327.6
K.81

0016627000

0016627-000

３２７．６－Ｋｏ８１ウ

刑事訴訟法概論

小斉甚治郎・著

政文堂

昭和１７

ACH

34.12. 3

327.6
K.81

小齋甚治郎著

刑事訴訟法概論

東京　政文堂書店

昭和十七

913
211

凡例

一　題シテ刑事訴訟法概論ト謂フモ、論ズルトコロハ、大正十一年法律第七十五號刑事訴訟法ノ大綱ニシテ、說クトコロハ、悉ク法政大學ノ刑事訴訟法講座ニ於テ論ジタルモノニ外ナラズ。唯、學生ノ爲筆記ノ勞ヲ省キ、其ノ參考タラムコトヲ期スルノミ。若夫レ、幾許ナリトモ識者ノ研學ニ資スルトコロアラバ望外ノ幸ナリ。

一　判例ハ、昭和十六年十二月ニ至ル迄之ヲ集錄シタリ。尙、學理上問題ト爲ルモノ或ハ裁判上疑問ト爲ルモノハ、舊法ノ判例ト雖之ヲ網羅シ、實務家ノ便益ニ努メタリ。

一　主要參考書

舊刑事訴訟法ニ關スルモノ

豐島直通　刑事訴訟法新論　（明治四十三年）
林賴三郎　刑事訴訟法論　（大正十年改訂）
富田山壽　刑事訴訟法要論　（明治四十四年）
板倉松太郎　刑事訴訟法玄義　（明治四十三年—大正二年）

現行刑事訴訟法ニ關スルモノ

平沼騏一郎　新刑事訴訟法要論（大正十二年）
小山松吉　刑事訴訟法提要（大正十四年—昭和二年、昭和十三年）
林頼三郎　刑事訴訟法要義總則上下（大正十二年）各則上（大正十三年）
牧野英一　改訂刑事訴訟法（昭和十二年—昭和十五年）
宮本英脩　刑事訴訟法大綱（昭和十一年）
清水孝藏　刑事訴訟法理論（昭和七年）
板倉、中尾共著　刑事訴訟法指歸（大正十五年）
小野清一郎　刑事訴訟法講義（昭和八年）
矢追秀作　刑事訴訟法要義（昭和二年）
安平政吉　日本刑事訴訟法（昭和十三年）

一　引用ノ各種法律條文ハ、本文中ニ括弧ヲ附シタリ。法律名ハ略語ヲ使用シタリ、條文ノ上ニ略語ナキモノハ、現行刑事訴訟法ノ條文ヲ示ス。

一　卷末ニ、事項索引及條文索引ヲ附シタリ。條文索引中太字ハ至要頁ヲ示シタリ。

昭和十六年十二月二十三日

著者

目次

緒論……一
第一章　刑事訴訟ノ意義……一
　第一節　刑事訴訟ノ觀念……一
　　一　總說(一)、二　刑事訴訟ノ觀念(二)、三　刑事訴訟ノ主體(四)、四　刑事訴訟ノ目的(五)、五　刑事訴訟法典(五)
　第二節　刑事訴訟ノ種類……六
　　一　通常刑事訴訟ト特別刑事訴訟(六)、二　裁判所ノ刑事訴訟ト行政官廳ノ刑事訴訟(七)、三　其ノ他ノ刑事訴訟(七)
第二章　刑事訴訟ノ史的發展……八
　一　彈劾主義(八)、二　糺問主義(九)、三　當事者訴訟主義(一〇)
第三章　刑事訴訟法ノ淵源……一二
第四章　刑事訴訟法ノ效力……一六
　第一　事物ニ對スル效力(一六)、第二　人ニ對スル效力(一七)、第三　時間ニ

對スル效力（二〇）、第四　空間ニ對スル效力（二一）

第五章　刑事訴訟法ノ基礎觀念……二四

第一　公訴權ニ關スル主義……二四

一　彈劾主義ト糺問主義（二四）、二　國家訴追主義ト個人訴追主義（二五）、三　合法主義ト便宜主義（二八）

第二　審判ニ關スル主義……二九

一　公開主義ト密行主義（二九）、二　職權主義ト處分權主義（三一）、三　直接審理主義ト間接審理主義（三三）、四　口頭審理主義ト書面審理主義（三五）、五　當事者對等主義ト當事者不對等主義（三八）、六　訴訟經濟主義（三九）

第三　證據ノ判斷ニ關スル主義……四〇

一　實體的眞實主義ト形式的眞實主義（四〇）、二　自由心證主義ト法定證據主義（四一）

第六章　刑事訴訟法ノ沿革……四四

一　上代ノ盟神探湯（四四）、二　支那法系（四四）、三　歐羅巴法系（四四）、四　現行法ノ制定（四五）

第一編　總　論……四七

第一章　訴訟ノ主體……四七

一　意義（四七）、二　訴訟當事者（四八）、三　訴訟關係人及第三者（四八）

第一節　裁判所ノ構成……四九

第一款　裁判所ノ種類……五一

第二款　裁　判　權……五三

第三款　事務分配……五五

第二節　裁判所ノ職員……五六

第三節　裁判所職員ノ除斥、忌避及回避……六〇

一　判事ノ職務（六〇）、二　除斥（六一）、三　忌避（六四）、四　回避（六九）、五　審判ニ關與ト其ノ效果（七〇）、六　裁判所書記ノ除斥、忌避及回避（七一）

第四節　裁判所ノ管轄……七二

一　總說（七二）、二　管轄ノ意義（七二）

第一　事物ノ管轄（七四）、第二　土地ノ管轄（七九）、第三　職務管轄（八三）、第四　管轄ノ併合（牽連事件）（八五）、第五　管轄ノ效力（九〇）、第六　管轄ノ指定及移轉（九四）

第五節　共　助……九八

第二章　訴訟當事者（訴訟關係人）……一〇一

第一節　總　說……一〇一

一 當事者ノ觀念(一〇一)、二 當事者ノ平等(一〇二) ……一〇二

第二節 檢 事 ……一〇二

第一 檢事局(一〇三)、第二 檢事ノ地位(一〇五)、第三 檢事ノ職務(一〇六)、第四 檢事ノ補助機關(一〇八) ……一一一

第三節 被 告 人 ……一一一

一 意義(一一一)、二 被疑者(一一二)、三 當事者能力(一一三)、五 意思能力(一一三)、六 法人ノ代表者(一一四)、七 法人ニ代表者ナキ場(一一四)、八 共同被告人(一一五)、九 被告人ト訴訟立會(一一五)、十 辯護人、輔佐人及代理人制度(一一六) ……一一六

第四節 辯 護 人 ……一一六

第一 總 說 ……一一六

一 意義(一一六)、二 辯護權(一一七)、三 辯護人ノ權利(一一八)、四 辯護人制度ニ對スル批判(一一九) ……一一九

第二 辯護人ノ關與ト訴訟手續ノ範圍 ……一二一

第三 辯護人ノ選任及種類 ……一二三

一 辯護人ノ選任方法(一二三)、(一) 私選辯護人(一二四)、(二) 官選辯護人(一二七) ……一二九

第四 辯護人ノ權利 ……一二九

第五節 輔佐人及代理人 ……一三〇

第三章 刑事訴訟ノ客體 ……一三五

第一節 總 說 ……一三五

第二節 公 訴 權 ……一三五

第一 公訴權ノ觀念 ……一三五

一 公訴ノ意義(一三六)、二 公訴權ノ目的(一三七)、三 公訴權ノ觀念ニ關スル學說(一三七)、四 實體的訴權ト形式的公訴權(一三九)、五 公訴權ノ觀念ニ關スル學說(一四〇) ……一四二

第二 公訴權ノ發生 ……一四二

第三 公訴ノ提起 ……一四四

一 起訴ノ意義(一四四)、二 起訴ノ方式(一四四)、三 起訴ノ手續(一四六)、四 公訴提起ノ條件(一四七)、五 公訴提起ノ方式(一四八)、六 公訴提起ノ效果(一四九)、七 公訴提起ニ因ラザル訴訟繫屬(一五四)、八 訴訟繫屬ノ消滅(一五五) ……一五七

第四 公訴ノ範圍 ……一五七

第五 公訴ト告訴 ……一六一

第六 公訴ノ取消 ……一八〇

第七 不起訴處分、他管送致、告訴ノ處分通知 ……一八一

第八 公訴權ノ消滅 ……一八三

其一 確定判決(一八四)、**其二** 大赦(一九一)、**其三** 時效(一九一)、**其四** 公訴權消滅ニ準據(一九九)、**其五** 處罰條件ノ消滅(二〇〇)、

第九　公訴ト他ノ訴訟トノ關係……二〇〇

第三節　私　訴……二〇五

第四章　訴訟行爲及訴訟要件……二〇六

第一節　訴訟行爲ノ意義……二〇六

一 意義(二〇六)、**二** 訴訟行爲ノ要件(二〇七)

第二節　訴訟行爲ノ方式……二一三

一 裁判所ノ用語(二一三)、**二** 書類ノ形式(二一四)、**三** 書類ノ作成者(二一八)、**四** 書類ノ作成時期(二一九)、**五** 書類ノ送達(二二〇)

第三節　訴訟行爲ノ時……二二二

第一 期日(二二三)、**第二** 期間(二二五)、**第三** 期日又ハ期間以外ノ時(二二九)

第四節　訴訟行爲ノ場所……二二九

第五節　訴訟行爲ノ代理……二三一

第六節　訴訟行爲ノ拋棄及取消……二三二

第七節　訴訟要件……二三五

一 訴訟要件ノ意義(二三五)、**二** 行爲ノ前提要件(二三六)、**三** 訴訟要件ト處罰要件(二三六)、**四** 訴訟要件ノ種類(二三七)

第五章　召喚及強制處分……二三九

一 總說(二三九)、**二** 強制處分ト其ノ限度(二三九)

第一節　被告人ノ召喚……二四〇

一 意義(二四一)、**二** 召喚狀(二四一)、**三** 裁判所ノ召喚(二四二)、**四** 猶豫期間(二四二)、**五** 召喚ノ場所(二四三)

第二節　對人的強制處分……二四三

一 總說(二四四)、**二** 勾引(二四八)、**三** 勾留(二五二)、**四** 逮捕(二五六)、**五** 勾留ノ執行停止(保釋、責付)(二六〇)、**六** 勾留ノ對象ト爲ル裁判所(二六四)

第三節　對物的強制處分……二六四

一 總說(二六四)、**二** 押收又ハ捜索ノ手續(二六九)、**三** 押收(二六九)、**四** 領置(二七三)、**五** 捜索(二七四)

第六章　證　據……二七七

第一節　總　說……二七七

一 證據ノ觀念(二七七)、**二** 心證(確信)(二七八)、**三** 證據ノ意義(二七九)、**四** 證明ト疏明ト

ノ差異(二八〇)、**五** 證據ノ種類(二八一)、**六** 證明ヲ要スル事項(二八二)、**七** 立證責任(二八七)、**八** 證據決定及證據調(二八九)、**九** 證據判斷(二九〇)、**十** 證據力ト證明力ノ別(二九二)

第二節 檢 證……二九三

一 總說(二九三)、**二** 檢證ノ意義(二九四)、**三** 檢證ヲ爲シ得ル者(二九五)、**四** 檢證ノ方法(二九六)、**五** 檢證ニ對スル制限(二九六)、**六** 檢證ト立會(二九八)、**七** 現場ニ於ケル證人鑑定人ノ訊問(二九九)、**八** 檢事司法警察官ノ檢證(三〇〇)、**九** 檢證ノ手續(三〇〇)

第三節 書 證……三〇一

一 書證ノ意義(三〇一)、**二** 文書ノ種類(三〇一)、**三** 證據書類(三〇二)、**四** 書證ノ目的ト爲リ得ル文書(三〇三)、**五** 證據書類ノ取調(三〇六)

第四節 被告人訊問……三〇八

一 被告人ト證據方法(三〇八)、**二** 被告人ノ訊問(三〇九)、**三** 被告人ト陳述義務(三一一)、**四** 被告人ノ自白ト證據(三一一)、**五** 共同被告人ノ供述ト證據(三一四)、**六** 被告人訊問ノ手續(三一六)、**七** 被告人ト代理(三一六)

第五節 證 人……三一六

一 證人ノ意義(三一六)、**二** 證人ノ義務(三一七)、**三** 證人訊問ノ手續(三一七)、**四** 事實ノ訊問(三三五)、**五** 證人訊問ノ場所(三三七)、**六** 裁判所外ニ於ケル訊問(三三八)、**七** 訊問調書(三三九)、**八** 檢事司法警察官ノ訊問(三三九)、**九** 證人ト費用請求(三四〇)

第六節 鑑 定 人……三四一

一 鑑定ノ意義(三四一)、**二** 鑑定人ノ意義(三四一)、**三** 鑑定人ノ義務(三四四)、**四** 鑑定ノ手續(三四五)、**五** 再鑑定(三四六)、**六** 鑑定報告(三四七)、**七** 檢事及辯護人ノ立會(三四八)、**八** 受命判事ノ處分(三四八)、**九** 鑑定ノ囑託(三四八)、**十** 鑑定人ノ費用請求權(三四九)

第七節 通譯及飜譯……三四九

一 通事(三四九)、**二** 飜譯(三四九)、**三** 鑑定ノ規定準用(三五〇)

第七章 裁 判……三五一

第一節 裁判ノ意義及種類……三五一

一 裁判ノ意義(三五一)、**二** 裁判ノ種類(三五五)

第二節 裁判ノ成立……三五六

第三節 裁判ノ理由……三六一

第四節 裁判ノ告知……三六二

第五節 裁判ノ確定……三六四

第八章 訴訟費用……三六六

第二編　各論（第一審ノ訴訟手續）……三七一

第一章　捜　査……三七一

第一節　捜査ノ意義……三七一

第二節　捜査ノ端緒……三七三

第一　總說（三七三）、**第二**　告訴（三七四）、**第三**　告發（三七六）、**第四**　自首（三七七）、**第五**　現行犯（三七九）

第三節　捜査ノ實行……三八一

第一　總說（三八一）、**第二**　現行犯及要急事件ニ關スル特別處分（三八五）、**第三**　特別法ノ特別手續（三九七）

第四節　捜査ノ終結……三九七

第二章　豫　審……四〇〇

第一節　豫審ノ性質……四〇〇

一　豫審ハ公判ノ準備（四〇〇）、**二**　豫審ノ目的（四〇一）、**三**　豫審制度ヲ認メタル理由（四〇二）、**四**　豫審ノ特質（四〇四）

第二節　豫審ノ開始……四〇四

一　豫審ノ開始（四〇四）、**二**　豫審請求ノ手續（四〇五）

第三節　豫審ノ實行……四〇六

一　豫審ノ機關（四〇六）、**二**　豫審ノ補助（四〇六）、**三**　豫審ノ手續（四〇六）、**四**　豫審ノ中止及公訴ノ取消（四〇九）

第四節　豫審ノ終結……四一〇

一　豫審終結ノ手續（四一〇）、**二**　豫審終結決定（四一一）、**三**　豫審終結決定ノ效果（四一四）、**四**　豫審終結決定ノ確定（四一五）

第三章　第一審ノ公判……四一八

第一節　公判ノ性質……四一八

第二節　公判ノ開始……四一九

一　公判ノ開始（四一九）、**二**　公判ノ準備（四二一）

第三節　公判廷ノ組織……四二五

一　公判廷ノ構成（四二五）、**二**　訴訟指揮及法廷警察（四三〇）

第四節　公判審理ノ範圍……四三二

一　不告不理ノ原則（四三二）、**二**　公判審理ト併合分離（四三四）、**三**　審判不可分ノ原則（四三五）

第五節　公判審理ノ順序……四三六

一　公判ノ審理（四三六）、**二**　特ニ注意スベキ手續（四三八）、**三**　公判手續（辯論）ノ停止（四四八）、

第六節　公判ノ裁判……四五〇
一　裁判ノ種類（四五〇）、二　決定ヲ以テ爲ス場合（四五〇）、三　判決ノ種類（四五一）、四　判決ノ方式（四五八）、五　有罪ノ判決ニ付スベキ理由（四六二）、六　判決ノ告知（四七一）、七　判決宣告ノ效力（四七二）
第七節　公判調書……四七四
一　公判調書ノ性質（四七四）、二　公判調書ノ整理（四七九）、三　公判調書ノ效力（四七九）、四　公判調書ト符合セザル場合（四八〇）
第三編　上訴……四八三
第一章　總說……四八三
一　上訴制度ノ目的（四八三）、二　上訴ノ意義（四八四）、三　上訴權者（四八五）、四　上訴ノ範圍（四八九）、五　上訴ノ提起（四九二）、六　上訴ノ拋棄及取下（四九三）、七　上訴權ノ回復（四九五）
第二章　控訴……四九八
一　控訴ノ意義（四九八）、二　控訴ノ提起（四九九）、三　附帶控訴（五〇一）、四　控訴審ノ手續（五〇二）、五　控訴審ノ裁判（五〇三）、六　不利益變更禁止ノ原則（五〇五）
第三章　上告……五〇九

一　總說（五〇九）、二　上告ノ意義（五〇九）、三　上告ノ提起（五一八）、四　上告審ノ手續（五一八）、五　上告審ノ裁判（五二九）、六　不利益變更禁止（五三三）、七　上告審ノ判決（五三四）
第四章　抗告……五三五
一　抗告ノ意義（五三五）、二　抗告裁判所（五三九）、三　抗告申立（五四〇）、四　抗告裁判所ノ審理（五四一）、五　抗告裁判所ノ裁判（五四二）、六　再抗告（五四二）
第五章　非常手續……五四四
第一節　再審……五四四
一　再審ノ意義（五四四）、二　再審制度ノ沿革（五四五）、三　再審請求ヲ爲シ得ル場合（五四六）、四　再審請求權者（五五一）、五　再審ノ原由（五四六）、六　再審ノ管轄（五五〇）、七　再審請求ノ時期（五五二）、八　辯護人（五五二）、九　再審請求ノ手續（五五三）、十　再審ノ效力（五五三）、十一　再審請求ノ競合（五五四）、十二　再審請求事件ノ審判（五五四）、十三　再審ノ審判（五五七）
第二節　非常上告……五五八
一　非常上告ノ意義（五五八）、二　非常上告ノ沿革（五五九）、三　申立及管轄（五六〇）、四　審理手續（五六〇）、五　非常上告ノ判決（五六一）、六　判決ノ效力（五六二）
第三節　確定判決ヲ變更スル其ノ他ノ手續……五六二
第六章　特別手續……五六四

第一節　大審院ノ特別權限ニ屬スル訴訟手續……五六四
一　手續ノ客體(五六四)、二　捜査及豫審請求(五六四)、三　豫審(五六五)、四　公判ノ手續(五六七)
第二節　略式手續……五六七
一　總說(五六八)、二　略式請求權者(五六八)、三　裁判(略式命令)(五六九)、四　正式裁判ノ請求(五七〇)、五　正式裁判請求ニ付テノ裁判(五七二)、六　略式命令ノ效力(五七三)
第三節　違警罪卽決例……五七三
一　意義(五七三)、二　卽決處分(五七四)、三　卽決ノ手續(五七四)、四　特別處分(五七五)、五　正式裁判ノ請求(五七六)
第四節　間接國稅犯則者處分法……五七八
第五節　少年ニ對スル刑事手續……五八一
第六節　陪審事件ノ審判手續……五八七
一　總說(五八七)、二　陪審事件ノ範圍(五八八)、三　陪審員及陪審ノ構成(五九二)、四　公判準備(五九六)、五　陪審構成ノ手續(六〇〇)、六　陪審ノ公判(六〇一)、七　陪審員ノ評議(六〇五)、八　裁判(六〇七)、九　上告(六〇八)、十　制裁(六一〇)
第七章　裁判ノ執行……六一一
第八章　刑事補償……六二三
第一節　刑事補償制度……六二三
第二節　補償ノ實體關係……六二四
第三節　補償請求ノ手續……六二八
第九章　私訴……六三二
第一節　通則……六三三
一　私訴ノ觀念(六三三)、二　私訴ノ提起及管轄(六三五)、三　訴訟代理(六三五)、四　私訴ノ審判(六三六)
第二節　第一審ノ手續……六三七
一　私訴ノ提起(六三七)、二　訴狀送達及關係人ノ召喚(六三八)、三　私訴ノ審理(六三八)、四　私訴ノ裁判(六三九)
第三節　上訴……六四一
一　控訴ノ申立(六四二)、二　上告ノ申立(六四三)、三　上告ノ審理(六四五)、四　上告審ノ裁判(六四五)
事項索引……1
條文索引……13

刑事訴訟法

緒論

第一章 總說

第一節 刑事訴訟ノ意義

刑事訴訟ノ觀念

實體法存スルトコロニ、之ニ伴フテ手續法ノ具有スルハ近代法律制度ノ概念ナリ。刑事訴訟法ノ存在ハ、抽象的ナル實體刑法ノ存在ヲ其ノ前提ト爲ス。抑モ刑法ハ、抽象的ニ罪ト刑トヲ定メ、一定ノ罪ヲ犯シタル者ニ對シテ一定ノ刑罰ヲ科スベキコトヲ明ニシタリ。而シテ斯ル犯罪事實ガ

具體的ニ發生シタルトキハ、國家ハ刑罰權ヲ實現シ科刑ヲ行ハザルベカラズ。此ノ具體的刑罰權ノ行使ヲ目的トスル手續ニ關スル法規ヲ刑事訴訟法ト謂フ。故ニ刑法トノ關係ヨリ觀察スレバ、刑事訴訟法ハ刑法實現ノ手段トシテノ法規ナルヲ以テ、刑法ハ主法ニシテ刑事訴訟法ハ助法ナリ。又刑法ハ實體法ニシテ、刑事訴訟法ハ形式法ナリ。尙、刑事訴訟法ハ國家刑罰請求權ノ確定ヲ目的トスル國家權力行使ニ關スル法律ナルヲ以テ、私法ニ對シ公法ニ屬スルコトモ亦明白ナリ。

二　刑事訴訟ノ觀念

刑事訴訟法ハ、刑事訴訟ヲ規定スル法規ナリ。故ニ刑事訴訟ノ法律的意義ヲ明確ニスルコトヲ要ス。

刑事訴訟 (procedure pénale ou répressive, Instruction criminelle, Strafprozess) トハ、一定ノ具體的事實ニ對シ刑法ヲ適用スル場合ニ於ケル、順序方法ヲ定メタル手續ノ全體ヲ指稱ス。換言スレバ、卽チ刑法ハ犯罪ト刑罰トノ關係ヲ抽象的ニ規定シタル實體法ナリ。而シテ其ノ具體的行爲ガ刑法上處罰スベキ行爲ナリヤ否、其ノ行爲ニ對シ刑罰ヲ科シ得ベキヤ否、又如何ナル順序方法ニ依リテ爲スベキヤハ之ヲ一定スルコトヲ要ス。此ノ順序方法ニ關スル手續ノ總體ヲ刑事訴訟ト謂フ。

刑事訴訟ニ廣狹ノ二義アリ。

（一）狹義ノ刑事訴訟　狹義ノ刑事訴訟トハ、科刑權ノ存否及其ノ範圍ヲ確定スルコトヲ目的トスル、訴訟主體（裁判所、檢事、被告人）ノ行爲ノ法律關係ヲ謂フ。卽チ檢事ノ公訴提起ニ因リ公判開始ヲ爲シ、一定ノ順序ニ從テ被告事件ノ審理判決ヲ爲シ、其ノ終局的確定ニ因リテ終了スル間ノ秩序アル連鎖的行爲ノ全體ナリ。獨リ訴訟主體ノ行爲ノミナラズ、證人、鑑定人ノ如キ第三者ノ行爲アリ。之等ノ行爲ハ、種々ノ段階ヲ經テ終極ノ目的ニ向テ進行ス。此ノ個々ノ行爲ヲ講學上訴訟行爲 (prozesshandlung) ト稱ス。單ニ刑事訴訟ト謂フトキハ、此ノ狹義ノ刑事訴訟ヲ指稱スルモノナリ。

（二）廣義ノ刑事訴訟　廣義ノ刑事訴訟トハ、狹義ノ刑事訴訟ノ外、檢事ノ搜査又ハ其ノ準備手續及裁判確定後ノ刑罰執行手續ヲ包含セシメタル手續ノ全體ヲ謂フ。而シテ檢事ノ公訴提起以前ニ在リテハ、裁判所、檢事及被告人ノ三箇ノ訴訟主體ノ法律關係（卽チ三面的關係）發生セザルヲ以テ、未ダ刑事訴訟ト稱スベキ手續ナシ。又判決確定後ハ刑事訴訟ナルモノ存續セサルガ故ニ、公判ニ於ケル審理判決等ノ手續ノ外ハ、訴訟ニ屬スルヤ否ニ關シ議論ノ存スルトコロナリ。然レドモ、公訴提起ノ準備行爲タル搜査手續 (Ermittelungsverfahren)、公判ニ於ケル審判手續 (Erkenntnisverfahren) 及刑罰ノ執行手續 (Strafvollstreckungsverfahren) ノ三者ハ密接不可分ノ關係ニ在リ、且訴訟ノ前後ニ於テ必要缺クベカラザル手續ナルヲ以テ、近代ノ法制ハ專ラ此ノ三者ヲ包括セシメ

テ廣義ノ刑事訴訟ト謂フ。我刑事訴訟法ノ規定スルトコロモ亦此ノ廣義ノモノナリ(一)。私訴ハ、其ノ性質上刑事訴訟ニ屬スルモノニ非ズ。只便宜上公訴ニ附帶セシメタルノミナリ、從テ廣義ノ刑事訴訟ニ屬スルモノト謂フコトヲ得ベシ。

一　舊刑事訴訟法ニ於テハ、別ニ要償ノ訴ナルモノヲ認メタルモ、現行法ハ之ヲ認メズ。要償ノ訴トハ、被告人ガ被告事件ヨリ受ケタル損害ノ賠償ヲ求ムル訴ナリ(舊訴訟法一三、一四。此ノ訴ニ二種アリ。其ノ一ハ被告人ヨリ告訴人、告發人ニ對スル場合ニシテ、其ノ二ハ被告人ヨリ官吏ニ對スル場合ナリ。現行法ハ、斯ル場合ハ共ニ不法行爲ニ關スル一般ノ原則ニ從フベキモノト爲シタリ。

三　刑事訴訟ノ主體

刑事訴訟ニ於テハ、三箇ノ主體ニ因リテ訴訟關係成立ス。第一ハ當事者以外ニ立ツ國家機關タル裁判官(Juge, Richter)ニシテ、第二ハ原告(Demandeur, Kläger)ナリ。第三ハ被告(Défendeur, Beklagte)是ナリ。此ノ原告、被告ヲ稱シテ當事者(parties, parteien)ト謂フ。而シテ刑事訴訟ニ於ケル原告ハ檢事ニシテ、裁判官ト共ニ國家機關ナリ(一)。此ノ點ニ於テ民事訴訟ト異ナル。此ノ三者ハ、一ノ法律關係ヨリ發生進展シ終結スルモノナリ。此ノ三面關係ハ、訴訟上缺クベカラザル要件ナリ。

一　國家ヲ以テ單一ナル權利主體ト爲ス學說ニ在リテハ、此ノ裁判官、檢事ノ二箇ノ國家機關ヲ以テ、何レモ權利主體ニ非ズトシテ一種ノ權能ナリト說クモノノ如シ。然レドモ權利ト謂ヒ權能ト謂フモ、結局ハ用語ノ別ニシテ其ノ性質ノ差別ニ非ズ。故ニ此ノ兩者ハ其ノ職務權限ノ範圍內ニ於テ、相對立スル二箇ノ權利主體ナルコト明ナリ。

四　刑事訴訟ノ目的

刑事訴訟ハ、具體的事實タル被告事件ニ對シ、刑罰權ノ存否及其ノ範圍ヲ確定スルコトヲ以テ目的トス。舊刑事訴訟法第一條ニハ『公訴ハ犯罪ヲ證明シ刑ヲ適用スルコトヲ以テ目的トス』ト規定シタリ。現行法ニ於テハ、之ガ規定ヲ爲サザルモ其ノ趣旨同一ナルコト明ナリ。故ニ刑事訴訟ノ目的ハ、犯罪ノ證明ト刑ノ適用是ナリ。民事訴訟ニ於テハ私權ノ保護ヲ目的ト爲シ、訴訟ノ審理進行ニ付當事者ニ一定ノ處分權ヲ認メ、認諾、拋棄及和解ノ制度ヲ採ルモ、刑事訴訟ニハ斯ル制度ヲ採ルコトナシ。故ニ刑事訴訟ニ在リテハ、處分權主義(Dispositionsprinzip, Verhandlungsmaxime)ヲ認ムルコトナク、職權主義(Offizialprinzip)ヲ以テ原則トス。

五　刑事訴訟法典

刑事訴訟ヲ規定シタルモノヲ、刑事訴訟法トス。現行法ハ、我國ニ於ケル第三次ノ刑事訴訟法典ナリ(一)。而シテ實質的意義ニ於ケル刑事訴訟法中、特ニ或ルモノヲ形式的ニ刑事訴訟法トス、刑事訴訟法典是ナリ。之ニ對シ、裁判所竝檢事局ノ組織權限等ヲ規定シタル裁判所構成法其ノ他國家ノ刑罰權實行ニ關スル法規ヲ加ヘタルモノヲ、實質的刑事訴訟法ト謂フ。現行法ハ舊刑

事訴訟法（二）（明治二十三年法律第九十六號）ニ代リ、大正十一年法律第七十五號ヲ以テ公布セラレ、大正十三年一月一日ヨリ實施セラレタルモノナリ。

一　第一次ハ、明治一三年七月公布セラレタル治罪法ニシテ、明治一五年一月一日舊刑法ト同時ニ實施セラル。第二次ハ治罪法ニ代リタル舊刑事訴訟法典ニシテ、第三次ハ現行刑事訴訟法典是ナリ。

二　舊刑事訴訟法ハ其ノ體裁、形式等ニ於テ、獨逸刑事訴訟法ニ則リタルモ、其ノ實質内容ニ至リテハ、依然トシテ佛國法系ヲ脫スルコトヲ得ザルノ觀アリタリ。

第二節　刑事訴訟ノ種類

一　通常刑事訴訟ト特別刑事訴訟

通常刑事訴訟トハ、形式的意義ニ於ケル刑事訴訟法典其ノモノヲ意味ス。此ノ法典ハ、原則トシテ司法裁判所ノ凡ユル刑事事件ニ適用セラルルモノニシテ、理論上一般的ナル地位ニ在ルガ故ナリ。之ニ對シテ特別刑事訴訟トハ、司法裁判所以外ノ裁判所又ハ特種ノ關係ニ依リ行ハルルモ　ニシテ、次ノ三種ト爲スコトヲ得。

（一）　身分關係ニ由來スルモノニシテ、陸海軍軍法會議、少年法ニ依リ審判スル場合ナリ。

（二）　土地ノ關係ニ由來スルモノニシテ、臺灣、朝鮮、關東州及南洋群島ニ於ケル、特別刑事訴訟法ニ依ルモノナリ。但シ領事裁判所ニ於ケル裁判（明治三十二年法律第七十號）ハ、普通刑事訴訟法ヲ適用スルモノニシテ、特別刑事訴訟ニ非ズ。

（三）　事項ノ性質ニ由來スルモノニシテ、違警罪即決例、間接國稅犯則者處分法等ニ依ルモノ是ナリ。

二　裁判所ノ刑事訴訟ト行政官廳ノ刑事訴訟

裁判所ノ刑事訴訟トハ、裁判所ニ於テ行フ刑事手續ヲ謂ヒ、行政官廳ノ刑事訴訟トハ、警察官署ニ於ケル違警罪即決例、稅務官署ニ於ケル間接國稅犯則者處分法ニ依ル場合等ナリ。之等ノ裁判ハ被告人ニ於テ不服アルトキハ、前者ニ在リテハ正式裁判ノ申立ニ因リ（同例三條、五條）又後者ニ付テハ稅務官ノ告發ニ基キ（同法一七條）、檢事ノ事件送致又ハ起訴ニ因リテ通常裁判所ノ刑事手續ニ依リ訴追セラルルモノナリ。

三　其ノ他非常上告、再審ノ請求、刑ノ執行猶豫取消ノ請求、累犯加重刑ノ請求等ヲ非常刑事訴訟ト謂ヒ、之ニ對シ一般ノ手續ニ屬スルモノヲ普通刑事訴訟ト謂フコトヲ得。又略式手續ヲ略式刑事訴訟ト謂ヒ、之ニ對シ一般ノ手續ヲ正式刑事訴訟ト謂フモ亦可ナリ。廣義ノ刑事訴訟ト狹義ノ刑事訴訟ニ付テハ、刑事訴訟ノ觀念ニ於テ既ニ述ベタルトコロナリ。

第二章　刑事訴訟ノ史的發展

萬象ハ流轉シテ常住スルトコロナシ。刑事手續モ亦社會ノ進化ニ伴ヒ、幾多ノ變遷ヲ爲シタルヲ見ル。而シテ刑事手續ハ時代ニ因リ其ノ意義方式ヲ異ニシ、文化ノ發展ニ從ヒ漸次進化シタルモノニシテ、國民文化ノ發達ヲ如實ニ反映シタル一現象ナリト謂フコトヲ得ベシ。沿革上刑事訴訟ノ方式ニ三主義アリ。彈劾主義、糺問主義、當事者訴訟主義是ナリ。

一　彈劾主義

彈劾主義（一）(Systeme accusatoire, akkusatorisches Verfahren) トハ、犯罪アリタル場合ニ國家自ラ進テ刑事手續ノ開始ヲ爲サズ、一私人（被害者又ハ親族、一般民衆）ノ訴ヲ待テ初メテ開始スル方式ヲ謂フ。而シテ裁判官ハ訴ヲ提起スル原告ノ彈劾ニ因リ、訴ヲ受クル被告ノ辯解ヲ求メテ其ノ是非ヲ判斷スルモノナリ。其ノ形式ハ近世ノ訴訟法ト同樣ナリ。此ノ制度ニハ、被害者彈劾主義ト公衆彈劾主義（又ハ一般彈劾主義トモ稱ス）トアリ。又裁判官ハ職權ヲ以テ裁判ヲ進行セシムルコトナク、只當事者ノ言ヲ聞キ判斷ヲ爲スノミ。從テ訴訟手續ハ公開ニシテ、口頭及辯論主義ナルコトニ特色ヲ有ス。然レドモ、如何ナル犯罪ニテモ訴ヲ提起スル者ナキ場合ニ於テ、國家

ハ自ラ進テ訴訟手續ヲ開始スルコト能ハズトセバ、社會秩序ヲ害スルガ如キ重大事犯ヲ處罰センコトスルヲ、其ノ手續ヲ爲スコトヲ得ザルノ缺點アリ。此ノ制度ハ近世ノ歐大陸ニ之ヲ見ザルモ、英法系ノ諸國ニ於テハ、今尙公衆彈劾主義ヲ採ルモノアリ。訴追アルニ非ザレバ審理判決スルコトナシトノ所謂不告不理ノ原則（二）ハ、此ノ彈劾主義ニ伴フモノナリ（二八〇、二八八、二九一）。

一　彈劾主義ニ三種アリ、其ノ一ヲ國家訴追主義トシ、其ノ二ヲ被害者訴追主義ト爲シ、其ノ三ヲ一般訴追主義ト爲ス。我現行法ハ第二七八條ニ於テ『公訴ハ檢事之ヲ行フ』ト規定シ、國家訴追主義ヲ採レリ。

二　不告不理ノ原則ニ對シ、特例ヲ爲ス場合アリ。卽チ豫審判事豫審中、共犯アルコト又ハ他ノ犯罪アルコトヲ發見シタル場合ニ於テ、急速ヲ要スルトキハ檢事ノ請求ヲ待タズ、豫審ニ屬スル處分ヲ爲スコトヲ得（二九七第一項）ル旨ヲ規定シタリ。是レ全ク應急ノ便法ニシテ、豫審判事ハ檢事ノ起訴アルニ非ザレバ、引續キ審理ヲ續行シ豫審處分ヲ爲スコトヲ得ザルモノトス（二九七第二項、二九八）。從テ之ヲ以テ不告不理ノ原則ニ對シ、例外ヲ爲スモノニ非ズ。第二八〇條ノ原則ニ對シ例外ヲ爲スモノハ、違警罪卽決例ニ依ル正式裁判ノ申立ノ場合ナリ。

二　糺問主義

糺問主義 (Systeme inquisitoire, inquisitorisches Verfahren) トハ、犯罪アレバ何人ノ訴ヲモ待タズ、國家ハ直ニ刑事手續ヲ開始スル方式ヲ謂フ。此ノ主義ハ他動的ナル彈劾主義ト反對ニ自動的ノモノナリ。此ノ主義ノ起源ハ、ローマ帝政時代ノ寺院法ニ始マリ、歐洲全般ノ刑事訴訟ニ於テ採用セラレタルモノニシテ、刑法ノ運用上犯罪必罰ノ目的ヲ達成スルニ彈劾主義ヨリ大ナル長所

ヲ有ス。而シテ此ノ主義ノ特色トスルトコロハ、第一ハ國家機關タル司法官憲ニ於テ、職權上犯罪ノ搜査ヲ爲シ且、同時ニ審判者ノ地位ニ在ルコトナリ。第二ハ訴訟關係ハ裁判官ト被告人トノ間ニノミ成立シ、裁判官ハ當事者ノ外ニ在リテ、公平ノ地位ヲ保持スル立場ニ非ザルコト是ナリ。第三ハ訴訟主體ハ裁判所ノ一方的ニシテ、被告人ニ對シ眞實ヲ述ブルノ義務ヲ負ハシメ、防禦ノ方法ヲ盡サシムルコトナキガ故ニ、監禁、拷問ノ方法盛ニ行ハレ、徒ニ自白强要ノ弊害ヲ生ジタリ。第四ハ審理ハ書面ニ依リ、秘密ニ之ヲ行フモノナリ。從テ辯論ヲ用ヒザル等幾多ノ短所アリ。茲ニ於テ漸次當事者訴訟主義ノ發達ヲ見ルニ至レリ。

三　當事者訴訟主義

當事者訴訟主義(一)（折衷主義）(parteiprozess (systeme mixte)) トハ、以上兩主義ノ長ヲ採リ短ヲ捨テ之ヲ折衷シタルモノナリ。卽チ此ノ主義ニ於テハ、犯罪アレバ則チ之ヲ彈劾ス。此ノ點ニ於テ彈劾主義ニ似タリ。然レドモ、其ノ彈劾ハ一私人ニ依リ行ハルルモノニ非ズシテ、國家機關之ヲ擔當ス。此ノ點ニ於テ糺問主義ニ類似セリ。而シテ此ノ制度ノ特色トスルトコロハ、第一ニ裁判所ハ彈劾機關ヨリ獨立シテ事件ノ審判ヲ爲スヲ以テ不偏不黨ノ地位ニ立チ、公正適切ナル結果ヲ收ムルノ利アリ。第二ニハ彈劾者ハ訴訟ノ當事者タル地位ニ在ルコト、從テ訴訟手續ハ辯論主義、口頭主義、公開主義ナリ。第三ハ訴訟ハ彈劾者、被告人及裁判所ノ三箇ノ訴訟主體ニ依リ

テ行ハル。裁判所ハ當事者ノ外ニ立テ雙方ノ主張ヲ聽キ、且攻擊防禦ノ方法ヲ比較吟味シテ判斷ヲ爲スモノナリ。第四ハ被告人ハ自己ニ不利益ナル陳述ヲ爲スノ義務ナキコト是ナリ。我現行法ハ、此ノ陳述ノ點ニ就テ第百三十四條以下ニ於テ、特ニ此ノ趣旨ヲ明ニシタリ。此ノ主義ハ、十九世紀ノ初一八〇八年ノ制定ニ係ル佛國ナポレオン法典ニ因リ、公訴權ハ檢事ニヨリ之ヲ實行スル制度確立セラレタルモノナリ。爾來今日ニ於テハ、文明諸國皆之ヲ採用スルニ至レリ。只、英法系ノ國ニ於テ之ヲ見ザルノミナリ。我國ニ於テハ、明治十三年治罪法制定以來公訴權ハ檢事之ヲ實行シ、現行法ニ於テモ亦此ノ制度ヲ承繼シタリ(二七八以下)。

一　當事者訴訟主義トハ、ドイツ學者ノ使用スル語ニシテ、フランス學者ハ之ヲ辯論主義ト稱ス。蓋、辯論主義ト謂フトキハ、處分主義ト同一ノ意味ニ解セラルル虞アル爲、此ノ語ヲ避ケ當事者訴訟主義ノ語ヲ用フト（小野博士第一七六頁）。

第三章　刑事訴訟法ノ淵源

一　意義

刑事訴訟法ノ淵源（Quellen des Strafprozesses）トハ、刑事訴訟法ハ如何ナル法律ニ其ノ根據ヲ有スルモノナリヤニ關シ、其ノ基礎ト爲ル法規ヲ指稱スルモノナリ。故ニ淵源ハ慣例ニ依ル場合アリ、或ハ成文法又ハ判例ニ其ノ根據ヲ有スル場合アルベシ。憲法第二十三條ニ曰ク『日本臣民ハ法律ニ依ルニ非ズシテ逮捕、監禁、審問、處罰ヲ受クルコトナシ』ト。又同法第五十七條ニ曰ク『司法權ハ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ』ト規定セラレタリ。故ニ刑事訴訟法ノ淵源ハ、必ズヤ法律ニ根據ヲ有スルコトヲ要ス（一）。

一　憲法第八條ノ緊急命令及朝鮮、臺灣等ノ外地ニ於テ、法律ニ依リ定ムベキ事項ヲ特ニ命令ヲ以テ定ムルガ如キ場合ハ、例外ニ屬スルモノトス。

二　淵源タル規定

刑事訴訟法ノ淵源タル規定ハ、所謂狹義ノ刑事訴訟ニ關シテノミ適用アルモノニシテ、公訴ノ準備行爲タル捜査及裁判ノ執行手續等廣義ノ刑事訴訟ニ關シテハ、憲法上必シモ法律ヲ要スルモノニ非ズ。

三　法源ノ種類

通常刑事訴訟法ニ關スルモノト、特別刑事訴訟法ニ關スルモノトニ別ツコトヲ得。

(一)　通常刑事訴訟法ニ關スル主ナルモノ次ノ如シ。

(1)　刑事訴訟法（大正一一年法律第七五號）。
(2)　裁判所構成法（明治二三年法律第六號）。同施行條例（同年法律第二二號）。
(3)　司法事務共助法（明治四四年法律第五二號）。
(4)　刑事交渉法（大正一一年法律第九號）。
(5)　共通法（大正七年法律第三九號）。
(6)　少年法（大正一一年法律第四二號）。
(7)　陪審法（大正一二年法律第五〇號）。
(8)　違警罪卽決例（明治一八年太政官布告第三一號）。
(9)　間接國稅犯則者處分法（明治三三年法律第六一號）。
(10)　關稅法（明治三二年法律第六七號）。

(11) 日滿司法事務共助法(昭和一三年法律第二六號)。

(二) 特別刑事訴訟法ノ法源トシテ主ナルモノ次ノ如シ。

(1) 陸軍軍法會議法(大正一〇年法律第八五號)。

(2) 海軍軍法會議法(大正一〇年法律第九一號)。

(3) 領事館ノ職務ニ關スル件(明治三二年法律第七〇號)。

(4) 臺灣總督府法院條例(明治三一年律令第一六號)。

(5) 臺灣刑事令(明治四一年律令第九號)。

(6) 朝鮮總督府裁判所令(明治四二年勅令第二三六號)。

(7) 朝鮮刑事令(明治四五年制令第一一號)。

(8) 關東州裁判令(明治四一年勅令第二一二號)。

(9) 關東州裁判事務取扱令(明治四一年勅令第二一三號)。

(10) 南洋群島裁判令(大正一一年勅令第一三三號)。

(11) 南洋群島裁判事務取扱令(大正一二年勅令第二六號)。

三 刑事訴訟法ノ從タル法源ト看做サルルモノ次ノ如シ。

憲法、刑法、刑法施行法、民事訴訟法、犯罪人引渡條約其ノ他間接ニ刑事訴訟法ニ或ル關係ヲ提供スル立法ハ、玆ニ從タル法源ト謂フコトヲ得

第四章　刑事訴訟法ノ效力

刑事訴訟法ハ、如何ナル範圍ニ其ノ效力ヲ有スルヤハ、他ノ一般法律ト同ジク其ノ適用セラルル範圍ニ限界アリ。之ヲ別チテ事物、人、時間及空間ノ四方面ヲ標準トシテ觀察セバ次ノ如シ。

第一　事物ニ對スル效力

刑事訴訟法ハ、原則トシテ通常裁判所ニ於ケル刑事事件ニ適用セラル（構二）。

（一）　通常裁判所（Ordentliches Gericht）トハ、一般ノ人及事件ニ付審判權ヲ有スル裁判所ニシテ、特別裁判所ニ對スル概念ナリ。而シテ通常裁判所ハ、區裁判所、地方裁判所、控訴院及大審院ノ四ト爲ス（構一）。

（二）　玆ニ刑事事件（Strafsache）トハ、刑法又ハ制裁法規ニ基キ加罰（Criminalstrafe）ヲ目的トスル事件ナリ。從テ文官懲戒令其ノ他ノ懲戒法ニ依ル懲戒罰（一）、民法、商法、戸籍法等ノ違反ニ依ル執行罰（二）、裁判所構成法第百九條ノ秩序罰（三）及行政執行法ニ依ル檢束等ニ付テハ、刑事訴訟法ノ適用ナシ。又行政官廳ニ於ケル刑事手續例ヘバ違警罪卽決例、稅務官署ニ於ケル間接國稅犯則者處分法、憲兵官署ニ於ケル陸海軍軍人軍屬違警罪處分例等ニモ、其ノ適用ヲ見ザルモノトス。又特別裁判所ニ於ケル刑事手續ニ付テハ、別ニ規定アルヲ以テ刑事訴訟法ノ適用ナシ。

一　懲戒罰（Disziplinarstrafe）トハ、特定ノ身分ヲ有スル者ガ、其ノ義務ニ違背シタル場合ニ於テ、監督權ニ依リ科セラルル制裁ナリ。文官懲戒令、判事懲戒法、辯護士法、公證人法、海員懲戒法等是ナリ。

二　執行罰（Executivstrafe）トハ、法令又ハ官廳ノ命令シタル一定ノ行爲又ハ不行爲ヲ强制センガ爲ニ科スル制裁ニシテ、例ヘバ民法、商法、戸籍法等ニ定メタル過料ノ如キ是ナリ。

三　秩序罰（Ordnungsstrafe）トハ、官廳ガ其ノ公務處理上ノ秩序ヲ保持スル爲、秩序ヲ害スル者ニ對シテ加フル制裁ナリ。裁判所構成法第一〇九條ノ罰金又ハ拘留ノ如キ是ナリ。

第二　人ニ對スル效力

一　刑事訴訟法ノ人ニ對スル效力ハ、刑法ノ適用ヲ受クベキ凡テノ人ニ對シテ適用アルヲ原則トス。故ニ國籍ノ如何ヲ問フトコロニ非ズ。之ヲ三箇ノ方面ヨリ觀察スレバ次ノ如シ。

（一）　刑事訴訟法ハ、原則トシテ屬地主義ヲ採ルヲ以テ、我帝國ノ領域內ニ在留スル者ハ、內國人タルト外國人タルトヲ問ハズ、凡テ刑事訴訟法ノ適用ヲ受クルモノトス。

（二）　帝國臣民ハ、凡テ帝國ノ裁判權ニ服スルモノナルヲ以テ、假令帝國ノ領土外ニ在ル場合ト雖、刑事訴訟法ノ適用ヲ受クルモノトス。

（三）　外國ニ在ル外國人ト雖、刑法第二條、第三條第二項ノ罪ヲ犯シタルトキハ、刑事訴訟法

ノ適用ヲ受クルモノトス。只、外國ニ在ル外國人ハ被告人トシテ本法ノ支配ヲ受クルコトアルニ止マリ、第三者即チ證人、鑑定人、通事トシテハ、刑事訴訟法ノ適用ヲ受クルモノニ非ズ。然リト雖、以上ノ(一)(二)ハ帝國ノ領土外ニ在住スルノ結果、外國政府ヨリ被告人ノ引渡ヲ受クルニ非ザレバ不可能ト謂ハザルベカラズ。故ニ右(一)ノ場合ノ外ハ、實際上本法ノ適用ハ困難ナリト謂ハザルベカラズ。

二　右原則ニ對シテモ、國法上及國際法上ノ例外アリ。

(一)　國法上ノ例外

(1)　天皇　天皇ハ統治權ノ主體ナルヲ以テ、其ノ裁判權ニ服セザルハ國法學上論ヲ俟タズ。故ニ刑事訴訟法ノ適用ヲ受クルコトナシ(憲三)。

(2)　攝政　攝政令第四條『攝政ハ其ノ任ニ在ル間刑事ノ訴追ヲ受クルコトナシ』ト規定シ、御在任中ハ刑事訴訟法ノ適用ヲ受ケザルモノトス(憲一七第二項)。

(3)　軍人軍屬　軍人軍屬等ハ軍法會議ノ裁判權ニ服シ、刑事訴訟法ノ適用ナキモノトス(陸、海軍軍法會議法各第一條)。但シ、其ノ適用ナキハ之等ノ者ガ被告人タル關係ニ於テノミナルガ故ニ、第三者トシテハ刑事訴訟法ノ適用ヲ受クルモノトス。

(4)　刑事訴訟法ノ適用ヲ受クルモ、特別ノ身分關係ノ爲一定ノ制限ヲ受クルモノハ。

(イ)　皇族　皇族ハ勅許ヲ得ルニ非ザレバ、勾引又ハ裁判所ニ召喚スルコトヲ得ズ(皇室典範五一、裁構五〇)。

(ロ)　親任官、同待遇者ヲ證人トシテ訊問スル場合ニハ、其ノ現在地ヲ管轄スル裁判所ニ於テ之ヲ爲スベキモノトス(二〇九)。

(ハ)　帝國議會ノ議員ハ、其ノ會期中ハ現行犯又ハ內亂、外患ニ該ル罪ノ外ハ、其ノ院ノ許諾ナクシテ逮捕スルコトヲ得ズ(憲五三)。

(二)　國際法又ハ國際慣例上ノ例外(一)

國際法上ノ例外ハ、國際公法上治外法權ヲ有スル者ニシテ次ノ如シ。

(1)　外國ノ元首及其ノ隨員　元首トハ、獨立國ノ君主及大統領ヲ謂フ。

(2)　外國ノ大公使、其ノ家族竝屬員　屬員トハ大公使館ノ參事官、書記官、外交官補、館附武官、醫師ノ如キヲ謂フ。

(3)　外國軍隊及外國ノ軍艦ノ乘組員

以上ノ三者ハ、刑事訴訟法ノ適用ナキモノトス。領事ハ治外法權ヲ有セザルモ、國際慣例上、刑事上ノ裁判ヲ受ケザルヲ以テ禮讓ト爲ス。

コトヲ得ルヤ否ニ付論議アリ。判例ハ之ヲ肯定セリ（大正一〇年三月二五日判決、錄第二七輯第一九五頁）。

第三　時間ニ對スル效力

刑事訴訟法モ他ノ一般法令ト同ジク、其ノ實施ノ時ヨリ之ガ廢止ニ至ル迄其ノ效力ヲ有ス。從テ犯罪ノ時期如何ヲ問ハズ又訴訟手續開始ノ時期如何ニ拘ラズ、苟モ現在訴訟トシテ存續スル一切ノ手續ニ對シテ其ノ適用ヲ見ル。

（一）本法施行前ノ犯罪ト雖、本法施行後ニ訴訟手續ヲ開始スル場合ニ於テモ其ノ適用アリ（六一六第一項）又本法施行前、舊法ニ從ヒ開始シタル訴訟手續ノ效力ハ、本法施行ニ因リテ其ノ效力ヲ妨ゲラルルモノニ非ズ（同條第二項）。然リ而シテ、本法施行前舊法ニ依リ爲シタル訴訟手續ニシテ、本法ニ於テ之ニ相當スル規定存スル場合ニ於テハ、其ノ手續ハ本法ニ依リ爲シタルモノト看做ス（同條第三項）。

以上ノ如ク舊法時代ニ行ハレタル訴訟手續ハ、舊法ノ規定ニ從ヒテ其ノ條件及效力ヲ判斷シ、尙舊法ニ背カザルトキハ、新法時代ニ於テモ亦其ノ效力ヲ有スルモノトス。從テ同一事件ニ對シ其ノ訴訟手續ニ付テ、新舊兩法ノ適用ヲ受クル結果ヲ生ズルモノトス。是レ新舊訴訟手續ノ統一ト調和ヲ計リ、訴訟行爲ノ連鎖ヲ保持セシムル爲、法ノ不遡及效ノ原則ニ對シ、或ル範圍ニ於テ新法ノ遡及效ノ例外ヲ認メタルモノナリ。

（二）親告罪ニ付問題トナル場合アリ。親告罪ニ於ケル告訴ハ刑法中ニ其ノ規定ヲ見ルモ、其ノ性質ハ訴訟法上ノ規定ナリ。故ニ舊法ニ於テ親告罪ニ非ザルモノガ新法ニ於テ親告罪　爲シタル場合ハ、新刑法實施前之ヲ訴追スルニハ、告訴アルコトヲ要ス（六一六第一項）。例ヘバ暴行罪（刑二〇八、舊刑四二五第九）。過失傷害罪（刑二〇九、舊刑三一八以下）等是ナリ。之ニ反シ舊刑法ニ於テ親告罪ニ非ズトスル場合ニ於テハ、理論上新法ニ依リ告訴ヲ要セザルモノノ如シ。然レドモ法ハ被害者保護ノ精神ヨリ尙、之ヲ親告罪トシテ取扱フベキ旨ヲ規定シタリ（刑施行四）。

（三）公訴ノ時效ニ關シ、新舊何レノ法律ニ依ルベキヤニ關シテ議論アリ。其ノ一ハ公訴ノ時效ヲ以テ、實體法上ノ制度ナリト解スルトキハ、刑法第六條ノ適用アルモノト爲ス。其ノ二ハ公訴ノ時效ヲ以テ、形式的訴訟上ノ制度ナリト爲ストキハ、新法ヲ適用セザルベカラズト爲ス。公訴ノ時效制度ハ、訴訟法規ニ屬スルモノト解スルヲ妥當トス。通說ニシテ判例モ同說ナリ。

第四　空間ニ對スル效力

刑事訴訟法ハ、場所卽チ空間ニ對スル效力ニ付テハ何等ノ規定ヲ爲サザルモ、屬地主義（Territorialitätsprinzip）據ルヲ以テ原則トシ、帝國ノ全版圖ニ行ハルルモノトス。茲ニ版圖トハ、國際法規ノ原則ニ基キ、我帝國ノ領土主權ノ行ハルル範圍ヲ謂フ。卽チ帝國ノ領土、領海、領空、

帝國ノ艦船、公海ニ於ケル帝國ノ船舶及外國ニ於ケル我治外法權區域ニ及ブモノトス。只、此ノ屬地主義ニ對シ、本法ノ適用ヲ排除スル例外ノ場合アリ、次ノ如シ。

（一）朝鮮、臺灣、關東州、南洋群島

此等ノ地域ハ、其ノ人情、風俗、習慣等特別ノ事情ニ因リ、之ニ適合スル法令ヲ定ムルノ必要上、朝鮮ニハ朝鮮刑事令、臺灣ニハ臺灣刑事令ヲ以テ之ヲ定ム。關東州及南洋群島ニ於テハ、關東州裁判事務取扱令（明治四一年勅令第二一三號）。南洋群島裁判事務取扱令（大正一三年勅令第二六號）ヲ以テ定メ之ヲ適用スルモノナリ。從テ刑事訴訟法ハ直接ニ此等ノ地域ニ適用セラレザルモノトス。尙、內地（樺太ヲ含ム）朝鮮、臺灣、關東州間ノ相互ノ關係ニ付テハ、共通法ヲ以テ之ヲ定ム（大正七年法律第三九號）。

（二）治外法權區域

帝國ノ領土內ニ於テモ、外國ノ大公使館、帝國ノ領海內ニ於テモ、外國軍艦、帝國ノ領空內ノ外國軍用航空機等ハ、國際法上治外法權ノ行ハルル區域ナルヲ以テ、刑事訴訟法ノ適用ヲ爲サズ。之ニ反シ外國ノ領土內ト雖、帝國ノ領事裁判權ノ行ハルル區域ニ於テハ、刑事訴訟法ヲ適用セラルル。

（三）合圍地境

戒嚴令（明治一五年太政官布告第三六號）ノ施行ニ依リテ合圍地境ト定メラレタルトキハ、其ノ地域內ニ裁判所ナキカ又ハ其ノ地域ヲ管轄スル裁判所ト通路斷絕スルトキハ、軍法會議ニ於テ其ノ地域ニ發生シタル刑事事件ヲ審判スルガ故ニ、本法ハ其ノ適用ヲ見ザルモノトス。

第五章　刑事訴訟法ノ基礎觀念

刑事訴訟法ノ根本原則ハ、其ノ時代文化ヲ背景トシテ歷史的發展ノ過程ヲ辿リ、其ノ間ニ流ルル一定ノ主義原則存ス。例ヘバ訴訟ノ方式ニ由來スルモノ在リ、或ハ刑事訴訟手續ノ一般觀察ニ依據スルモノ在リ、或ハ又訴訟ノ目的タル刑罰請求權ノ運用ノ方法ニ由來スルモノ等アリ。此ノ主義コソ刑事訴訟法ノ學理ヲ研究スル上ニ於テ最モ肝要ナルモノニシテ、刑事訴訟法ノ基礎觀念ヲ爲スモノト謂フベシ。以下之ヲ第一公訴權ニ關スルモノ、第二審判ニ關スルモノ、第三證據判斷ニ關スルモノトニ大別シ、其ノ主義ニ就テ主ナルモノヲ說明スベシ。

第一　公訴權ニ關スル主義

一　彈劾主義ト糺問主義

（一）　彈劾主義（Akkusationsprinzip）トハ、訴追權者ノ訴追アルニ非ザレバ、裁判所ハ自ラ進ンデ被告人ニ對シ審判ヲ開始スルヲ得ズト爲ス主義ヲ謂フ。彈劾主義ニ三種アリ、其ノ一ヲ國家訴追主義（Staatsklageprinzip）トシ、其ノ二ヲ被害者訴追主義（privatklageprinzip）トシ、其ノ三ヲ一般訴追主義（popularklageprinzip）ト爲ス。我刑事訴訟法ハ第一ノ主義ヲ採リ、檢事ノ公訴提起ヲ待チテ豫審又ハ公判ヲ開始スルヲ原則ト爲ス（二七八、二八八）、之ヲ檢事ノ公訴權獨占（staatsanwaltschaftliches Anklagemonopol）ト謂フ。只、例外トシテ若干ノ糺問主義ヲ採リタリ。其ノ例外ノ顯著ナルモノハ、豫審判事ノ特別處分是ナリ（二九七、二九八）。此ノ檢事ノ公訴提起ナクンバ、裁判所ハ審判ヲ開始スルコトヲ得ザル關係ヲ特ニ不告不理ノ原則（I）（Nemojudex sine actore）ト謂フ。檢事ノ公訴權獨占ニ對シテ、例外ヲ爲スモノハ親告罪ノ制度是ナリ。

一　不告不理ノ原則ハ、現行法ニ於テハ第二八〇條ニ之ヲ明ニシタリ。

（二）　彈劾主義ニ對立スルモノヲ糺問主義（Inquisitorisches Verfahren）ト謂フ。此ノ主義ハ裁判官ハ訴追ト審判權ヲ有シ、當事者ノ訴ヲ俟ツコトナク自ラ進ンデ犯罪ノ捜査ヲ爲シ、且、訴訟手續ノ開始スル主義ナリ。從テ裁判官ノミ訴訟主體ナリ。此ノ主義ハ裁判所ニ捜査權、訴追權、審判權及刑ノ執行權ヲ認ムルガ故ニ、檢事ト判事トノ權限ヲ併セ有スル結果、訴訟手續ノ敏活ナル活動ヲ爲シ得ル點ニ於テ特色ヲ有スルモ、裁判官ノ負擔加重ニシテ調査ニ徹底ヲ缺キ、爲ニ拷問ヲ爲ス豫斷先入ノ觀念ニ捕ハレ訴訟擅斷ヲ助長セシメタルモノニシテ、裁判史上大ナル禍根ヲ遺シタルコトハ顯著ナル短所ト謂ハザルベカラズ。

二　國家訴追主義ト個人訴追主義

（一）　國家訴追主義（Staatsklageprinzip）トハ、犯罪ニ對スル訴追權ノ主體ヲ一私人ニ委セズ、

專ラ國家ニ歸屬セシメ、國家ノ機關ヲシテ訴追セシムルコトヲ謂フ。現行刑事訴訟法ハ公訴ニ關シ、既ニ述ベタル如ク彈劾主義ノ下ニ國家訴追主義ヲ採用シタリ。而シテ國家ノ機關タル檢事ヲシテ之ヲ行使セシム（二七八）。故ニ起訴不起訴ノ處分ハ、一ニ訴追機關タル檢事ノ專權ニ屬スルモノナリ。尤モ現行法ニ於テモ一私人ニ付告訴、告發ノ規定ヲ設ケ、犯人ニ對シ處罰ヲ要求スル場合アリト雖、是レ檢事（又ハ警察官）ノ搜査ニ對シ其ノ端緒ヲ與フルニ過ギズ。之レアルガ故ニ檢事ハ必ズシモ起訴スベキ義務アルモノニ非ズ。檢事ハ被害者ノ意思如何ニ拘ラズ、國家公益ノ代表者タル見地ニ立チテ、公訴ノ是非ヲ決スベキモノナリ。

（二）此ノ國家訴追主義ニ對シ、若干ノ制限アリ次ノ如シ。

（イ）親告罪ニ於ケル告訴（刑四二、一二三二、二四四、二五一、二五五、二六四）。

（ロ）請求ヲ待チテ論ズベキ罪ニ於ケル其ノ請求（刑九〇乃至九二）

（ハ）間接國稅犯則者處分法ニ於ケル稅務官吏ノ告發。

（ニ）一定ノ場合ニ判事、司法官試補、市町村長ヲシテ檢事ヲ代理セシメ（構六第五項、一八第二項）又ハ檢事ノ事務ヲ其ノ地ノ警察官、憲兵將校下士又ハ林務官ヲシテ之ヲ取扱ハシムルコトヲ得（構一八第一項）。

但シ、以上（イ）（ロ）ハ單ニ公訴提起ノ條件（卽チ訴訟條件）（一）ニ止マリ、公訴ハ檢事之ヲ行フモノナリ。

一　訴訟條件ト處罰條件トハ、嚴ニ之ヲ區別スルコトヲ要ス。訴訟條件トハ、訴訟法上ノ效果發生ニ必要ナル一定ノ法律上ノ要件ナリ。例ヘバ親告罪ニ於ケル告訴ノ存在ノ如シ。處罰條件トハ、犯罪ニ因ル實體上ノ刑罰權發生ニ必要ナル要件ニシテ、併モ犯罪構成要件以外ノモノヲ謂フ。例ヘバ、詐欺破產罪ニ於ケル破產宣告確定ノ事實（破產法三七四）ノ如シ。又其ノ條件欠缺ノ場合ニ於ケル效果ヲ異ニス。（第一編第四章訴訟行爲第七節訴訟要件參照）。

（三）國家訴追主義ニ對立スルモノヲ、個人訴追主義ト謂フ（一）。此ノ主義ハ犯罪ヲ以テ個人的私益侵害ナリト認メタルニ由來スルモノナリ。此ノ主義ノ短所ハ、個人ニ訴追權ヲ委ヌルニ在リ。卽チ個人ニ訴追權ヲ委ヌルトキハ、利慾ノ誘惑若ハ權威ノ壓迫ニ因リ或ハ後日ノ報復ノ念慮ニ因リ、公正ヲ期スルコト不可能ナリ。他面ニハ惡意ヲ以テ訴追ヲ爲シ、無辜ヲ誤テ處罰スルノ弊ナシト謂フベカラズ。蓋、刑罰法規ノ實現ヲ公正適確ニ行ハントセバ、此ノ主義ヨリモ國家訴追主義ノ優レルコト明ナリ。從テ此ノ個人訴追主義ハ文明諸國ノ立法ニ於テ採用スルモノ稀ナリ。只、英法系ノ國ニ於テ一般訴追主義ヲ採用シ居ルノミ。國家訴追主義ニ於テモ、公訴權ハ檢事ノ獨占スルトコロナルガ故ニ、被害者ガ其ノ處罰ヲ希望スルモ檢事ニ於テ處罰スルノ必要ナシト思料スルトキハ、之ヲ不起訴處分ニ付スルコトヲ得ルヲ以テ、被害者ニ滿足ヲ與ヘ得ザルノ缺

點アリ。

一　個人訴追主義ニモ、被害者訴追主義ト一般訴追主義トノ二種アルコトハ、彈劾主義ニ於テ述ヘタルトコロナリ。

三　合法主義ト便宜主義

（一）合法主義（Degalitätsprinzip）トハ、犯罪アルコトヲ認知シタルトキハ、檢事ハ必ズ之ヲ訴追スベキ義務アリトセラルル主義ヲ謂フ。此ノ主義ハ法定事實卽チ事實上及法律上ノ要件完備スル犯罪發生シタル場合ニ於テハ、必ズ之ヲ訴追スルノ結果、起訴不起訴ノ問題ガ時ノ權力者ノ利害ニ由リテ左右セラルルコトナク、能ク公平ヲ保持スル長所アリ。然レドモ、犯罪輕微ノ場合又ハ罪責輕カラズト雖、犯情悛悔スベキ場合ニ於テハ、刑事政策上之ヲ處罰ノ必要ナキ事件ヲモ尙且、訴追セザルヲ得ザルノ短所アリ。

（二）之ニ反シ便宜主義（Opportunitätsprinzip）トハ、犯罪訴追ニ關スル事實上及法律上ノ要件完備スル場合ト雖、諸般ノ事情ヲ酌酌シ刑事政策上ノ便宜ヲ考慮シテ、起訴不起訴ヲ決スベキモノト爲ス主義ヲ謂フ。此ノ主義ハ犯人ヲ刑スルヲ利スルコト無クシテ改過遷善ノ機會ヲ與ヘ、以テ良民トシテ更生セシメンガ爲國家社會ノ利益擁護ノ立場ヨリ、刑事政策上ニ立脚シタルモノナリ。故ニ便宜主義ノ運用宜シキヲ得バ、再犯ヲ防止シ犯罪豫防ノ目的之ニ依リテ達成スルコト容易ナリ。若夫レ然ラザルトキハ、却テ合法主義ヨリ其ノ弊大ナル場合ナシトセズ。此ノ主義ノ運用コソ檢事ノ職責上重要ニシテ、其ノ何レニ決スルモ政策的見地ヨリ觀察シテ社會公共ノ利益ノ爲ニ、適切ナル活用ヲ爲サザルベカラズ。

（三）我刑事訴訟法ハ便宜主義ヲ採リ『犯人ノ性格、年齡及境遇竝犯罪ノ情狀及犯罪後ノ情況ニ因リ訴追ヲ必要トセザルトキハ、檢事ハ公訴ヲ提起セザルコトヲ得』ル旨ヲ明ニシタリ（二七九、二九二第一項）。尙、少年法ニ於テモ檢事少年ニ對スル刑事事件ニ付、保護處分ヲ爲スヲ相當ト思料スルトキハ、事件ヲ少年審判所ニ送致スベキ旨』ヲ規定シタリ（少年法六二）。

第二　審判ニ關スル主義

一　公開主義ト密行主義

（一）公開主義（Prinzip der Öffentlichkeit）トハ、裁判所ニ於テ被告事件ヲ審判スルニ當リ、公衆ニ裁判ノ傍聽ヲ許ス主義ヲ謂フ。憲法第五十九條ニ『裁判ノ對審判決ハ之ヲ公開ス』ト規定シ、裁判ハ原則トシテ公開主義ヲ採レリ。故ニ對審判決ハ、民事刑事ヲ問ハズ之ヲ公開スルコトヲ要ス。茲ニ對審トハ、判決裁判所ノ辯論ヲ謂フモノニシテ、卽チ公判手續ヲ指稱ス。蓋、此ノ主義ノ趣旨ハ、一方ニ於テ審判者ノ專橫ヲ防グト同時ニ、他方ニ於テハ裁判ノ公正ナルコトヲ公衆ニ知ラシメ且、裁判ノ威嚴ト信賴トヲ高揚セシムルノ利益アルヲ特色ト爲ス。

（イ）公開主義ニ二種アリ。其ノ一ヲ當事者公開主義（parteien Öffentlichkeit）ト謂ヒ、其ノ

二ヲ公衆公開主義(Volks Öffentlichkeit)ト謂フ。當事者公開主義トハ、當事者、辯護人、輔佐人等訴訟關係人ノミノ立會ヲ許ス主義ニシテ(三〇二)。公衆公開主義トハ、訴訟關係者タルト否トヲ問ハズ、一般公衆ノ傍聽ヲ許ス主義ナリ。我國ニ於テハ原則トシテ此ノ主義ヲ採リタリ。

(ロ) 公開主義ノ制限　裁判ノ對審判決ハ之ヲ公開スルヲ原則トスルモノニシテ、其ノ以外ノ手續ニ付テハ公衆公開ハ憲法ノ保障スルトコロニ非ズ。故ニ現行法上捜査手續、受命判事受託判事ノ取調及豫審手續ニ於テハ、密行主義又ハ當事者公開主義行ハル(一五七第二項、一五八、一七八、二九六、三〇二、三二三第二項、三二六第二項、構一二一等)。

(ハ) 公開ノ停止(Ausschliessung der Öffentlichkeit)　公判手續ハ公衆公開ヲ原則トスルモ、安寧秩序又ハ風俗ヲ害スルノ虞アルトキハ、法律ニ依リ又ハ裁判所ノ決議ヲ以テ、對審ノ公開ヲ停ムルコトヲ得ルモノトス(憲五九但書)(一)通稱『傍聽禁止』ト言ハルル場合是ナリ。此ノ場合ニ於テ、裁判長ハ至當ト認ムル特定人ニ傍聽ヲ許スコトヲ得(構一〇六)。此ノ場合ヲ間接公開ト稱ス。尚裁判長ハ、婦女、兒童、相當ナル衣服ヲ著セザル者、審理ヲ妨グル者又ハ不當ノ行狀ヲ爲ス者ヲ法廷ヨリ退カシムルコトヲ得(構一〇七、一〇九)。

(ニ) 密行主義　公開主義ニ對立スルモノヲ密行主義(pringp der Heimlichkeit)ト謂フ。此ノ主義ハ裁判所ニ於テ被告事件ヲ審判スルニ當リ、他人ノ立會ヲ禁止スルノ主義ナリ。刑事訴訟法中豫審ハ捜査ノ祕密ヲ保持スル必要上密行主義ヲ採用シタリ(憲法五九、構一〇五)。此ノ主義ハ十七八世紀ノ頃ヨリ密行主義ノ下ニ、糺問方式竝書面審理ノ訴訟手續行ハレ、爲ニ裁判ノ公正ヲ失シテ國民ノ不信ヲ釀シ、竟ニ佛國革命ノ(因)ヲ爲スニ至レリ。爾來佛國ニ於テハ公開主義ヲ以テ憲法上ノ要件ト爲シタリ。現今文明諸國ノ法制ハ何レモ原則トシテ公衆公開主義ヲ採ラザルモノナシ。

二　職權主義ト處分權主義

(一)　職權主義(I)(Offizialprinzip)トハ、訴訟ガ裁判所ニ繫屬シタルトキハ、其ノ審理進行ハ裁判所ノ職權ニ屬シ、當事者ノ自由處分ヲ認メザル主義ヲ謂フ。此ノ主義ニ於テハ、公訴提起ニ因リ事件ガ裁判所ニ繫屬スルヤ、其ノ審理ノ遂行ハ專ラ裁判所ノ職權ニ委ネラレ、當事者ノ意思ニ因リテ訴訟關係ノ變更消滅ヲ來タスコトナキガ故ニ、之ヲ不變更主義(Immutabilitätsprinzip)トモ稱ス。之ニ對立スルモノハ處分權主義(Dispositionsprinzip od. Verhandlungsmaxime)ニシテ、訴訟ノ審理進行ニ付テハ當事者ニ一定ノ處分權ヲ認メ、裁判所ハ當事者ノ處分ニ羈束セラルル主義ナリ。我民事訴訟法ハ、當事者ニ拋棄、和解、認諾ノ制ヲ認メ、處分權主義ヲ採用シタリ(二)。

一　職權主義ハ、一旦訴訟關係成立スレバ裁判所ハ其ノ訴訟ヲ支配シ、當事者支配(parteiherrschaft)ヲ認メザルヲ謂フ。故ニ講學上職權主義ヲ一名『裁判所支配主義』(prinzip der Gerichtsherrschaft)トモ稱セラル。職權主義ニ三箇ノ原

理ヲ包含ス。其ノ一ハ當事者ガ自由ニ刑罰請求權ヲ處分スルコトヲ認メズ、裁判所ニ於テ裁判ニ依ッテ實體關係ノ有無ヲ判斷スルモノナリ。不變更主義是ナリ。其ノ二ハ事實認定ニ際シ當事者ノ主張ヲ基礎ト爲サズ、裁判所自ラ職權ヲ以テ審理ヲ爲スモノナリ。職權審理主義ト稱セラルルモノ是ナリ。其ノ三ハ訴訟ノ進行ヲ當事者ノ任意ニ委スコトナク、裁判所ノ職權ヲ以テ促進セシムルモノナリ、之ヲ職權進行主義(prinzip des Amtsbetriebs)ト稱セラル。

二 民事訴訟法第一四四條、第二〇三條。本法ニ於テモ私訴ニ付テハ、拋棄(五七〇但書)、和解(五七二第一〇號)ヲ規定シタリ。

(二) 我刑事訴訟法ハ、原則トシテ職權主義ヲ採ルモ、一定ノ制限ノ下ニ若干ノ例外ヲ認メタリ。次ノ如シ。

(1) 告訴ノ拋棄及取消(二九二、三一五第六號、三六五第一號)。

(2) 公訴ノ取消(二九二、三一五第六號、三六五第一號)。

(3) 上訴ノ拋棄又ハ取下(三八二)。

(4) 再審ノ請求ノ取下(四九八)。

(三) 舊刑事訴訟法ニ於テハ合法主義ヲ採リタル結果、檢事ニ公訴ノ取消ヲ認メタルモ、現行法ハ起訴ニ關シ便宜主義ヲ採リタルヲ以テ、檢事ハ公益上處罰ヲ必要トセザル事由ヲ認ムルニ至リタルトキハ、公訴ヲ取下ゲ以テ訴訟關係ヲ消滅セシムルコトヲ得ルモノト爲セリ。舊法ハ訴訟主體ノ意思ニ因リテ、訴訟ノ實質內容ニ變更ヲ來タスコトナカラシム。是レ不變更主義ノ結果ナリ。

然ルニ現行法ハ前述ノ如ク訴訟關係ニ付テハ便宜主義ヲ採リ、公訴ノ取消ヲ認メ依テ不變更主義ヲ調和シタリ。

(四) 不變更主義ニ對立スルモノヲ變更主義(Mutabilitätsprinzip)ト謂フ。變更主義トハ公訴ノ取消ヲ許ス主義ニシテ、之ニ反スルモノヲ不變更主義ト謂フ。公訴ニ關シ合法主義ヲ採ルトキハ之ト表裏スルモノハ卽チ不變更主義ナリ。之ニ反シ公訴ニ關シ便宜主義ヲ採ルトキハ、之ニ伴フモノハ變更主義トス。蓋、便宜主義ノ下ニ在リテハ檢事ガ事件ヲ不起訴處分ニ付スル場合ハ、其ノ理由ニ至リテハ刑事政策上制限ナキモ、之ヲ裁判所ニ於テハ、法律ニ特定シタル場合ニノミ刑ノ免除又ハ刑ノ執行猶豫ヲ爲シ得ルモノニシテ、檢事ノ刑事政策上ノ取扱ト其ノ趣旨同一ニ非ズ。故ニ起訴後ニ至リ情況ノ變化アリタル場合ニ於テハ、檢事ニ公訴ノ取消ヲ許スニ非ザレバ、處罰ノ必要カキニ拘ラズ裁判所ハ刑ノ言渡ヲ爲ス場合ヲ生ズベシ。故ニ我現行法ハ公訴ノ取消ヲ爲シ得ル旨(二九二)及上訴ノ拋棄又ハ取下ヲ爲シ得ル旨(三八二)ヲ規定シ、便宜主義ト歩調ヲ共ニスルコトニ力メ以テ審判上遺憾ナキヲ期シタリ。

三 直接審理主義ト間接審理主義

(一) 直接審理主義(prinzip der Unmittelbarkeit)トハ、裁判所ガ公判廷ニ於テ自ラ被告人若ハ判斷ノ資料ト爲ルベキ他ノ證據方法ヲ、直接ニ接觸シテ審理スル主義ヲ謂フ。而シテ直接審理ノ

方法ニモ二義アリ。其ノ一ヲ主觀的直接主義ト謂ヒ、其ノ二ヲ客觀的直接主義ト謂フ。主觀的直接主義トハ、裁判所ガ證據資料ヲ直接ニ認識スル主義ナリ。例ヘバ裁判所ガ直接ニ證人訊問ヲ爲シ又ハ自ラ檢證ヲ爲スガ如キ場合ナリ。客觀的直接主義トハ、證據資料ガ公訴事實ニ對シ、直接關係ヲ有スル主義ヲ謂フ。例ヘバ被害者又ハ目擊者ヲ證人トシテ訊問スルガ如キ場合ナリ。我刑事訴訟法ハ、直接主義ニ關シ特ニ其ノ趣旨ヲ明示シタル規定ナシト雖、實體的眞實主義ノ目的ヨリ觀察シテ其ノ規定スル所ハ、主觀的直接主義ニ屬スルモノニシテ之ヲ直接審理ト謂フ(一)。

一 富田博士『直接審理論』(京都法學會雜誌第五卷第六、八號)。

(二) 直接審理主義ニ對立スルモノヲ間接審理主義(prinzip der Mittelbarkeit)ト謂フ。此ノ主義ハ裁判所ガ直接ニ取調ヲ爲サザル資料ト雖、之ヲ採テ判斷ノ資料ニ供スルコトヲ得ルモノト爲ス主義ヲ謂フ。例ヘバ豫審又ハ檢事ノ訊問調書ヲ斷罪ノ資料ト爲シ、間接ニ審理スルガ如キ場合ナリ。

(三) 我刑事訴訟法ハ、直接審理主義ヲ採リタル結果トシ(1) 被告人ハ豫審ニ於テ訊問シタル場合ト雖、公判ニ於テ必ズ之ヲ訊問セザルベカラズ(三三〇)。(2) 證據調ハ、裁判所自ラ之ヲ行フヲ原則トス(一七五、一八四、二一九)。(3) 開廷後引續キ十五日以上開廷セザル場合(三五三)又ハ裁判所ノ構成ニ變更アリタルトキハ(三五四)、辯論ノ更新ヲ爲スコトヲ要ス。陪審法廷ニ於テハ、此ノ直接審理主義ヲ採ル場合特ニ著シキモノアリ。直接審理主義ハ、現行法上特ニ此ノ趣旨ノ規定ヲ爲シタルモノニ非ズ。從テ裁判所ニ於テ直接審理主義ガ不可能ナルカ又ハ困難ナル場合若ハ其ノ他適當ト認ムル場合ニ於テハ、間接審理ノ手續ヲ併セ行フハ固ヨリ妨ゲザルトコロナリ。

(四) 然レドモ凡テノ訴訟手續ニ對シテ直接主義ヲ貫クコトハ、訴訟經濟ノ上ヨリ觀ルモ不可能ナル場合アリ。故ニ或ル限度ノ例外ヲ認メタリ。卽チ(イ) 受命判事又ハ受託判事ヲシテ證據ノ取調ヲ爲サシムル場合(一五四、一七八、二一二、二一五)。(ロ) 繁雜ナル事項ニ付部員ヲシテ取調ヲ爲サシムル場合(三五一)。(ハ) 證據書類、風說又ハ素行調書ノ採用(三四〇)。(ニ) 或ハ被告人ガ公判廷ニ於テ不當ノ行狀ヲ爲シタル場合ハ、之ヲ退廷セシメ對席判決ヲ爲ス場合(三六六)ノ如キ是ナリ。

四 口頭審理主義ト書面審理主義

(一) 口頭審理主義(prinzip der Mündlichkeit)トハ、訴訟關係人ノ訴訟行爲ハ裁判所ノ面前ニ於テ口頭ヲ以テ陳述シ、之ニ基キ爲サレタル訴訟材料ニ非ザレバ、裁判ノ基礎ト爲シ得ザル主義ヲ謂フ。從テ當事者ノ主張辯解ハ勿論、被告人、證人ノ訊問及鑑定人ノ供述等ハ原則トシテ口頭ヲ以テ行ハルルモノトス。

（二）口頭審理主義ニ對立スルモノヲ書面審理主義（prinzip der Schriftlichkeit）ト謂フ。此ノ主義ハ、裁判ノ基礎ト爲ルベキ訴訟行爲ハ凡テ書面ヲ以テ爲シ、之ニ基カザル意思表示ハ效力ヲ生ゼズト爲ス主義ニシテ、共ニ裁判所ノ審理ノ方法ニ關スル區別ナリ。我訴訟法ハ民刑共ニ原則トシテ口頭審理主義ヲ採リタルモ、之ヲ補フニ書面審理主義ヲ併用シタルコト明ナリ。

（三）兩者ノ優劣　書面審理主義ハ、訴訟資料ハ之ヲ書面ニ記載スルヲ以テ、口頭審理主義ノ如ク記憶ノ存スル間ニ審判スルノ要ナク、又後日ニ至リ異論ヲ生ズル虞ナキ等幾多ノ長所ヲ有ス。然レドモ他方ニ於テハ、書面ニテハ適切且完全ニ意思ノ表現ヲ爲スコトハ困難ナルヲ以テ、眞意ヲ卒直ニ表現シ透徹セシムルニハ、口頭ニ依ルヲ以テ優レリトス。然リ而シテ口頭審理主義ハ時間ト勞力トヲ節約スル點ニ於テ特色ヲ有ス。殊ニ口頭主義ハ、審判公開ノ精神ニモ適合スルモノトス。我刑事訴訟法ハ、原則トシテ口頭審理主義ヲ採リタリ。其ノ結果トシテ、

（1）公判ニ於テハ訴訟關係人出頭スルコトヲ要ス（三二〇、三二九、三三〇）。

（2）公判ニ於ケル裁判所ノ訊問、當事者ノ主張辯解等ハ、口頭ニ依ルヲ原則トス（一八四、三三八、三四〇、三四一、三四五、三四九）。

（3）判決ハ口頭辯論ニ基キテ爲スコトヲ要ス（四八）。

以上ノ如ク重要ナル訴訟行爲ハ原則トシテ口頭主義ニ依ルベキモ、判決裁判所以外ノ訴訟手續ニハ、口頭審理主義ノ適用ナシ。例ヘバ起訴狀、告訴告發狀、訊問調書、豫審終結決定書、上告申立書、再審、非常上告ノ請求及抗告裁判所ノ審理等ノ如シ（五〇、六〇、二九〇、三九六、四一九、四二三、四六五、四九七、五一七）。

（四）口頭審理主義ノ適用ナシ。口頭審理主義ハ、事實ノ審判手續ニ付行ハルルモノニシテ、事實ヲ審理セザル上告審ニハ、其ノ適用ナキモノトス。上告審ニ於テハ辯護士ニ非ザル者ヲ出頭セシムルコトヲ得ズ。從テ上告審ノ辯論ハ辯護士ニ限ルモノニシテ、被告人本人ノ出頭ヲ許サザルモノトス（四三〇）。但シ、上告審ニ於テモ事實審理ノ手續（四四〇、四四三、四四四）ヲ爲ス場合ニ於テハ、口頭審理主義ニ依ルベキコト論ヲ俟タズ。

（五）口頭審理主義ハ直接審理主義ト、又書面審理主義ハ間接審理主義ト密接ノ關係ヲ有スルモノナリ。然レドモ口頭主義ト直接審理主義トハ相類似スルモ、常ニ必ズシモ同一ニ非ズ。蓋、口頭審理主義ハ認識ノ方法ニ關スルモノニシテ、直接審理主義ハ認識ノ段階ニ關スルモノナリ。例ヘバ聾啞者ヲ訊問スルニ當リ、書面ヲ以テ爲ス場合（一三八）ハ口頭審理ニ非ザルモ、直接審理タルヲ失ハズ。只、此ノ兩主義ハ多クノ場合ニ於テ、同一結果ニ歸スルモノト謂フベシ。蓋、刑事訴訟法第三百二十九條乃至第三百三十一條ノ規定ハ、直接審理主義ニシテ、且口頭審理主義ナルコト明ナリ。

五 當事者對等主義ト當事者不對等主義

（一） 當事者對等主義(prinzip der parteigleichheit) トハ、訴訟手續上當事者雙方ヲシテ攻撃防禦ニ付同等ニ其ノ方法ヲ講ゼシメ、權利ノ範圍ニ差別ヲ設ケザル主義ヲ謂フ。之ニ對立スルモノヲ當事者不對等主義(prinzip der parteiungleichheit) トス。此ノ主義ハ當事者ノ一方ニ優越ノ地位ヲ認メ、訴訟上ノ權利ノ範圍ニ差別ヲ設クルノ主義ナリ。

訴訟ニ彈劾主義ヲ採リ原告被告ヲ對立セシメ、裁判所ハ雙方ノ陳述ヲ聽キ審理裁判ヲ爲サントセバ、原則トシテ當事者對等主義ト爲サザルベカラズ。然レドモ原告官タル檢事ハ、裁判所ト同樣ニ國家 關ニシテ被告ニ比シ幾多ノ權力ヲ有スルヲ以テ、其ノ地位優越ナリ。茲ニ於テ辯護人ノ制度ヲ認メ、被告人ノ權利擁護ヲ爲サシメ訴訟行爲ヲ完全ニ行ハシムルコトト爲シタリ。

（二） 我刑事訴訟法ニ於ケル當事者ノ地位ニ付、大體ヲ比較スレバ次ノ如シ。

（1） 豫審ノ審問ハ密行主義ヲ原則ト爲ス以テ、證人訊問ニハ當事者ノ立會ヲ許サズ。檢事ハ豫審ノ進行ヲ妨ゲザル限リ、訴訟書類及證據物ヲ閲覽スルコトヲ得（二二七、三〇二、三〇三）。

（2） 公判ノ審理ニハ、檢事モ被告人モ共ニ立會フノ權アリ（三二〇）。此ノ點ニ於テハ同等ナリト雖、檢事ノ立會ハ公判ノ要件ニシテ（三二九）、被告人ノ立會ハ絕體ノ要件ニ非ズ（三三

九、三六六、三六七）。

（3） 上訴ノ權ハ同等ナリ（三七六）。

（4） 檢事ガ被告人ニ比シ特ニ優越ナル點ハ、司法警察官ナル補助機關ヲ指揮命令スルノ權（二四八）ナリ。然ルニ被告人ハ之ヲ有セズ。

（5） 被告人ガ檢事ニ比シ優越ナル點ハ、豫審公判ニ於テ辯護人、輔佐人等ノ補助機關ヲ有スル（三九、四七）。

六 訴訟經濟主義

訴訟經濟主義 (prinzip der prozessökonomie) トハ、專ラ實益ナキ手續ハ之ヲ許サズト爲ス主義ヲ謂フモノニシテ、單ニ手續ノ簡便迅速ヲ趣旨トスルコトヲ謂フニ非ズ。訴訟ノ處理ニ當リテハ當事者ノ利益ヲ尊重スルハ勿論ナルモ、其ノ限度ヲ過グルトキハ國家機關竝訴訟關係人ノ勞力、經濟等ノ浪費ハ勿論、且訴訟ノ延滯ヲ釀スニ至ル。茲ニ於テ訴訟手續ヲ實益ノ伴フ限度ニ止メ、訴訟ヲシテ價値付クル爲ニ國家乃至社會的見地ヨリ『訴訟經濟ノ原則』ガ要求セラルルニ至ル。

然リ而シテ刑事訴訟法ニ於テ、裁判所ノ行爲ニ對シ當事者ヨリ不服ノ申立ヲ爲シ得ザル場合又ハ一定ノ事由ニ依リテ不服申立權ノ消滅スル場合若ハ原則ニ對スル各種ノ例外的手續ノ如キハ、此ノ主義ニ則ルモノナリ。例ヘバ被告人ノ不出頭ニ關スル第三百三十一條、第三百五十二條第一

項、第三百六十六條、第三百六十八條、第四百四條等、不服申立ニ關スル第三百十六條、第四百五十七條第一項、第四百五十八條但書等ノ規定ノ如シ。

第三　證據ノ判斷ニ關スル主義

一　實體的眞實主義ト形式的眞實主義

（一）實體的眞實主義（prinzip der materiellen Wahrheit）トハ、裁判所ハ當事者ノ事實上ノ主張、辯解又ハ其ノ提出シタル證據方法等ニ羈束セラルルコトナク、專ラ事實眞相ノ發見ヲ期スル主義ナリ。蓋、如何ナル判斷ト雖、眞實ニ合致セズンバ何等ノ價値ナキモノナリ。而シテ裁判上ノ眞實ヲ二種ニ觀察スルコトヲ得、形式的眞實及實質的眞實是ナリ。前者ハ事實判斷ニ付或ル程度ノ眞實ヲ以テ滿足スル主義ニシテ、例ヘバ當事者ノ主張又ハ陳述ガ眞實ニ關スル法定ノ形式ニ合致スルトキハ、常ニ裁判上眞實トシテ認メラルル主義ナリ。此ノ形式的眞實主義ハ、主トシテ現行民事訴訟ニ於テ行ハル。之ニ反シ後者ハ事實判斷ニ付此ノ程度ノ眞實ヲ必要トスル主義ニシテ例ヘバ法律上形式ノ定メナク、有ノ儘ナル眞實ガ裁判上ニ於テモ亦眞實トシテ認メラルル主義ナリ。此ノ實質的眞實主義ハ、犯罪ノ成立及被告人ニ不利益ナル認定ヲ爲ス場合（有罪）ニ於テノミ刑事訴訟法ニ採用セラル（一）。

一　私訴ニ付テハ拋棄（五七〇但書）及和解（五七二第一〇號）ヲ規定シタリ。

（二）實體的眞實主義ニ對立スルモノヲ、形式的眞實主義（prinzip der formallen Wahrheit）トハ、裁判所ハ當事者ノ事實上ノ主張及立證ノ範圍內ニ於テ、事實認定ヲ爲ス主義ヲ謂フ。此ノ主義ハ裁判所ハ當事者ノ事實上ノ主張及認否ニ羈束セラレ、當事者ノ主張セザル事實ハ之ヲ認定スルコトヲ得ザルモノナリ。又當事者間ニ爭ナキ事實ニ付テハ、裁判所ハ之ニ據ルコトヲ要シ、進テ眞實ヲ發見スルコトヲ許サズ。又當事者間ニ爭アル事實ニ付テモ、當事者ノ提出シタル證據ノミニ依リテ判斷ヲ爲シ、自ラ進デ證據調ヲ爲スコトヲ得ザルモノナリ。民事訴訟法ハ原則トシテ形式的眞實主義ヲ採ル（民訴八一、一三六、一四〇、二〇三、二三六、二五七、三五六）。蓋、民事訴訟ハ其ノ目的ノ私權ノ保護ニ在ルヲ以テ、當事者ノ申立テザル範圍ニ立入リ、裁判所ガ濫リニ私權ノ行使ニ干涉セザルコトハ、近代的文化ニ適合スルモノト爲セリ。

（三）刑事訴訟ハ刑罰權ノ存否ヲ目的トスルモノニシテ、其ノ性質上眞ニ罪ト爲ルベキ事實ノ存在ヲ基礎トセザルベカラズ。刑事訴訟法第三百三十六條ニ『事實ノ認定ハ證據ニ依ル』トノ規定、又第三百五十八條第一項及第三百六十二條ノ規定スル所ヨリ觀察シテ、刑事訴訟法ハ此ノ實體的眞實主義ニ依リテ、一貫シタル說明ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ。

二　自由心證主義ト法定證據主義

（一）自由心證主義（priuzip der freiu Beweiswürdigung）トハ、事實ヲ認定スルニ際シ證據ノ價

値判斷ヲ爲スニ當リ法律上何等ノ拘束ヲ受クルコトナク、裁判官ノ自由ナル判斷ニ任ズル主義ヲ謂フ。其ノ趣旨トスル所ハ、證據ノ證明力(Force probante, Beweiskraft)ハ裁判官ノ自由ニ評價スルコトヲ得ルノ點ニ存ス。之ニ反シ、法律ヲ以テ證據ノ證明力ヲ定メ、裁判官ノ自由ナル判斷ヲ許サザルモノヲ法定證據主義(prinzip der gesetzlichen Beweisregeln)ト謂フ。

(二) 此ノ兩主義ハ、一長一短ヲ免レズ。法定證據主義ニ依リ實體的眞實ヲ發見セントスルトキハ、法律ニ拘束セラルルノ結果却テ空想ニ過ギルコトアリ。又自由心證主義ニ依ルトキハ、裁判官ノ識見ト經驗ニ待ツモノ多キガ故ニ、人各々其ノ觀ルトコロニ因リ意見ヲ異ニスルヲ以テ一定ノ標準ナシ。爲ニ其ノ弊却テ法定證據主義ヨリ大ナルモノアリテ、時ニ誤判ノ危險ナシト謂フベカラズ。

(三) 自由心證主義ハ、佛國革命以來佛法ニ採用セラレタルモノニシテ、近代ノ訴訟法ハ其ノ民事タルト刑事タルトヲ問ハズ、各國共ニ此ノ主義ニ據ルヲ原則ト爲セリ。我刑事訴訟法モ第三百三十七條ニ『證據ノ證明力ハ判事ノ自由ナル判斷ニ任ス』ト規定シタルハ自由心證ノ原則ヲ宣明シタルモノナリ(一)。此ノ主義ヲ講學上自由評價主義トモ稱ス。

自由心證主義ハ、多クノ經驗ト豐富ナル常識ヲ有スル敎養アル裁判官ノ合理的判斷ニ委ヌルモノナリ。然レドモ自由心證主義ノ原則ニモ自ラ制限アルモノニシテ、決シテ裁判官ノ獨斷專恣ヲ許容スルモノニ非ズ。故ニ訴訟手續上適法ニ蒐集セラレタル證據資料ナルコトヲ要スルハ勿論、其ノ判斷ハ論理法則、經驗法則(Erfahrungssatz)ニ隨フベキコト當然ナリ。此ノ點ニ就テハ第一編第六章『證據』ニ詳述シタリ。

一 我民事訴訟法ニ於テモ證據判斷ニ付、自由心證主義ヲ採ル(民訴一八五)

第六章　刑事訴訟法典ノ沿革

一　上代ノ盟神探湯（クカタチ）

我國ノ刑事訴訟ハ其ノ起源ヲ詳カニスルヲ得ズト雖、其ノ何レノ時代ニ於テモ今日ニ於ケルモノト其ノ觀念ヲ異ニスルモ、犯罪アレバ必ズヤ刑罰存在シ刑罰アレバ必ズヤ其ノ執行手續ノ存シタルコトハ疑ナシ。上代ノ盟神探湯ト謂フ證據方法ノ行ハレタルコトハ古書ニモ明ナリ。玆ニ盟神探湯トハ、疑獄ニ際シ是非正邪ヲ判定スル爲、神ニ誓ヒテ熱湯中（或ハ泥土ヲ釜中ニ沸騰セシメ）ニ手ヲ入レ之ヲ探ラシメ以テ斷罪スル手續ナリ。

二　支那法系

我國ニ於テ、刑事訴訟法規ガ成文法トシテ制定セラレタルハ、支那法制ヲ模倣シタル所謂近江朝廷ノ令ヲ以テ嚆矢ト爲ス。次デ此ノ近江令ヲ補正シ大寶二年施行ノ大寶律令發布セラレ、次デ養老律令撰定セラル。降テ德川時代ニ至リ寬保年間ニ御定書百箇條ヲ定メ、稍々刑事訴訟ニ關スル法規ヲ見ルニ至レリ。

三　歐羅巴法系

明治維新後歐洲文化ノ影響急ニシテ、諸般ノ法規制定セラル。之ト共ニ刑事訴訟手續モ一箇ノ法典トシテ形式ヲ具ヘタルハ、實ニ明治十三年ノ制定ニ係ル治罪法ヲ以テ嚆矢トス。治罪法ハ、フランス大學教授ボアソナード氏ガ佛國治罪法ニ模倣シテ起草セラレタルモノニシテ、明治十五年一月一日ヨリ舊刑法ト共ニ實施セラレタリ。然ルニ此ノ治罪法ハ施行僅カニ九年ニシテ、明治二十三年裁判所構成法及刑事訴訟法ノ制定成リ、同年十一月一日ヨリ之ガ實施ヲ見ルニ至レリ。舊刑事訴訟法ト稱スモノ是ナリ。然レドモ此ノ刑事訴訟法ハ治罪法ト比較シ、其ノ法典ノ體裁形式ニ於テ獨逸刑事訴訟法ニ則リタルモノ、觀アリタリ。其ノ實質內容ニ至リテハ依然トシテ佛國法系ニ屬スルモノ多シ。

四　現行法ノ制定

現行刑事訴訟法ハ、明治四十一年其ノ立案方ヲ司法省法律取調委員會ノ議ニ附シ、此ノ委員會ニ於テ大正五年刑事訴訟法改正案ヲ立案シタリ。其ノ後法律取調委員會ハ廢セラレ、更ニ司法省ハ大正九年刑事訴訟法改正調查委員會ヲ設置シテ此ノ立法事業ヲ繼續シ、大正十年漸クニシテ成案ヲ得ルニ至レリ。大正十一年第四十五帝國議會ノ協贊ヲ經テ大正十一年五月五日法律第七十五號ヲ以テ公布セラレ、大正十三年一月一日ヨリ實施セラル。現行刑事訴訟法典是ナリ。

第一編　總論

第一章　訴訟ノ主體

一　意義

彈劾主義ニ依レバ、凡テノ訴訟ニハ裁判所ノ外原告、被告ノ三者ノ存在ヲ必要トシ、其ノ一ヲ缺クトキハ訴訟關係ハ成立セザルモノト爲セリ。我刑事訴訟法ハ彈劾主義ヲ採用シ、國家ノ機關タル裁判所、訴追機關タル檢事及防禦ノ主格タル被告人ノ三個ノ訴訟主體(Prozesssubjekt)ヲ必要ト爲セリ。之ヲ訴訟ノ三面的關係ト謂フ。(一)(二)

一　訴訟ノ三面的ニ反對スルモノニ、二面的又ハ一面的說アリ。其ノ二面的說ヲ主張スルモノハ、訴訟關係ハ裁判所ト原告又ハ裁判所ト被告トノ間ニ成立スルモノニシテ、原告ト被告間ニハ直接ニ法律關係ヲ生ゼズ。而シテ外觀上三面的關係ヲ見ルハ、單ナル事實關係ニ過ギザルモノト爲セリ。其ノ一面的ヲ主張スル說ハ、裁判所ト原告官タル檢事ヲ國家機關トシテ同一主體ト觀察シ、之ト被告トノ間ニノミ法律關係ヲ認メ或ハ原告及被告ヲ裁判所ニノミ訴訟主體ヲ認メ原告、被告ヲ訴訟ノ客體ト爲スハ糺問主義ノ觀念ト謂ハザルベカラズ。二面的關係ヲ主張スルハ民事訴訟學者ニ多クノ之ヲ見ル。

二　訴訟主體中、裁判所及檢事ハ共ニ國家機關ナリ。而シテ國家ヲ以テ單一ナル權利主體ナリトスル學說ニ依レバ、二個ノ國家機關ハ何レモ權利主體ニ非ズシテ、一ノ機關ノ主體ナリト說クモノノ如シ。然レドモ、此ノ兩者ハ其ノ職務ノ範圍內ニ於テ、相對立スル二個ノ權利主體ナルコトハ爭フベカラザル所ナリ。然リ而シテ、裁判ノ本義ヲ完フセントセバ其ノ機能ヲ分化シ各別個ノ機關ニ之ヲ委ヌルハ必要ニシテ何等ノ不可ナシト雖ズ。

二　訴訟當事者(Prozesspartei)

檢事ト被告人トハ所謂當事者(一)ニシテ相對立シ、訴訟上ノ地位民事訴訟ニ於ケル原告ト被告ノ地位ト同一ナリ。然レドモ本法ニ於テハ、私訴ノ原告及被告ヲ當事者(五七三以下)ト稱スルモ、公訴ニ於テハ檢事及被告人ヲ當事者ト稱セズ。是レ、檢事ハ當事者タル地位ヲ有スルノ外、他面ニ於テハ、公益ノ代表者トシテ國家ノ機關タル資格ヲ以テ訴訟ニ關與シ、且裁判執行ノ職務ヲ掌ルモノナルヲ以テ、當事者ト稱スルコト適當ナラザル場合アルガ爲ナリ。乍然、當事者ノ文字存セザルガ故ニ、當事者タルコトヲ否定シタルモノニ非ズ。

一　刑事訴訟ニ於テハ當事者ナシ、從テ檢事及被告人ノ當事者タルコトヲ否定シ、國家ヲ以テ當事者ナリト論ズル說アリ。

三　訴訟關係人及第三者

刑事訴訟法ハ、以上ノ訴訟主體ノ外訴訟關係人ナル語ヲ用ヒタル場合アリ(四八、五三、六〇、三二四、三四二、三四三、三四六)。是レ被告人ニ代リ又ハ被告人ノ爲獨立シテ訴訟行爲ヲ爲ス代理人、輔佐人、辯護人ヲ謂フ。又場合ニ依リ私訴當事者ヲ謂フコトアリ。此ノ外、訴訟ノ實際ニ於テハ證人、鑑定人ヲ必要ト爲シ、訴訟ニ參加セシムル場合多シ。然レドモ、此等ハ裁判所ガ適當ナル裁判ヲ爲ス爲ノ方法ニシテ、理論上訴訟ノ成立、進行及終了ニ缺クベカラザル要件ニ非ズ。前者ヲ訴訟關係人(又ハ訴訟補助者)ト謂ヒ、後者(證人鑑定人)ヲ第三者(Unbeteiligte Dritte)ト謂フ。

第一節　裁判所ノ構成

一　意義

裁判所ハ司法權(richterliche Gewalt)ヲ行フ國家機關ナリ。憲法第五十七條第一項ニ『司法權ハ天皇ノ名ニ於テ裁判所之ヲ行フ』ト規定セラレタルハ此ノ謂ナリ。故ニ、司法權ヲ行フ機關ハ裁判所ニシテ、之ヲ裁判權(Gerichtsbarkeit)ト謂フ。

沿革上、一般ニ司法又ハ裁判ト稱セラルルトキハ、右ノ司法權ヲ行フ裁判ノ觀念ヲ謂フモノニシテ、民事及刑事ノ裁判ヲ意味ス。從テ、單ニ裁判所ト謂フトキハ、專ラ司法裁判所ヲ指稱ス(一)。

一　現行制度ハ、民事裁判ト刑事裁判トヲ分離スルコトヲタメ、單ナル職務ノ分配ニ基クモノトシテ、裁判官ハ何時ニ

テモ民刑兩方ヲ相融通シ、其ノ差異ヲ認メズ。乍然、社會ノ文化進ミ、法律現象ガ複雜ト爲リ、刑事科學ノ進歩ニ從ヒ裁判上幾多ノ科學的智識ヲ要求セラルル場合ニ於テ、民事裁判ト刑事裁判トヲ分離シ各專任裁判官ヲ置クノ要ナキヤ。此ノ分離問題ハ既ニドイツニ於テ唱導セラレ、刑事裁判官ニ付テハ刑事科學ニ關スル特別ノ教育ヲ前提條件ト爲スベシト主張セラルルニ至ル。我國ニ於テハ、東京ニ於テ民事地方裁判所ト刑事地方裁判所トヲ分離セシメタリ。（標二第二項）

二　國法上及訴訟法上ノ裁判所

裁判所ト謂フ語ニ二個ノ意義アリ。其ノ一ハ國法上ノ意義ニ於ケル裁判所ニシテ、其ノ二ハ訴訟法上ノ意義ニ於ケル裁判所トハ、憲法第五十七條、裁判所構成法第四條、第五條、第六條、第二十條ニ謂フ裁判所是ナリ。又、訴訟法上ノ意義ニ於ケル裁判所（Prozessgericht）トハ、訴訟事件ニ付裁判權ヲ行使スル機關ヲ謂フモノニシテ、合議裁判所ニ於ケル部、豫審判事又ハ區裁判所ニ於ケル單獨判事ヲ以テ裁判所ト稱ス（八三、一一二、一一八、一七五等）。又、司法行政上ヨリ見タル裁判所トハ、裁判機關タル官廳ヲ謂フモノニシテ、裁判所構成法ニ於ケル裁判所モ亦此ノ意義ニシテ、國法上ノ意義ニ於ケル裁判所ヲ指稱スルモノナリ。

本法ニ於テハ、審理判決ヲ爲ス公判裁判所（又ハ判決裁判所）ヲ裁判所ト稱ス。是レ、訴訟法上狹義ノ裁判所ニシテ、合議體ノ部竝區裁判所ノ單獨判事ヲ指スモノナリ。此ノ場合ハ、豫審判事又ハ受託判事ヲ包含セズ。又區裁判所判事ハ、本來ノ職務タル事件ノ審判ヲ爲ス場合ニ於テハ之ヲ裁判所ト稱スルモ、受託判事トシテ審理ヲ爲ス場合ニ於テハ茲ニ裁判所ニ非ズ。而シテ、本法ニ於テ豫審判事ニ關スル場合ハ明文ヲ以テ規定シ、裁判所トハ多クハ裁判機關ヲ謂フ。

三　司法權ノ獨立

裁判所ハ、司法權ヲ行使スルニ方リテハ、苟モ他ノ權力機關就中、行政權ノ威力權勢ニ左右セラルルコトナク、裁判官ノ不羈獨立ナル審判ニ待タザルベカラザルコト言ヲ俟タズ。是レ憲法及法律ニ依リテ、他ノ官吏ト異ナル身分保障ヲ與ヘラレタル所以ナリ。之ヲ司法權獨立ノ原則ト謂フ（憲五七、構一四三）。此ノ原則ハ、更ニ裁判官ノ權限ノ獨立ト、裁判官ノ身分保障トノ二ト爲スコトヲ得（一）

（一）　此ノ原則ニ對シ學說ニ曰ク、裁判所構成法第四十八條ノ大審院ノ裁判ハ、法律點ニ付テ表ハシタル意見ハ、其ノ訴訟一切ノ事項ニ付、下級裁判所ヲ羈束ス。トノ趣旨ヲ採テ以テ多少例外的ナリト說ク、然レドモ、是レ法律點ニ權限セラレ、且實際ニ於テハ絕體的ノモノニ非ザルガ故ニ、例外ト爲スベキニ非ズ、況ンヤ、上告審ヲ設ケタル法ノ精神ニ鑑ミ其ノ例外ニ非ザルモノト解スベキナリ。

第一款　裁判所ノ種類

一　司法裁判所

司法裁判所ハ、之ヲ通常裁判所(憲五七)ト特別裁判所(憲六〇)ノ二種トス。而シテ通常裁判所ヲ分チテ區裁判所、地方裁判所、控訴院及大審院ノ四ト爲ス(構一)。之ヲ審級ヨリ見レバ三階級ナルモ、其ノ種類ハ同一ナリ。又特別裁判所ニハ陸軍軍法會議及海軍軍法會議ノ二種アリ。更ニ土地ノ關係ニ由來スル特別裁判所ニ、朝鮮總督府裁判所、臺灣總督府法院、關東廳法院、南洋廳院法及領事裁判所ノ五種アルモ、憲法第六十條ニ所謂特別裁判所ニ非ズ。以下、通常裁判所ニ付述ベン。

二　通常裁判所

通常裁判所トハ、一般ノ民事、刑事ノ裁判ヲ取扱フ裁判所(一)ヲ謂フモノニシテ、四種ニ分タルコト前述シタル所ナリ。而シテ、區裁判所ハ單獨判事之ヲ行ヒ(構一一)、其ノ他ハ、合議制(二)(三)ヲ以テ組織シタル刑事部ニ於テ裁判ヲ行フモノナリ(構一九、三四、四三)。其ノ組織ハ、地方裁判所ニ在リテハ三人ノ判事(構三二)、控訴院ニ在リテモ亦三人ノ判事(構四〇)、大審院ニ在リテハ五人ノ判事(構五三)ヲ以テ部ヲ組織シ、審理裁判ヲ爲スモノナリ。其ノ中ノ一人ヲ裁判長トシ、他ヲ陪席判事ト稱ス。又大審院ニ於テハ、必要アル場合ニ於テハ聯合部ヲ設置ス。卽チ民事、刑事ノ總部又ハ民事及刑事ノ總部ヲ聯合シテ審判ヲ爲サシムルコトヲ得(構四九)。何レモ、聯合部ノ判事三分ノ二以上ヲ以テ組織ス(構五四)。聯合部ニハ判事中、官等最モ高キ者ヲ部長トシ、大審院長ハ自ラ總部ニ長タルノ權ヲ有ス(構五四第二項)。

一　司法行政ノ事務ヲ處理スル爲、各裁判所ニ長官ヲ置ク。卽チ區裁判所ニ二人以上ノ判事在ルトキハ、司法大臣ハ其ノ一人ヲ以テ監督判事ト爲シ、司法行政事務ヲ監督セシム(構一一第五項)。又各地方裁判所ニ所長(構二〇)、各控訴院ニ院長(構三五)、大審院ニ院長ヲ置キ(構四四)、民事、刑事ノ各部ニハ部長ヲ置ク(構二〇、三五、四四各第三項)。

二　合議體ニハ部ヲ設ケ、各部ニ部長ヲ置クヲ部長ハ訴訟手續ニ於テハ裁判長ト爲ルモ、裁判長ハ常ニ部長ニ非ザル場合アリ。

三　單獨制ト合議制トノ長短得失ハ、學者間ニ論議セラルル所ナリ。單獨制ハ、一人ノ判事全責任ヲ以テ行動スル點ニ於テ、事務ノ敏捷アルモ、審理ノ愼重、裁判ノ適正ヲ求メントセバ、衆智ヲ集ムル合議制ニ及バズ。又單獨制ハ、國家經濟上負擔輕減ノ點ハ合議制ニ優ルモ、其ノ訴訟能率ノ增進ノ點ニ至リテハ、合議制ヲ以テ長所トスル所ナリ。故ニ合議制ニ受命判事ノ如キ單獨制ヲ加味シタル現行制度ヲ以テ理想ニ近キモノト謂ハザルベカラズ。

第二款　裁判權

一　裁判權ノ觀念

國家統治權ノ作用ヲ分チテ、立法權、司法權及行政權ノ三種ト爲スヲ國法學上ノ例トス。廣義ニ於ケル裁判權ハ此ノ司法權ヲ謂フ。狹義ニ於テハ、憲法ニ所謂司法權ノ意義ニシテ、裁判ヲ行フノ權ヲリ(憲五七)此ノ觀念ハ沿革上一定シ、專ラ民事及刑事ノ裁判ヲ意味ス。行政裁判權ハ固

ヨリ裁判權ノ一分類ナルモ、司法權ヲシテ行政權ニ干渉スル虞アルヲ以テ、立法例ハ悉ク之ヲ分離シタリ。我國ニ於テモ此ノ法制ヲ採リ、行政裁判所ヲ司法裁判所ト獨立セシメ別ニ之ヲ組織シタリ。

二　裁判權ノ作用

裁判權(Gerichtsbarkeit)トハ、統治權ノ一作用ニシテ裁判所之ガ機關タリ。而シテ裁判權ハ刑事事件ニ關シ訴訟ノ開始、進行及終了ヲ其ノ目的トスルモノニシテ、裁判所ニ屬スル一切ノ訴訟行爲ヲ爲ス權利ヲ謂フ。裁判權ニハ、種々ノ作用ヲ含ム次ノ如シ。

(一)　審判權　裁判所ノ權能ハ審判權ニアルモノニシテ、審判權ハ實ニ裁判權ノ中樞ヲ爲スモノナリ。其ノ他ノ作用ハ、審判權遂行ノ爲ニ附屬スルモノニ外ナラズ。茲ニ審判トハ、當該事件ノ審理判決ヲ謂フ。

(二)　訴訟指揮權　裁判所ハ訴訟進行上ニ種々ノ行爲ヲ爲サザルベカラズ。其ノ行使スル權能ヲ、訴訟指揮權ト謂フ(構一〇四)。例ヘバ、公判期日ノ指定、訴訟關係人ノ出頭スベキ場所竝訴訟進行ノ順席ヲ定メ、辯論ヲ指揮スル等、皆裁判長(區裁判所ニ在テハ單獨判事)ノ權限ニ屬ス。

(三)　法廷警察權　裁判所ハ法廷ノ紀律ヲ紊スベキ障害ヲ排除スル爲、秩序維持ノ職權ヲ有ス(構一〇八)。

(四)　強制權及認證權　裁判所ハ、訴訟進行上又ハ秩序維持ノ爲ニ強制ヲ必要トスル場合ニ於テハ命令ヲ發スル強制權ヲ有ス。例ヘバ、不出頭者ニ對シ勾引、勾留ヲ命ジ、或ハ退廷ヲ命ズルガ如シ。其ノ他訴訟上ノ事實ヲ明確ニスル爲、文書作成ノ認證權(又ハ公證權)等アリ。例ヘバ、公判調書ニ依リ訴訟行爲ノ一切ヲ證明スルガ如シ(六四)。

第三款　事務分配

一　各裁判所ニ於ケル民事、刑事ノ事件ノ事務分配(Geschäftsverteilung)ハ、司法行政事務トシテ毎年之ヲ定メ、其ノ年度內ニ差支ヲ生ゼザル限リ之ヲ變更セザルモノトス(構一二、一二二、三六、四五、一二六)。是レ內部的訓示規定ニシテ、訴訟法上ノモノニ非ズ。區裁判所ノ事務分配ハ、地方裁判所長之ヲ定ム(構一一第三項)。地方裁判所、控訴院ニ於ケル事務分配ハ、各裁判所長、部長及部ノ上席判事ノ一人ヲ以テ組織シタル會議ニ於テ、多數決ニ依リテ之ヲ定ム(構一二二、三六)。大審院ニ於ケル事務ノ分配ハ、毎年大審院長部長ト協議シテ之ヲ定ム(構四五第一項)。各判事差支アルトキハ毎年度前ニ於テ、其ノ代理順序ヲ定ム(構一三、一二二第二項、三六、四五)。

地方裁判所ノ判事差支ノ爲或ル事件ヲ取扱フコトヲ得ズ、且其ノ裁判所判事中代理ヲ爲シ得ベ

キ者ナキ場合ニ於テハ、其ノ事件緊急ナリト認メラルルトキハ、裁判長ハ其ノ管轄區域內ノ區裁判所判事又ハ豫備判事ニ其ノ代理ヲ命ズルコトヲ得(構二五)。

前項ノ場合ニ於テハ控訴院長ニ於テモ、其ノ管轄區域內ノ他ノ地方裁判所判事ニ其ノ代理ヲ命ズルコトヲ得(構二五ノ二)。民事地方裁判所及刑事地方裁判所ノ場合ニ於ケルモ亦同樣ナリ(構二五ノ三)。

二　刑事訴訟法ハ、裁判所ノ管轄(第一編第一章)及裁判所職員ノ除斥、忌避及回避(同第二章)ニ關スル規定ヲ爲シタルハ、恰モ裁判所ノ組織權限ニ關シ、裁判所構成法ト重複スルノ嫌アルモ訴訟法ノ規定ハ、裁判所構成法ニ定メザルモノ又ハ補充スベキ事項ニ付規定ヲ爲シタルモノナリ。從テ裁判所ノ組織權限竝司法事務ノ取扱等ニ關シテハ、本法ノ外裁判所構成法ニ則ルベキコト言ヲ俟タズ。

第二節　裁判所ノ職員

一　裁判所職員

裁判所職員(Gerichtsperson)トハ、判事、裁判所書記、執達吏及廷丁是ナリ(一)(構五七、八五、九四、一〇一)。判事ハ裁判權ヲ行使スル主タル職員ニシテ、裁判所書記ハ公判調書等ヲ作成スル職員ナリ。執達吏及廷丁ハ之ニ從タル職員ナリ。判事ノ資格ハ裁判所構成法ニ於テ之ヲ規定ス(憲五八)(二)。

一　判事、檢事、書記長、通譯官及書記ノ定員ハ裁判所職員定員令(大正九年勅令五五六、改正昭和一二年勅令四六四、五七五)ニ於テ規定セラル。

二　法律家、特ニ判事ノ職務ニ就テノ心理學的考察(司法資料第二四〇號)。獨逸ニ於ケル試補養成上ノ諸問題(司法資料第二四四號)。

二　判事

判事(Richter)ハ裁判權ノ威信ト之ガ行使ノ適正公平トヲ保障スル爲ニ、國法上法律ヲ以テ其ノ任用資格ヲ定メ(憲五八第一項、構五七以下)、其ノ地位ヲ保障シ(憲五八第二、三項、構七三)終身官ナリ。卽チ判事ハ刑法ノ宣告又ハ懲戒ノ處分ニ由ルノ外、其ノ職ヲ免ゼラルルコトナシ(憲五八第二項)。又判事ハ刑法ノ宣告又ハ懲戒ノ處分ニ由ルニ非ザレバ其ノ意ニ反シテ轉官、轉所、停職、免職又ハ減俸セラルルコトナシ(構七三)。是レ終身官ト稱セラルル所以ナリ。斯ノ如ク、判事ニ對シ地位竝權利ノ保障ヲ與ヘタルハ、司法權ノ獨立ヲ全フセシム所以ニ外ナラズ。之アルガ故ニ、司法權ハ行政權ノ壓迫等ヲ排除シ、不羈獨立タルコトヲ得ルモノナリ。然リ而シテ、司法權ノ獨立トハ裁判權ニ干渉スベカラザルノ義ニシテ、判事モ亦官吏タル以上裁判以外ノ

事項ニ付テハ、上官ノ監督權ニ服スベキコトハ一般官吏ト異ナル所ナシ（構一三五、一三六）。從テ、判事身體若ハ精神ノ衰弱ニ因リ、職務ヲ執ルコト能ハザルニ至リタルトキハ、司法大臣ハ控訴院又ハ大審院　總會ノ決議ニ依リ、之ニ退職ヲ命ズルコトヲ得（構七四）。又大審院長年齡六十五年其ノ他ノ判事ノ職ニ在ル者年齡六十三年ニ達シタル場合ニ、其ノ時期ガ十二月一日ヨリ五月三十一日マデノ間ナルトキハ五月三十一日ヨリ十一月三十日マデノ間ナルトキハ、十一月三　日ニ於テ各退職トス。但シ、控訴院又ハ大審院ノ總會ニ於テ、三年以內ノ期間ヲ定メ仍在職セシムルモノト決議シタルトキハ、其ノ期間滿了ノ時ニ於テ退職トス（構七四ノ二）。所謂停年制ト稱セラルルモノ是ナリ。

（一）裁判長　合議制ニ在リテハ、其ノ中一人ヲ裁判長（Vorsitzender）トシ部ヲ代表ス（構三二、四〇、五三）。公判ニ於テハ、裁判長ハ訴訟指揮權及法廷警察權ヲ行使シ（構一〇四、一〇六乃至一〇九、一一一）、被告人ノ訊問及證據調（三三三ノ二、三三八）、裁判ノ宣告ヲ爲ス（五一）、其ノ他召喚狀、勾引狀、勾留狀ヲ發シ（九三）、辯護人ノ官選（四三）、公判調書ノ署名（六三）等幾多ノ手續ア リ。詳細ハ公判審理ノ順序ニ於テ述フベシ。

（二）陪席判事　裁判長以外ノ部員ヲ陪席判事ト稱ス（三三三ノ二第二項）。陪席判事ハ公判ニ於テハ、裁判長ニ告ゲ被告人、證人、鑑定人、通事又ハ飜譯人ヲ訊問スルコトヲ得。

（三）豫審判事　豫審判事（Untersuchungsrichter）ハ之ヲ地方裁判所ニ設置ス（構二一）。大審院ニ於テハ、特別ノ場合ニ限リ豫審判事ヲ命ズ（構五五）。豫審判事ハ、豫審事務ヲ執ル（二九五以下）特殊ノ裁判機關ナリ。

（四）受命判事　合議裁判所ハ裁判所外ニ於テ證人ノ所在訊問ヲ爲ストキハ、部員ヲシテ之ヲ爲サシムルコトヲ得。此ノ場合ニ於ケル部員ヲ受命判事ト稱ス（二一二第一項、四項）。受命判事ハ裁判長ノ命ニ依リ合議體ヲ代表シテ特定ノ行爲ヲ爲スモノナリ。例ヘバ、公判ノ準備取調（三二三）、臨檢處分（一五四）繁雜ナル事項ノ取調（三五一）又ハ出張事件ノ報告（四二九）等是ナリ。

（五）受託判事　受託判事（ersuchter Richter）トハ、證人取調等ノ囑託事務（共助事務）ヲ行フ判事ナリ（一五四、二一二、二五五）。而シテ其ノ囑託事務ハ豫審判事又ハ區裁判所判事之ヲ行フモノナリ（九四）。

三　裁判所書記

裁判所書記（Gerichtsschreiber）ハ、勅令ノ定ムル一定ノ資格アル者ヨリ任命ス（構八八乃至九〇）其ノ職務ニ關シテハ上官ノ命ニ從ヒ、裁判所ノ開廷ニ於テハ裁判長ノ命令ニ從フモノトス（構九一）訴訟法上裁判所書記ノ主タル職務ハ、公判調書（Protokoll）ノ作成ナリ（五四、六〇）。而シテ公判調書（訊問調書モ同ジ）ノ作成ニ關シテハ、獨自ノ立場ニ於テ作成スルノ權能ヲ有シ、裁判長（判

事、檢事モ同ジ）ノ指揮命令ヲ受クルモノニ非ズ。從テ、書類記錄ノ調製又ハ變更ヲ正當ナラズト認ムルトキハ、書記ハ自己ノ意見ヲ記シテ之ニ添フルコトヲ得（構九一第四項）。書記ニハ判事ノ如キ身分保障ナシ。

四 執達吏

執達吏（Gerichtsvollzieher）ハ區裁判所ニ之ヲ置ク（構九）。執達吏ハ裁判所ヨリ發スル文書ヲ送達シ及裁判所ノ裁判ヲ執行スルヲ職務ト爲スモ、刑事ニ在リテハ書類ノ送達ヲ以テ主ナルモノトス。其ノ他罰金科料追徵金過料及裁判費用等ノ徵收ナリ（構九、刑訴五五三、民訴五三一）。

五 廷丁

廷丁（Gerichtsdiener）ハ法廷ニ出頭シ裁判長ノ指揮ヲ受ケ、訴訟關係人ノ呼入其ノ他司法大臣ノ發シタル一般ノ規則中ニ定メタル事項ヲ取扱フ（構一〇二第一項）。又執達吏ヲ用ヰルコト能ハザルトキハ、其ノ管轄內ニ於テ書類ノ送達ヲ爲ス（構一〇二第二項）。

第三節 裁判所職員ノ除斥、忌避及回避

一 判事ノ職務

判事ノ其ノ職務ヲ行フニ當リテハ、至公至平苟モ私アルベカラズ。而シテ其ノ職務ニ屬スルモノハ如何ナル事務ヲモ取扱フコトヲ得ベキ權能ヲ有ス。是レ職務ニ關スル絕體的又ハ抽象的資格ト謂フ。若夫レ判事ニシテ、他ヨリ裁判權行使ニ付其ノ公正ヲ疑ハルルガ如キ事由存スルトキハ、判事ヲシテ其ノ職務ヨリ脫退セシムベキコトハ、裁判ノ神聖ヨリ觀テ言ヲ俟タズ。此ノ職務ヨリ脫退セシムル場合ニアリ、除斥、忌避及回避是ナリ（一）。

一 本來官吏ヲシテ職務ノ執行ヨリ脫退セシムルハ、一種ノ行政上ノ處分ナルガ故ニ、其ノ上官ニ於テ之ヲ命ズルコトヲ得ルハ當然ナリ。然ルニ裁判所職員ニ限リ訴訟法ニ之ガ規定ヲ爲シタルハ、裁判所ノ職員ハ裁判ノ形式ニ依ルニ非ザレバ、之ヲ脫退セシムルコトヲ得ズ。裁判所書記ニ付テモ此ノ規定ノ適用アル所ナシ。

二 除斥

（1） 意義　除斥（Ausschliessung）トハ法律ノ規定ニ因リ、職務ノ執行ヨリ脫退セシムルコトヲ謂フ。除斥ノ原由次ノ如シ（二四）。

（一） 判事被害者ナルトキ

茲ニ被害者トハ、判事ガ審判ヲ爲スベキ當該事件ニ因リ、侵害ヲ受ケ法益ヲ害セラレタル場合ナリ。而シテ其ノ被害ハ、自己ニ直接ニ被リタルトキニ限ル。從テ他人ガ害ヲ被リ、其ノ結果自己ニ間接ニ害ヲ及ボシタルガ如キ場合ニ於テハ、忌避又ハ回避ノ原因ト爲ル場合アルモ、除斥ノ

原因トナラズ。

（二）　判事私訴當事者ナルトキ

當事者トハ、原告及被告ヲ謂フ。而シテ私訴ノ原告ハ被害者（五六七）ニシテ、私訴ノ被告ハ公訴ノ被告人ナリ。故ニ、判事私訴ノ原告トシテ訴ヲ提起シタル場合ハ、第一號ノ被害者ニ該ル。又判事私訴ノ被告トシテ訴ラレタル場合ニハ、公訴ノ刑事被告人ナルガ故ニ何等明文ヲ待タズ。從テ、本號ハ判事訴訟ヲ受繼シタルガ又ハ私訴ニ參加シタル場合ナリト解ス。

（三）　判事被告人被害者又ハ私訴當事者ノ配遇者、四親等內ノ血族、三親等內ノ姻族又ハ同居ノ戶主若ハ家族ナルトキ、親族關係ノ止ミタル後亦同ジ。

（四）　判事被告人被害者又ハ私訴當事者ノ法定代理人、後見監督人又ハ保佐人タルトキ。

（五）　判事事件ニ付證人又ハ鑑定人ト爲リタルトキ。

『爲リタルトキ』トアルガ故ニ、判事其ノ審判ヲ爲ス當該事件ニ關與スル前ノ豫審又ハ公判ニ於テ其ノ事件ニ付、證人又ハ鑑定人ト爲リタル場合ヲ謂フ。

（六）　判事事件ニ付被告人ノ代理人、辯護人、輔佐人又ハ私訴當事者ノ代理人ト爲リタルトキ。

本號モ亦事件ニ關與スル前ニ於テ、被告人又ハ私訴當事者ノ代理關係ニ付規定シタルモノナリ。

（七）　判事事件ニ付檢事又ハ司法警察官ノ職務ヲ行ヒタルトキ。

玆ニ『職務ヲ行ヒ』トハ、當該事件ニ付搜査又ハ起訴ニ關與シタル場合ナリ。故ニ判事ガ、刑事訴訟法第二百五十五條ニ依リ處分ヲ爲シタル場合ノ如キハ、本號ニ所謂檢事ノ職務ヲ行ヒタルトキト謂フニ該當セザルモノトス。

（八）　判事事件ニ付豫審終結決定若ハ前審ノ裁判又ハ其ノ基礎ト爲リタル取調ニ關與シタルトキ。但シ受託判事トシテ關與シタル場合ハ此ノ限ニ在ラズ。

受託判事ハ、裁判ノ基礎ト爲ルベキ取調ニ關與スルモ、當該事件ノ判決又ハ決定ニ關與スルモノニ非ザルガ故ニ、之ヲ除外シタルモノナリ（二）、（三）、（四）、（五）、（六）。

一　昭和一〇年三月三〇日判決、集第一四卷第三五二頁

二　大審院ノ特別權限ニ屬スル事件ニ付、其ノ豫審終結ニ關與シタル者（四八三第一號）ハ、其ノ公判ヨリ除斥セラルモノナリヤ否ニ關シ異說アリ。除斥セラルト解スル說（牧野博士二七頁、平井氏一二七頁）。反對說（林博士總則上六三頁）。

三　再審ノ決定ニ關與シタル者（五〇六）ニ付テハ、除斥ノ規定ノ適用アリトスルヲ通說トス（林博士總則上六三頁以下、平井氏一二七頁。反對說　牧野博士二七頁）。

四　略式命令ヲ爲シタル判事ハ、其ノ事件ノ正式裁判ニ付除斥セラルルコトナシ（昭和七年三月三一日判決、評論第二一卷訴九五頁）。又略式命令ヲ發シタル判事ハ、同一事件ニ付第二審判事トシテ職務ノ執行ヨリ除斥セラルルコト

ナシ（昭和六年二月一九日決定、集第九巻四八頁）。

五 前審ニ於テ審判シタル判事ガ、上級審ノ判決宣告ニ關與スルコトハ、刑事訴訟法第二四條ニ、所謂除斥セラルベキ職務執行ニ該當セズ（昭和一〇年二月七日判決、集第一四巻六八頁）。蓋、判決ノ宣告ノミニテハ、未ダ裁判ノ基礎トナルベキ取調ニ關與シタリト謂フコトヲ得ザルガ故ナリ。

六 前審ニ於ケル本案事件ノ審理中ニ生ジタル判事忌避ノ申請事件ニ付、其ノ決定ニ關與シタル判事ハ、該本案事件ニ付第二審裁判所ノ判事トシテ職務ノ執行ヨリ除斥セラルルコトナシ（昭和一〇年九月二八日判決、集第一四巻九九七頁）。

（2） 除斥ノ裁判　判事ニ以上ノ除斥ノ原由アリト認ムルトキハ、職權ヲ以テ除斥ノ決定ヲ爲スベキモノナリ。而シテ、除斥ノ決定ヲ爲スベキ裁判所ハ、忌避ノ申立ニ付決定ヲ爲スベキ裁判所（二一九）ニ同ジ（三二）。又除斥ノ決定ハ之ガ送達ヲ爲サズ（三四）。

三 忌避

（1） 意義　忌避（Ablehnung）トハ一定ノ原因ヲ理由トシテ訴訟關係人ヨリ當該判事ニ對シ、職務ノ執行ヲ拒ムコトヲ謂フ。忌避ノ原由次ノ如シ（二一五）。

（一） 判事ニ除斥ノ原由アルトキ。

（二） 判事偏頗ノ裁判ヲ爲ス虞アルトキ（一）。

茲ニ『偏頗ノ裁判ヲ爲ス虞アル』トハ客觀的ニ見テ、判事ガ公平ヲ缺クベキ事情ノ存スルヲ以テ足レリ。其ノ如何ナル場合ナリヤハ、各個ノ場合ニ就テ決セザルベカラズ。例ヘバ判事ガ被告人又ハ被害者ト親友ナルカ、又ハ事實ヲ證明スルヲ重要ナル證人ヲ却下シタル場合等、判事ガ當事者ノ一方ニ對シ、不利益ナル裁判ヲ爲スノ豫斷ヲ懷クガ如キ場合是ナリ。從テ、訴訟手續ニ關スル或法規ニ違背スル點在リトスルモ、其ノ違背ガ偏頗ナル裁判ヲ爲スベキ心理狀態ノ存在ヲ疑フニ足ル徵憑タルベキ場合ニ非ザレバ、忌避ノ原因ト爲スニ足ラズト解ス。

判事ニ除斥ノ原因アルトキハ（二一四）、裁判所ハ職權ヲ以テ除斥ノ決定ヲ爲スベキコトハ既ニ述ベタリ。然ルニ、裁判所ニ於テ、其ノ判事ニ除斥ノ原由アルコトヲ知ラザル場合アルベク、又ハ裁判所ト訴訟關係人ト意見ヲ異ニスル爲除斥ノ決定ヲ爲サザルトキハ之ヲ忌避スルコトヲ得ベシ。

一 偏頗ノ裁判ヲ爲ス虞アリヤ否ヤハ、忌避申立人自身ノ單ナル主觀ニ依リ肯定スベキモノニ非ズト（昭和一四年一一月二二日第一特別刑事部決定、集第一八巻第二一號五五七頁）。

（2） 忌避權利者

（一） 忌避ノ申立ヲ爲シ得ル者ハ、檢事、被告人及私訴原告ナリ（二一五）。辯護人ハ、被告人ノ明示シタル意思ニ反セザル限リ、被告人ノ爲ニ忌避ノ申立ヲ爲スコトヲ得（二一五第二項）。輔佐人ハ被告人ノ爲シ得ベキ訴訟行爲ヲ獨立シテ爲スコトヲ得ルガ故ニ、忌避ノ申立ニ付被告人

ノ意思ニ付被告人ノ意思ニ反スルモ尚之ガ申立ヲ爲スコトヲ得ルモノト解ス(一)。

(二) 辯護人ノ忌避權ニ付テハ(a)被告人ニ代テ爲スベキ訴訟行爲ナリヤ、(b)又ハ辯護人獨立ノ訴訟行爲ナリヤニ付異論アリ。此ノ問題ハ、辯護權ノ性質如何ニ依リ解決スベキ問題ナリ。本法ニ於テ、辯護人ニ付特ニ規定ヲ爲シタルハ、辯護人ノ獨立ノ訴訟行爲ト解スルヲ以テ妥當トス。若夫レ、之ヲ以テ代理權ト爲スト キハ、特ニ法文ヲ待タザル所ナリ。然リ而シテ、被告人ノ意思ニ反スルコトヲ得ザル旨ノ規定ハ、辯護人獨立ノ權利ニ加ヘタル一種ノ制限ニ外ナラズ。從テ、此ノ制限アルノ理由ヲ以テ、獨立ノ權利ニ非ズト解スルハ不可ナリト信ズ。(三)此ノ點ニ就キ『辯護人ノ權利』ニ於テ詳述セムトス。

一 同說。平沼博士一七四頁。

二 平沼博士一七四頁。

(3) 忌避申立ノ手續

(一) 申立ノ時期　除斥ノ原由アルトキハ、訴訟關係人ハ何時ニテモ忌避ノ申立ヲ爲スコトヲ得。然レドモ、偏頗ノ虞アルコトヲ原由トスル場合ニ於テハ、當該事件ニ付請求又ハ陳述ヲ爲シタル後ハ、忌避ノ申立ヲ爲スコトヲ得ズ(二一六)。但シ、此ノ場合ニ於テ忌避ノ原由アリシコトヲ知ラザリシトキ、又ハ忌避ノ原由其ノ後ニ發生シタルトキハ此ノ限ニ在ラズ(二六但書)。

(二) 申立ノ方式　忌避ノ申立ハ、合議裁判所ノ判事ニ對スル忌避ニ付テハ、其ノ判事所屬ノ裁判所ニ之ヲ爲シ、豫審判事、受命判事又ハ區裁判所判事ニ對スル忌避ニ付テハ、其ノ判事ニ之ヲ爲スベキモノトス(二一七第一項)。而シテ、忌避ノ申立ハ書面又ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲シ其ノ原由ヲ示サザルベカラズ(二一七第二項)。其ノ時期ハ、三日內ニ書面ヲ以テ其ノ原由ヲ疏明セザルベカラズ(二一七第三項)。

忌避セラレタル判事ハ、忌避ノ申立ヲ理由アリトスルトキ及第二十九條ノ場合ノ外、忌避ノ申立ニ對シ裁判所ニ意見書ヲ差出スベキモノトス(二一七第四項)。

(4) 忌避申立ノ裁判

(一) 忌避ノ申立ニ對スル裁判ハ、決定ヲ以テ之ヲ爲ス。其ノ裁判所ハ場合ニ依リ次ノ區別アリ(二一八)。

(イ) 合議裁判所ノ判事忌避セラレタルトキハ、其ノ判事所屬ノ裁判所ニ於テ、忌避申立ニ對スル決定ヲ爲ス(二一八第一項)。忌避セラレタル判事ハ、此ノ決定ニ關與スルコトヲ得ズ(二一八第二項)。若判事ノ退去ニ因リ裁判所其ノ決定ヲ爲スコト能ハザルトキハ、直近上級裁判所ニ於テ決定ヲ爲スベキモノトス(二一八第三項)。

（ロ）豫審判事忌避セラレタルトキハ、其ノ判事所屬ノ裁判所ニ於テ決定ヲ爲ス（二八第四項）。豫審判事ノ所屬裁判所ハ卽チ地方裁判所ノ部ヲ謂フ。

（ハ）區裁判所判事ガ忌避セラレタルトキハ、管轄地方裁判所ニ於テ之ガ決定ヲ爲ス（二八第四項）。

（二）以上忌避セラレタル豫審判事又ハ區裁判所判事ガ、忌避ノ申立ヲ理由アリトスルトキハ、其ノ忌避ニ對シ理由アリトノ決定アリタルモノト看做シ、判事ヲシテ自ラ脫退セシムルコトヲ得（二八第四項）。

豫審判事及區裁判所判事ガ、受託判事トシテ忌避セラレタル場合モ亦同樣ニ解スベキモノトス。

（三）忌避ノ申立其ノ時期ニ後レタルトキ（二六）、又ハ法律上ノ方式ニ違ヒタルトキハ（二七第二、第三項）忌避ノ申立ヲ却下ス。此ノ場合ニ於テハ、忌避セラレタル判事モ亦其ノ決定ニ關與スルコトヲ得。卽チ合議裁判所ニ於テ、部ノ一人又ハ二人以上ノ判事忌避セラレタル場合ニ於テモ、直ニ決定ヲ爲スコトヲ得。其ノ忌避ガ豫審判事、受命判事又ハ區裁判所判事ニ對スルモノナルトキハ、其ノ判事自ラ決定ヲ爲スコトヲ得ベシ（二九第二項）。

訴訟ヲ遲延セシムル目的ノミヲ以テ爲シタルコト明白ナル忌避ノ申立ハ、前同一ノ手續ニ從ヒ之ヲ却下スベキモノトス（二九第一項）。

（四）訴訟手續ノ停止　忌避ノ申立アリタルトキハ、訴訟手續ヲ停止スルヲ原則トス（三〇）。但シ、例外アリ次ノ如シ。

（イ）急速ヲ要スル場合（三〇但書）。

例ヘバ、直ニ檢證ヲ爲サザレバ痕跡ヲ喪フ虞アル場合、又ハ外國ニ旅行セントスル證人ヲ訊問セントスル場合ノ如シ。

（ロ）忌避ノ申立ヲ不適當トシテ却下スル場合、又ハ訴訟ヲ遲延セシムルノ目的ノミヲ以テ申立ヲ爲シタルコト明白ナル場合（二九第一項）。

此等ノ場合ハ、直ニ裁判ヲ爲スベキモノニシテ、訴訟手續ヲ停止スベキモノニ非ズ。

四　回避

（一）意義　回避（Selbstablehnung）トハ、判事其ノ職務執行ノ公正ヲ害スル虞アル事由アルトキ、自ラ其ノ職務ヲ行フコトヲ拒ムヲ謂フ（三三）。其ノ原因次ノ如シ。

（1）除斥ノ原由アルトキ。

（2）偏頗ノ裁判ヲ爲スノ原由アルトキ。

要スルニ、忌避セラルベキ原由アリト思料スルトキハ、判事ハ自ラ回避スベキモノナリ（三三

第一項)。

(二) 回避ノ申立　回避ノ申立ハ判事所屬ノ裁判所ニ、書面ヲ以テ之ヲ爲ス(三三第二項)。回避ノ決定ヲ爲スベキ裁判所ハ、忌避ノ決定ヲ爲スベキ裁判所ト同一ナリ(三三第三項)。合議裁判所ノ判事回避シタル場合ハ、其ノ判事決定ニ關與スルコトヲ得サルヤ言ヲ俟タズ。

五　審判ニ關與ト其ノ效果

法律ニ從ヒ、職務ノ執行ヨリ除斥セラルベキ判事、審判ニ關與シタルトキ又ハ偏頗ノ虞アリトシテ忌避セラレ、其ノ忌避ノ申立理由アリト認メラレタルニ拘ラズ、審判ニ關與シタルトキハ、其ノ判決ハ上告ノ理由アルモノトシテ破毀セラル(四一〇第二、第三號)(一)(二)。

一　判事ガ判決ニ關與シタルトキハ、其ノ判決ハ違法ナルコト前述ノ如シ。然レドモ、其ノ判事ガ證人、鑑定人ノ訊問、檢證、勾引、勾留、保釋等ノ判決以外ノ行爲ニ關與シタルトキハ如何。判事ノ行爲ガ判決ノ基礎ヲ爲スヤ否ヤニ依リ效力ヲ異ニスベシ。例ヘバ、公判ニ於テ證據調ヲ爲スニ該リ、除斥ノ原因アル豫審判事ノ訊問調書ヲ朗讀シ、之ヲ證據ニ採用シ判決ヲ爲シタルトキハ、其ノ判決ハ破毀セラルベキモノナリ。之ニ反シ、判事ノ處分ガ判決ノ基礎ヲ爲サザルトキハ、斯ノ如キ效果ヲ生ゼズ。例ヘバ、勾留、物件ノ差押ノ如キハ、判決ト因果關係ヲ有セザルガ故ニ、除斥ノ原因アル判事之ヲ爲スモ、其ノ判決ハ破毀ノ理由ト爲ラズ(豐島博士一四三頁)。

二　第四一〇條第二、三號ハ『審判ニ關與』ト規定シタルモ、第二四條第八號ハ『裁判ノ基礎ト爲リタル取調ニ關與』云云ト規定シタリ。然レドモ、此ノ裁判ノ基礎ト爲リタル取調ト謂フ制限ハ、第四一〇條ノ適用ニ付テモ之ヲ是認セザルベカラズ。本法ハ、回避ニ付規定セザルモ、回避ヲ理由アリト認メタル場合ニ於テ、回避シタル判事判決ニ關與シタルトキハ、其ノ判決ハ破毀セラルベキハ當然ナリ。非常上告ノ場合ニ於テハ、判決ノ基礎ト爲サザル場合ト雖モ手續ノ違法ハ非常上告ノ理由アルモノトス(五二〇第二號)。

六　裁判所書記ノ除斥、忌避及回避

(一) 書記ノ職務　裁判所書記ハ訴訟手續ノ經過ヲ明ニスル爲、書類ノ作成ヲ爲ス職權ヲ有スルガ故ニ、其ノ公平ヲ疑フベキ事由アルトキハ、職務ノ執行ヨリ脫退セシムルヲ相當トス。故ニ、本法ハ判事ノ除斥、忌避及回避ニ關スル規定ハ、之ヲ裁判所書記ニ準用シタリ。但シ、前審又ハ豫審ニ關與シタルコトヲ原因トスル除斥ノ規定(二四第八號)ハ、之ヲ書記ニ對シ準用スルコトヲ得ザルヤ明ナリ(三五第一項)。

(二) 忌避及回避ノ申立　裁判所書記ニ對スル忌避ノ申立及回避ノ申立ハ、其ノ所屬裁判所又ハ其ノ附屬スル豫審判事若ハ受命判事ニ之ヲ爲ス(二七第一項、三五第二項)。而シテ、之ガ決定ハ書記所屬ノ裁判所之ヲ爲スベキモノナリ(三五第三項)。若夫レ、忌避ノ申立手續ニ違反シ又ハ訴訟遲延ヲ目的ト爲シタルコト明白ナル場合ニ於テ之ヲ却下スルトキハ、裁判所書記ノ附屬スル判事之ヲ爲スコトヲ得(三五第三項但書)(一)。

一　裁判所書記ガ除斥、忌避ノ規定ニ違反シ調書ヲ作成シタルトキ、判決ガ其ノ調書ヲ判決ノ基礎ト爲シタルトキハ其ノ判決ハ上告ノ理由ト爲リ破毀セラルベキモノナリ。

第四節　裁判所ノ管轄

一　總說

文化ノ進歩ニ伴ヒ、訴訟事件モ年々歳々其ノ數ヲ增加シ來リタルコトハ、統計ノ示ス所ニ依リ明ナリ。之ヲ事件ノ方面ヨリ觀レバ輕重難易ノ差異アリ。其ノ處理ニ付テモ、時トシテ誤謬ナシト謂フヲ得ズ。更ニ之ヲ被告人ニ就テ觀ンカ、裁判所ノ任意ノ場所ニ出頭スルモノトセバ、不便甚シキモノ在リテ、之ヲ一箇ノ裁判所ヲ以テ處理スルコトハ事實上不可能ナリ。且其ノ事件ノ種類モ多岐ニ渉リ一樣ニ非ザルヲ以テ、多數ノ裁判所ヲ設置シ、其ノ裁判所ノ間ニモ段階ヲ設ケテ適正ナル裁判ヲ爲スベキハ當然ナリ。茲ニ於テ、事件ノ分配ト其ノ分配ニ從ヒ一定ノ標準ニ依リ事件ノ審判ヲ爲ス權限卽チ管轄權生ズル所以ナリ。

二　管轄ノ意義

（一）意義　裁判所ノ管轄(Die Zuständigkeit)トハ、裁判所ガ一定ノ事件ニ付裁判シ得ル事項ノ範圍ヲ謂フ。裁判所ノ管轄ニ二種アリ、一ヲ法定管轄トシ、二ヲ裁定管轄トス。法定管轄ハ法律ノ規定ニ依リ定マルモノニシテ、裁定管轄ハ裁判ニ依リ定マルモノナリ。又裁判所ノ管轄ニハ、審判ヲ爲スベキ事件ヲ基礎トシテ定ムルモノト、訴訟行爲ヲ基礎トシテ定ムルモノトアリ。前者ハ事件ノ異同ニ依リ公訴ヲ受クベキ裁判所ヲ定ムルモノニシテ、法定管轄ニ屬スルモノアリ又裁定管轄ニ屬スルモノアリ。後者ハ、訴訟行爲ノ異同ニ依リ之ヲ管掌スベキ裁判所ヲ定ムルモノニシテ、法定管轄ニ屬ス。

（二）管轄ト裁判權トノ區別　裁判所ノ管轄ハ、之ヲ裁判權(Gerichtsbarkeit)ト區別セザルベカラズ。卽チ管轄ハ、具體的ニ一定ノ事件ニ付、裁判所ガ裁判シ得ル事項ノ範圍ヲ稱スルモノナリ。換言スレバ、管轄ハ裁判所ノ職務ヲ個別的ニ見タル觀念ニシテ、裁判權ハ裁判所ノ職務ヲ一般的ニ見タル觀念ナリ。而シテ、裁判權ノ範圍內ニ於テ個々ノ事件ガ各裁判所ニ分配セラルル場合ニ於テ、管轄ノ問題ヲ生ズルモノナリ。故ニ、管轄ノ問題ハ、抽象的ナル裁判權ノ存在ヲ前提トスルモノニシテ、裁判權ナキ所ニ管轄ノ問題ヲ生ゼズ。

刑事訴訟法ハ、管轄ト裁判權トノ區別ヲ認メ、管轄違ノ場合ニ於テハ管轄違ノ判決ヲ爲ス（三五五、三〇九）ニ對シ、裁判權ナキ場合ニ於テハ、公訴棄却ノ判決（三六四第一號、三一五第一項）ヲ爲スベキモノトス（一）。

一　通常裁判所ノ裁判權ニ屬スル事件ト、軍法會議ノ裁判權ニ屬スル事件ト牽連關係ヲ有スルトキハ、別ニ刑事交涉法アリ。

（三）管轄ト權限トノ別　裁判所ノ管轄ト權限（Kompetenz）トハ之ヲ區別セザルベカラズ。卽チ裁判所ハ刑事事件ニ付テハ、管轄ノ有無ニ拘ラズ裁判ヲ爲スノ權限ヲ有ス。故ニ管轄權ヲ有セザル事件ニ對シテモ、尙管轄違ノ裁判ヲ爲スノ權限ヲ有シ義務ヲ負フモノトス（三〇九、三五五）。

（四）管轄ノ種類　裁判所ノ管轄ハ、種々ノ標準ニ依リ異ナル。事件ノ性質ニ依ルモノヲ事物ノ管轄トシ、事件發生地ヲ標準トスルモノヲ土地ノ管轄ト爲セリ。又審級ニ依ルモノヲ審級管轄（職務管轄）ト稱ス。此ノ外、法定管轄及裁定管轄ノアルコトハ既ニ述ベタリ。

第一　事物ノ管轄

一　意義

事物ノ管轄（Sachliche Zuständigkeit）トハ、上級裁判所ト下級裁判所トノ間ニ於テ、事件ノ歸屬ヲ定メタルモノニシテ、事件ノ種類ヲ基礎トシテ抽象的ニ定メタル裁判權行使ノ限界ナリ。而シテ事物管轄トハ第一審ノ管轄ヲ謂フモノニシテ、專屬ノモノト（構五〇第二）、然ラザルモノトアリ。

區裁判所、地方裁判所及大審院ガ第一審裁判所トシテ、本來有スル管轄權ヲ固有ノ事物管轄ト稱ス。主トシテ、裁判所構成法ニ規定スル所ナリ。從テ控訴院ハ、第一審裁判所トシテ管轄權ヲ有セザルガ故ニ、固有ノ事物管轄ヲ有セザルモノトス。

二　事物管轄ニ關スル裁判所構成法ノ規定ニ依ル區別次ノ如シ。

（一）區裁判所ノ事物管轄　區裁判所ハ刑事ニ於テ、左ノ事項ニ付裁判權ヲ有ス。但シ、豫審ヲ經ザルモノニ限ル（構一六）。

第一　勾留又ハ科料ニ該ル罪。

第二　短期一年以上ノ懲役又ハ禁錮ニ該ル罪ヲ除ク外、有期ノ懲役又ハ禁錮又ハ罰金ニ該ル罪。

（二）地方裁判所ノ事物管轄　地方裁判所ハ刑事訴訟ニ於テ、左ノ事項ニ付裁判權ヲ有ス（構二七）。

第一　第一審トシテ、區裁判所ノ權限竝大審院ノ特別權限ニ屬セザル刑事訴訟。

第二　第二審トシテ

（イ）區裁判所ノ判決ニ對スル控訴。

（ロ）大審院ノ權限ニ屬スルモノヲ除ク外、區裁判所ノ決定及命令ニ對スル法律ニ定メタル抗告。

短期一年以上ノ懲役又ハ禁錮ニ該ル罪ハ、豫審ヲ經ザル場合ニ於テモ、地方裁判所ノ第一審

ニ繫屬ス。然レドモ現在ノ取扱ニ於テハ、地方裁判所ニ起訴セラルル事件ハ、必ズ豫審ヲ經ルヲ原則ト爲セリ。又檢事ガ區裁判所ノ管轄ニ屬スル事件ヲ、地方裁判所ニ起訴シタル場合ニ於テハ、地方裁判所ハ之ニ對シ管轄違ノ言渡ヲ爲スコトヲ得ズ。但シ、檢事ノ意見ヲ聽キ決定ヲ以テ、管轄權ヲ有スル區裁判所ニ事件ヲ移送スルコトヲ得ベシ(三五六)。蓋、區裁判所ニ屬スル事件ヲ、地方裁判所ニ於テ管轄違ノ言渡ヲ爲スコトヲ得ザルハ、地方裁判所ハ合議制ニシテ區裁判所ニ於テ審判セラルルヨリモ、被告人ノ爲利益ナリト解セラルルガ爲ナリ。又同一事件ニ付同時ニ、地方裁判所ノ豫審又ハ區裁判所ニ公訴ノ提起アリタルトキハ、上級裁判所ハ檢事ノ請求ニ因リ、決定ヲ以テ管之ヲ審判スルモノトス(九)。此ノ場合ニ於テ、上級裁判所ハ左ノ事項ニ付裁判權ヲ有ス(構三七)。

(三) 控訴院ノ事物管理　控訴院ハ左ノ事項ニ付裁判權ヲ有スル(構五〇)。

第一　地方裁判所ノ第一審判決ニ對スル控訴。

第二　大審院ノ權限ニ屬スルモノヲ除ク外、地方裁判所ノ第一審トシテ爲シタル決定及命令ニ對スル法律ニ定メタル抗告。

改正法(昭和一二年一〇月一日ヨリ實施)ニ依リ、大審院ニ於テ破毀移送ヲ爲シタル事件ハ、第一審判決ニ對スル控訴事件ナレバ、以上第一ニ該ル。

(四) 大審院ノ事物管轄　大審院ハ、左ノ事項ニ付裁判權ヲ有ス(構五〇)。

第一　終審トシテ

(イ) 上告　第二審ノ判決ニ對スル上告(四〇八)ト、第一審ノ判決ニ對スル上告(四一六)トノ二種アリ。後者ヲ、講學上飛躍上告ト稱ス。

(ロ) 地方裁判所ノ第二審トシテ爲シタル決定及命令竝控訴院ノ決定及命令ニ對スル法律ニ定メタル抗告(一)。

(ハ) 地方裁判所又ハ區裁判所ノ爲シタル上告棄却ノ決定ニ對スル抗告(構五〇第二號。四二〇、四一六)(二)。

第二　第一審トシテ且終審トシテ

(イ) 皇室ニ對スル危害罪(刑七三、七五)ノ豫審及公判。

(ロ) 內亂罪(刑七七、七八、七九)ノ豫審及公判。

(ハ) 皇族ノ犯シタル罪ニシテ、禁錮以上ノ刑ニ處スベキ事件ノ豫審及公判。

茲ニ『處スベキ事件』トハ、該ル事件ト同意義ニシテ法定刑ヲ謂ヒ、宣告刑ヲ謂フモノニ非ズ。大審院ノ特別權限ニ屬スル事件トシテ受理シタル事件、其ノ特別權限ニ屬セザルモノト認メラレタルトキト雖、大審院ハ、之ニ對シ管轄違ノ言渡ヲ爲スコトヲ得ザルモノトス。此ノ場合

ニ於テハ、檢事ノ意見ヲ聽キ決定ヲ以テ管轄權ヲ有スル裁判所ニ、事件ヲ移送スルコトヲ得ルモノトス(四八四、三五六)。

一　地方裁判所ノ第二審判決ニ對スル疑義又ハ裁判ノ執行ニ關スル檢事ノ處分ニ對シ、異議ノ申立アリテ同裁判所之ニ對シ決定ヲ爲シタル場合ハ其ノ決定ニ對スル抗告裁判所ハ大審院ナリ(昭和七年三月八日決定、集一一卷一五七頁)。

二　區裁判所判事ニ對スル忌避ノ申立ニ付、地方裁判所ノ與ヘタル却下ノ決定ニ對スル抗告ハ、大審院ニ之ヲ爲スベキモノトス(昭和五年一二月一五日決定、集九卷九〇六頁)。

(五)　私訴ノ管轄　私訴トハ、犯罪ニ因リ身體、自由、名譽又ハ財產ヲ害セラレタル者ヨリ、其ノ損害賠償ヲ公訴ニ附帶シテ、被告人ニ對シ求ムル私法上ノ訴ヲ謂フ(五六七)。私訴ハ公訴ニ付、第一審ノ辯論終結ニ至ル迄之ヲ提起スルコトヲ得。但シ、豫審中ハ之ヲ提起スルコトヲ得ズ(五六八)。私訴ニ關シテハ、後編ニ述ブベシ。

(六)　地方裁判所支部　地方裁判所ニ支部ヲ設置スルモノアリ、支部ハ、地方裁判所ト其ノ管轄區域內ノ區裁判所ト遠隔ナルトキ若ハ交通不便ノ爲至當ト認ムル場合ハ、司法大臣ニ於テ其ノ設置ヲ命ズルモノニシテ、民事、刑事ノ事務ノ一部ヲ取扱フモノナリ(構三一、大正二年司法省令第七號)。支部ハ、單ニ豫審ノミヲ取扱フモノアリ、又ハ公判ヲモ併セ行フモノアリテ一定セズ。而シテ、支部ハ區裁判所ニ之ヲ開設セラル。從テ、支部ハ地方裁判所ノ一部ニシテ、獨立シテ管轄權ヲ有スルモノニ非ズ(一)。

一　區裁判所書記ガ、其ノ區裁判所ニ開キタル地方裁判所支部ノ公判ニ立會ヒ、公判調書ヲ作成シテ之ニ署名捺印シ又ハ契印ヲ爲ストキハ、所屬區裁判所書記ノ職印ヲ使用スルヲ妨ゲズト(昭和三年二月二二日判決、集七卷一〇七頁)。

第二　土地ノ管轄(裁判籍)

一　意義

(一)　土地ノ管轄(Örtliche Zuständigkeit)トハ、事件ト地域トノ關係ニ依リ定マルモノニシテ、行政區域ヲ標準トシテ同等ノ裁判所間ニ分配セラレタル裁判所ノ管轄權ヲ謂フ。法律ハ全國ノ土地ヲ區分シテ各裁判所ニ屬スル區域ヲ定メタリ(一)。土地ノ管轄ハ、裁判所構成法ヲ以テ規定セサルガ故ニ、之ヲ本法ニ於テ區別ノ標準ヲ定メザルベカラズ。

(二)　土地管轄ヲ、或ハ裁判籍(Gerichtsstand)トモ謂フ。裁判籍トハ被告人又ハ被告事件ノ方面ヨリ觀察シタル語ニシテ、土地ノ管轄ヲ生ズル原因又ハ事件ト關係ヲ有スル地點ノ意ナリ。他面ヨリ於テハ特定ノ刑事事件ハ、一定ノ地域ヲ管轄スル裁判所ノ裁判ヲ受クベキ關係ニアルコトヲ意味ス。

一　構四條、一六條ノ二。大正二年法律第九號『裁判所管轄區域ニ關スル法律別表』。

二　管轄ヲ定ムル標準

（一）裁判所ノ土地管轄ハ、犯罪地又ハ被告人ノ住所、居所若ハ現在地ニ依ルモノトス（一第一項）。故ニ、犯罪地又ハ被告人ノ住所、居所若ハ現在地ガ、ヨリ裁判所ノ管轄區域内ニ在トキハ、其ノ裁判所ハ事件ニ付土地管轄ヲ有スルモノナリ。而シテ、此等列擧ノ三者ハ、何レモ起訴ノ時ヲ以テ標準ト爲スベキモノナリ。

（二）茲ニ、犯罪地トハ、犯罪ノ構成要件タル事實ノ發生シタル場所ヲ謂フ。故ニ、犯罪事實ガ多數ノ裁判所管轄區域ニ發生シタルトキハ、同一事件ニ付多數ノ管轄ヲ生ズル場合アリ。從犯ニ關スル犯罪地ハ實行正犯ノ場所ナリ（一）。尙、不作爲犯ニ付テハ、法律上命ゼラレタル作爲ヲ爲スベカリシ地以外ニ不作爲ノ地ナシトノ說アルモ（二）、不作爲犯當時、犯人ノ現在シタル場所ヲ以テ不作爲ノ犯罪地ナリト解ス。

（三）住所、居所ハ民法ノ解釋ニ從フベキモノナリ（民二一、二三、五〇）。現在地（三）ニ付テハ、被告人ノ任意ニ現在スルト又ハ强制的ナルトヲ問ハズト爲スヲ判例トス（四）。

一　大正一一年三月一五日判決、集一卷第一四六頁。

二　犯罪地ニ關シ、間接正犯ノ犯罪地ヲ定ムルニ付、被用者ヲ標準トシテ定ムル說アリ。之ニ對シテ、被用者ヲ以テ全然標準トナルコトナシトスル說（豐島博士第九六頁）。又被用者ノ行爲ヲ以テ、中間現象ナリト解スル說アリ（牧野博士第四〇頁）。尙、牧野博士ハ、實行正犯ハ從犯ヨリ見ルトキハ、中間現象トシテ論ズベキモノナリト說カル。清水博士ハ、敎唆及從犯ニ付テハ、正犯ノ地及敎唆又ハ從犯ノ地トシ、間接正犯ニ付テハ機械的ニ利用セラレタル者ノ客觀的犯罪地ト爲セリ（清水氏七三頁）。矢追氏ハ、間接正犯ニ付テモ尙、實行ノ地ノ外犯罪行爲ヲ援據シタル地ナリト爲セリ（矢追氏八七頁）。富田博士第二九二頁及富田博士『犯罪地ノ裁判籍ヲ論ス』（京都法學、第四卷一二頁）。

三　被告人ノ現在地中ニハ、被告人ガ檢事ノ呼出ヲ受ケテ出頭シタル場合ヲモ包含ス。其ノ出頭ガ任意ナルト否トヲ問ハズ（昭和四年六月一七日判決、集八卷第三六二頁）。

四　大正五年七月三日判決、錄二二輯一二二七頁。

三　管轄ノ競合

管轄ヲ有スル二個以上ノ裁判所ニ、同一事件ガ同時ニ繫屬スル場合アリ、之ヲ管轄ノ競合ト謂フ。管轄競合ノ場合ニ二アリ。其ノ一ハ事物管轄ヲ異ニスル場合ニシテ、其ノ二ハ事物管轄ヲ同ジクスル場合ナリ。管轄競合ノ場合ニ於テハ、各裁判所ハ其ノ管轄權ヲ喪フモノニ非ズ。

（一）事物管轄ヲ異ニスル場合（事物管轄ノ競合）　同一事件ガ、事物管轄ヲ異ニスル數個ノ裁判所ノ豫審又ハ公判ニ繫屬スルトキハ、上級裁判所ニ於テ之ヲ審判ス（九第一項）。此ノ場合ニ於テハ、上級裁判所ハ檢事ノ請求ニ因リ、決定ヲ以テ管轄權ヲ有スル下級裁判所ヲシテ其ノ事件ヲ審判セシムルコトヲ得ベシ（九第二項）。

尙、右ノ場合ト同趣旨ノ規定アリ。豫審ニ於ケル第三百十條及公判ニ於ケル第三百五十六條是ナリ。卽チ地方裁判所（又ハ豫審判事）ハ、其ノ管內ニ在ル區裁判所ノ管轄ニ屬スル事件ニ付管轄違ノ言渡ヲ爲スコトヲ得ズ。但シ、檢事ノ意見ヲ聽キ決定ヲ以テ、管轄權ヲ有スル區裁判

所ニ事件ヲ移送スルコトヲ得(三五六)

(二) 事物管轄ヲ同ジクスル場合(土地管轄ノ競合)　同一事件(二)ガ事物管轄ヲ同ジクスル數個ノ裁判所(三)ノ豫審又ハ公判ニ繫屬スルトキハ、最初ニ公訴ヲ受ケタル裁判所ニ於テ之ヲ審判ス(一〇第一項)。講學上、之ヲ優先管轄ト稱ス。此ノ場合ニ於テハ數個ノ裁判所ハ何レモ管轄權ヲ有スルヲ以テ、管轄違ノ言渡ヲ爲スコトヲ得ザルモノトス。然リト雖、同一事件ヲ數個ノ裁判所ニ於テ、審判ヲ爲スコトヲ得ザルヤ明ナリ。第十條ハ此ノ牴觸ヲ調和シタル規定ナリ。但シ、各裁判所ニ共通スル直近上級裁判所ハ、檢事ノ請求ニ因リ決定ヲ以テ後ニ公訴ヲ受ケタル裁判所ヲシテ、其ノ事件ヲ審判セシムルコトヲ得(一〇第二項)。

(三) 以上各場合ヲ通ジテ、審判ヲ爲スベカラザル裁判所ハ其ノ事件ニ對シ公訴棄却ノ決定ヲ爲スベキモノニシテ(三一五第八號、三六五第一項第三號)(四)。管轄違ノ言渡ヲ爲スベキモノニ非ズ(舊法一八六)。而シテ、事件ノ審判ヲ爲サシムル決定アリタルトキハ、上級裁判所又ハ事件ノ審判ヲ爲サザル裁判所ハ、此ノ決定ニ因リテ其ノ繫屬ヨリ離脫スルモノトス。

(四) 帝國外ニ在ル帝國艦船内ノ犯罪ニ付テハ、土地管轄ノ外、其ノ艦船ノ本籍(艦船令二)若ハ船籍(船籍法四)ノ所在地又ハ犯罪後其ノ艦船ノ繫泊シタル地ノ裁判所管轄權ヲ有ス(一第二項)ルモノト爲シタリ。

一 數個ノ裁判所ガ、同時ニ起訴又ハ豫審ノ請求ヲ受ケタルトキハ、第十條第二項ノ精神ニ依リ、各裁判所ニ共通スル直近上級裁判所ニ於テ之ガ決定ヲ爲スベシト(矢追氏九八頁)。

二 刑事訴訟法第十條ニ、所謂同一事件トハ、公訴事實及被告人孰レモ同一ナル事件ヲ指稱スルモノトス(昭和一三年五月三日判決、集第一七卷第一七號三五〇頁)。

三 地方裁判所ト其ノ支部トハ、同條ニ所謂數個ノ裁判所ニ該當セザルモノトス(昭和一三年五月三日判決、集一七卷七號三五〇頁)。

四 同一事件ガ同一裁判所ニ、二重ニ起訴セラレタル場合ハ、管轄ノ競合ト異ナリ其ノ起訴ハ、適法ナルヲ以テ、後ノ公訴ハ不適法トシテ之ヲ棄却スベキモノナリ(三一五第四號、三六四第四號)。此ノ場合ハ、前ノ公訴ノ適法ナルコトヲ前提ト爲スベキハ言ヲ俟タズ。前ノ公訴不適法ナルトキハ、後ノ公訴ヲ適法ト爲シ、前ノ公訴ハ之ヲ棄却スベキモノナリ(三一五第九號、三六四第六號)。

第三　職務管轄(審級管轄)

一　意義

刑事訴訟法ハ、法定管轄(事物及土地ノ管轄)區域ヲ基礎トシテ、各裁判所ノ職務行爲ノ範圍ヲ定ムルモノアリ。講學上之ヲ職務管轄(funktionelle Zuständigkeit)ト稱ス。本法中、固ヨリ職務管轄ナル名稱アルニ非ズ。然レドモ、管轄ヲ以テ裁判所ノ間ニ事件ヲ分配歸屬セシメタル裁判權行使ノ限界ナリトセバ、之ヲ職務管轄ト謂フコトヲ得ベシ。

二　審級管轄、區域管轄

職務管轄ニ二種アリ、其ノ一ヲ審級管轄トシ其ノ二ヲ區域管轄ト爲ス。審級管轄トハ、裁判所ハ其ノ階級ニ從ヒ審級ニ依リ、其ノ職務ヲ行フ管轄ヲ謂フ。刑事訴訟法ハ事件ノ審理ニ付三審制ヲ採リ(一)第一審ノ判決裁判所、控訴裁判所及上告裁判所是ナリ。區域管轄トハ、司法行政ニ關スル職務ノ範圍ヲ定メ、同時ニ裁判權ノ行使ニ付職務ノ限界ヲ定メタル管轄ニシテ、區裁判所、地方裁判所及控訴院ノ管轄地域是ナリ。

一 軍法會議ハ二審制、行政裁判所ハ一審制ナリ。

三 裁判所構成法ニ依ル審級管轄次ノ如シ。

(一) 區裁判所　第一審トシテノ職務管轄ハ、拘留及科料ニ該ル罪、豫審ヲ經ザル輕罪(構一六)。但シ、審級管轄ハ既ニ爲サレタル判決ニ對シ不服申立ヲ爲シタル場合ニ起ル管轄ナレバ、區裁判所ハ審級管轄ヲ有セズ。

(二) 地方裁判所　第一審ノ職務管轄トシテ、區裁判所ノ管轄及大審院ノ特別權限ニ屬セザル刑事事件。第二審ノ職務管轄トシテハ、區裁判所ノ判決、決定及命令ニ對スル控訴及抗告事件(構二七)。

(三) 控訴院　第二審トシテノ職務管轄(構三七)。

(四) 大審院

(1) 原則トシテ、終審トシテノ職務管轄。

(2) 大審院ノ特別權限ニ屬スル事件ニ付、第一審且終審トシテノ職務管轄(構五〇)。

上告ハ、本來第二審判決ニ對シテ爲スヲ原則トスルモ、現行法ハ(又ハ他ノ法律ニ於テ)特種ノ場合ニ於テハ、第一審判決ニ對シ、直ニ上告ヲ爲スコトヲ得ル旨ヲ規定シタリ。次ノ如シ。

(イ) 第四百十六條。

(ロ) 陪審法第百一條、第百二條。

(ハ) 國防保安法第三十三條第二項。

(ニ) 治安維持法第三十三條第二項。

第四　管轄ノ併合(牽連事件ノ管轄)

一 管轄ノ併合(Zusammenhang der Zuständigkeit)ニ二アリ。其ノ一ハ一人ガ數罪ヲ犯シタル場合ニシテ、其ノ二ハ數人ガ數罪ヲ犯シタル場合ナリ。講學上、前者ヲ主觀的併合ト謂ヒ、後者ヲ客觀的併合ト稱ス。主觀的併合ハ、其ノ數罪ガ犯罪ノ性質上特別ノ關係アル場合ニ於テ、裁判所ハ審理ヲ併合シテ爲スヲ適當ト認ムル場合多シ。客觀的併合ハ、犯罪ノ性質上特別ノ關係アル場合ニ於テ、裁判所之ヲ併合シテ審理スルヲ便利ト爲スヲ普通トス。刑事訴訟法ハ此ノ二個ノ場合ヲ通ジテ、牽連事件(一、(二)ナル觀念ヲ認メタリ。次ノ如シ(八)。

（一）主觀的牽連事件　一人ガ數罪ヲ犯シタル場合。

（二）客觀的牽連事件　別チテ三トス。

（イ）數人ガ、共ニ同一又ハ別個ノ罪ヲ犯シタル場合。

本法ハ明文ヲ以テ、犯人藏匿ノ罪、證憑湮滅ノ罪、僞證ノ罪、虛僞ノ鑑定、通譯ノ罪、贓物ニ關スル罪ト本犯ノ罪トハ、共ニ犯シタルモノト看做スト規定シタリ（八第二項）。

（ロ）數人ガ通謀ノ上、各別ニ罪ヲ犯シタル場合。

（ハ）數人ガ、同時ニ同一ノ場所ニ於テ、各別ニ罪ヲ犯シタル場合。

此ノ（ハ）ノ場合ハ、數人間ニ意思共通ヲ有セザル點ニ於テ、（ロ）ノ場合ト異ナルモノナリ。

一　玆ニ牽連事件トハ、刑法ニ於ケル牽連罪（刑五四後段）ト其ノ觀念ヲ異ニス。數個ノ刑事事件ガ相互ニ關聯（connexity）ヲ有スル場合ヲ指稱スルモノニシテ、刑訴第八條ニ依リ決スルコトヲ得。

二　刑事訴訟法ハ事後共犯ノ外種々ノ犯罪ヲ包括シテ、牽連事件ナル觀念ヲ認メタリ。

二　牽連事件ノ管轄

（一）事物管轄ヲ異ニスル數個ノ事件牽連スルトキハ、上級裁判所ニ於テ之ヲ併セテ管轄スルコトヲ得（二）。從テ、上級裁判所ハ必ズシモ併合ヲ爲サザルベカラザルモノニ非ズ。又之ガ爲下級裁判所ハ、固有ノ管轄權ヲ奪ハルルモノニ非ズ（一）（二）。

（2）併合事件ノ分離　事物管轄ヲ異ニスル數個ノ牽連事件、上級裁判所ノ公判ニ繫屬スル場合ニ於テ、之ヲ併セテ審判スルコトヲ必要トセザルモノアルトキハ、上級裁判所ハ檢事ノ意見ヲ聽キ決定ヲ以テ管轄ヲ有スル下級裁判所ニ之ヲ移送スルコトヲ得ベシ（三）。法文ハ、事件ガ公判ニ繫屬スル場合ニ限定シタルヲ以テ、公判ニ繫屬スル場合ニ限ラレ、豫審ニ繫屬スル間ハ此ノ分離ヲ爲スコトヲ得ズ。

（3）分離事件ノ併合　事物管轄ヲ異ニスル數個ノ牽連事件ガ、各別ニ上級裁判所及下級裁判所ノ公判ニ繫屬スルトキハ、上級裁判所ハ檢事ノ意見ヲ聽キ、決定ヲ以テ下級裁判所ノ管轄ニ屬スル事件ヲ併セテ審判スルコトヲ得ベシ（四）、此ノ場合ニ於テモ事件ガ公判ニ繫屬スル場合ナルコトヲ要ス。

（4）以上（2）（3）ノ場合ニ於テ、當該事件ハ其ノ決定ニ依リ分離又ハ併合セラルルモノナリ。故ニ、事件ヲ下級裁判所ニ移送スル場合ニ於テモ、其ノ分離ノ決定ヲ以テ足リ特ニ下級裁判所ニ對シ、起訴ノ手續ヲ要セザルモノトス。蓋、其ノ事件ニ對スル公訴ハ依然トシテ繼續シ消滅スルモノニ非ズ。又併合ノ場合ニ於テモ、特ニ下級裁判所ニ於テ事件送致ノ決定ヲ爲スノ

要ナキモノトス。此等ノ分離併合ノ場合ニ於ケル訴訟記錄及證據物件ハ、一ノ裁判所ヨリ檢事ニ送付シ、檢事ハ之ヲ他ノ裁判所ニ送付セラルルモノニシテ、上訴ノ場合(三九八、四二一)ニ準ジテ考フベキモノトス。

一　第二條乃至第四條、第九條ニ所謂上級裁判所又ハ下級裁判所トハ、同一管內ノ裁判所ニ限ルモノニ非ズ（司法省刑事局長回答）。

二　陪審法第九六條第一項ノ場合ニ於テ、其ノ陪審事件ヲ非陪審事件ト併合シテ審理スルヲ妨ゲズ（昭和五年七月一七日判決、集九卷五一六頁）。

(二)　土地管轄ヲ異ニスル牽連事件

(1)　統一的管轄　土地管轄ヲ異ニスル數個ノ事件牽連スルトキハ、一個ノ事件ニ付管轄權ヲ有スル裁判所ニ對シ、他ノ事件ヲ併セ全部ノ起訴ヲ爲スコトヲ得ベシ(五)。此ノ場合ニ於テ、檢事ハ固有管轄ノ事件ト牽連事件トヲ同時ニ起訴シ又ハ各別ニ起訴スルコトヲ得ベシ。而シテ、牽連事件ヲ先ニ起訴シ、然ル後固有管轄ノ事件ヲ起訴シタル場合ニ於テモ、第五條ノ適用アルモノト解スルヲ通說トス(一)。

(2)　併合事件ノ分離　土地管轄ヲ異ニスル數個ノ牽連事件ガ、同一裁判所ノ公判ニ繫屬スル場合ニ於テ、併合シテ審判スルコトヲ必要トセザルモノアルトキハ、其ノ裁判所ハ檢事ノ意見ヲ聽キ決定ヲ以テ、管轄權ヲ有スル他ノ裁判所ニ之ヲ移送スルコトヲ得ベシ(六第一項)。此ノ場合ハ、公判ニ繫屬スルトキニ限ラズ、豫審ニ繫屬スル場合ニ於テモ亦其ノ取扱同一ナリ(六第二項)。

(3)　分離事件ノ併合　牽連事件ガ各別ニ數個ノ裁判所(二)ニ起訴セラレ、其ノ公判ニ繫屬スルトキハ之ヲ併合シテ一ノ裁判所ニ於テ審判スルコトヲ適當ト爲ス場合アリ。次ノ如シ。

(イ)　公判ニ在リテハ、數個ノ事件ガ事物管理ヲ同ジクスル場合ニ於テ、各裁判所ハ檢事ノ請求ニ因リ、決定ヲ以テ之ヲ一ノ裁判所ニ併合スルコトヲ得ベシ(七第一項)。此ノ場合ハ必ズシモ併合セザルベカラザルモノニ非ズ(三)。

(ロ)　豫審ニ繫屬スル場合ニ於テモ、各事件ガ事物管轄ヲ同ジクスルトキハ、右ノ併合ヲ爲スコトヲ得ベシ(七第二項)。此ノ場合ニ於テ、併合ノ決定ハ裁判所之ヲ爲スモノニシテ、豫審判事決定ヲ爲スベキモノニ非ズ。

(ハ)　以上(イ)(ロ)ノ場合ニ於テ、各裁判所ノ間ニ意見一致セザルトキハ、檢事ハ各裁判所ニ共通スル直近上級裁判所ニ併合ノ請求ヲ爲シ、其ノ直近上級裁判所ハ檢事ノ請求ニ因リ併合ノ決定ヲ爲スコトヲ得ベシ(七第三項)。此ノ場合ニ於テ、直近上級裁判所ノ指定シタル裁判所又ハ豫審判事ハ併合審理ヲ爲スベキモノニシテ、他ノ裁判所又ハ豫審判事ハ事件ヲ指

定ノ裁判所又ハ豫審判事ニ移送セサルベカラズ。

一　平沼博士第五四五頁、板倉、中尾兩氏第二〇九頁、牧野博士第四七頁。

二　第七條ニ所謂數個ノ裁判所トハ、土地管轄ヲ異ニスル裁判所ヲ指稱スルモノトス（昭和一三年五月三日判決、集一七卷七號三五〇頁）。

三　昭和八年七月一〇日判決、集第一二卷第一二五四頁。

第五　管轄ノ效力

一　管轄外ノ手續

裁判所ハ、管轄ノ範圍內ニ於テ行動スルヲ原則トス。其ノ管轄區域外ニ於ケル事項ハ、囑託ノ手續ニ依ルコトヲ要ス（構一三一）。然レドモ、裁判所ハ事實發見ノ爲必要アルトキハ、管轄區域外ニ於テモ職務ヲ行フコトヲ得（一一第一項）。此ノ規定ハ豫審判事及受命判事ニ付テモ亦準用セラル（一一第二項）。尙此ノ特例ハ、檢事及司法警察官吏ノ爲ス搜査ニ付之ヲ準用ス（二一五二）。

裁判所ガ、職務管轄ヲ超エテ手續ヲ爲シタル場合ニ於テ、其ノ效力如何ノ問題ヲ生ズ。第十二條ハ職務管轄ヲモ包含スルモノト解セラルルガ故ニ、管轄違ノ理由ニ因リ其ノ效力ヲ失ハザルモノト解スベキモノトス。

二　要急事件ノ手續

裁判所ハ、管轄權ヲ有スル事件ニ付テハ、管轄區域外ニ於テモ職務ヲ行フコトヲ得ルノミナラズ、管轄權ヲ有セザル事件ニ付テモ急速ヲ要スル場合ニ於テハ、事實發見ノ爲必要ナル處分ヲ爲スコトヲ得ベシ（一三第一項）。豫審判事及受命判事ニ付テモ亦準用セラル（一三第二項）。

三　管轄違ノ事件

裁判所ハ事件ガ其ノ管轄ニ屬セザルモノト認メタルトキハ、管轄違ノ裁判ヲ爲サザルベカラズ而シテ公判ニ於テハ管轄違ノ判決ヲ爲シ（三五五）、豫審ニ於テハ管轄違ノ決定ヲ爲スモノトス（三〇九）。但シ、此ノ管轄違ノ裁判ニ次ノ制限アリ。

（一）　事物ノ管轄ニ關シテハ、豫審判事ハ其ノ所屬裁判所ノ管內ニ在ル區裁判所ノ管轄ニ屬スル事件ニ付、管轄違ノ言渡ヲ爲スコトヲ得ズ（三一〇）。公判ニ於テモ地方裁判所ハ其ノ管內ニ在ル區裁判所ノ管轄ニ屬スル事件ニ付、管轄違ノ言渡ヲ爲スコトヲ得ズ（三五六）。但シ、此ノ場合ニ於テハ、檢事ノ意見ヲ聽キ決定ヲ以テ管轄權ヲ有スル區裁判所ニ事件ヲ移送スルコトヲ得ベシ（三五六但書）。

（二）　土地ノ管轄ニ關シテハ、豫審判事ハ被告人ノ申立ニ因ルニ非ザレバ、管轄違ノ言渡ヲ爲スコトヲ得ズ（三一一）。公判ニ於テモ亦同一ナリ（三五七第一項）。只、公判ニ於テハ、管轄違ノ申立ヲ爲ス時期ニ制限アリ。卽チ第一被告事件ニ付供述ヲ爲シタル後ハ之ヲ爲スコトヲ得ズ（三

五七第二項)。第二被告事件ニ付豫審ヲ終了シタルトキハ、豫審判事ニ對シテ其ノ申立ヲ爲シタルトキニ非サレハ、之ヲ爲スコトヲ得ズ(三五七第三項)。

(三) 大審院ノ特別權限ニ屬スルモノトシテ起訴セラレタル事件、大審院ノ豫審(四八〇、四八一)ノ結果、其ノ事件下級裁判所ノ管轄ニ屬スルモノト認ムルトキハ、管轄ヲ有スル裁判所ニ移送スル決定ヲ爲スベキモノトス(四八三第二號)。

(四) 不法ニ管轄ヲ認メ又ハ不法ニ管轄違ヲ認メタルトキハ、控訴(四〇一第二項、四〇二)及上告(四一〇第五號)ノ理由アルモノトシテ、次ノ取扱ヲ爲ス。

(1) 不法ニ管轄違ノ言渡アリタル場合ニ於テ、控訴ノ申立アリタルトキハ、控訴裁判所ハ判決ヲ以テ第一審裁判所ニ事件ヲ差戻スコトヲ得(四〇二)。又上告アリタルトキハ、判決ヲ以テ事件ヲ原裁判所ニ差戻スベキモノトス。但シ必要アルトキハ、事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スコトヲ得(四四九)。

(2) 不法ニ管轄ヲ認メタル爲、控訴ノ申立アリタル場合ニ於テ、控訴裁判所ガ其ノ事件ニ付第一審ノ管轄權ヲ有スルトキハ、第一審ノ判決ヲ爲スベキモノトス(四〇一第二項)。上告アリタル場合ニ於テハ判決ヲ以テ、事件ヲ管轄裁判所又ハ管轄第一審裁判所ニ移送スベキモノトス(四五〇)。

(五) 管轄ノ違反ト其ノ效力

(1) 本法ハ、第十二條ニ於テ『訴訟手續ハ管轄違ノ理由ニ因リ、其ノ效力ヲ失ハズ』ト規定セルヲ以テ、受訴裁判所ガ管轄ニ屬セザル事件ニ付、爲シタル訴訟手續ハ有效ニシテ、其ノ效力ヲ喪フモノニ非ズ。故ニ、管轄權ナキ事件ニ付裁判所ノ爲シタル證據調ハ其ノ效力ヲ有シ、之ニ依リテ得タル資料ヲ證據ト爲スコトヲ妨ゲズ。

(2) 管轄權ナキ裁判所ノ爲シタル訴訟手續ハ、時效中斷ノ效果ヲ生ズルモノナリ、卽チ、公訴ハ實體的ノ訴訟繫屬ヲ生ゼザルモ、裁判所竝當事者其ノ他訴訟關係人ガ爲シタル訴訟行爲ハ、之ヲ無效ト爲スコトヲ得ズ。從テ、訴訟手續ガ規定ニ違反シタル爲無效トナリ、時效中斷ノ效果ヲ生セザルハ(二八五第一項但書)、訴訟手續ガ各個ノ手續ニ關スル規定ニ違背シタル場合ニ限ルベシ。從テ、管轄權ナキ裁判所ノ爲シタル公訴提起モ亦、時效中斷ノ效力ヲ有スルモノトス(一二)。

(3) 管轄違ノ言渡アリタルトキハ、公訴ハ當然消滅シ勾留及押收ハ特ニ之ヲ存續セシムルノ言渡ナキ限リ、其ノ效力ヲ失フ(三七一第一項)。但シ、裁判所ハ勾留狀ヲ存シ又ハ新ニ之ヲ發スルコトヲ得(三七一第二、第三項)。蓋、管轄違ノ言渡ニ因リ、此等ノ訴訟行爲ガ將來ニ向テ效力ヲ失フハ、管轄違ナルガ爲ニ非ズシテ、其ノ言渡ニ因リ事件終了シタル結果ニ外ナラズ。

第六　管轄ノ指定及移轉

一　意義

裁判所ノ管轄判明セザルトキハ、裁判ニ依リ管轄裁判所ヲ定ム。之ヲ裁定管轄ト稱ス。本法ニ於テ裁定管轄ヲ生ズル場合ハ、管轄ノ指定又ハ管轄ノ移轉ニ因ル場合是ナリ。而シテ、兩者ハ何レモ裁判ニ依リ管轄裁判所ヲ定ムルモノナルモ、其ノ原因ヲ異ニス。次ノ如シ。

（一）　管轄ノ指定

（1）　管轄ノ指定ハ、法律ニ依ル管轄裁判所カ爲、若ハ不明ナル爲又ハ管轄裁判所アルモ其ノ裁判所ニ於テ審判ヲ爲スコトヲ得ザル爲、裁判ニ依リ特ニ管轄裁判所ヲ定ムル場合ナリ。管轄指定ノ裁判ヲ爲スベキ場合次ノ如シ。

（イ）　裁判所ノ管轄區域明確ナラザル爲、管轄裁判所ノ定ラザルトキ（一四第一號）。

（ロ）　管轄違ヲ言渡シタル確定裁判アリタル事件ニ付、他ニ管轄裁判所ナキトキ（一四第二號）。

（ハ）　法律ニ依ル管轄裁判所ナキトキ又ハ之ヲ知ルコト能ハザルトキ（一五）。

（2）　管轄指定ノ請求

管轄ノ指定ハ、檢事ノ請求ニ依リテ之ヲ爲ス。二個ノ場合アリ。

（イ）　第十四條ノ場合（以上（イ）（ロ））ニ於テハ、檢事ハ關係アル第一審裁判所ニ共通スル直近上級裁判所ニ對シ、管轄指定ノ請求ヲ爲スベキモノナリ。

（ロ）　第十五條ノ場合（以上（ハ））ニ於テハ、大審院ニ對シ檢事總長ヨリ其ノ請求ヲ爲スモノトス（一五）。

（二）　管轄ノ移轉

（1）　管轄ノ移轉ハ現ニ管轄裁判所存在シ、其ノ裁判所ニ於テ審判ヲ爲スコトヲ得ルモ、特殊ノ事情ニ因リ他ノ裁判所ヲシテ審判ヲ爲サシムル場合是ナリ。管轄移轉ノ裁判ヲ爲ス場合次ノ如シ。

（イ）　裁判不能ノ爲ノ移轉

管轄裁判所又ハ他ヲ代理スル區裁判所（構一三第二項）ニ於テ、法律上ノ理由（判事ノ除斥、忌避等）又ハ特別ノ事情（判事轉任、病氣又ハ天災、事變等）ニ因リ、裁判權ヲ行フコト能ハザルトキ（一六第一項第一號）。

（ロ）　嫌疑ノ爲ノ移轉

被告人ノ地位、地方ノ民心、訴訟ノ狀況其ノ他ノ事情ニ因リ、裁判ノ公平ヲ維持スルコト能ハサル虞アルトキ（一六第二號）（一）。

一　治安維持法第三二條ニ於テモ、管轄移轉ノ規定ヲ爲シタリ。

（ハ）　公安ノ爲ノ移轉

犯罪ノ性質、被告人ノ地位、地方ノ民心其ノ他ノ事情ニ因リ、管轄裁判所ニ於テ審判ヲ爲ストキハ、公安ヲ害スル虞アリト認ムルトキ（一七）。例ヘバ一地方ニ於テ衆望ヲ有スル人ノ犯シタル政治上ノ犯罪ノ如シ(二)。

二　領事官ノ職務ニ關スル法律第一〇條ハ領事官ノ管轄ニ屬スル刑事事件ニ關シ、國交上必要アルトキハ、外務大臣ハ其ノ事件ヲ管轄スベカラザルコトヲ領事官ニ命ジ、且被告人ヲ內國ノ監獄ニ移送セシムルコトヲ得ルモノトス。此ノ場合ニ於テ、司法大臣ハ其ノ事件地方裁判所ノ權限ニ屬スベキモノナルトキハ、長崎控訴院檢事ヲシテ、裁判管轄指定ノ申請ヲ其ノ控訴院ニ爲サシメ、區裁判所ノ權限ニ屬スベキトキハ、長崎地方裁判所檢事ヲシテ其ノ申請ヲ其ノ地方裁判所ニ爲サシムルコトヲ規定ス。其ノ他法律第二條第四條ニモ此ノ種ノ規定存セリ。

（2）　管轄移轉ノ請求

管轄移轉モ亦請求ニ依ルベキモノナリ(三)。

（イ）　第十六條第一號及第二號ノ場合ニ於テハ、直近上級裁判所ニ請求ヲ爲スベキモノトス。第一號ノ場合ハ檢事之ヲ爲シ、第二號ノ場合ニハ檢事及被告人之ヲ爲スコトヲ得（一六第一、二號）。

（ロ）　第十七條ノ場合ニハ、檢事總長大審院ニ管轄移轉ノ請求ヲ爲スベキモノナリ（一七）。

三　判例ニ曰ク。被告事件ノ繫屬スル地方裁判所ノ所屬控訴院ノ管轄內ナル總テノ地方裁判所ニ、皆當該地方裁判所ニ於ケルト同一ナル管轄移轉ノ事由アル場合ニ於テ、管轄移轉ノ請求ニ付審判ヲ爲スベキ直近上級裁判所大審院ナリ。故ニ管轄移轉ノ請求ノ趣旨カ、右事由ヲ主張スルモノナルトキハ、其ノ請求事件ハ大審院ノ管轄ニ屬ス（昭和三年一二月二四日決定、集七卷七八八頁）。

（3）　管轄ノ指定及移轉ノ手續

（一）　管轄ノ指定又ハ移轉ノ請求ヲ爲スニハ、其ノ理由ヲ附シタル請求書ヲ管轄裁判所ニ差出スベキモノトス（一八）。檢事ヨリ此ノ請求書ヲ差出ストキハ、管轄裁判所ノ檢事ヲ經由セザルベカラズ（一八第二項）。管轄裁判所ハ其ノ請求ニ付、檢事ノ意見ヲ聽キ決定ヲ爲スベキモノトス（二二三）。而シテ、豫審又ハ公判ニ繫屬スル事件ニ付、其ノ請求ヲ爲シタルトキハ、速ニ其ノ旨ヲ裁判所ニ通知セザルベカラズ（一九）。

（二）　嫌疑ノ爲ノ移轉ノ請求（一六第一項第二號）ヲ爲シタル場合ニ於テハ、速ニ請求書ノ謄本ヲ被告人ニ交付スベシ（二〇第一項）。被告人ハ其ノ謄本ノ交付ヲ受タケル日ヨリ、三日內ニ管轄裁判所ニ意見書ヲ差出スコトヲ得（二〇第二項）。

（三）　被告人、管轄移轉ノ請求書ヲ差出スニハ、事件ノ繫屬スル裁判所ヲ經由スルコトヲ要ス（二一第一項）。裁判所ハ其ノ請求書ヲ速ニ其ノ裁判所ノ檢事ニ送付シ（二一第二項）、檢事ハ

請求書ニ意見ヲ添ヘ速ニ之ヲ管轄裁判所ノ檢事ニ送付スルモノトス(二一一第三項)。

(四) 管轄ノ指定又ハ移轉ノ請求ハ、起訴前之ヲ爲ス場合ト、起訴後ニ之ヲ爲ス場合トアリ、起訴後卽チ豫審又ハ公判ニ繫屬スル事件ニ付請求アリタルトキハ、急速ヲ要スル場合ノ外決定アル迄訴訟手續ヲ停止スベキモノトス(二一二)。

第五節 共助

一 法律上ノ共助

裁判所ハ事件ノ審判ニ必要ナル行爲ヲ行フニ該リ、他ノ裁判機關ニ囑託スルヲ以テ便宜ト爲ス場合アリ。之ヲ法律上ノ共同ト謂フ。共助ハ裁判所構成法、刑事訴訟法、司法事務共助法(明治四十四年法律第五十二號)等ニ之ヲ規定セリ。

法律上ノ輔助ハ、特別ノ規定アル場合ノ外、區裁判所ニ囑託スルモノトス(構一三一)。檢事局モ亦相互ニ輔助ヲ爲シ(構一三二)、裁判所書記ニ付亦同シ(構一三三)。

二 刑事訴訟法ノ共助次ノ如シ。

(一) 通常裁判所間ノ共助

裁判所及豫審判事ハ、訴訟行爲卽チ勾引(九四)、押收搜索(一五四)、檢證(一七八)、證人及鑑定人ノ訊問(二一二、二二八)等是ナリ。

(二) 通常裁判所ト他ノ官署間ノ共助

(イ) 此ノ囑託ヲ受クベキ裁判所ハ、豫審判事若ハ區裁判所判事又ハ法令ニ依リ特別ニ裁判權ヲ有スル官署(朝鮮、臺灣、關東州、南洋諸島ノ裁判所、領事裁判所、軍法會議等)ナリ。勾引ノ囑託ハ、檢事又ハ司法警察官ニモ之ヲ爲スコトヲ得(九四、一五四、一七八、二一二、二二八)。

(ロ) 受託官署ハ、更ニ之ヲ受託ノ權限アル官署ニ轉囑スルコトヲ得。但シ、司法警察官ニ對シ、轉囑ヲ爲スコトヲ得ズ(九四第二、三項但書)。

三 通常裁判所ト特別裁判所間ノ共助

(一) 內地、樺太、朝鮮、臺灣、關東州、南洋諸島及帝國ノ領事裁判權ヲ行フ地域ニ於ケル司法官廳間ニハ、訴訟書類ノ送達、證據調、令狀ノ發布及執行、犯罪ノ搜查、判決ノ執行(死刑ヲ除ク)ヲ囑託スルコトヲ得(司法事務共助法一、二)。

(二) 又本法ニ依レバ、通常裁判所ハ特別裁判所ニ對シ、前記一、二項ニ記載シタル事項ニ付之ヲ囑託スルコトヲ得(九四、一五四、一七八、二一二、二二八)。

通常裁判所ガ行政官廳ニ對シ、囑託ヲ爲シ得ル事項ハ鑑定(二三〇)讎譯(二三五)外國ニ駐在ス

ル大使、公使若ハ領事ニ囑託シテ爲ス送達（八〇、民訴一七五）。巡査憲兵卒其ノ他兵力ノ使用（明治一四年太政官達第八二號）等是ナリ。

四　國際間ノ共助

（一）　我國ノ裁判權ハ、他國ノ領土ニ及バザルヲ原則トス。然レドモ、各國ハ互ニ其ノ訴訟手續ニ付、共助ヲ爲スニ依リ利益ヲ收ムルモノナリ。是レ國際共助ノ存スル所以ナリ。

（二）　外國ニ於テ爲スベキ送達ハ、其ノ國ノ管轄官廳ニ囑託シテ之ヲ爲ス（八〇、民訴一七五、一七六）。

其ノ他ノ共助中重ナルモノハ（一）犯人引渡（明治二〇年勅令第四〇號逃亡犯罪人引渡條例）。（二）書類ノ送達及證據調ニ關シテハ外國裁判所ノ囑託ニ依ル共助法（明治三八年法律第六三號、明治四五年法律第七號）。（三）外國艦船乘組員ノ逮捕留置ニ關スル援助法（明治三二年法律第六八號）。（四）共產インターナショナルニ對スル日獨伊防共協定（昭和一二年一一月六日成立）。（五）日滿司法事務共助法（昭和一三年三月二六日）等アリ。

第二章　訴訟當事者（訴訟關係人）

第一節　總說

一　當事者ノ觀念

糺問主義ニ於テハ、訴訟上ノ作用及處分權ハ裁判機關ニ歸屬シ、裁判官ノミ訴訟主體ニ過ギズ。被告人ハ單ナル證據方法ニシテ、固ヨリ當事者タル觀念ヲ認メズ。彈劾主義ヲ採ルニ依リ、始メテ裁判官及當事者ノ三個ノ訴訟主體ヲ認メラルル。

刑事訴訟法ハ、往時ノ彈劾主義ト中世ノ糺問主義トヲ折衷シタル、檢事ノ制度（Ministere public, Staatsanwaltschaft）ヲ認メタリ。卽チ公訴ハ、檢事之ヲ提起シ且實行セザルベカラズ（二七八）。之ヲ國家公訴權ノ原則（Grundsatz der Staatsanklage, Anklagemonopol der Staatsanwaltschaft）ト稱ス。

二　當事者ノ平等

攻擊ノ立場ニ在ル檢事ト、防禦ノ主體タル被告人トハ相對立シ、訴訟上ノ地位ハ平等ナリ。之ヲ當事者平等ノ原則（Grundsatz der Waffengleichheit）ト稱ス。本法ハ公訴ニ關シテハ、檢事及被告

人ヲ當事者ト稱セザルモ、其ノ地位民事訴訟法ニ於ケル原告及被告ノ地位ト異ナルモノニ非ズ。故ニ、其ノ一方ニ對シ他方ヲ對手人ト謂フ(四二四、四二六)。只、檢事ハ當事者タル地位ノ外、公益ノ代表者タル資格ヲ以テ訴訟ニ關與スルガ故ニ、被告人ト比較シ幾多ノ權力ト便宜トヲ付與セラル(例ヘバ三〇三第二項)ルモ、被告人ニ付テハ辯護人制度ヲ認メタルヲ以テ、當事者不對等主義ニ非ザルコト言ヲ待タズ(一)。

一 板倉博士ハ當事者不對等主義ナリト說ク(刑事訴訟法大綱二一頁)。

三 訴訟關係人

刑事訴訟法中、特ニ訴訟關係人ナル語アリ(四八第三項、五三)。茲ニ訴訟關係人トハ、當事者ノ外訴訟ニ關與スル者ノ總稱ニシテ、卽チ辯護人、輔佐人、代理人及私訴當事者是ナリ。又法文ハ單ニ檢事、被告人又ハ私訴當事者ト列擧スル場合アリ(二五)。此ノ場合ニ於テハ、辯護人、輔佐人ハ被告人ノ爲スベキ訴訟行爲ヲ爲スモノナルガ故ニ(四六、四七第二項)、右列擧中ニ自ラ包含スルモノト稱スベキナリ。又法文ハ特ニ被告人ノ外辯護人及輔佐人ヲ列擧スル場合アリ(三二〇第二項)。

第二節 檢事

第一 檢事局

一 檢事局

裁判所ハ天皇ノ名ニ於テ司法權ヲ行フ憲法上ノ機關(憲五七)ナルモ、檢事局(Staatsanwaltschaft)ハ檢察事務ヲ取扱フ裁判所構成法上ノ官廳ナリ。檢事局ハ各裁判所ニ附置セラレ(構六第一項)、相應スル員數ノ檢事(Staatsanwalt)ヲ配置ス(構七)。

二 檢事局ノ管轄

(一) 檢事局ノ管轄區域ハ、其ノ附置セラレタル裁判所ノ管轄區域ト同一ナリ(構六第三項)。從テ地域ニ關スル職務管轄ハ、其ノ裁判所ノ管轄ニ從フベキモノナリ。然レドモ、搜査ニ付テハ、事實發見ノ爲必要アルトキハ、管轄區域外ニ於テモ職務ヲ行フコトヲ得ベシ(二五二、一一第一項)。

(二) 事物管轄ニ付、判例ニ曰ク。犯罪搜査權ハ檢事ニ共通ノモノナレバ、何レノ檢事モ齊シク此ノ職務權ヲ遂行シ得ベシ。苟モ、檢事局ガ犯罪事件ニ付、土地ニ關スル管轄ヲ有スル以上ハ、起訴ノ前後ヲ問ハズ、又事件ガ何レノ審級ノ裁判所ニ繫屬スルモ、其ノ事件ニ付搜査權ヲ行使スルヲ得ルモノトス(大正四年七月二八日判決、錄第二一輯第八六六頁)。故ニ、事物管轄ニ關シ、搜査ニ就テハ制限ナキモノト解ス。又檢事局ガ地域管轄ヲ超エテ爲シタル搜査ノ效力

如何ニ付テハ、裁判所ノ管轄ノ效力ト同樣ニ解スベキモノナリ。

三　檢事ノ代理

（一）　**判事ノ檢事代理**　檢事局ニ於テ、檢事悉ク差支アリテ或事件ヲ取扱フコトヲ得ザルトキハ、裁判所長又ハ區裁判所ニ於テ、判事若ハ監督判事ハ其ノ事件猶豫スベカラザルニ於テハ、判事ニ檢事ノ代理ヲ命ジ其ノ事件ヲ取扱ハシムルコトヲ得（構六第五項）（一）。

一　判事ハ檢事ノ代理ヲ爲ス場合アルモ、檢事ハ如何ナル場合ニ於テモ、判事ノ代理ヲ爲スコトヲ得ズ（構八一）。

（二）　**其ノ他ノ檢事代理**　尙區裁判所檢事局ニ於テハ、檢事ノ事務ハ其ノ他ノ警察官、憲兵將校下士又ハ林務官之ヲ取扱フコトヲ得。又司法大臣ハ適當ナル場合ニ於テハ、區裁判所判事試補又ハ市町村ノ長ヲシテ、檢事ヲ代理セシムルコトヲ得（構一八）（一）。

一　裁判所構成法第一八條第二項ニ依リ、檢事ノ事務ヲ取扱フ警察官ハ、有效ニ公訴ノ提起ヲ爲スノ權限ヲ有スルモノトス（昭和八年一一月二七日判決、集一二卷二〇八六頁）。

（三）　**檢事局ノ組織**　合議裁判所ノ檢事局ニハ、各長官ヲ置ク。卽チ地方裁判所檢事局ニハ檢事正（構三三）、控訴院檢事局ニハ檢事長（構四二）、大審院檢事局ニハ檢事總長（構五六）是ナリ。長官ハ、檢事局ノ事務取扱ヲ分配指揮及監督スル順序ニ從ヒ、其ノ上官ノ命令ニ從フ（構八二、一三五、第六、七、八號）。故ニ、檢事ハ上下ノ間ニ常ニ命令服從ノ關係ニ在ルモノナリ。

第二　檢事ノ地位

一　檢事ノ身分保障　檢事ハ其ノ上官ノ命令ニ從フ（構八二）、又檢事ハ判事ト異ナリ、身分ノ保障（憲五八、構六七、七八）ナシ。只刑法ノ宣告又ハ懲戒ノ處分ニ由ルニ非ザレバ、其ノ意ニ反シテ免職セラルルコトナシ（構八〇）。從テ、實際ノ取扱例ハ判事ト同一ニ解シテ可ナリ。

二　檢事ト裁判事務　檢事ハ裁判所ニ對シ、獨立シテ其ノ職務ヲ行フ（構六第三項）ト同時ニ、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ズ（構八一）。

三　檢事ハ同一體ナリ　檢事ハ一方ニ於テハ、其ノ上官ノ命令ニ從フモノナルガ故ニ、司法大臣、檢事總長、檢事長及檢事正ノ指揮監督ヲ受クルモノトス（構一三五、五六、四二、三三）。卽チ、合議制ニ非ズシテ獨裁的（Monokratische）ニ組織セラル。之ト同時ニ他方ニ於テハ、檢事總長、檢事長、檢事正ハ、其ノ管轄區域內ノ檢事ノ職務ヲ、自ラ行ヒ（構八三第一項）、又ハ或ル檢事ノ事務ヲ他ノ檢事ニ移スコトヲ得（構八三第二項）。講學上、前者ヲ職務承繼權（Devolutionsrecht）ト稱ヒ、後者ヲ職務移行權（Substitutivesrecht）ト稱ス。故ニ、檢事ハ全國ニ亘リテ一體ニシテ不可分ナル組織體ヲ爲スモノト謂フベシ。檢事同一體ノ原則（Junite et la subordination du ministere

public, Einheitlichkeit und Unteilbarkeit der Staatsanwaltschaft) 是ナリ。

第三　檢事ノ職務

（一）檢事ハ、通常裁判所ノ裁判權ニ屬スル刑事事件ニ付、刑罰請求權ヲ實行スル國家機關ナリ。之ヲ詳言スレバ、檢事ハ、（イ）刑事事件ニ付公訴ヲ提起シ、其ノ取扱上必要ナル手續ヲ爲シ、（ロ）公判ニ於テハ法律ノ正當ナル適用ヲ請求シ、（ハ）裁判ノ執行ヲ爲スモノナリ。（ニ）又民事事件ニ付テモ必要ナリト認ムルトキハ、通知ヲ求メ其ノ意見ヲ述ブルコトヲ得。（ホ）更ニ又裁判所ニ屬シ若ハ之ニ關スル司法及行政事件ニ付、公益ノ代表者トシテ法律上其ノ職權ニ屬スル監督事務ヲ行フ（構六）。

（二）刑罰請求權ヲ實行スル國家機關トシテノ檢事ノ職務ハ

（1）公訴ノ準備　公訴提起ノ前提トシテ爲ス犯罪ノ搜査ナリ、卽チ『檢事犯罪アリト思料スルトキハ、犯人及證據ヲ搜査スベシ』（二四六）トノ規定是ナリ。

（2）公訴ノ提起　公訴ノ提起ハ、公訴權ノ發動ニシテ刑事訴訟ヲ開始スル要件ナリ（二七八）。檢事ハ、犯罪アレバ必ズ公訴ヲ提起スベキモノニ非ズ。卽チ、犯人ノ性格、年齡及境遇竝犯罪ノ情狀及犯罪後ノ情況ニ因リ、訴追ヲ必要トセザルトキハ、公訴ヲ提起セザルコトヲ得（二七九）。是レ本法ハ、公訴ニ關シ合法主義ヲ排シテ、便宜主義ヲ採リタル所以ナリ。（緒論第五章第一ノ三參照）

（3）公訴ノ實行　檢事ハ、公訴提起後ニ於テモ、公訴ヲ維持スベキヤ否ヲ決スル爲搜査ヲ繼續スル場合アリ。豫審ニ於テハ、豫審判事ニ對シ必要ナル取調ヲ請求スル場合（三〇七）アリ。豫審又ハ公判ニ於テ、法律ニ定メダル諸般ノ處分ニ立會フ場合（三〇二、一五九）。公判ニ於テハ被告事件ノ陳述（三四五）及證據調終了シタルトキハ、事實及法律ノ適用ニ付意見ノ陳述（三四九第一項）ヲ爲ス等是レ皆公訴ノ實行ナリ。其ノ他公訴ノ取消（二九二）又ハ上訴ヲ爲ス（三七六）等ハ何レモ公訴ノ繼續ナリ。

檢事ハ公訴權ノ實行ニ付、國家機關ニシテ其ノ主體ニ非ズ。從テ、豫メ公訴ヲ拋棄スルコトヲ得ズ。一旦提起シタル公訴ハ之ヲ取消スコトヲ得ルモ、其ノ時期ニ制限アリ（二九二）。又上訴ノ拋棄又ハ取下ヲ爲スコトヲ得（三八二）。

（三）法律ノ正當ナル適用ノ請求　檢事ハ、裁判所構成法ノ規定ニ依リ、法律ノ正當ナル適用ヲ請求スルノ職務（構六第一項）ヲ有ス。從テ、事實眞相發見ノ爲、公平ナル意見ヲ述ブル義務アリ。卽チ、檢事ハ當事者トシテ一面ニ於テ攻擊ノ地位ニ立チ、被告人ノ不利益ナル事實ヲ觀察スルト同時ニ、他面ニハ公益ノ代表者トシテ被告人ノ利益ヲ考慮スルコトヲ要ス。故ニ、被告人ノ爲ニ上訴ヲ爲シ（四〇三。四五二）、再審ノ請求（四九二）又ハ非常

上告ノ申立(五一六)ヲ爲ス場合アリ。

(四) 裁判ノ執行指揮　檢事ハ、公訴權ヲ實行スルノ外、裁判ノ執行ヲ指揮スル職權ヲ有ス(五三五)。勾引及勾留ニ關スル執行ノ指揮亦同ジ(一〇〇)。

(五) 公益ノ代表者トシテ民事ニ關スル職務

(1) 司法官廳ニ對シ、起リタル民事ノ訴訟ニ於テハ、其ノ訴訟ヲ受ケタル裁判所ノ檢事局ハ、司法官廳ヲ代表ス(構一四三)。

(2) 特定ノ民事事件又ハ非訟事件ニ付、意見ヲ述ベ又ハ其ノ手續ニ立會フコトヲ得(人事訴訟手續法五、二六、三九、六三、四五、五九、六七、七四、非訟事件手續法一五)。

(3) 民事訴訟ニ於テ、檢事ハ原告又ハ被告ト爲ル場合アリ(人事訴訟手續法二第三項、九、二六、三九、五九、六六、六七、七五八、七八〇、八九七)。

(4) 民事事件ニ關シ請求ヲ爲スノ權アリ。次ノ如シ。

失踪者ノ財產管理及處分ノ請求(民二五)。財團法人ノ名稱等ヲ定ムル請求(民四〇)。法人假理事ノ選任ノ請求(民五六)。法人ノ算算人選任ノ請求(民七五)。法人ノ清算人解任ノ請求(民七六)。財產管理者ノ選任ノ請求(民八九二)。親族會招集ノ請求(民九四四)等ナリ。

第四　檢事ノ補助機關

一　司法警察官(一)

(一) 司法警察官(Officier de police judiciaire)ノ制度ハ、檢事ノ制度ト共ニ其ノ源ヲ佛國ニ發シタルモノナリ。犯罪搜査ノ機關ニ檢事ノ外、司法警察官アリ(構八四)。司法警察官ハ、檢事ノ職務上其ノ檢事局管轄區域內ニ於テ、發シタル命令及其ノ檢事ノ上官ノ發シタル命令ニ從フモノニシテ、檢事ノ補助機關ナリ。而シテ、司法行政ノ監督下ニ屬スルモノナリ(構一三七)。刑事訴訟法ハ、檢事及司法警察官ハ事實發見ノ爲必要アルトキハ、管轄區域外ニ於テ犯罪搜査ニ付職務ヲ行フコトヲ得(一五二、一一第一項)ル旨ヲ規定シタリ。

一　司法警察官ハ檢事ノ補助機關ナルモ、本來內務行政ニ屬スル官吏ナリ。從テ、一面ニ於テハ內務行政ノ警察事務ヲ取扱フト同時ニ、他面ニハ司法警察官吏トシテ、犯罪搜査ノ職務ヲ執リ、檢事ノ補助機關トシテ司法行政ニ屬スル事務ヲ見ル。故ニ、其ノ監督權兩面ニ在ルヲ以テ、犯罪搜査ニ就テモ心ズシモ完全セリト謂フコトヲ得ズ。是レ、近時檢事局專屬ノ司法警察官吏ノ設置問題ガ叫バルル所以ナリ。

(二) 種類　刑事訴訟法ニ於ケル司法警察官吏次ノ如シ。

(1) 警視總監、地方長官(東京府知事ヲ除ク)及憲兵司令官ハ、各其ノ管轄區域內ニ於テ、司法警察官トシテ犯罪ヲ搜査スルニ付、地方裁判所檢事ト同一ノ權ヲ有ス(二四七)。故ニ、他ノ司法警察官吏ニ對シ、地方裁判所檢事ト同等ニ指揮命令ヲ爲スコトヲ得ベシ。

（2）左ニ掲グル者ハ、檢事ノ輔佐トシテ其ノ指揮ヲ受ケ、司法警察官トシテ犯罪ノ捜査ヲ爲スモノトス（二四八）。

一　廳府縣ノ警察官

二　憲兵ノ將校、准士官及下士（一）

（3）左ニ掲グル者ハ檢事又ハ司法警察官ノ命令ヲ受ケ、司法警察吏トシテ捜査ノ補助ヲ爲スモノナリ（二四九）。

一　巡　査

二　憲兵卒

（4）前三項ニ掲グル者ノ外、勅令ヲ以テ司法警察官吏トシテ定メラレタル者（二五〇、大正一二年勅令第五二八號、改正昭和一二年勅令第三〇三號）。又森林、鐵道其ノ他特別ノ事項ニ付司法警察官吏ノ職務ヲ行フベキ者及其ノ職務ノ範圍ハ、勅令ヲ以テ之ヲ定ム（二五一）。尙、間接國稅犯則者處分法ニ依リ、稅務官吏モ亦捜査ヲ行フモノトス。

二　憲　兵

憲兵ハ原則トシテ、軍人ノ犯罪事件ニ付捜査ヲ爲スモノナリ。然レドモ一般犯罪ニ對シテモ捜査權ヲ有ス。而シテ、憲兵ハ階級ニ從ヒ其ノ捜査權ニモ程度ノ差アリ。次ノ如シ。

（一）憲兵司令官　ハ警視總監、地方長官ト同ジク、各其ノ管轄區域内ニ於テ、司法警察官トシテ犯罪捜査ニ付地方裁判所檢事ト同一ノ權ヲ有ス（二四七）。

（二）憲兵ノ將校、准士官及下士　ハ檢事ノ輔佐トシテ其ノ指揮ヲ受ケ、司法警察官トシテ犯罪ノ捜査ヲ爲ス（二四八第二號、構八四第一項）。

（三）憲兵卒　ハ檢事又ハ司法警察官ノ命令ヲ受ケ、司法警察吏トシテ捜査ノ補助ヲ爲ス（二四九第二號）。又憲兵卒ハ勾引狀、勾留狀ノ執行（一〇〇）及現行犯人ノ逮捕、受取、引致（一二四第三號、一二六）ノ職務ヲ有ス。

第三節　被告人

一　意義

被告人（Angeschuldigter, Angeklagter）トハ、檢事ヨリ犯罪者トシテ公訴ヲ提起セラレタル者ヲ謂フ。故ニ被告人ハ防禦ノ主體トシテ檢事ノ對手人ナリ。又事實認定ノ資料タル物體ヲ證據方法ナリト解スルトキハ、被告人モ亦證人、鑑定人ト同ジク事實認定ノ資料ト爲ルガ故ニ、之ヲ證據方法ナリト謂フコトヲ得ベシ。然レドモ刑事訴訟法ハ、被告人ニ專ラ當事者タル地位ヲ認メ、證據方法タルノ地位ヲ認メタルモノニ非ズ。

二　被疑者

現行刑事訴訟法ハ、被告人ト被疑者(Beschuldigter)トヲ區別シタリ(五六)。被疑者トハ、犯罪ノ嫌疑者トシテ取調ヲ受クルモ、未ダ起訴セラレザル者ニシテ(五六、一二九)。被告人トハ、公訴提起ニ因リ訴訟ノ當事者ト爲リタル者ヲ謂フ(三九、八三、二八〇、二九一等)。故ニ起訴前ハ被疑者ニシテ、起訴後ハ被告人ト爲ル。

三　當事者能力

本法ハ、被告人ノ當事者能力(parteifähigkeit)ニ關シテハ何等規定スルトコロナシ。從テ自然人ハ總テ當事者能力ヲ有ス(一)。是レ民事訴訟法ト異ナルトコロナリ。本法ハ、幼者、心神喪失者ト雖、訴訟行爲ヲ爲シ得ルモノニシテ、當事者能力ヲ有スルモノト爲セリ(三三五)。第三百五十二條ニ於テ、被告人心神喪失ノ狀態ニ在ルトキハ其ノ狀態ノ繼續スル間、公判手續ヲ停止スル旨ノ規定アルモ、其ノ停止前ノ被告人ノ行爲ハ訴訟法上有效ナリ。從テ同條事實上訴訟ノ進行ヲ爲スベカラズト謂フニ過ギズ(二一一、三)。

一　當事者能力トハ訴訟上當事者トシテ訴訟行爲ヲ爲シ得ル能力ヲ謂フ。卽チ訴訟法上ノ權利能力又ハ人格ナリ。從テ自然人ノ當事者能力ハ出生ニ始マリ死亡ニ終ル。

訴訟能力(prozessfähigkeit)トハ、訴訟當事者トシテ自ラ訴訟ヲ遂行シ得ル能力ナリ。當事者能力ハ當事者トシテ、自ラ其ノ訴訟ヲ遂行シ得ルニ必要ナル能力ナリ。訴訟ノ主體ト爲ルニ必要ナル能力ナルニ對シ、訴訟能力ハ當事者トシテ

二　板倉博士ハ、一定ノ意思ヲ決定スルノ能力ト、其ノ決定意思ヲ發表スルノ能力トヲ有スルモノナラバ、刑事訴訟法ニ於ケル訴訟行爲ノ能力者ナリト(第二五五頁)。事理ノ辨別ナキ幼者、白痴癲癇ノ如キハ無能力ナリト(第二五八頁)。

三　裁判所ハ審理ノ結果、責任無能力者ト認メタルトキハ、豫審ニ於テハ免訴ノ豫審終結決定(三一三)又ハ公判ニ於テハ無罪ノ判決(三六二)ヲ爲スベキモノトス。被告人ガ心神喪失ノ狀態ニ在ルトキハ、公判手續ヲ停止スベキモノナリ。但シ、無罪、免訴、刑ノ免除又ハ公訴棄却ノ裁判ヲ爲スベキ事由明白ナル場合ニ於テハ、被告人ノ出頭ヲ待タズシテ、其ノ裁判ヲ爲シ得ルモノナリ(三五二第一項)。被告人出頭シタル場合モ亦同樣ニ解スベシ。

四　責任能力

當事者能力ト責任能力(Zurechnungsfähigkeit)トハ之ヲ區別セザルベカラズ。當事者能力トハ有效ニ訴訟行爲ヲ爲シ得ベキ所謂資格ナリ。此ノ資格ヲ行爲者適格(Handlungslegitimation)ト謂フ。責任能力トハ、犯罪成立ノ要素ニシテ刑罰能力又ハ刑罰適應性ヲ謂フ。故ニ責任能力ナキ者ニ對シ公訴提起アリタル場合ニ於テモ、尙訴訟當事者トシテ訴訟關係成立シ、判決ヲ爲サザルベカラズ。被告人訴訟能力ヲ有セザルトキハ、訴訟ノ當事者タルコトヲ得ルモ、有效ニ訴訟行爲ヲ爲シ能ハザルモノナリ。故ニ此ノ場合ハ訴訟手續ヲ中止スベキモノナリ(三五二)。

五　意思能力

心神喪失者、心神耗弱者、瘖啞者及幼者等ノ例ヲ用キザル罪ニ該ル事件ニ付、被告人意思能力

(Willensfähigkeit)ヲ有セザルトキハ、其ノ法定代理人訴訟行爲ニ付之ヲ代表スルモノナリ(三七)。茲ニ意思能力トハ、以上列擧以外ノ障礙ニシテ意思作用ニ重大ナル缺陷アル場合ナリト解ス。卽チ自己ノ行爲ノ結果ヲ判斷シ得ル心理上ノ能力ナリ。

六　法人ノ代表者

被告人法人ナルトキハ、其ノ代表者訴訟行爲ニ付之ヲ代表ス(三六)ト規定シタルヲ以テ、法人ハ凡テ當事者能力ヲ有スルモノト解スベキナリ。尙、附則第六百十九條ニ、本法施行前法人ヲ處罰スベキモノトシテ、其ノ代表者ヲ被告人ト爲シタル事件ニ付テハ、本法施行ノ日ヨリ法人ヲ被告人トス。トアルヲ觀テ明ナリ。

數人共同シテ法人ヲ代表スル場合ト雖、訴訟行爲ニ付テハ各自之ヲ代表スルモノナリ(三六第二項)(一)。法人ハ其ノ代表者ニ依リテ代表セラルルモノ、當事者能力ヲ有スルガ故ニ判決ニハ法人ヲ被告人トシテ表示スベキモノナリ。

一　法人ニ訴訟能力アリヤ否ニ付學說上議論アリ。然レドモ第三六條ノ規定ニ觀ルトキハ、法人ニハ訴訟能力ヲ否定シタルモノト解スルヲ妥當トス(同說安平氏第一七六頁)。

七　法人ニ代表者ナキ場合

法人ニ代表者ナキ場合又ハ意思無能力者ガ法定代理人ナキ場合ニ於テハ、裁判所ハ檢事ノ請求ニ因リ又ハ職權ヲ以テ、特別代理人ヲ選任スルコトヲ要ス(三八第一項)。特別代理人ハ、被告人ヲ代表シテ訴訟行爲ヲ爲ス者アルニ至ル迄其ノ任務ヲ行フ(三八第二項)。裁判所ガ訴訟行爲ヲ爲スベキ代表者ヲ指定シタルトキハ、特別代理人ハ茲ニ解任セラル。

八　共同被告人

同一ノ訴訟ニ於テ數人ガ同時ニ被告人ナルトキハ、之ヲ共同被告人(Mitbeschuldigter)ト稱ス(一八六第二項、三三八第四項、三三九第二項、四五一)。同一訴訟ニ於テ數人ガ同時ニ被告人トナルハ、共犯ノ場合アリ又ハ起訴ノ際併合ニ依ル場合アリ、或ハ審理ヲ併合スル場合アリテ、必ズシモ主觀的又ハ客觀的ニ牽連關係ヲ有スル被告人タルコトヲ要スルモノニ非ズ。刑事訴訟法ハ民事訴訟法(五九乃至六二、一三二、二二七)ノ如キ要件ヲ定ムルトコロナク、專ラ便宜ニ從フベキモノト爲セリ。

九　被告人ト訴訟立會

被告人ハ訴訟ノ當事者トシテ、訴訟手續ノ全體ニ關與スルノ權ヲ有スルモ、豫審及公判ヲ通ジテ常ニ必ズシモ同一ニ非ズ。豫審ハ公判ノ準備ニシテ被告事件ヲ公判ニ付スベキヤ否ヲ決スル爲、訴訟材料ヲ蒐集スルヲ以テ目的ト爲スガ故ニ、其ノ證人ノ取調ノ如キモ被告人ノ立會ヲ要スルモノニ非ズ。之ニ反シ公判ハ當事者ノ辯論ヲ聽キ判斷ヲ爲スモノニシテ、證人、鑑定人ノ取調等悉

ク被告人ノ立會ヲ要シ、其ノ各個ノ證據ニ付被告人ノ意見ヲ求メザルベカラズ(三四七)。是レ豫審ト公判トノ組織相異ナルガ爲ニシテ、當事者タル地位ヲ否定シタル趣旨ニ非ズ。

十　辯護人、輔佐人及代理人制度

刑事訴訟法ハ、被告人ノ正當ナル利益、卽チ訴訟手續上不當ニ不利益ヲ被ムルコトヲ擁護スル爲、一般的ニ辯護及輔佐ノ制度ヲ設ケ又特ニ必要アル場合ニ於テハ代理ノ制度ヲ設ケタリ。

第四節　辯護人

第一　總說

一　意義

實體的眞實發見ヲ主義トスル刑事訴訟法ニ於テハ、審判ノ職ニ在ル裁判所ハ被告人ノ利益ヲ擁護スベキハ勿論(三四七第二項)、公訴權實行ノ職ニ在ル檢事モ亦被告人ノ利益ニ付考慮スベキモノナリ。故ニ現行法ノ下ニ於テハ、一面ニ於テ刑罰權ノ實行ニ依リ攻擊ノ方法ヲ講ズルト同時ニ他面ニ於テハ各訴訟主體ノ協力ニ依リ實質的辯護ノ實ヲ擧ゲ眞實發見ノ目的ヲ達成スベキコトニ勉メタリ。然レドモ實體的眞實發見ヲ主義トスルト同時ニ　他方ニ於テハ彈劾主義ヲ採リタル結果、當事者相對立シ、原告官タル檢事ハ攻擊ノ地位ニ立テ公訴ヲ維持スベキハ自ラ明ナリ。被告人ハ之ニ對抗スベキ機關ヲ以テ防禦スルノ途ナクンバ、公平ヲ保ツコト能ハザルベシ。被告人ハ防禦權ヲ有スルモ訴訟手續ノ行使ト其ノ效果トヲ知ラズ、又身體、通信或ハ接見ノ自由ヲ制限セラルル爲、强力ナル職權ヲ有スル檢事ニ其ノ實力ノ及バザルコト遙カニ遠シト謂ハザルベカラズ。故ニ訴訟ニ熟達シテ檢事ニ對抗スル機關ヲ設ケ辯護ノ方法ヲ講セザルベカラズ。是レ刑事辯護制度ノ存スル所以ナリ(一)。

一　富田山壽『刑事辯護論』(京都法學第三卷第六、七、九、一一號)。小野清一郎『公設辯護人の制度に就て』(法學志林第二七卷第三號)。

二　辯護權

公訴ノ攻擊ニ對スル防禦權ヲ、辯護權(Recht auf Verteidigung)ト稱ス。辯護權ニ二種アリ。其ノ一ヲ實質的辯護權トシ、其ノ二ヲ形式的辯護權ト謂フ。實質的辯護權トハ、被告人ガ訴訟ニ於テ自己ノ正當ナル利益ヲ擁護スル爲、法律上許サレタル各種ノ權利ヲ謂フ。裁判所又ハ檢事ガ被告人ノ爲ニスル防禦行爲モ亦實質的辯護權ナリ。從テ一般ニ被告人ハ訴訟ニ於テ自己ニ不利益ナル證據ヲ提出スルノ義務ナク、又犯罪ノ承認タル自白ヲ爲スノ義務ナキコトハ論ヲ俟タズ。之ニ對シ形式的辯護トハ所謂辯護人制度ニ依ル辯護(Verteidigung)是ナリ。卽チ公訴權ノ實行ヲ職トスル訴追機關ノ攻擊ニ對抗シ、被告人ノ法律上正當ナル利益ヲ擁護スル職責ヲ有スル者ヲ辯護人

(Verteidiger)ト稱ス。以下論述セントスルトコロモ亦、此ノ形式的辯護ニ關スルモノナリ（一）。

一　豐島直通『辯護權の性質』（同氏遺稿集第四一三頁）。林博士ハ「代理權ヲ以テ原則トシ、固有權ヲ以テ例外トス（第二二七頁）。

三　辯護人ノ權利

辯護人ノ權利ニ關シテ見解分ル。學說上辯護人ノ被告人ニ對スル關係ヲ別チテ二種ト爲ス。其ノ一ヲ辯護人ノ固有權トシ、其ノ二ヲ辯護人ノ代理權トス。前者ハ、被告人ノ保護者タル關係ニ於テ辯護人ガ獨立シテ行フ固有ノ權利ナリ。後者ハ、被告人ノ代理人タル關係ニ於テ被告人ニ代リテ行フ權利ナリ。刑事訴訟法案理由書ニ『辯護人訴訟行爲ヲ爲スニハ、被告人ノ意思ニ依ルベキヲ原則トシ、別段ノ明文アル場合ニ於テハ、例外トシテ獨立シテ訴訟行爲ヲ爲シ得ルモノトス』ト說明シタリ（第三九頁）。是レ辯護人ニ代理權ト固有權トヲ認メタルモノナリ。

（一）學說ハ固有權ヲ更ニ二種ニ分チ、其ノ一ハ辯護人ノミ之ヲ有シ、被告人ハ之ヲ有セザル權利ナリ。之ヲ狹義ノ固有權ト稱ス。其ノ二ハ辯護人ガ被告人ト相互ニ重複シテ有スル權利ナリト爲ス。

惟フニ、代理權ナリヤ否ノ問題ハ辯護人ノ權利行使ノ場合ニ於テ、被告人ノ意思ニ因リ制限ヲ受クルヤ否ニ在リ。若夫レ代理權ノ觀念ヲ認ムルニ於テハ、其ノ制限ヲ受クベキモノト解セザルベカラズ。而シテ辯護人ハ第二十五條第二項（忌避ノ申立）、第三百七十九條（上訴申立）ノ如キ特別ノ制限アル場合ノ外ハ、辯護人ハ被告人ノ意思ニ依リテ制限ヲ受クルモノニ非スト解スベキモノト信ズ。其ノ辯護人ト被告人トノ委任關係ノ如キ內部ノ成立關係ハ、訴訟上毫モ影響ナキモノナリ。蓋、刑事訴訟法ガ第四十六條ニ於テ『辯護人ハ別段ノ規定アル場合ニ限リ獨立シテ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得』ト規定シタルハ、辯護人ガ被告人ノ有スル防禦方法ノ外ニ、別ニ獨立シテ有スル防禦方法アルコトヲ規定シタルモノト解スベキニ非ズヤ。果シテ然ラバ第四十六條ハ辯護人ノ本來ノ使命タル、獨立シテ有スル行爲ノ範圍ニ關スル問題ニシテ、辯護人ノ法律上ノ權利乃至其ノ本質ニ關スルモノニ非ズ。

（二）余ハ多數說ニ反シ、辯護人ノ訴訟上ノ地位ハ單ニ被告人ノ代理ト謂フガ如キ性質ノモノニ非ズシテ、被告人ノ法律上正當ナル利益擁護ヲ任務トスル、一種特殊ノ輔佐機關ナリト解ス。故ニ辯護權ハ公益的ノ性質ヲ有スルモノナリ。是レ私選ノ場合ト官選ノ場合トニ依リ、毫モ權利ノ消長ニ影響ナキ事實ニ鑑ミルモ亦明白ナリ。

四　辯護人制度ニ對スル批判

（一）辯護人ノ使命　辯護人ノ使命ハ、被告人ノ生命、身體、名譽、財產等凡ユル權益ノ擁護ヲ目的トスルモノニシテ、其ノ任務ノ重大ナルコト民事訴訟ニ於ケル代理人ノ比ニ非ズ。又辯

護人ハ、其ノ業務ノ性質ヨリ見ルトキハ醫師ト相通ズルモノアリト雖、醫師ノ如ク『開業ノ醫師ハ診察治療ノ需アル場合ニ於テ、正當ノ事由ナクシテ之ヲ拒ムコトヲ得ズ』(醫師法施行規則第九條ノ二第二項)トノ如キ規定存ゼザルガ故ニ、辯護人ハ關係人ノ委囑ヲ拒絶スルモ亦自由ナリ。從テ辯護人ハ其ノ性質被告人ノ人格、性行等ヲ調査ノ上、之ガ委囑ヲ受クベキヤ否ヲ決スルモ全ク任意ナリ。是レ辯護人制度ノ特異性ニシテ、確心ナキ事案ヲ敢テ引受ケザルモ亦自由ナル特權ヲ有スルモノナリ。

(二) 現行辯護士法(試補制度)　現行辯護士法ハ、昭和八年法律第五十三號ヲ以テ公布セラレ、昭和十一年四月一日ヨリ之ヲ實施セラル。而シテ舊法ト比較シ尤モ異ナル點ハ、一年六月ノ實務修習ヲ爲スベキ辯護士試補(Anwalt assessor)制度ノ規定ナリ。司法官試補制度ト比較スルモ洵ニ當然ニシテ、一大進歩ト謂ハザルベカラズ。然レドモ此ノ試補制度ハ、實施ト共ニ幾多ノ不便、不合理アリテ、將來必ズヤ改正セラルベキ運命ニ在ルモノナリ。今玆ニ試補制度ノ缺點ト將來改正セラルベキ點ヲ示唆スルノ要ナキモ、試補ハ其ノ司法官タルト辯護士タルトヲ問ハズ、之ヲ一元化シテ司法科試補ト爲シ(假名)以テ修習ハ國家ニ於テ凡テヲ擔當スベキモノト信ズ。而シテ修習期間滿了シタルトキハ、各々希望スルトコロニ從ヒ司法官ト爲シ辯護士ト爲スベキモノニ非ザルナキヤ。試補ノ實務修習ハ裁判所、檢事局ノ一般事務及辯護士會(Anwaltskammer)ニ於テ辯護士事務ノ三方面ノ修得(先輩ニ就テ)ヲ必要ト爲スベキモノトス。

(三) 辯護士ノ養成　裁判官ノ養成ニ就テハ、各國共ニ隆ニ研究セラレッツ在ルトコロナリ。而シテ刑事裁判官ハ其ノ必須ノ研究科目ヲ修ムルノ要アルガ故ニ、將來ハ必ズ民刑孰レカノ專門ノ部門ト爲サザルベカラズ。辯護士ノ養成ニ就テモ亦司法官ト同樣ニシテ大ニ研究スベキ餘地アルモノト解ス(一)。

一　法律家たるの適性に就て(司法資料第二四〇號)。獨逸に於ける試補養成上の諸問題(司法資料第二四四號)。

第二　辯護人ノ關與ト訴訟手續ノ範圍

一　辯護人ノ選任

被告人ハ公訴ノ提起アリタル後、何時ニテモ辯護人ヲ選任スルコトヲ得ベシ(三九第一項)。故ニ豫審ニ於テモ辯護人ハ訴訟ニ關與スルコトヲ得ルモノトス。

二　強制辯護ト任意辯護

(一) 公判ニ於テ死刑又ハ無期若ハ短期一年以上ノ懲役若ハ禁錮ニ該ル事件ニ付テハ、辯護人ナクシテ開廷スルコトヲ得ズ(三三四第一項)。此ノ場合ニ於テ辯護人出頭セザルトキ又ハ辯護人ノ選任ナキトキハ、裁判長ハ職權ヲ以テ辯護人ヲ選任スルコトヲ要ス(三三四第二項)。上告審ニ於テモ亦同樣ナリ(四三三)、之ヲ强制辯護ト稱ス。之ニ對シ被告人ノ選任シタルモノヲ(三九)任

辯護ト謂フ。

(二) 被告人ノ事情其ノ他必要ト認ムルトキハ、裁判所ハ檢事ノ意見ヲ聽キ辯護人ヲ選任スルコトヲ得。但シ、辯護人出頭セザルトキ又ハ辯護人ノ選任ナキ場合ニ限ル(三三五)。卽チ次ノ如シ。

(1) 被告人二十歲未滿又ハ七十歲以上ナルトキ。

(2) 被告人婦女ナルトキ。

(3) 被告人聾者又ハ啞者ナルトキ。

(4) 被告人心神喪失者又ハ心神耗弱者タル疑アルトキ。

(5) 其ノ他必要ト認ムルトキ。

第三百三十四條ノ場合ヲ絕體的必要辯護ト稱スルニ對シ、此ノ第三百三十五條ノ場合ヲ相對的必要辯護ト稱セラル。

三 辯護人ハ辯護士ヨリ選任ス。

辯護人ハ辯護士(Rechtsanwalt)中ヨリ之ヲ選任スベキモノトス(四〇)。然レドモ裁判所又ハ豫審判事ノ許可ヲ得タルトキハ、辯護士ニ非ザル者ヲ辯護人ニ選任スルコトヲ得(四〇第二項)(一)(二)。

舊法ニ於テハ、辯護人ハ公判ニ於テノミ選任シ豫審ニ於テハ之ヲ許容セザリシモ、現行法ハ豫審ニ於テモ辯護人制度ヲ認メタリ。蓋、豫審ハ公判ノ準備ニシテ、公判ニ於テ取調難シト思料スル事項ハ總テ其ノ取調ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ(三〇二、一五九)。豫審判事ノ蒐集シタル證據ハ公判ニ於テハ裁判上重要ナル資料タリ。故ニ豫審中、被告人ノ爲ニ防禦ノ方法ヲ講ズル必要アルハ當然ナリ。是レ本法ニ於テ、豫審ニ於テモ辯護人制度ヲ認メタル所謂ナリ。然レドモ豫審ニ於ケル辯護人ノ關與ノ範圍ハ、證人ノ訊問(三〇二第一項)ト、押收又ハ捜索ヲ爲ス場合(一五九)ナリ。而シテ證人訊問竝押收又ハ捜索ヲ爲ス場合ニハ、必ズ辯護人ヲ立會ハシムルモノニ非ズ。其ノ通知ヲ爲シ立會ハシムル場合ハ甚ダ稀ニシテ、實際ノ取扱ハ之ヲ爲サザルヲ本則ト爲スモノノ如シ。

一 國防保安法ニ於テハ、辯護人ハ豫メ司法大官ノ指定シタル辯護士ノ中ヨリ之ヲ選任スルコトヲ要ス。但シ刑訴第四十條第二項ノ規定ノ適用ヲ妨ゲズト爲シタリ(同法二九條)。

二 治安維持法第二九條。

第三 辯護人ノ選任及種類

一 選任ノ方法

辯護人ハ其ノ選任方法ニ依リ、官選辯護(Offizialverteidige)ト私選辯護(Wahlverteidige)トニ區別

スルコトヲ得。官選辯護トハ裁判所ノ選任スル辯護人ニシテ、私選辯護トハ被告人側ニ於テ選任スル辯護人ナリ。

（一）私選辯護人

（1）私選辯護人ハ、公訴ノ提起アリタル後ハ何時ニテモ之ヲ選任スルコトヲ得ベシ（三九第一項）。選任シ得ル者次ノ如シ。

イ　被告人

ロ　被告人ノ法定代理人、保佐人、直系尊屬、直系卑屬及配遇者竝被告人ノ屬スル家ノ戸主

ハ、獨立シテ辯護人ヲ選任スルコトヲ得（三九第二項）。

（2）辯護人ハ、辯護士中ヨリ之ヲ選任スルコトヲ要ス（四〇第一項）（一）。但シ、裁判所又ハ豫審判事ノ許可ヲ得タルトキハ、辯護士ニ非ザル者ヲ辯護人ニ選任スルコトヲ得（四〇第二項）。從テ此ノ種ノ辯護人ハ何人ト雖、辯護人タルコトヲ得ベシ。所謂特別辯護人ト稱セラルル者是ナリ。唯上告審ニ於テハ、辯護士ニ非ザル者ヲ辯護人ニ選任スルコトヲ得ズ（四三〇）。又上告審ニ於テハ、事實審理ヲ爲ス場合ノ外、辯護人ニ非ザレバ辯論ヲ爲スコトヲ得ザルモノナリ（四三一）。是レ上告審ハ、被告人ノ出頭ヲ訊サザルヲ本則ト爲スヲ以テナリ。

一　學說ハ、證人タリシ者又ハ證人タルベキ者ハ、辯護人ト爲ルコトヲ得ズト說ク者アリ。然レドモ證人資格ト辯護人ノ資格トハ全ク別個ノモノニシテ、辯護人ノ行爲ヲ以テ直ニ證言ト爲スコトヲ得ザルハ勿論ナリ。辯護人ニ固有獨立ノ權利ナク單ニ被告人ノ代理人ナリト言フニ在ラバ或ハ然ラン。然レドモ辯護人ニ被告人ト別個ノ獨立ノ權限アリト解スルナラバ、證人タリシ者或ハ證人タルベキ者ガ辯護人ト爲ル能ハズト爲スハ論據不十分ナリ。判事ニ付テハ規定アリ（二四第五號）。證人タルベキ者ハ、私選辯護人タルコトヲ得ズ（豐島博士第三八三頁）。證人タリシ者ハ辯護人ト爲ルコトヲ得ズ（富田博士第四三三頁）。證人タリシ者ハ辯護人ト爲ルコトヲ得ズ（豐島博士第三八三頁）。

（3）辯護人ノ選任ハ、審級毎ニ之ヲ爲サザルベカラズ（四一）。故ニ第二審又ハ上告審ニ於テハ、其ノ都度新ニ之ヲ選任スルコトヲ要ス。但シ豫審中ニ選任シタル辯護人ハ、第一審ノ公判ニ於テモ引續キ其ノ效力ヲ有ス（四一第二項）（一）（二）。而シテ上告審ニ於テハ、必ズ辯護士ヲ辯護人ニ選任スルコトヲ要ス（四三〇、四三一）。

一　第一審ガ有罪ノ判決ヲ宣告シタル後、被告人ノ選任シタル辯護人ハ、原審ニ於ケル辯護人ト謂フコトヲ得ザルヲ以テ被告人ノ爲控訴ヲ爲スコトヲ得ザルモノトス（昭和七年一二月一日判決、評論第二一卷訴第二二八頁）。

二　裁判所構成法ニ依レバ、五年以上判事、檢事ヲ爲シタル者ニ非ザレバ、控訴院判事ニ補セラルルコトヲ得ズ（樽六九）。大審院判事ニ補セラルルニハ十年以上ノ者ナルコトヲ要ス（樽七〇）。然ルニ辯護人ニ關シテハ、其ノ職域ニ就テハ何等ノ制限ヲ爲サズ。故ニ辯護人ハ其ノ初陣ヲ大審院ニ於テ上告事件ノ辯護ヲ爲スコトヲ得ベシ。然レドモ判事ニ於テ叙上ノ段階アル以上、辯護人ニ於テモ亦適當ノ制限ヲ爲スヲ妥當トセザルヤ。辯護士試補制度ヲ設ケタル理由ニ鑑ミレバ、其ノ制限ノ必要ナルコトモ自ラ明白ナリト謂フベシ。

（4）辯護人選任ノ方式ハ、選任者ト辯護人ト連署シタル書面ヲ以テ之ヲ爲サザルベカラズ

(四二)。所謂辯護届是ナリ。辯護行爲ノ後ニ爲シタル選任届ノ追認ニ關シ、學說アルモ實益ナシ。要ハ場合ニ依リ有效ト爲リ無效ト爲ルモノニシテ、必ズシモ一樣ナラズ慣例ニ從フヲ可トス(一)。上告審ニ於テハ、上告趣意書提出後ノ選任届ハ、其ノ效ナシト爲シタリ。

(一) 大正六年八月二十七日判決、錄第二三輯第九七一頁

(5) 辯護人ノ選任ハ、選任者之ヲ取消スコトヲ得ルハ勿論、辯護人モ亦之ヲ辭任スルコトヲ得ベシ。其ノ取消及辭任ノ方式ハ法文之ヲ規定セザルモ、選任ト同ジク豫審判事又ハ裁判所ニ之ヲ届出ヅルニ因リ其ノ效力ヲ生ズルモノナリ。

(6) 辯護人ノ數ニ制限ナシ。私選辯護人ニ付テハ一人ノ被告人ニ於テ、一人ノ辯護人ヲ選任スルコトアリ(單獨辯護)、或ハ一人ノ被告人ニ於テ數人ノ辯護人ヲ選任スルモ(共通辯護)亦自由ナリ。本法ハ此ノ點ニ付何等ノ規定ヲ爲サズ(一)(二)(三)(四)。

一 陸軍軍法會議法ハ『辯護人ノ數ハ被告人一人ニ付、二人ヲ超ユルコトヲ得ス』(同法九〇)ト規定セリ。海軍軍法會議法モ亦同樣ノ規定ヲ爲シタリ(同法九〇)。

二 刑事辯護ニ關シテハ、代表辯論ノ制度又ハ辯護人ノ數ノ制限等ニ付、將來考究セラルベキ問題ナリ。

三 國防保安法ニ於テハ『辯護人ノ數ハ被告人一人ニ付、二人ヲ超ユルコトヲ得ズ。辯護人ノ選任ハ、公判期日ノ召喚狀ヲ受ケタル日ヨリ十日內ニ之ヲ爲スコトヲ要ス』(同法第三〇條第二項)。

四 治安維持法第三〇條ニ於テモ、同趣旨ノ規定ヲ爲シタリ。

(7) 辯護ノ選任ハ一ノ訴訟行爲ナリ、故ニ訴訟能力ヲ有スル者ニ非ザレバ、其ノ選任ハ有效ニ非ズ。

(二) 官選辯護人

(1) 官選辯護人ノ選任ハ、裁判所ノ職權ニ屬スルモノニシテ、合議裁判所ニ於テハ裁判長之ヲ選任シ、區裁判所ニ於テハ單獨判事之ヲ選任ス(三三四、三三五)。

(2) 官選セラルル者ハ、裁判所所在地ノ辯護士又ハ司法官試補ナリ(一)(四三)。而シテ辯護士ハ正當ノ理由アルニ非ザレバ、法令ニ依リ官廳ノ命ジタル事項ヲ辭スルコトヲ得ズ(辯護士法二三)ト規定シタルヲ以テ、裁判所ヨリ選任セラレタル辯護人ハ、正當ノ理由ナク之ヲ辭スルコトヲ得ザルモノトス。而シテ選任ノ方式ニ付テハ何等規定カキモ、慣例ハ選任ノ書面ヲ交付シテ之ヲ爲スモノトス。

一 本法ハ官選辯護ニ付司法官試補ヲ選任スル旨ノ規定ヲ爲シタルニ拘ラズ、辯護士試補ヲ選任スル旨ノ規定ヲ設ケザルハ、甚ダ不合理ナリト謂ハザルベカラズ。宜シク第四三條ヲ改正スベキモノトス。

(3) 官選辯護人ハ、各被告人ニ付一人ノ辯護人ヲ選任スルヲ本則トス。但シ、被告人ノ利害相反セザルトキハ、同一ノ辯護人ヲシテ數人ノ辯護ヲ爲サシムルコトヲ得ベシ(四三第二項)

(一)。

一 判例ハ、官選辯護人ニ付更ニ代理ヲ認メタリ。曰ク、官選辯護人ニシテ疾病其ノ他ノ事故ニ依リ、出廷スルコト能ハザル場合ニ於テハ、他ノ辯護士ニ代理ヲ委任スルコトヲ得ルモノニシテ、裁判長ニ於テ之ガ諾否ヲ決スベキモノトス(明治三一年六月二一日判決、錄第四輯第六卷第六一頁)。從テ其ノ代理辯護人ガ辯論ニ與カル以上ハ、重罪事件ノ裁判手續ハ、適法ナルモノトス(明治三七年四月二六日判決、錄第一〇輯、第九〇一頁)。蓋、代理人ノ選任ニ關シテハ獨リ官選辯護人ノ場合ニ限ルベキモノニ非ズ。私選辯護人ニ付テモ亦同樣ナリト解ス。

(4) 官選辯護人ハ、被告人ガ辯護人ヲ自選シタル場合ニ於テモ、裁判所ガ之ヲ取消サザル間ハ其ノ資格消滅セザルモノナリ。故ニ重罪事件ニ付、被告人ノ選任シタル辯護人出頭セザル場合ニ於テハ、裁判所ハ官選辯護人ノ辯論ヲ聽キ、審理ヲ終結スルハ何等違法ニ非ズ。

(5) 官選辯護ニ二アリ。其ノ一ハ重罪事件ノ場合ノ選任ニシテ、卽チ死刑又ハ無期若ハ短期一年以上ノ懲役若ハ禁錮ニ該ル事件ニ付テハ、辯護人ナクシテ開廷スルコトヲ得ズ(三三四第一項)(一)。之ヲ强制辯護又ハ必要辯護(Notwendigen)ト謂フ。其ノ二ハ被告人二十歲未滿又ハ七十歲以上ナルトキ、被告人婦女ナルトキ、被告人聾者又ハ啞者ナルトキ、被告人心神喪失者又ハ心神耗弱者タル疑アルトキ、其ノ他必要ト認メラルルトキ辯護人ノ選任ナキ場合ニ於テハ之ヲ選任セザルベカラズ(三三五)。之ヲ相對的必要辯護又ハ裁量辯護ト稱セラル。

一 判決言渡期日ニ於テ、辯論再開決定及證據決定ノ言渡ヲ爲スニハ、刑事訴訟法第三三四條ニ規定セル事件ニ關スルトキト雖、辯護人ノ在廷ヲ必要トセズ(昭和八年八月一日判決、集第一二卷第一四二九頁)。

第四 辯護人ノ權利

辯護人ノ固有權ニ屬スルモノ凡ソ左ノ如シ。

(一) 豫審ニ於テハ

(イ) 豫審處分請求權(三〇三)。

(ロ) 豫審ノ特定ノ手續ニ立會スルノ權(押收、搜索一五八、一五九。檢證一七八、一七九。鑑定二二七、二二八、二一三。證人ノ訊問三〇二)。

(ハ) 書類及證據物件ノ閱覽、謄寫ノ權(四四、三〇三第三項)。

(二) 公判ニ於テハ

(イ) 公判準備手續ノ立會(三二三第二項、三二六第二項、三二七)。

(ロ) 期日前ノ證據ノ提出及請求(三二四第三項、三二五)。

(ハ) 訴訟行爲ヲ爲スノ權(三二〇、三三八、三三四、三三五、三四二、三四四、三四八、三四九第二、三項)。

(ニ) 期日外ノ處分ニ立會フ權(一五八、一七八、二一七)。

(ホ) 速記者ニ依ル筆記(六五)。

（ヘ）書類證據物ノ謄寫（四四）。

（ト）拘留中ノ被告人ト接見及信書ノ往復（四五）。

（三）豫審及公判ヲ通ジテ

（イ）判事、裁判所書記ヲ忌避スルノ權（二二五第二項、三五）。

（ロ）保釋請求權（一一五）。

（ハ）裁判書、調書ノ謄本、抄本ノ請求（五三）。

（ニ）上訴權（三七九）（一）。

以上ノ中忌避權及上訴權ハ、被告人ノ明示シタル意思ニ反シテ之ヲ爲スコトヲ得ズト雖、辯護人ノ固有權ニシテ代理權ニ非ズ。故ニ被告人ニ於テ此ノ權利ヲ喪ヒ又ハ抛棄シタルモ、辯護人ハ此ノ權利ヲ行フコトヲ得ル場合アリ。其ノ他上訴權回復ノ請求（三八七）、再審ノ請求（四九三）等モ亦辯護人ノ固有權ニ屬ス。

一　第一審ガ有罪ノ判決ヲ宣告シタル後、被告人ノ選任シタル辯護人ハ、原審ニ於ケル辯護人ト謂フコトヲ得ザルヲ以テ、被告ノ爲控訴ヲ爲スコトヲ得ザルモノトス（昭和七年一二月一日判決、評論第二一卷訴第二八頁）。

第五節　輔佐人及代理人

一　輔佐人

（一）意義　輔佐人（Beistand）トハ、被告人ト一定ノ緣故關係ヲ有スル者、被告人ヲ輔助スル爲訴訟ニ關與スルヲ謂フ。輔佐人モ亦被告人ノ爲ニ辯護權ヲ行フモノナリ。

（二）資格　輔佐人ト爲ルコトヲ得ル者ハ　被告人ノ法定代理人、保佐人、直系尊屬及夫竝被告人ノ屬スル家ノ戶主是ナリ。之等ノ者ハ被告事件公判ニ付セラレタル後ハ、何時ニテモ輔佐人ト爲ルコトヲ得ベシ（四七第一項）。故ニ輔佐人ハ被告事件豫審中ナルトキハ、之ヲ許サズ。是レ辯護人ト異ナルトコロナリ（三九）。

（三）權能　輔佐人タラントスル者ハ、審級每ニ書面ヲ以テ裁判所ニ其ノ旨ヲ屆出ツルコトヲ要ス（四七第二項）。而シテ輔佐人ハ別段ノ規定アル場合ノ外、被告人ノ爲スコトヲ得ベキ訴訟行爲ヲ獨立シテ爲スコトヲ得（四七第三項）。故ニ輔佐人モ亦辯護人ト同ジク、被告人ノ補助機關ニシテ代理人ニ非ズ。其ノ固有ノ權利トシテ訴訟行爲ヲ爲スモノニシテ、被告人ノ意思ニ依リ制限ヲ受クルコトナク、獨立シテ之ヲ行フコトヲ得ルモノナリ。

輔佐人ノ行爲ハ、被告人ノ行爲トシテ效力ヲ生ズルモノナルヲ以テ、是レ代理人ト異ナルトコロナリ。故ニ被告人ニ非ザレバ爲スコトヲ得ザル行爲ハ、輔佐人モ亦之ヲ爲スコトヲ得ズ。從テ被告人ノ爲シタル上訴ノ申立ハ、輔佐人之ガ取下ヲ爲スコトヲ得ザルモノナリ（三八三、三七八參

照)。

(四) 主タル權利　輔佐人ノ主ナル權利次ノ如シ。

(1) 公判期日ニ召喚ヲ受クルノ權(三二〇)。

(2) 押收、捜索、檢證ニ立會ノ權(一五八、一七八)。

(3) 公判期日前、準備手續ニ於テ必要ナル處分ヲ請求スルノ權(三二四第三項)。

(4) 公判期日前、證據物、證據書類ヲ裁判所ニ提出スル權(三二五)。

(5) 公判ニ於テ事實及法律上ノ意見ヲ陳述スルノ權(三四九)。

(6) 上訴權(三七六)。

二　代理人(及代表者)

刑事訴訟ハ民事訴訟ト異ナリ、代理 (Stellvertretung) ヲ許サザルヲ原則ト爲ス。只、特定ノ場合ニ於テ例外トシテ之ヲ許スノミナリ。本法ニ於テハ、未成年者又ハ禁治産者ト雖、自ラ訴訟行爲ヲ爲ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ、事實上意思能力ヲ有セザルトキハ、訴訟手續ヲ停止ス(三五二)ルヲ原則トス。本法ニ於テ認メタル代理ハ次ノ如シ。

(一) 法人ノ代表者　被告人法人ナルトキハ、其ノ代表者訴訟行爲ニ付之ヲ代表ス。數人共同シテ法人ヲ代表スル場合ト雖、訴訟行爲ニ付テハ各自之ヲ代表ス(三六)。此ノ點ニ付テハ第三

節被告人ニ於テ既ニ述ベタリ。

(二) 法定代理人　刑法第三十九條乃至第四十一條ノ例ヲ用ヰザル罪ニ該ル事件ニ付、被告人意思能力ヲ有セザルトキハ、其ノ法定代理人訴訟行爲ニ付之ヲ代表ス(三七)(一)(二)。

一　民法ニ於テハ代理權ノ範圍ヲ代理權限ト稱ス。代理權限ハ法律ノ規定又ハ授權契約ニ依リテ定マルヲ以テ原則トス。卽チ法定代理人ノ代理權限ハ法ノ規定ニ依リテ定マルヲ通常トス。

二　本法ニ於テ、法定代理人ヲシテ意思無能力者ノ爲、訴訟行爲ヲ代表セシメタルハ、刑事訴訟法ヲ以テ定メタル特例ニシテ、民法ノ代理權限ト同一ニ解スベキモノニ非ズ。

(三) 委任代理人　罰金以下ノ刑ニ該ル事件ノ被告人ハ、代理人ヲシテ出頭セシムルコトヲ得(三三一但書)。代理人ハ被告人ノ意思ニ反セザル限リ、被告人ノ爲ニ一切訴ヲ爲スコトヲ得(三七九)。此ノ代理人ハ、一般代理ニシテ何人タルヲ問ハザルモノナリ(一)。

一　正式裁判ノ請求ハ、一種ノ訴訟行爲ナリ。訴訟行爲ノ正確ヲ保持スル爲又一面代理ニ依ル諸般ノ弊害ニ鑑ミ、他人ニ於テ逸脫罪卽決言渡ヲ受ケタル者ニ代リ、正式裁判ノ請求ヲ爲スコトハ、之ヲ許容セザルモノト解スルヲ正當トス(大正一五年五月一五日判決、評論第一五卷訴第二〇一頁)。

(四) 特別代理人　以上(一)(二)ノ場合ニ於テ被告人ヲ代表スル者ナキトキハ、檢事ノ請求ニ因リ又ハ職權ヲ以テ特別代理人ヲ選任ス(三八第一項)。特別代理人ハ、被告人ヲ代表シテ訴訟

行爲ヲ爲ス者アル迄、其ノ任務ヲ行フモノトス(三八第二項)。

第三章　刑事訴訟ノ客體

第一節　總說

一　客體ノ意義　刑事訴訟ハ具體的事實タル被告事件ニ對シ、刑罰權(一)ノ存否及其ノ範圍ヲ確定スルニ在ルヲ以テ、刑事訴訟ノ物體(prozessgegenstand)　卽チ目的物ハ、國家ト被告人トノ間ニ於ケル實體刑罰法上ノ權利關係ナリ。然ルニ、我刑事訴訟法ハ、犯罪ニ因リ身體、自由、名譽又ハ財產ヲ害セラレタル者ガ、其ノ損害ヲ原因トスル私法上ノ權利關係ヲモ、刑事訴訟手續ニ於テ公訴ニ附帶シテ之ガ行使ヲ認メタリ。故ニ、廣義(又ハ形式的)ニ於ケル刑事訴訟ノ物體中ニハ、此ノ兩者ヲ包含スルモノト謂ハザルベカラズ。然レドモ、私訴ハ全ク便宜ニ出デタルモノニシテ、其ノ實質ハ、私權保護ヲ目的トスル民事訴訟ト異ナルモノニ非ズ。從テ、狹義又ハ實質的ノ意義ニ於ケル刑事訴訟ノ客體ハ、全ク刑罰法上ノ權利關係ナリトス。而シテ、此ノ本來ノ意義ニ於ケル刑事訴訟ヲ公訴ト謂ヒ、私法上ノ權利關係ヲ目的トスル訴訟ヲ私訴(Adhäsionsprozess)ト稱ス。

一　刑罰權ハ、科刑權又ハ刑罰請求權トモ稱セラル。此ノ權利ノ內容ハ、國家ガ刑法上ノ義務者タル犯人ニ對シ、刑罰權ノ確定ヲ裁判所ニ請求スルノ權利ナリトスル說アリ。或ハ犯人ニ對シ其ノ行フトコロノ刑罰ノ執行ニ服從スベキコトヲ請求シ得ルコトヲ以テ內容トスル權利ナリトノ說アリ。

二　私訴　刑事訴訟法ハ、公訴ニ附帶シテ公訴ノ被告人ニ對シテ、被害者ヨリ私訴ノ提起ヲ認メタリ(五六七)。私訴ノ目的物モ亦刑事訴訟ノ客體ナリ。本法ハ舊法ト同ジク、便宜上私訴ノ制度ヲ認メタリ。然レドモ、私訴ハ公訴ト共ニ必ズ審判セザルベカラザルモノニ非ズ。私訴ニシテ數多ノ日數ヲ費スニ非ザレバ、私訴ノ審判ヲ終結シ難キモノト認メタルトキハ、裁判所ハ訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハズ、決定ヲ以テ私訴ヲ却下スルコトヲ得ベシ(五八九)。

第二節　公訴權

第一　公訴權ノ觀念

一　公訴ノ意義

公訴(Action publique, öffentliche Klage)ナル語ハ、刑事訴訟法中種々ノ意義ヲ有ス。第一ハ、私訴ニ對シテ公訴ト謂フ場合アリ(五六七)。此ノ場合ハ刑罰ニ對スル本來ノ刑事訴訟ヲ意味スルモノニシテ、客觀的意義ナリ。第二ハ、裁判所ニ對スル檢事ノ訴權(二七八、二七九、二八八)ヲ意味スル爲、裁判所ニ對シ審判手續ノ開始ヲ求ムル檢事ノ意思表示(二八〇、二九二)ヲ意味スル場合アリ。而シテ、公訴ナル觀念ハ、通常以上第二又ハ第三ノ意義ニ用キラル。

刑事訴訟法ハ、公訴ノ意義ヲ斯ノ如ク用キタルモ、要スルニ範圍ニ廣狹ノ差アルニ止マリ、其ノ意義ヲ異ニスルモノニ非ズ。然リ而シテ、公訴ハ訴訟關係ヲ促シ、裁判所ニ對シ審判手續ノ開始ヲ求ムルモノナルガ故ニ、其ノ解釋又ハ理論的說明ヲ爲ス場合ニ於テハ、各法規ノ趣旨ヲ考察スルトキハ、自ラ其ノ意義ヲ理解スルコトヲ得ベシ。

二　公訴權ノ目的

公訴權ノ目的ハ、犯罪ヲ證明シ刑ヲ適用スルニ在リ(舊法一)。犯罪ヲ證明スルニハ、刑ノ適用ヲ爲スヲ當然ノ手段ト爲スモ、公訴權ハ單ニ刑ヲ適用スルコトヲ以テ唯一ノ目的ト爲スモノニ非ズ。又犯罪ノ證明ハ、裁判所ガ犯罪ヲ認定スル場合ニ於ケル立證方法ニシテ、外部ニ對スル所謂證明ニ非ズ。而シテ、刑ノ適用ハ被告人ニ對シ具體的ニ刑ヲ科スルノ意義ニシテ、主觀主義ニ依ルヲ原則トス。又法律上刑ヲ免除スベキ場合及刑ノ執行猶豫ヲ爲スベキ場合ニ於テモ、犯罪ノ證明ヲ目的トシテ公訴ヲ提起スベキ場合アリ。

三　公訴權ノ觀念

（一）公訴權ノ觀念ヲ明ニスルニハ、公訴權ト刑罰權（科刑權）トノ關係ヲ論究スルノ要アリ。抑モ、國家ハ罪ヲ設ケ刑ヲ定メテ刑罰權ノ存在ヲ明ニシタリ。而シテ、犯罪アルトキハ國家ハ之ニ對シテ現實ニ刑罰ヲ科スルノ權アリ。之ヲ科刑權或ハ具體的刑罰權ト稱ス。科刑權生ジタルトキハ、其ノ效果トシテ之ガ裁判上ノ確定ヲ請求スルノ權利ヲ生ズルモノトス。此ノ權利ヲ刑罰請求權若ハ科刑請求權ト稱セラル。或ハ實質的若ハ狹義ノ公訴權トモ稱ス。換言スレバ、刑罰權ハ犯罪ニ付存スルモノニシテ、公訴權ハ訴訟事件ニ付存スルモノト謂フコトヲ得ベシ。

（二）公訴權ハ訴訟法上ノ權利ニシテ、刑罰權トハ全ク別個ノモノナリ。公訴權ノ目的ハ刑罰權ノ有無及範圍ノ確定ヲ請求スルモノニシテ、具體的事件ニ付犯罪ノ證明ハ、裁判ニ依ルニ非ザレバ之ヲ確定スルコトヲ得ズ。故ニ檢事ハ犯罪ニ對シ嫌疑（Tatverdacht）存スルトキハ、公訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノナリ。卽チ檢事ハ主觀的ニ犯罪ノ成立アリト認ムルトキハ、其ノ公訴提起ハ適法ナリト謂ハザルベカラズ。然レドモ、犯罪ヲ證明シ刑ヲ適用ストハ、被告人ニ對シ有罪ノ宣告ヲ爲ストノ趣旨ニ非ズ。換言スレバ、適法ナル公訴提起ト雖、被告事件罪ト爲ラズ又ハ公判ニ付スルニ足ルベキ犯罪ノ嫌疑ナキトキ（三一三）又ハ其ノ公訴ヲ不適法トスルトキハ（三一四）、豫審ニ於テハ免訴ノ終結決定ヲ爲シ、公判ニ於テハ無罪ノ判決（三六二）又ハ免訴ノ判決（三六三）ヲ爲サザルベカラズ。

（三）斯ノ如ク、公訴權ハ科刑權ノ實行ヲ期スル手段ナリト雖、科刑權ノ作用ニ非ズ。全ク訴訟法上ノ獨立ノ權利ナリ。科刑權ハ實體法上ノ觀念ニシテ其ノ目的トスルトコロハ刑罰ノ實現ニ在リ。故ニ、科刑權ハ犯罪ノ存在ニ因リテ成立シ刑ノ執行ニ因リテ消滅ス。之ニ對シ、公訴權ハ訴訟法上ノ觀念ニシテ、其ノ目的トスルトコロハ裁判ニ在リ。故ニ、公訴權ハ犯罪ノ嫌疑存在スルニ因リテ成立シ、判決ノ確定ニ因リテ消滅ス。斯ノ如ク、科刑權ト公訴權トハ、全然別個ノ觀念ナルヲ以テ、公訴權ノ觀念ニ付實質的ト形式的ノ區別ヲ明ニセズ。公訴權ヲ科刑權（刑罰權）ノ作用又ハ效果ナリト論ズルハ、不當ナリト謂ハザルベカラズ（一）。

一　刑事訴訟法第三六二條ガ、檢事ノ訴追シタル公訴事實ニ付、裁判所ガ審理ノ結果其ノ事實ヲ認メズ又ハ法律上罪ト爲ラズト認メ、科刑權ノ成立ヲ否認シタル場合ニ於テモ、本案ノ判決ヲ以テ無罪ノ言渡ヲ爲シ、公訴ヲ不適法トシテ公訴棄却ノ判決ヲ爲スベキモノニ非ズ。是レ公訴權ハ科刑權（刑罰權）ト別個ノ觀念ナルガ爲ナリ。故ニ兩者ノ區別ノ標準ヲ示セバ、科刑權ハ犯罪ニ付存スルモノニシテ、公訴權ハ被告事件ニ付存スルモノト謂フコトヲ得ベシ。

四　實體的公訴權ト形式的公訴權

公訴權ハ、科刑權ヲ其ノ對象ト爲スモノニシテ、刑罰權トシテノ國家科刑請求權卽チ犯人ニ對シ科刑ノ爲ノ裁判請求權ト、公訴權ノ主體トシテノ國家ノ審判請求權、卽チ審判開始ノ請求權トニ分析スルコトヲ得ベシ。前者ハ實體上ノ關係ニ根據ヲ有スルモノニシテ、之ヲ實體的公訴權ト

稱シ。後者ハ訴訟法上ノ關係ニ根據ヲ有スルモノニシテ、之ヲ形式的公訴權ト稱ス(一)。公訴權ノ觀念ニ以上二個ノ意義ヲ有スルモ、本法ハ公訴權ニ付何等ノ規定ヲ設ケズ。故ニ、孰レノ意義ヲ採ルモ可ナリ。然リト雖、各個ノ場合ニ於テ區別アルヲ以テ、彼此混同セザルコトヲ要ス。公訴權ヲ要約スレバ次ノ如シ。

公訴權
- 實體的公訴權
  - (一) 實體法上ノ關係ニ根據ヲ有ス。
  - (二) 刑罰權トシテノ國家科刑請求權。
  - (三) 犯人ニ對スル科刑ノ爲ノ裁判請求權。
- 形式的公訴權
  - (一) 訴訟法上ノ關係ニ根據ヲ有ス。
  - (二) 公訴權ノ主體トシテノ國家審判請求權。
  - (三) 審判開始ノ請求權。

一 平沼博士ハ第一ノ意義ニ依ル公訴權(刑罰請求權)ハ、科刑權ニ伴ヒ發生スル實體上ノ權利ナリ、第二ノ意義ニ依ル公訴權(審判請求權)ハ科刑權ノ存否ヲ前提トスル訴訟上ノ權利ナリ。前者ハ民事訴訟ニ於ケル實體訴權ニ該當シ之ヲ實體的公訴權ト稱シ。後者ハ民事訴訟ニ於ケル形式訴權ニ該當シ、之ヲ形式的公訴權ト稱スト(第四三〇頁)。

五 公訴權ヲ定ムベキ學說

公訴權ノ觀念ヲ如何ニ理解スルヤニ付見解區々タリ、學說ヲ例示スレバ次ノ如シ。

(一) 刑罰請求權說　此ノ說ハ、公訴權ヲ以テ訴訟ニ於テ勝利ヲ獲得セントスル原告ノ權利ナリト解スルモノニシテ、民事訴訟ノ觀念ヲ以テ、公訴權ヲ理解セントスルニ在リ。然レドモ、實體法上ノ裁判ヲ受クル權利ヲ以テ、訴權ナリト解スルトキハ、刑罰請求權ト何等異ナルトコロナシ。

(二) 抽象的公訴權說　此ノ說ハ、公訴權ヲ以テ檢事ハ犯罪者ニ對シ何時ニテモ公訴ヲ實行シ、裁判所ノ審判ヲ求メ得ル權能アリト解スルモノナリ。然レドモ、法律ハ公訴ノ提起ヲ國家機關タル檢事ニノミ認メタル今日ニ於テハ、斯ル權能ハ當然ニシテ、特筆スベキモノニ非ズ。

(三) 具體的公訴權說　此ノ說ハ、一定ノ事件ニ付公訴ヲ提起シ且其ノ遂行ヲ求メ、而シテ審理ノ結果ニ基キ刑ノ言渡ヲ受クベキ權利ナリト解セントスルモノナリ。一般ニ公訴權トハ此ノ意義ニ解セラル。此ノ說ハ、更ニ形式的公訴權ト實體的公訴權トニ分類セラル。

(1) 形式的公訴權說　公訴權ハ訴訟法上ノ權利ニシテ、檢事ノ主觀的確信ニ依リ適法ニ公訴ヲ提起シ得ルモノナリ。從テ、具體的刑罰請求權ノ存在ヲ前提トスルモノニ非ズ、形式的ニ一般的訴訟條件ノ存スル限リ、是認スベキモノナリト。故ニ、公訴權ハ必ズシモ本案ノ裁判ヲ受クル場合ノ訴權(實體的公訴權)ノミヲ謂フニ非ズ。本案外ノ裁判(管轄違、公訴棄却)ヲ受クル場合ヲモ含ム形式的訴權ナリト解スベキモノナリト。但シ、刑罰權ト明ニ區別シテ考フベキモノナリト。

（2）實質的公訴權說　公訴權ハ形式的訴訟要件ノ外ニ、實體法上ノ刑罰請求權ノ存在ヲ前提ト爲スモノナリ。從テ、刑ノ言渡ヲ受クル見込ナキトキハ、訴訟關係ノ成立ヲ否定ス。此ノ說ハ第三百十四條、第三百六十三條ハ此ノ趣旨ナリトシテ援用スルヲ常トス。以上三說ノ中、我刑事訴訟法ハ第三說ヲ採リタルモノニシテ、通常公訴權ト稱スルトキハ、形式的公訴權ヲ意味スル場合多シ。

第二　公訴權ノ發生

一　公訴權ニハ、實體的公訴權ト形式的公訴權トノ意義ヲ有ス。故ニ、公訴權ノ發生時期ニ付テモ兩者ハ相異ナル。卽チ

（一）實體的公訴權ハ、科刑權ノ發生卽チ罪ト爲ルベキ事實ノ發生ト同時ニ發生ス。

（二）形式的公訴權ハ、訴追機關ニ於テ犯罪ノ嫌疑生ジタル場合ニ發生スルモノト解ス。但シ、學說上異說アリ次ノ如シ。

二　形式的公訴權ノ發生時期ニ付テハ、學者間ニ於テモ未ダ定說ナシ。卽チ

（一）第一說ニ曰ク、公訴權ノ目的トスルトコロハ、科刑權ノ確定ニ存スルヲ以テ、訴追權者ニ於テ科刑權發生シタリトノ主觀的信念ノ生ジタルトキ（犯罪ノ嫌疑存スルニ至リタルトキ）ニ發生スルモノナリト。

（二）第二說ニ曰ク、形式的公訴權ハ訴追權者ガ其ノ資格ニ於テ、當然之ヲ有スルトコロニシテ、別ニ發生ノ時期アルニ非ズ。蓋、公訴權ハ、科刑權ノ確定ヲ目的トシテ審判ヲ請求スル權利ナレバ、犯罪ノ嫌疑存スルニ非ザレバ之ヲ行フコトヲ得ズト雖、斯ノ如キ犯罪ノ嫌疑ヲ條件トシテ審判ノ請求ヲ爲シ得ベキ抽象的權利ハ、法律ニ依リ訴追者タルノ地位ヲ認メラルルト同時ニ之ヲ有スルモノニシテ、犯罪ノ嫌疑生ズルニ因リテ此ノ抽象的權利ガ具體的ニ活動スルニ至ルモノナリト。

（三）第三說ニ曰ク、公訴權ハ公訴提起ノ時ニ發生スルモノナリト。

惟フニ、公訴權ヲ以テ特定ノ被告事件ニ付、審判ヲ請求スル具體的權利ナリト解スルトキハ、第一說ヲ妥當ナリト謂ハザルベカラズ、然レドモ、形式的公訴權ヲ以テ抽象的權利ナリト解スルトキハ、第二說ヲ相當ナリトス。而シテ、第一說ニ依ルトキハ、現實ニ犯罪ガ存在セザル場合（客觀的）ニ於テモ、搜査機關ニ於テ犯罪アリトノ主觀的信念ヲ生ジタルトキハ、玆ニ形式的公訴權發生セリト謂ハザルベカラズ。第三說ハ公訴權ノ行使ト公訴權ノ發生（成立）トヲ混同シタルモノニシテ價値ナシ。余輩ハ第二說ヲ採ル。

三　親告罪ニ付テハ、被害者ノ告訴又ハ外國政府等ノ請求アルニ非ザレバ、公訴ヲ提起スルコトヲ得ズ。故ニ此ノ場合ハ、實質的公訴權卽チ刑罰請求權ハ科刑權ニ伴ヒ犯罪ト同時ニ發生スル

モ、形式的公訴權ハ活動セザルモノトス。此ノ場合ハ公訴權發生ノ條件ニ非ズシテ、公訴權行使ノ條件ト解スベキモノナリ。

第三　公訴ノ提起

一　起訴ノ意義　公訴ハ國家ノ機關タル檢事之ヲ行フ（二七八）。檢事ニ非ザル者ハ、公訴ヲ行フコトヲ得ズ。一私人ハ、告訴告發ノ方法ニ因リテ檢事ノ活動ヲ促ガス場合アルニ過ギズ。公訴ノ提起ヲ、本法ニ於テ起訴（Klageerhebung）ト稱スル場合アリ（六〇第二項第五號）。

二　起訴ノ方式　公訴ノ提起ハ、裁判所ニ對シ當該被告事件ニ付、審判ノ開始ヲ求ムル旨ノ意思表示ニ依リテ之ヲ爲ス。其ノ內容ハ一定ノ被告人ヲ指定シ、且、犯罪事實（一）及罪名ヲ表示セザルベカラズ（二九一）。被告人ノ指定ハ氏名ヲ以テシ、若シ氏名ヲ知ルコト能ハザルトキハ、容貌、體格其ノ他ノ徵表ヲ以テ指示セザルベカラズ（二九一第二項）（二）（三）（四）（五）。蓋、被告人ノ何人ナリヤ、犯罪ノ如何ナル事實ナリヤハ、訴訟關係成立ノ必要條件ナリ。又犯罪事實ニ付テハ日時場所等ヲ明示スルコトヲ要件ト爲サズト雖、是レ訴訟要件ニ非ズト謂フニ過キズ。然レドモ犯罪ノ日時場所ハ他ノ犯罪ト區別ノ標準ト爲リ、且、時效起算點ノ基準ト爲ルガ故ニ、之ヲ表示スルヲ以テ實際ノ事例ト爲セリ。罪名ノ表示ニ付判例ハ曰ク。豫審請求書ノ記載中罪名ノ表示ニ欠缺アルモ、公訴提起ノ效力ニ影響ナシト爲セリ（六）。是レ公訴事實ニ因リテ、罪名ノ何ナルヤヲ諒解スルコトヲ得ルガ爲ナリ。

一　刑事訴訟法第二九一條第一項ニ、所謂犯罪事實トハ、犯罪ヲ構成スル具體的事實ヲ指スモノナリトス。他ノ犯罪事實ト識別スルコトヲ得ザルモノ若ハ犯罪ノ內容ヲ知ルニ由ナキモノハ、執レモ犯罪事實ノ表示トシテハ不適法ニシテ其ノ公訴提起ノ手續ハ無效ナリトス（昭和五年七月一〇日判決、評論第一九卷訴第一六〇頁）。

二　被告人ノ一人ニ對シ、起訴ノ不適當ナル場合ニ判例アリ。曰ク、公訴提起ノ效力ハ、各被告人ニ付之ヲ決定スベキモノナレバ、被告人ノ一人ニ對スル起訴ノ不適當ナルコトハ、其ノ餘ノ被告人ニ對スル起訴ノ效力ニ何等ノ影響ヲ及ボスベキモノニ非ズト（大正一四年七月四日判決、集第四卷第四八〇頁）。

三　檢事ノ起訴狀ガ單ニ戶別訪問等ヲ爲シト記載シ、何某方ヲ歷訪シタリヤ、又如何ナル運動ヲ爲シタリヤヲ知ルニ由ナキハ、具體的事實ノ擧示ナキモノトシ、犯罪事實ノ具體的內容ヲ明確ニ表示セザル公訴提起ノ手續ハ無效ナリト（昭和五年七月一〇日判決、集第九卷第五〇八頁）。

四　起訴ノ同一性ニ就テ判例ハ。

（一）　公訴ハ一定ノ事實ニ付提起セラルルモノニシテ、其ノ之ニ付セラルル罪名ハ、毫モ其ノ同一性ニ影響ヲ及ボスモノニ非ザレバ、起訴ニ於テ財物騙取ト爲シ、豫審終結決定ニ於テ背任罪ト認メタルノ差異アルノ故ヲ以テ、原判決ヲ目シ不法ニ公訴ヲ受理シタルモノト看做スヲ得ズ（昭和八年一二月一八日判決、評論第二三卷訴第八五頁）。

（二）　公訴ノ適否ハ、裁判所ノ職權調査ヲ爲スヲ以テ足リ、其ノ判斷ヲ判決ニ記載スルヲ要スルモノニ非ズ（昭和一一年六月二七日判決、集第一五卷第九一一頁）。

五　連續犯通知ノ效力ニ關シ判例ハ曰ク。檢事ガ或ル犯罪事實ニ付、公訴ヲ提起シタル後該事實ト連續犯ノ關係ニアリト認メタル他ノ犯罪事實ニ付、審判ヲ求ムル爲新事實ヲ指定シ之ヲ裁判所ニ通知スルトキハ、其ノ通知ニ係ル事實ハ

爾後前起訴狀中ニ記載アリタルト同一ノ效果ヲ生ズルモノトスト（昭和九年三月二六日判決、集第一三卷第四一九頁）。

六　大正一四年一月二四日判決、集第四卷第二〇頁。

(三)　起訴ノ手續　公訴提起ノ方法ニ二種アリ。其ノ一ハ豫審ヲ請求スル手續ニシテ、其ノ二ハ公判ヲ請求スル手續ナリ（二八八）。而シテ豫審ヲ請求スベキヤ又ハ公判ヲ請求スベキヤハ、檢事ニ於テ之ヲ定ムベキモノナリ。只、拘留又ハ科料ニ該ル事件ニ付テハ、直チニ公判ヲ請求スルヲ本則トスルモ、罰金以上ノ刑ニ該ル事件ト同時ニ取調ヲ爲スベキ場合ニ限リ、豫審ヲ請求スルコトヲ得ベシ（二八九）。

茲ニ問題ト爲ルハ、檢事ガ拘留又ハ科料ニ該ル事件ニ付豫審ヲ求メタルトキハ、其ノ公訴提起ノ效力如何。豫審判事ガ其ノ事件ヲ以テ、罰金以上ノ刑ニ該ルモノト認メタルトキハ、本案ニ付終結決定ヲ爲スベキモノナリ。又檢事ガ罰金以上ノ刑ニ該ル事件トシテ起訴シタル場合ニ於テ、豫審判事ガ之ヲ拘留科料ニ該ルモノト思料シタル場合ニ於テモ、管轄違ノ言渡ヲ爲スコトヲ得ズ本案ノ終結決定ヲ爲スベキモノトス（三一〇）。然ルニ、檢事ガ事件ヲ拘留又ハ科料ニ該ルモノトシテ豫審ヲ求メ、豫審判事モ亦其ノ事件ヲ同樣ニ認メタル場合ニ於テハ之ヲ如何ニ爲スベキヤ。此ノ場合ニ於テモ、第三百十條ニ從ヒ處理スベキモノト解スルヲ妥當トス（一）（二）。

一　同說　林博士各則上第一一一頁。牧野博士第一〇六頁。

二　反對說ニ曰ク。其ノ豫審請求ヲ無效トシテ、公訴棄却ノ決定（三一五第九號）ヲ爲スベキモノナリト小山博士第三五二頁。

四　公訴提起ノ條件　訴訟法上公訴提起ニ缺クベカラザル要件アリ。之ヲ起訴ノ前提條件（Voraussetzungender Klaggeerhebung）又ハ狹義ノ訴訟條件ト稱ス。公訴提起ノ條件ハ分チテ二ト爲ス。一般ノ條件特別條件是ナリ。

(一)　一般ノ條件　公訴提起ニ該リ缺グベカラザル要件ニシテ次ノ如シ。

(1)　公訴提起ヲ爲シタル檢事ハ、適法ナル訴追權限ヲ有スルコト。

(2)　被告人ハ訴訟能力ヲ有スルコト。

(3)　裁判所ハ當該事件ニ付、裁判權ヲ有スルコト。例ヘバ、特別裁判所ノ權限（軍人ノ如キ）ニ屬セザルコト又ハ治外法權ヲ有スル者ニ非ザルコトヲ要ス。

(4)　裁判所ハ當該事件ニ付、管轄權ヲ有スルコト。

(5)　他ニ同一事件ニ付訴訟繫屬ナキコト。

(6)　公訴權ノ消滅セザルコト。

(二)　特別條件　一般ノ條件ノ外、特種ノ事件ニ限リ公訴提起ニ付、缺クベカラザル要件ニシテ次ノ如シ。

（1）親告罪ニ於ケル告訴（三一五第五號、三六四第五號）ノ存在スルコト。

（2）請求ヲ待チテ論ズベキ罪（刑九〇以下）ニ付テハ、其ノ請求ノ存在スルコト。

（3）間接國稅犯則者處分法又ハ關稅法ヲ適用スベキ事件ニ付テハ、稅務官吏、專賣官吏ノ告發（間接國稅犯則者處分法一四、一六、一七）ノ存在。

五　公訴提起ノ方式　公訴ノ提起ハ、原則トシテ書面ヲ以テ之ヲ爲ス（二九〇第一項）。之ヲ起訴狀（Klageschrift）ト稱ス。但シ、此ノ原則ニ對シ二個ノ例外アリ。其ノ一ハ、豫審ノ請求ガ急速ヲ要スル場合ニ限リ、口頭又ハ電報ヲ以テ公訴ヲ提起スルコトヲ得。口頭又ハ電報ヲ以テ豫審ノ請求ヲ爲シタルトキハ、之ヲ調書ニ記載シ豫審判事ハ書記ト共ニ署名捺印スルコトヲ要ス（二九〇第二項）。其ノ二ハ、公判開廷中、被告人ニ他ノ犯罪アルコトヲ發見シタルトキナリ。此ノ場合ニ於テハ、口頭ヲ以テ公判ノ請求ヲ爲スコトヲ得ベシ（二九〇第三項）。公判開廷中口頭ノ起訴アリタルトキハ、之ヲ公判調書ニ其ノ要旨ヲ記載スルコトヲ要ス（六〇第二項第五號）（一）。又共同被告人數人アル場合ニ於テハ、豫審ニ對スルト公判ニ對スルトヲ分タズ、其ノ牽連シ若ハ類似セル事實ヲ法律上ノ關係ノ模樣ニ依リ、起訴狀ヲ數通ト爲スコトハ審理上便宜ナルモ、之ヲ併合シテ一通ノ書面ト爲スモ、起訴ノ效力ニ何等ノ影響ナキモノト解ス（二）三）。判例ハ電話ニ依ル起訴ヲ以テ無效ナリト爲シタリ（四）。然レドモ、對話者ノ何人ナルヤヲ明確ニ認識シ得ルニ於テハ（テレビジョンノ一般化）電話ニ依ル起訴モ亦有效ナリト解シテ可ナリ。今後ノ立法ハ之ヲ認ムルニ至ルベシ。

一　第二九〇條第三項ニ、公判開廷中ニ於テ云々トアルモ、敢テ公判開廷中ニ發見シタル犯罪ニ局限スベキニ非ズトノ說アリ（林博士各則上第一一三項）。

二　同說、昭和七年七月三〇日判例、評論第二一卷訴第一九四頁。

三　連續犯通知ト起訴ノ效力ニ關シ判例ハ曰ク。檢事ガ或ル犯罪事實ニ付、公訴ヲ提起シタル後、該事實ト連續犯ノ關係アリト認メタル他ノ犯罪事實ニ付、審判ヲ求ムル爲新事實ヲ指定シ之ヲ裁判所ニ通知スルトキハ、其ノ通知ニ係ル事實ハ爾後前起訴狀中ニ記載アリタルト同一ノ效果ヲ生ズルモノトスト（昭和九年三月二六日判決、集第一三卷第四一九頁）。此ノ點ニ付後出第九項ニ於テ說明ヲ爲シタリ。

四　第二九〇條ニ於テ、口頭トハ面前ニ於ケル對話ヲ意味スルモノニシテ、之ニ依リ供述ノ瞬別供述內容ノ正確ヲ期スルコトヲ得ベシ。而シテ電話ト口頭トハ孰レモ對話者間ノ通話ニ差異ナキモ、電話ハ事實上前記ニ於ケル對話ト同一視スルヲ得ズ。從テ、電話ニ依ル公訴提起ハ適法ナル豫審ノ請求ト謂フベカラズ（大正一四年七月四日判決、集第四卷第四八〇頁）。然レドモ、對話者ノ何人ナリヤヲ明確ニ認識シ得ルニ於テハ、電話ニ依ル公訴提起モ亦有效ナリト解シテ可ナリ。例ヘバテレビジョンノ一般化シタル場合ノ如キ是ナリ。立法論トシテハ電報ト電話トヲ區別スベキ理由ナシト信ズ。

六　公訴提起ノ效果

（一）訴訟繫屬　公訴ノ提起ハ、其ノ效果トシテ訴訟繫屬（一）（Rechtshängigkeit）ヲ生ズ。訴訟繫屬トハ、被告事件ガ公訴ノ提起ニ依リ、審判ノ對象トシテ裁判所ニ繫屬シタルコトヲ謂フ

卽チ裁判所ハ被告事件ニ付審判ヲ爲スノ權利ト義務トヲ生ジ、檢事ハ當事者トシテ其ノ訴訟ニ關與スル責務ヲ負フモノナリ。訴訟繫屬スレバ、訴訟主體ノ間ニ訴訟法上ノ法律關係成立スルモノナリ。此ノ法律關係ヲ講學上訴訟關係(prozessverhältnis)ト謂フ。訴訟繫屬ノ場合ニ二種アリ、其ノ一ハ直接檢事ノ起訴ニ因リテ繫屬スル場合ニシテ、其ノ二ハ、間接ニ檢事ノ起訴ニ因リテ繫屬スル場合ナリ。次ノ如シ。

第一　直接檢事ノ起訴ニ因リテ繫屬スル場合ニ六アリ。

(一)　檢事ノ公訴提起ニ因ル場合(二八八)。

(二)　不法ニ管轄違ヲ言渡シ又ハ公訴ヲ棄却シタルコトヲ理由トシテ、事件ノ差戻ヲ受ケタル場合(四〇二、四四九)。

(三)　不法ニ管轄ヲ認メタルコトヲ理由トシテ、事件ノ移送ヲ受ケタル場合(四五〇)。

(四)　管轄ノ指定又ハ移轉ノ決定ニ依リテ、事件ヲ受ケタル場合(二一三)。

(五)　牽連事件ニ付、併合ノ決定アリタル場合(七)。

(六)　再審開始ノ決定ニ依リテ、事件ヲ受ケタル場合(五一一)。

以上ノ場合ニ於テハ、裁判審理ノ範圍ハ、檢事ノ起訴ヲ標準トシテ定マルモノナリ。

第二　間接ニ檢事ノ起訴ニ因リテ繫屬スル場合ニ三アリ。

(一)　公判ニ付スル豫審終結決定ニ因ル場合(三一二)。

(二)　大審院ノ事件送致ノ決定ニ因ル場合(四八三第二號)。

(三)　牽連事件ノ分離ニ因ル事件送致ノ決定アリタル場合(六)。

以上ノ場合ニ於テハ、公判ノ審理範圍ハ其ノ決定ニ擧示セラレタル事件ニ依リテ定マルモノナリ。右何レノ場合ニ於テモ、裁判所ハ公訴ノ提起ヲ受ケザル事件ニ付テハ、裁判ヲ爲スコトヲ得ズ。之ヲ不告不理ノ原則ト謂フ。

一　從來ハ此ノ訴訟繫屬ヲ權利拘束ト稱シタリ。特ニ民事訴訟法ニ於テ用キラレタル語ナリ。(舊民訴一九五、一九八第四項、二一二等)。然レドモ此ノ語ハ妥當ヲ缺クモノトシテ、現行民事訴訟法ハ此ノ語ヲ避ケタリ。而シテ權利拘束ナル語ハ、母法タル獨逸法ノ(Rechtshängigkeit)ノ誤譯ニ出テタルモノナリト稱セラル。(岩波版法律學小辭典第七〇三頁)。

(二)　訴訟繫屬ノ效果　訴訟繫屬スレバ、種々ノ效果ヲ生ズ。次ノ如シ。

第一　實質的訴訟關係　裁判所ハ公訴提起ニ依リ、審判ヲ爲スノ權利ヲ得義務ヲ負フモノニシテ、茲ニ訴訟關係ヲ成立セシムルモノナリ。裁判所ハ、公訴ガ訴訟要件ヲ具備スルヤ否ヲ審理シ、其ノ要件ヲ具備スルニ於テハ、更ニ實體上ノ要件ヲ具備スルヤ否ヲ審理シ、之ニ相當スル裁判ヲ爲サザルベカラズ。之ヲ實質的訴訟關係ト謂フ。

第二　形式的訴訟關係　公訴ガ訴訟要件ヲ具備シ、訴訟關係ガ有效ニ成立シタルトキ茲ニ始

メテ實體上ノ裁判(卽チ本案ノ裁判)ヲ爲スベキモノナリ。公訴ガ訴訟要件ヲ完備セズ不適法ナルトキハ、本案ノ裁判ヲ爲スベキモノニ非ズ。之ヲ形式的訴訟關係ト稱ス。之ヲ詳言スレバ、(イ)公訴ガ訴訟上ノ要件ヲ缺如スル場合ニ於テハ、其ノ公訴ヲ不適法トシテ管轄違(三五五)又ハ公訴棄却(三六四、三六五)ノ裁判ヲ爲スベク。(ロ)公訴權消滅シタル場合ニ於テハ、免訴(三六三)ノ裁判ヲ爲スベク。(ハ)公訴ガ實體上ノ訴訟要件ヲ具備スルトキハ有罪(三五八、三五九)ノ裁判ヲ爲シ。之ヲ具備セザルトキハ無罪(三六二)ノ裁判ヲ爲スベキモノナリ。(ニ)豫審ニ於テモ亦同樣ニシテ管轄違(三〇九)、免訴(三一三以下)又ハ公判ニ付スベキ決定(三一二)ヲ爲スベキモノトス(一)。

一 訴訟繫屬シタル場合ニ於テ、訴訟要件ヲ具備スル場合ヲ實質的訴訟繫屬ト稱シ、其ノ然ラザル場合ヲ形式的訴訟繫屬ト稱ス。

(三) 二重訴訟　訴訟繫屬中ノ事件ト、同一ノ事件ニ付、再ビ公訴ヲ提起スルコトヲ得ズ。檢事ガ同一事件ニ付、再ビ公訴提起ヲ爲シタルトキハ、其ノ公訴ハ不適法ナルコト當然ナリ。蓋一個ノ事件ニ付、二重ノ裁判(Doppelte prozessführung)ヲ請求スルコトハ、許容セラルベキモノニ非ズ。

再起訴ニ二個ノ場合アリ。其ノ一ハ、檢事ガ同一事件ヲ同一裁判所ニ重ネテ起訴シタルトキナリ。此ノ場合ニハ、裁判所ハ後ノ起訴ニ對シ公訴ヲ不適法トシテ、豫審ニ於テハ公訴棄却ノ決定(三一五第四號)。公判ニ於テハ公訴棄却ノ判決(三六四第四號)ヲ爲スベキモノナリ。但シ、後ノ公訴ヲ棄却スル場合ハ、繫屬中ノ前ノ公訴ガ適法ナルコトヲ要スルヤ否ニ付議論アリ(一)。其ノ二ハ、同一事件ヲ數個ノ裁判所ニ各別ニ公訴ヲ提起シタルトキナリ。此ノ場合ニハ、管轄ニ關スル第九條第十條ノ規定ニ從フベキモノナリ。其ノ結果審判ヲ爲スベカラザルトキハ、豫審ニ於テハ公訴棄却ノ決定(三一五第八號)、公判ニ於テモ亦公訴棄却ノ決定(三六五第三號)ヲ爲スベキモノナリ。刑法第五十四條、第五十五條ノ適用ヲ受クベキ場合ニ於テモ亦同一ニ解スベキモノナリ。但シ、判例ハ連續犯ニ關シ、檢事ガ連續犯ヲ構成スベキ二個ノ行爲ニ對シ、之ヲ獨立ナル犯罪ト認メテ各別ニ公訴ヲ提起シタル場合ハ、同一ノ犯罪行爲ニ對シ再度公訴ヲ提起シタル場合ト趣ヲ異ニスルヲ以テ、其ノ公訴ハ正當ニシテ公訴ヲ不適法トスル旨ノ言渡ヲ爲スベキモノニ非ズト說明セリ(二)。然レドモ、此ノ判例ニ對シ疑問ト爲ルハ、連續犯モ亦數罪ナルヲ以テ、各一罪ノ公訴ガ數個ノ裁判所ニ起訴セラレタル場合トニ區別シテ觀察スベキモノナラレタル場合ト、連續シタル數個ノ犯罪ガ同一裁判所ニ起訴セラレタルモノニシテ、此ノ場合ハ管轄ニ關スル規定ニ依リ處理スベク、後者ハ、其ノ裁判所ニ於テ併合ヲ爲スベキヲ以テ、何レノ場合ニ於テモ公訴棄却ヲ爲スベキモノニ非ズ。之ヲ要ス

ルニ、結局二個ノ起訴ハ同一裁判所ニ於テ包括シテ審理ヲ爲シ、一個ノ判決ヲ爲スヲ以テ足ルモノト信ズ。

一　前ノ公訴ガ有效ナル場合ニ限ルト爲ス說ハ（平沼博士第四五二頁、小山博士第三七一頁、宮本博士第一五三頁）。之ニ對シ、其ノ有效ナルト無效ナルトヲ論ゼズト爲ス說ハ（林博士各則上第一六六頁、平井氏第五六九頁、牧野博士第一〇〇頁）。蓋、有效ナルコトヲ前提ト爲スニハ、前ノ事件ノ裁判ノ確定ヲ待タザルベカラズ。故ニ前訴ノ效力ノ有無ヲ論ゼズト解スルヲ理論上正當ナリト謂ハザルベカラズ。後說ヲ採ル。

二　大正七年四月一二日判決、錄、第二四輯第二八八頁。

七　公訴提起ニ因ラザル訴訟繫屬　訴訟繫屬ハ、公訴ノ提起ニ因リテ生ズルヲ原則トス。然レドモ、公訴提起ニ因ラズシテ訴訟繫屬ヲ生ズル場合アリ。次ノ如シ。

（一）違警罪卽決例ニ依リ、卽決處分ニ對シ正式裁判ノ請求アリタルトキハ、事件ハ之ニ依リ裁判所ニ繫屬ス（同例三）。此ノ場合ニ於テハ檢事ハ此ノ申立ト共ニ事件ヲ裁判所ニ送致スベキモノナリ。

（二）公訴ノ提起ナキニ拘ラズ、裁判所ノ錯誤其ノ他偶然ノ事情ニ因リ訴訟繫屬ヲ生ズル場合アリ。例ヘバ、檢事ハ甲ニ對シ公訴ヲ提起シタルニ、裁判所ハ乙ニ對シ審理ヲ開始シタル場合、又ハ豫審判事ガ起訴以外ノ者或ハ起訴以外ノ事實ニ對シ、事件ヲ公判ニ付スルノ決定ヲ爲シタル爲、訴訟繫屬ヲ生ジタルガ如キ場合是ナリ。此ノ場合ニ於テモ、形式的ニハ訴訟ノ繫屬アリタルヲ以テ、裁判所ハ其ノ公訴ヲ不適法トシテ棄却スベキモノトス。豫審ニ於テモ亦同樣ナリ。

八　訴訟繫屬ノ消滅

訴訟繫屬ハ、訴訟關係（被告事件）ガ裁判所ヨリ離脫シタル場合ニ消滅ス。故ニ、終局判決ヲ爲スモ、之ニ對シ上訴ノ申立アリタルトキハ、訴訟ハ繼續スルモノニシテ訴訟繫屬ハ消滅セズ。訴訟繫屬ノ消滅スル場合次ノ如シ。

（1）判決ノ確定。
（2）公判ニ付セザル豫審終結決定ノ確定。
（3）上訴ノ取下（三八二）。
（4）略式命令ニ對スル正式裁判申立ノ取下。
（5）被告人ノ死亡、法人ノ消滅（解散）。
（6）公訴ノ取消。
（7）第九條又ハ第十條ノ規定ニ依リ審判ヲ爲スベカラザル場合ニ於テ、豫審判事又ハ裁判所ノ爲シタル公訴棄却ノ決定ノ確定（三一五第八號、三六五第三號）。

九　連續犯通知ト起訴ノ效力

檢事ガ或ル犯罪事實ニ付公訴ヲ提起シタル後、其ノ事實ト連續犯（fortgesetztes Verbrechen）ノ

關係アリト認メタル他ノ犯罪事實ニ付、審判ヲ求ムル爲新事實ヲ指定シ、之ヲ裁判所ニ通知（起訴狀ニ代ヘテ）スルトキハ、其ノ通知ニ係ル事實ハ起訴狀ト同一ノ效果ヲ生ズルヤ否ノ問題ナリ。

（一）從來判例ハ、後ノ公訴ハ（從前ハ追起訴狀ヲ以テ爲ス）畢竟前ノ公訴事實ヲ追加補充スルノ意ニ出デタルモノニシテ、一ノ犯罪ニ對シテ重ネテ公訴ヲ提起シタルモノニ非ズト爲シ、之ヲ有效ト爲シタリ。然レドモ、公訴ノ補充モ亦起訴ナルヲ以テ、是レ明ニ二重起訴ヲ是認スルモノニシテ、理論上許サルベキモノニ非ズ。ト爲スニ至レリ。（二）爾後檢事ハ追起訴ノ形式ヲ避ケ、所謂『連續犯通知書』ナル形式ニ依リ、前公訴事實ト連續關係アル他ノ事實ノ審判ヲ求ムル手續ヲ採ルニ至レリ。判例ハ、『其ノ通知ニ係ル事實ハ、爾後前起訴狀中ニ記載アリタルト同一ノ效果ヲ生ズルモノトス』トシテ有效ト爲シタリ。（三）然レドモ、茲ニ疑問ト爲ルハ、假ニ有效說ヲ採ルモ、數個ノ犯罪事實中最初ニ公訴ヲ提起シタル（起訴狀ヲ以テ）事實ガ無罪ト爲リタル場合ニ於テハ、其ノ後ニ連續犯トシテ通知ヲ爲シタル事實ガ假令有罪ナリト思料スルモ、連續犯通知書ノミニテハ公訴提起ノ效力アリト斷ズルヲ得ザルニ至ルベシ。果シテ然ラバ、連續犯通知ナルモノハ起訴狀ノ既存ヲ前提トシテ有效ナルモノニシテ、最初ノ起訴狀ノ事實ガ無罪ト爲リタル場合ニ於テハ、獨力ニテハ起訴ノ效力ヲ生ゼザルモノト謂ハザルベカラズ。此ノ點ノ解決ヲ爲サズシテ、單ニ連續犯通知ハ曩ノ事實ト共ニ同一公訴ノ內容ヲ成スモノナリトノ一事ヲ以テシテハ、未ダ承服スベキ理論上ノ根據ナシ。蓋、起訴狀記載ノ事實ニシテ犯罪ヲ構成セザル以上、別個ノ事實ヲ採テ以テ之ト連續關係アリトシテ審判スルヲ得ザルヤ論ヲ俟タズ（一）（二）（三）（四）。判例ハ曰ク。

一　檢事ノ明示スル公訴事實ト之ト連續關係アルモノトシテ第一審ノ認定シタル事實トニ付、第二審ガ前者ニ付テハ犯罪ノ成立ヲ認メズ、後者ニ付テノミ犯罪ノ成立ヲ認メ有罪ノ判決ヲ爲シタル場合ニ於テハ、上告審ハ原判決ヲ破毀シテ公訴ヲ棄却スベキモノトス（昭和七年一二月二四日判決、集第一一卷第一九四〇頁）。

二　豫審判事ガ豫審ノ取調ニ因リ、檢事ノ指定シタル甲事實ノ外他ノ乙事實ヲ連續關係アルモノトシテ公判ニ付シタル場合ニ於テ、公判裁判所ガ甲事實ヲ無罪ト認ムルトキハ、無罪ノ言渡ヲ爲スニ止メ、乙事實ニ付テハ裁判ヲ爲スノ必要ナシ（昭和八年七月一〇日判決、集第一二卷第一二四八號）。

三　第二審ニ於テ連續犯ノ通知ヲ爲シタル場合、起訴狀記載ノ事實ト連續犯ト爲ラザルトキハ、連續犯通知書記載ノ事實ト共ニ同一公訴ノ內容ヲ成スモノナルヲ以テ、其ノ通知ノ書記載ノ分ニ付テハ、公訴棄却ノ判決ヲ爲スベシ（昭和一〇年五月二七日判決、集第一四卷第五八二頁）。

四　連續犯ノ通知ニ於テ、其ノ通知ニ係ル事實ハ曩ノ事實ト共ニ同一公訴ノ內容ヲ成スモノナルヲ以テ、其ノ通知アリタル以上ハ、曩ノ公訴事實ニ對スル審判ノ結果如何ニ拘ラズ、豫審ヲ經テ公判ニ付セラレタル右通知ニ係ル事實ニ付獨立シテ有罪ノ判決ヲ爲スモ、爲ニ起訴ナキ事實ニ付審判ヲ爲シタル違法アルモノト謂フコトヲ得ズ（昭和一〇年一二月一九日判決、集第一四卷第一四三三頁）。

第四　公訴ノ範圍

一　意義

（一）公訴ノ範圍　訴訟繫屬ハ、檢事ノ公訴提起ニ因リテ生ズ。故ニ、公訴ノ範圍（卽チ訴

訟物體ノ範圍）ハ、起訴ノ內容ニ依リテ定マリ、裁判所ハ訴訟繫屬ノ範圍ニ於テ審判ヲ爲スベキモノトス。換言スレバ、公訴ノ範圍トハ如何ナル事件ニ付公訴ガ提起セラレタルヤ、裁判所ハ如何ナル事件ニ付審判ヲ爲シ得ルモノナリヤノ問題ナリ。公訴ノ範圍ハ、刑罰請求權ノ範圍ヲ謂フモノニシテ、卽チ訴訟物體ノ範圍ト同一ナリ。

（二）訴訟行爲ノ特定　刑事訴訟法ニ於テハ、訴訟行爲ノ內容ハ特定シ得ベキモノナルコトヲ要ス。例ヘバ、檢事ノ公訴提起ハ、甲一人ニ付成立スルモノナリヤ、之ヲ特定スルコトヲ要ス。是レ、民事訴訟法ニ於ケルガ如キ、條件附法律行爲又ハ選擇的法律行爲ハ之ヲ許サザルトコロナリ。例ヘバ、甲又ハ乙ノ何レカニ對シテ訴訟關係ヲ生ゼシメントスルガ如キ選擇的訴（Alternativklag）ハ、不適法ニシテ許容セラルベキモノニ非ズ。

二　公訴不可分ノ原則

公訴ハ不可分的效力ヲ有ス。卽チ公訴ニ係ル事件ハ、其ノ同一事件ノ全部ニ亙リテ裁判所ニ繫屬スルモノナリ。蓋、法律上單一ナル事件ハ、起訴ノ事實ト裁判所ガ審理ノ結果認定シタル事實ト、多少ノ差異アル爲罪名ニ變更アルモ、其ノ基本タル事實關係ニ於テ同一性ヲ失ハザル限リ、公訴ノ範圍ヲ逸脫シテ審判シタリト爲スヲ得ズ。從テ、起訴ノ場合ト認定ヲ異ニスルモ同一事件タルヲ失ハズ。又法律上單ナル犯罪ハ之ヲ分離シテ審判ヲ爲スベキモノニ非ズ。故ニ、公訴事實トシテ擧示セラレタル犯罪事實ガ一事件ノ一部分ニ限劃シタル場合ニ於テモ、裁判所ハ當該事件ヲ其ノ全部ニ亙リテ審判スベキモノトス。故ニ、訴訟繫屬ノ效力ノ範圍ハ、當該事件ノ全部ニ及ブモノトス。又確定判決ノ效力モ同一事件ノ全部ニ亙リテ生ズルモノトス。之ヲ公訴不可分ノ原則ト謂フ。

三　事件ノ同一

事件ノ同一ニ二個ノ場合アリ。其ノ一ハ、被告人ノ同一ナル場合、卽チ主觀的同一ノ場合ナリ。其二ハ、事實ノ同一ナル場合、卽チ客觀的同一ノ場合ナリ。

（一）主觀的同一（被告人ノ同一）　主觀的同一トハ、被告人ノ同一ナル場合ヲ謂フ。蓋、公訴ハ檢事ノ指定シタル被告人以外ノ者ニ、其ノ效力ヲ及ボサザルガ故ニ（二八〇）、共犯者ノ一人ニ對スル公訴ノ提起ハ、他ノ共犯者ニ對シ其ノ效力ヲ生ズルモノニ非ズ。訴訟關係ハ一定ノ人ヲ其ノ主體トシテ成立シ、其ノ主體ヲ異ニスレバ法律關係モ亦異ナルガ故ニ、事件ノ同一性モ異ナルモノト謂ハザルベカラズ。從テ、檢事ノ指摘シタル以外ノ者ニ對シテハ審判ヲ爲スコトヲ得ズ。不告不理ノ原則是ナリ。

（二）客觀的同一（事實ノ同一）　客觀的同一トハ、犯罪事實ノ同一ヲ謂フモノニシテ、條件ノ同一ト異ナル。苟モ、檢事ノ公訴事實トシテ指示セラレタル事實ト、裁判所ニ於テ認定シタル

事實トガ日時、場所又ハ方法ヲ異ニスルモ、其ノ基本タル事實關係ニ於テ同一性ヲ失ハザル限リ事實ノ同一ヲ害スルモノニ非ズ。例ヘバ、詐欺ノ起訴ニ對シ、判決ニ於テハ之ヲ恐喝ト認定シ。殺人未遂ノ起訴ニ對シ、判決ニ於テハ之ヲ脅迫ト認定シタルガ如キハ、公訴事實ト認定事實トハ若干ノ不一致アリテ罪名卽チ犯罪類型ヲ異ニスルトコロアルモ、公訴ノ基本タル事實關係ヲ害シタルモノニ非ザルガ故ニ、事件ノ同一性ヲ失ハザルモノト謂フベシ。而シテ、同一ノ事件ニ屬スル以上ハ、公訴提起後ニ生ジタル事實ト雖、判決前ニ生ジタル事實ハ同一事實ニ包含スルモノニシテ、公訴ノ範圍ニ屬スルモノト謂フベシ(一)(二)(三)。

判例ハ

一　公訴ノ範圍ハ、檢事ノ起訴ニ因リ定マルモノナルコト勿論ナリト雖、苟モ公訴ノ目的トナリタル基礎ノ事實ニ變更ナキ限リ、審判ノ請求ヲ受ケザル事件ニ付判決ヲ爲シタルモノト爲スヲ得ズ。卽チ起訴事實ト原判示事實トノ間ニハ被告人ノ執リタル犯罪手段ニ付相異ナル所アリト雖、二者孰レモ被告人ガ判示場所ニ於テ不法手段ヲ以テ判示被害者ヨリ判示全員ノ交付ヲ受ケタル事實ニ係リ、右手段ニ付テノ認定ノ相違ハ未ダ以テ本件犯罪事實ノ同一性ニ影響ヲ及ボスモノニ非ズ。從テ原告官タル檢事又ハ第一審ニ於テ、詐欺ナリト解シタルニ反シ第二審ガ之ヲ恐喝ナリト斷ジタリトスルモ、公訴ノ範圍ヲ逸脫シテ起訴ナキ事實ヲ審判シタル不法アリト爲スベキ非ズト（昭和八年一二月二一日、大審院第一刑事部判決）。

二　公訴事實中賭場開帳圖利ノ事實トシ、原審ハ取引所ノ賣買取引ノ取次ヲ爲ス資格ナクシテ營業トシテ之ガ取次ヲ爲シタリト認定シタルモ、畢竟、取引所ノ相場ニ依リ射倖的行爲ヲ爲ス者ヲ、法律上禁止セラレタル行爲ニ依リ幇助シテ利益ヲ圖リタリトノ點ニ於テ兩者異ナルトコロナキヲ以テ犯罪ノ態樣ヲ異ニスルニ過ギズ。其ノ基本タル事實關係ハ同一性ヲ失ハザルモノト謂フベシト（昭和九年三月二日大審院第四刑事部判決）。

三　公判請求書記載ト原判決認定事實トノ間ニ、詐欺ノ手段方法ニ付精粗ノ差アリトスルモ、之ヲ以テ公訴事實ノ同一性ヲ害スルモノト謂フヲ得ズト（昭和九年五月一四日、第一刑事部判決）。

四　公訴不可分ノ原則ト審判不可分ノ原則

公訴不可分ノ效力トシテ公訴ニ係ル事件ハ、其ノ同一事件ノ全部ニ亙リ裁判所ニ繫屬ス。裁判所ハ公訴事件ニ付其ノ一部ニ對シ判決ヲ爲スコトヲ得ズ。審判不可分ノ原則是ナリ（一）。從テ、事實點ト法律點トヲ分離シ、犯罪問題ヲ刑罰問題ヨリ分離シ、主刑ヲ附加刑ヨリ分離シ、刑罰ト其ノ執行猶豫トヲ分離シ、之ヲ別個ニ判決スルコトヲ得ザルヤ言ヲ俟タズ。又裁判ハ判決書ニ示スベキ一部ヲ脫漏スルモ後日ノ補充ヲ許サズ。是レ民事訴訟法ト其ノ趣ヲ異ニスル所以ナリ（民訴一九四）。

一　公訴不可分ニ對シテ例外ヲ爲スモノハ、第三一七條ノ場合ナリ。此ノ場合ニ於テハ免訴ノ決定確定シタルトキト雖、同一事實ニ付公訴ヲ提起スルコトヲ得(三一七)。

第五　公訴ト告訴

一　告訴ノ意義

(一)　意義　告訴(Plainte, Antrag)トハ、被害者又ハ其ノ他ノ權利者ヨリ、犯罪事實ヲ搜査

機關タル檢事又ハ司法警察官ニ對シ申告スルコトヲ謂フ(二五八以下)。告訴ハ、如何ナル犯罪ニ對シテモ之ヲ爲スコトヲ得ベシト雖、親告罪(Antragsverbrechen)ニ在リテハ告訴ナクシテ其ノ罪ヲ論ズルコトヲ得ズ。故ニ親告罪ニ於ケル告訴ハ、訴訟條件ナリト爲スヲ通說トス(一)。之アルガ故ニ、親告罪ニ於テ告訴ナキニ拘ラズ公訴ノ提起ヲ爲シタルトキハ、裁判所ハ公訴ヲ不適法トシテ棄却セザルベカラズ(三一五第五號、三六四第五、六號)、告訴ノ取消アリタルトキ亦同樣ナリ。

(二) 告訴ノ性質　告訴ノ性質ニ關シテ四說アリ。第一說ハ訴訟要件(Prozessvoraussetzung)說、第二說ハ處罰要件(Bedingung der Strafbarkeit)說、第三說ハ訴訟要件ト處罰要件ヲ兼ヌルトノ說、第四說ハ場合ニ依リ訴訟要件ニシテ、又場合ニ依リ處罰要件ナリトスル說是ナリ。

惟フニ、法律ガ親告罪ヲ認メタル理由(一)ハ被害者ノ申告ナキニ拘ラズ、其ノ事件ヲ審判スルコトハ却テ被害者ノ不利益ヲ招ク場合アリ。又犯罪ノ性質、被害ノ程度輕微ニシテ之ヲ處罰スルニハ、被害者ノ意思感情ニ待ツヲ以テ妥當トスル場合アルガ故ニ、之ヲ親告罪ト爲セリ(二)。前者ハ强姦罪(刑一七七)、姦通罪(刑一八三)等ニシテ、後者ハ暴行罪(刑二〇八)、名譽毀損罪(刑二三〇)、過失傷害罪(刑二〇九)等ナリ。其ノ孰レノ場合ニ於テモ告訴ナクシテ訴訟手續ヲ開始シ又ハ告訴ノ取下アリタルニ拘ラズ、之ヲ繼續スルコトハ親告罪ヲ認メタル法律ノ趣旨ニ反スルモノナリ。是レ卽チ告訴ヲ以テ訴訟要件ナリト解スルヲ妥當トスル所以ナリ。學說ノ多數ハ訴訟要件說ヲ採ル。板倉博士ハ第三說ヲ採ラル(三)。判例ハ通說ト同ジク訴訟要件說ヲ採ル(四)。

一　訴訟要件ト處罰要件トノ區別

處罰要件トハ、實體上ノ刑罰權發生ニ必要ナル要件ニシテ、然モ犯罪構成要件(Tatbestand)以外ノモノヲ謂フ、例ヘバ破產法第三七四條ノ詐欺破產罪ニ於ケル、破產宣告確定ノ事實ノ如シ。一定ノ事實ガ訴訟要件ニ適スルヤ又處罰要件ニ屬スルヤハ其ノ事實ノ法律上ノ性質ヲ吟味シテ決定スベキモノナリ。故ニ其ノ事實ヲ以テ科刑權發生ノ事實ト見ルベキトキハ處罰要件ニシテ、單ニ訴訟ノ發生ニ必要ナル要件ニ過ギズト見ラルルトキハ、訴訟要件ナリ。例ヘバ親告罪ノ告訴ノ如キ是ナリ。

然リ而シテ、事件ガ處罰要件ヲ缺クトキハ、被告人ニ對シ無罪(三一三、三六二)又ハ刑ノ免除(三一四第五號、三五九)ノ言渡ヲ爲スベク、訴訟要件ヲ缺クトキハ、公訴棄却(三一五、三六四)又ハ管轄違(三〇九、三五五)ノ裁判ヲ爲シ。其ノ欠缺ガ公訴權ノ消滅ヲ來ストキハ、免訴ノ裁判(三一四、三六三)ヲ爲サザルベカラズ。

訴訟要件トハ、公訴ノ訴訟關係ヲ適法ニ發生セシムルガ爲ニ必要トスル一定ノ法律上ノ要件ヲ謂フ。例ヘバ親告罪ノ告訴ノ存在、裁判所ノ管轄ノ適法ナルコト、被告人ノ生存セルコト等ノ如シ。故ニ訴訟要件ハ第一ニ個々ノ訴訟行爲ノ前提要件ト異ナリ。第二ニ處罰要件トモ異ナル。

二　刑法上ノ親告罪ハ秘密ヲ侵ス罪(一三五)、猥褻姦淫罪(一八〇、一八三)、暴行罪(二〇八)、過失傷害罪(二〇九)略取誘拐罪(二二九)、名譽ニ對スル罪(二三二)、親族相盜罪(二四四)、親族間ノ詐欺恐喝罪(二五一)、親族間ノ橫領罪(二五五)、毀棄隱匿罪(二六四)等ナリ。

三　板倉博士玄義第四六七頁、大綱第一三六頁。

四　大正一一年三月二八日判決、集第一卷第一七五頁。

二　絶體的親告罪、相對的親告罪

親告罪ニ二種アリ。其ノ一ハ絶體的親告罪ニシテ、其ノ二ハ相對的親告罪ナリ。又絶體的親告罪ヲ、物的又ハ主觀的親告罪トモ稱ス。絶體的親告罪ニ在リテハ、告訴ハ犯罪事實ニ對スルモノニシテ、卽チ告訴ヲ爲スニハ犯罪事實ヲ指示スルコトヲ以テ足リ、被告人ヲ指示スルノ要ナシ。此ノ場合ニ於テ、告訴人誤リテ犯罪ニ關係ナキ者ヲ被告人トシテ指示スルカ又ハ被告人ヲ其ノ指示ニ洩シタル場合ト雖、其ノ告訴ハ有效ナリ（一）。相對的親告罪ハ、特定ノ犯人ニ對スル告訴ナルガ故ニ、告訴人ガ特ニ其ノ人ヲ指示スルニ非ザレバ告訴ノ效ナキモノトス。而シテ親告罪ハ以上二種ノ內何レニ屬スルヤハ、各親告罪ニ付論ゼザルベカラザルモ、一般ニ親告罪ハ絶體的親告罪ヲ通例トス。相對的親告罪ニ屬スルモノハ、親族相盜（刑二四四、二五一、二五五）ノ如キ是ナリ（二）。

判例ニ曰ク

一　縱令、告訴權者ニ於テ犯人ト思料スル者ヲ指名スルコトアルモ、檢事ニ於テ搜査ノ上之ト異リタル者ヲ犯人ト認メ又ハ右指名以外ニ共犯者アルコトヲ認知シタルトキハ、其ノ認ムルトコロニ從ヒ、右告訴ニ基キ起訴ヲ爲スヲ妨クベキ理アルコトナシ（大正一一年一一月二日判決、集第一卷第六二一頁）。

二　親族ニ係ルガ爲、親告罪タル恐喝行爲ハ、犯罪後ノ離婚ニ因リ親族關係消滅スルモ、其ノ親告罪タルコトニ消長ナシト（大正一三年一二月二四日判決、集第三卷第九〇六頁）。

三　告訴不可分ノ原則

告訴モ公訴ト同ジク不可分ナリ。告訴ハ、一個ノ犯罪ノ全部ニ對シ告訴ノ效力ヲ生ズルモノナリ。之ヲ客觀的不可分ト稱ス。又共犯者ノ一人ニ對シ告訴アリタルトキハ、其ノ他ノ共犯者ニ對シテモ告訴ノ效力ヲ生ズベシ。之ヲ主觀的不可分ト稱セラル（二六八）。尙、相對的親告罪ニ付テハ、刑法第二百四十四條第二項ノ規定ニ依リ、主觀的不可分ノ原則ハ其ノ適用ナキモノトス。

告訴不可分（Unteilberkeit des Strafantrags）ノ原則ハ、告訴ノ取消アリタル場合ニモ亦適用セラル（二六八第一項）。尙、刑事訴訟法ハ、姦通罪ニ關シ特ニ明文ヲ設ケ『刑法第百八十三條ノ罪ニ付相姦者ノ一人ニ對シテ告訴又ハ其ノ取消アリタルトキハ、他ノ者ニ對シテモ亦其ノ效力ヲ生ス』（二六八第三項）ト爲シタリ（一）。

一　學說ニ曰ク。姦通罪其ノ他ノ必要的共犯ヲ以テ、刑法ニ所謂共犯ニ非ズトスル見解ヲ採レルガ爲ナリト（宮本博士大綱第一六二頁）又曰ク。必要的共犯ノ場合ニ於テ、其ノ一人ノミニ對シテ爲ス告訴ノ地棄ヘ有效ナリト（板倉博士玄義第五三八頁）。共ニ必要的共犯ヲ以テ、一般ノ共犯ト區別スベキ理由ナキモノト解ス。從テ必要的共犯モ亦共犯ナリト謂フベシ。若夫レ必要的共犯ニ於テ、其ノ一人ノミニ對シテ爲ス告訴ノ拋棄ハ有效ナリト解スルトキハ、告訴提起ノ場合ニ於テモ亦同樣ニ論ズベキニ非ズヤ、本法第二六八條第三項ハ特例ヲ規定シタルモノニ非ズ。故ニ告訴不可分ノ原則ハ必要的共犯ノ場合ニモ適用

セラルベキモノト解スルヲ妥當トス（同說、牧野博士第一一六頁）。

四　條件付告訴ノ效力

告訴ハ條件又ハ制限ヲ付シテ爲ス場合アリ。此ノ條件付告訴ノ效力ニ付爭アリ。例ヘバ共犯者ノ一人ニ對シテ告訴ヲ爲シ、他ノ共犯者ニ對シテハ處罰ヲ希望セズトノ表示アリタル場合ニハ、其ノ告訴ノ效力ハ如何。

惟フニ、法律ガ親告罪ヲ認メタル理由ニ鑑ミ、告訴權者ノ條件又ハ制限付告訴ヲ、告訴不可分ノ原則ニ反スルノ一事ヲ以テ直チニ無效ト爲スベキモノニ非ズト信ズ。要ハ告訴權者ノ意思ヲ解釋シ、其ノ條件ハ告訴ト分離スベカラザルモノナリヤ否ニ依リ決スベキ問題ナリ。卽チ告訴權者ガ其ノ條件又ハ制限ヲ撤回シテモ尙告訴ヲ爲スノ意思アルトキハ、其ノ告訴ハ條件又ハ制限ヲ無效ト爲シ告訴ハ有效ナリ之ト反對ニ、條件又ハ制限ヲ告訴ト離スベカラズト爲ス意思ナルトキハ、斯ノ如キ告訴ハ固ヨリ告訴不可分ノ原則ニ背戻スルモノナルガ故ニ、告訴ハ無效ト謂ハザルベカラズ。何トナレバ斯ノ如キ告訴ハ、客觀的不可分ノ原則ニ反スル場合ニハ、刑罰請求權ノ運用ハ爲ニ無意義ト爲ルノ虞アリ。又主觀的不可分ノ原則ニ反スルトキハ、時ニ告訴權者ノ私意ニ基ク不公平ヲ見ルノ虞アリ。故ニ斯ル告訴ハ共ニ有效ト爲スベキモノニ非ズ。換言スレバ、條件付告訴ハ告訴權者ニ眞ニ告訴ノ意思存スルヤ否ニ依リ、各場合ニ付有效無效ヲ定ムベキモノニシテ條件付告訴ヲ以テ直チニ無效ナリト解スベキモノニ非ズ（一）。

一　同說。牧野博士第一一六頁、宮本博士第一六四頁。

二　反對說ニ曰ク。共犯者ノ一人ニ對シテハ罪證明白ナルモ、訴追ヲ請求セズトノ制限ヲ附加スルガ如キハ、告訴不可分ノ原則ヨリスレバ共犯ハ之ヲ分離スベキモノニ非ザルガ故ニ、此ノ場合ニハ告訴ハ無效ナリト（小山博士第二九一頁以下）。

條件付告訴ニ關シ、尙條件ガ停止條件ナリヤ又ハ解除條件ナリヤニ依リ、區別スベキモノナリト爲ス學說アリ。而シテ其ノ解釋ニ至リテハ必ズシモ一樣ナラズ。若夫レ本法ニ於テ條件付告訴ヲ許シタルモノト解センカ、停止條件付告訴ナルトキハ其ノ條件ノ成否未定ノ間ハ、檢事ハ公訴權ノ行使ヲ爲スコトヲ得ザルベシ。又解除條件付告訴ナルトキハ、其ノ條件ノ到來セザルコト明白ニ至ル迄ハ、檢事ハ公訴權ノ行使ヲ停止セザルベカラズ。更ニ折衷說ヲ採ルトキハ、其ノ何レノ條件ノ場合ニ於テモ條件ノミヲ無效ト爲シ或ハ條件ト共ニ告訴ヲ無效ト爲スモノニシテ、告訴ノ單純ナルコトヲ要求シタルモノト解セザルベカラズ。要スルニ我刑事訴訟法ハ、告訴ヲ以テ無條件ナリト豫定シタルモノナリヤ否ハ、本問ヲ解決スベキ唯一ノ問題ナリ。然レドモ告訴ハ一般ニ告訴不可分ノ原則ニ反スルモノナルヲ以テ、告訴權者ガ告訴ト條件ト其ノ何レニ重點ヲ置キタルヤ、告訴權者ノ意思ヲ解釋シ、條件ヲ撤回スルモ告訴ヲ爲スノ眞意存在スルトキハ、其ノ告訴ヲ無效ト爲スベキニ非ズト解ス（二）。判例ハ制限付告訴ニ關シ、被害者ニ於テ特ニ共犯者ノ一人

ニ對シテノミ處罰ヲ求メ、其ノ他ノ者ニ對シテハ處罰ヲ求メザルコトヲ明言スルモ、其ノ申告ハ告訴トシテ有效ナルハ當然ナリト說明シ、又取消ニ付テモ同樣ナリト爲シタリ（大正元年一二月二三日判決、錄一八輯第一五七四頁）。

三　同說牧野博士第一一六頁、宮本博士第一六三頁、告訴ガ停止條件付ナルトキハ無效トシ、解除條件ナルトキハ條件ノミヲ無效ト爲ス說（豐島博士第二五〇頁）。條件付告訴ハ常ニ無效ナリトノ說（林博士論第二六四頁）。告訴ガ停止條件付ナルトキハ、告訴ハ有效ナルモ、解除條件ナルトキハ條件ヲ無效ト爲ス說（富田博士第八二四頁）。

五　告訴權者

（一）　被害者

告訴權者（Strafantragsberechtigter）ハ、原則トシテ被害者ナリ（二五八）（一）。被害者（Verletzter）トハ犯罪ニ因リテ侵害セラレタル法益ノ主體ニシテ、直接ノ被害者ナリ。茲ニ殺人罪ニ付テ考フレバ、被害者ノ父母、配遇者及子ハ損害賠償ノ請求權ヲ有スルモ（民七一一）、本法ニ於テハ、被害者トシテ必ズシモ告訴權ヲ有セズ（二六〇第二項）。其ノ他被害者ノ法定代理人及夫モ亦獨立シテ告訴權ヲ有ス（二六〇第一項）。法人被害者ナルトキハ、其ノ代表者（法定代理人）告訴ヲ爲スコトヲ得。被害者死亡シタルトキハ、其ノ配遇者、家督相續人、直系ノ親族及兄弟姉妹ニ於テモ告訴權ヲ有ス（二六〇第二項）（二）。但シ、被害者ノ明示シタル意思ニ反スルコトヲ得ズ（二六〇第二項但書）。尙、姦通罪ニ關シテハ本夫ノミ告訴權ヲ有ス（二六〇第三項、刑一八三第二項）。

一　告訴ノ效力ハ、客觀的犯罪事實ニ對シ發生スルモノナルヲ以テ、非親告罪（Offizialverbrechen）トシテ告訴シタル事實ガ、親告罪ヲ構成スルトキハ、親告罪ニ對スル告訴トシテノ效力ヲ發生スルモノトス（昭和八年一〇月三〇日判決、評論第二二卷訴第二九七頁）。

二　判例ニ曰ク。告訴人ガ被害者ノ事實上ノ父ナルモ、法律上未ダ父タル身分ヲ有セザルトキハ、其ノ告訴ハ親權者ノ告訴タル效力ナシ（昭和五年一二月二三日判決、集第九卷第九五四頁）。

（二）　告訴權ノ承繼

告訴權ハ一身ニ專屬スルヲ以テ、之ヲ相續又ハ承繼スルヲ得ザルヲ原則トス。例外トシテ告訴權ノ移轉ヲ爲ス場合次ノ如シ（一）。

（1）　死者ノ名譽ヲ毀損シタル罪ニ付テハ、死者ノ親族、遺族又ハ後裔ニ於テ告訴權ヲ有ス（二六二第一項）。

（2）　名譽ヲ毀損シタル罪ニ付、被害者ガ告訴ヲ爲サズシテ死亡シタルトキ亦同ジ。但シ被害者ノ明示シタル意思ニ反スルコトヲ得ズ（二六二第二項）。

(3) 親告罪ニ付告訴權者ナキ場合ニ於テハ、管轄裁判所ノ檢事ハ利害關係人ノ申立ニ依リ告訴ヲ爲スコトヲ得ベキ者ヲ指定スルコトヲ得(二六三)(二)。此ノ場合ニ於テ、指定セラレタル者必ズシモ告訴ヲ爲サザルベカラザルモノニ非ズ、告訴ヲ爲スト否トハ其ノ者ノ自由ナリト解スベキモノトス。

一 告訴權ノ承繼ニ付判決ニ曰ク。特許權ニ對スル侵害ハ其ノ性質上特許權ノ存續スル限リ之ニ影響ヲ及ホスモノナレバ、侵害ヲ受ケタル特許權承繼人ハ其ノ權利ノ主體トシテ被害者タル地位ヲ取得スルモノトス。故ニ特許權ノ讓渡以前ニ發生シタル侵害ニ付テモ告訴ヲ爲スノ權ヲ有スルモノトス(大正七年七月七日判決、錄第二四輯第二〇卷刑事第九八〇頁)。

二 第二五九條ノ場合及刑法第一八三條ノ罪(姦通罪)ニ關シテモ、尙第二六三條ノ適用アリヤ否ニ付異說アリ。之ヲ肯定スル說ハ(林博士各則上第四八頁、第五七頁。牧野博士第一二三頁、板倉、中尾兩氏第四四九頁)。之ヲ否定スル說ハ(小山博士第二七四頁、平井氏第五一一、五一八頁)。然レドモ告訴人ナキ理由ニヨリ、犯人ガ不當ニ訴追ヲ免ルルハ不合理ナリ。從テ此等ノ犯罪ニ付テモ、第二六三條ノ適用アリト爲スヲ妥當ナリト解ス。

(三) 告訴權行使ノ制限

告訴權ノ行使ニ關シ、本法ハ次ノ制限ヲ爲シタリ。

(1) 祖父母又ハ父母ニ對シテハ、告訴ヲ爲スコトヲ得ズ(二五九)(一)。是レ自首ノ制度ト共ニ、東洋思想ニ基ク道義的制限ト謂フベシ。告發ニ付テモ亦同樣ナリ(二七〇)。

(2) 姦通罪ニ付テハ、婚姻解消シ又ハ離婚ノ訴ヲ提起シタル後ニ非ザレバ、告訴ヲ爲スコトヲ得ズ(二六四)(二)。本法ニ於テ此ノ(2)ノ場合ヲ制限シタルハ、舊法當時ニ在リテハ告訴權者ハ其ノ妻ヲ告訴シタルニモ拘ラズ、婚姻ヲ繼續シ或ハ金錢ニ依リテ示談ヲ爲ス等、眞ニ告訴ヲ爲スノ意思ナキ場合稀ナラザルヲ以テ、本法ハ其ノ弊ヲ除カンガ爲此ノ規定ヲ爲シタルモノナリ(三)(四)。

一 父母、祖父母ガ他人ト共犯ナルトキ、其ノ他人ニ對シ告訴ヲ提起スルコトヲ得ルヤ否。之ヲ否定スル說(小山博士、提要第二七四頁、註一九)。此ノ場合ハ相對的親告罪ト同一ニ考フベキモノナリト爲ス說(牧野博士第一二三頁、安平氏第四一〇頁)。蓋、親告罪ニ於ケル共犯者ノ一人ニ對シ爲シタル告訴ハ他ノ者ニモ及ブ(二六八)モ、第二五九條トノ關係上、尊族親ニ對シテハ告訴ノ效ナキモノト解セザルベカラズ。

二 婚姻解消前、本夫ガ姦婦ニ對シテ爲シタル告訴狀ガ無效ナリトスルモ、婚姻解消後、起訴前檢察官ノ作成セル告訴補充調書ナルモノニヨリテ、告訴アリタル以上ハ、公訴ノ提起ハ適法ナリ(昭和一一年一月三〇日判決、集第一五卷第四五頁)。

三 離婚ノ訴ガ不適法ニシテ、裁判長ヨリ補正ヲ命ゼラレタルニモ拘ラズ欠缺ヲ補正セザル爲之ヲ却下セラレ其ノ命令確定シタル場合ニハ、該訴ハ提起ナカリシモノト認ムベキモノナルガ故ニ、訴ト同時ニ爲シタル姦通ノ告訴モ亦始ヨリ效ナカリシモノト解スルヲ正當ナリトス。尤モ同條ニ於テ離婚ノ訴ノ提起ヲ以テ告訴條件ノ一ト爲シタルハ、眞實ニ婚姻解消ヲ招來スベキ手續ヲ履踐スルノ意思アルコトヲ推認シ得ル場合ニ於テ、告訴ヲ有效トスル趣旨ニ外ナラズト(法曹會昭和八年四月一四日決議、法曹會雜誌第一一卷第六號第七九頁)。

四　特許權ノ讓受人ハ、其ノ讓渡人ノ有シタル讓渡前ノ告訴權ヲ承繼スト（大正七年七月一七日判決、錄第二四輯第九八三頁）。

六　告訴權者數人アル場合

告訴權者數人アル場合ニ於テ、其ノ中ノ一人ガ告訴ヲ爲ストキハ、檢事ハ其ノ犯罪ニ付適法ニ公訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ニ付異論アリ。然レドモ數人ガ各獨立シテ告訴權ヲ有スルモノナルガ故ニ、一人ノ告訴アレバ檢事ハ之ヲ起訴スルコトヲ得ルモノト解ス。

以上ノ場合ニ於テ、學者ハ法律ガ親告罪ヲ認メタル理由ニ依リ、場合ヲ別チテ論ズルヲ常トス。蓋、一人ガ其ノ告訴權ヲ拋棄スルコトニ因リテ、他ノ者ノ告訴權モ亦拋棄セラルル理由ナキガ故ニ、全部ガ告訴スルニ非ザレバ檢事ハ適法ニ起訴スルコトヲ得ズト解スルモノノ如シ。然レドモ一人ノ告訴アル場合ニ於テハ、其ノ告訴部分ニ付テハ檢事ハ適法ニ公訴ヲ提起シ、裁判所ハ事件ノ審判ヲ爲スベキモノナレバ、理論上一人ノ告訴モ又ハ數人ノ告訴モ畢竟同一ナリト解ス。此ノ點ニ付テハ所謂想像的競合ノ場合、或ハ牽連犯及連續犯ト告訴ノ關係ト同樣ニ觀察スベキモノトス（一）（二）。

一　告訴ト連續犯ニ關シ判例ハ曰ク。同一人ニ對スル數個ノ名譽毀損ノ行爲ガ連續一罪ヲ組成スル場合ニ於テ、其ノ一部ニ付爲シタル告訴ハ其ノ全部ニ效力ヲ及ボスモノトス（昭和五年六月九日判決、集第九卷第四一〇頁）。

二　數人ノ名譽ヲ毀損シタル連續犯ノ一部ニ付告訴ノ取消アリテ、第一審裁判所ガ一部ニ付有罪、他ノ一部ニ付公訴棄却ノ判決（言渡スコトヲ得ズ）ヲ爲シタル場合ニ於テ、第二審ニ於テハ右ノ無用ノ公訴棄却ノ判決確定スルモ、他ノ部分付公訴權ヲ消滅セシムルモノニ非ズ。此ノ場合ニ於テハ、刑事訴訟法第三百六十三條ノ適用ナシト（昭和六年七月六日判決、集第一〇卷第三九六頁）。

七　想像的競合。牽連犯、連續犯

想像的競合、牽連犯及連續犯ニモ之ヲ援用スルコトヲ得ルヤ。此ノ場合ハ、此等ノ犯罪中全部ノ事實ガ親告罪ナル場合ト、其ノ一事實ガ親告罪ナル場合トヲ區別シテ考フベキモノトス。

（一）　全部親告罪ナルトキ　想像的競合、牽連犯及連續犯ノ全部ガ親告罪ナル場合ニ於テ、告訴權者ノ一人ガ告訴ヲ爲シタルトキハ、檢事ハ適法ニ起訴ヲ爲スコトヲ得ルヤ。此等ノ犯罪ハ一罪ナリトノ論據ヨリ、告訴權者ノ一人ガ爲シタル告訴ヲ以テ足レリ。從テ獨立シタル一人ノ告訴アルトキハ、檢事ハ適法ニ起訴セザルベカラズト爲ス說アリ。然レドモ想像的競合、牽連犯及連續犯ハ、數個ノ事實ヲ合一シテ法律上一罪ト爲スモノナリト雖（刑五四、五五）。何レモ獨立シテ犯罪トナリ得ベキ數個ノ事實ナルコトモ亦明ナリ。故ニ公訴又ハ訴訟繫屬ノ關係ニ於テハ、之ヲ合一視スルコトハ當然ナリト雖、之ヲ以テ總テノ點ニ付必ズ一罪トシテ取扱フベキモノナリト論斷スベキニ非ズ。親告罪ヲ認メタル理由ヲ基礎トシテ觀察スルトキハ、各個ノ犯罪事實ニ付告訴アルニ非ザレバ、檢事ハ之ニ對シ公訴ヲ提起スルコトヲ得ズ。裁判所ハ、其ノ審判ヲ爲スベカラ

ザルモノト解スルヲ相當トス。次ノ如シ。

(1) 告訴ナキ事實ト告訴アリタル事實トハ、合一シテ一罪ヲ爲スモノナルガ故ニ、其ノ一部ニ付適法ナル起訴アリタルトキハ、裁判所ハ其ノ他ノ事實ニ對シテハ公訴棄却ノ判決ヲ爲スコトヲ得ス(一)。

一 一個ノ行爲ヲ以テ同時ニ數人ニ對シ詐欺ヲ爲サントシテ其ノ實行ニ著手シタルモ、未遂ニ了リタル場合ニ於テ其ノ被害者ノ一人ニ對シ相對的親告罪ノ關係アリテ其ノ告訴ナキトキハ、檢事ノ起訴事項中、其ノ點ニ付特ニ公訴不受理(現行法ハ公訴棄却)ノ言渡ヲ爲スコトナク、單ニ他ノ部分ニ付公訴ヲ受理シテ判決ヲ爲シ、親告罪タル部分ニ付テハ事實上公訴ヲ受理セザルニ止ムベキモノトス(大正七年五月二三日判決、錄第二四輯第五五〇頁)。連續犯ニ付テモ同趣旨ノ判例(大正一一年三月六日判決、集第一卷第一一九頁、大正一三年一〇月二八日判決集第三卷七六六頁)。

(2) 而シテ裁判所ハ其ノ告訴ナキ事實ヲ審理シ、之ニ基キテ判決ヲ爲スコトヲ得ズ。

(3) 告訴アリタル事實ト告訴ナキ事實トハ合一シテ一罪タルガ故ニ、判決確定ノ效力ハ其ノ全部ニ及ブモノトス。從テ告訴ナカリシ事實ニ付後日告訴アルモ、檢事ハ最早之ヲ起訴スルコトヲ得ズ。判例ニ曰ク。公訴事實ガ親告罪ニ係リ、其ノ確定判決後ト之ト連續シテ一罪ヲ構成スル事實ニ付、被害者ヲ異ニスル爲新ニ告訴アリタリトスルモ、元來一罪ヲ組成スルモノナレバ、免訴ノ言渡ヲ爲スベキモノトス(一)。

一 大正七年六月一四日判決、錄第二四輯第八四二頁。

(二) 一事實ガ親告罪ナルトキ

想像的競合、牽連犯及連續犯中ノ一事實ガ親告罪ナル場合ニ於テ、檢事ハ告訴ナクシテ適法ニ起訴ヲ爲スコトヲ得ルヤ否。此等ノ犯罪ガ一罪ナルベキ事實ナリトスルモ、全部トシテ觀察スルトキハ最早親告罪ニ非ズト爲ス說アリ(一)。判例ハ、牽連犯及想像的競合中、重キ事實ガ親告罪ニシテ其ノ事實ニ付告訴ナキトキハ、輕キ他ノ事實ニ付處斷スベキモノトスト(二)。又曰ク、牽連犯又ハ想像的競合中ノ親告罪タル事實ニ對スル告訴ノ取下ハ、他ノ事實ニ對スル公訴權ニ何等ノ影響ヲモ及ボサザルモノトスト(三)。

一 林博士論第二六八頁。

二 大正四年六月二日判決、錄第二一輯第七三五頁。

三 大正五年六月二六日判決、錄第二二輯第一一七八頁。

八 告訴ノ追完

告訴ハ、公訴提起後追完スルコトヲ得ルヤ否ニ付異說アリ。告訴ヲ以テ訴訟要件ナリト爲ストキハ、告訴ナキ公訴提起ハ不適法ナルガ故ニ、公訴ハ棄却セラルベキモノナリ。然ルニ後日ノ追完ニ依リ公訴ノ效力ヲ生ズルモノトセンカ、其ノ時期如何ト謂フ問題ヲ生ズベシ。更ニ時效中斷ノ效力ヲ認ムルガ如キ不合理ノ結果ヲ生ズ。之ヲ以テ處罰要件ナリト爲ストキハ、後日ノ追完ヲ