

以テ茲ニ述ヘス余輩ハ自然ノ順序ニ順ヒ訴權ノ改究ヲ以テ本論ヲ肇メント欲  
 ス訴權ノ存スルニ非スンハ訴訟主體ハ適法ナル行動ヲ爲ス能ハス又訴訟手續  
 ノ進行ハ訴權ノ活動ヲ前提トスルモノナレハナリ(方口)判機關ノ組織ノ研究ハ裁  
 訟手續ノ研究ニ先ダツヘキモノナリ何者裁判權ハ訴權ニ促サレテ活動スルモ  
 ノ又訴訟手續ハ訴權ヲシテ極處ニ到達セシムル爲メ其踏ムヘキ道途ヲ劃スルモ  
 ハナリ(レ)訴訟手續法ハ訴權運用ノ形式順序ヲ規定スルモノナレハ訴權ハ手續  
 法ノ主眼トスルモノナリ其研究ヲ以テ第一トスルハ自然ノ順序ニ從フト謂フ  
 所以ナリ而シテ裁判機關ノ構成ノ如キハ之ヲ別箇ノ法律ヲ以テ規定スルコト  
 各國ノ立法例概ネ其軌ヲ一ニスル所ニシテ我國ニ於テモ裁判機關ノ構成權限  
 及ヒ訴追機關タル檢事ノ構成權限ハ裁判所構成法ノ規定スル所ナレハ之ニ關  
 スル研究ハ本書ノ範圍外ニ屬スルモノト謂ハサルヘカラス然レトモ訴訟主體  
 ノ研究ヲ爲スニ當リテハ裁判機關及ヒ訴追機關ノ構成權限ニ論及スルノ必要  
 アリ故ニ適當ナル限度ニ於テ訴訟主體ト共ニ訴權ニ次キテ之ヲ論究シ而シテ  
 後ニ訴訟手續廣義ノ論究ニ入ラン

二 犯罪ハ之ニ對スル國家ノ刑罰權及ヒ之ヲ原因トスル被害者ノ求償權ヲ發

訴權ノ進化

生セシム國家ノ利益ノ爲メニ國家ノ名ヲ以テ裁判權ノ活動(犯罪事實ヲ證明シ  
 ナシ之ニ對シテ法律ノ定メタル刑ヲ求ムルヲ刑事ノ訴或ハ公訴ト云フ多數ノ立  
 法例ニ依レハ公訴ハ國家ヲ代表スル一定ノ官吏ノ行フ所ナリ犯罪ニ因リ害ヲ  
 蒙リタル個人カ其賠償ヲ求ムルヲ私訴ト謂フ個人ノ行フ所ノモノナリ公訴ト  
 私訴トハ右ノ如ク全然別物ナルコトハ今日ニ於テハ既ニ疑ナキ所ナリト雖モ  
 文化ノ程度ノ最モ進ミタル時代ニ達スルニ非サレハ此兩者ノ觀念ヲ明瞭ニ區  
 別スルヲ得サルモノニシテ原始ノ立法ニ於テハ兩訴權ハ混同セラレ公益ト私  
 益トハ一個ノ訴ニ依リテ同時ニ其満足ヲ得タリシナリ羅馬ノ帝政時代以前ニ  
 於ケル人民訴訟(actiones populares)(羅馬人民ハ何人ヲ問ハス此及ヒ被害者ノ爲ス  
 訴訟Zivilen Pönalklage)(所謂民事的)ノ如キハ兩者ノ觀念ノ混同ヲ表明スルモノナ  
 リ法律進化ノ現象トシテ公ノ復讐ハ私ノ復讐ニ代ハルニ及ンテ刑事訴權ト民  
 事訴權トハ各異別ノ觀念ニ屬スルコトヲ知ルニ至リ佛國ニ在リテハ第十七世  
 紀ノ終ニ於テ此區別ハ既ニ學說上唱道セラレタリ(例ヘハ千六百七十年ノ勅令  
 シ)然レトモ羅馬法ニ於ケル公罪私罪ノ區別ハ犯罪ノ社會的觀念ヲ曖昧タラ

シメ所謂私罪ノ訴訟ハ被害者ノ左右スル所ニシテ被害者ニシテ沈黙セハ若クハ加害者ト和解セハ檢事ハ活動スル能ハス被害者カ其告訴ヲ取下クレハ事件ハ終結シ檢事ハ訴追ヲ續行スル能ハサリシカ如キハ此時代ニ於テ實際上未タ兩訴權ノ劃然タル分離ヲ見ル能ハサリシ一例ナリシナリ法文上此兩訴權ノ別異ノモノナルコトヲ明示シタルハ千八百八年ノ佛蘭西治罪法典ヲ以テ嚆矢トス而シテ理論上兩者ノ混同スヘカラサルモノナルコトハ左ノ諸點ニ徴シテ之ヲ知ルヲ得ヘシ

- (一) 公訴權ト私訴權トハ同一ノ事實ヨリ發生スレトモ法律上ノ原因ヲ異ニスルモノナリ公訴權ハ國家ノ秩序ヲ壞亂スル犯罪ヨリ生スルモノナリ私訴權ハ個人ニ對スル侵害ヨリ生スルモノナリ換言セハ前者ハ犯人ト國家トノ公法關係ヨリ生スルモノ後者ハ犯人ト被害者トノ私法關係ヨリ生スルモノナリ
- (二) 兩訴權ハ各其目的ヲ異ニス公訴權ハ刑罰ノ適用ヲ目的トスルモノナリ私訴權ハ損害ノ賠償(義)ヲ目的トスルモノナリ

- (三) 兩訴權ハ各其享有者ヲ異ニス公訴權ハ國家ノ享有スルモノニシテ特定ノ官吏ヲシテ之ヲ行使セシム私訴權ハ個人タル被害者ノ享有スル所ニシテ自ラ又ハ代理人ニ依リテ之ヲ行使スルモノナリ
- (四) 公訴權ハ犯人ニ對シテノミ行ハルルモノナリ私訴權ハ犯人ニ對シテ行ハルルニ止マラス其承繼人ニ對シテモ亦行ハルルモノナリ
- (五) 兩者ハ其消滅ヲ異ニス公益ハ満足セララルルモ私益ハ否ラサルコトアリ私益ハ救済ヲ得ルモ公益ハ否ラサルコトアリ例ヘハ被害者ハ受ケタル損害ノ賠償ヲ得ルモ之ヲ以テ壞亂セラレタル社會ノ秩序ハ回復セラレタリト謂フ能ハス公訴權ハ大赦犯人ノ死亡等ニ由リ消滅スレトモ右ノ原因ハ私訴權ヲ消滅セシムル能ハサルカ如シ右ノ外立法例ニ徴スルニ訴權行使ノ形式訴追ノ必要條件其他手續上無數ノ差異アリテ列舉スルニ違アラズ
- 右ノ如ク公訴權ト私訴權トハ各獨立ノ性質ヲ有スル別異ノモノニシテ近世ノ成典ハ此觀念ヲ基礎トスルモノナレトモ兩者ハ沿革上同一ノ根元ヲ有シ且事實上直接ノ關係ヲ有スルヨリシテ兩者ノ間ニ依從ノ關係 (Interdependence) ヲ

認ムル法制ヲ生セリ其重要ナルモノヲ舉レハ左ノ如シ

(一) 被害者ノ私訴ハ公訴提起ノ效力アリ例ヘハ佛朗西治罪法第百八十二條  
(同條ニ曰ク裁判所ハ云々輕罪ニ付キ民事上責任ヲ負フ人)我舊治罪法第百十  
 條第二項(同條項ニ曰ク豫審判事直ニ被害者ヨリ民事原告人ト爲ル可キノ  
 理シタル)ノ如シ被害者ノ刑事訴追ヲ許セル塊太利刑事訴訟法第四十六條(同  
 條第一項ニ曰ク刑法ニ從ヒ權利ヲ害セラレタル被害者ハ私立アルニ非サレハ  
 刑法上訴道ヲ求ムル權利アリ)獨逸刑事訴訟法第四百十四條(同條第一項ニ  
 ハ口頭ヲ以テ刑事裁判所ニ對シ)獨逸刑事訴訟法第四百十四條(同條第一項ニ  
 刑法上訴道ヲ求ムル權利アリ)獨逸刑事訴訟法第四百十四條(同條第一項ニ  
 ルコトナク被害者直ニ私訴ヲ以テ訴追スルコトヲ得)ノ如キハ民事上ノ請  
 求ニ刑事請求ノ效力ヲ有セシムルニ非スシテ民事請求權者ニ刑罰請求權ヲ  
 有セシメタルモノナリ

(二) 刑事ノ訴訟ハ私法上ノ訴訟ヲ左右シ且之ニ重大ナル影響ヲ及ホスモノ  
 ナリ例ヘハ民事裁判所ハ公訴ノ判決アルマテ民事訴訟ノ審判ヲ停止スルカ  
 如シ(佛朗西治罪法第三條第二項ニ曰ク公訴ト分離シテ私訴ヲ提起シタルトキ  
 ハ進行ヲ停止スル我民事訴訟法第一二二條ニ曰ク裁判所ハ民事訴訟中斷ス  
 事ヘシ但シ其罰スヘキ行爲カ裁判所ハ裁判ニ影響ヲ及ホストキニ限ルト獨逸民  
 事訴訟法第一四九條ニ曰ク裁判所ハ訴訟ノ進行中斷スヘキ行爲ノ嫌疑生ス  
 ル場合ニ於テ其審判カ裁判ニ影響ヲ及ホストキハ刑事訴訟)又刑事ノ裁判ハ或  
 範圍ニ於テ民事裁判所ヲ羈束スルカ如シ例ヘハ民法第八百六十六條第四號  
 ノ離縁ノ原因ハ民事裁判所ニ於テ無視スル能ハサルカ如シ

(三) 公訴權ト私訴權ト時効ヲ同シクス  
 アングロサクソン法系及ヒ日耳曼法系ノ立法ニ於テハ公訴權ト私訴權トハ  
 相影響セシムルコトナク且之ヲ審判スル裁判所ヲ別異ニセリ例ヘハ英米ニ於  
 テハ私訴權ハ民事裁判所ニ於テ行使スヘク刑事裁判所ニ私訴ノ提起ヲ許ササ  
 ルカ如シ而シテ例外トシテハ獨逸ニ於テハフーセ(Fürse)ヲ請求スル場合ニハ私  
 法的請求ヲ公訴ニ併合スルコトヲ許スコトアリ(獨逸刑法第一八八條第二三  
 又和蘭ニ於テハ百五十七フوران以下ノ請求ハ刑事裁判所ニ於テ之ヲ主張スル  
 コトヲ得セシメタリ)

我刑事訴訟法ハ公訴權ト私訴權トノ分離主義ヲ嚴守シ如何ナル場合ニ於テ  
 モ被害者ニ公訴提起ノ效力アル私訴權ノ行使ヲ認許スルコトナシ之レ國家主

義ニ基クモノニシテ所謂國家主義ノ論者ハ檢事ノ權力ヲ擴張センカ爲メニハ被害者ノ權利ヲ犧牲ニ供スルモ不可ナシト雖モ縱令違警事件ナリトモ被害者ニ公訴權ヲ活動セシムルノ自由ヲ與フルハ背理ナリト主張セリ之ニ反シテ佛國ノラウール、ドラ、グラ、スリー(Raoul de La Grasserie)及ヒ其派ノ學者ノ如キハ民事原告人ヲシテ最モ親密ニ治罪手續ニ干與セシムヘキモノナリトシ犯罪ニ基因スル民事訴權ト刑事訴權トハ連帶セシムヘク其行使上之ヲ分離セシムルヲ不可ナリトシ同一ノ裁判所ヲシテ專屬的ニ又同時ニ刑罰ト賠償トノ兩問題ヲ解決セシムヘク被害者ニハ檢事ニ等シキ訴追權若クハ補助的ナル訴追權ヲ與フヘシト主張セリ

三 以上論スル所ニ依レハ公訴權、私訴權ノ實行ニ關スル重要ナル制度ハ古今東西ノ立法及ヒ學說ニ徴シ四個ニ分ツコトヲ得ヘシ(一)公訴權、私訴權ノ混同制(二)公訴權、私訴權ノ絶體的分離制(三)公訴權、私訴權ノ依從制(四)公訴權、私訴權ノ連帶制是ナリ公訴權、私訴權ノ連帶制ハ近時學者ノ舉ツテ研究スル所ニシテ其研究ノ好結果ヲ得ルニ至ラハ刑事訴訟法ニ一ノ變革ヲ來サシムヘキヤ明ナリ白

訴權實行ノ四制度

耳義ノプリンス(Prins)曰ク近世ノ刑事法ハ被害者ト損害ノ賠償トヲ輕視シ社會全體ノ名ニ於テ正義ヲ行フ檢事制度ヲ重視スルノ傾向アリテ犯罪ヨリ生シタル侵害ノ現實ノ回復換言セハ被害者ニ賠償ヲ爲サシムルノ義務ヲ以テセスシテ秩序ノ理論的回復換言セハ監獄ニ拘禁スル宣言ノ執行ヲ以テ刑事制度ノ本然ノ目的トセリト之レ實ニ近世各國ノ刑事法ノ主義トスル所ナリ然レトモ此主義ハ犯罪ヨリ生スル損害ノ民事的賠償ハ最良ノ方法ヲ以テセハ犯罪鎮壓ノ有力ノ手段ナルコトヲ看過セルモノノ如シ檢事制度ト檢事ノ職務ノ擴張トハ犯罪ノ被害者ノ地位ヲ惡變セシメタリ現時ノ社會ニ於テハ古代ノ私的復讐ヲ許スヘカラサルヤ論ヲ俟タサル所ニシテ古代ノ告訴者ヲシテ民事原告人タラシムルニ至リシコトハ學理上非難スヘキモノニ非ルヤ明ナリト雖モ現時ノ刑事制度ノ下ニ於テ果シテ犯罪ノ被害者ノ權利利益ヲ現實ニ確保スルノ道備ハレリト言フヲ得ル歟犯罪ノ被害者ハ簡易ナル私訴手續ニ依リ被害ノ賠償ヲ犯人ニ命スル裁判ヲ受クルコトヲ得ヘシ然レトモ所謂賠償ハ有名無實ナリ被害者ハ管ニ竊盜若クハ詐欺ノ行爲ニ因リ被リタル損害ノ賠償ヲ現實ニ得ル能ハ

サルノミナラス其損害賠償ノ請求ヲ裁判上主張スル爲メニ要セシ費用勞苦消  
光ニ對スル報償ヲスラ現實ニ得ル能ハサルハ普通ノ狀態ナリ駸々乎トシテ進  
歩スル法制ノ治下ニ彼ノ盜兒ニ追ヒ錢ナル俚諺ヲシテ事實上千古不磨ノ真理  
ナルカ如キ勢力ヲ有セシムルハ昭代ノ一大恨事ニアラスヤ適當ナル制度ヲ建  
テ以テ犯罪ノ被害者ノ權利タル損害賠償ヲ確保シ又以テ民事的賠償ヲシテ犯  
罪鎮壓ノ有力ノ手段タラシムヘシトハ公訴權私訴權連帶說ノ骨子トスル所ナ  
リ

訴權ノ性質及  
七區別

四 訴權ハ一ノ請求ナリ請求ハ權利ノ保護ヲ目的トスルモノナレトモ國家ノ  
保護ヲ得ルニハ審理裁判ノ手續ヲ經サルヘカラス是ヲ以テ訴權ノ目的ハ審判  
ヲ以テ第一段トシ權利ノ保護ヲ以テ第二段トス民事訴訟ニ於ケル形式の訴權  
及ヒ實質的訴權ノ別ハ此點ニ於テ生シタルモノナリ所謂形式の訴權トハ訴訟  
ノ開始實行ヲ裁判所ニ求ムル權利ナリト謂ヒ又所謂實質的訴權トハ私權ノ保  
護ヲ請求スル權利ナリト謂ヘリ形式の訴權ノ内容トシテハ訴ノ適法ナルヤ否  
ヤノ裁判ヲ目的トスル請求ヲモ包含スト説明スル學者アレトモ余輩ハ此説明

ヲ探ラス何者此説明ハ訴ヲ不適法ナリトスル裁判ヲ目的トスル請求ヲモ意味  
スルモノナリトノ誤解ヲ生スル虞アレハナリ然レトモ原告ハ訴ヲ不適法ナリ  
トスル裁判ヲ受クルニ於テ利益ヲ有スルモノニ非ス此點ニ於テ利益ヲ有スル  
ハ被告ニシテ亦裁判所ハ職權上此點ニ付キ裁判ヲ下スヘキモノナレハナリ形  
式的訴權ト實質的訴權トハ訴訟法上劃然タル區別アルコトハ法律カ實體權利  
ノ存セサル場合ニ於テモ裁判ヲ下スヘキコトヲ命スルニ徴シテ明ナリ而シテ  
形式的訴權ナル者ハ訴訟條件具備セサルトキハ學者ノ所謂形式の權利拘束ヲ  
生スルニ過キス其結果トシテ管轄違又ハ不適法ノ理由ヲ以テ訴ヲ却下スルノ  
裁判即チ本案ノ審判ヲ拒絕スル裁判ヲ見ルモノナリ訴訟條件ノ具備スルトキ  
ハ本案ニ付キ裁判ヲ下スヘキモノニシテ學者ノ所謂實質的權利拘束ヲ生スル  
モノナリ(實質的權利拘束形式の權利拘束ノ區別ヲ試ミタルハ最近刑事訴訟法  
ハ刑事訴訟ニ於テ此區別ヲ立テタルノ名譽ヲ同著者ノ獨占ニ歸セシメシコト  
ヲ欲ス余輩モ亦數年前ヨリ民事訴訟ニ關シテ右ノ區別ヲ立テ學生ニ教授セリ  
而シテ此區別ノ學理上果シテ正當ナリヤ否ヤニ付キテハ多少ノ疑ナリ)形  
式的訴權ハ實體權利ノ存在ヲ要件トセス此訴權ノ本源ハ個人ノ自由ナルモノ

是ナリ故ニ極端ニ論スレハ原告ハ被告ニ對シテ債權ヲ有セサレトモ債權ノ辨濟ヲ求ムトノ訴ヲ起サハ此訴ハ形式上適法ナリト謂ハサルヘカラス右ノ如キ裁判上ノ請求カ詐欺取財ノ手段トシテ行ハレタル場合ト雖モ亦同シ然レトモ訴狀ニ訴ノ原因ヲ掲ケサルナラハ訴ノ不成立ニ歸スルコトアルヘシ

刑事訴訟法ニ於テモ亦形式的訴權實質的訴權ノ區別ヲ認ムヘキモノナルヤ曰ク然リ先ツ廣義ノ刑事訴訟タル私訴ニ付キテ之ヲ謂ヘハ私訴ニ依リテ主張セラルル請求ノ實質ハ私法上ノ權利ナルカ故ニ之ヨリ生シタル私訴權ト他ノ民事上ノ訴權ト區別スヘキ理由ナシ次ニ狹義ノ刑事訴訟ニ付キテ之ヲ謂ヘハ犯罪ヲ構成セサル事實ヲ原因トシテ公訴ヲ提起シタル場合ニ於テモ裁判所ハ無罪ノ判決ヲ與ヘサルヘカラサルモノニシテ換言セハ右ノ場合ニ於テ裁判所カ判決ヲ與フルハ裁判所ノ義務ニシテ此義務ヲ生スルハ即チ之ニ對スル訴權ノ存スルカ故ナリ然レトモ此訴權ハ右ノ場合ニ於テ刑罰ノ適用ヲ爲サシムル能ハサルモノナルカ故ニ實質的訴權ニ非ス(此場合ニ於ケル權利拘束ハ形式的非)シテ形式的訴權ト稱スヘキモノナレハナリ公訴權ハ公訴訴訟ノ開始實行ヲ

請求スルノ權利ト被告ニ刑罰ヲ科スルコトヲ請求スルノ權利トノ兩者ヨリ成ルモノニシテ刑罰ノ請求ハ民事ニ於ケル私權保護ノ請求ニ比スヘキモノナリ然レトモ私權保護ノ請求ト科刑ノ請求トハ其目的及ヒ性質ニ於テ異ナルモノナリ前者ハ終局ノ目的私益ノ満足ニ在リ後者ハ公ノ秩序回復ヲ以テ終局ノ目的トス前者ハ私人ノ有スルモノニシテ私人ハ之ヲ處分スルノ自由ヲ有ス後者ハ國家ニ屬スルモノニシテ何人モ之ヲ處分スル能ハサルモノナリ

刑罰請求ト刑罰適用トハ元來一個ナリシ權力ノ分離シタルモノニシテ後者ハ權力トシテ止マリ前者ハ權利トシテ現レタルモノナリ兩者ノ行使ハ其内容ニ於テ重複スルモノアルモ或ハ又合致スルモノアルモ敢テ妨アルコトナシ寧ロ行使上其内容ニ於テ重複スルヲ常態トスルモノナリ故ニ公訴ヲ起ス者ハ竊盜罪ヲ原因トシテ科刑ヲ求メ裁判ヲ爲ス者ハ竊盜ノ事實ヲ認定シテ法定ノ刑ヲ科スル場合ニ於テハ刑罰請求權ト刑罰適用權ト重複スルモノナリ竊盜罪ノ公訴ニ對シテ詐欺取財ノ事實ヲ認定シ後者ニ對スル法定ノ刑ヲ科スル場合ニ於テハ或ハ又一ノ犯罪ヲ認定シ刑ノ執行猶豫ヲ與フル場合ニ於テハ兩者ハ合

致セス又重複セサルモノナリ刑罰適用權トハ實體的公訴權ニ對スル裁判權ニシテ之ヲ行使スル裁判所ハ請求ノ當否或ハ有無ノミヲ裁判スルニ止マラス原告ノ主張以外ニ涉ルヲ顧慮スルナク認定セル犯罪事實ニ適應スル裁判ヲ下サルヘカラス蓋民事訴訟トノ性質上ノ區別ハ此點ニ於テ殊ニ重要ナルモノアリ私權保護ノ請求ニ對スル民事裁判權ハ私權ノ有無ノミヲ決スルニ在リ刑罰ノ請求ニ對スル刑事裁判權即チ刑罰適用權ハ刑罰關係ノ有無ノミヲ決スルモノニ非ス如何ナル刑罰ヲ科スヘキヤ(例ハ選擇刑ノ場)刑罰ノ執行ヲ猶豫スヘキヤ刑ヲ免除スヘキヤ刑ヲ輕減スヘキヤ否ヤ等ヲ決スルモノナリ裁判所ニ右ノ如キ職權アルモノナルカ故ニ公訴權ハ單ニ形式的請求權タルニ止マルモノナリト論スルハ其當ヲ得ス檢察ハ竊盜ノ起訴ヲ爲シテ被告ノ嚴罰ヲ要求シ輕減スヘカラサル旨若クハ刑ノ執行猶豫ヲ與フヘカラサル旨ヲ主張シタルニ對シ裁判所ハ犯罪事實ヲ認定シテ刑ノ輕減ヲ爲シ若クハ刑ノ免除ヲ與ヘタル場合ニ於テモ形式的訴權ノ行使ニ止マラス實體的訴權ノ行使アリタルモノナリ換言セハ實體的刑罰請求權ト刑罰適用權トカ兩立シテ行ハレタルモノナリ何

訴權ノ效力

者裁判所ヲシテ犯罪關係ノ存在ヲ認メシムルニ至レハ形式的訴權ノ活動ヨリ更ニ一步ヲ進メテ實體的訴權ノ效力ヲ顯ハシタルモノニシテ此場合ニ於ケル裁判ハ犯罪ノ證據十分ナラス若クハ公訴事實ハ犯罪ヲ構成セストノ裁判ニ非サルカ故ニ縱令刑ヲ科セサルモ又刑ヲ輕減セル場合ニ於テモ實體的法律關係ノ存在ヲ認メタルモノナレハナリ且又刑法第十九條ノ沒收ハ刑罰適用權ノ作用ニ屬スレトモ刑罰請求權ノ作用ニ屬セサルヲ以テ觀レハ學理上兩者ノ間ニ截然タル區別ヲ存ス(異說ニ曰ク公訴權ハ民事訴訟ニ所謂實體的訴權又ハ權利者此等ノ權利ハ凡テ實體的請求權ノ存在セル場合ニ於テノミ存在セルモノナレトモ公訴權ハ實體的請求權刑罰權ノ存在セル場合ト雖モ尙ホ有效ニ存在スルモノナレハナリ公訴權ハ知テ民事訴訟ニ所謂形式的訴權(Publizistische Rechtsanspruch)ト相平行ス何トナレハ兩者共ニ實體的請求權ノ有無ヲ判斷スルコトナ過キサル權利タルニ)

五 訴權ノ效力ハ訴權ノ行使ニ由リテ生スルモノナリ其行使ノ形式上不適法ナル場合ト雖モ仍ホ若干ノ效力ヲ生スルモノナリ

(一) 訴權ノ行使即チ訴ノ提起ハ裁判所ヲシテ法定ノ手續ヲ爲スノ義務ヲ生セシム例ヘハ訴ハ適法ナリヤ否ヤノ調査及ヒ訴ヲ適法ナリト認メタル場合

ニ於テ相手方ノ呼出證人ノ呼出等ヲ爲スカ如シ又其手續ハ公訴ト私訴トニ付キ同シカラス公訴ニ付キテモ豫審ヲ求メタル場合ト直チニ公判ヲ求メタル場合トニ從ヒ異ルモノナリ(刑訴法第六九條以下第二三六條第四條等參照)

(二) 權利拘束ヲ生セシム此效力ハ公訴ニ付キテハ訴ノ提起ニ由リ生スルモノニシテ被告カ此事實ヲ知リタルト否トヲ問フコトナシ訴訟條件ノ具備スルトキハ之ヲ實質的權利拘束ト稱シ具備セサルトキハ形式的權利拘束ト稱ス但訴訟條件ヲ具備セル場合ニ於テハ事實上裁判所ニ於テ之ヲ受理シ訴訟手續ヲ進行スル狀態ノ存スルコトヲ要ス私訴ニ付キテハ訴狀ノ送達其他ノ方法ニ依リ相手方カ私訴ノ提出ヲ知レルニ由リ若クハ之ヲ知ラサルヘカラスル狀態ノ成立スルニ由リテ生スルモノナリ私訴ニ付キテモ前示ノ如ク二種ノ權利拘束アリ而シテ訴訟條件ノ具備セサル場合ニ於ケル權利拘束ハ裁判所ヲシテ本案ノ裁判ヲ下スノ義務ヲ負ハシムルニ至ラス其具備スル場合ニ於テハ裁判所ハ本案ノ裁判ヲ下ササルヘカラス(前號參照)權利拘束ノ當事者ニ對スル效力ノ主要ナルモノハ同一ノ訴訟物ニ付キ更ニ訴ヲ起スコト能ハサ

ラシムルニ在リテ此效力ハ公訴私訴及ヒ兩種ノ權利拘束ニ共通ナルモノナリ詳細ノ點ハ公訴及ヒ私訴ノ章下ニ論スヘシ



## 第二章 公訴權

六、定義……七、公訴權ノ目的……八、公訴權ノ目的ト刑事訴訟ノ目的トハ同一ニ非ス……九、公訴權ノ原因……一〇、公訴權ノ享有ニ關スル經過……一一、公訴權ノ主體及ヒ客體……一二、公訴權ノ機關……一三、公訴權ノ變態

定義

六、公訴權ハ又之ヲ刑罰請求權ト謂フ即チ犯罪ニ對シテ刑罰ノ適用ヲ目的トスル請求權ニシテ國家ニ屬シ國家ノ機關タル檢事ノ裁判所及ヒ被告ニ對シテ行使スルモノナリ(直接ニハ國家ノ機關タル裁判所ニ對シテ行ハルル)之レ公訴權ヲ以テ形式的訴權及ヒ實質的訴權ノ兩者ヨリ成レルモノナリトスル見地ヨリ下セル定義ニシテ現行刑事訴訟法ノ規定ニ適合スルモノナリ公訴權ヲ以テ形式的訴權タルニ止マルモノトシテ定義ヲ下セハ公訴權トハ刑事訴訟(狹)ノ開始實行ヲ請求スルノ權利ナリト謂ハサルヘカラス學者或ハ公訴權トハ國家ノ科刑權ニ付キ判決ヲ求ムル訴權ナリト謂ヒ又或ハ公訴權トハ公訴ヲ實行シ裁判所ノ審判ヲ請求スル權利ナリト謂ヘルハ何レモ形式的訴權ニ付キテハ意義

公訴權ノ目的

明瞭ナリト雖モ實質的訴權ニ付キテハ說示十分ナラサルヤノ感ヲ生セシム

七、公訴權ハ個人ノ權利ノ満足ヲ目的トスルモノニ非ス犯人ニ對スル國家ノ科刑權ノ實現ヲ目的トスルモノナリ換言セハ公訴權ノ目的ハ刑罰ノ宣言及ヒ執行ナリ而シテ此點ニ於テハ公訴ノ目的ト謂フモ公訴權ノ目的ト謂フモ其意義ヲ異ニセス

刑事訴訟法第一條ニ公訴ハ犯罪ヲ證明シ刑ヲ適用スルコトヲ目的トスルモノニシテ云々トアリ然ラハ現行法ハ公訴ノ目的ヲ以テニアリトセシヤ(一)或ハ曰ク公訴ノ目的ノ二個ナルコトハ法文上明瞭ナリ何者犯罪ヲ證明シト云ヒ犯罪ヲ證明シラト云ハサレハナリ而シテ斯ノ如ク公訴ノ目的ヲ以テ二個トセルハ社會ヲ警戒スルノ必要上刑ヲ適用セサル犯罪ニ付テモ公訴ヲ起スヘキモノナレハナリト然レトモ此說ハ公訴ヲ以テ刑罰適用ノ請求トスルト同時ニ社會警戒ノ方法トスルモノニシテ其論理的結論トシテハ公訴ハ刑ノ適用ヲ爲ス能ハサル場合(犯人ノ時效)ニ於テモ犯罪證明ノ爲メニ提起セサルヘカラストスルカ故ニ明カニ我刑事訴訟法ノ精神ニ反スルモノナリ(二)或ハ曰ク公訴ノ目的ハ

刑ノ適用ノミニ在リトセン歟數罪俱發ノ場合ニ於テ前發ノ罪ニ重キ刑ヲ科シタルトキハ後發ノ罪ニハ刑ヲ科スル能ハサルカ故ニ之ニ對スル公訴權ハ消滅セリト謂ハサルヘカラス然レトモ刑事訴訟法ハ右ノ場合ニ於テ後發罪ニ對スル公訴權ヲ消滅セシメサルカ故ニ犯罪ノ證明ヲ以テ公訴ノ目的トスルニアラサル以上ハ刑ヲ科セサルモ公訴權ノ消滅ヲ來ササル理由ヲ説明スル能ハサルヘシト然レトモ舊刑法ノ數罪俱發ニ關スル規定ハ輕キ罪ニ對シテ刑ヲ科セストノ義ニ非スシテ之ニ科スル刑ヲ執行セストノ意義ナリト解釋スレハ即チ刑ノ吸收說ニ從ヘハ犯罪ノ證明ヲ以テ公訴ノ目的ト爲ササルモ舊刑法ノ數罪俱發ノ規定ニ抵觸スル所ナキモノナリ否ラスシテ數罪俱發ノ規定ハ輕キ罪ヲ重キ罪ニ吸收セシムルノ意義ナリト解釋スルモ即チ罪ノ吸收說ニ從フモ輕キ罪ニ對シテモ刑ヲ適用スルモノナルカ故ニ(即チ一ノ刑ヲ二罪ニ適用スルモノ群輕キ罪トナルカ故ニ)數罪俱發ノ法規ヲ説明センカ爲メニ公訴ノ目的ハ犯罪ノ證明ニ在リトノ說ヲ立ツルノ要ナキモノナリ(三)或ハ曰ク公訴ノ主タル目的ハ刑罰ヲ適用スルニ在リト雖モ犯人ニ對シテ之ヲ適用シタルノミヲ以テ刑罰ノ

能事畢レリト爲スヘカラス刑罰ヲ科シ犯人ヲ懲戒シテ將來再ヒ罪ヲ犯スコトナカラシムルト同時ニ之ヲ以テ世人一般ノ鑑戒ト爲シ畏怖シテ法ニ觸ルルナカラシムルノ效果ヲ生セシメサルヘカラス約言セハ犯人ニ對スル戒飭ト世人ニ對スル威嚇ト相俟ツテ始メテ刑罰ノ效用ヲ全フスルコトヲ得ヘシ法文ニ犯罪ヲ證明シトアルハ犯人ノ罪狀ヲ數ヘ之ヲ公衆ノ前ニ鳴ラシテ謂人ヲ威嚇シ以テ刑罰ノ效用ヲ全フセシムルノ趣意ニ在リテ證人ヲ調ヘ檢證ヲ爲ス等裁判上ノ手續ノ履行ヲ指スモノニ非ス故ニ公訴ノ目的ハ犯人ノ處罰ト公衆ニ對スル威嚇トニ在リ換言セハ法文ニ所謂刑ノ適用ト犯罪ノ證明トニ在ルモノナリト此第三說ト第一說トノ異ル點ハ(ア)第一說ハ犯人ヲ罰セサル場合ニ於テモ犯罪ヲ證明スルコトハ即チ公訴ノ目的トスル所ナリトシ第三說ハ犯人ヲ罰スル場合ニ於テノミ犯罪ノ證明カ公訴ノ目的ト爲ルモノナリトスルニ在リ(イ)第一說ハ所謂犯罪ノ證明トハ公訴手續ノ進行ヲ云フモノナリトシ第三說ハ之ヲ以テ犯罪事實ヲ公衆ニ示スヲ云フモノナリトスルニ在リ第三說ノ立論ハ巧妙ナリ然レトモ所謂刑ノ適用ト所謂犯罪ノ證明トハ第三說ニ於テハ同時不離ノモ

ノニシテ刑ノ適用アラハ常ニ犯罪ノ證明アリ犯罪ノ證明アラハ常ニ刑ノ適用アリテ兩者ハ別個獨立ノ事項ニ非スシテ一事物ノ兩面ナリ然ラハ二個ノ目的トシテ論述スルノ要アラシヤ而シテ之ヲ精言スレハ第三說ノ意義ニ於ケル犯罪ノ證明ハ刑罰適用ノ效果ニ外ナラサルカ故ニ公訴ノ直接ノ目的ハ犯罪ノ證明ニ在ラスシテ刑ノ適用ニ在リト謂フヘシ且刑事訴訟法中刑ノ適用ノ目的以外ニ於テ特ニ犯罪ノ證明(第三說ノ意ニ於ケル)ヲ目的トシテ實行スル手續ノ規定存セサルニ徴スレハ立法者ハ刑罰適用ヲ以テ主タル目的ト爲シタルヤ明カニシテ手續法上ヨリ論スルモ刑罰ノ適用アラハ執行ハ之ヲ伴フカ故ニ公訴ノ目的ハ刑罰ノ適用ニ在リト稱シテ不可ナキナリ舊治罪法草案第一條ニハ「公訴ハ犯罪ヲ證明シ及ヒ之ニ結ヒ付ケラレタル刑ヲ適用スルヲ目的トシ云々」トアリ井上氏(刑罰法)曰ク此及ヒナル接續詞ハ佛語ノ多ニシテ(又ハ)ナル接續詞ハ前ノ意思ヲ承ケ後ノ意思ヲ接續シテ表示スルコト夥多ニシテ(又ハ)ナル接續詞ノ如ク二個ノ判別セル意思ヲ接續シテ表示スルモノニ非スト草案ノ意義右ノ如シトセハ前照第三說ハ確定法文(刑罰法第一條第一項)ニ對スル解釋トシテハ穿テ過キ

公訴權ノ目的  
ト刑事訴訟ノ  
目的トハ同一  
ニ非ス

タルモノト謂フヘシ

八 刑事訴訟ノ目的物即チ訴訟物體ニ關スル學者ノ解説ハ區々ニシテ(一)或ハ刑罰權(國家カ犯人ニ對シテ刑罰ヲ請求スル權利ナリ)ナリト謂ヒ(二)或ハ刑罰權ノ實行ナリト謂ヒ(三)或ハ公訴私訴ナリト謂ヒ(四)或ハ犯罪行為ナリト謂ヒ(五)或ハ犯罪ニ因リテ生シタル結果ナリト謂ヒ(六)或ハ刑罰權即チ實質的刑罰請求權被害者ノ損害賠償贖物返還ノ請求權及ヒ被告ノ損害要償權ナリト謂ヘリ此諸說中何レノ說ニ依ルモ公訴權ノ目的ト刑事訴訟ノ目的物トハ同一ニ非サルヲ知ルヘキナリ即チ公訴權ノ目的ハ刑罰ノ適用詳言セハ犯人ニ刑罰ヲ加フルニ在ルヲ以テ(一)刑罰權トハ結果(公訴權ノ日)ト原因トノ關係ヲ有スルカ故ニ混同スルノ虞ナク(二)刑罰權ノ實行トハ目的ト手段トノ關係ニ立チ(三)公訴ハ刑罰權ノ實行ニ外ナラサレハ即チ(二)ト其義ヲ同クシ(四)ノ犯罪行為(五)ノ犯罪ニ因リテ生シタル結果(六)ノ刑罰權トハ其何レニ對シテモ結果(公訴權ノ日)ト原因トノ關係ヲ有スレハナリ

余輩ハ刑事訴訟ノ目的物トハ(私訴及ヒ要償ノ)刑罰ヲ適用スル裁判ノ基礎ト

爲、法律關係ナリト解スル者ナリ民事訴訟ニ於ケル訴訟物或ハ訴訟ノ目的物  
(*Chose en litige*; *Gegenstand des Rechtsstreits*)ハ裁判ヲ受クヘキ實質的法律關係ナリ  
(民事訴訟法ニハ請求トセリ同法第(一)二〇條獨民法第一四七條參照)此意義ニ從ツテ論スレハ公訴ノ物體ハ犯罪  
事實ト刑罰權トノ關係ナリ刑罰權ハ國家ニ屬シ分レテ刑罰請求權ト刑罰適用  
權トナルモノナリ而シテ前者ハ檢事ノ行使スル所ニシテ後者ハ裁判所ノ行使  
スル所ナリ又刑罰請求權ハ形式的請求權ト實質的請求權トニ分ツヘキモノナ  
リ之レ前章ニ於テ論シタル所ナレトモ學者ノ見解ハ此點ニ於テ一致セサルヲ  
以テ更ニ茲ニ之ヲ論スヘシ或ハ檢事ノ行フ刑罰請求權ハ形式的請求權ノミニ  
シテ實質的請求權ハ裁判所ノ行フモノナリトシ其結果民事ニ所謂實質的訴權  
ニ竝行スヘキ訴權ナシトセリ實質的請求權ハ國家ニ屬スルモノニシテ請求權  
ノ存在ヲ認メタル場合ニ於テ裁判所ハ起訴者ノ主張ニ拘泥セスシテ裁判ヲ爲  
スコトヲ得ルノ點殊ニ附帶犯罪ニ付キテハ公訴ナキモ裁判スルコトヲ得ルノ  
點ヨリ觀ルモ亦公訴ニ於テハ一定ノ申立ヲ要セサル點ヨリ觀ルモ又公訴權ノ  
拋棄及ヒ之ニ對スル認諾ヲ認メサル點ヨリ觀ルモ檢事ハ實質的請求權ヲ行使

スルモノニ非ラストノ見解ハ至當ノモノト爲スヘキカ如シ然レトモ若シ檢事  
ニ實質的請求權行使ノ權限ナキモノトセン歟刑法第五十二條第五十八條ノ場  
合ニ於テ刑ヲ定ムルノ請求ヲ爲スノ權利ヲ檢事ニ與ヘタル理由ヲ解スル能ハ  
サルナリ(刑應法第五(三)條參照)又刑ノ執行猶豫ヲ請求スルノ權利ヲ檢事ニ與ヘタル理由  
ヲ説明スルノ道ナキナリ刑法第五十二條第五十八條ノ場合ニ於テ刑ヲ定ムル  
ノ請求ハ實質的請求ノ積極的保護ヲ求ムルモノナリ又刑ノ執行猶豫ノ請求ハ  
實質的請求ノ消極的保護ヲ求ムルモノナリ一層明瞭ナルモノヲ舉レハ刑罰執  
行權ハ實質的刑罰請求權ノ變形ナリ而シテ刑ノ執行ハ檢事ノ掌ル所ナルヲ以  
テ觀レハ檢事ハ實質的刑罰請求權ヲ行使スルモノニシテ公訴權ノ内容ニハ形  
式的刑罰請求權ト實質的刑罰請求權ノ兩者アルコトヲ知ルヘキナリ又或ハ裁  
判所ハ實質的請求權ヲ認ムルノ職權ヲ有スルニ止マリ刑罰適用權ヲ行使スル  
モノニ非ストノ說ヲ立ツルヲ得ヘキカ如シ蓋シ民事訴訟ニ在リテハ原則トシ  
テ裁判所ハ申立以外ニ出ツル裁判ヲ下スコトナケレハ刑罰適用權ニ比類スヘ  
キモノ存在セス裁判權トハ當事者ノ主張ノ當否ヲ決スルニ止マルヘキモノ換

言セハ請求ヲ認許スヘキヤ否ヤヲ決スルノ權力ナリトセハ民事刑事ニ通シテ此定義ノ適用セラルヘク從ツテ所謂刑罰適用權ナルモノ存在セスト謂ハサルヘカラス然レトモ刑事ノ裁判權ト民事ノ裁判權トハ其物體即チ目的物ヲ異ニスルカ故ニ其性質ヲ異ニシ其活動ノ效力ヲ異ニスルモノニシテ刑事裁判權中ニハ所謂刑罰適用權ヲ包含スルモノナリ前章ニ於テ論シタル如ク刑罰適用權ヲ認ムルニ非スンハ檢事ノ申立ニ反シテ刑ヲ免除シ刑ヲ輕減シ刑ヲ執行猶豫ヲ與ヘ刑ノ選擇ヲ爲ス職權ノ裁判所ニ存スル理由ヲ説明スル能ハサルナリ(實)的刑罰請求權及ヒ刑罰適用權ナル用語ニ代ヘ論事ノ行使スル刑罰請求權及ヒ裁判所ノ行使スル刑罰請求權ナル用語ヲ用ユルモ可ナリ)而シテ裁判權ハ形式的裁判權(即チ訴訟ノ適法ナルヤ否)及ヒ質的裁判權ニ區別シ質的裁判權ハ之ヲ質的公訴權有無ノ裁判權及ヒ刑罰適用權ニ小別スルヲ得ヘシ以上論スル所ニ依レハ質的刑罰請求權ト刑罰適用權トハ兩立スルモノニシテ又兩立セサルヘカラサル理由ノ存スルコト明瞭ナルヘシ

猶且質的訴權ト刑罰適用權トヲ區別セサルヘカラサルコトハ其消滅原因ヲ異ニスルニ徴スルモ亦明瞭ナリト云フヘシ例ヘハ刑罰請求權ハ公訴ノ時効

公訴權ノ原因

ニ因リテ消滅シ刑罰適用權ハ刑ノ時効ニ因リテ消滅スルカ如シ兩種ノ時効ハ性質ノミナラス期間ニ於テ差異アリ又之ヲ規定スル法律ヲ異ニス(公訴時効ハ第八條ニ規定スル所ニシテ拘留料ニ該ル罪ニ付キテハ六月、死刑ニ該ル罪ニ付テハ十五年ナルカ如シ刑ノ時効ハ刑法第三十一條以下ニ規定スル所ニシテ拘留料沒收ハ一年、死)又刑罰請求權ハ特赦ニ因リテ消滅スルコトナキモ刑罰適用權ハ特赦ニ因リテ消滅スルカ如シ學者或ハ刑罰適用權ハ親告罪ノ場合ニ於テハ事實ノ發生ト共ニ成立スレトモ刑罰請求權ハ告訴ナクンハ發生セスト論シ之ヲ以テ兩者ノ區別ノ一點トセリ余輩ハ此見解ヲ採ラズ親告罪ニ於ケル告訴ハ刑罰請求權行使ノ條件ニシテ其發生ノ原因ニ非ストスルヲ以テ正シト信スレハナリ(刑事訴訟法第六條ハ告訴ノ拋棄ヲ以テ公訴權消滅ノ原因トセル規定ナシ)

九 質的公訴權ハ刑罰ノ適用ヲ請求スルモノニシテ形式的公訴權ハ質的刑罰請求權ノ有無ノ判斷ヲ請求スルモノナレハ兩者ノ成立原因ハ異ルモノナリ前者ハ犯罪事實ノ存在スルニ因リテ成立シ時効ノ成就スルニ因リテ消滅スルモノナレハ其成立原因ハ犯罪事實ナリ後者ハ犯罪事實ノ眞ニ存セサルモ其嫌疑アレハ成立スルモノナリ形式的公訴權ハ質的刑罰請求權ノ有無ノ判斷

ヲ請求スルモノナレハ犯罪事實ノ眞ニ存在スルコトハ此公訴權ノ成立ノ要件タルモノニ非サレハナリ然レトモ犯罪ヲ以テ形式的公訴權ノ原因ニ非スト誤解スヘカラス眞ニ犯罪ノ存スルナラハ形式的訴權及ヒ實質的訴權ヲ生セシムルヤ喋々スルノ要ナキモノニシテ此兩訴權ノ原因ノ異ナルト云フハ前者ハ犯罪ノ嫌疑アラハ成立シ後者ハ犯罪ノ嫌疑ノミニテハ成立セス眞ニ犯罪ノ存在スルヲ以テ其成立ノ要件トスルモノナリトスルノ點ニ在リ而シテ犯罪ハ實質的刑罰請求權ノ原因ナルト同時ニ刑罰適用權ノ原因タルモノニシテ刑罰ハ人ニ加フルモノナレハ犯人共者ハ此兩種ノ刑罰權ノ成立ニ必要ナルモノナレトモ之ヲ發生セシムル原因ニ非ス其原因ハ犯人ノ行爲即チ犯罪ナリ所謂犯罪トハ刑罰ノ制裁アル有責違法(所爲、不)ノ行爲ナリ

公訴即チ訴訟ノ開始實行及ヒ刑罰請求權有無ノ判斷ヲ請求スル行爲ハ公訴權ニ基クモノナレハ實質的及ヒ形式的公訴權ノ原因ハ公訴ノ原因ナリト謂フヲ得ヘシ然レトモ公訴ト公訴權トハ區別スヘキ觀念ナリ公訴ハ一ノ事實ナリ換言スレハ意思表示即チ行爲ナリ公訴權ハ此行爲ノ法律的基础トナルモノナ

公訴權ノ享有ニ關スル經過

リ然レトモ事實ニハ非ス公訴權ト公訴トハ其原因ヲ同クスルヨリシテ公訴權ノ成立セハ公訴ヲ起スコトヲ得ルヤ勿論ナレトモ兩者ハ別物ナルカ故ニ公訴ヲ起シタル場合ニハ常ニ公訴權ノ形式的及ヒ實質的ニ成立スルモノナリト謂フ能ハス例ヘハ公訴不受理ノ原因アレハ形式的公訴權ハ成立セサルカ如シ又犯罪ノ或立セサル場合ニハ實質的公訴權ハ成立セサルカ如シ又兩者ハ別物ナルカ故ニ公訴權ノ成立スルトキハ直チニ公訴ノ成立スルモノナリト謂フトコ能ハス公訴ハ刑罰權ニ關スル法定機關ノ意思表示ナレハ公訴權ノ成立ヲ前提トシテ其終局ノ效果ヲ生スヘキモノニシテ公訴權成立スルモ其行使ニ任スル法定機關ノ意思表示ナクンハ未タ公訴ハ成立セサルモノナリ

一〇 希臘羅馬ノ法制ヲ觀ルニ公訴權ハ犯罪ノ性質如何ニ從ヒテ屬スル所ヲ異ニセリ身體財産ニ對スル罪ノ如キハ直接ノ被害者若クハ其親族後見人等公職ヲ有セサル者原告トナリテ刑罰ノ請求ヲ爲セリ政事犯ノ如キ直接ノ被害者ナキ犯罪ニ付キテハ國民(婦女未成年者受刑者無財產者等ヲ除ク)ハ犯者ニ對シ刑罰ヲ請求スルノ權利ヲ有セリ此制度ハ理論的基础ヲ有シ且實際上ノ利益アリ國民ハ國家ヲ組

織スル分子ニシテ秩序ノ維持、安寧ノ保全ハ其利害体戚ニ大ナル影響ナクンハ  
 アラス然ラハ秩序安寧ヲ保持スルヲ目的トシテ成立スル公訴權ヲ國民ニ享有  
 セシムルハ非理ナリト論スヘカラサルナリ又犯罪ニ因リ害ヲ蒙リタル被害者  
 ニ公訴權ヲ享有セシムルハ治罪上其復讐心ヲ利用スルモノニシテ被害者ハ喜  
 ンテ原告ノ地位ニ立ツヘキカ故ニ國家ハ勞セスシテ功ヲ收ムルノ利アリ之レ  
 該制度ノ實際上ノ利益ナリ然レトモ國民ハ自家ノ業務ヲ抛ツテ訴追ノ事ニ從  
 フモ爲メニ得ル所ノ利益ナク却ツテ犯人ノ怨恨ヲ受ケ時トシテ奇禍ニ罹ルコ  
 トアリ之ヲ恐ルル爲メ訴追ヲ怠ルハ自然ノ情勢ナリ又被害者ノ復讐心ハ時ヲ  
 經ルニ從ヒ薄ラクモノニシテ且其受ケタル實害ノ賠償ヲ得ハ更ニ進ンテ訴追  
 ニ從事スルモノ稀ナルカ故ニ該制度ハ安寧秩序ノ保障タルノ實效ナキモノナ  
 リ又個人ハ自己ノ怨恨ヲ霽サン爲メ公訴權ヲ濫用スルノ弊アリ又極惡ノ犯人  
 ニ對シテハ躊躇スルノ弊アリ之レ彈劾制ニ代リテ糾問制ノ起レル所以ナリ英  
 國ノ如キハ特殊ノ國風ノ存スルカ爲メ現時猶原則トシテ彈劾制ノ認メラルル  
 モ公訴官ヲ設ケ漸次其權限ヲ擴張スル趨勢ナルニ徴スレハ人民訴追ノ制即チ

彈劾制ハ進歩セル國家ニ適合セサルモノタルヲ知ルヘキナリ  
 且又理論上ヨリ觀ルモ刑罰ハ間接ニ私人ヲ保護スル結果ヲ生スルモノナリト  
 雖モ國家ノ目的ヲ達スル必要ノ手段トシテ存スルモノニシテ私益ヲ満足セシ  
 ムルノ具トシテ設ケラレタルモノニ非ス秩序ノ維持、安寧ノ保全ハ國民ノ利害  
 ニ大ナル影響ヲ及ホスモノナレトモ國家ニハ國家固有ノ目的アリ國家ハ國民  
 ノ器械ニ非ス(却テ國民ハ國家ノ器械)又國民ハ國家組織ノ分子ナリト雖モ國家  
 其者ニ非ス而シテ國家存立ノ必要上刑罰權ノ發生シタルモノナレハ其全部ハ  
 勿論其一部タル刑罰請求權ハ國家ニ於テ之ヲ保有スヘキコト當然ニシテ刑罰  
 カ國民ノ休戚ニ影響スルコトアルノ一事ヲ前提トシテ以テ直ニ國民ヲシテ之  
 ヲ享有セシムヘシトノ論定ヲ生セシムル能ハサルナリ況ンヤ歴史ノ證明スル  
 カ如ク國民ヲシテ之ヲ享有セシムルトキハ其行使ヲ怠ルカ爲メ安寧秩序ヲ保  
 維スル能ハサルノ結果ヲ生スルニ於テヤ刑罰請求權ハ刑罰適用權ト共ニ國  
 家ノ獨占ニ歸セシメサルヘカラサルモノナリ刑罰ハ私權タルト公權タルトヲ  
 問ハス國民ニ屬スル權利ノ效力トシテ生スルモノニ非サルヲ以テ犯罪ニ因リ

害ヲ受ケタル個人カ刑罰請求權ヲ享有スヘキ謂レナシ此理ハ刑罰ヲ以テ個人ノ受ケタル損害ヲ回復セシムル制度ノ下(例之罰金ヲ徵收シテ之ヲ被害者ニ交付スルカ如シ)ニ於テモ異ルコトナシ個人ハ損害ノ賠償ヲ求ムルノ權利アレトモ刑罰執行ノ結果トシテ損害ノ賠償ヲ得タルナラハ要償權ハ消滅スヘク此場合ニ於テ要償權ノ消滅スルハ要償權行使ノ結果ニ非スシテ刑罰執行ノ結果ナリ要償權ト刑罰權トハ其行使ノ結果ヲ同クスト雖モ之カ爲メニ兩者ノ混一ヲ來スヘキモノニ非サルカ故ニ刑罰ノ執行カ個人ノ損害ヲ賠償セシムル制度ノ下ニ於テモ個人ニ刑罰請求權ヲ有セシムヘキ理由ハ發生セサルモノナリ又親告罪ニ付キテ刑罰請求權ヲ被害者ノ告訴ニ繫ラシムルハ告訴ヲ以テ刑罰請求ノ條件トスルニ止マリ被害者ニ刑罰請求權ヲ有セシムルモノニ非サルナリ

公訴權ノ主體及ヒ客體

一 公訴權ノ主體ハ國家ナリ國家ハ公訴權ノ所有者ナリ而シテ國家ハ唯一ノ所有者ニシテ國家以外ニ公訴權ヲ有スル者ナキコトハ現時文明諸國ニ通スル一般ノ法律的現象ナリ昔時ニ在リテハ個人ハ公訴權ニ相當スル權利ヲ有セリ例ヘハ羅馬及ヒ佛國ノ古代ニ於テハ強竊盜ノ被害者ハ犯人ノ處罰ヲ請求ス

ルノ權利ヲ有セルカ如シ

公訴權ノ客體トハ裁判所及ヒ被告即チ公訴權ノ行使ヲ受クル者ヲ謂フナリ裁判權ハ國家ニ屬スルカ故ニ實質的觀察ニ於テハ國家ハ公訴權ノ主體タルト同時ニ其客體ナリト謂ハサルヘカラス之レ理論上ノ一奇觀ニシテ斯ノ如キ奇觀ヲ呈スルハ元來一個タリシ權力カ分離シテ公訴權ト裁判權トヲ形成スルニ至リシニ職由スルモノナリ然レトモ形式的觀察ニ於テハ公訴權ノ主體ト客體トハ其間ニ截然タル區別アリテ兩者相紛淆スルコトナシ國家ヲ以テ主體トスル公訴權ハ法定ノ機關(即チ檢事及ヒ其代理官)ニ依リテ活動シ之ニ對シテ裁判所ハ其客體トシテ行動スルモノナリ

公訴權ノ主體ト訴訟主體トハ之ヲ混同セサルコトヲ要ス訴訟主體トハ訴訟關係ヲ形成スル點ニ基礎ヲ置クノ觀念ニシテ檢事被告及ヒ裁判所ヲ謂フ故ニ裁判所及ヒ被告ハ公訴權ノ客體ナレトモ訴訟主體ナリ檢事ハ形式上訴訟主體ト稱スルヲ得レトモ公訴權ノ主體ニモ亦客體ニモ非サルナリ

公訴權ノ客體タル被告ハ實質的公訴權ニ對シテハ犯罪行為ヲ爲シタル者ナ



ラサルヘカラス形式の公訴權ニ對シテハ犯罪嫌疑者タルヲ以テ足り眞ノ犯人タルコトヲ要セス如何ナル者カ被告タルヲ得ルヤ、法人ト雖モ公訴ノ被告タルヲ得ルヤ、不明ノ被告ニ對シテ公訴ヲ提起スルヲ得ルヤ等ノ問題ハ訴訟主體ノ後ニ論究スヘシ

一ニ 公訴權ノ機關トハ其主體ニ代リテ公訴權ヲ實行スル者ヲ云フ公訴權ハ國家ノ獨占スルモノナレトモ無形ナル國家ハ自ラ之ヲ行使スル能ハサルヤ辯ヲ俟タサル所ナリ故ニ之ヲ行使スル機關ヲ要ス而シテ何人ヲ機關トシテ之ヲ行使スヘキヤニ付キテハ古來數種ノ主義アリ

(一) 犯罪ノ被害者ニ公訴權ノ行使ヲ委任スル主義 此制度ハ私訴權ヲ有スル被害者ヲシテ同時ニ公訴權ヲ行使セシムルハ實際ニ於テ極メテ便利ナリトスルヨリシテ生シタルモノナリ然レトモ此主義ハ公訴權ヲ被害者ニ享有セシムル主義ト同一ノ弊害ヲ生スルモノニシテ被害者ハ極惡ナル犯人ニ對シテ長縮シテ其惡事ヲ摘發スルノ勇氣ナク又奸惡ナル被害者ハ事實ヲ認ヒテ讐ヲ報セントスルノ弊アリ故ニ現今ニ於テハ此主義ヲ刑事訴訟ノ大原則トシテ採用ス

ル國ナシ唯獨塊ニ極メテ狭キ範圍ニ於テ其殘影ヲ止ムルノミ

(二) 一般國民ニ公訴權ノ行使ヲ委任スルノ主義 之レ現時英米法ニ行ハルル所ナレトモ一般國民ニ公訴權ヲ享有セシムル制度ニ同シク其弊害多シ一面ニ於テハ私憤ヲ霽サン爲メ無辜ヲ陷害スルコトアリ然ラサルモ犯罪事實ヲ誇大ニ主張スルコトアリ他ノ一面ニ於テハ畏懼ノ情ニ制セラレ公訴ヲ敢行スルノ勇氣ヲ起ス能ハサルノ弊アリ又自家ノ業務ヲ抛テ訴追ニ從事スルモ益スル所ナキカ故ニ怠慢ニ流ルルノ弊アリ爲メニ秩序ヲ維持スル能ハサルニ至ルモノナリ

(三) 國民ノ選舉シタル者ニ公訴權ノ實行ヲ委任スルノ主義 所謂訴追委員制度 (jury d'accusation) ハ此主義ノ適用ニ外ナラサルナリ此主義ニ於テハ公訴權行使者ヲシテ自己ノ選舉シタル者ニ對シ公訴ヲ起ササルヲ得サラシムル場合ニ於テ躊躇セシムルコトアルヘク偶々公益ノ爲メ私情ヲ顧ミスシテ公訴ヲ敢行スル適任者ヲ得タリトスルモ世人ヲシテ猜疑ノ情ヲ斷タサラシムルノ弊アリ又適任者ヲ選舉スルノ困難ト選舉シタル者ノ熱心ナル努力ヲ得ルコトノ困難ト

ハ此主義ノ弊害トスル所ナリ

(四) 特定ノ官吏ニ公訴ヲ委任スル主義 之レ我國及ヒ歐米ノ文明國ニ於ケル  
訴追ノ原則トシテ採用スル所ニシテ檢事制度即チ是ナリ我刑事訴訟法第一條  
ニハ公訴權ノ行使者ハ檢事ナルコトヲ明示セリ但特別ノ場合ニ於テ豫審判事  
及ヒ公判裁判所ニ檢事ノ起訴ヲクシテ公訴ヲ受理スルノ權能ヲ有セシメタリ  
現行犯及ヒ附帶犯ノ場合是ナリ豫審判事カ檢事ヨリ先ニ重罪又ハ地方裁判所  
ノ管轄ニ屬スル輕罪ノ現行犯アルコトヲ知リタル場合ニ於テ其事件急速ヲ要  
スルトキハ檢事ノ請求ヲ俟タス直チニ其旨ヲ通知シ豫審ニ取掛ルコトヲ得ヘ  
ク(刑訴法第<sup>一四二</sup>條)又附帶犯罪ニ付キテハ訴ナシト雖モ裁判所ハ審判ヲ爲スコトヲ得  
ルモノナリ(同<sup>一四四</sup>條)佛國法ノ解釋トシテ租稅官、稅關官、森林官、橋梁水上警察官等  
ヲ以テ公訴權ノ行使者トスルハ一般ノ學說ナリ我法律ノ下ニ於テハ刑事訴訟  
上以上ノ官吏ニ公訴ノ行使ヲ委ネタルモノト爲ス能ハス然レトモ公訴權行使  
ノ變態ニ在リテハ稅務官、警察官カ之ヲ行使スト言フヲ得ヘシ

一三 公訴權ハ刑事訴訟法ニ定ムル機關ニ依リ其客體タル裁判所及ヒ被告ニ

公訴權ノ變態

對シテ行使スルヲ常態トス然ルニ變態トシテ刑事訴訟法ニ定メタル以外ノ機  
關ニ依リ被告ニ對シテ行使セラルルコトアリ此場合ニハ裁判所ハ干與セサル  
ヲ以テ訴訟關係ヲ生スルコトナシ又此場合ニハ直チニ被告ノ上ニ實質的刑罰  
請求權ノ行ハルルモノナレトモ此請求權ハ其本來ノ性質ニ於テ行ハルルモノ  
ニ非スシテ行政處分トシテ行ハルルモノナリ故ニ之ヲ公訴權行使ノ變態ト謂  
フ即チ警察犯及ヒ間接國稅犯ノ處分ニ於テ此變態ノ顯ルルモノナリ(警察犯處  
分間接國稅犯則例)例ヘハ被告カ稅務官ノ通告處分ニ服從シテ通告ノ旨ヲ履行シタ  
ルトキハ公訴權ハ消滅スルモノナリ此場合ニ於テハ公訴權ノ行使セラレスシ  
テ消滅スルニ非スシテ變態ニ於テ行使セラレタルニ因リテ消滅スルモノナリ  
被告カ通告ノ旨ヲ履行セサルトキハ稅務官ノ告發ニ基キ檢事ハ公訴ヲ提起ス  
ルモノナリ此場合ニハ公訴權ハ變態ニ於ケル行使カ效果ヲ奏セサリシヨリシ  
テ常態ニ復シテ行使セラルルモノニシテ此常態ノ行使ニ對シテハ其行使ノ前  
ニ爲シタル通告及ヒ告發カ訴訟條件ト爲ルモノナリ

## 第三章 公訴權ノ活動

### 第一節 公訴ノ意義

一四 公訴ノ定義……一五 定義ノ說明……一六 公訴ノ性質

一四 公訴權ハ犯罪事實ノ生スルニ因リテ活動スルモノナリ具體的ニ觀察セハ犯罪事實ハ公訴權發生ノ原因タリ犯罪事實ナキニ拘ハラス形式的公訴權ノ活動スルコトナキニアラサレトモ之レ寧ロ異常ノ現象ニ外ナラス公訴機關カ公訴權ヲ行使スルハ犯罪アリト断定スルニ由ルモノニシテ其断定ノ誤レルカ爲メ實質的公訴權ノ實現ヲ見ル能ハス恰モ的ナクシテ矢ヲ放テルニ等シキ結果ニ至ルハ公訴機關ノ豫想セサル所ナリ若シ夫レ一定ノ犯罪ナシトノ確信ヲ有スルニ拘ハラス濫リニ公訴ヲ提起スルアラン乎之レ職權ノ濫用ニ外ナラサルナリ然レトモ斯ノ如キ場合ニ於テモ形式的公訴權ノ行使アリト爲ササルヲ得サルハ法律カ如上ノ場合ニ於テ裁判ヲ與フルコトヲ要ストスル訴訟上ノ必

公訴ノ定義

要ニ出テタルニ止マリ法律ハ之ヲ以テ手續上ノ常態ト爲スモノニ非ス故ニ常態ニ於テ論スレハ公訴權ハ犯罪事實ノ生スルニ因リテ活動スルモノナリ而シテ其活動ノ形式ハ即チ公訴ナリ附帶犯罪ニ付キテハ公訴ナキモ公訴權ノ活動スルコトアルモノナレトモ之レ一ノ例外ニシテ原則トシテハ公訴權ハ公訴ニ依リテ活動スルモノナリ故ニ公訴トハ公訴權活動ノ形式ナリトノ定義ヲ下スヲ得ヘシ更ニ精密ナル定義ヲ下セハ左ノ如シ

公訴トハ一定ノ犯罪事實ヲ原因トシ之ニ適當スル刑罰法規ヲ被告ニ適用センコトヲ裁判所ニ對シテ請求スル公訴機關ノ意思表示ニシテ刑罰權ノ實行ヲ以テ終局ノ目的トスルモノナリ

一五 (ア) 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目的トスルモノニシテ」トアレトモ既ニ述ヘタル如ク犯罪ノ證明ハ公訴終局ノ目的ニ非ス刑ヲ適用スルノ手段ニ外ナラス事實ヲ證明シテ犯罪アルコトヲ確定スルニ非スンハ刑ヲ適用スル能ハサルナリ然ラハ刑ノ適用ハ公訴終局ノ目的ナルヤ法文ノ解釋トシテハ刑ノ適用ハ公訴終局ノ目的ナリト謂フヘキモノナル

定義ノ說明

モ精密ニ觀察スレハ公訴終局ノ目的ハ刑罰權ノ實行ニ在リ刑罰權ノ實行ハ刑罰ヲ執行シテ其效果ノ生スルニ由リ現出スルモノナレハ刑ノ適用ハ刑罰權實行ノ手段タルカ否ラサルモ刑罰權實行ノ第一着手タルニ止マルモノナリ此見地ヨリスレハ刑ノ適用トハ手段ヲ示シタルモノニシテ其終局ノ目的ヲ示シタルモノニ非スト解スヘキナリ然レトモ公訴ノ目的ヲ廣義ニ解スレハ刑ノ適用ハ公訴終局ノ目的ヲ達スル階段ナルカ故ニ之ヲ以テ公訴ノ目的ノ一ナリトスルモ理論上誤レリト爲スヘカラス前顯ノ定義ノ末項ハ此點ヲ特ニ明瞭ナラシメムトセシモノナリ公訴ハ公訴機關ノ意思表示ナリ此意思表示ハ被告ニ對シテ或ル義務ノ履行ヲ求ムル請求ニ非スシテ裁判所ニ對シテ刑罰權ノ實現ヲ要求スル意思表示ナリ此意思表示ハ刑罰權ノ實現ヲ求ムルモノナレトモ刑罰ノ具體的宣言ヲ得サリシ場合ト雖モ若クハ刑罰ノ具體的宣言ヲ得ルモノ之ヲ執行スヘカラサルコト當初ヨリ明瞭ナル場合ト雖モ其性質ニ變化ヲ生スルコトナシ故ニ例ヘハ犯罪ノ證憑十分ナラストノ理由ヲ以テ判決ヲ下ス場合ト雖モ或ハ併合罪ノ一ニ付キ既ニ死刑若クハ無期徒刑ニ處スル確定判決アリタル後他ノ

一ニ付キ起訴シタル場合ト雖モ何レモ刑罰權ノ實現ヲ求ムル請求タルヲ妨ケサルナリ第一ノ場合ニ於テハ刑罰請求ハ其目的ヲ達セサリシニ止マリ第二ノ場合ニ於テハ刑罰ノ執行ヲ得サルニ止リ判決ノ結果ハ何レモ刑罰請求其者ノ性質ニ影響スルモノニ非サルナリイ公訴ニハ一定ノ犯罪事實ヲ具備セサルヘカラス從ツテ犯人タル被告ヲ特定スルコトヲ要ス然レトモ苟モ犯人ノ特定セラル以上ハ氏名ノ不詳ナルコトハ公訴ノ適法ナルコトヲ妨ケサルモノナリ公訴ハ公訴機關ノ爲ス意思表示ナルカ故ニ犯罪ノ被害者ハ公訴ノ效力アル意思表示ヲ爲ス能ハス而シテ我訴訟法ハ檢察者若クハ法律ヲ以テ其代理者ト定メタル官吏ニ非スンハ公訴提起ノ職權ナシトセリウ公訴ハ裁判所ニ對スル意思表示ナリ故ニ被告ノ私法上ノ行爲能力ノ如何ハ公訴ノ效力ニ影響ナシ存在セサル若クハ死亡シタル被告ニ對スル公訴ト雖モ形式上效力アルモノナルヲ以テ裁判所ハ之ニ對シテ判決ヲ與ヘサルヘカラス公訴ハ裁判所ニ對スル意思表示ニシテ裁判所ニ對シテ爲スヘキモノナルカ故ニ裁判所ヲ監督スル機關ニ對シテ之ヲ爲スモ其效ナシ例ヘハ司法大臣ニ對シテ公訴ヲ提起スルモ訴訟法上何等

公訴ノ性質

ノ效力ヲ生スルコトナキカ如シ然レトモ裁判所ニ對シテ提起セラレタル以上ハ裁判所ノ管轄違ナル場合ト雖モ一定ノ效力ヲ生スルモノナレハ裁判所ハ之ニ對シ管轄違ノ裁判ヲ下ササルヘカラサルナリ

一六 (一)公訴ハ私訴ト異リ公訴權ノ實行ニシテ私權ノ實行ニ非サルカ故ニ其提起及ヒ消滅ハ被害者ノ意思ヲ以テ左右スルヲ得ス公訴ノ誘因タル告訴ト運命ヲ共ニスルモノニ非ス又公訴ハ私訴ト原因ヲ同クシ私訴ハ公訴ニ從屬スルモノナレトモ公訴ハ私訴ノ運命ニ從フコトナク獨立ノ性質ヲ有スルモノナリ

公訴カ告訴私訴ニ因リ左右セラルルコトナキヲ公訴ノ獨立ト稱ス刑事訴訟法第三條ハ原則ヲ示シテ曰ク「公訴ハ被害者ノ告訴ヲ待テ起ルモノニ非ス又告訴私訴ノ拋棄ニ因テ消滅スルモノニ非ス」ト所謂被害者トハ犯罪ノ客體ヲ謂ヒ刑罰權ノ主體ヲ謂フニ非ス此原則ニハ例外アリ同條後段ニ規定スル所ナリ親告罪ニ付キ提起シタル公訴ハ告訴ノ拋棄アラハ消滅スヘキコト是ナリ右ノ消滅ハ裁判ヲ以テ之ヲ宣告スルコトヲ要ス(二)公訴ハ公訴機關ニ於テ之ヲ取下クルノ自由ヲ有セス之レ私訴ト其性質ヲ異ニスル要點ナリ(民法第九八條參照)訴訟關係ノ

成立シタル後起訴者ノ專斷ヲ以テ漫リニ之ヲ消滅セシムルコトハ一ニハ相手方ノ訴訟上ノ權利ヲ害シ一ニハ裁判機關ノ勞力ヲシテ水泡ニ歸セシムルノ弊害アルヲ以テ私權保護ノ手續タル民事訴訟ニ於テスラ第一口頭辯論ノ始マリタル後ハ相手方ノ承諾ナクハ訴ノ取下ヲ許サス況ンヤ刑事訴訟ニ於テヲヤ之ヲ許スコトハ公益上重大ナル害ヲ生スルモノナリ單ニ手續ヲシテ無益ニ歸セシメ若クハ相手方ノ訴訟法上ノ權利ヲ害スルニ止マラス公訴機關ハ取下ノ自由ナルヨリシテ公訴提起ニ付キ慎重ノ注意ヲ缺キ濫訴スルヲ憚カラス他ノ一面ニ於テハ輿論ノ勢威政黨ノ壓迫等ノ爲メ取下クヘカラサル公訴ヲ取下ケ檢事ノ威嚴ヲ損シ世人ノ輕侮ヲ受クルニ至ルヘク或ハ被告ノ地位ニ立ツ者ヲシテハ再ヒ訴ヲ受クルノ危懼ヲ抱カシメ其生業ニ惡影響ヲ及ホサシムル等是レ公訴ノ取下ヲ許スヨリシテ生スル弊害ナリ且又不變更主義ノ原則ヨリスレハ公訴ノ取下ヲ許スヘカラストスルハ其當然ノ結果ナリトス

現行法ノ解釋トシテハ公訴ノ取下ヲ許ササルコトハ一般ニ承認セラルル所ナリ或ハ不變更主義ハ公訴權ノ處分ヲ許ササルノ義ナレハ公訴ノ取下ニ非スモ再ヒ之ヲ提起スル地ヨリシテ公訴取下ヲ禁ズル明文ナキモ現行



ル犯人ナル觀念トハ全然別異ノモノニシテ之ヲ混同スルトキハ大ナル誤解ヲ來スコトアルヲ以テ注意セサルヘカラス而シテ犯人ヲ公訴ノ内容トシテ觀察スル場合ニハ公訴提起ノ當時犯人ノ生存スルコトヲ必要トセス又公訴提起ノ時ニ於テ犯罪行為ノ繼續スルコトヲ要スルモノニ非ス多クノ場合ニ於テ犯罪行為ハ起訴ノ當時ヨリ觀レハ過去ノ事實タルモノナリ之ヲ以テ公訴ノ内容トシテ觀察スル場合ニハ犯人ノ現ニ生存スルヤ否ヤハ顧慮スルノ要ナシト雖モ犯人自身カ被告ト爲ル場合ニハ其生存ヲ訴追ノ要件トスルカ故ニ犯人死シタルトキハ適法ナル公訴ノ成立スルコトナシ

一八 犯罪トハ有責違法ノ行為ナリ犯罪ハ公訴ノ内容タリトノ點ニ付キテハ縷説スルノ要ナシト雖モ之ニ關シテハ手續上ノ見地ニ於テ研究ヲ要スル數多ノ論點アリ

(一) 公訴ノ内容タル犯罪事實トハ公訴機關ノ觀察スル所ノモノニ從ヒテ定マルヘキヤ(觀)或ハ裁判所カ審理ノ結果認定セル所ノモノニ從ヒテ定マルヘキヤ(觀)若シ公訴機關ノ觀察認定セル事實ヲ以テ公訴ノ内容ヲ劃定セン歟或ル

公訴ノ内容タル犯罪事實ヲ定ムル標準

犯罪ヲ擧ケ檢事ハ之ヲ竊盜罪トシテ起訴シタル場合ニ裁判所ハ之ヲ詐欺罪ナリト認ムルトキハ裁判所ハ竊盜ノ事實ナク詐欺ノ點ニ付テハ起訴ナキカ故ニ詐欺罪ヲ認ムル能ハストノ理由ヲ以テ無罪ノ裁判ヲ爲ササルヘカラス反之裁判所カ審理ノ結果認定シタル事實ヲ以テ公訴ノ内容ト爲スコトヲ得ヘントセハ裁判所ハ右ノ場合ニ於テ無罪ト爲スノ要ナク詐欺罪ヲ認定シテ被告ヲ刑罰ニ處スル判決ヲ下スヲ得ヘシ民事訴訟法ハ通常ノ訴訟(人事訴訟云フ)ニ於テハ右第一ノ論法ニ從ヒテ決スヘキモノトセリ故ニ貸金ヲ原因トスル訴ニ於テ其原因タル法律關係ハ賣買ナリトノ理由ヲ以テ被告ニ賣買代金ノ辨濟ヲ命スル能ハス今刑事訴訟ニ於テ此論法ニ從ヒテ裁判スヘキモノトセン歟實際上無益ナル手續ヲ繰返スノ弊アルノミナラス無罪ノ判決アリタル結果兇惡ナル被告ヲ逃走セシムルノ惡果ヲ來スヘシ而シテ理論上ヨリ觀レハ刑事訴訟法ノ採用セラル職權主義ト實體的眞實發見主義ハ本問題ニ付キ民事ニ於ケルト異ル論結ヲ生スヘキ論理上ノ前提ト爲ルモノナリ即チ本問題ニ對シテハ裁判所ハ詐欺罪ヲ認定シテ被告ヲ刑ニ處スルコトヲ得ルモノナリトノ解決ヲ下スヘキモノト

ス檢事ノ訴ヘタル犯罪事實ハ外界ニ變更ヲ來シタル確定不動ノ事實ナリ檢事ハ之ヲ竊盜ノ事實ナリト觀察セリ然レトモ此事實ハ檢事ノ觀察ノ爲メニ變更ヲ生シ得ヘキモノニ非ス而シテ實體的眞實發見主義ハ裁判所ニ命スルニ檢事ノ觀察如何ニ拘ハラス訴ヘタル事實ノ眞相ヲ究ムヘキコトヲ以テセリ又職權主義ハ檢事ノ意見如何ニ拘ハラス眞相ヲ究メタル事實ニ該當スル法律ヲ適用シテ以テ刑罰權ノ實行ヲ爲スヘキコトヲ命セリ而シテ裁判所カ事實ノ眞相ヲ究メ詐欺罪ヲ構成スル事實ナリト認定シテ相當ノ刑ヲ科スルハ法律ニ從ヒ起訴ノ範圍内ニ於テ裁判スルモノナリ又此論定ノ根據ハ刑事訴訟法第二百四十一條第一項ニ存ス曰ク「裁判所ニ於テ輕罪トシテ受理シタル事件ヲ重罪ナリトスルトキハ其事件ヲ豫審判事ニ送付スル決定ヲ爲スヘシ」ト若シ檢事ニ犯罪事實ニ關シテ公訴ノ内容ヲ劃定スルノ職權アリトセハ「右法文ノ如キ規定ヲ設クル能ハサルモノナリ」以上論スル所ニ依レハ刑事ニ於テハ民事ニ於ケルト異ナリ公訴ノ内容ハ公訴機關ノ意見ヲ以テ自由ニ定ムル能ハサルモノニシテ裁判所ノ認定ノ結果ニ依リ定マルモノナルコトヲ知ルヘシ而シテ訴ノ内容ハ裁

判所ノ認定ニ依リテ定マルト謂フハ手續進行ノ結果ヨリシテ論スルニ外ナラス換言セハ形式的ノ觀察論ニ於テ謂フノミ若シ夫レ實質觀ヨリスレハ公訴ノ内容タル犯罪事實ハ犯人ノ行爲カ外界ノ變化ヲ生セシメタル時ヨリシテ一定不變ノモノニシテ裁判所ト雖モ蓋毫モ之ヲ改易變更スル能ハサルモノナリ自由心證主義ニ從ヒ事案ヲ處理スル所以ノモノハ事案ノ内容ヲ爲ス犯罪ナル社會現象ヲ些微ノ差異ヲモ生セサルマテ認定スルコトヲ得セシムカ爲メナリ然レトモ之ヲ實際ニ徵スルニ行爲者自ラモ其行爲ノ眞相ヲ看過スルコトアリ況ンヤ事後ニ於テ事實ヲ究メントスル他人ニ於テヤ現代ノ名判官ト雖モ事件ニ付キ圓滿無缺ノ眞相ヲ得ルコトハ蓋シ稀ナルモノナレハ机上論タル價値アルニ止マル實質觀ヲ離レ形式觀ニ依據シ公訴ノ内容ハ裁判ニ依リテ定マルト論スルヲ以テ妥當ナリトスヘシ所謂裁判トハ事件ニ關シテ最後ニ生シタル者ヲ謂フ第一審裁判所タルト控訴裁判所タルト上告裁判所タルト再審裁判所タルトヲ問ハサルナリ而シテ一事再理ナルヤ否ヤノ争ノ生シタル場合ニ於テハ上告裁判所ノ裁判ニ依リ問題ノ解決ヲ見ルニ至ルコトアルヘシト雖モ右ノ



場合ニハ再審裁判所ノ干與スルコトナシ而シテ又冒頭ノ問題ニ關シテハ一ノ注意スヘキ點アリ。裁判所ハ訴ヲ受ケタル事件ニ付キ公訴機關若クハ下級裁判所ノ爲シタルモノト異レル事實認定ヲ爲スコトヲ得レトモ事件ニ包含スル事實ト何等ノ關係ナキ他ノ事實ヲ認定スル能ハサルコト是ナリ。蓋シ公訴ニ包含セサル事實ヲ認定スルハ既ニ成立スル内容ヲ判定スルモノニ非スシテ新ニ一ノ公訴ヲ成立セシムルモノニシテ斯ノ如キ職權ハ法律ノ附與セサル所ナリ。唯附帶犯ニ付キテハ例外トシテ法律ハ裁判所ニ新ナル公訴事實ヲ成立セシムルコトヲ許スノミ。

(二) 茲ニ於テカ重要ナル問題ヲ生ス公訴ノ範圍ハ如何ナル標準ニ基キテ定ムヘキヤ曰ク訴訟ノ證據書類及ヒ實體法規即チ刑罰法規ハ公訴ノ内容ヲ定ムルノ標準ト爲ルモノナリ。第一先ツ證據書類ニ付キテ之ヲ謂ヘハ檢事ハ被害者甲ノ告訴狀ニ基キ詐欺罪ナリトシテ公訴ヲ起シタル場合ニ裁判所ハ他ノ證據書類例ヘハ被告乙ノ聽取書若クハ第三者タル丙ノ聽取書ニ基キ同一事實ヲ橫領罪ヲ構成スル事實ナリトシテ判決スルヲ得ヘク或ハ檢事ノ根據トセル證據ノ

ミニ基キ檢事ノ觀察スル所ト異ル事實ノ起訴セラレタルモノト認ムルコトヲ得ヘシ然レトモ證據書類ニ數個ノ獨立ナル犯罪事實ノ顯レタル場合ニ檢事カ甲ノ事實ヲ擧ケテ起訴シタルニ裁判所ハ之ト法律上ノ連絡ナキ乙ノ犯罪事實ノ起訴セラレタルモノトシテ裁判スル能ハス故ニ證據書類ニ存スル唯一事實ヲ檢事ハ詐欺罪トシテ起訴シタルニ裁判所ハ之ヲ證據書類ニ徴シ橫領罪ノ事實トシ此事實ノ起訴セラレタルモノトシテ裁判スルヲ得ヘク又同一事實カ證據書類ニ徴スレハ檢事ノ觀察スルカ如ク詐欺罪タルヘキ事實ナルモ審理ノ結果橫領罪タルヘキ事實ナルコト明瞭ナルニ至ラハ橫領罪ハ當初ヨリ起訴セラレタルモノニシテ唯證據書類上顯明セサル點アリシカ爲メ形式上詐欺罪ト認ムヘカラサリシモノナルカ故ニ裁判所ハ橫領罪ノ認定ヲ爲スコトヲ得ルモノナレトモ證據書類中ニ甲乙二個ノ事實アリ甲ハ詐欺罪ヲ構成シ乙ハ橫領罪ヲ構成スル場合ニ檢事カ甲ノ事實ノミヲ擧ケテ起訴シタルナラハ裁判所ハ甲ノ事實ノ有無ノミニ付キ審判スヘク乙ノ事實ハ之ヲ審判スル能ハサルナリ何者乙ノ事實ハ檢事カ甲ノ事實ヲ指定セル結果公訴ノ範圍外ニ置カレタルコト明

ナレハナリ以上ノ場合ニ於テハ起訴ノ形式事實ニ依リテ公訴ノ内容ヲ定メサルヘカラサルモノニシテ學理上ノ標準タルヘキモノ存セサルナリ(第二)實體法規ニ從ヒ公訴ノ内容ヲ定ムル場合ニハ學理上ノ標準アリ下ノ如シ(ア)連續犯タルヘキ數個ノ行爲ニ付キテハ公訴ニハ形式上一個ノ行爲ヲ舉クルニ止マルモ他ノ行爲モ公訴ノ内容タルモノナリ(刑法第五條參照)故ニ明治四十三年二月五日甲男乙妻姦通シタリトノ公訴ニ對シ裁判所ハ同年一月十日ヨリ三月二十日迄引續キ姦通セリトノ事實ヲ認定スルコトヲ得之レ二月五日ノ前後ニ於ケル姦通ノ事實ハ公訴ノ内容ヲ成スモノナレハナリ(イ)繼續犯亦同シ例ヘハ明治四十三年三月一日甲ハ乙ヲ監禁セリトノ公訴ニハ其前後ニ互リ引續キタル監禁ノ事實ヲ包含スルモノナリ(ウ)營業犯、常業犯、常習犯タル事實ノ一部ヲ舉ケタル起訴ニハ全部ノ事實ヲ包含スルモノナリ(エ)結合犯ヲ構成スル事實ニ付キテハ一個ノ行爲ヲ舉ケタル起訴ニ當然他ノ行爲ヲ包含ス例ヘハ竊取若クハ脅迫ノ行爲ニ付キ起訴スレハ之ト結合スル脅迫若クハ竊取ノ行爲ハ當然起訴ノ事實ニ包含スルカ故ニ裁判所ハ強盜罪ヲ認定スルコトヲ得ルカ如シ(オ)手段結果ノ關係ア

ル行爲ニ付キテハ其一個ノ行爲ヲ舉レハ他ノ行爲ハ證據書類ニ顯レサルモ當然公訴事實ニ包含ス例ヘハ文書ヲ偽造行使シテ詐欺取財ヲ爲シタル場合ニ詐欺ノ點ヲ舉ケタル公訴ニハ當然文書ノ偽造行使ヲ又文書ノ偽造行使ヲ舉示スル公訴ニハ當然詐欺罪ヲ包含スルカ如シ(カ)甲ナル犯罪行爲カ乙ナル犯罪行爲ノ目的ノ實行ナル場合ニ於テハ甲ノ起訴ニハ當然乙ノ行爲ヲ包含シ乙ノ起訴ニハ甲ノ行爲ヲ包含ス故ニ例ヘハ丙者丁者ノ金時計ヲ横領シタリトノ公訴事實ニハ當然此金時計ノ竊取若クハ騙取ノ事實ヲ包含スルモノナリ(實體法ノ適用トシテ注意スヘキハ右ノ場合ニハ竊盜若クハ詐欺ノ罪ノモ)又強竊盜罪ノ起訴ニ故買成立スルモノニシテ別ニ横領罪ノ成立スルコトナシ)又強竊盜罪ノ起訴ニ故買罪ヲ包含スルカ如シ(キ)數個ノ行爲カ一個ノ共通ナル處罰條件ニ依リテ連結セラルル場合ニハ其一個ノ行爲ノ起訴ニハ法律上當然ニ他ノ行爲ノ包含セラルルモノナリ例ヘハ有罪破産ノ場合ノ如シ破産決定ナル處罰條件ハ有罪破産タル凡テノ行爲ヲ貫申スルモノナルカ故ニ商法第五十一條第一號ノ一身ノ過分ナル費用ニ因リテ貸方財産ヲ甚シク減少シタリトノ事實ヲ舉示シタル公訴ニハ同號ニ規定スル一家ノ過分ナル費用若クハ博奕若クハ空取引若クハ不相

應ノ射利ニ因リテ貸方財産ヲ甚シク減少シ或ハ過分ノ債務ヲ負ヒタル事實ヲ法律上包含スヘク猶同條第二號乃至第五號ニ掲ケタル過怠破産ノ事實ヲ包含スヘク更ニ一步ヲ進メテ論スレハ同法第五十條ニ規定スル詐欺破産ノ原因タル事實ヲモ包含スルモノナリ然レトモ單ニ破産決定アリタリトノ事實<sup>所謂</sup>處罰ノミニテハ恰モ收賄罪ヲ起訴スルニ當リ單ニ官吏ナルノ事實ノミヲ掲クルニ同シク有罪破産ノ公訴事實トシテハ不適法ナルモノトス<sup>ケ</sup>一個ノ行為カ數個ノ罪名ニ觸ルル場合ニ於テハ其事實ヲ舉クル以上ハ一個ノ罪名ノミヲ掲クルモ裁判所ハ他ノ罪名ニ照ラシテ處斷スルヲ得ルヤ勿論ナリ此場合ニ於テハ事實全部ハ公訴ノ内容トシテ舉示セラレタレハナリ<sup>ケ</sup>一個ノ行為ノ一部ノミヲ舉ケテ公訴ヲ提起シタル場合ニ於テハ他ノ部分ハ公訴ヨリ除外スル能ハサルコト勿論ナリ<sup>コ</sup>連續犯ニ非ス又手段結果ノ關係ヲ有セスト雖モ數個ノ行為カ順次段階ヲ爲シテ同性質ノ最重若クハ同等ナル一個ノ罪ニ達スル場合ニ於テハ一段階ニ於ケル事實ヲ舉示セル公訴ニハ當然他ノ段階ニ於ケル事實ヲ包含スルモノナリ例ヘハ賄賂聽許ノ公訴事實ニハ賄賂收受ヲ包含シ未遂ノ公訴

附帯犯罪ハ既ニ起シタル公訴ノ内容ヲ成スモノニ非ス

事實ニハ其以後ニ於テ生シタル既遂事實ヲ包含シ内亂豫備ノ公訴ニハ法律上内亂ノ陰謀若クハ暴動ヲ包含スルモノナリ<sup>即チ陰謀ハ第一段ニ豫備ハ第二段ニ暴動ハ第三段ニ位スル事實ナリ</sup>  
 (サ)一所爲ニ對スル公訴ニハ起訴以後ニ繼續スル所爲ノ部分及ヒ起訴以後ニ於テ生シタル所爲ノ結果ヲ當然包含ス但確定判決以後ニ於ケル所爲若クハ結果ヲ包含セス

一九 附帯犯罪ハ公訴ナクシテ審判スルヲ得ルノ明文存スルカ故ニ附帯犯罪ヲ構成スル事實ハ既ニ提起シタル公訴ノ内容ニ屬スルヤ否ヤヲ論究スルノ必要ナシト雖モ理論上附帯犯罪ハ既ニ公訴ノ提起アリタル主タル犯罪ト連絡アルモノナルカ故ニ附帯犯罪ハ主タル犯罪ニ付キテノ公訴ノ内容ヲ成スモノナリトノ説ヲ立ツルヲ得ヘシ此説ノ結果トシテハ裁判所ハ特別ノ明文ヲ要セスシテ附帯犯罪ニ對シテ常ニ裁判ヲ下ササルヘカラストノ論定ヲ生スルモノナリ然レトモ刑事訴訟法第八十四條第八十五條ノ規定アルカ故ニ辯論ニ因リテ發見セサル以上ハ附帯犯罪ニ對シテ裁判スルノ義務ナキモノナリ附帯犯罪ノ一例ヲ舉クレハ東京ニ一團ノ壯士アリテ政府ヲ顛覆スルノ目的ヲ以テ明治

四十三年一月ヲ期シ東京ニ暴動ヲ起サントシテ其豫備ヲ爲シタリトセヨ仙臺ニ於ケル壯士ノ一團及ヒ大阪ニ於ケル壯士ノ一團モ亦東京ニ於ケル壯士ト氣脈ヲ通シ即チ彼此共謀シテ東京ニ於テ事ヲ舉クルヤ各其地ニ於テ同一ノ目的ヲ以テ暴動ヲ起サントシ其豫備ヲ爲シタル事實アリトセヨ檢事カ東京團ニ屬スル數十名ノ壯士ヲ被告トシテ訴ヲ起シタル場合ニ裁判所ハ此被告ノ仙臺及ヒ大阪ニ於ケル暴動ノ豫備ニ共謀シタル事實ヲ附帶犯トシテ審判スルコトヲ得ルモノナルカ如シ(以上ノ場合ニ於テ仙臺及ヒ大阪ナル壯士ヲ既ニ起訴シタルモノナルカ如シル東京ノ事件ノ被告トシテ直チニ審判スルコトヲ得ルヤ否ヤハ附帶犯ニ關スルノ問題ナリ後ニ論究スヘシ)

公訴ノ内容ニ  
連絡ヲ缺ク場  
合

ニ〇 (三) 公訴ノ内容タル犯罪ト其犯人トスル者トノ間ニ實質上連絡ナキ場合ト雖モ公訴ハ形式上成立スルヤ曰ク然リ例ヘハ甲カ丙ノ家ヲ侵シテ竊盜ヲ爲シタル場合ニ於テ乙ヲ丙ニ對スル竊盜犯人トシテ起訴シタルカ如シ公訴ノ内容ニ於テ連絡ヲ缺クコトハ同一被告ノ數個別異ノ連絡ナキ所爲ヲ連絡スルモノトシテ起訴シタル場合ニ於テモ生スヘシ例ヘハ甲ハ乙ヲ欺罔シ此欺罔ノ事實ニ毫モ關係ナキ丙ヲシテ財物ヲ交付セシメタル場合ニ乙若クハ丙ニ對スル

公訴事實ノ制  
限

詐欺罪アリトシテ甲ノ起訴セラルルコトアルヘシ右ノ場合ニ於テハ詐欺取財ノ成立スルコトナキカ故ニ甲ハ畢竟無罪ノ判決ヲ受クヘシト雖モ公訴ハ形式上適法ナルモノナリ之ヲ要スルニ實質的事實ノ如何ハ公訴ノ形式上ノ成立ニ毫モ影響スル所ナシ故ニ極端ニ論スレハ真正ノ賣買事實ヲ舉ケ公訴機關ハ之ヲ犯罪ナリトシテ公訴ヲ提起シタル場合ト雖モ公訴ハ形式上適法ナルカ故ニ裁判所ハ之ニ對シテ實質上ノ審査ヲ爲ササルヘカラサルナリ但シ職權濫用トシテ起訴シタル官吏カ懲戒處分ヲ受クルコトアルヘシト雖モ之レ公訴ノ問題以外ニ屬スルモノナリ

二一 (四) 實體法規ノ結果一ノ公訴事實ニ屬スヘキ數個ノ行爲中起訴機關カ一  
個若クハ二個ノ行爲ノミヲ限定シテ起訴シタルトキハ裁判所ハ關聯スル他ノ行爲ヲ認定シ能ハサルヤ曰ク否ラス公訴機關ハ自然ノ事實ヲ變更シテ裁判ヲ求ムルノ職權ヲ有セサルモノニシテ公訴機關ノ限定シタルモノ以外ノ事實モ當然公訴ニ包含スルカ故ニ裁判所ハ此事實ヲ認定スルコトヲ得ルモノナリ例ヘハ甲ハ乙ノ印章ヲ偽造シ之ヲ使用シテ乙名義ノ借用證書ヲ偽造シ其相續人

丙ヨリ證書面ノ金額ヲ返濟セシメタル事實アリトセヨ之レ印章ノ偽造使用ヲ手段トシテ文書ヲ偽造シ之ヲ手段トシテ詐欺取財ヲ爲シタル事實ナリ檢事ハ文書偽造ノ點ノミニ制限シテ公訴ヲナスモ裁判所ハ印章偽造及ヒ詐欺取財ノ事實ヲ認定スルヲ得ルモノナリ又豫審終結決定ニ右詐欺取財ノ事實ノミヲ掲ケタル場合ト雖モ裁判所ハ印章及ヒ文書偽造行使ノ事實ヲ認定スルヲ得ルモノナリ然レトモ確定裁判ニ依リ公訴事實ノ制限セラレタル場合ニ於テハ其制限ヲ超ヘテ犯罪ヲ認定スル能ハス前示ノ例ニ於テ豫審終結決定若クハ第一審判決カ文書偽造ノ點ニ付キ特ニ免訴(豫審ニ於テ)若クハ無罪(第一審ニ於テ)ノ裁判ヲ與ヘ此裁判確定シ他ノ事實カ第一審裁判所若クハ第二審裁判所ニ繫屬シタルトキハ此裁判所ハ文書偽造ノ點ニ付キ有罪ノ判決ヲ下ス能ハサルモノナリ之レ確定裁判カ公訴ノ範圍ヲ劃定スル場合ナリ

二二 (五) 別異ノ人ノ犯罪ヲ合シテ一個ノ公訴ノ内容トスルヲ得ルヤ六甲乙共犯ノ事實乙丙共犯ノ事實丙丁共犯ノ事實ヲ合シテ一個ノ公訴ノ内容トスルヲ得ルヤ民事訴訟法ハ共同訴訟ニ付キ第四十八條乃至第五十條第五十一條ニ規

同前

定スル所アリテ此規定ニ適合セサル共同訴訟ハ不合法トシテ之ヲ許ササルモノナリ刑事訴訟法ニハ元來共同訴訟ニ付キ規定スル所ナシ然レトモ法律上犯罪ハ別異ナルモ其性質上密接ノ關係アルモノアリ例ハ竊盜ト盜賊故買若クハ寄贓トノ關係ノ如シ又賭博ト賭場開張トノ關係ノ如シ民事訴訟ニ於ケル共同訴訟ノ規定ハ審理上ノ便宜ヲ得セシメ裁判ノ抵觸ヲ防キ費用時間手數ヲ節約セシメ審判ヲ速カラシムルノ趣旨ニ基ケルモノニシテ手續上右ノ如キ好結果ヲ生セシムルコトハ刑事ニ於テモ望ムヘキモノニシテ之ヲ禁スヘキ謂レナケレハ縱令明文ノ存スルナシト雖モ性質上密接ノ關係アル數人ノ各犯罪ヲ合シテ一個ノ訴ヲ以テ訴追スルコトハ裁判管轄ノ規定ニ反セサル以上ハ適法ナリト謂ハサルヘカラス故ニ甲ノ竊盜罪ト乙ノ故買罪トヲ合シ或ハ丙ノ詐欺罪ト丁ノ寄贓罪トヲ合シ或ハ戊ノ賭場開張罪ト己庚辛壬癸等ノ賭博罪トヲ合シ一個ノ公訴ノ内容トナスコトハ我國ノ裁判例ニ於テ之ヲ認許スルコト甚古ク今日ニ於テハ何人モ之ヲ惟マサルナリ而シテ之レ單ニ執務上ノ便宜ノミニ基クモノニ非ス理論上ノ根據アルモノナリ所謂理論上ノ根據トハ何ソヤ曰ク前

例ニ於ケル別異ノ人ノ數罪ハ同一ノ場所ノ狀態若クハ同一ノ財産ニ依リテ連絡セラルルコト之ナリ詳言スレハ甲カ馬ヲ竊取シ乙カ此馬ヲ買取リタル事實ニ於テハ馬ナル財産ハ竊盜罪ト故買罪トヲ連結シ丙カ金時計ヲ騙取シ丁カ之ヲ寄贈シタル事實ニ於テハ金時計ナル財産ハ詐欺罪ト寄贈罪トヲ連結シ戊カ銀座一丁目ノ某家ニ於テ賭場ヲ開張シ己庚辛壬癸等ハ此家ニ於テ賭博ヲ爲シタル事實ニ於テハ賭場ノ設備ハ賭場開張罪ト賭博罪トヲ連結スルモノナリ(六)ノ問題ニ付キテモ亦積極的斷定ヲ下スヘキモノナリ即チ甲乙共謀シテ竊盜罪ヲ犯シ乙丙共謀シテ文書偽造罪ヲ犯シ丙丁共謀シテ傷害罪ヲ犯シタル場合ニ於テハ犯罪其者ノ間ニハ性質上ノ關係ナシト雖モ此三個ノ犯罪ハ犯人ニ依リ環連ノ關係アルカ故ニ之ヲ合シテ起訴スルトキハ審理上ノ便宜ヲ得且時間費用手數ヲ省節スルコトヲ得ルモノナリ而シテ此斷定モ亦現時判例ノ採用スル所ナリ

同一人ノ數個ノ犯罪ヲ合シテ一個ノ公訴ノ内容トスヘキコトハ刑法ノ併合罪ノ規定ニ徴シ論ヲ俟タサル所ナリ而シテ公訴ノ内容ニ於ケル犯罪事實ノ併

合カ適法ナル場合ニ於テモ裁判所ハ審判ヲ分離スルヲ得ヘク又其併合ノ不適法ナル場合ト雖モ公訴不受理ノ判決ヲ爲ス能ハサルモノナリ

參考判例

二三

明治四十三年(レ)第一〇七四號同年六月二十五日大審院刑事第一部判決  
 上告總意第一點(レ)原判決ハ不告不理ノ原則ニ違ハセリ  
 被告同和吉ハ勇次郎國造ヨリ委託ヲ受ケタル金圓ヲ二人ニ從テ委託ノ旨ニ反シ自由ニ自己ノ爲ニ消費シタルモノナリト云フニ在リ  
 被告人等ノ起訴事實ニ對シ被告横領次郎國造ハ第一審  
 五右衛門スル他度ニ編取ヲ其委託モノ判決消シタルコト然レトモ横領取  
 ノ欺罔シテ財物ヲ騙取シタル事實ハ認定シ刑罰ニ處テ之ヲ裁可スル  
 及ヒ結果ニ於テ起訴事實ハ認定シ刑罰ニ處テ之ヲ裁可スル  
 テ直前ニ如ク起訴事實ハ認定シ刑罰ニ處テ之ヲ裁可スル  
 山アルハ起訴ノ公訴事實ニ對シ被告ハ犯罪事實ハ被告ハ所論ノ間ニ然  
 罪目詐欺取財罪ト被告ハ犯罪事實ハ被告ハ所論ノ間ニ然  
 ノ點ヲ以テ其根本事實トシテ被告ハ犯罪事實ハ被告ハ所論ノ間ニ然  
 シテ起訴ノ其根本事實トシテ被告ハ犯罪事實ハ被告ハ所論ノ間ニ然  
 訴訟認所カ其罪質ニ付キ檢事刑罰意見ヲ渡スニストコトニ妨ケサル  
 其者ニ對シテハ疑ナキアリテナルモ



フルモ得ノスト謂  
 明治四年(レ)第一〇二八號  
 判旨原ノ決メタル事  
 造行ニ使シタル所關有  
 ハ五ニ因テ果ノ關保ヲ  
 上ハ公判ノ所ニ付テハ  
 メントシテ裁斷ノ結果  
 明治四年(レ)第一〇二八  
 意本件ノ公判ノ結果ハ  
 上リト云フ小ニ林太郎  
 名目ノ訴下ニ外ハノ  
 ノトアハ前モハノ刑打  
 誤ニ難見カ解ラニテ  
 論スル能ハ行スニテ  
 各段ノ起テハ行ニテ  
 指其犯テ起テハ行ニ  
 ナ有申ス何者其現犯  
 起訴中ニ何者其現犯  
 件度ノ起訴中ニ何者其  
 成重如モニ從ヒテハ  
 成重如モニ從ヒテハ

ナリ明  
 竊盜罪トシテ  
 テニハシテ後互ニニ  
 含性ヲ有ルモルモ  
 名シテ得ル東合ニ  
 ナ得ル東合ニ付ヒテ  
 明治四年(レ)第一〇二八  
 年九月二日(レ)第一〇二八  
 町九月二日(レ)第一〇二八  
 認メテハ被ト告重明  
 訴文ニテ起テハ被ト告  
 九南都郡六田日早朝  
 一箇ノ犯罪ニ非テ  
 シタルモ日他トア多  
 衛門ノ同ナリトア多  
 事起ルモハ同ナリトア  
 事起ルモハ同ナリトア







依ニ係一罪ト欺取財ニ牽連スヘキテ五ニ手實ナレハ公訴係ニテ包含セラルル第五十四條論ニ  
リナ  
一治三浦和地五月廿六日大審院刑部第一助等對件ノ判決ハ豫審ヲ求テ見ルニ第  
一明點共強盜犯坂本福壽共犯トモ思フカ故ニ強盜罪ノ公訴中ニ  
物故買罪ト強盜犯坂本福壽共犯トモ思フカ故ニ強盜罪ノ公訴中ニ  
「右」物故買罪ト強盜犯坂本福壽共犯トモ思フカ故ニ強盜罪ノ公訴中ニ  
ラ物故買罪ト強盜犯坂本福壽共犯トモ思フカ故ニ強盜罪ノ公訴中ニ  
有ニ對シモ強盜罪ト強盜犯坂本福壽共犯トモ思フカ故ニ強盜罪ノ公訴中ニ  
認メサルモ強盜罪ト強盜犯坂本福壽共犯トモ思フカ故ニ強盜罪ノ公訴中ニ  
日非同院第二刑部ノ判決ハ前及ヒ原院ニ於テ其理由財物ノ強盜罪ノ公訴中ニ  
盜罪ト強盜犯坂本福壽共犯トモ思フカ故ニ強盜罪ノ公訴中ニ  
ハ事後從犯ト強盜犯坂本福壽共犯トモ思フカ故ニ強盜罪ノ公訴中ニ  
密ヲ包含スルモ強盜罪ト強盜犯坂本福壽共犯トモ思フカ故ニ強盜罪ノ公訴中ニ  
ルヲ包含スルモ強盜罪ト強盜犯坂本福壽共犯トモ思フカ故ニ強盜罪ノ公訴中ニ  
事ハ例ヘハ刑部ノ判決ハ前及ヒ原院ニ於テ其理由財物ノ強盜罪ノ公訴中ニ  
犯ナキ限リハ強盜罪ト強盜犯坂本福壽共犯トモ思フカ故ニ強盜罪ノ公訴中ニ  
實ノ事非ト強盜罪ト強盜犯坂本福壽共犯トモ思フカ故ニ強盜罪ノ公訴中ニ

公訴ノ内容メ  
ル能ハサル犯  
罪事實及ヒ參  
考判例

二四 犯罪事實ニシテ公訴ノ内容タル能ハサル場合アリ其原因下ノ如シ(一)公  
訴權ノ消滅是ナリ現行刑事訴訟法ニ從ヒ例示セハ確定判決ヲ經タルコト又ハ  
時効ノ到來シタルコトノ如シ(二)訴訟物ノ權利拘束ノ發生是ナリ即チ或犯罪事  
實カ甲裁判所ニ繫屬セハ其判決前ト雖モ之ヲ乙裁判所ニ訴フル能ハス又同一  
裁判所ノ豫審中ナル事件ハ之ヲ公判ニ起訴スル能ハス公判中ナル事件ハ之ニ  
付キ豫審ヲ求ムル能ハス之レ同一事件ニ付キ二重ノ審理ヲ求ムルモノナレハ  
許スヘカラサルモノトス但裁判所ニ於テ輕罪トシテ受理シタル豫審ヲ經サル  
事件ヲ重罪ナリトスルトキハ豫審判事ニ送附スヘキモノナルモ(刑一法第一條第三  
項)此場合ニ於テハ同一事件ニ付キ二重ノ審理ヲ爲スモノニ非サルナリ又辯論ニ因  
リテ發見シタル附帶犯罪事件ヲ豫審ニ付スルコトハ法律ノ許ス所ナルモ(同法  
二八四條)此場合ニ於テモ同一事件ニ付キ二重ノ審理ヲ爲スモノニ非サルナリ(三)

第二審ニ於テ發見シタル附帶犯罪ハ其第二審裁判所ニ於テハ之ヲ公訴ノ内容トシテ審判スル能ハス(一)ノ場合ニ於テハ絶對的ニ犯罪事實カ公訴ノ内容タル能ハサルモノニシテ(二)(三)ノ場合ニ於テハ相對的ニ公訴ノ内容タル能ハサルモノノナリ又裁判所ハ起訴外ノ犯罪ヲ公訴ノ内容トシテ審理スル能ハサルコトハ言フ俟タサル所ナリ

本論 第一編 公訴及ヒ私訴 第三章 公訴權ノ活動 第二節 公訴ノ内容 四四〇

明治三十七年(レ)第二三號同月二十日同院刑部第一一號判決ノ上  
告意三十七年(レ)第二三號同月二十日同院刑部第一一號判決ノ上  
點ハ檢事ヨリ豫テ公求アリ辯論ハ上後見シタル附帶犯罪ニシテ  
シタルハ不法檢事ヨリ豫テ公求アリ辯論ハ上後見シタル附帶犯罪ニシテ  
印シタルハ不法檢事ヨリ豫テ公求アリ辯論ハ上後見シタル附帶犯罪ニシテ  
書力遺讓行使終結ヲ爲スニ當リ私印ヲ盜用シタルハ之ヲ私印ノ  
ノルハ犯罪ナリ以テコト勿論審判事トモニ難キ於テ此右合ニ於テハ  
ノルハ犯罪ナリ以テコト勿論審判事トモニ難キ於テ此右合ニ於テハ  
罪スハ公判ニ付キモ何等ノ方決定メ付キ於テハ何等ノ豫審ニ終屬  
タ罪スハ公判ニ付キモ何等ノ方決定メ付キ於テハ何等ノ豫審ニ終屬  
ルタ判決ニ假令附帶犯罪認印盜用トナルモ借證偽造行使被告事得件  
ルタ判決ニ假令附帶犯罪認印盜用トナルモ借證偽造行使被告事得件

明治三十七年(レ)第二三號同月二十日同院刑部第一一號判決ノ上  
告意三十七年(レ)第二三號同月二十日同院刑部第一一號判決ノ上  
點ハ檢事ヨリ豫テ公求アリ辯論ハ上後見シタル附帶犯罪ニシテ  
シタルハ不法檢事ヨリ豫テ公求アリ辯論ハ上後見シタル附帶犯罪ニシテ  
印シタルハ不法檢事ヨリ豫テ公求アリ辯論ハ上後見シタル附帶犯罪ニシテ  
書力遺讓行使終結ヲ爲スニ當リ私印ヲ盜用シタルハ之ヲ私印ノ  
ノルハ犯罪ナリ以テコト勿論審判事トモニ難キ於テ此右合ニ於テハ  
ノルハ犯罪ナリ以テコト勿論審判事トモニ難キ於テ此右合ニ於テハ  
罪スハ公判ニ付キモ何等ノ方決定メ付キ於テハ何等ノ豫審ニ終屬  
タ罪スハ公判ニ付キモ何等ノ方決定メ付キ於テハ何等ノ豫審ニ終屬  
ルタ判決ニ假令附帶犯罪認印盜用トナルモ借證偽造行使被告事得件  
ルタ判決ニ假令附帶犯罪認印盜用トナルモ借證偽造行使被告事得件

取モ(モ) 明公治四十二年(レ)第一六〇五號同年十二月三日同院刑事第一審部判決書  
待ニ記表シタル事關ニハ限局ニシテハ公訴罪實モ起テハ豫罪ニシテ豫罪トシテ  
保決定有シ人審請合ニ非ラサレハ事結ハ於テ公訴罪實ト罪實ルヲ上得テサニモトノ  
欺本岡件シ同像等請合ニ非ラサレハ事結ハ於テ公訴罪實ト罪實ルヲ上得テサニモトノ  
ア必要シリト第一信及シメ原金三圓被交付民七郎門被等告知山贈口五郎等揭シ  
團ヲ免巡シ竹ム左ニキ提巡等職務ハ關シテ三圓タル事受取リ事同實シノ二十  
對上何等擬律交シ付ナル全シ起事實範圍外ニ屬シタル事然ラハ第一  
賄賂及何事ハ交シ付ナル全シ起事實範圍外ニ屬シタル事然ラハ第一  
告條第七號事會當長ニ違テ法會員モ謂ハレト外カカ賭博ヲ爲シ事法テ第百六十九  
事聞賞知ヲシテヨリ書券ヲ巡査力ニ送致ハ刑罰ヲ科シテ爲シ博ヲ爲シ事法テ第百六十九  
五郎頼大シ被檢告レ金之三携圓ヘテ巡査力ニ送致ハ刑罰ヲ科シテ爲シ博ヲ爲シ事法テ第百六十九  
明治三十七年(レ)第七號實及同月二日對國同院刑部判決ノ事於レハ第一審部判決書  
原院三十七年(レ)第七號實及同月二日對國同院刑部判決ノ事於レハ第一審部判決書  
懲付スル既ト明治三十七年(レ)第七號實及同月二日對國同院刑部判決ノ事於レハ第一審部判決書

年法十違二犯月一爲同ナリシテテ重禁銅宜三月刑サレタレニ對シテ十日中  
斯更控ニ訴本院於テ追控ヲ受テ筋付免罪事茲ニ出テタル被告一審部判決書  
檢ノ事期ニ基テ棄却スヘキニ筋付免罪事茲ニ出テタル被告一審部判決書  
意トシテ難シ連稅以テ國思徵收ト法違ハ於テ債權者ナニ構害シタルモシ  
亦シ債權者ニ欺破產ヲ被刑ムシタルハ意遠外ノ裁サレリハト既ニ何者被破ノ意  
別告ニ受立ケタル以上罪ハ被告ノ國稅徵收ニ違ハルヲ行ハテ詐欺被破院ニ構  
テ更稅之收法欺違事ニ審判シテ欺破產ノ檢ハ格別請求ニ依テ被告ノ職付權キテ  
ニ定處決スルヲ能ハサレハ再ヒ詐欺破產ノ刑

### 第三節 訴訟條件

#### 第一款 訴訟條件ニ關スル觀念

二五、訴訟條件ノ意義……二六、處罰條件ト訴訟條件ノ比較……二七、訴訟條件ノ  
列舉(一)……二八、訴訟條件ノ列舉(二)

二五 訴訟條件 (Prozessvoraussetzungen) トハ訴訟關係ノ成立ニ必要ナル事項ヲ謂

本論 第一編 公訴及私訴 第三章 公訴權ノ活動 第三節 訴訟條件 四四三

訴訟條件ノ意

フ訴訟條件ノ研究ハ民事訴訟法ニ其源ヲ發シ刑事訴訟法ノ研究範圍ニ進入シタルモノナリ民事訴訟ニ於テハ絕對的要件(例ハ當事者能力アルコト、專屬管轄ニ屬スル事件ニ付キテハ裁)關係的要件(例ハ他人ニ權利拘束ナキコト、原告力)ニ區別シ又通常條件(通常訴訟ニ於テ具備)ト特別條件(特別訴訟ニ於テ具備スヘキモノ)ト稱シ之ヲ實質條件(請求ノ原因タル法律關係ノ存スルコト、法律關係ニ對立セサル所ナリ訴訟條件ハ處罰條件ニ對立スルノ點ニ於テ訴權ノ形式條件ト稱スヘク後者ヲ訴權ノ實質條件ト稱スヘキモノナリ而シテ學者ハ刑事訴訟條件ヲ種々ノ觀察點ヨリ或ハ狹義ノ訴訟條件及ヒ廣義ノ訴訟條件ニ區別シ或ハ絕對訴訟條件及ヒ相對訴訟條件ニ區別シ(一)狹義ノ訴訟條件トハ訴追條件又ハ起訴條件ト稱スルモノニシテ訴訟關係ノ發生ニ必要ナルモノヲ謂フ例ハハ訴

狀ニ一定ノ事實ヲ指摘シ且刑事訴訟法第二十條ニ從ヒテ訴狀ヲ作成スルカ如キ是ナリ(イ)廣義ノ訴訟條件トハ起訴ニノミ必要ナルニ止マラス豫審、公判、上訴等ニ於ケル訴訟關係成立ニ必要ナル條件ヲ謂フ而シテ訴訟條件ハ之ヲ究ムレハ殆ント總テ判決ノ條件ナリト謂フヘキモノナレトモ判決ニ對スル關係ノ直接ナルモノノミヲ判決ノ條件ナリトセリ例ハ審理ノ基本ニ干與シタル判事カ判決ヲ爲スヘキモノナルカ如キ對席判決ヲ爲スニハ被告ノ辯論ヲ聽クコトヲ要スルカ如キ是ナリ(ニ)ウ絕對訴訟條件(或ハ必然的)トハ法律カ絕對的ニ必要ナリト認メタルモノ換言スレハ當事者ヨリ欠缺ヲ指摘セサルモ裁判所カ職權ヲ以テ其具備スルヤ否ヤヲ調査シ欠缺セリト認メタルトキハ訴訟行為ヲ無効トスル裁判ヲ下スヘキモノヲ謂フ(エ)相對的條件(或ハ必然ナラサ)ハ裁判所カ當事者ノ質問ヲ待ツテ調査スヘキモノヲ謂フ裁判所カ審理スル事件ニ付キ管轄權ヲ有スルコトハ前者ニ屬シ公判ノ呼出狀ノ送達ト被告ノ公判ニ出頭トノ間ニ少クトモ二日ノ猶豫ヲ存スルカ如キハ後者ニ屬ス絕對的條件ハ訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス當事者ニ於テ其欠缺ヲ主張スルコトヲ得レトモ

相對的條件ハ或時期ヲ過クレハ當事者ニ於テ之ヲ主張スルノ權利ナシ例ハ  
 忌避原因ノ如シ(三)才普通訴訟條件(或ハ一般的訴トハ一般ノ訴訟關係ノ發生ニ  
 必要ナル事項ヲ謂フ例ハ被告事件カ特別裁判所ノ管轄ニ屬セサルコト、裁判  
 所カ訴ヲ受ケタル事件ニ付キ事物及ヒ土地ノ管轄ヲ有スルコト等ノ如シ(カ特  
 別條件トハ一定ノ事件ニ關シ普通條件ノ外特ニ具備スヘキ條件ヲ謂フ例ハ公  
 親告罪ノ告訴ノ如シ犯罪事實ハ訴ノ内容ヲ成スモノニシテ此事實ナクンハ公  
 訴ハ無意義ナリ被告ノ存在モ亦同シ然レトキ犯罪事實及ヒ被告ハ訴訟條件ニ  
 非ス前者ハ訴ノ原因ニシテ訴訟條件ニ縁リテ訟關係成立ノ原因トナルモノ後  
 者ハ訴訟關係ノ主體トナルモノニシテ訴訟條件以外ニ立ツヘキモノナレハナ  
 リ犯罪事實ハ眞實存セサルモ(例ハ無罪ノ判決ヲ受クヘキ場合)訴訟關係ノ成  
 立ニ妨ナキ點ヨリ觀ルモ犯罪事實ト訴訟條件トハ同一物ナラサルコト明カナ  
 ルヘシ又被告ハ訴訟ノ當事者ニシテ訴訟條件ニ非ス其行爲ノ效力カ訴訟條件  
 ニ繋ルモノナリ(四)キ積極條件トハ或事項ノ存スルヲ以テ條件トスルモノヲ謂  
 ヒ消極條件トハ或事項ノ存セサルコトヲ條件トスルモノヲ謂フ時效ノ經過セ

處罰條件ト訴訟條件ノ比較

ナルコト或ハ確定判決ナキコトノ如キハ後者ニ屬シ親告罪ニ付キ告訴アルコ  
 ト或ハ被告カ帝國裁判所ノ裁判權ニ服從スルコトノ如キハ前者ニ屬ス  
 訴訟條件ニ付キ判決訴訟條件ト訴訟成立條件ト區別ナリ立ツルヘキ然レ  
 像ノ條件ト特別ノ條件トノ區別ナシトシテ特別ノ條件トノ區別ナシトシテ  
 ノ區別トシテ特別ノ條件トノ區別ナシトシテ特別ノ條件トノ區別ナシトシテ  
 之ニ在リ而シテ一般ノ條件トノ區別ナシトシテ特別ノ條件トノ區別ナシトシテ  
 成立ノ存在ニ關スルコトハ必要トシテ特別ノ條件トノ區別ナシトシテ特別ノ  
 非常條件ニ屬スルコトハ說明セリ此說明ニ依リテ反シテ親告罪ノ區別ナシトシテ  
 區別ナルヲ謂フコトノ如キハ訴訟條件ト同シトシテ特別ノ條件トノ區別ナシトシテ  
 ノ區別ナルヲ謂フコトノ如キハ訴訟條件ト同シトシテ特別ノ條件トノ區別ナシトシテ

二六 訴訟條件ニ似テ非ナルモノアリ處罰條件是ナリ處罰條件トハ犯罪ヲ構  
 成スル違法行爲ノ外ニ存スル外界ノ事情ニシテ違法行爲ニ附加スルニ因リテ  
 具象的刑罰權ヲ發生セシムルモノヲ謂フ例ハ破産罪ニ於ケル支拂停止(商一法

一〇五〇條第(一)項(續) 瀆職罪ニ於ケル公務員タル身分(刑法第一一九三條)ノ如シ處罰條件ト  
訴訟條件トノ差異ヲ擧クレハ左ノ如シ

(一) 處罰條件ハ刑罰權ノ實體ニ關スル規定タル刑法ニ屬シ訴訟條件ハ刑罰權  
ノ實行ニ關スル規定タル刑事訴訟法ニ屬ス

二 處罰條件ヲ缺キタル場合ニハ無罪又ハ免訴ノ裁判ヲ爲スヘク訴訟條件ヲ  
缺キタル場合ニハ公訴不受理又ハ管轄違ノ裁判ヲ爲スヘキモノナリ此差異ハ  
實際ノ適用上重大ナル結果ヲ生スルモノナリ無罪又ハ免訴ノ裁判アリテ確定  
シタルトキハ同一ノ事件ニ付キ再ヒ公訴ヲ提起スル能ハサルヲ原則トスレト  
モ(再審ノ訴ハ之ニ對シ)公訴不受理又ハ管轄違ノ裁判確定スルモ訴訟條件ヲ具  
ヘテ再ヒ公訴ヲ提起スルヲ得ルモノナリ(茲ニ免訴ト云フハ豫審免訴ト全然同  
キ公判ヲ開カサル旨ノ形式的裁判ニ依レハ豫審ニ於テハ公訴不受理ノ場合ニモ  
タル性質ヲ有セス而シテ現行法ニ依レハ豫審ニ於テハ公訴不受理ノ場合ニモ  
免訴ノ言渡ヲ爲スヘキモノトモ第一九六條參照)處罰條件ハ犯罪タルヘキ行為ノ時ニ存  
在スルヲ原則トシ訴訟條件ハ訴訟提起ノ時存在スルヲ原則トス(犯罪タルヘキ  
レタル事項ハ便宜テ處罰條件トシテ遺ハスヘシトハ官廳ニ非サル者官廳ニ非  
レタル事項ハ便宜テ處罰條件トシテ遺ハスヘシトハ官廳ニ非サル者官廳ニ非

訴訟條件ノ列  
舉(一)

命ノ後ニ委任ノ如シ訴訟提起後訴訟條件ノ到來ヲ得ヘシト雖モ代理人ノ爲シタル上  
區別點ト爲スヘキヤハ疑ノ存在スル所ナリ然レトモ極端ナル訴訟條件ハ處罰條件  
犯罪時ニ存在スルコトヲ必要トスルヘキナリ(此所論)

二七 訴訟條件ハ訴訟關係ノ發生ニ關スルモノト訴訟ノ進行發展ニ關スルモ  
ノトアリ適法ナル裁判手續ハ訴訟關係ノ發生ニ基キテ進行スルヲ得ルモノナ  
レハ訴訟關係ノ發生ニ關スル訴訟條件ハ基本條件ト稱スヘシ訴訟ノ進行發展  
ニ關スル條件ハ其多クハ重要ナル訴訟手續ノ段階ヲ成スモノナリ例ヘハ豫審  
開始ノ條件、公判開始ノ條件ノ如シ前者即チ公訴提起ニ關スル訴訟條件ハ其數  
少シト雖モ後者即チ公訴提起後ニ於ケル訴訟條件ニハ重要ナル訴訟手續ト其  
他ノ條件トアリテ其數甚多キヲ以テ後者ニ付キテハ顯著ナル者ヲ掲クルニ止  
ム

(甲) 公訴提起ノ條件ハ左ノ如シ

(一) 公訴機關カ訴追權及ヒ管轄權ヲ有スルコト 檢事ハ普通犯罪訴追ノ權ヲ  
有スレトモ軍事犯ヲ訴追スル能ハサルカ如シ又檢事ノ管轄ニ付キテハ裁判所



構成法第六條第三項第八十三條等ニ規定スル所ニシテ區裁判所檢察ハ地方裁判所ニ公訴ヲ提起スル能ハサルカ如シ

(二) 被告カ帝國ノ裁判權ニ服従スヘキコト 治外法權ヲ有スル人ニ對スル公訴ハ訴訟條件ヲ缺クモノナリ

(三) 被告カ通常裁判所ノ管轄ニ屬スヘキモノナルコト 現役軍人ニ對シ通常裁判所ニ爲シタル起訴ハ不適法ナリ

(四) 受訴裁判所カ事物又ハ土地ノ管轄權ヲ有スルコト 犯罪地ニモ被告ノ所在地ニモ最後ノ住所地ニモ非サル地ノ裁判所ニ起訴シ若クハ死刑ニ該當スル罪ニ付キ區裁判所ニ起訴シタルナラハ管轄違ノ裁判ヲ爲ササルヘカラス

(五) 被告カ當事者能力及ヒ訴訟能力ヲ有スルコト 民事ニ在リテハ當事者能力アラハ訴訟能力ヲ有セサルモ訴訟關係ノ成立ヲ妨クルコトナシト雖モ木人訴訟主義(被告ノ方面ニ於テ云フ)及ヒ實體的眞實發見主義ノ下ニ立ツ刑事訴訟ニ於テハ訴訟無能力者ニ對スル公訴ノ提起ハ不適法ト謂ハサルヘカラス但刑事訴訟能力ハ民事訴訟能力ト異リ年齡ニ由リ定マルモノニ非ス又民法上ノ行爲能力トハ

無關係ニシテ單ニ事案ニ應シ事理ノ辨別アルヤ否ヤノ事實上ノ判斷ニ由リテ定マルモノナリ法人ヲ罰スヘキ場合ニ於テハ法人ノ代表者ハ被告トナルモノナリ(明治三三年法律第五九號第四二條等參照)

(六) 起訴ノ方式及ヒ手續ノ適法ナルコト 重罪事件ニ付キ直チニ公判ニ起訴シタルカ如キ起訴狀ニ被告人ヲ指定セサルカ如キ公訴事實ノ揭示ナキカ如キ、或ハ起訴狀ノ作成カ刑事訴訟法第二十條ニ違反セルカ如キ場合ニハ孰レモ公訴ハ不適法ナルモノナリ

(七) 他ノ裁判所ニ權利拘束ノ存セサルコト

(八) 公訴ノ時効ニ罹ラサルコト(刑訴法第六條第六號)

(九) 事件カ確定判決ヲ經サルコト(同條第三號)

(一〇) 大赦ニ罹ラサルコト(同條第五號)

(一一) 犯罪後頒布アリタル法律カ刑ヲ廢止セサルコト(同條第四號)

(一二) 即決事件ニ付キ公訴スルニハ正式裁判ノ適法ナル申立アルコト(違警例第一條第三號)

(一三) 間接國稅犯則事件ニ付キ公訴ヲ提起スルニハ適法ノ告發アルコト(間接  
犯則者處分法第一七三條  
第四條第一七三條)

(一四) 親告罪ニ付キテハ適法ノ告訴アルコト

以上(七)乃至(一)ハ消極的條件(一)乃至(一)ハ通常條件(一)乃至(一四)ハ特別條  
件ナリ消極的訴訟條件ノ存在ヲ阻礙スル事情(公訴時效確定)ハ訴訟障礙(Prozess-  
hindernisse)ト稱ス

二八 (乙) 起訴以後ノ訴訟條件ノ顯著ナルモノ左ノ如シ

(一) 裁判所ノ構成ニ違法ナキコト 忌避ノ理由アリトノ裁判確定シタルニ拘  
ハラス忌避セラレタル判事カ裁判ニ干與シ或ハ四人ヲ以テ地方裁判所ヲ構成  
シ二人ヲ以テ控訴院ヲ構成シ或ハ豫審終結決定ニ干與シタル判事カ公判ニ干  
與シ或ハ前審ニ干與シタル判事カ上級審ノ審判ニ干與シタルトキハ孰レモ裁  
判所ノ構成ニ關スル違法アルモノナリ

(二) 附帶犯ヲ除ク外繫屬シタル公訴ニ包含シタル事實ノミニ付キ審判ヲ爲ス  
ヘキコト 竊盜罪ヲ起訴シタル場合ニ關係ナキ詐欺罪ヲ審判スル能ハス豫審

訴訟條件ノ列  
舉(二)

ニ繫屬中ノ事件ヲ公判ニ於テ審判スル能ハス

(三) 豫審終結決定保釋責付ノ決定保證金沒收ノ決定等ヲ爲スニハ檢事ノ意見  
ヲ聽クヘキコト(刑訴法第一五〇條第一五五條第一六一條第一五五條)

(四) 公判ヲ開始スルニハ少クトモ二日ノ猶豫ヲ以テ被告ヲ呼出スヘキコト(同  
第五條第二)

(五) 辯論ヲ終結スルニハ被告又ハ辯護人ヲシテ最終ニ陳述ヲ爲サシムルコト  
(同法第二  
二〇條第二)

(六) 闕席判決ヲ爲スニハ豫審終結決定又ハ公判ノ呼出狀ヲ本人ニ送達スルコ  
ト(同法第一二  
七條第一二項)

(七) 重罪事件ノ公判ニ於テ審理ヲ爲スニハ辯護人ノ立會アルコト(同法第二  
三七條第二)

(八) 公廷ニ於テハ被告ノ身體ヲ拘束スヘカラサルコト(同法第七  
七條第一)

(九) 辯論開始後被告人精神錯亂シタルトキハ痊癒ノ後新ニ辯論ヲ爲スヘキコ  
ト(同法第一八  
三條第二項)

(一〇) 故障上訴ヲ爲スニハ法定ノ期間ヲ遵守スルコト(同法第二二九條第二  
五二條第二二七一條第二)

- (一) 上訴ノ申立ハ原裁判所ニ提出スヘキコト(同法第二七三條四)
  - (二) 上級審ニ於テ上訴申立人タル被告人ニ對シ不利益ノ判決ヲ爲スニハ相手方ヨリ上訴若クハ附帶上訴アリタルコト(同法第二六五條)
  - (三) 上告ヲ爲スニハ原裁判カ法律ニ違背シタルコトヲ理由トシ且期間内ニ趣意書ヲ提出スヘキコト(同法第二七八條)
  - (四) 抗告裁判所カ抗告ニ對シテ裁判スルニハ檢事ノ意見ヲ聽クコト(同法第七條)
  - (五) 再審ノ訴ヲ爲スニハ法定ノ原因ヲ主張シ且原裁判所ニ趣意書ヲ提出スルコト(同法第三〇四條)
  - (六) 大審院ノ特別權限ニ屬スル事件ニ付キ大審院カ之ヲ公判ニ附スヘキヤ否ヤヲ決定スルニハ檢事總長ノ意見ヲ聽クコト(同法第三一五條)
- 以上列舉セルモノハ孰レモ訴訟手續ニシテ且訴訟條件タルモノナリ然ラハ公訴提起以後ニ於ケル訴訟條件ハ如何ナル場合ニ於テモ訴訟手續タル事實ナルヤ否ヤ曰ク否ラス判決條件(判決ノ實質的條件)ニハ訴訟手續ナラザル事實ヨ

リ成ルモノアリ其明著ナルモノハ刑罰法規適用ノ緣由タル法規是ナリ(例ヘハ或國ヘカ法人ナルヤ否ヤヲ決スヘキ法規ノ如シ)又事實認定ノ憑據タル證據是ナリ右ノ法規ハ直接ニ犯罪ヲ處罰スルモノニ非ス故ニ判決ノ内容タルヘント雖モ犯罪ノ法律の方面ニ非サルナリ證據ハ證明セラルル事實以外ノモノナリ故ニ犯罪ノ事實の方面ニ非サルナリ然レトモ判決條件ハ凡テ手續ニ非スト速斷スヘカラス判決條件ノ多クハ(間接ナルモ)寧ロ手續ニ屬スルモノナリ判決ヲ爲ス刑事カ基本タル辯論ノ全部ニ出席シタルコト、犯罪事實認定ノ憑據タリシ證據ハ公廷ニ於テ適法ノ證據調(證據書類ナレハ朗讀シテ被告ノ意見ヲ聽キタルコト、第一九八條第二項)ヲ經タルコト、審理ノ終結ニ至ルマテ被告ノ身體ヲ拘束セザリシコト、判決主文ヲ公廷ニ於テ朗讀シ又其理由ヲ朗讀シ若クハ口頭ヲ以テ理由ノ要領ヲ告クルコト等はナリ

## 第二款 親告罪ノ告訴及ヒ間接國稅犯ノ告發

二九、性質概説……條件ノ追完……直ニ告發ヲ爲スヘキ場合ニ關スル疑問……

告發ヲ要セサル場合……三〇、親告罪ノ告發及ヒ間接税犯ノ告發ハ處罰條件ノ性質ヲ有セサル歟……三一、親告罪ノ告發ノ性質……三二、内説及ヒ親告罪ノ告發ヲ以テ狭義ノ訴訟條件ナリトスル説ノ批判……三三、訴訟條件説ノ理由ノ批判

性質概説

二九 告訴告發ハ共ニ犯罪ノ申告ニシテ刑事訴訟法上ノ行爲ナリ、告訴及ヒ告發ノ行爲ハ告訴權及ヒ告發權ニ基クモノニシテ此兩權ハ刑事訴訟法ヨリ生スルモノナリ告訴權ハ被害者ニ屬シ告發權ハ一般人ニ屬シ且共ニ權利者ニ專屬スルモノニシテ讓渡、相續ノ目的物タラサルヲ原則トス詳細ノ論述ハ後ニ譲リ茲ニハ條件トシテノ告訴、告發ニ付キ論究スヘシ、間接國稅犯ノ告發ハ訴訟條件即チ公訴ノ提起ニ關スル訴訟條件ナルコトハ現行法規ノ下ニ在リテハ解釋上異論ナキ所ニシテ又此論定ハ現行判例ノ採用スル所ナリ

明治三十五年六月三十日大審院刑事第二部ノ判決ニ曰ク仍テ審按スルニ間接國稅犯則處分法第十條第一項ニ依リ刑罰ノ輕重ハ各分署長ハ犯則認ムル由キ及シ他罰金ニ當ル者ハ其罰金ニ相當ナル額トシテ沒收スル由キ明シシト第十六條第二項ニ依リ罰金ニ相當ナル額トシテ沒收スル由キ物品並ニ同第六條第二項ニ依リ罰金ニ相當ナル額トシテ沒收スル由キ送分署長ヨリ七日以内ニ檢査所ニ送付スル由キハ現行法規ノ下ニ在リテハ解釋上異論ナキ所ニシテ又此論定ハ現行判例ノ採用スル所ナリ

然レトモ此訴訟條件ノ欠缺ハ確定判決ニ至ル迄追完スルコトヲ得ル者ナリ

條件ノ追完

何者法律ハ此條件ヲ具備スヘキ時期ニ付キ制限の規定ヲ設ケサルノミナラス  
起訴後ニ於テ其欠缺ヲ追完スルコトハ單ニ被告ヲシテ公訴不受理ノ抗辯權ヲ  
失ハシムルニ止マリ其他ニ於テハ實體上及ヒ手續上毫モ被告ノ不利益ヲ生ス  
ルコトナク實際ニ於ケル事案ノ處理上極メテ便利ナルモノナレハナリ即チ檢  
事ハ或ハ告發ニ先タチ捜査處分ヲ爲スヲ得ヘク或ハ告發アリト信シテ起訴ヲ  
爲シタルニ告發ナカリシコトヲ發見シタル場合ニハ後ニ此欠缺ヲ補完シ既ニ  
爲シタル手續ノ無効ヲ妨クルコトヲ得ヘケレハナリ告訴ニ付キテモ亦同様ニ  
論スヘシ即チ公訴提起後ニ於テ告訴ヲ爲シ以テ追完スルヲ得ヘキナリ

直ニ告發ヲ爲ス  
スヘキ場合ニ  
關スル疑問

犯罪者ノ氏名不詳ナル場合ニハ直ニ告發ヲ爲スヘキヤ否ヤ曰ク法文ノ文理  
解釋トシテハ此場合ヲ包含スヘキ規定ナシトスヘキモ間接國稅犯則者處分法  
第十三條第一號ニ該當スルモノト解釋スヘシ犯人氏名不詳ナルトキハ現ニ犯  
人ヲ捕ヘタル場合ノ外ハ其居所ノ不明ナルモノト謂フヲ得ヘケレハナリ居所  
不明ノ場合ニ於テハ通告處分ヲ爲サス直ニ告發スルヲ得ルニ比較セハ氏名不  
詳ナル場合ニ直ニ告發スルコトヲ禁スヘキ謂レナク若シ法文ヲ嚴格ニ解釋シ

テ發告ヲ爲ス能ハストセン歟有力ナル證據ヲ舉グルノ好機ヲ失スルノ不都合  
ヲ生スヘシ且告發ハ起訴ノ如キ重大ナル處分ニ非ス犯人ノ氏名不詳ナル場合  
ニ於テモ公訴ノ提起ヲ爲シ得ルニ比照セハ氏名不詳ノ犯人ヲ告發スル能ハサ  
ルノ理ナシト云フヘシ(四〇年五月主稅局長回答參照)

告發ヲ要セザ  
ル場合

間接國稅犯カ附帶犯(刑八法第五條)ナル場合ニ於テハ告發ナキモ公訴ヲ受理シ審  
判ヲ爲スヘキモノナリ附帶犯ニ付キテハ裁判所ハ檢事ノ公訴ナキモ裁判ヲ爲  
スヘキモノナレハ公訴ノ存在ヲ必要トセサルニ起訴ニ關スル訴訟條件ヲ必要  
トスヘキ理ナケレハナリ

明治三十七年二月大審院刑事第一部判決ニ曰ク原  
一 石四斗升ハ清酒二七石七斗五升合ニ同時  
訟法上檢事ノ起訴即チ附帶ノ犯罪ナリト見シ  
キシ決定ヘキモノナルレ爲メ假令豫定ハ效力  
一 附帶犯罪ノ起訴ニ付キ直ニ判決シ且判決  
從テ第二審ニ於テ右判決ハ決シテ受理スヘカ  
濁酒トシテ認メタルハ決シテ受理スヘカ  
得スト云々

親告罪ノ告訴  
及ヒ間接税犯  
ノ告發ハ處罰  
條件ノ性質ヲ  
有セサル歟

三〇 間接税犯ノ告發ヲ缺クトキハ訴訟ハ如何ナル程度ニ在ルモ公訴不受理ノ裁判ヲ爲スヘキモノナリ而シテ法律ハ間接税犯ノ告發ヲ以テ當該官吏ノ責任トシ告發權ノ拋棄ヲ許サス從ツテ既ニ爲シタル告發ノ取下ヲ認メサルヲ以テ告發ノ拋棄若クハ取下ニ基キテ裁判ヲ爲スヘキ場合ヲ生セス是ヲ以テ告發ニハ處罰條件タル性質ヲ具有セシムルノ要ナキナリ故ニ間接税犯ノ告發ハ訴訟條件タルニ止マルモノナリトハ學說上異論ナキ所ナリ之ニ反シテ親告罪ノ告訴ハ處罰條件ナルヤ或ハ訴訟條件ニ止マルヤ或ハ訴訟條件タルモノト處罰條件タルモノトアルヤ或ハ訴訟條件ナルト同時ニ處罰條件ナルヤハ議論ノ未タ一定スルニ至ラサル問題ナリ問題ノ實益ハ下ノ諸點ニ在リ(一)訴訟條件ナリトセハ告訴ノ申出ナキ場合ニハ公訴不受理ノ形式的判決ヲ爲スヘク處罰條件ナリトセハ無罪ノ判決ヲ爲スヘク(二)訴訟條件ナリトセハ公訴不受理ノ判決ヲ爲シタル後適法ノ告訴アラハ更ニ起訴スルヲ得ヘク處罰條件ナリトセハ其欠缺セル爲メ無罪ノ判決アラハ再ヒ告訴ニ基キテ公訴ヲ爲ス能ハス(三)訴訟條件ナリトセハ裁判所ハ形式上ノ調査ヲ爲シ告訴ノ存在セサルコトヲ認ムルナラ

ハ直ニ判決ヲ爲スヘキモノナリ處罰條件ナリトセハ裁判所ハ告訴ノ申出ナキ場合ニ於テモ被害者ヲ呼出シ犯人ノ處罰ヲ求ムルノ意思アルヤ否ヤヲ問フコトヲ得ヘク而シテ處罰ヲ求ムル意思アリトノ答ヲ得タルナラハ刑罰ヲ適用スヘキモノナリ(四)告訴ヲ訴訟條件トセハ公訴提起ノ當時親告罪ナラザリシ罪ヲ刑法ノ改正ノ結果親告罪トスルモ起訴ニ影響ナキカ故ニ告訴ナキモ有罪ノ判決ヲ爲スヘキモノナリ處罰條件ナリトセハ舊法ノ下ニ於テ親告罪ナラザリシ罪ヲ親告罪ト爲シタル新法ノ實施後ニ於テハ有罪ノ判決ヲ爲ス能ハサルコト是ナリ

(甲)處罰條件說ニ曰ク(一)親告罪ノ告訴ハ刑罰請求權ノ行使ヲ制限スル者ナレトモ此條件ノ具備セサル以上ハ刑罰適用權即チ處罰權ヲ現實ナラシムル能ハス又告訴アリテ處罰權ヲ適用スルヲ得ル狀態ニ達シタル場合ニ於テモ告訴ノ取下アラシカ處罰權ノ行使ヲ止メサルヘカラス右ノ如ク告訴ハ處罰權ヲ左右スルモノナルカ故ニ親告罪ノ告訴ハ即チ處罰條件ナリ(二)告訴ヲ訴訟條件ナリトセハ刑事訴訟法ニ之ヲ規定スヘキモノナルニ實體法タル刑法ニ之ヲ規定セ

ルハ法律カ之ヲ處罰條件ト爲シタル明證トスヘシ且刑法ニ(例之第一三五條第二等條)告訴ヲ待ツテ罪ヲ論スト規定セルハ告訴ヲ條件トシテ有罪無罪ノ審判ヲ爲ストノ義ニ非ス告訴ヲ條件トシテ不法行爲ヲ處斷スルノ義換言スレハ處罰スルノ義ナレハ現行法ノ下ニ於テハ告訴ハ親告罪ノ處罰條件ナルヤ明カナリ

(乙) 訴訟條件說ニ曰ク(一) 親告罪ノ公訴ハ告訴ノ存スルニ非サレハ維持スル能ハス故ニ告訴ハ訴訟條件ナリ告訴ノ存スルニ由リテ親告罪ヲ處斷シ告訴ノ消滅スルニ由リテ親告罪ヲ處斷スル能ハサルニ至ルハ告訴ノ直接ノ效力ニ非ス第一ノ場合ニ於テハ訴訟條件ノ完備スル公訴ノ適法ナルニ由ルモノ第二ノ場合ニ於テハ訴訟條件ヲ缺クカ爲メニ公訴ノ不適法ト爲ルニ由ルモノナリ故ニ親告罪ノ告訴ハ處罰條件ノ性質ヲ帶フルコトナシ(二) 沿革上親告罪ノ告訴ハ常に訴訟關係發生ノ條件タリシモノニシテ未タ嘗テ刑罰權發生ノ條件タル意義ヲ有セシメタルコトナシ(三) 處罰條件ハ犯罪行爲アリタル時ニ存スルヲ要スルモノナリ犯罪行爲後ノ事實ヲ以テ刑罰權發生ノ條件ト爲スハ許スヘカラサルモノナリ然ルニ告訴ハ常に犯罪行爲ノ後ニ於テ生スル事實ナリ故ニ知ルヘシ

告訴ノ處罰條件ニ非サルコトヲ(四) 親告罪ノ告訴ヲ處罰條件トスルトキハ時効ノ起算ニ關シテ不合理ノ論定ヲ爲ササルヘカラサルニ至ルヘシ刑罰權發生ノ條件タル告訴提出ノ時ヨリ時効ヲ起算スヘキモノトセン歟告訴アルマテハ幾十年ヲ經過スルモ時効ノ進行ヲ始ムルコトナシ之レ時効制度ヲ設ケタル理由ニ反スルモノナリ若シ又犯罪行爲ノ結了シタル時ヨリ起算スヘキモノトセンカ犯罪ヲ罰スル能ハサルニ拘ハラス時効ノ進行スル不都合アルノミナラス時効ニハ期間アリ告訴ニハ期間ナキ爲メ刑罰權ノ生セサル以前ニ於テ時効ノ期間滿了スルノ奇觀ヲ呈スルコトアルヘシ之ニ反シテ告訴ヲ以テ訴訟條件トスルトキハ時効ハ常に犯罪行爲ノ時ヨリ起算スルカ故ニ以上ノ如キ不合理ノ論定ヲ生スルコトナシ(五) 現行刑法ハ處罰條件ヲ缺ケル行爲ニ付キテハ「之ヲ罰セスト」規定セリ例ヘハ第三十五條第三十六條第三十七條乃至第四十一條第五百五條第九條等ノ如シ之ニ反シテ親告罪ニ付キテハ「告訴ヲ待チテ之ヲ論スト」規定セリ例ヘハ第三百三十五條第二百八條第二百二十九條第二百三十二條等ノ如シ之レ現行法カ告訴ヲ訴訟條件ニ屬セシメタル明證ニシテ罪ヲ論ストハ犯罪

ノ成立ヲ認ムルノ趣旨ニ非シテ既ニ成立シタル犯罪ノ處分ヲ爲スノ意味ナリ而シテ親告罪ノ規定ヲ刑法ニ設ケタルハ立法ノ便宜ニ出テタルニ過キスシテ告訴ヲ處罰條件ナリト認メタルニ由ルモノニ非ス(六)告訴ハ當該官廳ニ對シ被告人ノ行爲ヲ罰スヘキ行爲ト爲スコトヲ希望スル意思表示ニ非ス(假リニ希望アリトスルモ告訴ヲ受理スル官廳ハ立法者ニ非サルカ故ニ法律上罰スヘキ行爲ト爲テ罰スヘキ行爲ト爲スノ權能ナキヲ以テ法律カスノ如キ希望ヲ表示シテ得スト)被告ノ行爲ハ法律上罰スヘキ行爲ナルヲ以テ之ニ對シ上訴ノ提起アラントコトヲ希望ストノ意思表示ナルカ故ニ其性質上ヨリ觀テ訴訟條件以上ノ效果アリト認ムルヲ得スト

(丙)告訴ハ處罰條件ナル場合アリ又訴訟條件ナル場合アリトスル説ニ曰ク或種ノ法益侵害ハ被害者カ侵害セラレタリト感シ法定ノ方式ニ從ヒ之ヲ表明スル場合ニ於テノミ公ノ秩序ニ影響アルモノトシ法律上法益侵害アルモノト爲ス例ヘハ女子ニ對シテ爲シタル猥褻ナル觸接ハ其女子ニ於テ之ヲ愛情ノ表露トシテ甘受スル場合ニ於テハ法益ノ侵害ナシ猥褻ナル觸接ヲ受ケ羞恥厭惡ノ念ヲ生シ名譽ヲ毀損セラレタリトシテ告訴ヲ提起スルニ於テ始メテ法益侵害

アリト爲スヘキモノナリ右ノ場合ニ於テハ告訴ハ處罰條件ナリ之ニ反シテ強姦罪ノ如キ訴追ノ利益ヲ有スル國家カ訴追セサルヲ利益トスル被害者ニ讓歩スヘキ場合ニ在リテハ被害者カ犯罪ノ告訴ヲ爲シ以テ訴追セサル利益ノ存セサルコトヲ表明スルニ因リ國家ハ刑罰請求權ヲ行使スヘキモノナレハ右ノ場合ニ於ケル告訴ハ即チ刑罰請求權行使ノ條件ナリト

(丁)親告罪ノ告訴ハ訴訟條件ナルト同時ニ處罰條件ナリトスル説ニ曰ク告訴ノ訴訟條件ナルコトハ乙説ニ其理由ヲ詳示セルカ如シ而シテ告訴ヲ處罰條件ナリトスル甲説ノ論據モ動カスヘカラサルモノアリ一ノ事項ニ兩性ヲ具有セシムルコト詳言セハ告訴ヲ以テ訴訟條件ニシテ且處罰條件ナル複性ノモノトスルコトハ理論上毫モ矛盾ヲ來タスコトナク之ヲ單性ノモノトスルヨリシテ生スル理論上ノ缺陷ト實際上ノ不便トヲ避クルコトヲ得テ圓滿ナル説明ヲ爲スコトヲ得ルモノナリト

三一 所謂複性説或ハ兩性説ハ基本理論ノ單純ナラサル爲メ理路ノ錯綜ヲ來タシ論理ノ衝突ヲ招クノ觀ナキニ非スト雖モ紛糾セル社會現象ノ説明ヲ爲ス

親告罪ノ告訴ノ性質



ニ當リテハ特色アルモノナリ告訴兩性説ハ所謂總説ニ屬スルモノニシテリス  
トノ如キハ獨逸陸軍裁判所(Reichsmilitärgericht)ノ判例ニ於テ此説ヲ採用セルニ對  
シ「混亂不明」ナリトノ酷評ヲ與ヘタリト雖モ余輩ノ見ヲ以テスレハリストノ説  
(即チ前掲)却テ牽強ナリトノ譏ヲ免レ得サルモノアルカ如シ先ツ兩性説ヲ辯護  
シテ而シテ後丙説及ヒ狹義ノ訴訟條件説ヲ批評セン丁説即チ告訴兩性説ハ親  
告罪ノ制度ヲ設ケタル理由ニ最モ適合スルモノナレトモ單純ナル處罰條件説  
若クハ訴訟條件説ハ孰レモ缺點アリ先ツ處罰條件説ニ付キテ之ヲ言ヘハ告訴  
ハ訴訟行為ニシテ檢察ハ告訴アルニ非サレハ公訴ヲ提起スル能ハサルヲ原則  
トスルモノナルニ該説ニ依レハ之ヲ實質的條件トシテノミ觀察スルカ故ニ告  
訴ナキモ先ツ公訴ヲ提起シ而シテ後ニ被害者ニ犯罪ノ處罰ヲ求ムル意思アル  
ヤ否ヤヲ確ムルモ變則ノ處置ト稱スル能ハサルヘシ之レ親告罪ヲ設ケタル法  
律ノ精神ヲ無視スルモノナリ加之告訴ノ拋棄ヲ以テ公訴權消滅ノ原因トスル  
刑事訴訟法第六條第二號ノ規定ヲ無益ノモノタラシムルノ缺點アリ何者告訴  
カ處罰條件タル以上ハ其欠缺ニ因リ犯罪ヲ罰スル能ハサルモノナルカ故ニ特

ニ告訴ノ拋棄ヲ以テ公訴權消滅ノ原因トスルノ要ナケレハナリ次ニ訴訟條件  
説ニ付キテ之ヲ言ヘハ該説ニハ親告罪ヲ設ケタル立法ノ精神ヲ貫徹スル能ハ  
サル場合ヲ生セシムル缺點アリ親告罪ニ付キ被告人ヲ刑ニ處スル關席判決ニ  
對シ故障ノ申立アリ若クハ同趣旨ノ對席判決ニ對シ上訴ノ申立アリタル後被  
害者ハ告訴ヲ取下ケタルニ(告訴ハ上告審ノ判決アルコトヲ得ルモ他判決ノ確定)他ノ  
一面ニ於テ被告人ハ故障若クハ上訴ヲ取下ケタリトセヨ判決ハ確定スヘク而  
シテ其確定前處罰條件ノ欠缺ヲ生シタルモノニ非サルカ故ニ該判決ハ何等ノ  
方法ヲ以テスルモ攻撃スル能ハサルナリ被害者ハ親告罪ノ處罰カ自己ノ利益  
ヲ害スルコトヲ覺知シ告訴ノ取下ヲ爲シタルモノナルニ判決ノ成立カ障礙ト  
爲リテ被害者ヲシテ其利益ノ毀損ヲ免ルル能ハサラシムルハ之レ訴訟條件説  
ノ缺點ナリ若シ處罰條件ナリトセン歟右ノ場合ニ於テハ判決ノ未タ確定セサ  
ル前ニ處罰條件ヲ缺キ行為ハ罰スヘカラサルニ至リタルモノナルカ故ニ判決  
ノ確定シタルトキハ檢察ハ非常上告ヲ爲シテ其破毀ヲ求メ以テ親告罪ヲ設ケ  
タル立法ノ精神ヲ貫徹セシムルヲ得ヘキナリ

丙説及七親告  
罪ノ告訴ヲ以  
テ狽義ノ訴訟  
條件ナリトス  
ル説ノ此判

三二 猥褻罪ノ場合ニ於テハ被害者カ法益ヲ侵害セラレタリト感スルヲ以テ  
法益ノ侵害アリト認ムヘキハ適當ナルヘシト雖モ何故ニ法定ノ方式ニ從ヒ右  
ノ感情ヲ表示スルニ非サレハ法益ノ侵害アリト認ムヘカラサル歟猥褻ナル觸  
接ヲ受ケ被害者カ之ヲ歎フ場合ニ於テハ犯罪ノ要素ヲ缺クモノナリ之ニ反シ  
猥褻ノ觸接ヲ受ケ名譽ヲ毀損セラレタリトシ或ハ其他ノ痛苦ヲ感シタルナラ  
ハ法益ノ侵害ヲ生シタルモノナルヲ以テ犯罪ハ成立スルモノナリ被害者カ法  
益ノ侵害アリト感シタルヤ否ヤハ犯罪ノ要素タル事實ノ問題ニ外ナラサルナ  
リ假リニ一步ヲ讓リ此種ノ法益侵害ハ被害者ノ心意中ニ生スルモノニシテ他  
人ヨリシテハ之ヲ測知スルニ困難ナルモノナルカ故ニ之ニ關スル被害者ノ意  
思表示ヲ要スルモノトシ此意思表示ヲ處罰條件ナリトスルモ法定ノ方式ニ從  
ヒ意思表示ヲ爲スニ非サレハ處罰條件タルノ效ナシトスルニ至リテハ根據ナ  
キモノニシテリストノ如キ大學者ニハ不相應ノ説ト謂フヘシ  
親告罪ノ告訴ハ公訴ノ提起ニ必要ナル條件タルニ止マリ判決ノ條件又ハ處  
罰條件ニ非ストハ我大審院刑事部ノ判例ニシテ此説ヨリ生スル論理當然ノ結

果ハ公訴提起後非親告罪ヲ親告罪トスル刑法ノ改正アルモ裁判所ハ本案ノ裁  
判ヲ爲スヘキモノニシテ公訴棄却ノ判決ヲ爲スヘキニ非ストノ論定之ナリ

四一年(レ)第八五二號同院第二部ノ判決ニ曰ク新刑法第二五一條告力其叔  
恐喝シテ財物ヲ騙取シタリトメテ其罪ヲ論スルモ原判決ハ之ヲ破毀セラレ  
父ノ告訴親族カノ告訴ヲ依テ初メテ有罪ト爲シタル原判決ハ之ヲ破毀セラレ  
刑權ノ發動ヲ求ム被訴者ノ意思ニモ親告罪ニ於ケル條件ニ外ナラサルヲ以テ刑  
罰ノ所ニ動カシテ起訴スルノ當時ニ於テ後テ法律力ヲ改テ由訴訟手續ニ準據シ  
ニ裁判所ニ告訴シテ起訴スル以上ニ其後テ法律力ヲ改テ由訴訟手續ニ準據シ  
テ被害者ノ告訴ヲ依テ起訴スルノ場合ニ於テ後テ法律力ヲ改テ由訴訟手續ニ準據シ  
在リテ親告罪ニ從ヒ犯罪ニ付キ現行刑法ノ規定ニ依テ起訴スルノ場合ニ於テ  
其起訴ノ時ニ於テ親告罪ニ從ヒ犯罪ニ付キ現行刑法ノ規定ニ依テ起訴スルノ場合  
規ニ定テハ親告罪ニ從ヒ犯罪ニ付キ現行刑法ノ規定ニ依テ起訴スルノ場合ニ於  
付下キテハ親告罪ニ從ヒ犯罪ニ付キ現行刑法ノ規定ニ依テ起訴スルノ場合ニ於  
現行刑法ノ規定ニ從ヒ犯罪ニ付キ現行刑法ノ規定ニ依テ起訴スルノ場合ニ於  
タル本件犯罪ノ起訴ヲ親告罪ニ從ヒ犯罪ニ付キ現行刑法ノ規定ニ依テ起訴スル  
年(レ)第九七號同院第一審部ノ判決ニ曰ク檢察官ニ申告スルハ檢察官ニ申告  
告罪ノ場合ニ於テ必要ナル條件ニ非ス左レハ訴訟條件中許多ノ場合ニ於テ何  
立義ハ其處罰ニ於テ必要ナル條件ニ非ス左レハ訴訟條件中許多ノ場合ニ於テ何



ハ以テ狭義訴訟條件ト告罪ナラザル罪ト爲シタルトキハ告訴ヲ得ヘシハ法律改正ノ結果  
 親告罪ナラザル罪ト爲シタルトキハ告訴ヲ得ヘシハ法律改正ノ結果  
 追罰後受刑キコトヲ以テ擬スル新法ハ舊法ノ下ニ於テ重刑ニ當ルヘキモ  
 追罰後受刑キコトヲ以テ擬スル新法ハ舊法ノ下ニ於テ重刑ニ當ルヘキモ  
 新法ハ適用スヘシトスルハ訴追後之ヲ得タルトスル新法ノ出テタルハ  
 新法ハ適用スヘシトスルハ訴追後之ヲ得タルトスル新法ノ出テタルハ  
 狭義訴訟條件トシテハ此點ニ於テ刑法第六條ノ規

訴訟條件説ノ理由ノ批判

三三 訴訟條件説ノ直接ノ理由ニ關シテハ別ニ論スヘキモノナシト雖モ其間  
 接ノ理由則チ處罰條件ト爲スヘカラサルカ故ニ訴訟條件ナリトスルヲ正當ト  
 ストノ趣旨ニ於ケル理由ノ中ニハ疑難スヘキモノアリ訴訟條件説(三)ノ理由ニ  
 曰ク處罰ノ條件ハ犯罪行爲アリタル時ニ存在スルコトヲ要スルモノナリ犯罪  
 行爲後ノ事實ヲ以テ刑罰權發生ノ條件ト爲スハ許スヘカラス告訴ハ常ニ犯罪  
 行爲後ニ生スル事實ナルヲ以テ處罰條件ニ非スト此理由ハ精確ナラス處罰條  
 件ニモ犯罪行爲後生スルモノアリ公務員ニ非サル者カ公務員ト爲リタルナラ  
 ハ便宜ノ處置ヲ爲シ遣ハスヘシト約シテ他人ヨリ金品ノ贈與ヲ受ケ若クハ其  
 約ヲ受ケタル後公務員ニ任セラレタルナラハ茲ニ瀆職罪成立ストノ新學説ニ  
 從ヘハ公務員ノ任命ナル處罰條件ハ犯罪タル行爲後ニ於テ生シタル事實ナリ

又破産罪ニ於ケル破産宣告ナル處罰條件ハ多クハ犯罪タル行爲後ニ生スル事  
 實ナリ例ヘハ博奕空取引等ヲ爲シ貸方財産ヲ甚シク減少シ若クハ過分ノ債務  
 ヲ負ヘルカ如キ或ハ支拂停止ヲ延サン爲メ損失ヲ生スル取引ヲ爲シ支拂資料  
 ヲ調ヘタルカ如キ或ハ商業帳簿ヲ秩序ナク記載シ若クハ全ク記載セサルカ如  
 キ是ナリ故ニ處罰條件ハ常ニ犯罪行爲アリタル時ニ存在スヘキモノナリトノ  
 前提ヲ以テ告訴ノ處罰條件ナルコトヲ否定スルハ其當ヲ得ス訴訟條件説(四)ノ  
 理由ハ告訴ヲ處罰條件トスルトキハ不合理ノ論定ヲ爲ササルヘカラサルニ至  
 ルモノナリト謂フニ在レトモ處罰條件ヲ以テ其ノ發生スル迄犯罪ノ處罰ヲ停  
 止スルモノナリト解スレハ時効ハ犯罪行爲ノ時ヨリ起算スヘク告訴ノ時ヨリ  
 起算スヘキモノニ非ストスヘキヲ以テ毫モ不合理ナルコトナシ(六)ノ理由ハ親  
 告罪ノ告訴ハ罰スヘカラサル行爲ヲ罰スヘキ行爲トスルコトヲ希望スル意思  
 表示ニ非ス公訴ノ提起ヲ希望スル意思表示ナルカ故ニ訴訟條件以上ノ效果ア  
 リト認ムヘカラスト謂フニ在リ告訴ハ公訴提起ヲ冀望スル意思表示ナルコト  
 勿論ナレトモ處罰條件ハ元來犯罪ノ構成要素以外ノ事實ナレハ告訴ヲ以テ處

罰條件トスルモ不合理ナルモノナシ換言セハ被害者カ犯罪ノ處罰ヲ求ムルカ故ニ犯罪ヲ處罰ストノ理論ヲ立ツルニ於テ何等ノ支障ヲ生スルコトナキナリ  
(以上告訴ニ付キ論スルモノハ刑法第九十條乃至第九十二條ニ於ケル請求ヲ待ツテ罪ヲ論ストアル所謂請求ニ關スル說明トシテ又間接國稅犯則者處分法ニ規定スル告發ニ付キテ論スルモノハ關稅法及ヒ其準用アル法令ニ規定スル告發ニ關スル說明トシテ觀ルヘシ)

### 第三款 訴訟條件ノ不備

三四 訴訟條件不備ノ效果……三五 訴訟條件ノ追完

三四 訴訟ノ完全ナル效力ハ訴訟條件ノ完備ニ待タサルヘカラス檢事カ公訴ヲ提起スルニハ訴訟條件ヲ具備セサルヘカラス然ラハ訴訟條件ヲ缺カハ提起シタル公訴ハ全然效力ナキヤ曰ク否ラス訴訟條件ノ全部ヲ欠缺セル公訴ト雖モ一ノ訴ナリ *Something* ニシテ *nothing* ニ非ス况ンヤ管轄違又ハ時効ノ生シタル訴ナルニ於テヤ裁判所ハ之ヲ公訴ノ事實上存在セサル場合ト同視シテ抛置スル能ハサルナリ全然訴訟條件ヲ欠缺セル場合或ハ訴ノ形式ノ違法ナル場合ニ於テハ公訴不受理ノ判決ヲ爲スヘク管轄ナキ裁判所ニ起訴シタル場合ニ於

訴訟條件不備ノ效果

訴訟條件ノ追完

テハ管轄違ノ裁判ヲ爲スヘク刑事訴訟法第六十五條第三號ノ場合ニハ免訴ノ裁判ヲ爲スヘキモノナリ如何ナル場合ニ於テモ訴訟條件ノ具備セサルトキハ裁判所ハ本案ノ裁判ヲ爲ス能ハサルモノトス若シ此缺點ヲ看過シテ請求權ノ實質ニ關スル裁判即チ本案ノ裁判ヲ下シタルトキハ上級裁判所ハ之ヲ取消スヘキモノナリ訴訟條件ノ欠缺若クハ不備ノ場合ニ於テモ裁判所ハ公訴ヲ處理スヘキモノナルカ故ニ此點ニ於テ不合法ナル公訴モ形式的訴訟關係ヲ成立セシムルモノナリ訴訟條件ノ欠缺スルトキハ形式的訴訟關係ヲ成立セシムルニ過キサコトハ實質的ノ訴訟關係ヲ成立セシムル處罰條件ノ欠缺ト區別スヘキ要點ナリ處罰條件ノ欠缺スル場合ニハ公訴不受理ノ裁判ヲ爲スコトナシ  
三五 訴訟條件ニ追完ヲ許スモノト然ラサルモノトアリ又訴訟條件ノ追完ハ行爲ニ由リテ之ヲ爲スモノト一定ノ時間ノ經過ノミニ由リテ追完ノ效ヲ生スルモノト不行爲ニ由リテ其效ヲ生スルモノト時間ト行爲若クハ不行爲ト相合シテ其效ヲ生スルモノトアリ判決裁判所ヲ構成セサリシカ如キハ追完ヲ許サル訴訟條件ノ欠缺アル場合ナリ判決ノ作成カ刑事訴訟法第二十條ノ條件ヲ

缺キタル場合亦同シ之ニ反シテ法定代理或ハ訴訟代理ニ欠缺アリタルトキハ後日之ヲ追完スルコトヲ得ルモノナリ本人ノ無權代理人ニ對スル追認行為ハ代理人ノ訴訟行為ニ關スル條件即チ代理權ノ追完ヲ爲ス行為ナリ判事ニ對シテ偏頗ニ基ク忌避權ヲ有スル者カ忌避ノ原因ヲ主張セサルコトハ裁判所ノ構成ニ關スル訴訟條件ノ欠缺ヲ不行爲ヲ以テ追完スルモノナリ裁判所ノ定ムル一定ノ期間内ニ代理權ノ欠缺ヲ補充スルハ行為ト時間トヨリ成ル訴訟條件ノ追完ナリ訴訟條件ノ欠缺アル判決ヲ上訴期間内ニ上訴ヲ爲サシテ確定セシムルハ時間ト不行爲トヨリ成ル訴訟條件ノ追完ナルカ如シ起訴條件ノ追完ハ之ヲ許ス明文ナキヲ以テ我訴訟法ノ解釋トシテハ如何ナル條件ニ付キテモ認容スヘカラスト主張スル者ナキニ非サレトモ余輩ハ右ノ如キ見解ハ法律ノ解釋ニ忠實ナランコトヲ期シテ却テ法律ノ精神ニ違サカリ法律ノ運用ヲ不便ナラシムルノ弊ニ導クモノナリト信ス起訴條件ニハ起訴後之ヲ追完スルヲ許ストキハ公訴ノ本質ヲ没却シ且甚大ナル弊害ヲ生スルモノト公訴ノ本質ニ影響ナク且弊害ナキモノトアリ而シテ法律ニハ起訴條件ノ追完ヲ禁スルノ明文ナ

キカ故ニ前者ニ付キテハ之ヲ許サストスヘキモ後者ニ付キテハ之ヲ許スコトハ訴訟ノ經濟ニ適シ當事者ノ利益ニ反セサルモノナリ公訴ニ犯罪ノ摘示ヲ缺クカ如キハ其追完ヲ許スヘカラサルモノナレトモ既ニ論シタル如ク親告罪ノ告訴間接税犯ノ告發ヲ缺ケルカ如キハ其追完ヲ許スモノト爲スヘキナリ民事訴訟ニ於テハ或種類ノ訴訟條件ノ欠缺ハ判決確定ノ後ト雖モ再審ノ原因トシテ之ヲ主張スルコトヲ得ルモノニシテ當事者ノ知り得ヘカラサル訴訟條件ノ欠缺(例ヘハ職務ノ執行ヨリ除斥セラルトキ即チ確定判決マテ當事者ノ一方他ノ一方カ判事ト親族ナリシコトヲ知ラサリミ場合ノ如シ民事訴訟法第四六八條第二號)ハ長時間ヲ經過スルモ補填セラルコトナシ刑事訴訟法ハ民事訴訟ニ於ケル取消ノ訴ニ依レル再審ノ原因ヲ認メサルヲ以テ右ノ如キ時ノ經過ニ因リ追完スルヲ許ササル訴訟條件ノ欠缺ハ刑事訴訟ニハ存セサル所ナリ

#### 第四節 權利拘束

三六、權利拘束ノ意義……三七、權利拘束ノ範圍……三八、權利拘束發生ノ時期……三九、權利拘束ノ效力……四〇、權利拘束ノ消滅

#### 三六 權利拘束 *Rechtsbindung* トハ公訴ノ提起ニ因リテ生シタル訴訟關係ノ

權利拘束ノ意

本論 第一編 公訴及ヒ私訴 第三章 公訴權ノ活動 第四節 權利拘束

效果ナリ公訴カ形式上訴ノ外形ヲ有スル以上ハ訴訟條件ノ具備スルト否トヲ問ハス裁判所ハ之ニ對シテ裁判ヲ與ヘサルヘカラス然レトモ訴訟條件ノ具備セサル場合ニ於テハ裁判所ハ本案ノ裁判ヲ與フル能ハス換言セハ實體的刑罰請求權ノ存否ニ關セサル形式の裁判ヲ以テ本案ニ關スル裁判ヲ拒絕スヘキモノナリ(例へハ管轄違ノ裁判ノ如シ)公訴カ凡テノ訴訟條件ヲ備ヘタル場合ニ於テハ裁判所ハ實體的請求權ノ存否ヲ決スル裁判ヲ爲ササルヘカラス裁判所ヲシテ實體的請求權ノ存否ヲ決スルノ義務ヲ負ハシムル公訴ノ效力ヲ實體的權利拘束ト稱シ右ノ如ク裁判所ヲシテ本案ノ裁判ヲ爲サシムルニ非スシテ公訴ニ對シテ形式的裁判ヲ爲サシムル公訴ノ效力ヲ形式的權利拘束ト稱ス形式的權利拘束ニ照應スルモノハ形式的訴訟關係ニシテ實體的權利拘束ニ照應スルモノハ實質的訴訟關係ナリ實質的權利拘束ハ訴訟條件ノ效果ナリト雖モ形式的權利拘束ハ訴訟條件ノ具備セサルモ發生スルモノナルカ故ニ訴訟條件ノ效果ト謂フ能ハス而シテ權利拘束ハ訴訟上ノ事實トシテ觀察スレハ訴訟繫屬ノ狀態ニ外ナラサルナリ權利拘束ハ事實ノ審級ニ於テノミナラス法律ノ審級ニ於テ

モ生スルモノニシテ上訴期間若クハ故障期間ノ經過スルマテ或ハ上告裁判所ノ判決アルマテ繼續スルモノナレトモ原狀回復ノ原因アルモ上訴期間ヲ經過セハ消滅スヘク又再審ノ原因アルモ判決確定セハ消滅スヘシ公訴ノ提起ハ權利拘束ヲ生セシムルモノナレトモ再審ノ訴ハ之ヲ提起シタルノミニテハ未タ本案ノ權利拘束ヲ生セス上告裁判所ニ於テ確定判決ヲ破毀シ事件ヲ原裁判所ト同等ナル裁判所ニ移ス判決ヲ爲スニ因リテ本案ノ權利拘束ヲ生スルモノナリ(三〇七條)天災其他避クヘカラス事變ノ爲メ上訴期間ヲ經過シタル場合ニ於テ爲ス原狀回復ノ申立モ亦直ニ權利拘束ヲ生スルコトナシ上訴ヲ裁判スヘキ裁判所ニ於テ其申立ヲ許ス決定ヲ爲シタル時ニ權利拘束ヲ生スルモノナリ

(同法第二四七條第二四八條)

三七 起訴ノ形式ノ如何ヲ問ハス詳言スレハ檢事カ直ニ公判ヲ求メタルト將タ豫審ヲ求メタルトヲ問ハス權利拘束ハ公訴ノ範圍内ニ限定セラルルモノニシテ其範圍外ニ效力ヲ及ホスコトナシ然レトモ權利拘束ハ公訴ノ内容タル犯罪事實或ハ犯罪ナラサル事實(檢事カ直ト爲ラサル事實ヲ提)ノ實體ニ關シテ存

スルモノニシテ此事實ニ關スル檢事ノ主張ノ趣旨及ヒ範圍ニ限定セララルモ  
 ノニ非ス檢事カ甲ノ所有ナル金時計ヲ乙ノ竊取シタル事實ヲ乙カ丙ノ占有ス  
 ル金時計ヲ竊取シタル事實ナリトシテ公訴ヲ提起シタル場合ニ於ケル權利拘  
 束ハ此金時計ノ竊取若クハ騙取タルヘキ事實ニ關シテ存スルモノナリ同一金  
 時計ニ關シテ檢事ハ竊盜ノ公訴ヲ起シタルモ詐欺取財ノ公訴ヲ起ササリシヲ  
 理由トシテ此公訴ノ權利拘束ハ詐欺取財ノ點ニ付キテハ存セサルモノトスル  
 ハ誤レリ又印章ヲ偽造シテ使用シ若クハ之ヲ盜用シテ文書ヲ偽造シタル事實  
 ニ付キ檢事ハ文書偽造ノ點ノミヲ指摘シテ公訴ヲ提起スルモ權利拘束ハ印章  
 ノ偽造使用若クハ盜用ノ點ニ付キテモ存スルモノナリ何者私書偽造ノ起訴中  
 ニハ該文書ニ使用セラレタル印章ノ偽造若クハ盜用ヲ包含スルヲ以テナリ率  
 連犯刑法第百五十五條連續犯刑法第百五十五條結合犯同法第一七六條第一七七條集合犯同法第一八  
 一第一條等ニ付キテハ檢事カ其一部ノミニ對シテ起訴スルモ權利拘束ハ所爲ノ全  
 部ニ付キテ生スルモノナリ起訴ノ範圍ハ公訴ノ實質的內容タル事實ニ依リテ  
 定マルモノトス而シテ公訴ノ內容タル事實ハ檢事ノ事實的觀察若クハ法律的

見解ニ因リテ定マルモノニ非サルカ故ニ裁判所ハ未遂罪トシテ起訴シタル事  
 實ヲ既遂罪トスルヲ得ヘク檢事ノ百圓ナリト計算セル贓額ヲ裁判所ハ千圓ト  
 爲スヲ得ヘク檢事カ犯罪ノ目的物ヲ反物ト爲シタルヲ裁判所ハ衣類ト爲スヲ  
 得ヘク犯罪ノ場所ヲ横濱トシタルヲ東京ト認定スルヲ得ヘク犯罪ノ時ヲ一月  
 一日ナリトセルヲ二月二日ナリト定ムルヲ得ヘキヤ勿論ナリ右ノ如ク權利拘  
 束ハ公訴事實ノ範圍ニ於テ存スルモノナレトモ起訴セラレサル共犯人ニ及フ  
 コトナシ甲乙共犯ノ事實ニ基キ甲ノミニ對シ公訴ヲ提起シタル場合ニハ權利  
 拘束ノ效力ハ乙ニ及ハサルモノナルヲ以テ乙ニ對シテ審理手續ヲ開始スル能  
 ハス故ニ乙ニ對シテ別ニ訴ヲ起スモ權利拘束ノ異議ヲ提出スル能ハス又裁判  
 所モ此理由ニ基キ訴ヲ棄却スル能ハス此點ニ於テ注意ヲ要スルモノハ同一人  
 ニ付キ犯罪事實ヲ發生セシメタル犯人トシテノ觀察ト訴ヲ受ケタル被告人ト  
 シテノ觀察トヲ混同スヘカラサルコト之ナリ前者ハ實體法上ノ觀察ニシテ後  
 者ハ訴訟法上ノ觀察ナリ故ニ裁判所ハ訴ヲ受ケタル甲ノミニ對スル裁判ニ於  
 テ甲乙共犯ノ事實ヲ認定スルコトヲ得レトモ訴ヲ受ケサル乙ニ對シテ甲ト共



犯ナリトノ裁判ヲ下スヲ得ス犯人ノ氏名不詳トシテ公訴ヲ提起シタル場合ニ先ツ甲ヲ被告人トシテ審理ヲ爲シ次ニ乙ヲ共犯トシテ審理ヲ爲スコトヲ得ルハ右ノ場合ニ於ケル公訴ハ犯人全員ヲ被告トシテ訴ヘタルニ由ルモノニシテ甲ニ對スル訴ニ依リ起訴セサル乙ニ對シテ審理スルモノニ非サルナリ

附帯犯ニ對スル權利拘束ハ既ニ繫屬セル事件ノ起訴若クハ審理ニ因リテ當然生スルモノニ非ス附帯犯ニ對シテ豫審若クハ公判ノ審理ヲ開始スルニ因リテ生スルモノナリ(檢察官ヨリ附帯犯ヲ追訴セハ之ニ因リテ豫審終結決定ハ權利拘束ノ範圍ヲ縮小シテ限定スルコトアリ又起訴以外ノ事實ヲ附加シテ以テ其範圍ヲ擴大スルコトアリ又起訴以外ノ事實ニ付キ豫審判事ハ文書偽造行使ノ點ニ付キ證據十分ナラスト認メ特ニ此點ニ付キ免訴ノ決定ヲ爲シテ爲シタルニハ免訴ノ決定)而シテ此決定確定シタルトキハ文書ノ偽造行使ニ關スル權利拘束ハ消滅スルモノナリ故ニ起訴當時ニ比スレハ權利拘束ノ範圍縮小セルモノナリ又甲事實ニ付キ豫審ヲ求メタルニ豫審判事ハ附帯犯タル乙事實ヲ發見シ之ヲ附加シテ豫審終結決定ヲ爲シタル

豫審終結決定ハ權利拘束ノ範圍ヲ縮小シテ限定スルコトアリ又起訴以外ノ事實ヲ附加シテ以テ其範圍ヲ擴大スルコトアリ又起訴以外ノ事實ニ付キ豫審判事ハ文書偽造行使ノ點ニ付キ證據十分ナラスト認メ特ニ此點ニ付キ免訴ノ決定ヲ爲シ(右ノ場合ニハ免訴ノ決定)而シテ此決定確定シタルトキハ文書ノ偽造行使ニ關スル權利拘束ハ消滅スルモノナリ故ニ起訴當時ニ比スレハ權利拘束ノ範圍縮小セルモノナリ又甲事實ニ付キ豫審ヲ求メタルニ豫審判事ハ附帯犯タル乙事實ヲ發見シ之ヲ附加シテ豫審終結決定ヲ爲シタル

權利拘束發生ノ時期

ルトキハ權利拘束ノ範圍擴大セルモノナリ(此現象ハ公判ニテ豫審判事カ附帯犯ナラサル公訴以外ノ犯罪事實ヲ附加シテ豫審終結決定ヲ爲シタルトキハ此處分ハ違法ナリト雖モ亦權利拘束ノ範圍ヲ擴大スルモノナリ但右ノ場合ニハ附加シタル犯罪事實ニ付キ公判裁判所ハ公訴不受理ノ判決ヲ爲ササルヘカラス豫審終結決定ハ確定スルモ本來起訴ナキ事實ニ起訴ノ效力ヲ生セシムルヲ得サレハナリ之ニ反シテ豫審判事ノ附帯犯タル事實ヲ認定シテ豫審終結決定ヲ爲シタル場合ニハ公判ニ於テハ此事實ニ付キ證據不十分ノ理由ヲ以テ若クハ罪ト爲ラストノ理由ヲ以テ無罪ノ判決ヲ爲スコトアルヘシト雖モ公訴不受理ノ判決ヲ爲スヘキモノニ非ス(第三章 第二節 參照)

三八 民事訴訟ニ於テハ權利拘束ハ訴狀ノ送達ニ由リテ生スルヲ原則トシ區裁判所ノ訴訟手續ニ於テハ當事者双方カ通常ノ裁判日ニ裁判所ニ出頭シテ直ニ辯論ヲ爲シタルトキハ其時ヨリ權利拘束ヲ生スヘク又訴ノ申立ヲ擴張シタル場合ニ於テハ其請求ヲ口頭辯論ニ於テ主張シタル時ヨリ權利拘束ヲ生スルモノナレトモ(民事訴訟法第一九五條第三七五條)刑事訴訟ニハ訴狀送達ノ手續ナ

ク又區裁判所ニ於ケル民事訴訟ニ類似スル手續ナキヲ以テ權利拘束ノ發生ヲ民事訴訟ト同一ニ論スルヲ得ス公訴ノ權利拘束ハ豫審ヲ求メタルト直ニ公判ヲ求メタルトヲ問ハス公訴ノ提起ト同時ニ發生スルモノトス詳言スレハ裁判所カ手續上事件ノ受付ヲ爲シタルトキ形式的權利拘束ヲ生シ訴訟條件ヲ具備スルニ因リテ實質的權利拘束ヲ生スルモノナリ

權利拘束ノ效力

三九 (一)權利拘束ハ同一事件ニ關シ同一裁判所ニ提起シタル第二ノ公訴ニ付キ不受理ノ裁判ヲ爲サシムルノ效力アリ第一ノ公訴カ訴訟條件ニ欠缺アリ第二ノ公訴ハ訴訟條件ヲ具備スル場合ト雖モ第一ノ公訴ハ先ニ形式的權利拘束ヲ生シタルモノナルカ故ニ第二ノ公訴ニ付キ不受理ノ裁判ヲ爲スハ手續進行ノ順序ナリ此論定ハ實際上不便ナル結果ヲ生スルコトアリ例ヘハ第二ノ公訴ニ付キ不受理ノ裁判ヲ爲シタル後更ニ第一ノ公訴ニ付キ不受理ノ裁判ヲ爲ササルヘカラサルカ如シ又其結果公訴ノ時効ヲ成就セシムルコトアルヘシ是ヲ以テ一派ノ學者ハ新ナル公訴ノ提起ヲ受ケタル裁判所ハ權利トシテ此公訴ニ對シ本案ノ審理ヲ爲ササルコトヲ得ルニ止マリ全然本案ノ審理ヲ爲スコトヲ

得サルモノニ非スト主張セリ他ノ一派ハ後ノ訴ニ對シテ本案ノ審理ヲ中止スヘシト主張セリ然レトモ中止ハ法律ノ命スル所ニ非サレハ中止ヲ爲サスシテ第一ノ公訴アリトノ理由ヲ以テ第二ノ公訴ニ付キ不受理ヲ言渡スヲ違法ナリトスル能ハサルヘシ裁判所ハ第一ノ公訴ニ付キ先ツ審理ヲ爲シ訴訟條件具備セサル理由ヲ以テ不受理ノ裁判ヲ爲シタルトキハ第二ノ公訴ニ付キ本案ノ裁判ヲ爲スヲ得ヘク第一ノ公訴ニ付キ本案ノ裁判ヲ爲シタルナラハ第二ノ公訴ニ付キテハ必ス公訴不受理ノ裁判ヲ爲ササルヘカラサルナリ

(二)同一事件ニ付キ甲裁判所ニ權利拘束ヲ生シタル後乙裁判所ニ公訴ヲ提起シタルトキハ兩裁判所ノ最初豫審又ハ公判ニ着手シタル裁判所ニ管轄權ノ生スルヲ以テ後ニ豫審又ハ公判ニ着手シタル裁判所ハ他ノ裁判所ヨリ先ニ權利拘束ヲ生シタルモノナレトモ管轄違ノ裁判ヲ爲スヘキモノトス(刑訴法第(二)七條)有ノ如ク先ニ權利拘束ノ生シタルニ拘ハラヌ管轄權ヲ有セサルカ爲メ此理由ヲ以テ裁判スヘク公訴ノ形式的調査ニ立入り不受理ノ裁判ヲ爲スコトヲ得サルモノナリ後ニ權利拘束ノ生シタル裁判所ハ先ニ豫審若クハ公判ニ着手シタル

以上ハ前裁判所ノ權利拘束ヲ無視シテ本案ノ裁判ヲ爲スヘキモノナリ甲裁判所ニ權利拘束ノ生シタル後乙裁判所ニ公訴ヲ提起シ兩裁判所カ同時ニ豫審又ハ公判ニ着手シタルトキハ先ニ權利拘束ノ生シタル裁判所ニ於テ本案ノ審理ヲ爲スヘキモノトス兩裁判所ニ同時ニ起訴シ兩裁判所カ同時ニ豫審又ハ公判ニ着手シタルトキハ裁判所構成法第十條第三號ニ該當スル場合ナルカ故ニ管轄裁判所ノ指定ヲ申請スヘキモノナリ判決ノ言渡後確定前其裁判所ニ同一事件ヲ再訴セハ公訴不受理ノ裁判ヲ爲スヘク他ノ裁判所ニ公訴ヲ提起セハ管轄違ノ裁判ヲ爲スヘキモノトス

檢事及ヒ被告人ハ第一審第二審ヲ問ハス本案ノ判決アル迄何時ニテモ公訴不受理ノ申立ヲ爲スノ權利アルヲ以テ同一事件ニ對スル第二ノ公訴ニ對シテハ權利拘束ヲ理由トシテ公訴不受理ノ申立ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ然レトモ此申立ニ基キ本案ノ辯論ヲ拒ムノ權利ナシ公訴不受理ノ申立ニ對シテ本案前ニ裁判ヲ爲スト本案ト共ニ裁判ヲ爲ストハ裁判所ノ職權ニ屬ス又公訴不受理ノ裁判ハ申立ニ基カス裁判所ノ職權ヲ以テ爲スコトヲ得ルモノナリ(刑訴法

條六)

權利拘束ヲ理由トスル公訴不受理ノ申立アリタルニ拘ハラズ之ニ對シテ何等ノ裁判ヲ與ヘス本案ノ裁判ヲ下シタルトキハ上告ノ理由タルヘキ手續上ノ違法アリトス

檢事及ヒ被告人ハ豫審ニ在リテハ訴訟上ノ權利トシテ權利拘束ニ基ク公訴不受理ノ申立ヲ爲ス能ハス豫審判事ノ參考トシテ權利拘束ノ生シタルコトヲ申出ツルヲ得ルニ止マル故ニ右ノ申立ヲ爲シ之ニ對シ何等ノ裁判ヲ與ヘサリシトスルモ其裁判ヲ與ヘサリシコトヲ以テ手續上ノ違法ト爲ヌヲ得ス

(三) 形式的權利拘束ハ裁判所ヲシテ事件ノ審判ヲ爲スノ權利義務ヲ有セシメ實質的權利拘束ハ犯罪事實ノ有無犯罪ニ因リテ生シタル凡テノ請求權ヲ審判スヘキ權利義務ヲ有セシム(沒收ハ特別ノ場合例ハハ刑法第一九七條第二項ノ故ニ同法第一九條)殊ニ拘留料ニ對シテハ特別ノ職權ニ存スルカハ沒收ヲ科スル能ハサルカ故ニ同法第二〇條)現行法ノ下ニ在リテハ沒收ニ付刑罰請求權ナキヲ原則トス

四〇 權利拘束ノ消滅スルトキハ形式的訴訟關係ハ之ト共ニ消滅スレトモ實

權利拘束ノ消滅

質的訴訟關係ハ消滅セサル場合アリ。確定判決ニ因リテ權利拘束ハ消滅スレトモ實質的訴訟關係ハ刑罰ノ執行ニ變シテ存續スルモノナリ。權利拘束消滅ノ原因ヲ擧クレハ左ノ如シ

(一) 確定ノ豫審終結決定 但公判ニ移ス決定ヲ除ク、權利拘束消滅ノ原因タル豫審終結決定ヲ分類スレハ、(甲)管轄違ヲ言渡ス豫審終結決定(刑訴法第(一)六四條第(乙)公訴不受理ヲ言渡ス豫審終結決定(例ハハ公訴ノ形式ノ違法ナル場合又(丙)免訴ノ決定(同法第(一)六五條第(一))

(二) 確定判決 有罪、無罪、免訴、公訴不受理、管轄違等ノ判決ヲ云フ(刑訴法第(一)三二條第(二)條)但刑事訴訟法第二百六十二條第二項ノ差戻判決、上告裁判所ノ原判決ヲ破毀シテ之ヲ他ノ裁判所ニ移送スル判決ハ權利拘束ヲ消滅セシムルコトナシ

(三) 被告人死亡 被告人死亡セハ判決ヲ爲ス能ハサルカ故ニ死亡ト同時ニ權利拘束ハ消滅ス形式的權利拘束ハ消滅セスト主張スル論者ナキニ非サレトモ被告人死亡セハ當事者ノ一方ヲ缺キ之ニ對シテ判決ヲ下ス能ハサルモノナレハ形式的權利拘束モ亦消滅スルモノナルヤ明ナリ然レトモ檢察ト裁判所トノ

訴訟關係ハ被告人ノ死亡ノ爲メ消滅スヘキ理由ナケレハ嚴格ナル形式觀ヨリ論スレハ此關係ヲ離斷スルノ裁判ヲ爲スヘキモノナリ然レトモ刑事訴訟法ハ此點ニ關シ明文ヲ缺クヲ以テ現行大審院ノ取扱ハ右ノ場合ニ何等形式上ノ裁判ヲ爲サス事件ヲ終了セシムルコトトセリ親告罪ノ告訴ノ拋棄、大赦刑ノ廢止、罪ノ全免等ノ場合ニ於テモ判決ヲ爲スヘキモノナルカ故ニ是等ノ事項ヲ以テ直チニ權利拘束消滅ノ原因ト爲ス能ハス民事訴訟ニ於テハ處分權主義ノ結果トシテ訴ノ取下ヲ許スモノナレトモ(但被告ノ本案ニ付キ第一口頭辯論ノ始マ一民訴法第(一)九八條)刑事訴訟ニ在リテハ公訴ノ取下ヲ許サス之レ職權主義ノ結果ナリ

## 第四章 公訴ト他ノ事件トノ關係

四一、公訴ト他ノ公訴トノ關係……四二、公訴ト民事訴訟トノ關係……四三、公訴ト行政的物トノ關係

四一 一ノ訴訟ノ裁判ハ他ノ訴訟ノ裁判ニ對シ先決問題ヲ解決スルコトアリ右ノ場合ニ於テハ前者ノ裁判アルマテ後者ノ裁判ヲ停止スルヲ可ナリトハ概觸スル裁判ノ駢立スルニ至ルヲ防キ裁判ノ威信ヲ維持スルヲ得レハナリ之ヲ以テ民事訴訟法第二百一十一條ニハ裁判所ハ訴訟ノ全部又ハ一部ノ裁判力他ノ繫屬スル訴訟ニ於テ定マル可キ權利關係ノ成立不成立ニ繫ルトキハ他ノ訴訟ノ完結ニ至ルマテ辯論ヲ中止スヘキコトヲ規定シ第二百二十二條ニハ民事訴訟中罰スヘキ行爲ノ嫌疑生シ此行爲カ訴訟ノ裁判ニ影響ヲ及ホスヘキトキハ之ニ對スル刑事訴訟手續ノ完結ニ至ルマテ辯論ヲ中止スヘキコトヲ規定セリ刑事訴訟法ニハ同趣旨ノ法文ナシ然レトモ刑事訴訟ニハ他ノ刑事訴訟ノ先決問題トナルヘキモノ尠カラズ例ヘハ竊盜ノ贓物罪ノ公訴ニ付キテハ先ツ竊盜事

公訴ト他ノ公訴トノ關係

件ニ於テ竊盜罪ノ成立スルヤ否ヤヲ決スルノ要アリ教唆犯從犯ヲ裁判スルニハ先ツ正犯カ果シテ罪ヲ犯シタルモノナルヤ否ヤヲ決セサルヘカラス犯人藏匿罪ヲ認定スルニハ先ツ被藏匿者カ罰金以上ノ刑ニ該ル罪ヲ犯シタルヤ否ヤヲ判定スルノ要アリ誣告罪アリトスルニハ被誣告者ニ其申告セラルル罪ヲ犯シタル事實ナキコトヲ確定セサルヘカラス以上ノ場合ニ於テ先決問題タル竊盜事件、正犯事件、被藏匿者ニ對スル公訴被誣告者ニ對スル公訴ノ審判ノ結果ヲ待ツテ贓物事件、教唆從犯事件、藏匿事件、誣告事件ヲ決スルヲ可ナリトス此他先決問題ヲ決スルノ利ナル場合ハ枚擧スルニ遑アラサルナリ然レトモ刑事訴訟法ニハ前顯民事訴訟法ノ如キ規定ナキヲ以テ二箇ノ刑事訴訟アリテ一ノ訴訟カ他ノ訴訟ノ先決問題タル場合ニ於テモ前者ノ裁判アルマテ後者ノ審判ヲ中止セサルモ不法ニ非ス又裁判所ハ訴ヲ受ケタル事件ヲ裁判スル爲メ其先決問題タル事實ヲ決スルニ當リテハ該事實ヲ内容トセル訴ヲ受理シタル他ノ裁判所ノ裁判ノ結果ニ羈束セラルルコトナシ故ニ甲裁判所ニ於テ竊盜罪ヲ構成セストシテ無罪ヲ言渡シタル場合ニ故買事件ノ訴ヲ受ケタル乙裁判所ハ右無罪

ノ裁判アリタル事實ヲ以テ竊盜罪ヲ構成スルモノトナシ(事實法律何レノ)之ヲ前提トシテ故買罪ノ裁判ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ之レ自由心證主義ノ適用ニシテ且甲裁判所ノ判決ハ乙裁判所ヲ羈束スルコトナキニ由ルモノナリ然ラハ以上ノ場合ニ於テ先決問題タル事件ノ裁判アルマテ他ノ訴訟ヲ中止スルハ違法ナリトスヘキヤ曰ク然ラス裁判ノ牴觸ヲ避クヘキコトハ法律ノ冀望スル所ナレトモ法律ニ之ヲ規定セサルハ自由心證主義ノ適用セラルル以上ハ縱令先決問題タル事件ノ裁判アルマテ之ヲ前提トセル他ノ事件ノ審判ヲ中止スルモ必スシモ裁判ノ牴觸ヲ避クルコトヲ得ヘキモノニ非サル以上ハ中止ノ規定ヲ設クルノ要ナシト認メタルニ由ルモノナレハ適當ナリト認ムル場合ニ之ヲ中止スルコトヲ得ルハ裁判所ノ職權ナリ刑事訴訟法第八十四條ニ辯論ニ因リ發見シタル附帶ノ犯罪ニ付キ豫審ヲ必要ナリトスルトキハ本案ノ辯論ヲ停止スルコトヲ得ル旨ヲ規定シタル場合ニ本案ノ辯論ヲ停止スルコトヲ得ル旨ヲ規定シタルハ右兩條ノ場合以外ニ於テハ辯論中止ヲ認メサルノ法意ニ非スシテ却

テ該兩條ハ其反對ノ法意ナルコトヲ間接ニ證明スルモノナリ何者證人鑑定人ノ偽證ノ場合ニ本案ノ辯論ヲ停止シ附帶犯ニ付キ豫審ヲ求メタル場合ニ本案ノ辯論ヲ停止スルハ證據蒐集上ノ便利アルニ止マリ先決問題ヲ決スル場合ト異リ事案其者ノ性質上密接ノ關係アルモノニ非サルカ故ニ該條ノ如キ法文ナクンハ本案ノ辯論ヲ停止スル能ハスト云ハサルヘカラサルモノナルヲ以テ特ニ該法文ヲ設ケタルモノニシテ而シテ既ニ右ノ如キ規定アル以上ハ「況ンヤ論法」ニ由リ兩訴訟ノ間ニ先決問題ノ關係アル場合ニ於テ必要ト認ムルナラハ先決問題タル事件ノ解決アルマテ他ノ事件ノ審理ヲ中止スルヲ得ルコト寧ロ當然ナリト謂フヘキモノナレハナリ

現ニ審判スヘキ刑事訴訟ト確定判決ヲ經タル刑事訴訟トノ關係ニ於テハ後者ノ裁判ノ結果ハ前者ニ於テ遵守セサルヘカラサルモノナリ例ヘハ累犯ナリトノ裁判ヲ爲ス場合ニ於テハ被告人カ他ノ裁判所ニ於テ刑ニ處セラレタルコトカ先決問題トナルモノナリ右ノ場合ニ於テハ後ノ裁判所ハ前ノ裁判所カ被告人ニ犯罪事實ナキニ之ヲ刑ニ處シタルヲ不當ナリトシ被告人ハ累犯者ニ非

ストノ裁判ヲ下ス能ハス此場合ニ於ケル先決問題ハ被告人カ既ニ刑ヲ受ケタルヤ否ヤト云フニ在リテ被告人カ前ニ罪ヲ犯シタリヤ否ヤノ點ニ在ラサルヲ以テ刑ニ處セラレタル事實アル以上ハ之ニ基キテ裁判ヲ爲ササルヘカラサレハナリ然レトモ現ニ審理スル事件ノ被告人ハ先ニ刑ヲ受ケタル者ト同一ナルヤ否ヤノ點ハ後ノ裁判所カ自由ナル心證ヲ以テ裁判スヘキ事實ナリトス

四二 民事訴訟ニ於テ決スヘキ事項カ公訴ニ對シテ先決問題ト爲ル場合ニ於テハ公訴ノ審判ヲ中止スルヲ得ルモノナレトモ法律ハ其中止ヲ命スルコトナシ而シテ民事訴訟ニ於テ公訴ノ先決問題タル事項ヲ決シタル場合ニ於テ其裁判ハ如何ナル效力ヲ刑事訴訟ニ及ホスヤハ重要ノ問題ナリ (一) 民事ノ裁判カ天然事實ヲ確定シタル場合ナルトキハ此裁判ハ刑事ノ裁判ヲ羈束スル效力ナシ故ニ民事ノ裁判ニ於テ甲乙ハ親子ナリトノ事實ヲ確定シタル場合ニ於テ刑事裁判所ハ親子ニ非スト認定スルヲ得ヘク民事ノ裁判ニ依レハ被告ノ年齢ハ二十歳ト定マレルヲ刑事裁判所ハ十八歳若クハ二十二歳ナリト認定スルヲ得ヘシ現行民事訴訟法ノ下ニ在リテハ職權ヲ以テ取調フルコトヲ得ル證據ニ

公訴ト民事訴訟トノ關係

制限アルカ故ニ自由心證主義ノ適用アリト雖モ時トシテハ民事ノ裁判ハ實體的眞實ニ適合セサルコトアリ然ルニモ拘ハラス刑事裁判所カ之ニ羈束セラルヘキモノトセンカ刑法ノ精神ニ反シ測ルヘカラサル弊害ヲ生スヘシ之レ天然事實ノ確定ニ關シテハ刑事裁判所ハ民事ノ裁判ニ羈束セララルヘキモノト非スト爲ササルヘカラサル所以ナリ (二) 民事ノ裁判カ法律關係ヲ創設シ或ハ變更シ或ハ消滅セシメタル場合ニ於テハ刑事裁判所ハ該裁判ニ羈束セラレサルヘカラス例ヘハ民事ノ裁判カ共有物ヲ分割シ禁治産ノ宣告ヲ爲シ離婚若クハ離縁ヲ宣告シタル場合ノ如シ右ノ場合ニ於テハ刑事裁判所ハ共有物分割ノ效力ヲ生セサルモノトシ或ハ離婚若クハ離縁ノ效力ヲ生セサルモノトシ或ハ禁治産ノ宣告ハ無効ナリトシテ裁判スル能ハス何トナレハ是等ノ事項ハ民事ノ裁判ニ依リテ生シタルモノニシテ單ニ事實トシテ否定スル能ハサルノミナラス分割離縁等所謂創設的裁判ハ公訴裁判所ノ職權外ニ在ルモノナレハナリ (三) 法律行爲ノ效力ヲ定メタル民事ノ裁判ハ刑事裁判所ヲ羈束スルモノナルヤ否ヤハ解決上最モ困難ヲ感スル問題ナリ或ハ曰ク民事ノ裁判カ甲乙間ニ所

有權ニ關スル争ニ付キ甲ノ取得ノ原因タル法律行為ノ效力ハ乙ノ取得ノ原因タル法律行為ノ效力ニ打勝ツ能ハサルモノトシ乙ヲ所有者ナリト爲シタル後甲カ之ヲ竊取セシトノ公訴アリタル場合或ハ民事ノ裁判カ丙男丁女ノ婚姻ハ無効ナルコトヲ確定シタル後丁女ハ戊男ト姦通セリトノ公訴アリタル場合ニハ何レモ民事ノ裁判ハ刑事ノ裁判ヲ羈束スヘキモノナルヲ以テ以上ノ裁判確定セハ前ノ場合ニ於テハ物件ヲ甲ノ所有ナリトスル如何程有力ナル證據ノ現出スルアルモ刑事裁判所ハ物件ハ乙ノ所有物ナリトシテ裁判セサルヘカラス又後ノ場合ニ於テハ刑事裁判所ハ婚姻ハ無効ナリトシテ裁判スヘキモノナリ然レトモ民事ノ裁判ハ只其訴訟當事者ニ對シテノミ效力アルモノニシテ第三者ニ對シテハ何等ノ效力ナキモノナルヲ以テ民事ノ裁判カ刑事ノ裁判ニ影響スルハ只民事訴訟當事者間ノ法律行為ヲ判斷スル必要アル場合ニ限ルモノナリト反對説ヲ主張スル者ハ曰ク民事ノ裁判ハ絕對ニ刑事裁判所ヲ羈束スル效力ナシ民事ノ裁判ハ當事者間ニ效力ヲ有スルモノナリト雖モ民事訴訟ノ當事者ハ公訴ノ當者事トハ其人ニ於テハ勿論物理上同一人ナルモ訴訟上ノ資格ニ

於テ異ルモノナリ故ニ當事者間ニ於ケル效力論ヲ以テシテモ刑事裁判所ハ民事裁判ニ羈束セラルルモノナリトノ斷定ヲ爲ス能ハス次ニ刑事裁判所カ民事ノ裁判ニ羈束セラルヘキモノトスルトキハ刑事訴訟ノ大原則タル實體的眞實發見主義ヲ打破スルモノナリト而シテ又此論者ハ民事裁判カ離婚分割等ノ所謂創設的裁判アリタル場合ニ於テモ刑事裁判所ハ離婚ノ原因ナキコト分割スヘキモノニ非ルコトヲ理由トシテ該裁判ノ效力ヲ否定スルヲ得ルモノナリト論セリ余輩ノ本問題ニ對スル見解ハ下ノ如シ民事訴訟ト刑事訴訟トハ訴訟當事者又ハ其資格ヲ異ニスルカ故ニ縱令民事ノ裁判カ當事者間ニ於ケル法律行為ヲ判斷シタル場合ト雖モ刑事裁判所カ此法律行為ニ關シ異別ノ判斷ヲ下スノ妨ト爲ルモノニ非ス裁判所ハ事實ニ付キ認定ノ自由ヲ有スルト同時ニ法律ニ付キ解釋ノ自由ヲ有スルモノナレハナリ此點ニ於ケル第二説ノ論定ハ正確ナリト謂ハサルヘカラス然レトモ人事訴訟法第十八條ニ婚姻ノ無効若クハ取消又ハ離婚ノ訴ニ付キ言渡シタル判決ハ第三者ニ對シテモ效力ヲ有スト規定セルカ故ニ此特別規定ニ依リ本問民事ノ裁判ハ刑事裁判所ヲ羈束スヘキモノ



ナリト論定セサルヘカラス之ニ反シテ所有權ノ所在ヲ確定セル民事ノ裁判ニ  
 同一ノ效力アルコトヲ定メタル法規ナキヲ以テ之ニ關スル民事ノ裁判ハ刑事  
 裁判所ヲ羈束スル能ハサルモノトス而シテ第二説カ所謂創設的裁判ト雖モ刑  
 事裁判所ヲ羈束セストスルハ極端ニ走レルモノト謂ハサルヘカラス裁判ノ基  
 礎ト爲レル法律行為ノ效力ト裁判ニ因リテ生シタル新事項トハ明カニ區別ス  
 ヘキモノニシテ後者ハ法律行為當然ノ效力トシテ生シタルモノニ非サルカ故  
 ニ刑事裁判所カ前者ノ效力ヲ否定スルノ職權ヲ有スルコトハ後者ノ法律上ノ  
 存在ヲ否定スルノ根據ト爲ルモノニ非サレハナリ

四三 (ア) 刑事訴訟ノ先決問題カ行政法上ノ命令ニ繫ル場合アリ例ヘハ瀆職罪  
 ニ於テハ被告人カ公務員ナルヤ否ヤ又公務執行妨害罪ニ於テハ暴行又ハ脅  
 迫ヲ受ケタル者カ公務員ナルヤ否ヤノ先決問題ヲ生スヘク之ヲ決スルニハ被  
 告人若クハ被害者ヲ任免セル行政命令ニ依ラサルヘカラス而シテ此種ノ行政  
 命令ハ其性質創設的ノモノナルカ故ニ當該官廳ニ於テ之ヲ發シ要素上ノ欠缺  
 ナキ以上ハ刑事裁判所ハ此任免ノ辭令ヲ遵守セサルヘカラス故ニ高等文官試

公訴ト行政的  
事物トノ關係

驗及第者ニシテ内務大臣ニ依リ府縣事務官ニ任セラレタル者ノ職務執行妨害  
 罪ノ公訴起リタル場合ニ於テ刑事裁判所ハ之ヲ高等官ニ非ストシテ裁判ヲ爲  
 ス能ハス又適法ナル免職ノ辭令アリタル後依然公務員ナリトシテ其後ノ收賄  
 行為ニ基キ之ニ對シ瀆職罪ノ公訴ヲ提起シタル場合ニハ刑事裁判所ハ受賄者  
 ハ公務員ニ非ストノ理由ヲ以テ無罪ノ裁判ヲ爲ササルヘカラス然レトモ判事  
 タル人カ懲戒裁判所ノ宣告ナク司法大臣ニ依リテ免職セラレタル場合ニハ免  
 職ノ命令ハ全然無効ナルヲ以テ此人ニ對シ免職ノ辭令以後ノ行為ニ因リシ瀆  
 職罪ノ公訴ノ起リタル場合ニハ刑事裁判所ハ刑事ニ非ストノ理由ヲ以テ裁判  
 スル能ハス

我大審院ハ別所判事ニ對シテ懲戒事件ニ於テ同判事ニ轉テ命シタル  
 法大臣ノ命令ハ違法ニシテ效力ナシト裁判スルニ必要ナル場合トアル  
 判事ニ對シテ第七十三條第一項ノ何書ニ補闕ハス此項ニ於テ判事  
 上判事ニ對シテ該當スル地位ニ在リ判事ニ對シテ承稱シタルモノ  
 裁判所ニ對シテ該當スル地位ニ在リ判事ニ對シテ承稱シタルモノ  
 補闕ノ必要ニ對シテ明文ニ依リ推シテ轉ハ右說示スルコトナキハ該  
 元來必要ニ對シテ明文ニ依リ推シテ轉ハ右說示スルコトナキハ該  
 元來必要ニ對シテ明文ニ依リ推シテ轉ハ右說示スルコトナキハ該

擔保ノ精神ヲ消滅セシムルニ至ルヘケレハナリ而シテ本件ノ事實タル被  
害判事ハ勿論他ノ判事ニ對シテ豫メ轉所ノ承諾ヲ求メタルニ非サルコトハ  
波多野同録但書記官ノ通牒ニ該當セシテ明カナル以テ被告判事ノ轉所  
タルハ同録但書記官ノ通牒ニ該當セシテ明カナル以テ被告判事ノ轉所  
モノニ非スト此判例ノ違法論アルトキハ命令命令ハ形式上完備フルアルモ  
實質上重要ノ點ニ於テ違法アルトキハ命令命令ハ形式上完備フルアルモ  
本文ト其趣旨ヲ同クスルモノナリ  
〔明治二十九年十月二十二日判決〕

(イ) 行政裁判ハ創設的性質ヲ有スルモノハ刑事裁判所ヲ羈束スルモ確定的  
性質ヲ有スル者ハ之ヲ羈束スルコトナシ之レ民事裁判ト同一ナリ故ニ先決問  
題カ創設的行政裁判ニ因リテ定マル場合ニハ刑事裁判所ハ行政裁判アルマテ  
審判ヲ中止スヘキモノナリ例ヘハ營業免許ヲ取消ス裁判アリタルナラハ刑事  
裁判所ハ行政裁判ニ依リテ營業ヲ取消サレタル者ヲ其取消以後ニ於テ營業者  
トシテ裁判スル能ハス之ニ反シテ土地官民有區分ノ査定ニ關スル行政訴訟ニ  
於テ或ル土地ヲ官有ナリトスル行政裁判アルモ刑事裁判所ハ之ヲ民有地ナリ  
ト確定シテ以テ森林盜事件ニ於テ無罪ノ判決ヲ下スコトヲ得ルモノナリ

(ウ) 特許商標及ヒ意匠ニ關スル特許局ノ審決ハ特許權、商標權若クハ意匠權  
ヲ附與シ若クハ之ヲ無効トシテ既ニ附與シタル是等ノ專用權ヲ取消スモノニ

シテ創設的性質ヲ有スルモノナレハ特許局ノ審決ハ刑事裁判所ヲ羈束スルモ  
ノナリ故ニ以上ノ點ニ關シテハ刑事裁判所ハ先決問題タル專用權ノ生滅ニ關  
スル特許局ノ審決アルマテ自己ノ審判ヲ中止スヘキモノナリ然レトモ特許ヲ  
出願スルニ當リテ詐欺ノ所爲アリタルヤ否ヤノ如キ事實ノ有無ヲ決シタル審  
決ノ部分(或ハ意匠權ノ附與スルニ至レト認メ以テ特許權ハ確定的性質ヲ有スル  
ニ止ルカ故ニ刑事裁判所ハ右ノ如キ事實ノ有無ヲ決スルニ當リテハ特許局ノ  
審決ニ羈束セララルコトナシ從ツテ右ノ如キ事實ヲ決スルニ當リテハ特許局ノ  
審判ノ結果ヲ待ツノ要ナキモノナリ)

大審院判例ハ大約本院第二刑事部判例以下重要ナル判例ヲ引證ス  
十七年九月十五日同院第二刑事部判例以下重要ナル判例ヲ引證ス  
特許權者ニ授ケル特許ノ行政處分ニ始メテ發明者ハ其發明ニ依リ當特許權者  
者若クハ特許法第一條ニ工業上ノ物品及方法ニ關シ最優先ノ發見ヲ爲シ發明者  
第十條以下當該官憲ニ依リテ特許ヲ受ケハ特許ノ出願アル時ニカテ出願ニ對シ特許  
ナ局カ其出願ヲ否ヤテ査定シ特許ヲ否スルハタル權ハ特許局ニ出願者ハ茲ニ特許  
許權ヲ取得シ爾後何人ニ對シテモ其權利ヲ主張シ得ヘク司法裁判所ニ從ヒ特許  
許權ニ關スル訴訟ヲ審判スルニ當リ特許局ニ於テ得ヘク司法裁判所ニ從ヒ特許





## 第五章 公訴ノ併合

四四、訴訟併合ノ意義……四五、主觀的公訴併合……四六、客觀的公訴併合……四七、主觀的公訴併合並ニ客觀的公訴併合ノ連合

四四 訴訟併合ナル觀念ハ訴訟ノ原理ニ於テ存スルモノニシテ法律ノ規定ヲ俟ツテ而シテ後ニ認ムヘキ觀念ニ非ス訴訟併合ハ時間ノ經濟費用ノ節省ノ外審理ヲ簡捷ニシテ重複ナカラシメ判斷ヲ精確ニシテ牴觸ナカラシムルノ利益アルモノニシテ如何ナル訴訟ト雖モ以上ノ利益ヲ無視スルヲ以テ本旨トスルモノハアラサレハナリ民事訴訟法ハ其第四十八條以下ニ當事者ノ爲スヲ得ヘキ主觀的訴訟併合ヲ規定シ其第九十一條ニ當事者ノ爲スヲ得ヘキ客觀的訴訟併合ヲ規定シ其第二十條ニ裁判所ノ爲スヲ得ヘキ主觀的及ヒ客觀的訴訟併合ヲ規定セリ主觀的訴訟併合トハ二人以上ノ當事者カ原告若クハ被告トシテ爲ス訴訟ヲ謂ヒ之ヲ共同訴訟ト稱ス客觀的訴訟併合ハ原告カ起訴スルニ當リテ訴訟物ヲ併合スルヲ謂ヒ之ヲ共同訴訟ニ對シテ併合訴訟ト稱ス裁判所ノ

訴訟併合ノ意

爲ス訴訟併合トハ別立セル主觀的訴訟ヲ共同訴訟ナラシメ別立セル客觀的訴訟ヲ併合訴訟ト爲スヲ謂フ而シテ共同訴訟ニハ通常共同訴訟ト必要的共同訴訟トノ別アリ通常共同訴訟トハ訴訟ニ係ル法律關係カ各共同訴訟人ニ付キ必スシモ合一ニ確定セサルモノヲ謂ヒ必要的共同訴訟トハ訴訟ニ係ル法律關係カ合一ニ確定スヘキモノヲ謂フ必要的共同訴訟ハ亦實體法上ノ必要的共同訴訟ト形式法上ノ必要的共同訴訟ニ區別ス實體法上ノ必要的共同訴訟トハ原告ノ意思ニ依リテ必要的共同訴訟ヲ成立セシムルコトヲ得ルモノニシテ法律ノ之ヲ強制セサルモノヲ謂ヒ形式法上ノ必要的共同訴訟トハ原告ノ地位ニ居ルヘキ者カ共同シテ訴ヲ爲シ或ハ被告ノ地位ニ居ルヘキ者ヲ共同被告トシテ訴フルニ非サレハ訴ノ不合法ナルモノヲ謂フ(例ハ八人訴法第二條)必要的共同訴訟ト通常共同訴訟ト區別スルノ利益ハ必要的共同訴訟ハ民事訴訟法第五十條ノ規定ヲ適用スルモノナレトモ通常ノ共同訴訟ハ同條ノ適用ヲ受クルコトナキノ點ニ在リ刑事訴訟ニ在リテハ私訴ニ付キテハ實體法上ノ必要的共同訴訟アリトシ民事訴訟法第五十條ノ規定ニ包含スル法理ヲ適用スヘキコトハ判例

上定マレル所ニシテ從ツテ通常ノ共同訴訟ト必要的共同訴訟トノ區別ヲ認ム  
ヲル得ヘシト雖モ(私訴ニ付キ實體法上ノ必要的共同訴訟ト區別ヲ立ツヘキ根據ナシ)公訴ニ付  
キテハ理論上單ニ共同訴訟ヲ認ムルヲ得ルニ過キスシテ民事訴訟法ニ於ケル  
カ如ク通常ノ共同訴訟ト必要的共同訴訟トノ別ヲ立ツル能ハス況ンヤ實體法  
上ノ必要的共同訴訟ト形式法上ノ必要的共同訴訟トノ區別ニ於テヲヤ之ヲ立  
ツヘキ法律上ノ根據ナシ彼ノ姦通罪ノ場合ニ於テ有夫ノ婦カ夫以外ノ男子ト  
通スレハ婦ニ付テハ姦通罪成立スルモ其相手方タル男子ハ夫アルコトヲ知ラ  
スシテ婦ト通シタル場合ニハ犯罪ノ成立スルコトナキヲ以テ所謂必要的共同  
被告ヲ認ムルノ要ナシ又賭博罪ハ二人以上ニ非サレハ之ヲ犯ス能ハサルモノ  
ナレトモ甲乙ヲ賭博ノ犯人トシテ起訴シタル場合ニ乙ヲ無罪トスルモ甲ヲ有  
罪ト爲ス裁判ヲ下シ得ヘキヲ以テ(例ハハ氏名不詳者ト賭博)此場合ニ於テモ亦  
必要的共同被告ヲ認ムルノ要ナシ客觀的訴訟併合ハ公訴及ヒ私訴ニ於テ認ム  
ヘキハ喋々ヲ要セサル所ナリ

四五 原告ノ方面ニ於テハ數名ノ檢事ノ名ヲ以テ公訴ヲ提起スルノ要ナシ一

主觀的公訴併  
合

名ニテ公訴ヲ爲スト數名ニテ公訴ヲ爲ストハ效力ニ於テモ毫モ差異ナキモノ  
ナリ又檢事ハ共同一體ナレハ甲檢事ノ名ヲ以テ起訴シ乙檢事カ其後ノ訴訟行  
爲ヲ爲シ丙檢事カ辯論ニ立會フモ違法ニ非サルカ故ニ甲乙丙三名ノ檢事カ連  
名ニテ公訴ヲ爲スノ要ナキモノナリ然レトモ連名シテ公訴ヲ爲スモ之ヲ以テ  
手續上違法ト目スルヲ得ス右ノ如ク公訴ノ提起ハ複數ノ檢事ヲ以テ之ヲ爲ス  
ノ要ナキニ反シ公判ノ辯論ニハ複雜ナル事件ニ在リテハ數名ノ檢事ノ立會ヲ  
便利トスルモノナリ此場合ニハ形式上共同原告ノ存スルモノトス而シテ各檢  
事ノ行爲ハ各獨立シテ效力ヲ有スルモノニシテ他ノ檢事ノ行爲ニ困リテ(總令  
ナルモ)法律上制限セラレ若クハ無効トナルコトナシ檢事ノ行爲ノ抵觸スル場  
合ニハ裁判所ハ取捨ノ自由ヲ有ス之レ即チ自由心證主義ノ適用ナリ被告ノ方  
面ニ於テハ必要的共同犯、共同正犯、教唆、從犯ノ關係アル數名ヲ共同被告トシテ訴  
フルコトヲ得ヘキハ勿論竊盜ト其贓物ノ故買、寄藏、牙保(刑法第六條以下)ヲ爲シタル  
者或事件ノ犯人ト其事件ニ付キ偽證(同第一六條以下)ヲ爲シタル者又ハ此犯人ヲ藏匿  
シタル者(同第三條)ヲ共同被告トシテ訴フルコトヲ得ルモノナリ以上ノ場合ニ於

テハ犯罪事實ノ間ニ牽連アルモノニシテ此點ヨリ觀察シテ共同訴訟ヲ客觀的訴訟併合ナリト説ク學者アリ余輩カ之ニ主觀的訴訟併合ノ名ヲ冠セルハ訴ノ原因ニ着眼セスシテ訴ノ主體ニ着眼セルニ因ルモノニシテ民事訴訟法學者ノ用例ニ倣ヘルモノナリ而シテ此稱呼ハ原告ノ方面ニ於ケル共同訴訟ヲ包含スルノ便利アルニ反シ客觀的訴訟併合ト稱スルトキハ原告ノ方面ニ於ケル共同訴訟ヲ意味スル能ハサルノ不便アリトス

必要の共犯事件ニ在リテハ一人ノ所爲ノミニテハ犯罪ノ成立ヲ見ルヘカラス此事件ノ共同被告タル甲ニ犯罪行爲アリトセハ同一事件ノ被告タル乙ニモ犯罪アリト爲スヲ通態トスル點ヨリ觀察スルトキハ所謂必要の共犯ハ民事訴訟法第五十條ニ規定スル法律關係カ共同訴訟人ニ對シテ合一ニノミ確定スヘキ所謂必要の共同訴訟ニ比較スルヲ得ヘシ然レトモ民事訴訟法第五十條ノ共同訴訟人中ノ或者ノ行使シタル攻撃防禦ノ方法ハ他ノ共同訴訟人ノ利益ニ於テ效力ヲ生シ又或者カ争ヒタルトキ若クハ認諾セサルトキハ總共同訴訟人カ争ヒ若クハ認諾セサルモノト看做シ又日期間ヲ懈怠シタル共同訴訟人ハ之

ヲ懈怠セサリシ者ニ代理ヲ任シタル者ト看做スノ規定ハ刑事訴訟法ニ存在セズ又本法ハ右ノ如キ原則ヲ認ムルコトナシ其理由如何曰ク刑事訴訟法ハ實體的眞實發見主義ヲ採ルモノナリ必要ナル證據ハ裁判所職權ヲ以テ之ヲ取調フヘク縱令被告ノ自白アルモ心證ニ反シテ自白ニ適合スル事實ヲ確定スル能ハス當事者ノ攻撃防禦ノ方法ニ拘泥スルコトナク進ンテ事實ヲ探究セサルヘカラス認諾ノ如キハ民事訴訟ニ於テ重要ナル效力ヲ有スルニ反シ刑事訴訟ニ於テハ殆ント無意義ノモノニ屬ス之レ民事訴訟法第五十條ニ規定スル如キ法則ヲ本法ニ於テ認ムルノ要ナキ所以ニシテ又之ヲ認ムルトキハ刑事訴訟ノ基本原則ヲ破壞スルモノナリ

主觀的公訴併合ハ法律ノ強要スル所ニ非ス故ニ檢事ハ主觀的併合ヲ爲スヘキ場合ニ分離シテ各被告ヲ訴フルヲ得ヘク裁判所ニ於テモ主觀的併合訴訟ヲ分離シテ審判スルヲ得ルモノナリ又訴訟併合ハ訴訟條件ニ非サルカ故ニ共犯ノ一人ニ對シ先ツ公訴ヲ提起シタル後他ノ共犯ニ對シテ起訴シ併合訴訟ト爲スヲ得ヘク併合訴訟タラサルモノヲ併合訴訟トシテ起訴シタル場合ニ於テモ

客觀的公訴併合

不適法トシテ之ヲ斥クヘキモノニ非スシテ審判ヲ分離スヘク又便宜ナリトスルトキハ其儘併合訴訟トシテ審判スルモ違法ニ非ス但併合公訴中管轄權ナキモノアラハ管轄違ノ理由ヲ以テ裁判ヲ爲スヘキモノトス

四六 主觀的公訴併合アラハ之ニ對シテ客觀的公訴併合ヲ立テサルヘカラス客觀的公訴併合トハ訴訟物體ノ併合ヲ謂フ詳言スレハ犯罪主體カ數罪ヲ犯シタルトキ此數罪ヲ同一裁判所ニ同時ニ起訴スルヲ謂フ但管轄ノ規定ニ從フヘキハ勿論ナリ主觀的公訴併合ハ犯罪事實ノ牽連ヨリ成ルモノ客觀的公訴併合ハ犯罪主體タル被告人ニ依リ犯罪事實ノ申貫セラルルヨリ成ルモノナリ主觀的公訴併合ハ之ヲ環鎖ニ譬フヘク客觀的公訴併合ハ之ヲ珠數ニ譬フヘシ被告人ハ前者ニ於テハ環ニシテ後者ニ於テハ珠數ヲ申ク絲ナリトス或學說ニ於テハ被告人ニ依リ數箇ノ犯罪カ申述セラルル點ニ着眼シテ之ヲ主觀的公訴併合ト稱セリ余輩ハ訴ノ物體ニ着眼シテ之ヲ客觀的公訴併合ト稱ス亦民事訴訟學者ノ用例ニ倣ヘルモノナリ客觀的公訴併合モ亦主觀的併合ニ等シク法律ノ強要セサルモノナレトモ刑法併合罪ノ規定上ヨリ觀ルモ將タ手續ノ經濟上

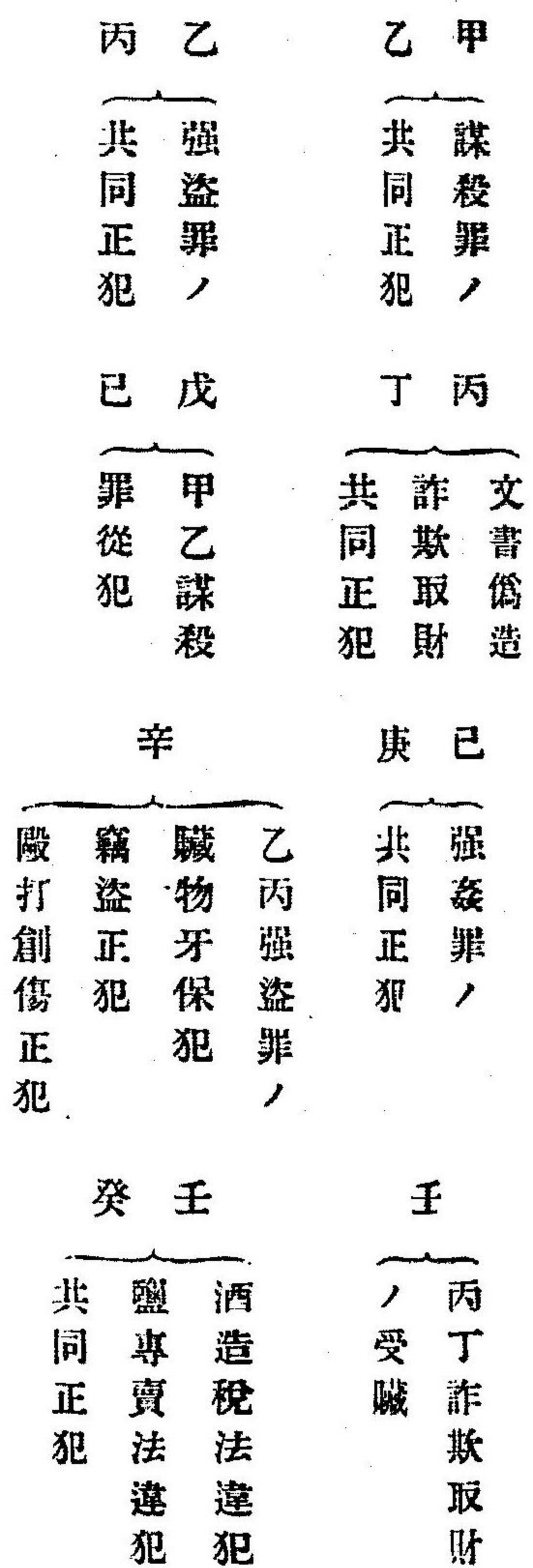
主觀的公訴併合及ヒ客觀的公訴併合ノ連合

ヨリ觀ルモノ之ヲ勵行スルヲ適當トス客觀的併合モ亦訴訟條件ニ非サルカ故ニ同一犯人ノ第一犯罪ヲ起訴シタル後第二犯罪ヲ起訴シテ以テ之ヲ成立セシムルヲ得ヘク裁判所ハ又手續ノ錯雜ヲ防ク爲メ審判ヲ分離スルヲ得ルモノナリ然レトモ客觀的訴訟併合ノ成立シタル後ハ檢事ハ之ヲ分離スルノ職權ナシ又同一被告カ甲乙二箇ノ罪ヲ犯シタルモノトシテ客觀的公訴併合ヲ成立セシメタル後甲罪ハ他人ノ犯シタル事實明瞭セハ此點ニ付キ被告ニ對シ無罪ノ判決ヲ爲スヘク併合ハ不適法ナリトノ理由ヲ以テ公訴全部ヲ棄却スヘキモノニ非ス

四七 甲乙共謀シテ一罪ヲ犯シ且各自單獨ニテ別罪ヲ犯シタルトキハ主觀的及ヒ客觀的公訴併合ノ原因ヲ生ス民事訴訟ニ於テハ甲乙ニ對スル共同訴訟ト乙丙ニ對スル共同訴訟ヲ合シテ大東ネノ共同訴訟トシテ訴フルコトヲ許サス又共同訴訟人中ノ一名ノミニ對スル數箇ノ請求ヲ共同訴訟ニ附加シテ訴フルコト換言スレハ共同訴訟ト併合訴訟トノ連合ヲ許サス之ヲ許ストキハ訴訟ヲ甚シク紛糾セシメ訴訟併合ノ利益ヲ見サルノミナラス却ツテ幾多ノ弊害ヲ生



スルヲ以テナリ刑事訴訟ニ於テモ數多ノ制限ナキ連合ハ手續ノ紛糾ヲ來タシ  
 實體的眞實ヲ發見スルノ障礙トナルモノニシテ民事ニ於ケルト同様ノ弊害ヲ  
 生スヘシ然レトモ舊來ノ判例ニ依レハ主觀的公訴併合及ヒ客觀的公訴併合ノ  
 連合ヲ最モ廣キ範圍ニ於テ之ヲ許シ裁判管轄ノ規定ニ觸レサル限りハ之ヲ制  
 限スルコトナシ連合審理ヨリ生スル利益ハ常ニ之ヨリ生スル弊害ニ勝ルモノ  
 アリト認メタルニ由ルニ非ス一ニハ民事訴訟法ノ如キ明文ナキト一ニハ裁判  
 所ハ審判分離ノ自由ヲ有シ適當ナリト思料シタルトキハ之ヲ分離シテ以テ手  
 續ノ錯雜ヨリシテ生スル弊害ヲ防クコトヲ得ヘキヲ以テ無制限ニ訴訟ノ連合  
 ヲ許スモ不可ナシト認メタルニ由ルモノナルヘシ故ニ管轄ノ規定ニ反セサル  
 以上ハ檢事ハ甲乙ニ對スル主觀的併合訴訟乙丙ニ對スル同様ノ訴訟甲乙丙丁  
 各自ニ對スル客觀的併合訴訟タルヘキ罪案ヲ連合シテ同一裁判所ニ起訴スル  
 ヲ得ヘシ今具體的一例ヲ示セハ左ノ如キ場合ニ於テモ數種ノ主觀的及ヒ客觀  
 的併合訴訟タルヘキ罪案ヲ連合シテ同一裁判所ニ一箇ノ公訴形式ヲ以テ起訴  
 スルヲ得ルモノナリ



## 第六章 公訴權ノ消滅

### 第一節 概論

四八、刑事訴訟法ニ於ケル公訴權消滅ノ原因……四九、特別法ニ於ケル公訴權消滅ノ原因……五〇、即決處分ノ確定……五一、犯則處分ノ履行

刑事訴訟法ニ於ケル公訴權消滅ノ原因

四八 權利ニハ行使ニ因リテ消滅スルモノト不行使ニ因リテ消滅スルモノト物體ノ消滅ニ因リテ消滅スルモノト主體或ハ客體ノ消滅ニ因リテ消滅スルモノト處分行爲ニ因リテ消滅スルモノト解除條件ノ到來ニ因リテ消滅スルモノト期限ノ到來ニ因リテ消滅スルモノトアリ

公訴權ノ消滅ニ付キテモ亦以上ノ原因ヲ數フルヲ得ルモノナレトモ公訴權ハ元來處分ヲ許ササルモノナルヲ以テ拋棄ノ如キハ公訴權消滅ノ原因トナラス又一定ノ時間行使セサルトキハ所謂時効ニ因リテ消滅スレトモ行使中期限ノ到來ニ因リテ消滅スルコトナシ然レトモ行使中ト雖モ告訴ノ拋棄アラハ公

訴權ハ消滅スヘシ之レ即チ解除條件ノ到來ナリ又國家ハ永生無窮ノモノナルカ故ニ公訴權消滅ノ原因トシテ公訴權ノ主體ノ消滅ヲ立ツル能ハス今現行法ニ從ヒテ公訴權消滅ノ原因ヲ擧レハ第一被告人ノ死去、第二告訴ヲ待チ受理スヘキ事件ニ於ケル告訴ノ拋棄、第三確定判決、第四犯罪ノ後頒布シタル法律ニ因レル刑ノ廢止、第五大赦、第六時効是ナリ(刑事訴訟法第六條)第一ノ被告人ノ死去ハ公訴權ノ客體ノ消滅ニシテ訴訟法的ニ之ヲ謂ヘハ訴訟當事者ノ消滅ナリ、第二ノ告訴ノ拋棄ハ即チ訴訟條件ノ消滅ニシテ語ヲ換ヘテ之ヲ言ヘハ解除條件ノ到來ナリ、第三ノ確定判決ハ公訴權行使ノ終了ナリ普通ノ手續ニ於テハ確定判決以後ニ於テ公訴權ヲ行使スルコトナキヲ以テ確定判決アラハ公訴權ノ行使ハ終了セルモノトシ以テ公訴權消滅ノ原因トスルモノナリト雖モ之ヲ以テ絕對的公認種消滅ノ原因ナリト誤解スヘカラス再審ノ原因存スルトキハ確定判決以後ニ於テ再ヒ公判ヲ開始シテ事件ヲ審判スルモノ即チ公訴權ノ行使アルモノナリ故ニ確定判決ヲ以テ公訴權消滅ノ原因トスルハ再審ノ原因ノ存セサル通例ノ狀態ニ於テ之ヲ謂フモノナルコトヲ忘ルヘカラス而シテ免訴ノ豫審終結決定

アルトキハ再ヒ公訴ヲ提起スル能ハサルモノナレハ(但再審ノ原因アル場合ニ  
條ノ規定アリテ同條ノ場合ニハ事件ニ付キ再起訴ヲ)免訴ノ豫審終結決定ノ確  
定セルモノモ亦公訴權消滅ノ原因ニ數ヘサルヘカラス之ヲ以テ法文ニ確定判  
決トセルハ狹キニ失スルモノニシテ精確ニ之ヲ謂ヘバ確定裁判ト稱スヘキモ  
ノナリ第四ノ犯罪後ノ法律ニ因レル刑ノ廢止第五ノ大赦ハ公訴權ノ物體ノ消  
滅ナリ第六ノ時効ハ公訴權ノ不行使ナリ第一ノ被告人ノ死去ニ因リテ公訴權  
ノ消滅スルハ科刑スヘキ人ナキカ故ニ公訴權ヲ存セシムルモ其目的ヲ達スル  
能ハサルヲ以テナリ第二ノ告訴ノ拋棄ニ因リテ公訴權ノ消滅スルハ訴訟關係  
ヲ支持スヘキ基礎ヲ缺クニ至レルヲ以テナリ第三ノ確定判決ニ因リテ公訴權  
ノ消滅スルハ或ハ既ニ行使ノ目的ヲ達シタルカ故ニ尙之ヲ存セシムル要ナキ  
ヲ以テナリ或ハ行使ノ目的ヲ達スル能ハサルニ至リタルカ故ニ之ヲ存セシム  
ルモ其要ナキヲ以テナリ第四ノ刑ノ廢止第五ノ大赦ニ因リテ公訴權ノ消滅ス  
ルハ科刑權消滅ノ結果公訴權存立ノ基礎ナキニ至リタルヲ以テナリ第六ノ時  
効ニ因リテ公訴權ノ消滅スルハ國家ノ秩序ヲ維持スルノ必要ニ出テタルナリ

特別法ニ於ケ  
ル公訴權消滅  
原因

四九 公訴權ハ公訴權行使ノ國家機關タル檢事ノ行使スルニ因リテ消滅スル  
ヲ原則トスレトモ我現行法ハ公訴權ヲ消滅セシムル點ニ於テハ檢事ノ公訴權  
行使ト同一ノ效力ヲ有スル行政處分ヲ認メタリ違警罪即決例ニ依ル警察犯即  
決處分及ヒ間接國稅犯則者處分法ニ依ル犯則處分是ナリ獨逸刑事訴訟法ハ第  
四百五十三條乃至第四百五十八條ニ即決處分ヲ爲シ得ル場合、即決處分ヲ以テ  
科スヘキ制裁、即決處分ノ形式效力、即決處分ニ對スル抗告或ハ正式裁判申立ノ  
手續、不服ノ申立アリタル場合ニ於ケル參審裁判所ノ訴訟手續等ヲ規定シタリ  
我即決例ハ之ニ比スレハ規定粗策ナリトノ感ヲ生スヘシ彼ニ在リテハ正式裁  
判ノ申立ノ外上級警察署ニ抗告スルヲ得ルノ規定アリ(第四五)又正式裁判申立  
期間ヲ經過シタル場合ニ原狀回復ヲ申立ツルヲ得ルノ規定アレトモ我即決例  
ニハ右ノ如キ規定ヲ缺ケリ而シテ彼ニ明文ナクシテ我ニハ特ニ明文アリテ人  
民ノ權利保障ノ條項ト謂フヘキ即決例第二條ノ被告ノ陳述ヲ聽キ證憑ヲ取調  
フヘシトノ規定ノ如キハ實行セラルルコト希有ニシテ甚シキハ違犯アリシト  
云フ日ヨリ數十日ヲ經過シ去リ何等ノ取調ヲモ爲サズ突然即決書ヲ被處分者

ニ送レル實例アリ地位アル者ハ小事ヲ以テ正式裁判ヲ求ムルモ大人氣ナシトスルヨリシテ敢テ争ハス又法律ニ通セサル小民ハ怨ヲ吞ンテ拘留ノ處分ニ服スルニ至ルノ現象ヲ生スルハ我即決例ノ不備亦其一因ヲ爲スモノト謂ハサルヘカラス獨逸刑事訴訟法第四百五十九條乃至第四百六十九條ハ稅則違犯ニ關スル行政處分ニ付キ規定セリ之ニ比スルニ我間接國稅犯則者處分法及ヒ關稅法ハ遜色ナキモノト謂フヲ得ヘシ否即決處分ト異リ通告處分ニ確定力ヲ有セシメス犯則者カ通告ヲ履行セサルトキハ告發ヲ爲スヘキモノト規定セルカ如キハ我法律ノ特色ニシテ獨逸法ニ優レルモノト謂フヘキナリ何者獨法ハ稅則違犯ニ對スル行政處分ニモ亦警察犯處分ノ如ク確定力ヲ生セシムルカ故ニ正式裁判ノ申立ノ規定アリト雖モ將又原狀回復ノ規定アリト雖モ經驗淺ク智識博カラズ變通曲妙ノ奧旨ヲ解セサル俗吏ノ裁斷ニ因リ無辜ノ良民ヲシテ時トシテハ冤枉ニ泣カシメ然ラサルモ冷酷ノ處置ニ憤慨セシムルノ結果ヲ生スルヲ免レサルニ反シ我法律ハ犯則處分ニ確定力ヲ生セシメサルタメ右ノ如キ危險ヲ生スルコト極メテ甚カルヘケレハナリ

即決處分ノ確定

五〇 警察犯ニ付キ即決處分ノ確定シタルトキハ未タ之ニ對シテ履行アラサルモ公訴權ハ消滅ス對席審理ノ場合ニ於テハ即決處分ノ言渡ヨリ三日内ニ闕席審理ノ場合ニ於テハ即決處分ノ送達ヨリ五日内ニ正式裁判ノ申立ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ此期間ノ經過ニ由リテ即決處分ハ確定スルモノナリ(例決  
二條第即決言渡書ニハ被告人ノ氏名、年齢、身分、職業、住所、犯罪ノ場所、年月日、罪名、  
五條第刑名及ヒ正式裁判ヲ請求スルコトヲ得ヘキ期限、言渡ヲ爲シタル警察署、年月日、  
警察官ノ氏名ヲ記載スヘキモノニシテ即決ノ年月日、被告人ノ氏名、警察官ノ氏  
名等ヲ缺キタル即決言渡書ハ無効ナルヲ以テ縱令其送達アルモ公訴權ノ消滅  
ヲ來タスコトナシ又即決言渡書ハ形式上完備スルモ手續上重大ノ瑕瑾アルト  
キハ無効ナリト謂ハサルヘカラス例ヘハ手續上闕席審理ヲ爲シタルニ拘ハラ  
ス三日内ニ正式裁判ノ申立ヲ爲スコトヲ得ト記載シ恰モ對席審理ヲ爲シタル  
カ如クシテ裁判ヲ下シタル場合ノ如キ是ナリ又無限權ノ即決處分ヲ爲シタル  
場合ニ於テハ手續上何等ノ缺點ナキモ該處分ハ無効ナリ例ヘハ即決處分ヲ以  
テ罰金若クハ懲役ヲ言渡シタル場合ノ如キ是ナリ以上ノ場合ニ於テハ即決處

分ハ何レモ無効ニシテ確定カヲ生セサルヲ以テ公訴權ハ消滅セサルモノナリ

五一 稅則犯ハ警察犯ト共ニ我法制上行政犯ノ性質ヲ有スルモノナリ行政犯罪ハ所爲自體ノ罪惡ナルカ爲メ之ヲ罰スルニ非スシテ行政上ノ秩序ヲ維持シ又ハ稅政上ノ遺漏ヲ防止センカ爲メ設ケタル法規ニ違犯スルニ因リ之ヲ罰スルモノナルカ故ニ責任能力又ハ責任條件ヲ缺クモ犯罪ヲ成立セシムルコトアリ法人ヲ罰シ或ハ精神ノ成熟セサル者ヲ罰スルカ如キ又故意過失ナキ場合ニ於テモ罪責ヲ免レサルカ如キ即チ是ナリ故ニ學者ハ之ヲ形式犯又ハ外形犯ト稱ス間接國稅犯則者處分法第十四條ニ「稅務署長ハ犯則事件ノ調査ニ依リ犯則ノ心證ヲ得タルトキハ其理由ヲ明示シ罰金若クハ科料ニ相當スル金額沒收品ニ該當スル物品徵收金ニ相當スル金額及書類送達並差押物件ノ運搬保管ニ要シタル費用ヲ指定ノ場所ニ納付スヘキ旨ヲ通告スヘシ云々」同第十六條ニ「犯則者通告ノ旨ヲ履行シタルトキハ同一事件ニ付訴ヲ受クルコトナシ」規定シ關稅法第九十四條ニ「稅關長ハ犯則事件ノ調査ニ依リ犯則ノ心證ヲ得タルトキハ其理由ヲ明示シ罰金若クハ科料ニ相當スル金額沒收ニ該當スル物品若クハ徵

收金ニ相當スル金額ヲ稅關ニ納付スヘキ旨ヲ通告スヘシ」ト規定シ同第九十六條ニ「犯則者通告ノ旨ヲ履行シタルトキハ同一事件ニ付訴ヲ受クルコトナシ」ト規定シタルヲ以テ通告處分ニ對スル履行ハ公訴權ヲ消滅セシムルコト疑ナシ而シテ通告ノ不履行ニ基ク告發ハ稅則犯ノ公訴ヲ提起スルノ條件ナルカ故ニ告發ナキニ於テハ縱令通告ヲ履行セサルノ事實顯著ナル場合ト雖モ檢事ハ公訴ヲ提起スル能ハス又通告ニハ手續上重大ノ瑕瑾アルモ被告人カ通告ノ旨ヲ履行シタルトキハ公訴權ハ絕對ニ消滅スルヲ以テ檢事ハ公訴ヲ提起スルヲ得ス之ニ反シテ稅務署長又ハ稅關長ノ權限外ノ通告ハ法律上通告タルノ效力ヲ有セサルヲ以テ縱令被告人カ之ヲ履行スルモ公訴權ノ消滅ヲ來タスコトナシ然レトモ稅則犯ニ付キテハ告發ナクシテハ檢事ハ公訴ヲ提起スル能ハサルカ故ニ權限外ノ通告タルモ被告人之ニ對シテ履行セハ告發セラレルコトナカルヘキヲ以テ二重ノ科罰ヲ受クルコトアラサルヘシ唯稅則犯ト牽連スル普通犯罪ニ付キ稅務署長カ誤テ通告處分ヲ爲シタルトキ(例ハ無證票煙草ヲ竊取シテ竊盜罪ト煙草專賣法違)被告人之ニ對シテ履行スルモ普通犯罪ノ公訴權ハ消滅



ニ拘ハラス告發ヲ爲スモ此告發ハ無効ナリ從ツテ此告發ニ基キ檢事ノ提起シタル公訴ハ公訴權消滅ノ理由ヲ以テ棄却スルノ判決ヲ爲スヘキモノナリ告發ヲ適法ニ爲シタル後ハ縱令稅務署長ニ於テ犯則者ヨリ通告ノ履行ヲ受クルモ公訴ハ之カ爲メニ消滅スルコトナシ然レトモ告發ノ不適法ナリシトキ(例ハハニ對シテ告發)ハ之ニ基キ公訴ヲ提起スルモ犯則者ハ通告ニ對シ履行ヲ爲シ以テ公訴權ヲ消滅セシムルヲ得ヘシ何者不適法ナル告發ハ訴訟條件タルノ效力ナク之ニ基キ提起セル公訴ハ受理セラルヘキモノニ非サルカ故ニ更ニ適法ノ告發アルマテ犯則者ハ通告ニ對シテ履行ヲ爲スノ權能ヲ有スルモノナレハナリ間接國稅犯則者處分法ハ煙草專賣法(同法第(三)條)鹽專賣法(同法第(三)條)粗製樟腦樟腦油專賣法(同法第(三)條)工業用酒精類其他酒精含有飲料戻稅法(同法第(七)條)酒母膠及麴取締法(同法第(六)條)等ニ準用シ關稅法ハ噸稅法(同法第(六)條)ニ準用スルモノナリ

## 第二節 被告人ノ消滅

五二 被告人ノ死亡……五三 法人ノ代表者ノ死亡……五四 法人ノ消滅

### 被告人ノ死亡

五二 自然人死亡セハ刑罰權ノ客體ヲ缺キ訴訟ニ於テハ當事者ノ一方ヲ缺クヲ以テ公訴權ヲ存立セシムル能ハス故ニ起訴前ニ於テ死亡スルモ或ハ起訴後ニ於テ死亡スルモ等シク公訴權ハ消滅スルモノナルカ故ニ前者ノ場合ニ在リテハ檢事ハ起訴スル能ハス後者ノ場合ニ在リテハ何等ノ裁判ヲ爲スコトナクシテ手續ヲ終了スルハ現時實際上ノ取扱ニシテ裁判ヲ受クヘキ當事者ノ備ハラサルカ故ニ裁判ヲ爲スニ由ナシトノ理由ニ出ツ然レトモ死者ニ對シテ公訴ノ提起アリタリト裁判所ノ認ムル場合ニ檢事ハ被告人ト爲シタル者ハ生存セリト主張シ公訴ハ死者ニ對シテ提起セラレタリヤ或ハ生者ニ對シテ提起セラレタリヤノ争アル場合ニハ裁判ヲ下スニ非スンハ問題ヲ解決スル能ハス第一審裁判所カ檢事ノ被告ト爲シタル者ハ既ニ死亡セルモノナリトセル認定ノ誤レリトスルモ裁判ナクンハ檢事ハ上訴ヲ爲シテ自己ノ主張ヲ貫徹スルニ由ナルヘシ故ニ右ノ場合ニハ裁判所ハ被告人存在セストノ理由ヲ以テ公訴不受理ノ裁判ヲ爲スヲ相當トス然ラハ公訴ノ提起後ニ被告人死亡シタル場合ニ於テモ同様ニ論シ裁判ヲ以テ事件ヲ終了スヘシトノ說ヲ立ツルヲ得ヘキナリ被

被告人ノ精神ノ喪失ハ公訴權ヲ消滅セシムルコトナシ何者精神ノ喪失ノ爲メ當事者能力ノ消滅ヲ來タスコトナケレハナリ然レトモ訴訟能力ナキヲ以テ精神喪失者ニ對シ訴訟手續ヲ進行スル能ハス(刑訴法第一八三條參照)共犯人ノ死亡ハ必要の共犯ノ場合ニ於テモ死亡者ニ對スル公訴權ノ消滅ヲ來タスノミニシテ生存者ニ對スル公訴權ハ消滅スルコトナシ佛國ノ古キ學說ニ依レハ姦通罪ノ場合ニ於テ相姦者ノ一方死亡セハ生存者ニ對スル公訴權ハ消滅スト論シ或ハ姦夫死亡シ姦婦ノ死亡セサルトキハ公訴權ハ消滅セサルモ姦婦ノ死亡シタルトキハ生存スル姦夫ニ對スル公訴權モ消滅スルモノナリトセリ前説ハ必要の共犯ノ場合ニ於テハ公訴權ハ單一ナリトスルヲ以テ理由トスルモノ後説ハ婦ノ姦通ハ男子ノ何人ナルヤヲ明ニセサルモ本夫以外ノ男子ト通シタルノ事實ヲ明カニセハ之ヲ罰スルコトヲ得ルモノナレハ姦婦ヲ罰シタルカ爲メ死亡セル姦夫ノ犯罪者タルコトヲ推測セシムルコトナシト雖モ姦婦ヲ罰スルニハ姦婦ノ何人ナルヤヲ明カニナササルヘカラサルモノナレハ姦婦ナリトノ嫌疑アル者ノ死亡後姦夫ニ對シテ公訴權ヲ存立セシムルトキハ婦ハ無罪タルコトノ辯護ヲ爲

法人代表者ノ死亡

ス能ハス(例ハハ強姦セラレタル事)シテ罪名ヲ被ムルニ至ルヘシト云フヲ以テ理由トスルモノナレトモ兩説何レモ誤レルモノナルコトハ敢テ辯スルノ要ナカルヘキナリ

五三 法人ノ犯罪ニ付キ被告人トナリタル代表者死亡セハ公訴權ハ消滅スルヤ法律ノ明文ニ拘泥シテ立論スルトキハ肯定的斷定ヲ下スヘキモノノ如シ何者明治三十三年法律第五十二號第二條ニハ「法人ヲ處罰スヘキ場合ニ於テハ法人ノ代表者ヲ以テ被告人トストアリ刑事訴訟法第六條ニハ「公訴ヲ爲ス權ハ左ノ事項ニ因テ消滅ス第一被告人ノ死去トアレハナリ然レトモ後法ニ所謂被告人トハ犯罪ノ責任者タルヘキ被告人即チ實體上ノ被告人ヲ指スモノ前法ニ所謂被告人トハ犯罪ノ責任者ヲ代表スル者即チ形式上ノ被告人ヲ指スモノニシテ兩法ニ於ケル被告人ノ意義ハ相異ルモノナルコトハ法律第五十二號ハ法人其者ヲ罰シ刑事訴訟法ハ手續上被告人ト爲リタル者ニ刑罰法ヲ適用スルモノナルニ徴シテ之ヲ知ルヲ得ヘケレハ被告人ト爲リタル法人ノ代表者死亡セハ他ノ代表者ヲシテ之ヲ承繼セシメテ訴訟手續ヲ進行スヘキモノニシテ右ノ死



亡ニ因リ公訴權ノ消滅ヲ來タスモノニ非サルナリ余輩ノ論定ヨリセハ法人ノ代表者ヲ被告人トシテ審理中任期ノ滿了其他ノ事由ニ因リ代表資格ノ消滅シタルトキハ新代表者ヲ以テ之ニ代ヘ審理ヲ續行スヘキモノナレトモ被告人トシテ訴ヲ受ケタル代表者ノ死亡セハ公訴ハ消滅スヘシトノ論定ヨリズルトキハ審理中其代表者ノ資格消滅スルモ依然之ヲ代表者トシテ審判セサルヘカラストノ論決ニ立至リ法人ハ自己ノ代表權ナキ第三者ノ訴訟行爲ニ依リ處罰ヲ受クルノ奇觀ヲ呈スヘキナリ

五四 法人ノ解散ハ自然人ノ死亡ニ比スヘキモノナレトモ法律上ノ效果ハ異ルモノアリ自然人死亡セハ之ヲ生存者ト看做スヘキ擬制ノ存スルコトナシト雖モ法人ノ解散スルモ清算ノ目的ノ範圍内ニ於テハ其ノ清算ノ終了ニ至ルマテ尙ホ存續スルモノト看做サルルモノナリ(民法第七三條)公訴權ハ法人ノ消滅ニ因リテ消滅スルコト自然人ノ死亡シタル場合ニ異ラスト雖モ公訴權ニ對スル關係ニ於テ法人ハ如何ナル時期ニ於テ消滅シタリト謂フヲ得ヘキヤハ法人ノ犯罪ニ關スル訴訟法上ノ重要問題ナリ法人ノ解散ハ一定款又ハ寄附行爲ヲ以テ定

法人ノ消滅

メタル解散事由ノ發生ニ目的タル事業ノ成功三目的タル事業ノ成功ノ不能四破産五設立許可ノ取消六總會ノ決議七社員ノ缺亡等數多ノ原因ヨリシテ生スルモノナレトモ清算ノ終了前ニハ法人消滅スルコトナキヲ以テ又清算ノ終了ハ外部ニ對シテハ登記ニ依リテ效力ヲ生スルモノナルヲ以テ(非訟事件手續法第一七八條參照)清算終了ノ登記アルマテハ法人ニ對スル公訴權ハ消滅スルコトナキヤ明カナレトモ清算終了ノ登記後ト雖モ法人ヲ訴追スルヲ得ルヤ否ヤノ問題ニ付キテハ議論ノ岐ルル所ナリ(イ)消極說ニ曰ク清算ノ登記アリタル後ハ法人ノ存在ヲ認ムル能ハサルヤ勿論ニシテ又其代表者ト目スヘキ者アルコトナシ何人ヲ被告トシテ公訴ヲ提起スヘキソ法人ノ犯罪ニ付キテハ其代表者ヲ以テ被告人トスレハ犯罪當時ノ代表者ヲ指スニ非スシテ起訴當時ノ代表者ヲ指スモノナリ然ルニ清算ノ登記以後ニ於テハ法人ノ代表者アルコトナキヲ以テ換言セハ公訴ノ對手人タルヘキモノナキヲ以テ假ニ公訴權ハ消滅セサルモノトスルモ訴訟手續ヲ開始スルニ由ナカルヘシ代表者ヲ被告人ト爲スノ法規ハ代表者ヲ罰スルカ爲メニ非スシテ法人ヲ罰スルカ爲メナレハ法人ニシテ消滅セハ之ニ對

スル公訴權ハ消滅スト謂ハサルヘカラスト而シテ此說ニ從フトキハ法人ノ成立中其代表者又ハ雇人カ法人ノ業務ニ關シテ莫大ノ罰金ニ該ルヘキ犯則行爲ヲ爲シ罰金ノ制裁ヲ免ルル爲メ法人ヲ解散シ清算終了ノ登記ヲ爲シタルトキハ公訴ヲ提起スル能ハス縱令公訴ヲ提起シタルトキト雖モ清算終了ノ登記ヲ爲シタルトキハ公訴權ハ消滅スト謂ハサルヘカラスト何者法人ノ解散清算並其登記ハ處罰ヲ免レンカ爲メニ爲スモノナリト雖モ該行爲其者ハ公序良俗ニ反スル事項ヲ目的トスルモノニ非サルカ故ニ無効ナリト爲ス能ハサレハナリ而シテ實際ニ於テ生スヘキ右ノ如キ不都合ハ行政上檢事ヨリシテ清算登記差止手續ヲ爲シ以テ之ヲ避クルコトヲ得ヘキヲ以テ消極說ハ實際上弊害アルモノト謂フ能ハサルナリト(口)積極說ニ曰ク法人ノ犯罪ヲ認ムルニハ民法上法人ノ成立スルコトヲ前提ト爲スヘキモノナリト雖モ既ニ法人ノ成立スルアリテ犯罪ノ發生シタル以上ハ縱令法人ノ解散シ且清算終了ノ登記ヲ爲スモ公訴提起ノ障礙ト爲ルモノニ非ス何者清算終了ノ登記ハ私法關係上效力ヲ有スルニ止マリ刑罰關係上若クハ刑事訴訟手續上效力ヲ及ホスヘキ謂レナキノミナラ

ス刑事訴訟法第六條ニハ被告人ノ死去ヲ以テ公訴權消滅ノ原因ト爲スモ法人ノ解散ヲ以テ公訴權消滅ノ原因ト爲ササルモノニシテ解散ト死去トハ其性質ヲ異ニスルモノナレハナリ而シテ公訴ヲ提起スルニハ最後ノ代表者タリシ者ヲ被告人ト爲スヘシト此說ニ從フトキハ處罰ヲ免ルル目的ヲ以テ法人ヲ解散シ且清算終了ノ登記ヲ爲シタル場合ニ於テ公訴權ノ行使ヲ爲スニハ便利ナリト雖モ法カ正當ノ事由ニ基キ解散ヲ爲シ且正當ニ清算ヲ終了シテ其登記ヲ爲シタル場合ニ於テモ該登記ハ刑事上效力ヲ及ホサストスルカ故ニ清算終了ノ登記後法人ハ尙ホ存在スルモノトシテ雇人タリシ者カ清算終了後爲シタル犯則行爲ニ付キ起訴スルモノ之ヲ不適法トシテ棄却スル能ハサルノ不都合ヲ生スヘシ又刑事ニ於テハ法人ノ登記ノ有無ニ關セス法人ノ存在ヲ認ムヘシトスルナラハ後說ハ一貫スル論理上ノ基礎ヲ有スルモノナレトモ法人ノ犯罪ヲ認ムルニハ民法上法人ノ成立スルコトヲ要ストスル以上ハ民法上法人ノ消滅セルニ拘ハラス尙ホ之ヲ存在スルモノトシテ訴追スルヲ得ヘシトスルハ論理ヲ一貫セサルノ嫌ナキ歟現行大審院判例ハ後說ト其論結ヲ同クス

明寺田酒造合資會社ニ係ル酒造刑部第一ノ判決ニ依テ按スルニ本  
 件酒造ノ業務執行上ニ基クシテ其ノ行爲タルヤハ社會ノ業務自體  
 原列文上固ヨリ疑ヲ容レサル所ニシテ則チ其行爲タルヤハ社會ノ業務自體  
 ニ非ラズトシテ其業務ニ附隨シテ密着シテ行爲タルヤハ社會ノ業務自體  
 ハ當然第九十一條第一號ノ規定ニ依リテ社會ノ業務執行上ニ於テ  
 其當然第九十一條第一號ノ規定ニ依リテ社會ノ業務執行上ニ於テ  
 之カ結果ヲ告ケスハ職權ニ屬スル場合ニ於テモ亦清算人ハ之ヲ刑部  
 ムルノ義務アリト云ハザルヘカタル場合ニ於テモ亦清算人ハ之ヲ刑部  
 テ相當ナルタリトス然ルニ條第一號ニ所謂現務中ニ包含スルモノト  
 本件清算人タル被告等ニ對スル公訴ノ不適法ナリト理由アリ  
 理セテ清算人タル被告等ニ對スル公訴ノ不適法ナリト理由アリ

### 第三節 告訴ノ拋棄

五五、告訴ノ拋棄及ヒ告訴取下ノ意義……五六、告訴ノ拋棄及ヒ取下ノ手續：  
 ……五七、告訴ノ拋棄及ヒ取下ノ效力

告訴ノ拋棄及  
 ヒ告訴取下ノ  
 意涵

五五 告訴ノ拋棄トハ告訴權者ノ犯罪ノ訴追ヲ欲セサル旨ノ意思表示ヲ謂フ  
 告訴ノ取下トハ既ニ爲シタル告訴ヲ消滅セシムル告訴權者ノ意思表示ヲ謂フ  
 拋棄ト取下トハ其本質ニ於テハ共ニ消滅的告訴ニシテ取下ハ告訴ヲ爲シタル

後ニ於ケル告訴ノ拋棄ナリ然レトモ告訴ノ拋棄ハ告訴ノ提起前ニ於テ之ヲ爲  
 シ得ルモノナレトモ告訴ノ取下ハ告訴ヲ提起シタル後ニ非サレハ之ヲ爲ス能  
 ハス又告訴ノ拋棄ハ犯人又ハ其親族朋友等ニ對シテ之ヲ爲スモ有效ナレトモ  
 告訴ノ取下ハ告訴ヲ受クヘキ官廳又ハ公訴ノ繫屬スル裁判所ニ對シテ之ヲ爲  
 スニ非サレハ有效ナラス以上手續上ノ差異アルノ外告訴ノ拋棄ト取下トハ其  
 觀念ヲ同クスルモノナリ犯罪ノ起訴ハ檢事ノ職權ニ在リテ被害者ノ左右スル  
 能ハサルヲ原則トスルカ故ニ告訴ノ拋棄取下ハ親告罪以外ノ場合ニ於テハ之  
 ヲ論究スルノ實益ナシ唯親告罪ニ付キテハ告訴ノ拋棄ヲ以テ公訴權消滅ノ原  
 因トスルコトハ刑事訴訟法第六條第二號ニ規定スル所ナルカ故ニ親告罪ニ關  
 シテハ之ヲ論究スルノ必要アルモノナリ刑法第九十條乃至九十二條等ニ請求  
 ヲ待テ其罪ヲ論スルノ規定アリ所謂請求ト告訴トハ前者ニ在リテハ一定ノ方  
 式ヲ必要トセス後者ニ在リテハ一定ノ方式ヲ要スルノ點ニ於テ差異アルニ止  
 マリ本質上ノ差異ナキモノナレハ告訴ニ付キ論スル所ハ亦刑法第九十條乃至  
 第九十二條等ニ於ケル請求ニ關スル説明トシテ觀ルヘシ親告罪ヲ設ケタル立

法上ノ理由ハ或種類ノ犯罪ハ被害者カ其訴追ヲ欲セサルトキハ之ヲ訴追スル必要ナシトシ或種類ノ犯罪ハ被害者ノ意思ニ反シテ訴追スル必要ナキノミナラス之ヲ訴追スルトキハ犯罪ニ因リテ生シタル損害ノ外ニ被害者ニ一層ノ苦痛ヲ感セシムルカ故ニ右ノ如ク被害者ヲシテ二重ノ損害ヲ被ルコトナカラシメントスルニ在リテ此立法上ノ理由ヨリシテ被害者カ告訴權ヲ拋棄シタルトキハ公訴權ヲ消滅セシムルモノトセシナリ

訴ノ拋棄又  
ヒ取下ノ手續

五六 (甲) 告訴ノ拋棄ニ付キテハ法律ニ何等ノ方式ヲ規定スル所ナキヲ以テ苟モ拋棄ノ意思表示アリタル以上ハ其效力ヲ生スルモノナリ然レトモ特ニ拋棄ノ意思表示ヲ爲スヲ要スルモノニシテ告訴ヲ爲サスシテ黙過スルカ如キ消極的狀態ノミニテハ未タ告訴ノ拋棄アリト云フヘカラサレトモ苟モ特別ノ意思表示アル以上ハ自ら之ヲ爲スト代理人ヲ以テ之ヲ爲スト書面ヲ以テ之ヲ爲スト口頭ヲ以テ之ヲ爲ストヲ問ハス檢察ニ對シテ之ヲ爲スモ司法警察官ニ對シテ之ヲ爲スモ將又裁判所ニ對シテ之ヲ爲スモ被告人又ハ其親族ニ對シテ之ヲ爲スモ其效力ヲ生スルモノナリ(多クノ場合ニ於テハ且依リテ之ヲ爲ス)又公訴權ノ消滅スル迄

ハ隨時拋棄ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ告訴前ハ勿論告訴後ニ於テモ公訴ノ提起後ニ於テモ第一審第二審ノ判決以後ニ於テモ上告審ニ於テモ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ或ハ告訴前ニ於テハ被害者ハ告訴拋棄ノ動機タル宥恕ヲ爲シ得ルニ止マリ告訴ノ拋棄ハ之ヲ爲ス能ハス告訴ヲ爲シタル後取下ノ方式ヲ以テ之ヲ爲スヲ得ルノミト主張スル者アレトモ我法文上右ノ如キ制限ヲ置クヘキ根據ノ存セサルモノニシテ又右ノ如キ斷定ヲ生スル純理アルコトナシ(刑法第六四條ハ告訴ノ取下ノ規定スルカ故ニ前説ノ論據トナル者)又公訴ノ提起ナレトモ我刑法及ヒ刑訴法ニハ前説ノ根據トナルヘキ條文ナシ後ニ於テハ告訴ヲ拋棄スル能ハスト主張スル者アリ之レ刑事訴訟法第六條ノ法文ニ「公訴ヲ爲ス權トアルニ基キ告訴ノ拋棄ハ公訴提起ノ權ノミヲ消滅セシムルモノニシテ公訴ノ提起後ニ於ケル公訴權ヲ消滅セシムルモノニ非ストスル文字拘泥論ニシテ誤レルモノトス公訴ヲ爲スノ權トハ公訴ノ提起及ヒ實行ヲ爲スノ權ト解スヘキモノナレハナリ論者ノ解釋ニ從フトキハ公訴ノ提起後同一事件ニ付キ他ノ裁判所ニ於テ確定ノ判決ヲ生スルモ其前ニ訴ヲ爲シタルニ由リ公訴權ハ消滅セストシテ本案ノ審判ヲ爲ササルヘカラサルノ不都合ヲ

生スヘシ必要的共犯ノ場合ニ於テ一人ノミニ對シテ爲ス告訴ノ拋棄ハ有效ナリ又時効確定判決等公訴權消滅ノ原因生シタル後ニ於テ告訴ヲ拋棄スルモ效力ナシ然レトモ共犯ノ一名ハ裁判確定シ一名ハ上訴中告訴ノ拋棄アリタルトキ之ヲ有效トシ公訴權ヲ消滅セシムル效力ハ確定判決ヲ受ケタル者ニモ及フモノトス告訴ノ拋棄アリタルトキハ判決(現行ノ判例ニ依レハ)ヲ以テ訴訟手續ヲ完結ス

(乙) 告訴ノ取下ハ告發ノ取下ト共ニ刑事訴訟法第五十五條ニ規定スル所ナレトモ其方式及ヒ之ヲ受理スル官廳ニ付キテハ何等ノ規定ナシ故ニ口頭又ハ書面ヲ以テ之ヲ爲スヲ得ヘク代理人ニ依リテモ之ヲ爲スヲ得ルモノナリ而シテ取下ハ拋棄ト實質ヲ同クスレトモ既ニ表示シタル告訴ノ取消ナルノ點ニ於テ拋棄ト外形ヲ異ニスルカ故ニ告訴ノ提起前ニ於テハ告訴ノ取下ヲ認ムヘカラス(但告訴ノ取下ト題スルモ事實問題トシテ)而シテ告訴ノ取下ハ告訴ヲ受クル官廳若クハ公訴ノ繫屬スル裁判所ニ爲スコトヲ得ルモノナレトモ事件カ第二審裁判所ニ繫屬スル場合ニ於テ第一審裁判所ニ爲シタルトキハ其効ナシ

取下

告訴ノ拋棄及ヒ取下ノ效力

然レトモ事件カ裁判所ニ繫屬スル場合ニ於テ司法警察官若クハ検事ニ對シテ告訴ノ取下ヲ爲スハ有效ナリ(獨逸ノ一派ハ學者例ハオルスハウゼンノ如キトモ其効アレトモ公判開始後ニ於テハ裁判所ニ對シテ之ヲ爲スルハ其効ナシト論セリ之レトモ實際上裁判所カ告訴ノ取下ヲ所ニ對シテ之ヲ知ラサレハ其効ナシトモ生セザラシメトスルコトハ根據ハ薄弱ナリト謂フヘシ)

五七 適法ナル告訴ノ拋棄ハ一定ノ效力ヲ生スルモノトス告訴拋棄ノ意思表示ノ外形アルモ其實質ヲ缺クトキハ拋棄ノ效力ヲ生セス例ヘハ暴行脅迫ヲ受ケ意思ノ自由ナクシテ爲シタル告訴ノ拋棄或ハ甲事件ノ被告人ト誤リ乙事件ノ被告人ニ對シテ爲シタル告訴ノ拋棄ノ如キハ效力ヲ生スルモノニ非ス然レトモ意思表示ノ瑕疵民法ニ所謂取消シ得ヘキ意思表示ノ場合ニハ告訴拋棄ノ效力ヲ生スルモノナリ取消シ得ヘキ意思表示ハ刑事訴訟ニ於テ認メサルモノナレハナリ而シテ告訴拋棄ノ實質上全然無効ナル場合ニ於テモ之ニ基キ免訴ノ判決アリテ確定シタルトキハ其拋棄ハ實質上有效ナリシモノト同一ノ結果ニ至ルモノナリ告訴拋棄ノ效力ハ左ノ如シ

(一) 公訴權ヲ消滅セシム 從ツテ公訴ノ提起前ナラハ検事ハ公訴ヲ提起ス

ル能ハス公訴ノ後提起ナラハ裁判所ハ公訴權消滅セリトノ理由ヲ以テ判決ヲ爲スヘキモノナリ(イ)一罪ニ付數名ノ告訴權者アルトキハ其一人ノ爲シタル告訴ノ拋棄又ハ取下ハ公訴權ノ消滅ヲ來タスヤ曰ク否、一罪ニ付數人ノ告訴權者アルトキハ其告訴權ハ各告訴權者ノ共有スル一箇ノ權利ニ非スシテ告訴權者ノ各自ニ屬スル同一内容ノ權利ナリ故ニ甲告訴權者ノ拋棄ハ乙告訴權者ノ有スル權利ニ影響ヲ及ホスコトアルヘカラス數名ノ告訴權者カ共同シテ告訴ヲ爲シ公訴ノ提起セラレタル場合ニ於テ一名告訴ノ取下ヲ爲スモ公訴權ノ消滅ヲ來タスコトナシ公訴權ハ一箇ナレトモ之ニ對スル告訴權ハ數箇アリ得ヘキモノニシテ一箇ノ告訴權ノ行使ハ公訴權ノ活動ヲ生セシムルヲ得ルモノナレトモ公訴權ノ行使ヲ不能ナラシムルニハ告訴權全數ノ消滅スルコトヲ要スルモノナレハナリ然レトモ數箇ノ告訴權存スル場合ニ於テ其ノ一箇ノ拋棄ニ因リテ公訴權ノ消滅ヲ來タス場合アリヤ或ハ曰ク共同告訴權者ノ一人ノミノ公訴ニ因リテ告訴ノ成立タタル後其告訴權者カ之ヲ拋棄シ之ニ基キ免訴ノ判決アリテ確定ヒハ公訴權ハ消滅ス公訴權ハ一箇ノモノナルカ故ニ其公訴權ノ消滅シタルトキハ再ヒ發生スル能ハサルモノナレハナリト或ハ此場合ハ確定判決ノ效力トシテ説明スヘキモノナラン歟此說ニ從フモ右ノ場合ニ於テ告訴ヲ爲シタル者カ其告訴ヲ取下ケテ免訴ノ判決ノ下ラサル前若クハ判決アリタルモ確定セサル前ニ他ノ告訴權者ヨリ告訴ヲ爲スアラハ公訴權ハ消滅スルコトナシ(ロ)共犯ノ一人カ上訴ヲ爲サスシテ之ニ對スル有罪ノ裁判確定シ他ノ一人カ上訴シタル場合ニ告訴ノ拋棄或ハ取下ヲ爲シ以テ公訴權ヲ消滅セシムルコトヲ得ルヤ消極說ニ曰ク右ノ場合ニ於テ上訴シタル一人ニ對シ告訴ノ拋棄ヲ爲シ得ルモノトセハ確定判決ヲ受ケタル者ノミ處罰セララルコトトナリ告訴又ハ告訴ノ拋棄ハ事實上分割セララルニ至ルヘキヲ以テ右ノ場合ニハ告訴ノ拋棄ハ效力ナシト謂ハサルヘカラスト積極說ニ曰ク必要的共犯ノ場合ト雖モ一名ニ對スル確定判決ハ他ノ一名ニ對シテ效力ヲ有スルモノニ非サルカ故ニ告訴ノ拋棄ハ上訴中ノ被告人ノ爲メニ效力ヲ生スルモノナリ而シテ斯ノ如キ效力ヲ有セシムルハ告訴又ハ告訴拋棄ノ不可分性ニ反スルモノニ非ス拋棄ノ效力ノ確定判決ヲ受ケタル被告人ニ及ハサルハ確定判決ナル特別ノ原因アリ

減シタルトキハ再ヒ發生スル能ハサルモノナレハナリト或ハ此場合ハ確定判決ノ效力トシテ説明スヘキモノナラン歟此說ニ從フモ右ノ場合ニ於テ告訴ヲ爲シタル者カ其告訴ヲ取下ケテ免訴ノ判決ノ下ラサル前若クハ判決アリタルモ確定セサル前ニ他ノ告訴權者ヨリ告訴ヲ爲スアラハ公訴權ハ消滅スルコトナシ(ロ)共犯ノ一人カ上訴ヲ爲サスシテ之ニ對スル有罪ノ裁判確定シ他ノ一人カ上訴シタル場合ニ告訴ノ拋棄或ハ取下ヲ爲シ以テ公訴權ヲ消滅セシムルコトヲ得ルヤ消極說ニ曰ク右ノ場合ニ於テ上訴シタル一人ニ對シ告訴ノ拋棄ヲ爲シ得ルモノトセハ確定判決ヲ受ケタル者ノミ處罰セララルコトトナリ告訴又ハ告訴ノ拋棄ハ事實上分割セララルニ至ルヘキヲ以テ右ノ場合ニハ告訴ノ拋棄ハ效力ナシト謂ハサルヘカラスト積極說ニ曰ク必要的共犯ノ場合ト雖モ一名ニ對スル確定判決ハ他ノ一名ニ對シテ效力ヲ有スルモノニ非サルカ故ニ告訴ノ拋棄ハ上訴中ノ被告人ノ爲メニ效力ヲ生スルモノナリ而シテ斯ノ如キ效力ヲ有セシムルハ告訴又ハ告訴拋棄ノ不可分性ニ反スルモノニ非ス拋棄ノ效力ノ確定判決ヲ受ケタル被告人ニ及ハサルハ確定判決ナル特別ノ原因アリ

テ拋棄ノ完全ナル效力ノ發生ヲ妨クルニ由ルモノニシテ拋棄ノ效力ノ可分ナルニ因ルモノニ非サレハナリト大審院判例ハ確定判決ヲ受ケタル者ニ對シテモ告訴拋棄ノ效力ノ及フモノトナシ以テ積極説ノ一層有力ナル擴張ヲ爲セリ

明治二十九年四月大審院判決ニ曰ク幼者誘拐罪ハ親告罪ナリ其公訴權ハ第二審判決ノ確定以前被害者ヨリ告訴取下願ヲ提出スルキハ其公訴權ハ第二審消滅ニ歸ス而シテ此場合ニ於テハ告訴セサル共犯者ニ對スルハ第一審判決モ亦共ニ破毀セラレヘキモノトハ最近ノ判例ニ依ルハ甲男ト乙女ト

然消滅ニ歸ス而シテ此場合ニ於テハ告訴セサル共犯者ニ對スルハ第一審判決モ亦共ニ破毀セラレヘキモノトハ最近ノ判例ニ依ルハ甲男ト乙女ト

トノ茲通事ニ付キ甲男ト乙女トハ最近ノ判例ニ依ルハ甲男ト乙女ト

辭論ヲ再開シテ免訴ノ刑罰ヲ爲セリ其形式ハ上告人トシテハ甲男ト乙女ト

表シ免訴ノ理由ニ於テ免訴ノ刑罰ヲ爲セリ其形式ハ上告人トシテハ甲男ト乙女ト

以テ免訴ノ理由ニ於テ免訴ノ刑罰ヲ爲セリ其形式ハ上告人トシテハ甲男ト乙女ト

四年六月第一日審判部刑事第二部此判決ハ前名ヲ免訴スル所ナリトシテ免訴ノ理由ニ於テ免訴ノ刑罰ヲ爲セリ其形式ハ上告人トシテハ甲男ト乙女ト

此對上訴ノ確定判決トナリコトナク此判決ハ前名ヲ免訴スル所ナリトシテ免訴ノ理由ニ於テ免訴ノ刑罰ヲ爲セリ其形式ハ上告人トシテハ甲男ト乙女ト

余ル手續上ノ現狀ナリ然レトモ結果ニ至ルモテハ又頗ル便利ナル乙女ノ爲メリ

異アリ故ニ手續上ノ便利ナルトス

余輩ハ積極説ヲ探ルモノナリ而シテ親告罪ノ告訴ヲ訴訟條件兼處罰條件ナリトスル學説ニ基キテ手續上ノ不都合ヲ生セサル完全ノ積極説ヲ立ツルコト

ヲ得ルモノナリ此學説ニ從ヒテ論スレハ親告罪ハ告訴ナクシハ罰スルコト能ハサルモノナリ告訴ノ拋棄アラハ現ニ審理中ナル被告人ノ爲メニ之ヲ受理セサルヘカラス其ノ結果此被告人ニ對シテハ訴訟條件タルノ方面ニ於テ免訴ノ判決ヲ爲スモ告訴拋棄ノ結果處罰條件タルノ方面ニ於テ告訴ヲ缺クカ故ニ確定判決アリタル共犯人ニ對シテハ刑事訴訟法第二百九十二條ニ從ヒ檢察官ハ非常上告ヲナシ以テ確定判決ヲ破毀セシムルコトヲ得ヘシ此説ハ一見奇怪ノ觀ヲ呈スヘシト雖モ親告罪ノ告訴ニ訴訟條件ト處罰條件トノ二性質アリトセハ如上ノ論定ヲ下スニ毫モ不都合アルコトナク大審院判例ノ如ク非常上告ニモ依ラス再審ノ訴ニモ依ラスシテ確定判決ヲ破毀スルノ手續ヲ認ムルノ不都合ナク消極説ノ如ク未タ判決ノ確定セサル被告人ニ告訴拋棄ノ利益ヲ拒絕スル冷酷ナル論結ニ陥ルコトナキノ特長アルモノナリ確定判決ナキ場合ニハ共犯ノ一名ノミニ對スル拋棄ハ當然共犯ニ對シテモ效力ヲ生ス

(二) 告訴權ヲ消滅セシム 故ニ拋棄取下ヲ爲シタルモノハ再ヒ告訴ヲ爲ス能ハス裁判所カ告訴ノ拋棄取下以外ノ理由ヲ以テ事件ヲ終結シタル場合(例ハ公

訴狀ヲ不適法ナリトシテ公訴不受理ナリト雖モ再ヒ告訴ヲ爲ス能ハス但他ノ告訴權者ニ影響ヲ及ホスコトナシ此點ヨリ觀察シテ換言スレハ告訴權ノ拋棄ハ拋棄シタル者ノ告訴權ノミヲ消滅セシムルニ止マルモノナリトノ點ヨリ觀察シテ數名ノ告訴權者アリテ其中一名ノミ告訴ヲ爲シ而シテ之ヲ取下クル場合ニ於テハ裁判所ハ公訴不受理ノ判決ヲ爲スヘク免訴ノ判決ヲ爲スヘキモノニ非スト論スル學者アリテ右ノ場合ニハ告訴權者全員カ未タ告訴ヲ爲サザリシ場合ト同視スヘキモノナリト説ケリ然レトモ所謂同視説ハ實體法上ノ議論トシテハ首肯スヘキモノナリト雖モ訴訟法ノ解釋トシテハ可ナラザルモノト思料ス未タ告訴權者中何人ヨリモ告訴ノ提起ナカリシ消極的狀態ト自己一箇ノ意思ヲ以テ公訴權ノ活動ヲ促カスノ效力アル告訴權者ノ一名ヨリ告訴ノ提起アリテ之ヲ取下ケタル狀態トハ訴訟上ノ現象トシテハ決シテ同視スルヲ許ササルモノナリ而シテ共同告訴權者アルトキハ一名ノ告訴ハ未タ公訴權ヲ活動セシムルノ效力ナシトスルナラハ格別否ラスシテ一名ノ告訴ニ此效力ヲ附スル以上ハ其取下ニ公訴權ノ活動ヲ熄止セシムル效力ヲ有セシムヘキハ當然ニ

シテ其結果トシテ公訴ヲ斥クルノ判決アリタル以上ハ確定判決ノ效力トシテ論スルモ公訴權ノ消滅スルモノト爲ササルヲ得サルカ如シト雖モ余輩ハ下ノ如ク論スルヲ以テ理論ノ正鵠ヲ得且實際上適切ナル解決ヲ得セシムルモノト思料ス曰ク告訴權ト公訴權トハ縁果ノ連絡アレトモ因果ノ關係ナシ又公訴權活動ノ原因ヲ爲スモノノ消滅スルモ必スシモ公訴權其者ノ消滅ヲ來タサシムヘキ論理ナシ親告罪ノ告訴ハ公訴權活動ノ條件ナルカ故ニ一ノ告訴アラハ公訴權ヲ活動セシムヘシト雖モ公訴權ノ絶滅ヲ來サシムルニハ其條件ト爲ルヘキモノノ全滅ヲ要スルコトヲ以テ刑事訴訟法ノ精神トスルコトハ同法第六條第二號ニ「告訴ヲ待ツテ受理スヘキ事件ニ付テハ告訴ノ拋棄」ト規定シ「提起セラレタル告訴ノ取下」ト規定セサルニ徴シテ之ヲ知ルニ餘アリ告訴ノ提起以前ノ狀態ニ於テ之ヲ觀察スレハ數名ノ告訴權者ノ中一名ノ拋棄アルモ公訴權ヲ消滅セシメサルト同シク公訴ノ成立後告訴權者ノ一名ノ拋棄ニ因リテ公訴權ノ消滅スヘキ理由ナシ何者告訴權者中先ツ一名カ告訴權ヲ行使セハ他ノ告訴權者ハ其告訴權ヲ失ヒ若クハ其告訴權ノ行使ヲ禁セラルヘキ理ナク之ヲ行使セ



サルハ之ヲ失ヒ若クハ之レカ行使ヲ禁セラレタルニ由ルニ非スシテ之ヲ行使  
スルノ實益ナキニ由ルニ止マリ且告訴權ノ不行使ハ直チニ以テ告訴權ノ拋棄  
ト看做スヘキモノニ非サレハナリ之ヲ以テ復數ノ告訴權者アル場合ニ於テハ  
公訴權ハ一名ノ拋棄ノミニ因リテハ縱令其者ノ告訴ニ因リテ公訴權ノ活動ス  
ルニ至リタル場合ト雖モ消滅セスト斷定スルヲ正當トス此說ハ告訴提起後ノ  
拋棄ヲ以テ元來ノ告訴權不行使ト同視スル說ニ於テ公訴不受理ノ裁判ヲ爲ス  
ヘシト主張スル牽強附會ニ陷ラスシテ此說ト歸結スル所ヲ同クシ告訴權ノ處  
置上公平ヲ得セシムルノ長所アリト信スルモノナリ非歟

告訴ヲ拋棄スル意思表示ヲ爲シタル後更ニ取下ノ申立ヲ爲シ或ハ取下ノ申  
立ヲ爲シタル後拋棄ノ意思表示ヲ爲シタルトキハ何レノ場合ニ於テモ前者ノ  
有效ナルトキハ意者ハ效力ヲ有セサレトモ若シ前者ニシテ無効ナラハ後者ハ  
效力ヲ有スヘキモノナリ

### 第四節 確定裁判

五八、確定判決及ヒ確定力ノ意義並ニ確定判決ノ性質……五九、判決ノ實質的  
確定力ヲ生スルノ要件……六〇、確定判決ノ效力ノ範圍其一同一事件ノ標準  
……六一、確定判決ノ效力ノ範圍其二、異事件トナル場合……六二、確定判決ノ  
效力ノ範圍其三、第三者ニ對シテ效力ナシ……六三、決定ノ確定

確定判決及ヒ  
確定力ノ意義  
並ニ確定判決  
ノ性質

五八 公訴權消滅ノ原因タルヘキ確定裁判ハ確定判決及ヒ免訴ノ豫審終結決  
定之ナリ(確定判決ニ準スヘキ警察犯即決處分間)確定判決ニ付キ論スル所ハ右  
ノ決定ニ付キ引用スルヲ得ルモノナルヲ以テ先ツ確定判決ニ付キ説明セン

確定判決トハ形式的及ヒ實質的確定力ヲ生シタル判決ヲ謂フ  
形式的確定力ハ上訴ノ方法ヲ以テ不服ヲ申立ツル能ハサルニ至ルニ因リテ  
生スルモノナリ法定ノ上訴期間ノ存スル間ハ何時ニテモ之ニ對シ不服ヲ申立  
ツルコトヲ得ルヲ以テ判決ノ確定力ハ生スルコトナシ又上訴期間内ニ上訴ヲ  
爲シタルトキハ其完結迄判決ハ確定スルコトナシ又此場合ニ於テ上訴ノ判決  
ニ對シ更ニ上訴ヲ爲シ得ヘキトキハ判決ハ確定スルコトナシ故ニ確定判決ハ  
一、上訴期間ヲ經過スルニ因リ二、上訴方法ヲ盡シ終ルニ因リ三、上訴ヲ取下クル  
ニ因リテ生シ四、上訴ヲ許ササル場合ニハ判決ト同時ニ生スルモノナリ例ヘハ

大審院及ヒ控訴院ノ上告裁判所トシテノ判決大審院ノ特別權限ニ屬スル判決ノ如シ確定力ノ生シタル場合ヲ以テ判決ノ不變不動ノ狀態ト爲ストキハ非常上告ノ原由又ハ再審ノ原由ナキトキニ非サレハ判決ノ絕對的確定力ヲ生シタリト爲ス能ハス然レトモ再審ノ原由又ハ非常上告ノ原由アルモ判決ハ其主文ノ執行力ヲ生スルモノナルヲ以テ確定判決ト稱スルニハ非常上告又ハ再審ノ原由ノ有無ヲ問フコトナキヲ以テ法律ニ所謂確定判決トハ右ノ意義ニ於テ之ヲ謂フモノナリ故ニ此意義ニ於ケル確定判決アルモ訴訟ハ絕對ニ判決前ノ程度ニ復歸スルコトナキモノニ非サルナリ

實質的確定力トハ訴訟ノ本案ニ付キ下シタル判決ノ形式的確定力ノ結果トシテ生スルモノニシテ非常上告又ハ再審ノ原由存スル場合ニ非サレハ判決ヲ經タル事物ハ再ヒ訴訟物體トナルコトナキ判決ノ效力ヲ謂フ形式的確定力トハ裁判所ノ下シタル判決ノ變更ヲ爲サシムル能ハサルノ效力ナリト稱スヘク實質的確定力トハ訴訟ヲ再理スルヲ許ササル判決ノ效力ナリト稱スヘシ故ニ實質的確定力トハ一事不再理ノ法則ノ具體的實現ニ外ナラサルナリ判決ニ形

式的確定力ヲ有セシムルノミニテハ訴訟ニ係レル實體的法律關係ハ永遠ニ定マルコトナシ何者一度判決アルモ同一事件ニ付キ再三訴ヲ爲スヲ得ヘケレハナリ斯ノ如キハ當事者及ヒ裁判機關ニ累ヲ及ホスノ弊アルノミナラス往々ニシテ前後ノ判決矛盾スルコトアリテ裁判ノ威嚴ヲ損シ當事者ヲシテハ適從スル所ヲ知ル能ハサラシメ殊ニ被告人ヲシテハ無罪ノ判決ヲ受クルモ再ヒ訴ヲ受クルノ虞アルカ爲メ其塔ニ安スルコト能ハサラシメ延ヒテ公安ヲ害シ秩序ヲ維持スル能ハサルニ至ルヘキヲ以テ判決ノ實質的確定力ヲ認ムルノ法制ヲ生スルニ至リタルモノナリ故ニ知ルヘシ公訴權ヲ消滅セシムルモノハ判決ノ實質的確定力ナルコトヲ從ツテ判決ノ形式的確定力ヲ生スルノミナル場合ハ公訴權ノ消滅スルコトナシ蓋實質的確定力ハ形式的確定力ノ結果ナリト雖モ形式的確定力ハ常ニ實質的確定力ヲ生セシムルモノニ非ス實質的確定力ハ訴訟ノ本案ニ付キ審判ヲ爲スニ依リテ始メテ生スルモノナリ之ヲ以テ公訴不受理ノ判決管轄違ノ判決公訴不受理ノ申立及ヒ管轄違ノ申立ヲ却下スル判決ハ形式的確定力ヲ生スルモノナレトモ實質的確定力ヲ生スルモノニ非ス從ツテ

此數種ノ判決ハ公訴權ヲ消滅セシムルコトナシ

刑事訴訟法第二百二十四條末項ノ規定ニ依レハ確定判決(詳言スレハ確定判決ヲ經スレハ確定條件)ハ處罰條件ナルモノノ如シト雖モ通説ハ訴訟條件タルノ性質ヲ有スルノミナリトセリ

五九 判決カ實質的確定力ヲ生スルニハ左ノ條件ヲ具備セサルヘカラス

第一 判決トシテ表示セラレタル意思表示カ無効ニ非サルコトヲ要ス 刑

事訴訟行為中判決行為ノ如キハ最モ重大ナル效力ヲ生スルモノナルカ故ニ法律ハ其完全ナル效力ノ發生ヲシテ幾多ノ條件ニ繋ラシメタリト雖モ判決行為ヲシテ全然無効タラシムル場合ハ稀有ノモノナリトス之ヲ例スレハ對席判決ヲ公廷ニ於テ言渡サスシテ之ヲ送達シ且其原本ニハ刑事訴訟法第二十條ニ規定セル要件ヲ缺キタル場合或ハ實體法ニ規定ナキ刑罰即チ磔刑若クハ鋸引ノ刑、答刑(臺灣ハ此ノ言渡シタル場合或ハ書記カ死刑懲役刑其他ノ刑ニ處スル限ニ在ラス)ヲ言渡シタル場合或ハ手續上ノ觀察ニ於テ判決行為トシテ認ムヘカラサルモノ換言セハ判決ノ法律的外形ヲ有セサルモノハ全然無効ナリ今日ノ實

判決ノ實質的  
確定力ヲ生ス  
ルノ要件

際及ヒ通説ニ依レハ判決ニ付キ無効ノ觀念ヲ否定スルハ右ノ如キ極端ナル事例ヲ想像セサリシニ由ルモノナリ或ハ曰ク凡テ法律行為ハ其要件ヲ具備シタル場合ニ於テノミ有效ニシテ其要件ノ一ヲ缺キタル場合ニハ表面上法律行為存在スルカ如キモ實際ニ於テ一ノ法律行為モ存在スルコトヲ得サルモノナリ蓋法律行為ノ要件ハ之ヲ缺キタル場合ニ其行為ヲ無効トスルニ非サレハ之ヲ規定スル必要ナキヲ以テナリ刑事訴訟行為モ亦其要件ノ一ヲ缺キタル場合ニハ他ノ法律行為ト同シク之ヲ無効ト爲ササルヘカラス何者一般ノ法律行為ニシテ其要件ノ一ヲ缺キタル場合ニ於テ無効タルモノナラハ獨リ其一種タル刑事訴訟行為ニ付テノミ此無効ノ觀念ヲ否定スヘキ道理ナケレハナリ故ニ精神錯亂シタル判事ノ爲シタル判決甲被告人ニ言渡スヘキヲ誤ツテ乙被告人ニ言渡シタル判決除斥ノ原因アル判事カ關與シタル判決等要件ニ缺クル所アルモノ(判決要件ノ何タルヤ)ハ無効ナリト此說タルヤ實體法ノ無効ノ法理ニ照セハ間然スル所ナシト雖モ形式法ノ理論トシテハ首肯スルニ躊躇セサルヲ得ス法律行為タルノ點ニ於テ換言セハ一般的性質ニ於テ實體法上ノ意思表示ト形式

法上ノ意思表示トハ同列ニ位スヘシト雖モ此兩者ハ其特質ニ於テ異ル所アルカ故ニ實體法上ノ理論ヨリスレハ無効タルヘキモノヲ形式法ニ於テ之ヲ有效トシ若クハ瑕瑾アル行爲タルニ止マラシムルハ理論ノ矛盾ト謂フヘキモノニ非ス而シテ此論者ノ如クセハ要件ヲ缺ク或種類ノ行爲ニ付キ法律カ特ニ無効ノ制裁ヲ附スル明文ヲ設ケタル(例ヘハ第二〇條第九二條)ハ蛇足ナリトノ論結ヲ爲ササルヲ得サルニ至ルヘシ又判決ノ無効トハ法律上判決ニ非ストノ義ナレハ無効ナル判決ハ確定力ヲ有スル能ハサルモノナリ故ニ此論法ニ從フトキハ苟モ一個ノ要件ニモ缺クル所アラハ判決タルノ效力ヲ有セサルカ故ニ上訴ヲ以テ之ヲ攻撃スルノ必要ナキモノニシテ上訴制度ノ存在ヲシテ殆ント無意義ナラシムルニ至ルヘキナリ之ヲ以テ論者ノ一派ハ要件ヲ缺ク判決ハ無効ナリト雖モ法律カ特ニ無効ノ救済方法ヲ定メタル場合ニハ訴訟關係人ハ此救済方法ニ依リ其無効ヲ主張セサルヘカラス之ヲ主張セスシテ經過セハ遂ニ救済ヲ得ル能ハサルニ至ルヘシ救済方法トハ即チ上訴ナリ而シテ法律ハ上訴ヲ以テ攻撃シ得ヘキ訴訟行爲ノ範圍ヲ限定セルヲ以テ大審院ノ判決其他上訴ノ目的物ト爲ル

能ハサル行爲ノ無効ナルトキハ裁判所ニ於テ更ニ其要件ヲ具備シタル訴訟行爲ヲ爲シテ以テ其無救ヲ救済セサルヘカラサルモノナリト主張セリト雖モ余輩ハ亦此說ニモ贊同スルニ躊躇スル者ナリ其理由下ノ如シ(一)刑事訴訟法上無効トハ全然形式的效力ヲ有セサルノ義約言セハ法律的ノ無ナルコトハ同法第二十條第九十條ノ規定ニ照セハ明カナリ而シテ無ヨリシテ有ヲ生スルコトナキカ故ニ本來無ナルモノハ上訴ノ方法ヲ以テ之ヲ攻撃スル能ハサルモノナリ全然無ナルモノハ時ノ經過ニ因リテ有トナルヘキ謂レナシ故ニ此論者モ曰ク判決一度確定セハ無効ノ判決モ亦有效タルヘシトノ思想ナキニ非サレトモ無効ノ判決ハ形式的ニモ實質的ニモ確定シ得ヘキモノニ非ス無効カ時ノ經過ニ依リテ治癒セラルルカ如キコトハ全然不可能ナリト之レ至言ニシテ無効ナルモノハ確定スヘキモノニ非ス時ノ經過ニ因リテ治癒スヘカラサルモノ換言セハ效力ヲ有スルニ至ルヘカラサルモノナル以上ハ法律ハ斯ノ如ク法律上ノ無ナルモノヲ以テ上訴ノ目的物ト爲スヘキ謂レナキカ故ニ苟モ法律カ上訴ノ目的物ト爲シタルモノハ法律上ノ有ナルモノ詳言セハ法律上完全ナル效力ヲ有

セサルモ時ノ經過ニ依リテ完全ノ效力ヲ有スルニ至ルヘキモノト爲ササルヲ得サルナリ(二)刑事訴訟法ニハ判決ノ破毀取消ノ規定アレトモ判決ノ無効ヲ確認スルノ規定ナシ之レ法律カ上訴ヲ以テ形式上無効ナルモノヲ攻撃スルヲ許ササリシ精神ナルコトヲ窺知セシムルモノニシテ有效ナルモノナレハコソ之ヲ取消シ之ヲ破棄スヘキモ本來無効ナルモノヲ破棄シ取消スト云フハ沒意義ナレハナリ(三)無効ナルモノモ上訴ヲ以テ攻撃スヘキモノナリトスルトキハ廷丁ノ下シタル判決或ハ被告人ハ善人ニシテ惡人ニ非ストノ判決ノ如キモ上訴ヲ以テ眞面目ニ攻撃セサルヘカラサルノ滑稽ヲ實際上演出スルニ至ルヘシ余輩ノ見ヲ以テスレハ右ノ如キハ判決ノ文字アルノミニテ判決タルノ實質ナク又判決タル形式法上ノ外形ヲ具ヘサルモノナルヲ以テ上訴ノ目的物ト爲ル能ハサルモノナリトス

**第二 外國裁判所ノ判決ニ非サルコトヲ要ス** 外國裁判所ノ確定判決ハ我國ニ於テ公訴權ヲ消滅セシムル効力ナシ故ニ外國ニ於テ確定判決ヲ受ケタル者ニ對シテ檢事ハ公訴ヲ提起スルヲ得ヘク裁判所ハ刑罰法規ニ照ラシテ之ヲ

處分スルコトヲ得ルモノナリ唯一ノ制限トモ云フヘキハ犯人既ニ外國ノ判決ノ全部又ハ一部ヲ執行シタルトキハ我裁判所ハ刑ノ執行ヲ減輕又ハ免除スルヲ得ルコト之ナリ(刑法第五條參照)

**第三 實體法ノ適用ニ關シテ下シタル本案ノ判決ナルコトヲ要ス** 之レ既ニ説述セル所ニシテ形式的判決ハ實體的請求權ノ存否ヲ判斷セサルモノナルカ故ニ此判決ニ因リテハ刑罰ノ適用ヲ目的トスル公訴權ノ消滅ヲ來タスヘキ謂レナシ

**第四 刑法其他之ト同性質ナル刑罰法規ヲ適用シタルモノナルコトヲ要ス** 但外國ノ刑罰法ヲ適用シタル外國ノ判決ヲ除外ス秩序罰或ハ懲戒罰ヲ科シタルコトハ確定判決ヲ經タル場合ト同視スル能ハサルモノナリ故ニ官吏辯護士等ノ懲戒處分ノ原因トナリタル行爲カ刑法上ノ犯罪ヲ構成スル場合ニ於テハ公訴權ハ消滅セサルヲ以テ更ニ公訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得又民事訴訟ノ口頭辯論ニ於テ故意ヲ以テ相手方ノ提出シタル證書ヲ偽造ナリト主張シタル後此主張ヲ繼續シテ立會檢事ニ對シ相手方ノ偽造罪ヲ告訴シタル當事者ハ民事訴

訟法第三百五十五條ニ依リ過料ヲ處スル秩序罰ヲ受クルモ其所爲誣告罪ヲ構成スル場合ニハ右ノ處罰ハ公訴ノ提起ヲ妨クルコトナシ

以上ノ要件ハ又一事不再理ノ原則ヲ適用スルノ要件ニシテ此原則ヲ適用スルニハ猶第五ノ要件アリ新タニ公訴アリタル事件ト既ニ確定判決ヲ經タル事件トハ全然同一ナル内容ヲ有スルコト詳言スレハ請求權ノ客體タル被告人カ同一ナルコト及ヒ請求權發生ノ原因タル犯罪行爲ノ同一ナルコトヲ要スルナリ此點ハ次號確定判決ノ效力ノ範圍ノ下ニ於テ更ニ論究セン

六〇 確定判決ノ效力ハ同一事件ニ止マリ他事件ニ及フコトナキハ喋々ヲ要セサル所ナリ然レトモ所謂同一事件トハ如何ナルモノヲ謂フヤハ既ニ確定判決アリタル事件ト内容ヲ同クスルカ又ハ同クスル疑アル新公訴ノ生シタル場合ニ之ヲ解決スルノ必要アルモノニシテ又二個以上ノ事件ノ存スル場合ニ其同一事件ナルヤ否ヤヲ説明スルハ困難ナラスト雖モ一個ノ事件ノミヲ捉ヘテ所謂同一事件ノ説明ヲナスハ甚タ困難ナルヲ以テ以下論スル所ハ凡テ數個ノ事件ヲ前提トシ之ヲ對照シテ同一ナルヤ否ヤヲ解説スルモノト知ルヘシ甲乙

確定判決ノ效力ノ範圍其ノ同一事件ノ標準

二人ノ長短ヲ定ムルニハ尺度ニ依ラサルヘカラサルカ如ク二個ノ鐵物ノ輕重ヲ知ラントスルハ衡器ヲ用ヒサルヘカラサルカ如ク米麥ノ數量ノ多少ヲ究ムルニハ量器ヲ藉ラサルヘカラサルカ如ク刑事事件ノ同異ヲ定ムルニモ據ルヘキノ標準ナカルヘカラス然レトモ所謂標準ハ尺度ノ如ク單純ナラス衡器ノ如ク輕便ナラス量器ノ如ク簡單ナラサルナリ即チ左ノ如シ

第一 被告人ノ同一ナルコト 所謂被告人ノ同一トハ訴追セラルル資格ノ同一ナルヲ謂フ故ニ甲カ乙法人ノ犯罪ニ付キ乙ノ代表者ナルヨリシテ被告トシテ審判セラレタル後檢事ハ更ニ甲ヲ同一犯罪ニ付キ犯人自身ナリトシテ訴追スルヲ得ルモノナリ(右ノ場合ニ甲ヲ刑ニ處スル確定判決アリ乙モ亦既ニ罰ヲ得サルナラハ再審ノ理由)此點ニ付テハ異論アリ豫審ニ於テハ前示ノ如ク論スヘキモノナレトモ公判ニ於テハ一ノ犯罪ニ付キ有罪無罪ノ判決アラハ資格ヲ異ニスルモ同一被告人ニ對シテハ勿論他ノ人ヲ被告人トシテ訴フルコト能ハスト謂ヘリ然レトモ判決ハ刑罰權ヲ創設スルモノニ非ス換言セハ犯人ヲ生ムモノニ非スシテ刑罰權ヲ宣言スルモノナレハ犯人ナラサル者ヲ罰シタルカ

爲メ(合ハ勿論)眞ノ犯人ニ對スル公訴權ノ消滅ヲ來タスモノニ非サルナリ(此點)  
後ニ付テハ更ニ

第二 事件ノ内容ノ同一ナルコト 甲乙ノ事件ニ於テ其犯罪構成ノ要素タル所爲カ實質上時間的關係若クハ空間的關係ニ於テ同一ナルコトハ事件ノ同一ナルコトヲ決セシムル第二ノ標準ナリ而シテ後ノ訴ノ事實トシテ表示セラレタルモノカ確定判決ニ表示セラレタルモノト全然一致スルコト若クハ部分的一致アルコトヲ必要トセス動作、日時、場所、結果ヲ異ニスルコトハ同一事件ナリトスルノ妨トナラス甲乙共謀シテ丙ニ屬スル住家ト土藏トヲ同時ニ燒燬スルニ當リ甲ハ住家ニ乙ハ土藏ニ放火セル事實アリトセヨ甲ハ丙ノ住家ニ對スル又乙ハ丙ノ土藏ニ對スル單獨放火犯トシテ甲乙各別ニ訴ヘラレ各別箇ノ犯罪トシテ甲ハ刑法第百八條ニ依リ乙ハ刑法第百九條ニ依リ處斷セラレ其判決確定シタリトセヨ後ニ至リ甲ニ對シテ丙ノ土藏ヲ燒燬セリトノ公訴乙ニ對シテ丙ノ住家ヲ燒燬セリトノ公訴アルモ此公訴ハ先ニ確定判決アリタル放火事件ト同一事件ナルヲ以テ公訴權ハ既ニ消滅シタルモノナリ何者該放火事件ノ

内容タル所爲ハ住家及ヒ土藏ニ對スル燒燬ノ一所爲ニシテ甲乙ハ既ニ其所爲ノ一部分ニ付キ確定判決ヲ受ケタルモノナレハナリ又丁カ戊ノ家ニ忍ヒ入り洋服ト時計トヲ竊取シタル事實ニ付キ當時被害者ハ時計ノ盜難ニ心付カス洋服ノ點ノミニ付キ届出テ丁ニ對シテ洋服竊取ノ公訴起リタルモ證據十分ナラストノ理由ヲ以テ無罪ノ判決アリタリトセヨ後ニ至リ戊ハ時計ノ被害ニ心付キ更ニ盜難届ヲ爲シ檢事ハ捜査ノ結果丁カ之ヲ質入セリトノ確證ヲ得テ公訴ヲ提起スルモ竊盜罪ニ對スル公訴權ハ既ニ消滅シタルモノナルヲ以テ裁判所ハ本案ノ判決ヲ爲ス能ハス又己ハ庚ニ對スル毆打創傷ノ所爲アリトシテ處斷セラレタル後庚ハ死亡シ而シテ己ニ殺意アリシコト明瞭トナルモ再ヒ殺人罪ノ公訴ヲ提起スル能ハス今時間的關係上所爲ノ同一ナルノ一例ヲ舉レハ一ケ年間連續セル竊盜行爲ノ終了セル後最終ノ一所爲ニ付キ單行犯トシテ起訴セラレ判決アリタル後其以前ニ於ケル數個ノ連續行爲ニ付キ公訴ヲ提起セハ之レ同一事件ノ再起訴トナルカ如シ又二個以上ノ所爲カ刑法第五十四條ニ依リ手段結果ノ關係ヲ有スル場合ニ手段若クハ結果ノ點ノミニ付キ公訴ノ提起ア

リテ其點ノミニ付キ確定判決アラハ後ニ結果若クハ手段ノ點ニ付キ起訴スルヲ得ス之レ同一事件ニ付キ既ニ判決ヲ經タルモノナレハナリ、結合犯、牽連犯、集合犯ヲ組成スル事實ニ付キテモ亦同シ又更ニ形式的ニ之ヲ觀察スレハ確定判決ト新公訴事實ハ其表示セル所爲ノ同一ニシテ眞實ニ反セサル場合ハ勿論其表示セル所爲ノ兩立ヲ許ササル場合ニハ同一事件ナリト謂ハサルヘカラス例ヘハ從犯ト正犯トハ兩立セス正犯ト教唆トハ兩立セサルカ如シ又結果ノ同一ナル或ハ結果ノ兩立ヲ許ササル場合ニ於テハ同一事件ト謂ハサルヘカラス例ヘハ甲カ毒藥ヲ使用シテ乙ヲ殺シタリトノ事實ト刀ヲ揮ツテ乙ヲ殺シタリトノ事實ハ動作ヲ異ニスルモ結果ヲ同シクスルヲ以テ同一事件ナリト謂ハサルヘカラス又未遂ト既遂トハ兩立セス同一人ニ對シ同時ニ於ケル同一物ノ強取ト騙取トハ兩立セサルカ如シ

六一 連續犯、結合犯、牽連犯、集合犯等ヲ組成スル事實ニ付キテハ連鎖的、結合的又ハ集合的數所爲ノ一、二ニ付キ確定判決アラハ同一事件ノ理山ニ因リ他ノ所爲ニ付キ公訴權ハ消滅スルモノナレトモ判決後ニ於テ其以前ノ所爲ニ連續シ

確定判決ノ效力ノ範圍其二異事件トナル場合

結合シ又ハ集合スル他ノ所爲ハ異事件ト爲リ確定判決ノ效力ハ之ニ及ハサルモノナリ而シテ所謂判決後トハ如何ナル判決ヲ謂フヤ又其判決ノ言渡ヲ謂フヤ或ハ確定ヲ謂フヤノ點ハ大ニ考究ヲ要スルモノニシテ學說モ亦一定セス多クノ學者ノ例ニ倣ヒ主トシテ連續犯ニ付キ之ヲ論センニ連續犯カ判決ノ確定以後ニ互リテ生シタル場合ニ於テ其判決カ上告裁判所ノ判決ナテハ此判決ノ言渡以後ニ於ケル連續ノ所爲ニハ判決ノ效力ノ及ハサルモノニシテ右所爲ハ異事件ト爲ルモノナリ上告判決ト異リ上訴ヲ許ス判決ニ付キテハ左ノ數說アリ

第一說 此說ハ事實上裁判所ノ審判ヲ受ケタル所爲ノミニ對スル公訴權ノ消滅スルモノナルカ故ニ辯論終結後ノ所爲ハ異事件ト爲ルハ勿論辯論終結前ノ所爲ト雖モ裁判所ノ審理ノ目的ト爲ラサルモノハ異事件ト爲ルモノナリト謂フニ在リ而シテ此說ノ論理ヲ貫通スルトキハ一月ヨリ五月ニ互ル連續犯アリテ五月ノ所爲ノミ審判ヲ經タルナラハ一月乃至四月ノ所爲ハ異事件ナルヲ以テ之ニ對シテ更ニ公訴ヲ提起スルヲ得ルモノナリトノ論結ニ達スルモノナ



リ然レトモ此說ハ連續犯ハ凡テノ關係ニ於テ一罪トシテ觀察セサルヘカラストスル實體法上ノ理論ヲ全然否認シ其結果連續犯ヲシテ裁判所ノ審判ノ有無ニ依リ或ハ一罪トナリ或ハ數罪トナラシムルモノニシテ換言スレハ犯罪ヲ構成スル要素ニモ非ス處罰條件ニモ非サル訴訟手續即チ形式法上ノ事實カ實體法上一罪タルヘキ所爲ヲ數罪タラシムルモノニシテ事實ノ自然ニ反シ法律ノ原理ニ背クモノナルカ故ニ採用スヘカラサルナリ

第二說 此說ハ判決ノ確定ニ至ルマテノ間ニ生シタル所爲ニ對スル公訴權ハ消滅スルモノナリ換言スレハ判決ノ確定カ連續犯タル所爲ヲ分裂スルモノナリト謂フニ在リテ論旨簡潔且訴訟法理ニ照シ根據アルモノナレトモ其缺點ハ事實上審判ヲ爲ス能ハサル所爲ニ對スル公訴權ヲ消滅セシムルノ點ニ在リ第二審判決言渡後ニ於テハ裁判所ハ事實ノ審判ヲ再ヒスル方法ヲ有セサルモノナルニ其判決言渡後ノ所爲ニ對スル公訴權ノ消滅スルモノトスルハ當ヲ得サル立論ナリ

第三說 此說ハ控訴ヲ許ス判決ナラハ之ニ對シテ控訴ノ申立ナカリシナラ

ハ其判決ノ確定ニ至ルマテノ所爲ニ對スル公訴權ノ消滅スルモノニシテ控訴ヲ許ササル判決(第二審及ヒ)ナラハ其言渡ニ至ルマテノ所爲ニ對スル公訴權ノ消滅スルモノナリト謂フニ在リテ我刑事訴訟法ノ精神ニ適スルモノナリ控訴ヲ許ス判決ニ對シテハ檢事ハ控訴ノ申立ヲ爲シテ判決言渡以後ノ所爲ノ審判ヲ求ムルヲ得ヘク又被告ヨリ控訴ノ申立アラハ裁判所ニ於テモ此所爲ヲ審判シ一罪トシテ處分スルヲ得ルモノナレハ事實上審判ヲ爲ササリシトルモノモ審判ノ機會ノ存シタル以上ハ此所爲ニ對スル公訴權ヲ消滅セシムルハ正理ニ適フモノナレハナリ此說ニ對スル駁論ハ下ノ如シ檢事ノ控訴又ハ附帶控訴ノ申立アリタル場合ニ於テハ控訴判決ノ言渡ニ至ルマテノ連續的行爲ニ對スル公訴權カ其事件ニ對スル確定判決ニ因リテ消滅ストノ結論ヲ生スルモ檢事ノ控訴又ハ附帶控訴ノ申立ナキ場合ニ於テハ常ニ第一審判決ノ確定ニ至ルマテノ連續的行爲ニ對スル公訴權カ確定判決ニ因リ消滅セサルヘカラストノ結論ヲ生スルノ論理ナク又控訴ヲ許ス場合ニ於テモ判決言渡後ニ於テ公訴權ヲ消滅セシムルハ不當ナリ何者檢事ノ控訴又ハ附帶控訴ナキ限リハ第一審判決

後ノ行爲ニ付キ裁判所ハ審判ヲ爲ス能ハサレハナリト然レトモ控訴裁判所ハ  
檢事ノ控訴又ハ附帶控訴ナクンハ第一審判決ノ主文ヲ被告ノ不利益ニ變更ス  
ル能ハサルモノナレトモ連續犯ノ一罪ヲ構成スヘキ所爲ノ全數ニ付キ事實ノ  
審理ヲ爲スノ職權ヲ制限セラルルコトナシ故ニ檢事ノ控訴又ハ附帶控訴ナキ  
限リハ何レノ裁判所モ第一審判決言渡後ノ所爲ニ付キ審判ヲ爲ス能ハサルコ  
トヲ前提トスル駁論ハ其理由ナシ次ニ第三説カ右ノ如ク審判セサル所爲ニ付  
キ公訟權ノ消滅アリト謂フハ或ル論理法ノ前提ヨリ生スル論理上ノ結果ナリ  
ト説明スルニ非スシテ第一審判決後ノ所爲ハ判決前ノ所爲ト共ニ實體法上連  
續ノ一罪トシテ處分スヘキモノナレハ之ヲ爲シ得ル場合ニ在リナガラ之ヲ爲  
ササリシ以上ハ一罪タルヘキモノヲ分裂シテ第一審判決後ノ所爲ヲ異事件ト  
爲スノ要ナク實體法上ノ理論ニ從フヘキハ正理ナリト謂フニ在レハ駁論前段  
ハ第三説ノ適切ナル攻撃ト稱スルヲ得サルナリ

第四説 此説ハ判決ニ對シ上告ヲ許シ控訴ヲ許ササル場合ニ在リテハ原判  
決ノ言渡ニ至ルマテノ連續的行爲ニ對スル公訴權消滅シ其後ノ行爲ニ對スル

公訴權ハ消滅セス之ニ反シテ判決ニ對シ控訴ヲ許ス場合ニ在リテハ檢事ノ控  
訴又ハ附帶控訴アリタルトキハ控訴判決ノ言渡ニ至ルマテノ公訴權消滅(原  
決ノ言渡後ニ於ケル行爲ニ對スル公訴權ノ消滅スルヲ勿論ナリ)シ控訴又ハ附帶控訴ノ申立ナカリシトキハ原  
判決ノ言渡ニ至ルマテノ連續的行爲ニ對シ公訴權消滅シ其以後ノ行爲ニ對ス  
ル公訴權消滅セスト謂フニ在リ此説ノ前段ハ第三説ノ後段ト同趣旨ニシテ上  
告審ニ於テハ事實ノ覆審ヲ爲ササルヲ以テ原判決言渡後ノ所爲ハ如何ナル方  
法ヲ以テスルモ審判ヲ爲ス能ハサルコトヲ理由トシ第二審判決ノ言渡ニ至ル  
マテノ所爲ニ對スル公訴權ノ消滅ヲ論結スルモノトナルカ故ニ正當ノ見解ナ  
リ此説ノ後段ハ檢事ノ控訴又ハ附帶控訴ナクンハ第一審判決ノ所爲ニ付キ審  
判スル能ハタルコトヲ理由トシテ檢事ノ控訴若クハ附帶控訴アラハ第二審判  
決言渡マテニ生シサル所爲ニ對スル公訴權消滅シ右ノ控訴若クハ附帶控訴ナ  
クンハ第一審判決言渡マテノ所爲ニ對スル公訴權ノ消滅スルモノナリト論結  
スルモノナルカ故ニ其當ヲ得サル見解ナリ即チ此説ハ其論結ノ前提ニ誤謬ヲ  
有スルモノナリ第二審裁判所ハ刑事訴訟法第二百六十五條ノ制限ノ下ニ事實

認定ノ自由ヲ有スルモノナレハ被告人ノミノ控訴ノ場合ト雖モ第一審判決以後ニ亘レル連續所爲ノ認定ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ此事實ヲ認定シテ以テ第一審判決ヲ取消スコトハ刑事訴訟法第二百六十五條ニ所謂不利益ノ變更ニ非サルナリ而シテ此說ノ前提ニ從フトキハ刑法第五十五條ヲ適用上制限スルモノニシテ一個ノ連續犯タルヘキ實體法上ノ事實ヲ訴訟行爲ヲ以テ分裂シテ(已ムヲ得サル)二個ト爲スモノナルカ故ニ刑法ノ精神ニ反スルモノナリ又控訴若クハ附帶控訴ヲ提起シタル狀態ト之ヲ提起シ得ヘカリシ情況トハ事實上及ヒ法律上差異アルコト勿論ナレトモ此說ハ本問ノ場合ニ於テ兩者ヲ同視スヘキ特別ノ理由(即チ第三ノ理由)ヲ無視スルノミナラス實際ニ於テハ連續犯ニ付キ再ヒ公訴ヲ提起スルノ必要アル場合ヲ多カラシムルノ結果ヲ生スルモノナルヲ以テ訴訟經濟ノ點ヨリ觀察スルモ完全ナル說ト謂フ能ハサルモノナリ

六二 公訴權ハ其行使ノ客體タルヘキ人ノ存スルニ由リテ成立シ客體ノ複數ナルトキハ各客體ニ對シテ成立スルモノナレハ複數ノ客體ニ對シテ公訴權ノ成立スル場合ニ於テハ一個ノ客體ニ對スル公訴權ノ行使ノ終了ハ其客體ニ對

確定判決ノ效力ノ範圍其三  
第三者ニ對シ  
效力ナシ

スル關係ニ於テノミ公訴權ノ消滅ヲ來スモノニシテ他ノ客體ニ對シテハ公訴權ハ消滅セズ換言スレハ複數ノ客體ノ存スル場合ニ一個ノ客體ニ對スル公訴權ノ行使ノ終了ハ之ニ對スル公訴權ノ關係的消滅ヲ來タスノミニシテ其絕對的消滅ヲ來タスコトナシ而シテ訴訟關係ハ起訴セラレタル被告人ト檢事トノ間ニ於テノミ生スルモノニシテ必要的共犯ノ場合ニ於テモ未タ起訴セラレサル共犯人ト檢事トノ間ニハ生セサルモノナレハ縱令檢事カ此共犯人ノ何人ナルカヲ探究シ得タリトスルモノニ對シテ新ニ起訴ヲ爲サスシテ既ニ成立セル訴訟關係ヲ之ニ及ホスコトヲ得サルモノナレハ起訴セラレタル被告人ニ對スル確定判決ハ起訴セラレサル共犯人ノ利益ニ於テモ不利益ニ於テモ效力ヲ生スルコトナシ(利益ニ於テトハ共犯人ノ訴訟ヲ免ルルヲ謂ヒ不利益ニ換言スレハ起訴セラレサル共犯人ハ實體法上ノ觀察ニ於テハ當事者ナリト稱スルヲ得ヘケレトモ訴訟法上ノ觀察ニ於テハ第三者ニシテ刑事ノ確定判決ハ訴訟ノ當事者ナラサル者ノ罪責ノ有無ヲ定ムルノ效力ヲ有セサルモノナリ故ニ判決ノ理由ニ於テ被告人甲ハ乙ト共謀シテ文書偽造ヲ爲シタリトノ判斷ヲ爲スモ此

判決ハ未タ被告人ト爲ラサリシ乙ヲ犯人ナリト確定スルノ效力ナキモノナリ  
 從ツテ後日乙ニ對シテ公訴ノ提起アラハ裁判所ハ前示甲ニ對スル判決ニ拘束  
 セラルルコトナク自由ナル心證ヲ以テ乙ノ有罪無罪ヲ判斷スヘキモノニシテ  
 乙ヲ無罪ナリトスルモ確定判決ノ效力ヲ無視セルモノニ非サルナリ故ニ確定  
 判決ハ起訴セラレサル第三者ニ對スル公訴ノ消滅ヲ來タスコトナキモノトス  
 (然レトモ確定判決ハ他ノ觀察點ニ於テ例ヘハ證據法上ニ於テハ訴訟當  
 事者以外ノ者ニ對シテ又此第三者ノ爲メニ效力アリ後ニ說明スヘシ)

決定ノ確定

ノ如シ

第一 免訴ノ豫審終結決定(此決定ニ對シテ抗告ヲ爲シ或却セリハ決定ハ確定ス)

第二 重罪公判ニ付スル決定ニ對スル抗告ニ付キ抗告裁判所ノ原決定ヲ取  
 消シ免訴ヲ宣言セル決定

以上ノ決定ハ本案ニ付キ下シタルモノナルコトヲ要ス故ニ公訴不受理ノ理  
 由ニ基ク決定ハ實質的決定ニ非サルカ故ニ公訴權ヲ消滅セシムルコトナシ又

管轄違ノ決定モ同一ノ效力ヲ有セサルコト勿論ナリ而シテ實質的決定ノ證據  
 不十分ノ理由ニ基クモノハ其效力條件附ノモノナリトス換言セハ第七十五  
 條ニ規定スル新起訴ヲ許スヘキ新證據ノ存セサルコトヲ要ス免訴ノ決定確定  
 スルモ新證據ノ存スルトキハ檢事ハ再起訴許可ノ申立ヲ爲シ得ルモノナルヲ  
 以テ免訴ノ決定ハ絕對的ノ確定力ヲ有スルモノニ非ス之ニ反シ罪ト爲ラスト  
 ノ理由ニ基ク決定ハ絕對的確定力ヲ有スルモノナリ

甲ニ對スル免訴ノ決定ハ同一事件ニ關シ乙ノ爲メニ確定力ヲ有スルモノニ  
 非ス共犯者ノ爲メニ確定力ヲ生セサルコト勿論ナリ刑事訴訟法第七十五條  
 ハ同一被告人ニ對スル再度ノ起訴ヲ爲サントスル場合ニノミ適用セラルヘキ  
 モノニシテ同一犯罪ニ付キ被告人トシテ起訴シタル甲カ免訴ノ言渡ヲ受ケタ  
 ル後此犯罪ニ付キ乙ヲ起訴セントスル場合ニハ適用ナシ免訴ノ決定ハ起訴セ  
 ラレタル人ノミニ付キ效力アルモノナレハナリ(判決ニ付キ論シタ)免訴ノ確定  
 決定ハ無罪ノ確定判決ニ同シク私訴權ニ影響セス免訴ノ決定ハ第一審ナルト  
 第二審ナルトヲ問ハス之ヲ爲シタル者ニ於テ其確定前ト雖モ取消ス能ハス此