所ナリ元來告訴人、告發人カ不實ノ事ヲ申告シタルトキハ誣告罪ノ責任ヲ免カレサルハ當然ナレトモ此刑事上ノ責任ノ外ニ惡意ノ場合ハ勿論善意ニテモ訴訟ノ原因告訴人又ハ告發人ノ重過失ニ出テタルトキハ民事上ノ損害賠償ノ責任ヲ負擔スヘキモノトス民法ニ於ケル過失ハ其輕重ヲ問ハサルヲ原則トスレトモ本法第十三條ハ重過失ニ限リ賠償ノ責任アルモノトセリ是レ輕過失ニ對シテモ責任ヲ負擔スヘキモノトスルトキハ犯罪アルモ告訴、告發ヲ爲ス者ナキニ至リ法律ニ於テ告訴、告發ヲ望ムノ主旨ト相反スレハナリ此要償ノ訴ハ私訴ト同シク第二審ノ判決アルマテハ刑事裁判所ニ提起スルコトヲ得又其訴訟手續モ私訴ト同一ニ爲スヘキモノナラン

現行犯

## 第二節　現行犯

本法ニ於テハ現行犯、準現行犯ハ犯罪自體ノ性質ノ區別ニアラスシテ犯罪發覺ノ狀態ニ因リ强制處分ヲ爲スヲ得ヘキ搜査手續ノ標準ト爲ル名稱ナリ即チ犯罪發覺ノ狀態ノ名稱ナリ

本法第五十六條ニ依レハ現行犯ニハ現ニ犯罪ヲ行ヒツヽアル際ニ發覺シタルモノト之ヲ行ヒ終リタル際ニ發覺シタルモノトアリ後段ノ場合ハ其限界甚タ不明

ナリ從テ種々ノ議論ヲ生セリ或ハ曰ク現ニ行ヒ終リタル際發覺シタリトハ犯罪事實ト犯人トノ關係ヲ認ムルコトヲ得ル場合ニシテ例ハ犯人カ犯行ノ後ニ犯罪ノ場所ヲ去ラサルカ又ハ其場所ヲ去ルモ尙ホ犯人ノ其者タルコトヲ知ルヲ得ヘクシテ之ヲ追捕シ得ルカ如キ場合ナリト此說ハ現行犯ノ發覺ヲ犯人ノ逮捕ニノミ適用スル獨逸治罪法ニ於ケル主義ニハ適當ナルモノナリ然レトモ第五十六條ノ發覺ニハ犯人ノ發覺ヲ要スルモノニアラス本法第百四十二條ニ於テ豫審判事ハ現行犯アリタルコトヲ知リタル場合ニ於テ其事件急速ヲ要スルトキハ檢事ノ請求ヲ待タス直ニ豫審ニ取掛ルコトヲ得ルモノトナセリ然ルニ此場合ニハ毫モ犯人ノ現在スルコトヲ條件ト爲サス抑法律カ現行犯ノ規定ヲ設ケタルハ事件カ急速ノ處分ヲ要シ若シ通常ノ手續ニ依ルトキハ被告人ハ逃亡シ現在スル所ノ證據ハ消失スルカ故ニ現行犯ノ規定ハ斯ル場合ニ處スル特別ノ手續ナリトス我大審院ノ判例ニ於テモ犯罪ヲ行ヒ終リタル際直ニ發覺シタル事件ハ犯人ノ誰タルコトヲ知ル能ハサル場合ト雖モ現行犯ナリトセリ次ニ現ニ行ヒ終リタル際トハ全ク犯罪行爲ニ密接シタル時ヲ謂フモノニシテ發覺當時ニ於ケル犯跡ノ狀態カ犯罪當時ノ有樣ヲ存スルヤ否ヤノ程度ニ依テ之ヲ區別セサルヘカラス故ニ例ハ他殺ニ出テタル死體ヲ發見シタル場合ニ於テ仍ホ鮮血淋漓トシテ犯人ノ犯行ヲ終リタルコト遠キニアラサルトキハ之ヲ現行犯ナリト云フヲ得ヘキモ死體ノ腐敗ヲ來シ既ニ數日ヲ經過シタルカ如キ場合ハ之ヲ現行犯ナリト云フ能ハス又犯跡ノ消散シ易キ場所ニ行ハレタルト否トニ依リ犯罪狀態ノ現行犯タルト否トカ定マルコトアルヘシ要スルニ現行犯ナリヤ否ヤノ區別ハ各場合ニ於ケル發覺ノ狀態ニ依リ之ヲ甄別スル外ナシトス

第五十六條ノ發覺ハ何人ニ限ラス犯人以外ノ者ニ發覺シタル場合ニシテ其一個人ニ知レタルト官ノ知ル所トナリタルトニ區別アルコトナシ若シ通常人又ハ巡査ニ發覺スレハ此者ハ犯人ヲ逮捕スルヲ得ヘク司法警察官ニ發覺シタルトキハ逮捕ノ外現行犯ノ處分ヲ爲スヲ得ルト云フニ止マルモノトス而シテ一度現行犯トシテ發覺スルトキハ現行犯ノ手續ヲ繼續スル間ハ之ヲ現行犯トシテ取扱フヲ得ヘキモ一度其手續ヲ終リタルトキハ最早現行犯トシテ之ヲ取扱フヲ得サルモノトス例ハ通常人カ現行犯人ヲ逮捕シ司法警察官ノ面前ニ引致スルモ之ヲ釋放

シタル後ハ更ニ之ヲ逮捕スルモ現行犯タラス然レトモ司法警察官カ現行犯トシテ之ヲ檢事ニ送致スレハ檢事ハ之ヲ現行犯人トシテ訊問スルヲ得ヘシ

準現行犯ノ場合ハ即チ左ノ如シ

第一　犯人トシテ一人又ハ數人ニ追呼セラルヽトキ

本條ニ依レハ被告人ヲ公衆カ犯罪人ナリト叫フノミニテモ又ハ叫フコトナクシテ追跡スルノミニテモ準現行犯タリ然レトモ公衆ノ叫喚ハ犯人ヲ目擊シタルヨリ起リタルコトヲ要スルモノニシテ犯人ナリトノ風評ノミヲ以テハ準現行犯ト爲スヲ得サルナリ

第二　兇器贓物其他ノ物件ヲ携帶シ又ハ身體、被服ニ顯著ナル犯罪ノ痕跡アリテ犯人ト思料スヘキトキ

佛國治罪法ニハ犯罪ノ時ヨリ間モナク正犯又ハ從犯タルコトヲ思料セシムル兇器等ヲ携帶スルトキハ之ヲ準現行犯トセリ然ルニ本法ハ犯罪後數月ヲ經タル後ト雖モ兇器等ヲ携帶シ且不審ノ擧動アリテ犯人ト思料スヘキトキハ現行犯ノ處分ヲ爲スコトヲ得ヘシ又携帶トハ啻ニ之ヲ手ニ握有スル場合ノミニ限ラス犯人ノ監督内ニ在ルモノナルトキハ總テ此中ニ包含スヘキモノトス

第三　家宅内ニ於テ犯シタル罪ヲ檢證スル爲メ又ハ其犯人ト思料スヘキ者ヲ逮捕スル爲メ戸主ヨリ官吏ニ其處分ヲ求メタルトキ

本項ハ佛國治罪法第四十六條ヨリ來リタルモノニシテ同法ニ於テハ一家内ノ安全ヲ保護スルカ爲ニ之ヲ現行犯ニ準シタルモノナリ故ニ本法ニ於テモ犯罪ニ因テ侵サレタル一家ノ安全ニシテ既ニ平常ニ復シ數月ヲ經タル後ニ在リテハ本項ヲ適用スルコトヲ得サルモノトス

以上ハ我刑事訴訟法ノ認ムル現行犯、準現行犯ノ場合ニシテ全ク佛國治罪法ニ倣ヒタルモノナリ然ルニ現行犯ノ場合ニ於テノミ強制處分ヲ爲シ得ルモノト爲シタルハ甚タ狹隘ニ失スルモノニシテ是レ畢竟逮捕ノ處分ト證據保全ノ處分トヲ混同シタルカ爲メナリ逮捕ノ處分ハ或ハ現行法ノ規定ニ依リテ支障ヲ生セサルヘキモ證據保全ノ處分ニ至リテハ獨、墺ノ治罪法ノ如ク遲延スルトキハ爲ニ危險ヲ生スヘキ場合ニ於テハ特別ノ處分ヲ許スヘキヲ至當トシ現行犯ノ場合ノミニ制限スヘキニアラス

第一　現行犯人ノ逮捕

現行犯及準現行犯ノ場合ニハ司法警察官、巡査、憲兵上等兵及通常人ハ其犯人ヲ令狀ヲ待タスシテ逮捕スルヲ得ヘシ（五八乃至六一）

第二　現行犯ノ特別處分

現行犯ニ付テハ急速ノ處分ヲ要スルカ故ニ此場合ニハ豫審判事、檢事、司法警察官ヲシテ特別處分ヲ爲サシムルモノトス

一　豫審判事ハ檢事ヨリ先キニ重罪又ハ地方裁判所ノ管轄ニ屬スル輕罪ノ現行犯（刑施二八以下）アルコトヲ知リタル場合ニ於テ其事件急速ヲ要スルトキハ檢事ノ起訴ヲ待タス直ニ其旨ヲ通知シ豫審ニ取掛ルコトヲ得此場合ハ檢事ノ起訴ナシト雖モ豫審判事ノ檢證調書ヲ作ルヲ以テ公訴ヲ受理シタルモノトス（二四二、四三）此處分ハ豫審判事ノ爲ス處分ナルカ故ニ之ヲ以テ搜査處分ト云フ能ハス第百四十二條第一項ニモ豫審ニ取掛ル云々トノ明文アルニ依リテ知ルヘキナリ

豫審判事カ此處分ヲ爲スヲ得ヘキ場合ハ殺人、放火罪ノ如キ檢證ヲ要スル犯罪ニ限ルモノトス何トナレハ第百四十二條第二項ニ於テ豫審判事ハ犯所ニ臨檢シ令狀ヲ發シ其他豫審ノ處分ヲ爲スコトヲ得トアリ第百四十三條ニ前條ノ場合ニ於テハ豫審判事檢證調書ヲ作ルヲ以テ公訴ヲ受理シタルモノトストアルヲ以テ豫審判事カ臨檢處分ヲ爲シ其調書ヲ作ルニアラサレハ公訴ハ起ラス從テ其他ノ豫審處分ハ全ク無效タルヘケレハナリ而シテ檢證調書ヲ作ラサレハ豫審處分ノ無效タル所以ハ法律ノ主旨トスル所檢證ヲ以テ豫審判事ノ特別處分ノ條件ト爲シタルニ因ル然レトモ檢證ヲ爲シタル後ニアラサレハ他ノ豫審處分ヲ爲シ得サルニアラス他ノ處分急速ヲ要スレハ先キニ之ヲ爲スヲ得ヘキナリ蓋第百四十二條第一項ニ於テ豫審ニ取掛ルコトヲ得トアリテ同條第二項ハ第一項ヲ制限シタルモノト解スルコト能ハサレハナリ

豫審判事カ檢證處分ニ著手シタル後其事件親告罪タリ又ハ無罪タルコトヲ發見シタルトキト雖モ其儘ニ手續ヲ終了スル能ハス普通ノ場合ト均シク書類ヲ檢事ニ送致シ其意見ヲ聽キタル後豫審終結ノ手續ヲ爲サヽルヘカラス

二　檢事、司法警察官ノ現行犯ニ對スル處分ハ豫審處分ニ屬スルヤ又ハ搜査處分ニ屬スルヤ此論ニ付テハ此處分ハ起訴前ノ處分ナリヤ否ヤニ在リトス而シテ若シ之ヲ豫審處分ナリトセハ本法第十一條ニ依リ此處分ニ著手スレハ公訴ノ時效ヲ中斷スヘク之ヲ搜査處分トセハ時效中斷ノ效ヲ生スルコトナカルヘシ又土地ノ管轄ニ付キ先著手ノ管轄トナルト否トノ差ヲ生ス今各場合付キ仔細ニ之ヲ研究スル所アルヘシ第一ニ司法警察官カ第百四十七條ニ依リ假處分ヲ爲スモ常ニ公訴ノ起ラサルハ明ナルヘシ其故ハ同條第二項ニ司法警察官ハ現行犯處分ヲ爲シタル上證憑書類ニ意見書ヲ添ヘ速ニ之(ヲ管轄裁判所ノ檢事ニ送致スルモノトシ第百四十八條ニ於テ地方裁判所檢事ハ司法警察官ヨリ事件ノ送致ヲ受ケタルトキハ一切ノ書類ニ請求書ヲ添ヘ豫審判事ニ送致スヘキモノトセリ而シテ此豫審ノ請求ニ因リ始メテ公訴ハ起ルモノトス區裁判所檢事カ司法警察官ヨリ送致ヲ受ケタル場合ニ付テハ法律ニ規定ナシト雖モ地方裁判所檢事ノ爲スヘキ手續ト異ナルヘキ理由ナキヲ以テ區裁判所ノ公判ニ起訴スヘキモノトス(治罪法ニ於テ本法第百四十八條第百四十九條ニ相當スル第二百六條、第二百九條ニ於テハ一般ニ檢事ハ云々ト規定シテ區裁判所檢事ヲ包含セシメタリ)而シテ第二ニ區裁判所檢事カ第百四十四條第百四十六條ニ依リ現行犯ノ處分ヲ爲シタルトキハ其地方裁判所ニ屬スル事件ナルト區裁判所ニ屬スル事件ナルトヲ問ハス起訴ノ效ヲ生セサルモノニシテ區裁判所檢事ハ地方裁判所ニ屬スル事件ニ付キ現行犯處分ヲ爲シタルトキハ第百四十五條ニ依リ證憑書類ニ意見書ヲ添ヘ之ヲ地方裁判所檢事ニ送致シ其送致ヲ受ケタル地方裁判所檢事ハ第百四十八條ニ依リ豫審請求書ヲ添ヘテ豫審判事ニ送致シ以テ起訴ノ手續ヲ爲サヽルヘカラス又區裁判所檢事ハ第百四十六條ニ依リ區裁判所ニ屬スル事件ニ付キ現行犯處分ヲ爲シタルトキニ若シ被告人ヲ勾留シタル場合ニ於テハ三日內ニ起訴ノ手續ヲ爲スヘキコトハ同條第二項ノ規定スル所ナリ故ニ此場合ニ於ケル區裁判所檢事ノ現行犯處分ヲ以テ起訴アリタルモノト爲スヲ得サルナリ第三ニ地方裁判所檢事カ第百四十四條ニ依リ現行犯處分ヲ爲シタル場合ニモ公訴ハ起リタルニアラス第百四十九條ノ規定ニ依レハ地方裁判所檢事ハ何レノ場合ニ於テモ即チ自ラ現行犯處分ヲ爲シタルトキト雖モ輕罪ノ

現行犯ニ係リ豫審ヲ求ムルニ及ハスト思料シタルトキハ直ニ其裁判所ニ訴ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テハ現行犯處分ニ依リテ公訴ノ提起セラレタルモノニアラサルコト明白ナリトス且第百四十九條第二項ニ於テ被告事件罪ト爲ラス又ハ公訴受理スヘカラサルモノト思料シタルトキハ如何ナル場合ヲ問ハス起訴ノ手續ヲ爲スヘカラストナセリ去レハ現行犯處分ニ著手スルニ公訴カ起リタルニアラスシテ其處分ヲ爲シタル後檢事ニ起訴スヘキヤ否ヤヲ定ムルモノトス右ニ述ヘタルカ如キ理由ナルヲ以テ檢事、司法警察官ノ現行犯處分ハ起訴前ノ處分ニシテ之ヲ豫審處分ト云フコト能ハス現行犯ニシテ急速ヲ要スルカ爲ニ强制力ヲ用ヰル所ノ一ノ搜査處分ナリト云ハサルヘカラズ

檢事及司法警察官カ特別處分ヲ爲シ得ル場合ハ臨檢ヲ爲スヘキ場合ニ限ルヤ否ヤ即チ第百四十四條ニ犯所ニ臨檢シトアルハ豫審判事ニ屬スル處分ヲ爲スノ條件タルヤ將犯所ニ臨檢スルコトハ特別處分ノ一例ヲ示シタルモノナリヤ否ヤノ問題アリ臨檢ヲ以テ要件ト爲スヘシト論スル者ハ曰ク檢事、司法警察官ニ對シ豫審判事ニ屬スル處分ヲ行フコトヲ許シタル範圍ハ第百四十二條、第百四十三條ニ依リ豫審判事ニ屬スル職權ノ範圍ト同一ナラサルヘカラス豫審判事カ檢事ノ請求ナクシテ現行犯ノ處分ニ取掛ルハ犯所ニ臨檢スル場合ノミニ限ラレ檢事、司法警察官カ豫審判事ニ屬スル權利ヲ執行スルニ當リ之ヨリ廣キ職權ヲ有スルモノト爲スハ權衡ヲ得タルモノニアラス第百四十四條ニ第百四十二條ト同シク犯所ニ臨檢シ云々ノ明文アル上ハ臨檢ハ此特別處分ノ條件ナリト云ハサルヘカラスト之ニ反對スル者ハ曰ク地方裁判所檢事カ區裁判所檢事又ハ司法警察官ヨリ現行犯ノ被告人ヲ受取リタルトキハ第百四十八條第二項ニ依リ二十四時間內ニ之ヲ訊問シ勾留狀ヲ發スルコトヲ得ルナリ此場合ニ於テ地方裁判所檢事ハ自ラ犯所ニ臨檢セサルニ拘ラス被告人ヲ訊問スル權ヲ有ス而シテ他ヨリ現行犯人ヲ受取リタル場合ト自ラ現行犯處分ニ著手シタル場合トハ毫モ其手續ヲ異ニスヘキ理ナシ又第百四十八條第二項ハ地方裁判所檢事ニ限リ被告人ヲ訊問スルノ權ヲ與ヘタルモノニアラス抑モ現行犯處分ヲ檢事ニ爲サシムル所以ハ事現行犯ニ

係ルヲ以テ急速ノ處分ヲ要スルカ爲メナリ即チ第百四十八條ハ地方裁判所檢事カ爲スヘキ現行犯處分ノ一部ノ手續トシテ訊問、勾留ノコトヲ規定セシモノナリ

此規定ヲ以テ現行犯處分ノ一部ノ手續ヲ示スニ過キストセハ地方裁判所檢事カ被告人ヲ受取リタル場合ニ於テ訊問、勾留ヲ爲スノ權ハ法律カ現行犯ニ關スル變例ノ處分トシテ檢事ニ與ヘタル第百四十四條ノ職權ノ範圍ニ包含セラルヽモノト爲サヽルヘカラス既ニ第百四十四條ハ此職權ヲ包含スルモノトセハ同條ニ於テ臨檢ヲ要件トセサルコトハ明ナル所ナルヘシ而シテ區裁判所檢事ニ付テハ現行犯ノ被告人ヲ受取リタル場合ニ付テハ第百四十八條ニ相當スヘキ規定ナシト雖モ區裁判所檢事ニハ第百四十八條ヲ準用シ訊問、勾留ノ權アリト云フヘシ若シ此權ナシトセハ區裁判所檢事ハ現ニ被告人カ引致セラレテ其目前ニアルニ拘ラス犯罪事實ノ概略ヲモ取調フル方法ナカルヘキヲ以テ何ニ依リテ其起訴、不起訴ヲ決スルヲ得、何ニ依リテ事件ノ管轄ヲ定ムルヲ得ンヤ地方裁判所檢事ノ如ク明文ヲ設ケサルハ區裁判所ノ事件ハ豫審ヲ要セサルカ故ニ舊治罪法第二百六條ヨリ之ヲ除キタルニ過キサルナリ而シテ檢事ニシテ右ノ如クナレハ之ト同一ノ權限ヲ付與セラレタル司法警察官カ現行犯人ヲ巡査等ヨリ受取リタルトキハ第百四十七條ノ處分ヲ爲スヲ得ヘシ此場合ニハ自ラ臨檢ヲ爲シタルニアラサルモ其訊問ヲ爲スヲ得ヘク自ラ現行犯アルコトヲ知リタル場合モ亦之ト異ナルコトナカルヘシ要スルニ第百四十二條ノ豫審判事ノ特別處分ハ必ス臨檢セサルモ第百四十四條以下ノ檢事、司法警察官ノ職權ハ獨立ノ權利ニシテ第百四十二條ト同一ノ規定ニアラスト然ルニ臨檢ヲ以テ要件ト爲ス論者ハ亦之ヲ駁シテ曰ク地方裁判所檢事カ第百四十八條ニ依リ自ラ犯所ニ臨檢セサルモ被告人ヲ訊問スルコトハ第百四十五條、第百四十七條ニ依リ區裁判所檢事又ハ司法警察官ヨリ被告人ヲ受取リタル場合ノ手續ヲ規定シタルモノニシテ此場合ニハ地方裁判所檢事ハ自ラ犯所ニ臨檢セサルモ其補助者タル區裁判所檢事又ハ司法警察官カ既ニ犯所ニ臨檢シタルヲ以テ自ラ臨檢シタルト同一ニシテ又區裁判所檢事カ司法警察官ヨリ被告人ヲ受取リタルトキニ第百四十八條第

二項ノ如キ規定ナキモ之ヲ訊問スルコトヲ得ルハ此場合ニハ既ニ司法警察官カ犯所ニ臨檢シテ現行犯處分ヲ爲シタルカ故ニ即チ自ラ臨檢シタルト同一ナルヲ以テ第百四十八條ニ依リ訊問權ヲ有スヘク要スルニ第百四十八條ノ規定ハ是等ノ爲ニ臨檢ヲ要スヘキモノト解釋スルノ妨ト爲ルモノニアラスト我大審院判例ハ以前ニ於テハ臨檢ヲ要セストノ解釋ヲ採リタルモ明治三十一年三月刑事聯合部ノ判決ヲ以テ其判例ヲ變シ第百四十四條ニハ明ニ犯所ニ臨檢シトアルヲ以テ犯所ニ臨檢シタル場合ニ限ルヘキモノナリト變更シタリ然トモ第百四十八條第二項ニ於ケル地方裁判所檢事ノ訊問權ハ臨檢ヲ要件トセス又區裁判所檢事モ第百四十八條第二項ノ地方裁判所檢事ト同一ノ權アリトナセリ

余輩ハ臨檢ヲ要件トセサルヲ以テ解釋ノ當ヲ得タルモノト信ス若シ之ヲ以テ要件ト爲セハ犯所ニ臨檢シ其他豫審判事ニ屬スル處分ヲ爲スヲ得云々トアルカ故ニ臨檢ヲ爲シタル場合ニモ先ツ臨檢ヲ爲シタル上ニアラサレハ其他ノ處分ヲ爲スコトヲ得ス被告カ犯所ヲ去テ自首シ來リタル場合又ハ被害者カ死ニ瀕スル場合ノ如キハ直ニ被告人又ハ證人ヲ訊問スルヲ以テ利アリト爲スニ拘ラス之ヲ拋擲シテ臨檢ノ處分ヲ先ニセサルヘカラサルカ如キ結果ヲ生スルハ是レ急速ヲ要スル事件ニ對スル處分トシテ法律ノ精神ヲ得タルモノトハ稱スヘカラサルナリ今日ノ大審院判例ニ於テハ檢事ノ現行犯處分ハ先ツ以テ臨檢ヲ爲シ其引續トシテ他ノ豫審判事ニ屬スル處分ヲ爲スヲ得トシ其間ニ數日ヲ隔タルトキノ如キハ後ノ處分ハ之ヲ無效トセリ是レ臨檢ヲ條件ト論シタル當然ノ結果タリ

公訴ノ提起ニハ二箇ノ主タル方式アリ即チ一ハ豫審ヲ求ムル方式ニシテ一ハ直ニ公判ニ訴ヲ起スノ方式是ナリ而シテ其如何ナル事件ハ豫審ヲ求ムヘキヤニ付テハ第六十二條ニ之ヲ規定セリ

第一　重罪ト思料シタル事件(刑施二八以下)ニ付テハ地方裁判所檢事ハ常ニ豫審ヲ求ムヘクシテ豫審ヲ經ルヲ以テ其必要條件ナリトス重罪ト俱發シタル他ノ罪ニモ此必要條件ハ延長スルモノトス而シテ重罪事件ノ罪名ヲ付シテ直ニ公判ニ訴ヲ爲シタルトキハ第二百三十五條ニ依リ公訴ヲ公判ニ於テ受理セストノ判決

ヲ爲スヘキニアラスシテ第二百四十一條第一項ヲ準用シ豫審判事ニ送付スルノ決定ヲ爲スヘキモノトス蓋重罪事件ニアラサルコトカ公判ニ訴ヲ提起スルノ必要條件ニアラスシテ唯重罪事件ハ豫審ヲ經ルヲ以テ必要條件ト爲スノ法意ナレハナリ

第二　輕罪ト思料シタル事件（刑施二八參照）ニ付テハ其輕重難易ニ從ヒ豫審ヲ求ムルカ又ハ直ニ公判ニ訴フルヲ得ヘシ此場合ニハ地方裁判所檢事ハ選擇ノ專權ヲ有スルモノトス此輕重難易ハ事實證明ノ輕重難易ヲ謂フ

第三　區裁判所ノ管轄ニ屬スル罪ト思料スルトキハ地方裁判所檢事ハ其事件ヲ區裁判所檢事ニ送致セサルヘカラス

此公訴提起ノ方式ニ關シ豫審ヲ求ムルモノト公判ニ付スルモノトニ共通スル條件ヲ擧クレハ即チ左ノ如シ

第一　起訴ハ書面又ハ口頭ヲ以テ爲スヲ得ルコト

法律ニ於テハ起訴ノ方式ヲ定メタル規定ナケレハ必スシモ書面ヲ要件トセス然トモ一定ノ所爲ニ付キ一定ノ被告人ニ對シ有效ノ起訴アリタルヲ證スル爲メ書面上ノ證明ヲ要ス故ニ口頭ヲ以テスルトキハ訟廷ニ於テ起訴シ之ヲ公判始末書ニ記載セシムルヲ得ル場合ニ限ル

第二　一定ノ被告人ヲ指定スルコト

裁判所ノ審理裁判ハ檢事ノ指定シタル所爲及人ニ制限セラルヽコトハ彈劾方式ノ結果ナリトス從テ本法ニ於テハ檢事ハ起訴ヲ爲ス當時一定ノ被告人ヲ指定セサルヘカラス若シ之ヲ指定セサルトキハ起訴ハ其效ナキナリ然ルニ檢事カ直ニ公判ニ起訴スル場合ニハ第二百十三條ノ規定アルカ爲メ一定ノ被告人ヲ指定スルコトニ付テ爭ナシト雖モ檢事カ豫審ヲ求ムル場合ニ於テハ從來人論及事件論ニ岐レ大ニ議論ヲ戰ハシタル所ナリ事件論ヲ主張スル者ハ曰ク檢事カ豫審ヲ求ムルハ事件ニ付テ豫審ヲ求ムルモノナレハ一定ノ被告人ヲ指定スルヲ要セス本法第六十七條ニ於ケル檢事ノ請求ナリ文字ニハ一定ノ被告人ナルコトヲ包含セスシテ事件ノミヲ指シタルモノナリ本法第百四十二條ニ依リ豫審判事カ檢事ヨリ先ニ現行犯アルコトヲ知リタルトキハ檢證調書ヲ作ルヲ以テ起訴アリタルモノトス然ルニ現行犯ハ犯人ノ誰タルヤヲ知ル能ハサル

場合ト雖モ均シク現行犯タルヲ失ハスシテ此場合ニハ事件ノミニテ公訴ヲ提起セラルヽモノナリ既ニ第百四十二條ニシテ然ル以上ハ起訴ノ專權ヲ有スル檢事ニ於テモ亦被告人ヲ指定セスシテ豫審ヲ求ムルヲ得サルヘカラサルハ當然ナリ本法第十一條ニ於テ起訴ハ未タ發覺セサル正犯、從犯ニ對シテモ其時效ヲ中斷スヘキ旨ヲ規定シタルハ即チ檢事ノ起訴ノ事件ニ對スルモノナルコトヲ證スル一例ニアラスヤ若シ起訴ニハ一定ノ人ヲ要ストセハ豫審判事ハ證人ヲ取調フルニ當リ其正犯タルコトヲ發見スルモ檢事ノ請求ヲ待ツニアラサレハ之ヲ被告人トシテ訊問シ勾留スルヲ得ス又家宅搜索ニ依リテ第三者ノ共犯タルコトヲ發見スルモ直ニ之ヲ被告トシテ訊問、勾留スル能ハスシテ徒ニ其逃走ノ機會ヲ與フルノ結果ヲ生スヘシト事件論者ハ斯ノ如ク檢事カ被告人甲ニ對シ起訴スルモ其起訴ハ甲ニ對スルノミノ起訴ニアラスシテ其共犯全體ヲ含ムモノトシ豫審判事ハ檢事ノ請求ナキモ其共犯乙丙ヲ發見スルトキハ其發見スルニ從ヒ直ニ之ヲ審理裁判スルヲ得ルモノトシ又被告人甲カ人違ナルコトヲ發見セハ之ヲ放擲シ眞ノ犯人タル乙ニ就キ直ニ取テ以テ審理裁判スルコトヲ得ルモノト爲セリ然レトモ是レ明ニ彈劾方式ヲ採リタル本法ニ背反スルノ說ニシテ又裁判所ノ威信ヲ失墜スルモノト云ハサルヘカラス事件論者ノ引用セル第百四十二條ノ如キハ事件論ヲ採用シタル舊治罪法ノ遺物ニシテ彈劾方式ノ例外タルモノナリ此例外ニ基キ全ク其性質ヲ異ニスル檢事ノ起訴ニ推及論斷スルハ失當モ亦甚シト云フヘシ又第十一條ノ如キハ時效ノ中斷ニ限リ例外トシテ他ノ共犯ノ中斷ニ效ヲ及ホスモノナリト解スルヲ至當トシ之ヲ以テ直ニ起訴ノ效ハ常ニ共犯全體ニ及フモノナリト斷定スヘカラサルナリ又事件論者ノ憂フル所ノ結果ハ是レ本法ニ於テ豫審ノ進行中豫審判事ニ他ノ犯罪又ハ共犯ヲ發見シ猶豫スヘカラサル時ニ當テハ證據保全ノ處分ヲ爲サシムル權限ヲ付與セサルノ缺點ニ屬シ其責ハ立法者ニ於テ負ハサルヘカラサル所ニシテ解釋ヲ以テ之ヲ救濟スルヲ得サルナリ事件論者ノ如ク人ヲ指定セスシテ起訴スルヲ得ルトスルモ豫審終結ノ際ニハ一定ノ被告人ヲ定メ之ニ對シ或ハ公判ニ付シ或ハ免訴スルノ決定ヲ言渡サヽルヘカラスシテ裁判ハ一定ノ被告人ニ對シテ與フルモノナレハ裁判ト其目的ヲ同ウスル所ノ起訴ハ事件ヲ以テス

ルコト能ハス事件ニ對シ裁判ヲ言渡ス能ハサレハ導ロ起訴ノ始ヨリ被告人ヲ特定スルヲ以テ優レリトスルハ極メテ看易キノ理ナリトス而シテ我大審院ニ於テモ始ハ事件論ヲ採リタルモ近來ハ人論ヲ採ルニ至リ起訴ニハ必ス被告人ヲ指定スルヲ要スルモノトシ唯現行犯ノ場合ニハ豫審判事カ檢證調書ヲ作リタル場合ナルト檢事ノ起訴スル場合ナルトヲ問ハス被告人ヲ指定スルヲ要セサルモノトセリ然レトモ判例ニ於テ現行犯ノ場合ニ於テ檢事ノ起訴ニモ被告人ノ指定ヲ要セストスルハ失當ナリ

第三　一定ノ所爲ヲ指定スルコト

一定ノ所爲ヲ指定セサレハ如何ナル犯罪ヲ起訴シタルヤヲ知ル能ハサルカ故ニ之ヲ指定セサルヘカラサルコトハ爭ナキ所ナリ然レトモ本法ニ於テ所爲ヲ指定スル方法ニ付キ一定ノ犯罪事實ヲ詳細ニ記載スヘシトノ規定ナキヲ以テ起訴狀ニハ唯罪目ノミヲ表示スレハ足リ必スシモ其罪狀事實ヲ之ニ詳記スルヲ要セストセリ茲ニ於テカ起訴ニ係ル所爲ノ範圍如何ノ問題ヲ生ス此問題ニ付テハ起訴狀ニ揭タル罪名ニ含マル、事實ニシテ起訴狀ノ附屬タル搜索書類中ニ包含セラル、モノナリセハ總テ起訴ニ係ル事實ナリト爲サ、ルヘカラス蓋檢事ハ犯罪行爲ナリトスル事實ニ付キ起訴スルモノニシテ其附スル所ノ罪名ハ單ニ其事實ヲ表示スルニ過キサルノミ然レトモ起訴ハ犯罪行爲ナリトスル事實ヲ指定スルコトヲ要スルカ故ニ縱令被告人ニ多數ノ犯罪行爲アリ搜査書類中ニ顯ハレ居ルモ其行爲カ檢事ノ請求中ニ包含セラレサルニ於テハ起訴ノ請求アリタルモノト爲スヲ得ス

以上ノ要件ノ外起訴ヲ爲スニハ公訴ヲ受クヘキ裁判所、公訴ヲ提起スル原告官及豫審ヲ求メ又ハ公判ニ訴ヲ提起スル旨及請求スル所ノ事由ヲ記載スヘキハ勿論ナリトス然レトモ其他ニ獨逸治罪法ノ如ク犯罪事實ニ對スル刑法ノ適條、證據方法等ヲ記載スルノ必要ナキナリ

豫審

豫審ノ性質

## 第二章　豫審

### 第一節　豫審ノ性質

豫審手續ハ被告事件ヲ公判ニ付スヘキヤ免訴スヘキヤヲ定ムル爲メ材料ヲ蒐集スル下調手續ナリ豫審手續ノ性質ハ其實質ニ於テ搜査ノ繼續ニシテ其形式ニ於

テハ裁判所ノ審理處分ナリ故ニ豫審ノ手續モ彈劾方式ニシテ唯糺問ニ傾クニ止マルモノトス然ルニ豫審ヲ以テ全然糺問方式ナリト爲スハ誤ナリ此說ヲ爲ス者ハ豫審手續ニハ唯一箇ノ訴訟主體アルノミニシテ檢事及被告人ハ證據調ノ請求ヲ爲シ豫審判事ニ注意ヲ促スヲ得ルモ豫審判事ヲ拘束スルノ訴訟上ノ處分ヲ爲ス能ハサルカ故ニ眞ノ當事者タル地位ヲ有スルモノニアラスト爲セリ然レトモ現行法ハ獨逸治罪法ニ倣ヒ豫審ノ請求ヲ以テ訴ノ提起ト爲シタル以上ハ此時ヨリ既ニ當事者ノ存在アリ又被告人モ單ニ糺問ノ目的ニアラスシテ證據ノ集取ヲ請求シ(九)或ル豫審處分ニ立會フ權ヲ有スルト(八一〇)檢事ニ於テ被告人ヨリ優等ノ權利ヲ有スルト(六八、一七二)ニ依リ明ナリ斯ル訴訟上ノ權利ヲ認メタルニ拘ラス之ヲ糺問ト爲スハ非ナリトス唯豫審判事ノ計畫ニ從ヒテ密行シテ行ハルヽモノナルカ故ニ當事者ハ公判ニ於ケルカ如ク充分ノ働ヲ爲ス能ハサルニ止ル豫審ハ斯ノ如ク其形式彈劾ナレトモ其實質ハ糺問ニ傾キ搜査手續ノ引續キナルコトハ豫審ノ目的ト異ル所ナキヲ以テ之ヲ知ルヘキナリ故ニ各事件ニ付キ搜査ヲ完然ニ爲ストキハ豫審ヲ不必要ナラシム搜査ヲ或ル程度ニ止ムレハ豫審ノ必要ヲ生ス故ニ其實質ヨリシテ搜査ト豫審ノ限界ハ一定セス各事件ノ模樣ニ於テ之ヲ定メサルヘカラス

豫審ノ目的

## 第二節　豫審ノ目的

豫審ノ目的ハ被告人ノ犯罪所爲ニ付キテ下調ヲ爲シ被告事件ヲ公判ニ付シ其證據調ヲ準備スヘキヤ將被告人ヲ免訴シ訴訟ヲ終了スヘキヤヲ決スルニ必要ナル限度マテ事實ノ關係ヲ明確ニスルニ在リ故ニ豫審ハ公判ノ準備手續ナリ若シ公判ニ於テ豫審處分ノ如キ手續ヲ爲スモノトセハ煩雜ニ堪ヘス而シテ公判ノ準備タル豫審ハ訴訟手續ノ重要ナル段階ヲ成スモノニアラスシテ訴訟ノ燒點ハ公判ニ在リトス換言スレハ公判ヲ準備スル手續ハ眞ノ訴訟ニアラス公判ノ豫審辯論カ即チ眞箇ノ訴訟ニシテ且眞實ヲ得ルノ基礎タルモノナリ是レ本法ニ於テ直接審理主義ヲ採リタル當然ノ結果ナリトス是ヲ以テ豫審ニ在テハ公判ノ審理殊ニ其證據調ヲ妨クヘカラス元來裁判ニ必要ナル事項ハ總テ公判ニ於テ直接ニ終局ノ確定ヲ爲スヲ本則トスルカ故ニ豫審ニ於テハ總テノ證據材料ヲ集取シ盡シ公判ニ於テハ單ニ其取調ヲ反覆スルニ過キサラシムルヲ以テ其目的ト爲スヘキモ

ノニアラス斯ノ如キ豫審ハ畢竟其目的ノ範圍ヲ超過スルモノニシテ爲ニ訴訟ヲ遲延シ公判ヲ無視シ公判審理ノ結果ヲシテ正確ナラシムルコトヲ害スルモノナリ

豫審判事ノ地位

## 第三節　豫審判事ノ地位

豫審ハ糾問ニ傾クモノナレハ豫審ノ處分ハ當事者ノ中立ニ關係ナク進行スルモノニシテ豫審判事ハ獨立シテ其意見方針ニ從ヒ豫審ノ目的ヲ實行スルモノトス豫審ノ目的ノ範圍及檢事カ指定シタル訴ノ範圍ニ付テハ豫審判事ノ必要ナリト信スル所ニ從テ取調ヲ爲スヲ得ヘク其取調ノ順序モ亦自由ニ之ヲ定ムルコトヲ得ヘシ右ノ如ク豫審判事ハ豫審ノ主働者ニシテ且獨立ノモノナリ是ヲ以テ豫審判事ハ公判ノ受命判事又ハ受託判事ニアラス故ニ第百八十四條第二項第百九十五條第一項第二百四十一條第一項ノ場合ニ於テ豫審判事カ公判ヨリ事件ノ送致ヲ受ケタルトキニ於テモ豫審判事ハ獨立シテ豫審ヲ爲シ通常ノ手續ニ從テ豫審終結ヲ爲シ免訴ヲモ爲スコトヲ得ヘシ

豫審判事ハ常ニ其處分ヲ自ラ直接ニ爲スヲ原則トス然レトモ管轄區域外ニ於テ處分ヲ爲スヲ要スル時ハ囑託ノ方法ニ依ラサルヘカラス又其管轄區域內ニ於テモ臨檢、搜索、差押、證人訊問ノ處分ヲ區裁判所判事ニ囑託スルコトヲ得ヘシ（一一二、一三二第一項）而シテ此囑託判事ハ豫審判事ニアラス又其代理者ニモアラスシテ即チ單ニ各箇ノ豫審處分ニ付テ豫審判事ヲ補助スルモノタルニ止レリ豫審判事ハ他ノ豫審判事又ハ區裁判所判事ニ其處分ヲ囑託スルコトヲ得レトモ司法警察官ニ對シテハ命令ヲ下スコトヲ得サルモノトス

豫審ノ終結

## 第四節　豫審ノ終結

豫審終結ノ手續ハ事件ヲ豫審ヨリ公判ニ移ス中間ノ手續ナリ此中間ノ手續ニ付テハ裁判所ノ裁判ヲ以テ公判ニ付スルノ法制ト裁判ヲ爲スコトナク檢事ノ訴狀ニ依テ公判ニ移スノ法制トアリ墺國治罪法ハ蘇格蘭土ノ法制ニ從ヒ豫審終結ノ決定ヲ爲サス豫審判事カ豫審ヲ十分ナリトセハ訴訟記錄ヲ檢事ニ送致シ檢事ハ之ヲ拋棄スルト否トハ其隨意ナリ墺國ノ立法者ハ之ヲ以テ彈劾ニ適スルモノトセリ然レトモ又檢事ノ意見ノミヲ以テ公判ニ付スルノ法制ハ被告人ヲ不安ノ地位ニ置クモノタリ何トナレハ檢事カ訴狀ヲ提出シテ公判ニ付スル場合ニ於テ被

告人ハ公開セル公判ニ於テ被告タルノ地位ニ立ツハ被告人ヲ保護スルニ於テ缺クル所アレハナリ是ヲ以テ獨逸ノ治罪法ニ於テハ三人ノ判事ヲ以テ組織スル部ヲシテ公判開始ノ決定ヲ爲サシメ又我刑事訴訟法ニ於テハ佛國治罪法ニ倣ヒ豫審判事ヲシテ豫審終結ノ決定ヲ爲サシムルコトヽセリ此法制ハ被告人ニ對スル保證ニ重キヲ置キタルモノニシテ被告人カ公廷ニ立テ防禦スルハ一種ノ惡報ナレハ之ヲ檢事ノ意見ニ一任セシメサルノ趣意ナリトス

現行法ニ於ケル豫審終結ノ手續ハ即チ左ノ如ク區別セラル

第一　檢事ノ意見ヲ求ムルコト

豫審ノ終結ハ豫審判事ニ依テ行ハルヽモノナレハ其終結ノ時期ハ豫審判事ノ思料ニ因テ定マルモノトス而シテ豫審終結ノ處分ニ付キ檢事ノ意見ヲ求ムルモノトシ檢事ハ此訴訟記錄ニ意見ヲ付シ三日內ニ之ヲ豫審判事ニ還付ス抑斯ノ如ク檢事ニ意見ヲ求ムルハ檢事カ豫審ノ請求ヲ爲シタル趣旨ハ嫌疑十分ナレハ公判ニ付スルコトヲ求ムト云フニ在ルヲ以テ此條件カ充サレタルヤ否ヤニ付キ檢事ノ意見ヲ述フルハ豫審請求ノ趣旨ニ適合スルカ爲メナリ故ニ豫審ノ請求ニ對シ條件附起訴又ハ間接ノ起訴ト稱ス次ニ豫審判事ハ檢事ニ意見ヲ求メタル後ニ於テモ或豫審處分ヲ必要ト爲ストキハ檢事ノ請求ナシト雖モ自ラ其取調ヲ爲スコトヲ得蓋豫審終結決定ヲ爲サヽル間ハ未タ豫審處分ノ結果ヲ告クルニアラサレハナリ

第二　豫審判事終結決定ヲ爲スコト

豫審ノ終結決定ハ被告人ニ十分ナル嫌疑アルヤ否ヤヲ決スルモノナリ然ルニ其終結決定ノ材料タル所ノモノハ豫審調書其他搜査書類ニシテ即チ書面審理ニ依リテ決定セラル而シテ終結ヲ爲スヘキ範圍ハ檢事ノ起訴ニ依テ一定シタル被告人及其所爲ニ制限セラルヘシ現行犯ノ場合ニ於テハ豫審判事カ檢證調書ヲ作ルヲ以テ起訴アリタルモノト爲スカ故ニ被告人ノ一定セサルコトアルモ豫審ノ終結ヲ爲スニ當リテハ豫審判事ハ亦被告人ヲ一定セサルヘカラス

豫審終結ハ書面審理ニ依ルモノナルヲ以テ被告人逃走シテ其所在分明ナラサル場合ニハ闕席ノ儘ニテ終結ヲ爲スコトヲ得ヘシ然ルニ之ニ付テハ異說ヲ唱フル者アレトモ豫審判事カ被告人ニ對シ召喚狀又ハ勾引狀ヲ發シタルニ拘ラ

ス被告人カ裁判所ニ出頭セス又ハ其所在ヲ暗マシテ勾引スルコト能ハサルトキハ遲怠ノ責ハ被告人ニ在ルヲ以テ豫審判事ハ之カ爲ニ終結ヲ爲スノ權ヲ奪ハルヽノ理由ナク且公判ニ於テハ如何ナル犯罪ニ對シテモ闕席判決ヲ爲スコトヲ得ルヲ見レハ豫審ニ於テモ亦如何ナル犯罪ニ付テモ被告人ノ闕席ニ關セス終結決定ヲ爲スヲ得ルノ一證ナリト云ハサルヘカラス

豫審終結決定ノ種類ハ即チ左ノ如シ

一　管轄違ノ決定(一四六)

管轄違ノ終結決定ヲ爲シタルトキハ時效中斷ノ效力アルノ外豫審處分ハ全部無效ニ屬スヘシ是レ第十二條ニ依テ明ナル所タリ然レトモ令狀ノ效力ハ尙ホ存スルコトヲ得ヘク又新ニ之ヲ發スルコトヲ得ヘキナリ

二　免訴ノ決定(一五六)

免訴ノ決定ヲ爲スヘキ場合ハ第百六十五條ニ列記シタル場合ノ外告訴ヲ待テ受理スヘキ事件ニ付テ告訴ノ拋棄アリタル場合及犯罪ノ後頒布アリタル法律ニ依リ其刑ヲ廢止シタル場合其他訴訟ノ條件ヲ缺キ又ハ起訴ノ手續無效ニ屬スルニ因リ公訴不受理トナルヘキ場合ニ於テモ亦免訴ヲ言渡サヽルヘカラス蓋第百六十九條第三項ニ於テ免訴ノ言渡ヲ爲スニハ公訴ノ受理スヘカラサルコト及其原由ヲ明示スヘシトアルニ依リ豫審免訴ノ言渡中ニハ第六條公訴權ノ消滅スヘキ場合及公訴不受理ノ場合ヲモ包含スルモノト知ルヘシ

三　公判ニ付スルノ決定

公判ニ付スルノ決定ニ二アリ左ニ之ヲ分說スヘシ

甲　區裁判所ノ公判ニ付スヽノ決定(一六六)

被告事件違警罪(刑施二八以下參照)ナリト思料シタルトキハ區裁判所ニ移スノ言渡ヲ爲スモノトス區裁判所ニ移スノ言渡ヲ爲スハ豫審判事ノ屬スル地方裁判所管內ノ區裁判所ニ於テ土地ノ管轄ヲ有スルトキノミニシテ土地ノ管轄カ他管轄ノ區裁判所ニ屬スルトキハ管轄違ノ言渡ヲ爲サヽルヘカラス又豫審判事ハ第百六十六條ニ依リ違警罪ト思料スルトキハ區裁判所ニ移スト決定ヲ爲スヘキモノナルカ故ニ檢事カ始ヨリ違警罪ノ罪名ヲ附シテ豫

審ヲ求ムルモ管轄違ノ言渡ヲ爲スヲ得スシテ必ス區裁判所ニ移スノ言渡ヲ爲サヽルヘカラス

區裁判所ニ移ス決定ハ權利拘束ノ效力ヲ消滅セシメサルカ爲ニ爲ス故ニ此決定アリタルトキハ其被告事件ハ區裁判所ニ繫屬スルモノトス然レトモ豫審判事ノ區裁判所ニ移スノ決定ハ訴訟ヲ進行セシムル效力ヲ有スルニ止ルヘキヲ以テ區裁判所ハ其決定ニ羈束セラルヽコトナク其事件ノ重罪若ハ輕罪ナリト爲ストキハ之ニ對シテ管轄違ノ言渡ヲ爲スコトヲ得ヘシ此區裁判所ノ管轄違ノ判決確定シタルトキハ地方裁判所檢事ハ更ニ同一ノ犯罪ニ付キ同一ノ被告人ニ對シ豫審ヲ求ムルヲ得ヘシ是レ區裁判所ニ移シタル訴訟ハ其管轄違ノ確定判決ニ依リテ終了シタルモノニシテ地方裁判所檢事ノ新ニ豫審ヲ求メタル事件ハ全ク別箇ノ訴訟ト云フヘク區裁判所ニ移ス決定ハ他ノ訴訟ニ對シ一事不再理ノ效力ヲ有スルモノニアラサルヲ以テナリ而シテ地方裁判所檢事カ新ニ豫審ヲ求メタルトキハ豫審判事ハ再ヒ之ヲ區裁判所ニ移スヲ得ス何トナレハ此場合ニハ區裁判所ノ管轄違ノ確定判決ノ效力トシテ區裁判所ニ於テ同一事件ヲ同一ノ狀態ニ於テ受理スルヲ得スシテ豫審判事モ此確定判決ニ羈束セラルヽモノナレハ其異警罪ヲ地方裁判所ノ公判ニ付シ第二百四十條ニ依リ地方裁判所ハ判決ヲ爲スヘキモノトス

乙　其地方裁判所ノ公判ニ付スルノ決定(一六)

豫審判事ハ違警罪以外ノ罪ナリト思料シタルトキハ其裁判所ノ公判ニ付スルノ言渡ヲ爲スモノニシテ被告人勾留ヲ受ケタル場合ニ於テ罰金ノ刑ニ該ルモノト思料シタルトキハ釋放ノ言渡ヲ爲ス同一ノ被告ニ對シ違警罪ト他罪ト俱發シタルトキハ共ニ之ヲ其地方裁判所ノ公判ニ付ス

豫審終結決定ノ種類ハ以上述フル所ノ如シ而シテ終結決定ノ內容ハ免訴シ又ハ公判ニ付スル言渡ノ外尙ホ事實上及法律上ノ理由ヲ付セサルヘカラス(一七)

豫審終結決定ノ正本ハ速ニ檢事及被告人ニ送達ス是レ豫審ハ書面審理ナレハ此送達ニ依テ始テ決定ハ成立スルモノナレハナリ(一七)

免訴又ハ管轄違ノ豫審終結決定ニ對シテハ檢事ニ於テ控訴院ニ抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ(二一七)

豫審終結決定ノ效力ハ左ノ如シ

一　免訴ノ決定ニハ種々ナル場合アレハ效力モ從テ異ル所アリ第百六十五條第二號以下ノ場合ニハ公判ニ於ケル無罪、免訴ノ確定判決ト同シク一事不再理ノ效力ヲ生ス(第一七五第一項)起訴カ不適法ナルトキハ公訴不受理ノ確定判決ト均シク其欠缺シタル條件ヲ具ヘ再ヒ起訴スルヲ得ヘシ犯罪ノ證憑十分ナラサルニ依ル免訴ノ決定ハ一種ノ條件附確定力ヲ有ス是レ茲ニ論セントスル所ナリ第百七十五條但書ニ依リ新證憑アルトキハ再ヒ訴ヲ爲スコトヲ得ルモノハ證憑不十分ニ因ル免訴ノ決定ニ限ラルヽコトハ第百二十四條第六號ニ於テ此場合ニ限リ事實參考人ト爲スノ規定アルニ依リテ明ナリ而シテ此決定ノ效力ニ付テハ由來正反對ナル二箇ノ學說アリ第一說ハ此決定ノ效力ヲ無罪免訴ノ確定判決ノ效力ト同一視シ確定判決ニ對シ新證憑ニ基キ再審ヲ爲スヲ得ルカ如ク此決定ニ對シテモ新證憑ニ依リ再訴ヲ許スト爲スモノナリ第二說ハ此決定ノ效力ハ檢事ノ不起訴處分ト同一ニシテ何時ニテモ之ヲ飜シ再ヒ之ヲ起訴スルヲ得ヘキ性質ノモノナリ唯再訴カ正當ナルコトヲ裁判所ニ認メシムル爲ニ法律ニ於テハ新證憑ヲ要スト爲シタルモノナリト云フニ在リテ兩說共ニ極端ニ失スルモノナリ案スルニ此決定ハ被告人ニ對スルト檢事ニ對スルトニ依リ其效力ヲ異ニスル所アリ被告人ハ全然無罪ノ判決ヲ得ンカ爲ニ再起訴ヲ求メント欲スルモ此決定アルカ爲ニ之ヲ求ムルヲ得ス故ニ被告人ニ對シテハ無罪免訴ノ判決ト同一ノ效力アリ之ニ反シテ檢事ハ新證憑ニ基キ再起訴許可ノ決定ヲ受ケ再訴スルヲ得レハ檢事ニ對シテハ新證憑ニ基ク再訴許可ノ決定ナキコトヲ條件トシテ確定力アルモノトス此確定力ノ條件タル新證憑トハ新事實又ハ新證憑ノ意味ニシテ其證據材料ノ如何ヲ問ハス免訴前ニ於テハ發見セラレサリシ事實又ハ免訴前ニ取調ヘタル事實ナルモ當時之ヲ認ムル能ハサリシ場合ニ於テ之ヲ認ムル新ナル證據材料ヲ云フ此新事實又ハ新證據ノ信憑力ハ免訴前ニ於ケル舊材料ト綜合シテ公判ニ付スヘキ嫌疑アルコトヲ認メシムルモノナルコトヲ必要トス然

ラサレハ免訴ノ決定ヲ覆スノ效力ナキモノナリ

再訴ノ手續ハ免訴ヲ言渡シタル裁判所ニ右新證憑ヲ提出シ再起訴ヲ許スノ決定ヲ求メ始メテ其事件ヲ通常ノ管轄裁判所ニ新ナル訴トシテ提起スルモノトス再訴ハ先ノ豫審手續ノ繼續ニアラスシテ新ナル訴ナルコトハ第百七十五條第二項ノ明文ニ依リ明ナリ之ヲ新ナル訴ト爲セハ管轄裁判所ニ起訴スヘキハ當然ナリ然レトモ此新ナル訴ノ條件ハ新證憑ニアラスシテ新證憑ヲ認メタル再起訴許可ノ決定ナレハ此再起訴許可ノ決定アリタル後ニアラサレハ新訴ヲ起スヲ得ス又再起訴許可ノ決定ハ實質ニ於テ免訴ノ豫審終結決定ヲ取消シ公判ニ付スル嫌疑ヲ認ムルモノナレハ免訴ヲ言渡シタル裁判所ニ於テ之ヲ爲スヘキモノトス

二　公判ニ付スル終結決定ハ訴訟ヲ進行セシムル效力ノミヲ有シ犯罪ノ有無ヲ最終ニ判斷シタルモノニアラス即チ公判ニ付スル決定アレハ其事件ハ再ヒ豫審ニ戻ルコトナク公判ニ於テハ其決定ニ依リ付セラレタル所爲及人ニ對シテ審理裁判セサルヘカラス其審理ノ範圍ハ此決定ニ依リ限定セラルヽモノトス而シテ豫審ヲ經タル事件ハ其終結決定ナケレハ之ニ付キ公判ヲ開クコトヲ得スシテ豫審ノ終結決定ハ豫審ヲ經タル事件ニ付キ公判ヲ開クノ必要條件ニシテ公判審理ノ基礎ナリトス



# 第四編　公判

## 第一章　總論

公判ノ手續ハ檢事ノ直接ノ起訴又ハ公判ニ付スル豫審終結決定ニ依リ開始セラレ第一審ニ於ケル終局判決ノ言渡ヲ以テ終了スル手續ノ全體ナリ搜査豫審及上訴ノ手續ハ必スシモ總テソ刑事事件カ此訴訟ノ段落ヲ經ルコトヲ要スルニアラスト雖モ公判ノ手續ハ如何ナル刑事事件ニテモ必ス之ヲ經ルコトヲ要ス而シテ公判ノ手續カ開始スレハ此時ヨリシテ判決裁判所カ其作用ヲ始メ總テノ裁判ハ判決裁判所ニ於テ之ヲ爲スニ至ルモノトス

公判ノ手續ニ於テハ裁判所及當事者ニ於ケル訴訟上ノ法律關係ヲ明確ニ認ムルコトヲ得ヘシ然レトモ或學說ノ如ク公判ノ手續ニ於テノミ此法律關係ハ存在シ公判手續ノ開始ニ依リ始メテ法律關係ノ成立スルモノト云フヘカラス法律關係

ハ公訴提起ニ依リ成立シ豫審手續ニハ唯當事者ニ於テ完全ニ當事者タルノ權利ヲ行フ能ハサルニ止マル故ニ前記ノ學說ニ基キ公判手續ヲ指シテ狹義ノ刑事訴訟ナリト稱スルハ非ナリトス

公判手續カ有效ニ開始セラルヽニハ之ニ必要ナル訴訟條件ヲ具備スルヲ要ス其一般ノ訴訟條件タルモノ左ノ如シ

一　刑罰請求權存在ノ嫌疑　刑罰請求權ノ存否ハ公判ヲ終了シ判決ヲ以テ始メテ定マルモノナルカ故ニ公判手續ノ開始ニハ刑罰請求權ノ疑ナキ存在ヲ必要トセスト雖モ其存在ニ關スル嫌疑ハ其必要條件ナリ蓋民事訴訟ニ於テハ原告カ其請求ヲ主張スルノ一事ヲ以テ訴訟ノ提起ヲ爲スヲ得ヘシ是レ此無制限ナル訴權ヲ付與スルハ敗訴ヲ爲シタル者ニ訴訟費用ヲ負擔セシメ以テ被告トシテ訴ヲ受クル者ヲ保護シ得ヘキカ故ナリ刑事訴訟ニ於テハ之ト其趣ヲ異ニシ公開シタル公判ニ於テ被告トシテ訴追セラルヽハ被告人ノ非常ナル苦痛ナルヲ以テ縱令無罪ヲ期スルモ民事訴訟ニ於ケルカ如ク單ニ訴訟費用ヲ國庫カ負擔スルノミヲ以テ被告人ノ損失ヲ救フヲ得ヘキモノニアラス是ニ於テカ公判ニ付セラルヽ被告人ノ苦痛ハ刑罰請求權ノ存在ニ關スル嫌疑アルニアラサレハ之ヲ感受セシムヘキニアラス現行法モ亦此精神ニ基クモノナリ檢事カ直接ニ公判ニ起訴スル場合ニハ右ノ嫌疑アルニアラサレハ之ヲ能クスル所ニアラス蓋其嫌疑ナキトキハ豫審ノ請求ヲ爲セハナリ又公判ニ付ストノ豫審終結決定ハ犯罪ニ付キ十分ナル嫌疑アルニアラサレハ言渡サルヽコトナシ又豫審手續ノ開始ハ右ノ嫌疑ヲ以テ其條件ト爲サス是レ豫審ハ此嫌疑アルヤ否ヤヲ審査スルモノナレハナリ是ニ由テ觀レハ現行法ニ於テモ亦公判開始ノ條件トシテ刑罰請求權存在ノ嫌疑ヲ認ムルヲ知ルヘシ然レトモ此訴訟要件ハ被告人ノ利益ノ爲ニ認ムル相對ノ條件ニシテ絕對ノ訴訟條件ニアラス從テ判決裁判所ハ此條件ヲ職權ヲ以テ調査スヘキニアラス若シ此條件ヲ缺クモ判決裁判所ハ公訴ヲ受理セスト爲スヘカラス而シテ一旦公判手續ニ入リタル後ハ此條件ヲ缺クモ判決裁判所ト當事者トノ訴訟關係ハ有效ニ成立スルモノナリ蓋被告人ハ無罪ノ判決ヲ受クル爲メ公判ノ開廷セラルヽヲ以テ利益トスレハナリ

二　直接ニ公判ニ對スル起訴又ハ豫審終結決定ノ適法ナルコト若ハ上級裁判所ヨリ事件ヲ移ス裁判アリタルコト(二一二、二三五)公訴ノ提起若ハ豫審終結決定其モノハ訴訟ヲ創設シ又ハ公判手續ヲ創設スルノ行爲ニシテ決シテ公判ニ於ケル訴訟關係ノ條件タルモノニアラス起訴又ハ決定ノ適法ナルコトカ公判手續ノ條件タルナリ而シテ本號ノ條件ヲ缺クトキハ公判ニ於テハ事件ヲ受理セス

其他訴訟關係成立ノ條件タル訴訟主體ノ能力ノ如キハ同時ニ公判開始ノ條件タルモノトス

公判手續ニハ二箇ノ段落アリ即チ左ノ如シ

一　公判開廷準備ノ手續此段階ニ屬スル手續ノ目的及內容ニ依リ斯ク名クルヲ得ヘシ此手續ハ其性質トシテハ中間ノ手續タルモノナリ而シテ此手續ニ於テ公判開廷期日ヲ定メ公判開廷ニ必要ナル訴訟關係人及物件ヲ公判期日ニ準備スルモノトス

二　公判開廷ノ手續　是レ刑事訴訟ノ燒點タルモノニシテ此手續アルカ爲メ公判手續ハ本來ノ刑事訴訟ナリト云フヘキナリ此手續ニ於テ始テ判決裁判所ノ面前ニ於テ訴訟カ行ハル即チ總テノ訴追方法及辯護方法、證據調及當事者ノ辯論カ行ハレ此手續進行ニ依テ得タル直覺ニ基キ判決裁判所ハ判決ニ依リ訴訟ヲ處分スルモノトス

## 第二章　公判準備

公判開廷ノ手續ハ判決裁判所及當事者間ノ法律關係ヲ完備シ口頭辯論及直接審理ノ原則ニ從ヒ一ノ公判期日ニ於テ行ハルヽヲ要スルモノナリ斯ノ如ク公判開廷ハ口頭辯論ノ爲メ其手續ノ分割セラルヽコトナク繼續シテ進行スルコトヲ要スルカ故ニ之ニ關スル準備ノ必要ヲ見ルモノナリ即チ公判期日ハ此準備ヲ爲スノ猶豫ヲ與ヘテ之ヲ指定スルノ必要アリ又公判期日ニハ審理辯論ニ現在スヘキ訴訟關係人ヲ呼出シ並ニ公判ニ利用スヘキ證據物件ヲ備フルノ措置ヲ爲ス必要アリ又檢事、被告人等ヲシテ總テノ訴追方法、辯論方法ノ存スル所ヲ知悉セシメ之ヲ知ラサルニ依リ準備ヲ爲ス爲メ延期ヲ求ムルノ止ムヲ得サルニ至ラシメ從テ其辯論ヲ停止セシメサルノ必要アリ要スルニ公判手續ノ停止ヲ可成避クルニ必

要ナル措置ヲ爲スヲ要ス斯ノ如キ行爲ノ全體ヲ公判開廷ノ準備手續ト稱ス

公判開廷ノ準備ヲ爲ス主體ハ判決裁判所及當事者ナリ公判手續ハ全ク彈劾ノ方式ナルカ故ニ二箇ノ訴訟主體カ準備ニモ亦干與スルモノトス然レトモ此準備ニ付テモ當事者カ攻擊方法及防禦方法ノ準備ヲ爲スニ付キ處分權ヲ有シ裁判所ハ之ニ付キ訴訟ノ指揮ノミヲ爲スモノト誤解スヘカラス職權主義ハ此準備手續ニモ亦行ハルヽモノニシテ當事者ハ攻擊方法及防禦方法ノ準備ニ干與スルコトアルモ常ニ裁判所カ訴訟ノ支配權ヲ有スルモノナリ即チ當事者カ證據ノ請求ヲ準備手續トシテ判決裁判所ニ申立ツルモ裁判所カ常ニ之ヲ許否シ當事者カ自己ノ意思ヲ以テ證據方法ヲ提出スルノ準備ヲ爲スコトナシ又裁判所ハ當事者ノ請求ヲ待タスシテ證據方法ヲ蒐集シ之ヲ準備スルノ權アリトス

如何ナル行爲ハ必要ナル準備手續ニ屬スルヤ現行法ハ公判ノ規定中準備手續ヲ特ニ總括シテ規定スルコトナク之ニ關スル規定ニ固有ノ地位ヲ與フルコトナシ又全ク其規定ヲ缺クモノアリ今其規定ノ各所ニ散在スルモノヲ摘出セハ左ニ列記スルモノニ止ル

一　公判期日ノ指定　公判期日ノ指定ハ何人カ之ヲ爲スカハ本法ニ明文ナキモ其行爲ハ訴訟ノ指揮ニ屬スルカ故ニ民事訴訟ニ於ケルカ如ク訴訟ノ指揮ヲ掌ル所ノ裁判長ノ爲スヘキモノトス而シテ公判期日ヲ定ムルニ付テハ辯論ノ準備ヲ爲スニ足ルヘキ期間ヲ置クノ必要アリ第二百十五條ニ於テモ此趣旨ニ基キ呼出狀ノ送達ト出頭トノ間ニ少ナクトモ二日ノ猶豫ヲ置クヘキコトヲ規定セリ而シテ此二日ノ猶豫ハ第一ノ期日ヲ指定スル場合ニノミ行ハル第一ノ期日延期トナリ再ヒ期日ヲ定ムル場合ニハ縱令裁判所ノ構成ニ變更アルトキト雖モ此規定ノ適用ヲ受クルコトナシ若シ裁判所カ右ノ猶豫期間ヲ遵ラスシテ呼出狀ヲ發シタルトキハ被告人ハ公判ノ延期ヲ求ムルノ權利アルモノトス

第二百十五條ハ區裁判所ノ公判ニ關スル規定ナルモ第二百三十六條ニ依リテ地方裁判所ノ公判ニモ適用セラル其他區裁判所公判ノ規定ハ地方裁判所ノ公判ニ適用セラルヽモノト知ルヘシ

二　被告人其他訴訟關係人ノ呼出　被告人ノ呼出ニ付テハ既ニ之ヲ述ヘタリ

公判ニ於テハ被告人ノ外辯護人、被告人ノ法律上代理人ヲ呼出サヽル可ラス之ニ付テハ第一審公判ニ於テ其規定ナク却テ第二審ノ公判ニ關スル第二百五十七條ニ其規定アリ若シ辯護屆アルニ拘ラス辯護人ヲ呼出サヽルトキハ被告人ノ辯護權ヲ制限シタルモノニシテ其判決ハ破毀ヲ免カレス檢事ニ對シテハ呼出ヲ爲サス期日ヲ通知スヘキモノトス蓋檢事ハ公判開廷ノ構成員ナレハ其職務上ノ義務トシテ出廷スヘキモノナルカ故ニ裁判所ノ命令タル呼出ヲ爲スヲ要セサルノミナラス檢事ハ官府ナルヲ以テ之ニ對シ强制ヲ加フヘカラサルカ故ニ呼出ヲ實行スルヲ得サルナリ

三　證據物件ノ準備　公判期日ニ之ヲ利用シ得ヘキ措置ニ付テハ別ニ規定ナシ公判ニ於テハ家宅搜索ヲ爲スヲ得ルカ故ニ物件差押ノ必要アルトキハ此準備手續中ニ之ヲ爲スヲ至當トス

四　證人、鑑定人ノ呼出　公判開廷前ニ於テ必要ナル證人、鑑定人ヲ呼出シ置クコトハ口頭辯論ノ爲メ訴訟ノ材料ヲ連續セシムルニ最モ適切ナルコトナリ然レトモ總テノ證據調ノ行爲ハ直接審理ノ原則ニ基キ公判開廷ノ後ニアラサレハ之ヲ爲ス能ハス若シ開廷前ニ於テ之ヲ爲シタルトキハ之ヲ證據ト爲ス能ハス證人、鑑定人ノ呼出ニ付テ現行法ノ定ムル所左ノ如シ

(一)　檢事、被告人其他ノ訴訟關係人ハ公判開廷前、判決裁判所ニ對シテ證人、鑑定人ノ呼出ヲ請求スルコトヲ得而シテ其呼出ノ請求ハ第百九十二條ノ規定アルヲ以テ公判前相當ノ時期ニ於テ之ヲ爲サヽルヘカラス又其請求ニハ證人等ノ氏名ノ外證明事項ヲモ示スヘキモノトス

(二)　當事者其他訴訟關係人ハ證人、鑑定人ヲ呼出サシムル絶對ノ權利ヲ有スルモノニアラス裁判所ハ其許否ヲ決シ必要ナラストスル證人等ハ之ヲ呼出サヽルモノトス而シテ訴訟關係人ハ其請求ヲ却下セラルヽモ上訴ノ途ナシト雖モ公判開廷ノ後更ニ同一ノ證人等ノ呼出ヲ請求スルコトヲ妨ケス

(三)　裁判所ハ當事者ノ請求ナキモ職權ヲ以テ證人、鑑定人ヲ公判開廷前ニ呼出スコトヲ得ヘシ是レ本法採ル所ノ職權主義ヨリ生スル當然ノ結果ナリ

(四) 檢事及被告人ハ公判開廷前ニ於テ相手方カ利用セントスル證據方法ハ之ヲ詳細ニ知ルノ必要アリ之ヲ以テ公判開廷後意外ノ證人訊問等ニ驚カサルヽカ如キコトアラシムヘカラス故ニ一方ヨリ請求シタル證人ハ必ス之ヲ相手方ニ通知セサルヘカラス(一一九)

(五) 證人、鑑定人ノ呼出ニ付テハ豫審ノ章ニ於ケル規定ヲ準用スルモノトス(一〇九)

五 公判開廷ノ檢證 本法第二百十六條ニ區裁判所判事ハ豫審ヲ經サル被告事件急速ヲ要スルトキハ公判ニ取掛ル前、檢證處分ヲ爲スコトヲ得ルノ規定アリ是レ畢竟急速ヲ要スルカ故ニ公判ノ開廷ヲ待ツコト能ハサル場合ヲ想像シ證據調ハ必ス公判開廷後ニ爲ス原則ニ對シ特例ヲ設ケタルモノニシテ此規定ノ目的トスル所ハ公判ノ準備トシテ證據ノ保全ヲ爲スニ在リ故ニ開廷前ニ檢證スルハ本條ノ規定アリテ始テ行ハル其豫審ヲ經サル事件ニ限リタルハ豫審ヲ經タル事件ハ必ス豫審ニ於テ檢證ヲ爲シ得ヘキカ故ナリ而シテ此檢證ハ必要的ノ準備ニアラス

六 被告人ノ辯護ノ準備 其準備行爲ヲ列擧セハ左ノ如シ

(一) 辯護人カ訴訟記錄ヲ閲讀抄寫スルコト(一〇八)

(二) 地方裁判所ノ重罪事件ニ付キ被告人ヲ開廷前ニ一應訊問スルコト(一二三)

此訊問ニ於テ被告人ハ豫審ニテ申立テタル事實ヲ補充シ又ハ變更スルコトヲ得又證據ノ取調ヲ請求スルコトヲ得ヘシ裁判所ハ此訊問ニ依リ或ハ證人呼出ノ必要ヲ認メ其他重罪事件審理ノ方針ヲ定ムルモノトス而シテ本法ニ於テハ此訊問ヲ爲サスシテ公判ヲ開廷スルニ付テノ必要條件トセルヲ以テ此訊問ヲ爲サスシテ公判ヲ開キ判決ヲ爲シタルトキハ其判決ハ破毀ヲ免カレス是レ蓋重罪事件ハ特ニ鄭重ヲ要スルヲ以テナリ此訊問ニ付テハ裁判所書記特ニ調書ヲ作ルヘキモノナリ

(三) 辯護人ノ選任(一七九第二項、二三七第二項) 前示(二)ノ場合ニ於ケル訊問ニ依リ被告人カ辯護人ヲ選定セサリシコトヲ知リタルトキハ裁判長ハ其職權ヲ以テ裁判所所屬ノ辯護士中ヨリ之ヲ選任ス

以上ハ公判ノ準備手續ナリ然レトモ豫審終結決定ト公判開廷ノ間ニ行ハルヽ手

續ハ悉ク公判ノ準備手續ナリト誤解スルコトナキヲ要ス公判ニ於テ保釋ヲ許シ責付ヲ爲スカ如キハ其間ニ行ハルヽ手續ナリト雖モ公判手續ニハ何等ノ關係ナクシテ其準備手續ナリト云フコトヲ得サルナリ

## 第三章　公判開廷

公判開廷ノ手續ハ之ヲ手續ノ行ハルヽ時ノ點ヨリ觀察スレハ公廷ニ於テ裁判長カ被告人ニ對シ其氏名、年齢、身分、職業、住所及出生ノ地ヲ訊問スルニ始マリ終局判決ノ言渡ヲ以テ終了スル訴訟ノ一段落ナリト云フヘシ之ヲ事物ノ上ヨリ觀察スレハ直接ニ判決裁判所ノ面前ニ於テ彈劾ノ方式ニ依リ行ハレ且通常ハ公訴ヲ以テ主張セラレタル刑罰請求權ニ付キ判決ヲ爲スノ手續ナリトス本法第百七十六條ニ所謂「公判」ハ此手續ニ相當スルモノナリ

右ノ公判開廷ノ意義ニ依レハ公廷ニ於テ爲スヘキ手續ニアラサレハ縱令時ノ點ヨリシテ公判ヲ開廷シタル後ニ行ハルヽ處分ト雖モ之ヲ公判開廷ノ手續ト爲スヘカラス從テ公判ニ於テ爲スヘカラサル處分ニハ公判開廷ノ手續ニ付キ行ハルル原則カ直ニ適用セラルヘキモノニアラス即チ本法第二百六十四條及第二百四十一條第二項ニ依リ受命判事ノ爲スヘキ處分ハ公判開廷ノ手續ニアラス殊ニ第二百十一條第二項ニ於テハ公判開廷ヲ止メ受命判事ヲシテ取調ヲ爲スヘキ旨ヲ規定シ以テ受命判事ノ處分ハ公判開廷ノ手續ニアラサルコトヲ明ニス又公判部員全體カ犯所其他ノ場所ニ臨檢シテ檢證ヲ爲ス場合ニ於テモ受命判事ノ檢證ト同シク之ヲ公判開廷ノ手續ト云フヘカラス何トナレハ此場合ニ於テハ判決裁判所カ犯所其他ノ場所ニ於テ公判ヲ開廷スルモノニアラスシテ公判開廷ノ手續タル證據調ヲ準備スル爲ニ證據ヲ保全スルニ在リ受命判事ノ爲スヘキ檢證モ亦之ト異ナル所ナシ凡ソ開廷ハ裁判所又ハ支部ニ於テ之ヲ爲スコトハ構成法第百三條ノ規定スル所ナリ犯所ニ臨檢スルハ公判開廷ニアラサルコト此規定ニ依リテ既ニ明ナリ而シテ此處分ハ公判開廷ニ於ケル證據調ヲ準備スルニ在ルカ故ニ其處分ヲ公判ニ於テ再ヒ顯出セシムルニアラサレハ其處分ニ依テ得タル材料ヲ判決ニ採用スル能ハス即チ公判部員カ犯所ニ於テ實驗シタル所ヲ以テ直ニ判斷ノ用ニ供スルヲ得スシテ公廷ニ於テ檢證調書ヲ朗讀シ始テ之ヲ證據ニ供スルヲ得ルモノナリ去レハ此處分ノ目的ハ豫審處分ノ目的ト異ナラサルヲ以テ豫審ニ關

スル規定ヲ準用シテ其手續ヲ行ヒ檢事、被告人其他ノ訴訟關係人ノ立會ヲ要件トス爲サス其他公判開廷手續ニ關スル原則ハ此處分ニ行ハルヽモノニアラサルナリ既ニ公判部員全體又ハ受命判事ノ犯所ニ於ケル檢證ニシテ斯ノ如キモノナリトセハ此檢證ノ場所ニ於テ爲ス證人訊問等ノ處分モ亦同一性質ノモノナリト認メサルヘカラス判例ニ依ルモ此場合ニ於ケル證人訊問ハ檢證ノ一部ト爲セリ之ヲ指シテ檢證ノ一部ト爲スハ其當ヲ得タルモノニアラスト雖モ其性質カ共ニ公判開廷ノ手續ニアラサルコトヲ認ムルニ足レリ

公判開廷ノ手續ハ刑罰請求權ノ有無ヲ判決ヲ以テ定ムルヲ通常ト爲スト雖モ必スシモ刑罰請求權ヲ定ムル手續ノミニ限ラルヽモノニアラス管轄ノ問題又ハ公訴ヲ受理スヘキヤ否ヤノ問題ニ關スル手續モ亦公判開廷ノ手續タリ又公開ヲ停止スル言渡ノ如キ故障ノ適法ナルヤ否ヤヲ審査スル手續ノ如キモ亦之ニ屬ス現行法ニ於テハ毫モ本案ノ手續ト本案以外ノ手續ニ付キ公判開廷手續ヲ區別スルノ規定ヲ設ケサルナリ

公判開廷ノ手續ニ於テハ此手續ノ開始スル以前ニ於テ準備セラレタル訴訟ノ全體ヲ判決裁判所ノ判決ニ依リ終局ニ判定スルニ在ルヲ以テ刑事訴訟手續ノ中樞ヲ爲スモノナリ故ニ訴訟ノ全體カ公判ニ顯出スルヲ公判開廷手續ノ要件トス換言スレハ公判開廷以前ノ手續ニ依リ得タル材料ハ公廷ニ於ケル證據調ニ依リ再ヒ之ヲ審査スルヲ要ス又公訴提起ノ手續又ハ豫審終結決定ノ手續ノ行ハレタルコトモ亦檢事カ公廷ニ於テ爲ス被告事件ノ陳述ニ依テ顯出スルヲ要ス其他被告人ノ訊問、證人鑑定人ノ訊問モ亦直接審理ノ原則ニ從ヒ再ヒ判決裁判所ノ面前ニ於テ終局ノ審理トシテ繰返サルヽヲ要スルモノナリ然ル後當事者モ他ノ訴訟關係人カ對審ノ方式ニ依リ攻擊及防禦ノ理由ヲ辯論シ判決ノ言渡ヲ以テ全訴訟手續ノ結末ヲ告クルモノナリ

公判開廷手續ハ訴訟行爲ニ關スル主義原則カ絕對ニ行ハルヽ段落ナリ彈劾主義即チ訴訟主義ハ最モ明晰ニ公判開廷手續ノ方式ノ上ニ表ハレ又口頭辯論主義及直接審理主義モ或例外ヲ認メラルヽ外ハ總テノ手續ノ上ニ行ハレ又公開主義モ行ハルヽ所ナリ依テ他ノ訴訟ノ段落ト全ク異ナル組立ヲ要スルモノナリ

公判開廷手續ニ於テハ彈劾ノ方式カ行ハルヽカ故ニ三箇ノ訴訟主體カ在廷スル

ヲ其訴訟條件トス又訴訟關係人中在廷ヲ必要トスル者アリ

殊ニ被告人カ引續キ出廷スルコトヲ要ス被告人カ公判ニ引續キ出廷スルコトヲ要スルハ公判全體ノ規定ヨリ推知スルヲ得(一八二、一八三、一九、二一九等參照)然レトモ亦本法ニ於テハ闕席判決ナルモノヲ認メ事件ノ輕重ヲ問ハス被告人闕席ノ儘判決ヲ爲スヲ得サルナリ去レト本法ノ闕席判決ナルモノハ民事訴訟法ト異ナリ被告人ニ對シテ實體上不利益ノ結果ヲ生セス又闕席判決ヲ認ムルモ被告人ハ自ラ進テ闕席ノ儘審理裁判ヲ受クルノ權利ヲ有スルモノニアラス裁判所又ハ裁判長ハ勾引狀又ハ勾留狀ヲ發シテ被告人ノ出廷ヲ强要スルコトヲ得ルモノトス(八一七)

又一方ニ於テハ裁判所ハ被告人ニ對シテ或例外ヲ除クノ外ハ出廷ヲ禁スルノ權利ヲ有スルモノニアラス畢竟本法ノ認ムル闕席判決ハ裁判所ニ於テ出廷ヲ强要スルコト能ハサルトキニ於テ始テ其制裁トシテ之ヲ與フルノ已ムヲ得サルニ出ツルモノナリ故ニ被告人ハ自ラ勾留ヲ受ケタルト否トヲ問ハス公判ニ出廷スルノ義務アリ唯例外トナルハ罰金以下ニ該ルヘキ被告事件ニ付キ其代人ヲ出頭セシムルヲ得ルコト是ナリ(四一)又一方ニ於テ被告人ハ自ラ出廷スルノ權利ヲ有スルモノナリ

被告人ハ公判終了マテ法廷ヲ去ルコトヲ許サス若シ故ナクシテ退去セントスルトキハ裁判長ハ之ヲ防止スル爲ニ相當ノ處分ヲ爲スコトヲ得ヘシ是レ本法明文ノ示ス所ニアラサレトモ裁判長ノ訴訟指揮權ニ屬スル權限ヨリ生スル當然ノ處分ナリトス斯ノ如ク被告人ハ法廷ニ止ルノ義務アリト雖モ被告人カ辯論ヲ爲スト否トハ其權利ニシテ若シ被告人カ辯論セサルトキハ片言ヲ聽テ獄ヲ斷スルノ嫌アリト雖モ第百八十二條ニ依リ對席トシテ裁判スヘキモノナリ」被告人ハ引續キ出廷スルノ義務アルヲ以テ公判ノ續行期日ニモ亦出廷スルヲ要ス若シ此續行期日ニ出廷セサル場合ニハ前日ノ期日ニ於テ被告人ノ審問ヲ終リタルトキト雖モ直ニ對席判決ヲ爲スコトヲ得スシテ第二百二十六條ニ依リ闕席判決ヲ爲スヘキモノトス又被告人ハ判決言渡ノ日ニ於テモ出廷スルコトヲ要スルモノナリ故ニ其言渡ノ期日ニ出廷セサルトキハ是レ亦闕席判決ヲ爲サハルヘカラス蓋前ニモ述ヘタル如ク判決ノ言渡ハ公判ノ一部ナルヲ以テ

其言渡期日ニ出廷セサルトキハ第二百二十六條ニ所謂公判期日ニ出頭セサリシモノタルヘケレハナリ若シ此場合ニ對席判決ヲ言渡スモノトセンカ第二百七條ニ於ケル上訴期間ノ告知ハ何人ニ向テ之ヲ爲スヘキヤ之ヲ告知スヘキ人ナキニ至ルヘシ然ルニ茲ニ異說ヲ爲ス者アリ曰ク判決言渡ノ期日ニ被告人出頭セサルモ對席判決ヲ爲スニ妨ナシ何トナレハ元來闕席判決ナルモノハ片言ヲ聽テ獄ヲ斷スルモノナリ然ルニ既ニ審問辯論ヲ終リ其防禦ヲ盡シタル後其判決ヲ言渡スヘキ期日ニ至リテハ縱令出席セサルモ對席判決ヲ爲スノ妨トナラサルヘキヲ以テナリト然レトモ論者ノ說ノ如クンハ若シ續行期日ニ被告人闕席スルモ苟モ其以前ニ於テ證據調ヲ終リ十分被告人カ辯護シタルモノト認メタル以上ハ既ニ片言ヲ聽キタルモノニアラサレハ尙ホ對席判決ヲ爲スヘキモノナリト論結セサルヲ得サルヘシ故ニ余輩ハ決シテ此說ニ贊同スルコト能ハサルナリ但判例ハ此場合ニ對席判決ヲ爲スヘキモノトセリ

被告人ハ公判ニ出廷スルノ義務アルト同時ニ一方ニ於テハ公判ニ出廷シテ證據調ヲ請求シ又ハ辯論ヲ爲ス等ノ權利アルヲ以テ裁判所ト雖モ此權利ノ行使ヲ禁スルコト能ハサルモノナリ然レトモ此原則ニハ左ノ例外アリ

(一) 第一ハ第百九十七條ノ場合ナリ此規定ハ例外ニ屬スルヲ以テ狹ク之ヲ解スルヲ要ス即チ此規定ハ證人ニハ明文上適用アリト雖モ鑑定人ノ訊問ニ付テハ適用ナシトス又證人ノ供述ヲ被告人ニ告知スヘシト規定スレトモ若シ證人カ證言ヲ拒ミタル場合ニ於テハ其拒絕ノ次第ハ之ヲ告知スルヲ要セス又告知ハ入廷後直ニ之ヲ爲シ且職權ヲ以テ爲スヘキモノナリ之ヲ告知セサレハ其證言ヲ證據ニ援用スルコトヲ得ス

(二) 第二ハ第百八十二條第二項ノ場合ナリ之ニ付テハ裁判所構成法第百九條第百十條ニ明文アリ就テ參照スヘシ此場合ニ於テモ公判續行期日判決言渡期日ニハ被告人ヲ呼出スヲ要ス若シ呼出サヽレハ其公判手續ハ不法ヲ免カレス

右二箇ノ場合ニ於テモ被告人ハ裁判長ノ命令又ハ裁判所ノ決定ニ依リ出廷ヲ禁セラルヽモノトス

又公判ニ出廷シタル被告人ハ公廷ニ於テハ身體ノ拘束ヲ受クルコトナシ是レ

第百七十七條ノ規定スル所ナリ此規定ハ現今判例ニ於テ甚タ重要ノモノト認メラレ若シ公判始末書ニ此旨ヲ記載セサルトキハ公判ノ手續全體ヲ無效トセリ然レトモ余ノ信スル所ニ依レハ公判始末書ニ第百七十七條ノ事項ヲ記載セサルカ爲ニ公判ノ手續全體ヲ無效ナリトスルハ甚タ理由ナキコトヽ云ハサルヘカラス何トナレハ公判ノ手續全體カ無效ナリトセハ證人、鑑定人ノ訊問ニ依リテ得タル所ノ證據モ亦無效トナルハ勿論ナリ然ルニ被告人カ拘束セラレタルカ爲メ證人、鑑定人ノ訊問ニ依リテ得タル證據ノ全部ニ至ルマテ無效ヲ及ホスコトハ身體ノ拘束ト此訊問トノ間何等ノ關係ナキニ依リ之ヲ認ムヘキニアラス故ニ此場合ニ於テハ被告人ノ訊問ニ依リ得タル證據ノミヲ不法ナリトスルヲ以テ正當ナリト信ス



## 第四章　證據調

證據調ノ範圍ハ裁判所ノ決スル所ナリ此原則ニ對シテ第百八十九條第二項ノ規定ハ例外ヲ成スモノニアラス豫審ニ於ケル證人ノ供述書又ハ鑑定人ノ鑑定書ハ裁判長ノ職權ヲ以テ之ヲ朗讀セシムルヲ得トアルモ是レ裁判所カ別ニ證據決定ヲ爲スコトナク此證據ヲ取調ヘ得ヘキコトヲ定メタルモノナリ此場合ニ裁判所ハ其朗讀ヲ不必要ナリトスルモ裁判長ハ之ニ拘ラス朗讀セシムルコトヲ得ルモノニアラス又調書ノ朗讀ハ適法ナリヤ否ヤモ亦裁判所ノ決スル所ニシテ裁判長ノ意見ノミヲ以テ決スヘキモノニアラス素ト證據調ノ範圍ヲ定ムルコトハ本案ノ裁判ニ大ナル影響アルヲ以テ裁判所カ之ヲ定ムヘキヲ當然ノ事理トス

公判ニ於テ證據調ノ範圍ヲ定マルニハ證據決定ヲ以テスルモノトス證據決定ハ當事者其他ノ訴訟關係人ヨリ證人、鑑定人ノ訊問、鑑定ヲ請求シタル場合ニ爲スヘキモノタルハ勿論又裁判所カ證人、鑑定人ノ訊問、鑑定ヲ職權ニ依リ必要トナス場合ニ於テモ亦證據決定ヲ爲サヽル可ラス證據決定ハ判事ノ交替アリテ辯論ヲ更新スルトキト雖モ消滅スルコトナシ而シテ裁判所カ其證據調ヲ必要ナシト認ムルトキハ證據決定ヲ取消ス裁判ヲ爲サヽルヘカラス若シ之ヲ取消スコトナク又證據調ヲ爲サスシテ辯論ヲ終了シタルトキハ其公判手續ハ違法タルモノトス裁判所カ證據決定ヲ以テ證據調ノ請求ヲ許スヘキ場合ハ證據ノ利用カ可能ニシテ且適法ナルトキニ限ルモノトス例ハ學術、技藝ニ達セサル者ヲシテ鑑定ヲ爲サシ

ムルコトヲ求メタル場合ハ證據方法ノ性質カ不能ナルモノナリ又豫審判事ヲ證人トシテ訊問スルコトヲ求メタルトキノ如キハ證據方法カ不適法ナルモノナリ其他公判手續ノ方式ヲ第二審ニ於テ人證ニ依リテ證明セントスルカ如キ又ハ證明事項カ被告事件ニ何等ノ關係ヲ有セサルカ如キ場合ハ共ニ證明事項カ不適法ナルモノナリ以上ノ場合ニ於テハ裁判所ハ常ニ證據調ノ申立ヲ却下スヘキモノトス

裁判所ハ其本案ニ入リテ裁判ヲ爲スコトヲ要セサル場合ニハ當然證據調ヲ爲スヲ要セサルナリ例ハ公訴不受理又ハ管轄違ノ言渡ヲ爲ス場合ノ如キ是レナリ本案前ノ判決ノ場合モ亦然リ蓋證據調ハ刑法上ノ事實ニ付キテ行ハルヽモノニシテ起訴ノ有無ノ如キ訴訟上ノ事項ニ付キテハ審理ヲ要セサレハナリ又親告罪ニ於ケル告訴ノ有無ノ如キ是レ亦訴訟上ノ事項ニ屬シ刑法上ノ事項ニアラサルカ故ニ證據調ヲ爲スコトヲ要セス又法律ニ於テ罪ト爲サルトキモ亦證據調ヲ必要トセサルコトアリ確定時效經過ノ爲メ免訴ヲ言渡ス場合ニハ犯罪ノ時期及ヒ其重罪ナリヤ將輕罪ナリヤヲ取調フルノ必要アリ此場合ニハ其點ニ就テノミ證據調ヲ爲スヘキ必要アリテ被告人カ其行爲ヲ爲シタルヤ否ヤヲ審査スルヲ要セス

判決

判決ノ言渡及條件

## 第五章　判決

### 第一節　判決ノ言渡及條件

公判ハ第二百四條ニ依リテ判決ノ言渡ヲ爲スヲ以テ終了スルモノトス而シテ判決ハ其言渡ヲ以テ始メテ成立スルモノニシテ言渡前ニ於ケル評議決定又ハ判決書ヲ認ムルカ如キハ未タ判決ノ成立アリタルモノト云フコトヲ得ス即チ言渡前ニ於テハ唯判決ノ草案アルノミ但判例ハ反對ナリ同條第二項ニ依レハ判決ノ言渡ハ判決主文ノ朗讀ニ依リテ之ヲ爲スト規定シ言渡ハ判決主文ヲ朗讀スヘキモノナレハ言渡前ニ於テ之ヲ書面ニ認メ置カサルヘカラス蓋言渡ト判決書トノ間ニ差異ナカラシメンカ爲メナリ故ニ若シ此間ニ於テ相違アルトキハ之ヲ理由トシテ判決ノ取消ヲ爲スコトヲ得ヘシ又判決ノ言渡ハ獨リ主文ノ朗讀ノミナラス之ト同時ニ判決ノ理由ヲ朗讀シ又ハ口頭ニテ其要領ヲ告ケサル可ラス而シテ判決ノ理由ハ必スシモ朗讀ヲ要セサルヲ以テ言渡前ニ書面ニ認ムル必要ナキモノ

トス從テ言渡シタル判決ノ理由ト判決書ニ掲ケタル理由ト符合セサルモ妨ナキナリ斯ノ如ク判決ノ言渡ニハ主文ノ朗讀ノ外ニ其理由ヲ告クルコトヲ要スルカ故ニ未タ判決ノ理由ヲ示サヽル間ハ其判決ハ成立スルモノニアラス從テ判決ノ理由ヲ告知セサルコトヲ主張シ以テ上告ノ理由トスルコト能ハサルナリ判決ノ言渡ヲ爲スニ當テ裁判長ハ刑ノ言渡ヲ受ケタル者ニ對シテ判決ノ正本、謄本又ハ抄本ヲ求ムルコト及其期間ヲ告知シ又闕席判決ヲ言渡シタル場合ニハ其判決ニ對シテ故障ヲ爲スヲ得ヘキコト及其期間ヲ判決書ニ記載セサルヘカス若シ其告知又ハ記載ナキトキハ更ニ其通知アルマテ上訴及故障期間ノ經過ヲ停止スルモノトス(二七〇)此告知又ハ通知ハ判決言渡ノ一部ニアラスシテ被告人ノ利益ノ爲メノミニ定メタル單純ナル告知ナリトス

判決ハ言渡ト同時ニ裁判所ニ對シテ檢束力ヲ生スルモノニシテ裁判所ハ判決言渡ノ後ハ之ヲ變更スルコトヲ得ス故ニ言渡サレタル事項ハ之ヲ公判始末書ニ記載シテ明確ニスルヲ至當トス

判決ノ言渡ハ辯論ヲ終リタル後即日又ハ次ノ開廷日ニ爲スヘキコトハ第二百四條第一項ノ規定スル所ナリ所謂次ノ開廷日ナルモノハ裁判所ノ事務章程ニ依リテ定ム然レトモ此規程ハ單ニ訓示的效力ヲ有スルニ過キス

各種ノ訴訟行爲ニ條件ノ必要ナルカ如ク判決ニモ亦條件ヲ要スト爲ス說アリ判決ノ適法ニ成立シ破毀ヲ免ルヽニハ訴訟手續カ適法ニ進行シタルコトヲ要スルカ故ニ各訴訟手續ニ必要ナル條件ハ悉ク判決ノ條件タルカ如キモ是等ハ概不間接ノ條件ニシテ判決固有ノ條件ニアラス今學者カ判決固有ノ條件トシテ認ムルモノ左ノ如シ

一　裁判所カ適法ニ構成セラレタルコト　判決ハ公判ノ最終ノ部分ヲ成スモノニシテ公判ニ現ハレタル材料ニ依リ言渡サルヽモノナリ故ニ公判カ適法ニ進行シタルコト殊ニ判決ヲ爲ス判事カ繼續シテ公判ニ出廷シタルコトハ判決固有ノ條件ナリ

二　生存スル被告人ノ存在スルコトヲ要スルハ是レ亦判決固有ノ條件ナリ

三　其他公判ニ出廷スルヲ必要ト爲ス人ノ在廷スルコト裁判所カ事物ノ管轄ヲ超越セサルコト又ハ被告人ノ身體及精神ノ健全ナルコト等ヲ以テ判決ノ條件

ト爲スモノアリ

右ハ本案判決ノ條件トシテ訴訟條件又ハ訴訟進行ノ條件ヲ擧クルニ止マリ判決ノミニ固有ノモノト云フヘカラス故ニ判決條件ナルモノヲ特ニ擧クルハ至當ニアラス

判決ノ種類

## 第二節　判決ノ種類

判決ニハ中間判決ト終局判決ノ二アリ終局判決トハ訴訟ヲ其審級ニ於テ終了セシムル判決ヲ謂フ故ニ終局判決ノ言渡アルトキハ裁判所ハ其事件ノ關係ヨリ離脱スルモノトス之ニ反シテ中間判決ハ裁判所ヲシテ尙ホ其事件ノ關係ヲ脫スルヲ得サラシム本法ハ終局判決ノミヲ認ムルヲ原則トシ中間判決ハ例外トシテ之ヲ認ム蓋中間判決ハ裁判進行中ノ判斷タルモノニシテ唯便宜ノ爲ニ特ニ其點ニ限リ裁判ヲ爲スモノナレハナリ本法ニ於テ中間判決ヲ認ムル唯一ノ場合ハ即チ管轄違又ハ公訴不受理ノ申立ヲ却下スルノ判決(一八七)是ナリ而シテ第二百五十條及第二百六十七條ニ於テハ此中間判決ヲ本案前ノ判決ト云ヒ終局判決ヲ本案ノ判決ト云ヘリ第百八十六條ニ依レハ訴訟關係人ハ第一審第二審ヲ問ハス本案ノ



判決アルマテ何時ニテモ管轄違又ハ公訴受理スヘカラサル申立ヲ爲スコトヲ得ルモノトセリ茲ニ第一審第二審ヲ問ハストアルカ故ニ控訴審ニ於テハ此申立ヲ爲スコトヲ得ルモ上告審ニ於テハ之ヲ爲スコトヲ得サルカ如シ然レトモ上告ニ關スル第二百六十九條第四號及第五號ニ於テハ裁判所ニ於テ其管轄ヲ不當ニ認メタルトキ及法律ニ背キテ公訴ヲ受理シタルトキハ常ニ法律ニ違背シタルモノトセリ是ニ由テ之ヲ觀レハ此申立ハ上告審ニ於テモ之ヲ爲スコトヲ得ヘク結局判決確定マテハ爲スコトヲ得ルモノト云ハサルヘカラス又明文ニ檢事、被告人トアルモ辯護人及被告人ノ法定代理人モ亦獨立シテ此申立ヲ爲スヲ得ルモノナリ而シテ第一審及第二審ノ裁判所ハ職權ヲ以テ此言渡ヲ爲スコトヲ得ヘシ(一八二第六項)裁判所ニ於テ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ管轄違又ハ公訴受理ス可ラサルモノト認メタルトキハ終局判決ヲ言渡スヘク若シ裁判所ニ於テ第百八十六條第一項ノ申立ヲ正當ナリト爲サヽルトキハ單純ナル理論ヨリ見ルトキハ本案ニ立戻リ本案ノ判決ヲ爲シテ暗默ニ其申立ヲ採用セサルコトヲ得ヘキナリ然レトモ第百八十七條ニ於テ特ニ其申立ヲ却下スル中間判決ヲ爲スヘキモノトシ之ヲ觀過スル

ヲ許サス今何故ニ此場合ニ中間判決ヲ爲スモノナルヤト云フニ若シ果シテ申立人ノ主張スルカ如ク裁判所カ管轄權ヲ有セス又其公訴ハ受理ス可ラサルモノナリトセハ本案ニ立入リテ審理裁判スルモ無效ニ歸スヘク從テ管轄違、公訴不受理ノ問題ハ第一審ノ判斷ノミニ一任スルコト能ハス上級裁判所ヲシテ決セシムルヲ至當トナスカ故ニ特ニ中間判決ヲ爲シ更ニ之ニ對シテ上訴ノ方法ヲ許シタルモノナリ然レトモ此申立モ辯論ヲ此點ニノミ制限スヘキコトハ法律ニ於テ定メサルカ故ニ終局判決ト共ニ此裁判ヲ爲スヲ得ヘシ此場合ニ於テハ中間判決ト稱スヘカラサルハ勿論ナリトス而シテ申立人カ其中間判決ニ對シテ上訴スル時ハ本案ハ其儘下級審ニ繫屬シ其本案ノ辯論ハ中間判決ノ確定スルマテ停止セラルヽモノトス而シテ上訴審ニ於テ上訴ヲ理由アリトスルトキハ中間判決ヲ取消シ管轄違又ハ公訴不受理ノ言渡ヲ爲シ其判決確定セハ事件ハ爲ニ消滅スヘシ之ニ反シ上訴裁判所ニ於テ上訴ヲ理由ナシトスルトキハ本案ハ原裁判所ニ繫屬シアルヲ以テ原裁判所ニ立戻リテ本案ノ裁判ヲ爲スモノトス而シテ此申立ヲ却下スル判決確定スレハ同一ノ關係ニ付キ再ヒ裁判所ハ之ヲ審判スルコトヲ得ス又當事者モ亦同一關係ニ基キ再度此申立ヲ爲スヲ得ス

本法ニ於テ終局判決ト認ムヘキ重ナル判決ハ左ノ如シ

一　管轄違ノ判決(二二二)
二　公訴不受理ノ判決(一八六第二項)
三　無罪ノ判決(二二四前段)
四　免訴ノ判決(二二四後段)
五　刑ノ言渡ヲ爲ス判決(二二三)

第一審ニ於ケル終局判決ハ右ノ五種ヲ以テ重ナルモノトス判決ナルモノハ被告人カ一定ノ犯罪ヲ爲シタルカ被告人ノ所爲ニ因リ被告人ニ對シテ刑罰請求權ヲ生スルカ及其生シタル刑罰請求權ノ範圍如何ヲ決スルモノナリ故ニ判決ニ於テハ犯罪所爲ノ問題ト犯罪責任ノ問題トヲ決セサルヘカラス而シテ判決ニ於テ此問題ヲ是認スル場合ト之ヲ否認スル場合トアリ此問題ヲ是認スルトキハ刑ノ言渡トナリ此問題ヲ否認スルトキハ無罪又ハ免訴トナルヘシ以上ヲ本義ノ本案ノ判決ト云フ夫ノ被告人ニ重大ナル嫌疑アルモ十分ナル證明ヲ爲ス能ハサル場合

ノ如キハ其犯罪責任ノ問題ハ否認セラレタルモノニシテ斯ノ如キ場合ニ處スル有罪、無罪ノ中間ニ位スル判決ナキコトヲ注意スヘシ

前述ノ如ク判決ハ所爲ノ問題ト罪責ノ問題トヲ決スルモノナリトセハ單純ナル理論上ニ於テハ或原因ニ依リテ罪責ノ問題ヲ決スルコト能ハサル障碍ノ生シタルトキハ之ニ對シテハ判決ヲ爲スヘキモノニアラスト云フノ論結ヲ生ス即チ本案判決ヲ爲スニ付テ訴訟條件ヲ缺クトキハ判決ヲ爲スヘカラス決定ヲ爲スヲ以テ當然ナリトス然レトモ我訴訟法ニ於テハ斯ル場合ニ於テ決定ヲ以テ訴訟ヲ終了セシメス特別ノ理由ニ依リ尙ホ判決ヲ爲スヘキモノトセリ是レ即チ管轄違及公訴不受理ノ判決ナリ而シテ此判決ヲ以テスル所以ハ是等ノ問題ハ上告裁判所ヲシテ之ヲ一定シテ其解釋ヲ統一スル必要アレハナリ

以下前掲判決ノ種類ニ付キテ説明スル所アルヘシ

一　管轄違ノ判決　事物ノ管轄ナルト土地ノ管轄ナルトヲ問ハス其裁判所ノ管轄ニ屬セサルトキハ管轄違ノ言渡ヲ爲スヘキモノトシ而シテ本法ニ於テ通常裁判所ノ裁判權ニ屬セサル場合例ハ事件カ軍法會議ノ管轄ニ屬スルカ如キ場合ニモ尙ホ管轄違ノ言渡ヲ爲スヘキモノトス(三一五第二項)而シテ此言渡ヲ爲スニ當リ被告人カ勾留セラルヽ時ハ放免ノ言渡ヲ爲スヘク若シ又勾留ヲ必要トスル時ハ前勾留狀ヲ存シ又ハ新ニ勾留狀ヲ發スヘキモノトス茲ニ注意ヲ要スルハ地方裁判所ニ於テ被告事件カ區裁判所ノ管轄ニ屬スルモノト認メタルトキハ管轄違ノ言渡ヲ爲サスシテ第一審ノ判決ヲ爲スコトナリ(二〇四)是レ蓋一定ノ判決ヲ爲スヘキ事項ヲ三人ノ判事ノ合議制タル地方裁判所ニ於テ審理裁判スルハ却テ被告人ノ利益タルヘケレハナリ此規定アルニ依リ上級裁判所ノ事物ノ管轄ハ下級裁判所ノ管轄ヲ包含スト云フコトヲ得ヘシ故ニ裁判所構成法ニ規定スル事物ノ管轄ハ自己ノ權限ヲ超エタル場合ニ於テノミ其規定ニ違背スルモノニシテ管轄違ト云フコトヲ得ヘシ

二　公訴不受理ノ判決　此種ノ判決ハ起訴ノ條件ヲ缺クトキ又ハ起訴ノ方式ニ違法ノ廉アリタル場合又ハ同一事件ヲ再度起訴シタル場合ニ於テ申立又ハ職權ヲ以テ言渡スヘキモノトス例ハ親告罪ニ付キ告訴ナクシテ起訴シタルトキ又ハ檢事代理カ地方裁判所ニ起訴シタルトキ(一八構裁)又ハ非現行犯ノ場合ニ被告

人ヲ指名セスシテ起訴シタル場合ノ如キ之ニ屬ス

公訴不受理ノ判決及管轄違ノ判決ニ付テハ第百八十七條ニハ上訴スルコトヲ得トノ明文ナキモ第二百六十九條第四號及第五號ニ裁判所ニ於テ管轄違ヲ不當ニ認メタルトキ又ハ法律ニ背キ公訴ヲ受理セサルトキハ常ニ法律ニ違背シタルモノトシテ上告ヲ許スカ故ニ同一ノ理由ニ依リテ控訴ヲ爲スコトヲ得ルヤ明ナリ從テ是等二箇ノ判決ハ第二百五十條及第二百六十七條ニ所謂本案ノ判決中ニ包含セルモノト解スヘシ

第一審ニ於テ言渡シタル管轄違又ハ公訴不受理ノ判決ニ對シ檢事ヨリ上訴ヲ爲シタルトキハ如何ナル取扱ヲ爲スヘキヤ若シ第二審及上告審ニ於テ共ニ原判決ヲ正當ト認メ控訴又ハ上告ヲ棄却シタルトキハ原判決ハ確定スルヲ以テ其事件ハ落著シ別ニ問題ヲ惹起スルコトナキモ上訴審ニ於テ原判決ヲ不當トシテ之ヲ取消ス場合ニ於テハ如何ニ處置スヘキヤ之ニ付テハ公訴不受理ノ場合ト管轄違ノ場合トヲ區別スルコトヲ要ス

(イ) 管轄違ノ判決ノ場合　第二百六十二條第二項ニ依レハ控訴裁判所ニ於テハ原裁判所カ不當ニ管轄違ヲ言渡シタルトキハ其判決ヲ取消シ事件ヲ原裁判所ニ差戻スヘキモノトセリ是レ差戻ノ明文アル唯一ノ場合ナリ上告審ニ於テハ之ニ類スル明文ナキヲ以テ若シ第一審及第二審カ共ニ管轄違ヲ不當ニ認メ上告審ニ於テ始テ管轄違ニアラスト爲シタルトキ如何ナル判決ヲ爲スヘキヤ或ハ第二百八十六條ニ依リ此場合ニモ第二審ノ判決全部ヲ破毀シテ其事件ヲ他ノ同等裁判所ニ移付スヘキ判決ヲ爲スヘキカ或ハ又此規定ニ依ラス其事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘキモノナルカ甚タ疑ハサルヲ得ス今假ニ第二百八十六條ニ依リ此場合ニ事件ヲ他ノ同等ナル裁判所ニ移送ストノ言渡ヲ爲シタル結果ニ付テ考フルニ此移送ヲ受ケタル控訴裁判ハ上告審ノ判決ニ羈束セラルヽヲ以テ(四裁構八)上告裁判所ト同シク第一審裁判所ハ不當ニ管轄違ヲ言渡シタルモノト判決セサル可ラス然ルトキハ第二百六十二條第二項ノ規定ニ依リ第一審判決ヲ取消シ其事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スノ言渡ヲ爲サヽルヘカラサルカ故ニ結局移送ヲ受ケタル控訴審ハ本案ノ事實ヲ審理スルコトナクシテ上告裁判所カ認メタル所ト同一ノ判決ヲ繰リ返

スニ過キサルヘシ飜テ第二百八十六條ノ規定ヲ見ルニ同條ハ更ニ本案事實ノ審理ヲ必要トスルトキ即チ上告裁判所ニ於テハ事實ノ確定ヲ爲スコト能ハサルカ故ニ更ニ事實ノ審理ヲ爲サシムルカ爲メ移送スルノ必要ヲ認メテ規定シタルナリ然ルニ本問題ノ場合タル事實ハ既ニ確定シ單ニ法律ノ適用ノミニ關スルモノナレハ上告裁判所ハ決シテ第二百八十六條ニ依ルヘキモノニアラスシテ結局第一審並ニ第二審ノ判決ヲ破毀シ其事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ス判決ヲ爲サヽルヘカラス是レ第二審ノ爲スヘカリシ判決ヲ上告審カ代テ爲ス場合ト見ルヲ得ヘシ

右ノ場合ト異ナリ第一審判決ハ管轄アルコトヲ認メ第二審判決カ始テ不當ニ管轄違ヲ言渡シタルトキハ上告審ニ於テ第二百八十六條ニ從ヒ移送ヲ爲スヘキハ當然ナリ

(ロ) 公訴不受理ノ判決ノ場合　公訴不受理ヲ不當ニ認メタル場合ニ關シ控訴上告何レノ場合ニモ差戻ヲ爲ス明文ナシ從テ第二百六十三條ニ依ル前問題ノ如ク差戻ノ判決ヲ爲スヲ得ス然レトモ元來公訴不受理ノ判決ニ對スル控訴ヲ受ケタルトキハ其事件全部ハ第二審ニ移ルヲ以テ第二審裁判所ニ於テ控訴ヲ受理スヘシト爲シタル以上ハ直ニ本案ニ入リテ事實ノ審理ヲ爲シ有罪又ハ無罪ノ判決ヲ爲スヘキモノトス此場合ニハ事實ノ審理ハ第一審ニナクシテ第二審ニ於テ始テ行ハルヽコトヽナルヘシ然レトモ是レ敢テ異トスルニ足ラサル所ニシテ第二審ハ二度目ノ第一審タル性質ヲ有シ第一審ノ公判カ其構成ヲ缺キタルトキニ於テモ事實ノ審理ハ第一審ニ於テナカリシモ第二審ニ於テ直ニ本案ノ判決ヲ爲ス場合ト同一ナリ又第一審第二審共ニ公訴不受理ヲ言渡シ上告審ニ於テ公訴ヲ受理スヘシト爲シタルトキハ更ニ事實ノ審理ヲ爲サシムルカ爲メ第二百八十六條ノ規定ニ依リテ之ヲ他ノ同等ナル裁判所ニ移送スルノ判決ヲ爲スヘク決シテ差戻ノ判決ヲ爲スヘキモノニアラス而シテ移送ヲ受ケタル裁判所ハ本案ニ入リテ審理裁判スヘキハ勿論ナリ

三　無罪ノ判決　此種ノ判決ハ第二百二十四條ノ示スカ如ク犯罪ノ證憑十分ナラス又ハ被告事件罪トナラサル場合ニ爲スヘキモノトス此判決ハ訴訟ノ條件