

シタル後區裁判所ノ管轄ニ屬スル罪ト思料シタルトキハ直ニ起訴スヘキモノ
ニ非ス證憑書類ニ意見書ヲ添ヘ之ヲ區裁判所檢事ニ送致シ區裁判所檢事ヨリ
起訴スヘキモノトス區裁判所檢事ハ豫審ヲ求ムルコトナシ(六二條)檢事ハ豫審
ヲ求メスシテ直ニ公判ヲ求ムル場合ニハ第六十六條ノ如キ明文存セザレトモ
既ニ蒐集セル證憑ノ存スルナラハ之ヲ送致スルハ自然ノ順序ナリ但公判ヲ開
始シタルトキ之ヲ提出スルコトヲ得ルヲ以テ必スシモ公判前送致セサルヘカ
ラサルノ義務アルコトナシ(八條第一四九條ニ特別ノ手續アリ)

乙、重罪事件 重罪事件ハ第六十六條ノ手續ヲ履行シ常ニ豫審ヲ求メサル
ヘカラス重罪事件ニ付キ檢事カ豫審ヲ求メスシテ直ニ公判ヲ求メタルトキハ
裁判所ハ如何ナル手續ヲ爲スヘキヤ曰ク公訴不受理ノ判決ヲ爲スヘキモノナ
リ然レトモ重罪事件ヲ輕罪トシテ起訴シタルナラハ第二百四十一條ノ手續ヲ
盡スヘキナリ或ハ曰ク重罪事件トシテ直ニ公判ヲ求メタル場合ニハ第二百四
十一條ヲ準用スヘシト然レトモ右ノ場合ニ同條ヲ準用スヘシトノ規定ナキカ
故ニ右ノ如キ論定ヲ爲スハ其根據ヲ缺クモノナリ而シテ重罪事件トシテ直ニ

公判ヲ求メタルモ其實輕罪事件ナリシナラハ公訴不受理ヲ言渡サス本案ノ審
判ヲ爲スヘキモノナリ

丙、違警罪事件 違警罪事件ハ豫審ヲ求ムル能ハス常ニ直ニ公判ヲ求ムヘ
キモノトス

地方裁判所檢事カ事件ヲ區裁判所ノ事物ノ管轄又ハ他ノ裁判所ノ土地ノ管
轄ニ屬スルモノト認メタルトキハ之ヲ管轄裁判所ノ檢事ニ送致スヘク右ノ場
合及ヒ直ニ公判又ハ豫審ヲ求ムル場合ニ告訴ニ係ル事件ナラハ其處分ヲ被害
者ニ通知スヘキモノトス不起訴處分ヲ爲ス場合亦同シ(第六五條)

丁、大審院ノ特別管轄事件 刑法第七十三條第七十五條ノ罪及ヒ皇族ノ犯
シタル禁錮以上ノ刑ニ該ルヘキ罪ニ付キテハ檢事總長ヨリ豫審判事ヲ命スヘ
キコトヲ大審院長ニ請求ス此請求ハ通常ノ場合ニ於ケル起訴ニ相當スルモノ
ニシテ右ノ請求以外ニ公訴ヲ繫屬セシムル方式ヲ要セス而シテ右ノ場合ニ第
六十六條第六十五條ノ手續ヲ盡スヘシトノ規定ナシト雖モ同條所定ノ手續ヲ
行フヲ相當トス

二七一 我刑事訴訟法ハ檢事其他ノ者ノ爲ス被告人ノ召喚ヲ公訴提起ノ方式トスル佛國刑事訴訟法(同法第一四八條)トハ其趣ヲ異ニスルモ之ニシテ公訴提起ノ方式ハ獨逸刑事訴訟法(同法第一四八條)トハ其趣ヲ異ニスルモノナリ獨逸刑事訴訟法ハ公訴ノ提起ハ書面ヲ以テスルヲ原則トシ(同法第一四八條)參審裁判所ニ於テハ例外トシテ書面ヲ要セサルモ之トセリ我刑事訴訟法ハ書面ヲ必要トスル明文ナキモ現行判例ハ口頭辯論ニ於テ起訴スル外ハ起訴者ノ作成セル起訴ノ文書ヲ要スルモノトシテ電報ヲ以テ起訴スル場合ニハ電報用紙ハ起訴狀ト同一ノ效力アルモノトセリ(明治三九年五月一七日レ第三三三號大審院第二刑事部判決)其理由トスル所ハ公訴ノ提起ノ如キ重要ナル行爲ハ起訴者ノ責任ヲ明カニスルノ要アルノミナラス第一審乃至上告審ニ於テ起訴ノ有無若クハ起訴ノ範圍或ハ何人ヲ被告ト爲シタルヤニ付キ調査スルニ當リ疑ヲ生スルコトナカラシムルノ要アルヲ以テ口頭辯論ニ於テ之ヲ爲ス場合ノ外ハ起訴者ノ作成スル文書ヲ以テ之ヲ明確ニ爲ササルヘカラス電報ニ依レル公訴ノ提起ハ通常ノ場合ニ於ケル起訴狀ト同一ニ看做スコトヲ得ヘキ電報用紙ノ存スルカ故ニ起訴ノ事實ヲ明確ニスルヲ得ルモノナルヲ以テ之ヲ有

效ノモノト爲スヘシト謂フニ在リ(言渡罪法第三七三條ニハ公訴狀ヲ作成スヘシト定メ)判例ノ下セル解釋ハ有力ノ論據ヲ有スルモノナレトモ實際上不便アリ例ヘハ電話ヲ以テスル公訴ノ提起ヲ無効ト爲ササルヘカラサルカ如シ

判例ハ電話ノ起訴ヲ無効トセリ其理由ニ曰ク被告ノ起訴者ノ作成シタル文書ヲ受ケ豫審請求ト題スル文書ヲ作成シタルモ起訴者ノ作成シタル文書ト同一ニ看做スコト能ハサルカ故ニ公訴ノ提起ハ口頭辯論以外ニ於テ明確ニ證スルモノナル起訴ト謂フニ在リ同前第二刑事部判決

學者ハ反對ノ論定ヲ與ヘテ曰ク現行法ニハ公訴ノ提起ニ付キテハ書面ヲ要ストノ規定ナキヲ以テ電信ニ依ルト將タ電話ニ依ルト或ハ又口頭ニ依ルトヲ問ハス苟モ公訴ノ提起アリタルコトヲ明確ニ爲シ得ルモノアル限りハ有效ノ公訴ニシテ起訴狀以外ノ方式ニ依ル公訴提起ヲ無効トスヘキ法律的理由ナシ要ハ公訴ノ意思表示ノ明確ナルヤ否ヤニ存ス故ニ書面ヲ以テスルモ其作成ノ形式上不適法ナル公訴ハ無効ナレトモ書面ヲ以テセサルモ公訴ヲ明確ニ爲スルモノアル限りハ有效ノ公訴ト爲ササルヘカラスト(刑事訴訟法新論)大審院判決ノ如ク原則トシテ書面ヲ方式上ノ要件トスルトキハ第二十条ノ規定ニ違反セル

公訴狀ナリシトキハ公訴ハ無効ト謂ハサルヘカラス反之書面ヲ方式的要件ト爲ササルナラハ公訴狀ヲ提出シタル場合ニ其作成カ第二十條ニ違反スルアルモ他ニ公訴ノ趣旨ヲ明確ニ證スヘキモノアル以上ハ公訴ハ有效ナリト爲スヘキモノナルカ故ニ第二說ハ實際ニ適スルノミナラス公訴事實ハ口頭辯論ニ於テ檢事カ之ヲ陳述シタル後本案ノ審判ヲ爲スモノニシテ裁判ヲ爲ストキニハ公訴ノ内容及ヒ範圍ハ明確ニ定マルモノナルカ故ニ法律上公訴狀ノ提出ヲ以テ公訴提起ノ嚴格ナル方式ト爲スノ要ナキモノト謂フヘキナリ

二七二 公訴ヲ提起スルニハ書面ヲ以テスルト口頭ヲ以テスルトヲ問ハス被告入ト犯罪事實トヲ指定セサルヘカラス

甲 被告人ヲ指定スルコト 之レ公訴表示ノ内容ニ屬スル要件ノ一ナリ被告人ハ所謂訴訟主體ニシテ公訴ハ訴訟主體間ニ訴訟關係ヲ成立セシムルモノナリ被告人ヲ指定セサル公訴ハ訴訟關係ヲ成立セシムルニ由ナキヲ以テ右ノ如キ公訴ハ不合法ナルモノニシテ斯カル公訴ニ對シテハ裁判所ハ不受理ノ裁判ヲ下スヘキモノトス被告人ヲ指定スルコトハ檢事カ直ニ公判ヲ求ムルト或

公訴表示ノ方式其二

ハ豫審ヲ求ムルトニ付キ區別アルコトナシ或ハ曰ク檢事カ豫審ヲ求ムル場合ニハ事件ニ對シテ公訴スルモノナルヲ以テ一定ノ被告人ヲ指定スルヲ要セス之ヲ以テ第六十七條ニハ檢事ノ請求アルニ非サレハ豫審ニ取掛ルコトヲ得スト規定セルモ檢事カ一定ノ被告人ヲ指定スルコトヲ豫審開始ノ要件ト爲サザリシナリ又第四百二十二條ノ場合ニ於テ豫審判事ハ被告人不明ナルモ豫審ヲ開始スルコトヲ得ルモノナル以上ハ公訴權本來ノ行使者タル檢事ニ於テ被告人ヲ指定セスシテ豫審ヲ求ムルノ權利ヲ有スヘキヤ勿論ナリ又被告人ヲ指定セスンハ豫審ヲ求ムル能ハストスルトキハ豫審判事カ證人ヲ訊問シテ被告人ノ共犯ナルコトヲ發見シタル場合或ハ臨檢搜索ヲ爲シタル結果共犯人ヲ發見シタル場合ニ於テ迅速機宜ノ取調ヲ爲ス能ハス且犯人ヲシテ逃走セシメ證據湮滅ノ便宜ヲ得セシムヘシ之レ豈法律ノ精神ナランヤ故ニ知ルヘシ檢事カ豫審請求ヲ爲スニ當リテハ事件ヲ指定スルヲ以テ足レリトシ被告人ヲ指定スルノ要ナキコトヲ然レトモ公訴ヲ提起スルニ當リ被告人ヲ指定スルコトハ公訴ノ性質ヨリ生スル原則ナレハ第六十七條ニ此原則ノ例外ヲ規定セル文詞ナキ

以上ハ同條ハ前説ノ論據ト爲ラス又第四百四十二條ハ現行犯ニ關スル例外的規
 定ナレハ本條ヲ以テ一般ニ檢事カ豫審ヲ求ムルニ當リ被告人ヲ指定スルコト
 ヲ要セストノ論據ト爲スヲ得ス豫審中發見シタル共犯人ニ對シ迅速機宜ノ處
 分ヲ爲ス能ハサルノ不便ヲ生スルコトアルハ現行法規上已ムヲ得サル所ナリ
 而モ此不便ハ實際上左ノミ大ナル者ニ非ス豫審判事ハ電報或ハ電話ヲ以テ檢
 事ニ共犯人ヲ發見シタルコトヲ通知シ之ニ對シテ直ニ起訴セシムルコトヲ得
 レハナリ(明治二八年九月一七日明定スル如ク六號大審院明シ刑部適用スルコトヲ目
 的トシテ起訴セシムルコトヲ得ルハ其體ナリ)而シテ被告人ヲ指定スルニハ氏名住所年
 齡職業等ヲ明示スルヲ要セス人相其他ノ特徵ヲ揭ケ被告人ヲ識別スルヲ得ル程度ニ於テ之ヲ
 指示スレハ足ルモノトス被告人ハ何所ニ住居スルヤ何某ナルヤ不詳ナルモ之
 ヲ指定シ得ル以上ハ之ニ對シテ有效ニ起訴スルヲ得ヘク呼出狀ヲ送達スルコ
 トノ事實上ノ不能ハ起訴ニ影響ヲ及ホスコトナシ然レトモ起訴者カ被告人ヲ
 指定スル能ハサル場合ニ於テ氏名不詳者ニ對シテ提起シタル公訴ハ不合法ナ

リ

明治二八年九月二十六日第五二五號同院第一刑部判決ニ曰ク刑訴法第六
 條ハ起訴ノ要件ニ於テ被告人ノ姓名住所年
 齡職業等ヲ明示スルヲ要セス人相其他
 ノ特徵ヲ揭ケ被告人ヲ識別スルヲ得ル程
 度ニ於テ之ヲ指示スレハ足ルモノトス
 被告人ハ何所ニ住居スルヤ何某ナルヤ
 不詳ナルモ之ヲ指定シ得ル以上ハ之ニ
 對シテ有效ニ起訴スルヲ得ヘク呼出狀
 ヲ送達スルコトノ事實上ノ不能ハ起訴
 ニ影響ヲ及ホスコトナシ然レトモ起訴
 者カ被告人ヲ指定スル能ハサル場合ニ
 於テ氏名不詳者ニ對シテ提起シタル公
 訴ハ不合法ナリ

人タルコトヲ確ルルニ十分ナレハ該豫審請求書ニ依リ提起セラレタル本件公訴ノ有效ナルハ勿論トス

現行犯ニ付キ檢察官豫審判事ニ屬スル處分ヲ爲シタル後起訴スル場合ニハ被告人ヲ指定スルコトヲ要セストハ豫審判事ノ爲ス現行犯特別處分ト權衡ヲ得セシメンカ爲メニ生シタル説ニシテ現行判例ノ採用スル所ナリ(明治二八年九月七日第六號大審院第二刑部判決同年九月)起訴狀ニ掲ケタル氏名ト實際ノ氏名ト異リタルトキハ公訴ノ無効ナリヤ曰ク否ラス右ノ場合ニハ被告人ヲ指定スルコトノ精確ナラサリシニ止マリ被告人ノ指定ヲ缺クモノニ非サレハナリ

豫審請求書ニ依リ明瞭ナル以上ハ其氏名ニ於テ被告人ノ氏名モ其被告ナリト信シテ豫審請求メタル以上ハ其氏名ニ於テ被告人ノ氏名モ其被告ナリトテ公訴提起アル限コトハ豫審請求即

乙。犯罪事實ヲ指定スルコト 公訴ハ犯罪ヲ原因トシテ被告人ニ刑罰ヲ適用スルコトヲ目的トスルモノナレハ犯罪事實ヲ指定セサル公訴ハ恰モ的ナクシテ矢ヲ放ツニ等シク公訴ノ效力タル權利拘束ヲ生セシムルニ由ナク又重罪ト輕罪トハ訴訟手續ヲ異ニスルモノナルニ犯罪事實ヲ指定セサレハ訴訟手續

ヲ定ムルニ由ナケレハナリ犯罪事實ヲ指定スルニハ書面ヲ以テスル場合ニ於テモ必スシモ犯罪事實ヲ具體的ニ詳記スルノ要ナク如何ナル事實ニ付キ刑罰ノ適用ヲ求ムルヤヲ了解スルヲ得ル程度ニ於テ之ヲ指示スレハ足レリ又公訴狀ニ他ノ文書ノ記載ヲ引用シテ以テ犯罪事實ヲ指定スルコトヲ得ヘク或ハ公訴狀ニ添付シタル證憑書類ニ依リ如何ナル犯罪事實ニ付キ刑罰ノ適用ヲ求ムルヤヲ明確ニ知ルヲ得ルナラハ公訴ノ要件タル犯罪事實ノ指定アリト謂フベシ而シテ指定スヘキ犯罪事實ハ客觀界ニ生シタル既定ノ事實ニシテ檢察官ノ隨意ニ變更スル能ハサルモノナレハ他ノ事實ト混同セサル程度ニ於テ之ヲ指定シタル以上ハ竊盜ノ事實ヲ詐欺取財ノ事實ナリトシテ指定シ放火ノ事實ヲ失火ノ事實ナリトシテ指定スルモ公訴ハ適法ニシテ不受理ノ裁判ヲ爲スヘキモノニ非ス故ニ犯罪ノ日時場所狀態等ヲ詳記スルノ要ナク又證憑及ヒ刑ノ適用ニ關スル意見等ヲ表示スルノ要ナシ(獨逸刑法訴訟法一九八條ハ公訴ノ方式トシテハ大審院判例ノ表示ヲ要求セリ我法律ハ明文ニ述ヘタルカ如ク之ト異ルコトハ大審院判例ノ既ニ屢々列示セル所ナリ明治三五年九月二三日第一三〇三號同院第一刑部判決ニ曰ク檢察官ハ豫審請求セサルニハ犯罪事實ノ起訴ト云フ

ナ得)被告人又ハ犯罪事實ノ指定ヲ缺キタル公訴ハ後ニ之ヲ追完スルコトヲ得ルヤ曰ク否之ヲ追完スルコトヲ得ルモノトスルトキハ甲ヲ被告人トシテ指定シタル後ニ乙ニ換フルヲ得ヘシト謂ハサルヘカラス斯ノ如クンハ公訴ノ方式ハ人ニ對スルモノニ非スシテ事件ニ對スルモノトナリ前顯甲ノ方式ヲ有名無實タラシムレハナリ又指定ヲ缺キタル犯罪事實ノ追完ヲ許スモノトスルトキハ權利拘束ノ生シタル事物及ヒ其範圍ハ長ク不明ノ狀態ニ在リテ第一審判決アルマテハ確定セサルノ不都合ヲ生スレハナリ(方式ノ追完ト訴訟條件ノ追完ナリ)

公訴提起ノ時ニ關シテハ何等ノ制限ナシ故ニ大祭日、日曜日、冬期休暇中ト雖モ又裁判所ノ執務時間以外ト雖モ公訴ヲ提起スルコトヲ得刑ノ時効ハ休暇ニ拘ハラス進行スルヲ以テ公訴提起ノ時間ニ付キ何等ノ制限ヲ置カサリシナリ

(明治二九年五月一日第四六一號第二刑事部判決ニ曰ク法律上日曜日ノ職務執行ヲ禁シタル例規アルコトナシ大審院判決要旨類集ニ依レハ明治二八年五月ノ判決ニ日曜日ニ公訴ヲ提起スルコトヲ禁シタル法律ナシトアリ)

一箇ノ公訴ニ包含セシムヘキ犯罪事實ノ數ニ付キテハ何等ノ制限ナシト雖

モ複數ノ被告人ニ對シテ一箇ノ公訴ヲ提起セントスルニハ共同訴訟ヲ許ス場合ナラサルヘカラス換言スレハ其犯罪事實ノ間ニ直接若クハ間接ノ聯絡アルコトヲ要スルナリ又公訴狀ニ記載スル所ニ依レハ犯罪ヲ構成セサル場合ト雖モ檢事ノ指定シタル事實即チ客觀的既發ノ行爲ハ犯罪ヲ構成スルヤ否ヤハ裁判所ノ義務トシテ審理スヘキモノナルカ故ニ公訴狀ニ記載スル所ハ犯罪ヲ構成セストノ理由ヲ以テ裁判所ハ公訴不受理ノ判決ヲ爲ス能ハス約言スレハ公訴狀ハ具體的事實ヲ詳記シタル場合ニ於テモ其記載事項カ法律ニ規定セル犯罪ノ構成要素ヲ具備スルコトハ公提起ノ方式ニ非サルナリ

公訴提起ノ效

二七三 公訴ノ提起ハ訴訟主體間ニハ訴訟關係ヲ成立セシメ訴訟物ニ關シテハ權利拘束ヲ生ス(權利拘束ノ何者タルヤニ付キテハ第三六號以下ヲ、訴訟物ト訴訟主體トヲ分離シテ觀察スレハ訴訟關係ト權利拘束トハ別立スルモノナレトモ訴訟手續上訴訟物ナクンハ訴訟主體間ニ訴訟關係ヲ認ムルヲ得ス訴訟關係アレハ手續上訴訟物ノ存スルコト當然ナルカ故ニ訴訟物ノ權利拘束ハ即チ訴訟關係ノ效果ナリ而シテ訴訟物ノ權利拘束ハ公訴ニ指定スル犯罪事實

第三章 豫 審

第一節 豫審制度ノ沿革

二七四 豫審制度ノ經過……二七五 豫審終結ニ關スル立法例ノ比較……二七六
豫審制度ニ對スル近代ノ思潮……二七七 佛國ノ新豫審制度……二七八 豫審密
行

過 豫審制度ノ經

二七四 凡ソ刑事裁判アル以上ハ其下調ヲ爲スノ要アルコトハ自然ノ情勢ナ
レハ豫審ヲ以テ裁判ノ準備ナリト解スルトキハ豫審ノ起源ハ刑事裁判ノ起源
ニ同シト謂ハサルヘカラス然レトモ現時ニ於ケル豫審ハ通義トシテ公判手續
ト分離セル公判前ノ準備手續ヲ謂フモノナレハ此意義ニ於ケル豫審ナル者ハ
刑事裁判ト其起源ヲ同クスルモノニ非ス刑事訴訟制度ノ發達シタル時代ニ於
テ發生スヘキモノニシテ法制史上ノ事實トシテモ亦右ノ如キ順序ヲ經タリシ
ナリ而シテ豫審ハ單ニ彈劾主義ノ刑事訴訟法ノ下ニ止ラス糾問主義ノ訴訟法
ノ下ニ於テモ亦行ハレタリシナリ而シテ現時ノ豫審制度ノ起源ハ實ニ羅馬法

ニ在リ羅馬ノ古代ニ於テハ原告(被害者又ハ第三者)カ彈劾スルト同時ニ裁判所ハ訴ヲ調
査シ正當ニシテ根據アリト認タルトキハ原告ニ與フルニ證據蒐集ノ許可ヲ以
テス此許可ヲ得タル原告即チ私人(當時ニ於テハ檢事ニ相當)ハ被告ヲ立會ハシ
メテ或ハ被告人ノ居宅ヲ搜索シ或ハ犯所ニ臨檢シ或ハ證人ヲ訊問スル等諸般
ノ豫審的行爲ヲ爲スノ權ヲ有セリ被告モ亦自己ノ方面ニ於テ防禦ニ必要ナル
諸般ノ證據ヲ蒐集スルノ權ヲ有セルモノニシテ右ノ如ク原被双方ニ於テ行フ
證據ノ蒐集終リタル後裁判所ハ之ヲ材料トシテ裁判ヲ爲スノ制度ナリシカ領
土ノ擴張人口ノ蕃殖生活關係ノ複雑ニ伴ヒ訴訟ノ數ヲ増加シ行キ殊ニ煩雜ナ
ル事件ノ少ナカラサルニ至リテハ到底以上ノ制度ヲ以テシテハ實際ノ必要ニ
應スルコト能ハサリシナリ茲ニ於テ先ツ現行犯ニ付キ職權ヲ以テ證據ヲ蒐集
スルノ制度ヲ創メ次テ一般ノ犯罪ニ之ヲ應用スルニ至レリ之レ實ニ現時ノ豫
審制度ノ原形ナリ然レトモ現時ノ豫審制度ニ比較スルニ看過スヘカラサルニ
箇ノ差異アリ第一該豫審處分ハ判事ノ行フモノニ非スシテ行政官ノ行ヘルモ
ノタリ第二現時ノ如ク常設彈劾員ナキヲ以テ證據蒐集ノ處分ヲ終リタル後彈

効者ノ出ツルヲ待チテ裁判ヲ爲セリ又自ラ進テ彈劾者ト爲ル者アラサルトキハ裁判所ハ相當ノ人ヲ選定シテ彈劾ノ職務ヲ行ハシメタリ近古糾問主義ニ支配セラレタル佛朗西ニ於テハ糾問判事(Languiere)ナルモノアリテ豫審ニ從事セリ千七百八十九年ノ大革命後數次法律改正アリ千八百八年ノ治罪法典ニハ起訴後ノ手續トシテ豫審ニ關スル詳細ノ規定ヲ爲セリ豫審制度ハ茲ニ於テ其面目ヲ備フルニ至リ獨塊其他歐洲諸國ノ倣フ所ト爲レリ糾問主義ノ制度ニ依レハ豫審ニ於テ證據ヲ蒐集シタル後ハ本審ニ於テハ書面審理ヲ爲スニ過キサリシモ佛朗西訴訟法ハ豫審ヲ經タル事件ニ付キ常ニ公判ニ於テ口頭審理ヲ爲スヘキモノトセリ又糾問主義ノ制度ニ於テハ本審ハ豫審ノ繼續ニシテ手續上其間ニ分界ナカリシト雖モ佛朗西訴訟法ニ於テハ本審ト豫審トヲ以テ分離セル二箇ノ局面ト爲セリ即チ第一ノ局面ハ證據ノ蒐集即チ準備行為ニノミ關スルモノニシテ第二ノ局面ニ入りテ終局ノ審理ヲ爲スモノナリ之レ千八百八年ノ佛朗西治罪法典ノ特質トスル所ニシテ其源ヲ英國ノ訴追陪審及ヒ裁判陪審ノ制度ニ發スルモノナリ而シテ豫審ハ訴訟ヲ準備スルノ方法ニ過キササルコト此

手續ニ於テ爲シタル行為ハ本審即チ公判ノ裁判ニ關シテハ何等ノ強制的證明力其他羈束的效力ナキコト本審裁判官ハ其心證ヲ豫審手續ニ基キテ立ツルヲ得ス必スヤ對審公開ノ辯論ニ於テ心證ノ基礎ヲ作ラサルヘカラサルコトハ此法制ヲ研究スルニ當リテ看過ス可カラサル要點ナリ我國太古ニ於テハ勿論糾問主義ノ支配セル中古ニ於テモ上述ノ豫審制度ニ類似スルモノナシ事案ノ下調ヲ爲スコトハ何レノ時代ニ於テモ行ハレタルモノニシテ德川氏ノ治下ニ在リテハ彼ノ與力ナルモノハ奉行職ノ審判ニ關シテ下調ヲ爲シタルモノナレトモ上述ノ豫審トハ全ク手續上ノ性質組織ヲ異ニスルモノナリ明治九年四月ニ至リ糾問判事假規則ノ制定アリシハ實ニ我國ニ於テ豫審制度ノ基石ヲ置キタルモノト謂フヘク明治十三年七月治罪法ノ發布セララルルニ及ヒ豫審制度ハ其建造ヲ完成セルモノナリ而シテ其模範トセルモノハ佛朗西治罪法典ナリ明治二十三年發布セラレタル現行刑事訴訟法ハ獨逸刑事訴訟法ヲ參酌シテ治罪法ニ於ケル豫審制度ニ改正ヲ加フル所アリ會議局及ヒ其手續ノ廢止ノ如キハ改正ノ重要點ナリトス

二七五 豫審處分ハ手續上純然タル捜査行爲ニ屬スルヤ或ハ起訴以後ノ手續ナルヤノ點ニ付キテハ立法例區々ニシテ又豫審ヲ經タル後、裁判機關ノ決定ヲ以テ之ヲ公判ニ付スヘキヤ或ハ檢事ノ意見ノミニ因リテ之ヲ公判ニ付スヘキヤ裁判機關ノ決定ニ因リテ之ヲ公判ニ付スヘキモノトセハ豫審ヲ爲シタル判事ヲシテ其決定ヲ爲サシムヘキヤ或ハ他ノ裁判機關ヲシテ之ヲ爲サシムヘキヤノ點ニ付キテハ各國ノ治罪法規其軌ヲ同クセス蓋シ豫審處分ヲ以テ純然タル捜査行爲トナシ起訴後ノ行爲ト爲ササル主義ヲ探ルトキハ檢事ノ意見ノミヲ以テ事件ヲ公判ニ付スヘキヤ否ヤヲ決セシムルノ制度ヲ適當トスルモノニシテ此制度ノ利益トスル所ハ第一檢事ヲシテ有罪ヲ主張スル傾向ニ陥ラシムルコトナク第二檢事ノ無罪ナリト思料スル事件ニ付キ嫌疑者ヲシテ公判廷ニ立タシムルコトナク即チ檢事ノ誤見ヨリシテ生シタル嫌疑者ノ有形無形ノ損害ヲ多大ナラシメサルニアリ埶地利刑事訴訟法第百十二條ハ豫審ヲ終結シタル後豫審判事ハ記録ヲ檢事ニ送致シ檢事ハ八日內ニ公訴狀ヲ豫審判事ニ提出スルカ否ラサレハ記録ヲ返附シテ訴追ノ理由ナキコトヲ開示スト規定シ豫審終

結決定主義ヲ取ラサルコトヲ明ニセリ英國法ニ於テハ證據ノ蒐集ヲ終リタル後(證據ノ蒐集ハシエリフ(Share)其)原告ハ證人ヲ同行シ或ハ證據物件ヲ携帶シテ訴追陪審職(Grand Jury)ノ面前ニ出テ其被害事實ヲ陳述シ訴追陪審職ハ證據ヲ調査シテ起訴ヲ決ス起訴スヘキモノト決定シタルトキハ原告ノ訴狀ノ末尾ニ訴ノ理由アルコトヲ附記スルニ因リテ公判ノ開始セラルルモノナリ佛國ハ當初英國ノ制度ニ倣ヘリ即チ豫審機關(治安判事)ハ豫審ヲ終リタル後一切ノ記録ヲ陪審長(Directeur du Jury)始審裁判所判事ニ送附シ陪審長ハ記録ヲ調査シ起訴スヘキモノト思料シタルトキハ八人ノ陪審員ヲ召集シ多數決ヲ以テ事件ヲ公判ニ移スヘキヤ否ヤヲ決スルモノナリ此制度ハ實際上不成績ナリシヨリ千八百八年ノ治罪法ニ於テハ之ヲ廢止シ豫審ノ機關トシテ豫審判事ヲ置キ豫審ヲ終リタル後重罪ニ付キテハ起訴局(Chambre d'accusation)控訴院內ニ設置シテ事件ヲ公判ニ移スヘキヤ將タ免訴スヘキヤヲ決定セシメ又輕罪ニ付キテハ會議局(Chambre du Conseil)始審裁判所內ニ設置セラレ者ヲシテ公判ニ付スヘキヤ否ヤヲ決定セシムルノ規定ヲ設ケタリシカ千八百五十六年ニ至リ會議局ヲ廢止

シ輕罪ニ付キテハ單獨ノ豫審判事ヲシテ豫審終結決定ヲ爲サシムルコトニ改正セリ但重罪ニ付キテハ起訴局ニ於テ公訴ニ付スヘキヤ否ヤヲ決スルノ制度ハ現時ニ於テモ行ハルル所ナリ獨逸刑事訴訟法第九十六條ニハ豫審ノ終結シタルトキハ裁判所ニ於テ公判手續ヲ開始スヘキヤ否ヤ被告ヲ免訴スヘキヤ否ヤ訴訟手續ヲ一時停止スヘキヤ否ヤヲ裁判スヘク檢事局ハ此目的ノ爲メニ其中立ト共ニ書類ヲ裁判所ニ提出スヘク公判手續開始ノ申立ハ公訴狀ヲ提出シテ之ヲ爲スヘキ旨ヲ規定セリ勃牙利公國刑事訴訟法ハ奧國訴訟法ノ系統ニ屬スルモノニシテ其第二百八十二條ニ依レハ豫審終結後ノ豫審判事ハ記録ヲ地方裁判所檢事ニ送附シ檢事ハ第一ニ事件カ自己ノ職務範圍ニ屬スルヤ否ヤ第二ニ豫審ノ適當ニ行ハレタルヤ否ヤ第三ニ被告ヲ裁判所ニ送致スヘキヤ或ハ事件ヲ中止スヘキヤ若クハ延期スヘキヤヲ決スルモノナリ我刑事訴訟法ハ凡テノ事件ニ付キ豫審判事ヲシテ檢事ノ意見ヲ聽キタル上之ヲ公判ニ附スヘキヤ否ヤヲ決セシムルノ主義ヲ取レリ以上略述セル檢事ヲシテ豫審終結後起訴不起訴ヲ決セシムル主義ト裁判機關ヲシテ公判ニ附スヘキヤ否ヤヲ決セシム

ル主義トノ優劣如何ハ刑事訴訟ニ關スル立法上ノ大問題ニシテ理論ハ姑ク措キ我國ニ於ケル數十年ノ經驗ヲ基礎トシテ推究スレハ前者ヲ以テ實際上好結果ヲ生スヘキモノト斷定シテ誤ラサルモノト思料ス又前述ノ如ク裁判機關ヲシテ公判ニ附スヘキヤ否ヤヲ決セシムル主義ニハ二派アリ其一ハ單獨判事ヲシテ事件ヲ公判ニ附スヘキヤ否ヤヲ決定セシムル主義他ノ一ハ合議裁判所ヲシテ之ヲ決定セシムル主義ニシテ此兩者ノ可否優劣モ亦立法上ノ大問題ナリ前主義即チ豫審ヲ爲シタル單獨判事ヲシテ事件ヲ公判ニ附スヘキヤ否ヤヲ決セシムル主義ヲ優レリトスル論者ハ曰ク豫審判事ハ當初ヨリ親シク事件ヲ調査シ事實ノ關係ヲ熟知スルヲ以テ處分ヲ終了スルヤ直ニ終結決定ヲ爲シ得ルモノナレハ手續ノ完結ヲ迅速ナラシメ且他ノ機關ヲ勞セシムルコトナキノ利益アリ反之合議裁判所ヲシテ公判ヲ開始スヘキヤ否ヤヲ決定セシムル手續ニ於テハ書類ヲ調査スル爲メ時間ヲ要スルノミナラス更ニ證人又ハ被告人ヲ取調フルノ必要ヲ生スルコトアリテ多クノ時間ト手續トヲ要シ在監被告人ノ未決勾留ヲ長カラシムルノ弊害アリ又豫審ヲ爲シタル判事ヲ加ヘテ組織スル合議

裁判所ニ於テハ他ノ判事ハ豫審判事ノ如ク事件ニ精通セサル爲メ實際ニ於テハ豫審判事ノ説ニ盲從スル場合多ク事實上法律ノ精神ヲ貫クヲ得ス佛朗西ニ於テハ千八百五十六年會議局ヲ廢止シタルノ事例ハ此間ノ消息ヲ窺ハシムルニ足ルモノナリ又單獨判事ノ誤斷ヨリ生スル危險ハ抗告ノ途ヲ開キ其決定ヲ攻撃スルヲ得セシメハ之ヲ防クニ十分ナリト合議裁判所ヲシテ公判ノ開否ヲ決定セシムヘシトスル論者ハ曰ク證據ヲ蒐集スルニ當リテハ敏活ノ處置ヲ要スルモノナルカ故ニ單獨判事ヲシテ之ニ當ラシムルヲ相當トスレトモ公判開否ヲ定ムルニ當リテハ人權ノ保護上慎重ノ考察ヲ要スヘキモノナルヲ以テ合議體ヲシテ之ニ當ラシメサルヘカラス有罪ノ證據ヲ蒐集セル判事ハ先入爲主ノ弊ニ陥リ易ク被告人ノ利益ノ爲メ公平ノ意見ヲ有スル者ハ稀ナリト理論ニ於テハ後説ハ非難スヘキモノナシト雖モ實際上果シテ好果ヲ生スヘキヤハ疑問ナリト謂ハサルヘカラス合議制ハ裁判上ノ理想トシテハ完全ニ近キモノナレトモ其實施後既ニ二十餘年ヲ經タル余輩ノ經驗ニ徵スレハ實際上豫期ノ利益ヲ生セサリシモノノ如シ曩キニハ單獨制ナル區裁判所ノ刑事ニ於ケル權限

豫審制度ニ對スル近代ノ思潮

ヲ擴張セル裁判所構成法ノ改正アリ近時又一層其權限ヲ擴張シ合議體ノ員數ヲ減シタルニ徵スルモ余輩ノ觀察ノ當ヲ失ヘルモノニ非サルヲ知ルヘキナリ豫審ニ關スル他ノ重要ナル立法問題ハ豫審辯護及ヒ豫審公開ノ二點ニ在リ後者ハ弊多クシテ往々豫審ノ目的ヲ達スル能ハサルニ至ラシムルモノナレトモ前者ハ立法上攻究スルノ價值アルモノニシテ佛朗西ノ實驗ニ徵スレハ採用ノ價值十分ニ存スルモノト謂フヘシ乞フ左ニ豫審制度ニ對スル近代ノ思潮ヲ約述シ次ニ佛國ノ新豫審制度ヲ略説セン

二七六 甲、被告人ノ利益ヲ保護スル爲メ裁判所ヲシテ公訴提起ノ監督即チ起訴ノ正當ナルヤ否ヤヲ決セシムルノ主義豫審終結決定ヲ爲シ或ハ合議裁判所ヲシテ事件ヲ公判ニ付スヘキヤ否チ此主義ノ適用ナリハ千八百八年ノ佛朗西治罪法典ノ先ツ採用セル所ニシテ爾後五十餘年間之ヲ基礎トスル立法例ノ續出ヲ見タリシモ十九世紀ノ末業ニ至リ之ヲ拋棄セントスル傾向ヲ生シタリ惟レ此主義ニハ下ノ如キ缺點アルヲ以テナリ 一、訴訟ノ完結ヲ遅延セシムルコト 二、起訴ノ責任ノ一半ハ裁判所ニ於テ之ヲ負フノ結果ニ至ルカ爲メ檢事ノ責任ヲシテ輕カラシムルコ

ト 三、公判前ノ手續ニ於テ生シタル判断ハ公判ノ辯論ニ影響ヲ及ホスコト是ナリ。埃國刑事訴訟法カ常ニ檢事ヲシテ公訴狀ヲ提出セシメ其責任ヲ以テ公判ヲ求メシメ(同法第一條第二條)公訴狀ニ關シ被告ニ故障申立ノ權利ヲ與ヘタル(同法第七條第二條)ハ以上ノ缺點ニ鑑戒スル所アリシニ由ルモノニシテ千八百九十六年ノ洪牙利刑事訴訟法モ亦埃國ニ倣ヘリ

乙、起訴者ヲシテ訴ノ證據ヲ蒐集セシムルハ手續上當然ノ事理ナルニ司法警察權ヲ有スル檢事ニ證據蒐集ノ十分ナル自由ヲ與ヘスシテ裁判所(豫審)ヲシテ證據ノ蒐集ニ當ラシムルハ職務ノ分配法ヲ誤リタルモノト謂フヘシ加之裁判所ヲシテ訴追ヲ補助スル行爲タル證據ノ蒐集ト訴訟ノ判断トヲ掌ラシムルハ裁判ノ公平ヲ失セシムル弊害アルモノナレハ裁判所ニ右ノ如ク相反スル二種ノ職責ヲ負ハシムルハ適當ナラス現時ニ於ケル豫審判事ハ一面檢事ノ爲メニ有罪ノ證據ヲ蒐集シ一面被告人ノ爲メニ利益ノ證據ヲ搜查シ更ニ他ノ一面ニ於テ事件ノ公判開否ノ判断ヲ爲ササルヘカラス一人ニ三種ノ職務ヲ行ハシムルハ困難ナルノミナラス分業ノ理論ニ反スルモノナリ此見地ヨリシテ豫審

ヲ純然タル搜查處分ト爲スヘシトノ改革意見ヲ生シタリ

丙、前思潮ニ反シ他ノ觀察點ヨリ出テタル思潮ハ人權ノ保護上十分ノ保障ヲ有セシムル糾問彈劾ノ折衷主義ヲ豫審ニ於テ採用スヘシト謂フニ在リ證據ノ蒐集ハ裁判所ヲシテ之ニ當ラシムルハ檢事ヲシテ之ニ當ラシムルニ比シ其結果ニ於テ確實ナルコトヲ得ルノ利益アルヲ以テ此點ニ於テ糾問主義ヲ採用スヘシ又裁判所ヲシテ證據ノ蒐集ニ當ラシムルモ裁判所ヲシテ嚴密ニ公平ヲ維持セシメ被告ノ利益ヲ閑却スルコトナカラシムカ爲メニ彈劾主義ニ於ケル對審ト公行トノ兩原素ヲ採取スヘシト謂フニ在リ佛國ノ新豫審制度ハ此思潮ヲ汲ミテ成レル製鹽ニ外ナラサルナリ舊古ノ建築物ヲ破壊スルニ忍ヒス内
部ノ房室及ヒ設備ニハ變更ヲ加ヘスシテ單ニ光氣ノ流通ヲ十分ナラシメシニ止マルモノナリトハ新制度ニ對スル學者ノ評言ナリ

二七七 千八百八年ノ治罪法典ノ一部ヲ變更セル千八百九十七年十二月八日ノ佛國治罪法改正法律ニ依レハ豫審判事ハ先ツ被告人ノ人違ナキヤ否ヤヲ取調ヘタル後如何ナル事件ニ付キ訴ヲ受ケタルヤヲ知ラシメ之ニ對シ供述セサ

佛國ノ新豫審制度

ルノ自由ヲ有スル旨ヲ告ケシ後被告人ノ爲ス供述ヲ聽キ辯護人ヲ用ユルコトヲ得ル旨ヲ告ケ被告人ヨリ官選辯護ヲ求ムレハ其手續ヲ爲シ(同法第)三條勾留セラレタル被告人ハ豫審判事ノ第一回ノ取調後ハ其辯護人ト交通スルノ自由ヲ有シ(同法第)八條被告人ハ其辯護人ノ立會ナクシテ訊問對質ヲ受クルヲ拒ムコトヲ得(同法第)九條被告人ヲ訊問スヘキ日ノ前夜訴訟記録ヲ辯護人ノ閱覽ニ供シ又豫審判事ノ發シタル命令ハ凡テ之ヲ辯護人ニ知ラシム(同法第)一〇條ルモノニシテ辯護人ニ對シテ豫審ヲ公行スル點ハ改正法律ノ特質トスル所ナリ辯護人ハ何時ニテモ被告人ノ訊問及ヒ對質ニ立會フコトヲ得ヘク又記録ヲ調査スルコトヲ得ヘク且被告人ト交通スルノ自由ヲ有スルナリ此法律ニハ豫審手續ノ對審 (Confradition)ナルコトヲ規定セル明文ナシト雖モ間接ニ對審ノ結果ヲ生スルモノナリ何者辯護人ハ被告人ノ訊問ニ立會フ以上ハ事件ノ關係ヲ明瞭ナラシメ事實ノ真相ヲ發見スル爲メ必要ナル事項ヲ陳述シ有益ナル證據ヲ申出ツルヲ得ヘク其申出ノ適切ナル場合ニ於テ豫審判事カ之ヲ拒否スルコトハ實際上稀ナルヘケレハナリ又事件ヲ公判ニ附スルニ對シテハ反對意見ヲ陳述スルコトヲ得レ

ハナリ此法律施行以後ハ豫審手續ノ狀態ハ一變セリ從前ハ被告人ハ單身ニテ其敵手タル檢事ノ面前若クハ實際上往々檢事ト同一種ト看做サルヘキ豫審判事ノ面前ニ立チタリシカ現今ニ於テハ辯護人ノ立會ヲ得ルノミナラス其助言ヲ受ケ又ハ事件ノ重要ナル點ニ付キ其説明ヲ聽クコトヲ得ルニ至レリ而シテ辯護人ハ固ヨリ凡ユル豫審手續ニ立會フ權利ナシト雖モ 一、訊問及ヒ對質ニ立會フヲ得ルコト 二、訊問及ヒ對質ノ前夜記録ヲ調査スルヲ得ルコト 三、豫審判事ノ發シタル事件ノ豫審ニ關スル命令ハ如何ナルモノニテモ其通知ヲ受クルコト 四、被告ト自由ニ交通スルヲ得ルコトハ精勵ナル辯護人ナラハ之ヲシテ被告人ノ利益ヲ保護スルニ於テ遺憾ナカラシムルヲ得ヘキナリ刑事訴訟ニ於テ原被兩造ヲ對等ナラシムヘシトノ理想ハ此改正法律ニ依リ其八分ノ實現ヲ見タリト謂フモ過言ニハ非サルヘシ改正法律施行前ハ種々論難ヲ受ケシモ實施後時ヲ經ルニ從ヒ非難ノ聲ハ漸次謳歌ニ變シ改正法律ノ實際上ノ成績良好ナルコトハ何人モ爭フ能ハサルニ至レリ改正法律ニ依レハ豫審ノ終結ヲ遅延スルコトハ免ルヘカラサル結果ナレトモ被告人ハ辯護ヲ拋棄シ

テ之ヲ避クルヲ得ヘク又富者ニ非サレハ良辯護士ヲ得ル能ハサルヲ通例トス
ルカ故ニ改正法律ハ富者ニ便利ニシテ貧者ニハ大ナル利益ナキモノノ如クナ
レトモ必スシモ常ニ然リト斷言スル能ハス世間ノ耳目ヲ引ク事件ニ在リテハ
無報酬ニテ豫審辯護ヲ引受クル者少カラサレハナリ又經驗薄キ新辯護士ト雖
モ之ヲシテ豫審ニ立會ハシムルコトハ豫審判事ノ職權濫用ヲ防クニ於テ十分
ノ保障タルヲ得ルモノナレハナリ改正法律以後豫審ノ公行ハ單ニ辯護人ニ對
スル關係ニ於テ然ルノミナラス被告人ニ對スル關係ニ於テモ亦然リ何者辯護
人ノ面前ニ於テ被告人ヲ訊問スルノミナラス辯護人ハ記錄ヲ調査シ事件ノ經
過及ヒ關係人ノ供述ヲ被告人ニ知ラシムルコトヲ得ルモノナレハナリ右兩者
以外ノ者ニ對シテハ豫審ハ密行ナリ故ニ第一證人ニ對シテ密行ナリ證人ノ訊
問ニハ辯護人ト雖モ立會フコトヲ許サス又證人ヲ他ノ證人若クハ被告人ト對
質スルコトナシ第二民事原告人ニ對シテ密行ナリ民事原告人ハ豫審ノ進行ニ
干與スル能ハサルコト從前ノ如シ第三公衆ニ對シテ密行ナリ豫審判事書記辯
護人ハ豫審ノ秘密ヲ嚴守スヘキコトヲ以テ其職務上ノ重大ノ義務ト爲ス故ニ

豫審密行

例ヘハ豫審判事ハ或ル事件ノ證人トシテ訊問セラレタル時自己ノ取扱ヘル豫
審事件ニ關シ證言スヘキコトヲ求メラレタルナラハ黙秘ノ義務アリトシテ之
ヲ拒絕スルコトヲ得ルモノナリ右ノ如ク豫審ノ秘密ハ辯護人被告人ニ對スル
關係ヲ除キ法律改正前ト異ル所ナキモノナレトモ實際ニ於テハ殊ニ巴里ノ如
キニ在リテハ新聞記者等ハ巧妙ノ手段ヲ用ヒ豫審ノ内容ヲ探知スルヲ以テ豫
審ノ秘密ハ所謂公然ノ秘密(Seuet de polichinelle)ニ化シタルノ觀アリ

二七八 公衆ニ對シ豫審ヲ公開スルコトハ證據湮滅ノ機會ヲ與ヘ反對證據偽
造ヲ容易ナラシメ共犯人ヲ逃走セシムル等豫審ノ目的ヲ達スルニ大ナル障礙
ヲ來タスモノナルヲ以テ古來豫審密行主義ハ多クノ法制ニ採用セラレタルモ
ノナリ(單リ英國ノ法制ハ之ニ異レテ英國ニ於テモ事件ノ準備調査ヲ爲スモノ
ナレトモ秘密主義糾問主義ヲ採ラス審理ノ當初ヨリ公開主義訴訟主義
セリ)我法律モ亦豫審密行ヲ以テ例外ナキ原則トセリ我訴訟法ニハ豫審ヲ密
行スルノ明文ナシ(佛國訴訟法)ト雖モ豫審密行ハ豫審ノ目的ヨリ觀察スルトキ
ハ豫審固有ノ性質ナリト謂フヘキノミナラス我訴訟法カ此主義ヲ採用セルコ
トヲ證明スヘキ間接ナル法文上ノ證據アリ 一、憲法第五十九條ニ裁判ノ對

審判決ハ之ヲ公開スト規定セルモノ之ナリ該法文ハ對審ニ非サル裁判ハ公開
スヘカラサルコトヲ其反面ニ於テ示セルモノニシテ豫審ハ我法律上絕對ニ對
審ノ性質ヲ有セス(對審 Contaditionト對席審理トハ別物ナリ缺席審理ノ場合ニ於
テモ出席セル當事者ハ對審ヲ受クルモノナリ對審トハ自己
立ノ主張ヲ論明シ相手方ノ主張ヲ辯駁スル爲メ双方)二、新聞紙法第十九條ニ
新聞紙ハ公判ニ付スル以前ニ於テ豫審ノ内容云々ヲ掲載スルコトヲ得スト規
定セルモノ之ナリ豫審ハ密行スヘキモノナルカ故ニ同法ニ此絕對的禁令ヲ設
ケタルナリ豫審密行ノ效力ハ豫審ニ於ケル書類ノ上ニモ及フモノナルヲ以テ
豫審中ハ既成ノ調書ト雖モ檢事以外ノ者ノ閱覽ヲ許サス唯被告人ハ其供述書
ノ謄本ヲ求ムルノ權利ヲ有スルノミ(刑訴法第九七條)豫審密行主義ノ適用ハ豫審終結
ヲ以テ限界トス事件ノ公判ニ移サレタル場合ニ於テハ公判開始前ト雖モ被告
人辯護人、民事原告人ハ記錄ノ閱覽ヲ求ムルコトヲ得ルモノナリ佛國ノ學說ト
シテハ一定セル如ク豫審密行ノ原則ハ證據蒐集ノ目的ノ爲メニ存スルモノニ
シテ公ノ秩序ニ關スル原則ニ非サルヲ以テ檢事ニ於テ異議ナキトキハ豫審判
事ハ豫審中ト雖モ記錄ノ閱覽ヲ被告人或ハ辯護人ニ許可スルヲ得ヘク又豫審

廷ニ人ノ立入ルヲ允スコトヲ得ルモノナリ而シテ檢事若クハ警察官カ事實發
見ノ便宜上當該豫審判事ノ同意ヲ得テ其取調ニ參與スルカ如キハ豫審密行ノ
原則ニ違反スルモノニ非ス所謂豫審密行ノ原則トハ當該事件ノ取調ニ關シ公
判ト齊シク遍ク公衆ヲシテ傍聽セシメストノ謂ニ外ナラサレハナリ(明治四十
六年刑部同年六月八日
第一刑部判例參照)

第二節 豫審ノ目的性質及ヒ準則

二七九 豫審ハ公判ヲ開始スヘキヤ否ヤヲ決スルヲ目的トス……二八〇 目的ト
手續トノ兩方面ヨリ觀タル豫審ノ性質……二八一 豫審ニ適用セララルル主義

二七九 公判ノ審理ハ被告人ニ罪責アリヤ否ヤヲ決シ犯罪ニ應當スル刑ヲ適
用スルコトヲ目的トス約言セハ罪案ノ終局的斷定ヲ生セシムルコトヲ目的ト
ス反之豫審ハ公判ヲ開始スヘキヤ否ヤヲ決スルヲ目的トス換言スレハ公判ニ
於テ審判スヘキ事件ノ範圍ト疑點トヲ定メ其疑點ヲ判斷スルノ材料タル證據
ヲ蒐集スルヲ目的トスルモノナリ故ニ豫審ノ目的ハ罪證ノ蒐集ニ在リト謂フ

豫審ハ公判ヲ
開始スヘキヤ
否ヤヲ決スル
ヲ目的トス

モ不可ナシ犯罪ノ證據ヲ蒐集シテ被告人ニ犯罪ノ十分ナル嫌疑アリト認ムヘキ程度ニ達スレハ豫審ノ目的ヲ達シタルモノナレハ豫審ノ行動ハ此程度ニ於テ之ヲ止ムヘキモノナリ豫審判事ハ犯罪及ヒ犯人ヲ確固不動ノ客觀事實トシテ判定スルノ職權ナシ又科刑ノ職權ナキヤ勿論ナリ以上ノ目的ヲ達スル爲メニ後ニ説明スル如ク豫審判事ハ種々ノ審査行爲ヲ爲ス職權アリ而シテ其目的ヲ達スル能ハサリシ場合ニハ事件ヲ免訴セサルヘカラス豫審ノ目的ハ右ノ如ク罪證ノ蒐集ニ在リト雖モ縱令犯罪事實ヲ明確ニ究ムルモ刑罰適用ノ障礙ト爲ルヘキ事由アラハ事件ヲ公判ニ移スハ徒爾ニ屬スルヲ以テ證據不十分ノ理由ヲ以テ免訴スルノ外法律ハ豫審判事ニ與フルニ公訴不受理管轄違公訴權消滅等ノ事由ニ基キ公訴ヲ棄却スルノ職權ヲ以テセリ右ノ如キ理由ニ基キ公訴ヲ棄却スルハ豫審本來ノ目的ヨリスレハ豫期ニ反セル場合ナリト謂フヘキナリ又豫審ノ目的ハ右ノ如クナルヲ以テ豫審終結決定ニハ公訴權ノ消滅ヲ確定スル場合ノ外事件ノ實質ニ關シ終局の性質ノ存スルコトナシ但被告人ノ利益ノ爲メニ免訴ノ決定ニ確定力ヲ有セシムルモノナレトモ第七十五條ニ規定

スル如ク證據不十分ノ理由ヲ以テ免訴シタル場合ト雖モ新證據ヲ發見シタルトキハ再ヒ豫審ヲ開始スルコトヲ得ルモノナリ又豫審ノ目的ハ公判ノ開否ヲ決スルニ止マリ他ニ存セサルカ故ニ豫審判事ハ有罪ノ證據ヲ蒐集シ得ル場合ト雖モ民事原告人ノ爲メニ其請求權ヲ主張スルニ必要ナル證據(有罪無罪ノ裁キモ)ヲ蒐集スルノ職權ナク又其職責ヲ負フモノニ非サルナリ豫審ノ目的ハ公判ノ開否ヲ決スルニ在ルモノナレトモ客觀的犯罪事實ノ證據ト被告人ヲ其犯人ナリトスルノ證據ヲ得タルノミヲ以テ約言セハ犯罪ト被告人トノ連絡ヲ證立セルノミヲ以テ豫審ノ能事終レリト謂フヘカラス公判ヲ開始スヘキモノト決シタル以上ハ犯人ニ適應スル刑ヲ科スルヲ得ヘキ情狀ニ關スル必要ノ證據ヲ蒐集セサルヘカラス前科犯人ノ性情犯罪ノ動機等ニ關スル證據ノ取調ヲ闕却スルハ豫審判事ノ職責ニ負クモノト謂ハサルヘカラス之レ豫審ノ目的其者ニ非サレトモ豫審ノ目的ヨリ生スル當然ノ結果ナリ豫審ハ公判ノ準備タル點及ヒ罪證ノ蒐集ヲ目的トスルノ點ニ於テハ犯罪ノ捜査ト其性質ヲ同クスト謂フヲ得レトモ此兩者ノ間ニハ沒却スヘカラス差異アリ下ノ如シ 一 犯罪

ノ捜査ハ豫審ニ對スル關係ニ於テモ準備手續ナリ豫審ハ捜査ノ準備手續ニ非
ス 二 捜査ハ公訴提起前ニ於ケル證據ノ蒐集ヲ目的トスル公訴提起前ノ手
續ナリ豫審ハ證據蒐集ヲ目的トスレトモ公訴提起後ニ於ケル手續ナリ 三
捜査機關ハ檢事司法警察官ナレトモ豫審機關ハ判事ナリ豫審ニハ右ノ如ク審
査の性質ヲ有スルヲ以テ豫審ノ性質ヲ明瞭ニ定メムトスルニハ形式的及ヒ實
質的ノ兩方面ヨリ之ヲ研究スルノ要アリ乞フ左ニ之ニ論セン

二八〇 目的ノ方面ヨリ觀察スレハ豫審ノ性質ハ犯罪ノ捜査ナリ手續ノ方面
ヨリ觀察スレハ豫審ハ訴訟審理ノ第一段階ナリ犯罪アリヤ否ヤ被告人ハ其犯
人ナリヤ否ヤヲ決スル材料タル證據ヲ蒐集スルモノナルカ故ニ豫審ハ實質ニ
於テハ捜査ノ繼續ニ外ナラス然レトモ檢事ノ爲ス捜査トハ前號ニ於テ説述セ
ルカ如キ差異アルヲ以テ又公訴提起後ニ於ケル公判ノ前提タルモノナルヲ以
テ形式ニ於テハ審理ノ手續ニ屬スルモノナリ豫審ノ實質ハ犯罪ノ捜査ナルカ
故ニ豫審判事ハ檢事ノ意見如何ニ拘ハラス進ンテ證據ヲ蒐集スル職責アリ且
現行犯又ハ附帶犯ニ付キテハ檢事ノ起訴ナキモ證據ヲ蒐集スルヲ得ル職責ア

目的ト手續ト
ノ兩方面ヨリ
觀タル豫審ノ
性質

リ豫審ノ形式ハ訴訟審理ノ第一段階ナルヲ以テ豫審請求アレハ訴訟物ノ權利
拘束ヲ生スルモノナリ又豫審ハ訴訟手續ナルヲ以テ其好結果ヲ得タルト否ラ
サルトヲ問ハス形式上ノ裁判ヲ以テ其終結ヲ明確ニ爲スヘク終結シタル後ハ
刑事訴訟法第七十五條ニ規定セル場合或ハ公訴不受理若クハ管轄違ノ場合
ノ外ハ同一事件ニ付キ豫審ヲ開始スルコトナシ以上ノ二點ハ亦以テ檢事ノ爲
ス捜査ト豫審トノ差異トシテ之ヲ指摘スルヲ得ルモノナリ捜査タル性質ノ方
面ヨリスレハ豫審ハ檢事ヲ補助スルノ行爲ナリト謂フヘク審理タル性質ノ方
面ヨリ觀察スレハ豫審ハ公訴ノ當否ヲ裁判スルノ手續ナリト謂ハサルヘカラ
ス豫審ハ公訴ノ當否ヲ裁判スル審理手續ナリト雖モ同シク公訴ノ當否ヲ裁判
スル公判トハ前者ハ犯罪ノ嫌疑十分ナリトスルノ程度ニ於テ審理ヲ止メ後者
ハ眞ニ犯罪アルコトヲ確定スル程度ニ達シテ審理ヲ終結スルノ點ニ於テ其性
質ヲ異ニス其手續施行ノ方法ニ於テモ豫審ハ密行ナルニ公判ハ公行シ公判ニ
ハ口頭辯論主義ノ適用セラルルニ豫審ニハ此主義ノ適用ナキノ點ニ於テ兩者
ノ差異ヲ認ムヘシ豫審ニ口頭辯論主義ノ適用ナシト謂フハ豫審ヲ以テ全然書

面審理ナリト謂フニ非ス被告人證人ノ訊問ハ口頭ヲ以テ爲シ檢證ハ書面ノ媒介ヲ經ス直接實驗ヲ以テ之ヲ爲スモノナリ公判手續ハ公判始末書ヲ以テ之ヲ明確ナラシムルコト(刑訴法第九二條、第九五條、第九六條、第一〇三條、第一〇九條)トハ兩者ノ通同ノ點ト謂フヘシ豫審ニ口頭辯護主義ノ適用ナキヨリシテ生スル結果ハ被告人ハ豫審ニ於テハ公判ニ於テ有スル訴訟上ノ權利ヲ有セサルコト之ナリ例ヘハ辯護人ヲ用ユル能ハス管轄違又ハ公訴不受理ノ申立ヲ爲ス能ハス豫審手續ニ關シテ異議ノ申立ヲ爲ス能ハス證人鑑定人ニ對シ僞證訴退ノ請求ヲ爲ス能ハス記録ノ朗讀ヲ求メ或ハ證據物件ノ展示ヲ求メ之ニ對シテ辯解スル能ハス其他辯論行爲ヲ爲ス能ハサルカ如シ(同法第一七九條、第一八六條、第一八九條、第一九〇條、第一九三條、第一九四條、第一九六條、第一九九條、第二〇二條、第二〇三條、第二〇四條、第二〇五條、第二〇六條、第二〇七條、第二〇八條、第二〇九條、第二一〇條、第二一一條、第二一二條、第二一三條、第二一四條、第二一五條、第二一六條、第二一七條、第二一八條、第二一九條、第二二〇條、第二二一條、第二二二條、第二二三條、第二二四條、第二二五條、第二二六條、第二二七條、第二二八條、第二二九條、第二三〇條、第二三一條、第二三二條、第二三三條、第二三四條、第二三五條、第二三六條、第二三七條、第二三八條、第二三九條、第二四〇條、第二四一條、第二四二條、第二四三條、第二四四條、第二四五條、第二四六條、第二四七條、第二四八條、第二四九條、第二五〇條、第二五一條、第二五二條、第二五三條、第二五四條、第二五五條、第二五六條、第二五七條、第二五八條、第二五九條、第二六〇條、第二六一條、第二六二條、第二六三條、第二六四條、第二六五條、第二六六條、第二六七條、第二六八條、第二六九條、第二七〇條、第二七一條、第二七二條、第二七三條、第二七四條、第二七五條、第二七六條、第二七七條、第二七八條、第二七九條、第二八〇條、第二八一條、第二八二條、第二八三條、第二八四條、第二八五條、第二八六條、第二八七條、第二八八條、第二八九條、第二九〇條、第二九一條、第二九二條、第二九三條、第二九四條、第二九五條、第二九六條、第二九七條、第二九八條、第二九九條、第三〇〇條)又口頭辯論主義ノ適用ナキ結果トシテ被告人ハ豫審ニ於テハ裁判ノ言渡ヲ受クルコトナク裁判ハ常ニ裁判書ノ送達ニ依リテ之ヲ受クルモノナリ被告人ハ刑事訴訟法改正前ニ於テハ重罪公判ニ附スル豫審終結決定ニ對シテ抗告ヲ爲スノ權利ヲ有シタリシカ刑法施行法第四十三條ニ依リ刑事訴訟法

豫審ニ適用セラルル主義

第七十二條ヲ改正セル結果被告人ハ絕對ニ豫審終結決定ニ對シテハ抗告權ヲ有セサルニ至レリ然レトモ是レ口頭辯論主義ニ非サル豫審ノ性質ヨリ生スル結果ニ非ス何者檢事ハ豫審終結決定ニ對シテ抗告權ヲ有スレハナリ

二八一 前數號ニ論述セル如ク現行訴訟法上口頭辯論主義辯論公開主義ハ豫審ニ其適用ナシ學者ハ豫審ハ書面審理主義ナリト謂ヘリ然レトモ書面ノミノ調査ニ依リテ豫審ヲ爲スモノニ非サル點ニ於テ觀察スレハ豫審ハ純然タル書面審理主義ニ非ス其他豫審ニハ左ノ諸主義以外ノモノハ適用ナシ

(一) 彈劾主義 豫審ハ訴訟手續ノ第一段階ナリ從ツテ原則トシテ彈劾主義ノ適用アリ(刑訴法第六七條)又從ツテ豫審請求ニ因リ原告被告裁判所ノ三個ノ訴訟主體ヲ認ムヘク各訴訟主體ハ種々ノ訴訟法上ノ權利ヲ有スル者ナリ不告不理ノ原則ハ訴訟ノ骨髓ニシテ被告人ヲ訴訟主體トシテ認ムル法制ノ下ニ於テハ此原則ノ適用アラサルモノナシ唯特別ナル理由ニ基キ例外ヲ設ケ起訴者ナクシテ訴ヲ受理スルコトアリトス我法律ノ下ニ於テ此例外ニ當ルモノハ現行犯及ヒ附帶犯之レナリ豫審ニ於ケル彈劾主義即チ訴訟主義ニ此例外アルヨリシテ

豫審ハ其實質ニ於テ糾問主義ノ分子ヲ包含スト稱スルヲ得ヘキモ豫審ニハ常ニ糾問主義ノ適用セラルルモノナリト論スルハ精確ニ非ス何者現行犯又ハ附帶犯ノ場合以外ニ於テハ實際的觀察ニ於テモ裁判所カ訴追的行爲ヲ行フモノナリト謂フヲ得サルノミナラス裁判所カ檢事ノ公訴ナクシテ現行犯又ハ附帶犯ニ付キ審理スル場合ニ於テモ他ノ場合ニ於ケルカ如ク被告人ニ訴訟主體タルノ權利ヲ許與スルモノナレハナリ唯訴追ナクシテ事案ヲ審判スルノ點ニ於テ現行犯又ハ附帶犯ニ付キテハ糾問審理ノ實質アリト謂フヘキノミ

(二) 職權訴追主義 豫審請求ヲ爲スコトヲ得ル者ハ法定ノ訴追機關ナリ即チ檢事又ハ檢事ノ代理タル判事ナリ(判事カ檢事ノ代理タルハ猶豫スヘカラサレ命スル者ナリ)區裁判檢事代理タル司法官試補又ハ郡市町村長ハ豫審請求ノ職權ナシ何者此等檢事代理ハ地方裁判所ノ管轄ニ屬スル事務ヲ取扱フ職權ナク而シテ區裁判所事件ハ豫審ヲ經ヘキモノニ非サレハナリ個人訴追主義ハ我刑事訴訟法ノ絕對ニ排斥セルモノナルカ故ニ豫審ニ適用ナキヤ勿論ナリ

(三) 職權進行主義 豫審ノ實質ハ捜査タルノ點ヨリ觀察スレハ此主義ノ豫

審ニ適用セラルヘキコト勿論ニシテ豫審ノ訴訟審理タル方面ヨリ觀察スルモ此主義ノ適用セラルヘキヤ亦明ナリ何者此主義ニ依ルニ非スンハ機宜迅速ニ公判準備ノ目的ヲ達スルコトヲ得サレハナリ

(四) 當事者不對等主義 刑事訴訟手續上此主義ノ適用セラルル場合最も多キハ豫審ナリト稱スルモ過言ニ非サルヘシ被告人ハ證人カ如何ナル證言ヲ爲シタルヤ鑑定ノ結果ハ如何ナリシヤ共犯トシテ訴追セラレタル者カ如何ナル辯解ヲ爲スヤ家宅搜索ノ結果如何ナル物ヲ發見セルヤ等豫審ノ經過ニ關シテハ之ヲ知ルノ機會ナク其説明ヲ求ムルノ權利ナシ反之檢事ハ何時ニテモ自由ニ豫審ノ經過ヲ詳知スルノ自由ヲ有シ記錄ヲ閱覽シ檢證搜索ニ立會ヒ不十分ナル豫審ノ補充ヲ求メ被告人ヲ訊問スルヲ得ル等被告人ノ有セサル諸般ノ權利ヲ有スルモノナリ(佛國ノ實際ニ於テハ自由ニ豫審列事ノ訊問室ニ出入シ豫ケルヨリモ一層大ナル)是レ豫審ノ目的ハ犯罪ノ證據蒐集ニ在ルヨリシテ生セシ事物自然ノ結果ニ外ナラサルナリ

(五) 双方審理主義 豫審ニ於テハ原告タル檢事ノ提出シ若クハ舉示スル證

ヲ生スルニ至ラシムル要ナク犯罪ノ嫌疑十分ナリヤ否ヤヲ決スルニ至リテ止ムヘキモノナレトモ此程度ニ達スルニモ證據ノ作用ヲ要スルモノニシテ如何ナル證據ト雖モ豫審判事ヲ羈束スルコトナク其取捨ハ豫審判事ノ自由裁定ニ在リ我刑事訴訟法ハ被告人ノ自白官吏ノ檢證調書證據物件證人及ヒ鑑定人ノ供述其他諸般ノ徵憑ハ判事ノ判斷ニ任ストノ探證上ノ原則タル第九十條ノ規定ヲ豫審ノ章中ニ置キタルハ條文ノ位置其宜ヲ得サルノ非難ヲ免レサレトモ此條文ノ配置ハ自由心證主義ノ審ニ適用アルコトヲ明示セルノ點ニ於テハ便宜ナリト謂フヘシ

(七) 實體的眞實發見主義 豫審ハ絕對的ニ犯罪ノ確實ヲ證立スルコトヲ期スルモノニ非サレトモ犯罪ノ嫌疑十分ナリトノ斷定ヲ下スノ要アル點ニ於テ實體的眞實發見主義ノ適用アリ殊ニ犯罪事實ニ關シテ被告人ノ自白アルニ拘ハラス他ノ證據ニ依リテ被告人ヲ犯人ニ非スト斷定スルカ如キハ自由心證主義ノ結果ナレトモ亦實體的眞實發見主義ノ適用アル顯著ノ場合ナリト謂フヘシ而シテ蒐集シ得タル證據ノ薄弱ナル場合ニ於テモ被告人ヲ犯人ナリトスル

心證ヲ得シナラハ豫審判事ハ事件ヲ公判ニ附セサルヘカラス縱令公判ニ於テ證據不十分ノ理由ヲ以テ無罪ノ判決ヲ下スコトアリトスルモ豫審判事ノ責任問題ヲ惹起スコトナシ何者是レ自由心證主義ノ適用ニ外ナラサレハナリ況ンヤ實際ニ於テハ豫審ニ於テ頑強ニ抵抗セル被告人モ公判ノ審理ヲ受クルニ至リ脆クモ其罪ヲ自白スルコトハ稀ナル事例ニ非サルニ於テハ豫審判事タル者ハ公判ノ結果如何ヲ顧慮スルコトナク其心證ニ從ヒ事案ヲ判斷スヘキナリ

(八) 階級審判主義 刑事訴訟法第七十二條ノ改正セラレタル結果此主義ノ豫審ニ適用セラルル範圍縮少セリ舊法ノ下ニ於テハ免訴ノ豫審終結決定ニ對シテ檢事ヨリ抗告シ抗告裁判所ニ於テ事件ヲ重罪公判ニ付シタル場合ニ於テハ被告人ヨリ更ニ上級裁判所ニ抗告スルコトヲ得タリシモ現行法ニ於テハ被告人ニ抗告權ヲ認メサリシカ故ニ右ノ如ク第三級審ノ審判ヲ爲ス場合ヲ生セス無罪ノ豫審決定ニ對シ檢事ヨリ抗告シ抗告審ニ於テ管轄違ノ理由ヲ以テ裁判ヲ爲シタルトキモ檢事ハ再抗告ノ權利ナシ(刑訴法第九四條)故ニ此主義ハ免訴ノ豫審終結決定アリタル場合ニノミ適用アルモノトス

第三節 豫審ノ開始

二八二 豫審機關及ヒ共助機關……二八三 豫審ノ事物及ヒ其範圍……二八四 豫
 審開始ノ要件……二八五 現行犯ノ豫審ノ開始……二八六 公判ヨリノ送致ニ因
 レル豫審ノ開始……二八七 大審院ノ特別權限事件ノ豫審ノ開始

豫審機關及ヒ
 共助機關

二八二 豫審ハ豫審判事 (Juged Instruction, Untersuchungsrichter) ノ司ル所ニシテ豫
 審判事ハ司法大臣ノ特ニ命スルモノナリ(裁判所構成)但大審院ノ特別權限ニ屬
 スル事件ニ付キテハ大審院長之ヲ命スルモノニシテ(刑訴法第三一三條第三一
 四條)大審院長ハ大審院控訴院地方裁判所區裁判所ノ判事ヨリ之ヲ選
 定スルヲ得ヘク又司法大臣ノ命シタル豫審判事ヲ以テ特別事件ノ豫審ヲ司ラ
 シムルコトヲ得ルモノナリ豫審手續ハ公判手續ノ前提タルモノナレトモ其一
 部ヲ爲スモノニ非ス豫審判事ハ公判裁判所ニ對シテハ獨立ノ一機關ニシテ公
 判裁判所ノ受命判事ト同視スヘキモノニ非ス其代理機關ニ非サルヤ固ヨリ論
 ナシ又豫審判事ハ檢事ノ從屬機關ニ非サルカ故ニ其意思ニ從ヒ行動スルノ義

務ナシ檢事ノ豫審ニ關スル證據調ノ請求ヲ適當ト認メサル場合ニ於テハ之ヲ
 拒絶スルコトヲ得ルモノナリ(刑訴法第一六二條)豫審判事ハ檢事ヨリ請求アリタル判事ハ被告ノ豫
 居室ニ臨ミ搜索ヲ爲スヘシト規定セルヨリ解釋ニ派ニ分レ豫審判事ハ檢事ノ
 家宅搜索ノ請求ヲ拒ムヲ得ス一派ノ解釋論ニ對シテ現時ノ通説ハ豫審判
 事ニ右ノ如キ義務ナシ何者豫審判事モ亦一ノ判事ナリ證據上ノ(豫審判事ハ
 求ノ要否ヲ判定スルノ職權ナ有セサルヘカラサレハナリ證據上ノ)豫審判事ハ
 合議體ニ非スシテ單獨制ノ機關ナリ故ニ豫審終結決定ハ常ニ一人ノ豫審判事
 ノ爲スヘキモノナリ然レトモ一事件ニ關シ數名ノ豫審判事ノ干與ヲ禁スルコ
 トナシ數名ノ豫審判事カ一事件ノ豫審ニ當ル場合ニ於テハ其中一名ハ主タル
 判事ニシテ他ハ補助的豫審判事ナリ補助判事ハ主タル判事ノ意見ニ反シテ豫
 審行爲ヲ爲ス能ハス補助判事ノ職權ハ受命判事ノ職權ニ類似スレトモ法律上
 補助判事ト受命判事トハ混同スヘキニ非ス受命判事ハ公判裁判所ノ命スルモ
 ノニシテ補助判事ハ裁判所長ノ行政命令ヲ以テ命スルモノナレハナリ(現行刑
 法上一事件ニ付キ數名ノ豫審判事ノ干與ニ於ケル數名ノ豫審判事ノ干與ハ慣
 一ノ缺點ナリト謂フヘシ然レトモ一事件ニ於ケル數名ノ豫審判事ノ干與ハ慣
 例上認ム)豫審判事ハ受命判事ヲ命スルノ職權ナシ然レトモ各箇ノ豫審處分ニ
 付キ他ノ機關ニ對シ共助ヲ求ルコトヲ得豫審處分ニ付キ受託判事ト爲ル者ハ

〔明治二十九年五月八日第一刑部判決〕ナレトモ或論者ノ主張スル如ク此列
例ハ豫審判事ノ囑託ニ依レハ訊問ヲ審行ストモ或論者ノ主張スル如ク此列
ナルヘキモノニ非ス。ト謂フ。囑託ハ審行ノ性質ヲ有セサルヘカラス。ト
論定ヲ支持スルモノト謂フ。然レハ審行ノ性質ヲ有セサルヘカラス。ト
性質トスレハナリ。

二八三 豫審ハ犯罪ノ證據ヲ蒐集スルヲ以テ目的トスルモノナレトモ凡ユル
刑事事件ハ必ス豫審ヲ經サルヘカラサルモノニ非ス。此點ニ於テ刑事事件ヲ分
類スレハ三種ニ分ツヘシ。甲、常ニ豫審ヲ必要トスル事件。乙、檢事ノ意見
ニ因リ豫審ノ目的物ト爲スコトヲ得ル事件。丙、豫審ノ目的物ト爲ル能ハサ
ル事件是ナリ。

甲、強制豫審事件 強制豫審事件トハ法律カ豫審ヲ經ルコトヲ強要スルモ
ノニシテ縱令證據ノ明確ニシテ事實上豫審ヲ經ルノ必要ナキ場合ト雖モ必ス
ヤ豫審ヲ經サルヘカラサル事件ヲ謂フ左ノ如シ。

一、重罪事件 重罪事件トハ死刑無期又ハ短期一年以上ノ懲役若クハ禁錮
ニ當ル罪アリトシテ起訴スル事件ヲ謂フ（刑法施行法第九條參照）而シテ事件ノ性質ハ其内
容タル犯罪事實ト異リ起訴ノ形式ニ因リテ定マルヘキモノナルカ故ニ檢事カ

違警罪タルヘキ事實ヲ捉ラヘ重罪事件トシテ起訴シタル場合ニ於テモ豫審判
事ハ被告人ノ訊問其他ノ審理ヲ爲スニ先チ違警罪タルコトヲ知ル場合ト雖モ
豫審ヲ拒絕スル能ハサルナリ。

二、豫審判事カ檢事ヨリ先ニ地方裁判所ノ管轄ニ屬スル輕罪ノ現行犯アル
コトヲ知リ犯所ニ臨檢シ檢證調書ヲ作りタル場合（刑訴法第一四三條）此場合ニ
於テハ檢證調書ノ作成ニ因リ公訴ヲ受理シタルモノト爲ルカ故ニ又該公訴ハ
公判ニ於テ受理シタルモノニ非スシテ豫審判事ニ於テ受理シタルモノナルカ
故ニ證據ノ既ニ具備シ豫審處分ヲ事實上必要トセサル場合ト雖モ或ハ又檢事
ニ於テ事件ノ完結ヲ速カナラシムル爲メ直ニ公判ヲ求ムルコトヲ適當ナリト
スル場合ト雖モ必スヤ豫審ヲ經サルヘカラス何者檢證調書ノ作成ニ因リ法律
上當然豫審ニ於ケル公訴受理ノ效力ヲ生シ其儘之ヲ公判ニ移スヘキ手續存セ
サレハナリ。

三、公判ヨリ豫審判事ニ事件ヲ送致シタル場合 公判ヨリ事件ヲ豫審判事
ニ送致スル場合ハ更ニ下ノ如ク小別ス。ア、地方裁判所ノ第一審公判ニ於テ豫

審ヲ經スシテ輕罪トシテ受理セル事件ヲ重罪ナリトスルトキ之レ檢事ヨリ重罪ナリトノ申立アリタル場合ト檢事ヨリ右ノ申立ナキモ裁判所ニ於テ重罪ナリト認ムル場合トヲ包含スルモノニシテ以上ノ場合ニ於テハ裁判所ハ事件ヲ豫審判事ニ送付スル決定ヲ爲スモノトス(刑訴法第二四一條第一項第二四三條)其事件豫審ヲ經タルトキ及ヒ控訴院ニ於テ地方裁判所カ輕罪ナリト判決シタル事件ヲ重罪ナリトスルトキ又ハ重罪ナリトシテ主タル控訴若クハ附帶控訴アリタルトキハ受命判事ヲ命シ其事件ノ取調ヲ爲サシメ報告ヲ爲サシムヘキモノニシテ事件ヲ豫審判事ニ送致スルコトナシ(同法第二四一條第一項第二四三條)イ、公判ニ於ケル證人鑑定人ノ供述不實ニシテ禁錮以上ノ刑ニ該ルヘキモノト思料シタルトキ公判裁判所ニ於テ證人鑑定人カ偽證ヲ爲スモノト思料シタルトキハ檢事其他訴訟關係人ノ請求アル場合ハ勿論檢事ノ請求ナシト雖モ裁判所ノ職權ヲ以テ偽證者ヲ豫審判事ニ送致スヘキモノナリ(同法第一九一條第一項)然レトモ縱令檢事ノ請求アリト雖モ偽證ノ事實ナシト認ムルトキハ證人鑑定人ヲ豫審判事ニ送致スルコトナシ之レ刑事訴訟法第二百四十一條第一項第二百六十三條ノ場合ト異ル點ナ

リトス ウ、公判ニ於テ辯論上附帶犯罪ヲ發見シタルトキ 右ノ場合ハ公判裁判所カ豫審ヲ必要ナリト認ムルニ因リテ事件ヲ豫審判事ニ送致スルモノナルカ故ニ純然タル強制豫審ノ場合ニ屬セス然レトモ檢事ノ意見ヲ以テ豫審ニ附スヘキヤ否ヤヲ決スルモノニ非サルカ故ニ任意豫審ノ場合ニ屬セサルコト亦明カナリ故ニ之ヲ強制豫審ノ場合ト稱スヘキ歟(刑訴法第一八四條第二項)

四、大密院ノ特別權限ニ屬スル事件 所謂特別事件トハ刑法第七十三條第七十五條第七十七條乃至第七十九條ヲ適用スヘキ事件及ヒ皇族ノ犯罪ニシテ禁錮以上ノ刑ニ該ルヘキ事件ヲ謂フ(刑訴法第三一四條)第七十三條第七十五條第七十七條第一號第二號ヲ適用スヘキ事件第七十七條第三號第七十九條ニ依リ一年以上ノ禁錮ニ處スヘキ事件及ヒ皇族ノ犯罪ニシテ一年以上ノ禁錮ニ處スヘキ事件ハ所謂重罪事件ナルヲ以テ此點ヨリ觀ルモ豫審ヲ必要トスルモノナリ

五、他ノ豫審ヲ經ヘキ事件ト同時ニ同一ノ被告人ニ對シ訴アリタル事件 此場合ニハ本來區裁判所ノ管轄ニ屬スヘキ事件殊ニ拘留又ハ科料ニ該ル罪ニ

付キテモ亦豫審ヲ經サルヘカラス之レ刑事訴訟法第二十五條第二項ノ規定ニ照ラスモ疑ナキ所ナリ然レトモ此場合ヲ以テ純然タル強制豫審ノ場合ト爲スハ誤レリ何者檢事ハ豫審ヲ經ヘキ事件ヲ起訴セスシテ先ツ此事件ヲ起訴シ或ハ豫審ヲ經ヘキ事件ノ判決後其本來ノ管轄裁判所ニ起訴スルヲ得ヘク右ノ場合ニハ豫審ヲ經ヘキモノニ非サレハナリ故ニ此場合ハ準強制豫審ノ一種ト爲スヘキナリ

乙、任意豫審事件 前數項ニ論究セルモノ以外ノ輕罪事件ハ所謂任意豫審事件ニシテ豫審ヲ求ムルト否トハ一ニ檢事ノ專權ニ屬スルモノナリ(六)訴訟法第二(二)檢事ヨリ豫審ヲ求メタル事件ハ其實輕易ノモノニシテ何人ノ觀察ヲ以テスルモ豫審ヲ要セサルヘキモノナリトスルモ豫審判事ハ此理由ヲ以テ豫審ヲ拒絕スル能ハス事件ノ輕重難易ノ判斷權ハ豫審ヲ求ムル檢事ノミ之ヲ有スルモノナレハナリ

丙、豫審ヲ經ヘカラサル事件 輕罪事件ハ縱令證據明確ニシテ豫審ノ要ナキモノト雖モ檢事カ豫審ヲ必要トセハ豫審事物ト爲リ得ルニ反シ違警罪事件

ハ疑獄ニ屬スルモノト雖モ獨立シテ豫審事物ト爲ルヲ得ス之レ違警罪事件ハ區裁判所ノ管轄ニ屬スルモノニシテ區裁判所事件ハ輕易ナルモノト法律上看做サレタルニ由ルモノナリ從ツテ輕罪事件ト雖モ區裁判所ニ起訴スヘキ事件ニ付キテハ豫審ヲ求ムルヲ得ス

豫審判事ハ檢事ノ起訴セル事件ニ付キ豫審處分ヲ爲スヘキモノニシテ檢事ノ意見ニ拘泥スヘキモノニ非ス故ニ例ヘハ檢事ハ被告人カ一箇ノ物件ヲ竊取若クハ騙取シタリトシテ豫審ヲ求メタル場合ニ於テ豫審判事ハ起訴セル犯行ニ包含スル以上ハ檢事ノ指定セサル他ノ物件ニ關シテ豫審ヲ爲ササルヘカラヌ又或ル行爲ヲ檢事ハ竊盜罪ヲ構成スルモノトシテ豫審ヲ求メル場合ニ於テ豫審判事ハ之ヲ橫領罪ヲ構成スルモノト認ムルモ豫審ヲ爲スヘキモノニシテ起訴セラレタル事件ニ對スル豫審判事ノ職責ハ檢事ノ意見ノ爲メニ制限セラレヘキモノニ非サルナリ又起訴セラレタル事件ニ包含セサルモノト附帶犯ノ關係アル事件ニ付キテハ豫審處分ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ附帶犯ハ公判ニ於テモ起訴ナクシテ審判スルヲ得ルモノナレハ檢事ノ請求ナキモノニ對スル

豫審開始ノ要件

豫審ヲ禁スヘキ謂レナケレハナリ然レトモ豫審ヲ求メラレタル事件ト併合罪ノ關係アルニ止マル事件ニ對シテハ檢事ノ請求ナクシテ豫審處分ヲ爲スコトヲ得ス(附帶犯ノ何者ナルヤ)又縱令附帶犯ト雖モ既ニ他ノ管轄裁判所ニ於テ審理ニ着手シ若クハ有罪無罪ノ判決ヲ下シタルナラハ之ヲ以テ豫審ノ目的物ト爲スヲ得ス又甲被告人ノミニ對シテ豫審ノ請求アリタル場合ニハ縱令必要的共犯者ナリトスルモ檢事ノ起訴ナキ以上ハ乙ニ對シテ豫審ヲ開始スルヲ得ス

二八四 豫審判事カ職權ヲ以テ豫審ヲ開始スルハ例外ニ屬スルモノニシテ原則トシテハ檢事ノ請求ニ因リ之ヲ開始スヘキモノトス從ツテ檢事ノ請求ナクシテ開始セル豫審手續ハ無効ナリ(刑訴法第六七條)右ノ外豫審ヲ開始スルニハ手續上數多ノ要件アリ即チ左ノ如シ

一 檢事ノ請求アルコト 豫審ハ檢事ノ搜查處分ニ非スシテ裁判所ノ行爲ナルカ故ニ公訴ノ提起ヲ以テ其着手ノ要件トス而シテ豫審判事ニ對スル豫審請求ハ即チ公訴ノ提起ナリ

二 檢事ノ請求ハ書面ヲ以テ之ヲ爲シ且此書面ハ刑事訴訟法第二十條第二十一條ノ規定ニ從ヒ作成スヘキコト 豫審請求ハ書面ヲ以テ之ヲ爲スヘシトノ明文ナシト雖モ口頭辯論以外ノ行爲ハ書面ヲ以テスルヲ原則トスルモノニシテ私訴ハ書面又ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得トアル刑法施行法第六十條ノ如キ規定ナキカ故ニ豫審請求ハ書面ヲ以テ爲ササルヘカラサルコト明瞭ナリ(豫審請求ハ書面ヲ以テ爲スヘキコトハ佛獨其他歐洲ノ立法例ノ採用スルモ留牙利刑訴法第五四條獨逸刑訴法第一七七條埃多利刑訴法第九〇條勃一留二二條等參照)豫審請求書ノ作成ニ付キテハ刑事訴訟法第二十條ニ從ヒ作成ノ年月日場所檢事ノ官職及ヒ署名捺印檢事局印等ヲ具備スヘク文字ノ挿入削除契印等ニ付キテハ同法第二十一條ニ從ハサルヘカラス例ヘハ檢事ノ署名ノ自署ナラサルカ如キ檢事ノ捺印アルモ應即チ檢事局印ノ押捺ヲ缺キタルカ如キ場合ニ於テハ豫審請求ハ無効ナリ又挿入削除ニ關スル捺印ヲ缺キタル場合ニ於テハ之カ爲メ豫審請求書トシテ理會スル能ハサルナラハ豫審請求ハ無効ナレトモ挿入削除ノ部分ニ關スル捺印ノ欠缺ノ爲メ豫審請求書中ニ不明ノ箇所ヲ生スルニ止マリ一定ノ犯罪ニ付キ豫審請求ヲ爲シタルコトヲ認ムヘキ

場合ニ於テハ豫審請求ノ效力ヲ有スルモノナリ之レ判例ノ屢々説示スル所ナリ而シテ作成ノ場所ニ付キテハ特ニ某所ニ於テ作成ストノ文詞ナキモ作成ノ場所ヲ知ルニ足ルヘキ文詞アレハ形式上違法ニ非ス例ヘハ某検事局検事某トノ記載アレハ作成ノ場所ノ検事局ナルコトヲ知ルヲ得ヘキカ如シ大審院判例ハ此點ニ付キ説明シテ曰ク作成者タル検事所屬ノ検事局ノ管轄區域内ナルコトヲ認ルヲ得ヘキ程度ニ於テ之ヲ記載スルヲ以テ足ル所論ノ豫審請求書ニハ何レモ大阪地方裁判所検事局ト記載シアリテ右ノ記載ハ同請求書ヲ作成シタル検事所屬ノ大阪地方裁判所検事局ノ管轄區域内ニ在ル同検事局内ニテ作成セラレタルコトヲ表示スルモノナルコト明了ナルヲ以テ豫審請求ノ手續ニ違法ナシト(明治四二年レ院第二〇三二號同四三) 檢事ノ署名捺印應印及ヒ挿入削除等ニ違法ナキモ契印ノ遺脱ノ爲メ豫審請求ノ效力ナキ場合アリ例ヘハ前葉ニ被告人ノ指定ト犯罪事實ノ記載アリ後葉ニ檢事局ノ表示檢事ノ署名捺印アルモ此兩葉ノ間ニ契印ヲ缺ク場合ノ如シ前葉ノ記載ノミニテハ何レノ檢事カ起訴セルヤヲ知ルニ由ナク又後葉ノ記載ノミニテハ如何ナル被告人ニ對シ如何

ナル犯罪事實ヲ起訴シタルヤヲ知ル能ハサレハナリ

三 豫審請求ニハ被告人ヲ指定シ且犯罪事實ヲ明示スヘキコト 被告人ヲ指定スルニハ必スシモ其氏名ヲ明示スルコトヲ要セス人相特徴等ヲ掲ケ他人ト區別スルヲ得ル程度ニ於テ被告人ヲ指定セハ豫審請求ハ適法ナリ又犯罪事實ハ必スシモ豫審請求書ニ記載スルヲ要セス之ニ添加スル證據書類中ニ犯罪事實ノ記載アルナラハ縱令請求書ト證書類トノ間ニ契印ナキモ豫審請求ハ適法ナリトス而シテ豫審請求書ニ氏名ノ記載ナキ場合ハ勿論氏名ノ記載アル場合ト雖モ何人ノ起訴セラレタルヤヲ判斷スルハ裁判所ノ職責ニ屬シ檢事ノ意見ニ從フヘキモノニ非ス而シテ此判斷ハ一件記録ノ調査其他必要ナル審理ヲ爲シタル後下スヘキモノナリ此判斷ハ實體上ノ事實ニ關スルモノニ非スシテ形式上ノ事實ニ關スルモノナルヲ以テ上告裁判所モ亦此判斷ヲ爲スノ職權ヲ有ス

明治四三年レ第二四三〇號同年一月三日大審院第一刑部ノ判決ニ曰ク豫審請求書ニ被告人トシテ記載セル小平太事白須信次ハ何人ヲ指スヤハ職權ヲ以テ調査スヘキ事項ニ屬シ豫審判事及ヒ公判裁判所ハ其一件記録ノ調査ニ依リテ得タル心證ニ基キテ之ヲ判斷ナ爲スノ職責アリテ豫

豫審判事カ公訴ナクシテ現行犯ノ豫審ヲ開始スルニハ要件アリ左ノ如シ

一 檢事ヨリ先ニ豫審判事カ現行犯アルコトヲ知リタルコト 檢事カ豫審判事ヨリ先ニ之ヲ知リタルモ事情アリテ豫審ノ請求ヲ爲ササルニモ拘ラス豫審判事カ進ンテ豫審處分ヲ開始スルハ檢事ノ職權ニ立入ルモノナレハ右ノ如キハ許スヘキモノニ非ス故ニ檢事カ先ニ現行犯アルコトヲ知リ捜査ニ着手シタルモ豫審ノ請求ヲ爲ササル場合ニ豫審判事カ進ンテ豫審ニ着手セハ其豫審行爲ハ無効ナリ

二 其事件急速ヲ要スルコト 急速ニ豫審處分ヲ開始スルノ必要アルヤ否ヤハ豫審判事ノ職權上認定シ得ヘキ事項ナリ故ニ檢事ノ意見ニ於テハ急速ノ要ナシトスルモ豫審判事ノ認定ノ效力ヲ否定スルノ力ナシ刑事訴訟法第四百十二條第一項後段ニハ檢事ノ請求ヲ待タス直ニ其旨ヲ通知シ豫審ニ取掛ルコトヲ得トアリ法文上ノ解釋トシテハ檢事ニ對スル通知ハ一ノ要件ヲ爲スモノノ如シ然レトモ此點ニ付キ多數ノ學說ハ通知ハ只訴追ノ主體タル檢事ニ變則ノ處分ニ依リテ公訴ノ提起セラルヘキコトヲ豫知セシムル方法タルニ過キス

ト説明セリ故ニ此通知ナキモ豫審處分ハ無効ト爲ルコトナシ

三 目的ト爲ル事物ハ重罪事件又ハ地方裁判所ノ管轄ニ屬スル輕罪事件ナルコト 故ニ豫審判事カ區裁判所ノ管轄ニ屬スル事件ナルコトヲ了知スルニ拘ハラズ檢事ノ請求ナクシテ豫審處分ヲ開始セハ其處分ハ無効ナリト雖モ豫審判事カ重罪事件又ハ地方裁判所ノ管轄ニ屬スル輕罪事件ナリト思料シ檢事ノ請求ナクシテ豫審處分ヲ爲シタル後區裁判所ノ管轄ニ屬スルコト明瞭ト爲リタル場合ニハ事件ヲ區裁判所ニ移ス言渡ヲ爲スヘク(刑訴法第百六十六條)右ノ場合ニ於テハ豫審處分ハ無効ト爲ルコトナシ又管轄違ナリシトキハ其言渡ヲ爲スヘキモノナリ

四 犯所ニ臨檢スルコト 之レ通説トスル所ナレトモ余輩ハ消極説ヲ正當トスル者ニシテ之レ既ニ第一章第三款ニ於テ論究セル所ナリ而シテ臨檢ヲ要件トスル説ニ於テモ臨檢ヲ爲シタル後ニ非サレハ他ノ處分ヲ爲ス能ハスト主張スルモノニ非ス先ツ他ノ處分ヲ爲スコトヲ必要トセハ之ヲ爲シタル後臨檢處分ヲ爲スコトヲ得ルモノトセリ而シテ犯所臨檢ノ特別ナル效力ハ其檢證調

書ノ作成ヲ以テ公訴ヲ受理シタルモノトスルコト之レナリ(刑訴法第一四)臨檢要件説ノ基本理由ハ此點ニ存スルモノニシテ若シ臨檢ヲ要件ニ非ストセン歟起訴ナキ豫審處分ヲ認メサルヘカラスシテ結果ヲ見ル能ハサル手續ヲ生スルシト謂テニ在リ(然レトモ豫審判事ハ臨檢ヲ要セサルモノト認メタル場合ニハテ起訴ノ結果ヲ見ル能ハサルヲ得ヘキコトナシ)

公判ヨリノ送致ニ因レル豫審ノ開始

二八六 豫審判事ハ公判ヨリ事件ノ送致ヲ受クレハ檢事ノ請求ナキモ豫審ヲ開始スヘキモノニシテ檢事ヨリ明示ノ起訴アリタル場合ナルト公判ノ行爲カ起訴ノ效力ヲ生スル場合ナルトニ因リテ差異アルコトナシ而シテ公判裁判所ハ左ノ場合ニ於テハ事件ヲ豫審判事ニ送致スヘキモノトス

一 附帶ノ犯罪ニ付キ豫審ヲ必要ト認ムルトキ 刑事訴訟法第八十四條第二項ハ附帶ノ犯罪ニ付キ豫審ヲ必要ナリトスルトキハ本案ノ辯論ヲ停止スルコトヲ得ト規定スルノミナレハ右ノ場合ニ於テハ檢事ヨリ豫審ヲ求ムヘキモノニシテ裁判所ヨリ送致スヘキモノニ非ストノ解釋ヲ下シ得ルモノノ如クナレトモ右ノ如ク解スルトキハ檢事ニ於テ豫審ヲ求ムル必要ナシトノ意見ヲ

有スルトキハ豫審ヲ求ムルコト勿ルヘク去レハトテ裁判所ハ豫審ヲ必要ナリト認メタル以上ハ豫審ヲ經スンハ裁判ヲ爲スコトナカルヘク本案ノ辯論ヲ停止シタル儘ニテ空シク時日ヲ經過スルノ不都合ヲ生スヘケレハ公判ニ於テ豫審ヲ必要ナリト認メタル附帶犯ハ裁判所ヨリ豫審判事ニ送致セシムル法意ナリト解釋スルヲ穩當トス公判ニ於テ附帶犯ヲ發見スルモ該事件カ既ニ豫審ニ繫屬中ナラハ更ニ之ヲ豫審判事ニ送致スヘキモノニ非ス右ノ場合ニ於テ誤ツテ豫審ニ送致セハ豫審判事ハ之ニ對シテ不受理ノ決定ヲ與ヘサルヘカラス檢事ヨリ附帶犯トシテ追訴シタル場合ニ於テモ豫審ヲ必要トセハ裁判所ハ之ヲ豫審判事ニ送致スルヲ得ルモノナリ

二 公判ニ於テ證人鑑定人カ偽證ヲ爲シタルトキ 公判ニ召喚セラレタル證人ノ證言又ハ鑑定人ノ鑑定虛偽ニシテ故意ニ出テタルトキハ檢事其他訴訟關係人ノ請求ニ因リ又ハ職權ヲ以テ之ヲ取押ヘ勾引狀ヲ發シ豫審判事ニ送致スヘキモノトス(刑訴法第一九)以上ノ場合ニ於テ檢事其他訴訟關係人ノ請求アルモ裁判所ニ於テ偽證ナリト思料セルトキハ右ノ手續ヲ爲スノ要ナシ又檢事

ヨリ右請求ヲ爲スモ裁判所カ之ニ應セザリシトキハ檢事ハ別ニ公訴ヲ提起シ又ハ豫審請求ヲ爲スヲ得ヘシ又檢事カ公判裁判所ニ右請求ヲ爲サスシテ別ニ虚偽ノ證言又ハ虚偽ノ鑑定ノ公訴ヲ提起シタルトキハ公判裁判所ハ豫審判事ニ送致スルヲ得サレトモ檢事カ豫審ヲ必要トセサル旨ノ意見ニ反シテ之ヲ豫審判事ニ送致スルハ適法ナリ證人鑑定人カ虚偽ノ證言又ハ鑑定ヲ爲シタル後直チニ其罪ヲ自白スルモ之ヲ豫審判事ニ送致スルノ妨ト爲ラス何者自白ノ爲メ當然刑ヲ免除スルモノニ非スシテ管轄裁判所ノ判定ヲ以テ刑ノ免除若クハ輕減ヲ爲スモノナレハナリ(刑法第一七〇條參照現行刑事訴訟法ニ虚偽ノ通譯ハ送致スルノ手續ナキハ缺點ナリト謂フヘシ)

三 公判裁判所カ豫審ヲ經スシテ輕罪トシテ受理シタル事件ヲ重罪ナリトスルトキ又ハ檢事ヨリ請求アルトキ檢事ハ他マテ輕罪ナリト主張スルモ苟モ裁判所ニ於テ重罪ナリト認ムルナラハ事件ヲ豫審判事ニ送付スヘキモノニシテ檢事ノ意見ニ從フヘキモノニ非ス反之裁判所ニ於テハ輕罪ナリト認ムルモ檢事ヨリ重罪ナリトシテ豫審判事ニ送付スヘキコトヲ請求スルナラハ裁判

所之ヲ拒絕スル能ハサルモノナリ若シ之ヲ拒絕セハ訴訟手續上ノ瑕瑾ヲ爲スモノナレハ之ヲ理由トシテ終局判決ニ對シ上訴ヲ爲スヲ得ヘシ(刑訴法第二四一條第一項)刑事訴訟法第七十五條ノ場合ニ於テ再起訴ヲ許可スル決定アルモ直ニ豫審ヲ開始スヘキモノニ非ス檢事ハ更ニ豫審ヲ求メサルヘカラス

明治四〇年四月四日號同年五月二日大審院第一七五條ニ依リ判決ニ曰ク再起訴ノ許可アリタルト雖モ右刑事訴訟法第一七五條ニ依リ判決ニ曰ク檢事ニ起訴ナシタルニ過キニ裁許ハ右決定アリタルノ一起訴ヲ以テ直チキニ非サルハ勿論ナルカ故ニ裁許所ハ右決定アリタルノ一起訴ヲ以テ直チニ前記免訴ノ部分ニ對シ審理ヲ開始スヘキモノニ非ス

又刑事訴訟法第七十二條ニ依リ抗告裁判所ニ於テ抗告ヲ理由アリトスルトキハ自ラ其事件ヲ公判裁判所ニ移付スヘキモノニシテ豫審判事ニ送致スルモノニ非ス

二八七 刑法第七十三條、第七十五條、第七十七條乃至第七十九條ニ該リ或ハ禁錮以上ノ刑ニ當ル皇族ノ犯罪即チ大審院ノ特別權限ニ屬スル事件ハ大審院長ニ對スル檢事總長ノ豫審判事ヲ命スヘキコトノ請求ニ因リテ開始スルモノナレトモ大審院長ノ命令前ニハ當該豫審判事存セサルヲ以テ檢事總長ノ請求ト

大審院ノ特別權限事件ノ豫審ノ開始

豫審判事ヲ定ムル大審院長ノ命令トノ二者相俟ツテ此特別事件ノ豫審ヲ開始スルモノトス此場合ハ公訴ナクシテ豫審ヲ開始スルモノニ非サルコトハ既ニ論シタルカ如シ唯此場合ニ於ケル公訴ノ形式ハ通常ノ場合ノ如ク豫審判事ニ對スル豫審請求ニ非スシテ大審院長ニ對スル豫審判事ヲ命センコトヲ求ムル請求ヲ以テ成ルモノニシテ書面ヲ要スルコトハ通例ノ場合ト異ラス而シテ其書面ノ作成ニ付キテハ刑事訴訟法第二十條第二十一條ノ規定ニ從ハサルヘカラス若シ此特別事件ニ付キテ地方裁判所ノ豫審判事ニ對シ豫審ヲ請求セハ管轄違ナルコト勿論ナレトモ管轄違ナルヤ否ヤノ判斷ヲ爲ス前ニ豫審請求ノ形式ノ適法ナルヤ否ヤノ點ヲ決スルヲ先決問題ト爲スカ故ニ先ツ此點ニ付キ審査シ豫審判事ヲ命センコトノ大審院長ニ對スル請求ヲ以テセスシテ通常ノ豫審判事ニ對シ豫審請求ヲ爲シタルハ不適法ナリトノ理由ヲ以テ公訴不受理ノ決定ヲ爲スヘキモノナリ故ニ實質上ノ審査ヲ爲サハ通常ノ犯罪ヲ構成スルコトヲ發見スヘキ事件ト雖モ特別事件トシテ豫審判事ニ對シ豫審請求ヲ爲シタルナラハ豫審判事ハ公訴不受理ノ裁判ヲ爲スヘキモノニシテ審理ノ實質ニ立入

ルコトヲ得サルモノナリ或ハ曰ハン事件ノ性質ハ檢事ノ附シタル罪名ニ由リテ定マルヘキモノニ非ス其内容タル犯罪事實ニ因リテ定マルヘキモノナレハ縱令檢事カ特別事件ノ罪名ヲ附スルモ其内容タル事實カ大審院ノ特別權限ニ屬セサル犯罪ヲ構成スルモノナラハ豫審判事ノ管轄ニ屬スルモノナルヲ以テ須ラク内容ノ調査ヲ爲スヘキモノニシテ公訴不受理ノ裁判ヲ爲スヘキモノニ非スト然レトモ此說ハ豫審開始ノ要件ト豫審ノ目的タルヘキ事件ノ内容トヲ混同セルモノニシテ其立論ノ基點ニ於テ誤謬アリ豫審ノ請求ヲ受ケタルノミノ程度ニ於テハ未タ事件ノ真正ノ内容ヲ知ルコト能ハサルモノナレハ一ニ豫審請求ノ形式ニ因リ豫審開始ノ要件存スルヤ否ヤヲ定ムヘキモノニシテ豫審請求ハ不適式ナレトモ事實ノ内容ヲ審査セハ或ハ適式ノモノト爲ルコトモアルヘシトノ不確實ナル豫想ヲ以テ豫審ニ着手スヘキモノニ非サルナリ(但特別認シテ豫審判事ニ豫審請求ヲ爲スルモ其請求書ニ於ケル特別事件ノ記載ハ誤記ナリトスニ於テハ公訴不受理ノ裁判ヲ爲サスシテ豫審ヲ進行スルモノト認ムルモナル場合)

第四節 令狀及ヒ呼出狀

- 二八八、令狀ノ意義及ヒ種類……二八九令狀ノ形式……二九〇、召喚狀……二九
- 一、召喚狀ノ效力……二九二、勾引狀……二九三、勾引狀ノ效力及ヒ執行……二九
- 四、勾留狀……二九五、勾留狀ノ效力……二九六、同一ノ被告人ニ對シ併合罪ノ規
- 定ヲ適用スヘキ場合ニ甲事件ニ付キ發シタル勾留狀ノ效力ハ乙事件ニ及フヤ
- ……二九七、逮捕狀……二九八、呼出狀

令狀ノ意義及ヒ種類

二八八 令狀トハ豫審判事(受命判事、受託判事カ豫審處分)及ヒ現行犯ノ場合ニ於テ檢事、司法警察官ノ發スルモノニシテ嫌疑ヲ受ケタル者ノ出廷ヲ促カシ又ハ其逮捕、監禁ヲ命スル書面ヲ謂フ令狀ニ三種アリ、召喚狀、勾引狀及ヒ勾留狀之ナリ、公判裁判所ノ發スル呼出狀ト豫審判事ノ發スル召喚狀トハ性質ヲ同クシ名稱形式ヲ異ニスルモノナリ、又豫審判事ノ囑託ヲ受ケタル檢事長又ハ其命令ヲ受ケタル檢事ノ發スル逮捕狀(刑訴法第八〇條)體刑ノ言渡ヲ受ケ其執行ヲ通レタル者ニ對シテ檢事ノ發スル逮捕狀(同法第三條)關席判決ヲ受ケタル者ニ對シ檢事ノ發スル逮捕狀(同條)モ亦廣義ニ於ケル令狀ノ一種ナリ、何者是等ノ逮捕狀ハ勾留狀

ト同一ノ效力ヲ有スルモノナレハナリ、然レトモ通例令狀ト稱スルトキハ召喚狀、勾引狀、勾留狀ノ三者ヲ指スノミ、豫審判事、受命判事、受託判事及ヒ現行犯ノ場合ニ於ケル檢事以外ノ者ハ三種ノ令狀ヲ發スルコトヲ得ス、但刑事訴訟法第四百七十七條ニハ勾留狀ヲ發スルコトヲ得スト明記セルニ拘ハラズ、勾引狀ヲ發スル能ハサル旨ノ明記ナク而シテ他ノ一面ニ於テハ檢事ニ許シタル現行犯豫審處分ハ司法警察官モ亦假ニ之ヲ行フコトヲ得ル旨ヲ規定スルニ照ラセハ司法警察官ハ召喚狀及ヒ勾引狀ヲ發スルコトヲ得ルモノト謂ハサルヘカラス、但實際上多クノ場合ニ於テハ司法警察官ハ現行犯人ヲ逮捕スルカ故ニ召喚狀、勾引狀ヲ發スルコトハ極メテ稀ナルモノトス、違警罪事件ハ現行犯ニ付キテモ特別ノ處分ヲ爲スコトナク又獨立シテ豫審ヲ經ルコトナキヲ以テ之ニ付キテハ普通ノ令狀ヲ發スルコトナシ

舊治罪法ニハ收監狀ノ規定アリ、勾留狀ナリ執行セル時ヨリ十日ヲ過キ猶勾留ノ必要アル場合ニ發スル勾留狀ノ一種ナリ、收監狀ハ既ニ取掛リタル豫審ノ手續ヲ檢事ニ通知シ其意見ヲ聞キタル後ニ非サレハ之ヲ發スルコトヲ得サルモノニシテ且特別ノ形式ヲ具備セサルヘカラス、同法第一二七條乃至第一二九條收監狀ニ關スル規定ハ被告人ノ自由ヲ尊重スル爲メ設ケタルモノニシテ實際上勾留ノ濫用ヲ防クニ付キ多少ノ實效アリタレ

本論 第三編 起訴ノ準備及ヒ起訴 第三章 豫審 第四節 令狀及ヒ呼出狀 一三九八
トモ十日間毎ニ之ヲ更メサルヘカテ現行法ハ之ヲ廢止セリ之カ爲メ一箇ノ多ク
煩累ニ堪ユヘカラサルヨリシテ
留便ト爲リシト雖被被告人ノ自由ノ擔保ハ甚シク弱メラルニ至リト謂フヘシタ

二八九 總テ令狀ニハ左ノ諸件ヲ具備セサルヘカラス(刑訴法第七六條)

一、 被告事件ノ表示 之レ被告人ヲシテ如何ナル事件ニ付キ強制出頭又ハ自由拘束ノ命ヲ受クルヤヲ知ラシメムカ爲メナリ

二、 被告人ノ氏名、職業、住所 被告人ノ氏名分明ナラサルトキハ之ヲ他人ト判別スルヲ得ヘキ特徴即チ容貌體格等ヲ記載スヘキモノトス令狀ハ被告人ニ對シテ送達スヘキモノナレハ被告人ヲ明示セスンハ執行機關ハ執行ヲ爲スニ由ナシ詳言スレハ執行ヲ受クヘキ人ヲ明示スルハ人違ノ患ヲ防キ且本人ニ對シテ確的ニ執行ヲ爲サンカ爲メナリ

三、 之ヲ發スル年、月、日、時 年、月、日ヲ記載スルハ時效ノ起算上必要ナルモノナレトモ時ヲ記載スルハ如何ナル必要ニ出ツルヤ公判ノ呼出狀ニハ時ヲ記載スヘキ規定ナキニ徴スレハ少クトモ召喚狀ニ付キテハ之ヲ發スル時ヲ記載スルハ無益ノモノト謂ハサルヘカラス或ハ曰ク令狀ニ之ヲ發スル時ヲ記載スル

ハ大ニ送達者若クハ執行吏員ノ懈怠ヲ戒ムル利益アルカ爲メナリト強ヒテ立法上ノ理由ヲ附セントセハ右ノ如ク説明スルノ外ナカルヘシ

四、 判事及ヒ裁判所書記ノ署名、捺印 之レ令狀ニ公正ノ性質ヲ有セシメムカ爲メナリ

五、 以上ノ外刑事訴訟法第二十條第二十一條ノ規定ニ從ツテ作成スヘキコト

但第二十條ノ規定中以上ノ諸件ト重複スル點ニ付キテハ刑事訴訟法第七十六條ニ從フヘキモノトス

二九〇 召喚狀ハ令狀ノ一種ニシテ事件ヲ受理シタル場合ニ於テ先ツ豫審判事受託判事ノ發スルモノナリ召喚狀ニハ刑事訴訟法第七十六條ノ形式ノ外出頭ノ日時及ヒ一定ノ場所ニ出頭スヘキ旨ノ命令ヲ掲ク而シテ其送達ト被告人出頭トノ間ニハ少クトモ二十四時ノ時間ヲ遵守セサルヘカラス若此猶豫ヲ存セスシテ召喚狀ヲ執行セン、歟其手續ハ無效ナリ(刑訴法第六九條) 召喚狀ノ執行機關ハ執達吏ニシテ執達吏ハ之ヲ召喚ヲ受クヘキ人ニ送達ス(軍人ニ對スル召喚狀ノ執行ニ付キテハ第一

八一條ニ送達ニ付キテハ民事訴訟法ノ規定ニ從フ(刑訴法第七六條第三項第一) 通例ノ場合ニ於テハ召喚狀ハ豫審判事ノ發スルモノナレトモ被告人其管轄地 外ニ住スルトキハ便宜ノ爲メ其訊問ヲ被告人所在地ノ豫審判事又ハ區裁判所 判事ニ囑託スルコトヲ得ルモノニシテ右ノ場合ニ於テハ受託判事ノ發スルモ ノナリ召喚狀ハ他ノ令狀發布ノ前提タルモノナレトモ刑事訴訟法第七十二條 ノ場合ニ於テハ召喚狀ヲ發セスシテ勾引狀ヲ發スルコトヲ得召喚狀ヲ發シタ ルモ其效ナクシテ召喚ノ日時ニ被告人出頭セサルトキハ勾引狀ヲ發スルコト ヲ得(刑訴法第七一條)然レトモ右ノ場合ニ於テ被告人カ召喚狀ニ應セザリシハ正當ノ 理由アリト推セラルル場合(例ヘハ病氣ノ爲メ出頭スル能ハサ)ニ於テハ勾引狀 ヲ發セスシテ他ノ期日ニ出頭スヘキ召喚狀ヲ發スルコトヲ得

召喚狀ニ因リ出頭シタル被告人ハ即時ニ之ヲ訊問スヘク又遅クトモ出頭ノ 日ヲ過クル能ハス(刑訴法第六條)被告人カ召喚狀ヲ受ケサルニ任意ニ出頭シタル トキハ裁判所ハ之ヲ訊問スルヲ得ヘシ任意ニ出頭セル者ヲ被告人トシテ取扱 フニ於テ何等ノ不都合ヲ見サレハナリ(改正案ニハ此點ニ付キ明)

召喚ハ被告人ノ出頭ヲ求ムル命令ニシテ此點ニ於テハ公判ノ呼出ト性質ヲ同 クスレドモ效力及ヒ結果ニ於テハ二者ノ間ニ重要ナル差異アリ下ニ述フル如 シ

一、 召喚ヲ受ケタル被告人カ出頭セザリシトキハ豫審判事ハ更ニ召喚狀ヲ 發スルカ或ハ直チニ勾引狀ヲ發スヘキモノナレトモ呼出ヲ受ケタル被告人カ 出頭セザリシトキハ公判裁判所ハ直チニ闕席判決ヲ爲スコトヲ得但闕席判決 ヲ爲スニハ被告人自ラ公判ノ呼出狀又ハ豫審終結決定ノ送達ヲ受ケタルコト ヲ要ス(刑訴法第一項二)

二、 召喚ヲ受クヘキ被告人カ豫審判事ノ管轄地内ニ住セサルトキハ其住所 地ノ豫審判事又ハ區裁判所判事ニ訊問ノ囑託ヲ爲スヲ得レトモ公判ニ於テハ 被告人ノ訊問ヲ囑託スル能ハス管轄權ヲ有セサル裁判所ヲシテ公判的審理ヲ 爲サシムルコトハ許スヘカラサレハナリ

三、 豫審ヨリ召喚ヲ受ケタル被告人カ疾病其他正當ノ事由アリテ出頭スル コト能ハサル旨ヲ説明シタルトキハ豫審判事又ハ受託判事ハ被告人ノ所在ニ

就キ之ヲ訊問スルコトヲ得レトモ公判ニ於テハ右ノ如キ手續ナシ(四) 刑訴法第一八七條三

四、 召喚狀ト呼出狀トハ其形式ニ於テ差異アリ例ヘハ呼出狀ニハ被告事件罰金以下ノ刑ニ該ルモノナルトキハ代人ヲ出頭セシムルヲ得ヘキコトヲ記載スヘキモノナルモ召喚狀ニハ右ノ如キ記載ヲ爲スノ要ナキカ如シ又召喚狀ニハ判事書記ノ署名捺印ヲ要スレトモ呼出狀ニハ書記ノ署名捺印ヲ要スルノミナルカ如シ(六) 刑訴法第六九條第七條參照

五、 送達ト被告人出頭トノ間ニ存スヘキ猶豫時間ノ最短期ヲ異ニス即チ召喚狀ハ二十四時ニシテ呼出狀ハ二日ナリ(刑訴法第三九條第二一五條)

六、 執達機關ニ差異アリ召喚狀ハ常ニ執達吏ヲシテ送達セシムルモノナレトモ呼出狀ハ執達吏ノ外郵便配達人ヲシテ送達セシムルコトヲ得(同法第三項第六條一九)

七、 呼出狀ニ被告事件ノ記載ナキトキハ被告人ハ更ニ二日ノ猶豫ヲ求ムルノ權利アレトモ召喚狀ニ付キテハ被告人ニ右ノ如キ權利ナシ

召喚狀ノ效力

二九一 召喚狀ハ勾引狀、勾留狀ノ如ク被告人ヲ強制スルノ效力ナク單ニ被告人ノ出頭ヲ促カスニ止マルモノナリ被告人ハ適法ナル召喚狀ノ送達ヲ受クルニ因リテ一定ノ日時ニ裁判所又ハ其指定スル他ノ場所ニ出頭スル義務ヲ負擔スルモノナリ而シテ此義務ニ違背スルモ證人、鑑定人ノ如ク罰金ノ制裁ヲ受クルヲナシ唯勾引セラルルコトアルノミ又出頭ノ義務ハ出頭スヘキ日ヲ經過スレハ消滅スルヲ以テ裁判所ハ出頭シタル被告人ヲ其日ニ訊問スル能ハサリシトキハ更ニ之ヲ召喚セサルヘカラス實際ノ取扱上出頭シタル被告人ヲ訊問シタル場合ニ於テ或ハ訊問スル能ハサリシ場合ニ於テ訊問ノ必要上他日ニ出頭スヘキ旨ノ受書ヲ徴スルコトアレトモ之レ刑事訴訟法ノ認メサル手續ナレハ受書ヲ出シタル被告人カ受書ニ記載セル日ニ出頭セサリシトスルモ之ヲ理由トシテ勾引スル能ハス然レトモ正當ナル召喚狀ノ送達ヲ受ケ之ニ應セサリシナラハ被告人ニ對シテ勾引狀ヲ發スルコトヲ得ルモノナリ檢事、司法警察官ハ搜查處分ノ爲メ被告人ノ任意出頭ヲ求ムルヲ得レトモ被告人ヲ召喚スル職權ナシ故ニ若シ檢事、司法警察官カ召喚狀ヲ發シタルナラハ其召喚狀ハ無効ナリ

召喚狀ハ又下ノ場合ニ於テハ被告人ニ出頭ノ義務ヲ生セシムルコトナシ 一
 不適法ナルトキ 例ヘハ召喚狀ノ發布ト出頭ノ時間トノ間ニ二十四時ノ猶豫
 ヲ存セサルトキノ如シ又例ヘハ召喚狀ニ豫審判事及ヒ書記ノ署名捺印ヲ缺ケ
 ルトキノ如シ(刑訴法第六九條第七六條) 二 被告人疾病其他正當ノ事由アリテ出頭スル
 能ハサルトキ 但此事由ハ疏明スルコトヲ要ス疏明アリタル場合ニハ豫審判
 事受託判事ハ被告人ノ所在ニ就キ訊問ヲ爲スヘキナリ(刑訴法第七四條)被告人カ出頭
 ノ義務アル場合ニ於テ召喚ニ應セサリシトキハ勾引狀ヲ發スルコトヲ得ルモ
 ノナリ故ニ適法ナル召喚狀ハ直接ニ被告人ヲ強制スル效力ナシト雖モ被告人
 ノ理由ナキ不出頭ヲ條件トシテ被告人ニ對シ強制ヲ加フルノ原因ト爲ルモノ
 ナリ(同法第七一條)

勾引狀

二九二 勾引狀ハ被告人又ハ證人ヲ強制力ヲ加ヘテ當該機關ノ面前ニ引致セ
 シムル命令ナリ勾引狀ハ刑事訴訟法第七十六條ニ從ヒ之ヲ作成スヘク且勾引
 ノ命令ヲ之ニ掲クヘキモノナリ被告人ニ對スル勾引狀ハ引致後四十八時間ノ
 效力ヲ有スルニ止マルモノニシテ此時間ヲ經過セハ勾留狀ヲ發スルニ非サル

以上ハ被告人ヲ釋放セサルヘカラス(同法第七三條第二項)證人ニ對スル勾引狀ノ時間
 上ノ效力ニ付キテハ明文ナシト雖モ被告人ニ對スルヨリモ長時間其自由ヲ拘
 束スルヲ得ヘカラサルヤ明カナリ證人ニ對シテ勾引狀ヲ發スルヲ得ル場合ハ
 刑事訴訟法第一百八條第二項第三項ニ規定スル所ニシテ即チ理由ナク呼出ニ
 應セサリシコトヲ條件トス右ノ理由ナク漫リニ證人ヲ勾引スルコトハ法ノ許
 ササル所ナリ被告人ニ對シテモ亦一定ノ原因アルニ非スンハ勾引狀ヲ發スル
 能ハス其原因左ノ如シ(刑訴法第七二條)

- 一 被告人召喚ノ日時ニ出頭セサルトキ 之レ命令ニ應セサルモノト推定
 スルヲ得ルニ由ル而シテ被告人ノ出頭セサルコトハ相當ノ事由ニ基ク場合ト
 雖モ當該機關ハ之ヲ知ラスンハ勾引狀ヲ發スルニ差支ナシ然レトモ勾引狀ノ
 執行前疾病其他正當ノ事由ヲ疏明セル申出アラハ之ヲ取消ササルヘカラス
- 二 被告人定マリタル住所アラサルトキ 之レ被告人逃走ノ虞アルモノト
 推定スルヲ得ルニ由ルモノナリ

三 罪證ヲ湮滅スル恐アルトキ 罪證トハ諸般ノ證據ヲ謂フ故ニ毒殺ノ屍

體ヲ竊カニ火葬ニセントスルカ如キ或ハ血痕ヲ洗滌セントスルカ如キ或ハ貨紙幣偽造ノ器械ヲ破壊セントスルカ如キ物的證據ヲ湮滅セントスル恐アル場合ハ勿論證人ヲ隱避セシメントシ或ハ鑑定人ニ虛偽ノ鑑定ヲ爲サシメントスルカ如キ人的證據ヲ湮滅セントスル場合ヲ包含ス(刑法第一〇四條參照)

四 被告人逃亡スル恐アルトキ 逃亡ハ所在ヲ晦マスノ義ニ解スヘシ故ニ外國ニ去ラントスル場合ハ勿論近傍ニ潜伏シ姿ヲ變シ氏名ヲ換ユルカ如キ場合ヲモ包含ス

五 被告人未遂罪又ハ脅迫罪ヲ犯シ仍ホ其目的ヲ遂ケントスル恐アルトキ其目的ヲ遂ケントストハ恐喝取財ノ目的ヲ遂ケントスルカ如キ又ハ脅迫ヲ止マスシテ選舉人ノ選舉場ニ至ルヲ阻止セントスルカ如キヲ謂フ

以上ノ湮滅逃亡遂行ノ恐アルヤ否ヤハ當該機關ノ事實認定權ニ屬スルモノナレトモ當該機關ハ勾引狀ヲ發スルニ當リテハ如何ナル事實ナルヤヲ定メサルヘカラス又一ノ場合ニ於テハ召喚狀ヲ發シタルコトヲ勾引狀發付ノ條件トスレトモ二以下ノ場合ニ於テハ直チニ之ヲ發スルコトヲ得ルモノナリ豫審判

事受託判事及ヒ現行犯ノ場合ニ於テ檢事司法警察官ハ以上ノ原因或ハ條件ノ存在スルニ非スンハ勾引狀ヲ發スル能ハサレトモ公判ニ在リテハ裁判長ハ禁錮以上ノ刑ニ當ルヘキ被告人ニ對シテハ以上ノ原因或ハ條件ヲ要スルコトナク何時ニテモ勾引狀ヲ發スルコトヲ得ルモノナリ又偽證ヲ爲シタル證人鑑定人ヲ取押フル場合ニハ勾引狀ヲ發スヘキモノトス(刑訴法第一七八條)豫審ニ於テハ罰金以下ノ刑ニ當ルヘキ事件ニ付キテモ勾引狀ヲ發スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ニ付キテハ議論ノ岐ルル所ナリ消極說ニ曰ク既ニ公判ニ於テ禁錮以上ノ刑ニ當ルヘキ被告人ニ對シテノミ勾引狀ヲ發スルコトヲ許スモノナル以上ハ豫審ニ於テモ亦明文ナシト雖モ罰金以下ノ刑ニ當ルヘキ被告人ニ對シテハ勾引狀ヲ發スルコトヲ得ヘカラス自由刑ヲ科スル能ハサル被告人ノ自由ヲ審理ノ便宜ノ爲メニ拘束スルコトハ許スヘキモノニ非サレハナリト積極說ニ曰ク豫審ト公判トハ其性質ヲ異ニシ豫審ハ專ラ力ヲ證據ノ蒐集ニ致スモノ公判ハ專ラ力ヲ事實及ヒ法律ノ判斷ニ注クモノナリ豫審ニ於テハ證據ノ蒐集上被告本人ノ訊問ヲ必要トスルモノナレトモ公判ニ於テハ必スシモ然ラス是ヲ

以テ刑事訴訟法第二百十四條第一項ハ罰金以下ノ刑ニ當ルヘキ事件ニ付キテハ代人ノ出頭ヲ許シ公判裁判所ヲシテ本人ヲ訊問セスシテ審判ヲ爲スコトヲ得セシメタリ反對説ニ從ヘハ豫審ニ於テ罰金以下ノ刑ニ該ルヘキ被告人召喚狀ニ應セサルトキハ豫審判事ハ遂ニ之ヲ訊問スル能ハサル場合ヲ生シ闕席ノ審判ヲ爲シ難キ場合ニ在リテハ遂ニ其終結決定モ爲スコト能ハサルニ至ルヘシ或ハ豫審ニ於テモ亦公判ト同シク罰金以下ノ刑ニ該ルヘキ事件ニ於テハ代人ノ出頭ヲ許スヘントノ思想ナキニ非サルヘキモ代人ノ出頭ハ公判ノ呼出ニ付キテノミ特ニ之ヲ許スヘント規定シ之ニ相當スル豫審ノ呼出ニハ何等ノ之ニ類スル規定ヲ設ケサルニ依レハ豫審ニ於テ之ヲ許スヘカラサルコト明瞭ナリト積極説ハ證據蒐集ノ點ニ專ラ着眼シ事實ノ真相ヲ窺フニ足ルヘキ證據ヲ得ンカ爲メニ本人ヲ訊問スルノ要アル場合ニ本人ノ召喚ニ應セサルトキ之ヲ勾引スルヲ得ルハ當然ナリトノ論旨ニ歸着ス然レトモ刑事ノ審理ニ於ケル證據ノ蒐集ハ眞實ノ發見ニ對シテハ手段タルニ過キス眞實ノ發見ハ刑事ノ審理ノ主眼トスルモノナルコトハ豫審ト公判トノ間ニ徑庭アルコトナシ而シテ事

實ノ真相ヲ終局的ニ確定スルノ重責ヲ負ヘル公判ニ在リテスラ眞實發見ノ爲メニハ不便ナル代人審理ヲ許シ本人ノ勾引ヲ許ササル事件ニ付キ換言セハ法律カ形式的事實確定ヲ以テ満足セサルヘカラサルコトアルヲ豫想セル事件ニ付キ公判ヨリモ大ナル目的ヲ有セサル豫審ニ於テ又公判ノ準備手續タルニ過キサル豫審ニ於テ被告人ノ勾引ヲ許スト謂フハ本末ヲ顛倒セル見解ニ非サルナキ歟公判ニ於テ罰金以下ノ刑ニ當ルヘキ事件ニ付キ被告人ノ勾引ヲ許スナラハ其目的公判ノ目的ノ一部ニ同シキ豫審ニ於テモ亦縱令明文ノ存スルナシト雖モ被告人ヲ勾引スルヲ得ヘントノ説ハ或ハ法律ノ精神ニ適スルモノナルヘシ然ルニ公判ニ於テハ被告人ノ勾引ハ之ヲ許ササルモ豫審ニ於テハ之ヲ許スモノナリト論センニハ罰金以下ノ刑ニ當ルヘキ事件ニ付キテハ公判ニ於テハ絕對的眞實發見ヲ要セサレトモ豫審ニ於テハ必ス之ヲ要スルモノナリトノ論定ヲ前提ト爲ササルヘカラス然レトモ斯ノ如キ論定ヲ許スヘキ現行法上ノ根據ナキヲ奈何セン而シテ豫審判事ハ本人召喚ニ應セスンハ闕席ノ儘豫審終結決定ヲ爲スコトヲ得ルモノナルヲ以テ積極論者ノ闕席ノ審判ヲ爲シ難キ場

合ニ在リテハ遂ニ其終結決定モ爲ス能ハサルニ至ルヘシトノ杞憂ハ實際ニ生
スルコトナカルヘシ消極説ニ依ルトキハ時トシテ審理上不便ヲ生スルコトア
ルヲ免レサルカ故ニ此點ハ消極説ノ弱點ナリト謂フヲ得ヘシ然レトモ事件自
體カ自由刑ニ當ラサルモノナルカ故ニ斯ノ如キ審理上ノ不便ハ人身自由ノ尊
重ニ對シ之ヲ忍ハサルヘカラス而シテ現時ノ實際ニ於テハ多クハ消極説ニ從
ヒ罰金以下ノ刑ニ當ルヘキ事件ニ付キ豫審ニ被告人ノ代人ノ出頭ヲ許セリ蓋
シ法文ノ不備ヲ補ヘル活用的處置ナリト謂フヘシ

改正案ニハ豫審合狀ニ通シテ罰金又ハ輕罪ノ刑ニ當ルヘキ被告人ハ呼出
ニ應ゼサル場合ニハ勾引シタル住居ヲ有セサル場合一定ノ場所ニ同行スル必
要アル場合ニハ勾引スルコトヲ得トセリ第四三條第四五條

二九三 勾引狀ハ之ヲ執行スル機關カ之ヲ發シタル機關ニ被勾引者ヲ引致ス
ル爲メ其自由ヲ束縛スルノ效力ヲ有スルモノナリ而シテ勾引シタル被告人ハ
四十八時間内ニ訊問スヘキモノナルカ故ニ右時間内其自由ヲ束縛スルヲ得ル
ヤ明カナリ此時間ヲ經過セハ勾留狀ヲ發シテ以テ被告人ノ拘束ヲ繼續スルコ
トヲ得レトモ否ラサレハ當然之ヲ釋放セサルヘカラス(刑訴法第七項)被告事件禁

勾引狀ノ效力
及ヒ執行

銅以上ノ刑ニ該ルヤ否ヤ不明ナル場合換言セハ勾留狀ヲ發スルコトヲ得ルヤ
否ヤ不明ナル場合ニ於テモ四十八時間ヲ經過セハ之ヲ釋放セサルヘカラス(此
合ニハ四十八時間ヲ經過スルモ仍ホ勾引狀ノ效力ヲ存セシムルヲ得ト主張ス
ル者アレトモ條文上ノ根據ナルキノ如ク右ノ如ク勾引狀ト留狀ト主張ス
ル區別ヲ抹殺シ法律カ勾引狀ノ外ニ勾留狀ノ規定ヲ設ケタ)勾引狀ノ有效時間タ
ル四十八時ノ起算點ハ被告人ヲ裁判所ニ引致シタル時ヲ以テスヘキモノニシ
テ被告人ニ勾引狀ヲ示シタル時ヲ以テスヘキモノニ非ス之レ法文ニ引致シタ
ル被告人ハ四十八時間内ニ之ヲ訊問スヘシトアルニ徴シ自ラ明カナルノミナ
ラス勾引狀ヲ示シタル時ヨリ起算スヘキモノトスルトキハ被告人ヲ引致スヘ
キ裁判所ト數百里ヲ隔テタル地方ニ於テ被告人ヲ捕ヘタルトキハ引致ノ中途
ニ於テ四十八時間ノ經過シ去ル爲メ被告人ヲ釋放セサルヘカラサルノ不都合
ヲ生スヘシ(佛國刑訴法第九三條ノ解釋トシテ佛國學者間ニ異論ナキ所ナリ彼
カ在リテハ二十四時間ノ效)引致シタル被告人ハ晝間ハ裁判所ニ夜間ハ裁判所
又ハ最寄警察署ノ留置所ニ留置クヘキモノトス(明治一四年一月第五九號布
行ヲ受ケタル被告人ヲ裁判所ニ引致シタル場合ニ於テ必要ナル第六五條)呼出
ヲ監獄ニ留置クコトヲ得ト規定シ以テ現行法ノ不備ヲ補ヘリ第六五條)呼出

ニ應セサル證人ヲ勾引シタル場合ニ於テハ直チニ之ヲ訊問セサルヘカラス被
告人ノ如ク四十八時間之ヲ留置クコトヲ得サルモノニシテ訊問了ラハ直チニ
釋放スヘキモノナリ(佛國法ニ依ルハ二十四時間内ニ訊問セシメ被告ノ拘
一八九七年一月八日ノ佛國刑訴法改正法律ニ基キガロノ説明スル所ナリ)
勾引狀ハ其形式ヲ缺キタルトキハ無効ナリ勾引狀ナクシテ行ヘル勾引ノ不法
ナルコト勿論ナリ法定ノ機關ニ依ラスシテ之ヲ執行シタルトキモ亦其效力ヲ
生セス其執行ヲ爲シタル者ハ不法禁監ノ罪ニ問ハルルコトアルヘシ勾引狀ノ
執行機關ハ巡查憲兵卒ナリ(刑訴法第七項)巡查憲兵ニ勾引ヲ命スルハ檢事ナリ此
點ニ付キ明文ノ存スルモノナシト雖モ裁判ノ執行ヲ司ル者ハ檢事ナルコトハ
刑事訴訟法ノ原則ニシテ勾引狀モ一ノ裁判ニ外ナラサレハナリ之ヲ以テ刑事
訴訟法第七十四條第四項ニハ巡查憲兵卒ハ勾引狀ノ執行ヲ終リタル後之ニ關
スル書類ヲ檢事ニ差出スヘキ旨ヲ規定セリ(執行ヲ爲ス能ハサ)裁判所ハ自ラ勾
引狀ヲ執行スル職權ナシト雖モ檢事カ急速ノ場合ニ於テ自ラ勾引狀ヲ執行ス
ルモ違法ナリト爲スヘカラス勾引狀ノ執行ニ付キテハ種々ノ手續アリ下ニ述

フル如シ

一、時宜ニ因リ同一人ニ對シ數通ノ勾引狀ヲ發シ之ヲ數名ノ巡查憲兵卒ニ
分付スルコトヲ得(刑訴法第九項)數箇ノ地方ヨリ被告人潜匿ノ報告アリタル場合
ノ如シ

二、勾引狀ノ正本ハ之ヲ携帶シ被告人ノ請求アラハ之ヲ示ササルヘカラス
(同條第(二)項)右ノ手續ヲ盡サスシテ執行セル勾引ハ不法ナリ

三、勾引狀ヲ執行シタルトキハ執行者ハ其正本ニ執行ノ場所及ヒ日時ヲ記
載シテ署名捺印スヘキモノトス執行不能ノ場合ニ於テハ其事由ヲ記載シテ署
名捺印スヘキモノトス例ヘハ被告人ノ潜匿シ居レリトノ通知アリシ場所ニ臨
ミシニ人違ニシテ眞正ノ被告人ノ所在ハ全ク不明ナリシ場合ノ如シ(同條第(三)項)

四、勾引狀執行ノ命ヲ受ケタル巡查憲兵卒ハ被告人ノ潜匿セリト思料セラ
ルル其家宅若クハ他人ノ家宅ヲ搜索スルコトヲ得(刑訴法第八條)所謂搜索ハ證據蒐
集ノ爲ニスル搜索トハ其意義ヲ異ニスルモノニシテ巡查憲兵卒ハ被告人ノ所
在ヲ搜索スルニ當リ被告事件ノ證據物件ヲ搜索スルノ職權ヲ有セス又巡查憲

兵卒ハ被告人ノ所在ヲ知ルヘキ證據物件ヲ藏置スル嫌疑アル場所若クハ人ノ身體ニ付キテモ搜索ヲ爲スノ職權ヲ有セス而シテ被告人ヲ發見スル爲メ家宅搜索ヲ爲スニ當リテハ三箇ノ要件アリ 一、其地ノ市町村長ノ立會ヲ要シ市町村長差支アラハ隣佑二名以上ノ立會ヲ要ス 二、日中ナルコトヲ要ス換言スレハ日出前日没後ハ之ヲ爲スヲ得ス但此要件ニ對シテハ一ノ例外アリ旅店割烹店其他夜間ト雖モ衆人ノ出入スル場所例ヘハ寄席ノ如キハ其公開時間内ニ限リ何時ニテモ搜索ヲ爲スコトヲ得ルモノトス 三、搜索ヲ爲シタルトキハ被告人ヲ發見シタルト否トヲ問ハス搜索調書ヲ作り立會人ト共ニ署名捺印スヘキモノトス被告人ヲ發見セル場合ハ勿論發見セサル場合ト雖モ搜索調書ヲ作成セス若クハ其作成上形式ニ欠缺アリタルトキハ其搜索ハ違法トス 四、被告人他ノ裁判所ノ管轄地内ニ潜匿シタルコトヲ知リ又ハ潜匿シタルト思料シタル場合ニ於テ巡查憲兵卒ニ勾引狀ヲ帶行セシムルコトヲ得 令狀ノ效力ハ裁判管轄ノ爲メ影響ヲ受クルコトナキモノナレトモ管轄外ニ於テ令狀ヲ執行スルニハ二箇ノ要件アリ 一、被告事件急速ヲ要スルコト 二、被

告人所在地ノ豫審判事檢事又ハ司法警察官ニ令狀ヲ示シテ執行ヲ求ムヘキコト之ナリ(刑訴法第七九條) 法文ニハ即時ニ執行ヲ求ムヘントアレトモ之レ執行ノ遲滯ヲ防カントスルノ趣旨ニ外ナラサレハ場合ニ因リテハ時間ヲ經過スルモ之カ爲メ執行上ノ違法ヲ生スルコトナシ然レトモ勾引狀ヲ帶行スル巡查憲兵卒カ右ノ手續ヲ爲サスシテ直チニ之ヲ執行シタルトキハ其手續ハ違法ナリ勾引狀ヲ帶行ノ巡查憲兵卒ヨリ其執行ヲ求メラレタル豫審判事檢事又ハ司法警察官ハ其巡查憲兵卒ニ躬ラ執行ヲ爲スヘキコトヲ許可スルコトヲ得ヘク或ハ管下ノ巡查憲兵卒ヲ之ニ同行セシムルコトヲ得ヘク或ハ管下ノ巡查憲兵卒ノミヲシテ其執行ヲ爲サシムルコトヲ得ヘシ

學者ハ此第二ノ要件タル手續ヲ以テ不便ノ規定ナリト非難セリ此手續ヲ爲スカ爲メ時トシテハ被告人ヲ捕フル機會ヲ逸スルコトアルヘク又勾引狀ノ效力ニ管轄上ノ制限キ以上ハ此手續メシムル手續ハ迂遠ナリトナレハナリ殊ニ檢事又ハ豫審判事ニ執行ヲ求メシムル手續ハ迂遠ナリトキモ謂ハサルヘカ速ヲ要スル場合ニハ自ラ勾引狀ヲ執行シテ而シテ後之ヲ其地ノ司法警察官ニ通知スヘシト規定セリ第五八條

六、豫備後備ノ軍籍ニ在ラサル下士以下ノ軍人軍屬ニ對シ勾引狀ヲ發シタ

ルトキハ其所屬ノ長官又ハ隊長ニ令狀ヲ示スヘキコト 右ノ場合ニ於テハ長官又ハ隊長ハ已ムコトヲ得サル差支アルニ非サレハ本人ヲシテ速カニ令狀ニ應セシムヘキモノトス(同法第八一條)或ハ曰ク右ノ如ク通常裁判所カ現役ノ軍人軍屬ニ對シ勾引狀ヲ發スルコトヲ得ルノ明文アレトモ軍人軍屬ハ軍法會議ノ管轄ニ屬スルモノナレハ通常裁判所カ之ニ對シテ勾引狀ヲ發スルハ違法ニシテ軍人軍屬所屬ノ長官又ハ隊長ハ其部下ノ軍人軍屬ヲシテ違法ナル勾引狀ニ應セシムヘキ義務ナシト謂ハサルヘカラス然ラハ現行法ハ不當ノ規定ヲ設ケタリトノ非難ヲ免レサルモノナリ通常裁判所ニ於テ審理ニ着手後被告人カ軍人軍屬タル資格ヲ得ハ管轄違フ言渡スヘキモノナリ況ンヤ現ニ軍人軍屬タル者ニ對シテハ通常裁判所ハ審理ヲ開始スル能ハサルニ於テヲヤ通常裁判所ハ之ニ對シテ勾引狀ヲ發スル能ハサルヤ明カナリ然ラハ第八十一條ハ刑事訴訟法ニ於ケル尸位ノ法文ナリト稱スヘシ惟フニ立法者ハ公訴ノ提起アリテ豫審ノ開始セラレタル後被告人カ召集ヲ受ケ軍隊ニ入りタル場合ニハ通常裁判所ハ此被告人ニ對シテ審理ヲ繼續スルヲ得ヘク從ツテ此被告人ニ對シテ勾引狀ヲ發

スル場合アリト想像シ本條ノ規定ヲ設ケタルモノナルヘシ然レトモ訴訟物ノ權利拘束ハ管轄權ヲ生セシムルノ效力ヲ有スルヲ得サルモノナルヲ以テ以上ノ場合ニ於テモ被告人ニ軍人タルノ資格ノ發生セルト同時ニ權利拘束ノ生シタル通常裁判所ハ此被告人ニ對シテ管轄權ヲ有セサルニ至レルモノナルヲ以テ豫審判事ハ勾引狀ヲ發スルコトヲ得ヘカラスト所論一應理由アルモノノ如シ然レトモ余輩ノ見解ハ之ニ異リ本條ハ實用ナキ死文ニハ非スト思料ス勾引狀ハ召喚ニ應セサル被告人ニ對シテ發スルコトヲ得ルモノニシテ法律ハ右ノ要件ノ具備スルアラハ如何ナル場合ニ於テモ之ヲ發スルコトヲ許スモノニシテ本案ノ審理ヲ爲シ得ル場合ニ非サレハ之ヲ發スルヲ得ストノ制限ヲ設クルコトナシ故ニ豫審判事ハ管轄違ナルコトヲ確カメムカ爲メニ被告人ヲ訊問スルノ必要アル場合ニ被告人ヲ召喚スルモ之ニ應セサリシナラハ勾引狀ヲ發スルコトヲ得サルヘカラス本條ヲ以テ空文ナリトスル論者ハ本案ノ審理ヲ爲シ得ル場合ニ非サレハ令狀ヲ發スルヲ得ストノ誤レル前提ヲ取ルヨリシテ右ノ論定ヲ爲スニ至レルモノナルヘシト雖モ勾引狀ヲ發スル場合ハ右ノ如ク狹隘

ニ解スヘキモノニ非サルコトハ第七十一條ノ規定ニ徴スルモ明カナレハ決シテ論者ノ謂フカ如キ無用ノ條文ニハ非サルナリ立法者如何ニ迂遠ナリトスルモ管轄ノ理論ヲ知ラサルコトナカルヘク殊ニ第八十一條ニハ豫備後備ノ軍籍ニ在ラサル軍人軍屬ヲ廣汎的ニ規定セルモノニ非スシテ令狀ヲ受クヘキ者ヲ下士以下ノ軍人軍屬ニ制限セルハ下士以上ノ軍人軍屬ニ付テハ之ヲ訊問セサルモ管轄違ナルコトヲ決スルニ困難ヲ生スルコトナカルヘク又下士以上ノ軍人軍屬ヲ管轄問題ノ爲メニ勾引スルカ如キハ穩當ヲ缺クト認メタルニ因ルモノナルヘク即チ立法者ノ用意淺カラサリシヲ窺知スヘキナリ

豫審判事カ刑事訴訟法第七十三條ニ依リ勾引狀ヲ以テ引致シタル被告人ヲ又檢事カ同法第四百十八條ニ依リ受取リタル被告人ヲ其訊問時間内留置ノ必要アルトキハ之ヲ監獄署ノ留置監ニ拘禁セスシテ最寄警察署ノ留置場ニ留置スヘキモノトス(明治三十一年六月民刑甲第一三五號民刑局長回答)

二九四 勾留狀ハ不定ノ時間被告人ノ自由ヲ羈束スル裁判ノ強制命令ナリ勾留狀ハ被告人ノ自由ヲ羈束スル點ニ於テハ勾引狀ニ同シト雖モ之ヲ羈束スル

勾留狀

時間ノ點ニ於テハ勾引狀ニ比シ其效力強大ナリ又勾引狀ニ比スルニ數多ノ差異アリ例ヘハ合議裁判所ニ於テハ勾引狀ハ裁判所長之ヲ發スルモノナレトモ勾留狀ハ裁判所自ラ之ヲ發スルモノナルカ如シ(刑訴法第七十八條)又勾引狀ハ現行犯ノ場合ニ於テハ司法警察官之ヲ發スルヲ得レトモ勾留狀ハ司法警察官ニ於テ絶對ニ之ヲ發スルノ職權ヲ有セサルカ如シ(同法第一四七條)右ノ外之ヲ發スルノ條件或ハ原因其他ノ點ニ於ケル差異ハ以下論述スル所ニ因リ自ラ明カナルヘシ

勾留狀ヲ發スルノ條件ハ左ノ如シ(刑訴法第七十五條第七二一條〇公判ニ在リテ得第一七八條)

一、被告人ヲ訊問シタルトキ 所謂訊問ハ人的關係及ヒ事件ノ内容ニ涉ラサルヘカラス

二、被告人禁錮以上ノ刑ニ該ルヘキモノト思料シタルトキ 右ノ外

三、被告人定マリタル住所アラサルトキ

四、或ハ被告人罪證ヲ湮滅スル恐アルトキ

五、或ハ被告人未遂罪又ハ脅迫罪ヲ犯シ仍ホ其目的ヲ遂ケントスル恐アルトキハ該原因ノ其一ト一、二ノ條件トノ三者具備セハ勾留狀ヲ發スルコトヲ得三乃至四ノ原因ニ付キテハ明文ナシト雖モ之ヲ以テ勾留狀ヲ發スルノ條件トセル第七十二條ノ規定ヨリ推セハ該原因ハ勾留狀ノ條件タルコト疑ヲ容ルヘキモノニ非サルナリ勾引狀ヲ執行シタル後四十八時間ヲ經過セハ勾留狀ヲ發スヘキモノナレトモ勾引狀ヲ發シタルコトヲ勾留狀ヲ發スルノ條件ト爲スモノニ非ス召喚狀ヲ以テ呼出シタル被告人ヲ訊問シタル後禁錮以上ノ刑ニ該ルヘキモノト思料シ前且示三乃至五中ノ一原因存スルナラハ勾留狀ヲ發スルコトヲ得ルモノナリ召喚ニ應セサル被告人ニ對シ直チニ勾留狀ヲ發スルコトヲ得ルヤ實際上召喚ニ應セサル者ニ對シテハ勾留狀ヲ發スヘキモノナレトモ勾引狀ヲ發セスシテ勾留狀ヲ發スルヲ適當トスル場合ハ想像スルニ難カラサルナリ例ヘハ被告人トシテ召喚シタルニ之ニ應セスシテ他ノ事件ニ付キ證人トシテ呼出シタルニ對シ罰金ノ制裁ヲ受ケンコトヲ恐レ之ニ應シテ出頭セルトキノ如シ右ノ場合ニ先ツ勾引狀ヲ發シ而シテ後勾留狀ヲ發スルハ無益ノ手

續ナリ曰ク前顯三箇ノ條件具備スルナラハ勾留狀ヲ發スルヲ得レトモ召喚ニ應セサリシコトヲ原因トシテ直チニ勾留狀ヲ發スルコトヲ得ス蓋第七十一條ノ規定ハ勾引狀ニ特殊ノモノニシテ之ヲ勾留狀ノ場合ニ援引スルコトハ法律ノ精神解釋トシテモ其理由ナケレハナリ

勾留狀ハ第七十六條ニ從テ作成シ被告人ヲ某監獄署ニ勾留スル旨ノ命令ヲ掲クヘク其執行ニ付キテハ第七十七條乃至第七十九條及ヒ第八十一條ノ規定ニ從フヘキモノトス(三)勾引狀ノ執行ニ關スルニ九以上ノ法文ニ規定セルモノノ外勾留狀ノ執行ニ特別ナル二箇ノ手續アリ 一、勾留狀ノ執行機關ハ被告人ヲ勾留狀ニ記載シタル監獄ニ引致スヘク直チニ之ヲ引致スル能ハサル事情アラハ假リニ最近ノ監獄ニ引致スルコトヲ得ルモノトス何レノ場合ニ於テモ監獄署長ハ令狀ヲ檢閲シテ被告人ヲ受取り受取證ヲ執行機關ニ渡スヘキモノトス(八)刑訴法第二、既ニ他ノ事件ニ因リ在監スル被告人ニ對スル勾留狀ハ監獄官吏ヲシテ執行セシム此場合ニ於ケル執行手續ニ付キテハ第七十七條ノ規定ニ從フ(同法第八四條第

多ノ事件ニシテ同一ナル審理ノ目的ト爲ル場合ニ於テハ一ノ事件ニ付キ發シタル勾留狀ノ效力ハ他ノ事件ニ及フモノナリ例ヘハ竊盜罪ト詐欺罪トヲ起訴シ同一裁判所ニ於テ審理セラルル場合ニ竊盜罪ニ付キ勾留狀ヲ發シタルナラハ竊盜罪カ豫審若クハ第一審ニ於テ無罪トナリ詐欺罪カ第二審ニ繫屬シタル場合ニ於テ先ニ竊盜罪ニ付キテ發シタル勾留狀ニ基キ被告人ヲ詐欺罪ノ爲メ勾留スルヲ得ルカ如シ然レトモ勾留狀ヲ發セサル他ノ事件カ罰金以下ノ刑ニ該ル場合ニ於テハ勾留狀ノ效力ハ之ニ及フコトナシ何者此事件ニ付キテハ元來勾留狀ヲ發シ得ヘカラサルモノナレハ縱令勾留狀ヲ發シタル事件ト共ニ同一ノ手續ニ於テ審理セラルルモ此事件ニ付キテ發シタル勾留狀ノ效力ヲ受クヘキ謂レナク否ラストセン歟罰金以下ノ刑ニ該ルヘキ事件ニ付キテハ勾留狀ヲ發スルヲ得ストノ原則ハ併發事件アルトキハ其適用ヲ見ル能ハサルニ至ルヘケレハナリ余輩ノ説ノ理由ハ下ニ述フル如シ 一、勾留狀ハ特定ノ事件ニ付キテ發スルモノナレトモ其目的トスル所ハ被告人ノ逃亡晦跡證據ノ湮滅ヲ防カントスルニ在リ換言セハ開始シタル手續進行ノ障礙トナルヘキモノノ發

生ヲ防カントスルニ在リ勾留狀ノ目的此點ニ在リトセハ勾留狀ノ效力ハ同一ニ進行スル手續ノ全體ニ付キテ存スルモノト謂フヘク其手續ニ於テ審理ノ目的ト爲レル箇々ノ事件ニ限局スヘキ謂レナシ法律カ勾留狀ニ事件ヲ記載スヘキコトヲ要求スルハ罰金以下ノ刑ニ該ルヘキ事件ニ付キ勾留狀ヲ發シ若クハ執行スルコトナカラシメムカ爲メニ外ナラス刑事訴訟法第七十六條ノ形式ヲ以テ勾留狀ノ效力ヲ定ムルノ論據ト爲スハ餘リニ穿鑿ニ過キ却テ法意ヲ逸シタルモノト謂フヘキナリ 二、同一ノ審理ヲ受クル數事件ニ付キ箇々ニ勾留狀ヲ發スヘキモノトスルトキハ實際ニ於ケル取扱上ノ手數容易ナラサルノミナラス當該機關ハ避クヘカラサル不注意ノ爲メニ不法勾留ノ責ヲ負ハサルヘカラサル場合往々生スヘキモ手續ノ進行上毫モ利益アルコトナシ 三、同一ノ審理ヲ受クル各事件毎ニ勾留狀ヲ發スヘキモノトシ其效力ヲシテ之ヲ發シタル事件ノミニ止マラシメ他ノ事件ニ及ハサラシムルハ被告人ヲシテ未決勾留通算ノ利益ヲ受ケシムル場合ヲ減少セシムル結果ヲ生スルニ止マリ毫モ被告人ノ利益ト爲ラサルモノナリ例ヘハ甲乙二事件ニ付キ同一ノ手續ニ於テ審

ト能ハサルトキハ各控訴院檢察長ニ被告人ノ人相書ヲ送致シ其搜索及ヒ逮捕ヲ請求スヘキモノニシテ此請求ヲ請ケタル檢察長ハ其管轄地内ノ檢事ニ對シ被告人ノ搜索及ヒ逮捕ヲ命シ檢事ハ此命令ニ基キ逮捕狀ヲ發スルモノナリ逮捕狀ハ時宜ニ從ヒ同一檢事ヨリ數通ヲ發シ得ヘキコトハ之ヲ發スルノ原因ニ徴スルモ明カナレハ同一被告人ニ對シ數十通乃至數百通ノ逮捕狀ノ發布ヲ見ルコトアルヘシ(豫審判事ハ豫審着手ノ當初ヨリ逮捕ノ請求ヲ爲スコトアルヲ請求スルコトハハク又勾留狀ヲ發シ執行不能ノ場合ニ於テ之ヲ請求スルコトハ)逮捕ハ豫審判事ニノミ之ヲ請求スルノ職權アルモノニシテ現行犯ノ場合ト雖モ檢事ニ此職權ナク又公判裁判所モ此職權ヲ有スルコトナシ故ニ逮捕狀ハ其效力ヲ同クスル勾留狀ニ之ヲ比較スルニ下ノ如キ差異アリ一發布ノ機關ヲ異ニス原則トシテ勾留狀ハ裁判所之ヲ發シ逮捕狀ハ檢事之ヲ發ス 二、之ヲ發スル條件ヲ異ニス勾留狀ヲ發スルニ必要ナル條件ハ既ニ述ヘタル如シ逮捕狀ハ右條件ノ外豫審判事カ被告人ノ所在地ヲ覺知スル能ハサルコトヲ要ス故ニ豫審判事カ某控訴院管内ノ某村ニ被告人ノ存在スルコトヲ明示シ之ニ對シテ逮捕狀ヲ發セラレンコトヲ其當該檢察長ニ請求シタルトキハ

該請求ハ無効ナリ 三、之ヲ發スルニ至ル手續上ノ順序ヲ異ニス例ヘハ勾留狀ハ豫審判事直チニ之ヲ發スルコトヲ得ルモノナレトモ逮捕狀ハ先ツ豫審判事ヨリ檢察長ニ請求シ檢察長ハ檢事ニ命令シ檢事之ヲ發スルカ如シ 逮捕狀ハ法律ニ其形式ヲ定メスト雖モ固ト之レ廣義ニ於ケル令狀ノ一種ナレハ第七十六條ニ準據シテ之ヲ作成シ逮捕ノ命令ヲ掲クヘキモノナリ逮捕狀ヲ執行シタルトキハ勾留狀ヲ發スルノ要ナク被告人ヲ引續キ拘禁スルヲ得ヘシ(刑訴法第八項)然レトモ逮捕狀ヲ發シタル檢事ハ被告人ヲ逮捕ノ請求ヲ爲シタル豫審判事ニ送致スヘキモノトス但檢察長ヲ經ルヲ要セス然レトモ之ヲ報告スヘキコト勿論ナリ一ノ逮捕狀ヲ執行シタルトキハ他ノ逮捕狀ハ效力ヲ失フヘキモノナレトモ逮捕セラレタル被告人逃走シタルトキハ前ニ發シタル他ノ逮捕狀ニ因リ之ヲ逮捕スルヲ妨ケス

二九八 公判ニ於ケル呼出狀ハ被告人其他ノ訴訟關係人ノ出廷ヲ促カス命令ナリ(刑一三條第一九〇條)反之豫審ニ在リテハ呼出狀ヲ以テ出頭ヲ促カスハ證人鑑定人通事ニシテ被告人ハ召喚狀ヲ以テ之ヲ呼出スモノナリ故ニ豫審ニ於

呼出狀

ケル呼出狀ノ定義ヲ下セハ證人、鑑定人、通事ニ一定ノ日時ニ一定ノ場所ニ出頭スヘキコトヲ命スル當該機關ノ命令ナリトス(當該機關トハ通例ハ豫審判事現行官之呼出狀ノ形式ハ證人ニ對スルモノト鑑定人、通事ニ對スルモノトハ同シカラス證人ニ對スル呼出狀ニハ其氏名、住所、職業、出頭ノ日時、場所及ヒ呼出ニ應セサルトキハ罰金ヲ言渡スヘク又勾引スルコトアルヘキ旨ヲ記載スヘク(刑訴法第一條第一三六條)鑑定人、通事ニ對スル呼出狀ニハ勾引スルコトアルヘキ旨ノ記載ヲ省キ其他證人ニ對スル呼出狀ト同一ノ形式ヲ具備セサルヘカラス(刑訴法第一條第一三六條)鑑定人、通事ニ對スル呼出狀ニ勾引ノ記載ヲ爲ササルハ是等ノ者ハ證人ト異リ勾引スルコトハ法律ノ許ササル所ナレハナリ呼出狀ハ刑事訴訟法ニ從ヒ作成スヘキ文書ナレハ刑事訴訟法第二十條第二十一條ノ適用ヲ受クヘキモノトス即チ作成ノ年月日、作成ノ場所、作成者タル裁判所書記ノ署名、捺印、裁判所印ヲ具備スルコトヲ要ス此要件ヲ缺クトキハ呼出狀タルノ效力ナキヲ以テ此要件ヲ欠缺セル呼出狀ノ送達ヲ受ケタル證人、鑑定人、通事カ呼出ニ應セサルモノ之ニ對シテ罰金ヲ言渡スコト能ハス況ンヤ證人ヲ勾引スルカ如キニ於テヲ要要件

ノ欠缺セル呼出狀ニ應セザリシコトヲ理由トシテ證人ヲ勾引セハ不法ニ自由ヲ拘束セルモノト謂ハサルヘカラス又呼出狀ニ證人ノ氏名、住所等ヲ記載スルハ證人ノ誰タルヤヲ指定シ他人ト區別スル爲メナレハ之ヲ明カニ他人ト區別シ得ル場合ニ於テハ住所、職業等ヲ記載セサルモ呼出狀ノ無効ヲ來タスモノニ非ス又罰金、勾引ノ豫告ヲ爲ササルコトハ呼出狀ノ效力ニ影響ナク單ニ此制裁及ヒ強制ヲ加フルコト能ハサルニ過キサレノミ然レトモ之レ法律論トシテハ右ノ如シト雖モ事實論トシテハ呼出狀ノ效力ナキニ等シ何者呼出ヲ受ケタル者カ之ニ應セザリシ爲メ其財產若クハ自由ノ上ニ何等ノ強制的效果ヲ受ケルコトナケレハナリ呼出狀ノ送達ト出頭トノ間ニハ少クトモ二十四時間ノ猶豫ヲ存スヘキモノニシテ右猶豫ヲ存セスシテ爲シタル呼出ハ無効ナリ然レトモ右ノ猶豫ハ證人、鑑定人等ニ與ヘタル利益ナレハ右ノ利益ヲ拋棄シテ呼出ニ應シタル場合ニ於テ證人、鑑定人等ニ對シテ爲シタル取調ハ有效ナリ違式ナル呼出ニ應シ出頭シタル證人、鑑定人等ニ對シテ爲シタル取調モ亦有效ナリト謂フヘシ

得ンカ爲メニハ如何ナル手段ヲモ用フヘシトシ拷問ノ制ヲ採用スルニ至レリ
L'aveu est la reine des preuves) 自白アレハ刑事訴訟ニ於ケル審理ノ能事終レリト爲シ之レヲ
(之ヲ我國ニ於ケル口供結案ノ制度ニ對照スルニ古代ニ) 此說ハ又被告人カ訴
訟主體タルノ權利ヲ有セサル糾問制度ノ下ニ在リテハ被告人訊問ノ目的ヲ說
明スルニ便利ナルモノナリシモ中世以後漸次其勢力消磨シ各時代ニ於テ蓄積
セラレタル實例ト心理學ノ進歩トハ自白ハ證據トシテ危險性ノモノナルコト
ヲ證明セルノ結果被告人ノ訊問ハ自白ヲ得ルヲ目的トスルモノナリトノ說ハ
其根據ヲ失フニ至レリ自由心證主義ノ下ニ在リテハ自白ハ他ノ證據ニ比シ特
ニ優越セル效力ヲ有スヘキモノニ非サルカ故ニ又被告人ニ訴訟主體タルノ權
利ヲ有セシメタル法制ノ下ニ在リテハ被告人ノ利益ヲモ探究スヘキモノナル
カ故ニ前顯ノ學說ヲ以テシテハ被告人訊問ノ目的ヲ十分ニ說明スルヲ得サル
モノナリ然レトモ被告人訊問ハ自白ヲ得ルヲ目的トスルモノニ非スト速了ス
ヘカラス自白モ亦一ノ證據ナルカ故ニ自白アリタル場合ニ於テハ訊問ハ即チ
好結果ヲ生セシモノナレハナリ此說ハ被告人訊問ヲ以テ其自白ヲ得ルノ外ニ

ハ目的ナシトスルノ點ニ於テ誤レリト謂フヘキノミ

(二) 或ハ曰ク被告人ノ訊問ハ其利益ノ爲メニ辯解サシムルコトヲ目的トス
ト此說モ亦被告人訊問ノ目的ノ一斑ヲ示セルニ止マリ目的ノ全豹ヲ表明セル
モノニ非ス若シ夫レ被告人訊問ハ被告人ノ利益ノ爲メニ辯解ヲ爲サシムルノ
ミヲ以テ目的トスルモノナリトセンカ訊問ニ對シテ被告人ノ爲シタル犯罪事
實ノ自白ハ訊問ノ目的外ナルカ故ニ法律上效力ナシト謂ハサルヘカラスアルノ
不都合ヲ生スヘシ況ンヤ密室監禁ノ制度ヲ認メタル改正前ノ刑事訴訟法ノ下
ニ於テヲヤ此說ヲ以テシテハ密室監禁ノ目的ヲ說明スル能ハサルナリ且被告
人ト被告人トノ對質及ヒ被告人ト證人トノ對質制度ノ如キハ被告人ノ訊問ハ
單ニ其ノ利益ノ爲メニ辯解ヲ爲サシムルノミヲ以テ目的トスルモノニ非サル
コトヲ證明シテ餘リアリ

(三) 或ハ曰ク被告人訊問ハ事實ノ真相ヲ發見スルヲ目的トスルモノナリト
此說モ亦完全ナル說明ナリト謂フヲ得ス被告人ハ檢事ノ攻撃ニ對シ自己ヲ防
衛スル訴訟上ノ權利ヲ有スルモノニシテ被告人ノ訊問ハ此權利ヲ行使スル機

ニシテ自白ノ證據ナルコトハ同法第九十條ニ明規スル所ナレハ被告人ノ自白ヲ得ヘキ手續タル被告人訊問ヲ以テ證據調ナリトスルハ犯罪事實ニ關スル證言ヲ得ヘキ手續タル證人訊問ノ證據調ナルト毫モ異ル所ナケレハナリ被告人訊問ヲ證據トシテ觀察スルトキハ其證據方法ハ即チ被告人其人ニシテ證據原因ハ被告人ノ自白其他ノ供述之ナリ證據方法タル性質ト訴訟當事者タル地位ハ相容レサルモノニ非サルコトハ民事訴訟法ニ本人訊問ヲ證據調ト爲シトタルニ徴スルモ明カナルヘシ(民法第六〇條以下)被告人訊問ノ結果トシテ生シタル自白ハ之ヲ裁判上ノ自白ト稱ス此自白ハ次ニ論述スル如ク調書ヲ以テ之ヲ明確ニスルヲ以テ訴訟手續上訴訟當事者ハ其存在ヲ證明スルノ要ナシ此點ハ裁判外ノ自白ト裁判上ノ自白トヲ區別スルノ實益ノ存スル所ニシテ裁判外ノ自白ハ更ニ他ノ證據ヲ以テ之ヲ證明スルノ要アルモノナリ然レトモ效力ノ點ニ付キテハ法律上彼此ノ間ニ優劣アルコトナシ之レ刑事訴訟法第九十條ニ認メタル自由心證主義ノ結果ニシテ又此主義ノ適用ハ自白ト被告人ノ他ノ供述トノ區別自白ノ種類タル任意ノ自白不任意ノ自白詰問ヲ受ケテ爲シタル自白簡單ノ

自白複雑ノ自白完全ノ自白不完全ノ自白直接ノ自白間接ノ自白等ノ區別ヲ法律上其要ナキモノト化セシメタリ自白不可分ノ原則ノ如キモ自由心證主義ト竝立スル能ハサルナリ被告人ノ訊問ハ訴訟手續ナルヨリシテ生スル結果ハ其訊問ハ刑事訴訟法ノ規定ニ從ヒ之ヲ爲スヘキモノニシテ法律ニ違背シテ爲セシ訊問ハ其效力ナク從テ手續上不法ナル訊問ニ對シテ爲シタル自白ハ常識ノ判斷上疑ヲ挾ムヘキ餘地ナキモノト雖モ證據トシテ採用スルヲ許ササルコト是ナリ例ヘハ恐嚇詐言ヲ用ヒテ訊問シ其結果トシテ生シタル自白ノ如シ(刑訴法九四條)又被告人訊問ハ訴訟手續ナルヨリシテ生スル他ノ結果ハ訴ナキ事件ニ付キテハ訊問ヲ爲ス能ハサルコト是ナリ但附帶犯ノ存スルヤノ嫌疑アル場合ニ於テハ之ニ關シテ訊問スルヲ妨ケス何者一事件ノ審理ニ當リテ發見シタル附帶犯ハ訴ナキモ裁判スルコトヲ得ルモノナレハナリ現行犯ニ付キ檢事ノ起訴ニ先チテ爲ス豫審判事ノ被告人訊問ハ檢證調書ヲ作ラサル場合ト雖モ裁判所ノ訴訟手續ニシテ搜查處分ニ屬セサルカ故ニ刑事訴訟法ノ規定ニ從ヒテ爲ササル訊問ハ違法ニシテ其效力ナシ例ヘハ訊問調書ヲ作成セスシテ單ニ聞取

書ヲ作成セル場合又ハ訊問調書ヲ作成シタルモ第二十條ノ形式ニ缺クル所アリタル場合ノ如シ(檢事ニ於テハ一ノ捜査手續ナリ又同法第一四六條ノ假豫審ニ於ケル檢事ノ訊問ニ依リ附與セラルコトハ勿論特ニ檢査若クハ豫審外ノ行爲ナリ(明治三五年レ第五〇號同年二月七日大審院第二刑部判例參照故ニ以上二箇ノ場合ニ於テ爲ス訊問ハ裁判所ノ訴訟手續ニ屬セテ例必スシモ三訊問調書第一作成スルノ要ナキモ大津地方裁判所九年檢事カ本件ニ付キ同月二日八條第二項ノ規定ニ基キ訊問作成シタル事蹟ハ其訊問ヲ爲シタル記録中ニ載シタル書類ノ存在ヲ要スヘキ旨ノ規定刑訴法中ニ存セザルヲ以テ記録中ニ其事蹟ヲ徵スヘキモノナキ一事ヲ以テ直刑訴法中ニ存セザルヲ以テ記録中ニノト速断ス云々)刑事訴訟法第九十八條ノ對質訊問ハ條文ノ上ヨリ觀レハ證據調ノ性質ノミヲ有スルモノノ如シト雖モ被告人ハ對質訊問ニ際シテ防禦的陳述ヲ爲スヲ得ヘキモノナレハ右ノ對質訊問モ亦通常ノ訊問ト同様證據調タルト同時ニ防禦ノ警告タルノ性質ヲ有スルモノナリ唯後者ハ主タル目的ナラサルノミ而シテ被告人ノ訊問ニ付キテハ一ノ問題アリ即チ被告人ノ訊問ハ豫審終結決定ノ條件ナルヤ否ヤ之ナリ換言スレハ被告人ヲ訊問セスハ豫審終結決定ヲ爲ス能ハサルヤ否ヤ之ナリ第九十三條ニ被告人ヲ訊問スヘシト規定

シタルニ徴シテ之ヲ見レハ被告人訊問ハ豫審手續ノ要素タルノ觀アリ又多クノ場合ニ於テ被告人ノ辯解ヲ聽カスンハ事實ノ真相ヲ知ル能ハサルモノナレハ苟モ實體的眞實發見主義ノ豫審ニ適用セララル以上ハ被告人ヲ訊問セスハ豫審終結決定ヲ爲ス能ハサルモノノ如シト雖モ極端ナル實體的眞實發見主義ノ適用ハ被告人ヲ出頭セシムル能ハサルカ爲メニ往々事件ノ終局ヲ見ルヘカラサル弊ヲ生スルノミナラス事件ニ關與スル機關ノ手數ヲ要スルコト甚シキモノアリ是ヲ以テ公判ニ在リテモ關席判決ノ規定ヲ設ケタルモノニシテ關席判決ノ制度タルヤ實ニ事件處理ノ必要ヨリ出テタル實體的眞實發見主義ノ制限ナリト謂フヘキナリ豫審ニ於テモ亦事件處理ノ必要上被告人關席ノ儘豫審終結決定ヲ爲スノ已ムヘカラサル場合ヲ生スルコトハ公判ニ於ケルト敢テ異ル所ナシ然ラハ明文ナシト雖モ被告人關席ノ儘換言スレハ被告人ヲ訊問スルコトナクシテ豫審終結決定ヲ爲スヲ得セシムルノ法意ナリト解スヘキモノトス

明治三六年レ第二五〇一號同年二月二十七日大審院第二刑部ノ判決ニ曰ク豫審終結決定ヲ爲スニ付キ被告人ノ答辯ヲ聽カサルヘカララストノ規定

アルニ非ス且豫審判事カ事件ヲ受理シタルトキハ被告ノ人ヲ訊問スヘシト
ノ規定ハ全ク被告ノ人ノ現在スル場合ニ於ケルトキハ被告ノ人ヲ訊問スヘシト
在ノ終結スヘキモノト認メタルトキハ被告ノ人ノ現在スル場合ニ於ケルトキハ
然テ手續ナルヲ以テ被告ノ人ノ現在スル場合ニ於ケルトキハ被告ノ人ヲ訊問ス
決定ヲ爲シタルヲ以テ被告ノ人ノ現在スル場合ニ於ケルトキハ被告ノ人ヲ訊問ス

而シテ被告人ノ訊問ヲ命スル第九十三條ノ規定ハ被告人ノ現存スル場合ニ於
ケル通則的規定ニ過キサルナリ然レトモ此規定ノ存スル以上ハ被告人ノ現在
スルニ拘ハラズ之ヲ訊問セスシテ豫審終結決定ヲ爲シタルナラハ其決定ハ違
法ナリ但此決定ノ違法ハ決定ノ確定ニ因リテ除去セラルルモノトス之ヲ要ス
ルニ本問ニ對シテハ消極的斷定ヲ與フルヲ相當トス被告人ハ次ニ説明スル如
ク一定ノ場合ニ於テ(刑一四條)代人ヲシテ訊問ニ答ヘシムルコトヲ得右ノ場合
ニ於テハ代人ハ被告人ノ當事者タルノ地位ト證據方法タルノ地位トヲ代表ス
ルモノナルヲ以テ代人ノ答辯ハ被告人ノ利益ニ於テ當然效力ヲ生シ又證據ト
シテ之ヲ採用スルコトヲ得ルモノナリ被告人訊問ニ依リテ得タル自白其他ノ
供述ハ其事件ハ勿論他ノ事件ニ於テモ證據タルノ效力アリ(三〇六號)下ニ引
レ(三七六)形式上ノ缺點ノ爲メ被告人ノ供述ノ效力ヲ有セサル場合アリ後ニ

被告人訊問ノ
手續其一

論究セシ

三〇一 豫審判事ハ先ツ被告人ヲ訊問スヘキモノトス被告人數名ナルトキハ
各別ニ訊問スヘキモノトス訊問ハ口頭ヲ以テ爲スヘキモノニシテ此訊問ニハ
書記ノ立會ヲ必要トス(刑九三條)急遽ノ際又ハ監獄ニ於テハ法定ノ立會
人ノ立會ヲ要ス(第九二條)書記又ハ立會人ナクシテ爲シタル訊問ハ無効ナリ(第
四條)被告人ノ現在スル場合ト雖モ先ツ之ヲ訊問スルコトハ手續開始ノ絕對
的條件ニ非ス法文ニ依レハ檢證ヲ爲シ又ハ證人ヲ訊問スルニ付キ急遽ヲ要ス
ルトキハ先ツ此等ノ處分ヲ爲スコトヲ得ルモノトシ其他ノ場合ヲ示ササレト
モ本條ハ制限的規定ニ非ス故ニ例ヘハ急遽ニ鑑定ヲ爲サシムル必要アルトキ
ハ先ツ此處分ニ着手スルコトヲ得ルモノナリ而シテ被告人訊問ニ先ダテ他ノ
處分ヲ爲スヘキ急遽ノ事情アルヤ否ヤノ判定ハ豫審判事ノ專權ニ屬スルモノ
ナレハ公判若クハ上級裁判所ニ於テ急遽ノ事情ナカリシトノ理由ヲ以テ豫審
判事カ先ツ被告人ヲ訊問セスシテ他ノ處分ヲ爲シタルコトヲ違法ナリトスル
ヲ得ス(明治四二年第一七三九號)四三年三月三日大審院第二刑事部判決ニ
テ豫審判事カ被告人ノ訊問ニ先テ証人ヲ訊問スルハ時ト場合ニ依リテ全

然其思料ニ一任(急速ナル事情ナキモ數人ノ被告人中其一名ヲ訊問シタル以上
豫八日同院第二被告人中或者ニ對シテ訊問ナキタル以上被告人數チニ該事件合ニ證人
豫間ニ取掛(訊問ハ裁判所ノ豫審廷ニ於テ爲スヲ通例トスレトモ事宜ニ從ヒ他
ノ場所ニ於テ訊問ヲ爲スコトヲ得(院治四三年レ第一〇一七號同年六月九日同
特以テ爲スモノナレハ重要ナル手續ナリ是ヲ以テ各國ノ立法例ヲ見ルニ此
的ヲ以テ爲スモノナレハ重要ナル手續ナリ是ヲ以テ各國ノ立法例ヲ見ルニ此
手續ヲ規定セサルモノナシ(羅馬ニ於テハ當初ハ人民訴訟ノ後制ナリシヲ以テ
下シタリシカ治罪ノ方法ノ前變更ニ從ヒ豫審ニ於テ被告人馬ノ後手ニ繼テ生シタ
ノナルモ)被告人ノ訊問ノ方法及ヒ順序ニ付キ詳密ノ規定ヲ設ケタル立法例少ナ
ガラスト雖モ刑事訴訟法ニ於テハ此點ニ付キ豫審判事ノ專權ニ委ネ唯特ニ遵
守スヘキ準則ヲ示スニ過キス(初ムハ際豫審判事ノ第一三六條ニ爲カ其ノ旨
トアラリヤ否ヤヲ開示スヘク又被告人ノ其受テケタル除シ自疑ニ付キ利益
規申定スルルカノ如キ會場太利刑訴法又第一九條ニ係豫審探知事ハ被告ト
ノ注

起訴ノ準備及ヒ起訴

前驗告人ニ對シテ其受ケル身分上ノ關係ヲ一定シタルニ及ビ且後眞實ニ答
キ罪連又ハ輕罪ニ供述セシム開示且解之ヲ去シ及ヒ解之ヲ去シ及ヒ解之ヲ去シ
不爾凡ナル點及ヒ疑ハ原由ヲ了知シ辯且解之ヲ去シ及ヒ解之ヲ去シ及ヒ解之ヲ去シ
示得ルセトシキハ明瞭ニ對シテ訊問スルハ不カ二義又ハ被斷取調メカ
ヨ○示得ルセトシキハ明瞭ニ對シテ訊問スルハ不カ二義又ハ被斷取調メカ
認メ定タルモ移被自人然ニ對シテ訊問スルハ不カ二義又ハ被斷取調メカ
人易カニ知ニ對シテ答キ特ナル得被自人然ニ對シテ訊問スルハ不カ二義又ハ被斷取調メカ
ルハ物之件又ハ書ニ對シテ答キ特ナル得被自人然ニ對シテ訊問スルハ不カ二義又ハ被斷取調メカ
認後セ被シ告人ニ對シテ答キ特ナル得被自人然ニ對シテ訊問スルハ不カ二義又ハ被斷取調メカ
ニキ於證テ書一ノ眞否ニ對シテ答キ特ナル得被自人然ニ對シテ訊問スルハ不カ二義又ハ被斷取調メカ
審判事ハ被告ノ規定ノ人承テ物セシム所ニ在リカ提シムスルハ不カ二義又ハ被斷取調メカ
ハ被告ノ規定ノ人承テ物セシム所ニ在リカ提シムスルハ不カ二義又ハ被斷取調メカ
付取告人ノ供述ナル止簡メ申テ其分親族ト生活方シテ被告ニ對シテ訊問スルハ不カ二義又ハ被斷取調メカ
法シテ第二條スニ被ケル地ノ供述ハ更了解シ難キ言ハ括弧中ニク第一事人稱キノ旨語

被告ノコトヲ明カニスル爲メ被告人ト他ノ被告人證人又ハ
共犯ナルコト人違ヒナキコトヲ明カニスル爲メ被告人ト他ノ被告人證人又ハ
三〇三 法律ハ對質ノ手續ヲ規定セリ對質トハ事實發見ノ爲メ殊ニ被告人ノ
其他ノ者トフ相對セシメテ訊問ヲ爲シ辯解ヲ爲サシムルヲ謂フ(刑訴法第(九)條)被告
人ト對質セムシルヲ得ヘキ者ハ他ノ被告人證人ノ外參考證人鑑定人等はナリ
ハ如何ナル時機ニ於テモ將タ又如何ナル場所ニ於テモ之ヲ爲スヲ得ルモノナ
リ對質ト被告人ノ訊問ニ際シテ他ノ被告人又ハ證人等ヲ被告人ニ示スコトト
ハ手續上區別アリ後者ノ場合ハ證據物件ヲ被告人ニ示シテ訊問シタルト異ル

被告人訊問ノ
手續其三(對
質)

所ナケレハ形式上對質ナリト謂フヲ得然レトモ之ヲ被告人ニ示シテ訊問シ
タル後更ニ被告人ニ示シタル該證人又ハ他ノ被告人ヲ其場所ニ於テ訊問スル
カ或ハ双方若クハ一方ノ辯解ヲ聽クコトアラシカ當初ノ目的ハ單ニ之ヲ被告
人ニ示スニ在リシ場合ト雖モ其手續ハ對質ノ性質ヲ有スルニ至ルモノナリ(明
治三七年第一〇九〇號同年六月十七日大審院第一刑部判決ニ曰ク豫審判事カ
被告人ヲ證人ニ示シ單ニ之ヲ知ルヤ否ヤヲ訊問セシテ被告人ト對質セ
ラシメタル形跡ナク被告人ト對質セシメタルモノト謂フヲ得ス)對質ヲ以テ豫審密
行ノ原則ニ對スル例外ナリト論スル者アリ曰ク被告人ト被告人トノ對質ハ姑
ラク論セス被告人ト證人其他ノ者トヲ對質セシムルトキハ被告人カ豫審ニ於
テ如何ナル供述ヲ爲シタルヤハ證人等ノ知ル所ト爲ルカ故ニ豫審ノ秘密ヲ保
ツヲ得ス之レ對質ヲ以テ密行ノ原則ニ反スルモノナリト謂フ所以ナリト然レ
トモ所謂豫審密行トハ公衆ニ對スル密行ヲ謂フモノニシテ豫審ノ審理ヲ公開
セサルノ義ナレハ對質ハ二人以上ヲ同時ニ訊問スルモノナレハトテ之ヲ豫審
密行ノ原則ノ例外ナリト稱スルハ誤レリ對質セシムル人ノ種類及ヒ員數ニ付
キテハ法律ニ制限スル所ナキヲ以テ數十人ノ被告人ニ對シテ公訴ノ起リタル

場合ニ全數ノ被告人ヲ對質セシムルコトヲ得ヘク又被告人ト證人ト參考人ト
 ヲ對質セシムルコトヲ得ルモノナリ既ニ述ヘタル如ク對質ハ被告人ト他ノ被
 告人、證人等トヲ相對セシメテ訊問スルヲ謂フ詳言スレハ同一事件ノ共同被告
 人又ハ證人、鑑定人等ヲ同一席ニ立タシメ其中ノ一方ノ供述ニ緣リ他ノ一方ヲ
 推問スルヲ謂フ對質ノ制度ヲ非難スル學者アリ此學者ハ被告人ノ訊問制度其
 者ヲモ非難シテ曰ク被告人訊問ノ制度ハ甚タ危險ナルモノナリ答辯ノ方法ニ
 慣レス且法律ヲ知ラサル者カ急遽ニ訊問ヲ受クルトキハ其眞ニ犯シタル罪狀
 ヲ吐露スル場合ハ已ムヲ得サルモノトスルモ急遽ニ答辯ヲ爲ササルヘカラサ
 ルカ爲メ殊ニ如何ナル嫌疑ノ其身ニ繫リシヤヲ測リ知ル能ハサルカ爲メ驚愕
 憂悶セルニ際シテハ往々眞實ニ反スル答ヲ爲スコトアルヘシ通常ノ訊問ニ於
 ケルモ既ニ此危險アリ況ンヤ推問ノ程度一層峻酷ヲ増セル對質ニ於テオヤ因
 リテ生スル危險ハ更ニ大ナルモノアリ對質ハ實ニ精神上ノ拷問ナリト謂フヘ
 シト(ベンザム)曰ク被告人ノ訊問ハ被告人ニ取リテハ自己ヲ訴フル者ノ訊問ニ
 十分ナル答辯ノ準備ヲ爲スコトヲ得セシムルモ自己ノ被告ノ事件ニ危害ヲ生
 ルコトナルカレハシト雖モ多クノ場合ニ於テ被告ノ如何ナル事件ニ付キテ訴
 問スルハ知ルコトナク答辯ノ準備ヲ求メテ然ルモ訊問ヲ受ケ自己ノ行爲ナリ
 益チ害スルコト大ナルモノナリ(然リ實際ノ經驗ニ徴スルニ被告人訊問ハ絶
 對ニ無害ノモノナリト論定スルヲ得ス是ヲ以テ法律ハ既ニ説明セル如ク被告
 人訊問ニ伴フ弊害ニ備フル爲メ相當ノ規定ヲ設ケタリ(我法律ハ此點ニ於テハ
 非難ナキ歟)而シテ國家ハ犯罪ノ嫌疑ヲ受ケタル者ニ對シテハ辯解ヲ求ムル
 ノ權利アリ此權利ニ基キテ訊問ノ制度ヲ立テタル以上ハ之ヲ不當ナリトスル
 ヲ得サルノミナラス被告人ハ訊問ニ對スル答辯ヲ爲ササルノ自由ヲ有ス又誤
 ヲテ供述セルモノハ訴訟上之ヲ取消ス權利ヲ有シ縱令自白シタル事實ト雖モ
 裁判所ハ自由心證ニ從ヒ被告人ノ後ニ爲シタル自白取消ノ供述ヲ採用スルヲ
 得ヘシ(從來ノ實例ニ徴スルニ放火事件ノ如キニ在リテハ自白アリシ放火ノ事
 實者ノ非難ハ其根據ナキニ至ラン)而シテ對質ヲ以テ拷問ナリトスルハ固ヨ
 リ取ルニ足ラサルノ說ナリ對質ニ在リテハ推問ノ密ナルニ止マリ毫モ身體精
 神ニ強制ヲ加フルモノニ非ス被告人ハ對質ニ答ヘサルノ自由ヲ有シ之カ爲メ
 何等ノ苦痛ヲ加ヘラレルコトナケレハナリ

三〇四 被告人ヲ訊問スル場合ニ於テハ其訊問ニ立會フ書記ハ問答即チ訊問及ヒ供述ヲ錄取シテ調書ヲ作成シ之レヲ被告人ニ讀聞カセ豫審判事ハ被告人ニ其供述ノ相違ナキヤ否ヤヲ問ヒ署名捺印セシムヘク署名捺印セシムルコト能ハサルトキハ其旨ヲ附記スヘキモノトス被告人ヨリ其供述ノ増減變更ヲ爲スヘキ申立アリテ之ヲ訊問シタル場合及ヒ對質ノ場合ニ於テモ亦同シ而シテ以上ノ場合ニ於テ作成シタル調書ニハ豫審判事及ヒ書記署名捺印シ且調書ノ作成ニ付キテハ第二十條第二十一條ノ規定ニ從フヘキモノトス例ヘハ作成ノ年月日及場所ヲ記載シ裁判所印ヲ押捺シ挿入ノ記入ニ認印シ削除ノ字數ヲ記載スルカ如シ裁判所外ニ於テ急遽ノ際書記ノ立會ヲ得ル能ハスシテ豫審判事カ立會人二名ノ立會ヲ以テ被告人ヲ訊問シタルトキハ豫審判事自ラ調書ヲ作りテ之ニ立會人ノ署名捺印其他前示ノ形式ヲ具フヘキモノトス(刑訴法條第九六條、第九九條、第九二條、第二〇條、第二一條、第二二條)書記又ハ立會人ナクシテ爲シタル處分ハ無効ニシテ書記又ハ他ノ立會人アルモ其署名捺印ヲ缺クトキハ該調書ハ無効ナリ以上説述シタルモノニ關シテハ種々ノ問題アリ以下之ヲ論究セン

(一) 被告人ニ署名捺印セシメタル後ニ供述ノ相違ナキヤ否ヤヲ問ヒ相違ナシトノ答ヲ記載シ豫審判事書記ノ署名捺印セル調書ハ有效ナリヤ否ヤ曰ク有效ナリ法文所定ノ順序ニハ反スレトモ調書ノ精確ヲ保證スル手續ニ於テ缺クル所ナケレハナリ

(二) 被告人カ苗字ヲ書セスシテ名ノミヲ書シタル調書ハ有效ナリヤ曰ク然リ署名ヲ要スル法律ノ趣意ハ本人ノ承認アリタルコトヲ證セシムルニ在ルカ故ニ苗字ヲ記載セサリシモ本人之ヲ承認シタルモノナルコト明カナル以上ハ其調書ハ有效ナリト謂ハサルヘカラサレハナリ又署名トハ固有ノ意義ニ於テハ名ノミヲ書スルコトヲ謂フモノナルニ於テヤ(明治二七年一月一六日大審院刑事部判決)

(三) 豫審調書作成ニ付キ通常ノ方式ヲ遵守スルコト能ハサル事由ノ附記カ書記及ヒ豫審判事ノ署名捺印アル箇所ノ後行ニ存在セル調書ハ有效ナリヤ否ヤ嚴格ノ形式觀ヲ以テセハ附記其者ハ書記豫審判事ノ署名捺印ヲ以テ證明セラレタルモノニ非サルカ故ニ附記ノ效ナク附記ノ效ナキ以上ハ通常ノ方式ヲ遵守スル能ハサリシ事由ナクシテ其方式ヲ缺キ作成シタル調書ト謂ハサルヘ

ガラサルモノナレトモ現行判例ハ附記事項ハ豫審調書ノ内容ヲ成スモノニ非
サレハ作成ノ通常方式ノ遵守ニ關スル記載ハ書記豫審判事ノ署名後ニ爲スモ
可ナリ該調書ハ即チ有效ノ調書ナリトノ斷定ヲ與ヘタリ(明治四三年七月七日
刑大審部判決)

(四) 被告人署名ヲ爲シタルモ捺印スル能ハサリシ場合ニ於テハ捺印不能ノ
事由ヲ特ニ附記スルヲ要スルヤ曰ク其附記ヲ爲スノ要ナシ刑訴法第九十五條
第二項ニハ署名捺印スル能ハサルトキハ其旨ヲ附記スヘキコトヲ規定スルモ
捺印ノミ不能ノ場合ニ其旨ヲ附記スヘキコトヲ規定セサルノミナラス第二十
一條ノ二ニ依レハ捺印スルコト能ハサルトキハ署名ノミヲ爲スヘシト規定シ
捺印ヲ要件トスルコトナケレハナリ

○現行判例ハ本文三二年法律第七三號ヲ以テ之ヲ改メ第一條ノ二ト爲
ナリ而シテ該法條九五條第二項第一號署名捺印スヘキ場合ニ係ル證
人等ノ如キハ捺印スヘキ改正場合ニ依リテハ當然適用セラルモノナレハ
兩條ノ二署名捺印スルコト能ハサルトキハ署名捺印スルコト能ハサルト
條ノ二署名捺印スルコト能ハサルトキハ署名捺印スルコト能ハサルト

サメ立會人ハ代署ノ事由ヲ記載シ云々トアルノミニシテ捺印スルコト能
書ヲ以テ得法ノモ
ノト謂フヲ得ス

(五) 檢證、搜索又ハ物件差押ノ場所ニ於テ被告人ヲ訊問シ其供述ヲ檢證調書
又ハ搜索或ハ差押ノ調書ニ錄取スルコトヲ得ルヤ錄取スルヲ得ルモノトセハ
被告人ノ署名捺印其他ノ方式ヲ具備スルコトヲ要スルヤ曰ク檢證、搜索、物件差
押ノ調書ト被告人訊問ノ調書トノ形式ヲ別異ニスヘキ規定ナキ以上ハ便宜上
右ノ如ク性質ヲ異ニスル事項ヲ一箇ノ調書中ニ記載スルハ不法ニ非ス右ノ場
合ニ於テハ檢證ト訊問或ハ搜索若クハ物件差押ト訊問トノ二箇ノ形式上ノ性
質ヲ有スル調書ナルカ故ニ被告人訊問調書トシテハ第九十五條所定ノ形式其
他ノ形式ヲ具備セサルヘカラス故ニ例ヘハ檢證調書中ニ被告人ノ供述ヲ記載
シタルニ拘ハラズ被告人ヲシテ署名捺印セシメサリシトキハ檢證調書トシテ
ハ無効ニ非サレトモ被告人ノ訊問調書トシテハ無効ナリト謂ハサルヘカラス
從ツテ右ノ場合ニ於テ被告人ノ供述ヲ斷罪ノ資料ニ供スルナラハ判決ノ瑕瑾
ヲ生スルモノト謂ハサルヘカラス

眞、鼻ナリト謂ハサルヘカラス然レハトテ證人ハ法官ノ眼耳鼻舌身ナリト謂フトキハ誦スルニ堪ヘサル苦澁ノ文句トナルヘシベンザムノ言ヤ趣味アリト雖モ明晰精確ナキモ法律的定義トシテハ價值ナキモノナリ

證人ヲ訊問スルハ斷罪ノ資料タルヘキ證言ヲ得ルヲ目的トスルモノナリ其間接ノ目的ハ事案ニ付キ實體的眞實ヲ得ルニ在レトモ此點ニ於テモ被告人ノ訊問トハ目的ニ到達スルノ徑路ヲ異ニスルモノナリ後者ハ被告人ノ防禦ノ行使ヲ促カシタル結果トシテ自白其他ノ供述ヲ生セシメ以テ目的ヲ達スルコトヲ得ルモノナルニ前者ハ單ニ證人ノ記憶ノ喚起ヲ促カシ以テ眞事實ノ目的地ニ到ラントスルモノナレハナリ又後者ニ在リテハ事實ヲ吐白セシムル爲メ強制ノ手段ヲ用ユルコトナシト雖モ前者ニ在リテハ其記憶ニ存スル事實ヲ開陳スルノ義務ヲ負ハシメ且宣誓ヲ以テシテ間接ニ事實ノ供述ヲ強制スルモノナレハナリ(證人訊問ニ比スレハ此點ニ於テ重要ノ程度ヲ異ニス即チ人違ノ證人ヲ告訊問セル場合ニ於ケル重大ナルモノニ都合ハ被證人訊問ハ訴訟法上單ニ證據調タルノ性質ヲ有スルノミ豫審公判ニ於テハ勿論現行犯ニ關シテ檢察司法警察官ノ爲ス證人訊問(四ヨリ宣誓モ)ハ公訴ノ存在ヲ條件トシテ訴訟手續ニ屬スルモノ

ナレトモ此他ニ於テ爲ス檢察司法警察官ノ證人取調ハ訴訟手續ニ非ス此手續ニ於テハ證人ノ任意ノ供述ヲ聽取ルコトヲ得ルノミ(發問モ答辯ヲ得ルヤ勿論ナスヲ得ス)故ニ豫審處分トシテノ證人訊問ハ訴訟手續ノ一部ヲ成ス證據調ナリ(公判上差異アリ)此證據調ニ於テハ 第一 口頭審問ノ方法ヲ用ユ即チ口頭ヲ以テ發問シ口頭ヲ以テ答辯セシム此方法タルヤ證人ヲシテ眞實ヲ包藏スルニ難カラシメ虛偽ヲ構造スルニ容易ナラシメ且證人ノ意思表示ト其領受トニ關シテ生スル錯誤ヲ少カラシムルノ實益アルモノナリ 第二 證人ヲシテ宣誓ヲ爲サシム(但例外)之レ證人ヲシテ眞實ヲ吐白セシムル主觀的手段ナリ此宣誓ハ證人ノ詐僞ノ陳述ヲ防クヘキ客觀的手段タル口頭審問ト兩々相俟ツテ事案ノ真相ヲ發見スル精確ナル證言ヲ生セシムルコトヲ得ルモノニシテ其一ヲ缺カム歟實際ニ於ケル好結果ヲ期スヘカラス若シ夫レ書面ヲ以テスル陳述ノ方法ヲ採用セリトセム歟縱令宣誓ヲ爲サシメタリトスルモ證人ハ眞實ヲ蔽ヒ若クハ詐ルニ便宜ナル兩義的曖昧的孤單餘的ノ文章ヲ用ヒテ以テ或程度迄ハ僞證ヲ爲スニ容易ナルヘク又其僞證ナルコトノ發覺シタル場合ニ於テモ誤認

或ハ代書者若クハ筆記者ノ粗漏錯誤ニ假託シテ以テ罪ヲ免ルルニ容易ナルヘシ然ルニ口頭審問ヲ用フルトキハ法官カ證人ヲ面質シ其語氣、面色、舉動ニ細密ノ注意ヲ爲シ曖昧ナル言ハ之ヲ明瞭ナラシメ前後供述ノ齟齬スルトキハ之ヲ追究シ或ハ躊躇シテ言フヲ難スルアラハ警告ヲ與ヘテ包藏スル所ナカラシムルヲ以テ偽證ヲ豫防シ事案ノ判斷ニ要スル精確ナル口頭資料ヲ提供セシムルヲ得ヘシ然レトモ口頭審問ニ依リテ生スル利益ハ偽證ノ結果ヲ防クヘキ宣誓ノ方法ナクンハ實際ニ於テ之ヲ觀ルコト稀ナルヘシ何者大膽不屈ノ者ハ勿論否ラサルモ證人ハ利慾ニ迷ヒ情誼ニ絆サルルノ餘、偽證ノ決意ヲ爲スコトアルヘク右ノ如キ場合ニハ斯道ニ熟達スル法官ノ老手腕ヲ以テスルモ眞實ヲ供述セシムルコトハ極メテ困難ナルヘケレハナリ之レ口頭審問ト宣誓トハ兩々相俟テテ始メテ證人訊問ノ目的ヲ實際ニ於テ達スルコトヲ得ルモノナリト謂フ所以ナリ而シテ此兩者ノ連結ハ刑事訴訟ニ於ケル證人訊問ノ特質トスルモノナルコトハ被告人ノ訊問ニ於テ宣誓ノ方法ヲ用ヒス又鑑定人ノ訊問ニ於テハ必スシモ口頭ヲ以テ答辯セシムル要ナキニ照ラシテ之ヲ知ルヘシ證人訊問ハ

第三者ノ實驗ヲ藉リテ事案ニ對スル裁判所ノ判斷ヲ成立セシムルモノ即チ訴訟外ノ第三者ヲ以テベンザムノ所謂法官ノ耳目ト爲スモノナレトモ之ニ依リテ生シタル證言ノ效力ハ法律上他ノ證據ニ比シ輕重ノ差異アルモノニ非ス屢々論セル如ク自由心證主義(Regime des preuves de Conviction; Grundsatz des freien Beweismündigung)ハ證言ト他ノ證據トノ間ニ效力上ノ差異ヲ立ツルコトヲ許サス又同一事件ニ關スル數人ノ證言ノ間ニモ效力ノ輕重ヲ認ムルコトナシ故ニ裁判所ハ宣誓ヲ爲シタル證人ノ證言ヲ採ラスシテ之ト相反セル宣誓ヲ爲ササル證人ノ供述ヲ採用シ又ハ一人ノ證言ノミニ依リテ犯罪事實ヲ認定スルノ自由ヲ有ス(佛國ニ於テハ大革命ノ以前ヨリ認メタリテユバチ(Dupuy)ハ一七八六年ニ起リタル一大疑獄ニ關シテ車殺ノ刑ニ處セラレタル三士ニ關スル覺書(Moite pour trois hommes Condamnes à la roue)ト題スル冊子ニ於テ此原則ノ背理ナルコトヲ攻撃セシニ當時ノ檢察總長セギエ(Seignier)ハ此冊子ノ頒布禁止及ヒ其絶版ヲ命ジシルモ則チ非難スル由ニ下ニ該冊子ノ頒布禁止及ヒ其絶版ヲ命ジシルモ則チ非難スル由ニ下ニ該冊子ヲ以テセリ曰ク正直ナル一人ハ其證言ニ依リテ一人ノ惡漢ト罪ヲ斷セシムルコト極ナリト遂ニ此人ノ惡漢ハ抛棄セララルニ至リ)

三〇六 証言ハ證人訊問ノ結果ナリ証言ハ裁判上必要ノ證據ナレトモ脆弱ニシテ危險ナル性質ヲ有ス簡單明瞭ナル事物ニ付キテスラ數人ノ感知スルモノ相一致スルコト稀ナルハ吾人日常ノ經驗ノ示ス所ナリ證人心理學 (Psychologie du témoin)ノ完備ニ近クニ從ヒ証言證據ノ缺點及ヒ危險ハ滋々明瞭ナルニ至レリ各人カ事物ヲ經驗スルニ當リ之ニ加フル注意ノ度ニハ大ナル差異アリ又事物ヲ了解スル智力ニハ甚シキ懸隔アリ智力ノ發達シ注意深キ性質ノ人ニ在リテモ事物ヲ經驗スルニ當リテハ往々ニシテ錯誤アルヲ免レヌ且經驗ノ時ヨリ日月ヲ經過スルニ從ヒ記憶ノ雜錯混亂或ハ稀薄消失ヲ來タスハ吾人ノ心理上免ルル能ハサル所ナリ心神健全ノ人ニシテ尙此缺點アルヲ免レヌ況ンヤ常性若クハ一時性ノ病的素因ヲ有スル人ニ於テヤ其証言ニ存スル缺點ハ一層多大ナラサルヲ得サルナリ視覺ノ殊ニ薄弱ナル者ノ遠距離ノ物ヲ見認メタリトノ証言聾者ニ近キ聽覺ノ不完全ナル者ノ雜聞中ニ於テ某人ノ聲ヲ聽取セリトノ証言高度ノ驚愕ノ際ニ於ケル實驗事實ノ証言大醉ノ狀況ニ於テ遭遇セル事實ノ証言等ノ精確ナラサルハ更ニモ言ハス問ハルルカ儘ニ精確ニ知ラサル

コトヲ唯々トシテ本能的ニ答フル者アリ甲事ト乙事トヲ取違ヘテ鹿忽ニ陳フル者アリ又殊ニ警戒スヘキハ事ヲ誇大ニ言フノ性質アル者又ハ妄想狂ニ近キ者ノ証言是ナリ此他証言ノ精確ナラサル場合ハ數フルニ違アラサルヘシ然レトモ是等ノ場合ニ於テハ證人ハ善意ナルカ故ニ其妄ヲ辯シ其謬ヲ正シテ適確ノ証言ニ更メシムルヲ得ルコト難カラサルヘシト雖モ利慾怨恨嫉妬愛憎畏怖等ノ感情ノ刺戟スル所ト爲リテ惡意ヲ以テ証言スル場合ニ於テハ之ヨリ生スル危險ハ實ニ測知スヘカラサルモノアリ吁自由心證主義ノ証言ニ關スル適用亦難シト謂フヘキナリ是故ニ民事ニ在リテハ証言ヲ以テ例外的證據ト爲シ他ノ證據方法ヲ備フルコトノ困難ナラサル場合ニ於テハ証言證據ヲ絕對ニ禁止スル立法例(例ハ佛蘭)アリ然レモ刑事ニ在リテハ豫設證據ノ重要ナル事實ノ證明ノ用ニ立ツニ至ラハ極メテ稀ナルヲ以テ勢ヒ証言證據ニ重キヲ置カサルヲ得サルニ至リ証言ハ民事ニ於テハ例外的證據タルノ觀アルニ反シ刑事ニ於テハ前示ノ如キ危險性アルニ拘ハラズ普通ノ證據ト爲ルニ至レリ(視證(Visu)トモ比スルニ聽證(Preuve de auditu)ハ危險性ノ殊ニ大ナルモノナリ一眼ヲ以テ視タル時ニ於テハ耳ニ依リテ聽キタルモノヨリモ確實ナリトハ佛蘭ノ便於ナリ故

ニ實務ニ從事スル者ハ聽覺ニ出ツル證言ヲ採用セントスルニ當リテハ證人情
 叫聲ヲ聽ケリト云フ時ニ於ケル風位、氣壓、距離、其他ノ音響ノ存否等數多ノ事
 事ニ之ヲ照合スルノ要アレトモ其光線ノ強度ヲ參酌セハ足レリ唯變化セル色彩
 事實ナレハ燈火ノ存否及ヒ其光線ノ強度ヲ參酌セハ足レリ唯變化セル色彩
 關ハ専門的智識ヲ採用セントスルカ必要アル場合ニ於テハ證人ノ行狀、社會上ノ地位、學識、
 經歷等ハ證言ノ信憑力ニ大ナル影響ヲ及ホスモノナレトモ宣誓ノ有無及ヒ證
 言ト其目的タル事實トノ關係ハ更ニ大ナル影響ヲ證言ノ信憑力ニ及ホスモノ
 ナリ宣誓ノ有無ニ付キテハ別ニ述フルノ要ナシ證言ト事實トノ關係ニ付キテ
 ハ傳聞證據ノ效力問題ヲ生スルヲ以テ茲ニ之レヲ論究スヘシ證言ト證言ノ目
 的ト爲ル事實トハ直接ノ關係ヲ有スルコトアリ證人カ甲ノ乙ヲ毆打スルヲ目
 撃セリトノ證言ハ即チ證言ト事實ト直接ノ關係アル場合ナリ證人カ甲ノ乙ヲ
 毆打セルコトヲ甲ヨリ聞知セリトノ證言ハ即チ證言ト事實トノ關係ノ間接ナ
 ル場合ナリ(此場合ニ於テモ毆打ノ事實ヲ如ク關係ノ意識ヲ解スルトキハ如何
 テナル場合ニモ問接的證言ハ本質ノ如ク說明セサルヘカラス)證言ト事實ト直接ノ
 關係アル場合ト間接ノ關係アル場合トハ證言ノ證據力ニハ多クノ場合ニ於テ
 事實上輕重アリト雖モ法律上ノ觀察ニ於テハ此區別ヲ立ツルヲ得ス甲カ其莫

逆ノ友ナル被告人ヨリ某人ト決闘セリトノ告白ヲ聽ケリトノ證言ヲ爲シタル
 場合ニ於テハ該證言ハ被告人カ數次ノ推問ヲ受ケテ爲シタル自白ヨリモ確實
 ナルヘケレハナリ甲カ或ル行爲ヲ爲シタルコト若クハ某所ニ於テ或ル事變ノ
 發生セルコトヲ乙ヨリ聞知セリトノ證言ハ所謂傳聞證據(Temoignage ex auditu alie
 ri)ニシテ風評ヲ耳ニセリトノ證言(Preuve par Commune renommée)ハ傳聞證據ノ一
 種ニシテ效力ノ最モ薄弱ナルモノナリ佛國ノ舊法ハ四箇ノ條件ヲ具備スルニ
 非サレハ傳聞證據ニハ證據力ナシトセリ 曰ク一、證人カ事實ニ干與セル人
 ヨリ之レヲ聞キタルコト 二、之ヲ語レル人ノ何人ナルヤヲ指示スルヲ得ル
 コト 三、之ヲ語リタル人カ少ナクトモ二人ニシテ且ツ何レモ信用スヘキ者
 ナルコト 四、之ヲ語リタル人ヨリ證言ヲ得ルコト能ハサルコト是ナリ英獨
 其他ノ國ニ於テハ傳聞證據ヲ禁セリ蘇格蘭ニ於テハ傳聞證言ニハ二箇ノ條件
 ヲ置ケリ 一、直接ノ證人カ既ニ生存セサリシコト 二、生存シタリシナラ
 ハ其證言ノ受理セラルヘキコト是ナリ傳聞證據ヲ採用スルニハ以上ノ條件ヲ
 恪守スヘシトノ法規ナシト雖モ裁判官タルモノハ之レヲ採用セントスルニ當

(五) 甲事件ニ於テ爲シタル證言ヲ僞證ナリトシテ訴退シ乙事件ノ成立シ之ヲ爲シタル證人ヲ有罪ナリトスル判決ノ確定シタルトキハ其證言ハ甲事件ニ於テ證據力ヲ有セサルヤ曰ク甲事件ノ證人ハ假令僞證ノ刑ニ處セラルルモ其證言ハ形式上適法ナル以上ハ甲事件ニ於テ之ヲ證據トシテ採用スルヲ妨ケス何者有效ニ成立シタル證據ハ形式ニ於テ缺クルモノナキ以上ハ效力ヲ有セサルヘキ謂レナキノミナラス凡ソ裁判ノ效力ハ其事件ノミニ止マリ他ノ事件ニ及フコトナキモノナレハ僞證ノ判決ト雖モ亦其效力該僞證事件ノミニ止マルヘケレハナリ或ハ曰ク刑事ノ判決ハ犯罪ノ性質犯罪ノ真正及ヒ被告人ノ罪責ニ關シテハ民事ノ判決ヲモ羈束スルコトハ既ニ判例ニ於テモ之ヲ認ムル所ニシテ其然ル所以ノモノハ刑事ノ判決ハ其事實認定ニ付キ絕對的效力ヲ有スレハナリ(明治三〇年第七四號六月一二日第一民事部判決ニ曰ク刑事ノ判決ニハナリシ明テ民事ノ判決ヲ羈束スヘキハ犯罪ノ性質及ヒ被告人ノ罪責ニ限ルコトナキモナリトアリテ我大審院ハ未タ嘗テ刑事ノ判決ニ絕對無限ノ效力ヲ認メタルコトナシ又前年九月三〇號同一年一月二日第一民事部判決ニ依レハ罪ノ判決ハ民事裁判所カ犯罪事實ヲ認ムルノ妨ケトナラサル旨ヲ列示セルカ故ニ判例ハ此說ノ根據ト爲ラサルモノナリ)殊ニ僞證ナリトノ確定裁判アリタル證言ヲ探テ證據ニ供スルコトヲ得ルモ

ノトセン歟之レ僞證ノ裁判ノ誤謬ナルコトヲ表明スルモノニシテ裁判權ノ威信ヲ傷クルコト甚シト謂ハサルヘカラス斯ノ如キ論定ヲ認許スルハ公益ヲ害スルコトモ亦大ナリト謂フヘシト然レトモ眞實ニ反スル裁判ヲシテ其效力ヲ有セシムルコトハ公益上害アルモノニシテ此點ニ於テ觀察スレハ假令裁判權ノ威信ヲ損スル虞アリトスルモ誤謬ノ裁判ヲ數箇生セシムルヨリハ寧ロ一箇ニ止ムルヲ可ナリトスヘシ而シテ刑事裁判カ犯罪事實ノ真正ニ關シテ他ノ裁判ヲ羈束スト謂フハ決シテ根據ナキ說ナリトス何者自由心證主義ノ適用アル以上ハ裁判所ハ事實認定ニ付キテハ絕對無上ノ權力ヲ有スルモノニシテ犯罪事實モ亦一ノ事實ナレハ此事實ノ有無ニ關シテハ裁判所ハ之ヲ判定スルノ專權ヲ有シ此專權ヲ制限スル規定ナキ以上ハ他ノ裁判所ノ判定ニ羈束セラルヘキ謂レナケレハナリ且刑事ノ判決ト雖モ必スシモ絕對的眞實ヲ得ルモノニ非サルカ故ニ再審ノ制度ヲ設ケ以テ其誤謬ヲ正スコトヲ許セルモノナレハ刑事ノ判決ニ論者ノ主張スルカ如キ絕對的效力ヲ有セシムヘキ理由存セサルモノナリ

ニ於テハ無効ナルヘシト雖モ被告人ノ他ノ調書或ハ證人ノ調書其他ノ原因ニ依リ先ツ被告人ヲ訊問シタルコトヲ知ルヲ得ヘキトキハ無効ニ非ス(例ハ被告所アリノ第二回調書ニ第一回ノ訊問後證人某ヲ取調ヘタルニ其方ノ供述ト異レハ證人トハ數十年來ノ知己ナル由云々トナリ豫審判事ノ訊問ノ記載ア)何者法律ハ被告人ノ訊問ヲ以テ豫審開始ノ條件トスレトモ其調書ノ有效ナルコトヲ要求セサレハナリ

(七) 甲事件ニ付キ喚問セラレタル證人カ其事件以外ノ他ノ犯罪ニ關シテ爲シタル證言ハ效力アリヤ曰ク公訴不受理ノ判決アリタル場合ニ其事件ニ於ケル證言ノ效力アルモノトスルモ本問ニ對シテハ消極的斷定ヲ下ササルヘカラス何者公訴不受理ノ原因アル事件ハ實質上訴ナカリシモノナルカ故ニ此事件ニ於ケル證言ハ效力ヲ有スヘカラサルモノナルモ證言ヲ爲ス時ニ於テハ形式上訴ノ存スルモノナリ然ルニ本問ノ場合ハ形式ニ於テモ證言ヲ爲スヘキ事件ノ存セサルモノニシテ訴ナクハ豫審判事若クハ公判裁判所ハ證言ヲ求ムルノ職權ナケレハナリ然レトモ證人カ訊問ヲ受クル事件ノ範圍外(宣誓ヲ爲シタル職權ナケレハナリ然レトモ證人カ訊問ヲ受クル事件ノ範圍外(宣誓ヲ爲シタル

義務ノ外)ナルコトヲ知リ任意ニ即チ強制ナクシテ換言セハ證言義務ノ範圍外ナルコトヲ知リテ爲シタル供述ハ檢察官ニ對シテ爲シタル供述ト同様ニ看做スヘク所謂一ノ徵憑トシテ效力ヲ有スヘシ又證言ノ當時ハ宣誓ヲ爲シタル事件以外ノモノト形式上認ムヘカリシモ其實該證言カ訴アリタル事件ト繼續犯ノ關係ヲ有スル事件ニ關シテ爲サレタルナラハ右ノ場合ニハ訴訟法上證言トシテ完全ノ效力ヲ有スヘシ

明治三五年レ第二一九號同三六年一月二〇日大審院第二刑事部判決ニ曰ク非通村役場ヨリ預リタル金百十四ノ費消ニ付テハ第一審公廷ニ於テハ檢察官ノ訴行支店事務擔任中ニ爲シタル一箇ノ繼續犯ナレハ其訴追前豫審ニ於テ取調ヘタル證人餘木源一(即外一名)ノ供述ハ金百十四ノ費消罪ニ對シテモ亦效力アリ

(八) 共犯人タルコトノ發覺前證人トシテ呼出サレ宣誓ノ上爲シタル供述ハ證據力アルヤ曰ク效力ナシ宣誓ノ爲メ眞實ヲ供述スヘキコトヲ強制セラレタル結果トシテ爲シタル供述ナルニ此強制ノ原因タル宣誓ニシテ無効ナル以上ハ其結果タル證言ノ效力ヲ有スヘキ理由ナケレハナリ(此斷定ハ宣誓能力ナキ同旨セル場合アリ)或ハ曰ハン證言ノ内容ト一ノ意思表示ナレハ宣誓ニシテ無効

ナルトキハ宣誓ナキ意思表示トシテ效力ヲ有セシムルモ可ナルニ非スヤ曰ク
否ラス宣誓ハ法律上眞實ノ表示ノ強制ナリ縱令證人カ共犯人ナル爲メ宣誓ノ
無効ナルコトヲ熟知シテ證言シタリトスルモ其證言ハ法律上強制ノ結果ト謂
ハサルヘカラサルモノニシテ此強制ノ無効ナル宣誓ニ出テタル以上ハ證言ハ
適法ニ成立シタルモノニ非サレハナリ(本問ノ断定ト前問中強制ナクシテ證言
アリタル場合ニ又後ニ論スル如ク宣誓能力アルモノヲ宣誓ヲ爲サシムルモニ非
訊問セル場合ニ其供述ノ效力アルハ是亦供述ノ結果トシテ生シタルモノニ非
ナリ)

證人能力

三〇八 證人タルノ能力或ハ地位ハ刑事訴訟法ノ支配外ニ出テサル表意能力
アル自然人ノ有スルモノナレトモ(茲ニ所謂證人トハ宣相對的ニ論スルトキハ
即チ一定ノ事件ニ對シテ其訴訟主體ヲ形成セサル若クハ其利益ヲ保護スヘ
キ地位ニ在ラサル第三者ナラサルヘカラス又意思表示ノ能力ナキ狀態ニ在ル
間ハ此地位ヲ有スルコトナシ故ニ左ノ結果ヲ生ス)

(一) 事件ニ干與スル判事、檢事、裁判所書記又ハ管テ干與セル是等裁判所ノ機
關ハ證人タルヲ得ス此断定ハ直接ニ法文ノ根據ナシト雖モ刑事訴訟法第百八

十八條ノ反面推理ヨリシテ之ヲ立ツルコトヲ得ルモノナリ蓋シ事件ニ干與セ
ル判事、檢事、書記等ヲ證人ト爲スコトヲ得ルモノナランニハ特ニ本條ニ調書ヲ
作リタル司法警察官ヲ證人トシテ呼出スコトヲ得ル旨ヲ規定スルノ要ナシ然
ルニ法律ニ特ニ司法警察官ノミニ付キ之ヲ呼出スコトヲ得ル旨ヲ規定セル以
上ハ事件ニ干與セル他ノ機關ハ之ヲ證人トスルヲ許ササル法意ナリト断定セ
サルヘカラス(舊治刑法ニハ其ニ五條第二項ニ調書說明ノ爲メ豫審判事ヲ呼
出スコトヲ許セルニ止マリ之ヲ證人ト爲スコトハ許) 又若シ訴訟主體タル資
格ト證據方法トハ相容レサルモノナリトノ說ヲ正シトセハ亦以テ前示断定ノ
一理由ト爲スヘキモノナリ(證人、鑑定人ト爲リタル者チ判事、書記トシテ職務ノ
適用セルモノナリ唯檢事トシテハ職務ノ執行ヨリ除外セシ)

(二) 其事件ノ被告人及ヒ共同被告人モ亦證人タルヲ得ス 同一事件ニ付キ
共犯トシテ一ハ通常裁判所ニ一ハ特別裁判所例ヘハ軍法會議ニ起訴セラレタ
ル被告人ハ孰レモ證人タルヲ得ス(明治三三年第一四五號同一年一
位ハ同時ニ兩立スヘカラストノ理由ニ出ツ故ニ其兩立者ノ說明サル所ナリ何

人ノ辯護權ニ其基礎事件ニハ併合事件ヲ包含セス故ニ甲乙共謀ノ事件ト甲ノ
ミニ對スル事件トヲ併合シテ起訴シタル場合或ハ別々ニ起訴シタルヲ裁判所
ニ於テ審理ヲ併合シタル場合ニハ甲ノミニ對スル事件ニ付キテハ乙ハ第三者
ナルカ故ニ證人タル地位ヲ有ス

反對ナルカ故ニ數多ノ犯罪事實ヲ包含スルモ關係アル以上併合事件トシテ一箇
事件トシテ審理スルニ必要アリテハ於テ右ノ如ク廣義ニ於テ共同被告人トシテ
有テ審問スルニ必要アリテハ於テ右ノ如ク廣義ニ於テ共同被告人トシテ
分ニ離レテ證人タルヲ以テ得ヘク併合ナルトキハ事件ノ第三者ナリト謂フルノ
末ニ重テ精確ナル説ト爲スナリトモ
ナシテ精確ナル説ト爲スナリトモ

所謂被告人若クハ共同被告人タルコトハ訊問ヲ受ケントスル時ヲ標準トシテ
定ムヘキモノニシテ既ニ被告人タリシモ免訴若クハ無罪ノ裁判アリタル場合
或ハ既ニ共同被告人タリシモ有罪ノ判決ヲ受ケ確定シタルトキハ證人タルノ
地位ヲ有ス又被告人若クハ共同被告人トシテ訴追セントスル嫌疑狀態ニ居ル
者ト雖モ未タ起訴セラレサルニ於テハ證人タルノ地位ヲ有ス(明治四三年三月
一)日大審院第一刑部判決ニ曰ク被告人ト爲ルノ資格ヲ有ス(關)現行判例ハ更

ニ一步ヲ進メテ甲ニ對シ豫審終結決定ヲ爲シタル後其共犯人乙ニ對シテ起訴
アリ該事件ニ付キ甲ヲ取調フルニ當リテハ被告人トシテ訊問スヘキモノニ非
スシテ證人トシテ訊問スヘキモノナリトセリ

明治四年三月三日第二刑部判決ニ曰ク被告國造
ニ對スル豫審決定ハ明治四年三月三日第二刑部判決ニ曰ク被告國造
ル起訴ハ該決定ノ如シト雖モ被告等ニ對スル起訴事實ハ同日ニ
告人タルハ豫審決定ノ如シト雖モ被告等ニ對スル起訴事實ハ同日ニ
付キ既ニ豫審決定ノ如シト雖モ被告等ニ對スル起訴事實ハ同日ニ
テ訊問シタル豫審決定ノ如シト雖モ被告等ニ對スル起訴事實ハ同日ニ

判例ハ尙一步ヲ進メ共犯人ト雖モ各別ニ豫審又ハ公判ニ付セラルル場合ニ
於テ其共犯人ノ一人ニ對スル公訴事實ノ審査上他ノ共犯人ヲ訊問スルノ必要
アルトキハ事實參考人トシテ訊問スヘキモノニシテ被告人トシテ訊問スヘキ
モノニ非ス何者其訊問ハ訊問ヲ受クル者ニ對スル犯罪事實ヲ審査スルニ非ス
シテ其共犯人ニ對スル犯罪事實ヲ審査スル爲メナレハナリト論ス(明治四二年
日第二刑部判決)公訴ト私訴ト被告人ヲ異ニスル場合ニハ公訴ノ被告人ハ私
訴ニ於テ私訴ノ被告人ハ公訴ニ於テ證人タルノ地位ヲ有ス(判)事檢ト異リ公訴

義務ノ本源ハ道德ニ在ラス宗教ニ存セス此義務ハ團體生活ノ必要ヨリ生セシ
ナリ道德ハ各人ニ戒ムルニ不善ヲ爲スヘカラサルコトヲ以テシ宗教ハ其犯シ
タル罪ヲ懺悔スヘキコトヲ勸ムレトモ此兩者ハ何レモ他人ノ罪惡ヲ扞發スル
コトヲ命セサルナリ之ニ反シテ法律ハ他人ノ罪惡ノ告知ヲ人ニ強制ス吾人ノ
社會ハ團體生活ノ秩序ヲ破ルヘキ事情ノ發生ヲ豫防シ破ラレタル秩序ハ速カ
ニ復舊スル手段ヲ盡スニ因リテ維持セラルルモノニシテ裁判ノ眞實ニ適スル
コト犯人ヲ罰シ無辜ヲ刑セサルコトハ秩序ヲ整齊シ團體生活ヲ維持スルノ要
件ニシテ訴訟ニ於テ第三者ヲシテ其實驗セル事實ヲ申告セシムルハ此要件ヲ
實現セシムルニ必要缺クヘカラサルモノナルヲ以テ國家ノ制度トシテ證人義
務ヲ立ツルニ至レルナリ是故ニ學者ハ證人義務ハ箇人カ社會ニ對シテ負フ義
務ニシテ任意ニ之ヲ盡ササル場合ニハ強制力ヲ加ヘテ之ヲ盡サシムヘキモノ
ナリト論明セリ(ガロイハ曰ク出頭詳言スレハ豫審判事又ハ裁判所ニ自身ヲ現
所ニシテ眞實ノ表明ニ必要ナル凡ニ事及ヒ事情ヲ明故ニ證人義務ハ裁判
陳スルコトハ箇人ノ社會ニ對シテ負フ二重ノ責任ナリト)

百八十九條ニハ何人ヲ問ハス法律ニ別段ノ規定ナキ限りハ民事訴訟ニ關シ裁
判所ニ於テ證言スルノ義務アリト明規セルモ刑事訴訟法ニハ右ノ如キ明文ナ
シ之レ私權ノ保護ヲ目的トスル民事訴訟ニ於テ證人義務ノ存スルナラハ刑罰
權ノ適用ヲ目的トスル刑事訴訟ニ於テ證人義務ノ存スルコトハ言ヲ俟タサル
ヲ以テナリ證人義務ハ單ニ犯罪事實ノ存在ヲ表明スル方面ニ於テノミ存スル
ニ止ラス嫌疑者ノ犯人ニ非サルコトヲ證明スヘキ事實ヲ申告スルコトモ亦證
人義務ノ一面ナリ法律ハ箇人ニ負ハシムルニ證人義務ヲ以テセリト雖モ犯罪
ヲ申告センカ爲メ證人トシテ訊問ヲ求ムルノ權利ヲ與ヘス之レ箇人ハ犯罪ヲ
告發スルノ權利ヲ有ス(刑訴法第五三條)ルカ故ニ特ニ右ノ如キ權利ヲ有セシムルノ要
ナキニ由ル故ニ訴訟上證人タル者ハ一定ノ權利ヲ有スレトモ此權利タルヤ證
人義務ヲ盡スニ因リテ生スルモノヲ謂ヒ證人トシテ其供述ヲ受理セシムルノ
力ヲ意味スルモノニ非ス證言拒絶ノ權利ハ證言ヲ爲ス以前ニ於テ存スルモノ
ナレハ證人ノ地位ニ伴フ權利ニ非ス此權利ハ民刑兩訴訟法ノ共ニ認ムル所ナ
レトモ(民訴法第二九七條第二九
八條刑訴法第一二五條)其拒絶ノ原因ノ範圍ヲ異ニセリ即チ刑事訴訟

法ニ於テハ其原因第一官公吏ノ職務上黙秘スヘキ義務アル事情ニ關スルトキ
 第二醫師、藥劑師、藥種商、穩婆、辯護士、辯護人、公證人、宗教者、祈禱者ノ業務上知得シ
 タル事實ニシテ黙秘スヘキモノニ關スルトキニ限ルモノナレトモ民事訴訟法
 ニ於テハ右ノ外尙六種ノ原因ヲ規定セリ之レ民事訴訟ニ於テハ實體的眞實發
 見主義ヲ勵行スルノ程度ヲ刑事訴訟ヨリモ高カラシムルノ要ナキニ由ルモノ
 ナリ此證言拒絶ノ權利ハ換言スレハ證人義務ノ免除ニ外ナラサレトモ證人無
 能力トハ之ヲ混同スル勿レ證人無能力トハ證人タラストノ權利ニ非ス故ニ無
 能力者ハ其無能力ヲ拋棄スル能ハサルモノナリ反之證人義務ノ免除ハ其免除
 ヲ受クル者ニ於テ之ヲ拋棄シテ證人タルノ義務ヲ行フコトヲ得ルモノナリ約
 言セハ證言拒絶ノ權利ヲ拋棄スルヲ得ルモノナリ即チ證人能力ナキ場合ニハ
 證人タルノ義務及其訴訟上ノ權利ハ絕對ニ生スルコトナシト雖モ證人義務ノ
 免除ヲ受クヘキ場合ニハ證人タルヘキ者ノ意思ニ依リ證言ヲ爲スコトヲ得ヘ
 ク從ツテ訴訟上ノ權利(例ヘハ供述ノ増減變更ヲ爲スノ權利)同法第一三三條ノ如シ
 ヲ有スルニ至ルヘシ又證言義務即チ供述義務ト宣誓義務トハ之ヲ混同セサル

出頭義務

ヲ要ス刑事訴訟法第二百二十三條第二百二十四條ニ列記スル者ハ宣誓義務ヲ負フ
 コトナシト雖モ裁判所ハ之ニ供述義務ヲ負ハシムルコトヲ得ルモノニシテ供
 述義務ナクハ出頭義務及ヒ宣誓義務ヲ生スルコトナシト雖モ宣誓義務ナキ
 トキハ證言義務及ヒ出頭義務ナシト謂フ能ハス以下三種ノ證人義務及ヒ其履
 行手續ヲ論究セン

三〇 出頭義務トハ訊問ヲ受クヘキ爲メ裁判所又ハ裁判所外ノ一定ノ場所
 ニ出頭シ退場ノ許可アルマテ此場所ニ留マルヘキ義務ヲ謂フ證人ハ通例裁判
 所ニ出頭ヲ命セララルモノナレトモ臨檢、搜索ノ場所ニ出頭ヲ命セララルコト
 アリ此場合ニハ裁判所ノ指定シタル場所ニ出頭スヘキモノナリ時トシテハ裁
 判所ニ出頭シ判事ニ伴ハレ裁判所外ノ一定ノ地點ニ赴カサルヘカラサルコト
 アリ此場合モ亦出頭義務ノ一變例ナリ此義務ヲ履行セサルトキハ罰金、費用ノ
 賠償及勾引ノ制裁アリ(刑一八條)法律ハ此義務ニ對シ數種ノ免除規定ヲ設ケタ
 リ(此義務ノ免除ハ羅馬法及ヒ佛國古法ニ在リテハ極メテ稀ナリ六四二年或事
 件ニ關シ皇族ヲ證人ト爲メニハ巴里法院ノ決議ヲ以テ出頭ニ於テモ此
 トナシト至リシモ之カ爲メニハ巴里法院ノ決議ヲ以テ出頭ニ於テモ此

一、議務ヲ嚴守スルヲ要セシヨリ 豫審判事ハ其所在ニ就キテ訊問ヲ爲スヘキ
ト一方ヨリ 豫審判事ハ其所在ニ就キテ訊問ヲ爲スヘキ
モテ暗ニ此制度ニ大患ヲ起シ 豫審判事ハ其所在ニ就キテ訊問ヲ爲スヘキ
リ 左ノ如シ(刑三〇條)

一、皇族 皇族證人ナルトキハ豫審判事ハ其所在ニ就キテ訊問ヲ爲スヘキ
モノトス(公判裁判所ナラハ受命判事其所在) 之レ皇族ノ尊嚴ニ對スル禮遇的規
定ナリ

二、大臣 各大臣證人ナルトキハ其官廳ノ所在地ノ裁判所之ヲ訊問シ官廳
所在地外ニ滞在スルトキハ其現在地ノ裁判所(即チ依リテ) 之ヲ訊問ス之レ國務
上ノ支障ナカラシムカ爲メニ設ケタル規定ナリ施政ノ局ニ當ラサル樞密院
議長、副議長、樞密院顧問官ハ此特典ニ浴スルコトナシ(刑訴法第一三〇條ノ大臣
定ト爲シ大任待遇者樞密院顧問官以上陸海軍大將貴族兩院議長等ニ及ホサシ
ムルヲ適當ナリト思料ス) 國民以上陸海軍大將貴族兩院議長等ニ及ホサシ
重ナリ大臣ヲ證人トスル場合ニハ地方裁判所長又ハ法院長其住所或ハ滞在
所ニ出張シ書面ヲ以テ爲シタル供述ヲ受領スルモノトス(刑訴法第五一〇條)
月一八二二勅令) 各大臣ハ出頭義務ヲ全然免除セララルモノニ非スシテ其所在地

外ノ裁判所ニ出頭スル義務ヲ免除セララルノミ
三、帝國議會ノ議員 貴衆兩院議員(議長副議長モ) 證人ト爲ルトキハ議會開
會期間中ハ議會所在地ニ滞在スル場合ニ於テハ其所在地ノ裁判所之ヲ訊問ス
故ニ帝國議會ノ議員ハ議會開會中ト雖モ議會所在地外ニ居ルトキハ此特典ニ
浴スルコトナシ本號モ亦前號ト同シク出頭義務ノ全部免除ニ非ス

四、疾病其他正當ノ事故アリテ出頭スル能ハサル證人 出頭不能ノ理由ア
ル證人ハ其理由ヲ説明スヘク説明アリタルトキハ豫審判事ハ自カラ又ハ受託
判事ニ依リ裁判所ハ受命判事又ハ受託判事ヲ以テ其所在ニ就キ訊問ス(刑一訴法
九條) 但判事ノ出張スル前ニ事故消滅セバ免除モ亦消滅ス

以上出頭義務ノ免除アルヲ願ミスシテ裁判所カ證人ヲ呼出シ訊問ヲ爲シタ
ルトキハ出頭ニ關スル手續ノ點ニ違法アルモノナルモ之カ爲メ證言自體ヲ無
効ナラシムルコトナシ何者出頭義務ノ免除ハ證人ノ地位又ハ事情ニ關シテ生
シタルモノニシテ證言ノ内容トハ沒交渉ノモノナルヲ以テ出頭ノ免除ヲ願ミ
サリシコトハ證言ノ成立ニ關スル瑕瑾ヲ成スヘキ謂レナケレハナリ

ナ受ケ之ニ應シテ訊問セラルタル後再ヒ呼出テ受ケ之ニ應セザリシコトハ法律ニ所謂再度ノ呼出ニ應セザリシニ非スシテ初度ノ呼出ニ應セザリシコトハ法關シテ度トハ同一事項ニ罰金及ヒ費用賠償ハ檢事ノ意見ヲ聽キテ決定ヲ以テ裁判ス此決定ニ對シテハ抗告ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ抗告ハ執行停止ノ效力ヲ有ス抗告ノ裁判ニ對シテハ更ニ抗告ヲ爲ス能ハス(刑訴法第一項第二項)罰金費用賠償ヲ命セラレタル者ハ抗告ノ手段ニ出テスシテ決定ノ送達ヨリ三日内ニ其裁判所ニ對シテ辯解ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ裁判所ハ檢事ノ意見ヲ聽キ辯解ニ正當ノ理由(例ヘハ呼出テ受ケタルト)アルコトヲ認ムルトキハ罰金及ヒ賠償ノ決定ヲ取消スヘキモノトス(同法第一九條第一項)豫備後備ノ軍籍ニ在ラサル軍人軍屬ニ對スル罰金及ヒ費用賠償ノ決定并ニ勾引ハ軍事裁判所又ハ其所屬ノ長官又ハ隊長ニ囑託シテ之ヲ爲スヘキモノニシテ司法裁判所ハ直ニ之ヲ科スルヲ得ス(同法第一一八條第三項)

三一二 宣誓義務ハ證言義務ニ附隨スルモノニシテ真正ノ證言ヲ爲スノ擔保タルノモノナリ證言ニシテ真正ヲ保スル能ハストセン歟斷獄上危險焉ヨリ大ナルモノナカルヘシ而シテ實際ニ於テハ宣誓ヲ爲スニ拘ハラズ眞實ニ反スル

宣誓義務

證言ヲ爲ス者ヲ看ルハ刑政上ノ一大恨事ナリトス宣誓ヲ以テスル證言ノ真正ノ擔保ハ或ハ良心或ハ神佛ニ對スル敬虔心或ハ偽證ニ科スル法律ノ刑罰ニ對スル畏懼心ノ爲メ其實效ヲ見ルモノナレハ良心痿痺シ神佛ニ對シテ忠實ノ念ナク人法ヲ輕蔑スル輩ニ對シテ宣誓ノ效ナキハ實ニ已ヲ得サル所ナリ且有意ノ偽證ハ宣誓ヲ以テ豫防スルヲ得ヘシトスルモ無意ノ偽證ニ至リテハ到底之ヲ豫防スヘキ適切ノ方策ナキモノニシテ實驗上ノ危險ハ殊ニ大ナルモノナリ宣誓ハ神ニ對シテ爲スモノナリトノ觀念ハ古來ヨリ歐洲諸國ヲ支配シ是等諸國ノ立法例ハ宗教全盛時代ノ餘響ヲ受ケ概シテ宗教ノ方式ニ從ツテ宣誓ヲ爲サシム此種ノ立法例ノ下ニ於テハ所謂宣誓トハ證人カ事實ハ眞正ヲ言明スルニ付キ神ヲ立會ハシムルノ行爲ニシテ若シ誓ニ背キテ偽證セハ神罰ヲ甘受スヘシトノ決意ヲ默示スルモノナリ我刑事訴訟法ハ良心ニ矢フヲ以テ宣誓ノ要素ト爲シ證人ヲシテ眞實ヲ述ヘシムルニ付キ神佛ヲ累ハスコトナク宗教ト法律トノ混同ヲ避ケタレトモ證言ノ眞正ヲ確保スルノ點ニ於テハ歐洲ノ宣誓制度ハ我宣誓制度ヨリモ遙カニ大ナル效力ヲ有スルモノニ非サル歟

除者ハ自己ノ利益ノ爲メニ宣誓ノ義務ノ免除ヲ受クルニ止マリ宣誓能力ヲ有
 スルモノナレハ自己ノ利益ヲ拋棄シテ宣誓ヲ爲シタル以上ハ證言ヲ肯セサル
 ニ於テハ本條ノ制裁ヲ免ルヘカラス故ニ宣誓ノ義務ナキ者カ宣誓ノ上偽證ヲ
 爲サハ刑法ノ制裁ヲ免ルルコトヲ得ス(明治四一年レ刑部第三六七號同年五月八日
 大審院第一刑部ハ偽證罪成立ノ點ニ
 付キ本文ト同一)刑事訴訟法ハ其第二百二十三條、第二百二十四條ニ宣誓ノ免除及
 ヒ宣誓無能力ノ原因ヲ制限的ニ列舉セリ從ツテ類推解釋ヲ以テ他ノ原因ヲ認
 ムルヲ許サス宣誓ヲ命スヘキ場合ニハ之ニ代フルニ他ノ方法ヲ用フルヲ許サ
 ス宗教上ノ宣誓ニ非サルカ故ニ如何ナル宗教ヲ奉スル者ト雖モ我訴訟法第百
 二十二條ノ命スル如ク良心ニ從ヒ眞實ヲ述ヘ何事ヲモ默秘セス又何事ヲモ附
 加セサル旨ノ誓ヲ宣フルニ差支ヲ生スルコトナケレハナリ(耶蘇教中クエリナカ
 パプチスト宗徒(Anabaptists)ノ其教義トシテ宣誓ヲ爲スナサス余ハ確言ス(Faithfulne)
 余ハ明約ス(Je Promets)トノ軌式ヲ認ムルノミ是ナリ以テ佛國ノ裁判例ハ右ノ確言又
 ナ明約ヲ以テ宣誓ニ代フルコトヲ許セリ又他教徒ニハ其教義ニ從ヘル宣誓式
 ナ許セリ例ヘハ猶太教ノ more judicio マホメツト宗ノコーラン聖典ノ上ニ手ヲ匿
 ノ如キ特別ナル宣誓式ヲ許ス下ニ要ナシ)

宣誓無能力

三一三 甲 宣誓無能力ハ生理上、心理上ノ機能ノ欠缺若クハ不十分ヲ原因ト

スルモノト道德上若クハ法律上ノ原因ニ基クモノトノ兩種ニ分ツヘシ前者ハ
 即チ形而下原因ニシテ後者ハ即チ形而上ノ原因ナリ刑事訴訟法第二百二十四條
 ニ依レハ左ノ如シ

一、十六歳未滿ノ幼者 幼年者ハ身體精神ノ發育十分ナラス精緻ノ知覺ト
 確固ノ記憶トヲ備フルニ未タ熟セサル者ナルヲ以テ宣誓ノ責任ヲ負ハシムル
 ハ危険ナリトシテ法律ハ十六歳ナル標準ヲ設ケ其以下ノ幼者ヲ以テ宣誓無能
 力者ト爲シタリ幼年者ハ動モスレハ幻想ニ驅ラレテ理性ニ遠カリ加之教育足
 ラス良心ノ發達不十分ナルヨリシテ自制力ニ乏シク虛偽ヲ陳ヘ易キ通癖アル
 ヲ以テ刑事ノ證據トシテハ最モ警戒スヘキモノタルナリ十六歳未滿トハ犯罪
 ノ時ニ於ケル證人ノ年齢ヲ謂フモノニ非スシテ證言ヲ求ムル當時ニ於ケル年
 齡ヲ謂フ刑事訴訟法ハ手續ヲ規定セル法律ナレハ特ニ犯罪ノ時ニ於テ十六歳
 未滿ナルトキト規定セサル以上ハ審理ノ時ニ於ケル年齢ヲ指スモノナリト解
 セサルヘカラサルモノナレハナリ故ニ犯時十六歳未滿ナリシモ訊問ノ時十六
 歳ニ達セルナラハ宣誓ヲ命スヘキモノナリ

二、知覺精神ノ不十分ナル者 生理上心理上ノ原因ノ爲メ宣誓ノ何者タルヲ知ラス其證人タル職分ノ重要ナルコトヲ理解スルヲ得ス且裁判所ニ對シテ事實ヲ精確ニ告クルコトノ不能ナル状態ニ居ル者ハ證人タルノ能力ヲ有セシムヘカラス(佛國法ニハ訊問ノ當時キモ學說判例皆一定セリ獨逸刑法第五六條第耗弱ノ爲メ宣誓ノ性質及ヒ重要ナルコトヲ第一條ハ其能ハサル者ハ宣誓セシメ又ハ精神ノ状態ニ因リ其實ヲ陳述シ能ハサル規定シハ証人トシテ訊問ノ時身體ナシト規定セリ其他ハ心惹上ノ無能力者ハ証言ノ義務)身體組織ニ缺點アルノ結果知能ノ不十分ナル者アリ身體ハ通例ナルモ白痴ノ如ク知能ノ不十分ナル者アリ反之病弱セルモ知能ノ十分ナル者アリ老衰或ハ身體不具ナルコトハ直ニ以テ宣誓無能力ノ原因ト爲ルモノニ非ス酒精中毒者一時ノ亂醉者亦同シ法律ニ所謂知覺精神ノ不十分ナルヤ否ヤハ訊問ノ當時ニ於テ事實裁判所カ專權ヲ以テ判斷スヘキ事項ニ屬シ法律問題ニ非ス

三、瘡癒者 瘡癒者ハ感官ノ不具ト知能ノ不十分トヲ兼ヌル者ナルヲ以テ法律上當然ノ宣誓無能力者ト定メタリ反之盲ト聾トヲ兼ヌルモ未タ當然ノ無

能力者ト爲ルコトナシ

四、公權ヲ剝奪セラレ若クハ停止セラレタル者 刑事訴訟法第二百二十三條第四號ニハ公權ヲ剝奪セラレ又ハ公權ヲ停止セラレタル者ト規定ス而モ公權ノ剝奪停止ハ舊刑法ノ附加刑ニシテ新刑法ニハ之ヲ規定セス又刑法施行法第十九條第二項ハ他ノ法律ノ規定中ニ於ケル剝奪公權停止公權ノ状態ニ在ル者ナシ剝奪公權ヲ以テ現時ニ於テハ純然タル剝奪公權停止公權ノ状態ニ在ル者ナシ剝奪公權停止公權ハ新刑法施行ノ日ヨリ其效力ヲ失フコトハ刑法施行法第十八條第一項ニ規定スル所ナレトモ此兩者ハ不可思議ナル變形ノ下ニ其存在ヲ保テリ何ヲカ不可思議ナル變形ト謂フ歟曰ク同法第三十四條ニ死刑無期又ハ六年以上ノ懲役若クハ禁錮ニ處セラレタル者及ヒ舊刑法ノ重罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ他ノ法律ノ適用ニ付テハ公權ヲ剝奪セラレタルモノト看做スト規定シ又第三十六條ニ六年未滿ノ懲役又ハ禁錮ニ處セラレタル者及ヒ舊刑法ノ禁錮ノ刑ニ處セラレタル者ハ他ノ法律ノ適用ニ付テハ刑ノ執行ヲ終リ又ハ其執行ヲ受クルコトナキニ至ルマテ公權ヲ停止セラレタルモノト看做スト規定セルカ

五、禁錮以上ノ刑ニ當ルヘキ事件ニ付キ公判ニ付セラレタル者 之レ刑事訴訟法第二百二十四條第五號ニ規定スル證人無能力ノ最後ノ場合ナレトモ此規定ノ立法上ノ理由ハ前號ニ比シ一層疑ハシキモノナリ證言ヲ權利トシテ觀察スルモ本號ニ該當スル證人ハ犯罪ノ嫌疑十分ナリト認メラレタルニ止マリ犯罪者ナリト確定セラレタルニ非サレハ前號ニ該當スル證人ト同視スヘクモ非ス然ラハ斯ノ如キ状態ニ在ル者ハ證言ノ免除ヲ與フヘキ理由アリヤト謂フニ毫モ其理由アルコトヲ發見スルニ由ナシ然ラハ證言無能力ノ理由如何舊治罪法草案立案者ハ曰ク「右ノ如キ原因ヨリシテ公判ニ附セラレタル者ハ有罪ノ裁判アルマテハ無辜ト推定スヘキモノナレトモ重大ナル嫌疑ヲ受ケタルモノナルカ故ニ縱シ訴追以外ノ事實ニ關スルモ其供述ノ真正ナルコトハ疑ハサルヘカラス若シ斯ノ如キ者ニ宣誓ヲ爲サシメ供述ヲ爲サシメタル後其訴追ヲ受ケタル事件ニ付キ有罪ノ判決アラハ此判決以前ニ遡リテ證言ヲ無効ナラシメサルヘカラス然レトモ證言ヨリ生セシ效果ヲ消滅セシメンニハ既ニ遲シトスル場合往々ニシテ生スヘシ之レ此種ノ無能力ヲ設ケタル所以ナリ」ト夫レ犯罪ノ

嫌疑ヲ受ケタル者殊ニ眞ノ犯罪者ハ自暴自棄ニ陥リ無責任ノ言動ヲ爲スコトアルヘシト雖モ之レ嫌疑者ノ一般的状态ニ非ス却テ密慮精思ノ人ハ一層其言動ヲ慎ムヘク且其受ケタル嫌疑ノ爲メニ細心且警戒ノ心意状態ニ居ルカ故ニ過去ノ記憶ハ一層明瞭ナルヘク證言ヲ求メラルル事件ニ付キ曖昧ノ供述ヲ爲シ間接ニ自己ノ不利ヲ來タスヲ惧ルルカ故ニ又自己ノ嫌疑ヲ受ケタル事件ニ關係ナキ他ノ事件ニ付キ眞實ヲ述フルコトハ毫モ自己ノ辯護上ニ影響スルモノニ非サレハ之ヲ述フルニ於テ忌憚ナカルヘキカ故ニ證人トシテハ最も適當ナル地位ニ居ル者ナリト謂フヘシ而シテ又斯ノ如ク公判ニ附セラレタル者ニハ證言義務ヲ免除スヘキ理由ナシトセハ又其證言ヲ利用セントスル者ヲシテ信憑力ニ關スル擔保ヲ失ハシムルモノトセハ此者ヲ以テ宣誓無能力者ト爲スハ不當ノ規定ナリト謂ハサルヘカラス余輩ハ宣誓ヲ命スルト否トヲ判事ハ裁量ニ委スルハ規定ト爲スヲ適當ナリト思料ス立法的觀察ハ以上ノ如シ今解釋的見地ニ戻リテ論スレハ法文ニ公判ニ付セラレタル者トアルカ故ニ豫審中ノ被告人ハ宣誓能力アリト謂ハサルヘカラス(被告人ハ犯罪嫌疑ノ爲メ自暴自棄ニ陥ルハ豫審ニ付セラレタル場合)

所ニ於テ無罪ノ判決ヲ受ケ再起訴ヲ受クルノ虞ナキ者ハ證言ヲ免除セラルルコトナシ

(二) 民事原告人 民事原告人トハ證言ヲ求メラルル公訴事件ニ包含スル事實ヲ原因トシテ損害賠償(後)ノ訴ヲ裁判所ニ提起シ現ニ之ヲ主張スル人ヲ謂フ約言セハ私訴ヲ爲シツツアル者はナリ此定義ニ基キ刑事訴訟上如何ナル人カ民事原告人ナルヤ否ヤヲ論究セン

(ア) 法律ハ原告タル訴訟主體ノミニ宣誓免除ヲ與フルノミ之レ訴訟ニ於ケル利害關係ノ輕少ナル者ニハ免除ヲ與フルノ要ナシト認メタルニ因ル故ニ私訴從參加人ハ自ら進ンテ參加セルト告知ニ基キ(訴訟告知ノ手續ニ從ヒ)參加セルトト問ハス又私訴代理人ハ原告ヲ代理スルト被告ヲ代理スルトト問ハス委任代理人ナルト法定代理人ナルトト問ハス公訴ニ於テハ宣誓ノ免除ヲ受クルコトナシ公訴被告人ト爲ラサル私訴被告人モ亦同シ(私訴ノ證人ト爲ル場合ニ決シ)主參加人ハ私訴ノ原告被告ヲ共同被告トスル民事原告人ナルカ故ニ宣誓免除ノ特典ニ浴スル者ナリ

明治四十二年第二〇一號民事原告人トハ公訴ニ附帶シテ刑事部裁判所ニ私訴ヲ提起スル者ハ勿論獨立シテ民事裁判所ニ犯罪事實ヲ告知加入シテ主體トシテ私訴ヲ提起スル者ハ一方補助メニ訴訟ニ參加スルモ之ニ附隨スル人ト過キサルモ訴訟ノ資格ニ依リテ第一號一號同月二日同院第一個人部判決ニ以テ私訴ヲ提起シタルモ資格ナシト云フ得ス

(イ) 私訴ノ繫屬ハ公訴ノ附帶トシテ繫屬スルコトヲ必要トセス苟モ公訴事實ヲ原因トシテ或裁判所ニ損害賠償ノ訴ヲ爲シタル以上ハ所謂民事原告人ナルカ故ニ宣誓ヲ免除セララルモノナリ故ニ行政裁判所ニ訴ヲ提起セル者ト雖モ此場合ニ依リテハ茲ニ所謂民事原告人ト爲ルコトアリ例ヘハ官吏カ官文書ヲ偽造行使シテ民有地ヲ官林ニ編入セル場合ニ於テ該地ノ下戻ヲ目的トスル行政訴訟ノ提起アラハ此訴訟ニ於ケル請求ハ廣義ニ於ケル損害賠償ノ請求ナレハ此行政訴訟ノ原告カ官文書偽造行使事件ニ付キ證人トシテ訊問ヲ受クルニ當リテハ宣誓ヲ爲サシムヘキモノニ非ス然レトモ單ニ私訴請求ニ關シ和解ノ申請ヲ爲シ又ハ支拂命令ヲ申請シタルノミニテハ所謂民事原告人ト爲ラス

コト論ハ俟タズ然レハ本條件ニ豫審ニシテ効力ナキモノナル信カ

ナシ探テ断罪ノ資料ト

證明治三六年ノ第二四〇三號同年十二月十五日訊問ニ係ルコトハ

證人トシテ訊問ヲ受ケタル後同日中ニ犯罪ヲ原因トスル損害賠償ノ訴

ヲ民事裁判所ニ提起スルモ其訊問ハ民事原告人ト爲ラサル以前ナレハ其爲シ

タル宣誓ハ適法ニシテ之ニ基ケル證言モ適法ナリ

明三治四年ノ第七二號同年十月十日同院第二刑部判決ニ曰ク右石濱

ノシテ訊問ヲ受ケタル以前ニ在リタル後民事訴訟ヲ提起シタル中ニ見ヘキモ

人ナ相當トスルナリト謂フコトヲ得ニハ證

(オ) 現ニ證言ス可キ事件ニ包含スル事實ニ基キテ私訴ヲ爲シタル場合ニ非

サレハ證人ハ宣誓ヲ免除セラルルコトナシ故ニ犯罪事實ニ起因シテ民事ノ訴

ヲ爲スモ損害賠償ノ請求ニ非サル以上ハ此民事訴訟ニ於ケル原告ハ其事實ヲ

包含スル公訴ニ於テ證人ト爲ル場合ニハ宣誓ノ義務アリ例ヘハ賃借人カ其賃
借家屋ニ放火セラレ其重要部分ヲ燒燬セラレタル爲メ賃借ヲ爲シタル目的ヲ
達スル能ハサルコトヲ原因トシテ賃借解除ノ訴ヲ起スモ放火犯人ニ對スル
公訴ニ於テハ宣誓ノ上證言ヲ爲ササルヘカラス又損害賠償請求ノ原因タル事
實ハ公訴ノ事實ト密接ノ關係ヲ有スルニ止リ公訴事實自體ニ非サルナラハ此
訴ノ原告ハ公訴事實ニ關シテ證言ヲ爲スニ當リテハ宣誓ヲ爲ササルヘカラス

明三治三六年ノ第一四〇八號同年一月一日同院第一刑部判決ニ曰ク大
津金兵衛ハ被告ニ對シテ利金請求ノ訴ヲ提起シ居ルモ本件偽造文書行使ニ
依リケレハ法律ニ損害賠償ノ請求人ニナルコト非ス
當明事者間ノ訴訟關係一六八號同年二月九日同院第二刑部判決ニ曰ク
モキハ終令其訴訟事件トケル原告ノ的タル犯罪事實トノ間ニ訴訟率連
付テキ證人ト爲ル格モ非トナカレハ公訴ハ論破者ハ刑部判決ニ曰ク
除スヘキ場合ヲ第五七號同年六月八日同院第一刑部判決ニ曰ク所謂
段事因テ名敗ハ承テ買ラレタル結果自己請求ニ在リテ其頭代物人辨告
ニ引渡ス即チ中略本件被告ノ犯罪事實ヲ基礎トシ其義務ヲ履行シテ至成