

64
325



0016951000

0016951-000

649-325

日本刑事訴訟法論

梶田忠美・著

巖松堂書店

上巻

昭和10

ACH

442



法政學
士
樞
田
忠
美
著

日本刑事訴訟法論

東京 巖松堂書店發兌



649-325

序 言

今ヤ法治國民ノ權利思想ハ著シク發達シ公務員其ノ職務ヲ遂行スルニ當リテハ、禁令ノ存セザルトキト雖、國民ノ權益ノ侵害ヲ其ノ必要ノ最小限度ニ止ムルノ責務アリト解セラレ所謂「人權尊重」ノ思潮ハ滔々乎トシテ奔流シ來リ停止スル所ヲ知ラズ。現行刑事訴訟法ニ付テ看ルモ、之ガ餘波ヲ受ケタル跡顯著ナルモノアリ。

舊刑事訴訟法ト現行刑事訴訟法トハ、法律ノ沿革史上新舊兩思想變遷ノ分野ヲ示スモノニシテ、現行刑事訴訟法ハ三十年間纏ヒ居タル官僚式舊套ヲ脱ギ捨テ、「深切第一主義」ヲ織込ミタル新裝ヲ調ヘタリト謂ヒツベシ。

現行刑事訴訟法ノ主義、綱領ヲ知ラントセバ、宜シク舊刑事訴訟法ノ規定ト比較對照シ、其ノ異同ノ由ツテ來レル所以ヲ察セザル可カラズ。

次イデ襲來セル經濟界ノ恐慌、國際間ノ尖銳化、思想界ノ混亂等ノ事象ハ纏綿錯綜シテ、所謂「非常時」ナル渦紋ヲ畫カシメ、其ノ色彩ハ政治ニ、經濟ニ、軍事ニ、法律ニ

種々ナル形式ニ於テ顯出シ來レルヲ見ル。近時、朝野法曹ノ間ニ於テ司法制度改善ノ急ヲ叫ブノ聲大ナルハ蓋シ偶然ニ非ザルナリ。

現行刑事訴訟法實施後、茲ニ二十星霜。近時ノ急激ナル社會事情ノ變化ニ善處スベキ最良ノ制度竝施設ハ如何。茲ニ吾人ハ重大ナル社會問題ヲ課セラレタルモノト云ハザル可カラズ。實務家竝刑事法令ノ研究者ハ須ラク此ノ間ノ動向ヲ省察シ、之ガ問題解決ニ精進スルノ要アリ。

惟フニ、法律ハ宗教及道德ト分化發達シ來レルモノナルモ、恒ニ人道主義 Humanism ヲ無視シ、之ヲ超脱シタル獨自ノ進展ハ許サルベキモノニ非ズ。蓋シ法律進化ノ極致ハ大ナル人道主義ノ實顯ニ外ナラザルベケレバナリ。

サレバ今後ノ刑事訴訟法ニ於テハ刑法ノ改正ト相俟ツテ、

- (一) 死刑執行ヲ必要ノ最小限度ニ止ムルコト
- (二) 死刑執行猶豫制度ヲ新設スルコト
- (三) 被告人ノ勾留ヲ其ノ必要ノ最小限度ニ限局スルコト

(四) 捜査ノ手續ニ付、檢事ノ訊問權ヲ認ムルコト

(五) 訴訟ノ進行ヲ迅速ナラシメ且之ガ手續ノ簡易化竝實際化ヲ圖ルコト
等ノ理念實現ノ爲ノ諸規定ヲ見ルニ至ルベキヤ逆睹スルニ難カラズ。

茲ニ我ガ現行刑事訴訟法ガ莊嚴ナル人道主義ニ邁進シ、健全ナル發達ヲ遂ゲンコトヲ祈望シテ已マザルモノナリ。

昭和十年四月一日

碑文谷池ノ澗ニ於テ

著 者 識

凡例

- 一、本書中單ニ判決又ハ決定トアルハ大審院ノ判決又ハ決定ノ意ナリ。
- 二、本書ハ攻究ノ便宜上、法典ノ編章節ノ順序ヲ逐フコトニ努メタレドモ、刑事訴訟法ノ理論ト實際トノ交渉連絡ニ關スル問題ニ觸ルル爲、隨所ニ特別ノ節ヲ分設シタリ。
- 三、本書著述ニ際シ、左記諸先生ノ高著ヲ參考ニ資シタル外

林法學博士及平井法學博士ヨリハ直接ニ幾多ノ指導、助言ヲ受ケタリ。
茲ニ謹ミテ諸先生ニ對シ深甚ナル感謝ノ意ヲ表ス。

參考書目

現行刑事訴訟法ニ關スルモノ

平沼騏一郎 刑事訴訟法改正案要旨

同 新刑事訴訟法要論

林 賴三郎 刑事訴訟法要義(總則、各則)

凡例

林 賴三郎 刑事訴訟法講義案(中央大學ニ於ケル)
 牧野 英一 訂重 刑事訴訟法
 平井彦三郎 刑事訴訟法要論
 同 刑事訴訟法論綱
 小野清一郎 刑事訴訟法講義
 宮本英脩 訂再 刑事訴訟法講義
 清水孝藏 訂增 刑事訴訟法理論
 小山松吉 刑事訴訟法提要
 矢追秀作 刑事訴訟法要義
 舊法ニ關スルモノ
 富田山壽 刑事訴訟法要論(上下)
 同 刑事訴訟法講義
 豊島直通 訂修 刑事訴訟法新論
 中川孝太郎 東京帝國大學ニ於ケル
 刑事訴訟法講義ノ一ト

外國書

Löwe-Rosenberg, Strafprozessordnung.
 Graf zu Dohna, Das Strafprozessrecht.
 Ernst Belling, Deutsches Reichsstrafprozessrecht.
 Paul Posener, Strafprozessordnung.
 Kohlrausch, Strafprozessordnung.
 Kenny, Outlines of Criminal Law.
 Archbold's Criminal Pleading Evidence & Practice in Criminal Cases.

日本刑事訴訟法論〔上卷〕目次

緒論	一
第一章 刑事訴訟ノ意義	一
第一 狹義ノ刑事訴訟	一
第二 廣義ノ刑事訴訟	五
第二章 刑事訴訟法ノ意義	六
第一 實質的意義ノ刑事訴訟法	六
第二 形式的意義ノ刑事訴訟法	七
第三章 刑事訴訟法ノ沿革	七
第四章 刑事訴訟法ノ基本問題	九
第一 刑事訴訟法ノ手續形式ニ基ク分類	九
(一)彈劾手續(10)	
(二)糾問手續(10)	
(三)折衷手續(11)	

二 司法權ノ獨立……………二

三 檢事ノ公訴權ノ獨占……………一五

四 合法主義ト便宜主義……………一六

五 裁判ニ法律家ニ非ザル素人ヲ参加セシムル制度……………一七

六 處分權主義ト不變更主義……………一九

職權主義——實體的眞實發見主義——自由心證主義……………

七 直接審理主義……………二〇

八 裁判手續ノ繼續性……………二一

九 口頭辯論主義……………二二

第五章 刑事訴訟法ノ地位……………二二

一 概 說……………二三

二 刑法ト刑事訴訟法……………二四

三 刑事訴訟法ト民事訴訟法トノ比較……………二五

第六章 刑事訴訟法ノ解釋……………二六

第七章 現行刑事訴訟法ノ特色……………二六

第八章 刑事訴訟法ノ法源……………二七

一 主タル刑事訴訟法……………二七

二 從タル刑事訴訟法……………二八

第九章 刑事訴訟法ノ效力……………二九

一 第一節 事物ニ關スル效力……………二九

二 第二節 時ニ關スル效力……………三〇

三 第三節 土地ニ關スル效力……………三一

四 第四節 人ニ關スル效力……………三二

(一)絕對的例外(四四) (二)相對的例外(四六)

第一〇章 刑事訴訟ノ主體……………三三

一 第一節 裁判所ノ意義……………三三

二 第二節 裁判所ノ種類……………三四

三 第三節 裁判所ノ構成……………三五

四 第四節 裁判所ノ組織……………三六

第一編 總 則

第一章 裁判所ノ管轄……………五三

第一節 裁判所ノ管轄ノ意義……………五三

第二節 事物ノ管轄……………五四

(一)區裁判所ノ事物管轄(五四) (二)地方裁判所ノ事物管轄(五五) (三)大審院ノ事物管轄(五五)

第三節 土地ノ管轄……………五五

第四節 牽連事件ノ管轄……………五九

(一)牽連事件ノ意義(五九) | (1)一人數罪ヲ犯シタルトキ (2)數人共ニ同一又ハ別個ノ犯罪ヲ犯シタルトキ即チ刑法上ノ共犯ノ場合及所謂必要の共犯並共同過失ノ場合 (3)數人通謀シテ各別ニ罪ヲ犯シタルトキ (4)數人同時ニ同一ノ場所ニ於テ各別ノ罪ヲ犯シタルトキ (5)犯人藏匿罪、證憑煙滅罪、偽證罪、偽鑑定罪及偽通譯罪及贓物ニ關スル罪ト其ノ本犯ノ罪トハ共犯ト看做シ牽連ノ關係アリトスルコト (二)事物管轄ノ併合(六〇) (三)土地管轄ノ併合(六三) (四)管轄ノ競合(六三) | (1)同一事件ニ對スル管轄ノ競合ノ場合 (2)牽連事件ニ因ル管轄ノ競合 (3)決定ノ實例 (五)陪審事件ト非陪審事件ノ併合審理(六六) (六)管轄違ト訴訟手續ノ效力(六六) (七)管轄區域外ノ處分(六六)

第五節 管轄ノ指定……………六九

第六節 管轄ノ移轉……………六九

第七節 審級ノ管轄……………七一

第八節 裁判所ノ共助……………七一

第一 共助ノ概念……………七二

第二 共助ノ種別……………七二

(一)內國裁判所ト外國裁判所トノ間ニ行ハルル共助(七二) (二)通常裁判所ト特別裁判所トノ間ノ共助及特別裁判所相互間ノ共助(七三) (三)通常裁判所相互間ノ共助(七三)

第二章 裁判所職員ノ除斥、忌避及回避……………七五

第一節 概 說……………七五

第二節 除 斥……………七五

(一)除斥ノ意義(七五) (二)除斥ノ理由(七五) (三)除斥ノ裁判(七六)

第三節 忌 避……………八一

(一)忌避ノ意義(八一) (二)忌避權者(八一) (三)忌避申立ノ理由(八一) (四)忌避申立ノ方法(八一) (五)忌避申立ニ對スル裁判(八二) (六)忌避申立ト裁判ノ執行停止(八二)

第四節 回 避……………八五

第五節 裁判所書記ノ除斥、忌避及回避……………八五

第六節 陪審員ノ除斥及忌避……………八六
(一)陪審員ノ除斥(八六) (二)陪審員ノ忌避(八六)

第七節 執達吏ノ除斥……………九〇

第八節 辯護士ノ除斥……………九一

第九節 除斥、忌避、回避ノ手續背反ノ效果……………九二

第三章 訴訟能力……………九三

第一節 訴訟當事者……………九三

第二節 刑事訴訟ノ主體相互ノ關係……………九六
(一)裁判所ト當事者トノ關係(九六) (二)當事者相互ノ關係(九六)

第三節 當事者能力……………九七

第四節 訴訟能力……………一〇〇
(一)法人ノ訴訟能力補充(一〇〇) (二)無意犯ノ場合ニ於ケル被告人訴訟無能力ノ補充(一〇〇) (三)特別代理人ノ選任(一〇三)

第四章 辯護及輔佐……………一〇一

第一節 辯護及辯護人ノ意義……………一〇一

第二節 辯護人ヲ認メタル立法上ノ理由……………一〇二

第三節 辯護ノ種類及選任……………一〇三

第一 辯護ノ種類……………一〇三
(一)官選辯護ト私選辯護(一〇四) (二)必要辯護ト任意辯護(一〇五) (三)單獨辯護ト多數辯護ト共通辯護(一〇六) (四)實體的辯護ト形式的辯護(一〇七) (五)辯護士辯護ト非辯護士辯護(一〇八) (六)刑罰辯護ト訴訟辯護(一〇九)

第二 辯護人ノ選任……………一〇三
(一)選任ノ方式(一〇八) (二)選任ノ效力存續期間(一〇八)

第四節 辯護人ノ權利義務……………一〇四

第五節 辯護權ノ範圍……………一〇五

第六節 辯護人辯護權ノ不當制限……………一〇五

第七節 辯護人トシテノ司法官試補……………一〇六

第八節 輔 佐……………一〇七
(一)輔佐(三三) (二)別段ノ規定アル場合ノ意義(三四)

第九節 代 理 人……………一〇七
(一)法定代理(三四) (二)任意代理(三五)

第五章 裁判

第一節 裁判ノ意義……………二二六

第二節 裁判ノ種類……………二二六

 第一 裁判ノ性質ニ基ク區別……………二二七

 第二 裁判ノ形式ニ基ク區別……………二二八

 (一)判決(三六) (二)決定(三六) (三)命令(三三) | 判決、決定、命令ノ差異ヲ明示シタル表(三三) | 刑事訴訟法研究ノ一方法(三五)

第三節 裁判ノ效力……………二二六

 第一 裁判ノ拘束力……………二二七

 第二 裁判ノ羈束力……………二四〇

 第三 裁判ノ執行力……………二四〇

第四節 裁判ノ評議及評決……………二四一

 第一 裁判ノ評議及評決……………二四一

 第二 評議ノ方法……………二四二

 第三 「不利益ナル意見ヨリ順次利益ナル意見ニ合算ス」トノ意義……………二四二

第五節 裁判書ノ作成……………二四四

第六節 裁判ノ告知……………二四六

第七節 裁判書又ハ裁判ヲ記載シタル調書ノ謄本又ハ抄本ノ交付並其ノ請求……………二四八

第六章 書類……………二五〇

第一節 概 説……………二五〇

参考判例(二五三) | (1)裁判所書記ノ契印及署名捺印ヲ缺如セル公判調書ハ失効ナリ (2)判決書ニ契印ヲ缺如ス (3)証人訊問調書ノ記載ニ關スル相違ナキヤ否ノ調査不能ト調書ノ效力 (4)証人ノ署名捺印ナキ訊問調書ノ效力 (5)訊問調書中供述者ノ署名捺印スベキ部位 (6)代書者ノ署名捺印ヲ缺キタル宣誓書ノ效力 (7)豫審判事ノ署名ナキ豫審調書ノ效力 (8)裁判ノ公開禁止ト公判調書ノ記載ト其ノ效力 (9)無効ナル調書中ノ被告人ノ供述記載ヲ讀聞ケ被告人之ヲ認メタルトキノ陳述ノ效力

第二節 官吏並非官吏ノ作成スベキ訴訟書類作成ノ方式……………二五五

(一)官吏公吏ノ作成スベキ書類(二五六) (二)官公吏ニ非ザル者ノ作ルベキ書類(二五六)

第三節 調書ノ種類及其ノ作成ノ方式……………二五七

(一)被告人、被疑者、証人、鑑定人、通事又ハ翻譯人ノ訊問調書(二五八) (二)豫審請求調書(二五九) (三)檢證、押收又ハ搜索ニ付テノ調書(二五九) (四)公判調書(二六〇) (五)公判準備調書(二六〇) | (1)普

通公判ノ準備調書 (2)陪審公判ノ準備調書

第四節 公判調書ノ整理期間.....一六五

第五節 公判調書ノ證據力.....一六六

〔適用問題〕調書ノ不存在ト刑事訴訟法上ノ效果(一六九) (1)第一審裁判所ノ判決原本ヲ作成セズシテ刑事事件ノ判決ヲ言渡シタル刑事該判決言渡直後死亡シ若ハ免官、退職トナリタルトキ檢事ノ探ルベキ前後策如何。檢事、被告人ハ判決原本存セザル判決ニ對シ控訴ノ申立ヲ爲シ得ベキヤ (2)刑事事件起訴セラレタル後其ノ審判前火災其ノ他不可抗力ノ爲メ其ノ事件ノ訴訟記録滅失シタルトキハ裁判所ハ如何ナル裁判ヲ爲ス可キヤ、主任檢事ハ如何ナル措置ヲ爲スベキヤ

第六節 訴訟記録ノ公表ニ關スル制限.....一七一

第七節 公判ニ於ケル速記.....一七五

第七章 送達.....一七六

第一節 送達ノ意義.....一七六

第二節 送達ノ方法.....一七七

第八章 期間.....一八〇

第一節 訴訟條件.....一八〇

第一 訴訟條件ノ意義.....一八〇

第二 訴訟條件ノ種類.....一八三

(一)狹義ノ訴訟條件ト廣義ノ訴訟條件(一八三) (二)一般訴訟條件ト特別訴訟條件(一八三) (三)絕對的訴訟條件ト相對的訴訟條件(一八四) (四)通常訴訟條件ト特殊訴訟條件(一八五) (五)積極的訴訟條件ト消極的訴訟條件(一八五)

第二節 訴訟行爲.....一八五

第三節 訴訟行爲ニ關スル時.....一八七

第一 期日及期間.....一八七

第二 行爲期間ト不行爲期間.....一九〇

第四節 訴訟行爲ノ方式.....一九〇

第五節 期間計算ノ方法.....一九二

第六節 實際問題トシテノ注意事項.....一九七

(一)上訴期間ノ問題(一九七) (二)實務上ノ問題(一九七) (三)勾留期間ノ問題(一九九) (四)何日前ト云フ期間ノ計算(一九九)

第七節 訴訟行爲ノ場所.....一九九

第一 公判期間ニ於テ爲スベキ訴訟行爲ノ場所.....二〇〇

(一)裁判所外ニ於ケル主要ナル取調 (二)裁判所内ニ於テ取調アルモ公判廷ヲ組織セザル場合(100)

第二 公判期日外ニ於テ爲ス訴訟行爲ノ場所 101

第八節 訴訟行爲ノ公行 101

第九節 訴訟行爲ノ類別 101

刑事訴訟法ノ全貌——刑事訴訟手續ノ鳥瞰圖——刑事訴訟手續ノ系統的連鎖(100)

第一〇節 訴訟行爲ノ不成立及無效 106

第一 訴訟行爲ノ不成立 106

第二 訴訟行爲ノ無效 107

第三 法律ノ規定セル條件方式違反ト訴訟行爲ノ不成立及無效 107

第一一節 訴訟行爲ノ拋棄及取消 111

第一 概 説 111

第二 告訴權者ハ告訴ヲ爲ス以前ニ於テ其ノ告訴權ヲ拋棄スルコトヲ得ベキヤ 111

(1)第一説 (2)第二説 (3)第三説 (附) (一)姦通ノ縦容ト告訴權ノ拋棄(116) (二)姦通ノ宥恕ト告訴權ノ拋棄(117) (三)被擄取者又ハ被賣者ト犯人トノ婚姻ト告訴權ノ拋棄(118)

第一二節 條件附訴訟行爲ト擇一的訴訟行爲 110

第九章 被告人ノ召喚、勾引及勾留

第一節 被告人竝被疑者ノ意義 111

第二節 刑事事件數計算ノ基本原則 113

第三節 被告人ノ召喚 115

(一)被告人ノ召喚ノ方式(116) (二)召喚ニ應ゼザル場合ノ法律上ノ效果(117) (三)證人、鑑定人、通事、翻譯人、辯護人及輔佐人ノ召喚(118)

第四節 被告人ノ勾引 119

第一 勾引狀ヲ發シ得ベキ場合 119

第二 被告人ノ勾引ノ方式 120

第三 檢事ノ發スル勾引狀竝逮捕狀 121

(一)檢事長ニ對スル囑託ニ基キ發スル勾引狀(121) (二)要急事件ニ付檢事ノ發スル勾引狀(121)

(三)刑執行ノ爲ニ檢事ノ發スル逮捕狀竝檢事長ニ對スル請求ニ基キ發スル逮捕狀(121) (四)陸海軍軍法會議ヨリノ囑託ニ依リ檢事ノ發スル勾引狀及逮捕狀(121)

第四 勾引ノ囑託 121

(一)被告人現在スル場合ノ囑託(121) (二)被告人ノ現在地不明ノ場合ノ囑託(121) (三)勾引狀發付後ノ受託官署ノ手續(121) (四)敘上共助規定適用ノ範圍(121)

第五節 被告人ノ勾留……………二五

- (一)勾留狀ヲ發シ得ベキ場合(三五)
- (二)少年ニ對スル勾留狀發布ノ制限(三七)
- (三)被告人勾留ノ方式(三五)
- (四)勾留ノ效力(三六)
- (五)被疑者ノ勾留(三九)
- (六)勾留期間満了ノ被告人釋放ノ日時(三九)
- (七)勾留期間ノ起算點(四〇)
- (八)勾留期間ノ計算方法(四二)
- (九)未決勾留ヲ本刑ニ通算スル方法(四三)
- (一〇)未決勾留通算ニ付テノ實際問題(四四)

第六節 召喚狀、勾引狀及勾留狀ノ執行……………二五〇

- (一)召喚狀ノ執行(三五)
- (二)裁判長、判事ガ司法警察官ヲ指揮スル場合(三五)
- (三)勾引狀數通ノ作成交付(三五)
- (四)勾引狀ノ管轄區域外ニ於ケル執行(三五)
- (五)勾引狀、勾留狀ノ執行方法(三五)
- (六)勾引狀又ハ勾留狀執行ノ爲ノ搜索(三五)
- (七)勾引狀、勾留狀ノ謄本ノ請求並其ノ交付(三五)
- (八)特定ノ場所又ハ人ニ對スル勾引狀又ハ勾留狀ノ執行(三五)
- (九)被告人護送中ノ留置(三五)
- (一〇)勾引狀、勾留狀ノ記載事項(三五)
- (一一)被告人ノ移監(三五)
- (一二)勾留ノ停止(三五)
- (一)保釋ノ意義(2)保釋請求ニ對スル決定並其ノ手續(3)責付ノ意義(4)勾留ノ執行停止ノ意義(5)保釋、責付及勾留ノ執行停止ノ取消並保證金沒取(6)重要ナル問題(7)豫審判事ノ召喚、勾引及勾留ノ權限(8)「勾留中ノ被疑者ニ對シテハ保釋、責付若ハ勾留ノ執行停止ニ關スル規定ノ適用アリヤ」(9)更ニ問題アリ

第七節 勾留中ノ被告人ト外部トノ交通……………二六七

- 第一 拘禁中ノ被告人ト他人トノ接見及書類若ハ物ノ授受ヲ爲スノ件……………二六七
- 第二 接見及書類若ハ物ノ授受禁止並其ノ他ノ處分……………二六七

第八節 勾留ノ消滅……………二七二

- (一)判決ノ確定(三七)
- (二)期間ノ經過(三七)
- (三)勾留取消ノ決定(三七)

第九節 判決確定以後刑ノ執行ニ至ル迄ノ間ノ被告人ノ拘禁……………二七六

- (一)死刑ヲ言渡セル判決確定後之ガ執行ヲ爲ス迄ノ間(三七)
- (二)原審裁判所ト上訴審裁判所トガ隔リ居ル場合ニ上訴審ニ於ケル判決言渡ノ結果ヲ原審檢事ニ於テ數日後ニ知リタル場合(三七)

第一〇節 現行犯……………二七六

第一 概 説……………二七六

第二 現行犯手續ニ付テノ沿革……………二七八

第三 現行犯ノ意義……………二八〇

- (一)意義(二八)
- (二)準現行犯(二八)
- (1)兇器、贓物其ノ他ノ物ヲ所持シ犯人ト思料スベキトキ
- (2)誰何セラレテ逃走シ犯人ト思料スベキトキ
- (3)犯人トシテ追呼セラレ犯人ト思料スベキ場合
- (4)身體、被服ニ顯著ナル犯罪ノ痕跡アリテ犯人ト思料スベキ場合

第四 現行犯ト準現行犯トノ交渉……………二八九

第五 現行犯ノ效果……………二九〇

- (一)犯人ノ逮捕(二九)
- (附)逮捕ノ實際ノ方面ノ研究……………二九四

(a) 概説(三九) (b) 非常線ト不審訊問(三九) (c) 變装ト尾行(三九) (d) 張込ト手配(三九) (e) 追跡ト包圍(三九) (f) 逮捕ノ方法(三九) (g) 逮捕直後ノ捜査官ノ心得並身柄押送ノ際ノ注意(三九) (h) 逮捕ノ際ニ於ケル武器ノ使用(三九) (i) 觀察官能ノ養成(三七) | ロタール・フイリツプノ説明ニ係ル懷中鏡、新聞紙及望遠鏡ヲ觀察ニ利用スル方法

(二) 犯人ノ引致(三九) (三) 被疑者ノ訊問(三九) | (1) 訊問シ得ル場合 (2) 訊問ノ方法 (3) 訊問調書 (四) 押收及搜索(三九) (五) 檢證(三九) (六) 證人訊問(三九) (七) 鑑定人訊問(三九) (八) 通譯(三九)

第一一節 犯人其ノ場所ニ在ラザル場合ノ現行犯 三二

第一二節 要急事件 三三

第一 概 説 三三

第二 刑事訴訟法第二百二十七條ノ解釋 三三

第一三節 變死體ノ意義並之ヲ發見シタルトキノ處置 三六

第一 概 説 三六

第二 異様ノ死ニシテ犯罪ニ因リ惹起セラレシモノニ非ザルコトノ明確ナルモノ 三七

(一) 自殺(三八) (二) 心臟麻痺等ニ因ル突然ノ死(三三) (三) 行爲者自ラノ過失ニ因ル異様ノ死(三三) (四) 他人ノ過失ニ基キ惹起セラレタル死(三三) (五) 不可抗力ニ因ル死(三三)

第三 異様ノ死ニシテ犯罪ニ因リ惹起セラレシコト明確ナルモノ及其ノ疑アルモノ 三三

第一四節 行政檢束 三六

第一〇章 被告人訊問 三八

第一節 概 説 三八

第一 現行法上ノ被告人訊問 三八

第二 被告人ハ裁判所ニ對シ陳述ヲ爲スノ義務アリヤ 三九

第三 被告人ノナシタル供述ノ證據價値 四一

第二節 被告人訊問ニ付テノ心得 四二

第三節 被疑者訊問ニ付テノ心得 四六

第四節 被疑者ノ呼出 五一

(一) 概説(五一) (二) 被疑者ノ承諾同行(五一) (三) 被疑者ノ呼出ノ際ノ特別注意事項(五一)

第五節 犯人(被疑者及被告人ヲ含ム)ノ自白及否認 五一

第一 概 説 五一

第二 自白ニ安ズルノ弊 五二

(一) 意識的ニ爲サル虚偽ノ自白(五二) | (1) 捜査官ノ違法行爲ノ爲メ餘儀ナク爲サレタル自白 (2)

捜査官ノ歡心ヲ得ンガ爲ニ爲サルル虚偽ノ自白 (3)逃走ヲ企ツルガ爲ニ爲サルル虚偽ノ自白 (4)犯人ヲ陷害センガ爲ニ爲サルル虚偽ノ自白 (5)他人ノ身代リノ爲ニ爲サルル虚偽ノ自白 (二)無意識的ニ爲サルル虚偽ノ自白(三六)

第三 犯行ノ包藏 三六三
第四 犯人ノ抗辯 三六三

(一)絶對的事實ノ否認(三六四) (二)過失ナリト主張スル抗辯(三六四) (三)一部ノ事實關係ヲ認メ爾餘ヲ否認スル抗辯(三六四) (四)外見的事實ヲ認メ犯意ノ全部又ハ一部ヲ否認スル抗辯(三六四) (五)正當防衛ノ抗辯(三六五) (六)緊急避難ノ抗辯(三六五) (七)心神喪失若ハ心神耗弱ノ抗辯(三六五)

第一章 押收及搜索 三六七

第一節 概 説 三六七
第二節 差 押 三六九
第三節 物件提出ノ命令 三七〇
第四節 物件ノ領置 三七〇
第五節 郵便物又ハ電信ニ關スル書類ノ差押 三七二
第六節 搜 索 三七二

第七節 押收及搜索ニ付テノ手續 三七三

(一)證明書ノ交付(三七三) (二)鎖鑰又ハ封緘ノ開披其ノ他必要ナル處分(三七四) (三)押收又ハ搜索ノ命令狀(三七四) (四)他罪ノ證據物ノ假押收(三七七) (五)押收及搜索ノ命令、囑託、轉囑及移送(三七七) (六)押收及搜索ニ關スル時ノ制限(三七七) (七)押收又ハ搜索ノ立會ニ關スル規定(三七七) (八)押收又ハ搜索ニ付司法警察官吏ノ補助(三七九) (九)押收又ハ搜索ノ處分中ニ於ケル出入禁止、退去並留置ノ命令(三〇〇) (一〇)押收又ハ搜索ノ處分中止ノ場合ニ於ケル場所ノ閉鎖及看守者ノ處置(三〇〇) (一一)押收品目ヲ記載シタル調書又ハ目録ノ謄本又ハ抄本ノ交付(三〇〇) (一二)押收物ニ對スル取扱上ノ注意(三〇一) (一三)押收物ノ還付並假還付(三〇一) (一四)豫審判事ノ押收及搜索(三〇一)

第八節 押收及搜索ノ例外 三六三

第九節 現行犯ノ場合ニ於ケル檢事及司法警察官ノ押收並搜索 三六四

第一〇節 家宅搜索ニ付テノ注意事項 三六五

(一)物件ノ隠匿(三六五) (二)内外交通遮斷(三六六) (三)電話ノ中斷(三六六) (四)内外ノ交通遮斷ト見報(三六七) (五)來客ノ所持品ノ點檢(三六七) (六)家人ノ動靜ノ注意(三六七) (七)紙屑籠内ノ點檢(三六八) (八)家人ノ名譽保持ニ注意(三六八) (九)同一場所再度ノ搜索(三六九) (一〇)家人ト談笑ノ間ニ目的物ノ所在發見(三六九) (一一)司法警察吏ノ隨行(三六九)

第二章 檢 證 三九〇

第一節 檢證ノ意義 三九〇

第二節 實況見分 三九一

第三節 檢證ノ目的物及其ノ方法 三九四

第四節 檢證ニ關スル時ノ制限 三九六

第五節 檢證ニ關スル手續 三九七

第六節 豫審判事ノ檢證 四〇〇

第七節 現行犯若ハ急速處分ヲ要スベキ場合ニ於ケル檢事又ハ司法警察官ノ檢證 四〇〇

第八節 檢事ノ死體ノ檢視竝檢證 四〇一

第一 概 説 四〇一

第二 重要ナル通牒 四〇一

第三 重要ナル法律問題 四〇三

(一)消極説(四〇四) (二)積極説(四〇五)

第九節 現場臨檢 四〇六

第一 概 説 四〇六

第二 現場臨檢ニ要スル準備 四〇七

第一〇節 現場ニ於ケル取調 四一〇

第一 現場ニ於ケル遺留品ノ觀察 四一一

第二 現場ニ於ケル指紋、足紋、足跡其ノ他ノ痕跡ノ探證 四一三

(一)指紋(四一三) (二)足紋及足跡(四一五) (三)爪跡、齒痕、顔跡其ノ他身體ノ遺留(四一六) (四)脱糞
(五)毛髮ノ遺留(四一七) (六)尿ノ遺留(四一八) (七)痰唾ノ遺留(四一九) (八)動物ノ足跡(四一九) (九)自動
車、自轉車、荷馬車等ノ轍ノ遺留(四二〇) (一〇)損壞ノ痕跡(四二〇) (一一)骨ノ研究(四二〇)

第三 現場ニ於テ作成スベキ書類、見取圖竝現場寫 四二〇

(一)檢證調査又ハ實況見分書(四二〇) (1)總論的敘述 (2)各論的敘述 (二)見取圖(四二二) (三)現場寫
真(四二五)

第四 犯罪現場ノ觀察 四二七

(一)場所ニ就テノ觀察(四二八) (二)被害者方面ニ就テノ觀察(四二九) (三)犯人ニ就テノ觀察(四三〇)

第三章 證人訊問 四三二

第一節 證人ノ意義 四三二

(一)證人タリ得ベキ者ノ制限(四三三) (1)判事、裁判所書記ノ證人ト排斥 (1)陪審員トシテノ證人 (3)
檢事トシテノ證人 (4)司法警察官トシテノ證人 (5)被告人ノ辯護人トシテノ證人 (6)輔佐人、代理人、
通事等トシテノ證人 (7)被告人トシテノ證人 (二)證人ノ種別(四三七) (三)鑑定證人ノ本質(四三七)

目次 二一

第二節 證人ノ義務……………四三九

(一)出頭ノ義務(四三九) — (1)出頭ノ義務ニ違背セル證人ニ對スル制裁 (2)出頭ノ義務ニ對スル特例
(二)宣誓ノ義務及其ノ免除(四三九) — (1)法律上當然免除ノ場合 (2)裁判所ノ自由裁量ニ因ル免除ノ場合
(三)陳述ノ義務及陳述ノ拒絕權(四四〇) (四)特殊ノ地位ニアル者ニ對スル證人訊問ノ制限(四四六)

第三節 證人訊問ノ手續……………四四七

第一 概 説……………四四七

第二 證人宣誓ノ方式……………四四九

第三 被告人ノ不起立問題……………四五三

第四 證人訊問ノ方法……………四五四

第五 裁判所外ニ證人ノ召喚、同行……………四五五

第六 宣誓拒否又ハ證書拒否及疏明ニ代フル宣誓……………四五七

第七 裁判所外ニ於テ證人ヲ訊問スベキ場合……………四六〇

第八 證人ト他ノ證人又ハ被告人トノ對質……………四六二

第九 訊問權行使ノ方法……………四六六

第一〇 我方版圖外ニ於ケル日本領事ノ外國人ニ對スル證人訊問……………四六九

第一一 檢事及司法警察官ノ證人訊問……………四七〇

第二二 證人ニ對スル旅費日當及止宿料ノ支給……………四七二

第四節 犯罪捜査ノ爲ノ證人呼出ニ付テノ注意事項……………四七三

(一)證人ノ同行(四七三) (二)證人呼出ニ付テノ便宜ノ配慮(四七三) (三)證人ノ呼出ト同時ニ取調事項ノ告知ヲ必要トスル場合(四七六) (四)證據物件攜帶ヲ附言セル證人ノ呼出(四七七)

第一章 鑑 定……………四六七

第一節 鑑定及鑑定人ノ意義……………四六七

第二節 鑑定人ノ義務……………四七〇

第三節 鑑定人訊問ノ方法……………四七一

第一 宣 誓……………四七一

第二 鑑定ノ方法……………四七三

第四節 其ノ他ノ鑑定ニ關スル事項……………四七六

第一 檢事及辯護人ノ鑑定立會……………四七六

第二 官公署ニ對スル鑑定ノ囑託……………四七七

第三 鑑定人ノ費用請求權……………四七七

第四 獨逸刑事訴訟法ニ於ケル鑑定人ノ忌避……………四七八

第一章 通 譯

四七六

第一節 通 譯

四七八

第二節 翻譯

四七九

第三節 鑑定ニ關スル規定ノ準用

四七九

第二章 訴訟費用

四八〇

第一節 概 說

四八〇

第二節 訴訟費用ノ負擔

四八三

第一 被告人ノ訴訟費用ノ負擔

四八三

第二 被告人ニ非ザル者ノ訴訟費用ノ負擔

四八六

第三節 訴訟費用負擔ノ裁判並訴訟費用額ノ確定

四八七

第一 被告人ニ訴訟費用ヲ負擔セシムル裁判手續

四八七

第二 被告人ニ非ザル者ニ訴訟費用ヲ負擔セシムル裁判手續

四八八

第三 裁判ニ因ラズシテ訴訟手續終了セル場合ニ於ケル訴訟費用負擔ノ裁判手續

四八八

第四 記訟費用額ノ確定

四八九

第四節 搜查費用

四九〇

(一) 檢事ノ呼出シタル關係人ニ對スル旅費、日常等給與(四九〇) (二) 檢事ガ犯罪捜査ノ爲要シタル費用ニ付テ(四九二)

第三章 證 據

四九四

第一 證據ノ意義

四九四

第二 證據方法ノ分類

四九七

(一) 直接證據ト間接證據ノ區別(四九七) (二) 本證ト反證(四九八) (三) 完全證據ト不完全證據(四九九) (四) 證據方法ノ性質ニ基ク區別(四九九)

第三 證據調ノ方法

五〇二

第四 證據方法ノ性質ニ基ク區別ノ分類並證據調ノ方法ノ表示

五〇四

第五 重要ナル判例

五〇五

(1) 證據書類ノ意義ニ關スルモノ (2) 聽取書ノ性質ト證據力 (3) 證據調ニ關スルモノ

第六 證據力ニ關スル法律上ノ制限

五一二

第七 要證事實

五一四

(1) 公知ノ事實 (2) 裁判所ニ顯著ナル事實 (3) 所謂法律上ノ推定事實ニ付テノ異論——出版法第三十一條及新聞紙法第四十五條ノ解釋

第八 證據ノ消滅 五八
 (1)人為的作用ニ因ルモノ (2)自然的作用ニ因ルモノ (3)時間經過ニ因ルモノ
 第九 證據ノ蒐集並保全 五九
 第一〇 證據物件ノ整頓、修理並補充 五二

追補

第一 緒言 五五
 第二 民事地方裁判所分設等ニ關シ裁判所構成法ノ改正 五五
 (一)裁判所構成法中改正法律案理由書 (二)裁判所構成法中改正法律
 第三 裁判所ノ廢止及設立ニ關スル法律等 五七
 (一)裁判所ノ廢止及設立ニ關スル法律 (二)大正二年法律第九號中改正法律 (三)以上ノ外右裁判所
 構成法ノ改正ニ關聯シテ
 第四 勾留更新決定ニ關スル改正 五六
 (一)改正法全文 (二)右改正法成立ノ經過 (三)勾留更新決定ノ形式 (四)刑事訴訟法第一一三條
 ノ改正ニ因リ生ズル當面ノ問題

〔目次了〕

日本刑事訴訟法論 [上卷]

樫田忠美著



緒論

第一章 刑事訴訟ノ意義

刑事訴訟ニ廣狹ニ義アリ。

第一 狹義ノ刑事訴訟(Stratprozess im engeren Sinne)

狹義ノ刑事訴訟トハ、國家刑罰權ノ存否及其ノ範圍ヲ確定スル目的ヲ以テ爲サル手續ニシテ、裁判所、檢事及被告人間ノ三面的法律行為ノ連鎖ヲ總括セル公法上ノ關係ヲ謂フ。

一 刑事訴訟ノ主體ハ裁判所(Gericht) 檢事(Staatsanwalt) 及被告人(Angeschlagte)ナリ。

裁判所ノ構成(組織、管轄)ニ關スル事項ハ、裁判所構成法ニ依リ規定セラル。檢事ノ職務、權限、管轄等ニ關スル規定モ亦同法中ニ掲載セラル。

被告人トハ檢事ニヨリ起訴(公訴提起)セラレタル犯罪嫌疑者ノ刑事訴訟法上ニ於ケル名稱ナリ。

緒論 刑事訴訟ノ意義

現行刑事訴訟法ハ、起訴前ニ於テハ之ヲ被[○]疑者 (Beschuldigte) ト指稱シ、區別シタリ。是レ個人ノ名譽ヲ尊重スルコトニ努メタル結果ニ外ナラズ (本書九四頁參照)。

被告人ハ檢事ニ對立シ、之ガ攻撃ニ對シ防禦ヲ爲シ、辯護人 (Verteidiger) ノ援助ヲ受クルコトヲ得セシム。

檢事及被告人ヲ訴訟當事者 (Parteien) ト稱ス。此ノ兩者ノ關係ハ、民事訴訟ニ於ケル原告 (Kläger) 被告 (Beklagte) ノ關係ト類似スルモノナリ。刑事訴訟ハ、公訴ノ關係ニ於テハ被告[○]人ト云フモ、之ニ附帶セル私訴ニ於テハ、民事訴訟ニ於ケルト同様被告[○]ト云ヒ、原告ナル語ニ照應セシメタリ。

又、刑事訴訟法中ニ、訴訟關係人ナル語アリ (刑訴四八條、五三條)。訴訟關係人トハ、訴訟當事者及當事者ニ非ズシテ刑事訴訟ニ參與スル者ヲ總稱ス。當事者ニ非ズシテ刑事訴訟ニ參與スル者トハ、被告人ノ代表者 (刑訴三六條)、代理人 (刑訴三七條、三八條)、辯護人 (刑訴三九條)、輔佐人 (刑訴四七條) 等ヲ云フ。私訴ニ於ケル當事者ハ原告及被告ナリ。檢事ハ私訴ノ審判ニ立會フコトヲ要セズ (刑訴五八八條)。而シテ、私訴ニ於テハ訴訟關係人ヲ私訴關係人ナル語ヲ以テ現ハセリ (刑訴五八一條)。

二 刑事訴訟ノ客體 (目的物) ハ、國家刑罰權ノ存否及其ノ範圍ヲ確定スルコトニ存ス (Feststellung des staatlichen Strafanspruchs nach Existenz und Inhalt)。

犯罪 (Verbrechen) ハ、人ノ反社會性ノ表現タル有責違法ノ行爲ニシテ國家ノ利益ヲ侵害スルモノ

ナルガ故ニ、國家ハ其ノ自己保全ノ必要上、自ら犯罪者ニ對シ刑罰ヲ加フベキ權能ヲ有ス。之ヲ國家刑罰權 (Strafrecht im subjektiven Sinne) 又ハ刑罰請求權 (Strafanspruch) ト云フ。或ハ之ヲ實體的請求權 (materiellische Anspruch) ト呼ブ學者アリ (Rosenfeld)。

請求權アル語ハ、民事訴訟法上ノ用語ナレバ、刑事訴訟法上使用スルハ妥當ナラズト主張スル説アリ。

國家ガ刑罰權ヲ有スルコトニ付テハ、刑法學上何レノ學說ニ從フモ爭ヒナキトコロナリ。唯刑罰權ノ實體ニ付、何ガ故ニ犯罪ニ對シ、刑罰ナル制裁ヲ科スルヤトノ問題ニ關シテ、「主觀主義ト客觀主義」、「應報主義ト目的主義」、又ハ「絕對主義、相對主義、折衷主義」等ノ論爭ヲ殘セルノミ。

國家ハ如何ナル犯罪ニ對シ、如何ナル刑罰ヲ科シ得ベキカハ、刑法ニ規定シアルモ、國家ハ抽象的ニ刑罰權ヲ有スルコトヲ認メタルニ止マルヲ以テ、之ガ實行ヲ國家自身ノ自由ナル認定ニ委センカ、國民ハ過重ナル刑罰ヲ科セラルルヤモ知レズトノ不安ニ驅ラルベシ。此ノ種ノ不安ヲ一掃センガ爲ニ、犯罪ガ現實ニ發生シタル場合

(イ) 其ノ犯罪行爲者ハ何人ナリヤ

(ロ) 國家ハ右犯罪者ニ對シ刑罰ヲ科シ得ベキヤ

(ハ) 若シ科スベキモノトセバ何程ノ刑罰 (刑罰ノ範圍、分量) ヲ科スベキヤ

ヲ決定スル手續ヲ規定セル成文法ヲ設クル必要アルナリ (Regularien des gerichtlichen Verfahren)。

三 刑事訴訟ノ實體ハ、裁判所、検事及被告人間ニ生ズル三面的法律關係ナリ。即チ左ノ如シ。

(イ) 裁判所ト検事トノ間ノ法律關係

(ロ) 裁判所ト被告人トノ間ノ法律關係

(ハ) 検事ト被告人トノ間ノ法律關係

検事ハ被告人ニ對シ公訴權ヲ行使シ、裁判所ニ各種ノ訴訟行為ヲ要求シ、被告人ハ之ニ對シ防禦權ヲ行使シ、裁判所ニ各種ノ訴訟行為ヲ要求スルコトヲ得ベシ。刑事訴訟ノ法式ヲ理想的ニ一貫セシメントセバ、検事ト被告人トハ相對立シ、裁判所ハ其ノ中間ニ立チ公平ニ裁決シ、兩當事者ハ共ニ平等ノ關係ニアラシメ、検事ノ訴訟活動ノ自由ノ分量ハ被告人ノ其レト同一ナラシメザル可カラズ。然レドモ犯人ハ、自己ノ犯罪ノ證據ヲ煙滅シ若ハ偽造シ、逃走スル等ノ虞アルヲ以テ、之ガ防止ヲ計ランガ爲ニハ、其ノ身柄ヲ勾禁シ(刑訴八九條、九〇條)、面接並信書ノ授受ヲ禁ズルノ必要アルコトアリ(刑訴一二二條)。其ノ活動ノ自由ハ検事ニ比シ著シク制限セラル。故ニ現今ノ法制ノ下ニアリテハ、検事ハ常ニ被告人ヨリモ稍有利ナル地位ニアリ。然レドモ現行刑事訴訟法ハ舊法ニ比シ、被告人ノ地位ノ向上ヲ計リタル處分少カラズ(後出現行刑事訴訟法ノ特色中ニ該當條文抽出シアリ)。反對ニ検事ノ權限一部制限セラレタル箇所アリ(刑訴三三八條)。

四 刑事訴訟上ノ法律手續ハ、刑罰權ノ存否並其ノ範圍ヲ確定スル爲ニ發生シ、發展シ終結スル目的ニ集中セシメラレタル三面的法律行為ノ連鎖ニシテ、之ヲ總括シテ一個ノ訴訟關係ヲ組織セルモ

ノナリ。

五 刑事訴訟上ノ法律行為ハ、國家刑罰權行使ノ問題ニ關シテ當事者及國家機關タル裁判所トノ間ニ於テ爲サルモノナルヲ以テ、其ノ性質公法上ノ法律行為ニ屬シ、私法上ノ法律行為ニ非ザルヤ明カナリ。從テ刑事訴訟上ノ法律行為ニ對シテハ、特別ノ明文アル場合ノ外ハ、民事上ノ規定ノ適用ナキモノトス。

六 刑事訴訟ノ訴訟的法律關係ハ、刑法所定ノ實體的法律關係(刑罰權ノ存否並其ノ範圍)ノ確定ヲ目的トスル手續ナルガ故ニ、刑法ニ對シテ第二次的ノ法律關係(ein sekundäres Rechtsverhältnis)タル性質ヲ有ス。

第二 廣義ノ刑事訴訟 (Strafprozess im weiteren Sinne)

既ニ説明セルガ如ク、狹義ノ刑事訴訟ハ、國家刑罰權ノ存否並其ノ範圍ヲ確定スル目的ヲ以テ爲サルル裁判所、検事及被告人間ノ行為ノ連鎖ナルヲ以テ、此ノ關係ハ起訴ヲ以テ始まり、公判審理ヲ經テ判決宣告セラレ、該判決確定スルヲ以テ終ルモノトス。從テ嚴格ナル意味ニ於テハ、検事ノ起訴前ニ於ケル手續(例ヘバ捜査)ハ刑事訴訟ニ非ズ。又刑罰權ノ存否及其ノ範圍ガ判決ニヨリテ確定セラレタル後ニ於テハ刑事訴訟ナルモノ存セズ。又犯罪ニヨリ損害ヲ受ケタル被害者ガ被告人ニ對シテ、其ノ損害ヲ原因トスル請求ヲ爲スコトモ、本來ノ性質ヨリ論ズレバ民事訴訟ニシテ刑事訴訟ニ非ズ。然レドモ、犯罪ノ捜査ト裁判ノ執行トハ刑事訴訟ノ前後ニ相接続シテ不可避的ニ爲サレザルベカラ

ザル關係ニ在リ、又、犯罪ニ因リ損害ヲ受ケタル者ガ其ノ賠償ヲ請求セントスルトキハ、刑事事件ヲ審判スルト同一ノ裁判所ニ對シ公訴ニ附帶シテ私訴ヲ提起セシムルヲ便ナリトシ、學者ハ此等ヲ廣ク刑事訴訟ノ範圍ニ編入研究スルヲ適當トシ、同一系統ノ手續中ニ總括セシメ、各國ノ刑事訴訟法典モ亦之ニ倣ヒタリ。是レ廣義ノ刑事訴訟ノ意義ヲ考フルノ實益アル所以ナリ。

廣義ノ刑事訴訟トハ、國家刑罰權ノ存否並其ノ範圍ヲ確定シ、之ヲ實行スルコトヲ目的トスル行爲ハ全體ヲ謂フ。詳言スレバ、被疑者ニ對スル檢事並其ノ補助機關ノ犯罪捜査ニ初マリ、檢事ノ被告人指定起訴ニ基キ、裁判所之ガ審理判決ヲ爲シ、其ノ確定ヲ待ツテ被告人ニ對スル該言渡、刑ノ執行ヲ以テ終ルモノナリ。

第二章 刑事訴訟法ノ意義

刑事訴訟法ノ意義ニ實質的ナルモノト、形式的ナルモノトアリ。

第一 實質的意義ノ刑事訴訟法

實質的意義ノ刑事訴訟法トハ、刑事訴訟ニ適用セラルベキ法規ノ全體ヲ指ス。從テ、刑事訴訟法典ノ外、違警罪即決令、裁判所構成法(但シ刑事裁判所ノ構成ニ關スル部分)、陪審法、少年法ノ一部、刑法ノ一部ノ如キ法令ヲモ含ムモノナリ。

第二 形式的意義ノ刑事訴訟法

形式的意義ノ刑事訴訟法トハ、大正十一年法律第七十五號ヲ以テ刑事訴訟法トシテ公布セラレ、大正十三年一月一日ヨリ施行セラレタル法典ヲ指稱ス(Strafprozessordnung)。

單ニ刑事訴訟法ト云フトキハ、形式的意義ノ刑事訴訟法ヲ意味スルヲ常トスレドモ時トシテハ刑事訴訟法學 (Strafprozessrechtswissenschaft) ノ意味ニ使用セラルルコトアリ。刑事訴訟法學トハ、刑事訴訟法ニ關スル原則ヲ發見シ、之ヲ系統的ニ説明スルコトヲ目的トスル科學ヲ云フ。

我が現行刑事訴訟法典ノ内容ヲ見ルニ、狹義ノ刑事訴訟ニ屬セザル犯罪ノ捜査、裁判ノ執行等ニ關スル規定ヲ包含スルモ、他ノ一面ニ於テハ、裁判所構成ニ關スル法規ヲ除外シ、特別裁判所(領事裁判所、陸軍軍法會議、海軍軍法會議等)又ハ行政官廳ノ如キ通常裁判所(裁判所構成法所定)以外ノ官廳ニ於ケル特別刑事手續ニ關スル法規ハ之ヲ含マズ。即チ現行刑事訴訟法典ハ通常裁判所ニ於ケル廣義ノ刑事訴訟ニ適用セラルベキ法規ノ全體ヲ意味ス。

第三章 刑事訴訟法ノ沿革

刑事訴訟法ノ淵源ハ他ノ法律ト同ジク遠ク羅馬法ニ出發ス。羅馬法ハ其ノ共和政時代ニ特殊ノ發達ヲ遂ゲ寺院ノ裁判所之ヲ繼承シ寺院法 (kanonisches Recht) トシテ完成シタルガ此ノ法系ハ十三世紀ノ

頃ヨリ寺院以外ノ裁判所ニ於テ採用セラレ伊太利法トシテ完成シ、獨佛兩國ニ著シキ影響ヲ與ヘ、獨逸ニ於テハ十六世紀前半ニゲルマン法ハカール五世(Karl V)ノ刑事法典トシテ大成セラレ、佛國ニ於テハ十七世紀ノ後半ニルイ十四世(Louis XIV)ノ刑事法典ノ編纂ヲ見タルガ其ノ後佛蘭西革命ノ際之ニ英國ノ制度ヲ參酌シ現行ノ佛國刑事訴訟法典ノ制定ヲ見ルニ至レリ。而シテ此ノ法典ハ十九世紀後半ニ至リ獨伊其ノ他ノ歐洲大陸諸國ノ模範トナリタルモノニシテ我が國ニ於テモ此ノ法典ヲ母法トシテ佛人ポアソナード氏(Poissonade)ヲ招聘シ「治罪法」ヲ起草セシメ、明治十三年七月ニ發布、同十五年一月ヨリ實施セラレタルモ、翻譯の規定ニシテ我が國ノ民情風俗ニ適合セザルノ恨アリシヨリ幾多ノ修正ヲ加ヘ且獨逸ノ刑事訴訟法ヲ參酌シ、明治二十三年十月六日名稱ヲ「刑事訴訟法」ト改メ之レヲ發布シタリ。然レドモ當時ノ法制ハ所謂治外法權ノ撤廢ヲ熱望スルニ急ニシテ訴訟ノ實際ニ經驗ヲ徵スルノ餘裕ナカリシ爲メ法典ノ不備頗ル多カリシモ、裁判所ハ社會事情ニ適合スル様ニ法令解釋ヲ下シ刑事訴訟法ノ理論ヲ應用シテ其ノ短ヲ補ヒ來レリ。而シテコレト同時ニ發布セラレタル刑法ハ我が國社會事情ニ適合セザルノ理由ヲ以テ廢セラレ、明治四十一年十月一日ヨリ現行刑法ノ實施ヲ見ルニ至リシモノガ手續法タル刑事訴訟法ハ刑法施行法ノ調節ノ下ニ僅カニ餘命ヲ保持シ來レリ。其ノ間實ニ三十星霜、之ガ反復適用ヲ試ミタル幾多ノ裁判實例ニ照シ、法ノ不備益々明瞭トナリタルヨリ、茲ニ其ノ長ヲ存シ、短ヲ捨テ、現時ノ社會ノ趨勢ニ適合スベキ新規定ヲ補足セル刑事訴訟法ノ編纂ヲ必要トスルニ至レリ。其ノ結果現行刑事訴訟法ハ大正十一年第四十五回帝國議會ヲ通過シ呱呱ノ聲ヲ舉グルニ

至レリ(大正十一年四月公布法律第七十五號 大正十三年一月一日ヨリ實施)。從テ我が國ノ現行刑事訴訟法ハ佛、獨兩國ノ刑事訴訟ノ混淆折衷セラレタルモノト云フヲ得ベキモ大部分獨逸ノ現行刑事訴訟法ヲ母法トスルモノナリ。

舊治罪法中ニハ裁判所構成ニ關スル規定ヲ併セ掲ゲタリシモ、明治二十三年帝國憲法發布セララルニ及ビ治罪法ト分離シ、別ニ裁判所構成法ナル法典ニ收メ同年二月八日發布シタリ。而シテ少年法及陪審法ノ發布ハ實質的意義ニ於テ刑事訴訟法ノ一部分ノ改正ヲ爲シタルモノト謂フヲ得ベシ。

新法編纂ノ經過ヲ顧ミレバ司法當局ニ於テ改正ノ必要ヲ認メ委員ヲ舉ゲテ調査セシメ、一應ノ成案ヲ得タルハ明治三十一年ナリシト云フ。次デ右調査ハ同三十二年法典調査會ニ移サレ、同三十四年三月改正案ノ稿ヲ脱シ、同年五月之ヲ公表シ、同四十年四月現行刑法成立ト同時ニ新ニ設置セラレタル法律取調委員ニ於テ調査ヲ爲シ、大正五年十一月六日ニ其ノ成案ヲ公表シ、更ニ其ノ案ニ基キ、逐條審議ヲ遂ゲ第四十五議會ニ提出シ、衆議院並貴族院ニ於テ多少ノ修正ヲ加ヘラレ此ノ成文法ヲ得タルモノナリ。其ノ間幾多ノ學者實務家ガ意見ヲ交換シ、我が國古來ノ淳風美俗ノ保護ヲ慮リ、歐洲諸國ノ法制ヲ參酌シ、現代社會ノ新思潮ニ順應スベク努力セラレタルモノナリ。

第四章 刑事訴訟法ノ基本問題

第一 刑事訴訟法ハ沿革上手續ノ形式ニ基キ分類スレバ左ノ三種ト爲スヲ得ベシ。

一 彈劾手續 (Anklageprozess)

此ノ手續ハ犯罪アルモ國家ハ自ら進ンデ之ガ捜査並訴訟ノ提起ヲ爲サズ、被害者、其ノ親族若ハ一般公衆ノ訴アルヲ待チテ之ニ著手スルノ主義ヲ採ル。

(イ) 一般ノ私人ヲシテ犯罪ノ訴追ヲ爲サシムル主義ヲ公衆訴追主義 (Popularklagesystem) ト云

ス。

(ロ) 被害者又ハ其ノ親族ノミヲシテ犯罪ノ訴追ヲ爲サシムル主義ヲ狹義ノ私人訴追主義 (Privateklagesystem) ト云フ。

此ノ主義ハ原告、被告及裁判所ノ對立アルヲ以テ所謂訴訟ノ形式ニ於テ缺クル所ナシト雖、犯罪訴追ノ實權ヲ私人ノ手ニ委スルガ爲メ誣告、濫訴ノ弊ニ陥リ易ク、如何ナル犯罪モ告訴若ハ告發アルニ非ザレバ之ヲ處罰スルヲ得ザルガ如キ、又訴訟開始後ト雖告訴、告發ノ取消ニ依リ訴訟終了スルガ如キハ大ナル缺點ナリトス。斯クノ如クンバ犯罪鎮壓ノ目的ヲ達スルニ由ナク、結局公安ヲ維持スル能ハザルベシ。彈劾手續中(イ)ノ種類ハ古代ゲルマンニ行ハレ(ロ)ハギリシヤ、ローマニ行ハレ其ノ後中世歐洲諸國ニ於テハ國家モ犯罪訴追ニ干與スルニ至リタリ。

二 糾問手續 (Inquisitionsprinzip)

此ノ手續ハ犯罪アレバ國家ハ自ら進ンデ之ガ捜査並訴訟ノ提起ヲ爲サザル可カラズト爲スノ主義ヲ採ル。

是レ犯罪鎮壓ノ目的ヲ達スルニ最モ能ク適スト雖、國家ハ原告ニシテ同時ニ裁判所タル地位ヲ併セ兼スルコトトナリ動トモスレバ裁判所ハ被告ニ不利益ナル豫斷ヲ懷キ、裁判ノ公平、獨立ヲ害スルノ虞アリ。國家ハ被告人ニ對シ、拷問ニ依リ自白ヲ強要スルノ權ヲ有シ、被告人ニハ毫モ防禦權ノ行使ヲ許サザルヲ特色トス。

三 折衷手續

此ノ手續ハ前掲二主義ノ短所ヲ捨テ長所ヲ併存シタル主義ニシテ十九世紀ノ初メヨリ行ハルルニ至レルモノナリ。國家ハ犯罪アレバ何人ノ訴ヲモ待タズ自ら訴訟手續ヲ開始スルヲ原則トスルモ、檢事制度 (Institut der Staatsanwaltschaft) ヲ認メ裁判ノ機關ト起訴ノ機關トヲ劃然區別スルノ主義ナリ。

即チ形式的ニハ彈劾主義ヲ採用シ實質的ニハ糾問主義ヲ採用スルモノナリ。現今ニ於テハ我が現行刑事訴訟法並主要ナル文明諸國ノ刑事訴訟法ハ孰レモ此ノ主義ヲ採用セリ。此ノ主義ハ裁判所ノ負擔ヲ輕カラシメ、被告人ノ防禦主體タル地位ヲ確實ナラシメタル功績アリ。

第二 司法權ノ獨立 (Unabhängigkeit der Gerichtsbarkeit)

司法權ハ國家統治權ノ一作用ニシテ國家ニ屬シ、國家ノ機關之ヲ行フ。

司法權ヲ行フ國家ノ機關ハ裁判所ナリトス。憲法第五十七條第一項ニ「司法權ハ天皇ノ名ニ於テ裁判所之ヲ行フ」ト規定セルハ此ノ意味ナリ。

國家ノ司法權ハ廣義ノ裁判權ト云フヲ得ベク、國家ガ憲法上裁判所ヲ設立シ、之ヲ構成シ、其ノ行動ヲ規定シ、刑罰請求權ノ存否並範圍ヲ定メ得ル國家ノ權力ヲ指スモノナレド、此ノ權力ヲ裁判所ナル國家ノ機關ヲ通ジテ行ハシムベキ場合ニ、裁判所ノ有スル權限ハ茲ニ具體化セラレ、裁判權ナル名稱ハ下ニ作用セラレ得ル權利トナルモノナリ。此ノ意味ニ於ケル裁判權ハ廣義ノ裁判權ニ對照シテ狹義ノ裁判權ト云フヲ得ベシ。

國家ノ司法權無ケレバ裁判所ノ裁判權ヲ生ゼズ、裁判所ハ國家ノ司法權ヨリ傳來シテ自己ノ裁判權ヲ保有スルモノナリ。學者ハ此ノ關係ニ著目シテ、國家ノ司法權ヲ元來的司法權 (originäre Gerichtsbarkeit) ト稱シ、之ニ對シ、裁判所ノ裁判權ヲ傳來的司法權 (abgeleitete Gerichtsbarkeit) ト稱ス。司法權ハ各個人ノ專横ニ對シ國民ヲ保護スルニ止マラズ、國家並其ノ機關ノ許容シ難キ干涉、侵害ニ對スル保障タルベキ作用ヲナスモノナリ。國民モ此ノ權力ニヨリ拘束セラルルト共ニ、國家モ亦自ラ之ニ羈束セラル。歴史的ニ觀ルトキハ、佛蘭西人モンテスキュー (Montesquieu) ノ三權分立ノ思想ニ端ヲ發シ、各國ノ憲法ニ採用セラレタルモノナリ。

司法權ノ獨立トハ他ノ行政權及立法權ノ各作用ニ依リ毫末モ干渉ヲ受クルコト無ク、公平且嚴正ニ其ノ權力ノ發動ヲナサシメントスルノ思想ノ表現ナリトス。此ノ思想ヲ傳承シテ、嚴格ナル意味ニ於ケル司法權ノ獨立即チ各個ノ場合ニ於ケル裁判官ノ獨立ヲ實現センガ爲ニハ、左ノ如キ制度ガ樹立セラレザル可カラズ。

- 一 裁判官ハ終身官タラシムルコト 我ガ國ニ於テハ裁判所構成法ニ依リ制限アリ(裁構七四條ノ二)。
- 二 裁判官ハ其ノ意ニ反シテ轉官、轉所、停職、免職又ハ減俸セラルルコトナシ(裁構七三條)。
- 三 裁判手續ヲ公開スルコト (Öffentlichkeit des Verfahrens) 裁判手續ノ公開ニハ二種アリ。

(イ) 公衆公開 (又ハ一般公開) (Volksöffentlichkeit od. Volkstümlichkeit)
 之ハ裁判手續ヲ公開シ一般民衆ヲ自由ニ法廷ニ出入スルコトヲ得セシメ、審判ノ推移狀勢ヲ傍聽セシムルノ原則ニシテ、審理ニ偏頗ナカラシメ且其ノ手續ニ誘導詐言ヲ用ウル等不當ノ處置無カラシムルノ保障トナル。之ガ爲メ公衆ヲシテ裁判所ヲ信賴セシメ、且法令ニ習熟通曉セシムル利益アリ。

(ロ) 當事者公開 (又ハ訴訟關係人公開) (Parteiöffentlichkeit)
 當事者公開トハ訴訟當事者ヲシテ審判ノ手續ニ立會ハシムル原則ヲ云フ。當事者公開ノ原則ハ公判ノ手續ニ付適用アリ、公判ニ於テ公衆公開ヲ禁止セザル場合ニハ、公衆公開ト同時ニ當事者公開カ競合スルモノナリ。而シテ當事者ハ公判ノ外、臨檢、搜查、物件差押ノ處分ニ就テモ立會フコトヲ得。

裁判ノ公開禁止ノ決定アリタルトキハ、裁判ハ一般公衆ニハ公開セラレザレドモ、當事者若ハ訴訟關係人ニ限り公開セラル。

當事者公開ハ左ノ場合ニ於テハ停止セラルルコトアリ。

- (1) 裁判所ニ於テ、證人若ハ共同被告人が、被告人ノ面前ニ於テ充分ナル供述ヲナスコトヲ得ザルベシト思料シタルトキ(刑訴三三九條一項)
 - (2) 被告人審問ヲ妨ゲ、不當ノ行狀ヲ爲シタルトキ(裁構一〇九條、刑訴三六六條)
- 裁判公開主義ニ對スル主義ハ裁判密行主義ナリトス(Das Prinzip der Heimlichkeit)。
- 書面審理又ハ糾問訴訟ガ行ハレタル時代ニ於テハ公開セラレズ、密行セラレシガ、十九世紀ノ始メニ至リ、裁判所ノ專横ヲ防止センガ爲ニハ裁判ヲ公開スル必要アリトノ政治論ニ動かサレ歐米諸國ハ何レモ裁判公開制度ヲ採用シ我ガ舊刑事訴訟法並現行法モ之ニ從ヒタリ(憲法五九條)。
- 裁判公開主義ハ公判ニ就テハ其ノ審級ノ何レニ在ルヲ問ハズ適用アリ。公判以外ノ手續(抗告ニ對スル裁判、執行異議ニ對スル裁判、捜査及豫審手續、公判準備手續)ニハ適用ナシ。
- 又、公判手續ニ付テモ左ノ場合ニハ適用ナシ。
- (イ) 裁判ノ評議(裁構二二條)
 - (ロ) 裁判所ノ決議ヲ以テ對審ノ公開ヲ止メタルトキ(憲法五九條但書、裁構一〇五條)
- 裁判所ガ決議ヲ以テ對審ノ公開ヲ止ムルコトヲ得ル場合ハ次ノ如シ。
- 1 安寧ヲ害スル虞アルトキ
 - 2 秩序ヲ害スル虞アルトキ
 - 3 風俗ヲ害スル虞アルトキ

第三 檢事ノ公訴權ノ獨占 (Anklagenopol)

檢事ノ起訴(公訴提起)無ケレバ刑事訴訟ノ審理開始セラレズトナス主義ハ之ヲ狹義ノ彈劾主義トモ云フ(Nemo iudex sine actore)。

公訴ハ檢事之ヲ行フ(刑訴二七八條)。

公訴ノ提起ハ豫審又ハ公判ヲ請求スルカ、略式命令ヲ請求スルコトニ依リ之ヲ爲ス(刑訴二八八條、五二三條)。

斯クノ如ク公訴ノ提起ハ檢事ノ專權ニ屬シ、他ノ者ヲシテ之ヲ爲スコトヲ許サザル原則ヲ採用セル主義ヲ檢事ノ公訴權ノ獨占制度ト云フ。我ガ刑事訴訟法モ此ノ原則ヲ採用シタレドモ若干ノ例外アルコトニ注意セザルベカラス。其ノ例外ノ場合左ノ如シ。

- 一、裁判所ハ押收又ハ搜索ヲ爲スニ當リ他ノ犯罪ニ關スル顯著ナル證據物ヲ發見シタルトキハ假ニ之ヲ押收シテ檢事ニ送付スルコトヲ得(刑訴一五三條)。
- 二、豫審判事豫審中共犯アルコト又ハ他ノ犯罪アルコトヲ發見シタル場合ニ於テ、急速ヲ要スルトキハ、檢事ノ請求ヲ待タズシテ豫審ニ屬スル處分ヲ爲スコトヲ得(刑訴二九七條一項)。
- 豫審判事前項ノ處分ヲナシタルトキハ速ニ其ノ旨ヲ檢事ニ通知スベシ(刑訴二九七條二項)。
- 三、裁判長ハ審問ヲ妨グル者、又ハ不當ノ行狀ヲ爲ス者ヲ法廷ヨリ退カシムルノ權ヲ有シ、必要ニ應ジ之ヲ勾引シ、閉廷ノ時マデ之ヲ勾留シ、又ハ五圓以下ノ罰金若ハ五日以内ノ拘留ニ處ス(裁構一

○九條（裁判長ノ司法警察權）。

一六

四、違警罪即決令ニヨリ、警察官廳ニ於テ、科料ニ處セラレタル者ハ右處分ニ對シテ區裁判所ニ正式裁判ヲ請求スルコトヲ得（違警罪即決令三條）。此ノ場合ハ起訴ナクシテ裁判所ニ於テ審判セラル。以上ノ外、檢事ガ勾引狀ヲ發シ得ル場合（刑訴一二三條）、檢事、司法警察官吏ガ現行犯トシテ強制處分ヲ爲ス場合（刑訴一二四條、一二九條）、檢事ガ判事ニ對シ強制處分ヲ請求スル場合（刑訴二五五條）等ヲ舉示スル學者アレドモ、右ハ起訴前ノ搜查活動トシテ檢事、司法警察官吏ガ例外的ニ強制力ノ使用ヲ許サレ若ハ檢事ガ判事ノ強制力ノ使用ヲ請求スルコトヲ許サレタル場合ニ外ナラザルコトハ、特ニ法律ガ「起訴前ニ限リ」ナル明文ヲ設ケタル事蹟ニ徴シ明白ニシテ、檢事ハ起訴無キニ拘ラズ裁判所ガ獨自ハ見解ノ下ニ審理ヲ開始シタル場合ニ非ザレバ例外ト認メザルヲ相當ト思料ス。

檢事ノ公訴權ノ獨占ハ、左ノ場合ニ於テ制限ヲ受クルコトアルニ注意スベシ。

- 一、親告罪ニ付、告訴權者ヨリ告訴ヲ爲スニ非ザレバ起訴ヲ爲スヲ得ズ。
- 二、間接國稅違反事件ニ關シテハ、稅務官吏又ハ專賣局官吏ノ告發アルニ非ザレバ起訴ヲ爲スヲ得ズ。
- 三、國交ニ關スル罪ニ付テハ、外國政府ノ請求又ハ被害者ノ請求アルニ非ザレバ起訴ヲ爲スコトヲ得ズ。

第四 合法主義ト便宜主義 (Legalitätsprinzip od. officialmaxime ; Opportunitätsprinzip)

合法主義トハ犯罪アレバ必ズ之ニ刑罰ヲ科スル主義ニシテ、便宜主義トハ犯罪アルモ事情ニヨリ刑罰ヲ科セザルコトトナスノ主義ナリ。我が刑事訴訟法ハ便宜主義ヲ採ル（刑訴二七九條）。

獨逸刑事訴訟法ニアリテハ、其ノ第一五二條第二項ニヨリ合法主義ヲ採用スルモノト看ラル。サレド同法第一五三條、第一五四條ニヨリ例外トシテ便宜主義ヲ採用スルノ結果、我國ノ刑事訴訟法ト實際ニ於テ著シキ差異ナキモノナリ。

第五 裁判ニ法律家ニ非ザル素人ヲ參與セシムル制度 (Mitwirkung von Nichtjuristen ; Laienbeteiligung)

此ノ制度ニ陪審主義 (Jury system ; Schwurgericht) 參審制度 (Schöffengericht) ノ二種アリ。

陪審制度ハ十二世紀頃ヨリ英國ニ發達シ歐米諸國ニ之ヲ傳ヘタルモノニシテ、裁判官ノ專恣横暴ヲ民衆ノ關與ニヨリ監督シ、以テ民權擁護ノ機關タラシメントスルノ政治的理由ニヨリ生ジタルモノナリ。而シテ陪審ニハ英、米ニ在リテハ刑事陪審、民事陪審ノ區別アリ。刑事陪審ハ更ニ分レテ起訴陪審 (Grand Jury) ト公判陪審 (Petty Jury) ノ二種トナル、我國ニ於テハ公判陪審ニ屬スル陪審法制定セラレ大正十二年四月十八日法律第五十號ヲ以テ發布セラレ昭和二年六月一日ヨリ實施セラレタリ。我國ニ於ケル裁判制度ハ短日月ノ發達ナルニ拘ラズ歐米諸國ノ其レニ比シ毫モ遜色ヲ見ザルトコロニシテ、裁判官ノ横暴ヲ見ルベキ歴史的事實存セズ。サレバ我國ニ於テハ此ノ意味ニ於ケル陪審制ノ採用ハ理由無キモノナリ。我國、立憲制度ノ骨子タル立法權、司法權、行政權ノ中、立法權及行政權ニ

付テハ國民ガ之ニ關與スルノ制度樹立セラレアリシニ、獨リ司法權ノミハ之ヲ高閣ニ列ネ、廻ラスニ垣ヲ以テシ、國民ヲシテ接近スルコト難カラシメタル恨ミアリ。爲ニ、一般國民ニシテ「裁判所ハ正義ノ殿堂ナリ」ト云フガ如キ觀念ヲ理解スルモノ尠ク、司法裁判制度ノ運用ニ就テ著シキ關心ヲ有セザルモノアルヲ遺憾トシ、國民ヲシテ、司法權ノ運用ノ妙ヲ知ラシメ、法律ノ常識ヲモ涵養セシメントスルノ主旨ニ於テ陪審制度ヲ採用シタルモノト觀ルベキナリ。

然シナガラ余ハ、果シテ此ノ制度ガ現時ノ我國ノ實情ニ照シ適當シ居ルヤ否ハ今日迄ノ實績ニ徴シ大ナル疑問アリト思惟スル一員ニシテ、暫ク此ノ推移ヲ靜觀セントス。

參審主義ハ法律家ニ非ザル素人ト裁判官ト併セテ陪審裁判所ヲ構成セシメ、事實上ノ判斷ヲ下サシムル制度ニシテ、參審員ハ判事ト共ニ裁判ヲ合議スル機關ヲ組織スル特色アリ。獨逸ニ於テハ一九二四年四月ヨリ此ノ制度ヲ採用シタリ。陪審制度ニ一段ノ工夫ヲ加ヘタル制度ナリ。我國ニ於テハ此ノ制度ハ憲法ニ牴觸スルヲ以テ、絶對ニ採用シ得ザルモノナリ。

我國ノ採用セル陪審制度ハ其ノ形式ヲ歐米ノ範ニ倣ヒタレドモ、其ノ實質ニ於テ、我憲法ニ牴觸セザル様工夫立案セラレアルヲ以テ、陪審員ハ裁判ノ合議ニ關與スルコト無ク、判事ヨリ事實ニ付テハ答申ヲ求メラレ、陪審員ノミニテ評議評決ヲ爲シ、其ノ結果ヲ裁判所ニ報告スル職責ヲ有シ、裁判所ハ之ガ答申ヲ理由アリト認メタル場合ニ限リ採用シ、然ラザル場合ニ於テハ之ヲ採擇セズ、陪審員ハ更新ヲ行フコトヲ得セシム。

第六 處分權主義ト不變更主義 (Dispositionsprinzip od. Verhandlungsmaxime und Unabänderlichkeit)

處分權主義トハ訴訟ノ開始及進行並訴訟材料ニ關スル處分ヲ當事者ノ處分ニ一任スルノ主義ニシテ民事訴訟法ハ原則トシテ之ヲ採用ス。即チ當事者ノ意思ニ依リ訴訟ノ目的物が自由ニ處分セラレ、原告ガ請求ヲ拋棄シ、被告ガ之ヲ認諾シ、兩當事者ガ和解スル等ノ行爲ニ關シテハ、裁判所ガ之ニ干渉スルコトヲ許サズ、當事者ノ自由ナル意思ニヨリテ適宜ニ處分スルコトヲ許スモノナリ。此ノ意味ニ於テ形式的眞實發見主義 (formelle Wahrheitserforschungsprinzip) トモ云フ。

不變更主義ハ處分權主義ニ對立スル主義ナリ。之ハ當事者ノ意思ニ依リ訴訟ノ目的物ニ變更ヲ加フルコトヲ許サズシテ、裁判所ハ當事者ノ意思如何ニ拘束セラルルコト無ク實體的眞實ヲ發見スベク努力カスルノ責務アリト爲スノ主義ナリ。刑事訴訟法ハ不變更主義ヲ採ル。然レドモ、

- 一、公訴ノ取消 (刑訴二九二條)
 - 二、上訴 (控訴、上告、抗告) ノ拋棄又ハ取下 (刑訴三八二條)
 - 三、告訴、告發ノ取消 (刑訴二六七條、二七五條)
 - 四、違警罪即決ノ處分ヲ受ケタル者が即決ニ對シ正式裁判ヲ請求セザルコト
 - 五、間接國稅反則者處分法ニ依ル通告ニ從ヒ罰金ノ履行ヲ爲シタルコト
- 等ハ此ノ原則ノ例外ヲナスモノナリ。
- 不變更主義ハ職權主義 (Instraktionsprinzip) トモ云フ。檢事ガ無罪ヲ求ムルモ裁判所ハ刑ノ言渡ヲ

爲シ、當事者が證據申請ヲ爲サザルニ拘ラズ證據調ヲ爲シ、檢事ノ求刑ヨリ重キ刑ヲ言渡シ、被告人自白シ居リ且處刑セラレンコトヲ熱望シ居ルトキト雖職權ヲ以テ眞實ノ發見ニ努メ、罪無シト認メタルトキハ無罪ヲ宣告スルガ如キ一ニ裁判所自身ノ職權ニ依リ爲シ得ルトコロナリトノ意味ニ外ナラズ。又、職權主義ノ適用ニ依リ實體的眞實發見主義 (materielle Wahrheitsforschungsprinzip) 竝自由心證主義 (freie Beweiswürdigung) ナル名稱ヲ生ズ。

參考判例

證據價值判斷ト刑事裁判官ノ自由心證

- 一 ○ 刑事ノ裁判ハ實體的眞實發見ヲ主義トシ裁判所ハ被告事件ニ付職權ヲ以テ諸般ノ取調ヲ爲シ事實ノ真相ヲ究明スベキモノナリト雖モ其ノ取調ベタル證據ニ對シ如何ナル證明力ヲ付與スベキヤ即證據ノ價值判斷ニ關シテハ專ラ裁判官ノ自由ナル心證確信ニ任セラレタルモノトス (昭和八年(レ)第一一三三號、同年十月二十三日第一刑事部判決)。
- 二 ○ 刑事ノ裁判ハ實體的眞實發見ヲ主義トシ裁判所職權ヲ以テ諸般ノ取調ヲ爲シ被告事件ニ付事實ノ真相ヲ究明スベキ其ノ證據ノ取調ニ於テモ裁判官ノ自由ナル心證確信ニ委セラレタルモノトス、從ツテ檢事ノ提起シタル公訴ノ内容カ被告人ヲ特定シ特定ノ犯罪ヲ揭示シタルトキト雖モ裁判所ハ苟クモ被告事件ニ關係アリト認メラルル一切ノ事項ニ付取調ヲ爲シ得ベキヤ言テ俟タズ (昭和八年(レ)第二〇九九號、同年四月十八日第三刑事部判決、棄却)。

第七 直接審理主義 (Grundsatz Der Unmittelbarkeit)

此ハ主義ハ、公判裁判所自ら、當事者及證據方法ヲ直接ニ取調ブルコトヲ要ストナスモノナリ。我刑事訴訟法ノ採用スルトコロナリ。即チ、公判ニ於テハ被告人ノ出廷ヲ必要トシ、豫審ニ於テ訊問シタル被告人モ亦公判ニ於テ審問スルコトヲ必要トス。之ハ實體的眞實ヲ發見シ、裁判ニ過誤ナカラシメン

コトヲ期スル上ニ於テ必要缺クベカラザル制度ナリ。

第八 裁判手續ノ繼續性 (Kontinuität)

同一ノ訴訟ニ於テハ同一ノ判事ガ繼續關與スルノ主義ヲ云フ。若シ變更アリタルトキハ裁判手續ヲ更新スルコトヲ要ス。是レ實體的眞實發見主義竝自由心證主義ノ適用ヨリ派生スル手續上ノ特例ナリ。

第九 口頭辯論主義 (Grundsatz der Mündlichkeit)

訴訟ニ現出セル當事者ト裁判所トハ間ハ意見ハ交換ガ口頭ヲ以テ行ハルコトヲ原則トスルハ主義ナリ。此ノ主義ヲ採用スル上ニ於テ、公判期日ノ指定、裁判所ノ用語又ハ通事ニ關スル規定等ヲ設クルノ必要ヲ生ズ。此ノ主義ニ對立スル主義ハ書面審理主義 (Grundsatz der Schriftlichkeit) ナリトス。我刑事訴訟法ハ原則トシテ口頭辯論主義ヲ採用シ、書面審理主義ヲ排ス。例外トシテ略式命令事件ハ書面審理ニ依ル外訴訟手續ノ一部分ノミ口頭辯論ニ依ル場合アリ (第一編第五章第二節裁判ノ種類一、二八頁說明參照)。

第五章 刑事訴訟法ノ地位

第一 概 説

刑事訴訟法ハ法律ヲ以テ規定スベク命令ヲ以テ之ヲ定ム可カラズ。何トナレバ憲法ハ其ノ第五十七條ニ「司法權ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニヨリ裁判所之ヲ行フ」ト規定シ居ルヲ以テ司法權行使ニ關スル

法規タル刑事訴訟法モ亦法律ヲ以テ定ム可キノ理ナレバナリ。刑事訴訟法ハ(イ)公法ノ一部ニ屬シ(ロ)刑法ヲ適用スル爲ニ存スル補助法タル性質ヲ有スル手續法ナルコトハ既ニ説明シタリ。之ニヨリ一般法律上ニ於ケル刑事訴訟法ノ地位ヲ推知シ得ベシ。

第二 刑法ト刑事訴訟法

刑法ハ犯罪ナル違法行爲ヨリ生ズル法律上ノ結果タル實體的ノ法律關係(刑罰權)ハ如何ナル場合ニ發生スルヤヲ主トシテ規定シ、刑事訴訟法ハ各個ノ場合ニ於テ國家ハ果シテ刑罰權ヲ有スルヤ否並刑罰權アリトスルモ其ノ分量(範圍)如何ヲ確認スルノ手續ヲ規定ス。故ニ或規定カ刑法ニ屬スルヤ刑事訴訟法ニ屬スルヤハ當該規定カ刑法ニ規定セラレアリヤ刑事訴訟法ニ規定セラレアリヤニ依リ決ス可キモノニ非ズ。其ノ規定ノ實質如何ニヨリ定メザル可カラズ。刑法的規定ニヨリ要請セラレル條件ニ背キタルトキハ處罰條件ノ欠缺ヲ來シ、刑事訴訟法的強行規定ニ背キタルトキハ訴訟條件ノ欠缺ヲ來スモノナレバ實質的意味ニ於テ兩者ヲ審究區別スルコトハ大ナル實益アルナリ。(訓示的規定ノ違背ハ訴訟條件ノ缺點ヲ來サズ)次ニハ刑事裁判所構成法ハ裁判所構成法中ニ規定セラレアルモ最初ハ舊治罪法中ノ一編ヲ爲シ、其ノ後、民事裁判所構成法ト共ニ分離シ、別個ノ獨立法トシテ發布セラレタルモノナリ。刑事裁判所構成法ハ刑事裁判所並檢察局ノ組織及管轄、監督等ニ關スル規定ニシテ該規定自體ノ性質上廣義ノ刑事訴訟法ノ一部ト看做スヲ正當トス。

又陪審法ハ重要ナル犯罪事件ニ限リ陪審員ノ評議ニ付シ、之ヲ參考トシテ裁判ヲ爲シ控訴ヲ許サズ

上告ノミヲ許ス制度ヲ設ケタレバ同法ハ、刑事訴訟法ノ一部ヲ實質的ニ改正シタルモノト云フヲ得ベシ。

次ニ少年法ハ少年ノ保護處分ヲ主眼トシテ編纂セラレ、少年ノ刑事處分ニ付テハ刑法總則ノ刑事責任ニ關スル一般規定ノ適用ヲ緩和輕減シタル特別規定ヲ設ケ、少年審判所ノ組織、審判手續等ニ關スル規定ヲ設ケ、少年犯人ニ對スル刑事訴訟手續ハ刑事訴訟法ニ據ラズシテ「少年審判所」ナル特別裁判所ノ手續ニ依ラシムベキコトヲ規定シタルモノナリ。此ノ意味ニ於テ刑法及刑事訴訟法ノ一部ハ少年法ノ爲メ實質ニ於テ一部分ノ改正ヲ加ヘラレタルモノト謂フヲ得ベシ。

第三 刑事訴訟法ト民事訴訟法トノ比較

刑法ト刑事訴訟法トノ關係ハ外觀上恰モ民法ト民事訴訟法トノ關係ニ酷似ス。然レドモ刑事訴訟法ト民事訴訟法トノ間ニハ各自正反對ノ主義本領アリ。截然區別ヲ爲シ得ベキコトニ注意スベシ。

民事訴訟ハ當事者ガ私權ノ行使ヲ爲スガ爲メ試ミタル協議不調ノ場合ニ之ガ救済ヲ國家ニ求ムル手段タルヲ通常トス。之ニ反シ刑事訴訟法ニアリテハ刑罰權存否ノ判斷ヲ求メンガ爲ニハ常ニ必ズヤ訴訟手續ニ據ラザルベカラズ。民事訴訟ニアリテハ處分權主義ト不干渉主義ヲ原則トシ、刑事訴訟ニアリテハ職權審理主義、實體的眞實發見主義ヲ採レルヲ以テ其ノ著シキ差異ナリトス。

刑事訴訟法ニアリテハ、特ニ準用スル旨ハ明文アル場合ハ外ハ民事訴訟法ハ設定ヲ準用スルコトヲ得ズ。

刑事訴訟法第八十條(書類ノ送達ニ關スル規定)及第五百七十二條(私訴ニ關スル規定)ニ民事訴訟法ヲ準用スル旨ノ規定アルノミ。

第六章 刑事訴訟法ノ解釋

法令ノ解釋(Auslegung des Gesetzes) (一)文理的解釋(grammatische Interpretation) (二)論理的解釋(logische Interpretation) (三)有權的解釋(authentische Int.) (四)類推解釋(analogische Int.)等ニ分ツヲ得ベシ。

文理的解釋ハ法條ノ個々ノ文辭ヲ穿鑿シ其ノ意義ヲ明カニシ法令ノ解釋ヲ爲サントスルノ方法ニシテ、論理的解釋ハ必シモ其ノ文字ノ形式ノミニ囚ハレズ法令ノ全體の連絡ヨリ創成セララル各種意義ヲ基本トシテ論理的ニ考察シ、其ノ精神ヲ握持セントスル解釋方法ナリ。有權的解釋トハ立法者若ハ關係官廳ノ首腦部ニ於テ立法當時ノ法律ヲ制定スルノ必要の事情等ヨリ推考シテ法令ノ意義ヲ説明セントスル解釋方法ニシテ、例ヘバ司法大臣訓令、刑事局長通牒若ハ草案理由書等ノ形式ニ於テ發表セララルモノナリ。類推解釋トハ法令上特別ノ規定存セザルモ他ノ類似ノ事項ニ付規定セラレ在ルコトヨリ推論シ、法律ノ精神ヲ推斷セントスルノ解釋方法ナリ。凡テノ法令ノ解釋ハ其ノ法令ノ性質ニ從ヒ此等ノ解釋方法ヲ適當ニ使用スルヲ要スベキモノナルコト勿論ナリト雖、刑法其ノ他ノ刑罰法規ノ

解釋ハ文理解釋並論理解釋ヲ爲スコトハ許サルモ濫ニ類推解釋ヲ爲スガ如キハ許サレザルモノト云ハザルベカラズ。是レ蓋シ「刑罰法令ナケレバ犯罪ナク、刑罰ナシ」(nullum crimen, nulla poena sine lege poenali)(罪刑法定主義)ナル法諺ハ古今ヲ貫キ變ラザル鐵則ヲ爲スモノニシテ之ガ爲メ刑罰法令ハ解釋ハ極メテ嚴格ナラザルベカラズトノ原則ノ遵守ガ要請セラレ居ルモノナリ。然レドモ此ノ原則ハ刑事訴訟法ノ解釋ニハ適用無キモノナリ。

(註) Posener, Strafprozessordnung S. 4 參照

從テ刑事訴訟法ニ於テハ特別ノ規定存セザルトキト雖、他ノ類似ノ事項ニ付規定存スルトキハ、科學的法則ニ照シ反對的結論ヲ生ゼザル限リ類推解釋ヲ試ミ、實際的ノ手續ノ運用ノ上ニ資セシメ得ベキモノナリ。

例ヘバ刑事訴訟法第八一條第一項ニ依レバ「時効期間ノ計算ニ付テハ初日ハ時間ヲ論ゼズ一日トシテ之ヲ計算ス」ト規定セルモ勾留期間ニ付テハ刑事訴訟法上如何ニシテ取扱フベキカノ規定ヲ缺如セリ。時効期間ト勾留期間トハ何レモ日時ノ經過ガ早ケレバ其レ丈ケ被告人、被疑者ノ利益ニ歸スベキモノナレバ、時効期間ノ計算ニ關スル規定ト同様ナル法則ガ勾留期間ニ付テモ適用セラレベシト解スルヲ正當ナリト推論スルガ如キ之ナリ(本書一九九頁參照)。

又例ヘバ刑事訴訟法第八一條第二項ニハ「月及年ハ曆ニ從ヒ之ヲ計算ス」ト在リ、其ノ月若ハ其ノ年ノ中途ヨリ計算スルトキハ如何ニシテ其ノ終點ヲ定ムベキヤ民法第一四三條第二項ノ如キ規定ヲ缺

クヲ以テ、此ノ場合如何ニ解スベキヤノ問題ヲ生ズレドモ、斯ル場合ニ於テハ特ニ反對ノ規定無キ限リ條理 (Natur der Sache) トシテ民法ノ右規定ヲ參酌シ同様ナル取扱ヲ爲スベシト解スルガ如キ之ナリ (本書一九四頁參照)。之ヲ要スルニ刑事訴訟法ノ解釋ハ刑罰法令ノ解釋ノ嚴格ナルヲ要請セララルト趣ヲ異ニシ、自由ナル見地ニ於テ法令ノ精神ヲ闡明推論シ得ベキモノナルコトヲ特色トス。

第七章 現行刑事訴訟法ノ特色

現行刑事訴訟法典ハ舊法ヲ基礎トシテ幾多ノ改廢増補ヲ試ミラレタル法典ニシテ、其ノ法條ノ數ニ於テ倍加シ、編纂ノ體裁竝實質ニ於テ新舊兩思想ノ一大變化ノエホツクラ劃セルノ觀アリ。

我が國ノ刑事訴訟法ハ三十年間纏ヒ居タル官僚式舊套ヲ脱ギ捨テ、茲ニデモクラチツクノ新装ヲ調ヘタリト謂ハザル可カラズ。此時ニ當リ國民ヲシテ司法權ニ參與セシムル陪審法施行セラレ、少年ノ保護處分ヲ主眼トスル少年法竝矯正院法モ實施セラレ、次イデ選舉法ノ改正ニヨリ所謂普通選舉ノ實現ヲ見タルハ蓋シ偶然ニ非ザルナリ。

是レ實ニ滔々トシテ押シ寄セ來レル「デモクラシー」ナル世界的新思潮ニ刺戟セラレタル波紋ニ外ナラズ。今茲ニ現行刑事訴訟法ノ主ナル特色ト認ムベキ主要ナル點ヲ抽出摘示スレバ左ノ如シ。

- 一 道義ヲ尊重シ我國古來ノ淳風美俗(公序良俗)ヲ擁護スル趣旨ノ規定ヲ設ケタルコト

例へバ、

(イ) 祖父母又ハ父母ニ對シテハ告訴發テ爲スコトヲ得ザラシメ(刑訴二五九條二七)條)

(ロ) 刑ノ言渡ヲ受ケタル者七十歳以上又ハ癡篤疾ニシテ侍養ノ子孫ナキトキハ刑ノ執行ヲ停止スルコトヲ得セシメ(刑訴五四六條)

(ハ) 婦女ノ身體ノ搜索ニ付テハ成年ノ婦女ヲシテ之ニ立會ハシムベキコトヲ原則トシ(刑訴一四三條三項)

(ニ) 搜索ニ付テハ秘密ヲ保テ被搜索者ノ名譽ヲ毀損セザル様注意スベキ旨ヲ規定シ(刑訴一四四條)

(ホ) 檢證ノ章ニ於テ被告人ニ非ザル者及婦女ノ身體ノ檢査ニ付テモ(ハ)及(ニ)ト同趣旨ノ規定ヲ設ケ(刑訴一七六條二項、三項)

尙死體ヲ解剖シ又ハ墳墓ヲ發掘スル場合ニ於テハ禮意ヲ失ハザルコトニ注意シ遺族アルトキハ之ニ通知スベキ旨規定シ(同條四項)

(ヘ) 證據調ノ際ト雖、單ニ風説又ハ素行ヲ記載シタル書類ニシテ人ノ名譽ヲ毀損スル虞アルモノハ公判廷ニ於テ朗讀スルコトヲ禁ジ、右書類ハ被告人ニ示シ文字ヲ解セザルトキニ限り其ノ要旨ヲ告グベキ旨ヲ規定シ(刑訴三四〇條二項、三項)タルガ如キ之ナリ。

二 本法總則ノ劈頭ニ「裁判所ノ管轄」ナル一章ヲ設ケ實務上ノ利便ヲ斟酌シテ事件ノ併合、分離(刑訴七條)及移送、移付ヲ自在ナラシムルト同時ニ牽連事件ノ管轄(刑訴二五條)ノ規定ヲ設ケタルコト

ト(刑訴三條乃至七條)

二八

- 三 新ニ訴訟能力ナル一章ヲ設ケテ訴訟能力ニ關スル規定ヲ爲シ、且法人犯罪ノ場合ニ於ケル法人ノ代表者竝ニ意思無能力者ノ代表者ノ規定ヲ附加シタルコト(刑訴三六條乃至三八條)
 - 四 捜査ノ章ニ於テ檢事ハ現行犯ニ非ザルモ起訴前ニ押收、捜索、檢證及勾留等ノ強制處分ヲ其ノ所屬地方裁判所ノ豫審判事又ハ所屬區裁判所ノ判事ニ請求スルコトヲ得セシメタルコト(刑訴二五五條)
 - 五 押收捜索ノ際他ノ犯罪ニ關スル證據物發見シタルトキハ之ヲ假ニ押收スルコトヲ得セシメタルコト(一五三條)
 - 六 公訴ニ付、任意主義ヲ採用シタルコトヲ明示シタルコト(刑訴二七九條)
 - 七 公訴取消ニ關スル規定ヲ新設シ、公訴ハ豫審終結決定又ハ第一審ノ判決アルマデ之ヲ取消スコトヲ得セシメタルコト(刑訴二九二條)
 - 八 檢事ノ上訴取下及上訴拋棄ヲ認メ公訴ノ任意主義ヲ一貫セシメタルコト(刑訴三八二條、三八四條)
 - 九 彈劾主義ヲ一貫シテ裁判所又ハ豫審判事ハ檢事ノ公訴提起アルニ非ザレバ絕對ニ事件ヲ審判スルコトヲ得ザラシメタルコト
- 從テ舊刑事訴訟法ガ所謂不告不理ノ原則ニ對スル例外トシテ認メタル
- (イ) 附帶犯(舊刑訴一八四條、一八五條)

(ロ) 現行犯ニシテ急速ヲ要スル場合ニ於テハ檢事ノ起訴ナキモ豫審判事ガ檢證調書作成スルニ依リ起訴アリタルモノト看做サル場合(舊刑訴一四二條、一四三條)

(ハ) 公判ニ於ケル偽證又ハ偽鑑定等ノ場合ニ於テ起訴ナキニ拘ラズ裁判所ガ被疑者ヲ豫審判事ニ送付スルガ如キコト(舊刑訴一九五條)

等ハ現行法ノ下ニ於テハ認容セラレザルモノナリ。

一〇 被告人ノ訴訟當事者トシテ權利利益ヲ擁護シ其ノ地位ヲ確保スルコトニ努メタルコト例ヘバ

(イ) 被告人ハ豫審中ニ辯護人ノ選任ヲ許サレ辯護人ハ一定ノ條件ノ下ニ於テ豫審手續ニ關與シ或ル程度マデ被告人ノ爲メ防禦權ノ行使ヲ許シタルコト(刑訴三〇三條)

(ロ) 未決勾留ノ期間ハ二月ト限定シ特ニ繼續ノ必要アル場合ニ於テハ決定ヲ以テ更新スルコトヲ得セシメタルコト(刑訴一一三條)

(ハ) 公判中辯護人ハ檢事ト同ジク裁判長ノ許可ヲ受ケ直接ニ被告人、證人等ヲ訊問スルノ權ヲ有セシメタルコト(刑訴三三八條三項)(舊法一九四條ノ下ニアリテハ檢事ハ裁判長ニ告ゲテ訊問シ得タルニ現行法ノ下ニ於テハ許可ヲ受ケザルベカラズト爲シタリ)

(ニ) 各本條ニ於テ起訴前ニ於テハ「被告人」ナル語ノ使用ヲ避ケ「被疑者」ナル用語ヲ使用シタルコト

- (ホ) 裁判ノ執行停止ノ場合ヲ擴張シ(刑訴五四六條)未決勾留ノ法定通算ノ規定ヲ設ケタルコト(刑訴五五六條)
- (ヘ) 被告人ヲ勾留シタル場合ニ於テハ其ノ身體及名譽ヲ保全スルコトニ注意スベシトノ訓示的規定ヲ設ケタルコト(刑訴九二條)
- (ト) 被告人ニ對シテハ丁寧深切ヲ旨トシ其ノ利益ト爲ルベキ事實ヲ陳述スル機會ヲ與フベシトノ訓示的規定ヲ設ケタルコト(刑訴一三五條)
- (チ) 捜査ニ付テハ秘密ヲ保チ被疑者其ノ他ノ者ノ名譽ヲ毀損セザルコトニ注意スベシトノ訓示的規定ヲ設ケタルコト(刑訴二五三條)
- (リ) 裁判所ハ勾留セラレタル被告人ノ糧食ノ授受ヲ禁ジ又ハ差押フルコトヲ得ズトノ規定ヲ補足シタルコト(刑訴一二二條)
- (ヌ) 捜索ヲ爲シタル場合ニ證據物又ハ沒收スベキ物ナキトキハ捜索ヲ受ケタル者ノ請求ニヨリ其ノ旨ノ證明書ヲ交付スベシトノ規定ヲ設ケタルコト(刑訴一四五條)
- 一一 公判手續ヲ迅速ニ進行セシメンガ爲メ公判準備ナル一章ヲ設ケ、計算其ノ他煩雜ナル事件ハ公判廷外ニテ取調ヲ爲スコトヲ得セシメタルコト(刑訴三二〇條乃至三二八條)
- 一二 舊法ノ認メタル關席判決ノ制度ヲ全廢シ公判期日ニハ特別ノ場合ノ外被告人ノ出廷スルコトヲ要件トシタルコト(刑訴三六六條、三六七條)

一三 法令ニ依リ作成シタル訊問調書ニ非ザレバ證據ト爲スコトヲ得ザルコトヲ原則ト定メ、供述者死亡セルカ疾病其ノ他ノ事情ニ依リ供述者ヲ訊問スルコト能ハザルトキ及區裁判所ノ事件ニ付テハ例外トシテ法令ニ基カズシテ作成セラレタル書類ト雖證據トスルヲ得ベキ旨規定シタルコト(刑訴三四三條)

從テ檢事又ハ司法警察官作成ノ聽取書ハ舊法ノ下ニ於テハ證據力ヲ認メラレタルモ現行法ニ於テハ右ノ條件ニ該當スル場合ノ外裁判上ノ證據ト爲スヲ得ザラシメタリ。

- 一四 判決書作成ノ場合ニハ被告人又ハ辯護人ノ主張シタル抗辯ノ重要ナルモノニ付、必ズ説明ヲ加フルコトヲ要ストセラレタルコト竝區裁判所ノ判決ニ在リテハ主文、犯罪事實及罰條ヲ公判調書中ニ記載セシメ判決書ノ作成ニ代フルコトヲ得セシメタルコト(刑訴三六〇條二項、三六一條)
- 一五 刑事略式手續法ヲ本法ニ編入シテ獨立ノ一編ト爲シタルコト(第七編)
- 一六 控訴ニ關シテハ、控訴覆審ノ趣旨ヲ貫徹スル規定ヲ設ケ、舊法第二六一條ノ認メタル控訴棄却、原判決取消ノ制ヲ廢シタルコト(刑訴四〇一條)
- 一七 上告審ノ制度ニ大變更ヲ加ヘ法令違反ノ理由以外ニ上告裁判所ニモ或程度マデ事實ノ審理ヲ爲ス權限ヲ付與シタルコト、即チ
- (イ) 刑ノ量定甚シク不當ナリト思料スベキ顯著ナル事由アルトキ(刑訴四一二條)
- (ロ) 重大ナル事實ノ誤認アルコトヲ疑フニ足ルベキ顯著ナル事由アルトキ(刑訴四一四條)

(ハ) 再審ノ請求ヲ爲シ得ベキ場合ニ該ル事由アルトキ(刑訴四一三條)

(ニ) 裁判所ノ管轄、公訴ノ受理及判決ニ依リ定マリタル事項ニ對スル法令ノ當否ニ付テハ上告
趣意書ニ包含セラレザル事項ニ付テモ職權ヲ以テ調査スベキモノト爲シ(刑訴四三四條)、而シ
テ事實ノ確定ニ影響ヲ及ボスベキ法令違反アルコトヲ認メタルトキ(刑訴四四〇條)

ノ各場合ニ於テハ事實ノ審理ヲ爲シ(刑訴四四三條、四四四條)其ノ理由アリトスルトキハ原判決ヲ破
毀シ(刑訴四四七條)、更ニ判決ヲ爲スベキモノトシタリ(刑訴四四八條)。舊法第二八六條ニ於テハ事實
ノ審理ヲ認メズ上告ヲ理由アリトスルトキハ其ノ上告ニ係ル判決ノ部分ヲ破毀シ、其ノ事件ヲ他
ノ裁判所ニ移ス言渡ヲ爲スベキ旨規定シアリタリ。

一八 再審ノ申立ニ付詳細ナル手續ヲ設ケ、再審ノ原因ヲ擴張シ、無罪、免訴、刑ノ免除ノ各確定
判決、相當ノ罪ヨリ輕キ罪ノ言渡ヲ爲シ又ハ不法ニ公訴ヲ棄却シタル確定判決ニ對シ之ヲ爲スコ
トヲ得セシメ(刑訴四八六條)、舊法ノ缺點ヲ補ヒ且非常上告ヲ爲シ得ル範圍ヲ擴張シ法令ノ解釋ヲ統
一スルコトニ努メタルコト(刑訴五一六條)

一九 相續財産ニ對スル執行規定(五五四條)及法人消滅ノ場合ノ執行規定(五五五條)ヲ設ケ國庫ノ損失
ノ輕減ヲ計リタルコト

二〇 私訴ニ關スル手續ヲ改善シテ詳細ナル規定ヲ設ケタルコト
舊刑事訴訟法ニ於テハ私訴ニ關スル規定法典ノ各所ニ散在シ居リ且實際上ノ手續ニ於テモ不備ナ

ル點アリ幾多ノ疑義ヲ生ゼシニ鑑ミ一ヶ所ニ統一セル規定ヲ設ケ獨立ノ一編ノ下ニ蒐集シタルモ
ノナリ(第九編)。

現行刑事訴訟法ハ舊刑事訴訟法ノ豫審手續ヲ中心トシテ規定セルヲ改メ公判手續ヲ中心トシテ規定
シタリ。是レ蓋シ舊法ノ下ニ在リテハ豫審ノ審理ノミヲ鄭重ニ爲スコトニ偏シ、公判ノ審理ハ動モス
レバ形式ノ末ニ流レントスル傾向アリシヲ認メ之ガ弊ヲ一掃シ、刑事訴訟法ノ理想タル實體的眞實發
見主義ノ勵行ヲ期センガ爲ニ外ナラズ。現行法編纂ノ體裁ヨリ見ルトキハ洵ニ善ク學理的順序ニ收輯
配列セラレアリ。且其ノ内容ニ付見ルトキハ從來ノ疑義ヲ氷解シ其ノ不備ヲ補ヒ居リ、舊法ニ比シ數
段ハ進歩セル事跡ヲ窺知シ得ベシト雖、自體司法大臣其ノ他直屬長官ノ諭達ニ委ネ得ベキ幾多ノ事項
ニ付成文化シ訓示の規定トシテ掲ゲタルハ點ハ法律發達ノ沿革ニ徴シ法律ノ退化ナリト評セザルヲ得
ズ。是レ過去ニ於ケル捜査官ノ行動ニ對スル不信認ノ反映ニ外ナラザルヲ以テ斯ノ如キ規定ハ將來當
然自明ノ理ナリトシテ削除セラルル程ノ信用恢復ヲ計ルコトハ捜査官ノ責務ナリト云ハザル可ラズ。

第八章 刑事訴訟法ノ法源

帝國憲法ハ日本臣民ハ法律ニ依ルニ非ズシテ逮捕、監禁、審問、處罰ヲ受クルコトナク(憲法第二三條)、
司法權ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ(同法第五十七條)旨ヲ規定ス、是レ刑事訴訟法ノ法源

(16) 司法警察官職務規範(大正十二年十二月司法省訓令刑事第一〇〇九二號)

(17) 司法警察官吏及司法警察官吏ノ職務ヲ行フヘキ者ノ指定等ニ關スル件(大正十二年十二月二十九日勅令第五二八號昭和三年、同九年一部改正)

以上ノ外民事訴訟法モ刑事訴訟法ノ法源トシテ舉示スル學說アレドモ余ハ此ノ說ヲ採ラズ。是レ刑事訴訟ノ所謂準據法タルニ止マリ民事訴訟法ガ刑事訴訟手續ニ直接ニ效力ヲ及ボスモノニアラズ。或ル事項ニ關シ民事訴訟法ノ條文ト同一内容ノ規定ヲ爲スヲ簡略ニスル爲メ準用セラレタルモノニシテ依然刑事訴訟法ノ當然ノ内容トシテ效力ヲ有スルモノナレバナリ(例ヘバ刑訴第八〇條…書類送達ニ付民事訴訟ノ規定ヲ準用スル規定ノ如シ)。

刑事訴訟法ノ法源ト刑法ノ法源(刑法典及其レニ從タル關係ニ立ツ刑罰法典)トヲ一括シテ民事法ナル法令ノ集團ト對照シテ刑。事。法。ト汎稱スル學者アリ。

本書ハ主トシテ刑事訴訟法典ニ付研究シ、其ノ他ノ刑事法ニ付テハ本法典ト密接ナル關聯ヲ多分ニ有スベシト認メラルル場合ニ於テノミ簡單ナル説明ヲ加フルニ止メントス。

第九章 刑事訴訟法ノ效力

刑事訴訟法ノ效力ヲ論ズルニ當リテハ

- (一) 事物ニ關スル效力
 - (二) 時ニ關スル效力
 - (三) 土地ニ關スル效力
 - (四) 人ニ關スル效力
- ニ細別シテ説明スルヲ便トス。

第一節 事物ニ關スル效力

刑事訴訟法ハ通常裁判所ニ於テ取扱ハルベキ刑事事件ニ付行ハルル刑事訴訟法手續ニ適用セラレベキモノナリ。即チ通常裁判所ノ刑事訴訟手續ニ、

(イ) 通常裁判所ノ裁判權ニ屬スル事件

(ロ) 特別裁判所又ハ其ノ他裁判權ヲ有スル官廳(以後特別官廳ト略稱ス)又ハ外國裁判所ニ屬スル事件ニ付爲ス共助ノ手續トアリ。

特別裁判所及特別官廳ノ種類並其ノ根據ノ法令ニ付テハ、第九章第二節裁判所ノ種類ヲ參照スベシ。

特別裁判所ノ權限ヲ定メタル法規中ニハ、特ニ定メタル場合ノ外刑事訴訟法ニ依ルベキ旨ヲ定ムル

モノアレドモ、刑事訴訟法ノ準據法タルニ止マリ、刑事訴訟法其ノモノガ特別裁判所又ハ特別官廳ノ手續ニ效力ヲ及ボスモノニ非ズ。換言スレバ、刑事訴訟法ト同一ノ内容ヲ有スル特別ノ法規ガ制定セラレタルモノト解スルヲ正當トス。

刑事事件ガ普通裁判所、特別官廳ノ何レニ屬スルヤヲ決定スルニ當リテハ、

- (一) 法令ノ施行セラルル地域 (地域 Rechtsgebiet)
- (二) 犯人ノ身分
- (三) 刑事事件ノ種類

ヲ參照シテ過誤ナキヲ期スベシ。

刑事事件ガ地域ニヨリ其ノ所屬ヲ區別セラルル場合ハ、必ず共通法(二三條以下)ヲ適用シテ決スベキナリ。同法ハ一ノ地域ニ於テ犯シタル罪ヲ他ノ地域ニ於テ處罰スルコトヲ規定シ、且此ノ場合何レノ地域ノ法規ヲ適用スベキヤヲ決定ス。

○關東州ニ於テ犯サレタル罪ニ付テハ明治四十一年勅令第二百十三號關東州裁判事務取扱令第一條ニ基キ刑法ニ依リテ處斷セラルルモノニシテ刑法自體カ直ニ適用セラルルモノニアラサルコト勿論ナルモ右犯罪ヲ内地ニ於テ處罰スルニハ直接ニ刑法其ノモノヲ適用スヘキモノナルコト共通法第十四條第一項ノ規定スルコトコトナレハ原判決カ大連市ニ於テ行ハレタル變造有價證券交付ノ行爲ニ付刑法ヲ適用處斷シ前記勅令ヲ適用セサリシハ正當ナリ而シテ右共通法ヲ適用スル所以ノ説明ハ判文ニ示シテ明ニセサルヘカラサルモノニアラサレハ之ヲ揭ケサレハトテ不當ナリト云フヘカラス。

(昭和八年(九)第六五號、有價證券變造交付等、昭和八年三月三十日、第一刑部判決、棄却)

刑事事件ガ犯人ノ身分ニ依リ所屬ヲ決定セラルル場合ニ於テ同一事件ガ通常裁判所ト陸海軍軍法會議ノ兩者ニ所屬シ、權限ノ競合ヲ來シ或ハ兩者ノ權限ニ屬スルモ互ニ牽連スルコトアルベシ。此ノ場合ニ於テハ刑事交渉法(大正十一年四月二十六日法律第九十二號)ニヨリ處置スベキモノトス(同法五條、一條參照)。

第二節 時ニ關スル效力

刑事訴訟法ハ他ノ法令ト同ジク其ノ實施ノ時ヨリ廢止ノ時マデ效力ヲ有スルモノナリ。而シテ此ノ法律ノ有効期間中ニ行ハルル一切ノ訴訟手續ニ適用セラレ法律上ノ效果ヲ發生セシメ得ルモノナリ。

刑事訴訟法ハ原則トシテ實施前ニ行ハレタル訴訟手續又ハ廢止後ニ行ハルル訴訟手續ニ適用セララルモノニ非ズ。

之ヲ實施前ニ行ハレタル手續又ハ廢止後ニ行ハルル手續ニ適用スルハ特ニ明文アル場合ニ限ラルベキモノトス。

故ニ訴訟ガ舊法ノ時代ニ開始セラレ新法實施後マデ繼續進行スルトキハ、舊法時代ニ行ハレタル手續ハ舊法ニ從ヒ、新法實施後ニ行ハレタル手續ハ新法ニ依ルベキモノナリ。

刑事訴訟法第六一六條第一項ニ「本法ハ本法施行前ニ生シタル事件ニ亦之ヲ適用スルト規定シアルハ、現行刑事訴訟法施行前ニ開始セラレタル訴訟ニ付テモ、現行訴訟法施行後ニナスベキ手續ハ現行法ニ依ルベク、舊法ニ從ツテ訴訟ヲ終了セシムベキモノニ非ザルコトヲ明示セルモノナリ。之ヲ以テ

法ハ遡及効ヲ規定セルモノト解スルハ誤ナリ。而シテ現行法施行前ニ爲サレタル手續ニ對シテモ便宜上或ル場合ニハ遡及的ニ現行法ヲ適用セシムベキ規定ヲ設ケタリ。即チ、同法第六一六條第二項ニ「前項ノ規定ハ本法施行前舊法ニ依リ爲シタル訴訟手續ノ效力ヲ妨ケス」ト規定セル後ヲ受ケテ、其ノ第三項ニ「本法施行前舊法ニヨリ爲シタル訴訟手續ニシテ本法ニ之ニ相當スル規定アルモノハ之ヲ本法ニ依リ爲シタルモノト看做ス」ト規定シタリ。本條第三項ノ規定コソ例外トシテ刑事訴訟法ニ遡及力(Rückwirkende Kraft)ヲ認メタル規定ナリト解スベキナリ。

○刑事訴訟法第六一六條ノ解釋ニ關スル注意

刑事訴訟法第六一六條ハ新法ヲシテ舊法時代ニ爲シタル訴訟手續ニ遡及セシムルヲ原則トスルト同時ニ舊法時代ニ爲シタル訴訟手續ノ效力ヲ存セシムルコトヲ規定シタルヲ以テ其ノ結果トシテハ舊法時代ニ爲シタル訴訟手續ハ舊法ノ規定ニ違背セザレバ之ヲ有效ト爲スノミナラズ舊法ノ規定ニ違背スルモ新法ノ規定ニ依リ其ノ手續ヲ有效ナリト認ムベキモノハ又其ノ效力アリト解釋スルヲ正當トス今一二ノ例ヲ擧ゲ之ヲ示サバ左ノ如シ。

- (註) 卑見、各項ヲ分ケテ第三項ノミ遡及効ヲ認メタル規定ナリト説明セザリシハ言葉足ラザルノ恨ミアリ。
- (1) 舊法ニ依レバ現行犯ノ場合ニ於テ被告人ヲ指定セズシテ豫審請求ヲ爲スコトヲ得タルヲ以テ新法施行後ニ至リテモ其ノ公訴ノ提起ハ有效ナリトスルコト刑訴第六一六條第二項ノ規定ニ依リ明カナリ。
- (2) 舊法ニ依レバ被告人ノ住所、居所ノ地ハ土地管轄トシテ之ヲ認メザルモ新法ニ於テハ之ヲ認ムルヲ以テ舊法時代ニ被告人ノ住所ノ地ノ裁判所ニ爲シタル公訴提起ハ有效ナリ、是レ同條第一項及第三項ノ規定ニ基ク所ナリトス。
- (3) 又公判始末書ニ契印ヲ缺ク場合ニ於テハ舊法ニ依レバ之ヲ無効ト爲スモ新法ニ依レバ無効ト爲スノ規定存セザルヲ以テ新法ノ遡及的適用ニ依リ其ノ公判始末書ハ無効トナルコトナシ、是レ亦前項ト同ジク同條第一項及第三項ノ規定ニ基ク所ナリトス。

(4) 舊法ノ規定ニ違背スルモ新法ノ規定ニ依リ之ヲ有效ト爲ス場合ニ於テ既ニ舊法時代ニ其ノ違背ヲ理由トシテ管轄違背又ハ公訴不受理ノ判決アリタルトキト雖其ノ判決未ダ確定スルニ至ラズシテ之ニ對シテ上訴ノ申立アリタルトキハ新法ニ從ヒ其ノ判決ヲ取消シ手續ヲ有效ト認メザルベカラズ。(大正十二年十二月五日、刑事第九五四六號、刑事局長通牒)

公訴ノ時効ニ關シ法律ニ改正アリタルトキハ新舊何レノ法律ニ依ルベキカノ問題ニ就テハ、新法ニ從フベキモノト解ス。公訴ノ時効ハ其ノ規定ノ性質上刑法上ノ問題ニ係ラザルヲ以テ刑法第六條ノ適用無ク、刑事訴訟法第六一六條第三項ニヨリ解決セラルベキモノナレバナリ。次ニ親告罪ニ付問題アリ。舊法ノ下ニ於テ親告罪ト規定セラレタルモノガ新法ノ下ニ於テ非親告罪トセラレタル場合ニ於テハ、之ヲ親告罪トシテ取扱フベキ旨規定アレドモ(刑法施行法四條)、舊法上非親告罪ナルモノガ新法上親告罪トセラレタル場合ニ就テハ之ヲ現行刑事訴訟法第六一六條第三項ニ從ヒテ解決スベキモノト思料ス。即チ舊法ノ時代親告罪トシテ告訴ノ提起アリタルモノト看做スベキモノナリ。

○舊刑事訴訟法ノ下ニ行ハレタル證人訊問ノ手續ガ宣誓資格査問ノ規定ニ違反シタリトスルモ現行刑事訴訟法ノ施行後ハ同法第六一六條第一項ノ規定ニ依リ同法ヲ適用シ其ノ證人ノ供述ハ有效ト認ムベキモノトス。(大正十二年(九)第一八〇八號、同十三

○刑事訴訟法中公訴ノ時効ニ關スル規定ハ公訴權實行ノ條件ニ關スル手續法規ニ外ナラザレバ刑事訴訟法ノ改正アリタル場合ニ於テ新法ノ施行以前ニ係ル犯罪ニシテ未ダ公訴ノ時効完成セザリシモノニ付テモ亦之ヲ適用スベキハ論ナシト雖既ニ舊法施行中ニ於テ起訴セラレタル犯罪ニ付新法施行後ニ於テ公訴時効ノ成否ヲ判斷スル場合ニ於テハ起訴當時ノ舊法ノ規定ニ依ルベク其ノ規定ニ依リ公訴時効完成前ニ於テ起訴セラレタル事件ニ付テハ適法ノ起訴アリタリト認ムベク判決當時

結論 刑事訴訟法ノ效力 時ニ關スル效力

ニ於ケル新法ノ規定ニ依リテハ起訴ノ當時ニ於テ既ニ時効完成シタリト認ムベキモノトスルモ舊法ニ依リ爲シタル起訴ノ效力ヲ妨グス。是レ刑事訴訟法第六十六條第二項ノ規定ニ徴シテ疑テ容レズ(大正十三年(九)第九九六號、同年十)。
 ○被告人ニ對スル檢事ノ聽取書ハ舊刑事訴訟法施行當時ニ於テ適法ノ書類トシテ之ヲ斷罪ノ資料ニ供スルコトヲ得タルモノニシテ現行刑事訴訟法第六十六條第二項ニ依レバ本法施行前舊法ニ依リ爲シタル訴訟手續ノ效力ヲ妨グザルヲ以テ右聽取書ガ現行法第三四三條第一項ニ抵觸スルトキト雖舊法施行當時ニ於テ之ヲ罪證ニ供シタルヲ目シテ不法ナリト論ズルハ當ラズ(大正十二年(九)第一六一號、大正十)。
 ○探證ノ法則ハ判決當時ノ法律ニ依ルベキモノナレバ刑事訴訟法第三四三條ニ於テ論旨摘録ノ如ク規定スル以上被告人ノ供述ヲ錄取シタル檢事聽取書ノ如キ法令ニ依リ作成セル訊問調書ニ非ザル書類ハ假令同法施行前ニ作成セラレタルモノト雖同法施行後ニ於テハ同條第一項第一號乃至第三號ノ場合ニ非ザル限り地方裁判所ノ事件ニ付テハ之ヲ證據トシテ有罪ノ判決ヲ爲スコトヲ得ザルヤ論テ俟タス。或ハ刑事訴訟法第六一六條第二項ヲ論據トシテ同法施行前ニ作成セラレタル叙上聽取書ノ如キハ同法施行後ト雖同法第三四三條ノ制限ニ依ラズ證據トシテ採用スルコトヲ得ト論ズル者ナキニ非ズト雖右第六一六條第二項ハ專ラ同法施行前舊法ニ依リ爲サレタル訴訟手續ノ效力ニ關スル規定ニシテ同法施行後ニ爲ス判決ノ標準スベキ探證ノ法則ト交渉スル所毫モ之ナキヲ以テ見レバ論者ノ說ノ謬レルヲ知ルベシ。
 (大正十三年(九)第二〇七一號、大正十四)年一月二十九日第二刑事部決定事實審理)

第三節 土地ニ關スル效力

刑事訴訟法ハ日本帝國ノ版圖内ニ行ハルルヲ原則トス。是レ屬地主義(Territorialprinzip)ヲ採リタル結果ナリ。

帝國ノ版圖トハ帝國ノ領土、帝國ノ領海、帝國ノ軍艦其ノ他ノ國用船、航海ニ於ケル帝國ノ船舶ヲ

言フ。

刑事訴訟法ハ帝國ノ版圖内ニ行ハルル訴訟手續ニ適用スベキモノニシテ、審判ヲ受クベキ犯罪事實ガ國內ニ於テ發生シタルト外國ニ於テ發生シタルト問ハズ、被告人ガ内國人ナルト外國人ナルト問ハズ、之ニ付テノ例外ノ場合ハ左ノ如シ(帝國ノ版圖内ニモ刑事訴訟法ノ行ハレザル場所アリ)。

(イ) 朝鮮及臺灣

朝鮮及臺灣ニハ刑事訴訟法ヲ施行セズ、朝鮮ニハ制令ヲ以テ定メタル朝鮮刑事令アリ、臺灣ニハ律令ヲ以テ定メタル臺灣刑事令アリ。

(ロ) 合圍地境

戒嚴令ニヨリ一定ノ地域ヲ合圍地境ト定メラレタル場合ニ於テ、其ノ地域内ニ裁判所ナク、又ハ其ノ地域ヲ管轄スル通常裁判所ト通路遮斷スルトキハ、軍法會議ニ於テ其ノ地域内ニ於ケル刑事事件ヲ審判ス(戒嚴令一二條、陸海軍軍法會議法各五條)。

(ハ) 國際公法又ハ條約ニヨリ治外法權ノ行ハルル區域(Exterritorialprinzip)

治外法權ノ行ハルル區域トハ外國ノ大使館、公使館、領海ニ在ル外國ノ軍艦國用船等ヲ云フ。關東州及南洋群島ノ如ク特別ノ條約ニ基キ帝國主權ノ行ハルル地域及中華民國ニ對スル如ク條約ニ基キ我ガ領事裁判權ノ行ハルル土地ニ於テハ、特別ナル法令ノ下ニ裁判權行使セラルルヲ以テ、本法ノ適用ナシ。

第四節 人ニ關スル效力

我が刑事訴訟法ハ屬地主義ヲ採リ帝國、全版圖内ニ效力ヲ及ボスヲ原則トスルモノナルガ故ニ、帝國ノ版圖内ニ在ル人ハ其ノ内外人ヲ別タズ我が刑事訴訟法ノ適用ヲ受クベキモノトス。刑事訴訟法ノ適用ヲ受クベキ訴訟手續ガ我が帝國ノ版圖内ニ於テ實行セラルベシトスルコトガ屬地主義ノ本領ナルヲ以テ、我が刑事訴訟法ハ帝國内ニ在留スル者ノミニ限り適用セラルベキモノニ非ズシテ、我が帝國ノ版圖内ニ在留セザリシ者ニ對シテモ我が帝國ノ版圖内ニ於テ實行セラレ得ベキ限リハ、刑事訴訟法ノ適用アルモノナリ。從テ内地ニテ犯罪ヲ犯シ、外國ニ逃亡セル者ニ對シテモ起訴ノ手續ヲ採リ得ルナリ。之ニ對スル例外左ノ如シ。

一 絶對的例外

- (1) 天皇 「天皇ハ神聖ニシテ侵スヘカラス」(憲法第三條)、當然除外セラル。
- (2) 攝政 攝政モ其ノ在任中ハ被告人トシテ刑事訴訟法ノ適用ヲ受クルコトナシ(攝政令四條)。
- (3) 治外法權者(Exterritorialen)
 - (イ) 外國ノ主權者及其ノ隨員
 - (ロ) 外國ノ使節、其ノ家族、大使、公使、其ノ家族及大公使館員
 - (ハ) 外國軍隊及外國軍艦内ニ在ル者

茲ニ實際問題アリ。即チ治外法權者ガ其ノ特別ナル地位ヲ失ヒタル場合ニ於テハ、其ノ特權享受中ニ犯シタル犯罪ニ付、我が國ノ裁判所ハ訴追スルコトヲ得ベキヤ否ノ問題ナリトス。少數ノ反對說アル外、訴追シ得ベシトナスヲ通説トス。余モ亦此ノ說ヲ採ル。治外法權者ノ犯罪ヲ起訴シ得ザルハ、其ノ特別ナル地位ヲ有スルガ故ニ訴訟條件ヲ缺クガ爲ニシテ、處罰條件ヲ缺クモノハニ非ザレバナリ。判例ニ曰ク、

「外國使臣及其ノ從者等ノ有スル不可侵權ハ特定ノ資格又ハ身分關係ニ隨伴スルモノナレバ其ノ資格又ハ身分關係ヲ保有スル限ハ其ノ犯罪行為ニ對シ在留國裁判權ノ行使ハ停止セラレ之ニ依リテ訴追ヲ爲スコトヲ得ザルモ其ノ資格又ハ身分關係ヲ喪失シタルトキハ公訴時効ニ係ラザル限リ在留國ノ裁判權ニ依リテ之ヲ訴追スルコトヲ得ルモノトス」(大正十年(レ)第一〇三號、同年三月二十五日第一刑事部、棄却)。

(4) 訴訟法ニ基キ例外ヲナス者

陸海軍現役軍人軍屬等ハ刑事訴訟法ノ適用ヲ受ケズ(陸軍軍法會議法、海軍軍法會議法)。

此ノ身分アリヤ否ハ犯罪ノ時ヲ以テ決セズ、訴訟手續實行ノ時ヲ以テ決スベシ。即チ軍人タル身分ヲ有セザル間ニ罪ヲ犯シタル者ト雖、其ノ訴訟ノトキ既ニ身分ヲ取得シアラバ、陸海軍軍法會議法ノ適用ヲ受ケテ、陸軍軍法會議若ハ海軍軍法會議ノ審判ヲ受クベキモノトス。其ノ反對ニ軍人タル身分ヲ有スル者ガ罪ヲ犯シタル後、訴訟ノトキ若ハ訴訟ノ進行中其ノ身分ヲ失ヒタリトセバ刑事訴訟法ノ適用ヲ受ケテ、通常裁判所ニ於テ審判セラレベキモノナリ。

二 相對的例外

刑事訴訟法適用セラルルモ、多少ノ制限ヲ受クル者左ノ如シ。

(1) 皇族

(イ) 皇族ノ犯シタル罪ニシテ禁錮以上ノ刑ニ處スルモノノ豫審及公判ハ、大審院第一審且終審トシテ之ヲ取扱フベキコト(裁判所構成法五十條二號)

(ロ) 皇族ハ勅許ヲ得ルニ非ザレバ勾引シ又ハ裁判所ニ召換スルコトヲ得ズ(皇室典範五一條)

(2) 帝國議會ノ議員

(イ) 帝國議會ノ議員ハ現行犯罪又ハ内亂、外患ニ關ル罪ヲ除ク外開期中其ノ院ノ許諾ナクシテ逮捕セラルルコトナキコト(憲法五三條)

(ロ) 帝國議會ノ議員議會ノ開會中開會地ニ滞在スルトキハ其ノ滞在地ヲ管轄スル裁判所ニ於テ之ヲ訊問スベキコト(刑訴二〇九條二項)

(3) 高官者

(イ) 親任官又ハ親任官ノ待遇ヲ受クル者ハ其ノ現在地ヲ管轄スル裁判所ニ於テ之ヲ訊問スベキコト(刑訴二〇九條一項)

(ロ) 國務大臣、宮内大臣、内大臣、樞密院議長、樞密院副議長、樞密顧問官、會計検査院長、元師、參謀總長、海軍軍令部長、教育總監、若ハ軍事參議官又ハ此等ノ職ニ在リタル者ヲ證人ト

シテ訊問スル場合ニハ、勅許ヲ得ルヲ要ス(刑訴一八五條二項)(註今日ハ軍令部長ハ軍令部總長ト改稱サル)。
押收ニ就テモ同様ノ制限アリ(刑訴一四八條二項)。

第一〇章 刑事訴訟ノ主體

訴訟ノ形式ハ之ヲ沿革的ニ研究セバ之ヲ三種類ニ大別シ得ベク而シテ現今法制ノ下ニ於テハ裁判ヲ爲ス機關(裁判所)ト訴訟ノ原告(檢事)及被告人ノ三者ノ存在ヲ必要トシ、學者ハ之ヲ訴訟ノ主體ト總稱ス。而シテ刑事訴訟法ハ檢事及被告ヲ訴訟當事者ト稱シ、且互ニ一方ヨリ他方ニ對スル關係ニ於テ訴訟ノ對手人ト稱シ、尙訴訟關係人ナル語ヲ用キテ此ノ兩者ノ外ニ被告人ノ法定代理人及辯護人等ヲ包括指稱セリ。尙現行刑事訴訟法ハ起訴前ニ於テハ被告人ナル語ヲ使用セズ被疑者ナル語ヲ用キタルコトハ既ニ一言シタリ。

訴訟主體トハ訴訟ヲ爲スニ付、必要缺ク可ラザル人格者ヲ云フ。被告人ガ人格者タルコトハ疑ナシ。裁判所、檢事ハ何レモ國家ノ機關ニシテ行政法上ヨリ之ヲ論ズレバ人格者ニ非ズ。然レドモ刑事訴訟ノ關係ニ於テハ權利義務ノ主體ナリト認メザル可ラズ、訴訟手續進行中ニ於テハ叙上訴訟主體ノ外證人、鑑定人、通事、翻譯人、辯護人、法定代理人、補佐人等ガ訴訟ニ關係スルコトアルモ、此等ハ訴訟ノ成立上常ニ必要缺ク可ラザルモノニ非ズ。此ノ際檢事及被告人等ニ付テノ説明ヲ爲スガ順序ナル

ベシト雖、講究ノ便宜上之ヲ他ノ機會ニ譲リ本章ニ於テハ裁判所ニ付テノ説明ノミニ止メタリ。

第一節 裁判所ノ意義

裁判所 (Gericht)ノ意義如何ヲ解セントセバ先ヅ司法權ノ意義ヲ闡明ナラシムルヲ要ス。何トナレバ裁判所ハ司法權行使ノ機關ナレバナリ。司法權トハ民事及刑事ノ事件ヲ裁判スル裁判權ヲ意味ス(裁
構ニ條參照)。廣ク裁判權ト稱スルトキハ權利義務ニ關スル紛争ヲ裁決スル國權ノ發動ヲ意味シ、之ヲ大
別スルトキハ民事裁判權、刑事裁判權及行政裁判權ノ三ト爲シ得ベシト雖、三權分立主義ノ影響ノ下
ニ行政裁判權ハ民事刑事ノ裁判權ト分離シタリ。憲法第五十七條ニ所謂司法權ハ行政裁判ヲ除外シタ
ル民事刑事ノ裁判權ヲ意味スルモノトス。同條ガ「司法權ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行
フ」ト規定シタルハ實ニ裁判所ハ司法權行使ノ國家機關タルコトヲ宣言シタルモノトス。

裁判ノ公平ヲ期センガ爲ニ裁判所ヲシテ他ノ國家機關ノ干渉ヲ受クルコト勿ラシメタリ。是レ佛國
ノ三權分立ノ思想ニ胚胎シタルモノニシテ所謂司法權ノ獨立ナルモノ之ナリ。尙之ガ獨立ヲ保障セン
ガ爲メ裁判官トシテ猥リニ官職ヲ失フコト勿ラシメ(憲五八條參照)而シテ事務取扱ニ付テノ監督ノ濫用
ヲ防止センガ爲メ裁判所構成法ヲ以テ詳細ナル規定ヲ爲シタリ

第二節 裁判所ノ種類

廣義ニ解スルトキハ司法權ハ民事刑事ノ裁判權ナレバ、民事刑事ハ、裁判權ヲ行フ裁判所ハ孰レモ司
法裁判所ナリト謂フベシ。土地ノ狀況、訴訟事件ノ種類、被告人ノ身分等ノ如何ニ依リテハ特殊ノ裁
判所ノ設置ヲ必要トスルコトアリ。憲法ガ通常裁判所ノ外ニ特別裁判所アルコトヲ認メタルハ蓋シ之
ガ爲メナリ。

憲法ノ規定ニ從ヒ裁判所構成法ヲ以テ規定セラレタル裁判所ヲ通常裁判所ト云フ(裁構ニ條參照)。而
シテ通常裁判所ハ區裁判所、地方裁判所、控訴院、大審院ノ四種ニ區別セラレ。而シテ通常裁判所以
外ノ裁判所ヲ特別裁判所ト云フ。

本書ノ目的ハ裁判所構成法ノ認メタル通常裁判所ノ刑事訴訟手續ニ付講究スルニ在リ。特別裁判所
ノ訴訟手續法ニ刑事訴訟法ノ規定ニ準據スルモノアリ。刑事裁判權ヲ行フ特別裁判所竝刑事ニ付權限
ヲ有スル官廳(特別官廳)及各自ノ特別手續ヲ規定セル法規ヲ列擧スレバ左ノ如シ。

- 一、特別刑事裁判所
 - (イ) 少年審判所……………法規……………少年法
 - (ロ) 陸軍軍法會議……………同……………陸軍軍法會議法
 - (ハ) 海軍軍法會議……………同……………海軍軍法會議法
 - (ニ) 朝鮮總督府法院……………同……………朝鮮刑事令(制令)
 - (ホ) 臺灣總督府法院……………同……………臺灣刑事令(律令)

緒論 刑事訴訟ノ主體 裁判所ノ意義 裁判所ノ種類

- (一) 關東廳法院及民政署……………關東州裁判事務取扱令(制令)
- (ト) 領事裁判所……………領事裁判ニ付定メラレタル法律
- (チ) 南洋廳法院……………南洋群島裁判事務取扱令(勅令)

二、特別官廳

- (イ) 警察官署……………法規……………違警罪即決例
- (ロ) 憲兵官署……………同……………陸軍軍人軍屬違警罪處分例
- (ハ) 稅務官署及專賣官署……………同……………海軍軍人軍屬違警罪處分例
- ……………同……………間接國稅犯則者處分法、關稅法、煙草專賣法、鹽專賣法

第三節 裁判所ノ構成

裁判所ノ構成トハ裁判所ノ組織及管轄ヲ意味ス。組織トハ裁判所ノ種別ノ配置並其ノ構成職員ノ如何ノ問題ヲ意味シ、管轄トハ如何ナル裁判所ガ如何ナル訴訟事件ヲ取扱フベキカノ問題ヲ意味ス。憲法第五十七條ハ裁判所ノ構成ハ法律ニテ定ムベキコトヲ必要トシタリ。裁判所構成法ハ即チ此ノ要求ノ下ニ制定セラレタルナリ。

第四節 裁判所ノ組織

裁判所ノ組織ハ大別シテ二ト爲ス。(一)外部の組織(二)内部の組織之ナリ。前者ハ裁判所ノ種別並配置ノ問題ニ係リ、後者ハ裁判所内部ノ各機關並職員ニ係ル。

裁判所ハ區裁判所、地方裁判所、控訴院及大審院ノ四種ニ分ツベキモノナルコトハ既ニ一言シタリ(裁構一條參照)。主トシテ事件ノ輕重難易ニヨリ又ハ裁判ノ誤謬ヲ防止センガ爲ニ各種ノ裁判所ヲ設ケタルナリ。但シ地方裁判所ニシテ管轄區域廣ク、交通其ノ他ノ便宜上必要アルトキハ管轄區域内ニ於ケル或ル區裁判所ニ地方裁判所ノ支部ヲ設ケ、豫審又ハ公判ノ事務ヲ取扱ハシムルノ例外アリ(裁構三一條)。刑事事件ノ審判ヲ爲ス機關ハ裁判所ノ種類ニヨリ異ル。區裁判所ニ於テハ單獨判事ガ裁判機關ナリ(裁構一條)。地方裁判所以上ニ於テハ合議裁判所ト稱シ、數人ノ判事ヲ以テ構成スル刑事部ガ裁判機關ナリ。地方裁判所並控訴院ニ於テハ執レモ三人ノ判事ヲ以テ、大審院ニ於テハ五人ノ判事ヲ以テ各組織ス(裁構三二條、四一條、五三條)。而シテ右數名ノ判事申一人ヲ以テ部長トス。部長ハ裁判長(Vorsitzende)トシテ訴訟ヲ指揮スルヲ通常トスレドモ、部長差支アルトキハ他ノ判事代ツテ裁判長タルベキモノトス。

○本件ハ前橋地方裁判所高崎支部豫審判事ニ依リ昭和七年五月二十五日附豫審終結決定ヲ以テ前橋地方裁判所ノ公判ニ付セラレタルトコロ公判準備手續開始前昭和七年五月三十日附被告人ノ陪審辭退申立書ニ依リ陪審ノ辭退アリタルコト所論ノ如クナルヲ以テ本件ハ陪審法第六條ニ依リ陪審ノ評議ニ付スルコトヲ得ザルニ至リ從テ昭和六年司法省第六號ニ所謂陪審ノ評議ニ付スベキ事件ニアラザルヲ以テ同省令ニ依リ同地方裁判所支部ノ事務トシテ取扱フコトヲ得ルモノトス但シ本件豫審終結決定書ニ於テハ本件ヲ前橋地方裁判所ノ公判ニ付スベキモノトシ之ヲ同裁判所高崎支部ノ公判ニ付スルノ言渡ヲ

結論 刑事訴訟ノ主體 裁判所ノ構成 裁判所ノ組織

爲サザリシト雖、元來地方裁判所ノ支部ハ其ノ本廳ノ一部タルニ外ナラザルモノナレバ本件ノ如キ豫審決定アルトキト雖、事務分配上之ヲ支部公判ニ於テ審理セシムルコトハ毫モ違法ニ非ズ而シテ本件ニ付テハ前橋地方裁判所長ガ裁判所構成法第二十二條ニ依リ既ニ前司法年度末ニ於テ定メタル事務分配ノ標準ニ依リ之ヲ右支部ニ送付シタルモノト認ムルヲ相當トシ假ニ豫メ叙上ノ標準ノ定メナカリシトスルモ右構成法ノ規定ハ執務上ノ訓示規定タルニ外ナラザレバ本件ノ如キ事情ニ依リ高崎支部ノ取扱ヒタル本件審理ノ手續ヲ以テ違法ト爲スニ足ラズ(昭和八年(九)第七二五號、同)。

尙刑事事件ニ付テハ豫審 (Voruntersuchung) ヲ爲ス機關アリ。地方裁判所ノ判事中ヨリ豫審掛トシテ指名セラル(裁構三二條)。尤モ臨時ニ大審院ニ於テ豫審掛ヲ命ズルコトアリ(裁構五五條、刑訴四八一條、四八二條)。書類作成ノ機關トシテ裁判所書記アリ。

裁判所ノ職員ハ判事 (Richter) 裁判所書記 (Gerichtsschreiber) 執達吏 (Gerichtsvollzieher) 及廷丁ナリ。但シ廷丁ハ裁判所構成法上認メラレタル職員ナレドモ、裁判所ヲ構成スル上ニ於テ必要缺ク可カラザル職員ニハ非ズ。

第一編 總 則

總則 (Allgemeine Bestimmungen) トハ主トシテ法典ノ各部ニ共通ナル原則ヲ收メタル部分ヲ云フモ、規定ノ性質上相牽連スルモノハ一部ニノミ適用スベキモノト雖亦茲ニ收メラル。

○本章第二條乃至第四條及第九條ニ所謂上級裁判所又ハ下級裁判所トハ同一管内ノ裁判所ニ限ルモノニアラス (大正十二年二月二日刑事第六四八號刑事局長通牒)

第一章 裁判所ノ管轄 (第一條乃至第三條參照)

第一節 裁判所ノ管轄ノ意義

裁判所構成法 (Gerichtsvorfassungsgesetz) ハ緒論第四節ニ於テ述ベタル如ク四種類ノ裁判所ヲ認メタル外尙土地ノ區劃ニ從ヒ幾多ノ同級ノ裁判所ヲ設ケタルガ故ニ(例ヘバ各府縣ニ各一個ノ地方裁判所ヲ設ケタルガ如シ)、各裁判所ノ管掌スル事務ニ一定ノ權限ヲ分離シ互ニ牴觸スル所ナカラシムル必要アリ。裁判所ガ特定ノ事件ニ對シ裁判ヲ爲シ得ル職務權限ヲ稱シテ管轄ト云フ。

裁判所ノ管轄ヲ大別スレバ(一)事物ノ管轄(二)土地ノ管轄(三)牽連事件ノ管轄(四)審級ノ管轄ノ四

總則 裁判所ノ管轄ノ意義

トナス。而シテ(一)ハ事件ノ種類ニヨリ管轄ヲ定ムルモノ(二)ハ裁判所ノ管轄區域ヲ基礎トシテ定ムルモノ(三)ハ事件ノ牽連關係ニ基クモノ(四)ハ不服申立ノ形式ニ基クモノノ區別ナリトス。

第二節 事物ノ管轄

事物ノ管轄 (sachliche Zuständigkeit) トハ第一審裁判所ニ於テ取扱フ可キ事件ノ性質ニ依リ定メラレタル職務權限ヲ云フ。事物ノ管轄ヲ定ムルノ必要ハ第一審裁判所間ニ於テノミ存ス。第二審及第三審ニ於テハ審級ノ管轄(後ニ説明スベシ)ニ依リテ定マル。舊刑事訴訟法第二十五條ニ所謂犯罪ノ種類ニ關スル裁判所ノ管轄トハ事物ノ管轄ヲ意味スルモノニシテ、同條ニ依レバ事物ノ管轄ハ裁判所構成法ノ規定ニ從フコトヲ明規セリト雖、現行法ニ於テハ重複的ニ斯ノ如キ規定ヲ置クノ必要ナシトシテ除去シタリ。

一 區裁判所ノ事物管轄 (區裁判所ニ於テ取扱ヒ得ル事件)

(イ) 拘留又ハ科料ニ該ル罪

(ロ) 短期一年以上ノ懲役又ハ禁錮ニ該ル罪ヲ除ク外有期ノ懲役若ハ禁錮又ハ罰金ニ該ル罪但シ

豫審ヲ經ザルモノニ限ル(以上裁權一六條大正十一年四月十八日法律五三號改正)

(ハ) 警察官廳ノ即決處分ニ對スル不服申立ノ正式裁判ニ關スル事件(違警罪即決例三條)

二 地方裁判所ノ事物管轄 第一審トシテ區裁判所ノ權限又ハ大審院ノ特別權限ニ關セザル刑事

事件(裁權二七條一項)

三 大審院ノ事物管轄 刑法第七十三條第七十五條及第七十七條乃至第七十九條ノ罪竝皇族ノ犯

シタル罪ニシテ禁錮以上ノ刑ニ處スベキ事件(裁權五〇條二項)

以上ノ如ク法律ハ事物ノ管轄ヲ定メ各裁判所ヲシテ互ニ侵犯スルコト勿ラシメタリト雖、地方裁判所ガ區裁判所ノ管轄事件ヲ取扱ヒタルトキハ本來ノ事物管轄ヲ有セザルモ、此ノ場合ハ手續ヲ町重ニスルモノニシテ被告ノ利益トナルモ不利益トナルコトナキ爲メ管轄違ハ言渡ヲ爲サズ、例外的ニ事物ノ管轄ヲ得セシメタリ(刑訴三五六條、舊刑訴二四〇條)。

尙大審院ガ地方裁判所又ハ區裁判所ノ管轄ヲ取扱ヒタルトキモ同様ニ解スベシトノ說アレドモ余輩ハ採ラズ。何トナレバ此ノ場合ハ被告ノ上訴申立權ヲ侵害シ被告ニ大ナル不利益ヲ與フル結果ヲ惹起スレバナリ。

第三節 土地ノ管轄

一個ノ第一審裁判所ヲ以テシテハ全國ニ於ケル複雑多岐ナル事件ヲ取扱フ上ニ於テ大ナル困難ヲ感ゼズンバアラズ。爰ニ於テカ法律ハ全國ヲ幾多ノ土地ノ區劃ニ區分シ各裁判所ヲシテ其ノ土地ノ區劃内ニ於テノミ事件ヲ取扱ハシメ互ニ裁判權ノ衝突ヲ起サザラシム(裁權四條)。

土地ノ管轄 (örtliche Zuständigkeit) トハ裁判所ガ事物ノ管轄ニ依リ定マリタル裁判權ヲ特定ノ土

總則 裁判所ノ管轄 事物ノ管轄 土地ノ管轄

地的區劃内ニ行使シ得ベキ職務權限ヲ云フ。但シ右土地的區劃其ノモノヲ土地ノ管轄ト稱スルコトアリ。之ヲ被告人ノ側ヨリ觀察スレバ特定ノ地域内ノ裁判所ノ裁判ヲ受クルノ權利義務ヲ有ス。之ヲ被告人ノ裁判籍 (Gerichtstand) ト稱ス。如何ナル場合ニ裁判所ガ特定ノ事件ニ對シ土地ノ管轄ヲ有スルヤ。刑事訴訟法第一條ハ此ノ場合ヲ規定シタリ。舊刑訴法第二六條ニハ「同等ノ裁判所ニ於テハ(イ)犯罪ノ地又ハ(ロ)被告人ノ所在地ヲ以テ豫審及ビ公判ノ管轄ナリトス」ト規定シタルモ現行法ハ右ノ外(ハ)被告人ノ住所ト(ニ)居所トヲ加ヘタリ。是レ蓋シ被告人ノ住所並居所ニハ犯罪ノ證據ト爲ルベキ物ノ存在スルコト多カルベク、從テ犯罪地及所在地ト同様ニ土地管轄ノ標準ト爲スヲ正當ト認メタレバナリ。現行法ハ舊法ノ「所在地」ナル語ニ代フルニ「現在地」ナル語ヲ以テシタリ。

(イ) 犯罪地トハ犯罪ノ行ハレタル土地ヲ意味スルコト疑ヒナシ。問題トナルハ犯罪ノ結果地並中間地ヲ含ムヤ否ナリトス (Distanzverbrechen)。余ハ積極ニ解ス。例ヘバ東京府ノ某地點ニ於テ殺人ノ目的ヲ以テ神奈川縣内ノ某地點ニ在ル某人ニ對シ發砲シ、其ノ結果某人ガ銃殺セラレタリトセバ東京府モ神奈川縣モ孰レモ犯罪地ナリ、從テ此場合ノ豫審及公判ハ東京地方裁判所及橫濱地方裁判所ナリトス。

今日ノ時勢ニ於テハ天空ニハ航空路確立セラレ飛行機飛行船來往シ、地下ニハ市街地、地下道開鑿セラレ電車疾走シツツアリ。從テ犯罪地ナル名稱ハ狹キニ過グ。宜シク上空竝地下モ犯罪ノ

行ハレタル空間トシテ包含セシメザル可カラズ。又進行中ノ飛行機飛行船内ニ犯罪アリタルトキハ當該飛行機、飛行船内ガ地上ヲ離レ居ルモ犯罪ノ場所ナリト解スベキナリ。

- (1) 不作爲ノ場合ニ於テハ行爲ヲ爲ス可カリシ場所ガ犯罪地ナリ。例ヘバ勤務演習ノ爲メ歩兵第一聯隊ニ召集セラレタル者故ナク應ゼザリシトキハ歩兵第一聯隊ノ所在地ヲ管轄スル裁判所ヲ以テ管轄裁判所ト爲スナリ。
- (2) 間接正犯ニ付テハ被利用者ノ行爲地ヲ以テ犯罪地ト爲ス學說アレドモ狹キニ過グ。此ノ場合正犯ノ行爲(利用)地モ亦犯罪地ノ一部タルヲ失ハザレバナリ。
- (3) 又教唆及從犯ニ付テハ正犯ノ成立場所ヲ以テ犯罪地トセル學說判例アレドモ狹キニ過グ。此ノ場合教唆者ガ教唆ヲ爲シタル場所モ、從犯ガ幫助行爲ヲ爲シタル場所モ亦犯罪地ノ一部タルヲ失ハザレバナリ。

(參考) 從犯成立ノ場所ニ付テノ判例 (大正十一年(九)第七四號、同年三月十五日第三刑事部判例) 教唆罪成立ニ付テノ判例 (大正四年(九)第二五三七號、同年十月二十八日第二刑事部判例)

- (4) 繼續犯、集合犯、連續犯ニ付テハ其ノ一部ノ犯罪ノ行ハレタル土地ノ管轄裁判所ハ其ノ犯罪ノ全體ニ付管轄權ヲ有スルモノナリ。

○犯罪實行ノ著手地ト犯罪地

被告人ガ周旋營業ヲ爲シタル犯罪行爲ハ右福島縣中村町ナル被告人方ニ於テ決意シ實行セラレタルモノト認ムベキガ故ニ他ノ一部ガ同縣外ニ於テ實行セラレタリトスルモ右行爲ニ對シ福島縣令(人事周旋營業取締規則昭和六年十二月二十七日

總則 裁判所ノ管轄 土地ノ管轄

條二項)規定シタル外從犯ハ正犯ヲ管轄スル裁判所ヲ以テ其ノ管轄ナリトシ、數個ノ裁判所ノ管轄ニ屬スル正犯數名アルトキハ、其ノ中ニテ最初豫審又ハ公判ニ著手シタル裁判所ヲ以テ其ノ管轄ヲ有セシメ、裁判所構成法第五十條ニ記載シタル皇族ノ犯罪ニ付テハ其ノ正犯、從犯ハ身分ノ如何ヲ問ハズ大審院ニ於テ之ヲ管轄スベキ旨(舊刑訴二八條)ヲ規定シタルニ止マリシヲ以テ、實際問題ニ於テ幾多ノ疑問ヲ生ジタルヨリ外國ノ立法例ヲ參酌シテ牽連關係ノ範圍ヲ擴張シタリ。即チ現行刑事訴訟法第八條ハ數個ノ事件ハ左ノ場合ニ於テ牽連スルモノトシタリ。

○本條ニ「牽連スルモノ」トアルハ監獄法第一七條ノ「相關連スルモノ」トアルニ包含セラレモト解セラル。從テ牽連事件ニ付テハ監獄官吏ハ被告人監房ヲ別異ニシ、互ニ接觸スルコトヲ避ケシムル注意ヲ要ス。右事件牽連者ノ居房配置其ノ他拘禁ニ關シテハ事件ヲ擔當スル刑事檢察ノ指示ヲ受クルコトヲ要ス(大正十三年二月十六日行甲)。

(一) 一人數罪ヲ犯シタルトキ

例ヘバ甲者竊盜罪ト殺人罪トヲ犯シタルトキハ右竊盜事件ト殺人事件トハ互ニ牽連ノ關係アルガ如シ。

○刑法第五十五條ノ牽連犯ト似テ非ナル法律關係ナリ。

一罪ナリヤ數罪ナリヤハ刑法理論ニ依リ定ムベキモノトス。所謂處斷上ノ一罪(一所爲數罪、牽連犯、連續犯)竝所謂解

釋上ノ一罪(慣行犯、結合犯、繼續犯、營業犯、抱括一罪)ハ一罪ト認ムベキモノトス。

(二) 數人共ニ同一又ハ別個ノ犯罪ヲ犯シタルトキ即チ刑法上ノ共犯ノ場合及所謂必要共犯(例ヘバ姦通罪、賭博罪、騷擾罪ヲモ含ム)竝共同過失ノ場合

例ヘバ甲乙二人共謀シテ放火罪ヲ犯シタルガ如キ、又ハ甲乙二人共謀ノ上甲ハ詐欺シ乙ハ横領ヲ爲シ、共犯ニ非ザルモ二人以上ノ過失ノ競合ニヨリ傷害、失火等ノ犯罪ヲ生ゼシメシガ如キ場合之ナリ。

(三) 數人通謀シテ各別ニ罪ヲ犯シタルトキ(即チ通謀アルモ刑法上ノ共犯トナラザル場合)

例ヘバ甲乙兩名ガ各自別々ノ場所ニ於テ各單獨ニテ竊盜ヲ爲サンコトヲ通謀ノ上甲ハ東京ニ於テ竊盜シ乙ハ横濱ニ於テ竊盜シタルトキハ甲ノ竊盜事件ト乙ノ竊盜事件トハ牽連ノ關係アリトスルガ如シ。

(四) 數人同時ニ同一ノ場所ニ於テ各別ノ罪ヲ犯シタルトキ(即チ刑法上共犯ニモアラズ又通謀モナク單ニ犯罪ノ時及場所ガ競合シ居ル場合——同時犯)

例ヘバ日比谷公園音樂堂前廣場ニ於テ甲ハ安寧秩序ヲ紊ス演說ヲ爲シ(治安警察法違反罪)居リタル際ニ、乙ハ聽衆ノ中ニ在リ甲ニ投石シ負傷セシメタリト假定セバ甲ノ治安警察法違反罪ト乙ノ傷害罪トハ牽連ノ關係アリト爲スガ如シ。

(五) 犯人藏匿罪(刑一〇三條)、證憑湮滅罪(刑一〇四條)、僞證罪(刑一六九條)、僞鑑定罪及僞通譯罪(刑一七一條)及贓物ニ關スル罪(刑二五六條)ト其ノ本犯ノ罪トハ共犯ト看做シ牽連ノ關係アリトスルコト(刑法學者ノ所謂事後從犯又ハ庇護罪ノ場合)

例ヘバ甲ガ竊盜ヲ犯シ乙ガ(甲ヲ庇護スル爲メ)其ノ竊盜事件ノ證據事件ヲ燒燬シタルトキハ甲

ノ竊盜事件ト證據煙滅罪トハ牽連ノ關係アリト爲スガ如シ。

二 事物管轄ノ併合 上級裁判所ハ下級裁判所ノ事物管轄ニ屬スル牽連事件ヲ管轄ス(刑訴二條)。即チ一ノ事件ハ地方裁判所ノ管轄ニ屬シ他ノ一ノ事件ハ區裁判所ノ管轄ニ屬シ、而シテ兩事件ニ牽連ノ關係アルトキハ地方裁判所ハ自己固有ノ事件ニ付管轄權ヲ有スル外、區裁判所ノ事件ニ付テモ事物ノ管轄ヲ有シ併セテ審判スルコトヲ得セシメタリ。此ノ場合區裁判所ハ地方裁判所管轄ノ事件ヲ併セテ管轄スルコトヲ得ズ。是レ蓋シ裁判所構成法ニ規定シタル事物管轄ノ制度ヲ紊ルモノナレバナリ。例ヘバ横濱市ニ於テ竊盜ヲ爲シタル者、東京市ニ於テ強盜ヲ爲シタルトキハ横濱區裁判所ノ事物管轄ニ屬スル竊盜事件ハ東京地方裁判所ノ事物管轄ニ屬スル強盜事件ト共ニ東京地方裁判所ニ於テ審理スルコトヲ得ルガ如シ。

三 土地管轄ノ併合 同等ノ裁判所間ニ於テハ一ノ裁判所ハ他ノ裁判所ノ土地管轄ニ屬スル牽連事件ヲ合セテ管轄スルコトヲ得セシメタリ(刑訴五條)。

例ヘバ甲乙兩名ハ大阪ニ於テ殺人シタル後、甲ハ東京ニ於テ放火ヲ爲シ、乙ハ横濱ニ於テ強盜ヲ爲シ何レモ所在ヲ晦マシタリトセバ、東京地方裁判所ハ自己固有ノ管轄トシテハ甲ニ對スル放火事件ノ管轄ヲ有スルノミナレドモ甲乙兩名ガ殺人ヲ爲シタル事件ニ付有スル大阪地方裁判所ノ管轄權ト乙ガ横濱ニ於テ強盜ヲ爲シタル事件ニ付有スル横濱地方裁判所ノ管轄權ヲ併セ有スルコトナル。此ノ場合一ノ裁判所ガ他ノ裁判所ノ管轄權ヲ排斥シテ取得スルニ非ズ。何レハ裁判所モ互ニ右事件ノ總テニ

付管轄權ヲ取得スルヲ得、譯合ナリ。

四 管轄ノ競合 以上ノ規定ヨリ見レバ二個以上ノ裁判所ガ同一事件ニ付、互ニ管轄權ヲ有スル場合アルコト明カナリ。此ノ場合各裁判所ニ於テ同一事件ヲ重複シテ別々ニ審理スルガ如キコト勿ラシメンガ爲メ、其ノ便宜トスル所ニ依リ或ハ一ノ裁判所ニ於テ併合裁判ヲ爲サシメ或ハ分離シテ裁判ヲ爲サシム。

(1) 同一事件ニ對スル管轄ノ競合ノ場合

(a) 同等裁判所間ニ於ケル事物管轄ノ競合

數個ノ同等裁判所間ニ於テ事物管轄競合スルトキ、即チ同一事件各自重複シテ起訴セラレ各自ノ裁判所ノ豫審又ハ公判ニ繫屬スルトキハ最初ニ公訴ヲ受ケタル裁判所之ヲ裁判スト規定シタリ(刑訴一〇條一ノ項)。

舊法ハ數個ノ同種類ノ裁判所ガ同一事件ニ關シテ各土地ノ管轄權ヲ有スルトキハ最初ニ豫審及公判ニ著手シタル裁判所ヲ以テ其ノ管轄ナリト規定シ(舊刑訴二七條)、現行法ノ規定ト類似シ居ルモ左ノ點ニ於テ相違スルコトニ注意スベシ。

(イ) 舊法ハ裁判所ノ審理ノ前後ニ依リ先著手ト後著手トヲ區別スルモ、現行法ハ起訴ノ前後ニ依リ定ムルコトトシタレバ、未ダ審理ニ著手セザルモ、先ニ公訴ヲ受ケタルトキハ先著手タルコトヲ得ベシ。

(ロ) 舊法ハ先著手ノ事實ニ因リ、他ノ裁判所ノ管轄ヲ排斥スルモノト爲スモ、現行法ハ然ラズ後著手ノ裁判所ノ管轄權ハ先著手ノ裁判所ノ爲ニ奪ハルルコトナシ。故ニ舊法ニ於テハ後著手ノ裁判所ハ管轄違ノ判決ヲ言渡サザル可カラザルモ、現行法ニ於テハ同法第三百六十五條第一項ニ從ヒ公訴棄却ノ決定ヲ爲スベキモノトス。

現行法ハ先著手ノ裁判所ヲシテ審理セシムルヲ原則トシタルモ、後著手ノ裁判所ヲシテ裁判セシムルヲ便宜ト認メタルトキハ檢事ノ請求アリタルトキニ限り、直近上級裁判所後著手ノ裁判所ヲシテ審理セシムル旨ノ決定ヲ爲スコトヲ得セシメタリ(刑訴一〇條二項)。

○同一事件ニ付後ニ公訴ヲ受ケタル裁判所ノ裁判が最初ニ公判ヲ受ケタル裁判所ノ裁判ヨリ先キニ確定シタルトキハ最初公訴ヲ受理シタル公判裁判所ハ免訴ノ判決ヲ言渡スベキモノトス(昭和四年(れ)第二號、同五)。

○同一事件ニ付別個ノ裁判所ニ提起セラレタル二個ノ公訴が控訴審ニ繫屬スルニ至リタルトキハ控訴裁判所ハ決定ヲ以テ後ノ公訴ヲ棄却スベキモノトス(昭和五年(れ)第二六九號、同年五月二十七日第四刑事部決定)。

(b) 上級裁判所ト下級裁判所トノ間ニ於ケル事物管轄ノ競合

上級裁判所ト下級裁判所トノ間ニ於テハ裁判所構成法ノ規定ニヨリ管轄ノ重複スル場合ナカルベキノ理ナレドモ、現行法ハ其ノ第二條ニ規定シタル如ク上級裁判所ハ下級裁判所ノ管轄ニ屬スル牽連事件ノ管轄ヲ取得スルコトヲ得セシメタレバ上級裁判所ト下級裁判所トガ重複シテ起訴ヲ受ケタル場合ヲ想像スルコトヲ得ベシ。此ノ場合ニ於テハ上級裁判所ガ公訴ヲ受ケタル前後ヲ間

ハズ上級裁判所ヲシテ審理セシム(刑訴九條一項)。而シテ下級裁判所ハ刑事訴訟法第三百六十五條第一項ニ基キ公訴棄却ノ決定ヲ爲スベキモノトス。但シ上級裁判所ハ下級裁判所ヲシテ審理セシムルヲ相當ト認メタルトキハ決定ヲ以テ管轄權ヲ有スル下級裁判所ヲシテ審理セシムルコトヲ得セシメタリ(刑訴九條二項)。

(2) 牽連事件ニ因ル管轄ノ競合

既ニ述ベタル如ク管轄ノ競合ハ一ノ裁判所ガ他ノ裁判所ノ管轄權ヲ排斥シテ自己ニ固有セシムベキ效果ヲ生ゼザルヲ以テ、檢事ハ牽連事件ヲ數個ノ裁判所ニ分割シテ起訴スルモ、一ノ裁判所ニ一括シテ起訴スルモ可ナレドモ、事件ノ性質、狀況等ニ依リテハ或ハ分離シテ各裁判所別々ニ審理スルヲ相當トスル場合アルベク或ハ一ノ裁判所ニ併合シテ審理スルヲ相當トスル場合アルベキヲ以テ其ノ必要ニ應ズル規定ヲ設ケタリ。

(a) 併合シテ上級裁判所ニ起訴セラレタル牽連事件ノ分離(移送)

土地管轄ヲ異ニスル數個ノ牽連事件同一裁判所ノ公判ニ繫屬スル場合ニ於テ、併セテ審理スルコトヲ必要トセザルトキハ其ノ裁判所ハ檢事ノ意見ヲ聽キ、決定ヲ以テ管轄權ヲ有スル他ノ裁判所ニ之ヲ移送スルコトヲ得セシメタリ(刑訴六條一項)。以上ハ事件公判ニ繫屬スル場合ニ付テノ規定ナルガ豫審ニ繫屬スル場合モ同様ナル手續ヲ爲スコトヲ得ベシ(刑訴六條二項)。而シテ刑事訴訟法第六條ニヨリ移送ヲ受ケタル裁判所ハ更ニ之ヲ他ノ裁判所又ハ移送ヲ爲シタル裁判所ニ轉送ス

ルヲ得ベキモノト解ス(大正十二年二月二日刑事第六(四八號、刑事局長通牒同趣旨))。

(b) 上級裁判所ト下級裁判所トニ各分離シテ起訴セラレタル牽連事件ノ併合
事物管轄ヲ異ニスル數個ノ牽連事件各別ニ上級裁判所及下級裁判所ニ繫屬スルトキハ上級裁判所ハ檢事ノ意見ヲ聽キ決定ヲ以テ下級裁判所ノ管轄ニ屬スル事件ヲ併セテ審理スルコトヲ得ベシ(刑訴四條)。

右ノ場合ニ於テハ下級裁判所ハ上級裁判所ノ決定ニ羈束セラルベキヲ以テ事件ヲ上級裁判所ニ移送セザル可カラズ。而シテ事件ガ控訴審ノ公判ニ繫屬シタル後ハ縱令上級裁判所ト雖、下級裁判所ノ事件ヲ牽連事件トシテ併合審理スルコトヲ得ザルモノトス(昭和三年(れ)第一三六七號、同年十月十五日刑事二部判例同趣旨)。

(c) 同等ノ裁判所間ニ各分離シテ起訴セラレタル牽連事件ノ併合
事物管轄ヲ同ジクスル數個ノ牽連事件各別ニ數個ノ裁判所ノ公判ニ繫屬スルトキハ檢事ハ各裁判所ニ請求シテ一ノ裁判所ニ併合スル決定ヲ爲サシムルコトヲ得ベシ(刑訴七條一項)。

決定ノ實例

決定

本籍……………大學生
住所……………

○ ○ ○ ○ ○

明治四十一年一月一日生

右之者ニ對スル當廳公判繫屬中ノ治安維持法違反被告事件ニ付同種牽連事件目下東京地方裁判所公判ニ繫屬中ナルノ故ヲ以テ檢事ヨリ事件併合ノ請求アリタルニ付刑事訴訟法第七條ニ則リ左ノ如ク決定ス

本件ヲ東京地方裁判所公判繫屬中ナル右○○○ニ對スル治安維持法違反被告事件ニ併合ス
昭和九年十月二十三日

大阪地方裁判所第○刑事部

裁判長判事 ○ ○ ○ ○ ○
判事 ○ ○ ○ ○ ○
判事 ○ ○ ○ ○ ○

同様ナル關係ニ於テ豫審ニ繫屬スルトキ亦同ジ(刑訴七條二項)。若シ各裁判所ノ決定區々ニテ一
致セザルトキハ各裁判所ニ共通スル直近上級裁判所ハ檢事ノ請求ニ因リ、決定ヲ以テ事件ヲ一
裁判所ニ併合スルコトヲ得(刑訴七條三項)。

此ノ場合各牽連事件ヲ自應ニ於テ併合セントスル場合ニハ、併合セントスル事件全部ニ付決定
ヲ爲シ、自應ニ繫屬シタル事件ヲ他應ニ併合セシムル場合ニハ其ノ繫屬事件ノミニ付決定ヲ爲ス
ベキモノトス(大正十二年二月二日刑事第六(四八號、刑事局長通牒同趣旨))。

數個ノ牽連事件ガ數個ノ裁判所ニ繫屬スル場合ニ於テ各裁判所ガ其ノ繫屬スル事件ニ付審判ヲ爲シ得ベキヤ言テ俟タズ唯各
事件ガ事物管轄ヲ同ジクシ檢事ニ於テ之ヲ同一裁判所ニ併合スルヲ便宜ト認メ刑事訴訟法第七條第一項ノ請求ヲ爲シタルト
キ決定ヲ以テ之ヲ一ノ裁判所ニ併合スルコトヲ得ルニ過ギズ必ズ之ヲ同一裁判所ニ併合セザルベカラザルモノニ非ザルハ勿
論檢事ノ請求ナキ限之ヲ併合スルニ由ナキモノトス而シテ本件ニ付テハ檢事ヨリ叙上併合ノ請求アリタルニ非ズ單純ニ原審
ニ繫屬シタルモノナルコト記録上明白ナレバ縱令他ノ裁判所ニ牽連事件ノ繫屬スルモノアリトスルモ原審ガ本件ヲ他ノ牽連
總則 裁判所ノ管轄 牽連事件ノ管轄

事件ト併合審理セザリシハ當然ニシテ何等ノ違法アルモノニ非ズ (昭和八年(九)第七四六號治安維持法) (違反、同年七月十日第二刑事部判決)。

五 陪審事件ト非陪審事件ノ併合審理 陪審法第九十六條第一項ノ場合ニ於テ其ノ陪審事件ヲ非陪審事件ト併合シテ審理スルヲ妨グズ (昭和五年(九)第五四五號、同年七月十七日第五刑事部判例同趣旨)。

六 管轄違ト訴訟手續ノ效力 訴訟手續ハ管轄違ノ言渡アルモ、其ノ效力ヲ失ハザル旨ヲ規定ス(刑訴二二條)。從テ公訴ノ時、中斷シ(刑訴二八五條)證據調ノ結果ハ有效ナルモノトス。舊法時代ノ判例ニ於テハ被告人ノ訊問調書ハ無効ナルモ其ノ他ノ證人、參考人等ノ訊問調書ハ證據力ヲ有スル旨説明セラレタレドモ、學理上ノ問題トシテ爭アル處ナレバ實際上ノ便宜ニ鑑ミ此ノ規定ヲ設ケタリ。

七 管轄區域外ノ處分 法律ハ裁判所ノ土地管轄ニ關スル規定ヲ設ケタルヲ以テ、或ル裁判所ガ其ノ管轄外ノ土地ニ於テ取調ヲ要スルトキハ他ノ管轄權アル裁判所ニ共助ノ規定ニ基キ囑託スベキモノナレドモ、事實發見ノ爲メ必要アルトキハ管轄區域外ニ於テ職務ヲ行フ事ヲ得セシメタリ。豫審判事及受命判事ニ付テモ亦同ジ(刑訴一一條)。

蓋シ囑託ニ依リテハ事實ノ真相ヲ詳知スルコト不能若ハ困難ナル場合ニ於テハ、自ラ管轄區域外ニ出張シ、檢證其ノ他ノ取調ヲ爲シ得ルコトニ依リ初メテ能ク真相發見ノ目的ヲ達成セシムルヲ得ベクレバナリ。

右ト同趣旨ニ於テ裁判所、豫審判事及受命判事ハ管轄權ヲ有セザルトキト雖急速ヲ要スル場合ニ於テハ、事實發見ノ爲メ必要ナル處分ヲ爲スコトヲ得セシメタリ(刑訴一三條)。

第五節 管轄ノ指定

(a) 檢事ハ

- 一、裁判所ノ管轄區域明確ナラザルトキ
 - 二、管轄違ヲ言渡シタル確定裁判アリタル事件ニ付他ニ管轄裁判所ナキトキ
- ニ於テハ關係アル第一審裁判所ニ共通スル直近上級裁判所ニ管轄指定ノ請求ヲ爲スヲ要ス(刑訴一四條)。學者ハ之ヲ裁判所ノ權限爭議 (Kompetenzkonflikt) 又ハ管轄爭議 (Zuständigkeitsstreit) ト稱ス。

(b) 檢事總長ハ

- 一、法律ニ依ル管轄裁判所ナキトキ又ハ
- 二、之ヲ知ルコト能ハザルトキハ大審院ニ管轄指定ノ請求ヲ爲スヲ要ス(刑訴一五條)。

第六節 管轄ノ移轉

(a) 檢事ハ

- 一、管轄裁判所又ハ裁判所構成法第十三條第二項ノ規定ニ依リ定メタル裁判所ニ於テ法律上ノ理由

總則 裁判所ノ管轄 管轄ノ指定 管轄ノ移轉

又ハ特別ノ事情ニ因リ裁判權ヲ行フコト能ハザルトキ(例ヘバ裁判所ノ判事全部ガ詐欺ノ被害者ナルガ故ニ法律上回避ヲ爲シタル場合又ハ火山ノ爆發、地震ノ連續等ノ事由ノ爲メ久シキニ互リ執務シ得ザル場合ノ如シ)。

二、被告人ノ地位、地方ノ民心、訴訟ノ狀況其ノ他ノ事情ニ因リ裁判ノ公平ヲ維持スルコト能ハザル虞アルトキハ直近上級裁判所ノ管轄移轉ノ請求ヲ爲スヲ要ス。此ノ場合被告人モ之ガ請求ヲ爲スヲ得ベシ(刑訴一六條)。

裁判所ノ管轄移轉ノ請求ニ關シ判決前ニ之ヲ却下シタル決定ニ對シテハ抗告ヲ爲スコトヲ得ザルモノトス(大正十五年(七)第三三號、同年十月五日第六刑事部決定)。刑事訴訟法第十六條第二號ニ該當スル事由アル場合ニ於テ管轄移轉ノ請求ヲ爲スベキ直近上級裁判所ハ所屬控訴院ナレドモ、被告事件ノ繫屬スル地方裁判所ノ所屬控訴院ノ管轄内ナル總テノ地方裁判所ニ付、當該地方裁判所ニ於ケルト同一ナル管轄移轉ノ事由アル場合ニ於テ、管轄移轉ノ請求ニ付審判ヲ爲スベキ上級裁判所ハ大審院ナリ(昭和三年(七)第一號、同年十二月二十四日第一刑事部判例同趣旨)。

(b) 檢事總長ハ

犯罪ノ性質被告人ノ地位地方ノ民心其ノ他ノ事情ニ因リ管轄裁判所ニ於テ審判ヲ爲ストキハ公安ヲ害スル虞アリト認ムル場合ニ於テハ管轄移轉ノ請求ヲ爲スヲ要ス(刑訴一七條)。

管轄ノ指定並移轉ニ關スル訴訟手續ノ詳細ハ刑事訴訟法第十八條乃至第二十三條ニ規定ス。尙内地

朝鮮、臺灣又ハ關東州ノ各地域内ニ於ケル特別裁判所間ノ移送ニ付テハ共通法(大正七年四月十七日法律第三十九號)第十六條第十七條ヲ參看スベシ。

管轄ノ指定又ハ管轄ノ移轉ニ因ル管轄ハ裁判ニ依リ生ズルモノナルヲ以テ、學者ハ[○]裁定管轄ナル語ヲ使用シテ説明スルモノアリ。

第七節 審級ノ管轄

審級ノ管轄トハ第一審裁判所ニ對シ第二審裁判所、第二審裁判所ニ對シ第三審裁判所ガ事務ヲ取扱ヒ得ベキ職務ノ權限ヲ意味ス。第一審裁判所ノ事物並土地ノ管轄定マラバ之ガ上級審タルベキ第二審及第三審裁判所ハ各審級ノ規定並管轄區域ノ規定トニ照ラシテ必然的ニ確立セラレ。裁判所構成法ノ規定ニ依レバ第一審裁判所ガ區域裁判所タルトキハ之ガ第二審裁判所ハ地方裁判所、第一審裁判所ガ地方裁判所タルトキハ之ガ第二審裁判所(控訴裁判所)ハ控訴院ニシテ(裁構二七條、七條一項)第二審裁判所地方裁判所タルトキト控訴院タルトキトヲ問ハズ之ガ第三審裁判所(上告裁判所)ハ常ニ大審院ナリトス(裁構五〇條一項)。然レドモ現行法ハ第一審判決ニ對シ控訴ヲ爲サズ、直ニ上告ヲ爲シ得ル場合(飛躍的上告)ヲ規定シタリ(刑訴四一六條)。

(一) 以上ノ審級ノ區別ニ依ル職務管轄

(二) 管轄區域ニ依リ生ズル職務管轄(區裁判所、地方裁判所、控訴院ノ區域的職務ノ限界)

總則 裁判所ノ管轄 審級ノ管轄

- (三) 共助ノ規定ニ基ク職務管轄
 - (四) 公判ト豫審トノ區別ニ因ル職務管轄
- 等ヲ總括シテ職務管轄 (Funktionelle Zuständigkeit) ナル觀念ヲ認ムル學說アリ。

第八節 裁判所ノ共助

第一 共助ノ概念 裁判所ノ共助 (Rechtshilfe) トハ一ノ裁判所ガ其ノ權限内ニ於テ爲ス能ハザル訴訟行爲ヲ他ノ管轄裁判所ニ於テ其ノ囑託ニ基キ代ツテ爲スコトニ依リ補助ヲ與フル關係ヲ指稱ス。是レ蓋シ裁判所ハ一定ノ區域内ニ於テ特定ノ人ニ對シテノ管轄ヲ有スル爲メ、此ノ限界外ニ於テハ特別ノ規定ナキ限り何等ノ行爲モ爲スコトヲ許サレザル筋合ナルヲ以テ、此ノ儘ニテハ訴訟行爲ノ進捗ヲ害スベシト爲シ、他ノ裁判所ヲシテ之ガ補助ヲ爲サシムルノ要アリト認メタルガ爲ナリ。

第二 共助ノ種別 共助ハ大別シテ之ヲ左ノ三ト爲スヲ得ベシ。

一 内國裁判所ト外國裁判所トノ間ニ行ハルル共助 (國際共助)

明治三十八年法律第六十三號ハ外國裁判所ノ囑託ニ基キ一定ノ要件ノ下ニ内國裁判所ハ書類ノ送達、證據調ニ關シ補助ヲ爲スベキ旨ヲ規定シ、而シテ我裁判所ヨリ外國官廳ニ共助ヲ求メ得ル事項トシテハ民事訴訟法第七十五條ニ於テ送達ノ共助ヲ、同法第二百六十四條ニ於テ證據調ノ共助ヲ各規定シ、現行刑事訴訟法ハ其ノ第八十條ニ於テ送達ニ關スル民事訴訟ノ規定ヲ準用シタルモ證據

調ノ共助ヲ準用セズ。

二 通常裁判所ト特別裁判所トノ間ノ共助及特別裁判所相互間ノ共助

司法事務共助法 (明治四十四年三月三十日法律第五十二號) 第一條ニ曰ク「内地及樺太、朝鮮、臺灣、關東州、南洋群島又ハ帝國ノ領事裁判權ヲ行フ地域ニ於テ司法事務ヲ取扱フ官廳間ノ司法事務ノ共助ハ本法ニ依ル」ト。其ノ第二條ニ曰ク「司法事務ヲ取扱フ官廳ハ民事及刑事ニ關シ相互ニ左ノ事項ヲ囑託スルコトヲ得

一 訴訟書類ノ送達 二 證據調 三 令狀ノ發布及執行 四 犯罪ノ搜查」

其ノ第四條ニ曰ク「刑事ノ判決謄本ヲ送付シテ其執行ヲ囑託スルコトヲ得、但死刑管刑ヲ言渡シタル判決ニ付テハ此ノ限ニアラズ」ト。

三 通常裁判所相互間ノ共助 (狹義ノ共助)

裁判所構成法第三百一十一條ニ所謂法律上ノ補助ハ此ノ場合ノ共助ヲ意味スルモノトス (裁構一三條一項)。法律上ノ補助ハ特別ノ規定ナキ限り所要ノ事務ヲ取扱フベキ地ノ區裁判所ニ於テ之ヲ爲ス (同條二項)。但シ刑事訴訟法各本條ノ規定ニ依レバ區裁判所又ハ豫審判事ニ囑託スルコトヲ得ベキ場合アリ (刑訴九四條、一五四條、一七八條、二一二條、二二八條、二二六條)。

而シテ勾引ノ囑託ハ裁判權ヲ有スル官署、檢事又ハ司法警察官ニ對シテモ亦之ヲ爲スコトヲ得セシム (刑訴九四條)。

通常裁判所ガ共助ヲ爲シ得ル場合ハ刑事訴訟法ノ各本條ニ規定アリ。即チ押收、搜索（刑訴一五四條）、檢證（刑訴一七八條）、證人訊問（刑訴二二三條）、鑑定人訊問（刑訴二二八條、二二三條）、通事、翻譯人訊問（刑訴二三六條、二二八條、二二四條）等ナリトス。補助ヲ與フル裁判所ヲ受託裁判所（ernannte Gericht）ト稱シ、囑託事務ヲ處理スル判事ヲ受託判事ト云フ。尙裁判所構成法第三百二十二條及第三百三十三條ハ檢事局及裁判所書記課ニモ互ニ法律上ノ補助ヲ與フベキコトヲ規定セリ。受託裁判所又ハ受託判事ハ受託裁判所ノ囑託ニ應ジ、其ノ共助行爲ヲ爲ス可キ義務ヲ負フモノナリ。此ノ義務ヲ共助義務（Rechtshülfepflicht）ト云フ。

而シテ此ノ義務ハ

- (一) 受託裁判所ガ所要ノ共助行爲ヲ爲スニ付事物又ハ土地ノ管轄ヲ有セザルトキ
 - (二) 共助ヲ求メラレタル行爲ガ法律上不法ナルトキ
- ハ拒絕スルコトヲ得ベシ。

第二章 裁判所職員ノ除斥、忌避及回避 （第二四條乃至第二五條參照）

第一節 概 說

國家刑罰權ノ存否並其ノ範圍ノ確定ニ付テハ、有能ノ士ニ依リ極メテ公平嚴正ニ行ハレザル可カラズ。茲ニ於テカ裁判所職員ハ凡テ法律ニ依リ定メラレタル資格ヲ有スルコトヲ必要トセラル。之ヲ裁判所職員ノ絕對的資格（Fähigkeit in Abstracto）ト云フ（裁構五七條、六五條、六六條、六九條、七〇條、八九條、執達吏規則一條、二條）。

註 執達吏ハ嚴格ノ意味ニ於テハ裁判所構成員ニアラザレドモ、送達機關並執行機關トシテ重要ナル役割ヲ持ツ裁判所構成法ノ規定スル公吏ナルヲ以テ、廣義ニ於テ裁判所職員ト指稱スルモ不可ナシト思料ス。

絕對的資格ヲ有スル裁判所職員モ或ル特定ノ訴訟事件ニ付テハ裁判ノ公平ヲ維持スル爲メ、其ノ職務執行ヨリ排除スルヲ可ナリトスル場合ヲ生ズベシ。即チ公平ナル裁判ヲ行フコトヲ困難ナラシメ若ハ先入主ニ因ハル諸原因即チ除斥、忌避及回避ノ原因ナキコトヲ必要トス。之ヲ相對的資格ト云フ（Fähigkeit in Concreto）。

第二節 除 斥

總則 裁判所職員ノ除斥忌避及回避 概說 除斥



一 除斥ノ意義

除斥 (Ausschliessung) トハ判事ヲシテ特定ノ場合ニ法律上、當然其ノ職務ノ執行ヨリ離脱セシムルコトヲ意味ス。

二 除斥ノ理由

法律ガ定メタル除斥ノ理由左ノ如シ(刑訴二四條)。

(一) 判事被害者ナルトキ

判事當該刑事事件ニヨリ損害ヲ受ケタルモノナルトキヲ意味ス。此ノ場合ハ判事ハ被害者トシテ被告人ヲ厭惡スル情切ナルモノアルベク、公平冷靜ナル判斷ヲ缺クノ虞アルベケレバナリ。

○偽證ニ依リ害ヲ被ル者ハ國家ノ裁判權其ノ者ニシテ判事又ハ裁判所書記ニ非ズ從テ虛偽ノ證言ヲ聽キタル判事及裁判所書記ハ偽證事件ニ付其ノ職務ノ執行ヨリ除斥セラレベキモノニ非ズ(明治三十六年(札)第二四)五號、同年三月十九日判決)。

(二) 判事私訴當事者ナルトキ

現行刑事訴訟法ハ私訴ノ原告ヲ被害者トシ私訴ノ被告ヲ刑事被告人ニ限レルヲ以テ、判事私訴原告トシテ私訴ヲ提起シタルトキハ第一號ニ入ルベク、判事私訴ノ被告人タルトキハ本號ヲ待タズ判事タル地位ニアルコトナケレバ、結局本號ノ適用アル場合ハ判事私訴ヲ繼承シ又ハ之ニ參加シタル場合ハミナリ。

(三) 判事被告人、被害者又ハ私訴當事者ノ配偶者、四親等内ノ血族、三親等内ノ姻族又ハ同居ノ

戸主若ハ家族ナルトキ。親族關係ノ止ミタル後亦同ジ。

判事ト被告人其ノ他ノ者トノ親族關係等ニ因リ公平ヲ疑フベキ場合アレバナリ。本號ノ記載例ハ極メテ濫滯ノ嫌ヒアレドモ分析スレバ左記ト同趣旨ニ歸著スベシ。

(1) 判事ガ被告人ノ配偶者、四親等内ノ血族、三親等内ノ姻族又ハ同居ノ戸主或ハ家族ナルトキ

(2) 判事ガ被害者ノ配偶者、四親等内ノ血族、三親等内ノ姻族又ハ同居ノ戸主或ハ家族ナルトキ

(3) 判事ガ私訴當事者ノ配偶者、四親等内ノ血族、三親等内ノ姻族又ハ同居ノ戸主或ハ家族ナルトキ

(四) 判事被告人被害者又ハ私訴當事者ノ法定代理人後見監督人又ハ保佐人ナルトキ

(五) 判事事件ニ付證人又ハ鑑定人ト爲リタルトキ

(六) 判事事件ニ付被告人ノ代理人、辯護人、輔佐人又ハ私訴當事者ノ代理人ト爲リタルトキ

(七) 判事事件ニ付檢事又ハ司法警察官ノ職務ヲ行ヒタルトキ

(八) 判事事件ニ付豫審終結決定若ハ前審ノ裁判又ハ其ノ基礎ト爲リタル取調ニ關與シタルトキ但シ受託判事トシテ關與シタル場合ハ此ノ限ニ在ラズ

本條第八號ハ殊ニ難解ナル記載例ニ係ルヲ以テ實務上疑義ヲ生シ、種々ナル解釋ノ對立ヲ生ゼシ

總則 裁判所職員ノ除斥忌避及回避 除斥

ムル虞アリ。分析シテ説明スルヲ要ス。即チ本號ハ左ノ四ツノ場合ヲ規定スルモノナリ。

- (1) 判事事件ニ付豫審終結決定ニ關與シタルトキ
- (2) 判事事件ニ付前審ノ裁判ニ關與シタルトキ
- (イ) 前審トハ下級審ノ場合ガ主ナルベシト雖必シモ之ノミニ限ルモノニアラズ。大審院ヨリ事件ノ差戻アリタルトキ其ノ差戻サレタル裁判所ヨリ見テ大審院ハ前審ナリ。豫審ハ前審ニ非ズ。

略式命令ハ正式裁判ヲ爲ス裁判所ヨリ見テ前審ノ裁判ト云フヲ得ズ——同趣旨判例アリ。

○略式命令ト之ニ對スル第一審ノ正式裁判トハ孰レモ同一審級ニ於ケル裁判所ノ裁判ニ外ナラザルヲ以テ略式命令ハ之ヲ以テ第一審裁判ニ對スル前審ノ裁判ト爲スベキニ非ズ(昭和九年(れ)第一三〇六號、同年(不登載)十二月十二日第三刑事部判決、棄却(ノモノ))

- (ロ) 前審ノ裁判トハ各種ノ判決ノ外公訴棄却、控訴棄却、上告棄却ノ決定ヲモ含ム。
- (ハ) 前審ノ裁判ノ言渡ノミニ立會ヒタル場合ハ之ヲ含マズト解ス。
- (3) 判事豫審終結決定ノ基礎ト爲リタル取調ニ關與シタルトキ
- (4) 判事前審ノ裁判ノ基礎ト爲リタル取調ニ關與シタルトキ
- 右(3)及(4)ニ所謂裁判ノ「基礎ト爲リタル取調」トハ
- (a) 其ノ裁判ノ心證ヲ形成シ得ル程度ノ取調ヲ云フ。具體的事件ニ付其ノ都度決スベキ事實問題ナリ。有罪判決ニ摘示セラレタル證據(刑訴三六〇)ノ取調ニ關與シタル場合ノ如キハ多ク之ニ

屬スベシ。

- (b) 右裁判ノ基礎ト爲リタル取調ニハ受命判事トシテ關與シタル場合ニ於テモ除斥セラル。
- (c) 然レドモ受託判事トシテ取調ニ關與シタルトキハ縱令其ノ關與シタル事項ガ裁判ノ基礎タル取調ニ關スル場合ト雖除斥セラレズ(本號但書)。
- 尙右ノ逆ノ場合即チ判事前審ノ裁判又ハ其ノ基礎ト爲リタル取調ニ關與シタルトキト雖、其ノ事件ノ上訴審ノ囑託ニ基ク受託判事トシテ關與スル場合ハ本條本號但書ノ法意ニ徴シ除斥セラレズ。

(d) 刑訴第二五五條ノ強制處分請求ニ基キ判事取調ヲ爲ス場合モ亦(c)ト同様ナリト解ス。

茲ニ所謂豫審終結決定中ニハ豫審判事ノ爲ス豫審終結決定ノ外豫審判事ノ爲シタル(一)管轄違ノ決定(刑訴三〇九條)、(二)豫審免訴ノ決定(刑訴三一三條、三一四條)、(三)公訴棄却ノ決定(刑訴三一五條)ニ對シテ即時抗告ガ爲サレタル場合(刑訴三一六條)之ニ對シ抗告裁判所ガ爲ス決定ヲモ含ムモノト解ス。是レ蓋シ實質上豫審終結決定ト同一ナルモノナレバナリ(同趣旨判例明治三十一年判例五七七頁)。

本條ヲ舊法第四十條ト對照スルトキハ除斥ノ原因ニ付大ニ擴張シアルヲ見ルベシ。即チ前掲二號六號七號ノ如キハ全ク新設ノ規定ニシテ、三號及四號ニ於テ一部追加セラレアリ。尙八號ニ於テハ裁判ニ關與セザルモ豫審又ハ公判ノ手續ニ關與シタルトキハ除斥セラルト爲シタルノ點ハ大ニ趣ヲ異ニセリ。「前審ノ裁判又ハ其ノ基礎ト爲リタル取調」ノ意義ヲ明カニスル判例アリ。茲ニ之ヲ引用

總則 裁判所職員ノ除斥忌避及回避 除斥

質ハ害セラレルコトナシ。

輔佐人ハ獨立シテ被告人ノ爲シ得ベキ訴訟行爲ヲ爲シ得ルモノナルヲ以テ(刑訴四七條三項)、明示セル意思ニ反スルモ之ヲ爲シ得ルコト勿論ナリ(刑訴二五條ニ列擧モラレ居ラザレバ輔佐人ハ權利者ニアラズト解スル反對説アリ)。

三 忌避申立ノ原由

忌避申立ノ原由ハ左ノ如シ(刑訴二五條一項)。

(イ) 除斥ノ原由アルトキ

(ロ) 偏頗ノ虞アルトキ

判事ニ除斥ノ原由アルトキハ裁判所ハ職權ヲ以テ除斥ノ決定ヲ爲スベキモノナルコトハ既ニ説明セルトコロナレドモ、裁判所此ノ原由アルコトヲ知ラザル場合或ハ訴訟關係人ト裁判所トノ間ニ法律上ノ意見ヲ異ニスル場合等ニ於テハ之ガ申立ヲ爲スノ必要ヲ生ズルコトアルベシ。

「判事偏頗ノ裁判ヲ爲ス虞アリ」トハ公平ナル裁判ヲ爲スノ障碍トナルベキ事情存スルコトノ認めラルル場合ヲ謂フ。

而シテ法律ハ「偏頗ナル裁判ヲ爲ス虞アルトキ」ニ付テハ、一般解釋ニ委ネ、限定セザルヲ以テ裁判所ガ具體的事實ニ直面シテ決スベキ事實問題ナリト云ハザル可カラズ。從テ法律ガ除斥ノ原因トシテ掲ゲタルコト以外ニ於テ之ト類似ノ關係ニ立ツ事情、例ヘバ判事ト被告人トガ師弟、保證人等ノ關係アルガ如キ場合ヲ含ムモノナリ。即チ被告人ト親族ナル場合等ト同様公平ナル裁判ヲ望ムコト困難ナ

ルベケレバナリ。

而シテ裁判所ハ被告人ヨリ提出セラレタル唯一ノ證據方法ト雖、之ヲ却下スルヲ得ベキモノナレバ其ノ却下ノ一事ニ因リ判事ニ偏頗ノ虞アリト爲スヲ得ザルモノナリ。

近時所謂「法廷戰術」ナル不穩當ナル流行語アリ。洵ニ苦々シキコトナリ。主トシテ法廷ニテ波瀾ヲ起サシメ、事件ノ延期ヲ計リ、日時ノ經過ニ依リ利益ナル裁判ヲ僥望セントスル者ガ「偏頗ナル裁判ヲ爲スノ虞アリ」トノ口實ノ下ニ忌避ノ申立ヲ爲ス場合ヲ指稱スルモノノ如シ、此ノ弊ヲ防止センガ爲メ左ノ如キ規定ヲ設ケタルモノナリ。

(一) 事件ニ付請求又ハ陳述ヲ爲シタル後ハ「偏頗ノ裁判ヲ爲ス虞アリ」トシテ忌避スルコトヲ得ザラシム(刑訴二六條)。

(二) 訴訟ヲ遅延セシムル目的ノミヲ以テ爲シタルコト明白ナル忌避ノ申立ハ決定ヲ以テ之ヲ却下スベシト爲シタリ(刑訴二九條)。

四 忌避申立ノ方法

合議裁判所ノ判事ニ對スル忌避ノ申立ハ其ノ判事所屬ノ裁判所ニ之ヲ爲シ、豫審判事、受命判事又ハ區裁判所判事ニ對スル忌避ノ申立ハ忌避スベキ判事ニ之ヲ爲スベシ(刑訴二七條一項)。忌避ノ申立ハ書面又ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲シ、而シテ忌避ノ原由並時期ニ遅レテ爲シタルコトヲ正當トスル事由ハ三日内ニ書面ヲ以テ説明スベク、判事ハ之ニ對シ意見書ヲ差出スコトヲ要スル場合アリ(刑訴二七條二項、三

總則

裁判所職員ノ除斥忌避及回避

忌避

五 忌避申立ニ對スル裁判

合議裁判所ノ判事忌避セラレタルトキハ、其ノ判事所屬ノ裁判所決定ヲ爲スベク（刑訴二八條一項）、而シテ忌避セラレタル判事ハ右ノ決定ニ關與スベカラザルコトハ忌避ナル手續ヲ認メタル理由ニ鑑ミ自明ノ理ナレドモ、疑義ヲ生ゼシムル餘地ナカラシムル爲メ明文ヲ掲ゲタリ（刑訴二八條二項）。

刑事訴訟法第二十八條第一項ノ裁判所忌避セラレタル判事ノ退去ニ因リ決定ヲ爲スコト能ハザルトキハ直近上級裁判所決定ヲ爲スベシ（同條三項）。

豫審判事忌避セラレタルトキハ其ノ判事所屬ノ裁判所、區裁判所判事忌避セラレタルトキハ管轄地方裁判所決定ヲ爲スベシ。但シ忌避セラレタル判事ノ申立ノ理由アリトスルトキハ其ノ決定アリタルモノト看做ス（刑訴二八條四項）、而シテ忌避ノ決定ハ之ヲ送達セズ（刑訴三四條）。

六 忌避申立ト裁判ノ執行停止

忌避ノ申立アリタルトキハ前條ノ場合ヲ除クノ外訴訟手續ヲ停止スベキヲ原則トス（刑訴三〇條）。但シ左ノ場合ハ訴訟手續ヲ停止セズ。

- (一) 急速ヲ要スルトキ（刑訴三〇條但書）
- (二) 忌避ノ申立ヲ不適法トシテ却下スベキ場合（刑訴二六條）又ハ訴訟ヲ遅延セシムル目的ヲ以テ申立ヲ爲シタルコト明白ナル場合（刑訴二九條）

第四節 回避

回避 (Selbstablehnung) トハ特定ノ事由アル場合ニ判事自ラ事務ノ執行ヨリ離脱スベキコトヲ請求スルヲ云フ。

之ガ申立ハ判事自ラ刑事訴訟法第二十四條所定ノ原由アルコトヲ認メ又ハ偏頗ナル裁判ヲ爲ス虞アリト思料シタルトキ爲スベキモノトス（刑訴三三條一項）。

回避ノ申立ハ判事所屬ノ裁判所ニ書面ヲ以テ之ヲ爲スベシ（刑訴三三條二項）。

回避ニ付テノ決定ヲ爲スベキ裁判所ハ忌避ニ付決定ヲ爲スベキ裁判所ト同一ナリ。合議裁判所ノ判事回避シタル場合ニ、其ノ判事ハ回避ノ決定ニ關與スルヲ得ザルコト、忌避セラレタル判事ト同様ナリ（刑訴三三條）。

第五節 裁判所書記ノ除斥、忌避及回避

裁判所書記ハ訴訟手續ヲ認證スル爲メ書類ヲ作成スルハ職務ヲ有スルヲ以テ、其ノ職務行使ニ當リ公平ヲ疑フベキ狀況アルトキハ、判事ニ於ケルト同ジク、職務ノ執行ヨリ離脱セシムル必要アルヲ以テ、判事ニ對スル除斥、忌避及回避ニ付テノ規定ハ裁判所書記ニ原則トシテ準用スルコトヲシタルレドモ、書記ハ書類ヲ作成スル職責ヲ有スルニ止マリ、事件ヲ審判スル者ニ非ザレバ、判事ト異リ、豫審

總則 裁判所職員ノ除斥忌避及回避 回避 裁判所書記ノ除斥忌避及回避

若ハ前審ノ裁判又ハ取調ニ關與スルモ公平ヲ疑フベキ原因ヲ貽サザルベケレバ、第二十四條第八號ハ規定ヲ準用セザリシモノナリ（刑訴三五條一項）。

區裁判所又ハ合議裁判所ノ書記ニ對スル忌避ノ申立ハ其ノ所屬ノ裁判所ニ書面ヲ以テ之ヲ爲スベキモノナリ（刑訴三五條一項、三三條一項）。

豫審判事又ハ受命判事ニ附屬スル裁判所書記ニ對スル忌避ノ申立ニ付テハ特別ナル規定ヲ設ケ、其ノ附屬スル判事ニ之ヲ爲スベキモノトシタリ（刑訴三五條二項）。

決定ハ裁判所書記所屬ノ裁判所ニ之ヲ爲スベク、訴訟ヲ遲延セシムル目的ノミヲ以テ爲シタルコト明白ナル忌避ノ申立ハ、裁判所書記ノ附屬スル判事ノ決定ヲ以テ之ヲ却下スベキモノト爲シタリ（三五條三項）。

第六節 陪審員ノ除斥及忌避

陪審員ハ裁判所ノ職員ニ非ザルモ裁判事務ニ參與スル公職ニ在ル者ナレバ、除斥及忌避ニ付テノ說明ヲ此ノ機會ニ爲スヲ便トス。

一 陪審員ノ除斥

陪審員ガ其ノ職務ノ執行ヨリ除斥セラルル場合ハ大體ニ於テ判事ガ其ノ職務ノ執行ヨリ除斥セラレル場合ト同様ナリ（陪審法一五條）。刑事訴訟法第二十四條ノ規定スル普通公判手續ニ於ケル判事ノ

除斥ト對照シ其ノ相違スル點ヲ舉示スレバ左ノ如シ。

(1) 刑事訴訟法第二十四條第三號ノ規定ヲ基本トシテ之ニ修正ヲ加ヘ二個ノ場合ニ分割シ、

(イ) 陪審法第十五條第三號ニ

「陪審員ガ被告人、被害者又ハ私訴當事者ノ親族ナルトキ又ハ親族タリシトキ」(刑事訴訟法ニ於ケルガ如ク四親等ノ親族ト云フガ如ク限定セズ)ヲ掲ゲ

(ロ) 陪審法第十五條第四號ニ

「陪審員ガ被告人、被害者又ハ私訴當事者ノ屬スル家ノ戸主又ハ家族ナルトキ」ヲ掲ゲ

(2) 陪審法第十五條第六號ニ

「陪審員ガ被告人、被害者又ハ私訴當事者ノ同居人又ハ雇人ナルトキ」(刑事訴訟法ニハ之ニ該當スル規定ナシ)ヲ掲ゲ

(3) 陪審法第十五條第七號ニ

「陪審員事件ニ付告發ヲ爲シタルトキ」(刑事訴訟法ニハ之ニ該當スル規定ナシ)ヲ掲ゲ

(4) 陪審法第十五條第七號ニ

「陪審員事件ニ付告發シタルトキ」(刑訴ニハ之ニ該當スル規定ナシ)ヲ掲ゲ

(5) 陪審法第十五條第十號ニ

「陪審員ガ事件ニ付判事トシテ又ハ陪審員トシテ職務ヲ行ヒタル場合ヲ加ヘ」(刑訴二四條第七號ニハ

總則 裁判所職員ノ除斥忌避及回避 陪審員ノ除斥及忌避

單ニ檢事又ハ司法警察官ノ職務ヲ行ヒタルトキノミテ規定ス

(6) 刑事訴訟法第二十四條第八號ノ如キ規定ハ陪審手續ノ規定上アリ得ベカラザルモノナレバ陪審員ノ除斥ノ規定中ニ掲ゲザリシハ當然ナリ。

(參考) 陪審法

第十五條 陪審員ハ左ノ場合ニ於テ職務ノ執行ヨリ除斥セラレヘシ

- 一 陪審員被害者ナルトキ
- 二 陪審員私訴當事者ナルトキ
- 三 陪審員被告人、被害者若ハ私訴當事者ノ親族ナルトキ又ハ親族タリシトキ
- 四 陪審員被告人、被害者又ハ私訴當事者ノ屬スル家ノ戸主又ハ家族ナルトキ
- 五 陪審員被告人、被害者又ハ私訴當事者ノ法定代理人、後見監督人又ハ保佐人ナルトキ
- 六 陪審員被告人、被害者又ハ私訴當事者ノ同居人又ハ雇人ナルトキ
- 七 陪審員事件ニ付告發ヲ爲シタルトキ
- 八 陪審員事件ニ付證人又ハ鑑定人ト爲リタルトキ
- 九 陪審員事件ニ付被告人ノ代理人、辯護人、補佐人又ハ私訴當事者ノ代理人ト爲リタルトキ
- 十 陪審員事件ニ付判事、檢事、司法警察官又ハ陪審員トシテ職務ヲ行ヒタルトキ

二 陪審員ノ忌避

陪審員忌避ノ規定ハ陪審法第六十四條、第六十五條ニ規定アリ、就テ見ルベシ。

(參考) 陪審法

第六十四條 檢事及被告人ハ陪審ヲ構成スヘキ陪審員及補充陪審員ノ員數ヲ超過スル員數ニ付各其ノ半數ヲ忌避スルコト得

忌避スルコトヲ得ヘキ人員奇數ナルトキハ被告人ハ尙一人ヲ忌避スルコトヲ得

被告人數人アルトキハ忌避ハ共同シテ之ヲ行フ共同ノ方法ニ付協議整ハサルトキハ忌避ヲ行ハシムル方法ハ裁判長之ヲ定

第六十五條

裁判長ハ陪審員ノ氏名票ヲ抽籤函ニ入レタル後檢事及被告人ノ忌避スルコトヲ得ル員數ヲ告知スヘシ

裁判長氏名ヲ讀上ケタルトキハ檢事及被告人ハ承認又ハ忌避スル旨ヲ陳述スヘシ其ノ順序ハ檢事ヲ先ニシ被告人ヲ後ニ

忌避ノ理由ハ之ヲ陳述スルコトヲ得ス

次ノ氏名票ヲ抽籤函ヨリ抽出ス迄ニ陳述ヲ爲ササルトキハ承認ノ陳述ヲ爲シタルモノト看做ス裁判長抽籤終リタル旨ヲ宣言スル迄陳述ヲ爲ササルトキ又同シ

陳述ハ次ノ氏名票ヲ抽出シタル後ハ之ヲ取消スコトヲ得ス裁判長抽籤終リタル旨ヲ宣言シタル後又同シ

陪審手續ニ在リテハ陪審事件ノ公判期日定マリタルトキハ地方裁判所長ハ豫メ定メタル市町村ノ順序ニ依リ各陪審員二十四人以上出頭スルニ非ザレバ之ヲ行フコトヲ得ザラシメ(陪審法六一條一項)、而シテ陪審員及補充陪審員ノ員數ヲ超過スル員數ニ付各其ノ半數ヲ忌避スルコトヲ得セシメ、人員奇數ナルトキハ被告人ハ尙一人ヲ忌避スルコトヲ得セシメ(陪審法六四條一項)、之ヨリ以上ノ數ノ忌避權ノ行使ハ絶對ニ許サズ。而シテ忌避ノ理由ハ之ヲ陳述スルコトヲ禁ゼラレタレバ、陪審員ニ對シテハ刑事訴訟法第二十九條ニ所謂「訴訟ヲ遅延セシムル目的ハミヲ以テ爲シタルコト明白ナル忌避ハ申立」ナルモノ存スルコトナシ。從テ陪審手續ニ在リテハ陪審員公平ヲ疑ハルル虞ナキニ拘ラズ、被告人ガ感情ニ驅ラレテ漫然忌避スルコトアルモ、法ガ其ノ理由ノ明示ヲ禁ジタル反射トシテ

總則 裁判所職員ノ除斥忌避及回避 陪審員ノ除斥及忌避

正當ナル忌避權ノ行使トシテ認メラザル可カラズ。然レドモ余ハ法律ノ精神ハ正ニ刑事訴訟法ニ於ケルト同ジク(イ)陪審員職務ノ執行ヨリ除斥セラレベキトキ又ハ(ロ)偏頗ノ裁判ヲ爲ス虞アルトキニ忌避權ヲ行使スベキモノニシテ、何等ノ理由ナク漫然之ガ行使ヲ爲スガ如キハ職權ノ濫用ニシテ慎ムベキモノナリト解スルヲ正當ナリト信ズルモノナリ。

第七節 執達吏ノ除斥

我國法制ノ下ニ在リテハ執達吏ノ忌避及回避ヲ認メザルモ其ノ除斥ハ之ヲ認ム(執達吏規則八條)。其ノ場合左ノ如シ。

- 一、自己又ハ其婦ガ當事者若クハ被害者タルトキ又ハ當事者ノ一方若クハ雙方又ハ被害者ト共同權利者若クハ償還義務者タルノ關係ヲ有スルトキ
 - 二、自己又ハ其婦ガ當事者ノ一方若クハ雙方又ハ被害者又ハ其配偶者ト親族ナルトキ但シ姻族ニ付テハ婚姻ノ解除シタルトキト雖亦同ジ
 - 三、自己ガ同一ノ事件ニ付證人若クハ鑑定人ト爲リテ訊問ヲ受クルトキ又ハ法律上代理人ト爲ルノ權利ヲ有スルトキ若クハ之ヲ有シタルトキ
- 右ハ主トシテ民事訴訟ニ關シテ規定セラレタルモノナレドモ、刑事訴訟法ニ於テモ民事訴訟法ノ規定ヲ準用スル旨ノ規定存スル限度ニ於テ刑事訴訟法ノ内容ヲ爲スモノナレバ、此ノ限度内ニ於テハ其

ノ適用アルモノト謂ハザル可カラズ。然レドモ除斥ノ原由アル執達吏ガ其ノ職務ヲ執行スルモ、其ノ行爲ハ確定判決ニ對シ何等ノ影響ヲ及ボサズ。從テ執達吏ニ對スル除斥ノ規定ハ訓示的性質ヲ有シ之ニ違背スルコトアルモ、當該執達吏ノ懲戒處分等ノ問題ヲ惹起スルニ止マリ、手續ノ無效ヲ招來スルコトナシ。

第八節 辯護士ノ除斥

辯護士ハ(一)相手方ノ協議ヲ受ケテ之ヲ贊助シ又ハ委任ヲ受ケタル事件(主トシテ私訴ニ付適用アリ)、(二)刑事檢察奉職中取扱ヒタル事件、(三)仲裁手續ニ依リ仲裁人トナリテ取扱ヒタル事件(主トシテ私訴ニ適用アリ)ニ付其ノ職務ヲ行フコトヲ得ズ(辯護士法一四條)。此ノ規定ニ背反スルトキハ辯護士トシテノ品位ヲ毀損スルモノトシテ懲戒處分ニ付セララルコトアルベシト雖、訴訟行爲自體ニ何等ノ影響ヲ及ボサザルモノナリ。

第九節 除斥、忌避、回避手續背反ノ效果

一、職務ノ執行ヨリ除斥セラレベキ判事審判ニ關與シタルトキハ常ニ上告ノ理由アルモノトス(刑訴四一〇條二號)。

茲ニ「審判ニ關與シ」トハ其ノ判事判決ニ關與シタルトキノミナラズ、審理ノミニ關與シタルト

總則 裁判所職員ノ除斥忌避及回避 執達吏ノ除斥 辯護士ノ除斥 除斥忌避回避手續背反ノ效果

キヲモ云フ。而シテ此ノ場合ハ其ノ關與シタル訴訟行為ガ判決ニ影響ヲ及ボシタルヤ否ヲ審査スルマデモナク當然訴訟行為ヲ無効トシ且判決ヲ破毀スベキモノナリ(刑訴四四七條)。但シ判決言渡ノミニ關與スル場合ハ之ヲ含マザルモノナリ。

二、判事偏頗ノ虞アリトシテ忌避セラレ、其ノ忌避ノ申立理由アリト認メラレタルニ拘ラズ、審判ニ關與シタルトキモ亦常ニ上告ノ理由アルモノトス(刑訴四一〇條三項)。而シテ此ノ場合ハ決定ヲ以テ忌避ヲ理由アリト爲シタル場合(刑訴二八條一項)ト、忌避セラレタル判事自ら忌避ノ申立ヲ理由アリト認メ、其ノ決定アリタルモノト看做サル場合(刑訴二八條四項)トヲ區別セズ。

三、判事回避ノ申立ヲ爲シ理由アリト認メラレタル場合ニ回避シタル判事審判ニ關與シタルトキニ付テハ規定ナシ。此ノ場合判事判決ニ關與シタルトキハ法令ニ違反シ判決ニ影響ヲ及ボスコト明白ナルヲ以テ、其ノ判決ハ破毀セラルベキモノナレドモ、審理ノミニ關與シ判決ニ關與セザリシ場合ニ於テハ、其ノ關與シタル訴訟行為ガ判決ニ影響ヲ及ボシタルヤ否ヲ審査シ破毀スベキヤ否ヲ決セザル可カラズ(刑訴四一一條參照)。

四、裁判所書記ガ除斥、忌避ノ規定ニ違反シ調書ヲ作成シタル場合ニ、判決ガ其ノ調書ノ内容ヲ證據ニ引用シタルトキハ、法令ノ違反ガ判決ニ影響ヲ及ボスコト明白ナルヲ以テ、上告ノ理由アリ破毀セラルベク、之ヲ證據ニ引用セザル限りハ判決ニ影響ヲ及ボサザルヲ以テ上告ノ理由ナキモノナリ(刑訴二四條、二五條、三五條一項、四一一條參照)。

第三章 訴訟能力

訴訟能力(Prozessfähigkeit)ニ付説明スルニ當リテハ、先ヅ(一)訴訟當事者(Parteien)(1)當事者ト裁判所トノ間ノ關係並當事者相互間ノ關係、(二)當事者能力ノ意義ニ付説明スルヲ便トス。

第一節 訴訟當事者

刑事訴訟法ハ私訴ノ原告、被告ヲ當事者ナル文字ヲ以テ包括指稱シ居レルニ(刑訴五七二條九號、五七三條、五七五條、六〇三條等參照) 拘ラズ、公訴ノ關係ニ於テ檢事、被告人ヲ當事者ナル文字ヲ以テ包括指稱セザリシハ、何故ナルカ。

是レ蓋シ檢事ハ訴訟當事者タル地位ヲ有スルノ外公益ノ代表者タル資格ニ於テ司法及行政事件ニ付法律上其ノ職權ニ屬スル監督事務ヲ行ヒ(裁權六條一項)、司法官廳ニ對シテ起リタル民事ノ訴訟ニ於テハ其ノ訴訟ヲ受ケタル裁判所ノ檢事局ハ司法官廳ヲ代表シ(裁權一四二條)且裁判執行指揮ノ職責アリ(刑訴五三四條)單純ニ原告ナル意味ヲ以テ表現スルコト妥當ナラザルベシト爲シ、當事者ナル語ニ一括スルコトヲ避ケタルモノナルベシ。然レドモ此ノ一事ヲ以テ刑事訴訟法ハ公訴ノ關係ニ於テ檢事及被告人

ハ當事者ナリトスルコトヲ否定シタルモノト爲ス可カラズ。刑事訴訟法第二百七十八條ハ公訴權ノ行使ハ檢事ノ獨專ニ屬スベキモノナル旨ヲ明示シ、被告人ハ證據ノ提出、忌避ノ申請、其ノ他各種ノ訴訟法上ノ權利ヲ行使スルコトヲ得セシメタル外刑事訴訟法ハ各所ニ於テ檢事、被告人ノ兩者對立セル場合ニ、互ニ其ノ一方ヲ他ノ一方ニ對シ「其ノ對手人」ナル語ヲ以テ云ヒ顯ハセル事實ニ照スモ（刑訴三九三條、四二四條、四二六條等）兩者ガ訴訟當事者タルベキコトヲ肯定スルニ難カラズ（本書二頁參照）。

檢事ハ國家ノ代表機關ニシテ國家ハ裁判權ノ主體ナルヲ以テ國家ガ一方ニ於テ原告トナリ、他ノ一方ニ於テ裁判所トナルガ如キハ當事者ナル觀念ト相容レザルモノナリト爲シ、刑事訴訟ニ於テハ當事者ナシト主張スル學說アレドモ、一片ノ形式論理ニ囚ハレタル偏見ナリ。若シ夫レ此ノ說ノ如クンバ國家ガ司法權ノ主體タルト同時ニ立法權並行政權ノ主體タルコトヲ認ムルニ由ナカルベシ。

又一私人ト國家トヲ對立セシメテ當事者ト爲スコトヲ否定シ、原告ハ檢事ナル國家機關ヲ以テ代表セシメ、被告人ハ國家設立ノ辯護機關ヲ以テ代表セシメ、以テ原告、被告共ニ各自ノ代表機關トシテ國家機關ヲ對立セシメザル可カラズト爲ス說アリ。此ノ說ハ立法論トシテハ一應ノ理由アルベシト雖當然斯クアラザル可カラズト爲スベキ根據ヲ發見スルニ由ナシ。一私人ト國家トガ訴訟當事者トシテ對立スル場合ハ行政法ニ於テモ認メ得ベク、又民事訴訟法ニ於テモ國家ガ私經濟的關係ニ於テ一私人ニ對シ損害賠償ヲ請求シ、又一私人ガ國家ニ對シ各種ノ請求ヲ爲ス等ノ訴訟ノ現存セル事實ト對照セバ了解スルニ容易ナルベシ。

檢事並被告人ニ付テハ後ニ詳細説明スルコトトシ、茲ニハ兩者ニ關係アル二三ノ問題ニ付論ズルニ止メタリ。

被告人ハ證人、鑑定人等ト同ジク、訴訟法上單純ナル證據方法タルニ過ギザレバ當事者トナルコトナク、檢事ハ國家ノ機關トシテ公訴權ヲ提起スルモノニシテ自己一身ノ爲メ之ヲ行使スルモノニ非ザレバ當事者トナルコトナシト爲ス說アレドモ謬レリ。

被告人ハ檢事ニ對立シテ自己ノ利益ヲ防禦スルノ權ヲ有スルコト刑事訴訟法上明カニシテ又檢事ハ民事訴訟ニ於ケル原告ト異リ、自己一身ノ利益ノ爲メニ公訴權ヲ行フモノニ非ザルモ、裁判所ト離レ機關ト人トヲ分チ獨立シテ國家ノ職務ヲ行フモノナレバ、何レモ當事者ト云フニ妨ゲナキコトハ曩ニ説明セル處ニ依リ明カナルベシ。

刑事訴訟法ハ原則トシテハ當事者平等主義（Grundsatz der Waffengleichheit）ヲ採用シタリ。其ノ結果トシテ檢事ト雖現行犯（刑訴一三〇條）其ノ他急速ヲ要スル場合（刑訴一二三條）ヲ除ク外搜查ヲ爲スニ付テハ強制力ヲ使用スルコトヲ得ザラシメタリ。然レドモ被告人ハ刑事訴訟手續ノ性質上檢事ト同一ナル待遇ヲ受クルコトヲ得ズ。否、寧ロ檢事ハ常ニ被告人ヨリ優越ナル地位ニアリ。被告人ハヨリ劣レル地位ニ在リ、時トシテハ未決囚トシテ勾留セラレ（刑訴九〇條）、文書ノ授受、他人トノ面接ヲ禁ゼラルルガ如キコトアリ（刑訴一一二條）。從テ他ニ被告人ニ利益ナル各種ノ規定ヲ設ケ、幾分其ノ缺ヲ補ヒタリ。例ヘバ被告人ハ忌避ノ申請ヲ爲シ、辯護人ノ選任ヲ爲シ、保釋ノ請求ヲ爲シ得ルガ如キ等

總則 訴訟能力 訴訟當事者

之ナリ。尙其ノ他ニ於テ現行刑事訴訟法ハ舊法ノ認メザリシ被告人ノ利益保護ノ規定ヲ設ケタルコトハ刑事訴訟法ノ特色トシテ既ニ説明シタリ。

第二節 刑事訴訟ノ主體相互ノ關係

刑事訴訟ハ裁判所檢察被告人ノ間ノ三面的法律關係ヲ意味スルモノナルコトハ既ニ一言シタリ。今爰ニハ其ノ關係ノ概要ヲ講述セントス。

一 裁判所ト當事者トノ關係

(イ) 裁判所ト被告人トノ關係 裁判所ト被告人トノ關係ハ不平等關係ニシテ、其ノ結果被告人ハ裁判所ニ對シテ爲ス訴訟行爲ハ申立ナル形式ニ於テ行ハレ、裁判所ガ被告人ニ對スル訴訟行爲ハ裁判ナル形式ニ於テ行ハル。而シテ被告人ハ常ニ他ノ訟訴關係人等ト共ニ裁判所ノ訴訟指揮、法廷ノ秩序維持及強制(裁構一〇九條乃至一一三條)ニ服從スルノ義務ヲ負フ。

(ロ) 裁判所ト檢察トノ關係 檢察ハ裁判所ニ對シテ獨立シテ事務ヲ行フ(裁構六條二項)。從テ檢察ハ裁判所ト平等ノ地位ヲ占ム。故ニ檢察ハ裁判所ノ訴訟指揮、秩序維持ノ權ニ服從セズ。然レドモ之ガ爲ニ檢察ハ訴訟指揮、秩序維持ノ權ヲ有スルコトナク、訴訟行爲ニ付テハ被告人ニ於ケルト同シク申立ナル形式ニ於テ之ヲ爲シ、裁判所ノ裁判ニ服從スルノ義務ヲ負フモノトス。

二 當事者相互ノ關係

當事者ハ訴訟法上平等ナルヲ原則トシ互ニ獨立シテ相反スル利益ヲ主張スルモノナレバ、檢察ハ公訴ヲ提起シ(刑訴二七八條)被告事件(公訴事實)ノ要旨ヲ陳述シ(刑訴三四五條)公判廷ニ於テ裁判長ノ許可ヲ受ケテ被告人ヲ訊問シ得ベク(刑訴三三八條三項)又事實及法律ノ適用ニ付意見ヲ陳述シ得ベク(刑訴三四九條)、而シテ被告人ハ檢察ノ此等ノ攻撃ニ對シ自己ヲ防禦スル權利ヲ有ス。從テ被告人ハ辯護權アルモ自白ノ義務ナク、又自己ニ不利益ナル證據方法ヲ提出スルノ義務ナシ。現行法ハ舊法ニ比シ幾多被告人ニ利益ナル規定ヲ設ケタレドモ、當事者平等主義ハ未ダ嚴正ニ行ハレ居ラザルコト既ニ一言セルトコロナリ。

第三節 當事者能力

當事者能力 (Parteilichkeit)ノ意義ニ廣狹二義アリ。

(イ) 廣義ニ於ケル當事者能力トハ、當事者トナリ得ル適格性ヲ云フ。更ニ詳言スレバ檢察トシテ有效ニ訴訟ヲ提起シ得ベキ適格性並被告人トシテ有效ニ訴訟ヲ提起セラレ得ベキ適格性ヲ云フ。
(ロ) 狹義ニ於ケル當事者能力トハ、被告人トシテ有效ニ訴訟ヲ提起セラレ得ベキ適格性ヲ云フ。學者ノ所謂當事者能力トハ多ク此ノ意味ニ於テ理解セラル。

蓋シ檢察ハ裁判所構成法所定ノ資格アル者ノ中ヨリ任官セシメラルヲ以テ當事者タル適格性ヲ有スルモノナルコト論議ノ餘地ナキヲ以テ、當事者能力ト云ヘバ被告人ノミニ關スル問題(被告人能力)

總則

訴訟能力

刑事訴訟ノ主體相互ノ關係 當事者能力

トシテ理解セラルレバナリ。

此ノ意義ニ於ケル當事者能力ハ總テハ生活セル自然人之ヲ有スルモノト謂ハザル可カラズ。

刑法上責任能力(Deliktfaehigkeit od. Willensfaehigkeit)ヲ有セザル者モ刑事訴訟法上完全ナル當事者能力ヲ有ス。例ヘバ檢察官十四歳未満ノ者ヲ滿十四歳ノ者ナリト誤認シ之ヲ起訴シタル後裁判所ニ於テ十四歳未満ナルコトヲ發見シタルトキハ、之ニ對シ無罪ノ言渡ヲ爲サザル可カラズ。是レ責任無能力者ト雖裁判所ノ審判ヲ受クベキ適格性ヲ有スルガ故ナリ。

一派ノ學者ハ刑事責任能力トハ被告人トシテ刑ノ言渡ヲ受ケ得ルニ必要ナル能力ニシテ「處罰條件」ナル刑法上ノ問題ニ屬スレドモ、當事者能力ハ「訴訟條件」ナル刑事訴訟法上ノ問題ニ屬スルモノナルコトヲ理由トシテ當事者能力ヲ有セザル者ニ對シテ公訴ヲ提起スルトキハ公訴ハ訴訟條件ヲ具備セザルモノトシテ棄却スベキモノナリト説明スレドモ不可解ナリ。凡ソ生活セル人ニシテ當事者能力ヲ有セザルモノ存セザルヲ以テナリ。

檢察官法人ニアラザル私設團體(例ヘバ何々協會ト云フガ如キモノ)ニ犯罪アリトシテ起訴シタルトキ(法人ナリト誤解シ取締規則違反ノ所爲アリトシテ起訴セルガ如キ場合)、私設團體ハ當事者能力ヲ有スルコトナキヲ以テ裁判所ハ之ニ對シ何等ノ審判ヲ爲スヲ要セズ。或ハ其ノ理由ヲ記載セル附箋ヲ附シ訴訟記録(起訴狀ヲ含ム)ヲ檢事ニ返戻スルヲ以テ足ルベシ。

之ニ反シ苟モ自然人ニ對シ起訴アリタル場合ニ於テハ裁判所ハ常ニ之ニ對シ何等カハ裁判ヲ下サザ

ル可カラズ。例ヘバ治外法權ヲ有スル者(本書四四頁參照)ガ我が國ニ於テ犯罪ヲ爲シタルトキト雖、未ダ其ノ治外法權者タル地位ヲ喪失セザル限り之ヲ起訴ス可カラザルモノナルモ、當該犯行者ガ自己ノ身分ヲ秘シタル爲メ檢事之ヲ知ラズシテ起訴シ又ハ檢事ガ法律ノ解釋ヲ誤リ之ニ對シ起訴シタルガ如キ場合ハ、裁判所ハ之ニ對シ裁判權ヲ有セザル理由ヲ以テ公訴棄却ヲ言渡スベキモノトス(刑訴三一五條一號—豫審ノ場合、刑訴三六四條一號—公判ノ場合)。而シテ公訴棄却ノ裁判ヲ爲スベキ事由明白ナル場合ニ於テハ、被告人ノ出頭ヲ待タズ直ニ裁判ヲ爲スコトヲ得セシメタリ(刑訴三五二條一項)。斯クノ如ク治外法權者ト雖有效ニ公訴棄却ノ判決ヲ受ケ得ル適格ヲ有スルモノナリ。即チ治外法權者ガ誤ツテ起訴セラレタル場合公訴棄却ノ言渡ヲ受クルハ當事者能力ナキガ爲ニ非ズシテ國家ガ之ニ對シ裁判權ヲ有セザルガ爲ニ外ナラズ。

茲ニ問題トナルハ法人ハ當事者能力ヲ有スルヤノ點ナリ。舊刑事訴訟法ニ於テハ此ノ點ニ關スル規定ヲ缺キタル處ヨリ實際問題トシテ重要ナル論争ノ焦點トナリシモ、舊來ノ學說ノ大勢ハ所謂法人擬制說ノ影響ヲ受ケ、法人ハ當事者能力ナシトスル說ニ傾キ居リタルモノナリ。此ノ說ノ影響ヲ受ケ明治三十三年法律第五十二號「租稅及葉煙草專賣ニ關シ事犯アリタル場合ニ關スル件」第二條ハ「法人ヲ處罰スヘキ場合ニ於テハ法人ノ代表者ヲ以テ被告人トス」ト規定シタルモノナリ。即チ法人ハ犯罪ノ主體タリ得ベキモ之ヲ被告人ト爲スコトヲ得ザルコトヲ表明シタルモノナリ。其ノ後制定セラレタル特別法中ニモ同一趣旨ノ規定ヲ設ケタルモノ尠ナカラズ。何レモ法人ノ當事者能力ヲ否定シタル規

定ナリシナリ。然ルニ現行刑事訴訟法第三十六條ハ「被告人法人ナルトキハ其ノ代表者訴訟行為ニ付之ヲ代表ス」トノ明文ヲ掲ゲタリ。法人ノ當事者能力ヲ否定シタル趣旨ノ法規ハ此ノ規定ニ依リ一切廢止セラレ、何レノ法人モ當事者能力ヲ有スルコトニ改正セラレタルモノナリ。

(大正十三年二月二十三日刑事第一九〇一號、司法次官通牒(廳府縣長官宛)及大正十三年六月十八日刑事第八四六六號、司法省刑事局長通牒參照)

第四節 訴訟能力

訴訟能力 (Prozessfähigkeit) トハ、訴訟行為ヲ有效ニ爲シ得ル適格性ヲ云フ。

事實上意思能力ヲ有シ、行為ヲ爲シ得ル者ハ總テ此ノ能力アリ。而シテ訴訟能力ハ訴訟主體ハ勿論證人、鑑定人、通事等ノ第三者モ之ヲ必要トスルモノナレドモ、本章ニ於テ訴訟能力ト稱スルハ被告人ノ訴訟能力ヲ指スモノナリ。當事者能力ノ觀念ト混淆セザルヲ要ス。當事者能力ハ公訴ノ提起ニ依リ被告人ト爲リ得ル適格性ニシテ訴訟行為ヲ有效ニ爲シ得ル能力アリヤ否ハ問ハザルナリ。

凡ソ意思無能力者ハ法律上權利ノ主體タルコトヲ得ルモ法律上有效ナル行為ヲ爲スコト能ハザルモノナリ。刑事訴訟法上ノ問題トシテモ意思無能力者ハ訴訟ノ當事者タルコトヲ得ルモ行為能力ヲ有セザル結果トシテ自ら訴訟行為ヲ爲スコト能ハズ。意思無能力者ガ自ら爲シタル訴訟行為(例ヘバ辯護人ノ選任)ハ無効ナリ(本書二〇七頁訴訟行為ノ無効參照)。從テ刑事訴訟法第三百五十二條第一項ニ「被告人心神喪失ノ状態ニ在ルトキハ檢事ノ意見ヲ聽キ決定ヲ以テ其ノ状態ノ繼續スル間公判手續ヲ停止ス」

ベキコトヲ原則トスル旨ヲ規定シ、同法第三〇五條第一項第二號ニ「被告人心神喪失ノ状態ニ在ルトキハ豫審判事ハ檢事ノ意見ヲ聽キ決定ヲ以テ豫審手續ヲ中止スルコトヲ得」ル旨ヲ規定セリ。

現行刑事訴訟法ハ事實上意思能力ナキ者ガ被告人ト爲リタル場合ニ於テハ自ら訴訟行為ヲ爲ス能ハザルヲ以テ(訴訟上ノ無能力)右無能力ヲ補充スル規定ヲ新設シタリ。

一、法人ノ訴訟無能力補充

被告人法人ナルトキハ其ノ代表者訴訟行為ニ付之ヲ代表スルコトトシ、數人共同シテ法人ヲ代表スル場合ト雖訴訟行為ニ付テハ各自之ヲ代表ス(刑訴三六條)。

刑事訴訟法第三十六條第一項ノ場合ニ代表者數名アルトキハ各自代表ノ權限アリ、呼出、訊問ハ其ノ一人ニ付爲スヲ以テ足ルモノトス(大正七年六月八日判決參照)。而シテ代表者數名ノ爲シタル訴訟行為觸セル場合ハ同一人ガ前後相抵觸スル訴訟行為ヲ爲シタル場合ト其ノ關係ヲ同ジクス。從テ一人ガ上訴ヲ拋棄シタルトキハ他ノ上訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得ズ(大正十二年二月二日刑事第六、四八號、刑事局長通牒參照)。

二、無意犯ノ場合ニ於ケル被告人訴訟無能力ノ補充

特別法(特ニ各種稅法其ノ他ノ取締法規)ニハ「刑法ノ不諭罪及輕減ノ例ヲ用キズ」トノ明文アリ。營業者ハ故意又ハ過失ナキニ拘ラズ處罰ヲ受クル場合アリ(無意犯)。此ノ如キ場合ニ於テ被告人意思能力ヲ有セザルトキハ其法定代理人訴訟行為ニ付之ヲ代表ス(刑訴三七條)。

茲ニ意思能力ヲ有セザルトキトハ被告人不成熟ノ爲メ、若ハ精神障礙等ノ爲メ意思表示ヲ爲ス上ニ

重大ナル缺陷アルコトヲ云フ。

三、特別代理人ノ選任

被告會社ノ代表者又ハ被告人ノ法定代理人ナキトキハ檢事ノ請求ニ因リ又ハ職權ヲ以テ特別代理人ヲ選任シ、其ノ者ヲシテ被告人ヲ代表シテ訴訟行爲ヲ爲ス者アルニ至ルマデ其ノ任務ヲ行ハシム(刑訴三八條)。

第四章 辯護及輔佐 (第三九條乃至第四七條參照)

第一節 辯護及辯護人ノ意義

辯護(Verteidigung)トハ被告人ガ自己ニ對スル檢事ノ攻撃ニ對シ防禦スルコトヲ意味ス(狹義)。被告人ヲシテ之ガ防禦ヲ爲スニ便ナラシメン爲メ、法ハ被告人ニ辯護人ヲ附スルコトヲ認メタリ。從テ廣義ニ於テハ辯護トハ被告人並辯護人ガ檢事ヲ相手(Gegner)トシテ被告人ニ對スル攻撃ヲ防禦スル爲メ試ミラルル一切ノ訴訟行爲ヲ云フ。

辯護人(Verteidiger)トハ檢事ノ起訴ナル攻撃ニ對シテ被告人ヲ防禦スル訴訟關係人ナリトス。辯護人ハ被告人ノ訴訟代理人ニアラズト雖、被告人ノ擁護者(Beistand)ナルガ故ニ、被告人ノ意思ニ反

セザル限り被告人ノ爲シ得ベキ一切ノ訴訟行爲ヲ爲シ得ベキノミナラズ、特ニ規定アル場合ハ獨立シテ訴訟行爲ヲ爲シ得ベシ(刑訴四六條)。

第二節 辯護人ヲ認メタル立法上ノ理由

檢事ハ公訴提起ノ機關ナレドモ法律ノ正當ナル適用ヲ請求スル職務ヲ有スルヲ以テ、被告人ノ利益ノ爲ニモ上訴シ、再審又ハ非常上告ノ申立ヲ爲スコトアルベシト雖、(一)訴訟ノ原告タルノ地位ニ在ルヲ以テ勢ヒ先入主トナレル觀念ノ爲メ公訴維持ヲ爲ス傾向ヲ生ジ、動モスレバ被告人ノ爲メニ不當ナル結果ヲ惹起スルコト保シ難ク、(二)檢事ハ法律並實際ニ通曉シ訴訟ニ熟達シ攻撃力優勢ナルニ對シ、被告人ハ法律ニ通曉セズ訴訟ニ拙劣ニシテ防禦力薄弱ナリ、而シテ(三)檢事ハ司法警察官吏ナル補助機關ヲ有スルニ拘ラズ被告人ハ無援孤立ノ境遇ニアリ、(四)檢事ハ官吏トシテ裁判所檢事局ニ勤務シ平安ニ起居セルニ對シ被告人ハ勾引、勾留、搜索等ノ強制力ヲ受ケ、不安ト畏怖トニ驅ラレ、場所馴レヌ法廷ニ立ツト利益アリ、(五)檢事ハ概シテ辯論ニ長ジ居ルニ對シ被告人ハ辯舌ニ拙ニシテ自己ノ云ハント欲スル處ヲ悉ク盡ク盡ス能ハザル恨ミアリ。若シ夫レ檢事ト被告人ト對立セシメ被告人ニ擁護者ヲ附スルコトヲ許サザルニ於テハ被告人ハ到底自己ノ爲メ完全ナル防禦ヲ爲ス能ハザルベシ。是レ刑事訴訟法ガ被告人ノ爲ニ辯護人ヲ附スルノ制度ヲ認メタル所以ナリ。

第三節 辯護ノ種類及選任

第一 辯護ノ種類

一 官選辯護ト私選辯護

官選辯護 (Bestellte Verteidigung od. Amtsverteidigung) トハ裁判長ノ選任ニ因リ被告人ノ辯護ヲ爲スコトヲ云フ。

私選辯護 (Wahlverteidigung od. gewählte Verteidigung) トハ被告人ノ選任ニ因リ辯護ヲ爲スコトヲ云ヒ、其ノ地位ニアル人ヲ夫レ夫レ官選辯護人 (Amtsverteidiger) 私選辯護人 (Wahlverteidiger) ト稱ス。

現行刑事訴訟法ハ被告人ノ外、其ノ法定代理人、保佐人、直系尊屬、直系卑屬及配偶者並被告人ノ屬スル家ノ戸主ハ獨立シテ辯護人ヲ選任スルコトヲ得セシメ (刑訴三九條二項)、而シテ私選辯護人ノ選任ハ公訴ノ提起アリタル後、何時ニテモ辯護人ヲ選任スルコトヲ得セシメタリ (刑訴三九條一項)。

甲 私選辯護ニハ場合ノ制限ナシ (刑訴三九條)。之ニ反シ官選辯護ニハ一定ノ制限アリ。即チ官選辯護人ハ

- (イ) 私選辯護人出頭セザルトキ
- (ロ) 私選辯護人ノ選任ナキトキ

ニ限リ、且左ノ場合ノ何レカニ該當スルトキニ選任スルコトヲ得セシム (刑訴三三五條)。

- (1) 被告人二十歳未満又ハ七十歳以上ナルトキ
- (2) 被告人婦女ナルトキ
- (3) 被告人聾者又ハ啞者ナルトキ
- (4) 被告人心神喪失者又ハ心神耗弱者タル疑アルトキ
- (5) 其ノ他必要ト認ムルトキ

乙 又次ニ述ブル必要辯護ノ場合ニ裁判長ガ辯護人ヲ選任スルトキ (刑訴三三四條第二項) モ官選辯護ノ一タルヲ失ハズ。

○各被告人ガ辯護人ヲ選任シタルトキト雖其ノ出頭スルコトヲ得ザル場合ニ處スル爲メ裁判長ハ豫メ職權ヲ以テ辯護人ヲ附スルコトヲ得 (大正一五年(レ)七七四號同年(刑)十二月十六日第二刑事部判決棄却)。

現行法ニハ官選辯護人ニ報酬ヲ給與スル規定ナキ爲メ今日ノ官選辯護人ハ多大ノ犠牲ヲ拂ヒ國家ニ奉仕シ居ルモノナルガ今日ノ時勢ヨリ見ルトキハ國家ハ之ニ相當ナル報酬ヲ支給スルハ道ヲ講ズルノ要アリト思料ス。

二 必要辯護ト任意辯護
必要辯護又ハ強制辯護 (notwendige Verteidigung) トハ訴訟ニ必要ナル條件トナレル場合ノ辯護ヲ云フ。

任意辯護又ハ自由辯護 (Freiwillige Verteidigung) トハ訴訟ニ必要ナル條件トナラズ之ヲ爲サシムルト否トハ一ニ被告人等ノ任意ニ委セラレタル辯護ヲ云フ。

必要辯護ノ場合ハ左ノ如シ。

死刑又ハ無期若ハ短期一年以上ノ懲役若ハ禁錮ニ該ル事件 (所謂重罪事件) ニ付テハ辯護人ナクシテ開廷スルコトヲ得ズ (刑訴三三四條一項) 但シ判決ノ宣告ヲ爲ス場合ハ此ノ限りニ在ラズ。所謂重罪事件以外 (即チ所謂輕罪及違警罪ノ事件) ノ辯護ハ任意辯護ニ屬スルモノナリ。

必要辯護ニモ私選辯護アリ。即チ重罪事件ノ被告人自ラ辯護人ヲ選任スルコトヲ許サルレバナリ。任意辯護ニモ官選辯護ノ場合アルコトハ既ニ説明シタリ (刑訴三三五條參照)。

三 單獨辯護ト多數辯護ト共通辯護

單獨辯護 (einfache Verteidigung) トハ一人ノ被告人ニ一人ノ辯護人アル場合ヲ云フ。

多數辯護 (mehrache Verteidigung) トハ一人ノ被告人ニ對シ數人ノ辯護人アル場合ヲ云フ。

共通辯護 (gemeinschaftliche Verteidigung) トハ數人ノ被告人ニ對シテ一人ノ辯護人アル場合ヲ云フ。

單獨辯護ニ付テハ問題ヲ生セズ。

共通辯護ハ被告人ノ利害相反セザルトキニ於テハ敢テ不可ナキモ、被告人ノ利害相反スルトキハ被告人擁護ノ實ヲ舉グルニ由ナキモノナレバ、官選辯護ノ場合ニハ之ヲ許サザルコトト爲シタリ (刑

訴四三條二項、陪審法三六條二項)。我が刑事訴訟法ニ於テハ辯護人ノ員數ヲ制限セズ。之ガ爲メ一被告人ノ爲メ十數名ノ辯護人ガ辯論ヲ爲シ、自然ニ同趣旨ノ重複的辯論ガ反覆セラレ豫想外ノ時間ヲ要シテ訴訟ノ進行ヲ遅延セシメタル實例尠カラズ。裁判長ハ宜シク訴訟指揮權ヲ適切ニ行使シ弊害ノ除去ニ努ムルノ要アリ。此ノ點他日ノ立法ニ依リ改正ノ必要アルベシ (代表辯護制)。

四 實體的辯護ト形式的辯護

實體的辯護 (materielle Verteidigung) トハ實體的眞實ト符合スル限度内ニ於テ、裁判所及檢事ガ

被告人ノ利益ヲ念頭ニ置キテ爲スベキ行爲ヲ指稱スルモノナリ。

是レ刑事訴訟法學者ガ辯護人ノ辯護ガ形式的辯護ナルニ對照シテ其ノ特色ヲ形容シタルニ止マリ嚴正ノ意味ニ於ケル辯護ニ非ズ。

形式的辯護 (formelle Verteidigung) トハ辯護人ガ被告人ノ利益ヲ防禦スル行爲ヲ云フ。

辯護人モ刑事訴訟ノ實體的眞實ヲ發見スル義務アリト雖、其ノ義務タルヤ被告人ノ利益ノ爲ニ存スルモノナリ。從テ辯護人ハ被告人ハ利益ノ爲ニ積極的ニ實體的眞實ヲ發見スル義務ナキモノナリ。サレバトテ辯護人ガ其ノ職務取扱中知り得タル實體的眞實ヲ隱蔽スル權利ナク又義務ナキモノナリ。是レ形式的辯護ノ名アル所以ナリ。

五 辯護士辯護ト非辯護士辯護

辯護士辯護トハ辯護士ナル資格者中ヨリ選任セル者ノ爲ス辯護ヲ云フ。而シテ辯護士タルノ資格

總則 辯護及輔佐 辯護ノ種類及選任

ハ辯護士法ニヨリ規定セラル。非辯護士辯護トハ辯護士ニ非ザル者が裁判所(又ハ豫審判事)ノ許可ヲ得テ爲ス辯護ヲ云フ(刑訴四〇條)。

六 刑罰辯護ト訴訟辯護

刑罰辯護 (Strafverteidigung) トハ犯罪ノ成否並刑罰ノ分量ニ付辯護スルヲ謂ヒ、訴訟辯護 (Prozessverteidigung) トハ訴訟手續ニ付辯論スルヲ謂フ。

第二 辯護人ノ選任

一 選任ノ方式

辯護人ノ選任ハ辯護人ト連署シタル書面ヲ差出シテ之ヲ爲ス(刑訴四二條)。是レ私選辯護人選任ニ付テノ規定ナリ。官選辯護人ノ選任ニ付テハ規定ナキモ裁判長ノ命令書ヲ交付スル慣例ナリ。

辯護權ハ官選辯護ニ在リテハ(一)裁判長ノ選任ノ取消ニヨリ(二)私選辯護ニ在リテハ裁判所ニ對シ解任又ハ辭任ノ意思ヲ表示シタルトキ(三)被告人又ハ辯護人死亡シタルトキ消滅ス。

二 選任ノ效力存続期間

辯護人ノ選任ハ審級毎ニ之ヲ爲スベキモノトス(刑訴四一條一項)。

豫審中ニ爲シタル被告人ノ選任ハ第一審ノ公判ニ於テモ其ノ效力ヲ有ス(刑訴四一條二項)。

茲ニ問題アリ。

「被告人ハ辯護人ハ其ハ被告人ハ刑事事件ニ付證人トシテ訊問スルコトヲ得ベキヤ」

余ハ消極說ヲ採ル(辯護人辭任シ解任セラレタル後ハ問題外ナリ)。

被告人ノ辯護人ハ其ノ被告人ノ利益擁護ノ爲メ立ツ職責ヲ有スルモノナレバ、之ニ宣誓ノ上眞實ヲ述ベシムル事ハ兩立シ難キコトヲ求ムルモノニシテ、辯護人タル資格ト證人タル資格ト衝突スル場合ハ辯護人タル資格ハ無効ナリト解スベキモノナリ。證人ハ其ノ經驗セル事實ノ眞相ヲ率直ニ陳述スル義務アリ。此ノ義務タルヤ實體的眞實發見ノ爲メ餘人ヲ以テ代行セシム可カラザルモノナルコト明カナルニ反シ辯護人ハ支障ヲ生ジタルトキハ餘人ヲ以テ代ラシムルヲ得レバナリ(本書四三四頁及四三五頁參照)。

被告人ハ公訴ノ提起アリタル後、何時ニテモ辯護人ヲ選任スルコトヲ得(刑訴三九條一項)。舊法ニ於テハ單ニ辯論ノ爲メ辯護人ヲ用ユルコトヲ得(舊法一七九條一項)ト規定シタル爲メ公判ニ於テノミ許サレタルモノナルモ、現行法ハ豫審中ニ於テモ之ガ選任ヲ爲シ得ル様改正シタルモノナリ。

辯護人ノ選任ハ訴訟法上ノ法律行爲ニシテ私法上ノ委任トハ異ルモノナリ混同セザルヲ要ス。後ニ説明スルガ如ク辯護人ノ選任ニ依リ被告人ノ擁護機關タル地位ト其ノ代理者タル地位トヲ設定スル效果ヲ發生スレバナリ。

「辯護人ガ辯護届ナクシテ辯護行爲ヲ爲シ其ノ後選任ノ届出アリタル場合ニ於テハ其ノ以前ノ行爲ニ對シ追認スル效力アリヤ」積極說アリ、消極說アリ。余ハ消極說ヲ採ル。選任ハ刑事訴訟法上ノ要式行爲ニシテ私法上ノ行爲ニ非ザルヲ以テ、法文上明白ナル根據ナクシテ直ニ民法ノ規定ヲ準用

第四節 辯護人ノ權利義務

甲 辯護人ノ權利

辯護人ハ(一)被告人ノ擁護機關(Beistand)タル地位ト(二)其ノ代理者(Vertreter)タル地位トヲ併セ有スル處ヨリ其ノ權利ヲ(イ)辯護人ノ固有權(ロ)辯護人ノ代理權トニ區別スルヲ得ベシ。

(イ) 固有權トハ被告人ト獨立シテ訴訟行爲ヲ爲シ得ル辯護人ノ權利ヲ云フ。其ノ主要ナル權利左ノ如シ。

- (a) 本章ニ於テ認メラレタル個有權
 - 1 書類及證據物ノ閲覽又ハ謄寫ニ關スル權(刑訴四四條、三〇三條三項)
 - (註) 被告人ニハ書類及證據物ノ閲覽謄寫ノ權無シ。辯護人ハ豫審中ノ書類ノ謄寫ヲ代理人ヲ以テ爲サシメ得ベキヤ否ニ付テハ本書一四九頁參照ノコト。
 - 2 被告人トノ接見及信書往復ノ權(刑訴四五條)
 - (b) 其ノ他本法各本條ニ於テ認メラレタル個有權
 - 3 忌避申請權(刑訴二五條二項)
 - 4 速記者ヲシテ公判ニ於ケル供述ヲ筆記セシムル權(刑訴六五條)

- 5 押收搜索ニ立會フ權(刑訴五八條)
 - 6 右立會ノ爲メ押收搜索ヲ爲スベキ日時場所ノ通知ヲ受クル權(刑訴一五九條)
 - 7 檢證ニ付(5)(6)ト同様ナル權(刑訴一七八)
 - 8 鑑定ニ付右ト同様ナル權(刑訴二二七)
 - 9 保釋ノ請求權(刑訴一一五條)
 - 10 公判期日ノ通知ヲ受クル權(刑訴三二〇條)
 - 11 公判準備訊問期日通知ヲ受ケ立會フ權(刑訴三二三條二項、三項)
 - 12 公判期日前ノ證人訊問ニ付テ右ト同様ナル權(刑訴三二六條二項)
 - 13 被告人、證人、鑑定人、通事、翻譯人ヲ訊問スル權(刑訴三三八條三項)
 - 14 辯護ヲ爲ス權(刑訴三四九條二項)
 - 15 最後ノ陳述ヲ爲ス權(刑訴三四九條三項)
 - 16 被告人ノ爲メ上訴ヲ爲ス權(刑訴三七九條)
- (ロ) 代理權ハ辯護人ハ被告人ノ爲スコトヲ得ベキ總テノ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得ベシ。被告人ニ代リテ爲スベキ行爲ハ個々ノ場合ニ付特別ニ委任ヲ受ケザルモ、其ノ選任ニ依リ、苟モ被告人ノ意思ニ反セザル限り包括的ニ委任アリタルモノト解スルヲ相當トス。
- 乙 辯護人ノ義務 (一)期日出頭ノ義務(二)官選辯護ヲ爲ス義務(辯護士法二二條)アル外(三)辯護人ハ其

總則 辯護及輔佐 辯護人ノ權利義務

ノ職ニ在ル者又ハ其ノ職ニ在リタル者ハ業務上委託ヲ受ケタル爲メ知り得タル事實ニシテ他人ノ秘密ニ關スルモノニ付證言ヲ拒ムコトヲ得。但シ本人承諾シタルトキハ此ノ限ニ在ラズ(刑訴一八七條)。學者ハ之ヲ證人ノ默秘ノ義務(Schweigepflicht)ト稱スルモ正確ナル用語ニ非ズ。何トナレバ之ヲ拒ムト否トハ一ニ辯護人ノ自由裁量ニ委セラレ居ルヲ以テ義務ト言ハンヨリハ權利ト言フベキ性質ヲ多分ニ有スレバナリ(類似ノ場合トシテハ刑訴一四九條參照……秘密ニ關スルモノニ付差押ヲ拒ムコトヲ得)。(四)法廷警察權ニ服スベキ義務アリ。

第五節 辯護權ノ範圍

辯護權ノ範圍ハ辯護ノ法律上ノ性質ニ從ヒ自ラ定マル。而シテ辯護ノ方法並程度ハ攻撃ノ方法及程度如何ニ對應シテ各個ノ場合ニ於テ夫レ夫レ異ル處アルベシト雖、要ハ常ニ被告人ガ訴訟上不正不當ニ損害ヲ受クルコトナカラシムベク防禦スルニ必要ナル限度内ニ在ルモノト謂ハザル可カラズ。

茲ニ問題アリ

「辯護人ハ被告人ヨリ其ノ犯行ニ付テ赤裸々ナル自白ヲ打開ケラレ被告人ニ犯罪ノ責任アルコトヲ確信シタルトキニ公判廷ニ於テ被告人ハ責任ナシトノ辯論ヲ爲シ得ベキヤ」

余ハ此ノ問題ニ付テ消極說ヲ採ル。

辯護人ハ被告人ノ依頼ニ依リ又ハ裁判所ノ命ニ依リ選任セララルモノニシテ被告人ノ擁護者タル地

位ニアルモノナルコト明カナレドモ、其レガ爲ニ擁護ノ手段トシテ如何ナル行爲ヲ爲スモ可ナリトハ結論ヲ生ズルモノニ非ズ。サレバトテ辯護人ハ被告人ニ利益ナル事項ハ内偵搜查ヲ遂ゲ、積極的ニ立證申告スル義務アリト爲スモノニ非ザルナリ。刑事訴訟法ノ生命線トモ云フベキ實體的眞實發見主義ヲ破壞スルガ如キコトハ辯護權ノ正當ナル範圍内ニ存セザルヲ以テ許サレザルモノト解ス。被告人ハ自己ノ犯行ヲ自白スル義務ナク、或ハ默秘シテ陳述ヲ爲サズ或ハ積極的ニ虛偽ノ陳述ヲ爲シ以テ自己ノ責任ヲ逃避セント試ミルモ、事體犯罪ヲ構成セザル限り法ハ之ヲ放任セリ。之ヲ以テ被告人ニ否認權ヲ認メタルモノト爲ス可カラズ。元ヨリ是レ被告人自身ノ行動ニ關スル限りノ問題ニシテ辯護人トシテ共ニ此等被告人ノ逃避行爲ニ參與スルコトガ許サレタルモノト解スルヲ得ズ。

辯護人ノ辯護權ハ被告人ノ有スル正當ノ利益ヲ保護スル範圍内ニ於テノミ存スルモノニシテ、被告人ガ不當ニ罪責ヲ逃避センコトヲ計ルコトニ劃策參與シ若ハ煽動、勸告、隱避スルガ如キ舉ニ出デ若ハ此等ノ趣旨ニ言及スルコトハ正當ナル辯護權ノ範圍ヲ超脱スル違法行爲ナリト云ハザル可カラズ。從テ辯護人ガ被告人ヨリ犯行ヲ打明ケラレ、被告人ニ責任アルコトヲ確知シタルトキハ其ノ結果ガ被告人ノ不利益ニ歸著スルコトアルモ、毫モ顧慮スル處ナク裁判所ニ對シテ斷乎處信ヲ上申スルノ義務アルモノナリ。若シ辯護人ガ此ノ如キコトハ道義上依頼者(被告人)ニ對シ爲シ能ハズトスルトキハ須ラク辭任ヲ爲スベキノミ。

若シ辯護人ガ被告人ニ責任アルコトヲ知りツツ無罪ナリトノ辯論ヲ爲シタルコト判明シタル場合ハ

辯護人が辯護士ナルトキハ辯護士ノ品位ヲ害スルモノトシテ懲戒處分ニ付スルコトヲ得ベク、又辯護士ニ非ザルトキハ裁判長ハ之ガ辯護人タルコトノ許可ヲ取消スコトヲ得ベシ。而シテ辯護權ノ範圍ヲ超脱スル場合ニ於テハ或ハ事情ニ從ヒ、犯人隱避罪、證據湮滅罪、文書偽造罪等ヲ構成スルコトモアルベシ。

(參考判例)

- 一 刑事被告事件ノ辯護人ハ公判廷ニ於テ被告人ノ當該事件ニ付有スル正當ノ利益ヲ保護スル職責ヲ果ス爲メ必要ナルニ於テハ縱令辯護士トシテ業務上取扱ヒタルコトニ付知得タル人ノ秘密ヲ漏洩スルモ刑法一三四條ノ秘密漏洩罪ヲ構成セズ。
- 二 身代り事件ノ辯護人ガ眞犯人ヨリ自首ノ決意アルコトヲ聞知スルヤ之ヲ庇護シテ處刑ヲ免レシメンガ爲メ自首ノ決意ヲ阻止スルト共ニ其ノ事件ノ公判ニ於テ被告人ガ自己ノ犯罪ナルガ如ク供述スルヲ默認シテ審理ヲ終了セシメ以テ眞犯人ノ發見ヲ妨阻シタルトキハ刑法第三百三條ノ犯人隱避罪ヲ構成ス(昭和四年(レ)第一三九一號、犯人隱避)。

反對説ノ代表的ノモノハリエーベ、ロゼンベルグナリトス。曰ク「辯護人ハ訴訟法上被告人ハ擁護者タル地位ニ在ルコトヨリシテ被告人ガ服罪セントスルコトニ關與スルコトヲ許サレザルナリ。故ニ辯護人ハ依頼者(被告人)ニ不利益ナル限リ自己ノ確信ヲ發表スル權利ヲ有セザルモノハトス」ト(Towe Rosenberg, Strafprozessordnung I. Abschn. 9. S. 363.)

尙ボーゼナーモ「辯護人ハ被告人ヲ擁護スルコトヲ本分トスル公ノ職務 (Munus Publicum) ヲ有スルガ故ニ、如何ナル場合ニ於テモ被告人ノ不利益ヲ計ルノ義務アルベキ理ナシ。被告人ガ自白ヲ肯ゼザルトキハ、辯護人ハ訴訟ニ於テ被告人ノ無罪放免ヲ申立ツルコトハ嚴禁セラレタルモノナリト斷定

スルハ見解ハ愚直ナル門外漢ノ言ノミ。辯護士ガ爾今被告人ニ責任アルコトニ付確信スルニ至リタリトノ故ヲ以テ其ノ職責ヲ懈怠シタルトキハ義務違反ヲ敢テスルモノナリ。辯護士ノ默秘義務ハ其ノ職務ノ執行中ニ知り得タル總テノ事項ニ關シ含マルモノナリ(一九二四年獨逸法律週報四〇九號 所載獨逸大審院民事部判例參照)ト論述セリ (Posener, Strafprozessordnung S. 69-70 參照)。

之ニ反對スル學説トシテコールラウシュハ曰ク「辯護人ノ職務ハ被告人ニ助言ヲ爲シ、其ノ利便トナリ得ベキ事項ニ付申請、指示スルコトニ依リ援助スルニ在リ。從テ辯護人ハ自己ノ確信ニ反シテ行動スルコトハ訴訟法上禁止セラレ居ラザレドモ、之ハ獨逸辯護士法ニ規定セル身分義務(Standespflicht)ニ牴觸スルモノナリ(同法二八條、三一條一號、四九條一號、六二條參照)。辯護人ハ其ノ職務ノ範圍内ニ於テ法ノ適用ニ共力スベキ義務アルヲ以テ、其ノ利益ノ爲ニモ不利益ノ爲ニモ被告人ノ異議ニ反スル行動ヲ爲シ得ルモノナリ(刑訴五條參照)ト (Kohlrausch, Strafprozessordnung S. 187. Anm. 30)

第六節 辯護人辯護權ノ不當制限

裁判所ガ辯護人ニ呼出ヲ爲サズ、不出頭ノ儘審理シタルトキハ辯護權ヲ不當ニ制限シタル違法ナルモノナリ。而シテ右ノ場合被告人ノ公判廷ニ於ケル供述ヲ採ツテ斷罪ノ資料トシタル判決ハ上告審ニ於テ破毀セラレベキモノトス(刑訴四一〇條一號、四四七條)。

右ノ場合審理ノ最終ニ被告人辯護人ヲ解任スルモ、解任スルニ至ルマデノ公判手續ノ違法ハ除去ス

總則 辯護及輔佐 辯護人辯護權ノ不當制限

ルニ由ナキモノナリ。又被告人ガ辯護人不出頭ニ異議ナシトノ申立ヲナスモ手續ノ違法ヲ除去スルニ由ナシ。

此ノ場合裁判所ガ審理ノ更新ヲ爲サバ、更新後ニ於ケル被告人ノ供述ハ採ツテ斷罪ノ資料ト爲シ得ベシ。

裁判所ガ公判期日ニ辯護人ヲ召喚セズシテ審理シタル手續上ノ瑕疵ハ被告人ガ其ノ辯護人ノ辯護上ノ權利ヲ拋棄スル旨ノ陳述ヲ爲スモ之ヲ除去スル效果ヲ生ゼズ。

然レドモ適法ナル手續ニ依リ召喚ヲ受ケナガラ公判期日ニ出頭セザリシ辯護人ハ自ラ期日ヲ懈怠シタルモノニシテ、所謂重罪事件ニ屬セザル限り不出頭ノ辯護人ノ辯論ヲ聽カズシテ辯論ヲ終結スルモ違法ニ非ザルナリ。

判決言渡期日ニ於テ辯護人ノ出廷ナクシテ再開及證人、鑑定人ノ訊問ノ決定ヲ言渡シ、更ニ期日ヲ指定スルコトハ違法ニ非ザルナリ。

以上ノ場合ニ於テ注意スベキ要點ヲ舉示スルコト左ノ如シ。

(一) 審理ノ最終ニ被告人ガ辯護人ヲ解任スルモ解任スルニ至ルマデノ公判手續ノ違法ハ除去スルニ由ナシ。

(二) 被告人ガ公判廷ニ於テ辯護人不出頭ニ異議ナシトノ申立ヲ爲スモ手續ノ違法ヲ除去スルニ由ナシ。

(三) 被告人ガ自己ノ爲ノ辯護ヲ拋棄ストノ申立モ手續ノ違法ヲ除去スル能ハズ。

(四) 然レドモ此ノ場合裁判所ガ審理ノ更新ヲ爲サバ、更新後ニ於ケル被告人ノ供述ハ採ツテ斷罪ノ資料ト爲シ得ベキコトヲ記セザル可カラズ。

(五) 而シテ辯護人ノ期日ノ懈怠ハ辯護權ノ不當制限ノ問題ヲ惹起スルコトナシ。

(六) 判決言渡期日ニ於ケル再開及證人、鑑定人ノ訊問ノ決定ノミノ言渡ニ付テハ辯護人ノ在廷ヲ必要トセズ。

(七) 辯護權ノ範圍ハ被告人ノ有スル正當ノ利益ヲ保護スル限度内ニ在ルモノトス。
(重要判例)

其ノ一 辯護人ニ對スル呼出ヲ爲サズ不出頭ノ儘審理判決ヲ爲シタル場合ニ於ケル手續上ノ瑕疵要旨

(1) 辯護ニ呼出ヲ爲サズ不出頭ノ儘審理シタルコトハ辯護權ヲ不當ニ制限シタル違法アリ。

(2) 右ノ場合被告人ノ公判廷ニ於ケル供述ヲ採ツテ斷罪ノ資料トシタル判決ハ上告審ニ於テ破棄セラルベキモノトス。

(3) 右ノ場合審理ノ最終ニ被告人辯護人ヲ解任スルモ解任スルニ至ルマデノ公判手續ノ違法ハ除去スルニ由ナシ。

(4) 此ノ場合裁判所ガ審理ノ更新ヲ爲サバ更新後ニ於ケル被告人ノ供述ハ採ツテ以テ斷罪ノ資料

總則 辯護及輔佐 辯護人辯護權ノ不當制限

ト爲シ得ベシ。

○記録ヲ査スルニ梅田末吉外五名ニ係ル詐欺等被告事件ガ原審ニ繫屬中被告倭治ハ高橋春草ヲ辯護人ニ選定シ昭和八年二月二十四日辯護届ヲ提出シタルコトハ前記事件ノ記録中該辯護届ノ存スルニ依リ之ヲ認メ得ベク而シテ原審ハ同日同事件ニ對スル公判ニ於テ被告倭治ニ對スル事件ノ審理ヲ分離シ其ノ後同年六月十二日ノ公判ニ於テ之ヲ被告忠治ニ對スル公判ニ併合審理ノ六月詐欺被告倭治ニ對スル詐欺被告事件ト併合審理シタルコトハ各公判調書ノ記載ニ徴シテ明ナリ然ラバ原審ハ右併合審理ノ六月十二日及同月十四日ノ各公判期日ハ共ニ之ヲ前記辯護人タル高橋春草ニ告知セザルベカラザルニ拘ラズ同辯護人ニ對シ召喚狀ヲ發シ又ハ同辯護人ヨリ公判期日出頭ノ請書ヲ徵シタル事述ナシ然ルニ同辯護人ノ立會ナクシテ審理シタルハ辯護權ヲ不當ニ制限シタル違法アルノミナラズ被告倭治ノ同公判廷ノ供述ヲ探テ同被告ニ對スル本件罪ノ資料ニ供シタル不法アリ。尤モ原審公判調書ニ依レバ被告ハ審理ノ最終ニ際シ前記辯護人ヲ解任スル旨申立タルコトハ之ヲ認メ得ベシト雖解任スル迄ノ公判手續ノ違法ハ審理ノ更新ニ依ルニ非ザレバ之ヲ除去シ得ベキニ非ズ而モ更新ノ手續ヲ採リタル事述ノ認ムベキモノナシ從テ同被告ニ對スル原判決ハ破毀ヲ免レズ(昭和八年(九)第一五六四號虛偽記入有價證券交付等(昭和八年十二月二十二日第四刑事部決定、事實審理)。

其ノ二 (其ノ一ト同趣旨ナリ)

要旨

(1) 公判期日ニ辯護人ヲ召喚セズシテ審理シタル手續上ノ瑕疵

(2) 被告人ガ其ノ辯護人ノ辯護ノ件ヲ拋棄スル者ノ陳述ハ右ノ瑕疵ヲ除去スル效果ヲ生ゼズ。

○右期日ハ前示ノ如ク原審ガ公判期日外ニ於テ之ヲ定メタルモノナルトコロ之ヲ被告二人ノ兩辯護人ニ告知シタリト認ムベキ證據記録上存在セザルガ故ニ兩辯護人ニ對シテハ適法ニ右期日ノ告知ガ爲サレザリシモノト認ムルノ外ナク、從ツテ原審公判手續ハ被告人ノ辯護人ニ對シ期日ヲ告知セズ其ノ立會ナクシテ行ハレタルモノニシテ辯護權ヲ不當ニ制限シタル違法ノ手續ト謂ハザル可ラズ裁判長ガ事實及證據ノ取調ヲ了リ且檢事及辯護人ヨリ意見ノ陳述アリタル後被告人ニ對シ不出頭ノ辯護人ノ辯論

ノ件ニ付キ意見ヲ問ヒタルトコロ、被告人ハ辯護人ノ辯護ノ件ヲ拋棄スト答述シタルコトヲ認ムルニ足リ、而シテ右答述ハ被告人ニ於テ裁判所ガ辯護人ノ不出頭ニ拘ラズ結審スルコトニ異議ナキ趣旨ヲ明ニシタルモノト解スルヲ得ベシト雖モ元來右ノ如ク辯護權ガ不當ニ制限セラレタル場合ニ於テ單ニ被告人ノミガ之ニ異議ヲ述ベザル旨ヲ陳述シタルコトニ依リ其ノ瑕疵ガ拂拭シ去ラルベカラザルコトハ辯護人ニ辯護權ヲ與ヘタル趣旨ニ照ラシ明瞭ナルヲ以テ右ノ陳述アルノ故ヲ以テ違法ノ手續ヲ適法ナラシメタリト爲スベカラズ。若シ又右答述ノ趣旨ヲ解シテ各被告人ガ夫々不出頭ノ辯護人ヲ解任シタルモノナリトセンカ爾後其ノ辯護人ノ權限ハ消滅スベク、從テ辯護權ノ侵害アルコトナカルベシト雖モ、右解任前ニ於テ辯護權ノ不當ニ制限セラレタル事實ハ解任ノ爲ニ消滅スベキ理ナキガ故ニ此ノ解釋ヲ採ルモ原審ノ公判手續ニ關シ違法アルヲ免レズ。

以上ノ如ク原審ガ辯護人ニ對シ公判期日ニ適法ナル召喚ヲ爲サズシテ公判ヲ開廷シ其ノ辯護人ノ立會ナクシテ被告人ヲ訊問シタル場合ニ於テハ其ノ供述ハ之ヲ證據ト爲スヲ得ズ之レニ反シテ右供述ヲ證據トシテ引用シ事實ヲ認定セルハ證據ト爲スベカラザル證據ニ依リ罪ヲ斷ジタル失當アリ。破毀ヲ免レズ(昭和六年(九)第二三三號、偽造有價證券交付等)。

其ノ三 辯護人期日懈怠

○適法ナル手續ニ依リ召喚ヲ受ケナガラ公判期日ニ出廷セザリシ辯護人ハ自ラ期日ヲ懈怠シタルモノニ外ナラザレバ本件ノ如ク開廷ニ辯護人ヲ要セザル事件ノ審判ニ付テハ出廷シタル辯護人ニ辯護權ヲ爲ス機會ヲ與フレバ足リ如上不出廷ノ辯護人ノ辯論ヲ聽カズシテ辯論ヲ終結スルモ違法ニ非ズ。

公判調書ニ十二月二十四日判決ヲ宣告シタル旨ノ記載アル以上特ニ反對ノ事實ヲ認ムベキモノナキ限り判決ハ同日指定ノ時刻ニ宣告アリタルモノト認ムルヲ相當トスベク單ニ右時刻ノ記載ナキノ故ヲ以テ破毀ノ理由アリト云フヲ得ズ。(昭和八年(九)第四六〇號私文書偽造行使權領許(欺等、昭和八年五月二十三日第四刑事部判決)

其ノ四

要旨

判決言渡期日ニ於テ辯護人ノ出廷ナクシテ再開及證人、鑑定人ノ訊問ノ決定ヲ言渡シ更ニ期日ヲ

總則 辯護及輔佐 辯護人辯護權ノ不當制限

指定スルコトハ違法ニ非ズ。

○原審ハ一旦辯論ヲ終結シ判決言渡期日ヲ指定シタル後公判廷外ニ於テ職權ニ依リ辯論ノ再開及證人鑑定人ノ訊問ヲ決定シ判決言渡期日ニ於テ辯護人ノ出廷ナクシテ右決定ヲ言渡シ更ニ期日ヲ指定シ被告人及辯護人等ヲ召喚シタル上右證據ヲ爲シタルモノナルコト記録上明白ナリ而シテ右ノ如キ決定ノ言渡ニ付テハ經令刑事訴訟法第三百三十四條ニ規定セル事件ニ關スルキト雖必シモ辯護人ノ在廷ヲ要セザルモノトス。蓋シ同條ニ於テ其ノ規定ノ事件ニ付辯護人ノ在廷ヲ必要トシタル所以ハ叙上事件ハ重刑ニ該ル案件ナルヲ以テ被告人ノ爲辯護人ニ依リ裁判ノ基本トナルベキ辯論ニ於テ充分ニ辯護權ヲ行使セシメントスルニ在リト解スベク又同條第一項但書ノ規定ニ依リ叙上事件ノ判決言渡ニ付テハ辯護人ノ在廷ヲ必要トセザルコトニ鑑レバ判決言渡ニ比シ其ノ重要性寧ロ少キモノト爲スベキ叙上決定ノモノ言渡ニ付辯護人ノ在廷ヲ必要トスルモノトハ到底解ベカラスザレバナリ(昭和八年(九)第九五四號、昭和八年八月十六日第二刑事部判決—不登載)。

第七節 辯護人トシテノ司法官試補

現行刑事訴訟法ハ獨逸刑事訴訟法ノ範ニ倣ヒ官選辯護人(刑訴三三四條、三三五條)ヲ附スベキ場合ニハ裁判所ノ所在地ニ在ル辯護士ノ外司法官試補ノ中ヨリ選任スベキ旨ヲ規定シタリ(刑訴四三條一項)。司法官試補ニ辯護人タルコトヲ得セシムル立法ハ舊法ノ探ラザリシ處ナリ。

改正法ノ精神ハ官選辯護士ハ無報酬ニテ勞務ヲ提供スベク義務付ケラレ同情ニ堪ヘザルヲ以テ、幾分ニテモ其ノ勞苦ヲ輕減セシメ、且試補ノ習修ニモ役立タシムベキ機會ヲ與ヘントスルニ在ルモノノ如シ。

獨逸刑事訴訟法ニ於テハ刑事訴訟法第一三九條ノ資格アル司法官試補(Rechtskundige)ハ官選辯護

入トシテ選任セララルコトアル外(獨逸刑訴一四四條二項)、私選辯護人トシテ選任セララル辯護士ハ被告人ノ同意ヲ得テ、第一回考試ニ合格シ一年以上司法事務ヲ習修シタル司法官試補ニ辯護ヲ委任スルコトヲ得セシメ(獨逸刑訴一三九條)、尙私訴ニ付テモ同法第一三九條ヲ準用シ、司法官試補ヲシテ民事原告並民事被告ノ辯護人タルコトヲ認メタリ(同法第三八七條二項)。

上告審ニ於テハ辯護士ニ非ザル者ヲ辯護人ニ選任スルコトヲ禁ジタレバ(刑訴四三〇條)司法官試補ハ上告審ノ辯護人タリ得ザルコト明カナリ。上告審ニ於テハ主トシテ法律問題ガ論議ノ焦點ト爲ルベキモノナレバ法律經驗ヲ有セザル者ノ辯護人トシテノ立會ハ適切ナラザルモノト認メタルガ爲ナリ。

獨逸法ガ試補トシテ特定ノ期間修習ヲ爲シタルコトヲ資格要件トシタルハ洵ニ妥當ナルモノト云フベク、我が刑事訴訟法モ此ノ點改正ノ必要アルモノト信ズ。司法事務ニ習熟セザル試補ヲシテ被告人ノ辯護ニ從事セシメ果シテ克ク被告人ノ信賴ト満足トヲ贏チ得ベキヤ疑ナキヲ得ザレバナリ。而シテ今日マデノ實績ニ徴スルニ司法官試補ハ其ノ所屬指導判檢事ノ指示ヲ受ケ行動スル傾向アルヲ以テ被告人ノ爲メ完全ナル擁護者タル地位ニアルコト困難ナル關係ニアリ。從テ各裁判所ニ於テハ重大煩雜ナル事件ニ付テハ司法官試補ニ關與セシメザル様ニ配慮シ運用ノ宜シキヲ得セシメツツアリ。

第八節 輔佐

一 輔佐

總則 辯護及輔佐 辯護人トシテノ司法官試補 輔佐

輔佐 (Beistand) トハ被告人ト特定ノ關係ヲ有スル辯護人以外ノ者ガ被告人ノ辯護權ノ行使ヲ補充スル爲ニ訴訟ニ參與スルコトヲ云フ。

此ノ意味ニ於ケル輔佐ヲ爲ス者ヲ輔佐人ト云フ。輔佐人ハ公判ニ於テ訴訟ニ參與スル者ニシテ、被告事件公判ニ付セラレザル以前ニ於テハ輔佐人ノ參加ヲ許サザルモノナリ。從テ被告人ハ豫審中ニ辯護人ヲ附スルコトヲ許サルルモ、輔佐人ハ豫審中ニハ參與ヲ許サレザルモノナリ。而シテ輔佐人ト爲リ得ル者ハ被告人ノ代理人、保佐人、直系尊屬、直系卑屬及夫並被告人ノ屬スル家ノ戸主ナリトス(刑訴四七條一項)。而シテ此等ノ者ノ意義ハ民法ノ規定ニ依リ定ムベキモノナリ。

輔佐人ト爲ルニハ裁判所ニ對シテ其ノ旨ノ意思表示ヲ書面ニ認メ、審級毎ニ届出ヅベキモノトス(刑訴四七條二項)。輔佐人ハ別段ノ規定アル場合ノ外、被告人ノ爲スコトヲ得ベキ訴訟行爲ヲ獨立シテ爲スコトヲ得(刑訴四七條三項)。故ニ輔佐人ハ被告人ノ代理人ニ非ザルコト明カナリ。

二 別段ノ規定アル場合ノ意義

通説ニ從ヘバ茲ニ所謂「別段ノ規定アル場合」トハ刑訴法第三七八條第三八二條第三八三條ハ如キヲ云フモノナリ。例ヘバ被告人ハ其ノ申立テタル上訴ヲ取下グルコトヲ得ルモ、輔佐人ハ被告人ノ申立テタル上訴ヲ取下グルコトヲ得ザルモノナリト解ス。

第三七八條 被告人ノ法定代理人、保佐人又ハ夫ハ被告人ノ爲獨立シテ上訴ヲ爲スコトヲ得。

第三八二條 檢察、被告人又ハ第三七七條ニ規定スル者ハ上訴ノ拋棄又ハ取下ヲ爲スコトヲ得但シ被告人ハ第三七八條ニ規定

スル者ノ同意ヲ得ルニ非ザレバ拋棄又ハ取下ヲ爲スコトヲ得ズ。

第三八三條 第三七八條ニ規定スル者ハ被告人ノ同意ヲ得テ上訴ノ取下ヲ爲スコトヲ得。

即チ通説ニ從ヘバ此等ノ規定ハ輔佐人ヲ除外シ居ルヲ以テ輔佐人トシテハ何等此等ノ訴訟行爲ヲ爲シ能ハザル特別ノ規定ヲ掲ゲタルモノト解スルモノナリ。

反對說ハ別段ノ規定アル場合トハ特ニ輔佐人ハ何々ノ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得ズト云フガ如ク積極說ニ禁止規定掲ゲアラザル限り被告人ノ爲スコトヲ得ル訴訟行爲ハ輔佐人トシテ當然ニ爲シ得ルモノナリト解スルモノナリ。

刑事訴訟法第三九條第二項ニ依レバ被告人ノ法定代理人、保佐人、直系尊屬、直系卑屬及配偶者並被告人ノ屬スル家ノ戸主ハ獨立シテ辯護人ヲ選任スルコトヲ得ト規定シ、同法第一一五條ニ依レバ勾留セラレタル被告人又ハ其ノ法定代理人、保佐人、直系尊屬、直系卑屬、配偶者、被告人ノ屬スル家ノ戸主若ハ辯護人ハ保釋ノ請求ヲ爲スコトヲ得ト規定シ、輔佐人トシテ此等ノ訴訟行爲ヲ獨立シテ爲シ得ル旨ノ規定無キモ輔佐人トシテ此等ノ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ禁ジタル規定ト解スルノ不可ナルコトハ輔佐人ハ輔佐人トシテ被告人ノ爲スコトヲ得ベキ訴訟行爲ヲ獨立シテ爲シ得ベク(刑訴四七條三項)、之ヲ禁ジタルモノト解スルコト能ハザルナリト説明ス。余ハ此ノ說ヲ採ル但シ通牒ハ反對ナリ。

○第四七條第三項但書ノ別段ノ規定ノ解釋(大正十一年十月九日第五一三五號刑事局長通牒)

問、同法第四七條第三項ニ「輔佐人ハ被告人ノ爲スコトヲ得ベキ訴訟行爲ヲ獨立シテ爲スコトヲ得但シ別段ノ規定アル場合ハ此ノ限ニ在ラズ」トアリ、然レドモ法全體ヲ通覽スルニ所謂別段ノ規定ナルモノハ一ツモ之ヲ發見セズ右但書ハ如何ニ解ス

總則 辯護及輔佐 輔佐

キカ(釧路所長)。
答、別段ノ規定トハ第三八三條ノ如キチ云フ即チ被告人ハ其ノ申立タル上訴ヲ取下グルコトヲ得ルモ補佐人ハ被告人ノ申立タル上訴ヲ取下グルコトヲ得ズ。

輔佐人ハ訴訟關係人ノ一種タルヲ以テ公判期日前、召喚狀ヲ發シタル證人、鑑定人、通事等ノ氏名ノ通知ヲ受クル權ヲ有ス(刑訴三二四條二項參照)。

第九節 代理人

刑事訴訟ニ於テハ民事訴訟ト異リ實體的眞實ヲ發見スルニ在リ、事ノ正確ヲ期スベキコトヲ主眼トスルモノナレバ代理ヲ許サザルヲ原則トス。然レドモ此ノ原則ニ例外アリ。左ノ如シ、

一 法定代理

- (1) 被告人法人ナルトキハ其ノ代表者訴訟行爲ニ付代表ス(刑訴三六條)ルコトハ既ニ説明セリ。茲ニ所謂代表ノ意味ハ代理ノ法理ニヨリ説明スルヲ相當ナリト思料スルヲ以テ、法定代理(法律上代理)ノ一種類タルヲ失ハザルベシ。
- (2) 親權者及後見人ハ未成年者又ハ禁治產者ノ法定代理人ナリ。未成年者又ハ禁治產者ト雖事實上意思能力ヲ有スルトキハ自ら訴訟行爲ヲ爲スベキモノナレドモ、意思能力ヲ有セザルトキハ訴訟手續ヲ停止スルヲ原則トシ、刑事訴訟法第三七條ニ定メラレタル特定ノ場合ニ於テノミ法定代理人訴訟行爲ニ付代表スルノ制ヲ定メタリ。

二 任意代理

被告人意思能力ヲ有スルトキハ自ら訴訟行爲ヲ爲スベキヲ原則トスルモ例外トシテ、

- (1) 罰金以下ノ刑ニ該ル事件ニ付代理人ヲ選任シ、之ヲシテ公判廷ニ於ケル訴訟行爲ヲ爲サシムルコトヲ得セシム(刑訴三三一條)。
 - (2) 送達受取人ヲ選任シ、之ヲシテ書類ノ送達ヲ受ケシムルノ制ヲ認メタリ(刑訴七五條一項)。
 - (3) 告訴又ハ其ノ取消ハ代理人ニ依リ之ヲ爲スコトヲ得セシメタリ(刑訴二七一條)。
- 自首及告發ハ代理人ニ依リ之ヲ爲スコトハ法ノ認メザル處ナリ。刑事訴訟法ニ於ケル代理ハ意思代理ノ意ニシテ表示代理ヲ含マズ、從テ告發狀ヲ作成シ之ヲ他人ニ委託シテ提出セシメ(所謂使者ノ場合)第三者ヲ介シテ口頭ニテ自首ヲ傳達セシムルガ如キハ法ノ禁ゼザル處ニシテ元ヨリ有效ナリ。刑事訴訟上ノ代理ノ問題トシテ考察セラレベキモノニアラズ(以上ノ外司法警察官ノ代理及檢事ノ代理ヲ認メ第二編ニ於テ説明スベシ)。

(其ノ一)

○自首ハ犯罪ガ未ダ捜査權アル公務所又ハ公務員ニ發覺セザル前犯人自ら其ノ犯罪ヲ右公務所又ハ公務員ニ告知スル行爲ニシテ其ノ告知ノ手段方法ニ付テハ法律上別段制限ナキヲ以テ自首ハ必シモ犯人親ラ之ヲ爲スコトヲ要セズ他人ヲ介シテ自己ノ犯罪ヲ申告セシメタルトキト雖モ亦其ノ效アルモノト謂ハザルベカラズ(大正十三年(九)第一四〇九號、同。年十月十四日第六刑事部判決破毀)。

(其ノ二)

○我刑事訴訟法ニ於テハ訴訟行爲ハ本人自ら之ヲ爲スコトヲ要求シ代人ヲシテ之ヲ爲サシムルヲ得ザルヲ原則ト爲スヲ以テ代人ヲシテ之ヲ爲サシメ得ルニハ特ニ其ノ明文アル場合ニ限ル而シテ正式裁判ノ請求ハ一ノ刑事訴訟行爲ニ外ナラザルニ代人

總則 辯護及輔佐 代理人

チシテ之ヲ爲サシメ得ルノ明文アルコトナケレバ右請求ハ必ズ本人ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要シ、本人ニアラザル代人ノ爲シタルモノハ其ノ效力ナキモノト云ハザル可カラズ(大正三年(レ)第二四八號、同年十月十八日大審院第三刑事部判決(棄却))。

第五章 裁 判 (第四八條乃至第五三條參照)

第一節 裁判ノ意義

裁判 (Entscheidung) トハ裁判所又ハ判事ガ法律ヲ事實ニ適用スルコトニ依リ生ジタル判斷ヲ發表スル裁判所又ハ判事ノ意思表示ナリ。

法律ヲ事實ニ適用シタル判斷トハ法律ヲ大前提 (Obersatz) トシ事實ヲ小前提 (Untersatz) トシ三段論法 (Syllogismus) ヲ以テ論結シタル意思表示 (Schlusssatz) ヲ云フ。例ヘバ、竊盜ヲ爲シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ處ストノ法律アリ(刑法二三五條)。而シテ裁判所ガ甲ナル者竊盜ヲナシタル事實ヲ認定シタルトキハ刑法第二三五條所定ノ法律ヲ大前提トシ、甲ガ竊盜ヲナシタルトノ事實ヲ小前提トシ茲ニ甲ヲ懲役何年若ハ何月ニ處ストノ結論(判斷)ヲナスニ至ルモノナルガ如シ。

第二節 裁判ノ種類

第一 裁判ノ性質ニ基ク區別

之ヲ類別スレバ終局裁判及終局前ノ裁判トナル。

終局ノ裁判 (prozessleitende Entscheidung) トハ當該裁判所ニ於ケル手續ヲ終結セシムル裁判ナリ。之ヲ審理ヲ離脱セシムル裁判ト定義スル學者アリ(大森洪太氏)。蓋シ無罪ノ判決アルモ之ガ確定スル迄ハ訴訟ハ終了セザルモ審級(當該裁判所ノ手續)ハ離脱スルトノ趣旨ナリ。終局前ノ裁判 (laufende Entscheidung) トハ訴訟終結前訴訟手續ニ付爲ス裁判ナリ。

又終局裁判ハ更ニ其ノ性質ニ基キ實體的裁判 (materielle Entscheidung) 及形式的裁判 (formelle Entscheidung) ニ區別スルヲ得ベシ。

實體的裁判ハ刑罰請求權ノ存否ヲ確認スル裁判ナリ。例ヘバ有罪ノ裁判、無罪及免訴ノ裁判ノ如シ。形式的裁判ハ訴訟關係(訴訟條件ノ存否又ハ形式ノ當否)ニ付判斷ヲ爲ス裁判ナリ。管轄違又ハ公訴棄却ノ裁判ハ形式的裁判ナリ。

舊法ニ於テ「本案ノ裁判」(Sachentscheidung) ト稱セシモ茲ニ所謂實體的裁判ト同意味ニ用キラレタルモノナリ。現行法ニ於テハ此ノ意味ノ外ニ、附隨ノ裁判ニ對シテ主タル裁判ヲ指稱スル場合ニモ用キタリ。例ヘバ、訴訟費用ノ裁判ニ付テハ附隨ノ裁判ニシテ之ト牽連セル被告事件ノ裁判ハ本案ノ裁判ナリト云フガ如シ(刑訴二四二條、二四三條參照)。

終局裁判ハ豫審ニ於テ爲ス免訴又ハ公訴棄却ノ決定ヲ除クノ外皆公判ニ於テ爲ス。

總則 裁判 裁判ノ意義 裁判ノ種類

裁判ハ被告事件ニ付爲ス終局裁判及訴訟手續ニ付爲ス終局前ノ裁判ノ外、被告事件ニ關聯シテ訴訟開始前又ハ訴訟終結後爲スベキモノアリ、事件繫屬中訴訟ノ内容ト關係ヲ有セザル事項ニ付爲ス裁判アリ。例ヘバ管轄ノ指定又ハ移轉ノ決定(刑訴一五條、一六條、二〇條)、裁判ニ對スル疑義ノ申立(Novität über die Auslegung eines Strafurteil)ニ付爲ス決定(刑訴五六一條)、刑ノ執行ニ對スル異議ノ申立(Einstellungen gegen die Zulässigkeit der Strafvollstreckung)ニ付爲ス決定(刑訴五六二條)、刑法第五二條又ハ第五八條ノ規定ニヨリ刑ヲ定ムル裁判ノ如キナリ。

第二 裁判ノ形式ニ基ク區別

之ヲ類別スレバ判決、決定、命令ノ三種ト爲スヲ得ベシ。而シテ略式命令ハ決定ノ一種ニシテ確定セルトキハ判決ト同様ナル法律上ノ效果ヲ生ズ(刑訴五三三條)。

(1) 判決(Urteil)トハ公判手續ニ於テ當事者ノ口頭辯論ニ基キ言渡ス裁判ニシテ(刑訴四八條一項)、

主文及理由ノ形式ヲ具備スルヲ要スルモノナリ(刑訴五一條二項)。

A 判決ハ口頭辯論ニ基キテ爲サルヲ原則トス(刑訴四八條一項本文)。口頭辯論ニ基キ之ヲ爲ストハ、

(1) 公判廷ヲ開キ、且

(2) 當事者雙方ノ口頭ノ陳述ヲ聽キ之ニ基キ判決ヲ爲スヲ謂フ。

B 口頭辯論ヲ開カズシテ判決ヲ爲シ得ル場合

即チ第四八條第一項但書ニ「別段ノ規定アル場合ハ此ノ限ニ在ラズ」ト云ヘルハ口頭辯論ヲ開カズシテ裁判ヲ爲シ得ル場合ヲ謂フモノナリ。

(イ) 控訴審ニ於テ被告人再度ノ呼出期日ニ正當ノ理由ナクシテ出頭セザル場合(刑訴四〇四條)

(ロ) 上告審ニ於テモ事實審理ニ付セラレタル場合ニ右ト同様ナル條件ノ下ニ出頭セザル場合(刑訴四五五條、四〇四條)

(ハ) 上告審ニ於テ刑事訴訟法第四一二條乃至第四一四條ニ規定スル事由ナキコト明白ナリト認ムル場合(刑訴四四二條)

(ニ) 再審ニ於テ死亡者又ハ回復ノ見込ナキ心神喪失者ノ利益ノ爲メ之ガ手續ヲ爲シタル場合(刑訴五一二條)

C 檢事ノ陳述ノミヲ聽キ判決ヲ爲ス場合

判決ノ基本トナルベキ口頭辯論ハ公判廷ヲ開キ檢事及被告人ノ陳述ヲ聽クヲ要スルヲ原則トスルモ、例外トシテ檢事及辯護人ノ陳述ノミヲ聽キ被告人ノ陳述ヲ聽カズシテ判決ヲ爲シ得ル場合アリ(刑訴三五二條、三六六條、三七七條、四〇四條、四三一條、四五五條)。

私訴ニ付右ト同趣旨(刑訴五九三條、六〇二條、六〇三條)。

D 公判廷ヲ開カズ被告人ノ陳述ヲモ聽カズ判決ヲ爲ス場合(刑訴五一二條、四二二條)。

E 判決ハ原則トシテ訴訟ノ目的物(客體)タル實體關係ニ付爲ス裁判ナリ。但シ例外アリ。左ノ

總則 裁判ノ種類

如シ。

- (1) 管轄違ノ判決(刑訴三五五條)
- (2) 公訴棄却ノ判決(刑訴三六四條) 之ハ主トシテ訴訟手續ニ付テノ裁判ナリ。
- (3) 控訴棄却ノ判決(刑訴四〇〇條) 之ハ訴訟手續ニ付テノ裁判ナリ。
- (4) 上告棄却ノ判決(刑訴四五五條) 之ハ訴訟手續ニ付テノ裁判ナリ。
- (11) 決定(Beschluss)トハ、裁判所ノ爲ス裁判ニシテ判決ニ屬セザル裁判ヲ云フ。決定ハ(イ)裁判所ガ公判前ニ於テ爲ス裁判(ロ)公判ニ於テ爲ス終局前ノ裁判及(ハ)公判ニ於ケル終局裁判中判決ノ形式ニ依ラザル裁判ヲ包含ス。尙豫審判事ノ爲ス豫審終結決定モ亦決定ナリ。
- (イ) 公判前ニ於テ爲ス決定ハ豫審終結決定ヲ除キ何レモ訴訟手續ニ關スル終局前ノ裁判ナリ。決定ニシテ訴訟ノ目的タル實體的關係ニ付テ爲ス裁判ハ豫審終結決定アルノミ(刑訴三一三條、三一三條)。
- (ロ) 公判ニ於ケル決定モ原則トシテ訴訟手續ニ關スル終局前ノ裁判ニシテ、例外トシテ公判前タルト公判中タルトヲ區別セズシテ、被告事件ヲ終結スルモノアリ(刑訴三六六條、三九七條、四二七條)。
- (ハ) 以上ノ外、訴訟開始前若ハ訴訟進行中訴訟ノ内容ト關係ヲ有セザル事項ニ付裁判所ノ爲ス裁判ハ決定ノ形式ニ依ル。

(ニ) 決定ハ公判廷ニ於テ申立ニ依リ之ヲ爲ストキハ訴訟關係人ノ陳述ヲ聽クヲ要スレドモ(刑訴四八條二項本文前段)、其ノ他ノ場合ニ於テハ訴訟關係人ノ陳述ヲ聽カズシテ之ヲ爲スコトヲ得ベシ(刑訴四八條二項本文後段)。

其ノ他ノ場合トハ

- (1) 公判外ニ於テ爲ストキ(例ヘバ公判開廷前ニ於テ爲シタル忌避ノ申立ニ對スル決定)。
- (2) 申立ニ依ラズ職權ヲ以テ爲ストキ(例ヘバ除斥ノ決定)。
但シ別段ノ規定アルトキハ此ノ限ニ在ラズ(刑訴四八條二項但書)。公判廷ニ於テ申立ニ因リ之ヲ爲スニ非ザレドモ檢事ノ意見ヲ聽クコトヲ要スル例外ヲ爲ス場合ハ左ノ如シ。
- (1) 豫審終結決定ニ付テノ檢事ニ對スル求意見(刑訴三〇六條)
- (2) 管轄ニ關シ
 - (a) 牽連事件ノ分離併合ノ決定(刑訴三條、四條、六條)
 - (b) 管轄ノ指定及移轉ノ決定(刑訴二三條)
- (3) 勾留ニ關シ保釋、責付、勾留ノ執行停止、住居制限ノ決定(刑訴一一六條乃至一一九條)
- (4) 押收ニ關シ押收物又ハ押收贓物還付ノ決定(刑訴一六七條)

(判例)

(一) 公判廷外ニ於テ書面ヲ以テスル申立アリタルトキ之ニ對シ決定ヲ爲スニハ必シモ訴訟關係人ノ陳述ヲ聽クノ要ナク決定ノ告知ガ裁判書ノ謄本ヲ送達シテ之ヲ爲ス場合タルト公判廷ニ於テ宣告ニ因リ之ヲ爲ス場合タルトニ因リ其ノ手續ニ差異アリ

總則 裁判ノ種類

ルコト困難ナルヲ常トス。

此ノ場合時間ヲ節約シ要領ヲ迅速ニ把持會得スルノ要諦如何。余ガ體驗シタル實績ニ徴スレバ正ニ左ノ如キモノナルベシ。先ヅ讀書シツト要點ト思料スル部分ニ朱線ヲ施シ、全文ヲ一讀シ終リタル後、更ニ朱線ヲ施シタル部分ヲ讀返シテ如何ニセバ最モ簡明ニ表示シ得ベキヤニ付熟慮發案シ、重要部分ヲ抽出シテ合法的ニ配列シ、一目瞭然タル表ヲ作成シ、之ヲ座右ニ備ヘ、隨時閱覽シ研究ヲ重ヌル毎ニ之ヲ訂正増補スルノ勞苦ト煩瑣トヲ甘受スルノ慣習ヲ養成スルコト肝要ナリ。他人ガ考案セラル表ヲ其ノ儘膽寫シ安逸ニ流レ居ルコトハ表ヲ作成セザルト同様ナリ。自ラ焦慮考案スルコトニ依リ發見修得スル處大ナルモ、ナルコトヲ記セザル可カラズ。

茲ニハ刑事訴訟法中比較的法律關係錯雜シ居ル部分タル判決、決定、命令ノ差異ニ付抽出表示シタリ。此ノ表ハ模範的ナルモノトシテ掲ゲタルモノニ非ズ、以上ノ所説ヲ理解スルニ便ナラシムル爲メ一例トシテ舉示シタルニ過ギズ、研究者ハ須ラク自ラ工夫ヲ爲スベキナリ。

此ノ種ノ方法ハ獨リ刑事訴訟法ノ研究上有力ナリト云フニ止マラズ他ノ總テノ科學ノ研究ニ應用シ得ベク又複雑煩雜ナル犯罪事件ノ捜査ヲ遂行スル上ニ於テモ重要ナル役割ヲ演ズルモノナリ。

又複雑ナル事項ヲ簡明ニ報告スルニ當リテモ之ヲ應用スルコトニ依リ裨益スル處尠カラザルベシ(拙著、犯罪捜査論一〇六頁乃至一二六頁參照)。

第三節 裁判ノ效力

概説

裁判ノ效力ハ

(一) 裁判ノ拘束力

(二) 裁判ノ羈束力

(三) 裁判ノ執行力

ノ三方面ニ分テ説明スルヲ便トス。

第一 裁判ノ拘束力

裁判ハ裁判所ノ發スル意思表示ニシテ、隨意ニ之ガ取消若ハ變更ヲ爲スコトヲ許サバ裁判ノ威信ヲ害スルニ至ルベキヲ以テ、特殊ノ裁判ヲ除クノ外、裁判所ニ對シ拘束力ヲ有シ之ガ取消變更ヲ許サザルモノナリ。之ヲ裁判ノ拘束力ト謂フ。

刑事訴訟法ニハ直接ノ明文無シト雖、判決ハ常ニ言渡裁判所ヲ拘束スルモノト解セザル可カラズ。何トナレバ判決ハスベテ當事者其ノ他ノ者ヨリ上級裁判所ニ不服ノ申立ヲ爲シ得ベキ途ヲ開キ居ルヲ以テ之ガ變更ハ上級裁判所ニノミ許サレタルモノナリト解スルコト法律ノ本旨ニ適合スレバナリ。而シテ民事訴訟法第一九四條ノ如ク判決ノ補充更正ノ申立ヲ爲スコトヲ許サズ。但シ刑法第五二條(併合罪ニ付キ處斷セラレタル者或罪ニ付キ大赦ヲ受ケタル場合ノ刑ノ更正)又ハ第五八條(判決確定後再犯發見ニ因ル刑ノ加重ノ場合)ノ規定ニ依リ、決定ヲ以テ裁判ヲ爲スコト規定セラレアルハ之ガ例外ヲ爲スモノナリ。

決定ニ對シ不服ノ申立ヲ許スコトヲ定メタルモノニ在リテハ、其ノ取消變更ハ此ノ申立ニ依リテ抗告裁判所ニ於テノミ之ヲ許ス可キモノナレバ、言渡裁判所ハ自ラ之ヲ取消シ變更スルコトヲ得ザルヲ

總則 裁判ノ效力

本則トスレドモ、右決定ニ對シ抗告ノ申立アレバ原裁判所ハ自ラ不服ノ點ヲ更正スルコトヲ許サルルモノナリ(刑訴四六〇條二項)。

(イ) 即チ右決定ノ拘束力ハ判決ノ如ク絶對的ノモノニ非ズ。

(ロ) 之ニ反シ、不服ノ申立ヲ許サザル決定ニ在リテハ、其ノ決定ニ依リ手續ガ他ノ機關ニ移リタル場合ニハ、茲ニ初メテ決定ハ裁判所ヲ拘束スルニ至ル。然レドモ手續ガ依然同一裁判所ニ繫屬スルモノニシテ、例ヘバ證人訊問ノ決定ノ如キハ、其ノ必要無キニ於テハ自由ニ取消變更スルコトヲ得可キモノナリ。

次ニ、命令ニ付テモ判決ノ如キ絶對的ノ拘束力無ク、手續ガ同一裁判所ニ繫屬スル限り自由ニ之ヲ取消變更スルコトヲ得ルヲ原則トス。例ヘバ期日指定ノ命令ノ如シ。但シ命令ニ付テモ準抗告(刑訴四七〇條)ヲ許スモノニ對シテハ決定ニ於ケルト同様或程度ノ拘束力ヲ有スルモノナリ。

裁判ノ拘束力ハ之ヲ形式的拘束力ト實體的拘束力トニ區別スルヲ得ベシ。裁判ガ同一訴訟手續ニ於テ取消又ハ變更ヲ爲スコトヲ得ザル状態ニ立チ至リタルトキヲ稱シテ形式的拘束力ヲ生ズト云フ。之ヲ攻撃スルニハ特別ノ法律上ノ事由アル場合ニ限り、再審又ハ非常上告ノ理由アル場合ニ於テ例外トシテ許サル可キコトアルノミ。裁判ガ實體的公訴權(刑罰請求權)ノ存否ヲ確認シ、且此ノ裁判ニ付形式的拘束力ヲ生ジタルトキハ、此ノ状態ヲ稱シテ實體的拘束力ヲ生ズト云フ。

實體的拘束力ハ形式的拘束力ヲ生ゼシメタルコトヲ前提トスルモノナレドモ、形式的拘束力ハ必シ

モ實體的拘束力ヲ隨伴スルモノニ非ザルナリ。有罪、無罪、免訴ノ判決ハ形式的拘束力ト實體的拘束力トヲ生ズルモ、管轄違、公訴棄却ノ裁判ハ形式的拘束力ヲ生ズルニ止マルノミ。

判決ニ非ズシテ實體的拘束力ヲ生ズルハ(一)豫審免訴ノ決定(刑訴三三三條、三三四條)、(二)略式命令(刑訴五三三條)、(三)違警罪即決處分(違警罪即決令七條)、(四)稅務官吏及專賣官吏ノ通告處分ノ確定シタル場合等ナリ。尤モ豫審免訴ノ決定ハ絶對的ノ拘束力ヲ生ズルモノニ非ズシテ、新ナル事實又ハ證據ヲ發見シタル等特別ノ事情アルトキハ、同一事件ニ付更ニ公訴ヲ提起スル事ヲ許サルモノナリ(刑訴三一七條)。

茲ニ一言スベキハ一事不再理ノ原則(No bis in idem)ナリ。

裁判ガ實體的拘束力ヲ生ズルトキハ同一訴訟物(刑事訴訟ノ客體)ニ對シ再ビ審判ヲ爲スコトヲ得ズ。即チ有罪無罪、免訴ノ裁判確定スルトキハ(即チ裁判ガ實體的拘束力ヲ生ジタルトキハ)同一事件ニ付再ビ訴ヲ受クルコト無シトセルハ、刑事訴訟法ノ絶對的鐵則ニシテ學者ハ之ヲ一事不再理ノ原則ト云フ。

是レ同一事項ニ付再度處罰スルガ如キ事ヲ許サバ重複シテ犯人ノ責任ヲ問フコトナリ、一般民衆ヲシテ不安ノ念慮ニ驅ラシメ社會ノ秩序ヲ維持スルコト能ハザルニ至ル可ケレバナリ。

裁判ガ單ニ形式的拘束力ヲ生ジタルニ止マリ實體的拘束力ヲ發生シタルニ非ザルトキハ、更ニ其ノ形式上ノ缺點ヲ更正シタル上再訴ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ。例ヘバ管轄違ノ裁判アリタルトキハ更

メテ管轄權アル裁判所ニ起訴シ、公訴棄却ノ裁判ニ付テハ足ラザリシ訴訟條件又ハ形式ヲ補正シテ更ニ起訴ヲ爲スコトヲ妨ゲザルモノナリ。然レドモ親告罪ノ告訴ノ取消並請求ヲ待チテ受理スベキ事件ノ取消アリタル場合ノ如キハ、之ガ追完ヲ許サザルヲ以テ再訴ヲ爲スコトハ許サレザルモノナリ(刑訴二六七條二項及三項)。

第二 裁判ノ羈束力

裁判ノ羈束力(確定力トモ謂フ)(Rechtskraft)トハ裁判ガ不服ノ方法ニ依リ攻撃スルコトヲ得ザルニ至レル状態ヲ云フ。不服ノ方法ニハ上訴ノ申立(控訴、上告、抗告)ト取消又ハ變更ノ請求(準抗告)(刑訴四七〇條)トノ二種アリ。前者ハ判決及決定ニ對スル攻撃方法ニシテ、後者ハ命令ニ對スル攻撃方法ナリ。

第一審判決ニ對スル上訴ヲ控訴ト云ヒ、第二審判決ニ對スル上訴(普通ノ上告)並第一審裁判所ノ判決ニ對シテ控訴ヲ爲サズ直ニ大審院ニ上訴スル場合(飛躍的上告)ヲ上告ト云フ(刑訴四一六條)。

第三 裁判ノ執行力

判決、即時抗告ヲ許サレタル決定及準抗告(刑訴四七〇條三項、四項)ノ許サルル命令ハ何レモ之ガ確定ニ依リ實體的拘束力ヲ生ズルト同時ニ執行力ヲ生ズ。此ノ以外ノ決定、命令ハ未確定ノ場合ニ於テモ執行力ヲ生ズ。此等ノ裁判ハ即時抗告ニ非ザル抗告(單純抗告)及一船ノ準抗告ノ許サルル場合ニ於テモ執行停止ノ效力ヲ有セザルモノナリ(刑訴四六一條、四七三條)。

判決ハ上告審ノ裁判、上訴申立期間ノ經過、上訴ノ拋棄取下ニ依リテ確定ス。

上訴申立期間ニハ控訴申立期間ト上告申立期間トノ二種アリ。控訴申立期間ハ七日(刑訴三五條)、上告申立期間ハ五日(刑訴四一八條)ニシテ何レモ判決言渡ノ翌日ヨリ起算ス可キモノトス(刑訴八一條)。

第四節 裁判ノ評議及評決

第一 裁判ノ評議及評決

單獨判事(區裁判所判事、豫審判事、受命判事、受託判事)ハ裁判ヲ爲スニ當リテハ自ら取調ノ結果得タル判斷ヲ發表スルヲ以テ足レドモ、合議裁判所ニ於テ裁判ヲ爲スニハ裁判所ヲ構成スル定數ノ判事ガ意見ヲ交換シテ裁判所ノ判斷ヲ定メザル可カラズ(裁構一一九條乃至一二四條)。

各判事ガ裁判ヲ爲ス爲メ意見ヲ交換スルコトヲ評議ト稱シ、其ノ結果得タル判斷ヲ評決ト云フ。裁判ノ評決ハ必ず法律ニ從ヒ定數ノ判事之ニ關與セザル可カラズ(裁構一一九條)。此ノ規定ニ背反スレバ上告ノ理由トナル(刑訴四一〇條一號)。

審理ガ四日以上引續ク可キ見込アル場合ニハ裁判所長ハ補充判事一名ヲ命ジ之ニ立會ハシムルコトヲ得ベシ。此ノ補充判事ハ審問中或判事ガ疾病其ノ他ノ事故ニ因リテ引續キ參與スル事ヲ得ザル場合ニハ、之ニ代リテ審問及裁判ヲ完結スル權ヲ有ス(裁構一二〇條)。是レ公判手續ノ更新ヲ爲サシメズシテ訴訟ノ進行ヲ速カナラシメントノ趣旨ナリ。蓋シ刑事訴訟法ガ直接審理主義ヲ採用シタル當然ノ結果

トシテ、公判ノ始ヨリ裁判ノ評決ニ至ルマデ同一ノ判事ガ關與スルコトヲ必要トスルヲ以テ（裁判手續ノ繼續性）(Kontinuität)、若シ其ノ一員ニテモ病氣其ノ他ノ事故ノ爲メ審理評決ニ參與スル能ハザル事情發生シタルトキハ他ニ新ナル一員ヲ加ヘ、更ニ最初ヨリ事件ヲ審理セザル可カラザレバ此ノ急ニ應ジ善處セシメ、時間ト勞力トヲ節約セントスルニ外ナラザルモノナリ。茲ニ注意スベキハ公判ノ審理、評議、裁決ハ同一判事直接ニ關與スルヲ要スレドモ、判決ノ言渡ハ必シモ其ノ審理ニ關與シタルト同一ハ判事ニ依リ爲サルルコトヲ要セザルハ一事ナリ（昭和五年（れ）第一三六〇號、同年十月十六日第五刑事部判決、棄却）。

第二 評議ノ方法

評議ハ必ず密行シ判事以外ノ者ノ立會傍聽スルコトヲ許サズ（裁構一二一條一項）。判事ノ評議ハ其ノ裁判長之ヲ開キ、且之ヲ整理ス。其ノ評議ノ顛末並各判事ノ意見及多少ノ數ニ付テハ嚴ニ秘密ヲ守ルコトヲ要ス（裁構一二一條二項）。

判事ハ裁判スベキ問題ニ付、自己ノ意見ヲ表スルコトヲ拒ムコトヲ得ズ（裁構一二四條）。

右評議ノ際各判事意見ヲ述ズルハ順序ハ官等ノ最低キ者ヲ始トシ裁判長ヲ終トス。官等同ジキトキハ年少ノ者ヲ始トシ、受命ノ事件ニ付テハ受命判事ヲ始トス（裁構一二二條）。

裁判ハ過半数ノ意見ニ依ル。但シ刑事ニ付、判事ノ意見三説以上ニ分レ各々過半数ニ至ラザルトキハ過半数ニ至ルマデ被告人ニ不利ナル意見ヨリ順次利益ナル意見ニ合算ス（裁構一二三條）。

第三 「不利益ナル意見ヨリ順次利益ナル意見ニ合算」ストノ意義

此ノ規定ハ裁判所構成法ガ民事ニ付テハ金額ニ限り適用スト定ムルト同ジク、刑事ニ付テモ亦刑期、金額ノ分量ニ限り適用セラルベキモノト解ス。不利益ナル意見ヨリ順次利益ナル意見ニ合算ストハ、例ヘバ某地方裁判所ニ於テ刑事事件審理後、其ノ事件ノ審理ヲ擔任セル甲乙丙三人ノ判事ノ意見ガ三説ニ分レ甲判事ハ被告ヲ懲役三年ニ處スベシト主張シ、乙判事ハ懲役二年ニ處スベシト爲シ、丙判事ハ懲役一年ニ處スベシト爲シ、互ニ其ノ主張ヲ讓ラザル場合アリト假定セバ、被告人ニ最も不利益ノ意見ナル三年説ヲ、其レニ次イデ不利益ナル二年説ニ加ヘテ、三人ノ判事申少クトモ二年若ハ二年以上ニ處スベシトノ意見ヲ有スル者二人アリト爲シ、結局兩者ノ意見ハ共通スル限度ニ於テ二年説ヲ以テ過半数ノ意見ナリト爲スガ如シ。而シテ刑期、金額ノ分量ニ關スル以外ノ事項（例ヘバ免訴スベキヤ公訴棄却スベキヤニ付意見別レタル場合ノ如シ）ニ付テハ一般的理論ニ照シ妥當ナリトセラルル方法ニ依リ決スベキ事實問題ニ委シタルモノト云ハザル可カラズ。

然レドモ或一派ノ學者ハ刑事事件ノ評決ニ付テハ單ニ刑期、金額ノ分量及種類ノミニ局限セズ、廣ク各種ノ事項ニ付意見分レタル場合ニ適用セラルベキモノニシテ、法律ニ刑期、金額トノミニ局限シ居ラズトノ文理解釋ニ根據ヲ置クモノノ如シ。然レドモ裁判所構成法第一二三條第二項ニハ金額ニ付判事ノ意見三説以上ニ分レ其ノ説各々過半数ニ至ラザルトキハ過半数ニ至ルマデ最多額ノ意見ヨリ順次寡額ニ合算スト規定シ（民事事件ニ關スルコトハ次ノ項ニ刑事事件ニ付トアルニ徴シ推論シ得ベシ）、總テノ事項ニハ適用シ居ラザル意ヲ示シタル後ヲ受ケ、刑事事件ニ付云々トシテ第三項ニ規定シ居ル

所ヨリ、刑期、金額ニ付意見三説以上ニ分レタル場合ナリト推斷スルコト極メテ合理的ナリト認ム。然レドモ斯ノ如キ解釋ノ何レガ正當ナリヤヲ論争スルコトハ極メテ實益ナキ議論ニ屬ス。何トナレバ今日ノ裁判官ハ最モ克ク法律ニ習熟シ、之ガ運用ノ妙ヲ會得シ居ルヲ以テ、此ノ規定ニ依ラズンバ各自ノ所説ヲ統一スルコト能ハズトスルガ如キ實情存セズ、又斯ル實際問題ヲ生ゼシメタルコト無キモノノ如シト雖萬一ノ場合ニ備フベク斯ル規定ヲ存置シアルモノナリ。

第五節 裁判書ノ作成

裁判書ハ判事之ヲ作ルベシ(刑訴六七條)。署名ハ代書ヲ許サザルモ其ノ他ノ裁判書ハ文辭ハ他人ヲシテ清書セシメ「タイブライト」ニテ打タシムルモ無効ニ非ザルナリ。裁判書ニハ裁判ヲ爲シタル判事署名捺印スベシ。裁判長署名捺印スルコト能ハザルトキハ上席ノ判事其ノ事由ヲ附記シテ署名捺印シ、他ノ判事署名捺印スルコト能ハザルトキハ裁判長其ノ事由ヲ附記シテ署名捺印スベシ(刑訴六八條)。裁判書ニハ別段ノ規定アル場合ヲ除クノ外、裁判ヲ受クル者ノ氏名、年齢、職業及住居ヲ記載スベシ。裁判ヲ受クル者法人ナルトキハ其ノ名稱及事務所ヲ記載スベシ。

判決書ニハ前項ニ規定スル事項ノ外公判ニ關シタル檢事ノ官氏名ヲ記載スベシ(刑訴六九條)。茲ニ問題アリ曰ク「判決書ハ判決言渡前ニ作成セラルルヲ要スルヤ」。

(參考) 獨逸刑事訴訟法第二六九條

判決ノ言渡ハ辯論ノ終了ニ連ケトモ辯論終結ノ後一週間内ニ判決主文ノ朗讀及判決理由ノ告知ニヨリ之ヲナス判決理由告知ハ其ノ要領ノ朗讀又ハ口達ニヨリ之ヲナス判決ノ言渡ヲ中止シタルトキハ判決理由ハ其ノ言渡前ニ書面ヲ以テ之ヲ確立ス

裁判ヲ爲ストキハ裁判書ヲ作ルベシト規定(刑訴六七條)セルヨリ刑事訴訟法第三六一條ノ區裁判所ニ於ケル判決ヲ除ク場合、即チ地方裁判所以上ノ裁判所ニ於テ裁判ヲ爲スニハ判決言渡ノ時迄ニ判決書ヲ作成セザルベカラザルモノナリト主張スル説アレドモ謬レリ。左記判例ハ洵ニ克ク其ノ理由ヲ説明セリト云フヲ得ベシ。

○判決ハ其ノ宣告スル所ト其ノ判決書ノ記載スル所ト相違スルコト無カラシメンガ爲メ判決宣告ノ際其ノ判決書ノ既ニ作成セラレタルコトヲ妥當トスト雖刑事訴訟法ニ於ケル裁判書ノ作成及裁判ノ宣告ニ關スル規定ヲ案ズルニ判決ノ宣告ニ付テハ辯論終結後直ニ之ヲ宣告スル場合ト宣告期日ヲ定メテ之ヲ宣告スル場合トヲ認メ得ベク辯論終結後直ニ判決ヲ宣告スル場合ニ於テハ判決ヲ作成スルノ暇ナキヲ以テ主文ノミヲ作成シ刑事訴訟法第五十一條第二項ニ依リ主文ノ朗讀ト同時ニ其ノ理由ノ要旨ヲ告グルノ方法ニ出デザルベカラザルコト明カナリ而シテ宣告期日ヲ定メテ判決ヲ宣告スル場合ニ於テハ往々判決宣告ニ關スル規定中判決書ヲ作成シテ宣告ヲ爲スベキ旨ノ明文ヲ設クルノ立法例ナキニシモ非ズト雖我刑事訴訟法ニ於テハ此ノ如キ立法例ニ倣ハズシテ判決宣告ニ關スル規定中此ノ場合ニ關スル何等ノ規定ヲ設クルコトナク單ニ書類ノ章ニ於テ第六十六條ノ規定ヲ設ケ場合ニ因リテハ裁判書ヲ作成セズシテ調書ニ記載セシムルコトヲ得ベキ決定命令ト判決トニ共通シテ概括的ニ裁判書ヲ作成スベキモノト爲シタルニ過ギズ是ニ由リテ之ヲ觀レバ宣告期日ヲ定メテ判決ノ宣告ヲ爲ス場合ニ於テモ亦辯論終結後直ニ判決ヲ爲ス場合ト均シク判決主文ノミヲ作成シテ其ノ朗讀ト同時ニ理由ノ要旨ヲ告グルノ途ニ出ヅルコトヲ得ベク必シモ此ノ場合ニ於テ既ニ判決書ノ作成セラレタルコトヲ要ストノ法律ノ趣旨ニ非ザルモノト認ムベキナリ

(大正十三年(九)第一二三一號、同年十一月二十日第二刑事部判決、棄却)

第六節 裁判ノ告知

裁判ノ告知 (Bekanntmachung) トハ、裁判所又ハ判事ガ裁判ヲ受クル者ニ對シ、裁判ノ内容ヲ告ゲ知ラシムルコトヲ云フ。

告知ノ方法ハ裁判ノ種類ニ因リテ異ル。

(一) 判決ノ告知

判決ノ告知ハ公判廷ニ於テ宣告 (Verurteilung od. Verkündigung) ニ依リテ之ヲ爲ス。判決ハ被告人在廷セザル時ト雖モ宣告セザルベカラズ (刑訴五〇條、三六八條)。

判決ノ宣告ハ裁判長之ヲ爲スヲ要シ、而シテ之ガ宣告ヲ爲スニハ主文及理由ヲ朗讀シ、又ハ主文ノ朗讀ト同時ニ口頭ニテ理由ノ要旨ヲ告グベシ (刑訴五一條)、判決ノ形式及内容ノ詳細ニ付テハ公判手續ノ章ニテ説明スベシ (刑訴三五九條、三六〇條)。

(二) 決定及命令ノ告知

決定及命令ノ告知ノ方法ニ付テハ、公判廷ニ於テハ宣告ニ依リ之ヲ爲シ、其ノ他ノ場合ニ於テハ裁判書ノ謄本ノ送達 (Zustellung) ニ依リ之ヲ爲スベキモノトス。但シ特別ノ規定アル場合ハ此ノ限ニ在ラズ (刑訴五〇條)。宣告ノ方法ハ裁判長之ヲ爲シ (刑訴五一條) 主文ヲ告グルヲ以テ足ル。送達ノ方法ハ刑事訴訟法第七五條乃至第八〇條ニ規定ス。

(三) 告知ノ效力並裁判成立ノ時期

裁判ハ總ベテ其ノ告知アルマデハ裁判トシテノ法律上ノ效果ヲ發生セズ。然レドモ其ノ告知以前ト雖、判事ノ評決成リタルトキハ裁判ハ既ニ成立シタルモノト認メザル可カラズ。一派ノ學者ハ告知セラレル以前ニ於テハ、一旦成立シタル評決モ任意ニ取消變更ヲ爲スコトヲ得ベキヲ以テ、判決ハ宣告セラレルマデハ成立セザルモノナリト説明スレドモ、之ハ事實上ノ問題ト法理論トヲ混同シタル説明ニシテ理由ナキモノト評スルノ外無シ。何トナレバ裁判所構成法第一九條ニ合議裁判所ノ裁判ハ此ノ法律ニ從ヒ、定數ノ判事之ヲ評議シ及之ヲ言渡スト規定シ、評議成リタルハ即チ裁判成立シタルコトヲ意味シ之ヲ一定ノ形式ニ依リ言渡スベキ旨ヲ命ジタルモノニシテ、言渡 (即チ宣告) アルマデハ裁判成立セザルモノノ如ク解釋スルハ、評議ヲ變更シ得ルヲ以テ裁判成立セズトノ解釋ヲ採リタルモノノ如キモ、之ヲ實際問題ニ付見ルニ、評議ヲ變更スル間ハ未ダ評議調ハズ即チ裁判成立セザルヲ意味シ、評議成リ、變更スベシトノ意見提出セラレザルニ至リタルトキハ即チ裁判ハ完全ニ成立シタルモ、唯拘束力ヲ發生セザルニ止マル。換言スレバ裁判ノ告知ハ裁判ノ效力發生ノ條件タルベキモノトス。恰モ法律案ガ議會ノ協賛ヲ得テ可決セラレルトキハ茲ニ法律トシテノ制定ヲ見ルニ至ルモ、之ガ公布ノ手續ヲ待チ始メテ效力ヲ發生スルト同様ノ法律關係ニ在ルモノト解スベキナリ

第七節 裁判書又ハ裁判ヲ記載シタル調書 ノ謄本又ハ抄本ノ交付並其ノ請求

検事ノ執行指揮ヲ要スル裁判ヲ爲シタルトキハ別段ノ規定アル場合ノ外、右謄本又ハ抄本ヲ檢事ニ送付スベシ、但シ別段ノ規定アル場合ハ此ノ限ニ在ラズ（刑訴五二條）。勾引狀、勾留狀ヲ執行スルトキハ其ノ原本ヲ檢事ニ送付スベシ（刑訴一〇〇條三項）。被告人其ノ他訴訟關係人ハ其ノ費用ヲ以テ裁判書又ハ裁判ヲ記載シタル調書ノ謄本又ハ抄本ノ交付ヲ請求スルコトヲ得（刑訴五三條）。

檢事ハ刑ノ執行指揮ヲ爲スニ際シ此等ノ謄本又ハ抄本ヲ指揮書ニ添附スルヲ要シ（刑訴五三六條）被告人、其ノ他訴訟關係人ハ之ニヨリ裁判ノ内容ヲ正確ニ知り得ルヲ以テ之ガ必要ニ應ズルガ爲メ本條ヲ設ケタルモノナリ。

茲ニ問題アリ。刑事被告人ヨリ公判調書又ハ證人訊問調書ハ謄本若ハ抄本交付ノ請求アリタル場合ニ之ヲ交付シ得ベキヤ否。

刑事訴訟法第五三條及第七〇條ニハ裁判書又ハ裁判ヲ記載シタル調書ノ謄本又ハ抄本ト規定シアリテ、公判調書並證人訊問調書ハ同條ニ所謂裁判書又ハ裁判ヲ記載シタル調書ニ該當セザルニヨリ、公判調書中刑事訴訟法第六六條及第三六一條（區裁判所ノ判決ノ要旨ヲ記載シタル調書）ニ當ルモノハミニ限リ之ヲ交付シ得ベキモ、其ノ他ハ之ヲ交付シ得ズルモノナリ。而シテ訊問調書ハ裁判ノ要旨ヲ

記載シタル公判調書ト連續シテ、一部ノ調書ト爲リ居ル場合ト雖、證人訊問調書ノ記載部分ハ之ヲ下付スルヲ得ザルモノト解スルヲ相當トス。

或ハ刑事訴訟法第四四條ハ、辯護人ニ訴訟ニ關スル書類及證據物ヲ閱覽シ、且其ノ書類ヲ謄寫スルノ權ヲ與ヘ居ルヲ以テ、被告人モ亦此ノ權利ヲ有シ公判調書又ハ證人訊問調書ノ謄本若ハ抄本ノ交付ヲ受ケ得ルニ非ズヤトノ疑念ヲ持ツ者アランモ、書類及證據物ノ閱覽並其ノ謄寫ノ權ハ獨リ辯護人ナル公職ニ在ル者ニノミ與ヘラレタル特權ニシテ、被告人ニハ之ガ權利ヲ享有セシメ居ラザルモノナルコトヲ知ラバ其ノ然ラザル所以ヲ了解シ得ベシ。

是レ蓋シ被告人ハ動トモスレバ自己ニ不利益ナル部分ヲ切り取り若ハ改竄ヲ加フル等證據湮滅ヲ企ツル虞アレバナリ。

○刑事訴訟ノ進行中ニ於テハ被告人本人ニ刑事記録ノ閱覽謄寫ヲ許スベキモノニ非ズ
（昭和八年（れ）第五五七號、郵便法違反、）
（昭和八年六月八日第一刑事部判決）。

裁判書又ハ裁判ヲ記載シタル調書ヲ交付スルトキハ、其ノ費用ハ明治十四年十二月二日司法省布達甲第七號「裁判言渡ノ謄本、拔書、費用」ノ規定ヲ適用シテ徴收スベキモノトス（昭和二年十二月五日刑事局長解答）。

○豫審ニ於ケル辯護人ノ書類及證據物ノ謄寫ハ、現行刑事訴訟法ニ依リ始メテ辯護人ニ許容セラレタル特權ニシテ、辯護人本人ニ限リ之ヲ許シタル法意ナルヲ以テ、本人以外ノ者ニ於テハ謄寫ヲ爲スコト能ハザルモノナリト解スルヲ正當トス。若シ然ラズシテ辯護人自ラ謄寫ヲ爲サズ本人以外ノ者ヲシテ謄寫セシメ得ルモノトセバ、書類ノ内容等ハ自然是等ノ者ヨリ外部ニ漏

總則 裁判 裁判書又ハ裁判ヲ記載シタル調書ノ謄本又ハ抄本ノ交付並其ノ請求

洩スルヲ免レズ、豫審ノ秘密ヲ嚴守スルヲ得ザルニ至ルベケレバナリ。而シテ事件公判ニ付セラレタル以後ニ於テハ之ガ謄寫ハ辯護人ノ代理人ヲシテ爲サシムルモ違法ニ非ザルナリ（大正十二年十二月二十二日刑事第...一〇一四五號刑事局長通牒參照）。

第六章 書類（第五四條乃至第七四條參照）

第一節 概説

刑事訴訟法上作成スベキ訴訟書類（Schriftstücke）ハ一面ニ於テハ訴訟行爲ノ適法ニ行ハレタルコトノ擔保トシテ、他ノ一面ニ於テハ本案ノ裁判ノ證據トシテ作成セラレルモノナレバ、其ノ作成ハ極メテ嚴正ナル方式ヲ履マザル可カラズ。是レ刑事訴訟法ガ書類ニ關スル規定ヲ特設スル必要アル所以ナリトス。舊刑事訴訟法ハ其ノ第二〇條及第二一條ニ書類作成ノ方式ニ關スル規定ヲ掲ゲシニ止マリ、書類ニ關スル通則ヲ設ケザリシヲ以テ、現行法ハ其ノ缺ヲ補ヒ綿密ナル規定ヲ爲シタリ。

訴訟行爲中或ルモノハ口頭ニ依ルヲ要シ、或ルモノハ書面ニ依ルヲ要シ、或ルモノハ口頭若ハ書面何レニ依ルモ適宜ナリトセラレルモノアリ（刑訴四八條）。而シテ公訴ノ提起（刑訴二九〇條）、被告人ノ勾引竝勾留（刑訴八八條及九一條）ハ書面ニ依ルヲ要シ、裁判ニ付テハ原則トシテ裁判書ヲ作成スルコトヲ要ス（刑訴六六條）。

被疑者、被告人、證人、鑑定人、通事又ハ翻譯人ノ各訊問及檢證、押收又ハ搜索ニ付テハ夫々訊問

調書ヲ作成スルヲ要シ、此等ノ調書ノ作成ニハ一定ノ方式ヲ履行スルコトヲ命ジタリ（刑訴五六條乃至五八條）。

訴訟書類ハ別段ノ規定アル場合ヲ除クハ外、裁判所書記之ヲ整理シ作成スル職責アリ（刑訴五四條）。

茲ニ所謂別段ノ規定アル場合トハ、書記ノ立會ナクシテ取調又ハ處分ヲ爲ス場合（刑訴五九條）、判決書（刑訴六七條）公訴狀（刑訴二九一條）等ヲ作成スル場合ノ如キヲ云フモノナリ。

舊刑事訴訟法ニ於テハ、書類ノ作成ノ方式ニ違反シタルトキハ直ニ其ノ書類ハ無効ナルモノトスル旨ノ明文ヲ掲ゲタレドモ、現行刑事訴訟法ニ於テハ此ノ規定ヲ削除シ、一般的理論ニ基キ有效無効ヲ決スベキ事實問題ニ委ネタリ。

○官吏又ハ公吏ガ書類ヲ作成スルニ際シ文字ノ挿入削除又ハ欄外記入ヲ爲シタルトキ法定ノ形式ヲ缺キタル場合ニ於テハ舊刑事訴訟法第二十一條ノ如ク直ニ之ヲ無効トスベキニ非ズシテ其ノ效力ノ有無ハ專ラ裁判所ノ自由判斷ニ委スベキモノトス（大正十二年（レ）第一八〇九號、大正十三年二月十五日第六刑事部判決）。

但シ現行法ノ下ニ於テモ判決書ニ判事ノ署名若ハ捺印ヲ缺キ又ハ之ニ契印ヲ缺ク場合ニ於テハ、其ノ判決書ヲ無効ナリトスル法意ナルコトハ刑事訴訟法第四一〇條第二一號ニ依リ常に上告ノ理由アルモノトセラレタルコトヨリ論決スルコトヲ得ベシ。判決書ハ國家刑罰權ノ存否竝其ノ範圍ヲ確定宣言スルモノニシテ訴訟書類中最モ重要ナルモノナレバ法ハ其ノ作成方式ノ嚴守ヲ要請シタルモノナリ。公判調書ニ裁判長ノ捺印ヲ缺ク場合（刑訴六三條一項）、豫審調書ニ所屬官廳ノ表示ヲ缺ク場合（刑訴七

一條、文字ノ挿入、削除ニ付認印及字數ノ記載ヲ缺ク場合等常ニ必シモ無効ナリト看做サルルモノニ非ザルナリ。例ヘバ或豫審訊問調書ニ契印ヲ缺クモ、其ノ調書ヲ閱覽シテ其ノ調書作成者タル書記ノ同一筆蹟ニ係リ、後日ノ作成ニ非ザルモノナルコトヲ判斷シ得ルトキハ之ヲ有效ナリト決スベク、又或一葉ノ記載部分ト次ノ一葉ノ記載部分トノ連續セル文字ノ墨色ヲ見テ、前葉ハ濃ク後葉ハ薄ク、以テ後日其ノ部分ヲ作成入レ換ヘタルモノノ如ク推知シ得ルトキハ、調書ノ連續性ヲ失ヒタルモノト看做シ、該調書ハ無効ナリト判斷スベキモノナリ。注意スベキ諸點左ノ如シ。

- (1) 訊問調書、公判調書、檢證調書等其ノ書類ノ内容ガ證據トナルベキモノナルヲ以テ之ニ署名スベキ者ガ署名ヲ爲サザルトキハ作成者ハ何人ナリヤ不明ニ歸スルヲ以テ無効ナリト云ハザル可カラズ。
- (2) 區裁判所事件ニアリテ聽取書ヲ證據ニ採用スルトキモ聽取書ニ作成者ノ署名ナキトキハ同様無効ナルベシ。
- (3) 押收搜索調書ニ署名ヲ爲サザルモ、押收セル證據物件存スル限り之ガ存在ヲ否認スルコト能ハザレバ、發見ノ方法竝場所ニ付爭ナキ限り證據書類ノ無効ヲ來スコトナシ。
- (4) 起訴狀ニ檢事ノ署名ヲ缺キタル場合ノ如キハ、果シテ檢事ガ正當ニ起訴ヲ爲シタルヤ否ヲ知ルニ由無キヲ以テ、無効ナリト決スベキコトハ自明ノ理ナリト謂ハザル可カラズ。

參考判例

(其ノ一)

要旨 裁判所書記ノ契印及署名捺印ヲ缺如セル公判調書ハ無効ナリ。

○原判決ノ基礎トナリタル取調ニ關スル原審第三回公判調書ニハ其ノ各葉間ニ全然契印ヲ缺クハ勿論立會書記署名ノ下ニ於ケル捺印ヲモ缺如セルコトヲ看取シ得ルノミナラズ同調書ニ於テ引用シタル原審第二回公判調書モ亦全部ニ互ニ契印ヲ缺キ且立會書記署名ノ下ニ於ケル捺印ヲ缺如セルコト右第三回公判調書ト毫モ異ラズ既ニ公判調書全部ニ互ニ契印ヲ缺如シキハ、之ヲ其ノ調書自體及其ノ他諸般ノ事情ニ照シ考フルモ到底該調書各葉ノ連續性延イテ之ガ内容タル記載事項ノ正確ナルコトヲ保障スルニ足ルモノト認ムルヲ得ザルガ故ニ該公判調書ハ之ヲ無効ナリト斷セザルベカラズ。而シテ公判期日ニ於ケル訴訟手續ハ公判調書ノミニ依リテ之ヲ證明シ得ルニ拘ラズ原判決ノ基礎タル取調ニ關スル公判調書ガ右ノ理由ニ依リテ無効ナルガ爲原審ニ於ケル審理手續ガ果シテ適法ニ履踐セラレタリヤ否ヤヲ知ルニ由ナキハ勿論原判決ニ證據トシテ引用セラレタル被告人ノ原審公廷ニ於ケル供述ノ存否ヲ知ルニ由ナキヲ以テ之ヲ斷罪ノ資料ニ供シタル原審ハ探證ノ法則ヲ誤リタルモノニシテ右法令ノ違背ハ原判決ノ事實ノ確定ニ影響ヲ及ボスコト言テ俟タザルガ故ニ原判決ハ此ノ點ニ於テ破毀ヲ免レズ。

(昭和八年(レ)第一三八一號業務上横領、昭和八年十二月十八日第一刑事部決定)。

(其ノ二)

○第一審第二回公判調書ニハ其ノ第一枚ト第二枚トノ間ニ所論ノ如ク契印ノ脱漏アリト雖モ其ノ前後ノ文體脈絡貫通シ同時ニ作製セラレタル公判調書タルコト明白ニシテ何等其ノ成立ニ疑問ヲ狭ムノ餘地ナキヲ以テ斯クノ如ク公判調書ノ一部ノミニ偶々契印シナケレバトテ其ノ無効ヲ來スモノニアラザルノミナラズ原判決ニハ該公判調書ノ記載ヲ採用シアラザルヲ以テ原判決ヲ攻撃スルノ理由トナラズ論旨理由ナシ(昭和九年(レ)第六四五號、同)。

(其ノ三)

判決書ニ契印ヲ缺如ス。

○原審ノ判決原本ヲ閱スルニ其ノ第三枚目裏ト第四枚目表トノ間ニ判事ノ契印ヲ缺如セルコト洵ニ論旨ニ指摘スル所ノ如クニシテ即チ刑事訴訟法第四百十條第二十一號ニ該當シ原判決ニハ絕對的上告理由タルベキ不法アリ

總則 書類 概説

(昭和八年(九)第九八九號暴力行為等、)
(昭和八年十月二日第一刑事部判決)

(其ノ四)

證人訊問調書ノ記載ニ關スル相違ナキヤ否ノ調査不能ト調書ノ效力

○證人ノ訊問及供述ヲ調書ニ録取シ之テ證人ニ讀聽カセ終ルヤ證人ノ意識明瞭ヲ缺クニ至リ其ノ記載ノ相違ナキヤ否ノ調査不能トナルモ其ノ調書ハ無効ニ非ズ(大正十四年(九)第六九七號、同年六月二十五日第二刑事部判決)

(其ノ五)

證人ノ署名捺印ナキ訊問調書ノ效力

○證人訊問調書ニ正當ノ事由ナクシテ其ノ署名捺印ヲ缺ク場合ニハ調書ハ無効トス(大正十四年(九)第四二八號、同年六月六日第三刑事部決定)

(其ノ六)

○證人ノ訊問調書ノ署名ハ其ノ名ヲ自署捺印スルヲ以テ足り其ノ氏ノ記載ナキモ其ノ調書ハ無効ニ非ズ(大正十四年(九)第九〇八號、同年八月二十六日第三刑事部判決)

(其ノ七)

訊問調書中供述者ノ署名捺印スベキ部位

○訊問調書中供述者ノ署名捺印スベキ部位ハ刑事訴訟法第五十六條第二項所定ノ手續ヲ履踐シタル旨ノ記載ノ前ニ在ルト後ニ在ルトヲ問ハザルモノトス(昭和二年(九)第一六三七號、同、三年二月七日第四刑事部判決)

(其ノ八)

代書者ノ署名捺印ヲ缺キタル宣誓書ノ效力

○宣誓書ニ於ケル證人ノ署名ヲ代書シタル者ノ署名捺印ヲ缺ケル場合ト雖其ノ代書者ノ誰タルカヲ確認シ得ベキトキハ該證人訊問調書ハ有效ナリ(昭和二年(九)第八四五號、同年、十二月二十四日第三刑事部判決)

○右同趣旨判決(昭和四年(九)第一五八一號、同五、年二月二十一日第一刑事部判決)

(其ノ九)

豫審判事ノ署名ナキ豫審調書ノ效力

○豫審判事ノ署名ナキ豫審調書ハ斷罪ノ資料ト爲スヲ得ズ(昭和五年(九)二〇號、同年、三月十日第五刑事部決定)

(其ノ一〇)

(イ) 裁判ノ公開禁止ト公判調書ノ記載ト其ノ效力

(ロ) 無効ナル調書ニアル被告人ノ供述記載ヲ讀聞ケ被告人之ヲ認メタルトキノ陳述ノ效力

(イ) 第一審第三回公判調書ヲ査スルニ裁判長ハ公開ヲ禁止シ居リタルモノト認ムベシ、然ルニ第一審ハ右告知ヲ爲ス以前ハ公開ヲ禁止シ居リタルモノト認ムベシ、然ルニ第一審公判調書ヲ調査スルニ右告知ヲ爲ス以前ハ公開禁止ヲ言渡シタルコトヲ認ムベキ何等ノ記載ナキニ依リ第一審ハ公開禁止ノ言渡ヲ爲サズシテ公開ヲ禁止シタルモノト認ムルノ外ナク其ノ公判手續ハ違法ニシテ同公判ニ於ケル被告人ノ供述ハ之ヲ證據ト爲ス可カラズ。

(ロ) 第二審裁判長方第一審公判調書中ニ於ケル被告人ノ供述記載ヲ讀聞ケ訊問シタルニ對シ其ノ通り相違ナキ旨ヲ陳ベタル第二審公判ニ於ケル被告人ノ供述ハ第一審公判調書ガ證據力ナキ場合ト雖之ヲ同趣旨ノ供述トシテ罪證ニ供スルヲ得ルモノトス(昭和九年(九)第八四五號、同年九、月十七日第二刑事部判決、棄却)

第二節 官吏並非官公吏ノ作成スベキ訴訟書類作成ノ方式

訴訟書類ハ別段ノ規定アル場合ヲ除クノ外裁判所書記之ヲ整理シ作成スル職責アルコトハ既ニ一言

總則 書類 官吏並非官公吏ノ作成スベキ訴訟書類作成ノ方式

シタリ(刑訴五四條)。而シテ訴訟書類中ニハ裁判所書記ニ非ザル官吏、公吏ノ作成スベキモノアリ。又官吏、公吏ニ非ザルモノノ作成スベキモノアリ。此等ノ書類ハ訴訟上證據トシテ使用セラルベキモノナレバ其ノ成立ノ真正ナルコトヲ保障セシムル必要上之ガ作成ニハ一定ノ方式ヲ履ムコトヲ必要トシタルモノナリ。

(一) 官吏公吏ノ作成スベキ書類

官吏公吏ノ作成スベキ書類ニハ別段ノ規定アル場合ヲ除クノ外年月日ヲ記載シテ署名捺印シ、其ノ所屬ノ官署又ハ公署ヲ表示スベシ(刑訴七一條一項)。右書類ニハ每葉ニ契印スベキモノナリ(刑訴七一條二項)。

官吏又ハ公吏書類ヲ作ルニハ文字ヲ改竄スベカラズ。挿入、削除又ハ欄外記入ヲ爲シタルトキハ之ニ認印シ其ノ字數ヲ記載スベク、而シテ削除シタル部分ハ之ヲ讀得ベキ爲メ字體ヲ存スベキモノトセラレタリ(刑訴七二條)。

官吏公吏ノ作成スベキ書類ニ法ガ斯ノ如キ煩瑣ナル方式ヲ履ムコトヲ要求シタルハ、書類ニ對スル信用ヲ保持セシメ、後日擅ニ増減變更ヲ加フルコト無カラシメントノ老婆心ニ出デタルモノナリ。

(二) 官公吏ニ非ザル者ノ作ルベキ書類

官吏又ハ公吏ニ非ザル者ノ作ルベキ書類ニハ其ノ作成ノ年月日ヲ記載シテ作成者自ラ署名捺印スベキヲ本則トス(刑訴七三條)。例ヘバ辯護人ノ選任届(同四二條)、住居届(同七六條)、保證書(同二七條二項、

三項)、責任ニ付身元引受書(同一一八條二項)ノ如ク訴訟法上訴訟行爲ヲ爲スニ付作成ヲ命ゼラレ居ル場合ヲ云フ。聽取書、始末書ハ之ニ含まレズ。一般理論ニ依リ決セラレザル可カラズ。

官吏又ハ公吏ニ非ザル者ノ署名捺印スベキ場合ニ於テ署名スルコト能ハザルトキハ、他人ヲシテ代書セシメ、捺印スルコト能ハザルトキハ花押(所謂書判ノ意)又ハ拇印スベキモノトス(刑訴七四條一項)。

他人ヲシテ代書セシメタル場合ニ於テハ代書シタル者其ノ事由ヲ記載シテ署名捺印スベキモノトス(刑訴七四條二項)。

此ノ種ノ書類ニモ一定ノ作成ノ方式ヲ必要トシタルハ書類ノ真正ヲ保持セシメントノ意ニ出デタルモノナリ。

○凡ソ聽取書ナルモノハ檢事又ハ司法警察官ガ犯罪ヲ捜査スルニ當リ被疑者又ハ關係人ノ任意ノ供述ヲ錄取スル書類ニシテ該書類ノ證據力ニ付テハ法ニ特別ノ定メナキ限り刑事訴訟法ノ大原則タル裁判官ノ自由ナル心證ニ從ヒテ決セラルベキモノナルコト同法第三三六條三三七條ノ精神ニ照シテ疑テ容レズ(昭和八年(レ)第一八六九號)。

○檢事聽取書ヲ査スルニ檢事ノ署名捺印ヲ缺如シ、從テ如何ナル檢事ニ依リ右取調ノ遂行セラレタルヤ又其ノ記載内容ノ正確ナルヤ否ヤヲ知ルニ由ナク斯カル聽取書ハ之ヲ無効ト爲スベキモノナリ(昭和九年(レ)第五九一號)同年七月二日第二刑事部)。

第三節 調書ノ種類及其ノ作成ノ方式

訴訟書類中判決ヲ除キ最モ重要ナル性質ヲ有スルモノハ、公判調書竝被告人、被疑者、證人、鑑定

總則 書類 調書ノ種類及其ノ作成ノ方式

人、通事又ハ翻譯人ノ訊問調書 (Protokoll über Untersuchungshandlung) ナリトス。

此等ノ調書 (Protokoll) ハ一面ニ於テ訴訟手續ノ適法ニ履行セラレタルコトヲ證明シ、他面ニ於テ證據書類 (書證) トシテ裁判上ノ證據ニ援用セラレ得ル性質ヲ有スルモノトス。此等ノ調書及其ノ他ノ書類ハ通常其ノ作成日附ノ順序ニ編綴セラレ、所謂刑事訴訟記録 (Akten) ヲ形成スルモノトス。

(1) 被告人、被疑者、證人、鑑定人、通事又ハ翻譯人ノ訊問調書

是等ノ者ヲ訊問シタルトキハ調書ヲ作成スベシ (作成者ハ裁判所書記、刑訴五四條)。

- (1) ○ 數人ノ受命判事ガ共同シテ證人ヲ訊問シ若ハ檢證ヲ爲シタル場合ニ於テ當該判事ハ刑事訴訟法第五十八條第一項ニ所謂取調ヲ爲シタル者ニ該當スルヲ以テ此ノ取調ニ付作成シタル調書ニ各自署名捺印スベキモノトス。
(昭和四年(九)第九號、同年四月二日第四刑事部判決、棄却)
- (2) ○ 刑事訴訟法第五十六條第一項ニ基キ作成スル訊問調書ニハ同條第二項所定ノ手續ヲ履踐シタル後供述者ヲシテ署名捺印セシムベキモノナリト雖共ノ署名捺印ヲ爲サシムベキ部位ニ位テハ法律上別段ノ規定存セザルヲ以テ苟モ叙上ノ手續ヲ履踐シタル後供述者ヲシテ調書ニ署名捺印ヲ爲サシメタルモノナル以上ハ其ノ署名捺印ノ部位ハ右手續ヲ履踐シタル旨ノ記載ノ前ニ在ルト後ニ在ルトニ論ナク叙上法條所定ノ方式ヲ完備シタルモノト云ハザルベカラズ (昭和二年(九)第一六三號、同三年二月七日第四刑事部判決)。
- (3) ○ 公判調書ヲ作成シタル書記ト公判ニ立會タル書記トガ別異ナルトキハ其ノ公判調書ハ無効ナリ。
(昭和二年(九)第八四五號、同年十二月二十四日第三刑事部判決)。
- (4) ○ 同趣旨判例 (大正十三年(九)第一三〇九號、同年九月十八日第二刑事部決定)。
- (5) ○ 裁判所書記二名公判ニ立會ヒタルトキハ其ノ中一人ノミニテ公判調書ヲ作成整理シ之ニ署名捺印スルヲ以テ足ル。
(昭和八年(九)第八四五號、同年十二月二十四日第三刑事部判決)。

而シテ右ノ調書ニハ左ノ事項ヲ記載スベキモノトス。

(イ) 被告人、被疑者、證人、鑑定人、通事又ハ翻譯人ノ訊問及供述。

(ロ) 證人、鑑定人、通事又ハ翻譯人宣誓ヲ爲サザルトキハ其ノ事由 (刑訴一八六條、一八七條、證言拒否權者、二一〇條正當ノ事由ナクシテ宣誓ヲ拒ミタルガ如キ場合)。

調書ハ裁判所書記ヲシテ之ヲ供述者ニ讀聞カサシメ、又ハ供述者ヲシテ之ヲ閱覽セシメ、其ノ記載ノ相違ナキカ否ヲ問フベク (刑訴五六條二項)、供述者其ノ供述ノ増減變更ヲ申立テタルトキハ其ノ供述ヲ調書ニ記載スベキモノトス (刑訴五六條三項)。

又調書ニハ供述者ヲシテ署名捺印セシムベキモノトス (刑訴五六條三項)。

(2) 豫審請求調書

口頭又ハ電報ニ依ル豫審請求アリタルトキハ之ヲ調書ニ記載シ、豫審判事裁判所書記ト共ニ署名捺印スベキモノトス (刑訴二九條二項)。

(3) 檢證、押收又ハ搜索ニ付テノ調書

檢證、押收又ハ搜索ヲ爲シタルトキハ此等ニ關スル調書ヲ作成スベキモノトス (刑訴五七條一項)。

押收 (第十一章參照) ヲ爲シタルトキハ其ノ品目ヲ調書ニ記載シ、又ハ別ニ目錄ヲ作り之ヲ調書ニ添付スベシ (刑訴五七條二項)。添付スベキ目錄ト調書トノ間ニハ契印ヲ押捺スベキモノナルコトハ、刑事訴訟法第七一條第二項ノ規定ニヨリ明カナリ。

總則 書類 調書ノ種類及其ノ作成ノ方式