

此の點に關する規定を法律中に收容するのに對しては、一見直ちに注意すべき理由の數多くの反對を存することが判る。先づ第一に裁判所の心證にとつて標準となる理由を本當に開示することが、自由心證主義の支配の下に果して可能なものであるかどうかについて疑念を挿むことが出来る。近頃往々にして判事が特定の證人を信ずるかどうか、又は判事が被告人の人物をどう判断するかについて個人的な、或る程度まで主觀的な印象が決定をすることがある。われわれは判事が自分は何故一定の證人を信用するのであるかについて、自分乍らよく判つて居ない場合を想像することが出来る。數人の判事を以て構成して居る裁判所が判決に理由を附けやうとする場合にあつては、心理的の困難は益々高まる。此のことはかくの如き裁判所に於ては判決はすべての判事に於て協同的に發見する所なのであつて、裁判長丈の下す所ではないと云ふ事實を念頭に置いて考を進める場合に云ひ得られることであつて、委員會の見解にも合致する所である。否、一人の判事は甲の理由に由り、他の判事は乙の理由に由つて其の判決に到達して居ると云ふことも随分あり得ることなのである。往々にして極めて短い評議は注意深い、事情に通じた傍聽人にすら證人の信憑性や若は被告人の人物についての判断を本當に決定する考察や、往々にして近來感情的なるもののある印象の本當の形態を仲介はしないであらう。特に國民裁判官がどうして其の見解に到達したのであるかを確認することは往々にして極めて困難である。判決理由にとつては此の點からして事情に由つては重大な困難が生ずる。蓋し判決理由は本當の事實關係、即ち評議の本當の内容を反映すべく、判決起案者の腦裏から出た想像の産物を敍

説すべきものでないことは素より當然のことであるからである。

之に對して先づ、既に他の法律が判事の心證を形成する上に標準となる理由を掲げることが要求して居るものであるのを指摘しなければならない。即ち民事訴訟法第二百八十六條第一項と軍法會議法第二百七十六條第一項とである。けれども民事上の争訟手續に於ても、はたまた民事上の刑事訴訟手續に於ても、法律中に設けてある要求の實行不可能であることは證明せられはしなかつた。併し刑事訴訟手續に於ても良心のある判事は疑のある場合、特に廣汎な範圍に互る證據調の行はれた場合に於ては、普通今日既に判決理由中に於て證據を評價しやうと試みるであらう。判決理由中で證據を評價すると云ふことが——よしんば數人の判事の參與する場合にあつても——不可能であると云ふことは餘り主張することは出来ない。加之各個の判事の意見を其の心理的に細微な點にまで互つて説明すると云ふことは、判決理由の任務たるものでは全然なくて、寧ろ或る證人の信憑性などについての裁判所の共同的な、そして評議の結果であることを標榜する見解を顯然たらしめるのが、判決理由の任務なのである。即ち判決理由と云ふものに對して課する要求を過當に大ならしめることなく、また裁判所の意見、換言すれば獨立の心理的事實としての參與した判事全體の意見をば、個々の判事の行つた考察の總和と混同しない以上は、此の任務たるや普通容易に克服することの出来る任務たるものである。けれども例へば無罪の言渡の原因についての意見が本當に遠く相分れて居る場合にあつては、判決理由は此の意見の相違について公然言明するより外には道はないであらう。云ふ迄もなく個々の

意見の主張者を一々擧げることにはしないのである。尙ほまた判決理由を報告するのは控訴裁判所の任務を困難ならしめる所以であると主張することは出来まい。何となれば裁判所は最初の判決の理由中でくわしい證據判斷を承知した上はもはや公平に判決することは出来ないからである。逆に控訴裁判所が充分な判決理由に由つて主要な點を指摘され、證據判斷の弱點をも指示されるのは、普通第二審に於てする判決の改善に貢獻する所以に外ならないであらう。

是等の考慮——即ち判決理由開示の強制の擴張に當然伴ふ仕事の負擔の増加の指摘の如き——がよしんば或る程度の意義を有することであるにしても、それにも拘らず兎に角證據判斷を記載することを裁判所に向つて強制するには充分な理由の存するものがある。互に相矛盾した證言をする數多くの證人が辯論に出現する場合にあつては、判事が是等の供述竝に反對供述について意見を述べると云ふことは、適切な判決理由としては全く必要なことである。或はまた被告人が不利な證人 *Belastungszeugen* の信憑性又は鑑定人の鑑定——恐らくは考慮に値ひする理由を以てする——を攻撃した場合にあつては、被告人は裁判所が被告人の異議に關して少くとも意見を示すのを期待することが出来る。被告人の主張にして判決理由中では一言も言及されて居ない場合にあつては、被告人は己れに正當な處置が與へられたと云ふ感じは持たないであらう。けれどもとり分け判決の形成にとつて標準となる理由開示の強制は、判事自身にとつて意義を有する所である。判事は之に依つて己れを己れ自身の前に明確ならしめることを餘儀なくせられ、己れの判決を専ら冷靜にして理解ある推論の上に立脚せし

めないまでも、少くとも理性的で要領を得た考察を判決の基礎とすることを必要ならしめる。今判事が其の行動の此の部分について辯明を行ふことを必要としないとすれば、判事は全く己れの感情の赴く所に任せて一般的不定的印象を以て充分とする誘惑に陥り易いのは餘りにも明白である。之に反して判決理由開示の強制は證據調の淺薄となり不仕鱈となるのに對して司法を擁護するに足りるであらう。若し良心に従ふ判決理由開示の強制がなかつたら、わけても著しく過重な負擔を負ふて居る裁判所にあつてはかかる弊害は非常に發生し易い虞があるのである。然もかくの如きは現行法に於けるよりも遙に廣汎な判事の裁量の餘地を認めて居る將來の刑事訴訟法に於ては、全然忍ぶべからざることであらう。加之證據を評價する上に細心な判決理由には後の再審手續に *Meinheitsverfahren* にとつての利益が結び付いて居る。かやうな次第で委員會は、裁判所たるものは判決理由中で其の判決が如何なる證據に基くものであるか、裁判所は被告人の供述竝に調べた證據をどう云ふ風に評價したかを報告することを必要とするものと云ふ見解を奉ずるものである。

(3) 更に判決理由は其の適用した法律を擧示することを必要とするのであつて、若し其の條文を擧げない場合には法文の字句を擧げることが必要とするものである。之に對する或る程度の例外は、選擇的認定 *Wahlfeststellung* に基く有罪の言渡について之を存するに過ぎない(十三に説く所を參照せられたら)。従つて裁判所は法條が直接適用し得られるものなのであるか、それとも法條の根本精神に従つて只準用的のみ適用することが出来るに止まるものであるかをも未解決の儘に差置くことを

許されない(註)。かくの如き手續は選擇的認定(それ自體準用することの出来る)の條件の存在して居る場合、即ち裁判所が事實關係を完全に解明しやうと試みたけれども徒勞であつた場合に限り問題となるのであらう。けれども此の問題は當初からして其の儘にして置くことは出来ない。蓋し法律の準用を許すのは欠缺を補正することを使命とするものであつて、判事の爲に法律の適用性についての省察の勞を省いてやることを目的とするものではないからである。

(註) 同説 Rg. in Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht 1938, S. 28 mit Anm. von Callas.

(4) 特に不充分的なのは現行法に於ける刑の量定事由の取扱であつて、現行刑事訴訟法第二百六十七條第三項第一段のやうな貧弱な當爲規定を以ては決して良心に従ふ刑の量定事由の説明を保障するに足るものではない。即ちかくの如き規定は、判事が刑の量定事由については全然言明することをせず、又は普遍的な、全く無意味な措辭——「言渡ありたる刑を以て相當と認めたり」——を以て満足するのを阻却することは出来ない。特に將來はかくの如き處置はもはや忍ぶことは出来ないであらう。刑の範圍を擴張することによつて裁判官の裁量を擴張したのも、判事が其の裁量を執行するに當つて良心に従つて處置し、立法者の意思上刑を量定する上に標準となる刑事政策上の原則に倚據して居るとき、及び刑の量定に關する裁判が上級裁判所に依つて審査されることが出来るときに限り其の責を果すことが出来るのである。されば判事は將來は刑の量定に關する理由を細目に互つて説明するの義務を負ふことになつて居る。判事にして此の義務に違反するに於ては、上告手續に於て判決を破

毀されるの結果を伴ふ瑕疵を存するものである。けれども委員會は判事に刑の量定に關する判決の理由についての標準を與へて居る。即ち判事は刑法典中に掲げてある刑の量定に關する法則を特に斟酌して其の判決の理由を開示することを必要とするものである。刑法委員會はかくの如き規定、即ち刑の量定についての大切な見地を再録した規定を設けて居るのである(註)。かくの如き規定は同時に、刑の量定に關する判決を上告手續に於て審査する上に於ての標準を包含するものである。

(註) Leopold Schäfer im Bericht der amtlichen Strafrechtskommission, Allg. Teil, 2. Aufl. 1935, S. 163 ff., 特二 S. 175 を参照せられたい。

法律中に表示してある刑罰加重事由と刑罰減輕事由については、刑罰を阻却する事情について適用のあるのと同じ原則の適用がある。裁判所にしてかくの如き事情を存在せりと認めるに於ては、判決理由は此の點について意見を表明することを必要とする。裁判所にして之を否定するに於ては、案件の事情上かかる事情の考慮に上るとき、又はかくの如き事情の辯論中に主張されたときに同一の原則の適用があるものである。

(5) 保安處分が相當であるかどうかについて裁判所が判定しなければならぬ場合にあつても、周匝な判決理由の必要は特に重大な意義を有するものである。此の種の判定は結局判事の判斷に一任せられ、如何なる場合に保安監置が必要で適法であるのかを法律中で最後の點に至る迄も規律する譯にはいかないのであるから、判事は益々以て良心に従ひ責任意識を以て之についての見解を披瀝する必

要がある。法律の字句の援用とか、被告人は裁判所の見解に依れば危険なる常習的犯罪人にして、其の監置は公安の要求する所たる者なりと云つたやうな一般的の意思表示を以ては決して充分とはいえないであらう。寧ろ裁判所は當該の常習的犯罪人の危険性竝に公安の必要についての己れの意見が、一體どう云ふ事實に基いて居るのであるかを逐一細目に互つて説明することを必要とする。保安處分を命ずるのに反對するやうな考慮は判決理由中で評價することを必要とするであらう(註一)。けれども獨り被告人の不利益に作用を及ぼす保安處分の命令が詳細な理由を必要とするのみに止まらず、被告人の利益に作用を及ぼす、保安處分を命じない判決も亦詳細な理由を必要とするものである。現行刑事訴訟法第二百六十七條第六項は、辯論中に保安處分を命ぜられんことを求める申立の提出された場合についてのみ、保安處分を命じない理由を開示することを必要であるとして居る。是は餘りに狹隘に過ぎるものであつて、寧ろ案件の事情上保安處分の命令を考慮する必要のあつた場合にあつても、保安處分を命じない理由を開示することを必要とするものである。此のことは被告人が責任無力の故を以て無罪を言渡された場合、又は限定歸責能力者として有罪を言渡された場合に意義を有する所である(註二)。此の後なる場合については、裁判所は——恐らく軽い——刑は科するけれども保安處分の必要の有無の問題には言及しない危険は存する。けれどもかくの如き懈怠は犯罪の有効な鎮壓の爲には忍容する譯にはいかない所であつて、上告手續に於ける判決の破毀の結果を伴はざるを得ない。

(註一) RGSU 68, S. 149 (194) を参照せられたい。

(註二) 是等の場合を法律中に明示的に列擧するが望ましいと思ふのであるが、前に爲された提案に於けるとは異り是は現在の草案中では規定されて居ないのである。

(6) 被告人が無罪を言渡された場合には、判決理由は如何なる法律上若は事實上の理由に因り無罪の言渡が行はれたのであるかを明かにすることを必要とする。即ち判決理由は公訴の主張する事實であつて裁判所が立證せられたものと思惟しない所のものを明瞭に表示し、又は被告人が無罪を言渡すの因となつた法律原因を識認せしめることが必要である。被告人の無罪であることが判明したとき、又は被告人に對してはもはや根據ある嫌疑の成立して居ないことが判明したときは、此の主意を言明することを必要とする。是亦、名譽保護の思想を斟酌する規律なのである。

(7) 委員會の草案中に於ては、現行刑事訴訟法第二百六十七條第四項のやうな種類の規定は存在しない。即ち判決が確定して居る場合にあつても判事は判決につき周匝な理由を開示するの義務を負ふものである。さもない場合には裁判所が上訴の抛棄を見越して罪責問題竝に刑罰量定の問題を細心に審査しないと云ふ危険が存する。確定の有罪の言渡を受けた被告人も判決理由に因り、裁判所は細心に於て良心に従つた審査の方法を以て其の判決に到達したものであることを納得することが出来なければならぬ。

更に獨逸普通刑法典施行法草案第二百六十七條 f (第七十目) に相當する規定が設けられた。草案

は第二百六十一條に於て誤記、計算上の誤謬竝に之に類似の明白な誤謬で判決中に包含せられるものは、何時たりとも裁判長に於て之を更正することを得る旨を規定して居るのである。

十三 選擇的認定に基く有罪の言渡

刑法委員會の提案に依ると將來の刑法典には選擇的認定に基く有罪の言渡につき次のやうに規定されることになつて居る。

或る者が數個の法條に違反せること確定せるも、犯行の認定は選擇的のみに可能なるときは、犯人は最も輕き法條に因りて罰す。

或る者が數個の犯行の一個を以て或る刑罰法條に違反したること確定せるも、何れの犯行に由つて此の違反を爲したるやの認定は只選擇的のみに可能たる場合にあつても處罰す。

刑事訴訟法委員會は、此の見解を基本に執るに當つて判決をどう云ふ主旨たらしむべきであるかについて裁決することを必要ならしめられた。

前掲の規定の第二項の場合に於ける判決の字句については全然疑はない。例へば或る者が二つの宣誓供述の一つに由つて偽誓を犯したけれども、相矛盾する供述の何れが偽誓罪を包含するものなのであるかを認定することが出来ないときは、判決が別段の追加條項を伴はずに偽誓に因る有罪を言渡すものであることはもとより當然のことである。

けれども犯人が一個の犯行に由つて數個の法條の一個に違反したとき(第一項)、例へば犯人が竊盜を犯したものであるかそれとも贓物授受を犯したものであるか疑があるときにあつては、判決の字句には疑の餘地がある。此の場合二つの見込が考慮に上る。即ち判決が「被告人は竊盜罪又は贓物授受罪を犯し、従つてまた刑法第二百五十九條に依り罰す」とするか、又は「被告人を贓物授受者として罰す」とするかである。刑法第二百六十七條は此の後なる意味に於て決定して居るものである。此の被告人は判決主文中では只適用すべき法條の違反のみにつき有罪たるものと宣言すべきである。委員會も同じ見解を奉ずるものである。

とは云ふものの此の見地に對しては、われわれの見る所では非常に重きを爲す懸念の存するものであるのを看過することは出来ない。裁判所が贓物授受の認定に徹することが出来なかつたにも拘らず贓物授受罪の廉を以て被告人に有罪を言渡すのは、本當に下された裁判を表現するものではなくて、寧ろ他の點について刑事訴訟手續を支配して居る實體的眞實の原則と調和せしめ難い擬制たるものである。加之世間にも謬つた印象を生ぜしめるけれども、問題たる犯行が著しく相違して居る場合にはかやうに謬つた印象を生ぜしめると云ふのは特に好ましからぬことである(例へば詐欺か墮胎未遂かと云ふやうな場合)。加之かくの如くにして生ずる判決と判決理由との間の不釣合な關係も、非常に不都合な作用を及ぼすであらう。即ち判決言渡の際立會つた者は先づ被告人は詐欺の故を以て有罪を言渡されるものであると承知するのであるが、併し次に被告人は墮胎未遂の罪を犯したのかも知れない

いのであるから、被告人が果して詐欺なのであるかどうか裁判所は認定することは出来ないのと云ふことを聴かされることになる。特に一個の犯行に加功した数人の者の中で、甲は此の法條の適用に由つて軽く罰せられ、乙は別の法條の適用に由つて重い責任を負担せしめられるに於ては事態は全然混乱せざるを得ないであらう(註)。即ち甲は乙に教唆されて妊婦に墮胎劑と自稱する所のものを賣つた所が、妊婦は此の墮胎劑を以て墮胎を行つたけれども其の效なくして未遂に終つたと云ふ事案に於て、甲と乙が此の藥劑の墮胎劑としての不適當を果して知つて居たものであるかどうか認定することは出来ないのであるが、併し甲は墮胎の廉を以て、また乙は詐欺の廉を以て是迄に再三前科の刑があるのであるから、甲にとつては詐欺に因る處罰が有利であり、乙にとつては墮胎に因る處罰が有利である。けれども判決中には適用すべき法條のみを收容すべきものであるとすれば、甲は詐欺の廉を以て、乙は墮胎の教唆の廉を以て處罰されることになり、一見した所誠に理解し難い、且又全然民衆的でない判決が出来上る譯である。加之問題たる重い犯行は判決中には擧げられてないとする、被告人は重い犯行を指示することに於て成立する嫌疑に對して、上訴の方法を行使することに由つてみづからを防衛することは出来ない。是は判決理由に因る不服の問題に對する委員會の意見を前提とするに於て常に言ひ得られることである。従つて被告人には、無罪を言渡す判決若は公訴棄却を言渡す判決の理由が被告人に不利益を負はせて居る場合に限り、上訴の方法が提供される次第である。即ち被告人が自分は竊盜を犯したと云ふことを否認する心算はないけれども、判決中に言明されて居る

強盜の嫌疑に因つて不當に不利益を負はしめられるものと感ずると云ふことを以て上訴權行使の理由とする考だとすると、此の嫌疑が判決主文中に表明されて居ない場合に於ては被告人は不服ならしめられたものと見る譯にはいかないであらう。此の結果が果して望ましいものであるかどうかは少くとも非常に疑のあることを免れないやうに思はれる。

(註) R.C.S.L. 69, s. 389 を参照。

それにも拘らず委員會は現行法の方針を固執しやうとするものである。之について専ら決定的の契機となつたのは、重い犯行を擧げるのは名譽保護の思想と調和することの出来ない被告人の忍ぶべからざる負擔を包含するものであると云ふ考慮である。且又問題となるいろいろの犯行を擧げるのは判決の重みと印象とを弱めるの結果を來す。最後に裁判所が謀殺の認定と過失殺の認定との間に、又は教唆の認定と從犯の認定との間に動搖して居る場合に於ては、判決中に於ても被告人は謀殺若は過失殺、教唆若は從犯につき有罪たるものであると云ふことを表明するのは悉らく正當でもなければ、民衆的なるものもあるまいと云ふ考慮が重きを爲すであらう。

判決の理由の開示に關しても草案は大體に於て現行法と一致するものである。之に依ると判決理由は問題となる罪となる行爲を記載することを必要とし、被告人が數個の法條の一つに違反したこと、又は數個の犯行の一つに由つて一つの法條に違反したことを明かにする事實を確認することを必要とする。判決理由はまた明確な確認は不可能であることを説明することを必要とする(註)。之に反し

て委員會は刑事訴訟法第二百六十七條第三項に相當する規定を設けるのは斷念したのである。

(註) 此の點に於ては現行刑事訴訟法第二百六十七條第二項は遙に精確で、「何が故に明確なる確證が不可能たるものなりや」を説明することを必要とするのである。

十四 判決の言渡

從來(現行刑事訴訟法第二百六十八條)と同様、將來も判決は判決を朗讀し判決理由の要旨を告げることによつて言渡すべきものであると云ふことになつて居る。けれども判決主文の朗讀は、如何なる場合に於ても判決理由の告知に先行することを必要とする旨の現行刑事訴訟法第二百六十八條第一項第三段の規定は、削除されることになつて居るのである。

判決の言渡は公判の末尾に行ふ。けれども特別の理由を存するときは、一週間以内の期間判決の言渡を延期することが出来る。即ち判決の言渡の延期は草案に於ては、從來よりも一層「特別の理由を存するとき」に限り問題となる。例外的の處置としての刻印を捺される譯である。此の場合については、判決理由は言渡に先だち書面を以て確定されてあることを必要とするのは舊來の儘と云ふことになつて居る(刑事訴訟法第二百六十八條第二項)。

判決の言渡は矢張公判に屬することであるが故に、本來から云へば公判に參與することを必要とするすべての者は、判決の言渡にも參與することを必要とするものである。併し草案は此の立會の強制

を弛めて、判決理由が書面を以て確定されて居る場合に於ては、判決を決議した判事とは違つた判事が言渡の際陪席判事として參與することが出来る。尙ほ裁判長は重要な事由の當該の處置を是認せしめるに足るものを存する場合に於ては、判決の言渡に立會はないことを辯護人並に被告人に許可することが出来るものである。

十五 判決の完成

委員會は先づ刑事訴訟法第二百七十五條第一項の規定を踏襲した。之に依ると判決は言渡後一週間内に記録に編綴する。それは判決の起案がそれ以上延引することに因つて判決起案者の記憶が薄らぎ、判決が裁判所の意見に合致しない理由に基かしめられるやうなことのないやうにする爲である。けれども此の秩序的規定に對する違反が、上告を以て不服を申立てることの出来ないものであるのは從來と同様である。

草案に依ると判決には専任裁判官の署名が必要であつて、即ち裁判長が署名したのでは充分でない。是は判決なるものは只獨り裁判長のみが発見する所ではなくして、判事全員の共同的に発見する所なのであると云ふ原則から推論される必然的な論結である。果して然らば判事全員が共同して判決についての責任を負ひ、其の理由の構成を引受け、外部に對して此の事實を顯著ならしめる必要がある。従つて判決理由の後日に至つての變更も、専任裁判官の全員がそれに署名した場合でなければ許

さないのである。之に反し國民裁判官の署名は必要でないことになつて居る。

十六 審問調書

公判については調書を作成する。調書には何時如何なる場所で審問が行はれたか、何人が判事、検事、裁判所書記並に辯護人として參與したか並に如何なる關係者が審問に立會つたかを記載する。けれどもとり分け調書には公判の経過を掲載することを必要とし、手續に關する法律の規定の遵守されたことを明白ならしめることを必要とする。調書には擧げられた證據及び朗讀された書面を擧示することを必要とする。尙ほ申立、裁判並に判決も調書中に收容される。其の程度に於ては委員會の提案は、現行刑事訴訟法第二百七十一條乃至第二百七十三條第一項の内容と一致するものである。

けれども現行刑事訴訟法第二百七十三條第二項の規定も草案中に收容する必要があるかどうかと云ふ點については疑が生じた。此の規程に依ると區裁判所判事の面前並に參審裁判所に於ける公判については、訊問の結果の要旨をも調書中に收容することを必要とする。以前の草案中には時に別の見解を奉じて居るものもあり、即ち一九〇三年乃至一九〇五年の草案、一九〇八年の草案並に一九一九年の草案は之に相當する規定を全然掲げることせず、獨逸普通刑法典施行法の草案（第七十目第二百七十三條第二項第一段）は、區裁判所に於ける公判についてのみ訊問の結果の要旨を調書中に掲載すべき旨を規定して居るに止まる。刑事訴訟法委員會も現行法の見解を立脚地とし、且又訊問の内容の

掲載を一般的に、即ちかくの如き掲載が現行法上必要でない場合にあつても規定するのが正當なのではないかどうかさへ考慮した。けれども此の考案は再び拋棄せられたのである。

訊問の内容の掲載は、裁判所は評議を行ふ上に確實な基礎を必要とするのであるけれども、裁判長も陪席判事も審問に忙しくて、即ち裁判所書記以外には所要の記録を作ることの出来る者は居ないといふ理由を以て理由とすることが出来る。加之他日偽誓手續又は再審手續の基礎としても訊問の内容を其の儘掲載するのが望ましいであらう。けれども實際に於ては審問調書は是等の目的に役立つのは適しない。多くの案件の平均に於ては、調書は決して本當の事實關係を掲載するものではなく、裁判所書記は原則として記録を知るものでなく、また裁判所書記は通常法律的に重要な事柄を見付け出すことも出来ないのである。併し裁判所書記が法律的に重要な事柄を見付け出すことの場合に於ても、裁判所書記は大抵の場合複雑で興奮した辯論について行くことは出来ないであらう。例へば證人の供述中既に證言が手續の成行にとつて重要であるかどうか、また證言中の何れの箇所が手續の成行にとつて重要なのであるかについての判断を下すことは出来ないであらう。或は調書を公判に於て朗讀し、供述者が承諾する——かくの如きは公判の適正な経過に忍ぶべからざる妨害を及ぼす虞のある到底不可能な處置であるが——こととするか、乃至はまた證人の供述を速記を以て録取して掲載することを必要とするならば、訊問の内容の掲載から本當の利益を期待することが出来るかも知れないけれども、此の方法も亦實際に行ひ難い。何となれば或る程度丈の信憑すべき速記者を用意する

と云ふことは、非常に手練を積んだ職業的速記者を招致し得ることを前提としての話であるけれども、公判の数の巨多であるの事實を顧みるときは、かやうに手練を積んだ職業的の速記者をどの公判にも當らせると云ふことの不可能であるのは云ふ迄もないからである。加之かくの如き速記原稿は辯論に接続した評議の基礎として見る場合に全然利用出来ないものであるであらう。かくの如くにして審問調書は、評議に於ても他日の再審手續若は偽誓手續に於ても實際上利益あるものではなくて、寧ろ誤謬の淵源として危険である。控訴可能の事件の範圍を超えて調書の強制を擴張するのは、手續に於て筆記の仕事を不必要に増加せしめることを意味し、口頭を以てする彈劾訴訟手續の、書面を敵視する精神に全く背馳する状態を招來する虞があるのである。

それにも拘らず委員會は訊問の内容の掲載を全然斷念する決心は出來なかつた。之に關する規定を從來の儘に差置くこととするかどうかはもう一度審査することを必要とするであらう。現行法に於て調書作成の強制を區裁判所判事の面前又は參審裁判所に於ける手續に制限するのは、現行刑事訴訟法第二百七十三條第二項と第三百二十五條と此の二つの規定の間の内面的の關係に基くものである。蓋し第三百二十五條に依ると、控訴審の手續に於ける證據調の際には、第一審の公判に於て訊問した證人並に鑑定人の證言についての調書を、原則として朗讀することが出来るからである。此の點を斟酌するに於ては訊問の掲載を控訴可能の事件に制限するのは、現行法にとつては大に意義を有することであるけれども、將來については此のことはそれ程の意義を有する譯にはいれない。蓋し刑事訴訟法委

員會は控訴審の手續に於ける辯論の直接主義を確保する爲に、此の不都合な第三百二十五條の規定を全然削除して了ふ考であるからである。然も第三百二十五條にして既に削除されんとするならば、調書の強制を控訴可能の事件に制限するのはもはや全く理解し兼ねることなのである。

審問調書の内容は其の程度に於ては法律自體から明白となつて來る。從來の草案はそれ以上に互つて調書の形成に或る程度の影響を與へるの權を手續の關係者に認め居るのである。かやうな次第で一九〇三年當時の委員會の提案に依ると、辯論に關與した者はすべて、其の見解上成規の方式の遵守に缺陷あり又は遵守が不充分であるときは、事實の確認と其の調書への收容とを請求する權利を有するものであると云ふことになつて居た。一九〇八年の草案(第二百六十五條第三項第二段)も同じやうな規定を掲げて居る。獨逸普通刑法典施行法草案(第七十目第二百七十三條第一項及び第二百六十七條。第一項第二段)に依ると、公判に於て主張された事實を重要であると思惟する關係者は己れの申立に基いて主張を調書中に收容し、判決理由をして此の主張を取扱はしめることを請求する權利を有するものである。此の種の規定は調書の廣汎な範圍に互る證明力に對して或る程度の補償たるの使命を有するものであつた。併し刑事訴訟法委員會はかくの如き規定を收容するのを見合はせた。蓋し一つには調書の證明力は草案中に於てはさなきだに或る程度まで弛められて居るのに加へて(十七の節を參照せられたい)、かくの如く關係者が作用を及ぼすことの出来るのは新刑事訴訟法が裁判長に與へて居る地位に相當する所以でない。けれども委員會の提案に依ると裁判長は審問中に於ける事實

の細目又は供述若は其の他の陳述の文言が確實に録取されてあること、即ち例へば偽誓の嫌疑の發生した場合にあつては證人の供述が文言の儘に録取されることに注意するやう職權を以て命令することが出来る。此の規定は從來の草案に於ても見出すことが出来るのであつて、現行刑事訴訟法第二百七十三條第三項に相當するものである。

十七 調書の證明力

調書の意義は現行法については、刑事訴訟法第二百七十四條からして明白である。之に依ると、公判について規定してある方式の遵守は調書を以てでなくては證明することは出来ない。方式をも含めた調書の内容に對しては偽造の證明丈しか許さない。此のことは上級審の裁判所が公判に於ける一切の事實を、それが調書に於て判斷されて居るのと同じやうに行はれたものと見ることを必要とするのを意味する。けれども調書は更に、調書中に録取されなかつた所のもは實際にまた行はれなかつたものであると云ふことをも證明するものである。其の程度に於ては自由心證主義の原則は打破されるものである。

委員會の提案に依るも、調書は「公判に於ける手續に關する法律の規定が遵守されたこと」を證明するものである。此の字句を現行刑事訴訟法第二百七十四條の字句に比較すると、先づ第二百七十四條が公判について規定してある「方式」の遵守について云々して居るのに反し、草案に於ては「公判

に於ける手續に關する法律の規定」の遵守と云ふことを問題として居る點に、兩者の相違が存在して居るやうに思はれる。併し實際には此の點に相違は全然存在しないのである。蓋し既に現行法の支配の下に於て「方式」の概念は、手續の法律的有效性にとつて意義を有することあるべき一切の事實に關係せしめられて居るからである。されば調書の證明力は申立が爲されたか爲されないか、證人が訊問されたか訊問されなかつたか等の事實にも及ぶものである。

けれども現行法に比較して著しい相違は、草案に於ては調書の證明力が弛められたことから生ずる。即ち委員會の提案に依ると、調書の證明力は「それが明白に不當でない限り」認められることになつて居るのに反し、刑事訴訟法第二百七十四條に依ると、方式に關する調書の内容に對しては「偽造の證明に限り」爲すことが出来る。所が云ふ迄もなく偽造の概念は調書の偽造的作成や其の不法に行はれた追加的の變更の以上に互つて、意識的に不當な調書作成のあらゆる場合に關係せしめられる。けれども過失の證明は調書の證明力を消滅せしめることは出来ない。是はすべての關係者——判事、檢事、裁判所書記、否、被告人及び辯護人をも含む——が過失に因つて調書に録取されなかつた事實、例へば判決の言渡前に於ける辯論の公行の回復が、實際には行はれたのであることについて意見が一致して居る場合にあつても尙ほ且然りとするものである。かやうな次第で形式主義的口實の下に疑もなく不當な調書に基いて、其の他の點に於ては恐らく全然不服を申立てることの出来ない判決を破毀せしめることが出来、只此の理由丈に由つて廣範圍に互る、多額の費用を必要とする陪審裁

判所の辯論の反覆を強制することが出来るのである。是は過當に形式主義的な考察に基いて眞實と正義とを侵害することを意味するものであつて、今日ではもはや忍ぶべからざることなのである。

けれども調書の正當であることに對する反證を無制限に許すこと例へば一九一九年の訴訟法案（第二百六十八條第二項）、軍法會議法（第二百八十五條）に於て實際に見る所の如くならしめるのは適當でない。是等の法律にあつては反證を無制限に許すと上告裁判所の行動を懸念すべき方法で痺痺せしめる虞のあることが看過されて居るのである。即ち上告裁判所は調書の信憑性を目的とする責問に餘り多くたづさはらしめられることとなり、好ましからぬ程度にまで公判に於ける事實に關する證據調を負擔せしめられ、かくて上告裁判所本來の任務から遠ざからしめられることとなる虞があるのである。加之關係者の記憶が既に薄らぐのを常とする時期に公判に於ける事實について追加的の證據調を行ふのは、事態を本當に解明する保障を提供する所以ではあるまい。それにも拘らず證明力を弛めるのが望ましとせられ、曩に報告した字句はそれを企て居るのである。例へば「明白に不當な」調書とは、服務上の陳述を請求された認證人 Urkundsperson 判事及び裁判所書記並に檢事が斷定的に一定の申立の却下されたこと又は人證が拋棄されたことを陳述するやうな場合に稱することが出来るのであつて、然も關係者の一人が當初からして己れはもはや正確に事實を憶ひ起すことは出来ないこと云ふことを表明する場合にあつては、「明白に不當な」調書と云ふことはもはや云ひ得られないであらう。此の種の場合に於てはみづから證據を擧げるのは上告裁判所の任務たるものではなくて、寧ろ上

告裁判所は調書の内容を基礎に執ることが出来る。とは云へ將來も調書の證明力の増大は公判に於ける手續についての法律の規定の遵守の點にのみ關係するものであつて、之に反して訊問の内容の掲載の正否などは自由心證主義の原則に従つて審査することが出来るのである。

調書の證明力が強くなるに従つて、追加的更正の問題は益々重要となつて來る。刑事訴訟法第二百七十四條に關する判例は、裁判長と裁判所書記の一致の意思表示に由る調書の追加的更正を原則として許して居るものであることは周知の通りである。從來の諸草案は一度は職權を以てする更正の可能を規定して居るのであるが、更にそれ以上に互つて關係者の申立に由る正式の更正手續を規定して居る。即ち一九〇三年の草案、一九〇八年の草案（第二百六十六條）及び一九一九年の草案（第二百六十七條第四項乃至第五項）及び獨逸普通刑法典施行法草案（第七十目第二百七十三條a）などに見る所である。刑事訴訟法委員會は裁判長をして裁判所書記の意見を聽いた上で更正について裁判を爲さしめることとして居るのであるが、併し從來の諸草案のやうな種類の正式の更正手續を設けることは斷念して居るのである。

調書の更正は被告人がそれよりも前に上告を提起し、そして上告が調書上明白な手續上の過誤を理由として居る場合にあつても許されるものであるかどうかと云ふ問題は、最近まで非常に争はれた問題である。古い判例（註）並に學説は、被告人の上告の基礎を其の儘存置せんことを求める一種の訴訟上の權利を被告人の爲に認める必要があるものと思惟して居たのであつて、此の見解は一九〇八年の

草案(第二百六十六條第五項)及び一九一九年の草案(第二百七十六條第六項)などに於ては、法文上に確定されることになつて居たものであつた。所が一九三六年七月一日の大審院の大部の決定(Deutsche Justiz 1936, S. 129 ff.)は此の見解を打破した。實際の所今日では此の見解を認むべき餘地はもはや全然ないのであつて、其の司法政策的世界觀的背景は、シャーフホイッブルが大刑事部の裁判を批評するに當つて能く人を納得せしめるに足る丈に充分に説明を加へたのである。何れにしても委員會は、此の場合についての反證を少しく容易ならしめる必要があると思惟するものである。即ち手續についての規定に對する違反があつたと云ふことを以て其の理由とする上告の提起された後、更正が行はれるに於ては草案に依れば更正濟の調書に對して簡單に不實の證明が許されるのである。

(註) Entscheidung der Vereinigten Strafsenate RGSt. 43, S. 1 を参照せられたい。

第十一章 上 訴

A 上訴の根本問題

キール控訴院長ドクトル・マルチン

一 根本問題

(1) 刑事訴訟法手續に於て一般に上訴を許すこととしたものであるかどうかと云ふ疑問が生じた。特に「刑事訴訟法草案に對するナチス法曹の覺書」は、「刑事訴訟手續は一回丈の反覆することの出來ない生活事實たるもので、控訴や上告はもや許さない。法律觀念の統一は是が爲に設けた官廳の配慮する所である」と云ふ原則を樹立したものである。だが從來の上訴を廢止する爲の理由として特に、重い案件につき第二の事實審の存在して居ないこと、並に重い犯罪について云ひ得られることは益々以て軽い犯罪や中位の犯罪には適用があるものであることを指摘するのは、間違つたことであると思ふ。成る程理論上から云ふと一切の訴訟手續を平等に取扱ひ、如何なる罪となる行爲が手續の客體であることを問はないやうにしやうと要求することも出來るであらうが、かくの如き要求の貫徹は、日常生活の輕微な犯罪よりも遙に著しく國民全體に觸接する所のある犯行は、輕微な犯罪の場合に於けるとは異り公判に入るに先たつて遙に周匝な準備を受

けることを必要とし、また實際に受けるであらう事實に因つて常に阻碍されるであらう。例へば大して重要でない交通上の犯罪を公判前の手續に於て大逆内亂罪や背叛罪と同じ丈の費用を以て取扱ふことの出来ないのは云ふ迄もない。是等輕微な犯罪は原則としてまた陪審裁判事件に於けるが如く爾く廣汎な範圍に互つて公判を準備することを必要ならしめるものではない。陪審裁判事件に屬する犯罪はかくの如く周匝な捜査を行ふことなくしては公判に於て展開し、説明することは出来ないものであるし、また大抵の場合等は等の事件は一審級を以て完結し、其の中の極く一小部分丈が上級裁判所の審理を受けるのである。かやうに比較的簡單な犯罪と比較的重い犯罪とに依つて取扱が異つて居ても、別に前者は表面的皮相的に準備されるに止まつて従つて是等の犯罪にあつては公正な判決の保障は與へられて居ないと云つたやうな不公正は全然ない。問題は一にどうすれば最もよく眞實を確め、事案の公正な判斷を確保することが出来るかと云ふに在る。けれども是が爲には原則として、餘り重要でない事件に於ては具體的の場合に公判が異論を容れない丈の結果を與へてくれな限り上級裁判所に提訴する道の與へられてある以上は、簡單で寧ろ略式の準備を以て充分とするのが常である。之に反して比較的重い場合にあつては、普通あらゆる細目に互つて追究する準備と其の上に構築されてある公判とは公正な結果の確實な保障を提供する所以であらう。けれども此の場合にあつては公判前の捜査に委曲を盡してあるの然らしめる所として、第二の事實審は必要でない。——加之一つの生活事實としての公判の一回限りたる性質 *Einmaligkeit der Hauptverhandlung* の指示も、未だ以て的確な證明力を

要求することは出来ない。一切の生活事實はすべて是れ一回限りであつて、反覆は決して最初の事實を純粹に再現する所以ではない。而して公判の反覆は普通事實の觀念を不完全にすることを意味すると云ふのは根據のない主張であつて、控訴裁判所の經驗はかかる主張を證據立てて居ない。證人は最初の公判に於て其の證言を固定させて了ふから、第二の公判に於てはもはや公平に證言することは出来ないであらうと云ふ指摘は的確有效な攻撃たるものではない。果して然らば證人は極く普通に行はれるやうに公判前の手續に於て訊問する譯にはいかないこととなるであらう。證人は公判前の手續に於て警察や検事や若は裁判所のそれぞれ訊問の際にも「固定させられて了ふ」からである。即ち公判の一回限りたるの性質をどんなに識認する場合にあつても、訊問や證言の反覆を躊躇する譯にはいくものではない。第二の事實審を認めるのに反對して主張することの出来る懸念は反覆と云ふことではなくて、證人の觀察と其の訊問との間に長日月が経過して了ふと云ふことである。けれども極めて多數の場合に於ては一審制 *Eininstanzlichkeit* にあつても、刑事訴訟手續の客體を成す生活事實と證人の訊問との間に長期の期間の存するのを避けることは出来ない。此の期間を出来る限り短縮することに注意しなければならぬのは云ふ迄もないが、併し普通としては犯行から陪審裁判所の審問に至るまでの期間は、犯行から控訴審の審問に至るまでの期間よりも著しく短いと云ふことを證明する譯にはいかないであらう。とに角かくの如き時間的の相違は事柄の本質上に存在することではない。比較的大規模の刑事事件に於ける公判前の手續の範圍は、比較的輕微な事件に於ける第一審の審問と控訴

審の審問との間に於ける期間をも通算して、公判前の手續の期間の短いことに依つてほぼ均衡を保つのであり——又は少くとも均衡を保つことが出来る譯である。其の他の點に關してはフライスマアの「新獨逸刑事訴訟手續に於ける名譽保護」(Preisler's, Beiträge zur Rechtsentwicklung, Heft 4: Der Ehrenschatz im neuen deutschen Strafverfahren, S. 30 ff.)を参照せられたし。此の論文はここに言及した問題を周匝に論じて居るのであつて、其の論旨にはわたしも頗る賛成であるからである。氏はとり分け「明白な不法」を賠償せしめることを使命とする裁判所でない行政官廳を以て第二審に代らしめやうとする要求をも、充分な理由を以て却けて居るのである。

(2) 訴訟上の救済は刑事裁判所の判決に由つて「不服」ならしめられることに因つて初めて根據を與へられることになつて居るのであるが、此の「不服」Beschwerdeの問題は最近に至つて随分論議されるに至り——特に無罪を言渡す判決若は公訴を棄却する判決の理由が關係者(若は第三者)を不服ならしめた場合に、之に對して上訴を爲し得るものであるかどうかと云ふ方向に於て熾んに論議されたものである。同一の問題は檢事の中止處分の場合にあつても生ずる。けれども此の場合には訴訟法の意味に於ての上訴の需要は否定せざるを得ないであらう。蓋し檢事の裁決は無制限に服務監督上の抗告に服するものであるからである。

判決自體に因つて喚起された侵害ではなくて、判決理由に因つて喚起された侵害に對しては一見した所訴訟上の救済を與へるのが正常であるやうに思はれる。けれどもかかる内容の一般的な原則を樹

立するのは不可能であらう。被告人にせよ證人にせよ若は手續に關與しない何人にもせよ、苟も判決の理由に依つて何等かの利益を侵害されるに於ては直ちに當該の判決に對して對抗の處置を執ること出来るやうにしやうと云ふやうなことは、誰も要求することは出来ないであらう。關係者本人にとつては判決理由中に於ける自分に不利益な判斷を甘受すると云ふことは確に往々にして容易なことではあるまいが、併し判決理由中の一節に由つて不利益な影響を被つた何人にも判決全體若は其の理由を攻撃し、是が變更を要求する權利を持たせやうと云ふのは全く實行不可能なことである。多くの場合に於て最も深い利害關係者たる被告人が判決理由の變更について有力な利益を有するものであることは、無罪の事實の立證ありたるの故以外の故を以てする無罪の言渡の場合にあつては識認しなればならない。併し不服申立の權利者竝に不服申立の客體の範圍を是れ以上擴張するのに對して存する懸念は非常に大なるものがある。かかる擴張は際限のない結果を導き裁判所の判決に對する不服申立の忍ぶべからざる増加を來すであらう。特に判決の主なる内容や手續の主たる客體から全く離れて、事件を全然別個の軌道に押込むやうな方向に於てすることが多い。例へば判決中に於て不利益に判斷された證人、被告人の親屬、教師若は友人にして其の被告人に對する影響が判決理由中で否認された者は、己れに關する判決理由中の一節の變更され若は削除されるのを促すことが出来るやうになるであらう。されば被告人自身にのみは無罪の言渡若は公訴棄却の場合にあつても不服申立の權利を與へることが出来るにしても、實質的には被告人の名譽が著しく侵害され又は其の他被告人の重大な

利益が甚しく害せられた場合に限らざるを得ない。かかる懸念は判決の理由に因つて不服ならしめられたことを理由とする判決に對する不服申立の權能を人的に、物的に成るべく制限するの結果を導かざるを得ないであらう。其の際著しく重きを爲さざるを得ないのは主眼となるのは個人の利益ではなくて、生活事實を公正に、遺漏なく判断するについての民族協同體の利益たるものであると云ふこと、竝に此の利益に比較すれば個人の利益は遠慮せざるを得ないと云ふことであらう。

主なる場合に於て證據不充分の故を以て無罪を言渡された被告人にして無罪を確認せられんことを欲する者に、控訴の上訴若は再審の訴訟上の救済を與ふべきや否やは、是等の制度の下に於て審査することを必要とする所であらう。

(3)、不服申立の權利者の範圍に關しては、新法は從來の法律狀態に比較して何等重要な革新を齎すことを必要としないであらう。檢事の地位は直ちに、檢事がどの判決に對しても適法な上訴を提起することが出来ること、及び判決が檢事の請求と一致するや否やは重要でないことの結果を伴ふ。檢事に對しては「不服」と云ふことを云々することは全然出来ない。蓋し檢事はもはや當事者としての地位を有するものではないからである。けれども其の他の點に於ては判決に因つて不服ならしめられた者、換言すれば其の利益が判決に因つて侵害された者に對してのみ訴訟上の救済を與へることが出来るであらう。けれども此の場合にあつても前章に於て述べたやうに、直接の關係者の狭小な範圍に限定する必要があるであらう。

辯護人は上訴を提起するについての獨立の權利を有するものではなく、被告人の意思に反しては判決に不服を申立てることは出来ない。辯護人のかくの如き意思表示には上訴の拋棄や其の取下についてと同じやうに被告人の明示的の授權が必要であるとするのが適當であらう。被告人が己れの意思表示の影響の及ぶ所を見通すことをしないで委任狀に署名して了ふ——即ち被告人が手續の發展や其の成行をまだ見通すことの出来ない時期に——と云ふやうな、雛形に従つての意思表示を避ける爲にかくの如き意思表示については特別の證書を規定して、以て被告人をして此の授權の重大な意義を明瞭に念頭に置かしめることを必要とするであらう。且又此の授權は不服を申立つべき判決の言渡後に至つて初めて、爲すことを得しむべきものであるかどうか考慮する必要があるであらう。

被告人の法定代理人が不服申立の權利を有するのは、現行法と一致して居る。けれども被告人が滿十八歳に達し、只未成年なるの故を以てのみ法定代理の成立して居るに止まる場合にあつては、法定代理人の此の權利を除外するのは諸般の事情の發達にも合致する所以である。蓋し今日の十八歳の青年は現行刑事訴訟法制定當時の十八歳の青年とは事實上及び法律上の點に於て著しく異り、生活上に於て遙に獨立の地歩を占めるものであるからである。

不服申立の權利を有する妻の夫にも、妻の獨自の權限とは獨立して妻に歸屬する訴訟上の救済を與へることを必要とするであらう。勿論夫の此の權利は婚姻上の協同生活の成立して居る場合に制限する必要があるであらう。

(4) *reformatio in peius* (被告人の不利益に於てする判決の變更)の禁止は、從來の刑事訴訟手續の主なる原則の一つであつた。此の原則は既に一九三五年六月二八日の法律に依つて廢止されて了つたのであるが、此の廢止は將來も引續き維持する必要がある。蓋し犯行を獨立して評價し、訴訟資料全體を自由に判斷することを必要とする第二審の裁判所が、上訴を提起したのが偶々被告人であることに由つて此の自由と獨立とを制限されると云ふのは、新刑事訴訟法の根本觀念と相容れない所であるからである。今後は檢事と被告人とは「刑罰請求權」なる權利を爭奪して交闘する當事者たるものではなくして、此の兩者は共に眞實を確め公正なる判決の發見に協力するの任を有するものである。被告人の上訴の結果事件を送致された上級裁判所が被告人の不服申立に由つて、犯行を自由に判斷し評價するのを制限されることとなるのは、以上に述べたやうな新刑事訴訟法の建前とは相容れぬであらう。されば何れの訴訟上の救済も、不服を申立てられた判決を本人の利益にも不利益にも變更し若は破毀することを得るの效力を有することゝせざるを得ない。

二 抗 告

刑事訴訟法手續に於ては手續の一部一節にしか關係しない幾多の中間の裁判が言渡されるのであるが、是等の裁判が手續の結果や若は關係者にとつて有する意義は非常に大なるものがあるのであつて、従つて是等の裁判に對しては獨立して不服を申立てることが出来る必要がある。とは云ふものの公訴の提起後判決を準備する爲に言渡される裁判は是等の裁判の範圍から除外されるのであつ

て、是等の裁判に對して獨立して不服を申立てることを許すのは適當ではあるまい。蓋し不服の申立てに之に關聯する中間の手續は、判決手續を阻止して判決に至るまでの直線を曲らせて了ふ虞があるからである。また是等の裁判は極く普通には直接判決に役立つのであつて、従つてまた判決と一緒にでなければ不服を申立てることは出来ないであらう。けれども強制手段に關係し、従つてまた原則として本人の利益に深刻にして同時にまた或る程度の終局性を以て干涉を加へる裁判や、第三者に作用を及ぼす裁判は獨立して不服を申立てることが出来なければならぬ。是等の裁判が其の客體である個人にとつて有する意義は、是等の裁判に對しては獨立して不服を申立てることを得るものとして、之に因つて判決手續の阻碍の惹起されるのを犠牲に供するのを是認せしめる。第三者はさなくとも終局判決に對して不服を申立てることは出来ないであらう。蓋し終局判決は第三者を客體とするものではなく、従つて若し獨立して不服を申立てる道が開かれて居なかつたとしたら、不當な判決に對して防衛の手段を持たないこととなるであらうからである。

中間の裁判の是等のすべての場合を通じて與ふべき上訴は、抗告 *Beschwerde* である。新刑事訴訟法が抗告について設くべき規律は、從來の刑事訴訟法の規律と甚しく異らしめることを必要とするものではあるまい。

抗告には期限の定めなく、只法律に特に規定した場合に限り期限に羈束されるものであると云ふ一般原則は舊來の通りである。抗告が全然停止の效力を有するものではなく、只不服を申立てられた裁判

を爲した判事若は裁判所は裁判の執行を猶豫することが出来ること、竝に此の権利は抗告裁判所も有することを必要とするものであることなどは、全然適當とする所であつて、現行法に於てもそう規定されてあるのである。

原則としては將來も抗告は一度丈とし、再抗告は許さないこと、大審院、國民裁判所竝に控訴院の決定及び處分に對しては抗告を許さないことの方針を固執することを必要とするであらう。けれども當該の事案が根本的意義を有するの致す所として檢事が再抗告の權を必要であると思惟する場合に、統一的な法律形成の利益上檢事に再抗告の權を與ふべきであるかどうかは考慮に値ひする所であると思ふ。わたしはかくの如き規律は極めて望ましいものと考へたい。

現行の刑事訴訟法に規律されて居る抗告の手續は大體に於て成績を擧げたものであるが、併し口頭辯論を原則として除外してあるのは（刑事訴訟法第三百九條）不適當であるやうに思はれる。抗告についての口頭辯論が極めて必要である場合も非常によく想像し得られるのであつて、それは現行刑事訴訟法みづからが第二百二十二條第二項第三段に於て、口頭辯論の禁止の例外を設けて居るのを見ても判ることである。更に *inlex a quo*（不服を申立てられた裁判を爲した判事）に不適法にして期限に後れた抗告を却下する權利を與へ、從つて適法な抗告ではあるが最初の判事には理由なきものと認められる抗告丈が抗告裁判所に提出されるやうにするのが適當であらうと思ふ。

裁判長が部に代つて屢々裁判を爲すことを必要とし、特に不服を申立てられた裁判が裁判長若は區

裁判所判事の公判外に於て爲した裁判である場合に裁判長が部に代つて裁判をすると云ふことは、新刑事訴訟法に於て裁判長の占める地位に相當する所以である。受命判事若は受託判事の裁判に對する抗告に關して裁判を爲すことを必要とする場合にも、同じことが云ひ得られる。此の場合にあつては判事に命令若は囑託を爲したる裁判長が必然的に裁判を爲すの權を有するであらう。或はまた區裁判所判事若は參審裁判所の裁判長が囑託を爲した場合にあつては地方裁判所の刑事部長が裁判を爲すの權限を有するものである。

被告人や其の他檢事の處分の影響を受ける者をして、檢事に對して手續法上の抗告 *Verfahrensvorrechtliche Beschwerde* を爲すことを得しむべきであるかどうかは考慮する必要があるであらう。かくの如き手續法上の抗告を認める餘地があるかどうかは疑問である。蓋し純然たる官僚的官廳としての檢事局の構成に依れば、檢事の如何なる處分に對しても其の上官たる檢事に向つて、服務監督上の抗告 *Dienstaufsichtsbeschwerden* を爲すことが許されるからである。然も手續上の抗告は是等の上官たる檢事に向つてしか爲すことは出来ないものであるから、從つて被告人や其の他處分の影響を受けた第三者に手續上の抗告を爲すの權を認めるのは、無用のことであるやうにわたしには思はれる。此の抗告に關する手續は監督上の抗告に於けると同一の經路をとり、同一の目標に到達するであらう。即ち單に其實質に於て同一な制度につき別個の名稱を設けるに過ぎないこととなるであらう。それにしても手續法上に於て認許せられ規律されて居る抗告は、普通の服務監督上の抗告とは或る程度まで別個の態

容と重みとを有し得るものであることは看過する譯にはいかない。

B 控 訴

地方裁判所部長ドクトル・ストルツェンブルグ

今正義を以て刑事司法の動かすべからざる基礎たらしめやうとすれば、立法者は刑事訴訟手續を形成するに當つて、人間のすることに完全具足は到底期待することは出来ないものであると云ふ事實を斟酌し、従つて判決の過誤や瑕疵を除くことを可能ならしめる制度を設けることが必要である。公正な判決にとつてのかくの如き保障を成すものは上訴であつて、従つてどう云ふ上訴を興へるか、細目に互つて上訴をどう云ふ風に形成するかの問題については、最後の斷を下すものは常に正義の精神たらざるを得ない。

現行法は判決に對する通常の上訴方法としては、不服申立人の希望する範囲内に於て事實上の點に於てもはたまた法律上の點に於ても公訴資料の審査の更新を導く控訴と、不服を申立てられた判決の法律的審査のみを導く上告とを認め、不服申立人は或は上告に制限せられ、或は控訴と上告との何れか一方を選択することが出来るのであるが、第二の上訴を提起することは全然許されないことになつて居る。

控訴の制度はここ數十年來非常な論議的となつた所で、今ここでは此の論議の細目に互つて詳述

する譯にはいかなければ、將來の刑事訴訟法中に於ても果して此の上訴方法を許すべきものであるかどうか、若し許すべきものであるとすれば如何なる範圍に於てであるかの點について審議を爲すに當つては、委員會は専ら次のやうな異論と論争する必要があつた。

(1) 控訴は手續が遅延し、不完全となることを意味する。事實認定の審査を目標とするかくの如き上訴は、恐らく書面審理手續 *Aktenverfahren* に於ては是認し得られることであるけれども、之に反し口頭を以てする直接の手續に於ては、控訴審に於ては第一審に於けるが如く眞實に接近することは出来ぬ。それは證人の一部が居なくなる爲でもあれば、また證人の記憶が薄らぎ又は甚しきに至つては全然消滅するに至るが爲でもある。公判の中核たる證據も亦其の儘を反覆することは出来ないものであつて、二度目のときはどうしても不完全となることを免れない。加之第一審の判事はよく、此の事件はどうせ控訴まで行くのだと云ひ、控訴審の判事は、た控訴審の判事で、事實關係はもはや第一審で審査済なのだ云ふ。此の事實の中に存する危険は、第一審と控訴審とが證據の申出に關する裁判に於て全然自由の地位に立たしめられ、また現行刑事訴訟法第三百二十五條に於けるが如く控訴審に於て第一審の調書の利用を許して居て、即ち直接口頭の手續は記録訴訟 *Aktenprozess* となるに至る場合に於ては益々大なるものがあるのである。けれどもみづから己れの不完全であることを意識して居る審級は、二つ寄つても決して一つの完全な審級には及ばないのである。

(2) 公判は一回限りのものであつて反復することの出来ないものであり、従つてまた反復することを許されないものであると云ふ思想は、上級裁判所や最高裁判所に於て第一審の審問の行はれる比較的重い犯罪の廣汎な場合について特に適用のあることである。此の事實に對しては現行法も目を蔽ふ譯にはいかなかつた。けれども教養のない同胞にとつては立法者が瑣末な事件には控訴の權能を與へて居るに拘らず、被告人が最も重い刑を豫期しなければならぬ場合にあつては第二の事實審を認めないと云ふのは、如何にも不合理なことのやうに見えざるを得ないであらう。かくの如き考慮も控訴を全然廢止することを必要ならしめるものである。

(3) 控訴は第一審の裁判官の權威を地に墜ちしめるものである。古來獨逸民族の法律意識には、如何なる裁判官も他の裁判官が法令を曲解した場合は別として、此の裁判官の事實の認定を動かすことは出来ないと思ふ思想が支配して居たのであつて、一八七七年の刑事訴訟法の草案の如きも第三讀會に至つて初めて控訴の制度を認めることとしたものである。

控訴反對の論者も、依つて以て事實の認定の點に於ける過誤や瑕疵を極力避ける何等かの制度を必要とするものであることを看過するものでは素よりない。されば委員會は前掲のやうな懸念の検討を以て足れりとすることなく、寧ろ問題たる其の他の方法は果して第二の事實審と等價の、若はそれよりも優れた保障を成すものであるかどうかの問題をも控訴についての論議中に包含せしめることを必要とした。

此の場合先づ第一に考慮に上るのは第一審、特に公判開始手續 *Erfühungsverfahren* の形成であらう。特に公判準備の期日 *Vorkernin* の制度を設けて此の期日に手續資料の全部を究明し、訴訟關係者をして公訴や防禦を適當に運用することを得しめるやうにする方策が考案されて居る。かくの如き規律はとり分け控訴の爲に援用される、訴訟關係者は第一審の口頭辯論の經過中に至つて初めて有罪無罪にとつて何が重要なのであるかを識認し、又は甚しきに至つては判決に由つて初めてそれを推知し得ることが稀ではないと云ふ議論の根柢を奪ふこととなるであらう。けれども委員會は此の道を進むべき道とは思惟しなかつた。蓋し公判準備の期日は公判の先廻りと分裂の結果を來し、従つてまた公判——刑事訴訟手續の重心であることを必要とする所の——の價値の喪失を招來し、且日常生活の多くの輕微なる日常生活上の刑事事件につき大抵の場合利益のない遅延を伴ふであらうからである。

更に委員會にとつては、上告を相當に形成することに由つて控訴の保障的作用を補充するのは不能であるやうに思はれた。此の處置は結局二つの上訴の要素を一つに混淆するの結果を來し、即ち一つの統一的な上訴を造り出すに歸著するであらう。かうすればあらゆる判決につき不服申立の方法を平等に形成しやうと云ふ要求をも満足せしめることが出来ることとなるであらう。惟ふに新刑法に於ては事實問題と法律問題とが大牙相錯すること到底從來の刑法（特に所謂價値填充を必要とする構成要件の標識 *wertausfallungsbedürftige Tatbestandsmerkmale* の場合に然りとする所である）と同日の

談でないと言ふのは正に確實のことであつて、且又判決すべき事實を全體として觀察するに當つては、相互間の關係を分斷することなくしては事實の評価と法律の評価とを分別することは原則として不可能であるのを常とするであらう。けれども個別的の觀察を爲すに當つては常に多數の純然たる事實問題を生ずべく、是等多數の事實問題は法律的に重要であつて是が解決は法律的效果を及ぼすものであるけれども、然もさればと云つて未だ以て之を法律問題として稱することは出来ないであつて、寧ろ純然たる事實問題たるものと稱せざるを得ないのである。されば新刑法の形成は統一的上訴の創設を必要ならしめるものではないのである。

尙ほかくの如き上訴の效用に對しては極めて重大な懸念を存する。上訴を形成するに當つて、上訴裁判所は相當な責問に基いて事實の認定を審査するの義務を負ふに至るものと云ふ風にするならば、此の上訴は控訴に外ならないのであるけれども、上級裁判所（控訴院並に大審院）に於て證據調の全部を反覆すると云ふことは實際上の困難に妨げられざるを得ない。さればと云つて訊問調書 *Verhörprotokoll* を事實の評価の基礎にとるのを是等の裁判所に許すならば、口頭主義と直接主義の原則は一朝にして抛棄されて了ふこととなる。また統一的上訴の場合に裁判所は何等かの（事實若は法律の）審査の義務も負はず、また何等かの審査をも妨げられず、即ち全然自由であるものとするにしても懸念は決して小なるものではない。自由な裁量に従つて特有の證據を調べ、其の外に訊問調書を根據とし、不服を申立てられた判決の事實の認定を引受けることを上訴裁判所に許すかくの如き手

續も、亦是れ最も悪い形式での記録訴訟であつて、かの控訴と上告との間の雜種的地位の爲に滅びて了つた昔の *appellatio*（覆審裁判）の制度への復歸を意味することとなるであらう。

且又統一的上訴の取扱の際に於ける實際は必然的に、地方裁判所は下級の上訴裁判所として證據調の一部を反覆して原則として事實の半面を新に審査し、之に反し控訴院や大審院は大抵の場合法律問題の審査に己れを制限するに至らしめるであらう。けれども上訴手續の重心、従つてまた不服申立人のチャンスは如何なる上訴裁判所が相手であるかに従つて區々であるとするならば、結局事實の半面の審査を可能ならしめやうとするのである限りは、明らかに二つの異つた上訴制度を設けるの見解を奉じて、此の兩者を一つの漠然たる統一的概念の下に總括することをしないのが合理的でもあり、また公明正大でもあるのである。

最後に委員會は、事實上不常な判決の廢止を再審手續に一任する提案にも聽従することは出来なかつた。それはかくの如き規律は再審を過當に擴張することを前提とし、法律的安定を甚しく脅威するの結果を伴はざるを得まいかである。

以上のやうな次第で委員會は、以上に論じたどの方法も第一審の裁判所の判決の事實の不正確に對する充分にして役に立つ保障を成すものではないこと、従つて冒頭に述べた懸念が保護の必要よりも重きを爲す程度に於てのみ第二の事實審を抛棄することが出来るものであることの結論に到達した。昔の獨逸では幾世紀となく控訴の制度なしで間に合つて來たと云ふことを指摘するのは間違ひであ

る。何となればわれわれの生活關係は最近數十年に至つて非常に複雑したものとなり、多趣多様なものとなつて、従つて錯誤の可能性は證人や鑑定人についても、はたまた事實關係を評價する判事についても、一樣に著しく増大せざるを得ないこととなつて、従つてまた事實の審査を反覆する必要も大なるものがあるやうになつたのであるからである。

けれどもかくの如き反覆はすべての場合を通じて眞實を確めるのには適しない。何となれば廣汎な範圍に互る意義の大なる刑事事件にして參審部（今日の大刑事部）や陪審裁判所に於て審問せられるものに於ては、事實の審査の反覆、従つてまた證據調の反覆に對する懸念は非常に大なるものがあつて、従つて二度目の公判と云ふものは眞實を脅威すると云ふ無理もない結果を導かざるを得ないのである。けれども委員會にとつては、例へば謀殺被告事件の公判とか又は偽證被告事件の公判とか云つたものの反覆に對してわれわれの痛感する感情的の嫌惡の念も、此の合宜觀上の考察に較べて重大であることにかけて優るとも決して劣るものではないやうに考へられた。同一の事實關係が第二の事實審に於て再度展開されると云ふことは、比較的大規模な裁判團體の面前で行はれる訴訟手續にまつはる威嚴とか莊重味とか云つたものとは相容れないやうに思はれる。陪審裁判所の辯論を反覆すると云ふが如きは、陪審裁判所の辯論の價値を失はしめるものと謂ふの外はあるまい。

委員會は事實の點に於ける過誤の見込が、此の場合自然の保證に由つて制限される以上は、益々以て前記の場合に於ける控訴を斷念することが出来るものと思惟した。蓋し經驗上刑事訴訟の辯論は公訴の客體たる犯行が益々複雑に、其の豫想される刑が愈々重いのに應じて愈々細心に準備せられ、實施されるものであるからである。加之上告も亦委員會の決議に係る其の弛められた形式に於ては、事情に依つては上訴裁判所の事實の認定上に干渉を加へることが出来るのであるから、現行の法律狀態に比較し誤判に對して是等の場合に遙に有力な保障を提供する次第なのである。

委員會が單獨判事（區裁判所判事）や區裁判所に組織された參審裁判所（控訴判事と參審員二人）に配當した、小中の犯罪の場合に於ける關係は全然異なるものがある。勿論是等の裁判所も參審部や陪審裁判所に較べて決して劣らぬ細小さを以て、眞實の究明に努めるのは自明的の事として委員會の認める所であるけれども、日常生活の小中の多くの刑事事件は必然的に充分準備することが出来ないで、之にたづさはる裁判所の面前に於ける手續が寧ろ即決的の性質を帯びるの止むを得ない結果を伴ふ。従つて是等の事件に於ても、現在提起される選擇上告 *Wahlrevision* の數の少いことが證據立てて居るやうに、審査の必要は主として事實の領域上に存するものである。最後に委員會にとつては、是等の輕微にして簡單な事件は原則として敏速に解明せられ辯論せられるのを常とするのであるから、證據調の反覆に伴ふ危険は著しく小さいやうに考へられた。とに角第一審の辯論が不充分に準備されて居る爲に事實關係が充分に解明されない危険よりは小である。恰も是等の小刑事事件に於てこそ辯護人を持たない不熟練な被告人も亦第一審の公判中若は其の後に至つて初めて、手續に於て重要とするのは如何なる事實なのであるかを明知することが稀ではないであらう。

以上のやうな次第であるから委員會は、區裁判所判事及び參審裁判所の判決に對しては控訴を許すことに決定した。何となれば、是等の場合に於ては第二の事實審は、存在するあらゆる見込を斟酌するに於て公正なる判決に對する比較的最善の保障を提供する所以であるからである。正義と人望の理由からしてあらゆる判決について不服申立の可能を平等に形成する必要があると云ふ異論に對しては、委員會は重きを置くことは出来なかつた。蓋し此の異論は、個々の刑事裁判所や之に配當される犯行に依つて事情は根本的に異なるものであるの事實を看過するものであるからである。加之普通の犯行の場合にあつては獨自の狹隘な生活範圍内に存する上級裁判所は案件全部の再應の審査を請求することが出来る。即ち「覆審を求めん」(appellieren) ことが出来るのに反し、上級裁判所の判決の場合にあつては此のことは不可能であると云ふ思想は、我が獨逸國民の極めて廣汎な範圍に互つて非常に鞏固な根柢を有し、役つて委員會は止むを得ない理由あるにあらずして此思想に背くべきものではないと思惟する次第である。

現行刑事訴訟法第三百十三條に依ると、判決が専ら違警罪を客體とし且被告人が無罪を言渡されるか又は罰金のみを言渡されたに止まる場合に於ては、區裁判所判事の判決に對して控訴を以て不服を申立てることは出来ないことになつて居るが、委員會は此の規定を踏襲することをしなかつた。それは本當に些細な事件は將來はもはや全然通常の刑事訴訟手續の中にはいつて來ないし、また輕微な犯罪の中で大して意義のないと稱せられる構成要件と然らざる構成要件との間に分界を劃するのは、

民衆に親みの深い刑事司法と相容れない所であるからである。

控訴については委員會の提案に依ると、地方裁判所が裁判することになつて居り、特に——同時に第一審の裁判所として規定されて居る——參審部が裁判することになつて居る。この參審部を控訴裁判所としては別の名稱で呼ぶかどうかの問題は一時解決を留保した。參審裁判所の判決に對しては常に地方裁判所を飛越して控訴を控訴院に行かせることとし、依つて以て此の從來民衆的でなかつた裁判所をして、今までよりも遙に刑事事件にたづさはるやうにさせやうと云ふ提案には委員會は従ふことは出来なかつた。行爲地と判決を言渡す地との隔りが益々大となつて來れば來れば民衆の間に於ける共鳴は愈々減じ、證據調の遂行はいよいよ困難に經費を要すること益々大に、従つてまた被告人や證人が出頭を免せられんことを請求する場合が愈々多くなつて、其の結果は控訴は専ら書面による手續となつて了ふであらう。併し乍ら控訴審の辯論は決してこんなものであつてはならないのである。況や地方裁判所や地方裁判所の検事局が、其の管轄地の人民と不斷に接觸することに依つて刑事事件において集積した豊富な經驗は、かゝる上訴方法にあつてはまつたく利用されないで了ふに於ておや。

參審部と陪審裁判所の第一審としての判決並に地方裁判所が控訴審に於て爲す判決に對しては、委員會は上告を規定した。併し乍ら控訴判決に對しては、みづから控訴を提起することをしなかつた者にも上告を許すことになつて居る。されば委員會は一九三二年六月一四日の改正命令によつて施行

された、上訴を一回丈けに制限する立法を踏襲した。實際の経験によると、此の立法は立派な成績を擧げて居るからである。手續の敏速と簡略に重きを置く、目的と云ふことを念頭から離さない刑事司法としては、上訴の爲に肥大症になるのを忍ぶことは出来ない。特に實生活の極く些細な事柄をさへ取扱ふことの随分ある刑事事件に於て三つの審級を興へ、比較的重い犯行にあつては之に反し二つの審級をしか興へないと云ふことは、目的を念頭に置く刑事司法の許すことの出来ない所である。

不服申立の権利者が控訴を提起することをしないで上告を提起し得ることになつて居る程度に於ても、委員會は現行法に倣ふものである。統計の示す處に依ると、今日選擇上告の制度の利用される範圍は極めて狭小であつて、此の制度の全廢を考慮することが出来る程であるけれども、すべての上訴事件の一小部分にとつては選擇上告の制度の全廢は決して満足な解決ではないであらう。蓋し事實の争ふべからざるものがあつて、ただ法律問題の裁判を重要とする事件に於ては、かくの如き法律問題を審査する爲にのみ設けられてある裁判所としての上告裁判所の裁判を受ける道が興へられて居ないのは、不服申立権利者の不公平として感ずるに相違ない所であるからである。況や殊に附屬刑法の領域に於ては、往々にして或る營業部門の全部が其の解決に關心を持つて居るやうな問題、又は其の他個々の場合を遙に超越した意義を有し、従つて其の裁判は寧ろ上告裁判所に附託すべきであるやうな問題に關係するものもあるに於ておや。

不服申立の権利者は、將來も極めて稀なる場合に於てのみ控訴を提起することをしないで上告を提

起する決心をするであらうから、現在の規則（最初に不服申立の意思表示を爲し、其の上で其の不服申立が控訴として取扱はれることを欲するや、はたまた上告として取扱はれることを欲するやの意思表示を爲すべきものとする）を踏襲するのは實際の關係に適合する所以ではあるまい。されば委員會は不服申立の権利者は直ちに控訴若は上告を提起する旨を規定した。此の場合に上訴の名稱を誤つても不利益な結果を來たすことはないことになつて居る。判決の送達後一週間内に不服申立人は己れの控訴を上告として取扱はれんことを表示することが出来る。

併し乍ら委員會はどの不服申立権利者も一つの上訴方法しか持たないと云ふ原則に、二つの例外を認める必要があるものと考へた。數人の不服申立権利者が判決に不服を申立て、一人は控訴を提起し一人は上告を提起した場合にあつては、現行法に於ても同様であるやうに裁判を統一する利益上二つの上訴を控訴として取扱ふことを必要とする。併しこの場合に於ては將來は上告を提起した方の不服申立権利者は、控訴判決に對して上告を以て不服を申立てる權を有することになつて居る。何となれば當初から法律問題を審査せられんことを欲求する此の不服申立人から、上告裁判所の裁判を奪つて了ふのは不公平だからである。勿論かう云ふ特則を認めることにすると、數人の被告人が互に相談して異つた上訴を提起することを約定し、かくの如くにして彼等の一部に第三審の判決を受ける權を確保する道が開かれる譯であるが、この位の弊害は犠牲として忍んで差支あるまい。

選擇上告を認めて上訴を一つに制限することは更に、事實問題と法律問題とを審査せられんことを

欲求する者は地方裁判所に控訴を提起することを餘儀なくされるのに反し、法律問題丈の審査を求めらる者は上級の裁判所（控訴院若くは大審院）に出訴することが出来ることと云ふ程度に於て不平等な取扱を來す。さればみづから控訴を提起した不服申立権利者には、根本的の意義を有する法律問題を裁判することを必要とし且上告裁判所が第二の上訴を適法であると認められた場合に於ては、其後上告を許すべき旨を規定した。勿論かくの如く制限的に上告を許すと云ふことは、控訴判決を以て満足しやうとしない者は誰でも根本的の意義を有する法律問題の存在を證明し、以て上告裁判所の裁判を招來しやうと計るに至るの弊を阻止する譯にはいくまい。けれども成規の上訴の許否の問題を審査する場合にあつても、さなきだに法律的半面を審査することを必要とする此の裁判所にとつては、次いで上告それ自體に關して裁判を爲すのは殆んど多大の勞力は意味しないであらう。尙又規定されて居る制限が實際にとつて役立つものであるかどうか疑はしいことがあり得る。蓋し根本的の意義を缺かないと云ふことはどの法律問題もの本質であるからである。

控訴の本質

控訴は第二の事實審への道を開くことを使命とするものである。此の控訴をして本當に公正な判決の保證たらしめんが爲には、委員會の見るところでは口頭主義と直接主義の二つの原則を或る範圍に於て拋棄することに依つて、控訴をして其の價値を失はしめるやうなことがあつてはならない。寧ろ控訴審に於ては手續の客體を成す事實關係を、第一審について適用があるのと全く同じ規定に従つて

新に辯論し裁判することを必要とする。即ち控訴手續の基礎は第一審の判決ではなくて公訴であり、控訴裁判所の任務とするところは第一審の判決の審査ではなくて公訴の新なる審査である。委員會が個々の規定を形成するに當つてこの根本思想を指導精神たらしめて居ることは、以下に於て詳しく説明する通りである。ただ過當に尖鋭な、現實に疎い考察方法に陥るまいとすれば、既に一つの判決が存在して居るのだと云ふ事實を全然不問に附する譯にはいかなければ、理の當然であらう。

部分的確定 *Teilrechtskraft*

將來の刑事訴訟法を支配する等の實體的正義の原則並に刑法草案中に設けられてある統一刑 *Einheitsstrafe* は、判決に對する不服申立の領域に於ての確定力の問題の取扱ひ方にも影響を及ぼさない譯にはいかなない。罰すべきは犯行にあらざして犯人であることと云ふ意思刑法の思想から出發して刑法草案は、一個の犯行が數個の刑罰法條に違反したか又は同一の刑罰法條に數回違反した場合に於ても、はたまた數個の獨立した犯行の場合に於ても一個の刑を言渡すべき旨を規定して居る。委員會は此の規律を既に存在するものとして受け取つて、之を其の考察や決意の基礎に取ることを餘儀なくされた。けれども犯人の人物を目標とする總括的判斷としての統一刑の本質からは、是が確定は一切の犯行、犯行の部分並に法令違反が一つの公判に於て究明されることを前提とし、従つてまた控訴裁判所も一切の犯行、犯行の部分並に法令違反を己れの究明行爲の範圍内に包含せしめることが出来、また包含せしめることを必要とする場合に限り、かくの如き裁判を爲し得るものであると云ふ論結を必然

的に生ずる。だが併し同一の被告人の一切の犯行をたゞ一つの手續中で判決すると云ふことは確に必ずしも常に爲し得ることではあるまい。従つて統一刑の中には後日に至つて追加的に決定の方法で確定しなければならぬものもあるであらう。けれどもそれは決して一般的に斷念的態度を執つて、總括的判斷をなし得る見込の成立して居る場合に於つてもこの總括的判斷の正確を傷け、従つてまた正義を傷けることを餘儀なくされるやうな制限的の手續を以て満足する理由にはならない。また統一刑の思想が刑罰問題のみに觸れて責任問題には觸れないと云ふのも間違つて居る。蓋し控訴審の判事は犯人を犯人として認識し處罰しやうとするのであるから、犯人と共に犯行のあらゆる細目に互つて其の原因や目的を究明し、必要の場合にはこれについての證據を調べる必要がある。さもなければ控訴審の判事は、刑法草案が想像して居るやうに統一刑の形成に到達することは出来ないからである。

とり分け實體的正義の思想に合致するのは、刑事訴訟手續の不可分の統一體として遂行せられんとを欲する、規定されて居るやうな種類の規律のみに限られるのは既に言及した通りである。蓋し控訴審の判事にして己れがそれを承諾すると否とに拘らず、第一審の判決の不服を申立てられない部分を己れの裁判の基礎にとることを餘儀なくされるのであるとするならば、控訴審の判事は内面的に不實であつて、従つてまた不當な裁判を強ひられることとなるであらうからである。

かやうな次第であるから委員會は、今日部分的な確定力の效力を廢止することに由つて、換言すれば *reformatio in peius* (被告人の不利益に於てする判決の變更) の禁止を廢止することに由つて初め

て開かれた刑事訴訟手續の不可分の原則をば、上訴の領域上に於ては全範圍に互つて貫徹し、部分的確定力、従つてまた部分的不服申立の道を全然塞いで了ふことに決した。即ち將來は苟も控訴である以上はそれが個々の不服申立の點に制限される場合に於つても、繫屬する手續を全範圍に互つて上訴裁判所の面前に持出させ、従つてまた不服申立人が不服ならしめられたとは感じて居ない部分の執行をも、終局裁判のあるまでは阻却することになつて居る。

現行法上一罪 *Tateinheit* 又は集合的犯行 *Sammelstrafat* が問題となる場合については、規定されて居る規律は何等新規の事柄を齎すものではない。蓋し今日でも數個の法令違反中の一つ又は集合的犯行中の各個の行爲に制限される不服申立は認められては居ないからである。

さればこそ數罪の場合に於ては部分的確定力の廢止の及ぼす作用は益々有力なるものがあつて、幾多の異論が唱へられ、委員會に於ては是等の異論を論駁することを必要とした。是等の異論は、控訴審の辯論に於て公訴資料の全部に互つて究明を繰返し、即ち控訴の關係して居ない犯行をも再び究明するのは控訴裁判所に過重の負擔を負はしめるものであつて、到底辯護することの出来ない徒勞を導かざるを得ないものであること、竝に部分的確定力の廢止は一分的執行を不可能ならしめ、従つてまた手續の促進の原則と相容れないものがあることに總括することが出来る。

此の第一の懸念に對抗する爲には、刑事訴訟法豫備草案には、控訴裁判所は異議の提出されて居ない第一審の判決の事實の認定を己れの裁判の基礎に執ることが出来る旨が規定されて居た。併し委員

會は此の規定を削除して了つた。それは委員會が此の規定を以て無用有害たるものと認めたらからである。控訴が本案に於ける新なる辯論及び裁判を導くことになつて居て、且又曩に述べたやうな理由から公訴の下に置かれてある一切の犯行を捕捉しなければならぬものであるとするならば、控訴裁判所は新なる辯論に基き全範圍に亘つて己れ自身の心證を形成する必要がある。即ち控訴裁判所は第一審の判決の認定を無審査に踏襲することも出来なければ、また個々の犯行につき記録の内容（それは裁判長と主任判事にのみ知られて居る所である）に基いて己れの判決を形成し、従つて其の程度に於て公判に於ける究明を斷念することも出来ない。寧ろ被告人の責任とされて居る一切の犯行について、口頭主義直接主義の原則に従つて新に辯論することを必要とするものである。その行はれる程度は、個々の事實の認定に對して異議を唱へることが出来るかどうか、若し出来るかすればどの程度に於てであるか、竝に裁判所自體は——異議が唱へられると否とに關係なく——認定を懸念ありとか又少くとも審査の必要ありとか認められたかどうか依つて定められることを必要とするであらう。従つて争のある點は——第一審に於けると全く同じやうに——新なる證據調の方法で解明することを必要とするけれども、控訴審の辯論に於て第一審の判事の事實に關する個々の認定を呈示された被告人が此認定を適切であるとして明示的に承認し、又は之に對して全然異議を申立てず、また檢事に於ても此の認定を疑はない場合に於ては、控訴裁判所は普通更めて證據調を行ふことなくしてかゝる辯論に基いて既に己れの獨自の心證を形成することが出来る。但し控訴裁判所が第一審の判事の認定を矛盾して居

るとか、不明確であるとか乃至はまた不充分であるとか認められた場合は別で、此の場合にあつては控訴裁判所は己れの懸念する所に従つて必要な證據調を爲すの義務を負ふものである。

以上に述べたやうな意味に於ては、控訴裁判所は第一審の判事の事實に關する認定にして異議を申立てられないものを己れの裁判の基礎にとることが出来ると云ふ豫備草案の規定は、究極に於て只單に考丈けのことではしなかつた。けれども委員會は現行法に比較して深刻な改正を意味する廣汎な範圍に亘つての控訴裁判所獨自の審査の義務が、第一審の事實の認定を無批判的に踏襲するに至らしめる虞のある規定、少くとも皮相な手續に陥らしめる虞のある規定の爲に不明確ならめられ、其の效力を弱められないやうにする必要があると考へた。且又委員會は、實際家はかかる技術的の指示はなくとも證據調の不必要な反覆を行はないでも濟むやうに控訴審を形成するであらうし、また他の半面に於ては控訴裁判所も事實上獨自の審査に基いて事實關係を新に判斷することが出来るやうに控訴審を形成するであらうと云ふ見解であつた。若し此の通りに行くとすれば控訴審の辯論は無益な究明行爲の重荷を負はせられることなく、寧ろ第一審の判事の事實に關する認定がどの方面からも異議を唱へられず、また裁判所も懸念を抱かしめられない以上は、普通比較的簡單な究明行爲で濟ませて了ふことが出来るであらう。けれども裁判所をして被告人を全體として判斷することが出来、従つてまた統一刑を適切に確定することが出来るやうにさせるにはかかる究明行爲は絶對的に必要である。

部分的確定の制度を廢止した上からは部分的執行は最早不可能であるが、此の部分的執行と云ふこ

とは今日既に極めて稀にのみ問題となることであるのは経験の示して居る通りである。何となれば被告人は普通控訴裁判所の處分に屬せしめられることを必要とし、従つて判決全體の確定に先だつて之を執行施設に引渡す譯にはいかないからである。ただ執行を引き伸ばす目的のみを以て控訴を濫用する弊害は、*reformatio in peius* (被告人の不利に於てする判決の變更) を無制限に許すことに依つて有効に阻止することが出来る。且又かゝる弊害は其の間に被つた未決勾留を通算しないことに依つて取締ることが出来るのである。

最早現行法に於けるが如く控訴を判決中の枝葉の點(たとへば沒收だとか、判決の公告だとか、訴訟費用だとか)に制限することは許されないことも、委員會は將來の控訴手續にとつての障碍たるものとは認めることは出来ない。蓋し判決の附帶的の點の審査は大抵の場合必然的に主要な點に於ける判決に迄も及ぶものであることは、經驗の教へる所であるからである。この理由から云つても既に普通の場合に必要であるとして認められた包括的な審査に、ここで一つ例外を認める理由は全く成り立たない。

最後に刑事訴訟手續の不可分の思想が、獨自の包括的な審査に基いて前審の判決に羈束されることなしに己れの見解に従つて公正な判決を言渡す權能を控訴審の判事に與へることを建前とする以上は、控訴を刑量に制限するのを禁止しなければならぬものであるのは敢て多言を須ひない。

控訴の提起と控訴理由の開示

委員會は現行法と一致して控訴は判決の言渡後一週間に提起すべきものと規定した。被告人が判決の言渡に際し在廷して居なかつた場合に於ては、被告人にとつては此の期間は送達を以て始まることになつて居る。更に刑事訴訟法第三百十六條第二項に於けると同様、適時に控訴を提起した不服申立人には既に前以て理由を附して判決を送達してなかつた場合には、理由を附して判決を送達することを必要とする旨が規定してある。

控訴の辯明 *Berufungsrechtfertigung* の制度が望ましいことは委員會にとつては問題外であつた。けれども委員會はイタリヤの刑事訴訟法や軍法會議法が認めて居るやうな理由開示強制的制度を採用することは見合せた。これについて決定の契機となつたのは、中小の犯罪の領域に於て特に事實の點に關しての公訴資料の再審を招來することを使命とする上訴は、それをなるべく民衆的なものたらしめる利益上、なるべく簡單で且不要式に形成することを必要すると云ふ考慮であつた。加之判決は將來は常に全範圍に互つて不服を申立られたものと認められ、不服申立の點を控訴理由書中に記載して控訴裁判所を羈束する制限を置くことは最早全然許されないことになつて居るのは曩に述べた通りである。不服申立人は控訴理由書中で判決の個々の點を攻撃することを禁ぜられるものでないことは素より明白である。けれどもかくの如き制限は控訴裁判所の審査の義務の範圍に何の影響をも及ぼすことは出来ない。控訴の辯明の訴訟法的意義は、寧ろ不服申立人がどう云ふ事實上若は法律上の不服申立の理由を公判に於て主張しやうと企てて居るものであるかを、他の手續關係者に知らせると云

ふ點に盡きるものである。特に控訴裁判所の裁判長は控訴の辯明によつて控訴審の辯論につき證據方法を適宜に選擇することを得しめられるのである。だが此の目的の爲には控訴の辯明は非常に重要であつて、従つて委員會は現行法が規定して居るよりも遙に嚴格な形式でかくの如き意思表示を爲すことを不服申立人に促す必要があると考へた。されば委員會は、不服申立人は控訴の理由を開示し併せて新しい證據方法をも申出づべき旨の規定を以て現行刑事訴訟法第三百十七條の能爲規定 *Kannvorbringen* に代へることに決した。更に控訴の辯明は控訴提起の期間の満了後（判決の送達後）一週間に爲さるべきものと規定されて居る。かくの如き當爲規定 *Sollvorschrift* は法律の素養のない不服申立人を畏縮させ、控訴が望ましからぬことでもあるかのやうな印象を喚起するものであると云ふ異論は委員會の承服しない所であつて、苟も判決に對して不服を申立てる者からは不服の理由を聞くことを期待するのが當然としか委員會は見なかつた。

不服申立人が全然控訴の理由を開示せず、又は理由開示の期間を懈怠したとするも、此の懈怠は不服申立人にとつて何等法律上の不利益を伴ふものではなく、特に控訴審の辯論に於て新しい主張を爲すことを妨げられない。即ち裁判長は時機に後れて到達した控訴の辯明も、訴訟の状況上まだ之を斟酌することが出来る限りは、控訴審の辯論を準備するに當つてこれを斟酌することを必要とする。

將來も今日に於けると同様、辯論を適當に準備する利益上控訴の理由につき被告人の所存を聞き、又は受命判事若は受託判事をして被告人の所存を聞かせるのは控訴裁判所の裁判長の自由になつて

居る。けれども委員會は將來此の權能を法律中に明示して置くのが適當であると思惟した。

時機に後れた控訴

委員會は現行法（刑事訴訟法第三百十九條第一項）から、第一審の裁判所は適時に提起されなかつた控訴をば不適法として決定を以て棄却することを必要とする旨の規定を踏襲した。此の場合に於ては不服を申立てられた判決の正式の送達は無用である。けれども被告人は何時たりとも請求に依り判決の謄本を受けることが出来るのは、普通の規定中に規定されて居る通りである。

控訴を不適法として棄却する決定に對しては、不服申立人は期限付で抗告を爲すの權を有することになつて居る。即ち此の抗告は送達後一週間に提起することを必要とする。このことも現行法と一致して居る。何となれば控訴裁判所の裁判を求める申立（刑事訴訟法第三百十九條第二項）は、其の本質上即時抗告と同視されるからである。不服を申立られた判決の執行は此の期限付の抗告を以ては阻止されないことになつて居るけれども、現在の規則とは違つて不服を申立てられた判決を言渡した裁判所の裁判長も、抗告裁判所の裁判長も執行を猶豫することが出来る旨が規定されてある。

爾後の手續

控訴が適時に提起された後の手續については委員會は、控訴の提起竝に理由に關する書類を他の關係者に通知するのは最早檢事ではなくて裁判所書記課であるとして居る程度に於て規律の趣を異にしやうとして居る。被告人が控訴を提起する場合にあつては記録をも併せて檢事に提出することになつ

て居る。それは検事も控訴の適否を審査し、且つ己れの見解上控訴手續に於て必要と思はれる證據調について直ちに意見を述べることが出来るやうにさせる爲である。控訴裁判所には記録は検事を通じて提出される。之について期限を定める（刑事訴訟法第三百二十一條がやつて居るやうに）と云ふことは、委員會の適當と認めなかつた所である。蓋しかくの如き規定は單に秩序的の規定を意味するに止まる虞があるからである。最後に記録の到達と共に事件は控訴裁判所に繫屬するに至る旨の内容の、明示的の規定が設けられたのは、特に強制手段を適用する裁判長の權限にとつて意義を有する、屢々論議された問題を明にして置く考なのであつた。

規定に従つて提起されなかつた控訴を不適法として決定を以て棄却する控訴裁判所の權限（刑事訴訟法第三百二十二條第一項）は、適時に提起されなかつた控訴の場合に制限すべきものと委員會は考へた。刑事訴訟法第三百二十二條第一項の他の他の適用の場合——棄權、取下、被告人に依る第三者の授權の欠缺、不法に法定代理人として自稱する者の控訴——は純然たる數上から見て既に極く些細の意義をしか持たないものであるから、是等の場合については棄却の決定を以て不服申立人に不意打ちを喰はすことをしないで、存在する懸念を不服申立人と共に公判に於て究明し、然る上で判決を以て裁判するのが正當であると委員會は考へたのである。だが控訴裁判所が不服申立人に瑕疵の補正し得べき點を明示的に指示し、かくの如き更正し得る過誤を正す機會を不服申立人に與へるのは自明的のことであると委員會は見た。尙ほ明白に補正することの出来ない瑕疵に關する場合にあつては公判

に先だち不服申立人に瑕疵を指摘し、かくして不服申立人に上訴取下の機會を與へることに依つて、無用な控訴審の辯論を避けることが出来る。

時機に後れて提起された控訴を棄却する決定は控訴裁判所の爲す所であつて、裁判長の爲す所ではないことになつて居る。従つて此の決定は控訴判決と同視せられるものであつて、従つて又不服申立人に於てこれに對し不服を申立ることを得ないのである。

控訴審の辯論の經過

控訴は本案に於ての根本から新しい辯論を導くことになつて居るのであるから、控訴審の辯論も第一審の公判に於けると同じやうに、検事の公訴事實の演述を以て始まりしめることとするのが誰にでも考へ浮ぶことであらうけれども、餘りに現實に迂遠な過激な處置に陥るまいとすれば、既に一つの判決が存在して居るのであると云ふ事實を一概に無視する譯にはいかないのであつて、寧ろすべての關係者、特に參審員に向つて手續がどう云ふ階段にあるのかを教示するのが、控訴審の辯論の劈頭に於て必要とすることである。されば検事は己れが公訴を提起したこと、並に第一審の判事はかくの方法で公訴につき裁判をしたことを報告的形態に於てのみ説明することが出来るに止まるであらう。けれどもかくの如き報告は裁判長若は陪席判事にも一任して差支ないことである。従つて委員會は現行刑事訴訟法第三百二十四條第一項の規定を存置することに決した。併し第一審の判決を朗讀すると云ふことは今日往々にして無用な辯論の伸長を來すことであるから、將來はもはや之を必要

としないことになつて居る。けれども判決は普通報告の範囲内で朗讀することを必要とするであらう。

報告に續く被告人の訊問並に證據調の際には、裁判所は公訴資料の全部を究明する必要があること既に述べた通りである。證據調については第一審の證據調について適用のある規則が全範圍に互つて適用されることになつて居る。現行刑事訴訟法が第三百二十五條に於て規定して居るやうな此の點に於ての何等かの制限は、委員會の理解することの出来なかつた所である。蓋し何等かの方法で手續の口頭主義直接主義に例外を設けると云ふことは眞實の究明を脅威して、従つてまた控訴審の價値を失はしめる結果を來すこと必定であるからである。けれども委員會の見所依ると、眞實の究明と云ふことは非常に嚴肅なことであつて、従つて立法者は決して訴訟經濟上の考察に基き證人の證言の朗讀を許すことによつて、眞實究明の義務の履行と云ふことを精確に受取ることがせず、不確實な基礎の上に己れの判決を形成するやうに判事を誘惑することがあつてはならない。されば委員會は特に、朗讀を關係者の承諾に繋らしめやうと云ふ提案を抛却した。蓋しかくの如き當事者訴訟の思想に執著して居る規律は、判事は關係者の承諾に依つて朗讀が眞實究明の利益上充分たるものであるかどうかについての、本分に従つての審査を奪はれることがあるのであるかの如き間違つた觀念を喚起するに適するであらうからである。加之朗讀せらるべき所のものを被告人が豫め充分精確に承知して居た場合でなければ、朗讀の承諾を被告人に強ひることは出來ないことになつて居たのであるが、辯護

人が被告人に附いて居て公判前に記録を閲覽したと云ふやうな場合でもなければ、被告人が豫め朗讀せらるべき所のものを精確に承知して居ると云ふやうなことは實際にはあり得ないであらう。

證人を再び訊問すると云ふことは本當に不便不都合と困難とを伴ふであらう場合にあつても、そんなことは眞實の究明と云ふ高い目的の爲には犠牲として忍ばなければならぬことである。けれども被告人と檢事との控訴の辯明は、普通控訴審の辯論にとつてはどう云ふ證據方法が必要であるのかを充分確實に識認せしめるに足りるであらう。是で無用の證人が召喚されると云ふ危険は大體に於て阻却することが出来るであらう。且又朗讀の利益として標榜されて居る所のものが實は往々にして極めて疑はしい性質のものであることは、日常の經驗の教へる所である。蓋し第一審の公判に於て調書に録取した證人の供述は之を控訴審の辯論に於て朗讀するに當り、關係者の爲に不完全若は全然不實として異議を唱へられることのあるのは往々にして見る所であつて、従つて證人を再び訊問するのは避くべからざる必要であることが多く、只此の再度の訊問は辯論の延期を必要とすることが稀でないと云ふ不利益を伴ふ丈のことである。

最終の演述 *Schlussvortrag* の場合にあつては不服申立人は將來只原則としてのみ最初に發言することになつて居るのであつて、即ち裁判長は特別の態様を有する場合にあつては別の順序を命ずることが出来ることになつて居るのである。けれども被告人は常に最後に發言するの權を有する旨の一般的規定は、之によつて妨げられるものではないのである。

控訴裁判所の裁判

控訴審の辯論に於けると同様控訴裁判所の判決に於ても、既に一個の判決が存在するものであると云ふ事實を斟酌する必要がある。されば控訴裁判所が前に全然判決の言渡がなかつたのであるかの如く、換言すれば第一審の裁判所に見ると同様本案に於て裁判を爲し、依つて以て第一審の判決を自動的に消滅せしめるが如きは全く謬つた處置と謂ふべきであらう。寧ろ控訴裁判所の判決は第一審の判決に結び付いて居ることを必要とするのであつて、従つて委員會は第一審の判決が不當である程度に於て、之を變更し若は破毀してみづから裁判することを必要とするものと規定した。其の場合に於ては控訴を棄却することを必要とする。不服を申立てられた判決の「變更」と云ふことは現行法に比較して革新を意味するのであつて、瑕疵は存在するに拘らず第一審の判決が大體に於て維持し得られるものであるとき、即ち例へば單に法律上の見地とか、又は枝葉の裁判とかを變更することを必要とするに止まる場合に見ることになつて居る。

不服を申立てられた判決が手續上の瑕疵に基いて居る場合については、控訴裁判所は判決を破毀して事件を第一審の裁判所に差戻し、又は管轄裁判所に移送することが出来る旨が規定されて居る。如何なる條件を存するに於ては當該の裁判を爲したる裁判所に差戻を行ふべきであるかについての規定は、委員會の無用と思惟した所である。何となれば委員會は手續を促進するの利益上、差戻の権限は只手續の全部に障礙を及ぼすべき根本的の瑕疵の存在する場合に限り行使せらるべく、控訴審に於て

補正することの出来る些細の違反の場合にあつては差戻の権限は行使されないと云ふ建前から出發して居るのだからである。同じ考慮からして刑事訴訟法第三百二十八條第三項のやうに第一審の裁判所の事物の管轄違の場合にあつても差戻を強行的に規定するのは見合はせた。

更に差戻は將來は控訴裁判所が公訴狀中に列擧されてある犯行又は犯行の一部であつて、不服を申立てられた裁判の客體とはならなかつたものを手續中に包含せしめやうとする場合にあつても之を許すことになつて居る(註)。所が現行法に於てはかかる不作爲を手續上の違反と認むべきものであるかどうか疑問であるし、然もまた他の半面に於ては此の場合にあつても正常な本案の裁判の利益上差戻を必要とすることがあり得るのであるから、委員會は是等の場合を手續に於ける瑕疵と同視するのを正當であると認めた。其の際委員會は、控訴裁判所は原則として手續中に包含せしめられた犯行若は犯行の一部が著しく刑を重からしめるの結果を來すことのあるとき、又は此の包含された點が二つの事實審に於て審査されるについての被告人の其の他の正常な利益を承認せざるを得ないときに、其の差戻の権限を行使するであらうことを前提として居るのである。他の半面に於ては委員會は是等の場合に於ける差戻の強制を懸念すべきものと認めた。蓋しかくの如き規定は第一審の裁判所をして——手續促進の利益上往々にして切實に必要とされて居る——比較的輕微な犯行若は犯行の部分の除外を、原則として見合はすに至らしめる虞があるからである。

(註) 之に反して公訴をそれ以外の犯行に擴張するのは控訴審に於ては全然許されないことになつて居る。それは其の程度に

於て被告人に一つの審級を奪つて了はないやうにする爲である。

現行法に於けると同じやうに差戻は第一審の裁判所に向つてのみ爲すことを得べく、上告の場合に見るやうに同一審級の他の裁判所に差戻すのは不可能である。最後に委員會は第一審の裁判所の判事を控訴裁判所の法律の判事 *Rechtsausführung* に羈束せしめる制度を採用することをも見合はせた。それは爾く廣汎な影響を及ぼす作用を認めることの出来るのは、法律の審査の爲に設けられて居る上告裁判所の裁判にのみ限られることであるからである。

被告人の闕席

控訴審の手續を完全に第一審の手續に同化する以上は、控訴審の辯論に於ける被告人の闕席が被告人にとつて特別な法律上の不利益を由來せしめない結果を來すであらう。されば第一審に於けると全く同じやうに被告人不在の儘で本案に於て辯論すると云ふことが適法である場合にあつては、被告人不在の儘で本案に於て辯論するか、又は裁判所が辯論を延期して同時に其の必要である限り被告人の引致又は逮捕を命ずるであらう。けれども被告人は原則として其の控訴審の辯論に於ける闕席に由つて、己れが上訴の遂行を見合はせやうと欲するものであることを表示せしめるのを常とし、且被告人は控訴の取下を禁止されるものではないのであるから、委員會は此の事實を斟酌する必要があるものと考へた。されば委員會は被告人が公判の開始に際し（換言すれば獨り控訴審に於ける第一回の辯論に於てのみに止まらず、寧ろ控訴審に於ける爾後の何れの辯論に於ても）出頭することをせず、且其

の闕席が充分に免責せられない場合にあつては、被告人の控訴は取下げられたものと看做すべきものと決定した。従つて刑事訴訟法第三百二十九條に關する今日の判例に於て顯著となつて居る見解である、被告人の闕席は其の控訴が理由がなく、従つて棄却することを必要とするものであると云ふ結論を是認せしめると云ふ見方は、委員會の明示的に規定中に取り入れなかつた所である。蓋しかくの如き闕席手續は刑事訴訟の本質と相容れないからである。

既に他の方面からして報告されて居るやうに、委員會は第一審につき被告人の代理の可能をもちや規定しなかつた。此のことは控訴審についても然りとしなければならぬ。即ち被告人の闕席の場合にあつては其の辯護人の出頭は、控訴が取下げられたと爲す擬制を除外するのに充分なるものであるかどうかを審査することを必要としたのであるが、委員會は此の問題を消極的に解した。蓋しさもない場合に於ては辯護人を聘用することの出来る經濟的に優勢な地位に在る被告人を、不當に待遇するの結果に到達する虞があるからである。

現行法に於けると同様被告人が己れの闕席を充分に免責したかどうかと云ふことが大切ではなくて、寧ろ被告人の闕席が充分に免責されたかどうかが大切であることになつて居る。従つて控訴裁判所は辯論に於て己れの使用することの出来る認識の淵源を全部持つて來て、此の問題を解明しなければならぬ。そしてこの場合出頭した辯護人の報告には特に重大な意義が認められるのであつて、闕席が充分に免責されたものと認むべき極く僅かな事由でも明かになつた場合にあつては、控

訴が取下げられなかつたものと認めることが出来る。

闕席の免責された被告人の控訴を裁判所が不法にも取下げられたものと宣言した場合にあつては、此の被告人は一般の規定に従つて行はれなかつた公判の反覆を申立てることが出来ることになつて居る。

被告人の外に検事若は其の他の關係者も亦控訴を提起した場合にあつては、闕席した被告人の控訴は取下げられたものとして認めることは出来ない。寧ろ此の場合には刑事訴訟手續の不可分の原則は、二つの上訴につき共同的に本案の辯論を爲し裁判を行はしめる作用を有せざるを得ない。従つて是等の場合に於ても、はたまた検事丈が控訴を提起した場合にあつても、闕席した被告人不在の儘で一般の規定に従つて爲し得る以上は、直ちに本案について辯論し又は被告人の引致又は逮捕を命ずべきである。

法定代理人の控訴

被告人の法定代理人が獨立して控訴を提起した場合にあつては、公判に出席し在廷する被告人の義務については一般の規定が標準となることになつて居る。現行法（刑事訴訟法第三百三十條）に於て未解決の儘となつて居る、かくの如き場合に不服申立人丈が闕席したときにあつても本案の辯論を行はないで直ちに控訴を棄却すべきであるかどうかの問題は、委員會は、被告人も、また被告人の法定代理人も出頭しなかつた場合に限り控訴が取下げられたものと見ることに解決した。蓋し法定代理人は

常に被告人の爲に判決に不服を申立てるものであり、又被告人は恐らくはかかる事情を斟酌すればこそ法定代理人と竝んでみづからも控訴を提起することをしなかつたのであると云ふ事實は、以上のやうな規律を以てしなければ公正に取扱ふことは出来ないからである。

共同被告人に對する影響

刑事訴訟手續の不可分の原則は、すべての被告人に對するすべての裁判はただ統一的にしか言渡すことは出来ないものであると云ふ風に過當に緊張させるわけにはいかない。かくの如き規律は到底是認することの出来ない徒勞事に終り、特に數人の被告人を伴ふ手續に於ては往々にして超克すること出来ない困難を導き、嚴格な刑事司法にとつて到底忍ぶことの出来ない遅延を常に來さざるを得ないであらう。されば委員會は原則として刑事訴訟の判決は此の判決に關係を有する各人にとつて獨立して效力を有し、即ち被告人の一人の控訴又は被告人の一人に關してのみ提起された検事の控訴は、他の被告人に關する既判力の發生を阻止するものではないと云ふ方針を墨守した。

他の半面に於ては同様の見地から出發して居る現行法の規律は、同一の手續に於て各個の被告人に對して互に矛盾する判決が言渡されることとなり、かくの如き結果が獨り一般的に不法たるものとして感ぜられたのみに止まらず、裁判所の威信を著しく傷けた點に於て、往々にして甚しい不都合を來した事實は到底看過することは出来ない。よしんば恩赦手續 (Indultverfahren) に於てかくの如き矛盾の匡正が行はれても、それは常に臨時應急の救済でしかあり得ないし、被告人が其の當然享くべき刑

を免れた場合に於ては全然問題たることは出来ず、また再審の如きも特定の條件に羈束されることとして只制限的の範囲内に於てしか救済の道を開くことは出来なかつた。

されば委員會は、確定力の原則に觸れない爲に此の状態と妥協して止むを得ずれば再審の範囲を擴張することを許し、其の外に上告手續についてのみ刑事訴訟法第三百五十七條に倣つた規定を設けるべきであるか、それとも摘發された弊害は極めて重大なるものがあるからどんなに困難や不便が伴はうともそれにも拘らず控訴手續に於ても特別の匡正の道を設ける必要があるものであるかの問題に直面するに至つた。委員會は特に周匝な審議を経た後此の後なる方法に決したのである。

成る程第一審の判決の既に確定した共同被告人の一人につき再審の條件の存在することが控訴審の辯論中に於て判明した場合に於ては、控訴裁判所はみづから進んで再審を命ずることが出来る旨を規定することが出来ない譯ではないけれども、かくの如き規律は再審を辯明することの出来ない範圍にまで擴張しない以上は、換言すれば新しい事實若は證據方法なきも尙ほ再審を許すこととしない以上は、即ち探證若は法令の適用に瑕疵のある場合にあつても既に再證を許すこととしない以上は、餘りに狹隘に失する嫌があるであらう。更に控訴裁判所は控訴審の判決と解決すべからざる矛盾の關係に在る共同被告人の一人に對する確定の判決を破毀して、其の程度に於て事件を再審手續に附託することが出来るけれども、被告人竝に檢事は此の理由を以て再審を行ふことを許されないと云ふ解決は、もつと不満足であらう。けれども是等の懸念を別とするも再審手續に於て初めてする匡正は、二

つの判決の間の矛盾竝に之に伴ふ不都合な結果の悉くを擧げて白日の下に露呈せしめ、同一の事件に於て更に別個の公判を必要ならしめると云ふ重大な不利益を有するものである。

委員會は以上述べた所に依り、確定判決を受けた共同被告人をも控訴手續中に包括することを得しめるのが正常であると思惟したのであるけれども、それでも委員會は當初からして只一つのことを明かに承知して居た。即ち確定力に對する立法者の如何なる例外の設定も司法上に不安定を持たむものであり、判決に對する尊敬の念(特に判事自身の間にも)を危殆ならしめるに適するものである。されば此の例外は特別の注意を必要とし、いろいろの點にかけて制限的の條件に繋らしめることを必要とするものであると云ふことである。

先づ包括せしめらるべき人の範圍が制限を必要とする。犯行が同種である (Mischartigkeit der Tat) と云ふ丈では決して充分とすることは出来ない。即ち例へば二十人の者が各人一つの特別な手續に於て營業警察上の規定に對する同種の違反行爲の故を以て、第一審に於て有罪を言渡された場合に於ては、被告人の一人の控訴の提起を受けた控訴裁判所が此の犯行を全然罪とならぬものと思惟したからと云つて、第一審の判決に安んじて居る他の十九人の被告人をも控訴審の辯論に包括せしめやうと云ふのは不適當である。蓋しかくの如きは無制限の結果を導くべく、特にすべての被告人につき第一審に於て同一の裁判所が判決した場合にあつても尙ほ且然りとするものである。

けれども犯行の同一である Identität der Tat と云ふことも適切に界限することを得しめるもので

はない。わけても營業的の行爲若は連續的行爲に於て犯した犯行の場合にあつては、關係者の範圍は、極めて大であつて、各個の共犯が各別の手續に於て且異つた裁判所に依つて判決を言渡されることが稀ではない。けれども控訴裁判所は既に判決を言渡された關係者であつて包括する上に問題となる所の者を、己れの使用し得られる記録資料について精確に見通することが出来なければならぬ。

されば具體的の場合にどんなに形式主義的となる嫌があり、また偶然に依つて左右されるにもせよ、包括を許す範圍は同一の判決中で有罪を言渡された被告人に制限する必要がある。けれどもかう云ふ風にした上からは此の範圍内に於ては犯行の同一性が（前掲の例に於て見るが如く）存在しない場合にあつても、包括を許すことが出来るのである。

委員會の決議に依ると、不服を申立られた判決の變更若は破毀の結果を來すことあるべき事由が、判決中で有罪を言渡された共同被告人の一人に關する確定裁判にも影響を及ぼしたものと認むべき確實な根據が明かとなつた場合には、確定有罪判決を受けた共同被告人を控訴審の辯論に包括せしめるのを許されることになつて居る。即ち第一審の判決は、それが控訴裁判所に於てする辯論の對象たる被告人に關する限り、又それが共同被告人に關して確定的に裁判を爲したのである限り、「共通の瑕疵」を伴はざるを得ない。蓋し法律的感情にとつて忍ぶべからざる矛盾は、被告人の一人については控訴審に於て除去され乍ら、共同被告人については判決の確定の結果存続せしめることを餘儀なくされるやうな瑕疵についてのみ生ずる次第だからである。即ち控訴裁判所が共同被告人に關する確定判

決の部分に於て別の獨立の瑕疵を認定しなければならぬものと思惟する場合にあつても、控訴審の辯論を共同被告人に對して擴張すると云ふことは問題とはなり得ないのである。

包括の條件たることになつて居る「共通の瑕疵」は、事實の認定や證據判斷や法律的判斷や若は刑の量定の點に存することがあり得る。また瑕疵は確定有罪判決を受けた共同被告人の不利益に作用を及ぼすこともあれば、また其の利益に作用を及ぼすこともあり得る。即ち包括は——今日刑事訴訟法第三百七十五條に於て見るが如く——單に共同被告人の利益にのみ許されることになつて居るのではなくて、寧ろ——統一的な、公正な裁判を招來する爲の手段として——共同被告人の利益不利益の双方の方向に向つて作用を及ぼすことが出来ることになつて居るのである。勿論實際上に於ては包括は主として正義が共同被告人の不利益に於て損害を被る虞のある場合について問題となるであらう。蓋し逆の場合に於ては檢事は苟も疑はしいもののある以上は、普通成るべく廣汎な範圍に互つて第一審の判決に不服を申立てるであらうからである。

共同被告人に關しても匡正を必要とするやうな「共通の瑕疵」が果して本當に存在して居るものであるかどうかは、控訴審の辯論の末尾に至つて初めて確實に判明することの多いのは勿論である。控訴裁判所は共同被告人を現に行はれつつある辯論中に包括せしめるの決意を爲す場合にあつては、辯論の全部、即ち事情に依つては廣範圍に互る證據調をももう一度遂行することを必要とするであらう。蓋し包括せしめられた共同被告人が辯論全般に、特に被告人として關與するのを必要とするこ

と、即ち其の例へば證人としての關與は從來の辯論の反覆を無用たらしめるものでないことは自明のことであるからである。かくの如き反覆に著大の困難と不都合を伴ふものであることは、委員會の看過しなかつた所であつて、只委員會は此の懸念は決して包括にとつて問題となるすべての場合に於て成立するものではないのであるから、此の正當であるとして認められた思想の貫徹を全然斷念することゝを必要ならしめられるものではないと見たのである。

既に控訴審の辯論を準備するに當つて共同被告人の包括を許す「共通の瑕疵」を確實に認定すると云ふことは、確に普通不可能であると思ふのであるが、此の問題を審査するに當つて控訴理由書の記載を正當たるものとして想定するのは不可能である。蓋しかくの如きは餘りに廣範圍に互る、實質上不當な共同被告人の包括を來し、従つてまた確定力の忍ぶからざる動搖を招來すること必定であるからである。また公判に先だち——即ち云はゞ試験的に——「共通の瑕疵」の認定を是認せしめるに足りる事實が果して存在するものであるかどうかについての證據を調べる權限を控訴裁判所に與へる譯にはいかない。けれども控訴審の辯論に先だち既に記録上の資料に基いて認定についての確實な根據、即ち第一審の判決が「共通の瑕疵」を伴ふものであると云ふ事實（例へば明白に謬つた法律の適用又は既に他の刑事訴訟手續、民事訴訟手續等に於て認定された新しい事實）に對する有力な蓋然性の明らかとなる場合も想像することが出来る。されば委員會は、控訴裁判所は以上に記載した條件の下に公判以前に於ても既に共同被告人の包括を決定することが出来るものと規定した。委員會は此の

場合、裁判所は手續の此の階段に於ては特に細心の注意を以てしなければ包括を決議しないであらうと確信したのである。

控訴審の辯論の經過に於ても、「共通の瑕疵」の有力な蓋然性は決して常に辯論の末尾に至つて初めて明かとなるものではなくて、寧ろ辯論開始の直後に訊問された新しい證人の供述が状況の模様を全然一變して了ふやうな場合も非常にあり得るのである。辯論の終結前共同被告人を包括することに由つて裁判所が己れの見解を時期尙早に發表して了ひ、従つてまた或る範圍に於て己れの見解を固定させて了ふこととなると云ふ異論は、委員會としては一概に斥けて了ふことは出來兼ねたけれども、此の懸念は犠牲として忍ぶことの出来るものであると云ふのが委員會の考であつた。蓋し正義の利益上必要とする共同被告人の包括は一つの例外たる場合を成すものであつて、裁判所は辯論中と雖周到細心の審査の上で初めて之を諾するであらうからである。加之公判中に言渡される他の裁判（特に證據の申出に關するもの）の場合にあつても、關係者が此の裁判から裁判所の見解を揣摩するのを避けることは往々にして不可能である。されば委員會は手續の此の階段に於ても曩に記載した條件（「共通の瑕疵」を認定するについての確實な根據）の下に、共同被告人の一人を控訴審の辯論に包括せしめる權限を控訴裁判所に與へることに決意したのである。

かくの如き能爲規定に依つて控訴裁判所は現在の辯論が既に餘りに進み過ぎて居て、之を反覆するのは手續を無責任に遅延せしめ又は複雑ならしめる結果を來す虞のある場合、又は全體として考察を

爲す上に「共通の瑕疵」が極めて輕微であることが判明し、共同被告人としては正義に害を被らしめることなくして是が除去を斷念することが出来る場合に於ては、現に進行中の辯論に包括せしめるのを見合はせることが出来るであらう。

「共通の瑕疵」が如何に重大なる意義を有するにもせよ、特定の事由に因り共同被告人を控訴審の辯論中に包括せしめるのが不可能である場合に於ては、常に「共通の瑕疵」の匡正を行ふことを得ないものとするならば、以上の規律は不完全であり不公正であることを免れないであらう。されば委員會は、かかる場合に於ては控訴裁判所は「共通の瑕疵」の問題を判決の發見に際し併せ審査する必要があるとした。控訴裁判所が不服を申立てられた判決の變更若は破毀の結果を導く事由が此の判決中に言渡されて居る共同被告人についての確定裁判にも影響を及ぼしたと云ふ心證に到達した場合に於ては、控訴裁判所は是等の共同被告人についても控訴手續に於て辯論し、裁判する旨の決定を爲すの義務を負ふことになつて居る。即ち此の場合に於ては追加的に共同被告人に對する特別の控訴辯論を行ふべきものである。

控訴手續の如何なる階段に於て包括が決定せられたかに從つて規律に區別を立てるのは、裁判所が控訴審の辯論前及び控訴審の辯論中は見込のみ是れたよりとするのに反し、辯論の遂行された後に於ては評議に於て回看的考察を行ひ、終局的の見解を形成することが出来るものである點に其の根據を有する。「共通の瑕疵」が果して存在するや否やの問題を積極的に答へることの出来ない場合に於ては、共同被告人に對する追加的の手續に於ても同一の結果に到達するものと認むべく、即ち共同被告人に對して言渡された判決は存続するであらう。けれども裁判所にして「共通の瑕疵」が存在すると云ふ心證を得た場合に於ては、此の心證からして論結を抽出するのは避くべからざる必要であつて、此の場合に於ては正義に害を被らしめまいとすれば、共同被告人は追加的に控訴手續に包括せしめるべきである。

其の何れの場合に於ても、共同被告人の一人を包括せしめるには裁判所の明示的の決定を必要とすることになつて居る。蓋し確定力に例外を設けると云ふことは非常に重大な處置なのであつて、從つて此の例外の設定は本人にとつて（竝に場合に依つては執行官廳にとつても）確實な形態に於て認識し得べからしめることを必要とするのである。普通決議を爲すに先だつて共同被告人の所存を聴くことを必要とするであらう。加之共同被告人には包括の決議された後控訴審の辯論を準備する爲の充分な機會を興へることを必要とするものである。

再審手續に於けると同様裁判長は包括せしめられた共同被告人に對する刑の執行を猶豫し、又は之を停止するの權能を有することになつて居る。控訴審に於て言渡される判決の字句竝に公告に關しても、委員會は此の訴訟上の救済について規定してある規定を踏襲した。それは包括は再審に類似の作用を有するものであるからである。

C 上 告

國軍法會議部長ドクトル・ルドルフ・レーマン

訴訟法委員會の審議の結果新訴訟法は二つの異つた上訴方法を採用することになった。之についての細目に互つての記述は本書の別の箇所て報告されるであらう。一つの上訴は公判の完全な更新と事實上及び法律上の點に於ける審査の完全な更新を目標とする控訴であり、他の一つは控訴とは明瞭に區別された、法律問題の審査に重心を置く上訴である。かくの如き上訴が必要なものであることは新法の施行される當時に於ては別段理由を示すまでもないことである。

控訴は區裁判所判事及び參審裁判所の判決に對して認められ、地方裁判所の參審部 *Schöffenkammer* に向つて行はれることになつて居る。參審部及び陪審裁判所の判決に對しては別の上訴が認められることになつて居て、此の上訴については區裁判所判事の面前で開始された事件に於ては控訴院が裁判し、其の他の事件に於ては大審院が裁判することになつて居るのである。

かくの如く上訴を二つの異つた種類に區別する理由を簡単に要約すれば左の通りである。

區裁判所判事又は參審裁判所に於て開始された小規模の事件にあつては、經驗上主として事實の點に於ける審査を必要とするのであるが、參審部又は陪審裁判所に於て審理せらるべき事件にあつては

趣を異にし、是等の裁判所は判事の數上から云つても多數を以て構成されて居るのであつて、其の面前に於ける辯論は周匝にして遺漏なきものである。周匝にして遺漏なき辯論は獨り參審部や陪審裁判所のそれのみに限られる次第ではなくて、區裁判所判事や參審裁判所に於ける辯論も亦さうであるのは勿論であるけれども、實際は參審部や陪審裁判所に於て辯論の行はれる事件の規模の大であることは、公判前に於ても公判中に於ても取調を徹底せしめるの作用を及ぼすのである。此の一事は當然の論結として是等の判決を審査するに當つては重心を法律問題に置くのを是認せしめる。況んや大規模な公判を反覆するのは望ましからぬことであるに於ておや。兎に角控訴に反對して主張される理由は、當該の事件が愈々大規模なるに従つて益々有力となつて來るのである。加之かくの如き控訴審の辯論を遂行する上に於ての實際上の困難が伴ふ。或は參審部や陪審裁判所の判決に對する控訴は控訴院に向つてのみ爲すことが出来るものとすることも出來やうが、併し是等の事件に第三審を興へる譯にはいかないのであるから、此の處置は畢竟丁度一番大切な事件に於て司法の統一を傷けるの結果を來すこととなるであらう。さればかくの如き状態から生ずる特殊の要求に合致する上訴方法を設ける必要がある。此の上訴は上訴裁判所の裁判が實質的に公正な判決に基いて、法の正常にして平等な運用を確保することを目的としなければならぬ。

即ち上告裁判所の行動の目標は委員會の意見に依れば、

法令の統一を擁護し、案件を公正に裁判する

と云ふことである。此の第二の上訴は従來は Revision と呼ばれて來たものであるが、今後は Urteilsrüge と云ふ名稱を以て呼ばれることになつて居る。

此の上訴は主として、

手續上の瑕疵、

竝に實體法の適用上に於ける瑕疵。

を客體とするものであるが、同時にまた他の半面に於て、

不服を申立てられた判決の瑕疵であつて、他の領域上に存するものの斟酌も或る限界内に於て許される。

ことになつて居る。

此の點は詳細な説明を必要とする。只其の説明を爲すに當つては當然の事理として、現行法に於けると同様になつて居る所のものよりは、委員會の希望に従つて變更されることになつて居る所のものに深く立入つて論ずるであらう。わたしの特にそれをお断りして置くのは、草案が法律的統一と云ふ大切な事柄と其の保全と云ふことを、輕視若は閑却して居るのであるかの如き印象を喚起することからんが爲に外ならない。

二

上告は先づ判決が手續上の瑕疵に立脚して居るのを理由とすることが出来ることになつて居る。此の責問 *Reise* には理由を附することを必要とする。不服申立人は其の手續上の瑕疵たるものと認める事實を表示することを必要とするものである。

此の一事は現行法と一致して居る。

委員會の見解に依ると現行法の運用も變更されないうで居る。即ち上告裁判所は主張された瑕疵が果して存在するものであるかどうかを審査することを必要とする。此の審査を爲すに當つては上告裁判所は事實裁判所 *Tatsachengericht* に於ける探證規則を支配して居る規定に羈束されるものではなく、己れの相當と認める所の儘に己れの心證を形成することが出来るのである。

更に手續が瑕疵の上に立脚して居ることが條件となつて居る。此の點に於ても現行法竝に其の解釋に較べて全然異なる節はない。勿論上告裁判所に與へられることになつて居る事實上の原因に由る判決破毀の権限は、手續に關する違反の責問されることが従來よりも稀となるの結果を導くに至るものであると云ふ見込は立つ。且又判決を破毀する爲に、他の理由に基いて除去することを必要とするか、の如き違反を利用する必要もあるまい。けれども上訴裁判所が訴訟法の規定に對する違反の場合にあまりに寛大であつてはならぬと云ふことは、將來も相變らず必要である。刑事訴訟手續は固定した形式を必要とする。眞實究明の直接主義や、事實關係の解明の周匝や所存を聞かれんことを求める権利や防禦の権利や審問の公行を保障することを目的とする規定は、被告人の権利を保障するのに役立つ

ち、従つてまた被告人の保護に役立つものである。かくの如き規定に對する違反の廉を以てする公判の反覆は、具體的の場合に於ては非常に望ましからぬことがあり得る。かくの如き反覆は上告裁判所にとつて實生活に疎い、餘りに嚴格な形式主義の非難を生せしめる因となることがある。けれどもそれは一層大きな目的の爲には甘受しなければならぬことである。かくの如き法律上の命令の絶對的遵守は判決の破毀と云ふ重大な處置が、不遵守に依つて招來される場合に限り確保されることなのである。

草案が重要な訴訟法の原則の注意深く遵守されることに認めて居る重大な意義は、草案の提案して居る影響する所の非常に大なる革新からしておのづから明白となつて來る。

三

委員會の草案に依ると、上告裁判所は責問されなかつた手續上の瑕疵にも職權を以て審査を及ぼすことが出来る。

此の提案に對しては、事情に通じた人達から有力な懸念が主張された。この懸念は次の諸點に歸著するものである。

此の權限は一種の義務を意味するものである。従つてとにかく適法な上告にして存在する以上は將來は上告審の判事は、何等かの手續上の違反があつて不服を申立てられた判決がこの手續上の違反の上に立脚して居りはしないかどうかを審査することが必要となつて來る。されば上告審の判事はそれ

ぞれの案件に於て記録を始から終まで讀むことを必要とし、どんな小さな處分にもどんな送達證書にも又どんな裁判所書記課の記入にも注意を拂ふことを必要とするであらう。かくて上告裁判所に於ける辯論は無際限に引伸されることとなるであらう。明白に理由のない上告などと云ふものは殆ど最早存在しないこととなるであらう。

これに對しては左の如く答へることが出来る。

凡そ都合の悪い提案を排撃するのに極端な論理の徹底を以てし、丁度ゴム風船を吹いて吹いて吹き膨らまし、結局それが破裂して了ふやうにすると云ふやうに仕向けるのが、好んで用ひられた手段であることは周知の事柄である。われわれは被告人の不利益に於て判決を變更するの禁止を廢止するに當つて、既に類似の異論を聞いた。此の禁止の廢止も實行不可能であると云ふのが論者の議論であつた。ところが實際にはどうであつたか。廢止は立派にやつてのけられて居るではないか。

勿論法律が判事に向つて正義に到達すべき道をみづからの手で捜し索めることを禁止するのは、勞力を節約する所以ではあらう。けれどもそれは法制革新の目標では斷じてあり得ない。

且又將來は手續上の違反を捜す爲の顯微鏡をつかつて手續を審査するのが上告裁判所の義務であるとする議論は、容認する譯にはいかない。新しい規定も理解分別を以て運用すべきものである。新しい規定の精神は、手續を形成する上に決定的の影響を及ぼすことあるべき明瞭な瑕疵の存在する場合にあつては、上告審の判事は權利の保護を求める者が他の、恐らくは不當然な理由を以てして救済を請

求した場合にあつても、権利の保護を求める者に救済を興へることが出来るやうになつて居ると云ふにある。其の理由は現在の規律は不當であると云ふことである。現行法では訴訟法の違反は訴訟法に精通して居る者でなければ有効に責問することは出来ない。訴訟法と云ふものは誠に取り付きにくい代物であつて、誰でも訴訟法をうまくこなす術を心得て居るものとは云ひ難い。其の結果として己れ自身をしかたよることの出来ない被告人は不利益に陥ると云ふことになる。かくの如き被告人は訴訟法の違反を責問することは全く不可能である。かやうな次第で辯護人の附添のない被告人にも救済を興へると云ふのが判事の民衆の面倒を見る義務の一つに屬する次第である。けれども上告審の判事はそれが己れに許されて居る場合でなければ辯護人の附添のない被告人に救済を興へることは出来ないのである。されば草案は上告審の判事に此の許可を興へやうとするものである。大審院の部をして此の目的の爲に將來は主として送達證書の閲覧に従事せしめると云ふことは、草案の精神に合致する所ではない。部も亦確にそれは爲さぬであらう(註)。

(註) エーベルハルト・シュミットも獨乙法學士院の兵役刑法作業委員會の報告 (Eberhard Schmidt in dem Bericht des Arbeitsausschusses für Wehrstrafrecht der Akademie für Deutsches Recht zur Neugestaltung des Strafverfahrens der Wehrmacht 1938, S. 110) 中で此の意味の主張をして居る。

ここでも他の提案に於けると同様草案は、裁判當局が獨自の力で既に展開し初めた所のものを法律の内容たらしめやうとして居る。大審院はずつと前から訴訟條件は存在して居るか訴訟障礙は存在し

て居るかを審査して居る。此の審査は職権を以て行はれるのであつて、即ち不服申立人が違反を責問しなかつた場合にあつても行はれるのである。法律中にはこの権限については何にも記載されて居ない。それは法律に従つて責問することを必要とする訴訟法違反である。けれども大審院の判決は大に賞讃しなければならぬ。即ち大審院の判決は如何なる事情の下にあつてもそれに對する違反が存在するならば、不服申立人が此の理由を援用しなかつた場合にあつても必然的に不服を申立られた判決の破毀を招來せざるを得ない程重要な手續上の原則の存在することを認めた。大審院の判決は法律を更に展開させて此の事實からして必要な論結を抽出したのである。

草案は此の道程上を更に歩を進めて居る。判決が新法上どう發展せざるべからざるものであるかは明白である。判決は從來同様不服申立人が一つ一つ責問した訴訟法違反を追究し、不服申立人の主張を審査し、訴訟法の違反が判決に及ぼすことあるべき影響を検討し、必要の場合には判決を破毀するであらう。其の外裁判當局は職権を以て重要な規定に對する重大な違反を判決破毀の理由にとるであらう。之については先づ第一に解明義務の違反が問題となるであらう。

訴訟法の違反に對する此の見解は極めて明確である。されば草案は現行法の所謂絶對的上告理由をも拋棄することが出来るものである。かくの如き違反にして存在するに於ては、判決は必ずそれに立脚するであらう。只此の處置は公行に關する規定の違反に關する程度に於てのみ冒險たるものなのである。

委員會の草案に依ると、上告は更に認定された事實に對して法を適用する際に於ける過誤の故を以て判決が不公正であることを理由とすることが出来る。判決の内容全體に互つての此の審査は、苟も適法に提起された上告については行ふことを必要とする——即ちたつた一つの訴訟法違反の責問されたに止まる場合にあつても、此の審査を行ふことを必要とするものである。

草案の精神を汲んで考へると、將來も上告裁判所の權利義務の重心は此の規定中に存すものである。

現行法に比較して變更された點は、提案の字句に依ると只一點にのみ存するやうに見受けられる。

現行法は、上告は判決が法令に對する違反に立脚して居ることを根據とすることが出来る旨を言明して居る。

之に對して草案は、手續上の瑕疵の場合に限り法令違反に「立脚する」と云ふ概念を使用して居るのであつて、法令の適用の點に於ける其の他の瑕疵の場合にあつては草案は、判決が此の瑕疵の故を以て不當である場合に限り之を許すこととして居るのである。即ち此の場合にあつては過誤と判決との間の單なる原因結果の關係より以上のものが要求されるのである。そこで過誤が判決に非常に強い影響を及ぼして、其の結果判決が（其の歸結に於て）不當であると云ふ事情が附け加はることを必要とするものである。

此の提案は大體に於て、上告裁判所が現在既に實際に行つて居る所と合致するものである。上告裁判所の公表された裁判中には、法律を正しく適用する場合にあつても別段の刑を期待する譯にはいかないのであるから、従つて上告は棄却する旨がどんなに屢々反覆されて居ることであらう。このことは上告裁判所の見解上他の罰則を適用することを必要とすべかりし場合にあつても、はたまた理念上相競合する罰則の適用されなかつた場合にあつても言明されて居るのである。此の種の考察は當然の事理として、上告を明白に理由なしとして棄却することを必要とするや否やの問題を審査するに當つて、更に一層大なる意義を有するものである。此の場合慣行は、大切なのは結果であつて、上告裁判所が不服を申立てられた判決のそれぞれの字句を是認することが出来るかどうかと云ふことではないと云ふことになつて居る。

即ち草案がここで提案して居る所のは、何等際立つて新規な事柄ではないのであるが、只草案がそれを明示的に言明して居るのは結構なことである。同時に上告裁判所の判決すべき場合を法律家の特許的解決に委ねると云ふのが大切ではなくて、結果に於て公正な裁判が大切なのであることが高調される次第である。

からは云つても何も法律の皮相淺薄な運用を推稱して居る次第ではない。刑の量定若は犯人の特示について、何れの罰則を適用すべきやが肝要である場合にあつては、勿論瑕疵ある判決を破毀すべきである。

もう一つの變更は遙に重大な意義を有するものであるけれども、此の變更は云ふ迄もなく刑事訴訟法の最終草案の字句からはもはや直接には明白となつて居ないものである。

草案は從來の法文に於ては、不服を申立てられた判決が認定された事實に對し價値の尺度を適用する際に於ける瑕疵の故を以て不當である場合にあつても、上告の上訴方法を與へやうとしたものであつた。此の上訴方法は法の適用の瑕疵に關する上訴と相並び存したのであつたが、此の判決理由は最後の法文中にはもはや存在して居なかつた。けれども此のことは決して思想それ自體が拋棄されたことを言明したのではないのであつて、寧ろ委員會に於ては、法律は追加條項がなくても追加條項の精神に於て解釋することを必要とするものであることが、自明的の事項として思惟された次第なのであつた。

現行法の擴張は、エルンスト・シェーファアの周知の論文中に於て既に報告された(註)考察に依つて實質上理由付けられて居る。それは次の事柄である。

(註) Beiträge zum Recht des neuen Deutschlands (Festschrift für Schlegelberger), 1936, S. 139, 153.

新刑法は從來知られて居なかつた範圍に於て不定の概念を使用して居るのであつて、是等の概念は充足や評價的適用の必要がある。是等の概念中の一番重要なものは情狀特に重き場合 *beognens sel- vorer Fall* の概念である。この概念は現行法の決疑的列擧の一大部分を無用ならしめ、其の屈伸性は

裁判所をして犯人の罪責を評價する上に於て各個の場合の特別な性質を斟酌することを得しめるのを使命とするものである。事實審の判事に依る充足を必要とする他の規範的概念についても同じことが云ひ得られる。其の例として刑法草案中に度々出て來る、「妄りに」とか「本分に反して」とか「期待可能」とか「眞面目な意思」とか「重要な公の利益」とか云ふやうな概念を挙げたい。其の外に特に極めて大なる意義を有する適用の場合として健全な民族的感情の概念がある。草案は固定的な法律の規律から取のけて置かうとする場合を界限する爲にこの概念を使用することが稀でない。

是等の不定の概念は事實審の判事のみならず内容に於て内容を充足することは出來ない(註)。かくの如き概念を適用することの中に存する評價は法の通用であつて、法より以上のものであり、云はば法を創定する *rechtschöpfen* やうなものなのであるから、従つてまた最高裁判所に依る審査の行はれることを必要とすること特に大なるものがあるのである。

(註) 之に關して特に注意に値ひするのは、Singer in der Festschrift für Graf Gleispach S. 150 である。

かくの如き事情の下に於ては、最高裁判所の權限のかくの如き擴張は從來の諸草案に於て見たやうに明示的に法文の上に規定することを必要としないものであるかどうかを、更めて究明することが適當であるやうに考へられる。實際現行法の非常に流布して居る解釋に較べると變動は著しく大なるものがある。現在此の問題に於ける判例がまだ非常に混亂して居りまた不統一になつて居ることは、ドエルフラアやシュウケンゲなどの諸氏の印銘深く摘示した所である(註)。(だがわたしはシュウケン

ゲの説に對しては、大審院の民事部と刑事部の間や刑事部自體の内部に於ける判例の不統一は、シュウケンゲの述べて居るやうに上告の上訴をして専ら法律的統一を擁護するの任務を有せしめることに依つても、阻止することは出来なかつたのだと云ふ所見を禁ずることは出来ない。事態かくの如くなるものある以上は、かくの如く不定な概念を審査すべき権利義務は、明示的に上告裁判所に一任することゝするのが優つて居るやうに思はれる。よしんば若干年の間は口さがない論者の爲に、法律はこゝでは不必要にも全然自明的の事柄を言明して居ると嘲られるの危険は冒してゐる。

(註) Dörfner, Die Urteilsrige, in dem Buch: Der Volkstrichter in der neuen deutschen Strafrechtspflege, 1937, S. 160.
Schwinge, Grundlagen des Revisionsrechts, 1935——neuestens auch in Juristische Wochenschrift 1938, Heft 13.

六

刑の量定は上告を以て不服を申立てることが出来るものであるかどうか、若し上告を以て不服を申立てることが出来るとすればどう云ふ範圍に於てあるかと云ふ非常に重要な問題も、更めて究明する必要があるやうに思はれる。

現行法は刑の量定に關しては極く僅かの規定丈しか掲げて居ないのであるが、現行法の支配の下にあつても既に上告裁判所は、非常に躊躇勝にはあるが刑を量定する際に於ける裁量の執行を審査し始めて居るのを觀察することが出来る(註)。此の場合にあつても發達は——判決の見識と迫力とに驅り立てられて——おのづから草案の新法に指示しやうとして居る方向を執つて居ることが判る。だが

個々の場合に不服を申立てられた判決のわけの判らぬ甚しい寛大さや若はわけの判らぬ甚しい嚴格さやが上告裁判所をして特に細心の注意を以て——そして此の場合には確に常にいい結果を以て——事實上の瑕疵若は訴訟法上の瑕疵に關して判決を審査するに至らしめることがどんなに多いかは検討を免れて居る。

(註) 此の點についてはシュウケンゲの前掲論文を参照せられたい。

將來の刑法に於ては状態は現行法に於けるとは異つて居る。新刑法は法定の刑の量定事由 *Stiftungsgrund* を認めて居て、此の事由を包含する規定に違反すると、法の適用の瑕疵を存することとなるのである。即ち將來は——刑法草案の規定に反して——犯人の人物や生活振りを評價することをして居ない判決だとか、犯人の民族協同體内に於ける地位や成績やを論じて居ない判決だとか、又は犯人の罪責や其の義務違反の程度を斟酌せず若は故意に因る犯行の場合につき犯罪的意思の強弱、過失に因る犯行の場合につき輕卒や無頓著の程度を考察の中に加へて居ない判決には不服を申立てることが出来る。此のことは明白である。さもないことには、刑の量定を規律して居る法律の規定は上告裁判所に依る審査から除外しなくてはなるまい。かかることは全然勘考することの出来ないことである。發達は須らく前方に向つてせらるべきで、後方に向つてせらるべきではないのである。だが法定の刑の量定事由を斟酌し究明するに當つて、明白に不當な刑の科せられた場合にあつてはどう處置すべきであるかは問題である。

刑の量定はとりも直さず認定された事實に對する法の適用たるものであつて、謬つた刑の適用、謬つた刑の量定は從つてまた——他の如何なる評價の謬りに於けるとも同じやうに——謬つた法の適用たるものであり、從つて全然無制限に上告裁判所の干渉を受けるものであると斷言することが出来るかも知れない。若し此の原則を究極までつき詰めて行くならば、苟も刑にして上告を以て不服を申立てることの出来ないものは全くないと言ふことになるであらう。

かかることは全く不可能である。

刑の量定は第一に被告人の人物の判断に依つて左右される。被告人の人物の判断は事實審の判事の仕事であり、將來も事實審の判事の仕事たるに於て變りはないであらう。事實審の判事は犯人を前に据えて犯人の性格についての觀念を造成し、また公判の結果に従ひ、また犯人だとか證人や其の他の證據方法だとか己れに與へた直接の印象に從つて、犯行の事情や其の結果についての觀念を造成し、此の觀念に從つて刑を量定するのである。刑を量定するに當つては殆ど言葉には言ひ現はすことの出来ない考慮が併せ働くのである。本審裁判所の嚴肅な判決主文が言明して居るやうに、判事は何故に十二箇月の輕懲役を言渡すことをしないで十一箇月の輕懲役を以て「必要であるが併しまた充分である」と思惟したのであるかを判示すると云ふことは全然不可能である。從つて此の點は上告を以てする攻撃も上告裁判所の干渉も許す譯にはいかなない。尙ほわたしはかやうな馬鹿々々しい判決の變更の行はれることを希望する上告審の判事があらうとは、到底想像することは出来ない。

けれども問題はまだ是で解決されて了つたのではない。法定の刑の量定事由について論議する刑の量定の場合にあつても、重大な瑕疵の存在することがあり得る。之に對しては或は、此の場合には法定の刑の量定規則に對する違反の存在する必要があると答へることが出来るかも知れない。此の異論は豫期されて居る刑の量定規則が有力であり且明確であつて、確實な判決を可能ならしめる場合に限り正當であるであらうが、そう云ふことは問題ではあり得ない。刑の量定規則は大部分は判事に對する指示であつて、判事に向つて法律の意思は判決の此の部分につきどう云ふことの注意されるのを命じて居るかを示すものに外ならない。即ち此の規則は道しるべの用を爲す次第なのであつて、決して測定の道具の働きをするものではないのである。されば法律の指示を斟酌する——此の斟酌を行ふに當つては型にはまつた適用の危険が非常に大なるものがあるのであるが——場合にあつても、裁量の適用の點に於て重大な瑕疵の發生することは極めて想像し得られるのである。

果して然らば一體どうすべきであるか。

草案の規定して居る規定中には此の點について何等準據すべきものはない。委員會では刑の量定の攻撃適性について法律中に於て何事かを言明するのは適當でないと考へられた。刑の量定に對しては不服を申立てることを得べきものであるが、刑が不當であると云ふ理由丈では不服を申立てることは出来ないと言ふ意見は、事實上有力な反響を見出したのである。

わたしは次のやうに解する。法定の刑の量定規則を整頓完成し、其の形成が司法の任務に屬するの

故を以て法律中では確定することの出来ない諸般の原則を設けるのは、今後も上告裁判所の任務であらねばならぬ（上告裁判所が將來從來よりも一層力を入れて此のこゝを行ふのは望ましいと考へられるのであるが）。例へば最高裁判所が、行狀に非難を容れることなく、處罰を受けることのないのは官吏として自明的なことなのであるから、従つてかくの如く處罰を受けたことのないのを斟酌しての刑の減輕は問題とはなり得ないと云ふ、本審裁判所の見解に正當に反對する場合である。是は將來はどうなるのであるか。かかる理由を以て刑の減輕を拒む本審裁判所の判決は、犯人の人物や其の生活振りや其の民族協同體内に於ける地位成績やを斟酌すること刑法草案の規定がそれを言明して居る通りなのであつて、只間違つた論結に到達して居ると云ふ丈のことなのである。此の點に干渉を加へることが出来なければならぬ。かくの如き評價の標準であつて法文上には規定されて居ないけれども、それにも拘らず判事としては看過することを得ず、従つてまた間違つた適用を爲すことを許さないものが随分多い。かくの如き評價の標準に對する違反のあつた場合にあつては、法の間違つた適用の存在することがあり得る。此の種の問題は各個の場合を超越する意義を有するものであるから、かかる瑕疵を補正する道が開かれて居なければならぬ。蓋しかくの如き瑕疵は法律上の瑕疵 *Rechtlicher Fehler* たるものであるからである。わたしの考に依ると草案はかやうに解釋すべきものである。

草案が以上述べた所に依り「情狀特に重き場合」に興へやうとする取扱も亦、此の結果に到達せしめるものである。「情狀特に重き場合」が果して存在するものと認むべきであるかどうかの問題は、

常に上告を以て不服を申立て得ることになつて居るのであつて、特に獨り情狀特に重い場合と云ふ法律的概念が誤認された場合のみに限らず、本審裁判所が正しい法律的概念を基礎にとつて其の裁量を謬つた場合にあつても尙ほ且然りとするのである。所が刑法草案を通覽して見ると、法律が情狀特に重い場合につき十年以下の重懲役を法定して居る第二項を通常の法定刑に附け加へるか、但しはまた通常の刑の範圍内に於て既に「十年以下の輕懲役若し重懲役」を規定するかは、全く偶然に支配されることが多いのが判る。其の結果として法律を運用するに當つて此の二つの部類の間の相違を明確に高調して、一つの部類（情狀特に重き場合）にあつては常に上告を許すけれども、他の部類（通常の刑の範圍内に於てする刑の量定）にあつては、上告を明示的な法律の量定期則の違反に繋らしめるやうにするのは不可能であると云ふことになる。（とは云へ此の二つの部類を全然平行的に取扱ふと云ふのは必要でもなければ、望ましいことでもない。情狀特に重い場合を存するや否やの問題は全く罪責問題に屬する。實際家が此の原則に對して示す反抗的氣分は、遅くも新刑法の施行と共に打破せられるであらう）。

最後に狹義若し廣義の法條に違反することなくして明白に全然謬つて刑の量定された場合に於ける解決はどう云ふ風に考へられるものであるかは、以下に於て上告裁判所の所謂破毀の權限の擴張を論ずるに當つて説明する所である。

所謂破毀の權限の擴張に關する草案の規定は、草案の提案する革新の核心たるものである。

上告裁判所は、判決が手續上の瑕疵に立脚するのではなく、また實體的の瑕疵の故を以て不當たる次第でもないけれども、其の他の理由に因り判決が其の内容を著しく動搖せしめられ、従つて本案に於ける辯論及び裁判の更新が缺くべからざる必要である場合には、職權を以て不服申立のあつた判決を破毀し、事件を差戻す權利を興へられて居る。

此の提案の字句は審議の経過中に變つた。今ここで報告する所も未だ以て最後の法文たるものと見る譯にはいかない。けれども此の規定の精神は常に次の通りであつた。

現行法が法律問題を審査するやうに上告裁判所を羈束して居る東縛は、一つの決定的な點に於て緩めることが肝要である——現行法が上告裁判所を羈束しやうとした東縛を緩めることが肝要なのであると云つたら恐らくもつと適切であらう。蓋し實際に於ては裁判當局はこの東縛をとく昔に自分で緩めて了つて居るからである。裁判當局は上告と云ふ上訴が法律の統一を確保すると云ふ目的を以て目的とする譯にはいかないものであると云ふこと、寧ろ個々の場合を公正に裁判する爲にも利用されなければならぬものであると云ふことを認識して此の東縛を緩めたのである。裁判當局は此の努力に於て正義に到達せしめる幾つかの巧妙な方法を考へ出した。事實問題と法律問題との間の限界は、従前純然たる事實問題たるものとして考へられて居た問題が今迄よりも厳しく審査され得るやうになつて居ると云ふ意味に於て、不斷に動いて居る。従つて上告の上訴を粗末な控訴に變更せしめて居る

と云ふ理由で草案の提案を批議しやうとする者は、先づ——シユウキングの著書について見るのが一番いいのだが——左の事柄を銘記してよからう。

今日上告法の適用に於て自明的である所のもの多くは、一時代前には恐らく本當の神聖冒瀆たるものであらう。

今日必ずしも絶對的に純然たる舊式の法律適用の領域上に存在して居る譯のものではない重大な瑕疵を示して居る或判決が上告裁判所に提出される場合に於ては、上告裁判所は此の判決を破毀し、依つて以て事實審の判事の新しい裁判を可能ならしめるやうにしなければならぬ。此のことは狹義に於ての法律の適用を特に厳しく審査することに依つてか、又は裁判當局に依つて新たに開拓された方法に依つて行はれる。内面的の事實を認定する際に於ける不手際な表現は、破毀を理由づけるに足る瑕疵の豊富な淵源である。刑の量定に關する論述も特にそれが委曲を盡して居る場合に於ては是亦豊かな淵源である。「事實審の判事は構成要件の標識を刑の量定事由として使用したものであると云ふ嫌疑に餘地を興へる」やうな字句が、此の場合にどんなにたやすく見出されることであらう。是等の淵源にして涸竭するに於ては恐らく少くとも一つの思考上の謬りが判決理由中に存在するのである。恐らくは經驗則の違反のこともあらう。恐らくはまた判決理由が不明確であるか又は矛盾して居ることもあらう。恐らくは又更に一步を進めて訴訟手續上の違反が「同時に罪責判斷の實體的基礎に觸れる」と云ふことを主張することに依つて、手續上の違反を實體上の瑕疵に變らしめる咒文をすら

も適用することを必要とするかも知れない。とにかく何事かが——われわれはそう期待したい——既に常態にないのであらう。そして此の場合の破毀が行はれるのである。

法律を以て上告を緩にするのに反對の論者はみづから（多少正當な矜持の念を以て）此の方法の複雑であることを指摘し、此の點からして、實際には上告裁判所の權利は法律を以て擴張することを必要とするものではないと云ふ論結を下した。本審裁判所の重大な過誤はそれが法律適用の領域上には存在しない場合にあつても、之を除去することは極めてたやすいであらう。されば立法者は須らく上告の技巧的な構成に對する危険な干渉から遠ざかつて居るべきである」と云ふのである。

是等の理由は委員會が其の提案に係る現行法の改正を以てして達成したいと考へて居る所のもの核心には觸れないものである。

凡そ判決中で正義を追求するに當つては、獨り法律をいろいろと伸張することに依つて極めて甚しい場合に救済を興へることが、判事の技術上爲し得られたかどうかと云ふことを眼目とするのみに止まるものではない。獨り目標それ自體丈が大切であるのみに止まらず、目標に到達する迄の道程も亦大切なのである。事實認定の點に於て懸念すべき判決を破毀する爲の直線的な公明正大な道は、今日では上告裁判所に閉されて居るのである。判事は一番手近な所に存在する所のものが、一番簡易なものであるとは斷言する譯にはいかないであらう。公訴代表官も被告人も何れも共に彼等の念頭に在る所のものを言明することの出来ないのも亦よくないことである。彼等は實際には少しも重要視するに

足りない責問をひたすらに假構しなければならぬのである。此の状態は司法の威嚴にとつてふさはしいものではない。そして本當に懸念すべきは法律家が代々全然いい氣持になつて居たことである。

上告審の判事は現行法を以ても結局間に合せて行くことが出来るものであることは素より言を俟たない。此のことは何人も之を争はない。苟も判事たるの名稱を享けるにふさはしい者は、己れの重大な不公正の存在するものと認める判決を是認することを法律の字句に依つて強制されるものではない。かやうな次第で澤山の方便が生じた。此の方便は己れの不公正と認めた判決を破毀する爲に上告裁判所の發見した所である。けれども司法的技術が爾く發達したことについては決して満足を感じず譯にはいかない。苟も上告裁判所の公表された判決を見た者にして、其の各行間に潜む不文の字句を讀取ることを解するならば、裁判と云ふものは判決を支持しやうとか又は之を破毀しやうとか云ふ希望に、どんなに支配されることがあるものであるかと云ふことを識認するであらう。個々の場合を公正に裁判しやうと云ふ希望に於て最高裁判所は往々にして法律違反を判斷するに當つてドラコ式解釋の峻嚴に陥るか、さもなければ本當に此の世のものとしも思はれない程の寛大に失する處がある。更に何等かの理由に因つて公表の價值のないものと認められる裁判中の或るものについては、此のことはもつと一層云ひ得られる。そして上告は明白に理由がないと云ふ判決主文の下にはどれ丈け多くの法律違反の寛裕な判斷が往々にして隠されて居るものであるかは、上告部 *Revisionsrat* の部員のみ完全に知悉する所なのである。

以上はすべて懸念あり、且望ましからずとする所である。だが併し判事に非難を加へるべきではない。寧ろ判事があらゆる障碍の存するにも拘らず何時も繰返して正義に徹することが出来るのは、賞揚していいことである。非難に値ひするのは法律である。云はば屋内に通ずる階段を法律が閉鎖して了つて居るのである。新法は舊法に於けるよりも遙に正直であつて、事物を其の現に在る儘に見ることになつて居る。非常に重大な問題——ここで對象とする所はかくの如き重大な問題たるものである——に於ては充分簡單に考へることは出来ない。そして法に於ける一番簡單なことは法を正直に運用すると云ふことである。

之に對しては、事實審の判事でなければ事實關係を正當に評價することは出来ない。上告審の判事に此の任務を課すると云ふことは、上告審の判事に不可能事を強ひるものであると辯駁されて居る。

此の異論は其の核心に於て正當である。只此の異論も提案の精神には觸れて居ない嫌がある。先づ、記録の中でも犯人についての觀念は生きて居る。肯定的にもせよ否定的にもせよ判決を取扱つて居る幾多の裁判所は己れの見解を理由付ける爲に此の犯人についての觀念を充分に行使して居るのである。極めて重要な恩赦權の運用は大部分記録の記載する所に基くものである。それにも拘らず書面に依る手續は決して推稱すべきではあるまい。委員會の提案中に於ても書面に依る手續は決して推稱されては居ないのである。上告審の判事が事實に關して重大な懸念を有する場合にも記録に基いて案件をみづから終局的に裁判すべきものとは一言も云つてはないのである。上告審の判事は決してかか

ることを爲すべきものではないのである。上告審の判事は事實の認定の正否に對して重大な懸念を有する場合には、審査を更新する爲事實審の判事に事件を差戻して差支ないことになつて居るのである。此のことは記録に基く独自の裁判とは全然異なるものである。是亦既に日常行はれて居ない所のものと何等異なる所はないのである。此の提案は新しい法を制定しやうとするものではなく、只現に行はれて居る法の運用をもつと正直に形成しやうと云ふ丈のことではないのである。

最高裁判所の行動の重心が其の現在存して居る所、即ち法律の適用の領域上に存するものであることは將來と雖全然自明的のことである。上告裁判所が其の權限を不適當に行使する虞があると云ふ危険は全く存在しない。それは仕事の過重の負擔の妨げる所でもあれば、また事柄の本質上其の作用に劃せられる限界の認識の妨げる所でもある。己れの良心の命ずる所以外には何者の命令にも服従しない判事には、かくの如き權限の正當な適用を保障するに足りる丈の程度の自制力と識見とを豫定して差支ない。證據方法を良心に従つて審査し、また被告人の人物を細心に評價した上で言渡したことの明白である判決を破毀しやうとは、何人も考へはしないであらう。けれどもかくの如き要件を充すことをして居ない判決も確にあるのであつて、上告審の判事はそれを不當であると思惟する場合には今日既にかくの如き判決を破毀して居るのである。上告審の判事は之についての何等かの理由を見出す。將來は上告審の判事が本當に己れの指導精神となつた理由を開示して差支ないやうにしやうと云ふのである。委員會はそれ以上のことを提案するものではないのである。

従つて委員會の提案は次の諸點に歸著するものである。上告裁判所は普通法律の適用を審査する。此の場合上告裁判所は正常にして公正な判決、即ち大多數の判決を確認するが、少數の場合には法律上の理由に基いて之を破毀する。更に殘餘の場合に於ては上告裁判所は其の擴張された權限を以てして、判決が事實の認定又は本案の説明 *Enthaltungslegung* の正否につき疑義を挿むべき重大な理由を有するときに之を破毀する。

是は決して不當な要求たるものではない。凡そ判決は其の理由を以て支持されてあるべきものである。判決を見る者が、判事は此の場合案件を解明する爲に其の權力内に在つた所のものを爲したのである。そしてかかる審査の上で公正な判決を言渡したのであると云ふ印象を與へられることを必要とする。判決の理由が上告裁判所にかかる印象を與へるならば、一切は正しいのである。併し乍ら印象が、此の場合判事は蔑視すべき技術に於て、「上告されることの確實な」 *revisionsrichter* 認定に由つて案件を完結しやうとしたものであると云ふやうなものであるときは、判決は破毀される。證據が筋道が立つて居ないとき、本案の審査や舉證が皮相淺薄であるとき、日常の經驗が閑却されたとき、當然行はるべき善の究明が行はれなかつたときにも破毀される。即ち判決が信じられないものであるとき、竝に案件が本案に於ての新しい辯論及び裁判を缺くべからざる必要であると認めしめるやうな状態に在るときは、判決は常に破毀されるものである。

上告裁判所は此の場合には——此のことは反覆して言明することを必要とする次第であるが——記

録に依つて本案に於てみづから終局的の裁判を爲すものではなくて、寧ろ事實裁判所に於ける辯論の更新を命じ、尙ほ何が故に此の場合上告裁判所は事實裁判所に於ける辯論の更新を命ずるのであるかを表明する。此の場合上告裁判所は其の本當の理由を卒直に言明して差支あるまい。是が決定的の點である。然るときは事實裁判所は上告裁判所の疑惑や懸念とする所を審査し、之を煙散霧消せしめ、問題に答へ、示唆に従ひ、かくて其の事實の正確と其の公正とを信じ得られるの故を以て確認することの出来る判決を言渡すであらう。

擴張された破毀の權限を適用すべき場合は、刑が明白に謬つて量定された場合にも存在することがあり得る。(上告審の判事にして之を餘りに革命的たるものと思惟する者は、須らく彼等が本當に未だ曾てそう云ふことをやつたことがないかどうかを言明すべきである)。だが是は以上に論じたやうな意味に於ての法律違反が量刑の基礎とはなつて居ないけれども、裁判所が量刑の點に於て——上方若は下方に向つて——明白に全然謬りをして居ると云ふ稀に見る場合である。此の場合にあつても救済が可能であらねばならぬ。刑の量定が事實審の判事の仕事であり、將來もそうであること云ふことは、提案に反對する理由にはならない。上告裁判所はみづから刑を量定すべきものではなく、只刑の言渡を更めて審査し——又は成る程と合點のいくやうに是が理由を開示すべき旨を事實審の判事に向つて卒直に言明することが出来るに過ぎない。かやうに刑の公正についての疑義を表明するの資格を上告審の判事が有するものであることは素より信賴して差支ない。上告審の判事は全國あらゆる地よりの判決

を非常に多数に檢閲することであるから、平均から全く外れて居て然もそれに納得の出来る説明の與へられて居ないやうな量刑は、上告審の判事には目立つて見えるに相違ないのである。即ち此の規定は上告裁判所をして刑の「率」を機械的に適用させやうとか、全國のあらゆる地に於ける刑の量定を完全に平等にさせやうとか云ふ意味を持つ次第ではないのである。

八

筆者自身の少し前から勤めて居る裁判所は、刑事訴訟法草案の是等の提案上發生することあるべき將來の發達の経路を評價するいい機会を興へて居る。

國軍法會議の上告部は三人の法律家と二人の將校判士 (Offizierichter) を以て構成されて居る。將校判士も亦常任の裁判官 ständiger Richter である。將校判士の參與は上告の審査を事實審査の領域にも押し込むものである。是は自明的のことであり、また欲求された所のことでもある。それにも拘らず國軍法會議の部は高等軍法會議 Obergericht の事實の判斷に對して強い干渉を加へることを差控へて居るのである。假令曖昧な節はあつても情況證據 Anzeichenbeweis の存在して居るとき、被告人及び證人の爲す印象が決定的に重要であるとき、信憑性 Glaubwürdigkeit や評判 Leumund の問題が重大な意義を有するときなどにあつては、部は事實審の判事の仕事に手出しをすると云ふ考はない。それは恰も大審院がそう云ふことに手出しをしないのと同様である。けれどもそれには罪責の證據とか又は立證し得ないこと若は無罪の認定とか云つたものが、信憑し得るに足る丈に行はれて居る

と云ふことが條件である。その信憑し得るに足る丈に行はれるのは極めて普通に見る所である。そして例外として此の信憑性に缺ける所のある場合に限り事實上の原由に由り——何等かの理由を以て——破毀が行はれるのである。けれども其の他の點に於ては軍法會議に於ても仕事の重心は法律適用の領域上に存在するのであつて、それは草案上現にそうであるのと同様である。

以上の所論からして論結することの出来るのは、事實審査を高調し過ぎる結果上告の上訴の運用に及つての危険とまでならしめることを必要とするものではなく、草案の提案は此の規定の例外的性質を至當に高調して居るものであると云ふことである。

九

今度は不服申立人は手續上に於ける瑕疵並に法の適用の際に於ける瑕疵丈しか責問することは出来ないものなのであるか、それとも不服申立人は擴張された破毀の權限を裁判所に興へて居る事由にまでも己れの責問を及ぼすことが出来るものであるかが問題である。

法律が此の問題をどう決定するにしても、一つのこと丈は全く確實である。即ち不服申立人はすべてのことを責問するであらうと云ふことである。

不服申立人は現在既にすべてのことを責問して居る。

必ずしもどの辯護人もが上告裁判所の法定の權限の範圍に注意することに小心翼々たるものではなく、純然たる事實の責問が極めていろいろな形式に於て提出されることがある。時には全然大つびら

に、あからさまにそれが行はれて恰も法律に何等の制限の設けられて居ないかの如く、また時には「被告人の特別な希望に基いて」事實の演述されることもあり、更にまた思惟の法則や經驗則に對する違反の責問として乃至は判決理由の論理的關聯に對する抗議として、多少カモフラージュされた責問の形で行はれることもある。上告裁判所が全部を斟酌することの出来ないのはよく承知であるけれども、「案件を一般的に精査する爲に重要である」からと記してあるものもあれば、「事實審の判事の面前に於ける新な辯論に於て此の事實が忘却されるやうなことの無い爲に今から既に」と記してあるものもある。時には辯護人が「實體法の適用」のみを責問することもある。そしてそれは——是が肝要な點であるが——不服申立人の陳述書自體中に記されてあるのである。加ふるに解明の義務に對する違反と稱せられる無盡藏の淵源が存在する。

是は非常に注意すべき状態である。

云ふまでもなく辯護人に罪はない。

だが破毀の權限の擴張に關する規定を設けると云ふこと丈で既に、大審院の裁判自體を招來するに至つた、全然止め難い此の發達に一段と拍車をかけること必定であるのは全く疑を容れない所であつて（註）、立法者は此のことを眼中に置く必要がある。有罪の言渡を受けて然も己れの事件こそ擴張された破毀の權限の適用を欲求するものであると云ふ意見を持たない被告人は餘りないであらう。判決の不當であることを確信する辯護人にして己れの意見を明かにする爲に全力を傾注することをしない

としたら、辯護人の義務に違反することとなるであらう。辯護人や被告人は——そしてまた検事もそうであることも稀ではないが——判決の基礎となつて居る認定の正否に對する重大な懸念はどう云ふ風に存在して居るものであるか、當該の判決は純然たる法律の適用の外に存する事由に由つてどんなに甚しく其の内容を動搖せしめられるものであるか、そしてまた本案に於て新に辯論し裁判を行はしめることがどんなに切實に必要であるかを説明するのに全力を擧げるであらう。

（註）之については Lehmann, Der Volksrichter in der neuen deutschen Strafrechtspflege, S. 101 を参照ありたい。

事態かくの如くなるものある以上は、今日既に許されずして行はれて居る所のものであり、且將來はもつと一層普通に行はれるであらう所のもの、即ち純然たる事實に關する責問を許容することにするのが寧ろ簡明であり、卒直であるのではあるまいか。此の責問は當然の事理として無制限に之を許すべきではなくして、寧ろ非常の破毀の原因自體の受ける制限的の條件の下にのみ許すべきであらう。

草案はまだ此の方法を執つては居ないのであるが、それにも拘らずわたしはここで此の提案を主張して差支ないものと思惟する。然も草案を辯護する爲に曩にみづから開陳した見解に反してまで敢て此の提案を主張して差支ないものと信ずるのである。

此の提案に對する異論は既に澤山存在して居る。

第一讀會の提案を是認した者は、上告裁判所は擴張された破毀の權限を自發的に行使することが出

来るものであるか、それとも責問に由つて事實の審査を爲さしめるやうに上告裁判所を強制することが出来るものであるかは、相變らず實際上の運用に於ける一つの大きな相違であつて、今までに豫見されて居る草案の提案に依ると、上告裁判所が將來もかくの如き責問を審査する爲の強制が規定されて居ないの故を以て、かくの如き責問の取扱を一概に拒む可能性があると主張することが出来る。

かくの如き手續は深く戒めなければならぬ。審査を拒むのは——審査を許して居る規定を顧みるに於て——非常に懸念すべきものと思ふ。法律と其の通説たる解釋が事實審査の權能を絶對的に拒んで居る以上は、不服申立人に法律の參照を求めることが出来る。此の場合既に全くの善意を以て其のことを爲し得られるものであるかどうかは疑問である。蓋し重大な理由がそれを必要ならしめる場合に於ては、それにも拘らず別様に處置する實際上の方法が存在して居るからである。けれども何れにしても外貌丈は尙ほどうかかうか擁護されてある。だが不服申立人に向つて審査することは出来な

いではないが、只審査をすることを欲しないのだと言明するのは殆ど不可能である。かやうに處置しやうとする裁判所は恐らく全然國民から信頼されないであらう。

もう一つの重要な異論は、擴張された破毀の權限に關しても上告を許す手續は、控訴と上告との間の區別を紛淆するものであると云ふ異論である。其の説に曰く、かくの如きは確に缺點も持つては居るけれども或る程度の特長の争ふべからざるものを有する上訴を變じて粗末な書面に依る手續となるに至らしめるものであつて、其の適用は一に判事の恣意にのみ繫らしめられるものである。かやうに

記録に基いて判決することを餘儀なくされる判事は、判決を下すのに一番重要なもの、即ち自己の印象に基いて獲得された心證を缺くものである。されば此の提案は書面を以てする手續の最も悪い時代に復古せしめるものであると。

わたしは確實を期する爲にもう一度自分で是等の非難を要約して見た。是等の非難は既に前記の記述中で斟酌し、究明された所である。是等の非難には正しい點もあるにはある。けれども是等の非難は其の全體としての關聯に於て非常に誇張されて居る。そして是等の非難は規定の不適當な運用を前提とするものである。

即ち舊來の意味に於ての純然たる法律の適用に關係しない責問は早くから既に存在して居ること、及び此の責問は廣汎な範圍に互つて利用されて居るものであることをもう一度特に力強く高調しなればならない。わたしは此のことを争ふ上告審の判事があるとは想像出来ぬ。またわれわれの思ひ浮べて居るやうな法律の運用も、結果に於ては實際とく昔に既に存在して居るのである。之を云ふのはもう是で三度目であるが、判事はかくの如き責問の場合にあつては其の擴張された破毀の權限に基いて終局的に裁判すべきではないのであつて、寧ろ判決の理由が責問のあつたにも拘らず明瞭であつて信憑するに足るものであるかどうかを審査すべきである。

従つて今ここで——委員會の從來の提案を超越して——行はれて居る提案は只、獨り判事に向つて其の許容されて居ると云ふことを言明する——此のことが判事にとつて大切なのであるが——のみに

止まらず、権利の保護を求める者に向つてもそれを言明すると云ふ結果止しか有するものではないのである。上訴裁判所丈に一定の権利を興へて、権利の保護を求める者には是等の権利を行使せんことを裁判所に請求することを許さないやうにせうと云ふのは、自然に反することである。普通の人間には之をどう説明すべきであるか。此の者に権利が拒まれるとするも、それは只禁止が依然として紙上の禁止たるの結果を有する丈のことである。此のことはわれわれ銘記して置かなければならないことである。若し一方のことを欲しないならば、他の一方のことをも放任しなければならぬ。けれども結論を前にして逃げ隠れすることによつて結論を免れやうとするのは無意義である。此の場合にあつても簡単なことが同時に正常なことなのである。

之に反してハルツング(註)の特に重きを置いて居る異論は、草案の手續は上告裁判所をして仕事を爲すの能力を失はしめるものであると云ふ異論である。新しい提案が此の異論に力添をするものであるのは云ふ迄もなす。

(註) Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 57, S. 59.

けれどもわたしの見る所では、此の危険は過當に重く見られてある。

大切なのは、現行法の下に於て只上告に關する規定を形成すること丈で、判決は事實に關する理由に由り不當なのであるとみづから信じて居るにも拘らず敢て上訴を提起する非常に多くの被告人の策動を、果して抑制することが出來ると斷言し得るかどうかである。わたしとしてはかかる主張をかか

る普遍的な形態に於て立言することが出来るものとは考へない。己れに不法が加へられたとみづから眞面目に信ずる者、みづからは爾く信じないけれども少くとも強ひて再び審査を爲さしめることを希望する者は、今日でも上告裁判所の権限がどんなものであるかと云ふことには頓著なく上告を提起するであらう。此の種の人物は判決を覆へすに足りる恐らく何事かが兎に角存在するのを當てにするであらう。是は將來もそうであるであらう。只將來は、上告趣意書は権利の保護を求める者の念頭に本當に存在して居る所のものを、從來よりも以上に言明するであらうと云ふこと丈が現在と將來との違ひである。此の事實からして——とりわけ劈頭に於て——事實の責問 Tatsachenfrage の方針に狂ひの生じて來ると云ふことはあり得るであらう。上告裁判所が現在の状態よりも著しく餘分の負擔を負はしめられるであらうとは、わたしは考へない。先づ第一に上告裁判所は今日事實の責問の存在しない結果として狹義に於ての馬鹿馬鹿しい法律の責問 *Rechtsfrage* が提起され、それにたづさはることを餘儀なくされるのを免れることが出来る。けれども上告裁判所は所謂擴張された破毀の権限に草案の認めた例外的性質を興へるの權を主として自己の掌中に有する。即ち己れの認識、従つてまた其の干涉の能力に課せられる限界に不斷の注意を拂ふのが上告裁判所の任務なのである。此の規定の運用は法律中に於ける此の規定の地位に一致せざるを得ない。

以上の所論を以て實際わたしは、ハルツングの懸念が全然根據がないと云はうとするものではない。ハルツングの懸念は不確實な基礎の上に獲得された一つの評價なのである。けれどもよしんばハ

ルツングの意見にして正しいにしても、是等の提案を葬つて了ふ譯にはいかないであらう。上告裁判所に與ふるに法律の規定を絶對的に正直に運用する權利を以てする必要は非常に強く、従つて之に對する重大な懸念も其の前には三舍を避けることを餘儀なくされるものである。

十

手續の経過は草案の提案に依ると次のやうな形態を執るものである。

上告は判決の言渡後一週間に提起することを必要とする。判決言渡の際被告人が在廷して居ないときは、被告人にとつては此の期間は判決の送達を以て其の進行を開始する。

上告が適時に提起されたときは、其の未だ行はれて居ない以上は判決に理由を附して之を不服申立人に送達する。

上告は理由を開示することが必要であり、特に現行の規定上も亦然りとするものであることは既に述べた。之については一週間の特別の期間が定められてある。理由開示の期間は不服申立人の申立のあつた場合には一ヶ月まで伸長することが出来る。此の申立に關する裁判は不服を申立てられた判決を爲した裁判所の爲す所である。

被告人は辯護人若しは辯護士の署名を具へ書面を以てするか、又は口頭を以て裁判所の調書に留めるかの方法を以てでなくては、上告の理由を開示することが出来ないのは今日に於けると同様である。

上告が時機に後れて提起された場合又は上告が適時に若しは適正な方式に於て理由を開示せられな

つた場合に、下級裁判所に依る上告の棄却を規律する規定には別段革新された點はない。

上告が適時に提起せられ、且期間内に方式上適正に理由を開示された場合に於ては、對手人に此の理由を通知する。上告の對手人は一週間に答辯書を差出すことが出来る。

検事が記録を提出すると事件は上告裁判所に繫屬するに至る。

上告裁判所は公判に於て裁判することも出来れば、また決定を以て裁判することも出来る。

上告を不適法として又は明白に理由なしとして棄却することを必要とする場合に於ては、決定を以て裁判することを許される。草案は明白に理由なしとして棄却する裁判にはもはや判事の全員一致 *Einstimmigkeit* の要件を設けることをして居ない。わたしの考では此の問題はもう一度と審査されていゝのではないかと思ふ。決定を以てする裁判は今日既に其の成立を容易ならしめることを必要としない範圍内に於て全員一致の要件の下に行はれて居るのである。國軍法會議のやうな構成分子の混合的な裁判所 *gemischtes Gericht* については全員一致の要件は絶對に必要である。

公判が命ぜられる場合に於ては、被告人並に辯護人に辯論の時日並に場所を通知する。被告人は公判に出席することが出来るが、辯護人をして己れに代らしめることも出来る。被告人自身の出頭を命ずることも出来るし、必要の場合には之を引致することも出来る。

公判に於ては判事は從來の手續について報告をする。

或る限界内では上告裁判所に於ても證據調を許す旨の規定は新規な規定である。此の規定について

は委員會では非常に争があつた。かくの如き證據調は不服を申立てられた判決の言渡後に至つて被告人の無罪であることの論結を必然的ならしめる新しい事實が顯著となつたとき、及び検事が證據調に同意したときに許すことが出来ることになつて居るのであるが、是等の場合は恐らく極めて稀にのみ生ずる所であるが、問題の規定は是等の場合について再審の勞を避けて上告裁判所自身に事件を完結する権限を與へやうと云ふ意味を有するものである。此の規定にして——其の字義上——新しい事實がそれ自體被告人の無罪を必然的に明白ならしめるに相違ないものであることを必要とする云ふ風に解釋されるならば、此の規定の發動する範圍は甚しく廣大なるものではない。然も此の規定は其の運用にして適切を缺くに於ては、上告裁判所に於て一分證據 *Teilbeweis* が調べられると云ふ結果を招來する虞があるであらう。かくの如きは確に懸念すべきことであると考へる。獨逸法學士院の刑事訴訟法委員會が此の提案に對して異論を唱へたのは、此の懸念に歸著せしむべきものである(註)。けれども此の規定は全然健全にして正常な思想を包含するものであるから、幾分變更された形式に於て此の思想を實現することが出来はしないかどうかを考慮する必要がある。わたしは上告裁判所をして時に應じて正常な公判に於て案件につき裁判を爲さしめるのを推稱したいと思ふ(之については十二に記す所を参照せられたらう)。

(註) Schoetensack-Trowe, Grundfragen des neuen Strafverfahrensrechts, S. 42.

其の他の點に於ては上告裁判所に於ける公判は今日に於けると同様に行はれる。

即ち通常の規則に従つての本來の證據調は上告裁判所に於ては、以上に論じた規定が何等かの形式に於て成文となる場合に限り行はれる。けれども上告裁判所が事實の認定に對して懸念を挿む場合に於てはどう處置すべきであるかは問題である。

委員會に於ては擴張された破毀の権限の理由となる是等の懸念が、判決の内容自體からして必然的に生ずることを必要とするものではないと云ふ見解が有力であつた。即ち他の方法、換言すれば記録の内容とか請願書 *Eingabe* とか乃至は其の他何等かの方法で上告裁判所に知れるに至つた事實たることをも得るものである。かくの如き事實にあつては、此の事實が果して本當に判決の破毀とか新なる辯論とかを缺くべからざる必要と認めしめる程の重大な懸念を理由づけるに足りるものであるかどうかを、上告裁判所に確めさせる方向に於てする豫備的審査 *Vorprüfung* を適當とすることがあり得る。かくの如き審査については委員會の見解では訴訟法上の責問 *Prozessfrage* の場合に於ける事實の審査についてと同じやうに、特別な原則を樹立する譯にはいかないのである。それは是等の擴張された破毀の権限の場合に於ては、事件を完結する本案の裁判は決して行はず、寧ろ常に事實審の判事の新しい裁判が行はれる旨の屢々論じた規定に基いて是認し得られることなのである。

裁判所が審査することを必要とするものについては、上來既に之を述べた。不服を申立てられた判決の言渡後に至つて法律の變更があつた場合には、裁判所は新法を適用すべきものであるかどうかをも審査することを必要とする旨の規定は、現行刑事訴訟法中に新に附け加へられた第三百五十四

條aの規定に相當するものである。

十一

上告裁判所の裁判は上告を棄却するか、又は不服を申立てられた判決を破毀するかの何れか一つである。

判決を破毀する場合にあつては、上告裁判所は認定された事實に基いてみづから本案に於て裁判することが出来る以上は、上告裁判所はみづから本案に於て裁判を爲すことが出来る。と云つても上告裁判所は刑の量定をみづから變更することが出来ることと云ふことを云ふ心算ではないのであつて、主として無罪若は公訴棄却の場合又は罪責判断の更正の場合のことである。絶対刑の稀有の場合はこの問題は問題とするには足りない。蓋し此の場合には上告裁判所の権限には屬することはないであらうからである。上告裁判所の独自の裁判の更に別段の適用領域は、新しい事實に關する證據調の権利の固執される場合に存するであらう。

上告裁判所が、不服を申立てられた判決の言渡以來被告人の受けた拘禁を刑に通算することを得るものであることは、明示的に許容されて居る。

上告裁判所に此の権利の與へられることは歓迎すべきことである。けれども新規定の法文に至つては尙ほ再應の審査が必要である。此の規定は狹隘に過ぎる。何となれば此の規定は、上告裁判所が判決を破毀して本案に於てみづから裁判を行ふ場合のみに關するものであるからである。普遍的に、上

告が棄却される場合にあつても未決勾留を通算することを得る旨の規定が必要である。刑法第六十條の現在に於ける運用は、事實審の判決と上告審の判決との間の未決勾留は上告の棄却された場合には通算することを得ないのであるかの如き効果を及ぼして居る。控訴裁判所が控訴を棄却する場合に自明的に有する権利が、何故に上告裁判所には惜んで與へられないのであるかは理解し難いことである。

上告裁判所が判決を破毀したけれども本案に於てみづから裁判することはしない場合にあつては、上告裁判所は不服を申立てられた裁判を爲したる裁判所又は同一審級の他の裁判所に事件を差戻す。上告裁判所の見解上犯行の判断が下級裁判所の管轄に屬するときは、事件をかくの如き裁判所に移送することが出来る。

事件の移送を受けた裁判所は其の裁判を爲すに當つて、上告裁判所が不服を申立てられた判決を破毀するのに根據とした法律上の判断に拘束される。

破毀の判決の共同被告人に及ぼす効果は——現行法に比較して——強力になつて居る。上告に關する辯論の結果不服を申立てられた判決の破毀を招來するに至つた理由が、同じ判決中で言渡された共同被告人に關する確定裁判にも影響を及ぼしたことが判明したときは、上告裁判所は此の共同被告人に關する裁判も亦上告を以て不服を申立てられたのであるかの如く判決する。即ち効果はもはや被告人の利益に於て破毀の行はれた場合のみに制限されるものではないのである。規律は此の場合控訴の

場合に於けると同じやうになつて居る(註)。

(註) 本書第二章の(一)の初めを参照せよ。

一部確定 *Teilrechtskraft* の制度の廢止と關聯する問題は此の場合には論究することを必要としな
い。わたしとしてもドモルフラアとジーゲルト(註)の説明に何ものをも附け加へることは出来まい
と思ふ。

(註) Dörfler in *Der Volksrichter in der neuen deutschen Strafrechtspflege* S. 162.

Siegent in der *Festschrift für Graf Gleispach* S. 170.

十二

わたしは委員會の提案を擴張しフライスラア(註)の思想に倚據して、自己に於て審問し裁判する爲
に事件を自己の手に收めるの權利を上告裁判所に與へることを希望するものである。

(註) Freisler in *Der Volksrichter in der neuen deutschen Strafrechtspflege* S. 19.

高級の判事が其の在職の全期間を通じて語の本來の意味に於て裁判をする判決との直接の關聯を失
ふのはよいことではあり得ない。上告裁判所の想像丈に依つて僅に血肉を供給されて居るやうな影法
師との鬭争は、時には生きた人間の登場する辯論に由つて少くとも之を補充すべきであらう。わたし
は之に由つて獨り上告裁判所の行動が活氣づけられるのみに止らず、本審裁判所との連絡も之に由つ

て一層よくなるであらうことを期待するものである。臺閣の高きに坐して靜思熟慮の餘裕を以て、第
一臺で熾烈な鬭争に於て時日の壓迫や其の他の種々の事情の下に惱みつつある間に行はれた印象の謬
りや若は間違つた決意を判斷するのはたやすいことである。また上告裁判所の靜かな室内で、困難な
状態の下に生れた本審裁判所の決定や判決を彈劾するのものとやすいことである。第一線に於けるか
かる心配事は最高裁判所も須らく時に之を経験すべきものであると思ふ。そして最高裁判所は己れが
他の裁判所の爾く爲さんことを要求するのと同じ丈のことは、自分でもやつてのけることが出来るも
のであることを實際に示すべきである。不斷に他人を教示するの任を有する者には、どう云ふ風にす
れば正しいのであるかをみづから示す機會をも與へる必要があるのである。

わたしはかくの如き權限が過當に行使されるであらうとは見ない。上告裁判所が著しい負擔を負つ
て居ることは此の場合に阻止的作用を及ぼすであらう。けれども少くとも其の道丈は開いて置くべ
きであらうと思ふ。わたしは上告審の判事が不服を申立てられた判決を讀む毎に、乃公みづから此
の事件を終局まで審理したいものだと思ふ希望を懷くことがないとは、殆ど想像することは出来な
い。

少くとも國軍法會議については此の希望は恐らく充すことが出来る。其の範圍内に於ては普通裁判
權に於て大審院を國民裁判所 *Vollgerichtshof* から區分して居る所の間隙には、再び橋が架けられる
のである。其の構成——法曹と軍人とを以てする——は本審裁判所の構成と一致するものである。即

ち裁判所の構成に基いては異議は唱へる譯にはいかない。加之促進の利益の存在することは明白である。

十三

委員会の草案の包含するすべての提案の精神、そしてまたそれ以上に互つて本稿中に於て與へられた示唆の精神は、上告裁判所を其の孤高獨歩の境涯から引き出して上告の上訴をば——其の根本的性質は存置しつつ——其の從來の硬直状態から解放して民衆にとつて理解し易いものにするに云ふことである。

此のことは法律の規定に依つて丈では行ふことは出来ないものであつて、他の處置も亦緊切に必要である。此の點に於てわたしは最高裁判所と國の中央官廳との間の人事の交流の力強く行はれんことを辯護するハルツングと、汎く見る所を一にするものである。更にわたしは中央官廳と最高裁判所との間、特に其の官吏自體の人的接觸、常時行はれることを必要と思惟するものである。是等は上告裁判所の孤高獨歩を本當に打破しやうとする場合に爲し得べき所のもの只二三者に過ぎない。

上告裁判所はそれ自體新法を指導して居る思想を有効に貫徹するのに非常に大なる寄與を爲すことが出来るであらう。

だがわたしはここでは裁判の實體的内容自體を念頭に置くものではなくて、今此の瞬間に於ては判決の形式に想到するものである。是は特にわたしの胸中を往來する一つの問題である。わたしには此

の問題の正常な取扱の上告裁判所の地位竝に威信にとつて有する意義が、時に尙ほ低く評價されつつあるかのやうに思れるのである。

判決書は裁判所の決意の汎く看取し得られる表現である。それは國家の第一等級に屬する高權的の爲 *ein Staatshoheitsakt ersten Ranges* たるものであるが、此のことは最高裁判所の判決について特に云ひ得られることである。かくの如き判決に形態を與へる判事は其の筆にする何れの字句についても須らく、民衆は理解し得られるもの丈しか理解することは出来ないものであることを念頭に置くべきであらうと思ふ。

之に對してそれはそうあることを必要とするものではない。何となれば上告裁判所の判決は何と云つても法律家でない者には何人にも理解することは出来ないからであると辯駁してはならない。成る程素人の理解することの困難な、若は全然理解することの出来ない法律的説明は確に在る。此の宿命は他の多くの職業についても同様である。けれどもかう云つたからとどの判決についてもしかあることを餘儀なくされるのだと云ふことを言明した次第ではない。判事は己れの運命を決する文書であつて然も己れの理解することの出来ないものに直面したとき、己れ自身はそれをどう考へるであらうかをはつきり承知して置かなければならない。されば判事は須らく他人がそれを理解することの出来る丈に己れの判決を辯明する爲に人力の爲し得る一切を傾注すべきであらう。

されば判決がそれ自體からして理解し得られるものであることを必要とするのは當然過ぎる位當然

のことであるとわたしは思ふ。是が爲には最高裁判所の判決からも一般人が案件に關して、みづから何事かを承知することが出来るやうになつて居ることが必要である。此の報告は極めて短簡で結構である。けれども此の報告は記録の知識を有することなく且不服を申立てられた判決の知識をも有することなくして、結局どう云ことが問題なのであるかを知り得るやうにする爲に必要である。訴訟手續上の責問の場合にあつても一種の事實が與へらるべきであらう。此の場合に初めて責問に關する裁判が理解し得られることとなるのである。實體法の適用に關する論究についても亦同じことが云ひ得られる。最高裁判所の判決中にはそれが被告人の辯護人のみ又は公訴官廳若は事件の差戻を受くべき裁判所丈を目當として居るやうに書かれてあるものがある。かくの如きはわたしの見る所では全然認つて居るものであつて、其の他の多くの官署や多くの私人も此の判決を讀むのである。それ自體からして理解することの出来る判決は其の特有の力に依つて作用するのであつて——此の判決を讀む者が實體的内容を是認しない場合にあつても尙ほ且然りとするものである。此の控へ目勝な要求をも充すことの出来ない判決は其の理解困難の故を以て法を毒し、併せて法の從僕たる法曹をも毒する次第なのである。

D 法律的統一の擁護

検事正ドクトル・クルーグ

本當の生活事實を公正に捕捉することを目的として居るナチス式の法律的思惟は、先づ第一に法律規範の意義の過當に高調されるのを低下せしめ、其の形式主義的運用を一掃することに著手して居る。今日ではもはや法律自體が刑法的干渉の内面的基礎を形成するものではなくて、民族の法律的感情 *Rechtsempfinden des Volkes* が刑法的干渉の内面的基礎を形成するのである。此の民族の法律的感情は經驗上頻繁に發生する法律違反についてのみ法律中に具體化されて居るのであつて、法律は實に刑法の點に於ける民族の法律の見解を識認させるものであり、刑法的實務の爲の明確な進撃路を規定するものに外ならない。其の當然の結果として法定の構成要件 (*Tatbestand*) は排他的の刑罰構成要件 *ausschliesslicher Straftatbestand* と見るべきものではなくて、寧ろ健全なる民族的感情上處罰するに値ひする法律違反にも擴張すべきこととなつた。かくの如くにして刑法第二條の新規定が生じた。此の規定に依ると是等の場合も刑法の制裁の下に屬せしめられる次第であつて、只是等の場合が刑罰法規の根本精神に依るも尙ほ處罰に値ひするものであることが羈束的の準則として規定してあるのである。

かくの如く條文的思惟 *Paragrafendenken* の法的思惟 *Rechtstanken* に對する關係が全然顛倒して了つたと云ふことは、處罰價値の統一的觀念を確保する處置を規定する必要を從來よりも遙に緊切ならしめるものである。刑法第二條の規定して居るやうな法文の字句に依つて強制されないう寧ろ時世の法律的感情に依つて強制される法定構成要件の解釋や、法律の健全な擴充發展が、狹隘な規範の法

文の字句に忠實な運用の場合に於けるよりも、判決の多岐多端に互る遙に大なる餘地を與へるものであることは、素より自明の事柄である。そしてそれがまた實際にいいのである。何となれば實生活はそれ自體多角多面なのであるから、生活事實の法律的取扱を餘りに甚しく統一するときは、文辭法學的司法 *Buchstabenjustiz* にも負けない實生活に疎い索莫たる判決の定石化に終るであらうからである。けれどもそれにも拘らず此の多角多面の間には於ける背馳の危険を豫防し、刑事判決の統一的整頓を助長し確保するに足りるあらゆる方法を規定する必要がある。是は一つには國家の利益の命ずる所でもある。蓋し明白に同一の態様を有する場合の裁判が矛盾して居るやうな判例程、法に對する信頼と司法の威信とを傷けるものはあるまいからである。

此の任務の大半は上訴に於て果すことが出来るのである。上訴は將來も三つの基本形態——抗告、控訴、上告——を存置することになつて居るのであるが、只上告の名稱は *Revision* を改めて *Urteilsrevision* と稱することとなり、此の新しい上告にあつては或る範圍内に於て事實上の瑕疵も斟酌することが出来ることになつて居る。即ち大多数の場合に於て最高裁判所をして上告の方法で裁判を爲さしめる道を開くことによつて、汎く基本的な法律問題に統一を招來するやうに配慮してあるのである。けれども此の方法が新しい法律的思惟を斟酌するに於て充分とするものでない結果現行法に於て既にナチス革命後廣汎な處置が執られるに至つた。此の處置は三つの方向で行はれて居る。先づ第一に一九三五年六月二八日の法律に依つて、刑法第二條の不法若は不當な適用の責問される場合にあつて

は、上告が檢事の提起した所であるにせよ又は被告人の提起した所であるにせよ、檢事の請求に依り大審院が控訴院に代つて裁判することを必要とする旨を刑事訴訟法第三百四十七條に於て規定することに由り、控訴院の上告判決を大審院に移す道が開かれた。次に同一の法律に依り大審院の判決を統一する利益上大部 (*große Senat* 及び聯合大部 *vereinigte große Senat*) が設置された。大審院の部は法律問題に於ては其の既に一度爲したる裁判に羈束されるものであるが、之に異なる判決を爲す道も存して居るものであることは、今後も從來規律されて居る所と同様である。かくの如き違例は状態の變動と法律觀念の擴充發展を斟酌する爲に必要であるが、違例にして行はれる場合には將來は新しい特別の部團體 *Senatskörperschaft* の制度に依つて、同時に一方では發達に統一的な線を設けることになつて居る。更に一步を進めて從來の判例に違例を設けると云ふ問題とは獨立して、部は根本的の意義を有する法律問題に於ては法律の擴充發展を助長し判決の統一を擁護する爲に、大部の裁判を求めることが出来ることになつて居る。第三に前記の法律第二目に依つて、大審院は法律問題に關する裁判に際し從來の判例が此の法律の施行以前、即ち一九三五年九月一日以前に言渡されたものであるときは、此の從來の判例に異なることが出来るやうになつた。此の規定は國政の革新に依つて生ずるに至つた生活觀念や法律觀念の變動に基き、大審院の判決の統一的整頓を実施することを爲すに必要であつた。他の裁判所の裁判に全然羈束されない小裁判所は到る所で新しい法律的思惟を其の裁判の基礎に執ることが出来るが、大審院は別個の法律的思惟の下に言渡された裁判に羈束されるか又は其の

都度新しい部團體を發動せしめることを必要とするものとするならば、それは忍ぶべからざることであるであらう。されば安心して新しい法律的思惟を斟酌することが出来るやうにしたのである。けれどもまた他の半面に於てはそれに由つて形成される新しい判例については、新しい部團體に依つて見解の統一が保障されてあるのである。

刑法委員會は其の討議に際して現行法の是等の處置に倚據することが出来た。刑法委員會は其の際第二讀會に於て更めて考察することを留保して、更に時期を定めて其の時期以後は大審院内部に於て従前其の爲したる裁判への羈束はもはや成立させないことにしやうと云ふ第三の處置は先づ當初から除外することにした。前記の一九三五年六月二八日の法律第二目に依りナチス革命に起因する法律的思惟の大變動を斟酌した上は、そして特に新しい思惟の綱要が既に明瞭にされ、従つて時世に取殘されて了つた判例である従来の裁判よりする解放の行はれた時期に於て此のこの實施された上からは、もう一度此の恰も判例の統一について非常に重要な、從來言渡した判決に對する大審院の判決の羈束を廢止する必要はもはや全然成立しない。新しい刑事立法が従来の判決を現行法的に解決しない間は、一九三五年九月一日以降は大審院の判決の實際に於てナチスの思惟の統一の線を期待することが出来るのであつて、特別の場合を除くれば例外を設ける必要は全然ない。されば審議の際には、第二讀會に於ける審査は勿論保留してのことであるが、特別の論議を見ることなくして將來も大審院並に之に準じて國民裁判所も以下に於て尙ほ説明することを必要とするやうに、法律問題を裁判

するに當つては其の従来の裁判に羈束されることにすると云ふ主意から出發した。只云ふ迄もなく部團體に出訴することによつて此の羈束から解放される道は開かれて居るのである。

現行法の最初の二つの處置に關しては、委員會は大審院に於ける部團體の創設に關する限りに於ては從來の經驗上汎く現行法に従ふことが出来るものと考へたけれども、之に反して刑事訴訟法第三百四十七條^aに由る處置に關する限りに於ては、もつと著しく廣汎な處置が必要であると思惟した。先づ問題となつたのは、法律的統一を確保する爲の處置は只其の最高裁判所の判決に關する限りに於てのみ、即ち大審院の裁判や控訴院の裁判に關する限りに於てのみ必要であり、且又類推の場合に制限されるものであるか、又は寧ろ更に廣汎な範圍に於て他の控訴院の裁判についてもかくの如き必要を存するものであるか、或は更に一步を進めて地方裁判所の刑事部が完結的に言渡す裁判についても此の必要を存するものであるかと云ふことである。かくの如き必要は法律の形成が遙に寛裕であるの事實に顧み、結局最終審の裁判に關する場合に常に肯定された。従つて任務の三分主義を生じた。先づ第一に刑事部の終局的判決に關する限り、即ち刑事部の抗告決定若に控訴判決にしてそれに對しては控訴を提起した者にもはや上告を提起する權の興へられて居ないものに關する限り、第二に控訴院の再抗告の場合に於ける上告若は決定に關する限り、最後に大審院の判決に關する限り處分を必要と認めた。刑事部の最終審の裁判の場合にあつては抗告の決定に關する限りに於ては控訴院に再抗告を爲すことを許し、控訴判決に關する限りに於ては——それぞれ控訴院若は大審院に——上告を許す

ことが問題となつた。上告又は再上訴がもはや問題たることを得ない控訴院の抗告事件に關する場合にあつては、裁判を大審院に委任すべく、大審院の裁判に關する限りに於ては現行法に準じて部團體に出訴する方法を規定するのが至當の方法と認められた。かやうにして最終審の裁判はそれぞれ或は直接に、或は間接に直近上級の裁判等級に委任される次第である。

最終審の擴張と云ふ此の思想には、將來控訴院に第一審且唯一審としての判決の爲に多數の政治犯、特にそれについて今日特別裁判所が管轄権を有する政治犯が附託されることになつて居る限りに於ては、國民裁判所並に控訴院の判決は併せ包含されるものではない。此のことは控訴院の判決に關しても正當であるやうに思はれる。蓋し國民裁判所の檢事總長は、特殊の意義を有する犯行の場合にあつては常に國民裁判所に公訴を提起することが出来る旨が規定されて居るからである。かやうな次第でもない場合には法律の統一を擁護する爲の處置を必要とするものと認めらるべきあらゆる場合に、只公訴を國民裁判所に提起することによつて國民裁判所をして、それについて管轄権を有する最高の裁判所として事件にたづさはることを得しめる道が無雜作に開かれる次第である。之に反して國民裁判所は第一審の判決のみを言渡すことを必要とするものなのであるから、國民裁判所にあつては大審院に於ける處置に準じた處置が必要であるやうに思はれる。蓋し國民裁判所は唯一審に於て判決するものなのであつて、即ち結果に於ては最終審でもあるのであるから、本案に於ける裁判は特に重大なる意義を有し、加之大審院と全然同一の方向を辿るものであるからである。されば法律問題に於

ける各部の裁判に關しても大審院の場合に於けると同じやうに從來の裁判に羈束されることになつて居る。委員會にとつては國民裁判所に大部を設けて、之を大審院の場合に於けると同じやうに取扱ふのが一番適當な處置であるやうに考へられた。

かやうに法律の統一を擁護する爲には如何なる處置が問題となるものであるかを認識した後、次に委員會に於て審査されたのは是等の特別の處置の行はれるのは如何なる場合に於てであるかと云ふ問題であつた。現行法は刑事訴訟法第三百四十七條^aに於て、控訴院の裁判につき上告に於て刑法第二條の不適用又は謬つた適用が主張される場合には、大審院に出訴することが出来る旨を規定して居るし、更に裁判所構成法第三百三十六條以下は、根本的の意義を有する法律問題に於て判決部の見解上法律の擴充發展又は判例の統一を確保する上に必要であるの故を以て、大部の裁判の必要と認められるとき、又は法律問題に於て他の部——民事部、刑事部乃至は大部の何れたるに論なく——の從來の裁判に異なる裁判を爲さうとするときには、大部及び聯合大部の裁判を規定して居る。此の最後の事由に關しては將來も同一の方法に於て規定することを必要とするものであることに聊も疑を容れないのは、既に説明した通りである。けれども其の他の點に於ては問題とせざるを得なかつたのは、判決の統一の確保、根本的の意義を有する問題の解明又は法律の擴充發展を特別の處置の理由として規定するのが適當であるかどうか、又は是等のいろいろな事由は現實には全く不可分なものではないかどうか、そして若しそれが不可分なものであるとすればそれを一つの統一的な概念を以て書き改めること

が出来たのではないかどうかと云ふことであつた。從來刑事訴訟法第三百四十七條を刑法第二條の場合に制限したのは狹隘に失するやうに思はれる。とは云へ法律の擴充發展にたゞさはる場合こそ規定されて居る處置を執ることが肝要である一番重要な場合たるものであること、及び従つてまた刑事訴訟法第三百四十七條をして此の點を目標たらしめるのは事の中核に的中する所以なのであることは決して誤認はされなかつた。確に是等の場合も亦極く普通には根本的の意義を有する場合たるものであらう。そして是等の場合についても當初から統一的の判決を招來するのが肝要なのであらうが、併しそれ以上に互つて法律の擴充發展よりも寧ろ法律の解釋が主眼となつて居る——究極に於ては法律の解釋と云ふことも畢竟法律の擴充發展と云ふ概念の中に包含されて了ふ次第ではあるけれども——場合も想像することが出来れば、また更に解釋と云ふことよりも運用の統一と云ふことが主眼となつて居る場合も想像し得られる。例へば刑事訴訟法上の處置の場合に於けるが如し。尤もかくの如き場合にあつても判決の統一の擁護と云ふことが法律の規定の解釋と極めて密接な關係に在るものであることは否定する譯にはいかないが。

委員會は問題たるいろの見地のかやうに大牙相錯綜して居るの事實に顧み、どれか一つの事由を取上げて處置の理由として法律中に收載するのは不可能であると云ふ結論に到達した。蓋し之に由つて他の重要な場合にして、同じやうな方法で取扱ふことを必要とするものを除外することを餘儀なくされるに至る虞があるからである。地方裁判所、控訴院又は大審院の案件の間に區別を立て、居

るのも適當であるとは思はれない。何となれば個々の事由の重心は裁判所の異なる場合にあつても或は寧ろ法律の擴充發展に、或は寧ろ法律の統一の擁護に、そしてまた或は規定の解釋の點に存することがあるからである。けれども他の半面に於てに本當に特別な事由が存在して本當に重要な意義の大きな法律問題を裁判することを必要とする場合でなければ、問題たる處置を執るべきものではないのであることを明確にせんが爲、前掲の三つの事由のすべてを斟酌することを得しめ、然もまた其の濫用は豫防するに足るやうな法文を選ばうとした。委員會はかくの如き考慮の後に案件の根本的意義が必要とする場合にあつては處置を許すべしとする論結に到達した。かくの如くにして刑事訴訟法第三百四十七條に並に裁判所構成法第三百七條の規準的制限を再び收載することをせず、すべての場合を通じて同一の理由が規定されたのである。けれども如何なる場合に根本的の意義を有する案件が存在するものであるかと云ふ解釋にとつては、前記の三つの見地が準則となるのであつて、此の三つの準則は或は一つ一つ獨立して、或は三つのものを相結合してそれぞれ斟酌することを必要とするものである。

將來も檢事又は裁判所のみが處分を招來し若は認許する權利を有することになつて居る以上は、益々以て前述の處置を理由付けるのに對する懸念は成立しないものと謂はなければならぬ。此の處置を招來するについての專任的の代表者は今後も從來と同様檢事たるものと認められて居る。蓋し檢事は刑事司法を行ふ者であつて、専ら國家行政の機關として健全な法律的感情に従つて干渉若は干渉

や法の統一的の運用の行はれるのを監視することを必要とするものであるからである。けれども其の外に從來裁判所構成法第三十七條中に於て控訴院及び大審院について、裁判所自身にもみづから大審院並に大部の裁判を求め道が興へられてあるのと同じやうにするのが適當であるやうに思はれた。此の二つの高級裁判所は地域上廣く集中される法律事件を判断することを必要とするものなのであつて、従つて是等の裁判所はみづから進んで其の仕事の上に、特に著しく統一的の判例を遵守することに著眼しなければならぬのである。之に反して刑事部の行動の場合にあつては此の見地は決して爾く決定的の意義を有するものではなくて、従つて刑事部にも此の同一の權利を興へるのは適當でもなければ、また他而其の必要も存在しないやうに考へられた。寧ろ刑事部にあつては檢事が此の利益を擁護することを必要とするものである。更に審議に於ては、被告人若は其の代理人にも法律的統一を擁護する爲の處置を執ることが出来る權利を興へる必要がありはしないかどうかが周匝に考量されたのは云ふ迄もない。けれども被告人には其の個人的事件に於て己れの利益を超越する見解を主張するのを強ひる譯にはいかなぬものであると云ふ考慮、竝に被告人の辯護人も今日司法の機關として眞實の發見に參與する必要があるものであることは自明的のことであるとは云へ、辯護人にして若し被告人の利益を超越する見解を主張するに於ては事情に依つては己れの訴訟依頼人の信任を失ふに至る虞がある所から、被告人の辯護人と雖被告人の利益を超越する見解を主張する譯にはいかなぬものであると云ふ考慮からして、被告人並に其の辯護人も一般的に加入せしめやうと云ふ思想は再び

拋棄されて了つた。けれども第二讀會に於ては例外的取扱に關してもう一度審査すべき特殊の態様を有する、被告人が其の提起した控訴を以てして目的を達成することが出来ず、其の結果として根本的の意義を有する問題が裁判せらるべき筈であるにも拘らず、上告の上訴は一般の原則に従つてもはや不可能であると云ふやうな場合は除外された。此の場合にあつては大抵の場合其の法律上の見解を以てして勝訴したであらう所の檢事丈に、上告裁判所に依る原則的問題の裁判を一任すべきではない。寧ろ上訴についての個人的利益の然らしめる所として、被告人若は其の代理人は法律の統一を擁護する爲の處置には加入せしむべきものではないとする根本的の見解に相反しない此の一つの場合については、被告人にも上告裁判所に出訴するの道を興ふべきである。即ち被告人は根本的の意義を有する法律問題に關しては上告を提起することを得しむべきであるが、併し上告裁判所は手續法の原則に従つて通常の場合には許されて居ない第二の上訴を明示的に許さなければならぬ。とは云へ是と共に此の例外たる場合についても、かくの如き上告が法律的統一を擁護する爲の處置として果して適當なるものであるかどうかについての最終の決定は裁判所に委任されるものである。

以上述べたやうな次第で委員會は、事件の根本的意義を有するの故を以て必要と認められた場合にあつては、檢事は刑事部の抗告決定に對して再抗告を提起することを得べく、此の再抗告については控訴院の刑事部が裁判することを必要とするものであると規定したのである。更に控訴判決に對しては檢事がみづから控訴を提起した場合にあつても、事件が根本的意義を有するの故を以て檢事に於て上告

裁判所の裁判を必要と思惟した以上は、検事は上告を爲すの権を有することになつて居る。根本的の意義を有する法律問題を裁判することを必要とする場合に於ては、既に控訴を提起した被告人と雖此の権利とは關係することなくして之に應じて上告を提起することが出来ることになつて居るのは曩に敘説した通りである。けれども上告裁判所は此の點に關して第二の上訴を特別に許さなければならぬ。かやうな次第で上告に關しては管轄についての規律は普通の規定に比較して變更されては居ないのであつて、従つて上告は控訴が何れの裁判所に繫屬したるやに應じて或は控訴院に向つて行はれ、或は大審院に向つて爲される。かやうにして前記の場合に於ける刑事部の終審性 *Letztinstanzlichkeit* を廢止し、普通の場合に上訴審として直近上級の裁判所である裁判所をして審査に従事せしめる道が明瞭に與へられる次第である。上訴を提起するに當つては常に上訴が此の規定の特別の條件を基礎として居ることを表明するを要する。特に遅くも上訴理由書中に於てすることが必要である。蓋しさもない場合には上訴は不適法として棄却されるの餘儀なきに至るであらうからである。

控訴院に向つて爲す上告事件若は抗告事件に關しては、先づ控訴院の刑事部又は裁判長が單獨で裁判することを必要とする抗告事件に關する限りに於ては裁判長は、根本的の意義を有する法律問題に關する裁判の故を以て己れの法律の見解を披瀝して、裁判の爲事件を大審院に提出することが出来る旨が法律中に表明されることになつて居る。大審院への提出が必要であるかどうかの審査は、刑事部又は裁判長に於て本分に從ひ曩に説明した原則に依つて行ふことを必要とするものである。同様にし

て控訴院検事長は刑事事件を審査することが必要なのであつて、己れが大審院へ提出するの必要ありと認められた場合には、みづから進んで大審院への提出を請求することを必要とするのであるが、此の場合此の請求には特定の形式は規定されては居ないのである。大審院への提出が請求された場合に於ては、裁判所は己れ自身の見解がどうであるかには關係なく事件を大審院に移送することを必要とすることになつて居る。大審院への提出を導くに至つた考慮を審査することは、他のすべての場合に於けると同様此の場合にあつても大審院にも禁止されて居るのであつて、即ち検事の此の請求は羈束的效力を有するものと想定されて居るのである。此の一事は刑事司法の統一を監督するに當つて検事の有する任務の地位を斟酌するに於て必要たるものと思料される。とは云ふものの上告事件については検事の此の請求は公判の開始までしか提出することは出来ないことになつて居る。蓋し此の時期までには事件が果して根本的の意義を有するものであるかどうかを見通すことが出来るものと普通認め得られるであらうからである。同時にまた他面に於ては検事が控訴院の面前で開始された公判のまだ経過中にかくの如き羈束力を有する請求を以て登場することが出来るものとするならば、手續の適當な経過の印象は妨げられざるを得ないであらう。控訴院の裁判を大審院に移送する此の権利を以てして、通常の審級順序を辿つて控訴院に到達する事件の外、曩に述べた處置に基いて法律の統一を擁護する爲に地方裁判所を飛び超して控訴院に提出される事件すらも大審院に持出すことが出来る譯である。蓋し是等の事件にあつても控訴院若は控訴院の検事は大審院に依る裁判を促すことが出来るから

である。此の論結こそは實に重要な法律問題に於ける裁判の統一が將來どの程度に可能ならしめられるかを明瞭に示すものである。

控訴院から大審院に移送された事件に關しては原則として大審院が裁判をする。けれども法律問題の裁判丈に限定する権限も大審院には與へられることになつて居る。是は特に法律問題に關する裁判の結果上更に別段な、大審院の普通の行動を超越する認定を爲すことを必要とするとき、又は極めて廣汎な事件の範圍内に於て唯一つの點に於て重要な法律問題についてのみ裁判することを必要とし、裁判の全體を引受けるのは非常な、然も當該の事件に於て實質上普通には必要のない大審院の負擔を意味する虞のあるときに實際に見る所なのである。此の大審院の機構を斟酌しての權能は當然の事理として、再抗告又は上告の方法を以て控訴院に到達する地方裁判所の事件については問題となることは出来なかつた。蓋し地方裁判所の事件は前審が終局的に裁判した事件に於ける新しい上訴たるものであるからである。之に反して此の場合にあつては控訴院はまだ判決はしないのであり、寧ろ裁判は大審院に移送されたのであつて、従つて殼を去つた法律問題を裁判した上で再び一般の原則に従つて控訴院へ裁判を委任することが出来るものであり、また事情に依つてはそうすることを必要とする次第なのである。尙ほ法律中に於ても大審院が法律問題に於ける單なる裁判の後に事件に於ける裁判を控訴院に差戻したときは、其の必要である以上は控訴院に於て新しい公判を行ふことが出来る旨を明示的に規定することになつて居る。此の規定に依つて控訴院にとつては事件の差戻された場合につい

て、事件を取扱ふについての廣汎な餘地が開かれる譯である。此の場合かくの如き新しい公判については、法律中に明示的に言明されることになつて居る通り豫め檢事並に關係者に法律問題の裁判を適時に通知することを必要とするのは云ふ迄もない。此の裁判の通知は公判を準備するの權限を有する刑事部長の擔任する所である。其の外尙ほ指摘しなければならぬのは檢事總長は事件を大審院に委任すべき理由を認めることが出来ないか、又は其の間に生じた事故が大審院に委任すべき理由を消滅させて了つた場合には、檢事總長は控訴院檢事長の提出した大審院の審問を求める請求をみづから取消すことが出来ることである。けれども此の權限並に是が條件は今ここではそれを言明する必要はない。何となればそれ等のことは檢事總長の權限についての一般規定からしておのづから明白となることであつて、此の一般規定は裁判所構成法中に規律されてある次第であるからである。

大審院の裁判にあつては法律的統一を擁護する爲の處置に關しては現行法に従ふことになつて居る。けれども從來は部團體 *Senatskörperschaft* に關する規定は裁判所構成法中に設けられてあるのに反し、將來は裁判所構成法中に於ては其の制度丈が取扱はれて居るに止まり、其の任務は手續法中に收容されることになつ居る。かやうな次第で新刑事訴訟法中に於ては一つの規定は根本的の意義を有する法律問題に於ける大部の裁判を、他の一つの規定は法律の見解を異にする場合に於ける大部の裁判を、更に一つの規定は大部に於ける手續を取扱ふことになつて居る。根本的の法律問題に於ける大部の裁判に關しては、刑事部が裁判すべき法律問題の根本的の意義を有するの事實に顧み、大部に依

る裁判を必要であると認めるときは、刑事部を通じて大部に出訴することが出来ること従来通りになつて居るのである。検事総長がそれを請求したときは提出を行ふことを必要とする。即ち控訴院についての規定に準じて提出は裁判所の裁量に屬せしめられる次第であるが、併しそれと常に平行的に同時に検事総長も亦提出が必要であるかどうかを審査する。其の結果として検事総長がそれを要求したときは、提出を行ふべき裁判所の義務が生ずる。それについても亦形式は全然規定されないことになつて居るのである。一つの部が其の意圖を以てして同一の法律問題に於ける他の刑事部又は刑事事件についての大部の従來の判例に異るときには、大部に出訴することを必要とする。けれども法律問題は往々にして民事事件及び刑事事件に於て種類を同じくするのであるから、或る刑事部が或る民事部の従來の裁判又は民事事件に於ける大部の従來の裁判に其の意圖を以てして異らうとするのに對しても、竝に其の逆の場合に對しても統一を擁護する機關への出訴が可能であらねばならぬ。されば現行法に應じて是等の場合についても大審院の聯合大部への出訴が規定された。さればこそ或る刑事部が聯合大部の従來の判例に異らうとする場合に於ては、聯合大部が判決することを必要とするのは素より當然の事理である。

大審院の場合に於けると同じやうな方法に於て國民裁判所の裁判の内部に於ても大部に依る法律的統一を保障するについての必要を存するものであることは、既に指摘した所である。されば國民裁判所にあつても將來は大部が設置されることになつて居て、それについては新裁判所構成法中に細則を

設けられることになつて居る。國民裁判所の大部は大審院に於けると同一の條件の下に行動をする事になつて居る。即ち國民裁判所の或る部が根本的に重大な法律問題に於ける其の裁判を必要であると認めるか、又は國民裁判所の或る部又は國民裁判所の大部の従來の裁判に異る裁判をしやうとするときに行動をするのである。

大部に於ける手續も現行法に準じて形成されることになつて居る。即ち大部は豫め口頭辯論を行ふことなくして、只法律問題についてのみ裁判をすることになつて居る。蓋し此の最高裁判所の合議體を以て組織された特別の部團體は其の本質上本案に於ける裁判を爲すの任を有するものではなくて、寧ろ特定の法律問題に對して鑑定的に意見を表明するの任を有するものであるのだからである。けれども此の場合此の合議體が一種の意見發表機關 *rechtsutachtliche Stelle* たるものであるとする建前が執られて居るのではないのであつて、寧ろ此の合議體をして部の裁判を求めて部に繫屬中である事件の基礎の上に法律問題に於ける己れの裁判を爲さしめることを建前として居るのである。法律的統一を擁護する爲に意見發表の行はれる道を開かうと云ふ考案は、結局委員會に於ては根本的に否決され了つた。それは此の考案は個々の事件に於ける裁判、即ち特定の生活事實や特定人の運命を日常として居るわが國の裁判所の構成の本質と合致しない虞があるからである。されば既に確定判決を経た事件中の法律問題などをも裁判の爲大部に提出することが出来る旨を規定することも否決された。只まだ完結して居ない手續のみに於ては本章の處置を施す上に餘地を存することになつて居る。確定の判

決について懸念を存するときは、さなくとも幾分容易ならしめられた再審が此の判決を動搖せしめる虞があり従て本章の處置を斟酌することが出来るかどうか、さもなければ恩赦審 (Gnadeninstanz) のみが必要な救済を興へることが出来るのであるかを審査することを必要とするものである。されば専ら大審院についても——勿論國民裁判所に於けると準じて——最高裁判所の特別な仕事の方法を斟酌して法律問題と本案に於ける裁判の分離を規定し、特に曩に既に述べたやうに特別な場合に於ては控訴院から大審院に移送された事件につき、其の場合にあつては一つの部から大部若は聯合大部に提出された事件につき其の規定が爲されてある。けれども繋屬せる個々の事件から常に法律問題を分別して、其の範圍内で裁判することを必要とする。其の外大部は己れに提出された法律問題に關して裁判を爲すに當つて、裁判の爲提出された法律問題と關聯する別段の法律問題についても同じやうに裁判することが出来る。かやうにすれば裁判に關しては過當の界限が避けられるし、提出された法律問題の成るべく深刻な、適當な取扱を可能ならしめることが出来るのである。

大部に於ける辯論に於ては檢事總長、即ち大審院にあつては大審院檢事總長 Oberreichsanwalt beim Reichsgericht、國民裁判所にあつては國民裁判所檢事總長 Oberreichsanwalt beim Volksgerichtshof の意見を聴くことを必要とするのであつて、檢事總長は法廷に於て己れの意見を開示する。然る上で言渡される裁判は判決部に繋屬する事件に於ては此の部を羈束する。此の後なる規定を以てして法律問題の終局的裁判が法律中に於て言明される次第である。けれども同時に裁判は現に繋屬中なる事件に於

てのみ羈束力を有するのであつて、それ以上に效力を及ぼすものでないことも表明されるのである。わが獨逸の最も貴重なる財寶である判決の自由と云ふことは、かくの如くにして此の箇所で力強く高調されるものである。大審院の部のみは或る羈束を受けるものであるが、併し何時たりとも部團體の裁判を求めることに依つて此の羈束を解くことが出来るのである。法律問題丈の裁判後に至つて大審院から再び控訴院に差戻された事件の場合に於けると同じやうに、此の場合にあつても本案の裁判を行ふ爲に必要であるときは判決部の面前に於て新しい公判を行ふことが出来る旨の規定が規定されてある。關係者には控訴院の場合に於けると同じやうに法律問題の裁判を豫め適時に通知することを必要とするものである。

併し此の二つの最高裁判所の内部に於て判決の統一を確保する此のいろいろな處置の外に、最後にまた大審院並に國民裁判所の判決相互間の統一を保障することも必要であると考へられた。されば裁判所構成法中では大審院と國民裁判所の聯合大部の制度も規定されることになつて居るのであり、刑事訴訟法の更に別段な新しい規定中では此の聯合大部の行動も規律されることになつて居る。之に依ると大審院若は國民裁判所の大部はそれを必要であると思料したとき、又は二人の檢事總長の一人がそれを請求したときには、刑事事件に於ける根本的の意義を有する法律問題を裁判の爲此の二つの裁判所を聯合した大部に提出することが出来ることになつて居る。大審院の大部が刑事事件について法律問題に於て國民裁判所の大部の裁判に異なる裁判をしやうとする場合、又は其の逆の場合は、其の外

には明示的には取扱はれないことになつて居るのであるが、此のことは實際また必要でもないのである。蓋しかくの如き場合に於ては常に根本的の意義を有する法律問題を存するであらうからである。此の聯合部の面前に於ける手續に關してはそれぞれの裁判所の大部の面前に於ける手續に關する規定を準用する。大審院と國民裁判所との間に於けると同じやうに是等の裁判所と他の最高裁判所、わけでも國軍法會議との間に於ても、同じ理由に基き且同一の方法で行動すべき聯合部を設置する必要と可能が果して存在するものであるかどうかと云ふ更に別段の問題に關しては、委員會はまだ終局的の態度を決定するには至らなかつた。

將來の獨逸刑事訴訟手續(中)

—— 刑事訴訟法委員會報告 —— 終

號數	年月	司法、資料表、題
第一號	大正〇、二	定型アル犯罪ノ調査(賭博編)
第二號	〇、三	第二回國際少年保護會議議事錄
第三號	一、一	國際刑事協會獨逸支部ニ於ケル保護觀察制度創設ニ關スル會議議事錄
第四號	二、二	米國ノ家庭裁判所
第五號	二、三	獨逸ニ於ケル檢察局及司法警察
第六號	二、四	米國ニ於ケル少年裁判所ト社會
第七號	二、五	第二回國際少年保護會議提出報告書第一集
第八號	二、六	英國及ラエーの予ノ警察
第九號	二、七	復權ニ關スル佛國法令
第一〇號	二、八	獨逸ニ於ケル調停手續ニ關スル規程
第一一號	二、九	佛國戰時家賃法伊國小作契約法
第一二號	二、一〇	英國ノ判事及ますたト論
第一三號	二、一一	英佛ノ辯護士法制
第一四號	二、一二	獨逸ノ辯護士法制
第一五號	二、一三	獨逸ニ於ケル監獄作業ノ經營並ニ管理ニ關スル調査報告
第一六號	二、一四	辯護士倫理
第一七號	二、一五	獨逸國調停法草案及同理由書
第一八號	二、一六	英國監獄制度
第一九號	二、一七	獨逸國少年福利法草案同理由書及確定法文
第一九號	大正三、四	獨逸國少年裁判所法草案及同理由書
第二〇號	三、五	市加古少年裁判所ノ研究
第二一號	三、五	勞働裁判法ニ關スル獨逸國裁判官會議議事錄及評論(附)統一の勞働法編纂委員會起草勞働裁判法私案
第二二號	三、六	獨逸國ニ於ケル暴利取締法及活動ノ實況
第二三號	三、六	戰前ニ於ケル獨逸國ノ社會的立法(附)丁抹ノ社會政策的立法概観
第二四號	三、七	獨逸國經營協議會法及關係法令集
第二五號	三、七	獨逸國ニ於ケル賃率契約、勞働者及使用人委員會並ニ勞働爭議ノ調停ニ關スル法制(附)調停制度概観
第二六號	三、八	獨逸國ニ於ケル住宅及移住制度(附)英國ニ於ケル農業小作紛議仲裁ノ實況
第二七號	三、八	短期自由刑論
第二八號	三、九	西班牙國假釋放ニ關スル法令集
第二九號	三、九	獨逸英ニ於ケル商工業者ニ關スル特別裁判法制
第三〇號	三、一〇	獨逸國勞働裁判所法草案及理由書
第三一號	三、一〇	獨逸國少年裁判所法
第三二號	三、一一	司法制度改良論
第三三號	三、一二	獨逸新經濟法
第三四號	三、一二	職業組合、仲裁及仲裁裁判並ニ賃率契約ニ關スル立法例(佛伊白蘭國之部)

には明示的には取扱はれないことになつて居るのであるが、此のことは實際また必要でもないのである。蓋しかくの如き場合に於ては常に根本的の意義を有する法律問題を存するであらうからである。此の聯合部の面前に於ける手續に關してはそれぞれの裁判所の大部の面前に於ける手續に關する規定を準用する。大審院と國民裁判所との間に於けると同じやうに是等の裁判所と他の最高裁判所、わけでも國軍法會議との間に於ても、同じ理由に基き且同一の方法で行動すべき聯合部を設置する必要と可能が果して存在するものであるかどうかと云ふ更に別段の問題に關しては、委員會はまだ終局的の態度を決定するには至らなかつた。

將來の獨逸刑事訴訟手續(中)

—— 刑事訴訟法委員會報告 —— 終

號數	年月	司法資料表題
第一號	大正一〇、一	定型アル犯罪ノ調査(賭博編)
第二號	一〇、二	第二回國際少年保護會議議事錄
第三號	一、一	國際刑事協會獨逸支部ニ於ケル保護視察制度創設ニ關スル會議議事錄
第四號	二、二	米國ノ家庭裁判所
第五號	二、三	獨逸ニ於ケル檢事局及司法警察
第六號	二、四	米國ニ於ケル少年裁判所ト社會
第七號	二、五	第二回國際少年保護會議提出報告書第一集
第八號	二、六	英國及ラエーの警察
第九號	二、七	復權ニ關スル佛國法令
第一〇號	二、八	獨逸ニ於ケル調停手續ニ關スル規程
第一一號	二、九	佛國戰時家賃法伊國小作契約法
第一二號	二、一〇	英國ノ判事及ますたー論
第一三號	二、一一	英佛ノ辯護士法制
第一四號	二、一二	獨逸ノ辯護士法制
第一五號	二、一三	獨逸ニ於ケル監獄作業ノ經營並ニ管理ニ關スル調査報告
第一六號	二、一四	辯護士倫理
第一七號	二、一五	獨逸國調停法草案及同理由書
第一八號	二、一六	英國監獄制度
第一九號	二、一七	獨逸國少年福利法草案同理由書及確定法文
第一九號	大正一三、四	獨逸國少年裁判所法草案及同理由書
第二〇號	一三、五	市加古少年裁判所ノ研究
第二一號	一三、五	勞働裁判法ニ關スル獨逸國裁判官會議議事錄及評論(附)統一の勞働法編纂委員會起草勞働裁判法私案
第二二號	一三、六	獨逸國ニ於ケル暴利取締法及活動ノ實況
第二三號	一三、六	戰前ニ於ケル獨逸國ノ社會的立法(附)丁抹ノ社會政策的立法概観
第二四號	一三、七	獨逸國經營協議會法及關係法令集
第二五號	一三、七	獨逸國ニ於ケル賃率契約、勞働者及使用者委員會並ニ勞働者會議ノ調停ニ關スル法制(附)調停制度概観
第二六號	一三、八	獨逸國ニ於ケル住宅及移住制度(附)英國ニ於ケル農業小作紛議仲裁ノ實況
第二七號	一三、八	短期自由刑論
第二八號	一三、九	西班牙國假釋放ニ關スル法令集
第二九號	一三、九	獨逸國ニ於ケル商工業者ニ關スル特別裁判法制
第三〇號	一三、一〇	獨逸國勞働裁判所法草案及理由書
第三一號	一三、一〇	獨逸國少年裁判所法
第三二號	一三、一二	司法制度改良論
第三三號	一三、一二	獨逸新經濟法
第三四號	一三、一二	職業組合、仲裁及仲裁裁判並ニ賃率契約ニ關スル立法例(佛伊白蘭國之部)

第三五號	大正三、三	職業組合、仲裁及仲裁裁判並ニ賃率 契約ニ關スル立法例(埃國及瑞西之 部)	第四九號	大正三、七	米國ノ刑罰制度
第三六號	一、一	職業組合、仲裁及仲裁裁判並ニ賃率 契約ニ關スル立法例(丁抹瑞與諾威 之部)	第五〇號	一、八	獨逸國民訴訟改正律令
第三七號	一、一	英國ニ於ケル略式刑事手續及すこつ とらんとニ於ケル刑事手續	第五一號	一、八	英國裁判所構成論(三、下級裁判所 ノ部 其一、治安裁判所)
第三八號	一、二	佛國借家借地法	第五二號	一、九	英國裁判所構成論(四、下級裁判所 ノ部 其二、州裁判所及檢屍官裁判 所ノ組織)
第三九號	一、二	職業組合、仲裁及仲裁裁判並ニ賃率 契約ニ關スル立法例(英國、加奈陀 之部)	第五三號	一、九	英國裁判所構成論(五、中央審トシ テノ英國高等法院ノ組織及權限)
第四〇號	一、三	佛國監獄制度及同職命令	第五四號	一、〇	佛國商事裁判制度
第四一號	一、三	職業組合、仲裁及仲裁裁判並ニ賃率 契約ニ關スル立法例(南亞之部)	第五五號	一、〇	獨逸國ニ於ケル裁判所ノ組織及ヒ刑 事手續ニ關スル法令
第四二號	一、四	職業組合、仲裁及仲裁裁判並ニ賃率 契約ニ關スル立法例(澳洲之部)	第五六號	一、二	英國裁判所構成論(六、地方審トシ テノ英國高等法院及其他ノ上級裁判 所ノ組織)
第四三號	一、四	職業組合、仲裁及仲裁裁判並ニ賃率 契約ニ關スル立法例(米國之部)	第五七號	一、二	獨逸國勞務契約法草案及評論(附)佛 國勞働法正文
第四四號	一、五	英國法律生活概要及同國ノ刑事控訴 制度	第五八號	一、三	米國少年裁判法
第四五號	一、五	英國裁判所構成論(一、英國裁判官 ノ地位(附)司法行政機關)	第五九號	一、三	英國裁判所構成論(七、英國ニ於ケ ル非訟事件裁判所、特種裁判所及仲 裁裁判所ノ組織(附)裁判所相互ノ 關係)
第四六號	一、六	英國裁判所構成論(二、英國ニ於ケ ル起訴官及辯護士ノ地位)	第六〇號	一、四	不定期刑言渡ノ制度
第四七號	一、六	瑞西辯護士法	第六一號	一、四	改善不能性犯人ノ處遇
第四八號	一、七	露西亞事情	第六二號	一、二	英蘭刑事訴訟概観及巡回裁判所ニ於 ケル訴訟記録
			第六三號	一、二	北米合衆國裁判制度(一、聯邦司法 省ノ組織、職制及裁判制度)

第六四號	大正四、三	獨逸國後見制度(前編)	第八〇號	大正四、三	刑罰ニ關スル制度(其二)
第六五號	一、三	獨逸國後見制度(後編)	第八一號	一、五	北米合衆國ノ刑事裁判(其一)
第六六號	一、四	刑ノ執行猶豫制度	第八二號	一、五	北米合衆國裁判制度(二、カリホル ニヤ州ノ裁判制度)
第六七號	一、四	假釋放	第八三號	一、五	北米合衆國ノ刑事裁判(其二)
第六八號	一、五	國際刑事學協會獨逸支部ニ於ケル行 刑上ノ累進制度、宣誓セサル證人ノ 處罰及ヒ不定期刑制度ニ關スル會議 議事録	第八四號	一、四	一九二五年獨逸刑法草案並ニ理由書 (各論)
第六九號	一、五	諸國ノ刑法草案	第八五號	一、五	陪審制度視察報告書集(附)がるそ ん教授述陪審制度論
第七〇號	一、六	英國司法警察論	第八六號	一、五	刑罰に關する制度(其三)
第七一號	一、六	英國ニ於ケル少年犯罪者ニ對スル刑 法上ノ處遇	第八七號	一、五	正義と貧民(其一)
第七二號	一、七	司法行政上ヨリ見タル普國區裁判所 ノ實務(第一篇)	第八八號	一、五	正義と貧民(其二)
第七三號	一、七	英國陪審ノ組織資格選定召集等ニ關 スル省取調委員會報告書(附)金山 檢事宇野判事視察報告書	第八九號	一、七	刑罰に關する制度(其四)
第七四號	一、八	漢堡ニ於ケル常設仲裁裁判所	第九〇號	一、八	刑罰に關する制度(其五)
第七五號	一、八	司法行政上ヨリ見タル普國區裁判所 ノ實務(第二篇)	第九一號	一、九	英國に於ける警察裁判所
第七六號	一、九	獨逸國陪審裁判所記録(附)秋山檢 事鈴木判事視察報告書	第九二號	一、九	司法行政上ヨリ見たる普國區裁判所 ノ實務(第三篇)
第七七號	一、九	刑罰ニ關スル制度(其一)	第九三號	一、九	刑罰に關する制度(其六)完
第七八號	一、〇	佛蘭西の政治組織(現代佛蘭西の政 治、行政及ヒ司法制度の概観)	第九四號	一、〇	英國陪審の組織資格選定召集等に關 する省取調委員會報告書 第二卷 (其一)
第七九號	一、二	一九二五年獨逸刑法草案並ニ理由書 (總則篇)	九五號	一、〇	諸外國に於ける辯護士制度概観
			九六號	一、二	歐洲諸國に於ける上訴制度
			九七號	一、二	佛國裁判制度 第一(治安裁判所の 組織及權限)

第九八號	大正二五、三	佛國裁判制度(地方裁判所、控訴院、大審院の組織及權限)	第一一五號	昭和ニ、ハ	チエツコ・スロヴァキア共和國の刑法典草案及同理由書(總則篇)
第九九號	一五、三	國際行刑會議報告書集(一)	第一一六號	ニ、九	米國の勞働法制(上)
第一〇〇號	昭和三、一	國際行刑會議報告書集(二)	第一一七號	ニ、九	米國の勞働法制(下)
第一〇一號	ニ、一	公の秩序に對する犯罪に關する比較法制論(其一)	第一一八號	ニ、〇	刑法草案集(瑞西一九一八年案、埃一九二二年案、伊一九二一年案)
第一〇二號	ニ、二	公の秩序に對する犯罪に關する比較法制論(其二)	第一一九號	ニ、〇	チエツコ・スロヴァキア共和國の刑法典草案及同理由書(各論篇)
第一〇三號	ニ、二	英國陪審の組織資格選定召集等に關する省取調委員會報告書 第二卷(其一)	第一二〇號	ニ、二	佛國陪審に於ける發問の方式とその判例
第一〇四號	ニ、三	司法ニ關スル法制	第一二一號	ニ、二	賭博に關する調査
第一〇五號	ニ、三	司法行政上より見たる普國區裁判所の實務(第四篇)	第一二二號	ニ、三	佛國の檢察制度
第一〇六號	ニ、四	司法行政上より見たる普國區裁判所の實務(第五篇) 完	第一二三號	ニ、三	フレデリック・バイウオーターズ及エデイス・トムソン事件の陪審公判(英國著名裁判 其二)
第一〇七號	ニ、四	保安處分	第一二四號	ニ、一	一九二七年獨逸刑法草案並に理由書(總則篇)
第一〇八號	ニ、五	陪審裁判所に於ける發問(總則篇)	第一二五號	ニ、二	大逆罪に關する比較法制資料
第一〇九號	ニ、五	陪審裁判所に於ける發問(各論篇)	第一二六號	ニ、三	一九二七年獨逸刑法草案並に理由書(各論篇)
第一一〇號	ニ、六	ケート・ウエブスター事件の陪審公判(英國著名裁判 其一)	第一二七號	ニ、四	刑法改正に關する比較法制資料(前篇)
第一一一號	ニ、六	單獨判官と司法官制	第一二八號	ニ、五	刑法改正に關する比較法制資料(中、後篇)
第一一二號	ニ、七	國際行刑會議報告書集(三)	第一二九號	ニ、六	佛國裁判所の構成ニ關スル法令
第一一三號	ニ、七	國際行刑會議報告書集(四)	第一三〇號	ニ、七	米國裁判所の組織及び訴訟手續
第一一四號	ニ、八	佛國刑事裁判所の組織及び司法警察			

第一三一號	昭和三、九	ソヴィエト露西亞の法制(前篇)	第一五一號	五、四	德川禁令考後聚(第二帙)
第一三二號	三、〇	ソヴィエト露西亞の法制(後篇)	第一五二號	五、五	佛國民商事裁判管轄
第一三三號	三、一	限定責任能力者社會上危險なる精神病者及犯罪的常習飲酒者に對する處遇	第一五三號	五、六	佛蘭西に於ける檢事の職務
第一三四號	三、二	一九二七年伊太利刑法豫備草案	第一五四號	五、七	獨逸刑法及び行刑法施行法草案
第一三五號	三、三	治安判事論	第一五五號	五、八	獨逸刑法及び行刑法施行法草案理由書
第一三六號	四、一	各國政府の報告に據る私生子の地位に關する研究	第一五六號	五、九	國際行刑會議報告書集 五
第一三七號	四、二	刑の量定(前篇)	第一五七號	五、〇	國際行刑會議報告書集 六
第一三八號	四、三	刑の量定(後篇)	第一五八號	五、一	國際行刑會議報告書集 七
第一三九號	四、四	佛に於ける家族制の變遷	第一五九號	五、二	德川禁令考後聚(第三帙)
第一四〇號	四、五	陪審裁判手續に關する問(前篇)	第一六〇號	六、一	少年保護司指針
第一四一號	四、六	陪審裁判手續に關する問(後篇)	第一六一號	六、二	米國イリノイ州に於ける不定期刑言渡並に假釋放に關する調査
第一四二號	四、七	德川禁令考後聚(第一帙)	第一六二號	六、五	一九二九年末現行カリホルニヤ州刑法(前篇)
第一四三號	四、八	獨逸司法制度(前篇)	第一六三號	六、七	一九二九年末現行カリホルニヤ州刑法(後篇)
第一四四號	四、九	獨逸司法制度(後篇)	第一六四號	六、八	佛國司法制度(前篇)
第一四五號	四、〇	ソヴィエト露西亞民法(前篇)	第一六五號	六、九	佛國司法制度(後篇)
第一四六號	四、一	ソヴィエト露西亞民法(後篇)	第一六六號	六、〇	德川禁令考後聚(第四帙)
第一四七號	四、二	アメリカ合衆國に於ける少年裁判所	第一六七號	七、一	支那歴代刑事法制の思想 上卷
第一四八號	五、一	ソヴィエト露西亞刑法	第一六八號	七、二	支那歴代刑事法制の思想 下卷
第一四九號	五、二	ソヴィエト露西亞裁判所構成法刑事訴訟法			
第一五〇號	五、三	英米獨佛の手形法及小切手法			

第一六九號 昭和七、四	司法事務の經費節減、簡易化及促進 (獨逸裁判所書記同盟の改革案)
第一七〇號 〇、六	德川禁令考 (第一帙)
第一七一號 〇、八	刑事事件集(附)刑事事件起按小手引
第一七二號 〇、七	ソツイエート法の理論
第一七三號 〇、七	德川禁令考 (第二帙)
第一七四號 〇、八	德川禁令考 (第三帙)
第一七五號 〇、八	民事事務修習の案
第一七六號 〇、八	德川禁令考 (第四帙)
第一七七號 〇、八	一九三一年獨逸新民事訴訟法草案並に説明書(一)
第一七八號 〇、八	一九三一年獨逸新民事訴訟法草案並に説明書(二)
第一七九號 〇、八	捜査事務に就て
第一八〇號 〇、八	德川禁令考 (第五帙)
第一八一號 〇、九	獨逸刑法第一讀會終了(一九三〇年)
第一八二號 〇、九	犯罪生物學原論
第一八三號 〇、九	德川禁令考 (第六帙)
第一八四號 〇、九	ナチスの刑法(プロシヤ邦司法大臣の覺書)
第一八五號 〇、九	プロシヤに於ける司法官教育關係法令彙纂
第一八六號 〇、九	英國に於ける裁判と警察
第一八七號 〇、九	德川民事慣例集(人事の部)
第一八八號 昭和九、〇	一九三二年フランス刑法改正豫備草案(總則)並にポイランド改正刑法及ポイランド違警罪法
第一八九號 〇、九	取締法規違反の定型(附)特別刑法に於ける犯罪主體と刑罰主體の異なる場合の歸納的觀察
第一九〇號 〇、九	米國ユタ州に於ける不定期刑言渡宣告猶豫及假釋放に關する調査
第一九一號 〇、一	一九三〇年獨逸刑法草案並に現行獨逸刑法典(附錄重要附屬法令)
第一九二號 〇、二	德川民事慣例集(動産の部)
第一九三號 〇、三	獨逸裁判所構成法及同刑事訴訟法
第一九四號 〇、四	一九二八年スペイン刑法
第一九五號 〇、五	ポイランド新民事訴訟法(一九三三年)
第一九六號 〇、六	獨逸刑法提要(上)
第一九七號 〇、七	ソツイエート・ロシヤは犯罪を克服する
第一九八號 〇、八	伊太利刑法典
第一九九號 〇、九	伊太利刑事訴訟法典 附伊太利重罪法院條
第二〇〇號 〇、〇	一九一二年 海牙萬國手形法統一會議議事錄
第二〇一號 〇、〇	一九二二年海牙に於ける爲替手形及約束手形に付ての審査委員會會議記錄

第二〇二號 昭和十、二	中華民國刑法・刑事訴訟法
第二〇三號 十、三	ユゴスラヅキヤ新民事訴訟法
第二〇四號 〇、一	獨逸刑法提要(中)
第二〇五號 〇、一	德川民事慣例集 不動産の部(上)
第二〇六號 〇、二	佛國刑事訴訟法
第二〇七號 〇、三	伊太利刑法典報告
第二〇八號 〇、三	伊太利刑事訴訟法典報告
第二〇九號 〇、四	佛國民事訴訟法改正草案
第二一〇號 〇、四	米國に於ける指紋採取法(附)沃度を以て檢出したる潜在指紋の定着方法を(獨)我司法省指紋原紙取扱規程並指紋分類規程及同規程附表
第二一一號 〇、五	ナチスの法制及び立法綱要(刑法及刑事訴訟法の部)
第二一二號 〇、五	英國の刑事裁判
第二一三號 〇、六	德川民事慣例集 不動産ノ部(下)
第二一四號 〇、六	個人主義的國家概念と法人國家
第二一五號 〇、七	獨逸刑法提要(下)
第二一六號 〇、八	德川民事慣例集 訴訟ノ部
第二一七號 〇、九	ドイツに於ける刑事訴訟手續並に行刑制度改正について
第二一八號 〇、〇	新獨逸刑法に對する國民社會主義的綱領(第一部)
第二一九號 〇、二	民事司法の疾患外三篇
第二二〇號 昭和十二、二	刑事政策(犯罪學を基礎とする)
第二二一號 〇、三	德川裁判事例(刑事ノ部)
第二二二號 〇、三	一九三〇年獨逸國株式會社法及株式合資會社法草案並に説明書
第二二三號 〇、三	一九三一年九月獨逸國株式會社法改正に關する緊急律令
第二二四號 〇、三	一九三五年六月二十八日の獨逸刑法改正法並に刑事訴訟法及裁判所構成法の改正條文と各理由書
第二二五號 〇、三	佛國法學通論
第二二六號 〇、三	初等英法教科書
第二二七號 〇、四	フランス、ドイツ及イギリスに於ける裁判所と判事
第二二八號 〇、四	第十一回國際刑法及び監獄會議關係論文集
第二二九號 〇、五	滿洲帝國新刑法典同草案同施行法新刑事訴訟法典同草案
第二三〇號 〇、六	獨逸刑事判決の作成
第二三一號 〇、七	新法律學の基本問題
第二三二號 〇、八	清國全權大臣李鴻章ヲ狙撃シタル小山豊太郎ニ對スル謀殺未遂被告事件記録
第二三三號 〇、九	滿洲帝國民法典
第二三四號 〇、〇	將來の獨逸刑法(總則)
第二三五號 〇、三	滿洲帝國商事法規

第三六號 昭和三、一 將來の獨逸刑法(各則)上
 刑法委員會事業報告
 第三七號 〃 一、二 滿洲帝國民事訴訟法、強制執行法
 第三八號 〃 一、三 將來の獨逸刑法(各則)下
 刑法委員會事業報告
 第三九號 〃 一、四 一九三七年獨逸株式法理由書
 法律家たるの適性に就て(法律家特
 第二四〇號 〃 一、五 察)に判事の職務に就ての心理學的考
 一九三七年獨逸國司法官試補指導者
 第二四一號 〃 一、六 會議錄
 第二四二號 〃 一、八 株式會社貸借對照表論(上)
 株式會社貸借對照表論(下)
 第二四三號 〃 一、八 獨逸に於ける試補養成上の諸問題
 第二四四號 〃 一、九 戰爭と犯罪
 第二四五號 〃 一、〇 一般條項への逃避及び獨逸大審院と
 利益法學
 第二四六號 〃 一、二 イエーナに於ける檢事並に刑事裁判
 官の刑事法講習、外法曹教育に關す
 第二四七號 〃 一、一 論文三篇
 第二四八號 〃 一、二 商標法
 第二四九號 〃 一、三 商標に關する法律の史的基礎
 第二五〇號 〃 一、三 保險關係論集
 第二五一號 〃 一、四 評議の祕密
 第二五二號 〃 一、五 社會と監獄
 第二五三號 〃 一、六 豫審の問題

第二五四號 昭和四、六 將來の獨逸刑事訴訟手續(上)
 刑事訴訟法委員會報告
 第二五五號 〃 一、七 裁判官による契約の修正
 將來の獨逸刑事訴訟手續(中)
 第二五六號 〃 一、八 刑事訴訟法委員會報告

終

日本標準規格A列五號