

シ又其他ノ外國ニ於テ施行スヘキ送達ニ付テハ外國ニ駐在スル帝國ノ公使又ハ領事ニ囑託シテ之ヲ爲スコトヲ得(刑訴一九條、民訴一五三條)

(2) 公判裁判所又ハ豫審判事ハ登記申請書其他ノ附屬書類又ハ身分登記簿ノ

原本ヲ提出スヘキコトヲ登記官吏又ハ戶籍吏ニ命令又ハ囑託スルコトヲ得

(不登法二二條、
條戶一三條)

(3) 公判裁判所豫審判事檢察事及司法警察官ハ檢證差押其他職務ヲ行フニ當リ

必要ナルトキハ巡查憲兵卒ヲ使用シ又事緊急重要ナルトキハ師團又ハ分營

ニ對シ兵力ヲ要求スルコトヲ得(明治一四年太
政官八二號達)

二 茲ニ注意スヘキハ行政官廳ニ對スル共助ノ規定ハ單ニ右等ノ場合ノミニ存スルニ過キスト雖モ其他ノ場合ト雖モ裁判所ハ他ノ官廳ニ對シ書類物件ノ提出等ヲ絶對ニ求ムルコトヲ得サルモノニ非ス裁判所ハ必要ト認ムルトキハ書類物件ノ提出等ヲ他ノ官廳ニ照會スルコトヲ得ルハ勿論ニシテ他ノ官廳カ裁判所ノ照會ニ對シ任意提出シタルトキハ該書類物件等ハ證據トシテ利用セラ

ハ裁判所ノ請求ニ應スル義務ナキモノトス

第四款 國際間ノ共助

國際間ノ共助

一 帝國カ裁判權ヲ有セサル外國ニ於テ刑事訴訟上ノ行爲ヲ必要トスル場合ニ於テハ條約又ハ慣習ニ基キ外國ニ於ケル官廳ノ共助ヲ求ムルモノトス之ニ關スル條約ハ現今ニ於テハ犯罪人引渡ニ關シテ米國及露國トノ間ニ締結セラレタルモノアルノミ(明治一九年一月八日勅令無號明治四四年九月條約一二號)今其大要ヲ述フレハ引渡ハ條約ニ定メタル犯罪ニ限リ行ハルルモノニシテ一般ノ犯罪ニ及ハス殊ニ政事上ノ犯罪又ハ違警罪ハ絶對ニ引渡スコトナク又相互ニ自國臣民ハ引渡ノ義務ナキモノトス而シテ引渡ノ請求ハ相互ノ外交機關ヲ經テ之ヲ爲スヘク司法機關直接ニ之ヲ爲スヘキモノニ非スト爲セリ而シテ未タ慣習ノ確立シタルモノナキカ故ニ其他ノ行爲又ハ其他ノ國ニ於テ或行爲ヲ必要トスルトキハ當該外國ノ好意ニ待ツノ外ナシ

尙ホ刑事訴訟法第十九條ニ依リ刑事訴訟ニ準用セララルル民事訴訟法第五百十

三條ニハ外國ニ於テ施行スヘキ送達ハ外國ノ管轄官廳ニ囑託スヘキ旨ノ規定アリト雖モ外國ノ管轄官廳カ囑託ニ應スルハ右ニ述ブルカ如ク條約又ハ慣習ノ存スル場合カ然ラサレハ純然タル好意ニ因ルモノナルヲ以テ右規定ハ是等ノ事情アル場合ニ於テノミ其適用ヲ生スルモノナリ

二 外國裁判所ノ囑託ニ應シ帝國ノ裁判所カ爲スヘキ共助ニ付テハ明治三十八年法律第六十三號(明治四〇年法律第一號改正)ニ於テ之ヲ定ム即チ囑託裁判所所屬國カ同一又ハ類似ノ事項ニ付キ帝國ノ囑託ニ應シ共助ヲ爲スヘキ旨ノ保證ヲ爲シタルコトヲ條件トシテ書類ノ送達並ニ證據調ニ付キ所要ノ事務ヲ取扱フヘキ地ヲ管轄スル區裁判所ニ於テ之カ共助ヲ爲スヘキモノトス而シテ同法ハ特ニ轉囑ニ關スル規定ヲ設ケ受託事項カ他ノ裁判所ノ管轄ニ屬スルトキハ受託裁判所ハ囑託ヲ管轄裁判所ニ移送スヘキモノト爲セリ

第五節 裁判所ノ職員

一 裁判所ニハ其事務ヲ處理スル爲メ一定ノ權限ヲ有スル自然人ヲ配置ス之ヲ

裁判所ノ職員

職員ト云フ現行ノ法制ニ於テハ裁判所ノ職員ハ判事、裁判所書記、執達吏及廷丁是ナリ、檢事ハ檢事局ノ職員ニシテ裁判所ノ職員ニ非ス

判事

第一 判事

一 判事ハ憲法第五十八條第一項ニ依リ裁判所構成法ニ定メタル資格アル者ヨリ任命セラレ其任官ハ終身ニシテ特定ノ場合ノ外其意ニ反シテ轉官、轉所、停職、免職又ハ減俸セラルルコトナキモノトス(裁審六七條)判事ハ實ニ裁判所職員ノ主腦ニシテ原則トシテ裁判事務ニ付テノ全權ヲ有シ法律ハ唯特定ノ事務ニ限リテ之ヲ他ノ職員ノ權限ニ委ネタリ故ニ他ノ職員ノ權限ニ屬セサル行爲ハ總テ判事ノ權限ニ屬スルモノトス即チ審判權、訴訟指揮權、法廷警察權、強制權等裁判權ノ作用ハ概ネ判事ノ職務ニ屬スルモノナリ

二 然レトモ裁判所ニハ單獨制ト合議制トノ別アルコトハ既ニ述ヘタルカ如クニシテ單獨裁判所ニ於テハ其一人ノ判事カ是等總テノ職務ヲ行フモノナレトモ合議裁判所ニ於テハ判事ヲ以テ組織スル合議體即チ部カ原則トシテ其職務ヲ行フモノナリ而シテ該組織者タル判事ヲ部員ト云ヒ部ノ意思ハ部員ノ多數

決ニ依リテ定マルモノトス

部員ニハ又裁判長、陪席判事、受命判事ナル特別ノ地位アリ即チ部員中一人ヲ裁判長トシ他ハ陪席判事タリ受命判事ハ法律ノ許シタル場合ニ於テ臨時ニ定メラルルモノニシテ常在スルモノニ非ス而シテ法律ハ特定ノ行為ニ付キテハ部員ノ多數決ニ依ラスシテ裁判長、陪席判事又ハ受命判事ヲシテ單獨ニ之ヲ行ハシム其大要左ノ如シ

(1) 裁判長ノ權限ニ屬スル主要ナルモノハ訴訟指揮及法廷警察(裁構一〇六條乃至一〇九條)被告人ノ訊問及證據調ノ手續(刑訴一九四條一、一九八條一)是ナリ蓋合議體カ實際ニ活動スル場合ニ於テハ必スヤ其合議體ノ口ト爲リ手ト爲リテ作用スル者ナカルヘカラス裁判長ハ實ニ其任ニ當ルモノニシテ即チ是等ノ行為ハ合議ニ依ラスシテ裁判長單獨ニ行フト雖モ畢竟部ノ機關トシテ行フモノナルカ故ニ訴訟關係人ヨリ異議ノ申立アルトキハ裁判所即チ部ニ於テ其當否ヲ裁判シ裁判長ハ之ニ從ハサルヘカラス(刑訴一九條參照)尙ホ裁判長ハ勾引狀ノ發布(刑訴七八條)辯護人ノ選任(刑訴一七九條二、二七九條)公判始末書ノ署

名(刑訴一〇條)上告ニ於ケル受命判事ノ指定(刑訴二條)等諸多ノ行為ヲ部ノ機關トシテニ非スシテ其固有ノ資格ニ於テ單獨ニ行フノ權限ヲ有ス而シテ是等ノ行為ニ付テハ裁判長ハ部ノ意思ニ依リ拘制セラルルコトナキモノトス

(2) 陪席判事ハ裁判長ニ告ケ證人及被告人ヲ訊問スルノ權ヲ有ス(刑訴一九條)

(3) 受命判事ハ法律ニ定メタル場合ニ於テ特定ノ行為ヲ處理センカ爲メ臨時ニ設ケラルルモノニシテ部ノ決議ニ因ルモノト裁判長ノ命ニ因ルモノトアリ前者ニ屬スルモノハ證人ノ訊問(刑訴一條)臨檢(刑訴二條)重罪事件下調(刑訴三條)重罪事件取調(刑訴二四條)等ニシテ是等ノ場合ニ於テハ法廷警察權ヲ有スルモノトス(裁構一、二條)後者ニ屬スルモノハ上告事件ニ關スル報告書作成(刑訴二條)ノ

場合はナリ

三 茲ニ注意スヘキハ部長ト裁判長トハ全ク別箇ノ觀念ナルヲ以テ彼此混同スヘカラサルコト是ナリ部長ハ司法行政ノ機關ニシテ裁判權ノ機關ニ非ス(裁構三、四、五、六、七、八、九、一〇、一一、一二、一三、一四、一五、一六、一七、一八、一九、二〇、二一、二二、二三、二四、二五、二六、二七、二八、二九、三〇、三一、三二、三三、三四、三五、三六、三七、三八、三九、四〇、四一、四二、四三、四四、四五、四六、四七、四八、四九、五〇、五一、五二、五三、五四、五五、五六、五七、五八、五九、六〇、六一、六二、六三、六四、六五、六六、六七、六八、六九、七〇、七一、七二、七三、七四、七五、七六、七七、七八、七九、八〇、八一、八二、八三、八四、八五、八六、八七、八八、八九、九〇、九一、九二、九三、九四、九五、九六、九七、九八、九九、一〇〇)反之裁判長ハ裁判權ノ機關ニシテ司法行政ノ機關ニ非ス(裁構三、四、五、六、七、八、九、一〇、一一、一二、一三、一四、一五、一六、一七、一八、一九、二〇、二一、二二、二三、二四、二五、二六、二七、二八、二九、三〇、三一、三二、三三、三四、三五、三六、三七、三八、三九、四〇、四一、四二、四三、四四、四五、四六、四七、四八、四九、五〇、五一、五二、五三、五四、五五、五六、五七、五八、五九、六〇、六一、六二、六三、六四、六五、六六、六七、六八、六九、七〇、七一、七二、七三、七四、七五、七六、七七、七八、七九、八〇、八一、八二、八三、八四、八五、八六、八七、八八、八九、九〇、九一、九二、九三、九四、九五、九六、九七、九八、九九、一〇〇)從テ部長ト裁判長トハ必シモ同一人タルニ非サルナリ

第二 裁判所書記

一 各裁判所ニ書記課ヲ設ケ之ニ相當ナル員數ノ書記ヲ配置ス而シテ地方裁判所ノ書記課ニ監督書記ヲ置キ控訴院、大審院ノ書記課ニ各書記長ヲ置キ書記課ノ事務ヲ指揮監督セシム(裁構八六條、八五條、八六條)

書記ハ勅令ニ定メタル一定ノ資格アル者ヨリ任命セラルルモノニシテ(裁構八)其地位ハ普通ノ官吏ニ同シク判事ノ如ク法律上ノ保障アルモノニ非ス

二 書記ハ往復會計記録其他法律ニ定メタル特定ノ事務ヲ取扱フモノニシテ刑事訴訟ニ關スル主要ナル職務左ノ如シ

- (1) 公判又ハ豫審ノ取調ニ立會フコト(刑九二條、刑九二條)
 - (2) 公判始末書豫審調書等書類ノ作成(刑一〇八條、刑九二條、刑九五條、刑九二條、刑九二條)
 - (3) 判決及令狀ニ署名捺印スルコト(刑二〇七條、刑二〇七條)
- 是等ノ職務ハ何レモ訴訟手續ノ正確ヲ擔保スルノ作用ヲ爲スモノトス其他法律ハ被告人ノ呼出(刑三三條)送達ニ干與スルコト(刑一三六條、民一三六條)判決ノ正本謄本抄本竝ニ豫審ニ於ケル被告人ノ供述書ノ下付(刑九七條、刑九七條)宣誓書ノ讀聞ケ(刑二二條)

九一三六條)證據書類ノ朗書(刑八九條)書類ノ往復記録ノ保存(裁構八)等機械的ノ事務ハ之ヲ書記ノ權限ニ委ネタリ

三 書記ハ其職務ヲ行フニ付キ判事ノ命令ニ從フモノトス然レトモ作成スヘキ書類ノ内容ニ關シテ判事ト意見ヲ異ニスルトキハ自己ノ意見ヲ記シテ之ヲ添付スルコトヲ得ルモノトス(裁構九)但公判始末書ノ内容ニ關シテハ判事ノ命令ヲ受クルヤ否ヤニ付キ疑アリ(刑二二項參照)後編公判始末書ノ部ニ於テ之ヲ説明スヘシ

第三 執達吏

執達吏ハ司法大臣ノ定メタル一定ノ資格アル者ヨリ任命セラレタルモノニシテ(裁構九)其職務ハ書類ノ送達(刑七六條)及財産刑ノ執行竝ニ訴訟費用ノ取立(三〇條、三三項非訟以下)ナリトス

第四 廷丁

廷丁ニハ一定ノ資格ヲ要セス(裁構一)其職務ハ訴訟關係人ヲ法廷ニ呼入レ其他司法大臣ノ發シタル一般規則中ニ定メタル事實的ノ事務ヲ取扱ヒ又區裁判所

ニ於テ執達吏ヲ用ユルコト能ハサル場合ニ其所在地内ニ於ケル書類ノ送達ヲ爲スモノトス(裁判所職
員ニ限リ)

第六節 裁判所職員ノ除斥、忌避及回避

一 判事ニ任命セラレ且一定ノ裁判所ニ補職セラルトキハ茲ニ法定ノ職務ヲ行使スル抽象的資格ヲ取得ス而シテ其後一定ノ事務分配ヲ受クルニ及ヒ其特定ノ事件ニ付キ現實ニ職務ヲ行使スル具體的資格ヲ取得スルモノトス(事務分
配ニ付テハ裁判所職
員ニ限リ)然レトモ特別ノ事情存スルトキハ法律ハ特定ノ事件ニ付キ其職務執行ヨリ脱退セシムルコトト爲セリ蓋判事ハ事件ノ審判ヲ爲スモノナレハ須ラク公平無私ナラサルヘカラサルコトハ論ヲ竣タサル所ナルノミナラス縱令判事ニシテ全ク偏倚ノ心念ヲ有スルコトナシトスルモ外部ヨリ之ニ疑ヲ挾ムヘキ相當ノ理由アル場合ニ於テハ其事件ノ審判ニ干與セシメサルコトハ司法權ノ威信ヲ全ウスル所以ノ途ナリ故ニ右ノ如キ或特殊ノ事情ノ存スル場合ニ於テハ法律上當然ニ若ハ申立ニ基キ決定ヲ以

テ職務執行ヨリ脱退セシムルモノト爲シタリ除斥、忌避及回避ノ規定是ナリ

第一款 除斥、忌避及回避ノ原因

一 除斥

除斥トハ法律上當然職務ノ執行ヨリ脱退セシメラルル場合ニシテ裁判所ハ職權ヲ以テ之カ調査ヲ爲スヲ要ス刑事訴訟法第四十條ハ其場合ヲ列舉シタリ即チ左ノ如シ

- (1) 判事被害者ナルトキ 訴訟ノ目的タル犯罪ニ因リ判事其人カ法益ヲ侵害セラレタル場合ナリ故ニ同一ノ犯人ヨリ法益ヲ害セラレタル事實アルモ其事件ヲ審理スル場合ニ非サレハ茲ニ所謂被害者ニ非ス又判事其人カ法益ヲ侵害セラレタル場合ナルヲ要スルカ故ニ例ハ判事カ社員タル會社カ盜難ニ罹リタル場合ノ如キハ亦之ニ該當セサルモノトス
- (2) 判事又ハ其配偶者ト被告人被害者又ハ是等ノ者ノ配偶者ト親屬ナルトキ但姻族ニ付テハ婚姻ノ解除シタルトキト雖モ亦同シ 茲ニ所謂親屬トハ民

法ニ所謂親族ヲ指稱スルモノトス(民七二五條參照)然レトモ本號ノ規定ニ依レハ判事ノ配偶者ト被告人又ハ被害者ノ配偶者トノ間ニ親族關係アル場合モ包含スルカ故ニ判事ト被告人又ハ被害者トハ全ク親族關係ヲ有セサルコトアリ又但書ハ姻族ニノミ關スルカ故ニ準血族(民七二七條)ニ付テハ其關係解除後ハ本號ニ該當セサルモノト解セサルヘカラス

- (3) 判事其事件ニ付キテ證人、鑑定人ト爲リタルトキ又ハ被告人若ハ被害者ノ法律上代理人ナルトキ 判事ハ判事トシテ職務ヲ行フニ當リ同時ニ證人又ハ鑑定人ト爲ルコトナシ故ニ本號前段ノ場合ハ豫審又ハ第一審公判ニ於テ證人又ハ鑑定人ト爲リタル者カ其後公判又ハ第二審ニ於テ判事トシテ其事件ニ干與スル等ノ場合ニ關スルモノトス後段ニ所謂法律上代理人トハ實體法規ニ基キテ法律上代理權ヲ有スル者ヲ謂フ親權者後見人取締役ノ如キ是ナリ而シテ法律上代理人ナルトキトアルカ故ニ現ニ法律上代理人タルトキニ限リ管テ法律上代理人タリシ場合ハ之ニ包含セサルモノトス

- (4) 判事其事件ノ豫審終結ニ干與シ又ハ不服ヲ申立テラレタル裁判ノ前審ニ干與シタルトキ 豫審終結ニ干與シトハ豫審ノ終結決定ヲ爲シ又ハ豫審終結決定ニ對スル抗告ニ付キ決定ヲ爲シタル場合ヲ謂フモノニシテ豫審ノ取調ニ干與シタル事實アルモ決定ニ干與シタルコトナキ場合ハ本號ニ該當セサルモノトス

又不服ヲ申立テラレタル裁判ノ前審ニ干與シトハ審級關係ニ於ケル前審ノ裁判所即チ下級裁判所ニ於テ當該事件ニ干與シタル場合ヲ指稱スルモノトス故ニ關席判決ニ干與シタル判事カ之ニ對スル故障ノ申立ニ因リ更ニ其事件ヲ審判スル場合ノ如キハ同一審級ノ裁判ニ干與シタルモノナルカ故ニ之ニ該當セス又第一審裁判所カ不當ニ管轄違フ言渡シタルニ因リ第二審裁判所カ之ヲ取消シ原審ニ差戻シタル場合(刑訴二六條)ニ前ニ判決ニ干與シタル判事ノ如キ亦然リ又上告審カ第二審ノ判決ヲ破毀シ事件ヲ他ノ裁判所ニ移送シタル場合(刑訴二八條)ニ於テ前ニ第二審ノ判決ニ干與シタル判事カ移送ヲ受ケタル裁判所ニ轉任シテ審判ニ干與スルカ如キモ本號ニ該當セサルナリ何トナレハ二者共ニ同一審級ニシテ審級ノ上下ナキヲ以テ法文ニ所謂前審ニ干

與シタルモノト云フヲ得サレハナリ

又法文ニ裁判ノ前審ニ干與シ云々トハ前審ノ裁判ニ干與シタルノ謂ニシテ
單ニ前審ニ於ケル審理手續ニ干與シタルニ止マリ裁判ニ干與セサル場合ハ
之ニ該當セサルモノト解セサルヘカラス蓋一タヒ判斷ヲ爲シタルトキハ更
ニ之カ判斷ヲ爲スニ當リ豫斷ヲ懷クノ虞アルノミナラス前ノ判斷ヲ固執ス
ルノ憂ナキヲ得ス又縱令判事ハ冷靜公直ニシテ實際上全ク是等ノ憂惧ナキ
場合ト雖モ外部ヲシテ之ニ關スル疑念ヲ生セシムルカ如キハ之ヲ避ケサル
ヘカラサルヲ以テ前審ニ干與シタル事實ヲ除斥ノ原因ト爲シタルモノナリ
此事タル本號前段ニ豫審終結ニ干與シタルコトヲ除斥ノ原因ト爲シタルニ
徴スルモ之ヲ知ルヲ得ヘシ從テ前審ノ手續ニ干與シタルニ止マリ其裁判ニ
干與セサリシ場合ハ之ヲ除斥スヘキ理由ナキヲ以テナリ(明治三十九年二月
一日大判同旨)要
之下級審ニ於テ判決ヲ爲シタル判事ハ同一事件ニ付キ上級審ニ於テ審判ニ
干與スルコトヲ得サルモノナリ

豫審終結又ハ前審ノ判決ニ干與シタル判事カ同一事件ニ對スル公判ノ審理

又ハ判決ニ干與スルニ非スシテ單ニ受命判事又ハ受託判事トシテ證人鑑定
人ノ訊問又ハ檢證等ヲ爲スハ妨ケナキヤ否ヤハ議論ノ存スル所ナリ第一說
ニ曰ク下級審ノ裁判ニ干與シタル判事ヲシテ上級審ノ審判ニ干與セシメサ
ルハ豫斷固執等ノ虞アルカ爲メナリ然ルニ受命判事又ハ受託判事ハ箇々ノ
訴訟行爲ヲ爲スニ止マリ裁判ヲ爲スモノニ非サルヲ以テ敢テ其憂アルコト
ナシ故ニ民事訴訟法第三十二條第四號ハ受命判事又ハ受託判事トシテハ職
務ノ執行ヨリ除斥セラルルコトナキ旨ヲ規定シタリ刑事訴訟法ニ於テハ特
ニ明文ナシト雖モ亦同一趣旨ニ解スヘキモノナリト第二說ニ曰ク受命判事
又ハ受託判事トシテ爲ス行爲ト雖モ同一事件ニ對スル一個ノ手續ナルノミ
ナラス既ニ其事件ニ付キ判斷ヲ爲シタルコトアルカ故ニ個々ノ行爲ヲ爲ス
ニ當リテモ自ら偏倚スル所アルヲ免レス處トモ外部ヲシテ其點ニ付疑ヲ
挾マシムル虞ナキヲ得ス故ニ除斥ノ原因ト爲ルモノト認ムヘキナリト判例
ハ第二說ヲ採ル(明治三十四年三月五日大判、明治三十九年二月六日大判、明
蓋解釋論トシテハ第二說ヲ相當
トスヘシト雖モ立法論トシテハ考慮ノ餘地アルヲ信ス)

二 忌避

忌避トハ訴訟關係人ヨリ判事ノ脱退ヲ請求スル場合ニシテ刑事訴訟法第四十
一條ハ其原因ヲ定メタリ即チ(1)判事ニ除斥ノ原因アル場合(2)偏頗ナル裁判ヲ
爲スコトヲ疑フニ足ルヘキ情況アル場合はナリ然レトモ本然ノ忌避ノ原因ハ
(2)ノ場合ニシテ(1)ノ場合ハ既ニ述ヘタルカ如ク法律上當然脱退スヘキカ故ニ
敢テ關係人ノ請求ヲ必要トスヘキニ非サレトモ時トシテハ裁判所ニ於テ除斥
ノ原因アルコトヲ覺知セサルコトアルヘク又除斥原因ニ付キ見解ヲ異ニスル
コトアルヘキヲ以テ訴訟關係人ニ於テ之カ主張ヲ爲シ判斷ヲ受ケシムルコト
ヲ認メタルモノトス而シテ如何ナル場合ニ偏頗ナル裁判ヲ爲スコトヲ疑フニ
足ルヘキ情況アリト爲スヘキヤニ付キテハ法律ハ一定ノ標準ヲ示ササルヲ以
テ各箇ノ場合ニ於テ之ヲ決スルノ外ナキモノトス但判事ニ眞ニ偏頗不公平ナ
ル信念アルコトヲ必要トスルニ非ス外部ヨリ見テ之ヲ疑フニ足ルヘキ相當ノ
理由アルヲ以テ足ルモノトス

三 回避

回避トハ判事自ラ職務ノ脱退ヲ請求スヘキ場合ニシテ刑事訴訟法第四十四條
ニ依レハ其原因ニアリ即チ(1)判事自ラ除斥ノ原因アルコトヲ認メタルトキ(2)
判事自ラ回避スヘキモノト思料シタルトキ是ナリ除斥ノ原因アル場合ハ法律
上當然脱退セシメラルカ故ニ判事ヨリ之ヲ理由トシテ回避ノ申立ヲ爲ス場
合ヲ生セサルカ如キモ除斥原因ノ有無ニ付キ疑アリ争アルカ如キ場合ナキニ
非サルヲ以テ判事自ラ其原因アリト信シタル場合ニハ之ヲ主張スルコトヲ許
シタルニ外ナラス又回避スヘキモノト思料シタルトキトハ判事自ラ訴訟關係
人トノ間ニ若ハ訴訟ニ關シ特別ノ關係等アリテ外部ヨリ裁判ノ公平ニ對スル
疑惑ヲ懷クヘシト思料セラルル場合ヲ謂フモノニシテ要スルニ忌避ノ原因タ
ル偏頗ノ裁判ヲ爲スコトヲ疑フニ足ルヘキ情況アル場合ト其實質ヲ同ウスル
モノナリ

第二款 除斥、忌避及回避ノ手續

一 除斥

除斥ノ原因アルトキハ法律上其職務行使ニ關スル具體的資格ヲ喪失シ當然職務ヨリ脫退スルモノニシテ別ニ何等ノ手續ヲ要セス唯其事件ノ審判ニ干與セサルヲ以テ足ル

二 忌避

何人カ忌避ノ申請ヲ爲シ得ルヤハ刑事訴訟法第四十一條ニ定メタレトモ其他ノ手續ニ付テハ民事訴訟法第三十四條乃至第三十八條ノ規定ニ從フモノト爲セリ(刑訴四)左ニ其大要ヲ説明スヘシ

(1) 申請手續 (イ) 忌避申請ノ權利者ハ檢事及訴訟關係人ナリ詳言スレハ檢事被告人辯護人補佐人民事原告人民事被告人及參加人ナリトス但民事原告人以下ハ私訴ニ關シ忌避ノ申請ヲ爲スコトヲ得ルニ止マル(ロ)忌避ノ申請ハ忌避セントスル判事所屬ノ裁判所ニ之ヲ爲スヘク(ハ)除斥ノ原因ヲ忌避ノ理由ト爲ストキハ訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス之ヲ爲スコトヲ得レトモ偏頗ノ疑アルコトヲ理由トスル申請ハ其判事ノ面前ニ於テ申立ヲ爲シ又ハ相手方ノ申立ニ對シ陳述ヲ爲シタル以後即チ本案ノ辯論ヲ爲シタル後ハ之

ヲ爲スコトヲ得サルモノトス但申立又ハ陳述ヲ爲シタル後忌避ノ原因ヲ生シ又ハ之ヲ覺知シタルトキハ此限ニ在ラス(ニ)申請ハ書面又ハ口頭ヲ以テ爲スコトヲ得レトモ忌避ノ原因ハ必ス之ヲ説明スルヲ要ス而シテ本案ノ辯論後ニ忌避ノ申請ヲ爲ス場合ニ於テハ辯論後ニ於テ忌避ノ原因發生シ又ハ之ヲ覺知シタルコトヲモ説明セサルヘカラス

(2) 裁判手續 (イ) 忌避ノ申請ヲ爲スヘキ裁判所ト之ヲ裁判スヘキ裁判所トハ必シモ同一ナラス忌避セラレタル判事カ合議裁判所ニ屬スルトキ即チ地方裁判所以上ノ判事ナルトキハ其所屬裁判所ニ於テ裁判ヲ爲スモノトス但忌避セラレタル判事ハ勿論其裁判ニ干與スルコトヲ得ス而シテ其裁判所カ忌避セラレタル判事ノ退去ニ因テ定員ヲ缺クニ至ルトキハ直近上級ノ裁判所ニ於テ裁判ヲ爲スヘキモノトス又忌避セラレタル判事カ區裁判所判事ナルトキハ地方裁判所ニ於テ裁判ヲ爲スモノナリ但此場合ニ於テハ忌避セラレタル判事カ忌避ノ申請ヲ正當ナリト認ムルトキハ裁判ヲ經スシテ脫退スルモノトス(ロ)忌避ノ申請ニ付テノ裁判ハ口頭辯論ヲ經又ハ之ヲ經スシテ爲ス

コトヲ得ヘク忌避セラレタル判事ハ申請ノ理由ニ付キ職務上意見ヲ述フヘキモノトス(八)忌避ノ申請ヲ正當ナリト認メタル裁判ニ對シテハ上訴ヲ爲スコトヲ得スト雖モ其申請ヲ不當ナリトシテ棄却シタル裁判ニ對シテハ抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ而シテ其抗告期間ハ民事訴訟法ノ即時抗告期間即チ七日ナリヤ(六)民訴四又ハ刑事訴訟法所定ノ抗告期間即チ三日ナリヤ(九)刑訴二ハ議論ノ存スル所ニシテ判例ハ七日說ヲ採ルト雖モ(明治三五年二)三日說ヲ正解トスヘシ蓋七日說ハ刑事訴訟法第四十二條ニ於テ民事訴訟法第三十八條ニ從フヘキ旨ヲ定メ該條ニハ即時抗告ヲ爲シ得ル旨ノ規定アリテ即時抗告ハ七日ヲ期間トスルコト民事訴訟法第四百六十六條ニ定ムル所ナレハ文理解釋上七日ヲ以テ抗告期間ト爲ササルヲ得スト云フニ在レトモ是レ全ク文字ニ拘泥セル皮想ノ見解ニシテ法ノ精神ニ反スルモノナリ何トナレハ民事訴訟法ハ原則トシテ抗告ニ付キ期間ヲ定メス何時ニテモ之ヲ爲シ得ルヲ原則トシ特ニ急速ニ確定ヲ要スル手續ニ付テハ即時抗告即チ七日ノ期間内ニ爲スコトヲ必要トシタルモノニシテ忌避ノ決定ニ對スル抗告ハ即チ其場合ノ

一ナリ然ルニ刑事訴訟法ハ抗告期間ハ之ヲ三日ト爲シ一モ之ニ對スル例外ノ規定アルコトナシ而シテ獨リ忌避ノ決定ニ對スル抗告ニ關シテノミ之ヲ例外トスヘキ理由ナク殊ニ民事訴訟法ニ於テスラ急速ヲ要スル手續ト認メテ特ニ例外的ニ短期ノ期間ヲ定メタルモノニ對シ刑事訴訟法ニ於テハ却テ一般ノ抗告ニ比シ長期ノ期間ヲ與フヘキノ理由ハ絶對ニ存在スルコトナシ故ニ刑事訴訟法第四十二條ニ於テ民事訴訟法第三十八條ニ從フコトヲ定メタルハ忌避ノ申請ヲ正當ナリト宣言スル決定ニ對シテハ上訴ヲ許サス其申請ヲ不當ナリト宣言スル決定ニ對シテハ抗告ヲ許スノ點ニ在リテ其期間ノ如キハ同條ノ關セサル所ニシテ刑事訴訟法ノ規定ニ依ルモノト解スルヲ以テ法ノ精神ニ適合スルモノト認ムヘケレハナリ

三 回避

回避ノ手續ニ關シテハ刑訴第四十四條ノ規定アルノミ即チ(イ)回避ノ申立ハ忌避申請ノ管轄裁判所ニ之ヲ爲スヘク(ロ)其申立ハ書面タルト口頭タルトヲ問ハサルヘク之ニ關シテ何等ノ方式ナシ又申立ノ時期ハ忌避ノ場合ノ如キ制限存

セス(八)其裁判ハ回避ノ申立ヲ受ケタル裁判所ニ於テ之ヲ爲スヘク(二)裁判ノ手續ニ關シテハ何等ノ規定ナク又民事訴訟法ヲ準用スヘキ定メナキカ故ニ一定ノ準則ナシ故ニ口頭辯論ヲ開クモ開カサルモ又當事者ヲ審訊スルモセサルモ一ニ裁判所ノ適宜ニ從フ(ホ)回避ノ申立ヲ是認シタル裁判ニ對シテハ勿論之ヲ却下シタル裁判ニ對シテモ不服ノ申立ヲ爲スコトヲ得サルモノトス

第三款 除斥、忌避及回避ノ效力

除斥、忌避
回避ノ效力

- 一 忌避ノ申請アリタルトキハ其申請ニ付キ決定ヲ爲ス前ト雖モ公判ニ於テハ其辯論ヲ中止セサルハカラス豫審ニ於テハ其處分ヲ繼續スヘキモノナレトモ急速ヲ要セサル事件ニ付テハ豫審手續ヲ中止スルコトヲ得ヘシ(三)刑訴(四)回避ノ申立アルモ訴訟手續ニハ法律上何等ノ影響ナキモノトス
- 二 忌避ノ申請カ理由アリト決定セラレタルトキ又ハ回避ノ申立カ理由アリト決定セラレタルトキハ除斥ノ場合ト同シク具體的ノ職務行使ノ資格ヲ喪失スルヲ以テ其事件ニ干與スルコトヲ得サルモノトス

三 忌避ノ申請ヲ受ケタル判事カ公判手續ヲ續行シ又ハ除斥ノ原因アル判事若ハ忌避回避ノ理由アリト認メラレタル判事カ訴訟行爲ヲ爲シタルトキハ其訴訟行爲ノ效力ニ如何ナル影響ヲ生スルヤハ區別シテ觀察セサルヘカラス

- (1) 判決ニ干與シタル場合 刑事訴訟法第二百六十九條第二號第三號ハ此場合ヲ規定シタリ即チ除斥ノ原因アル判事又ハ忌避ノ申請ヲ理由アリト認メラレタル判事カ裁判ニ參與シタルトキハ當然上告ノ理由ト爲ルモノトス而シテ同條ニハ回避ノ申立ヲ理由アリト認メラレタル判事カ裁判ニ參與シタル場合及忌避ノ申請ヲ受ケタル判事カ公判手續ヲ續行シ忌避ニ關スル決定アルニ先タチ判決ヲ爲シタル場合ニ付キ規定スルコトナキモ斯ノ如キハ明白ニ法律ニ違背スルモノナルヲ以テ第二百六十八條ニ依リ上告ノ理由ト爲ルモノナリ然レトモ刑事訴訟法ニ於テハ再審ニ付キ民訴第四百六十八條第二第三ノ如キ規定ナキカ故ニ上告審ノ判事カ除斥、忌避ニ拘ラスシテ裁判ヲ爲シタル場合ニ於テハ訴訟手續上之ヲ攻撃スルノ途ナキモノトス
- (2) 判決以外ノ不服ヲ許ス裁判ニ干與シタル場合 免訴又ハ管轄違ノ豫審終

結決定(刑七二條)不合法トシテ控訴又ハ上告ヲ棄却シタル決定(刑二七四條)刑ノ言渡ノ疑義又ハ刑ノ執行ノ異議ニ付キ爲シタル決定(刑二條)證人鑑定人通事ノ義務違背ニ對シ言渡シタル決定(刑三六條、一一八條、一二六條、一二八條、一〇一條、一九〇條)ノ如ク抗告ニ依リ不服ヲ許ス裁判ニ干與シタルトキハ之ヲ理由トシテ抗告ヲ爲スコトヲ得ヘク抗告裁判所ニ於テハ其裁判ヲ取消スヘキモノトス(刑三〇條)

(3) 不服ヲ許ササル裁判其他一切ノ訴訟行爲ニ干與シタル場合 此場合ハ其裁判又ハ行爲カ他ノ不服ヲ許ス裁判ノ基本ト爲リタルヤ否ヤニ區別シテ觀察スルヲ要ス即チ(イ)他ノ裁判ノ基本ト爲リタルトキ例ハ其干與シタル證人調書、檢證調書等ヲ證據トシテ援用シタル判決ハ之ヲ理由トシテ上訴審ニ於テ廢棄セララル然レトモ(ロ)不服ヲ許ス裁判ノ基本ト爲ラサル行爲ニ干與シタルトキ例ハ勾引、勾留、搜索、差押、保釋、責付等ニ干與シタルニ止マルトキハ其行爲ノ違法ナルニ拘ラス其效力ニ影響ナキモノトス

裁判所書記以下ニ對スル忌避ノ適用

第四款 裁判所書記以下ニ對スル除斥

忌避回避ノ適用

一 前三款ニ述ヘタル除斥以下ノ規定ハ裁判所書記ニ準用セラル而シテ忌避、回避ノ裁判ハ書記所屬裁判所之ヲ爲スモノトス(刑三六條)所謂準用トハ適用ト異ナリ性質ニ適當スル限度ニ於テ應用スルノ趣意ナルヲ以テ第四十條第四號ノ如キハ書記ニ付テハ除斥ノ原因ト爲ルコトナシ何トナレハ書記ハ事案ノ判斷ニ干與スルニ非サレハ先入豫斷等ニ關スル危懼ノ存スヘキナシ故ニ同一事件ノ手續ニ干與スルコトヲ拒否スルノ理由ナケレハナリ(明治四一年一月二日大判同旨)

二 執達吏ニ付テハ執達吏規則第八條ニ除斥ノ規定アルモ忌避、回避ニ關スル規定ナシ廷丁ニ付テハ除斥、忌避、回避共ニ其適用ナキモノトス

第二章 當事者

第一節 總 說

當事者 總說

第一章 裁判所 第六節 裁判所書記以下ニ對スル除斥、忌避及回避 第四款 裁判所書記以下ニ對スル除斥、忌避回避ノ適用

- 一 既ニ述ヘシカ如ク彈劾式訴訟ニ於テハ訴追者ノ地位ニ立チテ裁判ヲ請求スル者ト被訴者トシテ防禦ノ地位ニ立ツ者トヲ對峙セシメ裁判所其雙方ノ上ニ立チテ審判ヲ爲スモノトス而シテ此對立スル二個ノ主格ヲ當事者ト云フ從テ當事者ナル觀念ハ彈劾式訴訟ニ於テ始メテ之ヲ見ルモノニシテ糾問式訴訟ニ於テハ存セサル所ナリ故ニ彈劾式訴訟ハ又一ニ當事者訴訟ト稱ス
- 抑國家訴追主義ヲ採レル彈劾式訴訟ニ於テハ訴追者モ裁判所モ共ニ國家ノ機關ナルヲ以テ之ヲ實體的ニ觀察スレハ國家自ラ訴追シ又裁判スルモノニシテ訴追者ト裁判所トハ別個ノ主格ニ非ス然レトモ裁判ノ公平ト適實トヲ期スルカ爲ニ國家ハ全然別個ナル二箇ノ機關ヲ設ケ互ニ拘制ヲ受ケサル獨立ノ權限ヲ付與シ之ニ依リテ訴追ト裁判トノ作用ヲ分擔セシムルモノニシテ國家ノ訴追機關ト裁判機關トハ訴訟的法律關係ニ於テハ全ク別箇ナル人格ト異ルコトナキモノト爲セリ故ニ形式的觀察ニ於テハ三主格ノ存在ヲ認ムヘキモノトス
- 二 右ノ如クナルヲ以テ刑事訴訟ニ於テハ當事者ナル觀念ハ之ヲ實體的意義トイフ核式的意義トニ分チテ考フルヲ便トス

實體的及形式的ノ意義

- (1) 實體的意義ニ於テ當事者トハ自己ノ實體的權利關係カ訴訟手續ニ於テ審判セララルル主體ヲ云フ而シテ刑事訴訟ハ國家ト被告人トノ間ニ存スル刑罰法上ノ權利關係ヲ確定スルニ在ルヲ以テ刑事訴訟手續ニ於テ審判セララルル實體的權利關係ノ主體ハ國家及被告人ナリトス從テ此意味ニ於テハ檢事ハ當事者ニ非ス何トナレハ檢事ハ國家ノ機關トシテ訴訟行爲ヲ爲スニ過キスシテ審判ノ目的ハ自己ノ權利關係ニ非サレハナリ之ト同シク法人カ處罰セラルル場合ニ於テハ其代表者カ訴訟手續ニ干與スルモ是レ亦法人ノ機關トシテ訴訟上法人ヲ代表スルニ過キスシテ審判ノ目的タル權利關係ハ法人ニ屬スルモノナルヲ以テ法人自體カ訴訟當事者ナリト云ハサルヲ得ス
- (2) 形式的意義ニ於テ當事者トハ審判ノ目的タル實體的權利關係カ自己ニ屬スルト否トヲ問ハス訴ヲ爲ス者及訴ヘラルル者ヲ云フモノニシテ即チ訴訟法上攻撃者防禦者トシテ相對立シ自己ノ意思ニ依リ訴訟行爲ヲ行ヒ訴訟物ニ付キ裁判ヲ受ケントスル者ヲ云フ此意味ニ於テハ國家ハ當事者ニ非スシテ檢事即チ當事者ナリ又自然人カ罪ヲ犯シタル場合ニ於テハ其者ハ實體的

檢事ノ地位

當事者ナルト同時ニ亦形式的當事者ナリト雖モ法人カ處罰セララルル場合ニ於テハ形式的意義ニ於ケル當事者ハ其代表者ニシテ法人自體ニ非サルナリ

三 斯ノ如ク刑事訴訟ニ於テハ二箇ノ主格カ相對立シテ審判ヲ受クルモノナレトモ國家ハ刑罰法上ノ權利關係ヲ正當ニ確定センコトヲ期スルモノニシテ檢事ハ此目的ノ爲ニ訴訟行爲ヲ爲スモノナリ從テ常ニ被告人ノ利益ニ反對シ攻撃ノ行爲ノミヲ事トスルモノニ非ス亦被告人ノ利益ノ方面ヲモ顧慮スルモノトス故ニ刑事訴訟ニ於テハ民事訴訟ニ於ケルカ如ク原告ト被告トハ必スシモ互ニ相牴觸スル片面的一方的利益ヲ以テ相對立スルモノニ非ス然レトモ公訴ヲ提起實行スルハ科刑權ノ存在ヲ信シ國家ノ利益ノ爲メ之ヲ爲スモノニシテ被告人ノ利益ノ爲ニ爲スモノニ非ス時ニ被告人ニ對シテ利益ノ結果ヲ生スヘキ訴訟行爲ヲ爲スコトアルモ而モ是レ國家ノ利益ノ爲ニ之ヲ行フモノナリ故ニ實際上ニ於テ檢事ト被告人トノ主張カ同一ニ歸著スルコトアルモ其根本ノ觀念ニ於テハ相互ニ反對スルモノナリ即チ一方ハ國家ノ公益ヲ代表シ一方ハ自己ノ私益ヲ代表シテ相對立スルモノトス殊ニ檢事カ被告人ノ利益ニ歸スヘ

被告人ノ地位

四 被告人ハ防禦權ヲ以テ攻撃者ニ對立スル訴訟上ノ地位ヲ有スルト同時ニ又キ訴訟行爲ヲ爲ス場合ハ多クハ公訴提起ヲ誤リタルヨリ生スル弊害ヲ救済セシムカ爲ニ行フ變例ノ處置ニシテ普通ノ場合ニ於テハ檢事ハ被告人ニ對スル國家ノ科刑權ノ存在ヲ確信シ公訴提起ニ依リテ之カ確定ヲ求メ竝ニ相當ナル刑ノ適用ヲ請求スルモノナリ而シテ國家ニ科刑權ノ存立スルコトハ被告人ニ取リテハ必然ノ利益ナル事態ニシテ此利害相反スル權利關係ニ付キ訴訟上攻撃ノ權利ヲ付與セラレ自己ノ名ヲ以テ自己ノ意思決定ニ依リ訴訟行爲ヲ爲シ得ルモノナル以上ハ實際ノ場合ニ於テ反對ノ主張ヲ以テ相爭フコトナキコトアリトスルモ敢テ當事者タル觀念ニ於テ妨ケアルコトナシ

四 被告人ハ防禦權ヲ以テ攻撃者ニ對立スル訴訟上ノ地位ヲ有スルト同時ニ又一面ニ於テハ證據方法トシテ利用セララルル訴訟上ノ地位ヲ有スル民事訴訟ニ於テモ訴訟當事者タル原告若ハ被告ハ所謂本人訊問ノ手續(民訴三六條以下)ニ依リ證據方法トシテ利用セララルルコトアリト雖モ之レ全ク他ノ證據調ヲ遂行シタルモ之ニ因リ事實ノ眞否ニ付キ心證ヲ形成スルニ至ラサル場合ニ於ケル補充的例外ノ方法ナルニ反シ刑事訴訟ニ於テハ被告人ヲ證據方法ニ利用スルヲ必然的

本則的ノ手續ト爲スモノナリ是レ刑事訴訟法カ訴訟手續ノ起頭ニ於テ必ス先ツ被告人ヲ訊問スヘキモノト爲シタルニ依リ明ナリ(刑訴九三條、二)蓋中世ノ糾問式訴訟ニ於テハ被告人ハ全ク訴訟ノ目的物トシテ利用セラレタルモノニシテ彈劾ノ方式ヲ採ルニ至リ被告人ノ當事者タル地位ヲ認メタリト雖モ尙ホ糾問制ノ主義ヲ脱却セサルモノニシテ名ハ當事者訴訟ナリト云フモ其實ニ於テハ民事訴訟ノ如キ純粹ナル當事者訴訟トハ大ニ其趣ヲ異ニスルモノナルコトヲ知ラサルヘカラス

訴訟關係人

五 現行刑事訴訟法ニ於テハ當事者ナル文字ヲ用キタルモノナク而シテ屢訴訟關係人ナル文字ヲ使用ス(刑訴三二條、三七條、四一條、一八三條二項但書、一八八條、三一條、二三八條、二四二條)所謂訴訟關係人トハ形式的意義ニ於ケル當事者ハ勿論當事者ノ外法律上代理人辯護人民事原告人民事被告人民事擔當人等ヲモ指稱スルモノナリ然レトモ法文ニ訴訟關係人トアル場合ニ是等ノ者全部ヲ包含スル場合ト然ラサル場合トアリ各法文ニ付キ其法意ヲ審究シテ之ヲ決セサルヘカラス又刑事訴訟法ハ往々相手方ナル文字ヲ使用ス(刑訴二五三條、二四八條、二四九條)

二二項、二七七條一項、二七九條一項、二八〇條、二八一條一項、二八四條)所謂相手方トハ攻撃防禦ノ權能ヲ有シテ相對立スル對手人ヲ謂フモノニシテ即チ形式上ノ意義ニ於ケル當事者ノ一方ヲ指稱スルモノトス

檢事

第二節 檢事

第一款 檢事制度概論

檢事制度概論

一 檢事ノ制度ハ佛國固有ノ發達ニ係ルモノニシテ獨逸諸邦及其他ノ歐大陸諸國ニ於テ之ヲ繼承シ我國ニモ傳來シタルモノナリ依テ佛國ニ於ケル沿革ノ大要ヲ述ヘンニ同國ニ於テモ上古ハ個人彈劾ノ方式ヲ採リタリシカ封建時代ニ於テハ罰金及沒收ハ領主ノ收入ニ歸スヘキモノナルヲ以テ利害ノ關係上彈劾ノ權ヲ私人ニ委ヌルヲ得サルニ至リ裁判所自ラ採テ審判ヲ爲シ又大ナル管轄裁判所ニ於テハ領主ノ代理者ヲ置キ領主ノ收入上ノ利益ヲ監視スルコトヲ得セシメタリ其後刑罰觀念ノ進化ト王權ノ振興トニ伴ヒ國王ノ代理者カ訴追ニ干與スルニ至リ且漸次其範圍ヲ擴張シ十五世紀ニ於テハ該代理者ハ一般犯罪

ニ關スル訴追權ヲ有スルノ外裁判ヲ執行シ且裁判官ヲ監督スルノ職權ヲ有スルニ至レリ之ヲ檢事制度ノ濫觴トス其後同國大革命ノ際一時此制度ヲ廢シ英國ヨリ陪審ノ制度ヲ輸入シ訴追ノ權ハ之ヲ大陪審員ヲシテ行ハシメ裁判監督及執行ノ權ハ之ヲ *Commissionaire national* ニ委ネタリシカ那翁カ千八百八年法典ヲ編纂スルニ及ヒテ更ニ檢事制度ヲ復興シ今日ニ至リタルモノニシテ刑事ニ付キテハ公訴ヲ提起實行シ豫審判事ヲ指揮監督シ并裁判ヲ執行スルノ權ヲ有シ民事ニ付テハ裁判ノ適當ニ行ハルルヤ否ヤヲ監視シ意見ヲ主張スルノ權アリ又司法行政ノ機關トシテ警察官辯護士裁判所ノ補助官吏ヲ監督スル等廣大ナル權限ヲ有スルモノナリ同國ニ於テ檢事ヲ法律ノ眼又ハ法律ノ番人ヲ以テ稱スルハ之カ爲メナリ獨逸諸邦ハ千八百四十八年以後一時佛國ノ制度ヲ其儘繼受シタルモ千八百七十九年實施ノ改正法典ニ於テハ檢事ノ權限ヲ縮少シ其權限ヲ訴追ト執行トニ止メタリ

二 右佛獨二國ノ法制ハ折衷シテ我國ニ採用セラレ以テ現時ノ檢事制度ヲ見ルニ至リタルモノニシテ其權限ハ兩國檢事ノ中間ニ居ル裁判所構成法第六條ハ

檢事ノ職務綱領ヲ規定シテ曰ク檢事ハ刑事ニ付キ公訴ヲ起シ其取扱上必要ナル手續ヲ爲シ法律ノ正當ナル適用ヲ請求シ及判決ノ適當ニ執行セラルルヤヲ監視シ又民事ニ於テモ必要ナリト認ムルトキハ通知ヲ求メ其意見ヲ述フルコトヲ得又裁判所ニ屬シ若ハ之ニ關スル司法及行政事件ニ付キ公益ノ代表者トシテ法律上其職權ニ屬スル監督事務ヲ行フト即チ單ニ訴追及執行ノ權ヲ有スルノミナラス民事訴訟ニ干與シ及公益ノ代表者トシテ監督事務ヲ行フノ權ヲ有スルモノト爲シタレトモ所謂監督事務ノ範圍程度ハ之ヲ他ノ法律ニ讓リテ直接ニ之カ規定ヲ爲サス故ニ其内容ハ他ノ法律ノ規定ニ從テ消長ヲ受ケ一定セサルモノトス然レトモ檢事ハ如何ナル方法ヲ以テスルモ判事ノ裁判事務ニ干涉シ又ハ裁判事務ヲ取扱フコトヲ得サルモノトス是レ構成法第八十一條ニ於テ明規スル所ナリ而シテ他ノ法律ニ定メタル監督事務ノ主ナルモノハ刑事訴訟法ニ定メタル非常上告再審申立等ノ權利ノ外恩赦申立(恩赦令一三條)辯護士會ノ監督(辯護士法一九條)判事及辯護士ニ對スル懲戒訴追(判事懲戒法一七條、辯護士法三一條、三條)不在者又ハ相續人曠缺セル財産ノ管理ニ付キ必要ナル處分ノ請求(民二五條、二條)

五七條一〇(會社解散ノ請求(商四八條))ノ如キ是ナリ

第二款 檢事局ノ組織

一 裁判所構成法第六條ニ曰ク各裁判所ニ檢事局ヲ附置スト是レ各裁判所毎ニ檢事局ヲ置クノ意ニシテ裁判所ノ一部局ト認メタル趣旨ニ非ス檢事局ハ全ク別箇獨立ナル國家ノ機關ニシテ裁判所ニ對シ獨立シテ其職務ヲ行ヒ裁判所ノ干涉ヲ受クルコトナキモノトス(裁構六條二項)茲ニ注意スヘキハ正確ニ言ヘハ檢事局トハ單ニ事務所ニ過キスシテ權限ノ主體ニ非ス之カ權限ハ其職員ノ有スル所ナリ是レ裁判所カ審判ニ關スル權限ノ主體ナルト大ニ其趣ヲ異ニスル所ナリ而シテ檢事局ノ職員ハ檢事及書記ノ二トス

第一 檢事

一 檢事ハ裁判所構成法ニ定メタル資格ヲ有スル者ヨリ任命セラルル其資格ニ付テハ判事ト同一ナリ然レトモ其地位ニ對スル保障ハ判事ノ如ク強固ナラス即チ刑法ノ宣告又ハ懲戒ノ處分ニ因ルニ非サレハ其意ニ反シテ其職ヲ免セラル

ルコトナキノ外ハ一般行政官ノ地位ト異ルコトナシ(裁構八條)又判事ニ於ケルカ如ク除斥忌避回避ニ關スル規定アルコトナシ是レ主トシテ檢事ハ判事ト異リ裁判權ヲ行フモノニ非サルヨリ生スル結果ナリ

二 檢事局ニハ一人又ハ數人ノ檢事ヲ置キ其長官トシテ大審院ニ檢事總長、控訴院ニ檢事長、地方裁判所ニ檢事正ヲ置ク該長官ハ各其局ノ事務ヲ檢事ニ分配シテ之ヲ處理セシムルモノトス(裁構七條、三三條)斯ノ如ク檢事局ノ事務ハ檢事ニ於テ處理スルモノナリト雖モ特定ノ場合ニ於テハ例外トシテ他ノ官吏ニ檢事ノ事務ヲ取扱ハシムルコトアリ即チ(1)或裁判所ノ檢事悉ク差支アリテ事件ヲ取扱フコトヲ得サル場合ニハ裁判所長又ハ區裁判所ニ於ケル一人ノ判事又ハ監督判事ハ其事件猶豫スヘカラサルニ於テハ判事ニ檢事ノ代理ヲ命スルコトヲ得ヘク(裁構六條四項)(2)區裁判所檢事局ノ事務ハ其地ノ警察官、憲兵、將校、憲兵、下士又ハ林務官之ヲ取扱フコトヲ得ヘク(裁構一八條二項)(3)又司法大臣ハ適當ナル場合ニ於テハ區裁判所判事、試補又ハ郡市町村ノ長ヲシテ檢事ヲ代理セシムルコトヲ得ルモノトス(裁構一八條三項)

三 檢事ハ判事ト異リ常ニ單獨制ニシテ合議制ニ非ス合議裁判所ニ於ケル事務ヲ探ル場合ニ於テモ檢事ハ單獨ニテ事務ヲ處理スルコトヲ得ルモノナリ然レトモ檢事ハ判事ト異リ其職務ニ付テハ上官ノ監督命令ヲ受クルモノニシテ即チ中央集權的ノ體系ヲ形成シ上命下從ノ關係ニ於テ相連絡シテ一體ヲ成シ活動スルモノトス此關係ヲ判事ノ獨立ニ對稱シテ檢事ノ同一體若ハ不可分ト云フ而シテ檢事ナル名義ヲ有スル最上長官ハ檢事總長ナレトモ檢事總長ハ司法大臣ノ監督命令ニ服スルカ故ニ其職務ノ上ヨリ云ヘハ司法大臣ヲ以テ首長ナリト云ハサルヲ得ス

右檢事ノ同一體又ハ不可分ノ關係ヲ具體的ニ説明スレハ左ノ如シ

(1) 上官ノ監督權

司法大臣ハ各檢事局ヲ監督シ檢事總長、檢事長及檢事正ハ各其檢事局及其檢事局ノ附置セラルル裁判所管轄區域内ノ下級檢事局ヲ監督ス(裁標一三五條)而シテ監督權ノ實質ハ檢事カ不適當又ハ不充テ取扱ヒタル事務ニ付キ其注意ヲ促シ竝ニ適當ニ其事務ヲ取扱フコトヲ訓令シ及檢事ノ地位ニ不相應ナル行

狀ニ付キ諭告ヲ爲シ其情重キトキハ懲戒法ノ規定ニ從ヒ訴追スルコト(裁標一三六條)竝ニ司法事務取扱方法ニ對スル抗告特ニ或事務ノ取扱方ニ對シ又ハ取扱ノ延滞若ハ拒絕ニ對スル抗告ニ付キ處分ヲ爲スコト(裁標一四〇條)等是ナリ

(2) 上官ノ命令權

檢事ノ上官即チ司法大臣、檢事總長、檢事長及檢事正ハ各其順序ニ從ヒ下級檢事ニ對シ命令ヲ爲ス權限ヲ有シ下級檢事ハ其命令ニ服從スヘキ義務ヲ負フ(裁標八二條、司法官制一條)而シテ命令ノ方法ハ一般的ナルト特定のナルトヲ問ハス又其實質ハ總テ下級檢事ノ取扱フコトヲ得ヘキ事務ノ全部ニ及フモノトス即チ起訴、不起訴ニ關シ又上訴ヲ爲スヤ否ヤニ關シ其他有罪ノ辯論ヲ爲スヘキヤ又ハ無罪ノ辯論ヲ爲スヘキヤ等悉ク之ニ包含スルモノナリ佛蘭西ニ於テハ筆ハ拘束ヲ受ク言語ハ自由ナリトノ法諺アリ其意ハ筆ヲ執リテ起訴狀ヲ認メ又上訴申立書ヲ作成スルト否トノ如キハ上官ノ命令ニ從ハサルヘカラサルモ公廷ニ立チテ口ヲ以テ辯論ヲ爲ス場合即チ有罪無罪ノ意見ヲ述フルカ如キハ當該檢事ノ自由ニシテ上官ノ命令ニ拘束セラルヘキモノニ非スト云

フニ在リ然レトモ我法律ノ解釋トシテハ斯ノ如キ區別ヲ爲スヘキ根據ナキヲ以テ固ヨリ之ニ則ルヘキニ非ス但此種ノ命令權ニ關スル法制ハ畢竟内部的效力ヲ有スルニ過キササルヲ以テ上級檢事ノ命令ニ違背シタルノ事實ハ下級檢事ノ行爲ノ訴訟上ノ效力ニ影響ナキモノニシテ唯其檢事ハ監督權ニ依リテ相當ノ制裁ヲ受クルコトアルニ止マル

檢事ハ上官ノ命令ニ服従スヘシト雖モ違法ノ命令ニ對シテハ固ヨリ之ニ服従スルノ義務ナシ但違法ナリヤ否ヤノ解釋權ハ上官ハ下官ニ優越スルヲ以テ上官自ラ違法ナルコトヲ認メテ命令シタル場合ニ非サレハ下官ハ自己ノ見解ニ基キテ上官ノ命令ヲ拒否スルコトヲ得サルモノトス

(3) 上官ノ職務承繼權 (Devolutionsrecht)

檢事總長、檢事長及檢事正ハ各其管轄區域内ノ裁判所ノ檢事ノ職務ノ範圍内ニ在ル事務ヲ自ラ取扱フ權ヲ有ス(裁一標八三)但其檢事局ノ檢事ノ職務ノ範圍内ニ於ケル事務ノ如キハ檢事總長、檢事長及檢事正ハ裁判所構成法第三十三條第一項第四十二條第五十六條ニ依リ其事務ノ分配ヲ自由ニ爲スコトヲ得

ルモノナルヲ以テ茲ニ所謂承繼權ニ關係ナシ而シテ司法大臣ハ承繼權ノ行使ヲ檢事總長、檢事長、檢事正ニ命スルコトヲ得ルモ自ラ檢事ノ事務ヲ取扱フノ權ナキモノトス

(4) 上官ノ職務遷移權 (Substitutionsrecht)

檢事總長、檢事長及檢事正ハ其管轄區域内ニ於テ或檢事ノ事務ヲ他ノ檢事ニ移ス權ヲ有ス(裁二標八三)此權利モ承繼權ト同シク其檢事局ノ檢事ノ取扱フヘキ事務ニ付キテハ關係ナキモノトス又司法大臣ハ自ラ此權利ヲ行フコトヲ得サルモノニシテ檢事總長以下ノ檢事ニ命シテ斯ル職權ヲ行ハシムルコトヲ得ルニ止マルモノナリ

(5) 下官ノ上官代表權

前數項ニ述ヘタル所ハ何レモ上官ノ權利ニ屬スルモノナレトモ本項ハ全ク之ニ反シ下級檢事カ上官ヲ代表スルノ權利ニ關スルモノナリ即チ地方裁判所ノ檢事ハ檢事正ヲ、控訴院ノ檢事ハ檢事長ヲ、大審院ノ檢事ハ檢事總長ヲ何等ノ事件ニ拘ラス特別ノ許可ヲ受ケスシテ代理スルノ權ヲ有スルモノトス

(裁判三三條、四條、五六條)

書記

第二 書記

一 地方裁判所控訴院大審院ノ如キ合議裁判所ニ附置セラレタル検事局ニハ書記課ヲ置キ必要ナル員數ノ書記ヲ配置シ書記二人以上ヲ置キタル書記課ニ於テハ一人ヲ監督書記トシ書記課ノ事務ヲ指揮監督セシムルモノトス(裁判八條、八六條)然レトモ區裁判所ニ附置セラレタル検事局ニハ書記課ヲ設ケス從テ特ニ書記ヲ配置セサルモノニシテ必要アル場合ニハ裁判所附屬ノ書記ニ検事局ノ勤務ヲ命シ其事務ヲ處理セシムルモノトス(裁判九一條、三項參照)

二 書記ニ任命セラルヘキ資格ハ裁判所ニ屬スル書記ト同一ナリ其職務ハ検事ノ指揮命令ヲ受ケ往復會計記錄其他法律ニ定メタル事務ヲ取扱フニ在リテ(裁判九一條)如何ナル事務ヲ如何ニ分配セラレ如何ナル形式ニ於テ取扱フヘキヤハ事務章程ナル内部ノ規則ニ依テ定メラル刑事訴訟法ニ於テ定メラレタル職務ハ現行犯ニ付キ検事カ豫審判事ニ屬スル處分ヲ爲ス場合ニ於テ之ニ立會ヒ調書ヲ作成シ令狀ニ署名捺印スル等裁判所ニ屬スル書記ト同様ノ職務ヲ行フコト

検事ノ職務

(刑訴一四四條、一四六條、九二條、九五條、九九條、一三一條、七六條)死刑ノ執行ニ立會ヒ其始末書ヲ作成スルコト(刑訴三一條)是ナリ

三 検事局勤務ノ書記ニ付テハ除斥、忌避、回避等ノ規定ハ其適用ナキモノトス刑事訴訟法第二編第二章ニハ裁判所職員ノ除斥云々トアリ第四十五條ニハ云々書記所屬ノ裁判所之ヲ爲ス可シトアリテ裁判所職員ニ非ス裁判所ニ屬セサル書記ニ此規定ノ適用ナキコト文理上明ナリ蓋検事ニ關シテスラ除斥、忌避、回避等ノ規定ナキヲ以テ之ニ附屬スル職員ニ其適用ナキヤ當然ナリトス

第三款 検事ノ職務

刑事訴訟ニ關スル検事ノ職務ハ分テ三トス即チ左ノ如シ

一 公訴權行使ノ職務

刑事訴訟法第一條ニ曰ク公訴ハ法律ニ定メタル區別ニ從ヒ検事之ヲ行フト是レ検事ニ公訴權行使ノ職務アルコトヲ規定シタルモノナリ法文ニ法律ニ定メタル區別ニ從ヒトハ検事ノ地位階級ニ從ヒ其職務權限ノ範圍内ニ於テトノ謂

ニシテ當然ノ事ヲ言明シタルニ止マリ、特別ノ意味アルニ非サルナリ。公訴權ノ行使トハ公訴ノ提起及實行ナリ。是レ檢事ノ職務ト最モ重ナルモノニシテ即チ當事者トシテノ職務ナリトス。而シテ公訴ヲ提起實行スルニハ其準備トシテ捜査ヲ必要トスルカ故ニ之ニ伴ヒテ捜査モ亦檢事ノ職務ト爲ルモノナリ。今其要ヲ言ヘハ捜査トハ公訴ノ準備トシテ犯罪ノ證據及犯人等ヲ探明スル作用ヲ云ヒ(刑訴六條四)公訴ノ提起トハ事件ヲ裁判所ニ提出シテ審判ヲ求ムル作用ヲ云フ(刑訴六條二)又公訴ノ實行トハ公訴提起後公訴ノ目的ヲ達スルニ必要ナル諸般ノ行爲ヲ指稱スルモノニシテ例ハ訴訟ニ立會ヒテ事件ノ陳述ヲ爲シ證據調ノ申請ヲ爲シ事實及法律ニ對スル意見ヲ述ヘ又ハ上訴ヲ爲スカ如キ是ナリ。但茲ニ注意スヘキハ檢事カ公訴權ヲ行使スルハ國家ノ科刑權ヲ適當ニ確定セントスルニ在ルヲ以テ檢事ハ被告人ノ暗黒面ヲ摘發スルコトヲ囑ムルト同時に亦光明アル方面ノ觀察ヲモ怠ラス公平ノ態度ヲ以テ事實ノ真相ヲ發見シ及法律適用ノ正確ヲ期スルヲ念トシ訴訟行爲ヲ爲ササルヘカラサルヤ論ヲ談タル所ニシテ從テ被告ニ有利ナル事實情況例ハ刑ヲ減輕スヘキ事情又ハ執行

猶豫ニ適スル情狀等ニ付キ申立ヲ爲シ證據ヲ提出シ辯論ヲ爲スカ如キ又ハ被告人ノ爲ニ官選辯護ヲ請求スルカ如キモ(刑訴一七條九)亦公訴權行使ノ職務ニ屬スルモノナリ。然レトモ公訴權ノ目的ハ被告人ニ對スル科刑權ヲ確定セントスルニ在ルヲ以テ科刑權ノ全然存在セサルコトヲ前提トシテ爲ス訴訟行爲例ハ有罪判決ニ對シテ無罪ノ理由ヲ以テ上訴ヲ爲スカ如キハ公訴權行使ノ職務ニ屬セスシテ公益ノ代表者トシテノ職務ニ屬スルモノトス。

二 裁判執行ニ關スル職務

檢事ハ裁判ノ執行ヲ指揮スルノ權ヲ有ス。後編執行ノ部ニ於テ之ヲ詳説スヘシ抑モ執行ハ裁判ノ效力ナレハ其性質ヨリ論スレハ執行ノ作用ハ裁判權ヲ有スル裁判所ノ職務ト爲スヲ以テ純理ニ適スルモノト認ムヘク訴訟當事者ノ一方タル檢事ノ職務ト爲スハ職務ノ系統分界ヲ誤ルカ如キモ裁判執行ノ敏活ヲ圖ルト同時ニ裁判官ヲシテ裁判以外ノ俗務ニ鞅掌セサラシメンカ爲メ便宜上檢事ノ職務ト爲シタルモノナリ。

三 公益ノ代表者トシテノ職務

檢事カ公益ノ代表者トシテノ職務ヲ有スルコトハ裁判所構成法第六條ノ定ムル所ナリ而シテ刑事訴訟ノ範圍ニ於テハ再審申立又ハ非常上告申立刑訴三〇條以下ノ職務ノ如キハ其著シキモノナリ即チ判決確定スルヤ當事者トシテノ職務終リヲ告ケタリト雖モ該判決ニ顯著ナル誤謬アルトキハ公益上看過スヘカラサルヲ以テ之カ更正ヲ爲スヘキ手續ヲ求ムルモノナリ其判決確定前ニ於テ無辜ヲ罰シタル事實ヲ確知シタルトキノ如キモ檢事カ之ニ對シテ上訴ヲ爲スバ亦公益上ノ職務ニ屬スルコト前ニ述ヘタルカ如シ檢事公廷ニ於テ無罪ノ辯論ヲ爲スカ如キ若ハ公訴不受理ノ申立ヲ爲スカ如キ行爲刑訴一八六條ハ當事者トシテノ職務ナリヤ又ハ公益ノ代表者トシテノ職務ナリヤハ議論ノ存スル處ナレトモ是等ノ行爲ハ公訴權ノ存在ヲ否認シ若ハ公訴ノ廢棄ヲ目的トスル行爲ナルヲ以テ公訴權ノ行使ニ屬スルモノト認ムルヲ得ス從テ公益ノ代表者トシテノ職務ナリト解スルヲ相當トス

第四款 檢事局ノ管轄及共助

檢事局ノ管轄及共助

管轄

一 檢事局ノ管轄ニ付テハ裁判所構成法第六條第三項ニ檢事局ノ管轄區域ハ其附置セラレタル裁判所ノ管轄區域ニ同シト定メ又刑事訴訟法ニ於テ特定ノ事物ニ關シテ各箇ノ場合ニ其管轄ヲ定メ刑訴一四四條以下、二五九條ニタリ止マリ一般のニ管轄ヲ定メタルモノナシ然レトモ檢事局ヲ各裁判所毎ニ設クヘキモノト爲シタル法律ノ精神ヲ推究シテ其附置セラレタル裁判所ノ管轄ト同一ナリト解スルヲ相當トス即チ事物上土地審級上其裁判所ノ管轄ニ屬スヘキ事件ニ付檢事局モ亦管轄權ヲ有スルモノナリ

然レトモ捜査ニ付テハ例外ヲ認メサルヘカラス蓋捜査手續ハ檢事單獨ニ之ヲ行フモノニシテ被告事件カ裁判所ニ繫屬セサル以前ニ行ハルルヲ常トシ尙ホ被告事件カ裁判所ノ繫屬ヲ離脱シタル後ニ於テモ行ハルルニミナラス例ハ再審ニ關ス又被告事件繫屬中ニ行ハルルモノト雖モ捜査手續自體ハ裁判所ト何等ノ交渉ヲ有セス其結果ヲ當事者トシテ裁判所ニ提供シ始メテ訴訟上ノ效果ヲ生スルモノナレハ此手續ニ付テハ裁判所ノ管轄ニ從フヘキ理由存セサレハナリ故ニ何レノ裁判所ノ管轄ニ屬スヘキ事件ナルヲ問ハス檢事ハ總テ之ニ付キ

搜查ヲ爲スコトヲ得ルモノト解スルヲ相當トス然レトモ檢事局ニ付テモ管轄區域ヲ設ケ職務行爲ヲ爲シ得ル土地ノ限界ヲ定メタルヲ以テ此區域外ニ出テテハ捜査行爲ト雖モ之ヲ爲スコトヲ得サルモノトス(大正四年七月二八日同旨)又刑事訴訟法第四百四十四條以下並第三百十一條ニ規定シタル特別捜査處分ノ如キハ例外的ニ特ニ法律ノ認許シタルモノナルヲ以テ之ヲ法定以外ノ檢事ニ擴張スヘキニ非サルハ論ヲ俟タス

二 檢事局ノ共助ニ付テハ檢事局相互間ノ共助ト他ノ官廳トノ共助トニ分チテ觀察セサルヘカラス

(1) 檢事局ト檢事局トノ共助ニ關シテハ裁判所構成法第一百三十二條ニ之ヲ規定ス曰ク檢事局モ亦各自ノ管轄區域内ニ於テ取扱フヘキ事務ニ付キ互ニ法律上ノ補助ヲ爲スト即チ裁判所ノ共助ト異ル所ハ裁判所ノ共助ハ法律ニ特ニ定メタル場合ニ限ルモ檢事局ノ共助ニ付テハ何等ノ制限ナシ又裁判所ノ共助ハ法律ニ特ニ定メアルモノノ外區裁判所ニ囑託シテ之ヲ爲スヘキモノナルモ檢事局ノ共助ニ付テハ何等ノ制限ナキヲ以テ區裁判所檢事局タルヲ

共助

要セス何レノ檢事局ニ囑託スルモ隨意ナリトス唯受託檢事局カ其事務ニ付キ管轄權ヲ有スルコトヲ必要トスルノミ

茲ニ注意スヘキハ檢事ハ上官ノ命令ニ從フモノナルカ故ニ上官下官ノ關係ヲ有スル場合ニ於テハ上官ハ下官ニ對シ事務ノ取扱ヲ命シ得ルヲ以テ固ヨリ共助ノ手續ニ依ルモノニ非ス故ニ共助ノ必要ハ斯ノ如キ命令服從ノ關係ヲ有セサル檢事間ニ生スルモノナルコト是ナリ

(2) 檢事局ト他ノ官廳トノ共助ニ付テハ裁判所ノ共助ノ節ニ於テ併セテ説明シタリ即チ特別裁判所ノ檢察機關トノ間ニ捜査及執行ニ付テノ共助アリ行政官廳ニ對スル共助トシテハ巡查憲兵卒ヲ使用シ師團又ハ分營ニ對シテハ兵員ノ要求ヲ爲スヲ得ヘク又外國トノ間ニ犯罪人引渡ニ關スル共助ノ存スルモノトス尙犯罪人引渡ニ關シテハ逃亡犯罪人引渡條例(明治二〇年勅令四二〇號)及外國ノ艦船乗組員ノ逮捕留置ニ關スル援助法(明治三二年法律六八號)ニ其手續ヲ定メタルヲ以テ之ヲ參看スヘシ

三 管轄ニ關シ檢事局間ニ消極又ハ積極ノ爭議アル場合ノ處置ニ關シテハ特別

ノ規定ナシ從テ爭議アル檢事局ヲ併セテ監督スル上官之ヲ裁決スヘク(裁構八)
又檢事カ不當ニ法律上ノ共助ニ應セサルトキハ其監督上官ニ對シテ抗告ヲ爲
スコトヲ得ルモノトス(裁構一四〇條)

司法警察官
及巡查憲兵
卒

第三節 司法警察官及巡查憲兵卒

司法警察官

第一 司法警察官

一 檢事ハ搜查權ヲ有スト雖モ自ラ各方面ニ亙リテ遺漏ナク且敏活ニ一切ノ搜
查ヲ全ウセンコトハ事實上不能ナリトス故ニ檢事ノ搜查ヲ補助シ若ハ補足ス
ル機關ヲ必要トス是レ司法警察官ノ設ケアル所以ナリ
司法警察官ノ職制ヲ如何ニ定ムヘキヤハ立法上困難ナル問題ナリ就中司法警
察事務ヲ全然行政警察事務ト分離シ專ラ檢事ニ隸屬シテ犯罪搜查ノミヲ職務
トスル獨立ナル機關ヲ設クヘキヤ又ハ行政警察權ヲ有スル機關ヲシテ併セテ
搜查ノ職務ヲ行ハシムヘキモノト爲スヘキヤ若シ後者ノ主義ヲ採ルトセハ之
ニ對スル監督行政機關ト檢事トノ監督權ノ範圍ヲ如何ニ定ムヘキヤハ最モ困

難ナル問題ナリ蓋行政警察機關ヲシテ併セテ搜查事務ヲ行ハシムルトキハ時
トシテハ政府ノ政策ノ影響ヲ受ケ公正ヲ缺クノ虞ナシトセス然ラストスルモ
世人ヲシテ此點ニ付キ危惧ノ念ヲ懷カシムルコトヲ免ルヘカラス然レトモ別
箇獨立ナル機關ヲ設クルコトハ多大ノ經費ヲ要スルノミナラス司法警察ト行
政警察トハ頗ル密接ノ關係ヲ有スルカ故ニ之ヲ全然別箇ノ機關ニ分掌セシム
ルトキハ時ニ處理ノ周到敏活ヲ缺クノ虞ナシトセサルヲ以テナリ之ヲ以テ其
何レヲ可トスルヤハ遽ニ論斷シ易カラヌ我國現行ノ法制ニ於テハ司法警察ヲ
専門ノ職務ト爲ス特設ノ機關ナク他ノ行政機關ヲシテ司法警察ノ職務ヲ負荷
セシム而シテ檢事ハ其職務ニ付キ指揮監督スルコトヲ得レトモ其任免黜陟懲
戒等ハ專ラ監督行政機關ノ司ル所ニシテ之ニ付キ檢事ハ何等ノ權利ヲ有セサ
ルモノナリ

二 現行法上司法警察官トシテ定メラレタル者左ノ如シ

- (1) 警視總監及地方長官(但東京府知事ヲ除ク)
是等ノ官吏ハ司法警察官トシテ檢事ノ搜查ヲ補足スルモノニシテ犯罪搜查

ニ付キ地方裁判所検事ト同一ノ權ヲ有ス(刑一四七)而シテ捜査權ノ範圍ハ事物ニ關シ法律上制限ナシト雖モ是等ノ官吏ヲ司法警察官ト爲シタルハ主トシテ國事犯又ハ地方一般ノ公益ニ係ハルカ如キ重大ナル犯罪ニ付キ其必要アルカ爲メナリ故ニ司法警察官執務心得(明治二六年司法大臣訓令刑甲一七四號)第三條ニハ是等ノ官吏ハ各其管轄地内ニ於テ犯罪捜査ノ權ヲ有スト雖モ異常ノ場合ニ是ヲ行フヲ例トス此場合ニ於テモ成ル可ク其處分ヲ檢事ニ讓ルヘキ旨ヲ定メタリ

是等ノ官吏ハ地方裁判所檢事ト同一ノ權限ヲ有スルモノナリト雖モ其職務ハ全ク捜査ノ範圍ニ止マリ檢事ノ如ク公訴ヲ提起實行スルヲ得ス又檢事ニ對シ公訴ノ提起ヲ強要スルノ權ナシ故ニ犯罪ノ捜査ヲ遂ケ公訴ヲ提起スヘキモノト思料シタルトキハ其事件ヲ檢事ニ送致シ檢事ノ處分ニ一任スルノ外ナキモノトス又地方裁判所檢事ト同一ノ權限ヲ有スルモノナレハ其職務ニ付キ地方裁判所檢事又ハ區裁判所檢事ノ命令ニ服スルモノニ非ス然レトモ地方裁判所檢事ノ上官ノ指揮命令ニ服從セサルヘカラサルモノトス(刑一四七)

條

(2)

警視警部長(現行官制ノ警部、警部補、憲兵將校、憲兵下士、島司郡長、林務官)

(林務ニ關スル官吏ヲ總稱スルモノニシテ林務官ナ)市町村長

是等ノ官公吏ハ檢事ノ捜査ヲ補助スルモノニシテ其管轄區域ヲ管轄スル檢事局ノ檢事又ハ其上官ノ指揮命令ノ下ニ捜査ノ職務ヲ行フモノナリ(刑一四七)但前述ノ如ク何レモ捜査ヲ専門ノ職務ト爲スモノニ非スシテ他ノ職務ヲ負フ官吏ナルカ故ニ是等ノ官吏中純粹ノ警察官(警視、警部長、警部補)ニ關シテハ司法警察官トシテ勤務スヘキ者ヲ司法省又ハ檢事局及内務省又ハ地方官廳間ニ於テ豫メ協議ノ上之ヲ定ムヘキモノト爲セリ(刑一四七)

是等ノ官公吏ハ右ノ如ク檢事ノ指揮命令ノ下ニ捜査ノ職務ヲ行フモノナリト雖モ檢事ノ指揮命令アルニ非サレハ捜査ヲ行フコトヲ得サルニ非ス自ラ犯罪ヲ認知シ又ハ犯罪アリト思料シタルトキハ直ニ捜査ニ著手スヘキモノトス(司法警察官執務)但捜査ニ關シテハ檢事ノ指揮命令ニ從フ義務アルカ故ニ檢事ヨリ豫メ捜査ヲ禁セラレタル事件ニ付テハ捜査ヲ爲スコトヲ得サル

ヤ勿論ナリ

是等ノ官公吏カ司法警察官トシテ職務ヲ行フニ付テハ土地管轄ニ付キ制限
 ナク所屬官廳ノ管轄區域外ニ出テテ捜査ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ(司法警察
 官執行
 務心得一七條、一八條參照、明治
 四一年一月一三日大判同旨)又事物管轄ニ付キテモ何等ノ制限ナキヲ以テ
 區裁判所又ハ地方裁判所ノ管轄ニ屬スル事件ハ勿論大審院ノ特別權限ニ屬
 スル事件ニ付キテモ捜査ヲ爲スコトヲ得ヘシ(刑訴三〇條、三一一條、司法
 警察官執行
 務心得一八條參照、但
 林務官ニ付キテハ其主管ノ行政事務ニ關スル犯罪ニ付キテノミ捜査ノ職務
 ヲ有スルニ過キスト解スル者アリ思フニ此官吏ヲ司法警察官ト爲シタル主
 タル目的ハ其點ニ存スト雖モ爲ニ其以外ノ犯罪ニ付キ全ク捜査ノ權限ナシ
 ト爲スハ法律ノ正解ニ非ス何トナレハ法文ハ毫モ此點ノ制限ヲ爲ササルノ
 ミナラス實際上ノ見地ヨリスルモ林務ニ關セサル犯罪例ハ森林中ノ殺人又
 ハ森林中ニ隱匿セラレタル盜賊ニ關スル事件等ニ付キテハ林務官ニ捜査權
 ヲ有セシムルノ必要若ハ便宜ナルコトアルヲ以テナリ但司法警察官執行心
 得第二條ニハ林務官ハ其主管ニ關スル犯罪ニ付キ司法警察ノ職務ヲ行フト

アリテ該心得ハ檢事ノ上官タル司法大臣ノ命令ナルヲ以テ司法警察官ハ固
 ヲリ之ニ服従スヘク其結果トシテ林務官ハ主管事務ニ關セサル犯罪ニ付キ
 捜査ヲ行フコトヲ得サルニ至リタルモノトス

司法警察官ノ爲スヘキ捜査行爲ノ實質内容ハ檢事ト略同一ナリ其詳細ハ後
 ニ捜査ノ章下ニ之ヲ論スヘシ

(3) 樺太廳支廳長支廳出張所長タル官吏竝樺太ニ於ケル林務稅務鑛業及水產
 ニ關スル事務ヲ管掌スル官吏

是等ノ官吏ハ樺太ニ於ケル司法警察官トシテ前號ニ掲ケタル警視以下ノ官
 吏ト同一ノ地位及權限ヲ有スルモノナリ(明治四〇年法律二五
 號同年勅令九四號)

三 司法警察官ニ非スシテ司法警察ノ職務ヲ行フ權限ヲ有スル者アリ船長是ナ
 リ(刑訴四
 八條)稅務專賣其他特殊ノ行政事務ヲ管掌スル官吏モ亦特別法ノ定ムル所
 ニ依リ司法警察ノ職務ヲ行フ即チ(1)船長ハ海船内ノ犯罪ニ付キ捜査ノ職務ヲ
 行フモノニシテ(刑訴四
 八條)其準則ハ明治十四年布告第六十五號商船内犯罪取扱規
 則ニ於テ之ヲ定ム(2)稅務官吏竝ニ專賣官吏ハ所管事項ニ關スル特定ノ犯罪事

件ニ付キ捜査ノ職務ヲ行フモノニシテ之ニ關シテハ間接國稅犯則者處分法關稅法等ニ於テ詳細ノ規定ヲ設ケタリ(3)漁業、蠶絲業、砂鑛、度量衡、輸出入植物等ニ關スル行政事務ヲ司掌スル官吏ハ之ニ關スル特定ノ犯罪ニ付キ特定ノ捜査行爲ヲ爲ス權限ヲ有ス之ニ付テハ各其特別法ニ之ニ關スル規定ヲ設ケタリ(法四條一、二、三、四、五、六、七、八、九、十、十一、十二、十三、十四、十五、十六、十七、十八、十九、二十、二十一、二十二、二十三、二十四、二十五、二十六、二十七、二十八、二十九、三十、三十一、三十二、三十三、三十四、三十五、三十六、三十七、三十八、三十九、四十、四十一、四十二、四十三、四十四、四十五、四十六、四十七、四十八、四十九、五十、五十一、五十二、五十三、五十四、五十五、五十六、五十七、五十八、五十九、六十、六十一、六十二、六十三、六十四、六十五、六十六、六十七、六十八、六十九、七十、七十一、七十二、七十三、七十四、七十五、七十六、七十七、七十八、七十九、八十、八十一、八十二、八十三、八十四、八十五、八十六、八十七、八十八、八十九、九十、九十一、九十二、九十三、九十四、九十五、九十六、九十七、九十八、九十九、一百)

是等ノ者ハ捜査ノ職務ニ付キ檢事ノ指揮命令ニ服スルモノナルヤ否ヤハ解釋上爭アリト雖モ是等ノ者ハ司法警察ノ職務ヲ行フモ司法警察官トシテ法律ノ認メタルモノニ非ス而シテ法律上檢事ノ指揮命令ニ服スヘキ者ハ司法警察官ニ止マルヲ以テ(刑四七條)特ニ明文ナキ限りハ檢事ニ於テ指揮命令ノ權ヲ有セサルモノト爲スヲ正解トスヘシ但司法警察官執務心得ニハ船長ハ檢事ノ指揮ニ服スルモノト定メタリ(二條心得)

第二 巡查、憲兵卒(現行ノ制度ニ於テハ憲兵卒ナル名稱ナク憲兵上)巡查及憲兵卒ハ司法警察官ノ補助機關トシテ司法警察官ノ指揮命令ヲ受ケ犯罪捜査ノ職務ヲ補助スルモノニシテ法律上當然ニ捜査ノ權ヲ有スレモノニ非

巡查憲兵卒

ス但巡查ハ一定ノ場合ニ於テ警部ヲ代理スルコトヲ得ルカ故ニ(明治一四年布達甲第五號司法)警部代理ノ資格ヲ以テスルトキハ警部ト同シク司法警察官トシテ捜査ノ職務ヲ行フコトヲ得ルモノトス

尙ホ刑事訴訟法ハ巡查、憲兵上等兵ニ特別ノ職務ヲ行ハシム即チ現行犯ノ逮捕引致(刑訴五)勾引狀、勾留狀、逮捕狀ノ執行(刑訴七、六、三、二、一、八)是ナリ

第四節 被告人

第一款 總說

一 彈劾式訴訟ニ於テ攻撃作用ヲ司ル一方ノ當事者ニ對立シ防禦ノ作用ヲ司ル受動的當事者ヲ被告人ト云フ即チ正確ニ言ヘハ犯罪者トシテ訴追セラレタル場合ニ於テ當該被訴追者ヲ指稱スルモノニシテ其以前ニ於テハ單ニ嫌疑者タルニ止マルモノナレトモ刑事訴訟法ハ起訴前ノ嫌疑者ヲモ被告人ト稱スルコトアリ(刑訴五、八條)

二 法人ノ犯罪ヲ訴追スル場合ニ於テハ現行法ハ法人處罰ニ關スル特別法中ニ

第二章 當事者 第四節 被告人 第一款 總說

被告人ハ犯罪者トシテ
彈劾式訴訟ニ於テ
防禦ノ作用ヲ司ル
受動的當事者トシテ
訴追セラレタル
場合ニ於テ當該被
訴追者ヲ指稱スル
モノニシテ其以前
ニ於テハ單ニ嫌疑
者タルニ止マル
モノナレトモ刑事
訴訟法ハ起訴前
ノ嫌疑者ヲモ被
告人ト稱スルコ
トアリ(刑訴五、
八條)

被告人

特別ノ規定ヲ設ケ犯罪ノ主體タル法人自體ヲ被告人トセスシテ法人ノ代表者ヲ以テ被告人ト爲スヘキモノト爲セリ(法人ニ於テ租稅及營業專賣ニ關シ專賣法六條、流業法六條、鹽專賣法三條、粗製樟腦油專賣法二條、賣藥法一六條、畜牛結業法一〇條、防法一九條、稅關貨物取扱業法三條、肥料取扱法二條、遠洋漁業獎勵法二〇條、豫防電氣事業法二條、蘇絲業法三條、砂鑛取扱法二條、遠洋漁業獎勵法二〇條、豫防出版法一〇條、家畜取扱法二條、肺核取扱法二條、遠洋漁業獎勵法二〇條、豫防一六條、銃砲火藥類取扱法二條、肺核取扱法二條、遠洋漁業獎勵法二〇條、豫防取締規則二〇條、有害性著色料取締規則一〇條、營業并藥品取扱規則四一〇條、清涼飲料水營業取締規則一四條、水雪營業取締規則一〇條、營業并藥品取扱規則四一〇條、牛乳營業取締規則二〇條、梅チルアルコホル取扱規則九條)即チ法人ノ刑罰法上ノ權利關係ヲ目的トスル刑事訴訟ニ於テハ其代表者自身カ形式的意義ニ於ケル當事者トシテ訴追セララルモノナリ所謂法人ノ代表者トハ實體法ノ定ムル所ニ依リ代表權ヲ有スル理事、合名會社ノ社員、合資會社ノ代表社員、株式會社ノ取締役等ヲ指稱スルモノニシテ支配人其他ノ代理人ノ如キハ之ニ該當セサルモノトス

三 被告人ハ當事者タルノ地位ヲ有スルト同時ニ亦證據方法タルノ地位ヲ有スルモノナルコトハ既ニ述ヘタルカ如シ本節ニ於テハ主トシテ當事者トシテノ

被告人ヲ論究シ證據方法トシテノ被告人ハ後編證據ノ部ニ於テ之ヲ説明スヘシ

被告人ノ當事者能力

第二款 被告人ノ當事者能力

一 犯罪者トシテ訴追セラレタル者ハ形式上總テ被告人ト指稱スヘシト雖モ其訴追カ適法ナルニハ被告人ニ當事者能力アルコトヲ必要トス若シ當事者能力ナキ者ヲ訴追シタルトキハ其公訴ハ不適法トシテ公訴不受理ノ判決ヲ受クルニ至ルモノトス

當事者能力ノ意義

二 當事者ノ意義ハ實體的及形式的ノ二様ノ別アルコトハ既ニ述ヘタルカ如シ而シテ被告人ノ當事者能力ノ問題ハ形式的意義ニ於ケル當事者トシテノ能力ニ關スルモノト不即チ形式的意義ニ於テ當事者トハ訴訟手續上攻撃防禦ノ權利ヲ以テ相對立スル適格ヲ云ヒ被告人トハ其受動的一方ヲ云フモノニシテ要スルニ如何ナル者カ訴訟上受動的適格者トシテ認めラルヘキヤノ問題ナリトス斯ノ如ク被告人ノ當事者能力ノ問題ハ全ク訴訟法の觀念ナルカ故ニ實體的

權利關係ニ付テノ能力即チ刑事上ノ責任能力トハ全ク關係アルコトナシ然レトモ刑事訴訟ハ刑罰法上ノ權利關係ヲ確定スルコトヲ目的トスルモノニシテ刑罰法上ノ權利關係ハ他ノ權利關係ト同シク人格者ト人格者トノ間ニ於テノミ生スルモノナレハ人格ヲ有セサルモノハ當事者能力ナキコト論ヲ俟タス而シテ苟モ人格ヲ有スル以上ハ責任能力ノ有無等實體法上ノ犯罪成否ニ關スル事情ニ關係ナク總テ當事者能力アルモノト云ハサルヘカラス何トナレハ實體法上責任ヲ負フ能力アリヤ否ヤ公訴事實ヲ被告カ行ヒタリヤ否ヤ又其事實ハ犯罪ヲ構成スルヤ否ヤ等ノ犯罪成立ニ關スル主觀的及客觀的事實ハ何レモ刑事訴訟ニ依テ明ニセントスル事物ニシテ是等ノ事物ヲ明ニセンカ爲メ攻撃防禦ノ權利ヲ以テ對抗スルコトヲ法律カ認メタルモノナレハナリ故ニ純理上人ハ總テ當事者能力ヲ有スルモノト解スヘク又法文上之ニ關シテ何等ノ制限アルコトナキノミナラス責任無能力者ノ如キモ當事者能力アリト認メタルノ趣旨ハ第七十九條ノ二第一號第三號第四號及第八十三條ノ規定ニ徴シ之ヲ推測スルニ難カラズ

久

犯罪無能力者ト當事者能力

三 學者或ハ十四歳未滿ノ幼者又ハ精神喪失者ノ如キハ實體法上絶對ニ犯罪能力ナク法律上全然刑罰法上ノ權利關係ヲ生シ得サルヲ理由トシ當事者能力ナシト論スル者アリ然レトモ右ノ如キ者カ犯罪能力ナキヤ否ヤモ要スルニ實體刑罰法ノ解釋問題ナリ唯餘リニ明白ニシテ疑ヲ容レサルカ故ニ裁判所ノ判斷ヲ待テ後知ルヘキニ非サルカ如シト雖モ而モ理論ヨリ之ヲ觀察セハ正シク裁判所ノ判斷ヲ受クヘキ重要ナル事項ノ一ニシテ他ノ犯罪要件ヲ缺キタル場合ト法律上ノ性質ニ於テ異ルコトナシ況ンヤ特殊ノ犯罪ニ付テハ全然意思能力ヲ缺ク者ト雖モ罪責ヲ負フヘキコトアルニ於テオヤ(例ハ酒造稅法三一條)從テ一般ノ犯罪ニ付キ十四歳未滿ノ幼者又ハ精神喪失者ヲ訴追シタルトキハ他ノ犯罪要件ヲ缺キタル者ヲ訴追シタル場合ト同シク無罪ノ本判決ヲ爲スヘキモノニシテ其訴追ヲ不適法トシテ公訴不受理ノ判決ヲ爲スヘキモノニ非サルナリ蓋一般ノ犯罪ニ付キ十四歳未滿ノ幼者ナルコト又ハ精神喪失者ナルコト明ナル場合ニ之ヲ訴追スルカ如キコトハ實際上生スヘカラサル所ニシテ訴追ノ當時ハ責任能力者ナリト信シ訴追シタルニ其後ノ調査ニ依リ責任無能力ナルコト判

明スルニ至リタル場合ニ於テ問題トナルモノトス但理論ヨリセハ之ヲ知リテ
 訴退シタル場合ト否トニ依リテ結論ヲ異ニスヘキニ非サルナリ之ヲ以テ當事
 者能力ノ欠缺ヲ理由トシテ公訴不受理ノ判決ヲ爲スハ人格ヲ有セサル財團又
 ハ組合ヲ訴退シ又ハ管テ生存シタルコトナキ虛無者若ハ死亡者ヲ訴退シ又ハ
 法人ノ代表者ヲ訴退セスシテ法人自體ヲ訴退シタルカ如キ場合ニ於テ生スル
 モノトス

法人代表者
ノ當事者能
力

四

法人ヲ訴退スル場合ニハ其代表者ヲ以テ被告人ト爲スモノナルコトハ前述
 ノ如シ即チ法人ニ對スル刑事訴訟ニ於テハ實體的意義ニ於ケル當事者ハ法人
 ナレトモ形式的意義ニ於ケル當事者ハ其代表者タルモノトス而シテ法人ナク
 ンハ其代表者アルヘカラサルカ故ニ代表者カ被告人タルハ法人ノ存立ヲ前提
 トスルモノナリ故ニ法人成立前又ハ消滅後ニ於テハ當事者能力ヲ有スル者ナ
 キヲ以テ適法ニ公訴ヲ提起スルヲ得ス又法人存立スルモ其代表者トシテ訴退
 セラレタル者ニ代表資格ヲ缺クトキハ即チ其者ハ當事者能力ナキヲ以テ其公
 訴ハ不適法タルヲ免レサルモノトス

右ノ如ク法人ノ代表者ハ被告人タル當事者能力ヲ有スト雖モ其能力ヲ有スル
 ハ法律ニ於テ法人カ犯罪主體タルコトヲ認メラレタル犯罪ニ關シテ訴退セラ
 ルル場合ニ止マルモノトス何トナレハ我現行法ニ於テハ法人ハ自然人ト異リ
 原則トシテ犯罪主體タル適格ヲ有セス唯特ニ法律ニ定メタル場合ニ於テ例外
 トシテ犯罪ノ主體ト爲ルニ止マリ而シテ法人ノ代表者ヲ被告人ト爲スハ法人
 カ犯罪ノ主體トシテ處罰セラルル犯罪事件ノ場合ノミニ關スルモノナルコト
 ハ前項法人ニ於テ租稅及葉烟草專賣ニ關シ事犯アリタル場合ニ關スル法律(明治三
 五年法)第二條ニ法人ヲ處罰スヘキ場合ニ於テハ法人ノ代表者ヲ以テ被告人
 トスト規定シ煙草專賣法乃至メチールアルコホル取締規則等ニ於テモ孰レモ
 當該犯罪事件ニ關シテ法人ヲ處罰スヘキ場合ニハ其代表者ヲ被告人ト爲スノ
 趣意ノ規定アルニ依リ文理上明白ナルヲ以テナリ從テ法人ヲ犯罪主體トシテ
 認メサル犯罪ニ關シ其代表者ヲ被告人トシテ訴退シタルカ如キ場合ニ於テハ
 當事者能力ノ欠缺ヲ理由トシテ公訴不受理ノ判決ヲ爲スヘク犯罪ノ不成立ヲ
 理由トシテ無罪ノ判決ヲ爲スヘキニ非サルナリ

五 茲ニ疑ノ存スルハ清算中ノ法人ニ關スル當事者能力ノ問題ナリ即チ法人解散スルモ清算中ニ係ル場合ニ於テハ其代表者タル清算人ヲ被告人トシテ訴追スルコトヲ得ルヤ否ヤ是ナリ此點ハ學說一定セスト雖モ積極ニ解スルヲ相當トスヘシ蓋法人ハ解散スルモ清算ノ目的ノ範圍内ニ於テハ清算終了ニ至ルマテ尙ホ存續スルモノト看做サルモノニシテ直ニ法人ノ消滅ヲ來スモノニ非ス(民七三條)而シテ法人ノ刑事責任ハ現行法上財産刑ニ止マルカ故ニ刑事訴訟ノ結果ハ要スルニ法人ノ財産ヲ徵收セララルヤ否ヤニ歸スルモノトス從テ刑事責任ノ解決ハ清算ノ目的中ニ包含スルモノト認ムルヲ相當トスヘク又解散前ニ於ケル法人ノ行為ニ基ク責任ヲ處理スルコトハ清算ノ要項タル所謂現務ノ結了(民七九條)ニ該當スルモノト認ムヘケレハナリ大審院モ亦積極ノ見解ヲ採ル(四〇日大判)然レトモ清算終了ニ至ルトキハ法人ハ全然消滅スルヲ以テ其後ニ於テハ之ニ對シテ訴追ヲ爲スコトヲ得ス又訴訟手續繁屬中清算終了シタルトキハ自然人死亡ノ場合ト同一ニ處理セサルヘカラサルニ至ル又合併ニ因リ解散シタルトキハ直ニ法人ノ消滅ヲ來シ合併ニ因リ生シタル法人ハ全ク別

箇ノ人格ニシテ前法人ノ繼續ト認ムヘカラサルヲ以テ清算終了ノ場合ト同一ノ結果ヲ生スルモノトス之ヲ以テ法人ノ刑事責任ヲ免レンカ爲メ故ラニ合併ニ因ル解散ヲ企テ又ハ急遽清算ノ終了ヲ圖ル等ノ弊ナキヲ保セス故ニ大正四年法律第十八號ヲ以テ法人ノ業務ヲ執行スル社員取締役理事監查役又ハ監事ニシテ刑事訴追又ハ刑ノ執行ヲ免レン爲メ合併其他ノ方法ニ依リ法人ヲ消滅セシメタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處スヘキ旨ヲ定メ以テ其弊ヲ矯メンコトヲ期セリ

第三款 被告人ノ訴訟能力

訴訟能力又ハ訴訟上ノ行為能力トハ訴訟行為ヲ有效ニ爲シ得ル能力ニシテ當事者能力トハ別箇ノ觀念ナリ即チ當事者能力ヲ有スル被告人ト雖モ有效ニ訴訟行為ヲ爲スニハ更ニ一定ノ能力ヲ有ス又當事者能力ナキ者ト雖モ必然訴訟能力ナキモノニ非ス例ハ代表權ナキ者カ法人ノ代表者トシテ訴追セラレタルカ如キ場合ニハ當事者能力ナシト雖モ之ヲ理由トシテ公訴不受理ノ判決ヲ

得シカ爲メニ有效ニ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得ルカ如シ

二 民法及民事訴訟法ハ私法上ノ行爲能力若ハ民事訴訟能力ニ付キ規定ヲ設ケタリト雖モ刑事訴訟法ハ訴訟能力ニ付キ何等ノ規定ヲ設ケス故ニ純理ニ從ヒテ之ヲ決セサルヘカラス抑被告人カ當事者トシテ爲ス訴訟行爲ハ訴訟法上ノ效果ヲ生セシメントスル意思表示ナルヲ以テ意思表示ニ關スル一般ノ理論ニ從ヒ正則ニ意思ヲ決定シ之ヲ表示スルノ能力アルコトヲ必要トスヘク而シテ此能力ノ有無ハ專ラ事實上決スヘキモノニシテ刑法上ノ責任能力ト相關セス又民事上ノ行爲能力ニ拘ハラサルモノトス故ニ十四歳以下ノ幼者ノ如キ又ハ禁治產者ノ如キモ必シモ訴訟能力ナシト云フヲ得ス唯幼者ニシテ事實上事理ノ辨別ナク又ハ實際上白痴癡癲ノ狀態ニ在ル者ノ如キハ即チ訴訟能力ナキモノニ屬ス

被告人訴訟能力ヲ有セサル場合ニ於テハ特別代理人ヲ設ケテ被告人ノ爲メニ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得セシムルヲ立法上當ヲ得タルモノトス現行法力之ニ關スル規定ヲ缺クハ缺點タルヲ免レス

三

法人ノ犯罪ニ關シテハ其代表者タル自然人ヲ被告人トシテ訴追スルモノナルカ故ニ此場合ニ於テハ其訴訟能力ハ右ニ述ヘタル法則ニ依リ決スヘキモノナルモ若シ誤テ法人自體ヲ被告人トシテ訴追シタルカ如キ場合ニ於テハ當該法人ハ有效ニ訴訟上ノ防禦行爲ヲ行フコトヲ得ルヤ否ヤ此問題ハ法人ハ行爲能力ヲ有スルヤ否ヤノ法人ニ關スル根本的理論ノ問題ニシテ其研究ハ主トシテ民法法人論ノ領域ニ屬スルヲ以テ細說ヲ省キ唯簡單ニ所見ヲ述ヘンニ余ハ法人ハ行爲能力ヲ有スト信ス蓋法人ハ法律ニ因テ人格ヲ認メラレタル實在ノ組織體ナリ而シテ之ヲ組成スル個人又ハ寄附行爲者タル個人トハ別箇ナル固有ノ目的意思及生活機能ヲ有スルモノニシテ其自然人ト異ル所ハ自然人ハ生理的ニ自然ニ發生スルモノナルモ法人ナル組織體ハ人類共同生活ノ必要ニ基キテ社會的ニ生スルモノナリ然レトモ法律ニ因リテ人格ヲ認メラレタル點ニ於テハ異ルコトナシ又自然人ノ意思ハ生理的作用ニ因リテ發生スルモノニシテ自然ニ具有スル機能ニ依リテ意思ヲ決定シ表示スルモ法人ハ法律定款若ハ寄附行爲ニ依テ定メラレタル機關ヲ有シ其機關ノ活動ニ因リ意思ヲ決定表示

シ而シテ其意思ハ全ク法人ノ意思タルモノトス例ハ殊主總會ノ決議ハ即チ會社ナル組織體ノ意思ニシテ株主タル各個人ノ意思ニ非サルカ如シ斯ノ如ク法人ニハ其固有ノ意思アリ之ヲ表示スヘキ機關アル以上ハ理論上法人モ亦行爲能力アルモノト云ハサルヘカラス從テ法人ノ刑事訴訟行爲ニ付キ何等ノ規定ナキニ於テハ理論ノ示ス所ニ從ヒ訴訟能力アリト云フヲ正當トスヘク而シテ訴訟行爲ヲ爲スニ付テハ法人ノ行爲ニ關スル一般ノ法則ニ從フモノト解セサルヘカラス

第四款 被告人ノ權利

法律ハ被告人ニ對シ其權利利益ヲ保護スルコトヲ得セシメンカ爲メ種々ノ權利ヲ付與シタリ而シテ訴訟能力ヲ有スル被告人ハ即チ是等ノ權利ヲ有效ニ行フコトヲ得ルモノトス左ニ其權利ノ主要ナルモノヲ分類シテ説示スヘシ

(1) 正當ナル管轄裁判所ニ於テ裁判ヲ受クルノ權 管轄裁判所ノ指定及移轉申請權並ニ管轄違ノ異議權即チ是ナリ(刑訴三二條、三七條、三八條、三九條)

被告人ノ權利

(2) 偏頗ノ恐ナキ裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權 裁判所職員ニ對スル忌避申請權是ナリ(刑訴四五條)

(3) 訴訟手續ニ參與シ防禦作用ヲ行フノ權 此權利ハ訴訟手續ノ段階ニ從テ同シカラス即チ豫審ト公判トニ依リテ甚シク廣狹ノ差アリ

(A) 豫審ノ段階ニ於テ法律カ認メタル權利ノ主要ナルモノ左ノ如シ

(イ) 證據ノ集取ヲ請求スルノ權(刑訴九條)

(ロ) 檢證搜索物件差押ニ立會スルノ權(刑訴一〇九條八條)

(ハ) 供述書ノ謄本ヲ請求スルノ權(刑訴九條)

(B) 公判ノ段階ニ於ケル權利ノ主要ナルモノ左ノ如シ

(イ) 公判手續ニ立會スルノ權(刑訴二二七條四條)

(ロ) 疾病ニ因ル訴訟手續停止後手續更新ヲ請求スルノ權(刑訴八三條)

(ハ) 辯護人ヲ使用スルノ權(刑訴一七九條、二八三條)

(ニ) 公訴不受理申立權(刑訴八六條)

(ホ) 公判手續ニ付キ異議申立權(刑訴九九條)

第二章 當事者 第四節 被告人 第四款 被告人ノ權利

(ハ) 證據調申請權(刑訴一九八條、一九八條、二三八條)及證人ニ對シ發問ヲ請求スルノ權(刑訴一四九條)並ニ不實ノ供述ヲ爲シタル證人鑑定人ニ對スル偽證ノ彈劾權(刑訴九五條)

(ト) 辯論權及最終發言權(刑訴二〇條)

(チ) 判決ノ正本、謄本及抄本請求權(刑訴六條)

四 裁判ニ對スル不服申立權 裁判ニ對シ不服アル場合ニ於テハ故障、上訴、再審等ノ申立ヲ爲スコトヲ得(刑訴二二條、三〇八條、二二條)

五 勾留中他人ト接見及書類授受ノ權(刑訴八條)並ニ保釋請求權(刑訴一〇條)

被告人ノ義務

第五款 被告人ノ義務

一 被告人ハ裁判所ノ法廷警察權ニ服從スヘク(裁審一〇八條)又裁判所及檢事等カ刑事訴訟法ニ依リ認メラレタル權利ヲ行使スルニ付キ之ヲ認容シ妨害スヘカラサル消極的義務ヲ負フモノナルコトハ疑ヲ容レス(例ハ勾引、勾留、搜索、差押等ノ行爲ヲ認容セサルヘカラサルカ如シ)而シテ積極的方面ニ於テモ一定ノ

場合ニ於テ假住所選定ノ義務アリ又自己ノ供述ヲ錄取シタル豫審調書ニ署名捺印スヘキ義務アルコトハ明文上疑ナク(刑訴一八條)又直接ノ明文ナキモ一定ノ場合ニ於テ召喚、呼出ニ應シ出頭スルノ義務アルコトハ解釋上明ナリ即チ法律ハ豫審判事又ハ公判裁判所ニ被告人ニ對シテ召喚狀又ハ呼出狀ヲ發シテ出頭ヲ命スルノ權ヲ與ヘ豫審判事ハ之ニ應セサル場合ニ勾引狀ヲ發シテ強制的ニ引致スルコトヲ得ルモノト爲シ又公判ニ於テハ呼出ニ關スル一定ノ條件ヲ缺ク場合ニ於テノミ出頭ノ猶豫ヲ求ムル權利ヲ被告人ニ認メタル法規アルニ徴シ(刑訴七一條、二)之ヲ知ルヲ得ヘシ但公判裁判所ノ呼出ニ對シテハ罰金以下ノ刑ニ該ル事件ノ被告人ハ代人ヲ差出スコトヲ得ヘク又勾引狀ハ禁錮以上ノ刑ニ該ルヘキ被告人ニ對シテニ非サレハ之ヲ發スルコトヲ得サルモノト爲シタルカ故ニ公判裁判所ノ呼出ニ對シテハ禁錮以上ノ刑ニ該ル事件ノ被告人ハ呼出ニ應シテ出頭スルノ義務アルモ罰金以下ノ刑ニ該ル事件ノ被告人ハ呼出ニ應シテ自ら出頭スルノ義務ナキモノト解セサルヘカラス(刑訴一七八條)而シテ出頭ノ義務ハ召喚狀ノ送達ト出頭トノ間二十四時ノ猶豫ナキトキ又ハ呼出狀

○供述義務ノ
存否

通説
一ノナシ

林氏
一アリ

ノ送達ト出頭トノ間二日ノ猶豫ナキトキハ之ヲ拒ムコトヲ得ヘシ(刑訴六九條)

二 被告人ハ訊問ニ對シ眞實ヲ供述スルノ義務アリヤ否ヤハ疑ヲ存スト雖モ通説ハ之ヲ(消極)ニ解セリ其理由トスル所ハ(1)被告人ニ當事者ノ地位ヲ認め防禦權ヲ與ヘタル以上ハ犯罪事實ヲ告白スルノ義務ナキモノト爲スヲ當然トスヘク(2)法文ニ於テモ全然此義務ヲ肯定シタルモノナク又(3)直接間接ニ之ヲ強要スヘキ方法一モ存在セス殊ニ(4)法律カ被告人ヲシテ其罪ヲ自白セシムル爲メ恐嚇又ハ詐言ヲ用ユルコトヲ禁シ(刑訴九)又被告人出頭シテ辯論スルコトヲ肯セサルトキハ對席トシテ裁判スヘキ旨ヲ定メタルカ如キハ(刑訴一)却テ法律ハ被告人ニ眞實ヲ供述スヘキ義務ヲ認メタルニ非サルコトヲ推知スルニ足ルト云フニ在リ

然レトモ余ハ寧ロ(積極)ニ解スルヲ以テ其當ヲ得タルモノナルヲ信ス其理由左ノ如シ

(1) 被告人ニ眞實ヲ供述スルノ義務ヲ肯定スルハ當事者タル地位ト相容レサルモノニ非ス蓋被告人ヲ訴訟主體トシテ之ニ防禦權ヲ認ムト雖モ被告人ノ

防禦權ト供述義務トハ相牴觸セス揚クトモ供述義務ヲ認ムルノ故ヲ以テ防禦權ヲ否定スルノ結果ヲ生スルコトナシ何トナレハ(防禦)ノ正當ナル作用ハ自己ノ權利利益ヲ正當ニ保護スル爲メ攻撃ヲ排除スルニ在リ即チ不當ナル事實ノ認定ヲ受ケ不法ナル法律ノ適用ヲ受ケ又ハ過當ナル科刑ヲ受クルニ依リテ自己ノ權利利益ヲ害セラルルニ至ルヘキコトヲ防カンカ爲メ抗爭スルニ存ス故ニ眞實ヲ供述シ而シテ尙ホ優ニ防禦權ヲ行フコトヲ得ルモノニシテ兩者ノ併立ヲ認ムルモ觀念上毫モ相牴觸スルコトナシ從テ被告人ニ當事者タル地位ヲ認メタルノ結果當然供述ノ義務ナシト論スルヲ得サルモノニシテ此種ノ論ハ被告人ハ當事者タル地位ト同時ニ證據方法タル地位ノ存スルコトヲ無視スルモノト謂ハサルヘカラス

(2) 外國ノ立法ニ於テハ被告人ノ訊問ハ一ニ被告人ノ利益ノ爲ニ公訴事實ニ對スル辯解ヲ爲サシムルヲ目的トシ之ニ對シテ供述スルト否トヲ被告人ノ自由ニ委ネ義務トシテ供述ヲ命セサルモノアリ(刑訴一三六條、同草案一〇一三四條、アルガリヤ刑訴二一)立法上ノ見解トシテハ此義務ヲ認ムヘキヤ否ヤ

第二章 當事者 第四節 被告人 第五款 被告人ノ義務

ハ頗ル考慮ニ値ス然レトモ我訴訟法ニハ之ニ關スル明文ナキヲ以テ論理的解釋ニ依リテ法ノ趣旨ノ存スル處如何ヲ探究シ以テ供述義務ノ存否ヲ決セサルヘカラス

(3) 我刑事訴訟法ハ其第九十三條ニ於テ豫審判事ハ先ツ被告人ヲ訊問スヘキ旨ヲ定メ又公判ニ關スル第二百十九條ニ於テ判事ハ被告事件ニ付キ被告人ヲ訊問スヘキ旨ヲ規定シ裁判所カ被告人ニ對シ公訴事實ニ付キ訊問權ヲ有スルコトヲ明ニシタリ此訊問ニ對スル被告人供述義務ノ存否ヲ決センニハ先ツ此訊問ノ目的ヲ明ニセサルヘカラス余ハ此訊問ノ目的ハ眞實ノ發見ニ在リト解ス蓋罪ヲ犯シタル者ハ實體法上之ニ相當スル刑罰ニ服スルノ義務アリ刑事訴訟ハ此刑罰法上ノ權利關係ヲ適確正當ニ確定センコトヲ目的トスルモノニシテ此目的ヲ達センニハ必スヤ事實ノ眞相ヲ把握スルコトヲ以テ第一義ト爲ササルヘカラス即チ實質的眞實ノ發見ヲ主義トスルモノニシテ之ニ關シテハ既ニ第一編ニ於テ述ヘタル所ノ如シ故ニ刑事訴訟ニ於ケル事實及證據ノ審理ハ一ニ眞實發見ノ目的ノ下ニ行ハルルモノニシテ被告人

訊問ノ目的モ亦茲ニ存スルモノト解セサルヘカラス而シテ此主義ノ下ニ於テハ民事訴訟ノ如ク當事者ノ承認ニ基ク假定ノ事實ヲ判斷ノ基礎ト爲スコトヲ認メサルト同時ニ眞實發見ヲ妨害シ若ハ困難ナラシムルカ如キ行爲ハ之ヲ認ムルコトヲ得サルハ固ヨリ其所ナリ夫レ斯ノ如ク被告人訊問ノ目的ハ眞實ノ發見ニ在リ故ニ被告人ニ防禦權ヲ認ムト雖モ其範圍ハ自己ノ權利利益ヲ保護スル爲メ不法不當ナル攻撃ヲ排除スルニ止マリ事實ヲ隱蔽故造シ又ハ曖昧不明ナラシメ以テ眞實發見ヲ妨害シ若ハ困難ナラシムヘキ權能ヲ包含スルモノト認ムルヲ得ス之ヲ以テ法律カ裁判所ニ被告人ヲ訊問スルノ權利ヲ認メタル以上ハ其權利ニ對シ被告人ハ之ニ適應スル義務アルモノト認ムヘク即チ眞實ノ事實ヲ告白シ而シテ自己ノ利益トスル點ニ付キ辯解ヲ盡スヘク防禦權アルノ故ヲ以テ事實ノ供述ヲ拒否スルノ權アルモノト爲スヲ得サルナリ蓋訊問トハ答辯ノ要求ナリ故ニ事實ノ訊問ニ對スルモノハ事實ノ供述ナリ若シ此權利ニ對シテ供述ノ義務ナシトセンカ裁判所カ憲法ニ基キ法律ニ依リ認メラレタル審問權ハ殆ント空名ヲ存スルニ過キスシテ

檢事司法警察官等カ捜査手續上供述ヲ聽取スルト實際上異ルコトナキニ至ルヘシ

(4) 學者或ハ外國ノ立法ニ於テ被告人ノ訊問ハ被告人ノ利益ノ爲ニ公訴事實ニ對スル辯解ヲ爲サシムルコトヲ目的トスルモノト爲セルモノアルカ爲メ之ヲ我訴訟法ノ解釋ニ充用セントス思フニ我訴訟法ノ下ニ於テモ被告人ハ公訴事實ノ訊問ニ際シ自己ノ利益ノ爲メニ辯解ヲ爲スノ機會ヲ得ルコト多カルヘシト雖モ之ヲ以テ其唯一ノ目的ナリト爲スカ如キハ明文ヲ俟テ始テ之ヲ言フヘク何等之ニ類スル規定ナキ我訴訟法ノ解釋トシテ直ニ之ヲ援引襲用スルヲ許サス何トナレハ實質的眞實發見主義ハ必然ノ歸結トシテ何人ニ對シテモ事實ノ真相ヲ告白センコトヲ要望スヘク被告人ニ對シ事實ノ真相ヲ開示スルコトヲ拒否セシメ而シテ單ニ自己ニ利益ナル辯解ノミヲ爲サシムルコトヲ認ムヘキ理論上ノ根據ナケレハナリ加之我訴訟法ニ於ケル勾引及ヒ對質ニ關スル規定ハ却テ法律カ被告ニ供述義務ヲ認メタルモノナルコトヲ推論スルニ足ルヘシ即チ刑事訴訟法ノ規定ニ依レハ被告人呼出ニ應

シテ出頭セサルトキハ裁判所ハ勾引狀ヲ發シテ引致スルコトヲ得ヘシ(刑一八條一七)此場合ニ於ケル勾引ハ全ク被告事件ニ對スル訊問ノ爲メ被告人ヲ裁判所ニ出頭セシムル強制處分ニ外ナラス是豈被告人ニ供述義務アルコトヲ肯定スルモノニ非スシテ何ソヤ若シ法律カ被告人ニ對シテ供述ノ義務ヲ課セス單ニ其利益ノ爲メ辯解ヲ爲スノ權利ヲ認ムルニ過キストセハ被告人自ラ此權利ヲ拋棄シテ出頭セサル場合ニ其出頭ヲ強制スヘキ理由全ク存スルコトナシ尤モ或立法例ノ如ク被告人闕席ノ儘判決ヲ爲スヲ得サル法制ノ下ニ於テハ被告人ニ供述義務ヲ認メスシテ而モ勾引スルノ理由ヲ解シ得ヘシ然レトモ我訴訟法ハ闕席判決ヲ認ムルモノナルヲ以テ訴訟手續ノ進行ニ付キ毫モ被告人ノ現在ヲ必要トスルコトナシ故ニ呼出不應ノ場合ニ於ケル勾引ハ供述義務ノ存在ヲ前提トスルニ非サレハ之ヲ解スルコト難カルヘシ又我刑事訴訟法ノ規定ニ依レハ被告人ハ事實發見ノ爲メ必要ナリト認メラルルトキハ他ノ被告人又ハ證人トノ對質訊問ヲ受クヘシ而シテ對質訊問ヲ爲スヘキヤ否ヤハ一ニ裁判所ノ決スル處ナリ(刑九八條一二七條)此規定ノ如キモ亦被

告人ニ事實ヲ供述スヘキ義務ヲ認メタルノ趣旨ヲ見ルニ足ルヘシ何トナレハ若シ被告人ニシテ單ニ其利益ノ爲メ辯解ヲ爲スノ權アルニ止マルモノトセハ對質ノ如キハ被告人自ラ之ヲ希望スルトキニ於テ爲スヘキモノト爲スコト洪牙利刑事訴訟法第三百三十八條ノ如クナラサルヘカラサレハナリ要スルニ呼出不應ノ場合ニ於ケル勾引ト云ヒ又職權ニ依ル對質ト云ヒ何レモ被告人カ眞實發見ノ目的ニ利用セラルヘキ法律上ノ義務アルコトヲ肯定シタルモノト謂ハサルヘカラス

(5) 消極論者ハ刑事訴訟法第九十四條ニ豫審判事ハ被告人ヲシテ其罪ヲ自白セシムル爲メ恐嚇又ハ詐言ヲ用ユ可カラストアルヲ引用シテ供述義務否定ノ根據ト爲スト雖モ此條文ノ如キハ訊問ノ方法ニ關スル準規ヲ定メタルモノニシテ被告ノ供述義務ニ何等ノ關係アルコトナシ蓋シ被告人訊問ノ目的ハ眞實ノ發見ニ存スルヲ以テ訊問ノ方法ハ亦此目的ニ副フモノナラサルヘカラス而シテ被告人ヲ脅威シ若クハ詐略ヲ用キテ訊問者ノ期待スル供述ヲ要求シ若クハ誘出スルカ如キハ實ニ正義公道ニ合セサルノミナラス之ニ因

リテ得タル供述ノ價值亦頗ル疑フヘク到底眞實發見ノ目的ニ適合セサルヲ以テ斯ノ如キ訊問方法ハ被告人ノ供述義務ヲ認ムルモ之ヲ許スヘキニ非サレハナリ殊ニ同條ノ定ムル處ハ自白ノ強要ヲ禁スルニアリテ其他ノ供述ニ及ハス是レ抑モ由來スル所アリ蓋シ現今ノ如ク彈劾ノ方式ヲ採用スル訴訟法ノ下ニ於ケル被告人ノ訊問ハ被告ノ自白ヲ追及スルニ非サルヤ殆ント言ヲ俟タス何トナレハ自白トハ公訴事實ノ承認ニ外ナラス而モ刑事訴訟ノ目的ハ公訴事實カ果シテ存スルヤ否ヤヲ明カニセントスルニ存シ公訴事實其モノヲ確定セントスルニ非サルヲ以テ被告人ニ對シテ公訴事實ノ承認ヲ求ムル理由アルコトナシ公訴事實ニシテ眞ニ存在セハ法律ハ被告人カ之ヲ承認センコトヲ欲スルヤ勿論ナルモ之ニ反シテ公訴事實ニシテ實際上存在セサル場合ハ被告人ニ於テ之ヲ否認センコト亦法律ノ望ム所ナリ故ニ被告人訊問ノ目的カ被告ノ自白ヲ得ンカ爲メニ行ハルルモノニ非サルコトハ多ク辯ヲ要セサレハナリ然レトモ往時自白ヲ重要視セル治罪手續ノ下ニ於テハ自白ヲ追及スル爲メ所有ル方法ヲ講シ其巧ニ期待セル自白ヲ臆テ得ルヲ以

テ能事終レリト爲シタルコトアルヲ以テ其擧ニ倣フコト勿ラシメンカ爲メ特ニ法文ニ之ヲ宣言シタルニ過キス近代ノ進歩シタル訴訟法ノ下ニ於テハ全ク自明當然ノ事ニ屬シ毫モ被告ニ供述義務アルヤ否ヤヲ決スルノ資ト爲ルヘキニ非サルナリ又刑事訴訟法第百八十二條ニ被告人出頭シテ辯論スルコトヲ肯セサルトキハ對席トシテ裁判スヘシトノ規定アルヲ理由トシ被告人ハ供述ヲ肯セサルノ權利ヲ有スト解スルカ如キモ是レ甚タシキ誤解ナリ蓋シ同條、我刑事訴訟法ハ實質的眞實發見主義ノ下ニ職權ニ依リテ各般ノ證據ヲ取調ヘ判決ヲ爲スモノナレハ被告人辯論ヲ爲ササルノ故ヲ以テ懈怠ノ責ヲ之ニ歸セシメ不利益ナル判決ヲ爲スコトナキカ故ニ從テ其判決ニ對シ故障ヲ許スヘキ理ナキヲ以テ此場合ニハ民事訴訟ニ於ケルカ如ク對席判決ヲ言渡サスシテ對席判決ヲ爲スヘキ旨ヲ明カニシタルニ過キス毫モ之ヲ以テ供述義務否定ノ根據ト爲スニ足ラサルナリ又我訴訟法上被告ノ供述ヲ強制スヘキ方法ハ直接ニモ間接ニモ存在セサルコトハ消極論者ノ言フ所ノ如シト雖モ義務ノ存否ト強制方法ノ存否トハ全ク別個ノ觀念ニシテ義務ナ

クンハ強制ナシト雖モ強制方法ナキカ故ニ義務ナシト爲スコトヲ得サルヤ論ヲ俟タス蓋シ義務ノ存否ハ要スルニ法律上其者ノ負擔トシテ一定ノ行爲又ハ不行爲ヲ課セラレタルモノナリヤ否ヤニ依テ決スヘク義務不履行ニ對シテ直接ノ強制ヲ認ムルヤ又ハ間接ニ強要ノ方法ヲ採ルヤ又全ク何等強要ノ方法ヲ認メサルヤハ一ニ其義務ノ性質ト實際ノ事情ニ因テ定マルヘキ立法問題ニシテ義務ニシテ全ク強要ノ方法ナキモノ決シテ稀有ノ現象ニ非ス而シテ被告人供述ヲ拒否シタル場合ニ之カ強要ノ方法ナキ所以ノモノハ直接強要ノ方法タル拷問ハ固ヨリ之ヲ採ル可カラス又他ノ責罰ヲ科シテ間接ニ之ヲ強要スルコトモ實際ノ事情ニ適セサルモノアリ又不利益ノ推定ヲ爲スカ如キハ實質的眞實發見ノ大主義ニ牴觸スルヲ以テナリ故ニ之ヲ以テ直ニ義務ノ存在ヲ否定セントスルカ如キハ冠履轉倒ノ謬論ナルコト深ク辯スルノ要ナカルヘシ

要之被告人ハ當事者トシテ防禦權ヲ有スルト同時ニ證據方法トシテ眞實發見ノ目的ニ利用セラルル地位ヲ有スルモノニシテ此關係ニ於テ事實ヲ供述

スルノ義務アルモノト解スルヲ相當トスヘク而シテ強要方法ナシト雖モ義務ヲ肯定スルコトハ訴訟ノ進行ト秩序トニ實際上甚大ノ影響アルモノニシテ強要方法ナキノ故ヲ以テ義務ノ肯定ヲ無意味若ハ無益ナリト爲スカ如キハ未タ事ノ實際ヲ知ラサル者ノ言ノミ

三 右述フルカ如ク被告人ハ眞實ヲ供述スルノ義務ヲ有スト雖モ此義務違背ニ對シテハ法律上何等ノ制裁ナシ蓋此義務ノ違背ニ對シ制裁ヲ科スルハ實際ニ於テ過酷ナルノミナラス制裁ヲ科スルコトニ依リテ此義務ノ履行ヲ遂ケシムルコト實際ニ困難ナルヲ以テナリ又此義務ヲ履行セスト雖モ法律上不利益ノ推定ヲ爲サス蓋之ヲ理由トシテ不利益ノ推定ヲ下スカ如キハ實質的眞實發見ノ主義ニ副ハサレハナリ又往時ニ於テハ被告人ノ自白ヲ強要スル爲メ拷問ヲ許シタリト雖モ斯ノ如キ方法ハ之ヲ認メサルノミナラス刑罰ノ制裁ヲ設ケテ之ヲ禁遏スルモノナリ(刑法一四五條)

法律上代理人ノ權利

第五節 法律上代理人

一 法人ノ代表者ハ被告人タル地位ヲ有スルコトハ既ニ述ヘタルカ如シ茲ニ論セントスルハ自然人ノ法律上代理人ニ關スルモノナリ

未成年者又ハ禁治産者ノ後見人又ハ親權者ノ如キ法律上代理人(民法ノ用語ニハ「代理人」ハ私法上ノ行爲竝ニ民事訴訟行爲ニ付キ未成年者又ハ禁治産者ヲ代理スルノ權ヲ有スト雖モ刑事訴訟行爲ニ付テハ之ヲ代理スルノ權限ヲ有セス然レトモ刑事訴訟法ハ法律上代理人ニ對シ被告人ノ權利利益ヲ保護スル爲メ一定ノ範圍ニ於テ刑事訴訟ニ干與スルノ權利ヲ與ヘタリ法文ニハ單ニ法律上代理人トアリテ制限スル所ナキカ如キモ法律上代理人ニ一定ノ權利ヲ認ムルハ被告人ノ智能ノ足ラサルヲ補ハシムルノ趣意ニ外ナラサルヲ以テ不在者ノ財産管理(民法二五條)ノ如キハ之ニ包含セサルモノト解スルヲ相當トス又現行法ハ保佐人又ハ夫ニ對シテハ何等ノ權利ヲ認ムルコトナシ

二 刑事訴訟法カ認メタル法律上代理人ノ權利ヲ舉タレハ左ノ如シ

- (1) 保釋ノ請求ヲ爲スノ權(刑訴一五條二項)
- (2) 補佐人ト爲リ公判ノ手續ニ干與スルノ權(刑一八條一)

法律上代理人ノ權利

法律上代理人ハ被告人カ訴訟能力ナキ場合ナルト否トヲ問ハス補佐人ト爲
 リテ辯論ニ與カルコトヲ得法文ニ所謂辯論トハ公判期日ニ於テ爲スヘキ訴
 訟行爲ヲ謂フモノナリ即チ公判ニ於テ證據ノ申出ヲ爲シ取調ヘラレタル證
 據ニ付キ意見ヲ述ヘ證據物件ニ付キ辯解ヲ爲シ又ハ事實及法律上ノ辯論ヲ
 爲スカ如キ是ナリ然レトモ法律上代理人ハ法律上當然補佐人ト爲ルニ非ス
 補佐人ト爲ルト否トハ法律上代理人ノ權能ニ屬スルモノニシテ裁判所ニ對
 シ補佐人ト爲ルノ申出ヲ爲シ茲ニ補佐人ノ地位ヲ生スルモノトス而シテ補
 佐人タルノ申出ヲ爲シタルトキハ訴訟關係人ト爲ルヲ以テ辯論ニ與ルノ外
 法律カ訴訟關係人ニ許シタル權利(刑訴三二條、三七條、四一、四二、四五、四八、三
 六、三七、三九、四一、四二、四五、四八、三〇
 三、七、二、三、八、二、三、五、七、二)ハ總テ之ヲ享有行使スルコトヲ得ルモノトス但補
 佐人ニ關スル規定ハ第四編公判ノ部ニ規定セラレタルモノナルヲ以テ事件
 カ公判ニ繫屬シタル後ニ非サレハ其適用ナキモノト解釋スルヲ相當トス

(3) 上訴權(刑訴二四、四條)

此權利ハ法律上代理人ハ總テ之ヲ有スルモノニシテ補佐人タルノ申出ヲ爲

シ訴訟關係人ト爲リタル者ナルコトヲ要セス
 法律上代理人ハ被告人ノ爲ニ辯護人ヲ選任スルノ權限ヲ有スルヤ否ヤハ一箇
 ノ問題ナリ後節辯護人ノ選任ノ部ニ於テ之ヲ説明スヘシ

第六節 任意代理人

一 被告人ハ自ラ訴訟行爲ヲ爲スヲ要シ他人ヲシテ代理セシムルヲ得サルヲ原
 則トス然レトモ例外トシテ特定ノ場合ニ於テ被告人ノ代理ヲ許スモノト爲セ
 リ即チ左ノ如シ

- (1) 罰金以下ノ法定刑ニ該ル被告事件ニ於テハ被告人ハ代理人ヲ選任スルコ
 トヲ得ヘク該代理人ハ公判ニ出頭シテ被告人ニ代リテ訊問ニ答ヘ其他被告
 人ノ爲シ得ヘキ總テノ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得ヘシ是レ刑事訴訟法第百八
 十三條第一項第二百十四條第一項第二百二十六條第一項ノ規定ニ徴シ明ナ
 リ但是等ノ規定ハ公判ニ關スルモノナルカ故ニ豫審ノ手續ニ付テハ全ク其
 適用ナキモノトス

右代理人ノ權限ノ範圍ニ付テハ異論ナキニ非スト雖モ第八十三條第一項ニハ被告人云々出頭スルコト能ハサルトキハ云々被告人代人ヲ差出シタルトキハ云々トアリ又第二百十四條第一項ニハ代人ヲシテ出頭セシムルコトヲ得ヘキ旨云々トアルニ由リテ之ヲ觀レハ期日ニ出頭シテ爲スヘキ訴訟行爲例ハ公判廷ニ於テ訊問ニ答ヘ證據ノ申出ヲ爲シ辯解ヲ爲シ又ハ辯論ヲ爲スカ如キ行爲ニ限ルモノト認ムルヲ正解トス蓋期日外ニ於テ爲スヘキ訴訟行爲ハ概ネ書面ヲ以テ意思表示ヲ爲スモノナレハ特種ノ場合ノ外必シモ特ニ代人ヲ許スノ必要存セサルヲ以テ此解釋ハ能ク立法ノ精神ニモ適合スルモノナリ從テ期日外ニ於テ爲ス訴訟行爲例ハ保釋ヲ申請シ辯護人ヲ選任スルカ如キ又ハ公判開廷前ニ證據調ノ申請ヲ爲シ其他判決ニ對シ上訴故障等ヲ爲スカ如キ行爲ハ委任代理人ヲ以テ爲スコトヲ得サルモノトス而シテ期日ニ於テ爲スヘキ行爲タル以上ハ之ニ付キ何等ノ制限ナキヲ以テ其結果ノ利不利如何ニ拘ラス被告人ノ爲ニ其效力ヲ生ズヘク又當事者トシテノ行爲ノミニ限ラス證據方法タル地位ニ基ク行爲ニ付キテモ代理スルモノト解ス

ヘキモノトス

- (2) 右ノ外法律ハ特種ノ場合ニ付キ任意代理ヲ認メタリ即チ臨檢、搜索、物件差押ノ處分ニ立會フ行爲及書類ノ送達ヲ受クル行爲是ナリ此場合ハ豫審及公判ニ於テ共ニ其適用アルモノトス(刑訴一〇八條、一九條、民訴一〇四條、一九條)
- 二 代理人ト爲ル資格ニ付テハ法律上全ク制限ナキヲ以テ苟モ訴訟能力ヲ有スル者ハ總テ被告人ノ選任ニ因リ代理人ト爲ルコトヲ得ルモノナリ

第七節 辯護人

第一款 總說

- 一 刑事訴訟ニ於テハ被告人ノ權利利益ヲ保護スル爲メ辯護人ナル特別ノ機關ヲ設ク抑彈劾式訴訟ニ於テハ被告人ヲ當事者ト認メ之ニ防禦ノ權利ヲ付與スルノミナラス又檢事ハ法律ノ正當ナル適用ヲ請求スルモノニシテ敢テ被告人ノ利益ノ方面ヲ顧慮セサルモノニ非ス又裁判所ハ實質的眞實ヲ發見シ合法適正ノ裁判ヲ爲スコトヲ期スルモノナリト雖モ檢事ハ被告人ニ對シ犯罪ノ嫌疑

辯護人
總說

ヲ懐キ公訴ヲ提起シタルモノナレハ先入主ト爲リ其著眼自ラ被告人不利ノ方面ニ向フノ虞ナキヲ保スヘカラス又裁判所ハ諸多ノ事件ヲ審判スルモノニシテ專ラ一事件ニ全力ヲ盡ス能ハサルノ憾ナキヲ得ス而シテ被告人ハ多クハ法律上ノ知識及訴訟上ノ經驗ニ乏シク然ラストスルモ一タヒ被告人ノ地位ニ立ツヤ心神ニ受クルノ影響多大ニシテ智力上ノ活動充分ナルコト能ハサルヲ通常トシ勾留ヲ受クルカ如キ場合ニ於テハ殊ニ著シキモノアリ到底其對手タル檢事ト拮抗スルコトヲ得サルモノトス茲ニ於テ乎被告人ノ力ノ足ラサルヲ補ヒ遺憾ナク防禦ノ方法ヲ講セシメ又判斷ノ材料ヲ豊富ナラシメ以テ裁判ノ正當適確ヲ期センカ爲メ法律ニ通曉シ訴訟ニ熟達シ檢事ト對抗スルノ力アル機關ヲ設ケ之ヲシテ專ラ被告人ノ權利利益ヲ擁護セシムルヲ以テ治罪ノ要道ニ適スルモノトス是レ辯護人制度ノ因テ生スル所以ナリ

二 之ヲ沿革ニ徵スルニ糾問式訴訟ノ時代ニ於テモ必シモ此制度ナキニ非スト雖モ彈劾式訴訟ノ主義ヲ採ルニ至リテ著シキ發達ヲ爲シ現時文明諸國ノ法制ニ於テハ此制度ヲ認メサルモノナシ唯其範圍程度ヲ異ニスルアルノミ我國ニ

於テ此制度ヲ認メタルハ實ニ治罪法以來トス(同法二六六條)現行刑事訴訟法ニ於テハ豫審ノ手續ニ於テハ辯護人ヲ付スルヲ許ササルモ公判ノ手續ニ於テハ事件ノ大小輕重ヲ問ハス總テ之ヲ許シ且重罪事件ニ付テハ必ス辯護人ヲ付スルコトヲ要スルモノト爲セリ

第二款 辯護人ノ種類

辯護人ノ種

一 辯護ハ必要辯護自由辯護官選辯護私選辯(單數辯護複數辯護)ノ三様ニ分類シテ觀察スルヲ通常トシ之ニ從テ辯護人ノ種類モ亦三様ニ觀察セラレ

(1) 必要辯護自由辯護
必要辯護トハ辯護人ノ立會ヲ法律上訴訟手續ニ必要ナル條件ト爲ス場合ヲ云ヒ自由辯護トハ訴訟手續ニ付キ法律上辯護人ノ立會ヲ必要ト爲ササル場合ニ於ケル辯護ヲ云フ現行法ニ於テハ重罪事件ノ公判ノ手續ニ付テハ必要辯護ノ主義ヲ採ル(刑訴二二六條二)但上告審ニ於テハ重罪ノ刑ノ言渡ヲ受ケタル者上告ヲ爲シ又ハ檢事ヨリ重罪ノ刑ニ該ル可キモノトシテ上告ヲ爲シ

タル場合ニ於テ必要辯護ノ制ニ依ルヘク事件ノ重罪タルト輕罪タルトニ拘
 ラサルモノトス(七六條)該重罪事件トハ死刑無期又ハ短期一年以上ノ法定刑ニ
 上ノ刑ヲ云フモノニシテ重罪事件ト重罪ノ刑トハ死刑無期又ハ六年以
 刑トハ同シカラス、刑施ニ九條三三條參照)故ニ是等ノ場合ニ於テ辯護人立
 會セサルトキハ其公判手續ハ違法タルヲ免レサルモノトス然レトモ辯護人
 ノ立會ヲ要スルハ受訴裁判所ノ公判ニ於ケル審理手續ニ關スルモノニシテ
 判決言渡ノ場合竝ニ受命判事受託判事ノ訊問及臨檢ノ場合ニ於テハ辯護人
 ノ立合ヲ要セサルモノトス(三三三七年四月九日、三四年四月一日、一八
 日、三七年一月二日、一六日大判同旨)

(2) 官選辯護、私選辯護

官選辯護トハ裁判所ニ以テ辯護人ヲ選任スル場合ヲ云ヒ私選辯護トハ被告
 人自ラ辯護人ヲ選任スル場合ヲ云フ
 左ノ場合ニ於テハ被告人自ラ辯護人ヲ選任セサルトキハ辯護人ヲ官選ス但
 必要辯護ノ場合ノ外ハ裁判所ハ必ス辯護人ヲ選任スルコトヲ要スルモノニ
 非ス之ヲ付スルト否トハ裁判所ノ裁量ニ存ス故ニ必要辯護ト官選辯護トハ
 混同スルコトナキヲ要ス(刑訴一七
 九條)

(3) 單數辯護、複數辯護

(イ) 必要辯護ノ場合
 被告人十五歳未満ナルトキ
 被告人婦女ナルトキ
 被告人聾者又ハ啞者ナルトキ
 被告人精神病ニ罹リ又ハ意識不十分ナルノ疑アルトキ
 被告事件ノ模様ニ因リ裁判所ニ於テ辯護人ヲ必要ナリトスルトキ
 (ホ) 單數辯護トハ一人ノ辯護人カ一人ノ被告人ノ爲メ若ハ數人ノ被告人ノ爲ニ
 辯護ヲ擔任スルヲ云ヒ其前者ヲ單獨辯護、後者ヲ共通辯護ト稱ス又複數辯護
 トハ數人ノ辯護人ニ於テ一人ノ被告人ノ辯護ヲ擔任スルヲ云フ
 重罪事件ノ官選辯護ニ付テハ單獨辯護ヲ原則トシ被告人及辯護士ニ異議ナ
 キトキハ共通辯護ニ依ルコトヲ得(刑訴二七
 七條)其他ノ官選辯護ハ單獨辯護ニ依
 ルヤ共通辯護ニ依ルヤハ裁判所ノ自由ナリ(刑訴一七九
 條)又私選辯護ニ付テハ
 單數辯護タルト複數辯護タルトハ全ク選任者ノ隨意ニ屬ス

複數辯護ニ付テハ其數ヲ制限スヘキヤ否ヤハ立法上重大ナル問題ナリ然レトモ現行法ニハ何等ノ制限ナキヲ以テ被告人ハ無制限ニ辯護人ノ多數ヲ選任スルコトヲ得ヘク裁判所ハ之ヲ局限スルノ權利ヲ有セサルモノトス

第三款 辯護人ノ選任及效力

辯護人ノ選任及效力

一 選任者

辯護人ハ官選辯護ノ場合ハ區裁判所ニ於テハ單獨判事、地方裁判所及控訴院ニ於テハ裁判長、大審院ニ於テハ大審院長之ヲ選任シ(刑訴一七九條ノ二、二項、二七六條、裁構)私選辯護ニ於テハ被告人之ヲ選任ス而シテ被告人辯護人ヲ選任セザリシカ爲メ裁判所之カ官選ヲ爲シタル後ニ於テモ被告人ハ辯護人選任ノ權利ヲ喪失スルモノニ非ス蓋私選ハ主ニシテ官選ハ補足的ナレハナリ又辯護人ノ選任ハ刑事訴訟行爲ナルヲ以テ訴訟能力ヲ有スルモノハ民法上行爲能力ノ有無ニ拘ラス之ヲ爲スコトヲ得ヘシ蓋被告人ト辯護人間ノ關係ハ民法ニ所謂準委任ナレハ民法上ノ能力ニ關係アレトモ裁判所ノ訴訟手續ニ干與スル關係即チ

辯護關係ハ全ク別箇ノ訴訟法的關係ナレハナリ即チ委任ハ合意ニ因リ成立シ選任ハ裁判所ニ對スル選任者ノ意思表示ニ依リテ成立スルモノナリ
法定代理人ハ被告人ノ爲ニ辯護人ヲ選任スルノ權限ヲ有スルヤ否ヤハ一箇ノ問題ナリ而シテ被告人カ事實上無能力ナル場合ニ於テハ法定代理人ニ此權利アリト爲スヲ通説トシ立法論トシテハ之ヲ可トスト雖モ解釋論トシテハ否定セサルヲ得ス何トナレハ辯護人ニ辯護ヲ委任スルハ民法上ノ行爲ナルヲ以テ特別ノ規定ヲ要セス法定代理人ニ於テ之ヲ爲シ得ヘシト雖モ辯護人ノ選任ハ訴訟法上ノ行爲ナルヲ以テ其權限アリト爲スニハ訴訟法ニ於テ之ヲ認メタルコトヲ要ス然ルニ刑事訴訟法ノ規定ニ依レハ辯護人選任ノ權ハ被告人之ヲ有スルモノニシテ(刑訴一七九條)法定代理人ハ補佐人ト爲リテ自ラ辯論ニ干與スルコトヲ得ルニ止マル(刑訴一八一條)ノミナラス辯護人ノ權利ハ補佐人ノ權利ヨリ其範圍廣ク其權利ハ辯論ニ干與スルニ止マラサルヲ以テ(例ハ記録ノ)明文ナキニ拘ラス補佐人ニ於テ其選任ヲ爲シ得ルモノト爲スハ當ヲ得タルモノニ非ス殊ニ被告人カ事實上無能力ノ場合ニ限リ此權限アリト爲スハ全然解釋論トシテノ根據

ヲ缺クモノナリ故ニ此問題ハ消極ニ決セサルヘカラス而シテ斯ノ如キ場合ニ於テハ裁判所ニ於テ辯護人ヲ付スヘキヲ以テ(刑訴一七)被告人ノ權利利益ヲ保護スルニ付キ實際上大ナル不都合ヲ生スルコトナキモノトス

二 被選任者ノ資格

被選任者ノ資格ハ官選辯護ト私選辯護トニ依リテ異ルモノアリ

(1) 官選辯護 官選辯護人タルヘキ者ハ區裁判所及地方裁判所ニ於テハ當該

地方裁判所所屬ノ辯護士タルヲ要シ(刑訴一七九條ノ二)大審院及控訴院ニ於

テハ當該裁判所所在地ノ辯護士中ヨリ選任スヘキモノトス(刑訴二七六條)

(2) 私選辯護 私選辯護人ハ裁判所所屬ノ辯護士中ヨリ之ヲ選任スルヲ通常

トシ裁判所ノ允許ヲ得タルトキハ辯護士ニ非サル者ト雖モ辯護人ト爲スコ

トヲ得ヘシ(刑訴一七)但大審院ニ於テハ辯護人ハ必ス辯護士タルヲ要ス(刑訴

一三條)右ニ所謂裁判所所屬ノ辯護士トハ辯護士名簿ニ登録シタル辯護士ヲ指

稱スルニ外ナラスシテ必スシモ當該裁判所所屬ノ辯護士タルコトヲ要スル

モノニ非ス官選辯護ノ場合ニ於ケル第七十九條ノ二第二項第二百三十七

被選任者ノ資格

條等ニハ其裁判所所屬辯護士トアルモ私選辯護ノ場合ニ於ケル第七十九條第二項ニハ單ニ裁判所所屬ノ辯護士トアルノ點ニ注意スルヲ要ス(辯護士法七條參照)

辯護士ニ非サル辯護人ニ付テハ何等資格ノ制限ナシ從テ内外國人タルト男女タルトヲ問フコトナシ然レトモ裁判所ノ允許ヲ絕對ノ條件トス而シテ允許ヲ與フルト否トハ全ク裁判所ノ自由ニ屬シ又一旦與ヘタル允許モ何時ニテモ之ヲ取消スコトヲ得ヘシ又允許ハ其裁判所ノ全公判手續ニ關シテ之ヲ與ヘ又ハ訴訟ノ或程度ニ關シテノミ之ヲ制限シテ付與スルコトヲ得ヘシト雖モ辯護權ノ内容ヲ制限スルコトハ之ヲ許ササルモノトス

補佐人タル法定代理人ハ辯護人ニ選任セララルコトヲ得ルヤ否ヤハ議論ノ存スル所ナルモ是等ノ者ト辯護人ノ地位トハ相容レサルモノニ非ス而シテ法律ニ何等制限ナク又法定代理人ト辯護人トハ訴訟上ノ地位ヲ異ニシ其權限モ同シカラス從テ是等ノ者カ辯護人ヲ兼スルコトハ實際上其必要存スルコトアルモノナリ故ニ積極ニ解スルヲ相當トスヘシ

選任ノ方法

三 選任ノ方法

選任ノ方法ニ付テハ法律ハ何等ノ方式ヲ定メス故ニ書面ヲ以テスルト口頭ヲ以テスルトヲ問ハスト雖モ通常官選辯護ハ選任書ヲ交付シ私選辯護ハ被告人ト連署ノ書面ヲ以テ届出ツルヲ例トス
茲ニ注意スヘキハ私選辯護ノ關係ハ被告人ヨリ選任ノ届出ヲ爲スニ依リテ效力ヲ生スト雖モ辯護人ハ訴訟手續上種々ノ權利義務ヲ有スルモノナレハ被告人カ選任ヲ爲スニ當リテハ辯護人ノ同意ヲ得ルヲ要ス此兩者間ノ關係ハ民法上準委任ニ該當スルモノナリ實際ノ慣例上被告人ノ辯護届ニ辯護人ノ連署ヲ經ルモノト爲セルハ此同意アルコトヲ明ニスルモノナリ

選任ハ選任者ノ意思表示ナルカ故ニ被告人ヨリ選任ノ届出ヲ爲サスシテ辯護人ヨリ受任ノ届出ヲ爲スカ如キハ違法ニシテ之ニ因リ辯護關係ヲ發生セシムルニ足ラサルモノトス(大正四年九月二日十九日大判同旨)

選任ハ追認スルコトヲ得ルヤ否ヤハ一箇ノ問題ナリ判例ハ積極ノ見解ヲ採ル(三五年五月二日九日大判然レトモ追認ノ如キハ全ク法ノ擬制ナルヲ以テ之カ明文九年六月二日八日大判)

選任ノ時期

四 選任ノ時期

ナキ現行法ニ於テハ消極ニ決スルヲ正解トスヘシ

現行刑事訴訟法ハ公判ノ手續ニ於テノミ辯護人ヲ認メ豫審ノ手續ニ於テハ絶對ニ之ヲ認メス從テ辯護人ノ選任ハ訴訟手續カ公判ノ段階ニ進ミタル後タルヲ要シ豫審中ノ選任ハ其效力ナキモノト云ハサルヘカラス尤モ當事者間ニ於ケル辯護ノ委任ハ何時之ヲ爲スモ妨ナキヤ論ヲ跋タス

五 選任ノ效力ノ發生及消滅

官選辯護ニ付テハ官選ノ通知カ到着シタルトキ效力ヲ生ス官選セラレタル辯護士ハ正當ノ事由ナキ限りハ之ヲ拒ムコトヲ得サルモノトス(辯護士法一三條)而シテ其效力ノ範圍ハ選任ノ趣旨如何ニ依リ其審級ノ全訴訟又ハ訴訟ノ或程度又ハ或手續ニ關シテ辯護人タル地位ヲ生スルニ在リト雖モ特ニ制限ナキ限りハ其審級ノ全訴訟手續ニ亘リテ辯護人タルノ效力ヲ有スルモノトス但裁判所ハ何時ニテモ其選任ヲ取消シ又ハ變更スルコトヲ得ヘシ

辯護人官選後被告人辯護人ヲ自選シタルトキハ官選ノ效力ハ消滅スルヤ否ヤ

選任ノ效力ノ發生及消滅

ハ一箇ノ問題ナリ余ハ官選辯護ハ私選辯護ノ補足的方法トシテ認メラレタル
 趣意ニ鑑ミ當然消滅スルモノト解スルヲ正當ト信ス然レトモ判例ハ之カ取消
 ヲ爲ササル限リハ其效力ヲ存続スルモノト解セリ(明治三十七年一月二六日大判一)
 私選辯護ハ當事者間ニ準委任ノ關係成立シタルノミニ依リテ效力ヲ生スルモ
 ノニ非ス裁判所ニ對スル意思表示ニ依リテ效力ヲ生スルモノナリ而シテ其效
 力ノ範圍ハ選任者ノ意思ニ依リテ定マル然レトモ特別ノ意思表示ナケレハ其
 審級ニ於ケル全手續ニ亘ルモノト解セサルヘカラサルコト官選辯護ノ場合ニ
 同シ或ハ選任ノ效力ハ其審級ニ止マラス其訴訟ノ結了ニ至ルマテ繼續スヘシ
 ト論スル者アリ然レトモ辯護ノ委任關係ハ各審級ニ亘ルヲ得ヘキモ選任ノ效
 力ハ其審級ニ止マルト解スルヲ正解トスヘシ(明治三〇年一月二日大判一四)
 而シテ私選辯護關係ハ選任ノ取消又ハ辭任ノ届出ニ因リテ消滅ス又官選ナル
 ト私選ナルトヲ問ハス辯護人ノ死亡ハ辯護關係ヲ結了セシムルコト勿論ナリ
 又被告人死亡シタルトキハ私選辯護ハ委任關係ヲ基礎トスルカ故ニ之ニ因リ
 委任關係終了スルト共ニ辯護關係モ消滅スルモノト解スルヲ相當トスト雖モ

官選辯護ニ付テハ多少ノ疑アリ若シ被告人ノ死亡ハ當然訴訟關係ヲ消滅セシ
 ムル效果ヲ生スルモノト爲ストキハ辯護關係モ亦同時ニ消滅スルヤ論ナシト
 雖モ被告人死亡スルモ裁判所ノ判決アルマテ訴訟關係消滅セストノ見解ヲ採
 ルトキハ官選ニ因ル辯護關係ハ被告人ノ死亡ニ拘ラス繼續スルモノト解スル
 ヲ相當トスヘシ

第四款 辯護人ノ地位

一 辯護人ハ裁判所又ハ被告人ノ選任ニ因リ被告人ノ權利利益ヲ擁護スル爲メ
 刑事訴訟手續ニ干與スル訴訟上ノ機關ナリ學者或ハ辯護人ノ地位ヲ受任者ナ
 リト云ヒ或ハ代理人ナリト論ス然レトモ辯護人ト爲ルノ原因ハ裁判所ノ指命
 ニ因ル場合ト被告人ノ委任ニ因ル場合トアリ又辯護人ノ權限ハ其固有ノ資格
 ニ基クモノト被告人ニ代リテ爲スモノトアリ故ニ辯護人ハ訴訟上一種特別ノ
 機關タル性質ヲ有スルモノニシテ委任又ハ代理ノ觀念ヲ以テ其全部ヲ包容説
 明スルコト能ハサルモノトス唯委任ニ因リテ生シタル場合ニハ被告人ト辯護

辯護人ノ地
位

人間ニ於テハ委任者受任者タル民法上ノ關係ヲ生スヘク被告人ニ代リテ爲スヘキ行爲ヲ爲ス場合ニ於テハ其範圍ニ於テ代理人タル關係存スルモノトス

二 然レトモ委任者受任者タル關係生スルノ故ヲ以テ受任者タル辯護人ハ總テ委任者ノ意思ニ從ヒ行動セサルヘカラサルモノト解スヘカラス蓋辯護關係ハ委任ニ基キテ發生スト雖モ既ニ辯護人ノ地位ヲ生シタル以上ハ其權限ハ專ラ訴訟法ノ規定ニ從テ定マルヘキモノニシテ此點ニ於テハ裁判所ノ選任ニ因リテ辯護人ト爲リタル者ト異ルコトナシ

又辯護人カ被告人ノ代理人タル地位ニ立ツハ被告人ニ代リテ爲シ得ヘキ行爲ヲ爲ス關係ニ於テノミナルカ故ニ一般ノ場合ニ於テハ第三者タル關係ニ立ツモノトス故ニ例ハ辯護人ノ陳述ハ被告人ノ爲ニ自白タル效力ヲ有セス又辯護人出頭スルモ被告人出頭セサレハ闕席判決ヲ受クルカ如シ

要スルニ辯護人ハ刑事訴訟上ノ特別ナル機關ニシテ殊ニ重罪事件ニ付テハ訴訟手續上缺クヘカラサル必要機關ナリトス

第五款 辯護人ノ權利義務

一 辯護人ハ被告人ヲ辯護スルノ權能ヲ有シ之ニ伴ヒテ箇々ノ權利義務ヲ有ス故ニ辯護人ノ箇々ノ權利義務ヲ攻究スルニ先チ豫メ辯護ノ觀念ヲ明ニセサルヘカラス抑辯護トハ何ソヤ曰ク刑事訴訟ニ於テ被告人ノ權利利益ヲ擁護スルニ在リ換言スレハ公訴ノ攻撃ニ對スル防禦ニ在リ而シテ防禦ノ方法方針及程度ハ通常檢事ノ攻撃ノ其レニ從テ定マリ檢事ノ攻撃カ不當ナル場合ニ必要ヲ生スルカ如クナルモ裁判所ハ起訴ノ範圍内ニ於テハ檢事ノ意見ニ拘ラス即チ檢事ノ意見ヲ超エテ被告人ニ不利益ナル處斷ヲ爲スコトヲ得ルカ故ニ必シモ檢事ノ攻撃ヲ標準トシテ辯護ノ範圍ヲ定ムルコトヲ得サルモノトス然レトモ辯護ハ被告人ノ正當ナル利益ヲ擁護シ不當過酷ノ審判ヲ排斥セントスルニ在ルヲ以テ事實ヲ誣ヒ法律ヲ枉ケ以テ被告人ノ罪ヲ免レシメ又ハ不當ニ處分ヲ輕減センコトヲ期スルノ目的ヲ以テ行爲ヲ爲シ又ハ故ラニ訴訟手續ノ進行ヲ妨クルカ如キ行爲ヲ爲スコトヲ得サルモノトス然リト雖モ辯護ハ又被告人ノ

辯護人ノ權利義務

辯護ノ觀念

權利利益ヲ擁護スルヲ目的トスルモノナルヲ以テ攻撃ノ輕キニ失スルコトヲ主張スルカ如キ又ハ裁判所ニ表ハレサル犯罪ノ事實徵憑ヲ申立ツルカ如キ被告人ノ不利益ニ歸スヘキ趣旨ノ行爲ヲ爲スコトヲ得サルモノトス

而シテ辯護ノ手段ハ事件ノ模様ニ依リ異ルモノニシテ一樣ニ出テサルコトハ固ヨリ其所ナリト雖モ之ヲ大別スレハ實體辯護及形式辯護ニ區別スルコトヲ得ヘシ前者ハ實體法上ノ觀察點ヨリ後者ハ訴訟法上ノ觀察點ヨリ攻撃ヲ排斥セントスルニ在リ例ハ被告人ニ犯罪行爲ナキコトヲ主張シテ之ニ關スル證據ヲ申出テ又ハ法律上犯罪ヲ構成セサルコトヲ主張シ其他刑ノ程度又ハ減免ニ關シ辯論スルカ如キハ前者ニ屬シ起訴ノ條件ノ欠缺ヲ主張シ其他訴訟手續ノ違法ヲ指摘スルカ如キハ後者ニ屬スルモノナリ

要之辯護人ハ右ノ趣旨ニ於テ被告人ノ權利利益ヲ擁護スルヲ任トシ此目的ノ爲ニ法律ハ以下ニ述フルカ如キ種々ナル權利義務ヲ認メタルモノナリ

二 辯護人ノ權利

辯護人ノ權利ハ其資格ニ基ク固有ノ權利ト被告人ニ代リテ爲スコトヲ得ル權

利トノ二アリ第一ニ屬スルモノハ法文ニ辯護人ハ云々又ハ訴訟關係人ハ云々トアル場合ノ權利ニシテ之ヲ固有權又ハ原來的權利ト云ヒ第二ニ屬スルモノハ法律カ被告人ニ與ヘタル權利ニシテ辯護人ハ被告人ニ代リテ之ヲ行フコトヲ得ルモノナリ之ヲ代理權又ハ傳來的權利ト稱ス左ニ其概略ヲ列舉スヘシ

(1) 固有權

- (イ) 公判ニ立會シ訴訟行爲ヲ爲スノ權 即チ公判ニ呼出ヲ受ケ(刑二五七條一七項)證據ノ申出ヲ爲シ(刑一九八條一八八條一)書類ノ朗讀ヲ求メ證人ニ發問ヲ請求シ(刑一九四條三項)偽證ヲ爲シタル證人ヲ彈劾シ(刑九五條一)違法ナル公判手續ニ付キ異議ヲ申立テ(刑九九條一)事實及法律ニ付キ辯論ヲ爲ス(刑二條二)カ如キ其主要ナルモノナリ其他法律カ訴訟關係人ニ認メタル權利ハ總テ辯護人ニ適用アルモノトス新辯論請求權(刑三條一)ノ如キ是ナリ
- 管轄裁判所指定又ハ移轉請求權(刑三七條二)
- 忌避申請權(刑四五條一)
- 訴訟記錄閱讀及抄寫權(刑八〇條一) 此權利ハ訴訟關係人中獨リ辯護人ノ有

- (ハ) 管轄裁判所指定又ハ移轉請求權(刑三七條二)
- (ロ) 忌避申請權(刑四五條一)
- (ニ) 訴訟記錄閱讀及抄寫權(刑八〇條一) 此權利ハ訴訟關係人中獨リ辯護人ノ有

スル所ナリ而シテ現行法ニ於テハ公廷外ニ於テ辯護人ニ證據物件ヲ閱覽
 スルノ權利ヲ認メタルモノナシ
 (ホ) 被告人ト接見又ハ書類授受ノ權(刑一訴八五)
 (ヘ) 判決ノ正本、謄本、抄本ヲ請求スルノ權(刑六訴二)
 右權利中(ロ)(ハ)ノ如キハ公判期日外ニ於テモ又公判期日ニ於テモ共ニ之ヲ行
 フコトヲ得ルモノトス

(2) 代理權

(イ) 管轄違又ハ公訴不受理申立權(刑六訴一)
 (ロ) 上訴權(刑三訴二)

刑事訴訟法第八十六條ニハ檢事及被告人ハ第一審第二審ヲ問ハス本案ノ
 判決アルマテ何時ニテモ管轄違又ハ公訴受理スヘカラサル申立ヲ爲スコト
 ヲ得ト規定セルノミニシテ辯護人カ被告人ニ代リテ之ヲ爲シ得ル旨ノ明文
 ナシト雖モ辯護人ハ公判ニ於テ被告人ノ爲ニ防禦方法ヲ施用スルヲ主タル
 職務ト爲スモノナレハ有力ノ防禦方法タル此申立權ヲ認メサル理由ナシト

ノ見地ノ下ニ辯護人ニ此代理權アルモノト解スルヲ通説トス判例モ亦然リ
(明治三七年一月二〇日大判)然レトモ解釋論トシテハ一箇ノ問題タルヲ免レサルヘシ茲
 ニ注意スヘキハ辯護人ハ事實上及法律上總テノ點ニ亘リテ辯論權ヲ有スル
 者ナルヲ以テ(刑六訴二)或ハ訴訟條件ノ欠缺ヲ指摘シ或ハ管轄違ノ理由ヲ舉示
 シテ公訴ハ受理スヘカラス又ハ管轄違ノ言渡ヲ爲スヘキモノナリトシテ被
 告人ノ爲ニ辯論スルコトヲ得ルヤ論ヲ跋タサル所ニシテ斯ノ如キハ辯護人
 ノ固有權ニ屬スルモノナリ唯第八十六條ニ基ク公訴不受理又ハ管轄違ノ
 申立カ一般ノ辯論權ト其趣ヲ異ニスルハ該申立ハ何時ニテモ之ヲ爲シ得ル
 ノ點ト辯論ニ對シテハ裁判所ハ必シモ判決ニ於テ一々其當否ヲ判示スルヲ
 要セサルモ此申立アルトキハ裁判所ハ必ス之ニ付キテ特別ノ判決ヲ爲スヲ
 要シ其申立却下ノ判決ニ對シテハ本案ノ判決ヲ待タス直ニ控訴又ハ上告ヲ
 爲シ得ヘキモノト爲シタルノ點ニ在リ

而シテ辯護人カ權利ヲ行フニ付テハ固有權ニ屬スルモノハ被告人ノ意思ニ拘
 ラス自己ノ判斷ニ依リテ之ヲ行フヲ得ヘシ例ハ被告人罪ヲ自白シテ之ニ服セ

ントスルモ辯護人ハ反對ノ證據申請ヲ爲シ又ハ自由ニ無罪ノ辯論ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ代理權ハ被告人ノ意思ニ反シテ行フコトヲ得サルモノトス而シテ此事タル辯護ノ原因カ官選ナルト私選ナルトニ因リテ異ルコトナシ辯護人ハ自己ニ代リテ職務ヲ行フヘキ辯護人即チ復辯護人ヲ選任スルコトヲ得ルヤ否ヤハ一箇ノ問題ナリト雖モ官選辯護人ニ付テハ之ヲ許サス私選辯護人ニ付テハ受任ノ際特ニ之ヲ選ヒ得ル旨ノ授權アルニ非サレハ之ヲ許サスト爲スヲ正解トスヘシ

三 辯護人ノ義務

辯護人ノ義務ハ概要左ノ如シ

- (1) 出頭ノ義務 辯護人ハ公判ニ呼出ヲ受ケタルトキハ出頭ヲ爲スノ義務アリ此事タルヤ特ニ明文ナキカ故ニ多少ノ議論アリト雖モ必要辯護ノ場合ニ於テハ出頭ノ義務アルモノト認ムヘキコト解釋上殆ト疑ナク自由辯護ノ場合ニ於テモ辯護人ハ被告ノ權利利益ヲ擁護スル爲メ訴訟ニ干與スル機關タルノ性質上此義務アリト解スルヲ相當トス

(2) 辯護ノ義務

辯護ハ本款ノ冒頭ニ於テ述ヘタルカ如ク被告人ノ正當ナル利益ヲ擁護シ不當過酷ノ審判ヲ排斥スルニ存スルヲ以テ此趣旨ニ於テ諸般ノ防禦方法ヲ講スヘキモノトス若シ猥ニ其範圍ヲ超エ事實ヲ隠ヒ法律ヲ枉ケ以テ被告人ニ不當ノ利益ヲ歸セシメンカ爲メ訴訟行爲ヲ爲スカ如キハ其職責ヲ瀆シ其品位ヲ害スルモノナルヲ以テ懲戒上ノ責任ヲ免レス但訴訟法ニ定メタル形式上ノ要件ヲ具備スル上ハ其行爲ノ訴訟法上ノ效力ニ影響ヲ生スルコトナキモノトス

(3) 法定警察ニ服従スル義務(裁審一〇一八條)

(4) 假住所選定ノ義務(刑訴一四三條、民)

其他辯護人ハ業務上知得シタル祕密ヲ守ルノ義務アリ(刑法一三四條)又辯護士タル辯護人ハ辯護士法上種々ノ義務ヲ負擔ス就テ參照スヘシ

第三編 訴訟物體

第一章 總說

一 刑事訴訟ハ既ニ述ヘシカ如ク科刑權ノ存否及範圍ヲ確定スルニ在ルヲ以テ刑事訴訟ノ物體即チ目的物ハ國家ト被告人間ニ於ケル實體刑罰法上ノ權利關係ナリトス然レトモ現行刑事訴訟法ニ於テハ犯罪ニ因リテ生シタル損害ノ賠償及贓物返還ニ關スル私法上ノ權利關係竝ニ被告人カ告訴人告發人判事檢察司法警察官等ニ對スル損害賠償請求ニ關スル私法上ノ權利關係ヲモ刑事訴訟手續ニ於テ審判スルモノト爲セリ(刑訴二條、四條、一三條、一四條)故ニ廣義又ハ形式的ノ意義ニ於ケル刑事訴訟ノ物體ハ此三者ナリト云ハサルヘカラス然レトモ後ノ二者ハ全ク便宜ニ出テ其實質ハ私權保護ヲ目的トスル民事訴訟ト異ルコトナキモノニシテ狹義又ハ實質的ノ意義ニ於ケル刑事訴訟ノ物體ハ全ク刑罰法上ノ權利關係ナリ而シテ此本然ノ意味ニ於ケル刑事訴訟ヲ公訴ト云ヒ犯罪ニ因リテ生シタル損害ノ賠償贓物ノ返還ニ關スル私法上ノ權利關係ヲ目的トスル訴訟

形式的意義
於今行

訴訟
刑訴

馬鹿ノ訴

第二章 公訴權ノ概念

一 刑事訴訟ノ物體ハ國家ト被告人間ニ於ケル實體刑罰法上ノ權利關係セリ而シテ此權利關係ハ彈劾式訴訟ニ於テハ訴追者タル地位ニ在ル者ヨリ審判ノ請求ヲ爲シタル範圍ニ於テ具體的訴訟ノ物體ト爲ルモノニシテ該請求ヲ爲スノ權ヲ公訴權ト云フ但現行法ニ於テハ公訴權ヲ單ニ公訴ト稱スルコトアリ第一條第八條第十條ノ如キ是ナリ

二 公訴權ノ概念ヲ明ニスルニハ公訴權ト刑罰權トノ關係ヲ論究スルノ要アリ抑國家ハ刑罰權ヲ有シ罪ヲ設ケ刑ヲ定ム是レ立法ノ作用トシテ顯ハルル所ナリ而シテ法ニ定メラレタル犯行アルトキハ國家ハ之ニ對シテ現實ニ刑罰ヲ科

スルノ權アリ之ヲ科刑權ト云フ或ハ之ヲ具體的刑罰權ト稱シ前者ヲ抽象的刑罰權ト稱ス而シテ科刑權ハ私法上ノ權利ト異リ之ヲ實現スルニハ必スヤ裁判ニ依リ之ヲ確定スルコトヲ要シ且彈劾式訴訟ニ於テハ裁判所ハ自ラ探テ審判スルノ權ナク他ノ請求ヲ待テ審判スヘキモノト爲セルカ故ニ科刑權生シタルトキハ之ニ從テ必然之カ裁判上ノ確定ヲ請求スルノ權利ナカルヘカラス此權利ハ即チ公訴權ナリ斯ノ如ク公訴權ハ科刑權ノ確定ヲ請求スル權利ニシテ科刑權ノ發生シタル場合ニ於テ此權利ノ生スヘキコト論ナキ所ナリト雖モ而モ眞ニ科刑權ハ成立シタル場合ニ非サレハ絕對ニ公訴權發生セスト解スヘカラス何トナレハ眞ニ科刑權カ生シタリヤ否ヤハ訴訟遂行ノ結果裁判所ノ判決ニ依リ確定スルモノニシテ公訴權ハ即チ裁判權ノ發動ヲ求ムル權利ナレハ審判ノ請求ヲ爲スノ時ニ當リテハ未タ科刑權カ眞ニ發生シタルヤ否ヤノ定マラサルハ固ヨリ其所ニシテ從テ公訴權ノ發生ニ付キ科刑權ハ眞ニ客觀的ニ存在スルコトヲ前提ト爲スコトヲ得サルハ理ノ當然ナルヲ以テナリ故ニ公訴權ハ必シモ科刑權ニ伴フモノニ非サルヲ知ルヘシ刑事訴訟法第二百二十四條カ檢察

裁判
公訴權
科刑權
眞ニ科刑權
ハ成立シタル
場合ニ非サレハ
絕對ニ公訴權
發生セスト解ス
ヘカラス

ノ訴追シタル公訴事實ニ付キ裁判所カ審理ノ結果其事實ヲ認メス又ハ法律上罪ト爲ラスト認メ科刑權ノ成立ヲ否認シタル場合ニ於テモ本案ノ判決ヲ以テ無罪ヲ言渡シ公訴ヲ不適法トシテ不受理ノ判決ヲ爲スヘキモノト爲ササルハ之カ爲メナリ即チ訴追權ヲ有スル者カ犯罪アリト認メ科刑權生シタリト主觀的信念ヲ生シタルトキハ審判ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ客觀的ニ科刑權ノ存在セルヤ否ヤニ繫ラサルモノトス故ニ或ハ之ヲ形式公訴權ト稱シ眞ニ科刑權生シタル場合ニ於ケルモノヲ實質的公訴權ト稱ス(單ニ公訴權ト云フトキハ通常實質的公訴權ヲ指稱ス例ハ刑事訴訟法第六條ノ如シ本書ニ於テモ屢此用例ニ從フ)實ニ公訴權ハ科刑權ノ實行ヲ期スル手段ナリト雖モ科刑權ノ作用ニハ非ス科刑權ハ其性質上必シモ公訴權ナクシテ之カ實行ヲ見ルコト能ハサルモノニ非スシテ刑事訴訟ニ彈劾方式ヲ採用シタルニ因リ茲ニ訴訟法的獨立ノ權利トシテ公訴權ナル特別ノ權利ヲ生スルニ至リタルモノナリ即チ科刑權ト公訴權トハ目的ト手段トノ關係アルモ必シモ因果ノ關係アルモノニ非ス科刑權ハ實體法的觀念ニシテ其目的トスル所刑罰ノ實現ニ在リ故ニ犯

公訴權
科刑權
眞ニ科刑權
ハ成立シタル
場合ニ非サレハ
絕對ニ公訴權
發生セスト解ス
ヘカラス

罪ノ存在スルニ因リテ成立シ刑ノ執行ニ因リテ消滅ス公訴權ハ訴訟法的觀念ニシテ其目的トスル所裁判ニ在リ故ニ犯罪ノ嫌疑存在スルニ因リテ成立シ判決ノ確定ニ因リテ消滅ス斯ノ如ク科刑權ト公訴權トハ全然別箇ノ觀念ナルヲ以テ公訴權ヲ以テ科刑權ノ效力若ハ作用ナルカ如ク論スルハ其當ヲ得サルモノトス

三 右述フルカ如ク形式的公訴權ハ眞ニ科刑權ノ生セサル場合ニ於テモ其成立ヲ認ムヘキモノナルコト疑ナシト雖モ該權利ハ何時生スルモノナリヤノ點ハ學者間未タ定説ナキ所ニシテ刑事訴訟法學上ノ難問ノ一ニ屬スルモノナリ然レトモ公訴權ノ目的トスル所ハ科刑權ノ確定ニ存スルヲ以テ訴追權者ニ於テ科刑權發生シタリトノ主觀的信念ノ生シタルコト即チ犯罪ノ嫌疑存スルニ至リタルトキニ於テ成立スルモノト解スルヲ相當トスヘシ或ハ曰ク形式的公訴權ハ訴追權者カ其資格ニ依リ當然之ヲ有スル所ニシテ別ニ發生ノ期アルニ非スト其理由トスル所ハ公訴權ハ科刑權ノ確定ヲ目的トシテ審判ヲ請求スル權利ナレハ犯罪ノ嫌疑ノ存立スルニ非サレハ之ヲ行フコトヲ得スト雖モ而モ斯

○公訴權ノ發生

主觀的信念
發生時
犯罪ノ嫌疑
存在時

ノ如キ犯罪ノ嫌疑ヲ條件トシテ審判ノ請求ヲ爲シ得ヘキ抽象的權利ハ法律ニ依リ訴追者タルノ地位ヲ認メラルルト同時ニ得有スルモノニシテ犯罪ノ嫌疑生スルニ因リテ此抽象的權利カ具體的ニ活動スルニ至ルモノナリト謂フニ在リ寔ニ此說ニ言フカ如キ抽象的權利ハ訴追者タルノ地位ヲ認メラルルト同時ニ訴追權者ノ得有スルモノナリト雖モ公訴權トハ特定ノ事件ニ付キ審判ヲ請求スル具體的權利ヲ謂フモノニシテ此說ノ如キ抽象的權利ヲ謂フモノニ非サルヲ以テ之ニ贊スルヲ得ス或ハ曰ク公訴權ハ公訴提起ノ時ニ發生スルモノナリト然レトモ此說ハ公訴權ノ行使ト公訴權ノ成立トヲ混同スルモノニシテ到底與ミスルコトヲ得サルモノトス

四 親告罪ニ付テハ被害者ノ告訴又ハ外國政府等ノ請求アルニ非サレハ公訴權發生セストノ說アリ然レトモ告訴又ハ請求ハ訴訟提起ノ條件ニシテ之ナクハ公訴權ノ一作用タル訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得スト雖モ科刑權ハ犯罪ト同時ニ成立スルヲ以テ公訴權ノ發生ハ他ノ犯罪ト同シク告訴ノ存否ニ拘ラサルモノトス故ニ公訴權ノ時効ハ告訴ノ有無又ハ其時期如何ニ關セス犯罪ノ日ヨリ

親告罪ト公訴權

進行スヘク又告訴前ニ於テモ捜査處分ヲ行フコトヲ得ヘキモノトス此コトハ
刑事訴訟法第六條第二號ニ告訴ノ拋棄ヲ公訴權消滅ノ原因ト爲シタルニ依リ
テモ之ヲ知ルヲ得ヘシ即チ告訴ノ拋棄ヲ公訴權消滅ノ原因ト認メタルハ告訴
前既ニ公訴權ノ發生セルカ故ナリ蓋發生セサルモノニシテ消滅スルコトアル
ヘカラサレハナリ

公訴權ノ目
的

五 刑事訴訟法第一條ニハ「公訴ハ犯罪ヲ證明シ刑ヲ適用スルコトヲ目的トスル
モノニシテ」云々トアリテ公訴權ノ目的ハ犯罪ノ證明及刑ノ適用ノ二者ニ在ル
カ如キモ其趣旨ハ犯罪ヲ證明シテ刑ヲ適用スルコトヲ目的トスト云フニ存シ
歸スル所ノ目的ハ刑ノ適用即チ科刑權ノ確定ニ在リ犯罪ノ證明ハ其手段タル
ニ過キサルモノトス從テ法律上當然刑ヲ科セサル場合(刑法二四四條二五七條)ハ即チ科刑
權生セサルモノナルヲ以テ科刑權ノ確定ヲ目的トスル公訴權ハ全ク發生スル
コトナキモノトス故ニ犯罪成立スルモ法律上刑ヲ科セサル場合ニ於テハ犯罪
成立シタルノ故ヲ以テ公訴ヲ提起スヘキニ非ス然レトモ裁判ニ依リテ刑ヲ免
除スルコトヲ得ル場合(刑法三六條三七條四三條一七〇條一七三條)ハ法律上科刑權發生スルモノニ

公訴提起
條件

シテ其運命ヲ裁判ニ一任スルモノナレハ此場合ニ於テハ公訴權發生スルモノ
トス又刑法第八十條第九十三條但書ニ規定セル刑ノ免除ノ場合ハ自首ニ因リ
テ法律上當然科刑權消滅スルモノナルカ故ニ公訴權ハ其目的ヲ失ヒ之ニ因リ
テ當然消滅スルニ至ルモノナリ

第三章 公訴提起

第一節 公訴提起ノ條件

公訴ヲ提起スルニハ訴訟法上缺クヘカラサル要件アリ一ニ之ヲ起訴條件又
ハ狹義ノ訴訟條件ト稱ス

公訴提起ノ條件ハ之ヲ一般的ノモノト特別的ノモノトニ區別シテ觀察セサル
ヘカラス

(1) 一般的起訴條件トハ何レノ事件ニ付テモ公訴ヲ提起スルニ當リ缺クヘカ
ラサル要件ヲ云フ即チ左ノ如シ

(イ) 事件カ刑事事件ナルコト

第三章 公訴提起 第一節 公訴提起ノ條件

(ロ) 公訴提起者ハ適法ナル(訴退權限ヲ有スルコト

(ハ) 被告人ハ當事者能力ヲ有スルコト

(ニ) 裁判所ハ當該事件ニ付裁判權ヲ有スルコト 例ハ事件カ特別裁判所ノ權限ニ屬セサルコト、被告人カ治外法權ヲ有スル者ニ非サルコト等ノ如シ

(ホ) 裁判所カ其事件ニ付キ事物上及土地上並審級上ノ管轄權ヲ有スルコト

(ヘ) 他ニ同一事件ノ繫屬權利拘束ナキコト

(ト) 公訴權消滅シタル事實ナキコト

(チ) 起訴ノ方式適法ナルコト

是等箇々ノ條件ニ付テハ各關係章下ノ說明ヲ參看スヘシ

(2) 特別的起訴條件トハ特別ノ事件ニ限り公訴提起ニ付キ缺クヘカラスル要件ヲ云フ例ハ間接國稅犯則者處分法又ハ國稅法ヲ適用又ハ準用スヘキ事件ニ於ケル稅務官吏ノ告發親告罪ニ於ケル被害者ノ告訴ノ如シ稅務官吏ノ告發ニ關シテハ該特別法ニ其規定アルヲ以テ參看スヘシ親告罪ノ告訴ニ關シテハ次節ニ於テ之ヲ說明ス

○起訴條件ト處罰條件ト

二 起訴條件ト處罰條件トハ之ヲ區別セサルヘカラス處罰條件ニハ廣狹二様ノ意義アリ廣義ニ於テハ科刑權發生ニ必要ナル一切ノ事實ヲ云ヒ狹義ニ於テハ犯人ノ主觀的要件以外及犯罪ノ所爲以外ニ獨立シテ存在スル外界ノ事實ニシテ科刑權發生ニ必要ナル條件ト爲ルモノヲ云フ而シテ此狹義ノ處罰條件ハ起訴條件ト混同シ易キモ其性質相異リ從テ訴訟手續上重大ナル差異アルヲ以テ特ニ之ヲ明ニスルノ要アリ

今處罰條件ナルト起訴條件ナルトニ依リ其結果ニ於テ著シキ差異アルモノヲ舉クレハ概ネ左ノ如シ

(1) 處罰條件ハ實體法規ニ關スルカ故ニ法律不遑及ノ原則ニ支配セラルルモ起訴條件ハ訴訟法規ニ關スルヲ以テ該原則ノ適用ヲ受クルコトナシ故ニ何時行ハレタル犯罪ナルヲ問ハス現ニ訴訟手續カ行ハルル時ニ於ケル法規ニ從フモノトス

(2) 起訴條件ハ公訴提起ノ時ニ存在スルコトヲ要スレトモ處罰條件ハ判決ノ時マテニ具備スルヲ以テ足ル

(3) 處罰條件欠缺ノ場合ニハ無罪ノ言渡ヲ爲スヘキモ訴訟條件欠缺ノ場合ニハ公訴不受理又ハ管轄違ノ言渡ヲ爲スモノトス(但例外トシテ公訴權消滅シタル事件ヲ起訴シタル場合ハ公訴不受理ノ言渡ヲ爲サスシテ免訴ノ言渡ヲ爲スモノトス此コトハ訴訟手續各論ニ於テ説明ス)而シテ無罪ノ言渡ハ實體上ノ確定力ヲ生シ同一事件ニ付キ再理セラルルコトナキニ至ルト雖モ公訴不受理又ハ管轄違ノ言渡ハ實體上ノ確定力ヲ生セサルカ故ニ其條件ノ欠缺ヲ補正シ更ニ起訴ヲ爲スコトヲ得ヘシ

(4) 處罰條件ハ科刑權發生ニ關スル事實ニシテ刑事訴訟法第二百三條ニ所謂罪ト爲ルヘキ事實中ニ包含スルヲ以テ必スヤ判決ニ此事實ノ存在ヲ認定シ且證據説明ヲ要スト雖モ訴訟條件ハ訴訟手續ニ關スルモノナルヲ以テ必シモ判決ニ之ヲ表示スルノ要ナシ

(5) 處罰條件ヲ具備セサルニ拘ラス有罪ノ判決ヲ爲シ確定シタルトキハ非常上告ノ理由ト爲ルモ訴訟條件ノ欠缺ヲ看過シタル判決ハ非常上告ノ理由ト爲ラス

三 或事實カ訴訟條件ニ屬スルヤ將タ處罰條件ニ屬スルヤハ其事實ノ法律上ノ性質ニ從ヒ決定スヘキモノニシテ實體法ニ規定シタルカ故ニ處罰條件ナリ手續法ニ規定シアルカ故ニ訴訟條件ナリト云フカ如ク形式的ニ定ムルコトヲ得ス要ハ法律カ科刑權發生ノ要件ト爲シタルモノナリヤ又ハ單ニ訴訟關係成立ニ必要ナル要件ト爲シタルモノナリヤヲ簡別的ニ研究シテ決スヘキモノトス而シテ我現行法ニ於テ處罰條件トシテ認メラルルモノハ家資分散ニ關スル罪ニ於ケル強制執行ノ結果無資力ト爲リタル事實詐欺破産過怠破産罪ニ於ケル破産決定確定ノ事實國稅徵收法違犯罪ニ於ケル租稅滯納ノ事實等是ナリ又判例ニ依レハ徵兵忌避ノ目的ヲ以テ身體ヲ毀傷シ又ハ詐欺ノ所爲ヲ施シタル行爲ハ其者カ適齡ニ達シタル事實アルニ非サレハ處罰スルコトヲ得サルモノト爲セルカ故ニ(明治三一年五月二四日大判)所謂適齡ニ達シタルノ事實ハ亦處罰條件ナリトス其他犯人自首シタルトキハ法律上刑ヲ免除スヘキモノト定メタル場合(刑八〇條)發物取締(刑一一條)ハ犯人自首セサルノ事實ハ消極的處罰條件ナリト云フヘシ親告罪ノ告訴ニ付テハ多少ノ議論ナキニ非ス次節ニ於テ之ヲ説明スヘシ而シテ現

行刑訴訟法中ニ規定セラレタル要件ニシテ處罰條件ト認ムヘキモノハ一モ存在セス

第二節 親告罪ニ關スル告訴又ハ請求

親告罪ニ關スル告訴又ハ請求

一 國家ハ被害關係者ノ意思ニ拘ラス自ラ進テ公訴權ヲ行フヲ原則トスルモ例外トシテ被害關係者ノ訴追要求ノ意思表示ヲ待テ其罪ヲ論スルコトヲ得ル犯罪アリ之ヲ親告罪ト云フ

親告罪ニハ告訴ヲ待テ其罪ヲ論スルコトヲ得ル場合ト請求ヲ待テ其罪ヲ論スルコトヲ得ル場合トアリ實體刑罰法ニ於テ一々之ヲ明言ス即チ刑法カ告訴ヲ要スルモノト認メタルハ秘密ヲ侵ス罪(五三)猥褻姦淫罪(一八三)暴行罪(八〇)過失傷害罪(九〇)略取誘拐罪(九二)名譽ニ對スル罪(三三)親族相盜罪(四四)親族間詐欺恐喝罪(二五)親族間橫領罪(五二)隱匿及毀棄罪(四六)是ナリ其他特別法中告訴ヲ要スルモノト認メタル犯罪尠カラス例ハ特許法(四五)意匠法(二〇)商標法(一六)實用新案法(四六)著作權法(九三)漁業法(二八)狩獵法(三五)ニ定メ

タル特殊ノ犯罪ノ如キ是ナリ又請求ヲ待テ其罪ヲ論スヘキ場合ハ國交ニ關スル侮辱ノ罪ニシテ刑法第九十條第二項第九十一條第二項第九十二條ニ規定スル所ナリ

外國政府又ハ使節ノ請求ヲ待テ論スヘキ犯罪ハ新刑法ニ於テ始メテ之ヲ認メタルモノナルヲ以テ舊刑法時代ノ立法ニ係ル現行刑事訴訟法ニハ告訴ニ關スル規定アルニ止マリ請求ニ關スル規定ヲ缺クト雖モ告訴ト云ヒ請求ト云ヒ其用語ヲ異ニスルモ共ニ公訴權ノ活動ヲ要望スル意思表示ニシテ一ハ國權ノ服從者ヨリ國權ノ發動ヲ要求スルモノナルカ故ニ告訴ト云ヒ他ハ國權ト對等ナル他ノ國權ノ代表者ヨリ國權ノ發動ヲ要求スルモノナルカ故ニ請求ト云フニ過キスシテ敢テ實質内容ヲ異ニスルモノニ非サルナリ從テ此請求ニ關シテハ告訴ニ關スル規定ヲ類推シテ之カ法則ヲ定ムヘキモノトス

二 親告罪ノ告訴ノ性質ニ付テハ種々ノ見解アリ或ハ訴訟條件ナリト云ヒ或ハ處罰條件ナリト云ヒ或ハ處罰條件タルモノト訴訟條件タルモノトアリト云ヒ或ハ處罰條件ニシテ且訴訟條件ナリト云ヒ學說一定セスト雖モ大審院ハ訴訟

訴訟條件

親告罪ノ告訴ノ性質

條件說ヲ採リ(四五年二月)學說モ多ク之ニ從フ余モ亦訴訟條件說ニ贊ス其理由左ノ如シ

(1) 犯罪ノ一般ノ理論ヨリ論センニ人ニ法ノ豫定シタル惡性アリ而シテ公安ヲ害スル客觀的ノ行爲アラハ犯罪ハ一樣ニ成立スルモノト爲スヘク其後ニ於ケル被害者ノ意思如何ニ因リ犯罪ノ成否ヲ決スルカ如キコトアルヘカラス故ニ告訴ハ犯罪ナラサル行爲ヲ犯罪ト爲スモノニ非スシテ既ニ法律上犯罪成立セルヲ以テ之ニ對シ科刑權ノ實現ヲ希望スルノ意思表示ナリト解スルヲ相當トス

(2) 刑法ノ文字ノ用例ヲ見ルニ犯罪成立セス從テ科刑權發生セサル場合ハ之ヲ罰セスト規定スルニ拘ラス(刑三五條、一〇三條、一〇九條、二〇三條、二項)親告罪ノ場合ニハ告訴ヲ待テ之ヲ論スト規定シ明ニ用語ヲ異ニシタリ即チ之ヲ論ストハ之ヲ罰セスト規定セル場合ト異リ科刑權ニ關セサル趣旨ナルコトヲ知ルニ足ルヘシ蓋舊刑法ニテハ犯罪成立セサル場合ト犯罪成立スルモ刑ヲ科セサル場合ト親告罪ノ場合トヲ問ハス何レモ論セス若ハ論スナル文詞ヲ用キタル

カ爲メ疑義ヲ生シタルヲ以テ新刑法ハ此點ヲ法文ニ明白ニシ犯罪成立セサル場合ハ之ヲ罰セスト規定シ刑ヲ科セサル場合ハ刑ヲ免除スト規定シ而シテ親告罪ノ場合ニハ之ヲ論スト規定スルニ至リタルモノニシテ即チ親告罪ノ告訴ハ實體關係ノ要件ニ非スシテ訴訟關係ノ要件ト爲シタルノ趣旨ヲ見ルニ足ルヘシ

(3) 訴訟法ノ沿革ノ上ヨリ之ヲ見ルニ往昔未開ノ時代ニ於テハ被害者訴追主義行ハレ犯罪ハ被害者ノ訴追ニ依リ審判スヘキモノト爲シタレトモ犯罪ノ觀念發達スルニ從ヒ國家訴追主義採用セラルルニ至リ犯罪成立スルトキハ被害者ノ意思如何ニ拘ラス國家ハ進テ追及スルヲ根本ノ原則ト爲シ而シテ或種類ノ犯罪ニ付テハ被害者ハ國家ト併行的ニ又ハ補充的ニ訴追權ヲ有スルモノト爲シ又ハ被害者ハ絶對ニ訴追權ヲ有セサルモ或種類ノ犯罪ニ付テハ被害者カ訴追ヲ希望スルニ非サレハ國家ハ進テ訴追セサルコトト爲シタルモノニシテ被害者ノ處罰希望ノ意思ハ沿革上科刑權ニ關セスシテ專ラ訴訟手續ニ關スルモノナリシコトヲ知ルヘク而シテ我訴訟法モ國家訴追主義

ヲ採リ國家機關ハ職權ヲ以テ訴追スヘキ原則ニ對スル例外ノ一トシテ親告罪ヲ認メタルモノナルコトハ既ニ公訴提起ニ關スル原則ヲ論スルノ際ニ說明シタル所ノ如シ從テ告訴ハ訴訟條件ニシテ處罰條件ニ非スト解スルヲ相當トス

(4) 之ヲ刑事訴訟法ノ法文ニ徵スルニ第三條ニ公訴ハ被害者ノ告訴ヲ待テ起ルモノニ非ス又告訴私訴ノ拋棄ニ因テ消滅スルモノニ非ス但法律ニ於テ特ニ定メタル場合ハ此限ニ在ラスト規定シ親告罪ハ即チ但書ニ所謂法律ニ於テ特ニ定メタル場合ニ該當スルモノナリ然ラハ親告罪ノ告訴ハ公訴ノ起ル又ハ公訴ノ消滅スル條件ナルコト文理上明ナリ

(5) 刑事訴訟法第六條ハ告訴ノ拋棄ハ公訴權消滅ノ原因ナルコトヲ規定セリ而シテ告訴ノ拋棄ハ告訴ノ前後ヲ問ハス之ヲ爲シ得ルコトハ疑ナキ所ニシテ同條ノ所謂告訴ノ拋棄中ニハ告訴前ニ於ケル拋棄ヲモ包含スルモノナリ而シテ存在セサルモノハ消滅スヘキ理ナキカ故ニ告訴前ノ拋棄ニ因リ公訴權消滅ノ效果ヲ生スルモノトセハ既ニ告訴前ニ於テ公訴權ノ成立ヲ認メタ

告訴欠缺ノ結果

ルモノト解セサルヘカラス然レハ科刑權ハ告訴前ニ於テ既ニ發生セルモノト爲シタルコト疑フヘカラス從テ告訴ハ處罰條件ニ非スシテ訴訟條件ナリト論斷セサルヘカラス

三 右ノ如ク親告罪ノ告訴ハ處罰條件ニ非スシテ訴訟條件ナルカ故ニ告訴ナクシテ公訴ノ提起アリタルトキハ裁判所ハ訴訟條件ノ欠缺ヲ理由トシ公訴不受理ノ判決ヲ爲スニ至ルモノトス而シテ告訴カ訴訟條件トシテ法律上ノ效力ヲ生スルニハ手續上及實質上種々ナル要件ヲ充タササルヘカラス今左ニ特ニ訴訟條件ニ關係アル重要ナル法則ヲ說明シ其他ハ訴訟手續各論搜查手續ノ部ニ於テ一般ノ告訴ヲ講スルノ際併セテ之ヲ説明スヘシ

四 告訴權ハ當該犯罪ノ被害者ニ屬スルモノトス所謂被害者トハ犯罪ノ客體タル法益ノ歸屬者ヲ謂フモノナルヲ以テ各犯罪ノ實質ヲ究メテ之ヲ定ムヘク事實體法ノ領域ニ屬スルヲ以テ茲ニ說カス外國ノ立法例ニ於テハ或種ノ親告罪ニ付テハ親族又ハ遺族ニ又或場合ニハ其他ノ者ニ告訴權ヲ認ムルモノアリト雖モ我現行法ハ之ヲ認メス唯被害者無能力者ナルトキハ其法律上代理人ハ告

告訴權者

告訴權ノ移

訴ヲ爲スノ權ヲ有スルモノト爲セリ(刑訴五四條二項)

五 告訴權ハ刑事訴訟法規カ特ニ被害者ニ附與シタル公權ナルヲ以テ其一身ニ專屬スル權利ナリト解セサルヘカラス從テ之ヲ他人ニ移轉スルコトヲ得ス又相續ノ場合ト雖モ之ヲ承繼スルコトナキモノトス即チ犯罪當時ニ於ケル法益ノ歸屬者獨リ之ヲ有スルモノニシテ犯罪後ニ於テ當該法益カ他ノ事由ニ因リテ消滅シ又ハ他人ニ移轉スルモ被害者ノ告訴權ニ影響ヲ生セサルモノトス

特許權又ハ著作權ノ如キ專用權ノ侵害ヲ實質トスル犯罪ニ付テハ其權利ノ移轉ト共ニ告訴權モ移轉スヘシト論シ又或ハ是等ノ犯罪ハ其法益タル權利ノ性質上法益ノ侵害ハ犯罪後ニ波及シ承繼人モ亦經濟上ノ利用ヲ獨占スルコトヲ妨ケラルルモノナルヲ以テ承繼人モ亦被害者ト認ムヘク從テ告訴權ヲ有スト解スル者アリ立法上ノ見解トシテハ是等ノ場合ニ承繼人ノ告訴權ヲ認ムルコト寔ニ相當ナリト雖モ解釋論トシテハ充分ノ根據アルモノト認ムルヲ得ス但判例ハ著作權法違犯事件ニ於テ著作權ノ讓受人ハ讓受前ノ僞作ニ對シ告訴權ヲ有スルモノト爲セリ(明治三七年四月七日大判)

告訴ノ内容

告訴不可分ノ原則

六 告訴ハ犯罪事實ヲ申告スルモノニシテ即チ告訴ノ物體ハ犯罪事實ナリ故ニ告訴ヲ爲スニハ犯罪事實ヲ指示スルヲ以テ充分トシ被告人ヲ指示スルコトヲ要セス又誤リテ犯罪ニ關係ナキ人ヲ指示シタル場合ニ於テモ其犯罪事實ニ對スル告訴トシテ有效ニシテ該犯罪事實ニ干與セル總テノ被告人ニ對スル告訴ニ付キ訴訟條件ヲ充タスモノトス而シテ犯罪事實ノ指示モ如何ナル犯罪ニ對シ告訴スルヤヲ他ノ犯罪事實ト辨別シ得ル程度ニ於テ明ニスルヲ要スルニ止マリ必スシモ其詳細ニ亘ルコトヲ要スルモノニ非ス

親告罪ニ付キ訴訟條件ヲ充タスニハ告訴ハ訴追ヲ求ムルノ趣意ヲ以テ犯罪事實ヲ申告スルコトヲ要ス故ニ訴追ヲ求ムルノ意ニ出テサル單純ナル被害ノ届出ハ之ト區別セサルヘカラス

七 右ノ如ク告訴ハ犯罪ヲ對象トシ犯人ヲ對象トスルモノニ非サルカ故ニ犯罪カ單一ナル限りハ單一ノ告訴ニ因リ當該犯罪ノ全部ニ對シ不可分のニ其效力ヲ生スルモノニシテ之ヲ告訴不可分ノ原則ト稱ス此原則ハ客觀的及主觀的ニ其適用ヲ有ス即チ客觀的ニ云ヘハ一箇ノ犯罪ヲ分割シ其一部ヲ告訴シ其部分

ノミニ對シテ可分のニ效力ヲ生セシムルコトヲ得ス故ニ例ハ結合犯連續犯繼
 續犯等聚合的犯罪ノ一部ノ行爲ヲ指摘シテ告訴スルモ全部ニ對シテ其效力ヲ
 生シ告訴以後ニ行ハレタル犯罪行爲モ告訴ニ指摘セラレタル行爲ト相合シテ
 一罪ヲ爲スモノナルトキハ告訴ノ效力ハ之ニ及フモノトス又主觀的ニ云ヘハ
 一箇ノ犯罪ニ數人カ干與セル場合ニ其一人ヲ指名シテ告訴スルモ其效力ハ共
 犯者全部ニ及ヒ共犯者全員ニ對スル公訴ニ付キ訴訟條件ヲ充タスモノトス外
 國ノ立法ニハ告訴不可分ノ原則及其適用ヲ明文ニ規定セルモノアリ我法律ニ
 ハ此點ニ關スル何等ノ明文ナシト雖モ告訴ヲ訴訟條件ト爲シタル立法ノ本旨
 ニ照シ不可分ノ性質ヲ有スルモノト解釋セラレルモノトス蓋犯罪ノ成分及箇
 數ハ法律ニ依リテ定マルモノナルニ一罪ノ一部分ノミニ付キ告訴ノ效力ヲ認
 ムルトキハ告訴人ノ意思ニ依リテ法律ヲ變更スルト同一ノ結果ヲ生スヘク又
 犯罪事實ヲ公ニシテ之カ關係者ノ處罰ヲ求ムルト否トヲ被害者ノ意思ニ繫ラ
 シムル理由アルモ當該關係者ノ中ニ付キ選擇又ハ限定ヲ被害者ニ認容スヘキ
 理由毫モ存セサルコトハ親告罪ヲ認メタル法意ニ照シ疑ナキ所ナレハナリ但

○
 此點ニ關スル何等ノ明文ナシト雖モ告訴ヲ訴訟條件ト爲シタル立法ノ本旨
 ニ照シ不可分ノ性質ヲ有スルモノト解釋セラレルモノトス蓋犯罪ノ成分及箇
 數ハ法律ニ依リテ定マルモノナルニ一罪ノ一部分ノミニ付キ告訴ノ效力ヲ認
 ムルトキハ告訴人ノ意思ニ依リテ法律ヲ變更スルト同一ノ結果ヲ生スヘク又
 犯罪事實ヲ公ニシテ之カ關係者ノ處罰ヲ求ムルト否トヲ被害者ノ意思ニ繫ラ
 シムル理由アルモ當該關係者ノ中ニ付キ選擇又ハ限定ヲ被害者ニ認容スヘキ
 理由毫モ存セサルコトハ親告罪ヲ認メタル法意ニ照シ疑ナキ所ナレハナリ但

相對的親告罪
 對的親告罪
 及告訴ノ內容
 適用ノ不可

注意ヲ要スルハ公訴ハ告訴ト異リ對物的ニ非シテ對人的ナルカ故ニ告訴ノ
 提起ニ因リ共犯者全員ニ對スル訴訟條件完成スルモ其各員ニ對シテ檢察カ公
 訴ヲ提起セサル限りハ裁判所ハ檢察指名以外ノ者ニ付キ審判ヲ爲スコトヲ得
 サルコト是ナリ

八 以上ノ法則ハ親告罪ノ種類ニ依リ多少ノ適用ヲ異ニス抑親告罪ニハ何人カ
 之ヲ犯スモ親告罪タルモノト犯人カ被害者ト一定ノ身分關係アル場合ニ限り
 其身分關係アル犯人ノミニ對シテ親告罪ト爲シタルモノトアリ(刑二四四條、二
 五條)前者ヲ絕對的親告罪ト云ヒ後者ヲ相對的親告罪ト云フ而シテ絕對的親告罪
 ニ付テハ以上ノ法則ハ完全ニ適用セラレルモノナリト雖モ相對的親告罪ニ付
 テハ適用上多少ノ制限ヲ受ク即チ相對的親告罪ニ付テモ必シモ身分關係アル
 者ヲ特ニ指名シテ告訴スルノ要ナク全然犯人ヲ指名セス又ハ身分關係ナキ者
 ヲ誤テ犯人ト認メ若ハ之ヲ犯人ノ一人トシテ指示シタル場合ニ於テモ該犯罪
 ニ加功セル總テノ人ニ對シ訴追ヲ求ムルノ意思ヲ認メ得ル限りハ親告ノ效ア
 リト雖モ若シ犯人カ身分關係アル者ナルトキハ訴追ヲ求メサルノ意思ナルコ

トヲ認メ得ヘキトキハ親告ノ效ヲ生セサルモノトス故ニ相對的親告罪ノ場合ニ於テハ犯罪事實ヲ指摘シテ告訴シタル事實アルノ一事ヲ以テ常ニ該犯罪ニ對スル訴訟條件具備セルモノト斷スルヲ得サルナリ又告訴不可分ノ主觀的方面ノ適用ハ共犯者中身分關係アル者數人アル場合ニ其者等ノ間ニ於テ生スルモノナリ

主觀的不可分ヲ要求スル告訴ノ效力

九

茲ニ一箇ノ問題アリ右述フルカ如ク告訴ハ共犯者ノ一人ヲ指名シテ之ヲ爲スモ全共犯者ニ對シ效力アリト雖モ特ニ共犯者ノ一人ニ對シテノミ訴追ヲ求メ他ノ一人ニ對シテハ絕對ニ訴追ヲ拒否スル意思ヲ明確ニ表示シテ告訴ヲ爲シタル場合ニ於テモ該告訴ハ有效ニシテ全共犯者ニ對スル訴訟條件ヲ充タスモノト爲ルヤ否ヤ是ナリ此點ハ學說ノ一定セサル所ナリト雖モ余ハ斯ノ如キ告訴ハ告訴不可分ノ原則ニ反スル違法ノ意思表示ナレハ告訴ノ效ナク從テ全然訴訟條件成立セサルモノト解スルヲ相當ト信ス而シテ此點ハ告訴取下ノ場合ニ於テモ同一ノ問題ヲ生スルモノニシテ告訴權者カ被告人ヲ指名セス又ハ被告人ノ一人ノミヲ指名シテ告訴ノ取下ヲ爲シタル場合ニハ全共犯者ニ對ス

ル公訴權消滅スルニ至ルコトハ疑ナキモ特ニ一人ノミニ對シテ取下ヲ爲シ他ノ者ニ對シテハ科刑ヲ要望スルノ意思ヲ明白ニ表示シタル場合ニ該取下ノ效力如何ハ爭アリ判例ハ斯クノ如キ取下ノ意思表示モ有效ニシテ全共犯者ニ對スル公訴權消滅ノ效果ヲ生スルモノト爲セトモ大正元年一月二三日大判余ハ前ト同一ノ理由ニ依リ右ノ如キ意思表示ハ違法ニシテ全然其效力ナキモノト解スルヲ相當ト認ム

條件期限制限留保ヲ付セル告訴ノ效力

一〇 告訴ニハ條件ヲ付スルコトヲ得ルヤ否ヤ先ツ此問題ニ付キ疑ノ生セサル場合ハ此事實カ罪トナラハ又ハ檢事訴追ヲ爲スナラハト云フカ如キ意思表示ヲ告訴ニ附加シタル場合ナリ斯ノ如キハ告訴其モノニ法律上當然包含スル觀念ニシテ講學上外觀的條件ト云フ蓋真正ノ條件ニ非サルナリ此場合ニ告訴ノ有效ナルコトハ論ヲ俟タス又真正ノ條件ヲ付シタル場合ニ於テ其條件ノ内容カ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反シ若ハ強行法規ニ背戾スルカ如キ不法アルカ又ハ事實上及法律上不能ナルカ如キ場合ニ於テハ該告訴ハ全然其效力ヲ有セス蓋不法又ハ不能ノ事項ヲ目的トスル意思表示ノ效力ナキコトハ意思表示ニ關ス

ル法理上ノ原則ニシテ刑事訴訟法中反對ノ旨趣ヲ見ルヘキ規定存セサルヲ以テナリ民法第三百三十三條第二項ニハ不能ノ解除條件ヲ附シタル法律行為ハ無條件トスト定メタレトモ之レ全ク法ノ擬制ナルヲ以テ明文ナキ場合ニ此趣旨ヲ應用スルヲ得スト信ス

條件附告訴ニ付キ疑問ヲ生スルハ條件ノ内容自體ハ不法ナラサル場合ニ告訴ニ條件ヲ付スルコト其レ自體カ刑事訴訟法上不法ト爲リ從テ條件ヲ附スルトキハ告訴ハ效力ヲ生セサルヤ否ヤノ點ニアリトス此點ニ付テハ種々ノ見解アリ第一說ハ停止條件ト解除條件トヲ分チ停止條件附告訴ハ無効ナルモ解除條件附ノ場合ハ解除條件自體カ無効ニシテ告訴ハ有效ナリト云ヒ第二說ハ停止條件附ナルト解除條件附ナルトヲ問ハス告訴ハ有效ナリ即チ停止條件附ノ場合ニハ條件ノ成就ニ因リ訴訟條件完成シ解除條件附ノ場合ニハ解除條件自體ヲ無効トスト云ヒ第三說ハ條件附告訴ハ停止條件ナルト解除條件ナルトヲ問ハス告訴ヲ無効トスト論ス余ハ第三說ヲ採ル其理由ノ大要左ノ如シ
先ツ停止條件附告訴ノ場合ヨリ述ヘンニ抑法律カ親告罪ニ付キ告訴ヲ待テ其

此ノ親告罪ニ付キハ
先ツ停止條件ヲ待テ
告訴スルコト也

罪ヲ論スルモノト爲シタルハ刑事訴訟ニ關スル一大例外ニシテ要スルニ一ハ或種ノ犯罪ニ付テハ犯罪ヲ追及スルニ因リ被害者ハ犯罪ノ被害ニ加フルニ實際上海一層ノ迷惑ヲ蒙ルコトアルニ依リ之カ訴訟ニ付キ被害者ノ意思ヲ參酌スルヲ以テ適當ト認メタルト一ハ或種ノ犯罪ニ付テハ法益ノ侵害輕微ナルニ依リ被害者カ其侵害ヲ自覺シ訴訟ヲ希望スルヲ待テ追及スルヲ適當ト認メタルカ故ナリ從テ被害者ニ委ヌル所ハ訴訟ヲ欲スルヤ否ヤノ明白ナル決斷ノミ其レ以上被害者ノ意思ヲ容ルル理由アルコトナシ又之ヲ法文ニ徵スルニ法律ハ告訴ヲ待テ其罪ヲ論スル規定シタリ此規定ハ告訴アルトキハ直ニ訴訟ヲ爲シ得ヘキモノト爲シタル趣旨ニシテ告訴アルモ告訴ノ内容如何ニ從テ或ハ直ニ訴訟ヲ爲シ得ヘク或ハ訴訟ヲ得ヘカラスト爲スカ如キ趣旨ヲ認ムルヲ得ス即チ法律カ被害者ニ認許スル所ハ其犯罪ニ付キ犯人ノ訴訟ヲ欲スルヤ欲セサルヤノ單純ナル決定ニアリ故ニ或事實生スルトキハ訴訟ヲ求ムルモ然ラサレハ訴訟ヲ求メスト云フカ如キ停止條件附ノ告訴ハ法律ノ認メサル所ニシテ其效力ナキモノト論斷セサルヘカラスト次ニ解除條件附告訴ニ付テハ解除條件

附ノ儘告訴ヲ有效ト認ムヘカラサルコトハ疑ナキ所ナリ何トナレハ法律ハ告訴拋棄ノ外告訴ノ效力ヲ消滅スルコトヲ認メサルヲ以テ此方法ニ依ラスシテ告訴ノ效力ヲ消滅セシメントスル意思表示ハ違法ナルヲ以テナリ故ニ解除條件附告訴ノ有效ナルコトヲ主張スル論者ハ何レモ解除條件ヲ告訴ヨリ分離シ解除條件ノミヲ無効トシテ告訴ヲ有效ナリト解スルモノナリ然レトモ條件ハ意思表示ニ附隨スル別箇ノ意思表示ニ非スシテ意思表示ノ内容ヲ爲スモノナリ換言スレハ條件附意思表示ナル一箇ノ意思表示ニシテ單純ナル告訴ノ意思表示ト解除條件ニ關スル意思表示ト二箇ノ意思表示アリテ一カ他ニ附隨セルニ非ス從テ之ヲ分離シテ觀察スルコトハ條件ノ本質ニ反シ表意者ノ眞意ニ背馳ス即チ條件ヲ分離シテ之ノミヲ無効トシ而シテ單純無條件ノ告訴トシテ取扱フハ全ク存在セサル意思ヲ假裝的ニ構造スルニ外ナラス故ニ解除條件附ノ場合ニハ之ヲ單一不可分ノ意思表示トシテ觀察セサルヘカラス然ルトキハ該意思表示ハ法律ノ認メサル方法ニ依リテ告訴ノ效力ヲ消滅スヘキモノト爲ス内容ヲ包含スル違法アルヲ以テ其效力ヲ生セサルモノト解セサルヘカラサル

一罪ニ對シ
數人ノ告訴
權者アル場
合

ナリ但茲ニ注意スヘキハ一見解除條件ノ如ク見ユルモ告訴者ノ意思ハ之ヲ生訴ニ關スル意思表示ノ不可分の内容ト爲スニ非スシテ飽ク迄訴追ハ之ヲ要求スルモ若シ出來得ヘクンハ或事實ノ生シタル場合ニハ訴追セザランコトヲ欲スト云フカ如ク別箇ナル希望ヲ附加シタルニ過キササルモノト認メ得ヘキトキハ告訴ノ有效ナルコト勿論ニシテ彼ト此トハ固ヨリ混同スヘキニ非サルナリ告訴ニ期限制限又ハ留保ヲ付シタルカ如キ場合モ亦右ノ理ヲ推シテ其效力ノ有無ヲ決スヘキナリ

一 一罪ニ對シ數人ノ告訴權者アルコトアリ例ハ略取誘拐罪強姦罪強姦罪ノ場合ニハ婦女并其夫ハ被害者ナリ又ハ親族數人ノ共有物ヲ竊取シタル場合ノ如シ此場大正五年七月一日大判又ハ親族數人ノ共有物ヲ竊取シタル場合ノ如シ此場合ニ於テハ告訴權者カ悉ク告訴スルヲ要スルヤ又ハ其中ノ一人カ告訴ヲ爲ストキハ訴訟條件ハ充タサルルヤ否ヤ外國ノ立法ニハ一人ノ告訴ヲ以テ足ルコトヲ明言セルモノアリ我法律ニハ何等ノ明言ナシト雖モ數人ノ告訴權者アル場合ハ各自カ獨立ノ告訴權ヲ有スルモノニシテ而シテ法律ハ單一告訴ヲ待テ其罪ヲ論スト規定セルカ故ニ苟モ其犯罪ニ付キ告訴權ヲ有スル者ヨリ告訴ヲ

爲シタル事實存スル以上ハ總テノ告訴權者カ告訴ヲ爲シタルコトヲ要セス一人ノ告訴ヲ以テ罪ヲ論スルノ條件ヲ充タシタルモノト解スルヲ相當トスヘシ蓋告訴ヲ訴訟條件ト爲スハ一般ノ原則ニ對スル例外ナルヲ以テ其適用ヲ特ニ例外ヲ認メタル理由ノ完全ニ具備セル場合ニ局限ズルヲ解釋ノ當ヲ得タルモノト爲スヘク而シテ既ニ犯罪成立シ被害者ノ一人之カ訴追ヲ要求スルノ意思明ナレハ職權訴追ノ例外タル理由ハ破壞セララルルニ至レハナリ

一 二 牽連犯又ハ連續犯ノ一部ニ告訴ヲ待テ論スヘキ罪ニ該當スル犯罪行爲ヲ包含スル場合ニ於テハ該親告性行爲ノ點ニ付キ其被害者ヨリ告訴ナキトキハ該牽連犯又ハ連續犯ノ全部ニ付キ適法ニ訴追スルヲ得サルヤ將タ又其行爲ト他ノ行爲トヲ分離シ他ノ行爲ハ訴追シ得ヘキモ其行爲ハ訴追スルヲ得サルモノナリヤ此點ハ訴訟條件ニ關スル問題タルノミナラス引テ訴訟物體ノ範圍及確定判決ノ效力ノ範圍ニ影響ヲ及ホスモノナリ

此問題ヲ決スルニハ先ツ第一ニ牽連犯又ハ連續犯ハ實體上一箇ノ犯罪ナリヤ又ハ實體上ノ一罪ニ非スシテ實體上ノ數罪ヲ手續上一罪ノ如ク處斷スルモノ

牽連犯又ハ連續犯ノ一ハ
部ニ親告性
行爲ヲ包含
スル場合

ナリヤヲ決セサルヘカラス若シ單ニ手續上一罪ノ如ク處斷スルモノニ過キストセハ之レカ處斷ヲ爲スニハ手續上ノ要件ヲ具備スルコトヲ前提トスヘキニヨリ手續上ノ要件即チ訴訟條件ヲ具備スルモノニ限リ一罪の處斷ノ適用ヲ受ケ訴訟條件具備セサル部分ハ其適用ヲ受ケサルヲ以テ其一部ノ犯罪行爲ニ付キ必要ナル告訴ナキトキハ其部分ト他ノ部分トヲ分離シテ觀察スヘキモノナリト雖モ反之實體上一罪ナリト認ムルトキハ其部分ニ對スル告訴ノ有無ニ拘ラス該牽連犯又ハ連續犯ノ全部ニ付キ審判スルコトヲ得ルモノト論斷セサルヘカラス抑一個ノ犯罪ハ不可分のニ刑事訴訟ノ物體ト爲ルモノニシテ一犯罪ヲ構成スル箇々ノ成分タル行爲ヲ分離シテ判決スルコトヲ得サルモノトス是レ刑事訴訟ハ實體刑罰法ニ定メタル罪ヲ確定シ其定メタル刑ヲ具體的ニ宣告スヘキ手續ニ過キスシテ一ニ實體刑罰法ノ定ムル所ヲ實現スルヲ目的トスルモノナルコトノ性質ニ徴シ疑ヲ容ルヘカラス故ニ一犯罪ニ付テハ其判決主文ハ必スヤ一個タルヘク其一部ヲ有罪トシ一部ヲ無罪トシ或ハ一部ヲ免訴トシ又ハ一部ニ付キ告訴不受理ノ判決ヲ爲スカ如キコトアルヘカラス蓋シ分離シ

テ判決スルコトヲ得ヘキモノトセハ是レ實體法規ニ定メタル犯罪ノ構成ヲ訴訟法規ニ依リテ變更スルニ歸著スルヲ以テナリ從テ牽連犯又ハ連續犯カ實體上一罪ヲ構成スルモノナリトセハ其成分タル一行爲カ縱令之ヲ獨立ノ犯罪トシテ觀察スレハ親告罪ニ該當スル場合ト雖モ其部分ヲ他ノ部分ト分離シ別様ノ判決ヲ爲スヘキニ非ス必ヤ全部ノ行爲ヲ包括スル一個ノ牽連犯又ハ連續犯トシテ之ニ對シテ有罪ノ判決ヲ爲スカ又告訴ナキカ爲メ訴訟條件完備セサルヲ理由トシテ該牽連犯又ハ連續犯ニ對シ公訴不受理ノ判決ヲ爲スカ何レカ其一ニ出テサルヘカラス而シテ牽連犯又ハ連續犯ヲ以テ實體上一罪ト認ムルノ結果ハ其成分タル箇々ノ行爲中本來親告罪ニ該當スルモノアルモ其點ニ付キ告訴アルト否トニ拘ハラズ裁判所ハ之ニ付キ審判スルコトヲ得ルモノト解スルヲ正解トスヘシ何トナレハ既ニ數行爲ヲ合シテ一個ノ犯罪ト爲ス以上ハ各個ノ行爲ハ其一罪ノ成分ヲ爲スモノニシテ該成分タル各行爲毎ニ別箇ノ犯罪アルニ非ス恰モ強盜婦女ヲ強姦シタルトキハ強盜強姦ナル一罪アルノミニシテ強盜罪ト強姦罪トノ成立ヲ認ムヘキニ非サルカ如シ今牽連犯ニ付キ一例ヲ

舉ケンカ茲ニ文書ヲ偽造シテ之ヲ行使シ因テ刑法第二百四十四條後段所定ノ親族又ハ家族ヨリ財物ヲ騙取シタル事實アリトセンニ此場合ニハ文書偽造行使詐欺ナル一個ノ牽連犯成立スルニ止マリ別ニ文書偽造罪、偽造文書行使罪、詐欺罪等ノ成立ヲ認ムヘキニ非ス而シテ法律カ親告罪ト認メタルハ詐欺罪ニシテ文書偽造行使詐欺罪ナル一個ノ牽連犯ヲ以テ親告罪ト認メタルコトナキヲ以テナリ是レ恰モ強姦罪ハ親告罪ナルモ強盜強姦罪ハ親告罪ニ非サルヲ以テ強姦ノ點ニ付キ告訴ナキモ之ヲ審判スルコトヲ得ルト相同シ唯斯ノ如ク解スルトキハ時トシテハ實際上頗ル不當ノ感アル結果ヲ生スルコトアルヲ免レス例ヘハ住居ニ侵入シテ姦通行爲ヲ爲シタリトセンニ住居侵害行爲ト姦通行爲トハ相合シテ一ノ牽連犯ヲ構成スヘク而シテ本夫之ヲ公ニスルヲ厭ヒテ告訴ヲ爲ササルニ拘ラス住居侵害ト相合シテ牽連ノ一罪成立シタルノ故ヲ以テ姦通行爲モ併セテ親告性ヲ失ヒ刑事訴訟手續ニ於テ公表セラルルニ至ルコトアルカ如キ是ナリ然レトモ是レ強盜強姦罪ノ場合ニ於テモ生スル現象ニシテ實體上一罪ト認メタル結果止ムヲ得サル所ナリトス況ンヤ牽連犯ノ一部ニ親告

罪ニ該當スヘキ行為アルカ爲メ當該牽連犯全部ニ付キ訴訟條件ヲ缺クモノト爲シ之ヲ訴追審判スルコトヲ得スト爲サハ多クノ場合ニ於テ不當ノ結果ヲ生スルコト更ニ一層ノ甚シキヲ見ルヘシ連續犯ニ關シテハ特ニ例ヲ擧ケテ説明セスト雖モ類推シテ之ヲ知ルヲ得ヘシ若又牽連犯又ハ連續犯中ノ非親告性行為ト親告性行為トヲ分離シ非親告性行為ニ付テノミ訴追審判スルコトヲ得ルモノトセンカ其結果ハ親告性行為ニ對シ告訴アルトキハ之ニ付キ更ニ訴追審判ヲ爲スコトト爲リ一個ノ牽連犯又ハ連續犯トシテ重キニ從テ處斷セラルヘキ行為ニ對シ二個ノ刑ヲ言渡スコトト爲ルヘク而シテ斯ノ如キ場合ニ付キ併合罪ニ關スル刑法第五十一條ノ如キ規定ナキヲ以テ結局二個ノ判決ヲ執行スヘク其結果併合罪ヨリ重キ處刑ヲ爲スノ不都合ニ逢著スヘシ或ハ曰ク牽連犯又ハ連續犯ノ一部ニ付キ既ニ確定判決アリタル上ハ全部ニ對スル公訴權消滅シ被害者ノ告訴アルモ更ニ審判セラルルコトナキヲ以テ右ノ如キ不都合ヲ生スルコトナシト然レトモ親告性行為ニ付キ告訴ナクンハ之ヲ審判スルコトヲ得スト爲ス以上ハ其部分ニ對シ公訴權消滅スヘキ理ナシ蓋シ確定判決ハ裁判

兼行ナキニ新設
 兼行トシテハ
 兼行トシテハ
 兼行トシテハ
 兼行トシテハ

兼行トシテハ
 兼行トシテハ
 兼行トシテハ
 兼行トシテハ

想像上數罪
 一部ニ親
 告性犯罪ヲ
 包含スル場
 合

所カ其訴訟手續ニ於テ法律上審判ヲ爲スコトヲ得サル部分ニ其效力ヲ及ホスヘキ理由ナキヲ以テナリ加之論者ノ説ヲ是認スルトキハ被害者ノ告訴カ後レタル爲メ犯人ハ不當ニ責任ヲ免カルルニ至リ其結果ノ不都合ナルコト彼是相讓ラス斯ノ如ク何レノ見解ヲ採ルモ場合ニ依リ不當ナル實際上ノ結果ヲ惹起スルコトアルヲ免レサルヲ以テ之ヲ云爲シテ前述ノ論定ヲ批難セントスルカ如キハ充分ノ理由ナキモノト謂ハサル可カラス判例カ實體的一罪説ヲ採リ乍ラ親告性行為ノ部分ニ付キ告訴ナキトキハ之ヲ分離シテ觀察スヘキモノト解スルハ(明治四年四月一七日大判)余ノ贊同シ難キ所ナリ

一三 想像上ノ數罪ノ場合ニ於テモ右ト同様ノ問題ヲ生ス例ハ一箇ノ行為ニ因リ數人ノ名譽ヲ毀損シ又ハ一人ニ對スル名譽ヲ毀損スルト同時ニ信用ヲ毀損(刑二三)シタル場合ノ如シ判例ハ此場合ニ於テモ親告性行為ニ付キ告訴ナキ部分ハ之ヲ分離シテ觀察シ其部分ハ訴訟條件ヲ缺クヲ以テ審判ヲ爲サス他ノ部分ニ付テノミ本案ノ審判ヲ爲スモノト爲セトモ(明治四年七月二三日大判)想像上ノ數罪ハ實體的一罪ナルコト殆ント疑ナキ所ナレハ苟モ其一人告訴ヲ爲シ

又ハ其一部ニ非親告性ノモノアル以上ハ其全部ニ付キ本案ノ審判ヲ爲スコトヲ得ルモノト解セサルヘカラス判例カ分離シテ觀察スヘシトノ見解ヲ採リ乍ラ一罪ノ一部ナルヲ以テ他ノ部分ニ付キ本案ノ判決ヲ爲スニ止メ告訴ナキ部分ノ起訴ニ對シ公訴不受理ノ判決ヲ爲サスト爲スカ如キハ頗ル理路ノ明白ヲ缺クモノト謂フヘシ

告訴ノ追完

一四 告訴ナキニ檢事誤テ公訴ヲ提起シタル後告訴アリタルトキハ訴訟條件ノ欠缺ハ追完セラレテ有效トナルヤ否ヤハ一箇ノ問題ナリ積極論者ハ曰ク此條件ハ之ヲ具備スヘキ時期ニ付キ法律ニ何等ノ制限の規定ヲ認メサルノミナラス起訴後ニ於テ其欠缺ヲ追完スルコトハ單ニ被告ヲシテ公訴不受理ノ抗辯權ヲ失ハシムルニ止マリ其他ニ於テハ實體上及手續上毫モ被告ノ不利益ヲ生スルコトナク實際ニ於ケル事案ノ處理上極メテ便利ナルヲ以テ追完ハ有效ト認ムヘキナリト然レトモ法文上此條件ヲ具備スヘキ時期ニ付キ特別ノ明言ナキモ此條件ハ訴訟成立ノ條件ナレハ成立ノ時ニ要スルコト當然ナルヘク而シテ追完ノ如キハ法ノ擬制ナルヲ以テ明文ノ存スルカ解釋上充分ノ根據アルニ非

サレハ之ヲ認ムルヲ得サル所ニシテ單ニ實際上便利ナルノ故ヲ以テ輒ク肯定スルコトヲ得ス加之追完ヲ認ムルトキハ時トシテハ公訴時効ノ關係上被告ノ利益ヲ害スルニ至ルコトアルヘシ故ニ解釋論トシテ消極論ヲ正當トス判例モ亦此見解ヲ採ル(大正五年七月一日大判)但立法論トシテハ積極ニ決スルヲ相當トスヘシ

第三節 公訴提起ノ方式

公訴ノ提起ノ方式
意思表示ノ内容

一 公訴ノ提起ハ裁判所ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲スモノトス而シテ其内容トシテ一定ノ人及一定ノ犯罪事實ヲ特定セサルヘカラス是レ彈劾式訴訟ニ於ケル必然ノ條件ナリ即チ彈劾式訴訟ニ於テハ被告人ハ訴訟ノ當事者ト爲リ檢事ト對立スルモノナルヲ以テ其對手人定マラスシテ訴訟關係發生スルコトナケレハナリ但必シモ被告人ノ氏名ヲ指示スルヲ要セス其何人ナルカヲ知リ得ヘキ程度ニ於テ表示スルヲ以テ足レリトス例ハ人相體格其他ノ特徴ヲ指示スルカ如シ(刑訴七六條參照)又犯罪事實ヲ特定セサレハ審判ノ物體明ナラス若シ被告人ノ行爲タル以上ハ何等ノ制限ナク之カ審判ヲ爲シ得ルモノトセハ彈劾式

訴訟ノ特色ヲ失フニ至ルヘシ是レ事實ノ特定ヲ要スル所以ナリ然レトモ事實ノ特定モ如何ナル犯罪事實ニ付キ公訴ヲ提起シタルヤ他ノ犯罪事實ト辨別シ得ヘキ程度ニ於テ表示スルヲ要スルノミ必シモ犯罪ノ時日場所其他ノ情態等ヲ詳細ニ指示スルヲ要セサルナリ而シテ判例ニ依レハ犯人ト犯罪事實トヲ特定シテ表示スルコトハ必スシモ同時ニ於テ爲スコトヲ要セサルカ故ニ始メ公訴ヲ提起スルニ當リ犯罪事實ノ明示ヲ缺キタル場合ト雖モ其後之ヲ追捕シタルトキハ之ニ依リ公訴提起ノ效力ヲ生スルモノト解釋セラレ(明治三十四年一月二七日四五年二月九日)又判例ハ現行犯ニ付キ豫審ヲ請求スル場合ニ於テハ被告人ヲ特定セシテ公訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノト解セリ(明治三十一年二月六日大判)其理由トスル所ハ豫審ハ證據ノ蒐集ヲ其主要ナル目的ノ一ト爲スモノナレハ犯人不明ノ場合ニ於テモ之カ手續ヲ爲スノ必要アルノミナラス豫審判事第四百四十二條第四百四十三條ニ依リ現行犯ニ對スル特別處分ヲ爲シ檢證調書ヲ作りタルトキハ犯人ノ不明ナルト否トヲ問ハス公訴ヲ受理シタルモノト看做サルモノナルヲ以テ現行犯ニ關スル豫審ニ付テハ法律ハ必スシモ被告人ノ特定ヲ必要

トセサルモノト解スルヲ相當トスト云フニ在リ然レトモ第四百四十二條第四百四十三條ハ全ク例外法規ナルヲ以テ之ヲ擴張シテ解釋スルハ正當ニ非ス又證據ノ蒐集ハ豫審ノ主要ナル目的ニシテ犯人不明ナル場合ト雖モ豫審手續ニ依リ證據ノ蒐集ヲ爲スハ實際上頗ル便宜ナルコトアルヘシト雖モ是レ必スシモ現行犯ノミニ關スルモノニ非サルカ故ニ之ヲ以テ現行犯ニ對スル豫審請求ニ付キ被告人ノ特定ヲ要セサル理由ト爲スハ頗ル薄弱ナリト謂フヘシ
外國ノ立法ニ於テハ證據方法又ハ刑ノ適用等ヲ表示スルコトヲ公訴提起ノ要件トスルモノアリト雖モ我訴訟法ハ之ヲ必要トセス尤モ第六十六條ニハ「檢事豫審ヲ求ムルトキハ證據及ヒ事實參考ト爲ル可キ事物ヲ送致シ且臨檢ス可キ場所逮捕ス可キ人名及證人ト爲ル可キ者ヲ指示ス可シト」ノ規定アリ又第二百十三條ニハ「檢事ハ何レノ場合ニ於テモ被告人ニ對シ呼出狀ヲ發ス可キコトヲ裁判所ニ請求ス可シト」ノ規定アリト雖モ是レ公訴提起ノ要件ニ非スシテ單ニ檢事ニ對スル訓示の規定ニ過キサレモノトス

二

公訴提起ノ意思表示ノ方法ニ關シテハ現行犯ニ付キ特別搜查處分ヲ爲シタ

ル場合ニ關シ第四百四十五條、第四百四十八條ニ於テ書面ヲ以テスル旨ノ規定アルニ止マリ一般的ニハ何等ノ準則若ハ制限ヲ設ケサルカ故ニ必シモ書面ニ依ルヲ要セス口頭ヲ以テモ之ヲ爲スコトヲ得ルモノト解セサルヘカラス然レトモ公訴提起ハ刑事訴訟ノ基礎ヲ爲スモノナレハ必スヤ之ヲ記録ニ存シテ明確ナラシメ置クノ要アリ而シテ公判ニ於テハ之ヲ公判始末書ニ記載スルニ依リ明確ナラシムルコトヲ得ルモ其他ニ於テハ刑事訴訟法上其手續存セサルヲ以テ口頭ノ公訴提起ハ公判開廷ノ際ニ於テノミ之ヲ爲スコトヲ得ヘク其他ノ場合ニ於テハ書面ヲ以テスルヲ要スルモノト解スルヲ法ノ精神ニ適スルモノトス判例モ亦此見解ヲ採ル(大正二年一月三日大判)而シテ其書面ハ刑事訴訟法第二十條第二十一條ニ定メタル形式ヲ備ヘサルヘカラサルヤ勿論ナリ(大正四年五月七日大判同旨)然ルニ一判例ハ電話ニ依ル起訴ハ無効ナルモ電報ニ係ル起訴ハ有效ナリト斷シタリ(明治三十九年五月七日大判)ト雖モ裁判所ニ到達スル電報送達紙ハ電信官署ノ書面ニシテ檢事ノ作成シタルモノニ非ス又前示第二十條第二十一條ノ形式ヲ備フルモノニ非サルヲ以テ之ヲ有效ト爲スハ正解ニ非サルヘシ

公訴提起ニハ豫審ヲ求ムル手續ト直ニ公判ヲ求ムル手續トノ別アリ如何ナル場合ニ豫審ヲ求メ如何ナル場合ニ公判ヲ求ムヘキヤ等ハ後編訴訟手續ノ部ニ於テ説明スヘシ

第四節 公訴提起ノ效力

第一 權利拘束ノ發生及其效果

一 公訴ノ提起アリタルトキハ其事件ハ檢事ノ手ヲ離レ裁判所ニ繫屬スルニ至ル之ヲ權利拘束ト云フ其效果トシテ第一ニ公訴提起アルトキハ裁判所ハ之ニ對シ裁判ヲ爲スノ權利義務ヲ生ス例ハ甲者ノ殺人行爲ニ付キ公訴提起アルトキハ裁判所ハ其事實ノ存否ヲ審理シ其事實アリト認定シタルトキハ之ニ對シ刑ノ言渡ヲ爲スカ如シ然レトモ公訴提起アルトキハ常ニ斯ノ如ク公訴ノ内容タル事實ニ付キ審判ヲ爲スモノニ非ス若シ公訴提起ニ關スル訴訟法上ノ要件ヲ缺クトキハ事件ノ本案ニ立入ラスシテ形式上ノ判決即チ管轄違又ハ公訴不受理ノ判決ヲ爲スヘク訴訟條件完備セル場合ニ於テ本案ニ入り實體關係ヲ審

公訴提起ノ效力
權利拘束ノ發生及其效果

判スルモノトス故ニ訴訟條件ノ欠缺セル場合ニ於ケルモノヲ形式的權利拘束ト云ヒ訴訟條件完備セル場合ニ於ケルモノヲ實體的權利拘束ト云フ第二ニ權利拘束ノ繫屬中ハ同一ノ事件ニ付キ更ニ公訴ヲ提起スルコトヲ得ス蓋一箇ノ科刑權ノ確定ヲ目的トシテ二重ニ審判ヲ求ムルノ必要ナキヲ以テナリ故ニ同一ノ裁判所ニ同一ノ事件ヲ再ヒ起訴シタルトキハ公訴不受理ノ判決ヲ爲スヘク別箇ノ裁判所ニ更ニ公訴ヲ提起シタルトキハ其裁判所ハ管轄違ノ判決ヲ爲スヘキモノトス但此點ニ付テハ刑事訴訟法ニ管轄ニ關スル特別ノ明文アル結果トシテ少シク純理上ノ論結ト其趣ヲ異ニスル場合ヲ生ス即チ此場合ニ於テ後ニ起訴ヲ受ケタル裁判所カ必ス管轄違ノ判決ヲ爲スニ限ラス却テ前ニ起訴ヲ受ケタル裁判所カ管轄違ノ裁判ヲ爲ササルヘカラサルコトアリ蓋刑事訴訟法ハ一箇ノ犯罪ニ付キ數箇ノ土地管轄ヲ認メタル結果別箇ノ裁判所ニ二重ニ起訴セラルル場合ノ生スヘキコトヲ豫想シ斯ノ如キ場合ニ於テハ其事件ハ最初ニ豫審又ハ公判ニ著手シタル裁判所ノ管轄ニ屬スルモノトセリ(刑訴二七條)故ニ甲裁判所ニ起訴シタル後乙裁判所ニ同一事件ヲ起訴シタル場合ニ於テハ純理

ヨリスレハ乙裁判所ニ對スル公訴提起ハ不法ナレトモ法律ハ甲裁判所カ未タ豫審又ハ公判ニ著手セサル以前ニ乙裁判所之ニ著手シタルトキハ乙裁判所管轄權ヲ有シ之カ審判ヲ爲スヘキモノニシテ却テ甲裁判所ハ管轄權ヲ有セサルニ至リ乙裁判所ニ先チテ公訴提起ヲ受ケ當時適法ニ管轄權ヲ有シタルニ拘ラス乙裁判所ニ管轄ヲ優先セラルル結果管轄違ノ言渡ヲ爲ササルヘカラサルニ至ルモノトス

權利拘束ノ繫屬中同一ノ公訴ヲ更ニ提起スルヲ得サルコト右ニ述フルカ如シト雖モ刑事訴訟法ハ民事訴訟法ノ如ク權利拘束ノ妨訴抗辯權ヲ被告人ニ與ヘサルカ故ニ被告人ハ之ヲ理由トシテ本案ノ辯論ヲ拒ムコトヲ得ス尤モ何時ニテモ公訴不受理又ハ管轄違ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖モ(刑訴一八六條)此申立アルモ裁判所ハ本案ノ審理ヲ中止スルノ義務ナキヲ以テ本案ノ審理ヲ進行スルモ手續上ノ違法ヲ來スコトナキモノトス

二 以上ハ公訴提起ノ效力トシテ權利拘束ヲ論シタルモノナレトモ裁判所カ公訴提起ニ因ラスシテ審判權ヲ有スル變例ノ場合ニ於テモ亦權利拘束ヲ生スル

モノナリ即チ現行犯ニ付キ豫審判事カ檢事ノ請求ヲ待タスシテ豫審手續ヲ開始シタル特別ノ場合ニ於テハ豫審判事カ檢證調書ヲ作リタルトキ(刑一四二條)附帶犯ニ付テハ裁判所カ公判ニ於テ附帶犯ヲ發見シ之カ審理ヲ爲スニ至リタルトキ(刑一四五條)公判ニ於ケル偽證罪事件ニ付キ豫審判事カ裁判所ヨリ事件ノ送致ヲ受ケタルトキ(刑一四五條)ハ權利拘束ヲ生スルモノニシテ其效果ハ公訴提起ニ因ルモノト異ルコトナシ

三 右ニ述ヘタル權利拘束ノ效力ニ付テハ異説ナキニ非ズ即チ其説ニ依レハ同一事件ニ付キ重ネテ公訴ヲ提起スルモ公訴不受理ノ判決ヲ爲スヘキニ非ズシテ同一裁判所ノ場合ニハ併合シテ審理判決スヘク別箇ノ裁判所ノ場合ニ於テハ各裁判所ニ於テ各其手續ヲ進行シ其一ニ於テ確定判決アルトキハ他ハ之ヲ理由トシテ免訴ノ判決ヲ爲スヘキナリト然レトモ既ニ述フル如ク一箇ノ科刑權ノ確定ハ一箇ノ裁判ヲ受クルニ依リテ其目的ヲ達スルコトヲ得ルモノナルカ故ニ其裁判ノ請求ハ亦一箇ナルヘク同一ノ請求ヲ重ネテ爲スカ如キハ之ヲ許ササルモノト解スルヲ相當トス而シテ苟モ一ノ公訴提起アルトキハ之ニ關

スル條件ヲ缺キ結局公訴不受理ニ歸着スヘキモノナリトスルモ其繫屬中ニ於テハ重ネテ公訴ヲ提起スルコトヲ得サルモノト爲ササルヲ得ス但判例ハ公訴不受理ノ判決アリタルトキハ被告人ハ之ニ對シテ上訴權ナキヲ以テ該判決ノ確定前ト雖モ檢事ハ上訴ヲ爲サスシテ更ニ公訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノト解セリ(明治四三年二月八日大判)又判例ハ連續犯ヲ構成スヘキ數箇ノ行爲アル場合ニ檢事之ヲ連續犯ト認メス各行爲ニ付キ數回ニ公訴ヲ提起シタルトキノ如キハ敢テ後ノ起訴ニ對シテ公訴不受理ノ言渡ヲ爲スヘキニ非スト解シタル(明治四四年一月八日大判)

第二 權利拘束ノ消滅

一 權利拘束ハ判決又ハ略式命令ノ確定又ハ公判ヲ開カサル豫審終結決定ノ確定ニ因リテ消滅ス公訴ニ付テハ取下ヲ許ササルヲ以テ民事訴訟ニ於ケル權利拘束ノ如ク取下ニ因リテ消滅スルモノニ非ス尤モ上訴ヲ爲シタル場合ニ於テハ檢事ヲ除クノ外上訴ノ取下ヲ爲スコトヲ得ヘク(刑一四六條)又略式命令ニ對スル正式裁判ノ申立ハ之ヲ取下クルコトヲ得ルヲ以テ(刑一四三條)上訴又ハ正式裁

判ノ中立ヲ取下ケタルトキハ權利拘束消滅スルニ至ルヘシト雖モ取下ニ因リテ原判決又ハ略式命令確定スルモノナレハ此場合ニ於テモ結局判決又ハ略式命令ノ確定ニ因リテ權利拘束消滅スルニ外ナラス。

刑事訴訟法第二百四十一條第二百六十三條ニ依リ公判裁判所カ事件ヲ豫審判事ニ送付スル決定ヲ爲シタルトキハ其事件カ豫審ニ繫屬スルト同時ニ當該裁判所ニ於ケル其事件ノ權利拘束消滅スルモノナリヤ否ヤニ付テハ疑アリト雖モ權利拘束消滅スルモノト解スルヲ相當トス之ニ關シテハ後編訴訟手續各論ノ部ニ於テ詳説スヘシ。

被告人ノ死亡ハ權利拘束ヲ消滅セシムルヤ否ヤハ議論ノ存スル所ナレトモ判例ハ之ニ因リテ權利拘束ハ當然消滅スルモノト解セリ(明治三十四年六月三日大判)消滅論ノ要旨ハ被告人ハ訴訟當事者ニシテ訴訟關係ニ必要ナル主體ナルカ故ニ之ヲ亡失セハ其關係ハ當然消滅ニ歸セサルヲ得スト云フニ在リ此說ハ若シ權利拘束ヲ實體的ノモノノミトセハ其理由アリト雖モ既ニ述ヘシカ如ク一旦公訴ノ提起アルトキハ不合法ナル場合ニ於テモ形式的權利拘束ヲ生スルモノナルヲ以

テ裁判所ハ必ス之ニ付キ裁判ヲ爲ササルヘカラサルモノナレハ(例ハ檢事カ被告人タル當事者能力ナキ者ヲ被告人トシテ訴退シタル場合ノ如シ)訴訟主體亡滅シ訴訟ノ中途ニ於テ不合法ト爲リタル場合ニハ宜シク其理由ニ依リテ公訴不受理ノ形式的裁判ヲ爲スヘク裁判ヲ待タスシテ直ニ權利拘束消滅スルモノト解スルハ純理ニ適セサルモノトス。

第四章 公訴ノ物體ノ範圍

一 權利拘束ヲ生シタルトキハ裁判所ハ該公訴ノ物體ニ付キ審判ヲ爲スヘク又其物體ニ付テハ更ニ公訴ヲ提起スルコトヲ得サルコトハ既ニ述ヘタルカ如シ加之確定裁判アリタルトキハ其物體ニ付テハ公訴權消滅スルモノトス而シテ斯ノ如キ效果ハ當該訴訟ノ物體ニ付テノミ及ヒ當該訴訟ノ物體ノ全部ニ付キ生スルモノニシテ所謂當該訴訟ノ物體トハ講學上同一事件又ハ訴訟物ノ同一(Eine und dieselbe Strafsache, Identität des Prozessgegenstandes)ト云フ換言スレバ右ノ如キ效果ハ同一事件又ハ同一訴訟物ノ全部ニ亙リテ生スルト同時ニ同一事件又ハ

同一事件ノ
意義

同一訴訟物ノ外ニ出テサルナリ

二 同一事件又ハ同一ノ訴訟物タルニハ主觀的及客觀的ニ於テ同一ナルコトヲ要ス

(1) 主觀的の同一トハ被告人ノ同一ナルコトヲ云フ從テ共犯者數名アル場合ニ其一人ニ對スル公訴ハ共犯者タル他ノ正犯從犯等ニ對スルモノト同一ニ非ス故ニ例ハ共犯者ノ一人ニ對シテ公訴ヲ提起シタルトキハ裁判所ハ其者ニ對シテ審判ヲ爲シ得ルニ止マリ他ノ共犯者ニ對シテハ審判スルコトヲ得サルモノトス法人ヲ處罰スヘキ事件ニ付テハ當該法人ノ同一ナルコトヲ要シ其代表者ノ異同ハ之ニ關係アルコトナシ

(2) 客觀的の同一トハ科刑權發生ノ原因タル事實ノ同一ナルコトヲ云フ即チ(イ)客觀的の同一トハ事實ノ同一ニシテ罪名ノ同一ヲ云フニ非ス又事實ノ同一トハ必シモ總テノ點カ全然同一ナルコトノミヲ云フニ非スシテ其基本タル事實即チ犯罪ノ構成要件タル行為若ハ結果等ノ同一ナルヲ以テ足ル故ニ日時場所方法目的等ノ如キ其他犯罪ノ態樣例ハ過失犯ト故意犯又ハ既遂ト未遂

トノ如キ點ニ於テ異ルモノアルモ事件ノ同一ヲ害セサルモノトス又其事實カ自然的觀察ニ於テハ全然別箇ナリトスルモ法律的觀察ニ於テ一罪ノ一部ヲ成ストキハ同一事件ヲ成スモノトス例ハ強盜ト強姦トハ自然的觀察ニ於テハ別箇ノ事實ナリト雖モ強盜ヲ爲ス際強姦ノ行為ヲ行ヒタルトキハ法律ハ之ヲ併セテ一罪ト爲スカ故ニ(刑二四)強姦ノ事實ノミヲ指摘シテ公訴ノ提起アリタルトキト雖モ裁判所ハ強盜ノ事實ニ付テモ審判ヲ爲ササルヘカラス從テ強盜ノ事實ニ付キ重ネテ公訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得サルモノトス加之其事實カ法律的觀察ニ於テ相異ルモ同一犯罪ニ於ケル行為ノ程度ヲ異ニスル場合例ハ豫備陰謀ト實行トノ如キ賄賂ノ約束ト提供又ハ收受トノ如キ又ハ同一犯罪ニ加功スル關係ヲ異ニスルニ過キサルトキ例ハ正犯タリ教唆者タリ從犯タルカ如キ相違ハ事件ノ同一ヲ害セサルナリ又其事實カ全然相異ルモ處罰條件ヲ一ニスルトキハ其處罰條件ニ依リ包括セララル總テノ行為ハ同一事件ヲ成スモノナリ例ハ詐欺破産ノ罪ハ惡意ノ義務負擔財產ノ隱匿帳簿ノ偽造等諸多異別ノ行為カ破産宣告ナル處罰條件ニ包括セラレテ一

罪ヲ構成スルカ故ニ是等ノ行爲ハ總テ同一事件ヲ成スモノトス(口)聚合犯
(牽連犯、連續犯等)ニ付テモ亦之ニ同シ故ニ聚合犯中ノ一ノ事實ヲ指摘シテ起訴シ
 タル場合ニ於テ其事實ト聚合シテ一罪トシテ處斷セラルヘキ總テノ事實ハ
 同一事件ヲ成シ當該訴訟ノ物體ト爲ル例ハ文書偽造ヲ指摘シテ公訴ヲ提起
 シタルトキハ其行使及其結果タル詐欺ノ事實等ハ總テ訴訟ノ物體ト爲ルカ
 故ニ裁判所ハ是等牽連ノ一罪ヲ構成スヘキ總テノ事實ニ亘リテ審判スヘキ
 モノトス(ハ)而シテ以上說示シタルカ如キ關係ヲ有シ同一事件ヲ成ス事實ハ
 公訴提起ノ時マテニ生シタルモノナルコトヲ要セス判決ノ時ニ至ルマテニ
 生シタル事實ハ總テ訴訟ノ物體ト爲ルモノナリ(ニ)然レトモ一罪トシテ處斷
 セラレス併合罪ト爲ル場合ニ於テハ其刑ヲ併科セスシテ一箇ノ加重刑ヲ言
 渡スヘキ關係ノモノト雖モ各罪各一箇ノ訴訟物體ヲ成スモノニシテ同一事
 件ト爲ラサルモノトス

審判不可分
ノ原則

三

公訴ノ物體ノ範圍ハ以上述フル所ノ如シ而シテ裁判所ハ訴訟物ノ全體ニ付
 キ事實上及法律上總テノ方面ヨリ觀察シ之ニ對シテ總テノ判斷ヲ爲ササルヘ

カラス之ヲ訴訟物體ニ對スル審判ノ不可分ト云フ此不可分ノ結果トシテ(1)判
 決ハ常ニ全部判決ニシテ一部判決タルヲ得ス從テ先ツ事實點ヲ判決シ後更ニ
 法律點ヲ判決スルカ如キ先ツ罪責問題ヲ判決シ後ニ刑罰問題ヲ判決スルカ如
 キ又ハ先ツ主刑ヲ言渡シ後別ニ附加刑ヲ言渡スカ如キコトハ許ササル所ナリ
 (2)裁判所カ故意又ハ過失ニ因リ訴訟物體ノ一部ヲ別除スルモ其別除ハ全然無
 效ナリ從テ一タヒ判決アルトキハ當該訴訟物體ニ對スル訴訟ハ全ク完結シ後
 ニ至リテ補充ノ判決ヲ爲スコトヲ得サルモノトス(3)一箇ノ犯罪ニ付キ其一部
 ヲ有罪トシ一部ヲ無罪トシ或ハ一部ヲ免訴トシ又ハ一部ニ付キ公訴不受理ノ
 判決ヲ爲ス如キコトアルヘカラス例ハ牽連犯又ハ連續犯トシテ訴追セラレ
 タル數箇ノ行爲中其一ヲ有罪ト認メ他ヲ無罪ト認メタルカ如キ場合ニ於テハ
 有罪ト認メタル點ニ付キ單純ニ刑ノ言渡ヲ爲スヘク別ニ無罪ノ言渡ヲ爲スヘ
 キニ非ス(4)但審判ノ不可分ハ同一事件即チ當該被告人ニ對スル當該犯罪事實
 ニ付キ適用アルモノナルカ故ニ共犯者ナリト雖モ人ヲ異ニシ又同一人ナルモ
 犯罪事實ヲ異ニスルトキハ此法則ノ適用ナキモノトス

四

右審判不可分ノ原則ニ對シテハ多少ノ例外ナキニ非ス左ニ之ヲ説明スヘシ

(1) 外國ヨリ引渡ヲ受ケタル犯人ニ付テハ引渡請求ノ原因ト爲ササリシ行爲ニ付テハ之カ審判ヲ爲ササルヲ國際法上ノ通義トシ日露犯罪人引渡條約及日米犯罪人引渡條約ニモ其趣旨ヲ認メタリト解スヘキ規定アリ(日露一、日米四條)故ニ引渡請求ノ原因ト爲リタル犯罪行爲ト聚合シテ一罪ヲ構成スヘキ別體ノ行爲アルトキト雖モ之ニ付キテハ審判ヲ爲スコトヲ得ス即チ此場合ニ於テハ一罪ノ一部分ヲ分離別除シテ審判ヲ爲スヘキモノトス

(2) 豫審決定ニ於テ誤テ一罪ヲ分離シ其一部ヲ公判ニ付シ一部ニ付キ免訴ヲ言渡シタル場合ニ於テ其決定確定シタルトキハ公判裁判所ハ免訴ニ係ル部分ニ付キ審判ヲ爲スコトヲ得ス蓋斯ノ如キ豫審決定ノ違法タルヤ論ヲ俟タスト雖モ該決定確定シタルトキハ其確定力ヲ無視スルコトヲ得サルヲ以テナリ(明治三七年二月一日大判同旨)第一審裁判所誤テ一罪ノ一部分ヲ分離シテ無罪又ハ免訴ノ言渡ヲ爲シ其部分ノ判決確定シタルトキハ第二審裁判所カ有罪ノ部分ニ對シテ申立タル控訴ヲ受理シ控訴審ノ審判ヲ爲スニ當リ既ニ確定

シタル部分ヲ除外セサルヘカラサルコト亦右ニ同シ

(3) 牽連犯又ハ連續犯等ノ一部ニ本來親告罪ニ該當スヘキ犯罪行爲アリテ之ニ對シ告訴ナキ場合ニ於テハ其部分ヲ分離シテ審判スヘキヤ否ヤハ問題ナリト雖モ通説及判例ハ分離説ヲ採ル之ニ付テハ既ニ前章第二節ニ於テ説明シタル所ナルヲ以テ之ヲ參照スヘシ

第五章 公訴權ノ消滅

一 公訴權ハ科刑權ニ關係ナク其固有ナル原因ニ因リテ消滅スルコトアリ又ハ科刑權ノ消滅ニ相關係シテ消滅スルコトアリ刑事訴訟法第六條列舉ノ原因中確定判決、時効及告訴ノ拋棄ハ前者ニ屬シ被告人ノ死亡、大赦及刑ノ廢止等ハ後者ニ屬スルモノトス既ニ述ヘシ如ク形式的公訴權ハ客觀的ニ科刑權ノ發生シタルコトヲ要セス犯罪ノ嫌疑ノ生シタルニ因リテ發生スル訴訟法的獨立ノ權利ナレハ客觀的ニハ科刑權消滅シタル事實アルモ訴追機關カ其事實ヲ知ラスシテ尙ホ科刑權存在ストノ信念ヲ有スルトキハ之ニ付キ裁判上ノ判斷ヲ求ム

ル爲メ公訴ヲ提起スルノ權アルモノト爲スヘク即チ科刑權消滅ノ客觀的事實ハ實質的公訴權ヲ消滅セシムルモ形式的公訴權ハ之ニ因リ當然消滅スルモノニ非スト爲スヲ以テ純理ニ適スルモノトス故ニ刑事訴訟法第六條ニ「公訴ヲ爲ス權ハ左ノ事項ニ因テ消滅ス」ト規定シタルハ實質的公訴權ニ付テ言フモノト知ルヘシ

被告人ノ死亡

第一節 被告人ノ死亡

一 被告人ノ死亡ヲ公訴權消滅ノ原因ト爲スハ刑罰觀念ノ發達シタル結果ニシテ古代ニ於テハ死者ニ對シ公訴ノ提起ヲ認メ又死者ニ對シテ刑ヲ加ヘタルコトナキニ非スト雖モ近代ノ刑罰觀念ニ於テハ刑ハ一身ニ專屬スルモノナルヲ以テ被告人死亡スルトキハ科刑權ノ客體ヲ失フノミナラス訴訟ノ當事者モ存在セサルニ至ルヲ以テ科刑權及公訴權ハ當然消滅ニ歸スルモノトス故ニ公訴提起前ニ於テ被告人死亡シタルトキハ公訴ヲ提起スルヲ得ス公訴提起後死亡シタルトキハ公訴不受理ノ判決ヲ爲スヘク(判例ハ裁判ヲ爲サスシテ當然訴訟

共犯者ニ及
ホス影響

關係終了スルモノト爲セルコト既ニ述ヘタルカ如シ又刑ヲ言渡シタル判決後確定前被告人死亡シタルトキハ其判決ハ確定力ヲ生セス若シ又判決確定後死亡シタルトキハ執行權發生セヌ又ハ發生シタル執行權消滅スルモノトス但財產刑ノ執行權ニ關シテハ例外アリ後編執行手續ノ章下ニ之ヲ説明スヘシ

二 被告人ノ死亡ハ當該被告人ノミニ對スル公訴權消滅ノ原因ナルカ故ニ共犯者タル他ノ被告人ニハ何等ノ影響ヲ及ボササルモノトス故ニ生存セル他ノ被告人ニ對シテハ有效ニ公訴ヲ提起シ本案ノ審判ヲ爲シ又刑ノ執行ヲ爲スコトヲ得ヘシ而シテ生存共犯者ニ對シテ言渡ス裁判ニ於テハ死亡者モ共犯タリシ事實ヲ認定スルヲ妨ケサルモノトス例ハ姦通罪ノ場合ニ姦婦死亡シタリトセシニ姦夫ニ對スル裁判ニ於テ該婦女ト姦通シタル事實ヲ認定スルヲ得ヘク又二人以上共謀ノ事實カ法律上刑罰加重ノ原因タル場合(例ハ森林法八四條)ニ其一人死亡スルモ生存セル他ノ一人ニ對スル裁判ニ於テハ該共犯ノ事實ヲ認メテ刑ヲ加重セサルヘカラサルカ如シ佛國ニ於テハ姦通罪ノ場合ニ付キ議論アリ或ハ姦夫死亡セルトキハ姦婦ニ對スル公訴權消滅セサルモ姦婦死亡シテ姦夫生存ス

法人ノ解散

ルトキハ姦夫ニ對スル公訴權モ消滅スト論シ或ハ姦婦ノミ生存セル場合モ姦夫ノミ生存セル場合ト同シク公訴權消滅スト論ス然レトモ被告人ノ死亡カ公訴權消滅ノ原因タルハ科刑權ノ客體ノ消滅ニ基因スルモノナレハ全ク其者ニ專屬スルモノニシテ之ヲ他ノ共犯者ニ及ホスヘキ根據ナキモノトス

三 法律ハ被告人ノ死亡ヲ公訴權消滅ノ原因トシテ掲ケ法人ノ解散ヲ明言セサルモ被告人ノ死亡カ公訴權消滅ノ原因タルハ科刑權ノ客體タル人格ノ消滅セラルニ因ルヲ以テ法人ノ場合ニ於テモ法律上其人格消滅スルニ至リタルトキハ公訴權消滅スルモノト解セサルヘカラス但法人ハ合併ノ場合ノ外解散ニ因リテ全人格ヲ消滅セス清算ノ目的ノ範圍ニ於テハ其清算結了ニ至ルマテ人格ヲ存續スルモノト看做サルルカ故ニ(民七三條)合併以外ノ場合ニハ解散ニ因リテ直ニ公訴權消滅スルモノニ非スシテ清算ノ結了ニ因リ法人格消滅シタルトキニ於テ公訴權消滅スルモノト認ムルヲ相當トスヘシ

法人ノ代表者ノ死亡

四 法人ノ代表者ハ形式的意義ニ於ケル當事者トシテ被告人ノ地位ニ立ツモノナルコト既ニ述ヘタルカ如シ然レトモ其者ノ死亡ハ茲ニ所謂被告人ノ死亡ニ

非ス公訴權消滅ノ原因トシテノ被告人ノ死亡トハ實體的意義ニ於ケル當事者ノ消滅ヲ意味スルモノナリ從テ法人ノ代表者死亡シタルトキハ新代表者ニ於テ訴訟行爲ヲ繼續實行スヘキモノトス法人ノ代表者カ訴訟繫屬中任期滿了其他ノ事由ニ因リ代表資格消滅シタルトキ亦然リ

第二節 親告罪ニ付キ告訴又ハ請求ノ拋棄

一 親告罪ニ付キ告訴ノ拋棄アルトキハ公訴權ハ消滅スルモノトス蓋告訴ハ親告罪ニ付テノ訴訟條件ニシテ之アリテ公訴權活動シ訴訟關係成立スルモノナルカ故ニ之カ拋棄ニ因リ告訴權消滅スルトキハ訴訟關係ヲ支持スヘキ基礎ヲ缺クヲ以テナリ

二 告訴權ハ公益上被害者ニ付與シタル權利ナルヲ以テ其權利發生前ニ於テ豫メ之ヲ拋棄スルコトヲ得ス但姦通罪ニ付テハ刑法第百八十三條第二項ニ木夫姦通ヲ縱容シタルトキハ告訴ノ效ナキ旨ノ規定アルヲ以テ此規定ヲ類推シ豫メ告訴權ヲ拋棄シ得ルモノト解スルヲ相當トスヘシ告訴權發生シタル後ニ於

親告罪ニ付キ告訴又ハ請求ノ拋棄

拋棄ノ時期

拋棄ノ方式

テハ既ニ告訴ヲ爲シタルト否ト又檢事カ告訴ニ基キ公訴ヲ提起シタルト否トヲ問ハス告訴ノ拋棄ヲ爲スコトヲ得ヘシ而シテ告訴ヲ爲シタル後ニ於ケル拋棄ノ意思表示ハ之ヲ取下ト稱ス(刑訴五條五)現行法ニ於テハ取下ノ時期ニ制限ナキカ故ニ判決確定ニ至ルマテハ訴訟ノ如何ナル段階ニ在ルヲ問ハス何時ニテモ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ即チ控訴審ニ於テモ上告審ニ於テモ告訴ノ取下ヲ爲スコトヲ得ルモノトス然レトモ斯ノ如キハ被害者ノ私意ヲ容ルルノ範圍廣大ニ失シ實際上ノ弊害甚ナカラス立法論トシテハ之ニ制限ヲ付スルノ要アルヘシ

三 告訴拋棄ノ方法ニ付テハ法律ハ何等ノ規定ヲ設ケス故ニ書面ヲ以テ爲スト口頭ヲ以テ爲ストヲ問ハス其效力ヲ生ス而シテ代人ヲ以テ爲スコトヲ得ルヤ否ヤハ多少ノ疑問ナリト雖モ法律ハ告訴ハ他人ニ委任シテ爲スコトヲ得ルモノト爲セルカ故ニ(刑訴五條四)告訴ノ拋棄モ亦代人ニ委任シテ之ヲ爲スコトヲ得ルモノト解セサルヘカラス從テ亦告訴權者無能力ノ場合ニハ法律上代理人ニ於テモ之ヲ爲スコトヲ得ルモノト解スルヲ相當トス(刑訴五四條二項參照)但被害者本人ノ告訴權ハ之ニ因リ影響ヲ受クルコトナシ

拋棄ノ對手

四 告訴拋棄ハ何人ニ對シテ之ヲ爲スヘキモノナリヤ此問題ニ付テハ既ニ告訴ヲ爲シタル後ト未タ告訴ヲ爲ササル前トニ區別シテ觀察セサルヘカラス告訴後ノ拋棄即チ告訴ノ取下ハ既ニ公訴提起セラレタル後ニ於テハ其事件ノ繫屬セル裁判所ニ之ヲ爲スヘク公訴提起前ニ於テハ其事件ニ付キ捜査權ヲ有スル檢事又ハ司法警察官ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ又告訴ヲ爲ササル前ニ爲ス告訴ノ拋棄ハ告訴ヲ受クヘキ官廳即チ犯罪ノ地若ハ被告人所在地ノ檢事又ハ司法警察官ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトス玆ニ疑トナルハ犯人又ハ仲裁者等ニ對シ拋棄ノ意思表示ヲ爲シタルトキハ拋棄ノ效力ヲ生スルヤ否ヤ是ナリ判例ハ拋棄ノ意思表示ノ對手ニ付キ何等ノ明文ナキヲ以テ之ヲ有效ナリト解ス(大正四年一月二六日大判一〇)ト雖モ告訴ハ國家ニ對シ訴追ヲ要望スル意思表示ニシテ法律ニ定メタル國家ノ機關ニ對シテ之ヲ爲スニ依リ效力ヲ生スルモノナレハ告訴ノ拋棄モ亦當該國家機關ニ對シテ之ヲ爲スヲ要スルモノト解スルヲ相當トスヘシ

五 一箇ノ犯罪ニ付キ數人カ告訴權ヲ有スルコトアリ此場合ニ於テハ告訴權者

一箇ノ犯罪ニ付キ數人

全部カ告訴ヲ拋棄スルニ非サレハ公訴權消滅スルニ至ラサルモノトス
 然レトモ其内ノ一人ノミ告訴ヲ爲シ之ニ基キ公訴ヲ提起シタル場合ニ於テハ
 其告訴者ニ於テ告訴ノ拋棄ヲ爲シタルトキハ其訴訟ハ訴訟條件ヲ缺クニ至ル
 カ故ニ裁判所ハ公訴不受理ノ判決ヲ以テ事件ヲ終結セサルヘカラス而シテ此
 場合ニ於テ告訴ヲ拋棄シタル者ハ之ニ因リ告訴權消滅スルカ故ニ更ニ告訴ヲ
 爲スコトヲ得スト雖モ爲ニ他ノ告訴權者ノ權利ニ影響スル所ナキヲ以テ他ノ
 告訴權者ハ告訴ヲ爲スコトヲ得ヘシ蓋數人カ告訴權ヲ有スル場合ハ數人カ一
 箇ノ告訴權ヲ共有スルニ非スシテ各自獨立シテ其内容ヲ同ウセル告訴權ヲ有
 スルモノナレハナリ

六 告訴不可分ノ原則ハ告訴ノ拋棄ニ付テモ亦適用セラル故ニ例ハ數人カ一箇
 ノ親告罪ニ加功シタル場合ニ於テ當該共犯者中ノ一人ニ對シテ告訴ヲ拋棄シ
 他ノ一人ニ對シテ告訴ヲ爲スカ如キコトハ之ヲ許サス故ニ共犯者中ノ一人ヲ
 指示シテ告訴ヲ拋棄シタルトキト雖モ全共犯者ニ對スル公訴權消滅スルニ至
 ルモノトス一罪中ノ一部ヲ指摘シテ告訴ヲ拋棄シタル場合モ亦之ニ同シク該

一 罪全部ニ對スル公訴權消滅ノ結果ヲ生スルモノトス
 茲ニ一箇ノ問題アリ共犯者中ノ一人ニ對シテ有罪ノ判決確定シタルトキハ他
 ノ共犯者ニ對シテハ最早告訴ヲ拋棄スルコトヲ得サルヤ否ヤ是ナリ學說ハ消
 極ニ傾クト雖モ判例ハ積極ノ見解ヲ採リ且上告審ニ於テ告訴拋棄ノ理由ニ因
 リテ原判決ヲ破毀シ免訴ノ言渡ヲ爲ストキハ第二〇八十九條第二項ヲ適用シ
 上告ヲ爲サスシテ確定シタル他ノ共犯人ニ對シテモ免訴ヲ言渡スヘキモノト
 爲セリ(四三〇年五月九日大判)余モ亦積極說ヲ正當ト認ム
 七 以上告訴ノ拋棄ニ付キ說述シタル法則ハ外國政府又ハ使節ノ請求ヲ待テ論
 スヘキ罪ニ關スル請求ノ拋棄ニ準用スヘキモノトス但請求ハ告訴ト異リ他ノ
 國權ヨリ我國權ニ對スル意思表示ナルカ故ニ我國權ヲ代表スル相當機關ニ對
 シ意思表示ヲ爲スヲ以テ足ルヘク即チ必シモ裁判所又ハ檢事司法警察官等ニ
 對シ拋棄ノ意思表示ヲ爲スヲ要セス外務大臣又ハ其國駐在ノ我大公使ニ對シ
 意思表示ヲ爲スモ其效力ヲ生スルモノト解スルヲ相當トス

確定判決

第三節 確定判決

一 公訴權ハ實體刑罰法上ノ權利關係ニ付キ訴訟上ノ審判ヲ請求スル權利ナリ
換言スレハ科刑權ノ確定ヲ目的トスル國權ノ作用ナリ故ニ科刑權ノ存否ニ付
キ裁判所ニ於テ判決ヲ爲シ其判決確定スルニ至ルトキハ公訴權ハ茲ニ其行使
ヲ了盡シテ消滅スルニ至ルモノトス

二 判決ノ確定トハ判決カ上訴又ハ故障ノ方法ニ依リ攻撃スルコトヲ得サル狀
態ニ至リタルヲ云フ既ニ管轄ノ章下ニ述ヘシ如ク我法律ハ原則トシテ三審級
制度ヲ認メ判決ニ對シテハ上級審ニ上訴ヲ爲スコトヲ得ヘク又闕席判決ニ對
シテハ故障ノ申立ヲ許スヲ本則トスルヲ以テ判決ハ言渡ニ依リ直ニ確定スル
モノニ非ス唯上告審ノ判決ハ審級ヲ消盡シ最早上級審ナキカ故ニ言渡ニ依リ
直ニ確定スルモ第一審及第二審ノ判決ハ上訴期間又ハ故障期間ヲ經過シ若ハ
申立テタル上訴ヲ取下クルニ依リ確定スルモノトス又法律上上訴ヲ許ササル
事件(大審院ノ特別權限ニ屬スル事件)ノ判決ハ對席判決ノ場合ハ言渡ニ依リ直ニ確定スルモノ

時期決定ノ
判決確定ノ

形式的確定
力及實體的
確定力

ナリ

三 判決カ確定スルトキハ其内容及手續ノ當否又ハ適法不適法ニ拘ラス上訴又
ハ故障ノ方法ニ依リ之ヲ攻撃スルコトヲ得サルモノニシテ即チ之ニ因リ其訴
訟手續ハ完了シ最早進展スルコトナキヲ以テ同一系統ノ訴訟手續ニ於テ更ニ
審判セラルルコトナキニ至ルモノトス之ヲ形式的確定力ト云フ尤モ法定ノ特
別ノ事由アルトキハ非常上告又ハ再審ノ手續ニ依リテ攻撃スルコトヲ得ヘク
其結果判決カ破毀セラルルコトアリト雖モ此ニ手續ハ確定判決ヲ攻撃スル非
常特別ノ方法タルモノトス而シテ判決カ形式的確定力ヲ生スルトキハ其訴訟
ノ物體ニ付テハ公訴權消滅スルヲ以テ該判決ヲ不法不當ナリトスルモ新ナル
公訴ヲ提起シ別箇ノ訴訟手續ヲ開始シテ更ニ審判ヲ爲サシムルコトヲ得ス即
チ當該判決ニ依リテ認メラレタル實體上ノ關係モ亦確定シテ動カスヘカラサ
ルニ至ルモノトス之ヲ實體的確定力ト云フ而シテ斯ノ如クハタヒ確定判決ア
ルタル事件ハ再度刑事訴訟ノ物體ト爲サルルコトナシトシテ法則ヲ一事不再理
ノ原則ト稱ス即チ一事不再理ノ原則トハ判決ノ實體的確定力ノ半面ヲ指稱ス

ルモノニシテ公訴權消滅ノ結果ニ外ナラサルナリ
 右ノ如ク確定判決ニ因リ公訴權消滅スト雖モ法定ノ原因アルトキハ非常上告
 又ハ再審ノ申立ニ因リ更ニ特別ナル訴訟手續ヲ開始シ同一ノ訴訟物ニ付キ審
 判ヲ爲スコトアルヘク此場合ニ於テハ一旦消滅シタル公訴權ハ其特別手續ノ
 關係ニ於テ復活スルニ至ルモノトス故ニ一事不再理ノ原則トハ一般ノ訴訟手
 續ニ於テ更ニ審判セラルルコトナシトノ意ナリト知ラサルヘカラス

四

上述ノ如ク判決ハ其内容及手續ノ當否又ハ適法不適法ニ拘ハラズ確定力ヲ
 生スルモノナリ故ニ例ハ法人ノ代表者ニ非サル者ヲ代表者ト誤認シテ訴退審
 判シ又ハ罰金以下ノ刑ニ該ル事件ニ付キ代理人トシテ出頭シタル者被告人ノ
 委任ヲ受ケタル事實ナカリシニ拘ハラズ代理人ト認メテ審理判決シタルカ如
 キ著明ナル手續上ノ失誤アル場合ニ於テモ該判決ハ其法人又ハ被告本人ニ對
 スル判決トシテ確定力ヲ生スルモノト謂ハサルヘカラス從テ斯ノ如キ判決モ
 法律ニ列舉シタル再審原因(刑一三條)ナキトキハ現行法上之ヲ覆スノ途ナシ蓋立
 法上ノ缺點タルヲ免レス(民訴四六八條參照)

代表又ハ代
 理者ナキ者
 ナリ
 審判シタル
 場合及人
 達ニ出テタ
 定ル判決ノ
 確

確定力ヲ認
 ムル根據

人違ニ出テタル判決モ亦確定力ヲ有ス例ハ茲ニAナル同名ニシテ甲乙ナル二
 名ノ者アリ檢事甲ヲ訴退シタルニ裁判所誤テ乙ヲ被告人ト認メ之ニ對シテ審
 判ヲ爲シタルカ如キ場合ニ於テハ乙ニ對シテハ公訴ノ提起ナキモノナルカ故
 ニ判決ノ違法タルヤ論ヲ俟タスト雖モ其判決ハ乙ニ對シテ確定力ヲ有スルモ
 ノト謂フヘシ若シ夫レ之ト場合ヲ異ニシ丙カ罪ヲ犯シタル事實ナルニ檢事誤
 テ丁ヲ訴退シ裁判所亦丁ヲ犯罪者ト誤認シテ之ニ對シテ有罪ノ判決ヲ言渡シ
 タル場合ニ該判決カ丁ニ對シテ確定力ヲ有スルカ如キハ更ニ疑ヲ容レサル所
 ナリ

五

判決ニ確定力ヲ有セシムル法制ノ根據ハ訴訟ノ物體タル權利關係ニ關シ法
 律上ノ保障ヲ有セシムル必要ニ基ク蓋無限ニ訴訟ヲ許スモノト爲ストキハ權
 利關係ハ永遠ニ不確實不安定ニシテ法律秩序ヲ維持スル所以ニ非サレハナリ
 或ハ確定力ノ根據ハ國家ノ爲ス裁判ナルヲ以テ絶對ニ正當ナルモノナリト推
 定スルニ在リト論スル者アレトモ正當ナルト否トニ拘ラス一定ノ條件ノ下ニ
 確定不動ノモノト爲スヲ公益上必要ト認ムルニ由ルモノナレハ此說ハ採ルニ

足ラサルモノトス

六 然レトモ判決カ確定力ヲ生シ公訴權消滅ノ效果ヲ生スルモノト爲スニハ左ノ諸點ニ注意スルコトヲ要ス

(1) 訴訟法上判決ト認ムヘキ有效ナル意思表示アルコト 判決カ確定力ヲ生スルニハ法律上判決トシテ認メラルヘキ有效ナル意思表示アルヲ要ス故ニ事實上判決トシテ言渡サレタルモ其判決カ法律上全然效力ナキトキハ之ニ因リ公訴權消滅スルコトナシ例ハ判事カ精神錯亂シテ言渡シタル判決ノ如シ其他判決ヲ言渡サスシテ送達シタルカ如キ又ハ判事判決ノ言渡ヲ爲サスシテ書記ニ於テ言渡ヲ爲シタルカ如キ場合ハ訴訟法上判決トシテ其效力ヲ認ムヘカラサルヲ以テ全然確定力ヲ生スルコトナシ

(2) 刑事事件ニ付キ言渡シタル判決ナルコト 懲戒罰、執行罰、秩序罰等刑事事件ニ關セサル判決ハ公訴權消滅ノ結果ヲ生セス何トナレハ斯ノ如キ事件ハ全ク公訴權ニハ關係ナケレハナリ

(3) 刑事事件ノ審判權アル帝國ノ官廳ノ言渡シタルモノナルコト 我刑法ヲ

以テ處罰スヘキ事件カ外國ニ於テ行ハレ外國裁判所カ刑事ノ判決ヲ爲シ確定スルモ我國家ノ公訴權ニ關係ナキヲ以テ公訴權消滅セス外國ニ於テ確定判決ヲ受ケタル者ト雖モ同一事件ニ付キ更ニ處斷スルコトヲ妨ケサルハ刑法第五條ノ明定スル所ナリ

而シテ帝國ノ官廳ナル以上ハ通常裁判所ナルト特別裁判所ナルトヲ問ハス又管轄カ適法ナルト管轄違ナルトニ拘ラサルモノトス然レトモ刑事事件ニ付キ審判權ナキ官廳例ハ純粹ノ行政官廳カ刑事事件ノ判決ヲ爲スカ如キコトアルモ斯ノ如キハ判決トシテ法律上認メ得ヘキモノニ非サルヲ以テ公訴權消滅スルコトナシ

(4) 實體的ノ判決ナルコト 判決ニハ實體的權利即チ科刑權ノ存否又ハ實體的公訴權ノ消滅ヲ宣告シタルモノト單ニ訴訟關係ノミヲ判斷シ實體關係ニ及ハサルモノトアリ前者ヲ實體的判決ト云ヒ後者ヲ形式的判決ト云フ處刑ノ判決、無罪又ハ免訴ノ判決ノ如キハ前者ニ屬シ管轄違又ハ公訴不受理ノ判決又ハ該申立ヲ却下シタル判決ノ如キハ後者ニ屬ス而シテ形式的判決ノ場

合ニ於テハ該判決カ形式的確定力ヲ有スルコトハ實體的判決ニ同シト雖モ
 公訴權消滅ノ效果ヲ生スヘキ實體的確定力ヲ生スルコトナキモノトス蓋形
 式的判決ノ場合ニ於テハ當該訴訟關係ノ適否ノミ判斷セラレタルニ過キサ
 ルヲ以テナリ故ニ公訴不受理ノ判決アリタルトキハ訴訟條件ヲ追補充足シ
 テ更ニ公訴ヲ提起スルヲ得ヘク管轄違ノ判決アリタル場合ニハ他ノ管轄裁
 判所ニ公訴ヲ提起スルコトヲ得ヘク又新ナル管轄原因生シタルトキハ其裁
 判所ヘ更ニ公訴ヲ提起スルヲ得ヘシ

七

但茲ニ注意スヘキハ形式的判決モ單ニ形式的確定力アルニ止マラス其判斷
 ヲ受ケタル事項ニ付テハ實體的確定力ニ類スル一種ノ效力ヲ有スルモノナ
 ルコト是ナリ即チ公訴不受理ノ判決アリタルトキハ公訴不受理ノ事由タル
 訴訟條件ノ欠缺ヲ補足スルニ非サレハ再ヒ公訴ヲ提起スルコトヲ得ス又管
 轄違ノ判決アリタルトキハ新ニ管轄ノ原因生シタルカ如キ場合ニ非サレハ
 其裁判所ヘ起訴スルヲ得サルカ如シ
 判決ノ實體的確定力ノ範圍ニ付テハ或ハ主文ノミカ確定スト云ヒ或ハ理由

實體的確定
力ノ範圍

ヲモ確定スト論シ學者ノ所說一ナラスト雖モ主文ノミ確定スト云フハ狭キニ
 過キ理由ヲモ確定スト云フハ廣キニ失ス要ハ該訴訟物體タル事件ニ付テノ科
 刑權ノ存否及科刑權ノ程度カ確定スルモノニシテ之ニ該當スル部分ハ主文ニ
 表示セラレタルト理由中ニ記載セラレタルトヲ問ハス確定力ヲ生スルモノナ
 リ

(1) 右ノ如ク確定力ノ範圍ハ訴訟物體タル事件ニ關スルモノナルカ故ニ其目
 的タル被告人及其目的タル犯罪事實ニ限リ其他ニ及ハサルモノトス故ニ一
 事不再理ノ原則ヲ適用スルニハ前後ノ訴訟カ全然同一事件タルコトヲ要ス
 左レハ確定判決アルモ人ヲ異ニスルトキハ同一ノ犯罪事實ニ付キ更ニ公訴
 ヲ提起スルヲ得ヘシ(大正五年二月二日大判同旨)例ハ甲ニ對シ無罪ノ判決アリタル場合
 ニ乙ニ對シテ起訴スルコトヲ得ルハ勿論甲ニ對シテ有罪ノ判決アリ而シテ
 其犯罪カ一人ノ外犯ス能ハサルモノナル場合ニ於テモ尙ホ乙ニ對シテ公訴
 提起ノ妨ト爲ルコトナシ又正犯カ無罪ノ確定判決ヲ受ケタル後教唆者從犯
 ニ對スル訴追ヲ妨ケサルハ勿論縱シ正犯無罪ノ理由カ法律上罪ト爲ララスト

云フニ在ル場合ニ於テモ亦然リ從テ斯ノ如キ場合ニ於テ正犯トシテ科刑セラレル者ナクシテ教唆者若ハ從犯ノミ科刑セラレルカ如キ結果ヲ生スルコトナキニ非ルナリ

(2) 犯罪事實ノ同一ニ付テハ訴訟物體ノ章下ニ論シタルヲ以テ更ニ述ヘス唯茲ニ説明スヘキハ數箇ノ行為カ法律上一罪トシテ處斷セラレル場合又ハ一箇ノ行為ノ繼續カ一箇ノ繼續犯ヲ構成スヘキ場合(例ハ逮捕及監禁ノ罪ナリ其他純正不作爲犯等)ナリ此場合ニ其一部ノ行為ヲ指摘シテ公訴ヲ提起スルモ之ト相合シテ一罪ヲ構成スル行為全部カ訴訟ノ物體ト爲ルコトハ前ニ述ヘタル所ニシテ其全部ニ付テ裁判所カ現ニ審理ヲ爲シ判決ヲ爲シタルトキハ其全部ニ付キ確定力ヲ生スルコト疑ナシト雖モ時トシテハ審理ノ際其一部ノ行為ヲ發見セサルカ爲メ實際審判セサルコトアルヘク又一部ノ行為カ判決言渡後ニ亙ルコトアルヘク或ハ判決確定後ニ亙ルコトナキニ非ス此場合ニハ何時迄ノ行為ニ付キ確定力ヲ及ホスモノナリヤ此點ニ付テハ學說一定セス第一說ハ曰ク事實上裁判所ノ審判ヲ受ケタル部分ニ付テノミ確定力ヲ有スト第二說ハ曰ク判

決ノ確定ニ至ルマテノ行為ニ付キ確定力ヲ有スト第三說ハ曰ク判決ニ對シ控訴又ハ故障ノ申立ヲ許ス判決ニシテ是等ノ申立ナクシテ確定シタルトキハ其確定ノ時マテ又是等不服ノ申立ヲ許ササル判決ニ付テハ其言渡ニ至ル時マテノ行為ニ對シ確定力ヲ生スト第四說ニ曰ク最終ニ事實ヲ審理シタル裁判所ノ判決言渡マテ即チ判決力第一審ニテ確定シタルトキハ第一審判決言渡マテ第二審ニテ確定シタルトキハ第二審判決言渡マテ又上告審ニテ確定シタルトキハ第二審判決言渡マテノ行為ニ付キ確定力ヲ生スト余ハ第四說ヲ採ル判例モ亦然リ(明治四年三月二日三三三號第一說ハ裁判所ノ審判ノ有無ニ因リ實體法上一罪タルヘキ行為カ或ハ一罪ト爲リ或ハ數罪ト爲ルノ結果ヲ生スルモノニシテ全ク偶然ノ事故ニ因リテ實體法規ヲ變更スルト同一ノ結果ヲ生スルモノニシテ其當ヲ得ス第二說ハ法律上裁判所カ審判ヲ爲ス能ハサル範圍ニマテ確定力ヲ及ホサントスルノ不條理ヲ免レス而シテ第三說モ亦同様ノ批難ヲ免ルヘカラス即チ控訴又ハ故障ノ申立ヲ許ス判決ト雖モ裁判所ハ當事者ヨリ其申立アルヲ待テ審判ヲ爲シ得ルニ止マルヲ以テ

其申立ナクシテ確定シタル場合ニ判決言渡以後ニ生シタル行爲ニマテ確定力ヲ生スルモノト爲スハ裁判所カ法律上審判スルコトヲ得サル部分ニマテ確定力ヲ及ホスノ非理アルコト第二説ト異ル所ナケレハナリ蓋第一審及第二審裁判所ハ訴訟ノ物體ニ付テハ判決ヲ爲スニ至ルマテニ生シタル總テノ事實ヲ各方面ニ亘リテ漏レナク審理シ不可分のニ判決スルノ權利義務ヲ有スルヲ以テ其範圍内ノ行爲ニ付キ確定力ヲ生スルモノト爲スヲ以テ理論ニ適スルモノトス是レ第四説ヲ正當トスル所以ナリ

- (3) 右ノ如クナルヲ以テ判決後ノ行爲ニ付テハ別ニ公訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ然レトモ茲ニ注意スヘキハ以上ノ場合ト行爲ハ判決前ニ行ハレ判決後ニ至リ行爲ノ結果ノミカ生シタル場合例ハ傷害ノ罪ニ付キ判決シタルニ判決後被害者死亡スルニ至リタルカ如キ場合トヲ混スヘカラサルコト是ナリ此場合ニハ判決後ニハ何等ノ行爲ナク單ニ行爲ノ結果アルニ過キスシテ此結果ノミヲ行爲ト分離シテ觀察スレハ犯罪トシテ目スルヲ得サルモノナルカ故ニ斯ノ如キ場合ニハ公訴權ハ全然消滅シ其結果タル事實ニ付キテ公訴

ヲ提起スルコトヲ得サルヤ論ヲ俟タサル所ニシテ判決後ノ行爲ノミヲ分離シテ觀察スルモ尙ホ一箇ノ犯罪ヲ成ス場合ニ於テ更ニ之ヲ物體トスル公訴ヲ提起スルコトヲ得ルニ過キサルナリ

- (4) 牽連犯又ハ連續犯ノ如ク數箇ノ行爲ヲ併セテ一罪トシテ處斷スヘキ場合ニ其一部ニ親告罪ニ該當スヘキ行爲アリテ之ニ付キ告訴ナク且其部分ニ付キ實際上審判ヲ經サリシトキハ其部分ニ對スル公訴權ハ消滅セサルヤ否ヤハ一箇ノ問題ナリト誰モ其解決ハ斯ノ如キ場合ニ於テ裁判所ハ告訴ナキニ拘ラス其部分ヲモ適法ニ審判スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ノ先決ニ繫ルモノニシテ此點ハ本編第三章第二節ニ於テ既ニ説明シタル所ナリ要スルニ若シ其部分ハ告訴ナキニ拘ラス審判シ得ルモノトセハ確定力ヲ及ホスヘク否ラストセハ其部分ニ付テハ確定力ヲ生セサルコトニ歸スルモノトス

- (5) 形式的判決ニ於テ管轄違又ハ公訴不受理ノ理由トシテ實體關係ヲ説明スルコトアリト雖モ形式的判決ニ於テ確定スル範圍ハ全ク訴訟的關係ニ止マリ實體關係ニ及ハサルモノトス例ハ區裁判所單純橫領罪トシテ訴退ヲ受ケ

タル事件ニ付キ業務上横領罪ナルカ故ニ管轄權ヲ有セスト爲シ又ハ營利誘拐罪トシテ訴追ヲ受ケタル事件ニ付キ裁判所之ヲ單純誘拐罪ト認メ告訴ナキヲ理由トシテ公訴不受理ノ言渡ヲ爲シタルカ如キ場合ニ於テ該横領事件ヲ更ニ其區裁判所へ起訴スルコトヲ得ス又該誘拐事件ニ付キ告訴アルニ非サレハ更ニ訴追スルコトヲ得サルノ結果ヲ生スルニ止マリ該横領事件ヲ地方裁判所ニ訴追シタル場合ニハ裁判所ハ之ヲ單純横領罪ナリト裁判スルコトヲ得ヘク又該誘拐事實ニ付キ告訴アリタルトキハ檢事ハ單純誘拐罪トシテ訴追シ得ルハ勿論之ヲ營利誘拐罪ナリトシテ訴追スルコトヲ得ヘク裁判所モ亦實體關係ノ判斷ニ付キ拘束ヲ受クルコトナキモノナリ

確定判決以外ノ裁判又ハ處分

- 八 刑事訴訟法第六條ハ公訴權消滅ノ原因トシテ判決ノミヲ掲ケタリ然レトモ確定判決カ公訴權消滅ノ原因ト爲ルハ公訴權ノ目的タル事件ニ付キ既ニ確定的ニ判斷ヲ得タルカ故ナリ左レハ判決ニ非ストモ之ト同視スルコトヲ得ルモノニ付テハ亦公訴權消滅ノ效果ヲ認ムヘキモノトス左ニ掲クルモノ是ナリ
- (1) 免訴ヲ言渡シタル豫審終結決定 免訴ヲ言渡シタル豫審決定(刑訴一六五條)ハ抗

告期間ヲ經過スルニ因リテ確定ス刑事訴訟法第七十五條ハ規定シテ曰ク豫審ニ於テ被告人免訴ノ言渡ヲ受ケ其決定確定シタルトキハ罪名ノ變更アルモ同一ノ事件ニ付キ再ヒ訴ヲ受クルコトナカル可シ但新ナル證據アルトキハ此限ニ在ラスト即チ公訴權消滅シ更ニ同一事件ニ付キ訴追ヲ爲ス能ハサルノ趣旨明ナリ而シテ但書ニ明示スルカ如ク免訴ノ決定中證據不十分ノ理由ニ依ルモノハ新證據アルトキハ再起訴ヲ許スカ故ニ此決定ハ條件附ノ確定力ヲ有スルモノトス又免訴ノ決定中公訴不受理ノ理由ニ出ツルモノハ公訴不受理ノ理由タル訴訟條件ノ欠缺ヲ補正シテ更ニ訴追スルヲ得ルモノニシテ公訴權消滅ノ結果ヲ生スルコトナキモノナリ

- (2) 略式命令及即決處分 區裁判所ハ檢事ノ請求ニ因リ其管轄ニ屬スル刑事事件ニ付キ公判前略式命令ヲ以テ罰金又ハ科料ヲ科シ同時ニ沒收其他附隨ノ處分ヲ爲スコトヲ得ヘク又警察官廳ハ違警罪ニ付キ裁判ノ正式ヲ用キス即決處分ヲ以テ刑ノ言渡ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ是等ノ命令又ハ處分ニ對シ法定ノ期間内ニ正式裁判ノ申立ナキトキハ是等ノ命令又ハ處分ハ確

定判決ト同一ノ效力ヲ生シ公訴權消滅スルニ至ルモノナリ(刑事略式手續法一六條、違警罪即七條例)

(3) 通告處分 稅務署長、煙草收納所長、鹽收納所長、稅關長等ハ當該所管ニ係ル犯則事件ニ付キ罰金、科料又ハ追徵金ニ相當スル金額竝ニ沒收品ニ該當スル物品ヲ納付スヘキ旨ノ通告ヲ發スルコトヲ得ヘク而シテ犯則者通告ノ旨ヲ履行シタルトキハ茲ニ公訴權消滅シ同一事件ニ付キ再ヒ訴ヲ受クルコトナキニ至ルモノトス(間接國稅則者處分法一六條、關稅法九六條)

時效

第四節 時效

一 民事ノ時效ニハ取得時效ト消滅時效トノ二種アリト雖モ刑事ノ時效ハ消滅時效ノミニシテ取得時效ナルモノナシ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第三十一條乃至第三十四條ニ規定ス是レ有罪ノ判決アリテ刑ノ執行權ヲ生シタルモ一定ノ期間ノ經過ニ因リ科刑權消滅スルモノナリ公訴ノ時效ハ刑事訴訟法第八條、第十條、第十一條ニ規定ス而シテ此時

公訴時效ノ性質

效カ公訴權消滅ノ原因ナルコトハ第六條第六ニ明定スル所ニシテ要スルニ公訴ノ時效トハ一定ノ期間内公訴權ヲ行使セサルニ因リ公訴權ヲ消滅セシムル法律事實ナリ即チ時ノ經過ト權利ノ不行使トノ事實ニ對シテ法律上公訴權消滅ノ效果ヲ付與スルモノナリ

二 公訴ノ時效ニ因リ公訴權消滅スルハ先ツ科刑權消滅シ其結果トシテ公訴權消滅スルモノナリヤ又ハ科刑權消滅シ同時ニ亦直接ニ公訴權消滅スルモノナリヤ又ハ單ニ公訴權消滅スルモノニシテ科刑權ニハ關係ナキモノナリヤハ議論ノ存スル所ナリト雖モ我國現行ノ法制ニ於テハ公訴ノ時效ハ刑事訴訟法ニ規定シ且其第六條ニ於テ特ニ公訴權消滅ノ原因トシテ之ヲ掲ケ而シテ他ニ科刑權消滅ノ原因トシテ認メタルモノナキカ故ニ單ニ公訴權消滅ノ原因ト解スルヲ相當トス而シテ公訴權消滅ノ結果科刑權ハ永久ニ發現スルコトナキノ結果ヲ生スルモノトス或ハ公訴ノ時效ニ罹リタルトキハ免訴ノ裁判ヲ爲スモノナルコト(刑一六五條)ヲ理由トシ實體權消滅ノ效果ヲ生スルモノナリト論スル者アリト雖モ我訴訟法ニ於テハ實體權消滅セサル場合例ハ其事件ニ付キ既ニ

確定判決アリタルカ如キ場合ニ於テモ免訴ノ裁判ヲ爲スモノナルヲ以テ(註)之ヲ以テ充分ノ理由ト爲スニ足ラサルモノトス

公訴ノ時効ヲ單ニ公訴權消滅ノ原因ト爲スト科刑權消滅ノ原因ト爲ストハ法律ノ改正ニ依リ時効期間ヲ伸縮シタル場合ニ於テ大ナル影響アリ即チ前者ナリトセハ之ニ關スル法律ハ訴訟法規ナルカ故ニ新法ノ適用ヲ受クヘク後者ナリトセハ之ニ關スル法律ハ實體法規ナルカ故ニ原則トシテ犯罪當時ノ法律ニ從ヒ刑法第六條ニ依リ新法輕キ場合ニ其適用ヲ受クルニ止マルノ結果ヲ生スルモノナリ判例ハ公訴時効ニ關スル規定ハ訴訟法規ニ屬ストノ見解ヲ採レリ(明治四三年二月二日大判)

時効制度

三

時効ノ制度ハ羅馬法以來認ムル所ニシテ羅馬法ヲ繼承セシ歐羅巴法系ノ立法ニ於テハ凡テ之ヲ認ム但往古ニ於テハ重大ナル犯罪ニ付テハ時効ヲ認メサリシカ漸次其例外ノ範圍ヲ縮少シ近代ニ於ケル多數ノ立法ニ於テハ犯罪ノ大小ニ依リ時効期間ノ長短ヲ設クルニ止メ重大ナル犯罪ト雖モ時効ニ罹ラサルモノナシト爲スニ至レリ我刑事訴訟法モ亦然リ

時効ヲ認ムル法制ノ根據ハ何レニ在リヤ抑犯罪必罰ノ原則ヨリ云フトキハ犯人ニシテ生命アル限り之ヲ訴追シテ科刑ヲ實行スルモノト爲ササルヘカラサルカ如シト雖モ國家カ犯罪ニ對シテ刑罰ヲ科スルハ因テ以テ安寧秩序ヲ保タシカ爲メナリ然ルニ時ナルモノハ實際上不可思議ナル效力ヲ有スルモノニシテ犯罪ニ因リテ害セラレタル社會ノ安寧秩序モ一定ノ時間ヲ經過スルトキハ回復セラレ之カ攪亂者ヲ罰スルノ必要ナキニ至ル加之之ニ對シ科刑ヲ實行スルハ既ニ平靜ニ歸シタル現狀ヲ破壞シ却テ公益ヲ害スルニ至ル是レ時効制度ノ由テ生シタル所以ナリ但時効制度ノ根據ニ付テハ從來種々ノ說アリ曰ク怠慢說曰ク遺忘說曰ク犯人苦痛說曰ク證據湮滅說是ナリ怠慢說ノ要旨ハ公訴權ヲ長期間行使セサルハ國家ノ怠慢ナリ故ニ其制裁トシテ公訴權ヲ消滅セシムト然レトモ犯罪ニ對スル科刑ハ國家ノ權利ニシテ同時ニ義務ニ屬ス而シテ義務者ノ怠慢ニ因リテ義務消滅スルモノト爲スカ如キハ法ノ通理ニ反シ採用スヘカラス況ヤ國家ノ怠慢ノ效果ヲ被告人ニ及ホシ被告人カ爲ニ科刑ヲ受クルノ義務ヲ免ルルモノト爲スノ理アルコトナシ遺忘說ノ要旨ハ犯罪後長時間ヲ

經過スルトキハ社會ハ其犯罪ヲ遺忘シ最早之ヲ罰スルノ必要ナキニ至ルカ爲メナリト然レトモ犯罪ハ本來社會民人ノ之ヲ覺知セルト否トニ拘ラス之ヲ處罰スヘキモノナレハ從テ社會民人ノ遺忘ヲ以テ公訴權消滅スヘキモノト爲スノ理由ト爲スニ足ラス又犯人苦痛說ノ要旨ハ犯罪後長日月間ニ於テ犯人カ精神上受ケタル苦痛ハ刑ヲ科スルノ必要ナキニ至ラシムルカ故ナリト然レトモ罪ヲ犯シタル者實際上必シモ精神上ノ苦痛ヲ感セス假ニ苦痛ヲ感シタリトスルモ刑ノ痛苦トハ全然其趣ヲ異ニスルモノナルヲ以テ爲ニ公訴權ヲ消滅スルモノト爲スノ理由ト爲スヲ得ス證據湮滅說ノ要旨ハ犯罪後長日月間經過スルトキハ證據散逸シテ捕捉スヘカラサルカ故ニ眞實ヲ發見スルコトヲ得サルカ故ナリト然レトモ時効ノ完成ヲ認ムルニ付キテモ先ツ證據ニ依リ如何ナル犯罪カ何時行ハレタルヤノ事實ヲ見サルヘカラサルカ故ニ此說ハ理論ニ於テ紙幣スルノミナラス此說ニ依リテハ犯罪ノ輕重ニ依リテ時効期間ヲ異ニスル理由ヲ説明スルコト難シ要スルニ是等ノ諸說ハ時効制度ノ根據ノ説明トシテハ至ラサルモノト謂フヘシ

時効期間

四 時効期間

(1) 期間ノ標準 公訴時効ノ期間ハ罪ノ輕重ニ依リテ異ル刑事訴訟法ハ第八條ニ於テ之ヲ規定シタリ即チ左ノ如シ

- (イ) 死刑ニ該ル罪ニ付テハ十五年
- (ロ) 無期又ハ長期十年以上ノ懲役若クハ禁錮ニ該ル罪ニ付テハ十年
- (ハ) 長期十年未滿ノ懲役又ハ禁錮ニ該ル罪ニ付テハ七年
- (ニ) 長期五年未滿ノ懲役若クハ禁錮又ハ罰金ニ該ル罪ニ付テハ三年
- (ホ) 刑法第百八十五條ノ罪ニ付テハ一年
- (ヘ) 拘留又ハ科料ニ該ル罪ニ付テハ六月

右ニ所謂何々ニ該ル罪トアルハ檢事カ起訴ノ際冠シタル罪名ヲ云フニ非スシテ裁判所ノ認定シタル事實ニ相當スル罪名ヲ云ヒ又何々ノ刑トハ裁判所ノ言渡スヘキ刑ニ非スシテ法律ニ定メタル刑ヲ云フ又二箇以上ノ刑ノ併科刑又ハ選擇刑アルトキハ其重キ刑ヲ標準トス而シテ加重減輕ノ原因アル場合ト雖モ加重減輕セサル基本刑ニ依ル而シテ其加重減輕カ法律上ノモノナ

ルト裁判上ノモノタルトヲ問ハサルモノトス又何年未滿トアルハ文字ノ如ク法定刑カ其何年ニ至ラサルヲ云フナリ故ニ例ハ右法文ニ十年未滿ノ刑トアル場合ニハ刑法ニ十年以下ト定メタル刑罰ヲ包含セサルモノトス從テ詐欺罪ノ刑ハ十年以下ナルカ故ニ(刑二四)右第三號ニ該當セス第二號ニ依リ公訴時効ハ十年ナリトス

尙ホ特別法ニ定メタル犯罪ニ付テハ公訴時効期間ハ當該特別法中ニ特ニ之ヲ定メ右ノ通則ニ從ハサルモノアリ例ハ衆議院議員選舉法第百三條(六月)著作權法第四十五條(二年)出版法第三十三條(一年)治安警察法第三十二條(六月)等ノ如シ何レモ右通則ニ比シテ其期間ヲ短縮セリ

(2) 期間ノ計算 刑事訴訟法ニ於テハ期間ヲ計算スルニ日ヲ以テスルモノハ初日ヲ算入セス又最終ノ日休暇ニ當ルトキハ之ヲ期間ニ算入セサルヲ原則トスルモ時効期間ニ付テハ例外トシテ初日及最終ノ休日ヲモ算入スルモノトス(刑訴一)

(3) 期間ノ起算 公訴時効期間ハ即時犯ニ付テハ犯罪ノ日ヨリ繼續犯ニ付テ

ハ最終ノ日ヨリ起算ス(刑訴一)茲ニ繼續犯トハ一箇ノ犯罪ニシテ二日以上ニ亘ル場合ヲ總テ包含スルモノナリ

今此適用ヲ明ニスル爲メ數箇ノ場合ニ付キ解説スヘシ

(イ) 結果犯(殺人、傷害、放火、失火等)ニ付テハ行為ノ最終ノ日ヨリ起算スヘキヤ又ハ結果ノ生シタル日ヨリ起算スヘキヤ外國ノ立法ニ於テハ特ニ此點ヲ法文ニ於テ明ニシタルモノアリ例ハ獨逸刑法第六十七條第四項ニハ「時効ハ犯罪ノ結果ヲ生シタル時期如何ニ拘ラス其行為カ行ハレタル日ヨリ進行スト」規定セリ我法律ニハ何等ノ規定ナキヲ以テ解釋上爭アリト雖モ結果ノ生シタル日ヨリ起算スヘキモノト爲スヲ正解トス蓋結果ヲ要件トスル犯罪ニ於テハ該結果ハ行為ト共ニ罪トナル事實即チ安寧ヲ害スル事實自體ナルカ故ニ其結果ヲ生スルニ至ル迄ノ間ハ即チ安寧ヲ害スル事實ノ繼續中ナリ故ニ此事實ノ繼續中早ク既ニ時効ノ進行アルモノト爲スハ時効制度ヲ設ケタル趣旨ニ副ハサルナリ殊ニ反對說ニ從ヘハ科刑權發生セス從テ未タ實質的公訴權發生セサルニ先チ時効ノ進行スルカ如キ奇觀ヲ

生スルコトアルヲ免レヌ即チ結果犯ニシテ未遂ヲ罰セサル場合ノ如キ是ナリ例ハ妊婦自身又ハ其囑託若ハ承諾ニ基キ墮胎行爲ヲ爲シタルモ未タ墮胎ノ結果ヲ發生セサル場合ノ如シ(刑二一二條、二一四條)故ニ反對說ハ理論トシテ支持スルコトヲ得サルモノトス

或ハ故意犯ニ付テハ行爲ノ時ヨリ進行シ過失犯ニ付テハ結果ノ發生ノ時ヨリ進行スト論スル者アリト雖モ故意犯ト過失犯トニ依リ區別ヲ設クヘキ理由ハ全ク存セサルモノトス

(ロ) 犯人ノ行爲及其結果ノ外一定ノ事實ヲ犯罪ノ要件トスル犯罪例ハ破産罪ノ如ク民事裁判所ニ於テ破産決定ノ宣告アリタル事實ヲ要件トスル犯罪ニ付キ犯罪行爲ノ後ニ破産決定アリタルカ如キ場合ニ於テハ時効ハ犯人ノ行爲ノ日ヨリ進行スヘキヤ又ハ處罰條件タル破産決定ノ宣告セラレタル日ヨリ進行スヘキヤ此點モ議論ノ存スル所ニシテ判例ハ行爲ノ時ヨリ時効進行ストノ見解ヲ採リ説明シテ曰ク處罰條件ノ具備セサル間ハ國家ノ刑罰請求權ハ發生セサルモ一旦條件ノ具備スルトキハ其效力ハ行爲

ノ當時ニ遡及シ刑罰請求權ハ行爲ノ當時ヨリ發生シ存在シタルト同一ノ效力ヲ呈スルヲ以テ從テ處罰條件ヲ必要トスル犯罪ト雖モ該條件ノ具備シタルトキハ其犯罪ニ對スル公訴ノ時効ハ犯罪行爲終了ノ日ヨリ進行スト(明治四三年一月一號大判)此說ハ立法上ノ見解トシテハ強チ理由ナキニ非スト雖モ解釋論トシテハ到底贊成スルヲ得ス蓋處罰條件完備シタルトキハ刑罰請求權ハ行爲ノ時ニ遡リテ發生スト爲スカ如キハ全ク獨斷ニシテ何等ノ根據ナキモノナリ余ハ處罰條件タル事實生セスンハ科刑權モ實質的公訴權モ發生セサルモノナレハ之ニ先チテ其權利ノ時効進行スヘキ理ナシト信スルヲ以テ處罰條件具備シタル時ヨリ時効進行スト爲スヲ正當ト認ム

(ハ) 親告罪其他訴追ニ付キ一定ノ訴訟條件ヲ要スル犯罪(例ハ間接國稅犯ニ付キ稅務官吏ノ告發)ニ付テハ時効ハ犯罪行爲ノ日ヨリ進行スヘキヤ又ハ告訴其他ノ訴訟條件具備シタル日ヨリ進行スヘキヤ此場合ハ前項處罰條件ノ場合ト異リ訴訟條件ノ生シタルヤ否ヤニ關セス犯罪完了ノ日ヨリ進行スルモノトス蓋公訴權ハ犯罪ト同時ニ發生セルヲ以テナリ獨逸刑法第六十九條ニハ時効

ハ法律ノ規定ニ從ヒ公訴手續カ開始セラレス又ハ繼續セラレサルトキハ進行セス云々ト規定シ時効ノ停止ヲ認メタリト雖モ我法律ハ時効ノ停止ヲ認メサルカ故ニ解釋上右ノ論結ヲ生スルモノトス尤モ獨逸刑法ニ於テハ告訴ハ犯罪及犯人ヲ覺知シタル時ヨリ三ヶ月内ニ爲ササルヘカラサルモノト爲セルカ故ニ告訴提起ノ時ヨリ時効進行スト爲スモ實際上事ニ害ナシト雖モ我刑事訴訟法ノ如ク告訴ノ時期ニ制限ヲ付セサル法制ノ下ニ於テ告訴アルマテ時効ノ進行ヲ停止スルモノト爲ストキハ全ク時効制度ヲ設ケタル趣旨ヲ滅却スルコトアルニ至ルヘキナリ

(二) 純正不作爲犯ニ付テハ作爲義務終了ノ時マテ犯罪繼續スルカ故ニ其義務終了ノ日ヨリ時効期間ヲ起算ス而シテ結果ノ發生ヲ要件トスル不作爲犯ニアリテハ結果發生ノ日ヨリ起算スヘキモノトス判例ハ陸軍軍人服役令施行規則違反事件(同規則ノ要旨ハ軍人十四日以上本籍地外ニ旅行ヲ爲シ違反スルヘキモノナリ)ニ於テ同規則違反ノ不作爲犯ハ届出ヲ爲サスシテ原籍地ヲ出發セル瞬間ニ完成スヘキ即時犯ナルヲ以テ公訴時効ハ出發ノ

日ヨリ進行スヘキモノト爲セリ(大正三年一月二日大判)

(ホ) 正犯數人アルトキハ數人ノ行爲又ハ結果ノ最終ノモノヲ標準トシ教唆從犯ニ付テハ正犯ノ行爲又ハ結果ヲ標準トス

此點ニ付テハ各人ノ行爲及結果ヲ各自各別ニ標準トスヘシトノ説アリト雖モ共犯ハ同一ノ犯罪ニ干與セルモノナレハ時効制度ノ理由タル公益上ノ觀察ヨリスルモ其人毎ニ別箇ニ進行スヘキモノト爲ス理由ナク殊ニ刑事訴訟法第十一條ニ於テ共犯者ノ一人ニ對スル時効ノ中斷ハ共犯者全部ニ對シ效力ヲ生スルモノト爲シタルニ徴スルモ共犯者間別々ニ進行スヘキモノト爲ササル法意ヲ知ルニ足ルヘシ教唆從犯ニ付テハ正犯ヲ標準トスヘキコトハ判例モ亦之ヲ認メタリ(明治四十四年六月二三日)

(ハ) 間接正犯ノ場合ニハ機械トシテ使用セラレタル人ノ行爲又ハ其結果ヲ標準トス

(ト) 未遂犯ニ付テハ犯人ノ行爲ノ日ヨリ起算スルヲ通常トスレトモ其後未遂ノ原因タル事實生シタルトキハ其日ヨリ起算スヘキモノトス即チ著手

未遂ノ場合ニハ通常其行爲ノ最終ノ日ヨリ又完了未遂(缺効犯)ノ場合ニ於テハ行爲完了ト同時ニ缺効ノ事實生シタルトキハ其日ヨリ又行爲後結果ノ發生カ妨ケラレタル事實アルニ因リ既遂ニ至ラサリシトキハ其事實アリタル日ヨリ起算スルモノトス

(チ) 牽連犯又ハ連續犯ノ如キ聚合犯罪ノ場合ニ於テ各之ヲ組成スル各行爲毎ニ分別シテ箇々ニ時効ノ進行ヲ認ムヘキモノナリヤ又ハ全犯罪ニ對シ單一ナル時効ノ成就スヘキモノナリヤハ議論ノ存スル所ナリト雖モ若シ是等ノ犯罪ヲ以テ實體上ノ一罪ト認ムルトキハ各行爲毎ニ分別スヘキ理由ナク反之實體上ノ一罪ニ非スシテ單ニ手續上一罪ノ如ク取扱フニ過キサルモノト解スルトキハ其内容ヲ爲ス箇々ノ犯罪毎ニ時効ノ進行ヲ認ムヘキナリ判例ハ公訴時効ハ全體ニ付キ成就スルモノニシテ各行爲爲相分離シ各別ニ時効ニ罹ルモノニ非スト解セリ(明治四年七月一日大判)

時効ノ中斷

五 時効ノ中斷 中斷トハ既ニ經過シタル時効期間ノ效力ヲ消滅スルコトヲ云フ

中斷ノ原因ハ起訴豫審又ハ公判ノ手續是ナリ所謂起訴ノ手續中ニハ刑事訴訟法第七十五條ニ依ル再起訴ニ關スル決定ノ請求ヲモ包含スルモノト解釋セラル(明治三十七年三月三十一日大判同旨)即チ是等ノ手續アルトキハ既ニ經過シタル期間ハ全ク其效力ヲ失ヒ是等ノ手續止ミタルトキハ更ニ其日ヨリ新ナル時効期間進行スルモノトス(刑訴一)但確定判決ヲ受クルニ至リタルトキハ之ニ因リ公訴權消滅スルカ故ニ公訴時効ハ再ヒ進行スルコトナシ茲ニ注意スヘキハ新ナル時効ハ中斷ノ原因タル手續ヲ止メタル場合ニ進行スルモノナルカ故ニ是等ノ手續ノ進行中ハ各箇ノ行爲間ニ時効期間以上ノ時間ヲ隔ツルモ其間ニ時効成就スルコトナシ例ハ第一回公判期日ヲ定メテ呼出狀ヲ發シタルニ被告人又ハ辯護人ノ申請ニ依リ之ヲ變更シ更ニ期日ヲ定メテ公判ヲ開キタルカ如キ場合ニ於テ縱令其事件カ六月ノ短期時効ニ罹ルヘキモノニシテ呼出行爲ヲ爲シタル時ヨリ公判開廷マテニ六月以上ノ期間ヲ存シ且ツ其間ニ何等ノ手續ヲ爲シタルコトナシトスルモ之ニ因リ時効完成スルコトナキモノトス(大正三年一月二五日大判同旨)時効ノ中斷ハ起訴豫審又ハ公判ノ手續ヲ爲シタル場合ニノミ生スルモノナル

カ故ニ捜査處分ヲ爲シタルカ如キハ中斷ノ效力ヲ生セサルナリ然レトモ間接國稅犯則者處分法ニ依レハ當該違犯事件ニ付テノ稅務署長ノ通告處分ハ時效中斷ノ效力ヲ生スルモノト爲セリ(同法一五條)

時效中斷ノ效力ヲ生スルニハ其手續カ法律ノ規定ニ從ヒ適法ナルモノナルコトヲ要ス故ニ起訴豫審又ハ公判ノ手續其規定ニ背キタルニ因リ無効ニ屬スルトキハ時效ノ經過ヲ中斷スルノ效ナシ然レトモ例外トシテ裁判所ノ管轄違ナルニ因リ其手續ノ無効ニ屬スルトキハ時效中斷ノ效ヲ生ス(刑訴一七條)

時效ノ停止

六 時效ノ停止 時效ノ停止トハ一定ノ事由アルトキハ中斷ノ原因ト爲ルヘキ手續ヲ行ハサルモ時效期間ノ進行ヲ妨クルヲ云フ外國ノ立法例ニハ之ヲ認メタルモノアリト雖モ我刑事訴訟法ニハ之ヲ認メス然レトモ立法論トシテハ法律上訴訟手續ヲ行フコト能ハサルカ如キ場合ニ於テハ(例ハ刑訴一八三條)時效ノ停止ヲ認ムルヲ相當トス

刑ノ時效ト
公訴時效ト
ノ關係

七 刑ノ時效ト公訴時效トノ關係 刑ノ時效ハ科刑權ニ關シ公訴時效ハ公訴權ニ關ス從テ一ハ確定判決後ニ生シ一ハ確定判決前ニ生スル現象ナリ故ニ兩者ハ彼是相交渉スルコトナキヲ本則トス然レトモ刑法施行法第十七條ニハ、關席判決ヲ以テ言渡シタル刑ノ時效期間ハ其言渡ノ日ヨリ之ヲ起算ス(規定シ刑ヲ言渡シタル關席判決アリタルトキハ判決未確定ナルニ拘ラス其言渡ノ日ヨリ刑ノ時效進行スルモノト爲シタルカ故ニ關席判決後ハ之ト併行シテ公訴時效進行スルコトナキモノト認メサルヘカラス)(四二年一月一)而シテ刑ノ時效完成シ科刑權消滅スルトキハ科刑權ノ確定ヲ目的トスル公訴權モ亦從テ消滅スルモノト解セサルヘカラス然レトモ該關席判決ニ對シ故障又ハ上訴ノ申立アリタルトキハ既ニ進行シタル刑ノ時效期間ハ其效力ヲ失ヒ故障又ハ上訴申立ニ基ク公判ノ手續止ミタル日ヨリ公訴時效ノ進行ヲ見ルニ至ルモノトス

科刑權ノ消滅

刑ノ廢止

第五節 科刑權ノ消滅

第一款 刑ノ廢止

一 犯罪ノ後執行力ヲ生シタル法律ニ因リテ其刑ヲ廢止セラレタルトキハ公訴權消滅ス是レ科刑權消滅スル(參照六條)當然ノ結果ナリ法文ニハ犯罪ノ後頒布シタル法律ニ因リトアレトモ犯罪ノ當時既ニ公布セラルタルモ未タ實施セラレズ犯罪後ニ至リ法律執行期カ到來シ刑カ廢止セラレタル如キ場合モ之ニ包含スルコト勿論ニシテ犯罪ノ後執行力ヲ生シタル法律ニ因リテノ意味ニ解釋スヘキモノトス而シテ又法文ニ刑ノ廢止トアルハ犯罪ノ成立ヲ認メテ刑ヲ科セサル場合ノミナラス行爲ノ犯罪性ヲ認メサルニ至リタル場合ヲモ包含スヘシ

二 公訴提起前ニ刑ノ廢止アリタルトキハ公訴ヲ提起スルヲ得ス檢事之ヲ知ラスシテ誤テ公訴ヲ提起シ若ハ公訴提起後ニ刑ノ廢止アリタルトキハ免訴ノ裁判ヲ爲スヘク(刑訴二二四條後段、一六五條第六)若シ言渡後確定前ニ刑ノ廢止アリタルトキハ檢事ハ上訴ヲ爲ササルヘカラス而シテ上訴裁判所ハ原判決ヲ取消シ又ハ破毀シ

大赦

第二款 大赦

一 大赦ハ天皇ノ大權ニ基キ行爲ノ犯罪性ヲ失ハシムルモノナルヲ以テ其結果トシテ科刑權消滅シ從テ公訴權消滅スルモノトス而シテ判決確定後ニ大赦アルトキハ刑ノ言渡ハ其效力ヲ失フニ至ルモノナリ(恩赦令三條)

大赦ハ專ラ天皇ノ大權ニ屬スルモノニシテ勅令ヲ以テ罪ノ種類ヲ定メ行ハルルモノナリ(憲一六條、恩赦令二條)

恩赦ニハ大赦ノ外ニ特赦ナルモノアリ特赦ハ確定判決後ニ大權ノ作用ニ依リ刑ノ言渡ノ效力ヲ失ハシメ又ハ執行ヲ免除スルモノニシテ公訴權ニハ全ク關係ナキモノトス

第三款 處罰條件ノ消滅

一 刑事訴訟法カ公訴權消滅ノ原因トシテ列舉シタルハ以上ノ外ニ出テスト雖モ公訴權ハ科刑權ノ確定ヲ目的トスルモノナルヲ以テ法律上科刑權消滅スルトキハ公訴權モ從テ亦消滅スヘキコト疑ヲ容レズ故ニ公訴權發生スルモ其後處罰條件消滅シタルトキハ公訴權消滅スルモノトス其場合左ノ如シ

- (1) 刑ノ時効完成シタルトキ 刑ノ時効完成スルトキハ科刑權消滅スルモノトス而シテ刑ノ時効ハ判決確定後ニ進行スルヲ常トスルモノニシテ此場合ニハ公訴權ニ關係ナシト雖モ闕席判決ニ對スル刑ノ時効ハ其言渡ノ日ヨリ起算スルヲ以テ(刑七條一)判決確定前時効期間ヲ經過スルコトアリ此場合ニ於テハ之ニ因リ科刑權消滅スルト共ニ公訴權消滅スルモノトス
- (2) 詐欺破産又ハ過怠破産ノ罪ニ付キ破産決定取消サレタルトキ 破産罪ニ付テハ破産決定ノ存在ヲ處罰條件トス而シテ破産決定確定スルモ特定ノ理由アルトキハ之ヲ取消サルルモノニシテ(舊商法九七八條、舊商法二五條、民訴四六六條三項)此場合ニ

於テハ處罰條件消滅ニ歸スルモノトス

- (3) 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キ犯人自首シタルトキ 此場合ニ於テハ法律上其刑ヲ免スヘキコトハ刑法第八十條、第九十三條但書及爆發物取締罰則第十一條ノ定ムル所ニシテ是等ノ犯罪ニ付テハ犯人自首ヲ爲ササルコトヲ處罰條件ト爲シ自首ニ因リテ處罰條件消滅スルモノナリ

第四編 訴訟手續總論

第一章 訴訟行爲

第一節 訴訟行爲ノ性質及要件

一 訴訟行爲トハ訴訟上ノ效果ヲ生スル行爲ヲ總稱スルモノナリ既ニ述ヘシカ
 如ク刑事訴訟手續ハ各箇ノ行爲カ秩序的ニ前生後起シテ進捗發展スルモノニ
 シテ其各箇ノ行爲ハ其主格ヨリ觀察セハ裁判所ノ行爲當事者其他訴訟關係人
 ノ行爲及第三者ノ行爲ニ分ツコトヲ得ヘシ又其行爲ノ實質ヨリ觀察スレハ意
 思表示ニ屬スルモノト否ラサルモノトニ區別スルコトヲ得例ハ裁判ナル行爲
 ハ裁判所ノ意思表示ナリト雖モ證據物ヲ實見シ申立ヲ聽キ送達ヲ爲シ公判始
 末書調書等ヲ作成スルカ如キ行爲ハ意思表示ニ屬セサルカ如シ通常訴訟行爲
 ト云フトキハ裁判所又ハ當事者其他ノ訴訟關係人ノ意思表示タル行爲ヲ指稱
 スルモノニシテ之ヲ狹義ニ於ケル訴訟行爲ト云フ

二 訴訟行爲ニ付テハ法律ニ於テ其要件ヲ規定ス是レ各箇ノ訴訟行爲ニ付キ攻
 究スヘキ所ナリ又特ニ法律ニ定ムル所ナキモ意思表示タル訴訟行爲ハ意思表
 示ノ實質ヲ具備セサルヘカラサルヲ以テ必スヤ(1)行爲者ニ意思ヲ決定スルノ
 能力アルコト(2)表示セントスル意思ニ因リテ意思カ表示セラレタルコトヲ要
 ス是レ意思表示ノ本質上ノ要件ナルカ故ニ之ヲ缺タトキハ意思表示タル訴訟
 行爲ハ全然成立スルコトナキモノナリ

虛偽表示、心裡留保又ハ錯誤アル意思表示ハ訴訟行爲トシテ全然不成立ナリヤ
 否ヤハ一箇ノ問題ナリ私法上ノ法律行爲ニ付テハ私法上ノ效果ヲ生セシメン
 トスル意思ヲ以テ意思ヲ表示スルコトヲ必要トシ又意思ト表示トハ一致セサ
 ルヘカラストノ前提ノ下ニ理論上是等ノ意思表示ニ因リテ法律行爲ノ成立ヲ
 認ムヘカラスト爲スヲ通説トスレトモ此理論ヲ貫クトキハ法律關係ヲ甚タシ
 ク不安ノ状態ニ置キ實際ノ事情ニ適セサルヲ以テ斯ノ如キ意思表示ヲ全然無
 效ト爲スコトナク一定ノ範圍ニ於テ其效力ヲ認ムルヲ立法ノ通義トス(民法九
 四條九五)然ルニ訴訟行爲ハ私法上ノ法律行爲ノ如ク各別箇ニ獨立シテ其效力