合ニハ、之ヲ採テ認定ノ資料ニ供スルコトヲ妨ケサルカ故ナリ。而シテ被告人訊問ハ此兩樣ノ意味ヲ以テ行ハルヽモノナリ。而シテ被告人訊問トハ單ニ被告人ニ對シテ發問ヲ爲スコト自體ヲ謂フニアラスシテ、以下述フル所ノ訴訟法上ノ手續ノ一聯ヲ意味ス。

被告人訊問ハ先ツ被告人ニ對シ被告事件ニ關シテ辯解其他利益トナルヘキ事實ヲ陳述スル機會ヲ與フル目的ヲ以テ行ハル(一三五)。從テ訊問ニ際シテハ初ニ被告事件ノ何タルヤヲ告ケサルヘカラス。而シテ尙ホ陳述スヘキコトアリヤ否ヤ、換言スレハ何等カノ陳述ヲ爲サント欲スルヤ否ヤヲ問フコトヲ要ス。是レ裁判機關ノ職務ニシテ同時ニ職權ナリ。從テ此問ニ對シテハ被告人ハ其ノ何レナルカヲ答フル義務アリ(一三四)。然ラスンハ裁判機關ハ次ノ手續ニ移ルコトヲ得サレハナリ。斯クノ如クナルヲ以テ、普通ニ被告人ニ陳述ノ義務ナシト謂フハ被告事件自體ニ關スル議論ナルコトヲ知ラサルヘカラス。要スルニ被告人訊問ニ在テハ、事件ニ關シテ陳述ヲ爲スヘキヤ否ヤ又如何ナル範圍ニ於テ陳述スヘキヤノミノ決定カ被告人ノ自由ニ委ネラルヽモノナリ。然レトモ既ニ述ヘタルカ如ク、被告人カ積極的ニ虛言ヲ弄スルハ理論上辯護權ノ範圍ニ屬セサルカ故ニ、被告人眞ニ罪ヲ犯シタル場合ニ自白ヲ欲セスンハ、適法ナル態度トシテハ唯陳述スヘキコトナシト答フヘキノミ。

次ニ被告人訊問ハ、被告人カ其ノ不利益トナルヘキ事實ヲモ陳述スル可能アル場合ニ於テハ、其陳述ヲ爲サシムル爲メノ機會トシテ行ハル。從テ被告人訊問ハ果シテ被告人カ不利益ナル陳述ヲ爲スヤ否ヤニ拘ラス被告人ヨリ證據ヲ得ルカ爲メニモ亦行ハルヽモノナリ。通說ニ於テ被告人ニ陳述ノ義務ナキコトト訊問ニ於ケル證據ヲ得ル目的トヲ絕對ニ兩立スヘカラサルモノノ如ク論スルハ謬見ナリ。縱ヘ被告人ニ陳述ノ義務ナシトスルモ、陳述ヲ期待シテ訊問ヲ行フハ毫モ妨アルヘカラス。此趣旨ハ訴訟法上裁判長カ被告人ニ指定ノ場所ニ出頭又ハ同行ヲ命シ若クハ之ヲ勾引スルコトヲ得ル所以カ、必スシモ其辯解ヲ聽カンカ爲メノミニアラサルコトニ依リテモ之ヲ知ルコトヲ得ヘシ。

被告人訊問ノ結果トシテ其陳述ニ依リ被告人ニ取リテ不利益ナル要證事實ノ證據カ提供セラルルコトアリ。斯カル場合ニ於ケル陳述ヲ全部又ハ一部ノ自白ト謂フ。自白ハ民事訴訟法ト刑事訴訟法トニ於テ其意義並ニ效果ヲ異ニス。卽チ前者ニ在リテハ自白ハ證據ニアラスシテ當事者ノ法律的行爲ナリ。而シテ事實認定ニ關シ裁判所ヲ拘束スルヲ通例トス。之ニ反シ、後者ニ在テハ自白ハ證據ニシテ其證明力ノ判斷ハ一ニ裁判官ノ自由ニ存ス。從テ共同被告人間ニ於テ、其一人ノ自白ハ、前者ノ場合ニハ一ノ法律的行爲トシテ其效果ハ行爲者以外ノ被告人ニ及

ハサルモ、後者ノ場合ニハ他ノ被告人ニ取リテモ亦證據タリ。

被告人訊問ノ手續トシテハ、先ッ被告人ニ對シ其人違ナキコトヲ確ムルニ足ルヘキ事項ヲ訊問スヘキモノトス(一三三)。次テ之ニ對シ被告事件ヲ告ケ其ノ事件ニ付キ陳述スヘキコトアリヤ否ヤヲ問ヒ(一三四)其陳述スヘキコトアル場合ニハ之ヲ聽クコトヲ要ス。而シテ其間被告人ニ對シテハ終始丁寧深切ヲ旨トシ且ッ其利益トナルヘキ事實ヲ陳述スル機會ヲ與フルコトニ注意スヘキモノトス(一三五)。尙ホ被告人訊問ニ際シテハ裁判所書記ノ立會ヲ要ス(一三六)。又事實發見ノ爲メ必要アルトキハ被告人ト他ノ被告人又ハ證人ト對質セシムルコトヲ得(一三七)。而シテ以上ノ各場合ニ於テ被告人聾ナルトキハ書面ヲ以テ問ヒ啞ナルトキハ書面ヲ以テ答ヘシムルコトヲ得(一三八)。

以上被告人訊問ニ關スル規定ハ被疑者ヲ訊問スル場合ニ準用アリ。被疑者ノ訊問ハ其請求ヲ受ケタル判事(二五五)又ハ檢事若クハ司法警察官之ヲ爲ス。但司法警察官訊問ヲ爲ス場合ニ於テハ司法警察吏ヲシテ立會ハシムヘキモノトス(一三九)。

第三節　證人訊問

證人トハ訴訟外ニ於テ自己ノ實驗シタル事實又ハ之ニ因リ推測シタル事項ヲ供述スル第三者ヲ謂ヒ(二〇六I)其供述ヲ證言ト謂フ。而シテ實驗事實モ推測事項モ共ニ供述者ノ認識事實ニ外ナラサレトモ、訴訟法ハ特ニ兩者ヲ併記シテ其推測ニ因ル供述ヲ妨ケサルコトヲ明ニシ、同時ニ推測事項ノ供述ハ其性質鑑定ニ屬スルコトアルモ、其故ヲ以テ證言タルノ効力ヲ妨ケラルルモノニアラサルコトヲ規定シタリ(二〇六II)。是レ訊問ニ際シ其事項カ鑑定ニ屬スルノ故ヲ以テ宣誓其他ノ手續ヲ更新スルカ如キハ全ク其必要ナキニ因ル。從テ證人カ訴訟外ニ於テ實驗シタル事實ト併セテ、新ニ訴訟ニ於テ該事實ノミニ基キテ爲シタル推測ヲ供述シ、又ハ訴訟外ノ實驗事實ト訴訟ニ於ケル新ナル實驗事實トニ基キテ爲シタル推測ヲ供述スル場合ハ、其レカ特別ノ智識ヲ要スル限リ、實質上一部ハ鑑定タルニ拘ラス凡テ證言タリ。「特別ノ智識ニ因リ知得タル(實驗又ハ推測シタル)過去ノ事實」ニ付キ供述スヘキ場合ハ、其實驗モ推測モ共ニ訴訟外ノモノナルカ故ニ、此場合ノ供述ハ理論的ニモ毫モ鑑定ノ性質ヲ帶フルコトナシ。從テ所謂鑑定證人ハ當然ニ單純ナル證人タリ(二三一)。

證人義務者ノ範圍ハ原則トシテ制限ナク、裁判所ハ特別ノ規定アル場合ヲ除ク外何人ト雖モ證人トシテ之ヲ訊問スルコトヲ得(一八四)。其例外ト見ルヘキ場合左ノ如シ。

(一) 訴訟主體以外ノ第三者ト見ルコトヲ得サル者、卽チ當該事件ニ關與スル裁判所職員、檢事、辯護人、補佐人、代理人。但嘗テ此等ノ關係ニ在リタル者ハ妨ナシ。

(二) 第一八五條ニ規定シタル者ノ知得タル事實ニ付職務上ノ秘密ニ關スルモノナルコトノ申立アリタル場合。但勅許又ハ當該監督官廳ノ承諾アリタルトキハ妨ナシ。

證人ノ義務ヲ分析シテ三トス。

一 出頭(又ハ同行)ノ義務

證人召喚ヲ受ケタルトキハ其命セラレタル場所ニ出頭シ退廷ノ許可アルマテ其場所ニ止マル義務アリ。出頭スヘキ場所ハ必スシモ裁判所ニ限ルコトナク、必要アル場合ニ於テハ、裁判所ハ裁判所外ニ之ヲ召喚シ又ハ其所在ニ就キ之ヲ訊問スルコトヲ得(二〇八)。又裁判所ハ必要アルトキハ決定ヲ以テ指定ノ場所ニ證人ノ同行ヲ命スルコトヲ得。此場合ニ於テハ證人ハ之ニ應スル義務アリ(二一一)。

證人正當ノ事由ナクシテ出頭セサルトキハ、裁判所ハ檢事ノ意見ヲ聽キ決定ヲ以テ五十圓以下ノ過料ニ處シ、且出頭セサルニ因リ生シタル費用ノ賠償ヲ命スルコトヲ得。此決定ニ對シテハ卽時抗告ヲ爲スコトヲ得(一九〇)。召喚ニ應セサル證人ニ對シテハ更ニ之ヲ召喚シ又ハ之ヲ勾引スルコトヲ得(一九二)。證人正當ノ事由ナクシテ同行ヲ肯セサルトキハ、裁判所ハ亦之ヲ勾引スルコトヲ得(二一一)。

證人ノ召喚勾引召喚狀及ヒ勾引狀ニ關シテハ尙ホ第一九一條乃至第一九四條ニ規定アリ。

二 宣誓ノ義務

證人ハ特別ノ規定アル場合ヲ除ク外宣誓ヲ爲ス義務アリ(一九六)。裁判所宣誓ヲ爲サシムルニハ訊問前ニ於テスルコトヲ要シ、宣誓ヲ爲サシムルコトヲ得(一九七)。宣誓ヲ爲スニハ宣誓書ニ依リテシ、宣誓書ニハ訊問ノ前後ニ因リ、良心ニ從ヒ眞實ヲ述ヘ何事ヲモ默秘セス又何事ヲモ附加セサルコト、若クハ附加セサリシコトヲ誓フ旨ヲ記載シ、裁判長ハ起立シテ之ヲ朗讀シ、證人ヲシテ之ニ署名捺印セシムヘキモノトス(一九八)。

左ニ揭クル者ハ別段ノ規定ニ依リ宣誓義務ヲ有セス。但宣誓ヲ爲シタル場合ニテモ其證言ハ效力ヲ妨ケラルルコトナシ(二〇一)。

一 十六歲未滿ノ者

二 宣誓ノ本旨ヲ解スルコト能ハサル者

三　現ニ供述ヲ爲スヘキ事件ノ被告人ト共犯ノ關係アル者又ハ其嫌疑アル者。但犯人藏匿ノ罪、證憑湮滅ノ罪、僞證ノ罪、虛僞ノ鑑定通譯ノ罪及ヒ贓物ニ關スル罪ノ犯人ハ其本犯ノ共犯ト看做ス。

四　第一八六條第一項ニ規定スル者ニシテ證言ヲ拒マサルモノ

五　第一八八條ノ場合ニ於テ證言ヲ拒マサルモノ

六　被告人ノ雇人又ハ同居人

宣誓義務アル者宣誓ヲ爲ササルトキハ其供述ハ證言タルノ效力ヲ有セス。但證人ノ供述證人若クハ之ト第一八六條ニ規定スル關係アル者ノ恥辱ニ歸シ又ハ其財產上ニ重大ナル損害ヲ生スル虞アルトキハ宣誓ヲ爲サシメスシテ之ヲ訊問スルコトヲ得。此場合ニハ其供述ハ證言タルノ效力ヲ失ハス(二一〇二)。

宣誓義務アル者正當ノ事由ナクシテ宣誓ヲ拒ミタルトキハ裁判所ハ檢事ノ意見ヲ聽キ決定ヲ以テ百圓以下ノ過料ニ處ス。此決定ニ對シテハ卽時抗告ヲ爲スコトヲ得(二一〇)。

三　供述ノ義務

證人ハ特別ノ規定アル場合ヲ除ク外眞實ヲ述フル義務アリ。從テ其知ラサル事實ニ付テハ知ラサル旨ヲ答ヘサルヘカラス。若シ正當ノ事由ナクシテ證言ヲ拒ミタルトキハ宣誓ヲ拒ミタル場合ノ例ニ依ル(二一〇)。又宣誓後證言ヲ拒ミタルニアラスシテ虛僞ノ陳述ヲ爲シタルトキハ刑法上僞證罪ノ制裁アリ(刑、一六九)。

證言ヲ拒ムコトヲ得ル場合左ノ如シ。

(一)　一般的ニ拒ムコトヲ得ル場合(一八六)

一　被告人ノ配偶者、四親等內ノ血族若クハ三親等內ノ姻族又ハ被告人ト此等ノ親族關係アリタル者

二　被告人ノ後見人、後見監督人又ハ保佐人

三　被告人ヲ後見人、後見監督人又ハ保佐人ト爲ス者

以上ノ關係カ共同被告人ノ一人又ハ數人ニ對シテ存スルニ過キサルトキハ、他ノ共同被告人ノミニ關スル事項ニ付テハ證言ヲ拒ムコトヲ得ス。

(二)　醫師、齒科醫師、藥劑師、藥種商、產婆、辯護士、辯護人、辨理士、公證人、宗教若クハ禱祀ノ職ニ在ル者又ハ此等ノ職ニ在リタル者ハ業務上委託ヲ受ケタル爲メ知得タル事實ニシテ他人ノ秘密ニ關スルモノニ付證言ヲ拒ムコトヲ得。但シ本人承諾シタルトキハ此ノ

限ニ在ラス(一八七)。

(三) 證言ヲ爲スニ因リ自己又ハ自己ト第百八十六條第一項ニ規定スル關係アル者刑事訴追ヲ受クル虞アルトキハ證言ヲ拒ムコトヲ得。現ニ供述ヲ爲スヘキ事件ノ被告人ト共犯ノ關係アリトシテ起訴セラレ未タ確定判決ヲ經サルトキ亦同シ(一八八)。

以上各場合ニ於テ證言ヲ拒ム者ハ之ヲ拒ム事由ヲ疏明スルコトヲ要ス。但シ(三)ノ場合ニ於テハ其事由ノ相違ナキ旨ノ宣誓ヲ以テ疏明ニ代フルコトヲ得(一八九Ⅰ)。此場合ニ於テ證人虚僞ノ宣誓ヲ爲シタルトキハ一般ニ正當ノ事由ナクシテ宣誓又ハ證言ヲ拒ミタル場合ノ例ニ依ル(二一〇)。

證言ヲ拒ム者之ヲ拒ム事由ヲ疏明スルコト能ハサルトキ又ハ疏明ニ代ユル爲メ宣誓ヲ爲サルトキハ裁判所ハ決定ヲ以テ其申立ヲ却下スヘキモノトス(一八九Ⅱ)。

證人訊問ノ手續左ノ如シ。

證人ニ對シテハ先ツ其人違ナキカ否及前記ノ一般的ニ證言ヲ拒ミ得ル關係アル者(一八六Ⅰ)ナリヤ否ヲ取調ヘ、右ノ關係アル者ニハ證言ヲ拒ムコトヲ得ル旨ヲ告ク(一九五)。宣誓ヲ爲サシムヘキ證人ニ對シ宣誓前僞證ノ罰ニ付亦同シ(一九九)。證人ノ宣誓ハ各別ニ之ヲ爲ス(二〇〇)。證人ハ各別ニ之ヲ訊問シ後ニ訊問スヘキ證人在廷スルトキハ退廷ヲ命ス(二〇三)。證人ニハ訊問事項ニ付キ連絡シタル供述ヲ爲サシムヘク、必要アル場合ニ於テハ證人ノ供述ヲ明白ナラシメ又ハ其眞否ヲ判斷スル爲メ適當ナル訊問ヲ爲スヘキモノトス(二〇五)。又事實發見ノ爲メ必要アルトキハ、證人ト他ノ證人又ハ被告人ヲ對質セシムルコトヲ得(二〇四)。其他尙ホ訊問手續ニ關シテハ第八五條、第一三六條及第一三八條ノ規定ノ準用アリ(二〇七)。又重要ナル身分ヲ有スル者ノ訊問ニ付キテハ第二〇九條ノ規定アリ。

裁判所外ニ於テ證人ヲ訊問スヘキトキハ部員ヲシテ之ヲ爲サシメ又ハ證人ノ現在地ノ豫審判事若クハ法令ニ依リ特別ニ裁判權ヲ有スル官署ニ之ヲ囑託スルコトヲ得。此囑託ニ關シテハ、受託官署ハ受託ノ權限アル官署ニ轉囑シ又受託事項ニ付權限ヲ有セサルトキハ受託ノ權限アル官署ニ囑託ヲ移送スルコトヲ得。受命判事又ハ受託判事ハ證人ノ訊問ニ關シテ裁判所又ハ裁判長ニ屬スル一切ノ處分ヲ爲スコトヲ得。但此場合ニ於テモ第一九〇條及第二一〇條ノ決定(過料決定)ハ裁判所亦之ヲ爲スコトヲ得(二一一)。

豫審判事ハ證人ノ訊問ニ關シ裁判所又ハ裁判長ト同一ノ權ヲ有ス(二一二)。

檢事ハ第一二三條各號ノ場合又ハ現行犯人ヲ逮捕シ若クハ之ヲ受取リタル場合ニ於テ急速ヲ

要スルトキハ公訴提起前ニ限リ第一八四條乃至第二一一條ノ規定ニ準シ證人ヲ訊問シ又ハ其訊問ヲ他ノ檢事若クハ司法警察官ニ命令シ若クハ囑託スルコトヲ得。司法警察官ハ前項ノ場合ニ於テハ公訴提起前ニ限リ第一八四條乃至第二一一條ノ規定ニ準シ證人ヲ訊問シ又ハ其ノ訊問ヲ他ノ司法警察官ニ命令シ若クハ囑託スルコトヲ得(二一四)。檢事又ハ司法警察官證人ヲ訊問スル場合ニ於テハ宣誓ヲ爲サシムルコトヲ得ス(二一五)。司法警察官證人ヲ訊問スル場合ニ於テハ司法警察吏ヲシテ立會ハシムヘキモノトス(二一六)。而シテ以上ノ各場合ニ於テ、第二一四條ノ規定ニ依リ證人ヲ過料ニ處シ又ハ之ニ賠償ヲ命スヘキトキハ證人ノ現在地ヲ管轄スル區裁判所ニ其ノ處分ヲ請求スヘキモノトス(二一七)。

證人ハ凡テ旅費日當及止宿料ヲ請求スルコトヲ得。但正當ノ事由ナクシテ宣誓又ハ證言ヲ拒ミタル者ハ此ノ限ニ在ラス(二一八)。

第四節　鑑定

鑑定ニ種々ノ意義アリ。一ハ鑑定ニ關スル手續ノ全體ヲ謂ヒ、二ハ鑑定人ノ爲ス報告ヲ謂ヒ、三ハ該報告ト鑑定人カ之ヲ爲スニ付キ其必要ナル過程トシテ爲ス一切ノ準備行爲トヲ謂フ。何レモ單ニ廣狹ノ差アルニ過キス。

鑑定人トハ裁判所ニ對シ特別ノ學識經驗(經驗法則)其者又ハ之ト併セテ之ヲ訴訟ニ現ハレタル事實ニ適用シテ得タル判斷ヲ報告スヘク定メラレタル第三者ヲ謂フ。通說ハ之ニ反シ、鑑定ヲ以テ專ラ後者ノ判斷ヲ報告スルモノト爲セトモ、經驗法則其者ノ報告ヲ排スヘキ理由ナシ。加之學者ニ依リテハ、事實上ノ判斷ヲ報告スル場合ニ於テモ、仍ホ其前提タル特別ノ學識經驗其者ノ報告ヲ主トシ判斷ノ報告ヲ從ト見ル者アリ。理論的ニ謂ヘハ寧ロ斯カル見解ヲ正シトスヘシ。蓋シ裁判官ニ缺クル所ハ論理的ナル判斷力ニアラスシテ論理的ニ適用セラルヘキ學識經驗ナルカ故ナリ。從テ例ヘハ或毒藥ノ效力又ハ或物ノ製法ニ關シ一般的ナル說明ヲ爲サシムルモ、又具體的ニ所謂被告人ノ精神鑑定、被害者ノ死因鑑定、文書ノ筆蹟鑑定等ヲ爲サシムルモ、現行法上共ニ鑑定ニ屬ス。但鑑定ハ右ニ述ヘタルカ如ク、事實上ノ判斷ヲ爲サシムル場合ニ於テモ理論上經驗法則ノ報告ヲ重視スヘキモノナルカ故ニ、結論タル判斷ノ外常ニ必要ナル程度ニ於テ大前提タル一般的法則ヲ說明シ、之ヲ理由トシテ之ヨリ結論カ導出サルル所以ノ論理ヲ明ニセサルヘカラス。然ラスンハ鑑定トシテハ不十分ナリ。而シテ鑑定ハ證言ト同シク裁判官トシテ通常知ラサル又ハ知リ得サル事實認定ノ特別ノ資料ナルカ故ニ、其意味ニ於テ一ノ

證據タリ。又從テ鑑定人ハ一ノ證據方法タリ。或ハ此場合ニ、若シ此特別ナル資料ト謂フ意義ヲ無視シ、鑑定人ヲ以テ裁判官ノ補助者ナリト爲ス見解ニ從ハンカ、證人モ亦然リト謂ハサルヲ得サラン。然レトモ鑑定人ヲシテ裁判所カ爲シ得ヘキ行爲ヲ單ニ訴訟上裁判所ニ代リテ爲シタルカ如キ單純ナル事實ノ認識ヲ報告セシムル場合(例、婦人ノ身體ノ實見)ハ手續上鑑定ニ準スルノ外ナキモ、眞ノ意義ニ於ケル鑑定ニアラス。

理論上ノ問題トシテ、證人ト事實上ノ判斷ヲ報告セシムル場合ノ鑑定人トノ區別ニ關シテハ從來種々ノ說アリ。然レトモ既ニ述ヘタル證人ノ意義及ヒ右ニ述ヘタル鑑定人ノ意義ヨリ謂ヘハ、此二者ハ先ツ(一)證人ハ其判斷ヲ供述スル場合ニ於テモ專ラ訴訟外ノ判斷ヲ供述スル者ナルニ反シ、鑑定人ハ特ニ訴訟ニ於テ爲シタル新ナル判斷ヲ供述スル者トシテ區別スルコトヲ得。此標準ヨリ謂ヘハ所謂鑑定證人(二三一)ハ當然單純ナル證人ナリ。次ニ(二)證人ハ他人ヲ以テ代フルコトヲ得サル者ナレトモ、鑑定人ハ之ニ反ストシテ區別スルコトヲ得。蓋シ證人ニ在テハ訴訟外ニ於テ一定ノ機會ニ其獨自ノ主觀的及ヒ客觀的條件ノ下ニ一定ノ事實ヲ判斷シタルコトカ重要性ヲ有シ、斯カル判斷ハ永久ニ之ヲ反覆シ得サルモノナレトモ、鑑定人ニ在テハ訴訟ニ於テ新ニ判斷ヲ爲スモノニシテ、何人ニテモ之ヲ反覆スルコトヲ得ルカ故ナリ。而シテ

此標準ニ依レハ鑑定證人ハ又當然ニ證人ナリ。又次ニ(三)證人ハ被告人カ自己ノ行爲ニ關スル經驗ヲ正確ニ陳述シタリトセハ不用トナル者ナレトモ、鑑定人ハ之ニ反ストシテ區別スルコトヲ得。蓋シ被告人カ正確ナル陳述ヲ爲シタル以上ハ、裁判所ハ其以上ニ證人ヲ取調フル必要ナク、唯場合ニ依リ被告人ノ陳述ニ係ル經驗カ法則上眞ニ可能ナルヤ否ヤヲ新ニ鑑定セシムル必要ヲ見ルニ過キサレハナリ。而シテ此標準ニ依ルモ鑑定證人ハ理論上鑑定人ニアラス。斯クノ如ク理論上ノ問題トシテ證人ト鑑定人トノ區別ハ之ヲ三樣ニ觀察スルコトヲ得ヘシ。然レトモ右ハ實ハ同一標準ニ關スル說明ノ相異ニシテ別個ノ標準ニアラス。故ニ何レノ觀察ニ依ルモ妨ナシ。然レトモ又現行法ハ專ラ實際ノ便宜ヲ主トシテ此理論上ノ區別ニ從ハス、證人カ同時ニ鑑定人ノ事ヲ行フ場合ニハ兩者ノ資格ヲ兼有スルモノナルニ拘ラス之ヲ單純ナル證人ト爲シタルコト前ニ述ヘタルカ如シ(一八五頁參照)。

鑑定人ハ特別ノ學識經驗又ハ之ニ依ル判斷ヲ報告スル者ナルカ故ニ、通常ノ學識經驗ヲ以テ判斷シ得ヘキ事項ハ裁判所自ラ之ヲ決スヘキモノトス。但之ニ反シテ鑑定ヲ爲サシムルモ無效ニアラス。之ニ反シテ裁判所自ラ特別ノ學識經驗ヲ有スル場合ニ於テモ裁判所ハ自ラ之ニ依テ判斷ヲ爲スコトヲ得ス。蓋シ既ニ述ヘタルカ如ク特別ノ學識經驗又ハ之ニ依ル判斷ハ一ノ證據

ナリ。證據ハ凡テ證據調ノ手續ヲ經スシテ利用スルコトヲ得サルモノニシテ、而カモ裁判所其者ノ有スル證據ハ之ヲ取調フル方法ナキナリ。

鑑定義務者ノ範圍ハ原則トシテ制限ナク、裁判所ハ學識經驗アル者ハ何人ト雖モ之ニ鑑定ヲ命スルコトヲ得ヘシ(二一九)。但其例外ト見ルヘキ場合左ノ如シ。

(一) 訴訟主體以外ノ第三者ト見ルコトヲ得サル者

(二) 第一八五條ニ規定シタル者ニ於テ鑑定事項カ職務上ノ秘密ニ關スルモノナルコトノ申立アリタル場合(二二八參照)。

鑑定人ノ義務ヲ分析スレハ左ノ如シ(二二八參照)。

一 出頭(又ハ同行)ノ義務

鑑定人ノ出頭又ハ同行ノ義務及ヒ此義務ニ違背シタル場合ノ制裁ハ證人ニ準ス。但勾引ヲ爲スコトヲ得ス。

二 宣誓ノ義務

鑑定人ハ鑑定ヲ爲ス前宣誓ヲ爲ス義務アリ。宣誓ヲ爲スニハ宣誓書ニ依テシ、宣誓書ニハ良心ニ從ヒ誠實ニ鑑定ヲ爲スヘキコトヲ誓フ旨ヲ記載スヘキモノトス(二二〇)。宣誓義務ナキ者ノ範圍、其取扱及ヒ宣誓義務違背ノ場合ノ制裁モ亦證人ニ準ス。

三 鑑定ノ義務

鑑定人ハ誠實ニ鑑定ヲ爲ス義務アリ。宣誓後鑑定ヲ爲ササル場合及ヒ虚僞ノ鑑定ヲ爲シタル場合ノ制裁ハ證人ニ準ス(刑、一七一)。鑑定ヲ爲ス場所ハ本則トシテ裁判所ナレトモ、裁判所ハ必要アル場合ニ於テハ鑑定人ヲシテ裁判所外ニ於テ鑑定ヲ爲サシムルコトヲ得。此場合ニハ鑑定ニ關スル物ヲ鑑定人ニ交付スルコトヲ得。被告人ノ心神又ハ身體ニ關スル鑑定ヲ爲サシムルニ付キ必要アルトキハ裁判所ハ期日ヲ定メ病院其他ノ相當ノ場所ニ被告人ヲ留置スルコトヲ得(二二二)。鑑定人ハ鑑定ニ付キ必要アル場合ニ於テハ、裁判所ノ許可ヲ受ケ身體ヲ檢查シ死體ヲ解剖シ又ハ物ヲ毀壞スルコトヲ得。此場合ニハ第一七六條第二項乃至第四項ノ準用アリ(二二三)。又同樣ノ場合ニ於テ裁判長ノ許可ヲ受ケ書類及ヒ證據物ヲ閱覽若クハ謄寫シ又ハ被告人若クハ證人ノ訊問ニ立會フコトヲ得ル外、被告人若クハ證人ノ訊問ヲ求メ又ハ裁判長ノ許可ヲ受ケ此等ノ者ニ對シ直接ニ問ヲ發スルコトヲ得(二二四)。而シテ鑑定ニ必要ナル以上ノ處分ハ第二二二條第三項ニ規定スル被告人留置ヲ除キ裁判所ハ部員ヲシテ之ヲ爲サシムルコトヲ得(二二五)。鑑定ノ經過及ヒ結果ハ鑑定人ニ於テ鑑定書ニ依リ又ハ口

頭ヲ以テ之ヲ報告スヘキモノトス。裁判所ハ鑑定人數人アルトキハ共同シテ報告ヲ爲サシムルコトヲ得。又鑑定書ヲ差出シタル場合ニ於テ必要アルトキハ口頭ヲ以テ其說明ヲ爲サシムルコトヲ得(二二一)。

裁判所ハ鑑定ヲ十分ナラストスルトキハ、鑑定人ヲ增加シ又ハ他ノ鑑定人ニ命シテ鑑定ヲ爲サシムルコトヲ得(二二六)。而シテ如何ナル場合ニ於テモ鑑定ノ結果ハ裁判所ヲ拘束スルコトナシ。

鑑定ニ關シテハ勾引ニ關スル規定ヲ除ク外證人訊問ニ關スル規定ヲ準用ス。從テ檢事及ヒ司法警察官モ之ヲ命スルコトヲ得レトモ、此場合ニハ第二二二條第三項ニ規定スル被告人留置ノ處分ハ之ヲ許サス(二二八)。其他注意スヘキ事項トシテ、裁判所カ鑑定ヲ爲サシムル場合ニ於テハ檢事及ヒ辯護人ハ鑑定ニ立會フコトヲ得。此場合ニハ其日時及ヒ場所ヲ通知スルコトヲ要ス(二二七)。

鑑定人ハ旅費日當及ヒ止宿料ノ外鑑定料及ヒ立替金ノ辨償ヲ請求スルコトヲ得(二二九)。

裁判所ハ鑑定人ニ鑑定ヲ命スルコトヲ得ル外、尙官署又ハ公署ニ鑑定ヲ囑託スルコトヲ得。此場合ニハ第二二一條乃至第二二三條及ヒ第二二八條ノ規定ノ準用アリ。但第二二一條第三項ノ規定ニ依ル鑑定書ノ說明ハ官署又ハ公署ノ指定シタル者ヲシテ之ヲ爲サシムヘキモノトス(二三〇)。

第五節　通譯

國語ニ通セサル者ヲシテ陳述ヲ爲サシムル場合ニ於テハ通事ヲシテ通譯ヲ爲サシムルコトヲ要シ(二三一)聾者又ハ啞者ナル場合ニ於テハ通事ヲシテ通譯ヲ爲サシムルコトヲ得(二三二)。又國語ニ非ル文字又ハ符號ハ之ヲ翻譯セシメ(二三四)若クハ官署又ハ公署ニ翻譯ヲ囑託スルコトヲ得(二三五)。

通譯及ヒ翻譯ハ其本質ニ於テハ通事又ハ翻譯人ノ特別ノ學識經驗ニ依ル判斷ヲ報告スルモノニシテ鑑定トノ間ニ區別ナシ。唯形式上ノ差異トシテ其報告カ單ニ結論ノミニ止マリ一々其理由ヲ示ササル點ヲ特色トス。故ニ例ヘハ或文書ノ翻譯ニ關シ語學又ハ文法上ノ說明カ併セテ必要ナル場合ナルトキハ翻譯ニアラスシテ鑑定タリ。通譯及ヒ翻譯ニ關シテハ凡テ鑑定ニ關スル規定ヲ準用ス(二三六)。

第六節　檢　證

理論上ノ觀念トシテ、檢證トハ汎ク五官ノ作用ニ由リテ目的物（檢證物）ノ性質又ハ狀態ヲ認識スルコトヲ謂フ。此場合ニハ檢證物ハ證據方法ニシテ、認識ハ證據調ノ結果タリ。

斯カル廣義ノ檢證ハ訴訟法上分レテ二種トナル。一ハ證據物ノ取調ニシテ專ラ裁判所ニ於テ一定ノ押收物ヲ取調フル場合ナリ。二ハ法律上謂フ所ノ通常ノ檢證ニシテ多ク所謂臨檢ニ該當ス。臨檢以外ニ檢證ヲ爲ス場合ハ、例ヘハ公判ニ於テ被害者ノ身體ニ存スル創痕ヲ實見スルカ如シ（六〇Ⅱ10）。裁判所ハ事實發見ノ爲メ必要アルトキハ、證據物ノ取調以外ニ於テ尙斯カル檢證ヲ爲サヽルヘカラス（一七五）。

證據物ノ取調ニ在テハ一定ノ押收物ヲ以テ檢證ノ目的物（檢證物）トス。但一切ノ押收物ヲ以テ檢證物タルモノト解スヘカラス。卽チ押收物ハ訴訟法上之ヲ分テ沒收物ト證據物ノ二トシ（一六七頁參照）更ニ證據物ニモ物タル證據物（物證）ト書類タル證據物（證據書類以外ノ書證）トアリ。後者ハ事實上證據タル書類ナレトモ訴訟法上之ヲ次節ニ述フル證據書類ト區別シテ單ニ證據物トス。而シテ檢證物タル證據物ハ此中物タル證據物ニ限リ書類タル證據物ヲ含マス。蓋シ書類タル證據物ハ其性質上記載ノ內容カ證據トナルモノニシテ、物ノ性質又ハ狀態其者（正確ニ謂ヘハ性質又ハ狀態其者ノ認識）カ證據トナルニアラサレハナリ。但例ヘハ文書毀棄罪ニ於ケル文書ハ其毀棄セラレタル狀態其者カ證據トナルモノナルカ故ニ、此場合ハ檢證物タル證據物ナリ。

以下通常ノ檢證ニ付テ述フレハ、之レニ在テハ目的物ニ制限ナシ。人、物又ハ場所ノ何タルヲ問ハス、五官ニ依リテ認識シ得ヘキ理化學的存在タレハ足ルコト廣義ノ場合ニ同シ。

檢證物ノ認識ハ五官ニ依ル單純ナル感覺ヲ以テ足ル場合アルヘキモ、通例ハ多少ノ程度ニ於テ理性ノ判斷ヲ交ユ。但此場合ニ於テモ認識ハ感覺ヲ根底トスルカ故ニ、汎ク檢證ヲ說明シテ五官ノ作用ニ依ルモノト爲スモ妨ナシ。而シテ檢證カ判斷ヲ必要トスル程度如何ニ依リ、時ニ併セテ鑑定ヲ必要トスルコトアリ。此場合ニハ檢證ト共ニ鑑定カ行ハルヽモノナリ。

檢證ノ方法其者ニハ制限ナシ。其實驗ヲ爲スニ當リ物ノ現狀ヲ變更スル必要アル場合ニハ、身體ノ檢查、死體ノ解剖、墳墓ノ發掘、物ノ毀壞其他必要ナル處分ヲ爲スコトヲ得（一七六Ⅰ）。但此等ノ行爲ヲ爲スニ付テハ自（オ）ラ種々ノ條件アリ。之ヲ檢證手續ノ問題トス。注意スヘキモノ左ノ如シ。

一　被告人ニアラサル者ノ身體ノ檢査ハ一定ノ證跡ノ存否ヲ確認スルニ必要ナル場合ニ限リ之ヲ爲スコトヲ得（一七六Ⅱ）。

二　婦女ノ身體ヲ檢査スル場合ニ於テハ、醫師又ハ成年ノ婦女ヲシテ之ニ立會ハシムヘキモノトス（Ⅲ）。

三　死體ヲ解剖シ又ハ墳墓ヲ發掘スル場合ニ於テハ禮意ヲ失ハサルコトニ注意シ、遺族アルトキニハ之ニ通知スヘキモノトス（Ⅳ）。

四　日出前、日沒後ニハ住居主若クハ看守者又ハ之ニ代ルヘキ者ノ承諾アルニアラサレハ、檢證ノ爲メ人ノ住居又ハ人ノ看守スル邸宅、建造物若ハ艦船ニ入ルコトヲ得ス。但日出後ニ於テハ檢證ノ目的ヲ達スルコト能ハサル虞アル場合ハ此限ニ在ラス。日沒前檢證ニ着手シタルトキハ日沒後ト雖モ其處分ヲ繼續スルコトヲ得。第一五六條ニ規定スル場所ニ付テハ此制限ニ依ルコトヲ要セス（一七七）。

五　軍事上秘密ヲ要スル場所ニ於ケル檢證、受命判事又ハ受託官署ニ由ル檢證、檢證ノ立會、立會人ヘノ通知、檢證ノ補助、檢證ノ場所ニ於ケル出入禁止、檢證處分ノ中止、裁判所書記ノ立會ハ第一四七條、第一五四條、第一五七條乃至第一六二條及ヒ第一六八條ノ場合ニ準ス（一七八）。

六　公判ニ於ケル檢證手續トシテハ、證據物ノ取調ニ準シ、裁判所一應檢證ヲ爲シタル上目的物ヲ被告人ニ示シ、意見アリヤ否ヤヲ問フヘキモノトス（三四一Ⅰ、三四七Ⅰ參照）。

七　公判外ニ於ケル檢證ニ付テハ、立會書記調書ヲ作成ス（五四、五七）。公判ニ於テハ該調書ヲ證據書類トシテ取調フルコトニ由リテ初メテ檢證ノ結果ヲ利用スルコトヲ得（三四〇Ⅰ）。

裁判所カ檢證ヲ爲ス場合ニ於テハ以上述ヘタル原則ニ從テ一切ノ行爲ヲ爲スコトヲ得。豫審判事ハ檢證ニ關シテ裁判所ト同一ノ權ヲ有ス（一七九）。

檢事及ヒ司法警察官モ亦檢證ヲ爲スコトヲ得。注意スヘキ事項左ノ如シ。

一　檢事ハ第一二三條各號ノ場合又ハ現行犯人ヲ逮捕シ若クハ之ヲ受取リタル場合ニ於テ、急速ヲ要スルトキハ、公訴提起前ニ限リ、檢證ヲ爲シ又ハ之ヲ他ノ檢事若クハ司法警察官ニ命令シ若クハ囑託スルコトヲ得。司法警察官ハ前項ノ場合ニ於テハ、公訴提起前ニ限リ、檢證ヲ爲シ又ハ之ヲ他ノ司法警察官ニ命令シ若クハ囑託スルコトヲ得（一八〇）。

二　人ノ住居又ハ人ノ看守スル邸宅、建造物若クハ艦船ノ內ニ現行犯アル場合ニ於テ、急速

ヲ要スルトキハ、檢事又ハ司法警察官ハ何時ニテモ其ノ場所ニ入リ檢證ヲ爲スコトヲ得（一八一）。

三　變死者又ハ變死ノ疑アル死體アルトキハ、其所在地ヲ管轄スル地方裁判所又ハ區裁判所ノ檢事檢視ヲ爲スヘキモノトス。此處分ニ因リ犯罪アルコトヲ發見シタル場合ニ於テ、急速ヲ要スルトキハ、引續キ檢證ヲ爲スコトヲ得。檢事ハ又司法警察官ヲシテ以上ノ處分ヲ爲サシムルコトヲ得（一八二）。

四　檢事又ハ司法警察官ノ爲ス檢證ニ付テハ、檢證物ノ現狀變更ニ關スル第一七六條、場所ノ出入ノ時刻ニ關スル第一七七條、其他第一四七條、第一五七條、第一六一條、第一六二條ノ準用アリ。（一八三）

第七節　書證

理論上ノ觀念トシテ、文書タル證據方法ヲ一般ニ書證ト謂フ。書證ハ物證（檢證物）ト異リ、物ノ性質又ハ狀態カ重要ナルニアラスシテ、其內容ヲ爲ス思想カ證據タルモノナリ。

訴訟法ハ書證タル文書ヲ分テ二種トス。一ハ證據書類ニシテ、一ハ證據物タル文書ナリ。但

訴訟法上證據書類ノ意義ニ付テハ特別ノ規定ナク、從テ議論アルヲ免レサレトモ、元來前記ノ區別ハ、主トシテ甚タシキ變則ニ陷ラサル程度ニ於テ書證ノ取調手續ノ簡便ヲ圖ル趣旨ニ出テタルモノニシテ、且ツ其區別ノ標準トシテハ成ルヘク單純ヲ尙フヘシトノ見地ヨリ考フルトキハ、所謂證據書類ハ當該被告事件ノ內容ヲ爲ス犯人又ハ犯罪事實ニ關シ證據トシテ作成セラレタルモノヲ謂フト解スヘシ。從テ訴訟法上ノ各種ノ調書（告訴告發ニ關スル調書ハ內容如何ニ因ル）搜查上ノ報告書聽取書見分書、醫師ノ診斷書等ハ證據書類ナレトモ、盜難始末書ノ類ハ勿論、取寄ニ係ル民事記錄ノ如キモノハ證據書類ニアラス。押收ニ係ル手紙、帳簿ノ如キ亦然リ。然レトモ當該被告事件ノ內容ヲ爲ス事實タルモ妨ナキカ故ニ、例ヘハ他ノ共犯事件又ハ竊盜事件ニ於ケル共犯人又ハ竊盜ノ本犯ニ關スル證據書類ハ多ク同時ニ當該共犯事件又ハ贓物故買事件ノ證據書類タルヘシ。

證據書類ニハ人ノ供述ヲ錄取シタルモノト然ラサルモノ（例、檢證調書）トアリ。前者ニモ又法令ニ依リ作成シタル訊問調書ト然ラサルモノ（例、檢事司法警察官ノ聽取書）トアリ。而シテ職權主義ノ原則ヨリ謂ヘハ、裁判所ハ其中如何ナルモノト雖モ、之ヨリ證據ヲ得ル爲メ職權ヲ以テ自由ニ之ヲ取調フルコトヲ得サルヘカラス。然レトモ實體的眞實主義ヨリ謂ヘハ、職權主

義ノ無制限ノ徹底ハ必スシモ可ナリト謂フヘカラス。卽チ場合ニ因リテハ、裁判所ノ職權ヲ制限シテ不確實ナル證據方法ヲ利用スル危險ヲ阻止スル必要モ亦之レナキニアラス。訴訟法ハ此理由ニ依リテ、裁判所ハ、被告人其他ノ者ノ供述ヲ錄取シタル書類ノ中法令ニ依リ作成シタル訊問調書ニアラサルモノハ、左ノ場合ニ限リ之ヲ證據ト爲スコトヲ得ルモノトシタリ（三四三Ⅰ）。卽チ此制限ハ證據方法ノ證據力ノ制限ニ由ル職權主義ノ制限ニシテ、證明力ノ判斷ニ關スル自由心證主義ノ制限ニアラサルコトヲ注意スヘシ（一九、一七九頁參照）。

一　供述者死亡シタルトキ

二　疾病其他ノ事由ニ因リ供述者ヲ訊問スルコト能ハサルトキ

三　訴訟關係人異議ナキトキ

四　事件區裁判所ノ事件ナルトキ（三四三Ⅱ）。一旦區裁判所ノ事件タリシモノハ控訴審ニ繫屬スルモ仍ホ區裁判所ノ事件タリ。

書證ノ性質ヨリ謂ヘハ證據調ノ方法ハ凡テ文書ヲ通讀スルコトナラサルヘカラス。通讀ニ因リテ知得タル文書ノ內容ハ卽チ證據調ノ結果ニシテ、此結果ヨリ想像シ得タル或事實ハ卽チ嚴格ナル意義ニ於ケル證據（證據事實）ナリ。是ヲ以テ理論上公判ニ於ケル書證ノ取調ノ方法トシテハ、一切ノ書證ヲ各訴訟主體及ヒ其他ノ訴訟關係人ノ間ニ廻覽セシムルコトカ本則ナリ。然レトモ實際ノ問題トシテハ便宜ニ本ツキ、訴訟法上左ノ如キ方法ニ從フヘキモノトス。

一　書證中證據書類ハ裁判長之ヲ朗讀シ若クハ其要旨ヲ告ケ、又ハ裁判所書記ヲシテ之ヲ朗讀セシム（三四〇Ⅰ）。

二　證據物中書類ノ意義證據トナルモノ（證據書類以外ノ書證）ハ裁判長之ヲ被告人ニ示シ、被告人文字ヲ解セサルトキハ其要旨ヲ告ク（三四一）。但前號ノ方法ニ依ルモ固リ妨ナシ（判例）。而シテ被告人ノ爲メノミ斯カル規定ヲ設ケタルハ、檢事、辯護人、私訴當事者及ヒ其訴訟代理人ハ直接ニ書類ヲ閱覽スルコトヲ得ルニ反シ（四四Ⅰ、五七五）、被告人ハ之ヲ爲スコトヲ得サルニ因ル。又輔佐人ニ關スル規定ナキハ其必要ヲ認メサルニ因ル。

第六章　裁判

第一節　裁判ノ意義及ヒ種類

裁判トハ一定ノ事實ニ對シ訴訟法上ノ效力ノ發生ヲ欲スル裁判所ノ意思表示ナリ。之ニ判決、決定及ヒ命令ノ三種アリ。最モ重要ナル事項ハ判決ノ形式ヲ以テシ、次テ重要ナルモノハ決定ノ形式ヲ以テシ、輕微又ハ急速ヲ要スル事項ハ命令ノ形式ヲ以テス。

(一) 判決

一 判決ヲ以テ裁判ヲ爲スヘキ場合ハ法律ヲ以テ之ヲ明示ス。原則トシテ公訴ノ目的タル實體上ノ事項ニ關スル場合ナレトモ(三五八一)手續問題ニ關シテ判決ヲ爲ス場合亦少カラス。公訴棄却、管轄違ノ判決ノ如シ(三五五、三六四、尙三六三一、四〇〇、四四五)。

二 判決ハ原則トシテ口頭辯論ニ基キテ爲スヘキモノトス(四八一)。但別段ノ規定アル場合ハ此限ニ在ラス。例ヘハ被告人ノ陳述ヲ聽カスシテ判決ヲ爲シ得ル場合ノ如シ(三六六、三六七、尙三五二一、四〇四、四三三)。

三 判決ハ公判手續ニ於テ之ヲ爲ス。但例外アリ(五一二一)。

(二) 決定

一 決定ヲ以テ裁判ヲ爲スヘキ場合ハ法律ヲ以テ之ヲ明示スルコトアリ。又然ラサルコトアリ。後ノ場合ニ於テハ、合議裁判所ヲ標準トシテ考ヘ、裁判長ノ意思表示ヲ以テスヘキ事項ニ關スル裁判ハ之ヲ命令トシ、其以外ノ事項ニ關シ、原則トシテ裁判所ノ意思表示トシテ爲スヘキ裁判ハ之ヲ決定トス。而シテ右ノ標準ニ依リテ性質上決定ヲ以テスヘク定マリタル事項ニ付テハ、其裁判ハ、例外トシテ裁判長又ハ受命判事カ之ヲ爲シ(例、九三)又ハ其權限ニ於テ其他ノ單獨判事カ之ヲ爲ス場合ニ於テモ仍ホ決定タリ。蓋シ若シ之ヲ命令ナリトセンカ、不當ニ手續ヲ簡易化スル結果トナルヘキカ故ナリ(二一〇頁設例參照)。決定ヲ以テ裁判ヲ爲スヘキ事項ハ原則トシテ手續上ノ問題ナレトモ、豫審終結決定ハ實體上ノ事項ニ關スル場合アリ。

決定及ヒ命令ノ區別ニ關シテハ、法律ニ明文アル場合ヲ除キ、其他ハ合議裁判所ヲ標準トシテ、裁判所ノ裁判ナルヤ又ハ判事(裁判長、受命判事、受託判事、豫審判事)トシテノ裁判ナリヤニ因リテ決スヘシトスル說ヲ唱フル者少カラス。其根據トスル所ハ刑事訴訟法第四七〇條ニ於テ判事トシテノ裁判ヲ決定ヨリ分離シタルコトニ在リ。然レトモ(一)同條ハ單ニ裁判ト稱スルニ止マリ特ニ命令ト稱セサルカ故ニ、本條ノミヲ根據トシテ前記ノ如ク論スルハ早計ナリ。(二)加之法律カ決定ト命令トヲ區別シ其裁判手續ニ付キテ第四八條第二項ト第三項トノ差異ヲ設ケタル所以ハ、一般的ニ見テ事項ノ性質ニ輕重アルニ因ルト

爲ササルヲ得ス。從テ單ニ裁判所ノ意思表示ヲ決定ト稱シ判事ノ其レヲ命令ト稱スト謂フカ如キ稱呼上ノ便宜ニ關スル問題ニアラス。若シ之ヲ以テ單ニ斯カル意味ノミノ問題トスレハ、決定及ヒ命令ノ區別ハ理論上合議裁判所ニ付テノミ認ムヘク、單獨裁判所ニ付テ認ムヘキモノニアラサルヘシ。(二)更ニ前記ノ如キ解釋カ不當ナル一例ヲ示セハ、臨檢ノ場所ニ召喚ヲ受ケタル證人カ故ナク出頭セサル場合ニ於テ、其臨檢カ裁判所ノ手續ナルトキハ、之ニ對スル過料ノ裁判ハ決定ナルカ故ニ、之ヲ爲スニハ、第一九〇條及ヒ第四八條第二項但書ニ依リ必ス檢事ノ意見ヲ聽クコトヲ要ス。然ルニ前記ノ解釋ニ從ヒ判事トシテノ裁判ヲ命令ナリトスレハ、右ノ場合ニ其臨檢カ受命判事ノ手續ナルトキハ、第二一二條第四項及ヒ第四八條第三項ニ從ヒ右ト反對ニ全ク檢事ノ意見ヲ聽カスシテ過料ノ裁判ヲ爲スコトヲ得ル結果トナルヘシ。

二　決定ニハ終局裁判ト中間裁判トノ二種アリ。豫審ニ在テハ被告事件ヲ公判ニ附スル決定以外ノ終結決定ハ凡テ終局裁判ナリ。公判ニ在テハ、特殊ノ場合ニ於ケル公判棄却ノ決定(三六五Ⅰ)以外ノ決定ハ凡テ中間裁判ナリ。

三　決定ハ公判廷ニ於テ申立ニ因リ之ヲ爲ストキハ訴訟關係人ノ陳述ヲ聽クコトヲ要ス。其他ノ場合ニ於テハ之ヲ聽カスシテ裁判ヲ爲スコトヲ得。但別段ノ規定アルトキハ此限ニ在ラス(四八Ⅱ)。例ヘハ豫審終結決定ヲ爲シ又ハ不參ノ證人ニ對シ過料ノ決定ヲ爲シ若クハ保釋ノ許否ノ決定ヲ爲ス場合ニハ檢事ノ意見ヲ聽クコトヲ要スルカ如シ(三〇六、一九〇、一一六)。

(三)　命令

命令ヲ以テ裁判ヲ爲スヘキ場合ハ法律ヲ以テ明示スルコトアリ。例ヘハ裁判長カ期日ヲ定メ又ハ之ヲ變更スル場合ノ如シ(三二〇Ⅰ、三二二Ⅱ、尙裁構、一〇七、一〇九、一一一、刑訴、九四、一〇六、三三三—三三五)。裁判長カ命令ヲ以テ爲シ得ヘキ事項ニ關スル裁判ハ單獨裁判所又ハ其他ノ單獨判事之ヲ爲スモ亦命令タリ。

凡ソ裁判ハ裁判所ノ意思表示ナルカ故ニ、法律カ特ニ之ヲ裁判長ノ命令ニ屬セシメサルモノハ、合議裁判所ニ在テハ原則トシテ裁判所ノ評議ヲ經ルコトヲ要シ、裁判長ノ專斷ヲ以テ決スルコトヲ得サルモノトス(裁構、一一九)。卽チ命令以外ノ事項ハ裁判所ノ決定ニ依ル。然レトモ法律ハ例外トシテ一定ノ場合ニ於テ決定事項ノ裁判ヲ裁判長又ハ裁判長ノ命スル部員ニ委ヌルコトアリ(例、九三)。此場合ニ於テモ其裁判ハ性質ヲ變スルコトナシ。其他ノ單

獨判事カ之ヲ爲スコトヲ得ル場合ニ於テモ亦同シ。

裁判長カ命令ヲ爲シ又ハ一定ノ場合ニ於テ自ラ決定ヲ爲シ若クハ部員ヲシテ決定ヲ爲サシムルハ、裁判所ノ代表機關トシテ爲スモノニシテ法律上結果ニ於テ仍ホ裁判所ノ裁判タリ。

(四) 決定又ハ命令ヲ爲スニ付キ必要アル場合ニ於テハ事實ノ取調ヲ爲スコトヲ得。此取調ハ部員ヲシテ之ヲ爲サシメ又ハ區裁判所判事ニ之ヲ囑託スルコトヲ得。此場合ニ於テ受命判事又ハ受託判事ハ取調ノ結果ニ付キ報告ヲ爲スヘキモノトス(四八Ⅲ—Ⅵ)。

裁判ハ尙之ヲ本案ノ裁判(實體的裁判)ト手續上ノ裁判(形式的裁判)トニ分ツコトヲ得。前者ハ被告事件ノ實體ニ關スルモノニシテ、通常手續ニ付テ謂ヘハ、有罪、無罪、實體的免訴(三六三2—4)ノ判決ヲ謂ヒ、後者ハ其他ノ判決、決定及ヒ命令ヲ謂フ。但判決ニ準シテ實體的免訴ノ豫審終結決定(三一三、三一四2—5)ヲモ本案ノ裁判ト謂フコトアリ。

裁判ハ又別ニ之ヲ終局裁判ト中間裁判トニ分ツコトヲ得。前者ハ被告事件ヲシテ受訴裁判所ノ繫屬ヲ脫セシムル裁判ニシテ、豫審ニ於ケル公訴棄却、管轄違及ヒ免訴ノ決定、公判ニ於ケル各種ノ判決ノ如キモノヲ謂ヒ、後者ハ訴訟手續ノ進行ヲ目的トスル各種ノ決定及ヒ命令ヲ謂フ。

第二節　裁判ノ成立

裁判ハ裁判所ノ意思表示ナリ。從テ裁判ニ關シテハ其成立及ヒ效力發生ノ時期如何カ問題トナル。而シテ此點ニ付テハ見解區々ナレトモ、結局主トシテ用語ノ爭ヒニ歸スルカ如シ。卽チ裁判カ完全ナル效力ヲ生シタルトキヲ以テ成立アリト解セハ、成立ト效力ノ發生トハ同義ナレトモ、未タ完全ナル效力ヲ生スルニ至ラサルモ、仍ホ一種ノ中間的效力ヲ生シタル以上ハ其成立アリト解セハ、成立ト效力ノ發生トハ同義ニアラス。予ハ成立ヲ後者ノ義ニ解シテ左ニ其意義ヲ叙ヘントス。

裁判ハ表示(告知)セラルヘキ意思ノ成立ニ因リテ成立ス。意思ノ成立ハ單獨判事ニ在テハ其判事ノ決意ニ因リ、合議裁判所ニ在テハ評議ニ因ル。此點ニ關シ注意スヘキハ、裁判カ成立シタルコトハ必スシモ其裁判カ飜シ得サルコトヲ意味スルモノニアラサルコトナリ。故ニ成立後ニ至リ其意思ノ內容ニ誤謬アルコトヲ發見シタルトキハ、更ニ新ナル決意又ハ評議ニ因リテ之ヲ變更スルコトヲ妨ケス。然レトモ若シ裁判成立後何等斯カル特別ノ事情カ發生セサルトキハ、裁判機關ハ之ヲ告知セサルヘカラサル職責アリ。卽チ裁判ハ右ノ成立ノ程度ニ於テ旣ニ裁

判所ヲ拘束スル一種ノ中間的效力ヲ生ス。故ニ合議裁判所ニ於テハ裁判成立後一部ノ判事更迭スルモ、仍該裁判ハ之ヲ言渡ササルヘカラス(三五四但)。此場合ニハ其更迭前裁判書カ作成セラレアルコトハ必要ニアラス(六八)。唯更迭ノ程度ニ因リ裁判機關ノ具體的意思カ客觀性ヲ失ヒ、言渡カ不能ナルニ至リタルトキハ、裁判其者ノ不成立ヲ來シタルモノト見テ、新ニ手續ヲ再開スルノ外ナキモノトス。

裁判ノ內容ハ結論ト理由トヲ含ム。判決ニ在テハ結論ヲ要シ、之ヲ主文ト稱ス。此場合ニハ主文ト理由トヲ合セタルモノ卽チ裁判ナリ。蓋シ裁判カ判斷タル以上ハ結論モ理由モ共ニ判斷ノ要件ナルカ故ナリ(通例ハ主文其他ノ結論ヲ以テ裁判トシ、理由ハ別ニ之ニ附セラレタルモノト見ルカ如シ)。但右ハ裁判其者ノ內容ニ關スル觀察ニシテ、裁判書又ハ告知ノ內容ハ必スシモ然ラス。卽チ此場合ニハ、原則トシテ裁判ニ理由ヲ附スル(表ハス)コトヲ要スレトモ、上訴ヲ許ササル決定又ハ命令ニハ之ヲ附セサルコトヲ得(四九)。裁判ノ內容斯クノ如クナルヲ以テ、結論ト理由トノ何レヲ變更スルモ裁判ノ變更ニ外ナラヌ。然レトモ理由ヲ附セサル決定又ハ命令ニ在テハ理由ノ變更ハ實際上問題トナルコトナシ。唯理由ヲ附シタル場合ニ在テハ、第四六〇條第二項ニ於ケルカ如ク、裁判ノ更正ヲ許シタル場合ニアラサレハ、結論ノミナラス理由ヲモ變更スルコトヲ得サルモノトス。

裁判ノ成立ハ合議裁判所ニ在テハ評議ニ因ルコト右ニ述ヘタリ(裁構、一一九)。但評議ハ之ヲ公行セス。唯豫備判事及ヒ試補ニ對シテノミ傍聽ヲ許ス。評議ノ內容ニ付テハ嚴ニ秘密ヲ守ルコトヲ要ス(同一二一)。裁判ハ過半數ノ意見ニ依ル。而シテ裁判ハ凡テカ結論ト其理由トヨリ成ルモノナルカ故ニ、假ニ結論ニ於テ過半數ナルモ理由ヲ異ニスルトキハ過半數ニアラス。例ヘハ、當事者ノ申立ヲ却下スル結論カ過半數ナルモ、一人ハ申立ノ手續ヲ違法トシ、一人ハ申立ヲ以テ實質的ニ理由ナシトスル場合ノ如シ。斯カル場合ノ生スルハ實ハ裁判長ニ於テ議事ノ整理ヲ誤レル結果ニシテ、論理的ニ何カ先決順位ノ問題タリヤヲ明ニスルコトヲ得ハ、斯カル異順位ノ意見カ同時ニ主張セラルルコトナシ(判決ノ種類參照)。而シテ同順位ノ問題、卽チ理由ヲ同シクシテ裁量ノ程度ヲ異ニシ得ルカ如キ問題ニ在テ、其意見三說以上ニ分レ、各過半數ニ至ラサルトキハ、過半數ニ至ルマテ被告人ニ不利ナル意見ヨリ順次利益ナル意見ニ合算シテ裁判ヲ定ム(同一二三)。判事ハ裁判成立ノ過程ニ於ケル各論點ニ關シ自己ノ意見ヲ表スルコトヲ拒ムコトヲ得ス。例ヘハ無罪說ニ敗レタル判事モ仍刑期ニ付キ意見ヲ述ヘサルヘカラサルカ如シ(同一二四)。各判事意見ヲ述フルノ順序ハ官等

最モ低キ者ヲ始トシ裁判長ヲ終トス。官等同シキトキハ年少ノ者ヲ始トシ、受命事件ニ付テハ受命判事ヲ始トス(同一二二)。

裁判ヲ爲ストキハ裁判書ヲ作ル(六六)。其目的ニアリ。一ハ如何ナル裁判カ如何ナル理由ニ依リテ爲サレタルカヲ事後ニ於テ正確ニ知ルコトヲ得ルカ爲メノ記錄ト爲スコトナリ。此目的ニ出ツル限リ事件カ簡易ナル場合ニ於テハ次ノ例外ヲ生ス。卽チ決定又ハ命令ヲ宣告スル場合ニ於テハ、裁判書ヲ作ラスシテ調書ニ記載セシムルコトヲ得ルコト(六六但)及ヒ區裁判所ニ在テハ、上訴ノ申立ナキ場合又ハ判決宣告ノ日ヨリ七日内ニ判決書ノ謄本ノ請求ナキ場合ニ於テハ、判決主文並ニ罪トナルヘキ事實ノ要旨及ヒ適用シタル罰條ヲ公判調書ニ記載セシメ、之ヲ以テ判決書ニ代フルコトヲ得ルコト(三六一)是ナリ。目的ノ二ハ裁判所外ニ於テ裁判所ノ意思ヲ明確ニ告知スル必要アル場合ニ於テ書類ノ交付又ハ呈示ノ手段ト爲スコトナリ。從テ此目的ニ出ツル限リ書類ノ作成ハ裁判告知ノ要件ナルカ故ニ、此場合ノ告知ハ要式行爲ナリ。例ヘハ召喚狀、勾引狀、勾留狀ヲ發スル場合ノ如シ。

裁判書ヲ作ル時期ニ付テハ之ヲ爲ス目的カ前記ノ何レナルカニ因リテ區別シテ考フルコトヲ得ヘシ。卽チ裁判書ノ作成カ要式行爲ニ關スル場合ニ於テハ告知前ニ之ヲ作ラサルヘカラス。

事後ノ爲メノ記錄タル場合ニ於テハ、告知後之ヲ作ルモ妨ナシ。刑事訴訟法第五一條第二項ニハ判決ニ關シ主文又ハ主文及ヒ理由ノ朗讀トアルモ本條ハ必スシモ判決書ノ作成ヲ前提トセルモノニアラス。單ニ主文ノ表現卽チ其文言ノミノ確定ヲ前提トセルモノナリ。從テ區裁判所ニ於テ判決書ヲ作ラス宣告後調書ノ記載ヲ以テ之ニ代ユル場合ニ於テモ、其宣告ハ等シク前記條項ニ依リ確定シタル主文ノ朗讀ニ由リテ之ヲ爲セハ足ル。

裁判書ハ判事之ヲ作ルコトヲ要ス(六七)。裁判書ニハ裁判ヲ爲シタル判事署名捺印スヘク、裁判長署名捺印スルコト能ハサルトキハ、上席ノ判事其事由ヲ附記シテ署名捺印シ、他ノ判事署名捺印スルコト能ハサルトキハ、裁判長其事由ヲ附記シテ署名捺印スヘキモノトス(六八)。又別段ノ規定アル場合ヲ除ク外、裁判ヲ受クル者ノ氏名、年齡、職業及ヒ住居ヲ記載シ、裁判ヲ受クル者法人ナルトキハ、其名稱及ヒ事務所ヲ記載スヘキモノトス。判決書ニハ右ノ外尙公判ニ關與シタル檢事ノ官氏名ヲ記載スルコトヲ要ス(六九)。關與檢事ニ變更アリタル場合ニハ中一人ヲ記載スルモ妨ナシ(判例)。裁判書ニ記載スヘキ日附ハ言渡ノ日ニアラスシテ作成(脫稿ニアラス裁判書ノ成立ナリ)ノ日ナルコトモ亦注意スルコトヲ要ス(七一)。

被告人其他訴訟關係人ハ其費用ヲ以テ裁判書又ハ裁判ヲ記載シタル調書ノ謄本又ハ抄本ノ交

付ヲ請求スルコトヲ得(五三)。

第三節　裁判ノ告知

裁判ノ成立ト裁判ヲ爲スコトトハ同一ニアラス。裁判ヲ爲ストハ既ニ成立シテ中間的效力ヲ生シタル裁判ヲシテ更ニ完全ニ效力ヲ生セシムルコトヲ謂フ。通例單ニ效力ノ發生トハ此狀態ヲ謂フモノナリ。

裁判ノ效力ノ發生ハ特別ノ場合ノ外告知ニ因ル。卽チ告知ハ效力發生ノ條件タリ。其方法左ノ如シ。

(一)　公判廷ニ於テハ宣告ニ依ル(五〇)。宣告ハ裁判長之ヲ爲ス。判決ノ宣告ヲ爲スニハ主文及ヒ理由ヲ朗讀シ又ハ主文ノ朗讀ト同時ニ理由ノ要旨ヲ告クヘキモノトス(五一)。其他ノ裁判ニ在テモ、理由ヲ附セサルコトヲ得ルモノ(四九)ヲ除キ、理由ト結論トヲ理解シ得ル程度ニ於テ告ケサルヘカラス。宣告ヲ爲スニハ訴訟關係人ノ出頭ヲ要セス(三六八)。

(二)　公判廷以外ニ於テハ裁判書ノ謄本ヲ送達シテ之ヲ爲ス。謄本ノ送達ヲ要セサルハ卽チ初ニ叙ヘタル告知ニ因ラスシテ效力ヲ生スル場合ノ裁判ナリ。斯カル裁判ニ在テハ裁判書ヲ作

成シタルトキニ效力ヲ生ス。送達ヲ要セサル裁判ハ、例ヘハ第三二二條第二項ニ於ケルカ如シ(尙三四、三〇五Ⅱ)。勾引狀勾留狀ニ關スル第一〇〇條第三項ノ場合亦然リ。

告知ヲ要スル裁判ハ告知ニ由テ完全ニ效力ヲ生スルモノナルコト右ニ述ヘタルカ如シ。然レトモ告知ハ裁判ノ內容ノ成立後ノ行爲ナルカ故ニ、取調ニ關與セサル判事モ仍之ヲ爲スコトヲ得。此點ニ付テハ判決ノ宣告ニ關シ特ニ明文ノ規定アリ(三五四但)。

裁判カ告知其他ノ事由ニ依リ效力ヲ生シタル場合ニ於テ、其レカ檢事ノ執行指揮ヲ要スルモノナルトキハ、速ニ裁判書又ハ裁判ヲ記載シタル調書ノ謄本又ハ抄本ヲ檢事ニ送付スヘキモノトス(五二、五三五、五三六)。但勾引勾留ノ如キ特別ノ規定アル場合ハ此限ニ在ラス(五二但、一〇〇Ⅲ、一九三)。

第四節　裁判ノ確定

裁判ノ確定ニ二義アリ。之ヲ形式的確定及ヒ實體的確定ノ二トス。而シテ裁判カ何レノ意義ニ於テモ確定シタルトキハ確定力ヲ生シタリト謂フ。

一　形式的確定

汎ク裁判カ其效力ヲ動カスコトヲ得サルニ至リタルトキハ廣義ニ於テ之ヲ裁判ノ形式的確定ト謂フ。而シテ裁判ノ效力ヲ動カス場合ニ二アリ。一ハ裁判ヲ爲シタル裁判機關カ自ラ動カス場合ニシテ、二ハ訴訟關係人ノ攻擊ニ因リテ動カサルル場合ナリ。從テ形式的確定ニハ、裁判機關自ラ動カシ得サル場合ノ內部的確定ト他ヨリ攻擊シ得サル場合ノ外部的確定（狹義ノ形式的確定）トアリ。

（一）內部的確定

裁判ハ裁判機關ノ意思表示ナルカ故ニ、理論上ハ原則トシテ裁判機關ニ於テ之ヲ取消又ハ變更シ得サルヘカラス。然レトモ裁判ハ多クノ場合ニ於テ當事者ノ權利義務ニ關係アルヲ以テ、常ニ裁判機關自ラ之ヲ動カスコトヲ得セシムルハ當事者ノ權利義務ヲ不確定ノ狀態ニ置クモノナリ。從テ裁判ニハ裁判機關自ラ之ヲ取消又ハ變更シ得ルモノト否ト、又之ヲ得ルモノニ在テモ一定ノ條件ヲ要スルモノト否トノ區別ヲ生ス。卽チ場合ヲ分テ說明スレハ左ノ如シ。

一　判決ハ自ラ之ヲ取消又ハ變更スルコトヲ得ス。

二　決定ハ其中終局裁判ニ屬スルモノハ自ラ之ヲ取消又ハ變更スルコトヲ得ス。中間裁判ノ

中法律カ不服申立（抗告及ヒ第四七〇條ノ請求）ヲ許シタルモノハ不服申立ニ由リテノミ動カシ得ルモノト解スヘキカ故ニ亦然リ。但抗告ヲ許ス裁判ニ對シ抗告アリタル場合ニ於テ、原裁判所又ハ豫審判事抗告ヲ理由アリトスルトキハ決定ヲ更正スヘキモノトス（四六〇、四六八）。其他不服申立ヲ許ササル決定ハ概シテ自ラ之ヲ動カスコトヲ得ルモノト解スヘシ。但其施行ヲ終リタルモノハ別論トス。

三　命令モ亦決定ニ準シテ考フヘシ。

以上各場合ノ中、裁判機關自ラ動カシ得サル場合ハ卽チ裁判カ內部的ニ確定シタルモノニシテ、一定ノ條件ノ下ニ於テノミ動カシ得ル場合ハ內部的ニ相對的ニ確定シタルモノナリ。

（二）外部的確定

裁判ニハ當事者其他ノ訴訟關係人カ適法ニ攻擊シ得ルモノト否トアリ。之ヲ爲シ得ルモノニ付テモ時期ノ制限アルモノト否トアリ。之ヲ爲シ得ルモノノ中控訴（三九五）上告（四一八）卽時抗告（四五九）第四七〇條第二項ノ請求ノ如キハ時期ノ制限アルモノニシテ、通常ノ抗告（四五六）第四七〇條第三項ノ請求ノ如キハ制限ナキモノナリ。制限ナキモノハ實益ノ存スル限リ何時ニテモ之ヲ爲スコトヲ得（四五八）。而シテ以上ノ區別及ヒ原則ニ從ヒ裁判カ初ヨリ

攻撃シ得サルカ又ハ攻撃シ得サルニ至リタルトキハ、其裁判ハ當事者其他ノ訴訟關係人、即チ外部ニ對シ確定シタルモノナリ。從テ之ニ對シ事實上不服申立ヲ爲シタリトスルモ、其申立ハ常ニ不適法トシテ棄却セラレサルヘカラス。之ヲ最モ普通ニ裁判ノ形式的確定力ト謂フ。而シテ此形式的確定力ハ一方ノ當事者又ハ其爲メニスル關係人ノミニ對シテ生スルコトアリ。例ヘハ一方ノミ上訴權ヲ拋棄シタル場合ノ如シ(三八六)。斯カル場合ヲ又最モ普通ニ相對的確定ト謂フ。

以上ハ裁判ノ形式的確定ノ意義ナリ。而シテ裁判カ內部的及ヒ外部的ニ形式的確定力ヲ生シタルトキハ左ノ如キ效果ヲ生ス。

(一) 裁判ハ各其趣旨ニ從ヒ之ヲ執行スルコトヲ得。但性質上內部的又ハ外部的何レニカ形式的確定力ヲ生スルコトナキ裁判ハ當然初ヨリ之ヲ執行スルコトヲ得(例、不服申立ヲ許ササルモ裁判機關自ラ動カシ得ル裁判、第四六一條、第四七三條ニ規定スル裁判機關自ラ進テ動カシ得サルモ不服申立ヲ許ス裁判)。

(二) 裁判ノ種類ニ依リ更ニ次ノ實體的確定力ヲ生ス。

二 實體的確定(既判力)

當事者カ或裁判ヲ適法ニ攻撃シ得ルヤ否ヤノ問題ト、之ヲ攻撃スルニアラスシテ、前ニ裁判ヲ受ケタルト同一事項ニ付キ再ヒ裁判ヲ受ケンコトノ新ナル申立ヲ爲シ得ルヤ否ヤノ問題トハ全ク異ル。前者ハ右ニ述ヘタル形式的確定ノ問題ニシテ、後者ハ卽チ實體的確定ノ問題ナリ。

一定ノ事項ニ關シ裁判アリタル場合ニ、同一事項ニ關シ再ヒ裁判ヲ受ケンコトノ適法ナル申立又ハ請求ヲ爲シ得ルヤ否ヤハ裁判ノ種類及ヒ性質ニ因リテ分ル。卽チ之ヲ爲シ得ルハ手續ニ關スル形式的裁判アリタル場合ニシテ、其裁判カ判決タルト決定又ハ命令タルトハ之ヲ問ハス。例ヘハ證據決定、公訴ノ棄却ニ關スル裁判ノ如シ。此等ノ場合ニ於テ同一事情ノ下ニ重テ同一ノ申立又ハ請求ヲ爲スモ、其レ自體ヲ以テ不適法ト爲スコトナシ。唯同一ノ裁判ヲ受クル結果トナルノミ。之ニ反シテ、之ヲ爲シ得サルハ公訴權ノ消滅(又ハ不發生)ノ原因タル裁判アリタル場合ニシテ、本案ノ裁判及ヒ公訴權消滅ノ結果トシテ實體權ノ不能ヲ伴フ裁判之ニ屬ス。卽チ有罪、無罪及ヒ實體的免訴(三六二—4)ノ判決、公訴ノ取消ニ依ル公訴棄却ノ決定及ヒ豫審終結決定(三六五1、三一五6)並ニ實體的免訴ノ豫審終結決定(三一三、三一四2—5)是ナリ。此等ノ裁判ハ何レモ公訴權ヲ消滅(又ハ不發生)ニ歸セシムル結果トシテ、同一事件カ將來再ヒ適法ニ公訴ノ目的タルコトヲ妨クルカ故ニ、若シ再ヒ

同一事件カ公訴ノ目的トナリタルトキハ、裁判機關ハ前ニ裁判アリタルコトヲ理由トシテ、再訴ニ對シ形式的免訴(三一四1、三六三1)又ハ豫審終結決定ヲ爲ササルヘカラス。此關係ハ再訴カ幾回反覆セラルルモ常ニ同一ニシテ、又ハ公訴棄却(三一五2、3、三六四2、3)ノ判決一旦前ニ言渡サレタル前記ノ各裁判ハ、第三一七條ノ手續、再審又ハ非常上告ニ依ル場合ノ外、永久ニ再訴ヲ妨クルモノナリ。裁判ノ實體的確定トハ卽チ斯カル意義ニ於テ謂フモノニシテ、犯罪ノ有無其者カ確定スルニアラス。又直接ニ實體法上刑罰請求權ノ有無カ確定スルニモアラス(斯ク解スルニアラスンハ、第三一七條、再審及ヒ非常上告ノ說明ヲ爲スコト能ハサルヘシ)。單ニ裁判カ再訴ヲ妨クル訴訟法上ノ效力ヲ謂フニ外ナラサルナリ。而シテ斯カル效力ヲ裁判ノ實體的確定力又ハ旣判力ト謂ヒ、旣判力ヲ生シタル事件ヲ旣判事件ト謂ヒ、斯カル原則ヲ一事不再理ノ原則ト謂フ(一一六頁參照)。

右ニ述フルカ如ク裁判ノ實體的確定ハ公訴權ノ消滅(又ハ不發生)ヲ來スモノナリ。然レトモ公訴權ノ消滅ハ裁判ノ實體的確定ニ因リテノミ生スルモノニアラス。(公判ノ裁判參照)。

實體的確定力ノ範圍ハ同一事件ノ全體ニ及フ。同一事件ノ意義ハ公訴ノ範圍ニ關シテ述ヘタル所ニ同シ(一〇二頁參照)。故ニ處分的一罪ノ場合ニ於テ其一部分ノ行爲カ判示ニ漏レタリトスルモ、後ニ之ヲ起訴スルコトヲ得ス。親告罪ニ在リテ告訴ナキ爲メ當然一罪的處分ニ漏レタル行爲ニ付テモ亦同シ(一一〇頁參照)。然レトモ右ハ一切ノ行爲カ裁判言渡前ニ行ハレタル場合ノ觀察ニシテ、若シ一罪的行爲カ尙引續キ裁判後ニ於テ行ハレタルトキハ、之ニ對シテ實體的確定力ノ及フコトナシ。是レ處分的一罪ノ場合ノミナラス、本位的一罪(例、不作爲ニ因ル繼續犯)ニ在テモ裁判ハ將來ニ對シテ爲サルヘキモノニアラサルニ因ル。

本位的一罪カ確定判決ニ因リテ中斷セラルヘキ場合ニ於テ、其分界ヲ口頭辯論ノ終結、裁判言渡及ヒ裁判確定ノ三時期ノ何レニ求ムヘキカニ學說上爭アリ。此點ニ關シテハ、最終ニ事實審理ヲ爲シタル裁判所ニ於ケル辯論終結ノ時期ヲ以テ分界ト爲スヘキモノト解ス。或ハ之ニ對シテハ、辯論終結後ニ於テモ裁判所ハ尙辯論ヲ再開シテ其後ノ事實ヲ審理スルノ權能アルカ故ニ、其權能ノ及フ限度、卽チ裁判言渡ノ時期ヲ以テ分界ト爲スヘシト謂フ議論アリ。然レトモ此論法ヲ以テスレハ、例ヘハ不作爲ニ因ル繼續犯ノ如キニ於テハ、裁判所ハ被告人カ其作爲義務ヲ履行スルカ又ハ作爲義務ノ消滅スルマテ辯論ノ終結ヲ爲シ得サル結果トナルヘシ。斯クノ如キハ、一方ヨリ見テ明ニ必要ナキノミナラス、他方ニ於テ犯人ニ對シ速ニ國家ノ禁止的意思ヲ表明スル必要アル點ヨリ見ルモ適當ニアラス。此コトハ處分的一罪ニ付テモ同樣ナリ。

同一事件カ誤テ二罪トシテ扱ハレ、一部ニ付キ無罪ノ裁判アリテ確定シ、一部ノ有罪判決ニ付キ上訴アリタル場合ニ於テ、上級裁判所ハ如何ナル裁判ヲ爲スヘキカニ付テモ議論アリ。此點ニ關シテハ、該事件ハ一應全體ニ付キ無罪ノ確定判決アリタルモノトシテ(一〇二頁參照)上訴審ニ於テハ免訴ノ言渡ヲ爲スヘキモノトモ考フルコトヲ得。然レトモ此場合ノ判決ハ何レモ一部ヲ全體ト見タル結果ニアラス。各一部ヲ其者トシテ裁判シタルモノナリ。而カモ斯カル取扱ハ法律上許サレサル所ナルカ故ニ、裁判所カ斯カル取扱ニ著手シタルコトハ、其一部宛ニ相當スル二個ノ事件カ起訴ナクシテ權利拘束ヲ生シ(一〇一頁參照)全體トシテ三個ノ事件カ裁判所ニ繫屬スルニ至レルモノト謂ハサルヘカラス。然ラハ此中後ノ二者ハ共ニ不適法ナル公訴トシテ棄却セラルヘキモノナルカ故ニ、有罪判決ニ付テハ上訴審ニ於テ公訴棄却ヲ爲スヘク、又無罪判決ニ付テハ檢事ニ於テ非常上告ヲ爲スモ、又ハ事情ニ因リ之ヲ放置スルモ妨ナシ。唯原裁判所ハ之ニ關係ナク本來ノ事件ニ付キ更ニ審判ヲ爲セハ可ナリ。以上ノ關係ハ豫審判事カ一罪ノ一部ヲ免訴シ一部ヲ公判ニ附シタル場合ニ於テモ亦同樣ニ考フヘキモノトス(舊判例ハ事件ヲ二分シ免訴ノ部分ニ付キ審判ヲ爲スヘキモノニアラストシタリ)。

本案ノ裁判ハ形式的確定力ヲ生スルト同時ニ實體的確定力ヲ生スルヲ常トス。然ルニ此場合ニ尙例外トシテ實體的確定力ヲ生セサル場合アリヤノ問題アリ。此問題ハ通例裁判ノ絕對無效ノ場合トシテ論議セラル。而シテ予ハ此點ニ關シテハ、例ヘハ區裁判所判事カ心神喪失ノ情況ノ下ニ於テ爲シタル判決ノ如キハ、其有罪無罪ニ拘ラス、絕對ニ無效ナルモノト解スルカ故ニ、斯カル場合ニハ本來實質的ニモ形式的ニモ確定スヘキ判決ナキナリ(訴訟行爲參照)。

第七章　訴訟費用

公訴費用ノ範圍ハ法律ニ依リテ定マル(刑事訴訟費用法一)。之カ負擔及ヒ言渡ニ關シテハ刑事訴訟法第二三七條以下ニ之ヲ規定ス。

第三編　第一審手續

第一章　捜　査

第一節　捜査ノ意義及ヒ開始

検事カ公訴權ノ行使ヲ爲スニハ一定ノ必要ナル準備ヲ爲ササルヘカラス。此準備ハ卽チ犯罪ノ捜査ニシテ、犯罪捜査ノ目的ハ公訴權ノ適法ナル行使ニ在リ。

公訴權ノ適法ナル行使トハ具體的ニ謂ヘハ公訴ヲ提起シ且之ヲ維持スルコトナリ。故ニ檢事ハ犯罪アリト思料スルトキハ、犯人及ヒ證據ヲ捜査スヘキノミナラス(二四六)且之ヲ保全シ、又必要アル場合ニハ、處罰條件及ヒ訴訟條件ノ備ハレルヤ否ヤヲ明ニシ、且之ニ關スル證據ヲモ保全スルコトヲ要ス。

捜査ハ通例公訴ノ提起ノ準備トシテ爲サルルモノナレトモ、公訴ノ提起後ニ於テモ仍ホ之ヲ爲スコトヲ妨ケス。蓋シ檢事ハ法律ノ正當ナル適用ノ請求者タル職責上、公訴ヲ維持スルカ爲メ、更ニ捜査ヲ必要トスル場合ニ於テ之ヲ爲シ得サル理由ナキカ故ナリ。

捜査ハ檢事之ヲ爲ス。司法警察官吏ハ檢事ノ輔佐トシテ之ヲ爲シ又ハ之ヲ輔助ス。

犯罪ノ捜査ハ捜査官ヲ中心トスル手續又ハ關係ニシテ、原則トシテ裁判機關ニ關係ナシ。唯例外トシテ特別ノ場合(例、一五三Ⅰ、二五五)ニ一定ノ關係ヲ生スルニ過キス。

犯罪ノ捜査ヲ開始スルニ付テノ端緒ニ付テハ法律上制限ナシ。新聞記事、風評、投書等何レモ妨ナシ。但犯罪ニ關シ匿名ノ申告又ハ風說アル場合ニ於テハ特ニ其出所ニ注意シ虛實ヲ探査スルコトヲ要ス(二七七)。蓋シ此種ノ端緒ニ因リテ妄ニ人ニ疑惑ヲ懸クルハ被疑者ノ迷惑少カラサレハナリ。其他法律ニ規定スルモノ左ノ如シ。

一　告訴

告訴ノ意義、告訴權者、告訴權行使ノ條件及ヒ效果等ニ付テハ前ニ之ヲ述ヘタリ。告訴ノ方式ハ書面又ハ口頭ヲ以テ檢事又ハ司法警察官ニ爲スヘク(二七二)檢事又ハ司法警察官口頭ノ告訴ヲ受ケタルトキハ調書ヲ作ルヘキモノトス。告訴調書ニ關シテハ第五六條第三項乃至第五項ノ準用アリ。司法警察官告訴ヲ受ケタルトキハ速ニ之ニ關スル書類及ヒ證據物ヲ管轄裁判所ノ檢事ニ送付スルコトヲ要ス(二七四)。告訴ノ取消(及ヒ告訴前ノ拋棄)ノ場合モ亦右ニ準ス(二七五)。

二　告發

告發トハ犯人以外ノ者ヨリ捜査機關ニ對シ罪ニ犯罪事實ヲ申告スルコトヲ謂フ。

告發ハ何人ト雖モ犯罪アリト思料スル場合ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得（二六九Ⅰ）。但祖父母又ハ父母ニ對シテハ之ヲ爲スコトヲ得ス（二七〇）。又判例ハ代理人ニ依ル告發ヲ認ム。告發及ヒ其取消ノ手續、告發又ハ取消アリタル場合ノ取扱ハ告訴ノ場合ニ同シ（二七二――二七五）。

告發ハ一般ニハ任意ナレトモ、官吏又ハ公吏其職務ヲ行フニ因リ犯罪アリト思料スル場合ニ於テハ告發ヲ爲ササルヘカラス。此場合ノ告發ハ義務ナリ（二六九Ⅱ）。其他ニ告發ノ義務アリト考フヘキ場合トシテハ、一私人カ現行犯人ヲ逮捕シタル場合（一二五Ⅱ、一二六）爆發物取締罰則第八條ノ場合アリ。

告發ハ場合ニ因リ親告罪ニ於ケル告訴ト同シク特別訴訟條件タルコトアリ（九八頁、一三一頁參照）。

三　自首

自首トハ犯罪（犯罪事實及ヒ犯人）發覺前犯人自ラ進テ捜査機關ニ犯罪事實ヲ申告スルコトヲ謂フ。他人ヲ經由シテ爲スモ妨ナシ。自首ノ手續及ヒ之ニ關スル取扱ハ告訴告發ニ同シ（二七六）。

四　現行犯（一六四頁參照）

第二節　捜査ノ實行及ヒ終結

捜査ニ付テハ、其目的ヲ達スル爲メ必要ナル取調ヲ爲スコトヲ得（二五四Ⅰ）。然レトモ其方法トシテ如何ナル處分ヲ爲シ得ヘキカニ付テハ一般的ノ規定ナシ。故ニ如何ナル方法ニ依ルモ妨ナシ。但强制處分ヲ用ヰルコトヲ得サルヲ原則トスルカ故ニ（同、但）斯カル場合ニハ通例關係人ノ同意ノ下ニ之ヲ行フ。任意出頭、任意供述、任意提出、承諾同行トハ謂フカ如キモノ是ナリ。而シテ捜査ヲ行フニ當リテハ檢事及ヒ司法警察官吏ハ常ニ秘密ヲ保チ被疑者其他ノ者ノ名譽ヲ毀損セサルコトニ注意スルコトヲ要ス（二五三）。

捜査ハ親告罪ニ付キ告訴前ニ於テモ之ヲ爲スコトヲ得ルカ。予ハ之ヲ妨ケスト解ス。蓋シ告訴ハ訴訟條件ニシテ捜査ノ條件ニアラサレハナリ。此點反對說アリト雖モ、元來親告罪ハ凡テカ犯情輕微ナルモノノミニアラス。此種ノ罪ニ在リテ豫メ證據ノ蒐集又ハ被疑者ノ逮捕等ヲ許

スニアラスンハ、後ニ至リテ告訴アルモ如何トモスルコト能ハサル場合ヲ生スヘシ。

捜査處分ニ關シ法律上特ニ明文アル事項左ノ如シ。

一　檢事及ヒ司法警察官吏ハ捜査ノ爲メ必要アルトキハ管轄區域外ニ於テ職務ヲ行フコトヲ得(二五二、一一Ⅰ)。

二　捜査ニ付テハ公務所ニ照會シテ必要ナル事項ノ報告ヲ求ムルコトヲ得(二五四Ⅱ)。

三　檢事捜査ヲ爲スニ付キ强制處分ヲ必要トスルトキハ、公訴ノ提起前ト雖モ、押收、捜査、檢證及ヒ被疑者ノ勾留、被疑者若クハ證人ノ訊問又ハ鑑定ノ處分ヲ其所屬地方裁判所ノ豫審判事又ハ所屬區裁判所ノ判事ニ請求スルコトヲ得(二五五Ⅰ)。但此請求ヲ受ケタル判事ハ當然該請求ヲ容ルルコトヲ要スルヤニ關シテハ爭アリ。思フニ立法上ノ趣旨ヨリ謂ヘハ、判事ハ捜査上必要ノ有無ニ付テ判斷スルコトヲ得サレトモ、例ヘハ勾留ノ請求アリタル場合ニ於テ勾留ノ條件ノ備ハレルヤ否ヤヲ調査判斷スルカ如キハ相當ナリトスヘシ。尙檢事ハ勾引ノミノ請求ヲ爲シ得サルコトヲ注意スヘシ。勾引ノ要否ハ判事カ訊問ノ請求ヲ受ケタル場合ニ之ニ關連シテ自由ニ判斷スヘキ事項トス。

以上ノ各處分ノ請求ヲ受ケタル判事ハ其處分ニ關シ豫審判事ト同一ノ權ヲ有ス(二五五Ⅰ)。又判事此等ノ處分ヲ爲シタルトキハ速ニ之ニ關スル書類及ヒ證據物ヲ檢事ニ送付スヘキモノトス(二五六)。

檢事ハ其請求シタル處分ニ由リ被疑者ヲ勾留シタル事件ニ付キ、十日内ニ公訴ヲ提起セサルトキハ、速ニ之ヲ釋放セサルヘカラス。又同樣ノ處分ニ由リ押收ヲ爲シタル事件ニ付キ、公訴ヲ提起セサル處分ヲ爲シタルトキハ、速ニ押收品ヲ還付セサルヘカラス。但必要アル場合ニ於テハ公訴ノ時效完成スルニ至ルマテ之ヲ保管スルコトヲ得(二五七)。

四　檢事又ハ司法警察官吏ハ、現行犯人其場所ニ在ルトキハ直ニ之ヲ逮捕スルコトヲ得(一二四)。人ノ住居其他一定ノ場所ニ現行犯アル場合ニ於テ、急速ヲ要スルトキハ、檢事又ハ司法警察官ハ何時ニテモ其場所ニ入リ押收又ハ捜索ヲ爲スコトヲ得(一七一)。檢事又ハ司法警察官吏ハ又同樣ノ場合ニ於テ何時ニテモ其場所ニ入リ犯人ヲ逮捕スル爲メ捜索ヲ爲スコトヲ得。現行犯人ヲ逮捕スル爲メ追行シタル場合ニ於テ、犯人前記ノ場所ニ逃入リタルトキ亦同シ(一七二)。

五　檢事ハ要急事件(一二三Ⅰ—6)又ハ現行犯人ヲ逮捕シ若クハ之ヲ受取リタル場合ニ於テハ、被告人ヲ訊問シ、捜査上引續キ强制處分ヲ行フコトヲ得。卽チ夫々一定ノ條件ニ從ヒ、

被告人ノ勾留、押收、捜索、檢證、證人ノ訊問、鑑定ノ處分ヲ爲シ、又右ノ中被告人ノ勾留ヲ除キ其他ニ付テ他ノ檢事又ハ司法警察官ニ命令又ハ囑託ヲ爲スコトヲ得。右ハ司法警察官ニ在テモ同樣ナレトモ、被告人ノ勾留ハ之ヲ爲スコトヲ得ス。又他ノ司法警察官ニ對シテノミ命令又ハ囑託ヲ爲スコトヲ得（一二九、一七〇、一七四、一八〇、一八三、二一四―、二二八、二三六）。

犯罪ノ捜査カ左ノ處分ヲ爲スニ熟シタルトキハ、捜査機關ハ其處分ヲ爲スニ由リテ捜査ヲ終結ス。

一　司法警察官ハ違警罪即決處分ヲ爲スヲ相當ト思料スル場合ノ外、速ニ書類及ヒ證據物ヲ管轄裁判所ノ檢事ニ送付スヘキモノトス。

二　檢事ハ捜査ノ結果如何ニ依リ左ノ手續ヲ爲スヘキモノトス。

(一)　公訴ノ提起（九六頁參照）

(二)　不起訴處分。不起訴處分ヲ爲スヘキ場合左ノ如シ

一　事件カ罪トナラス又ハ犯罪ノ證明ナキトキ

二　訴訟條件ヲ缺クトキ

三　犯人ノ性格、年齡及ヒ境遇並ニ犯罪ノ情狀及ヒ犯罪後ノ情況ニ因リ訴追ヲ必要トセサルトキ、此場合ニハ公訴ヲ提起セサルコトヲ得（二七九）。此處分ヲ通例起訴猶豫ト謂フ。

四　少年ニ對スル刑事々件ニ付キ保護處分ヲ爲スヲ相當ト思料シタルトキ、此場合ニハ事件ヲ少年審判所ニ送致スヘキモノトス（少、六二）。

(三)　事件ノ送致　檢事ハ事件其所屬裁判所ノ管轄ニ屬セスト思料シタルトキハ、書類及ヒ證據物ト共ニ其事件ヲ管轄裁判所ノ檢事又ハ相當官署ニ送致スヘキモノトス。此場合ニ於テ被疑者ニ對シ勾留ヲ繼續スル必要ナシト思料スルトキハ之ヲ釋放スルコトヲ要ス（二九二）。

(四)　中止　犯罪ノ捜査カ被疑者ノ所在不明等ノ事由ニ依リ續行不能ノ情況ニアルトキハ之ヲ中止スルノ外ナシ。中止ハ所謂不起訴處分ト異ル。

捜査終結シタルトキハ、檢事ハ處分ノ結果ヲ通知スヘキ場合アリ。卽チ告訴ニ係ル事件ニ付キ公訴ヲ提起シ又ハ之ヲ提起セサル處分ヲ爲シタルトキハ、速ニ其旨ヲ告訴人ニ通知スルコトヲ要ス。公訴ヲ取消シ又ハ事件ヲ他ノ裁判所ノ檢事又ハ相當官署ニ送致シタルトキ亦同シ（二九四）。是レ告訴人ハ場合ニ因リ檢事ノ事務取扱ノ方法ニ對シ抗告ヲ爲スコトヲ得ルカ故ナリ（裁構、一四〇）。

第二章　豫審

第一節　豫審ノ性質

裁判所ノ手續ハ之ヲ分テ豫審及ヒ公判ノ二段階トス。斯カル組織ハ佛國治罪法（一八〇八年）以來諸國刑事訴訟法ノ一般的定型トナレルモノニシテ、我國ニ於テモ治罪法以來亦之ニ倣フ。

豫審ノ性質ハ一般問題トシテ之ヲ二方面ヨリ觀察スルコトヲ得。卽チ先ツ刑事手續ヲ全體トシテ觀察スル見地ヨリ謂ヘハ、該手續ノ中心ハ公判ナルカ故ニ、豫審モ搜査モ共ニ公判ノ準備手續ナリ。是レ宛モ上訴審ヲ中心トシテ觀察スレハ、第一審公判モ亦結果ニ於テ上訴審ノ準備手續ニ外ナラサルカ如シ。此意義ニ於テハ豫審ハ搜査ノ延長ナリト謂フハ妨ナシ。然レトモ檢事ト裁判所トヲ別個ノ訴訟主體トシ、搜査ト審判トノ區別ヲ嚴密ニ理解セントスル見地ヨリ謂ヘハ、豫審ハ必スヤ此二者ノ何レカ一方ニ專屬セサルヘカラス。而シテ何レカ一方ニ專屬スル限リ、豫審手續ニ於ケル指導原理ハ必スヤ他ノ一方ノ其レトノ間ニ重要ナル差別ナカルヘカラス。唯此場合ニ於テモ、其レカ豫審トイウ特殊ナル一段階ヲ形成スル限リ、事實上一種ノ中間

手續トシテ、或程度マテ他ノ一方ノ指導原理ニ由リテ影響セラルヽヲ免レサルノミ。例ヘハ豫審ヲ以テ起訴後ノ手續ト爲シタル場合ニハ、其取調ハ公平ナル第三者ノ審理トイウコトヲ以テ指導原理ト爲ササルヘカラサルモ、公判前ノ特殊手續トシテハ、一方ニ證憑湮滅ヲ防キ、他方ニ被告人其他ノ者ノ名譽ヲ保全スル意味ニ於テ、取調ノ密行ヲ以テ指導原理ト爲サヽルヲ得サルカ如シ。

今我刑事訴訟法ノ規定スル所ニ依レハ、豫審ハ之ヲ起訴後ノ手續トシ（二八八）被告事件ヲ公判ニ付スヘキカ否ヲ決スル爲メ必要ナル事項ヲ取調フルコトヲ以テ主タル目的トス（二九五Ⅰ）。卽チ其手續ハ裁判所ノ行爲ニシテ、且其目的ハ公判ノ爲メニスル準備手續ナリ。從テ其指導原理ハ原則トシテ公判ト同一ナルヘキモノナレトモ、既ニ公判前ノ特殊手續ナル以上ハ、前記ノ考慮ニ本ツク制限モ亦之ヲ認メサルヘカラス。是レ豫審カ、刑事手續全體トシテ公訴主義ニ依ルニ拘ラス、仍ホ多少ノ糺問主義的傾向ヲ帶フルヲ免レサル所以ニシテ、此點ハ假ニ一部ノ論者ノ主張ニ從ヒ、豫審ヲ廢シテ搜査ヲ以テ之ニ代ユルト又ハ豫審ヲ以テ起訴前ノ手續トスルトニ拘ラス、其レカ準備手續ナル限リ之ニ伴フ不可避的ナル特質ナリ。然レトモ豫審手續カ其性質上糺問主義的ナルヲ免レスト謂フハ、必スシモ歷史上謂フ所ノ糺問主義的刑事手續ノ

有ラユル意味ニ於テニアラス。又現在ノ豫審手續其者ヲ凡テ是認スル意味ニ於テニモアラス。唯本來ノ性質上或程度ニ於テ然リト謂フノミ。

然ラハ豫審ニ於テハ如何ナル程度マテ刑事訴訟法上ノ指導原理タル根本主義(一三頁參照)カ制限セラレテ妨ナキカ。此點ニ付テハ(一)先ツ取調密行ノ必要ニ因ル公開主義ノ制限ナリ。茲ニ所謂公開ハ一般公開ニシテ、當事者公開ハ理論上之ヲ制限スヘキモノニアラス。然レトモ公判手續ニ於テスラ第三三九條ノ如キ考慮ヲ必要トスル場合アル以上ハ、豫審ニ於テモ一層ノ考慮ヲ必要トスヘキ場合アルコトハ明ナリ。(二)ニハ訴訟經濟主義ニ基ク被告人ノ辯護權ノ制限ナリ。蓋シ豫審ハ有罪無罪ノ裁判ヲ爲ス段階ニアラス。故ニ單ニ形式ニ止マリ實益ニ乏シキカ如キ或種ノ辯護權(例、取調ノ際ニ於ケル身體ノ自由)カ制限セラレ、又ハ取調ノ迅速ヲ尚フ必要上或種ノ權利(例、上訴權)ノ行使カ公判ニ讓ラシメラルルコトアルハ已ムヲ得サル所ナリ。以上ノ見地ヨリシテ現行法ノ規定ヲ見ルニ、刑事訴訟法上ノ近代的ナル根本主義ハ何レモ相當ノ程度ニ於テ尊重セラレ、其運用宜シキヲ得ルニ於テハ、我豫審制度ハ決シテ不滿足ナルモノト謂フコトヲ得ス。今其注意スヘキ事項ヲ摘示スレハ左ノ如シ(今ノ豫審制度ヲ疑フ者ノ言ヲ聽クニ、多クハ制度其者ニ對スル非難ト運用ノ實際ニ對スル非難トヲ混同スルカ如シ。然レトモ此點ハ嚴ニ區別スルコトヲ要ス)。

一　公訴主義ニ於ケル第一原理タル不告不理ノ原則ハ豫審ニ在テモ完全ニ認メラル。此點舊法ト異ル(舊、一四二、一四三)。唯豫審判事ハ其手續中共犯アルコト又ハ他ノ犯罪アルコトヲ發見シタル場合ニ於テ、急速ヲ要スルトキハ、檢事ノ請求ヲ待タス、豫審ニ屬スル處分ヲ爲スコトヲ得ルニ止マル(二九七)。然レトモ之ニ由テ事件ノ權利拘束カ生スルニアラス。

公訴主義ノ第二原理トシテ、被告人ハ豫審中ト雖モ、訴訟主體トシテ一定ノ辯護權ヲ有セサルヘカラス。此點ニ付テハ、現行法ハ舊法ニ比シ少カラス面目ヲ一新シタリ。卽チ舊法ニ於テハ、豫審判事ハ場合ニ因リ、被告人ヲ訊問スルコトナク、其辯解ヲ聽カスシテ手續ヲ終結スルコトヲ得タレトモ、現行法ニ於テハ、特別ノ場合ヲ除キ(後段中止參照)必ス被告人ヲ訊問スヘク(三〇〇)又其終結前被告人ニ嫌疑ヲ受ケタル原由ヲ告知シ辯解ヲ爲サシムヘキモノトス(三〇一)。又舊法ニ在テハ、豫審中辯護人ヲ用ヰルコトヲ得サリシモ、現行法ハ之ヲ許セリ(三九)。

二　當事者對等主義ハ公訴主義ニ於ケル重要ナル原則ニシテ、現行法ハ此點ニ關シテ又極メ

テ重要ナル規定ヲ置ケリ。卽チ豫審判事カ公判ニ於テ召喚シ難シト思料スル證人ヲ訊問スル場合ニ於テハ、檢事及ヒ辯護人ハ其訊問ニ立會フコトヲ得ヘク(三〇二)又檢事、被告人又ハ辯護人ハ豫審中何時ニテモ必要ナル處分ヲ豫審判事ニ請求スルコトヲ得ヘク、又檢事ハ豫審ノ進行ヲ妨ケサル限リ、又辯護人ハ豫審判事ノ許可ヲ受ケ各々書類及ヒ證據物ヲ閱覽スルコトヲ得ヘシ(三〇三)。而シテ此中特ニ被告人ニ限リテ許サレサルモノアルハ已ムヲ得サル事情アルニ因ル(八一頁參照)。斯クノ如クナレトモ、當事者對等主義ハ被告人ニ取リテ豫審公判ニ亘リテ一般ニ相當ノ制限ヲ受クル外、豫審ニ於テハ特ニ重要ナル制限ヲ受クル場合アリ。卽チ右ニ述ヘタル辯護人ノ閱覽權ニ關シテハ豫審判事ノ許可ヲ要スルカ如キ其一ナリ。又次ニ述フル當事者公開主義ノ制限ニ由ルモノヽ如キ其二ナリ。

三　公開主義ハ豫審ニ在テモ當事者公開主義トシテ相當ノ程度ニ於テ認メラル。但此點ハ舊法ニ於ケルト大差ナシ。卽チ被告人又ハ辯護人ハ押收、捜索及ヒ檢證ノ際ニハ立會ヲ許サレ、又事實發見ノ爲メ必要アル場合ニ於テ、被告人ハ他ノ被告人又ハ證人ト對質セシメラルルコトアリ(一五八、一七八、一三七)。其レニモ拘ラス、被告人トシテ最モ大ナル不利益ハ、被告人カ他ノ被告人又ハ證人ノ訊問ニ立會フコトヲ得サル點ナリ。然レトモ此點ハ當該被告人カ絶對ニ他ヨリ隔離セラレツツアル場合ノ外ハ已ムヲ得サル制限トス。但シ此ノ不利益ヲ避クル手段トシテ、嫌疑ヲ受ケタル原由ノ告知ヲ受クルニ當リ、豫審判事ニ對シ必要ナル處分トシテ對質訊問ヲ請求スルコトヲ得ル途ナキニアラス(三〇一、三〇三)。

四　豫審ニ於テモ辯論主義(各自攻擊防禦ノ權利ヲ行フノ主義)カ行ハルルコトハ右ニ述ヘタル所ニ依リテ明ナリ。又口頭主義ノ行ハルルコトモ多言ヲ要セス。然レトモ所謂口頭辯論主義ハ公判ニ於テノミ行ハレ(四八I)豫審ニ於テハ行ハルルコトナシ。是レ取調ノ迅速ヲ旨トスル結果ナリ。

第二節　豫審ノ開始及ヒ實行

豫審ハ檢事ノ請求ニ依リテ開始ス。檢事ノ豫審請求ハ公訴提起ノ一方法ナリ(二八八)。公訴ノ提起ニ關シテハ既ニ述ヘタリ。

豫審判事ハ、豫審中共犯アルコト又ハ他ノ犯罪アルコト(必スシモ同一犯人ノ犯罪タルコトヲ要セス)ヲ發見シタル場合ニ於テ、急速ヲ要スルトキハ、檢事ノ請求ヲ待タス豫審ニ屬スル處分ヲ爲スコトヲ得。豫審判事ハ此處分ヲ爲シタルトキハ、速ニ其旨ヲ檢事ニ通知スルコトヲ

要ス(二九七)。檢事ハ右ノ通知ヲ受ケタル場合ニ於テ豫審ヲ請求スヘキモノト思料スルトキハ、速ニ其手續ヲ爲ササルヘカラス。豫審判事ハ右ノ通知ヲ爲シタルトキヨリ四十八時間內ニ豫審ノ請求ナキトキ、又ハ檢事ヨリ豫審ヲ請求セサル旨ノ通知ヲ受ケタルトキハ、前記ノ處分ヲ繼續スルコトヲ得ス。此場合ニ被疑者ヲ拘留シタルトキハ、釋放ノ決定ヲ爲シ、押收シタル物アルトキハ還付ノ決定ヲ爲ササルヘカラス(二九八)。而シテ前記ノ處分ヲ以テ通常謂フ所ノ豫審ノ開始ト爲スヘキカ否ハ用語ノ自由ニ屬スレトモ、檢事ノ起訴ナキ場合ナル以上ハ、被告事件ノ豫審處分ト謂フコトヲ得ス。

豫審ハ豫審判事之ヲ實行ス。豫審判事ハ地方裁判所判事中ヨリ司法大臣之ヲ命ス(裁構、二一)。

豫審ハ同一豫審判事之ヲ實行スルコトヲ要セス。從テ中途ニシテ更迭スルモ手續ヲ更新セスシテ妨ナシ。又豫審判事ハ豫審處分ニ付キ其裁判所ノ豫審判事ニ補助ヲ求メ、數人ニテ豫審ノ實行ヲ爲スコトヲ得(二九九)。但取調ノ統制ト終結ノ處分トハ擔當判事之ヲ爲ス。

豫審ニ於テ取調ヲ要スル範圍ハ其目的ニ依リテ定マル。卽チ豫審ハ旣ニ述ヘタルカ如ク、被告事件ヲ公判ニ付スヘキカ否ヲ決スル爲メ必要ナル事項ヲ取調フルコトヲ目的トス(二九五

I)。而シテ其取調ヲ爲シタル結果、公判ニ付スルニ足ルヘキ犯罪ノ嫌疑アルトキハ、豫審判事ハ其旨ノ決定ヲ爲スヘキモノナルヲ以テ(三一二I)、公判ニ於テ取調フヘキ範圍ハ、第一次ニ、右ノ嫌疑ノ有無ヲ決スルニ足ルヘキ事項トス。從テ右ノ程度ヲ超エテ犯罪ノ成立ニ付キ確信ヲ生スル程度ニ取調ヲ爲スコトハ必要ナシ。蓋シ豫審判事ハ此程度ノ取調ヲ爲シ犯罪ノ成立ニ付キ確信ヲ生スルニ至ラサル場合ニ於テモ、苟モ犯罪ノ嫌疑アル限リ、仍ホ右ノ原則ニ依リテ之ヲ公判ニ付セサルヘカラサルカ故ナリ。但此點ニ關シテハ嫌疑ノ意義ニ注意スルコトヲ要ス。曩ニ證據ニ關シテ論シタル心證ノ程度ニ於ケル所謂嫌疑(虞)ハ極メテ單純ナル嫌疑ニシテ、其程度ハ一應ノ推測ニモ及ハス(一八一頁參照)。然レトモ此場合ニ於ケル嫌疑ハ一應ノ推測ヲ遙ニ超エ、唯僅ニ確信ノ程度ニ達セサル場合ヲ意味スルモノナリ。而シテ法律カ敢テ確信ヲ生スル程度ノ取調ヲ必要トセサル所以ハ、斯カル確信ニ基ク判斷ハ公判裁判所ノ職責ニ屬シ、豫審ノ職分ニアラサルカ故ナリ。故ニ豫審判事カ有罪ノ確信ヲ得サル理由ヲ以テ被告事件ヲ免訴スルカ如キコトアラハ、正ニ職權ノ濫用ナリ。豫審ノ取調ノ範圍ハ右ノ如クナルヲ以テ、犯罪ノ情狀ノ如キモ特ニ之ヲ取調フルコトヲ要セス。唯直接ニ犯罪ノ成立ニ包含セラルル程度ヲ以テ足ル。但犯罪ノ成立及ヒ情狀ノ何レノ點ニ關スルヲ問ハス、豫審判事ハ公判ニ於テ

取調ヘ難シト思料スル事項ニ付テモ亦取調ヲ爲スコトヲ要ス(二九五Ⅱ)。是レ豫審カ公判ノ準備手續タル一面ナリ。

豫審手續ニ於テハ、豫審判事ハ被告ヲ訊問スルコトヲ要ス。訊問ハ被告人ノ所在ニ付テ之ヲ爲スコトヲ得(三〇〇)。又豫審判事ハ證據調及ヒ强制ニ關シ裁判所ト同一ノ權ヲ行フコトヲ得ル外(一二二、一六九、一七九、二一三、二二八)公務所ニ照會シテ必要ナル事項ノ報告ヲ求ムルコトヲ得(三〇四)。而シテ此等ノ手續ヲ行フニ付テハ一定ノ順序ナシ。凡テ豫審判事ノ欲スル所ニ依ル。

豫審ノ實行ハ不公開主義ヲ原則トス。其理由ハ前ニ述ヘタリ。刑事訴訟法第二九六條ニ、豫審ニ於テハ取調ノ秘密ヲ保チ、被告人其他ノ者ノ名譽ヲ毀損セサルコトニ注意スヘキコト、新聞紙法第一九條ニ、新聞紙ハ公判ニ付スル以前ニ於テ豫審ノ內容其他檢事ノ差止メタル搜查又ハ豫審中ノ被告事件ニ關スル事項又ハ公開ヲ停メタル訴訟ノ辯論ヲ揭載スルコトヲ得サルコト、及ヒ出版法一七條ニ、重罪輕罪ノ豫審ニ關スル事項ハ公判ニ付セサル以前ニ於テ之ヲ出版スルコトヲ得サルコトヲ規定シタルハ、皆同一理由ニ出ツ。

豫審手續ニ於テ注意スヘキ事項ヲ當事者ノ權利ノ方面ヨリ觀察スレハ左ノ如シ。

一　豫審判事ハ被告人ヲ訊問スヘキモノトス。被告人ノ訊問ハ被告人ノ權利ニシテ、又豫審判事ノ職責ナリ。事件ヲ公判ニ付スル場合ニハ、訊問ヲ爲サスシテ豫審ヲ終結スルコトヲ得ス。被告人所在分明ナラサルカ如キ場合ニハ手續ヲ中止スル外ナシ(三〇五Ⅰ)。

二　檢事、被告人及ヒ辯護人ハ豫審中何時ニテモ必要トスル處分ヲ豫審判事ニ請求スルコトヲ得(三〇三Ⅰ)。

三　檢事ハ豫審ノ進行ヲ妨ケサル限リ、又辯護人ハ豫審判事ノ許可ヲ受ケ、夫々書類及ヒ證據物ヲ閱覽スルコトヲ得(三〇三Ⅱ、Ⅲ)。

四　檢事、被告人及ヒ辯護人ハ押收又ハ搜索ニ立會フコトヲ得、但拘禁セラレタル被告人ハ此限ニアラス。檢證ニ付キ亦然リ(一五八、一七八)。

五　檢事及ヒ辯護人ハ公判ニ於テ召喚シ難シト思料スル證人ノ訊問ニ立會フコトヲ得。此場合ニ於テハ豫審判事ハ、急速ヲ要スル場合ノ外、證人訊問ノ日時及ヒ場所ヲ通知スルコトヲ要ス(三〇二、一五九)。

六　豫審判事ハ豫審終結前被告人ニ對シ嫌疑ヲ受ケタル原因ヲ告知シ辯解ヲ爲サシムルコトヲ要ス。但被告人正當ノ事由ナクシテ出頭セサルトキハ此限ニアラス(三〇一)。茲ニ終結

前トハ終結ニ熟シタル時期ヲ謂フ。又嫌疑ヲ受ケタル原由トハ被告事件ノ内容ト謂フ義ニアラス。其外尚嫌疑ノ理由トナルヘキ取調ノ結果ヲ包含ス。

豫審ノ實行ハ場合ニ因リ之ヲ中止スルコトアリ。卽チ豫審判事ハ左ノ場合ニ於テハ檢事ノ意見ヲ聽キ決定ヲ以テ豫審手續ヲ中止スルコトヲ得。此決定ハ之ヲ送達セス(三〇五)。

一　被告人所在分明ナラサルトキ

二　被告人心神喪失ノ狀態ニ在ルトキ

右ノ各場合ニ於テ、豫審判事ハ必スシモ手續ヲ中止スルコトヲ要スルニアラス。蓋シ一方ニハ、豫審ノ性質上證據ノ散逸前之ヲ保全スル必要アルト、他方ニハ、公訴棄却、管轄違反又ハ免訴ヲ言渡スヘキ事由明白ナル場合ニハ、例外トシテ被告人ヲ訊問スルコトナクシテ、終結決定ヲ爲スコトヲ得レハナリ。但事件ヲ公判ニ付スル言渡ヲ爲スヘキ場合ニハ、必ス被告人ヲ訊問スルコトヲ要スルカ故ニ、被告人カ前記ノ情況ニ在ルトキハ中止ヲ爲ササルヘカラス。

中止シタル事件ニ於テ、被告人ノ所在分明ナルカ又ハ心神喪失ノ狀態ナキニ至リタルトキハ、豫審判事ハ再始ノ決定ヲ爲スコトヲ要ス。此決定ハ一般原則ニ依リ之ヲ送達セサルヘカラス(五〇)。蓋シ此場合ニハ被告人ハ旣ニ送達ヲ受クルニ適スル情況ニ在レハナリ。此決定アルマテハ公訴ノ時效ハ其進行ヲ停止ス(二八七)。

第三節　豫審ノ終結

豫審判事豫審ノ實行ヲ終リタルトキハ終結決定ヲ以テ之ヲ終結ス。但此場合ニハ、前ニ述ヘタル辯解ヲ爲サシムル手續ノ外、尚決定前左ノ手續ヲ履ムコトヲ要ス。

豫審判事ハ被告事件ニ付キ取調ヲ終ヘタルトキハ、書類及ヒ證據物ヲ檢事ニ送付シテ其意見ヲ求ムルコトヲ要ス(三〇六)。此場合ニ於テ檢事カ豫審判事ノ取調ヲ十分ナラスト思料スルトキハ、事項ヲ指示シテ取調ヲ請求スルコトヲ得。而シテ豫審判事カ檢事ノ右ノ請求ニ應シタルトキハ、更ニ其取調ニ關スル書類及ヒ證據物ヲ檢事ニ送付スヘク、又其請求ニ應セサルトキハ、速ニ其旨ヲ通知スヘキモノトス(三〇七)。檢事ハ以上ノ手續ニ依リ書類及ヒ證據物ノ送付ヲ受ケタルトキハ速ニ意見ヲ付シテ之ヲ豫審判事ニ還付スルコトヲ要ス(三〇八)。豫審判事ハ檢事ノ意見ヲ聽キタル後ニ於テモ、終結決定前ナル限リ更ニ必要ト思料スル取調ヲ爲スコトヲ得。

豫審終結決定ハ書面ニ依リテ之ヲ爲ス。從テ言渡ハ裁判書ノ謄本ノ送達ニ依ル(六六、五

○)。

豫審終結決定ノ性質ハ凡テ形式的裁判ナリ。公判ニ付スル決定ト雖モ、直接ニ刑罰請求權ノ存在ヲ肯定スル意味ノモノニアラス。其存否ヲ判斷セシムル爲メニ事件ヲ公判ニ移ス裁判ナリ。又免訴ノ決定ハ、予ノ所謂實體的免訴ノ場合(三一三、三一四2—5)ト雖モ、直接ニ刑罰請求權ノ存在ヲ否定スル意味ノモノニアラス。唯事件ヲ公判ニ移ササル理由ヲ實體關係ニ求ムルモノナリ。此點公判ニ於ケル實體的免訴ノ判決(三六三2—4)ト理由同シクシテ意義異ル。

今其種類ヲ擧クレハ左ノ如シ。

一　管轄違ノ決定

被告事件裁判所ノ管轄ニ屬セサルトキハ、豫審判事ハ決定ヲ以テ管轄違ノ言渡ヲ爲スヘキモノトス(三〇九)。但豫審判事ハ其所屬裁判所ノ管内ニ在ル區裁判所ノ管轄ニ屬スル事件ニ付キ管轄違ノ言渡ヲ爲スコトヲ得ス(三一〇)。此場合ニ其範圍ヲ管内ニ在ル區裁判所ノ管轄ニ屬スル事件ニ限リタルハ、斯クノ如クスルニアラスンハ、土地管轄ニ關スル制限ヲ蹂躙スルニ至ランコトヲ恐レタルニ因ル。然レトモ豫審判事ハ被告人ノ申立ニ因ルニアラサレハ土地管轄ニ付キ管轄違ノ言渡ヲ爲スコトヲ得サルカ故ニ(三一一)其申立ナキ場合ニハ、管外ノ區裁判所ノ管轄ニ屬スル事件ニ付テモ管轄違ノ言渡ヲ爲スコトヲ得サルモノトス。

二　公判ニ付スル決定

公判ニ付スルニ足ルヘキ犯罪ノ嫌疑アルトキハ、豫審判事ハ決定ヲ以テ被告事件ヲ公判ニ付スル言渡ヲ爲スヘキモノトス(三一二1)。嫌疑ノ意義ニ付テハ前ニ述ヘタリ。此決定ニハ罪トナルヘキ事實及ヒ法令ノ適用ヲ示スコトヲ要ス(同1)。

三　免訴ノ決定

免訴ノ決定ヲ爲スヘキ場合左ノ如シ。

一　被告事件罪トナラス又ハ公判ニ付スルニ足ルヘキ犯罪ノ嫌疑ナキトキ(三一三)(字義ニ付テハ無罪判決參照)。

二　確定判決ヲ經タルトキ(三一四1)

三　犯罪後ノ法令ニ因リ刑ノ廢止アリタルトキ(同2)

四　大赦アリタルトキ(同3)

五　時效完成シタルトキ(同4)

六　法令ニ於テ刑ヲ免除スルトキ(同5)

予ハ稱呼上、以上ノ中二ヲ形式的免訴ト呼ヒ、其他ヲ實體的免訴ト呼フコト屢々反覆シタル所ノ如シ。

四 公訴棄却ノ決定

公訴棄却ノ決定ヲ爲スヘキ場合左ノ如シ(三一五)(判決ノ種類參照)。

一 被告人ニ對シテ裁判權ヲ有セサルトキ

二 第三一七條ノ規定ニ違反シテ公訴ヲ提起シタルトキ

三 公訴ノ取消ニ因リ公訴棄却ノ決定アリタル事件ニ付キ更ニ公訴ヲ提起シタルトキ

四 公訴ノ提起アリタル事件ニ付キ更ニ同一裁判所ニ公訴ヲ提起シタルトキ

五 告訴又ハ請求ヲ待チテ受理スヘキ事件ニ付キ告訴又ハ請求ノ取消アリタルトキ

六 公訴ノ取消アリタルトキ

七 被告人死亡シ又ハ被告人タル法人存續セサルニ至リタルトキ

八 第九條又ハ第一〇條ノ規定ニ依リ審判ヲ爲スヘカラサルトキ

九 公訴提起ノ手續其規定ニ違反シタル爲メ無效ナルトキ

以上列記ノ中、免訴、公訴棄却及ヒ管轄違ノ終結決定ニ對シテハ卽時抗告ヲ爲スコトヲ得(三一六)。抗告ヲ爲シ得ル者ハ檢事ナリ。被告人ハ之ヲ爲スコトヲ得ス。或ハ被告人モ、例ヘハ、公訴棄却ノ決定ヲ受クルヨリハ免訴ノ決定ヲ受クルヲ以テ利益トスヘシト雖モ、利益又ハ不利益ハ客觀的ニ觀察スヘク、公訴カ不適法ナラストスルモ必スシモ免訴ノ決定ヲ受クルモノニアラス。或ハ其結果公判ニ付セラルルヤモ知ルヘカラス。故ニ公訴カ不適法ナラストノ攻擊ハ被告人ニ取リテ却テ一層ノ不利益ヲ釀スコトナキニアラサルカ故ニ、假ニ被告人ニ免訴ノ決定ヲ受クル確信アリトスルモ許スヘカラス。被告人カ原裁判ノ攻擊ニ付キ利益アリト謂フハ、原則トシテ、例ヘハ、第四〇三條ノ如キ規定アリテ原裁判ヨリ一層不利益ナル裁判ヲ受クルコトナキ場合ヲ意味ス。

免訴、公訴棄却又ハ管轄違ノ言渡ヲ爲シタルトキハ、勾留セラレタル被告人ニ對シテハ放免ノ言渡アリタルモノトス(三一八Ⅰ)。公訴棄却又ハ管轄違ノ言渡ヲ爲ス場合ニ於テハ、豫審判事ハ勾留狀ヲ存シ又ハ新ニ之ヲ發スルコトヲ得(同Ⅱ)。勾留狀ヲ存シ又ハ新ニ之ヲ發シタル事件ニ付キ三日內ニ公訴ヲ提起セス、又ハ管轄裁判所ノ檢事ニ事件ヲ送致セサルトキハ、檢事ハ直ニ被告人ヲ釋放スヘキモノトス。被告事件ノ送致ヲ受ケタル檢事五日內ニ公訴ヲ提起セサルトキ亦同シ(同Ⅲ)。

免訴、公訴棄却又ハ管轄違ノ言渡ヲ爲シタル事件ニ付キ押收物アルトキハ、押收ヲ解ク言渡アリタルモノトス。但必要アル場合ニ於テハ押收ヲ存續スルコトヲ得(三一九I)。押收ヲ存續シタル事件ニ付キ三日內ニ公訴ヲ提起セス、又ハ管轄裁判所ノ檢事ニ事件ヲ送致セサルトキハ、檢事ハ其押收ヲ解クヘキモノトス。被告事件ノ送致ヲ受ケタル檢事五日內ニ公訴ヲ提起セサル場合亦同シ(同I)。

豫審終結決定ノ確定ハ判決ノ確定ニ次テ最モ重要ナルモノナリ。而カモ之ニ付テハ尙法律ニ特別ノ規定アリ。注意スヘキ事項左ノ如シ。

一　公判ニ付スル決定

公判ニ付スル決定ニ對シテハ抗告ヲ爲スコトヲ得ス。而カモ又此決定ハ其レカ全然不成立ナル場合ハ別論トシ、一應成立スル限リ、豫審手續ニ違法アルモ、又終結決定トシテ有效條件ヲ缺クモ、豫審判事ハ之ヲ反覆スヘキモノニアラサルト同時ニ、公判ニ於テモ之ヲ棄却スヘキ途ナキヲ以テ、送達ト同時ニ確定ス。從テ豫審終結決定ノ無效ヲ以テ上告ノ理由ト爲スコトヲ得ス。決定ノ送達カ不成立ナル場合ニモ其理由ニ依リテハ完全ナル效力ヲ生セサレトモ、送達トシテ成立スル以上ハ、等シク之ヲ攻擊シ又ハ否認シ得サル結果トシテ言渡ノ效力ヲ生ス(一三五頁——一三九頁參照)。此等ノ場合ニハ凡テ被告事件ハ公判ニ繫屬シ、公判ハ其審判ヲ拒ムコトヲ得サルモノトス。

二　公訴棄却、管轄違及ヒ免訴ノ決定

公訴棄却、管轄違及ヒ免訴ノ決定ニ對シテハ前ニ述ヘタルカ如ク卽時抗告ヲ爲スコトヲ得(三一六)。從テ該抗告期間內及ヒ抗告アリタルトキハ抗告事件ノ完結マテハ終結決定ハ確定セス。

(一)　公訴棄却及ヒ管轄違ノ決定確定スルモ、性質上特別ノ場合(三一五6)ノ外實體的確定(既判力)ノ問題ヲ生セス。從テ檢事ハ其手續ノ缺點ヲ補足シ、又ハ更ニ管轄裁判所ニ對シテ同一事件ヲ起訴スルコトヲ得。

(二)　免訴ノ決定

免訴ノ決定ハ公訴權消滅(及ヒ不發生)ノ原因ナルヲ以テ、實體的確定(既判力)ノ問題ヲ生ス。卽チ實體的免訴ノ決定カ確定シタルトキハ、公訴權不發生ノ原因トナルヲ以テ、檢事ハ同一事件ニ付キ再ヒ起訴スルコトヲ得ス。然レトモ此點ニ付テハ左ノ如キ例外アリ。卽チ免訴ノ決定ニ對シテハ左ノ場合ニ限リ、同一事件ニ付キ公訴ヲ提起スルコトヲ得(三一七)。

一　新ナル事實又ハ證據ヲ發見シタルトキ、茲ニ所謂事實ハ被告事件ニ屬スル新ナル事實ニアラス。證據タル事實ノ義ナリ。被告事件ニ屬スル事實ナルトキハ、併セテ之ニ關スル證據ヲモ發見シタルコトヲ要ス。

二　決定若クハ其基礎トナリタル取調ニ關與シタル判事、公訴ノ提起若クハ其基礎トナリタル捜査ニ關與シタル檢事又ハ第二五五條ノ規定ニ依リ公訴提起ノ基礎トナリタル處分ヲ爲シタル判事、被告事件ニ付キ職務ニ關スル罪ヲ犯シタルコト確定判決ニ依リ證明セラレタルトキ、但決定ヲ爲ス前判事又ハ檢事ニ對スル公訴ノ提起アリタル場合ニ於テハ決定ヲ爲シタル豫審判事其事實ヲ知ラサリシトキニ限ル。

右二號ノ場合ニ於テハ、其規定スル特別ノ條件カ具足スルトキハ、前ノ免訴ノ決定カ公訴權不發生原因トシテ作用スル效力ハ消滅ニ歸シ、同一事件ニ對スル公訴權ハ再ヒ檢事ノ確信ニ因リテ發生スルニ至ルモノト解スヘシ（九一頁、一一六頁參照）。從テ同一事件ニ對スル公訴ノ提起カ前記ノ條件ヲ具フルトキハ、公訴ハ適法ニ裁判所ニ繫屬スレトモ、然ラサルトキハ公訴ハ不適法ナリ。從テ此場合ニハ豫審ニ於テモ公判ニ於テモ公訴ヲ棄却セサルヘカラス（三一五2、三六四2）。

第三章　第一審公判

第一節　公判ノ性質

公判ハ刑罰請求權ノ存否及ヒ其範圍ヲ判斷スルコトヲ以テ目的トス。具體的ニ謂ヘハ、犯罪ノ成否及ヒ其情狀ヲ認定シ之ニ法律ヲ適用スル刑事手續上ノ最後ノ段階ナリ。故ニ第一審公判ハ第一審訴訟手續ノ中心ニシテ、豫審ハ之カ準備手續ニ外ナラサルコト前ニ述ヘタリ。卽チ豫審ハ、事件ヲ公判ニ付シ、刑罰請求權ノ存否及ヒ範圍ニ付キ終局的ノ審判ヲ爲サシムヘキヤ否ヤノ手續ニ關スル判斷ヲ爲スコトヲ目的トシ、直接ニ刑罰請求權ノ實體ニ關スル裁判ヲ爲ス所以ニアラス。但或ハ豫審ニ於テモ、結果ヨリ謂ヘハ、刑罰請求權ノ實體ニ觸ル、裁判ヲ爲スコトナキニアラス。卽チ實體的免訴（三一三、三一四2—5）ノ決定ヲ爲ス場合是ナリ。然レトモ此場合ニ於ケル關係ハ事件カ公判ニ付スル價値ナキニ基ク間接ノ結果ニシテ、直接ニ實體ニ關シテ正面ヨリ下サレタル判斷ニアラス。而シテ直接ニ斯カル判斷ヲ爲スハ卽チ公判ノ任務ナリ。

公判ノ目的ハ右ノ如シ。然レトモ又公判ニ於テハ手續ノ點ニ付テノ判斷ヲ爲サスト謂フニアラス。卽チ實體ニ關スル判斷ハ之ヲ爲スニ妨ナキ程度ニ手續カ備ハルニアラスンハ理論上不可能ナルカ故ニ、其前提タル限リニ於テ手續ニ關スル判斷モ亦之ヲ爲シ得サルヘカラス。

所謂公判ニハ二義アリ。狹義ニ於テ公判ト謂フトキハ、公判期日ニ於テ行ハルル訴訟手續ヲ謂ヒ、廣義ニ於テハ、判決裁判所又ハ其機關タル判事ノ一切ノ行爲ヲ謂フ。公判ニ關スル說明ハ狹義ノ公判ヲ中心トス。

公判手續ヲ支配スル指導原理ハ初ニ述ヘタル刑事訴訟法上ノ根本主義ナリ。此等ノ根本主義ハ公判前ノ手續ニ在テハ其凡テカ同時ニ行ハルルニアラス。又其程度ニ於テ十分ト稱スルコトヲ得ス。之ニ反シテ公判ニ於テハ其凡テカ同時ニ且十分ニ行ハルルモノナリ。然レトモ此等ノ根本主義ハ其成立ノ由來ニ於テ必スシモ相一致セス。場合ニ因リ相控制スル所アルカ故ニ、其所謂十分モ適當ナル程度ニ於テ十分ナルコトヲ注意セサルヘカラス。

刑事訴訟法上ノ根本主義中特ニ公判手續ニ於テ精彩ヲ放ツモノハ公訴主義トロ頭主義トノ結合ノ成果タルロ頭辯論主義ナリ。卽チ公訴主義トロ頭主義トハ夫々公判前ニ在テモ亦認メラルルコトハ豫審ニ關シテ既ニ述ヘタルカ如シ。然レトモ公訴主義ニ配スルニ同時ニロ頭主義ヲ以テシ、公訴主義ヲ徹底セシメテロ頭辯論ノ形式ヲ取ラシムルハ公判ニ於テ始メテ行ハルル所ナリ。而シテ此ロ頭辯論ハ公判期日ニ於テ行ハレ、又判決ハ此ロ頭辯論ニ基キテ初メテ爲スコトヲ得ルモノナリ(四八I)。

第二節　公判ノ開始及ヒ準備手續

公判手續ハ左ノ場合ニ於テ開始セラル。

(一) 檢事カ公判ヲ請求シタルトキ(二八八)

(二) 豫審判事カ事件ヲ公判ニ付スル決定ヲ爲シタルトキ(卽決例三五)

(三) 違警罪卽決處分ニ對シ正式裁判ノ申立アリタルトキ(三一二)

(四) 檢事カ公訴ノ提起ト同時ニ略式命令ノ請求ヲ爲シタル場合ニ於テ、裁判所カ、其事件略式命令ヲ爲スコトヲ得ス、又ハ之ヲ爲スコトヲ相當ナラストト思料スルトキ(五二五)若クハ略式命令ニ對シ正式裁判ノ申立アリタルトキ(五二八)

(五) 併合、移送、差戻等ノ裁判アリタルトキ

一　牽連事件ヲ分離シ移送スル決定又ハ併合スル決定アリタルトキ(六、七)

二　豫審又ハ公判ニ繫屬スル事件ニ付キ管轄ノ指定又ハ移轉ノ決定アリタルトキ(二三)

三　地方裁判所ヨリ其管内ノ管轄區裁判所ニ移送スル決定アリタルトキ(三五六)

四　不法ニ管轄違ヲ言渡シ又ハ公訴ヲ棄却シタルコトヲ理由トシテ差戻ノ判決アリタルトキ(四〇二、四四九)

五　不法ニ管轄ヲ認メタルコトヲ理由トシテ上告審ヨリ移送ノ判決アリタルトキ(四五〇)

六　大審院ノ特別權限ニ屬スルモノトシテ訴追セラレタル事件ニ付キ下級裁判所ニ移送スル決定アリタルトキ(四八三2)

七　再審開始ノ決定アリタルトキ(五一一)

公判手續ヲ實行スルニハ直接ニ之ニ必要ナル一定ノ準備ヲ爲ササルヘカラス。卽チ左ノ如シ。

(一)　公判期日ノ指定

公判期日ハ裁判長之ヲ定ム(三二〇I)。第一回ノ公判期日ト被告人ニ對スル召喚狀ノ送達トノ間ニハ少クトモ三日ノ猶豫期間ヲ存スルコトヲ要ス。但被告人異議ナキトキハ此期間ヲ存セサルコトヲ得(三二一)。被告人ヲ勾引シタルトキハ、四十八時間内ニ之ヲ訊問スヘク、猶豫期間ニ關係ナシ(八九)。

裁判長ハ公判期日ヲ變更スルコトヲ得(三二二I)。當事者カ公判期日ノ變更ヲ請求シタル場合ニ於テ該請求ヲ却下スルトキハ、該命令ハ之ヲ送達スルコトヲ要セス(同II)。

(二)　訴訟關係人ノ召喚

公判期日ニハ被告人、辯護人及ヒ輔佐人ヲ召喚スルコトヲ要ス(三二〇II)。召喚ヲ爲スニハ召喚狀ヲ以テシ、召喚狀ハ之ヲ送達ス(同III、八四、九九)。又檢事ニハ公判期日ヲ通知セサルヘカラス(同IV)。

召喚狀ノ形式其他召喚狀ノ送達ニ依ラスシテ召喚ノ效アル場合ニ付テハ前ニ述ヘタリ(一四八頁以下參照)。

(三)　公判前ノ證據調

一　被告人訊問　裁判所ハ第一回ノ公判期日ニ於ケル取調準備ノ爲メ公判期日前被告人ノ訊問ヲ爲シ、又ハ部員ヲシテ之ヲ爲サシムルコトヲ得。檢事及ヒ辯護人ハ此訊問ニ立會フコトヲ得。訊問ヲ爲スヘキ日時及ヒ場所ハ豫メ檢事及ヒ辯護人ニ通知スヘキモノトス。但急速ヲ要スルトキハ此限ニ在ラス(三二三)。

二　證人訊問　裁判所ハ證人疾病其他ノ事由ニ因リ、公判期日ニ出頭スルコト能ハスト思料スルトキハ、公判期日前之ヲ訊問スルコトヲ得。立會及ヒ立會權者ヘノ通知ハ前號被告人訊問ノ場合ニ準ス(三二六)。

(四)　證據調ノ準備

一　裁判所ハ公判期日ニ於ケル取調準備ノ爲メ公判期日前證據物又ハ證據書類ノ提出ヲ命シ、又ハ證人、鑑定人、通事若クハ翻譯人ニ對シ召喚狀ヲ發スルコトヲ得。此手續ニ依リ召喚狀ヲ發シタル證人、鑑定人、通事又ハ翻譯人ノ氏名ハ直ニ之ヲ訴訟關係人ニ通知セサルヘカラス。又檢事、被告人ハ辯護人ハ前記ノ處分ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得。此請求ヲ却下スルニハ決定ヲ以テスルコトヲ要ス(三二四)。

二　檢事、被告人又ハ辯護人ハ公判期日前證據物又ハ證據書類ヲ裁判所ニ提出スルコトヲ得(三二五)。

三　裁判所ハ公判期日前鑑定若クハ翻譯ヲ爲サシメ、又ハ押收、捜索若クハ檢證ヲ爲スコトヲ得(三二七)。訴訟關係人カ此等ノ處分ヲ請求シ得ルコトニ付テハ法律ニ規定ナキモ、一號ノ場合ニ準シテ之ヲ爲シ得ルモノト解スヘシ。

四　裁判所ハ公判期日前公務所ニ照會シテ必要ナル事項ノ報告ヲ求ムルコトヲ得(三二八)。

第三節　公判ノ開廷及ヒ審理

公判期日ニ於ケル取調ハ公判廷ニ於テ之ヲ爲ス。公判廷ハ國家機關タル參加者トシテ判事、檢事及ヒ裁判所書記列席シテ之ヲ開ク(三二九)。判事ハ終始同一ノ判事ナルコトヲ要シ、開廷後判事ノ更迭アリタルトキハ公判手續ヲ更新セサルヘカラス。但判決ノ宣告ヲ爲ス場合ハ此限ニ在ラス(三五四)。而シテ斯カル不便ヲ避クル爲メ、四日以上引續クヘキ見込アル刑事ノ審問ニ於テハ、裁判所ノ長ハ補充判事一人ヲ命シ之ニ立會ハシムルコトヲ得。此補充判事ハ其審問中或判事ノ疾病其他ノ事故ニ因リ引續キ參與スルコトヲ得サル場合ニ於テ、之ニ代リ審問及ヒ裁判ヲ完結スルノ權ヲ有ス(裁構、一二〇)。檢事及ヒ裁判所書記ハ終始同一人ナルコトヲ要セス。

公判ノ開廷ニハ又被告人ノ參加ヲ要ス。卽チ被告人公判期日ニ出頭セサルトキハ、別段ノ規定アル場合ヲ除ク外、開廷スルコトヲ得ス(三三〇)。其第一審手續ニ關スル別段ノ規定ト見ルヘキモノ左ノ如シ。

一　罰金以下ノ刑ニ該ル事件ノ被告人ハ代理人ヲシテ出頭セシムルコトヲ得。但裁判所ハ本人ノ出頭ヲ命スルコトヲ得(三三二)。

二　被告人心神喪失ノ狀態ニ在ル場合ニ於テ、無罪、免訴、刑ノ免除又ハ公訴棄却ノ裁判ヲ爲スヘキ事由明白ナルトキハ、被告人ノ出頭ヲ待タス直ニ其裁判ヲ爲スコトヲ得(三五二I)。

三　被告人陳述ヲ肯セス、許可ヲ受ケスシテ退廷シ、又ハ秩序維持ノ爲メ裁判長ヨリ退廷ヲ命セラレタルトキハ、其陳述ヲ聽カスシテ判決ヲ爲スコトヲ得(三六六)。

四　罰金以下ノ刑ニ該ル事件又ハ罰金以下ノ刑ニ處スヘキモノト認ムル事件ニ付キ被告人出頭セサルトキハ、其後ノ取調ニ因リ禁錮以上ノ刑ニ處スヘキモノト認ムル場合ヲ除ク外、被告人ノ陳述ヲ聽カスシテ判決ヲ爲スコトヲ得(三六七)。

五　辯論終結ノ後ハ被告人出頭セスト雖モ、宣告ニ依リ判決ヲ告知ス(三六八)。

六　裁判長ハ被告人ノ面前ニ於テ他ノ被告人、證人其他ノ者カ十分ナル供述ヲ爲スコトヲ得サルヘシト思料スルトキハ、其供述中之ヲ退廷セシムルコトヲ得(三三九I)。

公判期日ニ出頭シタル被告人ハ公判廷ニ於テ身體ノ拘束ヲ受クルコトナシ。但之ニ看守者ヲ附スルコトヲ得(三三二)。若シ拘束シタルトキハ上告ノ理由トナル(四一〇9)。然レトモ被告人ハ裁判長ノ許可アルニアラサレハ退廷スルコトヲ得ス。而シテ裁判長ハ被告人ヲシテ在廷セシムル爲メ相當ノ處分ヲ爲スコトヲ得(三三三)。

公判ノ開廷ニ辯護人ノ參加ヲ要スルカ否ハ事件性質ニ依リテ異ル。絶對的必要辯護ノ場合ハ勿論、相對的必要辯護ノ場合ニ於テモ裁判所カ之ヲ必要トスル程度ノ事由アリト認メタルトキハ、辯護人ナクシテ開廷スルコトヲ得ス(三三四、三三五)(八五頁參照)。

公判開廷中裁判長(區裁判所ニ於テハ單獨判事)ハ法廷警察ノ權ヲ行フ。卽チ裁判長ハ婦女兒童及ヒ相當ナル衣服ヲ著セサル者ヲ法廷ヨリ退カシムルコトヲ得(裁構、一〇七)。又開廷中秩序ヲ維持ス(同一〇八)。而シテ之レカ爲メニハ、審問ヲ妨クル者又ハ不當ノ行狀ヲ爲ス者ヲ法廷ヨリ退カシムルコトヲ得。又此種ノ違犯者ノ行狀ニ因リ之ヲ勾引シ、閉廷ノトキマテ之ヲ勾留スルノ必要アリト認ムルトキハ、裁判長ハ之ヲ命スルノ權ヲ有ス。但閉廷ノトキハ裁判所ハ之ヲ釋放スルコトヲ命スヘク、又五圓以下ノ罰金若クハ五日內ノ拘留ニ處スルコトヲ得(同一〇九)。而シテ若シ右ノ違犯者カ被告人、證人又ハ鑑定人ナルトキハ、裁判所ハ閉廷ヲ待タスシテ卽時ニ罰スルコトヲ得(同一一〇)。又裁判長ハ不當ノ言語ヲ用キル辯護士ニ對シ、同一事

件ニ付キ引續キ陳述スルノ權ヲ行フコトヲ禁スルコトヲ得(同一一一)。檢事ニ付テハ議論アレトモ、是レ亦法廷警察權ニ服セサルノ理ナシ。唯之ヲ行フ程度カ問題トナルノミ。卽チ檢事ノ在廷ハ開廷ノ要件ナルカ故ニ、之ニ退廷ヲ命スルカ如キコトヲ得サルハ勿論トス。審問ノ公開停止ハ裁判長ノ權限ニ屬セス、專ラ裁判所ノ決定ニ依ル(同一〇五)。

訴訟審問ノ指揮ハ裁判長(區裁判所ニ於テハ單獨判事)ノ權限ニ屬ス(裁構、一〇四)。從テ法律ニ特別ニ規定アル事項又ハ決定ヲ以テ爲スヘキ事項ヲ除ク外、裁判長ハ適當ニ訴訟ヲ終結ニ導ク爲メ自由ニ其欲スル方針ニ從テ手續ヲ進ムルコトヲ得。例ヘハ被告人、證人、鑑定人ノ訊問、證據物ノ取調ハ何レモ裁判長之ヲ爲スヘク、又此等ノ證據調ノ順序ヲ定メ、訊問ニ際シテ如何ナル事項ヲ如何ナル程度マテ聽クヘキカノ如キモ亦裁判長ノ欲スル所ニ依ル。但例外トシテ陪席判事、檢事及ヒ辯護人モ亦一定ノ條件ノ下ニ訊問ヲ爲スコトヲ得。

檢事、被告人又ハ辯護人ハ裁判長ノ處分ニ對シテ異議ノ申立ヲ爲スコトヲ得。此申立ニ對シテハ裁判所決定ヲ爲スコトヲ要ス(三四八)。

公判ノ審理ハ左ノ順序ニ依ル。

(一) 被告人ニ對シ其人違ナキコトヲ確ムルニ足ルヘキ事項(氏名、年齡、身分、職業、本籍、住所等)ノ訊問(三四五Ⅰ、一三三)

(二) 檢事ノ被告事件ノ要旨ノ陳述(三四五Ⅰ)

(三) 被告人ノ訊問(三四五Ⅱ、一三四——)

(四) 證據調(三四五Ⅱ)

(五) 辯論

一 檢事ノ事實及ヒ法律ノ適用ニ關スル意見ノ陳述(所謂論告、三四九Ⅰ)。

二 被告人及ヒ辯護人ノ意見ノ陳述(所謂辯論、同Ⅱ) 此意見ハ必スシモ陳述セサルヘカラサルニアラス。唯裁判長ハ陳述ノ機會ヲ與フレハ足ル。而シテ陳述ヲ爲シタル場合ニハ、檢事ハ之ニ對シテ更ニ意見ヲ陳述スルコトヲ得。此場合ニモ被告人及ヒ辯護人ニ最終ニ陳述スル機會ヲ與ヘサルヘカラス(同Ⅲ)。

(六) 裁判

以上ノ各手續ニ於テ注意スヘキ事項左ノ如シ。

(一) 被告人訊問及ヒ證據調ハ裁判長之ヲ爲スコト前ニ述ヘタルカ如シ。其他陪席判事ハ裁判長ニ告ケ被告人、證人、鑑定人、通事又ハ翻譯人ヲ訊問スルコトヲ得。檢事及ヒ辯護人ハ裁

判長ノ許可ヲ受ケタル場合ニ於テ亦然リ。被告人ハ必要トスル事項ニ付キ共同被告人其他前記ノ者ノ訊問ヲ裁判長ニ請求スルコトヲ得(三三八)。

(二) 裁判長ハ證人其他ノ者被告人又ハ或傍聽人ノ面前ニ於テ十分ナル供述ヲ爲スコトヲ得サルヘシト思料スルトキハ、其供述中之ヲ退廷セシムルコトヲ得。被告人他ノ被告人ノ面前ニ於テ十分ナル供述ヲ爲スコトヲ得サルヘシト思料スルトキ亦同シ。而シテ斯カル事情ニ因リ被告人ヲ退廷セシメタル場合ニ於テ、共同被告人、證人其他ノ者ノ供述終リタルトキハ、被告人ヲ入廷セシメ供述ノ要旨ヲ告クルコトヲ要ス(三三九)。

(三) 證據書類ハ裁判長之ヲ朗讀シ若クハ其要旨ヲ告ケ、又ハ裁判所書記ヲシテ之ヲ朗讀セシムヘキモノトス。但單ニ風說又ハ素行ヲ記載シタル書類ニシテ人ノ名譽ヲ毀損スル虞アルモノハ之ヲ朗讀スルコトヲ得ス。此種ノ書類ハ之ヲ被告人ニ示シ、被告人文字ヲ解セサルトキニ限リ其要旨ヲ告クヘキモノトス(三四〇)。

書類ノ證據力ノ制限ニ關スル原則ニ付テハ既ニ書證ニ關シテ之ヲ述ヘタリ(三四三)(二〇五頁參照)。其他漠然タル世上ノ風聞ヲ記載シタル書類、司法警察官吏カ自己ノ意見又ハ判斷ニ基ク事實上ノ觀察ヲ記載シタル搜査報告書又ハ素行調書ノ如キモ法律上證據力ヲ有セサルコト判例ナリ。

(四) 證據物ハ裁判長之ヲ被告人ニ示スヘキモノトス。證據物中書面ノ意義證據トナルモノニ付テハ、被告人文字ヲ解セサルトキハ、其要旨ヲ告クルコトヲ要ス(三四一)。

(五) 公判期日前訴訟關係人ヨリ提出シタル證據物及ヒ證據書類ハ公判廷ニ於テ之ヲ取調フルコトヲ要ス。第三二六條乃至第三二八條ノ規定(公判前ノ證據調ノ準備)ニ依リ作成シ又ハ集取シタルモノニ付キ亦同シ。但訴訟關係人ニ異議ナキモノニ付テハ之ヲ取調ヘサルコトヲ得(三四二)。

(六) 區裁判所ニ於テ被告人自白シタルトキハ、訴訟關係人異議ナキトキニ限リ、他ノ證據ヲ取調ヘサルコトヲ得(三四六)(七九頁參照)。從テ被告人自白スルモ他ノ訴訟關係人ニ於テ異議アルトキ、又ハ地方裁判所以上ノ裁判所ノ手續ニ在テハ、尙其他ノ證據ヲ取調ヘサルヘカラス。但此場合ニ於テモ自白ノミニ依リテ事實ヲ認定スルニ足ルトキハ、必スシモ其取調ヘタル他ノ證據ヲ採ラサルヘカラサルコトナシ。

(七) 裁判長ハ各個ノ證據ニ付キ取調ヲ終ヘタル毎ニ被告人ニ意見アリヤ否ヤヲ問フヘキモノトス(三四七I)。但各個ノ證據ハ嚴密ニ各個ナルコトヲ要セス、證據物、證據書類又ハ證人

ト謂フカ如キ程度ニ於テ一括シテ意見ヲ問フモ妨ナシ。尚ホ證據調ニ際シテハ、裁判長ハ被告人ニ對シ其利益トナルヘキ證據ヲ提出スルコトヲ得ヘキ旨ヲ告クルコトヲ要ス（三四七Ⅱ）。但被告人又ハ辯護人ヨリ法廷ニ於テ提出シタル證據物ニ付テハ、之ヲ被告人ニ示シテ辯解ヲ求ムル要ナシトスルコト判例ナリ。

(八) 新期日ノ指定其他別段ノ手續ヲ必要トスル證據調ハ、決定ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ要ス（三四四Ⅱ）。從テ一件記錄中ノ證據書類、押收ニ係ル證據物ノ取調等ハ決定ニ依リテ爲スコトヲ要セス。卽時ニ爲スコトヲ得ヘキ在廷證人ノ訊問、裁判所ノ保管ニ係ル他ノ事件ノ記錄ノ取寄ノ如キ亦然リ。但此等ノ場合ニハ決定ヲ言渡シテ爲スコトヲ要セスト謂フニ止マリ、斯カル證據調ヲ爲スヘキヤ否ヤハ裁判所之ヲ決スヘク、裁判長ノ專斷ヲ許サス。

訴訟關係人ヨリ證據調ノ請求アリタル場合ニ於テ裁判所之ヲ容ルルトキハ、右ニ述ヘタル所ニ依リ、別段ノ手續ヲ要スル場合ノ外決定ヲ爲スコトナクシテ卽時ニ之ヲ行フコトヲ得。然レトモ其請求ヲ却下スヘキトキハ決定ヲ爲ササルヘカラス（三四四Ⅰ）。

證據決定及ヒ證據調ノ請求ハ共ニ裁判所ヲ拘束ス。從テ裁判所ハ證據調ヲ必要トスルトキハ、其決定ヲ執行シ又ハ其請求ニ依リテ證據決定ヲ爲スヘク、之ヲ必要トセサルトキハ、其決定ヲ取消シ又ハ其請求ヲ却下セサルヘカラス。決定又ハ請求後ニ裁判所ノ構成ニ變更ヲ生スルモ其關係及ヒ取扱ハ右ニ同シ。

(九) 裁判所ハ計算其他繁雜ナル事項ニ付キ公判廷ニ於テ取調フルヲ不便トスルトキハ、部員ヲシテ其取調ヲ爲サシムルコトヲ得。此場合ニ於テハ受命判事ハ豫審判事ト同一ノ權ヲ有ス。檢事及ヒ辯護人ハ其取調ニ立會フコトヲ得。受命判事ハ取調ノ結果ニ付キ報告ヲ爲ササルヘカラス（三五一）。報告ハ裁判所ニ對スル報告ニシテ、報告書中ノ各種ノ調書ハ證據書類トナリ、之ニ關スル押收物ハ證據物トナル。

(一〇) 裁判所ハ第三五二條第一項及ヒ第二項ノ場合ニ於テハ決定ヲ以テ公判手續ヲ停止スルコトヲ要ス。此點ニ付テハ前ニ述ヘタリ（七六頁參照）。此停止期間中ハ再開ノ決定アルマテ公訴ノ時效ハ進行セス（二八七）。又忌避ノ申立アリタル場合ニ於テモ、其申立カ第二九條ニ該ルカ又ハ急速ヲ要スル場合ノ外、訴訟手續ヲ停止スルコトヲ要ス（三〇）。此場合ニハ時效ノ進行ニ關係ナシ。其他ノ場合、例ヘハ公判期日ニ於ケル休憩ノ如キハ裁判長ノ訴訟指揮ニ屬スル事項ニシテ、手續ノ停止ト見ルヘキモノニアラス。

(二) 開廷後被告人ノ心神喪失ニ因リ公判手續ヲ停止シ、又ハ其他ノ事由ニ因リ引續キ十五日

以上開廷セサリシ場合ニ於テハ、公判手續ヲ更新スルコトヲ要ス(三五三)。

(三) 裁判所ハ必要アル場合ニ於テハ辯論ヲ再開スルコトヲ得(三五〇)。此場合ニハ再開ノ決定ヲ爲ササルヘカラス。

公判ニ於ケル審理ノ範圍ハ前ニモ述ヘタルカ如ク、形式上ノ事項ト實體上ノ事項トヲ含ム。蓋シ公訴不適法ニシテ訴訟手續ヲ進ムルコトヲ得サル場合ニハ、裁判所ハ實體關係ニ付テ裁判ヲ爲スコトヲ得サルカ故ナリ。

實體關係ニ付テハ、第一次ニ不告不理ノ原則ニ從ヒ、違警罪即決處分ニ對シテ正式裁判ノ申立アリタル場合ノ外、全然公訴ノ提起ナキ事件ニ付テハ審理ヲ爲スコトヲ得ス(二五七頁參照)。然レトモ苟モ同一事件ノ範圍ニ屬シ權利拘束ノ效力ノ及フ限リハ、一切ノ事實ニ關シテ審理ヲ遂ケサルヘカラス(九八頁參照)。而シテ公判ノ目的ハ刑罰請求權ノ存否及ヒ其範圍ノ判斷ニ存スルカ故ニ、單ニ犯罪ノ要件ノミノ認定ニ關シテ取調ヲ爲スハ十分ニアラス。其他ニ仍ホ刑ノ減免ノ事由、刑ノ量定ニ必要ナル情狀、更ニ懲役又ハ禁錮ニ處スヘキ場合ニ於テ執行ヲ猶豫スヘキヤ否ヤノ情狀、沒收刑ヲ附加スヘキヤ否ヤノ情狀等ノ如何モ亦之ヲ取調ヘサルヘカラス。而シテ此等ノ諸點ハ犯罪事實ニアラスト雖モ、凡テ之ヲ認定スルニハ證據ニ依ルヘク、

臆斷ヲ許サス(一七九頁參照)。

或事件ニ於テハ、公訴カ他ノ公訴ト同一ナルコト、又ハ其公訴ノ如キ事實アリトスルモ實體法上刑罰請求權ノ存在セサルコトヲ理由トシテ、公訴棄却又ハ免訴ノ判決ヲ爲スヘキ場合アリ(後段判決ノ種類參照)。然レトモ此等ノ場合ニ於テモ、裁判所ハ單ニ檢事ノ起訴狀ノミニ依リテ事件ヲ解決スヘキモノニアラス。卽チ多少ニテモ他ノ犯罪ヲ構成スト考ヘラルヘキ疑點ノ存スル場合ニハ、其職權ヲ以テ事實ノ取調ヲ爲ササルヘカラス。

公判ニ於テハ審理ヲ併合又ハ分離スルコトヲ得。卽チ事件數個ナル場合ニ於テ、其レカ數人ノ被告人ニ關スルト同一被告人ニ關スルトニ拘ラス、併合又ハ分離ヲ適當トスルトキハ、之ヲ爲スコトヲ得。縱ヘ同一被告人ニ關シ刑法第四七條ニ依リ併合罪ノ規定ヲ適用スヘキ場合ト雖モ妨ナシ。

第四節　判決

公判ニ於テハ、被告事件ノ權利拘束ハ原則トシテ判決ニ因リ、特別ノ場合ニ於テ決定ニ因リテ消滅ス。先ツ特別ノ場合ヨリ說明スヘシ。

決定ヲ爲スヘキ場合左ノ如シ。

(一) 公訴棄却ノ決定(三六五Ⅰ)

一 公訴ノ取消アリタルトキ(二九二)

二 被告人死亡シ又ハ被告人タル法人存續セサルニ至リタルトキ　此場合ニ免訴ノ實體的裁判ヲ爲ササルハ、此種ノ裁判ハ現存者ニ對シテノミ爲スヘキモノナルニ因ル。而シテ通說ニ依レハ、本號ノ規定ハ權利拘束發生後ニ被告人ノ死亡等アリタル場合ニノミ適用スヘク、公訴提起前ニ於テ此等ノ事實アリタルトキハ、公訴提起ノ手續其規定ニ違反シタルモノトシテ、第三六四條第六號ニ依リ判決ヲ以テ公訴ヲ棄却スヘキモノト爲ス。然レトモ被告人ノ出廷ヲ必要トスル事件ニ於テ、召喚狀ノ不送達及ヒ被告人ノ不出頭ニ拘ラス、如何ニシテ判決手續ヲ爲スコトヲ得ルカ明ナラス。

三 第九條及ヒ第一〇條ノ規定ニ依リ審判ヲ爲スヘカラサルトキ

以上各號ノ決定ニ對シテハ卽時抗告ヲ爲スコトヲ得(三六五Ⅱ)。

(二) 移送ノ決定(六、七、三五六)

判決ヲ爲スヘキ場合及ヒ判決ノ種類左ノ如シ。

(一) 管轄違ノ判決

被告事件裁判所ノ管轄ニ屬セサルトキハ、判決ヲ以テ管轄違ヲ言渡スヘキモノトス(三五五)。但既ニ述ヘタルカ如ク、第三五六條(五七頁參照)及ヒ第三五七條(五八頁參照)ニ規定スル特例アリ。

(二) 有罪ノ判決

一 刑ノ言渡ノ判決　被告事件ニ付キ犯罪ノ證明アリタルトキハ、刑ヲ免除スル場合ヲ除ク外、判決ヲ以テ刑ノ言渡ヲ爲スヘキモノトス。刑ノ執行猶豫ハ刑ノ言渡ト同時ニ爲スコトヲ要ス(三五八)。

二 刑ノ免除ノ判決　被告事件ニ付キ刑ヲ免除スルトキハ、判決ヲ以テ其旨ノ言渡ヲ爲スヘキモノトス(三五九)。茲ニ所謂刑ノ免除ハ法律上當然免除スル場合ト裁判上免除スル場合トヲ併セ含ム。而シテ此等ノ場合(但刑罰消滅原因ニ基クモノヲ除ク)ハ本質上初ヨリ刑罰請求權ノ發生サセル場合トシテ無罪ト見ルヘキモノナレトモ、一般ニハ罪アレトモ罰セサル場合ナリト解シテ有罪ノ一種トス(學粹 ⅧⅧ 134, 207, 251 參照)。

(三) 無罪ノ判決

被告事件罪トナラス、又ハ犯罪ノ證明ナキトキハ、判決ヲ以テ無罪ノ言渡ヲ爲スヘキモノトス(三六二)。被告事件罪トナラストハ、檢事ノ主張ノ如キ事實アリトスルモ法律上犯罪ヲ構成セス又職權ヲ以テ取調フルモ他ニ何等ノ犯罪ノ成立ナキコトヲ謂ヒ、犯罪ノ證明ナキトキトハ、公訴ノ事實ノ全部又ハ一部存スルトキハ法律上犯罪ヲ構成スルコト明ナレトモ、之ヲ認ムヘキ證據ナキコトヲ謂フ。但異說ヲ立ツル者多シ。

(四) 免訴ノ判決(九三頁參照)

左ノ場合ニ於テハ判決ヲ以テ免訴ノ言渡ヲ爲スヘキモノトス(三六三)。

免訴トハ語義ヨリ謂ヘハ、被告人ヲ訴訟關係ヨリ解放スルコトニシテ、訴訟手續ヲ進行セシメス、其程度ニテ訴訟ヲ終了セシムルコトナリ。豫審ニ於ケル終結決定ハ此意義ニ於ケルモノニシテ、單ニ形式的意義ヲ有スルニ過キス。而シテ其レカ被告人ノ不處罰ト謂フ實體的效果ヲ持チ來スハ唯其事實上ノ結果ノミ。然ルニ免訴ノ判決ハ概シテ之ニ反ス。卽チ公判ニ在テハ能フ限リ檢事ノ公訴ニ對シテ實體的ナル判斷(刑法上ノ刑罰請求權ノ有無)ヲ與フヘキモノニシテ、之ヲ爲スヘカラサルハ、手續ノ違法ナル場合ヲ除キ、其他ニハ唯公訴權ノ消滅セル(又ハ發生セサル)場合ニ於テノミ。故ニ苟モ公訴權ノ存スル場合ナランカ、其裁判ハ外觀ノ如何ニ拘ラス、常ニ實體的意義ヲ有スルモノト解ササルヘカラス。是レ予カ次ニ掲クル四個ノ場合ノ中、其第二號以下ニ於ケル判決カ等シク免訴タルニ拘ラス、之ヲ實體的裁判ト解スル所以ニシテ、斯カル見地ヨリ謂ヘハ、第一號ノ場合ニ於テハ理論上公訴棄却ヲ爲スヘキモノトスルヲ適當トス。

一 確定判決ヲ經タルトキ　所謂確定判決ハ事件ノ本案ニ關スル有罪、無罪及ヒ次號以下ニ掲クル實體的免訴ノ判決ヲ謂フ(一一七頁參照)。蓋シ此等ノ判決カ一旦確定スルトキハ、既ニ公訴ノ目的ハ達セラレタルヲ以テ、再ヒ公訴權ヲ行使セシムルノ要ナク、該判決ヲシテ既判力(實體的確定力)ヲ有セシムルモ毫モ妨ナキカ故ナリ。從テ此場合ノ免訴ノ判決ハ單ニ前ニ確定判決アリタルコト、換言スレハ、公訴權ノ消滅又ハ不存在ヲ理由トスルニ過キサルカ故ニ、公訴棄却ノ判決ト同シク、又他ノ免訴ノ判決ト異リ、純粹ナル形式的判決ナルコトヲ知ラサルヘカラス。(二一三頁參照)。右ノ理由ナルヲ以テ、本號ノ確定判決中ニハ本號自體ニ依ル免訴ノ確定判決ヲ含マス。卽チ有罪、無罪又ハ其他ノ實體的免訴ノ確定判決アリタル事件ハ其後幾回起訴セラルルモ、常ニ此等ノ最初ノ本案ノ確定判決ノミカ本號ニ依ル免訴ノ理由トナリ、本號自體ニ依リテ言渡サレタル免訴ノ確定判決ハ其後

ノ判決ニ何等ノ關係ヲ有スルコトナシ。是レ最初ニ言渡サレタル本案判決ノミカ既判力ヲ有スルニ因ル。

二　犯罪後ノ法令ニ因リ刑ノ廢止アリタルトキ　本號以下ノ理由ニ依ル免訴ノ判決ハ無罪ノ場合ト同シク直接ニ實體法上刑罰請求權ナシト謂フ判斷ヲ表示スルモノニシテ實體的判決ナリ。唯無罪ト異ルハ、彼ノ場合ハ犯罪ナキカ爲メニ實體權ナシト謂フ裁判ナレトモ、此場合ハ犯罪ナキトキハ勿論、假ニ之レアリトスルモ刑ノ廢止アリタルカ爲メニ實體權ナシ、卽チ結局犯罪ノ有無ニ拘ラス實體權ナシト謂フ裁判ナリ。（學粹 § 58 參照）。

三　大赦アリタルトキ　大赦アリタルトキハ實體法上ノ刑罰請求權消滅ス。從テ此場合ニハ裁判上犯罪ノ有無ニ拘ラス實體權ナキコト明ナルヲ以テ、前號ト同樣ノ意味ヲ以テ免訴ノ裁判ヲ爲スヘキモノトス（一一八頁參照）。

四　時效完成シタルトキ　公訴ノ時效ハ實質ニ於テ刑法上ノ實體權ノ時效ナリ。從テ是レ亦前二號ノ例ニ依ル。

（五）　公訴棄却ノ判決

左ノ場合ニ於テハ判決ヲ以テ公訴ヲ棄却スヘキモノトス。

一　被告人ニ對シテ裁判權ヲ有セサルトキ　裁判所カ裁判權ヲ有セサルトキハ、檢事モ公訴權ヲ有セサルモノトス。

二　第三一七條ノ規定ニ違反シテ公訴ヲ提起シタルトキ　實體的免訴ノ豫審終結決定（三一三、三一四2—5）ハ既判力ヲ生シ、一般ニハ之ニ由テ公訴權ヲ消滅セシメ、又更ニ生スルコトナカラシム。然ルニ第三一七條ニ規定スル所ハ例外トシテ更ニ公訴權ノ發生ヲ可能ナラシムル條件ナリ。

三　公訴ノ取消ニ因リ公訴棄却ノ決定アリタル事件ニ付キ更ニ公訴ヲ提起シタルトキ　公訴ノ取消ニ因リ公訴棄却ノ決定アリタルトキハ、其決定ハ既判力ヲ生ス。

四　公訴ノ提起アリタル事件ニ付キ更ニ同一裁判所ニ公訴ヲ提起シタルトキ　此場合ニ付テハ嘗テ述ヘタリ（九九頁參照）。

五　告訴又ハ請求ヲ待チテ受理スヘキ事件ニ付キ告訴又ハ請求ノ取消アリタルトキ　本號ハ公訴提起後告訴又ハ請求ノ取消アリタル場合ヲ謂フ。此取消カ公訴提起前ニ係リ而カモ公訴ノ提起アリタルトキハ、次號ノ場合トシテ論スヘシ。而シテ告訴又ハ請求ノ取消アリタルトキハ、其レカ公訴提起ノ前後ニ拘ラス、其告訴權又ハ請求權ハ消滅スレトモ、權利

者カ數人アル場合ニ於テハ他ノ權利者ノ權利ハ消滅スルコトナシ。從テ一般的ニ公訴權ヲ消滅ニ歸セシムルコトヲ得サルカ故ニ、此等ノ場合ノ公訴棄却ハ公訴權ノ消滅ニ因ルニアラス。一般的觀察ニ於テ、訴訟條件欠缺ノ結果トシテ、其行使カ單ニ不適法ニ歸スルニ因ルモノト見ルヘシ。

六　公訴提起ノ手續其規定ニ違反シタルヲ爲メ無效ナルトキ　無效ノ意義ニ付テハ曩ニ述ヘタリ（一三四頁參照）。尙ホ裁判所自身ノ行爲ニ因リ或事件カ形式的權利拘束ヲ生シタル場合ハ本號ニ準ス（一〇一頁參照）。

以上ヲ以テ判決ノ種類トス。之ニ關シテ問題トナルハ同一事件ニ於テ二個以上ノ判決理由ノ競合セル場合ナリ。但此種ノ場合ノ中、形式的判決ノ理由、又實體的判決ノ中、免訴ノ理由ト無罪ノ理由トカ競合セルカ如キ場合ニハ各前者ノ理由ニ依リテ裁判スヘキコト言ヲ俟タス。唯問題トナルハ形式的判決ノ理由ノ競合セル場合ナレトモ、此等ノ場合ニ於テモ、一般ノ原則トシテハ、論理上凡テ先決問題ニ依リテ裁判スヘク、若シ各理由カ相互ニ先決關係ナキ同列ノモノナルトキハ、其何レニ依ルモ妨ナシト謂フコトヲ得ヘシ。少シク具體的ニ說明スレハ左ノ如シ。

一　公訴棄却ノ決定ノ理由ト公訴棄却ノ判決ノ理由トノ間ニ於テハ、一般的ニハ先後ノ差アル外ナラサルカ故ナリ。唯是レト公訴棄却ノ場合ノ中被告人ニ對シテ裁判權ヲ有セサルトキ（三六四1）トノ間ニ於テハ、裁判權ハ管轄權ノ前提ナルカ故ニ、後者ニ依リテ公訴ヲ棄却スヘキモノトス（例ヘハ通常ノ竊盜事件トシテ區裁判所ニ繫屬シタル事件カ逃亡軍人ノ强盜罪ナルコト明トナリタル場合ノ如シ）。而シテ其他ニ公訴棄却ノ理由相互間ニ於テハ凡テ法律上同列ニ在ルモノト見ルコトヲ得レトモ、實際問題トシテハ其理由ノ最モ簡明ナル公訴提起ノ方式ノ欠缺カ常ニ優先スル結果トナルヘシ。

三　確定判決アリタルコトヲ理由トスル免訴（形式的免訴、三六三1）ハ形式的判決ナルヲ以テ、是レニ付テモ同樣ノ問題ヲ生ス。然レトモ是レ亦他ノ形式的判決ト同樣ノ取扱ヲ爲シ

テ妨ナシ。

判決ヲ爲ストキハ判決書ヲ作成スルコトヲ要ス。數個ノ事件カ併合審理ヲ經タル場合ニ於テハ、一通ノ判決書ノ作成ニ依ルモ妨ナシ(二一六頁參照)。

判決ニハ主文ト理由トアリ。判決書ニハ共ニ之ヲ表示スルコトヲ要ス(二一四頁參照)。而シテ有罪ノ判決ニ關シテハ、其言渡(表示)スヘキ理由ニ付キ左ノ如キ準則アリ。

有罪ノ言渡ヲ爲スニハ、罪トナルヘキ事實及ヒ證據ニ依リ之ヲ認メタル理由ヲ說明シ、法令ノ適用ヲ示スコトヲ要ス(三六〇I)。卽チ之ニ依レハ、有罪判決ノ告知又ハ判決書ニ於テ示スヘキ事項ノ範圍左ノ如シ。

(一) 事實(罪トナルヘキ事實)ノ判示

罪トナルヘキ事實トハ一般的ニ見テ實體法上ノ刑罰請求權發生ノ原因タル事實及ヒ刑ノ加重減免ノ法定原因タル事實ヲ謂フ。

一 犯罪要件　凡ソ犯罪ヲ示スニ犯罪要件ヲ示サスシテ可ナル理アルコトナシ。唯問題ハ之ヲ示ス方法ニ在リ。卽チ責任能力、故意、違法性ノ如キハ之ヲ明示セサルモ、他ノ要件ヲ明示スル限リ、當然併セ示サレタルモノト見ルヘク、之カ爲メニ特ニ言ヲ費スノ必要ナシ。故ニ結果ヨリ謂ヘハ、犯罪要件トシテハ客觀的類型事實ノミヲ明示スレハ足ルニ歸著ス。

犯罪要件ノ判示ノ程度ハ明細ナルコトヲ要セス。唯最低限度ニ於テ、其レカ法律上一定ノ犯罪概念(類型)ニ適合スルモノトシテ、之ニ法律ヲ適用シ得ル程度ニ示セハ足ル。

二 犯罪ノ日時及ヒ場所　犯罪ノ日時及ヒ場所ハ其自體トシテハ犯罪要件ニアラス。然レトモ前者ハ刑法ノ時間的效力及ヒ公訴ノ時效ノ問題ニ關係アリ。又後者ハ刑法ノ場所的效力ノ問題、又場合ニ依リ裁判所ノ土地管轄ノ問題ニ關係アリ。故ニ刑法上刑罰請求權發生ノ原因トシテノミナラス、訴訟法上ノ意義ニ於テ之ヲ示ス必要アリ。

三 處罰條件　處罰條件ノ具備モ之ヲ示ササルヘカラス。

四 累犯加重ノ原因タル前科及ヒ法律上ノ減免ノ事由　此種ノ事由モ亦之ヲ示スコトヲ要ス。

五 刑ノ量定、刑ノ執行猶豫、裁判上ノ減輕ノ事情　此種ノ事情ハ罪トナルヘキ事實ニアラス。此等ハ裁判官カ各個ノ場合ニ於テ判斷スヘキ犯罪ノ情狀ニシテ、之ヲ具體的ニ說明スルハ不可能ニ屬ス。從テ此種ノ事情ハ唯此種ノ事情アリトシテ抽象的ニ示セハ足ル。

以上ハ罪トナルヘキ事實トシテ當然判決ニ於テ說明セサルヘカラサル事項ナリ。此外判決ニ於テハ、法律上犯罪ヲ阻却スヘキ原由又ハ刑ノ加重減免ノ原由タル事實上ノ主張アリタルトキハ、之ニ對スル判斷ヲモ示ササルヘカラス(三六〇Ⅱ)。但此等ノ原由ノ意義ニ付テハ爭アレトモ、予ハ之ヲ左ノ如ク解ス。

一　法律上犯罪ヲ阻却スヘキ原由タル事實上ノ主張トハ行爲ノ外形ヲ否認スルニアラスシテ、其有責性又ハ違法性若クハ類型性ヲ阻却スル原由ニ關スルモノヲ謂フ。故ニ例ヘハ錯誤、心神喪失、正當防衞、被害者ノ同意ノ主張ノ如キハ之ニ屬ス。

二　刑ノ加重減免ノ原由タル事實上ノ主張トハ、其必要的タルト任意的タルトニ拘ラス、加重減免ノ原由トシテ特ニ法律ニ規定セラレタル一定ノ事項ニ關スルモノヲ謂フ。心神耗弱、過剩防衞、從犯ノ主張ノ如シ。從テ例ヘハ暴行ノ故意ヲ認メ殺意ヲ否認スルカ如キ主張ハ、刑ニ輕重アル場合ナレトモ之ニ屬セス。然レトモ他方ニ於テ、殺意ノ否認ハ殺人罪ノ成立ヲ阻却スヘキ原由ニ關スル事實上ノ主張ナルカ故ニ、前號ノ理由ニ依リテ之ニ關スル判斷ヲ示スヘキハ當然ナリ。犯罪ヲ阻却スル原由トハ全然阻却スル場合ノミニ限ラス、或特定ノ類型性ヲ阻却スル場合ヲモ含ムモノトス。斯ク解スルニアラサレハ加重減免ノ事由ニ比シテ取扱ノ權衡ヲ失ス(判例反對)。

以上ノ各原由ニ關スル主張ハ、當事者ノ何レヨリノ主張ナルニ拘ラス、之ニ對スル判斷ヲ示スコトヲ要ス。

(二)　證據(又ハ證據理由)ノ說明

一　證據ニ依リテ認メタル理由ノ說明ハ罪トナルヘキ事實ノ範圍ニ止マル。犯罪ノ情狀ハ之ヲ認定スルニ證據ニ依ルコトヲ要スル要證事實ナレトモ(一七九頁參照)判示ヲ要スル事項ニアラス。又偶々之ヲ判示シタリトスルモ、唯其レノミヲ以テ足リ、之ヲ認メタル理由ヲ證據ニ依リテ說明スルコトヲ要スルモノニアラス。

二　證據理由ノ說明ニ當リテハ、證據物ノ趣旨カ證據トナルモノニ在テハ其趣旨ヲ揭ケサルヘカラス。其摘示ノ程度ハ如何ナル關係ニ於テ結論ノ理由トナリ得ルカヲ認メ得ルヲ以テ足ル。

三　說明ノ內容トシテハ、證明カ適法且論理的ニ行ハレタルコトヲ示ササルヘカラス。虛無ノ證據(證據ノ誤解)、法律上證據力ナキ證據(例、風評ニ依ル報告書)等ニ依ル說明、又ハ證據トシテハ適法ナルモ其證明力ヲ最高限度ニ評價スルモ仍ホ

論理上判示事實ヲ認ムルニ足ラサル證據ニ依ル說明ハ理由ニ齟齬アルモノトシテ上告ノ理由トナル(四一〇19)。又犯罪ノ情狀ハ判示ヲ要セス、且判示スルモ證據說明ヲ要セサレトモ、若シ證據說明ヲ爲シタリトセハ、其說明ハ等シク上叙ノ準則ニ從ハサルヘカラス。蓋シ犯罪ノ情狀モ之ヲ認定スルニハ證據ニ依ルヘキニ拘ラス、此點ニ關シ判決ニ理由齟齬ノ說明アリトスレハ、畢竟證據ニ依ラサル認定ナルコトヲ暴露スルモノナレハナリ。

(三) 法令ノ適用

法令ノ適用ニ在テハ直接ナルモノヲ示セハ足ル。總則ノ規定ノ中當然豫想セラレタルモノノ如キハ之ヲ示ス必要ナシ。

判決ノ告知ハ裁判長宣告ニ依リテ之ヲ爲ス(二一八頁參照)。辯論終結ノ後ハ被告人出頭セスト雖モ、宣告ニ依リ判決ヲ告知ス(三六八)。

有罪ノ判決ヲ告知スル場合ニハ、被告人ニ對シ上訴期間及ヒ上訴申立書ヲ差出スヘキ裁判所ヲ告知スルコトヲ要ス(三六九)。

裁判長ハ判決ノ告知ヲ爲シタル後、被告人ニ對シ將來ヲ戒ムル爲メ、適當ナル訓諭ヲ爲スコトヲ得(三七〇)。此訓諭ハ有罪判決ノ場合ニ限ルコトナシ。

判決ノ主タル效果ハ其內容ニ從テ定マル。其外附隨的效果トシテ左ノ如キモノアリ。

(一) 第三七一條ニ規定スルモノ(一五七頁、二一、三參照)

(二) 押收シタル物ニ付キ沒收ノ言渡ナキトキハ、押收ヲ解ク言渡アリタルモノトス。公訴棄却又ハ管轄違ノ言渡ヲ爲ス場合ニ於テハ、裁判所ハ押收ヲ存續スルコトヲ得。押收ヲ存續シタル事件ニ付キ三日內ニ公訴ヲ提起セス、又ハ管轄裁判所ノ檢事ニ事件ヲ送致セサルトキハ、檢事ハ其押收ヲ解クヘキモノトス。被告事件ノ送致ヲ受ケタル檢事五日內ニ公訴ヲ提起セサルトキ亦同シ(三七二)。

(三) 押收シタル贓物ニシテ被害者ニ還付スヘキ理由明白ナルモノハ、之ヲ被害者ニ還付スル言渡ヲ爲スヘキモノトス。贓物ノ對價トシテ得タル物ニ付キ被害者ヨリ交付ノ請求アリタルトキ亦此例ニ依ル。假ニ還付シタル物ニ付キ別段ノ言渡ナキトキハ、還付ノ言渡アリタルモノトス。而シテ以上ノ取扱ハ民事訴訟ノ手續ニ從ヒ利害關係人ヨリ其權利ヲ主張スルコトヲ妨ケス(三七三)。

第五節　公判調書

公判期日ニ於テハ其手續ノ經過ヲ明ニスル爲メ公判調書ヲ作ルコトヲ要ス。之ヲ作ル者ハ裁判所書記ナリ(五四)。調書ニ記載スヘキ事項ハ第六〇條第二項ニ之ヲ掲ク。

公判期日ニ於ケル訴訟手續ハ公判調書ノミニ依リ之ヲ證明スルコトヲ得(六四)。但判例ハ調書ニ記載セラルヘクシテ記載セラレサル事項ノ中尚一般ノ事情ヨリ推測シテ認メ得ヘキモノアルコトヲ示シタリ(例、審理公開、被告人ノ不拘束)。又行爲カ適法ニ行ハレタルコトハ公判調書ニ依リ證明セラレサルヘカラサルモ、行爲アリタルコトハ他ノ書類等ニ依リテ之ヲ認ムルヲ妨ケストシタリ(例、裁判ノ言渡ト裁判ノ適法ナル言渡トノ關係)。

第四編　上訴

第一章　總論

上訴トハ未確定ノ裁判ノ確定ヲ阻止シ、同一事件ニ付キ新ニ上級裁判所ノ適當ナル裁判ヲ受クル方法ヲ謂フ。故ニ上訴ノ申立アリタルトキハ左ノ二個ノ效力ヲ生ス。

(一)　確定停止ノ效力

上訴ハ未確定ノ裁判ノ確定ヲ阻止スルモノニシテ、再審及ヒ非常上告ト異リ、確定裁判ニ對スルモノニアラス。故ニ上訴ノ申立ニ因リ當然ニ此效力ヲ生ス。但確定停止ハ當然ニ執行停止ヲ伴フモノニアラス。抗告ニ在テハ卽時抗告ヲ除ク外原裁判ノ執行ヲ停止スル效力ナシ。唯裁判所ハ決定ヲ以テ執行ヲ停止スルコトヲ得ルコトアルノミ(四六一、四六二)。

(二)　移審ノ效力

上訴ハ同一事件ニ付キ新ニ上級裁判所ノ裁判ヲ求ムル方法ナリ。故ニ上訴ノ申立アリタルトキハ、事件ノ權利拘束ハ更ニ上級裁判所ニ移轉シ、上級裁判所ハ之ニ對シ何等カノ裁判ヲ

爲ササルヘカラサルモノナリ。但例外トシテ不適法ナル控訴及ヒ上告ノ申立ハ原裁判所之ヲ棄却シ(三九七、四二〇)抗告理由アリトスルトキハ原裁判所之ヲ更正ス(四六〇Ⅱ)。是レ上訴ノ申立書ハ原裁判所ヲ經由スルヲ以テ此便アルニ因ル。

右ノ如クナルヲ以テ、移審ノ效力ニ依リ上訴審ニ繫屬シタル訴訟ハ、原審ノ訴訟ノ延長ニシテ別個ノモノニアラス。唯延長ノ爲メノ手續カ上級裁判所ニ於テ行ハルト謂フニ過キス。上訴ヲ爲シ得ヘキ者(上訴權者)左ノ如シ。

(一) 檢事

檢事ハ被告人ノ利益不利益ニ拘ラス法律ノ正當ナル適用ノ請求者トシテ上訴ヲ爲スコトヲ得。

(二) 被告人

被告人ハ其利益ノ爲メニノミ上訴ヲ爲スコトヲ得。此點法律ニ明文ナキモ、其不利益ノ爲メニ新ニ裁判ヲ求メシムル理由ナシ。而シテ其利益不利益ハ客觀的觀察ニ從フヘク、被告人ノ主觀的事情ヲ基礎トスヘキモノニアラス。又主文ノミニ依リテ決スヘク、理由ノ如何ヲ問フヘキモノニアラス。從テ管轄違又ハ公訴棄却ノ判決ヲ受ケタル者カ無罪又ハ實體的免訴ノ判決ヲ求ムル爲メ上訴ヲ爲スハ、上訴ニ付キ利益ヲ有スルモノナリ。此點豫審終結決定ニ對スル抗告ニ於ケルト取扱ヲ異ニスルハ、判決ニ在リテハ上訴審ニ於ケル不利益變更禁止ノ原則アルニ因ル(四〇三、四五二)(二五一頁參照)。

被告人ニアラスシテ決定ヲ受ケタル者モ亦抗告ヲ爲スコトヲ得(三七七)。例ヘハ過料ノ決定ヲ受ケタル證人(一九〇、二一〇)、鑑定人、通事、又ハ被告人ニアラスシテ訴訟費用負擔ノ決定ヲ受ケタル者(二四三)ノ如シ。

前記ノ者ノ上訴ニ付テハ上訴其者ノ代理ヲ認メス。

(三) 原審ニ於ケル代理人及ヒ辯護人

原審ニ於ケル代理人(三二一)及ヒ辯護人ハ辯論終結前ヨリ判決ノ際マテ代理人又ハ辯護人タリシ者ナルコトヲ要ス。嘗テ代理人又ハ辯護人タリシ者、若クハ上訴期間中新ニ上訴審ノ辯護人トシテ選任セラレタル者ノ如キハ之ヲ含マス。而シテ原審ニ於ケル此等ノ者ハ當然ニ被告人ノ爲メ上訴ヲ爲スコトヲ得。但被告人ノ明示シタル意思ニ反スルコトヲ得ス(三七九)。而シテ此等ノ上訴權者ハ唯上訴ヲ爲シ得ルニ止マリ、上訴審ニ於テ引續キ代理人又ハ辯護人トナルモノニアラス。

(四) 法定代理人、保佐人及ヒ夫

法定代理人、保佐人及ヒ夫ハ被告人ノ爲メ獨立シテ上訴ヲ爲スコトヲ得(三七八)。獨立シテトハ被告人ノ意思ニ反スルモ妨ナキ義ナリ。原審ノ輔佐人ニ付テハ明文ナキモ等シク被告人ノ爲ノ獨立シテ上訴ヲ爲シ得ルモノト解スヘシ(四七)。

以上三號及ヒ四號ニ揭クル者ハ、何レモ被告人ノ爲メニ上訴ヲ爲シ、其效果ヲ被告人ニ對シテ及ホスコトヲ得ル者ナレトモ、唯被告人ノ利益ノ爲メニノミ上訴ヲ爲スコトヲ得ルニ過キス。是レ此等ノ者ノ上訴カ被告人ニ對シテ效果ヲ及ホスモノナル以上、當然ノ事理ナリ。

上訴ノ範圍ハ上訴ノ種類ニ依リテ異ル。控訴ハ事實點ト法律點ト、又實體關係ト形式關係トノ一切ニ亘レトモ、上告ハ原則トシテ此二種ノ關係ノ法律點ノミニ關ス。但大ナル例外アリ。又抗告ハ形式關係ニ關スル事實點ト法律點トニ亘ル。

上訴ハ裁判ノ一部ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得。其部分ヲ限ラサルトキハ、裁判ノ全部ニ對シテ爲シタルモノトス(三八〇)。但何カ裁判ノ一部ナリヤハ公訴(又ハ審判)不可分ノ原則ノ制限(一〇二頁以下參照)ノ下ニ主文ノ形式ニ付テ謂フモノトス。從テ左ノ如キ結論ヲ生ス。

(一) 一事件ヲ分離スルコトヲ得ス。

(二) 併合罪ニ於テ併合刑ノ言渡アリタルトキハ、併科ノ場合ヲ除ク外、之ヲ分離スルコトヲ得ス。一部又ハ全部ノ免訴ノ言渡アリタルトキハ、其一部又ハ各部分ノ間ハ之ヲ分離スルコトヲ得。併合罪ニアラサル數罪ニ對シ各別ニ刑ノ言渡アリタルトキ亦然リ。

(三) 主刑、附加刑、執行猶豫、訴訟費用ニ關スル判決ハ之ヲ分離スルコトヲ得ス。

上訴ヲ爲スニハ申立書ヲ原裁判所ニ差出スコトヲ要ス(三九六、四一九、四六〇)。監獄ニ在ル被告人ノ爲ス申立ニ關シテハ特別ノ取扱アリ(三九一)。

上訴申立書ニハ唯上訴ヲ爲ス趣旨ヲ明ニスレハ足ル。其理由ヲ明ニスルコトヲ要セス。

上訴ニハ提起期間アルモノアリ(三九五、四一八、四五九)。此ノ期間ハ裁判告知ノ日ヨリ進行ス(三八一)。但初日ヲ算入セス(八一)。期間經過後ノ上訴ハ不適法トシテ棄却セラル(三九七、四〇〇、四二〇、四四五、四六六)。但一定ノ條件ノ下ニ上訴權回復ノ請求ヲ爲スコトヲ得(三八七——)。

上訴ハ之ヲ拋棄シ又ハ取下クルコトヲ得。之ヲ爲スコトヲ得ル者左ノ如シ。

(一) 檢事(三八二)

(二) 被告人及ヒ被告人ニアラスシテ決定ヲ受ケタル者(三八二)

被告人カ抛棄又ハ取下ヲ爲スニハ、法定代理人、保佐人又ハ夫ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス。是レ主トシテ此等ノ者ハ獨立上訴權者ナルニ拘ラス、被告人ノ上訴ノ申立又ハ其維持ニ信賴シテ上訴ヲ爲ササル場合アルニ因ル。從テ被告人及ヒ獨立上訴權者其ニ上訴ヲ爲シ又ハ爲ス意思アル場合ニハ、被告人ノ抛棄又ハ取下ニ付キ必スシモ此等ノ者ノ同意ヲ必要トスル理由ナキモ、而カモ此場合ニ於テ被告人カ單獨ニ抛棄又ハ取下ヲ爲スコトヲ得トスルモ、其レカ獨立上訴權者ノ權利ニ影響ナキ以上、被告人ニ取リテ何等ノ實益ナキヲ以テ、法律ハ凡テ一律ノ取扱ニ從ハシメタルモノトス。又此場合ニ於テ、一般ニ獨立上訴權者ニ對スル通知ヲ要ストセスシテ其同意ヲ要ストシタルハ、若シ獨立上訴權者ニシテ同意ヲ與ヘタルトキハ、事實上此等ノ者カ更ニ獨立ニ上訴ヲ爲スコトナカルヘク、又ハ其爲シタル上訴ヲ取下クヘキカ故ニ、實際ニ於テ權利者間ノ協調ヲ促スノ便アルニ因ル。

(三) 法定代理人、保佐人及ヒ夫(三八三)

法定代理人、保佐人及ヒ夫ハ被告人ノ同意ヲ得テ上訴ノ取下ノミヲ爲スコトヲ得。從テ此等ノ者ニ在テハ抛棄ノ問題ヲ生セス。被告人ノ同意ヲ要ストセルハ前號ニ述ヘタルト同一ノ理由ニ依ル。

輔佐人(上訴審ニ於ケル)モ右ニ準シテ被告人ノ同意ヲ得テ被告人ノ爲シタル上訴ヲ取下クルコトヲ得。代理人及ヒ辯護人ハ上訴ヲ爲スコトヲ得ルモ、其一旦爲シタル上訴ヲ取下クルコトヲ得ス。上訴審ニ於ケル代理人及ヒ辯護人モ亦同シ。被告人ハ輔佐人、代理人又ハ辯護人ノ爲シタル上訴ヲ取下クルコトヲ得。

取下モ亦裁判ノ一部ニ付キ之ヲ爲スコトヲ得サルヘカラス。其條件ハ一部上訴ニ準ス。

上訴ノ抛棄又ハ取下ヲ爲シタル者ハ其事件ニ付キ更ニ上訴ヲ爲スコトヲ得ス(三八六)。卽チ失權ノ效果ハ申立人ノミニ止マル。而シテ上訴權者ナキニ至リタルトキハ、上訴提起期間中ト雖モ裁判ハ確定ス。

上訴抛棄ノ申立ハ之ヲ原裁判所ニ爲スヘク、上訴取下ノ申立ハ之ヲ上訴裁判所ニ爲スヘキモノトス。訴訟記錄ヲ上訴裁判所又ハ上訴裁判所檢事ニ送付スル前上訴ノ取下ヲ爲ス場合ニ於テハ、其申立書ヲ原裁判所ニ差出スコトヲ得(三八四、參照三九八)。

上訴ノ抛棄又ハ取下ノ申立ハ書面ヲ以テ爲スヘキモノトス。但公判廷ニ於テハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得。此場合ニ於テハ其申立ヲ調書ニ記載スルコトヲ要ス(三八五)。

監獄ニ在ル被告人ノ爲ス上訴ノ抛棄又ハ取下ノ申立ニ付テハ特別ノ取扱アルコト上訴ノ申立ニ同シ(三九二、三九一)。

上訴權者カ自己又ハ代人ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リ、上訴ノ提起期間内ニ上訴ヲ爲スコト能ハサリシトキハ、原裁判所ニ上訴權回復ノ請求ヲ爲スコトヲ得(三八七)。

上訴權回復ノ請求ハ事由ノ止ミタル日ヨリ上訴ノ提起期間ニ相當スル期間内ニ書面ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ要ス。又其原由タル事實ハ之ヲ疏明セサルヘカラス。又上訴權回復請求者ハ其請求ト同時ニ原裁判所ニ上訴ノ申立書ヲ差出スコトヲ要ス(三八八)。

原裁判所ハ檢事ノ意見ヲ聽キ、上訴權回復ヲ許スヘキカ否カノ決定ヲ爲スコトヲ要ス。此決定ニ對シテハ卽時抗告ヲ爲スコトヲ得(三八九)。

上訴權回復ノ請求アリタルトキハ、原裁判所ハ右ノ決定ヲ爲スマテ、裁判ノ執行ヲ停止スル決定ヲ爲スコトヲ得。此決定ヲ爲ス場合ニ於テハ、被告人ニ對シテ勾留狀ヲ發スルコトヲ得(三九〇)。

監獄ニ在ル被告人ノ爲ス上訴權回復ノ請求ニ付テハ特別ノ取扱アリ(三九二、三九一)。

上訴、上訴ノ抛棄若クハ取下、又ハ上訴權回復ノ請求アリタルトキハ、裁判所書記ハ速ニ之ヲ對手人ニ通知スヘキモノトス(三九三)。

第二章　控訴

控訴ハ區裁判所又ハ地方裁判所ノ第一審トシテ爲シタル判決ニ對シテ爲スモノナリ(三九四)。而シテ其目的ハ控訴ニ係ル事件ニ付キ事實點及ヒ法律點ニ亘ル全般的覆審ヲ求ムルニ在リテ、何レモ其實體ニ關スルモノナルトヲ區別セス。是レ主トシテ當事者ニ由リテ指摘セラレタル法律點ノ裁判ニ限ラルル(例外アリ)上告ト異ル點ナリ。

控訴ノ提起期間ハ七日トス(三九五)。控訴ノ申立法律上ノ方式ニ違反シ、又ハ控訴權消滅後ニ爲シタルモノナルトキハ、第一審裁判所ハ檢事ノ意見ヲ聽キ、決定ヲ以テ之ヲ棄却スルコトヲ要ス。此決定ニ對シテハ卽時抗告ヲ爲スコトヲ得(三九七)。右ノ場合ヲ除ク外、第一審裁判所ハ訴訟記錄及ヒ證據物ヲ其裁判所ノ檢事ニ送付シ、次テ檢事ハ之ヲ控訴裁判所ノ檢事ニ送付シ、更ニ控訴裁判所ノ檢事ハ之ヲ其裁判所ニ送付スヘキモノトス。其他被告人監獄ニ在ルトキハ、第一審裁判所ノ檢事ハ被告人ヲ控訴裁判所所在地ノ監獄ニ移ササルヘカラス(三九八)。

控訴裁判所ノ檢事ハ辯論ノ終結ニ至ルマテ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得(三九九)。附帶控訴ハ主

タル控訴ニ附帯シテ爲サルルモノナルカ故ニ、主タル控訴カ不適法トシテ棄却セラルルカ、又ハ取下ケラルルトキハ、之ト共ニ消滅ス。又其範圍ハ主タル控訴ノ範圍ヲ超ユルコトヲ得ス。其他ノ點ニ付テハ、控訴トシテノ一般的性質ヲ有スルモノナルカ故ニ、被告人ノ利益ノ爲メニモ不利益ノ爲メニモ之ヲ爲スコトヲ得。唯其實際ニ必要ヲ見ルハ、不利益變更禁止ノ原則ノ適用ヲ排除スル爲メ、不利益ノ爲メニ爲ス場合ニ限ル。

附帶控訴ノ申立ノ方式ハ一般ノ例ニ從フ。但公判ニ在テハ口頭ヲ以テ爲スコトヲ得。

控訴審ノ手續ニ關シテハ、原則トシテ第一審公判ニ關スル規定ヲ準用ス(四〇七)。從テ被告人ニ人違ナキヤニ關スル訊問、檢事ノ公訴事實ノ要旨ノ陳述、事實ニ關スル被告人ノ訊問、證據調、檢事ノ意見ノ陳述、被告人及ヒ辯護人ノ最終ノ陳述等凡テ第一審公判ノ例ニ從フ。卽チ控訴審ノ審判カ覆審タル所以ナリ。但事件カ區裁判所又ハ地方裁判所ノ判決ニ對スル控訴ナルトキハ、夫々區裁判所又ハ地方裁判所ノ第一審公判ノ例ニ從フモノナルコトヲ注意スヘシ。

控訴審ニ於ケル特例トシテ、被告人出頭セサルトキハ更ニ期日ヲ定ムヘク、被告人正當ノ事由ナクシテ其期日ニ出頭セサルトキハ、其陳述ヲ聽カスシテ判決ヲ爲スコトヲ得(四〇四)。其初メ出頭セサル場合ノ期日カ第一回ノ期日ナルト第二回以後ナルトニ付キ區別ナシ。

控訴審ノ裁判ノ種類左ノ如シ。

一 公訴棄却ノ決定

第三六五條ノ規定ニ該當スル事件ニ付キ、第一審裁判所公訴ヲ棄却セサリシトキハ、決定ヲ以テ公訴ヲ棄却スヘキモノトス。此決定ニ對シテハ卽時抗告ヲ爲スコトヲ得(四〇六)。

二 控訴棄却ノ判決

控訴ノ申立法律上ノ方式ニ違反シ、又ハ控訴權消滅後ニ爲シタルモノナルトキハ、控訴裁判所ハ判決ヲ以テ控訴ヲ棄却スヘキモノトス(四〇〇、參照三九七)。控訴棄却ノ判決ニ在テハ原判決ハ消滅スルコトナシ。

三 差戻ノ判決

第一審裁判所不法ニ管轄違ヲ言渡シ、又ハ公訴ヲ棄却シタルトキハ、判決ヲ以テ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スコトヲ得(四〇二)。蓋シ若シ然ラストセハ、實質的ニ被告人ヲシテ審級ノ利益ヲ喪ハシムル虞アレハナリ。而シテ差戻ノ判決アリタルトキハ原判決ハ消滅ス。

四 被告事件ノ判決

前記二及ヒ三ノ場合ヲ除キテハ、控訴裁判所ハ被告事件ニ付キ判決ヲ爲ササルヘカラス

(四〇一I)。此場合ニ於テハ、事件ノ性質ニ從ヒ、夫々第一審ニ於ケルト同一ノ理由ニ依リ同一ノ判決ヲ爲スコトヲ要ス。其種類ハ第一審ト同シク刑ノ言渡又ハ免除ヲ爲ス判決、無罪、免訴、管轄違、公訴棄却ノ判決トス。卽チ控訴審ニ於ケル被告事件ノ判決ハ直接ニ原判決ノ當否ニ付テ判斷ヲ爲スモノニアラス。原判決不當ナルモ之ヲ取消スコトナク、控訴カ實質的ニ理由ナキモ之ヲ棄却スルコトナシ。而シテ此等ノ判決アリタルトキハ原判決ハ消滅ス。此種ノ判決ヲ爲スニ付キ注意スヘキ事項左ノ如シ。

(一) 第一審裁判所不法ニ管轄ヲ認メタル場合ニ於テ、控訴裁判所其事件ニ付キ第一審ノ管轄權ヲ有スルトキ(區裁別所ノ判決ニ對シ地方裁判所ニ控訴シタルトキ)ハ第一審ノ判決ヲ爲スコトヲ要ス(四〇一II)。

(二) 被告人控訴ヲ爲シタル事件及ヒ被告人ノ爲メニ控訴ヲ爲シタル事件ニ付テハ、原判決ノ刑ヨリ重キ刑ヲ言渡スコトヲ得ス(四〇三)。此準則ヲ不利益變更禁止ノ原則ト謂フ。此原則ニ關シ說明ヲ要スルモノ二點アリ。

一 被告人ノ爲メニ控訴ヲ爲シタル事件トハ、控訴申立ノ效果カ被告人ニ對シテ生スヘキ第三七八條、第三七九條ニ規定シタル者及ヒ輔佐人ノ控訴ニ係ルモノヲ謂フ。被告人ノ利益

ノ爲メニト謂フ義ニアラス。從テ檢事カ特ニ被告人ノ利益ノ爲メニスル理由ヲ示シテ爲シタル控訴モ茲ニ所謂被告人ノ爲メニ爲シタル控訴ニアラス。從テ不利益變更禁止ノ原則ノ適用ナシ。此點ニ付テハ議論ノ分ルル所ナルモ、元來檢事ノ一般的地位ハ法律ノ正當ナル適用ノ請求者タルニ在リ。而シテ其行動ハ常ニ一定ノ理由ニ基クコト固リナレトモ、其理由ハ縱ヘ之ヲ外部ニ表明スルモ法律上原則トシテ唯內部的ノ動機ニ過キス。例ヘハ旣ニ述ヘタルカ如ク(九二頁)公訴權ハ理論上檢事ノ有罪ノ確信ニ因リテ發生スレトモ、發生シタル公訴權ハ常ニ裁判所ノ適當ナル裁判ヲ求ムル權利トシテ作用スルニ至ルカ如キハ此理ニ因ル。檢事ノ控訴權ニ在テモ亦斯クノ如ク解セサルヘカラス。或ハ斯クノ如クンハ、被告人ニ取リテ裁判ノ結果ニ對スル豫測ヲ裏切ルカ如キ事態ノ發生モ亦其處ナキニアラス。然レトモ斯カル考慮ハ一般ニ裁判所ハ檢事ノ主張ヲ超エテ被告人ニ不利益ナル裁判ヲ爲スコトヲ得スト謂フ原則ヲ承認セサル限リ根據ヲ缺ク。

二 原判決ノ刑ヨリ重キ刑トハ各主文ノ比較ニ付テ謂フモノニシテ、其理由ニ於テ重キモ主文ニ於テ同シキトキハ妨ナシ。卽チ理由ニ於テ、或ハ法定刑ニ於テ重キ犯罪ヲ認メ、或ハ一罪ヲ數罪トシ、或ハ初犯ヲ累犯トスルカ如キコトアルモ、其宣告刑ニシテ原判決ノ刑ヨ

リ重カラサルトキハ所謂重キ場合ニ該當セス。而シテ刑ノ輕重ハ先ツ主刑ノ輕重ニ依リ、主刑ノ輕重ハ刑法第一〇條ノ標準ニ依ル。主刑相同シキトキハ、附加刑ノ有無（又ハ追徴ノ場合ニ於テ其額ノ多寡）若クハ執行猶豫ノ有無又ハ其期間ノ長短ニ依ル。從テ宣告刑重キトキハ執行猶豫アルモ其刑重キヲ免レス。蓋シ執行猶豫ハ免除ト異リ仍ホ執行ノ可能アレハナリ。右ノ如クナルヲ以テ控訴審ニ於テハ刑法ニ規定ナキ刑ヲ言渡ス場合ナキニアラス。例ヘハ原判決竊盜罪ヲ認定シ懲役一年ヲ言渡シタルニ對シ、控訴審ニ於テハ强盜罪ヲ認定シ（最短期懲役五年）等シク懲役一年ヲ言渡スカ如シ。

訴訟費用ハ刑ノ言渡ニアラサルカ故ニ、不利益變更禁止ノ制限ニ從ハス。

(三) 被告事件ニ付キ判決ヲ爲スニ當リ、其判決ニ示スヘキ事項ハ第一審ニ於ケルト異ルコトナシ。但事實及ヒ證據ヲ示スコトヲ要スル判決（有罪判決）ニ在テハ、第一審ノ判決ニ示シタル事實及ヒ證據ヲ引用スルコトヲ得（四〇五）。

第三章　上告

上告ハ一般的ニ謂ヘハ法律上一定ノ事由ニ依リ原判決ノ變更ヲ目的トスル上訴ナリ。卽チ上告裁判所ハ原判決ニ瑕疵アリヤ否ヤヲ調査シ、其レカ一定ノ瑕疵ヲ有シ、從テ上告理由アルトキハ、原判決ヲ破毀シテ自ラ判決ヲ爲スヲ原則トシ、其レカ一定ノ瑕疵ナク、從テ上告理由ナキトキハ之ヲ棄却ス。是レ原判決ノ當否ニ關係ナク常ニ審理及ヒ判決ニ關シ全般的ニ覆審ヲ目的トスル控訴ト異ル點ナリ。

法律上一定ノ事由ハ當事者之ヲ指摘スルヲ本則トシ、職權調査ニ屬スルモノヲ例外トス。又法令違反（又ハ之ニ準スヘキ事由）ヲ本則トシ、事實點ニ關スルモノヲ例外トス。

上告審ニ在テハ原則トシテ事實ノ審理ヲ爲スコトナシ。然レトモ原判決ニ事實點ノ瑕疵アルニ因リ之ヲ破毀シテ更ニ判決ヲ爲スヘキトキハ、例外トシテ事實ノ審理ヲ爲スコトアリ。此場合ノ審理手續ハ覆審ナリ。又訴訟法上ノ事實（告訴其他各種ノ訴訟手續）カ問題トナルハ、汎ク訴訟手續ニ法令違反アリトセラルル場合ニ限ル。從テ斯カル事由ニ依ル上告ハ所謂事實點ノ事由ニ依ルモノアラサレトモ、此等ノ事由ヲ明ニスル爲メニモ仍ホ事實ノ審理ヲ爲スコトヲ得（四二五Ⅰ）。此場合ノ審理手續モ其事由ニ關スル限リ覆審ナリ。以上ノ場合ヲ除キテハ、上告審ノ裁判ハ凡テ原審ノ手續及ヒ認定ヲ前提トシテ、原判決ノ當否ヲ判斷ス。從テ此關係ニ於テハ上告審ハ原審ノ續審ナリ。

上告ハ原則トシテ第二審ノ判決ニ對シテ爲スコトヲ得。第一審ニ對スルモノハ例外ナリ（四一六）。

上告ノ理由ト爲スコトヲ得ヘキ事由左ノ如シ

(一) 法律點ノ理由（法令違反）

上告ハ次號以下ニ揭クル場合ノ外法令ノ違反ヲ理由トスルトキニ限リ之ヲ爲スコトヲ得（四〇九）。法令ノ違反ハ實體法タルト手續法タルトヲ區別セス。又其レカ判決ノ內容ニ關スルト、判決ノ手續ニ關スルトヲ問フコトナシ。但其法令ノ違反カ判決ニ影響ヲ及ホササルコト明白ナルトキ（例、捜査又ハ豫審ニ關スル規定、公判ニ於ケル訓示規定ノ違反）ハ、之ヲ上告ノ理由ト爲スコトヲ得ス（四一一）。而シテ法律ハ第四一〇條第一號乃至第二一號ニ於テ、其當然ニ判決ニ影響ヲ及ホスヘキ法令ノ違反アリタルモノト見ルヘキ場合ヲ列擧ス。

(二) 判決後刑ノ廢止若クハ變更又ハ大赦アリタルトキハ之ヲ上告ノ理由ト爲スコトヲ得（四一五）。此場合ノ事由ハ法令違反ニ準スルモノト考フルコトヲ得。

(三) 事實點ノ理由

左ノ事由アルトキハ上告ノ理由ト爲スコトヲ得。

一 刑ノ量定甚タシク不當ナリト思料スヘキ顯著ナル事由アルトキ（四一二）

二 再審ノ請求ヲ爲シ得ヘキ場合ニ該ル事由（四八五―）アルトキ（四一三）

三 重大ナル事實ノ誤認アルコトヲ疑フニ足ルヘキ顯著ナル事由アルトキ（四一四）

(四) 左ノ場合ニ於テハ、區裁判所又ハ地方裁判所ニ於テ爲シタル第一審判決ニ對シ、控訴ヲ爲サスシテ上告ヲ爲スコトヲ得（四一六）。此場合ノ上告ハ控訴ノ申立アリタルトキハ其效力ヲ失フ。但控訴ノ取下又ハ控訴棄却ノ裁判アリタルトキハ此限ニ在ラス（四一七）。

一 判決ニ依リ定マリタル被告事件ノ事實ニ付キ法令ヲ適用セス、又ハ不當ニ法令ヲ適用シタルコトヲ理由トスルトキ

二 判決後刑ノ廢止若クハ變更又ハ大赦アリタルコトヲ理由トスルトキ

上告ノ提起期間ハ五日トス（四一八）。申立カ不適法ナル場合ニ於テハ原裁判所之カ棄却ノ決定ヲ爲スヘキコト、而シテ之ニ對シテハ卽時抗告ヲ爲シ得ヘキコト（四二〇）及ヒ其他ノ場合ニ於テハ一定ノ手續ニ從テ上告裁判所ニ訴訟記錄ノ送付ヲ爲スヘキコト（四二一）何レモ控訴ノ場合ニ同シ。

上告申立人ハ遲クトモ最初ニ定メタル公判期日ノ十五日前ニ上告趣意書ヲ上告裁判所ニ差出

スコトヲ要ス（四二二）。上告趣意書ニハ上告ノ理由ヲ明示スヘキモノトス（四二五Ⅰ）。上告趣意書ハ檢事及ヒ辯護人ノ辯論ノ基礎トナリ（四三二Ⅱ）又職權調査事項ヲ除ク外、上告裁判所ノ調査ノ範圍ハ之ニ由テ定マルモノトス（四三四Ⅰ）。上告申立人カ期間內ニ上告趣意書ヲ提出セサルトキハ其上告ハ棄却セラル（四二七）。

上告ノ申立アリタルトキハ、對手人ハ之ニ對シ附帶上告ヲ爲スコトヲ得（四二四）。附帶上告ノ性質ハ附帶控訴ニ同シ。

上告審ノ手續ニハ、公判ノ準備トシテ、期日ノ指定、通知、趣意書ノ謄本ノ送達、答辯書ノ提出、答辯書ノ謄本ノ送達、受命判事ノ檢閱報告書ノ作成等ノ各手續アリ（四二二、四二六—四二九）。

上告審ニ於テハ被告人ノ爲メニスル辯論ハ辯護人ニアラサレハ之ヲ爲スコトヲ得ス。但事實ノ審理ヲ爲ス旨ノ決定ニ依リ被告事件ニ付キ審理ヲ爲ス場合ニハ、被告人其他辯護人ニアラサル者モ亦之ヲ爲スコトヲ得（四三一）。尙辯護人ハ辯護士ノミ選任セラルルコトヲ得（四三〇）。

公判期日ニ於テハ、受命判事先ツ報告書ヲ朗讀シ、檢事及ヒ辯護人ハ上告趣意書ニ基キ辯論

ヲ爲スコトヲ要ス（四三二）。

上告裁判所ハ上告趣意書ニ包含セラレタル事項ニ限リ調査スヘキモノナリ。然レトモ例外トシテ左ノ事項ニ付テハ職權ヲ以テ調査ヲ爲スコトヲ要ス（四三四）。

一　裁判所ノ管轄、公訴ノ受理、判決ニ依リ定マリタル事實ニ對スル法令ノ適用ノ當否、判決後ノ刑ノ廢止若クハ變更又ハ大赦

二　第二審判決ニ對スル上告事件ニ於テハ上告ノ理由ト爲シ得ヘキ事實點ノ事由（四一二—四一四）

上告裁判所ハ左ノ場合ニ於テハ調査ニ關シ事實ノ取調（審理）ヲ爲スコトヲ得。

一　裁判所ノ管轄、公訴ノ受理、訴訟手續及ヒ再審ノ請求ヲ爲シ得ヘキ場合ニ該ル事由ニ關シ調査ヲ爲ス場合（四三五）。

二　事實ノ確定ニ影響ヲ及ホスヘキ法令ノ違反ヲ理由トシテ原判決ヲ破毀スル場合（四四〇）。何カ事實ノ確定ニ影響ヲ及ホスヘキ法令ノ違反ナルカハ法律ニ明文ナキモ、實體法ニ付テ謂ヘハ、擬律錯誤アリテ他ノ罰條ヲ適用スヘキモノト思料スヘキ場合、手續法ニ付テ謂ヘハ、其違反カ判決ニ影響ヲ及ホスモノト思料スヘキ場合（四一〇Ⅰ—4、7—21）ノ

如キ之ニ屬ス。此場合ニ於テハ更ニ被告事件ニ付キ審理ヲ爲スヘキモノトス（四四四Ⅰ）。

三　上告ノ理由ト爲シ得ヘキ事實點ノ事由（四一二―四一四）アリト認ムル場合ニ於テ、檢事ノ意見ヲ聽キ決定ヲ以テ事實ノ審理ヲ爲ス旨ノ言渡ヲ爲シタル場合（四四三）。此場合ニ於テモ更ニ被告事件ニ付キ審理ヲ爲スヘキモノトス（四四四Ⅰ）。

以上ノ各場合ニ於テハ、事實ノ取調ハ部員ヲシテ之ヲ爲サシメ、又ハ豫審判事若クハ區裁判所判事ニ之ヲ囑託スルコトヲ得（四四四Ⅱ）。

上告審ニ於ケル調査ニハ、第一審判決ニ對スル上告ノ場合ヲ除ク外（四三六）一定ノ順序ア

リ。

(一)　第一次トシテ、先ツ法令ノ違反及ヒ判決後ノ刑ノ廢止若クハ變更又ハ大赦ニ付キ調査ヲ爲スコトヲ要ス（四三七）。此調査ノ結果トシテ、第二次ノ調査ヲ爲スコトヲ要セサル場合ア

リ。左ノ如シ。

一　直ニ破毀ノ判決ヲ爲スヘキ場合（四三八、四三九）

二　直ニ事實ノ審理ヲ開始スヘキ場合（四四〇）

(二)　前二號ノ場合ヲ除ク外、第二次トシテ上告ノ理由ト爲スコトヲ得ヘキ事實點ノ事由（四

一二―四一四）ニ付キ調査ヲ爲スコトヲ要ス（四四一）。此調査ノ結果トシテ此等ノ事由ヲ認メサルトキハ、或ハ第一次調査ノ結果ニ基キ直ニ破毀ノ判決ヲ爲シ、或ハ第一次及ヒ第二次ノ調査ノ結果ヲ通シテ破毀ノ理由ナキモノトシテ、上告棄却ノ判決ヲ爲スヘク、又此等ノ事由ヲ認メタルトキハ、檢事ノ意見ヲ聽キ決定ヲ以テ事實ノ審理ヲ開始スヘキモノトス（四四三）。尙第四四二條ノ特別手續アリ。

上告審ノ手續ハ、特別ノ規定アル場合ノ外、公判ニ關スル一般ノ規定ニ從フヘク、被告事件ニ付キ事實ノ審理ヲ爲ス場合ニ於テハ控訴ニ關スル規定ニ從フ（四五五）。

上告審ノ判決ニ在テモ判決書ヲ作ルコトヲ要ス（六六八）。判決書ニハ上告ノ趣意及ヒ重要ナル答辯ノ要旨ヲ記載スヘキモノトス（四五三）。

上告審ニ於テ終局裁判ヲ爲スヘキ場合及ヒ其種類左ノ如シ。

一　公訴棄却ノ決定

原裁判所カ不法ニ公訴棄却ノ決定ヲ爲サス、又原判決ヲ爲シタル後公訴棄却ノ事由ヲ生シタルトキハ、上告裁判所ハ決定ヲ以テ公訴ヲ棄却スルコトヲ要ス（四五四、四〇六）。

二　上告棄却ノ判決

(一) 上告ヲ不適法トスル場合(四四五、四一七)

(二) 上告ヲ理由ナシトスル場合(四四六)

上告趣意書ニ指摘シタル事由ヲ認メサルモ、職權調査ニ屬スル事由アリト認ムルトキハ、上告ハ理由アルモノトス。

三 破毀ノ判決

上告理由アルトキハ破毀ノ判決ヲ爲スコトヲ要ス(四四七)。此場合ニハ更ニ左ノ何レカノ判決ヲ爲ササルヘカラス。

(一) 差戻ノ判決(四四九)

(二) 移送ノ判決(四五〇)

(三) 被告事件ノ判決(四四八)

此判決ニハ公訴棄却ノ判決(三六四)形式的免訴ノ判決(三六三Ⅰ)其他ノ實體的判決(刑ノ言渡又ハ免除、無罪、實體的免訴)アリ。

破毀ノ判決ハ左ノ效力ヲ生ス

(一) 訴訟ハ原判決前ノ程度ニ復ス。從テ差戻又ハ移送ヲ受ケタル裁判所ハ更ニ其審級ニ於ケル審判ヲ爲ササルヘカラス。而シテ破毀ハ原判決ノ效力ヲ失ハシムルニ止マルカ故ニ、原審ノ訴訟手續(例、公判調書ノ記載)ハ其自身瑕疵ナキ限リ、之ヲ援用スルコトヲ得。

(二) 差戻又ハ移送ヲ受ケタル裁判所ハ大審院カ法律ノ點ニ付キテ表示シタル意見ニ依リテ羈束セラル(裁判、四八)。

(三) 被告人ノ利益ノ爲メニ原判決ヲ破毀スル場合ニ於テ、破毀ノ理由カ上告ヲ爲シタル共同被告人ニ共通ナルトキハ、其共同被告人ノ爲メニモ原判決ハ破毀セラル(四五一)。上告審ノ判決ニ在テモ亦不利益變更禁止ノ原則アリ。卽チ被告人上告ヲ爲シ、又ハ被告人ノ爲メニ上告ヲ爲シタル事件ニ付テハ、原判決ノ刑ヨリ重キ刑ヲ言渡スコトヲ得ス(四五二)。

第四章 抗告(略之)

以下便宜綱目ノミヲ掲ク

第五編 特別手續

第一章 大審院ノ特別權限ニ屬スル訴訟手續

第二章 略式手續

第三章　違警罪卽決手續
第四章　間接國稅犯則者處分手續
第五章　少年ニ對スル手續
第六章　陪審手續
第六編　非常手續
第一章　再審
第二章　非常上告
第三章　其他ノ場合（刑訴、三七四、三七五）
第七編　裁判ノ執行
第八編　私訴

（完）

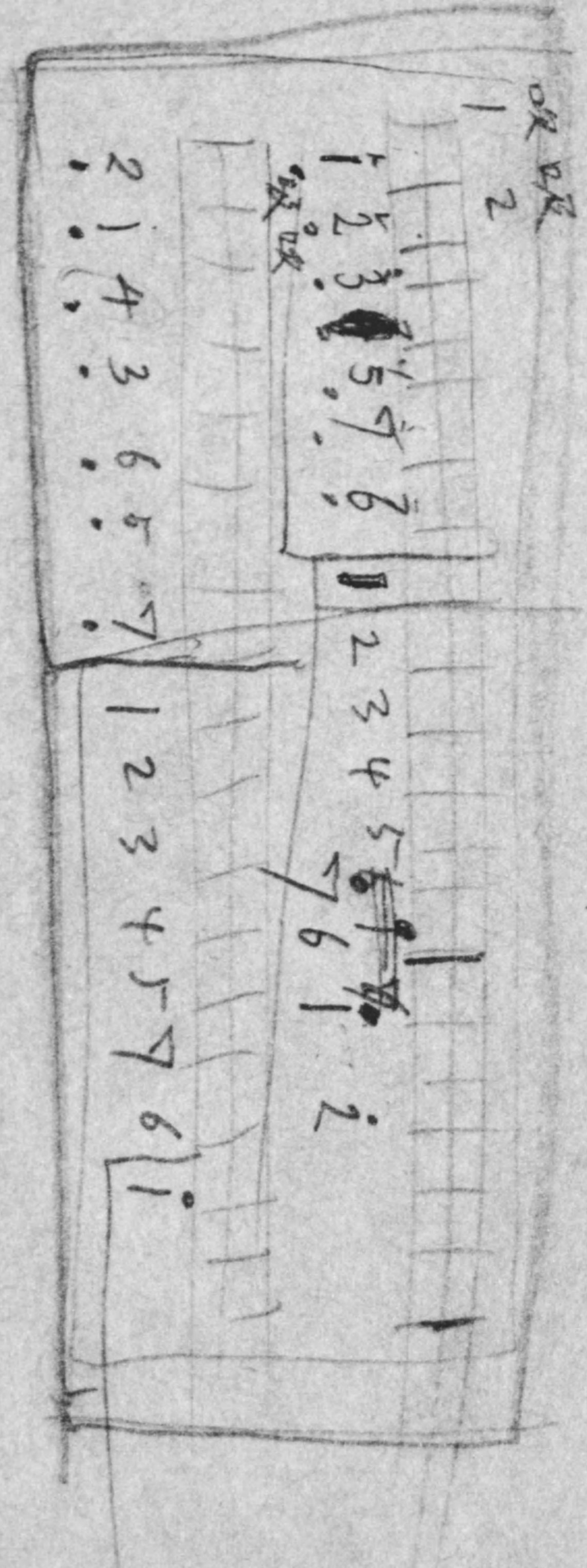
昭和六年五月二十八日印刷
昭和六年六月一日發行

正價金參圓貳拾錢

禁漢譯
不許複製

講述者　宮本英脩

發行兼印刷者　八坂淺次郎
京都市丸太町寺町東入

印刷所　弘文堂印刷部
京都市夷川通川端東入

發行所　弘文堂書房
京都市丸太町寺町東
振替穴阪一七〇五番
電話〔二〇〇九番