

一 裁判所ニ確定其他正當ノ事由ニヨリ公訴事件ヨリ脱退セサル以上ハ縱令ニ
二 裁判所ニ被告トシテ繫屬セサルモ總テ刑訴法第一二三條第二號以下ニ
三 所謂被告
四 民事原告人ニ付キテモ亦同一理論ニ從フヘシ詳言セハ一箇ノ犯罪事實ノ被

害者カ共犯者ノ一人ノミニ對シテ私訴ヲ爲シタル場合ト雖モ他ノ共犯者ニ對
スル關係ニ於テモ宣誓ヲ免除スヘク既ニ私訴ヲ爲シタル以上ハ共犯者カ他ノ
裁判所ニ繫屬シ其裁判所ニ私訴ヲ爲ササリシトキト雖モ亦同シ法人タル會社
ト其社員トハ縱令無限責任ヲ負フ場合ト雖モ別箇ノ人格ナルカ故ニ法人カ民
事原告人タル場合ニ於テ其社員ノ親族ハ宣誓ヲ免除セラルルコトナシ此社員
カ法人ノ代表者トシテ訴訟行爲ヲ爲ス場合ニ於テモ亦同シ又訴訟代理人若ク
ハ辯護人ノ親族ハ宣誓ヲ免除セラルルコトナシ從參加人ノ親族亦同シ之ト異
リ主參加人ノ親族ハ證言ヲ免除セラルヘシ主參加人ハ既ニ成立セル私訴ノ當
事者双方ヲ共同被告トスル別箇ノ民事原告人ニ外ナラサレハナリ

(四) 民事原告人或ハ被告人ノ後見人又ハ民事原告人或ハ被告人ノ後見ヲ受ク
ル者 後見人トハ民法ノ意義ニ從フ故ニ親權者ハ後見人ニ非ス然レトモ常ニ

前號ノ親族ニ該當ス未成年ナル妻ノ夫ハ後見人ノ職務ヲ行フモノナレトモ後
見人ニ非サルカ故ニ第一二三條第三號ノ適用ナク第二號ニ從ヒテ宣誓ヲ免除
スヘキモノトス民事原告人或ハ被告人ノ後見人若クハ其後見ヲ受クル者ハ骨
肉ノ親族ヨリモ一層親密ナル關係ヲ有スヘク然ラサルモ殆ト骨肉ノ親族ニ近
キ關係アルモノナレハ其利益ヲ顧ミス眞實ヲ露陳スルハ人情ノ至難トスル所
ナレハ法律ハ之ヲ遇スルコト親族ト同クシ宣誓ノ義務ヲ課セス證言ヲ強要セ
サリシナリ後見關係ハ訊問ノ當時存在スルニ非サレハ宣誓免除ノ原因ト爲ラ
サルモノニシテ過去ニ於テ存セル後見關係及ヒ未來ニ於テ後見關係ヲ生スヘ
キ狀況ハ宣誓免除ノ原因ト爲ラス又宣誓免除ノ原因タル後見關係ハ後見人ト
被後見人トノ間ニ其效力ノ存スルニ止マリ一方ト他ノ一方ノ親族或ハ双方ノ
親族ニ其效力ノ及フコトナシ又後見監督人ハ往々被後見人トハ親密ノ關係ヲ
有スルモノアルヘシト雖モ被後見人ニ對スル公訴事件其提起セル私訴事件見
人ニ對スル公訴ハ勿論ニ付キ宣誓ヲ免除セラルルコトナシ學校ニ對スル學生ノ保證人雇
主ニ對スル雇人ノ身許引受人等ハ學生雇人等ノ公訴又ハ私訴事件ニ付キ證人

ト爲ルトキハ宣誓ノ義務ヲ負フモノナリ私訴當事者ノ共同義務者共同權利者
償還義務者亦同シ然レトモ以上ノ者ハ民事原告人又ハ被告人ト雇人或ハ同居
人タルノ關係アラハ此原因ニ基キ宣誓ヲ免除セラルルコト勿論ナリ

(五) 民事原告人又ハ被告人ノ雇人 刑事訴訟法第一二三條第四號ニ所謂雇人
トハ雇傭關係ノ當事者双方ヲ謂フ者ニ非サルハ勿論勞務ヲ供スル一方ト雖モ
一時的ノ勞務供給者ヲ指稱セス又公務上ノ關係ニ於ケル勞務供給者ヲ包含セ
ス所謂雇人ノ定義ヲ下スニハ困難ナルモ下ノ如ク述レハ或ハ完全ナル定義ニ
遜カラン乎曰ク宣誓ヲ免除セラルヘキ雇人トハ雇傭契約ニ基キ僱人ヲ主人ト
シテ之ニ對シ服從關係ノ下ニ一定ノ期間直接ニ自己ノ勞務ヲ供給スル者ヲ謂
フ故ニ 第一箇人間ニ現ニ雇傭關係アルコトヲ要シ 第二服從關係ヲ有スル
コトヲ要シ 第三其關係ノ一定ノ期間繼續スヘキモノタルヲ要シ 第四其關
係ノ契約ヨリ生シタルコトヲ要ス 第五現ニ其關係ノ存スルコトヲ要ス以上
ノ要件ノ適用ニ關シテ說示セハ下ノ如シ

(一) 差配人ノ如キハ雇人ニ非ス何者所有者ノ囑託ニ依リ家屋土地ノ賃借料

等ノ取立ヲ爲スモノニシテ報酬關係アルモ雇傭關係服從關係ナケレハナリ

(明治二〇九年第五四號刑部判例) (二) 雇主ハ雇人ト雇傭關係ヲ有スレトモ之ニ服

從スル者ニ非ス故ニ證人タルニ當リ宣誓義務ヲ免除セラルルコトナシ(明治

三年第一一四八號同年六月二日大審院第一刑部判決) (三) 留守居ノ如キ時ニ賃銀ヲ受ケ仕事ヲ爲スモノ

ナテ雇主カ雇人ノ規定ニ非ス(三) 留守居ノ如キ時ニ賃銀ヲ受ケ仕事ヲ爲スモノ

ノ如キ臨時或ル事項ノ爲メ雇入レラレタル者ノ如キハ雇人ニ非ス(明治三〇年

第一號同年一月七日第一刑部判決) (四) 官吏ハ雇人ニ非ス(明治三〇年

第一號同年一月七日第一刑部判決) (四) 官吏ハ雇人ニ非ス(明治三〇年

第一號同年一月七日第一刑部判決) (四) 官吏ハ雇人ニ非ス(明治三〇年

第一號同年一月七日第一刑部判決) (四) 官吏ハ雇人ニ非ス(明治三〇年

第一號同年一月七日第一刑部判決) (四) 官吏ハ雇人ニ非ス(明治三〇年

第一號同年一月七日第一刑部判決) (四) 官吏ハ雇人ニ非ス(明治三〇年

第一號同年一月七日第一刑部判決) (四) 官吏ハ雇人ニ非ス(明治三〇年

第一號同年一月七日第一刑部判決) (四) 官吏ハ雇人ニ非ス(明治三〇年

第一號同年一月七日第一刑部判決) (四) 官吏ハ雇人ニ非ス(明治三〇年

第一號同年一月七日第一刑部判決) (四) 官吏ハ雇人ニ非ス(明治三〇年

第一號同年一月七日第一刑部判決) (四) 官吏ハ雇人ニ非ス(明治三〇年

第一號同年一月七日第一刑部判決) (四) 官吏ハ雇人ニ非ス(明治三〇年

第一號同年一月七日第一刑部判決) (四) 官吏ハ雇人ニ非ス(明治三〇年

第一號同年一月七日第一刑部判決) (四) 官吏ハ雇人ニ非ス(明治三〇年

第一號同年一月七日第一刑部判決) (四) 官吏ハ雇人ニ非ス(明治三〇年

第一號同年一月七日第一刑部判決) (四) 官吏ハ雇人ニ非ス(明治三〇年

第一號同年一月七日第一刑部判決) (四) 官吏ハ雇人ニ非ス(明治三〇年

供述義務

境ニ陥ルコトナケレハナリ宣誓義務アル者ニ違法ニ之ヲ爲サシメサリシ場合ニ於テモ其供述ハ證據力ヲ失フモノニ非ス

三一六 供述義務ハ證人義務ノ第三ニシテ訊問ニ對シ事實ノ知不知ヲ真正ニ述フルノ義務是ナリ知レル事實ヲ知ラスト陳述シ知ラサル事實ヲ知レルモノノ如ク僞リテ陳述シ知レル事實ヲ其認識ニ反シ變形シテ陳述スルハ即チ供述義務ノ違背ニシテ故意ト宣誓トノ他ノ二要素ヲ具備セハ所謂刑法上ノ犯罪ヲ構成ス(刑法第一六九條三月)宣誓義務ナキ者ハ供述義務ヲ免除セラレタルニ非ス唯供述義務ニ背クモ僞證其他ノ制裁ヲ受ケサルノミ供述義務ト宣誓義務トハ別物ナルコトハ宣誓ヲ爲スモ供述ヲ爲ササレハ刑事訴訟法ノ制裁ヲ受クヘク縱令眞實ヲ述フルモ宣誓ヲ爲ササレハ亦同法ノ制裁ヲ免レサルニ徴シテ之ヲ知ル可シ(同法第一二六項)又法律ハ宣誓無能力者宣誓免除者ニ供述義務ヲ負ハシメ宣誓能力者ニ供述義務ヲ免除スルコトアルニ徴シテ之ヲ知ルヘシ宣誓義務ナキ供述者ハ其良心ニ從ヒ此義務ヲ盡クスヘキヤ否ヤヲ決スヘキモノニシテ法律ノ手段ニ依リテ義務ノ履行ヲ強要セラルルコトナシ供述義務ヲ免除セラ

レタル宣誓能力者ハ單ニ宣誓ノミヲ爲スヘキモノニ非ルカ故ニ供述ノ義務ヲ免除セラレタル結果トシテ宣誓ノ義務ヲ免除セララルルヤ勿論ナリ而シテ供述義務免除者ハ自己ノ利益ヲ拋棄シテ供述ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ右ノ場合ニハ宣誓ヲ爲スト否トハ其隨意ナリ而シテ供述ノ免除ヲ受クル他位ニ在ル者ニハ刑法上其秘密ヲ嚴守スルノ義務ヲ負フ者アリ此義務ニ背ケハ同法第三百四十四條ノ制裁ヲ受クヘキ者ナレトモ裁判所ノ訊問ヲ受クル場合ニ證言免除ノ利益ヲ拋棄シ秘密事項ヲ露陳スルモ同條ノ制裁ヲ受クルコトナシ(刑三法一三)反之供述義務ノ免除ヲ受クル者ト雖モ證言拒絕ノ原因タル事實ヲ開示シテ之ヲ説明スルコトナク裁判所ノ呼出ヲ無視シテ出頭セス或ハ出頭スルモ其理由ヲ述ヘスシテ單ニ宣誓若クハ供述ヲ拒絕セハ刑訴法第一百八條或ハ第一百二十六條ノ制裁ヲ受ケサルヘカラス證言拒絕ノ理由ナシトシテ拒絕ノ申立ヲ棄却スル決定ヲ受ケタル後證言ヲ肯セサレハ亦罰金若クハ科料ノ制裁ヲ受ケサルヘカラス(刑訴法第一二六條)民訴法第(鑑定ヲ爲シタル者ハ其鑑定ヲ爲シタル事項ニ關シテ證人トシテ訊問セララルコトアリ右ノ場合ニ於テハ刑事訴

訟法上通常ノ證人トモ區別アルコトナク證人トシテ供述ノ義務ヲ負ヒ又出頭及ヒ宣誓ノ義務ヲ負フモノナリ證人呼出ノ手續ニ違法アリシナラハ例ヘハ呼出狀ノ送達ト出頭トノ間ニ二十四時間ヲ存セサリシナラハ右證人ハ裁判所ニ出頭スルモ訊問ニ答フルヲ拒ムコトヲ得ヘシ何者適法ナラサル呼出ハ證人ヲシテ法律上供述義務ヲ履行スヘキ状態ニ置カサルモノナレハナリ然レトモ證人カ右ノ異議ヲ主張セスシテ供述ヲ爲シタルナラハ茲ニ適法ノ證言ノ成立スルモノニシテ之ヲ斷罪ノ資料ニ供スルモ違法ナリトスルヲ得ス裁判所ハ證人訊問ノ必要不必要ヲ定ムル職權アレトモ證言義務ヲ免除スルノ職權ナシ(宣誓義務亦)故ニ證言拒絕ノ申立ヲ爲シ之ヲ正當ナリトスル決定アリタル場合ト雖モ其原因存セサリシコトヲ發見セハ他ノ審級ニ於テハ勿論同一審級ニ於テモ同一事件ニ付キ證言ヲ爲サシムルコトヲ得ルモノナリ民事訴訟法ニハ證人忌避ノ制度アリ原告被告ハ宣誓免除ノ原因アルトキハ證人ヲ忌避スルコト得ルモノニシテ忌避ノ申請ヲ正當ナリトスル裁判アレハ證人ハ全然供述ノ義務ヲ免ルルモノナントモ(民事訴訟法第三〇條刑事訴訟法ハ絕對的眞實發見主義ヲ採ル

供述義務ノ免除

モノナルカ故ニ訴訟當事者ニ右ノ權利ヲ與ヘス

三二七 供述義務ヲ免除セラルル者ノ種類ニ付キテハ各國ノ立法例其範圍ヲ異ニスレトモ僧侶辯護士ハ供述義務免除者中ニ數ヘラルルヲ常トス(例ハ法第一〇五條第一五二條(勃牙刑訴)而シテ證言免除者ハ自己ノ供述義務免除ノ利益ヲ拋棄スルヲ得ヘク右ノ場合ニハ其證言ヲ採用スルヲ得ルノ主義ト之ヲ拋棄スルヲ許サシテ證言免除者ノ爲シタル證言ハ絕對ニ證據タルノ效力ヲ有セシメサルノ主義トアリ(例ハ獨逸刑訴法ノ如キハ前考ニ屬シ(同法第五二條)勃牙刑訴法第四〇六條(後考ニ屬スルモノト決セラレタリ)我刑訴法ハ第一ノ主義ヲ採レルコトハ既ニ述ヘタル如シ(此斷定ノ直接ノ根據トスルヘキ條文ナシ)法ノ比較論究ニ在リ同法第二九條第二項ニハ證言ヲ拒ムコトヲ第一號第二號ニシメタルコト右ノ如ク默秘義務ノ免除ヲ認ムル以上ハ證言自體ニ證據力ヲ有シ絕對的眞實發見主義ニ基礎トスル刑訴法ニ於テ然ラシサルヘキ謂レナシ(然其供述義務ヲ免除セラルル者左ノ如シ

一 官吏若クハ官吏タリシ者

二 公吏若クハ公吏タリシ者

官吏、公吏トハ刑法第七條ニ所謂公務員ニシテ公務員ハ現ニ從事スル職務ニ關シテ黙秘スヘキ義務アル事情過去ニ於ケル職務ニ關シテ黙秘スヘキ義務アル事情現ニ公務員ナラサルモ過去ニ於テ從事セル公務ニ關シテ黙秘スヘキ義務アル事情ノ附纏スル事實ニ付キ證言ヲ拒絕スルヲ得ルモノナリ

三 醫師又ハ醫師タリシ者

四 藥劑師又ハ藥劑師タリシ者

五 藥種商又ハ藥種商タリシ者

六 產婆又ハ產婆タリシ者

七 辯護士又ハ辯護士タリシ者

八 辯護人又ハ辯護人タリシ者

九 公證人又ハ公證人タリシ者

十 宗教若クハ祈禱ノ職ニ在ル者又ハ管テ此等ノ職ニ在リシ者

以上三乃至十ニ掲クル者カ其事務トシテ取扱ヘル事項ニ關シ知得セル事實ニ

シテ黙秘スヘキ事實トハ未タ公知ノモノト爲ラサル事實ヲ謂ヒ一ニノ場合ニ於テハ證言ヲ爲スヘキ官吏、公吏又ハ其上官ニ於テ黙秘スヘキ事情アリト認めタルモノナルコトヲ要シ官吏、公吏ハ此事情ヲ存スルモノト認ムルモ其上官カ黙秘ノ要ナシト認めタルトキハ官公吏ハ其上官ノ意見ニ從ハサルヘカラス即チ上官ハ證言ヲ爲スヘキ官公吏ニ對シ黙秘義務ヲ免除スヘキ職權ヲ有スルモノニシテ右ノ如ク上官カ黙秘ノ免除ヲ與ヘタルトキハ官公吏ハ證言拒絕ノ權利ヲ失フ(民法第九九條ニハ此點ニ付キ特ニ明規セラルモ是レ當然ノコトトシテ訴訟法ニ規定スルノ要ナキモノナリ故ニ刑訴法ニハ民訴法ノ如キト明文ナシ)裁判所ハ黙秘スヘキ事情アリヤ否ヤヲ判斷スルノ職權ナシ故ニ裁判所カ黙秘スヘキ事情ノ存セサルモノト認ムル場合ニ於テモ黙秘ノ義務ヲ免除セサルトキハ證言ヲ爲サシムルニ由ナキモノナリ官公吏ヨリ黙秘スヘキ事情アルモノナレトモ裁判上ノ利益ノ爲メニ證言ヲ爲スヘシト申立テタルトキハ其上官ノ免除ナキ場合ト雖モ裁判所ハ其證言ヲ聽クヲ得ヘク右ノ場合ニ於ケル證言ハ完全ノ證據力ヲ有スルモノナリ之レ證言拒絕ハ證人ノ權利ニシテ裁判所ニ對スル證人ノ義務ニ非サルヲ以テナリ三乃至十ノ場合ニ於テハ證人ト爲

ルヘキ者ニ秘密ヲ託セル本人カ之ヲ他人ニ知ラシメサルコトニ付キ利益ヲ有
スルコトヲ要ス然レトモ本人カ他言ヲ禁シタルコトヲ必要トセス又既ニ二
ノ人ニ本人ヨリ之ヲ告ケタルヲ以テ黙秘ノ利益既ニ消滅セリト爲スヘキモノ
ニ非ス更ニ進ンテ論究スヘキハ本人カ他言ヲ禁シタルトキハ其實事ヲ他人ニ
知ラシメサルニ付キ利益ノ存スルモノト認メサルヘカラサルモノナルヤ換言
スレハ證人又ハ裁判所ハ其利益ノ存在ヲ否定スル能ハサルヤ又本人カ他言ヲ
禁セサルモ證人ノ意見ニ於テ黙秘スルヲ以テ本人ノ利益ト爲ス場合ニハ裁判
所ハ證言ヲ命スルヲ得サルヤノ點ニ在リ曰ク否ラス裁判所ハ是等ノ證人カ或
ル事實ヲ黙秘スルコトハ之ニ關係ヲ有スル本人ノ利益ニ影響ナキモノナルヤ
否ヤヲ判斷スルノ職權ヲ有スルモノニシテ或事實ヲ表白スルコトカ毫モ本人
ノ利益ヲ害セスト認メタルトキハ拒絕ノ權利ナシトシテ證言ヲ命スルコトヲ
得ルモノナリ此點ハ一ニ場合ト異ルモノニシテ此二箇ノ場合ニ在リテハ黙
秘ノ義務アリヤ否ヤノ判斷權ハ裁判所ニ屬セスシテ證人ト爲ルヘキ者ノ上官
ニ屬スレトモ三以下ノ場合ニ於テハ其判斷權ハ裁判所ニ屬スルモノナリ而シ

テ此差異タルヤ前者ニ在リテハ證言スヘキ事項カ軍機、外交上ノ秘密等ニ關ス
ルコトアリテ國家ノ重要ナル政務ニ影響ヲ及ホスヘキモノニシテ司法裁判所
カ是等ノ點ニ付キ判斷スルハ困難ナルノミナラス司法裁判所ヲシテ之ニ對ス
ル判斷ヲ爲サシムルトキハ國務ヲ阻害スルノ結果ヲ生スルノ危險アレトモ後
者ニ在リテハ秘密ヲ要スルヤ否ヤハ私人的生活關係ヲ基礎トシテ判斷スヘキ
モノニシテ其判斷ハ困難ナラサルノミナラス其判斷ヲ證人又ハ本人ニ委セン
歟往々ニシテ言フ本人ノ利益ニ假託シ秘密ヲ要セサルコトニ付キテモ黙秘ノ
義務アリト主張シ以テ證言ヲ免レント試ミ却テ裁判ノ進行ニ阻害ヲ加フルノ
弊ヲ生スヘキヲ以テ後者ニ在リテハ前者ト異リ黙秘ノ事情存スルヤ否ヤノ判
斷權ヲ裁判所ニ與ヘサルヘカラストノ理由ヨリシテ以上ノ差異ヲ生セシナリ
此差異ハ後ニ説明スル如ク手續上ノ差異ヲ生ス而シテ證言ノ拒絕ハ證人ノ權
利ナルカ故ニ拒絕ノ理由ノ眞ニ存スル場合ト雖モ證人カ拒絕權ヲ行使セスシ
テ證言ヲ爲スナラハ該證言ハ適法ナルモノナリ現行法ニ於ケル官公吏ノ證言
拒絕權ハ其拒絕ノ原因ニ付キテ制限ヲ置カサルヲ以テ實際上濫用セララルル虞

附記ヲ爲シタルコトヲ形式上認ムルヲ得レハ足ル宣誓書ハ證人ノ署名捺印ス
 ヘキ文書ナレトモ證人ノ自ら作成スヘキ文書ニ非ス(明治三〇年第六三二號同
 判決ニシテ證人自誓書ハ證人ノ署名捺印ヲ要スル)又手續上書記ノ作成スルモ
 ナレトモ刑訴法第二十條ニ所謂官吏ノ作成スヘキ文書ニ非ス(明治三〇年三月第
 二日同院第一刑部判決ニ曰ク宣誓書ハ官吏ノ作成スヘキ性質ノモノニ非
 レハ刑訴法改正第二部一條ヲ適用スヘキモノニ非ス何者挿入削除等ノ場
 合ニ非
 宣誓ノ方式ニ屬シ作成者ノ資格ヲ表示スルモノニ非ス又書記ハ法律上自己ノ
 名ニ於テ之ヲ作成スルモノニ非ス故ニ宣誓書ニハ刑事訴訟法第二十條第二十
 一條ノ適用ナシ又右ノ如ク宣誓書ハ一種特別ノ文書ナルカ故ニ同法第二十
 一條ノ二ニ違背スル所アルモ證人ノ宣誓書タルコト明カナル以上ハ無効ニ非ス
 ト謂フヘシ

明治三九年四月二日第八六號同院四月四日同院第二刑部判決ニ曰ク證人
 書ト宣誓書トハ第一箇ノ書類ニ非スト雖モ二者接シテ相離ルヘカク證人
 取シタルレハ宣誓書ニ署名セル記載ト記レハ其宣誓書タル證人ノ供述ヲ
 ナルヲ以テ宣誓書ニ記レハ氏名ヲ記載セサルモ其宣誓書タル證人ノ供述
 ヲ得ス同三五年四月二日第一五號同院一月二三日同院第二刑部判決要旨

刑訴法第二一條ノ二ハ刑訴法第九二條第一二二條ノ調書ニ當然其適用
 ヲ及同條ニ依レハ捺印ナキ理由ノ記載ニ缺クル所アルモ違法ニ非サル
 ヲ以上ハ署名捺印ヲ無効ノ制裁ナキカ故ニ證人ノ宣誓書ナルコト明カナル
 ヲ得スル

刑訴法第二百二十三條ハ宣誓ノ式文ヲ規定シタルニ非ス宣誓書ノ意義カ法律
 ニ規定スルモノニ適合スル以上ハ文章カ法條ニ記載スル所ニ異ルト雖モ違法
 ニ非ス(前顯三九年四月二日第八六號同院第一刑部判決第二)豫審調書ニ宣誓書ヲ
 讀聞セタリトノ記載ナキモ適式ノ宣誓書ノ添付シアレハ右手續ハ履踐セラレ
 タルモノト認メサルヘカラス(明治四〇年四月二日同院第一刑部判決)宣誓ヲ爲サシメ訊
 問ヲ爲シタル後新ナル共同被告人ノ追加セラレ或ハ新事件ノ追加セラレタル
 場合ニハ更ニ宣誓ヲ爲サシメサルヘカハサルモ右ノ如キ事情其他宣誓ノ效力
 ニ影響ヲ及ホスヘキ事情ノ發生セサル以上ハ同一事件ニ付キ一度宣誓ヲ爲サ
 ハ後日訊問ヲ爲ス場合殊ニ受命判事又ハ受託判事ニ依リ同一事件ニ關シ同一
 證人ニ對シ訊問ヲ爲ス場合ニ於テハ更ニ宣誓ヲ爲サシムルノ要ナシ(明治四一
 年四月二日同院第一刑部判決ニ曰ク所論ノ證人ロドルフハ初
 四本號同年一月二三日同院第一刑部判決ニ因リ神戸地方裁判所ニ於テ同
 四本號同年一月二三日同院第一刑部判決ニ因リ神戸地方裁判所ニ於テ同

裁判所豫審第二回ノ訊問ニ受ケタル際宣誓ヲ爲シ其後重テ横濱地方裁判所ニ於テ第二回ノ訊問ヲ受ケタルモノナレハ更ニ宣誓ノ必要ナキモノナリ故ニ同裁判所ニ於テ宣誓セサルハ同一ノ公訴ニ付キ同一裁判所ニ於テ訊問スル場合ト雖モ公訴不受理若クハ免訴ノ裁判アリテ更ニ起訴シタル場合ニ於テハ形式上別事件ト爲ルカ故ニ更ニ宣誓ヲ爲サシメサルヘカラス反之管轄違ハ裁判ヲ爲シ上級裁判所ヨリ事件ノ差戻ヲ受ケタル場合ニ於テハ更ニ宣誓ヲ爲サシムルノ要ナシ又宣誓ヲ爲シタル證人カ民事原告人ト爲リ宣誓證人タルノ資格ヲ失フモ其後私訴ヲ取下ケ證人資格ヲ回復シタル場合ニ於テハ前ニ爲シタル宣誓ハ復活ス(明治三五年レ第八一六號同年六月)又同一事件タル以上ハ檢事カ公訴ノ内容ニ關スル事實上ノ主張ヲ變更スルモ或ハ裁判所カ輕罪トシテ受理シタル事件ヲ檢事ノ申立ニ依リ又ハ職權ヲ以テ重罪トシテ裁判スヘキコトヲ宣言シテ手續ヲ進行スル場合ニ於テモ其以前ニ於テ爲シタル宣誓ヲ以テ足レリトシ此證人ヲ訊問スル場合ニ更ニ宣誓ヲ爲サシムル要ナシ(明治三七年第九年九月二六日同院第二刑事部判決ニ曰ク謀殺未遂ノ起訴ニ付キ證人ヲ訊問タル後檢事ハ該所爲ハ證據強奪ノ目的ニ出テタルモノナリ且證據ヲ奪取シタル事實ヲ補正シタルニ過キサル場合ニ於テハ第(豫審ニ於テ訊問シタル證人ニ回ノ事證人訊問ニ付キ宣誓ヲ爲サシムル要ナシ)

ヲ公判ニ於テ訊問スル場合第一審ニ於テ訊問シタル證人ヲ第二審ニ於テ訊問スル場合事件ノ移送ヲ受ケタル裁判所ニ於テ移送前ノ審級ニ於テ訊問シタル證人ヲ更ニ訊問スル場合ニ於テハ再度ノ宣誓ヲ爲サシムヘキヤ曰ク同一事件ニ於テハ一回ノ宣誓ヲ以テ足レリトスル理論ハ何レノ方面ニモ適用アルモノトセハ本問ニ對シテハ再度ノ宣誓ヲ要セスト論斷スヘキモノナレトモ審理ノ段階ヲ異ニスル毎ニ更ニ宣誓ヲ命スヘシトハ現時ニ於ケル通説ニシテ裁判所ニ於ケル實際ノ手續モ亦此斷定ニ從ヘリ而シテ數回ノ宣誓ヲ爲サシムルコトハ證人ニ有力ナル警告ヲ與フルモノナルカ故ニ手續上ノ經濟ニハ反スレトモ實際上有益ナル斷定ト稱スヘシ豫審判事若クハ公判裁判所カ管轄違ノ裁判ヲ爲シ裁判確定シ管轄裁判所ニ於テ管轄違ノ裁判前取調ヘタル證人ヲ訊問スル場合ニハ形式上別事件ト爲ルカ故ニ又裁判所ヲ異ニスルカ故ニ更ニ宣誓ヲ爲サシメサルヘカラス通常裁判所ト特別裁判所トノ關係ニ於テモ亦同シ 四 宣誓ハ各事件毎ニ之ヲ命セサルヘカラス茲ニ所謂事件トハ一ノ罪名ヲ以テ指定セラレタル事實關係ヲ謂フ例ヘハ同一被告人ニ對シ詐欺ト竊盜ノ公訴提起

ニハ其原因タル事實ヲ開示シ且其事實ニ關スル證據ヲ申出テテ之ヲ疏明スヘキモノトス原因タル事實ノ開示トハ默秘ノ義務アル秘密事項自體ヲ開陳スルノ義ニ非ス證言ヲ爲スナラハ默秘スヘキ事實ヲ曝露スルニ至ルヘキコトヲ推斷スルニ足ルヘキ事實ヲ陳述スルノ義務ナリ拒絕理由ノ當否ノ判斷權ハ如何ナル場合ニ於テモ豫審判事ニ屬スルヤ佛國大審院ノ判例ハ裁判所ハ證人ノ證言ヲ拒絕スル事實カ果シテ其職務上默秘ノ義務アル事項ニ屬スルヤ否ヤヲ考覈判斷スルノ職權ヲ有ストノ斷定ヲ取レリ獨逸刑法ニハ官吏ニ付テハ其職務上默秘スヘキ義務アル事情ニ付テハ其所屬官廳又ハ最後ノ所屬官廳ノ許可ヲ得タルトキニ限り證人トシテ官吏ヲ訊問スルコトヲ得ヘク此許可ハ官吏ノ證言カ獨逸帝國又ハ各聯邦ノ安寧ニ妨害ヲ加フヘキ場合ノ外ハ之ヲ拒ムコトヲ得サル旨ノ規定(同法第三條第五條)アリ此規定ヨリ推究スルモ拒絕理由ノ當否ニ付キテ裁判所ハ判斷權ヲ有セサルコトハ自ラ明カナリ我訴訟法ノ解釋トシテハ既ニ述ヘタル如ク官吏公吏ニ付キテノミ證言拒絕理由ノ當否ハ其判斷權裁判所ニ屬セス其他ノ證言拒絕者ニ付キテハ其判斷權裁判所ニ屬ス以上ノ斷定ノ

理論上ノ根據ハ既ニ述ヘタル如シ今沿革上ノ根據ヲ述ヘンニ治罪法ニハ證言拒絕ノ權利ヲ規定セス民事訴訟法第二百九十八條ニ之ヲ規定シ改正前ノ刑事訴訟法第二百二十五條(依リテ修正セラレタリ)ハ之ニ倣ヒ同條第一號第二號ニ於ケルト同一ノ文詞ヲ以テ證言拒絕ノ權利ヲ規定セルモノナリ其拒絕ノ手續ニ關シテハ第二百二十五條第二項ニ僅カニ拒絕ノ申立ノミヲ規定スルニ止マリ其他ノ點ニ關シテハ何等ノ規定ナシ然レトモ右ノ如ク刑事訴訟法ハ證言拒絕ノ點ニ付テキハ我民事訴訟法ヲ母法トセルモノナルカ故ニ證言拒絕ノ手續ニ關シテハ同法ニ準據シテ之レヲ定ムヘク其他ノ問題ニ付キテハ同法ニ則リテ解決スヘキコトハ刑事訴訟法ノ法意ニ適スルモノト謂ハサルヘカラス民事訴訟法第三百一條ニハ官吏公吏ノ證言拒絕ノ當否ハ所屬廳又ハ最後ノ所屬廳ノ裁定ニ任ス旨ノ規定アリテ裁判所ニ判斷權ヲ與ヘサルニ徴スレハ刑事訴訟法ノ法意モ亦同一ニシテ民事訴訟法ノ規定ニ反スルモノニ非サルコトヲ知ルヘキナリ證言拒絕ノ手續ハ證人ヨリ其申立書ニ疏明ヲ具シテ訊問期日前又ハ訊問期日ニ之ヲ提出スヘク期日前ニ其申立ヲ爲サハ期日ニ出頭スルヲ要セス(民訴法第

三〇〇之ニ對スル裁判ハ決定ヲ以テ之ヲ爲スヘク決定前檢事ノ意見ヲ聽クト
 否トハ裁判所ノ自由ナリ檢事ニ於テハ意見ヲ附スヘキ義務ヲ負ハス被告ノ意
 見ヲ聽クモ不法ニ非ス拒絕ノ理由ヲシトハ決定ニ對シテハ抗告スル能ハス唯
 第二百二十六條ニ依リ罰金又ハ科料ノ裁判ヲ受ケ之ニ對シテ抗告ヲ爲シ以テ證
 言拒絕ノ理由アルコトヲ確定セシムル手續アルノミ證人訊問ノ囑託アリタル
 場合ニ證人カ受託判事ニ對シテ證言ヲ拒絕セハ其當否ノ裁判ハ豫審判事之ヲ
 爲ササルヘカラス(公判ニ於テ囑託ヲ爲シ或ハ受命判事ヲ命シタル場)之レ實際
 上甚タ迂遠ナルモノニシテ訴訟ヲ遅延セシムル結果ヲ生スヘキモノナルモ現
 行法ノ解釋トシテ已ムヲ得サル所ナリ(刑訴法第一八三條)證言拒絕ハ第二十
 五條ニ規定スル以外ノ原因ニ基キ之ヲ爲スコトヲ許ササルモノナレハ未タ被
 告人ト爲ラサルニ於テハ共犯者(實行正犯)ト雖モ證言ヲ拒絕スルヲ得ス(宣誓亦)
 之ヲ拒メハ第二百二十六條ニ依リ罰金若クハ科料ニ處セラルヘシ(明治三十七年
五月五日大審院)然レトモ不實ノ供述ヲ爲スモ刑法上ノ偽證罪ノ成立スルコト
 ナシ同一事件ノ一審級或ハ一段階ニ於テ拒絕權ヲ行使セザリシコトハ他ノ審

級或ハ他ノ段階ニ於テ之ヲ行使スルノ妨ト爲ルコトナシ何者裁判所ハ拋棄ニ
 對シテ既得權者ト爲ルコトナケレハナリ然レトモ此權利ヲ行使セスシテ證言
 ヲ爲シタル以上ハ後日黙秘ノ義務アルモノナリトシテ其證言ヲ取消スモ取消
 ハ何等ノ效力ナク該證言ハ有效ノモノトシテ裁判ノ資料ニ供スルコトヲ得公
 務員ノ如キハ其所屢應又ハ最後ノ所屬應ニ於テ證言ヲ爲スヘキコトヲ許可シ
 タルトキハ證言拒絕ノ權利ヲ失フ

訊問手續其四
 (參考訊問及
 ヒ違法ノ參考
 訊問)

三二一 證言拒絕ノ權利アリテ之ヲ行使シタル者ハ絕對ニ訊問スルヲ許サス
 反之宣誓免除者及ヒ宣誓無能力者ハ參考ノ爲メ之ヲ訊問スルコトヲ得ルモノ
 ナリ(刑訴法第一二二條)參考訊問ト宣誓訊問ト異ル所ハ宣誓ヲ爲サシムルト爲サ
 シタサルトノ點ニノミ存シ他ノ點ニ於テハ認ムヘキノ差異ナク法律上證言ノ
 效力ニ輕重ナキヤ勿論ナリ而シテ訊問後ノ宣誓ヲ認メサルカ故ニ參考ノ爲メ
 訊問ヲ爲シタル場合ニ於テモ訊問後證人ニ宣誓ヲ命スルヲ得サルヤ明カナリ
 然レトモ之レ一回ノ訊問ニ付テ謂フモノニシテ既ニ參考ノ爲メ訊問ヲ爲シタ
 ル後更ニ訊問ヲ爲スニ當リ宣誓ノ無能力又ハ免除ノ原因消滅セハ宣誓ヲ命シ

テ訊問セサルヘカラス例ヘハ第一回ノ訊問ノ時ハ十六歳未滿或ハ公判ニ付セラレタルモノナリシモ第二回ノ訊問ノ時ハ十六歳以上ト爲リ或ハ無罪ノ判決ヲ受ケ其裁判確定セルカ如シ又例ヘハ前ニ訊問スルニ當リテハ民事原告人或ハ同居人ナリシニ後ニ訊問スルニ當リテハ私訴關係或ハ同居關係ノ消滅シタルカ如シ而シテ宣誓無能力ハ證人ニ付テ存スル絶對的ノ原因ヨリ生スルモノナレトモ宣誓免除ハ證人ト被告人或ハ被告事件トノ關係即チ相對的原因ヨリ生スルモノナルカ故ニ甲事件ニ付キテ宣誓シタル證人ト雖モ乙事件ニ付キテハ參考トシテ訊問セラルルコトアルヘシ參考訊問ニ關シテハ重要ノ問題アリ參考ノ爲メ訊問スヘキモノヲ宣誓セシメテ訊問シ或ハ宣誓資格アル者ヲ宣誓セシメスシテ訊問シタル場合ニ於ケル證言ノ效力如何ノ問題之レナリ前者ヲ換言スレハ訊問全部ヲ無効トスヘキヤ宣誓ノミヲ無効トスヘキヤノ問題ト爲ルモノナリ而シテ宣誓ハ我訴訟法ニ依レハ證人訊問手續ノ一部ニシテ訊問ト分離セル手續ニ非サルカ故ニ宣誓ニシテ無効ナル以上ハ訊問モ亦無効ナリト謂ハサルヘカラス殊ニ實質的觀察ニ於テハ證言ト宣誓トハ所謂化合的效力ヲ

有スル不分離ノモノナルカ故ニ其一ニシテ無効ナラハ他ヲ有效ナリトスル能ハサルナリ(前掲明治三一年第一二八號同年二月二日大審院第一刑事部判決ヲ爲スモ其訊問書ニ於テ同條ニ抵觸ノ嫌アルトキハ證人訊問書タルノ效力)反之ヲ有セス及ヒ前掲三八年第七七六號同年六月二十七日第二刑事部判決參照反之宣誓義務アル者ヲ證人トシテ宣誓セシメスシテ訊問シタル場合ニ於テハ其供述ハ證據タルノ效力ヲ有ス消極的宣誓即チ無宣誓ハ供述セラレタル證言ニ影響ナシ元來宣誓ナキ證言ト雖モ證據力ヲ有スル以上ハ之ヲ爲シタル者ニ宣誓義務ヲ盡サシメサリシトスルモ之カ爲メ特ニ被告人ニ不利益ナル影響ヲ及ボサシムルコトナク之ヲ採用シタル爲メ檢事ノ權利ヲ害スルノ結果ヲモ生スルコトナケレハナリ(明治三三年第六〇七號同年五月二八日大審院第二刑事部判決ハ法ノ禁スル所ニ非ス從テ)共同被告人ハ正犯教唆從犯ノ關係アリトシテ起其訊問調書ハ證據力ヲ有ス訴セラレタル者ナル以上ハ他ノ共同被告人ノ身上ニ關スル事實ニ付キ訊問スル場合ト雖モ參考證人トシテ訊問スルモノニ非ス被告人トシテ訊問スヘク此被告人カ後日共犯ニ非サルコト明確ナルニ至レル場合ニ於テハ其供述ハ實質的觀察ニ於テハ參考證人ノ供述ニ屬スヘキモノナルモ依然被告人ノ供述トシ

テ證據ニ供スヘキモノナリ宣誓セシムヘカラサル證人ニ宣誓ヲ命シ訊問セハ其供述ハ無効ナレトモ之カ爲メ後ニ正當ノ訊問手續ヲ爲スヲ妨ケラルルモノニ非ス殊ニ證人ヲ問查シ證人カ第二百二十三條ニ抵觸ナキコトヲ明答セルヲ以テ宣誓ヲ爲サシメタルニ後ニ至リ被告人ト親族關係アルコトヲ發見シタルカ如キ場合ニ於テ正當ノ手續ヲ行フコトヲ許スヘカラサルノ理由ナシ以上ノ場合ニ於テハ其手續ヲ更新シ參考ノ爲メ訊問ヲ爲スヘキモノトス(法文ニ參考ノヲ使用セルハ誤解ヲ致スノ虞アリ即チ宣誓ヲ爲シタル供述ニ比シ法律上證據カノ輕弱ナルハ疑ハシムルコト是ナリ條文上右ノ文字ヲ削リ單ニ宣誓ヲ爲サシメシテ其供述ヲ聽クヘシト爲スヘキナリ)

訊問手續其五(實)

三二二 證人ニ對シ公訴事實ニ付キ訊問ヲ爲スニハ數名ノ證人アルトキハ各別ニ訊問スルヲ原則トス但後ニ説明スル如ク必要ナル場合ニ於テハ他ノ證人又ハ被告人ト對質セシムルコトヲ得(第一二條)此原則ハ外國ノ立法例ニ於テモ採用スル所ナリ(例ヘハ佛刑訴法第七三條獨刑訴法第六二條等)第二百二十七條ノ規定タルヤ證人ノ雷同變言通謀等ヲ防ク爲メ必要ナルモノニシテ證人ト被告人トヲ又證人ト證人トヲ同席セシメテ訊問スルトキハ明確ナル記憶ヲ有セサル事實ニ付キ

テモ前ニ訊問ヲ受ケタル者ノ供述セル如ク明確ノ記憶アルモノトシテ供述スルノ弊アリ或ハ自己ニ有利ナル證人ノ證言ニ合致セシメム爲メ前ニ爲シタル供述ヲ變更スルコトアリ或ハ他ノ供述ヲ聽キタル者カ之ト合致スルノ供述ヲ爲サント又ハ之ニ反スル證言ヲ爲サントヲ通謀スルコトアルヘク前證人ノ陳ヘサルコトハ後ノ證人モ亦之ニ倣ヒテ陳述セサルコトアルヘク其他眞實ノ發見ニ害アルヘキ種々ノ原因ヲ釀成スルノ虞アルヲ以テ各別訊問ノ原則ヲ採用セルモノナリ氏名年齢身分關係ノ訊問及ヒ宣誓ハ同時ニ之ヲ爲スモ以上ノ弊害ヲ生スルコトナキヲ以テ數人ノ證人ヲ又證人ト被告人トヲ同席セシメテ之ヲ爲スモ違法ニ非ス(明治三五年刑部判決ニ五〇七刑訴法第六年二月一六日大審官以上ノ場合ニ於テ同時ニ事實訊問ヲ爲スヲ禁シタルモノニテ宣)而シテ以上ノ原則ニ從ハスシテ爲シタル訊問ハ違法ナリト雖モ其訊問ノ結果ヲ無効ナラシムルモノニ非ス換言セバ數名ノ證人ヲ同席セシメテ訊問ヲ爲シ之ニ對シテ證人ノ爲シタル供述ハ證據力ヲ有スルモノナリ(明治四年一月一〇日第一刑部判決ニ曰ク公判ノ審理手續ニモ適用アル刑訴法第一二七條ハ其規定ニ違背シタル場合ニ於テ其訴訟手續ヲ無効ト爲スノ趣旨ヲ包含スルモノニ非サレハ假令

告ニカ豫審終結前ニ豫審調書ヲ無効ナラシムルコトナシトアルハ證人ニ付テモ引
 得ヘシルヲ證人ノ増減變更ノ申立ハ更ニ調書ニ之ヲ記載スベク該申立ニ基キ既
 成ノ調書ヲ訂正スヘキモノニ非ス證人ノ供述ヲ明確ナラシムル爲メ書面ヲ提
 出セシメ以テ供述ニ代フルハ違法ニ非ス(明治四年第一刑部判決ニ曰ク證人
 ハ豫審判事ニ於テ書面ヲ以テ供述セザルハ其事實ヲ明確ナラシムルハ法ノ禁ス
 テル所ニ非サル刑部訴訟ノ精神ニ適合スルモノナリ)豫審密行ノ原則ハ證人訊
 問ノ場合ニ適用アルコト勿論ナレハ證人訊問ノ場所ニハ豫審判事裁判所書記
 ノ外ハ何人ト雖モ立入ルヲ許サス證人ハ訴訟關係人ノ面前ニ於テ訊問セラル
 ルヨリモ秘密ニ訊問セラルル時ハ其證言ヲ紊ルヘキモノナキヲ以テ眞實ヲ申
 供スルモノナリトハ古來學者及ヒ實際家ノ唱道スル所ナリ但豫審判事ハ必要
 ナル場合ニ於テ檢事若クハ醫師等ニ證人訊問ノ場所ニ立入ルヲ許スコトヲ得
 殊ニ證人ノ精神状態ニ異常ノ點ナキヤ否ヤヲ確ムル必要アル場合ニ於テハ其
 場所ニ鑑定人ヲ立書ハシムルヲ以テ良法トスルモノナリ證人ハ如何ナル場合
 ニ於テモ被告人ヨリ訊問ヲ受クルコトナシト雖モ豫審判事ハ便宜上被告人カ

囑託訊問

證人ニ問ハントスルノ言ヲ以テ自己ノ訊問ニ代フルハ差支ナキモノナリ證人
 モ亦被告人對質人等ニ對シテ訊問ヲ爲スノ權利ナシ訊問ノ時間ニ關シテハ制
 限ナシ執務時間外ニ於テスルハ勿論夜間日曜日祝祭日ト雖モ證人訊問ヲ爲ス
 コトヲ得其期日ハ被告人ニ通知スルノ要ナシ

三二三 證人訊問ノ囑託ハ證人カ裁判所所在地外ニ在ル場合ニ之ヲ爲スモノ
 ナリ證人カ裁判所ノ管轄内ニ在ルトキハ其住居地ノ區裁判所ニ之ヲ囑託シ管
 轄外ニ在ルトキハ其所在地ノ豫審判事又ハ區裁判所ノ判事ニ之ヲ囑託ス(刑訴
 一三二條)法文ニハ豫審判事ハ證人裁判所所在地ニ住セサルトキハ其住居
 地ノ區裁判所ヲ爲合トシ急遽ノ必要アルコトヲ得トアルトモ證人裁判所所在
 合ニハ訊問囑託ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ(皇族大臣帝國國會議員ニ對スル
 訊問ニ付キテモ囑託ヲ爲スコトヲ得ルヤ勿論ナリ宣誓ヲ爲サシムルヘカラサ
 ル證人ノ訊問ニ付キテモ亦同シ受託判事ハ亦轉囑ヲ爲スコトヲ得之レ囑託手
 續ヲ簡便ニスルモノニシテ手續上不都合ナキモノナレハナリ(明治三四年第五
 月三十一日大審院第二刑部判決同四年四月一日第一刑部判決)但シ區裁判所判事又ハ豫審判事以
 外ノ者ニ轉囑ヲ爲スヲ得ス(明治三十四日同院第一刑部判決)囑託ニ基キテ證人ヲ

訊問スルハ其訴訟法上ノ性質豫審處分ナルヲ以テ囑託訊問ハ密行スヘキモノ
 ニシテ公開ノ法廷ニ於テ爲スヘキモノニ非ス受託判事ハ前來説明スル豫審手
 續ニ從ヒ證人ヲ訊問スヘキモノトス受託判事ハ呼出ニ應セサル證人ニ對シ罰
 金賠償ヲ命シ又證人カ正當ノ理由ヲ以テ其不出頭ヲ辯解シタルトキハ罰金賠
 償ノ決定ヲ取消スノ職權アリ(刑訴第一三九條第一)又宣誓ヲ肯セサル證人ニ罰
 金科料ノ制裁ヲ加フルノ職權アリ(同法第一二六條)法律ハ證言ノ拒絶ニ對シテ受
 託判事ニ裁判權アル旨ヲ規定セス故ニ受託判事ニ對シ證人ヨリ證言拒絶ノ申
 立アリシトキハ之ヲ囑託裁判所ニ送付シ囑託裁判所ニ於テ其當否ヲ裁判セサ
 ルヘカラス(民訴法第三一九條)受託判事ハ受託ノ範圍内ニ於テハ囑託判事ト同一
 ノ資格ヲ有ス故ニ囑託判事カ既ニ宣誓ヲ爲サシメテ訊問シタル證人ヲ受託判
 事カ訊問ヲ爲スニ當リテハ更ニ宣誓ヲ爲サシムルノ要ナク又受託判事ノ面前
 ニ於テ宣誓シタル證人ヲ囑託判事ニ於テ訊問スルニ當リテモ宣誓ヲ爲サシム
 ルノ要ナシ(明治三六年レ第八三九號同年一月九日刑部判決)然レトモ囑託ニ基キ甲證人ヲ訊問
 シタル結果乙證人ヲ訊問スルノ必要ヲ生スルモ此點ニ付キ囑託ナキ以上ハ受

託判事ハ之ヲ訊問スルヲ得ス縱令訊問ヲ爲スモ其調書ハ正當ニ成立セシ證人
 調書ナリト謂フヲ得ス(明治三六年レ第六八二號同年一月九日刑部判決)囑託書ノ形式上無効ナリ
 シトキハ受託判事ノ訊問モ亦無効ナリ(明治四年レ第九八二號同年六月一日刑部
 判決)問ニ關スル囑託ハ刑訴法ニ認ムル手續ナレハ囑託コトヲ要シ之ヲ作成スル場
 合ハ刑訴法ニ規定スル手續ニ準ジテ行ハルニ依リテ行ハルニ依リテ行ハルニ依
 亦無効トナル事實ハ囑託書ニ歸スルニ契印ナシトシテモ然レトモ記録中
 囑託書ノ存在セサル場合ニ於テハ受託判事ノ調書ヲ無効ト爲スヘキモノニ非
 ス反證ノ存セサル限りハ囑託書ハ適法ニ成立シタルモノト看做スヘク而シテ
 囑託書ハ記録ニ編綴スヘキ文書ニ非サレハ其不存在ハ囑託訊問ノ形式ニ影響
 ヲ及ホスヘキ理由ナケレハナリ(明治八年レ第八一號大審院刑部判決)ニ曰
 ハス同三四年レ第六四號同年四月九日刑部判決ニ曰ク訊問囑託書
 ハ被囑託者ニ送付スルモノナラバ以テ常ニ一件記録中ニ存在スヘキモノニ非
 ス從テ囑託者ニ送付スルモノニ於テハ囑託書ニ適法ニ調製セラレタルモシタ
 訊問囑託書ハ第一〇號同年二月五日刑部判決ニ曰ク囑託書ハ囑託者ノ
 送付レテハ訊問モ成レハ一件記録中ニ存在スヘキモノニ非ナシトモ然レト
 ニ因リテ記録中ニ囑託書一冊ニ在リ七七日刑部判決同趣旨(右ノ如ク囑託
 第一〇號同年一月七日刑部判決)

書ノ無効ナルトキハ受託訊問ヲ無効ナラシムルカ故ニ受託判事ハ無効ナル囑託書ヲ以テセル囑託ニ對シテハ受託ヲ拒絕セサルヘカラス訴訟當事者カ囑託ノ無効ナルコトヲ證スル爲メ囑託書ノ提出ヲ求ムルモ受託判事ハ之ヲ提出スル義務ナシ支部判事ヲシテ證人ヲ訊問セシムルハ豫審事務ノ分配ニシテ囑託ニ非ス其有效ナルコトハ勿論ナリ(明治三五年刑部判決第九七六號同年六月十日同院部ノ豫審判事ニ非ス豫審判事ノ作成シタルコトヲ得此場合ハ第一三二條ニ所謂囑託ニ非ス豫審判事ノ作成シタルコトヲ得此場合ハ第一三二條)

訊問ノ法則

三二四 證人訊問ニ關シテ豫審判事ノ恪守スヘキ準則ハ法文ニ明示スルモノト否ラサルモノトアリ證人訊問ハ證人ヲ呼出シテ之ヲ爲スカ如キ各別ニ之ヲ爲スカ如キ一定ノ場所ニ於テ之ヲ爲スカ如キ其他形式ニ關スル準則ハ何レモ明文ニ存スルモノニシテ密行ノ原則ト共ニ既ニ說明セル所ナリ茲ニハ不文法則ノ重要ナルモノヲ論述セン 一 證人訊問ニ於テハ證人ノ供述ヲ聽クヘク之ヲ究問スヘキモノニ非ス(佛刑訴法第一五三條第一九〇條第三一トハ刑事訴訟法上ノ原則ナリ之レハ證人ヲシテ自由ニ供述ヲ爲サシムカ爲メナリ又一ニハ被告人ト同視セシメサラムカ爲メナリ問ヲ設ケテ答ヲ誘出スルハ危險

ナリ況ンヤ恐嚇詐言ヲ用ヒテ之ヲ訊問スルニ於テヤ其危險ノ大ナルコト言フ俟タス然レトモ究問スヘカラストハ問ヲ發スルヲ得ストノ義ニ非ス證人ニ答ヲ爲スノ順序ヲ指示シ或ハ甲ト答ヘスンハ乙ト答フヘシトテ答辭ノ撰擇ヲ強ヒ或ハ證人ノ言ヲ事理ニ反スルモノトシテ之ヲ論駁シ以テ其自由ヲ拮制シテ豫期ノ供述ヲ爲サシムトスルカ如キ追究的訊問ヲ爲スヘカラストノ義ナリ證人ノ言カ前後齟齬スルトキハ其反省ヲ促カシ不明ナルトキハ明瞭ナル設辭ヲ示シテ斯ノ如キ意義ナリヤト問ヒ記憶ヲ喚起スルニ適切ナル事實ヲ告クルカ如キハ固ヨリ適法ナルモノニシテ要トスル所ハ證人ヲシテ其意思ニ反スル答ヲ爲サシムルノ危險アル訊問法ヲ用フヘカラサルニアリ 二 證人ヲシテ問ヲ誤解スルコトナカラシムヘシ故ニ問語ハ簡單明瞭ヲ貴フモノニシテ微妙ノ問ヲ發スルカ如キハ慎マサルヘカラス微妙ノ問ニ對シテハ證人ハ往々之ヲ誤解シテ真意ニ反スル答ヲ爲シ訊問ヲ終ルモ遂ニ其誤解ヲ悟ラサルコトアルヘケレハナリ 三 詐言ニ非ストスルモ誘導的訊問ヲ爲スヘカラス例ヘハ此事實ヲ述フルモ證人ノ身上ニ迷惑ノ及フコトナシ或ハ被告人ノ不利益ト爲

ルモノニ非スト告クルカ如シ誘導的訊問ノ危険ナルコトハ數多ノ事例ノ明證
 スル所ナリ 四 證人カ或ル事實ヲ答ヘタル場合ニハ其見聞ノ精確ナルコト
 ヲ推斷セシムヘキ事實ヲ訊問スルヲ要ス例ヘハ證人ハ斷斷シ居ラサリシヤ否
 ヤ證人ノ視聽力ハ常人ニ劣レルヤ否ヤ問フカ如シ 五 證人ニハ其證言ス
 ル事實ヲ實驗スルニ至レル緣由ヲ問ハサルヘカラス又之ニ對スル認識ノ強弱
 記憶ノ厚薄ニ付キ必要ノ問ヲ發セサルヘカラス(實際證人カ或ル事實ヲ陳述ス
 證言スルコトハ大部分遺忘セリト供述スルコトアリ其當時ハ詳密ニ實驗セシ
 ヲモ現今ニテハ大部分遺忘セリト供述スルコトアリ其事ノ心証ニ及ホス效力ニシ
 ヤ輕重論ナリ) 六 證人ノ學識其他ノ智識ノ程度ニ付キテモ問ヲ發セサルヘ
 カラス之レ其判斷ノ精粗ヲ檢定スルニ有力ナル根據ヲ供與スルモノナリ 七
 訊問當時豫審判事ハ事實ノ有無眞偽ニ付キ確固ノ意見ヲ有スヘカラス之ヲ
 有スルトキハ不知不識ノ間ニ證人ニ牽制ヲ加ヘ自己ノ意見ニ適合スル供述ヲ
 爲サシムルノ弊害ヲ生シ否ラサルモ意味ヲ異ニスルニ心付カス證人ノ供述ヲ
 自己ノ意見ニ適合スルモノト誤解スルノ危険アレハナリ以上ノ諸法則ハ豫審
 判事(公判判事)ノ心得タルニ止マリ當然證言ノ無效ヲ惹起スヘキ形式的要件ニ

証人調書

非ス以上ノ諸法則ニ反スル訊問ニ由レル證言ト雖モ其採否ハ事實裁判官ノ專
 權ニ屬シ之ヲ證據トシテ採用スルモ不法ナリトスルヲ得ス唯恐嚇詐言ニ依リ
 テ得タル證言ハ無効ナリトス豫審判事ノ證人ニ對スル態度舉措ニ付キテハ最
 モ慎重ノ注意ヲ要スルモノアリ嚴烈ニ過クレハ證人ヲシテ畏怖ノ餘十分ノ供
 述ヲ爲ス能ハサラシムルノ不便アリ溫柔ニ失スレハ證人ヲシテ慢侮ノ念ヲ生
 セシメ詐言ヲ難カラサラシムルノ弊ヲ生ス寬嚴其中ヲ得テ證人ヲシテ其義務
 ヲ盡スニ於テ過衍ナカラシメ以テ刑政上ノ好績ヲ生セシムルコトハ一ニ豫審
 判事其人ニ待タサルヘカラサルナリ

三二五 證人訊問ニ付キテハ裁判所書記ヲ立會ハシメ書記ヲシテ調書ヲ作成
 セシムヘキモノトス調書作成ノ理想トスルハ調書ヲシテ證人ノ舉動言語ノ寫
 眞タラシムルニ在リ(カランザム曰ク調書ハ單ニ証人陳述ヲ記載スルニ止マルヘ
 ヲ少間ニ應スル模倣)故ニ證言ヲ爲ス當時ニ於ケル證人ノ遲疑恐怖憂愁慌騒等ノ
 状態ヲモ記述スヘク爲シ得ヘクンハ證人ノ語調音節等ヲモ記載シ漏ササルコ
 トヲ要ス證人ノ答ヲ記スルニハ第一人稱ヲ用ヒ第三人稱ヲ用フヘカラス又證

能ハサルトキハ捺印ノミチナスヘク而シテ書記代署スヘク其代署ノ理由ハ附
 記ナシノ證人ノ宣誓書ニ證人ノ署名ヲ代書セル旨ヲ附記シ而シテ宣誓書ト豫
 審調書トノ間ニ契印アルニ於テハ特ニ調書ニ代署事由ノ附記ヲナスヲ要セス
 (明治四三年レ第二三九八號同年一) 訊問調書署名ノ代署ハ書記ノ職務ナルコト
 (明治一六日同院第一刑部判決) 訊問調書署名ノ代署ハ書記ノ職務ナルコト
 ハ法文上(第九二條) 明瞭ナレハ單ニ代署ストノ附記アレハ可ナリ書記ノ代署
 セル旨ヲ附記スルノ要ナシ(明治二八年第九四九號同年九月) 證人訊問調書ニ證
 人ノ増減變更ノ申立ヲ追記シタルトキハ證人ニ之ヲ讀聞カセ證人ヲシテ署名
 捺印セシムルヲ以テ足レリトシ判事書記ノ再度ノ署名捺印ヲ要セス(明治二八
 三〇號同年四月二六日大審院第二刑部判決ニ曰ク證人訊問調書ニ増減變更
 ノ申立ヲ追記シタルトキハ證人ニ讀聞カセ署名捺印セシムルヲ以テ足レリト
 シ其追記ニ對シ更ニ判事書記ノ署名捺印ナキモ調書タルノ效力ヲ有ス而シテ
 増減變更ノ申立ハ調書ニ記載スヘキモノニシテ之ニ基キ調書ヲ訂正スヘキモ
 非ス) 若シ増減變更ノ申立ニ基キ調書ヲ訂正セハ其訂正部分ノ無効ヲ來タス但
 シ他ノ部分ニ影響ヲ及ホサス(明治三九年レ第二九一號同年四) 受託判事ノ證人
 訊問調書モ亦通常ノ豫審調書ト同様ニ其記載事項ニ錯誤ナキコトヲ確保スル
 ニ足ル方式ヲ具備スルコトヲ要スルモノナレハ受託判事モ亦刑訴法第一三一

條ニ從ヒ調書ヲ作成セサルヘカラス第一三一條ト第一三二條トノ順序ニ重キ
 ヲ置キ通常ノ豫審調書ニハ第一三一條ノ適用アルモ其次條ニ規定セル受託判
 事ノ調書ニハ前條ノ適用ナシト論斷スルハ法律ノ精神ニ反シ受託訊問ノ性質
 ヲ了解セサルニ出テタル謬論ナリ又第一三一條ヲ受託判事ノ調書ニ適用スヘ
 キモノナリト論スルモ誤レリ準用ニ非スシテ當然ノ適用ナレハナリ(明治三〇
 六七號同年六月七日大審院第一刑部判決ハ公判ノ受託判事ノ訊問調書ニ第
 一三一條ヲ準用スヘシト說明セリ此說明ハ不可ナキナリ同三七年レ第一七二
 六號同年九月二〇日同院本人ノ捺印ナキ場合ニ於テ捺印スル能ハサル旨ノ附記
 ナキモ刑事訴訟法第二十一條ノ二ノ追加ノ結果右調書ハ無効ニ非スト解スヘ
 シ署名捺印スル能ハサル場合ニ於テハ其旨ヲ調書又ハ宣誓書ニ附記スレハ足
 ルモノニシテ必スシモ其氏名ヲ代書シ又捺印セシムルヲ要セストハ判例ノ示
 ス所ナレトモ代書ヲ要セスト謂フハ第二十一條ノ二ノ法文ニ明ニ反スルモノ
 ナリ(明治二七年刑部第九四〇號同年) 證人調書ニ之ヲ讀聞カセタルノ方式ヲ記載
 セサルトキハ如何曰ク證人ノ署名捺印アレハ反證ナキ限リハ讀聞カセタルモ
 ノト推斷スヘキヲ以テ其調書ハ有效ナリトス(此點ニ付テハ判例變更七リ明治
 二八年刑部第四五五號同年四月二

ニ影響ヲ及サス證人トシテ訊問ヲ受ケタル後其事件ノ被告人トシテ訴追セラ
ルルモ證言ノ證據力ハ消滅セサルモノニシテ證人ノ爲シタル證言カ偽證ナリ
トシテ公訴ヲ提起セラレ有罪ノ確定判決ヲ受クルニ至ラハ其證言ハ絕對ニ證
據力ヲ失フモノナリ然レトモ之ヲ收録セル豫審調書ハ某月日某裁判所ニ對シ
證人カ其内容ヲ成ス證言ヲ爲シタル事實及ヒ其内容カ偽證ナルヤ否ヤヲ判斷
セシムルニ付キ主要ナル證據ト爲ルモノナリ證人ト被告人又ハ民事原告人ト
ノ身分關係ヲ問ハス且ツ宣誓ヲ爲サシメスシテ之ヲ訊問シタル豫審調書及ヒ
其證言ハ證據力ヲ有スルヤ曰ク然リ身分關係ヲ訊問セル結果宣誓セシムヘキ
證人ナルニ之ニ宣誓ヲ爲サシメスシテ訊問セル調書ニシテ既ニ有效ナル以上
ハ身分關係ヲ訊問セサリシカタメ其調書ヲ無効ト爲スヘキ謂レナク又元來宣
誓ヲ爲サシムヘカラサル證人ナリシナラハ之ニ對スル身分關係ノ訊問ハ其要
ナカリシモノナルカ故ニ之ヲ爲ササリシヲ違法ト爲スヘキ謂ナケレハナリ
證言ノ實質的效力ハ豫審判事ノ自由ナル判斷ニ依リ定マルモノニシテ豫審
判事ハ毫モ之ニ羈束セラレルコトナシ(刑訴法 第九〇條)故ニ "Pestis unus, testis nullus" 一人ノ

無効ナルナル格言ノ適用ナキハ勿論二人以上ノ證言一致セル場合ト雖モ豫審
判事ハ之ニ反對スル事實ヲ認定スルヲ得ヘク宣誓ヲ爲シタル證人ノ證言ヲ排
斥シ宣誓ヲ爲ササル證人ノ證言ヲ採用スルヲ得ヘク極端ニ論スレハ宣誓セル
十人ノ證言ノ一致セル場合ニ之ヲ採ラスシテ此證言ニ正反スル事實ヲ記載セ
ル司法警察官ノ一箇ノ聽取書ヲ採用スルヲ得ルモノニシテ證言ノ價值ノ量定
ニ付キテハ事實裁判官ハ無上ノ專權ヲ有シ上告裁判所ノ容喙ヲ許サス右ノ如
ク事實裁判官ノ權力ノ絶大ナルコトハ他ノ方面ニ於テ其職務上ノ責任ヲ重カ
ラシムルモノニシテ事實裁判官タル者ハ廣ク世情ニ通シ深ク心理學及ヒケリ
ミナリスチツクノ法則ヲ究メ履ハ之ヲ實地ニ應用シテ證言ニ對スル鑑識ノ誤
ラサリシコトヲ保證スルニ足ル可キ幾多ノ經驗ヲ積ムニ因リテ能ク此大責任
ヲ負擔スルニ堪ユヘキモノナリ

三二七 宣誓又ハ證言ノ拒絕ハ宣誓又ハ證言ノ義務ナキコトヲ主張スル意思
表示ニシテ其實質ハ義務ノ不存在ナレトモ訴訟法上之ヲ權利ト爲ス而シテ訴
訟法上純然タル權利ニ屬スルモノハ 一、罰金、科料、費用、賠償等ノ裁判ニ對ス

鑑定トハ特別ノ智識技能ヲ基礎トシテ訴訟上生シタル問題ヲ解決シ其解案ヲ
 裁判所ニ提出スルヲ謂フ鑑定ハ鑑定人ノ訊問前ニ於テハ勿論其訊問アルモ鑑
 定人ノ意見ノ確定スルニ至ルマテハ存在セサルモノナリ此點ハ鑑定ト證言ト
 ノ根本的ノ差異ヲ立ツルノ明確ナル標準ト爲ルモノナリ學者多クハ鑑定ハ判
 斷ノ提出ニシテ證言ハ事實ノ提出ナリト謂フヲ以テ兩者ノ根本的ノ差異ナリ
 トスレトモ奚ソ知ラン所謂事實ノ提出ハ即チ判斷ノ提出ニ外ナラサルコトヲ
 所謂事實ノ提出トハ證人ノ判斷力ニ依リテ知得シタル經驗ノ結果ヲ表示スル
 モノニシテ鑑定モ亦鑑定人ノ判斷ノ結果ヲ提出スルモノナレハ以上ノ説明ハ
 語ヲ異ニスルモ義ヲ同クスルカ故ニ學理上兩者ノ區別ヲ定立セルモノト稱ス
 ルヲ得ス學者又兩者ヲ區別スルニ證言ハ普通ノ智識ニ基ケル判斷ナリ鑑定ハ
 特別ノ技能ニ基ク判斷の意見ナリトノ説明ヲ以テシ即チ曰ク證人ハ單ニ見聞
 シタル事實ヲ供給スルニ過キサレモ鑑定人ハ自己ノ經驗ニ依リテ知得シタル
 特別ノ技能即チ經驗上ノ常則 (Erfahrungssatz) ト其訴訟ニ於テ供給セラレタル事
 實トヲ材料トシテ自己ノ技能ヲ大命題トシ訴訟ニ於テ供給セラレタル事實ヲ

小命題トシ之ニ因リテ訴訟上未タ明カナラサル一箇ノ結論ヲ下シ此結論即チ
 判斷ヲ供給スルモノナリト然レトモ特別ノ技能ニ基ケル過去ノ判斷ヲ提供ス
 ル者ハ鑑定人ニ非スシテ證人ナリ又特別ノ技能ト普通ノ知能トノ分異點ノ往
 々不明ナルモノアルニ徴スレハ此説明モ未タ以テ完全ナルモノト稱スヘカラ
 ス余輩ハ證言トハ訊問前ニ於テ生シタル實驗ノ提出ナリ鑑定トハ訊問ニ於テ
 提出セラレタル問題ノ解決ナリト説明スルモノニシテ此説明ハ兩者ノ意義及
 ヒ兩者ノ差異ヲ最モ平易ニ表示シ得タルモノト思料ス鑑定ハ特別ノ智識技能
 ニ基ケル問題ノ解決ナリトセハ其訴訟上ノ本質ハ自ラ明カナルヘシ即チ鑑定
 ハ裁判官ノ智識ノ補充ナリ鑑定ハ實質上訴訟材料ニ非スシテ訴訟材料ニ對ス
 ル判斷力ノ援助ナリ鑑定ハ訴訟材料ニ對スル一ノ判斷ナリ鑑定ヲ以テ訴訟ニ
 係ル事實ノ或ル争點ヲ解決スルコトハ裁判官ノ之ヲ爲スト毫モ異ル所ナシ(實
 派哲學者カ事實ノ判斷ヲ人民陪審ノ任務トセスシテ專門的陪審ノ任務トセヨ
 法官又ハ陪審者ニ事實ノ裁判ヲ委ネシテ之ヲ鑑定人ノ業務トセヨト論スル
 所以ナリ而シテ鑑定ノ本質ハ裁判ナリトノ觀念ヲ以テ其ノ所論ハ事實ノ裁判
 爲ス者 (Judges facti) ナリト思想ハ然レトモ既ニ論述セル如ク(緒論第)我刑事訴訟
 古代ニ於テモ既ニ存セシナリ)

法ハ鑑定ヲ以テ證據ノ一種トセリ鑑定ノ目的ハ事實ノ發見ニ在ルコトハ證人
 訊問ニ同シト雖モ其目的ヲ達スルノ道途ヲ異ニス證人訊問ニ在リテハ證人ノ
 腦裏ニ蓄フル既存ノ判斷ヲ表明セシムルニ過キサレトモ鑑定ニ在リテハ鑑定
 人ノ有スル特別ノ智識技能ヲ之ニ供與スル材料ノ上ニ活動セシメテ新ニ其結
 果ヲ生セシムルニ在リ前者ニ在リテハ過去ノ事實(證言ノ)ヲ提出セシムルニ過
 キサルカ故ニ之ニ材料ヲ供與スルコトナシ後者ニ在リテハ新事實(鑑定ノ)ヲ創
 設セシムルモノナルカ故ニ恰モ家屋ヲ建築スルニ土木ヲ要スルカ如ク之ニ材
 料ヲ供與スルノ必要アリテ其材料ニ對シテハ鑑定の動作ヲ要ス從テ此兩者ハ
 手續ノ施行上各自單純ナル方面ト複雑ナル方面ト有スレトモ兩者其重複ノ
 方面ヲ異ニス證人ニ對シテハ其記憶ヲ吐露セシメタル爲メ單ニ之ヲ訊問スル
 ノミ鑑定人ニ對シテハ第一ニ其判斷ヲ求ムル材料ヲ之ニ供與シ第二ニ鑑定人
 ヲシテ供與セル材料ニ對シ學理的法則ニ從ヒ種々ノ動作ヲ爲サシメ第三ニ其
 鑑定作用ノ結果ヲ提出セシムルモノナリ證人訊問ハ證人ノ記憶スル事實ノ性
 質ニ從ヒ複雑細密ニ涉ルコトアリ反之鑑定人訊問ハ鑑定材料ヲ供與シ若クハ

指示スルニ過キサルカ故ニ概シテ單純ナルモノナリ然レトモ鑑定作用ハ種々
 ノ器械藥物ヲ使用スルコトアルカ故ニ複雑細瑣ニ涉ルコトアリ故ニ知ルヘシ
 事實發見ノ目的ヲ達スルニ付キテハ人證ニ在リテハ訊問ハ最も重要ナルモノ
 ニシテ裁判官ノ慎重ノ注意ヲ要スルモノナレトモ鑑定ニ在リテハ訊問ハ人證
 ニ於ケルカ如ク實質上重要ナラサルコトヲ鑑定人訊問ニ於テハ鑑定スヘキ事
 項ヲ精確ニ定メ之ヲ鑑定人ニ通知スル以上ニ於テ裁判官ノ爲スヘキコトハ鑑
 定ノ不明ナル點ヲ説明セシムルニ止マレハナリ而シテ鑑定ニ於テ重要ナルハ
 鑑定人ノ爲ス鑑定作用及ヒ其結果タル判斷ト裁判所ニ對スル此判斷ノ精確ナ
 ル報告トノ兩者ナリトス此兩者ノ精粗當否ハ事實發見ノ目的ヲ達スルニ影響
 スルコト甚大ナルモノナレハナリ而シテ鑑定ハ公判ニ於テ之ヲ行フ場合ト雖
 モ其本質ハ豫審處分(Measure of Instruction)ナリトス

三二九 鑑定方法ノ必要ナルコトヲ割切ニ感シタルハ實ニ近世ノ法律ナリ過
 去ノ立法ト雖モ固ヨリ此方法ヲ知ラサリシニハ非ス事案ノ裁判ヲ司ル者ハ神
 ニ非スシテ人ナリト定メラレタル時代以來何レノ國ニ於テモ裁判官カ智識ノ

或ル種類ニ於テ自身ヨリモ最モ堪能ナル人ヲ必要ナリトスル事案ハ多々生セシモノナリ然レトモ學術技藝ノ發達ノ程度低キ時代ニ在リテハ鑑定ノ效益ハ實際上左ノミ大ナラサリシナリ然ルニ較々タル學藝ノ進歩ハ多數ノ疑獄ニ關シ鑑定ニ偉大ナル效力ヲ認メシムルニ至リ殊ニ法醫學ノ著ルシキ發達ハ其補助タル種々ノ學術ト相待ツテ刑事訴訟ニ於テ鑑定ニ特權的地位ヲ取得セシメタリ病死ナリヤ毒殺ナリヤ人類ノ血痕ナリヤ他ノ動物ノ血斑ナリヤノ問題ハ病理學藥物學其他ノ學術上ノ智識ヲ以テ補充スヘキ法醫學上ノ定則ニ從ヒ明確ニ鑑定スルヲ得ルモノナリ證人ノ證言ハ信用セサルヘカラストノ道德學上及ヒ心理學上ノ基礎アルナラハ況ンヤ論法ヲ以テ鑑定人ノ鑑定ハ信賴スヘキモノナリトノ斷定ヲ生スヘシ蓋鑑定ナル者ハ平凡ナル觀察ノ結果ニ非スシテ特殊ノ智識經驗ヲ基礎トシテ生シタル即チ學理的基礎ヲ有スル明確ナル斷定ナレハナリ(ガロ一日ケ吾人カ同胞ノ證言ヲ信スル如ク鑑定人ノ學識ト正直ト以テ綜合歸結ス殊ニ其判斷ニ最高ノ專門的智識ヲ要スル事物ニ關シテハ寧ロ裁判官ハ鑑定人ノ意見ニ服從スルモノナリト謂フヘキナリ訴訟ニ於ケル特ニ

刑事訴訟ニ於ケル鑑定ノ重要ナルコト夫レ斯ノ如シ然レトモ天下ノ事物ハ利アリテ害ナキモノハ稀ナリ鴻益ノ存スル所大害ノ潛ムアルヲ奈何セン鑑定ノ暗黒面ハ時トシテ其光明點ヲ沒シ去ルコトアリ鑑定ノ誤謬ハ寒心ニ堪ヘタル斷獄ノ失體ヲ來タセシノ例ハ古來尠少ナラサルモノニシテ現今ニ於テモ其跡ヲ絶タサルヲ遺憾トス(數年以來佛國ニ於ケル鑑定チ原因トスル誤判事件ハ下モラウ(Moreau)事件等ニシテ是等ノ誤判ハ鑑定ノ錯誤ニ對スル世人ノ注意ヲ惹起シ又之ニ關スル數多ノ好著述ノ總ヲ爲セリ博士ラガツサニユ著「鑑定醫並ニ誤判」ライエー及ヒヴオノ實際家ノ合著「誤判並ニ其原因」パタリト著「Causes Criminelles et morales」ノ數者ハ實際家ノ特ニ一讀スヘキ好著ナリト謂フ)毒物ノ如キハ未タ致死物トシテ學說上確定セラレサルモノアリ或ハ學說上致死的毒藥ナリト確定セラレタルモノモ其否ラサルコトノ檢定セララルルニ至レルモノアリ之レ鑑定ノ危險ヲ増サシムルモノナリ(數年前迄ハ銅ノ長時ニ亘レル使トハ法醫學上ノ定説ナリシカ現今ニ至リテ其謬說ナルコト確定シ此毒)判斷ニ殺方ハトクシコロジ一(Lexicologie 毒藥學)ヨリ抹消シ去ラレタリト云フ)判斷ニ誤謬アルコトヲ免レサルハ吾人ノ能力ノ不完全ナルノ致ス所ナレハ判斷ヲ以テ本質ト爲ス鑑定ニ於テモ又此缺點ヲ除去スル能ハサルヤ勿論ナレハ如何ニセハ錯誤ヲ全然豫防スルヲ得ルヤトノ問題ヲ掲ケテ其答案ヲ得ントスルハ攻

ル者ヲ舉レハ 一、死體鑑定 二、創傷鑑定 三、精神狀態ノ鑑定 四、血痕其他ノ汚染即チ犯罪ノ痕跡ノ鑑定 五、銃器、刀劍、藥物等犯罪供用物ノ鑑定 六、偽造商品、偽造證書、偽造印類等犯罪組成物ノ鑑定 七、以上列舉以外ノ證據物ノ鑑定等はナリ而シテ文書ノ偽造ナルヤ否ヤヲ決スルノ目的ニ出テスシテ筆跡ノ鑑定ヲ爲ス場合アリ例ヘハ共犯關係ヲ知ランカ爲メニ往復書狀ノ筆跡ヲ鑑定セシムルカ如シ又創傷或ハ精神上ノ鑑定ニ非スシテ身體ヲ鑑定セシムル場合アリ例ヘハ被告人ノ視力ノ強弱又ハ被害者ノ懷妊セル者ナルヤ否ヤヲ鑑定セシムルカ如シ又動物ノ如キモ鑑定ノ目的物ト爲ルモノナリ狂犬ナルヤ否ヤヲ知ラントスル場合ノ如シ次ニ解決セントスル疑問ニ關シテ鑑定ノ重要ナル種類ヲ舉レハ 一、被告人ノ責任ノ有無ヲ定ムルヲ目的トスルモノ例ヘハ被告人ハ白痴、瘋癲ナルヤ否ヤノ問題ノ解決ヲ目的トスルカ如シ 二、被害者ノ死因ヲ究ムルヲ目的トスルモノ例ヘハ毆打カ死因タリシヤ或ハ毆打ノ前ニ服用セル毒物カ死因ナリヤヲ決セントスル場合ノ如シ 三、死亡ノ時期ヲ定ムルヲ目的トスルモノ例ヘハ被告人ノ犯罪行為前被害者ハ既ニ死亡シタ

ルヤ否ヤヲ確定スル必要アル場合ノ如シ 四、傷害ノ結果ヲ定ムルヲ目的トスルモノ例ヘハ被害者ハ幾日間ノ疾病休業ニ至ルヘキヤ或ハ被害者ハ毆打ニ因リ廢疾者若クハ篤疾者ト爲レルヤ否ヤヲ定メトスル場合ノ如シ現行刑法ハ創傷ノ結果ニ從ヒ適用スヘキ法條ヲ異ニセサレトモ以上ノ諸點ヲ決スルコトハ刑ノ量定上必要アルモノトス 五、同異ヲ定ムルヲ目的トスルモノ例ヘハ詐欺ノ手段ニ供セシ書畫ハ果シテ偽物ナルヤ否ヤ書狀ハ被告人ノ筆跡ナルヤ證人ノ筆跡ナルヤヲ定メントスル場合ノ如シ 六、品質分量ヲ定ムルヲ目的トスルモノ例ヘハ金銀製ナリト主張スル器物ハ鍍金ナルヤ否ヤ或ル鑛物中ニ包含スル純金量ハ幾許ナルヤ否ヤヲ定メントスルカ如シ 七、藥物ノ效用、器械ノ利鈍ヲ精査スルヲ目的トスルモノ是ナリ以上諸種ノ鑑定ニ付キテハ或ハ藥物作用ニ依リ目的物ニ變化ヲ加ヘサレハ疑問ヲ決スル能ハサルコトアリ或ハ目的タル身體ノ自由ニ制限ヲ加フルヲ必要トスルコトアリ其他火藥ノ分析、死體ノ解剖等苟モ事實發見ノ爲メ必要ナル處分ハ之ヲ命令シ若クハ許可スルコトヲ得ルモノナリ然レトモ鑑定上必要ナリトスルモ身體ヲ毀傷シ生命ヲ

危カラシムルカ如キ行爲ハ之ヲ爲スヲ得ス又財産上ノ損害ヲ生スルカ如キ場合ニ於テハ權利者ノ承諾アルコトヲ要スルヤ勿論ナリ盜罪ヲ除ケハ文書偽造ハ或ハ獨立シテ或ハ詐欺罪ノ手段トシテ刑事事件ノ大部分ヲ占ムルモノナリ佛朗西刑事訴訟法ハ第四百四十八條以下ニ偽造文書ノ審査ニ關シテ詳細ノ規定ヲ設ケ鑑定手續モ亦遺漏ナク規定セリ然ルニ我刑事訴訟法ニハ文書ノ眞偽ヲ定ムルノ手續トシテハ何等特別ノ規定アルナク實際ニ於テモ之ニ關スル鑑定機關ノ設備アルナシ東京ノ如キハ坊間ニ數名ノ自稱鑑定人ノ存セサルニハ非サレトモ其技倆ノ幼稚ナル老練ナル判檢事ニハ及ハサルコト遠シ又佛朗西ニハ千九百九年八月一日及ヒ五日ノ食料品、農、商物ニ關スル法律アリテ是等必要品ノ偽造ニ關スル鑑定手續ハ備ハレリト雖モ此點モ亦我法制ノ缺點トスル所ナリ但實際上問題ノ生シタル場合ニハ專門ノ技師、理學者ニ鑑定ヲ命ジテ實際ノ需要ヲ充タシツツアリテ敢テ不都合ナキモノノ如クナルモ實體的眞實發見主義ヲシテ圓滿ナル適用ヲ現セシメ被告人ノ保護ヲシテ遺憾ナカラシメシコトヲ期スルニハ鑑定ニ關スル詳密ナル手續ヲ規定スルノ必要アルコト論

ヲ俟タサル所ナリ而シテ實際上現時ノ急務トスルハ各種ノ專門的智識ニ關スル鑑定人名簿ノ作成是ナリ而シテ裁判所ニ專屬スル鑑定人ヲ置クコトハ單リ經費ノ許ササル所ナルノミナラス其志望者ヲ得ルニモ亦困難ナル事情アルカ故ニ一定ノ職業ヲ有スル専門家ニ囑託スルヲ以テ便利トス之レ現時實際ニ行フ所ナリ

以上論述セル鑑定ノ種類ハ其重要ニシテ實際上多ク現ハルルモノヲ示セルニ過キス決シテ之ヲ以テ鑑定ノ種類ヲ盡クセリト爲スニ非ス廣ク之ヲ論スレハ宇宙ニ於ケル森羅萬象ハ鑑定ノ目的物ト爲ルモノナリ鑑定ノ目的物ヲ大別スレハ人物、力、事、時、空ノ六者ト爲ル鑑定ノ目的物タル所謂人ニハ身體、心意狀態、智情、意ノ發作ヲ包含シ所謂物トハ人以外ノ有形物ヲ總稱ス死體ノ如キハ寧ロ物ニ屬セシムヘシ所謂力トハ心意作用以外ノ勢力ヲ包括ス磁力、電力、風、雨、寒、暖等之ニ屬ス事トハ人物、力等ノ關係ヨリ生セシ事象ヲ謂フ物價、戰爭、傳染病等之ニ屬ス所謂時トハ時間及ヒ時期ヲ意味シ所謂空トハ場所或ハ空間ヲ意味ス證書ノ如キハ意思表示トシテ鑑定ノ目的物ト爲ルモノ動植物ノ如キハ物トシテ

鑑定ノ目的物トナルモノナリ而シテ犯罪ノ證明上間接ニ屬スル事物ト雖モ苟モ特別ノ智識ヲ以テ判斷スヘキモノナル以上ハ鑑定ノ目的物トナルモノナリ

伐木ノ時期氣候ノ寒暖ノ如シ

明治三九年レ第一〇七六號ニ付キ二月二日大審院第二刑事部判決ニ爲スルヘキモノタルコトハ言ハレタリ然レハ原ノ事小認ノ資ナシハ其職務上ノ材料ニ從事スル所在地力嚴冬中寒氣烈ニシテ以テ本住居ニ其伐木ノ時期氣候ノ寒暖ノ如シ

訴認記録自體モ亦鑑定ノ目的物ト爲ルモノニシテ外國語ヲ以テ録シタル文

書ノ如キハ翻譯ノ目的物ナレトモ又鑑定ノ目的物トスルモ不法ナラズトセリ
明治三六年レ第七四號同年五月一日第一刑事部判決ニ付キ起訴狀ノ外國語ハサレカ爲メ裁判所ニ於テ告訴狀ノ鑑定ヲ命スルハ不法ニ非スル

鑑定人ノ意義
及ヒ證人ノ通事
トノ比較

ハ未來ニ屬スルヲ妨ケス(明治四年レ第一三八四號同年八月一日同院第一
得タル特別ノ智識ヲ應用シテ現在ノ事實ヲ實カシテ過去ニ歸スルヲ特
又ハ將來ニ屬スル基礎トシテ過去ノ事實ヲ供述スルモノトシテ其趣ヲ異ニス
三三一 鑑定人トハ裁判所ノ與フル問題ニ對シ専門的智識技能ニ基キ一定ノ
解答ヲ提出スル第三者ナリ鑑定人ハ裁判官ノ補助者ナリ而シテ我刑事訴訟法
ハ之ヲ證人ト同シク證據方法ノ中ニ列セリ鑑定人トハ單ニ證據方法タ
ルノ點ニ於テ相等シキノミナラス此兩者ハ何レモ他人ヲシテ其地位ヲ代表セ
シムルヲ得ス又共ニ宣誓ノ義務ヲ負ヒ此義務ニ背ケハ公法的制裁ヲ受クヘク
又此兩者ハ關係者以外ノ者ニ非サレハ孰レモ其資格ヲ有セス其他兩者ニ共通
ノ點ハ多クアレトモ兩者ハ決シテ法律上混同スヘキモノニ非ス其證人トノ差
異ヲ擧グルハ鑑定人ノ意義ヲ明確ナラシムルノ利益アルヲ以テ其重要ナルモ
ノヲ示セハ 一、證人ハ過去ノ事實ヲ供與スル者ナリ 二、證人ノ判斷ハ特別ノ智識
解答ヲ提出スルモノ即チ諮問ニ答フル者ナリ 三、證人ノ判斷ハ特別ノ智識
技能ニ基キテ爲ササルヲ通例トス鑑定人ノ判斷ハ常ニ特別ノ智識技能ニ基カ

ナルヘカラス 三、 證人ハ過去ニ於ケル特定ノ實驗ヲ供與スルモノナルカ故ニ甲ニ代フルニ乙ヲ以テスルヲ得サルヲ通例トス同一事實ヲ同一事情ノ下ニ於テ實驗セル數名ノ證人ノ存スルカ如キハ稀ナルモノナレハナリ反之鑑定人ハ特別ノ智識技能ニ基キ新ニ判斷ヲ下サントスル者ナルカ故ニ同種ノ學術技藝等ニ從事スル者ナラハ精密ニ論スレハ其技術ニ多少ノ相違アリトスルモ丙ニ代フルニ丁ヲ以テスルモ鑑定ノ目的ヲ達スルニ差支ヲ生スルコトナキヲ通例トス 四、 證人ハ其實質ニ於テモ證據方法ナレトモ鑑定人ハ其實質ニ於テハ裁判官ノ補助者ナリ證人ハ裁判官ニ判斷ノ材料ヲ供與スルモノナレトモ鑑定人ハ判斷ノ材料ニ對シテ下シタル自己ノ判斷ヲ供與スルモノナリ 五、 證人ハ訴訟外ニ於テ事實ヲ認識セルヲ通例トシ鑑定人ハ常ニ訴訟ニ於テ事實ヲ認識スルモノナリ(學者或ハ兩者ノ差異トシテ證人トハ過去ノ事實ヲ供與スルモノナリ(學)者或ハ兩者ノ差異トシテ證人トハ過去ノ事實ヲ供與スルモノナリ) 六、 證人ハ其事實ヲ提出スル者ナリ鑑定人ハ常ニ判斷ヲ爲ササルヘカラサレトモ爲シタル事實ヲ提出スル者ナリ鑑定人ハ常ニ判斷ヲ爲ササルヘカラサレトモ鑑定證人ハ判斷ヲ爲スモノニ非ス單ニ過去ノ判斷ヲ提出スルニ止マル是ヲ以テ同一人ニ過去ノ判斷ヲ供述セシムルト同時ニ更ニ判斷ヲ爲サシムルトキハ證人トシテノ宣誓ト鑑定人トシテノ宣誓トヲ爲サシメサルヘカラス其供述ハ同一事項ニ關スルモ法律上ノ資格ヲ異ニスレハナリ鑑定人ハ裁判官ノ補助者タルノ點(實質的)ニ於テハ通事ニ類似ス殊ニ通事ハ特別ノ語學上ノ智識ニ基キテ裁判官ヲ補助スルモノナルカ故ニ通事ハ即チ鑑定人ノ一種ナリト謂フヘキ歟然レトモ通事ハ單ニ言語ヲ翻譯シテ双方ノ意思ヲ通セシムルノ外ハ自己ノ判斷ヲ供與セサルノミナラス通事ノ有スル所謂特別ノ智識ハ語學上ノ智識ニシテ他ノ鑑定ニ要スル智識トハ其趣ヲ異ニシ通事ノ判斷ヲ生スルニハ特ニ考慮スルヲ要セサルモノナルヲ以テ法律ハ鑑定ト通譯トヲ別物トシ通譯ニ適當

ナリ鑑定證人ハ過去ニ於テ形式上鑑定人タリシカ或ハ實質上鑑定行爲ヲ爲シタルモノナリ然レトモ現時ニ於テハ過去ノ實驗ヲ提出スル者ナルカ故ニ訴訟上證人ニ屬ス即チ鑑定人ハ現ニ判斷ヲ爲スモノナルニ鑑定證人ハ既ニ判斷ヲ爲シタル事實ヲ提出スル者ナリ鑑定人ハ常ニ判斷ヲ爲ササルヘカラサレトモ鑑定證人ハ判斷ヲ爲スモノニ非ス單ニ過去ノ判斷ヲ提出スルニ止マル是ヲ以テ同一人ニ過去ノ判斷ヲ供述セシムルト同時ニ更ニ判斷ヲ爲サシムルトキハ證人トシテノ宣誓ト鑑定人トシテノ宣誓トヲ爲サシメサルヘカラス其供述ハ同一事項ニ關スルモ法律上ノ資格ヲ異ニスレハナリ鑑定人ハ裁判官ノ補助者タルノ點(實質的)ニ於テハ通事ニ類似ス殊ニ通事ハ特別ノ語學上ノ智識ニ基キテ裁判官ヲ補助スルモノナルカ故ニ通事ハ即チ鑑定人ノ一種ナリト謂フヘキ歟然レトモ通事ハ單ニ言語ヲ翻譯シテ双方ノ意思ヲ通セシムルノ外ハ自己ノ判斷ヲ供與セサルノミナラス通事ノ有スル所謂特別ノ智識ハ語學上ノ智識ニシテ他ノ鑑定ニ要スル智識トハ其趣ヲ異ニシ通事ノ判斷ヲ生スルニハ特ニ考慮スルヲ要セサルモノナルヲ以テ法律ハ鑑定ト通譯トヲ別物トシ通譯ニ適當

鑑定能力及ヒ
鑑定義務

ナル簡易ノ手續ヲ設ケタルモノナリ故ニ鑑定ニハ鑑定書ヲ提出スルヲ原則ト
スレトモ通譯ノ場合ニハ右ノ如キ手續ハ無益ナルヲ以テ法律ハ之ヲ規定セス
又鑑定ハ證據手續ニ屬スレトモ通譯ハ否ラス

三三二 鑑定人タルニハ法律行為ノ能力ヲ有シ且公權剝奪若クハ停止ノ處分
ヲ受ケ居ル者ニ非サルコトヲ要ストスル立法例アリ(佛國刑法第三四條參照)我刑事訴
訟法ノ解釋トシテハ専門的智識技能ヲ有スル者ナラハ國籍男女年齢前科ノ有
無ニ區別ナク鑑定人タルヲ得ルモノト解セサルヘカラス極端ニ論スレハ瘖啞
者十六歳未滿ノ幼者ト雖モ鑑定人タルノ能力ヲ有スルモノト謂ハサルヘカラ
ス被告人又ハ民事原告人ノ親族後見人其後見ヲ受クル者雇人同居人ノ鑑定人
能力ヲ有スルヤ勿論ナリ(刑訴法第一三六條第一二四條)然レトモ訴訟當事者其代理人辯
護人審判ニ關カル判事ハ鑑定人タルノ能力ヲ有セス所謂法律の無能力者ナリ
他ノ審級ニ於テ代理人辯護人判事ナリシモ現ニ事件ノ繫屬スル審級ニ於テ代
理人辯護人判事ニ非サルナラハ鑑定人タルコトヲ得私訴ノ當事者代理人等ハ
公訴ニ於テ公訴ノ當事者代理人等ハ私訴ニ於テ其資格ヲ有スルナクハ鑑定

人タルコトヲ得ルモノナリ法律の無能力ノ外事實的鑑定無能力ニ付キテハ特
ニ論スルノ要ナシ何者鑑定人トハ専門的智識技能ヲ有スル者ヲ謂ヒ専門的智
識技能ヲ有セサル者ハ鑑定人ニ非サルモノニシテ事實的無能力トハ専門的智
識技能ヲ有セサルコトヲ意味スルニ外ナラサレハナリ

裁判上ノ鑑定無能力換言セハ鑑定人ノ忌避ハ民事訴訟法ニ規定スル所(同法
三三條以下)ナレトモ刑事訴訟法ノ認メサル所ナリ現行法ハ此點ニ於テ立法上
ノ非難ヲ免レス鑑定能力ハ鑑定義務ノ前提ト爲ルモノナレトモ實質上鑑定能
力ヲ有セサル者モ義務違背者トシテ罰セラルルコトアリ例ヘハ呼出ニ應セス
又ハ宣誓ヲ背セサル場合ノ如シ但鑑定能力ヲ有セサルコトヲ疏明セハ此處罰
ヲ取消サシムルコトヲ得ヘシ證人義務ト異リ鑑定義務ハ一般國民ノ義務ニ非
ス専門的智識技能ヲ有スルニ因リテ此義務ノ成立スルモノナリ必要ナル種類
ノ鑑定ヲ爲ス爲メニ公ニ任命セラレタル者鑑定ヲ爲スニ必要ナル學術技藝職
業ニ常ニ従事スル者之ニ従事スル爲ニ公ニ任命セラレ若クハ授權セラレタル
者裁判所ニ對シ鑑定ヲ爲サント述ヘタル者ハ當然鑑定義務ヲ負フ(之ハ刑訴法

シト雖モ民事訴訟法トノ權衡上ヨリスルモ將タ理論ヨリ此點ニ付キ然ノ論定ナ
リ。民訴法第三二六條參照。外國ノ立法例ヲ按スルニ多クハ此點ニ付キ明文ヲ置
ケリ。多ク以下刑訴法第一九條、西班以下參照法第()

鑑定人ノ義務
ノ内容

三三三 鑑定人ノ義務ハ證人ノ義務ノ如ク三種ノ義務ヨリ成ル 一、出頭義務
二、宣誓義務 三、鑑定義務即チ問題ヲ解決スルノ義務是ナリ

一、出頭義務 此義務ハ適法ナル呼出狀ノ送達ニ依リテ發生スルモノニシ
テ呼出ニ應セサルトキハ罰金及ヒ費用ノ賠償ヲ命セラルヘシ但勾引セラル
コトナシ故ニ呼出狀ノ形式ハ證人ノ呼出狀ト同一ナレトモ勾引スルコトアル
ヘキ旨ヲ記載スヘキモノニ非ス但誤リテ之ヲ記載シタリト爲メニ呼出狀ヲ
無効ナラシムルモノニ非ス(刑訴法第一三五條)此義務ハ鑑定人疾病其他正當ノ事
故ニ因リ呼出ニ應スルコト能ハサルトキハ消滅ス右ノ場合ニハ他ノ鑑定人ヲ
選定スヘキモノトス之レ右ノ場合ニ刑事訴訟法第六十六條ヲ準用スル規定ヲ
設ケサル所以ナリ然レトモ他ニ適當ナル鑑定人ヲ得ル能ハサル場合ニ於テハ
豫審判事、鑑定人ノ居所ニ臨ミ鑑定ヲ命スルコトヲ得ヘシ刑事訴訟法第六十七
條ヲ鑑定人ニ準用スル規定ナキヨリシテ豫備後備ノ軍籍ニ在ラサル軍人、軍屬

ハ鑑定人ト爲ス能ハサルヤノ問題ヲ生セリ現役ノ軍人、軍屬ト雖モ鑑定人ト爲
スヲ禁セル法規ナケレハ其所屬ノ長官又ハ隊長ノ異議ナキ限りハ是等軍人、軍
屬ヲ鑑定人ト爲スヲ得ルヤ明カニシテ理由ナクシテ呼出ニ應セスンハ同法第
百十八條ノ制裁(勾引ノ點)ヲ科スルヲ得ルモノナリ而シテ第百十七條ノ規定ヲ
準用スル旨ヲ規定セサリシハ立法上ノ粗漏ニ出ツルモノニシテ現行法ノ解釋
トシテ豫後備ノ軍籍ニ在ラサル軍人、軍屬ヲ鑑定人トシテ呼出スニ當リテハ所
屬ノ長官又ハ隊長ヲ經由セス呼出狀ヲ送達スルモ無効ニ非スト斷セサルヘカ
ラス然レトモ實際上ノ取扱トシテハ所屬ノ長官又ハ隊長ヲ經由スルヲ適當ナ
リトス

刑訴法要論ニ曰ク豫備後備ノ軍籍ニ在ラサル軍人、軍屬ニ對シテ鑑定ヲ命
ルコトハ事實ニ於テ豫備無ナレハ鑑定人ニ對スル制裁ノ言渡及ヒ執行ヲ命
スルニ屬托スルコトナキモノナリト之レ實際刑事事務ニ從事セサルヨリシ
テ生セル憶測ナルヘシ右ノ如キ囑託事實ハ絶無ニ最近ノ某重大事件
ニ關シテハ大藥ノ鑑定ヲ現役
砲兵將校ニ命シタル實例アリ

不參ヲ原因トスル制裁ノ執行ハ軍人、軍屬所屬ノ長官又ハ隊長ニ之ヲ囑託ス
ルヲ得ヘキコトハ第三百三十六條第百十八條ノ明文ニ徴シテ疑ヲ容レサル所ナ

鑑定手續其
一(鑑定前ノ手
續)

モノニシテ此制裁ヲ科スル決定ニ對シテハ證言義務ノ不履行ニ對スル制裁ノ
 場合ノ如ク執行停止ノ效力アル抗告ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ(刑三法條第八條)

三三四 豫審判事ハ其證據蒐集中或ル事項ニ付キ鑑定ノ必要アリト認メタル
 トキハ先ツ鑑定人ヲ選定ス其員數ハ豫審判事ノ意見ヲ以テ定ムルモノニシテ
 或ハ一名ヲ以テ足レリトスルコトアルヘク或ハ數名ヲ要スルコトアラム而シ
 テ既ニ選定セル鑑定人ノ爲シタル鑑定ノ結果不十分ナリシトキ或ハ十分ノ結
 果ヲ得サル虞アルトキハ鑑定人ノ要求ニ依リ又ハ職權ヲ以テ鑑定人ヲ増加シ
 又ハ更ニ他ノ鑑定人ヲ選定スルコトヲ得ルモノナリ(刑三法條第九條)鑑定人ノ選定權
 ハ裁判所ニ屬スルノミニシテ檢事被告人辯護人ハ之ヲ選定シ若クハ提出スル
 權利ナシ(此點ハ既ニ論述セル如ク我立法上ノ欠缺ニ付キ法律改正ノ際ニハ立
 法者ノ考慮ヲ要スル所ナリ)佛國ノ實際ニ付キガ口ノ言明スル所
 ニ依レハ鑑定人ノ裁判所ノ補助者タル資格ハ往々原告ノ補助者タル資格ニ變
 スルノ傾向アリ故ニ對密の鑑定ハ被告ノ利益ヲ保護スル爲メ缺クヘカ
 ル保障ヲ與フルノ實際上ノ現象ニシテ佛國ト同一ナル事ナリトセハ檢事ニ鑑定人
 選定ノ權ヲ與フル根拠ナキニモ我國ニ於テハ未タ實際上吾人ナシテ右ノ如キ
 ニ感生セシムル根拠ナキニモ我國ニ於テハ未タ實際上吾人ナシテ右ノ如キ
 二法律ノ基礎タルヘキ理想ニ代ユヘカラス一時的事象ヲ以テ永遠的而シテ
 鑑定人名簿ノ完全ナル設備ナキヲ以テ法醫學上ノ鑑定事項ハ姑ク措キ其他ノ

鑑定事項ニ付キテハ實際上裁判所ハ不便ヲ感スルコト尠カラサルナリ
 鑑定人ノ選定ヲ爲シタル後之ヲ呼出ス手續ヲ爲ス手續ハ證人ノ場合ニ同シ

(刑一五條第一一三六條)鑑定人呼出ニ應セザリシ爲メ罰金科料賠償ノ言渡ヲ受ク
 ルモ其言渡書ノ送達アリタルヨリ三日内ニ其出頭セザリシ理由ヲ辯解セハ裁
 判所ハ其理由ヲ正當ナリト認ムルニ於テハ右決定ヲ取消スヘキモノトス(第一法
 一三六條)鑑定人ハ一面ニ於テ右ノ辯解ヲ提出スルト同時ニ他ノ一面ニ於テ抗
 告ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ辯解ノ手段ノミニ出ツルトキハ裁判所ノ之ヲ
 採用セサルカ爲メ決定ヲ確定セシムルニ至ルコトアルヘシ何者辯解ノ申出ハ
 抗告期間ノ進行ヲ停止スルコトナケレハナリ呼出ニ應シ裁判所ニ出頭セル鑑
 定人ハ其送達ヲ受ケタル呼出狀ヲ提出シテ人違ナキコトヲ證明スヘク右ノ證
 明アリタル後豫審判事ハ刑事訴訟法第二百一十一條(所謂人)及ヒ百二十三條ノ各
 號ニ關スル訊問ヲ爲シ且百二十四條ニ列舉セル原因ノ存スルヤ否ヤヲ調査ス
 (第一三六條)人違ナキコトヲ認定シ且右兩條ニ掲クル宣誓ノ無能力又ハ免除ノ原因
 ナキコトヲ確メタル後宣誓ヲ命ズ宣誓ノ方式ハ公平且誠實ニ鑑定スヘキコト

ヲ誓フトノ文詞アル宣誓書ヲ裁判所書記朗讀シタル上鑑定人ヲシテ之ニ署名捺印セシムルニ在リ捺印スル能ハサルトキハ署名ノミヲ爲シ署名スルコト能ハサルトキハ捺印ヲ爲シタル上書記代署シ署名捺印共ニ不能ナル場合ニ於テモ亦書記代書シテ其旨ヲ附記ス(刑訴法第一三二條第二項)右ノ宣誓文詞ハ式文ニ非サルヲ以テ多少文字ヲ異ニスルモ宣誓ノ無効ヲ來タスコトナシ例ハ「公明真正ニ鑑定ス」トノ宣誓文ヲ以テ宣誓スルカ如シ(後出明治三九年)宣誓ノ效力ハ判例ニ依レハ後ニ追加シタル被告人ニモ及フモノトセリ故ニ鑑定書ノ提出前被告人ノ追加アルモ更ニ宣誓セシムルノ要ナシ(明治三九年九月二日大審院第二刑部)又被告人ノ追加後鑑定人ヲ訊問セサルナラハ此被告人ト鑑定人トノ身分關係ヲ調査スルノ要ナシ(同前)宣誓ヲ爲シタル後鑑定命令書ヲ交付シテ或ハ口頭ヲ以テ鑑定スヘキ事項ヲ明示ス鑑定人訊問調書ヲ作リタルトキハ以上ノ經過ヲ記載スルハ自然ノ手續ナレトモ訊問調書ニ以上ノ事項ニ付キ記載ノ遺脱アルモ之ガ爲メ鑑定手續ハ無効ト爲ルコトナシ何者鑑定人訊問調書ノ作成ハ法律ノ要求セサルモノナレハナリ又從ツテ訊問調書

カ刑事訴訟法第二十一條ノ規定ニ反スルトキト雖モ鑑定手續ノ瑕瑾ヲ生セス
 明治三八年取調ハ第五三一條同一年五月二日大審院第一刑部判決ニ曰ク受
 命判事力鑑定人ニ鑑定ヲ豫審ノ鑑定ニ關スル刑部第一刑部判決ニ曰ク受
 スヘキモノトス而シテ豫審ノ鑑定ニ關スル刑部第一刑部判決ニ曰ク受
 一スル多數ノ法條ヲ用シ第九條ニ拘ハラシメ其署名捺印ニ關スル同法第一
 條ノ規定ヲ適用セシメタルニ反シ同法第一四〇條ノ規定ニ書テ作リ其手
 續ノ規定及ヒテ鑑定人ノ調書ハ必要ニシテ之ハ鑑定人ニ書テ作ラシムル
 法方豫審ノ鑑定人ノ調書ハ必要ニシテ之ハ鑑定人ニ書テ作ラシムル
 ニテハ鑑定人ノ署名捺印ヲ作成スルコトヲ調書トシテ之ニ署名捺印ヲ
 得ハ鑑定人ノ署名捺印ヲ作成スルコトヲ調書トシテ之ニ署名捺印ヲ
 年レ第七二刑訴法第一三〇條第三項同院第一刑部判決ニ曰ク鑑定人ノ訊
 問ニ付テハ二刑訴法第一三〇條第三項同院第一刑部判決ニ曰ク鑑定人ノ訊
 ハ鑑定人ノ署名捺印ヲ作成スルコトヲ調書トシテ之ニ署名捺印ヲ
 同一論法ニ從ヒ鑑定命令書モ亦法律ノ要求スルモノニ非サルカ故ニ其作成
 ノ違法ナル場合ニ於テモ鑑定ハ適法ナリトスヘキヤ曰ク縱令法律ハ鑑定命令
 書ヲ要求セスト雖モ該命令書ハ鑑定事項ヲ定ムルモノ即チ鑑定ノ基礎ト爲ル
 モノナルカ故ニ鑑定ノ基礎ニシテ違法ナラハ鑑定モ亦無効ナリト爲ササルヘ
 カラズ但鑑定命令書ハ無効ナルモ口頭ヲ以テ別ニ鑑定ヲ命シタル事跡アラハ

鑑定ノ適法ナルコト勿論ナリ但判例ハ前者ノ場合ニ於テモ鑑定ハ有效ナリト
セリ(明治二九年第七〇號同年二月一日同院第一刑事部判決ニ曰ク)鑑定ヲ命
コトアルモ則チ鑑定書自體チ不法トスルヲ得ス(鑑定人ニ其既往ノ實驗ヲ訊問ス
ルトキハ別ニ證人トシテ宣誓ヲ爲サシムルモノトス)

鑑定手續其ニ
(鑑定材料ノ
検査)

三三五 鑑定人ハ適當ナリト認ムル方法ヲ以テ鑑定ヲ爲スコトヲ得ルモノニ
シテ豫審判事ハ必要ナル場合ニ於テハ死體ノ解剖ヲ命シ或ハ解剖若クハ検査
ノ爲メニ死體ヲ埋葬シタル墳墓ノ發掘ヲ命スルコトヲ得(刑訴法第一三條第二項)検査ノ
目的物ニ對シ或ハ檢證ノ場所ニ就キ鑑定ヲ爲ス必要アルトキハ鑑定人ハ出張
シテ検査ヲ爲スヘク移動スヘカラサル目的物ニ非サル以上ハ出張ノ場所ヨリ
之ヲ他ノ鑑定ニ便利ナル場所ニ送ルコトヲ得ヘク死體ノ解剖ノ如キハ病院ニ
於テ爆烈彈ノ爆發力ヲ鑑定スルカ如キハ人家ニ害ヲ及ホス虞ナキ場所ニ之ヲ
運搬シテ検査スルヲ通例トス訴訟關係人ハ鑑定ニ立會フノ權利ナキモ豫審判
事ハ必要ナリト認ムルトキハ其立會ヲ命シ訴訟關係人ノ立會ノ願出ヲ相當ト
認ムルトキ之ヲ許可スルコトヲ得豫審判事ハ鑑定人ノ検査ニ立會フノ義務ナ

シ鑑定ノ爲メ必要ナル場合ハ鑑定人ニ訴訟記録ノ閱覽ヲ許スコトヲ得ヘク又
鑑定人ノ必要ナリトスル事項ニ付キ證人又ハ被告人ヲ訊問スルコトヲ得ヘク
或ハ鑑定人ヲシテ證人被告人ノ訊問ニ立會ハシムルヲ得ヘク或ハ鑑定人ニ證
人被告人ニ直接ニ問ヲ發スルヲ許スコトヲ得ヘシ(刑訴法第八〇條)又鑑定人ハ
判事ノ立會ナクシテ自ら證人其他ノ關係人ニ接シテ鑑定ノ參考材料ヲ蒐集ス
ルコトヲ得我訴訟法ニハ對審的鑑定ノ規定アラサレトモ檢事及ヒ被告人ノ兩
方面ヨリ各若干ノ鑑定人ヲ申出テシメ双方ノ申出テタル鑑定人或ハ其一方ノ
鑑定人ノミニ鑑定ヲ命スルコトヲ得ルヤ勿論ナリ(對審的鑑定 Expertise Contradictoire)
方ヨリ鑑定人ヲ申出テシムルコトハ各鑑定人ハ自己ノ鑑定ヲ得ル能ハス其結果
ノ當否者ニ都合好キ鑑定ヲ爲スノ傾向アリテ公平ノ鑑定ヲ得ル能ハス其結果
多ク生シ合ニ於テ延延シムル一致ノ見アル能ハス爲メニ第三ノ鑑定人ヲ命スル
要ナク生シ合ニ於テ延延シムル一致ノ見アル能ハス爲メニ第三ノ鑑定人ヲ命スル
見ト少數ノ意見トチ考シクハ同數ノ見アリト謂フニ在リ然レトモ相異ナル意見
ハ複數ノ同意見トチ考シクハ同數ノ見アリト謂フニ在リ然レトモ相異ナル意見
眞實ノ相異ハ寧ロ眞實ナル見ニ便宜ナルモノナリト謂フヘク訴訟ノ延延ハ實體
眞實ノ發見主義ニ背馳セサル長好ナル豫審ノ結果ヲ以テ償フテ餘リアルニアラ
ヤス)然レトモ階級的審査ノ方法ヲ以テスル鑑定詳言スレハ先ツ一定ノ鑑定人ヲ
シテ鑑定ヲ爲サシメ當事者ノ異議アルトキハ其判斷ノ當否ヲ明カニスル爲メ

果即チ鑑定人ノ判斷ヲ又其結果ヲ得サリシ場合ニハ鑑定人ノ推測スル所及ヒ鑑定ニ從事セル時間ヲ詳記スヘキモノトス鑑定ノ結果若クハ鑑定人ノ推測ヲ記載セサル鑑定書ハ無効ナリ數名ノ鑑定人アリシトキハ其意見ヲ異ニスル場合ハ合ト雖モ一箇ノ鑑定書ニ其意見ヲ記載スルコトヲ得又意見ヲ異ニスル場合ハ勿論同一意見ノ場合ト雖モ鑑定人ハ各別ニ鑑定書ヲ作成スルコトヲ得(刑一四條)鑑定ノ手續及ヒ時間ノ記載ハ之ヲ缺クモ鑑定書ノ效力ニ影響ヲ及ホサス法律カ右ノ記載ヲ命セルハ訓示的ノモノニシテ該記載ヲ以テ鑑定書ノ要件ト爲シタルモノニ非サレハナリ(明治三九年レ第九一號刑部判決)鑑定人カ其檢査ノ結果ヲ口頭ヲ以テ報告シ豫審判事之ヲ調書ニ記載セシムルハ適法ナリヤ否ヤ判例及ヒ一派ノ學說ハ鑑定書ヲ作ラサル鑑定ハ無効ナリト論斷セリ(明治三九年レ第五六七號同年六月二日同院第一刑部判決)刑部判決ニ曰ク刑部判決第一四〇條ニ規定シ向ホ鑑定ニ付キテハ同第一三六條ニ證人訊問ノ規定ヲ準用シアルモ同第一二一條ノ身分上ノ問查ニ關スルモノ外訊問ノ規定ニ關スル規定ノ準用ケル鑑定ハ第九二條ニモ鑑定ニ付キ調書ヲ作ルヘキ規定ナキニ依レハ豫審ニ於ケル鑑定ハ書面ヲ以テ爲サシムル法意ナリ云云原院カ鑑定人ニ對スル豫審問調書ヲ罪證ニ供セシ(論)余輩ハ反對說ヲ主張スルモノナリ 一、刑事訴訟法第

百四十條ハ鑑定書ノ形式ヲ定メタレトモ其形式ヲ遵守セサル場合及ヒ鑑定書ヲ作ラサル場合ニ無効ノ制裁ヲ規定セス而シテ同條ノ規定ノ訓示的性質ノモトナルコトハ判例ノ既ニ認ムル所ナラスヤ 二、公判ニ於テハ鑑定書ノ作成ヲ要セス鑑定ノ結果ヲ供述セシムルノ適法ナルコトハ明文上一點ノ疑ナシ(刑部判決)豫審ニ於テノ鑑定書ノ作成ヲ要件トスヘキ特別ノ理由アルコトナシ 三、鑑定人タル者ニハ大工泥工ノ如ク文字ニ嫻ハサル者尠カラス然ルニ書面ヲ以テ鑑定ノ結果ヲ報告スヘキコトヲ是等ノ者ニ命セン歟往々報告上ノ誤謬ヲ生シ豫審處分ニ累ヲ及ホスノ弊ヲ生セン殊ニ文字ヲ知ラサル鑑定人ニ至リテハ其檢査ノ結果ヲ報告スルニ由ナカルヘシ或ハ曰ハン代書人ヲシテ鑑定書ヲ作成セシムルコトヲ得ルニ非サヤト余輩ハ之ニ答ヘテ曰ハン代書ノ如キハ往々ニシテ誤謬ヲ傳フルノ弊アリ然ルニモ拘ハラズ之ヲ許スモノナラハ一層精確ナル訊問調書作成ヲ禁スルノ謂レナカルヘシ 四、佛國ノ鑑定手續ニ於テモ鑑定ノ結果ヲ調書ニ記載スルヲ有效トセリ獨逸刑法第八十二條ハ口頭鑑定ヲ規定セリ母法ノ地位ニアル獨逸ノ訴訟法既ニ然リ豈我立法者單

リ之ニ異レル意思ヲ有スルモノナランヤ 埃國刑事訴訟法第二百二十四條ニ依リ
 ハ鑑定ノ結果ハ調書ニ記載スヘキモノトセリ 勃牙利刑事訴訟法亦然リ(同法第
 五條以下第一六) 知ルヘシ比較立法例ハ余輩ノ論定ニ有力ナル根底ヲ與フルモノ
 ナルコトヲ余輩ノ論法ヲ以テスレハ鑑定書ヲ作成セル場合ト雖モ鑑定ヲ補充
 スルトキハ之ヲ調書ニ記載セシムルコトヲ得ルヤ勿論ナリ而シテ此點ニ付キ
 テハ判例ハ余輩ノ説ト一致セリ(明治三三年レ第一二六八號同年一月二日
 同院第一刑事部判決ニ曰ク鑑定人ニ於テ既ニ
 鑑定書ヲ作成シタル後之ヲ補充スル爲メ其供述ヲ聽クハ不
 法ニ非ス從テ其供述ヲ錄取シタル調書ハ證據力ヲ有スト) 判例更ニ一步ヲ進
 マハ余輩ト其步調ヲ同クスルニ至ルヘシ 鑑定ハ其實質裁判官ノ智識ノ補充ナ
 レドモ形式上一ノ證據タルカ故ニ適法ナル鑑定ハ裁判ノ資料ニ供セラルル效
 力ヲ有ス其證據タルノ效力ハ單ニ豫審ニ止マラス他ノ審級ニ至リテモ消滅ス
 ルコトナシ而シテ宣誓能力ヲ有シ若クハ宣誓義務ヲ免除セラレサル鑑定人ニ
 宣誓ヲ爲サシメスシテ鑑定ヲ爲サシメタル場合ト雖モ其證據力ハ通常ソ手續
 ニ從ヘル鑑定人ノ鑑定ニ比シ徑庭アルコトナシ而シテ事實裁判官ハ第九十條
 ニ從ヒ之ヲ取捨スルノ專權ヲ有ス右ノ外鑑定ノ效力ニ付キテハ證言ノ效力ノ

囑託鑑定

部ヲ參照スヘシ(第三二六號參照又以上數號ニ於テ論究セル以外ノ事)

三三七 鑑定ハ之ヲ囑託スルコトヲ得ルヤ否ヤハ從來議論ノ存スル所ニシテ
 余輩ハ法律ノ精神解釋ニヨリ積極説ヲ主張シ大審院判例(明治三二年)及ヒ多ク
 ノ學者ハ鑑定人ニ付キテハ刑事訴訟法第七十條(被告人ノ囑託)同法第三百三十二條(證
 人ノ囑託)ノ如キ規定ナシトノ條文上ノ消極的理由ヲ論據トシテ消極説ヲ主張シ
 來リシカ明治四十五年四月十三日法律第十九號ハ刑事訴訟法第三百三十六條ヲ
 改正シテ此論爭ヲ絶タシメ余輩ノ論定ヲシテ條文上ノ根據ヲ有スルニ至ラシ
 メタリ(改正法律ニ曰ク刑事訴訟法第一三六條中及第一三二條ト改ムト) 鑑定ノ囑託ニ付キテ
 ハ證人訊問囑託ノ規定ヲ準用スルヲ以テ囑託ヲ受クヘキハ豫審判事ノ屬スル
 地方裁判所ノ管轄内ノ區裁判所判事(鑑定人カ地方裁判所所)又ハ鑑定人所在地
 ノ豫審判事若クハ區裁判所判事ナリトス而シテ證人ト異リ鑑定人ハ必シモ之
 ヲ指名スルノ要ナキヲ以テ囑託裁判所ハ受託裁判所ニ對シ其管轄内ニ住居ス
 ル相當ノ鑑定人ニ鑑定ヲ命セラレタシトノ趣旨ヲ以テ囑託ヲ爲スコトヲ得而
 シテ右ノ如キ囑託ハ其性質鑑定人ノ選定及ヒ訊問ノ囑託ナリトス(第一三二條
 選

鑑定人ノ權利

定ノ範圍ヲ包含セサルヤ明カナレハ嚴格ナル法文解釋トシテハ右ノ從論定ハ解
 釋ノ範圍ヲ逸出シタルヤ疑ナシトモ格アル法文解釋トシテハ右ノ從論定ハ解
 明トシテハ先ツ照會ヲ發シテ鑑定人トナルヘキ者ノ取調ヲ求メ其解答アリ
 タル後之ヲ選定シテ照會ヲ發シテ鑑定人トナルヘキ者ノ取調ヲ求メ其解答アリ
 々々時間トナシテ機テ失スルノ弊ヲ免ルヘキ者ノ取調ヲ求メ其解答アリ
 没却スルモ付キテハ故ニ余輩ニ本及ヒ前數號ノ說明ヲ參照スヘシ鑑定人ト
 シルト否ヲサレトハ第三百二十三號及ヒ前數號ノ說明ヲ參照スヘシ鑑定人ト
 シルト否ヲサレトハ第三百二十三號及ヒ前數號ノ說明ヲ參照スヘシ鑑定人ト
 三三八 鑑定人ノ權利ハ 一、宣誓ノ拒絕權 二、鑑定ノ拒絕權 三、抗告
 權 四、費用ノ請求權是ナリ證人ノ權利ニ同シク前二者ハ其實質義務ノ不存
 在ニシテ後二者ノミ純然タル訴訟法上ノ權利ナリトス而シテ費用ノ請求權ト
 ハ旅費日當立替金ノ辨償ヲ求ムルノ權利ヲ總稱ス(刑訴法第一四一條尙ホ刑法)
 立替金トハ鑑定作用ヲ行フニ付キ支出セル費用ナリ之レ證人ニハ存セサルモ
 ノナリ證人ト鑑定人トノ訴訟上ノ權利ノ差異ハ單リ此點ニ止マラス證人ハ供
 述ノ増減變更權ヲ有スレトモ(刑訴法第一三一條)鑑定人ニ付キテハ右ノ權利アル旨ノ規
 定ナキコト是ナリ之レ鑑定ハ専門的智識技能ニ基キ深究細查ノ結果ヲ表示ス
 ルモノナルカ故ニ増減變更ヲ爲スヘキ場合ハ極メテ稀ナルヘキヲ以テ之ヲ請

求スルヲ得ル旨ノ規定ヲ設ケサリシナリ右ノ如ク鑑定人ハ刑事訴訟法第三百三
 十一條ニ規定スルカ如キ訴訟法上ノ權利ヲ有セスト雖モ錯誤遺漏ハ人類ノ免
 レ難キ弱點ニシテ誤レル鑑定報告ヲ訂正シテ最モ精密ノモノタラシムルハ事
 件判斷ノ上ニ於テモ利益アリトスルモノナレハ鑑定ニ付キ増減變更ノ申立ア
 ラハ豫審判事ハ歡ンテ之ヲ迎フヘク條文ニ規定ナキヲ楯トシテ之ヲ拒ムヘキ
 モノニ非ス(立法論トシテハ第一三一條ヲ)

第四款 檢證

三三九 檢證ノ意義目的及ヒ性質……三四〇 檢證ノ種類及ヒ目的物……三四一
 檢證ト鑑定證人被告人訊問搜索及ヒ物件差押トノ關係……三四二 檢證手續其
 一(檢證ノ場所時間立會其他ノ手續……三四三 檢證手續其二(檢證調書ノ作成……
 ……三四四 囑託檢證……三四五 檢證ノ效力

三三九 檢證トハ當該機關カ其五官作用ヲ經テ人體及ヒ物體ノ外形或ハ空間
 ノ狀態ヲ明確ニスルノ證據調ヲ謂フ(我大審院ハ檢證ノ定義トシテ事實發見ノ
 所又ハ其他ノ場所若クハ其他一切ノ物件等ノ實驗ヲ爲スヲ謂フト)檢證ハ
 明セリ明治四〇年第五〇號同年六月七日大審院第一刑事部判決例

檢證ノ意義
的及ヒ性質

一、犯罪ノ物體其形狀犯所ノ狀況其他犯罪ヲ證明スヘキ事實ヲ明確ニスルヲ以テ主タル目的トシ從タル目的トシテハ 二、檢證ノ場所ニ於テ犯罪ニ關スル諸般ノ報告ヲ受領シ 三、犯罪ノ用ニ供シ又ハ供セントシタル物件ナリト認ムヘキモノ及ヒ犯罪ノ產出物ト認ムヘキモノ其他犯罪ニ關スル書類等ヲ差押ヘ 四、眞實ノ表明ニ有益ナル物件ノ發見ニ必要ナル搜索ヲ爲スニ在リ佛國刑事訴訟法及ヒ我刑事訴訟法ハ檢證搜索物件差押ヲ同性質或ハ連帶的ノモノト看做シ此三者ヲ同一ノ條文中ニ規定スルヲ例トスレトモ檢證ト物件差押及ヒ搜索トノ間ニハ明確ナル區別ノ存スルアリ此三者ハ各獨立的ノ觀念ニシテ性質上同視スルヲ得ス檢證ハ純然タル證據調ニシテ差押及ヒ搜索ハ其準備タル處分ニ過キス證據調タルノ性質ヲ有スルモノニ非サレハナリ檢證ハ裁判官ノ五官ヲ以テ直接ニ爲ス事實ノ實驗即チ親驗(Experience personnelle)ナリ然レトモ裁判官ノ親驗ハ常ニ檢證タルノ性質ヲ有スルモノト謂フヲ得ス裁判官ニハ公人的方面ト私人的方面トアリ其私人的方面ニ於テ日常實驗スルモノハ即チ其親驗ニ屬スルモノナレトモ右ノ如キ實驗ハ刑事訴訟法ニ所謂檢證ニ非ス倫

兒アリ壁ヲ穿ツテ其家ニ忍入り暫時ニシテ葛籠ヲ背負ヒテ其穿口ヨリ立出ル事實ヲ會々某豫審判事カ通行ノ際見認セリト假定セヨ此事實タル裁判官ノ親驗ノ最モ明著ナルモノナレトモ法律ニ所謂檢證ニ非ス裁判官ハ右ノ如キ實驗ニ依リテ犯罪ヲ斷定スルコトヲ得ス何者右ノ如キ事實ノ認識ハ裁判官ノ資格ニ於テ爲シタル親驗ノ結果ニ非サルカ故ニ檢證ニ屬スルモノト爲ス能ハサル以上ハ證人ノ實驗トシテ説明セサル可ラス然ルニ證人ノ資格ト裁判官ノ資格トハ同一人ニ於テ之ヲ兼有スル能ハサルカ故ニ右ノ認識ヲ證人ナル證據方法ニ包含セラルル證據原因トスルトキハ裁判官ハ法律上自己ノ供與スル證據原因ニ據リテハ裁判ヲ爲スニ由ナケレハナリ又他ノ觀察點ヨリスレハガロノ謂ヘル如ク裁判官ノ腦裏ニ存スル證人トシテノ證據原因ハ對審且公開ノ辯論ヲ經スシテ直チニ判斷ノ材料ニ供セラルル奇怪ナル結果ニ至ルモノナレハナリ以上述フルカ如ク檢證ノ實體的性質ハ檢證ノ目的物ニ對スル裁判官ノ親檢ナリ此實體的性質ニ對スル檢證ノ形式的性質ハ即チ檢證ハ證據方法ニ非スシテ證據調ナルコト是ナリ然ルニ檢證ヲ以テ證據方法ナリトスル學者尠カラス

ニ於テ檢證ニ關スル特別規定ヲ設ケタル所以ノモシテ訟廷外ニ於テモ亦
 之ヲ爲シ得ヘキ旨ヲ明カニシタルモ外ナラズシテ訟廷外ニ於テモ亦
 爲シ得ル旨ヲ規定シタルモ非サルナリト稱スヘシト之又檢證ニハ既ニ論究セル捜査
 機關ノ爲スモノト訴訟機關ノ爲スモノトノ兩種アリ本款ニ於テハ後者ニ付キ
 テ論究スルモノナリ此兩者ハ證據上ノ效力ニ付キテハ輕重ナシト雖モ手續及
 ヒ其效力ニ付キテハ差異アリ現行犯ニ付キ豫審判事ノ爲ス檢證ハ檢證調書ノ
 作成ニ因リ公訴提起ノ效力アレトモ檢事司法警察官カ同一ノ場合ニ於テ爲ス
 檢證ハ右ノ效力ヲ生スルコトナキカ如キハ其一例ナリ(刑訴法第一四四條以下)檢
 證ノ種類ト目的物ノ種類トハ沒交渉ニシテ苟モ檢證ノ目的物ト爲リ得ルニ於
 テハ以上各種ノ檢證ヲ行フコトヲ得ルモノナリ檢證ノ目的ハ眞實ノ發見ニ在
 ルノ點ニ於テハ鑑定ノ目的ト異ル所ナシト雖モ其目的物ニ付キテハ兩者ノ間
 ニ下ノ如キ差異アリ鑑定ハ有形物ハ勿論時間、空間、人ノ精神狀態、物價ノ高低等
 無形ノ事象ト雖モ其目的物ト爲スヲ得ルモノナレトモ檢證ハ有形物及ヒ一定
 ノ場所タル空間ヲ以テ其目的物ト爲スニ止マリ時間、精神狀態、相場ノ高低等無
 形ノ事象ハ其目的物ト爲ルコトナシ(但檢證ニ際シ物ノ距離ヨリ法律ノ禁スル

檢證ト鑑定
人被告訊問

所ニ非ス然レトモ右ノ如ク時間ヲ測定スルハ目的物ニ關スル狀況ヲ明カニス
 ルモノタル止マリ時間其者ハ檢證ノ目的物ト爲ル物ニ非ス物價ノ高低ハ檢證
 ノ目的物ト爲ラサレトモ論ナリ(又過去若クハ未來ノ事實ハ鑑定ノ目的物ト爲
 ルモノナレトモ現在ノモノニ非スンハ檢證ノ目的物ト爲ルコトナシ又檢證ハ
 現存スル事物ヲ明確ニスルモノニシテ鑑定ノ如ク専門的智識ニ基キ問題ヲ解
 決スルモノニ非ス檢證ノ結果ヲ材料トシテ或ル問題ヲ解決スルハ證據ノ考覈
 ニ屬シ檢證ノ範圍外ニ出ツ鑑定ニ在リテハ甲ヲ材料トシテ乙ヲ判斷スルコト
 アレトモ檢證ニ在リテハ甲ヲ検査シテ以テ乙ヲ検査セルモノト爲スヲ得ス凡
 ソ事物ヲ明確ニスルニハ判斷作用ヲ要スルコトハ心理學上ノ定則ニシテ檢證
 ヲ爲スニ當リテモ判斷ヲ要スルヤ勿論ナレトモ所謂檢證ニ於ケル判斷ハ鑑定
 ニ於ケル判斷トハ其程度、範圍及ヒ性質ヲ異ニス即チ檢證上ノ判斷ハ目的物ノ
 外形上ノ認識ニ止マリ又過去若クハ未來ノ事項ニ涉ラス又専門的智識ニ基ク
 ヲ要セサルモノナリ判斷ヲ爲ス者モ亦異ル即チ鑑定ニ在リテハ之ヲ爲ス者ハ
 裁判官以外ノ第三者ナレトモ檢證ニ在リテハ裁判ヲ爲ス者自身ナリトス

三四一 檢證ノ目的ハ約言スレハ通常ノ智識ヲ以テ現狀ヲ明確ニスルニ在リ

然ルニ事實發見ノ目的ヲ達スルニハ更ニ一步ヲ進メ専門的眼光ヲ以テ事物ノ
 奥底ヲ透見スルノ必要アリ詳言スレハ通常ノ智識ヲ以テ外形ヲ明確ニセル物
 ヲ更ニ分析若シクハ試験シテ其性質ヲ究ムルノ必要アリ或ハ之ヲ基礎トシテ
 過去ノ状態若シクハ未來ノ成果ヲ知ルノ必要等アリ例ヘハ衣服ニ赤色ノ汚染
 アルヲ檢證シ其汚染ハ血痕ナルヤ否ヤ又嬰兒ノ屍體ヲ發見シタル場合ニ死産
 者ナルヤ出産後一定ノ時間呼吸ヲ爲シタルヤ否ヤ又創傷ヲ受ケタル者ヲ檢證
 シタル場合ニ該創傷ノ被害者ノ生命ヲ奪フニ至ルヘキヤ或ハ若干時ヲ經ハ治
 癒スヘキヤ否ヤヲ知ラントスルカ如シ以上ノ問題ノ解決ハ通常智識ノ領域ヲ
 出テ特別智識ノ範圍ニ入ルモノニシテ乃チ鑑定ノ目的ト爲ルモノナリ而シテ
 檢證ト同時ニ鑑定ヲ命スルコトハ實際上多クノ場合ニ於テ手續ヲ迅速ナラシ
 メ審査ヲ遺脱ナカラシムルノ利益アリ是ヲ以テ塊多利刑事訴訟法ノ如キハ檢
 證ノ際鑑定ヲ必要トスル場合ニ付キテ特ニ規定ヲ設ケタリ(同法第一一八條以下)獨逸刑
 事訴訟法洪牙利刑事訴訟法ハ檢證ト鑑定トヲ同一章中ニ規定セルハ乃チ兩者
 ノ關係ノ密接ナルコトヲ證スルモノナリ(洪牙利刑訴法第二章第七條洪牙利刑訴法ハ

豫審第二章ノ檢證及ヒ見認、醫即ノ檢證及ヒ見認、鑑定人ノ檢證及ヒ見認ナル小判
 別審判事ノ檢證及ヒ見認、醫即ノ檢證及ヒ見認、鑑定人ノ檢證及ヒ見認ナル小判
 ノ關係ノ如キ見解ノ存スルニ徴スルモ兩者鑑定ト檢證トノ關係ハ之ヲ要スルニ
 前者ハ後者ノ補助ヲ爲スニ在リ換言スレハ専門的智識ヲ以テ檢證物ノ性質ヲ
 究メ以テ通常智識ノ及ハサル點ヲ補充スルニ在リ鑑定ノ如ク證人訊問モ亦檢
 證物ヲ明確ナラシムルノ點ニ於テ大ニ便利ヲ與フルモノナリ例ヘハ殺人事件
 ニ付キ狼藉ヲ極メタル被害者ノ居宅ヲ檢證スルニ當リ犯罪前ニ於ケル状態ヲ
 證言セシメ以テ犯罪前ノ状態ニ比シ檢證セル現場ハ如何ナル變化ヲ生シタル
 モノナルヤヲ明カニスルヲ得ルカ如シ檢證、鑑定、證人訊問ノ三者ノ連結スルコ
 トハ實際稀ナラサル事例ニシテ右ノ場合ニ於テハ此三者ハ各形式上ノ要件ヲ
 具備スルヲ要シ鑑定若シクハ證人訊問ヲ以テ檢證ノ一部分ト爲シ此兩者ニ必
 要トスル手續ヲ省略スルヲ許サス但シ證人タルヘキ者ヲシテ檢證ノ場所ニ判
 事ヲ案内セシメ或ハ此者ヲシテ檢證ノ場所ニ於テ物件ノ所在ヲ指示セシムル
 カ如キハ檢證ニ附隨スル準備的行爲ニシテ特ニ證人訊問ノ形式ニ依ルノ要ナ
 キモノトス文書ノ調査ニ付キテハ刑事訴訟法ニ明文ナシト雖モ我立法者ハ之

ヲ檢證ヨリ除外セシモノニ非ス例ヘハ古代ノ記録ニシテ其保存ノ場所以外ニ之ヲ搬出スルトキハ其形體ヲ損スル虞アリ又萬一之ヲ紛失セハ再ヒ同種ノモノヲ得ルコト能ハサル場合ニ於テハ豫審判事ハ其所在ニ臨ミ之ヲ檢査シテ其謄本ヲ作成スルカ如シ而シテ美術品トシテ保存スル文書ノ如キハ其差押ヲ適當トセサル場合ニ於テハ檢證ニ依リ其形狀性質等ヲ明確ニ爲スヘキモノナリ但シ意思表示ノ證據物トシテ文書ヲ調査スルハ法律上檢證ト稱セス又文書ノ偽造ナルヤ否ヤノ問題ノ生シタルトキ之ヲ調査スルハ其實質ニ於テハ檢證ナルコト疑ナシ民事訴訟法ニ於テハ之ヲ檢證トセス檢眞又ハ眞否確定ノ手續ノ目的物ト爲セリ刑事訴訟法ニハ之ニ關シ特別ノ手續ヲ設ケサルヲ以テ之ニ對シ檢證ノ手續ヲ行フヲ得ヘシ但シ實際上之ヲ行ヘルコトハ甚々稀ナリトス何者偽造ノ問題ヲ生スル文書ハ裁判所ニ於テ押收スルヲ常トシ其眞僞ヲ檢査スルニハ特ニ形式上檢證手續ヲ行フノ要ナク甄別ノ困難ナル場合ニ於テモ直チニ鑑定ヲ命スルヲ捷徑トスレハナリ檢證ト搜索及ヒ物件差押トノ混同スヘカラサルコトハ既ニ論シタル如シ然レトモ搜索ハ實際上檢證ト同時ニ之ヲ爲ス

ヲ便利トスル場合多シ又搜索ニ依リ發見セル物件ハ檢證ノ目的物ト爲ルコトアリ又檢證ノ際發見セル物件ハ直チニ之ヲ差押フルコトヲ得ルモノナリ右ノ如ク檢證ト搜索トハ密接ノ關係アルヲ以テ刑事訴訟法第一百四條ハ此兩者ヲ聯用スルヲ以テ手續上一箇ノ作用ナルカ如ク規定セリ然レトモ檢證ト搜索及ヒ差押トハ決シテ混同スヘキモノニ非ス此三者ハ手續上競立若クハ原因結果ノ關係ヲ有スルニ止マリ其作用及ヒ目的ヲ異ニスレハナリ檢證鑑定證人訊問被告訊問搜索差押ハ形式上各獨立ノ性質ヲ有スレトモ一箇ノ調書ヲ以テ各事項ヲ明確ニスルコトハ法律ノ禁スル所ニ非サルナリ此數者ハ原因結果ノ關係ナクシテ駢立スルコトアリ例ヘハ殺人ノ場所ニ臨檢シ豫テ被告人ノ自白アリシ兇器ヲ差押ヘ被告人及ヒ證人ヲ訊問シ屍體ニ付キ鑑定ヲ命シ被害者カ金錢ヲ所持セルヤ否ヤヲ明カニスル爲メ筆筒其他ノ器物ニ就キ搜索ヲ爲シ或ハ他ノ目的ヲ以テ他ノ建物ニ就キ搜索ヲ爲スカ如シ又此數者ハ互ニ原因結果ノ關係ヲ有スルコトアリ例ヘハ貨幣偽造事件ニ付キ被告人ノ居室ニ臨檢シタルニ準現行ト見ルヘキ殺人犯ノ被害物體アル屍體ヲ發見シ其犯罪ノ兇器ヲ搜索シ

事ニ對シ證據徵憑ノ集取ヲ請求スル職權ヲ有スルカ故ニ檢事ハ豫審判事ノ許
 可ナキモ檢證ノ場所ニ立會フコトヲ得(明治三十七年レ第二〇九三號同年一月
 四日捜索ニ關スル大審院第一刑部判
 照決參)又被告人ハ自ラ又ハ代人ヲ以テ檢證ニ立會フノ權利アリ勾留ヲ受ケタル
 トキハ豫審判事ノ之ヲ許スニ非サレハ立會フ能ハス反之被告人立會ヲ欲セザ
 ルモ豫審判事ハ其立會ヲ命スルコトヲ得(同法第一〇八條)被告人ハ其代人ヲ立會ハシ
 ムルノ權利アル以上ハ法律ニ明文ナシト雖モ辯護人ニ檢證ニ立會フ權利アル
 コト勿論ナリ而シテ檢證ヲ被告人辯護人ニ通知スルト否トハ豫審判事ノ專權
 ニ屬スルヲ以テ之ヲ通知セスシテ檢證處分ヲ爲スハ不法ニ非ス(明治三十七年第
 一年一月四日同院第一刑部判決ニ曰ク豫審判事カ臨檢捜索物件差押等ノ處
 分ヲ行フ場合ニ於テ第一刑部被告人ニ通知スヘキコトヲ命シタル規定ナケレ
 處ハ被告人不知ノ間ニ非ス等)又被告人辯護人以外ノ者例ヘハ民事原告人ノ如キ
 者ヲ檢證ノ場所ニ立會ハシムルハ豫審判事ノ職權ニ屬ス(明治四年五月二日三
 刑部第一刑部判決)

四、證人鑑定人被告人ノ訊問及ヒ物件差押 檢證ノ場所ニ於テ又ハ檢證ニ
 引續キ他ノ場所ニ於テ證人鑑定人被告人ヲ訊問スルコトヲ得、刑事訴訟法第百

十條ニハ豫審判事ハ臨檢捜索ノ場合ニ於テ證人ノ供述ヲ聽クコトヲ必要ナリ
 トスルトキハ第百十五條以下ノ規定ニ從ヒ之ヲ訊問スヘシト規定シ法文ハ訊
 問ヲ爲スヲ得ルハ證人ノミナルカ如ク又其場所ハ檢證ノ場所ニノミ限定スル
 カ如ク解セラルレトモ既ニ檢證ニ際シ證人ノ訊問ヲ爲シ得ル以上ハ其必要ア
 ル場合ニ鑑定ヲ命シ或ハ被告人ヲ訊問スルヲ得ヘキコトハ理論上明カナルノ
 ミナラス第百八條第百九條ノ規定ヨリ推究スルモ檢證ノ場所ニ於テ被告人ノ
 訊問ヲ爲シ得ルコト明カナリ殊ニ鑑定ト檢證トノ關係ニ徵スレハ檢證ノ場所
 ニ於テ鑑定ヲ命スルノ必要アルコトハ多言ヲ要セサルヘキナリ(明治三十四年第
 三五年一月七日同院第一刑部判決)又臨檢ニ引續キ他ノ場所ニ於テ證人被告人等ノ訊問ヲ爲シ
 得ルコトハ法律ノ精神ニ徵シテ疑ヒナキ所ナリ(明治三十二年第三〇號同年三
 月二六日大審院第二刑部判
 決ニ曰ク刑部法第一〇條ニ臨檢ノ場所トアルハ其現ニ臨檢シタル所但シ他
 ニ限ラス臨檢ニ引續キ他ノ場所ニ於テ證人ノ訊問ヲ爲スモ臨檢ニ非ス)但シ他
 ノ場所トハ如何ナル場所ニテモ差支ナキモノニ非ス檢證ノ場所ト何等カノ關
 係ヲ有スルコトヲ要スルヤ勿論ナレトモ其關係ヲ定ムルニ付キ一定ノ標準ヲ
 示スコトハ學理上困難トスル所ナリ現行判例ハ此點ニ付キ檢證ノ場所ト訊問

ノ場所ト同一地域内ナルコトヲ要ストシ一定ノ標準ヲ示シタレトモ固ヨリ學
理上ノ根據ハ薄弱ナリ

明治三〇九年レ第一八二號同月二六日大審院第二刑部判決ニ曰ク刑
法第一〇九條第一項ノ規定ニ於テ「被告ノ見証人ノ爲メニ必要ナル
想シテ事實ノ發見ニ便スルニテ必要ナル之ヲ認キタルモ、現行ノ
解釋ニ於テ「被告ノ見証人ノ爲メニ必要ナル之ヲ認キタルモ、現行ノ
レツトアルテ局所ノ被檢人ニテハ、檢査ノ準備手續ニシテ、被告ノ
被告ノ見証人ノ爲メニ必要ナル之ヲ認キタルモ、現行ノ解釋ニ於テ
論引ノ場キ被告ノ見証人ニテハ、檢査ノ準備手續ニシテ、被告ノ
サレハ、檢査ノ準備手續ニシテ、被告ノ見証人ニテハ、檢査ノ準備
性ヲ用キタル所ニテハ、檢査ノ準備手續ニシテ、被告ノ見証人ニテ
メテ立テテハ、檢査ノ準備手續ニシテ、被告ノ見証人ニテハ、檢査
上示判例ニ依レハ檢證ニ先テ其場所ト同一地域ナル他ノ場所ニ於テ檢證ノ
準備トシテ證人被告人ヲ訊問シ或ハ鑑定ヲ命スルコトヲ得ルモノナリ之レ蓋
シ法律ノ精神ニ適スル解釋ナリトス又以上ノ場所ニ於テ證人被告人等ノ訊問
ヲ爲スヘキコトヲ決スルハ豫審判事ノ機宜ノ處分ニ一任シタルモノニシテ法

檢證手續其二
(檢證調書作成)

律裁判所ハ勿論上級ノ事實裁判所ト雖モ豫審判事ノ判斷ノ不當ナルコトヲ理
由トシテ豫審判事ノ爲シタル同上ノ訊問ヲ無効ナリトスルヲ得サルコトハ第
百十條ノ「必要ナリトスルトキハ」ノ文詞及ヒ同條ニ他ノ制限的條件ノ規定シ非
サルニ徴スルモ明瞭ナリ(明治三六年レ第一一五號同部判例)而シテ檢證及ヒ訊問
ハ其必要ナル以上ハ數回之ヲ爲スコトヲ得ルヤ勿論ナリ

三四三 檢證ノ結果ハ之ヲ調書ニ記載シテ明確ナラシメサルヘカラス法律ハ
調書作成ノ原則ヲ示シテ曰ク「豫審判事ハ犯罪ノ性質、方法、日時、場所及ヒ被告人
ノ人違ナキコトヲ證明スヘキ模様ニ付キ調書ヲ作ルヘシ(刑訴法第一〇)ト又曰
ク「被告人ノ利益ト爲ルヘキ模様ヲモ記載スヘシ(同條第二項)ト文詞明瞭ナルモ法律
ノ精神ニ反セスシテ本條ヲ精確ニ適用スルコトハ容易ノ業ニ非サルナリ調書
ニハ豫審判事ノ臆想若シクハ法律上ノ意見ヲ記載スヘキモノニ非スシテ其實
驗ノ事實ヲ直寫スヘキモノナレハ其實驗ノ方法宜ヲ得サルトキハ精確ナル檢
證調書ヲ作成スル能ハス又適切ナル實驗ヲ爲シ得タリトスルモ之ヲ収録スル
ノ方法宜キヲ得サレハ豫審判事ノ精苦ハ徒勞ニ歸センノミハンスグロース曰

ク拙劣ナル豫審判事ハ場所ノ檢證ニ付キ良好ノ調書ヲ供與スルヲ得ス豫審判事ノ全技術ハ檢證調書ニ依リテ顯ハルルモノナリト遺憾ナキ檢證ヲ爲スニハ法律ヲ知り行政上ノ訓令ヲ諳ニスルノミヲ以テハ足レリトセス實際上ノ専門的技能ヲ備フルヲ要ス(檢證實施ニ關スル好参考書ハハンズグロース(Hans Gross)ルベシ又アパテイ(G. A. Pauly)「法官ノ臨檢案内」ガ「ガロ」曰ク判事ハ「Quis? Quid? Quando? Ubi? Quibus auxiliis? Cur? Quomodo?」

quande (何時?)ノ法律家ノ守ル可キ古格言ヲ常ニ念頭ニ置カバ重大ナル錯誤遺漏ヲ免カルルヲ得ント蓋シ實務家ノ座右ノ銘トスヘキ警句ナリ檢證ノ場所ニ臨マハ先ツ平靜ニ且ツ注意シテ場所ノ状態ヲ檢シ教示ヲ與フヘキ人ニ就キ豫審ノ方針ヲ定ムヘキ必要ノ事項ヲ問ヒ犯罪前ニ若クハ犯罪當時ニ於ケル現場ノ状態ヲ取調ヘ犯罪ノ爲メ如何ナル變化ヲ生シタルヤヲ究メ現在ノ痕跡ヲ明瞭ニ保存スヘク殊ニ犯罪發見後ニ生シタル變更ヲ發見當時ノ状態ト區別スルハ檢證ノ精確ヲ保ツノ點ニ於テ最モ肝要ナルモノトス又グロースノ謂ヘルカ如ク現場ニ於ケル物體ハ縱令微細ノモノト雖モ檢證調書ノ完備スルマテハ之

ニ觸ルヘカラス又其位置ヲ轉セサルコトヲ要ス精確ナル檢證ヲ終リタル後ハ檢證調書ノ作成ヲ爲スヘシ記事ハ精確ヲ要スレトモ冗漫繁雜ヲ避ケ順序ヲ正シクシ簡潔明瞭ナルヲ要ス目的物ノ場所タルト人體タルト物體タルトヲ問ハス必要ナル場合ニ於テハ圖面ヲ作成シテ添付スヘク測量圖ノ如キハ鑑定人ヲシテ作成セシムルヲ適當トス檢證ノ場合ニ於テ隠レタル證據物ヲ發見セハ之ヲ調書ニ記載スヘク時間ノ如キハ豫審判事ノ判斷セル所ヲ記載スヘク距離ノ如キハ計量ノ上之ヲ記スヘク被告人ニ利益不利ナル狀況ノ存否ニ關スル判斷或ハ實驗ニ因リ得タル感想ハ之ヲ調書ニ記載スルモ法律ノ禁スル所ニ非ス

明治四三年レ第一七四三號同年一月一日同院第二刑事部ノ判決ハ檢
 明調書ニ代木ヲ盜伐ニ係ルモノトスル豫審判事ノ判事ニテハ
 事トナル判事ニ對シテ檢證ニ供ハルテ犯罪ヲ以テテ本質トスヘキ證據物ヲ一
 ナニ檢地ヲ視察シ被告ノ利益不利ヲ以テテ本質トスヘキ證據物ヲ一
 同院第一刑事部判決ハ被告ノ第四六番シタル主張被審者ノ所在地内ノ
 タルコト明カナリ又被告ノ第四六番シタル主張被審者ノ所在地内ノ
 トニ對照スルニ被告ノ豫審判事ノ見ケタル檢證調書ハ無効ナリトテ自論ヲ檢
 シ檢力ナクハ裁ノ如キ官カ意見實判發見ノ爲メ之ヲ檢證調書ハ無効ナリトテ自論ヲ檢

物ニ親接シタル檢證物ノ因ニ保事自ラ得タル感想ヲ表明カスルハ即チ檢
レハ其目的タル檢證物ノ因ニ保事自ラ得タル感想ヲ表明カスルハ即チ檢
證當然ノ結果ニシテ寧ロ檢證ノ趣旨ニ適
スルモノト謂ハサルヘカラスト説明セリ

如何ナル記載方ヲ爲スヘキヤニ付キテハ一定ノ準則ナシ現場ノ狀況目的物
ノ性質ニ從ヒテ之ヲ定ムルノ外ナシ例ヘハ放火犯ノ在リタル場所ニ付キ檢證
ノ結果ヲ記載スルニハ先ツ犯所ノ位置、構造ノ性質、燒燬ノ狀態、他ノ建物トノ距
離、放火用ニ供セシ石油罐ノ存在箇所其傍ニ存スル足痕等ヲ記載スルカ如シ又
殺人犯ノ檢證ニ付キテハ死屍ノ存在スル場所ノ模様及ヒ其位置、創傷ノ形狀、血
痕ノ點々連續セル方向、格闘アリシコトヲ推定スルヲ得ヘキ狀況、兇器ノ捨テア
リシ箇所等ヲ記載スルカ如シ毆打創傷犯ノ檢證ニ付キテハ被害者ノ傷狀、被害
ノ現狀、犯人ノ去來ノ模様、犯罪供用ノ器具、犯行前後ノ狀況、酒興ノ結果ト認ムヘ
キヤ否ヤノ狀況、遺留品等ニ付キ精確ノ記述ヲ爲スカ如シ又毒殺ノ嫌疑事件ニ
付キテハ死屍ノ模様ニ止マラス被害者ノ死去前ニ用ヒタル飲食物ノ殘品若ク
ハ同性質ノ飲食物ノ存在品、被害者ノ飲食ノ際使用セル器具等ニ付キテノ檢證
ノ結果ヲ記載シ物件ヲ差押ヘタルトキハ其差押ノ經過ヲ記載シ別ニ差押目錄

ヲ作成スヘシ以上説明セル所ハ檢證調書ノ實質ニ關スルモノナリ右ノ外檢證
調書ノ形式ハ左ノ如シ

(一) 調書自體ノ形式 刑事訴訟法第二十條第二十一條ノ規定ヲ遵守セサル
ヘカラス搜索ヲ包含セサル檢證調書ハ勿論之ヲ包含スル檢證調書ト雖モ立會
人ノ署名捺印ヲ要セス判事書記ノ署名捺印ヲ爲スノミトス判事ノ署名捺印ハ
作成者トシテ爲スモノニ非スシテ檢證者トシテ之ヲ爲スモノナルカ故ニ調書
ノ契印挿入削除ニ對スル押印等ハ書記ノ印ノミヲ以テ爲スヘキモノトス

明治三八年レ第一項一〇規定ニ依レハ六月六日同院書記ト刑事部
訴法第九二條第一項一〇規定ニ依レハ六月六日同院書記ト刑事部
テル書合ハ於テ豫審調書ヲ授リ豫審所ヲ取シ署名捺印シ檢證調書
一記ノ印ヲ豫審以テ契印ハ犯罪ノ性質云々ヲ書キテ俟シタル檢
審ノ事ノ作成スヘキ事項ハ豫審ノ如キ觀テ之ヲ定ムラハ解
ニ記ノ非サレトス口授キテ然シテ成ルコトヲ得ス所論ノ解
テニ豫審印ヲ爲ス口授キテ然シテ成ルコトヲ得ス所論ノ解
不法記之ヲ録取ス從テ於テ檢證調書ハ該調書ヲ斷ハ罪ノ記
テ不法記之ヲ録取ス從テ於テ檢證調書ハ該調書ヲ斷ハ罪ノ記

囑託檢証

キニ在リテハ調書全部ハ無効ナリ但右例示ノ場合ニ鑑定人ノ訊問アリシナラハ其訊問ノ部分ノミハ無効ト爲ラス何者鑑定人調書ニハ豫審判事ノ署名捺印ヲ要セサレハナリ(刑訴法第一三六條)反之裁判所印ヲ缺カハ鑑定人調書ハ無効トナルモ鑑定ノ手續ニハ影響ヲ及ボサス(明治三十八年刑部第八五八號同年一月四日)ハ無効ニ非ス(檢證調書ニ物件差押ノ記載ヲ爲シタルトキハ此記載ハ檢證調書ノ一部ヲ成スモノニシテ差押調書ト檢證調書ノ合成ニ非スト解スヘシ鑑定ノ結果ヲ調書ニ記載スルハ違法ニ非ストノ余輩ノ説ニシテ誤ナキモノトセハ鑑定人訊問調書ニ鑑定人ノ意見ヲ録載スルハ適法ナリ然レトモ此點ニ付キテハ判例ハ反對ノ見解ヲ採ルコトハ既ニ述ヘタル如シ

三四四 他ノ判事ニ依リ檢證ヲ爲スニ比スレハ事件ノ當該判事自ラ之ヲ爲スハ其效果ノ大ナルヤ言フ俟タス然レトモ時ト事情トニ因リ他ノ判事ヲシテ之ヲ爲サシムルノ便利ナル場合アリ或ハ他ノ判事ヲシテ之ヲ爲サシムルノ已ヲ得サル場合アリ裁判所ヲ距ル遠隔ノ地ニシテ豫審判事自ラ出張スルヨリハ其地ノ區裁判所判事ニ電報ヲ以テ囑託シ檢證ヲ爲サシムルハ着手ノ時期ヲ早カ

ラシムルノミナラス費用ヲ減少スルノ利アリ而シテ檢證ノ性質上豫審判事自ラ之ヲ爲スト他ノ判事ヲシテ之ヲ爲サシムルト其效果ニ差異ナキ場合ニ於テハ囑託ノ方法ニ出ツルヲ適當トス是ヲ以テ刑事訴訟法第一百十二條ニハ時宜ニ依リ搜索物件差押ノ如ク臨檢ヲ區裁判所判事ニ囑託スルコトヲ得トノ規定ヲ設ケタリ又管轄地外ニ於テハ執務スル能ハサルヲ以テ管轄地外ニ於テ檢證ヲ爲スノ必要生シタルトキハ豫審判事ハ囑託ニ依ルノ外檢證ヲ爲スノ道ナシ之レ法律上檢證ヲ囑託スルノ已ヲ得サル場合ナリ又豫審判事疾病ノ爲メ旅行ヲ爲ス能ハサルトキハ檢證ヲ囑託セサルヘカラス之レ事實上囑託ノ已ヲ得サル場合ナリ而シテ囑託ニ應スル機關ハ檢證地ヲ管轄スル區裁判所ノ判事ニシテ數名ノ判事アルトキハ囑託ノ執行ヲ他ノ判事ニ委ヌルコトヲ得又法律ニ明文ナシト雖モ囑託ヲ受ケタル判事カ之ヲ他ノ區裁判所判事ニ更ニ囑託スルコト即チ所謂轉囑ハ手續ヲ簡便ニスル方法ナルヲ以テ無効ニ非サルモノトス

此點ニ付キテハ未タ判例ナシト雖モ既ニ鑑定人ノ訊問ノ轉囑ヲ認ムルコト判例アル以上ハ檢證ノ轉囑ヲ許サストモ既ニ鑑定人ノ訊問ノ轉囑ヲ認ムルコト判例ヨリ豫審判事又ハ公判判事ヨリ當區裁判所宛レリ野區裁判所監問或判事

臨檢物捜索物件差押等ノ事ヲ囑託シ來リシ場合ニ於テ其證人ノ所在地ヲ以テ
 應テ急謝ノ取扱ニシテ法衙ニ越權違リ轉囑シ非サレハ囑託モ刑訴法第一一
 二條第一三二條第一九〇條等ハ正當管轄權ヨリ此法衙ニ囑託ヒ管轄裁判所
 規ニ囑託スルニ在ルコト意思ヲ取テ當裁判所ヨリ管轄裁判所ニ轉囑法
 ルハ即チ囑託判事ノ意思ヲ取テ當裁判所ヨリ管轄裁判所ニ轉囑法
 サノ處置ヘカナル付當廳ヨリ信囑託セラレタルモ外ナリ管轄裁判所ニ轉囑
 便ノ回數一級事務囑託滯留判事ハ更ニ正當管轄廳ハ囑託共助事務取扱テ謝
 民刑局長ハ刑訴法中釋廳モナリスノ規定セリ

受託裁判所ノ爲スヘキ手續ニ付キテハ前ニ述ヘタル檢證手續ト異ル所ナシ
 檢證ヲ終リタル時ハ檢證調書ヲ囑託裁判所ニ送付スヘキモノトス證人訊問ハ
 證人所在地ノ豫審判事ニモ之ヲ囑託シ得ルニ反シ檢證ハ豫審判事ニ之ヲ爲ス
 コトヲ許ス規定ナキヲ以テ區裁判所判事ニ對シテノミ囑託ヲ爲スヘク豫審判
 事ニ對シテ爲シタル囑託ハ無効ニシテ該囑託ニ應シ豫審判事ノ爲シタル檢證
 ハ其效力ナシトノ説アレトモ之レ法律ノ精神ニ反スルモノニシテ豫審判事ニ
 對シテモ亦檢證ノ囑託ヲ爲シ得ルモノナリト解スルヲ穩當トス(刑訴法第七

檢證ノ效力

三四五 檢證調書ヲ作成セザリシトキハ檢證ハ形式上何等ノ效力ヲ有セス又
 判事ノ實驗ト檢證調書ト其内容ヲ異ニスル場合ニ於テ之ヲ裁判ニ引用スルニ
 當リ檢證調書ニ依ラサルトキハ其裁判ハ所謂虛無ノ證據ヲ事實認定ノ資料ニ
 供シタルノ違法ヲ有スルモノナリ然レトモ豫審終結決定ハ右ノ違法ノ爲メ取
 消サルル場合ヲ生セス何者豫審終結決定ニハ證據說明ヲ爲スコトナキノミナ
 ラス豫審終結決定ニ對シテハ探證上ノ形式的不法ヲ理由トシテ抗告ヲ爲スヘ
 キモノニ非サレハナリ(刑訴法第一二七條參照)檢證ノ效力ハ適法ナル檢證調書ノ存在スル
 ニ因リテ認メラルルモノニシテ檢證調書ノ作成ニ至ル迄ノ手續ニハ何等ノ缺
 點ナキモ苟モ檢證調書ニ瑕瑾アラハ檢證ノ結果ハ斷罪ノ資料ニ供スルヲ得サ
 ルモノナルヲ以テ所謂檢證ノ效力トハ檢證調書ノ效力ニ外ナラス而シテ檢證
 調書ノ斷罪上證據力ヲ有スルニハ第一檢證ノ前提タル手續ニ違法ナキコト第
 二檢證ノ手續自體ニ於テ違法ナキコト第三檢證調書ノ作成ニ於テ違法ナキコ
 トヲ要ス例ヘハ公訴ノ提起ニ付キ不受理ノ原因アラハ檢證調書ハ無効ナリ然
 レトモ管轄違ノ裁判所ニ對スル公訴ノ提起ハ檢證調書ノ無効ヲ惹起セス又例

へハ刑事訴訟法第九十二條ノ規定ニ反シ書記又ハ立會人ナクシテ檢證ヲ爲シタルトキハ檢證調書ハ無効ナリ又例へハ同法第二十條ノ規定ニ反シテ作成セラレタル檢證調書ハ無効ナルカ如シ適法ナル檢證調書ハ第一審第二審ノ裁判所ニ於テ事實判斷ノ證據ト爲ルヘク他事件ノ證據トシテモ其效力ヲ有ス(不法檢證調書ハ上告裁判所カ手續ノ不法ヲ認定)但其取捨ハ裁判官ノ專權ニ屬ス(刑

第五款 搜索及ヒ物件差押

三四六、意義及ヒ性質……三四七、搜索ノ客體及ヒ差押ノ目的物……三四八、搜索及ヒ差押ノ手續……三四九、搜索及ヒ差押ノ效力……三五〇、搜索及ヒ差押ノ囑託

意義及ヒ性質

三四六 廣義ニ於ケル搜索トハ被告人及ヒ證據物件ノ發見ヲ目的トスルモノヲ謂ヒ被告人ノ搜索ハ家宅其他ノ場所ニ於テ之ヲ行フモノ證據物件ノ搜索ハ家宅其他ノ場所、身體及ヒ物件ニ就キテ之ヲ行フモノナリ狹義ニ於ケル搜索トハ被告人ノ發見若クハ證據物件ノ發見ヲ目的トスルモノニシテ本款ニ於テハ

證據物件ノ發見ヲ目的トスル搜索ニ付キ論究セントス搜索ハ臨檢ト共ニ之ヲ行フコトアリ臨檢ト離レテ之ヲ行フコトアリ物件差押トハ強制力ヲ以テ證據物件ヲ裁判所(現行犯ニ付キテハ右ノ外)ノ占有ニ移スヲ謂フ換言スレハ物件差押ハ所持者ノ占有ヲ解キテ之ヲ當該官廳ニ移付スル對物強制處分ナリ所持者ハ自己ノ占有ヲ解カルル時強制ヲ受クルニ止マリ其以後ニ於テハ何等ノ拘制ヲ受クルコトナク差押ヘタル物件ノミカ官廳ニ保留セラルルモノナルカ故ニ差押ハ物ニ對スル強制處分ナリ差押ハ搜索ノ結果之ヲ爲スヲ通例トスレトモ搜索ヲ以テ前提要件ト爲スモノニ非ス又臨檢ノ場所ニ於テ之ヲ行フコト多シト雖モ必スシモ然ルニ非ス臨檢又ハ搜索ナクシテ差押ヲ行フコトアリ例へハ被告人訊問ニ際シ被告人ノ懷中ヨリ取落セシ金時計ヲ差押フルカ如シ差押ト領置トハ之ヲ區別スヘシ前者ハ強制ヲ以テ占有スルモノニシテ後者ハ強制ノ手段ニ出テスシテ占有スルモノナリ任意ノ提供ニ基キテ物件ヲ占有シ或ハ所持者ノ遺留物ヲ占有スルハ差押ニ非ス(然レトモ此差押ノ語ハ法律及實際ニ於テ例ハハ刑訴法第○條ノ如シ)搜索及ヒ差押ハ物件提出義務トハ關係ナキモノナリ若シ物件

提出義務ヲ以テ搜索及ヒ物件差押ノ前提ト爲スヘキモノトセン歟義務者カ此義務ヲ怠リ若クハ履行ヲ拒ミタル證據ナクシテハ是等ノ處分ヲ施スコト能ハスト謂ハサル可ラス右ノ如キ論定ハ實際上迅速機宜ノ處分ヲ爲スノ障害タルノミナラス之ヲ支持ス可キ法文上ノ根據ナシ固ヨリ搜索ヲ受クル者又ハ物件ヲ差押ヘラルル者ハ是等處分ヲ忍受スヘキ義務アルヤ勿論ナレトモ所謂忍受ノ義務ハ物件ヲ提出スヘキ積極的義務トハ明カニ區別セサル可ラス後者ハ搜索若クハ差押ヲ受クルナラハ其違反アリト謂フヲ得ヘキモ忍受ノ義務ハ搜索若クハ差押ヲ受ルトキ其違反アリト謂フヲ得サレハナリ故ニ搜索及ヒ差押ハ出頭義務ニ應セサル證人ニ對スル拘引ト強制處分タルノ點ニ於テハ性質ヲ同クスレトモ義務違反ノ結果ニ非サルノ點ニ於テ後者ト異ルモノナリ搜索及ヒ差押ハ裁判所ノ訴訟行爲ナリ故ニ豫審判事ハ勿論第一審第二審ノ事實裁判所及ヒ受命判事受託判事ノ爲スヲ得ルモノタリ唯上告裁判所ハ搜索及ヒ差押權ヲ有セス檢事司法警察官ハ現行犯ノ場合ニ於テ搜查處分トシテ之ヲ行フコトヲ得(刑訴法第一四四條第一四七條)以上ノ公機關以外ノ者ニ搜索差押(臨檢亦ヲ許ス特別)

搜索ノ客體及ヒ差押ノ目的

法アリ例ヘハ間接國稅犯則者處分法ノ如シ(同法第一條以下)然レトモ特別法ニ從ヒテ爲ス搜索差押臨檢ハ刑事訴訟行爲ニ非ス行政行爲ニシテ犯罪搜查ト共ニ公訴ノ準備タルヘキ性質ヲ有スルニ止マルノミ

三四七 搜索ノ客體トハ搜索ヲ受クヘキ物體人體ヲ謂ヒ差押ノ目的物トハ差押ヘキ物體ヲ謂フ 搜索ノ客體ハ之ヲ三種トス 第一 家宅其他ノ建物及ヒ街路森林原野河海等ノ一定ノ場所是ナリ檢證ニ付キ既ニ述ヘタル如ク要塞地帶軍港要港内ニ於テモ搜索ヲ爲スコトヲ得軍事上ノ秘密ヲ藏スル箇所ハ當該軍事官憲ノ許可ナクハ搜索ヲ爲スコト能ハサルハ勿論ナリ(檢證亦同シ而シテ軍衙ノ補助)家宅内ノ搜索ニ付キテハ後ニ説明スル如ク嚴重ナル手續規定アリ而シテ搜索ヲ爲スヘキ場所ハ何人ノ所有スルヤ或ハ占有スルヤハ問フ所ニ非ス(刑訴法第一四〇條) 第二 人ノ身體是ナリ豫審判事ハ被告人タルト第三者タルトヲ問ハス苟モ事實證明ノ材料タルヘキ物件ヲ藏匿スル疑アル者ノ身體ニ就キ搜索ヲ爲スコトヲ得(同法第一四五條) 第三 物件是ナリ何人ノ所有ニ屬スルヲ問ハス前同様證明材料ヲ藏匿スル疑アル物件ハ搜索ノ客體ト爲スコトヲ得ルモノナリ例ヘ

權ノ行ハルル場所ニ於テハ搜索ヲ爲スコトヲ得ス(憲政軍人ハ破告人トシテ通ナルカ故ニ其所持モノナリ軍艦兵營等ニ於テモ亦同シ但其住居等ニ於テ搜索)
第二 證言ヲ拒ムコトヲ得ル者ノ所持スル物件ニシテ其黙秘スヘキ義務アル事情ニ關スルモノハ其承諾ナクシテハ之ヲ差押フル能ハス(刑一四條)此等ノ者ノ所持スル物件ト雖モ此者ヲ被告人トスル場合ニ於テハ其被告事件ノ證據物トシテ差押フルコトヲ得ルヤ勿論ナリ

物件差押ハ證據物トシテ之ヲ爲スモノナレハ換言セハ事件ノ證據タルコトカ物件差押ノ條件ト爲ルモノナルヲ以テ沒收ニ係ル物件ト雖モ被告事件ノ證據ニ非サル以上ハ之ヲ差押フルコトヲ得ス但差押ヘントスル物件カ證據タルヘキヤ否ヤノ判斷ハ差押機關ノ專權ニ屬ス(沒收スヘキ物件ハ多クハ犯罪ニ關ルモノナリ又沒收スヘキ物件ト雖モ之ヲ差押フルハ他ノ犯罪ノ檢査上好都合ナリ表訴法第一〇八條)見シタル際密理ニハ關係ナキモ檢事局ニ通知スヘシト規定シ如キ押ハ獨斷法ニ從ハハラシメタリ故ニ沒收スヘキ物(沒收スヘキ物件トシテ

搜索及ヒ差押手續

差押ヲ爲シタル後該物件カ現ニ審理スル事件ノ證據物ナルコトヲ發見シタルトキハ差押手續ハ違法ナルモ其物件ハ事案裁判ノ證據ニ供スルコトヲ得

三四八 搜索ヲ爲スニハ住居以外ニ於テハ立會ヲ要セサレトモ住居ニ於テ搜索ヲ爲スニハ住居主タル被告人其他ノ者住居主其住居ニ在ラサルトキハ同居ノ親屬同居ノ親屬在ラサルトキハ市町村長ノ立會アルヲ要ス(刑訴法第一〇四條)ニ付キテハ市町村長ノ立會ヲ要シ其ノ差支アルトキハ隣佑二名以上ノ立會ヲ要スルモノトセリ(第七八條)右ノ如キ差支アルトキハ被告人ノ搜索ハ法律ノ智識爲スモノナルニ由ル)日出前日沒後ハ之ヲ爲スヲ許サス但日出前日沒後ト雖モ既ニ開始セラレタル搜索ヲ繼續スルハ此限ニ在ラス又旅店烹割店興業場其他夜間ト雖モ衆人ノ出入スル場所ニ付キテハ其公開時間内ハ何時ニテモ搜索ヲ爲スコトヲ得又人ノ住居ニ非サル官廳公署ノ建物ノ如キハ夜間ト雖モ搜索ヲ開始スルコトヲ得(明治四二年第五八六號同判決)人ノ身體ニ就キテ搜索ヲ爲ス場合ニ於テハ立會人ヲ要スルコトナシ發見セル證據物件ハ之ヲ差押ヘ豫審判事ノ認印ヲ爲シ目錄ヲ作ルヘク其監護遞送ハ書記ノ擔任スル所ナリ搜索差押ヲ其日ニ終ラサレハ場所ノ周圍ヲ閉鎖シ又ハ看守者ヲ置クコトヲ得被告人

ハ自ラ又ハ代人ヲ以テ搜索差押ニ立會フ權利アリ但勾留ヲ受ケタルトキハ自
 ラ立會フ權利ナシ然レトモ豫審判事ハ勾留ヲ受ケタル被告人ヲ立會シムル職
 權ヲ有ス差押物件ハ被告人ノ立會ヘルト否トニ拘ハラス之ヲ被告人ニ示シ辯
 解ヲ爲サシムヘク其訊問及ヒ供述ハ調書ニ掲記スヘク又搜索ノ場所ニ於テ證
 人ノ供述ヲ聽クコトヲ得ヘシ又豫審判事ハ搜索差押ノ場所(臨檢ノ場)ニ允許ヲ
 受ケサル者ノ立入ヲ禁シ此禁ヲ犯ス者ヲ逐斥シ或ハ處分終了迄留置スルノ權
 アリ(刑訴法第一一〇條)以上ノ行爲ニ付キテハ調書ヲ作り之ヲ明確ニ爲スヘキ
 モノトス而シテ同一調書ニ檢證ト搜索差押トヲ記載スルハ違法ニ非ス(明治三
 年四月九日大審院第二刑部判決)順次數人ノ家宅搜索ヲ爲ス場合ト雖モ家宅搜索調書
 各別ニ作成スルノ要ナシ(明治三三年五月大審院第一刑部判決)第四百四條ニ反シ立會
 人ナクシテ爲シタル搜索差押處分ハ現行判例ニ依レハ無効ノ制裁ナキヲ以テ
 效力ヲ有スルモノトセリ(明治四二年一月十五日大審院第二刑部判決)然レトモ家宅搜索
 ノ調書ニ關係人ノ供述アルトキハ調書ニ其署名捺印ヲ具備セサレハ其供述ハ
 證據力ヲ有セス(明治三一年一月大審院第二刑部判決)又搜索及ヒ差押調書ハ第二十條ノ

要件ヲ具備セサレハ無効ナリ然レトモ搜索及ヒ差押調書ノ無効ハ手續ノ上ニ
 重大ナル影響ヲ及ホスコトナシ檢證及ヒ差押ノ手續ニ違法アルモ又其調書ニ
 形式上瑕瑾アルモ是等ノ違法ハ差押物其者ノ獨立ナル證據力ニ影響ヲ及ホサ
 サレハナリ換言スレハ搜索及ヒ差押ハ無効ナルモ其結果トシテ裁判所ニ現ハ
 レタル物件書類ノ獨立ノ證據力アルモノヲ裁判ノ資料ニ供スルニ毫モ支障ナ
 ケレハナリ既ニ述ヘタル如ク證人訊問ニ重大ナル手續ノ違法アリ或ハ檢證調
 書ノ不適式ナルトキハ證人調書檢證調書ハ證據力ヲ有セサルモノナルニ搜索
 及ヒ差押手續若クハ其調書ノ違法ナル場合ニ於テハ何故ニ差押物ハ證據力ヲ
 有スルヤ是レ前者ニ於テハ證言若シクハ檢證ノ結果ハ手續ヲ施行シタルニ因
 リテ生スルモノナレハ手續ト離レテ獨立ノ證據力ヲ有セサルモノナルモ後者
 ニ於テハ差押物ハ差押以前ヨリ存在スルモノニシテ差押ナキモ證據力ヲ有ス
 ルモノナルニ由ルモノナリ

明治三二年三月八日大審院第二刑部判決ニ曰ク差
 押ヲ爲シタル手續ニ瑕瑾アルモ之カ爲メ差押ヘタル書類其者ヲ無効ナリ
 例トセス○明治四年四月一日大審院第二刑部判決ニ曰ク差
 押ハ差押物ニ獨立ノ證據力ナク從テ差押手續ニ違法アリタルトキハ該差
 押物ニ證據力ナク從テ差押手續ニ違法アリタルトキハ該差

押定物ヲ爲シ決タル資料ニ供スル能ハサル場合中受託判事セリ曰ク本件ノ豫審終結
 物件ナル審査ニ其極印ノ打入アル部分ヲ切取リ置シテ之ヲ從テ送付
 シタルモナリ同判事ハ公判モ中ノ受託判事ハ法律上無効ニ歸シ之ヲ
 集メテ分チ爲シコト判事得サレハ其處分ハ法律上無効ニ歸シ之ヲ
 依リテ得タル證據ハ其自體ニ於テ獨立ノ證據ナリ本件ノ證據ハ物件
 ノ檢分ニ分テ不法判事トシテ以上ハ右物件ノ證據ニテ得ヘキモノ
 云得タス

獨立ノ證據力ヲ有スル物件ナルトキハ其差押ノ原因ニ如何ナル不法アルモ
 證據力ノ上ニ影響ヲ受ルコトナシ故ニ公訴不受理ノ原因アル事件ニ於テ差押
 ヘタル證據物ト雖モ採テ以テ裁判ノ資料ニ供スルコトヲ得況ンヤ管轄權ナキ
 裁判所ノ差押ヘタル物件ニ於テオヤ證據力ヲ有スルコト勿論ナリ(明治一〇三年
 四號同年六月一日大審院第一刑事部判決ニ曰ク公訴不受理ノ確定判決ハ當
 該事件ニ付キ行ハレタル裁判所ノ處分ヲ無効トスルニ止リ其處分ニ依リテ押
 收セラレタル物件自體ノ證據力ニ)以上論述セルモノノ外檢證ニ關スル説明ヲ
 參照スヘシ差押物又ハ領置物ノ證據力ハ刑事訴訟法第九十條ノ規定ニ從フ
 三四九 搜索及ヒ差押ナルモノハ元來事件ニ對シテ證據力ヲ有スルコトナシ

搜索及ヒ差押ノ效力

唯其結果トシテ差押ヘタル物件カ事件ニ對シ證據力ヲ有スルノミ搜索及ヒ差
 押ハ證據調ニ非ス然レトモ搜索調書又ハ差押調書カ文書トシテ事件判斷ノ用
 ニ供セラレルコトアリ搜索カ差押ノ結果ヲ生セサリシトキト雖モ搜索ヲ爲シ
 タル場所ノ狀況カ他ノ證據ト相俟テ犯罪ノ證據ト爲ルカ如シ又被告ノ居宅ニ
 於テ證據物件タル金時計ヲ差押ヘタリトノ記載ハ強竊盜罪若クハ贓物罪ヲ認
 定スルノ資料ト爲ルカ如シ差押本然ノ效力タル物件ニ對スル拘制ハ當該機關
 カ現實ニ差押ヲ解キ又ハ差押物ヲ還付スル迄繼續スルモノニシテ事件ノ判決
 確定ニ因リ直ニ消滅スルモノニ非ス故ニ差押物ヲ還付スル旨ノ判決確定スル
 モ檢事ヨリ還付ノ指揮ヲ爲ササル以上ハ差押ノ現狀ハ消滅セス反之判決ニ差
 押物還付ノ裁判ヲ遺脱シタルトキト雖モ檢事カ還付ノ指揮ヲ爲スニ由リテ差
 押ハ消滅ス物件ニ對スル差押ハ其手續上違法アルモ又公訴ノ基礎ニ缺點アル
 モ苟モ差押機關カ其職務行爲トシテ之ヲ爲シタル以上ハ法律上效力ヲ有スル
 モノナレハ差押物ニ對シ當該機關ノ施シタル封印又ハ差押ノ標示ヲ損壞シタ
 ル者ハ管轄違ノ裁判所カ差押ヲ爲シタル場合ト雖モ或ハ公訴ニハ不受理ノ原

因存スル場合ト雖モ刑法第九十六條ノ制裁ヲ免ルルコトナシ又豫審判事ノ逐
斥ノ命ニ從ハス或ハ留置ニ反抗シテ暴行ヲ爲シタルトキ及ヒ豫審判事ノ看守
ヲ命シタル巡查ニ對シ暴行ヲ爲シタルトキハ同法第九十五條ノ制裁ヲ受ク可
シト雖モ豫審判事ノ命シタル看守者カ通常人ナリシトキハ之ニ對シ暴行ヲ加
フルモ同條ヲ適用スル能ハス

三五〇 臨檢ト同シク搜索及ヒ差押ハ之ヲ區裁判所判事ニ囑託スルコトヲ得
囑託ヲ爲スヘキ區裁判所ハ豫審判事ノ屬スル裁判所ノ管轄内ナルト管轄外ナ
ルトヲ問ハス但法文ニハ管轄内ノ區裁判所判事ニ囑託ヲ爲スノ手續ノミヲ規
定セリ(刑訴法第一二條)然レトモ管轄外ノ區裁判所ニ囑託ヲ爲シ得ルコトハ裁判所構
成法第三百三十一條ノ規定ニ徵スルモ自ラ明ナリ搜索及ヒ差押ヲ爲スヘキ地ノ
豫審判事ニ其囑託ヲ爲シ得ルコトハ刑事訴訟法第七十條ノ規定ヲ根據トセル
「況ンヤ論理ヲ以テ之ヲ斷定スヘキモノトス(明治三二年六月二日司法省民刑
局長ノ回答モ亦本文ノ如ク決セリ)
而レトモ司法警察官ニ對シテ臨檢、搜索、差押ヲ囑託スルヲ得ス(明治三二年一月二
囑託ハ電報ヲ以テモ之ヲ爲スヲ得ヘク(檢証同シ)受託裁判所ハ更ニ轉囑スルヲ

搜索及ヒ差押
ノ囑託

得ルモノナリ受託裁判所カ搜索、差押ヲ行ヒ了レルトキハ其結果ヲ回答スヘク
差押物ハ之ヲ送付セサルヘカラス刑事訴訟法第一百三條ハ特別ナル差押手續
ヲ規定セリ即チ驛遞、電信、鐵道ノ官署、諸會社ニ通知シテ被告人又ハ被告事件ニ
關係アル者ヨリ發シ若シクハ此等ノ者ニ對シテ發シタル書類、電報又ハ物件ヲ
受取、開披スルコト是ナリ證言ヲ拒絕シ得ル人ニ宛タル若シクハ此等ノ人ノ發
シタル書類等ト雖モ通信官署又ハ會社ノ占有ニ在ル間ハ其承諾ナクシテ之ヲ
受取、開披スルヲ得ルモノトス(刑訴法要論ハ承諾ナクシテハ受取、開披セザルモ
等ノ所持者ハ此官署ニ非スシテ差出人若クハ受取人ナリトスル觀察ハ實質的方面ニ重
ナナルヘシト雖モ刑法上ノ觀察ト異リ刑事訴訟法上ノ觀察ハ實質的方面ニ重
テ置カサルモノナレハ余輩ハ通信官署等ヲ受取、開披トハ常ニ此等ノ官署、會社
以テ所持者ト爲スノ見解ヲ採ルモノナリ)
ノ送付ヲ俟ツヘシトノ義ニ非ス豫審判事ハ是等ノ官署、會社ニ出張シテ書類、電
報等ノ開披ヲ爲シ又ハ差押フルコトヲ得ヘク開披シタル後必要ナラサルモノ
ナルコトヲ了知セハ直ニ之ヲ還付スヘク之ヲ受取リタル場合ニ於テハ受取證
ヲ交付スヘキモノナルモ單ニ開披シテ還付スルトキハ受取證ヲ交付スヘキモ
ノニ非ス電信、願信紙ノ如キハ本條ニ所謂書類ニ屬ス郵便官署ニ於テ職務上前

トキハ何時ニテモ之ヲ使用スルコトヲ得ル状態ニ之ヲ置キ且事件ヲ公判ニ移スヘキヤ否ヤヲ判断スルカ爲メニ之ヲ使用スルヲ豫審ニ於ケル書證ノ範圍トス被告入若シクハ第三者ノ手中ニ存スル文書ヲ事件ノ爲メ使用セントスルトキハ之ヲ差押ヘ若クハ領置スルヲ要ス右ノ場合ニ於テハ文書ハ物件ト其手續ヲ異ニスルコトナシ即チ臨檢ノ際之ヲ差押ヘ或ハ所持者ノ任意ノ提出ニ基キ之ヲ領置スルカ如シ豫審判事自ラ文書ヲ事件判断ノ要ニ供スル場合ニハ豫審判事其内容タル意義ヲ解釋シ其新古ヲ鑑定シ其眞僞ヲ判別セサルヘカラス右ノ場合ニ於テハ文書ニ對シ一ノ檢證行爲ヲ行フモノニ外ナラス然レトモ普通ノ檢證トハ全ク其手續ヲ異ニシ文書ニ對スル判断ノ結果ヲ調書ニ記載スルノ要ナシ換言セハ豫審判事ハ其検査スル文書ニ關シテ特ニ檢證調書ヲ作成スルノ要ナシ之レ文書其者ヲ押收スレハ其形狀及ヒ内容ハ變換スルノ危険ナキヲ以テナリ然レトモ特別ノ場合ニ於テハ普通ノ檢證ニ依ラサルヘカラサルコトアリ普通ノ墨汁又ハインキト異ナレル消失シ易キ藥液ヲ以テ文字ヲ記載シアリテ短時間内ニ其痕跡ヲ滅スル虞アル場合ノ如シ但シ右ノ場合ニ於テハ其文

書ノ謄本ヲ作り豫審判事之ヲ認證スルノ簡便手續ヲ用フルモ可ナリ外國語ヲ以テ記述セル文書又ハ判別ニ困難ナル草字體ニテ筆記セル文書ノ如キハ翻譯セシムヘク之カ爲メ鑑定人ヲ命スルヲ得ルヤ勿論ナリ但鑑定人ニ非サル者ノ爲シタル翻譯ト雖モ無効ナル者ニ非ス民事ニ於テハ文書ノ眞僞ヲ決スルニ付キ檢眞ノ手續アレトモ刑事ニ於テハ特ニ右ノ如キ手續ヲ設クル要ナシ文書カ犯罪ノ物體ナル場合ニ於テハ之ニ關スル刑事訴訟ハ即チ其實質ニ於テ詳密ナル檢眞手續ニ外ナラサレハナリ被告事件ニ包含セサル文書ノ眞僞ヲ定メントスル場合ニ於テモ諸般ノ方法ヲ用ユルコトヲ得ルヲ以テ特ニ檢眞ナル附帶手續ヲ設クルノ要ナキモノナリ文書ノ眞僞性質意義ヲ定ムルニ付キ證人鑑定人ヲ訊問スル場合アレトモ該證人鑑定人ハ特別ナル手續ニ於ケル證人鑑定人ニ非スシテ形式上被告事件ノ證人鑑定人ニ外ナラサルナリ右ノ場合ニ於ケル證人鑑定人ノ調書鑑定書モ亦一ノ文書トシテ使用セラルルモノニシテ此點ニ於テ觀察セハ文書ニハ事實證明ノ主體トナルモノト證明セラルヘキ事實ニ屬スルモノ即チ證明ノ客體トナルモノトノ兩種アルヲ知ルヘシ文書ノ審査ニハ通

例手續ヲ異ニスル階段ナキニ反シ人證鑑定、檢證ニハ手續ヲ異ニスル二箇ノ階段アリ即チ第一段ハ證據原因ヲ抽出スルノ手續之ナリ即チ證人、鑑定人ヲ訊問シ(被告人ニ付キ)檢證物ヲ検査スルカ如シ第二段ハ證據原因抽出ノ結果ヲ審査スルノ手續是ナリ即チ調書、鑑定書ヲ檢閱スルカ如シ書證ハ右第二段ノ手續アルノミニシテ第一段ノ手續ナキヲ通例トス唯翻譯ヲ必要トスル場合ニ於テ兩段ノ手續ヲ生ス

書證ノ目的物及ヒ其種類

三五二 書證ノ目的物ハ文書ナリ(文書ノ意義ハ緒論第九章ノ代ルニ於テ說示セ依リ人ノ思想ヲ表示スル物體ニシテ亦)文書ハ(一)公文書私文書(二)報告的文書非報告的文書(或ハ處分)ニ區別スルコトハ既ニ一言セリ(緒論(1)第(九)章(1)純然タル手續上ノ見地ヨリスレハ一件記録ノ部分ヲ爲ス文書ト一件記録ノ部分ヲ爲ササル文書トノ二種ニ區別スルヲ得ヘシ)證據種類ニシテ公判ニ於ケル其調査ハ則讀ノ所謂法ヲ以テシ一件記録ノ部分ヲ爲ササル文書ハ非物件トシテ後者ハ手續上物件ト其取調ヲ爲ス但シ則讀ノ部分ヲ爲ササル文書ニ非物件トシテ後者ハ手續上物件ト同視スルニ止リ(其本)一件記録ノ部分ヲ爲ス文書ハ其出所、作成者ノ奈何ヲ問ハス凡テ公文書ニ屬ス又右ノ外重要ナル區別アリ即チ罪體ヲ組成スル文書、犯罪

ノ積極的若シクハ消極的證明ニ關スル文書及ヒ罪體ト證明トノ兩者ヲ兼スル文書ノ區別是ナリ前者ノ區別ハ手續ノ外形上ヨリ生シタルモノ後者ノ區別ハ文書ノ内容ヨリ生シタルモノナリ偽造證書、毀棄セラレタル證書ハ即チ罪體ヲ成ス文書ナリ賭博場ニ供スル家屋ノ賃借證書、贓物ノ賣却ヲ依頼スル書狀ノ如キハ犯罪ヲ積極的ニ證明スル文書ナリ盜伐アリト云フ山林ヲ被告人ノ既ニ買取レルコトヲ表示スル賣買證書、犯罪ノ當時被告人ハ數百里ノ外ノ旅店ニ在リシコトヲ見ルニ足ル可キ旅人宿泊帳ハ犯罪ヲ消極的ニ證明スル文書ナリ被告人ノ名ヲ表示セル誹毀ノ書面、偽作ノ著書ハ罪體ト罪證トノ兩者ヲ兼スルノ文書ナリ偽造證書ハ通例證明ノ客體ト爲ルモノナレトモ公務員カ其權限ヲ超越シ又不正ノ目的ノ爲メニ作成シタル文書ノ如キハ罪體タルノ外、犯罪證明ノ能力ヲ有スルモノナリ又學者ハ下ノ如キ區別ヲ立テタリ其形式ヲ基礎トスル區別 一、公正證書 二、私署證書 三、家事用ノ帳簿、書類、其他覺書書狀等ノ別是ナリ然レトモ此區別ハ學理上ノ價值少シ其内容ヲ基礎トスル區別ハ 一、犯人ノ自白ヲ證スル記録 二、第三者ノ證言ヲ表明スル文書 三、犯罪ヲ組

成スル記録(Documents) 四、直接間接ニ犯罪ニ關スル書類ノ別是ナリ此區別モ亦學理上重要ノ價值ナキモノニシテ我法制ノ下ニ於テハ實益ナキモノナリト謂フヘシ作成者ノ不明ナル文書例ヘハ匿名ノ投書ノ如キモ書證ノ目的物タリ而シテ書證ノ目的物タル性能ト文書ノ證據力トハ區別スヘキ觀念ナリ思想表示ノ符號ヲ有スル物體ト雖モ文書トシテ證據力ヲ有セサルモノアリ偽造證書白痴、瘋癲者ノ手記セル書面ノ如シ然レトモ以上ノ如キ書類ト雖モ書證ノ目的物タルヲ妨ケサルナリ蓋シ書證トハ思想表示ノ符號ヲ有スル物體カ奈何ナル證據力ヲ有スルヤヲ検査スルノ手續ナレハ文書ニ證明力ノ存セサルコトハ此手續ノ開始ヲ妨クルモノニ非サレハナリ符號ハ如何ナル性質ノモノト雖モ文書タルノ性質ヲ阻却スルコトナシ古代文字、外國文字ヲ以テ記シタルモノハ勿論、速記符號ヲ以テ記シタルモノモ亦文書ナリ然レトモ繪畫ハ文書ニ非ス但文書ノ中ニ描出セラレ文書ノ部分ヲ爲ス場合ハ此限ニ在ラス又文字其他ノ符號ヲ表顯スルニ用ヒラレタル染料、器械、手段ノ奈何ハ固ヨリ問フ所ナシ赤色ノ「イ」ニキ「ラ」以テスルト在來ノ墨汁ヲ以テスルト筆若シクハ「ペン」ニ依ルト印刷器械

ニ依ルト寫眞ニ依ルト燒付方法ニ依ルトハ問フ所ニ非サルナリ符號ヲ描出セラルル臺材ニ付キテモ制限ナシ金、石、木、土、動物等凡ラユル有形物ハ文書ノ物體タルモノナリ極端ニ論スレハ文字ノ印セラレタル氷塊モ亦現形ヲ維持スル時間ノ極メテ短キニ拘ハラヌ文書タリト謂フヲ得ヘク囚人カ獄中ニ於テ指ヲ嚙ミ衣袖ニ血書セルモノモ亦完全ナル文書ナリ然レトモ以上、何レノ場合ニ於テモ符號ヲ主トシ物體ヲ從トシテ看ルヘキ性質ハモノタルコトヲ要ス故ニ伊勢屋ナル文字ヲ記セシ傘、東京電燈會社ナル文詞ヲ染出セル印半纏ノ如キハ文書ニ非サルナリ之ヲ要スルニ法律的效果ヲ生ス可キ思想ヲ表明スル文字其他ノ符號ト物體トノ連結アリテ物體ヲ從トシ符號ヲ主トシテ看ルヘキ性質ノモノナルニ於テハ訴訟法上ノ文書ナリトス而シテ手續上最モ限局セル意義ニ於テハ内容ヲ利用スル必要アル場合ニ於テノミ之ヲ文書ト稱シ其調査ハ書證ノ方法ニ依ラシメ内容ヲ利用スル必要ナキ場合ニ於テハ之ヲ一般ノ物件ト同一ノ調査方法ニ依ラシム例ヘハ證書カ毀棄罪ノ物體タル場合ノ如シ此場合ニ於ケル證據調ハ公判ニ於テハ朗讀ノ方法ヲ以テスルモノニ非スシテ展示ノ方法ヲ

用ユルモノナリ文書カ單ニ罪體ヲ成ス場合タルト證明ノ用ヲ爲ス場合タルト
 ヲ問ハス磨滅消失毀損ノ虞アルトキハ相當ノ保全處分ヲ行ハサルヘカラス例
 ハ裏張ヲ爲シ藥物ヲ塗リ寫眞ヲ取り或ハ之ヲ模寫スルガ如シ原本ニ對スル複
 本或ハ訴訟手續開始ノ前後ニ於テ作成セル謄本モ一定ノ證據力ヲ有スヘキモ
 ノニシテ書證ノ目的物ト爲ルヤ論ヲ俟タス原物タル文書ト其偽造物タル文書
 ト兩立スル場合ニ於テ前者ハ後者ノ偽造ナルコトヲ證明スルノ物體トナルヘ
 ク同趣旨同形式ノ二箇ノ文書アリテ其何レカ一方ノ偽造ナルヘキ場合ニ於テ
 ハ兩者ハ共ニ證明ノ客體ト爲ルモノナリ佛國ノ學說ニ於テハ證據ヲ豫設證據
 (Preuve préconstituée) 非豫設證據 (Preuve non Préconstituée) ノ二者ニ區別シ豫設證據
 トハ證明ノ具ニ供スル目的ヲ以テ作レル證據ヲ謂ヒ賣買貸借等ノ證書ヲ以テ
 之ニ屬セシメタリ刑事訴訟ニ於テハ書證ノ目的物タルニハ文書カ證明ノ用ニ
 供スル目的ヲ以テ作成セラレタルモノナルコトヲ要セス元來或ル事項ヲ證明
 スルノ能力ナキモノト雖モ書證ノ目的物タルニ妨ケナケレハナリ然レトモ實
 際ニ於テハ證明能力ナキモノニ對シ證據調ヲ爲スコトハ稀ニシテ又賣買貸借

書證手續

等ノ證書カ犯罪事實ノ證明上重要ナル證據力ヲ有スルコトモ亦稀ニシテ刑事
 訴訟ニ於テ大ナル效用ヲ爲スモノハ檢證調書證人調書鑑定書告發書逮捕告發
 調書差押調書臨檢頭末書等證明ノ用ニ供セララルコトヲ一ノ目的トシテ作成
 セラレタル文書ナリ而シテ是等ノ文書ハ刑事訴訟法又ハ特別法ニ規定スル要
 件的形式(刑訴法第二〇條間接國稅犯則者處分法第八條)ノ欠缺スル場合ニ於テハ其内容ニ適應スル證
 據力ヲ有セスト雖モ之カ爲メ書證ノ目的物タル性能ヲ失フモノニ非ス

三五三 書證本來ノ手續ハ文書ノ檢閲ト其眞偽新古性質趣旨ヲ究ムルトニ在
 リ然レトモ豫審判事ハ事件ノ證據ニ付キ終局的判斷ヲ爲ス者ニ非スシテ公判
 裁判所ノ爲メ寧口事實判斷ノ基礎タルヘキ證據ヲ準備スル者ナルカ故ニ其檢
 査ヲ了セル文書ト雖モ事件ニ關係アルモノハ公判裁判所ノ爲メニ其原形ヲ維
 持シテ之ヲ保存セサルヘカラス保存ノ爲メニハ之ヲ押收スルヲ以テ安全便利
 ト爲ス所持者若クハ第三者ニ保管セシムルハ之カ使用上不便ナルノミナラス
 時トシテハ紛失毀損ノ危險ヲ生スレハナリ文書ノ押收ハ差押ニ出ルト領置ニ
 出ルトヲ問ハス事件ニ關係アル文書ヲ檢閲セルトキハ其結果トシテ常ニ生ス

三五四 公文書ノ多クハ作成上法律ニ依リ一定ノ要件ヲ具備セサルヘカラス
(例ヘハ刑訴法第二〇條、問接國稅犯則者處分)而シテ要件ヲ缺クトキハ其文書ノ
法第十條、公証人法第二七條乃至第四二條等)
 内容ニ關シ證據力ヲ全然有セサルモノト否ラサルモノトアリ刑事訴訟法第二
 十條ニ從ヒ作成スヘキ文書ハ前者ニ屬シ公證人ノ作成スル公正證書、問接國稅
 犯則者處分法第十條ニ從ヒ作成スヘキ顛末書ノ如キハ後者ニ屬ス(明治四〇年
八號同年一月一日大審院第二刑事部判決ニ曰ク問接國稅犯則者處分法第
十條ハ顛末書ヲ作リタル收稅官吏ハ之ニ署名捺印スヘキコトヲ規定スレトモ
其方式ニ違背スル七月六日同院同部ノ判決ニ曰ク問接國稅犯則者處分法第十條ハ
五七六號同年七月六日同院同部ノ判決ニ曰ク問接國稅犯則者處分法第十條ハ
附立會人カ顛末書ニ署名捺印スルコト能ハサル場合ニハ收稅官吏ニ於テ其旨ヲ
附記スヘキコトヲ規定スレトモ此方式ノ違背ニ對シテ無効ノ制裁ヲ附スルコト
シトナ)私文書ニ付キテハ法律ハ其方式ヲ規定スルコト稀ナリ法律ニ規定アルモ
ノヲ例示セハ遺言ノ自筆證書又ハ秘密證書ノ如シ(民法第一〇七〇六條)文書ハ證據
ノ一種ナルカ故ニ其證據力ニ關シテハ刑事訴訟法第九十條ノ規定ニ從フモノ
ニシテ其取捨ハ裁判官ノ專權ニ屬スルヲ原則トスレトモ之ニ對スル例外トシ
テハ或種類ノ文書ハ裁判官ヲ羈束スルモノアリ或ル種類ノ文書ハ裁判官ニ於
テ證據トシテ採用スル能ハサルモノアリ

一、裁判官ヲ羈束スル文書 文書ハ或ル事實ノ存否ニ關シ裁判官ヲシテ必
 ス之ニ依ラシメサルヘカラル効力ヲ有スルモノアリ例ヘハ證人、被告人ノ供
 述ニ關スル豫審調書、公廷ニ於ケル訴訟手續ニ關スル公判始末書ノ如シ豫審調
 書ニ證人カ或ル事實ヲ供述シ又ハ或ル事實ヲ否定セル旨ヲ錄載シアレハ親シ
 ク證人ヲ訊問セシ豫審判事ハ勿論他ノ裁判所ニ於テモ證人カ右ノ供述ヲ爲サ
 サリシモノナリトノ認定ヲ爲ス能ハス換言セハ奈何ニ明白ナル反證アルモ證
 人カ豫審調書ニ記載セル通りノ供述ヲ豫審判事ノ訊問ニ對シテ爲シタルモノ
 ト認定セサルヘカラス又公判始末書ニ判事四人若シクハ六人ノ列席セルコト
 ヲ記載シアレハ斯ノ如キハ明白ニ裁判所構成法ノ規定ニ反シ事實上有リ得ヘ
 カラサルモノナリト雖モ奈何ニ明白ナル反證アルモ裁判所ハ右記載ニ反スル
 事實ヲ認定スル能ハス但前例ノ場合ニ於テ證人ノ供述カ眞實ナルヤ否ヤヲ決
 スルコト後例ノ場合ニ於テ判事トシテ列席セル者カ當時既ニ其官職ヲ失ヘル
 モノナルヤ否ヤヲ決スルコトハ調書若シクハ公判始末書ノ證據力以外ニ出ル
 モノニシテ自由心證或ハ他ノ證據ニ依ルヘキモノトス而シテ同一事項ニ關シ

ル公判ニ於ル證人被告人ノ供述ヲ錄載セル公判始末書(明治三八年二月七日同院第二刑部判決同院第三九年第六八號豫審終結決定ヲ爲シタル判事カ公判手續中受託判事トシテ證據ヲ蒐集シ其結果ヲ記載セル調書(明治四年二月六日同院第一刑部判決)下調ヲ爲サスシテ重罪事件ノ公判ヲ開始シタル場合ニ於ケル公判始末書(明治四年二月四日同院第二刑部判決)訊問ト同時ニ作成セラレサル豫審調書(明治四年四月一日同院第二刑部判決)作成日附ト訊問日附ト前後シ何レノ日附カ誤記ニ屬スルヤ記錄上之ヲ確知シ難キ調書(明治四年四月一日同院第二刑部判決)司法警察官カ現行犯ニ付キテ作成シタル一名ノ立會人ノ署名捺印アルニ過キササル即チ刑事訴訟法第九十二條第二項前段ニ違背セル調書(明治三年四月一日同院第二刑部判決)刑事訴訟法第九十五條ニ違反シ被告人ニ讀聞セ相違ノ有無ヲ問ヒタルコトナキ豫審調書(明治七年九月九日大審院刑部判決)等ノ如シ又訊問手續上若クハ調書作成ノ手續上違法ナキモ文書ノ性質上或ル事實ノ證明ニ供スル能ハサルモノアリ例ヘハ事件ヲ公判ニ付シタル豫審終結決定或ハ被告人ヲ有罪ナリトスル第一審判決ハ有罪事實認定ノ證據ト爲スヲ得サルカ如シ然レトモ公訴ノ判

決ハ私訴ニ於ケル事實認定ノ證據ニ又私訴ノ判決ハ公訴ニ於ケル事實認定ノ證據ニ供スルヲ妨ケス(明治三〇年第七六九號同年一月一四日同院第一刑部判決)

第七款 通譯及ヒ翻譯

三五五 意義……三五六 手續

三五五 通譯トハ通辯翻譯ノ義ナレトモ我訴訟法ハ之ヲ通辯ノ義ニ用ヒタリ乃チ通譯トハ我國語ヲ理會セス或ハ我國語ヲ以テ全然若クハ十分ニ其意思ヲ表明ス能ハサル者ト其對手トノ間ニ第三者ノ介入シ以テ双方ノ意思ヲ交通セシムルヲ謂フ双方ノ意思ヲ交通セシムルニハ言語ニ依ルヲ通例トスレトモ文書ヲ以テスルヲ禁スルモノニ非ス通譯ヲ要スル人ハ國語ニ通セサル者ノミナラス聾者啞者モ亦然リ法律ハ文字ヲ知ラ聾者啞者ニ對シテハ書面ヲ以テ問答スヘキコトヲ規定スレトモ文字ヲ知ル聾者啞者ニ付キ通事ヲ用フルヲ禁スルモノニ非ス(刑訴法第一〇條)通事トハ通譯ヲ爲ス機關ナリ翻譯トハ現時我國ノ普通語ニ非サル文語ヲ以テ綴レル文章ヲ我普通語ニ譯述スルヲ謂フ翻譯ノ目的ト

意義

スル所ハ文書ナレトモ必シモ外國語ノ文書ノミニ限ルニ非ス古代語又ハ理會
スルニ困難ナル方言ヲ以テ綴レル文書モ亦其目的物ト爲ルモノナレハ之ト同
シク邊土ノ人民ニシテ方言ノミヲ用ヒ其趣旨ヲ解スル能ハサル者ニモ亦通事
ヲ附シ之ニ對スル問答ヲ通譯セシムルコトヲ得ルモノナリ通譯ト翻譯トノ差
異ハ前者ハ人ニ對シテ用ユルモノ後者ハ文書ニ對シテ用フルモノ又前者ハ相
對スル人ヲシテ相互ニ其意思ノ表示ヲ理會セシムルモノ後者ハ文書ノ内容タ
ル意思表示ヲ普通ノ國語ニ譯出セシムルモノナルニ在リ翻譯ハ翻譯者カ譯書
ヲ作成スルヲ通例トスレトモ言語ヲ以テ譯述シ之ヲ調書ニ記載セシムルモ可
ナリトス此兩者ノ共通點ハ不明ナル言語ノ説明ヲ爲スニ在リ翻譯ハ我普通ノ
國語ニ非サル詞句ヨリ成ル文章ヲ説明スルモノナルヲ以テ我普通ノ國語ヨリ
成ル難解ナル文章ノ説明繪畫圖案ノ解説ハ翻譯ニ非ス之ト同シク第三者カ我
國語ニ通スル者ノ間ニ介入シテ相互ノ意思表示ノ不明ノ點ヲ解説シテ双方ヲ
シテ了解セシムルコトハ通譯ニ非サルナリ通譯及ヒ翻譯ハ特別ノ智識ヲ有ス
ルニ非サレハ之ヲ爲ス能ハサル點ニ於テ觀察スレハ其實質ハ鑑定ナリ我訴訟

法ハ通譯ニ付キ特別ノ規定ヲ設ケタルヲ以テ通譯ノ形式上ノ性質ハ鑑定ニ非
ス翻譯ニ付キテハ何等ノ規定ナキヲ以テ鑑定ノ規定ニ從フヲ適當トスレトモ
之ニ從ハサリシトテ其手續ヲ違法ナリトスルヲ得ス通譯及ヒ翻譯ハ證據ナリ
ヤ否ヤノ問題ハ消極的ニ決スヘク即チ兩者ハ我訴訟法上證據ニ非サルモノト
ス鑑定ノ本質ハ證據ニ非サレトモ刑事訴訟法第九十條ハ之ヲ證據トナシタル
ヲ以テ訴訟法上之ヲ證據ト爲ササルヲ得スト雖モ通譯及ヒ翻譯ニ付キテハ之
ヲ證據トスルノ明文ナク其本質ハ鑑定ト異ル所ナキヲ以テ乃チ通譯及ヒ翻譯
ハ證據ニ非スト斷定セサルヘカラス從テ刑事訴訟法第九十條ハ通譯及ヒ翻譯
ニ適用ナキモノトス而シテ同條ノ適用ナシト謂フハ裁判官ハ通譯又ハ翻譯ノ
結果ニ羈束セラルヘシト謂フニ非ス法律ニ反對ノ明文ナキ以上ハ事實ノ認定
ニ同シク事物ノ解釋ハ其專權ニ屬スルモノナルカ故ニ例ヘハ外國人ノ言語ノ
如キハ通事ノ述フル所ニ異レル意義ニ之ヲ解シ或ハ原文書ヲ翻譯書ニ反シテ
解釋スルノ職權アリ通事ハ被告人、證人、鑑定人ノ訊問ニ關シテ之ヲ使用ス(刑訴

三六〇條第一二九條第一
三六〇條第一一五條第一)

ニ異レル解釋ヲ下スノ餘地ナシ但立法問題トシテハ以上ノ手續ノミニテハ後日通譯ノ誤レルコトヲ主張スルノ道ナキカ故ニ通事ヲシテ之ニ其通譯ノ目的物ト爲レル言語ニテ一ノ調書ヲ作成セシメ訊問ヲ受クル者ヲシテ之ニ署名捺印セシムルヲ適當トス(彼朝鮮總督暗殺謀事ニ付キ被告人及ヒ辯護人ハ通例ハ此問題ヲ看過スヘカラサル重要ノモ)通譯ノ結果ヲ記載セル調書カ刑事訴訟法第二十條ノ形式ヲ具ヘサルトキハ證據力ナシ其他調書ノ成立ニ關スル手續上ノ缺點アルトキ亦同シ(前明三參照五號)通事ハ旅費日當及ヒ立替金ノ辨償ヲ求ムル權利アリ(刑訴法施行法第一〇一條第一四一條參照)翻譯ノ手續ハ刑事訴訟法ニ規定スル所ナシ鑑定事項トシテ翻譯ヲ命スルハ違法ニ非サルカ故ニ右ノ場合ニハ鑑定ノ手續ニ從フヘキモノナルモ否ラサル場合ニハ豫審判事ハ適宜ニ手續ヲ定メ以テ翻譯ヲ命スルヲ得ヘシ(前示明治三二年司法省訓令第三〇八七號)此場合ニハ刑事訴訟法ノ適用ナシ從テ豫審判事ハ如何ナル人ニモ翻譯ヲ命スルヲ得ヘク此命ヲ受ケタル者之ヲ拒絕スルモ何等ノ制裁ナシ

明治三六年ノ第六八八號同規定ニ從ヒ作成大審院第一刑部判決ニ關シテ其始

亦同法ノ規定ニ從ヒ作成スヘキ書類ニ非サルヲ以テ通譯鑑定等ノ場合ニ法ヲ支配セザルモノナルモ元來翻譯手續ナル者刑訴法ニモ同法ノ適用ナキコトヲ示シテ適用ナシト論斷セサルモ其翻譯ニ付テハ同法ニ從ヒ適用ナシト論斷セサルモ其翻譯ニ通事ノ如ク翻譯者ニ關シテ旅費日當ノ請求權アル旨ノ明文存セサレトモ尙モ翻譯ヲ命シ智力的勞務ニ服セシメタル以上ハ裁判所ハ翻譯者ニ相當ノ報酬ヲ與フルハ勿論ノコトナリトス

第六節 被告人ノ拘束ノ解除

第一款 總論

三五七、勾留狀ノ取消其他被告人ノ拘束ヲ解除スル手段……三五八、保釋ト責付トノ比較

三五七 刑事訴訟ニ於テ被告人ノ自由ヲ拘束スルハ治罪ノ目的ノ遂行上已ヲ得サルニ出ルモノニシテ自由ノ拘束タルヤ人權ニ對スル重大ノ制壓ナレハ其必要ヲ認メサルニ至ラハ直ニ拘束ヲ解カサルヘカラス又既ニ論究セル如ク事

本論 第三編 起訴ノ準備及ヒ起訴 第三章 豫審 第六節 被告人ノ拘束ノ解除 一六八九

勾留狀ノ取消
其他被告人ノ
拘束ヲ解除ス
ル手段

件ノ性質上現行犯ニ係ル場合ト雖モ被告人ヲ逮捕シ或ハ勾留スルヲ得サルモノアリ(例ヘハ拘留罰金科料ニ該ルヘキ事件ナルコト明白ナルニ至ラハ此逮捕或ハ勾留ハ惡意若クハ重過失ニ出テタルニ非サル場合ト雖モ原因ナクシテ行ハレタルモノナルカ故ニ直ニ之ヲ解キ被告人ヲシテ其自由ヲ回復セシメサルヘカラス法律ハ以上ノ理由ニ基キ被告人ノ身體強制ニ對スル三種ノ解放手段ヲ規定セリ第一勾留狀ノ取消(刑訴法第八六條)第二保釋(刑訴法第一五〇條)第三責付(同法第一五九條)是ナリ第一勾留狀ノ取消ハ被告事件禁錮以上ノ刑ニ該ラサルコト明瞭ナルニ至ラハ豫審判事之ヲ爲スモノニシテ勾留狀ノ效力ハ之ニ因リテ全然消滅シ其勾留狀ニ依リテ再ヒ被告人ノ自由ヲ拘束スルヲ得ス然レトモ一タヒ勾留狀ヲ取消シタルトキハ同一事件ニ付キ再ヒ其被告人ヲ勾留スルコトヲ得スト謂フニ非ス更ニ審理ヲ進メタル結果禁錮以上ノ刑ニ該ルヘキモノナルコト明確ナルニ至ラハ殊ニ禁錮以上ノ刑ニ該ルヘキ附帶犯罪アルコトヲ發見セハ更ニ勾留狀ヲ發スルコトヲ得ルモノナリ勾留狀ノ取消ハ豫審判事ノ決定ヲ以テ之ヲ爲シ其執行ハ檢事ノ司ル

ナリ勾留狀ノ取消ハ豫審判事ノ職權ヲ以テ之ヲ爲スモノニシテ檢事、被告人、辯護人等ハ訴訟上之ヲ請求スルノ權ナシ(但事實上嘆願ヲ爲ス)從テ被告人又ハ辯護人ヨリ勾留狀取消ノ請願アリタル場合ニ於テ豫審判事ハ形式上之ニ對スル裁判ヲ與フルノ要ナシ公判ニ於テハ第八十六條ノ如キ明文ナシト雖モ「泥ヤ論法」ニ依リ公判裁判所カ被告事件禁錮以上ノ刑ニ該ルヘキモノニ非スト思料セハ自ラ又ハ豫審判事ノ發シタル勾留狀ヲ取消スコトヲ得ルモノト解釋スルヲ相當トス此決定ニ對シテハ何人モ不服ヲ申立ツルヲ得ス勾留狀取消ノ手續トシテハ以上述フル外別ニ論究スヘキモノナシ**第二保釋****第三責付**ハ共ニ勾留狀ノ效力ノ停止ニシテ保釋又ハ責付ノ決定ニ依リテハ勾留狀ハ取消サルモノニ非ス之レ保釋、責付ト第一ノ勾留狀ノ取消トヲ區別スヘキ第一點ナリ勾留狀ヲ取消サハ其效力ハ全然消滅スルヲ以テ被告人ヲ拘束スヘキ法律上ノ原因ノ明瞭ナルニ至リ或ハ發生スルニ至ラハ更ニ勾留狀ヲ發セサルヘカラサルモ保釋、責付ハ勾留狀ノ效力ヲ停止スルニ過キササルヲ以テ保釋、責付ノ事由消滅セハ保釋、責付ノ決定ヲ取消シ以テ勾留狀ノ效力ヲ原狀ニ復セシムルモノトス勾

留狀取消ト保釋責付トヲ區別スヘキ第二點ハ勾留狀ノ取消ハ法律上勾留ヲ許ササル場合ナルコト明カナルニ至レルトキ之ヲ爲スモノナリ反之保釋責付ハ法律上勾留ヲ爲シ得ル場合ナルモ事實上其必要ナキニ至レルトキ之ヲ爲スノ點ニ在リ而シテ勾留狀ノ取消ト保釋責付トニ共通ノ點ハ手續上決定ヲ以テ之ヲ爲スニ在レトモ勾留狀取消決定ノ手續ハ前陳ノ如ク簡易ナルニ反シ保釋責付ハ前者ニ比スレハ其手續ノ複雑セルモノナルヲ以テ次款ニ於テ之ヲ論究セ

保釋ト責付トノ比較

三五八 保釋トハ被告人ノ請求ニ基キ(被告人無能力者ナルトキハ)何時ニテモ呼出ニ應シ出頭スヘキ旨ノ證書ノ提出ト保證ヲ立ツルコトトシテ條件トシテ勾留狀ノ效力ヲ停止スルヲ謂フ(刑訴法第百五〇條)責付ハ職權ヲ以テ何時ニテモ呼出ニ應シ出頭セシムヘキ旨ノ證書ノ提出ヲ條件トシテ勾留狀ノ效力ヲ停止シ被告人ヲ親屬若シクハ故舊ニ預ケ之ヲ監視セシムルヲ謂フ(實習ニ則レルモノニシテ其淵源ハ徳川氏御定書百箇條以前ヨリ行ハレ)保釋ト責付トハ勾留狀ノ效力ヲ停止スルヲ以テ共通點トスレトモ兩者ノ異ル點ハ第一前者ハ被告人又ハ其法

定代理人ノ請求アルニ非サレバ其決定ヲ爲ス能ハス反之後者ハ職權ヲ以テ其決定ヲ爲スモノナリ第二保釋ニ付キテハ保證ヲ立テシムルモノナレトモ責付ニ付テハ保證ヲ立テシムルコトナシ此點ハ保釋ヲ許可スルモ保證ヲ立ツル資力ナキ被告人ノ爲メニ裁判所ハ責付ノ決定ヲ爲シテ以テ保釋ノ趣旨ヲ貫徹セシムルコトヲ得ルノ點ニ於テ責付ノ特質トスル所ナリ第三保釋ニアリテハ被告人自ラ何時ニテモ出頭スヘキ證書ヲ提出シ(但シ無能力者ノ保釋ニ付テハ法律上責付ニ在リテハ親族故舊ヨリ何時ニテモ被告人ヲ出頭セシムヘキ證書ヲ提出スルモノナリ)此差異ハ實際上後者ヲ以テ前者ニ優レリトスヘキ實益アルコトヲ示スモノニ非ス親族故舊ハ何時ニテモ被告人ヲ出頭セシムヘキ證書ヲ提出スルモ之カ爲メ被告人ニ強制ヲ加ヘテ出頭セシムルコトヲ得サルカ故ニ被告人ノ自ラ何時ニテモ出頭スヘキ旨ノ證書ヲ提出セルト實際的效力ニ於テハ異ナル所ナク被告人ヲシテ呼出ニ應セシムルノ點ニ於テハ却ツテ保釋ヲ以テ優レリトスヘシ何者後ニ説明スル如ク呼出ニ應セサレハ被告人ノ立テタル保證ヲ沒收スルヲ得レハナリ第四兩者ノ間ニハ右ノ如ク保證ノ沒收其他次款

ノ自由裁量ニ屬ス唯保釋ノ請求ノ提出ハ形式上ノ權利ナルカ故ニ裁判所ハ之ニ對シテ形式上許否ノ裁判ヲ爲ササルヘカラサルノミ保釋ノ請求アリタルトキハ先ツ檢事ノ意見ヲ聽クヘキモノナルモ之レ豫審判事ノ參考ニ供スルニ過キサルカ故ニ其意見ニ反シテ保釋許否ノ決定ヲ爲スヲ得ヘク檢事ノ意見ヲ聽カスシテ保釋ヲ許可シタル場合ニ於テハ其決定ハ完全ノ效力ヲ有スルモノナリ保釋ヲ許ス場合ニハ保證金額ヲ定メテ之ヲ決定ニ記載スヘク右ノ保證ハ保釋ノ條件ナルカ故ニ保證ヲ立テサル間ハ檢事ハ被告人ニ自由ヲ與フル能ハス保證ニハ現金若シクハ有價證券ヲ以テ之ニ充テ或ハ裁判所ノ管轄地内ニ住シ且十分ナル資力アル者ヨリ金額ニ充ツヘキ保證書ヲ出サシメテ之ヲ現金若クハ有價證券ニ代フルコトヲ得(刑訴法第一五二條)法文ニハ保證納付者ヲ被告人又ハ法定代理人ナリトセリ(同法第一五二條)右ノ如ク規定セルハ保釋ノ請求者ヲ被告人又ハ法定代理人ト爲シタルニ由ルモノニシテ法律ハ第三者例ヘハ親族カ代リテ保證ヲ立ツルコトヲ禁シタルモノニ非ス又被告人又ハ法定代理人カ代人ヲ以テ納付ノ手續ヲ爲スヲ禁シタルモノニ非ス保證ノ條件ハ具備スルモ他ノ條

件タル呼出ニ應シ出頭スヘキ旨ノ證書(被告人無能力者ナルトキハ呼出ニ應シテ提出ナキ限りハ檢事ハ決定ヲ執行スル能ハス保釋許否ノ決定ニ對シテハ檢事ト雖モ抗告ヲ爲ス能ハス唯不許可ノ決定ニ對シテハ保釋請求者ヨリ異議ノ申立ヲ爲スコトヲ得ルノミ異議ハ上訴ニ非ス保釋不許可ノ決定ヲ爲シタル裁判所ノ再考ヲ求ムル意思表示ナリ異議ノ申立アリタリトキハ裁判所ハ檢事ノ意見ヲ聽キ更ニ其許否ヲ決定スヘキモノトス(同法第一五二條)再度ノ保釋請求ヲ爲スコトハ異議ヲ申立テタルカ爲メニ妨ケララルコトナシ保釋決定ノ執行後被告人ヲ呼出スニハ出頭ヨリ二十四時間前ニ之ヲ爲スヘク被告人呼出ニ應セサルトキハ檢事ノ意見ヲ聽キ保證ノ全部若クハ一部ヲ沒收スヘク金額ニ充ツ可キ保證書ヲ差出シタル場合ニハ此保證人ヨリ沒收金額ヲ徵收スヘキモノトス(同法第一五二條)保釋ノ決定ハ上訴ヲ以テ攻撃スル能ハサルモノナルカ故ニ之ヲ爲シタル裁判所ハ何時ニテモ自由ニ之ヲ取消スコトヲ得ヘキ性質ヲ有スル裁判ナリ法律ハ保釋取消ノ原因ヲ下ノ如ク規定セリ第一保證金ヲ沒收シタルトキ第二被告ヲ拘束スルノ必要生シタルトキ之ナリ保證金沒收ノ結果トシテ保釋ヲ

取消ス場合ニハ既ニ沒收ニ付キ檢事ノ意見ヲ聽キタルモノナレハ更ニ保釋取消ニ付キ其意見ヲ聽クノ要ナシ第二ノ原因ニ基キ保釋ヲ取消サントスルトキハ檢事ノ意見ヲ聽カサルヘカラス(同法第一五六條第一)而シテ沒收シタル保證金ハ之ヲ還付セサルヘカラサル場合アリ第一豫審免訴ノ決定ヲ爲ストキ第二違警罪トシテ或ハ罰金ニ該ル輕罪トシテ事件ヲ公判ニ付スル決定ヲ爲ストキ(公判ニ在リテハ無罪免訴ノ判決ナリ)是ナリ(同法第一五七條第一)又沒收セサル保證金ハ第一保釋ノ決定ヲ取消シタルトキ第二違警罪又ハ罰金ニ當ル輕罪トシテ事件ヲ公判ニ付スル決定ヲ爲ストキ(公判ニ在リテハ無罪免訴ノ判決ナリ)之ヲ還付スヘキモノトス

三六〇 責付ハ訴訟關係人ノ請求ニ基キテ決定スルモノニ非スシテ豫審判事(又ハ公判)ノ職權ヲ以テ爲スモノナルカ故ニ請求ニ對シ決定ヲ與フルノ手續ナシ豫審判事カ責付ヲ適當ナリト認ムル場合ニハ檢事ノ意見ヲ聽キタル後其決定ヲ爲スモノナリ責付ハ親族故舊カ被告人ヲ引受クルニ因リテ被告人ニ自由ヲ與フルモノナルカ故ニ引受者ナクンハ此決定ヲ爲ス能ハス此決定ハ引受者タラントスル者ノ申出ヲ條件トシテ之ヲ爲スモノナリ豫審判事ハ先ツ決定ヲ

責付ノ手續

爲シタル後被告人ノ引受ヲ親族故舊ニ強要スヘキモノニ非ス然レトモ被告人ヲ引受クルヤ否ヤノ意向ヲ聽クコトハ固ヨリ當然ノ處置ニシテ親族故舊ノ應諾アリタル後責付ノ決定ヲ爲スモノナリ法律ハ親族故舊ヨリ何時ニテモ呼出ニ應シ被告人ヲ出頭セシムヘキ旨ノ證書ヲ提出セシムルコトヲ責付ノ條件トセリ(刑訴法第一五九條第二項)此證書ノ提出ハ責付ノ條件ナレトモ決定ヲ爲スノ條件ニ非ルカ故ニ此證書ノ提出前ト雖モ決定ヲ爲スヲ得ルモノナリ然レトモ檢事ハ右證書ノ提出ナクンハ決定ヲ執行スル能ハス保釋ノ請求アリタルコトハ責付ヲ爲スノ妨ト爲ルモノニ非サルカ故ニ豫審判事ハ保釋ノ請求ヲ許スヘキモノト認ムル場合ニ於テモ責付ヲ爲スヲ以テ適當ナリトセハ右理由ヲ以テ保釋ノ申請ヲ却下シ責付ノ決定ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ責付ヲ爲スニ當リテハ保證ヲ立テシムヘキモノニ非ス故ニ保釋ノ請求アリタル場合ニ其請求者ニ保證ヲ命シ而シテ責付ノ決定ヲナスハ違法ナリ然レトモ右ノ場合ニ於テハ條件タル保證ノ命令カ違法タルニ止マリ責付ノ決定ハ完全ニ效力ヲ生スルモノナルカ故ニ檢事ハ保證ノ提出ヲ待タス責付ノ執行ヲ爲ササルヘカラス責付ノ決定ヲ

爲セシ後被告人ヲ呼出スニハ出頭ヨリ二十四時間前ニ之ヲ爲スヘク正當ノ理由ナクシテ呼出ニ應セサルトキハ制裁トシテ保釋ノ場合ノ如ク責付ノ決定ヲ取消スヘキモノトス(六〇法第一條)責付ノ決定ニ對シテモ亦異議上訴ヲ許サス責付ノ決定ヲ執行シタル後被告人ヲ拘束スルノ必要ヲ生シタルナラハ何時ニテモ該決定ヲ取消スヘキモノトス(第六十五條第二項)如キ明文ナキ故ヲ以テ責付ノ決定ハ被告人正當ノ事由ナクシテ呼出ニ應セサル場合ノ外ハ取消スコト能ハスト論スルハ法意ヲ無視セル皮想ノ見解ニシテ駁破ノ辯ヲ費ヤスニ及ハサルモノナリ而シテ茲ニ重要ナル問題アリ保釋ノ決定及ヒ責付ノ決定兩立シタルトキハ其效力奈何ノ問題はナリ(同一判事カ一ノ決定ヲ爲シタル後之ヲ違カノ裁量ヲ以テ何レカノ決定ヲ取消スヘキ)例ヘハ豫審判事カ保釋ノ決定ヲ爲シタルニ公判ニ於テハ責付ノ決定ヲ爲シタルカ如シ保釋責付ノ必要ハ被告人カ拘束ヲ受クル状態ニ在ルニ由リテ生スルモノナレハ被告人ニ對スル身體上ノ強制ノ存セサルニ於テハ保釋責付ヲ爲スヲ得ス故ニ保釋責付ノ決定ヲ爲シ其執行前他ノ原因例ヘハ無罪ノ判決ノ爲メ被告人ヲ拘束スル能ハサル状態ノ生

シタルトキハ保釋責付ノ決定ハ其效力ヲ失フモノナリ本問ハ此理ニ從ヒテ解
決スヘシ即チ兩者ノ何レナルヲ問ハス先ツ一ノ決定アリテ其執行後他ノ決定
ノ生シタル場合ハ勿論其執行前他ノ決定ノ生シタル場合ト雖モ第二ノ決定ハ
第一ノ決定ニ因リ被告人ヲ拘束スル能ハサル状態ノ成立セル後ニ生シタルモ
ノナレハ其決定成立ノ原因ヲ缺クヲ以テ其效力ヲ有セサルモノトス若シ誤ツ
テ第二ノ決定ヲ執行シタルナラハ檢事ハ其執行ヲ取消シ更ニ第一ノ決定ヲ執
行セサルヘカラス而シテ第一ノ決定ノ取消サルルモ之カ爲メ第二ノ決定ハ效
力ヲ有スルニ至ルコトナシ

第七節 豫審終結

第一款 概論

三六一、豫審終結ノ意義及ヒ性質……三六二、豫審終結ノ種類……三六三、豫審終
結決定ノ内容及ヒ形式……三六四、要件ヲ缺キタル豫審終結決定書

三六一 豫審手續ハ之ヲ二段ニ區別スルヲ得ヘシ第一段ハ即チ事件ノ審査(二)

豫審終結ノ意
義及ヒ性質

Formation) 換言スレハ罪證ノ蒐集ニシテ第二段ハ豫審終結ノ整理(Reglement)即チ豫審終結之ナリ豫審終結トハ豫審手續ノ最後ノ一段ニシテ豫審判事ノ繫屬ヲ離脱セシムルモノヲ謂フ豫審終結ハ豫審判事ノ繫屬ヲ離脱セシムルモノナレトモ豫審ノ目的タルヤ事件ヲ公判ニ移スノ價值アルヤ否ヤヲ定ムルニ在ルヲ以テ豫審ノ終結ニ於テハ豫審ノ目的ヲ達シタルヤ否ヤ手續上ノ障礙ノ爲メ目的ヲ達スル能ハサリシヤ否ヤヲ明確ニスルノ必要アリ此必要ヲ充タス爲メニ豫審判事ハ裁判ヲ爲ササルヘカラス其裁判ハ豫審ノ目的ヲ達シタルト否ト手續上ノ障礙アリタルト否トニ因リテ異ルモノニシテ從テ豫審判事ノ爲スヘキ裁判ニハ數種アリ而シテ其種類ノ如何ヲ問ハス此裁判ハ之ヲ豫審終結決定ト稱ス豫審終結トハ此決定ヲ爲スノ手續ヲ稱スルニ外ナラス豫審終結決定ハ事案ノ實質ニ關シテ下サル場合ト雖モ公判ノ裁判トハ其性質效力ヲ同クセサルモノアリ之ヲ詳言スレハ此決定ニ依リ事件ヲ全然拋棄スル場合ニ於テハ終局的裁判ノ性質ヲ有スレトモ事件ヲ公判ニ移ス場合ニ於テハ準備的裁判或ハ中間裁判ノ性質ヲ有スルモノナリ是ヲ以テ事件ヲ公判ニ移ス決定ヲ爲ス場合

ニ於ケル豫審判事ト公判裁判所トノ關係ハ審級主義ニ於ケル第一審裁判所ト第二審裁判所トノ關係ト之ヲ混同セサルヲ要ス第一前二者ノ關係ニ於テハ豫審判事ノ行爲ハ公判ニ對シテハ準備的ノモノナリ後二者ノ關係ニ於テハ第一審裁判所ノ行爲ハ手續上第二審裁判所ノ準備タルモノニ非スシテ獨立のモノナリトス唯第一審裁判所ノ裁判ハ第二審ノ訴訟手續開始ノ條件ト爲ルノミ第二豫審終結決定ハ事件ヲ公判ニ移ス場合ニ於テモ被告人ヲ犯人ナリト斷定セルモノニ非ス故ニ被告人ニ對シテ刑ヲ科スルコトナシ唯被告人ヲ有罪ナリト斷定スルヲ得ル證憑ノ存スルコトヲ決セシニ止マルモノナリ反之第一審判決ハ被告人ヲ犯人ナリト斷定シ之ニ對シテ一定ノ刑ヲ科スルモノナリ終局的性質ヲ有スル豫審終結決定ハ赦免的ノモノ(Absolutive)ニシテ中間的性質ヲ有スル決定ハ準備的ノモノ(Preparative)ナリト解スヘシ此準備的性質ニ屬スル裁判ハ被告人ヲ有罪ナリトスヘキ證據ノ存スルヤ否ヤノ問題ヲ積極的ニ解決シタルニ止マリ未タ以テ被告人ハ有罪ナリヤ否ヤノ問題ヲ解決セルモノニ非サルカ故ニ被告人ハ有罪ノ決定ヲ受ケタル程度ニ在リテハ訴訟手續以外ニ於テ何

ノトス(刑訴法第一六九條)此裁判ノ實質ハ管轄違ノ裁判ナリ然レトモ形式上ノ觀察ニ於テハ管轄違ノ裁判ニ非ス何者管轄違ノ裁判ハ事件ヲシテ裁判所ノ繫屬ヲ離脱セシムルモノナレトモ此決定ハ事件ヲ區裁判所ニ繫屬セシムレハナリ而シテ此決定ハ檢事カ違警罪事件ヲ違警罪ナリトシテ豫審ヲ求メタル場合ニ於テモ亦之ヲ爲スヘキモノニシテ此場合ニ管轄違ノ裁判ヲ爲スヘキモノニ非ス豫審判事ノ屬スル地方裁判所ノ管轄内ノ區裁判所カ凡テ土地ノ管轄權ヲ有セサルトキハ管轄違ノ裁判ヲ爲スヘキモノトス移付ノ決定ハ漠然區裁判所ニ移ス旨ノ主文ヲ以テ爲スヘキモノニ非スシテ某區裁判所ニ指定シテ之ヲ爲ササルヘカラス此決定ノ準備的性質ハ單ニ公判ヲ開始セシムル點ニノミ存スルニ止マラス第一ノ決定ノ如ク公判ノ材料ヲ整理スルノ點ニ在リ(刑訴法第一六九條第一項)

(乙) 終局的性質ヲ有スル豫審決定 此決定ハ即チ公判開始ヲ拒否スルモノニシテ左ノ二種アリ

第一 管轄違ノ決定 此決定ハ被告事件其裁判所ノ事物及ヒ土地ノ管轄ニ屬セサル場合并ニ其裁判所管内ノ凡テノ區裁判所ノ管轄ニ屬セサル場合ニ於

テ之ヲ爲スモノナリ例ヘハ事件カ大審院ノ特別權限ニ屬スルモノナルトキ或ハ犯罪地ナリトシテ起訴セラレタルニ其罪ハ其裁判所ノ管轄外ニ於テ犯サレ被告人ノ所在地モ亦他ノ裁判所ノ管轄内ニ在ルトキ或ハ住居ヲ侵ス罪ノ未遂罪ニシテ其管内ナル區裁判所ノ何レニ於テモ管轄權ヲ有セサルモノナルトキ(裁判法第一三〇條)等ノ如シ其事件軍事上ノ犯罪ヲ構成スルトキ亦同シ此決定ヲ爲ス場合ニ於テ勾留ヲ要スルモノト認ムレハ前ニ發セル令狀ヲ存シ又ハ前ニ令狀ヲ發セサリシナラハ新ニ之ヲ發シテ其事件ヲ檢事ニ交付スヘキモノトス之ヲ爲ササル場合ニハ勾留セラレタル被告人ハ決定ノ確定ニ因リ放免セララルモノトス(刑訴法第一六四條)

第二 免訴ノ決定 此決定ハ左ノ原因アルトキ之ヲ爲ス

一、犯罪ノ證據十分ナラサルトキ 犯罪ノ證據十分ナラストハ訴ヲ受ケタル被告人ニ付キテ謂フモノナリ故ニ他ニ眞ノ犯人アルコトヲ發見セラル場合ニ於テモ現ニ訴ヲ受ケタル被告人ニ對シテハ此理由ヲ以テ免訴ノ決定ヲ爲スヘキモノトス氏名不詳ノ被告人ニ對シテ公訴ヲ提起セル

場合ニ其被告人ヲ捕フルコトノ不可能ト爲ルモ此決定ヲ爲ス能ハス

二、被告事件罪ト爲ラサルトキ之レ被告人ノ所爲犯罪ヲ構成セサル場合ヲ謂フ

三、公訴ノ時効ニ罹リタルトキ

四、確定判決ヲ經タルトキ

五、大赦アリタルトキ

六、法律ニ於テ其罪ヲ全免スルトキ 例ヘハ内亂ノ豫備又ハ陰謀ヲ爲シ

タル罪又ハ内亂罪若クハ其豫備陰謀罪ヲ幫助シタル罪ニ付キ自首アリ

タルトキ(刑法第七八條第(七)九條第八〇條)直系血族配偶者同居ノ親族家族ノ間ニ於テ竊

盜詐欺恐喝横領贓物ノ收受運搬寄藏故買等ノ罪ヲ犯シタルトキ(刑法第四

條第二五一條第二)ノ如シ

以上ハ刑事訴訟法第六十五條ニ列舉スル免訴ノ原因ナレトモ左ノ原因ノ存スルトキモ亦免訴ノ決定ヲ爲ササルヘカラス(刑訴法第一六九條第三項)

七、刑ノ廢止アリタルトキ

八、處罰條件ヲ具備セス若クハ其消滅セルトキ

九、訴訟條件ヲ具備セス若クハ其消滅セルトキ

被告人不詳トシテ公訴ノ提起アリタル後其公訴事實ハ犯罪ニ非サルコト明瞭セハ奈何ナル決定ヲ爲スヘキヤ例ヘハ殺人犯アリトシテ豫審判事臨檢ヲ爲シ檢證調書ヲ作成シ公訴ノ成立セル後屍體解剖ノ結果被害者ハ路頭ニテ急病ノ爲メ病死シ野犬其肉ヲ噉ヒ其痕跡人爲ノ傷狀ヲ呈セルモノナルコトヲ發見セル場合ノ如シ此場合ハ客觀的ニ觀察スレハ所謂被告事件罪ト爲ラサル場合ナリト謂フヘキモ第六十五條第二號ハ被告人ニ付キ主觀的ニ罪ト爲ラサル場合ヲ規定セルモノナレハ本問ノ場合ヲ包含セス而シテ本問ノ場合ハ存在セサル被告人ニ對シテ公訴ノ提起セラレタルモノニシテ起訴ノ要件ヲ缺クモノナルヲ以テ公訴不受理ノ決定ヲ爲スヘキモノトス其本質ハ免訴決定ナレトモ訴ヲ免スルモノナキカ故ニ免訴ナル用語ヲ不穩當トスルモノナリ免訴ノ決定アルトキハ同時ニ勾留被告人ニ對シテ放免ノ言渡ヲ爲スヘキモノトス(刑訴法第六五條)

以上列舉セルモノハ乃チ豫審終結決定ノ種類ナリ右各種ノ終結決定ト其前

後ニ於テ豫審判事ノ爲ス決定トハ全ク性質ヲ異ニス例ヘハ令狀ノ如キ保釋責付ノ決定ノ如キ證據調ノ決定ノ如キ是ナリ此最後ノ決定ヲ爲スニハ決定書ヲ作成スルノ要ナキモ前數者ハ何レモ書面ナクンハ其成立ヲ認ムルヲ得ス是等ノ決定ト終結決定トノ例圖ヲ左ニ示サン

令狀召喚狀 引狀 留狀
 保釋ノ決定
 實付ノ決定
 證據調ノ決定
 證人鑑定人等ニ對スル呼出狀
 證人ノ勾引狀
 罰金、科料ノ決定

豫審ニ於ケル終結決定以外ノ決定

中間的決定
 事件ヲ公判ニ付スル決定
 事件ヲ區裁判所ニ移ス決定

○證憑不十分ヲ理由トスル決定

豫審終結決定

終局的決定

管轄違ノ決定
 免訴ノ決定

- 犯罪不成立ヲ理由トスル決定
- 公訴時效ヲ理由トスル決定
- 確定判決ヲ理由トスル決定
- 大赦ヲ理由トスル決定
- 罪ノ全免ヲ理由トスル決定
- 刑ノ廢止ヲ理由トスル決定
- 處罰條件ノ欠缺ヲ理由トスル決定
- 訴訟條件ノ欠缺ヲ理由トスル決定

豫審終結決定ノ内容及ヒ形式

三六三 終結決定ニハ理由即チ論定ノ前提ト爲ル説明及ヒ主文即チ理由ヨリ抽出セル論定トヲ掲ケサルヘカラス此決定ハ一ノ裁判ナルカ故ニ之ヲ受クル者ト之ヲ爲ス者トヲ明示セサルヘカラス以上決定ノ内容タルヘキモノヲ表明スルノ形式ニ付キテハ法律ニ特ニ規定スル所ナリ左ノ如シ

(一) 被告人ノ氏名、職業、住所及ヒ被告事件ノ明示 刑事訴訟法第七十條ニ第七十六條ニ依リ氏名等ヲ明示スヘシトアルハ第七十六條第一項但書ヲ除外

セルモノナリヤ否ヤ豫審終結ヲ爲スニハ對席審理ヲ爲シタルコトヲ要セザレトモ被告人ノ何人ナルヲ確定スル能ハスンハ訴ヘラレタル事實ト被告人トノ連絡ノ有無ヲ知ル能ハス從テ被告人ニ對シ嫌疑者ナルヤ否ヤノ斷定ヲ下スニ由ナカルヘシト雖モ苟モ其人ヲ確定セル以上ハ右ノ判斷ヲ爲スニ碍ナキヲ以テ其本名ノ奈何ハ敢テ問フ所ニ非ス被告人ヲ勾留シタル場合ニ被告人ハ默シテ其氏名ヲ告ケサレハ何人ナルヤヲ知ルニ由ナキ場合ヲ生スヘク右ノ場合ニハ終結決定書ニ氏名住所職業ヲ記載スル能ハサルヘシ斯ノ如キ例外ノ場合ニハ終結決定書ニハ容貌體格等ニ依リ被告人ヲ特定スヘキ記載ヲ爲スノ外ニ方法ナガルヘシ右ノ如キ稀ナル場合ヲ想像セハ同條第一項ハ全部適用セラルヘキモノナルヤ勿論ナルヘシ

(二) 決定主文 決定主文トハ事件ヲ公判ニ付シ或ハ免訴シ或ハ管轄違トシ或ハ區裁判所ニ移ス旨ノ斷定ヲ謂フ此點ニ付キテハ刑事訴訟法第六十九條ニハ單ニ決定ト稱スルニ止マリ決定主文ナル用語ナシ此論定ハ必スシモ主文ナル表題ノ下ニ掲出スルノ要ナク理由ノ末行ニ之ヲ示スモ可ナリ

(三) 決定ノ理由 此理由ニ於テハ法文ニ示スカ如ク各種ノ決定ニ特別ナル具體的ノモノヲ說示セサルヘカラス乃チ 一、公判ニ移ス決定ニハ事實及ヒ法律ノ說明ヲ附セサルヘカラス但刑事訴訟法第二百三條ノ如キ規定ナキヲ以テ證據上ノ說明ヲ爲スヲ要セス之レ豫審ニ於テハ有罪ノ斷定ヲ爲スモノニ非サレハナリ現時ノ實際ニ於テハ犯罪ヲ構成スル事實ヲ摘示シタル後以上ノ事實ハ其證據十分ニシテ刑法第何條第何條ニ該當スルヲ以テ刑事訴訟法第六十九條ニ依リ^(定ノ理由)某裁判所ノ公判ニ付ス^(定ノ主文)トノ文例ヲ以テセリ 二、管轄違ノ決定ニハ或ハ公訴ニ係ル犯罪ノ性質ヲ說示シテ通常裁判所ノ管轄ニ屬セサルコト或ハ犯罪ノ場所若クハ被告人ノ所在地ノ其裁判所ノ管轄内ニ在ラサルコトノ理由ヲ付スルカ如シ被告人ノ勾留ヲ要スル場合ニハ其原因ヲ明示スヘキモノトス 三、免訴ノ決定ニハ或ハ犯罪ノ證據十分ナラサルコト或ハ被告事件罪ト爲ラサルコト或ハ公訴ノ受理スヘカラサル理由其他前號ニ說明セル免訴ノ理由ヲ說示スルカ如シ 四、區裁判所ニ移ス決定ニハ先ツ事件ヲ公判ニ付スル決定ノ如ク犯罪ノ性質模樣證據ノ十分ナルコト及ヒ

之ニ適用スヘキ法律ノ正條ヲ明示シタル後、違警罪ナルヲ以テ區裁判所ニ移スヘキモノトストノ理由ヲ説示スルカ如シ(刑訴法第九條)右ニ所謂犯罪ノ性質、模様トハ犯罪ノ構成要件ニ適合スル事實ヲ謂フニ外ナラス然ルニ刑事訴訟法第六十九條第五項ニハ右ノ如ク犯罪ノ性質、模様ナル文詞ヲ用ヒ犯罪事實ナル語ヲ避ケタルハ豫審ハ犯罪事實ノ終局的判定ヲ爲スモノニ非サルカ故ニ誤解ヲ生スルコトナカラシメムカ爲メノミ前科其他刑ノ加重ノ原因タルヘキ事實或ハ自首ノ如キ刑ノ減輕又ハ免除ノ原因タルヘキ事實モ亦同條ニ所謂犯罪ノ模様ニ該當スルモノナルヲ以テ須ラク決定ニ之ヲ掲ケサルヘカラス然レトモ之ヲ遺脱シタル場合其他決定ニ掲クヘキ事項ヲ遺脱セル場合ニ之ヲ補充スルノ規定ナシ之レ現行法ノ缺點ナリ

(四) 豫審判事ノ署名捺印其他刑事訴訟法第二十條所定ノ要件ノ記載 刑事訴訟法第七十條ハ第七十六條ノ規定ニ從ヒ被告人ノ氏名等ヲ明示スヘシトアルノミナレハ第七十六條第二項ハ豫審終結決定書ニ適用ナク豫審判事ノ署名捺印ヲ要スルハ同法第二十條ノ適用ノ結果タルモノナリ故ニ裁判所書記ノ

要件ヲ缺ケル
豫審終結ノ決
定書

署名捺印ヲ要セス(明治三十四年一月二日大審院第二刑部判決ニ曰ク刑訴法第一七〇條ノ法則ニハ裁判所書記ノ署名捺印ノコトヲ包含セテ豫審終結決定書ニ記載スヘキ年月日ハ決定原本作成ノ年月日ナリ又作成場所タル裁判所ヲ記載セサルヘカラス豫審判事ノ署名ハ自署タルコトヲ要シ捺印ハ其職印若クハ認印ヲ以テ之ヲ爲ス右ノ外裁判所印ヲ押捺ス又每葉ニ契印ヲ爲スコトヲ要ス

(五) 挿入、刪除、欄外ノ記入ニ於ケル認印等 豫審決定ハ官吏タル豫審判事ノ作成スルモノナレハ第二十一條ノ規定ニ從フヘク之ニ違反セハ増減變更ノ效ナキモノトス

三六四 豫審終結決定書ハ刑事訴訟法第二十條ノ支配ヲ受クルモノナルカ故ニ同條所定ノ要件ヲ決定書ニ缺カン歟決定書トシテ之ヲ認ムルコト能ハス例ヘハ豫審判事ノ捺印或ハ裁判所印ノ押捺ヲ缺キ又ハ年月日ノ記載ナキ場合ノ如シ右ノ如ク決定書タルノ效ナキトキハ豫審決定モ亦法律上其存在ヲ認ムルコトヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス蓋豫審終結決定ハ法廷ニ於テ之ヲ言渡スモノニ非サルカ故ニ法律上決定書以外ニ決定ノ存在ヲ認ムルニ由ナケレハ

ナリ單純ナル形式上ノ理論トシテハ右ノ如ク論スヘキコトハ洵ニ已ヲ得サル
 モノナルヘシ(無効論者ハ其理由ヲ要件タル形式ニ因テ無効ト爲シタル
 定ナル面カ其行爲モ亦立ノ要件ナラズルニ因テ無効ト爲シタルハ豫審終結
 定ハシテ裁ニ判依テ告知セリテ成ルモ非スナリ然レニ告知テ物體タル決
 ノニシテ裁ニ判依テ告知セリテ成ルモ非スナリ然レニ告知テ物體タル決
 何等ノ無効ニシテ法律上存在セザルニキハ其告知アリト謂フ本ハ適式
 無効トナリトキハ豫審終結決定ハ被告以上ノ反對ノ成立ヲ得ス事實上
 トモ以上ノ論定ハ實際極メテ不便ニシテ豫審判事ハ同一事件ニ付キ再度ノ終
 結決定ヲ爲シ得ルモノト爲ササル以上ハ事件ノ結末ヲ見ル能ハサルノ困難ヲ
 生スルヲ以テ一派ノ學說及ヒ我大審院判例ハ豫審終結決定ト其決定書トハ區
 別スヘキ觀念ニシテ決定書ノ無効ハ決定ノ存在ヲ否定スルモノニ非ス又其確
 定ヲ妨クルモノニ非サルカ故ニ縱令決定書ハ無効ナルモ苟モ決定ノ確定スル
 以上ハ決定書ノ無効ヲ以テ決定ヲ攻撃スルヲ得サルモノトセリ(明治四二年
 押六セ八月大審院第一刑部判決ニ由リ本件豫審終結決定書ハ第二〇條ノ
 決定ニ依リ無効ト其事件ヲ輕罪公判ニ付スルコト勿論ナリ如キト場合ニ於テハ豫審終結

決定ノ實質上ノ確定ヲ妨クルモ決定ノ非於ケル者如該決定ノ其決定書トハ各自獨立
 シテ成立シ得ルノ確定ヲ妨クルモ決定ノ非於ケル者如該決定ノ其決定書トハ各自獨立
 ナラシメテ其確定ヲ妨クルノ原因ト爲シタル法規則豫審終結決定ニ對シテハ何人
 無効トナリトキハ豫審終結決定ハ被告以上ノ反對ノ成立ヲ得ス事實上
 本件第一審裁判所ハ適法ニ公訴ヲ受(此說ハ決定ト決定書トハ各獨立シテ成立
 スルヲ得ルモノナリトノ理論ノ下ニ一面ニ於テ手續上ノ困難ヲ巧ニ避ケ得タ
 リト雖モ他ノ方面ニ於テ大ナル理論上ノ困難ニ陷レルモノナリ即チ決定ハ確
 定セリト雖モ其内容ノ如何ナルモノナルヤハ法律上之ヲ知ルニ由ナシ決定ノ
 確定ハ無効ナル決定書ヲシテ有效ナラシムルノ效力ナシ豫審判事ノ生メル決
 定ト決定書トニ付キ一ノ比喩ヲ取ラハ決定ハ心靈ニシテ決定書ハ身體ナリ生
 命アル身體ハ心靈ノ存在ヲ示スコトヲ得ルモ心靈ハ死セル身體ヲ蘇生セシム
 ルノ力ナシ此關係ハ即チ決定ト決定書トノ關係ニ比喩スヘシ心靈ニ比スヘキ
 決定ハ身體ニ喩フヘキ決定書ナクンハ自己ヲ表顯セシムルニ由ナシ然ルニ決
 定書ハ事實トシテ存スレトモ換言セハ屍體トシテ存スレトモ法律上ノ存在ナ
 シ換言セハ生命アル身體トシテ存スルコトナシ生命ナキ身體ハ心靈ヲ表顯セ

シムルノ力ナキナリ無効ナル決定書奚ソ決定ノ存在ヲ證スルヲ得ンヤ然ルニ豫審手續ニ於テハ決定書以外ニ決定ノ存在ヲ證スルモノナシ決定ノ存在ヲ證スルモノナクシハ其内容ヲ知ル能ハサルヤ勿論ニシテ其内容ヲ知ル能ハストセハ事件ノ公判ニ付セラレタルヤ將タ免訴セラレタルヤハ何ニ依リテ之ヲ決スルヲ得ヘキヤ判例ノ採ル所ノ學說ニ於テハ此困難ヲ排スルニ事實論ト法律論トヲ混揉シ法律上效力ナシトスル決定書ニ依リテ事實上決定ノ内容ヲ知ルヲ得ヘキモノトシ以テ事件ハ公判ニ付セラレタリト爲シ或ハ免訴セラレタリト爲スナリ是レ今日ニ於テハ實ニ已ヲ得サルモノニシテ余輩ハ改正案カ此點ニ付キ理論ニ適シ且實際ニ不便ナラサル規定ヲ設ケンコトヲ冀望スル者ナリ

第二款 終結手續

三六五 豫審終結ノ行爲……三六六 檢事ノ意見……三六七 終結決定ヲ爲ス列事
三六八 終結決定ノ送達……三六九 終結決定ニ對スル抗告

豫審終結ノ行

三六五 豫審終結決定ハ檢事ノ送致セル證憑及ヒ豫審判事ノ自ラ蒐集シタル

證憑ヲ調査シタル後之ヲ爲ス公訴不受理ノ理由ニ基キ終結決定ヲ爲スニ當リテハ犯罪事實ノ證憑ヲ調査スルノ要ナキ場合多カルヘシ而シテ豫審ニ於テハ對審ノ原則ニ從フヲ要セサレハ被告人ヲ訊問セスシテ終結決定ヲ爲スコトヲ得ヘク勾引狀ヲ發シタル場合ニ於テモ其執行前終結ヲ爲スモ違法ナリト謂フヲ得ス(明治三一年第一〇九三號同年刑部判決)或ハ曰ハン刑事訴訟法第九十三條ニ豫審判事ハ先ツ被告人ヲ訊問スヘシトアルヲ以テ必ス豫審終結ノ前提要件トシテ被告人ヲ訊問セサルヘカラスト、曰ク否ラス同條ハ被告人ノ現在スル場合ニ於ケル通則タルニ過キスシテ被告人ノ現在セサル場合ニ既ニ證憑ノ十分ナルニ拘ハラス終結決定ヲ爲スヲ許ササル規定ニ非サルコトハ法文自體ニ徴スルモ將タ對審主義ノ適用ナキニ徴スルモ明カナルヘシ而シテ對審主義ノ適用ヲ受ケストセハ被告人ノ現在スル場合ニ於テモ之ヲ訊問セスシテ豫審決定ヲ爲スハ違法ニ非ス現行判例モ亦闕席ノ儘決定ヲ爲スヲ適法ト認メタリ(明治三五年〇一號同三六年二月二日刑部判決)決定ハ日曜日、祭日其他休暇日ニ於テモ之ヲ爲スコトヲ得、證據蒐集ノ豫審行爲亦同シ(明治二九年第四六一號同年刑部判決)被告人ノ勾留ヲ

要スルモノト認メタル場合ニハ既ニ勾留狀ヲ發シタルナラハ之ヲ存スヘク未
 タ發セサリシナラハ新ニ之ヲ發スヘク管轄違フ言渡ス場合ニハ事件ヲ檢事ニ
 交付スヘキモノトス(刑訴法第百六十四條)豫審終結ハ必スシモ事件ノ全體ニ付キ之ヲ爲ス
 コトヲ要スルモノニ非ス共犯數人アル場合ニ於テハ先ツ其一人ニ付キ終結決
 定ヲ爲スコトヲ得例ヘハ甲乙共犯ノ竊盜ト乙ノミニ對スル謀殺ト併發セル場
 合ニ竊盜ノ點ハ既ニ證據具備シ謀殺ニ付キテハ尙取調ノ爲メ數多ノ日子ヲ要
 スル場合ニ於テハ先ツ竊盜罪ノミニ付キ終結決定ヲ爲シ或ハ甲ノミニ對シ終
 結決定ヲ爲スカ如シ右ノ場合ニハ事件ハ分離セララルモノニシテ斯ノ如ク事
 件ヲ分離スルハ司法行政的處分ニシテ訴訟上ノ處分ニ非ス故ニ形式上分離若
 クハ併合ノ決定ヲ爲スノ要ナシ(明治三一年四月四日大審院第一三七一號同年一月
 右ノ如ク部
 分的終結ヲ爲シ得ルモノナルカ故ニ數罪ノ豫審ニ着手シタル場合ニ誤テ一罪
 ノ裁判ヲ遺脱スルモ補充決定ノ形式ニ出テスシテ更ニ遺脱セルモノニ對シテ
 豫審終結決定ヲ爲スヲ得ヘシ(唯一罪ニ關スル說明ヲ遺脱セルトモ我法律ニハ補充決
 定ノ規)受理セル事件ノ全部ニ對シテ事實上ノ説明ヲ付シタル以上ハ其内一罪

若クハ二罪ニ對シテ法律ノ適用ヲ缺クモ事件全部ニ對シテ終結決定ノ效力ア
 リ(明治三五年レ第二三五七號同年二月一七日同院第二刑部判決ニ曰ク豫審
 實カ公判ニ付セラレサ)公訴不受理ノ確定判決アリテ更ニ同一事件ニ付キ豫審
 ニ着手シタルトキハ本案ノ終結決定ヲ爲スヘク確定判決ヲ經タリトノ理由或
 ハ公訴ハ受理スヘカラストノ理由ヲ以テ免訴ノ裁判ヲ爲スヘキモノニ非ス(治
 二八年抗第一二號同二年九月二五日同院第一刑部決定ニ曰ク公訴不受理
 ノ確定判決ヲ受ケタル事件ト同一ノ事情ノ起訴ニ對シ公訴受理スヘカラスト
 シテ第二ノ公訴ハ受理セサルヘカラスト)豫審終結行為ハ豫審判事ノ他ノ豫審
 行為ヲ阻却スルモノナレトモ終結ヲ爲ササル以上ハ終結ニ付キ檢事ノ意見ヲ
 求メタル後ト雖モ證據ノ蒐集ヲ爲スヲ妨ケス(明治三八年レ第一二七五號同年
 決ニ曰ク豫審終結決定ニ付キ檢事ノ意見ヲ求メタル後ト雖モ必要ナ)豫審判事
 ル證據調ヲ爲スヲ得サル理由ナク又法律上之ヲ禁シタル規定ナシ)豫審判事
 ハ又數事件ヲ合併シテ一通ノ決定書ヲ以テ豫審終結決定ヲ爲スコトヲ得此合
 併決定ハガロノ謂ヘルカ如ク分離決定ニ同シク司法行政處分ニ外ナラサレ
 ハ訴訟上ノ手續ヲ以テ之ヲ攻撃スルコトヲ得ス而シテ豫審終結決定ヲ爲スニ
 當リテハ檢事ノ意見ニ拘束セララルコトナシ(刑訴法第百六三條)豫審行為ニ關シテ最後

ニ研究スヘキ重要ノ問題ハ豫審判事ハ附帯犯ニ付キ職權ヲ以テ終結決定ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤ是ナリ不告不理ハ刑事裁判所ノ遵守スヘキ原則ニシテ公判ニ於テハ此原則ニ對スル例外トシテ刑事訴訟法第百八十五條ノ規定ヲ設ケタリ然ルニ豫審ニハ右ノ如キ規定ナキノミナラス豫審ノ目的ハ訴ヘラレタル犯罪ノ證據ヲ發見スルニ在リテ新犯罪ノ發見ニ非ス故ニ附帯ノ犯罪ヲ發見スルモ之ニ對シテ直ニ終結決定ヲ爲ス能ハス(明治三一年第一〇九七號同三二年一月一六日大審院第一刑部判決)

豫審判事ハ附帯犯罪ヲ發見セハ先ツ之ヲ檢事ニ告發スヘキモノトス(五二條第一項)告發ヲ受ケタル檢事ハ刑事訴訟法第六十二條以下ノ規定ニ從ヒ或ハ豫審ヲ求ムヘク或ハ直ニ公判ヲ求ムヘク或ハ管内ノ區裁判所若クハ他ノ管轄裁判所ノ檢事ニ事件ヲ送致スヘキモノトス故ニ附帯犯罪ヲ發見シ之ヲ告發シタル場合ト雖モ豫審判事ハ檢事ノ之ニ對スル處分ヲ竣ツコトナク既ニ繫屬セル事件ニ付キ終結決定ヲ爲スコトヲ得ルモノトス而シテ茲ニ最モ注意ヲ要スルハ公訴ニ包含セラレタル事實ト附帯犯罪トヲ區別スルコト是ナリ即チ前者ニ對シテハ檢事ノ意見ニ拘ハラヌ豫審判事ハ自由ノ判斷ヲ以テ之ニ對スル決定ヲ爲

檢事ノ意見

スヘキモノトス

三六六 豫審判事カ事件ニ付キ終結決定ヲ爲スニ熟スルモノト認メタルトキハ如何ナル終結處分ヲ爲スヘキヤニ付キ檢事ノ意見ヲ求ムヘキモノトス右ノ場合ニハ訴訟記録ヲ送付スヘク檢事ハ意見ヲ付シテ三日内ニ之ヲ還付スヘキモノトス(刑訴法第一條第三日)ヲ經過シテ意見ヲ付シタル場合ニ於テモ之ヲ無効ナリトスルヲ得ス實際ニ於テハ記録ノ閱覽及ヒ意見ノ確定ニ數日數週日ヲ要スル事件ハ稀ナリトセサルモノナルニ三日ヲ經過セハ意見ヲ付スルヲ得サルモノトセン歟意見ヲ付スルコトハ一片ノ形式ニ流レ檢事ノ意見ヲ聽クコトヲ必要トセル法律ノ精神ハ沒却セラルルニ至ルヘシ茲ニ重要ナル問題アリ檢事カ意見ヲ付セスシテ事件ヲ握リ潰ス場合ニ豫審判事ハ強ヒテ意見ヲ付セシメ及ヒ記録ノ返還ヲ強要スルノ手段アリヤ曰ク無シ其結果トシテ事件ハ曖昧裡ニ沒了セラルルニ至ルモノナリ(我國ニ於テハ未タ其實例ナシタル所ニシテ佛國ノ古法ニハ之ニ對スル一ノ救濟手段ヲ設ケタリ即チ檢事カ意見ヲ付セテ書記長ノ意見ヲ拒ム場合ニ於テハ豫審判事ハ判事會議ヲ求メ此會議ニ於テ檢事長ノ意見ヲ如キ手續ナクテ強制命令ヲ發スルコトヲ得ルモノトス)