91
240

# 刑事訴訟法玄義 下

法學士 板倉松太郎著

東京 巖松堂書店發兌

91—240

# 刑事訴訟法玄義下卷目次


## 本論第三編　起訴ノ準備及ヒ起訴……一二四七

### 第一章　公訴ノ準備……一二四七

#### 第一節　捜査……一四七

二二七　捜査ノ意義及ヒ性質……一二四七　二二八　捜査ノ目的及ヒ目的物……一二五〇
二二九　捜査ノ時期……一二五二　二三〇　捜査ノ開始ニ關スル問題……一二五五　二
三一　捜査ノ終期ニ關スル問題……一二五九　二三二　間接國稅犯則事件ニ關スル
問題……一二六二　二三三　捜査機關……一二六四

#### 第二節　一般捜査手續……一一六八

##### 第一款　告訴告發及ヒ自首……一一六八

二三四　捜査ノ端緒……一二六八　二三五　告訴及ヒ告訴權利者……一二七一　二三六
二三七　告訴ノ形式及ヒ管轄……一二七四　二三
八　告訴ノ效力……一二七九　二三九　告發及ヒ告發ノ權利者義務者竝ニ告知義務




2. 9. 18

者……二九二　二四〇　告發ノ形式及ヒ管轄……二九八　二四一　告發ノ效力及ヒ告訴トノ比較……三〇一　二四二　自首……三〇四

第二款　捜査行爲……一二〇七

二四三　捜査行爲ノ意義及ヒ性質……三〇七　二四四　捜査行爲ノ種類……三〇九　二四五　捜査ノ實行……三一四

第三節　特別捜査手續……一二一八

第一款　現行犯及ヒ準現行犯……一二一八

二四六　現行犯ノ沿革略……三一八　二四七　現行犯ノ意義……三二三　二四八　準現行犯ノ意義……三二九　二四九　現行犯特別處分ノ立法上ノ理由及ヒ現行犯ヲ保存スルノ要件……三三五　二五〇　現行犯準現行犯ナルヤ否ヤハ事實問題ナルヤ或ハ法律問題ナルヤ……三三六

第二款　現行犯及ヒ準現行犯ノ特別處分……一二四八

二五一　犯人ノ逮捕……三四八　二五二　逮捕ノ性質及ヒ要件……三五三　二五三　特別豫審處分及ヒ豫審處分ト臨檢トノ關係……三五四　二五四　豫審處分ノ效力……三五六　二五五　豫審行爲……三六六　二五六　親告罪ノ現行犯ニ付キ告訴ナクシテ特別豫審ヲ開始スルヲ得ルヤ……三六七　二五七　假豫審處分ノ性質及ヒ種類……三七一　二五八　假豫審處分ノ要件及ヒ臨檢……三八〇　二五九　親告罪ノ現行犯ニ付キ告訴ナクシテ假豫審ヲ開始スルヲ得ルヤ……三八六　二六〇　假豫審行爲……三八八

第三款　通常事件以外ノ犯罪捜査……一二九三

二六一　大審院ノ特別權限ニ屬スル犯罪事件ノ捜査……三九三　二六二　間接國稅犯ノ捜査……三九六　二六三　間接國稅犯ノ捜査手續……三九九

第四節　不起訴處分及ヒ不起訴處分ニ對スル抗告……一三〇五

二六四　不起訴處分ヲ爲スヘキ場合……四〇五　二六五　不起訴處分ニ對スル抗告……四〇八　二六六　抗告權利者……四一〇　二六七　抗告ノ效果……四一三

第二章　公訴ノ提起……一三一六

二六八　公訴方式ノ區別及ヒ公訴ノ意思表示ナクシテ公訴ノ成立スル場合……四一六　二六九　遺棄罪即決處分ニ對シ正式裁判ノ申立ヲ爲シタル場合ニハ檢事ノ公訴ヲ要セスシテ公判ヲ開始スヘキヤ……四二八　二七〇　公訴繫屬ノ方式……四三〇　二七一　公訴表示ノ方式其一……四三七　二七二　公訴表示ノ方式

其二……一三九……二七三　公訴提起ノ效力……一三九

**第三章　豫審**……一三四二

**第一節　豫審制度ノ沿革**……一三四二

二七四　豫審制度ノ經過……一三四三　二七五　豫審終結ニ關スル立法例ノ比較……一三四六　二七六　豫審制度ニ對スル近代ノ思潮……一三四一　二七七　佛國四ノ豫審制度……一三四二　二七八　豫審密行……一三四七

**第二節　豫審ノ目的ノ性質及ヒ準則**……一三五九

二七九　豫審ハ公判ヲ開始スヘキヤ否ヤヲ決スルヲ目的トス……一三九九　二八〇　目的ト手續トノ兩方面ヨリ觀タル豫審ノ性質……一三九二　二八一　豫審ニ適用セラルル主義……一三九五

**第三節　豫審ノ開始**……一三七二

二八二　豫審機關及ヒ共助機關……一三七三　二八三　豫審ノ事物及ヒ其範圍……一三九六　二八四　豫審開始ノ要件……一三八三　二八五　現行犯ノ豫審ノ開始……一三八七　二八六　公判ヨリ送致ニ因レル豫審ノ開始……一三九〇　二八七　大審院ノ特別權限事件ノ豫審ノ開始……一三九三

**第四節　令狀及ヒ呼出狀**……一三九六

二八八　令狀ノ意義及ヒ種類……一三九六　二八九　令狀ノ形式……一三九八　二九〇　召喚狀……一三九九　二九一　召喚狀ノ效力……一四〇二　二九二　勾引狀……一四〇三　二九三　勾引ノ效力及ヒ執行……一四一〇　二九四　勾留狀……一四一八　二九五　勾留狀ノ效力……一四二三　二九六　同一ノ被告人ニ對シ併合罪ノ規定ヲ適用スヘキ場合ニ甲事件ニ附キ發シタル勾留狀ノ效力ハ乙事件ニ及フヤ……一四二五　二九七　逃捕狀……一四二九　二九八　呼出狀……一四三一

**第五節　豫審ノ進行**……一四三五

**第一款　被告人ノ訊問及ヒ對質**……一四三五

二九九　被告人訊問ノ目的……一四三五　三〇〇　被告人訊問ノ訴訟法上ノ性質……一四三九　三〇一　被告人訊問ノ手續其一……一四四五　三〇二　被告人訊問ノ手續其二（訊問ニ關スル法則）……一四四九　三〇三　被告人訊問ノ手續其三（對質）……一四五二　三〇四　調書……一四五八

**第二款　證人訊問**……一四六二

三〇五　證人訊問ノ目的及ヒ性質……一四六二　三〇六　證言……一四六八　三〇七　證言ノ效力ニ關スル問題……一四七八　三〇八　證人能力……一四八八　三〇九　證人

義務……一四九三　三一〇　出頭義務……一四九七　三一一　證人ノ呼出……一五〇〇　三一二　宣誓義務……一五〇二　三一三　宣誓無能力……一五〇八　三一四　宣誓免除其一……一五一六　三一五　宣誓免除其二……一五二五　三一六　供述義務……一五三四　三一七　供述義務ノ免除……一五三七　三一八　訊問手續其一(宣誓前ノ調査)……三一九　訊問手續其二(言誓)……一五四九　三二〇　訊問手續其三(證言拒絕)……一五五七　三二一　訊問手續其四(參考訊問及ヒ違法ノ參考訊問)……一五六一　三二二　訊問手續其五(訊問及ヒ對質)……一五六四　三二三　囑託訊問……一五六九　三二四　訊問ノ法則……一五七三　三二五　證人調書……一五七五　三二六　調書及ヒ證言ノ效力……一五八〇　三二七　證人ノ權利……一五八五

第三款　鑑定……一五八七

三二八　鑑定ノ意義本質及ヒ目的……一五八七　三二九　鑑定ノ利弊……一五九一　三三〇　鑑定ノ種類……一五九五　三三一　鑑定ノ意義及ヒ證人通事トノ比較……一六〇一　三三二　鑑定能力及ヒ鑑定義務……一六〇四　三三三　鑑定義務ノ內容……一六〇六　三三四　鑑定手續其一(鑑定前ノ手續)……一六一〇　三三五　鑑定手續其二(鑑定材料ノ檢査)……一六一四　三三六　鑑定ノ結果ノ報告及ヒ鑑定ノ效力……一六一七　三三七　囑託鑑定……一六三一　三三八　鑑定人ノ權利……一六三三

第四款　檢證……一六二三

三三九　檢證ノ意義目的及ヒ性質……一六二三　三四〇　檢證ノ種類及ヒ目的物……一六二六　三四一　檢證ト鑑定證人被告人訊問搜索及ヒ物件差押トノ關係……一六二九　三四二　檢證手續其一(檢證ノ場所時間立會其他ノ手續)……一六三四　三四三　檢證手續法其二(檢證調書ノ作成)……一六三九　三四四　囑託檢證……一六四六　三四五　檢證ノ效力……一六四九

第五款　搜索及ヒ物件差押……一六五〇

三四六　意義及ヒ性質……一六五〇　三四七　搜索ノ客體及ヒ差押ノ目的物……一六五三　三四八　搜索及ヒ差押ノ手續……一六五七　三四九　搜索及ヒ差押ノ效力……一六六〇　三五〇　搜索及ヒ差押ノ囑託……一六六二

第六款　書證……一六六四

三五一　書證ノ意義……一六六四　三五二　書證ノ目的物及ヒ其種類……一六六八　三五三　書證ノ手續……一六七三　三五四　文書ノ效力……一六七五

第七款　通譯及ヒ飜譯……一六八一

三五五　意義……一六八一　三五六　手續……一六八四

第六節　被告人ノ拘束ノ解除……一六八九

第一款　總論……一六八九
三五七　勾留狀ノ取消其他被告人ノ拘束ヲ解除スル手段……一六九　三五八　保釋ト貢付トノ比較……一六九二

第二款　保釋責付ノ手續……一六九五
三五九　保釋ノ手續……一六九五　三六〇　貢付ノ手續……一六九八

第七節　豫審終結……一七〇一
第一款　概論……一七〇一
三六一　豫審終結ノ意義及ヒ性質……一七〇一　三六二　豫審終結ノ種類……一七〇四
三六三　豫審終結決定ノ内容及ヒ形式……一七一二　三六四　要件ヲ缺キタル豫審終結決定書……一七一五

第二款　終結手續……一七一八
三六五　豫審終結ノ行爲……一七一八　三六六　檢事ノ意見……一七二三　三六七　終結決定ヲ爲スヘキ事……一七二五　三六八　終結決定ノ送達……一七二六　三六九　終結決定ニ對スル抗告……一七二七

第三款　豫審終結決定ノ效力……一七三二
三七〇　效力概論……一七三五　三七一　公判ニ付スル決定ノ效力……一七三五　三七二　免訴ノ決定ノ效力……一七四一　三七三　右兩種ノ決定以外ノ決定ノ效力……一七四五

第八節　再豫審……一七四六
三七四　立法的觀察……一七四七　三七五　再訴ノ原因……一七五〇　三七六　再訴許可ノ請求及ヒ之ニ對スル裁判……一七五四　三七七　再訴許否裁判ノ效力……一七五六

第四章　公判……一七六一
第一節　公判總論……一七六一
第一款　公判ノ意義及ヒ性質……一七六一
三七八　公判ノ意義……一七六一　三七九　公判ノ作用其一事件ノ繫屬……一七六二
三八〇　公判ノ作用其二對審……一七六二　三八一　公判ノ作用其三審理……一七六七
三八二　公判ノ作用其四裁判……一七七〇　三八三　辯論ノ公開……一七七四　三八四　辯論ノ公開ノ禁止……一七七九　三八五　辯論ノ口演……一七八六　三八六　公判ノ構成及ヒ公判ノ條件……一八〇一

第二款　公判ニ於ケル審判ノ範圍……一八〇六

三八七　起訴セラレタル事實……一八一〇　三八八　起訴セラレサル事實（附帶犯）……一八一〇　三八九　附帶犯ニ對スル公判ノ目的物ト爲ラス……一八一三

**第二節　公判手續**……一八二五

**第一款　公判前ノ手續**……一八二五

三九一　被告人ノ呼出……一八二五　三九二　辯護人ノ選定及ヒ其呼出……一八二五　三九三　證人鑑定人補佐人私訴關係人等ノ呼出……一八二七　三九四　呼出ニ代ルヘキ手續……一八二九　三九五　公判前ノ證人呼出及ヒ證人ノ氏名目錄ノ送達……一八三一　三九六　公判前ノ檢證……一八三二　三九七　重罪事件ノ下調……一八三六　三九八　重罪事件ノ意義……一八三〇　三九九　下調ヲ爲スヘキ事項……一八三四

**第二款　公判ノ審判**……一八五七

四〇〇　公判ノ順序……一八五七　四〇一　公判ノ指揮及ヒ法廷警察……一八五八　四〇二　公判手續ノ異議……一八六七　四〇三　人別訊問……一八六九　四〇四　被告事件ノ陳述……一八七〇　四〇五　公訴事實ノ訊問……一八七二　四〇六　證據調……一八七四　四〇七　證據調後ノ辯論……一八八一　四〇八　私訴ノ審理……一八八四　四〇九　公訴不受理及ヒ管轄違ノ原因ニ關スル審判……一八八九　四一〇　管轄違及ヒ公訴不受理ノ原因……一八九八　四一一　僞證其他犯罪ノ嫌疑……一九〇一　四一二　辯論ノ分離併合……一九〇六　四一三　辯論ノ再開更新續行及ヒ延期……一九一〇　四一四　辯論ノ停止……一九一五　四一五　地方裁判所ノ公判ニ特殊ノ手續……一九二三　四一六　判決ノ言渡……一九二三　四一七　代人ニ對スル審判……一九二六

**第三款　公判ノ證據調**……一九四二

四一八　證據調ノ法則……一九四二　四一九　證據決定ノ留保及ヒ取消……一九四九　四二〇　證據決定……一九五一　四二一　證人訊問……一九五二　四二二　鑑定……一九六七　四二三　檢證……一九八一　四二四　證憑書類及ヒ證憑物件ノ調查……一九八四　四二五　證憑書類ト證憑物件タルヘキ文書トノ區別……一九八八　四二六　捜索差押及ヒ領置……一九九九　四二七　證據調ヲ要セサル事項……二〇〇三

**第四款　公判ニ於ケル對人強制處分及ヒ其解除**……二〇一二

四二八　被告人ノ勾引勾留……二〇一三　四二九　保釋責付……二〇一五

**第三節　闕席審判**……二〇一八

**第一款　闕席審理**……二〇一八

四三〇　闕席審理ノ特質……二〇一八　四三一　審理前ノ手續……二〇一四　四三二　闕席審理……二〇一七　四三三　代人ニ對シテ審理ヲ爲シ禁錮以上ノ刑ニ該ルヘキモノト認メタル場合……二〇二〇

**第二款　闕席判決**……二〇二一

四三四　闕席判決ノ性質……二〇二三　四三五　闕席判決ノ效力……二〇二六　四三六　闕席判決ノ手續……二〇二四　四三七　闕席判決ノ效力……二〇二七

**第三款　故障**……二〇四九

四三八　故障ノ意義及ヒ性質……二〇四九　四三九　故障ノ目的物……二〇五二　四四〇　故障權利者……二〇五四　四四一　故障期間……二〇五五　四四二　故障ノ申立及ヒ之ニ對スル手續……二〇五七　四四三　故障ノ效力……二〇六二　四四四　原狀回復……二〇六八

**第四節　公判書類**……二〇八三

四四五　公判書類ノ意義性質及ヒ他ノ書類トノ區別……二〇八五　四四六　公判書類ノ作成者作成ノ方式及ヒ謄本等ノ下附……二〇八六　四四七　判決原本其一……二〇八八　四四八　判決原本其二……二〇九二　四四九　判決原本無效ノ結果……二〇九六　四五〇　公判始末書ノ作成……二一〇二　四五一　公判始末書ノ內容……二一〇六　四五二　公判始末書ニ記載スルヲ要セサル事項……二一一六　四五三　公判始末書ノ補完訂正……二一二三

# 第四編　上訴……二一二五

## 第一章　上訴總論……二一二五

四五五　上訴ノ立法上ノ價值……二一二五　四五六　上訴ノ意義及ヒ種類……二一二七　四五七　上訴制度廢止論……二一三二　四五八　上訴ノ物體……二一三四　四五九　上訴權……二一三五　四六〇　上訴權利者(檢事被告人)……二一三七　四六一　上訴權利者(私訴關係人)……二一四六　四六二　上訴權利者(法定代理人辯護人)……二一四六　四六三　上訴期間……二一四八　四六四　原狀回復……二一五八　四六五　上訴成立ノ要件……二一六〇　四六六　上訴ノ效力……二一六九　四六七　上訴ノ拋棄及ヒ取下……二一七四　四六八　記錄ノ送付返還……二一七六

## 第二章　控訴……二一八〇一

四六九　控訴審ノ性質……二一八〇一　四七〇　控訴及ヒ附帶控訴ノ申立……二一八〇三　四七一　附帶控訴ニ關スル問題……二一八〇九　四七二　控訴ノ效力……二一八一三　四七三　控訴ノ效力ニ關スル問題……二一八一九　四七四　控訴ノ公判前ノ手續……二一八二七

四七五　控訴ノ審理……三三三　四七六　控訴審ニ於ケル特別手續……三三六　四七七　事件ノ移送及差戻……三三四　四七八　閑席審理……三三七　四七九　控訴審ニ於ケル公訴判決ノ準則……三三七　四八〇　同前(控訴ヲ理由アリトシ一部ヲ理由ナシトスル場合)……三三七　四八一　同前(同前)……三三八　四八二　同前(同前)……三三八　四八三　同前(控訴ヲ理由ナシトスル場合)……三三四　四八四　同前(控訴ノ一部ヲ理由アリトシ一部ヲ理由ナシトスル場合)……三三五　四八五　同前(第一審判決ノ取消又ハ控訴棄却ノ判決ヲ爲ス場合ニ於テ特ニ判示スルヲ要セサルモノ又ハ判示スヘカラサルモノ)……三三五　四八六　同前(刑訴法第二六五條)……三三五　四八七　刑事訴訟法第二百六十五條ノ適用ニ關スル問題……三三六　四八八　控訴審ニ於ケル私訴判決ノ準則……三三〇

## 第三章　上告……二三一八

### 第一節　上告審ノ性質及ヒ上告ノ理由……二三一八

四八九　上告審ノ性質……三三八　四九〇　上告理由……三三三　四九一　實體法ノ違背(擬律錯誤)……三三五　四九二　手續法ノ違背(擬律錯誤ニ非サル場合)……三三七　四九三　手續法ノ違背(擬律錯誤ニ非サル場合)……三三七　四九四　手續法ノ違背(擬律錯誤ニ非サル場合)……三三四　四九五　手續法ノ違背(擬律錯誤ニ非サル場合)……三三四　四九六　刑事訴訟法第二百六十九條ハ制限的規定ニ非ス……三三二　四九七　上告ノ理由ト爲ラサル判決及ヒ手續ノ違法(絶對的ノモノ)……三三四　四九八　上告ノ理由ト爲ラサル判決及ヒ手續ノ違法(相對的ノモノ)……三三六　四九九　私訴判決ニ對スル上告ノ理由ト爲ラサル判決ノ違法……三三三　五〇〇　上告ノ要件及ヒ效力……三三四

### 第二節　上告ノ申立及ヒ審判……二三六九

五〇一　上告ノ申立……三三〇　五〇二　公判前ノ手續……三三七　五〇三　上告趣意書……三三六　五〇四　上告審判……三三〇　五〇五　上告審ニ於ケル判決ノ準則……三三〇　五〇六　上告審ニ於ケル判決ノ準則(原判決破毀ノ場合)……三三八　五〇七　上告審ニ於ケル判決ノ準則(第二九一條)……三三九　五〇八　上告裁判所ノ判決ノ效力……三三四

## 第四章　抗告……二三九八

五〇九　抗告審ノ性質……三三八　五一〇　抗告ノ申立……三四〇　五一一　抗告ノ審判……三四二

# 第五編　確定判決ニ對スル上訴……二四〇五

目次


第一章 總論……二四〇五
五一二 非常上訴ノ立法上ノ理由……二四〇五　五一三 非常上訴ノ意義及ヒ種類……二四〇八　五一四 非常上訴ト通常上訴トノ差異……二四一〇

第二章 非常上告……二四一三
五一五 非常上告權利者……二四一三　五一六 非常上告ノ要件……二四一四　五一七 非常上告ノ提起及ヒ審判……二四一七

第三章 再審……二四一九
五一八 再審ノ訴ノ目的物……二四一九　五一九 管轄裁判所……二四二〇　五二〇 再審權利者……二四二六　五二一 再審ノ原因……二四二六　五二二 再審ノ訴ノ成立要件……二四三一　五二三 再審ノ訴ニ對スル判決及ヒ其效力……二四三六　五二四 起訴及ヒ審判……二四四一　五二五 再審ノ訴ニ對スル判決及ヒ其效力……二四四六

第六編 大審院ノ特別權限ニ屬スル訴訟手續……二四五一





五二六 獨佛法トノ比較……二四五二　五二七 公判前ノ手續……二四五四　五二八 公判ノ審判……二四五六

第七編 裁判及ヒ裁判ノ執行……二四六三

第一章 裁判……二四六三

第一節 裁判ノ意義及ヒ種類……二四六三
五二九 裁判ノ意義……二四六三　五三〇 裁判ノ種類……二四六六

第二節 裁判ノ形式內容及ヒ準則……二四七三
五三一 裁判ノ形式及ヒ內容……二四七三　五三二 公訴ノ本案事物ニ關スル準則……二四七六　五三三 同前……二四八六　五三四 公訴ノ差押物ニ關スル裁判ノ準則……二四八六　五三五 私訴裁判ノ準則……二四九二　五三六 同前……二四九七　五三七 公訴費用負擔ノ原則……二四九九　五三八 私訴費用負擔ノ原則……二五〇五　五三九 訴訟費用……二五〇八　五四〇 費用ノ裁判ノ形式……二五一〇　五四一 他ノ裁判所ノ裁判ノ刑事裁判ニ及ホス影響……二五一二

第三節 裁判ノ效力……二五一五

五四二　裁判ノ告知……二五二五　五四三　裁判ノ效力概說……二五二八　五四四　確定力……二五三三　五四五　羈束力……二五三八　五四六　同前……二五三九　五四七　證據力……二五四一　五四八　執行力……二五四三　五四九　事案ニ對スル效力……二五四四

## 第二章　裁判ノ執行……二五四七

### 第一節　總論……二五四七

五五〇　沿革略言……二五四七　五五一　執行機關……二五四八　五五二　執行名義及ヒ執行條件……二五五一　五五三　刑ノ執行ノ實施ニ關スル原則……二五五二

### 第二節　刑罰及ヒ公訴費用ノ執行……二五五八

五五四　死刑執行……二五五八　五五五　自由刑執行……二五六〇　五五六　財產刑執行……二五六〇　五五七　執行スヘキ刑ヲ確定スル手續……二五六二　五五八　公訴費用ノ執行……二五六三

### 第三節　刑ニ關スル疑義異議停止及ヒ猶豫……二五六三

五五九　疑義ノ申立……二五六三　五六〇　異議ノ申立……二五六五　五六一　刑ノ執行停止……二五六六　五六二　刑ノ執行猶豫……二五六八　五六三　刑ノ執行猶豫ノ要件……二五六九　五六四　刑ノ執行猶豫ノ審判……二五七〇　五六五　執行猶豫ノ取消ノ裁判ノ效力……二五七四　五六六　執行猶豫ノ裁判ノ效力及ヒ執行猶豫取消ノ裁判ノ效力……



# 刑事訴訟法玄義目次

大尾

# 刑事訴訟法玄義下卷

法學士　板倉松太郎著

## 本論第三編　起訴ノ準備及ヒ起訴

### 第一章　公訴ノ準備

#### 第一節　捜査

二二七、捜査ノ意義及ヒ性質……二二八、捜査ノ目的及ヒ目的物……二二九、捜査ノ時期……二三〇、捜査開始ニ關スル問題……二三一、捜査ノ終期ニ關スル問題……二三二、間接國稅犯則事件ノ捜査ニ關スル問題……二三三、捜査機關

捜査ノ意義及ヒ性質

**二二七**　犯罪ノ捜査トハ捜査機關カ犯罪ヲ認知シ又ハ犯罪アリト思料シタル

場合ニ於テ開始スル手續ニシテ公訴ノ準備タルモノナリ換言スレハ捜査ハ起訴不起訴ヲ定ムルノ根據タルヘキ材料及ヒ起訴スヘキモノト決定セル事件ニ付キ公訴ヲ維持スル材料ヲ蒐集スルノ手續ナリ此手續ニ於テハ裁判所ノ干與スルコトナク又訴訟當事者ナルモノナシ從ツテ此手續ニ於テハ訴訟關係ノ成立スルコトナキヲ以テ訴訟主體ヲ認ムル能ハス犯罪ノ嫌疑者ハ未タ被告人トシテ訴訟上ノ權利ヲ有スルニ至ラズ然レトモ此手續ニ於テハ原則トシテ被嫌疑者ニ對シ强制處分ヲ施スコトナキヲ以テ嫌疑者ハ其權利利益ニ重大ナル影響ヲ受クルコト稀ナリ捜査ハ公訴ノ準備ニシテ裁判所ニ於ケル訴訟手續ニ非ス又捜査行爲ハ訴訟行爲ニ非ス捜査(Ermittelung; Recherche)ト捜索(Durchsuchung; Perquisition)トハ類似ノ語ナレトモ全然其性質ヲ異ニス捜索ハ原則トシテ裁判所ノ行爲ニ屬シ證據物件ノ發見ヲ以テ目的トスルモノナレトモ捜査ハ捜査機關ノ行爲ニシテ廣ク證據ノ蒐集ヲ以テ其目的トス又捜索ハ裁判所殊ニ豫審判事ノ爲スモノナレトモ捜査ハ檢事、司法警察官ノ爲スモノニシテ裁判所ノ爲スモノニ非サルナリ唯後ニ說明スル如ク現行犯ニ關シテハ檢事、司法警察官ハ豫



審類似ノ處分ヲ爲ス職權行使トシテ捜索ヲ爲スコトアリ右ノ場合ニ於ケル捜索ハ豫審行爲ニ非サル一種ノ捜査處分ナレトモ之レ一ノ例外ニ過キサルナリ而シテ捜査ノ特質トスル所ハ原則上强制力ヲ施用セサルノ點ニ在リ但現行犯及ヒ屍體ノ檢查ノ場合ヲ例外トス又捜査處分ハ公訴ノ準備ニシテ公判ノ準備タル裁判所ノ行爲トハ其性質ヲ異ニスルコトハ前者ハ起訴前ニ於テ之ヲ爲スモノニシテ其結果トシテ訴訟關係ノ成立スルコトナキニ反シ後者ハ起訴後ニ於テ之ヲ爲スニシテ訴訟關係ノ成立ヲ其前提トスルニ徵スルモ明カナリ捜査ヲ開始スルノ原因ハ犯罪ノ認知若クハ思料即チ推斷ニ在リ犯罪ヲ認知スルニハ捜査機關カ自ラ其事實ノ端緒ニ觸ルルコトアリ例ヘハ現行犯ニ遭遇セル場合ノ如シ又風俗壞亂ノ出版物ヲ檢閱セル時ノ如シ或ハ他人ノ申告ニ依ルコトアリ前者ヲ自發認知ト稱シ後者ヲ他發認知ト稱ス告訴告發、自首ハ後者ニ屬ス刑事訴訟第四十六條前段ニ「檢事ハ後ニ記載シタル告訴告發現行犯其他ノ原由ニ依リ犯罪アルコトヲ認知シ又ハ犯罪アリト思料シタルトキハ」トアルハ自發認知ノ原因ヲ示シタルモノナリ同條ノ後段ニ「其證憑及ヒ犯

人ヲ搜査スヘシ」トアルハ即チ搜査ノ目的物ヲ示セルモノナリ同條ニ從ヒテ搜査ノ定義ヲ下セハ曰ク犯罪ノ搜査トハ搜査機關カ直接又ハ間接ニ犯罪アルコトヲ認知シ或ハ犯罪アリト思料シタルトキ證憑ヲ集蒐シ犯人ヲ發見スルヲ以テ目的トスル公訴提起前ノ手續ナリト謂フヲ得ヘシ法文ニ「檢事ハ云々搜査スヘシ」トアルハ之レ搜査機關ノ重要ナル者ヲ示セシニ止マリ搜査機關ヲ檢事ニ限定セルニ非サルコトハ第四十七條、第四十八條ノ規定上明カナル所ナリ之ヲ要スルニ搜査ノ特質ハ公訴ノ準備手續ナルコト其手續ノ實行上强制力ヲ用ヒサルコトノ二點ニ在リテ搜査行爲ヲ分類スルトキハ　一、行爲ハ犯罪ナルヤ否ヤノ調査　二、何人カ犯人ナルヤノ探明　三、證憑ノ蒐集及ヒ保全　四、犯人ノ拘束（現行犯人ニ付キテノミ爲スヲ得ルモノ）ト爲スヘキナリ

搜査ノ目的及ヒ目的物

二二八　搜査ノ目的ハ犯人ト犯罪ノ證憑トヲ探知スルニアリ約言スレハ具體的犯罪事實ヲ確立スルニ在リ（司法警察官執務心得第二十六條ニ曰ク搜査ハ犯罪ノ證憑及ヒ犯人ヲ檢擧シ公訴ノ提起及ヒ實行ノ資料ヲ得ルヲ以テ目的トスト之レ搜査ノ定義ナリ）搜査ノ目的物即チ物體ト爲ル者ハ犯人及ヒ犯罪ノ證憑ナリ搜査ノ目的トシテ犯人ト犯罪ノ證憑トヲ探知スルコトハ搜査ノ公訴準備タル性質ヲ明カナラシムルモノニシテ公訴ハ犯人ヲ確メス犯證ヲ押ヘスシテ漫ニ提起スヘキモノニ非サルカ故ニ公訴ニハ其準備手續ヲ必要トスルモノナリ而シテ公訴ハ死者ニ對シテ提起スヘキモノニ非サルカ故ニ所謂犯人ノ探知ニハ過去ニ於ケル犯行者ノ何人ナルヤヲ明カニスルコトト其犯行者ノ現存ヲ確ムルコトトヲ包含ス犯人ノ所在地ヲ探明スルコトモ亦手續上其要アルモノナレトモ現ニ何レノ地ニ居ルカ不明ナルモ犯人ノ明認スヘキ證憑ヲ蒐集シ得タル以上ハ公訴ヲ提起スルヲ得ルモノナルヲ以テ換言セハ犯人所在地ノ不明ハ公訴提起ノ障礙ト爲ラサルモノナルヲ以テ犯人ノ所在ヲ究ムルコト殊ニ犯人ヲ逮捕スルコトハ搜査上缺クヘカラサル事項ニ非ス搜査ノ物體タル犯人ハ未タ訴訟主體ト爲ラサルモノニシテ從ツテ訴訟法上ノ權利義務ヲ有セサルモノナレトモ搜査機關ハ之ニ對シテ强制處分ヲ施スヲ得サルヲ原則トス此點ハ搜査手續ト訴訟手續トヲ區別スルノ要點ニシテ又此兩手續ノ奇ナル對照ヲ生セシムルモノナリ即チ犯人カ訴訟主體タル被告人ト爲ラサルニ於テハ强制處分ヲ受クルコトナキモ訴訟上ノ權利主體ト爲リタルトキハ勾引、勾留等ノ

強制處分ヲ受クルコトニシテ訴訟上ノ權利ヲ有セサル場合ニハ自由ヲ束縛セラルルコトナキニ訴訟上ノ權利ヲ有スルニ至レハ却テ自由ヲ束縛セラルルコトアルハ奇怪ナル法律上ノ現象ノ如クナレトモ之レ訴訟主體ノ權利ヲ有スルト同時ニ義務ヲ負ヘルニ職由スルモノニシテ公訴ヲ受ケタル被告人カ其自由ヲ束縛セラルルハ刑事ノ訴訟當事者ト爲リタルヨリシテ生スル義務ノ結果ナルニ想到セハ以上ノ現象ハ毫モ怪ムニ足ラサルヲ知ルヘキナリ捜査ノ物體タル證憑ハ訴訟手續ニ於テ成立スル證憑ニ比スルニ其蒐集ノ方法概シテ簡易迅速ナレトモ其證據力ハ彼此ノ間ニ法律上輕重アルコトナシ之レ自由心證主義ヨリ生スル當然ノ結果ナリ故ニ裁判官タル者ハ檢事殊ニ司法警察官ノ蒐集シタルモノナリトノ理由ノ下ニ其蒐集シタル證憑ヲ輕視スルハ法律ノ精神ニ反スルコト勿論ナレトモ捜査機關カ其蒐集セル證憑ノ法律上ノ效力ノ斯ノ如ク重大ナルコトヲ想ハス其蒐集上愼密ノ注意ヲ怠リ粗漏杜撰ニ流ルルカ如キハ實ニ法律ヲ賊スルモノト謂フヘキナリ

**二二九**　捜査ハ何レノ時ニ開始セラルルヤ捜査機關カ犯罪ヲ認知シ又ハ犯罪アリト思料スルニ因リテ捜査ハ開始セラルヽモノナリ學者多クハ捜査權ハ犯罪アルト同時ニ發生スト謂ヘリ此說明ハ未タ盡クササルモノアリ捜査機關ハ犯罪アリト思料セハ捜査ヲ開始スルヲ得ルコトハ刑訴法第四十六條ニ規定スル所ナレトモ眞實犯罪ノ存セサルモ捜査機關ハ捜査行爲ヲ爲スヲ得ルモノナリ然ルニ犯罪ノ捜査權ハ犯罪ノ成立ト同時ニ發生スト云フトキハ眞ニ犯罪ナキニ捜査機關カ犯罪アリト思料シテ捜査ニ着手セハ其捜査ハ實質上無效ナルヲ以テ換言セハ捜査權ナキニ捜査ヲナシタルモノナルヲ以テ不法ナリト謂ハサルヘカラサルノ不都合ヲ生スヘシ捜査權ト公訴權トハ其性質ヲ異ニスルノミナラス既ニ公訴權ニ付キテ所謂形式的公訴權ヲ認ムルヲ以上ハ換言セハ犯罪ナキモ公訴ノ成立ヲ認ムヘキモノナルニ於テハ權衡的觀察ヨリスルモ捜査權ノ原因トシテ犯罪ノ實質的發生ヲ以テスルハ其當ヲ得サルモノト謂フヘシ捜査權ニハ公訴權ニ於ケルカ如ク實質的ノ區別アルコトナク捜査權ハ寧ロ形式的公訴權ニ類似スルモノナリ此見地ヨリスレハ捜査ノ始期ハ犯罪ノ成立ト同時ナルコトヲ要セス國家ニ刑罰權ノ發生シタルトキハ勿論捜査機關カ國家ノ

搜査ノ開始ニ關スル問題

刑罰權ノ發生シタリト思考シタルトキニ在リトストノ論定ヲ爲スヘキナリ搜査ハ何レノ時ニ終了スルヤ曰ク通例ノ狀態ニ於テハ搜査ノ結果起訴ヲ爲スヘキモノト決シタルトキニ在リ搜査機關タル檢事カ犯罪ノ證憑ト犯人トヲ確認シテ起訴ヲ爲シ若クハ檢事以外ノ搜査機關カ公訴機關ニ事件ヲ送致セハ其以後ニ於テハ搜査ノ要ナシト謂ハサルヘカラス然レトモ公訴機關ニ對スル事件ノ送致或ハ公訴機關ノ起訴行爲以後ニ於テ事件ノ內容ヲ一層明瞭ナラシムルヲ得ル見込アル場合ニ於テ其手段ヲ盡クスハ事件ノ處理上適當ナルノミナラス何等ノ弊害ヲ生スルコトナク且裁判所ノ職權ニ侵害ヲ及ホスヘキモノニ非サルカ故ニ事件ノ送致後若クハ起訴後ニ於テモ之ヲ禁スヘキ謂レナシ然ルニ此點ニ付キテハ反對論アルヲ以テ搜査ノ開始ニ關スル問題ヲ決シタル後更ニ論究スヘシ而シテ搜査ニ着手シタル後、好果ヲ得サル場合ニ於テハ公訴時效ノ到來ニ依リ搜査ノ終期ヲ見ルヘキコトハ異論ナキ所ナリ

二三〇　親告罪ハ告訴以前ニ搜査ヲ開始スルヲ得ルヤ否ヤハ從來學者間ニ議論ノ岐ルル所ナリ消極論者ハ曰ク搜査權ハ犯罪ト同時ニ發生スルモ親告罪ニ付キテハ告訴ナケレハ公訴權ハ發生セサルカ故ニ其準備ノ爲メニスル搜査權モ亦發生セス親告罪ノ現行犯人ヲ逮捕スルカ如キハ警察上ノ處分ニ非スシテ搜査ノ目的中ニ包含スル犯人ノ保全ナレハ告訴ナクンハ之ヲ爲ス能ハスト積極論者ハ曰ク告訴ハ訴訟條件ニシテ刑罰權ハ告訴以前ニ發生スルモノナルヲ以テ告訴ノ提起セラルル以前ニ於テ搜査ヲ開始シ得ルヤ勿論ナリ且親告罪ナルヤ否ヤハ搜査ニ因リテ始メテ之ヲ決スルヲ得ヘキモノナレハナリト現行判例ハ積極說ヲ取レリ

明治三七年七月八日大審院第一刑事部ノ判決ニ曰ク告訴ハ親告罪ニ對スル訴追ノ要件ナルモ其成立要件ニ非サルヲ以テ被害者ノ告訴アルト否トハ犯罪ノ成否上何等影響ヲ生スルコトナシ抑刑訴法第五八條ニ於テ司法警察官巡査憲兵卒カ其職務ヲ行フニ方リ重罪若クハ體刑ニ該ル輕罪ノ現行犯アルコトヲ知リタル場合ニ令狀ヲ待タス犯人ヲ逮捕スルコトヲ命シタルモノハ被告人ノ確定罪證ノ確保ニ關シ應急處分ヲ要シ一般逮捕ノ規定ヲ遵守セシニヘカラサルニ因ル特別規定ニ外ナラス蓋シ緊急事情ノ下ニ於テハ通常規定ヲ遵守セシムル能ハサルモノアリ法令上別段ノ規定ヲ設ケタル事例ニ乏シカラス現行犯ニ對スル右應急處分ノ如キ其一例ニシテ此場合ニ於テハ當巡査憲兵卒ノ如ク公職ヲ有スル者ヲシテ逮捕ノ義務ヲ負ハシメタルノミナラス個人ト雖モ犯人逮捕ノ權利ヲ有シ被告ヲ當該官吏ニ引致スルコトヲ得ルヨリ觀察スレハ右規定タル一種ノ警察處分ヲ爲スコトヲ許シタルモノニシテ親告罪ニ對スル場合ト雖モ告訴ヲ待ツノ要ナキハ本規定上既ニ明白ナリト謂フヘシ加之若シ告訴ヲ以テ親告罪現

行犯ニ對スル逮捕要件ナリトセン（刑訴法第六〇條ニハ誹毀罪ニ於ケル被害者ノ如キハ現行犯アル場合ト雖モ刑訴法第六〇條ニ依リ直チニ犯人ヲ逮捕シ得ル場合多々生スルモ正當防衛ノ爲ス能ハサル場合アリ又急迫ノ際ニ於テハ親告罪ニ付キ捜査機關ハ親告權者ノ告訴ヲ待タスシテ被告人ヲ逮捕スヘシト規定シ親告罪ト非親告罪トノ間ニ區別ヲ立テサレハナリ）且消極說ニ從フトキハ捜査機關ハ親告罪ノ現行犯ニ遭逢スルモ手ヲ下スニ由ナク目前被害ノ增大シ行クヲ拱手傍觀セサルヲ得サルヘク斯ノ如キハ實際上往々寒心スヘキ慘害ヲ釀成スヘキナリ近時東京上野ニ開カレタル文部省繪畫展覽會ニ於テ一暴漢カ幾多貴重ノ繪畫ニ墨汁ヲ塗抹シタル事例ニ之ヲ鑒ミルモ刑法第二百六十一條ノ親告罪ナルカ爲メ此暴漢ヲ逮捕スル能ハサルモノトシタラン ニハ其慘害ノ程度ヲ一層大ナラシメ將來ハ國賓トモ爲ルヘキ名畫ヲ反古紙タラシムルノ不幸ヲ豫防スルニ由ナカリシナルヘシ（或ハ曰ハン親告罪ニ付キ捜査處分ヲ爲スコトヲ得スト

判例ニ說示スル如ク現行犯ノ場合ニ於テハ親告罪ト雖モ捜査處分ヲ爲シ得ヘキコトハ疑ナシト謂ハサルヘカラス何者刑事訴訟法第五十八條第六十條等ニ重罪輕罪ノ現行犯アルコトヲ知リタルトキハ令狀ヲ待タスシテ被告人ヲ逮捕スヘシト規定シ親告罪ト非親告罪トノ間ニ區別ヲ立テサレハナリ）且消極說

スルモ警察官ハ行政執行法第一條ニ依リ暴行ヲ以テ公安ヲ害スル虞アルモノヲ檢束ヲ加フルヲ得ヘク被害者ハ正當防衛ヲ爲スヲ得ヘシト曰ク然リ行政執行法ヲ適用シ得ル場合多々生スルヤ勿論ナレトモ正當防衛ヲ爲スヲ得ル如何セン例ヘハ警察官ノ在ラサル事實上之ヲ施ス能ハサル場合ニハ常人ハ行政執行法ニ依リ犯人ニ檢束ヲ加フルヲ得ルカ如シ又正當防衛トシテハ犯人ヲ逮捕スル能ハサルカ如シ又力足ラスシテ正當防衛ヲ爲ス能ハサルカ如シ（或ハ曰ハン親告罪ニ付キ捜査處分ヲ爲スコトヲ得スト奈何ハサルヲ）次ニ非現行犯ニ付キテハ前示判例ニ說示スルカ如キ現行犯ニ關スル理由ヲ附スル能ハスト雖モ積極說ノ理由ヲ布衍シテ犯罪ノ證憑ノ蒐集ト公訴ノ提起トハ元來別物ナレハ現時公訴ヲ提起スル能ハサルモ證憑ノ湮滅ヲ防カン爲メニ證憑ノ蒐集ヲ爲スハ時トシテ告訴ノ提出ナキ爲メ蒐集行爲ノ徒勞ニ屬スルコトアリトスルモ之ヲ禁スヘキ謂レナク之ヲ禁スルハ却テ告訴ノ提出ニ依リテ公訴ヲ提起スルヲ得ルニ至レル場合ニ證憑蒐集ノ時機ヲ逸シ公訴ノ目的ヲ達スル能ハサル弊害ヲ生スヘシ斯ノ如キハ機關ヲシテ無益ニ勞力ト費用トヲ銷盡セシムルノ弊害ヲ生スヘシ斯ノ如キハ法律ノ豫想スル所ニ非サルナリ且刑事訴訟法第四十六條ニハ廣ク犯罪ヲ認知シ又ハ犯罪アリト思料シタルトキハ其證憑及ヒ犯人ヲ捜査スヘシト規定シ親告罪ノ捜査ニ關シテ制限ヲ設ケサルニ徵スルモ告訴前ニ於テ親告罪ノ捜査ヲ

許スノ法意ナリト解スルヲ相當トナスヘキナリ而シテ犯罪カ親告罪ナルヤ否ヤヲ明カニスルカ爲メ捜査ヲ爲スヲ禁スヘキ謂レナキコトハ反對論者モ認ムル所ナリ而シテ反對論者ハ獨逸刑事訴訟法ノ如キハ第百二十七條第三項（同項ニ告訴アルトキニ限リ訴追スル犯罪行爲モ逮捕ハ告訴ノ有無ニ關スルコトナシトアリテ）ノ如キ規定アルモ獨逸帝國裁判所ハ之ヲ例外的規定ト解シ右規定以外ニ於テ告訴前ノ捜査ヲ認メス況ンヤ同條ノ如キ規定ナキ我刑訴法ノ下ニ於テヲヤ奈何ソ告訴前ノ捜査ヲ許サンヤ起訴ヲ爲スコトヲ得スシテ其準備タル捜査手續ヲ行フハ結局無益ニ歸スレハナリト論スレトモ捜査後告訴ノ生スルコトハ稀ナラサルカ故ニ告訴前捜査ヲ爲スモ常ニ無益ニ歸スルト謂フヲ得サルノミナラス我刑事訴訟法第六十條ハ一般人ニ現行犯人ノ逮捕ヲ許シ親告罪ノ現行犯人ヲ除外スルノ法文ナキニ徴スレハ獨訴法第百二十七條第三項ノ如キ明文アルヲ要セサルナリ而シテ現行判例ハ亦非現行犯ナル親告罪ニ付キテモ捜査處分ヲ爲シ得ルモノトセリ（明治四三年第一〇二四號同年六月一四日大審院第一刑事部ノ判決ニ曰ク所論ノ證取書實況見聞書竝ニ證據品目錄ハ何レモ檢事カ事件ノ捜査處分トシテ作成シタルモノニシテ親告罪ニ對スル告訴ノ有無ニ關スル犯罪ノ捜査ノ職權アルヲ以テ假令該犯罪ニ對スル告訴ノ提起カ告訴ニ基カサリシノ故ヲ以テ公訴不受理ノ確定判決ヲ受クルモ之カ爲メ該事件ニ付キ檢事ノ爲シタル捜査處分ニ依リ作成セラレタル前記ノ證據タルノ效力ハ有效ニシテ證據タルノ效力アリ）又積極說ハ法曹會ノ決議ニ於テモ採用スル所トナレリ（明治四四年一二月二日同會委員會第三科決議）

二三一　司法警察官ハ犯罪ノ捜査ヲ遂ケ犯人ヲ定メ且一定ノ證據材料ヲ纒メ事件ヲ檢事ニ送致シタル後ハ同一事件ニ關シテハ更ニ捜査ヲ爲ス能ハサルヤ（第一問）又檢事カ豫審ヲ求メ若クハ公判ヲ求メタル以後ハ捜査行爲ヲ爲スヲ得サルヤ（第二問）又若シ事件ノ送致後又ハ公訴ノ提起後捜査ヲ繼續スルヲ得ルモノトセハ何レノ時ヲ以テ捜査ハ終了スルヤ（第三問）以上ノ諸問ヲ包括シタルモノニ對シテ余輩ノ斷案ヲ下セハ曰ク司法警察官ハ事件送致後ト雖モ又檢事ハ公訴提起後ト雖モ捜査ヲ繼續スルコトヲ得而シテ捜査ノ終了スル時期ハ事件ノ確定判決ノ成立シタル時ニ在リ證據ヲ準備スルノ必要ハ裁判ノ確定スルニ非サレハ消滅スヘキモノニ非サレハナリ然レトモ確定判決アリタル後ハ縱令非常上告若クハ再審ノ訴ニ依リ其判決ノ破毀セラルルコトアリトスルモ捜査行爲ヲ繼續スヘキモノニ非ス何者非常上告ヲ爲ス場合ニ於テハ更ニ實體事實ノ證憑

ヲ調査スルコトナケレハ捜査行爲ヲ繼續スルノ要ナク再審ノ原由アルヤ否ヤハ確定判決ノ當時ニ於テハ容易ニ知ルヲ得サルモノナルカ故ニ確定判決ヲ以テ捜査終了ノ時期ト爲ササルトキハ或ハ再審ノ訴ノ起ルコトアランカト萬一ノ場合ヲ豫想シ凡テノ事件ニ付キ捜査ヲ繼續セサルヘカラスシテ遂ニ捜査終了ノ時期ヲ劃定スル能ハサルニ至ルヘケレハナリ余輩ノ說ニ對シテハ三種ノ異說アリ

**第一說**ニ曰ク捜査ハ事實ニ關シテ行ハルルモノナルヲ以テ法律點ノミノ裁判ヲ爲ス上告審ニ至レハ其必要ナキヲ以テ結局捜査ハ事實ニ關シ最終ノ裁判ヲ爲ス第二審判決ヲ以テ終了スルモノナリト然レトモ此說ニハ上告ノ結果原判決ヲ破毀シテ他ノ同等ナル裁判所ニ事件ヲ移送シタル場合ニ備フル爲メ捜査ヲ爲スノ必要アルコトヲ看過セル缺點アリ

**第二說**ニ曰ク捜査權ハ起訴不起訴ヲ決スルカ爲メニ存スルモノナレハ司法警察官カ起訴スヘキモノト思料シ事件ヲ檢事ニ送致シタル後ハ又檢事カ事件ヲ起訴シタル後ハ各捜査權ハ消滅スルモノナリト然レトモ此說ハ其論據トスルモノニ付キ狹隘ナル解釋ヲ取レルヨリシテ生シタルモノニシテ刑事訴訟法ノ正解ト爲スヘカラス捜査ハ單ニ起訴不起訴ヲ決スルノミヲ以テ目的トスルモノニ非ス猶訴訟ノ實行換言セハ公訴ノ維持ニ必要ナル材料ヲ蒐集スルヲ以テ目的トスルモノナレハナリ第二說ハ此後段ノ目的ヲ忘却シタル失誤アリ

**第三說**ニ曰ク確定判決後ニ於テモ非常上告ノ理由アリヤ否ヤ再審ノ原由アリヤ否ヤニ付キ捜査ヲ爲スノ必要アルヲ以テ捜査ニ付キテハ法律上終了ノ期ナシト然レトモ所謂犯罪ノ捜査トハ起訴不起訴ヲ決シ且起訴スヘキモノト認メタル場合ニ公訴ヲ維持スルヲ其目的トシ此目的ニ必要ナル材料ヲ蒐集スルヲ其作用トスルモノナレハ非常上告ノ理由アルヤ否ヤ再審ノ原由アルヤ否ヤハ犯罪ノ捜査ト謂フヘカラス此說ハ捜査ノ目的作用ヲ過大ニ解シ極端ニ走レルノ不當アリ舊判例ハ余輩ノ見解ト異リ狹隘ナル解釋ヲ取リシカ現行判例ハ余輩ノ說ト一致スルニ至レリ

明治三四年(レ)第一七號同年一月二二日第二刑事部ノ判決ニ曰ク「山田幾太郎ニ對スル司法警察官ノ訊問ハ檢證ノ際之ヲ爲シタルモノニ非サルノミナラス己ニ事件ヲ檢事ニ送付シタル後ニ於テ爲シタルモノナレハ司法警察官ノ職權ヲ踰越シタルモノニシテ不法ノ訊問ナリ」ト此判例ハ次ノ判例ヲ以テ變更

セラレタリ同年第六六九號同年五月二一日同部ノ判決ニ曰ク「本件診斷書ノ爲メ作成セシメタルモノナルコトハ記錄ニ徵シ明瞭ナリ而シテ司法警察官カ犯罪捜査ノ爲メ作成セシメタル場合ニ於テハ事件ヲ檢事ニ送致シタル後ト雖モ檢事ノ必要アリト思料シタルトキハ勿論ナリテ司法警察官ハ犯罪ノ捜査ヲ爲スニ付キ檢事ノ指揮ヲ待ツコトナク直ニ捜査處分ヲ爲シ得ヘキコトハ檢事ノ補助機關タル司法警察官ニ委任セラレタル犯罪捜査ノ爲メ醫師ニ付キ司法警察官カ犯罪捜査ノ爲メ醫師ニ看做サレタル者ニ對シテモ亦同一ノ捜査權ヲ有スルモノニ非スシテ公訴提起ノ後ト雖モ尚ホ捜査權アルコトハ原院カ之ヲ採テ證ニ供シタル診斷書ヲ作成セシメタル本件ニ付テモ明カナリ」ト判示シ又大正六年(れ)第一〇四號同年一〇月一日同部ノ判決ニ曰ク「檢事ハ公訴ヲ實行スルノ職責ヲ有スルカ故ニ公訴提起ノ後ト雖モ尚ホ捜査權ヲ有スルモノニ非スシテ司法警察官ハ檢事ノ指揮ヲ待ツコトナク直ニ捜査ヲ爲スニ付キ

訟法ノ捜査機關ニ有セシメサル特別ナル理由ノ存セサルノミナラス消極説ニ從フトキハ稅則違犯若クハ專賣法規違犯ノ現行犯アルモ刑事訴訟法ノ特別處分ヲ爲ス能ハサルノ不都合ヲ生スレハナリ又收稅官吏ノ爲ス捜査處分トハ其直接ノ目的ヲ異ニスルモノナルカ故ニ兩機關ハ各其直接ノ目的ノ爲メニ行動スルハ毫モ支障ナキモノト謂フヘキナリ即チ前者ハ通告處分ヲ爲スヘキヤ否ヤヲ決センカ爲メ捜査ヲ爲スモノナルカ故ニ其行爲ハ法訴ヲ提起スヘキヤ否ヤヲ決センカ爲メ捜査ヲ爲スモノナルカ故ニ其行爲ハ法律上重複スルモノト謂フヘカラス又後者ノ行動ハ前者ノ存スルカ爲メニ束縛セラルヘキモノニ非サルナリ

**二三三**　刑事訴訟法上犯罪ノ捜査機關タル者ハ檢事、司法警察官及ヒ海船內ノ犯罪ニ關シテハ船長ナリ右ノ外收稅官吏ハ間接國稅犯則者處分法第一條乃至第三條）伊豆七島ニ於ケル名主北海道集治監ノ典獄モ捜査機關タルモノナリ（明治四十三年九月同年六月民刑局長回答同二十六年司法省訓令第七號）捜査機關ト犯罪ニ關シテハ稅關吏ノ一般捜査ニ關シテハ捜査機關ハ强制力ヲ用ユル能ハサルモノナレトモ特別法ノ捜査機關ハ既ニ説明セルカ如ク臨檢、捜索差押、訊問等强制力ヲ用ユル行爲ヲナスコトヲ得ルモノナリ（間接國稅犯則者處分法第一條乃至第三條）伊豆七島ニ於ケル名主北海道集治監ノ典獄モ捜査機關タルモノナリ（明治四十三年九

分ヲ爲ス場合アリ右ノ場合ニハ豫審判事カ檢證調書ヲ作成スルヲ以テ公訴提起ノ效力ヲ生スルノ結果檢證調書作成前ニ爲シタル行爲モ豫審處分ノ性質ヲ有スルニ至ルカ故ニ豫審判事ノ行爲ハ捜査處分ノ性質ヲ有スルコトナシ從ツテ豫審判事カ檢證調書ヲ作成セサリシ場合又ハ作成シタル檢證調書カ形式上違法ナル爲メ公訴提起ノ效力ヲ生セサル場合ニ於テ其爲シタル豫審處分ハ全然無效ナリヤ或ハ捜査處分トシテ效力ヲ有スルヤハ議論ノ岐ルル所ナレトモ捜査處分タルノ效力アリトスル說ニ從フモ右ノ場合ニ於テ豫審判事ヲ捜査機關ナリト論スルヲ得ス何者刑事訴訟法其他特別法ニ豫審判事ヲ捜査機關ト爲スノ規定存セサルノミナラス判事ハ其職務ノ性質上司法警察ニ從事スル能ハサレハナリ又司法大臣ハ檢事ニ命令ヲ發シ檢事ヲ監督スレトモ自ラ犯罪ノ捜査ニ從事スル能ハス司法警察官タル知事警部長ヲ命令監督スル內務大臣亦同シ之ヲ要スルニ我訴訟法上犯罪ノ捜査機關タル者ハ檢事及ヒ司法警察官ノ職務ヲ行フ官吏ナリトス

陸軍治罪法第三三條ニハ何人ナリトモ陸軍人ノ犯罪ニ因リ損害ヲ受ケタル者ハ犯罪ノ地若クハ被告人所在ノ地ノ陸軍檢察官云々豫審判事檢事司法警察官ニ之ヲ告訴スルコトヲ得同第三四條ニハ何人ナリトモ陸軍人ノ犯罪アルコトヲ知リタルトキハ前條ニ記載シタル諸官ニ之ヲ告發スヘシトアリ海軍治罪法第三五條ニハ陸軍所屬ノ官吏職務ヲ行フニ因リ軍人ノ犯罪アルコトヲ知リタルトキハ第三三條ニ揭ケタル諸官ニ之ヲ告發スヘシトアリ陸軍治罪法第三九條ニハ前揭第三四條ニ揭ケタル諸官ニ之ヲ告發スルコトヲ得ト同第四〇條ニハ前揭第三四條ニ揭ケタル諸官ニ之ヲ告發スヘシトアリテ該陸海軍治罪法ノ規定アリテ海軍治罪法第三五條ト同樣ノ規定ヲ設ケサルカ故ニ豫審判事ハ軍事犯罪ノ告發ヲ受クルモ豫審判事ハ軍事犯罪ニ付キ捜査機關ヲ以テ前揭諸條文ノ根據薄弱ナルノミナラス

# 第二節　一般捜査手續

## 第一款　告訴告發及ヒ自首

二三四、捜査ノ端緒……二三五、告訴及ヒ告訴權利者……二三六、告訴能力及ヒ告訴代理……二三七、告訴ノ形式及ヒ管轄……二三八、告訴ノ效力……二三九、告發及ヒ告發ノ權利者義務者並ニ告知義務者……二四〇、告發ノ形式及ヒ管轄……二四一、告發ノ效力及ヒ告訴トノ比較……二四二、自首

### 捜査ノ端緒

**二三四**　犯罪ノ捜査ハ捜査機關カ犯罪發見ノ端緒トナルヘキモノニ接觸スルニ因リテ開始セラルルモノナリ現行犯ハ其重要ナルモノニシテ現行犯アリタルトキハ、急速ニ處分スルノ必要アルヲ以テ法律ハ或ハ通常人ニ現行犯人ノ逮捕ヲ許シ或ハ司法警察官ニ豫審判事ニ屬スル處分ノ施行ヲ許ス等特別ノ規定ヲ設ケタリ被害者ノ告訴公務員或ハ私人ノ告發犯人ノ自首モ亦犯罪發見ノ有力ナル機會ヲ爲スモノナリ、然レトモ犯罪捜査ノ端緒ト爲ルモノハ以上ノ數者ニ止マル者ニ非ス犯罪ノ風評、密告文書、僞造貨幣、僞造證書其他法禁物ノ拾得、訴訟事件ノ審理ニ於ケル檢事ノ干與等學理上ノ分類ヲ立テ之ヲ包括セシムル能ハサル千種萬樣ノ事實ハ捜査ノ端緒ヲ供スル者ニシテ如何ナル事實ヲ捜査ノ端緒トスヘキヤニ付キテハ何等ノ制限アル事ナシ極端ナル例ヲ擧レハ巡査通行人ヲ捕ヘ拷問ヲ以テ其身若クハ他人ノ犯罪ヲ告白セシメ其結果ヲ端緒トシテ捜査ヲ開始シタル場合ニ於テモ拷問行爲ニ付キ刑法上ノ制裁アルハ勿論ナルモ捜査ノ無效ヲ來タスコトナシ又誣告ニ依リテ被誣告者ヲ審問シタル結果眞正ノ犯罪ヲ發見スルノ端緒ヲ得タルナラハ誣告ノ件ニ付キテハ其誣告ナルコト明瞭スルニ至ラハ捜査ヲ止ムヘキモノナルモ此機會ニ於テ發見シタル眞正ノ犯罪及ヒ誣告者ノ誣告ノ點ニ付キ捜査ヲ開始スルヲ得ルモノナリ刑事訴訟法ハ捜査ノ端緒ノ重要事項タル告訴、告發ニ付キ規定スレトモ自首ニ付キ規定スルコトナシ之レ如何ナル理由ニ出ツルヤ告訴トハ犯罪ノ被害者ノ爲ス被害事實ノ申告ナリ告發トハ被害者又ハ犯人ニ非サル者ノ爲ス犯罪ノ申告ナリ自首トハ犯人ノ當該官署ニ對スル自己ノ犯行ノ告白ナリ而シテ犯罪者カ自己ノ犯行ヲ官署ニ告白スルハ希有ノ事例ニ屬シ其ノ之ヲ爲スハ眞心悔悟ノ衷情ニ出ツルモノナレハ之ニ關シ手續ヲ規定セサルモ毫モ弊害ヲ生スルコトナク

又其手續ヲ規定スルトキハ却ツテ自首セントスル者ヲシテ手續ヲ知ラサルカ爲メ自首ヲ爲スニ躊躇スルノ結果ヲ生シ悔過遷善ノ機會ヲ少カラシムルノ害アルヲ以テ自首ニ關スル訴訟手續ヲ規定セサルヲ可ナリトシタルニ由ルモノナリ近來犯人カ自己ノ罪ヲ免ルル能ハサルヲ覺リ他人ノ犯罪ヲ引受テ虚僞ノ自首ヲ爲スノ事例ヲ見ルコト少カラス或ハ利欲ノ爲メ又ハ誤レル義俠心ノ爲ニ他人ノ罪ヲ冠リテ自首スルコトハ古來ヨリシテ生スル事例ナレトモ自首ニ關スル訴訟手續ヲ規定スルモ以上ノ弊害ヲ根絶スル能ハサルヤ言ヲ俟タサル所ナレハ進歩セル立法的觀察ヨリスルモ自首ニ關スル訴訟手續ヲ設クルノ必要アリトノ說ヲ立ツルハ困難ナルヘシ自首ニ關スル訴訟手續ヲ設クルノ要ナキコトハ刑法ニ自首制度ヲ設クルヲ必要ナリトスル刑事政策上ノ理由ニハ何等ノ影響ヲ及ホスモノニハ非ス約言セハ自首ニ關スル手續ヲ規定スルノ要ナキモ自首ニ因リ免刑若クハ減刑スルコトヲ得セシムル現行刑法ノ規定ハ必要ナリ而シテ自首ノ效力ハ刑ノ減免ヲ爲サシムルニ在リテ刑ノ減免ハ有罪ノ判決ノ內ニ包含スルモノナレハ裁判ノ點ニ於テモ自首ニ關スル規定ヲ刑事訴訟法中ニ設クルノ要ナキモノナリ自首ト異リ告訴、告發ニ付キテハ或ハ犯罪ノ發覺ヲ容易ナラシムル爲メ或ハ誣告ヲ防カン爲メ或ハ搜査機關ノ誤解ヲ生スルコトナカラシメムカ爲メ之ニ關スル

**二三五**　告訴トハ犯罪ノ被害者カ其被害ノ原因タル犯罪事實ヲ當該官廳ニ申告シ犯罪ノ訴追ヲ希望スル意思ヲ表示スルヲ謂フ告訴ノ實質ハ犯罪事實ノ申告及ヒ犯罪訴追ノ希望ニシテ之ヲ開陳スルハ一ノ權利ナリ詳言スレハ告訴ハ訴訟法ニ依リテ被害者ニ附與セラレタル權利即チ公法上ノ權利ナリ然レトモ其權利ハ犯罪ノ申告ト訴追ノ希望トヲ搜査機關ヲシテ承聞セシムルヲ得ルニ止マリ訴追機關ニ起訴ヲ強要スルノ力ナシ告訴者ハ不起訴處分ニ對シテ抗告ヲ爲スノ權利アレトモ抗告ヲ審査スル機關ハ犯罪事實ノ成立ヲ認ムルモ不起訴處分ヲ相當トスル判定ヲ爲シ得ルモノナルヲ以テ抗告ノ權利ニモ起訴ヲ強要スル力ナシ之レ被害者ニ公訴提起ノ權利ヲ有セシメサル法制ノ下ニ於テハ當然ノコトニシテ起訴不起訴ヲ決スルハ訴追機關及ヒ其監督上官ノ專權ニ屬スルモノナリ告訴權ニモ公訴權ノ如ク實質的形式的ノ區別ヲ立ツルコトヲ得

レトモ實用ナキモノナリ然レトモ犯罪事實ナキコトヲ知ルニ拘ハラス告訴ヲ爲スハ權利ノ行使ニ非ス之レ告訴行爲カ刑法上ノ犯罪即チ誣告罪ヲ構成スルコトアル所以ナリ

告訴權ハ犯罪ノ被害者ニ屬シ相續人ニ移轉シ又ハ他人ニ讓渡スル能ハサル原則トス（刑訴法第四九條第一項）然レトモ告訴權ノ行使ヲ妨ケ又ハ告訴權ノ被害者ニ屬スルコトハ告訴權ノ行使者トシテ被害者以外ノ者ヲ認ムルノ妨ト爲ルモノニ非ス告訴權ハ代理人ニ委任シテ之ヲ行使スルヲ得ヘク或ハ告訴權者カ民法上ノ無能力者ナルトキ（非實上ノ無能力者ナルトキハ勿論）ハ其法定代理人之ヲ行使スルコトヲ得犯罪ノ被害者トハ何者ナルヤ曰ク犯罪行爲ニ因リ侵害セラレタル法益ノ主體ナリ而シテ法益ノ主體ハ單數ナレハ各主體ハ獨立シテ犯罪全部ニ對シテ告訴ノ主體ト爲リ得ルモノニシテ各主體ノ有スル告訴權ハ他ノ主體ノ反對ノ意思ニ依リ其告訴權ノ行使ニ影響ヲ受クルコトナシ此理ハ親告罪ト非親告罪トニ付キ差異アルコトナシ故ニ甲乙ノ共有ニ屬スル一箇ノ器具ヲ毀壞セラレタル場合ニハ甲ハ此器具ノ半片ニ付キ告訴權ヲ有スルニ止マラス器具全部ニ付キ告訴權ヲ有スルモノナリ之レ共有者ハ全部ノ所有權ヲ共有スルモノニシテ一部ノ所有權ヲ有スル者ニ非サレハナリ故ニ著作權法第三十四條ニモ合著ノ著作權者ハ他ノ著作權者ノ同意ナクシテ告訴ヲナスコトヲ得ルコトヲ規定セリ又告訴權ハ刑罰權ノ發生ト同時ニ發生シ其消滅モ亦之ト時ヲ同クシ右ノ外主體ノ消滅ニ因リテ消滅スルヲ原則トス然レトモ之ヲ行使シタル後ハ主體ノ消滅スルモ告訴ノ效力ニ影響ヲ來サス所謂行使ハ捜査機關ニ對スル行使ヲ謂フモノニシテ代理人ニ對スル告訴ノ委任ハ告訴權行使ノ準備タルニ止マリ行使其者ニ非ス故ニ委任後告訴ノ提起前告訴權利者死亡セハ告訴權ハ消滅スルモノナリ

告訴權ハ被害物體カ承繼ヲ爲シ得ヘキ性質ノモノナルトキハ例外トシテ相續若クハ讓渡ノ目的ト爲ルモノナリ以上ノ場合ニ於テハ被害者ノ死亡後ニ於テモ其以前ニ讓渡シタルモノナルニ於テハ告訴權ノ消滅スルコトナシ例ヘハ甲カ乙ノ爲メニ其家屋ヲ毀壞セラレタル後該家屋ヲ丙ニ讓渡セハ丙ハ其讓受以前ナル毀壞ノ所爲ヲ原因トシ家屋ノ所有者トシテ乙ニ對シ告訴ヲ爲スコトヲ得ヘク家屋ノ讓渡代金ヲ量定スルニ當リ毀壞ニ原因スル價額ノ減少ヲ斟酌

シタルト否トハ問ハサル所ナリ但前所有者カ告訴ノ拋棄ヲ爲ササルコトヲ要ス讓渡後ニ於テ前所有者ノ爲シタル拋棄ハ何等ノ效力ナシ又告訴權承繼ノ他ノ場合ヲ例示セハ著作權法ニ依リテ著作者タル權利ヲ有スル雜誌ノ編輯人カ後任ノ編輯人ニ其權利ヲ讓渡シタルトキハ其前編輯人時代ニ於ケル著作權侵害ノ所爲ニ對シ後ノ編輯人ハ告訴ヲ爲スヲ得ルカ如シ

明治三十七年第五五二號同年四月七日大審院第二刑事部ノ判決ニ曰ク國家學會雜誌ノ著作權ハ其雜誌編輯人ニ於テ之カ登錄ヲナシ版次後任ノ編輯人ニ讓渡シタルモノニシテ告訴人松岡均平ハ同雜誌ノ編輯人カ發行人ニ對シ前編輯人ヨリ著作權ヲ讓受ケタルモノナレハ同人カ偽作者ニ對シテ爲シタル告訴ハ固ヨリ適法ナリ而シテ該雜誌ノ編輯人ハ一箇人ノ資格ヲ有スルニ非スシテ學會ヲ代表スル資格ニ於テ之ヲ有スルモ既ニ前所有スル著作權ヲ讓渡シアルモノト認ムヘキヲ以テ學會ハ著作權ヲ有スル以上ハ資格ニ於テ缺ク所ナシ

犯罪ニ因リ侵害セラレタル法益ノ所持者ノミカ告訴權ヲ有スルニ止マリ間接ナル損害又ハ附隨ノ損害ヲ受ケタル者ハ告訴權ヲ有セス是等ノ者ハ犯罪ノ被害者ニ非サレハナリ例ヘハ毀棄ノ目的物ノ上ニ權利ヲ有セス單ニ之ヲ保管スルノ義務ヲ負フニ止マル者ハ此物ノ毀棄ニ付キ告訴權ヲ有セサルカ如シ



美術界ニ於ケル泰斗家カ審査員ノ不公平ヲ憤タルノ餘其出品ニ係ル數多ノ繪畫ヲ墨抹セラレ又ハ附隨ノ損害ヲ受ケタルトキハ其損害ノ賠償ヲ請求スルノ權利ヲ有セス是等ノ者カ告訴權ヲ有セサルハ勿論ナリ

死者ノ親屬ハ死者ニ對スル名譽毀損ノ罪ニ付キ告訴權ヲ有ス（刑法第二三二條）大審院ノ判例ハ妻カ他人ニ毆打セラレ傷ヲ受ケタルトキハ其夫ニ於テモ之カ爲メ損害ヲ蒙ルコト當然ナレハ此場合ニ於テハ告訴權ヲ有ストセリ（明治三三年四月一二日レ第一九一號大審院第一刑事部判決○獨逸刑法第一九五條ニハ要ニ對スル誹毀ニ付キテハ夫ニ告訴權アル旨ヲ規定シ第一九六條ニハ官廳ノ長官其官廳若クハ所屬官吏等ニ對スル誹毀ニ付キ告訴權ヲ有セシメタリ）

告訴ハ時トシテ義務タルコトアリ後ニ說明スル如ク第六十一條ノ場合是ナリ此場合ニ於ケル告訴ノ義務ハ私人カ現行犯人ヲ逮捕シタルニ因リテ生スルモノニシテ何人ト雖モ本來告訴ノ義務ヲ負フ者ナシ但後ニ說明スル如ク爆發物取締罰則ニハ告知義務ノ規定アリ

## 二三六　告訴代理ニハ法定代理ト委任代理トノ二種アルコト私法行爲ノ場合

ニ類似スレトモ其性質ハ異ルモノナリ所謂性質ノ差異ハ代理ノ目的タル告訴權ノ差異ヨリ生スルノミナラス告訴ト民法上ノ行爲トハ行爲能力ヲ異ニスル點ヨリシテモ亦生スルモノナリ法定代理人ハ私法行爲ニ付キテハ無能力者ノ行爲ニ同意ヲ與フルカ或ハ之ヲ代表シテ行爲ヲ爲スモノニシテ同一ノ事項ニ關シテ無能力者ノ行爲ニ同意ヲ與ヘ且自己ハ代理人トシテ行爲ヲ爲スカ如キハ生スルコト稀ニシテ右ノ場合ニ於テハ後ノ行爲ハ其效力ナキモノナリ然ルニ告訴ハ事實上ノ行爲能力ヲ有スル被害者即チ民法上ノ無能力者モ之ヲ爲スコトヲ得ヘク其法定代理人モ亦自ラ告訴ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ二箇ノ告訴ノ兩立シタル場合ニ於テモ各自獨立ノ效力ヲ有スルモノナリ（刑訴法第五四條第二項參照）

(甲)　告訴能力　無能力者ノ法定代理人アル場合ト雖モ事實上ノ能力ヲ有スル以上ハ無能力者ハ獨立シテ告訴權ヲ行使スルコトヲ得而シテ無能力者ノ爲シタル告訴ハ法定代理人ノ同意ナキモ完全ノ效力アリ成年ニ達シタル既婚婦ノ如キハ殊ニ然リ法定代理人ハ自己ノ同意ヲ得スシテ無能力者カ告訴ヲ爲シタリトノ理由ヲ以テ之ヲ取消ス能ハス又法定代理人ハ無能力者ノ爲シタル告訴ヲ取下クルノ權利ナシ故ニ民法上ノ無能力者ハ刑事訴訟法上完全ナル告訴能力ヲ有スルモノニシテ事實上ノ無能力カ之ニ對シテ一ノ制限タルノミ故ニ白痴瘋癲者ハ告訴無能力者ナレトモ禁治産者準禁治産者ト雖モ事理ノ辨別力アルヘキナリ外國人ノ告訴能力モ內國人ニ異ルコトナシ（獨逸刑法第六五條ハ十八ヶ歳未滿ノ者ハ告訴能力ナシトセリ）

(乙)　法定代理　告訴ニ關スル法定代理權ハ被害者ノ民事訴訟法上ノ法定代理人ノ有スルモノニシテ被害者本人ニ告訴能力アル場合ト雖モ獨立シテ之ヲ行使スルコトヲ得ルモノナリ從ツテ民法上ノ無能力者ニ事實上ノ能力アル場合ニ於テハ一ノ犯罪ニ付キ被害者本人ト其法定代理人トノ二種ノ告訴權利者アルモノナリ

明治十四年第七十三號布告ハ治罪法ノ無能力者ヲ　一、未丁年者　二、妻　三、白痴瘋癲人　四、禁治産者トシ其法定代理人ヲ　一、未丁年者ノ父若ク

ハ母又ハ後見人　二、夫　三、白痴瘋癲人ノ保管者　四、治産ノ禁ヲ受ケタル者ノ財産管理人ト爲シタルヲ以テ刑事訴訟法ノ施行後ニ於テモ法定代理人ハ以上ノ四種ナリシカ該布告ハ民法施行法第九條ニ依リ廢セラレタルカ故ニ刑事訴訟ニ關シテモ現時ニ於テハ其效力ナク從ツテ民事訴訟法第四十三條ニ依リ民法ニ照ラシ刑事訴訟ニ於ケル法定代理人ヲ定メサルヘカラス其結果親權者、後見人、未成年ナル妻ノ夫、法人ノ理事等カ告訴ニ關スル法定代理人ニシテ成年ナル妻ノ夫、準禁治産者ノ保佐人ハ告訴ニ關シテ法定代理人ニ非サルナリ國カ被害者タルトキハ各官廳ハ其所管若クハ監督ニ係ル事務ニ關シテ生シタル犯罪ニ付キ國ヲ代表シテ告訴權ヲ行フ詳言セハ各官廳ノ長官又ハ長官ノ指定シタル所屬官吏國ヲ代表シテ告訴權ヲ行フ自治體ニ在リテハ其機關タル法定ノ吏員(自ラ又ハ他人ニ委任シテ)告訴權ヲ行フ(刑訴法第五四條第二項民訴法第四三條明治二五年勅令第六號同三一年勅令第一八一號其他市制第六四條町村制第六八條等參照○明治四〇年三月一八日大審院第二刑事部ノ判決ニ曰ク官廳ノ著作權ヲ有スル著作物ニ付キ僞作者ニ對シテ爲スヘキ告訴ニ付テハ民事訴訟ニ關スル明治二五年一月勅令第六號ノ如キ特別ノ法令アルコトナシ而シテ遞信省ノ有スル著作權侵害ノ場合ニ於テ著作權法第四四條ノ被害者ノ地位ニ在ル者ハ國ニシテ其國ヲ代表スル者ハ遞信省所管ノ事務ヲ監督スル遞信大臣ナルコトハ官制上自ラ明白ナリ然ラハ遞信大臣ハ遞信省ノ著作權ヲ有スル給葉書ニ對スル僞作ヲ告訴スルノ權ヲ有シ告訴ハ刑訴法第五四條ニ依リ代理人ニ委任シテ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナレハ遞信大臣ハ何人ニモ告訴ノ代理ヲ委任スルコトヲ得)

被害者又ハ法定代理人以外ノ者ハ被害者ノ近親ナリトモ告訴權ヲ有スルコトナシ此斷定ハ親告罪ニモ適用アルモノナリ茲ニ於テカ法定代理人カ親告罪ノ犯人ニシテ被害者カ事實上無能力者ナルトキハ告訴ヲ爲ス者ナク重大ナル親告罪ナル場合ニ於テモ訴追ヲ開始スル能ハサルノ不都合ヲ生ス此不備ヲ補フ爲メ親族ニモ告訴權ヲ有セシムルヲ相當トス又被害者タル妻ノ夫或ハ準禁治産者ノ保佐人ニ告訴權ヲ有セシムルコトハ立法上適當ナルモノナリ(改正草案第二〇五條以下ニハ以上立法上ノ必要ニ應セシムル爲メ告訴權者ノ範圍ヲ廣カラシメタリ殊ニ檢事ニ利害關係人ノ申立ニ依リ告訴權者ヲ指定スルノ權ヲ與ヘタルハ實際ノ必要ヲ看過セサリシモノト謂フヘシ)私法行爲ヲ爲スニ當リテ他人ノ許可又ハ同意ヲ得ルコトヲ要スル法定代理人ト雖モ告訴ヲ爲スニハ許可又ハ同意ヲ得ルヲ要セス從ツテ法定代理人ノ告訴ニ付キ授權欠缺ノ場合ヲ生スルコトナシ法定代理人ノ告訴權ハ法定代理權ト生滅ノ時ヲ同クスルヲ以テ告訴提起前被害者死亡セハ法定代理人ノ告訴權モ亦消滅スルモノニシテ被害權利ノ承繼ヲ許スカ爲メ

告訴權ノ移轉シ得ル場合ニ於テモ被害者ノ死亡後ハ其法定代理人タリシ者ハ告訴權ヲ行フ能ハス又法定代理人カ告訴ヲ提起シタル後被害者死亡セハ法定代理人トシテ行動スル能ハサルカ故ニ不起訴處分ヲ受クルモ之ニ對シテ抗告ヲ爲スノ權利ナシ然レトモ被害者ノ死亡ハ法定代理人カ豫審又ハ公判ニ於テ告訴ノ事實ニ付キ證人トシテ訊問ヲ受クルノ妨トナルコトナシ何者證人訊問ハ事實ノ實驗者即チ一定ノ事實ヲ驗知シタル者ニ對シテ行フ者ニシテ告訴ノ提起者ニ對シ其提起者タルノ資格ニ於テ之ヲ爲スモノニ非サレハナリ又法定代理人ハ被害者死亡ノ後告訴シタル犯罪ニ關スル證據物ヲ提出シ或ハ事件ノ參考ト爲ルヘキ事實ノ申出ヲ爲スコトヲ得ルヤ勿論ナリ此等ノ行爲ハ普通人ノ爲スヲ得ルモノナレハナリ

(丙)　委任代理　告訴ハ代人ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ告訴ノ委任代理人タルニハ事實上ノ能力ヲ有スルヲ以テ足ル故ニ民法上ノ無能力者タルコトハ告訴ノ代理人タルノ妨トナルコトナシ告訴ノ意思表示ヲ代理人ニ依ヲテ爲シ得ルコトハ刑事訴訟法第五十五條ノ明文上一點ノ疑ナシト雖モ告訴ノ意思ニ付キ代理ヲ許スヤ否ヤ換言スレハ告訴ヲ爲スヘキヤ否ヤノ決斷ヲ代理人ニ委シ代理人カ告訴ヲ爲スヲ適當ト認メタル場合ニ於テハ告訴ヲ爲スヘシトノ委任ハ法律上許スモノナルヤ否ヤハ學說ノ岐ルル所ナリ消極說ニ曰ク

一、先ツ親告罪ニ付キテ謂ヘハ告訴スヘキヤ否ヤヲ他人ヲシテ決斷セシムルカ如キハ自己ノ利害ヲ處セサル者ナルカ故ニ斯ノ如キ狀態ニ於テ告訴ノ代理詳言スレハ告訴ノ意思ノ代理ヲ許スハ親告罪ヲ認メタル法意ニ反ス　二、一般ノ犯罪ニ付キ之ヲ論スルモ告訴權ハ公權ニシテ一身ニ專屬スルモノナルカ故ニ其處分ヲ他人ニ委セシムヘキモノニ非スト積極論者ハ曰ク被害法益ノ管理(Wahrnehmung der verletzten Interssen)カ他人ニ委任セラレ得ルモノナラハ告訴ノ意思ヲ他人ヲシテ代理セシムルヲ得ヘキハ當然ナリト余輩ハ何等ノ制限ナク告訴ノ意思ヲ他人ヲシテ代理セシムルヲ得ヘキモノナリト主張ス所謂意思ノ代理トハ條件附委任ニ外ナラス詳言スレハ代理人ノ意見ニ於テ告訴ヲ爲スコトヲ相當ト認ムルナラハ告訴ヲ爲スヘシトノ委任ナリ斯ノ如キ委任ノ私法上ノ理論ニ於テ有效ナルコトハ姑ク措キ先ツ一般ノ犯罪ニ關シテ之ヲ論センヱ

毫モ之ヲ禁スヘキ理由ナシ告訴權ハ公權ナリト雖モ公權ノ積極的處分即チ公權ノ行使ニ關スル意思ノ代理ヲ絕對ニ許ス可カラストスル理論ナキノミナラス犯罪ノ告訴ノ如キハ其性質上自己ニ比シ經驗ニ富ミ利害ノ判定ニ精密ナル人ヲシテ之ヲ提起スヘキヤ否ヤヲ決セシムルコトハ被害者ノ便宜ノ點ヨリ觀察スルモ公訴ノ行否ニ關スル政策ノ點ヨリ見ルモ好結果ヲ生スヘキモノニシテ弊害ヲ生スルコトナシ而シテ告訴ニ付キ意思ノ代理ヲ許スモ委任者カ委任後告訴ノ不提起ヲ便宜ナリト思料セル場合ニ其委任ヲ取消スコトヲ得ヘク又ハ既ニ提起シタル告訴モ隨意ニ取下クルコトヲ得ルモノニシテ所謂告訴ノ積極的處分換言セハ告訴ノ條件附委任ニハ告訴權ノ讓渡若クハ拋棄ノ觀念ヲ包含スルモノニ非サルヲ以テ右ノ委任ハ告訴ノ公權タル本質ヲ害スルコトナキモノナリ次ニ親告罪ニ付キテ之ヲ論スレハ被害者カ他人ヲシテ告訴ノ可否ヲ決セシムルモ其提起シタル告訴ハ被害者ニ於テ之ヲ取下クルノ自由ヲ有スル以上ハ被害者自ラ告訴ノ意思ヲ決シテ告訴ヲ爲シタル場合ト法律上ノ效力ヲ異ニセサルヲ以テ又被害者ハ自己ノ利害ヲ感セサルモノニ非サルヲ以テ親告罪ニ付キ告訴ノ意思ノ代理ヲ許スモ毫モ親告罪ノ理由ニ矛盾スルコトナシ右ノ如ク理論上告訴ノ意思ニ付キ代理ヲ禁スヘキ謂レナキノミナラス第五十四條ノ法文ハ告訴ハ代人ニ委任シテ之ヲ爲スコトヲ得ト規定シ第五十二條ノ場合ヲ其唯一ノ例外ト爲スノ外何等制限的ノ文詞ナケレハ意思ノ代理及ヒ表示ノ代理ヲ合セテ包含スルモノト解スルヲ相當トスヘシ且表示ノ代理ヲ許スヘキコトハ凡テノ法律行爲ニ付キ原則トシテ認メラルルモノナレハ告訴ノ表示ノミノ代理ヲ許スノ法意ナリトセハ特ニ明文ニ之ヲ規定スルノ要ナキモノナレハ法文ハ却ツテ疑問ヲ生スヘキ告訴ノ代理ヲ許スノ趣旨ヲ以テ規定セラレタルモノト解スルヲ相當トスヘシ右ノ如ク解スルトキハ一派ノ學者ノ主張スル如ク該法文ヲ以テ財產權ニ對スル犯罪其他被害法益ノ管理カ他人ニ委任セラレ得ル場合ノ告訴ニ付テノミ意思ノ代理ヲ許容シタルモノト爲スハ解釋上何等ノ根據ナキ制限ヲ立ツルモノト謂ハサルヘカラス之レ余輩カ第五十四條ヲ以テ廣ク告訴ニ付キ意思ノ代理ヲ許ス規定ナリト解スル所以ナリ（所謂意思ノ代理トハ告訴ヲ提起スヘキヤ否ヤヲ他人ニ託シタル以上ハ委任者ハ之ヲ取消シ若クハ提起シタル告訴ヲ取下クル能ハサルノ義ナリトセハ消極ニ決スヘク被害法

告訴ノ形式及ヒ管轄

益ノ管理カ他人ニ委任セラレ得ル場合ニ於テモ亦同一ノ論定ヲ下スヘキナリ（場合）

**二三七**　告訴ハ書面又ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ一、書面ヲ以テ告訴ヲ爲ス場合ニ於テハ告訴人之ニ署名捺印スヘキモノトス但官吏公吏ニ非サル者カ告訴シタル場合ニ於テ捺印スル能ハサルトキハ署名ノミヲ爲スヲ以テ足ル　二、口頭ヲ以テ告訴ヲ爲ス場合ニ於テハ告訴ヲ受ケタル官吏ハ調書ヲ作リ告訴人ニ之ヲ讀聞カセ共ニ署名捺印スヘク告訴人署名捺印スル能ハサルトキハ其旨ヲ附記ス（刑訴第一五一條）而シテ告訴調書ハ官吏ノ作成スル文書ナルヲ以テ刑訴法第二十條第二十一條ノ形式ヲ具ヘサルヘカラス詳言スレハ官吏自ラ署名捺印スル外所屬官署ノ印ヲ用ヒ年月日場所ヲ記載シ毎葉ニ契印シ挿入削除欄外ノ記入アルトキハ之ニ認印シ文字ヲ削除スルトキハ之ヲ讀得ヘキ爲メ字體ヲ存シ其數ヲ記載スヘク且文字ノ改竄ヲ爲スヲ得サルモノトス第二十條ノ規定ニ反セハ書類タルノ效ナク第二十一條ノ規定ニ反セハ變更增減ノ效ナキモノトス告訴ヲ書面ヲ以テ爲ス場合ニ於テ告訴者カ官吏公吏ナルトキハ第二十條第二十一條ニ規定スル形式ニ從フヘク私人ナルトキハ右兩條ノ適用ナキヲ以テ書類若クハ增減變更ノ效力ノ有無ヲ定ムルハ事實論ニシテ法律論ニ非ス官吏公吏ニ非サル告訴人カ書面ヲ以テ告訴ヲ爲シタル場合ニ於テ署名捺印若クハ署名ヲ爲ス能ハサルコトハ稀有ナレトモ（殊ニ代書ヲ以テスル告訴ハ適法ナル故）右ノ場合生スルトキハ第二十一條ノ二ノ適用ヲ受クヘキモノトス然レトモ第二十一條ノ二ハ無效ノ制裁ヲ規定セサルカ故ニ立會人ナキモ書類ノ效力ニ影響ヲ生スルコトナシ

（舊刑事訴訟法ハ異リシモ現行刑事訴訟法ハ本文ト同一ノ規定ヲ爲シ判例モ亦之ニ從ヘリ（大審院第三刑事部判決明治三五年三月一四日第二四二號）告訴ノ方式ニ關スル同條ノ規定ハ代書者ノ署名ナキ告訴狀ハ無效ナリ（同年七月一日第九三號）同院第二刑事部ノ判例モ亦同一ノ趣旨ニ出テタリ（大審院第二刑事部ノ判例ハ代書者ノ署名ナキ告訴狀ハ無效ナリ（同年七月一日第九三號）同院第二刑事部ノ判例モ亦同一ノ趣旨ニ出テタリ（大審院第二刑事部ノ判例ハ代書者ノ署名ナキ告訴狀ハ無效ナリ（同年七月一日第九三號）同院第二刑事部ノ判例モ亦同一ノ趣旨ニ出テタリ）

**代理人カ告訴ヲ爲ス場合ニ於テハ必スシモ代理人ナル文字ヲ揭クルノ要ナク代理人ナル文字ナキモ書面ノ文詞上其趣意ヲ知了シ得ル場合**（例ヘハ親權者ノ如キ場合ニ於テハ本人又ハ代署者ノ捺印アルカ其他苟クモ本人ノ名ヲ自己ノ名ヲ以テ署セサルカ如キ場合ニ於テモ本人カ之ヲ承諾シタルコトヲ認ムルニ足ルヘキ事實アルニ於テハ其書類ハ之ヲ有效ナリトスヘシ）

咏ナルト キ）ニ於テハ代理人ノ告訴狀トシテ有效ナリ（明治三九年一一月二九日レー〇五四號大審院第二刑事部判決）又法定代理人カ委任ヲ爲シテ告訴ヲ爲サシメタル場合ニ於テ委任狀ニ法定代理人ノ文字ナキモ告訴狀中ニ法定代理人ナルコトヲ表示シアル以上ハ告訴委任ハ有效ナリ（明治三五年一〇月三〇日レ第一三九五號大審院第二刑事部判決）然レトモ法定代理人ニ非サル者例ヘハ法人ノ理事ニ非サル者カ代人ヲ委任シ告訴ヲ爲シタルトキハ其告訴ハ無效ナリ但本人ハ委任ナキ告訴ヲ追認スルコトヲ得ルヤ否ヤハ私法行爲又ハ民事訴訟行爲ト異ルトノ理由ニ基キ反對論アレトモ告訴ヲ訴訟行爲（當然ニ於ケルニ）ナリトシテ論スレハ此點ニ於テ民事訴訟行爲ト理論ヲ異ニスヘキ理由ナク訴訟行爲ニ非ストスレハ何等ノ弊害ノ生スヘキモノニ非サルカ故ニ追認ヲ禁スヘキ理由ナキコト一層明瞭ナリト謂ハサルヘカラス告訴ハ他ノ意思表示例ヘハ自首告發ト併セテ之ヲ爲スモ有效ナリ又告訴ノ意思表示ニ用ユル國語又ハ文體語體ニ制限ナキヲ以テ外國語ヲ以テシテモ（明治三六年一一刑七四號大審院第一部判決參照）文章體ヲ以テセス談話體ヲ以テスルモ有效ナリ告訴狀ニ年月日ノ記載ナキモ有效ナリ（明治二四年四月一二日刑第六八號大審院刑事部判決）告訴ヲ爲スニ當リテハ證憑及ヒ事實參考ト爲ルヘキコトヲ申立ツヘシトハ法律ノ命スル所ナレトモ（刑訴法第一五〇條）之レ法律ノ注意タルニ止マリ要件的命令ニ非ス故ニ證憑又ハ參考事實ヲ熟知スルニ拘ハラス故ラニ之ヲ申出テスシテ告訴ヲ爲スモ無效ニ非ス犯罪捜査機關ハ元來告訴ヲ竢タスシテ犯罪ノ捜査ヲ爲スヘキモノニシテ被害者ニ犯罪ノ證憑又ハ參考事實ヲ申出ツヘキ義務ヲ負フモノナレハ犯罪ノ申告ヲ受クレハ捜査ヲ爲スヘキモノニ非サルヲ以テナリ又告訴ヲ告發ト題スルモ無效ニ非ス（司法警察官執務心得第二八條參照）

告訴ノ管轄トハ告訴ヲ受理スル機關ノ受動的ノ權域ヲ謂フ告訴ヲ受理スル機關ハ檢事又ハ司法警察官ニシテ受理ノ管轄權ヲ有スルモノハ犯罪地若クハ被告人所在地ノ檢事又ハ司法警察官トハ第四十七條（刑訴法第四九條）司法警察官ナリ第四十八條ニ列擧スル者及ヒ特別法令ニ規定スル者（例ヘハ北海道集治監ノ典獄ノ如シ）ヲ謂フ被害者ノ所在地ト犯罪地ト異ル場合ニハ被害者ノ所在地ノ檢事司法警察官ニ爲ス告訴ハ管轄違ナリト謂ハサルヘカラス然レトモ裁判所ト異リ捜査機關ハ應急便宜ノ處置ヲ爲スヘキモノナルカ故ニ管轄違ノ檢事カ告訴ヲ受ケタル場

合ニ於テハ却下ノ處分ヲ爲サスシテ管轄ノ檢事ニ告訴ヲ回送スヘキモノトス檢事カ不當ニ管轄違ナリトシテ告訴ヲ却下シタルトキハ告訴人ハ裁判所構成法第百四十條ニ依リ抗告ヲ爲スヲ得ヘク司法警察官カ管轄違ノ告訴ヲ受クルモ之ヲ却下スルヲ得ス管轄權アル司法警察官又ハ檢事ニ之ヲ回送スヘキモノトス又事物ノ管轄ニ付キテハ何等ノ制限ナキヲ以テ地方裁判所ノ管轄ニ屬スル事件ヲ區裁判檢事ニ告訴スルモ有效ナリ又區裁判所ノ管轄ニ屬スル事件ヲ地方裁判所檢事ニ告訴スルモ同樣ナリ

明治三七年四月二一日レ第四九六號大審院第二刑事部判決ニ曰ク刑訴法第四九條ニ何人ニ限ラス犯罪ニ依リ損害ヲ受ケタルモノハ犯罪地若クハ被告人所在地ノ檢事又ハ司法警察官ニ告訴スルコトヲ得トアルカ故ニ犯罪地又ハ被告人所在地ノ檢事ナル以上ハ事物ノ管轄權ナキ裁判所ノ檢事ト雖モ告訴ヲ受クルノ職權ヲ有スルモノトス從ツテ告訴ヲ受ケタル東京區裁判所檢事カ之ニ基キ爲シタル公訴ハ刑訴法第二六三條ニ依リ控訴裁判所ニ於テ第一審トシテ裁判ヲ爲ス場合ニ於テモ適法ナリ

然レトモ司法警察官又ハ檢事ニ爲サスシテ裁判所ニ對シテ爲シタル告訴ハ全然無效ナリ

明治三十六年五月十四日レ第七七四號同院第一刑事部判決ニ曰ク刑事訴訟法上告訴ノ提起ニ付何等ノ區別アルコトナシ從ツテ其親告罪ニ對スルモノナルト否トヲ問ハス凡テ檢事又ハ司法警察官ニ爲スヘキモノニシテ裁判所ニ爲スヘキモノニ非ス

告訴ノ效力

**二三八**　告訴ノ效力ハ告訴ノ形式ノ不備ノ爲メ其發生ヲ妨ケラルルコトナシ管轄ノ規定ニ反シ若クハ方式ニ缺クル所アル告訴ハ親告罪ニ關シテハ效力ヲ生セストノ說アレトモ刑事訴訟法ニハ違式若クハ管轄違ノ告訴ノ無效ナルコトヲ規定セル條文ナキヲ以テ親告罪ニ付キテノミ如上ノ斷定ヲ爲スノ根據ナキモノナリ告訴ヲ親告罪ノ條件トスルハ被害者カ親告罪ノ處罰ヲ冀望セサルニ非サルコトノ明示ヲ要求スルニ止マリ告訴ノ形式及ヒ管轄ノ如何ハ親告罪ノ訴追若クハ處罰ニ關シテ影響ヲ及ホスヘキモノニ非サルナリ

告訴ノ效力ハ對物的ニシテ不可分ナリ詳言スレハ犯人ノ處罰ヲ求ムル意思ヲ明示セハ足ルモノニシテ犯人ヲ指定セサルモ效力アリ又一人ノ犯人ヲ指定シタルトキハ告訴ノ當時不明ナリシ共犯人ニ對シテ效力アリ又指定セラレタル者カ責任者ニ非スシテ他ニ責任者アルトキハ此責任者ニ對シテ效力ヲ及ホスモノナリ

明治三七年一〇月一三日大審院第二刑事部ノ判決ニ曰ク新聞紙上ノ記事ニ依リ人ヲ誹毀シタル責任者ハ常ニ必スシモ其新聞紙ノ署名者ノミニ限

ルヘキモノニ非サレハ其誹毀セラレタル者カ告訴ヲ爲シ能ハサル場合ニ在リテハ其新聞紙ノ果シテ何人ナルカヲ確知シ難キ場合ニ於テモ告訴ヲ爲シ得ルモノト解スルヲ正當トス

署名者ヲ以テ責任者ト看做シ之ニ對シ告訴ヲ爲サントスル場合ニ於テハ其新聞紙ノ發行人ヲ以テ責任者ト看做シ之ニ對シ告訴ヲ爲スヘキモノトス單ニ新聞紙上ニ於テ誹毀セラレタリトアルヘク或ハ提出スルコトアルヘシト雖モ要ハ其誹毀ノ故ニ本件ノ告訴狀中ノ新聞紙ニノ揭載ニ關シ告訴ヲ爲シ得ルヤ否ヤノ點ニ在リ親告罪ヲ設ケタル立法上ノ理由ニ從ヒ被害者ノ意思ヲ尊重スヘキモノトセハ告訴ノ效力ヲ被害者カ處罰ヲ求メサル犯人ニ及ハシメサルヲ相當トス然レトモ通說ハ此場合ニ於テモ告訴不可分ノ原則(Unteilbarkeit des Antrages)ニ例

故ニ姦通罪ニ付キ妻若クハ其相手方ノミヲ擧ケテ告訴シタル場合ニ其效力ハ告訴狀ニ揭ケラレサル者ニ及フヘキヤ明カナルモ議論ノ岐ルル所ハ相姦者ノ一方ノミヲ告訴シ他ノ一方ノ處罰ヲ求メサル意思ヲ被害者カ表示シタル場合ニ於テモ告訴ノ效力ハ被害者カ處罰ヲ求メサル他ノ一方ニ及フヤ否ヤノ點ニ在リ親告罪ヲ設ケタル立法上ノ理由ニ從ヒ被害者ノ意思ヲ尊重スヘキモノトセハ告訴ノ效力ヲ被害者カ處罰ヲ求メサル犯人ニ及ハシメサルヲ相當トス然レトモ通說ハ此場合ニ於テモ告訴不可分ノ原則(Unteilbarkeit des Antrages)ニ例外ヲ認メス一人ノミニ限レル告訴ノ意思ノ明瞭ナル場合ニ於テハ告訴ヲ無效トシ否ラサル場合ニ於テハ犯人全數ニ對シテ告訴不可分ノ效力アルモノト論定セリ

告人ノ一名ニ對スル取下ハ他ノ共同被告人ノ爲メニモ告訴ノ取下タルノ效力ヲ生ス

大正元年第一七八號同年一〇月二九日同院第一刑事部判決ニ付キ明治四五年七月四日東京控訴院刑事部於テ言渡シタル判決ニ對シ被告人德川慶久ノ代理人濱吉丙子郎ヨリ上告ヲ爲シタル處被告人ハ原判決ニ對シ修正ヲ求メ檢事ハ單ニ原判決ノ破毀ヲ求メタルヲ以テ檢事ノ上告ハ被告人ノ爲メニモ其效力ヲ及ホスヘキモノトス

然レハ原告人高林由松代理人岸清一ヨリ本件ヲ共犯人中特ニ服部牛治ノミニ限定シテ爲シタル告訴取下ノ效力ハ共犯人タル被告等全體ニ及フモノトシ公訴撤滅ノ故ヲ以テ各被告ニ對シ免訴ノ判決ヲ爲シタルハ正當ニシテ上告論者ハ何レモ理由ナシ

告發及ヒ告發ノ權利者義務

告訴ノ效力ハ　一、捜査機關ノ活動ヲ促カシ　二、親告罪ニ付キテハ訴條件ヲ具備セシメ　三、起訴シタル場合又ハ不起訴ト決シタル場合ニ檢事ヲシテ之ヲ被害者ニ通知セシムル義務ヲ負ハシム（刑訴法第二六五條）　四、誣罔ノ事實ニ基キ告訴ヲ爲シタルトキハ告訴者ハ誣告罪ノ責任ヲ負フ（刑法第一七一條參照）告訴狀ニ署名、捺印、年、月、日等ヲ缺クモ告訴ノ意思表示ヲ認ムルヲ得ル以上ハ犯罪ノ成立ニ影響ナク又告訴ヲ取下クルモ既ニ成立シタル犯罪ヲ消滅セシムルコトナシ　五、惡意重過失ニ出テタル告訴ハ刑事訴訟法第十三條ニ規定スル損害賠償ノ責任ヲ生セシム　六、確定判決ニ至ルマテ有效ニ告訴ノ取下、變更ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ

**二三九**　告發ハ告訴權者ニ非サル者ノ爲ス犯罪ノ申告ナリ告發ニハ告訴ト異リ追訴ノ希望ヲ包含セス告發ハ犯罪ニ因リ害ヲ蒙リタルニ非サル者ノ爲スモノニシテ訴訟法上ノ權利ナリ（刑訴法第五三條第一項）告訴ノ權利ハ被害者ノ利益ヲ保護セシムル爲メニ存スルモノナレトモ告發ノ權利ハ犯罪ニ對シテ自己ヲ防衛スル必要アル國家ノ原素タル個人ノ有スルモノナレハ告發權ト告訴權トハ其基礎ヲ異ニスルモノナレトモ訴訟法上ノ權利タルノ點ニ於テハ二者其性質ヲ同クシ告發權ハ告訴權ノ如ク公權ニシテ權利者ノ一身ニ專屬シ讓渡又ハ相續ノ目的物ト爲ルコトナシ告訴ハ被害法益カ承繼ヲ許スモノナルニ於テハ例外トシテ讓渡、相續ノ目的物タルヲ得ルモノナレトモ告發權ニハ右ノ如キ例外ヲ認ムルノ必要ヲ生セス何者何人ニ限ラス犯罪アルコトヲ認知シ又ハ犯罪アリト思料シタルトキハ告發ヲ爲スノ權利ヲ有スルカ故ニ讓渡、相續ヲ原因トセサルモ之ヲ爲スコトヲ得レハナリ告發權ハ犯罪ノ眞ニ存セサルモ犯罪アリト思料スル場合ニ於テハ惡意又ハ重過失ナキコトヲ條件トシテ生スルモノナリ然レトモ犯罪ナキコトヲ知了セル場合ニハ告發權ノ存スルコトナキヲ以テ惡意ノ告發者ハ惡意ノ告訴者ノ如ク誣告ノ制裁ヲ受クルモノトス（眞ニ犯罪アリタルトキハ錯誤其他ノ原因ノ爲メ犯罪ナキモノト思料シ告訴ヲ爲スモ誣告罪ノ成立スルコトナキヲ以テナリ）告發權モ亦告訴權ノ如ク形式的告發權、實質的告發權ニ區別スルヲ得レトモ（眞ニ犯罪

ノ存スル場合ニ於テ實質的告訴權告發權ヲ立テ眞ニ犯罪ノ存セサルモ犯罪アリト思料シタル場合ニ形式的告訴權告發權ヲ立ツルヲ謂フ）之レ又告訴權ノ場合ニ於ケルカ如ク其實用ナキモノナリ告發ヲ權利ナリトセハ告訴ニ同シク不起訴處分ニ對スル抗告權ヲ告發者ニ有セシムルヲ相當トス（現時ノ實際ニ於ケル檢事局ノ慣例ハ告發權者ニ抗告權ヲ認メス）告訴ハ原則トシテ權利タルニ反シ告發ニハ權利ト義務トノ兩種アリ告發ニ義務者ヲ認メタルハ犯罪ニ對スル國家防衛ノ必要ニ出ツルモノニシテ告訴ニハ原則トシテ義務者ナキハ犯罪ニ因リテ既ニ害ヲ蒙リタルモノナルニ更ニ一ノ負擔ヲ課スルハ人情ニ悖リ酷ニ失スレハナリ

（甲）告發權利者　事實上ノ無能力者ニ非サル限リハ何人ト雖モ犯罪ヲ告發スルノ權利ヲ有ス民法上ノ無能力者ノ法定代理人ハ法定代理人タルノ資格ニ於テ告發ヲ爲スヲ得ス告發ハ告訴ト異リ何人ト雖モ之ヲ爲スヲ得ルモノナレハ法定代理人ハ自ラ本人トシテ告發ヲ爲スヲ得ヘク法定代理人タルノ資格ニ於テ之ヲ爲スノ要ナケレハナリ故ニ法定代理人トシテ告發スルモ其人自身ノ告發ナリトシテ之ヲ受理ヌヘキナリ告發權利者ハ代理人ヲ用ユルヲ得レトモ意思ノ代理ヲ認ムヘキモノニ非ス告訴ト異リ告發ノ行否ヲ決スルニ付キ他人ヲシテ之ヲ判斷セシムルヲ必要トスルコトアルヘキ利害關係ヲ感スル場合ヲ生スルコトナケレハナリ親告罪ノ被害者以外ノ者ハ告發權ヲ有スルヤ曰ク刑事訴訟法第五十三條ハ何人ニ限ラス犯罪アルコトヲ認知シ又ハ犯罪アリト思料シタルトキハ云々告發スルコトヲ得ト規定シ親告罪ヲ除外セサルノミナラス親告罪ノ告訴前捜査ヲ開始スルヲ得ルモノトセハ亦告訴ナキモ告發ヲ禁スヘキ理由ナシ殊ニ告發ハ親告罪ノ事實ヲ單ニ當該官憲ニ告知スルニ止マリ之ヲ世間ニ發表スルモノニ非ス又其當然ノ結果トシテ訴追ヲ生セシムルモノニ非サルカ故ニ之ヲ許スコトハ毫モ親告罪ノ理由ニ牴觸スルコトナシ故ニ余輩ハ本問ニ對シテハ積極的斷定ヲ下スモノナリ

（乙）告發義務者　告發義務者ハ告發權利者ニ同シク之ヲ告發主體ト稱ス告發義務ハ法律ニ特定スル所ニシテ一般的ノ義務ニ非ス常人ハ現行犯ニ遭逢スルモ告發ノ義務ヲ負フコトナシ告發義務者ハ第五十二條ニ規定スル所ニシテ即チ犯罪アルコトヲ認知シ又ハ犯罪アリト思料シタル官吏公吏ノ資格ニ附隨スルモノニシテ官吏、公吏ノ職務ヲ行フモノト雖モ官吏、公吏ノ資格ヲ有セサル

モノハ告發ノ義務ヲ負ハス例ヘハ雇吏又ハ執達吏代理ノ如シ檢事、司法警察官ハ捜査機關ニシテ告發ヲ受クル地位ニ居ル者ナルカ故ニ告發義務者ニ非ス第一審ノ刑事裁判所ハ附帶犯罪ヲ發見セハ直ニ之ヲ審理スルコトヲ得ルモノナルカ故ニ附帶犯罪ニ付キテハ第一事件判事ハ告發義務者ニ非ス右ノ場合ノ外ハ民事裁判所或ハ公判裁判所ヲ構成スル判事ハ事實審タルト法律審タルトヲ問ハス又豫審判事ト雖モ其職務執行ニ際シ犯罪ヲ認知シ又ハ犯罪アリト思料シタルトキハ速ニ檢事ニ告發ヲ爲ササルヘカラス裁判所書記亦同シ官吏カ其職務ノ執行中犯罪ノ被害者ト爲リタルトキハ告訴權ヲ生スレトモ右ノ場合ニ於テモ告發義務ト告訴權トノ兩立ヲ妨クルコトナシ告發義務ハ官吏タルノ資格ニ伴フテ存スルモノ告訴權ハ犯罪ノ客體或ハ被害者トシテ有スルモノナレハナリ告發義務者ハ公務員ナレハ民法上能力者ナルコト勿論ナルカ故ニ其能力ニ付キ特ニ論スルノ要ナシ

(丙)　告知義務者　告發義務ト其實質ヲ同クシ其形式上ノ性質ヲ異ニスルモノアリ爆發物ニ關スル重罪ヲ認知シタル者ノ告知義務ノ如キ其一ナリ爆發物取締罰則第八條ニ曰ク本則ニ記載シタル重罪犯アルコトヲ認知シタルトキハ直チニ警察官吏若クハ危害ヲ被ラントスル人ニ告知スヘシ違フ者ハ六月以上五年以下ノ重禁錮ニ處スト所謂告知ハ

一、危害ヲ蒙ラントスル者ニ告知ヲ爲スモ官ニ申告シタルト同一ノ效力アリ

二、危害ヲ蒙ラントスル者ニ告知スルノミニシテ告發義務ノ如ク一定ノ人ニ限定セラレス

三、告知義務ハ一般人ノ負フモノニシテ告發義務ノ如ク司法警察處分ニ屬ス告發ノ如ク司法警察處分ニ非ス

四、告知ハ行政警察處分ニ屬スル告發義務ニ違フモ刑罰的制裁ナキモ告知義務ニ反ク者ハ禁錮ニ處セラルルコトハ形式上告知義務ト告發義務トヲ區別スヘキ要點ナリ

然レトモ虛僞ノ事ヲ構ヘテ警察官吏ニ告知ヲ爲サハ誣告罪ヲ構成スルコト告發ノ場合ニ異ルコトナシ茲ニ一ノ問題アリ法文ニ依レハ警察官吏ニ告知スヘシトアリ若シ檢事ニ告知セハ其義務ヲ履行シタルト同一ノ效力アリヤ否ヤ曰ク義務履行ノ形式ナキモ實質アリト謂フヘシ何者右ノ場合ニ於ケル告知ハ管轄違ノ機關ニ爲シタルモノナレトモ之ヲ受クル檢事ハ右申告ヲ却下スヘキモノニ非スシテ之ヲ當該警察官ニ送致スヘキモノナルヲ以テ告知ノ效力ハ生

シタルモノナレハナリ從ツテ檢事ニ告知ヲ爲サハ刑罰ヲ受クルコトナシ

告發ノ形式及ヒ件數

**二四〇**　私人ノ爲ス告發ハ告訴ノ如ク告發人ノ署名捺印シタル書面ヲ以テ爲スモノトス然レトモ口頭ヲ以テモ之ヲ爲スコトヲ得又書面ヲ以テ告發ヲ爲ス場合ニ於テハ刑事訴訟法第二十條ノ二ノ規定ニ從ハサルモ有效ナリ告發書ニ告發者ノ署名捺印ヲ要シタルハ其書面ノ直正ヲ認識スルコトヲ得セシムルカ爲シタルモノニ非ス又告發ニハ必スシモ犯人ノ趣旨ニシテ告發成立ノ條件ト爲シタルモノニ非ス又告發ニハ必スシモ犯人ノ氏名ヲ掲クルヲ要セス代人ヲ以テ告發スル場合ニ於テハ委任狀ヲ添付スルハ通例ナレトモ委任狀ナキモ當該官廳ハ之ヲ受理スルヲ得告發ヲ爲スニハ成ル可ク事實參考ト爲ルヘキコトヲ申立テ證憑ヲ提出若クハ申出ツヘキモノナレトモ之ヲ爲スコトハ告發ノ成立條件ニ非サルコト告訴ニ同シ公務員ノ爲ス告發ハ代人ニ依リテ之ヲ爲スヲ許サス又口頭ヲ以テ之ヲ爲スヲ許サス公務員ノ署名捺印シタル書面ヲ以テ之ヲ爲シ成ル可ク證憑及ヒ事實參考ト爲ルヘキ事物ヲ添フヘキモノトス（刑訴法第五三條）公務員ノ提出スル告發書ニハ所屬官署ノ印ヲ押捺シ其他刑事訴訟法第二十條第二十一條ノ形式ヲ遵守スヘキヤ大審院判例ハ此問題ニ對シテ舊時ハ積極的斷定ヲ與ヘ告發書ハ刑事訴訟法第五十條以下ノ規定ニ依リ作成スヘキモノト說明セシカ其後判例ヲ變ヘ官吏ノ作成スル告發狀ハ同法第五十條第二項ノ規定ニ則ルヘキモノニシテ同法第二十條ノ規定ニ從フヘキモノニ非スト判示セリ（大判例明治三〇年一月二五日第八號同院第一刑事部判決、新判例例同三二年五月一六日第四一號同院第一刑事部判決以後ノ判例）嚴正ナル解釋トシテハ余輩ハ舊判例ニ左袒スル者ナレトモ實際ニ生スル好結果ノ點ニ於テハ新判例ヲ謳歌セサルヲ得ス而シテ新判例ノ理由トスル所ハ告發ハ官廳ノ事務トシテ行フモノニ非スシテ普通官吏カ其職務ヲ行フニ因リ犯罪アルコトヲ認知シ告發スル

更ニ他ノ問題アリ官吏ノ告發書ニ署名捺印若クハ其一ヲ缺キタルトキハ告發書ハ全然無效ナルヤ曰ク刑事訴訟法第五十二條ハ無效ノ制裁ヲ規定セサルヲ以テ署名捺印若クハ其一ヲ缺クモ官吏ノ告發書トシテ認ムルヲ得ヘキモノタラハ效力ヲ有スト謂ハサルヘカラス從ツテ告發ノ訴訟條件ナル場合ニ於テ署名捺印ヲ缺クモ告發書ノ存スルナラハ裁判所ハ公訴不受理ノ判決ヲ爲ス能ハス又訴訟條件ナラサル場合ニ於テ署名捺印ナキ告發書ヲ證據トシテ採用スルモ違法ニ非ラス舊判例ハ右斷定ト異リシモ現行判例ハ同一ナリ

（明治三六年三月二〇日レ第一六號大審院第二刑事部判決ニ曰ク官吏ノ告發書ハ刑訴法第五二條第二項ノ規定ニ從ヒ其官吏ノ署名捺印シタル書面ヲ以テ爲スヘキモノトス從ツテ活字ヲ以テ其官吏ノ氏名ヲ印刷シ四〇年七月五日レ第五六七號同院第一刑事部判決ニ曰ク官吏ノ告發書ハ無效ナリト同四〇年判決ニ曰ク云々官吏ノ告發書ハ之ニ無效ノ制裁ヲ付シテ其自署ヲ要スル旨ノ法規モ亦存セサルヲ以テ假リニ右安田駒雄ノ記名ハ其自署ニ非スト爲スルモ爲ニ告發ヲ無效ナリト斷定スルヲ得ス）

私人ノ爲ス告發ハ告發人所在地若クハ犯罪地ノ檢事又ハ司法警察官ニ之ヲ爲スヘク公務員ノ爲ス告發ハ其職務ヲ行フ地ノ檢事ニ之ヲ爲スヘキモノトス（刑訴法第五三條第一項）巡査憲兵卒カ現行犯ヲ發見セハ一、罰金ノ刑ニ該ルヘキモノニ付キテハ檢事ニ、禁錮以上ノ刑ニ當ルヘキモノニ付キテハ司法警察官ニ　三、違警罪ニ付キテハ即決ヲ爲スヘキ官署ニ告發スヘキモノトス（刑訴法第五八條）而シテ土地ノ管轄ハ明文ニ規定セサルモ現行犯ナルヲ以テ犯罪地ノ檢事ニ爲スヘキモノトス檢事ニ爲シ又刑事訴訟法第五十二條第一項ノ告發ハ公務員其公務ヲ奉スル地ノ檢事ニ爲スヲ通例トスレトモ上級檢事又ハ職務地以外ノ檢事ニ之ヲ爲スモ有效ナリ右ノ場合ニ於テハ告發ヲ受ケタル檢事ハ當該檢事ニ告發ヲ送致スヘキモノトス司法警察官、即決官署ニ告發ヲ爲ス場合ニ於テモ同樣ニ論スヘキモノトス告發ノ管轄ハ告發ヲ爲ス者ノ便宜ノ爲ニ設ケタルモノナルヲ以テナリ

（明治三七年五月二四日レ第七八號大審院第一刑事部判決ニ曰ク刑訴法第二條第一項ニ官吏公吏ハ其職務ヲ行フ地ノ檢事ニ告發スヘシトノ規定アルハ要スルニ官吏公吏ノ便利ノ爲メ犯罪ノ地又ハ被告人ノ所在地ニ非サルモ自己カ其職ヲ奉スル地ノ檢事ニ告發ヲ爲スヘキコトヲ規定シタルニ外ナラサレハ之ヲ以テ官吏公吏カ其所在地以外ナル犯罪ノ地又ハ被告人所在ノ地ノ檢事ニ告發スルヲ禁シタルモノト解スルヲ得ス故ニ橫濱地方裁判所ノ檢事ニ爲サスシテ犯罪地ナル鹿兒島地方裁判所ノ檢事ニ爲シタル告發ノ效力アルハ勿論ナリ）

## 二四一　告發ハ其形式ニ缺クル所アルモ受理セラレタル以上ハ下ノ效力ヲ生



告發ノ效力及ヒ告訴トノ比較

ス　一、捜査機關ノ活動ヲ促カシ　二、秘則犯等ニ付キテハ訴訟條件ヲ充タシ　三、証問ノ告發ヲ爲シタル者ハ証告罪ノ責任ヲ負ヒ　四、惡意重過失ニ出テタル告發ハ刑事訴訟法第十三條ニ規定スル損害賠償ノ責任ヲ負フ等告訴ノ效力ニ相同シ然レトモ告訴ト異ル所ハ公訴機關カ事件ヲ不起訴ト決シタル場合ニ其結果ヲ告發者ニ通知スル手續ヲ爲ササルコト是ナリ（刑訴法第二六五條參照）告發ノ手續ニ付テハ官公吏ノ爲ス告發ハ口頭ヲ以テ又ハ代人ヲ以テスルヲ許ササルコトハ告訴ノ手續ト異ル所ナリ然レトモ告發ノ效力ハ告訴ノ如ク不可分ナリ又告發ハ告訴ノ如ク取下ヲ爲シ申立ヲ變更スルコトヲ得ルモノナリ（刑訴法第二五六條）法定代理人カ告訴ヲ爲シタル後、無能力者カ能力者ト爲リタルトキハ法定代理權消滅スルヲ以テ法定代理人ハ告訴ノ取下又ハ變更ヲ爲ス能ハス能力者ト爲リタル本人ニ於テ取下、變更ヲ爲スコトヲ要スルモノナレトモ告發ニハ法定代理人ノ資格ヲ以テスルモノナキヲ以テ無能力者ノ法定代理人タリシ者ハ本人カ能力者ト爲リタル後ニ於テモ自己カ曾テ爲シタル告發ヲ取下ケ若クハ變更スルコトヲ得ルモノナリ告發ノ取下變更ノ時期ハ確定判決ニ至ルマテナリトス告發ノ變更トハ單ニ告發ノ内容ヲ變更スルモノニシテ告發ノ取下トハ告發ノ意志表示ヲ取消スモノナリ訴訟條件タル場合ニ於テモ告發ノ訴訟條件タル因ト爲ルモノナレトモ告發ノ訴訟條件タル否ヤハ一ノ疑問ニシテ之ヲ許スヘキモノトセハ告訴ノ取下ト同一ノ結果ヲ生スルモノナリ然レトモ余輩ハ公務員ノ義務タル告發ハ取下ヲ許スヘキモノニ非スト信ス從テ告發ノ訴訟條件タル場合ニ於テ取下ノ爲メ訴訟ノ不成立ヲ來タスコトナシ刑事訴訟法第五十五條ハ告訴告發ハ其取下ヲ爲シ又ハ其申立ヲ變更スルコトヲ得ト規定シ之ニ對シ例外ヲ置キタル明文ナシト雖モ告發ハ公務員ノ義務ナル以上ハ之ヲ處分スルノ權能ナキヤ勿論ナレハ義務タル告發ハ取下ヲ許ササルコト義務タル公訴ノ取下ヲ許ササルト同一論法ヲ以テ決スヘキナリ錯誤ニ出テテ告發ヲ爲シタル場合ト雖モ取下ヲ許スヘキモノニ非ス唯右ノ場合ニハ公訴ニ付キ檢事カ無罪ノ意見ヲ述フルニ同シク告發ノ錯誤ニ出テタルコトヲ當該機關ニ申出ツヘキノミ以上ノ所論誤ラストセハ玆ニ告訴ト告發トノ間ニ一ノ差異ヲ認ムルヲ得ヘシ即チ告訴ハ訴訟條件タル場合ト雖モ

自首

確定判決アルマテ之ヲ取下クルヲ得ルモノナレトモ告發ハ公務員ノ義務ニ屬スル場合ニ於テハ如何ナル事由ニ出テタリトスルモ之ヲ取下クルヲ得サルコト是ナリ告發ノ取下ヲ許ササル場合ト雖モ告發ノ變更ヲ禁スルコトナシ何者所謂變更トハ告發ノ内容タル事實ノ主張ヲ訂正スルニ止マリ告發自體ヲ處分スルモノニ非サレハナリ故ニ告發ノ變更ハ訴訟法上特殊ノ效力ナシ換言スレハ事實上效力ヲ生スルコトアレトモ法律上ノ效力ヲ生スルモノニ非ス告發ヲ受ケタル機關ハ變更シタル告發ニ羈束セラルルコトナケレハナリ爆發物取締罰則第八條ニ規定スル爆發物ニ關スル重罪ヲ認知シタル者ノ告知ハ義務ナルヲ以テ亦取下ヲ爲ス能ハサルナリ

**二四二**　自首トハ犯人カ其犯罪ノ發覺前ニ犯罪捜査機關ニ犯罪事實及ヒ自己ノ犯人タルコトヲ進ンテ申告スルヲ謂フ故ニ自首ハ犯罪捜査ノ有力ナル端緒ナリ右ノ如ク自首ハ刑事訴訟法上有力ナル事項ナレトモ刑事訴訟法ニハ之ニ關シテ規定スル所ナシ之レ自首ノ手續ヲ規定スルノ要ナキニ出ツルモノナリ自首ニ關シテ嚴格ナル形式ヲ定ムルハ罪ヲ悔悟セル犯人ヲシテ自首ヲ爲スニ躊躇セシムル原因トナルノミナラス苟モ犯人カ進ンテ其罪ヲ告白スルニ當リ法律ニ定ムル形式ニ反スルカ爲メ之ヲ無效トスルハ刑事政策上其當ヲ得タルモノニ非ラサレハナリ而シテ自首ハ刑事政策上ノ理由ヨリシテ刑法ニ於テ刑ノ輕減ノ理由トセリ舊刑法ハ一方ニ於テハ謀殺故殺ノ犯罪ニ付キテハ自首ノ效力ヲ認メサリシモ前者ハ弊害ヲ生スルモノニシテ後者ハ理論上ノ根據ヲ缺クモノナリ詳言スレハ自首者ハ必ス減等ヲ得ルモノトスルトキハ減刑ヲ期シテ罪ヲ犯ス者ヲ生スヘク又謀殺故殺ト雖モ眞心悔悟シテ罪過ヲ告白スル者ニ法律ノ恩典ヲ奪フヘキ謂レナケレハナリ現行刑法ハ此點ニ鑑ミル所アリテ自首減輕ヲ裁判官ノ量定ニ委スルト同時ニ謀殺故殺ニ付キテモ亦減刑等ヲ與フルコトヲ得ルモノトセリ刑法上自首ノ效力ヲ生スルニハ捜査機關ノ推問ヲ受ケテ發シタルモノニ非サルコトヲ要件トスルモノナレトモ刑事訴訟法上ノ觀察ニ於テハ右ノ要件ヲ立ツルノ要ナシ然レトモ自白ト區別スルカ爲メニハ刑事訴訟法ニ於テモ發覺前ノ犯罪ノ告白ヲ以テ自首ト爲スノ要アリ故ニ自首ハ推問ヲ受ケスシテ生シタル自白

ニシテ自白ハ推問ヲ受ケテ爲シタル自首ナリト謂フヘク刑事訴訟法上ノ觀察ニ於テハ自首ハ自白ノ一種ニ外ナラス故ニ自白ヲ自首ト同視シテ減等ヲ與フルナラハ上告ノ理由ト爲ルヘキ實體法上ノ違法ヲ生スレトモ採證上自白ヲ自首ト爲シ或ハ自首ヲ自白ト爲シテ判決ニ之ヲ揭クルモ形式法上判決ノ違法ヲ來タスコトナシ刑事訴訟法上自首ノ性質ハ證據ニシテ自白ノ一種ナルカ故ニ之ヲ表明スルニ當リ自首ヲ自白トシ自白ヲ自首トスルモ證據ノ本質ヲ變スルコトナケレハナリ

自首ヲ爲スノ手續ニ付キテハ法律ニ規定スル所ナキモ判例ニ依レハ自首ヲ受ケタル官吏ハ告訴告發ヲ受ケタル場合ニ準シ刑事訴訟法第五十一條第二項ニ準シ調書ヲ作成スヘク司法警察官カ自首ヲ受ケタルトキハ調書ヲ作成シ同法第五十三條第二項ニ準シ即決ヲ爲ス場合ヲ除ク外之ヲ管轄裁判所ノ檢事ニ送致スヘキモノトセリ（明治三六年一、二月四日レ第二三五號大審院第二刑事部判決及ヒ同年一、二月一六日レ第四三號同院第一刑事部判決）自首ハ現行犯ニ付キテモ生スルモノナレハ現行犯ノ場合ニ自首ヲ受ケタル司法警察官ハ刑事訴訟法第四十七條ニ從ヒ其手續ヲ爲スヘキモノナルモ否ラサル場合ニハ同條ニ從フノ要ナキモノナリ自首ハ犯罪事實ヲ官ニ知ラシムル點ニ於テハ告訴告發ト異ル所ナキヲ以テ自首ヲ受ケタル官吏カ刑事訴訟法第五十一條第二項ニ從ヒテ手續ヲ爲スヘキコトハ法律ノ精神ニ適スルモノト謂フヘキナリ



## 第二款　捜査行爲

### 二四三　捜査行爲ノ意義及ヒ性質

### 二四四　捜査行爲ノ種類

### 二四五　捜査ノ實行

**二四三**　既ニ述ヘタル如ク捜査手續ハ公訴ノ準備ナルカ故ニ此手續ヲ成立セシムル捜査行爲ハ訴訟行爲ニ非ス訴訟行爲ニ對シテハ準備行爲タルノ性質ヲ有スルニ止マルモノナリ捜査行爲ハ訴訟行爲ニ非サレトモ其結果トシテ生シタルモノハ刑事訴訟法上一定ノ效力ヲ有ス捜査ニ依リテ蒐集シタルモノハ公訴ノ提起アリタル場合ニ證憑トシテ使用スルヲ得ヘク又捜査ノ結果ト豫審判事ニ證據蒐集ニ關スル方針ヲ示スモノナリ捜査ハ捜査機關タル檢事及ヒ司法警察官ノ義務ニ屬ス詳言スレハ檢事及ヒ司法警察官ハ告訴、告發其他ノ原因ニ

基キ犯罪アリト思料セハ其捜査ヲ爲ササルヘカラス（刑訴法四六條）反之裁判所及ヒ豫審判事ハ現行犯又ハ附帶犯ニ付キ審理ヲ開始スル場合ト雖モ捜査義務者トシテ行動スルモノニ非サルナリ捜査行爲ハ捜査機關ノ認識ニ達シタル事實カ果シテ犯罪行爲ナルヤ否ヤ其行爲者ハ何人ナルヤ其行爲ニハ處罰條件ノ具備スルヤ否ヤ等ヲ定ムルコトヲ目的トシテ行フモノナレトモ此目的ヲ達スルカ爲メ强制ヲ行フコトヲ得サルモノナリ唯現行犯ニ關シテハ狹少ノ範圍ニ於テ强制處分ヲ許スノミ之ヲ要スルニ捜査行爲トハ犯罪ノ發見及ヒ其證憑ノ蒐集ヲ目的トシ特別ノ場合ノ外ハ强制力ヲ用ヒスシテ行フ捜査機關ノ義務行爲ニシテ公訴提起ノ準備タルモノナリ故ニ捜査行爲ノ性質ハ

一、犯罪及ヒ犯人ノ發見ヲ目的トスルコト　二、犯人ノ定マリタル場合ニ於テモ起訴後ノ不結果ヲ來ササラシメ猶其證憑ヲ蒐集スルコト　三、捜査機關ノ義務ナルコト

四、特別ノ場合ノ外ハ强制力ヲ用フルヲ能ハサルコト　五、訴訟行爲ニ非スシテ準備行爲ナルコトノ點ニ在リ右ノ如ク捜査ハ捜査機關ノ義務ナリト雖モ此義務ハ告訴告發アリタル場合ニ常ニ發生スルモノニ非ス告訴告發アリタル事



件犯罪ヲ構成セサルトキ或ハ時效ニ罹リ其他公訴權ノ消滅シタル場合ニハ之ヲ爲スノ義務ナキヤ勿論ナリ又捜査ハ訴訟ノ準備行爲ニシテ訴訟行爲ニ非サルカ故ニ訴訟關係ヲ發生セシムルコトナシ又捜査手續ニ於テハ犯罪嫌疑者ハ當事者タルノ權利ヲ有セス

**二四四**　刑事訴訟法ハ捜査行爲ニ關シテ規定スルコトナシ唯明治二十六年司法省民刑甲第百七十四號同三十九年同民刑甲第百四十二號ニハ其方法及ヒ條件ニ付キ規定シ明治十年第二十二號布告ニハ司法警察官カ變死者ノ解剖ヲ命スルヲ得ル旨ヲ規定セルモノアルノミ捜査行爲ハ之ヲ區別スレハ

一、被嫌疑者其他關係人ノ强制ヲ以テセサル呼出、承諾同行、承諾留置　二、被嫌疑者其他關係人ニ對スル聽取即チ訊問　三、實況檢分　四、承諾捜索　五、領置

六、任意鑑定及ヒ變死人ノ解剖是ナリ

一、捜査機關ハ被嫌疑者其他ノ者ノ出頭ヲ强要スルノ職權ナキヲ以テ呼出ニ應セサル場合ニ於テハ右ノ者等ノ所在ニ出張シテ取調ヲ爲ササルヘカラス又呼出ニ應セサリシ者ニ制裁ヲ加フルノ職權ナシ況ンヤ勾引勾留ノ如キ身體ノ自由ヲ拘束スル處分ノ如キニ於テヲ

ヤ固ヨリ之ヲ爲スノ職權ナク唯取調ヲ要スル者ノ承諾アル場合ニ於テノミ之ヲ官署、犯所、其他ノ場所ニ同行スルヲ得ヘク又之ヲ留置スルヲ得ルノミ（二）聽取トハ強制ヲ加ヘスシテ爲ス訊問ナリ捜査機關カ取調ヘントスル點ニ對シ被疑者其他ノ關係人ヨリ進ンテ必要ノ事項ヲ申出ツルコトハ實際上稀ナルモノナレハ捜査機關ヨリ進ンテ是等ノ者ニ對シ取調ヲ爲スヲ通例トス而シテ其適當ノ手段ハ訊問ノ方法ナリ故ニ捜査方法トシテ訊問ヲ禁スヘキ謂レナク唯強制ノ訊問ヲ許ササルノミ訊問ノ結果ヲ明カニスル爲メ調書ヲ作成スヘキモノニシテ此調書ニハ問ト答トヲ記載スルモ違法ニ非ス此調書ヲ聽取書ト稱ス此調書ノ作成ニ付キテハ刑事訴訟法第二十條以下ノ規定ニ從フノ要ナシ舊判例ニ依レハ非現行犯ノ場合ニ於テ檢事カ捜査ノ目的ヲ以テ被告人ヲ訊問シ調書ヲ作成スルハ違法ナリトセリ舊判例ハ司法警察官、檢事カ非現行犯ニ付キ訊問ヲ爲シ調書ヲ作成スルヲ違法ナリトシ單ニ聽取書ト題シ其書面ニ聽取ノ結果ノミヲ掲ケ問答ノ形式ナキモノノミヲ有效トセルモ之レ形式觀ノ極端ニ走レルモノニシテ兒戯ニ類スルノ誹ヲ免レサリシナリ其後聯合部ノ判決ハ本

文ト同一ノ見解ヲ示スニ至レリ

明治二六年刑第二一九號同年一〇月二日大審院刑事聯合部ノ判決ニ「東京地方裁判所檢事ニ對シ犯罪ノ告訴ヲ爲シタル非現行犯ノ檢事ハ犯罪ノ場合ニ於テ捜査ヲ爲スヲ得サルモノトス然ルニ原判文

トルシトテニ論ナク其供述ヲ以テ適法ナリト認メサルヲ得ス云々聽取書ノ證據能力ハ前示ノ如ク一ニ聽取書ニ錄取シアル關係人ノ供述ノ任意ナル印ヲ捺ナルヤ否ヤニ依リテ定マルモノニシテ作成ノ方式ニ於テ瑕疵ナレハ其聽取書ニ類似スルモ此一事ヲ以テ其供述者共々署名不能ノ聽取書ト目シテ司法警察官カ檢察事務ノ職權ヲ以テ斷定スルヲ得ス何者ト雖モ聽取書ノ供述ヲ任意ナリト認メ之ヲ作成シタル不法ノ書類ナリト斷定スルヲ得ス之ヲ作成シタル場合ニハ錄取者供述者共々署名捺印シ普通ノ慣例ニシテ檢署名捺印ノ特別ノ方式ニ非サルノミナラス錄取者及ヒ供述者ノ署名捺印ハ夫レ自體ニ於テモ供述ノ不任意ナルコトヲ證スルモノニハ非サルヲ以テナリ

三、實況檢分ハ犯所其他ノ場所及ヒ物件狀態ヲ明カニスル爲メ行フ處分ニシテ其內容ハ檢證ト異ナラサレトモ法律上ノ性質ヲ異ニス檢證ハ訴訟行爲ニシテ檢分ハ捜查行爲ナレハナリ而シテ此檢分モ場所、物件ノ所有者、管理者等ノ意思ニ反シテ之ヲ爲スヲ許サス　四、捜查處分トシテノ捜查ハ縱令犯罪嫌疑者ノ居宅ナリト雖モ其意ニ反シテ之ヲ爲スニハ常ニ其承諾ヲ得ルコトヲ要ス　五、有管理スル場所ニ於テヲヤ之ヲ爲スニモ承諾ヲ得テ爲スモノニシテ强制力ヲ以テ施行スル差押トハ其性質ヲ異ニス即チ前者ハ捜查行爲ニシテ後者ハ訴訟行爲ナリ差



押物件ニ付キテハ被告事件ニ對シテ言渡ス判決中ニ之ヲ差出人ニ還付スル宣告ヲ爲スヘキモノナレトモ（刑訴法第二〇一條、但沒收スヘキ物件ハ此限リニ在ラス）領置物件ニ付キテハ判決ヲ以テ右ノ如キ裁判ヲ爲スヘキモノニ非サルナリ　六、任意鑑定トハ宣誓ヲ爲サシメスシテ專門ノ智識ヲ有スル者ヲシテ一定ノ檢查ヲ行ハシメ其結果ニ對スル意見ヲ陳述セシムル捜查處分ヲ謂フ例ヘハ死者ノ病死ナルヤ他殺ナルヤヲ檢查セシムルカ如シ實際上之ヲ屍體ノ檢案ト稱ス捜查處分タル任意鑑定ト訴訟行爲タル鑑定トハ其實質ニ於テハ異ル所ナシ變死人ノ屍體解剖ハ任意鑑定ノ手段トシテ行フ所ニシテ檢事ハ直ニ醫師ニ之ヲ命スルコトヲ得ヘク司法警察官ハ檢事ノ許可ヲ得テ又檢事ノ派出ナキ地方ニ於テハ地方長官ノ許可ヲ得テ之ヲ醫師ニ命スルモノナリ變死人ノ屍體解剖ハ醫師以外ノ者ニ之ヲ命スル能ハス（明治二十二年第一〇號布告）豫審判事ハ豫審處分トシテ墳墓ノ發掘ヲ爲スヲ得ルヤ勿論ナレトモ檢事又ハ司法警察官ハ捜查處分トシテ之ヲ爲スヲ得ルヤ否ヤハ二ノ疑問ナリ墳墓ノ發堀ハ或ル屍體ノ狀態ヲ檢查セシカ爲メ或ハ又稱ニハ隱匿セル證據物ヲ發見センカ爲メニ爲スモノナレハ其性質ハ捜查若クハ實

況檢分ニ屬スルモノト謂フヘシ從テ墳墓所有者ノ承諾アラハ之ヲ爲スコトヲ得ルモノト謂ハサルヘカラス（明治四十年レ第一〇九五號同年一二月三日大審院刑事部判決ニ曰ク犯罪ノ捜査上必要ナル場合ニ於テハ檢事ハ持主ノ承諾ヲ得テ墳墓ヲ發掘シ死體ヲ檢スルノ職權アルモノトス之レ家宅捜索ハ強制處分ニ非サレハ之ヲ爲スヲ得サルモノナルモ住居人ノ承諾アルトキハ檢事カ犯罪ノ捜査上人ノ家宅内ニ立入リ犯罪事實ノ發見ニ必要ナル事實竝ニ證ヲ檢査スルヲ得ルト同一ニシテ檢事カ之ヲ爲スヲ得サルノ理由ナキヲ以テナリ）墳墓ノ發掘ハ所有者ノ承諾アルヲ要セサレトモ墓地ニ入リ若クハ墓地ノ管理ニ支障ヲ生スル行爲ヲ爲ス場合ニハ管理人ノ承諾ヲ得サルヘカラス分析藥物ノ注射其他鑑定ノ爲メ必要ナル事項ハ所有者又ハ注射ヲ受クヘキ人ノ承諾ヲ得テ之ヲ爲スヲ得ルモノナリ

捜査爲行ハ之ヲ捜査處分ト稱ス司法警察官執務心得第四十三條第一項ハ其定義的規定ヲ示セリ曰ク捜査處分ハ犯罪ノ原由、性質、情狀、日時、場所、被害ノ形狀多寡被告人ノ氏名、年齡、職業、出生ノ地、住所、本籍、身分、職業、品行、前科ノ有無及ヒ證人ノ誰タルコト其他證憑ト爲ルヘキ一切ノ事物ヲ取調フルニ在リト而シテ同條第二項ニハ又被告人ノ利益ト爲ルヘキ模様ニ注意スヘシト規定セリ

**二四五**　捜査ハ現行犯、告訴、告發、自首、新聞、風説其他見聞シタル事物ニ因リ犯罪アルコトヲ認知シ又ハ犯罪アリト思料シタル場合ニ之ニ着手スヘキモノニシテ犯罪ノ場所又ハ證憑物件所在ノ場所ニ就テ捜査ヲ必要トスル場合ニ於テ家屋、建造物、船舶ニ係ルトキハ戸主、管守者等ノ承諾ヲ得テ之ヲ爲シ見分シタル實況ハ之ヲ書面ニ錄取スヘキモノトス犯罪事實ヲ證明スヘキ物件ハ所有者又ハ保管者等ノ承諾ヲ得テ之ヲ領置シ又ハ保全スルコトヲ得、但領置シタル物件ハ其品目ヲ記載シ且目錄ヲ作リ所有者又ハ保管者ニ交付スヘキモノトス官署、公署ニ於テ以上ノ處分ヲ爲ス場合ニハ其署ノ長又ハ之ニ代ルヘキ者ノ許諾ヲ得サルヘカラス被嫌疑者或ハ犯罪事實ヲ知ルナラント思料スル者ノ陳述ヲ聽カントスル場合ニハ書面又ハ口頭ヲ以テ一定ノ場所ニ出頭スヘキコトヲ報知スヘク強制的ニ呼出スヲ得ス以上ノ者ノ爲シタル陳述ハ之ヲ書面ニ錄取スヘク事實ノ簡單ナルトキ或ハ本人ノ希望アルトキハ陳述ニ代ヘ書面ヲ差出サシムルモ可ナリトス任意鑑定ヲ爲サシメタルトキハ鑑定人ヲ自由ニ任セ鑑定ノ方法ニ干渉スルヲ得サレトモ成ヘク現場ニ立會ヒ其結果ヲ得ルコトニ注意ヲ與ヘ鑑定ノ結果ニ付キテハ鑑定書ヲ差出サシムヘキモノトス（司法警察官執務心得第二七條第四四

（第四九條乃至第九六條）原形ヲ變スルニ非サレハ鑑定ヲ爲ス能ハサルトキ又ハ腐敗其他ノ原由ニ因リ其物件ヲ保存スヘカラサル場合ニハ原形ヲ變スル鑑定ヲ爲サシムルヲ得サレトモ其他ノ場合ニハ之ヲ爲サシムヘカラス屍體ヲ解剖スル必要アルトキハ檢事ノ許可ヲ受クヘク且必要ナル部分ノ外ハ之ヲ爲スヲ許サス（同則第五〇一條）

司法警察官カ　一、刑法第二編第一章第二章第八章ノ犯罪　二、高等官華族有位者帶勳者ノ禁錮以上ノ刑ニ該ルヘキ犯罪　三、外國人ノ犯罪及ヒ外國人ニ對スル犯罪　四、以上ノ外重要ノ犯罪又ハ公衆ノ耳目ヲ惹クヘキ犯罪ヲ知リタルトキハ速ニ之ヲ檢事局ニ報告スヘク（同則第二〇條）　五、外國公使館ノ名譽ニアル內國人ニ對シテ逮捕若クハ取調ヲ要スルトキハ速カ所轄檢事ニ報告シテ其指揮ヲ待ツヘキモノナリ（司法警察官ノ外國人ノ關スル執務心得明治三三年司法省民刑甲第一四二號第四條）其他外國人ニ對スル司法警察事務ノ執行ニ付キテハ司法警察官ノ外國人ニ關スル執務心得ニ詳細ニ規定セリ司法警察官ノ作ルヘキ書類ニハ所屬官署ノ印ヲ用ヒ年月日、場所ヲ記載シテ署名捺印シ每葉ニ契印スヘク若シ官署公署ノ印ヲ用フルコト能ハサル場合ニ於テハ其事由ヲ記載スヘク書類ヲ作ルニハ文字ヲ改竄スヘカラス挿入、削除、欄外ノ記入ヲ爲ストキハ之ニ認印シ其字數ヲ記載シ削除ノ部分ハ讀ミ得ヘキ爲メ其字體ヲ存シ行文ハ簡明平易ニシテ文飾ヲ避ケ事實ヲ失ハサルコトヲ要ス（執務心得第二四條）以上ノ規定ニ反シテ爲シタル行爲及ヒ作成シタル文書ニ付キテハ刑事訴訟法第二十條第二十一條ニ規定セルカ如キ無效ノ制裁ナキヲ以テ右ノ如キ行爲及ヒ文書ハ當然無效ニ非ス其採否ハ裁判所ノ自由心證ニ屬ス外國人ニ關スル捜査ニ付キテハ前示司法省民刑甲第百四十二號ニ詳規スル所ニシテ其中重要ナル者ヲ擧クレハ　一、內外人ヲ問ハス重要ナル罪ヲ犯シタル者逃亡シテ帝國ノ港內ニ在ル外國軍艦內ニ入リタル場合ニ於テ急速ヲ要スルトキハ其艦長ニ對シ任意引渡シヲ請求スルコトヲ得ルコト　二、帝國ノ領海若クハ港內ニ在ル外國ノ商船內ニ於テ捜査行爲ヲ爲スコトヲ得ルモノナレトモ乘組員ノ船內ニ於ケル犯罪ニ付キテハ　ア、帝國ノ陸上若クハ港內ノ安寧秩序ヲ害シタルトキ　イ、帝國ノ臣民若クハ乘組員以外ノ者ニ關係アルトキノ外ハ捜査ヲ行フ能ハサルコト　三、外國人ニ對シ任意出頭

ヲ求ムル爲メノ通知ハ口頭タルト書面タルトヲ問ハス外國語ヲ以テ之ヲ爲スヘキコト等之ナリ（外國人ニ對スル司法警察官執務心得第五五條第一〇條第二九條參照）司法警察官カ捜査ヲ遂ケ被告事件ノ要領ヲ得タルトキハ證憑物件及ヒ意見書ヲ添ヘ且參考ト爲ルヘキ事項ヲ報告シテ事件ヲ管轄裁判所ノ檢事局ニ送致スヘク違警罪事件ハ即決ヲナスヘキ官署ニ送致スヘキモノトス（執務心得第五二條第五三條）

## 第三節　特別捜査手續

### 第一款　現行犯及ヒ準現行犯

**二四六**　現行犯ノ沿革略……**二四七**現行犯ノ意義……**二四八**準現行犯ノ意義：二四九現行犯特別處分ノ立法上ノ理由及ヒ現行犯準現行犯ヲ保存スルノ要件……**二五〇**現行犯準現行犯ナルヤ否ヤハ事實問題ナルヤ或ハ法律問題ナルヤ

現行犯ノ沿革

**二四六**　現行犯ノ淵源ハ羅馬法ニ在リ十二銅標ニ依レハ窃盜ノ現行犯ハ死刑ヲ以テ之ヲ罰セリ**プレトウール**ノ時代ニ至リ窃取物ノ價額ノ四倍ノ刑ニ處シ非現行窃盜ハ其二倍ノ刑ニ處スルニ止メタリ**ガイユス**ノ法典並ニ**ボール**ノ裁判例ニ依リテ知ルヲ得ル如ク當時窃盜ノ現行犯ニ關スル學說ハ四派ニ分レタリ第一說ニ於テハ現行窃盜タルニハ犯人カ犯行中捕ヘラレタルコトヲ要スト雖モ第二說ニ於テハ犯罪ノ場所ニ於テ捕ヘラルルヲ以テ足レリトシ必スシモ犯行中ナルコトヲ要セストシ第三說ニ於テハ盜人カ其窃取セル物件ヲ藏置セント欲スル場所ニ至ラサル前ニ其物件ヲ携帶ノ儘捕ヘラレタルトキハ現行犯ナリトシ第四說ニ於テハ如何ナル場合如何ナル時ニ於ケルヲ問ハス苟モ逮捕ノ時窃取物ヲ携帶セハ窃盜ノ現行犯ナリトセリ第三說ハ最モ勢力ヲ有シタルモノニシテ遂ニ**ジユスチニアン**法典ノ採用スル所トナレリ（**ジユスチニアン**法典第四編第一章第二條以下 Sed si pettulit (fm) quo destinavit, tumetsi deprehendatur Cum re furtiva, non est manifestus fur.）現行窃盜ト非現行窃盜トノ區別ハ之ニ對スル刑罰ヲ異ニセルモ**カロリナ**（**カール**帝刑事裁判所法ト譯ス）ニ採用セラレ從ツテ特殊ノ法典ノ發布アル迄獨逸普通法ノ採用スル所タリシナリ現行犯非現行犯ノ區別ハ羅馬法ニ於テハ刑罰上ノ區別ナリシカ寺院法舊獨逸法ニ於テ訴訟手續上此區別ヲ認メ現行犯人ハ通常人之ヲ逮捕シテ裁判所ニ引渡スノ權利ヲ有シ裁判所モ亦職權ヲ以テ現行犯罪ヲ審判セリ當時ハ準現行犯ナルモノヲ認メサリシモ現

行犯ノ意義ヲ廣ク解シタルヨリ其適用ノ範圍モ廣カリシカ糾問訴訟制度ノ發達スルニ從ヒ現行犯ノ特別手續ハ漸々廢滅ニ歸セリ佛朗西古法ハ現行犯、非現行犯ノ區別ヲ立テサリシモ現行犯ノ觀念ハ之ヲ認メタリ千六百七十年ノ勅令ニハ現行中取押ヘラレ又ハ公衆ニ追呼セラレテ取押ヘラレタル被告人ニ關スル數多ノ規定アリシモ現行犯ノ定義ヲ掲クルニハ至ラサリキ共和第四年霜月三日ノ法典ハ其第六十二條ニ現行犯ノ場合ニ於テハ官吏並ニ庶人ハ犯人ヲ捕ヘ之ヲ治安判事ノ許ニ引致スルノ義務ヲ負フト規定シ(治安判事ハ當時鄙(Canton)ニ於ケル司法警察ノ長タリシ)其第六十三條ニハ犯人カ犯行中發見セラレ公衆ニ追呼セラルル場合及ヒ犯人ナリトノ推測ヲ下シ得ル武器、書類其他ノ物件ヲ嫌疑者ノ携帶セル場合ヲ現行犯ニ準スルノ規定ヲ設ケタリ佛朗西現行刑事訴訟法第四十一條第一項ニハ現行犯ノ定義ヲ掲ケ現ニ行ヒツツアル若クハ現ニ行ヒ終リタル犯罪ハ現行犯ナリトシ第二項及ヒ第四十六條ニハ現行犯ト看做スヘキ三箇ノ場合ヲ掲ケタリ即チ佛朗西刑事訴訟法ノ下ニ於テ現行犯トシテ訴訟手續上取扱フヘキ場合ハ

一、現ニ罪ト爲ルヘキ行爲ヲ現ニ行ヒ終リタル場合

二、罪トナルヘキ行爲ヲ現ニ行ヒツツアル場合

三、公衆ノ喚呼ニ依リ犯人トシテ追ハルヽ場合

四、現行ニ近邇セル時間ニ於テ犯罪ノ證據ト爲ルヘキモノヲ携帶スルヲ發見セラレタル場合

五、戸主ヨリ其家宅ニ於テ行ハレタル犯罪ヲ檢覈(constat)スル爲メ司法警察官ノ出張ヲ求メタル場合

是ナリ而シテ佛朗西刑事訴訟法ハ以上ノ場合ニ於テ檢事及ヒ司法警察官ニ假豫審ヲ開始スルノ職權ヲ有セシメ且以上ノ官吏及ヒ常人ニ現行犯人ヲ逮捕スルノ權利ヲ與ヘタリ獨逸刑事訴訟法ハ第百四條及ヒ第百二十七條以下ニ現行犯ニ關スル手續ヲ規定スレトモ現行犯ノ定義ヲ示サス且手續トシテハ犯人ノ逮捕及ヒ夜間ノ家宅捜索ヲ規定スルノミ而シテ通常人ト雖モ現行犯人ヲ逮捕スルヲ得ルコトハ佛法ニ異ラス然レトモ獨法ニハ假豫審ノ規定ナシ我刑事訴訟法ノ前身タル治罪法ハ佛朗西法ニ倣ヒ其第百條ニ現行犯ノ定義ヲ下シ現行犯罪トハ現ニ行ヒ又ハ現ニ行ヒ終リタル際ニ發覺シタル罪ヲ謂フト規定シ第百一條ニ準現行犯ノ規定ヲ設ケ

一、犯人トシテ一人又ハ數人ニ追呼セラルルトキ

二、兇器、贓物其他犯人ト思料ス可キ物件ヲ携帶シタルトキ

三、家宅内ニ於テ犯シタル罪ヲ檢證

スル爲メ又ハ其犯人ト思料スヘキモノヲ逮捕スル爲メ戸主ヨリ官吏ニ其處分ヲ求メタルトキノ三箇ノ場合ヲ以テ準現行犯ト爲シタリ刑事訴訟法第五十六條ハ治罪法第百條ト全然同一ニシテ第五十七條ハ治罪法第百一條第二號ヲ擴張シテ兇器贓物其他犯人ト思料スヘキ物件ヲ携帯シ又ハ身體被服ニ顯著ナル犯罪ノ痕跡アリテ犯人ト思料スヘキ時ト規定セルノ外其他ノ規定ハ治罪法五十七條ト同一ナリ以上ノ沿革ニ徵スルモ明カナル如ク現行犯非現行犯ノ區別ハ犯罪ノ體樣若クハ性質ニ關スル區別ニ非ス犯罪發覺ノ狀態ニ關スル區別ニシテ純然タル訴訟法上ノ區別ナルヲ知ルヘシ而シテ犯罪行爲ノ經過ヨリ之ヲ觀ンハ如何ナル犯罪ト雖モ現行犯非現行犯ノ兩狀態ヲ有セサルナシ犯罪ヲ爲ストキハ現行犯ニシテ之ヲ行ヒ終リテ若干時ヲ經過セハ非現行犯ト爲ルモノナレハナリ此觀察點ヨリスレハ此區別ハ殆ント無意義ニ屬スルモノナリ有意義ナル區別ヲ立テントセハ犯罪ノ檢覈セラルル時ヲ基點トナササルヘカラス犯人カ現ニ犯行ヲ爲シツツ在ル時ニ發見セラレタルヤ否ヤニ因リテ兩者ヲ分ツヘキナリ而シテ現行ニ非サル犯罪ハ即チ非現行犯ナルヲ以テ現行犯ノ意義ヲ定ムレハ非現行犯ノ意義ヲ特ニ定ムルノ要アルコトナシ



**二四七** 現行犯ニ二種アリ主觀的現行犯及ヒ客觀的現行犯之ナリ主觀的現行犯トハ現ニ行ヒ若クハ現ニ行ヒ終リテ發覺セル當時犯人ノ誰タルヤノ明瞭ナルモノヲ云ヒ(氏名住所等ノ明カナルコトヲ要セス犯人ヲ指定シ得ル程度ニ於テ明瞭ナレハ足レリ)客觀的現行犯トハ犯人ノ明瞭ナラスシテ犯罪事實ノミノ明瞭ナルモノヲ謂フ學者或ハ現行犯トハ發覺ノ當時犯人ノ明瞭ナル場合換言スレハ犯罪事實ト犯人トノ關係ヲ認ムルコトヲ得ル場合ノミヲ謂フモノナリトシ其ノ論據トシテ舊刑法第八十五條ヲ引ケリ同條及ヒ刑事訴訟法第五六條ニハ各發覺ノ文字ヲ用フレトモ此說ハ右兩條ノ發覺ナル文字ニハ兩條ノ規定ノ性質ヨリ生セル差異アルコトヲ看過シタルノ失アルモノト謂フヘシ舊刑法第八十五條ハ自首ノ規定ニシテ犯人ヲ主トスルカ故ニ條文ニ所謂發覺ノ文字ハ犯人ノ發覺ト解セサルヘカラス反之刑事訴訟法第五十六條ハ捜査ニ關スル規定ナルヲ以テ廣ク事件ノ發覺ト解スヘク犯人ノ發覺ノ義即チ狹義ニ解セサルヘカラサル理由ナシ殊ニ刑事訴訟法第百四十二條ノ規定アルニ徵スルモ現行犯タルニハ犯人ノ發覺ヲ必要トセサル

法意ナルコトヲ知ルヘキナリ同條ハ豫審判事カ檢事ヨリ先キニ現行犯アリタルコトヲ知リテ犯所ニ臨檢スル規定ニシテ且同條ニハ右ノ場合ニ於テ豫審判事カ檢證調書ヲ作ルヲ以テ公訴ノ提起アリタルモノトスルノ規定アリ犯人ノ何人ナルヤ明瞭ナラハ豫審判事ヨリ通知ヲ受ケタル檢事カ直チニ起訴スルコトヲ得ルモノナルヲ以テ檢證調書ノ作成ヲ以テ起訴アリタルモノトスル規定ヲ設クルノ要ナカルヘシ此規定ヲ設ケタルハ即チ犯人明瞭セスト雖モ檢證調書ノ作成ニ依リテ起訴ノ效力ヲ生セシメムカ爲メニシテ右ノ如ク犯人明瞭セサルモ現行犯ノ公訴提起ノ效力ヲ生スルモノナル以上ハ犯人ノ發覺ヲ以テ現行犯ノ要件ト爲ササルモノナルコトヲ知ルヘキナリ且反對論ノ如クセン歟犯人ノ明瞭セサルカ爲メニ瀕死ノ被害者ニ對シテ假豫審ヲ開ク能ハス其他有力ナル證據ノ蒐集ヲ爲ス能ハサルヘク急速ノ處分ヲ爲サシメムカ爲メ現行犯ノ特別手續ヲ設ケタル法意ハ沒却セラルルニ至ルヘキナリ故ニ現行判例ニ於テモ現行犯タルニハ犯人ノ發覺ヲ要セサルモノトセリ（明治二九年一〇月以降ノ判例）犯罪カ官ニ發覺シタルト私人ニ覺知セラレタルトハ現行犯ノ意義ニ影響ナシ換言スレハ官ニ發覺セラレタルコトノミカ現行犯ノ要件トナルモノニ非ラス刑法ニ所謂發覺トハ此點ニ於テモ亦其意義ヲ異ニス（刑法第八五條現行犯參照）更ニ進ンテ現行犯ノ意義ヲ說明センニ刑事訴訟法第五十六條ニ曰ク現行犯罪トハ現ニ行ヒ又ハ現ニ行ヒ終リタル際ニ發覺シタル罪ヲ謂フト此規定ヲ分析スレハ左ノ如シ

**(甲)　現ニ行ヒツツアル際發覺セル場合**　犯罪カ現ニ行ヒツツアル際即チ犯罪ノ實行中發覺セハ多クノ場合ニ於テハ犯人ノ誰タルヤ明瞭ナルヘキモノナレトモ必スシモ然リト謂フ能ハス例ヘハ覆面セル盜人カ土藏ニ忍ヒ入ラントシテ之ニ穴ヲ穿チタル際發見セラレ逃走セル場合ノ如シ而シテ發覺トハ既ニ述ヘタル如ク官ニ發覺セル場合ノミナラス私人ニ覺知セラレタル場合ヲモ謂フモノナレハ被害者ニ覺知セラレタル場合ヲ包含スルヤ勿論ナリ故ニ强姦殺人未遂傷害等ノ場合ハ現行犯ナレトモ右犯行ニ引續キテ後ニ說明スル現行犯ノ性質ヲ保存スヘキ手續ヲ盡ササルトキハ非現行犯ト爲ルモノナリ故ニ乙女カ甲男ニ十月一日强姦セラレタリトテ十二月三十一日ニ告訴シタル場合ニハ

該犯罪タルヤ乙ト甲トノ關係ニ於テハ現行犯ナリト雖モ刑事訴訟手續上現行犯ナリト稱スルヲ得ス又共犯者ニ於テハ現行犯ナリト謂フ能ハス而シテ犯罪ノ實行中自首シタルナラハ例ヘハ贋幣ヲ僞造スル爲メ或ハ煙草ヲ密造スル爲メ機械ヲ備ヘテ實行中官ニ自首シタルナラハ純然タル現行犯タルニハ發覺カ犯人ノ自發ニ出ツルト他人ノ扞發ニ出ツルトニ因リ差異ヲ生セサレハナリ古代ノ觀念ニ依レハ犯人ヲ其現行ニ於テ捕フルコトヲ以テ現行犯ナリトセリ(Dum fit deprehenditur)故ニ現行犯ノ場合ニ於テハ犯人ハ其犯行ヲ非認スル能ハス之ヲ以テ「現行犯ハ自白ニ等シトノ格言ヲ生シタリ古代ノ刑罰制度ハ現行中犯人ノ捕ヘラルル狀態ヲ基礎トシテ設ケラレタルモノニシテ犯人ヲ現行中捕ヘタルトキハ之ニ對スル復讐心ノ熾盛ナルヨリシテ刑罰ノ峻嚴ナルヲ致セシナリ(例ヘハ既ニ述ヘタル如ク窃盜ノ現行犯人ヲ死刑ニ處スルカ如シ)然レトモ現時ノ法律思想ニ於テハ犯人ヲ現行中捕フルコトヲ以テ現行犯ノ要素トスルコトナシ

(乙)　現ニ行ヒ終リタル際發覺シタル場合　此場合ニ於ケル犯罪ハ前ノ場合ニ於テハ現在ノ事實ナルニ異リ過去ノ事實ニ屬スルモノナリ(Le delit vient de se commettre, es loco deprehenditur ubi fit)茲ニ於テカ重要ナル問題ヲ生ス所謂行ヒ終リタル際トハ犯行ヨリ幾許ノ時間ヲ經過セサル間ヲ謂フヤ是ナリ之ヲ法文ニ徵スルニ具體的ニ時間ヲ示サス單ニ行ヒ終リタル際トアルカ故ニ犯行終了後十分時若クハ二十分時ト謂フカ如キ時間數ニ因リテ此場合ヲ定メントスルハ不可ナリ要ハ犯罪ノ熱ノ冷メサル間ト解スルニ在リ故ニ犯行當時ト同一ナル狀況カ依然トシテ繼續スル場合ニハ犯行後比較的長キ時間ヲ輕過スルモ所謂「行ヒ終リタル際」ト爲スヘク反之犯行後僅少ノ時間ヲ經過セシノミナルモ毫モ犯罪ノ痕跡ヲ止メサリシナラハ所謂「行ヒ終リタル際」ニ該當セサルモノト爲ササルヘカラス死體道路ニ横ハリテ傷口ヨリ血ノ流出シテ止マサルカ如キハ所謂「行ヒ終リタル際」ノ客觀的現行犯ノ顯著ナルモノ嫌疑者カ血ノ滴レル拔刀ヲ携ヘ顏面紅ヲ漲シ呼吸劇シキカ如キハ所謂「行ヒ終リタル際」ノ主觀的現行犯ノ明確ナルモノナリ然レトモ時間ノ經過モ全然無關係ナルモノニ非ス時間ノ經過ニ依リ犯罪當時ノ狀況ハ多クノ場合ニ於テ消滅スルモノナレハナリ唯單ニ半日若クハ一夜ト謂フ如キ時間ノ經過カ絕對ニ此場合ヲ阻却スト謂フヲ得サ

ルノミ又犯行後犯人ノ所在如何ハ「現ニ行ヒ終リタル際」ナルヤ否ヤヲ定ムルニ付キ憑據トナルモノナレトモ犯人ノ犯所ニ在ルコトヲ必要トセサルモノナリ之ヲ約言セハ犯罪ノ熱ノ冷メサル間トハ犯罪ノ性質ニ從ヒ種々ノ事實ニ依リテ決スヘキ問題ナリトス

明治二八年刑第六〇〇號同年五月二一日大審院刑事部判決ニ刑事訴訟法第五六條ニ所謂現ニ行ヒ終リタル際トハ讀ンテ字ノ如ク現ニ行ヒ終リタル當時即チ既ニ行ヒ終リタルモ犯人ノ未タ現場ヲ離レサルカ又ハ既ニ逃走スルモ衆口喧傳尚ホ其犯狀ヲ知ルニ足ルヘキカノ如キ場合ヲ謂フ故ニ本案ノ如キ殺害後一晝夜以上ヲ經テ初メテ發見シタル場合ニ在テハ該法條ニ依リ之ヲ現行犯ト謂フヲ得ストアルハ時間經過ト他ノ狀況トヲ綜合シテ現行犯ニ非サル場合ヲ判定シタルモノニシテ一晝夜ヲ經過セハ必ス非現行犯ト爲ルモノトセル趣旨ニ非サルコトハ本案ノ如キトノ一句アルニ徵シテ明カナリ

而シテ發覺トハ何人ニ對シテ發覺スルヲ云フヤノ點ハ前顯甲ノ場合ト異ルコトナシ之ヲ詳言スレハ官ニ發覺スルト或ハ又私人ニ覺知セラルルトヲ問ハス他人ニ發見セラルレハ法律ニ所謂發覺ナレトモ犯行ヲ共同實行者、教唆者、後犯者ニ覺知セラルルコトハ發覺ニ非サルナリ又此場合ニ於テモ前ノ場合ト同シク發覺ニ引續キ法定機關カ一定ノ手續ヲ盡ササルトキハ現行犯タルノ性質ヲ失フモノナリ法定機關ノ手續ヲ爲ササル爲メ現行犯タルノ性質ヲ失フコトハ次ニ說明スル準行犯ニ付キテモ同樣ナリ

此點ニ於テ實質上ノ現行犯若クハ準現行犯ト形式上ノ現行犯若クハ準現行犯トヲ區別スルヲ得ヘキカ現行犯若クハ準現行犯ノ發覺ノ事實其者ハ發覺ヨリ幾許時ヲ經過スルモ消滅スヘキモノニ非サルカ故ニ何等ノ手續ヲ盡ササルモ實質上ノ觀察ニ於テハ之ヲ現行犯ト稱スルヲ妨ケス然レトモ刑訴法ハ此實質上ノ觀察ニ於ケル現行犯ニ關シ法定ノ機關カ一定ノ手續ヲ盡ササルトキハ訴訟上現行犯タルノ性質ヲ有セシメス右ノ如ク一定ノ手續ヲ盡スニヨリテ現行犯タルノ性質ヲ訴訟上保有スルヲ得タルトキ之ヲ形式上ノ現行犯ト稱シ前者ヲ實質上ノ現行犯ト稱スルヲ得ヘシ準現行犯亦同シ然レトモ手續ノ進行ニ付キテハ右ノ如キ區別ハ毫モ實益ナシ何者所謂實質上ノ現行犯ハ訴訟手續上何等特別ノ效力ヲ有セサレハナリ

準現行犯ノ意義

**二四八**　準現行犯トハ發覺ノ當時ニ於テハ重罪若クハ輕罪タル事實ノ過去ニ屬スルモノヲ云フ即チ準現行犯ノ本質ハ非現行犯ナリ故ニ嚴格ナル論法ヲ以テスレハ前顯ノ場合ニハ縱令犯行ト發覺ト密接スルトキト雖モ其犯行タルヤ發覺ニ對シテ過去ノ事實ニ屬スルカ故ニ非現行犯ト謂ハサルヘカラス之レヲ以テ學者ハ乙ノ場合ヲ以テ現行犯ト爲シタルハ非理ナリト謂ヘリ今余輩ノ管見ヲ以テスルトキハ現行犯非現行犯ノ區別ハ罪質ニ關スルモノニ非ラスシテ純然タル訴訟手續上ノ區別ナルカ故ニ準現行犯ナルモノヲ廢シテ之レヲ現行

犯ト合シテ凡ヘテ現行犯ト稱スルトキハ無用ノ文字ヲ省キ說明ヲ簡潔ニスルヲ得ルノ利益アリトス此見地ヨリシテ以下丙丁戊トシテ準現行犯ニ付キ論究セン

(丙)　犯人トシテ一人又ハ數人ニ追呼セラルル場合　之レ刑事訴訟法第五十七條第一號ニ規定スル所ニシテ例ヘハ「盜賊！盜賊！取押ヘロ！取押ヘロ！人殺！逃スナ捕ヘロ」トノ叫聲ヲ背後ニ受ケテ逃ケ行ク場合是ナリ法文ニ追呼トアリテ追ヒ且ツ呼フノ字義ナレトモ追ヒ若クハ呼フノ一アルヲ以テモ準現行犯ノ條件ヲ充タスモノナリトハ一般ノ解釋ナリ(佛國刑訴法第四一條ニハ公衆ノ喚呼ニ依リ追跡セラルルトキ(poursuivi par la clameur publique)トアルヲ解シテ單ニ追ハルルトキモ亦準現行ナリトセリ此解釋ハ法律ノ精神ニ適スルモノニシテ我法律モ亦同樣ニ解スヘキモノナリ)然レトモ所謂犯人トシテ呼ハルルコトト犯人ナリトノ風評ヲ立テラルルコト換言セハ犯人ナリトシテ公衆ノ話頭ニ上ルコトトハ混同スヘカラス此後ノ場合ニ於テハ準現行犯ナルモノナシ(犯人ナリトノ風評ハ佛朗西學說ノ所謂Rumeur publique ニ當ルモノニシテ佛朗西學者モ此場合ハ準現行犯ニ非ストセリ即チ公衆ノ喚呼(clameur publique)トハ區別スヘキモノナリトセリ)

公衆ノ風評ハ其程度ノ進ミタルトキハ公衆ニ對スル顯著(Notoriété publique)トナレトモ兩者ハ何レモ犯罪ノ現行トハ其關係密接ナラサルカ故ニ捜査ノ端緒ト爲リ豫審ヲ開始スルノ原因ト爲リ得ヘキモノナレトモ現行犯ノ特別手續ヲ開始スルノ原因ト爲スヲ得サルナリ故ニ犯人トシテ追呼セラルルコトハ準現行犯人トシテ追呼セラルルノ義ニ解セサルヘカラス然ラサルトキハ商人カ數年前自家ノ商品ヲ拐帶セル雇人ト路上ニ於テ邂逅シ犯人トシテ之ヲ追跡スル場合ヲモ準現行犯ナリト爲ササルヲ得サルニ至ルヘク即チ事實自然ノ經過ニ反シテ單ニ犯人ナリトノ喚呼ノミヲ以テ最モ舊キ非現行犯ヲモ現行犯ニ準スルノ不都合ヲ來タシ特別手續ノ立法上ノ基礎ヲ破壞シ去ルヘキナリ故ニ犯人トシテノ公衆ノ追呼ハ何人カ果シテ犯行ヲ目擊セシヤ否ヤハ不明ナレトモ何人カ之ヲ目擊シタルヨリシテ生シタル普通ノ事例上推知シ得ヘキ場合ニ於テノミ刑事訴訟法第五十七條第一號ノ準現行犯ヲ認ムヘキモノトス(家宅内ヨリ犯罪危害ノ叫喚或ハ犯罪ニ對シ救援ヲ求ムルノ聲ノ發セラレタル場合ニ於テハ佛國刑訴法第四一條ニヨリ準現行犯トシテ處分スルヲ得ヘシトハガロー其他ノ佛國學者ノ主張スル所ニシテ本文丙ノ場合ニ相當スルモノナリ法文ノ解釋トシテ採用スルヲ得ヘシ)

(丁)　兇器贓物其他ノ物件ヲ携帶シ又ハ身體被服ニ顯著ナル犯罪ノ痕跡アリ

テ犯人ト思料スヘキ場合　之レ刑事訴訟法第五十七條第二號ニ規定スル所ニシテ條文ヲ文字通リニ解シ何等ノ制限ヲモ認メサラン乎余輩カ異樣ノ服裝ヲ爲シ（例ヘハ花時墨堤ニ於テ男子カ女裝シタルカ如シ）タルトキハ準現行犯トシテ警察署ニ引致セラレ拘留セラルルモ之ヲ忍ハサルヘカラサルノ不幸ヲ見ルヘク斯ノ如キハ人身ノ自由ヲ尊重スル立憲政ノ基礎ヲ破壞スルモノト謂ハサルヘカラス茲ニ於テカ理論上本號ノ適用ニハ一定ノ要件ヲ具備セサルヘカラストノ說ヲ生シ或ハ下ニ述フル三要件ノ全部ノ具備ヲ要スト主張スル者アリ所謂要件トハ　一、犯罪アリシコトヲ知リタルコト是ナリ此要件ヲ主張スル學者ハ曰ク即チ犯罪事實ノ既ニ明白ニシテ且其携帶物件又ハ身體被服ニ存スル痕跡カ其犯罪ニ相應スルヲ以テ既知ノ犯罪ハ此嫌疑者ノ所爲ナリト認ムルコトヲ得ル場合ナラサルヘカラスト盖シ此要件ヲ必要トセサラン歟巡査ハ如何ナル犯罪アリシヤヲ知ラサルニ拘ハラス擧動不審ノ故ヲ以テ通行人ヲ準現行犯トシテ捕フルコトアルヘシ或ハ犯罪捜査機關カ突然他人ノ家內ニ侵入シテ捜査ヲ遂ケ或ル物件ヲ差押ヘ之ニ基キ準現行ノ手續ヲ爲スノ弊害ヲ生スヘシ故ニ本號ノ準現行犯アリトセンニハ必シモ犯人ノ誰タルコトヲ知ルヲ要セサレトモ一定ノ犯罪アリタルコトヲ知リタル後何人モ見得ヘキ場所ニ其物件又ハ痕跡アルコトヲ認メタル場合ナルヲ要スト　二、犯罪ニ密接セル時間ニ於テ兇器、贓物等ノ携帶ヲ認メ又ハ身體被服ニ顯著ナル犯罪ノ痕跡アルコトヲ見認セルコト是ナリ此要件ヲ認メサラン歟刀劍ヲ携ヘ通行スル者ヲ捕ヘ準現行犯人トシテ手續ヲ開始スルモ不法ナリト云フヘカラサルカ故ニ不當ノ逮捕或ハ當局者ノ職權濫用ヲ防クニ途ナカルヘシト此二箇ノ要件ヲ主張スル說ヲ駁スル者ハ曰ク佛朗西刑事訴訟法第四十一條第二項ニ於ケルカ如ク犯罪ノ時ヨリ間モナク云々ヲ携ヘタルニ因リ之ヲ其犯罪ノ正犯又ハ從犯ナリト思料スヘキトアルニ於テハ兎ニ角ナレトモ唯「犯人ト思料スヘキトキ」ト規定シタルニ過サル現行法ノ解釋トシテハ當ラサルモノナリト　三、犯罪アリタル場所ニ接近スル場所ニ於テ兇器、贓物等ノ携帶ヲ認メ又ハ身體、被服ニ顯著ナル犯罪ノ痕跡アルコトヲ見認セルコト是ナリ不當ノ逮捕、職權濫用ヲ防カンカ爲メニハ此要件ヲ立テサルヲ得スト然レトモ佛國刑事訴訟法ノ解釋トシテモ此要件ヲ必要トセサルコトハ學

說ノ一致スル所ニシテ殊ニ交通運搬ノ利器ノ備ハレル現時ノ狀態ニ於テ此要件ヲ必要トスルトキハ適切ナル處置ヲ取ル能ハス實際ノ必要ニ遠サカルコト大ナルヘシ例ヘハ自動車ヲ使用シテ青山ニテ窃盜ヲ爲シタル後ニ深川ニ逃レタルトキハ犯行ヨリ十數分ヲ經過スルノミニシテ贓物ヲ携帶セルニ拘ハラス準現行犯ノ特別手續ヲ行フ能ハサルノ不便ヲ來タスヘケレハナリ第三ノ要件ヲ主張スル說ハ我法意ニ協ハサルヤ明カナレトモ第一第二ノ要件說ハ有力ナル理由ヲ有スルモノナリ殊ニ時間的要件ニ關シテ母法タル佛法ノ規定ハ更ニ一ノ根據ヲ添ユルモノト謂フヘシ然レトモ刑事訴訟法第五十七條第二號ハ佛訴訟法第四十一條第二項ノ如ク法文上該要件ヲ示サス而シテ右ノ如キ要件ヲ認ムルトキハ實際ノ運用上膠柱彈琴ノ嘆ヲ生スヘシ余輩ハ所謂第一第二ノ要件ヲ以テ形式的要件トナサス之ヲ要件ト爲スノ趣旨ヲ實質的ニ參酌シテ兇器贓物ノ携帶或ハ身體被服ニ存スル顯著ナル變狀カ之ニ相應スル犯罪ヲ常識上客觀的ニ推料セシムヘキ狀況ノ存スルコトヲ以テ要件ト爲サントスル者ナリ之ヲ換言スレハ客觀的ニ一定ノ犯罪ヲ推定セシムヘキ物件ノ携帶又ハ身體被服ニ於ケル痕跡アルコト或ハ此有形事實ノ外、犯人ト思料セシムヘキ狀況ノ存スルコトヲ要スト爲スモノナリ故ニ例ヘハ本號ノ準現行犯アリトスルニハ如何ナル場合ニ於テモ兇器ノ携帶アラハ足レリト爲スハ誤レリ例ヘハ刀劍類ヲ携ヘタル古道具商ノ通行スルヲ殺人若クハ强盜ノ準現行犯トシテ捕フル能ハサルカ如シ然レトモ血痕アル拔刀ヲ携ヘ其緣因ヲ問ハレ嫌疑ヲ避クルニ適切ナル答ヲ爲ス能ハサル者ハ準現行犯トシテ捕フルヲ得ヘシ又白晝大風呂敷包ヲ擔ヒ行ク者ヲ直チニ窃盜ノ準現行犯人ト目スル能ハスト雖モ夜間之ヲ擔ヒ頬冠ヲ爲シ故ラニ巡査ノ交番所ノ前ヲ通行スルヲ避ケ道ヲ迂回シテ急キ行ク者ノ如キハ一應之ヲ訊問シ適切ナル答ヲ得スンハ準現行犯トシテ捕フルヲ得ヘシ又注意スヘキ點ハ各種ノ犯罪ニ相應シテ密接ノ關係アルヘキ物件ノ携帶其他ノ外形事實アルヲ要スルコト是ナリ故ニ僞造貨幣ヲ所持スル事實ニ依リ之ヲ貨幣僞造ノ準現行犯ト目スルヲ得ル場合アルヘシト雖モ之ヲ以テ文書僞造ノ準現行犯ト爲スヲ許サス況ンヤ之ヲ以テ內亂ノ陰謀ヲ爲シタル準現行犯ト認ムルカ如キニ於テヲヤ其不法ナルコト勿論ナリ法文ノ「思料スヘキトキ」ナ

ル文句ニハ最モ注意ヲ要スルモノニシテ即チ犯人ト認定スヘキ客觀的原因ノ存スルトキトノ義ニ解スヘシ故ニ一定ノ犯罪ノ犯人タルヘシトノ嫌疑ヲ生シタルノミニテハ足レリトセス又準現行犯ノ特別處分ヲ行ハントスル者ノ主觀的觀察ノミニテハ足レリトセス何等ノ物件ヲ携帶セサルニ拘ハラス盜賊ラシキ相貌ヲ有ストノ事由ノミニテハ準現行犯ノ處分ヲ爲スヲ得ス大風呂敷ヲ背負ヒ居ルカ故ニ盜人ナルヤモ知レストノ嫌疑ノミヲ以テシテハ未タ準現行犯トシテ之ヲ捕フルヲ得サルナリ

次ニ研究スヘキハ携帶ノ意義ナリ或ハ單ニ之ヲ所持ノ義ニ解スル者アリ然レトモ之レ廣汎ニ失スル解釋ニシテ數百里ノ地ニ旅行セル者ノ留守宅ニ於テ出發後數十日ヲ經テ贓品ヲ發見シタルトキハ準現行犯トシテ之ヲ旅行先ニ於テ捕フルヲ得ヘシトノ論定ヲ生スレハナリ或ハ物件ヲ握持シ若クハ懷中スル場合ニ限局スル者アリ然レトモ之レ狹隘ニ失スルモノニシテ準現行犯ノ規定ヲ設ケタル法意ヲ沒却スルモノナリ或ハ之ヲ身邊ニ所持スル場合詳言スレハ兇器贓物等カ所持者ノ身體ニ伴フテ移轉スル場合ナリト解シ例ヘハ贓品ヲ運



搬スル場合ヲ包含スレトモ家宅内ニ藏置セル場合ノ如キハ假令犯人偶々家宅内ニ在リト雖モ該物件ハ犯人ニ伴フテ移轉スヘキ關係ヲ有セサルカ故ニ携帶ト謂フヲ得ス携帶ナル文字ハ舊刑法持兇器家宅侵入、持兇器强窃盜ノ各法條ニ於ケルト其意義ヲ異ニスヘキモノニ非サルノミナラス本項ノ規定中身體被服ニ顯著ナル犯罪ノ痕跡アル場合ノミヲ準現行犯トシ被告人ノ身邊ヲ離レタル物件例ヘハ被告人ノ住家、乘用ノ車、馬、飼犬等ノ痕跡アル場合ヲ除外セルニ比照スレハ其權衡上携帶ノ文字ニハ家宅内ノ藏置ヲ包含セシメサル法意ナルコトヲ知ルヘシト論スル學者アリ然レトモ舊刑法ノ持兇器强盜ニ關シテモ被害者ヲ火藥其他爆發物ノ在ル場所ニ伴ヒ行キ金ヲ出ササレハ之ヲ爆發セシメテ汝ヲ殺スヘシト脅迫シタルトキハ持兇器强盜ナリトノ解釋ヲ立ツルヲ得ルヲ以テ本號ノ携帶ヲ爾ク窮屈ニ解スルハ却テ法意ニ反スルモノナリ余輩ハ一派ノ學者ト共ニ本號ノ携帶ヲ兇器、贓物等カ被嫌疑者ノ事實的支配内ニ存スルトキト解スルモノナリ故ニ所持ノ文字ヲ通俗ニ解スレハ余輩ト同一ノ解釋ニ歸スヘキナリ斯ノ如ク解スルニ於テ始メ

テ本號ノ遺憾ナキ適用ヲ實際上見ルコトヲ得ヘキナリ故ニ贓物ヲ土藏ノ奥ニ隱匿シタル場合ニ他ノ法律上正當ナル理由ニ基キ家宅捜索ヲ爲シ之ヲ發見セハ竊盜、詐欺、贓物ニ關スル罪等ノ準現行犯トシテ處分ヲ爲スコトヲ得ヘシ而シテ乘馬、飼犬等ニ犯罪ノ痕跡アラハ本號ニ所謂其他ノ物件ノ携帶ニ該當ス本號後段ノ身體被服ニ於ケル顯著ナル痕跡トハ例ヘハ肉體ニ於ケル創傷ノ生々シキニ依リ互ニ鬪毆シタル者ノ一方ト認ムルヲ得ルカ如キ被服ニ於ケル監獄ノ番號ニ依リ未決囚ノ逃走者ト認ムルヲ得ルカ如シ又行人既決囚ノ獄衣ヲ着シ看守者ナキ場合ノ如キハ被服身體ニ徴シ既決囚逃走罪ノ準現犯ト認ムヘキカ如シ身體トハ被嫌疑者ノ肉體ヲ謂フモノナルカ故ニ夫婦ノミナル一家ニ於テ妻ノ身體ニ創傷アルモ之レ夫婦喧嘩ニ原因スルモノナルヘシトシ夫ニ對シテ準現行犯ノ處分ヲ爲ス能ハス又被服トハ被嫌疑者ノ現ニ着用スル衣服ヲ謂フモノナルカ故ニ其所有ニ屬スルモ現ニ着用セサル衣服ニ犯罪ノ痕跡アルモ被服ニ犯罪ノ痕跡アリトシ準現行犯ノ處分ヲ爲スコトヲ得ス然レトモ着用セサル衣服ニ於ケル犯罪痕跡ハ携帶品ニ於ケル犯罪痕跡トシテ準現行犯處分ヲ爲スヲ得ル場合アルヘシ例ヘハ生血ノ滴レル襯衣ヲ風呂敷ニ包ミテ携帶セル場合ノ如シ

(戊)　家宅内ニ於テ犯シタル罪ヲ檢證スル爲メ又ハ其犯人ト思料スヘキ者ヲ逮捕スル爲メ戸主ヨリ官吏ニ其處分ヲ求メタル場合　之レ刑事訴訟法第五十七條第三號ニ規定スル所ニシテ佛國刑事訴訟法第四十六條ニ淵源ス該條ハ家宅内ニ於テ犯シタル重罪、輕罪ニ付キ戸主ヨリ檢事ニ檢證ヲ求メタルトキハ現行犯ニ準スル趣旨ノ規定ニシテ茲ニ所謂檢事トハ司法警察官トシテノ檢事ヲ謂フモノナルカ故ニ檢事以外ノ司法警察官ニ對シテモ此檢證ノ要求ヲ爲スコトヲ得ヘク右ノ場合ニ於テモ準現行犯ノ手續ヲ爲スヘキモノナリトハ一般ノ解釋ナリ我第五十七條第三號ノ官吏ナル語モ亦司法警察官ノ義ニ解スヘキモノナリ佛國學者ノ説明スル所ニ依レハ本號ノ場合ニ相當スル佛國刑事訴訟法第四十六條ノ準現行犯ノ訴訟上成立スル要件ハ下ノ如シ

一、重罪若クハ輕罪ナルコト　故ニ違警罪ヲ包含セス但既遂未遂ヲ問ハス

二、家宅内ニ於テ行ハレタルコト　故ニ家宅ノ性質ヲ有セサル建造物内ニ於テ犯罪アリタル場

合ヲ包含セス　三、戸主ヨリ檢證ノ要求アリタルコト戸主トハ法律上ノ意義ニ於ケル戸主ヲ謂フモノナレハ獨立セル家族ノ數團カ一家ノ内ニ同居スル場合ニハ數多ノ戸主アルモノトス戸主カ右ノ要求ヲ爲スニハ特殊ノ形式ナク口頭ヲ以テモ或ハ書面ヲ以テモ之ヲ爲スコトヲ得ヘク書面ヲ以テ之ヲ爲シタルトキハ一件記錄ニ該書面ヲ添付スヘク口頭ヲ以テ之ヲ爲シタルトキハ調書ヲ作成スヘシ家宅内ヨリ救援ヲ求ムル聲若クハ犯罪ノ危害ノ叫喚ノ發セラレタル場合ニ於テハ戸主ノ要求ヲ必要トセス準現行犯處分ヲ爲スヲ得ヘシ之レ犯罪ニ付キ公衆ノ喚呼スル場合ノ一ニ外ナラサレハナリ檢事及ヒ其補助官ハ以上ノ場合ニ於テハ夜間ト雖モ家宅ニ入リ手續ヲ施行スルヲ得ヘシト我訴訟法ノ解釋トシテモ以上第一第二ノ要件ヲ必要トスルハ勿論ナリ第三ノ要件トシテハ檢證又ハ逮捕ヲ戸主ヨリ要求シタルコトヲ要スト爲スヘキナリ而シテ右ノ外猶一ノ要件ト爲スヘキハ犯罪カ戸主ニ對シ現行犯若クハ他ノ準現行犯トシテ發覺シ犯罪ニ依リテ擾亂セラレタル家宅内ノ安全カ舊態ニ回復セサルコト是ナリ此要件タルヤ言ヲ俟タサル所ニシテ若シ法文ニ言明セサルヲ根據ト



シテ此要件ヲ必要トセサルモノトセン歟犯罪後數年ヲ輕過シタル後戸主ヨリ檢證又ハ犯人逮捕ノ要求ヲ爲シタルトキニ於テモ準現行犯手續ヲ開始セサルヘカラサル不當ノ論結ヲ生スヘシ或ハ曰ハン此要件ヲ立ツルトキハ現行犯若クハ他ノ準現行犯ト重復スヘシ既ニ戸主ニ對シテ現行犯若クハ準現行犯タルナラハ戸主ノ檢證若クハ逮捕ノ要求ヲ待ツテ更ニ之ヲ準現行犯ト爲スノ要ナケレハナリト然レトモ此非難ハ實質上現行犯タルモノモ一定ノ手續ヲ盡サスシテ拋置セハ形式上現行犯タラサルニ至ルコトヲ看過セシヨリ生セルモノニシテ正當ノ非難ニ非ス即チ實質上戸主ニ對シテ現行犯又ハ準現行犯タルモ犯罪捜査機關ニ對シテハ現行犯又ハ準現行犯ニ非サル場合屢々生スルモノナルヲ以テ第五十七條第三號ノ規定ヲ必要トスルモノナリ而シテ此準現行犯タルニハ犯罪後一日若クハ三日ト云フカ如キ數字的時間ノ制限ナシト雖モ數年ヲ經過セハ犯罪ニ因リテ擾亂セラレタル家宅内ノ平和ヲ回復スルコト事實ノ通例ナル經過ナルヲ以テ時ノ經過ハ此準現行犯ノ場合ヲ消滅セシムル間接ノ原因ナルコトアルヘキナリ而シテ家宅内ノ平和ノ擾亂ハ未タ消滅セサルモ戸主

以外ノ者ニ對シテハ現行犯又ハ他ノ準現行犯ナリトスル能ハサル場合アレトモ戸主カ現行犯若クハ他ノ準現行犯ヲ認メタル場合ニ於テ之ニ因リテ擾亂セラレタル家宅内ノ平和カ未タ回復セラレサル間ハ戸主ニ對シテハ第五十七條第三號ノ要求ヲ爲スノ原因タル現行犯若クハ準現行犯ノ存スルモノニシテ戸主ハ此時間内即チ家宅内ノ平和ノ回復セラレサル間ニ於テ該要求ヲ爲シ以テ形式上ノ準現行犯ヲ成立セシムルコトヲ得ヘシ右ノ如ク法律ヲ解スルニ於テハ初メテ本條第一號第二號ノ外ニ第三號ノ規定ヲ置クノ必要アルコトヲ知ルヘク刑事訴訟改正案ニ於ケルカ如クノ之ヲ刪除スルノ要ナキナリ現行法第五十七條ニ相當スル草案第八十四條ニハ第五十七條第三號ノ如キ規定ヲ存セサル外猶同條第一號ニ相當スル規定ヲ存セサリシハ推フニ第一號ニ規定セル場合ハ現ニ行ヒ終リタル際ニ發覺シタル場合ニ包含スルモノト爲シタルニ由ルモノナラン而シテ草案ニハ實際上有要ナル一ノ場合ヲ附加セリ誰何セラレテ逃走シタル場合是ナリ又一部ノ學者及ヒ實際家ハ犯人カ自ラ犯罪ヲ申告シタル場合（自首ニ由ツルト推問ニ由リ自白シタルトヲ問ハス）ヲ準現行犯ト爲スヘシト論セリ之レ實際上必要ナル改正意見ナレトモ無制限ニ犯人カ犯罪ヲ申告シタル場合ヲ準現行犯トキハ何等ノ痕跡ナキ三年前或ハ五年前ノ犯罪ヲ自首シタル場合ニ於テモ猶準現行犯トシテ取扱フコトヽナリ現行犯ノ觀念ニ遠サカルコト甚シカルヘシ故ニ一定ノ制限ノ下ニ此說ヲ採用スルハ可ナレトモ所謂制限ノ定メ方ニ大ナル困難ヲ感スヘシ違警罪ニ付キテハ準現行犯ナルモノナシ

**二四九**　現行犯ノ特別手續ニ關スル立法上ノ理由ハ一般學者ノ說明スル所ニ依レハ訴訟ノ要素ヲ蒐集シ犯人ニ對スル刑事裁判ノ行動ヲ確保スルニ存スル急速ノ必要ニ在リトセリ（Urgence qu'il peut y avoir à recueillir tous les éléments du procès et à assurer l'action de la justice répressive）犯人ノ逮捕又ハ證據ノ蒐集ニ關シ機宜ヲ失スルコトナカラシムル爲メ此特別手續ヲ設ケタリト說明スル學者アリ然レトモ此說明ハ語弊アリ非現行犯ト雖モ證據ノ蒐集、犯人ノ逮捕ニ機宜ヲ失スルナカランコトヲ要スルモノナレハナリ或ハ又犯罪事實若クハ犯人ノ何人ナルヤカ非現行犯ノ場合ニ比シテ比較的ニ明白ナルカ故ニ此特別手續ヲ設ケタルモノナリト說明スル學者アリ然レトモ單ニ比較的ニ犯人又ハ犯罪事實カ明白ナリトノ一事ノミニテハ未タ以テ此特別手續ヲ設

現行犯特別手續ノ立法上ノ理由及ヒ現行犯ト準現行犯トノ區別保存スルノ要件

ケタル理由ト爲スニ足ラサルヘシ何者急速ノ必要ナクンハ通常ノ手續ニ從ハシムルモ不可ナルコトナケレハナリ故ニ以上ノ兩說ハ何レモ現行犯特別處分ノ立法上ノ一理由ノミニ止マリ未タ完全ナル理由ノ說明ト爲ス能ハス今通說ヲ基礎トシテ現行犯特別手續ノ立法上ノ理由ヲ說明スレハ寃者ニ累スルノ弊少ク且證據蒐集上極メテ便利ニシテ好結果ヲ得ヘク而シテ此結果ヲ得ルニハ急速ニ着手スルヲ要スト謂フニ在リ詳言スレハ容易ニ證據ヲ蒐集シ犯罪實事ヲ確ムルコトヲ得ル好機會ノ生シタルモノナルカ故ニ此機會ニ於テ證據ヲ蒐集スルトキハ手續ノ經濟ヲ得ルノミナラス時間ノ經過ニ因リ消滅スヘキ證據ヲ保存スルヲ得テ其結果ハ良好ナルヘク且無辜ヲ害シ寃者ニ累スルコト極メテ稀ナルモノニシテ右ノ機會ヲ利用スルニハ急速ノ行動ヲ要スルヲ以テ此特別手續ヲ規定シタリト謂フニ在リ次款ニ於ケル此特別手續ノ說明ヲ參照セハ右立法上ノ理由ヲ一層明瞭ニ了解スルヲ得ヘシ

右立法上ノ理由ヨリシテ現行犯準現行犯ノ性質ヲ保存スルノ要件換言セハ手續上現行犯ノ效力ヲ存續セシムルニ必要ナル條件ヲ生ス其條件トハ何ソヤ犯罪ヲ發見スルニ次キテ當該官憲カ一定ノ手續即チ次款ニ於テ說明スル手續ヲ行フコト是ナリ私人ハ勿論當該公務員ト雖モ現行犯ヲ見認シタルニ拘ハラス法定ノ手續ヲ盡サス其儘拋置シタルトキハ訴訟法上現行犯タルノ效力ヲ失フモノナリ故ニ例ヘハ現行犯人ヲ捕フルモ之ヲ司法警察官ニ引致スルノ手續ヲ爲サス或ハ司法官カ之ニ基キ逮捕告發ニ付キテノ調書ヲ作ラサリシトキハ現行犯タルノ效力消滅スルモノナリ又例ヘハ司法警察官カ自ラ又ハ申告ニ因リ犯人不明ノ現行犯アリタルコトヲ知ルニ拘ハラス臨檢其他ノ手續ヲ爲ササリシトキハ訴訟上現行犯トシテ後日之ヲ取扱フ能ハス何者急速ノ處分ヲ要スルヨリシテ現行犯準現行犯ノ特別手續ヲ定メタルモノナレハ犯罪行爲ニ引續キ此手續ヲ爲ササラン歟非現行犯ノ場合ト擇ム所ナキヲ以テ以上ノ場合ニ現行犯ノ效力ヲ存セシムヘキ理由毫モ存セサレハナリ之レ右ノ條件ヲ現行犯準現行犯ヲ保存スル爲メニ必要トスル所以ナリ

現行犯ヲ保存スルノ要件ト此要件ニ屬スル手續上ノ行爲ノ要件トハ之ヲ混同スヘカラス例ヘハ被告人ヲ逮捕セサル場合ニ假豫審ヲ爲スコトハ現行犯ヲ

保存スルノ要件ニシテ假豫審處分ノ一タル檢證ニ立會人アルコトハ檢證處分ノ要件ナルカ如シ而シテ兩者ハ同一ノ結果ニ歸着スルコトアルモノナレトモ詳言スレハ現行犯ヲ保存スルノ要件タル手續ヲ盡ササリシトキハ其結果トシテ法律上現行犯タルノ效力ノ消滅スルニ同シク檢證處分ノ要件ヲ缺クカ爲メ檢證處分ハ法律上無效ナルノ結果トシテ現行犯ノ效力ノ消滅スルコトアルモノナレトモ以上ノ結果ニ於テモ亦差異アリ一ハ直接ノ結果ニシテ他ハ間接ノ結果ナルコト是ナリ

**二五〇**　或犯罪事實ノ發覺シタル場合ニハ其發覺ノ狀態ニ因リ現行犯ナルヤ否ヤ（或ハ準現行犯ナルヤ否ヤ以下現行犯ト解スヘシ）ヲ決スヘキモノナレハ犯人ニ接シ若クハ犯罪ノ場所ニ臨メル者ニ非サル以上ハ之ヲ甄分スルコト困難ナルモノナリ此點ニ於テ觀察スレハ現行犯ナル否ヤハ事實論ニ屬スルモノト謂フヘシ然レトモ犯罪發覺ノ狀態ヲ具體的ニ明示スルハ敢テ困難ノ事業ニ非サルモノニシテ此明示セラレタル事實ハ現行犯ト爲スヘキヤ或ハ非現行犯ト爲スヘキヤハ之ヲ法律ノ規定ニ照ラシ法律カ現行犯トシテ要求スル條件ノ此明示セラレタル事實ニ具備スルヤ否ヤニ依リテ定マルモノナレハ現行犯ナルヤ否ヤノ問題ハ純然タル法律問題ナリトスル例ヘハ犯人トシテ追呼セラレタル事實ナク單ニ犯人トシテ風評セラレタル事實ノミヲ擧ケテ準現行犯處分ヲ爲シタリトセハ其處分ハ無效ナリ法律裁判所ハ此無效ナル處分ニ起因スル訴訟手續ヲ破毀セサルヘカラス反之犯人トシテ追呼セラレタル事實アリト誤認（追呼ト風評トハ法律上同一ノ效力アリト誤解シタルニ非スシテ風評ヲ追呼ナリト事實的ニ誤認シタルヲ云フ）シ司法警察官カ之ニ基キ準現行犯ノ特別處分ヲ開始シ而シテ一件記錄ニハ犯人トシテ追呼セラレタル事實アル旨ヲ明記シタル以上ハ上告裁判所ハ如何ニ明確ナル證據アリトスルモ其反對ナル事實ヲ認定シテ準現行犯ニ非スト爲スヲ得ス換言スレハ現行犯ノ條件トシテ法律ニ定メタルモノニ相當スル事實ノ存スルヤ否ヤヲ決定スルハ事實問題ナレトモ現行犯ノ條件ニ相當スルモノトシテ明示セラレタル事實ノ果シテ法律ノ條件ニ適合スルモノナルヤ否ヤノ判定ハ即チ純然タル法律問題ナリ現行犯ナルヤ否ヤハ法律問題ナリトハ以上ノ趣旨ニ於テ之ヲ謂フモノニシテ甲カ乙ノ占有ヨリ或物件ヲ取離シ

テ自己ノ所持ニ移シタルコトアリヤ否ヤハ事實問題ニシテ此事實ハ窃盜罪ヲ構成スルヤ或ハ横領罪ヲ構成スルヤハ法律問題ニ屬スルト其理ヲ同クスルモノナリ

## 第二款　現行犯及ヒ準現行犯ノ特別處分

二五一、犯人ノ逮捕……二五二、逮捕ノ性質及ヒ要件……二五三、特別豫審處分及ヒ豫審處分ト臨檢トノ關係……二五四、豫審處分ノ效力……二五五、豫審行爲……二五六、親告罪ノ現行犯ニ付キ告訴ナクシテ特別豫審ヲ開始スルヲ得ルヤ……二五七、假豫審處分ノ性質及ヒ種類……二五八、假豫審處分ノ要件及ヒ臨檢……二五九、親告罪ノ現行犯ニ付キ告訴ナクシテ假豫審ヲ開始スルヲ得ルヤ……二六〇、假豫審行爲

犯人ノ逮捕

**二五一**　犯人ノ逮捕ハ現行犯、準現行犯ニ於ケル特別處分ノ普通的ナルモノナリ何者犯人ノ逮捕ハ司法警察官、巡査、憲兵卒ノ之ヲ爲スヲ得ルノミナラス庶人ト雖モ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナレハナリ而シテ庶人ノ逮捕ヲ爲ス場合ト公務員ノ之ヲ爲ス場合トノ間ニハ手續上ノ差異アリ又逮捕ハ違警罪ニ付キテハ之ヲ爲ス能ハサルヲ原則トス之ヲ細說スレハ左ノ如シ（以下現行犯ニ付キテ述フル所ハ準現行犯ニ付キテモ同一ニ解スヘシ）

（甲）司法警察官、巡査、憲兵卒其職務ノ執行ニ際シ重罪又ハ禁錮以上ノ刑ニ當ルヘキ輕罪ノ現行犯アルコトヲ知リタルトキハ直チニ被告人ヲ逮捕スヘク令狀ヲ待ツノ要ナシ巡査憲兵卒カ被告人ヲ逮捕シタルトキハ速ニ之ヲ司法警察官ニ引致シテ告發スヘク被告人ヲ受取リタル司法警察官ハ逮捕告發ニ付キテノ調書ヲ作ルヘク右ノ場合ニ於テ司法警察官ハ假豫審處分ヲ爲シタルト否トヲ問ハス自己ノ意見書ヲ添付シタル證憑書類ト共ニ被告人ヲ管轄裁判所ノ檢事ニ送致スヘキモノトス司法警察官カ自ラ被告人ヲ逮捕シタルトキハ逮捕告發調書ヲ作ルノ要ナク假豫審處分ヲ爲シタルト否トヲ問ハス證憑書類意見書ト共ニ之ヲ管轄裁判所ノ檢事ニ送致スヘキモノトス（第五八條第五九條第一四七條）

（乙）司法警察官、巡査、憲兵卒カ違警罪又ハ罰金以下ノ刑ニ該ルヘキ輕罪ノ現行犯アリタルコトヲ知リタルトキハ其犯人ノ氏名住所ヲ問ヒ輕罪ニ付キテハ檢事、違警罪ニ付キテハ即決ヲ爲スヘキ官署ニ告發スヘキモノトス唯被告人ノ

氏名、住所分明ナラス（例ヘハ被告人其住所ヲ作レリト認ムヘキ場合或ハ被告人酩酊シテ之ヲ述フル能ハサル場合ノ如シ）或ハ逃亡ノ恐アル場合ニ於テハ管轄裁判所ノ檢事若クハ即決ヲ爲スヘキ官署ニ引致スルコトヲ得ルモノトス（第五八條）庶人カ以上ノ犯罪ノ現行犯ヲ知リタル場合ニ於テハ單ニ告發スヘキモノニシテ被告人ノ氏名、住所分明ナラス或ハ逃亡ノ恐アル場合ト雖モ之ヲ檢事又ハ司法警察官ニ引致スルヲ得ス

（丙）庶人カ重罪又ハ禁錮ノ刑ニ當ルヘキ輕罪ノ現行犯ヲ認メタルトキハ直チニ被告人ヲ逮捕スルコトヲ得（職務ノ執行中ニ非サル司法警察官、巡査、憲兵卒管轄違ノ場。亦同シ巡査カ軍事犯ヲ認メタル場合ノ如シ）カ以上ノ現行犯ヲ認メタル場合ハ庶人カ之ヲ認メタル場合ト同一ニ論スヘキモノトス）而シテ逮捕シタル被告人ハ之ヲ司法警察官ニ引致スヘク引致スルヲ得ザルトキハ自己ノ氏名、職業、住所及ヒ其逮捕ノ事由ヲ告ケテ之ヲ假ニ巡査憲兵卒ニ引渡スコトヲ得、被告人ヲ巡査憲兵卒ニ引渡シタル庶人ハ被害者ナルトキハ告訴、第三者ナルトキハ告發ノ手續ヲ爲サヽルヘカラス被告人ノ引渡ヲ受ケタル巡査、憲兵卒ハ逮捕者ニ官署（警察署憲兵屯所檢事局等）ニ同行スヘキコトヲ求ムルコトヲ得、逮捕者ハ正當ノ事由アルニ非サレハ之ヲ拒ムコトヲ得ス（例ヘハ官吏カ登廳ノ途中掬摸ヲ捕ヘ之ヲ巡査ニ引渡ス場合ノ如キハ公務ノ事由ヲ以テ巡査ノ同行ノ求ヲ拒絶スルヲ得ルモノナリ）以上ノ場合ニ於テハ司法警察官ハ證憑書類意見書ト共ニ被告人ヲ檢事ニ送致スヘキモノトス但假豫審處分ヲ爲スヲ得ルヤ勿論ナリ（第六〇條第六一條第一四七條第二項）

檢事カ現行犯人ヲ捕ヘタルトキハ司法警察官ニ被告人ヲ引致スヘキモノニ非ス被告人ノ送致ヲ受ケタル場合ト同一ノ手續ヲ爲スヘキハ勿論ナルヲ以テ條文ニハ特ニ此場合ヲ規定スルコトナシ

逮捕ノ性質及ヒ條件

公職上ノ特權ハ現行犯ノ逮捕ヲ妨クルノ效力ナシ詳言スレハ公務員ト雖モ現行犯人タルトキハ直チニ之ヲ逮捕スルコトヲ得ルモノナリ

二五二　現行犯（準現行犯亦同シ）ノ逮捕ハ豫審行爲ニ非ス換言セハ捜査處分ノ性質ヲ有スルニ止マリ司法權ノ活動ニ非サルナリ之レ現行犯人ヲ逮捕スルニハ令狀ヲ要セス又庶人ニ逮捕ヲ許セル所以ナリ（若シ現行犯人ノ逮捕ヲ以テ司法處分ナリトセンカ庶人カ司法權ヲ行フノ奇觀ヲ生スヘシ）然レトモ此點ニ付キテハ立法上ノ疑難ナキヲ得サルヘシ人ヲ逮捕スルハ其身體ノ自由ヲ束縛スルノ重大ナルモノナリ然ルニ庶人ニ之ヲ許スハ人權ヲ尊重スル現時ノ制度ノ下ニ於テ果シテ正當ノ理由アリヤ又實際上何等ノ

弊害ヲ生スルコトナキヤ之ナリ佛朗西刑事訴訟法ハ重罪犯ニ付キテノミ庶人ニ現行犯人ノ逮捕ヲ許シ**ガルド**（Garde 看守ト譯ス我國ニ於テ相當スルモノナホメハ森林看守ノ如キ歟）ノ外ハ輕罪事件ニ付キ現行犯ノ逮捕ヲ許ササリシカ**ボアタール**ハ其不備ナルヲ諷刺的ニ批評シテ『現行犯逮捕ニ關スル此重罪事件ナル要件ハ實際ニ遵守セラルルコトナカルヘシ法文ハ如何ニ明瞭ナリトモ庶人殊ニ警察官吏ヲシテ現行犯人ヲ熟視スルノミヲ以テ滿足セシムルコト盜賊ニ對シ名刺ヲ差出セト求ムルノミニ止マラシムルコトハ實際ニ於テ行ハルヘキコトニ非ス然レトモ第四十條ノ明文ハ是以上ノ行爲ニ出ツルヲ得ルモノナリトノ解釋ヲ許ササルナリ法文ト實際トノ間ニ於ケル斯ノ如キ牴觸ハ悲ムヘキコトニ非スヤ』トノ**ボアタール**ノ評言ハ法律ノ不備ヲ補ハシムルノ效果ヲ奏シ千八百六十三年五月二十日ノ法律第一條ハ同國刑事訴訟法第十六條ノ適用ノ範圍ヲ廣カラシメ其結果庶人モ亦禁錮ノ刑ニ該ル輕罪ノ現行犯人ヲ逮捕スルコトヲ得ルニ至レリ此法制史上ノ事例ニ徵スルモ實際上ノ事實ノ勢力ハ權利ヲ制限スルノ已ヲ得サルニ至ラシムルコトヲ知ルヘク即チ現行犯逮捕處分ノ立法上ノ理由ハ實際上ノ必要ニ外ナラサルナリ然レトモ現行犯ニ付キ逮捕ヲ庶人ニ許ストキハ之ヲ濫用スルノ弊ナキカ少クトモ現行犯トシテ嫌疑者ヲ捕フルヲ得ヘキ時間ニ付キ明確ナル制限ヲ置クノ必要ナキ歟ハ更ニ考究ヲ要スル問題ナリ前顯千八百六十三年五月二十日ノ法律及ヒ千八百九十七年十二月八日ノ法律ニ因リ佛國ニ於テハ庶人カ現行犯人ヲ逮捕シ得ルハ犯罪ノ時ヨリ四十八時間內ナリトセリ**ラボルド**ハ此點ニ關シ說明シテ曰ク現行犯ニハ二箇ノ觀察點アリ假豫審ヲ爲スニ付キテノ現行犯ト犯人ヲ逮捕スルニ付キテノ現行犯是ナリ假豫審ヲ爲スニ付キテノ現行犯ハ豫メ一定ノ時間ヲ以テ之ヲ定ムルヲ得ス換言セハ數字的時間ハ此現行犯ヲ定ムルノ標準トナラス反之犯人ヲ逮捕スルニ付キテノ現行犯ハ犯罪後四十八時間繼續スルモノナリト右佛國法ニ於ケル現行犯人ヲ逮捕スル時間上ノ制限ハ實際上極メテ適切ナルモノナリ然ルニ我現行刑事訴訟法ノ下ニ在リテハ同一ノ制限ヲ置クノ根據ト爲ルヘキ明文ナク所謂現行犯ハ犯人逮捕ノ方面ニ於テモ假豫審ノ方面ニ於テモ同一ナリト謂ハサルヘカラス從ツテ犯行後四十八時間以上ヲ經過シタル後ト雖モ現行犯人トシテ嫌疑者ヲ逮捕スルヲ得

ヘク數字的時間ノ要件ナシト謂ハサルヘカラス而シテ現行犯逮捕ニ付キ數字的時間ノ要件ナキモ未タ實際上此逮捕權ヲ濫用シテ無辜ヲ苦マシメタル弊害ノ大ナルモノアリシヲ聞カス而シテ誤ツテ無辜ヲ逮捕スルコトハ絶無ト謂フヘカラサルヘキモ逮捕ニ次キテ直チニ爲ス手續ハ逮捕ノ犧牲ト爲リタル者ノ自由ノ保障ト爲リ之ニ對スル侵害ヲシテ輕微ナラシムルヲ得ルモノナリ即チ逮捕者ハ直チニ嫌疑者ヲ司法警察官ニ引致スヘク司法警察官ハ速カニ（但假豫審處分ヲ要スルトキニ之ヲ爲シタル後豫審アルコトナク）之ヲ檢事ニ送致スルモノナルカ故ニ無辜ヲシテ長ク不當ナル自由拘束ニ苦マシムルコトナシ現行法ハ一見人身ノ自由ニ對シ大ナル危險ヲ包含スルモノノ如シト雖モ其實ハ然ラサルモノニシテ而シテ佛法ノ如キ數字的時間ノ制限ナキヲ以テ實際ノ運用上極メテ便利ナルモノトス以上論述シタル如ク現行犯ノ逮捕ニ付キテハ時間上ノ要件ナシ逮捕者カ犯行者ヲ現行犯人ト思料シタルコトヲ要スレトモ理論上斯ノ如キ主觀的事項ハ之ヲ要件ト爲スノ要ナキモノナリ唯現行犯逮捕ノ要件トナスヘキモノハ犯罪行爲カ禁錮以上ノ刑ニ該ルヘキモノナルノ一事アルノミ

特別豫審處分及ヒ豫審處分ト臨檢トノ關係

二五三　茲ニ述フル豫審處分ハ檢事ノ起訴前ニ於テ豫審判事ノ爲スモノヲ謂フ即チ豫審判事ハ檢事ヨリ先ニ重罪又ハ地方裁判所ノ管轄ニ屬スル輕罪ノ現行犯アリタルコトヲ知リタルトキ而シテ其事件急速ヲ要スルトキハ檢事ノ請求ヲ俟タス直チニ其旨ヲ通知シテ豫審手續ヲ開始スルコトヲ得而シテ犯人ノ明瞭ナルト否トヲ問フコトナシ（刑訴法第一四二條）此場合ニ於テ爲スヘキ豫審行爲ハ後ニ說明スル臨檢、被告、證人、鑑定人等ノ訊問、搜索、差押等是ナリ被告人ノ不明ナル場合ニ於テハ之ヲ訊問スルニ由ナシ而シテ右ノ場合ニハ證人、鑑定人ヲ訊問スルモ宣誓ヲ命スルコト能ハサルナリ豫審判事カ檢事ヨリ先ニ現行犯ヲ知リ豫審手續ヲ開始スルニハ事件急速ヲ要スル場合ナラサルヘカラス事件ノ急速ハ豫審手續開始ノ第一要件ナリ急速ヲ要スルヤ否ヤハ當該豫審判事ノ考覈ニ因リテ主觀的ニ定マルモノナレハ之ヲ要件ト爲スノ要ナキモノノ如クナレトモ豫審判事カ事件ノ急速ヲ要スルコトヲ示サスシテ豫審處分ヲ爲シ而シテ其調査ノ結果ニ於テ當時急速ヲ要シタリシコトヲ認ムル能ハサルナラハ該豫審處分ハ無效ト爲スヘキ實益アルヲ以テ此要件ヲ立ツルノ要アリ豫審判事カ檢事

ヨリ先ニ現行犯ヲ知リタルコトハ豫審手續開始ノ第二要件ナリ檢事カ已ニ現行犯ヲ知リタルナラハ豫審判事ハ檢事ノ請求ヲ俟ツテ初メテ豫審ニ着手スルヲ得ルモノニシテ右ノ場合ニ檢事ノ意見ニ反シテ豫審ヲ開始スルハ訴追機關ノ權域ヲ侵スモノナレハナリ第百四十二條第一項ニハ其旨ヲ通知シ豫審ニ取掛ルコトヲ得トアレトモ通知ハ豫審開始ノ條件ニ非サルコトハ今日ニ於テ解釋ノ一定セル所ナリ而シテ同條第二項ニハ犯所ニ臨檢シ令狀ヲ發シ其他此章ノ規定ニ從ヒ豫審ノ處分ヲ爲スコトヲ得トアリテ單ニ法文ノミニ依レハ臨檢其者ハ豫審ノ開始若クハ實行ノ要件ナリト認ムヘカラサレトモ通說ニ依レハ臨檢ヲ以テ豫審實行ノ要件トセリ此解釋ニ從フトキハ實際上不便ナルノミナラス臨檢ヲ事實上必要トセサル事件ニ付キテモ法定ノ條件ヲ充タサン爲メ臨檢ヲ爲ササルヘカラサル手續上ノ不經濟アリ此解釋ハ果シテ法律ノ精神ニ適スルモノナルヤ換言スレハ第百四十二條第二項ハ臨檢ヲ要件ト爲スノ趣旨ニ解釋セサルヘカラサルモノナルヤ先ツ沿革ヲ調査スルニ獨逸訴訟法ハ現行犯人ノ逮捕ニ付キ規定スルノミニシテ現行犯ノ豫審ニ關スル特殊ノ規定ナク全ク手續上ノ構成ヲ異ニスルヲ以テ本問ヲ解決スルノ根據ト爲ス能ハサルモノナリ反之我刑事訴訟法ニ於ケル現行犯ノ特別處分ハ佛國法ニ則レルヲ以テ同法ノ規定ハ本問ヲ解決スルニハ有力ナル沿革上ノ理由タルモノナリ同國刑事訴訟法第五十九條第一項ハ豫審判事ハ現行犯ノ場合ニ於テ自ラ且直接ニ第三十二條以下ニ於テ檢事ノ爲スヘキ凡テノ行爲ヲ爲スコトヲ得ヘク又檢事ノ立會ヲ請求スルヲ得ルモノナレトモ其立會ヲ得ルカ爲メニハ處分ヲ猶豫スルノ要ナキコトヲ規定スルノミニシテ毫モ臨檢ヲ以テ其豫審處分ノ要件ト爲ス旨ノ規定ナク又佛法ノ解釋者ニシテ臨檢ヲ以テ他ノ豫審處分ノ要件ナリト主張スル者ナシ次ニ刑事訴訟法ノ前身タル治罪法第二百一條ニハ現行法文ト同一ノ文詞アルノミニシテ臨檢ヲ要件トスルノ規定ナク又之ニ相當スル治罪法草案第二百十八條ニハ臨檢ヲ例文的ニ規定セルコトハ原文ノ文詞上明瞭ニシテ一點ノ疑ヲ容ルルノ餘地ナシ(218,2e alinéa: En conséquence il pourra se transporter sur les lieux du crime ou du delit, decerner tout mandat autre que le mandat d'arrêt et proceder à tout ou à partie des actes d'instruction, en observant les formalités ci-dessus)

而シテ刑事訴訟法第百四十二條ハ治罪法第二百一條ト全然法文ヲ同一ニスル點ヨリ之ヲ觀ルモ臨檢ヲ要件トセル法意ニ非スト斷定シテ誤ラサルモノト思料ス且臨檢ヲ以テ本條ニ規定スル豫審處分ノ要件ナリト解スルトキハ同一ノ解釋的論法ニ因リ本條第一項ニ規定スル檢事ニ對スル通知モ亦豫審處分ノ要件ナリト爲ササルヘカラス然ルニ通說ハ此通知ヲ以テ要件ニ非ストセリ故ニ通說ニハ少クトモ解釋ノ論法ニ於テ一貫ヲ缺クノ失アリト謂フヘシ多クノ場合ニ於テ豫審判事ハ現行犯ノ通知ヲ受ケ犯所ニ出張スルモノナルカ故ニ其行爲ハ臨檢ナレトモ道路ヲ通行中僞造紙幣ヲ行使スル者ヲ捕ヘタル場合ノ如キハ其行爲ハ臨檢ナリト謂フヲ得ス而シテ右ノ場合ニ於テハ事實上更ニ臨檢行爲トシテ如何ナル行爲ヲ爲スヘキヤ僞造紙幣行使ノ痕跡ハ空間ニモ地上ニモ印セラルルコトナシ然ルニ右ノ場合ニ於テ臨檢行爲ヲナシ檢證調書ヲ作成セサルヘカラストセハ實ニ法律ハ無益ノ手續ヲ强ユルモノナリトノ非難ヲ免レサルヘシ（後者ノ一說明スル如ク臨檢ハ義務的ノモノニ非スト斷スル所ニシテ又佛國司法省令ニモ明示セル所ナリ）一派ノ學者ハ現行犯ノ豫審處分ハ臨檢ヲ必要トスル犯罪（例之殺人放火等）ニ付テノミ適用アリ何者刑事訴訟法第百四十二條ハ「犯所ニ臨檢シ」ト規定シ第百四十三條第一項ハ檢證調書ヲ作ルヲ以テ公訴ヲ受理シタルモノトス」ト規定スルカ故ニ豫審處分ニ付テハ犯所ノ臨檢ヲ必要トシ檢證調書ヲ作ルニ非サレハ公訴ヲ受理スルコトヲ得サレハナリト斷スルモ前項ニ述フルカ如キ法律カ不自然ニシテ實際上無意義ナル手續ヲ强ユルモノナリトノ非難ヲ免ルヘク從ツテ現行犯ノ豫審ニ付キ臨檢ヲ要件トスル前說ニ對スル攻擊ノ一理由ヲ反駁スルヲ得ルモノナレトモ此說即チ現行犯ノ豫審處分ヲ臨檢ヲ必要トスル犯罪ニ制限スル說ハ之ヲ支持スル能ハサル理由アルヲ奈何セン　一、殺人放火等臨檢ヲ必要トスル犯罪ニノミ刑事訴訟法第四百十二條ノ適用アリト論スレトモ所謂臨檢ヲ必要トスル犯罪トハ法律上臨檢ヲ必要トスルノ義ナリトセハ誤レリト謂ハサルヘカラス何者刑事訴訟法ハ臨檢ヲ必要トスル犯罪ヲ指定スルコトナケレハナリ又事實上臨檢ヲ必要トスルノ義ナリトセハ其論結ニ對スル理由ト爲ラサルモノナリ何者如何ナル犯罪ト雖モ臨檢ヲ爲シ好果ヲ生シ得ヘキモノナルニ於テハ臨檢ヲ爲スヲ必

要トスルモノナルコトハ實體的眞實發見主義ノ適用上當サニ然ルヘキモノナレハナリ　二、刑事訴訟法第百四十二條ハ廣ク重罪又ハ地方裁判所ノ管轄ニ屬スル輕罪ト規定シ毫モ制限的文詞ヲ包含セス　三、「犯所ニ臨檢シ」トノ法文ハ前示余輩ノ說ノ如クモ解スルヲ得ルヲ以テ未タ文理解釋上臨檢ヲ必要トスル犯罪ヲ前提トスルモノナリトノ解釋ヲ强ユルノ力ナシ　四、檢證調書ヲ作ルヲ以テ公訴ヲ受理シタルモノトストノ法文ハ豫審判事ノ臨檢カ檢證調書ノ作成ヲ要件トシテ公訴成立ノ效力ヲ生スルコトヲ示セルモノナレハ此規定モ亦臨檢ヲ豫審處分ノ要件トスル法意ナリトノ解釋ヲ强ユルノ力ナシ或ハ曰ハン豫審判事ノ爲ス豫審處分ハ訴訟行爲ニシテ捜査處分ニ非ス而シテ訴ノ提起ナクンハ訴訟行爲アリトスルヲ得サルモノナルニ檢證調書ヲ作ラサル豫審處分ハ起訴ノ效力ナキカ故ニ訴訟行爲タルヲ得ス捜査處分ニモ非ス訴訟行爲サモ非サル豫審處分ハ刑事訴訟法ノ認メサル所ナリ故ニ知ルヘシ臨檢ヲ爲ササル豫審處分ハ法律ノ認メサル所ナリ然ルニ臨檢ヲ以テ現行犯豫審處分ノ要件ト爲ササルトキハ豫審判事ハ法律ノ認メサル豫審處分ヲ爲スコトヲ得ルモノナリトノ不條理ニ陷ルヘシトスヲ得サレトモ豫審判事カ臨檢ヲ爲ササル現行犯ノ豫審處分ハ訴訟行爲アリト爲カ故ニ檢事ノ起訴アラハ臨檢ヲ爲ササル現行犯ノ豫審處分ハ訴訟行爲トシテ完全ノ效力ヲ生スルヲ以テ臨檢ヲ爲ササル豫審處分ハ如何ナル場合ニ於テモ法律ノ認メサルモノナリトスルハ誤レリ臨檢行爲ト他ノ豫審行爲トハ元來各獨立ノ性質ヲ有スルモノナルニ現行犯ノ場合ニ於テノミ此兩者ヲ效力上不離不分ノモノトスル說ニハ未タ有力ナル論據ヲ備ヘサルモノト謂フヘシ而シテ余輩ノ說ニ從フトキハ實際上極メテ稀ナルヘシトハ云ヘ檢證調書ヲ作ラス又檢事カ公訴ヲ提起セサル場合ニ於テハ現行犯ニ關シテ爲シタル豫審判事ノ行爲ヲシテ訴訟行爲タルヲ得サルノ結果ヲ生スレトモ右ノ場合ニ於ケル豫審處分ノ結果ハ捜査處分ニ準スヘキモノトシテ否ラサルモ一種ノ證憑トシテ他事件ノ裁判ノ資料ニ供スルヲ得ヘシ

現行犯ノ豫審ニ付キ臨檢ヲ要件トスル說ト之ヲ要件ト爲ササル余輩ノ說トハ實際ニ及ホス效果ニ於テ大ナル差異アリ而シテ余輩ノ說ハ實際ノ手續上極

豫審處分ノ效力

メテ便利ナル結果ヲ生セシムルモノナリ其差異ハ下ノ如シ　一、豫審判事カ現行犯ノ豫審ヲ爲シ檢證調書ヲ作成シタルモ其調書ノ作成上刑事訴訟法第二十條ノ規定ニ反スル缺點アルカ爲メ調書ノ無效從ツテ臨檢ノ無效ヲ來タシタル場合ニ余輩ノ說ニ從フトキハ檢事ハ公訴ヲ提起シテ他ノ豫審行爲ヲ有效ナル訴訟行爲トシテ使用スルヲ得ルモノナレトモ臨檢要件說ニ從フトキハ右ノ如キ便宜ナシ　二、證人、鑑定人カ豫審判事ノ面前ニ於テ僞證ヲ爲シタルトキハ豫審判事ハ直チニ其旨ヲ檢事ニ通告シテ僞證罪ノ豫審ヲ開始スルヲ得レトモ（右ノ場合ニハ檢事ヨリ更ニ起訴セサルヘカラス）反對說ニ從フトキハ右ノ如キ便宜ナシ

二五四　一、現行犯（以下準現行犯ニ付キテモ亦同シ）ニ對シテ豫審判事ノ行フ豫審行爲ハ公訴提起ノ效力ヲ生スル迄若クハ公訴ノ提起アル迄ハ公訴ノ準備タル效力ヲ有シ檢證調書ノ作成若クハ檢事ノ起訴アルニ因リテ通常ノ豫審行爲ト同一ノ效力ヲ有スルモノナリ通說ニ依レハ犯所臨檢ハ現行犯豫審處分ノ要件ナレトモ既ニ論述セル如ク余輩ハ臨檢ナキモ豫審處分ハ一定ノ效力ヲ生スルモノニシテ臨檢及ヒ其結果タル檢證調書ノ作成ハ豫審ヲシテ完全ナル訴訟行爲タルノ效力ヲ生セシムルノ要件ナリト爲スモノナリ檢事、司法警察官モ亦後ニ說明スルカ如ク犯所ニ臨檢シテ豫審判事ニ屬スル處分ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ從ツテ檢證調書ヲ作成スルモノナレトモ此兩者ノ爲ス檢證調書作成行爲ハ公訴提起ノ效力ヲ生スルコトナシ

現行犯ニ非サルモノヲ現行犯ナリト誤認シ豫審判事カ犯所ニ臨檢シ檢證調書ヲ作成シタルトキハ公訴提起ノ效力アリヤ曰ク現行犯ナリヤ否ヤハ客觀的ニ定マルヘキモノナルカ故ニ純理當然ノ論定トシテハ豫審判事ノ誤認ニ因リ現行犯トシテ手續ヲ爲スモ其豫審處分ハ現行犯ニ對シテ行ハレタルモノニ非サルカ故ニ現行犯處分トシテ效力ヲ生スヘキ謂レナク從ツテ公訴提起ノ效力ナシト爲ササルヘカラス（實際上ノ便宜ヨリスレハ豫審判事ニ誤認アリトスルモ何人モ豫審判事ノ事件ヲ觀察セルト同一ノ狀態ニ在ラハ同樣ノ誤認ヲ生シ得ヘキモノナリシナラハ換言セハ豫審判事ノ誤認ハ通常ノ注意ヲ爲スモ免ルヘカラサリシ場合ナラハ右ノ如キ誤認アルニ拘ハラス公訴提起ノ效力ヲ生セシムルヲ相當トス何者右ノ如キ場合ニ於テハ職權濫用ノ弊ヲ生スルコトナカルヘケレハナリ）右ノ如ク非現行犯ニ對シテ爲シタル現行犯的豫審處分ハ法律ノ特定セル起訴ノ效力ヲ生セサルノミナラス行爲自體ノ當然ノ效力モ之ヲ保有スルニ由ナシ故ニ例ヘハ豫審判

事ノ作成シタル證人、被告人等ノ訊問調書ノ如キハ後ニ檢事カ適法ノ起訴ヲ爲シタル場合ニモ有效ニ之ヲ裁判ノ資料ニ供スルコトヲ得ス

二、特別豫審處分ハ通常ノ豫審處分ノ如ク公訴時效ヲ中斷ス（刑訴法第一一條）然レトモ現行犯ニ非サルコトノ明瞭ナルニ至リシナラハ時效中斷ノ效ナシト謂ハサルヘカラス何者現行犯ニ非サルモノヲ現行犯トシテ手續ヲ爲シタルハ法律ノ規定ニ背キタルモノニシテ且管轄違ノ場合ト同一理論ニ從ヒ論定スルヲ許ササルモノナレハナリ（刑訴法第一二條）

三、此豫審處分ニ要セシ費用ハ公訴ノ費用ナリ（刑法施行法第六二條）故ニ被告人有罪ノ判決ヲ受クル場合ニハ其全部若クハ一部ヲ被告人ニ負擔セシムヘク無罪ノ判決ヲ受クル場合ニハ此處分ニ要セシ費用ハ全然國庫ノ負擔トス（刑訴法第二〇七條）

四、此豫審ニ着手スルニ因リテ數箇ノ管轄裁判所間ノ關係ニ於テ裁判管轄ヲ確定ス（刑訴法第二七條第二八條第二項）管轄ノ定マルニハ檢證調書ヲ作成シタルコトヲ要セス詳言スレハ豫審處分ニ着手シタルヨリ檢證調書ヲ作成スル點ノ間ニ半日若クハ一日ノ時間ノ存セル場合ニ於テモ豫審處分ヲ開始シタルトキニ於テ裁判管轄ハ定マルモノトス（刑訴法第一四三條第一項、同第一一一條參照）完全ナル起訴ノ效力ヲ生シ從ツテ公訴事物ノ權利拘束ヲ生ス右ノ場合ニ於テ檢事ヨリ更ニ起訴スルナラハ此公訴ニ對シテハ不受理ノ裁判ヲ爲ササルヘカラス（豫審ニ於テハ不受理ノ決定公判ニ於テハ不受理ノ判決）然レトモ右ノ場合ニ於テ作成シタル檢證調書ノ違法ナリシトキハ同一事件ニ付キ檢事ノ爲シタル公訴ハ適法ナリト爲ササルヘカラス但檢證調書ニ刑事訴訟法第百四十三條第一項ニ規定スル現行ノ重罪又ハ輕罪ナル旨ノ記載ヲ缺クモノニ非ス何者同條項ニハ同法第二十條ニ之カ爲メ檢證調書ノ無效ヲ來タスモノニ非サレハナリ檢證調書ノ作成ニ依リ完全ナル起訴ノ效力ヲ生スルカ故ニ檢事ヨリ之ヲ非現行犯ナリトスルノ見解其他ノ理



管轄ハ定マルモノナリ從ツテ犯罪地ニ於テ豫審處分ヲ開始シタル後、被告人ハ他ノ裁判所ノ管轄地內ナル被告人ノ住所ニ於テ逮捕セラレ其裁判所ニ起訴セラレタル場合ニ於テ前顯豫審處分ニ於ケル檢證調書ノ作成前ニ於テ後ノ裁判所カ公判ニ着手スルモ裁判管轄ハ豫審ヲ開始シタル裁判所ニ在ルモノトス

現行犯ニ付キ豫審判事カ檢證調書ヲ作成シ而シテ其調書ニ形式上ノ要件ヲ具備スルトキハ（刑訴法第一四三條第一項、同第一一一條參照）完全ナル起訴ノ效力ヲ生シ從ツテ公訴事物ノ權利拘束ヲ生ス右ノ場合ニ於テ檢事ヨリ更ニ起訴スルナラハ此公訴ニ對シテハ不受理ノ裁判ヲ爲ササルヘカラス（豫審ニ於テハ不受理ノ決定公判ニ於テハ不受理ノ判決）然レトモ右ノ場合ニ於テ作成シタル檢證調書ノ違法ナリシトキハ同一事件ニ付キ檢事ノ爲シタル公訴ハ適法ナリト爲ササルヘカラス但檢證調書ニ刑事訴訟法第百四十三條第一項ニ規定スル現行ノ重罪又ハ輕罪ナル旨ノ記載ヲ缺クモノニ非ス何者同條項ニハ同法第二十條ニ之カ爲メ檢證調書ノ無效ヲ來タスモノニ非サレハナリ檢證調書ノ作成ニ依リ完全ナル起訴ノ效力ヲ生スルカ故ニ檢事ヨリ之ヲ非現行犯ナリトスルノ見解其他ノ理

豫審行爲

由ニ基キ豫審手續ノ繼續ニ反對スルアルモ有罪若クハ無罪ノ豫審終結決定ヲ爲ササルヘカラス檢證調書ノ作成ハ豫審ノ要件ナレトモ其作成前ニ他ノ豫審行爲ヲ爲スモ其行爲ハ完全ノ效力ヲ生スルモノナリ

**二五五**　一、檢證　檢事ヨリ先キニ豫審判事カ重罪又ハ地方裁判所ノ管轄ニ屬スル輕罪ノ現行犯アルコトヲ知リタルトキハ犯所ニ出張シテ檢證處分ヲ爲スヲ通常ノ事例トス右ノ場合ニ於テハ刑事訴訟法第百二條以下ノ規定ニ從ヒ檢證調書ヲ作成シ右且調書ニハ檢事ノ公訴ニ基キテ爲ス檢證ノ場合ト異リ現行ノ重罪ナルコトヲ記載スヘキモノトス（刑訴法第一四三條第一項、之レ現行犯ノ豫審處分ナルコトヲ明カナラシメムカ爲ナリ犯所以外ニ出張シテ檢證ヲ爲スヲ得ルヤ勿論ナリ又以上ノ臨檢ノ外關係人ヨリ提出シタル物件ヲ檢證スルヲ得）　二、鑑定　屍體ノ鑑定家屋ノ破壞箇所ノ鑑定等ノ如シ而シテ現行法ニ依レハ鑑定人ヲ呼出スニハ二十四時ノ猶豫ヲ與フヘシト規定スル第百十五條ノ規定ニ從ハサルヘカラス之レ急速ノ處分ヲ要スル現行犯ノ鑑定トシテハ不適當ノモノナリト謂ハサルヘカラス（第一四二條第二項）　三、被告人、被害者其他證人、參考人ノ訊問　被害者カ瀕死ノ狀態ニ在ルナラハ檢證ヲ爲スノ前ニ之ヲ訊問スルヲ相當トス而シテ



證人、參考人ノ現場ニ在ル者ハ直チニ訊問スルヲ得レトモ現場ニ在ラサル者ハ之ヲ呼出スニ二十四時ノ猶豫ヲ與ヘサルヘカラス（第一四二條二項、第一四五條）是等ノ者ノ訊問ハ犯罪ノ場所ハ勿論其他ノ場所ニ於テモ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ又犯所ニ於テ被告人ト證人等ト對質スルヲ得ルモノナリ　四、捜索及ヒ物件差押　捜索及ヒ物件差押モ亦犯罪ノ場所ニ限ラルルモノニ非ス何レノ場所ニ於テモ臨機ニ之ヲ爲スヲ得ルモノニシテ場所ニ關スル制限ナシ而シテ右ノ如ク急速ノ必要ニ應シテ取調ヲナスモ此特別ノ狀態ヲ長ク繼續セシムヘキモノニ非ス一段落ヲ告ケタルトキハ速ニ書類ヲ檢事ニ送達スヘキモノトス（刑訴法第一四三條第二項、臨檢ヲ爲ササル場合ニ於テモ書類ヲ送致スヘキハ當然ナリ）而シテ書類ヲ一旦檢事ニ送致スルモ引續キ裁判所ニ於テ或ハ更ニ他ノ場所ニ出張シ必要ナリトスル限度ニ於テ豫審行爲ヲ繼續スルヲ得ルヤ勿論ナリ又被告人ニ對シテハ勾引狀、勾留狀ヲ發スルコトヲ得又出頭セサル證人ハ之ヲ勾引スルヲ得

**二五六**　親告罪ヲ起訴スルニハ訴訟條件トシテ被害者ノ告訴アルヲ要ス被害

ナクシテ特別豫審ヲ開始スルヲ得ル

者ノ告訴ヲ具備セサル公訴ハ不受理ノ裁判ヲ受クヘキ運命ヲ有スルモノナリ故ニ若シ親告罪ノ現行犯ニ付キ開始スル豫審ヲ以テ檢事ノ提起シタル公訴ト同一ナリトセハ告訴ナクンハ豫審ヲ開始スル能ハスト論斷セサルヘカラス何者親告罪ノ公訴ハ告訴ヲ俟ツテ提起スヘキ者ナレハナリ反之前顯ノ豫審ハ捜査處分タルノ性質ヲ有スルニ止マルモノトセハ親告罪ノ捜査ハ告訴ナキモ開始スルコトヲ得ルモノナルヲ以テ親告罪ノ現行犯ハ告訴ナキモ其豫審ヲ開始スルコトヲ得ルモノト謂ハサルヘカラス然ルニ現行犯ノ豫審ハ檢證調書ヲ作成セサレハ公訴提起ノ效力ヲ生セス或ハ又檢事ノ起訴ナクンハ訴訟行爲ノ效力ヲ生セス此點ヨリ觀察スレハ捜査處分ト同一ニ論スルモ不可ナシト雖モ檢證調書ヲ作成セハ公訴ノ提起ト同一ノ效力ヲ有スルヲ以テ此點ヨリ觀察スレハ告訴ナキ親告罪ノ現行犯ニ對スル豫審處分ハ無效ナリト謂ハサルヘカラス此見地ニ於テ本問題ニ對スレハ觀察基點ノ如何ニ因リテ或ハ積極ニモ或ハ消極ニモ決スルヲ得ルモノノ如シ從ツテ本問題ハ刑事訴訟法上ノ難問題タルノ觀ヲ呈スレトモ現行犯豫審處分ノ性質ヲ定ムルナラハ本問題ハ實ニ日前ノ霜



ニ異ラサルヘシ此處分ニハ表見上豫審處分タルト同時ニ捜査處分タルノ性質ヲ有スルモノノ如クナレトモ深ク之ヲ究ムルトキハ特別豫審處分ニシテ捜査處分ニ非サルヲ知ルヲ得ヘシ刑事訴訟法第百四十二條ニハ……豫審ニ取掛ルコトヲ得……ト規定シ此處分ハ其性質上豫審處分ナルコトヲ明示スレハナリ而シテ特別ノ豫審處分ナリトハ起訴ナクシテ開始スルヲ以テ之ヲ謂フナリ起訴ナクシテ開始スルモノナルカ故ニ之ヲ起訴ナリトスル能ハス又豫審處分ナルカ故ニ裁判所ノ行爲ニシテ捜査行爲ニ非サルヤ明ナリ右ノ如ク豫審處分ノ性質ヲ定ムルモ誤ラサルモノトセハ之ニ基キ直ニ本問ノ解決ヲ與フルヲ得ヘシ曰ク告訴ナクシテ親告罪ノ豫審ヲ開始スルヲ得ス何者起訴ノ條件ノ成立前ニ起訴ノ效力ヲ生スヘキ訴訟行爲ヲ爲スヲ得サレハナリ又現行犯ノ豫審處分ノ捜査行爲ニ非サル以上ハ告訴ナクシテ親告罪ノ捜査ヲ爲スヲ得ルコトヲ前提トシテハ其現行犯ノ豫審ヲ爲スヲ得ルモノナリトノ論定ヲ生セサレハナリ之ヲ要スルニ現行犯豫審處分ノ性質ト其效力トヲ分離シテ觀察セハ本問ノ解決ハ容易ニ之ヲ爲スヲ得ヘシ現行犯ノ豫審處分ハ或ル場合ニ於テ捜査處

分ト同一ノ效力ヲ生スルモ之カ爲メ訴訟行爲タルノ性質ヲ失ハス又要件ヲ缺クカ爲メ訴訟行爲ノ效力ヲ生セサルモ訴訟行爲タルヲ失ハス訴訟行爲ナリトセハ之ヲ行フノ要件具ハラスンハ即チ手續ヲ開始スルヲ得サルナリ然レトモ後ニ告訴アルヘキコトヲ豫想シテ親告罪ニ付キ豫審ヲ開始セル後、告訴ノ提起アラハ豫審ハ有效ノモノト爲ルヘキナリ此斷定ニ對スル非難ハ無效ハ即チ無ニ外ナラス無ニ或物ノ附加スルモ其或物以上ノ現象ヲ呈スル能ハサルヲ以テ無效ナル豫審ノ開始後、告訴ノ提起アルモ法律上ノ現象トシテハ告訴ノ提起アルノミナルヲ以テ有效ナル豫審手續ノ存在ヲ認ムルニ由ナカルヘシト謂フニ在リ此非難ハ刑事訴訟ニ於ケル無效ノ觀念ト民法ニ於ケル無效ノ觀念（民法第一一九條）トヲ全然同一視スルヨリシテ生シタルモノナレトモ訴訟上ノ無效ハ民法上ノ無效トハ其性質及範圍ヲ異ニスルモノナリ民法上無效ナル行爲ハ如何ナル事實ノ之ニ伴フアルモ又如何ニ長時間ヲ經過スルモ遂ニ效力ヲ生スルコトナキモノナレトモ訴訟上無效ナル行爲ニハ一定ノ時間ノ經過ニ因リテ或ハ法定ノ手段ヲ以テ之ヲ攻擊セサルニ因リテ有效ノ行爲ト同一ノ結果ヲ生スルモノ

假豫審處分ノ性質及ヒ種類

アリ又民法上ノ瑕瑾アル行爲ニ相當スル訴訟上ノ行爲ヲ無效ト稱スルコトアリ（緒論第八章第五七號參照）告訴ナキ親告罪ニ付キ實行スル豫審ハ民法上ノ瑕瑾アル行爲ニ相當スルモノナレハ瑕瑾アル行爲ノ追認ニ因リテ完全ノモノトナルト同シク告訴ヲ缺ケル豫審行爲ハ後ニ告訴ヲ具備セシメテ之ヲ有效ノモノト爲スヲ得ヘキナリ

二五七　假豫審處分ハ現行犯ニ付キ檢事及ヒ司法警察官ノ行フ所ニシテ其性質ハ純然タル搜査處分ナリ詳言スレハ縱令檢事又ハ司法警察官カ臨檢ヲ爲シ檢證調書ヲ作成スルモ豫審判事ノ檢證調書ヲ作成シタル場合ノ如ク訴訟行爲タルノ性質ヲ有スルコトナシ

明治三一年二月一七日レ第一一一號ノ判例ニ司法警察官カ犯所ニ臨檢シ某々等ニ對シ證人トシテ訊問シ作成シタル調書ハ豫審調書ト謂フヲ得ヘシト說示セルハ假豫審ノ調書ナルカ故ニ豫審調書ト謂フモ不可ナシトノ義ニシテ其處分ハ純然タル豫審處分ナリトシテ其調書ヲ豫審調書ト謂フヲ得ヘシト爲シタルニ非ス

從ツテ　一、此處分ヲ爲スノミニテハ公訴提起ノ效力ナシ故ニ訴訟關係ノ成立スルコトナシ此處分ヲ構成スル行爲訴訟行爲ニ非サレハナリ　二、假豫審

處分ハ時效ヲ中斷セス刑事訴訟法第十一條ハ起訴豫審公判ノ手續ニノミ時效中斷ノ效力ヲ認ムルニ止マレハナリ　三、此處分ニ要セシ費用ハ訴訟費用ニ非ス

刑法施行法第六二條參照此斷定ニハ反對說アリ明治四二年四月七日司法省民刑局長ノ回答ニ依レハ刑法施行法第六二條第一號ノ豫審ノ費用中ニハ檢事カ現行犯ノ場合ニ於テ爲シタル處分ノ費用ヲ包含スルモノトセリ然レトモ假豫審ナル語ハ司法警察官執務心得ニ存スル語ニシテ刑事訴訟法ニハ存ヒサル語ナレハ前示第六二條第一號ノ豫審ナル文字ノ中ニ假豫審ヲ包含ストスルハ其當ヲ得ス

四、假豫審ハ起訴ニモ非ス豫審處分ニモ非サルカ故ニ數箇ノ管轄裁判所間ニ於ケル管轄ヲ確定スルノ效力ナシ

假豫審處分ヲ區別スレハ甲、地方裁判所檢事ノ爲ス假豫審乙、裁判所檢事ノ爲ス假豫審丙、司法警察官ノ爲ス假豫審是ナリ左ニ順次其手續ヲ說明スヘシ

(甲)地方裁判所檢事カ豫審判事ヨリ先キニ重罪又ハ地方裁判所ノ管轄ニ屬スル輕罪ノ現行犯アリタルコトヲ知リタル場合　右ノ場合ニ於テ事件急速ヲ要スルナラハ豫審判事ニ其旨ヲ通知シテ犯所ニ臨檢シ其他豫審判事ニ屬スル處分ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ(刑訴法第一四四條)右ノ處分ヲ爲シタル結果、證據ノ蒐集ヲ爲シ得タルモ尙ホ豫審ヲ必要トスルナラハ證憑書類ニ意見書ヲ添ヘ之ヲ豫審判事ニ送致スヘキモノトス右ノ場合ニ於ケル事件ノ送致ハ豫審請求ト同一ノ效力即チ有效ナル起訴ノ效力ヲ有スルモノナリ

明治三五年レ第五號同年一二月二四日大審院第二刑事部ノ判決ニ曰ク檢事カ豫審判事ニ屬スル處分ヲ爲シタル後刑訴法第一四五條ニ從ヒ證憑書類ニ意見書ヲ添ヘ之ヲ豫審判事ニ送致シタルハ即チ起訴ヲ爲シタルモノナルヲ以テ有效ノ起訴ナキニ判決ヲ爲シタルノ不法ナシ

事件若シ輕罪ノ現行犯ニシテ豫審ヲ求ムルノ要ナキモノト思料セハ直チニ其裁判所ニ公訴ヲ提起スルコトヲ得被告事件罪ト爲ラス又ハ公訴不受理ノ原因アラハ起訴ノ手續ヲ爲スヘカラサルコト勿論ナリ(刑訴法第一四四條第一四五條)檢事ノ現行犯ノ處分ニ着手中豫審判事ノ犯所ニ出張スルアラハ其場合ニ於テ豫審請求ヲ爲スコトヲ得、檢事ハ被告人ニ對シ勾引狀、勾留狀ヲ發スルコトヲ得或ハ曰ハン勾留狀ヲ發スルヲ得ルコトハ第百四十九條ニ徵シ明瞭ナレトモ勾引狀ニ關シテハ同條ニ毫モ規定セサルカ故ニ之ヲ發スルヲ得サルヘシト曰ク然ラス勾引ハ豫審判事ノ爲シ得ル處分ナレハ檢事モ又第百四十四條ニ依リ之ヲ爲スコトヲ得ルヤ明ナルノミナラス勾留ヲ爲スヲ得ルニ拘ハラス勾引ヲ爲スヲ得ス

トノ論定ハ之ヲ立ツヘキ根據ナキモノナリ次ノ乙丙ノ場合ニ於テ區裁判所檢事又ハ司法警察官ヨリ事件ノ送致ヲ受ケタルトキハ前顯説明ノ如ク豫審ノ要否ニ從ヒ豫審若クハ公判ヲ求ムヘキモノナリ若シ同時ニ被告人ヲ受取リタルトキハ二十四時間内ニ之ヲ訊問セサルヘカラス勾留狀ハ必ス發セサルヘカラサルモノニ非ス其要ナシト認ムレハ被告人ヲ釋放スルヲ得ヘシ又右ノ場合ニ於テモ被告事件罪ト爲ラス又ハ公訴受理スヘカラサルモノト思料セハ起訴ノ手續ヲ爲スヘキモノニ非サルナリ（同法第一四八條）地方裁判所檢事ハ區裁判所ノ管轄ニ屬スル現行犯アルコトヲ知ラハ之ヲ區裁判所檢事ニ通知スヘク自ラ假豫審處分ヲ爲シタル結果區裁判所ノ管轄ニ屬スル現行犯ナリトシテ假豫審處分ヲ爲スノ義務ナシ地方裁判所ノ管轄ニ屬スルモノナルコト明瞭セサル事件ヲ區裁判所檢事ニ送致スヘキモノナリ

（乙）（子）（刑訴法第六二條第一項）區裁判所檢事カ重罪又ハ地方裁判所ノ管轄ニ屬スル輕罪ノ現行犯アルコトヲ知リタル場合　右ノ場合ニ於テハ區裁判所檢事ハ地方裁判所檢事ト同樣ナル假豫審處分ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ而シテ處分ヲ終了シタルトキハ地方裁判所檢事ト異リ事件ヲ豫審判事ニ送致シ或ハ直チニ公判ヲ求ムルコトヲ得ス蓋區裁判所檢事ハ現行犯ノ場合ト雖モ地方裁判所檢事ノ權限ヲ有セサレハナリ故ニ右ノ場合ニ於テ區裁判所檢事ハ書類ニ意見ヲ添ヘ事件ヲ速カニ地方裁判所檢事ニ送致セサルヘカラス（刑訴法第一四四條第一四五條）右ノ場合ニ於テ被告事件罪ト爲ラス又ハ公訴不受理ノ原因アリト思料スルモ自ラ不起訴ヲ決スルヲ得ス常ニ地方裁判所檢事ニ事件ヲ送致セサルヘカラス區裁判所檢事カ現行犯處分ニ着手中地方裁判所檢事ノ出張スルアラハ又ハ其請求アラハ事務ヲ直チニ引繼クヲ得レトモ豫審判事出張スルモ之ニ對シテ直チニ豫審請求ヲ爲ス能ハサルノ不便アリ之レ現行法ノ缺點ナリ

（丑）區裁判所檢事カ區裁判所ノ現行犯アルコトヲ知リタル場合ニ於テ其事件急速ヲ要スルトキハ三日内ニ起訴ノ手續ヲ爲スヘキモノトス（同法第四六條）區裁判所檢事モ亦地方裁判所檢事ノ如ク被告事件罪ト爲ラス又ハ公訴受理スヘカラサルモノト認メ勾留狀ヲ發シタルトキハ起訴ノ手續ヲ爲スヘキモノニ非サル

ナリ勾留狀ヲ發シタル場合ニ於テモ亦同シ或ハ曰ク刑事訴訟法第百四十六條第二項ハ區裁判所檢事カ其管轄事件ニ付キ假豫審處分ヲ爲シ被告人ニ對シ勾留狀ヲ發シタルトキハ如何ナル場合ニ於テモ三日內ニ起訴ノ手續ヲ爲スヘキコトヲ命シタルタルモノナリ何者同條末項ハ命令的文詞ナルノミナラス第六十四條第二項ノ存スルアルニ法律ハ地方裁判所檢事ニ關シ特ニ第百四十九條第二項ノ規定ヲ設ケタルニ拘ハラス區裁判所ノ檢事ニ關シテハ不起訴處分ヲ爲スヲ許セル規定ヲ設ケサレハナリ而シテ法律ハ被告人ヲ勾留シタル場合ニハ必ス三日內ニ起訴スヘキコトヲ命シタルハ法律カ現行犯ノ場合ヲ以テ一般ニ犯罪ノ證憑明確ナルモノト看做セル結果ナリト然レトモ果シテ法律カ現行犯ノ場合ヲ以テ一般ニ證憑明確ナリト看做セル結果トシテ勾留シタル被告人ニ對シテハ必ス起訴スヘキコトヲ區裁判所檢事ニ命シタルモノトセハ何故ニ勾留セサル被告人ニ關シテハ不起訴處分ヲ爲ス事ヲ許スモノナルヤ又地方裁判所檢事カ被告人ヲ勾留シタル場合ニ於テ何故ニ不起訴處分ヲ爲スコトヲ許セルヤノ理由ヲ解スル能ハサルニ至ルヘシ而シテ勾留ハ被告人カ踪跡ヲ晦マシ證據ヲ煙滅セントスルヲ防クヲ目的トスルモノニシテ犯罪ノ證憑ノ明確ナルコトヲ表明スルヲ目的トスルモノニ非サルカ故ニ法律カ被告人ヲ勾留シタル場合ニ三日內ニ起訴スヘシト規定シタルヲ以テ如何ナル場合ニモ起訴スルコトヲ要スルノ法意ナリト解スルハ其當ヲ得ス況ンヤ刑事訴訟法第六十四條第二項ハ總則的規定ナレハ區裁判所ノ管轄スル事件ニ付キテモ亦適用アリト解釋セサルヘカラサルニ於テヲヤ余輩ノ斷定ハ條文上ノ根據ヲ有スルモノナリ反對論者ハ曰ハン果シテ右ノ如クンハ第六十四條第二項ノ存スルニ拘ハラス何ノ必要アリテ第百四十九條第二項ヲ設ケタルヤト曰ク本條第二項ハ敢テ之ヲ置クノ必要ナキモノナリ立法者ハ現行犯ノ場合ニ於テモ第六十四條第二項ノ適用アルコトヲ本條第二項ヲ以テ明示シタルモノナレトモ其條文上ノ位置宜シキヲ得スシテ地方裁判所檢事ニ關スル規定中ニ之ヲ置キタルカ爲メ前示ノ如キ說ヲ生シタルモノニシテ第百四十九條第二項ハ無用ノ規定ナルノミナラス却テ條文配置ノ拙ナルコトヲ示スモノナリ而シテ第百四十六條第二項ニ勾留狀ヲ發シタルトキハ三日內ニ起訴ノ手續ヲ爲スヘシト規定シタルハ被

告人ヲ長ク未決勾留ノ狀態ニ置クコトヲ禁シタルノ法意ニ外ナラサレハ本條項ハ三日內ニ起訴不起訴ヲ決シテ其處分ヲ爲スヘシトノ趣旨ニ解釋スヘキモノナリ區裁判所檢事カ地方裁判所檢事若クハ司法警察官ヨリ事件ノ送致ヲ受ケタルトキハ其裁判所ニ起訴スヘク被告事件罪ト爲ラス又ハ公訴受理スヘカラサルモノト思料セハ起訴ノ手續ヲ爲スヘカラス又被告人ヲ受取リタルトキ必要ナリト認ムレハ勾留狀ヲ發スヘク勾留ノ必要ナシト認ムレハ被告人ヲ釋放スヘキモノナリ

治罪法第二〇六條第二〇九條ハ區裁判所檢事ニモ適用アリシカ故ニ被告事件ノ送致ヲ受ケタル場合ノ手續ハ明瞭ナリシナリ現行法ハ右第二〇六條第二〇九條ニ照應スル第二一〇條ニ規定ト爲シタルヲ以テ裁判所檢事ニノミ關スル第一四八條第一四九條ヲ地方裁判所檢事ニ依レハ區裁判所檢事ニモ適用アリシカ故ニ被告事件ノ送致ヲ受ケタル場合ノ手續ハ明瞭ナリシナリ現行法ハ右第二〇六條第二〇九條

假豫審處分ノ要件及ヒ臨檢

訴處分ヲ爲スコトヲ得ス

**二五八**　事件ノ急速ヲ要スルコト詳言スレハ訴訟材料ヲ蒐集シ犯人ニ對シ刑事裁判ノ行動ヲ確保スルカ爲メ急速ノ處分ヲ爲スノ必要アルコトヲ以テ檢事及ヒ司法警察官ノ假豫審處分ノ要件トスルコトハ第百四十四條第四十七條ノ明文上炳焉タルモノニシテ學說上異論ナキ所ナリ反之犯所ノ臨檢ハ假豫審處分ノ要件ナルヤ否ヤハ大ニ議論アル所ニシテ積極說即チ臨檢ヲ要件トスル說ハ現行大審院ノ判例トスル所ナリ（明治三一年三月同院刑事聯合部ノ判決ニ曰ク刑事訴訟法ニ從ヒ司法警察官カ假リニ豫審處分ヲ爲シ得ルハ同法第一四七條ニ依リ第一四四條ノ範圍內ニ於テスルノ外他ニ其職權ヲ有スルコトナシ而シテ同條ニハ明カニ犯所ニ臨檢シ云々トアリテ犯所臨檢ノ場合ニ限ルモノナルコト明カナリ然ルニ本件ハ司法警察官カ犯所ニ臨檢シタル場合ニ非サルヲ以テ假令其事件ハ現行犯ニ係ルモ豫審判事ノ職權ニ屬スル被告人訊問ヲ爲シタルハ越權ノ處置ニシテ其調査ハ無效ナリ但檢事ノ調書ハ第一四八條第二項ニ從ヒ調製シタルモノナルヲ以テ有效ナリト明治三一年一〇月二〇日第九二二號同院第二刑事部判決ニ曰ク本件ハ準現行犯ナルモ司法警察官カ犯所ニ臨檢シタルモノニ非サルヲ以テ豫審判事ノ職權ニ屬スル被告人等ノ訊問ヲ爲シタルハ即チ越權ノ處置ニシテ該訊問調書ハ無效ナリ）而シテ第百四十四條第一項ニハ云々豫審判事ヲ待ツコトナク其旨ヲ通知シテ犯所ニ臨檢シ豫審判事ニ屬スル處分ヲ爲スコトヲ得トアリテ之ヲ第百四十二條第二項ノ文詞ニ比スルニ犯所臨檢ヲ要件ナリト解セシムルニ於テ一層有力ナルモノノ如シ而シテ此說ノ理由トスル所ハ之ヲ約スレハ　一、法律ハ明カニ「犯所ニ臨檢シ」ト規定セリ　二、檢事及ヒ司法警察官ニ豫審判事ノ爲シ得ヘキ範圍ヲ越ヘテ特別ノ處分ヲ爲サシメ得ヘキ道理ナシト謂フニ在リ臨檢ヲ要件トセサル消極說ノ理由トスル所ハ（一）地方裁判所檢事カ區裁判所檢事又ハ司法警察官ヨリ現行犯ノ被告人ヲ受取リタルトキハ第四十八條第二項ニ依リ二十四時間內ニ之ヲ訊問シ勾留狀ヲ發スルコトヲ得ルモノニシテ此場合ニ於テハ地方裁判所檢事ハ自ラ犯所ニ臨檢セサルニ拘ハラス被告人ヲ訊問スル權ヲ有ス即チ他ヨリ現行犯人ヲ受取リタル場合ト自ラ現行犯處分ニ着手シタル場合トハ毫モ異ル所ナシ第百四十八條第二項ハ地方裁判所檢事カ現行犯アルコトヲ自ラ知リタル場合ト現行犯人ヲ他ヨリ受取リタル場合トヲ別視シ此後ノ場合ニ限リ特別ニ訊問勾留ヲナシ得ルコトヲ認メタル規定ニモ非ス又地方裁判所檢事ニ限リ被告人ヲ訊問スル權ヲ與ヘタル規定ニモ非ス而シテ第百四十八條ハ地方裁判所檢事ノ爲スヘキ現行犯處分ノ一箇ノ手續トシテ訊問勾留ノコトヲ規定セシモノナルカ故ニ第

二項ハ被告人ヲ訊問スルコトヲ得又勾留狀ヲ發スルコトヲ得ト規定セスシテ二十四時間內ニ之ヲ訊問シ勾留狀ヲ發シ又ハ發セスシテ前項ノ手續ヲナスヘシト規定シタルモノニシテ此規定ヲ以テ現行犯處分ノ一箇ノ手續ヲ示シタルモノトセハ地方裁判所檢事カ被告人ヲ受取リタル場合ニ於テ訊問勾留ヲナスノ權ハ法律カ現行犯ニ關スル變例ノ處分トシテ檢事ニ與ヘタル第百四十四條ノ職權ノ範圍內ニ包含セラルルモノト爲ササル可ラス既ニ第百四十四條ハ此職權ヲ包含スルモノトセハ同條ニ於テ臨檢ヲ要件トセサルコトハ明ナル所ナリ區裁判所檢事又ハ司法警察官ニ付キテモ亦同一ニ論スヘシ（司法警察官ニ付キテハ第一四七條ノ規定アリ區裁判所檢事ニ付キテハ明文ナキハ言ヲ俟タサル所ニシテ區裁判所事件ハ豫審ヲ經サルカ故ニ舊治罪法第二〇六條ヨリ之ヲ除キ刑訴法第一四八條ニ特ニ之ヲ規定セサリシナリ）（二）若シ臨檢ヲ要件トセハ法文ニ犯所ニ臨檢シ其他豫審判事ニ屬スル處分ヲ爲スコトヲ得云々トアルカ故ニ後ニ臨檢ヲ爲スハ違法ニシテ先ツ臨檢ヲ爲シタル上ニアラサレハ其他ノ處分ヲ爲スコトヲ得ス被告人カ犯所ヲ去リ自首シ來リタル場合ニ於テモ直ニ被告人ヲ訊問スルヲ便利トシ且ツ自然ノ順序トスルニ拘ハラス之ヲ措キテ先ツ臨檢ノ處分ヲ先キニセサルヘカラス又瀕死ノ被害者ヲ先ツ訊問スルヲ必要ナリトスルニ拘ハラス先ツ臨檢ニ着手シ時間ヲ要セシ爲メ被害者ノ死スルニ至リ之ヲ訊問スルノ機會ヲ失スル等急速ヲ要スル爲メ此特別處分ヲ設ケタル法律ノ精神ヲ失フニ至ルヘシト前說ノ論者ハ此說ノ理由ヲ駁シテ曰ク地方裁判所檢事カ第百四十八條ニ依リ自ラ犯所ニ臨檢セスシテ被告人ヲ訊問スルコトヲ得ルハ既ニ區裁判所檢事又ハ司法警察官カ臨檢ヲ爲シタルニ因ルモノナリ即チ第百四十八條ニ依リテ訊問ヲ爲ス場合ニハ既ニ臨檢ノ要件ハ充タサレタルモノナレハ本條ノ規定ハ臨檢不要說ノ根據ト爲ラサルヲ以テ第一ノ理由ハ適切ノモノナラス又第二理由ノ如キ實際ニ於テ生スヘキ不利不便ヲ想像スル能ハサルニ非サレトモ之レ檢事及ヒ司法警察官ハ豫審判事ニ屬スル處分ヲ爲スヲ得サル原則ノ存スルニ由ルモノニシテ此原則ニ對シテ犯所ノ臨檢ヲ條件トシテ特別處分ヲ許シタルモノナレハ此點ニ於テ實際上非常ノ便利ヲ生スルモノナリト第一ノ駁論ハ有力ナレトモ第二ノ駁論ハ適切ナラサルナリ余輩ハ前顯消極說ノ第二理由ニ左ノ沿革上ノ理由其他ノ理由ヲ附加シテ以テ積極說ニ對抗セントス

現行刑事訴訟法第百四十條ハ治罪法第二百三條ト同文ニシテ第二百三條ニ相當スル草案第二百二十條ニハ「Le commissaire du gouvernement....pourra....se transporter sur les lieux du crime ou du délit et procéder à tout ou à partie des divers actes confiés au juge d'instruction」トアリテ文詞上臨檢ヲ要件トスルノ趣旨明確ナラス而シテ立案者ハ之ヲ要件ナリトシテ說明ヲ爲サス又其母法タル佛朗西刑事訴訟法第三十二條ニハ「Dans tous les cas de flagrant délit, le procureur du roi (procureur de la republique)se transportera sur le lieu sans aucun retard, pour y dresser les procès-verbaux nécessaire à l'effet de constater le corps du delit, son état, l'état des lieux et pour recevoir les declarations des personnes..」トアリテ文詞上臨檢ヲ要件トスルモノノ如クナレトモ解釋者ハ檢事ハ臨檢ヲ必要ト思料スルニ非サレハ臨檢ヲ爲スニ及ハスト說明シ千八百四十二年八月十四日及ヒ千八百八十七年二月二十三日ノ司法省令ハ特ニ無益ノ失費ト不明確ナル目的ヲ以テスル職員ノ出張トヲ防カム爲メ必要ナリトスル場合ニ非サレハ臨檢ヲ爲スヘカラストノ檢事ニ命令セリ母法タル佛國刑事訴訟法ノ解釋右ノ如クニシテ又我草案ノ立案者ニ於テモ臨檢ノ要件ナルコトヲ說明セサルニ徵スレハ我法文ノ「犯所ニ臨檢シ」ナル文字ヲ重要視シ之ニ基キ實際ニ於テ不便ニシテ又往々無益ノ手續ヲ爲ササルヘカラサル臨檢要件說ヲ立ツルハ法意ニ反スルモノト謂フヘシ又嚴格ナル文理解釋即チ臨檢要件論者ノ解釋法ヲ以テスルトキハ第百四十四條ニ「豫審判事ヲ待ッコトナク其旨ヲ通知シテ犯所ニ臨檢シ……」トアル豫審判事ニ對スル通知モ又現行犯特別處分ノ要件ナリト解セサルヘカラス何者右規定中通知シテノ一句ハ之ニ次ク臨檢シ及ヒ豫審判事ニ屬スル處分ヲ爲スコトヲ得トアルノ兩句ニ對シテハ文法上前提言ナルヲ以テ臨檢ヲ要件ノ義ニ解スルナラハ況ンヤ論法ヲ以テ通知モ亦要件ノ義ニ解セサルヘカラサレハナリ然ルニ判例ハ右ノ通知ハ要件ニ非サルモノト說明セリ（明治四〇年六月七日第五〇一號大審院第一刑事部判決ニ曰ク現行犯處分ハ元ノ職務權限ニ屬スルモノナルヲ以テ法律ハ檢事カ之ヲ行フニ當リ豫審判事ニ其旨ヲ通知スルコトヲ命シタルモノニシテ其目的ハ豫審判事ヲシテ豫審ノ事ヲ知ラシムルノ意ニ外ナラス而シテ豫審判事カ其事ヲ知ルト否トハ檢事ノ現行犯處分ニ何等ノ影響ヲ及ホスヘキ事柄ニ非サルヲ以テ檢事カ本件現行犯處分ノ無效タルヘキ旨ヲ通知セサリシトテ其處分ノ效力ニ何等ノ影響ヲ及ホスヘキモノニ非ラスト論スルヲ得ヘキナリ）此判例ト前示

臨檢ヲ要件トスル判例トヲ比較スルトキハ少ナクトモ法文ノ文理解釋上一貫ヲ缺クノ嫌アリ又余輩ハ豫審判事カ現行犯ニ付キ臨檢ヲ爲サスシテ豫審處分ヲ爲シタルトキハ其處分ハ公訴提起ノ效力ナキモ一定ノ效力ヲ生スルモノナリト主張スル者ナルカ故ニ反對說第二ノ理由ハ余輩ノ說ニ對シテ重要ノ價値ヲ有セス次ニ法文ニハ犯所ニ臨檢シ豫審判事ニ屬スル處分ヲ爲スコトヲ得トアリテ「犯所ニ臨檢シテ」ト規定セサルカ故ニ該法文ハ犯所ニ臨檢スルコトヲ得及ヒ豫審判事ニ屬スル處分ヲ爲スコトヲ得トノ文詞ヲ約セシモノトモ解スルヲ得ルカ故ニ反對說第一ノ理由モ亦有力ノモノニ非サルナリ

**二五九**　假豫審ノ性質ハ豫審ナル訴訟行爲ニ非スシテ純然タル捜査行爲ナリ假豫審ヲ以テ捜査ナリトスレハ親告罪ノ現行犯ニ付キテモ告訴ナクシテ假豫審ヲ開始スルヲ得ヘシトノ論定ヲ生ス捜査ハ親告罪ニ付キテモ告訴ナクシテ之ヲ爲スコトヲ得ルコトハ既ニ論シタル如クナレハナリ

親告罪ノ現行犯告訴ナクシテ假豫審ヲ開始スルヲ得ルヤ

此點ハ學說ノ岐ルル所ニシテ佛國ニ於テハ司法警察官カ姦通ノ現行犯ニ付キ第三者ノ家宅ニ臨檢スルコトヲ得ルヤノ問題ニ付キ盛ンニ議論ノ起リタリシカ千八百九年一月二十四日ニ公控訴院ハ消極的ノ判例ヲ與ヘタリト曰ク（刑事訴訟法第三十二條第三十六條第四十七條（佛刑訴法ヲ指ス）ノ規定ノ結果トシテ檢事司法警察官ハ輕罪ニ關シテハ現行犯ノ場合ト雖モ家主ノ承諾ナクシテ家宅ニ臨檢ヲ爲ス能ハス此原則ハ千八百六十三年五月一〇日ノ法律ニ依リテ變更セラレタルモノニ非スト故ニ司法警察官ノ作リタル調書ハ無效ナリト佛國ニ於テハ假豫審ヲ性質上豫審ト同視シ之ヲ純然タル捜査ナリト以上ノ判例ヲ生シタルモノナルヘシ

親告罪ニ付キ告訴ナクシテ捜査ヲ開始スルコトハ親告罪ノ立法上ノ理由ニ矛盾スルコトナク實際ニ於テ證據ノ湮滅ヲ防キ告訴アリタル場合ニ治罪上好結果ヲ生スルモノニシテ現行犯ノ場合ヲ除外スヘキ理由毫モ存セサルヲ以テ如上ノ斷定ハ我刑事訴訟法ノ解釋トシテ誤ラサルモノト思料ス此論定ト告訴ナクンハ親告罪ノ現行犯ニ付キ豫審ヲ開始スルコトヲ得ストノ論定トハ一見理論上ノ矛盾アルモノノ如クナレトモ其實決シテ然ルモノニ非ス何者現行犯ノ豫審ハ檢證調書作成ヲ條件トシテ公訴提起ノ效力ヲ生スヘキ訴訟行爲ナルカ故ニ之ヲ開始スルニハ訴訟條件トシテ公訴提起ノ效力ヲ生スヘキ訴訟行爲ニシテ訴訟關係ヲ構成スルモノニ非サルカ故ニ豫審ハ公訴ノ準備タル捜査行爲ニシテ訴訟關係ヲ構成スルモノニ非サルカ故ニ其開始ニハ訴訟條件タル告訴ノ存在ヲ必要トスルノ理由ナケレハナリ然レトモ親告罪ノ現行犯ニ付キ直チニ告訴ノ拋棄アリタルトキハ公訴權消滅スルヲ

以テ假豫審ヲ開始スル能ハス又之ヲ開始シタル後告訴ノ拋棄アラハ同一ノ理由ニ基キ假豫審ヲ終結セサルヘカラス

**二六〇**　刑事訴訟法第百四十四條第百四十六條第百四十七條ハ檢事司法警察官ニ豫審判事ニ屬スル處分ヲ爲スコトヲ許スヲ以テ假豫審行爲ハ豫審行爲ニ同シク臨檢其他ノ檢證、捜索、物件差押、鑑定人、證人、被告人ノ訊問等ヲ謂フ人的强制處分タル被告人證人ノ勾引、勾留ハ檢事ニ於テ之ヲ爲スヲ得レトモ司法警察官ハ勾引ヲ爲スヲ得ルノミニシテ如何ナル場合ニ於テモ勾留狀ヲ發スルコトヲ得ス（刑訴法第一四七條第一項）檢事、司法警察官ハ證人、鑑定人ニハ宣誓ヲ命スルコトヲ得ス又召喚ニ應セサル者ニ對シ罰金、科料及ヒ費用賠償ノ言渡ヲ爲スコトヲ得ス（同法第一四四條）以上ノ制限ノ下ニ檢事司法警察官ハ豫審判事ノ爲スコトヲ得ル處分ハ凡テ之ヲ爲スコトヲ得（捜査行爲ト雖モ豫審判事ノ爲スヘカラサルモノハ之ヲ爲スコトヲ得サルヤ勿論ナリ例ヘハ豫審決定ノ如シ）其反面ニ於テ豫審判事ノ爲ス能ハサル行爲ハ之ヲ爲ス能ハス例ヘハ戸主ノ承諾ナキ日出前、日沒後ノ家宅捜索（同法第一〇四條第一七八條）疾病中ノ證人呼出（同法第一一六條第一〇四條）證人ト シテ現役軍人ノ直接呼出（同法第一七八條第一）等ノ如シ茲ニ一ノ問題アリ證人、鑑定人ヲ呼出スニハ刑事訴訟法第百十五條ニ依レハ呼出狀ノ送達ト出頭トノ間少クトモ二十四時ノ猶豫アルヘキモノナリ現行犯ノ假豫審ニ付キ證人、鑑定人ヲ呼出スニハ必ス呼出狀ヲ以テ之ヲ爲シ且ツ二十四時ノ猶豫ヲ與ヘサルヘカラサルヤ否ヤ是ナリ余輩ハ本問題ニ對シテ消極的斷定ヲ下タスモノニシテ呼出狀ノ送達ヲ爲サス二十四時ノ猶豫ヲ與ヘサルモ違法ニ非ラスト思料ス第百四十四條ニハ單ニ豫審判事ニ屬スル處分ヲ爲スコトヲ得ト規定スルノミニシテ其處分ノ方式ヲ規定セス第百四十二條第二項ニ於ケルカ如ク此章ノ規定ニ從ヒ豫審ノ處分ヲ爲スコトヲ得ト規定セサレハナリ而シテ此解釋ハ急速ノ必要ニ應セシムル爲メ現行犯ノ假豫審ヲ規定セル法律ノ精神ニ適スルモノナリ（千八百六十三年五月二日輕罪ノ現行犯ニ關スル佛國法律第二條ニ依レハ人ノ出頭ハ口頭ヲ以テ之ヲ求ムルコトヲ得トアレトモ之レ公判ニ關スル規定ナリ而シテ假豫審處分ニ關シテハ明文ナシト雖モ普通ノ手續ニ依ラシテハ學說ノ判例及ヒ一致スル所ナリ）又假豫審判事カ證人、被告人ノ訊問其他ノ豫審處分ヲ爲スニハ書記ノ立會ヲ要シ急遽ノ際書記ノ立會ヲ得ルコト能ハサルトキハ立會人二名アルコトヲ要シ立會人ナクシテ爲シタル處分ハ無效ナレトモ（刑訴法第九二條）檢事司法警察ノ假豫審ニ付

キテハ刑事訴訟法ニハ立會人ヲ要スルノ規定ナキヲ以テ先ツ疑ナキハ檢事ノ爲ス假豫審行爲ニハ立會人ヲ要セサルコト是ナリ次ニ司法警察官ノ爲ス住居內ノ檢證、捜査、物件差押ニ付キテハ戶主又ハ同居ノ親屬ノ立會ヲ要シ官署、公署ニ於テ爲ス前樣右ノ處分ニハ其署ノ長又ハ之ニ代ハルヘキ者ノ立會ヲ要スレトモ（司法警察官執務心得第六八條第七〇條）無效ノ制裁ナキヲ以テ其處分ノ結果ノ採否ハ判事ノ自由心證ニ委ヌルモノニシテ該處分ハ當然無效ノモノニ非サルナリ假豫審行爲ノ方式ニ付キ法律ニ嚴格ナル形式ヲ規定スルモ之ヲ具備セサル場合ニ於ケル無效ノ制裁ノ明規ナキ以上ハ捜査處分アルノ性質ヨリ觀ルモ該行爲ヲ當然無效ノモノト爲スヲ得ス

佛國ノ學說モ亦本文ト同一ニシテ例ヘハ佛刑訴法第四二條ニハ市町村長ノ署名立會ヲ要スル檢證調書ニハ犯罪地ノ警部又ハ檢事ノ署名等ヲ具備セサルモノニ非スト雖モ法典編成レ檢事ノ檢證調書ノ無效ナルヤ否ヤハ判事ノ自由心證ニ委ネラレタリ（第一審判決ニ對スル控訴院ノ判例ニ曰ク刑訴法第一一五條ニ定メタル檢證調書ノ作成ニ關スル規則ニ違背スルモ其違背ハ檢證調書ノ證據力ヲ減殺スルニ過キス其檢證調書ヲ以テ證據ニ供スルヲ妨ケス一八一八年一月三〇日ノ佛國大審院ノ判決ニ曰ク檢證調書ハ全然作ラサルカ又ハ一五箇條ニ於テ二七箇所ニ亘リ手續上ノ無效アルトキハ其他ノ學者モ亦其說ヲ同クスル所ナリ（ガロー其他ノ學者モ亦其說ヲ同クスル所ナリ（ガロー理由書ノ存在ヲ以テ其訴追ノ要件ト爲スヘキ理由ナシト反之我國ニ於テハ司法警察官カ假豫審處分ヲ爲スニ當リ檢證調書ノ作成ヲ必要ト爲ササレハ司法警察官カ假豫審處分ヲ爲スニ當リ檢證調書ノ作成ヲ必要トセス又現行刑事訴訟法ハ此點ニ關シ何等ノ規定ヲ設ケサルヲ以テ檢證調書ノ作成ハ全ク檢事ノ隨意ニ屬スルモノト爲スヲ得ヘシ然レトモ檢證調書ハ犯罪ノ證據ヲ明白ナラシムル事實ヲ記載スル書類ニシテ其ノ作成ニ關シ何等ノ規定ヲ設ケサルトキハ檢事ハ隨意ニ檢證調書ヲ作成スルノ權利ヲ有スルモノト解スル

ノ爲ス假豫審處分ニ關スル規定ニ非ス前者ニ關スル規定ヲ以テ非訴訟行爲ニ適用スル旨ノ法文ナキ以上ハ訴訟行爲ニ關スル規定ヲ以テ非訴訟行爲ニ適用スヘキモノナリトスルハ其當ヲ得スル處分ヲ爲スコトヲ得ル旨ヲ規定スルニ止マタルト如ク單ニ豫審判事ノ爲ス刑訴法第一四四條ハ本文ニ於テ述ヘタル處分ヲ爲スニ當リ豫審判事ノ此處分ヲ爲スコトヲ得ル旨ヲ規定セルモノニ非サルナリ

假豫審行爲ハ事件ヲ送致シタル後ハ勿論處分ノ一段落ヲ告ケ急速ノ必要消滅シタル以後ハ之ヲ繼續スル能ハス此時期以後ニ於テ換言セハ事件カ急速ノ變態ヲ脫シ通例ノ狀態ニ復シタル以後ニ於テ爲シタル假豫審行爲ハ無效ナリ然レトモ注意スヘキハ假豫審行爲ト名クルモ其實普通ノ搜査行爲ナラハ右ノ時期以後ニ於テ爲シタルモノナルモ無效ニ非サルコト之ナリ犯罪ニ關スル搜査ハ確定判決ニ至ルマテ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナレハナリ檢事司法警察官カ假豫審行爲ヲ爲スニ當リ立會人ヲ要セサルコトハ以上論述シタル如シ然レトモ事務ノ便宜上檢事ハ書記ヲシテ、司法警察官ハ警察ノ吏員ヲシテ調書其他ノ書類ヲ筆記セシムルコトハ違法ニ非ス之レ事務ノ進行ヲシテ敏速ナラシムルノミナラス行爲ノ公明正確ノ點ニ付キ事實上ノ保障アラシムルモノニシテ且法律ノ禁令ニ反スル所ナケレハナリ司法警察官ノ爲ス假豫審ニ關スル詳細ノ手續ハ司法警察官執行心得及ヒ司法警察官外國人ニ關スル執務心得ニ明規スル所ナリ（明治二六年司法省民刑甲第一七四號第五五條以下明治三二年同第一四二號第一九條以下）

## 第三款　通常事件以外ノ犯罪搜査

大審院ノ特別權限ニ屬スル犯罪事件ノ搜査

**二六一**　大審院ノ特別權限ニ屬スル犯罪事件ノ搜査……**二六二**間接國稅犯ノ搜査……**二六三**間接國稅犯ノ搜査手續

**二六一**　刑事訴訟法第三百十條乃至第三百十二條ハ大審院ノ特別權限ニ屬スル犯罪ニ關スル搜査ニ付キ規定セリ（佛獨刑訴法ニハ國事犯、大逆事件等ニ關シテ特別ノ規定ヲ設ケス）大審院ノ特別權限ニ屬スル事件ハ一、刑法第七十三條ノ罪ヲ內容トスルモノ　二、同法第七十五條ノ皇族ニ對スル危害罪ヲ內容トスルモノ　三、內亂罪（刑法第七七條乃至第七九條）ヲ內容トスルモノ　四、皇族ノ犯罪ヲ內容トスルモノ之ナリ以上ノ犯罪ノ搜査ハ檢事總長ノ掌ル所ニシテ地方裁判所檢事、區裁判所檢事、司法警察官ハ以上ノ犯罪ニ付キ搜査ヲ爲シ其結果ヲ檢事總長ニ報告スルノ義務ヲ負フ（刑訴法第一〇〇條）又以上ノ犯罪ノ現行犯アリタルトキハ以上ノ檢事及ヒ司法警察官ハ急速ヲ要スル場合ニ於テハ第百四十七條第一項第百四十四條ニ從ヒ假豫審處分

ヲ爲スコトヲ得、而シテ右ノ場合ニ於テハ豫審判事ニ通知スルノ要ナシ何者以上ノ事件ニ關スル豫審判事ハ大審院長ノ特ニ命スルモノナルカ故ニ大審院長ノ命ナキ以前ニ於テハ通知ヲ受クヘキ豫審判事ナキヲ以テナリ（同法第一條）通常ノ豫審判事カ特別事件ノ現行犯ヲ檢事ヨリ先ニ知ルモ豫審ヲ開始スルヲ得ス之レ檢事總長ノミ起訴、不起訴ヲ決スルノ權ヲ有スルモノニシテ通常ノ現行犯ノ如ク檢事ノ起訴ナキニ豫審行爲ヲ爲シ以テ起訴ノ效力ヲ生セシムルコトヲ得サルニ由ルモノナリ然レトモ以上ノ犯罪ノ現行犯人ハ何人ト雖モ之ヲ逮捕スルヲ得ヘク又以上ノ犯罪ハ何人ト雖モ之ヲ告發スルコトヲ得ルモノナリ（刑訴法第五八條以下及ヒ同法第五二條第五三條）被害者タル皇族ハ告訴權ヲ有スルコト勿論ナリ（同法第四九條）

假豫審處分ヲ爲シタル地方裁判所檢事ハ證憑書類ニ意見書ヲ添ヘ速ニ之ヲ檢事總長ニ送致スヘキモノトス（同法第一二條）區裁判所檢事ニ付キテハ明文ナキモノ如ク地方裁判所檢事ヨリ檢事總長ニ之ヲ送致スヘキハ自然ノ順序ナリトス事件ノ送致ヲ受ケ又ハ其手許ニ於テ事件ヲ發見シタル檢事總長ハ全國ノ檢事中何レノ裁判所ノ檢事ニモ該事件ニ關スル事務取扱ヲ命スルコトヲ得ルモノナリ檢事總長ハ起訴不起訴ノ專權ヲ有スルコト詳言セハ犯罪ノ證憑充分ナル場合ニ於テモ時宜ニ依リ不起訴處分ヲ爲スコトヲ得ルハ刑事訴訟法第三百十三條ニ「且起訴スヘキモノト認メタルトキ」ノ一句アルニ徵シテ明カナリ通常ノ事件ニ關シテハ地方裁判所檢事、犯罪捜査ヲ終リタルトキハ重罪ト思料セハ豫審ヲ求ムヘシ輕罪ト思料セハ其輕重難易ニ從ヒ豫審ヲ求メ又ハ直チニ其裁判所ニ訴ヲ爲スヘシト規定シ（同法第六二條）「起訴スヘキモノト認メタルトキハ」トノ法文ナシ故ニ通常事件ニ付キテハ刑事訴訟法ハ合法主義ヲ採リタリトスルモ大審院ノ特別權限ニ屬スル事件ニ付キテハ前示第百十三條ノ法文ニ徵シテ便宜主義ヲ採リタル者ト斷セサル可ラス而シテ裁判所構成法第八十二條ニ檢事ハ其上官ノ命令ニ從フトアルヲ以テ司法大臣ハ公訴ノ提起不提起ニ付キ檢事總長以下ノ檢事ヲ指揮スルノ權アリトセハ特別事件ニ關スル檢事總長ノ職權ニモ一ノ制限ヲ認メサルヘカラス即チ起訴スヘキモノト認ムルモ司法大臣ノ反對ノ命令アラハ不起訴處分ヲ爲ササルヘカラス又命令アラハ起訴スヘカラスト認メタル事件ヲモ起訴セサルヘカラサルコト是ナリ

特別事件ニ關スル捜査處分ノ內容タル捜査行爲ハ通常事件ニ關スル捜査行爲ト其性質及ヒ種類ヲ異ニスルコトナシ又施行スヘキ手續モ同一ナリトス

間接國稅犯ノ捜査

**二六二**　間接國稅ハ直接國稅ニ對スルモノニシテ後者ハ立法ノ目的上納稅者ヲシテ租稅ノ負擔者タラシムルコトヲ豫期シタルニ反シ前者ハ立法ノ目的上使用者消費者等ノ納稅者以外ノ者カ結局ノ租稅負擔者タルコトヲ豫想シタルモノナリ而シテ國稅トハ國家ノ經費ニ充ツル爲メ法律ニ基キ國家ニ於テ徵收スル租稅ニシテ地方ノ經費ニ充ツル爲メ徵收スル地方稅ニ對スルモノナリ現行法上間接國稅トハ酒造稅、酒精及酒精含有飲料稅、沖繩縣酒類出港稅、麥酒稅、醬油稅、砂糖消費稅、賣藥稅、印紙稅、骨牌稅、織物消費稅、石油消費稅ニシテ間接國稅犯則者處分法第二十條同施行規則第一條ニ規定スル所ナリ又犯則者ノ處分上本法ニ準據スルハ煙草專賣法、鹽專賣法、粗製樟腦樟腦油專賣法、工業酒精酒類其他酒精含有飲料戾稅法、酒母醪及麴取締法等是ナリ（直接國稅トハ地租、所得稅、營業稅鑛業稅等之ナリ明治二十一年大藏省告示第九五號同三二年內務省告示第六九號二二年勅令第四一號）

間接國稅犯ハ他ノ行政犯ニ同シク所爲自體カ罪惡ナルカ故ニ之ヲ罰スルニ非スシテ法規ニ反スルカ爲メ行政上ノ目的ニ從ヒ之ヲ罰スルニ過キサルヲ以テ責任能力或ハ責任條件ヲ缺クモ（換言スレハ精神ノ成熟、健全或ハ故意過失ヲ缺クモ）犯則者タリ得ルモノニシテ殊ニ著シキ特例ハ他人ノ行爲ヲ原因トシテ行爲者ニ非サル者ヲ罰スルコト之ナリ是ヲ以テ此種ノ犯罪ヲ形式犯（Formel delikt）ト稱ス而シテ刑罰ハ財產刑ヲ以テ原則トシ行政處分ヲ以テ之ヲ科シ犯則者カ任意ニ處分ノ通告ニ對シテ履行ヲ爲シタルトキハ公訴權ヲ消滅セシム（違警罪即決亦同シ）此種ノ犯罪ノ檢擧ニ關シテハ法律ハ特ニ行政官ヲシテ之ニ當ラシム間接國稅犯ノ捜査ハ二重ノ目的ヲ有ス即チ行政處分ヲ爲サンカ爲メ犯則ノ證憑ヲ蒐集スルヲ直接ノ目的トシ犯則者カ任意ニ犯則處分ノ通告ニ對シテ履行セサル場合ニ於テ蒐集シタル證憑ヲ司法處分ノ材料タラシムルコトヲ間接ノ目的トス檢事及ヒ司法警察官ハ一般犯罪ノ捜査機關トシテ間接稅犯ニ關シテモ亦捜査權ヲ有スルコトハ既ニ論述セリ（二三二號參照）間接國稅犯則者處分法ニ依ル特別捜査機關ハ收稅官吏ニシテ專賣法規違反事件ニ關シテハ收稅官吏、專賣官吏、稅關官吏、警察官吏、森林官吏トス（明治四〇年九月勅令第一〇〇號）稅則犯ノ捜査及ヒ檢擧ハ司法處分ノ準備ヲ直接ノ目的ト

爲サスシテ行政處分ノ準備ヲ直接ノ目的トスルヨリシテ間接國稅犯則者處分法ハ之ヲ捜査ト謂ハスシテ調査ト稱セリ（同法第三條同法施行規則第一二條參照）

**二六三**　間接國稅犯則ニ關スル捜査手續ノ重要ナルモノヲ擧クレハ收稅官吏カ臨檢捜索、尋問差押ヲ爲スニハ其身分ヲ證明スヘキ證票ヲ携帶スヘク以上ノ行爲ヲ爲スニ付キ抵抗妨害ヲ受ケ若クハ之ヲ受クル虞アリ其他必要アル場合ニハ警察官ノ援助ヲ求ムルコトヲ得而シテ日出ヨリ日沒ニ至ルノ間ニ非サレハ臨檢、捜索、差押ヲ爲ス能ハス但以上ノ行爲ヲ繼續スル場合、現行犯ノ場合、承諾アル場合ハ此限ニ在ラス此他遵守スヘキ手續ハ

一、犯則ヲ證明スヘキ物件、帳簿、書類等ヲ藏匿スルノ嫌疑アル場合ニ臨檢、捜索ヲ爲ス場合ニ於テハ其場所タル家宅、倉庫、船車等ノ所有主、借主、管理者、事務員又ハ同居ノ親族、雇人、隣佑ニシテ成年ニ達シタル者ヲ立會ハシムヘク以上ノ者ノ在ラサルトキ又ハ立會ヲ拒ミタルトキハ其地ノ警察官吏又ハ市町村吏員ヲ立會ハシムヘキモノトス

二、差押ヲ爲シタルトキハ其差押目錄ヲ作成スヘク（差押物ノ所有者ハ差押目錄ノ謄本ヲ請求スル權利アリ）

三、尋問ハ犯則嫌疑者其他ノ者ニ對シ之ヲ爲スヲ得レトモ何人ヲモ證人トシテ訊問スル能ハス故ニ犯則嫌疑者以外ノ者ハ常ニ參考人トシテ尋問スヘキモノトス臨檢、捜査、差押、尋問ヲ爲スニ當リテハ何人ニ限ラス許可ヲ得スシテ其場所ニ出入スルヲ禁スルコトヲ得ヘク又以上ノ處分ヲ爲シタルトキハ其顚末ヲ記載シ立會人又ハ尋問ヲ受クル者ニ示シ共ニ署名捺印スヘク以上ノ者カ署名捺印スル能ハス又ハ署名捺印ヲ拒ミタルトキハ其旨ヲ附記スヘキモノトス差押物件ハ便宜ニ依リ保管證ヲ徵シ所有者、所持者又ハ市町村ヲシテ保管セシムルコトヲ得腐敗其他損傷ノ虞アル物ナルトキハ之ヲ公賣ニ付シ其代金ヲ供託スルコトヲ得（間接國稅犯則者處分法第一〇條參照）間接國稅犯則者處分法ハ鑑定ニ付キ規定セス舊處分法施行細則第七條ニハ間稅官吏ハ犯則物件ニ付キ鑑定人ヲ必要ナリト思料シタルトキハ相當ノ者ヲシテ鑑定ヲ爲サシメ其鑑定書ヲ徵スヘシトアリシニ現行法ニハ之ニ相當スル規定ヲ缺クヨリシテ收稅官吏ハ鑑定ヲ命スル能ハサルニ非スヤトノ疑ヲ生スレトモ此捜査手續ニ於テ捜索、尋問等强制處分ヲ許スト爲スヘキ根據ナキヲ以テ收稅官吏ハ之ヲ命スルノ職權アルモノト解スヘキナリ此斷定ハ現行判例ノ認ムル

所ナリ（明治四四年四月二日レ第二〇五號大審院第一刑事部ノ判決ニ曰ク收稅官吏ハ間接國稅ニ關スル犯則者アルコトヲ認知シタルトキハ證憑ヲ集取スルノ職權ヲ有スルモノナルコトハ間接國稅犯則者處分法第二條第一項ノ規定ニ徵シ明カナリ）

又捜索ハ處分法ノ認ムル所ナレトモ問題ト爲ルハ嫌疑者其他ノ者ノ身體ニ付キ捜索ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤノ點ナリ處分法第二條ノ「……藏匿スト認ムル場所ニ臨檢シ捜索シ」トアル場所ナル文字ハ普通ノ意義ニ於テハ身體ヲ包含セサルモノナレトモ場所トハ空間ヲ謂フモノナレハ肉體ト其被服トノ間モ亦空間ニ外ナラサレハ場所ト謂フヲ得ヘク從ツテ身體ニ付キ捜索ヲ爲スコトヲ得ルモノト解スヘシ判例モ亦同一ノ論決ヲ爲セリ

（明治三七年一一月七日レ第二〇三號大審院第二刑事部判決ニ曰ク間接國稅犯則事件ニ關シ收稅官吏ハ犯則者ノ文書物件帳簿等ヲ藏匿スト認ムル場所ニ臨檢捜索シ收稅官吏ニ於テ證憑物件ヲ發見スルノ方法ニ付キテハ一般的ニ何等ノ制限ナキヲ以テ收稅官吏ハ藏匿セラレタル證據物件ノ所在ニ關シ或場所ノ家宅ニ於テ其住居人ノ身體ニ之ヲ捜索スヘキヲ認メタルトキハ之ヲ捜索スヘキモノトス）

（明治四十一年七月六日レ第一六號大審院第二刑事部判決ニ曰ク收稅官吏ハ間接國稅犯則者處分法第十條ニ依リ犯則者ノ住居又ハ其他ノ場所ヲ捜索シ又ハ犯則者ノ身體ヲ檢スルコトヲ得ルモノトス）

## 非ストノニ

身體捜索ヲ許サストスルトキハ犯則者ハ收稅吏ノ捜索ヲ受ケ急遽有力ナル證據物件ヲ其懷中ニ匿シタル場合ト雖モ收稅吏ハ之ヲ差出サシムルヲ得サルノ不便ヲ生スヘシ尙一ノ問題アリ處分法第十條ノ規定ニ反セル顚末書ハ効力ヲ有セサルヤ否ヤ之ナリ曰ク右顚末書ハ刑事訴訟法ニ從ヒ作成スル文書ニ非サルカ故ニ同法第二十條ノ適用ナク又處分法ハ無效ノ制裁ヲ規定セサルヲ以テ違式ナレハトテ當然無效ナルモノニ非ス其採否ハ事實承審官ノ自由ナル心證ニ因リテ決スヘキモノナリ判例モ亦同趣旨ノ斷定ヲ與ヘタリ（明治四十一年七月六日レ第一六號大審院第二刑事部判決ニ曰ク收稅官吏臨檢捜索等ヲ爲シ其顚末書ヲ作成スルニ當リ犯則者ヲシテ其旨ヲ附記セシメ且ツ顚末書ニ立會人ヲシテ署名捺印セシムルコトハ處分法第十條ノ規定ニ於テ明カナリ然レトモ間接國稅犯則者處分法第十條ニハ無效ノ制裁ナキカ故ニ右ノ如ク犯則者ノ身體ニ對シ捜索ヲ爲スヘキ物件ヲ人ノ懷中ニ藏匿シタル場合ニ於テ其物件ヲ押收スル手續ヲ爲スコトヲ得ヘキハ勿論ニシテ其物件カ人ノ懷中所在ノ物件ニ存在スルノ故ヲ以テ捜索ノ

地ニ於テ集取シタル證憑ハ之ヲ最初ノ發見地所轄稅務監督署ノ收稅官吏ニ引繼クヘク收稅官吏カ臨檢、捜索、尋問差押ヲ爲スハ其所屬稅務官督局又ハ所屬稅務署ノ管轄區域內ニ限ルモノトス然レトモ既ニ着手シタル犯則事件ニ關聯シ他ノ稅務監督局又ハ稅務署ノ管轄區域ニ於テ臨檢、捜索、尋問又ハ差押ヲ爲スヲ必要トスルトキハ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ此場合ノ外、稅務署長ハ其管轄區域外ニ於テ犯則事件ノ調査ヲ必要トスルトキハ之ヲ其地ノ稅務署長ニ囑託スルコトヲ得ルモノナリ（同法第一二條）之ニ付キ又一ノ問題アリ收稅官吏カ其管轄地外ニ於テ爲シタル捜査行爲ノ效力如何之ナリ或ハ曰ク無效ナルモノニ非ス何者處分法ニ之ヲ無效トスルノ規定ナキノミナラス又管轄違ノ行爲ハ訴訟行爲ナル場合ニ於テモ時效中斷ノ效力アリ或ハ證據タルノ效力アルモノナレハ況ンヤ捜査行爲ナルニ於テヲヤ之ヲ無效トスヘキ理由ナケレハナリト此說一理ナキニ非スト雖モ處分法第十二條前段ニ收稅官吏前各條ニ依リ臨檢、捜索、尋問又ハ差押ヲ爲スハ其所屬稅務監督局又ハ所屬稅務署ノ管轄內ニ限ルトアル文詞ニ徵スレハ管轄外ニ於テ爲シタル以上ノ行爲ハ無效ニシテ其他ノ行爲ハ有效ナリトスルヲ以テ法律ノ正解ト爲スヘキニ非サル歟判例モ亦同趣旨ノ見解ニ出ツルモノノ如シ

明治三九年八月三一日レ第七五〇號大審院休暇部ノ判決ニ曰ク間接國稅犯則者處分法ニ依レハ收稅官吏ノ犯罪事件ニ對スル職務權限ニ付キテハ概括的ニ收稅官吏ト規定シ其職務執行ノ區域ヲ限定セス唯收稅官吏カ臨檢捜索尋問又ハ差押ヲ爲スニ付キ第十二條前段ノ規定ヲ設ケタルモノナレハ其他ノ場合ニ於テハ收稅吏ハ苟モ犯則事件アルコトヲ發見シタルトキハ同法第十一條ノ規定ニ從ヒ證憑蒐集ヲ爲シ第一三條ノ手續ヲ爲スコトヲ得ヘク其職務執行ノ區域如何ヲ顧慮スルノ必要ナキモノト解釋セサルヲ得ス果シテ然ラハ本件犯則ノ目的タル鹽ハ天草稅務署ノ管轄外ニ在リテ被告所在地モ亦他ノ稅務署ノ管轄內ナルコトヲ假リニ所論ノ如クナリトスルモ被告ノ犯則事件ヲ發見シタル天草稅務署ノ收稅吏ニ於テ證據ノ蒐集ヲ爲シ第十三條第三號ノ場合ニ該當スルモノト認メ直チニ告發ノ手續ヲ爲スコトヲ妨ケサルモノトス

第八條第一項ノ禁令ニ反シテ爲セル臨檢捜索差押ハ無效ナリ故ニ右ノ如ク違法ナル手續ノ結果トシテ生シタルモノ（例ヘハ調書ノ如シ）ハ斷罪ノ資料ニ供スル能ハス然レトモ右條項ハ被嫌疑者ノ住居又ハ物件ヲ藏匿スル者ノ住居等ニ於テ差押ヲ爲ス場合ニノミ適用スヘキモノニシテ當該官吏カ其所屬官廳ニ存在スル物品ヲ押收スル場合ニハ適用ナシ故ニ右ノ場合ニ於テ日沒後日出前爲シタル押收ハ適法ナリ（明治四四年二月一〇日第二七五號大審院第一刑事部判決）又以上ノ如ク差押ハ無效ナリト

スルモ其差押物カ裁判所ニ現在スル場合ニ之ヲ斷罪ノ資料ニ供スルハ違法ニ非ス收稅官吏ハ犯則事件ノ捜索ヲ終リ犯則者ノ居所分明ナラサル場合若クハ犯則者逃走ノ虞アル場合及ヒ證憑湮滅ノ虞アル場合ニ於テハ直チニ檢事ニ告發ヲ爲スヘク其他ノ場合ニ於テハ之ヲ稅務署長ニ報告スヘク稅務署長ハ事件ヲ調査シ犯則ノ心證ヲ得ルナラハ犯則處分ノ通告ヲ被嫌疑者ニ對シテ爲スヘキモノトス（通告ニハ理由ヲ明示シテ罰金科料ニ相當スル金額ノ沒收品ニ相當スル金額及ヒ送達、運搬、保管等ノ費用ニ指定ノ場所ニ納付スヘキ旨ヲ掲ク）犯則者通告ヲ受ケタル日ヨリ七日以內ニ之ヲ履行セサルトキハ或ハ犯則者ノ居所分明ナラサル爲メ又ハ犯則者書類ノ受取ヲ拒ミタル爲メ通告ヲ爲ス能ハサルトキハ告發スヘキモノトス何レノ場合ニ於テモ告發ハ收稅官吏職務ヲ行フ地ノ區裁判所檢事若クハ地方裁判所檢事（事物ノ管轄ニ從ヒ）ニ對シテ之ヲ爲スモノトス稅務署長犯則事件ヲ調査シ犯則ノ心證ヲ得サルトキハ其旨ヲ則犯嫌疑者ニ通知シ物件ヲ差押ヘタルトキハ之ヲ解除スヘキモノトス

## 第四節　不起訴處分及ヒ不起訴處分ヲ爲スヘキ場合ニ對スル抗告

二六四、不起訴處分ヲ爲スヘキ場合……二六五、不起訴處分ニ對スル抗告……
二六六、抗告權利者……二六七、抗告ノ效果

**二六四**　捜査機關ハ捜査ノ結果犯罪アリト認メ而シテ公訴權ノ未タ消滅セス且訴訟條件ノ具備スルナラハ公訴ノ提起ヲ爲スヲ原則トス然レトモ微罪ニシテ檢擧ノ價値ナシト認ムルナラハ起訴セサルコトアルヘク反之現時訴訟條件具備セサルモ後ニ之ヲ具備シ得ルノ見込アリテ公訴ノ時效ヲ中斷スルノ必要アルトキハ起訴スルコトアルヘシ然レトモ之レ臨機的例外ノ處分ナリ微罪不檢擧ハ理論上非難ヲ免レスト雖モ現時ノ實際ニ於テ刑事政策上勵行スヘキ處分ナレハ之ヲ不起訴處分ノ當然ナル場合ト爲シ不起訴處分ヲ爲スヘキ場合ヲ列擧スレハ左ノ如シ

**一**　公訴不受理ノ原因存スルトキ　例ヘハ親告罪ニ付キ告訴ヲ缺クトキ又ハ被告人カ治外法權者ナルトキ又ハ特別裁判所ノ管轄ニ屬スルトキノ如シ

二　處罰條件ヲ缺クトキ　例ヘハ詐欺破産罪ニ付キ起訴セントスルニ當リ破産決定ノ取消サレタル場合ノ如シ

三　犯罪ノ構成要素ヲ缺クトキ　例ヘハ死者名義ノ文書ヲ其死亡後ノ日附ニテ行使シタル場合ノ如シ

四　公訴權ノ消滅シタルトキ

五　犯罪ノ證憑十分ナラサルトキ

六　微罪ニシテ起訴ノ價値ナキトキ

七　起訴ノ猶豫ヲ與フヘキモノト認メタルトキ　之レ微罪ニ非サルモ犯人ハ深ク其非行ヲ悔ヒ同種若クハ他種ノ犯罪ヲ再ヒスルノ危險ナシト認ムヘク而シテ被害者ニ對シテ損害ヲ償ヒ若クハ被害者ノ宥恕ヲ得タルトキニ此處分ヲ行フモノナリ此處分ハ前六ノ場合ト同シク刑事政策ノ見地ヨリシテ之ヲ行フモノナレトモ凡ユル犯罪ニ付キ此處分ヲ行フハ其當ヲ得タルモノニ非ス刑ノ執行猶豫ヲ與フルコトヲ得ヘキ犯罪ニ付キ之ヲ行フヲ相當トス

八　大審院ノ特別權限ニ屬スル事件ニ付キテハ檢事總長ニ於テ起訴スヘカラスト認メタルトキ　例ヘハ內亂事件起リ起訴スルトキハ却テ實際ニ於テ秩序ヲ維持スル能ハサルニ至ルノ虞アル場合ノ如シ

九　上官ノ命令アリタルトキ　上官ハ不起訴ノ命令ヲ發スルヲ得ルモノナレトモ他ノ場合ニハ其反對ニ起訴ノ命令ヲ發スルコトヲ得ルモノナリ而シテ裁判所構成法第八十二條ニ所謂上官ニハ司法大臣ヲ包含スルモノナリトハ現時ノ解釋ニシテ起訴ノ方針ヲ一定セシムルニハ適切ノモノナルヘシト雖モ司法官ニ非サル司法大臣ニ右ノ職權アリヤハ學理上ノ疑問タルモノナリ

不起訴處分ヲ爲スニハ特別ノ形式ナシ唯告訴アリテ犯罪ノ搜査ヲ開始シ起訴スヘカラスト認メタルトキハ其旨ヲ被害者ニ通知スル手續ヲ爲スノミ（刑訴法第六五條）不起訴ト決シタル後ニ於テモ起訴スルヲ得ルモノナレハ檢事ノ決定ニハ實質上及ヒ形式上ノ確定力ナシ三、四、ノ如キ場合ニ於テモ檢事カ法律ノ誤解ヲ爲シタルナラハ何時ニテモ之ヲ更メ起訴ノ手續ヲ爲スヘキナリ又司法大臣ト雖モ不起訴ヲ命シタル事件ニ付キ更ニ起訴ヲ許スコトアルヘシ不起訴ノ命令若クハ處分ハ刑事訴訟法上時效經過ノ原因タルニ止マリ直接ナル效力ヲ生ス

ルモノニ非サルヲ以テ例ヘハ不起訴ノ命令ヲ受ケタル檢事カ之ヲ遵守セス公訴ヲ提起シタルトキハ刑事訴訟法上完全ナル起訴ノ效力アルモノナリ不起訴處分ハ告訴カ愆告ニ出テタルナラハ愆告罪ノ成立ヲ妨クルコトナシ

**二六五**　公訴ヲ提起セシムルニ付キ間接ナル利害關係ヲ有スル者ハ不當ナル不起訴處分ヲ如何ナル方法ヲ以テ攻擊スルヲ得ルヤ曰ク裁判所構成法第百四十條ニ依リ抗告ヲ爲スコトヲ得ルノミ同條ニハ司法事務取扱ノ方法ニ對スル抗告殊ニ或ル事務ノ取扱方ニ對シ又ハ取扱ノ延滯若クハ拒絕ニ對スル抗告ハ此ノ編ニ揭ケタル司法行政ノ職務及ヒ監督權ニ依リ之ヲ處分スト雖モ不起訴處分ハ同條ニ所謂事務ノ取扱ニ相當スルカ否ラスンハ取扱ノ拒絕ニ相當スルモノナリ而シテ告訴アリタルニ拘ハラス理由ナク未決ノ狀態ニ事件ヲ拋置セルナラハ同條ニ所謂事務ノ延滯ニ該當スルモノナルヲ以テ抗告ヲ爲スヲ得ルモノナリ

我法律ノ下ニ在リテハ不起訴處分ニ對スル第一抗告ハ刑事訴訟法ノ範圍外ニ存スルモノナレトモ獨逸刑事訴訟法ハ其第一七〇條ニ不起訴處分ニ對スル裁判所構成法第一四八條ニハ檢事ノ執務ニ關スル監督權ヲ規定シ其不當ナル職務ノ執行ニ對シテハ本條ニ依リ救正ヲ求ムルコトヲ得ルモノトセリ（聯邦會議ヨリシテ提出シタル刑事訴訟法草案ハ公訴權ノ行使ニ關シテハ檢事ニ專權ヲ有セシメ被害者ニハ上級檢事ニ對スル抗告權ヲ有セシメタルニ止マリシカ但親告罪及ヒ請求ヲ要スル犯罪ニ付キテハ被害者ハ私訴ヲ以テ刑罰ノ適用ヲ請求スルヲ得ルモノトセリ）





草案ハ公訴權ノ行使ニ關シテハ檢事ニ專權ヲ有セシメ被害者ニハ上級檢事ニ對スル抗告權ヲ有セシメタルニ止マリシカ但親告罪及ヒ請求ヲ要スル犯罪ニ付キテハ被害者ハ私訴ヲ以テ刑罰ノ適用ヲ請求スルヲ得ルモノトセリ（聯邦會議ヨリシテ提出シタル刑事訴訟法草案ハ公訴權ノ行使ニ關シテハ檢事ニ專權ヲ有セシメ被害者ニハ上級檢事ニ對スル抗告權ヲ有セシメタルニ止マリシカ但親告罪及ヒ請求ヲ要スル犯罪ニ付キテハ被害者ハ私訴ヲ以テ刑罰ノ適用ヲ請求スルヲ得ルモノトセリ）

抗告ハ順次上級ノ檢事カ抗告ヲ棄却セシトキハ更ニ司法大臣ニ之ヲ爲スヲ得ヘキモノナリトハ裁判所構成法第百四十條ニ對スル現時ノ解釋ナリ故ニ區裁判所檢事ノ爲シタル不起訴處分ニ付キテハ順次ニ四個ノ抗告ヲ生スルコトアルヘキナリ

第一次ハ地方裁判所檢事局ニ抗告ヲ爲シ其棄却處分ニ對シテハ控訴院檢事局ニ又其棄却處分ニ對シテハ大審院檢事局ニ同檢事局カ棄却シタル場合ニハ司法大臣ニ抗告スルヲ得ヘシ抗告ハ被害權利ノ承繼者ヨリ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ

**二六六**　告訴、告發ハ訴訟行爲ニ非スト雖モ詳言スレハ訴訟關係ヲ組成スル效力ヲ有スル法律行爲ニ非サルナリ檢事又ハ司法警察官ニ爲シタル告訴、告發ニ因リテ

ハ之ヲ爲シタル者ト之ヲ受ケタル者トノ間ニ訴訟法上ノ法律關係ヲ生スルコトナク又之ニ對スル檢事ノ不起訴處分ハ訴訟法上ノ裁判ニ非ス（告訴ヲ爲スモ其起訴ヘ亦裁判ニ非ス）不起訴處分ニ對シテ如何ナル方法ヲ以テ不服ヲ申立ツルヲ得ルヤハ現行訴訟法ニ依リテ決スルヲ得サル問題ニシテ不起訴處分ニ對シテハ裁判所構成法ノ規定ニ從ヒ抗告ヲ爲スヘキモノトセハ抗告權ヲ有スルハ何人ナルヤハ第二ニ生スル如シ抗告ヲ爲スヘキモノトセハ抗告權ヲ有スル者ハ不起訴處分ニ對シテ抗告ヲ爲スヲ得ヘキコト問題ニシテ告訴ヲ爲シタル者ハ不起訴處分ニ對シテ抗告ヲ爲スヲ得ヘキコトハ學說上及ヒ實際上承認セラルル所ニシテ告訴權ヲ有スルモ未タ告訴ヲ爲ササル者ハ他ノ告訴權者ノ告訴ヲ採用セサル不起訴處分ニ對シテ抗告ヲ爲ス能ハサルコトハ亦疑ナキ所ナリ之レ未タ告訴ヲ爲ササル告訴權者ハ他人ノ爲シタル告訴ニ付キテハ其事件ノ當事者ニ非サルノミナラス獨立シテ告訴ヲ爲スコトヲ得ルヲ以テ右ノ者ニ變例的ナル抗告權ヲ特ニ許與スルノ必要ナキヲ以テナリ議論ノ岐ルル點ハ告發ヲ爲シタルモノハ抗告權ヲ有スルヤ否ヤノ問題之ナリ

積極說ニ曰ク告發ハ當該機關ヲシテ搜査ヲ開始セシムル效力ヲ有スル刑事訴訟法上ノ權利ニシテ裁判所構成法第百四十條ハ司法事務取扱ノ拒絕ニ對シ廣ク抗告ノ權利ヲ認メ抗告權ノ享有者ヲ告訴人ノミニ制限セサルヲ以テ告發者ニモ抗告權ヲ有セシムル法意ナリト解釋セサルヘカラスト（消極論ニ曰ク告發ハ權利ナレトモ告發權ヲ有スレハトテ其必然ノ結果トシテ抗告權ヲ有セサルヘカラスト爲スヘキ理論ナキコトハ訴訟行爲ニ付キテハ其權利者常ニ必スシモ上訴權ヲ有スルモノニ非サルニ徵スルモ明カナリ裁判所構成法第百四十條ニハ抗告權ヲ告訴人ニノミ制限セル文詞ナシト雖モ告訴ト告發トハ犯罪ノ申告タルノ點ニ於テ共通ノ性質アルニ止マリ權利發生ノ原因ヲ異ニスルモノナリ告訴權ハ犯罪ニ因リテ害ヲ蒙リタルカ故ニ生スルモノナレトモ告發權ハ單ニ犯罪ヲ認知シタルニ據リテ生スルモノナリ犯罪ト告訴權トハ因果ノ關係アリテ公訴ノ提起、不提起ハ告訴權者ノ利害ニ大ナル影響アルモノナレトモ犯罪ト告發權トハ因果ノ關係ナク公訴ノ提起不提起ハ告發權ノ利害ニハ法律上影響ナキヲ以テ告訴權者ニハ不起訴處分ニ對スル抗告權ヲ與フルノ必要アレ

トモ告發權者ニハ該處分ニ對シ抗告權ヲ與フルノ必要ナシ之レ法律ハ告訴人ヲシテ自己ノ利益ノ保護上、抗告其他ノ手段ヲ取ラシメンカ爲メ不起訴處分ヲ之ニ通知スルノ規定ヲ設ケタルニ反シ告發人ニハ不起訴處分ヲ通知スルノ規定ヲ設ケサリシ所以ナリト現時實際ノ取扱ニ於テハ消極說ニ從ヘリ

**二六七**　不起訴處分ニ對シテ抗告ヲ爲シタルトキハ形式違反ノ理由ヲ以テ之ヲ棄却スルコトナシ何者抗告ノ形式ニ付キテハ法律ニ定ムル所ナケレハナリ又抗告ヲ提出スヘキ上級官廳ヲ誤リテ提出シタル場合ニ於テハ之ヲ當該官廳ニ送付スルヲ穩當トス例ヘハ東京區裁判所檢事ノ爲シタル不起訴處分ニ對シ橫濱地方裁判所檢事正ニ抗告ヲ爲シ或ハ東京地方裁判所檢事ノ爲シタル不起訴處分ニ對シ大審院檢事局ニ抗告ヲ提出シタル場合ニハ橫濱地方裁判所檢事正ハ之ヲ東京地方裁判所檢事正ニ檢事總長ハ之ヲ東京控訴院檢事長ニ送附スヘキカ如シ上級官廳ニ於テ抗告ヲ審査シ之ヲ理由アリトスルトキハ管轄裁判所ニ附置セラルル檢事局ニ對シ直接ニ起訴ノ命令ヲ爲スモノトス例ヘハ東京地方裁判所ニ於テ不起訴處分ヲ爲シタルニ對シ告訴人ハ東京控訴院檢事長ニ

## 抗告ノ效果

抗告シ棄却セラレ更ニ檢事總長ニ對シ再抗告ヲ爲シ檢事總長ニ於テ抗告ヲ理由アリトスルトキハ東京地方裁判所檢事正ニ對シ直接ニ起訴命令ヲ下スカ如シ右ノ如ク起訴ヲ命スル場合ニハ抗告ニ對スル裁判ノ原本ヲ作成スルノ要ナク起訴ヲ命シタルコトヲ抗告人ニ通知スルヲ以テ足ル(刑訴法第六五條裁判所及ヒ檢事局事務章程第二五條第一項第三號參照)抗告ヲ理由ナシトスルトキハ抗告ニ對スル判定書ヲ作リ其檢事局長之ニ署名捺印スヘキモノトス但判定書ノ謄本ヲ作リテ送達スルノ要ナク抗告ヲ理由ナシトスル判定アリタルコトヲ通知スルヲ以テ足ル(刑訴法第六五條裁判所及ヒ檢事局事務章程第二五條第一項第三號參照)此抗告ハ訴訟法上ノ效力ヲ生スルコトナシ抗告ハ時效ノ中斷訴訟行爲ノ停止(例ヘハ告訴人ニ對スル誣告罪ノ起訴ノ停止)等ノ效力ヲ生スルコトナシ故ニ抗告中當該官廳ニ於テ故意又ハ過失ニ因リ時效ヲ成就セシメ時效成就ノ理由ヲ以テ抗告ヲ棄却シタル場合ニ抗告人ハ該官廳ノ事務取扱ノ不當ナルコトヲ攻擊シテ更ニ上級官廳ニ抗告スルヲ得レトモ上級官廳ニ於テ抗告人ノ主張ヲ正當ナリト認ムルモ時效成就前ノ狀態ニ回復セシムルコト能ハス又誣告罪ノ公訴ヲ提起セラレタル告訴人ハ自己ノ爲シタル告訴ニ對スル不起訴處分ヲ不當トシテ抗告ヲ爲シタルコ

トヲ理由トシテ自己ニ對スル公訴ノ審理ヲ中止セシムル能ハス

抗告人ハ其抗告ヲ取下クルコトヲ得ヘシ然レトモ其取下ハ公訴ノ提起ヲ妨クル效力ナシ抗告ハ公訴ノ條件タル性質ヲ有セサレハナリ故ニ親告罪ニ付キ告訴ヲ爲シ不起訴處分ヲ受ケ抗告ヲ爲シ之ヲ取下クルモ不起訴處分後ニ於テ檢事カ再査ノ結果、提起シタル公訴ニ對シテ影響ヲ生スルコトナシ抗告ノ取下ハ告訴ヲ拋棄スル意思ノ結果タルコトアルヘシト雖モ常ニ然リト謂フヲ得サルモノニシテ或ハ檢事ノ公訴ヲ提起シタル爲メ抗告ヲ主張スル實益ナキニ至リタルニ因リ抗告ヲ取下クルコトアリ或ハ犯人ノ處罰ヲ求ムル意思ハ變セサルモ自己ノ提出セル證據ノ十分ナラサルコトヲ覺リ起訴セラルヘキ見込ナシト諦メ抗告ヲ取下クルコトアルヘケレハナリ（故ニ告訴拋棄ノ意思表示サ抗告取下ノ意思表示ニ包含セシメタル場合ニ於テハ論定ナル右ノ場合ニ於テハ論ナリ）不起訴處分ニ對シテ一面ニ於テ抗告ヲ爲シ他ノ一面ニ於テ新證憑ヲ添ヘ同一事件ニ付更ニ告訴スルコトヲ妨ケス抗告行爲ハ訴訟行爲ト異リ權利拘束ノ效力ヲ生スルモノニ非サレハナリ

# 第二章　公訴ノ提起

公訴方式ノ區別及ヒ公訴ノ意思表示ナクシテ公訴ノ成立スル場合

**二六八**　公訴方式ノ區別及ヒ公訴ノ意思表示ナクシテ公訴ノ成立スル場合……

**二六九**　逮管罪即決處分ニ對シ正式裁判ノ申立ヲ爲シタル場合ニハ檢事ノ公訴ヲ要セスシテ公判ヲ開始スヘキヤ……**二七〇**　公訴繫屬ノ方式……**二七一**　公訴表示ノ方式其一……**二七二**　公訴表示ノ方式其二……**二七三**　公訴提起ノ效力

**二六八**　公訴ハ裁判所ニ對シテ檢事ノ爲ス意思表示ニ依リテ提起セラルルヲ原則トス此意思表示ヲ爲スニ當リテハ法律ハ一定ノ方式ヲ要求セリ而シテ此方式ニハ公訴ノ意思表示自體ニ關スル方式ト公訴ヲ受クル裁判所トノ關係ニ於ケル方式トノ區別アリ前者ヲ公訴表示ノ方式ト稱シ後者ヲ公訴繫屬ノ方式ト呼フ公訴表示ノ方式ハ被告人ト犯罪事實トヲ指定スルニ在リ（刑訴法第六三條ニ規定スルモノハ公訴表示ノ附屬的方式ナリ）公訴繫屬ノ方式トハ直ニ公判ヲ求メ或ハ豫審ヲ求ムルニ在リ又大審院ノ特別管轄ニ屬スル事件ニ付キテハ豫審判事ノ任命ヲ求ムルニ在リ公訴檢事ノ意思表示ニ依リテ提起セラルル原則ニハ二箇ノ例外アリ　一、附帶犯罪ハ又豫審又ハ公判ニ於テ其事實ノ審査ヲ開始スルニ依リテ公訴提起

ノ效力ヲ生ス（刑法第一八四條第一八五條）二、現行犯ニ付キ檢事ヨリ先キニ豫審判事カ犯所ニ臨檢シ檢證調書ヲ作成スルニ因リテ公訴提起ノ效力ヲ生ス（同法第四三條一）以上二箇ノ場合ニ於テハ形式上檢事ノ公訴ノ意思表示ハ存在セサレトモ例外的規定ニ依リ形式上公訴ノ提起アリタルト同一ノ效力ヲ生シ同一ノ手續ヲ進行スルモノナリ

公訴ノ提起ト事件ノ移付又ハ移送トヲ混同スヘカラス刑事訴訟法第二百十二條ニハ區裁判所ハ豫審判事又ハ上級裁判所ヨリ事件ヲ移ス裁判ニ因リテ之ヲ受理シ同法第二百三十五條ニハ地方裁判所ハ豫審判事又ハ上級裁判所ヨリ事件ヲ移ス裁判ニ因リテ重罪輕罪ノ公訴ヲ受理スルノ規定アリ檢事ノ起訴ニ因リ公訴ヲ受理スル場合ニハ受理ハ起訴ノ直接結果ナリト雖モ以上ノ場合ニ於ケル區裁判所若クハ地方裁判所ノ事件ノ受理ハ起訴ノ間接結果ニ外ナラス而シテ事件ノ移付ハ常ニ公訴ヲ受理シタル後ニ之ヲ爲スモノナルカ故ニ起訴後ニ生スル手續上ノ段階ニシテ起訴其者ニ非サルナリ上告裁判所カ第二審判決ヲ破毀シ事件ヲ原裁判所ト同等ナル他ノ裁判所ニ移送スル場合（刑訴法第二八六法）ハ



起訴ニ對シ審判ヲ爲シタル後ナルカ故ニ起訴ト同視スヘカラサルコトハ一層明瞭ナリトス又控訴ヲ受理シタル裁判所カ其事件ニ付キ第一審トシテ管轄權ヲ有スルカ爲メ第一審トシテ審判スル場合ニモ公訴ノ提起ヲ受ケタルモノニ非ス公訴ハ常ニ下級裁判所ニ提起セラレタルモノナリ

**二六九**　刑事訴訟法上前號說明ノ二箇ノ場合ノ外公訴ノ意思表示ナクシテ公訴ノ成立スル場合アリヤ此點ニ於テ問題トナルハ違警罪處分ナリ即決處分ヲ受ケタル者カ正式裁判ヲ申立テタルトキハ檢事ヨリ公訴ノ意思表示ヲ爲ササルモ公訴ハ成立スルモノナルヤ否ヤハ議論ノ岐ルル所ナリ現行違警罪即決例ハ明治十八年發布ニ係リ即決處分ニ對シ行政上ノ抗告ヲ許スノ規定ナク其他不備ノ點多ク殊ニ即決處分ヨリ司法處分ニ移ルノ手續ニ關シテハ獨塙刑訴法ノ如キ規定存セサルヲ以テ嚴格ナル法文解釋トシテハ勿論精神解釋トシテモ本問ニ對シテハ消極的斷定ヲ下スヘキモノト信ス然ルニ積極說ヲ主張スル論者ハ曰ク違警罪即決例第六條第十二條ニ依レハ正式裁判ノ申立ヲ受ケタル警察署ハ一切ノ書類ヲ違警罪裁判所檢察官ニ送致スヘク裁判所ハ正式裁判ノ要

（逆）（分）（裁）（ニ）（訴）（ク）（判）
（審）（ニ）（判）（對）（ナ）（シ）（ヘ）
（罪）（對）（ノ）（シ）（ク）（テ）
（即）（シ）（申）（正）（ハ）（檢）（公）
（決）（正）（立）（式）（檢）（事）
（處）（式）（テ）（ナ）（事）（ノ）
（ニ）（ナ）（タ）（ク）（ノ）（公）
（對）（ク）（ル）（シ）（公）（訴）
（シ）（シ）（場）（テ）（訴）（ヲ）
（正）（テ）（合）（檢）（ヲ）（受）
（式）（檢）（ニ）（事）（受）（ケ）
（ノ）（事）（ハ）（ノ）（ケ）（ヘ）
（申）（ノ）（公）（公）（ル）（キ）
（立）（公）（訴）（訴）（ヲ）
（テ）（訴）（ヲ）（ヲ）（受）
（タ）（ヲ）（受）（受）（ケ）
（ル）（受）（ケ）（ケ）（ヘ）
（場）（ケ）（ヘ）（ヘ）（キ）
（合）（ヘ）（キ）（キ）
（ニ）（キ）
（ハ）
（公）
（訴）
（ヲ）
（受）
（ケ）
（ヘ）
（キ）

求ニ因リ呼出狀ヲ送達スヘキモノナレハ正式裁判ノ申立ハ公訴提起ノ效力ヲ有スルモノナリト

明治二八年六月二五日司法省民刑局長回答ハ此說ニ基クモノナリ問合事項ハ正式裁判ノ請求アリタルトキ檢事ハ不起訴處分ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤニアリテ之ニ對スル回答ニ曰ク違警罪即決言渡ハ刑訴法ニ謂フ所ノ起訴ノ効ヲ有セスト雖モ違警罪即決例第三條ニ即決ノ言渡ニ對シテハ違警罪裁判所ニ正式ノ裁判ヲ請求スルコトヲ得トアリテ裁判所ハ其請求ニ因リ當然事件ヲ受クヘキモノナルニ付檢事ニ於テ其事件罪ト爲ラス又ハ公訴受理スヘカラサルモノト思料スル場合ト雖モ正式裁判ノ請求アリタル事件ニ付キテハ不起訴ノ手續ヲ爲スコトヲ得スト

右ノ外即決處分ヲ司法處分ニ代ラシムル立法上ノ理由ト正式裁判ヲ請求スルコトヲ許シタル即決例ノ規定トヲ參酌スレハ此說ノ論據ハ堅固ナルモノト謂フヘク又此說ハ實際上勢力ヲ有スルモノナリ然レトモ余輩ハ以下論スル理由ニ基キテ此說ヲ排斥ス　一、此說ハ公訴提起ノ時期ニ付キテ斷定二派ニ分カレ且其理由明確ナラス或ハ即決言渡ノ時ナリト謂ヒ或ハ正式裁判申立ノ時ナリト謂ヘリ然レトモ即決ヲ爲シタルノミニテハ司法裁判所ノ審理開始セラルルヤ否ヤ不明ナルノミナラス被處分者カ即決處分ニ悅服シタル場合ニ於テハ正式裁判ノ申立ヲ爲スコトナカルヘク右ノ如キ事情ナルニ拘ハラス又司法裁判所ニ於テ事件ヲ審理スル義務ノ生セサルニ拘ハラス即決言渡ノ時公訴ノ提起アリタリトスルハ法理上根據ナキモノト謂ハサルヘカラス又正式裁判ノ申立ヲ爲ス者ハ不當ナル即決處分ノ消滅ヲ冀望スルモノナレトモ受刑ヲ冀望スルモノニ非ス之ニ反シテ公訴ノ提起ハ犯人ニ對スル科刑ヲ目的トスルモノナルニ受刑ヲ欲セサル意思表示ヲ以テ科刑要求ノ意思表示ノ効力ヲ有セシムルコトハ之レ又法理上ノ根據ヲ缺クモノナリ　二、即決例第六條ハ違警罪檢察官ニ書類ヲ送致スル手續ヲ規定シタルニ過キスシテ檢事ヨリ書類ヲ裁判所ニ送致スヘキ旨ヲ規定セス又第十二條ハ處置セラレタル被處分者カ正式裁判ヲ請求シタル結果呼出狀ノ送達アリタル場合ニ留置ヲ解クヘキコトヲ規定セルニ止マリ兩條共ニ檢事ノ申立ヲ爲スノ要ナキ趣旨ノ法文ヲ包含セス且第六條ニ一切ノ書類ヲ違警罪裁判所檢察官ニ送致スヘシト規定シタルニ依レハ檢事カ更ニ起訴ノ手續ヲ爲スヘキコトヲ豫想セルモノト解スルヲ得ヘシ何者即決言渡又ハ正式裁判ノ申立ニ依リ既ニ公訴ノ起リタルモノナラハ一件書類ヲ裁判所ニ送致スルヲ當然ノ順序トスルモノナレハナリ　三、即決言渡或ハ正

式裁判ノ申立ニ依リ公訴ノ成立シタルモノト爲ストキハ公訴ト裁判所トヲ連結スル正式裁判ノ申立アル以上ハ被處分者カ再考ノ結果即決處分ヲ正當ト認メ正式裁判ノ申立ヲ取消スモ其取消ハ法律上何等ノ效力ヲ生セサルモノト謂ハサルヘカラス何者裁判所ニ繫屬シタル公訴ハ法定ノ手續ヲ爲スニ非サレハ其關係ヲ離斷スル能ハサルモノニシテ正式裁判申立ノ取消ハ該關係ヲ離斷スルノ原因トシテ法律ノ認ムルコトナケレハナリ之カ爲メ裁判所ハ實益ナキ手續ヲ施行セサルヲ得サルモノニシテ反對說ハ實際ニ於テ手續上不經濟ノ原因タルモノナリ　四、消極說ニ依レハ檢事カ事件ヲ調査シ犯罪ヲ構成セス或ハ時效ノ成就シ或ハ既ニ確定判決アリ或ハ公訴不受理ノ原因アルコトヲ發見セハ不起訴處分ヲ爲スコトヲ得ヘク即チ無益ニ訴訟手續ヲ開始セスシテ事件ヲ完結スルコトヲ得ルモノナレトモ反對說ニ依ルトキハ以上公訴ヲ維持スル能ハサル原因ノ明確ナルニ至レル場合ト雖モ訴訟手續ヲ施行セサルヘカラスシテ亦手續上不經濟ノ原因ヲ生スルモノナリ　五、反對說ハ即決例ノ立法ノ精神ニ背馳スルモノナリ即決ナル行政處分ヲ設ケタルハ司法處分ノ煩重ナル手續ヲ省クコトヲ得セシムルノ外、費用ヲ減シ違警罪犯人ノ犯行ヲ公ニセス秘密ニ之ヲ制裁シ以テ即決被處分者ノ名譽ヲ傷ケサルノ利益アルヲ以テナリ然ルニ正式裁判ノ申立ヲ爲シタル時若クハ其以前ニ於テ公訴ノ提起セラレタルモノトスルトキハ前顯ノ如ク檢事ニ於テ公訴ヲ維持スル能ハサル事件換言セハ無罪ノ判決ヲ受クヘキコト明白ナル事件ニ付キテモ公判ヲ開始スルニ至ラシメ即決被處分者ヲシテ無益ニ費用ト手數トヲ要セシムルノミナラス犯罪嫌疑者トシテ裁判所ノ審理ヲ受クルニ至レルコトヲ恥辱トスル不愉快ノ感ヲ懷カシムルモノナレハナリ　六、或ハ曰ク獨墺ノ即決手續ニ於テハ被處分者カ即決處分ニ服セサルトキハ公訴ヲ提起セスシテ公判ヲ開始スルモノナレハ我即決例モ亦同樣ニ解釋セサルヘカラスト然レトモ彼ニハ我ニ存セサル特別ノ明文ノ存スルカ故ニ檢事ニ於テ公訴提起ノ手續ヲ爲スノ要ナキモノナレトモ（墺太利刑訴法第四六二條ニハ代理手權(Mandats Verfahren)ニ於ケル刑ノ命令ニ對シテハ八日ノ期間内ニ故障ヲ申立テタルトキハ通常手續ヲ開始スル旨ノ規定アリ又獨逸刑訴法第四五六條ニハ期間内ニ正式裁判ノ求ムルヲ申立テタルトキハ參審裁判所ニ於テ公判ヲ開ク但此場合ニハ公訴狀ノ提出又ハ公判開始ノ決定ヲ要セストノ明文アリテ該申立ハ公判開始ニ至ルマテ其取下ヲ許セリ）我即決例ニハ獨墺ノ規定ニ類似スルノ明文

ナク單ニ同例第五條ニ正式裁判ノ申立ヲ爲スコトヲ得ルノ規定アルノミニシテ其申立書ハ警察署ニ差出スヘキモノナレハ我即決例ハ獨與ノ如ク解スヘキ條文上ノ根據ヲ缺クモノナリ以上論述スルカ如キ理由アルヲ以テ余輩ノ主張スル消極說モ亦一顧ノ價値ナキモノニ非サルヘシ而シテ余輩ノ說ニ依レハ正式裁判ノ申立アリテ警察署ヨリ一件書類ヲ管轄檢事局ニ送致セハ檢事局ニ於テハ起訴スヘキヤ否ヤヲ調査シテ犯罪ノ證憑十分ニシテ公訴權消滅セス且起訴ノ價値アリト認ムルニ於テ初メテ公訴ヲ提起スルモノナレハ無罪ノ判決ヲ受クヘキ事件ニ付キ無益ナル公判手續ヲ開始スルコトナク又有罪ノ判決ヲ受クヘキ事件ニアリテモ特別ノ事情アラハ刑事政策上起訴ノ手續ヲ爲ササルモノナレハ實際上良好ノ結果ヲ生スルモノナリ

然ルニ實際上無罪ノ即決處分ヲ爲スコトアリ民事上ノ申立ヲ爲ス者カ警察署ニ自首セシニ警察署ハ該證書ニ反古ニ屆シテ名下ノ拇印ヲ以テ印紙ナル貼用セス且反古ナリシカ故ニ警察捺印セサリシモノニシテ證憑不十分ノ理由ヲ以テ實ニ己ノ拇印ニ非スト辯解セシ爲メ正式裁判ノ申立ヲ許スモノナリ（明治三〇年九月一八日此事實ニ於テハ正式裁判ノ申立ヲ爲シタル者ニシテ法曹會ハ無罪ノ即決例ト決議セシ爲メ自首者ニ對シテ證憑不十分ノ理由ヲ以テ無罪ノ即決處分ヲ爲シタルヘカラス之ニ反シテ違警罪事件ハ豫審ヲ求メサルヘカラス左ニ之ヲ分說スヘシ

甲、輕罪事件ニ檢事ハ事件ヲ重難ナリト認ムルトキハ直ニ公判開始ヲ求メス豫審ニ起訴スヘキモノニシテ證憑及ヒ事實參考ト爲ルヘキ事物ヲ送致シ且臨檢スヘキ場所、逮捕スヘキ人及ヒ證人ト爲スヘキ人アラハ之ヲ指示スヘキモノトス（刑訴法第六六條）又事件ヲ輕易ナリト認ムルトキハ直ニ公判ヲ求ムヘキモノトス右ノ場合ニハ同時ニ被告人ニ對シ呼出狀ヲ發スヘキモノトス（同法第六二條第一三六條）直ニ公判ヲ求ムル場合ニハ事物ノ管轄ニ從ヒ區裁判所又ハ地方裁判所ニ起訴スヘキモノトス地方裁判所檢事捜査ヲ爲シタル事件ハ公訴提起ト同視スルヲ得ルモノナレトモ無罪ノ即決處分ニ對シ正式裁判ヲ求ムルヲ許ストノ斷定ハ法意ニ反スルノミナラス右ノ如キハ普通ノ事實トシテ法律ノ豫想セサル例ノ生スルヤモ知レス假ニ非サルカ故ニ右ノ如キ事實ヲ第一ノ理由トシテ否定スル能ハサルナリ

## 二七〇　公訴緊屬ノ方式

公訴緊屬ノ方式ニハ直ニ公判開始ヲ求ムルト豫審ヲ求ムルトノ二種アリ輕罪事件ハ檢事ニ於テ其輕重難易ニ從ヒ直ニ公判ヲ求メ或ハ豫審ヲ求ムルコトヲ得ヘク重罪事件ハ常ニ豫審ヲ求ムル能ハス常ニ直ニ公判ヲ求メサルヘカラス左ニ之ヲ分說スヘシ