

695
85



0016650-000

695-85

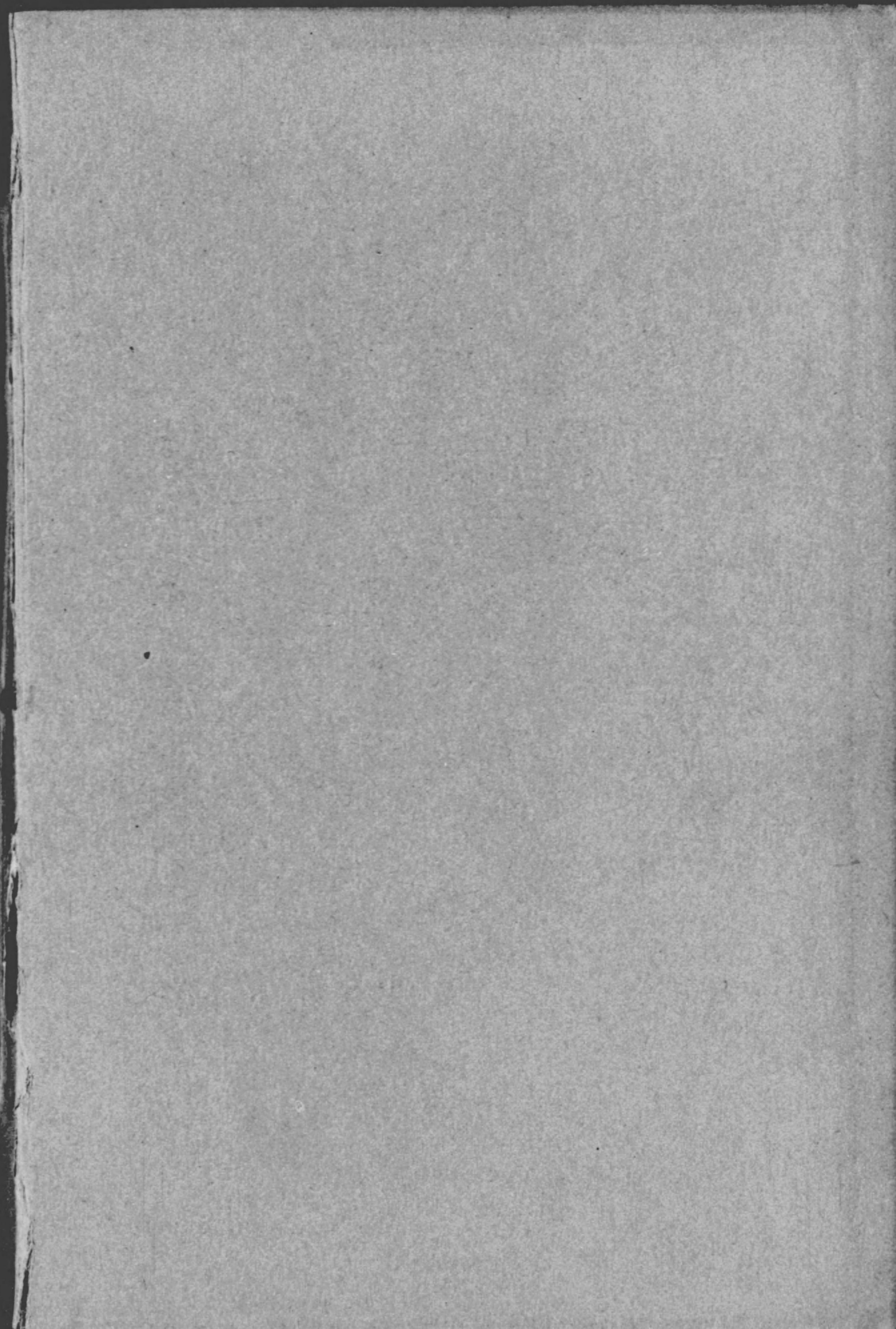
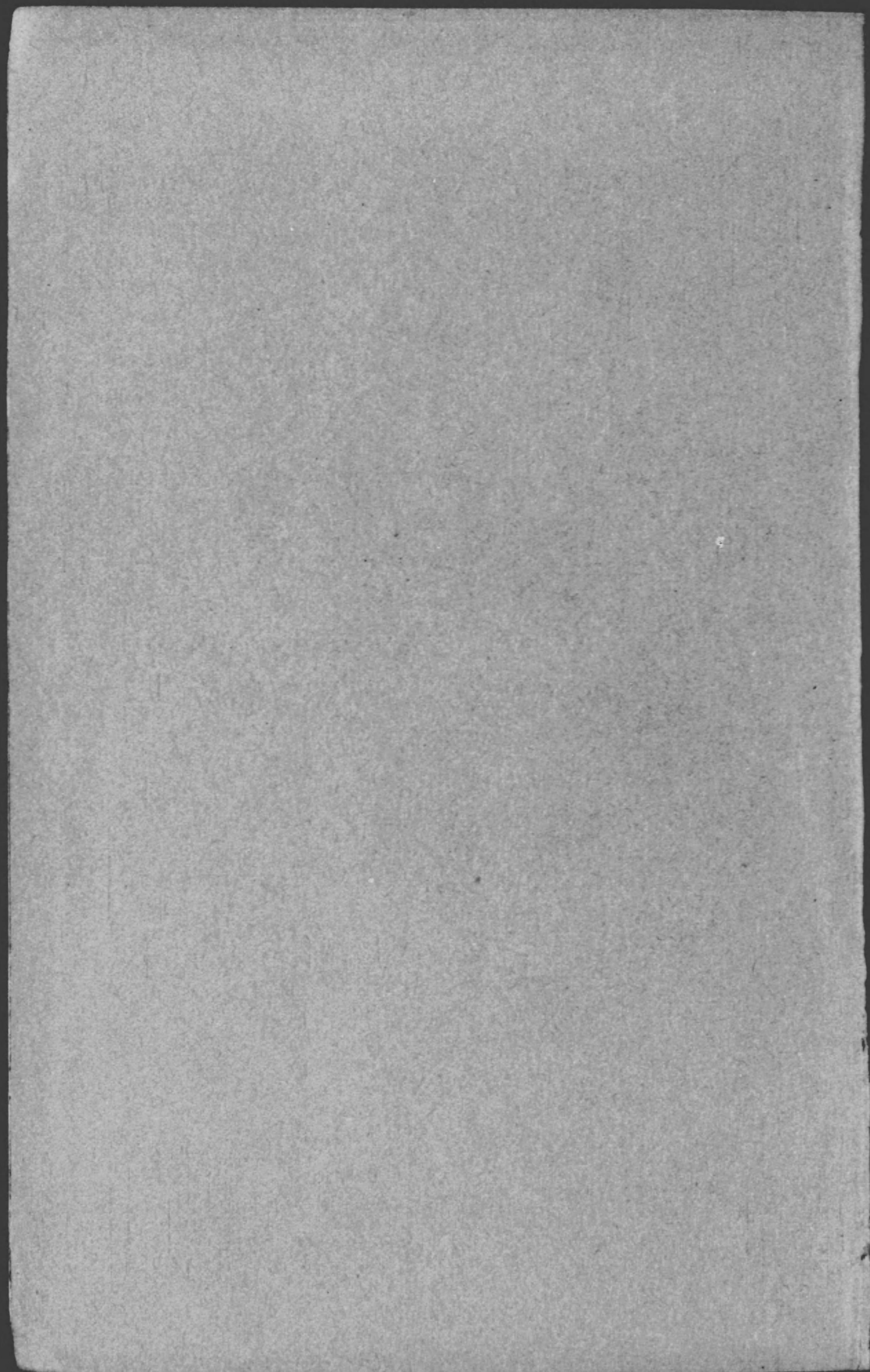
刑事訴訟法大綱

宮本英脩・著

松華堂

昭11

ACH





京都帝國大學
教授法學博士
宮本英脩著

刑事訴訟法大綱

東京
松華堂發行



695
85

序

予曩ニ予ノ講筵ニ於ケル學生諸氏ノ聽講ニ便セント欲シ、手稿ノ一部ヲ公ニシタルコトアリ。本書ハ其ノ訂正増補ニ係ル。
本書ニ於テハ幾多ノ論點ニ關シ説明ヲ改メタルモノ少カラズ。然レドモ論旨ノ大綱ニ至リテハ全ク之ヲ改ムルコトナシ。
本書既ニ稿ヲ脱シ、今之ヲ校スルニ方リテ仍意ニ滿タザルモノ多シ。然レドモ前著絶版以來茲ニ年アリ。更ニ遷延ヲ重ヌルニ忍ビズ。乃チ敢テ割闕ニ付シ以テ江湖ニ送ル。若シ學生諸氏ノ研學ニ資スル所アラバ倖ナリ。

昭和十一年十一月

著 者

刑事訴訟法大綱目次

第一編 緒論

第一章 刑事訴訟法ノ意義	一
……彈劾主義……私問主義……公訴主義……刑事訴訟……刑事訴訟法	
第二章 刑事訴訟法ノ種類	四
第三章 刑事訴訟法ノ淵源	六
第四章 刑事訴訟法ノ效力	八
第五章 刑事訴訟法ノ根本主義	二五
第一節 刑事訴訟法ノ特質	二五
第二節 刑事訴訟法ノ根本主義	二六
……公訴主義(附、不告不理ノ原則)……便宜主義(附、合法主義)……變更主義(附、不變更主義)…… 實體的眞實主義(附、形式的眞實主義)……職權主義……自由心證主義……直接審理主義……口頭主義 (附、書面主義、形式主義)……公開主義……陪審主義……訴訟經濟主義……當事者對等主義	

目

次

第二編 總論

第一章 訴訟主體	五三
第一節 裁判所	五四
第一款 裁判所ノ地位	五四
第二款 裁判所ノ種類	五六
第三款 裁判所ノ構成	五六
第一項 裁判所ノ組織	五九
第一目 裁判所ノ意義	五九
……裁判所……裁判權	
第二目 裁判所ノ階級及ビ配置	六二
第三目 裁判所ノ編成	六三
第四目 裁判所職員ノ地位	六六
第五目 裁判所職員ノ除斥忌避及ビ回避	七一

第二項 裁判所ノ管轄	七七
第一目 管轄ノ意義及ビ種類	七七
第二目 起訴ノ管轄	七七
……事物管轄……土地管轄……牽連事件ノ管轄	
第三目 職務ノ管轄	八六
……審級管轄……豫審及ビ公判ノ管轄……共助ノ管轄	
第四目 裁定管轄	九一
第五目 管轄違ノ手續ノ效力	九三
第二節 訴訟當事者及ビ其ノ他ノ訴訟關係人	一〇一
第一款 檢事	一〇一
第一項 檢事局ノ組織	一〇一
……檢事同一體ノ原則	
第二項 檢事ノ職務及ビ權限	一〇五
第三項 檢事ノ地位	一〇八

..... 公訴權ノ主體 二一

第四項 司法警察官 二二

第二款 被告人及び其ノ關係者 二三

第一項 被告人 二三
..... 被告人ノ意義 當事者能力 被告人ノ地位 (辯護權 辯護權ノ主體) (證據方法)

第二項 被告人ノ代表者及び代理人 二三

第三項 辯護人及び輔佐人 二五
..... 辯護人ノ意義 辯護人ノ權利 輔佐人

第二章 公訴 二五

第一節 訴訟ノ客體 二五

第二節 公訴 二六

第一款 公訴ノ意義 二六

第二款 公訴權 二六
..... 公訴權ノ意義 形式の公訴權 實體的公訴權 實體的公訴權ノ發生條件 實體的公訴權ノ

內容

第三款 公訴ノ提起 二九
..... 公訴提起ノ手續 訴訟案屬

第四款 公訴ノ範圍 二五

第五款 公訴ト告訴 二六

第六款 公訴權ノ消滅 二七
..... 公訴權消滅ノ事由 刑罰請求權消滅ノ事由 (大赦) (公訴ノ時效)

第七款 公訴ト他ノ事件トノ關係 二八

第一項 公訴相互ノ關係 二八

第二項 公訴ト民事訴訟トノ關係 二八

第三項 公訴ト行政手續トノ關係 二八

第八款 訴訟關係訴訟行為及び訴訟條件 二九

第三章 訴訟行為 二九

第一節 訴訟行為ノ意義 二九
..... 訴訟行為ノ意義 訴訟行為ノ條件 訴訟條件 訴訟行為ノ無效 訴訟行為ノ態樣 訴訟

目次

行為ノ拋棄及ビ取消……訴訟行為ノ代理……訴訟行為ノ種類

第二節 訴訟行為ノ方式(書類)……………二二

第三節 訴訟行為ノ時……………二六

……期日……期間……其ノ他ノ時

第四節 訴訟行為ノ場所……………三三

✓第四章 召喚及ビ強制處分……………三四

✓第一節 被告人ノ召喚……………三四

✓第二節 對人の強制處分……………三四

……勾引……勾留……逮捕

✓第三節 對物的強制處分……………四六

……押收……搜索

第五章 證據……………五五

第一節 汎論……………五五

……證據ノ意義……證據ノ種類……證明力……證據力……要證事實……公知事實……立證責任……思料
……推測(疏明)

✓第二節 被告人訊問……………六六

……沈黙ノ自由ノ限界……自白

第三節 證人訊問……………七〇

第四節 鑑定……………八〇

第五節 通譯……………八七

第六節 檢證……………八八

第七節 書證……………九三

……證據書類……證據物タル書類

第六章 裁判……………九七

✓第一節 裁判ノ意義及ビ種類……………九七

✓第二節 裁判ノ成立……………一〇四

✓第三節 裁判ノ表示……………一一

✓第四節 裁判ノ確定……………一三

……形式的確定……(内部的確定)……(外部的確定)……實體的確定……既判力……既判事件……確定ノ
範圍

第七章 訴訟費用……………三二一

第三編 第一審手續

第一章 捜査……………三四

第一節 捜査ノ意義及ビ開始……………三四

第二節 捜査ノ實行及ビ終結……………三八

第二章 豫審……………三四

第一節 豫審ノ性質……………三四

第二節 豫審ノ開始及ビ實行……………三四三

第三節 豫審ノ終結……………三四八

第三章 公判……………三五七

第一節 公判ノ性質……………三五七

第二節 公判ノ開始及ビ準備手續……………三六〇

第三節 公判ノ開廷及ビ審理……………三六四

……………公判手續ノ更新……………辯論ノ再開
第四節 公判ノ裁判……………三八一
第五節 公判調書……………四〇三

第四編 上訴

第一章 總論……………四〇七

第二章 控訴……………四一七

第三章 上告……………四二四

第四章 抗告……………四四一

第五編 特別手續

第一章 陪審事件ノ手續……………四四九

第一節 總論……………四四九

第二節 陪審員及ビ陪審ノ構成……………四五二

第三節 公判準備……………四五四

第四節 公判手續及ビ公判ノ裁判……………四五六

第五節 上訴……………四七〇

第六節 陪審費用及ビ制裁……………四七二

第二章 大審院ノ特別權限ニ屬スル訴訟手續……………四七二

第三章 略式手續……………四七四

第四章 違警罪即決手續……………四七七

第五章 間接國稅犯則者處分手續……………四八二

第六章 少年ニ對スル刑事手續……………四八六

第六編 非常手續

第一章 再審……………四九〇

第二章 非常上告……………五〇五

第三章 刑ノ執行猶豫ノ言渡ノ取消及ビ其ノ他ノ手續……………五〇八

第七編 裁判ノ執行

第八編 私 訴

第一章 基本觀念……………五二八

第二章 通則……………五三三

第三章 第一審……………五三八

第四章 上訴……………五三四

附 錄

第一章 共通法……………五四三

第二章 刑事交渉法……………五四五

第三章 裁判上ノ國際共助……………五四九

第四章 刑事補償法……………五五三

主要参考書

一 舊刑事訴訟法ニ關スルモノ

板倉 松太郎 著 刑事訴訟法玄義 (上、下)

豊 島 直通 著 刑事訴訟法新論

富 田 山壽 著 刑事訴訟法要論 (上、下)

林 頼三郎 著 刑事訴訟法論

二 現行刑事訴訟法ニ關スルモノ

板倉松太郎、中尾芳助共著 刑事訴訟法指嚮

小野 清一郎 著 刑事訴訟法講義

同 刑事訴訟法判例研究

同 刑の執行猶豫と有罪判決の宣告猶豫及び其の他

櫻 田 忠美 著 日本刑事訴訟法論 (上、下)

小 山 松吉 著 刑事訴訟法提要 (上、中、下)

主要参考書

主要参考書

清 水 孝 藏 著	增訂刑事訴訟法理論
林 頼 三 郎 著	刑事訴訟法要義 (總則、各則)
平 井 彦 三 郎 著	刑事訴訟法要綱
平 沼 騏 一 郎 著	新刑事訴訟法要論
牧 野 英 一 著	重訂刑事訴訟法
矢 追 秀 作 著	刑事訴訟法要義
三 陪審法ニ關スルモノ	
大 場 茂 馬 著	陪審制度論
林 頼 三 郎 著	陪審法義解
溝 淵 孝 雄 著	陪審法釋義
梶 田 年 著	陪審法ノ新研究
四 刑事補償法ニ關スルモノ	
泉 二 新 熊 著	刑事補償法論

刑事訴訟法大綱

第一編 緒論

第一章 刑事訴訟法ノ意義

一 凡ソ犯罪アレバ國家ハ刑法ニ基キ犯人ニ對シテ一定ノ刑罰請求權ヲ取得ス (1)。而モ國家ガ此ノ刑罰請求權ヲ行使スルニハ一定ノ手續ヲ要ス。此ノ手續ハ廣ク之ヲ刑事手續又ハ治罪手續 (Strafprozess, procédure pénal, instruction criminelle) ト謂ヒ、既ニ刑法ヲ有スル社會ニ於テハ此ノ手續モ亦法ニ依リテ定マルヲ通例トス。即チ實體法アレバ自ラ之ニ伴テ手續法ノ備ハル所以ナリ。然レドモ刑事手續ハ

9.29



必ズシモ常ニ刑事訴訟手續ナルニアラズ。刑事訴訟手續ハ廣ク刑事手續ト稱セラルル方式中ノ一態様ニ外ナラズ。從テ廣ク刑事手續法ト稱セラルルモノニ在テモ必ズシモ其ノ凡テガ刑事訴訟法タルニアラズ。刑事訴訟法ハ右ノ特殊ノ態様タル刑事訴訟手續ヲ規定スル法ナリ。

一 刑罰請求權 (Strafungsrecht) ハ我國ノ學者ハ多ク之ヲ單ニ刑罰權又ハ科刑權ト謂フ。然レドモ國家ガ刑法ニ依リ特定ノ犯人ニ對シテ有スル具體的權利ハ正確ニ謂ヘベ刑罰請求權ナリ。即チ此ノ權利ハ刑法上ノ權利者タル國家ガ刑法上ノ義務者タル犯人ニ對シテ其ノ行フ所ノ刑罰ノ執行ニ服從スベキコトヲ請求シ得ルコトヲ以テ内容トス。世往々ニシテ刑罰請求權ヲ解シテ、裁判所ニ對シテ刑罰ノ確定ヲ請求シ得ル實體上ノ權利トナシ、該權利ガ判決後ニ於テハ刑罰執行權ニ變ズト説ク者アレドモ、刑罰請求權ハ實ハ右ノ如ク國家ト犯人トノ間ノ權利ニシテ、判決後ニ於テハ其レガ執行シ得ベキ刑罰請求權トナルニ過ギズ。

右ノ如クナルヲ以テ刑事訴訟法ノ意義ヲ明ニスルニハ、先ヅ刑事訴訟ノ意義並ニ方式ヲ明ニスルコトヲ要ス。而シテ之ガ爲メニハ沿革的ニ刑事手續ノ變遷ヲ述ズルヲ便トス。蓋シ現今廣ク行ハルル刑事訴訟ハ一ノ歴史的產物ニシテ、而モ刑事手續ハ時代ニ因リテ其ノ意義並ニ方式ヲ異ニスルガ故ニ、刑事訴訟ノ意義並

ニ方式ハ歷史上ニ於ケル他ノ刑事手續ノ其レト比較シテ初メテ其ノ特色ヲ明ニスルコトヲ得ルガ故ナリ。刑事手續ノ沿革ハ之ヲ左ノ三主義ニ依リテ分ツコトヲ得。

(一) 彈劾主義 (Akkusationsprinzip, système accusatoire)

犯罪アリタル場合ニ、主權者自ラ進デ刑事手續ヲ開始スルコトナク、一私人ノ出訴ヲ待テ初メテ其ノ活動ヲ起ス方式ヲ私的彈劾主義又ハ單ニ彈劾主義ノ制度ト謂フ。主權者ヨリ謂ヘバ全ク受動的ノ方式ナリ。而シテ斯カル方式ニ於テハ、刑事手續ノ開始及ビ遂行ノ要件トシテ、訴訟ノ原告ト相手方タル被告人ト之ヲ裁斷スル權力機關タル裁判所トガ備ハリ、三者相待テ初メテ刑事手續ノ目的ヲ達スルコトヲ得ル所謂辯論主義的構成ヲ以テ特色トス。而シテ此ノ制度ニハ歷史上被害者彈劾主義ト公衆彈劾主義トアリ。例ヘバ「ローマ」ニ在テハ、共和政時代ヨリ帝政時代ニ亘リ通常手續トシテ公衆彈劾主義ガ行ハレ、刑事手續ハ何人ヲ問ハズ一私人ノ出訴ヲ待テ開始セラレタリ。又「ゲルマン」民族ノ間ニ在テハ、古クヨリ通常手續トシテ被害者彈劾主義ガ行ハレ、刑事手續ハ被害者又

七五

ハ其ノ親族ノ出訴ヲ待テ開始セラレタリ。而シテ斯クノ如キハ何レモ固ト刑法ノ運用タル刑事手續ノ意義ヲ以テ被害者其ノ他一般私人ノ報復感情ヲ満足セシムルニ在ルモノト看タルニ因ルコト勿論ナレドモ、其レガ中世ノ初期ニ至ルマデ尙久シキニ亘テ行ハレタル所以ハ、當時ノ裁判手續ガ一般ニ民衆裁判ナリシコトモ亦其ノ一因タラズンバアラズ(二)。然レドモ斯カル方式ハ刑事手續ノ理想ヨリ謂ヘバ甚不完全ニシテ、社會秩序ノ維持ヲ全ウスル上ニ於テ大ナル不便アルハ言フ俟タズ。之ガ爲メ「ローマ」ニ於テハ夙クヨリ補充的ニ行政機關ニ依ル糺問手續及ビ官吏ノ職權訴追ニ依ル裁判手續ガ認めラレ、又「ゲルマン」民族ノ社會ニ在テモ第五世紀以後「メロヴィンゲル」朝ノ頃既ニ訴追ヲ要セザル手續ノ發生ヲ見ルニ至レリ。

二 英法系ノ諸國ニ於テハ今日尙多ク公衆彈劾主義ヲ本則トシ、職權訴追主義ヲ以テ補充的ノモノトス。而シテ所謂民衆裁判ハ此ノ公衆彈劾主義ト陪審主義ト相待テ初メテ徹底シタルモノト稱スルコトヲ得レドモ、其ノ利害得失ハ自ラ別問題ナリ。但ダ特ニ英國ニ於テ今日尙此ノ二主義ガ尊重セラルル所以ハ、一方ニ英國ノ社會ガ一般ニ保守的ニシテ傳統ヲ尙ビ、其ノ歴史的ニ有スル民衆ノ權利ヲ失フコトヲ欲セザルト、又他方ニ、英國人ガ常識ニ

富ミ且公共心強ク、之ヲシテ甚シキ弊害ヲ生ズルニ至ラシメザル十分ノ用意ヲ有スルトニ因ルモノトス。

(二) 糺問主義 (Inquisitionsprinzip, système inquisitoire)

犯罪者アリタル場合ニ、主權者ハ何人ノ出訴ヲモ待タズ、直ニ刑事手續ヲ開始スル方式ヲ糺問主義ノ制度ト謂フ。此ノ主義ハ彈劾主義ト反對ニ主權者ヨリ謂ヘバ主動的ノモノナリ。其ノ起源ハ歐洲ニ於テハ「カロリソングル」朝ノ初期「カール」大帝ノ頃ニ在リテ、其レガ通常手續トシテ行ハレタルハ「ローマ」法王「イノケント」三世(一一六一—一二一六)ノ治下ニ於ケル寺院法ニ始マル。而シテ此ノ主義ハ、當時ノ刑罰思想ガ十字軍戰役後社會事情ノ變遷ニ伴テ漸ク威嚇主義的トナリ、又寺院ノ勢力ノ強化ニ從テ應報主義的タラントシツツアリシ情勢ヨリ謂ヘバ、刑法ノ運用上彈劾主義ニ比シテ大ナル長所ヲ有スルコト言フ俟タズ。爲メニ此ノ主義ハ漸次伊太利、佛蘭西、獨逸等各地方ノ諸國諸市ノ法律ニ繼受セラレ、前世紀ニ至ルマデ英國ヲ除キ遍ク歐洲ニ行ハレタルモノナリ。

右ハ沿革上謂フ所ノ糺問主義ナリ。而シテ此ノ主義ハ第一ノ特色トシテ、右

ニモ述ブルガ如ク、治罪機關トシテハ單ニ裁判所アルニ止マルガ故ニ、其ノ手續ハ常ニ裁判所對被疑者ノ關係ニ於テ行ハル。從テ此ノ主義ノ下ニ於テハ、被疑者ハ裁判所ヨリ見レバ畢竟取調ノ目的物ニ外ナラズ。是ヲ以テ更ニ此ノ主義ノ下ニ於テハ、**第二ノ特色**トシテ、被疑者ハ裁判所ノ取調ニ對シテ常ニ眞實ヲ述ブル義務アリトセラレタルノミナラズ、又**第三ノ特色**トシテ、裁判所ハ強大ナル職權ヲ與ヘラレ、特ニ被疑者ニ對シテ其ノ陳述ノ義務ヲ履行セシムル爲メ強制力ヲ用キルコトヲモ許サレタリ。但此レ等ノ特色ハ單純ニ之ヲ職權主義ト解スベカラズ。職權主義ハ今日ノ制度ノ下ニ於テモ尙訴訟法上重要ナル根本主義ノ一ニシテ、裁判所ハ殆ド其ノ爲サント欲スル何事ヲモ爲シ得ザルコトナキモ、然モ糾問手續ニ於ケルガ如ク、被疑者ノ陳述ノ義務ヲ前提トシテ之ガ自由及ビ權利ノ制限ヲ爲スガ如キコトナシ。以上ノ如クナルヲ以テ、糾問主義ノ下ニ於テハ、被疑者ハ彈劾制度ノ下ニ於ケルガ如ク自由ニ防禦方法ヲ講ズルコトヲ得ズ。又之ヲ實際ニ徵スルモ、裁判所ガ拷問其ノ他之ニ類スル方法ヲ利用シタル爲メ弊害百出シタルコトハ、何レノ國ニ於テモ歷史上顯著ナル事實ニシテ、此

ノ點ニ於テ糾問主義ハ到底公正適切ナル裁判ヲ得ル所以ノ方式ニアラズ。是ヲ以テ第十八世紀啓蒙期以來個人主義的自由思想ノ勃興ニ伴ヒ、人格ノ尊嚴ナル觀念ガ人間一切ノ精神生活ノ基調ヲ爲スニ及ビ、刑罰思想ハ自ラ博愛主義的トナルト共ニ、糾問主義モ亦漸次頹勢ニ向フニ至レリ。

(三) 公訴主義 (Prinzip der Staatsanklage, système de l'accusation publique)

訴訟ノ方式ヲ彈劾主義ニ執リ、唯專ラ國家ノ機關ヲ以テ彈劾ノ局ニ當ラシムル方式ヲ公訴主義ノ制度ト謂フ。所謂彈劾主義ヲ私的彈劾主義ト稱スルニ對シテ公的彈劾主義トモ稱スベキモノナリ。即チ此ノ制度ニ於テハ、犯罪者アレバ則チ之ヲ彈劾ス。此ノ點ニ於テハ公訴主義ハ彈劾主義ニ似タリ。然レドモ其ノ彈劾ハ國家機關之ヲ擔當ス。此ノ點ニ於テハ公訴主義ハ糾問主義ニ似タリ。斯クノ如クナルヲ以テ、此ノ主義ノ下ニ於テハ、國家ハ犯罪アレバ何時ニテモ刑事手續ヲ開始スルコトヲ得ルヲ以テ、社會秩序ノ維持ノ方法トシテ頗ル便ナルノミナラズ、又裁判所ハ彈劾機關ヨリ獨立シテ事件ノ審判ヲ爲スヲ以テ、比較的公正適切ナル結果ヲ收ムルコトヲ得ルノ利アリ。即チ公訴主義ハ彈劾主

義及ビ糾問主義ノ二者ニ付テ各其ノ短ヲ捨テ長ヲ採リ之ヲ折衷シタルモノニ外ナラズ。而シテ以上ノ如キ方式ハ第十九世紀初葉ナポレオン法典(一八〇八年制定)ニ由リテ檢事ニ由ル公訴提起ノ制度ガ確立セラレテヨリ以來、今日ニ於テハ英法系ノ諸國ヲ除キ文明諸國概ネ之ヲ採用セザルモノナシ。我國ニ於テモ明治一三年治罪法制定以來檢事ヲ認メ、之ヲシテ公訴ヲ掌ラシム。刑事訴訟トハ今日ニ於テハ專ラ此ノ公訴主義ニ基キテ行ハルル刑事手續ヲ謂フ。

以上述べタル所ニ依リテ明ナルガ如ク、公訴主義ニ在テハ彈劾主義ニ於ケルト同ジク、其ノ**特色ハ第一ニ**彈劾者ハ訴訟ノ當事者ナルコト、從テ其ノ手續ガ辯論主義的ナルコトニ在リ。即チ公訴ノ提起ハ單ニ裁判所ニ取リテ手續開始ノ條件タルノミナラズ、公訴ノ提起者ハ更ニ訴訟ノ原告トシテ進デ其ノ訴訟ヲ遂行シ、其ノ主張ヲ維持スル爲メニ各種ノ必要ナル行爲ヲ爲サザルベカラズ。是ヲ以テ此ノ場合ニ於テハ訴訟ハ彈劾者、被彈劾者及ビ裁判所ノ三個ノ主體間ニ行ハル。換言スレバ、刑事訴訟法上ノ法律關係(訴訟關係)ハ此ノ三者間ニ成立スルモノニシテ、各個ノ訴訟手續ハ此ノ關係ヲ基礎トシテ連續的ニ展開ス。今之

ヲ我現行法ニ付テ謂ヘバ、檢事ハ先ヅ國家ノ訴追機關トシテ被告人ニ對シ事件ノ公訴ヲ他ノ國家機關タル裁判所ニ提起ス。而シテ其ノ以前ニ在テハ事件ハ單ニ檢事ト被疑者トノ關係ニ於テ取扱ハルルニ過ギザレドモ、茲ニ於テ初メテ右ノ三者間ニ訴訟關係ヲ生ジ、事件ハ被告事件トシテ處理セラルルニ至ル。即チ當事者ハ互ニ其ノ主張ニ從テ攻撃防禦ノ方法ヲ講ジ(辯論)、裁判所ハ第三者タル立場ニ於テ雙方ノ主張ヲ聽キ且各自ノ提出シタル右ノ各方法ヲ吟味比較シ、最後ニ一定ノ斷案ヲ下シテ以テ訴訟ヲ終結スルモノトス。次ニ公訴主義ノ**第二ノ特色ハ**被告人ニ何等自己ニ不利益ナル陳述ヲ爲ス義務ナシトスルコトナリ。是レ此ノ主義ニ於テ訴訟ノ方式ヲ採レル當然ノ歸結ナリ。蓋シ苟モ其レガ訴訟ノ形式ヲ踏襲スル以上、其ノ精神ヨリ謂ヘバ、被告人ハ原告タル攻撃者ニ武器ヲ供スベキ義務アル理ナク、又原告トシテハ兎ニ角、被告人トシテハ裁判所ニ對シ進デ協力スベキ義務アル理ナクナリ(三)。

以上ハ公訴主義ノ本義ナリ。然レドモ翻テ考フレバ、刑事訴訟ニ由テ實行セラルル刑罰請求權ノ問題ハ事國家ノ公益ニ關スルノミナラズ、刑罰請求權ノ存

否並ニ範圍ニ關スル終局ノ判斷ハ常ニ裁判所ノ專權ニ屬ス。從テ公訴ニ關シテハ別ニ原告トシテ之ヲ行フ國家機關アリトスルモ、裁判所モ亦國家機關タル以上ハ、之ヲシテ終始第三者トシテ受動的態度ノミヲ執ラシムルハ適當ニアラズ。加之、何レノ國ノ訴訟法ニ於テモ、原告タル檢事ハ特別ノ場合ノ外證據ノ集取ニ關シテ強制力ヲ有セザルヲ原則トシ、必要アル場合ニハ裁判所之ヲ行フ。從テ此ノ點ヨリ謂フモ、前記ノ公訴主義ノ本義ハ絶對的ニ之ヲ徹底セシムルコト不可能ナルヲ免レズ。是ヲ以テ今日ノ訴訟法ノ下ニ於テハ、裁判所ハ事件ガ裁判所ニ繫屬シタル以上ハ、職權ヲ以テ進デ必要ナル手續ヲ行ヒ得ルコトヲ以テ原則トス。而シテ此ノ職權主義ノ作用ハ事實上豫審又ハ類似ノ手續ニ於テ特ニ顯著ニシテ、裁判官ハ此ノ場合ニ於テハ極メテ廣汎ナル範圍ニ亘テ自由ナル活動ヲ爲スコトヲ得。從テ學者尙時ニ今日ノ制度ヲ以テ裁判所ト被告人トノ對立ノ關係ヲ基礎トスルモノト爲シ、檢事ヲ以テ裁判官ノ補助者ナリト説ク者アリ(例 Kohler)。然レドモ何レニスルモ **刑事訴訟ニ於テ爭ハルル目的物**ガ國家ノ刑罰請求權ナル以上、職權主義ノ重用ハ理論上並ニ事實上多少ノ程度ニ於

テ避クベカラザル所ニシテ、問題ハ唯法律上並ニ運用上之ヲ加味スル程度如何ニ在リ。而シテ今日ノ公訴主義ガ一方ニ實質上職權主義ニ由テ著シク歪曲セラレツツアルコトハ事實ナリトスルモ、又他方ニ主トシテ攻撃ノ地位ニ立ツ檢事アルニ因テ、裁判官ガ事件ノ審判ニ臨ミ心理的ニ自ラ中正ノ態度ヲ保持シ易キ事情ニ在ルコトモ亦疑ヲ容レズ。是レ公訴主義ノ形式的長所トモ謂フベキ點ナリ。而シテ之ニ對シテ公訴主義ノ實質的長所トモ謂フベキ點ハ實ニ前ニ述ベタル被告人ニ陳述ノ義務ナシトスル原則ナリ。蓋シ從來ノ糾問主義ノ短所ハ裁判所對被疑者ノ形式ニ在ルヨリハ、寧ロ被告人ニ陳述ノ義務アリトスル實質ニ存シ、百弊一トシテ源ヲ之ニ發セザルモノナシ。是ヲ以テ今日形式的ニ公訴主義ガ行ハルルニ至リテモ、局ニ當ル者ニシテ尙此ノ點ノ理解ヲ缺クコトアラシカ、裁判ハ到底公正適切ナルコトヲ得ザルベキナリ。我現行法ハ其ノ第一三四條以下被告人訊問ノ章ニ於テ特ニ此ノ趣旨ヲ明瞭ニシタリ。

三 一私人ガ國家ニ對シ眞實ヲ述ブル義務アリヤ否ヤハ法律上一般ノ問題トシテ之ヲ肯定スルハ確ニ理由アリ。例ヘバ證人ノ證言義務ニ於ケル、又ハ申告義務者ノ申告義務ニ於

ケル場合ノ如シ。然レドモ公訴主義ノ手續ニ於テ、檢事ヲ以テ被告人ト對等ナルベキ訴訟ノ當事者ト見ル以上ハ、其レガ縱ヘ國家機關ナリトスルモ、被告人ハ之ニ對シテ攻撃ノ武器ヲ供スルガ如キ其ノ欲セザル陳述ノ義務ヲ課セラルベキ理由ナク、又裁判所ニ對シテモ原告トシテハ兇ニ角、被告人トシテハ顯モスレバ自己ニ不利ナル裁判ニ付キ其ノ欲セザル陳述ニ由リテ一定ノ協力ヲ爲スベキ義務アリト爲スベキニアラス。要スルニ被告人ニ陳述ノ義務ナシトスル見解ノ法律上ノ根據ハ國家ガ從來ノ糾問主義ノ形式ヨリ一轉シテ公訴主義ヲ認メタルコトニ在リト謂フベシ。

右ニ述ベタル所ハ刑事手續又ハ治罪手續ノ沿革ニシテ、同時ニ之ヲ規定スル刑事手續法ノ沿革ナリ。即チ之ニ依レバ刑事手續ハ古ヘヨリ行ハレタレドモ、現代的刑事訴訟ノ出現ハ比較的新シキ事實ナルガ如ク、刑事手續法モ亦古ヘヨリ存シタルニ拘ラズ、現代的刑事訴訟法ノ發達ハ又比較的近世ノ事ニ屬ス。

二 以上述ベタル所ニ依リテ明ナルガ如ク、刑事訴訟トハ公訴主義ニ從テ行ハルル刑事手續ヲ謂ヒ、裁判所ガ原告官タル他ノ國家機關ノ訴追ヲ待チ、當事者即チ原告官ト被告人トノ雙方ノ主張ヲ聽キ、之ニ基キテ裁斷ヲ下ス方式ニ外ナラス。而シテ此ノ方式ヲ規定シタルモノ即チ刑事訴訟法ナリ。故ニ實質的ニ刑事訴訟法



ト謂フトキハ、其ノ規定スル事項ハ當然右ノ固有ノ方式ノ範圍ヲ出デザルモノナルト同時ニ、又其ノ事項ガ右ノ固有ノ方式ノ範圍ニ屬スル限り凡テ刑事訴訟法タリ。此ノ意義ニ於ケル刑事訴訟法ヲ實質的刑事訴訟法ト謂フ。故ニ方式以外ニ於ケル訴訟主體ノ組織、權限、資格、能力等ニ關スル規定ハ實質的刑事訴訟法ニアラズ。又方式ニ關スル規定ニテモ右ノ固有ノ方式以外ノ手續即チ公訴提起前(又ハ其ノ後)ノ原告官ノ搜查手續並ニ裁判確定後ノ執行手續ニ關スルモノ亦同シ。此ノ實質的刑事訴訟法ニ對シテハ別ニ形式的刑事訴訟法ト稱スルモノアリ。法律上特ニ刑事訴訟法ナル名稱ヲ附シタル法典(大正一一年法律第七五號)ヲ謂フ。而シテ此ノ中ニハ右ノ實質的刑事訴訟法の規定ハ概ネ之ヲ包含スレドモ、尙他ノ法律ニ讓リタルモノモ亦コレアリ(例、少年法、陪審法)。然レドモ形式的刑事訴訟法ハ又他方ニ實質的刑事訴訟法の規定以外ノ多數ノ規定ヲ含ム。是レ事項ノ性質上彼此不可分ノ關係ニ在ルカ、又ハ其ノ他ノ立法上ノ便宜ニ出ヅ(例、搜查、裁判ノ執行、附帶私訴等ニ關スル規定)。

斯クノ如ク刑事訴訟法ハ其ノ意義ヲ實質的ニ解スルト形式的ニ解スルトニ因

リテ著シク其ノ範圍ヲ異ニスレドモ、普通ニ刑事訴訟法ト稱スルトキハ専ラ形式的意義ニ於ケルモノヲ謂ヒ、此ノ形式的刑事訴訟法ト之ニ漏レタル其ノ餘ノ實質的刑事訴訟法の規定トヲ併セ(尙場合ニ因リ)裁判所並ニ検事局ノ組織權限ヲ規定スル裁判所構成法ヲ加ヘタルモノ即チ廣義ノ刑事訴訟法ナリ。本書ニ於テ論ズル所モ略ボ此ノ廣義ノ刑事訴訟法ニ該ル。

第二章 刑事訴訟法ノ種類

一 刑事訴訟法ニモ一般法(普通法)ト特別法トノ區別アリ。此ノ區別ハ本來二個ノ法規間ノ相對的關係ニ基ク理論上ノモノニシテ、例ヘバ刑事訴訟法典ノ規定ヲ一般法トスレバ、少年法並ニ陪審法ノ規定ハ之ニ對シテ特別刑事訴訟法タリ。又前記同一法典中ニ於テモ、略式手續ニ關スル規定ハ正式手續ニ關スル規定ニ對シテ同様ノ關係ニアルモノナリ。然レドモ刑事訴訟法ニ關シテ特ニ普通刑事訴訟法又ハ特別刑事訴訟法ト謂フトキハ通例之ト異リタル左ノ如キ意義ヲ有ス。

(一) 普通刑事訴訟法ナル語ハ形式的刑事訴訟法即チ刑事訴訟法典其ノ者ヲ意

味ス。是レ此ノ法典ノ規定ガ他ノ法令ノ規定ニ對シ理論上最モ一般的ナル地位ニ在リテ、法律上又ハ事實上ノ特別ノ障礙ナキ限リ、原則トシテ如何ナル司法裁判所ノ如何ナル刑事事件ニモ適用アルガ故ナリ。從テ普通刑事訴訟法ガ現ニ見ルガ如ク臺灣ニ行ハルルガ如キハ固ヨリ妨ナシ。

(二) 特別刑事訴訟法ナル語ハ更ニ二様ノ意義ヲ有ス。即チ後ニモ裁判所ノ種類ニ關シテ述ブベキガ如ク、司法裁判所ニハ通常裁判所(區裁判所、地方裁判所、控訴院、大審院)ト廣義ノ特別裁判所(人的特別裁判所即チ陸海軍軍法會議及ビ土地の特別裁判所即チ外地等ニ於ケル司法裁判所)トノ二種アリ。從テ特別刑事訴訟法ナル語ハ、時ニ(イ)通常裁判所ニ關スル限リニ於テ、前章ノ廣義ノ刑事訴訟法中前號ノ普通刑事訴訟法ヲ除ク以外ノモノ(例、陪審法)ヲ意味シ、時ニ(ロ)之ト特別裁判所ニノミ適用セラルベキ刑事訴訟法トヲ併セタルモノヲ意味ス。

二 普通刑事訴訟法ト特別刑事訴訟法トノ意義ハ右ノ如シ。而シテ本書ニ於テハ専ラ通常裁判所ニ付テ前章ニ述ベタル廣義ノ刑事訴訟法及ビ多少之ト關連アル法令ヲ論ゼントスルモノナレドモ、若シ更ニ最廣義ニ於テ刑事訴訟法ト謂フト

キハ、右ニ述ベタル特別裁判所ニ關スル法令モ亦包含セララルルニ至ルベシ。

第三章 刑事訴訟法ノ淵源

一 我國ニ於テ近代的刑事手續法典ノ制定セラレタルハ明治一三年公布ニ係ル治罪法ヲ以テ嚆矢トス。此ノ法律ハ舊刑法ト共ニ明治一五年一月一日ヨリ施行セラル。次デ明治二三年ニ至リ舊刑事訴訟法ノ制定アリ。此ノ法律ハ裁判所構成法ト共ニ同年一月一日ヨリ施行セラル。其ノ後大正一一年ニ至リ更ニ刑事訴訟法ノ改正公布アリ。現行普通刑事訴訟法即チ是レニシテ、大正一三年一月一日ヨリ施行セラル。其ノ範圍ハ今日ニ於テハ内地、樺太及ビ臺灣ニ限ラル。

二 最廣義ニ於テ、刑事訴訟法ノ淵源タル現行諸法令中主ナルモノ左ノ如シ。

- (一) 普通刑事訴訟法並ニ之ニ關連スルモノ
- 一 裁判所構成法(明治二三年法律第六號)。
- 二 臺灣總督府法院條例(明治三一年律令第一六號)。
- 三 刑事訴訟法(大正一一年法律第七五號)。

- 四 陪審法(大正一二年法律第五〇號)。
- 五 少年法(大正一一年法律第四二號)。
- 六 違警罪即決例(明治一八年太政官布告第三一號)。
- 七 間接國稅犯則者處分法(明治三三年法律第六七號)。
- 八 關稅法(明治三二年法律第六一號)。
- (二) 特別刑事訴訟法並ニ之ニ關連スルモノ
- 一 陸軍軍法會議法(大正一〇年法律第八五號)。
- 二 海軍軍法會議法(大正一〇年法律第九一號)。
- 三 領事官ノ職務ニ關スル法律(明治三二年法律第七〇號)。滿洲ニ於ケル領事裁判ニ關スル法律(明治四一年法律第五二號)。間島ニ於ケル領事裁判ニ關ル法律(明治四四年法律第五一號)。
- 四 朝鮮總督府裁判所令(明治四二年勅令第二三六號)。
- 五 朝鮮刑事令(明治四五年制令第一一號)。
- 六 關東州裁判令(明治四一年勅令第二一二號)。

- 七 關東州裁判事務取扱令(明治四一年勅令第二一三號)。
- 八 南洋群島裁判令(大年一一年勅令第一三三號)。
- 九 南洋群島裁判事務取扱令(大正一二年勅令第二六號)。
- (三) 普通刑事訴訟法並ニ特別刑事訴訟法ニ關連スルモノ
一 共通法(大正七年法律第三九號)。
- 二 司法事務共助法(明治四四年法律第五二號)。
- 三 刑事交渉法(大正一〇年法律第九二號)。

第四章 刑事訴訟法ノ效力

一 事物の效力

刑事訴訟法ノ事物の效力ノ範圍ハ通常裁判所ヲ中心トシテ行ハルル刑事事件ノ處理手續トス。之ヲ分説スレバ左ノ如シ

- (一) 刑事訴訟法ハ刑事事件ノ處理手續ニ適用アリ。

刑事事件ハ狹義ニ於テハ裁判所ニ緊屬中ノ刑事被告事件ノ義ナレドモ、茲ニ

ハ廣義ニ於テ國家ノ刑罰請求權ノ存否ヲ確定スル爲メ又ハ之ヲ行使スル爲メニ行ハルル大部分ノ事務ヲ謂フ。而シテ刑事訴訟法ハ此ノ刑事事件ノ處理手續ニ適用アルモノニシテ、其ノ他ノ事件ニ對シテハ、民事訴訟法(民事事件)、行政裁判法(行政裁判事件)、非訟事件手續法(過料事件)、文官懲戒令、判事懲戒法其ノ他懲戒ニ關スル法令(懲戒事件)、行政執行法(執行罰事件)等ノ適用アリ。

- (二) 刑事訴訟法ハ通常裁判所ヲ中心トシテ行ハルル刑事事件ノ處理手續ニ適用アリ。

茲ニ通常裁判所ト謂フハ廣義ニシテ、裁判所構成法ニ依ル四種ノ裁判所ノ外、尙或土地の特別裁判所(例、臺灣總督府法院)ヲ含ム。蓋シ土地の特別裁判所ハ人的特別裁判所(陸海軍軍法會議)ニ對シテハ觀念上通常裁判所ノ地位ニアレバナリ。而シテ刑事訴訟法ハ此ノ通常裁判所ガ刑事事件ヲ處理スベキ場合ニ適用アルモノニシテ、人的特別裁判所及ビ行政官廳ノ刑事手續ニ適用ナシ。

今便宜上刑事手續ヲ行フ特別裁判所及ビ行政官廳ヲ舉グレバ左ノ如シ。

- 一 土地の特別裁判所トシテ、朝鮮總督府裁判所、臺灣總督府法院、關東廳法院、南

一 洋應法院及ビ領事裁判所アリ。此ノ中臺灣總督府法院ノ手續ニ付テハ刑事訴訟法ノ適用アリ。

二 人的特別裁判所トシテ、陸海軍軍法會議アリ。

三 行政官廳トシテ、内地ニハ警察官廳及ビ稅務官廳アリ。外地ニハ警察官廳ノ外郡守、支廳長、支署長アリ。尙陸海軍ニ在テハ憲兵部アリ。

二 時間的效力

刑事訴訟法ノ效力ノ發生期(施行期)ハ、普通刑事訴訟法ニ付テ謂ヘバ、特ニ勅令ヲ以テ之ヲ定ムベキモノトス(訴、六一四)。而シテ之ガ爲メニ大正一二年勅令第二一五號ハ大正一三年一月一日ヨリ之ヲ施行スベキコトヲ定メ、同法ハ現ニ效力ヲ有ス。

刑事訴訟法ノ時間的效力ヲ論ズルニ當リテ先ヅ注意セザルベカラザルハ、刑事訴訟法ハ事件(問題)ニ關スル手續ニ適用セラルルモノニシテ、犯罪ニ適用セラルルモノニアラザルコト是レナリ。而シテ犯罪ハ過去ニ於テ行ハルルモ、犯罪アリタルヤ否ヤノ事件(問題)ヲ解決スル爲メノ手續ハ常ニ現在ニ行ハルルモノナルガ故ニ、犯罪時ト手續時トニ於テ訴訟法ノ規定ヲ異ニスル場合ニモ、現ニ行ハルル各個

ノ手續ニ付テハ當然其ノ手續ヲ爲ス際ニ於ケル規定ヲ適用セザルベカラザルナリ。現行法第六一六條第一項ニ「本法ハ本法施行前ニ生シタル事件ニ亦之ヲ適用ス」トアルハ此ノ趣旨ヲ明ニシタルモノニ外ナラズ。

次ニ刑事訴訟法ノ時間的效力ニ關シテハ、手續開始後刑事訴訟法ノ變更アリタル場合ニ於テ、既ニ舊法下ニ於テ行ハレタル手續ノ效力ハ新法ニ因リテ影響ヲ受クルコトナキヤノ問題アリ。此ノ點ニ關シテハ、從來法律學上一般ニ新法不遑及ノ原則ナルモノヲ認メ、舊法下ノ事實ハ凡テ舊法ニ依テ其ノ效力ヲ定ムベシトスルヲ通説トス。然レドモ予ハ反對ニ理論上、原則トシテハ凡テ新法ニ從テ其ノ效力ヲ定ムベキモノト解ス。蓋シ舊法下ノ事實ハ一應舊法ニ依テ其ノ效力ノ定マラルモノナルコトハ勿論ナレドモ、其ノ一旦發生シタル效力ハ又法律ノ力ニ依テ維持セラルルモノニシテ、法ヲ離レテ存在スルモノニアラザルガ故ニ、一朝之ヲ維持スル法ノ内容ニ變更アラシカ、其ノ效力ハ當然之ニ由テ影響ヲ受クベケレバナリ。從テ斯カル見地ニ於テハ、先ヅ舊法下ノ手續ニシテ新法ニ照ラシ無効ナルモノハ之ヲ無効トシ、次デ新法ニ照ラシ有效ナルモ其ノ效力ノ範圍ニ變更アルモノハ凡

テ之ヲ新法ニ從テ改定セザルベカラズ。(一)然レドモ前ノ場合ニ付テハ、之ヲ他面ヨリ觀察スレバ、一旦舊法ニ從テ有效タリシモノガ全然無効トナリ、其レガ爲メ、或ハ訴訟手續ヲ新法ニ依テ初ヨリ更新セシメ、或ハ新法ニ之ニ相當スル規定ナキ爲メ無効ナル舊手續ニ對シ何等ノ結末ヲ附セズシテ之ヲ放任セシムルガ如キハ政策上當ヲ得タルモノニアラズ。從テ現行法ハ(イ)前記第六一六條第一項ノ規定ヲ承ケ、其ノ第二項ニ於テ前項ノ規定ハ本法施行前舊法ニ依リ爲シタル訴訟手續ノ效力ヲ妨ケス^ト規定シ、以テ一般的ニ尙之ヲ有效ト爲シ(例、舊法下ニ爲サレタル親告罪ノ告訴ニシテ現行法ニ依レバ告訴期間經過後ノモノ、又(ロ)斯クシテ有效トセラレタルニ拘ラズ、舊法下ノ手續ニシテ新法中引續キ之ニ適用スベキ規定ナキモノニ付テハ、其ノ結末ヲ附スル必要アル限り、經過の規定ヲ設ケテ各適當ニ之ヲ處理セリ(例、關席判決)。次ニ(二)後ノ場合ニ付テハ現行法ハ全ク理論通りノ規定ヲ設ク。即チ同條第三項ニ、本法施行前舊法ニ依リ爲シタル訴訟手續ニシテ本法ニ之ニ相當スル規定アルモノハ之ヲ本法ニ依リ爲シタルモノト看做ス^トアルモノ是レナリ(例、舊法下ニ於テ發セラレタル勾留狀ノ效力)。但此ノ規定ハ、右ニ述ベタル

ガ如キ、新法ニ照ラシ理論上無効ナルベキ舊法下ノ行爲ニシテ同條第二項ニ依リ有效トセラレタルモノニ付テモ亦適用アルモノナルコト言フ俟タズ。

三 土地の效力

普通刑事訴訟法ハ法律上又ハ事實上特別ノ事情ナキ限り帝國ノ全版圖ニ亘リテ施行セラルベキモノニシテ、其ノ效力ニ關スル原則ハ屬地主義ナリ。但ダ朝鮮ニハ法律上特別ノ事情(朝鮮ニ施行スベキ法令ニ關スル法律、四)ニ因リテ今尙施行セラルニ至ラズ。而シテ朝鮮、關東州、南洋群島並ニ領事裁判管轄區域ニハ夫々特別刑事訴訟法アリテ、其ノ多クハ刑事訴訟法ニ依ルコトヲ規定シ、其ノ内容普通刑事訴訟法ト同一ナルモ、是レ固ヨリ普通刑事訴訟法其ノ者ガ施行セラルルモノニアラズ。刑事訴訟法ノ效力ハ屬地主義ナル結果トシテ、其ノ施行區域内ニ於テハ、被告人其ノ他ノ者ノ国籍ノ如何ヲ問ハズ、又犯罪地ガ國內ナルト國外ナルトニ拘ラズ通常裁判所ニ於ケル一切ノ事件ノ手續ニ適用アリ。又從テ特別裁判所又ハ外國裁判所ヨリ共助ノ囑託アリタル場合ニモ、受託裁判所ハ囑託裁判所ニ於ケル手續法ノ如何ニ拘ラズ、專ラ普通刑事訴訟法ノ規定ニ從テ其ノ手續ヲ行フベキモノトス。

四 人的效力

刑事訴訟法ハ其ノ屬地的效力ノ範圍内ニ於テハ何人ニ對シテモ適用アリ。

(一) 左ニ掲グル者ニ對シテハ例外トシテ全部適用ナシ。

一 天皇

二 外國ノ君主、大統領(刑、九〇Ⅰ但參照)、各種ノ使節(刑、九一Ⅰ但參照)、其ノ隨員、此レ等ノ者ノ家族及ビ帝國ノ臣民ニアラザル雇員、從者

三 條約上特ニ治外法權ヲ認メラレタル外國領事

四 帝國ノ承諾ヲ得テ國內ニ在ル外國軍隊又ハ軍艦内ニ現在スル者

(二) 左ニ掲グル者ニ對シテハ例外トシテ一部適用ナシ。

一 攝政ハ其ノ任ニ在ル間刑事ノ訴追ヲ受クルコトナシ(攝政令、四)。

二 皇族ハ勅許ヲ受クルニアラザレバ之ヲ勾引シ又ハ裁判所ニ召喚スルコトヲ得ズ(皇室典範、五一)

三 帝國議會ノ議員ハ現行犯罪又ハ内亂外患ニ關スル罪ヲ除ク外會期中其ノ院ノ許諾ナクシテ逮捕セラルルコトナシ(憲、五三)。

四 陸海軍ノ軍人ハ陸海軍軍法會議法ノ適用ニ服スル限リニ於テ普通刑事訴訟法ノ適用ヲ受クルコトナシ。從テ例ヘバ證人トシテハ普通刑事訴訟法ノ適用ヲ受ク。

第五章 刑事訴訟法ノ根本主義

第一節 刑事訴訟法ノ特質

一 刑事訴訟法ヲ正當ニ理解シ且批判スルニハ、先ヅ其ノ全體又ハ大體ヲ支配スル根本主義ヲ明ニスルコトヲ要ス。而シテ此ノ根本主義ヲ明ニスルニハ又先ヅ刑事訴訟法ノ特質ヲ知ラザルベカラズ、蓋シ刑事訴訟法ノ根本主義ハ寧ロ其ノ特質ニ由來スルモノナルガ故ナリ。

刑事訴訟法ノ特質ハ之ヲ二段ニ分テ考フルコトヲ得。其ノ第一段ハ汎ク刑事手續ノ法トシテノ刑事訴訟法ノ特質ナリ。第二段ハ刑事手續ノ特殊方式タル刑事訴訟ニ關スル法トシテノ刑事訴訟法ノ特質ナリ。但此レ等ノ特質ハ實質的ニハ共ニ刑事訴訟法ノ内容ヲ爲ス刑事手續又ハ刑事訴訟手續ノ特質ニ外ナラズ。

左ニ其ノ大要ヲ述ブベシ。

二 先ヅ刑事訴訟法ハ刑事手續ノ法トシテハ刑法ニ對スル補助法ナリ。

抑モ刑法ハ刑罰請求權ノ發生ノ條件(犯罪)ト其ノ效果(刑罰)トヲ規定スルモノナリ。然レドモ刑罰請求權ノ存否ト其ノ範圍トヲ確定スル爲メニハ、別ニ之ガ手續ヲ要ス。此ノ手續ハ所謂刑事手續ニシテ、之ヲ規定スル法ハ即チ刑事手續法ナリ。從テ刑事手續法トシテノ刑事訴訟法ハ刑法ノ運用ヲ全カラシムル爲メノ補助法ニ外ナラズ。

右ノ如クナルヲ以テ、刑事訴訟法ハ刑法上ノ刑罰請求權以外ノ請求ニハ關係ナキヲ本來トス。即チ別ニ民事上ノ請求ニ關スル手續法トシテハ民事訴訟法、行政事件ニ關スル手續法トシテハ行政裁判法、特許審判事件ニ關スル手續法トシテハ特許法等ノ存スル所以ナリ。但現行刑事訴訟法ハ便宜ニ從ヒ公訴ニ附帶スル私訴ノ手續ヲ規定ス。

刑事訴訟法ガ刑法ノ補助法ナル結果トシテ、之ヨリ左ノ觀念ヲ生ズ。即チ手續ハ畢竟手段ナルガ故ニ、手續法ノ違背其ノ者ハ必ズシモ常ニ之ヲ重視スルニ足ラズ、其ノ重視スベキハ、手續法ノ違背ガ其ノ目的タル實體ノ過誤ヲ惹起スル虞アル場合ニ限ル。從テ刑事訴訟法ノ規定中ニハ初ヨリ訓示的ナルモノアリ。又其ノ絶對的ナルモノニ在テモ、裁判確定後ニ於テハ、其ノ違背ガ同時ニ實體的意義ヲ有スル場合ノ外裁判ノ結果ヲ搖カスコトナシ(訴、五二一)。

三 次ニ刑事訴訟法ハ刑事手續ノ特殊方式タル刑事訴訟ニ關スル手續ヲ規定スル法ナリ。

抑モ刑事手續ハ既ニ述ベタルガ如ク常ニ刑事訴訟タルニアラズ。現代ニ於ケル刑事訴訟ハ公訴、即チ當事者タル國家ノ訴追機關ト被告人トノ間ノ爭訟ヲ他ノ國家機關タル裁判所ガ裁斷スル方式ニ於テ行ハルル手續ニシテ、斯カル手續ヲ規定スル法ノミ刑事訴訟法タルナリ。

刑事訴訟法ガ刑事訴訟ノ法タル結果トシテ又之ヨリ左ノ觀念ヲ生ズ。即チ刑事訴訟ハ裁判所、訴追機關及ビ被告人ナル三個ノ訴訟主體間ノ手續ナルガ故ニ、嚴格ニ刑事訴訟法ト謂フトキニハ、右ノ如キ訴訟關係ヲ基底トシテ行ハルル手續ノミニ關スル法ヲ意味シ、該關係成立前ノ搜查手續及ビ該關係解消後ノ執行手續ニ

關スル法ハ之ヲ含ムコトナシ。從テ所謂刑事訴訟法ノ根本主義モ畢竟該關係ノミニ於ケル手續ノ指導原理タルニ止マル。

第二節 刑事訴訟法ノ根本主義

一 刑事訴訟法ノ根本主義ハ刑事訴訟ノ特質ニ由來スルモノナルコトハ右ニ述ベタルガ如シ。而シテ此ノ根本主義ハ之ヲ其ノ性質ニ從テ類別スレバ、訴訟ノ目的物タル刑罰請求權ノ運用ノ方針ニ由來スルモノ(例、三、四)、刑事手續一般トシテノ觀察ニ由來スルモノ(例、五乃至一三)、訴訟ノ方式其ノ者ノ特質ニ由來スルモノ(例、二、一四)ノ三アリ。而モ此ノ三者ハ各其ノ由來ヲ異ニスル結果トシテ、場合ニ因リ多少相控制スルコトナキニアラズ。加之、刑事訴訟ガ一ノ實際的ナル制度トシテ適當ニ其ノ效果ヲ收メントスルニ當リテハ、其ノ事實上ノ條件ヲ成ス各般ノ事情ガ併セ考慮セラルルコトモ亦已ムヲ得ザル結果ナルガ故ニ、所謂根本主義モ之ガ爲メニ法律上往々ニシテ其ノ徹底ヲ制限セラルルコトアリ。重ナルモノヲ説明スルコト左ノ如シ。

二 公訴主義(附、不告不理ノ原則)

公訴主義ノ如何ナルモノナルカハ第一章ニ於テ既ニ之ヲ述ベタリ。即チ此ノ主義ニ於テハ、私的彈劾主義ト異リ、國家ノ彈劾機關タル檢事ガ公訴權ヲ獨占シ、公訴提起後ニ於テハ當事者タル原告官トシテ被告人ニ對スル其ノ訴訟ヲ維持スル爲メ之ト共ニ裁判所ノ前ニ其ノ主張ヲ相争ヒ、裁判所ハ雙方ノ陳述ヲ聽キテ審理裁判ヲ爲スヲ以テ方式トス(訴、二七八)。從テ此ノ主義ニ從ヘバ、檢事ガ公訴ヲ提起セザル限り、裁判所ハ如何ナル事件ニ付テモ審判ヲ爲スコトヲ得ズ。斯カル關係ヲ特ニ不告不理(Nemo iudex sine actore)ノ原則ト謂フ(1)。

一 不告不理ノ原則ハ現行法ニ在テハ第二八〇條ニ之ヲ明ニス。又現行法ハ此ノ主義ニ依ル結果トシテ現行犯ノ豫審、附帶犯並ニ證人又ハ鑑定人ノ豫審送致ニ關スル舊法(一四三、一八四、一九五)ノ如キ規定ヲ設ケズ。但ダ今日尙舊法ノ例ハ爲スモノハ違審罪即決處分ニ對シ正式裁判ノ申立アリタル場合ナリトス。現行法第一五三條第一六九條及ビ第二九七條ノ場合ハ例外ニアラズ。蓋シ此ノ場合ニモ裁判ヲ爲スニハ檢事ノ起訴ヲ要スレバナリ。尙不告不理ノ問題ニ付テハ公訴ノ範圍ノ問題ヲ併セ考フルコトヲ要ス。

三 便宜主義 Opportunitätsprinzip (附、合法主義 Legalitätsprinzip)

公訴主義ノ方式ニ於テ先ヅ問題トナルモノハ、檢事ハ犯罪アレハ必ズ之ヲ起訴スルコトヲ要スルヤ否ヤノ點ナリ。之ヲ要ストスルモノヲ合法主義ト謂フ。此ノ主義ノ長所ハ主トシテ檢事ノ起訴不起訴ガ特ニ政府者ノ利害ニ由テ左右セラレルガ如キコトナク、能ク中正ヲ維持シ得ル點ニ在リ。然レドモ此ノ主義ハ又同時ニ純粹ニ刑事政策的ニ見テ處罰ノ必要ナキ事件ヲモ尙訴追セザルヲ得ザル短所アリ。此ノ主義ニ對シテ起訴不起訴ハ各場合ノ必要ノ有無ニ從フベシトスルモノヲ便宜主義ト謂フ。而シテ此ノ主義ノ利害ハ恰モ合法主義ノ正反對ヲ成ス。斯クノ如ク此ノ二主義ハ共ニ一利一害ヲ免レザルモ、社會發達ノ現階段ニ於テハ一般ニハ寧ロ便宜主義ヲ以テ優レリトスベシ。蓋シ今日ノ文化國ノ社會ニ於テハ、一般ニ民衆ノ政治思想著シク發達シ、其ノ批判ノ前ニハ如何ナル政黨政派モ或程度マデ反省ヲ餘儀ナクセラレル状態ナルガ故ニ、便宜主義ノ弊害ハ多少之レアリトスルモ敢テ甚シキニ至ラザルベシト雖モ、反對ニ刑事政策ヨリ見タル合法主義ノ弊害ニ至リテハ無用ニ民衆ノ權益ヲ脅スモノニシテ、到底度外視スルヲ許サザルガ故ナリ。是ヲ以テ現今ニ於テハ各國何レモ明文ノ有無ニ拘ラズ多少ノ程

度ニ於テ便宜主義ヲ實行セザルモノナシ。我現行法モ亦此ノ主義ニ則ル（訴、二七九）。而モ便宜主義ハ檢事ガ理由ナク恣ニ起訴不起訴ヲ決スルコトヲ許スモノニアラズ。其ノ何レニ決スルモ檢事ハ專ラ刑事政策的見地ヨリシテ社會公共ノ利害ニ照ラシテ判断セザルベカラザルモノトス。

四 變更主義 Mutabilitätsprinzip (附 不變更主義)

檢事ガ一旦公訴ヲ提起シタル後之ガ取消ヲ許ス主義ヲ變更主義ト謂ヒ、之ニ反スルモノヲ不變更主義ト謂フ。起訴ニ關シテ合法主義ヲ採ル場合ニハ之ト表裏スベキモノハ不變更主義ナリ。蓋シ合法主義ノ下ニ於テ尙檢事ノ取消ヲ許スベシトセバ、其ノ理由ハ必ズヤ無罪又ハ之ニ類スル場合ナラザルベカラズ。然レドモ斯カル理由ノ存スル場合ニハ、寧ロ當該ノ機關タル裁判所ヲシテ其ノ理由ニ從テ裁判ヲ爲サシムルヲ適當トス。之ニ反シテ、起訴ニ關シテ便宜主義ニ從フ場合ニハ之ニ伴フモノハ變更主義ナリ。蓋シ便宜主義ノ下ニ於テ檢事ガ事件ヲ不起訴處分ニ付スルニ付テハ其ノ理由ハ刑事政策上制限ナキモ、裁判所ガ裁判ヲ爲スニ當リテハ、單ニ法律ニ許サレタル場合ニ於テノミ刑ノ免除並ニ執行猶豫ヲ爲シ

得ルニ過ギザルガ故ニ、起訴後情況ノ變化アリタル場合ニハ、檢事ノ取消ヲ許スニアラザレバ、檢事モ裁判所モ共ニ處罰ノ必要ナキコトヲ認ムルニ拘ラズ、裁判所ハ法律上尙刑ノ言渡ヲ爲サザルベカラザル場合アルベシ。斯クノ如クナルヲ以テ、我現行法ハ第二九二條第一項ニ公訴ノ取消ニ關シ、第三八二條ニ檢事ノ爲ス上訴ノ拋棄及ビ取下ニ關シ夫々規定ヲ設ケ、以テ公訴ニ關スル便宜主義ト其ノ步調ヲ一ニスルコトニ力メタリ。然レドモ此レ等ノ規定ハ、其ノ適用ノ範圍ヲ標準トシテ謂ヘバ、寧ロ不變更改主義ヲ原則トスルニ對シテ一定ノ時期ト場合トヲ限リテ例外ヲ認メタルモノト見ルヲ可トス。

公訴ニ附帶スル私訴ニ關シテハ固ヨリ不變更改主義ノ適用ナシ(訴、五七二)。
五 實體的眞實主義 *Prinzip der materiellen Wahrheit* (附形式的眞實主義)

訴訟ニ於ケル裁判所ノ任務ハ一般ニ事實ノ有無ノ判斷ヲ以テ中心トス。而シテ此ノ場合ニ、事實アリトスルニモ、事實ナシトスルニモ、其ノ判斷ハ原則トシテ眞實ニ適合スルコトヲ要ス。蓋シ如何ナル判斷モ眞實ニ適合セズンバ何等ノ價值ヲモ有セザレバナリ。然レドモ一般的ニ謂ヘバ、裁判上ノ眞實ニ二種アリ。形式

眞實及ビ實體的眞實是ナリ。前者ハ當事者ノ或主張又ハ陳述ガ眞實ニ關スル法定ノ形式ニ適合スル限リハ常ニ裁判上眞實トシテ妥當スル場合ノ眞實ニシテ、事實判斷ニ付キ此ノ程度ノ眞實ヲ以テ満足スル主義ヲ形式的眞實主義ト謂フ。今日主トシテ民事訴訟ニ關シテ行ハル所ナリ。之ニ反シ、後者ハ毫モ法律上斯卡ル形式ノ定メナク、有リノ儘ナル眞實ガ常ニ裁判上ニ於テモ亦眞實トシテ妥當スル場合ノ眞實ニシテ、事實判斷ニ付キ此ノ程度ノ眞實ヲ必要トスル主義ヲ實體的眞實主義ト謂フ。而シテ刑事訴訟法ハ主トシテ後者ノ主義ヲ採ルモノナレドモ、而モ刑事訴訟法ニ於テモ、此ノ主義ハ實體問題ニ關シテハ專ラ犯罪ノ成立及ビ被告人ニ不利ナル情狀ヲ認定スル場合ニ付テノミ適用アルモノナルコトヲ知ラザルベカラズ。即チ刑事訴訟法上此レ等ノ事項ニ關シテハ右ノ程度ノ眞實ヲ得ザル以上有罪判決ヲ爲スコトヲ得ザルモノトス。

以上述べタルガ如ク、刑事訴訟法上實體問題ニ關シテハ、犯罪ノ成立及ビ不利ナル情狀ニ關スル限リ、實體的眞實主義ヲ採ル結果トシテ、反對ニ犯罪ノ不成立及ビ不利ナル情狀ナキコト(利益ナル情狀)ノ認定ニハ敢テ此ノ主義ニ拘束セララルコ

トナク、専ラ形式的眞實ヲ得レバ足ルモノトス。是レ論理上當然ノ結果ニシテ、一方ニ犯罪ノ證明アリテ實體的眞實ヲ得タリト考ヘラルル場合ニノミ有罪判決ヲ爲スコトガ許サルル以上ハ、他方ニ犯罪ノ證明ナキ場合ニハ、當然ニ「證明ナシ」從テ犯罪ナシトイフ形式的眞實ニ基キテ、無罪判決ヲ爲スコトガ許サレザルベカラズ。加之、裁判ガ正鵠ヲ得ザルコトハ、一般ニ社會公共ノ利害休戚ニ關スルコト論ナシト雖モ、今日ノ社會正義ノ觀念ヨリ謂ヘバ、實體的眞實ヲ缺ク場合ニ尙事實ヲ認定シテ有罪ニ失スルヨリハ、寧ロ多少ノ嫌疑アルモ、證明ナシ、從テ犯罪ナシトイフ形式的眞實ヲ尊重シテ無罪ニ失シ、以テ全ク無辜ヲ罰スル虞ナキニ如カズ。此ノ點不利ナル情狀ニ付テモ亦同シ。刑事訴訟法第三三六條ニ「事實ノ認定ハ證據ニ依ル」トアル規定、又第三五八條第一項及ビ第三六二條ノ規定スル所ハ正ニ上記ノ趣旨ヲ明ニシタルモノナリ。而シテ刑事訴訟法ノ結構ハ此ノ實體的眞實主義ニ依リテ初メテ一貫シタル説明ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(三)。

以上ノ如クナルヲ以テ、實體的眞實主義ノ下ニ於テハ本則トシテ擬制及ビ推定ニ關スル規定ヲ認メザルモノナレドモ、我國ニ於テモ特別刑法上ノ犯罪ニ付テハ

種々ノ理由ニ依リテ幾多ノ例外ヲ認ム(刑法大綱緒論參照)。

- 二 實體的眞實主義ハ訴訟法ガ特ニ思料ノ程度又ハ疏明ノ程度ヲ以テ足ルトスル場合ノ外ハ、手續上ノ問題ニ關シテモ妥當スルモノナルコト言フ俟タズ。然レドモ手續上ノ事項ハ多クハ極メテ單純ニシテ、特ニ證明セラレタリヤ否ヤガ問題トナルガ如キコト殆ド稀ナリ。尙證據問題ニ於ケル要證事項ノ條ヲ參照セヨ。

六 職權主義(Offizialprinzip)

公訴主義ノ下ニ於テ、裁判所ノ活動ノ範圍ヲ定ムルニ付テハ、理論上二個ノ立場ヲ想像スルコトヲ得。即チ(一)ハ公訴主義ヲ徹底シテ裁判所ガ必要ナル手續ヲ行フニモ凡テ當事者ノ申立ヲ待ツベキモノトシ、又事實ノ認定ヲ爲スニモ當事者ノ提出若クハ申立テタル範圍内ノ證據ニ限り之ヲ利用スルコトヲ得セシメントスルモノニシテ、不干渉主義トモ稱スベキモノナリ。(二)ハ之ト反對ニ、手續ノ進行ハ凡テ之ヲ裁判所ノ職權ニ委ネ、又事實ノ認定ニ付テモ、裁判所ニ對シ自由ナル活動ヲ認メ之ニ依テ集取シタル證據ノ利用ヲモ許サントスルモノニシテ、之ヲ職權主義ト謂フ。諸國刑事訴訟法ハ皆此ノ職權主義ニ則ル。蓋シ刑事訴訟ニ於テ相爭ハルル客體(目的)ハ國家ノ刑罰請求權ニシテ、一般ニ公共ノ利害ニ關スルコト大

ナルモノナリ。從テ裁判所ガ國家ノ一機關トシテ之ガ審判ヲ爲スニ當リ、他ノ私法上ノ權利ノ審判ヲ爲ス場合ノ如ク、之ヲシテ當事者ニ對シ全然受動的的地位ニ立タシメ、之ニ對シ何等ノ積極的活動ヲモ許サザルガ如キハ、刑政ノ大局ヨリ見テ明ニ當ヲ得タルモノニアラザレバナリ。斯クノ如ク職權主義ハ公訴ノ目的ヲ達スルニ付キ一般的ニ裁判所ノ自由ナル活動ヲ認め、十分ニ其ノ機能ヲ發揮セシメントスルモノナルガ故ニ、此ノ主義ノ下ニ在テハ、裁判所ハ其ノ必要ト認めタル手續又ハ反對ニ必要ト認めザル手續ハ、一般ニ當事者ノ意思ニ反シテモ之ヲ爲シ又ハ之ヲ爲サザルコトヲ得ベク、原則トシテ當事者ノ意思ニ依テ其ノ活動ヲ拘束セラレコトナキモノトス。是レ職權主義ヲ原則トスル刑事訴訟法ガ不干涉主義處分權主義ヲ原則トスル民事訴訟法ト大ニ其ノ趣ヲ異ニスル點ナリ。職權主義ノ意義右ノ如クナルガ故ニ、其ノ作用ハ左ノ諸點ニ付テ考フルコトヲ得。

(一) 先ヅ訴訟手續ノ進行ニ付テハ、職權主義ハ裁判所ヲシテ進デ之ヲ行ハシムルモノナルガ故ニ、裁判所ガ期日ノ指定、被告人ノ召喚勾引等ヲ爲スニ當リテハ、

一々當事者ノ申立ヲ待ツコトヲ要セズ。

(二) 次デ訴訟ノ目的物ニ付テハ、職權主義ハ事件ガ裁判所ニ繫屬シタル以上、當事者ノ處分ヲ認めズ、專ラ裁判所ヲシテ當事者ノ意思如何ニ拘ラズ之ガ審判ヲ爲サシメントスルモノナルガ故ニ、假ニ當事者ニ於テ目的物ノ處分、例ヘバ公訴ノ取消ヲ爲スモ、固ヨリ裁判所ヲシテ審判ノ權利ヲ失ハシムルモノニアラズ。即チ廣義ニ於テ職權主義ト謂フトキハ前ニ述ベタル不變主義ヲ包含スルモノナリ。然レドモ此ノ點ニ付テハ我現行法ハ例外トシテ一定ノ場合ニ變更主義ノ適用ヲ認メタルコトハ前ニ述ベタリ。

(三) 更ニ證據ノ集取並ニ利用ニ付テハ、既ニ述ベタルガ如ク、刑事訴訟法上實體的眞實主義ハ專ラ有罪裁判ニ付テノ原則ニシテ、無罪ノ裁判ニ付テハ適用ナキガ故ニ、假ニ法律上事實認定ノ資料トナルベキ證據ヲ專ラ當事者ノ提出又ハ申立テタル範圍ニノミ限定シ、或ハ有罪トナルベキモノガ無罪トナリタリトスルモ、之ガ爲メニ必ズシモ所謂實體的眞實主義ニ反スルモノト謂フコトヲ得ズ。然レドモ臆テ考フレバ、以上ノ如キ證據ノ制限ハ他方ニ於テ裁判上有罪者ヲ逸

スル機會ヲ多カラシムルコトモ争ナキ所ニシテ、是レ到底刑政ノ目的ニ照ラシテ當ヲ得タルモノト謂フベカラズ。然ラバ職權主義ハ無罪ノ裁判ノ場合ニ於テモ亦實體的眞實主義ヲ可能ナラシメントスル趣旨ノモノト謂フベシ。

職權主義ノ意義ハ右ノ如キモノナルヲ以テ、此ノ主義ハ之ヲ徹底スレバ、實質的ニハ公訴主義ノ訴訟手續モ糺問主義ノ手續ト大差ナキカノ疑ナキヲ保セズ。然レドモ職權主義ガ如何ニ徹底スルモ、公訴主義ノ下ニ在テハ、不告不理ノ原則ニ由來スル重大ナル制限アル外、被告人ハ訴訟當事者トシテ自己ニ不利益ナル供述其ノ他ノ行爲ヲ爲ス義務ナク、從テ此ノ義務ヲ前提トスル一切ノ強制手段ヲ課セラサルコトモナク、爲メニ被告人ノ利益ガ適當ニ保障セラレツツアル一事ニ至テハ、到底糺問主義ニ於テ見ルコトヲ得ザル特色ナリトス。

七 自由心證主義又ハ自由評價主義) *Systeme de l'intime conviction* (Prinzip der freien Beweiswürdigung) (附、法定證據主義)

如何ナル眞實主義ノ下ニ於テモ事實ノ認定ハ何等カノ證據ニ依ラザルベカラズ。然レドモ歴史上證據ノ利用ニ關シテハ、法律ノ規定ヲ以テ證據資料ヲ一定シ、

或ハ由テ以テ裁判官ニ對シ事實ノ認定ヲ強要シ、或ハ一定ノ證據ナキ限り他ノ資料ヲ以テシテハ犯罪ヲ認定スルコトヲ許サズトスルガ如キ主義(三)ト、或資料ガ法律上之ヲ證據トスルコトヲ許サレタル限り、其ノ證據トシテノ價值通常謂フ所ノ證明力如何ノ問題ハ一般ニ之ヲ裁判官ノ自由ナル判斷ニ任ズル主義トアリ。前者ヲ法定證據主義ト謂ヒ、後者ヲ自由心證主義ト謂フ。現代的訴訟法ヲ有スル諸國ハ概ネ後者ニ依ル。我刑事訴訟法第三三七條ニ證據ノ證明力ハ判事ノ自由ナル判斷ニ任ズトアルハ即チ此ノ主義ニ從ヘルモノナリ。

思フニ法定證據主義ハ多年ノ經驗ヲ基礎トシテ考案セラレタルモノニシテ、固ヨリ一面ニ裁判官ノ過失ヲ防グニ利アリト雖モ、他面ニハ又多ク形式的眞實主義ニ陥リ易キ危険アリ。之ニ反シテ自由心證主義ハ時ニ誤判ノ危険ナシトセザレドモ、斯クノ如キ危険ハ漸次科學ノ應用ニ由リテ之ヲ防遏スルコトヲ得ルノミナラズ、既ニ刑事訴訟法ガ實體的眞實主義ヲ採ル以上ハ、形式的眞實主義ニ陥ルコトヲ避クル意味ニ於テ、之ヲ以テ根本ノ主義ト爲サザルベカラズ。要スルニ自由心證主義モ亦實體的眞實主義ヲ可能ナラシムル一條件タリ。

三 例へば獨逸普通法時代ニ於テ、二人ノ複讎市民ノ一致シタル證言ヲ以テ完全ナル證明力アルモノトシ、又一人ノ證言ハ二分ノ一ノ證明力アリトシテ拷問ヲ行フコトヲ許シタルガ如キ、又我國ニ於テ明治六年改定律例第三一八條ニ、凡ソ罪ヲ斷ズルハ口供結案ニ依ル云々トアリシヲ、明治九年改正シテ、凡ソ罪ヲ斷ズルハ證ニ依ル云々ト爲スニ至ルマデ、被告人ノ自白ナキ限り有罪ノ認定ヲ爲スコトヲ許サザリシガ如キ、何レモ此ノ主義ニ依レルモノニ外ナラズ。

八 直接審理主義 (Prinzip der Unmittelbarkeit)

通常謂フ所ノ證據ノ證明力ハ、之ヲ分析スルトキハ、**信憑力**ト純粹ナル**證明力**トノ二要素トナル。自由心證主義ハ此ノ二者ヲ併セテ裁判官ノ自由ナル判斷ニ任ズルモノナリ。而シテ此ノ二者ノ間ニ於テハ、前者ハ後者ノ前提ナルガ故ニ、縦へ別種ノ證據例、證言其ノ者ト其ノ證言ヲ記載シタル調書ニテモ、其ノ**信憑力**ニシテ同一ナルトキハ、證明力モ亦略々同一ナルコトヲ通例トスベキモ、元來**信憑力**ノ有無ハ證據ガ間接ナルニ從テ其ノ判斷益々困難ナルヲ常トスルガ故ニ、斯カル場合ニハ、證明力ノ判斷モ亦從テ困難ヲ増スノ理ナリ。從テ實體的**眞實主義**ノ下ニ於テハ、裁判所ハ成ルベク直接ニ又ハ直接ナル證據資料ヲ取調ブルコトヲ要ス。而シテ斯カル原則ヲ稱シテ**直接審理主義**ト謂フ。

右ニ述ベタル所ヲ更ニ詳言スレバ、等シク直接審理トイフモ、之ニ二義アリ。主觀的**直接審理**及ビ客觀的**直接審理**是レナリ。而シテ**主觀的**直接トハ裁判所ガ證據資料ニ直接スルコトヲ謂フ。例へば裁判所ガ直接ニ證人ノ訊問ヲ爲スガ如キ場合ナリ。從テ受命判事又ハ受託判事ニ依リテ訊問ヲ爲シ、若クハ豫審判事ノ作成セル訊問調書ヲ利用スルガ如キハ、右ノ意味ニ於テ主觀的ニ直接ナラザル(間接ナル)場合ナリ。又**客觀的**直接トハ證據資料ガ要證事實ニ直接スルコトヲ謂フ。例へば被害者又ハ目撃者ヲ證人トシテ訊問スルガ如キ場合ナリ。從テ傳聞者ヲ訊問スル如キハ客觀的ニ直接ナラザル(間接ナル)場合ナリ。而シテ直接審理主義ハ以上ノ何レノ意味ニ於テモ直接ナルコトヲ要求スルモノナリ。

直接審理主義ハ專ラ學問上ヨリ見タル運用上ノ理想ニシテ、我刑事訴訟法上特ニ斯カル趣旨ヲ表明シタル規定アルニアラズ。從テ裁判所ニ於テ直接審理ガ不能又ハ困難ナル場合若クハ其ノ他適當ト思料トスル場合ニ於テ間接審理ノ手續ヲ併セ行フハ固ヨリ妨アルコトナシ。從テ訴訟法ニ於テモ間接審理ノ場合ニ於ケル手續ニ關シ詳細ナル規定ノ設アリ。然レドモ又間接審理ハ實體的**眞實主義**

ヨリ謂へバ、時ニ之ト背馳スル結果ヲ生ズル危険ナキニアラズ。故ニ之ヲ許スト
スルモ、此ノ場合ニ其ノ證據トナルベキ資料ハ成ルベク相當ノ信憑力ヲ具フルコ
トヲ要ス。是レ刑事訴訟法第三四三條ニ於テ、特ニ證據ト爲シ得ベキ書類ノ範圍
ニ一定ノ限界ヲ設ケタル所以ナリ。因ニ言フ。此ノ制限ハ或ハ自由心證主義ニ
對スルモノノ如ク解スル論者アレドモ、理論上職權主義ニ對スル制限ト解スベシ。
蓋シ法律ハ書類ノ性質上之ヲ利用スル職權ヲ此ノ程度ニ制限スルコトガ却テ實
體的眞實主義ニ適合スル所以ナリト爲セルモノナリ。

九 口頭主義 Prinzip der Mündlichkeit (附書面主義)

口頭主義トハ訴訟手續上ノ意思表示又ハ觀念通知ハ口頭ヲ以テスルコトヲ原
則トスル主義ヲ謂フ。從テ此ノ主義ニ於テハ當事者ノ申立主張辯解、裁判所ノ訊
問、證人鑑定人ノ供述等ハ原則トシテ口頭ヲ以テ行ハルルコトヲ要シ、口頭ニ依ラ
ザルモノハ裁判上特別ノ場合ノ外之ヲ資料ト爲スコトヲ得ザルモノトス。此ノ
口頭主義ニ對スルモノヲ書面主義ト謂フ。此ノ主義ニ在テハ反對ニ訴訟手續上
ノ意思表示等ハ書面ヲ以テスルヲ原則トス。

口頭主義ハ裁判所ノ行爲ニ付テ謂へバ、口頭審理主義ナリ。而シテ口頭審理主
義ハ直接(主觀的)直接審理主義ニ類スレドモ固ヨリ同一ニアラズ。蓋シ口頭審理主
義ハ認識ノ方式ノ問題ニ關スルモノナルモ、直接審理主義ハ認識ノ段階ノ問題ニ
關スルモノナレバナリ。從テ例へバ、聾啞者ヲ訊問スルニ當リ書面ヲ以テスルガ
如キ場合(訴、一三八)ハ口頭審理ニアラザレドモ、尙直接審理タルヲ失ハズ。但通常一
般ノ場合ニ付テ謂へバ、此ノ兩主義ノ適用ハ多ク結果ニ於テ同一ニ歸スルコト明
ナリ。從テ此ノ點ニ於テハ既ニ述ベタル直接(主觀的)直接審理主義ノ長所ハ即チ
口頭審理主義ノ長所ニ外ナラズ。然レドモ口頭審理主義ハ又他面ニ於テ裁判官
ノ記憶ガ時日ノ經過ニ伴テ漸次消失シ又ハ曖昧トナル缺點アルヲ免レズ。是ヲ
以テ豫審ニ於テモ公判ニ於テモ各種ノ訴訟行爲ハ一々調書ヲ作成シテ其ノ顛末
ト趣旨トヲ明カニスベキモノトス。而シテ此ノ調書作成ノ原則ハ一面ニ於テ右
ノ如ク裁判官ノ記憶ノ消失又ハ曖昧ヲ防止スル趣旨ニ出デタルモノナレドモ、又
他面ニ於テハ之ニ依テ其ノ後ノ審理ノ段階ニ於ケル判斷ノ資料ヲ保存スル趣旨
ノモノナルコトモ疑ヲ容レズ。要スルニ、訴訟法ニ於テハ一般ニ謂へバ、直接(主觀

的直接審理主義ト併セテ間接審理主義ガ承認セラレツツアルト同一限度ニ於テ、口頭審理主義ト併セテ書面審理主義ガ承認セラレツツアルモノト見テ妨ナシ。次ニ口頭主義ハ當事者ニ付テ謂ヘバ口頭辯論主義ナリ。辯論トハ一般ニ事件ニ關シ當事者ガ各其ノ意見ヲ述ベ主張ヲ闘ハシ且之ヲ立證スル手續ヲ謂フ。而シテ辯論主義ハ公訴主義ヲ採ル以上ハ之ト相表裏スル當然ノ原則ナレドモ、辯論ハ其ノ者トシテハ必ズシモ口頭ニ依ルコトヲ要スルモノニアラズ。何トナレバ辯論ノ此ノ意味ニ於テハ當事者ガ裁判所ヲ經由シテ各自ニ書面ノ交換ヲ爲スモ亦辯論タルヲ失ハザルガ故ナリ。然レドモ斯カル方式ガ辯論主義ノ精神ヨリ見テ一般ニ不便且不當ノモノナルハ言フ俟タズ。即チ口頭辯論主義ハ右ノ辯論主義ヲ徹底セシムベク辯論主義ト口頭主義ヲ結合シタルモノナリ。但口頭辯論主義ハ何レノ國ニ於テモ専ラ公判ニ於テノミ行ハル。蓋シ其ノ以前ニ於ケル豫審其ノ他ノ段階ハ一般ニ公判ノ準備手續タル性質ヲ有シ、徹底シタル辯論主義ヲ行フニ適セザルガ故ナリ。而シテ刑事訴訟法第三二九條乃至第三三一條ノ規定ハ此ノ口頭辯論主義ヲ前提トシテ初メテ其ノ意義ヲ理解スルコトヲ得ルモノトス。

以上ノ如ク口頭主義ハ口頭審理ニ於テモ又口頭辯論ニ於テモ訴訟手續上極メテ重要ナル方式タリ。是レ畢竟口頭ノ方式ガ簡易且迅速ナル點ニ於テ遙ニ書面ノ方式ニ優ルモノガアル故ニ外ナラズ。從テ手續ガ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハズ、期日又ハ場所ノ關係ガ口頭ヲ以テスルニ適セザル意思表示及ビ觀念通知ニ在テハ一般ニ口頭主義ハ適用ナシ。加之、此レ等ノ場合ニ在テハ通例意思表示等ノアリタルコト並ニ其ノ内容ヲ正確ニスル爲メ特ニ書面ヲ作成セザルベカラズ。例ヘバ告訴、告發、公訴ノ提起、豫審終結決定、召喚、勾引、勾留、上訴ノ申立、拋棄、取下等ニ於ケルガ如シ(四)(五)。

四 告訴、告發ハ口頭又ハ書面ヲ以テシ、口頭ヲ以テスル場合ニハ特ニ調書ヲ作ルベキモノトス(訴、二七二、二七三)。公訴ノ提起ハ書面ニ依ル。但公判開廷中又ハ豫審ヲ請求スルニ方リ急遽ヲ要スル場合ニハ口頭ヲ以テスルコトヲ得(同、二九〇)。豫審終結決定ニ在テハ決定書ノ謄本ヲ送達スルニ依リテ之ヲ爲ス(同、五〇)。召喚、勾引、勾留ニ在テハ召喚狀、勾引狀、勾留狀ノ作成ヲ要件トス。①召喚ハ口頭ヲ以テシ得ル場合アリ(同、八四)。上訴ノ申立、拋棄、取下ハ書面ニ依ル(同、三八五、三八六、四一九、四六〇)。但公判廷ニ於テハ拋棄取下ニ限リ口頭ヲ以テ爲スコトヲ得(同、三八五但)。

判決ノ告知ハ公判廷ニ於テ爲スモノナルガ故ニ口頭主義ノ適用アリ。但同時ニ判決書又

ハ判決ニ關スル調書(訴、六六、三六一)ノ作成ヲ要スルハ、刑ノ執行其ノ他ノ問題ニ關シ判決ノ趣旨ヲ明確ニスル必要アルニ因ル。

五、口頭主義及ビ書面主義ニ關連シテ尙形式主義トモ稱スベキモノアリ。然レドモ是レ主トシテ訴訟行爲ノ效力ニ關スル問題ナルヲ以テ、之ガ解説ハ訴訟行爲ノ要件ノ條ニ譲ル。

一〇 公開主義 Prinzip der Oeffentlichkeit (附秘密主義)

公開主義トハ訴訟手續ノ經過ニ付キ裁判所以外ノ者ガ認知シ得ベキ状態ニ於テ之ヲ行フ主義ヲ謂フ。之ニ當事者公開主義ト一般公開主義トアリ。此ノ中當事者公開主義ハ當事者ヲシテ訴訟手續ニ立會ハシメ、親シク相手方ノ主張、證人等ノ陳述ヲ聽キ、又裁判所ノ爲ス取調ヲ實見スル機會ヲ得セシムル主義ニシテ、口頭主義ト相待テ辯論主義ヲ徹底セシムルモノナリ。蓋シ當事者ニシテ訴訟ニ於テ手續ノ見聞ノ權利ヲ與ヘラルルコトナクンバ、單ニ陳述ノ權利ノミヲ與ヘラルルモ、到底十分ニ辯論ノ效果ヲ收ムルコトヲ得ザルガ故ナリ。而シテ我現行法ニ付テ謂ヘバ、當事者公開ハ豫審ニ在テハ特別ノ場合ニノミ之ヲ認メ(訴、三〇二)、公判ニ在テハ反對ニ一般ニ當事者ノ出廷又ハ出頭ヲ要件トシ(同、三二九、三三〇)、唯特別ノ場合ニ之ヲ許サザルコトアリ(刑、一〇九、訴、三三九)。又公判外ノ手續ニ在テハ事

情ニ因リ或ハ許シ或ハ許サズ(例、訴、一五八、一七八)。

一、一般公開主義ハ訴訟手續ノ經過ニ付キ一般公衆ガ認知シ得ベキ状態ニ於テ之ヲ行フ主義ニシテ、通常單ニ公開主義ト稱セラルルモノナリ。此ノ主義ニ在テハ何人モ訴訟ノ場所ニ出入シテ其ノ手續ヲ見聞スルコトヲ得。之ニ反シ原則トシテ當事者以外ノモノニ對シ訴訟ノ經過ニ付キ見聞ヲ爲ス機會ヲ與ヘザル主義ヲ秘密主義ト謂フ。而シテ今此ノ兩主義ノ得失ヲ比較スルニ、凡ソ裁判手續ノ密行ハ外部ニ對シテハ第三者ガ證憑ノ偽造又ハ湮滅ノ爲メニスル策動ヲ防グニ利アレドモ、内部ニ於テ裁判官ノ專横ヲ助長スルノ危險アリ。又反對ニ公開主義ハ裁判官ノ專横ヲ防グニ利アレドモ、第三者ノ證憑ノ偽造又ハ湮滅ヲ容易ナラシムル虞アリ。即チ共ニ一利一害アルヲ免レズトスレバ、寧ロ國家政策上大局ヨリ見テ刑事裁判ニ對スル一般世人ノ信賴ヲ繋グガ爲メ公開主義ヲ優レリトナサザルベカラズ。是レ今日ノ刑事訴訟手續ニ於テ諸國概ネ此ノ主義ヲ採ル所以ナリトス。然レドモ訴訟手續ノ一切ヲ公開スルハ到底其ノ弊ニ堪ヘザルノミナラズ、又其ノ必要モアルコトナシ。從テ豫審制度ヲ認ムルト否トニ拘ラズ、公開ノ範圍ハ一般

ニ公判手續ノミニ過ギズ。即チ我現行法ニ付テ謂ヘバ、豫審手續、公判準備手續、公判外ニ於ケル證據調手續ハ之ヲ公開セズ。

訴訟手續公開ノ主義ハ諸國多クハ憲法上ノ原則タリ。我帝國憲法モ亦第五九條本文ニ「裁判ノ對審判決ハ之ヲ公開スト」規定ス。然レドモ手續ノ公開ハ時ニ安寧秩序又ハ風俗ヲ害スル虞アルヲ以テ、斯カル場合ニハ裁判所ハ決定ヲ以テ對審ノ公開ヲ停止スルコトヲ得。是レ亦憲法同條但書ノ規定スル所ナリ。但公開ノ停止ハ對審ノミニ關スルモノナルヲ以テ、判決ノ言渡ハ之ヲ公開セザルベカラズ（構、一〇五）。又公開ト謂ヒ公開ノ停止ト謂フモ固ヨリ絶對的ノモノニアラズ。公開中法廷ノ權威ヲ維持シ又ハ特ニ訓育上有害ナル影響ヲ避クル爲メ一定ノ者ヲ退カシメ（同、一〇七）若クハ公開停止ノ場合ニ入廷ノ特許ヲ與フルコトヲ至當ト認ムル者ヲ入廷セシムルガ如キ（同、一〇六）程度ノ制限又ハ制限ノ緩和ハ、毫モ公開又ハ公開停止ノ趣旨ニ反スルコトナシ。

一 陪審主義 (Prinzip der Laienbeteiligung)

陪審主義トハ廣義ニ於テハ汎ク常職裁判官以外ノ通常人ヲシテ裁判手續ニ參

與セシムル主義ヲ謂フ。抑モ陪審制度ハ其ノ萌芽ヲ「カロリントン朝ノ頃佛蘭西ニ發ス。後紀元一〇六六年「ノルマン」人ノ英國ニ侵入シ之ヲ征服スルヤ、陪審制度モ亦之ニ伴テ同地ニ移植セラレ、漸次發達シテ今日ニ至ル。但英國ニ於ケル陪審制度ノ發達ハ之ト根源ヲ同クスル訴追ニ關スル公衆彈劾主義ト極メテ密接ノ關係アルモノナルコトハ前ニ述ベタリ（第一章註參照）。之ニ反シ佛蘭西ニ於テハ陪審制度ノ萌芽ハ夙ク枯凋シ、今日歐洲大陸ニ行ハルルモノハ佛國革命ノ際（一七九一年）再ビ英國ヨリ佛國ニ逆輸入セラレ、次デ其ノ他ノ諸國ニ傳ハレルモノナリ。我國ニ於テハ陪審制度ハ大正一二年法律第五〇號陪審法ニ依テ採用セラレ、同法ハ昭和三年十月一日ヨリ全部施行セラル。

今日ノ陪審ノ參加ノ形式ニ二種アリ。一ハ通常ノ陪審制ニシテ、一ハ參審制ナリ。陪審制 (Jury, Schwurgericht) ニ在テハ陪審員ハ裁判官ト一體ヲ成スコトナク、其ノ獨自ノ職務ヲ行フ。之ニ起「訴陪審」ト判決陪審トアリ。英法系ノ諸國ニ在テハ此ノ兩者ヲ具備スレドモ、其ノ他ニ在テハ判決陪審ノミヲ認ム。次ニ參審制 (Schöffengericht) ニ在テハ參審員ハ常ニ裁判官ト一體ヲ爲シ、之ト共ニ實體上及ビ手續

上ノ一切ノ判断ヲ爲ス。今日主トシテ獨法系ノ諸國ニ見ル所ノ制度ナリ。我國ノ陪審ハ判決陪審ノ一種ト見ルベシ。陪審制度其ノ者ノ利害得失ノ問題ニ付テハ從來何レノ國ニ於テモ多少ノ論争ヲ見ザルモノナシ。特ニ狹義ノ陪審制ト參審制トヲ併セ行ヘル諸國ニ於テハ議論ハ一層ノ紛糾ヲ來セリ。思フニ此ノ問題ニ付テ單ニ之ヲ治罪の見地ノミヨリ謂ヘバ、寧ロ一般ニハ官僚裁判ヲ以テ優レリトスベシ。然レドモ同時ニ大局ヨリ見タル國家政策上ノ要求ヲ考慮スルトキハ、未ダ俄ニ是非ヲ決スルコトヲ得ザルモノトス(六)。

六 陪審制度ガ帝國憲法ニ違反スルヤ否ヤハ今日ニ於テハ既ニ陪審法ノ施行自體ニ依リテ解決セラレタルモ、初メ之ガ採否ノ懸案トナリシ當時ニ於テハ、陪審制度ノ得失論以外ニ此ノ點ニ關シテ亦二説ノ岐ルルヲ見タリ。即チ先ヅ「違憲論」ハ陪審制度ヲ以テ憲法第二四條(日本臣民ハ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權ヲ奪ハルルコトナシ)及ビ第五七條第一項(司法權ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ)ノ規定ニ違反スト爲ス者ニシテ、而モ文義的ニ謂ヘバ此ノ論旨ノ有力ナルコト言フ俟タズ。是ニ於テ起案者ハ、裁判所ハ陪審ノ答申ヲ不當ト認ムルトキハ、之ヲ探擇セズシテ、事件ヲ更ニ他ノ陪審ノ評議ニ附スルコトヲ得ルコトトシ、以テ裁判所ハ陪審ノ答申ニ依リテ拘束ヲ受クルモノニアラズト考

フベキ餘地ヲ設ケタリ。然レドモ斯クスルモ、尙裁判所ハ其ノ適當ト認ムル陪審ノ答申ヲ得ザル限リ裁判ヲ爲スコトヲ得ザルガ故ニ、裁判所ガ或程度マデ答申ニ依リテ拘束セラレルコトハ免ルベカラズ。從テ「現行法ヲ違憲ナラズトスルガ爲メニハ」勢ヒ前記憲法ノ規定ノ特別解釋ニ依ルノ外ナシ。而シテ斯カル立場ヨリ謂ヘバ、裁判所又ハ裁判官ノ憲法上ノ語義ノ解釋ニ關シテ種々ナル考案ナキニアラザルベキモ、此ノ點ニ關シテハ「手」ハ別ニ前記ノ程度ノ拘束ハ、事實上ノ拘束タルコトハ免レザルモ、斯クノ如キハ未ダ憲法第五七條第一項ガ排斥セントスル司法權ノ作用ニ對スル外部ノ干渉ト考フベキ性質ノモノニアラズト解シテ現行制度ヲ是認セントス。即チ此ノ意味ニ於テハ陪審ハ裁判所ニ對スル「法律上ノ補助機關」ナリ。從テ若シ其ノ補助ニシテ不當ナラバ固ヨリ之ヲ容ルベキニアラズ。然レドモ幾タビカ補助機關ヲ更迭シテ而モ其ノ言フ所同一ナラバ、裁判所ハ宜シク反省セザルベカラズ。而シテ反省ニ依ル意見ノ變更ハ決シテ其ノ意ニ反スルモノニアラズ。是レ亦一種ノ自律ナリ。斯カル關係ハ憲法上天皇ノ詔勅ニ對シ國務大臣ガ副署ヲ拒ムガ如キ場合ニ於テモ亦考フルコトヲ得ベシ。

一二 訴訟經濟主義

「訴訟經濟主義」トハ茲ニハ單ニ汎ク手續ノ簡便ヲ主トスルコトヲ謂フニアラズ。專ラ實益ノ乏シキ手續ハ之ヲ許サザルノ主義ナリ。蓋シ訴訟手續ニ於テハ、成ルベク當事者ノ手續上ノ利益ヲ尊重シ、手續上ノ不利益ノ爲メニ實質的ニモ不當ナ

ル不利益ヲ受クルコトナカラシメンコトヲ期スルモノナレドモ、手續上ノ利益モ之ヲ尊重スルコト度ニ過グルトキハ、其ノ結果ハ反對ニ國家機關ヲシテ手續ノ煩雜ト勞力ノ浪費トニ惱マシメ、且訴訟ノ延滞ヲ醸スニ至ル。是レ亦大局ヨリ見テ忽ニスベカラザル問題ナリ。此ノ點ノ考慮ニ基キ、訴訟法上ノ原則トシテ當事者ノ利益ニ對スル尊重モ之ヲ明白ニ實益ノ伴フ程度ニ止メ、空疎ナル手續其ノ者ヲ爲メニ國家治罪ノ目的ヲ誤ルガ如キコトナカラシムルコト之ヲ訴訟經濟主義ト謂フ。例ヘバ訴訟法上裁判所ノ行爲ニシテ初ヨリ之ニ對シ不服ノ申立ヲ爲シ得ザル場合、又ハ不服申立權アルモ一定ノ事由ニ依リテ消滅スル場合、若クハ各種ノ例外手續ノ如キ多ク此ノ主義ニ基ク(例、被告人ノ不出頭ニ關スル刑事訴訟法、三三一、三五二I、三六六、三六八、四〇四、等ノ規定。不服申立ニ關スル同法、三一六、四五七I、四五八但、等ノ規定)。

一三 當事者對等主義

裁判所ヲ中心トシテ見タル刑事訴訟法上ノ諸原則ハ大凡右ノ如シ。此ノ外當事者ニ關スル原則トシテ所謂當事者對等主義ナルモノアリ。之ニ付テハ檢事ノ地位ノ條ニ於テ論ズベシ。

第二編 總論

第一章 訴訟主體

一 刑事訴訟ニ於テハ三個ノ訴訟主體ヲ要ス。裁判所、檢事及ビ被告人是レナリ。此ノ三者ハ訴訟ニ缺クベカラザル要件ニシテ、何レモ法律ニ定メラレタル行爲ヲ爲シ、訴訟ハ之ニ由テ成立シ進行シ終了スルモノナリ。此ノ外尙訴訟ノ實際ニ於テハ屢々證人、鑑定人等ヲ必要トスルモ、此レ等ハ各場合ニ於テ裁判所ガ適當ナル裁判ヲ爲ス爲メノ便宜ニ過ギズシテ、理論上訴訟其ノ者ノ成立、進行、終了ニ缺クベカラザル要件ニアラズ(一)。

一 以上三個ノ訴訟主體中、裁判所ト檢事トハ共ニ所謂國家機關ニシテ、此ノ關係ニ於テハ一ノ國家機關ノ提起シタル訴訟ヲ他ノ國家機關ニ於テ裁判スルモノナリ。從テ國家ヲ以テ單一ナル權利主體ト見ル從來ノ學說ニ於テハ、此ノ二個ノ國家機關ハ何レモ權利主體ニアラズ、一種ノ機能ノ主體ナリト説クヲ通例トスルガ如シ。然レドモ權利モ機能モ唯強イテ用語ヲ區別シタルニ止マリ、論理上其ノ本質ニ差異アルモノニアラズ。從テ此ノ二

者ノ關係ハ各其ノ職務權限ノ範圍内ニ於テ相對立スル二個ノ權利主體ニシテ、此ノ點ハ之ヲ機關人格認ニ依リテ説明スルノ外ナキガ如シ。但學者稱ニ今日ノ制度ノ下ニ於テモ尙檢事ノ訴訟法上ノ地位ヲ以テ裁判官ノ補助機關ナリト見ル者アレドモ、未ダ勢力ヲ得ルニ至ラズ(第一編第一章公訴主義ノ條參照)。而シテ斯カル關係ガ問題トナルハ行政訴訟ノ場合並ニ民事訴訟ニ於テ國家ガ當事者ト爲リタル場合ニ於テモ同様ナリ。

二 法典中ニハ右ニ述ベタル訴訟主體ノ外往々訴訟關係人ナル語アリ。此ノ語ハ一般ニハ檢事、被告人、被告人ノ代表者(訴、三六一三八)、被告人ノ代理人(同、三三二)、辯護人(同、三九)及ビ輔佐人(同、四七)ヲ意味スレドモ、場合ニ因リ私訴當事者ヲ包含スルコトナキニアラズ(例、同、五三)。要スルニ其ノ意義ハ各個ノ規定ニ付テ之ヲ決スルノ外ナシ。

第一節 裁判所

第一款 裁判所ノ地位

國權ノ作用ヲ分テ立法、司法、行政ノ三ト爲スハ國法學上從來ノ一般ノ例ナレドモ、此ノ中司法ト行政トヲ其ノ作用ノ實質ニ付テ理論的ニ區別セントスルハ極メテ困難ナルガ如シ。特ニ國政ノ有ラユル方面ニ於テ政策ヲ重視スルニ至レル今

日ニ於テ益々然リ。之ニ對シテ右ノ二個ノ作用ヲ專ラ形式ニ依リテ區別シ、況ク司法又ハ裁判ヲ以テ權利義務ニ關スル爭議ヲ裁斷スル形式ニ於テ行ハルル國權ノ作用ト見ル說アリ。此ノ說ニ依レバ、從來一般ニ司法又ハ裁判ト解セラレタル作用ハ略ボ之ヲ網羅スルコトヲ得ルガ如シ。然レドモ司法又ハ裁判ノ此ノ意義ニ對シテハ更ニ狹義ノ司法又ハ裁判ナル觀念アリ。此ノ觀念ハ從來沿革的ニ一定シ、專ラ民事及ビ刑事ノ裁判ヲ意味ス。從テ此ノ場合ニハ行政裁判並ニ權限爭議ノ裁判ハ之ヲ含まズ。而シテ我憲法ニ所謂司法權ハ此ノ意義ニ於ケル司法又ハ裁判ヲ行フノ權ニシテ、裁判所之レガ機關タリ(憲、五七)。而モ此レ等ノ機關ハ其ノ職務權限ノ範圍内ニ於テハ又權利主體タルコト前ニ述ベタルガ如シ。但右ノ如クナルモ、裁判所ハ必ズシモ狹義ノ司法權ノ行使以外ノ事務ヲ取扱フコトヲ得ザルニアラズ。之ヲ取扱フモ唯司法權ノ行使タラザルノミ。例ヘバ、現ニ裁判所ノ取扱フ所ノ非訟事件(非訟事件手續法)、登記事件(各種登記法)、特許審判ニ對スル不服申立事件(特許法、一一五)、選舉訴訟事件(衆議院議員選舉法、八一―八四)等ハ司法事務ニアラザル裁判事務又ハ行政事務ナルガ如シ。

以上ノ如クナルヲ以テ、以下單ニ裁判所ト謂フトキハ專ラ司法裁判所ヲ指スモノトス。

第二款 裁判所ノ種類

一 裁判所ハ司法權ヲ行フ機關ニシテ、其ノ一般的構成ハ憲法上法律ヲ以テ之ヲ定ムベキモノトス(憲、五七)。然レドモ憲法ハ同時ニ裁判所中別ニ法律ヲ以テ其ノ管轄ヲ定ムベキ特別裁判所ヲ認ムルガ故ニ(同、六〇)、司法裁判所ハ分レテ通常裁判所並ニ特別裁判所ノ二種トナル。而シテ通常裁判所ニハ數個ノ階級アレドモ其ノ種類ハ單一ナリ。之ニ反シテ特別裁判所ニハ今日陸軍軍法會議及ビ海軍軍法會議ノ二種アリ。又土地の特別裁判所ト稱セラルルモノニ領事裁判所、朝鮮總督府裁判所、臺灣總督府法院、關東廳法院及ビ南洋廳法院ノ五種アリ。但憲法上ノ問題トシテ、憲法ノ一切ノ規定ハ必ズシモ當然ニ全體トシテ不可分のニ國外又ハ新領土ニ行ハルルモノニアラズト謂フ理由ニ依リ、此ノ種ノ土地の特別裁判所ハ憲法第六〇條ニ所謂特別裁判所ニアラズ、又固ヨリ憲法第五七條第二項ニ依ル通常

裁判所ニモアラズ、單ニ法令ノ適用ニ由リテ同條第一項ノ司法權ヲ行フ特殊ノ裁判所タルニ過キズト爲ス說アリ。憲法ノ解釋上此ノ說ヲ正シトスレバ、我國ノ司法裁判所ハ大別シテ三種トナル理ナリ。其ノ他内地其ノ他ノ地域ニ違警罪即決官廳警察官署及ビ憲兵部並ニ間接國稅犯則者ニ對シテ通告處分ヲ行フ稅務官廳アリ。但此ノ種ノモノハ何レモ憲法上謂フ所ノ裁判所ニアラズ、又法律上一定ノ條件ノ下ニ實質的ニ治罪手續ノ一部ヲ行フコトヲ委任セラレタルモノナリトスルモ、其ノ手續ガ爭議裁斷ノ形式ニ依ラザル點ニ於テ理論的ニモ裁判所ニアラズ。二 斯クノ如ク裁判所ニハ種々アレドモ、其ノ行フ所ハ何レモ司法權ナリ。然レドモ其ノ各自ノ一般的權限ハ法律上夫々一定ノ標準ニ依リテ限定セラレ、特別ノ規定ナキ限り、其ノ間ニハ毫モ連絡ナシ。此ノ相互關係ニ於ケル權限ヲ訴訟法上特ニ裁判權ト謂フ(訴、三一五I、三六四I)。即チ通常裁判所ハ通常裁判權ヲ行ヒ、特別裁判所ハ各獨自ノ特別裁判權ヲ行フモノナリ。故ニ例ヘバ通常裁判所ニ於テ「裁判權ヲ有セザルトキ」ト謂フ場合ハ通常裁判權ヲ有セザルトキノ義トナレドモ、特別裁判所ニ於テ「裁判權ヲ有セザルトキ」ト謂フ場合ハ其ノ種ノ裁判所トシテ裁判權

ヲ有セザルトキノ義トナル。通例裁判權ヲ有セザルトキト謂フヲ解シテ通常裁判權ヲ有セザルノ義ト爲スハ、唯刑事訴訟法ガ通常裁判所ニ於テ適用セラルル場合ニノミ當ラ得タルモノニシテ、等シク刑事訴訟法ヲ適用スル臺灣總督府法院ニ付テハ當ラザルナリ。然レドモ又通常裁判所ト所謂土地の特別裁判所(領事裁判所ヲ除ク)トノ關係ニ於テハ共通法第一三條以下ノ規定ノ適用ノ結果トシテ相互ニ裁判權ヲ有セザル場合ヲ生ズルコトナシ。

以上ノ如クナルヲ以テ、以下單ニ裁判所ト謂フトキハ專ラ通常裁判所ヲ意味ス。

第三款 裁判所ノ構成

裁判所ノ構成トハ裁判所ノ組織及ビ權限ヲ謂フ。組織ハ裁判所ノ階級、配置、編成及ビ其ノ職員ニ關シ、權限ハ各個ノ裁判所ニ屬スル職務ノ種類及ビ範圍ニ關ス。裁判所ノ構成ハ憲法上法律ヲ以テ之ヲ定ムベキモノトス(憲、五七)。而シテ之ガ爲メニ通常裁判所ニ關シテハ既ニ裁判所構成法ノ設アリ。特別裁判所ニ關シテハ憲法上別ニ法律ヲ以テ其ノ管轄ヲ定ムトアルガ故ニ(憲、六〇)、組織ノ點ニ付テハ

法律ヲ以テスルコトヲ要セザルヤノ問題アルモ、人的特別裁判所ニ關スル軍法會議法ハ事實上既ニ組織及ビ權限ニ付キ共ニ法律ヲ以テ之ヲ規定シタルヲ以テ問題ナシ。土地の特別裁判所ニ關シテハ、政府ハ憲法第五七條第二項並ニ第六〇條ノ規定ヲ以テ今日未ダ新領土其ノ他ノ法權區域ニ施行セララルニ至ラズトスル解釋ニ從ヘルモノノ如ク、其ノ構成ハ凡テ勅令ヲ以テ之ヲ規定セリ。

第一項 裁判所ノ組織

第一目 裁判所ノ意義

一 憲法上ノ裁判所ノ意義ニ付テハ裁判所ノ地位ノ問題トシテ既ニ之ヲ述ベタリ。然レドモ訴訟法上ノ問題ヲ論ズルニハ、更ニ訴訟法上ノ裁判所ノ意義ヲ明確ナラシムルコトヲ要ス。

廣義ノ刑事訴訟法學ニ於テハ裁判所ニ三種ノ意義アリ。第一ハ、判事ヲ中心トシテ法律上直接又ハ間接ニ其ノ活動ヲ輔佐スル一切ノ職員及ビ其ノ他ノ設營ヲ包含スル全體ヲ謂フ。換言スレバ、裁判所構成法上ノ裁判所即チ同法ニ於テ裁判

所ト稱セラルル官廳ノ義ナリ。裁判所職員ガ其ノ獨自ノ權限内ニ於テ對外的ニ裁判又ハ行政事務ノ取扱ヲ爲ス場合ニ於テハ、常ニ此ノ意味ニ於ケル裁判所ヲ代表ス。從テ獨リ判事ノミナラズ、裁判所書記モ亦場合ニ因リ裁判所タルコトアリ（例、裁判書ノ謄本ノ交付ノ場合）。之ヲ最廣義ノ裁判所トス。第二ハ、裁判所職員中現ニ實體上又ハ手續上ノ或事件ニ付キ裁判機關トシテ職務ヲ擔當スル單獨判事又ハ數人ノ判事ノ合議體ヲ謂フ。換言スレバ、訴訟手續ヲ學義的ニ解シタル場合ノ裁判所ノ義ナリ。之ヲ廣義ノ裁判所ト稱スルコトヲ得ベシ。第三ハ、狹義ノモノニシテ、普通刑事訴訟法ニ謂フ所ノモノナリ。即チ此ノ法律ニ於テ裁判所ト謂フトキハ特ニ裁判機關中ノ判決ヲ爲ス判事即チ所謂判決裁判所（或ハ公判裁判所）ヲ意味ス。從テ此ノ意義ニ於テハ豫審判事、受命判事、受託判事及ビ檢事ノ請求ニ因リテ強制處分ヲ行フ判事ハ裁判機關ナルニ拘ラズ、裁判所ニアラズ。而シテ此ノ中第二及ビ第三ノ意義ノ裁判所ハ、恰モ被告人ト謂フガ如ク、觀念上當該事件ヲ離レテハ存在セズ。

二 廣義ノ訴訟法上ノ裁判所ニハ右ノ如ク三個ノ意義アリ。從テ刑事訴訟法ノ

研究ニ於テ裁判權ト謂フトキハ之ニモ亦三個ノ意義ヲ想像スルコトヲ得ルノ理ナリ。然レドモ裁判權ノ觀念ハ專ラ之ヲ裁判機關タル一般の權限ヲ有スル判事ノ行爲ヲ本體トシテ考フルコトヲ適當トスルガ故ニ、今此ノ見解ニ從テ裁判權ノ意義ヲ考フルトキハ、裁判權トハ刑事訴訟事件及ビ之ニ附隨スル事件（例、手續問題ニ付キ生ジタル事件）ニ關シ、手續ノ開始進行終了ヲ目的トシテ、裁判所ニ屬スル一切ノ行爲ヲ爲ス權利ヲ謂フ。其ノ内容左ノ如シ。

- 一 審判權 審判權ハ裁判權ノ中樞ニシテ審判及ビ裁判ヲ爲スノ權ナリ。但被告事件ヲ中心トシテ謂ヘバ、裁判機關ノ種類ニ因リテハ此ノ中審理ノ一部ヲ行フ職能ヲ有スルニ過ギザルモノアリ（例、受命判事、受託判事）。
- 二 訴訟指揮權 訴訟指揮權ハ訴訟自體ノ進行ヲ合目的ナラシムル爲メニ適當ナル秩序ヲ與フルノ權ナリ。此ノ權ハ單獨裁判所又ハ裁判長ノミ之ヲ有ス。
- 三 法廷警察權 法廷警察權ハ法廷内ノ秩序ヲ維持シ訴訟ノ進行ニ對スル

事實上ノ障礙ヲ排除スルノ權ナリ。此ノ權ヲ有スル者モ亦前號ノ場合ト同

ク一定ノ範圍ニ限ラル。

- 四 強制權 強制權ハ訴訟ノ進行上諸般ノ事項ニ關シ強制ヲ必要トスル場合ニ制裁ヲ科シ又ハ強制力ヲ有スル命令ヲ發スルコトヲ得ルノ權ナリ。
- 五 認證權 認證權ハ訴訟上ノ事實ヲ明確ナラシムル爲メ文書ヲ作成セシムルノ權ナリ。

第二目 裁判所ノ階級及ビ配置

- 一 通常裁判所ニハ區裁判所、地方裁判所、控訴院及ビ大審院ノ四種ノ階級アリ、區裁判所ヲ最下級裁判所トス。而シテ此ノ階級ハ種々ノ理由ニ因リテ別ル。第一ハ被告事件ノ輕重難易ニ因ル區別ナリ。第二ハ被告事件ノ取扱ニ關スル審級ニ因ル區別ナリ。
- 二 斯クノ如ク裁判所ニハ四種ノ階級アリ。此ノ中最高裁判所ヲ除キ、其ノ他ハ裁判所ノ事務取扱並ニ一般關係者ノ出頭ノ便宜上同一階級ノモノヲ全國各地ニ亘リテ多數ニ設置スルニアラザレバ、一般ノ需要ニ應ズルコト能ハズ。而シテ裁

判所構成法ニ依レバ、裁判所ノ設立、廢止及ビ管轄區域並ニ其ノ變更ハ法律ヲ以テ之ヲ定ムベキモノトシ(構、四)、之ガ爲メ現ニ裁判所管轄區域ニ關スル法律(大正二年法律第九號)ノ制定アリ。其ノ別表ヲ以テ裁判所ノ管轄區域ヲ定ム。

第三目 裁判所ノ編成

裁判所ハ最廣義ニ於テハ内部ニ各種ノ機關ヲ包含スルコトハ既ニ之ヲ述ベタリ。法律ニ規定アルモノヲ列舉スレバ左ノ如シ。

一 裁判機關

裁判ニ判決、決定及ビ命令ノ三種アリ(訴、四八)。從テ觀念上裁判機關ニモ亦三種アリ。

- (一) 判決ヲ爲ス機關ハ學問上之ヲ判決裁判所又ハ公判裁判所ト謂フ。現行法ニテハ單ニ之ヲ裁判所ト稱スルコト前ニ述ベタリ。區裁判所ニ在テハ單獨判事之ニ當ル。地方裁判所以上ノ裁判所ニ在テハ各一以上ノ民事部及ビ刑事部ノ設ケアリテ其ノ部之ニ當ル(一)。

一 部ニハ地方裁判所及ビ控訴院ニテハ各三人以上、大審院ニテハ五人以上ノ判事アリ。但訴訟法上部トシテ訴訟行爲ヲ爲ス場合ニハ、前者ニ在テハ三人、後者ニ在テハ五人ノ判事ノ合議體トシテ之ヲ行フ。又部ノ判事中ニハ部長アリテ部ノ事務ヲ監督シ其ノ分配ヲ命ズ。但部長ハ裁判所構成法上一定ノ判事ニ屬スル地位(機關)ニシテ、裁判長ト異ル。部長ハ訴訟手續ニ於テハ事實上裁判長トナルヲ通例トスレドモ、此ノ兩者ハ法律上必然的ノ關係ナシ。地方裁判所長、控訴院長及ビ大審院長ハ構成法上同時ニ一部ノ部長タリ。

(二) 決定及ビ命令ハ公判裁判所ニ於テ之ヲ爲ス場合ト其ノ他ノ機關ニ於テ爲ス場合トアリ。

一 公判裁判所ノ場合ニ付テ謂ヘバ、區裁判所ニテハ單獨判事決定及ビ命令ヲ爲シ、合議裁判所ニテハ部トシテ決定ヲ爲シ、裁判長命令ヲ爲ス(二)。

二 裁判長ハ公判裁判所ノ訴訟手續ニ於ケル特別ナル地位(機關)ニシテ、裁判長タル判事ハ訴訟審問ノ上席ヲ占メ、並ニ訴訟指揮及ビ法廷警察ノ權ヲ行フ(構、一〇四I)。而シテ裁判長ハ構成法上一定ノ判事ニ屬スル地位ニアラズ、單ニ事件ノ爲メノ地位ナルガ故ニ、當該部員タル以上事情ニ因リ部長以外ノ者ト雖モ其ノ地位ニ就クコトヲ得ルモノナリ。

二 公判裁判所以外ノ機關ノ場合ニ付テ謂ヘバ、豫審判事、受命判事、受託判事及ビ檢事ヨリ強制處分ノ請求ヲ受ケタル判事ハ何レモ單獨ニ決定及ビ命令ヲ爲スコトヲ得(三)。

三 豫審係、ハ地方裁判所ニ在テハ之ヲ常置ノモノトシ、大審院ニ在テハ臨時之ヲ設クルモノニシテ、專ラ豫審事務ヲ擔當ス。受命判事ハ現ニ一定ノ事件ヲ取扱ヒツツアル合議體ヲ組織スル部員ノ一人ニシテ、合議裁判所ヨリ當該事件ニ關シ一定ノ職務ヲ命ゼラレタルモノナリ。裁判長タルト其ノ他ノ部員タルトヲ問ハズ(例、訴、九七、一五四、二一二、三二三、三五二)。受託判事ハ裁判所間ニ於テ共助ノ必要アル場合ニ其ノ囑託事務ヲ行フ判事ナリ。豫審判事又ハ區裁判所判事ニ當ル。檢事ガ捜査上強制處分ヲ必要トスル場合ニハ事項ヲ示シテ其ノ所屬裁判所ノ判事ニ之ヲ請求スルコトヲ得。此ノ場合ニハ區裁判所ニテハ單獨判事、地方裁判所ニテハ豫審判事其ノ請求ヲ受ケ強制處分ヲ行フ(同、二五五)。

(三) 前記ノ外、地方裁判所ニ限り支部ナルモノアリ。支部ハ、司法大臣ニ於テ地方裁判所ト其ノ管轄區域内ノ區裁判所ト遠隔ナルカ若クハ交通不便ナルガ爲メ至當ト認ムル場合ニ於テ、地方裁判所ニ屬スル民事又ハ刑事ノ事務ノ一部分ヲ取扱ハシムル爲メ一若クハ二以上ノ區裁判所ニ之ガ設置ヲ命ズルモノニシテ(構、三二)、刑事ニ關シテハ司法大臣ノ定ムル所ニ從テ、或ハ豫審ノミ、或ハ公判ノミ、或ハ兩者ヲ併セテ之ヲ行フ。而シテ此ノ場合ニ於テ、支部ハ豫審ニ關シテハ本應ノ豫審判事ガ本應以外ノ場所ニ於テ其ノ職務ヲ行フ場合ニ異ルコトナク、又公判裁判所トシテハ本應ニ於ケル各部ガ本應以外ニ設ケラレタル場合ト同

一關係ニ在リテ、四種ノ通常裁判所以外ノモノト見ルベキニアラズ。
(四) 裁判機關ヲ構成スル者ハ前ニ述ベタルガ如ク判事ナリ。而シテ判事ニハ法律上二個ノ意義アリ。一ハ裁判所構成法上ノ官吏トシテノ判事ナリ。此ノ意義ノ判事ニ在テハ、退職判事ノ外ハ、常ニ裁判所職員トシテ一定ノ職ニ補セラレ、又ハ一定ノ勤務ヲ命ゼラル(構、六三)。二ハ訴訟手續上ノ判事ニシテ、現ニ當該事件ニ關シ何等カノ職務ヲ擔當スル(又ハ擔當スベキ)判事ナリ。從テ此ノ意義ノ判事ハ觀念上事件ヲ離レテハ存在セズ。此ノ場合ニ、訴訟法ハ、或規定ガ現ニ或事件ノ或職務ヲ擔當スル判事ノミニ適用アルモノナルトキハ、裁判長、受命判事、受託判事ト謂フガ如ク特ニ其ノ旨ヲ明ニシ(例、訴、四八VI、五一I)、又特ニ其ノ旨ノ自明ナル場合、若クハ或規定ガ現ニ或事件ニ關シ如何ナル職務ヲ擔當スル判事ニモ適用アルモノナルトキハ、單ニ之ヲ判事ト謂フ(例、訴、三二九、二四)。例ヘバ刑事訴訟法第二四條第一號ニ依レバ、判事ガ被害者ナルトキハ職務ノ執行ヨリ除斥セラルトアリテ、茲ニ所謂判事ハ當該事件ニ關スル如何ナル職務ヨリモ除斥セラレルモノナリ。

二 陪 審(評議機關)

陪審ハ裁判所ガ陪審事件ニ關シ事實ノ判斷ヲ爲スニ當リ評議ヲ爲サシムル機關ナリ(陪審法、一)。陪審ハ陪審員十二人ヲ以テ之ヲ構成シ、陪審員ハ原則トシテ一事件毎ニ一定ノ資格者ニ付キ地方裁判所長抽籤ヲ以テ之ヲ選定ス。

三 裁判所書記

裁判所書記ハ裁判所ノ機關トシテハ書類記録ノ調製保管交付等ヲ重ナル職務トシ、其ノ他往復會計ノ雜務ニ當リ、傍ラ執達吏ヲ指揮監督ス(構、九一、八、一〇〇)。

四 執達吏

執達吏ハ區裁判所ニ之ヲ置き、訴訟法又ハ執達吏規則ニ定メタルモノノ外、一般ニ文書ノ送達並ニ刑事ニ關シテハ警察官ヲ以テスル場合以外ノ裁判ノ執行ヲ掌ル。但其ノ行フ所ノ職務ハ區裁判所關係ノモノノミニ限ルコトナシ(構、九八、訴、八〇)。

五 廷 丁

廷丁ハ開廷ニ出頭シ、司法大臣ノ定メタル一般規則中一定ノ事務ヲ取扱フ(構、一〇三)。

六 通譯官

外國語ノ通譯ヲ要スル裁判所ニ通譯官ヲ置クコトヲ得(構、八Ⅲ)。
七 司法行政及び其ノ監督ノ機關

區裁判所ニ在テハ、單獨判事行政事務ヲ擔當ス。但判事二人以上アルトキハ、司法大臣其ノ一人ヲ監督判事トシテ之ニ行政事務ヲ委任ス。又此レ等ノ判事ハ其ノ所屬ノ裁判所書記及び執達吏ヲ監督ス。合議裁判所ニ在テハ、各裁判所ノ長其ノ行政事務ヲ取扱ヒ且之ヲ監督ス。又大審院ヲ除キ、其ノ他ノ合議裁判所ノ長ハ其ノ管内ノ下級裁判所ヲ監督ス。但其ノ監督ノ下ニ屬スル判事ヲシテ司法行政ノ一部ヲ取扱ハシムルコトヲ得。而シテ此レ等ノ官吏ニ由テ司法行政ヲ行ヒ且此レ等ノ官吏ヲ監督スル最高ノ責任者ハ司法大臣ナリ(構、一三四、一三五)。但以上ノ監督ノ組織ハ裁判上執務スル判事ノ裁判權ニ影響ヲ及ボシ又ハ之ヲ制限スルコトナシ(同、一四Ⅲ)。

第四目 裁判所職員ノ地位

一 裁判所職員中特殊ナル地位ヲ有スル者ハ判事ナリ。判事ノ地位ハ憲法ニ依

リテ保障セラレ、裁判官ハ刑法ノ宣告又ハ懲戒ノ處分ニ由ルノ外其ノ職ヲ免ゼラルルコトナシ(憲、五八)。即チ判事ハ終身官タリ。又裁判所構成法ニ依レバ、判事ハ特別ノ場合ノ外、刑法ノ宣告又ハ懲戒ノ處分ニ由ルニアラザレバ其ノ意ニ反シテ轉官、轉所、停職、免職又ハ減俸セララルコトナシ。其ノ特別ノ場合トハ、豫備判事タルトキ又ハ補闕ノ必要アルトキ轉所ヲ命ゼラレタル場合、裁判事務上必要アルトキ又ハ身體若クハ精神ノ衰弱ニ因リ職務ヲ執ルコト能ハザルニ至リタルトキ司法大臣ヨリ控訴院又ハ大審院ノ總會ノ決議ニ依リ退職ヲ命ゼラレタル場合、定年ニ達シ退職トナリタル場合、懲戒取調又ハ刑事訴追ノ開始ニ因ル停職ノ場合等是レナリ(構、七三―七四ノ三)。而シテ判事ハ規定ニ因ル免職ノ場合ヲ除キ、退職後ニ於テモ尙判事タルノ官ヲ失フコトナク、懲戒取調又ハ刑事訴追ノ開始ニ因ル停職中ニテモ俸給全額ノ支給ヲ受ク、又法律ニ由ル裁判所ノ廢止又ハ組織變更ニ因リ他ノ關位ヲ待ツ場合ニ於テモ其ノ期間中俸給半額ノ支給ヲ受ク(構、七五、七八)。而シテ判事ニ對スル斯クノ如キ地位並ニ權利ノ保障ハ何レモ所謂司法權ノ獨立ヲ全クスル所以ニシテ、司法權ハ之ニ依リテ判事ノ身分地位ニ對スル脅威ニ因リ間接ニ行ハル

ル行政權ノ壓迫ヲ排除スルコトヲ得ベシ。但此レ等ノ保障ハ専ラ公共ノ利益ノ爲メニ存シ、裁判官ノ個人的利益ヲ主眼トシテ設ケラレタルモノニアラザルガ故ニ、判事ト雖モ司法行政ノ運用上相當ト認メラルル轉所其ノ他ノ交渉ヲ理由ナク拒ムガ如キハ寧ロ特權ノ濫用ナリ。右ノ外、裁判所構成法ハ部並ニ判事間ニ於ケル事務ノ分配結了代理ニ關スル規定ヲ設ク。是レ亦此ノ種ノ事項ニ關シ内部的ニ行ハルルコトアルベキ司法行政權ノ濫用ニ因ル不當ナル干涉ヲ防ガントスル趣旨ニ基クモノニシテ、判事ノ上官ト雖モ、此ノ規定ニ依ラズシテ妄ニ此ノ種ノ事項ノ取扱ヲ變更スルコトヲ得ザルモノトス(條、一一一三ノ二、二二二五ノ二、三六、四五一四七)。

判事ノ地位ト權利トハ前記ノ如キ保障ヲ有スレドモ、判事モ亦官吏ナルガ故ニ上官ハ裁判其ノ者ニ干涉セザル限リ之ニ對シ適當ナル監督ヲ爲スコトヲ得ザルベカラズ。裁判所ノ事務ノ監督ノ組織ニ付テハ前ニ之ヲ述べタリ。而シテ此ノ監督權ノ内容ハ、判事が不適當又ハ不充分ニ取扱ヒタル事務ニ付キ其ノ注意ヲ促シ並ニ適當ニ其ノ事務ヲ取扱フコトヲ訓令スルコト、及ビ判事ノ職務上ト否トニ拘ラズ其ノ地位ニ不相應ナル行狀ニ付キ諭告スルコトノ二點ヲ包含ス(條、一三六)。

此ノ他司法大臣ハ必要アル場合ニハ判事懲戒法又ハ刑法ニ從テ訴追ヲ命ズルコトヲ得ルハ言フ俟タズ(同、一三八)。

判事ニ任ゼラルルニ必要ナル資格ハ裁判所構成法ニ之ヲ定ム(條、五七、五八、六五、六六)。

二 裁判所書記ニ關シテハ其ノ地位並ニ權利ニ關シテ判事ノ如キ保障ナシ。且書記ハ其ノ職務ニ關シテ上官ノ命令ニ從フ。又裁判所ノ開廷ニ於テハ裁判長ノ命令ニ從ヒ、判事一人ナルトキハ其ノ判事ノ命令ニ從フ。但右ノ命令ニシテ口述ノ書取ニ關ルカ又ハ書類記録ノ調製若クハ變更ニ關ル場合ニ於テ其ノ調製若クハ變更ヲ正當ナラズト認ムルトキハ、書記ハ自己ノ意見ヲ記シテ之ヲ添フルコトヲ得(條、九一)。

裁判所書記ニ任ゼラルルニ必要ナル資格モ亦裁判所構成法ニ之ヲ規定ス(條、八九)。

第五目 裁判所職員ノ除斥、忌避及ビ回避

一 裁判所職員中判事間ニ於テハ事務ノ分配、結了及ビ代理ニ關シテ一定ノ準則ノ存スルコト前ニ述べタルガ如シ。然レドモ判事が偶々其ノ擔當スル職務ニ關

シテ個人的ニ特殊ノ關係ヲ有スル場合ニハ、裁判ノ公正乃至信用ヲ維持スル必要上、一般ノ準則ニ拘ラズ、當該判事ヲシテ職務ノ執行ヨリ脫退セシムルコトヲ以テ適當トスル場合アリ。判事ノ除斥、忌避及ビ回避ノ規定ハ此ノ理由ニ依ル。

(一) 除斥

除斥トハ一定ノ原由アル場合ニ於テ法律上當然職務ノ執行ヨリ脫退セシメラルルコトヲ謂フ(訴、二四)。但除斥ノ效果ガ生ズルニハ一定ノ手續ヲ要ス。即チ忌避ノ申立ニ付キ、決定ヲ爲スベキ裁判所ニ於テ左記ノ事情アリト認ムルトキハ職權ヲ以テ除斥ノ決定ヲ爲スベキモノトス(同、三二一)。

- 一 判事被害者ナルトキ
- 二 判事私訴當事者ナルトキ
- 三 判事被告人、被害者又ハ私訴當事者ノ配偶者、四親等内ノ血族、三親等内ノ姻族又ハ同居ノ戸主若クハ家族ナルトキ、親族關係ノ止ミタル後亦同シ(二)
- 四 判事被告人、被害者又ハ私訴當事者ノ法定代理人、後見監督人又ハ保佐人ナルトキ

五 判事事件ニ付キ證人又ハ鑑定人トナリタルトキ

六 判事事件ニ付キ被告人ノ代理人、辯護人、輔佐人又ハ私訴當事者ノ代理人トナリタルトキ

七 判事事件ニ付キ檢事又ハ司法警察官ノ職務ヲ行ヒタルトキ

八 判事事件ニ付キ豫審終結決定若クハ前審ノ裁判又ハ其ノ基礎トナリタル取調ニ關與シタルトキ(一)、但受託判事トシテ關與シタル場合ハ此ノ限ニ在ラズ。

- 一 親族關係ノ止ミタル後ニ於テハ、其ノ止ミタル事由ノ如何ニ依リ、却テ關係者間ニ於テ相反目スルガ如キ場合アラシキコトヲ虞レタルニ因ル。
- 二 裁判ノ基礎トナリタル取調ニ關與シタルトキトハ、現實ニ其ノ取調ノ結果ガ裁判ノ基礎トナリタルトキヲ謂ヒ、縱ハ豫審又ハ前審ノ取調ニ關與シタルトスルモ、其ノ取調ノ結果ガ裁判ノ資料トシテ利用セラレザリシガ如キ場合ハ、茲ニ謂フ所ノ場合ニ該當セズ。

除斥ノ決定ヲ爲スニ方リ、當該判事ニ於テ意見書ヲ提出スベキコト、當該判事ハ其ノ裁判ニ關與シ得ザルコト、及ビ當該判事ノ退去ニ因リ管轄裁判所ニ於テ裁判ヲ爲スコト能ハザル場合ノ管轄裁判所ノ問題ニ付テハ、忌避ニ關スル規定

ヲ準用ス(訴、三二I)。除斥ノ決定ハ之ヲ送達セズ(同、三四)。

(二) 忌避

忌避トハ一定ノ原由アル場合ニ於テ訴訟關係人ノ申立ニ依リ職務ノ執行ヨリ脱退セシメラルルコトヲ謂フ。即チ判事職務ノ執行ヨリ除斥セラルベキトキ又ハ偏頗ノ裁判ヲ爲ス虞アルトキハ、檢事、被告人又ハ私訴當事者ハ之ヲ忌避スルコトヲ得。加之、辯護人モ亦被告人ノ爲メ忌避ノ申立ヲ爲スコトヲ得。但此ノ場合ニハ被告人ノ明示シタル意思ニ反スルコトヲ得ズ(訴、二五)。而シテ判事職務ノ執行ヨリ除斥セラルベキトキハ何時ニテモ之ニ對シ忌避ノ申立ヲ爲スコトヲ得レドモ、偏頗ノ裁判ヲ爲ス虞アルコトヲ理由トスル忌避ノ申立ハ事件ニ付キ請求又ハ陳述ヲ爲シタル後ハ之ヲ許サズ。但忌避ノ原由アリシコトヲ知ラザリシトキ又ハ忌避ノ原由其ノ後ニ發生シタルトキハ此ノ限ニ在ラズ(同、二六)。

合議裁判所ノ判事ニ對スル忌避ノ申立ハ其ノ判事ノ所屬ノ裁判所ニ之ヲ爲スベク、豫審判事、受命判事又ハ區裁判所判事ニ對スル忌避ノ申立ハ忌避スベキ判事ニ之ヲ爲スベシ。而シテ其ノ申立ハ書面又ハ口頭ヲ以テシ、其ノ原由ヲ示スコトヲ要ス。忌避ノ原由ハ申立ヲ爲シタル日ヨリ三日内ニ書面テ以テ疏明セザルベカラズ。請求又ハ陳述ヲ爲シタル後判事偏頗ノ裁判ヲ爲ス虞アルコトヲ理由トシテ忌避ノ申立ヲ爲シタル場合ニ於テ、忌避ノ原由アリシコトヲ知ラザリシ事實並ニ忌避ノ原由其ノ後ニ發生シタル事實ニ付キ亦同ジ。忌避セラレタル判事ハ自ら忌避ノ申立ヲ理由アリトスル場合及ビ訴訟ヲ遅延セシムル目的ノミヲ以テ爲サレタル忌避ノ申立ノ場合ノ外ハ、忌避ノ申立ニ對シ意見書ヲ提出スルコトヲ要ス(訴、二七)。

合議裁判所ノ判事忌避セラレタルトキハ其ノ判事ノ所屬裁判所之ガ決定ヲ爲ス。忌避セラレタル判事ハ此ノ決定ニ關與スルコトヲ得ズ。若シ之ガ爲メニ裁判所決定ヲ爲スコト能ハザルトキハ直近上級裁判所之ガ決定ヲ爲ス。豫審判事忌避セラレタルトキハ其ノ判事ノ所屬裁判所、區裁判所判事忌避セラレタルトキハ管轄地方裁判所之ガ決定ヲ爲ス。但此ノ最後ノ二個ノ場合ニ於テ忌避セラレタル判事自ら忌避ノ申立ヲ理由アリトスルトキハ、其ノ決定アリタ

ルモノト看做ス(訴、二八)。

條件ヲ具ヘズ又ハ訴訟ヲ遅延セシムル目的ノミヲ以テ爲シタルコト明白ナル忌避ノ申立ハ決定ヲ以テ之ヲ却下ス。此ノ場合ニハ忌避セラレタル判事亦決定ニ關與スルコトヲ得(訴、二九)。

忌避ノ申立アリタルトキハ前記ノ場合並ニ急速ヲ要スル場合ノ外訴訟手續ヲ停止スベキモノトス(訴、三〇)。

忌避ノ申立ヲ却下スル決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得(訴、三一)。

(三) 回避

回避トハ一定ノ原由アル場合ニ於テ自ラ申立テテ職務ノ執行ヨリ脫退スルコトヲ謂フ。即チ判事忌避セラレベキ原由アリト思料スルトキハ回避スベキモノトス。回避ノ申立ハ判事所屬ノ裁判所ニ書面ヲ以テ之ヲ爲ス。決定ヲ爲スベキ裁判所ハ忌避ノ場合ニ準ズ(訴、三三)。回避ノ決定ハ之ヲ送達セズ(同、三四)。

二 以上述べタル判事ニ關スル除斥忌避並ニ回避ニ付テノ原則ハ多少ノ變更ヲ以テ裁判所書記ニモ亦準用セラレ(訴、三五)。

第二項 裁判所ノ管轄

第一目 管轄ノ意義及ビ種類

一 或事件ニ關シ通常裁判所ガ通常裁判權ヲ有スル場合ニ於テ、何レノ裁判所ガ其ノ事件所謂事件ハ實體上ノモノナルコトアリ、手續上ノモノナルコトアリニ關スル當然ノ職務ヲ行フ權限ヲ有スルヤノ問題ハ之ヲ管轄ノ問題ト謂ヒ、此ノ權限ヲ管轄又ハ管轄權ト謂フ。從テ管轄ノ有無ノ問題ハ裁判權ノ有無ノ問題ト異ル。即チ通常裁判權ハ通常裁判所一般トシテノ抽象的權限ニシテ、通常裁判所ノ職務ヲ一般的ニ見タル觀念ナルモ、管轄ハ之ニ反シ、各個ノ裁判所ガ其ノ裁判所トシテ有スル具體的權限ニシテ、通常裁判所ノ職務ヲ個別的ニ見タル觀念ナリ。從テ全國唯一個ノ通常裁判所アルノミナルトキハ、管轄ノ有無ハ問題トナルコトナク、唯特別裁判所ニ對スル關係ニ於テ通常裁判權ノ有無ノミガ問題トナル。即チ裁判權ハ管轄權ノ前提ニシテ、裁判權ノ問題ガ肯定セラレテ然ル後管轄ノ問題ガ生ズルナリ。斯クノ如クナルヲ以テ、此ノ二個ノ問題ニ關シテ言渡スベキ裁判ノ意義

モ亦異ル。例へバ、裁判所ハ事件ニ付キ通常裁判權ナキトキハ公訴ヲ棄却スベク
(訴、三一五、三六四)、管轄ナキトキハ管轄違フ言渡スベキモノトス(同、三〇九、三五五)。

右ハ管轄ノ意義並ニ管轄ト裁判權トノ差異ナリ。而シテ管轄モ裁判權モ之ヲ
裁判所ノ權限トシテ見レバ共ニ其ノ一部ニシテ、此ノ他ニ裁判所ハ尙管轄ナシ又
ハ裁判權ナシトシテ事件ノ審判ヲ拒ム手續ヲ爲ス權限ヲ有ス。從テ權限ヲ廣ク
解スルトキハ、訴訟法上ノ問題トシテモ權限ト管轄又ハ裁判權トハ同一ニアラズ。
要スルニ、管轄又ハ裁判權ハ裁判所ノ權限中其ノ當然ノ範圍ニ付テ謂フモノナリ。
二 裁判所ノ管轄ヲ分ツニハ訴訟法ハ種々ナル方法ニ依ル。從テ管轄ニ幾多ノ
種類アリ。(一)ハ起訴ノ管轄ニシテ、之ニ又事物管轄ト土地管轄トアリ。此ノ二者
ハ固有ノモノノ外、二個以上ノ事件ガ牽連スルニ因リテ更ニ又牽連事件ノ事物管
轄ト土地管轄トヲ生ズ。(二)ハ職務ノ管轄ニシテ、之ニ亦數種アリ。(三)ハ裁定管轄
トス。左ニ順次之ヲ説明スベシ。

第二目 起訴ノ管轄

起訴ノ管轄ハ或被告事件ニ關シ如何ナル裁判所ガ第一審裁判所トシテ起訴ヲ
受クベキカノ點ヨリ見タルモノニシテ、此ノ管轄ヲ有スル裁判所ハ本案ノ審判並
ニ其ノ手續ヲ行フニ必要ナル附隨事項ノ審判ヲ爲スコトヲ得。而シテ此ノ管轄
ハ更ニ次ノ數項ニ分ル。

一 事物管轄

事物管轄トハ事件ノ輕重難易ニ依ル管轄ヲ謂フ。其ノ標準左ノ如シ。

(一) 區裁判所ハ刑事ニ於テ左ノ事項ニ付キ管轄權ヲ有ス。但豫審ヲ經ザルモ
ノニ限ル(構、一六)。

一 拘留又ハ科料ニ該ル罪

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

(二) 地方裁判所ハ刑事ニ於テ第一審トシテ區裁判所ノ權限並ニ大審院ノ特別
權限ニ屬セザル訴訟ニ付キ管轄權ヲ有ス(構、二七)。從テ大審院ノ特別權限ニ屬
スルモノヲ除キテ謂ヘバ、死刑、無期又ハ短期一年以上ノ有期ノ懲役又ハ禁錮ニ

該ル事件ニ付テハ必ズ地方裁判所ノ豫審又ハ公判ヲ請求セザルベカラズ。而シテ其ノ他ノ事件ハ地方裁判所ノ豫審ト區裁判所ト共ニ之ヲ管轄スルガ故ニ、其ノ何レニ起訴スルモ妨ナキモ、拘留又ハ科料ニ該ル事件ニ付キ豫審ヲ請求スルコトヲ得ルハ、罰金以上ノ刑ニ該ル事件ト同時ニ取調ヲ爲スベキ場合ニ限ル(訴、二八九)。但以上ノ規定ニ拘ラズ、地方裁判所ノ豫審並ニ公判ニ於テハ其ノ管内ニ在ル區裁判所ノ管轄ニ屬スル事件ニ付キ既ニ起訴ヲ受ケタル場合ニハ管轄違ノ言渡ヲ爲スコトヲ得ズ(同、三一〇、三五六)。(第五目管轄違ノ手續ノ效力參照)。

(三) 大審院ハ第一審且終審トシテ刑法第七三條第七五條及ビ第七七條乃至第七九條ノ罪並ニ皇族ノ犯シタル罪ニシテ禁錮以上ノ刑ニ處スベキモノノ豫審及ビ公判ニ付キ管轄權ヲ有ス(條、五〇)。大審院モ亦被告事件下級裁判所ノ管轄ニ屬スル場合ニ於テ管轄違ノ言渡ヲ爲スコトヲ得ズ(訴、四八三、四八四)。

事物管轄ノ標準ハ右ノ如シ。從テ之ニ依レバ、事物管轄ハ法律上相競合スルヲ通例トシ、事件ハ其ノ何レノ管轄裁判所ニモ之ヲ起訴シ得ルノミナラズ、假ニ事件ガ或裁判所ニ起訴セラレタリトスルモ、他ノ裁判所ハ之ガ爲メニ其ノ管轄權ヲ失

フモノニアラズ。從テ同一事件ガ相次デ別異ノ裁判所ニ起訴セラレルコトアリ。斯クシテ、或事件ガ同時ニ上級並ニ下級裁判所ニ起訴セラレタルトキハ、則チ訴訟繫屬ノ衝突ヲ生ズ。然レドモ斯カル場合ニハ特別ノ事情ナキ限り整備セル裁判所ヲシテ鄭重ナル手續ニ依リテ審判セシムルヲ適當トスルガ故ニ、訴訟法ニ依レバ、同一事件事物管轄ヲ異ニスル數個ノ裁判所ノ豫審又ハ公判ニ繫屬スルトキハ、上級裁判所ニ於テ之ヲ審判スベキモノトス。但上級裁判所ハ檢事ノ請求ニ因リ決定ヲ以テ管轄權ヲ有スル下級裁判所ヲシテ其ノ事件ヲ審判セシムルコトヲ得(訴、九)。此ノ場合ニ於テハ下級裁判所ガ上級裁判所ノ管内ニ在ルコトハ要件ニアラズ。而シテ下級裁判所ガ右ノ原則ニ依リ其ノ事件ノ審判ヲ爲スベカラザルトキハ、決定ヲ以テ公訴ヲ棄却スベキモノトス(同、三六五)。

ニ 土地管轄

裁判所ハ國家權力ヲ行使スル官廳トシテ夫々各自ノ管轄區域ヲ有ス。而シテ裁判所ニ在テモ、管轄區域ハ行政官廳ノ場合ト同ク、一定ノ區域ガ其ノ官廳ノ權力的活動ノ場所ノ限界タルコトヲ意味シ、其ノ區域ハ法律ニ依テ定マル(前項第二目參

照)。從テ裁判所ガ管轄區域外ニ於テ職務ヲ行フ必要アル場合ニハ、原則トシテ共同ノ方法ニ依ルベキモノトス。但訴訟法ハ事實發見ノ爲メ必要アル場合ニ限り管轄區域外ニ於テ職務ヲ行フコトヲ許シタリ。豫審判事、受命判事ニ付テモ亦同ジ(訴、一一)。

土地管轄トハ、受訴裁判所ガ本案ノ裁判ヲ爲シ得ルガ爲メニハ、被告事件ガ右ニ述ベタル其ノ管轄區域ト如何ナル關係ニ於テ連結セラルルコトヲ要スルカノ點ヨリ見タル管轄ヲ謂フ。即チ管轄區域ハ土地管轄ノ前提ニシテ、之ナクシテ土地管轄ヲ考フルコトヲ得ザレドモ、土地管轄ト管轄區域ハ全ク其ノ意義ヲ異ニスルモノナリ。

(一) 裁判所ノ土地管轄ヲ定ムルニハ先ヅ犯罪地又ハ被告人ノ住所、居所若クハ現在地ヲ以テ標準トス(訴、一一)。

一 犯罪地

犯罪地ハ行爲地、中間事實地並ニ結果地ヲ含ム。不作爲犯ノ行爲地ハ一定ノ作爲義務ヲ履行スベカリシ地及ビ其ノ當時犯人ノ在リタル地ナリ。故ニ

複成犯ノ場合ノミナラズ、單一犯ノ場合ニ於テモ、同一事件ガ數個ノ裁判所ニ土地管轄ヲ生ズルコトアリ。

二 住所、居所若クハ現在地

住所、居所、現在地ハ何レモ公訴提起ノ時ヲ標準トシテ之ヲ定ム。住所並ニ居所ノ意義ハ民法ニ謂フ所ニ同ジ。現在地ニ關シテハ其ノ現在スル理由ガ強制ニ因ルト任意タルトヲ問ハザレドモ、當該事件ニ付キ爲シタル強制處分(訴二五五)ノ結果タル場合ヲ含マズト解スベキカ。

(二) 次ニ帝國外ニ在ル帝國艦船内ニ於テ犯シタル罪ニ付テハ前記ノ地ノ外、尙其ノ艦船ノ本籍(海軍所屬ノ艦船ニ付テ謂フ)若クハ船籍(一般ノ船舶ニ付テ謂フ)ノ所在地又ハ犯罪後其ノ艦船ノ繫泊シタル地ヲ以テ土地管轄ノ標準トス(訴、一)。

土地管轄ノ標準右ノ如クナルヲ以テ、之ニ關シテモ亦法律上相競合スル數個ノ裁判所ノ管轄間ニ訴訟繫屬ノ衝突ヲ生ズルコトアルベシ。即チ訴訟法ニ依レバ、同一事件事物管轄ヲ同クスル數個ノ裁判所ノ豫審又ハ公判ニ繫屬スルトキハ、最

初ニ公訴ヲ受ケタル裁判所ニ於テ之ヲ審判スベキモノトス。但各裁判所ニ共通スル直近上級裁判所ハ檢事ノ請求ニ因リ決定ヲ以テ後ニ公訴ヲ受ケタル裁判所ヲシテ其ノ事件ヲ審判セシムルコトヲ得(訴、一〇)。而シテ此レ等ノ場合ニ於テ事件ノ審判ヲ爲スベカラザル裁判所ハ何レモ決定ヲ以テ公訴ヲ棄却スベキモノトス(同、三六五—三)。

三 牽連事件ノ管轄

起訴ニ關スル固有ノ管轄ハ第一次ニ上ニ述べタル二個ノ標準ニ依リテ定マル。然レドモ二個以上ノ事件ノ間ニ一定ノ牽連關係アルトキハ、裁判所ハ審判ノ便宜上併セテ之ヲ管轄スルコトヲ得。

(一) 數個ノ事件ハ左ノ場合ニ於テ牽連ス(訴、八)。

一 一人數罪ヲ犯シタルトキ(主觀的牽連事件)

二 數人共ニ同一又ハ別個ノ罪ヲ犯シタルトキ(後段ノ場合ハ例ヘバ贈賄ト收賄、但犯人藏匿ノ罪、證憑湮滅ノ罪、偽證ノ罪、虛偽ノ鑑定通譯ノ罪及ビ贓物ニ關スル罪ト其ノ本犯ノ罪トハ共ニ犯シタルモノト看做ス。

三 數人通謀シテ各別ニ罪ヲ犯シタルトキ

四 數人同時ニ同一ノ場所ニ於テ各別ニ罪ヲ犯シタルトキ

(二) 牽連事件ノ事物管轄

(イ)事物管轄ヲ異ニスル數個ノ事件牽連スルトキハ、上級裁判所併セテ之ヲ管轄スルコトヲ得(訴、二)(訴、四八〇ハ大審院ノ豫審ノミニ關スル制限的規定ナリ)。然レドモ此ノ場合ニ、上級裁判所ハ必ズ之ヲ併セ審判スルコトヲ要スルニアラザルガ故ニ、檢事ガ便宜ニ從テ各別ノ裁判所ニ起訴スルハ妨ナキノミナラズ、又次ノ二個ノ場合ヲ生ズ。即チ公訴ノ提起ニ因リ(ロ)事物管轄ヲ異ニスル數個ノ牽連事件上級裁判所ノ公判ニ繫屬スル場合ニ於テ、併セテ審判スルコトヲ必要トセザルモノアルトキハ、上級裁判所ハ檢事ノ意見ヲ聽キ決定ヲ以テ管轄權ヲ有スル下級裁判所ニ之ヲ移送スルコトヲ得(同、三)(訴、四八一モ亦同様ノ制限的規定ナリ)。又(ハ)事物管轄ヲ異ニスル數個ノ牽連事件各別ニ上級裁判所及ビ下級裁判所ノ公判ニ繫屬スルトキハ、上級裁判所ハ檢事ノ意見ヲ聽キ決定ヲ以テ下級裁判所ノ管轄ニ屬スル事件ヲ併セテ審判スルコトヲ得(同、四)。

以上ノ各場合ニ於テ數個ノ牽連事件ハ各固有ノ土地管轄ヲ異ニスルモ妨ナシ。從テ牽連事件ノ事物管轄ハ固有ノ土地管轄ノ限界ヲ動カスモノト謂フコトヲ得。

(三) 牽連事件ノ土地管轄

(イ)土地管轄ヲ異ニスル數個ノ事件牽連スルトキハ、一個ノ事件ニ付キ管轄權ヲ有スル裁判所併セテ他ノ事件ヲ管轄スルコトヲ得(訴、五)。然レドモ此ノ場合ニ於テモ數個ノ事件ノ審判ハ當然一ノ裁判所ニ併合セラルルニアラザルガ故ニ、檢事ハ便宜ニ從テ各別ノ裁判所ニ起訴スルコトヲ得ルノミナラズ、又次ノ二個ノ場合ヲ生ズ。即チ公訴ノ提起ニヨリ(ロ)土地管轄ヲ異ニスル數個ノ牽連事件同一裁判所ノ公判ニ繫屬スル場合ニ於テ併セテ審判スルコトヲ必要トセザルモノアルトキハ、其ノ裁判所ハ檢事ノ意見ヲ聽キ決定ヲ以テ管轄權ヲ有スル他ノ裁判所ニ之ヲ移送スルコトヲ得。豫審ニ關シテモ亦同ジ(同、六)。(ハ)事物管轄ヲ同クスル數個ノ牽連事件各別ニ數個ノ裁判所ノ公判ニ繫屬スルトキハ、各裁判所ハ檢事ノ請求ニ因リ決定ヲ以テ之ヲ一ノ裁判所ニ併合スルコトヲ得。

豫審ニ關シテモ亦同ジ。此ノ場合ニ於テ各裁判所ノ決定一致セザルトキハ、各裁判所ニ共通スル直近上級裁判所ハ檢事ノ請求ニ因リ決定ヲ以テ事件ヲ一ノ裁判所ニ併合スルコトヲ得(同、七)。

以上述べタル所ハ關係裁判所ガ何レモ事物管轄ヲ同クスル場合(同一階級ノ場合)ニノミ適用アルモノトス。

(四) 牽連事件ノ管轄ハ是レ亦本案ノ審判ヲ爲シ得ル裁判所ノ權限ナルガ故ニ、此ノ意義ニ於テ等シク裁判所ノ管轄ナリ。然レドモ牽連事件ノ管轄ガ生ズルガ爲メニハ、當該裁判所ノ固有ノ管轄ニ屬スル事件ガ既ニ起訴セラレタルカ又ハ同時ニ起訴セララルルコトヲ要シ、此ノコトナクシテ、牽連事件ノ管轄ノ生ズルコトナシ。蓋シ裁判所ヨリ見レバ、未ダ主タル事件ナクシテ牽連事件ノミ存スル理ナケレバナリ。然レドモ既ニ主タル事件ガ繫屬シ、且之ト共ニ牽連事件ノ管轄ガ生ジタル以上ハ其ノ效力ハ固有ノ管轄トノ間ニ差別アルコトナシ。但牽連事件ニ對スル追起訴又ハ併合ノ手續ハ固有ノ管轄ニ屬スル事件ノ繫屬中ニ行ハルルコトヲ要ス。

(五) 牽連事件ニ關シテモ、同一事件ガ固有ノ管轄裁判所ト牽連事件ノ管轄裁判所トノ間、又ハ牽連事件ノ管轄裁判所相互ノ間ニ於テ同時ニ其ノ豫審又ハ公判ニ繫屬スルコトアルノ理ナリ。此ノ場合ノ調和ノ方法ニ付テハ固有ノ管轄ニ於ケル訴訟繫屬ノ衝突ノ場合ト同一ノ規定ニ從フ(訴、九、一〇、三六五I₃)。

第三目 職務ノ管轄

職務ノ管轄(又ハ機能ノ管轄)トハ、數個ノ裁判所ガ同一事件ニ關スル事務ノ取扱ヲ爲スニ當リ、裁判所ノ異ルニ因リテ其ノ職務ヲ異スルガ爲メニ生ズル管轄ヲ謂フ。之ニ數種アリ。即チ左ノ如シ。

一 審級管轄

審級管轄ハ訴訟手續ニ於ケル審級ノ區別ヨリ生ズル管轄ナリ。各審級ノ裁判所ハ其ノ審級管轄ヲ異ニスルニ從テ夫々其ノ職務ヲ異ニス。而シテ審級管轄ハ判決ヲ以テ爲スベキ手續ニ付テハ原則トシテ三段階(三審制度)ニ別レ、決定命令ヲ以テ爲スベキ手續ニ付テハ原則トシテ二段階(二審制度)ニ別ル。之ヲ裁判所ノ種

類ニ付テ説明スレバ左ノ如シ(標、二七、三七、五〇)。

- (一) 區裁判所ハ凡テ第一審ノ職務ヲ行フ。
- (二) 地方裁判所ハ第一審ノ職務ヲ行フ外、第二審トシテ左ノ事項ニ付キ管轄權ヲ有ス。
 - 一 區裁判所ノ判決ニ對スル控訴
 - 二 大審院ノ權限ニ屬スルモノ(後掲(四)ノ四)ヲ除ク外、區裁判所ノ決定及ビ命令ニ對スル抗告
 - (三) 控訴院ハ其レ自身ノ手續ニ關シ第一審ノ裁判(決定及ビ命令)ヲ爲ス外、左ノ事項ニ付キ管轄權ヲ有ス。
 - 一 地方裁判所ノ第一審判決ニ對スル控訴
 - 二 大審院ノ權限ニ屬スルモノ(後掲(四)ノ四)ヲ除ク外、地方裁判所ノ第一審トシテ爲シタル決定及ビ命令ニ對スル抗告
 - (四) 大審院ハ第一審且終審ノ職務ヲ行フ外、終審トシテ左ノ事項ニ付キ管轄權ヲ有ス。

一 上告(訴、四〇八、四一六)

二 地方裁判所ノ第二審トシテ爲シタル決定及ビ命令ニ對スル抗告(即チ再抗告)

三 控訴院ノ第一審又ハ第二審トシテ爲シタル決定及ビ命令ニ對スル抗告(即チ抗告及ビ再抗告)

四 地方裁判所又ハ區裁判所ノ爲シタル上告棄却ノ決定ニ對スル抗告(訴、四〇八、四一六、四一九、四二〇參照)

二 豫審及ビ公判ノ管轄

豫審ハ事件ヲ公判ニ付スベキヤ否ヤヲ決定スル獨立ノ手續ニシテ、事件ノ本案ノ裁判ヲ目的トスル公判ト其ノ機能ヲ異ニス。從テ豫審ト公判トハ相異レル職務ノ管轄タリ。而シテ豫審ノ管轄ハ地方裁判所並ニ大審院之ヲ有シ、控訴院ニ在テハ地方裁判所ノ豫審ノ裁判ニ對スル抗告裁判所トシテ之ヲ有ス。

三 共助ノ管轄

裁判所又ハ豫審判事ハ他ノ裁判所ニ手續ノ一部ヲ囑託スルコトアリ。斯カル場合ニ於テ、受託判事ハ裁判所ノ機關タル受命判事ノ場合ト異リ、其ノ獨立ノ機能

トシテ囑託事務ヲ行フモノニシテ、其ノ管轄區域内ニ於テ執行シ得ベキ囑託ニ適スル一切ノ事項ヲ以テ其ノ管轄トス。此ノ管轄ヲ有スル者ハ通例區裁判所判事及ビ豫審判事ナリ。然レドモ此レ等ノ判事ノ爲シタル決定ニ對シテハ抗告ヲ爲シ得ルガ故ニ、抗告裁判所モ亦共助ニ關スル管轄ヲ有スル理ナリ(訴、四六九參照)。

第四目 裁定管轄

裁定管轄トハ裁判ニ因リテ定マル管轄ヲ謂フ。此ノ場合ノ裁判ハ管轄ノ指定又ハ移轉ノ裁判ニシテ、私訴ニ關シテハ此ノ外尙移送ノ裁判アリ。

一 管轄ノ指定

(一) 檢事ハ左ノ場合ニ於テ關係アル第一審裁判所ニ共通スル直近上級裁判所ニ管轄指定ノ請求ヲ爲スベキモノトス(訴、一四)。

一 裁判所ノ管轄區域明確ナラザル爲メ管轄區域ノ定マラザルトキ

二 管轄違フ言渡シタル事件ニ付キ他ニ管轄裁判所ナキトキ

(二) 檢事總長ハ法律ニ依ル管轄裁判所ナキトキ又ハ之ヲ知ルコト能ハザルト

キハ大審院ニ管轄指定ノ請求ヲ爲スベキモノトス(訴、一五)。

二 管轄ノ移轉

(一) 檢事ハ左ノ場合ニ於テ直近上級裁判所ニ管轄移轉ノ請求ヲ爲スベキモノトス。就中二ノ場合ニ於テハ被告人亦同一ノ請求ヲ爲スコトヲ得(訴、一六)。

一 管轄裁判所又ハ裁判所構成法第一三條第二項ノ規定ニ依リ定メラレタル裁判所ニ於テ法律上ノ理由又ハ特別ノ事情ニ因リ裁判權ヲ行フコト能ハザルトキ

二 被告人ノ地位、地方ノ民心、訴訟ノ狀況其ノ他ノ事情ニ因リ裁判ノ公平ヲ維持スルコト能ハザル虞アルトキ

(二) 檢事總長ハ犯罪ノ性質、被告人ノ地位、地方ノ民心其ノ他ノ事情ニ因リ管轄裁判所ニ於テ審判ヲ爲ストキハ公安ヲ害スル虞アリト認ムル場合ニ於テハ、大審院ニ管轄移轉ノ請求ヲ爲スベキモノトス(訴、一七)。

三 管轄ノ指定又ハ移轉ノ請求ノ手續、其ノ請求アリタル場合ニ於ケル處置等ニ付テハ刑事訴訟法第一八條乃至第二三條ノ規定ヲ參照スベシ。

第五目 管轄違ノ手續ノ效力

管轄ノ效力ニ關スル原則ハ上來之ヲ述ベタリ。而シテ此レ等ノ諸原則ハ元來治罪手續上ノ便宜ヲ主トシ、之ト牴觸セザル範圍ニ於テ特ニ被告人ノ防禦上ノ便宜ヲモ考慮シテ設ケラレタルモノナリ。從テ管轄違ノ手續ハ理論上法律違反ノ行爲トシテ法ノ欲セザル所ナレドモ、其ノ法律違反ガ公正適切ナル裁判ヲ得ルト謂フ本來ノ治罪ノ目的ニ反セザル場合、又ハ此ノ目的ニ反スルモ已ムヲ得ザル障礙アル場合、若クハ利害關係アル被告人ノ意思ニ反セザル場合ニ於テハ、手續ノ無益ナル反覆、又ハ手續ノ反覆ノ不能ニ因ル不當ナル結果ヲ避クル意味ニ於テ、例外的ニ之ニ對シテ適法ナル手續ト同一ノ效力ヲ認ムルモ亦妨ナシ。斯カル見地ヨリシテ、現行法ハ管轄違ノ行爲ノ效力ニ關シ種々ノ特例ヲ設ケタリ。但斯クノ如クスルモ、敢テ管轄ニ關スル原則ガ變更セラレ、又ハ管轄ガ擴張セララルモノニアラズ。此ノ場合ノ手續ハ、裁判所ニ對スル手續トシテモ、又裁判所自身ノ手續トシテモ、共ニ管轄違ナルニ拘ラズ、各手續者ニ於テ、一定ノ理由ニ基キ有效ナル手續ト

シテ之ヲ爲シ得ル特別ナル權利又ハ權限ヲ附與セラレルモノニ外ナラズ。即チ左ノ如シ。

(一) 豫審判事ハ其ノ所屬地方裁判所ノ管内ニ在ル區裁判所ノ管轄ニ屬スル事件ニ付キ管轄違ノ言渡ヲ爲スコトヲ得ズ(訴、三一〇、二八九)。是レ此ノ場合ニ豫審判事ヲシテ事件ヲ公判ニ附スル決定ヲ爲サシムルハ、一層整備セル裁判所ヲシテ一層鄭重ナル手續ニ依リ裁判ヲ爲サシムル所以ニシテ、毫モ治罪ノ目的ニ反セザルニ由ル。又之ヲ其ノ所屬地方裁判所ノ管内ニ在ル區裁判所トノ關係ニノミ限リタルハ、斯クノ如クスルニアラズンバ、豫審判事ハ其ノ所屬地方裁判所ガ土地管轄ヲ有セザル事件ニ付テモ亦管轄違ノ言渡ヲ爲シ得ザル結果トナルニ因ル。

(二) 地方裁判所ハ其ノ管内ニ在ル區裁判所ノ管轄ニ屬スル事件ニ付キ管轄違ノ言渡ヲ爲スコトヲ得ズ。其ノ理由ハ前號ニ同シ。但檢事ノ意見ヲ聽キ決定ヲ以テ管轄權ヲ有スル區裁判所ニ事件ヲ移送スルコトヲ得(訴、三五六)。

(三) 大審院ハ豫審ノ請求ヲ受ケタル被告事件下級裁判所ノ管轄ニ屬スルモノ

ト認ムルトキハ、檢事ノ意見ヲ聽キ決定ヲ以テ管轄權ヲ有スル裁判所ニ之ヲ移送スベキモノトス(訴、四八三)。被告事件公判ニ繫屬シタル後ハ(二)號ノ例ニ依ル(同、四八四、三五六)。

(四) 訴訟手續ハ管轄違ノ理由ニ因リ其ノ效力ヲ失ハズ(訴、一二)。今此ノ規定ヲ案ズルニ、裁判所ガ管轄違ノ言渡ヲ爲スベキ場合ニ於テモ、例ヘバ證據調ノ手續ノ如キハ手續自體ニ違法ナキ限り、實ハ如何ナル裁判所ガ之ヲ爲スモ毫モ重要ナル問題ニアラズ。蓋シ例ヘバ地方裁判所ノ公判ニ於テ、既ニ一方ニ豫審判事、受命判事、受託判事等ノ單獨判事ノ爲シタル手續(例、被告人ノ訊問、證人ノ訊問)ノ結果ヲ利用スルコトガ許サレツツアル以上ハ、他方ニ縱ヘ其レガ事物管轄ヲ有セザル區裁判所ノ手續ナリトスルモ、之ヲ無効トシテ其ノ結果ヲ利用スルコトガ許サレザル理由ナクレバナリ。又例ヘバ管轄違裁判所ガ不參ノ證人ニ對シ過料ノ決定ヲ爲スガ如キ場合ニ於テモ、手續自體ニ違法ナキ限り、言渡ノ有效ナルハ言フ俟タズ。從テ管轄違ノ場合ノ手續ノ違法ハ、畢竟當該公訴ニ關シテノミ意義ヲ有スル相對的觀念ニシテ、之ヲ離レテ見タル各個ノ手續ハ其レ自體瑕

疵ヲ帶ビザル限リ一般ニ有效ト謂フヲ妨グズ。此ノ點ハ理論上公訴棄却ノ場合ニ在テモ亦同シ。然ラバ刑事訴訟法第一二條ハ如何ナル必要ニ基キテ設ケラレタリヤ。其レガ若シ前記ノ當然ノ理論ヲ規定シタルモノトスレバ頗ル無意味ナルノミナラズ、公訴棄却ノ場合ヲ除外シタルハ却テ不當ナリ。從テ同條ハ次ノ如ク解スルヲ正當トス。即チ管轄違ノ事由モ公訴棄却ノ事由モ共ニ前記ノ如ク理論上一應ハ當該公訴ニ關シテ一切ノ手續ヲ違法ナラシムルモノナレドモ、管轄違ノ場合ニ在リテハ、例外トシテ特ニ本案裁判ヲ爲スコトヲ違法トスルニ止マリ、當該公訴ニ關シテモ必ズシモ一切ノ手續ヲ違法ナラシムルコトナシト。即チ斯ク解スル結果トシテ、公訴棄却ノ場合ニ於ケル公訴ノ提起並ニ裁判所自身ノ違法處分ハ公訴時効ノ中斷ノ效力ヲ生ゼザルモ(訴、二八五―但)、管轄違裁判所ノ場合ニ於テハ反對ニ中斷ノ效力ヲ生ズ。

(五) 裁判所ハ管轄權ヲ有セザルトキト雖モ、急速ヲ要スル場合ニ於テハ事實發見ノ爲メ必要ナル處分ヲ爲スコトヲ得。豫審判事及ビ受命判事亦然リ(訴、一三)。蓋シ管轄違裁判所ノ手續ハ前號ニ依リ必ズシモ無効ニアラザレドモ、裁判所ガ

既ニ當該事件ニ付キ管轄違ヲ言渡スベキモノナルコト明トナリタル以上ハ、最早實體的裁判ヲ言渡ス爲メノ行爲ハ凡テ許サルベキモノニアラズ。然レドモ右ノ如キ事情アル場合ニハ、治罪ノ目的ヲ達スル爲メ前記ノ程度ノ例外ヲ認ムルモ亦已ムヲ得ザルナリ。

(六) 裁判所ハ土地管轄違ノ場合ニ於テ管轄違ノ言渡ヲ爲スニハ被告人ノ申立ヲ要ス。但此ノ申立ハ公判ニ於テハ被告事件ニ付キ供述ヲ爲シタル後ハ之ヲ許サズ。其ノ事件豫審ヲ經タルモノナルトキハ豫審判事ニ對シ其ノ申立ヲ爲シタル場合ニ限リ之ヲ許ス(訴、三一、三五七)。蓋シ土地管轄ノ限界ハ主トシテ被告人ノ防禦上ノ便宜ヲ考慮シテ設ケラレタルモノナルガ故ニ、右ノ限界ヲ超エタルヤ否ヤノ問題ハ被告人ニ於テ異議アル場合(所謂責問權ヲ行使シタル場合)ニ限リ、之ヲ考慮スベキモノト爲スモ毫モ妨アルベカラズ。然レドモ又被告人ガ被告事件ニ付キ既ニ何等カノ供述ヲ爲シタル以上ハ、一應責問權ヲ拋棄シ、當該裁判所ノ裁判ヲ受クベキコトニ付キ異議ナキモノト推測シ得ルヲ以テ、此ノ場合ニハ管轄違ノ申立ハ之ヲ許スベキモノニアラズ。豫審ヲ經タル事件ニ於

テ、被告人ガ豫審判事ニ對シテ其ノ申立ヲ爲サザリシトスレバ、是レ亦同様ナリ。而モ嚴密ニ論ジテ、此レ等ノ場合ニ責問權ヲ拋棄シタルモノトスル認定ヲ不可ナリトセンカ、裁判所ハ往々被告人ノ爲メニ愚弄セラルルヲ免レザルベシ。

(七) 裁判所ガ管轄違ノ言渡ヲ爲ス場合ニ於テハ勾留狀ヲ存シ又ハ新ニ之ヲ發スルゴトヲ得(訴、三七一Ⅰ)。豫審判事亦然リ(同、三一八Ⅰ)。蓋シ裁判所又ハ豫審判事ガ管轄違ノ言渡ヲ爲シタルトキハ、勾留セラレタル被告人ニ對シテハ放免ノ言渡アリタルモノトセラレ(同、三七一Ⅰ、三一八Ⅰ)。又勾留セラレザル被告人ニ對シテハ受訴裁判所ナキニ至ルガ故ニ、右ノ如キ手續ヲ許スニアラズンバ、被告人逃走ノ虞アルガ如キ場合ニ於テハ如何トモ爲シ難キガ故ナリ。

(八) 尙管轄ニ關スル一ノ特例トシテ、司法大臣ハ地方裁判所ノ管轄區域内ノ一ノ區裁判所ノ管轄ニ屬スル刑事ノ事務ノ全部又ハ一部分ヲ其ノ地方裁判所ノ管轄内ノ他ノ區裁判所ヲシテ取扱ハシムルコトヲ得(構、一六〇二)。此ノ場合ニ於テ、之ヲ他ノ區裁判所ノ管轄ガ擴張セララルモノト見ルモ、又ハ他ノ區裁判所ハ管轄違裁判所ナルニ拘ラズ、新ニ管轄違ノ事件ヲ取扱ヒ得ル權限ヲ附與セララル

ルモノト見ルモ、單ニ用語上ノ問題ナリ。

第三項 共助

裁判機關ハ事件ノ審判ニ必要ナル行爲ヲ悉ク自ラ行フコトヲ得ザル場合アリ、又自ラ之ヲ行フコトヲ得ルモ他ノ機關ノ補助ヲ求ムルコトヲ以テ便宜トスル場合アリ。所謂法律上ノ共助ハ斯カル場合ノ爲メニ設ケラレタルモノニシテ、裁判所構成法、刑事訴訟法、司法事務共助法等ニ之ヲ規定ス。此レ等ノ規定ニ由テ其ノ手續ヲ述ブレバ左ノ如シ。

(一) 通常裁判所間ノ共助(Rechtshilfe)

通常裁判所間ノ共助ハ被告人ノ勾引、押收、搜索、檢證、證人及ビ鑑定人ノ訊問ニ付テ行ハル。補助ノ囑託ヲ受クベキ者ハ區裁判所判事又ハ豫審判事ナリ(構、一三一、訴、九四、一五四、一七八、二一二、二二八)。

通常裁判所ニ於テハ裁判所書記課モ亦其ノ權内ノ事件又ハ其ノ配下ノ執達吏ノ權内ノ事件ニ付キ互ニ法律上ノ補助ヲ爲ス(構、一三三)。而シテ其ノ事項ハ送

達ヲ以テ主ナルモノトス。

(二) 通常裁判所ヨリ他ノ官公署ニ對スル囑託

通常裁判所ガ特別裁判所ニ對シテ補助ヲ求ムルニハ司法事務共助法ニ依ル、即チ是ニ依レバ、内地及ビ樺太、朝鮮、臺灣、關東州、南洋群島又ハ帝國ノ領事裁判權ヲ行フ地域ニ於ケル司法官廳ハ訴訟書類ノ送達、證據調、令狀ノ發付及ビ執行ニ關シ相互ニ囑託ヲ爲スコトヲ得(共助法、一、二)。又刑事訴訟法ニ依レバ、通常裁判所ハ特別裁判所ニ對シ前記(一)號ニ掲ゲタル事項ニ關シ囑託ヲ爲スコトヲ得(訴、九四、一五四、一七八、二一二、二二八)。尙勾引ノ囑託ハ場合ニ因リ檢事長ニ對シテモ之ヲ爲スコトヲ得(同、九五)。

通常裁判所ガ行政官廳ニ對シ補助ヲ求メ得ル事項ハ鑑定(訴、二三〇)、翻譯(同、二三五)、外國ニ駐在スル大使、公使若クハ領事ニ囑託シテ爲ス送達(同、八〇、民訴、一七五)、巡查、憲兵卒其ノ他兵力ノ使用(明治一四年大政官達第八二號)トス。翻譯ハ通譯官ヲ置ク裁判所ニ對シテモ之ヲ囑託スルコトヲ得(訴、二三五)。

(三) 國際間ノ共助

國際間ノ共助中主要ナルモノハ犯罪人ノ引渡ニシテ、之ニ關シテハ逃亡犯罪人引渡條例(明治二〇年勅令第四二號)アリ。其ノ他書類ノ送達及ビ證據調ニ關シ外國裁判所ノ囑託ニ依ル共助法(明治三八年法律第六三號)アリ。尙特ニ外國ニ於テ爲スベキ送達ニ付テハ其ノ國ノ管轄官廳ニ囑託シテ爲ス場合アリ(訴、八〇、民訴、一七五)。

第二節 訴訟當事者及ビ其ノ他ノ訴訟關係人

第一款 檢事

第一項 檢事局ノ組織

一 檢事局 (Staatsanwaltschaft, ministère public) ハ裁判所ト異リ、憲法上ノ機關ニアラズシテ、單ニ裁判所構成法上ノ官廳ナリ。同法ニ依レバ、檢事局ハ各裁判所ニ附置セラレ、前ニ述べタル最廣義ノ裁判所ニ對應ス(構、六)。但茲ニ附置ストハ單ニ裁判所構内ニ設置スルノ義ニシテ從屬ノ義ニアラズ。之ニ一人又ハ數人ノ檢事並

ニ裁判所書記ヲ置ク(同、七九一)。又通譯官ヲ置クコトアリ(同、八三)。合議裁判所ノ檢事局ニハ各其ノ長官ヲ置ク。地方裁判所ニ在テハ檢事正、控訴院ニ在テハ檢事長、大審院ニ在テハ檢事總長是ナリ。長官ハ各其ノ所屬檢事局ノ事務取扱ヲ分配指揮監督ス。其ノ他檢事間ニハ構成法ノ定ムル順序ニ從ヒ全體トシテ上官下官ノ關係アリテ、下官ハ凡テ上官ノ命ニ從フ(同、八二、一三五)。即チ檢事ノ上官下官ノ間ニハ判事ト異リ常ニ命令服從ノ關係ヲ存ス。加之、檢事局ノ各長官ハ其ノ各管轄區域内ノ檢事ノ職務ノ範圍内ニ在ル事務ヲ自ラ取扱ヒ、若クハ一人ノ檢事ヨリ他ノ檢事ニ移スノ權ヲ有ス(同、八三)。又檢事ハ其ノ事務ノ取扱ニ關シテハ、何等ノ事件タルヲ問ハズ特別ノ許可ヲ受ケズシテ其ノ所屬檢事局ノ長官ヲ代理スルノ權アリ(同、三三、四二、五六)。斯クノ如キ檢事局ノ組織並ニ檢事間ノ關係ヲ檢事局又ハ檢事ハ同一體ノ原則ト謂フ。蓋シ斯カル原則ガ認めラルル所以ハ所謂檢察事務ガ専ラ司法行政ニ屬シ裁判事務ニアラザルガ故ナリ。但檢事局内ニ於ケル人事ニ關スル事項及ビ其ノ他ノ一般事務以外ノ司法行政ニ關スル事項ハ各長官専ラ之ヲ掌ル。

裁判所書記局
トイハレタリ

二 檢事ノ職務ガ司法行政ナル結果トシテ、右ニ述ベタル外、裁判所ト檢事局トハ種々ナル點ニ於テ相違アリ。即チ(先)檢事ニ付テハ憲法上並ニ裁判所構成法上判事ノ如キ安固ナル地位ノ保障ナシ、唯多少一般行政官以上ニ其ノ地位ヲ保障スル必要アルニ因リテ、構成法上僅ニ刑法ノ宣告又ハ懲戒ノ處分ニ由ルニアラザレバ其ノ意ニ反シテ免職セラルルコトナキ保障ヲ認ムルニ過ギズ(同、八〇)。(次)ニ檢事トナルニ必要ナル資格ハ之ヲ判事ト區別スル必要ナキモ(同、五七)、檢事ノ職務中輕微ナルモノハ檢事ニアラザル者(若クハ檢事トナルニ必要ナル資格ヲ有セザル者)ヲシテ之ヲ行ハシムルモ妨ナシ。即チ區裁判所檢事局ノ檢事ノ事務ハ其ノ地ノ警察官、憲兵將校下士又ハ林務官之ヲ取扱フコトヲ得。又司法大臣ハ司法官試補又ハ郡市町村ノ長ヲシテ區裁判所檢事ヲ代理セシムルコトヲ得(同、一八三)。又一入ノ檢事又ハ數人ノ檢事悉ク差支アリテ或ル事件ヲ取扱フコトヲ得ザルトキハ、裁判所長又ハ區裁判所ニ於テ判事又ハ監督判事ハ、其ノ事件猶豫スベカラザルニ於テハ、判事ニ檢事ノ代理ヲ命ジ其ノ事件ヲ取扱ハシムルコトヲ得(同、六)。

檢事局ニ於ケル司法行政ノ監督ノ組織並ニ監督權ノ範圍ハ裁判所ノ場合ニ準

ズ(構、一三四、一三五)。

三 檢事局ノ管轄區域ハ其ノ附置セラレタル裁判所ノ管轄區域ニ同ジ(構、六三)。
但檢事モ其ノ取扱中ノ事務ニ關シ事實發見ノ爲メ必要アルトキハ管轄區域外ニ於テ職務ヲ行フコトヲ得(訴、二五二、一一一)。加之、檢事局モ亦各自ノ管轄區域内ニ於テ取扱フベキ事務ニ付キ互ニ法律上ノ補助ヲ爲ス(構、一三二、訴、一二三、一二九、一七〇、一八〇、二一四、二二八、司法事務共助法二二)。

檢事ノ管轄ハ搜查ニ關シテハ制限ナシ。唯偏ニ便宜ニ從フ。然レドモ起訴ノ管轄並ニ審級ノ管轄ニ關シテハ限界アリ。其ノ標準ハ附置セラレタル裁判所ノ場合ニ同ジ。即チ例ヘバ事物管轄ニ付テ謂ヘバ、區裁判所檢事ハ地方裁判所檢事ノ事務ノ取扱ヲ命ゼラレザル限り、區裁判所檢事トシテ事件ヲ地方裁判所ニ起訴スルコトヲ得ズ。土地管轄ニ付テモ其ノ關係相同ジ。職務ノ管轄ニシテモ亦同様ニシテ、審級ヲ異ニスル裁判所ノ檢事ハ當然ニハ其ノ資格ニ於テ他ノ審級ノ裁判所ノ審判ニ立會フコトヲ得ズ(但檢事局ノ事務ニ付テハ管轄ノ制限ナシトスル説アリ)。

第二項 檢事ノ職務及ビ權限

檢事局ノ内部ノ組織ハ前項ニ述べタル所ノ如シ。然レドモ他ノ訴訟主體ニ對スル關係ニ於テハ其ノ所屬檢事ガ各個ニ擔當事件ニ付キ公訴權ノ主體ノ地位ニ立ツモノニシテ、所屬檢事ガ數人アル場合ニ於テモ合議體トシテ活動スルモノニアラズ。

檢事ノ職務權限ニ付テハ裁判所構成法第六條第一項ニ之ヲ規定ス。之ニ依レバ檢事ハ刑事ニ付テハ公訴ヲ提起シ、其ノ取扱ニ必要ナル手續ヲ爲シ、法律ノ正當ナル適用ヲ請求シ及ビ判決ノ適當ニ執行セラルルヤヲ監視シ、民事ニ於テモ必要ナリト認ムルトキハ通知ヲ求メ其ノ意見ヲ述ブルコトヲ得ベク、又裁判所ニ屬シ若クハ之ニ關スル司法及ビ行政事件ニ付キ公益ノ代表者トシテ法律上其ノ職權ニ屬スル監督事務ヲ行フモノトス。此ノ觀念ハ佛國ニ於テ檢事制度ガ確立セル以來ノ傳統的ノモノナリ。然レドモ斯カル觀念ハ今日ニ於テハ事實上少カラズ變更ヲ受ケ、右ノ中最後ノ裁判所ニ對シテ監督事務ヲ行フノ件ノ如キハ全ク其ノ

事ナシ。此ノ外檢察ハ尙特別法ニ依リテ各種ノ職務ヲ行フ。而シテ此レ等ノ場合ニ於テ檢察ハ常ニ裁判所ニ對シ獨立シテ其ノ事務ヲ行フモノナルト同時ニ、又檢察ハ如何ナル方法ヲ以テスルモ判事ノ裁判事務ニ干涉シ又ハ裁判事務ヲ取扱フコトヲ得ザルモノトス(構、六一、八一)。今刑事訴訟法並ニ特別法ニ依リ**檢察ノ職務**ノ重ナルモノヲ掲グレバ左ノ如シ。

- (一) 刑事訴訟ノ當事者(兼ネテ法律ノ正當ナル適用ノ請求者)トシテノ職務
- 一 公訴提起ノ前後ニ於ケル犯罪ノ搜查
- 二 公訴提起ノ當否ノ判斷並ニ之ニ伴フ起訴ノ手續又ハ不起訴ノ處分
- 三 公訴提起後ニ於テ原告トシテ爲ス各種ノ手續
- 四 必要アル場合ニ於テ爲ス公訴ノ取消
- 五 必要アル場合ニ於テ爲ス上訴
- (二) 法律ノ正當ナル適用ノ請求者トシテノミ爲ス職務、例ヘバ再審ノ請求又ハ非常上告ノ申立
- (三) **裁判ノ執行機關トシテノ職務**

一 勾引狀、勾留狀ノ執行ノ指揮監督(檢察ハ他ニ自己ノ處分トシテモ勾引狀、勾留狀又ハ逮捕狀ヲ發シ、其ノ執行ヲ命ズルコトアリ)

二 有罪判決ノ執行ノ指揮監督

(四) 民事事件又ハ非訟事件ニ關スル公益代表者トシテノ職務

一 一定ノ民事事件又ハ非訟事件ニ付キ意見ヲ述べ又ハ手續ニ立會フコト(人事訴訟手續法、五、二六、三九、六三、四五、五九、六七、七四、非訟事件手續法、一五)

二 自ラ民事訴訟ノ原告又ハ被告トナルコト(人事訴訟手續法、二一九、二六、三九、五七、六六、六七、民、七、七五八、七八〇、八九七)

三 民事ノ申請ヲ爲スコト(民、二五、四〇、五六、七五、七六、八九二、九四四)

四 司法官廳ニ對シテ起リタル民事ノ訴訟ニ於テ其ノ訴訟ヲ受ケタル裁判所ノ檢察之ヲ代表スルコト(構、一四二)

以上列舉シタル檢察ノ職務ノ取扱方法ニ對スル抗告、殊ニ或事務ノ取扱方ニ對シ又ハ取扱ノ延滞若クハ拒絕ニ對スル抗告ハ、司法行政ノ職務並ニ其ノ監督權ニ屬スル事項タリ(構、一四〇)。從テ檢察ガ告訴事件ニ付キ不起訴處分ヲ爲シタルガ

如キ場合ニハ、告訴人ハ該處分ニ對シ上級裁判所ノ檢事局ノ長官ニ抗告ヲ爲スコトヲ得(尙請願令參照)。

第三項 檢事ノ地位 (公訴權ノ主體)

一 檢事ニモ亦判事ト同ジク二個ノ意義アリ。(一)ハ裁判所構成法上檢事ト稱セラルル官吏ニシテ、其ノ職務權限ハ前ニ述ベタルガ如シ。而シテ此ノ意義ノ一人又ハ數人ノ檢事ヲ含ム設營ハ即チ同法ニ所謂檢事局ニシテ、之ニ相當スルモノハ最廣義ノ裁判所ナリ。此ノ第一ノ意義ノ檢事モ亦判事ノ如ク、退職檢事ノ外ハ、常ニ一定ノ檢事局ノ職員トシテ其ノ檢事ニ補セラレ、又ハ一定ノ勤務ヲ命ゼラル(六三)。(二)ハ刑事訴訟法上ノ檢事ニシテ、是レ亦判事ノ如ク觀念上當該事件(捜査事件、被告事件、刑ノ執行ニ關スル事件並ニ此レ等ニ附隨スル事件ヲ離レテハ存在セズ。而シテ玆ニ論ゼントスル檢事ノ地位ハ專ラ被告事件ニ關スル第二ノ意義ニ於ケル檢事ノ地位ナリ(一)。

一 第二ノ意義ノ檢事ハ裁判機關タル廣義ノ裁判所(公判裁判所、狹義ノ裁判所)又ハ其ノ

他ノ單獨判事ニ對應スルモノナリ。

二 刑事訴訟(公訴)ハ先ヅ檢事ノ公訴ノ提起ニ始マリ、次デ裁判所ノ審判手續ガ開始セラルルヤ、檢事ハ訴訟ニ於テハ原告トシテ其ノ進行終了ニ必要ナル行爲ヲ行フ。而シテ此レ等ノ行爲ヲ爲スノ權利ハ即チ所謂公訴權ニシテ(公訴權ノ意義ニ關シテハ後章參照)現行制度ノ下ニ於テハ檢事之ヲ獨占スルコト既ニ述ベタル所ノ如シ。即チ檢事ハ公訴權ノ唯一ノ主體ニシテ、公訴ハ檢事之ヲ行フト謂フモノ即チ是ナリ(訴、二七八)。從テ檢事ノ公訴權ノ行使ナクンバ裁判所ハ審判手續ヲ開始スルコトヲ得ザルモノトス。唯例外トシテ違警罪即決官廳ノ處分ニ對スル正式裁判ノ申立アリタル場合ニハ、檢事ノ公訴提起ノ手續ヲ待タズシテ事件ハ當然裁判所ニ繫屬スルニ至ル。但此ノ場合ニ於テモ訴訟ニ於テ原告トシテ行動スル者ハ檢事ナリ。其ノ他裁判所ハ或場合ニ於テ公訴ノ提起ナキ事件ニ付テ特別ナル手續ヲ行フコトアリ(同、一五三、一六九、二九七)。然レドモ此ノ場合ニ於テモ、其ノ行爲ハ審判手續ノ開始ニアラズシテ、唯將來繫屬スルコトアルベキ事件ノ爲メニ、便宜上豫メ證據保全其ノ他審判ニ必要ナル準備ヲ行フニ過ギズ。從テ檢事ガ後日其ノ

事件ニ付テ公訴ヲ提起セザルトキハ此レ等ノ行爲ハ事實上無意味ニ歸着ス。

三 檢事ハ公訴權ノ主體トシテ訴訟ニ於テハ原告タルコトハ右ニ述べタルガ如シ。然レドモ原告タル檢事ハ理論上原告タルガ爲メニ特ニ被告人ニ比シテ利益ナル地位ニ立ツモノニアラズ。又被告人ハ特ニ被告人タルガ故ニ原告ニ比シテ不利益ナル地位ニ立ツモノニアラズ。即チ當事者間ニ於テハ訴訟上相互ニ攻撃防禦ノ方法ヲ講ズルニ付キ其ノ與ヘラレタル權利ノ範圍ニ差別ナキナリ。斯クノ如キ訴訟法上ノ原則ヲ當事者對等又ハ同等主義 (Grundsatz der Parteien = oder Waffengleichheit) ト謂フ。然レドモ之ニ付テハ左ノ諸點ニ注意スルコトヲ要ス。

(一) 當事者對等主義ハ訴訟關係成立後ニ於テ初メテ適用ヲ見ルモノニシテ、捜査手續ニ關係ナシ。即チ檢事ハ捜査中ニ在テハ、要急事件等ノ場合ニハ證據集取ノ爲メ自ラ強制力ヲ用キルコトヲ得ベク、又然ラザル場合ニモ判事ニ對シテ強制處分ヲ請求スルコトヲ得ベシ。(二) 訴訟關係成立後ニ於テモ時ニ被告人ハ檢事ニ比シテ其ノ對等ナルベキ權利ヲ制限セラルルコトアリ。例ヘバ、檢事ハ豫審中何時ニテモ豫審ノ進行ヲ妨ゲザル限リ書類及ビ證據物ヲ閱覽スルコトヲ得ルモ、被告人

ハ斯クノ如キ權利ヲ有セズ、僅ニ其ノ補助タル辯護人ニ於テ豫審判事ノ許可ヲ得テ之ヲ爲シ得ルニ過ギザルガ如シ。是レ證據保全ノ趣旨ニ出デタル已ムヲ得ザル制限ナリ。其ノ他尙被告人ハ一般的ニ證據並ニ執行ノ保全ノ目的ニ出デタル身體ノ自由ニ對スル拘束(例、未決勾留、通信接見ノ禁止)ノ結果トシテ事實上防禦方法ノ準備ノ自由ヲ妨ゲラルルコト亦少カラズ。是レ亦已ムヲ得ザル制限ナリ。然レドモ訴訟法ハ被告人ノ此レ等ノ不利益ナル事情ヲ斟酌シ、之ヲ他方ニ於テ補填シ、成ルベク當事者ノ權利ヲシテ均衡ヲ得セシムル爲メ、訴訟上特ニ被告人ニ利益ナル地位ヲ與フルコトアリ(例、訴、三四九頁)。

第四項 司法警察官

司法警察官 (Officier de police judiciaire) ハ檢事ヲ補助シ犯罪ノ捜査ヲ爲ス機關ナリ。此ノ制度モ亦檢事ト同ジク其ノ源ヲ佛國ニ發ス。司法警察官ハ檢事ノ職務上發シタル命令及ビ其ノ檢事ノ上官ノ發シタル命令ニ從フコトヲ要シ(條、八四)、又司法行政ノ監督ノ下ニ屬ス(同、一三七)。廣義ノ司法警察官ニハ司法警察官ト司法

警察吏トアリ。刑事訴訟法ニ依レバ、司法警察官吏モ事實發見ノ爲メ必要アルトキハ管轄區域外ニ於テ職務ヲ行フコトヲ得(訴、二五二)。

司法警察官ハ刑事訴訟法上ノ機關ニシテ、官制上獨立ニ司法警察官ナルモノノ存スルニアラズ。而シテ司法警察官タル官吏ノ範圍ハ刑事訴訟法第二四七條以下ニ由リテ定マル。即チ左ノ如シ。

(一) 警視總監、地方長官(東京府知事ヲ除ク)及ビ憲兵司令官ハ各其ノ管轄區域内ニ於テ司法警察官トシテ犯罪ヲ搜查ス。其ノ權限ハ地方裁判所檢事ニ同シ(訴、二四七)。從テ此レ等ノ官吏ニ對シテ指揮命令ヲ爲シ得ル者ハ地方裁判所檢事正及ビ其ノ上官タル者並ニ各其ノ代理者ニ限ル。而シテ此レ等ノ司法警察官ハ地方裁判所檢事ト同等ノ地位ニ於テ他ノ司法警察官ニ對シ指揮命令ヲ爲スコトヲ得。

(二) 左ニ掲グル者ハ檢事ノ補助トシテ其ノ指揮ヲ受ケ司法警察官トシテ犯罪ヲ搜查ス(訴、二四八)。

一 廳府縣ノ警察官

二 憲兵ノ將校、准士官及ビ下士

(三) 左ニ掲グル者ハ檢事又ハ司法警察官ノ命令ヲ受ケ司法警察吏トシテ搜查ノ補助ヲ爲ス(訴、二四九)。

一 巡查

二 憲兵卒

(四) 以上三號ニ掲グル者ノ外勅令ヲ以テ司法警察官吏トシテ定メラレタル者(訴、二五〇、大正一二年勅令第五二八號參照)

(五) 森林、鐵道其ノ他特別ノ事項ニ付キ一定ノ範圍ヲ限リ司法警察官吏ノ職務ヲ行フベキモノトシテ定メラレタル者(訴、二五一、同上勅令參照)

第二款 被告人及ビ其ノ關係者

第一項 被告人

一 被告人(Beschuldigter, prevenu)トハ訴訟手續上法律ニ依リ刑ヲ科セラルベキ者(即チ刑事責任ヲ負フベキ者)トシテ訴追セラレタル者ヲ謂フ。即チ訴訟手續上ノ

觀念ニシテ、訴訟手續上ニ於ケル裁判所又ハ檢事ト同ク、事件ヲ離レテハ存在セズ。而シテ被告人ハ必ズシモ犯人トシテ主張セラルルコトヲ要セズ。蓋シ特別刑法ニ於テハ犯人自ラ刑事責任ヲ負フコトナクシテ、他人ニ於テ之ヲ負フ場合アルガ故ナリ(例、酒造税法三二、法人ノ處罰ニ關スル明治三三年法律第五二號及ビ其ノ準用アル各種行政法令ノ罪)。

被告人ガ刑事責任者トシテ訴追セララルル能力ヲ當事者能力ト謂フ。然レドモ此ノ能力ハ其ノ他ノ多數ノ法律上ノ能力ト異リ特別ノ條件ヲ必要トセズ。自然人法人ヲ問ハズ唯法律上人格者タルヲ以テ足ル。

被告人ノ訴訟上ノ地位ニ二アリ。一ハ訴訟主體トシテノ地位ニシテ、一ハ廣義ノ證據方法トシテノ地位ナリ。左ニ其ノ意義ヲ説明スベシ。

二 訴訟主體トシテノ被告人ノ地位ハ辯護權(防禦權)ノ主體タルコトナリ。因テ先ヅ辯護ノ意義ヲ考フルニ、辯護(Verteidigung, défense)トハ一般的ニ謂ヘバ、攻撃ニ對スル防禦ノ義ニシテ、刑事訴訟ニ於テハ檢事ノ公訴ニ含マルル攻撃ニ對シテ被告人ノ正當ナル利益ヲ擁護スルコト、換言スレバ、被告人ヲシテ訴訟手續上、不當ニ

不利益ヲ被ルコトヲ免レシムルコトナリ。而シテ此ノ意義ノ辯護ニハ從來二種アリト解ス。一ハ形式的辯護ニシテ、訴訟法上特ニ辯護ノ爲メニ選任セラレタル人ニ由リテ行ハルル辯護ナリ。二ハ實質的辯護ニシテ、訴訟手續上單ニ被告人自身ニ由リテ行ハルルノミナラズ、裁判所並ニ檢事ニ由リテモ亦行ハルルモノナリ。蓋シ先ヅ裁判所ニ付テ謂ヘバ、抑モ治罪手續ハ一ニ公正適切ナル裁判ノ行ハルルコトヲ以テ目的トスルガ故ニ、此ノ目的ノ爲メニ活動スル裁判所ハ、被告人ノ利益ガ正當ナル限りハ力メテ之ヲ擁護セザルベカラズ。即チ裁判權ハ一面ニ於テ辯護ノ作用ヲモ營ムモノナリ。又檢事ニ付テ謂ヘバ、檢事ハ一面ニ於テ原告トシテ被告人ニ對シテ攻撃的立場ニ立ツモノナレドモ、他面ニ所謂公益ノ代表者トシテ法律ノ正當ナル適用ヲ請求スベキ地位ニ在リ。從テ常ニ一方ニ被告人ニ對シテ其ノ當然負擔スベキ不利益ヲ主張スルト同時ニ、他方ニ被告人ヲシテ不當ニ不利益ヲ被ラザラシムルコトニモ亦努メザルベカラズ。即チ公訴權モ一面ニ於テ辯護ノ作用ヲ營ムモノナリ。斯クノ如ク實質的ニ謂フトキハ、被告人、裁判所及ビ檢事ノ三者何レモ辯護ヲ行フモノナレドモ、此ノ中被告人ノ訴訟ニ於ケル地位ハ頗

ル他ノ二者ニ異ルモノアリ。即チ被告人ニ對シテ法律ノ正當ナル適用者タル裁判所又ハ斯カル適用ノ請求者タル検事ト同一ノ態度ヲ求ムルハ、其ノ直接ノ利害關係者タル個人的立場ニ顧ルトキハ、寧ロ難キヲ強ユルモノニ外ナラズ。從テ被告人ニ對シテハ、單ニ訴訟ニ於テ「不當ニ不利益ヲ被ルコト」ヲ免ルル爲メ、一定ノ行爲ヲ爲シ得ル地位ノミヲ認ムルヲ以テ相當ト爲サザルベカラズ。而シテ斯カル地位ニ在テ純粹ニ辯護ノミヲ爲シ得ルコトハ、即チ用語ノ眞ノ意味ニ於ケル辯護權ニシテ、被告人ハ此ノ意味ニ於ケル辯護權ノ主體タルモノナリ。斯クノ如クナルヲ以テ、被告人ノ辯護權トハ、畢竟被告人ガ訴訟ニ於テ自己ノ正當ナル利益ヲ擁護スル爲メ、換言スレバ「不當ニ不利益ヲ被ルコト」ヲ免ルル爲メ、法律ニ許サレタル各種ノ權利(例、申立)又ハ自由(例、公判廷ニ於ケル身體ノ自由、取調ニ對スル沈黙ノ自由)ヲ行フノ權ヲ謂フニ外ナラズ。又斯クシテ被告人ノ辯護權ハ、裁判所ノ裁判權及ビ檢事ノ公訴權ニ對シ、訴訟關係ニ於テ互ニ鼎足ヲ爲シテ對立スルモノナリ。辯護權ノ意義ハ右ノ如キモノナルヲ以テ、縱ヘ被告人ガ刑法上當然一定ノ不利益ヲ負擔スベキ場合ニテモ、自ラ進デ之ヲ引受クルガ如キコトハ、其ノ目的トスル

所ニアラズ。從テ一般ニ被告人ハ實際ニ犯人タル場合ニ於テモ、自白其ノ他自己ニ不利益ナル證據ヲ提出スル義務アルコトナシ。是レ既ニ述ベタルガ如ク、糾問主義ノ手續ニ於ケルト異ル所ナリ。然レドモ若シ被告人ノ行爲ガ右ノ程度ニ止マラズ、進デ裁判所ニ對シ氏名身分等ヲ詐リ、或ハ虛偽ノ事實ヲ陳述シ、若クハ虛偽ノ證據ヲ提出シテ「不當ニ無罪又ハ輕キ取扱ヲ受ケントスルガ如キモノナルトキハ、何レモ當然負擔スベキ不利益ヲ免レントスルモノニシテ、不當ニ不利益ヲ被ルコト」ヲ免レントスルモノニアラズ。從テ之ニ對シテハ單ニ何等ノ制裁ナキニ止マリ、固ヨリ辯護權ノ範圍ニ屬セズ、尙被告人訊問ノ條參照。

辯護權ノ重ナルモノ左ノ如シ(特別法ニ依ルモノヲ除ク)。

- 一 管轄移轉請求權(訴、一六一)
- 二 忌避權(訴、二五)
- 三 公訴提起後辯護人ヲ選任スル權利(訴、三九)
- 四 被告事件公判ニ附セラレタル後辯護人ト接見シ及ビ信書ヲ往復スルノ權利(訴、四五)

- 五 保釋請求權(訴、一一五)
- 六 人違ナキコトヲ確ルニ足ルベキ事項ニ付テノ訊問ニ對スル場合ノ外其ノ欲セザルコトヲ陳述セザルコトヲ得ル自由(訴、一三三、一三四)
- 七 一定ノ場合ニ押收、搜索、檢證ニ立會フ權利(訴、一五八、一七八)
- 八 豫審終結前嫌疑ヲ受ケタル原由ノ告知ヲ受ケ辯解ヲ爲ス權利(訴、三〇一)
- 九 公判期日變更申立權(訴、三二二)
- 一〇 公判準備處分請求權(訴、三二四)
- 一一 公判期日前證據物又ハ證據書類ヲ提出スル權利(訴、三二五)
- 一二 罰金以下ノ刑ニ該ル事件ニ付キ公判ニ代理人ヲ出頭セシムル權利(訴、三三二)
- 一三 公判廷ニ於ケル身體ノ自由(訴、三三二)
- 一四 豫審ニ於テ必要トスル處分並ニ公判ニ於テ證據調ヲ請求スル權利(訴、三三四、三四四)
- 一五 共同被告人、證人等ヲ訊問スベキコトヲ裁判長ニ請求スル權(訴、三三八IV)

- 一六 裁判長ノ處分ニ對シ異議ヲ申立ツル權利(訴、三四八一)
- 一七 土地管轄違申立權(訴、三五七一—II)
- 一八 各種ノ意見ヲ陳述スル權利(訴、三四七一、三四九I、其ノ他、訴、三六三、三六四、三六五ノ裁判ヲ爲スベキ場合ニ於ケル其ノ旨ノ意見ノ陳述)
- 一九 最終陳述權(訴、三四九II)
- 二〇 上訴權(訴、三七六)
- 二一 上訴權回復請求權(訴、三八七)
- 二二 略式命令ニ對スル正式裁判請求權(訴、五二八)
- 二三 同上回復請求權(訴、五二九)
- 二四 裁判書又ハ裁判ヲ記載シタル調書ノ謄本抄本ヲ請求スル權利(訴、五三)
- 二五 再審請求權(訴、四九二II)
- 二六 刑ノ言渡ニ對シ疑義ヲ申立ツル權利(訴、五六一)
- 二七 刑ノ執行ニ對シ異議ヲ申立ツル權利(訴、五六二)
- 三 右ハ被告人ノ辯護權ノ主タルモノナリ。而シテ何人モ當事者能力ヲ有シ被

被告人タルコトヲ得ル以上ハ、又何人モ此ノ辯護權ヲ有シ得ルノ理ナリ。然レドモ此ノ辯護權ハ自ラ之ヲ行使スルニハ一定ノ能力ヲ必要トシ、之ナクシテハ有效ニ之ヲ行使シ得ザルモノトス。此ノ能力ハ即チ訴訟法上ノ行爲能力ニシテ、之ヲ訴訟能力ト謂フ。但訴訟能力ハ訴訟主體全體ニ共通ナル訴訟行爲一般ノ問題トシテ論ズベキモノナルモ、被告人ニ關スル限リニ於テ謂ヘバ、訴訟能力者ノ範圍ハ刑事訴訟法ハ形式的ニ之ヲ規定セズ。從テ裁判所ハ各個ノ場合ニ於テ被告人ノ能力ノ實質ニ付テ其ノ有無ヲ決セザルベカラズ。而シテ刑事訴訟法第三七條ノ規定ヨリ推セバ訴訟能力ノ實質ハ意思能力ナリ。意思能力トハ自己ノ訴訟行爲ノ意義ヲ理解シ得ル程度ノ正則ニシテ且發育セル意思ヲ具フルコトヲ謂ヒ、此ノ能力ヲ有スル者ノ行爲ニシテ初メテ辯護權ノ行使トシテ訴訟法上ノ效果ヲ生ズルモノトス（尙訴訟行爲ノ要件ノ條參照）。此ノ訴訟能力ハ刑法上ノ責任能力トハ關係ナシ。

訴訟能力ノ意義右ノ如クナルヲ以テ、被告人訴訟能力ヲ缺クトキハ有效ニ辯護權ヲ行使シ得ザル不利益アリ。是ヲ以テ刑事訴訟法ハ斯カル場合ニ於ケル被告

人ノ利益ヲ考慮シ之ガ爲メニ二三ノ規定ヲ設ク。即チ左ノ如シ。

- (一) 被告人ガ法人タル場合ニ於ケル代表ニ關スル規定(次項參照)。
- (二) 意思無能力者ガ所謂形式犯ニ該ル事件ノ被告人タル場合ニ於ケル代表ニ關スル規定(同上)。
- (三) 被告人ガ前記(一)及ビ(二)以外ノ事件ニ於テ心神喪失ノ状態ニ在ル場合ノ規定。即チ是ニ依レバ、先ヅ被告人心神喪失ノ状態ニ在ルトキハ、裁判所ハ檢事ノ意見ヲ聽キ決定ヲ以テ其ノ状態ノ繼續スル間公判手續ヲ停止スベキモノトス。但無罪、免訴、刑ノ免除又ハ公訴棄却ノ裁判ヲ言渡スベキ事由明白ナル場合ニ於テハ直ニ其ノ裁判ヲ爲スコトヲ得(訴、三五二)。而シテ此ノ公判手續ノ停止ニ關スル規定ハ被告人ガ公判ニ代理人ヲ出頭セシメタル場合(同、三三〇)ニハ適用ナキモ、是レ此ノ場合ニ於テハ被告人ガ豫メ代理人ニ代理ヲ委任スル際ニハ意思能力ヲ有シタルコトヲ前提トスルガ爲メナリ(同、三五二)。次ニ被告人ガ豫審ニ於テ心神喪失ノ状態ニ在ルトキハ、豫審判事ハ檢事ノ意見ヲ聽キ決定ヲ以テ豫審手續ヲ中止スルコトヲ得(同、三〇五)。此ノ場合ニ唯手續ヲ中止スルコトヲ得ル

ニ止メタルハ、豫審ノ性質上本案ニ付キ終局ノ裁判ヲ爲スモノニアラザルガ故ナリ。

(四) 以上ノ各場合ノ外、被告人ガ幼年者ナルニ因リテ意思能力ヲ有セザル場合ニ付テハ、被告人ニ對シ刑法上責任無能力者トシテ免訴(豫審)又ハ無罪(公判)ノ裁判ヲ爲ス結果トナルコト明ナルガ故ニ、訴訟法上特別ノ規定ナシ。

四 現行法上被告人ガ證據方法タルヤ否ヤニ付テハ議論アリ。蓋シ被告人ハ之ヲ訊問シ得ベキ場合ニ於テモ、單ニ之ニ其ノ欲スル陳述ノ機會ヲ與フルニ止マリ必ズシモ陳述ノ義務アルモノニアラズ。從テ一方ニ於テハ、被告人ハ證據ヲ得ル目的ヲ以テ之ヲ取調フベキモノニアラズトスル理由ニ依リ、被告人ハ證據方法ニアラズトノ見解ヲ生ズルモノトス。然レドモ又之ヲ他方ヨリ見レバ、被告人ガ訊問ニ際シ任意ニ自白其ノ他犯罪ノ證據トナルベキ陳述ヲ爲シタルトキハ、之ヲ探テ犯罪認定ノ資料ト爲スコトヲ妨ゲザルガ故ニ、此ノ意義ニ於テハ被告人モ亦一ノ證據方法タリトノ主張モ亦理由ナキニアラズ。要スルニ、此ノ問題ハ畢竟用語上ノ爭ニ歸着スルモノニシテ、後ノ意義ニ於テハ被告人ヲ以テ證據方法ト解スル

モ妨ナシ(被告人訊問ノ條參照)。

第二項 被告人ノ代表者及ビ代理人

一 被告人訴訟能力ヲ有セザルモ法律上當然訴訟手續ヲ進行セシムベキ場合アリ。又被告人訴訟能力ヲ有スルモ自ラ裁判所ニ出頭スルコトヲ得ザルカ又ハ之ヲ不便トスル場合アリ。現行法ハ斯カル場合ノ爲メニ被告人ノ代表並ニ代理ニ關スル規定ヲ設ケタリ。即チ左ノ如シ。

(一) 被告人法人ナルトキハ其ノ代表者訴訟行爲ニ付キ之ヲ代表ス。數人共同シテ法人ヲ代表スル場合ト雖モ訴訟行爲ニ付テハ各自之ヲ代表ス(訴三六、尙商、六一ノ二、一七〇參照)(一)。

一 法人ノ代表者數人アル場合ニ於テ、裁判所ハ召喚狀ヲ發スルニ方リ、其ノ全員ニ對シテ爲スモ、又其ノ一人ニ對シテ爲スモ、又後ノ場合ニ於テ其ノ何レノ一人ニ對シテ爲スモ、又召喚ニ應ジテ出頭シタル代表者ハ、召喚狀ヲ發セラレタル代表者ト同一ナラザルモ妨ナシ。

(二) 刑法第三九條乃至第四一條ノ例ヲ用キザル罪、即チ所謂形式犯ニ該ル事件

ニ付キ被告人意思能力ヲ有セザルトキハ、其ノ法定代理人訴訟行爲ニ付キ之ヲ代表ス(訴、三七)。

(三) 前記(一)及ビ(二)ノ場合ニ於テ被告人ヲ代表スル者ナキトキハ、裁判所ハ檢事ノ請求ニ因リ又ハ職權ヲ以テ特別代理人ヲ選任スベキモノトス。特別代理人ハ被告人ヲ代表シテ訴訟行爲ヲ爲ス者アルニ至ルマデ其ノ任務ヲ行フ(訴、三八)。

(四) 罰金以下ノ刑ニ該ル事件ノ被告人(及ビ其ノ代表者)ハ代理人ヲシテ公判期日ニ出頭セシムルコトヲ得(訴、三三)。代理人ハ被告人ノ明示シタル意思ニ反セザル限リ被告人ノ爲メニ上訴ヲ爲スコトヲ得(訴、三七九)。

二 以上各場合ニ於ケル代表者又ハ代理人ノ訴訟行爲ハ、如何ナル範圍ニ於テ本人ノ行爲ト看做サレ、又ハ直接ニ本人ニ對シテ效力ヲ生ズルカノ問題ハ理論ニ依リテ之ヲ決スルノ外ナシ。蓋シ實體法上一身ニ專屬スル權利ノ行使ハ之ヲ代表又ハ代理スルコトヲ得ザルガ如ク、手續法ニ於テモ亦或程度マデ同様ノ原則ガ妥當スルモノト考ヘザルヲ得ザルガ故ナリ。例ヘバ自白ガ訴訟行爲ナリヤ否ヤハ見方ニ依ルベキモ(被告人訊問ノ條參照)而モ何レニスルモ、尙代表又ハ代理ヲ許スベ

キヤニ付テハ疑アリ。蓋シ刑事訴訟法上ノ自白ハ單ニ自己ニ不利益ナル事實ノ陳述ト謂フコトニアラズシテ、其ノ事實ハ必ズ自己ノ直接經驗ニ係ルモノナルコトヲ要ス(判例ハ反對ナリ)。是レ區裁判所ノ手續ニ於テ自白ニ關シ特別ナル取扱ヲ爲セルニ由リテ見ルモ明ナル所ナリ(訴、三四六)。從テ代表者又ハ代理人ニ於テ自ラ直接ニ經驗セザル事實ニ付テ自白ニ類スル陳述ヲ爲シタリトスルモ、斯クノ如キハ訴訟法ニ謂ハユル自白ニアラズ。唯代表者又ハ代理人ノ立場ニ於ケル自己ノ經驗例ヘバ事實關係者ヨリ云々ノ犯罪顛末ノ報告ヲ受ケタリト謂フ經驗ニ關スル代表者又ハ代理人ノ陳述ニ過ギズ。然レドモ斯カル陳述モ亦一種ノ證據タルハ明ナリ。是レ恰モ直接ノ明文ナキニ拘ラズ、訴訟手續上共同被告人ノ陳述ナル一種ノ證據ガ認めラルルニ同シ(同、一三七參照)。但右ニ例示シタルガ如キ代表者又ハ代理人ノ陳述ハ證據トシテモ實質的ニハ單ナル傳聞證據ニシテ、間接證據トシテノ價值ヲ有スルニ過ギズ。

第三項 辯護人及ビ輔佐人

一 被告人ハ辯護權ヲ有スルモ、多クハ其ノ行使ノ手續ト效果トヲ知ラズ、又之ヲ知ルモ、時ニ身體並ニ通信接見ノ自由ヲ制限セラレ、權利ノ行使ニ付キ十分ノ準備ヲ爲スコト能ハズ。辯護人並ニ輔佐人ノ制度ハ即チ此ノ缺陷ヲ補充スルガ爲メニ設ケラレタルモノナリ。

二 辯護ニ形式辯護ト實質辯護ノ二種アルコトハ前ニ被告人ニ關シテ之ヲ述ベタリ。而シテ**形式辯護**トハ辯護人ナル形式即チ名稱ヲ有スル人ニ由リテ行ハルル辯護ヲ謂フ。茲ニ專ラ論ゼントスル所ハ此ノ形式辯護ニ關ス。

辯護人ハ訴訟主體ニアラズシテ被告人ノ爲メニ辯護權ヲ行フモノナリ。此ノ點ニ於テ辯護人ハ所謂被告人ノ代表者、代理人又ハ輔佐人ト其ノ性質ヲ同クスレドモ、其ノ形式ハ勿論、意義ニ於テモ同カラズ、即チ辯護人ハ公訴主義ノ治罪手續ノ下ニ於ケル公的ナル一ノ制度ヲ代表スルモノトシテ意義ヲ有ス。斯クノ如クナルヲ以テ、辯護人ノ地位ハ訴訟法上特殊ノモノニシテ、從テ其ノ權利モ亦特殊ノモノナリ。而シテ辯護人ノ權利ト謂フトキハ之ニ二義アリ。(一)ハ訴訟手續ニ於ケル辯護人ノ一般的權能トシテ見タル地位ノ義ニシテ、其ノ範圍ハ法律上(制度上)一

定ス。(二)ハ辯護人が其ノ地位ニ基キテ行フ所ノ各個ノ權利ノ義ニシテ、此ノ意義ニ於テハ辯護人ノ權利ニ二種アリ。即チ一部ハ辯護人ノミガ有スル固有ノ權利ナルモ多クハ辯護人が被告人ニ代リテ行フ所ノ權利ナリ。此ノ中前者ヲ予ハ辯護人ノ固有權ト稱シ(學者ニ依リテハ後ニ述ブル辯護人ノ獨立權ヲ固有權ト稱スル者アリ)後者ヲ代理權ト稱ス。然レドモ後者ニ在リテモ辯護人が之ヲ行使スルハ一種ノ法定代理人トシテニシテ委任代理人トシテニアラズ。即チ辯護人ハ選任ニ基キ其ノ地位ヲ取得スルコトニ因リテ、一方ニ固有權ヲ取得スルト同時ニ、他方ニ當然被告人ノ代理人トシテ其ノ一定ノ權利ヲ行フコトヲ得ルニ至ル。是レ右ニ辯護人ノ一般的權能ノ範圍ガ制度上一定スト謂ヘル所以ナリ。而シテ辯護人ノ斯クノ如キ權能ノ性質ト範圍トハ辯護人が官選ナルト私選ナルト、又私選ノ場合ニ於テ選任者ガ被告人ナルト其ノ他ノ者(訴、三九)ナルトニ因リテ區別ナシ。辯護人ノ權利ニ固有權ト代理權トアルコトハ前述ノ如シ。因テ先ヅ固有權ニ付テ謂ヘバ、固有權ハ辯護人ノミガ之ヲ有シ、被告人ガ之ヲ有セザルコトハ、訴訟法上ノ取扱トシテハ一見恰モ主客顛倒ノ感ナキニアラズ。然レドモ此ノ種ノモノ

ハ本來ハ當然被告人ニモ與ヘラルベキモノガ被告人特殊ノ事情ニ因リテ夫レ夫レ留保セラルルモノト見ルヲ可トス(後段參照)。次ニ代理權ハ本質上辯護人ガ被告人ニ代リテ行フ權利ナリ。然レドモ此ノ關係ニ於テハ辯護人ハ被告人ノ能力ヲ補充スル法定ノ機關ナルガ故ニ、理論上ハ其ノ權利ノ行使ニ當リテ被告人ノ掣肘ヲ受クベキモノニアラズ。若シ然ラズトスレバ辯護人ハ能力補充ノ機能ヲ全クスルコトヲ得ザルベキナリ。從テ辯護人ハ本則トシテ被告人ノ意思ニ拘束セラレコトナク、獨立シテ代理權ヲモ行フコトヲ得ルモノト爲サザルベカラズ。然レドモ又之ヲ實際ニ付キ觀察スレバ、裁判ノ結果ニ付キ直接ニ利害關係ヲ有スル者ハ被告人ニシテ辯護人ニアラズ。從テ此ノ利害關係ニ基ク被告人ノ感情ト意思トハ多クノ場合ニ於テ之ヲ尊重スルノ必要アリ。刑事訴訟法第四六條ハ特ニ此ノ事情ヲ考慮シタル規定トス。即チ同條ハ、裏面ニ於テ辯護人ハ其ノ法定代理ノ權能ニ基キ被告人ノ有スル一切ノ辯護權ヲ行使スルコトヲ得レドモ、之ニ付テハ一般ニ被告人ノ意思ニ反スルコトヲ得ズトスルヲ原則トシ、明文ヲ以テハ、唯法律ニ別段ノ規定(辯護人ノ權利ニ關シ殊更ニ設ケタル規定)アル場合ニ限り獨立シ

テ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得ルコトトシタリ。但各本條ニハ斯カル別段ノ規定アル場合ニモ尙多少ノ制限ヲ設ケルコトナキニアラズ(例、訴、二五、三七九)。而シテ右ノ刑事訴訟法第四六條ハ規定上固有權ト代理權トヲ區別セザレドモ、固有權ニシテ法律ニ別段ノ規定ナキモノナキヲ以テ、結果ニ於テ固有權ハ凡テ獨立權ナリ。從テ獨立權ト從屬權トノ區別ハ代理權ニ付テノミ存ス。尙獨立權ノ作用ヲ例示スレバ、例ヘバ被告人ハ何等ノ防禦方法ヲ講ズルコトヲ欲セザルモ、辯護人ハ其ノ意思ニ反シテ之ヲ爲スコトヲ得ベク、又反對ニ公判ニ於テ被告人ノ責任ニ關シ其ノ意思ニ反シテ不利益ナル陳述ヲモ爲スコトヲ得ベシ。唯此ノ場合ノ陳述ハ辯護ノ本旨ニ照ラシ原告ノ主張ヲ超エテ不利益ナルコトヲ得ザル制限アルノミ。

辯護人ノ權利ノ性質並ニ範圍ハ以上ノ如シ。從テ選任ニ際シ當事者間ニ於テ權利ノ制限ニ關スル何等カノ合意アリタリトスルモ、其ノ合意ハ以テ直接ニ辯護人ノ權利ノ範圍ヲ動かスニ足ラズ。此ノ關係ハ被告人自ラ辯護人ヲ選任スル場合タルト否トニ因リテ區別ナシ。唯前者ノ場合ニ於テ辯護人ノ行爲ガ從屬權ノ行使ニ係リ、而モ合意ニ反スルトキハ、事實上被告人ハ其ノ行使ニ當リテ反對ノ意

思ヲ表示スベキガ故ニ、此ノ關係ヨリシテ辯護人ノ權利行使ハ無效トナル。
以上ヲ要スルニ、辯護人ノ權利ニハ先ヅ固有權ト代理權トアリ。而シテ前者ハ
獨立權ナルモ、後者ハ獨立のモノト從屬的ノモノトニ分ル。今各個ニ此レ等ノ
重ナルモノヲ示セバ左ノ如シ。

- (一) 獨立權
- 一 被告事件公判ニ付セラレタル後被告人ト接見シ及ビ信書ヲ往復ヲ爲ス權
利(訴、四五)
- 二 保釋請求權(訴、一四五)
- 三 押收搜索ニ立會フ權利(訴、一五八)
- 四 檢證ニ立會フ權利(訴、一七八)
- 五 豫審判事公判ニ於テ召喚シ難シト思料スル證人ヲ訊問スル場合ニ立會フ
權利(固有權)(訴、三〇二)。被告人ニ此ノ權利ヲ與ヘザル所以ハ、豫審終結ニ熟セ
ザル以前ニ於テ被告人ヲシテ證人訊問ノ内容ヲ知ラシムルコトハ、豫審密行
ノ本旨ニ反スルガ故ナリ。

- 六 豫審ニ於テハ豫審判事ノ許可ヲ受ケ書類及ビ證據物ヲ閱覽シ、公判ニ於テ
ハ許可ヲ要セズシテ書類及ビ證據物ヲ閱覽及ビ謄寫スル權利(固有權)(訴、四四、
三〇三)。被告人ニ此ノ權利ヲ與ヘザル所以ハ、毀棄隱匿ヲ虞レタルニ因ル。
- 七 公判期日變更申立權(訴、三二二)
- 八 公判準備手續ニ立會フ權利(訴、三二三)
- 九 公判準備處分請求權(訴、三二四)
- 一〇 公判期日前證據物又ハ證據書類ヲ提出スル權利(訴、三二五)
- 一一 公判期日ニ於テ裁判長ノ許可ヲ得テ直接ニ被告人、證人等ヲ訊問スル權
利(固有權)(訴、三三八)。被告人ニ共同被告人、證人等ノ訊問ノ權利ヲ與ヘザル所
以ハ、冗漫、脫線、口論等ヲ虞レタルニ因ル。
- 一二 豫審ニ於テ必要トスル處分並ニ公判ニ於テ證據調ヲ請求スル權利(訴、三
〇三、三四四)
- 一三 最終陳述權(訴、三四九)
- 一四 裁判書又ハ裁判ヲ記載シタル調書ノ謄本抄本ヲ請求スル權利(訴、五三)

- (二) 被告人ノ意思ニ反シテ行フコトヲ得ザル權利(從屬權)
- 一 忌避權(但被告人ガ明示シタル意思ニ限り之ニ反スルコトヲ得ズ)(訴、二五〇)
- 二 上訴權(同上)(訴、三七九)
- 三 上訴權回復請求權(訴、三八七)
- 四 略式命令ニ對スル正式裁判請求權(訴、五二八)
- 五 同上請求權ノ回復請求權(訴、五二九)
- 六 再審請求權(訴、四九三)
- 七 私訴代理人トナルノ權(訴、五七四)
- 三 辯護人ガ附セラルル場合ニ必要辯護(又ハ強制辯護)ノ場合ト任意辯護ノ場合トアリ。必要辯護ノ場合左ノ如シ。
 - (一) 絶對的必要辯護ノ場合(訴、三三四)

死刑無期若クハ短期一年以上ノ懲役若クハ禁錮ニ該ル事件ニ付テハ辯護人ナクシテ開廷スルコトヲ得ズ。但判決ノ宣告ヲ爲ス場合ハ此ノ限ニアラズ。而シテ此ノ場合ニ辯護人出頭セザルトキ又ハ辯護人ノ選任ナキトキハ裁判長

ハ職權ヲ以テ辯護人ヲ選任ス。

(二) 相對的必要辯護ノ場合(訴、三三五)

左ノ場合ニ於テ辯護人出頭セザルトキ又ハ辯護人ノ選任ナキトキハ裁判所ハ檢事ノ意見ヲ聽キ辯護人ヲ附スルコトヲ得。此ノ場合ニ其ノ決定ニ基キ辯護人ヲ選任スル者ハ裁判長ナリ。

- 一 被告人二十歳未満又ハ七十歳以上ナルトキ
- 二 被告人婦女ナルトキ
- 三 被告人聾者又ハ啞者ナルトキ
- 四 被告人心神喪失者又ハ心神耗弱者ナル疑アルトキ
- 五 其ノ他必要ト認ムルトキ

四 辯護人ニシテ裁判長ノ選任シタル者ヲ通例官選辯護人ト謂ヒ、一私人ノ選任シタル者ヲ私選辯護人ト謂フ。官選辯護人ハ裁判所所在地ニ在ル辯護士又ハ司法官試補ノ中ヨリ之ヲ選任ス。又被告人ノ利害相反セザルトキハ之ヲシテ一人ニテ數人ノ辯護ヲ爲サシムルコトヲ得(訴、四三)。私選辯護人ハ公訴提起後ハ何時ニ

テモ之ヲ選任スルコトヲ得。之ヲ爲シ得ル者ハ被告人(及び其ノ代表者)ノミナラズ、被告人ノ法定代理人、保佐人、直系尊屬、直系卑屬及び配偶者並ニ被告人ノ屬スル家ノ戸主モ亦獨立シテ之ヲ爲スコトヲ得(同、三九)。其ノ選任ハ辯護士中ヨリ之ヲ爲スヲ本則トシ、裁判所又ハ豫審判事ノ許可ヲ得タル場合ニ限り其ノ他ノ者ヲ以テ爲スコトヲ得(同、四〇)。選任ハ私法上ノ準委任契約(民、六五六)ヲ實體トスルモ其ノ訴訟法上ノ效力ヲ生ズルニハ審級毎ニ辯護人連署ノ書面ヲ差出シテ爲スコトヲ要ス。但豫審中ニ爲シタル選任ハ第一審ノ公判ニ於テモ效力ヲ有ス(訴、四一、四二)。

五 輔佐制度ハ辯護制度ニ對シ補充的意義ヲ有シ、輔佐人モ亦被告人ノ爲メニ辯護權ヲ行フモノナリ。其ノ訴訟法上特殊ノ意義ヲ有スルコトニ於テ代表者及び代理人ト異リ、選任ニ因ラズ唯一ノ緣故者タルヲ以テ足ル點ニ於テ辯護人ト異ル。即チ被告人ノ法定代理人、保佐人、直系尊屬、直系卑屬及び夫並ニ被告人ノ屬スル家ノ戸主ハ被告事件公判ニ付セラレタル後何時ニテモ輔佐人トナルコトヲ得。輔佐人タラントスル者ハ審級毎ニ書面ヲ以テ其ノ旨ヲ届出ヅルコトヲ要ス。輔佐人ハ被告人ノ爲スコトヲ得ベキ訴訟行爲ヲ獨立シテ爲スコトヲ得。但別段ノ

規定アル場合ハ此ノ限ニアラズ(例、訴、四七、三七八、三八二、三八三)。輔佐人モ亦公判期日ニ召喚ヲ受クルノ權ヲ有ス(同、三二〇)。

第二章 公 訴

第一節 訴訟ノ客體

一 國家ノ刑罰請求權ハ刑事訴訟手續ニ依リテ初メテ其ノ運用ヲ全クスルコトヲ得。即チ刑罰請求權ノ存否及び其ノ範圍ハ、刑事訴訟ニ於テ確定シ且執行シ得ベキモノトナルモノナルヲ以テ、先ヅ刑罰請求權ガ刑事訴訟ノ客體即チ該訴訟ニ於テ取扱ハルベキ目的物タルコト明ナリ。

二 然レドモ犯罪ヲ原因トスル法律關係ハ單ニ刑罰請求權ノミニ關スルモノニアラズ。其ノ他ノ公法關係ニ於テモ同時ニ懲戒ノ問題ヲ生ズルコトアリ。又私法關係ニ於テハ犯罪ノ被害者アル場合ニハ之ト犯罪者トノ間ニ損害賠償請求ノ問題ヲ生ズルコトアリ。而シテ此ノ中後者ニ付テハ其ノ取扱ガ等シク司法ニ屬スルノ故ヲ以テ、刑事訴訟法ハ便宜犯罪ノ被害者ヲシテ別個ノ訴訟ニ依ラズシテ

其ノ損害ノ賠償ヲ得セシムル爲メ、本來ノ刑事訴訟ニ附帶シテ其ノ被告人ニ對シテ私訴ヲ提起スルコトヲ許シタリ。之ヲ本來ノ刑事訴訟ヲ公訴ト稱スルニ對シテ私訴ト謂フ(訴、五六七)。但押收シタル贓物並ニ贓物ノ對價トシテ得タル物ノ還付又ハ交付ニ付テハ尙公訴手續ニ於テ之ヲ處理ス。然レドモ該手續ハ私法上ノ權利關係ヲ確定セズ。此ノ點私訴ト異ル(同、三七三)。其ノ他公訴ニ於テハ犯人及ビ第三者ニ屬セザル物ヲ沒收スベキヤ否ヤガ問題トナルコトアリ(刑、一九參照)。斯クシテ私訴ノ目的物及ビ或場合ノ沒收物モ亦廣義ノ刑事訴訟ノ客體タリ。

第二節 公訴

第一款 公訴ノ意義

一 公訴 (Anklage, action publique) ナル語ニ種々ノ意義アリ。(一)ハ各訴訟主體ノ行爲ヲ一體トシテ見タル本來ノ刑事訴訟ヲ意味ス。刑事訴訟法第五六七條ニ於テ、私訴ニ對シテ公訴ト謂フガ如キハ其ノ例ニシテ、最廣義ニ於ケルモノナリ。(二)ハ檢事ガ他ノ訴訟主體ニ對シ訴訟關係ヲ成立セシメ且其ノ訴訟ニ於テ爲ス行爲

ノ全體ヲ意味ス。同法第二七八條ニ於テ、公訴ハ檢事之ヲ行フト謂フガ如キハ其ノ例ニシテ廣義ニ於ケルモノナリ。(三)ハ檢事ガ訴訟關係ヲ成立セシムル爲メ裁判所ニ對シ訴訟手續ノ開始ヲ求ムル意思表示ヲ意味ス。同法第二八〇條、第二九二條等ニ謂フ所ノ公訴ハ其ノ例ニシテ、狹義ニ於ケルモノナリ。斯クノ如ク公訴ニハ三個ノ意義アレドモ、此レ等ハ順次範圍ニ廣狹ノ差アルニ止マリ互ニ排斥スルモノニアラズ。(從テ公訴ナル語ハ法律ノ解釋又ハ理論ノ說明ニ當リ之ヲ右ノ三義ノ何レニ解シ又ハ何レニ用キルモ妨ナキ場合多シ)。

二 公訴(最廣義)ノ目的ハ公訴事件即チ公訴ノ客體タル刑罰請求權ノ有無及ビ其ノ範圍ヲ解決スルニ在リ。換言スレバ、犯罪アル場合ニハ、犯罪ヲ證明シ刑ヲ適用スルニ在リ(舊刑訴、一參照)。但所謂犯罪ノ證明ハ裁判所ガ犯罪ヲ認定スルニ付テノ手續ヲ意味スルニ止マリ、外部ニ對シテ證明ヲ爲スコトニアラズ。又所謂刑ノ適用ハ具體的ニ刑ヲ科スル(刑ニ服スベキコトヲ命ズル)ノ義ニシテ刑ヲ執行スルコトニアラズ。刑ノ執行ハ公訴終了後ノ手續ナリ。然レドモ刑ヲ科ストハ又單ニ國家ガ刑法ニ依リ被告人ニ對シ一定ノ刑罰請求權ヲ有ストノ宣言ヲ爲ス趣旨ニ

モアラズ。即チ刑事訴訟ニ於ケル有罪判決ハ民事訴訟ニ於ケル給付判決ト同ク被告人ニ對シ國家ノ刑罰請求ニ適應スル一定ノ給付ヲ命ズルモノナリ。唯無罪並ニ刑罰請求權ノ存在ヲ否定スル消極的實體判決ノ場合ニ於テノミ刑事訴訟法上確認判決タルモノトス。從テ又刑ノ適用ハ形成判決ノ如ク新ニ刑罰請求權ヲ創設スル作用ヲ有スルモノニモアラズ。即チ刑罰請求權ハ刑法上犯罪ニ因リテ發生シ、公訴ハ訴訟法上其ノ效力ノ範圍ヲ確定シ之ガ給付ヲ命ズルニ過ギズトスル見解ハ、今日ノ刑事法學一般ノ基調ニシテ、之ヲ動かサザル限リ公訴ノ創設的意義ハ之ヲ認ムルコトヲ得ザルモノトス。

第二款 公訴權

一 公訴ニ三個ノ意義アルガ如ク公訴權ニモ亦範圍ニ於テ最廣義、廣義、狹義ノ三義アルノ理ナリ。然レドモ通常公訴權ト謂フトキハ、專ラ廣義及ビ狹義ノモノニ該リ、狹義ニ於テハ、檢事ガ裁判所ニ對シ或一定ノ被告事件ニ付キ訴訟手續ノ開始ヲ求ムル意思表示ヲ爲スノ權利ヲ意味ス。而シテ此ノ意思表示ノ效果トシテ先

ヅ成立スルモノハ所謂訴訟關係ニシテ、其ノ後ノ訴訟手續ハ凡テ此ノ關係ヲ基礎トシテ行ハル。而モ其ノ間ヲ通ジ檢事ニ依リテ逐次行使セラルル各種ノ訴訟上ノ權利ハ是レ亦各個ニ公訴權ノ性質ヲ有スルモノニシテ、此レ等ヲ一體トシテ見タルモノ即チ廣義ノ公訴權ナリ。而シテ以上三個ノ意義ノ公訴權ハ何レモ具體的ナル特定ノ事件ニ關スル訴訟手續上ノ權利ニシテ、裁判所構成法上ノ觀念ト異ル(C)。

一 本文ニ述ベタル三個ノ意義ノ外、稀ニ具體的ノ事件ニ關係ナク、裁判所構成法上ノ觀念トシテ、檢事局ノ官吏タル檢事ノ公訴ニ關スル一般の權限ヲ指シテ公訴權ト謂フコトアリ(構、六參照)。然レドモ是レ玆ニ必要ナル觀念ニアラズ。

二 公訴權ハ斯クシテ一般的ニハ訴訟手續ノ開始(或ハ開始、進行、終了)ヲ求ムル權利ナリト謂フコトヲ得レドモ、其ノ行使ノ效果ヨリ謂フトキハ、之ニ二種ノ態様アリ。即チ一ハ本來ノ公訴權ニシテ、檢事ガ裁判所ニ對シ、被告事件ノ實體ニ關シ適當ナル本案裁判ヲ求メ得ル權利ナリ。檢事ハ此ノ權利ヲ有スル場合ニ限リテ、有罪又ハ無罪等ノ本案裁判ヲ求ムルコトヲ得。之ヲ實體的公訴權ト稱スルコトヲ得ベシ(通説ノ見解ト意義ヲ異ニス)。二ハ作用ヨリ謂ヘバ第二次的ノ公訴權ニシテ、實

體的公訴權ノ有無ニ拘ラズ、公訴提起ノ手續ノ當否ニ關シ適當ナル裁判ヲ求メ得ル權利ナリ。檢事ハ此ノ權利ヲ有スルガ故ニ、被告事件ガ裁判所ニ取リテ管轄違ナル場合、又ハ公訴棄却ヲ言渡スベキ場合等ニ於テモ、其ノ旨ノ裁判ヲ請求スルコトヲ得(公訴ガ適法ニシテ本案裁判ガ言渡サル場合ニハ、其ノ趣旨ニ於テハ公訴ノ適法ナルコトモ共ニ含メテ言渡サルモノナリ)。之ヲ形式的公訴權ト稱スルコトヲ得ベシ(同上註)。但此ノ二種ノ公訴權ハ必ズシモ常ニ相伴テ存スルモノニアラズ。即チ形式的公訴權ハ如何ナル事件ニ付テモ存スレドモ、實體的公訴權ハ一定ノ條件ノ下ニノミ發生ス。而シテ以下單ニ公訴權トシテ論ズル所ハ、主トシテ此ノ實體的公訴權即チ本來ノ公訴權ニ關スルモノナリ(11)。

二 公訴權トシテ特ニ意義ヲ有スルモノハ實體的公訴權ナリ。從テ予ハ從來之ノミヲ公訴權ト稱シ、別ニ形式的公訴權ノ觀念ヲ認メザリシモ、特ニ説明ノ便宜上更ニ此ノ種ノ觀念ヲ認ムルコトトセリ。然レドモ其ノ意義ハ本文ニ述ブル如ク、通説ノ謂フ所トハ全ク異ル(尙次段三参照)。

三 公訴權ハ訴訟法上ノ權利ニシテ實體法(刑法)上ノ刑罰請求權トハ全ク別個ノモノナリ。從テ實體法上ノ請求權ナキ場合ニ於テモ亦存スルコトヲ得。蓋シ實

體法上ノ請求權ノ有無ハ公訴權ノ行使ヲ待テ初メテ確定スルモノニシテ、公訴權ハ之ヲ確定セシムルガ爲メノ手段トシテ存スルモノナレバナリ。從テ簡單ニ謂ヘバ、刑罰請求權ハ犯罪ニ付テ存シ公訴權ハ事件(問題)ニ付テ存ス。故ニ或事件ニシテ適法ニ起訴セラレタル以上ハ、裁判所ハ刑罰請求權ナキ場合ニ於テモ、公訴權ナキガ故ニ、本案裁判ヲ爲サズト謂フ裁判(公訴ヲ排斥スル裁判)ヲ爲スベキモノニアラズシテ、刑罰請求權ナキコトヲ理由トスル本案裁判(無罪又ハ實體的免訴等ノ消極的實體裁判)ヲ爲スベキモノトス。

右ノ事情ヨリシテ、公訴權ノ發生ニハ主觀的及ビ客觀的ノ二條件ヲ要ス。(即チ主觀的條件ハ實體法上ノ請求權ニ關スルモノニシテ、檢事ガ一定ノ人ニ對シ一定ノ資料ニ基キ終局的ニ實體法上刑罰請求權アリト思料スルコト(終局的確信)ヲ生ズルコト)ナリ。但此ノ點ニ付テハ刑罰請求權アリトノ確信ト犯罪アリトノ確信トハ必ズシモ同一ニアラズ。蓋シ犯罪アルモ一旦發生シタル刑罰請求權ガ大赦、時効等ニ因リテ消滅スルコトアルガ故ナリ(三)。從テ刑罰請求權アリトノ確信トハ、具體的ニ謂ヘバ、犯罪アリト確信スルト同時ニ、前ニ其ノ罪ニ付テ大赦、時効等ノ

刑罰請求權ノ消滅原因アリタル場合ニ於テハ、其ノ原因アリタルコトヲ知ラザルコトヲ意味ス。(次ニ客觀的條件ハ公訴權其ノ者ニ關スルモノニシテ、當該事件ニ付キ、公訴權發生ノ障礙ヲ成ス事情即チ同一事件ニ關シ先ニ確定判決アリタルガ如キ所謂公訴權消滅原因ナキコトナリ。此ノ條件ハ客觀的條件ナルガ故ニ、檢事ガ之ヲ知ルト否トニ拘ラズ、之ヲ缺クトキハ公訴權ハ發生セズ(四)。然シテ斯クノ如ク公訴權ハ一方ニ主觀的條件トシテ、檢事ガ刑罰請求權ノ存在ヲ確信スルコトヲ必要トスト雖モ、是レ單ニ條件タルニ止マリ、之ガ爲メニ、公訴權ヲ以テ、其ノ實質ニ於テ單ニ有罪判決ヲ得ルガ爲メノミノ權利タルモノト解スベカラズ。蓋シ裁判所ハ檢事ノ確信ト目的ノ如何ニ拘ラズ、被告事件ニ關シ自由ニ其ノ適當ト信ズル所ニ從テ無罪其ノ他ノ消極的實體裁判ヲ言渡スコトヲ得ルガ故ナリ。前ニ公訴權(實體的公訴權)ヲ解シテ、適當ナル本案裁判ヲ求メ得ル權利ナリト謂ヘルハ此ノ理由ニ基ク。然レドモ檢事ハ又無罪其ノ他ノ消極的實體裁判ヲ受クベキ事件ニ付キ此ノ種ノ裁判ヲ豫期シツツ之ヲ起訴スルコトヲ得ズ。即チ斯カル場合ニハ右ニ述ベタル所ニ依リ明ナルガ如ク初メヨリ公訴權發生ノ主觀的條件ヲ缺ク

モノトス。故ニ若シ何等カノ事情ニ因リ檢事ガ故意ニ斯カル事件ヲ起訴シタリトセバ、是レ即チ職務行爲ヲ假裝セル權利ノ濫用ニシテ違法ナリ。但此ノ場合ニ於テ違法ナル起訴ノ效果如何ハ別論ニ屬スルコトヲ注意セザルベカラズ(五)。實體的公訴權及ビ形式的公訴權ノ意義ハ右ノ如シ。從テ其ノ行使ノ效果トシテ生ズル訴訟繫屬ハ形式的公訴權ノミナル場合ニハ形式的訴訟繫屬ニ止マルモ、實體的公訴權ノ存スル場合ニハ、更ニ實體的訴訟繫屬ヲ生ズルモノトス(公訴ノ提起ノ條參照)。

三 刑事訴訟法第三六三條第二號以下ニ掲グル犯罪後ノ法令ニ因リ刑ノ廢止、大赦、時効ニ付テハ、通説ハ多ク公訴權消滅原因ト解スレドモ、予ハ之ヲ實體法上ノ刑罰請求權消滅原因ト解ス。之ニ因テ公訴權ガ消滅スルハ免訴ノ確定判決ノ結果ナリ(公訴權ノ消滅、免訴ノ判決ノ條參照)。

四 所謂公訴權消滅原因ハ公訴權發生後ハ消滅原因トシテ作用スレドモ、發生前ハ不發生原因トシテ發生ノ障礙ヲ成ス(公訴權ノ消滅ノ條參照)。

五 權利ノ濫用トハ權利行爲ノ外觀アリテ、而モ權利行使ノ實質ヲ具ヘザル場合ヲ謂フ。法律ハ一般ニ斯カル場合ヲ違法行爲トシテ之ヲ欲セザレドモ、既ニ一旦違法行爲ガ行ハレタル場合ニハ、其ノ新ニ生ジタル事情ヲ理由トシ、之ニ對スル善後處置トシテ適法行爲ノ場

合ト同一ノ效果ヲ認ムルコトアリ。是レ公法私法ニ互リテ汎ク認メラルル理論トス(刑法大綱八四頁以下参照)。今之ヲ本文ノ場合ニ付テ考フルニ、假ニ檢事ガ刑罰請求權ナキコトヲ知リツツ、從テ實體的公訴權ナクシテ起訴シタリトスルモ、裁判所ガ檢事ノ惡意ニ關シテ調査ヲ爲スガ如キハ到底不能ナルヲ免レズ。又縱ヘ可能ナリトスルモ、裁判所ヲシテ斯カル問題ノ爲メニ勞セシムルヨリハ、寧ロ被告事件自體ニ付テ取調ヲ進メ、以テ本案ノ裁判ヲ爲サシムルノ簡便ナルニ如カズ。是ヲ以テ刑事訴訟法ハ假ニ檢事ノ起訴ガ權利ノ濫用ニ出ブル場合アリトスルモ、既ニ起訴ノ手續アリタル以上ハ、之ニ對シ通常ノ場合ト同一ノ效力ヲ認ムルモノト解スベシ。然レドモ此ノ場合ニモ尙檢事ハ初メヨリ斯カル違法ヲ行ヒ得ル特別ナル權利ヲ有スルモノト解スベキモノニアラズ。學者或ハ時ニ斯カル場合ニモ尙檢事ハ形式的公訴權ヲ有スルガ如ク説ク者アルモ、斯カル場合ノ效果ハ事實ヲ理由トスル原始的ノモノニシテ、當初ヨリ有スル權利行爲ノ當然ノ效果ニアラズ。

右ニ述ベタル所ハ形式的公訴權ニモ亦妥當ス。即チ檢事ガ刑罰請求權存在ノ確信ナキ惡意ノ場合ニハ、單ニ實體的公訴權ガ發生セザルノミナラズ、形式的公訴權モ亦發生セズ。從テ檢事ハ實ハ起訴ノ手續ヲ行フコトスラモ許サレザルナリ。又假ニ刑罰請求權存在ノ確信アリテ、實體的公訴權アル場合ニ於テモ、無効ナル起訴手續ヲ無効ト知リツツ行フコトハ許サレザルナリ(但土地管轄違ニ關スル第三五七條ノ如キ規定アル場合ハ別論トス)。斯カル場合ニ何レモ其ノ惡意ヲ秘シテ敢テ起訴ノ手續ヲ行フハ是レ亦畢竟形式的公訴權ノ濫用ニ外ナラズ。從テ斯カル場合ニ尙形式的訴訟繫屬ヲ生ズルハ事實ヲ理由トスル原始

的效果ナリ。

要スルニ權利行爲ノ效力ニ關シテ承認セラレル一般的理論ハ專ラ其レガ惡意ニ出デザル場合ノ考察ニシテ、其レガ惡意ニ出デ權利ノ濫用ト見ルベキ場合ニ於テ尙何等カノ效力ヲ生ズルトキハ、自ラ別個ノ觀察ニ依ラザルベカラズ。

三 上述ノ如ク、公訴權ニハ實體的公訴權及ビ形式的公訴權ノ二種アレドモ、而モ本來ノ公訴權タル實體的公訴權ノ性質ハ單一ノモノナリ。之ニ反シテ通説ハ狹ク被告事件有罪ノ場合即チ公訴ガ理由アル場合ニ限リテ實體的公訴權アリト解ス。換言スレバ、無罪其ノ他ノ消極的實體裁判ヲ受クル場合ノ權利ハ、其レガ本案裁判ヲ受ケ得ル權利ナルニ拘ラズ實體的公訴權ニアラズト爲スナリ。然レドモ予ノ見ル所ヲ以テスレバ、被告事件有罪ナルカ無罪ナルカハ實體法上ノ刑罰請求權ノ有無ニ由來スル事柄ニシテ、訴訟法上ノ權利ニ關係アルモノニアラズ。苟モ公訴權ガ適法ニ發生シタル以上、檢事ハ事件無罪ノ場合ニモ尙無罪ノ裁判ヲ受クニ付キ法律上ノ利益ヲ有スル者ニシテ、公訴權ハ本案裁判ヲ求メ得ル權利トシテハ其ノ性質ニ差別アルベカラズ。而モ予ガ別ニ形式的公訴權ナル觀念ヲ認ムル所以ハ、既ニ述ベタルガ如ク、訴訟法上實體的公訴權ナク、從テ本案裁判ヲ求メ得

ザル場合ニ於テモ、尙公訴ヲ排斥スル趣旨ノ裁判ハ之ヲ求メ得ルガ故ナリ(六)。

六 通説ノ解スル實體的公訴權ノ意義ニ關シテハ、予ハ種々ノ疑問ヲ有ス。

(一) 從來通説ノ論者ハ多ク單ニ、被告事件有罪ナルトキハ實體的公訴權アルモ、無罪其ノ他ノ場合ナルトキハ形式的公訴權アルニ過ギズト説クガ如シ。然レドモ斯カル説明ニ依リテハ、實體的公訴權ハ偶々公訴權ガ實體法上ノ刑罰請求權ト俱存スル場合ノ異名タルニ止マリ、有罪ノ場合ノ公訴權ガ刑罰請求權ト論理的ニ結合スルニ因リテ、何等カノ特質ヲ有スルモノト解シ難シ。

(二) 形式的公訴權ト實體的公訴權トノ區別ヲ認ムル學說中ニハ、之ヲ以テ民事訴訟ニ於ケル形式的訴權ト私權保護請求權トノ區別ト同一ニ理解セントスルモノアリ。然レドモ民事訴訟ニ於ケル當事者ハ一般ニ自己ノ訴ガ理由アル場合ニ勝訴ノ本案判決ヲ求ムル權利アルニ止マリ、訴ガ理由ナキ場合ニ敗訴ノ本案判決ヲ求ムル權利ハ之レアルコトナシ。從テ民事訴訟法ニ於テハ訴ガ理由アル場合ニ限リテ存在スル私權保護請求權ノ理論ヲ生ズル可能ナキニアラズ。然レドモ刑事訴訟法ニ於テハ檢事ハ其ノ公益ノ代表者タル地位ニ基キ、廣ク適當ナル裁判ヲ求ムル權利ヲ有スル者ナルガ故ニ、有罪ノ場合ニ有罪ノ判決ヲ求ムル意義モ、無罪ノ場合ニ無罪ノ判決ヲ求ムル意義モ、訴訟法上本質的ニ差別アルモノニアラズ(有罪ノ確信ハ公訴權發生ノ條件ニ過ギズ)。從テ被告事件有罪ノ場合ニ限リテ存在スル特殊ノ公訴權ナル觀念ハ理論上成立ノ餘地ナカルベシ。

(三) 實體的公訴權ノ觀念ヲ認ムル學說中ニハ、免訴裁判ノ意義ハ之ニ由テ初メテ正當ニ理

解スルコトヲ得ルモノトシ、特殊ノ説明ヲ爲ス者アリ。即チ之ニ依レバ、實體的公訴權ハ被告事件ガ實體的ニ理由アル場合(犯罪ヲ證明シ得ベク、且有罪裁判ヲ爲スニ付キ法律上利益アル場合)ニノミ存シ、然ラザル場合ニハ存在セズ。而モ此ノ權利ノ存在ハ直ニ公訴ノ適法條件ニハアラザレドモ、此ノ權利ノ存在ノ蓋然性ナキ場合、即チ被告事件ニ付キ實體的公訴權ナキコト明白ナル場合ニハ實體的審理ノ實益ナク公訴ハ許スベカラザルヲ以テ、形式的公訴權モ亦存在セザルコトトナル。從テ斯カル場合ニハ單純ナル公訴不適法(公訴棄却)ノ場合ト異リ、免訴ヲ言渡スベキモノニシテ、要スルニ免訴裁判ハ一般ニ實體的公訴權ナキコト明白ナル場合ノ形式的裁判ナリトス。斯ク考フルコトニ由リテ現行法上免訴裁判ノ意義ハ統一的ニ之ヲ理解スルコトヲ得ベシト謂フ(小野)。

予ガ此ノ見解ニ對シテ疑ヲ有スルモノ左ノ如シ。(イ) 先ヅ刑事訴訟法第三六三條第一號ノ確定判決ヲ經タルコトヲ理由トスル免訴判決ニ付テ考フルニ、此ノ場合ノ判決ハ要スルニ法律ニ於テハ單ニ前ニ裁判アリタルコトヲ理由トシテ再訴ヲ許サザル趣旨ニ基クモノナルコト明ニシテ、此ノ點同法第三六四條第三號ノ、前ニ公訴ノ取消ニ因リ公訴棄却ノ決定アリタルコトヲ理由トスル公訴棄却ノ判決ノ場合ト異ルコトナシ。然ルニ問題ノ見解ニ依レバ、恐ラクハ前者ノ場合ニ在テハ、事件ニ付キ既ニ確定判決アリタル以上、再訴ニ付キ法律上ノ利益ナク、從テ實體的公訴權ナキコト明ナルヲ以テ、其ノ意味ニ於テ免訴ノ言渡ヲ爲スベク、前ニ公訴ノ取消ニ因リ公訴棄却ノ決定アリタル事件ニ付キ更ニ公訴棄却ヲ言渡スベキ後者ノ場合トハ此ノ點ニ於テ區別アリト爲スナランカ。然レドモ思フニ後者ノ場

合ニ於テモ法律ガ永久ニ再訴ヲ許サザルニ付テハ、等シク實體上再訴ニ付キ法律ノ保護ニ値スル利益ヲ認メザル結果ナルコト明ニシテ、是レ畢竟公訴ノ取消ハ名ハ公訴ノ取消ナレドモ、法律上ノ效果ヨリ謂ヘバ、實ハ可能的ニ存スル刑罰請求權ノ拋棄ナルガ故ニ外ナラズ。從テ前記ノ見解ハ之ニ由テ免訴裁判ノ意義ヲ統一的ニ理解スルニ成功シタリトスルモ、理論上之ト同一ニ理解セラルベキ第三六四條第三號ノ場合ガ何故ニ公訴棄却ナラザルベカラザルカノ説明ニ困難ヲ感ズベキニアラザルカ。(ロ)加之免訴裁判ノ意義ヲ統一的ニ理解スト謂フコトモ是レ亦頗ル難事ニ屬スルガ如シ。蓋シ例ヘバ、刑事訴訟法第三六三條ニ於テモ、其ノ第一號確定判決ヲ經タルトキト第二號以下ノ場合トハ明ニ實質的ニ見テ理由ヲ異ニス。即チ前者ノ場合ハ一旦確定判決ヲ經タルモノナルコトヲ直接ノ理由トシ、因テ更ニ事件自體ニ付キ審判ノ要ナシト爲スモノニシテ、全然刑罰請求權ノ有無ノ問題ニハ觸レザルモノナルモ、後者ノ場合ハ刑罰請求權ナキコト明ナルガ故ニ審判ノ要ナシト爲スモノニシテ、實體權ノ不存在ヲ直接ノ理由ト爲スモノナリ。從テ其ノ共ニ結論ニ於テ審判ノ要ナシト爲スコトニ於テ差異ナシトスルモ、其ノ直接ノ理由トスル所ハ全ク異ル。是レ二者ノ本質的差別ナリ。從テ其ノ他ノ關係ニ於テ二者ノ間ニ何等カ共通ノ事情アリトスルモ、之レガ爲メニ右ノ重要ナル差異ヲ度外視スルハ理論上却テ不當ナルニアラザルカ。(ハ)要スルニ予ノ見ル所ヲ以テスレバ、問題ノ見解ニ從ヘバ、刑事訴訟法第三六四條第三號ノ公訴棄却ノ場合ハ公訴棄却ノ判決トシテハ例外的ノモノト見ザルベカラザルガ如シ。果シテ然ラバ既ニ例外ヲ認ムル以上、寧ロ純粹ナル形式裁判トモ解シ得ベキ第三六三條第一號ノ

場合(豫審ニ於ケル第三一四條第一號ノ場合亦同ジ)ヲ以テ免訴裁判中ノ例外的ノモノト視ルヲ相當トスベキニアラザルカ。(ニ)既ニ此ノ場合ヲ例外視スル限り、其ノ他ノ免訴ノ裁判ハ凡テ刑法上ノ實體的請求權ノ不存在ノ理由ヲ以テ説明シ得ベキガ故ニ(此ノ點或ハ見解ニ相異アルベシ)、公訴ガ理由アル場合ニ限り存スル實體的公訴權ノ觀念ハ不要トナルニアラザルカ(尙免訴ノ判決ノ條參照)。

第三款 公訴ノ提起

一 公訴權ノ主體ハ檢事ナリ。一私人ハ唯告訴、告發ニ由リテ檢事ノ行動ヲ促スコトヲ得ルニ過ギズ。

公訴權ノ行使ハ公訴ノ提起ニ由リテ行ハル。公訴ノ提起トハ檢事ガ裁判所ニ對シ、一定ハ被告事件ニ付キ、訴訟手續ノ開始ヲ求ムル旨ノ意思表示ヲ爲スコトナリ。有罪判決ヲ欲スルコトハ公訴權發生ノ主觀的條件ナルモ、其ノ内心的動機ニ過ギズシテ、意思表示ノ内容ヲ成スモノニアラズ。而シテ公訴ノ提起ニ二種アリ。一ハ公判ヲ請求スル手續ニシテ、一ハ豫審ヲ請求スル手續ナリ(訴、二八八)。檢事ハ豫審ノ設ケアル裁判所ニ對シテハ右二種ノ何レヲモ自由ニ選ブコトヲ得レドモ、拘

留又ハ科料ニ該ル事件ニ付キ豫審ヲ請求スルコトヲ得ルハ罰金以上ノ刑ニ該ル事件ト同時ニ取調ヲ爲スベキ場合ニ限ル(訴、二八九、尙三一〇参照)。

公訴ノ提起ノ方法ハ書面ニ依ル(訴、二九〇I)。但例外ニアリ。即チ豫審ノ請求ハ急速ヲ要スル場合ニ限リ口頭又ハ電報ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得。此ノ場合ニハ之ヲ調書ニ記載シ豫審判事ハ裁判所書記ト共ニ署名捺印スルコトヲ要ス(同、二九〇I)。又檢事ハ公判開廷中被告人ニ他ノ犯罪アルコトヲ發見シタル場合ニ於テハ口頭ヲ以テ公判ヲ請求スルコトヲ得(同、二九〇II)。此ノ場合ニ於テハ公判調書ニ其ノ要旨ヲ記載スルコトヲ要ス(同、六〇II)。

公訴ノ提起ノ方式ハ被告人ヲ指定シ犯罪事實及ビ罪名ヲ示スコトヲ要ス。但罪名ヲ示スハ便宜ノ爲メナリ(訴、二九一I)。被告人ノ指定及ビ犯罪事實ノ指示ハ何レモ之ヲ特定シ得ル程度ヲ以テ足ル。即チ被告人ノ指定ハ氏名ヲ以テスベキモノナルモ、氏名知レザルトキハ容貌體格其ノ他ノ徵表ヲ以テシテ足ル(同、二九一II)。又犯罪事實ニ付テモ日時場所ヲ明示スルハ必要ニアラズ(一)。

公訴ノ提起ニ付テハ特別ノ條件ヲ必要トスルコトアリ。特別訴訟條件ト稱ス

ルモノ是レニシテ、親告罪ニ於ケル告訴ニ於テ之ヲ見ル。即チ親告罪ニ在テハ告訴ナクシテ之ヲ起訴スルコトヲ得ズ。若シ告訴ナクシテ之ヲ起訴シ、又ハ公訴提起後告訴ノ取消アリタルトキハ、公訴ハ訴訟條件ヲ缺クモノトシテ棄却セラレ(訴、三一五9、5、三六四6、5)。請求ヲ待チテ論ズベキ罪(刑、九〇)ニ於ケル請求モ亦之ト同様ノ性質ヲ有ス。其ノ他間接國稅犯則者處分事件ニ付テモ、判例ニ於テハ稅務官吏ノ告發ヲ以テ訴訟條件ト解ス(間接國稅犯則者處分法、一四、一六、一七)。

一 舊法ノ下ニ於テハ解釋上現行犯事件ノ起訴ニ付テハ被告人ヲ特定スルコトヲ要セズトスル例外ヲ認メタルモ、現行法ノ下ニ於テハ檢事ハ一般ニ強制處分ノ請求(訴、二五五)ニ由リテ適當ニ捜査上強制力ヲ用キ得ルノ便宜アルヲ以テ、現行法上不特定人ニ對スル公訴提起ヲ許サズト解スルモ、舊法下ニ於ケルガ如キ不便ナシ。

二 公訴ノ提起ノ效果ハ訴訟繫屬(Rechtshängigkeit)及ビ時効ノ中斷トス。後者ニ

付テハ後ニ時効ニ關聯シテ之ヲ述ブベシ、茲ニハ專ラ訴訟繫屬ニ付テ説明ス。
訴訟繫屬トハ檢事ノ捜査事件ガ更ニ被告事件トシテ裁判所ニ繫屬スルコトヲ謂フ。換言スレバ、被告事件ニ關シ訴訟主體ノ間ニ一定ノ訴訟法上ノ法律關係ガ成立スルコトナリ。訴訟繫屬ハ又左ノ如キ效果ヲ含ム。訴訟繫屬ノ效果ハ畢竟

公訴ノ提起ノ效果ナリ。

(一) 裁判所ハ公訴ニ對シ裁判ヲ爲スベキ權利義務ヲ取得ス。然レドモ此ノ場合ノ裁判ハ必ズシモ常ニ本案實體裁判タルニアラズ。本案ノ裁判ハ公訴ガ訴訟條件ヲ完備シ訴訟關係ガ有效ニ成立セル場合ニ初メテ爲スコトヲ得ルモノナリ。即チ公訴ガ訴訟條件ヲ完備セズ不適法ナルトキハ事情ニ因リ形式の公訴棄却(訴、三六四1-6、三六五2、3)又ハ管轄違若クハ形式の免訴(同、三六三1)ノ裁判ヲ爲シ、公訴ガ訴訟條件ヲ完備シ有效ナル場合ニ於テハ、本案ニ關シ、事情ニ因リ有罪(同、三五八、三五九)又ハ無罪(同、三六二)若クハ實體的免訴(同、三六三2、3、4)又ハ實體的公訴棄却(同、三六五1)ノ裁判ヲ爲スベキモノトス。豫審ニ於テモ亦其レ其レ公訴棄却管轄違、免訴、公判ニ付スル決定ヲ爲ス。

右ノ如クナルヲ以テ、學者時ニ訴訟條件ヲ具備スル場合ノ訴訟繫屬ヲ實質的訴訟繫屬ト謂ヒ、然ラザル場合ノ其レヲ形式的訴訟繫屬ト謂フコトアリ。

(二) 訴訟繫屬中ノ事件ト同一ノ事件ニ付キ更ニ公訴ノ提起アリタルトキハ、何レカ一方ノ公訴ハ棄却セラル。蓋シ同一ノ事件ニ付キ二重ニ裁判ヲ求ムルコ

トハ許スベカラザルガ故ナリ。之ニ二個ノ場合アリ。一ハ同一裁判所ニ對シ同一ノ事件ニ付キ更ニ公訴ノ提起アリタル場合ナリ。此ノ場合ニハ後ノ公訴ヲ棄却セザルベカラズ(訴、三一五4、三六四4)(二)。但公訴ノ重複ヲ理由トシテ後ノ公訴ヲ棄却スルニハ、前ノ公訴ノ提起ガ適法ナルコトヲ要ス。二ハ數個ノ裁判所ニ對シ各別ニ同一ノ事件ニ付キ公訴ノ提起アリタル場合ナリ。此ノ場合ニハ管轄ニ關スル規定ニ從ヒ棄却スベキモノヲ定ム(同、九、一〇、三一五8、三六五13)。

二 茲ニ一問題アリ。即チ此ノ本文ノ原則ハ絶對的ナリヤ否ヤ是レナリ。此ノ問題ハ主トシテ事件ガ處分の一罪ニ係ル場合ニ關係アリ。判例ハ、連續犯ニ關シ、檢事ガ連續犯ヲ構成スル二個ノ行爲ニ關シ之ヲ各獨立ノ犯罪ト認メテ別個ニ公訴ヲ提起シタル場合ニハ、同一ノ犯罪行爲ニ對シ再度公訴ヲ提起シタル場合ト趣ヲ異ニスルヲ以テ、其ノ公訴ハ正當ニシテ公訴ヲ不適法トスル旨ノ言渡ヲ爲スベキモノニアラズト爲ス。然レドモ此ノ問題ニ付テハ場合ヲ別テ考ヘザルベカラズ。即チ處分の一罪ノ公訴ガ一部ツ數個ノ裁判所ニ提起セラレタル場合ニハ、畢竟同一事件ノ公訴ガ各別ニ數個ノ裁判所ニ提起セラレタルニ外ナラザルヲ以テ、本文ニ述ブルガ如ク常ニ管轄ニ關スル規定ニ從テ處理スベキモノトス之ニ反シ右ノ數個ノ公訴ガ同一裁判所ニ提起セラレ、裁判所ガ其ノ手續ヲ併合シタルトキハ、何レノ公訴ニ對シテモ棄却ヲ爲スベキモノニアラズ。但其ノ理由ハ判例ノ趣旨ト異ル

蓋シ理論的ニ謂ヘバ、元來不適法ナル起訴ハ無效ノモノニシテ、全然之ヲ不問ニ附スルモ妨ナキモノナルガ故ニ、裁判所ハ必ズシモ之ニ對シテ何等カノ言渡ヲ爲スコトヲ要スルモノニアラズ、然ルニ法律ガ一般ニ之ニ對シテ公訴棄却等ノ言渡ヲ爲スベキコトヲ命ズル所以ハ、唯手續ノ結末ヲ明白ナラシムル必要アルニ在リ。從テ本問ノ場合ニ於テハ、裁判所ガ數個ノ公訴ノ手續ヲ併合シ、其ノ中最初ノ適法ナル公訴ニ對シテ爲ス判決ノ理由中ニ於テ、序ヲ以テ他ノ公訴ガ不適法ナル旨ヲ明ニスル以上、則チ斯カル公訴ノ結末ハ之ヲ以テモ仍明白ナルヲ以テ、特ニ公訴棄却ヲ言渡スコトヲ要セザルモノトス。即チ公訴棄却ヲ言渡スベキハ公訴ガ單一ナル場合ニ限ル。斯カル觀察ハ事件ガ本位的一罪ニ係ルト處分的一罪ニ係ルトニ因リテ區別アルベカラザルガ故ニ、本文ノ原則ハ右ノ意義ニ於テ絕對的ノモノニアラズ。

三 訴訟繫屬ハ原則トシテ公訴ノ提起ニ由リテノミ生ズ。然レドモ仍左ノ如キ例外アリ。

- (一) 違警罪即決處分ニ對シテ正式裁判ノ申立アリタルトキハ、事件ハ之ニ因リテ當然裁判所ニ繫屬ス。從テ檢事モ當然即決官應ヨリ送致セル書類其ノ他ノ物ヲ裁判所ニ送致スルコトヲ要シ、自由裁量ノ權ナシ。
- (二) 裁判所ガ一定ノ人又ハ一定ノ事實ニ付キ、公訴ノ提起ナキニ拘ラズ、錯誤ニ

由リテ、訴訟手續ヲ開始シタルトキ、又ハ豫審判事ガ同様ノ事情ニ因リ、被告人以外ノ者又ハ公訴事實以外ノ事實ニ付キ事件ヲ公判ニ付シタルトキハ、理論上之ニ由テ形式的訴訟繫屬ヲ生ズ。此ノ場合ニハ公訴ヲ不適法トシテ棄却スルコトヲ要ス(公判ノ裁判ノ條參照)。豫審中ニ於テ亦然リ。

四 訴訟繫屬ハ當該ノ裁判所ヲ中心トシテ考フベキモノニアラズ。專ラ被告事件ニ付キテ考フベキモノナリ。故ニ當該裁判所ニ於テ終局裁判ヲ爲スモ、之ニ對シテ上訴アリタルトキハ、訴訟繫屬ハ終始繼續ス。上訴棄却ノ裁判又ハ上訴ノ取下ニ依リ原裁判ガ確定シタルトキハ、訴訟繫屬ハ原裁判ノ確定ニ依リテ消滅スルモノト解スベシ。從テ訴訟繫屬ハ確定ヲ條件トシテ次ノ裁判ニ因リ消滅ス。(二)判決移送及ビ差戻ヲ除ク)又ハ略式命令(二)事件ヲ公判ニ付セザル豫審終結決定(三)被告人ノ死亡又ハ法人ノ解散ノ場合、公訴ノ取消ノ場合、第九條又ハ第十條ニ依リ審判ヲ爲スベカラザル場合ニ於テ、豫審判事又ハ裁判所ノ爲ス公訴棄却ノ決定。

第四款 公訴ノ範圍

一 公訴ハ不可分ナリ。訴訟繫屬ノ效力ノ範圍ハ同一事件ノ全體ニ及ブ。從テ一個ノ犯罪ハ分離シテ之ヲ起訴スルコトヲ得ズ、又分離シテ之ヲ裁判スルコトヲ得ズ、是レ公訴ノ客體タル刑罰請求權ガ本來不可分ノモノニシテ、事件ハ各個ノ刑罰請求權ヲ單位トシテ成立スルモノナルニ因ル。故ニ檢事ガ公訴事實トシテ掲ゲタル範圍ガ同一事件ノ一部ニ過ギザル場合ニ於テモ、其ノ公訴ハ法律上當該事件ノ全體ニ對シテ提起セラレタルモノナリ。裁判所ハ其ノ全範圍ニ付テ審判ヲ爲サザルベカラズ。又裁判所ガ事實上審判ヲ爲シタル範圍ガ同一事件ノ一部ニ過ギザル場合ニテモ、其ノ裁判ハ法律上當該事件其ノ者ニ對シテ爲サレタルモノナリ。確定裁判ノ效力(既判力)ハ事件全體ニ及ブ。之ヲ公訴不可分ノ原則ト謂フ。

二 事件ノ同一ハ左ノ二條件ニ依リテ定マル。

(一) 主觀的同一(被告人ノ同一)

主觀的同一トハ犯人ノ同一ト謂フコトニアラズ。特別刑法ニ於テハ被告人、必ズシモ犯人ニアラザルコトハ前ニ述べタリ。事件ノ同一ニ於テ必要ナルハ被告人ノ同一ナリ。其ノ被告人ノ同一ヲ要件トスルハ、刑罰請求權ガ對人的關

係ナル以上、被告人ヲ異ニスレバ、權利關係モ亦當然別異ナラザルヲ得ザルニ因ル。即チ公訴ハ檢事ノ指定シタル被告人以外ノ者ニ其ノ效力ヲ及ボスコトナシ(訴、二八〇)。

(二) 客觀的同一(事實ノ同一)

客觀的同一トハ事實トシテ見タル犯罪ノ同一ナリ。犯人、犯時、犯所、實行方法等ハ何レモ事實ノ一條件ニ過ギズ。從テ裁判所ガ檢事ノ指示シタル事實其ノ者ヲ認定シタル以上、判決ニ摘示セラレタル所ガ此レ等ノ條件ニ於テ相違アルモ仍同一事實タルヲ失ハズ。例ヘバ法人ヲ被告人トシテ公訴ヲ提起スルニ當リ、檢事ハ實際ニ犯罪行爲ヲ行ヒタル從業者ヲ甲ト指示シタルニ、裁判所ハ之ヲ乙ト認定シタル場合ノ如シ(此ノ場合ニハ犯人ガ同一ナラザルニ止マリ、被告人ノ同一ニ變更ナキガ故ニ、事件ノ同一ヲ失フコトナシ)。又檢事ノ公訴事實ノ記載ト裁判所ノ認定事實トガ部分的ノ不一致ニ因リテ各犯罪類型ヲ異ニスルコトアルモ妨ナシ。例ヘバ竊盜罪ガ強盜罪、詐欺罪、橫領罪、贓物罪等トナリ、殺人未遂罪ガ傷害罪トナル場合ノ如シ。斯クノ如クナルヲ以テ、處分の一罪ノ場合ニ

於テ一部ノ行爲ガ公訴事實ノ指示ニ漏レタリトスルモ、尙此レ等ヲ併セタル全體ハ同一ノ事實タリ。同様ニ公訴提起後判決前ニ生ジタル事實例、殺人未遂罪ノ被害者ノ死亡モ亦同一事實ノ範圍ニ屬ス。

三 公訴不可分ノ原則ニ關聯シテ審判不可分ハ、原則ナルモノアリ。審判不可分ノ原則ハ之ヲ公訴不可分ノ原則ト同義ニ解スルコトアリ。斯カル場合ニハ公訴不可分ノ原則ヲ裁判所ノ審判ノ方面ヨリ見タル別名ニ外ナラズ。然レドモ此ノ原則ハ仍次ノ如キ意義ヲ含ムコトアリ。即チ裁判所ハ有罪判決ヲ爲スニ當リテ罪責ト刑罰トヲ分離シ、主刑ト附加刑トヲ分離シ、刑罰ト其ノ執行猶豫トヲ分離シ各之ヲ別個ニ言渡スコトヲ得ズ。裁判所ハ同一事件ニ關シテハ事實點及ビ法律點ニ亘リ總テ剩ス所ナク裁判ヲ爲サザルベカラズト謂フコト是レナリ。

第五款 公訴ト告發

一 告發 (Antrag, Plainte) トハ犯罪ノ被害者又ハ其ノ他ノ權利者ヨリ捜査機關ニ對シ犯罪ヲ指示シテ犯人ノ處罰ヲ求ムル意思表示ヲ爲スコトヲ謂フ。必ズシモ

審判不可分原則

親告罪ニ付テノミ許サレタルニアラズト雖モ、非親告罪ニ在テハ告發ハ單ニ犯罪捜査ノ端緒タルニ過ギズ。告發ガ訴訟法上特別ノ意義ヲ有スルハ專ラ親告罪ニ關スル場合ニシテ、此ノ種ノ罪ニ在テハ之ヲ論ズルニ付キ告發アルコトヲ要ス。而シテ此ノ場合ニ於テハ告發ハ之ヲ親告罪ニ關シテ訴訟條件ナリト見ルヲ通説トス。從テ之ニ依レバ、告發ナクシテ親告罪ニ付キ公訴ノ提起アリタルトキ又ハ告發ニ由リ公訴ノ提起アリタル後告發ノ取消アリタルトキハ、裁判所ハ公訴ヲ不適法トシテ之ヲ棄却スル裁判ヲ爲スベキモノトス。

法律ガ親告罪ヲ認メタル理由ニ二アリ。一ハ事件ニ對シ審判手續ヲ行フコトガ通例被害者ノ不利益ニ歸スル場合ナリ。二ハ犯罪ノ性質輕微ニシテ且之ガ處罰ハ之ヲ被害者ノ意思感情ニ係ラシムルヲ相當トスル場合ナリ。強姦罪、姦通罪ノ如キハ前者ノ例ニシテ、暴行罪、名譽毀損、過失傷害罪、特許權侵害ノ如キハ後者ノ例ナリ。

二 親告罪ニ二種アリ。(一)ハ絕對的(客觀的)親告罪ニシテ、之ニ在テハ告發ハ主トシテ犯罪事實ニ對ス。從テ此ノ場合ニ於テハ告發ハ犯罪事實ヲ指示スルヲ以テ

足リ、犯人ヲ指示スルノ要ナシ。犯人不明ノ場合ニ誤テ他人ヲ指示シ又ハ指示ニ漏レタル共犯者アルモ、仍其ノ犯人又ハ共犯者ニ對シ告訴ノ效アリ。(二)ハ相對的(主觀的)親告罪ニシテ、之ニ在テハ告訴ハ主トシテ犯人ニ對ス。從テ此ノ場合ニ於テハ特定ノ犯人ヲ指示スルニアラザレバ告訴ノ效ナシ。親告罪ハ絶對的親告罪タルヲ以テ通例トシ、相對的親告罪ハ例ヘバ親族相盜(刑、二四四、二五一、二五五)ノ場合ニ之ヲ見ルニ過ギズ。

三 告訴權者ハ原則トシテ犯罪ノ被害者ナリ(訴、二五八)。茲ニ被害者トハ所謂直接ノ被害者ノ義ナリ。其ノ他被害者ノ法定代理人及ビ夫モ亦獨立シテ告訴權ヲ有ス(同、二六〇)。被害者死亡シタルトキハ、其ノ配偶者、家督相續人、直系ノ親族及ビ兄弟姉妹ニ於テ告訴權ヲ有ス。但被害者ノ明示シタル意思ニ反スルコトヲ得ズ(同、II)。姦通罪ニ關シテハ本夫ノミ告訴權ヲ有ス(同、II)。從テ本夫ニ於テ告訴ヲ爲スニ付キ何等カノ障礙アルトキハ第二六三條ニ依ル。被害者ノ法定代理人被疑者ナルトキ、又ハ被疑者ノ配偶者ナルトキ、若クハ被疑者ノ四親等内ノ血族若クハ三親等内ノ姻族ナルトキハ、被害者ノ親族ハ獨立シテ告訴權ヲ有ス(同、二六一)。死者ノ

名譽ヲ毀損シタル罪ニ付テハ死者ノ親族、遺族、後裔ニ於テ告訴權ヲ有ス(同、二六二I)。名譽ヲ毀損シタル罪ニ付キ被害者告訴ヲ爲サズシテ死亡シタルトキ亦同ジ。但被害者ノ明示シタル意思ニ反スルコトヲ得ズ(同、I)。親告罪ニ付キ告訴權者ナキ場合ニ於テハ、管轄裁判所ノ檢事ハ利害關係人ノ申立ニ因リ告訴權者ヲ指定スルコトヲ得(同、二六三)。指定セラレタル者ハ告訴ヲ爲スト否ト自由ニ決スルコトヲ得ベク、必ズシモ告訴ヲ爲サザルベカラザルニアラズ。

告訴ハ代理人ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得(訴、二七一)。判例ハ告發ニ付キ亦代理ヲ認ム。

四 告訴權ノ行使ニ關シテ法律上特殊ノ制限ト見ルベキモノニアリ。(一)ニ祖父母又ハ父母ニ對シテハ告訴ヲ爲スコトヲ得ズ(訴、二五九)。告發ニ關シテ亦同ジ(同、二七〇)。(二)ニ姦通罪ニ付テハ、婚姻解消シ又ハ離婚ノ訴ヲ提起シタル後ニアラザレバ、告訴ヲ爲スコトヲ得ズ(同、二六四、人訴、四參照)。

五 告訴ハ不可分ナリ。即チ一個ノ犯罪ノ一部ニ付キ告訴アリタルトキハ、其ノ犯罪ノ全體ニ付キ告訴ノ效力ヲ生ズ(客觀的不可分)。是レ國家刑罰請求權ガ本來

不可分ナルニ由來ス。又共犯者ノ一人ニ付キ告訴アリタルトキハ、其ノ他ノ共犯者ニ對シテモ亦告訴ノ效アリ(主觀的不可分(訴、二六八))。是、告訴權者ノ私意ニ基ク不公平ナル結果ヲ避ケンガ爲メナリ。從テ告訴ノ本旨ガ部分的ノモノナルトキ、即チ一部告訴ガ告訴ノ制限ト見ルベキトキハ、告訴ハ全然效力ナシ。但主觀的不可分ノ原則ハ各共犯者ノ行爲ガ何レモ親告罪タル場合ニノミ適用アルモノナルガ故ニ、相對的親告罪ニ關シテハ事實上各共犯者ガ皆同一ノ身分ヲ有スル(例、共犯者ガ何レモ被害者ノ親族)ニアラザレバ適用ナシ。而シテ告訴不可分ノ原則ハ告訴ノ取消ヲ爲ス場合ニモ亦適用アリ(同上)。尙刑事訴訟法ハ姦通罪ニ關シテハ特ニ明文ヲ設ケ、刑法第一八三條ノ罪ニ付キ相姦者ノ一人ニ對シテ告訴又ハ其ノ取消アリタルトキハ他ノ者ニ對シ亦其ノ效力ヲ生ズト規定シタリ(同、二六八)。是レ刑事訴訟法ガ刑法第六〇條以下ノ共犯ヲ以テ任意的共犯ト解シ、姦通罪其ノ他ノ必要的共犯ヲ以テ刑法ニ所謂共犯ニアラズトスル見解ヲ採レルガ爲メ、此ノ規定ナクンバ、告訴不可分ノ原則ノ適用上遺漏アラントラ虞レタルニ由ル(一)。

一 刑事訴訟法第二六八條第三項ハ畢竟刑法第一八三條ノ罪ヲ以テ訴訟法上ノ關係ニ於

テ刑法共犯ニ準ゼシメタル規定ナリ。從テ訴訟法中共犯ニ關スル規定ハ特別ノ場合ノ外本罪ニ適用アリ(例、訴、二八五)。

六 告訴ニハ場合ニ依リ種々ナル附帶條項ノ加ハルコトアリ。斯カル場合ニハ告訴ヲ無効トスベキカ又ハ附帶條項ヲ無効トスベキカニ付キ爭アリ。思フニ此ノ問題ハ附帶條項ガ告訴ノ本體ヲ形成スルヤ否ヤニ從ヒ場合ヲ分テ之ヲ論ゼザルベカラズ。而モ其レガ告訴ノ本體ヲ形成スル場合ニ於テモ、刑事訴訟法ニ於テ既ニ一私人ニ告訴權ヲ附與シタル以上ハ、權利行使ノ態樣ニ關スル權利者ノ意思ハ原則トシテ之ヲ尊重スベキコト勿論ナルガ故ニ、直ニ告訴自體ヲ無効ト爲スベキニアラズ。即チ之ヲ無効トスルニハ一定ノ標準アリ。其ノ一ハ附帶條項ガ告訴其ノ者ヲ不當化スルコトナリ。其ノ二ハ附帶條項ヲ考慮スルニ當リ手續ノ煩雜、取扱ノ困難等ノ理由ニ依リテ過誤ヲ生ズル虞アルコトナリ。而シテ此ノ二點ノ考慮ノ下ニ附帶條項附告訴ノ效力ヲ判ズルトキハ、告訴ハ結局何等カノ制限又ハ條件ヲ附シタル場合ニハ凡テ之ヲ無効トスルヲ適當トス。但單純ナル留保ヲ附シタル場合ノミハ別論ナリ。其ノ理由左ノ如シ。

(一) 單純ナル留保トハ例ヘバ將來一定ノ事情ノ下ニ告訴ノ取消ヲ爲スコトアルベキヲ豫告スル場合ノ如ク、附帶條項ガ告訴ノ意思表示其ノ者ヲ傷ケザル場合ナリ。從テ斯カル場合ノ告訴ハ、留保ノ理由如何ニ拘ラズ、實ハ初ヨリ問題ト爲スベキニアラズ(訴、二六七—參照)。

(二) 告訴ノ制限ノ著シキモノハ既ニ述ベタル一部告訴ノ如キモノナリ。此ノ場合ノ告訴ハ、其レガ客觀的不可分ノ原則ニ反スル場合ニハ刑罰請求權ノ運用ハ爲メニ無意義トナル虞アリ。又其レガ主觀的不可分ノ原則ニ反スル場合ニハ時ニ告訴權者ノ私意ニ基ク不公平ヲ見ルノ虞アリ。是レ共ニ有效ト爲スベカラズ。其ノ他特ニ被告人ニ對シテ財産刑ヲ選擇セズシテ自由刑ヲ科センコトヲ求ムルガ如キ制限ヲ附セル場合ニモ亦其ノ告訴ハ無効トス。蓋シ此ノ場合ノ告訴ヲ有效トスルコトハ裁判所ガ適正ナル裁判ヲ爲ス上ニ於テ事實上障礙トナル虞アレバナリ。但以上何レノ場合ニ於テモ附帶條項ガ告訴ノ本質ニ屬セズシテ、單純ナル附隨ノ希望ニ過ギザルトキハ、附帶條項ハ問題トナラズ、告訴ハ固ヨリ有效ナリ。

(三) 附帶條項ガ條件タル場合ニ於テハ、條件ガ停止條件タル場合(例、和解條項ノ不履行)ト解除條件タル場合(例、和解條項ノ履行)トニ付テ、告訴ガ無効タル場合ト條件ガ無効タル場合トヲ別ツ説アリ。然レドモ斯カル告訴ニ於テ果シテ條件ガ成就シタルヤ否ヤ並ニ不成就ニ確定シタルヤ否ヤヲ調査スルハ必ズシモ容易ニアラズ。或ハ此ノ點ニ關シテハ告訴人ヲシテ特ニ申告ヲ爲サシムレバ足ルガ如クナルモ、告訴人ノ申告必ズシモ眞實ヲ得タリト爲スベカラズ。又斯クシテ可ナラバ、寧ロ初ヨリ凡テ此ノ種ノ告訴ヲ無効トシテ、告訴ハ一樣ニ單純ナルベキモノトシ、後日必要アレバ其ノ時ニ及ビテ取消ヲ爲サシムルノ簡便ナルニ如カズ。或ハ時ニ檢察機關又ハ裁判機關ノ行爲ヲ徒勞ニ歸セシムルコトナキヲ保セズト雖モ、一般ニ此ノ種ノ告訴ノ效力ヲ認メテ徒ニ手續ヲ紛糾セシムルニ優ルコト數等ナリ。但條件附告訴ノ效力ハ、之ヲ意思表示ノ形式ノミニ依テ判斷セズ、其ノ條件ガ本質的ナリヤ附隨的ノ希望ナリヤノ眞意ニ依テ決スベキコト制限附ノ場合ニ同ジ。

七 告訴ガ處分の一罪ニ關スル場合ニハ種々ノ問題アリ。

(一) 處分の一罪ノ各個ノ事實ガ凡テ親告罪ナル場合ニ於テハ、告訴權者ノ一人ノ告訴ニ因テ全體ヲ起訴スルコトヲ得ルカ。處分の一罪ガ刑法上一罪ナル點ヨリ考フレバ之ヲ肯定スベキガ如シト雖モ、元來處分の一罪ガ刑法上一罪ナルコトハ相對的ノ觀念ニシテ、本位的一罪ノ場合ノ如ク絕對的ノモノニアラズ。故ニ若シ此ノ種ノ犯罪ニ在リテ其ノ各個ノ事實ニ付キ一罪トシテノ處分ヲ妨グル何等カノ事情アルトキハ、其ノ刑法上ノ事情ナルト訴訟法上ノ事情ナルトニ拘ラズ、其ノ限度ニ於テ之ヲ一罪トシテ取扱フコトヲ得ザルモノトス。通常處分的一罪ノ一部ニ對シ公訴ノ提起アリタル場合ニ於テ、公訴不可分ノ原則ニ依リ其ノ全體ニ對シ訴訟繫屬ヲ生ゼシムル所以ノモノハ、之ヲ妨グル何等ノ事情モ存セザルガ故ナリ。然ルニ處分的一罪ノ各個ノ事實ガ凡テ親告罪ナル場合ニ於テハ、法律ガ親告罪ヲ認メタル理由ハ即チ斯カル場合ニ於ケル一罪の處分ヲ妨グル所以ニ外ナラザルヲ以テ、凡テノ事實ニ付キ告訴ナキ限り、全體ニ對シテ起訴スルコトヲ得ザルモノトス。

右ノ如クナルヲ以テ、前記ノ如キ場合ニ於テハ、檢察官ハ單ニ告訴アリタル部分

ニ付テノミ公訴ヲ提起シ、裁判所モ亦其ノ部分ニ付テノミ審判ヲ爲スベキモノトス。然レドモ處分的一罪モ亦一罪タル以上、右ノ如クシテ既ニ審判ヲ經テ判決確定シタルトキハ、後日他ノ部分ニ付キ告訴アルモ之ヲ起訴スルコトヲ得ズ。確定判決ノ效果ハ一罪ノ全體即チ一個ノ刑罰請求權ノ全範圍ニ及ブガ故ナリ。又檢察官一部ノ事實ニ付キ告訴ナキニ拘ラズ全體ノ事實ニ對シ公訴ヲ提起シタル場合ニ於テモ、裁判所ハ告訴アリタル部分ニ付テノミ裁判ノ言渡ヲ爲セバ足り、告訴ナキ部分ニ對シテハ公訴棄却ヲ言渡スベキモノニアラズ。

(二) 處分的一罪ノ一部ノ事實ガ親告罪タルニ過ギザル場合ニ於テハ、告訴ナクシテ全體ヲ起訴スルコトヲ得ルカ。此ノ問題ノ取扱ハ處分的一罪ノ凡テノ事實ガ親告罪ニシテ、而モ其ノ一部ニ付テノミ告訴アリタル前記ノ場合ト同様ニ考フベシ。

(三) 告訴ガ本位的一罪ニ關スル場合ニ於テモ、被害者タル告訴權者數人アルトキハ(例刑二五九二六一、二六三ノ罪、有夫ノ婦ニ對スル強姦罪亦右ト同様ノ問題ヲ生ズベシ。然レドモ此ノ場合ニ於テハ、當該犯罪ガ親告罪タル理由如何ニ拘

ラズ、一人ノ告訴ニ因テ起訴スルコトヲ得ルモノト解スベシ。蓋シ犯罪ガ問題トセラレ且其ノ犯罪ガ客觀的ニ同一ナル以上、訴追ヲ欲セザル者ハ公益上之ヲ欲スル者ニ讓ラザルヲ得ザレバナリ。

八 告訴ハ公訴提起後之ヲ追完スルコトヲ得ルカノ問題アリ。立法論トシテハ一定ノ條件ノ下ニ之ヲ許スコト必ズシモ不可ナラズト雖モ、解釋論トシテハ之ヲ否定スベキガ如シ。蓋シ親告罪事件ノ告訴ハ訴訟條件ナルガ故ニ、當然公訴提起ノ際ニ之ヲ具ヘザルベカラズ。之ヲ具ヘザル公訴ハ直ニ不合法トシテ棄却セラレベキモノナリ。然ルニ斯カル公訴ガ告訴ノ追完ニ因リテ適法トナルモノトセバ、追完ノ效力ヲ生ズル時期如何ガ更ニ問題トナルベシ。而シテ若シ此ノ場合ニ追完ノ效力ヲ起訴ノ時ニ遡ラシムベシトスレバ、或ハ不合法ナル公訴ノ提起ニ因リテ中斷ノ效力ヲ生ゼズシテ既ニ完成シタル時効ガ遡テ中斷セラルルガ如キ不當ナル結果ヲ生ズルコトアルベク、又不合法ナル公訴ガ追完ニ因テ其ノ時ヨリ適法トナルモノトスレバ、其ノ結果ハ實際上追完ノ時ニ於テ檢事ヲシテ新ニ再度ノ起訴ヲ爲サシムルト殆ド差別ナカルベキナリ(三)。斯クノ如ク考フルトキハ、解釋

上特ニ疑義ヲ無視シテ告訴ノ追完ヲ許ス所以ヲ見ズ。

二 前訴不適法ナルトキハ第三六四條第四號ノ適用ナク、其ノ棄却ノ言渡前同一事件ニ付キ更ニ同一裁判所ニ起訴スルモ妨ナシ。又前訴ニ於ケル證據調モ棄却ニ因リ其ノ效力ヲ失フコトナシ(管轄違ノ手續ノ效力ニ參照)。是レ本文ニ於テ告訴ノ追完ノ時ニ於テ檢事ヲシテ再度ノ起訴ヲ爲サシムルモ差別ナシト謂フ所以ナリ。

九 親告罪ノ告訴ニハ期間ノ制限アリ。即チ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(訴、二六五)。事件共犯ナルトキハ其ノ一人ヲ知ルモ亦犯人ヲ知ルモノトス。刑法第二二九條但書ノ場合ニ於ケル告訴ハ婚姻ノ無効又ハ取消ノ裁判確定シタル日ヨリ六月内ニ之ヲ爲スニアラザレバ其ノ效力ナシ(同、一)。告訴權者數人アル場合ニ於テ其ノ一人期間ヲ懈怠スルモ其ノ效力ハ他ノ者ニ及ブコトナシ(同、二六六)。

一〇 告訴權ハ之ヲ拋棄スルコトヲ得ルカ。廣義ノ拋棄ニ告訴前ノ拋棄ト告訴ノ取消告訴後ノ拋棄トアリ。後者ニ付テハ議論ナキモ、前者ニ付テハ説分ル。思フニ一般ニ告訴前ノ拋棄ヲ許スベカラズトスル理由ナシ。唯方式ガ問題トナル

ノミ。然レドモ此ノ點ニ付キ予ノ如ク拋棄ノ方式モ亦告訴ノ方式ト同様ニ届出ニ依ルコトヲ要ストスル見解ニ在テハ、其ノ届出ハ畢竟告訴ト同時ニ其ノ取消ヲ兼ヌルモノト見ルベキガ故ニ、實際ニ於テハ告訴前ノ拋棄ハ之ヲ許サズト謂フモ同一結果ニ歸著スベシ(三)。告訴權ヲ拋棄シタル者ハ再ビ告訴ヲ爲スコトヲ得ズ(訴、二六七Ⅰ)、又之ヲ爲スモ效力ナシ。

告訴權ノ拋棄ハ告訴權發生(犯罪成立)前豫メ之ヲ爲スコトヲ得ズ。公益ニ反スルガ故ナリ(四)。告訴權發生後ハ第二審ノ判決アルマデ之ヲ爲スコトヲ得(訴、二六七Ⅰ)。事實審ニ於テノミ之ヲ許スベシト爲シタルニ由ル。告訴權ノ拋棄ハ代理人ニ依リテモ之ヲ爲スコトヲ得(同、二七一)。

告訴權ノ拋棄ノ意思表示ハ告訴ノ前後ヲ問ハズ犯人ニ對シテ之ヲ爲スモ無効ナリ。蓋シ斯カル方式モ亦理論上妨ナシトスルモ、場合ニ依リ之レガ爲メニ獨立ノ訴訟事件ヲ解決スルニ等シキ紛糾ト煩雜トヲ免レザル虞アルガ故ナリ。從テ斯カル意思表示ハ事件ノ處理機關(即チ檢事、司法警察官又ハ現ニ事件ノ繫屬スル裁判所)ニ對シテ爲スコトヲ要スルモノトス。拋棄ノ方式ハ告訴ノ取消ニ在テハ

告訴ト同一ノ方式ニ依ルベク(訴、二七二)、同様ニ告訴前ノ拋棄ニ付テモ届出ニ依ルベシ(即チ斯カル場合ニハ前ニ述べタルガ如ク實ハ告訴ト同時ニ取消ガ行ハレタルモノナリ)。

告訴權ノ拋棄アリタル事件ニ付キ裁判ヲ爲スベキトキハ公訴ヲ棄却スベキモノトス。拋棄ガ公訴提起前ノ行爲ナルト其ノ後ノ行爲ナルトヲ問ハズ。裁判所ニ在テハ判決ヲ以テシ、豫審判事ニ在テハ決定ヲ以テス(訴、三六四6、5、三一五9、5。尙公判ノ裁判ノ條參照)。

親告罪ニ在テハ告訴ガ不可分ナルガ如ク拋棄モ亦不可分トス(前出)。又告訴ガ單純ナルコトヲ要スルガ如ク拋棄モ亦單純ナラザルベカラズ。從テ形式上一部ノ拋棄竝ニ附帶條項附ノ拋棄ガ拋棄トシテ有效ナリヤ否ヤハ、當事者ノ意思ガ本質的ナリヤ附隨的ナリヤニ因テ分ル。

告訴權者ガ數人アル場合ニ於テ其ノ一人ノ拋棄ノ效力ハ他ノ權利者ニ及ブコトナシ。故ニ一人告訴權ヲ拋棄スルモ(從テ公訴提起後ノ告訴取消ニ因リ公訴棄却ノ裁判アルモ)其ノ他ノ權利者ハ仍告訴ヲ爲スコトヲ得ベク、又數人ノ告訴ニ因

リ公訴ノ提起アリタル場合ニ於テ一人告訴ヲ取消スモ、訴訟條件ノ欠缺ヲ生ズルコトナク、從テ公訴ハ棄却セラルルコトナシ。

共犯ノ一人ニ付キ有罪判決確定シタル後他ノ共犯ニ對シテ告訴ノ拋棄ヲ爲スコトヲ得ルカニ付テハ說分ル。之ヲ否定スル者ハ不公平ナル結果ヲ虞ルルナリ。之ヲ肯定スル者ハ告訴權ノ消滅セザル限り之ガ拋棄ヲ許サズトスル理由ナシトスルナリ(判例)。予ハ此ノ點ニ關シテノミ告訴不可分ノ原則ガ徹底ヲ妨ゲラルル實質的理由ナキニ鑑ミ消極說ニ依ラントス。

三 判例ハ妻ノ姦通罪ニ對スル夫ノ宥恕(民、八一四)ニ由ル間接ナル告訴權ノ消滅ヲ認メタルコトアルモ、單純ナル告訴前ノ拋棄ハ一般ニ之ヲ許サズトス。

四 姦通ノ縱容ハ本質上刑法上ノ刑罰阻却原因ニシテ、告訴權發生前ノ拋棄ニアラズ。

一一 請求(刑、九〇以下) 又ハ告發ヲ待チテ論ズベキ罪ニ付テモ以上述べタル原則ニ從フ(訴、二六七、二六八、三一五、三六四、五)。

第六款 公訴權ノ消滅

一 公訴權(實體的公訴權)モ一ノ權利ナルガ故ニ、一般ノ原則ニ從ヒ、一旦行使シ終リテ目的ヲ達シタルトキ、又ハ行使ガ事實上不能トナリタルトキハ消滅ス。加之消滅原因ガ公訴權ノ發生、檢事ノ終局的確信前ニ具ハルトキハ、當該檢事ガ之ヲ知ルト否トニ拘ラズ初ヨリ其ノ發生ヲ阻止ス。即チ公訴權消滅原因ハ同時ニ不發生原因タリ。即チ左ノ如シ。

(一) 確定判決

確定判決ハ事件ノ本案ニ關スル確定判決(有罪判決、無罪判決、一部ノ免訴判決(實體的免訴ノ判決)(訴、三六三、三、四)ナリ。此ノ種ノ確定判決アリタルトキハ、既ニ公訴權ハ目的ヲ達シタルモノナルヲ以テ消滅ニ歸ス。從テ此レ等ノ場合ニ於テハ再審又ハ非常上告ノ如ク法律上特ニ許サレタル場合ノ外、檢事ハ同一事件ヲ再ビ起訴スルコトヲ得ズ。若シ再ビ起訴シタルトキハ之ニ對シテハ免訴(形式的免訴)ノ裁判ヲ爲スベキモノトス(訴、三一四、三六三)。是レ即チ一事不再理ノ原理(No bis in idem)ノ效果ナリ。右ノ如クナルヲ以テ、確定判決ハ一方ニ公訴權消滅ノ原因タルト同時ニ、他方ニ同一事件ニ對シテハ如何ナル事情アルニ

拘ラズ公訴權發生ノ障礙ヲ爲スモノニシテ、公訴權不發生原因タリ。(二)號以下ニ述ブル所ノモノニ付テモ亦同様ニ考フルコトヲ得。

確定判決ノ外公訴權ノ消滅ニ關シ之ニ準ジテ考フベキモノ左ノ如シ。

- 一 略式命令(刑、五二三、五三三)。
- 二 違警罪即決處分(違警罪即決例、七)。
- 三 通告處分(同接國稅犯則者處分法、一六、關稅法、九六)。
- 四 少年ニ對スル審判(少年法、六三)。

(二) 免訴ヲ言渡シタル豫審終結決定

免訴ヲ言渡シタル豫審終結決定(訴、三一三、三一四)確定シタルトキハ、其ノ中確定判決ヲ經タルコトヲ理由トスル場合(同、三一四一)ヲ除キ、是レ亦公訴權ハ一應之ニ由テ目的ヲ達シタルモノナルヲ以テ消滅ニ歸ス。從テ此ノ場合ニ於テハ檢事ハ法律ニ特ニ許サレタル場合(同、三一七)ノ外ハ同一事件ヲ再ビ起訴スルコトヲ得ズ。是レ亦一事不再理ノ原則ノ效果ニシテ、若シ再訴アリタルトキハ、之ニ對シテハ公訴棄却ヲ言渡スベキモノトス(同、三一五二、三六四二)。

右ニ確定判決ヲ經タルコトヲ理由トシテ免訴ヲ言渡シタル決定ヲ除外シタルハ、此ノ場合ニハ公訴權ハ既ニ前ニ言渡サレタル確定判決ノ效果トシテ消滅ニ歸シタルモノニシテ、新ナル免訴ノ終結決定ノ效果トシテ消滅スルモノニアラザルガ故ナリ。

(三) 公訴ノ取消ニ因ル公訴棄却ノ決定

公訴ノ取消アリタルトキハ、可能的ニ存スル實體法上ノ刑罰請求權ハ消滅スルヲ以テ、決定ヲ以テ公訴ヲ棄却ス(訴、三一五六、三六五一)。而シテ此ノ決定ハ本案裁判ナルヲ以テ、公訴權ハ其ノ目的ヲ達シタルニ因リテ該權利モ亦消滅ニ歸ス。從テ同一事件ニ付キ更ニ公訴ノ提起アリタルトキハ、該公訴モ亦之ヲ棄却スベキモノトス(同、三一五三、三六四三)。但後者ハ本案裁判ニアラズ。

(四) 被告人ノ死亡又ハ被告人タル法人ノ消滅

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ハ、行使ノ事實的不能ニ因リテ公訴權ハ消滅ス。此ノ場合ニモ亦決定ヲ以テ公訴ヲ棄却ス(訴、三一五七、三六五二)。

二 被告事件ニ付キ公訴權ノ消滅ヲ來スモノト考フベキ場合ハ右ノ四トス。此ノ中實體的免訴ノ確定判決ニ付テハ少シク攻究スベキ問題アリ。法律ニ依レバ三個ノ實體的免訴ノ判決ノ理由中、大赦及ビ時効ニ付テハ文義上公訴權ノ消滅スベキ趣旨ノ規定アリ(訴、二八一、恩赦令、三二)。然レドモ理論上ヨリ謂ヘバ、此レ等ノ場合ハ何レモ刑罰請求權ガ犯罪ノ有無ニ拘ラズ不存在犯罪不成立ノ爲メ初ヨリ不存在ナルカ、又ハ犯罪アルモ大赦又ハ時効ニ因リ消滅セルカナルコトガ、論理上明白ナル場合ニシテ、從テ斯カル場合ノ裁判ハ刑罰請求權ノ不存在ヲ理由トスルモノナルガ故ニ實ハ實體的裁判ニ外ナラズ。從テ公訴權ハ斯カル實體的裁判ノ結果其ノ目的ヲ達シタルコトニ因リ消滅スルモノニシテ、大赦又ハ時効其ノ者ニ因ルニアラズ。是ヲ以テ大赦又ハ時効ニ因リテ公訴權ガ消滅スル趣旨ノ規定ハ之ヲ文字通りニ解スルノ要ナク、唯裁判所ハ有罪又ハ無罪ノ裁判ヲ爲スコトヲ要セザルノミナラズ、又爲スベキモノニアラズト謂フ趣旨ニ解シテ足ル。以上述べタル所ハ豫審終結決定ニ於ケル免訴ノ理由タル大赦及ビ時効ニ付テモ亦同シ。其他尙犯罪後ノ法令ニ因リ刑ノ廢止アリタル場合(同、三一四、三六三)竝ニ豫審ニ

於テ法令ニ於テ刑ヲ免除スル場合(同、三一四)ニ在テモ、其ノ關係ハ大赦及ビ時効ノ場合ニ於ケルト異ル所ナシ。即チ此レ等ノ場合ノ裁判(免訴)モ亦刑罰請求權ノ不存在ヲ根本ノ理由ト爲ス實體的裁判ニシテ、公訴權ノ消滅ハ其ノ結果ナリ(一)。

一 本文ニ述ブル所ノ理由ニ依リテ、予ハ免訴ノ裁判中確定判決ヲ經タルコトヲ理由トスルモノ(訴、三一四、三六三)ヲ除ク以外ノモノハ凡テ之ヲ實體的裁判ト解ス。但免訴トハ語義ヨリ謂ヘバ、被告人ヲ訴訟關係ヨリ解放スルコト、換言スレバ、訴訟手續ヲ廢シテ之ヲ進行セシメズ、從テ有罪無罪ノ判決ヲ爲サズ、又ハ有罪無罪ノ判決ヲ爲サシムル爲メノ豫審ノ手續ヲ爲サズト謂フ趣旨ノモノナルガ故ニ、表面ヨリ謂ヘバ、之ヲ手續上又ハ形式的ノ裁判ト稱スルコトモ理由ナキニアラズ。從テ學者時ニ免訴ノ裁判ヲ以テ有罪無罪ノ裁判ト公訴棄却ノ裁判トノ中間的ノモノナリト爲ス者アリ(牧野)。而シテ此ノ說明ハ確定判決ヲ經タルコトヲ理由トスル免訴ノ裁判(純粹ナル形式的裁判)ヲ除キテ謂ヘバ正當ナリト謂フベキカ。

三 右ノ如ク大赦及ビ時効ハ刑罰請求權ノ時効ナレドモ、便宜上併セテ左ニ説明スベシ。

(一) 大赦

大赦ハ天皇ノ大權ニ由リテ之ヲ命ズ。而シテ其ノ效力ハ勅命ヲ以テ定メタ