認ムルモ不當ニ非ズト解セザルベカラズ。余輩ハ、公訴提起後ノ追完ハ之ヲ許サズト解ス。判例モ亦追完ヲ認メズ(一)(二)。

一　大正五年七月一日判決、錄第二二輯第一一九四號

二　同說小山博士第二九四頁、牧野博士第一三〇頁、宮本博士第一六八頁。

九　告訴ノ時期

親告罪ノ告訴ハ、犯人ヲ知リタル日ヨリ六月ヲ經過シタルトキハ之ヲ爲スコトヲ得ズ（二六五第一項）（一）(二)。此ノ場合ニ於テ、期間延長ニ關スル第八十二條ノ規定ノ適用ナシ。刑法第二百二十九條但書ノ場合ニ於ケル告訴ハ、婚姻ノ無效又ハ取消ノ裁判確定シタル日ヨリ六月內ニ之ヲ爲スニ非ザレバ其ノ效力ナシ（二六五第二項）。告訴權者數人アル場合ニ於テ、其ノ內ノ一人ガ期間ヲ懈怠スルモ他ノ告訴權者ニ對シ其ノ效力ヲ及ボサズ（二六六）。

一　共犯ノ如ク犯人數人アルトキハ、其ノ一人ヲ知レバ足リ全部ヲ知ルヲ要セズ。尙教唆犯又ハ從犯ノミヲ知リ其ノ正犯ヲ知ラザル場合モ亦然リト謂フ說アリ（小山博士第二八七註一）。

二　刑事訴訟法第二百六十五條第一項ノ期間ハ、犯罪ガ既遂タルト未遂タルトヲ問ハズ、其ノ終了後犯人ノ誰タルヤヲ知リタル日ヨリ起算ス。犯罪ノ繼續中ハ之ヲ加算セズ（昭和六年一月二七日判決、集第一〇卷第一二頁）。

十　告訴權ノ拋棄

告訴權ノ拋棄ニ二箇ノ場合アリ。其ノ一ハ告訴前ノ拋棄ニシテ、其ノ二ハ告訴ヲ爲シタル後ノ拋棄ナリ。後者ハ本法ニ於テ之ヲ取消ト稱ス（二六七第一項）。告訴前ニ於ケル告訴權ノ拋棄ニ付テハ異說アリ。卽チ告訴前ニ告訴ノ拋棄ヲ爲スモ其ノ效ナシト爲ス說アリ(一)(二)。之ニ反シ判例ハ、姦通罪ニ付妻ノ姦通ヲ宥恕シタルトキハ、姦通罪ニ關スル夫ノ告訴權ハ消滅スルモノト爲セリ(三)。

告訴ノ拋棄ハ第二審ノ判決アル迄之ヲ爲スコトヲ得（二六七第一項）。若夫レ第一審ニ於テ判決言渡後其ノ確定前ニ告訴ノ取消アリタルトキハ、檢事ハ被告人ノ利益ノ爲ニ上訴ヲ爲スベキモノトス。告訴ノ取消ヲ爲シタル者ハ更ニ告訴ヲ爲スコトヲ得ズ（二六七第二項）(四)。

告訴權ノ拋棄ハ告訴提起ノ場合ト同ジク、檢事又ハ司法警察官ニ對シ之ヲ爲スベキモノナリ（二七二、二七五）(五)。若シ其ノ告訴事件裁判所ニ繫屬スルトキハ、裁判所ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得ベシ。告訴ハ代理人ニ依リ之ヲ爲スコトヲ得ベク、其ノ取消モ亦代理人ニ依リ之ヲ爲スコトヲ得（二七一）。但シ、告發ハ代理人ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得ザルモノトス(六)。尙當事者問ノ所謂示談ハ告訴ノ拋棄ト看做スベキヤ否ニ付異說アルモ、判例ハ姦通罪ニ關シ夫ガ妻ノ姦通ヲ宥恕シタルトキハ、其ノ告訴權ハ消滅スルモノト爲シ積極說ヲ採レリ。

告訴權拋棄ノ方式ニ付テハ、本法ニ規定ヲ爲サズ。從テ告訴ノ方式（二七二）ニ依ルヲ一般ノ取扱例ト爲ス。告訴ノ取消アリタルトキハ、檢事ハ公訴提起ヲ爲スコトヲ得ズ。又既ニ公訴提起ヲ

爲シタルトキハ、裁判所ニ於テハ判決ヲ以テ公訴棄却（三六四第五號）ヲ爲スベキモノトス。

一　林博士各則上第六五頁、板倉中尾第四五八頁、小山博士第二八四頁、平井氏第五二三頁、清水氏第一五五頁、矢追氏第四二三頁。判例、昭和四年一二月一六日判決、集第八卷第六六六頁）。

二　親告罪ノ告訴權ハ之ヲ拋棄スルコトヲ得ズ（昭和四年一二月一六日判決、集第八卷第六六二頁）。告訴權ハ之ヲ拋棄スルコトヲ得ザルモノトス（昭和九年六月二九日判決、集第一三卷第九〇四頁）。

三　大正一五年三月一九日判決、集第五卷第一一二頁、同記宮本博士第一六九頁。

四　告訴取消時期ニ付判例ハ曰ク。告訴ノ取消ハ、相姦者ノ一人ニ付第二審ノ判決アリタルトキハ、他ノ一人ガ未ダ第二審判決ノ宣告ヲ受クルニ至ラザルモ、之ヲ爲スコトヲ得ズ（昭和三年一〇月五日判決、集第七卷第六五一頁）。

五　告訴權者被告訴人トノ私和ニヨリ、告訴ノ取消書ヲ作成シ之ヲ他人ニ交付スルモ未タ當該官署ニ提出セラレザル以前ニ於テ告訴ヲ取消ス意思ノ不存在乃至該取消書ノ撤回又ハ廢棄ノ意思ヲ表明シタルトキハ、假令告訴取消書ガ當該官署ニ到達スルモ其ノ效果ヲ發生セズ（昭和一四年二月二五日判決、集第一八卷第五〇頁。

六　判例ハ、告發ニ付テモ代理ヲ以テ爲スコトヲ得ト爲シタリ。然レドモ告發ハ告訴ト異ナリ、何人ト雖之ヲ爲スコトヲ得ベク、代理ヲ認ムル要ナク且、告發ハ公益ノ爲メニ爲スモノナルガ故ニ、之ニ代理ヲ認ムルハ事理ニ適セザルモノト謂フベシ。舊法ハ告發ニ付テモ代人ニ委任シテ之ヲ爲スコトヲ得ト規定シタルモ（舊訴五四第一項）。現行法ハ告訴ニノミ之ヲ認メ、告發ニ付テハ代理ノ規定ヲ爲サズ。故ニ之ヲ認メザルモノト解スルヲ妥當トス。

十一　一人ノ告訴ノ拋棄

告訴權者數人アル場合ニ於テ、其ノ中ノ一人ノ告訴ノ拋棄ハ他ノ告訴權者ノ告訴ニ影響ヲ及ボ

スコトナシ。但シ、其ノ中ノ一人ノ告訴ニ因リテ公訴提起セラレタル場合ニ於テ、告訴ノ取消ヲ爲シタルトキハ、訴訟要件ヲ缺如スルニ至リ公訴ハ其ノ效力ヲ失フコト論ヲ待タズ。

共犯者ノ一人ニ對シ有罪ノ判決確定シタル後、他ノ共犯者ニ對シテ告訴ノ拋棄ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ニ付學說分ル。之ヲ肯定スル說ハ告訴及其ノ拋棄ハ不可分ナルモ、其ノ消滅モ亦不可分ト爲スベカラズ。苟モ確定判決前ノ拋棄ハ可能ナリト爲ス。之ニ對シ否定說ハ、免訴ノ言渡ガ他ノ共犯者ニ對シ影響ナキ場合ヲ擧ゲテ、結果ノ不公平ヲ論ジテ告訴ノ取消ヲ許サズト爲ス。之ヲ要スルニ、共犯者ノ一人ニ對シ判決確定スルモ、他ノ共犯者ニ對シテハ其ノ判決ノ確定ガ及ブモノニ非ズ。苟モ判決ノ未ダ確定セザル者ニ對シテハ、告訴ノ拋棄ハ之ヲ妨グルモノニ非ズト解スベキナリ。判例モ亦此ノ場合ニ於テ告訴ノ取消ヲ有效ト爲シタリ（一）。

親告罪ニ於テ告訴ガ不可分ナルガ如ク、告訴ノ拋棄モ亦不可分ト解スベキモノナリ。從テ條件付告訴ノ效力問題ハ、告訴ノ拋棄ノ場合ニモ生ズルモノナリ。前揭第四項ノ條件付告訴ノ效力ヲ理解セバ、自ラ本問題モ亦明ナルベシ。

一　明治四三年五月一九日判決、錄第一六輯第八二九頁。

十二　請求ヲ待チテ論ズベキ罪

請求ヲ待チテ論ズベキ罪（刑九〇以下）ニ付テモ、以上ノ研究ニ準ジテ論ズベキモノナリ（二六

七第三項、二六八第二項、三一五第五號、三六四第五號)。告發ニ付テモ亦同樣ナリ。告發ニ就テハ捜査ノ端緒ノ項ニ於テ述ベントス。

第六　公訴ノ取消

一　取消ノ時期　檢事ハ、一旦提起シタル公訴ノ取消(Zurücknahme der öffentlichen Klage)ヲ爲スコトヲ得。其ノ取消ノ時期ハ、豫審終結決定又ハ第一審ノ判決アル迄トス(二九二第一項)。公訴ノ取消ハ、不變更主義ノ下ニ於テハ之ヲ許サザルヲ原則ト爲スモ、我刑事訴訟法ハ之ヲ認メタリ。

違警罪即決例ニ依ル正式裁判ノ申立アリタルトキハ、檢事ハ其ノ事件ヲ裁判所ニ送致セザルベカラズ。此ノ送致ニ依リテ起訴ノ效力ヲ生ズ。此ノ場合ニ於テ、檢事ハ其ノ公訴ヲ取消スコトヲ得ルヤ否ハ問題ナリ。正式裁判ニ於テハ檢事ハ公訴ヲ取消スコトヲ得ズト爲ス說(一)ト、此ノ場合ニ關シ特ニ第二百九十二條ノ適用ヲ制限スル理由ナキモノト爲ス說(二)トアリ。然レドモ正式裁判ノ申立ハ、告訴ノ場合ト同ジク本人ノ取消ナクンバ檢事ハ自由ニ其ノ取消ヲ爲スコトヲ得ザルモノト解スルヲ妥當トス(三)。

一　小山博士第三四五頁。

二　牧野博士第一〇七頁。

三　同說、司法省刑事局長大正一二年一一月一二日通牒。

二　取消ノ方式

公訴取消ノ方式ハ、其ノ理由ヲ記載シタル書面ヲ以テ爲スベキモノトス(二九二第二項)。而シテ公訴ノ取消アリタルトキハ、裁判所ハ公訴棄却ノ決定ヲ爲スコトヲ要ス(三六五)。此ノ場合ニ於テハ、同一事件ニ付再ビ公訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得ズ。更ニ同一事件ニ付公訴ヲ提起シタルトキハ、豫審ニ於テハ公訴棄却ノ決定(三一五第三號)。公判ニ於テハ公訴棄却ノ判決(三六四第三號)ヲ爲サザルベカラズ。

第七　不起訴處分、他管送致、告訴ノ處分通知

一　不起訴處分

公訴權ノ提起ニ關シテハ、合法主義ト便宜主義トノ對立アリ。我刑事訴訟法ハ、便宜主義ヲ採リ檢事ハ諸般ノ事情ヲ酌酌シ、訴追ヲ必要トセザルトキハ公訴ヲ提起セザルコトヲ得ルモノト爲セリ(二七九)。不起訴處分ヲ爲ス場合次ノ如シ。

(一)　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(三六二)。

(二)　被告事件罪ト爲ラズ又ハ犯罪ノ證明ナキトキ(三六二)。

(三) 公訴ノ要件完備セザルトキ(三六三、三六四、三六五)。卽チ(二)(三)ノ場合ハ、裁判所ニ於テハ無罪、免訴又ハ公訴棄却ノ裁判ヲ爲スベキ場合ナリ。

二 告訴人ニ通知

告訴ニ係ル事件ニ付檢事ハ公訴ヲ提起シ又ハ不起訴ノ處分ヲ爲シタルトキハ、速ニ其ノ旨ヲ告訴人ニ通知セザルベカラズ。公訴ヲ取消シ又ハ事件ヲ他ノ裁判所ノ檢事若ハ相當官署ニ送致シタルトキ亦同ジ(二九四)。

三 事件ノ送致

被告事件、其ノ所屬裁判所ノ管轄ニ屬セザルモノト思料スルトキハ、書類及證據物ト共ニ其ノ事件ヲ管轄裁判所ノ檢事又ハ相當官署ニ送致セザルベカラズ(二九三第一項)。此ノ場合ニ於テ、被疑者ニ對シ勾留ヲ繼續スル必要ナシト思料スルトキハ、之ヲ釋放スルコトヲ要ス(二九三第二項)。

四 處分ニ對スル抗告

檢事ノ處分ニ付、告訴人ハ利害關係ヲ有スモノナリ。故ニ檢事ノ處分ヲ不當トスルトキハ、裁判所構成法ノ規定ニ從ヒ監督官廳ニ抗告ヲ爲スコトヲ得ベシ(構一四〇)。刑事訴訟法ニ於テハ之ニ對シ何等救濟方法ノ規定ヲ爲サズ。監督官廳ニ於テ此ノ不起訴處分ヲ不當ナリト認ムルトキハ更ニ起訴ヲ命ズルコトヲ得。

第八 公訴權ノ消滅

一 意義

公訴權ハ公訴ノ不適法ナル場合ハ勿論、一旦之ヲ行使シ其ノ目的ヲ達成シタル場合又ハ法定ノ期間內ニ之ヲ行使セザルガ爲ニ、公訴權ノ消滅ヲ來タス場合其ノ他公訴權ノ行使ヲ爲シ能ハザル場合等種々ノ原因ニ依リテ消滅ス。

公訴提起ガ訴訟法上ノ條件ヲ具備セザルトキハ、其ノ起訴ハ不適法ナルコト旣ニ述ベタルトコロナリ。而シテ公訴ノ不適法ナル場合ニ二アリ。第一ハ公訴ガ不適法ナルニ止マリ、檢事ニ於テ更ニ其ノ缺點ヲ補充シ再ビ公訴ヲ提起シ得ル場合ナリ。第二ハ公訴ガ不適法ノ爲其ノ事件ヲ訴追スルコト不可能ノ場合ナリ。此ノ場合ハ檢事ニ於テ其ノ缺點ヲ補足スルノ途ナク、其ノ事件ニ付實體上ノ裁判ヲ受クルコトヲ得ザルモノトス。之ヲ公訴權ノ消滅ト稱ス。以上第一ノ場合ハ、裁判所ハ其ノ公訴ニ對シ公訴棄却又ハ管轄違ノ裁判ヲ爲スモノトス。第二ノ場合ハ、此ノ公訴ニ對シ免訴ノ判決ヲ言渡スベキモノナリ(三六三)。然レドモ免訴ノ判決ハ常ニ公訴權消滅ノ場合ナリト謂フコトヲ得ズ。第三百六十三條第二號ノ刑ノ廢止ノ場合ニハ、公訴不適法ニ非ズシテ事件ノ實體ニ付テ判決ヲ爲スベキモノナリ。茲ニ公訴權消滅トハ、實體的公訴權ノ消滅ヲ謂フモノナリ。

二　消滅ノ原因

本法ハ公訴權消滅ノ原因ヲ正面ヨリ規定スルコトナク、唯、公判ノ裁判及豫審終結決定ニ關スル規定中、免訴及公訴棄却ノ言渡ヲ爲スベキ場合ヲ列擧シ裏面ヨリ之ヲ示シタリ。公訴權消滅ノ原因ニ三アリ、曰ク確定判決、曰ク大赦、曰ク時效是ナリ。

其一　確定判決

判決ハ取消又ハ變更スルコトヲ得ザル狀態ニ至リタルトキニ確定ス。之ヲ判決ノ確定力(Rechtskraft)ト稱ス(一)。

(一)　確定ノ效力　一定ノ事件ニ付確定判決アリタルトキハ、其ノ事件ニ對スル公訴權ヲ消滅セシム。之ヲ一事不再理(ne bis in idem)ノ原則ト稱ス。確定判決ノ效力ハ同一事件ノ全部ニ亙リテ生ズルモノニシテ、他ノ事件ニ及ブコトナシ。卽チ事件ノ本案ニ付確定判決アリタルトキハ、法律上特ニ許サレタル場合(非常上告、再審)ノ外、同一事件ニ付再ビ公訴ヲ提起スルコトヲ得ズ。故ニ再ビ公訴ヲ提起シタルトキハ、裁判所ハ之ニ對シ免訴ノ言渡ヲ爲スベキモノトス(三一四第一項、三六三第一號)。

一　第一審及第二審ノ判決ハ、上訴期間ノ經過ニ依リ確定ス。又ハ申立ヲ爲シタル上訴ノ取下ニ依リ確定スルモノナリ。上告審ノ判決又ハ大審院ノ特別權限ニ屬スル事件(法律上上訴ヲ許サズ)ノ判決ハ其ノ言渡ニ依リ直ニ確定スルモノトス。

(二)　判決ノ確定力　判決ノ確定力ニ、形式的確定力ト實質的確定力トニ觀察スルコトヲ得。

(イ)　形式的確定力　事件ニ對スル判決確定シタルトキハ、上訴又ハ故障ノ方法ニ依リ之ヲ攻擊スルコトヲ得ザルモノトス。斯ル狀態ヲ判決ノ形式的確定力(formelle Rechtskraft)ト謂フ判決確定シタルトキハ、執行力ヲ生ズルヲ原則トス(五三四)。從テ確定シタル判決ハ、特ニ法律上許サレタル非常上告(五一六)又ハ再審(四八五以下)ノ方法ニ依リ、之ヲ攻擊シ得ルノミナリ。

(ロ)　實質的確定力　事件ガ確定判決ヲ經タルトキハ、一面ニ於テ公訴權發生ノ障礙ヲ爲スモノニシテ、他面ニ於テハ公訴權ノ消滅原因ト爲ル。從テ其ノ事件ハ再ビ刑事訴訟ノ客體トヨリ觀察スルトキハ、公訴權ノ消滅ニ外ナラズ。一事不再理ノ原則トハ、實質的確定力ノ半面ヲ指稱スルモノニシテ、其ノ結果

(三)　本案ノ判決、本案前ノ判決　判決ニハ、本案ノ判決ト本案前ノ判決ト爲スコトヲ得ベシ。本案ノ判決トハ、實體法上ノ刑罰權ニ付テノ判決ニシテ、本案前ノ判決トハ、訴訟手續ニ關スル判決ヲ謂フ。換言スレバ、本案ノ判決トハ、公訴權ノ消滅ヲ來タスベキ缺陷アルトキハ之ヲ補足スルノ途ナク、事件ノ實體ニ關スル判決ト同ジク刑罰權ニ關スル判決ナリ。卽チ有罪無罪及

免訴ノ判決ハ、本案ノ判決ナリ。本案前ノ判決トハ、訴訟手續上ノ判決ガ確定シタル場合ニ於テ、其ノ判決ノ理由ト爲リタル手續上ノ缺陷ガ其ノ補足ヲ許サレ、更ニ訴ヲ提起スルコトヲ妨ゲザル場合ナリ。卽チ管轄違及公訴棄却ノ判決ハ、本案前ノ判決ナリ（一）。前者ヲ實體的判決ト謂ヒ、後者ヲ形式的判決ト謂フ。

一　訴訟上ノ權利ニ基キテ申立ヲ爲シ、之ニ對シ裁判所ノ決定アリタルトキハ、同一事情ノ下ニ同一理由ニ基キ反覆シテ同樣ノ申立ヲ爲スコトヲ許サズト（昭和七年三月一四日決定、集第一一卷第二三三頁）。

（四）確定力ノ範圍　刑事訴訟ニ於テハ、犯罪ノ一部ニ付審判ヲ爲スコトヲ得ザルヲ以テ、判決ノ確定力モ亦其ノ起訴セラレタル事件ノ全部ニ及ブモノナリ。判決主文ノ如何ニ拘束セラルルモノニ非ズ。從テ共犯者ノ一人ニ對スル確定判決ノ效力ハ、他ノ共犯者ニ影響ヲ及ボスモノニ非ズ。判例モ亦同說ナリ（一）。之ニ反シ犯罪ノ一部ニ付確定判決アリタルトキハ、其ノ全部ニ對シ確定力ヲ生ズルモノナリ。蓋、審判ノ範圍ハ公訴ノ範圍ト其ノ標準ヲ定ムル理論同一ナルヲ以テナリ。（第三公訴ノ範圍參照）

一　大正五年二月二一日判決、錄第二二輯第二二九頁。

（五）集合的犯罪ニ對スル確定力　判決ノ確定力ニ關シ、特ニ疑問ヲ生ズルハ連續犯、牽連犯、慣行犯等、卽チ集合犯的犯罪ニ對スル場合ナリ。集合的犯罪トハ、獨立シタル數箇ノ犯罪事實ガ合一シテ一罪ト爲ル場合ナリ。然レドモ數箇ノ事實ハ場合ニ依リ、判決ノ前後ニ跨リテ生ズルコトアルベシ。若夫レ一箇ノ判決ニ依リ一罪ナルノ故ヲ以テ、其ノ全部ニ亙リテ確定力ヲ生ジ後ニ發生シタル事實ニ對シテハ、一事不再理ノ原則ノ適用アリトセンカ、刑法累犯ニ關スル規定ノ趣旨其ノ他總則ノ精神ニ反スルモノト謂ハザルベカラズ。從テ集合的犯罪ニ就テハ、判決ノ確定力ヲ如何ナル程度マデ認ムベキヤノ研究問題ヲ生ズルモノナリ。此ノ點ニ關スル學說五アリ。次ノ如シ。

第一說　裁判所ノ審判ヲ受ケタル犯罪事實ニ付テノミ、確定力ヲ生ズト爲スモノナリ。然レドモ此ノ說タルヤ、公訴不可分ノ原則ニ反スルコト明白ナリ。

第二說　判決確定ニ至ル迄ノ犯罪事實ニ付、確定力ヲ生ズト爲スモノナリ。此ノ說ハ、裁判所ガ法律上審判ヲ爲スコト不能ナル事實ニ付テモ、尙、且判決ノ確定力ヲ認メントスルモノナリ。豐島博士ハ此ノ說ヲ採ル（第二六六頁）。

第三說　控訴申立ヲ許ス判決ト之ヲ許サザル判決トニ區別シ、之ヲ許ス判決ニ付テハ其ノ判決ノ確定ノトキ迄ノ事實。之ヲ許サザル判決ニ付テハ、其ノ判決ノ言渡ノトキ迄ノ事實ニ付確定力ヲ認メントスルモノナリ。然レドモ控訴ノ申立ハ當事者ノ自由ニシテ、控訴ナキ事件ニ付其ノ確定ノ日マデノ事實ニ付確定力ヲ認ムルコトハ、法律上裁判所ガ審判シ得ザル事實ニ對シ

テモ、尙確定力ヲ及ボスモノニシテ第二說ト同樣ノ非難ヲ免カレズ。又上告審ノ判決ニ付、其ノ言渡ニ至ル迄ノ事實ニ對シ確定力ヲ認メントスル點ニ付テモ亦同樣ナリ。此ノ說ハ中川博士ノ採ルトコロナリ（第一三八五頁）。

第四說　第一審、第二審ト上告審トヲ區別シ、第一審、第二審ノ判決ニ付テハ、其ノ判決言渡ニ至ル迄ノ事實、上告審ノ判決ニ付テハ、第二審判決言渡迄ノ事實ニ付確定力ヲ認メントスルモノナリ。

蓋、裁判所ハ其ノ審判權ノ範圍ニ於テ、總テノ事實ニ對シ審判ヲ爲スベキ職責ヲ有ス。又夫レ以外ノ事實ニ對シ、審判ヲ爲スコトハ法律上不可能ナリ。只現行法ハ舊法ト異ナリ、上告審ニ於テモ事實審理ヲ爲ス場合（四四四）アルヲ以テ、此ノ場合ニ在リテハ、其ノ判決言渡迄ノ事實ニ對シ判決ノ確定力ヲ認メザルベカラズ。此ノ說ノ範圍ハ、法律上審判權ノ最大ノ限度ニ於テ事實關係ヲ認ムルモノニシテ、前說ト比較シ妥當ナリト謂フベシ。此ノ說ヲ採ルハ、富田博士第八三四頁、林博士論第三〇三頁、牧野博士第一四〇頁　判例大正四年四月二九日判決、錄第二一輯第四三四頁。

第五說　最終ニ事實ヲ審理シタル裁判所ノ辯論終結迄ノ行爲ニ付、確定力ヲ生ズト爲ス說ナリ。

事實裁判所ハ、公訴事實ニ付判決ヲ爲スニ至ル迄ニ發生シタル事實ヲ審判スルモノナリ。而シテ一旦辯論ヲ終結スルモ、辯論ヲ再開シテ審理ヲ爲ス場合アリ。從テ辯論ノ終結ヲ限界トスルハ、其ノ理由ニ乏シキモノト謂ハザルベカラズ。殊ニ上告審ニ於テ、事實審理ヲ爲ス場合アルヲ以テ、此ノ場合ニ於テモ辯論終結迄ト解スベキヤ否不明ナリ。寧ロ第四說ヲ採ルヲ優ルモノトセザルヤ。此ノ說ヲ採ルハ板倉博士、中尾氏共著第五三八頁。

（六）　一部分ガ告訴ナキ場合　集合的犯罪中ノ一事實ガ親告罪ニシテ、其ノ告訴ナカリシ爲ニ裁判セザル場合ニ於テ、其ノ事實ハ判決ノ確定力ヲ包含セラルベキヤ否ニ付疑問アリ。蓋、親告罪タル事實ニ付テハ、告訴ナクシテ審判ヲ爲ス能ハザルガ故ニ告訴ヲ要スト雖、其ノ事實ハ他ノ事實ト合一シテ一罪タルベキモノナルヲ以テ、告訴ナカリシ事實ハ只之ヲ審判スルコトヲ得ザルニ止マリ、之ガ爲ニ判決ノ確定力ノ範圍ハ制限ヲ受クルモノニ非ズト解スベキナリ。

（七）　一箇ノ事件ト數箇ノ決定　一箇ノ事件ニ付免訴ノ決定アリ他ノ事件ニ付公判ニ付スルノ決定アリタルトキハ、裁判所ハ之ニ對シ如何ナル判決ヲ爲スベキヤニ關シ議論アリ。

其ノ一說ハ、一罪ノ一部ニ付既ニ免訴ノ言渡ガ確定シタルモノナルノ理由ヲ以テ、事件ノ全部ニ付免訴アリタルモノトシテ取扱フベキモノト爲ス說ナリ（一）。

其ノ二説ハ、免訴ノ決定ヲ以テ無效ト爲シ、裁判所ハ之ニ拘束セラルルコトナシトスル説ナリ(二)。

其ノ三説ハ、豫審終結決定ノ確定ニ因リテ、其ノ一罪ガ兩分セラルルモノト爲シ、裁判所ハ免訴ニ係ル部分ニ付審判ヲ爲スコトヲ得ズ。只其ノ公判ニ付セラレタル範圍ニ於テ、裁判ヲ爲スベキモノト謂フニ在リ(三)。此ノ説ヲ以テ妥當ナリト解ス。尙此ノ問題ハ公判ニ於テ同一事件ガ誤テ二罪トシテ取扱ハレ、一部ニ付無罪ノ判決アリテ確定シ他ノ一部ノ有罪判決ニ對シ上訴アリタル場合ニ於テ、上訴裁判所ハ如何ナル裁判ヲ爲スベキヤ否ニ付テモ亦同樣ニ考フベキモノナリ。

一 中川博士法學協會雜誌第二六卷第五號第二九二頁。
二 豐島博士第六〇四頁。同説林博士論第二八七頁。
三 明治四〇年五月二八日判決、錄第一三輯第五〇四頁。

(八) 確定判決ト同一　公訴權消滅ニ付、確定判決ト同一ニ解セラルルモノアリ、次ノ如シ。

一 免訴ノ決定ハ、卽時抗告期間三日(四五九)ヲ經過スルニ依リテ確定ス(三一六)。
二 略式命令(五二三、五三三)。
三 違警罪卽決處分(同卽決例七)。
四 間接國稅犯則者通告處分(同處分法一六、關稅九六)。

五 少年ニ對スル審判(少年法六三)。

其二 大赦

大赦ハ、天皇ノ大權ニ屬ス(憲一六)。大赦ハ、勅令ヲ以テ罪ノ種類ヲ定メ之ヲ行フモノナリ。卽チ別段ノ規定アル場合ノ外、大赦アリタル罪ニ付刑ノ言渡ヲ受ケタル者ニ對シテハ、其ノ言渡ハ將來ニ向テ效力ヲ失ヒ、未ダ刑ノ言渡ヲ受ケザル者ニ對シテハ、裁判所ハ免訴ノ言渡ヲ爲サザルベカラズ。卽チ豫審ニ於テハ決定(三一四第三號)、公判ニ於テハ判決(三六三第三項)ヲ以テ之ヲ爲ス。特赦ハ、公訴權消滅ノ問題ヲ生ゼズ(恩赦令四)(一)(二)。

一 大赦ヲ以テ、刑罰請求權ノ時效ナリトノ學説アリ(宮本博士第一七七頁)。
二 大赦ヲ以テ、行爲ノ犯罪性ヲ失脚セシムルモノト解シ、寧ロ之ニ對シ無罪ノ判決ヲ爲スヲ妥當ト信ズト(牧野博士第一一〇頁註四)。

其三 時效

民事ノ時效ニハ、取得時效ト消滅時效トノ二種アルモ、刑事ノ時效ハ消滅時效ニ限ル。而シテ刑事ノ時效ニハ、刑ノ時效ト公訴ノ時效トアリ。刑ノ時效ハ刑法之ヲ規定シ(刑三一以下)、公訴ノ時效ハ本法ニ之ガ規定ヲ爲シタリ(二八一以下)。

一　公訴ノ時效

（一）　時效完成ノ效果　　刑事訴訟法ハ、公訴權ノ消滅ニ關シテハ、刑ノ時效ノ如ク之ヲ正面ヨリ規定スルコトナク、公判ノ裁判ニ關スル規定中、裏面ヨリ之ヲ規定シタリ。而シテ時效ノ效果ハ公訴權消滅ノ原因ト爲シ、時效完成シタルトキハ裁判所ハ免訴ノ裁判ヲ爲スベキモノトス（三四一第四號。三六三第四號）。

（二）　時效ノ本質　　刑ノ時效ハ、刑罰權ノ實體ヲ消滅セシムルモノナリヤ又ハ公訴權ヲ消滅セシムルモノナリヤニ關シ議論アリ。時效ヲ以テ實體法上ノ制度ナリト解スルトキハ、時效ノ規定ニ關シテハ刑法第六條ノ適用アルモノト謂フベシ。之ヲ以テ手續法上ノ制度ナリト解スルトキハ、新法ニ從フモノト解セラル。蓋、時效ヲ以テ實體法上ノ制度ナリト爲ストキハ、時效完成ノ場合ニ於テハ無罪ノ判決ヲ爲スヲ以テ妥當トセザルベカラズ。然ルニ本法ハ之ニ對シ免訴ノ判決ヲ言渡スベシト規定シ且、時效ヲ以テ公訴權消滅ノ原因ト爲シタルニ觀レバ、相當ノ根據アルモノト謂フベシ。抑モ免訴ノ判決ヲ爲ス場合ニハ實體的公訴權ノ存在セザルコトヲ前提ト爲スモノナリ。故ニ時效完成ノトキハ、免訴ノ言渡ヲ爲スベシト規定シタルハ公訴權ノ消滅スルコトヲ示シタルモノト解ス。

（三）　時效ヲ認ムル法制上ノ根據　　時效ヲ認ムルノ理由ニ付、種々ノ學說アリ。第一ハ、國家ノ怠慢ニ對スル制裁ナリトスル說ニシテ、怠慢說ナリ。第二ハ、國家ハ其ノ犯罪ヲ遺忘シタルモノト解スベシト爲ス說ニシテ、遺忘說ナリ。第三ハ、時效期間中ノ犯人ノ苦痛ハ、其ノ刑ヲ償フニ足ルト爲ス說ニシテ、卽チ犯人苦痛說ナリ。第四ハ、證憑ハ時ヲ經ルニ從ヒ湮滅スルガ故ニ此ノ制度ヲ認メタリト爲ス說ナリ、卽チ證據湮滅說ナリ。乍併、刑事訴訟法ニ於テ、公訴ノ時效ヲ認メタル理由ハ、他ノ法律ニ於テ時效ヲ認メタル理由ト何等其ノ性質ヲ異ニスルモノニ非ズ。卽チ久シキニ亙ル時ノ經過ニ因リテ、繼續セル狀態ヲ尊重スルコトハ一般ノ秩序ヲ維持スル上ニ於テ必要ナリト認メタル點ニ存ス。

果シテ然ラバ、公訴ノ時效ハ實體法上ノ關係ニ於テ、犯人ニ刑ヲ科セズト謂フニ非ズシテ、繼續セル狀態ヲ保持センガ爲現狀ヲ尊重シ、公訴ヲ以テ更ニ之ヲ紛淆シ被告人ヲシテ生活ノ安定ヲ喪ハシムルハ、社會公益ニ反スト[1]ノ理由ニ外ナラズ。判決モ亦之ヲ以テ手續上ノ制度ト爲シタリ（一）（二）。之ニ對シ時效ヲ以テ實體法上ノモノナリト說クハ、獨逸ニ於テ有力ナリ（三）。獨逸ニ於テハ時效ハ刑法中ニ之ヲ規定ス。實體公訴權ノ消滅ハ科刑權ノ消滅ニ因ルモノナリト爲ス說アリ（四）。

一　明治四四年三月二七日判決、錄第一七輯第四七三頁。

二　同說、林博士各則上第九六頁、牧野博士第一四六頁、宮本博士第一八七頁。

三　此ノ説ヲ採ルハ、豐島博士第二六八頁、富田博士第八四五頁。

四　平沼博士第四五七頁。

(四)　時效ノ完成　時效ハ、次ノ期間ヲ經過スルニ因リテ完成ス(二八一)。

一　死刑ニ該ル罪ニ付テハ十五年。

二　無期ノ懲役又ハ禁錮ニ該ル罪ニ付テハ十年。

三　長期十年以上ノ懲役又ハ禁錮ニ該ル罪ニ付テハ七年。

四　長期十年未滿ノ懲役又ハ禁錮ニ該ル罪ニ付テハ五年。

五　長期五年未滿ノ懲役若ハ禁錮又ハ罰金ニ該ル罪ニ付テハ三年。

六　刑法第百八十五條ノ罪ニ付テハ六月。

七　拘留又ハ科料ニ該ル罪ニ付テハ六月。

以上ノ外特別法ニ於テモ、時效期間ヲ規定シタルモノアリ。其ノ重ナルモノヲ擧グレバ、(一)衆議院議員選擧法ニ於テハ一年又ハ六月(同法一三八)。(二)出版法ニ於テハ一年(同法三三)。(三)著作權法ニ於テハ二年(同法四五)。治安警察法ニ於テハ六月(同法三二)等ナリ。

(五)　時效期間ノ規定ノ適用ニ付、注意スベキ點次ノ如シ。

一　二以上ノ主刑ヲ併科シ又ハ二以上ノ主刑中其ノ一ヲ科スベキ罪ニ付テハ、其ノ重キ刑ニ從フ(二八二)。茲ニ刑トハ、裁判所ガ審理ノ結果認メタル事實ノ法定刑ニ依リ定マルモノニシテ、檢事ノ起訴シタル罪名ニ依ルモノニ非ズ。

二　刑法ニ依リ刑ヲ加重又ハ減輕スベキ場合ニ於テハ、其ノ加重又ハ減輕セザル基本刑ニ從ヒ時效期間ヲ定ム(二八三)。

三　心神耗弱者ノ場合(刑三九第二項)、瘖啞者ノ場合(刑四〇)。再犯ノ場合(刑五七)及從犯ノ場合(刑六三)ニ於ケル加重減輕ノ場合ニ於テモ、右ト同樣ニシテ時效期間ニ何等ノ影響ナキモノト解スベキモノナリ。

(六)　時效期間ノ計算　時效期間ノ計算ニ付テハ、一般ノ計算ト異ナルモノアリ。卽チ期間ヲ計算スルニ、初日ハ時間ヲ論ゼズ一日トシテ計算ス(八一第一項但書)。期間ノ末日ガ日曜日一月一日、二日、四日、十二月二十九日、三十日、三十一日又ハ一般ノ休日トシテ指定セラレタル日ニ當ルトキト雖、之ヲ期間ニ算入スルモノトス(八一第三項但書)。

(七)　時效期間ノ起算點　公訴ノ時效ハ、犯罪行爲ノ終リタル時ヨリ進行ス(二八四第一項)。從來、時效ノ起算點ニ付、行爲時說ト結果時說トノ爭アリ。舊法第十條ニ於テハ、時效ハ犯罪ノ日ヨリ起算スト規定シタル爲種々ノ學說ヲ生ム。卽チ刑法上ニ於ケル行爲ハ非社會的影響ヲ有スルコトヲ必要トスルガ故ニ、社會的利益ノ侵害ヲ實質トスル一定ノ結果ハ、犯罪行爲ノ一要素ナ

リト解スルヲ正當ナリト說ク（一）。然レドモ行爲ノ觀念トシテ、結果ガ其ノ要素ナリヤ否ヲ論ズルハ妥當ニ非ズト解ス。而シテ本法ハ第二百八十四條ニ於テ、犯罪行爲ノ終リタル時ヨリ進行スト規定シ、此ノ問題ヲ解決シタルモノト謂フベシ。然ルニモ拘ラズ、行爲ニハ結果ヲモ包含スト爲ス說アリ。予輩ハ、本條ヲ以テ行爲其ノモノノ意味ニ解スルヲ正當ナリト信ズ。從テ違反行爲ニ對シ最早訴追ヲ爲スコトヲ得ザルモノナリ。是レ時效制度ヲ認メタル法ノ精神ナリト謂フベシ。尙時效ニ關シ注意スベキ點次ノ如シ。

一　結果犯　結果ヲ必要トスル犯罪ニ付テハ、結果ノ發生シタル時ヲ以テ時效ノ起算點ト爲ス說アリ（二）。其ノ理由トスルトコロハ、犯罪ニ因ル侵害狀態ハ結果發生ニ至ル迄繼續スルモノナリト謂フニ在リ。

一　泉二博士日本刑法論上編第三七版第二九七頁。

二　富田博士第八五二頁、林博士論第三一四頁、小野博士第三二二頁。過失犯ニ就テノミ此ノ說ヲ採ルハ豐島博士ナリ（第二七二頁）。之ニ對シ廣義ノ結果犯ニ於テモ時效ハ結果ノ發生ヲ待ツコトナク、犯罪行爲ノ終リタル時ヨリ進行スト爲ス說アリ（宮本博士第一八一頁）。行爲說ヲ採ルハ（矢追氏第四八五頁）。

二　處罰條件ヲ要スル犯罪　處罰條件ヲ要スル犯罪ニ付テモ、時效ノ進行ハ該條件ノ具備スルコトヲ待ツコトヲ要セズト爲ス說アリ（一）。

一　明治四三年一一月一五日判決、錄第一六輯第一九三二頁。宮本博士第一八二頁。之ニ對シ、處罰條件ノ完備シタル時ヲ以テ時效ノ起算點ト爲ス說ハ富田博士第八五四頁。豐島博士第二七二頁、林博士論第三一五頁。

三　親告罪　親告罪ニ付テハ、告訴ノ時ヲ以テ時效ノ起算點ト爲ス說アリ（二）。告訴ノ日ハ時效ト關係ナシトスルヲ通說トス。

四　不作爲犯　不作爲犯ニ於テハ、作爲義務ヲ履行スベキ最終ノ日ヲ以テ起算點ト爲サザルベカラズ。不純正不作爲犯其ノ他結果ガ犯罪ノ要件タル場合ニ在リテハ、結果時說ニ依ルトキハ、結果發生ノ時ヲ以テ起算點ト爲ス（一）。之ニ對シ作爲義務又ハ履行可能狀態ノ消滅ノ日ヨリ進行スト爲ス說アリ。

一　牧野博士第一五三頁。

二　宮本博士第一八二頁。

五　未遂犯　未遂犯ニ付テハ、未遂ノ原因タル障礙ノ事實ガ行爲ノ後ニ發生シタルトキハ其ノ時ヲ以テ起算點ト爲ス說アリ（一）。行爲時說ニ依レバ斯ル問題ヲ生ゼズ。

一　板倉博士玄義第三九三頁、林博士論第三一七頁。

六　共犯　共犯ニ付テハ、最終ノ行爲ノ了リタル時ヨリ總テノ共犯ニ對シテ時效ノ起算點ト爲ス（二八四第二項）。敎唆、從犯ノ時效ノ起算點ハ、正犯ニ準據スベキモノト爲スヲ通說トス。是レ敎唆、從犯ハ共犯ニ關シ從屬犯ト爲スノ結果當然ナリ。又間接正犯ニ付テハ共犯ニ非

ズト雖、其ノ時效起算點ハ被用者ノ行爲及其ノ結果ニ依ルモノト爲スヲ妥當ナリト解ス。

七　連續犯、繼續犯　連續犯、繼續犯ニ付テハ、最終ノ日ヨリ時效ノ起算點ト爲ス。判例ハ此ノ趣旨ハ集合的犯罪ニ付テモ亦適用セラルルモノト爲セリ（一）。集合的犯罪ハ、獨立シタル犯罪行爲ヲ處罰上合一視スルモノニシテ、犯罪事實ニ對スル時效ハ各個ノ事實ニ付獨立シテ起算スベキモノト爲ス說アリ（二）。連續犯ノ公訴時效ハ、其ノ罪ヲ構成スル各行爲中、最終ノ犯行完了ノ日ヨリ起算スルモノトス（三）。

一　大正三年一月二七日判決、錄第二〇輯第七三頁。

二　牧野博士第一五五頁。

三　昭和六年六月一二日判決、集第一〇卷第二七二頁。昭和八年五月二六日判決、集第一二卷第六九七頁。

（八）　時效ノ中斷　時效ノ中斷トハ、一定ノ事由ノ發生ニ因リ既ニ經過シタル時效期間ノ效力ヲ消滅セシムルコトヲ謂フ。公訴ノ時效ハ、公訴ノ提起、公判若ハ豫審ノ處分又ハ第二百五十五條ノ規定ニ依リ爲シタル判事ノ處分ニ因リ中斷ス（二八五第一項）。中斷ノ事由終了シタルトキハ、時效ハ更ニ進行ス（二八六）之ヲ時效ノ中斷ニ對シ時效ノ更新ト謂フ。然レドモ公訴ノ提起、其ノ他公判、豫審ノ手續ガ規定ニ違反シ無效ト爲リタルトキハ、時效中斷ノ效力ナシ（二八五但書）。但シ管轄違ノトキハ其ノ效力ヲ失ハズ（一二）。共犯ノ一人ニ對シテ爲シタル手續ニ因ル時效ノ中斷ハ、他ノ共犯ニ對シテモ亦其ノ效力ヲ有ス（二八五第二項）。

（九）　時效ノ停止　時效ハ、一定ノ事由ニ因リテ其ノ進行ヲ停止ス。停止ノ事由ニ二アリ、第一ハ被告人心神喪失ノ狀態ニ在ルヲ以テ、豫審手續ヲ中止シタル場合（三〇五第一項第二號）ニシテ、第二ハ被告人心神喪失ノ狀態ニ在ルトキ又ハ被告人疾病ニ因リ出頭スルコト能ハザルトキ公判ヲ停止スル場合（三五二第一項）是ナリ。此ノ中止又ハ停止ノ期間中ハ、時效ハ進行セズ（二八七）。此ノ場合ヲ講學上時效ノ停止ト謂フ。

其四　公訴權ノ消滅ニ準據スベキモノニアリ、次ノ如シ。

一　犯罪後ノ法令ニ因リ刑ノ廢止アリタルトキハ、公訴權消滅ノ場合ニ準ジテ免訴ノ判決ヲ爲ス（三六三第二號、三一四第二號）。

二　特殊ノ場合ニ於テハ、公訴棄却ノ決定ヲ爲スベキコトアリ、次ノ如シ。

（1）　公訴ノ取消アリタルトキ（三六五第一號、三一五第六號）。

（2）　被告人死亡シ又ハ被告人タル法人存續セザルニ至リタルトキ（三六五第二號、三一五第七號）。

（3）　第九條又ハ第十條ノ規定ニ依リ、審判ヲ爲スベカラザルトキ（三六五第三號、三一五第八號）。

其五　處罰條件ノ消滅　公訴權發生スルモ、其ノ後ニ於テ處罰條件消滅シタルトキハ、公訴權消滅スル場合アリ、次ノ如シ。

（一）破產法第三百七十五條ノ詐欺破產又ハ同法第三百七十五條ノ罪ニ付、破產決定取消サレタルトキ。

此ノ犯罪ハ破產決定ノ存在ヲ處罰條件トスガ故ニ、破產決定確定後ト雖、特定ノ理由アルトキハ之ヲ取消サルルヲ以テ（破產法第百十二條、非訟第二十五條、民訴第四百二十九條）、此ノ場合ハ、處罰條件モ亦消滅スルモノナリ。

（二）刑法第七十八條、第七十九條、第九十三條ノ罪及爆發物取締罰則第十一條ノ罪ニ付、犯人自首シタルトキ（刑八〇、九三但書、爆發物罰一一）。

此ノ犯罪ハ、犯人自首ニ因リ其ノ刑ヲ免除セラルルガ故ニ、自首ニ因リテ處罰條件モ亦消滅ス。

第九　公訴ト他ノ訴訟トノ關係

一　公訴ト他ノ公訴トノ關係

公訴ハ法律上獨立ノモノニシテ、他ノ公訴ノ如何ニ因リテ影響ヲ及ボスモノニ非ズ。然レドモ實際問題トシテ二個以上ノ公訴間ニ於テハ、其ノ一方ノ犯罪ノ成立ガ他ノ一方ノ裁判ニ影響ヲ及ボスコトナキニ非ズ。此ノ關聯スル場合ヲ別チテ三ト爲ス。其ノ一ヲ先決的關係トシ、其ノ二ヲ準據關係トシ、其ノ三ヲ偶然關係ト爲ス。

其一　先決的關係　先決的關係トハ、一定ノ犯罪ノ成否ガ通常他ノ犯罪ノ成否ヲ前提トスル關係ヲ謂フ。例ヘバ竊盜ト贓物罪、正犯ト從屬犯トノ關係ノ如シ。斯ノ如キ場合ニ於テハ、前犯即チ本犯ノ存在セザルトキハ、後犯ノ既遂罪ハ成立セザルガ故ニ、裁判所ハ後犯ト同時ニ前犯ノ成否ニ付テモ併セテ取調ベザルベカラズ。

先決的關係ニ付、先決事件ノ判定アル迄當該公訴事件ノ審理ヲ停止スベキモノトスル立法例アルモ、我刑事訴訟法ニ於テハ、先決的關係ノ存スル場合ト雖ラズ、裁判所ハ常ニ獨立シテ審理ヲ進メ、獨立ニ事實ヲ判定シ得ルモノト解スベシ。此ノ點ニ付本法ニ於テハ何等ノ規定ヲ爲サズ（一）。

一　舊民事訴訟法ニ於テハ『裁判所ハ民事訴訟中罰スベキ行爲ノ嫌疑生ズルトキハ、刑事訴訟手續ノ完結ニ至ル迄辯論ヲ中止スベシ。但シ其ノ罰スベキ行爲ガ訴訟ノ裁判ニ影響ヲ及ボストキニ限ル』ト規定シタリ（舊民訴一二二）。現行法ニハ之ニ該當スル規定ヲ爲サズ。

其二　準據的關係　一定ノ犯罪ノ認定ガ、他ノ事件ノ判定ニ因リ影響ヲ受クルコトアル場合ヲ謂フ。例ヘバ僞證事件ニ在リテハ、其ノ本犯事件ニ對スルガ如キ、又同一犯罪事實ニ付他ニモ犯罪事實ニ關係シタル被告人トシテ、訴追セラルル者アル場合ノ如シ。

其三　偶然關係

數個ノ公訴ガ、偶然ニ併立スル場合ノ如シ。例ヘバ一人ノ被告人ニ對シテ、數箇ノ裁判所ニ公訴ノ提起セラレタルガ如シ。

以上ノ如ク、獨立シタル公訴ガ併存スル場合ニ於テモ、訴訟法上前犯ニ對スル裁判ノ結果ハ後犯ノ裁判ヲ羈束スルモノニ非ズ。從テ事實上同一事件ニ對スル裁判ノ認定ガ齟齬スルコトナキニ非ズ。立法論トシテハ、管轄權問題ノ如ク調和ヲ計リ完全ヲ期スベキモノトス。

二　公訴ト民事訴訟トノ關係

公訴ト民事訴訟トノ關係ニ付テハ、本法ニ特ニ規定シタルモノナシト雖、民事訴訟ガ公訴ニ影響ヲ及ボスベキ場合ノ存スルコトヲ考フルコトヲ得ベシ。而シテ兩者ノ關係ハ、公訴ノ民事訴訟ニ對スル效力如何ト、民事訴訟ノ公訴ニ對スル效力如何ヲ想像スルコトヲ得ベシ。

（一）公訴ト民事訴訟トノ間ニ、先決問題タルベキ同一ノ事實關係ガ繫屬スル場合ニ於テモ、公訴事件ノ審理ニ付裁判所ハ辯論ヲ中止スルノ義務ナク、獨自ノ立場ニ於テ其ノ先決問題ヲ審判スルコトヲ得ベシ。又刑事裁判所ニ於テ爲シタル事實認定ニ對シ、民事裁判所モ亦法律上拘束セラルルモノニ非ズ。

（二）民事裁判所ガ先決問題ニ付、確定判決ヲ經タルトキハ、其ノ確定力ノ及ブ範圍ニ於テ公訴ノ判決ヲ羈束スル場合アリ、次ノ如シ。

（1）創設的判決ノ場合　民事裁判所ノ判決ガ法律關係ヲ創設スル場合ニ於テハ、其ノ判決ハ公訴ヲ羈束スルモノト解ス。例ヘバ共有物分割、離婚離姻ノ判決ノ如キ是ナリ。卽チ此等ノ判決ハ第三者ニ對シテ效力ヲ及ボスベキ場合ナルヲ以テ、公訴モ此ノ場合ハ第三者トシテ民事裁判所ノ判決ノ效力タル法律關係ヲ是認スベキモノト解ス（一）。

一　同說。牧野博士第一六〇頁、宮本博士第一八七頁、小野博士第二〇五頁。

（2）確認的判決ノ場合　民事裁判所ノ判決ガ一定ノ事實ヲ確認スル場合ニ於テ、其ノ判決ノ效力ガ第三者ニ及ブ場合ト、當事者間ニノミ效力ヲ有スル場合トアリ。而シテ其ノ效力第三者ニ及ブトキハ、刑事裁判所ヲ羈束スルモノト謂ハザルベカラズ。例ヘバ人事訴訟ニ於ケル婚姻無效又ハ其ノ取消ノ判決ノ如キ是ナリ。然レドモ判決ノ確定力ガ單ニ當事者間ニノミ效力ヲ有スルトキハ、刑事裁判所ハ之ニ拘束セラルルモノニ非ズ。

（3）刑事裁判所ノ判決ガ民事訴訟ニ影響スベキ場合　刑事裁判所ニ於テ、有罪ノ言渡ヲ受ケタル被告事件ガ再審ノ請求ノ結果、原判決ノ憑據ト爲リタル證據書類又ハ證據物ガ、僞造、變造ナリシコトヲ證明セラレ、被告事件無罪ト爲リタルトキハ、民事裁判所ニ於テモ其ノ僞造、變造ニ係ル證據ヲ、唯一ノ判斷ノ資料タル場合ニ於テハ、刑事裁判所ノ判決ノ效力ハ民事ノ審

判ニ於テモ之ヲ認メザルベカラザルモノト解ス。而シテ證據ノ僞造、變造ヲ爲シタル者訴追セラレ有罪ノ判決確定シタルトキハ、民事訴訟ニ影響スルコト當然ナリ。只、(1)(2)ノ場合ト異リ民事裁判所ヲ羈束スルモノト爲スヲ得ザルモノト解ス。

三　公訴ト行政行爲又ハ行政訴訟トノ關係

(一)　公訴ト行政行爲又ハ行政訴訟トノ關係ニ關シテハ、以上ノ公訴ト民事訴訟トノ關係ト相異ナルコトナシ。卽チ行政手續ガ創設的效力ヲ有シ、且第三者ニ對シテモ其ノ效力ヲ有スルモノナルトキハ、刑事裁判所ヲ羈束スルモノト解ス。例ヘバ特許權ノ無效ノ如キハ、刑事裁判所ハ獨立シテ之ヲ論ズルコトヲ得ザルモノナリ(一)。營業又ハ特許ノ許可ノ如キモ亦然リト解ス。

一　判例。特許法ニ依レバ、特許權ハ特許局ノ行政行爲ニ因リテ發生スルモノナリ。其ノ無效モ亦其ノ判決ニ依リテ定マル。故ニ刑事裁判所ハ獨立シテ特許權ノ有無ヲ論ズルコトヲ得ズト（明治三七年九月一五日判決、錄第一〇輯第一六八二頁）。

(二)　文官、判事、辯護士、公證人ニ對スル懲戒手續ハ、同一事實ニ付刑事事件ノ裁判所ニ繫屬シタルトキハ、其ノ間ハ開始セズ。又其ノ開始ヲ爲シタル場合ニ於テ、刑事事件ノ開始アリタルトキハ、其ノ完結ニ至ル迄懲戒手續ヲ停止スベキモノトス（文官懲戒令七、判事懲戒法五四、辯護士法五八、公證人法八三）。

刑事事件ニ付、官職ノ喪失ヲ來タサザル刑ノ言渡ヲ受ケタルトキハ、懲戒手續ニ依リ仍ホ訴追スルコトヲ得ベシ（判事懲戒法五五）。

第三節　私訴

第三編第九章ニ於テ講述セリ。

○第四章　訴訟行爲

第一節　訴訟行爲ノ意義

一　意義

刑事訴訟ハ、訴訟主體タル裁判所、檢事及被告人ト第三者ノ行爲ヨリ成立ス。而シテ其ノ行爲ノ性質ヨリ觀察スレバ、訴訟法上ノ關係ニ於テ行ハルル行爲ニシテ、訴訟法上關係ナキ行爲ハ訴訟行爲ニ非ス。又行爲ノ內容ヨリ觀察スレバ、法律行爲(Rechtsgeschäft)ナルコトアリ、或ハ單ナル事實行爲(Realhandlung)ナルコトアリ。更ニ之ヲ訴訟ノ本體ヨリ觀ルトキハ、公訴ノ提起前ヨリ裁判ノ確定後ニ於ケル行爲ヲ包含セザルヲ本則ト爲スモ、訴訟手續及訴訟關係ヲ廣義ニ解スルガ如ク訴訟行爲モ亦廣義ニ解シ、此等ノ手續ニ於テ一定ノ法律關係ヲ生ズルモノヲ、訴訟行爲(Prozesshandlung)ト稱ス(一)。而シテ法律行爲ヲ狹義ノ訴訟行爲ト爲ス。訴訟法上法律行爲トハ、一定ノ法律的效果ヲ附スル意思表示ヲ意味スルモ、民法ニ所謂法律行爲ノ概念ニ據ルヲ要セズ。訴訟行爲ニ關シ、近時ノ學說ハ之ヲ廣義ニ解セントスルヲ一般ノ傾向トス。

(一)　刑事訴訟法ハ、訴訟行爲ナル語ヲ使用シタルモ(三六、三七、三八第二項、四六、四七第三項)、其ノ何タルヤニ關シテハ規定スルトコロナシ。

二　訴訟行爲ノ要件

訴訟行爲ノ法律上ノ效力ニ關シテハ、其ノ種類ニ依リ差異アリ。其ノ要件ヲ分類シテ觀察スルトキハ次ノ如シ。

(一)　訴訟行爲ト能力　刑事訴訟法ニ於テハ、民事訴訟法ト異ナリ當事者ノ行爲能力(Prozessfähigkeit)ニ關シテハ、特別ノ規定ヲ爲サズ。故ニ事實上ノ行爲ヲ爲シ得ル者ハ、玆ニ訴訟行爲ヲ爲シ得ル者ト謂ハザルベカラズ。苟モ一定ノ事實上ノ行爲アリタルトキハ、之ニ依リテ訴訟行爲ハ有效ニ成立シ、訴訟關係ヲ成立セシムルニ足ル(一)(二)。

民事訴訟法ニ於テハ、其ノ性質上訴訟ノ內容ガ私法關係ノ發生、變更及消滅ヲ目的ト爲シ又ハ其ノ主義ハ形式的眞實主義ヲ採リタル爲、法律行爲ニ關スル意思表示及訴訟行爲ノ能力ノ要件ニ付テハ、常ニ民法ノ規定ニ據ルベキモノト爲セリ。然レドモ本法ニ於テハ、其ノ主義ヲ實體的眞實主義ヲ原則ト爲スヲ以テ、形式上ノ要件ヲ定メズ事實上ノ行爲ヲ以テ法律上亦有效ノ行爲ト爲シタリ。從テ法律上特ニ制限ヲ爲サザルモノト解ス(三)。

一　被告人ノ當事者能力及訴訟能力ニ關シテハ、第二章第五節「被告人」ニ於テ既ニ述ベタリ。

二　訴訟能力ト辯論行爲能力トハ、之ヲ區別スルコトヲ要ス。辯論行爲能力（Verhandlungsfähigkeit）ハ、公判ニ於テ有效ニ口頭辯論ヲ爲シ得ル能力ヲ謂フ。卽チ對手人ノ訴訟行爲ヲ理解シ又自ラ完全ナル意思表示ヲ爲シ得ル能力ヲ意味ス。

三　學說ニ曰ク。表意ニ錯誤アル場合ニ於テハ、其ノ錯誤ガ其ノ意思表示ニ於テ要素ニ關スルトキハ（決定的意義ヲ有スルトキ）其ノ行爲ハ無效ナリト（小野博士第一四四頁以下）。之ニ反シ、詐欺强迫ノ場合ニ於テモ、行爲ノ成立ハ妨ゲラルルコトナシト（林博士論第三二六頁、板倉博士玄義第一八六頁、牧野博士第一六八頁）。蓋、眞實發見ヲ主義トスル本法ニ在リテハ、民法ノ法律行爲ト同樣ニ法律上特ニ要件ヲ制限スルコトナシト解ス。

（二）訴訟行爲ノ不成立　訴訟行爲ガ不成立ノ場合ハ、訴訟關係モ亦成立セザルモノトス。然レドモ訴訟行爲ノ無效ヲ來スモ、裁判所ハ無效ノ故ヲ以テ之ヲ放置スルコトヲ得ズ。必ズヤ何等カノ裁判ヲ爲サザルベカラズ。是レ訴訟行爲ガ成立要件ヲ具備スル場合ノ形式的效果ナリ。例ヘバ檢事ハ甲ニ對シ公訴ヲ提起シタルニモ拘ラズ、裁判所ハ乙ニ對シ審判ヲ爲シタル場合ノ如シ。此ノ過誤ニ基ク判決確定シタル場合ニ於テ、學說區々タリ。或ハ此ノ場合ニ於テハ、裁判所ハ自己ノ錯誤ニ因リ、起訴ニ依ラズシテ訴訟繫屬ヲ發生セシメタルモノナルヲ以テ、乙ニ對シテハ公訴棄却ノ判決（三六四、三一五）ヲ爲スベシト解スル說アリ（一）。然レドモ裁判所ニ於テ判決ヲ以テ公訴棄却ヲ爲ス場合ニ於テハ、本法之ヲ明文ヲ以テ規定シタル場合ニ限ルベシ。然ルニ此ノ場合ニ於テ公訴棄却ノ判決ヲ爲ス法文ナキハ勿論、確定判決ヲ經タル事件ニ付、其ノ判決裁判所ガ如何ナル手續ニ依リ之ヲ審判シ得ルヤ、論者ノ說ニ贊同スルヲ得ズ。余輩ハ、斯ル場合ハ非常上告ニ依リ救濟ヲ爲スノ外途ナキモノト解ス（五一六）。

一　牧野博士第一六九頁註五。

（三）判事ノ精神錯亂中ノ行爲ト判決ノ效力　訴訟行爲ノ效力ニ關シ、判事ガ精神錯亂中判決言渡ヲ爲シタル場合ニ於テ、判決ハ上訴ノ方法ニ依リ攻擊スベシト爲ス說ト、其ノ判決ハ不成立ナリト爲ス說トアリ。上訴說ハ、苟モ形式上判決トシテ成立シタル以上ハ、上訴ノ方法ヲ以テ攻擊スベキモノナリト說ク（一）。又不成立說ハ、之ニ對スル法律上ノ效果發生セザルガ故ニ、問題ナシト解スルモノナリ（二）。余輩ハ、被告人ガ心神障礙者ナル場合ニ於テモ、其ノ訴訟ハ直チニ不成立ナリト解セズ。從テ判事精神錯亂中ノ判決言渡ノ場合ニ於テモ、其ノ判決ハ形式上成立シタリト解シ、上訴ヲ以テ救濟スベキモノト解スルヲ妥當ナリト信ズ（三）。

一　板倉博士玄義第一八〇頁。

二　富田博士第五一四頁、林博士論第三三一頁。

三　同說、牧野博士第一七〇頁。

（四）訴訟行爲ノ無效　訴訟行爲ハ一定ノ要件ヲ具備セザルトキハ、其ノ行爲ヲ無效ト爲ス

場合アリ。斯ル場合ニ於テハ、行爲ハ一應形式的ニ成立スルモ法律上效果ノ發生ナキガ故ニ、之ヲ無效トスルノ裁判ヲ爲サザルベカラズ。此ノ場合次ノ如シ。

(1) 公訴棄却ノ裁判ヲ爲ス場合　親告罪ニ付、告訴ナキニ拘ラズ公訴ヲ提起シタルトキハ、其ノ起訴ノ行爲ハ無效ナルヲ以テ、裁判所ハ判決ヲ以テ公訴棄却ノ裁判ヲ爲サザルベカラズ(三六四第六號、三一五第九號)。或ハ上訴期間ヲ經過シタル上訴ハ、裁判所ハ決定ヲ以テ之ヲ棄却セザルベカラズ(三九七、四二〇)。

右ノ問題ニ關聯シテ論議セラルルモノハ、一定ノ行爲ガ法律上效力ヲ失フ場合ニ於テ、其ノ行爲ニ對シ特ニ裁判ヲ爲スベキモノナリヤ否ノ問題ナリ。例ヘバ第四百十七條ニ『第一審ノ判決ニ對スル上告ハ控訴ノ申立アリタルトキハ其ノ效力ヲ失フ』旨ヲ規定セリ。此ノ場合ニ於テ上告ノ申立ニ對シ裁判所ハ如何ナル裁判ヲ爲スベキヤニ付テハ、本法別ニ規定ヲ爲サズ。然レドモ控訴申立ニ因リ上告ノ申立ハ適法性ヲ缺クニ至リタルガ故ニ、裁判所ハ不適法ナル上告申立ニ對シ、控訴裁判所ナルトキハ決定ヲ以テ(四二〇)、上告裁判所ニ於テハ、判決ヲ以テ之ヲ棄却スルコトヲ要ス(四四五)。

(2) 訴訟行爲ノ要件欠缺　訴訟行爲ガ一定ノ要件ヲ欠缺シタルトキハ、上訴ヲ以テノミ之ヲ攻擊シ得ル場合アリ。例ヘバ裁判書(例、判決書)ニ判事署名捺印ヲ爲サザルカ(六八)又ハ

毎葉ニ契印ヲ爲サザル場合ノ如キ是ナリ(七一、四一〇第二一一號)。此ノ場合ニ於テハ判決書ハ形式上效力ヲ有シ、事件ハ其ノ判決ニ因リテ終結シタルヲ以テ、上訴ヲ以テ之ヲ攻擊セザルベカラズ。若夫レ上訴ヲ爲サザルトキハ、其ノ判決ハ有效ニ成立シ確定スベキハ論ヲ俟タズ。

(3) 訴訟行爲ト手續ノ違背　訴訟行爲ガ一定ノ方式ニ違ヒタルカ又ハ訴訟手續ニ違背シタルトキハ、裁判所ハ之ヲ採テ證據ト爲スヲ得ズ。例ヘバ證人又ハ鑑定人ノ訊問ノ方式ヲ誤リタルトキハ、訴訟行爲トシテ其ノ證據調ハ形式上有效ナルモ、其ノ訊問ヲ爲シタル結果ハ之ヲ判決ニ證據トシテ援用スルコトヲ得ザルモノトス。

(五) 訴訟行爲ノ要件ト豫審　法律上訴訟行爲ハ、一定ノ要件ヲ必要ナリトセラルルモ、其ノ要件ノ欠缺ハ法律上影響ヲ及ボサザル場合アリ。例ヘバ豫審密行ノ原則ニ反シ、豫審ヲ公開シタルトキハ其ノ手續ハ違法ナリト雖、豫審終結決定ガ確定シタルトキハ、其ノ事件ハ適法ニ裁判所ニ繫屬シ、豫審ニ於ケル訊問調書ハ證據力ヲ有スル豫審終結決定(三一二)ハ、決定ト同時ニ確定スルヲ以テ、其ノ決定ニシテ手續上ノ違法アルモ、之ヲ攻擊スベキ途ナキモノト謂フベシ。

一　判例ハ、豫審手續ハ原則トシテ密行スベキモ、豫審ニ屬スル一切ノ處分ハ公行ヲ許サズ。之ニ背キタルトキハ必ズ。其ノ處分ヲ無效ト爲スベキ旨ノ法規存セザル以上ハ、之ヲ密行セザルノ故ヲ以テ、之ヲ無效ナリト論斷スルコトヲ

得ス（大正三年三月二〇日判決、錄第二〇輯第三二一頁）。

（六）訴訟行爲ト訓示的規定　本法ハ、手續上一定ノ事項ヲ履踐スレバ足ルト爲シタル場合アリ。例ヘバ『被告人ヲ勾留シタル場合ニ於テハ、其ノ身體及名譽ヲ保全スルコトニ注意スベシ』（九二）。斯ル規定ヲ講學上訓示的規定ト稱シ、强行的規定ニ對應スルモノナリ。蓋、强行的規定ニ違背スルトキハ、訴訟手續上無效ノ問題ヲ生ズルモ、此ノ訓示的規定ニ違背シタル場合ハ、法律上何等ノ制裁ナシ。是レ訓示的規定ハ其ノ趣旨道義ニ立脚シタルモノニシテ、行爲ノ有效無效ヲ規定シタルモノニ非ズ。以上ノ外第百三十五條、第百四十四條、第百七十六條第四項ノ如キ皆然リトス。而シテ如何ナル規定ガ訓示的規定ナリヤ否ハ、文理解釋ヲ試ミタルノミニテハ尙、疑問尠カラズ。卽チ前後ノ關係法文ト比較シ、其ノ規定ノ目的乃至精神ヲ觀察シテ之ヲ定ムルノ外ナシ。

（七）訴訟行爲ト條件、期限　訴訟行爲ニ條件又ハ期間ヲ付スルコトヲ得ルヤ否ハ、一般的ニ之ヲ論ズルコトヲ得ズ。各個ノ訴訟行爲ノ性質ト、訴訟法ノ主旨ニ鑑ミテ決スベキ問題ナリ。例ヘバ證據申請又ハ證據決定ノ如キハ明確ト敏速トヲ尙ブガ故ニ、法ノ精神ニ反セザル限リ條件ヲ付スルモ何等妨ナシ。之ニ反シ公訴提起、豫審終結決定、判決、上訴申立及其ノ取下ノ如キハ、條件附ナルコトヲ許サズ。本法ニ於テハ、條件付訴訟行爲ヲ許ス場合ハ寧ロ例外ノ場合ナリ。期間ニ付亦同樣ニ解スベキナリ。

一　條件付ナルコトヲ許サズト爲ス說（豐島博士第四四〇頁、牧野博士第一七七頁、宮本博士第二〇七頁）。之ニ反シ訴訟行爲ガ條件付ナルコトヲ得ルヲ原則ト爲ス。但シ起訴、呼出、勾引、勾留、豫審終結決定、判決、上訴ノ如ク直ニ其ノ效力ヲ發生スルモノニ在リテハ、條件付ナルヲ許サズト爲ス（富田博士第五一九頁、第五二〇頁）。

二　條件ヲ許サズトセバ、條件ヲ付シタル訴訟行爲ノ效力如何ニ付見解異ナル。(1)全部無效說。此ノ說ハ條件ヲ付スルトキハ訴訟手續ハ不確定ト爲リ訴訟法ノ精神ニ反ス。訴訟行爲ハ不確定ヲ許サズ、故ニ條件付行爲ハ其ノ全部ヲ無效ト爲ス。(2)一部有效說。此ノ說ハ條件ガ行爲ノ本質的部分ヲ爲サザル場合ハ、更ニ之ヲ解除條件ナリヤ、停止條件ナリヤニ區別シ、解除條件ナルトキハ其ノ條件ノミヲ無效トシ、無條件ノ訴訟行爲トシテ有效ト爲ス。停止條件ナルトキハ、條件成就セザル間ハ其ノ效力ヲ發生セズ。而シテ停止條件ハ條件自體ガ無效ナルガ故ニ、訴訟行爲ノ全部ヲ無效ト爲ス。(3)條件無效說。此ノ說ハ條件ガ訴訟行爲ヲ爲スニ付、決定的ノ影響ヲ及ボス場合ニ於テハ、全體ヲ無效トス。其ノ然ラザル場合ハ條件ノミヲ無效ト爲シ、訴訟行爲ハ其ノ附款ナキモノトシテ效力ヲ有スト（小野博士第二一二頁）。全部無效說ヲ以テ通說トス。

第二節　訴訟行爲ノ方式

訴訟行爲ノ方式ニ付テハ、本法ハ各個ノ事項ニ付規定ヲ爲シタルニ過キズ。裁判所ノ用語、書類ノ形式是ナリ。

一　裁判所ノ用語

裁判上用語ハ、日本語ヲ以テ原則トス（構一一五第一項）。從テ判事、檢事、被告人、訴訟關係

人及第三者ハ、外國語ヲ以テ發言應答ヲ爲シ又ハ書面ヲ以テ作成スルコトヲ得ザルモノトス(一)。但シ、例外トシテ當事者、證人、鑑定人ノ中、日本語ニ通ゼザル者アルトキハ、訴訟法又ハ特別法ニ通事ヲ用ヰルコトヲ要スル場合ニ於テハ、外國語ヲ用ヰルコトヲ得(構一一五第二項)。又外國人ノ當事者タル訴訟ニ關係ヲ有スル者及其ノ訴訟ノ審問ニ參與スル官吏ガ、或ル外國語ニ通スル場合ニ於テ、裁判長便利ト認ムルトキハ、其ノ外國語ヲ以テ口頭審問ヲ爲スコトヲ得。但シ、其ノ審問ノ公正記錄ハ日本語ヲ以テ之ヲ作ル(構一一八)。

一　英語ニ依リテ記載セラレタル上告趣意書ヲ無效ト爲シタリ(大正一三年九月二日決定、集第三卷第六一七頁。

二　書類ノ形式

刑事訴訟法ハ、第一編第六章ニ於テ書面作成ニ付テノ共通セル一般ノ形式ヲ規定シタリ。而シテ一定ノ行爲ハ刑事訴訟法上、書面ノ作成ヲ必要ト爲シタリ。例ヘバ告訴告發、被告人ノ召喚、勾引、勾留、豫審訊問調書、豫審終結決定、公判調書及判決書等ノ如キ是ナリ。書面ノ方式ヲ必要ト爲スモノ次ノ如シ。(一)(二)。

一　豫審判事ノ署名ナキ豫審調書ハ、證據ト爲スコトヲ得ズト(昭和五年三月一〇日判決、集第九卷第一七二頁)。

二　判決書ニハ、特ニ宣告ノ年月日ヲ記載スベキ特別ノ規定ナシ。刑事訴訟法第七十一條ノ一般規定ニ依リ、作成ノ年月日ヲ記載スルヲ以テ足ルト(昭和五年一〇月一三日判決、集第九卷第七四五頁)。

(一)　官吏、公吏ノ作ルベキ書類(七一、七二)。　此ノ書類ニハ、年月日ヲ記載シテ署名捺印シ(一)、其ノ所屬官公署ヲ表示シ、書類ノ每葉ニ契印スルコトヲ要ス(七一)。合議裁判所ノ如キ數人ニテ作成スル判決書(裁判書)ニハ、其ノ一員ノ契印ヲ以テ足リ、全員ノ契印ヲ要セズト爲スヲ判例トス(二)。

此ノ書類ハ、文字ヲ改竄スベカラズ、若シ文字ノ挿入削除又ハ欄外記入ヲ爲シタルトキハ、之ニ認印シ其ノ字數ヲ記載スベシ。但シ削除シタル部分ハ、之ヲ讀ミ得ベキ爲字體ヲ存スベキモノトス(七二)(三)。

一　檢事ノ署名捺印ヲ缺如セル聽取書ハ無效ナリ(昭和九年七月二六日大審院判例、註釋叢書、刑訴第四四頁)。

二　判決書ニハ、判事全員ノ契印ヲ要セズ、一員ノ契印ヲ以テ足ル(昭和六年七月二二日大審院判例)。

三　官吏又ハ公吏ガ書類ヲ作成スルニ當リ、文字ノ挿入削除又ハ欄外記入ヲ爲シタルトキハ法定ノ形式ヲ缺キタル場合ニ於テハ直ニ之ヲ無效トスベキニ非ズシテ、其ノ效力ノ有無ハ專ラ裁判所ノ自由判斷ニ委スベキモノトス(大正一三年二月一五日判決、集第三卷第一二〇頁)

(二)　裁判書　裁判書(一)ニ付テハ、特ニ規定ヲ爲セリ(六七、六八、六九)。卽チ裁判書ニハ裁判ヲ爲シタル判事署名捺印スルコトヲ要ス(二)。裁判長署名捺印ヲ爲スコト能ハザルトキハ、上席ノ判事其ノ事由ヲ附記シテ署名捺印シ、他ノ判事署名捺印スルコト能ハザルトキハ、裁判長其ノ事由ヲ附記シテ署名捺印スベキモノトス(六八)。又裁判書ニハ、裁判ヲ受クル者ノ氏名、職

業及住所ヲ記載ス。若シ裁判ヲ受クル者法人ナルトキハ、其ノ名稱及事務所ヲ記載ス。尙、裁判書ニハ公判ニ關與シタル檢事ノ官氏名ヲ記載スルコトヲ要ス（六九）（三）（四）。判決書ニ判事ノ署名若ハ捺印又ハ契印ヲ缺キタルトキハ、其ノ判決ハ上告ノ理由アルモノニシテ、破毀セラルルモノトス（四一〇、第二一號）五。

一　刑事判決書ノ論理的性格（法學志林昭和一六年三月第四三卷第三號）。

二　判事ハ判決書ヲ作成スルニ方リ自己ノ口授又ハ草稿ニ基キ他人ヲシテ之ヲ筆記セシメ若ハタイプライターニ依リテ之ヲ印刷セシムルモ違法ニ非ス（昭和四年六月七日判決、集第八卷第三三七頁）。

三　判決書ニハ公判關與ノ檢事ト異ナル檢事ノ氏名ヲ記載スルハ、刑事訴訟法第六十九條第二項ニ違反スルモノナレドモ、裁判ニ影響ヲ及ボサザルコト明白ナルヲ以テ、上告ノ理由トナスコトヲ得ズト爲セリ（大正一三年四月九日判決、集第三卷第三三七頁）。

四　公判手續ノ更新アリタル場合、判決書ニハ更新後ノ審判ニ立會ヒタル檢事ノ官氏名ヲ記載スベキモノトス（昭和一四年五月五日判決、集第一八卷第二六九頁）。

五　判決ノ宣告ノミヲ爲セル判事ガ、裁判書ニ署名スルハ不法ナリト（昭和五年二月一八日大審院判決）。

（三）　書類ト方式　法律ガ書類ニ一定ノ方式ヲ具フルコトヲ必要ト爲シタルハ、書類ノ眞正ニ成立シタルコト及其ノ內容ノ眞實ナルコトヲ保障スルノ目的ニ外ナラズ。故ニ書類ガ法定要件ヲ缺如スルトキハ、其ノ成立ト內容ノ眞實性ヲ缺クニ至ルベシ。然レドモ本法ハ、此ノ眞實性ノ缺如ヲ以テ直チニ無效ト爲サズ、判決書ニ判事ノ署名捺印又ハ契印ヲ缺キタルトキ、上告ノ理由アルモノト爲シタルニ止マリ、他ノ場合ニ於テハ書類ノ形式ニ關スル規定ハ、所謂訓示的規定ナリト解スルヲ通說トス（一）。詳言スレバ、書類ノ性質上自ラ輕重アリ、其ノ瑕疵ニ大小ノ差アリテ必ズシモ一樣ナラズ。其ノ書類ガ事實上成立シタル以上、訴訟行爲ハ不成立ナリト謂フベカラズ。故ニ公訴狀ナルトキハ、其ノ起訴ハ不適法トシテ公訴棄却ノ裁判（三一五第九號、三六四第六號）ヲ受クルモ、其ノ起訴ハ訴訟繫屬ノ效力ヲ生ズ名捺印ヲ缺クトキハ、裁判上ノ證據ト爲スコトヲ得ザルモ（五六第五項、七四）、證據決定ノ效力ヲ生ズルモノナリ。判例ハ、豫審請求書ニ契印ヲ缺如スルモ、眞正ナル單一文書ト認ムルニ足ルトキハ、豫審請求ノ效力アリ（二）ト爲シ、又第七十一條ノ方式ニ違背シ所屬官署ノ表示ヲ缺如スル豫審判事ノ訊問調書ト雖、當該判事ノ作成シタルコト明白ナル限リ有效ナリト爲セリ（三）。

一　林博士總則上第一三六頁、牧野博士第一八三頁。小野博士ハ、書類ノ內容ニ決定的影響ヲ及ボスベキモノト見ルベキ違式アルトキハ、書類ノ效力ニ關係アルモノト謂ハザルベカラズ。例ヘバ供述者ノ署名捺印ナキ訊問調書ハ證據トシテ援用スルコトヲ得ズト爲シタリ（同博士第一五八頁）。

二　昭和二年六月二九日判決、集第六卷第二四二頁。

三　大正一三年六月一一日判決、集第三卷第四九二頁。

（四）　一私人ノ作成スル書類　官吏、公吏ニ非ザル者ノ作成スベキ書類ニハ、年月日ヲ記載シテ署名捺印ヲ爲ス（七三）。若シ本人署名捺印スルコト能ハザルトキハ他人ヲシテ代書セシメ、

捺印スルコト能ハザルトキハ花押又ハ拇印スルコトヲ要ス(七四第一項)。他人ヲシテ代書セシメタル場合ニ於テハ、代書シタル者其ノ事由ヲ記載シテ署名捺印スルコトヲ要ス(七四第二項)。

三　書類ノ作成者

書類作成ニ付、一般的ニ規定ヲ爲シタルモノ次ノ如シ。

(一)　訴訟書類　訴訟ニ關スル書類ハ、原則トシテ裁判所書記之ヲ作成スルモノトス(五四)。

(二)　調書　被告人、被疑者、證人　鑑定人、通事又ハ飜譯人ノ訊問調書(五六)及檢證、押收又ハ捜索ニ付テノ調書(五七)ニハ、其ノ取調又ハ處分ヲ爲シタル者ハ、裁判所書記ト共ニ署名捺印スルコトヲ要ス(五八第一項)。公判期日以外ニ於テ裁判所ガ取調又ハ處分ヲ爲シタルトキハ、裁判長ハ裁判所書記ト共ニ署名捺印スルコトヲ要ス(五八第一項但書)。

(三)　公判調書　公判調書ハ、公判期日ニ於ケル訴訟手續ノ一切ヲ證明スルモノニシテ、裁判所書記之ヲ作成シ、裁判長ト共ニ署名捺印ス(五四、六三第一項)。書記ハ裁判所ノ開廷ニ於テハ、裁判長(又ハ單獨判事)ノ命令ニ從フベキモノナルモ(構九一第二項)、調書ノ作製若ハ變更ニ關スル場合ニ於テハ、書記獨自ノ意見ヲ以テ作成スルコトヲ得ベシ。若夫レ調書ノ作成ニ關シ、裁判長ト意見ヲ異ニスルトキハ、書記ハ自己ノ意見ヲ記シテ其ノ調書ニ添付スルコトヲ得ルモノトス(構九一第四項)。

公判調書ニハ、裁判長書記ト共ニ署名捺印ヲ爲スモ、裁判長差支アルトキハ、上席ノ判事其ノ事由ヲ附記シテ署名捺印スルコトヲ要ス。區裁判所判事差支アルトキハ、裁判所書記其ノ事由ヲ附記シテ署名捺印スベシ。若シ裁判所書記差支アルトキハ、裁判長其ノ事由ヲ附記シテ署名捺印セザルベカラズ(六三第二項乃至第四項)。

裁判所書記ノ立會ナクシテ取調又ハ處分ヲ爲ス場合ニ於テハ、裁判所書記ノ行フベキ職務ハ其ノ取調又ハ處分ヲ爲シタル者自ラ之ヲ行フベキモノトス(五九)。

四　書類ノ作成時期

書類ノ作成時期ニ關シ、本法ハ特ニ公判調書ニ付テノミ規定ヲ爲シ、他ノ書類ニ付テハ一般的ノ規定ナシ。卽チ公判調書ハ公判開廷ノ日ヨリ五日內ニ之ヲ整理スベキモノトス(六二)。豫審訊問調書ニ付テハ、其ノ作成時期ニ關シ規定ヲ爲サズ。然レドモ之ヲ供述者ニ讀聞カサシメ、署名捺印ヲ爲サシムルヲ以テ(五六)、其ノ問答ヲ爲スト同時ニ作成スベキモノト解ス。判例ハ『豫審訊問調書ハ、裁判所書記ガ豫審判事ノ訊問及之ニ對スル被訊問者ノ供述ヲ聽取スルニ從ヒ、卽時之ヲ錄取シ供述者ニ讀聞カセ署名捺印セシムベキモノナレバ、調書ノ性質上公判調書ニ於ケルガ如ク、訊問終了後日ヲ異ニシテ之ヲ整頓スルコトヲ許サズ。從テ豫審判事ノ訊問及之ヲ錄取セル

豫審訊問調書ノ作成ニ付、各日時ヲ異ニスルトキハ、同調書ハ無效ニシテ證據力ヲ有セザルモノトス』(一)ト、是レ調書ノ性質上當然ナリ。尙檢證調書ノ作成ニ付テハ、檢證ト同時ニ之ヲ爲スノ必要ナシトノ判例アリ(二)。

一　大正六年一二月三日判決、錄第二三輯第一四七九頁。

二　昭和二年一二月二四日判決、集第六卷第五七四頁。

五　書類ノ送達

書類ノ送達ニ付テハ、本法ハ第一編第七章ニ規定スルノミニシテ、民事訴訟法ノ規定ヲ準用スルコトト爲シタリ(八〇)。本法ニ規定スルモノ次ノ如シ。

(一)　住居又ハ事務所ノ届出　被告人、私訴當事者、辯護人又ハ輔佐人ハ、書類ノ送達ヲ受クル爲、書面ヲ以テ其ノ住居又ハ事務所ヲ裁判所ニ届出ヅルコトヲ要ス。裁判所所在地ニ住居又事務所ヲ有セザルトキハ、其ノ所在地ニ住居又ハ事務所ヲ有スル者ヲ送達受取人ニ選任シ、其ノ者ト連署ノ上書面ヲ以テ之ヲ届出ヅベキモノトス(七五第一項)。此ノ書面ハ、同一地ノ各審級ノ裁判所ニ對シテ其ノ效力ヲ有スルモノナリ(七五第二項)。故ニ審級ト共ニ其ノ地ヲ異ニスルトキハ、審級毎ニ其ノ届出ヲ爲スベキモノトス。送達ニ付テハ送達受取人ハ本人ト看做シ、其ノ住居又ハ事務所ハ之ヲ本人ノ住居ト看做サル(七五第四項)。在監者ハ其ノ居所明白ナルヲ以テ、右ノ届出ヲ要セズ(七五第三項)。

(二)　郵便送達　以上ノ届出ヲ爲サザルトキハ、裁判所書記ハ書類ヲ郵便ニ付シテ其ノ送達ヲ爲スコトヲ得(七八第一項)。此ノ場合ニ於テハ、書類ヲ郵便ニ付シタルトキヲ以テ、送達ヲ爲シタルモノト看做ス(七六)。

(三)　檢事ニ對スル送達　檢事ニ對スル送達ハ、書類ヲ檢事局ニ送付シテ之ヲ爲スモノナリ(七六)。

(四)　公示送達　被告人ノ住居、事務所及現在地ガ知レザルトキハ、公示送達ヲ爲スコトヲ得(七八第一項)。又被告人ガ裁判權ノ及バザル場所ニ在ル場合ニ於テ、他ノ方法ヲ以テ送達ヲ爲スコト能ハザルトキ亦公示送達ヲ爲スコトヲ得(七八第二項)。

(五)　公示送達ノ方法　次ノ如シ。

(1)　公示送達ハ裁判所ノ命ジタルトキニ限リ、裁判所書記之ヲ爲スモノトス　(七九第一項)。

(2)　公示送達ハ送達スベキ書類又ハ其ノ抄本ヲ裁判所ノ揭示場ニ公示シテ之ヲ爲ス　(七九第二項)。

(3)　公判ニ於ケル第一回ノ召喚狀ノ公示送達ハ、裁判所書記召喚ヲ裁判所ノ揭示場ニ公示

シ、且其ノ謄本ヲ官報又ハ新聞紙ニ掲載シテ之ヲ爲スモノトス（七九第三項）。

此ノ召喚狀ノ公示送達ハ、最後ニ官報又ハ新聞紙ニ掲載シタル日ヨリ三十日、其ノ他(2)ノ公示送達ハ掲示場ニ公示ヲ始メタル日ヨリ七日ノ期間ヲ經過スルニ因リテ其ノ效力ヲ生ズ（七九第三項）。

(4) 司法警察官ノ發スル書類ノ送達ニ付テハ、裁判所書記ニ屬スル職務ハ司法警察官之ヲ行ヒ、執達吏ニ屬スル職務ハ司法警察吏之ヲ行フ（八〇但書）。

(5) 訴訟ニ關スル書類ハ、公判開廷前ニ於テハ之ヲ公ニスルコトヲ得ズ（五五）。蓋、此ノ禁止ノ趣旨ハ、被告人ハ勿論其ノ他ノ訴訟關係人ノ名譽ト、社會的影響ヲ顧念シタル立法ノ精神ニ外ナラズ。

第三節　訴訟行爲ノ時

一　期日及期間　本法ハ訴訟行爲ノ時ヲ、期日及期間ノ二種ニ區別セリ。期日トハ、訴訟行爲ヲ爲スタメ指定セラレタル一定ノ時點(Zeitpunkt)ニシテ、公判期日ノ如キ是ナリ。期間トハ、訴訟法上裁判所又ハ訴訟關係人ヲシテ、或行爲ヲ爲サシムル爲又ハ爲サザラシムル爲（卽チ一定ノ時間ノ經過ヲ待ツ爲ニ定メラレタル）ニ存スル時間ナリ。上訴期間ノ如キ是ナリ。

一　期日ノ意義　裁判所又ハ檢事ガ單獨ニテ訴訟行爲ヲ爲ス場合ニハ期日(Audience,Termin)ヲ定ムルノ要ナキモ、裁判所及訴訟關係人ガ、裁判所又ハ一定ノ場所ニ相會シテ訴訟行爲ヲ爲ス場合ニハ、期日ヲ定ムルノ要アリ。之ヲ期日ノ指定ト稱ス。例ヘバ公判期日、證據調ノ期日、判決言渡期日ノ如キ是ナリ。

公判期日ハ、裁判長之ヲ定ム（二二〇）。又定メタル期日ヲ變更スルコトヲ得（二二二）。豫審判事、受命判事及受託判事モ亦此ノ點ニ付、裁判長ト同一ノ權ヲ有ス（二一二、二一三、二一五）。期日ノ指定ニ付テハ、法律上ノ制限ナシ。故ニ休日若ハ執務時間外又ハ夜間ニ於テ訴訟行爲ヲ爲スモ、其ノ效力ニ何等ノ影響ヲ及ボスベキモノニ非ズ。要スルニ訴訟行爲ハ、其ノ性質ニ牴觸スルコトナク又法律ニ定メタル制限ニ違背セザル限リ、何時ニテモ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトス。

二　期日ノ開始　期日ハ、指定セラレタル時刻ノ到來ニ依リテ開始スルモノナリ。民事訴訟法ニ於テハ、事件ノ呼上ヲ以テ期日ヲ開始スルモ（民訴一五五）。本法ハ期日開始ノ規定ヲ爲サズ。而シテ一旦開始シタル期日ハ、訴訟手續ノ終了又ハ期日ヲ閉ヅル宣告ニ依リ了ルモノトス(1)。訴訟行爲ノ續行ヲ必要トスル場合ニ於テハ、同時ニ新期日ヲ指定スルヲ通例トス。此ノ新期日ヲ次回期日ト稱ス（八

四第二項)。被告人又ハ出頭ノ義務アル者、期日ニ出頭セザルトキハ期日ノ懈怠ヲ生ズベシ。

一 判例。期日ハ其ノ指定シタル時ヲ以テ開始スルモノナリト雖、其ノ終期ハ一定セズ。一旦訴訟手續ガ開始セラレタル以上、其ノ手續ノ終了スルニ因リテ初メテ其ノ期日ノ終了ヲ告グルモノナレバ、該訴訟手續ノ進行中ニ於テ、歷日ニ代ヘ翌日ニ亙ルコトアルモ、期日ノ同一性ヲ失フモノニ非ズト(昭和六年七月二二日判決、集第一〇卷第四〇七頁)。

三 期日懈怠ノ效果次ノ如シ。

(一) 被告人ノ懈怠 被告人公判期日ニ出頭セザルトキハ、原則トシテ公判ヲ開クコトヲ得ズ(三三〇)。檢事期日ニ出頭セザル場合モ亦同ジ(三二九第二項)。但シ、被告人期日ニ出頭セザルトキト雖、例外トシテ其ノ陳述ヲ聽カズシテ判決ヲ爲スコトヲ得ル場合アリ(三六六、三六七)。尙 被告人ハ再度ノ召喚ニ故ナク出頭セザルトキハ、勾引ノ事由トナル場合アルベシ(八六)。

(二) 辯護人ノ懈怠 辯護人公判期日ニ出頭セザルトキハ、其ノ事件死刑又ハ無期若ハ短期一年以上ノ懲役若ハ禁錮ニ該ルトキハ、公判ヲ開クコトヲ得ズ(三三四第一項)(一)。裁判長ハ辯護人出頭セザルトキ又ハ辯護人ノ選任ナキ場合ニ於テハ、職權ヲ以テ官選辯護人ヲ附ス(三三四第二項、四三三)。但シ、判決ノ宣告ヲ爲ス場合ニハ、辯護人出頭セザルトキト雖開廷スルコトヲ得(三三四第一項但書)。

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)。

(三) 證人、鑑定人、通事ノ懈怠 證人、鑑定人及通事期日ニ出頭セザルトキハ、過料ニ處セラレ且、費用ノ賠償ヲ命ゼラルルコトアリ(一九〇、二二八、二三六)、尙、證人ハ勾引セラルルコトアルベシ(一九一)。

(四) 輔佐人ノ懈怠 輔佐人期日ニ出頭セザルトキハ、輔佐人トシテ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得ザルニ止マリ、別ニ制裁ヲ受クルコトナシ。

(五) 私訴當事者ノ懈怠 私訴當事者期日ニ出頭セザルトキハ、其ノ陳述ヲ聽カズシテ判決ヲ爲スコトヲ得(五九三)。

四 指定外ノ期日

期日ヲ指定シテ爲スベキ訴訟行爲ヲ、期日外ニ於テ爲シタルトキハ、其ノ行爲ノ無效ナルコト言ヲ俟タズ。是レ不法ニ辯護權ノ行使ヲ制限シタルモノト爲ルガ故ナリ(四一〇第八、十、十一號)。

第二 期 間

一 期間ノ意義

期間(délai, Frist)トハ、裁判所又ハ訴訟關係人ヲシテ、一定ノ訴訟行爲ヲ爲サシメ又ハ爲サザ

ラシムル爲ニ存スル時間ヲ謂フ。而シテ期間ニハ法律ニ依リ定ムルモノト、裁判所ノ定ムルモノトアリ。前者ヲ法定期間(例、六二、三九五、四一八)ト謂ヒ、後者ヲ裁定期間(例、八二第三項)ト謂フ。本法ハ、法定期間ヲ定ムルコト多ク、此ノ期間ハ總テ不變期間ナリ。例ヘバ上訴期間ノ如キ是ナリ。其ノ他ハ裁定期間ニシテ、例ヘバ第八十二條第三項ノ場合(里程猶豫)ノ如シ、此ノ期間ハ裁判所ニ於テ之ヲ延長スルコトヲ得ルモノナリ。

二　期日ト期間ノ差異

(一)　期日ハ、裁判長(又ハ單獨判事)之ヲ定ムルモ、期間ハ、法律ニ於テ之ヲ定ムルモノト(法定期間)、裁判所ニ於テ之ヲ定ムルモノ(裁定期間)トアリ。

(二)　期日ハ、裁判所ノ面前ニ於テ訴訟關係人相會シテ、訴訟行爲ヲ爲スベク設ケラレタルモ。期間ハ、訴訟主體ニ對シテ單獨ニ訴訟行爲ヲ爲スベク設ケラレタルモノナリ。故ニ訴訟關係人相會スル爲ノモノニ非ズ。

三　期間ノ種類

(一)　行爲期間ト猶豫期間　期間ハ、之ヲ行爲期間ト猶豫期間トニ區別スルコトヲ得。行爲期間トハ、一定ノ期間內ニ或行爲ヲ爲スベキ場合ニシテ、例ヘバ上訴期間(三九五、四一八)ノ如キ是ナリ。猶豫期間トハ、一定ノ行爲ヲ爲スベカラザル期間ニシテ、例ヘバ被告人ニ對スル第一回ノ公判期日ハ、召喚狀ノ送達トノ間ニ少クトモ三日ノ猶豫期間ヲ存スルガ如キ(三二一第一項)場合或ハ第百九十四條第三項ノ期間ノ如シ。猶豫期間ヲ不行爲期間トモ謂フ。

(二)　失權期間ト訓示的期間　期間ハ、其ノ效力ノ關係ヨリ見テ、失權期間、卽チ上訴申立期間、抗告申立期間(四五九)ト、訓示的期間トニ區別スルコトヲ得ベシ。前者ハ、期間ヲ守ラズ之ヲ經過スルトキハ、失權ノ效果ヲ生ズルモノナリ。故ニ之ヲ失權期間トモ稱ス。後者ハ、裁判所ノ行爲ニ對シ定メラレタルモノニシテ、第六十二條、第八十九條、第百二十七條、第四百六十條第二項、第五百四十條ノ如キ期間是ナリ。此ノ期間ハ所謂訓示的ノモノニシテ、之ヲ經過スルモ失權ノ效果ヲ生ズルモノニ非ズ(第四章(六)訴訟行爲ト訓示的規定參照)。

(三)　法定期間ト裁定期間　ニ付テハ既ニ述ベタリ。

四　期間ノ計算

期間ノ計算ニ付テハ、時ヲ以テスルモノハ卽時ヨリ之ヲ起算シ、日、月又ハ年ヲ以テスルモノハ初日ヲ算入セズ(八一第一項)。但シ、時效期間ノ初日ハ、時間ヲ論ゼズ一日トシテ之ヲ計算ス(八一但書)。月及年ハ歷ニ從ヒ之ヲ計算ス(八一第二項)。期間ノ末日ガ日曜日、一月一日、二日、四日、十二月二十九日、三十日、三十一日又ハ一般ノ休日トシテ指定セラレタル日ニ當ルトキハ、之ヲ期間ニ算入セズ(八一第三項)(一)。但シ、時效期間ニ付テハ此ノ限ニ在ラズ(八一但

書)。

法定期間ハ、訴訟行爲ヲ爲スベキ者ノ住居又ハ事務所ノ所在地ト、裁判所所在地トノ距離ニ從ヒ、海陸路二十里毎ニ一日ヲ加フ。其ノ距離又ハ端數二十里ニ滿タザルモ、五里以上ナルトキハ一日ヲ加フ。但シ、海路ハ二海里ヲ一里トシテ之ヲ計算ス(八二第一項)。此ノ規定ハ、宣告ニ依リテ言渡ヲ爲シタル裁判ニ對スル上訴ノ提起期間ニハ之ヲ適用セズ(八二第二項)。外國又ハ交通不便ノ地ニ在ル者ノ爲ニハ特ニ裁判所ニ於テ期間ヲ定ムルコトヲ得(八二第三項)。

一　一般ノ休日トシテ指定セラレタル日トハ、昭和二年勅令第二五號ノ定ムル所ニシテ、卽チ元始祭(一月三日)、新年宴會(一月五日)、紀元節(二月十一日)、神武天皇祭(四月三日)、天長節(四月二十九日)、神嘗祭(十月十七日)、明治節(十一月三日)、新嘗祭(十一月二十三日)、大正天皇祭(十二月二十五日)、春季皇靈祭(春分日)秋季皇靈祭(秋分日)是ナリ。

五　期間ノ懈怠ト回復

期間ニハ、懈怠ノ問題ヲ生スル場合ト、之ヲ生ゼザル場合トアリ。要ハ、規定ノ性質ガ絶體的規定ナリヤ又ハ訓示的規定ナリヤニ依リ定マリ必ズシモ一樣ナラズ。

當事者ガ、失權期間ヲ經過シタルトキハ、失權ノ效果ヲ生ズルヲ原則トス。上訴期間經過ノ場合ノ如キ是ナリ。但シ、上訴期間ノ懈怠ノ場合ニ於テ、一定ノ條件ノ下ニ上訴權回復ノ請求ヲ爲スコトヲ得ベシ(三八七乃至三八九)。此ノ點ニ付テハ、上訴ニ於テ述ベントス。

第三　期日又ハ期間以外ノ時

一　訴訟行爲ハ、期日又ハ期間ニ拘束セラルルコト以上ノ如シ。然レドモ期日又ハ期間ニ關係ナキ訴訟行爲ハ何時ニテモ之ヲ爲スコトヲ妨ケズ。但シ、家宅捜索又ハ押收ハ日出前、日沒後ハ、住居主若ハ看守者又ハ之ニ代ルベキ者ノ承諾アルニ非ザレバ之ヲ爲スコトヲ得ズ(一五五第一項)。若猶豫スベカラザル場合ニ於テハ、夜間ト雖之ヲ爲スコトヲ得ベク、以上ノ制限ニ依ルコトヲ要セズ(一五五第二項)。

二　次ノ場合ニ於テハ、日出前、日沒後ト雖、押收又ハ捜索ヲ爲スコトヲ得ベシ(一五六)。

(1)　賭博、富籤又ハ風俗ヲ害スル行爲ニ常用セラルルモノト認ムベキ場所

(2)　旅店、飲食店其ノ他夜間ト雖、公衆ノ出入スルコトヲ得ベキ場所。但シ、公開シタル時間內ニ限ル。

第四節　訴訟行爲ノ場所

訴訟行爲ハ、公判期日ニ於テ爲スモノト、然ラザルモノトアリ。又裁判所ニ於テ爲スモノト裁判所外ニ於テ爲スモノトアリ。次ノ如シ。

一　公判期日ニ於テ爲スベキ訴訟行爲

公判期日ニ於テ爲スベキ訴訟行爲ハ、裁判所ノ公判

手續是ナリ。公判手續卽チ開廷ハ裁判所又ハ支部ニ於テ之ヲ爲ス（構一〇三第一項）。但シ、司法大臣ニ於テ事情ニ因リ必要ナリト認ムルトキハ、區裁判所ヲシテ其ノ管轄區域內ノ一定ノ場所ニ於テ、職務ヲ行ハシムルコトヲ得（構一〇三第二項）。

二　公判廷ニ於テ爲ス訴訟行爲

公判裁判所ノ訴訟行爲ハ、公判期日ニ於テ之ヲ爲ス。而シテ公判期日ニ於ケル事件ノ取調ハ公判廷ニ於テ爲サザルベカラズ（三二九第一項）。公判廷ハ判事、檢事及裁判所書記列席シテ之ヲ開廷ス（三二九第二項）。

三　公判期日外ニ於テ爲ス訴訟行爲

公判期日外ニ於テ爲ス訴訟行爲ハ、公判裁判所ノ爲スモノト、豫審判事或ハ受命判事等ノ爲スモノトアリ。又裁判所內ニ於テ爲スモノト、裁判所外ニ於テ爲スモノトアリ。而シテ裁判所內ニ於テ之ヲ爲ス場合ニ於テモ、公判廷ヲ組織セザルモノアリ。裁判所外ニ於テ公判裁判所ノ爲ス主ナルモノ次ノ如シ。

（一）皇族ヲ證人トシテ訊問スル場合ニ於テハ、其ノ所在ニ就キ之ヲ爲ス（皇室裁判令二九）。

（二）親任官、親任官待遇者ヲ證人トシテ訊問スル場合ニ於テハ、其ノ現在地ヲ管轄スル裁判所ニ於テ之ヲ爲ス（二〇九第一項）。

（三）帝國議會ノ議員議會ノ開會中、證人トシテ訊問スル場合ニ於テハ、其ノ滯在地ヲ管轄スル裁判所ニ於テ之ヲ爲ス（二〇九第二項）。

（四）證人ハ必要アル場合ニ於テハ、裁判所外ニ之ヲ召喚シ又ハ其ノ所在ニ就キ之ヲ訊問スルコトヲ得（二〇八）。鑑定人ノ裁判所外ノ鑑定ニ就キ亦同ジ（二一二）。又裁判所ノ必要ニ因リ決定ヲ以テ指定ノ場所ニ證人ノ同行ヲ命ズルコトヲ得（二一一）。

（五）押收若ハ捜索ヲ爲ス場合（一四〇以下）、又ハ檢證ヲ爲ス場合（一七五以下）。

（六）公判期日前ニ於ケル、取調準備ノ爲ノ被告人ノ訊問（三二三）、又ハ證人疾病其ノ他ノ事由ニ因ル期日前ノ證人訊問（三二六）。

（七）公判期日外ニ於テ爲ス訴訟行爲ニ付テハ、裁判所タルト訴訟關係人タルトヲ問ハズ、其ノ場所ニ付制限ナシ。只、裁判所、檢事及司法警察官ニ關シテハ、管轄ノ制限アルノミ（一一、二五二）。

第五節　訴訟行爲ノ代理

一　代理ヲ認メズ

刑事訴訟法上、訴訟行爲ニ關シテハ代理ヲ認メザルヲ原則トス。裁判所又ハ檢事ノ行爲ニ付代

理ヲ許サザルハ勿論、被告人ノ行爲ニ付テハ實體的眞實主義ヲ採ルノ結果代理ヲ許サザルコト明ナリ(一)。只、事件輕微ニシテ且代理ヲ認ムルコトヲ便トスル場合ニ於テハ、例外トシテ之ヲ許ス場合アリ。

一 判例。刑事訴訟ニ於テハ特ニ認メタル場合ノ外代理ヲ認メズ。代理ニ依ル再審ノ請求ハ之ヲ棄却スベキモノトス(昭和四年五月二〇日決定、集第八卷第二五六頁)。又曰ク。略式命令ニ對スル正式裁判ノ請求ニ付テハ代理ヲ許サズト(昭和五年一二月四日判決、集第九卷第八五一頁)。

二 本法ニ於テ、代理ヲ認ムル場合次ノ如シ(一)。

(一) 被告人法人ナルカ又ハ意思能力ヲ有セザルトキ若ハ代表者ナキ場合(三六、三七、三八)。

(二) 告訴及其ノ取消(二七一)(二)。

(三) 罰金以下ノ刑ニ該ル事件ニ付、公判ニ於ケル被告人ノ代理(三三一)。

(四) 書類ノ送達受領ニ付テノ代理(八〇、民訴一六五以下)。

一 第三八七條ニ代人トアルハ、代理人ト其ノ意義ヲ異ニス。

二 告發ノ代理ノ許否ニ付テハ、告訴權ノ拋棄註一ヲ參照。

第六節 訴訟行爲ノ拋棄及取消

一 訴訟行爲ノ拋棄

訴訟行爲ヲ爲スノ權利ハ、之ヲ拋棄スルコトヲ得ルヤ否ニ付、學者間ニ論議セラルルトコロナリ。然レトモ訴訟法上、公ノ秩序ノ爲必要トセラルルモノハ、之ガ拋棄ヲ許サザルヤ論ヲ俟タズ(一)。從テ證言拒絶權(一八六)、告訴權(二六七)、上訴權(三八二)等明文アルモノノ外ハ、其ノ行爲ノ性質ニ依リ決スベキ問題ナリ。

一 强制辯護權(三三四)、官吏ノ告發ノ義務(二六九第二項)或ハ起訴前ノ公訴、告訴前ノ告訴等ハ之ヲ拋棄スルコトヲ許サズト爲スヲ通說トス。

二 訴訟行爲ノ取消

訴訟行爲ノ取消ニ付テモ亦拋棄ノ場合ト同樣ナリ。刑事訴訟法ハ(イ)勾留ノ取消(一一四)、(ロ)保釋責付ノ取消(一一九)、(ハ)告訴告發ノ取消(二六七、二七五)、公訴ノ取消(二九二)、(ニ)上訴ノ取下(三八二)、(ホ)再審請求ノ取下(四九八)等ノ如キハ之ヲ明示シタルモ、其ノ他ノ場合ニ於テハ明文ナシ。宜ク刑事訴訟法ノ立法精神ト行爲ノ性質ニ鑑ミ、之ヲ解決スベキ問題ナリ。之ヲ要スルニ、當事者ノ請求又ハ申立ノ如キハ、既ニ裁判アリタルトキハ格別、然ラザル場合ハ通例之ヲ許サルベキモノト解ス。尙、注意ヲ要スベキモノ次ノ如シ。

(一) 當事者ハ、忌避ノ申請 證據調ノ申請等ヲ取消スコトヲ得。學者或ハ曰ク。證據調申請

ノ結果證據決定アルトキハ、其ノ申請ヲ取消スモ其ノ效ナシト論スルモ（牧野博士第一八〇頁）。苟モ證據調以前ニ於テハ假令證據決定アル場合ト雖之ヲ取消スコトヲ得ベシ。此ノ場合ハ許可セラレタル證據決定ノ取消ト爲ルコト勿論ナリ。其ノ申請ニ係ルモノナルト、職權ニ依ルモノナルトヲ問ハザルナリ（一）。

一　裁判所ハ必要ナシト認ムルトキハ、證據決定ヲ取消スコトヲ得ルモノニシテ、檢事又ハ辯護人ノ意見ヲ聽クコトヲ必要トスルモノニ非ズト（大正七年五月一五日判決、錄第二四輯第五〇五頁）。

（二）檢事ハ、豫審終結決定又ハ第一審ノ判決アル迄ハ、其ノ公訴ヲ取消スコトヲ得（二九二）。尙、上訴ノ拋棄又ハ取下ヲ爲スコトヲ得（三八二）。

（三）判決及豫審終結決定ハ、之ヲ取消スコトヲ得ズ。此等ノ裁判ハ、只上訴ノ結果更正ヲ爲スコトヲ得ルニ過キズ。

（四）其ノ他ノ決定命令ハ、特ニ明文アル場合ハ夫レニ從フベク、明文ナキトキハ訴訟手續ノ紛更ヲ生ゼザル範圍內ニ於テ、取消又ハ更正ヲ認容スルモノト解スベキナリ（一）。

一　同說、平沼博士第二一七頁

三　訴訟行爲ノ追完

追完トハ、訴訟行爲ヲ爲シタル後形式又ハ要件ヲ缺キタル爲　後日其ノ要件ヲ補足スルコトヲ謂フ。民事訴訟法ニ於テハ、當事者ノ懈怠シタル訴訟行爲ノ追完（民訴一五九）又ハ訴訟能力、法定代理權若ハ訴訟行爲ヲ爲スタメニ必要ナル授權ノ欠缺ノ追認（民訴五三）等ヲ規定シタルモ、刑事訴訟法ハ、追完ヲ認メタル明文ナシ。故ニ本法ニ於テハ追完ヲ許容セザルモノト解スベキモノトス（一）。

一　同說、平沼博士第八二頁。

第七節　訴訟要件

一　訴訟要件ノ意義

訴訟要件（Prozessvoraussetzung）ハ、訴訟上ノ效果ヲ發生セシムルニ必要缺クベカラザルモノニシテ、訴訟上ノ效果ハ之ヲ訴訟關係ノ方面ヨリ觀察スルトキハ、其ノ發生、變更及消滅是ナリ。卽チ訴訟關係ハ檢事ノ公訴提起ニ因リテ發生シ、裁判所及當事者間ニ於テ、一定ノ犯罪ノ有無及之ヨリ生ズル刑罰權ノ範圍ヲ確定スルヲ以テ目的ト爲ス。又訴訟手續ノ方面ヨリ觀察スルトキハ、訴訟ノ開始、進行及終了是ナリ。而シテ訴訟ノ開始又ハ訴訟關係ノ發生スル爲ニ必要ナル要件ハ、卽チ公訴提起ノ要件ニシテ學說上之ヲ起訴條件又ハ訴追條件ト稱ス。以上ノ如ク訴訟關係ガ有效ニ成立スルニハ一定ノ要件ヲ必要トス。之ヲ訴訟要件ト稱ス。

二　行爲ノ前提要件

訴訟行爲ノ要件ハ、行爲自體ニ關スルモノト行爲ノ前提トシテ必要ナルモノト在リ。例ヘバ公訴提起ノ訴訟行爲ハ、特別ノ場合ノ外ハ書面ニ依ルヲ要シ、其ノ書面ニハ一定ノ形式ヲ具備スルコトヲ必要トス（七一、七二）。又其ノ内容トシテ被告人及犯罪事實竝罪名ヲ表示セザルベカラズ（二九〇、二九一）。是レ行爲自體ニ關スル要件ナリ。然リ而シテ、公訴ノ目的タル被告事件ガ親告罪ナルトキハ、公訴ノ提起ヲ爲スニハ必ズヤ被害者ノ告訴ノ存在ヲ必要トス。是レ行爲自體ノ要件ニ非ズシテ、行爲ノ前提トシテ必要ナル要件ナリ。此ノ後者ノ要件ヲ學者訴訟要件ト稱ス。只行爲自體ニ關スル要件ヲモ併セテ訴訟要件ト稱スルコトアリ、其ノ用例必ズシモ一定セズ。

三　訴訟要件ト處罰要件トノ別

（一）訴訟要件ト處罰要件　訴訟要件ハ、之ヲ處罰要件ト區別セザルベカラズ。處罰要件トハ、犯罪ニ因ル實體上ノ刑罰權發生ニ必要ナル要件ニシテ、而モ犯罪ノ構成要件（gesetzlicher Tatbestand）以外ノモノヲ謂フ。例ヘバ破產法第三百七十四條ノ詐欺破產罪ニ於ケル、破產宣告確定ノ事實ノ如シ。

（二）訴訟要件ノ欠缺　訴訟要件トハ、訴訟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。然リ而シテ事件ガ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）或ハ免訴（三一四、三六三）ノ如ク、其ノ訴訟ヲ不適法ナリトスル裁判ヲ爲サザルベカラズ。之ニ反シ處罰要件ヲ缺クトキハ、被告事件罪ト爲ラズ（三一三、三六二）トシテ無罪ノ裁判ヲ爲スカ又ハ刑ノ免除（三一四第五號、三五九）ノ裁判ヲ爲サザルベカラズ。其ノ他處罰要件ハ有罪判決ヲ爲ス場合ノ第三百六十條第一項ノ說明ヲ要スルモ、訴訟要件ニ付テハ此等ノ必要ナシ。又處罰要件ハ刑法不朔及ノ原則ノ適用アルモ、訴訟要件ハ然ラズ。卽チ新法ニ從フベキヲ常トスルガ如シ。

四　訴訟要件ノ種類

（一）狹義ノ訴訟要件、廣義ノ訴訟要件　狹義ノ訴訟要件ハ、訴訟關係ノ發生ヲ促スモノニシテ、訴訟開始ニ必要ナル起訴要件是ナリ。廣義ノ訴訟要件トハ、既ニ成立シタル訴訟ノ進行發展上各行爲ニ關シ必要ナル要件ナリ。例ヘバ被告人ノ訊問、勾留、搜索、差押、證據調、公判開廷、判決、上訴等訴訟進行ニ必要ナル總テノ要件ヲ包含ス。

（二）絕體的訴訟要件、相對的訴訟要件　絕體的要件トハ、訴訟行爲ヲ有效ナラシムル爲必要ナル要件ニシテ、其ノ要件ノ欠缺ハ訴訟行爲ヲ無效ト爲スモノナリ。裁判所ニ於テ之ヲ看過スルトキハ、上告ノ理由ト爲ルモノナリ。從テ此ノ要件ハ法律ガ特ニ公益ノ爲ニ設ケラレタルモノニシテ、裁判所ノ職權調查ノ事項ニ屬ス。例ヘバ證人訊問ニ關スル要件ヲ缺クトキハ、其ノ證言

ハ證據力ヲ有セザルヲ以テ之ヲ採テ罪證ニ供スルコトヲ得ズ。又起訴ニ付必要ナル要件ヲ缺クトキハ、裁判所ハ公訴棄却ノ判決ヲ爲スガ如シ。親告罪ニ於ケル告訴ノ不存在ノ如キ亦然リ。之ニ反シ相對的要件トハ、當事者ノ責問權行使(主張)ナキトキハ、訴訟行爲ノ效力ニ影響セザルモノナリ。此ノ要件ハ被告人ノ利益ノ爲ニ設ケラレタルモノニシテ、當事者ノ主張ニ依リ始メテ要件ヲ爲スモノナリ。例ヘバ土地ノ管轄ノ如シ。當事者ニ於テ管轄違ノ申立ヲ爲サザルトキハ、裁判所ハ管轄違ノ言渡ヲ爲スコトヲ得ザルガ如キ場合(三五七第一項)ハ之ニ屬ス。

(三) 積極的訴訟要件、消極的訴訟要件

訴訟要件ニハ或ル事實ノ存在ヲ必要トスルモノアリ、又ハ或ル事實ノ存在セザルコトヲ必要トスルモノアリ。前者ヲ積極的訴訟要件ト謂ヒ、後者ヲ消極的訴訟要件ト謂フ。訴訟要件ノ多クハ積極的要件ニ屬ス。而シテ消極的要件トハ例ヘバ公訴時效ノ經過セザルコト、同一事件ニ付他ノ裁判所ニ公訴提起ナキコト、確定判決ナキコト、公判廷ニ於テ被告人ノ身體ノ拘束ナキコト、或ハ事件ノ犯人ニ自首ナキガ如キ場合等是ナリ。

(四) 一般ノ訴訟要件、特別ノ訴訟要件

一般要件トハ、本法規定ノ要件ニシテ、例ヘバ第一審、上訴審ニ共通スル訴訟要件ハ多クハ之ニ屬ス。特別要件トハ、特殊ノ事件ニ必要ナル要件ナリ。例ヘバ間接國稅犯則者處分事件ニ於ケル稅務官吏ノ告發ノ如キ是ナリ。其ノ他有效條件ト其ノ以外ノ條件、訴訟主體ニ關スル條件、訴訟ノ客體ニ關スル條件等ニ區別スルコトヲ得ベシ。

第五章　召喚及强制處分

一　總　說

國家ガ、刑罰權ノ實行ヲ完全ニ行ハントスルニハ、訴訟ノ進展ニ伴ヒ、或ル程度ノ强制力ヲ要スルコトハ言ヲ俟タズ、而シテ訴訟上ニ於ケル强制處分ハ、其ノ性質上民事訴訟ニ於ケル保全行爲ト何等異ナルトコロナシ。然レドモ、刑事訴訟法上ノ强制ハ、物ニ對スル强制(對物的强制處分)ノミナラズ、主トシテ人ニ對スル强制(對人的强制處分)ノ場合多キヲ以テ、之ガ職權ヲ行使スルニ當リテハ穩健中正ニシテ、苟モ思慮ト沈靜トヲ忘ルベカラズ。況ンヤ、事實ノ判斷ヲ誤リ無辜ヲ糺彈シタル事例決シテ稀ナリトセズ。斯クテハ、民人ノ權益ヲ尊重スル法ノ精神ニ反スルノミナラズ、職務ノ威信ヲ害シ、遂ニ司法ノ尊嚴ヲ冒瀆スルニ至ルベシ。世ニ人權蹂躙ヲ叫バルルハ、豫斷偏見ノ念ヲ脫セズ、用意ト周密ノ具ヲ缺クガ爲ナリ。權力者ノ一擧一動ハ、世道人心ニ及ボス影響大ナルモノ在ルガ故ニ、職務ノ神聖ト國利民福ヲ顧念シ、且世論ノ表ニ卓立スルノ概ナカルベカラズ。蓋、公明正大ハ實ニ是レ司法ノ生命ト謂ハザルベカラズ。

二　强制處分ト其ノ限度

强制處分ハ、訴訟手續上必要缺クベカラザルモノナルモ、之ガ爲個人ノ信用乃至名譽等ノ法益ヲ害スルコトナキヲ保セズ。故ニ、强制處分ハ必要ノ最少限度ニ止ムベキハ言ヲ俟タズ。是レ、本法ニ於テ幾多ノ規定ヲ設ケ、其ノ限界ヲ明示シタリ。而シテ、强制處分ハ其ノ物ニ對スルト又ハ人ニ對スルトヲ問ハズ、通常ノ場合ト、現行犯及要求事件ノ場合トニ依リ其ノ趣ヲ異ニスルコトハ、法文之ヲ明ニシタリ。又强制處分ニ關スル規定ハ、裁判所ヲ本位トシテ規定シタルモノニシテ、豫審判事ニモ亦共通スルモノナリ。故ニ、搜査機關タル檢事又ハ司法警察官ニ對シテハ、制限ヲ爲シタル範圍ニ於テ之ヲ認メタリ(二五四、二五五)(一)。

一　近時立法論トシ論議セラルルハ、搜査機關タル檢事ニ、强制處分權ヲ原則トシテ否定スルコトハ、事實上人權蹂躪ヲ生ズルモノナルガ故ニ、正面ヨリ搜査上强制ノ處分ヲ爲スノ權能ヲ認ムルコトハ、却テ個人ニ對シテ法律的保護ヲ爲スモノナリト論ズル說アリ(小野博士講第二三九頁)。此ノ說ハ豫審制度ヲ廢止シテ、此ノ權限ヲ搜査官ニ附與スベシト謂フニ在リ。然レドモ、人權蹂躪ハ、搜査上必要ナル手段ニ非ズ。之ヲ敢テスルハ、其ノ人ニ依ルモノニシテ一概ニ論ズルヲ得ズ。況ンヤ、豫審制度ヲ今急ニ廢止シテ、搜査官ニ如何ナル權限ヲ附與セントスルモノナリヤ。近時ノ立法ハ傳統ヲ革メテ新規ニ憩フノ傾向アルモ、最近ノ立法ニシテ舊法ニ優ルモノ果シテ存在スルヤ否。「新法定ツテ新罪生ズ」ノ類ニ非ザルコトヲ望ム。若夫レ豫審制度ヲ廢止シテ、之ニ代ルニ適正ナル制度ナシトセバ裁判ノ威信ヲ保ツ所以ニ非ズ。寧ロ、斯ル考慮ヲ放棄シテ勾留期間ノ制限、特ニ勾留更新ノ手續及行政執行法ノ濫用等ニ付改善スルニ如カズ。

第一節　被告人ノ召喚

一　意義

被告人ノ召喚(Mandat de comparution, Ladung)トハ、訊問ノ目的ヲ以テ一定ノ日時ニ一定ノ場所ニ出頭スベキコトヲ命ズル裁判ヲ謂フ(八三以下)。被告人ノ召喚ハ、裁判所ノ命令ナリ。此ノ召喚ヲ受ケタル被告人ハ其ノ日時場所ニ出頭スベキ義務ヲ負フ。出頭シタル被告人ニ對シテハ、速ニ訊問ヲ爲スベシ(八五第一項)。而シテ出頭ノ義務ハ、其ノ召喚ノ日ノ終ル迄繼續スルモノト解スベシ。被告人ノ召喚ハ訊問スルヲ其ノ目的ト爲ス、故ニ訊問ヲ目的トセザル被告人ノ召喚ナシ。被告人再度ノ出頭ノ義務ヲ履行セザルトキハ、勾引ノ强制處分ヲ受クルコトアルベシ(八六)。被告人出頭セザルトキハ、豫審ニ於テハ、其ノ所在ニ就テ之ヲ訊問スルコトヲ得ベク(三〇〇第二項)。公判ニ於テハ、被告人ノ出頭ナクシテ公判ヲ開カザルヲ原則トス(三三〇)。但シ、少數ノ場合ニ例外アルコトニ注意スベシ(三五二、三六六以下、四〇四)。

二　召喚狀

召喚ハ、召喚狀ニ依リテ之ヲ爲スヲ原則トス(八四第一項)。但シ、此ノ原則ニ對シ二ノ例外アリ。第一ハ被告人ヨリ期日ニ出頭スベキ旨ヲ記載シタル書面ヲ差出シ、又ハ出頭シタル被告人ニ對シ、口頭ヲ以テ次回ノ出頭ヲ命ジタルトキハ、召喚狀ヲ送達シタルト同一ノ效力ヲ有ス。口頭ヲ以テ出頭ヲ命ジタル場合ニ於テハ、其ノ旨ヲ調書ニ記載セザルベカラズ(八四第二項)。第二ハ

受訴裁判所ニ近接スル監獄ニ在ル被告人ニ對シテハ、監獄官吏ニ通知シテ被告人ヲ召喚スルコトヲ得。此ノ場合ニ於テハ、被告人監獄官吏ヨリ通知ヲ受ケタル時ヲ以テ、召喚狀ノ送達アリタルモノト看做ス(八四第三項)。被告人ガ、裁判所構內ニ在ルトキハ、召喚ヲ爲サザル場合ニ於テモ、之ヲ訊問スルコトヲ得ベシ(八五第二項)。例ヘバ被告人ガ檢事局ニ自首シタル場合ノ如シ。

召喚ハ、裁判所之ヲ爲スヲ原則トスルモ、急速ヲ要スル場合ニ於テハ、裁判長自ラ之ヲ爲シ又ハ受命判事ヲシテ、之ヲ爲サシムルコトヲ得(九三)。豫審判事ハ被告人ノ召喚ニ關シ、裁判所又ハ裁判長ト同一ノ權ヲ有ス(一二二)。

三　裁判所ノ召喚

裁判所ハ、公訴ヲ受ケタルトキハ被告人ヲ召喚スベシ(八三)。召喚狀ニハ被告事件、被告人ノ氏名及住所、被告人ノ出頭スベキ年月日時、場所及召喚ニ應セザルトキハ、勾引狀ヲ發スルコトアルベキ旨ヲ記載シ、裁判長又ハ受命判事之ニ記名捺印スルコトヲ要ス(九七第一項第三項)。裁判長ハ急速ヲ要スル場合ニ於テ、自ラ召喚狀ヲ發シタルトキ(九三)ハ、其ノ旨ヲ記載セザルベカラズ(九七第五項)。豫審判事ガ召喚狀ヲ發スル場合ニ於テモ亦同樣ナリ(一二二)。召喚狀ハ之ヲ送達ス(九九)。此ノ送達モ、書類送達ノ一般ノ例ニ依ルモノトス(八〇、民訴一六二)。

四　猶豫期間

召喚狀ガ不適法ナルトキハ、被告人ハ出頭ノ義務ヲ生ゼズ。例ヘバ、第一回ノ公判期日ト被告人ニ對スル召喚狀ノ送達トノ間ニ、三日ノ猶豫期間ヲ存セザル場合又ハ召喚狀ノ違式ナル場合ノ如シ(三二一第一項)。然レドモ、此ノ期間ハ固ヨリ被告人ノ利益ノ爲ニ存スルモノナルガ故ニ、被告人ニ異議ナキトキハ此ノ猶豫期間ヲ存セザルコトヲ得ベシ(三二一第二項)。從テ、被告人ガ任意出頭シタルトキ又ハ被告人ノ承諾アル場合ニ於テハ、之ヲ訊問スルコトヲ得ベシ。

五　召喚ノ場所

公判ニ於テ、被告人ヲ召喚スベキ場所ハ原則トシテ裁判所ナリ(三二九)。然レドモ、裁判所ハ公判廷以外ノ場所ニ於テ、被告人ヲ訊問スルノ必要アリト認ムルトキハ、裁判長ハ指定ノ場所ニ被告人ノ出頭又ハ同行ヲ命ズルコトヲ得ベシ(一〇六)。若被告人正當ノ事由ナクシテ之ヲ肯ゼザルトキハ、其ノ場所ニ勾引スルコトヲ得(一〇六)。此ノ場合ニ於テハ、第八十九條ノ訊問期間ハ、其ノ場所ニ引致シタル時ヨリ之ヲ起算ス(一〇六、八九)。

本法ハ豫審判事、受命判事及受託判事ノ被告人呼出ニ付テハ場所ニ關スル規定ヲ爲サズ、故ニ、場所ノ制限ナシト解スベキナリ。

第二節　對人的強制處分(勾引、勾留及逮捕)

第一　總說

強制處分ニ二種アリ。其ノ一ヲ對人的強制處分トシ、其ノ二ヲ對物的強制處分ト爲ス。而シテハ對人的強制處分ハ、勾引及勾留ノ二トス。此ノ外、勾留狀ト同一ノ效力ヲ有スル逮捕狀モ亦對人的強制處分ノ一種ナルモ訴訟手續以外ニ屬ス。被疑者及被告人ノ訊問、證人ノ訊問、鑑定處分等ハ人的強制處分ヲ含ム場合アリト雖、本法ハ當事者又ハ證據方法ヲ主眼トシテ規定シタルモノニシテ、強制處分ニ非ザルヤ明ナリ。物的強制處分ハ、押收及搜索是ナリ。而シテ、搜索ハ家宅、身體及物件ニ對シテ之ヲ爲スモノナリ。

（一）勾引狀、勾留狀ノ目的　勾引及勾留ハ、訊問ノ目的ヲ以テ特定ノ人ニ對シ、一定ノ場所ニ出頭スベキコトヲ命ズル強制處分ナリ。勾引及勾留狀是ナリ（八八、九一）。

勾引狀ノ效力ハ、土地ノ管轄ニ依リ制限ヲ受ケズ、司法警察官吏ハ必要アルトキハ管轄區域外ニ於テ勾引狀ノ執行ヲ爲シ、又ハ其ノ他ノ司法警察官ニ其ノ執行ヲ求ムルコトヲ得ベシ（一〇二）。勾留狀ハ、事物ノ管轄ニ依リテ制限ヲ受ケザルモノトス。卽チ、第一審裁判所ノ發シタル勾留狀ハ、第二審ニ至ルモ尙其ノ效力ヲ存續スルモノナリ。

（二）勾引狀、勾留狀ハ裁判所之ヲ發ス　勾引狀、勾留狀ハ裁判所之ヲ發ス。但シ、急速ヲ要スル場合ニ於テハ、裁判長自ラ之ヲ發シ又ハ受命判事（部員）ヲシテ之ヲ發セシムルコトヲ得（九三）。裁判長自ラ之ヲ發スル場合ニ於テハ、其ノ旨（急速ヲ要スル場合ナルコト）ヲ記載セザルベカラズ（九七第五項）。豫審ニ於テハ豫審判事之ヲ發ス（一二二）。

（三）勾引狀、勾留狀ノ記載要件　勾引狀、勾留狀ニハ被告事件、被告人ノ氏名及住所ヲ記載シ、裁判長、又ハ受命判事之ニ記名捺印スルコトヲ要ス（九七第一項）。豫審判事之ヲ發スル場合ニ於テモ亦同樣ナリ（一二二）。若、被告人ノ住所分明ナラザルトキハ、之ヲ記載スルコトヲ要セズ。又其ノ氏名分明ナラザルトキハ、容貌、體格其ノ他ノ徵表ヲ以テ被告人ヲ指示スベキモノトス（九七第二項）。勾留狀ニハ、勾留スベキ監獄ヲ指定セザルベカラズ（九七第四項）。

（四）勾引狀、勾留狀ノ執行者　勾引狀、勾留狀ハ、檢事ノ指揮ニ依リ司法警察官吏之ヲ執行スベキモノトス（一〇〇第一項）但シ、急速ヲ要スル場合ニ於テハ、裁判長、受命判事、豫審判事又ハ區裁判所判事其ノ執行ヲ指揮スルコトヲ得ベシ（一〇〇第一項但書）。在監中ノ被告人ニ對シテ發シタル勾留狀ハ、檢事ノ指揮ニ依リ監獄官吏之ヲ執行ス（一〇〇第二項）。檢事ノ指揮ニ依リ勾引狀又ハ勾留狀ヲ執行スル場合ニ於テハ、之ヲ司法警察官吏數人ニ交付スルコトヲ得（一〇〇第三項）。

（五）勾引狀ノ數通作成　勾引狀ハ數通ヲ作リ、之ヲ司法警察官吏數人ニ交付スルコトヲ得

(一〇一)。勾留狀ニ關シテハ、斯ル規定ハ存セズ。蓋、被告人ヲ捜査スル場合ニ於テハ、勾引狀ニ依ルヲ通例ト爲スガ爲ナリ。然レドモ、勾留狀ニ付テモ此ノ規定ヲ準用シテ妨ナシト解ス。

(六) 勾引狀、勾留狀ノ執行場所　勾引狀ヲ執行スルニハ、之ヲ被告人ニ示シテ指定セラレタル裁判所ニ引致スベシ(一〇三第一項)。第九十四條第四項及第九十五條第二項ニ依リ、囑託ヲ受ケテ勾引狀ヲ發シタル場合ニ於テハ、其ノ勾引狀ヲ發シタル官署ニ引致スベシ(一〇三第一項後段)。勾留狀ヲ執行スルニハ、之ヲ被告人ニ示シテ指定セラレタル監獄ニ引致スベキモノトス(一〇三第二項)。

(1) 軍人軍屬ニ對スル令狀執行　軍事用ノ廳舍又ハ艦船ノ內ニ在ル者ニ對シ、勾引狀又ハ勾留狀ヲ執行スベキ場合ニ於テハ、廳舍若ハ艦船ノ長又ハ之ニ代ルベキ者ニ勾引狀又ハ勾留狀ヲ示シテ其ノ引渡ヲ求ムベシ(一〇五第一項)。軍人タルト軍屬タルトヲ區別スルコトナシ。又軍事用ノ廳舍又ハ艦船ノ外ニ在リテ現ニ勤務ニ從事スル軍人、軍屬又ハ陸海軍所屬ノ學生生徒ニ對シテ勾引狀又ハ勾留狀ヲ執行スベキ場合ニ於テハ、其ノ所屬ノ長又ハ之ニ代ルベキ者ニ勾引狀又ハ勾留狀ヲ示シテ其ノ引渡ヲ求ム(一〇五第二項)。

(2) 人ニ對スル家宅捜索　勾引狀、勾留狀ヲ執行スル場合ニ於テ、必要アルトキハ司法警察官吏ハ人ノ住居又ハ人ノ看守スル邸宅、建造物若ハ艦船ノ內ニ入リ捜索ヲ爲スコトヲ得(一七三、一七四)。勾引狀、勾留狀ノ執行ヲ受ケタル被告人ヲ護送スル場合ニ於テ、必要アルトキハ假ニ最寄ノ監獄ニ之ヲ留置スルコトヲ得(一〇七)。又勾引狀ノ執行ヲ受ケタル被告人ヲ引致シタル場合ニ於テ、必要アルトキハ之ヲ監獄ニ留置スルコトヲ得(一〇八)。檢事ハ、裁判所ノ同意ヲ得テ、勾留セラレタル被告人ヲ他ノ監獄ニ移スコトヲ得(一一〇)。

(3) 令狀ノ謄本ノ請求　勾引狀、勾留狀ノ執行ヲ受ケタル被告人ハ、其ノ謄本ノ交付ヲ請求スルコトヲ得(一〇四)。其ノ謄本ハ裁判所書記之ヲ作ル(五四)。謄本ノ請求ハ、令狀ヲ發シタル官署又ハ事件ノ繫屬セル官署ニ對シテ之ヲ爲スベキモノナリ(一)。

一　被告人ガ令狀ノ執行ヲ受ケタル際、謄本ヲ請求スルモ、執行者ニ於テ其ノ謄本ヲ作成スベキモノニ非ズ(林博士總則上卷第一八〇頁、小山氏第一五一頁註二)。

(4) 令狀ト署名捺印　勾引狀、勾留狀ヲ執行シタルトキハ、之ニ執行ノ場所及年月日時ヲ記載シ、之ヲ執行スルコト能ハザルトキハ其ノ事由ヲ記載シテ司法警察官吏記名捺印スベシ(一〇九第一項)。勾引狀又ハ勾留狀ノ執行ニ關スル書類ハ、執行ヲ指揮シタル檢事其ノ他ノ官署ニ之ヲ差出スベシ(一〇九第二項)。勾引狀ノ執行ニ關スル書類ヲ受取リタル檢事其ノ他ノ官署ハ、被告人ノ引致セラレタル年月日時ヲ勾引狀ニ記載セザルベカラズ(一〇九第三項)。

(七) 接見、信書、物ノ授受ノ禁止　勾留セラレタル被告人及勾引狀ニ因リ監獄ニ留置セ

ラレタル被告人ハ、法令ノ範圍内ニ於テ他人ト接見シ又ハ書類若ハ物ノ授受ヲ爲スコトヲ得ベシ（一一一）。裁判所ハ、勾留ヲ受ケタル者ニ對シテ特ニ交通ヲ制限スルコトヲ得。卽チ、被告人ガ罪證ヲ湮滅シ、又ハ逃亡ヲ圖ル虞アルトキハ、勾留セラレタル被告人ト他人トノ接見ヲ禁ジ、又ハ他人ト授受スベキ書類其ノ他ノ物ヲ檢閱シ、其ノ授受ヲ禁ジ若ハ之ヲ差押フルコトヲ得。但シ、糧食ハ其ノ授受ヲ禁ジ又ハ之ヲ差押フルコトヲ得ズ（一一二第一項）。裁判所檢閱ヲ爲スコト能ハザルトキハ、檢事ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得（一一二第二項）。例ヘバ、控訴裁判所未ダ訴訟記錄ノ送致ヲ受ケザル場合ノ如シ。此ノ場合ニ於テ、檢事ハ必要ト認メタルトキハ、其ノ書類物件ノ授受ヲ禁ジ又ハ差押ヲ爲スコトヲ得ルモノト解ス（林博士總則上第一九〇頁）。檢事ニ此ノ權アルコトハ疑ハシトノ說アリ（平井氏第二八二頁）。

（八）　身體、名譽ノ保全　被告人ヲ勾留シタル場合ニ於テハ、其ノ身體及名譽ヲ保全スルコトニ注意セザルベカラズ（九二）。勾引、逮捕ヲ爲シタル場合ニ於テモ亦當然ナリ。蓋、被嫌疑者ハ其ノ罪蹟ノ有無未ダ確定セザルモノナルガ故ニ、其ノ品格ヲ毀傷シ又ハ自由意思ヲ抑制スルガ如キハ、法ノ許サザルトコロナリ。宜シク清白ノ人ヲ以テ遇セザルベカラザルヤ論ヲ待タズ。是レ、本法ノ精神ナリ。

第二　勾引

勾引（Mandat d'amener, Vorführung）トハ訊問ノ目的ヲ以テ、被告人ヲ裁判所又ハ其ノ他ノ場所ニ出頭セシムベキ強制的命令ナリ。裁判所ハ勾引シタル被告人ヲ引致シタル時ヨリ、四十八時間內ニ之ヲ訊問セザルベカラズ。而シテ、其ノ時間內ニ勾留狀ヲ發セザルトキハ、被告人ヲ釋放スルコトヲ要ス（八九）（一）（二）。卽チ、自由ヲ拘束スル時間ノ一定セザル勾留（一一三）ト其ノ趣ヲ異ニス。

一　國防保安法第十九條。
二　治安維持法第二十條。

（一）　勾引ノ囑託　勾引ハ之ヲ囑託スルコトヲ得。裁判長ハ被告人ノ現在地ノ豫審判事若ハ區裁判所判事、法例ニ依リ特別ニ裁判權ヲ有スル官署、檢事又ハ司法警察官ニ被告人ノ勾引ヲ囑託スルコトヲ得（九四第一項）。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（九四第二項）。若、受託官署ガ受託事項ニ付權限ヲ有セザルトキハ、受託ノ權限アル官署ニ囑託ヲ移送スルコトヲ得（九四第三項）。茲ニ、受託事項ニ付權限ヲ有セザルトキトハ、例ヘバ被告人ガ最早ヤ其ノ地ニ現在セザル場合ノ如シ。但シ、司法警察官ハ轉囑及移送ヲ爲スコトヲ得ズ（九四第二項但書、第三項但書）。而シテ、囑託又ハ移送ヲ受ケタル官署ハ、勾引狀ヲ發スベキモノトス（九四第四項）。

被告人ノ現在地ヲ覺知スルコト能ハザルトキハ、裁判長ハ檢事長ニ被告人ノ容貌、體格其ノ他ノ徵表ヲ記載シタル書面ヲ送付シ、其ノ搜査及勾引ヲ囑託スルコトヲ得（九五第一項）。囑託ヲ受ケタル檢事長ハ、其ノ管內ノ檢事ヲシテ勾引狀ヲ發シ、搜査及勾引ノ手續ヲ爲サシム（九五第二項）。

以上第九十四條、第九十五條ノ囑託ノ場合ニ於テハ、勾引狀ノ一般形式ニ準ジテ（九七第一項第二項）勾引狀ヲ發ス。尙、囑託ヲ爲シタル裁判長ノ氏名及囑託ニ因リ、之ヲ發スル旨ヲ記載スベキモノトス（九八）。

（二）檢事ノ勾引狀　檢事ハ獨立シテ勾引狀ヲ求ムルコト能ハザルト雖モ、檢事ハ現行犯又ハ之ニ準ズベキ場合ニ於テ、急速ヲ要シ判事ノ勾引狀ヲ求ムルコト能ハザルトキハ、自ラ勾引狀ヲ發シ又ハ他ノ檢事若ハ司法警察官ニ命令シ若ハ囑託スルコトヲ得（一二三）。而シテ檢事ガ勾引狀ヲ發シ得ル場合ハ、判事ガ發シ得ベキ一般ノ條件（八七）ヲ具備スルコトヲ要スルヤ當然ナリ。

（三）勾引ノ原因　裁判所（又ハ裁判長）ガ勾引狀ヲ發スル場合次ノ如シ。

（1）被告人、再度ノ召喚ヲ受クルモ故ナク出頭セザルトキハ、之ヲ勾引スルコトヲ得（八六）。此ノ場合ハ、事件ノ如何ヲ問ハズ、勾引スルコトヲ得ルモノトス。

（2）直ニ勾引スル場合　次ノ場合ハ、直ニ被告人ヲ勾引スルコトヲ得（八七）（一）（二）。

一　被告人定マリタル住居ヲ有セザルトキ。

二　被告人罪證ヲ湮滅スル虞アルトキ。

三　被告人逃亡シタルトキ又ハ逃亡スル虞アルトキ。

但シ、被告人定マリタル住居ヲ有セザル場合ノ外、五百圓以下ノ罰金、拘留又ハ科料ニ該ル事件ニ付テハ、原則トシテ勾引狀ヲ發スルコトヲ得ズ（八七第二項）。

一　國防保安法ニ曰ク、被疑者正當ノ事由ナクシテ檢事ノ召喚ニ應ゼズ、又ハ刑事訴訟法第八十七條第一項各號ニ規定スル事由アルトキハ、檢事ハ被疑者ヲ勾引シ又ハ其ノ勾引ヲ他ノ檢事ニ囑託シ若ハ司法警察官ニ命令スルコトヲ得（同法第十八條）。

二　治安維持法第十九條、第二十一條、第四十八條。

（3）被告人再度ノ召喚ニ故ナク出頭セザルトキ、若ハ被告人裁判長ノ指定シタル場所ニ正當ノ理由ナクシテ出頭セザルトキハ、勾引スルコトヲ妨ゲズ（八七第二項但書）。

（四）勾引狀ノ執行及效力　勾引狀ノ效力ハ、被告人ヲ一定ノ場所ニ引致スルニ在リ。之ヲ執行ト稱ス。一般ノ場合ニ於テハ引致スベキ場所ハ裁判所ナリ（一〇三第一項）。勾引狀ノ效力ハ引致シタル時ヨリ四十八時間ヲ經過スルニ依リテ消滅ス。卽チ、勾引シタル被告人ハ裁判所ニ引致シタル時ヨリ四十八時間內ニ之ヲ訊問スルコトヲ要ス。若シ、此ノ時間內ニ勾留狀ヲ發セザル

トキハ、被告人ヲ釋放スベキモノトス(八九)(一)。勾引ノ囑託、移送(九四)、又ハ現在地覺知ノ爲ニスル囑託(九五)ノ場合ニ在リテハ、勾引狀ヲ發シタル官署ニ之ヲ引致スベシ(一〇三第一項)。其ノ官署ハ被告人ノ引致ヲ受ケタル時ヨリ、四十八時間內ニ其ノ人違ナキカ否ヲ取調ベ、被告人ニ非ザルトキハ、速ニ之ヲ指定セラレタル裁判所ニ送致スベシ。送致ヲ受ケタル裁判所ハ、四十八時間內ニ之ヲ訊問スルコトヲ要ス(九六)。

一 國防保安法第十九條。

(五) 所在訊問　勾引狀ヲ受ケタル者ガ、疾病其ノ他正當ノ事由アリテ之ニ應ズルコト能ハザルトキハ、豫審ニ於テハ、被告人ノ所在ニ就キ訊問ヲ爲スコトヲ得(三〇〇第二項)。又公判ニ於テハ、公判手續ヲ停止セザルベカラズ(三五二第二項)。

○第三　勾留

勾留 (Mandat de dépôt et mandat d'arrêt, Verhaftung) トハ訴訟ノ遂行ヲ完フスル爲、被告人ヲ拘禁スル強制處分ナリ。其ノ執行ハ、勾留狀ヲ發シテ之ヲ爲ス(九一)。本法ニ於テハ勾留ト勾留狀ノ執行トヲ區別スルコトナク、兩者ヲ單ニ勾留ト稱セリ。而シテ、勾留ハ刑ノ執行ニ依ル拘禁ト區別スル爲、之ヲ未決勾留 (Détention préventive, Untersuchungshaft) ト稱ス(五五六、刑二一)(一)。以下勾引ト比較シテ說明スレバ。

一 勾留ノ期間ハ指定ノ監獄又ハ之ガ代用監獄ニ引致シタル日ヨリ起算スベキモノトス（昭和一〇年七月一一日大審院長ヨリ刑事局長宛通知、刑訴實例總覽第一二八頁）。

(一) 勾留ノ條件　勾留ハ召喚(八五)又ハ勾引(八九)ニ依リ、被告人ヲ訊問シタル後ニ非ザレバ之ヲ爲スコトヲ得ズ(九〇第二項)(一)。留置訊問ト稱セラルルモノ是ナリ。而シテ被告人ヲ勾留シ得ル場合ハ、(イ)被告人定リタル住居ヲ有セザルトキ(ロ)被告人罪證ヲ湮滅スル虞アルトキ(ハ)被告人逃亡シタルトキ又ハ逃亡スル虞アルトキ是ナリ(九〇第一項、八七)。但シ、次ノ例外アリ。

(1) 被告人逃亡シタル場合ハ、訊問ヲ爲スコトナク直ニ勾留スルコトヲ得(九〇第二項但書)。

(2) 被告人監獄ニ在ルトキハ、第八十七條ニ列擧シタル事由ナキ場合ニ於テモ、勾留スルコトヲ得(九〇第三項)。

一 國防保安法第二十條。

(二) 勾留ノ效力　勾留ノ期間ハ、二ケ月ヲ以テ原則ト爲ス。特ニ繼續ノ必要アル場合ニ於テハ、一ケ月毎ニ理由ヲ付シタル決定ヲ以テ更新スルコトヲ得ベシ(一一三、四九)(一)(二)(三)。勾留期間ハ勾留狀執行ノ日ヨリ起算スベキモノトス。而シテ玆ニ勾留更新トハ、檢事ノ發シタル勾

留狀ヲモ包含スルヤ否ニ關シ疑問アルモ、檢事ノ發シタル勾留狀（一二九）ハ、公訴提起ノ後ニ於テモ其ノ效力ヲ存ス。故ニ勾留ノ更新決定ニ關シテハ、檢事ノ發シタル勾留狀ヲモ包含スルモノト解ス（四）。此ノ更新決定ニ對シテハ、抗告ヲ爲スコトヲ得（四五七第二項）。

一　判例ニ曰ク、「理由ヲ要スルモ、之ヲ更新スルノ要アルヲ明示スレバ足リ、其ノ何ガ故ナリヤノ理由ヲ明示スル要ナシ」ト（昭和五年一二月四日判決、集第九卷第一二號第八四五頁）ト說ク。然レドモ、何故ニ更新ノ必要アリヤヲ明ニスルニハ、只單ニ更新ノ要アリト謂フノミニテハ足レリトセズ、更新スルノ理由ヲ積極的ニ一言スルノ必要アルコトヲ言ヲ俟タズ。

二　國防保安法ニ於テハ、特ニ繼續ノ必要アルトキハ、區裁判所檢事ハ檢事正ノ許可、地方裁判所檢事ハ檢事長ノ許可ヲ受ケ一ケ月毎ニ勾留ノ期間ヲ更新スルコトヲ得、但シ一年ヲ超ユルコトヲ得ズ（同法第二十二條）。

三　治安維持法第二十三條。

四　同說、平沼博士第三一三頁、平井氏第五〇三頁。

（三）檢事ノ勾留狀　勾留ニ付テハ、囑託ニ關スル規定存セズ。檢事ハ現行犯ノ場合ニ於テ被疑者ヲ留置スルノ必要アリト思惟シ、急速ヲ要スル場合ニ於テ判事ノ勾留狀ヲ求ムルコト能ハザルトキハ、自ラ勾留狀ヲ發スルコトヲ得（一二九第一項）。

（四）勾留ノ原因消滅　勾留ノ效力ハ、勾留期間ノ滿了シタル場合、及勾留ノ取消ニ因リテ消滅スベキモノトス。卽チ、勾留ノ原因消滅シタルトキハ、裁判所ハ決定ヲ以テ勾留ヲ取消スベキモノナリ（一一三、一一四、參考、一二一）（一）。又無罪、免訴、刑ノ免除、刑ノ執行猶豫、公訴棄却、管轄違、罰金又ハ科料ノ言渡アリタル場合ニ於テハ、同時ニ勾留ニ對シテモ放免ノ言渡アリタルモノトス（三七一第一項、三一八第一項）。但シ、公訴棄却又ハ管轄違ノ言渡ヲ爲ス場合ニ於テハ、裁判所ハ勾留狀ヲ存シ又ハ新ニ之ヲ發スルコトヲ得ベシ（三七一第二項、三一八第二項）（二）。此ノ勾留狀ヲ存シ又ハ新ニ之ヲ發シタル事件ニ付、檢事ハ三日內ニ公訴ヲ提起セズ又ハ管轄裁判所ノ檢事ニ事件ヲ送致セザルトキハ、檢事ハ直ニ被告人ヲ釋放セザルベカラズ。被告事件ノ送致ヲ受ケタル檢事ハ、五日內ニ公訴ヲ提起セザルトキ亦同ジ（三七一第三項）。

一　國防保安法第二十三條。

二　有罪ノ判決アリタル場合ニ於テ、勾留狀ノ效力ハ、判決確定マデ繼續スルカ、或ハ刑ノ執行ニ著手スル迄繼續スルカニ付疑問アリ。學說ハ判決確定マデ繼續スルニ止マルト爲ス說（矢追氏第二五一頁）。

（五）現行犯ニ對スル勾留狀　現行犯ニ對シ、檢事ガ勾留狀ヲ發シタル場合ニ於テハ速ニ公訴ヲ提起シ、又ハ書類及證據物ト共ニ被疑者ヲ管轄裁判所ノ檢事又ハ相當官署ニ送致スル手續ヲ爲スベシ（一二九第一項）。檢事ガ、留置ノ必要ナシト思料スルトキハ、勾留ヲ取消スベシ。送致ヲ受ケタル檢事ガ、留置ノ必要ナシト思料シタルトキハ、勾留ヲ取消スモノトス（一二九第三項）。

（六）少年ニ對スル勾留狀　少年ニ對シテハ、止ムコトヲ得ザル場合ニ非ザレバ、勾留狀ヲ

發スルコトヲ得ズ（少年法第六七第一項）。

第四　逮捕

逮捕（Festnahme, arrestation）ハ、現行犯ノ場合及刑ノ執行ノ場合ニ於テ之ヲ爲スモノトニアリ。

一　現行犯

現行犯（Délit flagrant, frische Tat）トハ、現ニ罪ヲ行ヒ又ハ現ニ罪ヲ行ヒ終リタル際ニ發覺シタル罪ヲ謂フ（一三〇）。現行犯ハ、罪ノ態樣ニ非ズシテ、發覺ノ狀態ニ因ル觀念ナリ。故ニ、刑法上ノ觀念ニ非ズシテ訴訟法上ノ觀念ナリ。而シテ、現ニ罪ヲ行ヒトハ現ニ犯罪ノ實行中ヲ謂ヒ、現ニ罪ヲ行ヒ終リタル際トハ犯罪ノ實行後多クノ時間ヲ經過セズシテ、其ノ形迹ノ明瞭ナル場合即チ犯跡ノ新鮮（Auf frische Tat）ヲ謂フ。必ズシモ犯人ノ其ノ場ニ在ルコトヲ要セズ。又時間ノ長短ニ依ル意義ニアラズ。犯罪ノ狀況ニ變化ナク繼續スルニ於テハ數日ヲ經過スルモ現行犯タル場合アリ得ルモノトス。

二　現行犯人ヲ逮捕シ得ル場合次ノ如シ。

（一）　現行犯人其ノ場所ニ在ルトキハ、何人ト雖之ヲ逮捕スルコトヲ得（一二五）。

（二）　檢事又ハ司法警察官吏其ノ職務ヲ行フニ當リ、現行犯人其ノ場所ニ在ルトキハ左ノ處分ヲ爲スコトヲ要ス（一二四）。

（1）　檢事ハ、司法警察官吏ニ犯人ノ逮捕ヲ命ズベシ。必要アル場合ニ於テハ、自ラ之ヲ逮捕スルコトヲ得。●

（2）　司法警察官ハ、直ニ犯人ヲ逮捕シ又ハ其ノ逮捕ヲ司法警察吏ニ命ズベシ。

（3）　司法警察吏ハ、命令ヲ待タズシテ直ニ犯人ヲ逮捕スベシ。

（三）　人ノ住居又ハ人ノ看守スル邸宅、建造物若ハ艦船ノ內ニ現行犯アル場合ニ於テ急速ヲ要スルトキハ、檢事又ハ司法警察官吏ハ何時ニテモ其ノ場所ニ入リ犯人ヲ逮捕スル爲捜索ヲ爲スコトヲ得。檢事又ハ司法警察官吏、現行犯人ヲ逮捕スル爲追行シタル場合ニ於テ、犯人ノ住居又ハ人ノ看守スル邸宅、建造物若ハ艦船ノ內ニ逃入リタルトキ亦同ジ（一七二、一七四第三項）。

（四）　現行犯人其ノ場所ニ在リタルモノト看做ル場合　兇器贓物其ノ他ノ物ヲ所持シ、誰何セラレテ逃走シ、犯人トシテ追呼セラレ又ハ身體被服ニ顯著ナル犯罪ノ痕跡アリテ犯人ト思料スベキ場合ハ、現行犯人其ノ場所ニ在リタルモノト看做ス（一三〇第二項）。

三　現行犯人ノ逮捕ニ關スル制限

（一）　犯シタル罪五百圓以下ノ罰金、拘留又ハ科料ニ該ルトキハ、犯人ノ住居若ハ氏名分明ナラザルトキ又ハ犯人逃亡スル虞アルトキニ限リ之ヲ逮捕スルコトヲ得（一三一）。

(二) 檢事又ハ司法警察官吏職務ヲ以テ逮捕スルコトヲ得ル場合ハ、犯人ノ住居若ハ氏名分明ナラザルトキ又ハ第八十七條ノ各號ニ列擧シタル事由アル場合ナリ(一二四)。

現行犯人ノ逮捕ハ、其ノ事件特別裁判所ニ專屬スル場合ニ於テモ之ヲ爲スコトヲ得ベシ。例ヘバ、陸海軍軍人ヲ逮捕スルガ如キ場合是ナリ。

四 逮捕後ノ手續

(一) 常人ガ、現行犯ヲ逮捕シタル場合ニ於テハ(一二五第一項)、速ニ之ヲ地方裁判所若ハ區裁判所ノ檢事又ハ司法警察官吏ニ引渡スベキモノトス(一二五第二項)。此ノ場合ニ於テ、軍人又ハ軍囑ヲ逮捕シタルトキハ、軍法會議法ニ依リ陸海軍ノ官憲ニ引渡スヲ原則ト爲スモ、本法ニ依ルコトヲ妨ゲズ。

(二) 司法警察吏自ラ現行犯人ヲ逮捕シ、又ハ常人ヨリ現行犯人ヲ受取リタルトキハ、速ニ之ヲ司法警察官ニ引致スベキモノトス(一二六第一項)。常人ヨリ犯人ヲ受取リタル場合ニ於テハ、逮捕者ノ氏名、住居及逮捕ノ事由ヲ聽取リ、必要アルトキハ逮捕者ニ對シ共ニ官署ニ至ルコトヲ求ムルコトヲ得(一二六第二項)。

檢事又ハ司法警察官ノ命令ニ因リ現行犯人ヲ逮捕シタルトキハ、速ニ之ヲ命令シタル檢事又ハ司法警察官ニ引致スベキモノトス(一二八)。

(三)司法警察官自ラ現行犯人ヲ逮捕シ、又ハ司法警察吏若ハ常人ヨリ現行犯人ヲ受取リタルトキハ、卽時ニ訊問シ留置ノ必要ナシト思料スルトキハ直ニ釋放シ、留置ノ必要アリト思料スルトキハ、遲クトモ四十八時間內ニ書類及證據物ト共ニ、之ヲ地方裁判所若ハ區裁判所ノ檢事又ハ相當官署ニ送致スル手續ヲ爲スベキモノナリ(一二七)。玆ニ相當官署トハ、事件特別裁判所ノ裁判權ニ屬スルトキナリ。例ヘバ軍人ヲ逮捕シタル場合ノ如シ。

檢事ノ命令ニ依リ逮捕シタルトキハ、速ニ命令シタル檢事ニ引致スベキモノトス(一二八)。

(四) 檢事自ラ現行犯人ヲ逮捕シ又ハ司法警察官吏又ハ常人ヨリ現行犯人ヲ受取リタルトキハ遲クモ二十四時間內ニ訊問シ、留置ノ必要ナシト思料スルトキハ直ニ釋放シ、留置ノ必要アリト思料スルトキハ直ニ公訴ヲ提起シテ判事ノ勾留狀ヲ求メ、若シ急速ヲ要シ判事ノ勾留狀ヲ求ムルコト能ハザルトキハ自ラ勾留狀ヲ發スベキモノトス。檢事勾留狀ヲ發シタルトキハ速ニ公訴ヲ提起スベク、若シ他ノ裁判所ニ於テ審判スルヲ相當トスルトキハ、書類及證據物ト共ニ之ヲ管轄裁判所ノ檢事ニ送致シ、特別裁判所ニ於テ審判スベキモノトスルトキハ、特別裁判所ニ於テ檢事ノ職務ヲ行フ相當官署ニ送致スベキモノトス(一二九第一項)。

檢事他ノ檢事ヨリ現行犯人ヲ受取リタルトキハ、受取リタル時ヨリ二十四時間內ニ訊問シ、留置ノ必要ナシト思料スルトキハ送致シタル檢事ノ爲シタル勾留ヲ取消スベク、留置ノ必要アリト

思料スルトキハ勾留ヲ持續シ速ニ公訴提起ノ手續ヲ爲スベキモノトス（一二九第二項）。

（五）逮捕ハ刑ノ執行ノ爲ニモ亦之ヲ認ム、此ノ場合ニハ逮捕狀ヲ發スルモノトス。其ノ效力ハ勾引狀ト同一ニシテ（五五一）、其ノ執行ニ付テモ亦勾引狀ノ執行ニ關スル規定ヲ準用ス（五四七、五五二）。

第五　勾留ノ停止

勾留ノ執行ヲ停止スル場合三アリ。曰ク保釋、曰ク責付、曰ク執行停止是ナリ。何レモ、裁判所又ハ豫審判事ノ決定ヲ以テ之ヲ爲スモノナリ。

（1）保釋　保釋（Mise en liberté provisoire, Sicherheitsleistung）トハ請求ニ因リ一定ノ保證ヲ條件トシテ、被告人ニ對シ勾留ノ執行ヲ停止スルコトヲ謂フ。

（1）保釋請求權者　保釋ハ請求ニ因リテ之ヲ爲スモノナリ。保釋ノ請求ヲ爲シ得ル者ハ、勾留セラレタル被告人又ハ其ノ法定代理人、保佐人、直系尊屬、直系卑屬、配偶者、被告人ノ屬スル家ノ戶主若ハ辯護人トス（一一五）。

（2）保釋願　保釋ノ請求アリタルトキハ、檢事ノ意見ヲ聽キ裁判所又ハ豫審判事之ガ決定ヲ爲ス（一一六第一項）。保釋ノ請求ハ書面ヲ以テ之ヲ爲ス、之ヲ保釋願ト稱ス。保釋ヲ許ス場合ニ於テハ保證金額ヲ定ム（一一六第二項）。尙、此ノ保釋許可決定ニハ、被告人住居ヲ制限スルコトヲ得ベシ（一一六第三項）。

（3）保釋決定ノ執行　保釋決定ノ執行ハ、保證金ヲ納メシメタル後（一一七第一項）檢事之ガ執行ヲ爲ス（五三五）。保證金ハ、保釋請求權者ニ非ザル者ヲシテ保證金ヲ納メシムルコトヲ得（一一七第二項）。保證金ハ現金ヲ以テスルモ、檢事ハ、有價證券又ハ裁判所ノ管轄地內ニ住居シ、保證金ヲ納ムルニ十分ナル資產ヲ有スル者ノ差出シタル保證書ヲ以テ、保證金ニ代フルコトヲ許スコトヲ得（一一七第三項）。此ノ保證書ニハ、保證金額及何時ニテモ其ノ保證金ヲ納ムベキ旨ヲ記載スルコトヲ要ス（一一七第四項）。

（4）保釋ノ取消　裁判所ハ一定ノ事由アルトキハ、檢事ノ意見ヲ聽キ決定ヲ以テ保釋ノ取消ヲ爲スコトヲ得。卽チ、（イ）被告人逃亡シタルトキ、（ロ）逃亡スル虞アルトキ、（ハ）召喚ヲ受ケ正當ノ事由ナクシテ出頭セザルトキ、（ニ）罪證ヲ湮滅スル虞アルトキ、（ホ）住居ノ制限ニ違反シタルトキ是ナリ（一一九第一項）。而シテ保釋取消ノ場合ニ於テハ、更ニ勾留狀ヲ發スルヲ以テ事例ト爲ス（1）。

1　反對說（平井氏第二九一頁）。

（5）保證ノ沒取　保釋ヲ取消ス場合ニ於テハ、裁判所ハ檢事ノ意見ヲ聽キ決定ヲ以テ、

保證金ノ全部又ハ一部ヲ沒取(一一九第二、三項)。茲ニ沒取トハ刑法上ノ沒收(刑九)ト異リ、刑罰ニ非ズ。

保證金ノ全部又ハ一部ノ沒取ハ、保釋セラレタル者刑ノ言渡ヲ受ケ其ノ判決確定シタル後、執行ノ爲召喚ヲ受クルモ正當ノ事由ナクシテ出頭セザルカ又ハ逃亡シタルトキハ、檢事ノ請求ニ因リ決定ヲ以テ之ヲ爲スモノトス(一一九第三項)。

一 舊刑事訴訟法第百五十四條乃至第百五十六條ニハ、保證金ヲ官沒スル場合ニ「沒收」ナル語ヲ用ヰタリ。然ルニ本法ハ刑法ノ沒收ト之ヲ區別スル爲「沒取」ト改ム。獨逸法ニ於テモ沒收(Einziehung)ト沒取(verfallen)ノ區別ヲ爲シタリ。

二 民事訴訟法ニ於テモ、保證金ノ供託ヲ爲シタル當事者又ハ法定代理人ガ、虛僞ノ申述ヲ爲シタルトキハ、裁判所ハ決定ヲ以テ其ノ保證金ヲ沒取スル旨ヲ規定セリ(民訴二六八)。

(6) 保證金ノ還付　勾留又ハ保釋ヲ取消シ、又ハ勾留狀ノ效力消滅シタルトキハ、檢事ハ、沒取ニ係ラザル保證金ヲ還付セザルベカラズ(一二〇)。蓋、保證ノ還付ハ條件ノ到來ニ因リ、當然檢事ノ爲スベキ處分ナリト謂フベシ。

保證金ノ沒取又ハ還付ニ關シ疑義ヲ生ズルハ、勾留狀ノ效力ハ如何ナル時期迄繼續スルヤノ問題ナリ。牧野博士ハ判決確定後刑ノ執行ニ著手スル迄繼續スト(第二二一頁)。平井氏ハ判決確定ノ日迄ニ止マルモノト爲ス(第二九二頁)。林博士ハ第百十九條第三項ハ如何ニ適用セラルベキカニ付、疑ヲ生ゼザルヲ得ズト爲セリ(總則上第二〇二頁)。惟フニ、判決確定シタルトキハ、勾留ノ事由モ亦消滅スルガ故ニ、勾留狀ノ效力モ消滅スルモノト稱ス。蓋、第百二十條ニ『勾留狀ノ效力消滅シタルトキ』トハ、勾留期間ノ經過若ハ判決ノ確定ニ因ル場合ヲ指示シタルモノト解ス(同說、平沼博士第二八五頁)。

(二) 責付　責付トハ責任委付ノ謂ニシテ、裁判所ノ職權ヲ以テ爲ス勾留ノ停止ヲ謂フ。裁判所ハ檢事ノ意見ヲ聽キ決定ヲ以テ、勾留セラレタル被告人ヲ親族其ノ他ノ者ニ責付スルコトヲ得。此ノ場合ニ於テハ、被告人ノ親族其ノ他ノ者ヨリ何時ニテモ召喚ニ應ジ被告人ヲ出頭セシムベキ旨ノ書面ヲ差出サシム(一一八)。保釋ハ請求ニ因リ之ヲ爲スモ、責付ハ裁判所ノ職權ヲ以テ之ヲ爲ス。故ニ責付ニハ保證金ノ制度ナシ(一)。

一、責付ノ制度ハ、德川時代ニ於ケル「親族預ケ」又ハ「五人組預ケ」ヨリ來リタルモノナリトセラル。

(三) 勾留ノ執行停止

(1) 刑事訴訟法ハ、保釋、責付ノ外ニ被告人ノ住居ヲ制限シテ、勾留ノ執行停止ヲ認メタリ。是レ責付ヲ爲スベキ適當ノ者ナキ場合ニ於テ之ヲ見ル制度ニシテ(一一八第一項)。例ヘバ、親ノ重患若ハ臨終ノ場合等ニ裁判所ハ職權ヲ以テ勾留ノ執行ヲ停止スルコトヲ得。此ノ場合ハ住所ノ制限ノミナラズ、一定ノ期間ヲモ併セ附スルコトヲ得ルモノトス。

（2）保釋ヲ取消シ得ベキ事由ト同一ノ事由アルトキハ、裁判所ハ檢事ノ意見ヲ聽キ決定ヲ以テ、責付又ハ勾留ノ執行停止ヲ取消スコトヲ得（一一九第一項）(一)(二)。

一　國防保安法第二十四條第二項。

二　治安維持法第二十五條第二項。

第六　勾留ノ對照ト爲ル裁判所

勾留期間ノ更新、勾留ノ取消、保釋、責付又ハ勾留ノ執行停止ヲ爲シ若ハ勾留停止ノ取消ハ、事件ノ繫屬スル裁判所之ヲ爲スモノトス。若、事件上訴提起期間内ナルカ又ハ上訴中ノ事件ニ付訴訟記錄原裁判所ニ在ルトキハ、原裁判所其ノ決定ヲ爲スベキモノトス（一二一）。

第三節　對物的强制處分（押收及搜索）

第一　總　說

押收及搜索ハ、物ニ對シテ爲ス强制處分ナリ。押收及搜索ニ關スル規定モ亦、裁判所ヲ本位トシテ定メタルモノニシテ、對人的强制處分ノ場合ト同ジク、豫審判事ニモ適用セラル。檢事及司法警察官ノ爲スベキ處分ハ、制限ノ範圍ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ其ノ特例ト謂フベシ。

押收及搜索ニ付、共通ナルモノヲ擧グレバ次ノ如シ。

（一）皇族ニ對シテ押收及搜索ヲ爲ス場合ニ於テハ、勅許ヲ得且、宮內高等官ノ立會ヲ必要トス（皇室裁判令三一）。

（二）公務所又ハ軍事用ノ廳舍若ハ艦船ノ內ニ於テ押收又ハ搜索ヲ爲ストキハ、其ノ長又ハ之ニ代ルベキ者ニ通知シテ其ノ處分ニ立會ハシムルコトヲ要ス（一五七第一項）。右ノ場合ノ外、人ノ住居又ハ人ノ看守スル邸宅、建造物若ハ船舶ノ內ニ於テ押收又ハ搜索ヲ爲ストキハ、住居主若ハ看守者又ハ之ニ代ルベキ者ヲシテ之ニ立會ハシム。是等ノ者ヲシテ立會ハシムルコト能ハザルトキハ、隣人又ハ市町村吏員ヲシテ立會ハシムベシ（一五七第二項）。

（三）軍事上秘密ヲ要スル場所ニ於テハ、其ノ長又ハ之ニ代ルベキ者ノ承諾アルニ非ザレバ、押收又ハ搜索ヲ爲スコトヲ得ズ（一四七）。

（四）日出前、日沒後ニハ住居主若ハ看守者又ハ之ニ代ルベキ者ノ承諾アルニ非ザレバ、押收又ハ搜索ノ爲人ノ住居又ハ人ノ看守スル邸宅、建造物若ハ艦船ニ入ルコトヲ得ザルモノトス（一五五第一項）(一)。猶豫スベカラザル場合ニ於テハ、右ノ制限ニ依ルコトヲ要セズ。此ノ場合ニ於テハ、其ノ事由ヲ調書ニ記載スベシ（一五五第二項）。但シ、日沒前押收又ハ搜索ニ著手シタルトキハ、日沒後ト雖、其ノ處分ヲ繼續スルコトヲ得ルモノトス（一五五第三項）。

左ノ場合ニ於テハ、第百五十五條第一項ノ制限ニ依ルコトヲ要セズ(一五六)。

一　賭博、富籤又ハ風俗ヲ害スル行爲ニ常用セラルルモノト認ムベキ場所。

二　旅店、飲食店其ノ他夜間ト雖、公衆ノ出入スルコトヲ得ベキ場所。但シ、公開シタル時間內ニ限ル。

一　日出、日沒ノ意義ニ付、曆ニ依リ定ムル說(平沼博士第三二〇頁)ト。實際ノ事實ニ依ルト爲ス說(林博士總則下第四一頁)トアリ。然レドモ、曆ニ依ルト實際ノ事實トハ、出沒ノ時刻ニ幾許ノ差アリヤ。實際論者ニ於テモ、晴雨ニ依リテモ倘異ナルト謂フニ非サルベシ。果シテ然ラバ、曆ニ依ルヲ以テ實際ノ事實ニ合致スベキモノト解ス。

(五)　檢事又ハ辯護人ハ、押收又ハ捜索ニ立會フコトヲ得。但シ、拘禁セラレタル被告人ハ此ノ限ニ在ラズ(一五八第一項)。押收、捜索ニ必要アルトキハ、被告人ヲシテ立會ハシムルコトヲ得(一五八第二項)。

(六)　押收又ハ捜索ヲ爲スベキ日時及場所ハ、檢事、被告人又ハ辯護人ニ通知スルコトヲ要ス。但シ、急速ヲ要スルトキハ此ノ限ニ在ラズ(一五九)。

(七)　押收又ハ捜索ノ處分中ハ、何人ニ限ラズ許可ヲ得ズシテ其ノ場所ニ出入スルコトヲ禁ズルコトヲ得ベシ。此ノ禁止ニ從ハザル者ハ、之ヲ退去セシメ又ハ處分ノ終ル迄之ヲ留置スルコトヲ得ルモノトス(一六一)。

(八)　押收又ハ捜索ニ付テハ、鎖鑰又ハ封緘ノ開披其ノ他必要ナル處分ヲ爲スコトヲ得。押收物ニ付亦同ジ(一四六)。

押收又ハ捜索ノ處分ヲ中止スル場合ニ於テ、必要アルトキハ其ノ場所ヲ閉鎖シ又ハ看守ヲ置クベシ(一六二)。

(九)　裁判所ハ、押收スベキ物又ハ捜索スベキ場所、身體若ハ物ヲ指定シタル命令狀ヲ發シ、司法警察官ヲシテ押收又ハ捜索ヲ爲サシムルコトヲ得(一五〇第一項)(一)。此ノ命令狀ニハ、押收又ハ捜索ヲ爲スベキ事由ヲ記載シ、裁判長之ヲ記名捺印ス(一五〇第二項)。命令狀ハ、處分ヲ受ケタル者ノ請求アルトキハ、之ヲ示サザルベカラズ(一五〇第三項)。

司法警察官ガ、右ノ命令狀ニ依リ押收又ハ捜索ヲ爲スニ當リ、被告事件ニ關スル他ノ證據物ヲ發見シタルトキハ、之ヲ押收スルコトヲ得(一五一)。

司法警察官、以上ノ押收又ハ捜索(一五〇、一五一)ヲ爲シタルトキハ、檢事ヲ經由シテ之ニ關スル書類及押收物ヲ裁判所ニ差出スベシ(一五二)。

一　第百五十條ノ規定ニ依ル命令狀ハ、證據決定ヲ以テ目スベキニ非ズ。故ニ、之ガ執行ノ任ニ當レル司法警察官ノ作成セル捜索押收調書及其ノ押收ニ係ル物ヲ公判廷ニ顯出シテ、被告人ノ意見反證ノ有無ヲ徵セザルモ不法ニ非ズ(昭

(十)　裁判所、押收又ハ捜索ヲ爲スニ當リ、他ノ犯罪ニ關スル顯著ナル證據物ヲ發見シタルトキハ、假ニ之ヲ押收シテ檢事ニ之ヲ送付スルコトヲ得(一五三第一項)。檢事、右ノ押收シタル物ヲ留置スル必要ナシト思料スルトキハ、之ヲ還付スベシ(一五三第二項)。

(十一)　押收又ハ捜索ハ部員ヲシテ之ヲ爲サシメ、又ハ之ヲ爲スベキ地ノ豫審判事、區裁判所判事若ハ法令ニ依リ特別ニ裁判權ヲ有スル官署ニ之ヲ囑託スルコトヲ得。受命判事又ハ受託判事ノ爲ス押收又ハ捜索ニ付アル官署ニ轉囑又ハ囑託ノ移送ヲ爲スコトヲ得。受命判事又ハ受託判事ノ爲ス押收又ハ捜索ニ付テハ、裁判所ノ爲ス押收又ハ捜索ニ關スル規定ヲ準用ス。但シ、第百四十一條第三項ノ通知ハ裁判所之ヲ爲スベキモノトス(一五四)。

(十二)　押收又ハ捜索ヲ爲スニ付必要アルトキハ、司法警察官吏ヲシテ補助ヲ爲サシムルコトヲ得(一六〇)。

(十三)　豫審判事ハ押收又ハ捜索ニ關シ、裁判所ト同一ノ權限ヲ有ス(一六九)。

(十四)　檢事ハ現行犯又ハ現行犯ニ準ズベキ場合ニ於テハ、公訴ノ提起前ニ限リ押收又ハ捜索ヲ爲シ又ハ之ヲ他ノ檢事若ハ司法警察官ニ命令若ハ囑託スルコトヲ得。司法警察官モ亦同ジ(一七〇乃至一七四)。

第二　押收又ハ捜索ノ手續

(一)　押收又ハ捜索ヲ爲スニハ、裁判所書記ノ立會ヲ必要トス(一六八)。裁判所書記ハ、調書ヲ作成セザルベカラズ(五四、五七第一項)。其ノ調書ニハ處分ヲ爲シタル年月日時(五八第二項)及場所ヲ記載シ、其ノ處分ヲ爲シタル者裁判所書記ト共ニ署名捺印スベシ(五八第二項)。但シ、公判期日外ニ於テ裁判所取調又ハ處分ヲ爲シタルトキハ、裁判長裁判所書記ト共ニ署名捺印スベシ(五八第一項但書)。蓋、裁判所ガ押收ヲ爲スニハ、公判廷ニ於テ爲ス場合アルモ、捜索ト共ニ公判期日外ニ於テ行ハルル場合多シ。此ノ場合ニハ、特ニ調書ヲ作成スベキモノトス。

(二)　押收又ハ捜索ノ手續ヲ誤ルトキハ、其ノ押收又ハ捜索ハ違法ナリト謂ハザルベカラズ。然レドモ、其ノ手續ノ違法ハ、押收又ハ捜索ニ因リ占有シタル證據物ノ證據力ヲ害スルモノニ非ズ。證據調ヲ終ヘタル毎ニ、被告人ニ意見ヲ陳ブル機會ヲ與ヘザルベカラズ(三四一)。又裁判長ハ各個ノ證據物ハ、公判ニ於テハ裁判長之ヲ被告人ニ示サザルベカラズ(三四七)。證據ノ採否ハ、判事ノ自由ナル判斷ニ任ズ(三三七)之ヲ自由心證主義ノ原則ト稱ス。只、法律ニ依リ公判ニ於テ取調ブベキ證據ノ取調ヲ爲サザルトキハ、上告ノ理由トナリ其ノ判決ハ破毀セラルルモノトス(四一〇第一三號)。

第三　押收

一　意義

押收(Saisie des pieces à conviction, Beschlagnahme)トハ裁判所ガ證據保全ノ爲、證據物又ハ沒收スベキ物ト思料スルモノノ占有ヲ爲ス強制處分ヲ謂フ(一四〇第一項)。押收ハ其ノ手段ヲ異ニスルニ依リ、差押及領置ノ二種ニ區別セラル。卽チ、差押ハ強制力ヲ以テ人ノ所持スル物ヲ占有スル處分ニシテ(一四〇)。領置ハ、強制力ヲ用ヰズ任意ニ提出シタル物ヲ占有スル處分ナリ(一四二)。而シテ、何レモ其ノ占有ヲ取得シタル結果ヲ押收ト謂フ。

(1)　裁判所ハ、何人ニ屬スル物件タルト又如何ナル物件タルトヲ問ハズ、證據物又ハ沒收スベキ物ト思料スルトキハ、之ヲ押收スルコトヲ得ルヲ原則トス(一四〇第一項)。然リト雖、必要ノ程度ヲ超ヘテ個人ノ法益ヲ犧牲ニ供スルコトハ、許サルベキモノニ非ズ。故ニ、法益ノ保護ヲ目的ト爲スト同時ニ、制限ヲ加フルノ要アリ。卽チ、本法ハ以上ノ原則ニ對シテ例外ヲ認メタルモノ次ノ如シ。

(2)　提出命令　裁判所ハ差押フベキ物件ヲ指定シ、其ノ所有者、所持者又ハ保管者ニ其ノ物件ノ提出ヲ命ズルコトヲ得(一四〇第二項)提出命令(Vorlegungsbefehl)是ナリ。

二　職務上又ハ業務上ノ祕密ニ關スル物ノ押收

(1)　公務員又ハ公務員タリシ者ノ保管又ハ所持スル物ニ付、本人又ハ當該公務所ヨリ職務上ノ祕密ニ關スルモノナルコトヲ申出タルトキハ、當該監督官廳ハ帝國ノ安寧ヲ害スル場合ヲ除クノ外、承諾ヲ拒ムコトヲ得ズ(一四八第一項)。

(2)　國務大臣、宮內大臣、內大臣、樞密院議長、樞密院副議長、樞密顧問官、會計檢査院長、元帥、參謀總長、海軍軍令部長、敎育總監若ハ軍事參議官、又ハ此等ノ職ニ在リタル者、其ノ保管又ハ所持スル物ニ付前項ノ申立ヲ爲シタルトキハ、勅許ヲ得ルニ非ザレバ押收ヲ爲スコトヲ得ズ(一四八第二項)。

(3)　醫師、齒科醫師、藥劑師、藥種商、產婆、辯護士、辯護人、辨理士、公證人、宗敎若ハ禱祀ノ職ニ在ル者又ハ此等ノ職ニ在リタル者ハ業務上委託ヲ受ケタル爲保管又ハ所持スル物ニシテ、他人ノ祕密ニ關スルモノニ付差押ヲ拒ムコトヲ得。但シ、本人承諾ヲ爲シタルトキハ此ノ限ニ在ラズ(一四九)。

三　郵便及電信ニ關スル書類ノ差押

(1)　被告人ヨリ發シ又ハ被告人ニ對シテ發シタル郵便物又ハ電信ニ關スル書類ニシテ、通信事務ヲ取扱フ官署其ノ他ノ者ノ保管又ハ所持スルモノハ、之ヲ差押又ハ之ヲ提出セシムルコトヲ得(一四一第一項)。

（2）其ノ他ノ郵便物又ハ電信ニ關スル書類ニシテ、通信事務ヲ取扱フ官署其ノ他ノ者ノ保管又ハ所持スルモノハ、被告事件ニ關係アリト思料スルニ足ルベキ狀況アルモノニ限リ、之ヲ差押又ハ提出セシムルコトヲ得（一四一第二項）。

以上ノ處分ヲ爲シタルトキハ、其ノ旨ヲ發信人又ハ受信人ニ通知スルコトヲ要ス。但シ、通知ニ因リ審理ヲ妨グル虞アル場合ハ此ノ限ニ在ラズ（一四一第三項）。而シテ、右ノ通知ハ押收シタル事實ヲ通知スルヲ以テ足リ、其ノ內容ヲ通知スルノ要ナキモノト解ス（一）。

一　同說、平沼博士第三一一頁。小山氏第一七一頁。

四　押收ノ手續

（1）押收ヲ爲シタルトキハ、其ノ品目ヲ調書ニ記載シ又ハ別ニ目錄ヲ作リ、之ヲ調書ニ添付スベシ（五七第二項）。

（2）押收ヲ爲シタル場合ニ於テ、所有者、所持者若ハ保管者又ハ之ニ代ルベキ者ノ請求アリタルトキハ、品目ヲ記載シタル調書又ハ目錄ノ謄本又ハ抄本ヲ交付スベシ（一六三）。

（3）押收物ニ付テハ、喪失又ハ毀損ヲ防グ爲相當ノ處置ヲ爲スベキモノトス（一六四第一項）。運搬又ハ保管ニ不便ナル押收物ニ付テハ、看守者ヲ置キ又ハ所有者其ノ他ノ者ヲシテ、之ヲ保管セシムルコトヲ得（一六四第二項）。又危險ヲ生ズル虞アル押收物ハ、之ヲ廢棄スルコトヲ得（一六四第三項）。沒收スルコトヲ得ベキ押收物ニシテ、滅失若ハ毀損ノ虞アルモノ又ハ保管ニ不便ナルモノハ、之ヲ賣却シテ其ノ代價ヲ保管スルコトヲ得（一六五）。

五　押收物ノ還付

（1）押收物ニシテ留置ノ必要ナキモノハ、被告事件ノ終結ヲ待タズ、檢事ノ意見ヲ聽キ決定ヲ以テ之ヲ還付スルコトヲ要ス（一六六第一項）。押收物ハ所有者、所持者、保管者又ハ差出人ノ請求ニ因リ、檢事ノ意見ヲ聽キ決定ヲ以テ假ニ之ヲ還付スルコトヲ得（一六六第二項）。

（2）押收シタル贓物ニシテ留置ノ必要ナキモノハ、被害者ニ還付スベキ理由明白ナルトキニ限リ、被告事件ノ終結ヲ待タズ、檢事ノ意見ヲ聽キ決定ヲ以テ之ヲ被害者ニ還付スベシ。此ノ規定ハ民事訴訟法ノ手續ニ從ヒ、利害關係人ヨリ其ノ權利ヲ主張スルコトヲ妨ゲザルモノトス（一六七）。

六　押收物ノ處分ニ付テハ右ノ還付ノ場合ノ外、豫審終結決定（三一九）又ハ判決ヲ以テ之ヲ言渡スベキモノトス（三七二、三七三）。

第四　領置

本法ハ、押收手續ニ差押ノ外領置處分ヲ認ム。領置トハ、強制力ヲ用キズシテ裁判所ガ物ノ占有ヲ取得スル處分ナリ。卽チ、所有者、所持者若ハ保管者ニ於テ任意ニ提出シタル物ナリ。故ニ

任意ニ提出セザル物ハ之ヲ差押フベキモノニシテ、領置スベキモノニ非ズ(一四二)。

(一) 裁判所ハ差押フベキ物ヲ指定シ、所有者、所持者又ハ保管者ニ其ノ物ノ提出ヲ命ズルコトヲ得(一四〇第二項)(■)。

(二) 通信事務ヲ取扱フ官署、其ノ他ノ者ノ保管又ハ所持スルモノニ付テハ差押ト同一條件ノ下ニ之ヲ提出セシムルコトヲ得(一四一)。

(三) 被告人其ノ他ノ者ノ遺留シタル者又ハ所有者、所持者若ハ保持者ニ於テ任意ニ提出シタル者ハ、之ヲ領置スルコトヲ得(一四二)。

(四) 領置物モ亦押收物ナリ。其ノ保管又ハ處分ハ差押ニ依リテ押收セラレタル物ト同一ニ取扱フベキモノトス。

■ 被告人ニ對シテハ、提出命令ヲ發スルコトヲ得ルヤ。消極說ハ、被告人ハ陳述ヲ强制セラルルコトナキト同ジク自己ノ所持スル物ヲ提出スル義務ナカルベケレバナリト(小山氏第一六九頁)。

第五　搜索

(一) 意義　搜索(Recherche, Durchsuchung)トハ、人又ハ物ノ所在ヲ搜索スル强制處分ナリ。人ノ搜索トハ、勾引、勾留、又ハ逮捕スベキ被告人(又ハ被疑者)ヲ發見スル爲ニ、住居其ノ他ノ場所ニ就キ之ヲ爲シ(一七二、一七三)。物ノ搜索トハ、證據物發見ノ爲ニ、身體、物又ハ住居其ノ他ノ場所ニ就キ之ヲ爲スモノナリ。而シテ、身體ノ搜索ハ人ニ對スルモノニシテ所謂對人的强制處分ト類似スルモ、搜索ハ、人ヲ物件視シタル場合ニシテ、此ノ意義ニ於テ對人的處分ト其ノ趣ヲ異ニス。

(二) 搜索ト名譽保全　搜索ハ、訴訟ノ目的ヲ達成スルニ必要ナル手段ナリト雖、他方ニ於テハ之ヲ受クル者ニ、精神的竝物質的ノ損害ヲ及ボス影響大ナルヲ以テ、之ヲ行フニ該リテハ常ニ深甚ノ注意ヲ要スルコト言ヲ俟タズ。本法ハ、第百四十四條ニ規定シテ曰ク『搜索ニ付テハ祕密ヲ保チ且搜索ヲ受クル者ノ名譽ヲ毀損セザルコトニ注意スベシ』ト在ルハ、其ノ精神ヲ窺フニ足ルベシ。第百四十五條又然リト爲ス。

(三) 搜索ノ種類　搜索ハ之ヲ分チテ三ト爲ス、曰ク家宅搜索、曰ク身體搜索、曰ク物件搜索是ナリ。

(1) 家宅搜索　家宅搜索(Visite ou perquisition domiciliaire, Haussuchung)ハ勾引、勾留又ハ逮捕スベキ被告人ヲ發見ノ爲ニ爲スモノト、證據物件ヲ發見スル爲ニ爲スモノト在リ。被告人ノ搜索ニ付テハ、既ニ第二節對人的强制處分ニ於テ述ベタルトコロナリ。

家宅搜索ハ、裁判所ガ必要ト認メタルトキハ被告人ノ身體、物又ハ住居其ノ他ノ場所ニ就キ之ヲ行ヒ、又被告人ニ非ザル者ノ身體、物又ハ住居其ノ他ノ場所ニ付テハ、押收スベキ物ノ存

在ヲ認知スルニ足ルベキ狀況アル場合ニ限リ、捜索ヲ爲スコトヲ得ルモノトス（一四三）。故ニ、被告人以外ノ者ニ對シテハ、單ナル推測ニ依リテ家宅捜索ヲ爲スコトハ法ノ許サザルトコロナリ。

（2）身體捜索　捜索ハ人ノ身體又ハ物件ニ就キ之ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ、被告人ト被告人以外ノ者トニ依リ區別アルコトハ家宅捜索ノ場合ト同一ナリ（一四三）。

婦女ノ身體ノ捜索ニ付テハ、成年ノ婦女ヲシテ之ニ立會ハシムルコトヲ要ス（一四三第三項）。但シ、急速ヲ要スル場合ハ此ノ限ニ在ラズ（一四三第三項但書）。而シテ、身體捜索及物件捜索ニ付テハ、右成年婦女ノ立會ノ制限アル外、家宅捜索ニ於ケルガ如キ時間的制限（一五五）。看守者ノ立會等ノ制限（一五七）ナキモノトス。

（3）捜索ノ手續　捜索ヲ爲スニ付テハ、祕密ヲ保チ且捜索ヲ受クル者ノ名譽ヲ毀損セザルコトニ注意セザルベカラズ（一四四）。又捜索ヲ爲シタル場合ニ於テ、證據物又ハ沒收スベキ物（卽チ押收物）ナキトキハ、捜索ヲ受ケタル者ノ請求ニ因リ其ノ旨ノ證明書ヲ交付スルコトヲ要ス（一四五）。此ノ證明書ハ、其ノ性質訴訟ニ關スル書類ニ非ザルヲ以テ、裁判所又ハ豫審判事之ヲ交付スルモ可ナリ。

第六章　證據

第一節　總說

一　證據ノ觀念

刑事訴訟ハ、刑罰權ノ具體的行使、卽チ刑罰權ノ存否及其ノ範圍ヲ確定スルヲ以テ目的ト爲ス。而シテ刑罰權ノ存否及其ノ範圍ヲ確定スルニハ、事實ノ確定ニ待タザルベカラズ。事實ノ確定ハ、事實認定ノ資料ニ據リ證明セラルルモノナリ。其ノ事實認定ノ資料ヲ得ルニハ、之ガ利用ヲ爲スベキ人的又ハ物的所謂物體（五官ノ作用ニ依リ取調ベ得ル有形物卽チ人又ハ物）ヲ前提トス。此ノ前提タル資料ヲ、講學上證據方法（Moyens de preuve, Beweismittel）ト謂フ。例ヘバ證人、鑑定人、書證及檢證物等是ナリ。然リ而シテ、此等ノ物體ヲ利用スルニ因リテ得タルモノヲ證據資料（Beweisstoff）ト稱セラル。例ヘバ證言、鑑定人ノ鑑定意見、書證ノ內容又ハ檢證物ノ狀態等是ナリ。此ノ資料ハ、裁判ヲ爲スノ基礎ト爲ルベキ事實認定ノ根據ニシテ、之ヲ證據（preuve, Beweis）ト稱ス。本法ニ於テ『事實ノ認定ハ證據ニ依ル』（三三六）ト在ルハ卽チ此ノ義ナリ（一）。

一　證據ニ人證ト物證ノ二種アリ。人證ニハ、證人ト鑑定人ト在リ。物證ニハ物ト文書ト在リ。共同被告人ハ、人證ト謂フコトヲ得ルヤ否ニ付議論ノ存スル所ナリ。

二　心證(確信)

事實ノ認定ハ、一定ノ事實ニ對スル裁判官ノ心證(一)ニ待タザルベカラズ。心證ハ卽チ裁判官ノ信念ニシテ、此ノ心證ニ程度ノ差アリ。曰ク嫌疑(Tatverdacht)、曰ク推測（推定）(Vermutung)、曰ク確信是ナリ。證據法上推測ハ之ヲ疏明(Glaubhaftmachung)ト稱シ、確信ヲ證明(Beweisfuhrung)ト謂フ。卽チ刑事訴訟法ハ、一定ノ事實ニ對シテ嫌疑ヲ以テ足レリトスル場合アリ(三一二、三一三)、疏明ヲ要スル場合アリ（二七第三項、一八九、三八八第二項)、或ハ證明ヲ必要トスル場合(三三五八、三六二)ヲ規定シタリ。而シテ證據ノ證明力ハ、判事ノ自由ナル判斷ニ任ゼシム（三三七)。所謂自由心證ノ原則是ナリ。從テ判事ハ其ノ證據資料ノ範圍及其ノ採否ニ關シテハ、何等法律上ノ拘束ヲ受クルモノニ非ズ。證據ノ判斷ニ關シテハ、糺問訴訟時代ニ於テハ法定證據主義(prinzip der gesetzlichen Beweisregeln)ヲ專ラ採用セラレタルモ、フランス革命ニ因リ法定證據主義ニ代リテ認メラレタルハ、實ニ自由心證主義(prinzip der freien Beweiswürdigung) 是ナリ。然レドモ刑事訴訟ノ使命ハ、國家刑罰權ノ具體的確定ニ在ルヲ以テ、個人ノ利害ニ影響ヲ及ボスモノ大ナリ。威ベ其ノ事實認定ハ、特ニ愼重ヲ期セザルベカラズ。故ニ證據ノ判斷ハ、嚴格ナルコトヲ要スルヤ論ヲ俟タズ(二)。

一　民事訴訟法第二百六十一條。

二　證據ニ就テハ、富田山壽『所謂徵憑に就て』(京都法學會雜誌第四卷第六號。大場茂馬『刑事訴訟に於ける證據及證據に關する行爲』(法學新報第二一卷第五、六、七號)。小山博士『刑事訴訟に於ける公知の事實と實驗例』(法曹會雜誌第三卷第四號)。宮本英脩『認定したる事實と證據力』(法學論叢第三六卷第五號)。

三　證據ノ意義

證據(preuve, Beweis)ト謂フ語ニ種々ノ意義アリ。第一ハ客觀的意義ニシテ、訴訟上ノ事實ヲ確定スル材料ヲ指稱ス。之ヲ證據方法ト謂フ。卽チ證人、鑑定人、檢證、書證ノ如ク、事實ヲ立證スル手段方法是ナリ。第二ハ主觀的意義ニシテ、證據方法ガ事實ノ確定ニ及ボス效果ヲ指稱シ、之ヲ證明ト謂フ。例ヘバ證人ノ證言、鑑定人ノ鑑定等是ナリ。第三ハ擧證(Beweisgrund)ノ意義ニシテ、一定ノ事實ノ存否ヲ確信セシムル爲ノ立證手續ヲ指ス場合ナリ。例ヘバ證人、鑑定人ノ申請、證據物ノ提出等是ナリ。

證據ハ之ヲ利用スルニ因リテ、事實ヲ明ニスルコトヲ得。此ノ證據ニ關スル訴訟手續ヲ、證據調(Beweisaufnahme)又ハ擧證(一)(二)ト謂フ。

一　刑事訴訟法ニ於テハ擧證ナル文字ヲ法文上使用セズ。民事訴訟法ニ於テハ、文書ノ立證ニ關シ擧證者ナル文字ヲ使用セリ(民訴三一二第二號、三二九第二項)。

二 擧證ノ程度ニ關シ刑事訴訟法ハ、憑據、疏明及證明ノ三種ニ區別シタリ。憑據（四八五）トハ、一定ノ事實ヲ推斷セシムベキ他ノ事實タル蓋然ト、事實認定ノ資料タル證據トヲ併稱シタル語ナリ。疏明ハ一應ノ信用、卽チ嚴格ニ非ザル證明ナリ。證明ハ確信ヲ必要トスル場合ニシテ、所謂嚴格ナル證據（Strengbeweis）ヲ謂フ。判決ノ證據是ナリ（三三六、三三七）。

三 刑事證據ト民事證據トノ差異　主ナルモノヲ擧グレバ次ノ如シ。

(1) 刑事事件ニ於テハ、被告人ニ對シ有罪ノ判決ヲ爲スニハ、凡テノ疑點ヲ超越シテ犯罪事實ヲ證明スルコトヲ要ス。民事事件ニ在リテハ、證明ノ優量ニ依リテ之ヲ證明シ得ルモノナリ。

(2) 刑事事件ニ於テハ、唯一ノ立證責任者（Beweisfuhrer）ハ裁判官ナリ。故ニ檢事ノ提出シタル證據十分ナラズト思料スルトキハ、裁判所ハ職權ヲ以テ證據調ヲ爲スコトヲ得。民事事件ニ在リテハ、係爭ノ論點ニ對スル一應ノ證明ヲ爲セバ立證ノ責任ハ相手方ニ移轉ス。

(3) 刑事事件ニ於テハ、證據ニ關スル法則ハ比較的嚴格ニ遵守セラルルモ。民事事件ニ在リテハ、當事者ノ合意（Einigung, Vereinbarung）ニ依リ之ヲ緩和スルコトヲ得。例ヘバ認諾、自白アルトキハ、同一事實ニ付證明ノ必要ナキモ、刑事ニ在リテハ被告人ノ自白（Gestandnis）アルモ、尙且證據ノ取調ヲ爲スコトヲ要ス（例外、三四六）。

(4) 刑事事件ニ於テハ、被告人一人ノ自白ハ他ノ共同被告人ニモ影響ヲ及ボスモノニ非ズ。民事事件ニ在リテハ當事者一人ノ自白ハ他ノ當事者ニ何等ノ影響ヲ及ボスコトアルモ。

(5) 英國證據法ニ依レバ、殺人事件ニ付死者ノ臨終ノ陳述ハ、死ノ原因ヲ證明スル爲ノ證據トシテ認容セラルルモ、民事事件ニ於テハ然ラズ。

四　證明ト疏明トノ差異

證明ト疏明トハ、之ヲ客觀的ニ觀察スルトキハ程度ノ差ナリ。然レドモ之ヲ主觀的ニ觀察スルトキハ、截然タル區別アリ。本法ニ於テハ兩者ノ差異次ノ如シ。

（一）證明ハ、實體事項ニ關スル場合ニ必要トス（三五八、三六二）。疏明ハ、常ニ訴訟法上ノ事實ニ關スル場合ニ必要ト爲ス（二七第三項、一八九、三八八第二項）。

（二）證明ハ、訴訟當事者ノ立證スルト否トニ拘ラズ、裁判所職權ヲ以テ行動スルモノナリ。之ニ反シ疏明ハ當事者之ヲ負擔スルモノニシテ、裁判所ハ之ニ關與スルコトナシ。忌避原由ノ疏明（二七第三項）、證言拒絶ノ事由ノ疏明（一八九第一項）、上訴權回復原因ノ疏明（三八八第二項）等皆然リトス。

（三）證明ニ關シテハ、訴訟法上證據調ノ手續ヲ經ル等種々ノ制限アルモ、疏明ニ關シテハ、其ノ方法ニ何等ノ制限ナシ（一）（二）。

一 民事訴訟法第二六七條ニ『疏明ハ卽時ニ取調ブルコトヲ得ベキ證據ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ要ス。裁判所ハ、當事者若ハ法定代理人ヲシテ保證金ヲ供託セシメ又ハ其ノ主張ノ眞實ナルコトヲ宣誓セシメ、之ヲ以テ疏明ニ代フルコトヲ得』ト規定シタリ。刑事訴訟法ニ於テハ、斯ル規定存セザルモ、蓋、之ヲ準用シテ可ナリト信ズ。

二 尙、民事訴訟法ニ於テハ、疏明卽チ一應ノ推測ヲ以テ足レリトスル場合多シ。例ヘバ民訴第三八條第二項、第五六條第一項、第六六條第一項、第一一九條第二項、第二八二條、第三〇六條第二項、第七四〇條等是ナリ。

五　證據ノ種類

（一）直接證據ト間接證據　直接證據(unmittelbarer Beweis)ハ、犯罪事實ヲ直接ニ證明スルモノニシテ、間接證據(Mittelbarer Beweis)ハ、一定ノ事實ヲ推斷セシムルニ足ル事項ヲ證明スルモノナリ。卽チ情況或ハ徴憑(Indicie, Indizien)モ亦間接證據ナリ。法律ハ此ノ兩者ヲ合シテ證據ト爲セリ。兩者ノ區別ハ、法定證據主義ノ下ニ在リテハ重要性アルモ、現行法ノ實體證據主義、自由心證主義ノ下ニ在リテハ、此ノ區別モ法律上實益ナシト謂フベシ。

（二）人的證據(persönal evidence)ト物的證據(Real evidence)　此ノ兩者ハ、證據方法ノ相違ニ依ル區別ナリ。前者ハ證人、鑑定人等ニシテ、後者ハ檢證物等ナリ。證據書類(Documentary evidence)モ亦物的證據ニ屬ス。尙本法ハ、證據書類ト證據物中書面ノ意義證據ト爲ルモノ（卽チ文書）トニ分チタリ（三四一）。

（三）本證(Vorbeweis)ト反證(Gegenbeweis)　此ノ區別ハ證據ノ作用ヨリ觀察シタルモノニシテ、本證トハ、犯罪事實ヲ證明スベキ證據（三六〇）ニシテ、罪證ト稱スルモノ是ナリ。反證トハ、被告人ノ利益ト爲ルベキ證據（三四七第二項）ニシテ、所謂犯罪ヲ否定スル證據ナリ。

六　證明ヲ要スル事項

刑罰權ノ有無及其ノ範圍ヲ確定スベキ實體法上ノ事實ハ、原則トシテ之ヲ證明セザルベカラズ。此ノ證明ヲ要スベキ事項ヲ、要證事實(Beweistatsache)ト謂フ。卽チ犯罪事實、責任能力、故意、過失、處罰要件、累犯關係、酌量減輕及刑ノ執行ニ關スル諸般ノ情狀ハ、何レモ之ヲ證明スルコトヲ必要トス。

一定ノ事實ハ、直接ニ證據方法ニ因リ又ハ之ヲ推斷スベキ他ノ事實ノ證明ニ因リテ證明セラル。但シ、此ノ原則ニ對シテ例外アリ、卽チ立證不要ノ事項次ノ如シ。

（一）公知ノ事實　公知ノ事實(allgemeinkundige, offenkundige od. notorische Tatsache)トハ、民事訴訟ニ於テ謂フトコロノ裁判上顯著ナル事實(gerichtskundige Tatsache)ト其ノ趣旨同一ナリ。民事訴訟法第二百五十七條ニ曰ク『裁判所ニ於テ當事者ガ自白シタル事實及顯著ナル事實ハ之ヲ證スルコトヲ要セズ』ト規定セリ。然レドモ刑事訴訟法ニ於テハ此等ノ規定ナキハ勿論、之ヲ同一ノ法則ナリト解スベキヤ否ニ付論議セラルルトコロナリ。惟フニ、裁判ハ當事者ヲシテ信服セシムベキハ勿論、更ニ進ンテ一般民衆ヲモ之ニ依リ承服信賴セシムルモノナラザルベカラズ。從テ裁判上ニ於テ公知ナル事實ナリト雖、之ヲ以テ卽、當事者竝社會ニモ公知ノ事實ナリト謂フヲ得ズ。果シテ然ラバ裁判上公知ノ事實ト雖、尙之ヲ證明スルノ要アリト解スルヲ妥當ナリト信ズ。

公知ノ事實ニハ、裁判上ニ於テ公知ノ事實ト、一般ニ公知ノ事實トニ別ッコトヲ得。裁判上公知ナル事實トハ、裁判官ガ其ノ職務關係ニ於テ認識シタル事實ニシテ、裁判所ノ爲シタル判決又

ハ決定ノ如キ是ナリ。又一般ニ公知ナル事實トハ、歷史上著名ナル事件或ハ自然界ニ於ケル顯著ナル事件ノ如キモノニシテ、卽チ一國又ハ一地方ニ於テ一般ニ公知ナル事實ヲ謂フ。而シテ一般ニ公知ナル事實ハ、特ニ證明スルヲ要セザルモ、裁判上ニ於テ公知ナル事實ハ之ヲ證明スルノ必要アリ。何トナレバ、裁判上ニ於テハ公知ナル事實ト雖、當事者ニ於テ必ズシモ之ヲ承知セリト謂フヲ得ズ。故ニ斯ノ如キ事實ハ當事者ヲシテ之ニ對シ辯明ヲ爲スノ機會ヲ與ヘザルベカラズ。唯、斯ル事實ハ裁判所ニ於テハ旣ニ明白ニシテ確信ヲ有スルガ故ニ、裁判所ノ爲ニ特ニ之ヲ證明スルノ要ナシト謂フノミ。要之、裁判上公知ナル事實ハ、當事者ヲ基本トシテ論ズベキヤ、將又裁判所ヲ基本トシテ論スベキヤニ依リ自ラ明ナリト解ス(一)。

一 學說ヲ見ルニ裁判上ニ於テノミ公知ナル事實ハ、之ヲ證明スルノ必要アリト爲ス說(豐島博士第三七二頁、林博士、論第三九四頁、牧野博士第二三八頁、宮本博士第二六三頁、小野博士第二六五頁、矢追氏第三一四頁。之ニ反對スル說(平沼博士第三四一頁、富田博士第六六五頁、清水博士第二二六頁)。

(二) 法律上ノ推定事實(praesumtioiuris) 法律上推定セラレタル事實ハ、之ヲ證明スルコトヲ要セズ。故ニ反證ナキ限リ、之ヲ眞實トシテ認定セザルベカラズ。實體的眞實主義ヲ採ル本法ノ下ニ於テハ、原則トシテ事實ニ對シ法律上ノ推定ヲ設クルコトナシ。唯、特別法ニ於テ若干ノ例外ヲ見ルニ過キズ。出版法第三十一條、新聞紙法第四十五條ノ如キ是ナリ(一)。

一 出版法第三一條、新聞紙法第四五條ヲ以テ、法律上ノ推定ヲ規定シタルモノト解スベキヤ否ニ付學說一致セズ。積極說ハ(平沼博士第三四〇頁、牧野博士第二三七頁、林博士論第三九一頁、富田博士第六六一頁)。消極說ハ(豐島博士第三七四頁、宮本博士第二六三頁)。

(三) 一般的事實 自然界ニ於ケル一般的事實ハ、特ニ之ヲ證明スルコトヲ要セザルモノトス。例ヘバ責任能力者ナルコト又ハ精神狀態ノ健全ナルコト、或ハ成年者ナルガ如キ一般的訴訟要件ノ具備ハ特ニ證明ヲ待タズシテ確信セラルルトコロナリ。何トナレバ人ノ精神狀態ノ如キハ、常ニ健全ナルヲ以テ普通トス。其ノ特ニ精神異常者ナリト認ムル場合ニ於テ、玆ニ始メテ之ガ證明ヲ要スルモノナリ。從テ特ニ普通ニ非ザル事項ノ外ハ、證明ヲ要セザルモノト解ス。

(四) 訴訟法上ノ事實 訴訟法上ノ事實ハ、證明ヲ要スルモノアリ、之ヲ要セザルモノアリ。又疏明ヲ要スルモノアリ。(イ)卽チ證據ニ依ルニ非ザレバ認定スルコトヲ得ザルモノハ、之ヲ要セザルモノアリ、之ヲ證明スルコトヲ要ス。例ヘバ公訴ノ提起又ハ訴訟要件ノ有無ニ關シ爭アル場合ニ於テハ、裁判所ハ之ヲ證明セザルベカラズ。故ニ訴訟上爭ナキ範圍ニ於テハ、證明ヲ要セザルモノトス。(ロ)又訴訟上ノ事實ニシテ疏明ヲ必要トスルモノハ、明文ヲ以テ之ヲ示セリ。例ヘバ第二十七條第三項、第百八十九條、第三百八十八條第二項ノ如シ。從テ其ノ他ノ事實ハ悉ク疏明ヲ要スルモノニ非ズ。要之、訴訟法上ノ事實ガ、證明ノ目的物ト爲ルヤ否ハ結局證據調ノ手

續ヲ必要トスルヤ否ニ存スルモノト謂ハザルベカラズ（一）。

一　訴訟法上ノ事實ハ疏明ノ物體タルコトヲ得ルモ、證明ノ物體タルベキモノニ非ズト爲ス說アリ（平沼博士第三三九頁）。反對說（牧野博士第二三九頁、小野博士第二六六頁）。

（五）　法規ノ存在　　法律ノ存在スルヤ否ハ公知ノ事實ニ屬スベキモノニシテ、一般ノ法規ハ證明ノ目的ト爲ルコトナシ。然レドモ法規ノ存在ト雖、其ノ存否ニ付爭アル場合ニ於テハ之ヲ證明スルコトヲ要ス。舊民事訴訟法第二百十九條ニ曰ク『地方慣習法、商慣習及規約又ハ外國ノ現行法ハ之ヲ證ス可シ、裁判所ハ當事者ガ其ノ證明ヲ爲スト否トニ拘ラズ、職權ヲ以テ必要ナル取調ヲ爲スコトヲ得』ト規定シタリ。本法ニ於テハ、此ノ趣旨ヲ規定セスト雖、古キ法律ノ如キハ假令成文法ナリト雖、證明ノ要ナシト謂フヲ得ズ。故ニ外國法及慣習法或ハ特種ノ資料ヲ要スルモノハ、訴訟上ノ事實ト同樣ニ之ヲ證明スルコトヲ要スルモノト解ス。

（六）　證明ノ不十分　　證據ガ犯罪ヲ證明スルニ十分ナラザルトキハ、判決ヲ以テ無罪ノ言渡ヲ爲スベキモノトス（三六二）（一）（二）。卽チ法律上犯罪ヲ構成セズ又犯罪事實ヲ認ムベキ證據ナキ場合ニ言渡ス。疑ハシキハ輕キニ從フノ法則ハ、本條ノ場合ニ之ヲ見ル。

一　裁判所ガ連續犯ノ關係アルモノトシテ起訴セラレタル公訴事實中ノ一部ヲ有罪ト認定シ、其ノ他ノ部分ヲ無罪ト認定シタル場合ニ於テハ、其ノ有罪部分ニ付、有罪判決ノ言渡ヲ爲スヲ以テ足リ、其ノ無罪ノ部分ニ付テハ特ニ無罪ノ判決ノ言渡ヲ爲ス要ナキモノトス（昭和五年八月二九日判決、評論第一九卷訴第一八二頁、昭和一三年一〇月八日、同趣旨ノ判決）。

二　一罪トシテ起訴セラレタル事實中、其ノ一部ガ無罪ナル場合ニ於テ、他ノ部分ヲ有罪トシテ刑ノ言渡ヲ爲シ、法定ノ理由ヲ附シタル以上ハ其ノ無罪ノ部分ニ付、特ニ之ガ言渡ヲ爲シ且其ノ理由ヲ附スルコトヲ要セザルモノトス（昭和二年九月九日判決、評論第一六卷訴第二二三頁。昭和八年三月九日、同年七月一八日同趣旨ノ判決）。

七　立證責任

（一）　立證責任者ハ裁判所ナリ　　訴訟法上證明ニ關シテ立證責任（Charge de preuve, Beweislast）ナル觀念アルモ、刑事訴訟ハ、實體的眞實主義ヲ本則ト爲スヲ以テ、民事訴訟ニ於ケルガ如ク立證責任（又ハ擧證責任）ノ問題ヲ生セズ。檢事ハ公訴ヲ維持スル必要上證據ヲ裁判所ニ提供スル義務アリト雖、其ノ義務ヲ履行セザルガ爲、民事訴訟法（民訴一三九）ノ如キ制裁カヽル、審理ノ終結ニ至ル迄ハ之ヲ提出スルコトヲ得ルモノトス。故ニ檢事ノ提出シタル證據十分ナリト思料スルトキハ、裁判所ハ職權ヲ以テ更ニ證據調ヲ爲スコトヲ得。此ノ證據調ヲ爲スベキヤ否ニ付テハ當事者ノ申立ニ依リ拘束セラルルモノニ非ス。要之、刑事訴訟ニ於テハ、立證責任ハ凡テ裁判所ニ於テ負擔スルトコロニシテ、裁判官ハ唯一ノ立證責任者（Beweisführer）ナリト謂フコトヲ得。

（二）　自白ト立證責任　　刑事訴訟ニ於テハ被告人自白（Geständnis）スルモ、之ニ因リテ裁判所ハ立證責任ノ負擔ヲ輕減スルモノニ非ズ。民事訴訟法第二百五十七條ニ於テ『裁判所ニ於テ當

事者ガ自白シタル事實及顯著ナル事實ハ之ヲ證スルコトヲ要セズ』ト規定シ、當事者ノ自白シタル事實ニ付テハ證明ノ要ナキモ、刑事訴訟ニ於テハ被告人ノ自白ノ有無ニ拘ラズ、裁判所ハ證據ノ取調ヲ爲スコトヲ要ス。唯、區裁判所ニ在リテハ、被告人自白シタル場合ニ於テ訴訟關係人異議ナキトキニ限リ、他ノ證據ヲ取調ベザルコトヲ得ルノミ(三四六)。從テ地方裁判所事件ニ付テハ、此ノ規定ノ適用ナキコト論ヲ俟タズ。是レ刑訴訴訟ハ職權主義ヲ採リ、民事訴訟ハ處分權主義ヲ採リタル結果ナリ。

(三) 立證責任ノ例外　立證責任ノ原則ニ對シ例外ヲ爲スモノ二アリ。其ノ一ハ法律上ノ推定ニシテ、出版法第三十一條及新聞紙法第四十五條ナリ。其ノ二ハ法律上疏明ヲ要スル場合ニシテ、卽チ忌避ノ原由(二七第三項)、證言拒絶ノ事由(一八九第一項)、上訴權回復ノ原因(三八八第三項)、等ノ疏明ヲ要スル場合是ナリ。

(四) 自白ト撤回(卽、自白ノ取消)　自白ノ效果ニ付テハ、刑事訴訟法ハ何等規定スルトコロナシ。從テ裁判上自白ノ取消アリタルトキハ、如何ナル效果ヲ生ズルヤニ付テモ、民事訴訟法ノ如ク解スルコトヲ得ズ。民事訴訟法ニ於テハ、辯論主義ノ反射トシテ裁判上ノ自白ハ當事者及裁判所ヲ拘束ス(民訴二五七)。故ニ當事者ハ爾後自白シタル事實ニ反スル主張ヲ爲シ得ザルコト當然ナリ。若夫レ、自白ノ撤回ニ關シテハ明文ナシト雖、自白ノ拘束力ヲ認メタル立法ノ趣旨ニ鑑ミ相手方ノ同意アル場合又ハ自白ノ內容ガ眞實ニ反スル場合、或ハ其ノ自白ガ錯誤ニ基ク旨ノ證明アル場合ニ非ザレバ、其ノ撤回ヲ是認スベキモノニ非ズト解ス(一)。然レドモ刑事訴訟法ニ於テハ何等規定ヲ爲サザルガ故ニ、裁判上自白ノ取消アリタル場合ニ於テハ、其ノ自白ヲ採用スルヤ否ハ全ク裁判所ノ自由心證ニ任ズベキモノト解ス(二)。要スルニ自白及其ノ取消ノ效果ハ何等裁判所ヲ拘束セザルコトモ亦明ナリ。

一　獨逸民事訴訟法第二九〇條。大正一一年二月二〇日判決、民集第一五卷第五二頁。

二　大正一一年二月二一日判決、集第一卷第六二頁、集第一卷第四四九頁。

八　證據決定及證據調

(一) 證據決定　證據調ヲ爲スニハ、證據決定(Beweisschluss)ヲ必要トスル場合ト、之ヲ要セザル場合トアリ。卽チ證據ノ取調ニ付新期日ノ指定ヲ必要トスル場合又ハ其ノ取調ニ付別段ノ手續ヲ必要トスル場合ハ、證據決定ヲ爲スコトヲ要ス(三四四第二項)。其ノ他ノ場合ハ證據調ヲ爲ストキト雖、別ニ決定ノ形式ヲ必要トセズ(一)(二)。證據調ノ請求ヲ却下スル場合ニ於テハ、決定ヲ以テ之ヲ爲サザルベカラズ(三四四第一項)。

一　在廷證人ノ取調ニ關シ、證據決定ヲ要スルヤ否ニ付爭アリ。卽チ在廷證人ハ卽時ニ訊問ヲ爲シ得ベキモノナルヲ以テ、特ニ其ノ取調ヲ爲ス旨ノ決定ヲ爲スヲ要セズ(平井氏第六九一頁)。反對說(林博士各則上第二四二頁)。

二　判例ニ曰ク。刑事訴訟ニ於テ、同一裁判所ニ繫屬スル他ノ訴訟事件ノ記錄ヲ證據資料トシテ其ノ證據調ヲ爲スニハ裁判所ニ於テ直ニ之ヲ法廷ニ顯出スルヲ以テ足リ、特ニ取寄決定ヲ爲シテ之ヲ宣告スルノ必要ナシトシタリ（大正一一年二月二一日判決、集第一卷第六二頁）。

（二）　證據調　　證據調（Beweisaufnahme）トハ、立證事實ヲ證明スル爲證據ノ取調ヲ爲ス訴訟手續ナリ。證據調ハ、證據決定ニ基キ之ヲ爲スヲ原則トス（三四四）。

刑事訴訟法ハ、證據調ニ關シ一定ノ方式ヲ規定シタリ。卽チ證人、鑑定人ノ人的證據ノ取調ハ訊問ノ方式ヲ以テ爲ス（一八四、二二八）。講學上之ヲ口頭證據（Oral evidence）トモ稱セラル。證據書類ハ、裁判長之ヲ朗讀シ若ハ其ノ要旨ヲ告ゲ又ハ裁判所書記ヲシテ之ヲ朗讀セシム（三四〇第一項）。又證據物ハ裁判長之ヲ被告人ニ展示シ（三四一）。各個ノ證據調ヲ終ヘタル都度、被告人ニ意見アリヤ否ヲ問フコトヲ要ス（三四七）。以上ノ外本法ハ檢證ノ方法ニ依ル證據調ヲ規定シタリ（一）。

一　陪審法第七六條第三項ニ於テハ『公判廷ニ現ハレザル證據ハ之ヲ援用スルコトヲ得ズ』ト規定シ、直接證據主義ヲ原則ト爲セリ。

九　證據判斷

證據ノ證明作用ヲ、證明力（Forceprobante, Beweiskraft）ト謂フ。裁判所ハ證據ニ證明力アリヤ否ニ付、其ノ價値判斷ヲ爲サザルベカラズ。證據ノ證明力ハ判事ノ自由ナル判斷ニ任ズ（三三七）。

自由心證ノ原則是ナリ（一）。自由心證ノ原則ハ、證據判斷（Beweiswurdigung）ニ關スルモノナリ。而シテ自由心證主義ハ敎養アル判事ノ合理的判斷ニ任ズルモノニシテ、決シテ判事ノ專恣無軌道ナル獨斷ヲ許容シタルモノニ非ズ。然リ而シテ證明力ヲ有スル證據ハ、法律上有效ニ成立シタルモノナルコトハ勿論、吾人ノ經驗法則（Erfahrungssätze）ニ反セザルモノナルコトヲ要ス。蓋、證據判斷ガ論理上竝經驗則ニ從フベキコトハ、訴訟法上ノ大原則ト爲ス。而シテ此ノ證據卽チ斷罪ノ資料ト爲ル適格ヲ證據能力ト謂フ。次ノ如シ。

（一）　判決ノ基礎ト爲ル證據ハ、法律上適法ニ蒐集セラレタルモノナルコトヲ要ス。故ニ不適法ナル證據ニ因リテ犯罪事實ノ認定ヲ爲シタルトキハ、常ニ上告ノ理由ト爲ル（四一〇第一三、四一〇第一九號）。

（二）　證據ト爲ルベキ一定ノ事實ヲ認識スル推度ハ、論理上當然ノ法則ニ從ハザルベカラズ。卽チ經驗法則ニ背反スル證據判斷又ハ科學上認容スベカラザルモノノ如キハ、判決ノ理由ニ齟齬アルカ又ハ事實ノ誤認アルモノニシテ、常ニ上告ノ理由ト爲ルモノトス（四一〇第一九號）（二）。

（三）　事物ノ性質上確信シ得ザルモノハ、之ヲ證據ト爲スコトヲ得ズ。例ヘバ吾人ノ意見、想像或ハ空漠タル世上ノ風評ノ如キモノハ、之ヲ採テ以テ罪證ニ供スルコトヲ得ズ（三）。

以上ノ制限ニ反セザルトキハ、證據ノ取捨選擇ハ總テ裁判所ノ自由ナリ。直接證據ヲ採ラズシ

テ、間接證據ヲ採用スルモ亦可ナリ(四)。

一　自由心證主義ニ對シ一ノ例外ヲ爲スモノハ、第三四六條ナリ。此ノ法文ヲ以テ單ニ證據ノ取捨ニ關スル規定ナリトセバ、本條ハ蓋、不用ノ條文ト言ハザルベカラズ。換言スレバ本條ハ證據判斷ニ關スル一種ノ制限ヲ前提トシテ規定ヲ爲シタルモノニシテ、單ナル證據ノ取捨ニ關スル法意ニ非ズ。

二　判例。證據ノ取捨判斷ハ、一ニ事實裁判所ノ自由裁量ニ屬スルコトハ言ヲ俟タズト雖、判示證據ニ基ク推理判斷ニ因リテ、犯罪事實ヲ認ムベカラザルニ於テハ、適法ノ判決理由ヲ具備スルモノト謂フヲ得ズ（大正一一年三月二五日判決集第一卷第一七五頁）。

三　風評ノ供述ト證據力ニ關シ判例ハ曰ク。單純ナル風評ノ供述ハ其ノ供述者ガ共同被告人タルト證人タルトヲ問ハズ。風評自體ノ存在ヲ證明スル場合ノ外、爾餘ノ事實認定ノ證據ト爲スコトヲ得ズ（昭和一一年四月九日判決、集第一五卷第四五一頁）。

四　間接證據ニ依リテ事實ノ認定ヲ爲スモ妨ゲナシト爲シタリ（大正一四年三月二五日判決、集第四卷第二〇三頁）。

十　證據力ト證明力ノ別

證據ノ證據力(Beweiskraft, Beweiswert)ト證明力(Force probante, Beweiskraft)トハ、之ヲ區別セザルベカラズ。卽チ證據力ハ、證據方法ニ依リテ得タル資料其ノモノノ價値ニシテ、證明力ハ、證據方法ニ依リテ得タル資料ガ事實ヲ證明スルニ付有スル價値ナリ。換言スレバ證據力トハ、證據調ノ結果ガ具體的ニ裁判官ノ確信ニ影響ヲ及ボシ得ル效果ヲ謂フ。之ヲ證據價値ト稱スルコトヲ得。之ニ對シ證明力トハ、裁判官ノ確信ヲ得タル效果ヲ、更ニ進ンテ一定ノ事實ノ存否ヲ證明スル爲ニ確信ノ基礎ト爲リタル價値ナリ。之ヲ證明價値ト謂フコトヲ得ベシ。再言スレバ、證據力ハ法律上ノ價値ナシテ、證明力ハ論理的價値ナリ。故ニ證據力ハ、法律ヲ以テ之ヲ制限シ得ルモ、證明力ハ法律ヲ以テ制限スルコトヲ得ズ。例ヘバ第三百四十三條ニ於テ、不適法ナル訊問調書ハ證據ト爲スコトヲ得ズト謂フガ如キハ、法律上證據力ノ制限ニ非ズ。卽チ前者ハ職權主義ヨリ來ル證據力ノ否定ニシテ、後者ハ證明力ノ否定ニ非ズ。故ニ斯ル場合ニ於テハ縱ヤ證明力アリトスルモ、裁判所ハ之ヲ採テ以テ證據ト爲スコトヲ得ズ。要之、證明力ヲ有シタル證據ハ、必ズ證據力ヲ有スルコトヲ前提トスルモ、證據力ヲ有シタル證據ハ、必ズシモ證明力ヲ有スルモノニ非ズ、蓋、證明力ハ證據力ヲ有シタル證據中、判事ノ自由心證ニ依リテ、證明價値ヲ付與セラレタルモノニシテ、證據ノ價値判斷是ナリ(三三七)。茲ニ證據價値トハ、例ヘバ證言ノ眞憑性、文書ノ眞否及其ノ記載內容ノ眞僞等ヲ謂フモノナリ。

第二節　檢證

一　總說

物的證據方法ノ利用ニ依ル證據調ニ二種アリ。曰ク檢證(constatation, Augenschein)、曰ク書證(preuve litterale, Urkundenbeweis)是ナリ。檢證ハ、檢證ノ目的物ニ就キ行フ證據調ナリ。

檢證ニ付テハ、本法ハ裁判所ヲ本位トシテ之ヲ規定セリ（一七五）。從テ裁判所ノ檢證ニ關スル規定ハ、之ヲ豫審判事ノ爲ス檢證ニモ亦適用セラルルモノトス（一七九）。檢證ハ其ノ目的物ニ對シ、權利者ノ權利ヲ排シテ之ヲ爲スモノナレバ、押收及搜索ト共ニ强制的處分ニ屬スルモノナリ。此ノ點ニ於テ民事訴訟法上ノ檢證ト其ノ趣ヲ異ニス（一）。

一　昭和八年七月一〇日判決、集第一二卷第一二三三頁。

二　檢證ノ意義

檢證ハ、裁判所ガ事實發見ノ爲必要アル場合ニ、之ヲ爲ス證據調ニシテ（一七五）。裁判官ガ直接感覺（五感）ノ作用ニ依リ、或場所又ハ目的物ノ性狀、事物ノ現象ヲ認識スル手段方法ヲ謂フ。其ノ檢證ノ手段ヲ證據調ト謂ヒ、其ノ對象ト爲ル人又ハ物ヲ檢證物ト稱ス（一）。

（一）　檢證ハ證據調ナリ　檢證ハ五官ノ作用ニ依リ行フ證據調ナリ。故ニ其ノ目的物ハ、證明ノ用ニ供シ得ベキモノハ凡テ檢證ノ物體ニシテ、法律ヲ以テ之ガ制限ヲ爲サズ。苟モ證據調ノ物體タル以上ハ、人タルト物タルト又ハ有體物タルト無體物タルトヲ問フトコロニ非ズ（一七六）。通常檢證ノ目的物ハ、場所、物及人ノ身體ニ就テ行ハルル場合多シ。

（二）　檢證ノ手段　檢證ノ手段ハ、五官ニ依ル感覺ノ作用ニ因リテ之ヲ爲スモノナリ。故ニ檢證ハ、物ノ形體ガ證據ト爲ル場合ニ之ヲ爲スベキモノニシテ、或物ノ內容ヲ爲ス意義ガ證據ト爲ル場合ニハ檢證ニ非ズ。從テ檢證ト書證トハ之ヲ區別セザルベカラズ（二）。

（三）　檢證ノ場所　檢證ハ、公判廷ニ於テ爲ス場合アリ、或ハ公判廷外ニ於テ之ヲ爲ス場合アリ。又ハ押收物ノ取調ヲ爲ス證據調ノ場合アリ。或ハ又單ニ場所ニ臨ミ又ハ場所ニ臨ミ物ニ付檢證スル場合アリ。而シテ公判廷外ニ於テ行フ場合ヲ臨檢（Visite, Durchsuchung）（一）ト稱ス。此ノ臨檢ニ依ル檢證ハ、其ノ性質搜索ニ依ル押收ト同一關係アルヲ以テ、本法ハ檢證ニ付押收、搜索ニ關スル規定ノ準用ヲ爲セリ（一七八）（三）。

一　檢證ニ付テハ、板倉松太郎氏『檢證』（法學志林第一五卷第一、二號）。

二　溝淵孝雄氏『書證と檢證物の區別を論じて證人の宣誓書に及ぶ』（法曹會雜誌第六卷第六、七號）。

三　現行法ニ於テハ臨檢ナル語ヲ用キザルモ、舊刑訴ニ於テハ之ヲ用キタリ（例、一〇四第一項）。

四　豫審判事、檢證現場ニ於テ被告人ヲ訊問スル際、檢事ハ之ニ立會フコトヲ得ルモノトス（昭和八年一二月一六日判決、集第一二卷第二三五六頁）。

三　檢證ヲ爲シ得ル者

（一）　裁判所ノ爲ス檢證　檢證ハ、裁判所之ヲ爲スヲ原則トス。裁判所ハ、事實發見ノ爲必要ナルトキハ、何時ニテモ檢證ヲ爲スコトヲ得ベシ（一七五、二五五）（一）。

裁判所ハ部員ヲシテ之ヲ爲サシメ又ハ之ヲ爲スベキ地ノ豫審判事、區裁判所判事若ハ法令ニ依リ特ニ裁判權ヲ有スル官署ニ之ヲ囑託スルコトヲ得（一七八、一五四第一項）。受託官署ハ、受託

ノ權限アル官署ニ之ヲ轉囑スルコトヲ得ベシ（一五四第二項）。受託官署ガ受託事項ニ付權限ヲ有セザルトキハ、受託ノ權限アル官署ニ囑託ヲ移送スルコトヲ得（一五四第三項）。受命判事、受託判事ノ爲ス檢證ニ付テハ、裁判所ノ爲ス檢證ニ關スル規定ニ從フモノトス（一五四第四項）。

（二）豫審判事又ハ檢事ノ爲ス檢證　豫審判事ハ、檢證ニ關シ裁判所ト同一ノ權ヲ有ス（一七九）。現行犯又ハ之ニ準ズベキ場合ニ於テハ、檢事又ハ司法警察官モ亦檢證ヲ爲シ又ハ之ヲ囑託スルコトヲ得（一八〇乃至一八三、二五五）。

一　檢證現場ニ於テ、被害者其ノ他ノ者ヲ立會ハシメ、檢證ノ目的物其ノ他必要ナル狀態ヲ指示陳述セシムルニハ、證人訊問ノ手續ニ依ルコトヲ要セズ（昭和九年一月一七日判決、集第一三卷第二頁）。

四　檢證ノ方法

檢證ノ方法ニ付テハ、本法ハ制限ヲ設ケズ。而シテ檢證ニハ物ノ現狀ヲ實驗スルノミヲ以テ足ル場合アリ、又ハ現狀ヲ變更シテ實驗スルコトヲ必要トスル場合アリ。本法ハ、身體ノ檢查、死體ノ解剖、墳墓ノ發掘、物ノ毀壞等ヲ例示シタルモ、其ノ目的ヲ達成スルニ必要ナル處分ハ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトス（一七六第一項）。

五　檢證ニ對スル制限

檢證ニ付テモ、法律ハ特ニ其ノ範圍ヲ限定シタリ。是レ法益保護ノ見地ヨリ考察シタル特例ニシテ、其ノ趣旨ハ既ニ召喚及強制處分（一）總說ニ於テ述ベタルトコロナリ。次ノ如シ。

（一）被告人ニ非ザル者ノ身體檢查　被告人ニ非ザル者ノ身體檢查ハ、一定ノ證跡ノ存否ヲ確認スルニ必要ナル場合ニ限リ、之ヲ爲スコトヲ得（一七六第二項）。是レ身體檢查ハ、身體ノ不可侵權ニ制限ヲ加フルモノナルヲ以テ、被告人ト雖愼重ニ之ヲ行ヒ、必要ノ限度ヲ超ユルコトヲ得ザルモノナリ。

（二）婦女ノ身體檢查　婦女ノ身體ヲ檢查スル場合ニ於テハ、醫師又ハ成年ノ婦女ヲシテ之ニ立會ハシムルコトヲ要ス（一七六第三項）。此ノ法則ハ、如何ナル場合ニ於テモ遵守スベキ鐵則ニシテ、急速ヲ要スルノ故ヲ以テ、法則ニ違フコトヲ得ズ。

（三）死體ノ解剖及墳墓ノ發掘　死體ヲ解剖シ又ハ墳墓ヲ發掘スル場合ニ於テハ、禮意ヲ失ハザルニ留意シ、遺族アルトキハ之ニ通知スルコトヲ要ス（一七六第四項）。死體竝墳墓ヲ尊敬スルハ、我國古來ヨリノ良習美俗ナリ。之ヲ汚辱スルハ道義ニ反スルコト甚シキガ故ナリ。本法ハ此ノ義ヲ明ニシタリ。

（四）日出前、日沒後ノ檢證　日出前、日沒後ニハ、住居主若ハ看守者又ハ之ニ代ルベキ者ノ承諾アルニ非ザレバ、檢證ノ爲人ノ住居又ハ人ノ看守スル邸宅、建造物若ハ艦船ニ入ルコトヲ得ズ。但シ、日出後ニ於テハ、檢證ノ目的ヲ達スルコト能ハザル虞アル場合ハ此ノ限ニ在ラズ（一

七七第一項)。日沒前檢證ニ著手シタルトキハ、日沒後ト雖其ノ處分ヲ繼續スルコトヲ得(一七七第二項)。此ノ制限ハ第百五十六條ニ規定スル(一)賭博、富籤又ハ風俗ヲ害スル行爲ニ常用セラルルモノト認ムベキ場所(二)旅店、飲食店其ノ他夜間ト雖、公衆ノ出入スルコトヲ得ベキ場所ニシテ、公開シタル時間內ナルトキハ之ヲ適用セザルモノトス(一七七第三項)。

(五) 軍事上祕密ヲ要スル場所　軍事上祕密ヲ要スル場所ニ在リテハ、其ノ長又ハ之ニ代ルベキ者ノ承諾アルニ非ザレバ、檢證ヲ爲スコトヲ得ズ(一七八)。卽チ押收又ハ搜索ニ付定ムル法則ニ從フベキモノナリ(一四七)。

(六) 公務所又ハ軍事用ノ廳舍、艦船　公務所又ハ軍事上ノ廳舍若ハ艦船內ニ於テ檢證ヲ爲ストキハ、其ノ長又ハ之ニ代ルベキ者ニ通知シテ其ノ處分ニ立會ハシムベシ。以上ノ場合ヲ除ク外、人ノ住居又ハ人ノ看守スル邸宅、建造物若ハ船舶ノ內ニ於テ檢證ヲ爲ストキハ、住居者若ハ看守者又ハ之ニ代ルベキ者ヲシテ之ニ立會ハシムベシ。此等ノ者ヲシテ立會ハシムルコト能ハザルトキハ、隣人又ハ市町村吏員ヲシテ立會ハシムルコトヲ要ス(一七八、一五七)

六　檢證ト立會

(一) 檢事、辯護人、被告人ノ立會　檢事、被告人又ハ辯護人ハ、檢證ニ立會フコトヲ得。但シ、拘禁セラレタル被告人ハ此ノ限ニ在ラズ(一七八、一五八第一項)。裁判所ハ檢證ヲ爲スニ必要アルトキハ、被告人ヲシテ之ニ立會ハシムルコトヲ得ベシ(一七八、一五八第二項)。右ノ立會權者ニ對シテハ、急速ヲ要スル場合ノ外、檢證ヲ爲スベキ日時及場所ヲ通知スルコトヲ要ス(一七八、一五九)(一)。

一　判例。檢證ヲ爲スベキ日時場所ヲ、檢事及辯護人ニ通知セザリシ場合ト雖、其ノ檢證ハ無效ニ非ズト爲シタリ(昭和二年七月一一日判決、集第六卷第二六六頁)。

(二) 司法警察官吏ノ補助　檢證ヲ爲スニ必要アルトキハ、司法警察官吏ヲシテ補助ヲ爲サシムルコトヲ得(一七八、一六〇)。

(三) 出入ノ禁止　檢證ヲ爲ス間ハ、何人ニ限ラズ許可ヲ得ズシテ、其ノ場所ニ出入スルコトヲ禁止スルコトヲ得。其ノ禁止ニ從ハザル者ハ、之ヲ退去セシメ又ハ檢證ノ終ル迄之ヲ留置スルコトヲ得ベシ(一七八、一六一)。

(四) 檢證ノ中止　檢證ヲ中止スル場合ニ於テ、必要アルトキハ其ノ場所ヲ閉鎖シ又ハ看守者ヲ置クコトヲ要ス(一七八、一六二)。

七　現場ニ於ケル證人、鑑定人ノ訊問

裁判所ハ檢證ヲ全フスル爲、必要アルトキハ現場其ノ他適當ト認ムル場所ニ於テ、被告人、證人ヲ訊問シ、鑑定ヲ命ズルコトヲ得(一〇六、二〇八、二一一、二二八)。

八 裁判所ノ檢證ヲ準用

檢事又ハ司法警察官ノ爲ス檢證ハ、裁判所ノ場合ニ準ズ（一八一乃至一八三）。

九 檢證ノ手續

公判廷ニ於テ檢證ヲ爲ス場合ニ於テハ、證據物ノ取調ニ準ズベキモノトス。卽チ、裁判長ハ其ノ物件ヲ被告人ニ示シ（三四一）、其ノ都度意見アリヤ否ヤヲ問フベキモノトス（三四七）。其ノ手續ハ、之ヲ公判調書ニ記載スルコトヲ要ス（六〇第二項第十號）。

公判廷外ニ於テ檢證ヲ爲ス場合ニ於テハ、裁判所書記ノ立會ヲ必要トス（一七八、一六八）。裁判所書記ハ檢證調書ヲ作成セザルベカラズ（五四、五七第一項）。調書ニハ、檢證ヲ爲シタル年月日時及場所ヲ記載シ、檢證ヲ爲シタル者裁判所書記ト共ニ署名捺印スベシ（五八第一項）。但シ、公判期日外ニ於テ、裁判所取調又ハ處分ヲ爲シタルトキハ、裁判長裁判所書記ト共ニ署名捺印スルコトヲ要ス（五八第一項但書）。而シテ、調書ハ數個所ニ於ケル檢證ヲ、便宜一通ノ調書ニ記載スルモ不法ニ非ズ（一）（二）（三）。

一 檢證調書ニ付判例ハ曰ク、豫審判事ガ檢證ノ現場ニ於テ、被告人其ノ他ノ者ヲ立會ハシメ檢證ノ地點目的物其ノ他必要ナル狀態ヲ指示陳述セシムルガ如キハ、檢證ノ手段タルニ過ギズ。被告人又ハ證人ニ對スル訊問ノ手續ニ依ルコトヲ要セズ。從テ、檢證調書ニ陳述者ノ署名捺印ヲ爲サシムルコトヲ要セズト（昭和四年一月二九日判決、集第八卷第二六頁。同趣旨、昭和五年三月二〇日判決、集第九卷第二二五頁）。

二 數人ノ受命判事、共同シテ證人ヲ訊問シ又ハ檢證ヲ爲シタル場合ニ於テハ、各自其ノ調書ニ署名捺印スベキモノトス（昭和四年四月二日判決、集第八卷第一七二頁）。

三 檢證調書ニ、事物ノ實驗ノ外其ノ實驗ニ因ル判斷ヲ記載スルハ違法ニ非ズト（昭和七年四月一八日判決、集第一一卷第三九一頁）

第三節 書證

一 書證（一）ノ意義

證書（文書）ニ記載セラレタル內容（思想）ニ依リ、事實ヲ證明セントスル證據方法ヲ理論上ノ觀念トシテ、書證（preuve littérale, Urkundenbeweis）ト稱ス。書證トハ、文字又ハ記號ニ依リテ思想ヲ表現シタル物ヲ謂フ。之ニ因リテ事實ヲ認識スルモノニシテ、其ノ材料ヲ證書又ハ文書（Document, Urkunde）或ハ書面トモ稱ス。檢證ハ五官ノ作用ニ因リテ事物ヲ認識スルモノニシテ、書證ハ表現ノ內容ヲ領解スルニ在リ。而シテ文書、檢證物ハ物證ニシテ、人證ト共ニ證據ト稱セラル。

一 書證ヲ中心トシテ自由心證主義ノ一檢討（法學志林第四三卷第一號昭和一六年一月）

二 文書ノ種類

（一） 處分證書、報告證書　文書（Document, Urkunde）ハ、其ノ性質ヨリ觀察シテ、處分證書（Dispositivurkunde oder erkrarenden Urkunde）ト報告證書（berichtende oder referierende Urkunde）

トニ區別スルコトヲ得。處分證書ハ、認識ノ目的トナルベキ事實ヲ證書自體ガ證明スルモノニシテ、卽チ、作成者ノ意思表示ヲ其ノ內容トス。例ヘバ、賣買證書、借用證書、告訴狀（誣告罪）ノ如シ。報告文書ハ、其ノ作成者ノ實驗シタル事實ヲ報告スルモノニシテ、其ノ證明ハ間接ナリ。例ヘバ、證人訊問調書、檢證調書、鑑定書、官吏ノ作成ニ係ル諸般ノ報告書等是ナリ。

（二）公正證書、私署證書　文書ハ作成者ノ方面ヨリ區別シテ、之ヲ公正證書（Actes authentiques）（又ハ公文書）ト私署證書（Actes sous seing privé）（又ハ私文書）トス。公正證書トハ、公務員ガ其ノ職務上作成シタル文書ニシテ、私署證書トハ、個人ノ名義ニ於テ作成シタル文書ヲ指稱ス。

文書ニハ、原本、正本、謄本、抄本ナル觀念アリ（七〇）。正本ハ、原本ト同一ノ效力ヲ有スル文書ナリ。謄本ハ、原本ノ謄寫ニシテ、抄本ハ、原本ノ一部ノ抄錄トシテ作成セラレタルモノナリ。

正本ハ、民事訴訟法ニ於テハ、債務名義トモ爲リ、重要性ヲ有スル文書ナルモ、刑事訴訟法ニ於テハ、正本ナルモノヲ認メズ。

三　證據書類

刑事訴訟法ハ、書類ヲ證據書類（三四〇）ト證據物ニシテ書證タルモノ（三四一第二項）トニ區別シタリ。證據書類ハ、訴訟法上作成セラレタル文書ニシテ、訴訟記錄ノ一部ヲ成スモノナリ。例ヘバ、搜査、豫審又ハ公判準備ニ於ケル被告人、證人等ノ訊問調書、檢證調書等ニシテ、訴訟行爲及訴訟手續ヲ認證スル爲作成セラレタル諸般ノ調書（procès verbal, protokoll）ヲ謂フ。證據書類ハ、文書ノ意義證據ト爲ルモノニシテ、之ガ取調ハ訴訟關係人ヲシテ、其ノ意義ヲ了解セシムル方法ヲ以テ爲サザルベカラズ。（三四〇、三四一第二項）（一）（二）（三）（四）

一　誣告事件ノ記錄ニ編綴セル誣告者ノ告訴狀ハ、刑訴第三百四十一條ニ所謂證據物ナリト爲セリ（大正十四年十一月六日判決、集第四卷第六四四頁）。

二　刑事訴訟法第三百四十條ニ所謂證據書類トハ、當該訴訟ニ關シ作成セラレ、證據ノ用ニ供セラルル書面ヲ指稱スル（昭和七年二月一八日判決、集第一一卷第八四頁）。

三　證據書類ノ意義ニ關シ、被告人ノ作成ニ係ル所謂上申書及手記ガ證據書類ト謂フコトヲ得ルヤ否ハ、其ノ目的內容ノ如何ニ依リ異ナル。若シ此等ノ書面ニシテ被告人ニ於テ當該訴訟ニ關シ、自己ノ犯罪行爲ヲ裁判所ニ告白センガ爲、作成提出シ證據ニ供セラルルガ如キモノナル場合ニハ、固ヨリ之ヲ證據書類ト謂フヲ妨ゲズト雖、其ノ內容ガ歎願若ハ證據申請、證據說明等ニ屬スル事項ヲ記載シタルガ如キ場合ニ於テハ、證據書類ト謂フヲ得ズ（法曹會決議、昭和一〇年一〇月一八日、法曹會雜誌第一四卷第一號第七五頁）。

四　被告人ガ上申書ト題スル書面ヲ以テ、豫審又ハ公判等ニ於ケル供述ガ誤リナルコトノ辯明ヲ記載シテ提出セルモノノ如キハ、證據書類ト謂フベキニ非ズ（昭和一三年一一月七日判決、集第一七卷第一九號第七九四頁）。

四　書證ノ目的ト爲リ得ル文書

第一編　總論　第六章　證據　第三節　書證

（一）　證據書類ニハ、人ノ供述ヲ錄取シタルモノアリ。又然ラザルモノアリ。人ノ供述ヲ錄取シタル文書ニモ、法令ニ因リ作成セラレタル訊問調書ト、然ラザル文書トアリ。例ヘバ、檢事、司法警察官ノ聽取書ノ如シ。而シテ、職權主義ヲ貫クトキハ、裁判所ハ其ノ何レノ文書ヲモ、證據書類トシテ取調ヲ爲スニ妨ゲナキモノナリ。然レドモ實體的眞實主義ヲ採ルノ結果、職權主義ノ無制限ヲ許サズ。是レ職權ヲ制限シ、不確實ナル證據方法ヲ利用スルノ危險ヲ阻止スルノ必要ヲ認メタルガ故ナリ。本法ハ被告人其ノ他ノ者ノ供述ヲ錄取シタル書類ニシテ、法令ニ依リ作成シタル訊問調書ニ非ザルモノ（例ヘバ檢事又ハ司法警察官ノ聽取書）ハ、特ニ左ノ場合ニ限リ證據ト爲スコトヲ得ルモノトス（三四三第一項）。

（1）　供述者死亡シタルトキ。

（2）　疾病其ノ他ノ事由ニ因リ、供述者ヲ訊問スルコト能ハザルトキ。

（3）　訴訟關係人異議ナキトキ（一）（二）。

但シ、區裁判所ノ事件ニ付テハ、前項ニ規定スル制限ニ依ルコトナク、常ニ之ヲ證據ト爲スコトヲ得ルモノトス（三四三第二項）。（三）（四）（五）（參考陪審法七三）

一　刑事訴訟法上ノ手續ニ基カザル文書ナルトキハ、假令訴訟關係人ガ承諾ヲ爲スモ、適法ナル證據ト爲スコト能ハズ。

二　判例ニ曰ク、訴訟關係ニ於テ異議ナキトキハ、公判調書ノ記載其ノ他一件記錄上ニ明確ナルコトヲ要スト爲セリ（大正一三年七月二二日決定、集第三卷第五九四頁）。

三　判例ニ曰ク、刑事訴訟法第三四三條第二項ノ規定ハ、區裁判所ノ管轄ニ屬スル事件ニ付テハ、第一項各號ノ制限ニ從フコトヲ要セズ。如何ナル審級ニ於テモ、第一項所揭ノ書類ヲ證據ト爲スコトヲ得トノ趣旨ニ解スベキモノトス（大正一三年一月三〇日判決、集第三卷第五二頁）。

四　刑事訴訟第三四三條第二項ニ、所謂區裁判所ノ事件トハ區裁判所ノ管轄ニ屬スル事件ヲ指稱シ、其ノ事件ガ上級審ニ移リタル後ト雖、第三四三條第一項各號ノ制限ニ依ルコトヲ要セズ（昭和八年七月一日判決、集第一二卷第一〇五一頁）。

五　自首調書ハ、刑事訴訟法第二七六條第二七三條ニ基キ作成スル書類ナルヲ以テ、所謂聽取書ト同視スベキモノニ非ズ。從テ刑事訴訟法第三四三條ノ制限ニ依ルノ限リニ非ズ（昭和一四年五月二五日判決、集第一八卷第八號第二八九頁）。

（二）　左ノ場合ニ於テハ、書證ノ目的ト爲スコトヲ得ズ。

（1）　書類ノ形式ニ關スル法定要件ヲ欠缺スル場合。

（2）　違法ナル手續ニ依リテ作成セラレタル書類。

（3）　事件ニ對スル意見ヲ記載シタル文書、卽チ公訴狀、豫審終結ニ關スル檢事ノ意見書、豫審終結決定書、判決書其ノ他檢事又ハ其ノ補助機關ノ事件ニ對スル意見ヲ記載シタルモノ等是ナリ。何トナレバ、裁判ハ此等ノ意見ガ正當ナリヤ否ヲモ、判斷ノ內容ニ包含セラルルモノ

ナルガ故ニ、此等ノ文書ハ其ノ性質上、證據トシテ採用スルコトヲ得ザルヤ言ヲ俟タズ。

五 證據書類ノ取調

文書ニ關スル證據調ハ、證據書類ト證據物トニ依リテ差異アリ。次ノ如シ。

(一) 證據書類ハ、裁判長之ヲ朗讀シ若ハ其ノ要旨ヲ告ゲ、又ハ裁判所書記ヲシテ之ヲ朗讀セシム(三四〇第一項)(一)(二)(三)。單ニ風說又ハ素行ヲ記載シタル書類ニシテ、人ノ名譽ヲ毀損スル虞アルモノハ、之ヲ朗讀スルコトヲ得ズ(三四〇第二項)。前項ノ書類ハ、之ヲ被告人ニ示シ被告人文字ヲ解セザルトキニ限リ其ノ要旨ヲ告グベシ(三四〇第三項)。

證據物ハ書證ナルトキト雖、之ヲ被告ニ示スコトニ依リテ證據調ヲ爲スモノトス(三四一第一項)。但シ、被告人文字ヲ解セザルトキハ、其ノ要旨ヲ告グベシ(三四一第二項)(四)(五)(六)。

一 原判決援用ノ證人甲ノ原審供述ハ、第二回公判ニ於ケルモノナルニ、其ノ後第三回公判ニ於テ、審理更新アリタルニ拘ラズ、右供述記載ノ公判調書ヲ讀聞ケ其ノ意見反證ヲ求メタル事迹ノ見ルベキモノナキヲ以テ、證據調ヲ爲サザル證據ヲ斷罪ノ資料ニ供シタル違法アルモノナリ(昭和五年一一月六日決定、集第四卷第二四頁)。

二 公判調書ノ供述記載ヲ證據トスルニ非ズシテ、審理更新後ノ公判ニ於ケル供述ヲ證據ト爲スニハ、更新前ノ公判調書ニ付證據調ヲ爲スノ要ナキモノトス(昭和一四年三月二日判決、集第一八卷第七四頁)。

三 證據書類ト證據物ノ別ニ付判例ハ曰ク。別事件ニ於テ作成サレタル聽取書ノ謄本ノ如キハ、刑事訴訟法第三百四十條ニ所謂證據書類ニ非ズシテ、同法第三百四十一條ニ所謂證據物ナリトス(昭和一一年一〇月三日判決、集第一五卷第一二五三頁)。

四 判例ニ曰ク、證據物中書面ノ意義ガ證據トナル場合ニハ、被告人文字ヲ解スルトキト雖、裁判長之ヲ被告人ニ展示スルニ代ヘテ、其ノ書面ヲ朗讀シ又ハ其ノ要旨ヲ告ゲタルトキハ、其ノ證據調手續ハ適法ニ行ハレタルモノトス(大正一五年六月一六日判決、集第五卷第二五七頁。昭和一一年一〇月三日判決、集第一五卷一二五三頁)。

五 前審公判調書ノ供述ガ、豫審終結決定書ノ記載ト相俟テ、被告人ノ供述ガ公訴事實ヲ認ムル趣旨ト爲ル場合ニ、之ヲ罪證ニ供スルニハ、證據調ニ際シ、前審調書ト共ニ豫審終結決定書ヲ讀聞ケルコトヲ要スト(昭和七年五月五日判決、集第一一卷第五九一頁)。

六 援用シタル書類ト證據調方法ニ關シ判例ハ曰ク。豫審調書記載ノ被告人ノ供述ノ內容ガ、豫審請求書ノ記載ト相俟ツニ非ザレバ、一定ノ意義ヲ有セザル場合、其ノ供述ノ內容ヲ罪證ニ供スルニハ、該豫審請求書ヲモ讀聞ケ被告人ヲシテ、之ニ對スル意見反證提出ノ機會ヲ與ヘザルベカラズ(昭和九年三月三一日決定、集第一三卷第三四四頁)。

(二) 證據書類ハ、裁判所ガ之ヲ必要ト認メタル場合ニ於テ朗讀スルモノナリ。故ニ朗讀セザル書類ハ之ヲ證據ニ採用スルコトヲ得ザルモノトス(四一〇第一三號)(一)。朗讀ヲ爲サズシテ之ヲ證據ト爲シタルトキハ、其ノ判決ハ違法ノモノニシテ、上告ノ理由ト爲ルモノナリ。茲ニ問題ト爲ルハ當事者ガ朗讀ノ省略ヲ承諾シタル場合ニ於テモ、尙之ヲ朗讀セザルベカラザルモノナリヤニ付異見アリ。然レドモ、承諾ハ朗讀ト同一ノ效果ヲ生ズルモノト爲シ、此ノ場合ハ公判調書ニ朗讀ヲ爲シタリト書クヲ例トシ有效ト爲スヲ慣例トス。然レドモ此ノ記載ナキトキハ假令承諾アル場合ト雖、尙朗讀ヲ爲サザルベカラズ(二)。

證據書類ニシテ朗讀シ能ハザルモノ（例ヘバ圖面）、又ハ朗讀スルモ其ノ趣旨ヲ了解シ得ザルモノハ、之ヲ被告人ニ展示スベキモノナリ（判例同說）。證據物ニ屬スル書證ト雖、書類ノ內容ノ意義ヲ證據ト爲ス場合ニ於テハ、必ズシモ其ノ文書自體ヲ被告人ニ示スコトヲ要セズ。之ヲ朗讀スルモ可ナリト解ス。

一　證據書類ト展示ニ關シ判例ハ曰ク、證據書類ト雖、之ヲ被告人ニ示スコトニ依リ、被告人ヲシテ其ノ內容ヲ知悉セシムルニ適スル場合ニ於テハ、證據調ハ之ニ依リ完全ニ履踐セラレタルモノトス（昭和一〇年二月一五日決判、集第一四卷第一〇〇頁）。

二　同說牧野博士第二六一頁

第四節　被告人訊問

一　被告人ト證據方法

被告人ハ一面ニ於テ當事者トシテ訴訟ノ主體タルト共ニ、他面ニ於テハ其ノ供述證據ト爲ルヲ以テ證據方法ノ一ナリ。蓋、被告人ハ證人、鑑定人ノ如ク供述ノ義務ヲ負ハザルヲ以テ、之ヲ强要スルコトヲ得ズト雖、被告人ノ爲シタル陳述ハ其ノ利益ナルト不利益タルトヲ問ハズ、裁判所ハ採テ以テ判斷ノ資料ト爲スコトヲ得ベシ（一（二））。殊ニ、被告人ノ自白ガ有罪ノ認定ヲ爲スニ、最モ有力ナル證據タルヤ言ヲ俟タズ。而シテ被告人ノ取調ヲ被告人ノ訊問ト稱ス（一三三以下）（三）（四）。

一　公判ニ於ケル被告人ノ供述ハ、特別ノ證據調手續ヲ經由スルヲ須タズ、直ニ之ヲ罪證ニ供スルコトヲ得（昭和五年七月一九日判決、集第九卷第五八二頁）。

二　甲ガ自己ト共犯關係アル乙被告事件ニ付、證人トシテ爲シタル供述ハ、其ノ後ニ於ケル甲自身ノ被告事件ニ對シテモ證據力アルモノトス（昭和一一年一二月八日判決、集第一五卷第一五六六頁）。

三　被告人ノ訊問ヲ、證據調ト謂フハ不可ナリ。本法ハ、被告人ノ訊問ト證據調トヲ明ニ區別セリ（三三八第一項）。牧野博士ハ證據調ノ手續ヲ被告人ノ訊問ト稱スト說ク（第二九一頁）。

四　判例ニ曰ク、被告人ノ實驗事實ニ因ル推測事項ノ供述ハ、之ヲ豫罪ノ證據ニ供スルコトヲ得ト（昭和六年一一月一九日判決、集第一〇卷第六一九頁）。

二　被告人ノ訊問

（一）　被告人ノ訊問（Interrogatoire de l'inculpé, Vernehmung des Beschuldigten）ハ、公判及豫審ニ於ケル訊問ヲ以テ顯著ナルモノトス。公判ニ於ケル訊問ハ、裁判長之ヲ爲シ（三三八第一項）、陪席判事ハ裁判長ニ告ゲ、檢事又ハ辯護人ハ裁判長ノ許可ヲ受ケテ、被告人ヲ訊問スルコトヲ得（三三八第二項）。又豫審ニ於テハ豫審判事、區裁判所ニ在リテハ單獨判事、被告人ノ訊問ヲ爲スモノトス。檢事及司法警察官ハ、現行犯及之ニ準ズル場合（一二三）ニ於テ、被疑者ヲ訊問スルコトヲ得ベシ。而シテ、以上何レニ屬スル訊問タルヲ問ハズ。第一編、第十章（被告人ノ訊問）ノ規定ニ

準據スベキモノトス。

(二) 公判ニ於ケル被告人ノ訊問ニハ、本案前ノ訊問ト本案ノ訊問トアリ。本案前ノ訊問トハ、被告人ニ對シ人違ナキヤ否ヲ確ムル訊問(一三三)ニシテ、本案ノ訊問トハ、卽チ、被告事件ニ付爲ストコロノ訊問(一三四以下)(一)是ナリ。被告人ノ訊問ハ、被告人ヲシテ辯護權ヲ行使セシムルヲ以テ目的ト爲ス。被告人ヲシテ辯護權ヲ行使セシムルニハ、其ノ利益ト爲ルベキ事實ヲモ陳述スル機會ヲ與ヘ、遺憾ナク辯解セシメザルベカラズ(一三五)。若シ夫レ、被告人ノ陳述ニ因リ、事件ノ眞相ヲ明白ニスルコト能ハズ、却テ之ガ爲自ラ不利益ノ推定ヲ受クルガ如キ虞アル場合ニ於テハ、之ニ對シ注意ヲ與フルノ要アルハ言ヲ俟タザルトコロナリ。第百三十五條ニ『丁寧親切ヲ旨トシ』トアルハ、所謂、消極的方面ニ限定スルノ意ニ非ズシテ、以上ノ如ク被告人ノ爲利益ヲモ考慮スベキ積極的ノ規定ナルコト立法ノ精神ナリト解ス。然ルニ、公訴權實行ノ任ニ在ル檢事ハ格別、豫審ニ於テモ被告人ノ利益ヲ考念セズ。唯々、公訴事實ニ合致スルノ供述ヲ獻迎スルガ如キハ、法ノ精神ニ背戻スルモノト謂ハザルベカラズ。況ンヤ公判ニ於テ、被告人ノ辯解ヲ十分ニ爲サシメズ、又ハ其ノ主張スル所ヲ聽カズシテ、豫審訊問調書ヲ以テ、唯一ノ資料ト豫斷スルガ如キコト在リトセンカ、公判ノ中樞タルコトヲ忘レタル先入觀ニシテ、不當ノ見解ナリト謂ハザルベカラズ。

一 刑事訴訟法第百三十四條ニ依ル問ヲ發シタレバトテ、事實ノ審理ヲ爲シタルモノト謂フヲ得ズ(昭和一四年五月二四日判決、集第一八卷第九號三二四頁)。

三 被告人ト陳述義務

被告人ハ陳述ノ權利ヲ有スルモ、義務ヲ負フモノニ非ズ。是レ、證人、鑑定人ト異ナルトコロナリ。故ニ、被告人ニ於テ不實ノ供述ヲ爲スモ、僞證ノ責任ヲ負フコトナシ。本法ハ第百三十四條ニ於テ『被告人ニ對シテハ被告事件ヲ告ゲ其ノ事件ニ付陳述スベキコトアリヤ否ヲ問フベシ』ト規定シ、被告人ニ陳述ノ義務ナキコトヲ明ニシタリ。若夫レ、被告人訊問ノ目的ハ、其ノ陳述ヲ採テ以テ證據ト爲スニ在リト解センカ、陳述ノ自由ヲ被告人ニ任セズ、眞實ヲ陳述スルノ義務(Aussagepflicht)ヲ負ハシメ且之ヲ强制セザルベカラズ。然ルニ法文ハ陳述ノ自由ヲ被告ニ認メタルハ、其ノ義務ナキコトヲ明ニシタルモノト謂ハザルベカラズ。蓋、被告人訊問ノ目的ハ、訴訟當事者トシテ防禦權ヲ完全ニ行使セシムルヲ以テ本旨ト爲スコト、以上ノ規定ニ鑑ミ明瞭ナリ。

被告人出頭スルモ陳述ヲ肯ゼズ、又ハ許可ヲ受ケズシテ退廷シ或ハ秩序維持ノ爲、裁判長ヨリ退廷ヲ命ゼラレタルトキハ、其ノ陳述ヲ聽カズシテ判決ヲ爲スコトヲ得ベシ(三六六)。是レ、出頭ノ義務ヲ主旨トシタル規定ニシテ、本條ヲ以テ陳述ノ義務アリト爲スハ當ラズ。

四 被告人ノ自白ト證據

被告人ノ供述ハ、廣義ニ於ケル證據方法ナルガ故ニ、裁判所ハ之ヲ採テ證據ト爲スコトヲ得ベシ。而シテ、被告ノ自白(Aveu, Geständnis)ハ、有力ナル證據ナルコトハ既ニ述ベタルトコロナリ。區裁判所ニ於テハ、被告人自白シタルトキハ、訴訟關係人異議ナキトキニ限リ他ノ證據ヲ取調ベザルコトヲ得(三四六)(一)。是レ、被告人ノ自白ヲ以テ、唯一ノ證據ト爲ス場合ナリ。然レドモ、地方裁判所ニ於テハ自白アルニ拘ラズ、他ノ證據ヲ調査スルノ義務アリ。蓋、被告人ノ自白ハ有力ナル證據タルコト明ナルモ、自白ノミヲ重ンズルノ結果其ノ眞僞ヲ確メズ、他ノ證據ヲ調査スルコトナクシテ事ヲ斷ズルハ、危險之ヨリ甚シキモノナシ。世ニ誤判事件ノ稀ナラザル亦之ガ爲ナリ。刑事裁判上戒ムベキハ自白ヲ過信スルニ在リ、愼ムベキハ先入豫斷ノ觀念ナリト謂ハザルベカラズ(二)。

一　自白ハ、刑事訴訟法ト民事訴訟法トノ間ニ於テハ、其ノ意義竝效果ヲ異ニス。民事訴訟法ニ於テハ、自白ハ證明ヲ要セザルモノニシテ(民訴二五七)、獨立ノ訴訟行爲ナリ。故ニ、事實認定ニ關シテハ、裁判所ヲ拘束ス。之ニ反シ、刑事訴訟法ニ於テハ、自白ノ判斷ハ判事ノ自由裁量ニ任セ、獨立ノ訴訟行爲ニ非ズ。其ノ效果ハ、民事ニ在リテハ自白ヲ爲シタル當事者ニノミ生ズルモ、刑事ニ在リテハ他ノ共同被告人ニ對シテモ亦證據力ヲ有ス(第一編第六章證據七ノ立證責任參照)。

二　被告人ノ自白(Aveu, Geständnis)トハ、被告人自身ニ不利益ナル犯罪事實ノ承認行爲ナリ。而シテ、此ノ自白ニ對シ完全ナル效果ヲ負ハシムルニハ、其ノ自白ガ何等ノ束縛ナク、何等ノ掣肘ナク、自由任意ニ爲サレタル供述ナルコトヲ要ス。故ニ、詐言又ハ威嚇ニ依ルモノハ、眞ノ自白ニ非ザルヤ言ヲ俟タズ。然リ而シテ、自白セラルル場合ノ事例ヲ觀ルニ、(イ)虛榮心ニ驅ラレ世間體ヲ飾ランガ爲ニ、故ラニ事實ヲ變更シテ申立ツル場合アリ。(ロ)自己ノ利己心、利害心ニ刺戟セラレ、其ノ責任ヲ他ニ轉稼セントシテ供述スル場合アリ。(ハ)或者ハ苦痛ノ餘リ一日モ早ク出獄セントシテ他ニ責任ヲ及ボスコトノ認識ナク、不知不識ノ中ニ迎合的虛僞ノ供述ヲ爲ス場合等ナリ。以上ノ供述ハ、形式上一見自白ト同樣ナルモ、法律ニ所謂自白ニ非ザルヤ明白ナリ。從テ之ヲ研究セズシテ直ニ斷罪ノ資料ト爲スハ危險之ヨリ甚シキモノナシ。今日ノ裁判ハ、一度豫審ニ於テ自白ヲ爲サンカ、被告人ガ公判ニ於テ極力其ノ自白ノ誤ナルコトヲ辯解スルモ、裁判所ハ此ノ主張ヲ排斥シ、以テ自白ヲ過信スルノ弊アリ。公判中心主義ノ那邊ニ在ルヤヲ疑ハシム。刑事裁判上愼ムベキハ、先入豫斷ノ觀念ナリト謂ハザルベカラズ。

五　共同被告人ノ供述ト證據

被告人本人ノ供述ハ、證據ト爲シ得ルコト既ニ述ベタリ。然ラバ、共同被告人ノ供述ハ、證據トシテ適法ナリヤ否ハ疑問ナリ。一說ニハ、共同被告人ハ宣誓ヲ爲サザルヲ理由トシテ、共同被告人ノ供述ハ證據トシテ適法ニ非ズト說ク。刑事訴訟法ハ、此ノ點ニ關シテ何等ノ規定ヲ設ケズ。然レドモ、自己ノ供述ガ證據ト爲リ得ル點ヨリ觀レバ、他人タル共同被告人ノ供述ガ、證據ト爲シ得ザルノ理ナキハ論理上當然ニ非ズヤ。他ニ共同被告人ノ供述ヲ以テ、證據トシテ不適當ナリトスル趣旨ノ見ルベキモノナキニ於テオヤ。況ンヤ、第三百三十八條第四項ニハ『被告人ハ必要トスル事項ニ付共同被告人ヲ訊問スルコトヲ裁判長ニ請求スルコトヲ得』ル旨ノ規定ヲ爲シタ

リ。是レ共同被告人ノ供述ヲモ、證據ト爲シ得ル立法ノ趣旨ト解スベキモノトス。只、共同被告人ニ對シテハ、證人ト異リ、其ノ地位ノ性質上宣誓ヲ命ズルコトヲ得ザルガ故ニ、之ニ對スル被告人ノ辯解ヲ聽カズシテ、其ノ不利益ニ援用スルハ妥當ニ非ズ。裁判所ハ宜シク證據判斷ヲ爲スニ當リ、此ノ點ヲ十分ニ考慮スル所ナカルベカラズ(一)(二)(三)。

一　判例、共同被告人ノ一人ノ供述ハ他ノ者ニ對シモ證據タリ得ルモノトス（昭和四年四月三〇日判決、集第八巻第二一七頁）。

二　公判廷ニ於ケル共同被告人ノ供述ヲ證據ト爲スニハ、特ニ被告人ノ意見ヲ問フノ要ナシト（昭和七年三月一七日判決、集第一一巻第二四四頁）。

三　共同被告人タル甲ノ濱職事實ト、乙ノ濱職事實トガ、別個ノ事實關係ニ屬スルトキト雖、事實ノ眞相ヲ認識スルニ必要ナル限リ、乙ノ濱職事實ニ關シ甲ヲ被告人トシテ訊問スルコトヲ妨ゲザルモノトス（昭和九年四月一八日判決、集第一三巻第三九五頁）。

六　被告人訊問ノ手續

裁判所ハ被告人ニ對シ、先ヅ其ノ人違ナキヤ否ヲ確ムル爲氏名、年齡、住所、本籍等ノ訊問ヲ爲スコトヲ要ス（一三三）。公判ニ於テハ、其ノ訊問及供述公判調書ニ記載ス（六〇第二項七號）。豫審ニ於テモ亦訊問調書ヲ作成ス（五六）(一)。公判廷外ニ於テ、被告人ヲ訊問スル場合ニ於テモ同一ナリ（五六）。被告人他ノ被告人ノ面前ニ於テ十分ナル供述ヲ爲スコトヲ得ザルベシト思料スルトキハ、其ノ供述中之ヲ退廷セシムルコトヲ得（三三九條第一項後段）。被告人ヲ退廷セシメタル場合ニ於テ、共同被告人、證人其ノ他ノ者ノ供述ヲ終リタルトキハ、被告人ヲ入廷セシメ供述ノ要旨ヲ告グルコトヲ要ス（三三九第二項）。被告人ヲ訊問スルトキハ、其ノ何レノ場合ニ於テモ裁判所書記ヲシテ立會ハシムベシ（一三六）(二)。裁判所書記ハ、作成シタル調書ヲ被告人ニ讀聞カサシメ又ハ被告人ヲシテ之ヲ閱覽セシメ、其ノ記載ニ付增減變更ノ申立アルトキハ、其ノ供述ヲ調書ニ記載スベシ。尙、調書ニハ被告人ヲシテ署名捺印セシムルコトヲ要ス（五六）。

公判調書ニ付テハ、被告人其ノ他ノ供述者ヲシテ、以上ノ如ク調書ニ關與セシムルコトナシ（六一第一項）。但シ、供述者ノ請求アルトキハ、以上ノ場合ニ同ジ（六一第二項）。

裁判所ハ必要アルトキハ、指定ノ場所ニ被告人ノ出頭又ハ同行ヲ命ズルコトヲ得（一〇六、一二二）。又事實發見ノ爲必要アルトキハ、被告人ト他ノ被告人又ハ證人ト對質(Confrontation, Gegenüberstellung)セシムルコトヲ得（一三七）。對質訊問ト稱セラルルモノ是ナリ。又被告人聾ナルトキハ書面ヲ以テ問ヒ、啞ナルトキハ書面ヲ以テ答ヘシムルコトヲ得（一三八）。

公判ニ於テハ、證據調ノ結果ニ付其ノ都度被告人ニ對シ、意見アリヤ否ヲ問ハザルベカラズ（三四七）。此ノ手續ヲ履踐セザルトキハ、不適法ナル證據調トナリ、其ノ證據ヲ採テ以テ判斷ノ資料ト爲スコトヲ得ズ。判例モ亦同說ナリ(三)。尙、被告人ノ訊問ニ關シテハ、公判廷ノ組織乃

至公判審理ノ順序等ニ詳述シタリ。

一 豫審判事被告人ヲ訊問スルニ當リ、恐赫又ハ詐言ヲ構ヘ自白ヲ強要シタル事實アルニ於テハ、其ノ訊問ハ不法ニシテ之ヲ錄取シタル豫審調書ハ、其ノ效力ヲ有セザルモノトス（昭和七年二月八日判決、評論第二一卷訴第一四七頁）

二 共同被告事件ニ於テ、同一事項ニ付數名ノ共同被告人ヲ同時ニ訊問スルヲ妨ゲズ（昭和一一年三月二七日判決、集第一五卷第三三七頁）

三 大正六年五月七日判決、錄第二三輯第四五九頁。

七 被告人ト代理

被告人ノ訊問ニ付テハ、代理ヲ許サザルヲ原則トス。實體的眞實主義ノ下ニ於ケル本法ニ在リテハ、蓋、當然ナリ。只、例外トシテ、罰金以下ノ刑ニ該ルベキ事件ニ付テハ、代理人ノ出廷ヲ許シタリ（三三一）。但シ、裁判所ハ本人ノ出頭ヲ命ズルコトヲ得（三三一但書）。詳細ハ訴訟行爲ノ代理參照。

第五節 證 人

一 證人ノ意義

證人（Temoin, Zeugen）トハ、過去ニ於テ實驗シタル事實ニ付、供述ヲ爲スベク裁判所ヨリ指定セラレタル第三者ナリ（二〇六第一項）。其ノ供述ヲ證言（Témoignage, Zeugnis）ト謂フ（二〇六第二項）。而シテ、供述ノ基礎ヲ爲ス實驗ハ、過去ニ於テ認識シタルモノナルコトニ在リ。是レ、鑑定ト區別セラルベキ標準ト爲ルモノナリ。（兩者ノ差異ハ、鑑定人ノ說明ニ於テ述ブベシ）。

（一） 證人ハ第三者ナリ。證人ハ、第三者タルコトヲ要ス。故ニ、當該事件ニ關與スル判事、檢事、裁判所書記ハ、證人タルコトヲ得ズ。但シ、此等ノ者ト雖、時トシテ實驗事實ニ付、個人ノ資格ニ於テ證人ニ利用セラルル場合アリ。豫審判事ニ付亦同樣ナリ（二一四第五號、三五）。又辯護人、輔佐人及代理人ハ、被告人ノ爲ニ訴訟行爲ヲ爲スモノナルガ故ニ、被告人ト同ジク證人タルコトヲ得ズ。共同被告人モ亦同一訴訟ニ於テ、他ノ共同被告人ニ對スル事件ニ付、證人タルコトヲ得ズ。蓋、此等ノ者ノ地位ト、同一事件ニ於ケル證人ノ地位トハ、相容レザルモノト謂ハザルベカラズ。

裁判所職員其ノ他ニ付詳言スレバ次ノ如シ。

（イ） 當該事件ニ關與スル現在ノ裁判所職員ハ勿論、曾テ其ノ事件ニ關與シタル裁判所職員ハ、證人ト爲ルノ義務ナキモノトス。又之ト反對ニ、曾テ其ノ事件ノ證人ト爲リタル者ハ、同一事件ニ付裁判所職員トシテ關與スルコトヲ得ズ（二一四第五號、三五）。是レ、職務上知得シタル事實ハ、一定ノ方式ニ依リ訴訟記錄トシテ明ナルガ故ナリ。然レドモ、裁判所職員ト雖、證人ノ資格ヲ有セザルモノニ非ズ。故ニ、職務上知得シタル事實ニシテ、訴訟記錄上明確ナラザル場合、

又ハ被告人ノ主張辯解ト相反スル事實ニ就テハ、之ヲ訊問スルモ違法ニ非ズト解ス。所謂帝人事件(昭和十一年)ニ於テ、兩角豫審判事ヲ證人トシテ訊問シタルガ如キハ顯著ナルモノトス(一)。蓋、判事ガ證人ト爲ル能ハザルハ、判事トシテ知得シタル事實ニ限ラル。故ニ、其ノ職務上知得シタル事實以外ノ點ニ付、之ヲ證人ト爲スハ差支ナキコト異論ナシ。

或ハ曰ク、現ニ其ノ事件ニ關與スル判事、檢事、裁判所書記ハ、第三者ニ非ザルヲ以テ、證人ト爲スコトヲ得ズト。然レドモ、曾テ關與シタルモ現ニ關與セザルトキハ、之ヲ證人トシテ訊問スルコトヲ得ルモノト解ス。要之、刑事訴訟法ハ實體的眞實ノ發見ニ在ルガ故ニ、此ノ大目的ヲ達成スルニ必要ナル以上、喚問モ亦法ノ許容スルトコロナリト謂ハザルベカラズ。

一　豫審判事ト證人ニ就テノ文献トシテ(所謂帝人事件關係)牧野英一『豫審判事と證人適格』(法律時報昭和一二年第九卷第七號)。小野清一郎『豫審判事を證人に喚問し得るか』(中央公論同年七月號)。瀧川幸辰『豫審判事ノ證人資格』(法ト經濟第八卷第一號)。

(ロ)　檢事ニ對スル證人訊問ニ關シテハ異說アリ。裁判所ハ檢事ノ意見ノ當否ヲ判斷スルモノナリト雖、檢事ノ知得シタル事實ニ付、被告人又ハ證人ノ主張ト相反スルガ如キ場合ニ於テハ、之ヲ證人トシテ訊問ノ必要ヲ見ルベシ。司法警察官ニ付亦然リト爲ス。通說ハ、證人ト爲スコトヲ得ズト(一)。之ニ對シ積極說ハ、被告事件ニ付搜査ヲ爲シ、聽取書ヲ作成シタル司法警察官ハ、證人トシテ之ヲ訊問スルニ妨ゲナシト(二)。果シテ然ラバ、司法警察官ト檢事ト、證人訊問ニ關シ區別スベキ理由那邊ニ在ルヤ諒解ニ苦シム。

一　平沼博士三五八頁。林博士則下八一頁。小野博士二八八頁。

二　牧野博士二七一頁。昭和二年四月二三日判決、集第六卷第一六八頁。

(ハ)　共同被告人ハ他ノ被告人ノ爲同一事件ニ付、證人ト爲ルコトヲ得ザルハ既ニ述ベタルトコロナリ。然レドモ、是レ共同被告人ハ、同時ニ被告人ニシテ且互ニ證人タルコトヲ得ズト謂フニ止マリ、現ニ共同被告人タラザル者例ヘバ、一人ガ判決確定シタル場合ニ於テハ、曾テハ共同被告人又ハ共犯關係ニ在リタル者ト雖、之ヲ證人トシテ訊問スルニ妨ゲナシ(一)。

一　判例ニ曰ク、共同被告人ハ訴訟手續ヲ分離セシメザル以上ハ、縱令、其ノ被告人ニハ關係ナク專ラ他ノ被告人ノミニ關スル公訴事實ニ付テモ、同一訴訟手續ニ於テ之ヲ證人トシテ訊問スルコトヲ得ザルモノトス。斯ノ如キ證人訊問ノ結果ヲ斷罪ノ資料ニ供シタル判決ハ、破毀ヲ免レザルモノトシタリ(大正一五年九月一三日決定、集第五卷第四一二頁)。(二〇一第二項參照)。

(ニ)　當該事件ノ辯護人、輔佐人、代理人ハ其ノ事件ノ證人タルコトヲ得ズ。是レ、辯護人(輔佐人、代理人モ同ジ)ハ被告人ノ爲ニ訴訟行爲ヲ爲スモノナレバ、被告人ハ自己ノ事件ニ自ラ證人タルコトヲ得ザルト同ジク、兩立セザルガ故ナリ。然レドモ、辯護人ナルガ故ニ證人資格ナシト謂フニ非ラズ。一方ニ於テ辯護人ト爲リ、他方ニ於テ證人ト爲ルコトハ、其ノ地位

（資格）、相容レザルモノナリ。故ニ、辯護人タル資格消滅（卽チ辭任）シタルトキ、其ノ事件ノ證人トシテ訊問スルコトヲ妨グルモノニ非ズ。此ノ點ニ關スル學說ヲ見ルニ（イ）訴訟關係人ハ、同一訴訟ニ於テ證人タルコトヲ得ズ。一度證人タリシ者ハ、同一訴訟ニ於テ訴訟上ノ作用ヲ爲スノ能力ヲ失フト(一)。（ロ）辯護人ヲ證人トシテ訊問スルノ結果、一時辯護人ヲ缺クニ至ルコトアルベキナリト(二)。（ハ）辯護人ハ、證人ト兩立スベカラザル地位ニ在ルモノナルヲ以テ、其ノ資格ヲ有スル限リ證人タルコトヲ得ザルモ、其ノ資格消滅スルトキハ證人タルコトヲ得ト(三)。（ニ）辯護人ハ、檢事ト同樣證人トナルコトヲ得ザルモノナリト(四)。以上、各說共ニ一理ナキニ非ズ。從テ、辯護人タルノ資格消滅シタル場合ニ於テモ、尙證人タルコトヲ得ズト謂フニ非ズ。現ニ辯護人トシテ、關係事件ノ證人タルコトヲ得ザルハ言ヲ俟タザルトコロナリ。此ノ場合ニ於テハ、一時辯護人タルノ資格ヲ辭任スルヲ實際ノ事例ト爲セリ。

一 豐島博士三八三頁。
二 富田博士七二一頁。
三 林博士論四一八頁。
四 小野博士二八九頁。

（二）證人ノ資格

（1）證人ノ能力　證人ノ能力ニ關シテハ、本法別段ノ規定ヲ爲サズ。然レドモ事實問題トシテ、證言ノ基礎タル實驗ヲ爲スノ能力及其ノ實驗ヲ爲シタル事項ヲ供述スルノ能力ヲ有スルコトヲ要ス。故ニ、十六歲未滿ノ者ニハ宣誓ノ義務ヲ免除シタルモ、供述スルノ能力ヲ有スルトキハ、之ヲ證人トシテ訊問スルコトヲ得ベシ（二〇一第一項第一號）。蓋、證人ノ訊問ハ犯罪能力又ハ法律行爲能力トハ何等ノ關係ヲ有スルモノニ非ズ。

（2）證人資格ト證人義務トノ差異　證人ノ資格（能力）ト、證人トシテノ義務トハ別個ノ觀念ナリ。卽チ、證人タルノ資格ヲ有スル者ト雖、特ニ證人ト爲ルノ義務ヲ免除セラルルモノアリ（一八五、一八六等）。而シテ、此等證人タルノ義務ヲ免除セラルル者ヲ、裁判所ハ證人トシテ訊問ヲ爲スモ違法ニ非ズ。之ニ反シ證人タルノ資格ナキ者ヲ、證人トシテ訊問シタル場合ニ於テハ、裁判所ハ其ノ證言ヲ採テ以テ判斷ノ資料ト爲スコトヲ得ズ。

（3）證人訊問ノ範圍　證人ハ自己ノ實驗シタル過去ノ事實ニ付、供述ヲ爲ス者ナリ。證人ハ、過去ノ事實ニ付陳述ヲ爲スモノニシテ、自己ノ意見又ハ判斷ヲ述ブルモノニ非ズ(一)。苟モ事實ヲ供述スルニ於テハ、其ノ事實ノ直接實驗シタルモノタルト、間接ニ傳聞シタルモノタルトヲ問フトコロニ非ズ。又其ノ實驗ハ、特別ノ知識經驗ニ依リ知得タルモノナルト否トヲ區別セズ。民事訴訟法ニ於テハ『特別ノ學識經驗ニ依リテ知リ得タル事項ニ關スル訊問ニ付テハ、證人訊問ニ關スル規定ニ依ル』（民訴三〇九）ト規定シ、所謂鑑定證人（Sachverständiger Zeuge）

ナルモ、刑事訴訟法ニ於テハ、鑑定ニ非ズシテ即チ證人ナリ(二三一)(二)(三)。故ニ、證人ガ實驗シタル事實ニ因リ推測シタル事項ヲ供述セシムル場合モ亦證言タルノ效力ニ妨ゲナシト爲シタリ(二〇六)。

一　證人ハ第二〇六條第一項ニ依リ判斷ヲ述ブルコトヲ得。然レドモ其ノ判斷ハ必ズ其ノ實驗シタル事實ニ基クモノナラザルベカラズ。實驗ニ基カザル判斷ヲ證據ニ採用シタル判決ハ、訴訟ノ大原則ニ背反スルモノニシテ上告ノ理由トナル(平沼博士第三六三頁)。

二　學者或ハ實驗シタル事實ハ『過去ノ事實タルト現在ノ事實タルヲ區別セズ』ト說クモ(牧野博士三七四)、現在ノ事實ヲ實驗シ、之ヲ後日證言スルトキハ卽チ過去ノ事實ナリ。故ニ、現在ノ事實ヲ實驗スルハ鑑定ニシテ、證人ニ非ズト解スベシ(同說平沼博士三五七頁)。

三　供述ガ時トシテ現在ノ事實ニ關スル場合アリトスルモ、過去ノ實驗ニ基礎ヲ置クトキハ證言トシテ爲スヲ妨ゲズ(平沼博士三六四頁)。

(4)　訊問ノ方式　證人訊問ハ、裁判所之ヲ爲スヲ原則トス(一八四)。豫審判事、受命判事、受託判事モ亦然リトス。現行犯及現行犯ニ準ズル場合ニ於テハ、檢事若ハ司法警察官モ亦證人訊問ヲ爲スコトヲ得ベシ(二一四乃至二一六)。檢事、被告人又ハ辯護人ハ、證人ノ召喚ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得(三二四第三項、三四四)。

二　證人ノ義務

證人ノ義務ハ原則トシテ制限ナシ。裁判所ハ特別ノ規定アル場合ヲ除クノ外、何人ト雖證人トシテ之ヲ訊問スルコトヲ得(一八四)(一)。而シテ、證人ノ義務ニ關シ本法ハ三個ノ場合ヲ規定シタリ。第一出頭ノ義務、第二宣誓ノ義務及第三供述ノ義務是ナリ。

一　年齡纔ニ九歲ノ小兒ナリトテ、常ニ必ズシモ證言能力ナシト謂フベキニ非ズ。要スルニ、該證人ノ證言ヲ採用スルト否トハ原審ノ自由裁量ニシテ、之ヲ採用シタレバトテ、何等實驗則ニ反スルモノニ非ズ(昭和八年七月一〇日判決評論第二二卷訴第二四二頁)。

第一　出頭ノ義務

(一)　證人ノ出頭　證人トシテ召喚ヲ受ケタル者ハ、裁判所ヨリ命ゼラレタル場所ニ出頭スベキ義務アリ。其ノ出頭ヲ爲シタル者ハ、退廷ノ許可アル迄止マルノ義務アリ。出頭スベキ場所ハ、原則トシテ裁判所ナルモ、必要アルトキハ指定ノ場所ニ同行ヲ命ズルコトヲ得ベシ(二一〇八、二一一)。

證人ノ召喚ハ、被告人ニ對スル召喚ニ準ジテ之ヲ爲ス(一九二)。卽チ、召喚狀ヲ發シ(八四)、之ヲ送達ス(九九)。

證人ノ出頭ハ之ヲ强制スルコトヲ得。此ノ出頭ノ義務ニ違反シタル者ニ對スル制裁次ノ如シ。

(1)　五十圓以下ノ過料及出頭セザルニ因リ生ジタル費用ノ賠償ヲ命ズルコトヲ得(一九〇)

(2) 再度ノ召喚ニ應ゼザル者ニ對シテハ、之ヲ勾引(一九一、一九三)スルコトヲ得。卽チ勾引狀ヲ發シ(八八)、檢事ノ指揮ニ依リ司法警察官吏之ヲ執行ス(一〇〇以下)。勾引狀ニハ、證人ノ氏名及住居、被告人ノ氏名竝被告事件ヲ記載シ、裁判長之ニ記名捺印ス(一九四第一項)。過料及費用賠償ノ言渡ハ、檢事ノ意見ヲ聽キ裁判所決定ヲ以テ之ヲ爲ス。此ノ決定ニ對シテハ、卽時抗告ヲ爲スコトヲ得(一九〇)。

(二) 出頭ノ義務ニ對スル例外次ノ如シ。

(1) 親任官又ハ親任官ノ待遇ヲ受クル者ハ、其ノ現在地ヲ管轄スル裁判所ニ於テ之ヲ訊問ス(二〇九第一項)。

(2) 帝國議會ノ議員ハ、議會ノ開會地ニ滯在スルトキハ、其ノ滯在地ヲ管轄スル裁判所ニ於テ之ヲ訊問ス(二〇九第二項)。

以上ハ公務執行ニ對スル考慮ト、其ノ地位ニ對スル待遇ニ出デタルモノナリ。而シテ玆ニ疑問ト爲ルハ、本人ノ承諾アル場合ニ於テハ、他ノ場所ニ於テ訊問ヲ爲スコトヲ得ルヤ否。公務ノ執行ニ支障ナク且、本人承諾ヲ爲シタルトキハ、他ノ場所ニ於テ訊問ヲ爲スモ妨ゲナキモノト解ス(一)。又此ノ第二百九條ニ列擧セラルル者ニ付、本人ノ承諾アル場合ニハ、第二百十一條ノ適用アリヤ否。前同樣ニ積極ニ解スベキモノトス(二)。

一 同說、牧野博士二七八頁。林博士總則一一二頁。否定說、平井氏四二八頁。

二 同說、牧野博士二八七頁、林博士總則下一一四頁。否定說、平井氏四三〇頁。

(3) 證人ガ疾病其ノ他正當ノ事由ニ因リテ、召喚ニ應ズルコト能ハザルトキハ、其ノ所在又ハ適當ノ場所ニ於テ訊問スルコトヲ得(二一〇八)。

第二 宣誓ノ義務

(一) 宣誓 證人トシテ訊問ヲ受クル者ハ、原則トシテ宣誓ノ義務ヲ有ス(一九六)(一)(二)。裁判所ハ證人ニ對シ、訊問前宣誓ヲ爲サシムルコトヲ要ス(一九七)。但シ、宣誓ヲ爲サシムベキ者ナリヤ否ニ付疑アルトキハ、訊問後ニ於テ之ヲ爲サシムルコトヲ得(一九七但書)。宣誓書ニハ『良心ニ從ヒ眞實ヲ述ベ何事ヲモ默祕セズ又何事ヲモ附加セザルコトヲ誓フ』旨ヲ記載ス。訊問後ニ於ケル宣誓書ニハ『良心ニ從ヒ眞實ヲ述ベ何事ヲモ默祕セス又何事ヲモ附加セザリシコトヲ誓フ』旨ヲ記載ス(一九八第二項)。裁判長ハ起立シテ宣誓書ヲ朗讀シ、證人ヲシテ之ニ署名捺印セシム(一九八第三項)(三)(四)。宣誓ヲ爲サシムベキ證人ニ對シテハ、宣誓前僞證ノ罰(刑法一六九)ヲ告グルコトヲ要ス(一九九)(五)(六)。而シテ、宣誓ハ各別ニ之ヲ爲サシメザルベカラズ(二〇〇)。

一 被告人ノ五親等ノ血族タル證人ヲ、宣誓セシメズシテ訊問シタル豫審調書ハ、之ヲ罪證ニ供スベカラザルモノトス(昭和九年九月三日判決、集第一三卷第一一〇九頁)。

二 共同被告人アル事件ノ證人ト雖、其ノ現ニ供述スベキ事項ガ一被告人單獨ノ公訴事實ニ限定セラレ、他ノ共同被告人ノ公訴事實ニ關係ナキ場合ニ於テハ、證人ノ宣誓ハ、前者ニ對スル關係ニ於テ之ヲ爲スヲ以テ足ルモノトス（昭和一三年六月二〇日判決、集第一七卷第一一號第四九二頁）。

三 證人ノ宣誓書ノ署名ハ、其ノ名ノミヲ自署スルヲ以テ足ル（昭和六年五月一八日判決、集第一〇卷第二三六頁）。

四 强制處分ニ於テ宣誓シタル證人ト、豫審ニ於ケル宣誓ノ要否ニ付判例ハ曰ク、檢事ノ請求ニ依ル起訴前ノ强制處分ト豫審處分トハ別個ノ訴訟手續ニ屬スルモノナルヲ以テ、縱令、强制處分手續ニ於テ、已ニ一度宣誓ヲ爲サシメタル證人ト雖、豫審請求ニ基キ更ニ之ガ訊問ヲ爲ス場合ニ於テハ、新ニ宣誓ヲ爲サシメザルベカラズ。否ラズンバ其ノ訊問調書ハ違法ニシテ無效ナリトス（昭和五年一二月五日判決、評論第二〇卷訴第四六頁）。

五 宣誓ハ證言ノ要件ニ非ザルモ、宣誓資格ヲ有スル證人ニ、宣誓ヲ爲サシメズシテ訊問ヲ爲シタルトキハ、其ノ供述ハ證言タルノ效力ヲ有セザルモノトス（同說、大正一三年七月一二日判決、集第三卷第五七五頁）。

六 判例ハ、僞證ノ罰ノ告知ナカリシトキト雖、其ノ證言ハ有效ナリト（大正一三年一一月二九日判決、集第三卷第八四四頁）。

（二） 宣誓ノ拒否　證人正當ノ事由ナクシテ宣誓ヲ拒ミタルトキハ、檢事ノ意見ヲ聽キ決定ヲ以テ、百圓以下ノ過料ニ處ス。虛僞ノ宣誓ヲ爲シタル場合モ亦同ジ。此ノ決定ニ對シテハ卽時抗告ヲ爲スコトヲ得（二一〇）。

（三） 宣誓義務ノ免除　宣誓義務ノ例外ヲ爲ス者ニ二種アリ。其ノ一ハ、法律ニ依リ宣誓ヲ免除スル場合ニシテ、其ノ二ハ、裁判所ノ裁量ニ依リ宣誓ヲ免除スル場合ナリ。

其ノ一　法律ニ依ル宣誓免除ノ場合

（1） 十六歲未滿ノ者（二一〇一第一項第一號）。

（2） 宣誓ノ本旨ヲ解スルコト能ハザル者（二一〇一第一項第二號）。

以上（1）（2）ハ宣誓ノ能力不完全ナル者ナリ。

（3） 現ニ供述ヲ爲スベキ事件ノ被告人ト共犯ノ關係アル者又ハ其ノ嫌疑アル者（二一〇一第一項第三號）。

（4） 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及贓物ニ關スル罪ノ犯人ハ右第三號ノ規定ノ適用ニ付テハ、其ノ本犯ノ共犯ト看做ス（二一〇一第二項）。

以上（3）（4）ハ、被告事件ニ付特別ノ關係ヲ有スル者ナリ。

（5） 被告人ト親族ノ關係アリテ、第百八十六條ニ依リ證言拒絕ノ權ヲ有スル者ニシテ、其ノ證言ヲ拒マザル者（二一〇一第一項第四號）（一）。

一 （三）供述ノ義務（ロ）（1）ノ註參照。

（6） 證言ヲ爲スニ因リ、自己又ハ自己ト第百八十六條第一項ニ規定スル關係アル者ガ、刑事訴追ヲ受クル虞アルトキハ證言ヲ拒ムコトヲ得（一八八第一項）。

（7） 現ニ供述ヲ爲スベキ事件ノ被告人ト、共犯ノ關係アリトシテ起訴セラレ、未ダ確定判

決ヲ經ザルトキハ、證言ヲ拒ムコトヲ得(一八八第二項、二〇一第一項第五號)。

(8) 被告人ノ雇人又ハ同居人(二〇一第一項第六號)。

以上(5)乃至(8)ハ、被告人ト特別ノ關係ニ在ル者ナリ。而シテ右(1)乃至(8)ハ宣誓ヲ爲サシメズシテ、之ヲ訊問スルヲ原則ト爲ス。但シ、之ニ宣誓ヲ爲サシメタルトキト雖、其ノ供述ハ證言タルノ效力ヲ妨ゲラルルコトナシ(二〇一第三項)。

其ノ二 裁判所ノ裁量ニ依ル宣誓免除ノ場合

證人ノ供述ガ、證人若ハ之ト第百八十六條第一項ニ規定スル關係(親族等)アル者ノ恥辱ニ歸シ、又ハ其ノ財産上ニ重大ナル損害ヲ生ズル虞アルトキハ、宣誓ヲ爲サシメズシテ之ヲ訊問スルコトヲ得(二〇二)。

第三 供述ノ義務(一)

證人ハ、宣誓ヲ爲シタルト否トニ拘ラズ、裁判所ノ訊問ニ對シテ供述ヲ爲スノ義務ヲ有ス(一八四)。證人ガ正當ノ事由ナクシテ證言ヲ拒ミタルトキハ、宣誓拒絶ノ場合ト同ジク、百圓以下ノ過料ニ處セラル(二一〇第一項)。而シテ供述ハ宣誓ヲ前提ト爲スモ、供述毎ニ宣誓ヲ要スルモノニ非ズ。豫審若ハ公判ノ同一段階ニ於テハ、同一宣誓ノ下ニ數回ノ訊問ヲ爲スモ妨ゲナシ(二)(三)。

一 證人ハ過去ニ於テ實驗シタル事實ヲ陳述スルノ義務ヲ有スル者ナリ。然ルニ犯罪ハ非社會的事實ノ具現ナリ。故ニ之ニ關スル證人ノ證言ハ、他人ノ惡事醜行ヲ曝露スルコト稀ナラズ。然レドモ吾人ハ古ヨリ人ノ非行ヲ口ニスルハ小人ノ行トシテ擯斥シ、口ハ禍ノ門ナリト教養セラレ來リタル傳統ハ、今尙美習良俗トシテ何人ノ腦裡ニモ印象セラルトコロナリ。然ルニ法律ハ公開ノ法廷ニ於テ、證人ニ對シ他人ノ非社會的行爲乃至非道德所爲ノ曝露ヲ强要スルガ如キハ、果シテ社會風敎上良果ヲ收ムルコトヲ得ルヤ否。公判ニ於ケル證人訊問ガ嚴格ナル宣誓ノ方式ヲ履踐シ、以テ其ノ取調ガ神聖化セラルルニ拘ラズ、往々僞證ノ跡ヲ斷ツ能ハザル事實ニ徵スルトキ、其ノ何レカ罪惡ナリヤ疑ハザルヲ得ズ。此ノ點ニ鑑ミ、宣誓竝供述ノ義務ニ付刑法ノ僞證罪ト共ニ立法上大ニ考慮スベキモノアリト解ス。

二 豫審判事ガ適式ニ宣誓ヲ爲サシメテ訊問シタル證人ニ對シ、繼續シテ第二回又ハ第三回ノ訊問ヲ爲シタルコト訊問調書ニ於テ明白ナルトキハ、豫審判事ハ宣誓資格ニ異動ナキコトヲ確メ、同一宣誓ノ下ニ訊問シタルモノト解スベキモノトス 昭和一六年六月一四日判決、集第二〇卷第三五七頁)。

三 起訴前ノ强制處分ニ於テ、一度宣誓シタル證人ト雖、起訴後更ニ證人トシテ訊問スルニハ新ニ宣誓セシムルヲ要ス(昭和五年一二月五日決定、集第九卷第八五七頁)。蓋、起訴前ノ强制處分ト、豫審處分トハ別個ノ訴訟手續ニ屬スルモノナルヲ以テ、新ニ宣誓セシムルコトヲ要スルハ當然ナリ。

供述ノ義務ヲ免除セラレタル者ハ、證言ヲ拒ムコトヲ得。其ノ場合ニ二アリ。一ハ職務上ニ關係スル場合ニシテ、二ハ被告人ト身分上ニ關係ヲ有スル場合ナリ。次ノ如シ。

(イ) 供述スベキ事項ガ、職務上又ハ業務上ノ祕密ニ關スル場合ナリ。

(1) 公務員又ハ公務員タリシ者ノ知得タル事實ニ付、本人又ハ當該公務所ヨリ職務上ノ祕

密ニ關スルモノナルコトヲ申立テタルトキハ、當該監督官廳ノ承諾アルニ非ザレバ、證人トシテ之ヲ訊問スルコトヲ得ズ。但シ、監督官廳ハ帝國ノ安寧ヲ害スル場合ヲ除クノ外、承諾ヲ拒ムコトヲ得ズ(一八五第一項)。

(2) 國務大臣、宮內大臣、內大臣、樞密院議長、樞密院副議長、樞密顧問官、會計檢査院長、元帥、參謀總長、海軍軍令部長、敎育總監若ハ軍事參議官又ハ此等ノ職ニ在リタル者前項ノ申立ヲ爲シタルトキハ、勅許ヲ得ルニ非ザレバ證人トシテ之ヲ訊問スルコトヲ得ズ(一八五第二項)。

以上第一項ニ付テハ勅許ヲ得タルトキハ、證人トシテ之ヲ訊問スルコトヲ得ルモノトス。故ニ、此ノ場合ヲ證人義務ノ全部ニ付、免除アリタルモノト謂フベカラズ。(牧野博士ハ全部免除說、第三〇六頁)。而シテ、職務上又ハ業務上ノ祕密ニ關スル事項ニ付、訊問ヲ爲ス場合ニ於テハ、固ヨリ宣誓ヲ爲サシムルコト一般ノ場合ト異ナルトコロナシ。

(3) 醫師、齒科醫師、藥劑師、藥種商、產婆、辯護士、辨理士、公證人、宗敎若ハ禱祀ノ職ニ在ル者又ハ此等ノ職ニ在リタル者ハ、業務上委託ヲ受ケタルヲ知得タル事實ニシテ、他人ノ祕密ニ關スルモノニ付證言ヲ拒ムコトヲ得。但シ、本人承諾シタルトキハ此ノ限ニ在ラズ(一八七)。此ノ場合ニ於テモ、本人ノ承諾アルトキハ、拒絕ノ權利ヲ失フベキモノトス。

右ノ證言拒絕ノ場合ハ、押收及搜索ニ關スル第百四十八條ノ規定ト其ノ趣旨同一ナリ。

(ロ) 供述ヲ爲スベキ者ガ、被告人ト身分上ノ關係ヲ有スル場合ニシテ次ノ二ト爲ス。

(1) 左ニ揭グル者ハ、證言ヲ拒ムコトヲ得(一八六第一項)。

一 被告人ノ配遇者、四親等內ノ血族若ハ三親等內ノ姻族又ハ被告人ト此等ノ親族關係アリタル者。

二 被告人ノ後見人、後見監督人又ハ保佐人。

三 被告人ヲ後見人、後見監督人又ハ保佐人トスル者。

此等ノ者ハ、情誼上被告人ノ爲供述スルコトヲ欲セザルヲ以テ、供述義務ヲ免除シタルモノナリ。

共同被告人ノ一人又ハ數人ニ對シ以上ノ關係アル者ト雖、他ノ共同被告人ノミニ關スル事項ニ付テハ證言ヲ拒ムコトヲ得ズ(一八六第二項)。蓋、證言拒絕ノ權ハ、被告人ト前示ノ關係ニアル者ニ付テノミ存スルモノニシテ、他ノ共同被告人ノミニ關スル事項ニ付證言ヲ拒ムコトヲ得ザルハ當然ナリ。但シ、證言拒絕ノ權利ヲ行使セザルトキハ、宣誓ヲ爲サシメズシテ、之ヲ訊問スベキモノトス(二一〇一第四號)(一)。

一　共同被告人ノ一人トノ間ニ、刑事訴訟法第百八十六條第一項所定ノ關係アル者ヲ、該被告人及他ノ共同被告人ニ共通關係アル事項ニ付、證人トシテ訊問セムトスル場合ニ於テ、其ノ者證言ヲ拒絕セザルトキハ、同法第二百一條第一項ニ依リ宣誓ヲ爲サシメズシテ之ヲ訊問スベキモノトス（昭和一三年二月一九日判決、集第一七卷第二號第七一頁）。

（2）　證言ヲ爲スニ因リ、自己又ハ自己ト第百八十六條第一項ニ規定スル關係アル者、刑事上ノ訴追ヲ受クル虞アルトキハ證言ヲ拒ムコトヲ得（一八八第一項）。又現ニ供述ヲ爲スベキ事件ノ被告人ト共犯ノ關係アリトシテ起訴セラレ、未ダ確定判決ヲ經ザルトキ亦證言ヲ拒ムコトヲ得ベシ（一八八第二項）。以上第一項ノ場合ハ、前記（1）ノ場合ト同ジク身分關係ヨリ見ルモ、犯罪ニ關スル事項ニ付供述ヲ爲サシムルハ人情ニ反スベク、又第二項ノ場合ハ、其ノ事件ニ付證言ヲ爲ストキハ、更ニ訴追ヲ受クルノ虞アルカ或ハ少クトモ不利益ニ認定セラルルノ虞アルヲ以テ、本法ハ、供述ノ義務ヲ免除シタリ。此ノ場合ニ於テ證人、證言ヲ拒絕セザルトキハ、宣誓ヲ爲サシメズシテ訊問ヲ爲スモノトス（二〇一第五號）。

（ハ）　證言拒絕ト疏明　證言ヲ拒ム者ハ、之ヲ拒ム事由ヲ疏明セザルベカラズ、但シ、第百八十八條ノ場合ニ於テ、其ノ事由ノ相違ナキ旨ノ宣誓ヲ以テ疏明ニ代フルコトヲ得ベシ（一八九第一項但書）。證言ヲ拒ム者、之ヲ拒ム事由ヲ疏明スルコト能ハザルトキ又ハ宣誓ヲ爲サザルトキハ、決定ヲ以テ拒絕ノ申立ヲ却下スベキモノナリ。此ノ申立ヲ却下セラレタル者ハ、證言ヲ爲スベキ義務ヲ負フコト當然ナリ（一八九第二項）。

（ニ）　僞證　宣誓ヲ爲シタル證人、虛僞ノ陳述ヲ爲シタルトキハ、三月以上十年以下ノ懲役ニ處セラル（刑一六九）。

三　證人訊問ノ手續

（一）　召喚及勾引　證人ヲ訊問セムトスルトキハ、召喚狀ニ依リ之ヲ爲ス（一九二、八四第一項）。召喚狀ニハ證人ノ氏名及住居、被告人ノ氏名竝被告事件ヲ記載シ、裁判長之ニ記名捺印シ（一九四第一項）。出頭スベキ年月日時及場所竝出頭セザルトキハ過料ニ處シ、且勾引狀ヲ發スルコトアルベキ旨ヲ記載シ（一九四第二項）、之ヲ送達ス（一九二、九九）（1）。

召喚狀ノ送達ト證人出頭トノ間ニハ、少ナクトモ二十四時間ノ猶豫ヲ存ス。但シ、急速ヲ要スル場合ハ此ノ限ニ在ラズ（一九四第三項）。

召喚狀送達前、證人ヨリ期日ニ出頭スベキ旨ヲ記載シタル書面ヲ差出シ、又ハ出頭シタル證人ニ對シ口頭ヲ以テ次回ノ出頭ヲ命ジタルトキハ、召喚狀ヲ送達シタルト同一ノ效力ヲ有ス。口頭ヲ以テ出頭ヲ命ジタル場合ニ於テハ其ノ旨ヲ調書ニ記載ス（一九二、八四第二項）。

訊問スベキ證人、裁判所ニ近接スル監獄ニ在ルトキハ、監獄官吏ニ通知シテ之ヲ召喚スルコトヲ得。此ノ場合ニ於テハ、證人監獄官吏ヨリ通知ヲ受ケタル時ヲ以テ、召喚狀ノ送達アリタルモ

ノトス（一九二、八四第三項）。

證人ガ裁判所構内ニ在ルトキハ、召喚ヲ爲サザル場合ニ於テモ、之ヲ訊問スルコトヲ得（二〇七、八五第二項）。所謂在廷證人ト稱スルモノ是ナリ。

一　勾引狀ヲ發スル場合ハ第一編第五章第二節二、勾引第一七五頁參照。

（二）宣誓及訊問

（1）召喚ニ因リ出頭シタル證人ハ、速ニ訊問スルコトヲ要ス（二〇七、八五第一項）。

（2）證人ニ對シテハ宣誓前先ヅ、其ノ人違ナキカ否及第百八十六條第一項ニ規定スル關係アル者ナリヤ否ヲ取調ベ（一九五第一項）（一）、若シ其ノ關係アル者ニ對シテハ、證言ヲ拒ムコトヲ得ル旨ヲ告グベキモノトス（一九五第二項）（二）。

一　判例ニ曰ク、證人ノ訊問ニ關シテ、宣誓資格ノ問査ヲ爲サザルコトハ、訴訟手續ノ違法ヲ來スモノニ非ズト爲シタリ（大正一三年二月二七日判決、集第三卷第一五八頁）。之ニ對スル反對說ハ（小野博士研究一四六頁）。

二　證言拒否權ニ關スル告知ヲ遺脫スルモ、證言及證據調手續ヲ無效ナラシムルモノニ非ズト爲シタリ（大正一四年三月三日判決、集第四卷第一一七頁、大正一五年一一月二〇日判決、集第五卷第五五〇頁）。

（3）宣誓　宣誓ヲ爲サシムルトキハ、先ヅ僞證ノ罰ヲ告グベシ（一九九）。宣誓ハ各別ニ之ヲ爲サザルベカラズ（二〇〇）。然レドモ、訊問毎ニ之ヲ命ズルコトヲ要セズ。一度宣誓シタル者ニ對シテハ、同一審級ニ於テ再度ノ訊問ヲ爲スモ、宣誓ヲ命ズルノ要ナシト解ス。判例モ亦同說ナリ。反對說、牧野博士二八六頁（三）（四）（五）。

三　判例ニ曰ク、第二審ノ公判ニ於テ證人トシテ呼出シタル特定人ニ對シ、一度當該被告事件ニ付宣誓ヲ爲サシメタル以上、爾後同一裁判所ニ於テ數次呼出シ訊問スル場合ト雖、新ニ宣誓ヲ爲サシムル要ナク、其ノ證人訊問ニ關シ裁判所ガ、一回證據決定ヲ爲シタルト、二回證據決定ヲ爲シタル場合ナルトニ依リ差異ヲ生ズルコトナシ。何トナレバ、宣誓ハ被告事件ニ付之ヲ爲スモノナレバナリ（大正一一年一〇月二四日判決、集第一卷第五八九頁）。

四　同一裁判所ガ、既ニ宣誓セシメタル證人ヲ重テ訊問スル場合ニ於テハ、宣誓ガ公判廷ニ於テ行ハレタルト、公判廷外ニ於テ行ハレタルトヲ問ハズ、後ノ訊問ニ際シテハ更ニ宣誓セシムルノ要ナシト（昭和四年一月二四日判決、集第八卷第三頁）。

五　强制處分手續ニ於テ、宣誓ヲ爲サシメタル證人ヲ更ニ豫審ニ於テ訊問スルトキハ、新ニ宣誓ヲ爲サシムルコトヲ要スト（昭和五年一二月五日決定、集第九卷第八五七頁）。鑑定ニ付テモ亦同趣旨ナリ（昭和六年二月八日決定、集第一一卷第四一頁）。

四　事實ノ訊問

證人ノ訊問モ亦被告人ノ訊問ト同ジク、本案前ノ訊問ト本案ノ訊問トニ區別スルコトヲ得ベシ。卽チ宣誓前ニ於テ、人違ナキヤ否ヲ確ムル第百九十五條ノ訊問ハ本案前ノ訊問ニシテ、宣誓後ニ於ケル事實訊問ハ本案ノ訊問ナリ。

（一）數人ノ訊問　證人數人アルトキハ、各別ニ之ヲ訊問ス（二〇三第一項）。後ニ訊問スベ

キ證人在廷スルトキハ、一時退廷ヲ命ズベシ(二〇三第二項)。事實發見ノ爲必要アルトキハ、證人ト他ノ證人又ハ被告人ト對質セシムルコトヲ得(二〇四、一三七)。對質訊問ト稱セラルルモノ是ナリ。

證人ニハ、訊問事項ニ付連絡シタル供述ヲ爲サシムベシ(二〇五第一項)。必要アル場合ニハ、證人ノ供述ヲ明白ナラシメ又ハ其ノ眞否ヲ判斷スル爲、適當ナル訊問ヲ爲スベシ(二〇五第二項)(一)。

一　惟フニ、證人訊問ハ被告事件ノ核心ヲ摑ミ眞實發見ノ唯一ノ證據方法ニシテ、公判中心主義ノ骨子ヲ爲スモノナリ。故ニ豫メ形式ヲ以テ其ノ順序方法ヲ定ムルヲ得ザルモノナリ。宜シク事ニ臨ミテ緩急、應變、事ノ眞相ヲ得ルニ非ザレバ、却テ其ノ弊尠シトセズ。證人ノ訊問ノ方法拙劣ナルトキハ、其ノ供述曖昧ト爲リ或ハ虛僞ノ供述アルモ、之ヲ看破スルコト能ハザルベシ。是レ第二百五條ニ於テ訓示的規定ヲ設ケ訊問ノ方途ニ關シ、事實ノ眞相ヲ得ルニ遺算ナキル指示シタルモノナリ。

(二)　聾啞者ノ訊問　證人聾ナルトキハ書面ヲ以テ問ヒ、啞ナルトキハ書面ヲ以テ答ヘシムルコトヲ得(二〇七、一三八)。又通事ヲ介シテ訊問ヲ爲サシムルコトヲ得(二〇六第一項)。而シテ、推測事項ノ供述ハ、多ク特別ノ知識ニ因ル場合ニシテ、且、推測ガ訴訟上ニ於テ行ハルルガ故ニ、其ノ性質證人ニ非ズシテ鑑定ナリ。依テ本法ハ、前項ノ供述ハ鑑定ニ屬スルノ故ヲ以テ證言タルノ效力ヲ妨ゲラルルコトナシ(二〇六第二項)ト規定シタリ(一)(二)。

一　證人訊問決定ノ際、訊問事項ノ指定セラレタル場合ト雖、裁判所ハ其ノ事項以外ニ亘リ臨機適切ナル訊問ヲ爲シ得ベク、又指定事項ニ付テモ之ガ要否ヲ甄別シ適宜其ノ取捨ヲ爲シ得ベキモノトス(大正一三年四月一七日判決、集第三卷第三四七頁)。

二　實際問題トシテハ、供述ノ基礎タル推測、判斷ガ單ニ過去ノ實驗ニ因ルモノナリヤ、將過去ノ實驗ト新ナル實驗トノ綜合ノ結果ナリヤ疑問ノ場合生ズ。或ハ特別ノ知識ニ因ルヤ否ヤ議論ノ餘地アリ、第二百六條第二項ハ之ヲ解決シタルモノナリ。

(四)　被告人退廷ト證人訊問　裁判長ハ證人ガ被告人又ハ或傍聽人ノ面前ニ於テ、十分ナル供述ヲ爲スコトヲ得ザルベシト思料スルトキハ、證人ノ供述中、此等ノ者ヲ退廷セシムルコトヲ得。被告人退廷シタル場合ニ於テ、證人ノ證言終リタルトキハ、被告人ヲ入廷セシメ、證人ノ供述シタル要旨ヲ告グルコトヲ要ス(二三九)。

(五)　裁判所書記ノ立會　證人訊問ニハ常ニ裁判所書記ノ立會ヲ要スルモノトス(二〇七、一三六)。

五　證人訊問ノ場所

證人ノ訊問ハ、裁判所ニ於テ爲スヲ原則トス。裁判所ハ、必要アル場合ニ於テ、裁判所外ニ證

人ヲ召喚シ、又ハ其ノ所在ニ就キ之ヲ訊問スルコトヲ得(一〇八)。又必要アルトキハ、決定ヲ以テ指定ノ場所ニ證人ノ同行ヲ命ズルコトヲ得。證人正當ノ事由ナクシテ同行ヲ肯ゼザルトキハ、之ヲ勾引スルコトヲ得(二一一)。

六　裁判所外ニ於ケル訊問(二一二)

裁判所外ニ於テ證人ヲ訊問スルトキハ、部員(受命判事)ヲシテ之ヲ爲サシメ、又ハ證人ノ現在地ノ豫審判事、區裁判所判事若ハ法令ニ依リ特別ニ裁判權ヲ有スル官署ニ之ヲ轉囑スルコトヲ得。受託官署ハ受託ノ權限アル官署ニ之ヲ轉囑スルコトヲ得。受託官署ガ受託事項ニ付權限ヲ有セザルトキハ受託ノ權限アル官署ニ囑託ヲ移送スルコトヲ得(一)。受命判事又ハ受託判事ハ證人訊問ニ關シ裁判所又ハ裁判長ニ屬スル處分ヲ爲スコトヲ得(二)。但シ、出頭ノ義務ニ違反シタル場合ニ於ケル制裁ノ決定(一九〇)及宣誓、供述ノ義務ニ違反シタル場合ニ於ケル決定(二一〇)ハ裁判所モ亦之ヲ爲スコトヲ得(二一二)。

一　裁判所ガ證人訊問ノ囑託ヲ爲シタル場合ニ於テ、受託裁判所ニ對シ辯護人選任屆ノ提出アリタルトキハ、其ノ選任ハ受託裁判所ニ於ケル證人訊問ニ立會フコトノミ限定セラレタルモノト認ムルヲ相當トス(昭和一一年四月一五日判決、集第一五卷第五八三頁)。

二　受命判事ガ證人ニ對シ訊問ヲ試ミタルモ、不能ニ終リタル場合ニ於テ、其ノ不能ナルコトヲ明ニスル爲作成シタル調書ハ、之ヲ公判廷ニ顯出セザルモ證據決定ヲ適法ニ施行セザルモノト謂フヲ得ズ(昭和六年三月二三日判決、集第一〇卷第九二頁)。

七　訊問調書

證人ヲ訊問シタルトキハ、被告人ヲ訊問シタル場合ト同ジク、調書ヲ作成スルコトヲ要ス(五六)。公判ニ於テハ、公判調書ニ訊問及供述ヲ記載ス(六〇第二項第七號)。公判裁判所、受命判事、受託判事ガ公判廷外ニ於テ證人訊問ヲ爲シタル場合ハ、豫審判事ノ場合ト同ジ(五六)。調書ハ裁判所書記之ヲ作成ス(五六)。調書ハ裁判所書記ヲシテ之ヲ證人ニ讀聞カサシメ、又ハ證人ヲシテ之ヲ閱覽セシメ、其ノ記載ノ相違ナキヤ否ヲ問フベシ(五六第二項)。證人ガ其ノ記載ニ付、增減變更ヲ申立テタルトキハ、其ノ供述ヲ調書ニ記載スベシ(五六第四項)。調書ニハ、證人ヲシテ署名捺印セシム(五六第五項)。其ノ他年月日及場所、訊問ヲ爲シタル者ノ署名捺印ヲ爲ス等被告人ノ場合ト同一ナリ(五八)。公判調書ニ付テハ、以上第五十六條第三項乃至第五項ノ規定ニ依リ證人ヲ關與セシメザルモノトス(六一)(一)(二)(三)(四)。

一　證人訊問中ニ於テ、證人ノ供述ニ關聯シテ或物證ヲ檢證シタル場合ニ於テハ、特ニ檢證調書ヲ作成セズシテ、證人訊問調書中ニ檢證ノ結果ヲ記載スルモ違法ニ非ズトシタルモノアリ(大正一五年三月二日判決、集第五卷第六六頁)。

二　證人訊問調書ニ、正當ノ事由ナクシテ其ノ署名捺印ヲ缺ク場合ハ、其ノ調書ハ無效トス(大正一四年六月六日決定、集第四卷第三七七頁)。

三　豫審ニ於ケル證人訊問調書ニ、被告人トノ身分關係ノ問査ノ記載ヲ缺クモ、同調書ノ無效ヲ來タスコトナシ(昭

○卷第九二頁)。

和六年一月三一日判決、集第一〇巻第五五頁)。

四　證人ガ訊問調書ニ、署名捺印及拇印ヲ爲スコト能ハザル場合ニ於テ、代署ナキ一事ヲ以テ其ノ調書ヲ無效ナリト爲スコトヲ得ズ(昭和五年二月二一日判決、集第九巻第九九頁)。

八　檢事、司法警察官ノ訊問　檢事及司法警察官ハ公訴提起前ニ限リ、證人ノ訊問ヲ爲スコトヲ得(二一四)。而シテ、其ノ訊問ニ際シ檢事及司法警察官ハ證人ニ對シ宣誓ヲ爲サシムルコトヲ得ズ(二一五)。又司法警察官證人ヲ訊問スル場合ニ於テハ、司法警察吏ヲシテ立會ハシム(二一六)。其ノ他ハ裁判所ノ證人訊問ニ準據スベキモノトス。

九　證人ト費用請求　證人ハ出頭シタル旅費、日當及止宿料ヲ請求スルコトヲ得。但シ、正當ノ事由ナクシテ宣誓又ハ證言ヲ拒ミタル者ハ此ノ限ニ在ラズ(二一八)。其ノ請求額竝手續ハ、刑事訴訟費用法ニ規定セリ。參考、大正一三年司法省令第一一號。

第六節　鑑定人

一　鑑定ノ意義　刑事訴訟法ニ於テハ、鑑定ナル意義必ズシモ一定セズ。或ハ鑑定人ノ認識シタル事項ノ報告ヲ、鑑定ト謂フ場合アリ、或ハ鑑定人ガ鑑定ヲ爲スニ必要ナル行爲ノ過程ヲ謂フ場合アリ。何レモ觀察ヲ異ニスル結果ニシテ、別個ノ觀念ニ非ズ。故ニ、各法條ノ用例ニ從ヒ解釋セバ其ノ意自ラ明ナリ。鑑定ナル語ハ、めきき、又はみさだめト訓シ、古クヨリ用キラル。其ノ鑑定ヲ爲ス人ヲ鑑定人ト謂フ。

二　鑑定人ノ意義　**鑑定人**(Expert, Sachverständiger)トハ、特別ノ知識技能ニ依リ、現ニ認識シタル事項ヲ報告スル爲、裁判所ヨリ定メラレタル第三者ナリ(二一九)。卽チ報告ヲ爲ス鑑定人ハ證據方法ニシテ、其ノ鑑定報告ハ當該事件ノ事實認定ノ資料ト爲ルモノナリ。

(一)　鑑定人ハ第三者ナリ　鑑定人ハ、訴訟外ノ人ヲシテ鑑定ヲ爲サシムルモノナルガ故ニ、第三者タルコトヲ要スルハ證人ト同一ナリ(第六章第五節一、證人ノ意義參照)。

(二)　鑑定人ハ特別ノ知能(besondere Sachkunde)ニ依リ、現在ノ認識ヲ報告スルモノナリ。故ニ縱令特別ノ知能ニ基キ認識シタル事項ト雖、過去ノ認識ニ依リ報告ヲ爲ストキハ、證人ニシテ鑑定人ニ非ズ(二三一)。此ノ認識ノ過去ナリヤ現在ナリヤハ、兩者ノ區別ノ標準ヲ爲スモノト謂ハザルベカラズ。

(三)　鑑定人ハ事實ノ認識ヲ報告スルモノナリ。現在ノ認識ヲ鑑定(Expertise, Gutachten)ト謂

フ。而シテ、認識スベキ事實ヲ鑑定事項ト稱ス。事實ノ認識ヲ供述スル點ニ於テ、鑑定人ハ證人ト其ノ性質相類似セリ。故ニ、特別ノ規定アル場合ノ外、本法ハ、證人ニ關スル規定ヲ準用シタリ(二一八)。法律上ノ認識判斷ハ裁判所自ラ之ヲ爲スヲ以テ、鑑定ノ目的ト爲ス能ハズ。然レドモ法律上ノ存否ニ關スルトキハ、一ノ事實ナルヲ以テ、外國法及慣習法ノ如キハ、玆ニ鑑定ノ目的ト爲ルモノトス。特別ノ知識經驗ニ基ク或ル法則又ハ法規ヲ報告スルモ亦鑑定ナリト解ス(一)。

一 同說小野博士二九四頁。

(四) 鑑定人ト證人トノ性質上ノ差異

(1) 鑑定人ハ、自己ノ現在ノ認識シタル事項ヲ報告スルモノニシテ、證人ハ、過去ニ於テ實驗シタル一定ノ事實ヲ供述スルモノナリ。

(2) 鑑定人タルニハ、學識經驗アル者ナルコトヲ前提ト爲スモ(二一九、民訴三〇二)、證人ハ學識經驗ヲ必要トセズ。

(3) 鑑定人ノ認識スベキ事項ハ、裁判所ヨリ提出スル訴訟上ノモノナルニ對シ、證人ハ訴訟外ニ於テ爲シタル實驗ノ事實ヲ供述スルモノナリ。

(4) 鑑定人ハ、認識事實ニ對スル自己ノ意見判斷ヲ報告スルモノナルモ、證人ノ供述スベキ事項ハ過去ノ一定ノ事實ニシテ、其ノ事實ニ對スル意見判斷ニ非ズ。

(5) 鑑定人ハ學識經驗ヲ有スル者ハ何人タリトモ爲リ得ルモノナルモ、證人ハ一定ノ事實ニ對シ既ニ過去ニ於テ、實驗シタル特定ノ人ナルコトヲ要スルモノナリ(一)。

一 證人ト鑑定人トヲ區別スル學說ニ(一)證人ハ過去ノ事實ヲ供述シ鑑定人ハ現在ノ事實ヲ供述ス。(二)證人ハ事實ヲ供給シ、鑑定人ハ技能ヲ供給ス。(三)證人ハ訴訟外ノ事實ヲ供述ス。ト說カル。

(五) 鑑定證人　特別ノ知識ニ因リ知得タル過去ノ事實ニ付、其ノ事實ヲ知リタル者ヲ訊問スル場合ニハ、鑑定ノ手續ニ依ラズ證人訊問ノ規定ニ從フベキモノトス(二三一)。民事訴訟法ニ於テモ、同趣旨ノ規定ヲ爲セリ(民訴三〇九)。此ノ場合ハ、證人ト鑑定人トノ兩者ヲ兼ヌル場合ニ多シ。故ニ、本法ハ斯ル場合ニ、其ノ供述ハ鑑定ニ屬スルノ故ヲ以テ、證言タルノ效力ヲ妨ゲラルルコトナシ(二〇六)ト規定シ、以テ其ノ取扱ニ付調和ヲ爲シタリ。

三　鑑定人ノ義務

刑事訴訟法ハ、第二百十九條ニ『裁判所ハ學識經驗アル者ニ鑑定ヲ命ズルコトヲ得』ト規定シ、民事訴訟法ノ如ク『鑑定ヲ爲ス義務ヲ負フ』(民訴三〇二)ト規定セズ。然レドモ、鑑定人モ其ノ義務ヲ負フベキモノナルコト、民事訴訟法ト同趣旨ニ解スベキモノトス。但シ、鑑定人ハ證人ト異ナリ、學識經驗ヲ有スル第三者ハ何人ト雖、鑑定人タルコトヲ得ルガ故ニ、本法ハ鑑定人ニ對シテハ、勾引ニ關スル規定ヲ適用セズ。是レ、證人ト其ノ性質ヲ異ニスルガ爲ナリ(一)(二)。

鑑定ニ就テモ、本法ハ公判裁判所ヲ以テ原則ト爲セリ(二一九)。從テ、豫審判事ニモ亦適用セラルベキハ勿論、檢事及司法警察官ニモ、現行犯又ハ之ニ準ズベキ場合ニ於テ之ヲ準用ス(二一八、二一四)。

鑑定人ノ義務 モ亦證人ト同ジク、出頭ノ義務、宣誓ノ義務及鑑定ノ義務ト爲ス。

一 裁判所ガ犯人ノ精神狀態ヲ判斷スルニ際シテハ、必ズシモ常ニ特別ノ知識經驗アル者ノ鑑定ヲ必要トセズ。爾餘ノ證據ニ依リ之ヲ判斷シ得ベキ場合アルモノトス。辯護人ヨリ申請シタル被告人ノ精神狀態ニ關スル鑑定ノ證據調ノ請求ヲ却下シ被告人ヲ心神耗弱ナリト判定スルモ不法アルモノニ非ズ(昭和四年六月二六日判決、評論第一八卷刑法第二三五頁)。

二 刑事裁判所ガ當事者ノ請求ニ基キ單ニ鑑定ヲ爲スベキ旨ノ決定ヲ爲シタル場合ニ於テハ、當事者ノ申請シタル鑑定事項數多アリト雖、之ニ拘束セラルルコトナク、該事項中之ガ要否ヲ甄別シ適宜其ノ取捨ヲ爲シ鑑定ヲ命ジ得ルモノトス(昭和八年六月二六日判決、集第一二卷第九五〇頁)。

(一) 出頭ノ義務　鑑定人ニ對スル出頭義務ノ制裁ハ、勾引ヲ爲スコトヲ得ザル場合ノ外證人ノ場合ニ同ジ(二一八)。

(二) 宣誓ノ義務　鑑定人ニハ、鑑定ヲ爲ス前宣誓ヲ爲サシム(二一〇第一項)。宣誓ハ、宣誓書ニ依リ之ヲ爲スモノトス(二一〇第二項)。宣誓書ニハ『良心ニ從ヒ誠實ニ鑑定ヲ爲スベキコトヲ誓フ』旨ヲ記載ス(二一〇第三項)。尙、鑑定ニ付テハ、證人ノ場合ノ如ク『裁判長ハ起立シテ宣誓書ヲ朗讀シ證人ヲシテ之ニ署名捺印セシムベシ』(一九八第三項)トノ規定ナキモ、其ノ取扱ヒ證人ノ場合ト同一ナリ。

(三) 鑑定ノ義務　學識經驗ヲ有スル者ハ、特ニ法律ニ因リ免除セラルル場合ノ外、裁判所ノ命ニ應ジテ鑑定ヲ爲スノ義務ヲ有ス。此ノ免除ノ原由ハ、證言ノ義務免除ノ原由ト同一ナリ(二一八)。

四 鑑定ノ手續　鑑定ハ、裁判所ニ於テ爲スヲ原則トス(二一九)。裁判所ハ必要アル場合ニ於テハ、鑑定人ヲシテ裁判所外ニ於テ、鑑定ヲ爲サシムルコトヲ得。此ノ場合ニハ鑑定ニ關スル物ヲ鑑定人ニ交付スルコトヲ得(二一二第一項第二項)。被告人ノ心神又ハ身體ニ關スル鑑定ヲ爲サシムルニ付必要アルトキハ、裁判所ハ期間ヲ定メ、病院其ノ他ノ相當ノ場所ニ被告人ヲ留置スルコトヲ得(二一二第三項)。

鑑定人ハ、鑑定ニ付必要アル場合ニ於テハ、裁判所ノ許可ヲ受ケ身體ヲ檢查シ、死體ヲ解剖シ又ハ物ヲ毀壞スルコトヲ得(二一三)。檢證ノ例ニ從ヒ、被告人ニ非ザル者ノ身體ノ檢查ハ、一定ノ證跡ノ存否ヲ確認スルニ必要ナル場合ニ限リ之ヲ爲スコトヲ得。婦女ノ身體ヲ檢查スル場合ニ於テハ、醫師又ハ成年ノ婦女ヲシテ之ニ立會ハシム。死體ヲ解剖シ又ハ墳墓ヲ發掘スル場合ニ於テハ、禮意ヲ失ハザルコトニ注意シ且、遺族アルトキハ之ニ通知スルコトヲ要ス(二一三第二項、

一七六第二項乃至第四項)。又鑑定ニ付必要アル場合ニ於テハ、裁判長ノ許可ヲ受ケ書類及證據物ヲ閲覽シ、若ハ謄寫シ又ハ被告人若ハ證人ノ訊問ニ立會フコトヲ得(二二四第一項)。尙、鑑定人ハ被告人若ハ證人ノ訊問ヲ求メ、又ハ裁判長ノ許可ヲ受ケ此等ノ者ニ對シテ直接ニ問ヲ發スルコトヲ得(二二四第二項)(一)。又鑑定人ハ必要アル場合ニハ、補助者ヲ使用スルコトヲ妨ゲザルモノトス(二)。

一　鑑定人ハ精神障礙ノ有無ヲ鑑定スル場合ニ於テ、裁判所ガ特ニ制限ヲ加ヘザル以上、本人ノ近親ノ陳述其ノ他ノ事項ヲ判斷ノ資料ニ供スルコトヲ得ベシ(大正一一年二月二三日判決、集第一卷第七五頁)。

二　昭和一二年六月五日判決、集第一六卷第九〇五頁。

五　再鑑定

裁判所ハ鑑定ヲ十分ナラズトスルトキハ、鑑定人ヲ增加シ又ハ他ノ鑑定人ニ命ジテ、其ニ鑑定ヲ爲サシメ又ハ新ニ獨立シテ鑑定ヲ爲サシムルコトヲ得(二二六)。

六　鑑定報告

鑑定ノ經過及結果ハ、鑑定人ヲシテ鑑定書ニ依リ又ハ口頭ヲ以テ之ヲ報告セシム(二二一第一項)。口頭ヲ以テ報告又ハ說明ヲ爲シタルトキハ、調書ヲ作成セザルベカラズ(五六)。鑑定人數人アル場合ニハ、共同又ハ各個ニ報告ヲ爲サシムルコトヲ得(二二一第二項)。其ノ何レニ依ルベキヤハ裁判所ノ自由ナリトス。

七　檢事及辯護人ノ立會

檢事及辯護人ハ、鑑定ニ立會フコトヲ得(二二七第一項)。故ニ、鑑定ノ日時及場所ハ、豫メ通知スベキモノトス(二二七第二項、一五九)。但シ、急速ヲ要スルトキハ此ノ限ニ在ラズ(一)。被告人ハ之ニ立會フノ權ナシ。是レ、押收又ハ搜索ノ場合ト其ノ趣ヲ異ニス(二二七、一五八)(二)。

一　豫審ニ於テ鑑定ヲ爲スベキ日時、場所ヲ辯護人ニ通知スル場合、急速ヲ要スルトキハ電話ヲ以テモ爲シ得ベキモノトス(昭和七年一〇月一三日判決、集第一一卷第一四七五頁)。

二　裁判所、受命判事、受託判事ガ自ラ立會ヲ爲スノ必要ナシト認メ立會ヲ爲スベキ日時、場所ヲ定メザル場合ニ於テ、鑑定人ガ定メタル鑑定ノ日時、場所ニ付テハ、第百五十九條ノ通知ヲ爲スノ必要ナシ(昭和一〇年七月二五日判決、集第一四卷第八二四頁)。

八　受命判事ノ處分

裁判所ハ、部員ヲシテ鑑定ニ必要ナル處分ヲ爲サシムルコトヲ得(二二五)。但シ、被告人ノ心神又ハ身體ニ關スル鑑定ヲ爲サシムルニ付、病院其ノ他ノ場所ニ被告人ヲ留置スルノ處分ハ、裁判所自ラ之ヲ爲スコトヲ要ス(二二五但書)。

豫審判事、區裁判所判事若ハ法令ニ依リ特別ニ裁判權ヲ有スル官署ニ囑託スルコトヲ得ルハ、

證人ノ場合ト同一ナリ。轉囑及囑託ノ移送ニ付亦同ジ(二一八、二一二)。

九 官公署ニ對スル鑑定ノ囑託

裁判所ハ、官署又ハ公署ニ鑑定ヲ囑託スルコトヲ得(二三〇第一項)。此ノ場合ニ於テハ、鑑定ノ報告又ハ口頭ノ說明(二一一)、裁判所外ニ於テ爲ス鑑定(二一三)、其ノ他、鑑定ニ付證人訊問ニ關スル規定ノ準用(二一八)ニ付テハ、一般鑑定ノ例ニ從フベキモノトス(二三〇第二項)。但シ、鑑定書ノ說明(二一一第三項)ハ、官公署ノ指定シタル者ヲシテ之ヲ爲サシム(二三〇第二項但書)。

十 檢事及司法警察官ノ命ズル鑑定

檢事及司法警察官ノ命ズル鑑定ハ、第百二十三條各號ノ場合及現行犯處分ヲ爲シタル場合ニ於ケル證人訊問ト同一ニシテ、搜查處分トシテ鑑定ヲ命ズルコトヲ得。但シ、第二百二十二條第三項ニ定ムル留置處分竝宣誓ヲ爲サシムルコトヲ得ズ(二一八)。

十一 鑑定人ノ費用請求權

鑑定人ハ、旅費、日當及止宿料ノ外、鑑定料及立替金ノ辨償ヲ請求スルコトヲ得(二一九)。其ノ額及請求ノ手續ハ、證人ノ場合ト同ジ。

第七節　通譯及飜譯

一　通事

國語ニ通ゼザル者ヲシテ陳述ヲ爲サシムル場合ニ於テハ、通事(Interprète, Dolmetscher)ヲシテ通譯ヲ爲サシムルコトヲ要ス(二一三)。聾者又ハ啞者ヲシテ陳述ヲ爲サシムル場合ニ於テハ、通事ヲ用ヰルヤ又ハ書面ヲ以テ問答ヲ爲スヤハ裁判所ノ任意ナリ(二一三)(一)(二)。

一　裁判所書記ガ裁判所構成法第百十七條ニ依リ通事ヲ爲ス場合ニ於テハ、宣誓及身分關係ノ問查ヲ要セズ(昭和五年九月一日判決、集第九卷第六三九頁)。

二　通事ト證人トノ間ニ親族關係アルモ、刑事訴訟法第二百一條第一項第四號ノ適用ナシ(昭和六年一二月一〇日判決、集第一〇卷第七三七頁)。

二　飜譯

國語ニ非ザル文字又ハ符號ハ、之ヲ飜譯セシムルコトヲ得(二一三四)。裁判所ハ官署又ハ公署ニ飜譯ヲ囑託スルコトヲ得(二一三五)。

三　鑑定ノ規定ヲ準用

通譯及飜譯ハ、其ノ性質上牴觸セザル限リ鑑定ニ關スル規定ヲ準用ス(二一三六)。其ノ主タルモ

ノハ、資格ニ關スル規定、鑑定義務竝其ノ免除、宣誓、共同鑑定ニ關スル規定、口頭ノ說明、再鑑定ニ關スル規定等是ナリ。而シテ、通事及飜譯人ハ裁判所ノ補助者ニシテ證據方法ニ非ズ。是レ鑑定人ト異ナルトコロナリ。

第七章　裁判

第一節　裁判ノ意義及種類

一　裁判ノ意義

裁判(Jugement, Entscheidung)トハ、一定ノ事實ニ對シ法律ヲ適用シ、訴訟法上ノ效果ヲ發生セシムル裁判所ノ意思表示ナリ(一)。裁判ハ其ノ形式ニ依リ區別シテ、判決、決定及命令ノ三種トス。而シテ、事態ノ重要ナルモノハ判決ノ形式ニ因リ、事態ノ輕微ナルカ又ハ急速ヲ要スルモノハ、命令ノ形式ヲ以テ之ヲ爲ス。

判決ヲ以テ裁判ヲ爲スベキ場合ニ於テハ、法律ハ特ニ明文ヲ以テ之ヲ明示シタリ。形式上ノ區別次ノ如シ。

一　裁判ニハ法律ニ依ル裁判ト、法律ニ依據セザル裁判トアリ。例ヘバ訴訟指揮ノ裁判(證據調ノ決定、公判期日ノ指定ノ如キ)ハ全ク自由裁量ニ依ル裁判ニシテ、事實ニ對シ法律ヲ適用スルモノニ非ズ。然レドモ、玆ニハ通說ニ從ヒ定義ヲ試ミタリ。裁判ノ意義ニ付、平沼博士第二〇五頁、豐島博士第四二〇頁、富田博士要論第七五九頁、林博士總則

上第一〇〇頁、牧野博士第三三一頁、宮本博士第二九七頁。安平氏第三七五頁。

(一) 判決

(1) 判決(Jugement, Urteil)ハ公判ニ於テ爲ス終局裁判ニシテ、訴訟ノ目的タル實體的關係ニ付爲ス裁判ナリ。之ヲ實體的裁判ト稱ス。有罪、無罪及免訴ノ判決是ナリ。單ニ、手續ニ關スル形式的裁判ニ屬スルモノモ亦判決ヲ以テ爲ス。管轄違及公訴棄却ノ判決是ナリ。上訴ノ場合ニ於テ爲ス控訴棄却ノ判決(四〇〇)又ハ上告棄却ノ判決(四四五)ノ如キモ亦手續ニ關スル形式的裁判ナリ。

(2) 判決ハ、口頭辯論ニ基キテ爲スヲ原則トス(四八第一項)。但シ、法律ガ別段ノ規定ヲ爲シタル場合ハ此ノ限ニ在ラズ。其ノ例外ノ重要ナルモノハ、被告人ノ陳述ヲ聽カズシテ判決ヲ爲ス場合ナリ(三五二、三六六、三六七、四〇四)。

(3) 判決ハ、公判手續ニ於テ之ヲ爲ス。口頭辯論ニ基キテ之ヲ爲ス結果當然ナリ。但シ、再審ノ判決ハ、公判ヲ開カズシテ爲ス場合アリ(五一二第一項)。

(二) 決定(Ordonnace, Beschluss) 決定ヲ其ノ時期ヨリ觀察スルトキハ(一)公判前ニ於テ爲ス裁判、(二)公判ニ於テ爲ス終局前ノ裁判、(三)終局裁判中特ニ判決ノ形式ニ依ラザルモノヲ包含ス。

(1) 決定ヲ爲ス場合ニ於テハ、法律ガ特ニ明言スル場合(公訴棄却ノ決定、三六五)アルモ常ニ必ズシモ然ラズ。

決定ハ、原則トシテ訴訟手續ニ關スル裁判ナリ。其ノ實體上ノ裁判ニ屬スルモノハ、豫審免訴ノ決定ナリ(三一三、三一四)。

(2) 判決ハ、常ニ終局裁判ナルモ、決定ハ、中間裁判ナルヲ原則トス。只、例外トシテ免訴及公訴棄却ノ決定ハ終局ノ裁判ナリ。卽チ、公判ニ於テハ公訴棄却ノ決定ヲ以テ事件ヲ終結ス(三六五第一項)。

(3) 決定ハ、公判廷ニ於テ申立ニ因リ之ヲ爲スト キハ、訴訟關係人ノ陳述ヲ聽カザルベカラズ(一)。其ノ他ノ場合ニ於テハ、訴訟關係人ノ陳述ヲ聽カズシテ之ヲ爲スコトヲ得(四八第二項)。豫審終結決定(三〇六)、保釋ノ決定(一一六)、不參ノ證人ニ對スル過料ノ決定(一九〇)ヲ爲ス場合ニハ、檢事ノ意見ヲ聽クコトヲ要ス。

一 判例ニ曰ク、決定ハ公判廷ニ於テ申立ニ因リ之ヲ爲スト キハ、申立人ノ相手方ヲシテ、少クトモ意見開陳ノ機會ヲ與ヘシムルコトヲ要スト(大正一五年一一月二七日判決、集第五卷第五五六頁。昭和一一年五月一三日判決、集第一五卷第六五二頁)。

(三) 命令(Verfügung)

（1）命令ハ、裁判所ノ機關タル判事ノ爲ス終局前ノ裁判ナリ。命令ニハ、訴訟ノ內容ト關係ヲ有セザル事項ニ付爲スモノト、訴訟手續ニ關スルモノトアリ。而シテ、訴訟手續ニ關スルモノニシテ、其ノ內容ニ依リ決定ト命令トハ其ノ區別ノ標準明カナラザルモ、之ヲ外觀ヨリ區別スレバ、決定ハ、裁判所之ヲ爲スモ、命令ハ、判事之ヲ爲スモノナリ。殊ニ合議裁判所ニ在リテハ、判決ヲ除クノ外裁判ハ凡テ決定ニシテ命令ニ非ズ。卽チ、合議裁判所ノ裁判長又ハ受命判事ノ爲ス裁判ハ、凡テ命令ニシテ決定ニ非ズ。單獨判事ノ爲ス裁判ニ付テモ、此ノ區別ノ標準ヲ以テ、決定ナリヤ命令ナリヤヲ決スベキモノトス。卽チ、單獨判事ガ、裁判所ノ資格ヲ以テ爲ス裁判ハ決定ニシテ、裁判長ト同一資格ヲ以テ爲ス裁判ハ命令ナリ。又區裁判所判事ガ受託判事トシテ爲スモノハ、判決裁判所ノ機關ノ爲ス裁判ト同ジク之ヲ命令ト爲ス。

（2）命令ヲ以テ爲スベキ場合ニ於テハ、法律ヲ以テ之ヲ明示スルコトアリ。例ヘバ、裁判長ガ公判期日ヲ指定シ（三二〇第一項）、又ハ公判期日ヲ變更スル場合（三二二）ノ如シ。此ノ以外ノ場合ニ於テハ、決定ヲ以テ爲スベキヤ將又命令ヲ以テ爲スベキヤ、本法ハ何等ノ規定ヲ爲サザルモ、右（1）ノ標準ニ依リ定ムベキモノト解ス。

命令ハ、訴訟關係人ノ陳述ヲ聽カズシテ之ヲ爲スコトヲ得（四八第三項）。

（四）決定、命令ト事實調査

決定又ハ命令ヲ爲スニ付必要アル場合ニ於テハ、事實ノ取調ヲ爲スコトヲ得。裁判所ハ、其ノ取調ニ付部員ヲシテ之ヲ爲サシメ又ハ區裁判所判事ニ之ヲ囑託スルコトヲ得。受命判事、受託判事ハ取調ノ結果ニ付報告ヲ爲スコトヲ要ス（四八第四項乃至第六項）。

㊁ 裁判ノ種類

裁判ハ、其ノ性質上ヨリ區別スレバ次ノ如シ。

（一）終局裁判及終局前ノ裁判　裁判ハ其ノ性質ヨリ、終局裁判（Prozesserledigende E.）及終局前ノ裁判卽チ（中間裁判 Laufende E.）トニ區別スルコトヲ得。終局裁判トハ、訴訟ヲ終結スル裁判ナリ。例ヘバ、有罪（三五八）、無罪（三六二）ノ判決ヲ爲ス場合ノ如キ是ナリ。終局ノ裁判ハ、或ハ訴訟手續ニ關スルモノアリ。或ハ事件ノ實體ニ關スルモノアリ。原則トシテ、判決ヲ以テ爲スモ決定ニ依リ之ヲ爲ス場合アリ。免訴（三六三）又ハ公訴却（三六五）ノ決定是ナリ。終局前ノ裁判トハ、訴訟ノ終局前訴訟手續ニ關スル裁判ナリ。決定、命令ノ多クハ之ニ屬ス。

（二）實體的裁判及形式的裁判　終局裁判ハ其ノ性質ニ基キ、實體的裁判（Sachentscheidung）ト形式的裁判（Formalentscheidung）トニ區別ス。實體的裁判トハ、刑罰權ノ存否ニ關スル實體上ノ關係ニ付爲ス裁判ニシテ、有罪、無罪ノ判決ヲ爲ス場合是ナリ。形式的裁判トハ、實體上ノ關係ニ非ズシテ、專ラ訴訟手續ニ關シ判斷ヲ與フル裁判ナリ。卽チ、管轄違、免訴及公訴棄却ノ判決ハ

之ニ屬ス。訴訟手續ニ關スル裁判ハ、訴訟要件ノ存否又ハ單ニ形式ノ當否ニ付判斷ヲ與フルモノナリ。訴訟ノ不適法ナルト同時ニ、公訴權ノ消滅ニ關スル裁判ヲ爲スコトアリ。免訴ノ判決（三六三）ノ如シ。

本案ノ裁判ハ、卽チ實體的裁判ヲ謂フモノニシテ、手續上ノ裁判トハ、形式的裁判ヲ謂フ。其ノ他形式外觀ヨリ判決、決定、命令ノ三種アルコトハ既ニ述ベタリ。

第二節　裁判ノ成立

一　裁判ノ成立

凡テ裁判ハ、裁判所ノ意思表示ナリ。從テ、裁判ハ裁判所ガ其ノ意思表示ヲ爲スニ依リテ成立ス。裁判ニハ、書面ノ形式ヲ必要ト爲スモノト、然ラザルモノトアリ。裁判書ノ作成ニ因リテ爲ス裁判（例ヘバ判決、勾引、勾留ノ如シ）ニ在リテハ、其ノ書面ノ作成ニ依リテ裁判ノ成立アルモノト解ス。書面ノ作成ヲ要セザルモノハ其ノ宣告（卽チ意思表示）ニ依リ效力ヲ生ズ。裁判ハ、何時成立スルヤニ關シ學者間ニ議論別ル。判決ニ付、判決書ノ作成ヲ以テ成立スル說ト（林博士論四四八頁）。言渡說（豐島博士四二八頁、平沼博士二一五頁）トアリ（一）（二）。

一　裁判ハ他ノ法律行爲ト同ジク、效力發生スルガ故ニ成立スルモノナリ。裁判ハ告知ニ因リ效力ヲ生ズベキモノナルガ故ニ、評議（Beratung）ヲ了リ裁判書ヲ作成スルモ宣告又ハ送達ヲ爲ス迄ハ、之ヲ取消シ又ハ變更スルコトヲ妨ゲズ。故ニ裁判ノ成立時ト裁判ノ效力發生時トハ同意義ニ解スルヲ妥當ナリト解ス。（同說平沼博士二一五頁）

二　判例ニ曰ク、判決ハ裁判所ガ事件ニ對スル終局ノ斷定ニ付評決ヲ爲シ、此ノ評決ヲ表明スベキ判決書ヲ作成スルト同時ニ成立ス。而シテ、判決言渡ハ、判決以外ニ於ケル一ノ手續ニシテ、判決ノ實體ヲ爲スモノニ非ザレバ、必ズシモ事件ノ審理評決ニ關與シタル判事ノ立會ヲ要セズ（明治三七年五月五日判決、錄第一〇輯第九八七頁）。現行法ハ判決ノ宣告ヲ爲ス場合ニ於テハ、判事ノ更迭アルモ公判手續ヲ更新スルコトヲ要セザル旨ヲ明示シタリ（三五四但書）。

二　合議裁判所ノ評議

合議裁判所ガ裁判ヲ爲ス場合ニ於テハ、定數ノ判事ノ評議 Beratung ヲ必要ト爲ス（構一一九以下）（一）。評議ハ之ヲ公行セズ。但シ、豫備判事及試補ノ傍聽ヲ許スコトヲ得。評議ハ、裁判長之ヲ整理ス。其ノ評議ノ顚末竝各判事ノ意見及多少ノ數ニ付テハ、嚴ニ祕密ヲ守ルコトヲ要ス（構一二一）。

一　合議ニ依ル結果ヲ議決ト謂フ。議決ヲ評議ト採決トニ區別スルコトヲ得。評議トハ各判事ガ意見ヲ交換スルコトヲ謂ヒ（構一一二）、採決 Abstimmung）トハ部ノ意見ヲ決定スルコトヲ謂フ（構一二三）

評議ニ際シ判事ノ意見ヲ述ブル順次ハ、官等ノ最モ低キ者ヲ始トシ、裁判長ヲ終トス。官等同ジキトキハ年少ノ者ヲ始トシ、受命ノ事件ニ付テハ、受命判事ヲ始トス（構一二二）。

評議ニ基ク裁判ハ、過半數ノ意見ニ依リテ之ヲ決ス。

意見過半數ニ至ラザルトキハ、過半數ニ至ル迄被告人ニ不利益ナル意見ヨリ、順次利益ナル意見ニ合算シテ之ヲ定ム（構一二三）（一）。判事ハ裁判スベキ問題ニ付、自己ノ意見ヲ表示スルコトヲ拒ムコトヲ得ズ（構一二四）（二）。

評決ノ意見ガ過半數ナリヤ否ハ、其ノ結論ニ付之ヲ論ズベキヤ或ハ理由ヲモ併セ論ズベキヤニ付異說アリ。通說ハ、單ニ其ノ結論ノミニ付テ論ズベキモノト爲ス。之ニ反スル說ハ理由ヲ明ニスベキ裁判ニ於テハ、其ノ理由ヲモ併セ之ヲ論ズルニ非ザレバ裁判ノ過半數ヲ定ムルコトヲ得ズトスルヲ通說トス（三）。議事ノ整理良シケレバ、斯ル議論ヲ生ズル餘地ナシト信ズルモ、余輩ハ通說ニ反シ、理由併論說ヲ妥當ト解ス（四）。

一　被告人ニ不利益ナル判決ノ種類ノ順序ヲ見ルニ、第一有罪ノ判決、第二管轄違ノ判決、第三公訴棄却ノ決定又ハ判決、第四免訴ノ判決、第五無罪ノ判決ト爲スコトヲ得。

二　合議ハ祕密ナリト雖、合議室ニ退キテ之ヲ爲スノ要ナシ。法廷ニ列席シタル各判事ガ筆談ヲ以テ之ヲ爲スヲ妨ゲズ（明治三四年九月二〇日判決、錄第七輯第八卷第七頁）。鉛筆合議ハ、所謂合議ニ非ズト非難セラレタルモノ是ナリ。

三　牧野博士三〇四頁。

四　同說富田博士七六頁。

三　裁判書ノ作成

裁判ヲ爲ストキハ、裁判書ヲ作ルコトヲ要ス（六六）。其ノ顯著ナルモノハ、判決書ノ場合ニ此ノ適用ヲ見ル（一）。但シ、決定又ハ命令ヲ宣告スル場合ニ於テハ、裁判書ヲ作ラズシテ之ヲ調書ニ記載セシムルコトヲ得（六六但書）。被告人ノ召喚、勾引及勾留ノ場合ハ、夫々裁判書ヲ作成スベキコト言ヲ俟タズ（八四第一項、八八、九一）。

一　區裁判所ノ判決ニ付テハ例外アリ。區裁判所ニ於テ判決ノ宣告ヲ爲ス場合ニ於テ、判決ノ要旨ヲ公判調書ニ記載セシムルヲ以テ、判決書ニ代フルコトヲ得。但シ、上訴ノ申立アリタル場合又ハ宣告ノ日ヨリ七日內ニ判決書ノ謄本ノ請求アリタル場合ニ於テハ、判決書ヲ作成スルコトヲ要ス（三六一）。

四　裁判書ノ形式

裁判書（一）ハ判事之ヲ作成ス（六七）。裁判書ニハ、裁判ヲ爲シタル判事署名捺印ス。裁判長署名捺印スルコト能ハザルトキハ、上席ノ判事其ノ事由ヲ附記シテ署名捺印シ他ノ判事署名捺印スルコト能ハザルトキハ、裁判長其ノ事由ヲ附記シテ署名捺印スルコトヲ要ス（六八）。

裁判書ニハ、別段ノ規定アル場合ヲ除クノ外、裁判ヲ受クル者ノ氏名、年齡、職業及住居ヲ記載ス。裁判ヲ受クル者法人ナルトキハ、其ノ名稱及事務所ヲ記載ス（六九第一項）。判決書ニハ、公判ニ關與シタル檢事ノ官氏名ヲ記載スルコトヲ要ス（六九第二項）（二）（三）。

一　刑事判決書の論理的性格（法學志林第四三卷第三號昭和一六年三月）。

二　判決書ハ判事自ラ筆記スルコトヲ要セズ「タイプライター」ニ依ルモ差支ナシ（大正一三年一一月二八日判決、集第三卷第八四二頁）。

三　公判手續ノ更新アリタル場合、判決書ニハ更新後ノ審判ニ立會ヒタル檢事ノ官氏名ヲ記載スベキモノトス（昭和一四年五月五日判決、集第一八卷第七號第二六九頁）。

五　裁判書作成ノ時期

裁判書作成ノ時期(一)ニ付問題アリ。特ニ判決ニ付論ズルノ要アリ。卽チ、裁判ノ告知前ニ之ヲ作成スルコトヲ要スルヤ否ニ在リ。判決ノ宣告ヲ爲ス場合ニハ主文及理由ヲ朗讀シ、又ハ主文ノ朗讀ト同時ニ理由ノ要旨ヲ告グベシ(五一第二項)(二)ト規定シタルヲ以テ、判決ノ宣告前ニ其ノ作成ヲ爲スヲ當然ト爲セリ。蓋、判決書ノ作成ナクシテ、之ヲ朗讀シ理由ヲ告ゲルコトハ時トシテ誤謬ナシト謂フベカラズ。宣告ト判決書トノ間ニ、刑期ニ相違アル場合ノ事例アルニ見テモ、甚ダ危險ナリト謂ハザルベカラズ。此ノ規定ヲ訓示的ノモノト解シ、判決書ナクシテ判決ノ宣告ヲ爲スガ如キハ、裁判ノ威信尊嚴ヲ疵ツクルモノト謂フベシ。

一　按ズルニ、刑事訴訟法第五十一條第二項ニ、判決ノ宣告ヲ爲スニハ主文及理由ヲ朗讀シ又ハ主文ノ朗讀ト同時ニ理由ノ要旨ヲ告グベシトアルニ由リテ觀レバ、判決ノ主文ハ判決宣告ノ際既ニ書面ニ作成セラレ居ルコトヲ要シ、朗讀ノ方法ニ依リ之ヲ告知スベキモノナルコト所論ノ如シ（中略）。而シテ、判決書ハ必ズシモ判決ノ宣告ヲ爲ス際、既ニ作成セラレ居ルコトヲ要スルモノニ非ザルコト、當院判例ノ示ス所ナリトス（昭和八年二月四日判決、集第一二卷第二二頁）。

二　第一審裁判所ガ、判決ヲ宣告シタルコト公判調書ニ依リ明確ナル以上、判決原本ノ作成ナキトキト雖、有效ニ控訴ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ、控訴裁判所ハ被告事件ニ付、更ニ審理判決ヲ爲スベキモノトス（昭和八年九月三〇日判決、集第一二卷第一六九八頁）。

六　謄本、抄本

檢事ノ執行指揮ヲ要スル裁判ヲ爲シタルトキハ、速ニ裁判書又ハ裁判ヲ記載シタル調書ノ謄本又ハ抄本ヲ檢事ニ送付ス(五二)。尙、勾引、勾留ノ場合ニ於テハ、勾引狀、勾留狀ヲ送付スベキモノトス。

被告人其ノ他訴訟關係人ハ其ノ費用ヲ以テ、裁判書又ハ裁判ヲ記載シタル調書ノ謄本又ハ抄本ノ交付ヲ請求スルコトヲ得(五三)。

裁判書又ハ裁判ヲ記載シタル調書ノ謄本又ハ抄本ハ、原本又ハ謄本ニ依リ之ヲ作成ス(七〇)。本法ハ、正本ナルモノヲ認メズ。

第三節　裁判ノ理由

一　理由

裁判ニハ理由 (Entscheidungsgründe) ヲ附スルコトヲ要ス (四九)。蓋、裁判ノ內容ハ理由ト結論トヨリ成ル。結論ハ、裁判ノ要素ヲ爲スモノニシテ、判決ニ在テハ之ヲ主文 (Der Entscheidungstenor) ト謂フ。主文ハ、事件ニ對シ斷案ヲ下シタル裁判ノ本質的部分ニシテ、理由ハ、其

ノ斷案ノ由テ生ジタル所ヲ明示スルモノナリ。判決ニ於テハ、理由ヲ附スルヲ原則トスルモ、上訴ヲ許サザル決定又ハ命令ニハ、理由ヲ附セザルコトヲ得（四九第二項）。故ニ、決定又ハ命令ニシテ、上訴ヲ許スモノハ理由ヲ附スベキモノトス。是レ、上訴審ニ於テ、上訴權者ノ取消又ハ變更ヲ求ムル理由ノ當否ヲ判斷スルニ付唯一ノ指針ト爲ルガ故ニ、其ノ理由ヲ必要ト爲スハ當然ナリ。

二　有罪ノ判決ノ理由

裁判中、最モ重要ナルモノハ判決ナリ。特ニ有罪ノ言渡ヲ爲スニハ、罪ト爲ルベキ事實及證據ニ依リ之ヲ認メタル理由ヲ說明シ、法令ノ適用ヲ示サザルベカラズ（三六〇第一項）。尙、法律上犯罪ノ成立ヲ阻却スベキ原由又ハ刑ノ加重減免ノ原由タル事實上ノ主張アリタルトキハ、之ニ對スル判斷ヲ示スコトヲ要ス（三六〇第二項）(一)。

一　甲乙二人相次デ丙ヲ敎唆シ、犯行ヲ決意セシメタル場合ニ於テ、甲ノ行爲ガ乙ノ行爲ニ因リ中斷サレタリトノ主張ハ、刑事訴訟法第三百六十條第二項ニ依リ判斷スベキ事項ニ當ラザルモノトスト（昭和一三年八月五日判決、集第一七卷第一三號第六二八頁）。第二編第三章第六節公判ノ裁判四ノ(一)ノ(5)參照。

第四節　裁判ノ告知

一　告知ノ方法

(一)　裁判ノ告知　裁判ハ、之ヲ受クル者ニ告知セザルベカラズ。告知ノ方法ニ二種アリ。其ノ一ハ、公判廷ニ於テハ宣告ニ依リ之ヲ爲ス（五一第一項）。判決ノ宣言ヲ爲スニハ、主文及理由ヲ朗讀シ又ハ主文ノ朗讀ト同時ニ理由ノ要旨ヲ告ゲザルベカラズ（五一第二項(一)）。其ノ二ハ、公判廷以外ノ場合ニシテ、裁判書ノ謄本ヲ送達シテ之ヲ爲スモノトス（五〇）。但シ、別段ノ規定アル場合、卽チ宣言ヲ爲サザル裁判ニシテ送達ヲ要セザル場合アリ。例ヘバ、勾引、勾留或ハ豫審手續中止ノ決定ノ如キ是ナリ。

一　有罪判決ノ宣告ヲ爲スニ當リ、理由ノ要旨ヲ告知スル場合ニ於テ、其ノ證據理由ノ如キハ、裁判長ノ裁量ニ從ヒ適當ト認ムル程度範圍ニ於テ、其ノ要領ヲ告知スルヲ以テ足ルモノトス（昭和一〇年九月二八日判決、集第一四卷第九九七頁）。

(二)　區裁判所ト判決書　區裁判所ニ在リテハ、判決書ヲ作成セザル場合アリ（三六一）。此ノ場合ニ於テハ、主文ノ朗讀ニ代ヘ理由ノ要旨ト共ニ、主文ヲ告グルコトニ由リテ判決ヲ言渡スベキモノトス。

二　告知ノ效力

裁判ハ、告知ニ因リテ其ノ效力ヲ生ズルヲ原則トス。卽チ、內部ニ對シテハ裁判所ヲ羈束シ、外部ニ對シテハ裁判ヲ受クル者ニ對シテ其ノ效力ヲ生ズ。而シテ、裁判ノ告知ハ裁判ノ效力發生ノ要件ニシテ、裁判ノ成立要件ニ非ズ(一)。

檢事ノ執行指揮ヲ要スル裁判ヲ爲シタルトキハ、速ニ裁判書又ハ裁判ヲ記載シタル調書ノ謄本又ハ抄本ヲ檢事ニ送付セザルベカラズ(五二、五三五、五三六)。但シ、原本ノ送付ヲ要スル勾引狀又ハ勾留狀ヲ執行スルガ如キ、別段ノ規定アル場合ハ此ノ限ニ在ラズ(五二但書、一〇〇第三項)。

告知ノ效力ハ、之ヲ取消スルコトヲ許サズ。只、上訴其ノ他ノ方法ニ依リテ攻擊ヲ爲スコトヲ得。

一 有罪ノ言渡アリタルトキハ、其ノ判決ハ種々ノ意義ヲ有ス。其ノ一ハ、被告人ニ責任ノ確定ヲ宣告シ(宣告的 Deklaratorische)、其ノ二ハ、法定刑ノ範圍ニ於テ刑罰ノ決定ヲ意味シ(形成的 Konstitutive)、其ノ三ハ、刑罰ノ執行ヲ爲スベキコトノ命令ヲ包含ス(命令的 Imperative)。

第五節 裁判ノ確定

一 意義

裁判ノ確定(Rechtskraft der Entscheidung)トハ、上訴又ハ故障ノ方法ニ依リテ攻擊スルコトヲ許サザル狀態ニ至リタルトキヲ謂フ。判決ノ確定ニ付テハ、既ニ第一編第三章第七、公訴權ノ消滅ニ於テ述ベタリ。決定及命令ノ確定ニ付テハ次ノ如シ。

(一) 裁判所自ラ取消又ハ變更シ得ベキ決定又ハ命令ニ付テハ、確定ノ問題ヲ生ゼズ。判決ハ、自ラ之ヲ取消シ又ハ變更スルコトヲ得ズ。

(二) 裁判所ガ任意ニ取消又ハ變更シ得ザルモノニ付テハ、判決ニ準ジテ考フベキモノトス。卽チ

(1) 決定ハ原則トシテ告知ニヨリ確定スルモ、卽時抗告ヲ許ス決定ニ付テハ、抗告期間ノ經過ニ依リテ確定ス。

(2) 其ノ他ノモノニ在リテハ、告知ニ依リテ確定ス。

二 決定

決定ハ、原則トシテ訴訟手續ニ關スルモノナルガ故ニ、實質的確定力ヲ生ズルモノニ非ズ。但シ、豫審ニ於テ免訴ノ終結決定ヲ爲シタルトキハ、是レ實質的裁判ナレバ其ノ決定確定シタルトキハ、一事不再理ノ原則ノ適用アリ(三一七)。

第八章　訴訟費用

一　訴訟費用ノ範圍

訴訟費用トハ、訴訟ニ關シテ要シタルモノノ中、刑事訴訟費用法ニ於テ定メラレタル範圍ノ費用ヲ謂フ。次ノ如シ(刑事訴訟費用法一)。

(一)　豫審又ハ公判ニ付、呼出シタル證人、鑑定人及通事ニ給與スベキ日當、旅費及止宿料。

(二)　鑑定又ハ通譯ニ付、特別ノ技能若ハ費用又ハ長時間ヲ要シタル場合ニ於ケル特別ノ給與ニシテ、卽チ鑑定料又ハ通譯料。

右以外ノモノハ、假令訴訟手續ニ於テ生ジタル費用ト雖、之ガ負擔ヲ命ズルコトヲ得ズ。換言スレバ、豫審、第一審、上訴審及再審ニ關スル費用ハ訴訟費用ニ屬スルモ、公訴提起ニ關スル捜査及裁判ノ執行ニ關スル費用ハ、玆ニ訴訟費用ニ非ズ。

二　訴訟費用ノ負擔者

(一)　刑ノ言渡ヲ爲シタルトキハ、被告人ニ對シ訴訟費用ノ全部又ハ一部ヲ負擔セシムベキモノトス(二三七第一項)(一)。共犯ノ訴訟費用ハ、共犯人ノ連帶負擔ト爲スコトヲ得(二三八)(二)。

若シ共犯人中ノ一被告人ノ爲特ニ要シタル訴訟費用ノ如キハ、其ノ費用ヲ生ゼシメタル被告人ヲシテ、單獨ニ負擔セシムルコトヲ得ルモノトス(三)。

一　訴訟費用ノ負擔ハ、被告ニ對スル刑罰ニ非ザルヲ以テ、第一審裁判所ガ被告ヲシテ負擔セシメザリシ訴訟費用ヲ第二審裁判所ニ於テ負擔ヲ命ズルニ妨アルコトナシ(昭和八年七月七日判決、集第一二卷第一一七九頁)。

二　共同被告人ニ對スル辯論ヲ分離シ、其ノ中ノ一人ニ對シテ先ヅ判決ヲ爲シ、刑ノ言渡ヲ爲ス場合ニ於テハ、訴訟費用ハ共同訴訟中ニ生ジタルモノト雖、其ノ者單獨ニテ負擔スベキコトヲ命ズベキモノトス(昭和七年九月八日判決、集第一一卷第一二八五頁)。

三　同說、昭和一四年九月九日判決、集第一八卷第一五號第四七八頁。

(二)　刑ノ言渡ヲ爲サザルトキハ、訴訟費用ハ凡テ國庫ノ負擔トス。但シ、刑ノ言渡ヲ爲サザル場合ニ於テモ、被告人ノ責ニ歸スベキ事由ニ因リテ生ジタル費用ハ、被告人ヲシテ之ヲ負擔セシムルコトヲ得(二三七第二項)。

(三)　告訴、告發ニ關スル場合ノ特例

(1)　告訴又ハ告發ニ因リ公訴ノ提起アリタル場合ニ於テ、告訴人又ハ告發人ニ故意又ハ重大ナル過失アルトキハ、其ノ者ヲシテ訴訟費用ヲ負擔セシムルコトヲ得(二三九)。

(2)　親告罪ニ付告訴ノ取消アリタル場合ニ於テハ、告訴人ヲシテ訴訟費用ヲ負擔セシムル

コトヲ得(二四〇)。

(四) 上訴又ハ再審ニ關スル特例　檢事ニ非ザル者ニシテ、上訴又ハ再審ノ請求ヲ取下ゲタル場合ニ於テハ、其ノ者ヲシテ上訴又ハ再審ニ關スル費用ヲ負擔セシムルコトヲ得(二四一)。

三　訴訟費用負擔ノ裁判

(一) 裁判ニ因リ、訴訟手續終了スル場合ニ於テハ

(1) 被告人ヲシテ訴訟費用ヲ負擔セシムルトキハ、職權ヲ以テ其ノ裁判ヲ爲スベキモノトス。此ノ裁判ニ付テハ、本案ノ裁判ニ付上訴アリタルトキニ限リ、不服ヲ申立ツルコトヲ得(二四二)。

(2) 被告人ニ非ザル者ヲシテ訴訟費用ヲ負擔セシムルトキハ、職權ヲ以テ別ニ其ノ決定ヲ爲スベキモノトス。此ノ決定ニ對シテハ卽時抗告ヲ爲スコトヲ得(二四三)。

(二) 裁判ニ因ラズシテ訴訟手續終了スル場合ニ於テ、訴訟費用ヲ負擔セシムルトキハ、最終ニ事件ノ繫屬シタル裁判所職權ヲ以テ其ノ決定ヲ爲ス。此ノ決定ニ對シテハ、卽時抗告ヲ爲スコトヲ得(二四四)。

(三) 訴訟費用額ハ、判決其ノ他ノ裁判ニ於テ定ムベキモノナリ。若シ、其ノ裁判ニ於テ之ヲ定メザルトキハ、其ノ執行ヲ指揮スベキ檢事ニ於テ之ヲ定ムベキモノトス(二四五)。檢事ノ處分ニ對シテハ、言渡ヲ爲シタル裁判所ニ執行ノ異議ノ申立ヲ爲スコトヲ得(五六二)(一)。裁判ノ執行ニ對スル異議ノ申立ハ、其ノ目的タル裁判ヲ終リタル後ハ之ヲ爲スコトヲ得ザルモノトス。

一　刑事訴訟法第五百六十二條ノ異議ノ申立ハ代理ヲ許サザルモノトス(昭和一四年七月五日決定、集第一八卷第一一號第三八二頁)。

四　陪審費用

陪審費用モ亦訴訟費用ナリ(陪審法一〇六)。陪審費用ハ次ノ如シ。

(一) 陪審員ノ呼出ニ要スル費用。

(二) 陪審員ニ給與スベキ旅費、日當及止宿料。

陪審費用ハ刑ノ言渡ヲ爲ス場合ニ於テ、其ノ全部又ハ一部ヲ被告人ノ負擔ト爲ス(陪審法一〇七)。

第二編　各論（第一審ノ訴訟手續）

第一章　捜査

第一節　捜査ノ意義

一　意義

檢事ハ、犯罪アリト思料スルトキハ、犯人及證據ノ捜査ヲ爲スコトヲ要ス（二四六）。此ノ公訴權實行ニ必要ナル準備ヲ、犯罪ノ捜査（Recherche, Ermittelung）ト稱ス。刑事訴訟法ハ、捜査ニ關シ若干ノ規定ヲ爲スモ、捜査ノ内容實質ハ千變萬化ニシテ、一定ノ法規ヲ以テ完全ヲ期スルコトハ不可能ナリ。而シテ、之ガ遂行ヲ爲スニハ特種ノ技術的部門ニ屬シ、科學的捜査ヲ必要ト爲ス所以ナリ。從テ、捜査ハ、訴追機關ノ行政的乃至政治的ノ手腕ニ俟タザルベカラズ。

二　捜査ノ目的

捜査ノ目的ハ、公訴ヲ實行シ且之ヲ維持スルニ在リ。之ガ爲ニハ其ノ必要ナル資料ヲ蒐集セザ

ルベカラズ。故ニ、犯人ノ何人ナルヤ又ハ犯罪ノ内容ヲ明カニスルノ外、處罰要件、訴訟要件ヲ具備スルヤ否ヲ明カニシ、且之ニ對スル證據ヲ保全スルコトヲ要ス。蓋、捜査ハ眞實ノ發見ヲ目的ト爲スガ故ニ、被疑者ニ不利益ナル證據ノミナラズ、其ノ利益ト爲ルベキ證據ヲモ之ヲ蒐集セザルベカラズ。

捜査ハ、公訴提起ノ準備トシテ之ヲ爲スベキモノナリ。從テ、公訴提起前ナルヲ原則ト爲スモ、公訴ヲ維持スル爲公訴提起後ニ於テモ尙捜査ヲ爲スコトヲ妨グルモノニ非ズ(構六)。又土地ノ管轄ヲ有スル場合ニ於テハ、起訴ノ前後ヲ問ハズ、事件ガ何レノ審級ニ繫屬スルトヲ問ハズ、捜査權ヲ行使スルコトヲ得ルモノトス。然リト雖、公訴ヲ提起シタル以上ハ特殊ノ事情アル場合ノ外、被告人又ハ其ノ關係人ニ對スル取調ハ之ヲ豫審又ハ公判ニ委ネ、自ラ其ノ取調ヲ爲スコトヲ避クルヲ妥當トス。蓋、起訴後ノ捜査ハ、動モスレバ判事ノ取調ノ妨害ト爲リ、却テ有害ノ場合些カラズ。故ニ、起訴後ニ於ケル檢事ノ爲ス捜査ハ、判事ノ取調ヲ補助スル目的ノ範圍ニ於テ之ヲ爲スベキモノトス。

三　捜査ノ機關

捜査ハ訴追機關タル檢事之ヲ爲ス(二四六)。司法警察官吏ハ檢事ノ補助トシテ之ニ關與ス(二四七乃至二五一)。

捜査ニ關シテ強制處分ヲ爲シタル場合ニ於テハ、訴訟法上ノ效果ヲ生ズルモ、單ニ捜査ヲ爲シタルノミニテハ、當然訴訟法上ノ效果ヲ生ズルモノニ非ズ。又公訴提起後ニ於テハ、檢事及司法警察官ハ自ラ強制處分ヲ爲スコトヲ得ズ(一二三、一二九、一七〇、一八〇、二一四、二五五)。

第二節　捜査ノ端緒

第一　總　說

一　捜査ト匿名申告

犯罪捜査ヲ開始スル端緒ニ付テハ、法律上何等ノ制限ヲ設ケズ。故ニ、新聞記事、世上ノ風評又ハ投書モ亦捜査ノ端緒タルコトヲ得。但シ、犯罪ニ關シ匿名ノ申告又ハ風說ナル場合ニ於テハ、特ニ其ノ申告ノ出所ニ注意シ、虚實ヲ探査スルコトヲ要ス(二七七)。故ニ、匿名投書ハ猥リニ過信セザルコトニ注意セザルベカラズ。若夫レ、其ノ流言浮說ニ基キ何ノ據ル所ナキニ拘ラズ、捜査ノ歩ヲ進ムルガ如キハ、時ニハ良民ニ多大ノ迷惑ヲ及ボスベク、輕擧事ヲ誤ルモノト謂フベシ。

二　捜査ノ開始原因

公訴權ノ發動ハ、檢事ノ主觀的信念アレバ足ルモノニシテ、客觀的ニ刑罰權ノ發生ヲ必要ト爲

スモノニ非ズ。故ニ、檢事、犯罪アリト思料シタルトキハ、何時ニテモ捜査ヲ開始スルコトヲ得ベシ。刑事訴訟法ハ、捜査開始ノ原因ト爲ルベキ事項ニ付、特別ノ規定ヲ爲シタルモノハ、告訴、告發、請求、自首及現行犯等是ナリ。

第二　告　訴

一　告訴ノ意義

告訴(plainte, Antrag)トハ、犯罪ノ被害者其ノ他ノ告訴權者ヨリ、犯罪事實ヲ捜査機關ニ申告シ、其ノ訴追ヲ求ムル意思表示ナリ(二五八)。詳細ハ既ニ述ベタル所ナリ(第一編第三章公訴ト告訴參照)。

二　告訴ト代理

告訴ハ、代理人ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得(二七一)。此ノ代理ニ付テハ單ニ表示代理ニ限ルヤ、或ハ意思代理ヲモ包含スルヤニ付爭アリ。意思代理ヲ包含スルモノト解スルヲ正當ナリト信ズ(一)。

(一) 同說、林博士各則上第七四頁、論第五三六頁、平井氏第五二九頁、板倉中尾第四五二頁。富田博士第八六九頁。反對說、豐島博士第二四七頁、牧野博士第三一九頁)。

三　告訴ノ方式

告訴ハ、書面又ハ口頭ヲ以テ、檢事又ハ司法警察官ニ之ヲ爲スコトヲ要ス(二七二)。告訴ヲ受ケタル司法警察官ハ、速ニ之ニ關スル書類及證據物ヲ管轄裁判所ノ檢事ニ之ヲ送付スベキモノトス(二七四)。但シ、告訴ヲ受ケタル事件、違警罪即決ヲ爲スベキ場合ハ其ノ處分ヲ爲スベシ。檢事又ハ司法警察官ハ、口頭ノ告訴ヲ受ケタルトキハ、調書ヲ作ルコトヲ要ス。此ノ調書ニ付テハ、裁判所書記ノ作ル調書ノ例ニ從フ(二七三、五六第三項乃至第五項)。

四　告訴ト訴訟要件

親告罪ニ於テハ、告訴ハ訴訟要件ナリ。親告罪ニ非ザル犯罪ニ付テハ、單ニ捜査ノ端緒トナルニ過ギズ。不適法ナル告訴ハ、檢事ニ於テ之ヲ受理セザルコトヲ得。又之ヲ受理スルモ檢事ヨリ捜査終結ノ處分ニ關シ、通知ヲ爲スノ義務ナキニ止マル(二九四)。

五　告訴ノ取消

告訴ハ、第二審ノ判決アル迄之ヲ取消スコトヲ得(二六七第一項)。第一審ノ判決ニ對シテ直ニ上告ヲ爲シタル場合(四一六、四一七)ニ於テハ、控訴期間内ニ告訴ノ取消ヲ爲スコトヲ得ルモノト解ス。何トナレバ、控訴期間内ハ對手人ニ於テモ、控訴ヲ爲スコトヲ得ルガ故ナリ。告訴取消ノ手續ハ、告訴ノ手續ニ從フモノトス(二七五)(一)。

(一) 判例ニ曰ク、告訴權者被告訴人トノ私和ニヨリ、告訴ノ取消書ヲ作成シ之ヲ他人ニ交付スルモ、未ダ當該官署ニ