

刑事訴訟法論

中華民國二十五年八月出版
中華民國二十六年六月再版

有 著
作 權

總發行所
分發行所

上海
北三河南路
湖北首馬路
漢口平路
漢沙口
長沙
廣州

會文堂新記書局
會文堂新記書局

著 作 人
發 行 人
印 刷 所

康 煥
上海法學編譯社
徐 寶
上海河南路三五五號
會文堂新記書局
上海河南路三五五號

刑 事 訴 訟 法 論

全書
一冊

實價國幣一元四角

外埠
加郵費

刑事訴訟法論目錄

緒論

第一章	刑事訴訟之意義	一
第二章	刑事訴訟法之意義	二
第三章	刑事訴訟之要件	三
第四章	刑事訴訟之主義	四
第五章	刑事訴訟法之效力	八

本論

第一編	總則	一一
-----	----	----

第一章 法院

第一節 法院之管轄

第一款 職務管轄

第二款 土地管轄

第三款 牽連管轄

第四款 多數管轄

第五款 指定管轄

第六款 移轉管轄

第七款 管轄之效力

第二節 法院職員之迴避

第一款 推事之迴避

第二款 其他職員之迴避

一一

一一

一一

一一

一四

一八

一九

二一

二三

二五

二五

三二

第二章 當事人	三四
第一節 原告	三五
第一款 檢察官	三五
第二款 自訴人	三六
第二節 被告	三七
第三節 其他訴訟關係人	三八
第一款 辯護人	三八
第二款 輔佐人	四五
第三款 代理人	四七
第三章 文書	四八
第四章 送達	五七
第五章 期日及期間	六一

第一節	期日	六二
第二節	期間	六四
第六章	被告之傳喚拘提通緝逮捕	七〇
第一節	被告之傳喚	七〇
第二節	被告之拘提	七三
第三節	被告之通緝	八〇
第四節	被告之逮捕	八二
第七章	被告之訊問	八六
第八章	被告之羈押	九二
第一節	羈押	九二
第二節	羈押之停止	九七
第一款	保釋	九七

第二款	責付	一〇四
第三款	限制住居	一〇五
第三節	羈押之撤銷	一〇五
第九章	搜索及扣押	一〇九
第一節	搜索	一〇九
第二節	扣押	一一八
第十章	勘驗	一二五
第十一章	人證	一三一
第十二章	鑑定及通譯	一四八
第一節	鑑定人	四八
第二節	通譯	一五七
第十三章	裁判	一五八

各論

第二編	第一審	一六七
第一章	公訴	一六七
第一節	偵查	一六七
第二節	起訴	一九一
第三節	審判	一九五
第二章	自訴	二二三
第二編	上訴	二三二
第一章	通則	二三二
第二章	第二審上訴	二四二
第三章	第三審上訴	二四八

第四編	抗告	二六二
第一章	抗告	二六二
第二章	再抗告	二六六
第三章	準抗告	二六七
第五編	再審	二六八
第六編	非常上訴	二八四
第七編	簡易程序	二八七
第八編	執行	二九五
第九編	附帶民事訴訟	三一一

刑事訴訟法論

刑事訴訟法論

康煥棟著

緒論

第一章 刑事訴訟之意義

刑事訴訟之意義。分廣狹二種。狹義刑事訴訟。謂法院與原告被告互相關聯之行爲。以確定國家刑罰權之有無及其範圍爲目的。蓋僅指審判程序而言。廣義刑事訴訟。乃謂以實行國家刑罰權爲目的之行爲全體。卽偵查及执行程序。亦包括之。

或者謂刑事訴訟之主體有三。卽法院原告被告是也。非法院與原告被告相互關聯之行爲。卽非刑事訴訟。偵查犯罪。在提起訴訟前。原告被告之資格。尙未發生。執行判決。在訴訟終結後。原告被告之資格。已經消滅。故偵查及執行。既非以法院原告被告三種之資格所爲之

行爲。自不得包括於刑事訴訟之中。然刑事訴訟之原則。不告不理。法院開始審判。必先有檢察官或自訴人之追訴。凡由檢察官追訴者。尤必實施偵查。認定某人爲犯罪之人。及其所犯某種之罪。然後提起公訴。請求法院審判。雖自訴案件。不經偵查程序。而公訴案件。則必以偵查爲最初程序。至於執行。乃實現確定裁判內容之行爲。裁判之效力。常待執行而發生。刑事訴訟之目的。亦常待執行而完成。雖檢察官偵查終結。認爲應不起訴。或審判終結。認爲無罪等案件。不經執行程序。而判決有罪之案件。則必以執行爲最後程序。是偵查及執行。就通常言。固皆實行國家刑罰權所不可缺之程序也。故言刑事訴訟之意義。宜從廣義。

第二章 刑事訴訟法之意義

刑事訴訟法之意義。有形式與實質之分。稱國家命名爲刑事訴訟法之法典爲刑事訴訟法者。形式刑事訴訟法也。如本書所述。即依據民國二十四年一月一日公布之刑事訴訟法是。凡法

規之內容。有關於刑事訴訟之程序。即可謂具有刑事訴訟法之性質。而稱爲刑事訴訟法者。實質刑事訴訟法也。如法院組織法及監獄規則。其中所規定。與刑事訴訟程序有關者。亦屬於刑事訴訟法是。

第三章 刑事訴訟之要件

刑事訴訟之要件。指訴訟關係之成立及存續所必要之條件而言。其種類如左。

第一 狹義要件與廣義要件。狹義要件。單指刑事訴訟關係之成立所必要之條件而言。亦曰起訴要件。除起訴要件外。凡一切訴訟行爲。如審判上訴等所必要之條件。均包括於其中者。則爲廣義要件。

第二 通常要件與特別要件。於一切刑事訴訟所必要之條件。爲通常要件。如法院之管轄權是。僅於特種刑事訴訟所必要之條件。爲特別要件。如告訴乃論罪之告訴是。

第三 積極要件與消極要件。刑事訴訟關係之成立及存續必須存在之條件。爲積極要件。

刑事訴訟關係之成立及存續不能存在之要件。爲消極要件。前者如犯罪之被害人。提起自訴。須有行爲能力是。後者如檢察官提起公訴。須本案之時效。尙未完成是。

第四 絕對要件與相對要件。 絕對要件。爲公益而設。故其存在與否。法院應依職權調查之。相對要件。爲私人的利益而設。故其存在與否。法院必待當事人有所主張。而後調查之。

第四章 刑事訴訟之主義

第一 彈劾主義。與糾問主義。 法院對於犯罪。必待追訴者之彈劾。始得開始審判者。爲彈劾主義。法院兼掌追訴與審判。對於犯罪。雖無他人追訴。而逕以職權進行審判者。爲糾問主義。此主義不認被告有當事人之地位。卽無防禦權之可行使。法官專橫。情法失平。其弊甚多。歐洲中世紀盛行此主義。自法國大革命後。文明國家。遂皆採用彈劾主義矣。

彈劾主義。又分二種。專由國家特設檢察官之機關。追訴犯罪者。爲國家追訴主義。其追訴犯罪之權。操於私人之手。追訴與否。一任私人之自由者。爲私人追訴主義。舊刑事訴訟法。原則上採用國家追訴主義。限於初級法院管轄直接侵害個人法益之罪。及告訴乃論之罪。被害人得向法院起訴。是又以採用私人追訴主義爲例外。新刑事訴訟法。擴張自訴之範圍。改爲凡犯罪之被害人。有行爲能力者。均得提起自訴。惟此種自訴權之行使。除受三百十五條之限制外。純出於被害人之自由。倘被害人不自訴。而向檢察官告訴。仍應依法偵查。蓋國家追訴主義與私人追訴主義。同等採用。無所軒輊矣。

第二 勵行主義。與便宜主義。犯罪之證據充分。且具備追訴之要件。則檢察官必須起訴者。爲勵行主義。雖犯罪之證據。已臻充分。其追訴之要件。亦已具備。檢察官因刑事政策之便宜。仍得自由決定起訴與否者。爲便宜主義。現代刑事政策。重在維護社會公益。不重在處罰個人。便宜主義。固較優於勵行主義。但檢察官亦不宜任意濫用。以免狡黠之徒。倖逃法網。刑事訴訟法二百三十條之規定。採用勵行主義。二百三十二條二百三十三

條之規定。則例外又採用便宜主義也。

第三 實體的真實發見主義。與形式的真實發見主義。法院對於追訴事件。不以當事人所陳述之事實。提出之證據為基礎。必自行搜集種種材料。以期發見事實之真相者。為實體的真實發見主義。其僅依當事人所陳述之事實。提出之證據之範圍內。以為判斷材料。不更進而探求真相者。為形式的真實發見主義。民事訴訟。宜採用形式的真實發見主義。以其目的在保護私權也。刑事訴訟。宜採用實體的真實發見主義。以其目的在確定刑罰權也。刑事訴訟法二百六十九條云。證據之證明力。由法院自由判斷之。二百七十條二項云。被告雖經自白。仍應調查其他必要之證據。以察其是否與事實相符。則採用實體的真實發見主義。自屬顯然。

第四 直接審理主義。與間接審理主義。法院以直接接觸之材料。為判斷之基礎者。為直接審理主義。法院對於為判斷基礎之材料。不限於直接接觸者。為間接審理主義。刑事訴訟。採用實體的真實發見主義。自宜併採直接審理主義。以期貫徹。刑事訴訟法規定。審

判期日。必被告到庭。(二六〇) 被告心神喪失。或因疾病。不能到庭者。應停止審判。(二

七條一項) 又參與審判之推事。應始終出庭。如有更易者。應更新審判程序。(二八五) 皆為探

用直接審理主義之明證。但亦有例外。如許被告用代理人之案件。得由代理人到庭。(二

六〇) 及行合議審判之案件。得使受命推事訊問被告及蒐集或調查證據(二五) 是。

第五 言詞審理主義。與書面審理主義。當事人之提供訴訟材料。及法院之訊問調查。均

須以言詞行之。始得採為判斷之基礎者。為言詞審理主義。其僅本於書狀或筆錄。以為判

斷者。為書面審理主義。言詞審理主義。較書面審理主義為優。蓋書面記載。不能完全。

一有誤會。更正尤難。若採用言詞審理主義。當事人到場後。互相辯論。事實真相。既易

明瞭。審判官雖遇有疑義。隨時詰問。亦可免誤解之虞。而訴訟進行。乃不致稽延。刑事

訴訟法。原則採用言詞審理主義。但有少數例外。即第三審之判決。及非常上訴之判決。

均不經辯論。(三八一條及四三七條)其裁定程序。多與刑罰權無關。參照刑事訴訟法二百零一條之規

定。亦得解為採用書面審理主義也。

第六 當事人進行主義。與職權進行主義。訴訟之進行及其終結。委之於當事人之意思者。爲當事人進行主義。法院依職權以爲審判。不受當事人之意思之拘束者。爲職權進行主義。民事訴訟。宜採用當事人進行主義。刑事訴訟。宜採用職權進行主義。一在保護私權。一在確定刑罰權故也。刑事訴訟法。原則採用職權進行主義。關於訴訟標的。不許當事人爲捨棄認諾和解。卽被告之自白。亦僅有證據之效力。但告訴乃論之罪。告訴人於第一審辯論終結前。得撤回告訴。(二一七條前段)其他如檢察官提起之公訴。被害人提起之自訴。以及上訴。均得爲有條件之撤回。(二四八條三項三一七條前段三四六條)則例外又採用當事人進行主義也。

第五章 刑事訴訟法之效力

第一 關於刑之效力。刑事訴訟法。惟適用於通習法院所管轄之刑事案件。其屬特別法院管轄者。有特別程序法之規定。如縣長兼理司法。應適用縣知事審理訴訟章程是。

第二 關於地之效力。一國法律。不能施行於他國領域之上。所謂屬地主義也。刑事訴訟

法。依屬地主義之結果。其適用之範圍。當然以我國領域爲限。但有例外。如刑法所定領域外之犯罪。仍得依刑事訴訟法追訴是。

第三 關於人之效力。凡受我國刑法支配之人。均應受刑事訴訟法之適用。不問其爲本國人。抑爲外國人也。但外國人享有治外法權者。不在此限。其本國人如陸海空軍人之犯罪法。亦以應受軍事審判。不得適用刑事訴訟法。(一)條

第四 關於時之效力。刑事訴訟法施行後之犯罪。應適用刑事訴訟法。固不待言。其施行前之犯罪。已經開始偵查或審判者。以後之訴訟程序。亦應依刑事訴訟法終結之。但依舊刑事訴訟法所爲之訴訟程序。不能謂爲無效也。

刑事訴訟法論

本論

第一編 總則

第一章 法院

第一節 法院之管轄

法院編制法。採用四級三審制。初級法院與地方法院。於刑事案件。均有第一審管轄權。舊刑事訴訟法第八條第九條。曾有明白劃分之規定。民國二十一年十月二十八日公布之法院組織法。已採用三級三審制。故新刑事訴訟法第四條規定。凡刑事案件。除內亂罪、外患罪及妨害國交罪。由高等法院管轄第一審外。其餘概以地方法院為第一審法院。因而事物管轄。無研究之必要矣。

第一款 職務管轄

職務管轄者。謂法院須按審級而行其職務也。法院組織法。採用三級三審制。以地方法院爲第一審。高等法院爲第二審。最高法院爲第三審。當事人不服第一審之判決者。得上訴於第二審法院。不服第二審之判決者。得上訴於第三審法院。蓋法院審理刑事案件。難免判決錯誤。不能不劃分法院爲三級。以求審判之周至。凡經第三審判決之案件。卽屬確定。不得再行聲明不服。所謂三審制也。但有例外二種。卽(一)特種刑事案件。如內亂外患妨害國交等罪。以高等法院爲第一審者。僅經二審而終審。(四條三)(六七條)(二)刑法第六十一條所列各罪之案件。不得上訴於第三審法院。(三六)(八條)亦僅有二審是也。

第二款 土地管轄

土地管轄者。專以土地區域。與刑事案件之關係。爲定管轄之標準也。刑事訴訟法五條一項

云。案件由犯罪地。或被告之住所居所或所在地之法院管轄。其規定之範圍甚廣。犯罪地或被告之住所居所或所在地。屬甲地方法院管轄。該被告即有受甲地方法院審判之權利義務。如屬乙地方法院管轄。該被告即有受乙地方法院審判之權利義務。蓋犯罪地之法院。便於搜集犯罪證據。而被告之住所居所或所在地之法院。則便於傳喚拘提被告。二者宜兼重。不可偏廢也。茲分述其意義如左。

第一 犯罪地。關於犯罪地之意義。學說約有三種。(1)行爲地說。以實行犯罪之地爲犯罪地。如傷害致死罪。犯罪人在南京加害。被害人在上海死亡。南京爲實行犯罪之地。卽犯罪地也。(2)結果地說。以結果發生之地爲犯罪地。如上例。被害人在上海死亡。是結果發生於上海。上海卽犯罪地也。(3)行爲地及結果地說。以實行犯罪及結果發生之地。同認爲犯罪地。如上例。南京上海。皆犯罪地也。刑法學者中。贊成第三說者居多。則解釋刑事訴訟法。亦宜採取第三說。俾刑法之效用。得以完全實現。

第二 被告之住所居所及所在地 住所、謂以久住之意思而住居之地域。居所、謂暫時住居

之處所。所在地之意義。依前北京大理院判例。謂爲被告人現時身體所在地。不限於住居其地。被告之在該地。出於任意。與出於強制。並無差異。任意的所在地。指被告自願滯留。或經過其地而言。強制的所在地。指非出於被告之意思。爲權力所強制。使在其地而言。如拘禁甲地監獄之犯人。發覺其在乙地曾犯他罪。由甲地法院一併審判。此甲地即被告強制的所在地也。至是否被告之所在地。更應以起訴時爲標準。故當起訴時。被告現在該地。則該地之法院。卽有管轄權。

以上所述。係就在我國領域內之犯罪情形言之。其在我國領域外之我國船艦或航空機內犯罪者。依刑事訴訟法五條二項規定。船艦本籍地。航空機出發地。或犯罪後停泊地之法院。有管轄權。蓋無非爲搜集犯罪證據之便利計耳。

第二款 牽連管轄

牽連管轄。亦稱合併管轄。蓋多數刑事事件。雖管轄各異。然其間既互相牽連。關係密切。

使屬於同一法院。適用同一程序。以合併審判之。則節省時間勞力及經費。於公於私。實益均多。固不宜過事拘泥也。茲就刑事訴訟法關於牽連管轄之規定。分述如左。

第一 牽連案件之意義。 牽連案件。約分四種。(七)

(1) 一人犯數罪者。 例如同一人犯。既犯竊盜罪。又犯強盜罪。或既犯鴉片罪。又犯賭博罪。應認為有牽連關係。

(2) 數人共犯一罪或數罪者。 數人共犯一罪。如賭博與和姦是。數人共犯數罪。如結夥強盜。又結夥放火是。此為刑法上之共犯。自有牽連關係。

(3) 數人同時在同一處所各別犯罪者。 例如甲與乙有夙仇。因圖報復而殺之。丙適在旁。見乙已被殺。遂竊取其衣服。甲丙係各別犯罪。并非共犯。惟偶然在同時與同一處所。亦應認為有牽連關係。

(4) 犯與本罪有關係之藏匿人犯湮滅證據偽證贓物各罪者。 例如甲犯殺人罪。乙圖利於甲。設計藏匿。俾免獲案。或為其湮滅證據。或於審判或偵查時。而為虛偽之證言。以

冀甲容易脫卸罪責。又如甲犯強盜罪。乙則故買或收受其贓物在甲乙之犯罪地及其住所居所或所在地等。時有不同。遂生牽連問題。

第二 牽連管轄之標準。牽連案件其管轄之標準如左。

(1) 牽連案件。屬於數同級法院管轄者。得合併由其中一法院管轄。例如一人犯數罪者。其一罪屬江甯地方法院管轄。他一罪屬上海地方法院管轄。數人共犯一罪或數罪者。其一罪一人。屬江甯地方法院管轄。他罪他人。屬上海地方法院管轄。皆得因其牽連關

係。任由江甯地方法院。或上海地方法院合併管轄之。(六條一項)

牽連案件。合併由一法院管轄。利在簡省程序。故牽連案件。必在各案判決前。始可合併。若一案已經判決。其他案件。自應由有管轄權之法院。另案審判。

(2) 數牽連案件。已繫屬於數法院者。分別依各法院同意合併審判。與由上級法院裁定合併審判之方法辦理。蓋在數同級法院間。各自原有之管轄權。不因其中一法院之合併管轄權而消滅。則管轄不同之數牽連案件。得向各該管法院各別起訴。所謂各案件已繫屬

於數法院者。即經各別起訴。而各該管法院。已各別開始或進行審判程序也。於此時際。如經各該法院之同意。得以裁定。將其案件移送於一法院合併審判。如有不同意者。并由共同之直接上級法院裁定。將其案件移送其中一法院合併審判。在移送之法院。依裁定與該案件脫離繫屬。而受移送之法院。即與該案件立時發生訴訟拘束。毋庸另行起訴。至移送之程序。如卷宗及證據物件。或已羈押之被告。均應移送。自不待言。（
六條
二項）又牽連案件。依刑事訴訟法十五條。得由一檢察官合併偵查。或合併起訴。如該管他檢察官。有不同意者。由其共同之直接上級法院首席檢察官或檢察長命令之。

舊刑事訴訟法十五條規定。牽連案件屬於二以上之不同級法院管轄者。得由上級法院併案受理之。如一罪屬地方法院管轄。一罪屬初級法院管轄。因有牽連關係。得由地方法院併案受理。又如一罪屬高等法院管轄。一罪屬地方法院管轄。因有牽連關係。得由高等法院併案受理。此為四級三審制事物管轄之變例。新刑事訴訟法。根據法院組織法。採用三級三審制。設於上述舊刑事訴訟法十五條之規定。仍予留存。則牽連案件之屬於地方法院管轄者。將由

高等法院合併管轄審判。僅經最高法院之二審而終審。當事人審級之利益。既未免被其剝奪。而刑法第六十一條所列各罪之案件。又因牽連關係。合併由高等法院管轄審判。轉得上訴於最高法院矣。故新刑事訴訟法刪去之。

第四款 多數管轄

多數管轄。亦稱管轄競合。即同一案件。數法院均有管轄權也。刑事訴訟法五條一項云。案件由犯罪地或被告之住所居所或所在地之法院管轄。此項標準。并無軒輊。故同一案件。屬於數法院管轄者。往往有之。例如上海地方法院。因係犯罪地。而有管轄權。江甯地方法院。因係被告之所在地。而有管轄權是。設使此同一案件。已繫屬於有管轄權之數法院。究應由何法院審判。自不可無決定方法。依刑事訴訟法八條之規定。原則以繫屬時期之先後為標準。如上例。該案件先繫屬於江甯地方法院。即由江甯地方法院審判。但因犯罪證據。均在上海。以上海地方法院審判為便利。則經江蘇高等法院之裁定。亦得由繫屬在後之上海地方

法院審判。其所以規定由繫屬在先之法院審判者。以繫屬在先。其訴訟程序之進行。必較多也。然繫屬在後之法院。審判該案件。既較繫屬在先之法院爲便利。如仍拘泥原則。轉覺不妥。故八條但書又有共同之直接上級法院。裁定由繫屬在後之法院審判之規定。

第五款 指定管轄

指定管轄者。直接上級法院。以裁定確定刑事案件之管轄法院也。茲分述其原因及程序如左。

第一 指定管轄之原因。依刑事訴訟法九條之規定。其原因有三。

(1) 數法院於管轄權有爭議者。如刑事案件發生。甲乙兩法院。皆認爲有管轄權。即積極爭議。或皆認爲無管轄權。即消極爭議。故必由直接上級法院。指定管轄。該案件之管轄法院。始能確定。

(2) 有管轄權之法院。經確定裁判爲無管轄權。而無他法院管轄該案件者。法院於本有

管轄權之案件。誤認爲無管轄權。并已裁判確定。此外又無他法院。管轄該案件。故亦必指定管轄法院。行其審判。

(3) 因管轄區域。境界不明。致不能辨別有管轄權之法院者。各法院管轄區域。互相毗連。而境界不明。致刑事案件。究應屬於何法院管轄。不能辨別。舊刑事訴訟法。於此情形。漏未規定。則當事人將向一管轄權尙未確定之法院。姑行起訴。俟經其爲管轄錯誤之判決後。再聲請指定管轄乎。抑逕可爲管轄之指定乎。殊滋疑義。故新刑事訴訟法以明文定爲指定管轄原因之一。

指定管轄。爲法定管轄之補充規定。但案件有既不合於上述三款各情形。亦不能依刑事訴訟法五條之規定。定其管轄法院者。則由最高級法院以裁定指定管轄法院。(九條)
(二項)

第二 指定管轄之程序。

(1) 聲請。指定管轄。除直接上級法院。得以職權爲之外。如聲請指定管轄。依刑事訴訟法十一條。其權雖僅屬於當事人。然法院亦應解爲得聲請指定。當事人聲請指定管轄

。應向管轄聲請之法院。提出書狀。并須敘述理由。所謂理由。卽刑事訴訟法九條所列之原因事實也。法院聲請指定管轄。可解爲準用此程序。

(2) 裁判 管轄聲請之法院。卽刑事訴訟法九條所稱之直接上級法院。如高等法院。卽地方法院之直接上級法院也。但有九條二項情形。則應由最高級法院指定。在管轄聲請之法院。對於聲請之當否。以裁定裁判之。如認聲請有理由。卽指定管轄該案件之法院。如^初爲無理由。或聲請不合法。卽駁回之。此項裁定。無論是否駁回。均不許抗告。以其爲訴訟程序上之裁判。與當事人無利害可言也。

被指定之法院。有原有管轄權者。亦有原無管轄權。因上級法院指定。付與管轄權者。經指定後。該法院應受其拘束。不得拒絕審判。

第六款 移轉管轄

移轉管轄者。因原有管轄權之法院。不能行使審判權。或不宜行使審判權。由直接上級法院

。以裁定將該刑事案件。移轉於原無管轄權之法院管轄之也。此與案件之移送及發交。均不相同。茲亦就其原因及程序。分述如左。

第一 移轉管轄之原因。依刑事訴訟法十條之規定。其原因有二。

(1) 有管轄權之法院。因法律或事實。不能行使審判權者。因法律不能行使審判權。如法院推事。或應自行迴避。或被聲請迴避。致不能組織合議庭是。因事實不能行使審判權。如天災地變。交通斷絕。致被告不能解送是。

(2) 因特別情形。山有管轄權之法院審判。恐影響公安。或難期公平者。所謂影響公安者。如因犯罪性質。或被告地位。當地人心激昂。若不移轉管轄。必致釀成事變是。所謂難期公平者。如被告在當地有特殊勢力。法院全體推事。執行職務。均必被其威脅。若不移轉管轄。難免審判偏頗是。

第二 移轉管轄之程序。聲請之人。管轄聲請之法院。及裁判程式。移轉效力。約與指定管轄之情形相同。又直接上級法院。亦得以職權移轉管轄。

上述五款六款指定及移轉管轄。尙有應注意者。(1)指定或移轉管轄。不限於起訴以後。即起訴前亦得爲之。惟檢察事務之移轉。不得視爲法院管轄之移轉。故檢察事務。雖經移轉於他處。但偵查終結。如原法院有管轄權。仍應起訴於原法院。(2)告訴人告發人。非刑事訴訟法三條所稱當事人。無聲請指定或移轉管轄之權。但得請求檢察官聲請。(3)檢察一體。下級法院之案件。配置於上級法院之檢察官。亦得爲指定或移轉管轄之聲請。(4)高等法院土地管轄範圍內地方法院之案件。如欲指定或移轉於高等分院土地管轄範圍內地方法院或縣司法機關管轄。應由最高法院裁定。不得以行政上之隸屬關係。卽由高等法院指定或移轉。

第七款 管轄之效力

關於刑事之管轄規定。均爲專屬。除依法合併、指定、移轉者外。非如民事之管轄。得由當事人以合意變更也。茲將管轄之效力。分述如左。

第一 法院於無管轄權之案件。應諭知管轄錯誤之判決。並同時諭知移送於管轄法院。(二)

條六)

第二 法院或檢察官。因發見真實之必要。或遇有急迫情形時。得於管轄區域外。行其職務

。此爲新刑事訴訟法所增訂。以免藉端推諉。(一三條)
六條)

第三 法院於起訴之案件。如認爲無管轄權。固應依刑事訴訟法二百九十六條。諭知管轄錯

誤及移送之判決。但遇情形急迫。仍應於其管轄區域內。爲必要之處分。如強制處分。或

其他調查證據之處分是。在檢察官行偵查時。亦應準用此規定。(一四條)
六條)

第四 訴訟程序。不因法院無管轄權而失其效力。例如無管轄權之法院或檢察官。所發押票

。不因諭知管轄錯誤而即撤銷。所施之扣押處分。亦須繼續維持。所保存之被告訊問筆錄

。調查筆錄。審判筆錄等。并得視爲證據。但在管轄法院。於受移送之後。應更新審判程

序。自不待言。(一二條)

第五 下級法院所認有無管轄權係不當者。上級法院。應以判決撤銷原審判決。并分別辦理

如左。

(1) 第二審法院因原審判決。諭知管轄錯誤係不當。而撤銷之者。得將該案件發回原審法院。又因原審判決。未諭知管轄錯誤係不當。而撤銷之者。如第二審法院有第一審管轄權。應為第一審之判決。(三六一條)

(2) 第三審法院。因原審判決。諭知管轄錯誤係不當而撤銷之者。應將該案件發回原審法院。但有必要時。得逕行發回第一審法院。又因原審法院。未諭知管轄錯誤係不當。而撤銷之者。應將該案件發交該管第二審或第一審法院。(三九二條)

第二節 法院職員之迴避

迴避者。法院之職員。因有特定原因。就特定之刑事事件。不得執行職務之謂也。茲分述如左。

第一款 推事之迴避

從前援用之刑事訴訟律草案。推事當然不得執行職務者。曰迴避。由當事人聲請。而經法院或該推事。認其聲請為正當。不得執行職務者。曰拒却。由推事聲明。而經法院認為正當。不得執行職務者。曰引避。刑事訴訟條例。舊刑事訴訟法。及新刑事訴訟法。則概稱曰迴避。惟迴避情形。仍分二種。即(1)推事應自行迴避。(2)當事人聲請推事迴避是也。

第一 推事應自行迴避。依刑事訴訟法十七條之規定。推事應自行迴避之。原因有八。

(1)推事為被害人者。被害須以受直接之侵害為限。被害人即被告犯某罪時所直接侵害之人。如被告妨害職務。承審該案件之推事。即當日執行職務之公務員。不生迴避問題。蓋妨害職務。係妨害國權之作用。并非侵害公務員之權利。應認國家為被害人也。又如推事充當公司股東。被告侵佔該公司財產。推事承審該案件。毋庸迴避。蓋僅係間接受其侵害。亦不能謂推事為被害人也。

(2)推事現為或曾為被告或被害人之配偶。七親等內之血親。五親等內之姻親。或家長家屬者。推事於該案件。有此情形。即無偏頗。亦滋物議。故應迴避。

(3) 推事與被告或被害人訂有婚約者。此因尚未結婚。故另列一款。至推事於該案件應迴避之理由。與乙款同。

(4) 推事現為或曾為被告或被害人法定代理人者。被告或被害人法定代理人。有時須受訊問。則與推事之資格。實際上絕不相容。故推事於該案件有此情形。亦為迴避之原因。

(5) 推事曾為被告之代理人、辯護人、輔佐人。或曾為自訴人附帶民事訴訟當事人之代理人、輔佐人者。推事於該案件。有此情形。雖審級不同。亦應迴避。但被告雖同屬一人。而承審之案件。係另一事件。不得因推事曾為代理人辯護人輔佐人。禁止其執行職務。

(6) 推事曾為證人或鑑定人者。此以推事實際上曾為該案件之證人或鑑定人為限。若僅被指名為證人或鑑定人。以及受傳喚作證人或鑑定人。尚未經為證言或為鑑定。不能適用本款。至推事雖曾就被告所犯數罪中之一罪。為證人或鑑定人。經法院諭知無罪。而

對於該被告其他之犯罪案件。亦毋庸迴避。

(7) 推事曾執行檢察官、或司法警察官之職務者。推事於該案件。既曾爲檢察官。偵查犯罪。提起公訴。實行公訴。或曾爲司法警察官。協助檢察官。或聽檢察官之指揮。偵查犯罪。均與被告地位相反。若再參與審判。難免不拘執成見。故亦爲迴避之原因。

(8) 推事曾參與前審之裁判者。前審係指下級審而言。如參與第一審裁判之推事。不得於該案件之第二審或第三審。執行職務。參與第二審裁判之推事。不得於該案件之第三審。執行職務。其受發回、發交、移送、或提起再審之案件。無本款之適用。又舊刑事訴訟法二十五條。規定爲參與前審。但無論參與任何行爲。均生迴避問題。新刑事訴訟法。改爲參與前審裁判。則僅在前審參與訴訟程序之一部。如受命推事。受託推事。調查證據者。則不在應自行迴避之列矣。

第二 當事人聲請推事迴避。

(1) 聲請迴避之原因。依刑事訴訟法十八條之規定。其原因有二。

(甲)推事有應自行迴避之原因。而不自行迴避者。推事應自行迴避。即不得執行職務。但有時推事或不自知有應自行迴避之原因。或別具見解。誤信爲不應自行迴避。故許當事人得聲請其迴避。

(乙)足認推事執行職務。有偏頗之虞者。所謂有偏頗之虞。固不必偏頗之實現。但當事人聲請時。推事迴避仍須提出具體事實。不能空言攻訐。例如推事與被告或被害人。有最密之交誼。或最深之嫌怨。致一般人亦是疑其密判難期公平。即於司法威信。有所妨害。自應許當事人聲請迴避。

(2)聲請迴避之時期。推事有應自行迴避情形。不得執行職務。本由於法律規定。故當事人以推事應迴避而不迴避爲理由。聲請其迴避者。不問訴訟進行至如何程度。得隨時爲之。惟訴訟程序已經終結。該推事再無職務可以執行。雖對之聲請迴避。亦無實益。則應解爲不得聲請。祇能於上訴時聲明不服而已。至推事於法定迴避原因外。僅因某種情形。足認其執行職務。有偏頗之虞者。究竟偏頗與否。純屬事實問題。故當事人已就

該案件有所聲明或陳述後。不得聲請推事迴避。蓋當事人已有聲明或陳述。卽有信任該推事。願受其審判之意思。如仍許其聲請迴避。恐空言攻訐。反足以阻礙訴訟之進行。此卽時期之限制也。但聲請迴避之原因。確係發生在當事人爲聲明或陳述之後。或於爲聲明或陳述時。確係不知有此項原因者。其不受限制。當不待言。(一九條一)項二項

(3) 聲請迴避之程式。聲請推事迴避。應以書狀。舉其原因。向推事所屬法院爲之。所屬法院。卽推事供職之法院。聲請書狀。所以應提出於推事所屬法院者。一可使該推事得知其原因。自行迴避。以免管轄法院裁判之煩。一可使該推事易於提出意見書。以省周折也。如當事人主張聲請迴避之原因。在已就該案件爲聲明或陳述後。始發生或知悉者。并應將此事實釋明之。又舊刑事訴訟法。不許以言詞聲請推事迴避。新刑事訴訟法規定。於審判期日。或受訊問時。得以言詞爲之。(二十條一)項二項

(4) 管轄聲請迴避之法院。推事迴避之聲請。原則由該推事所屬之法院裁判。其裁判以裁定之形式爲之。此項裁定。并應以合議制行之。該推事因關於自身之事項。不得參與

裁判。如無補充代理之推事。致不足法定人數。不能合議。舊刑事訴訟法。於此情形。應將該聲請事件。送由直接上級法院裁判。新刑事訴訟法。改爲由院長裁定。俾免稽延時日。如並不能由院長裁定者。由直接上級法院裁定。故管轄聲請迴避之法院。與推事所屬之法院。不盡相同也。(三二條一
項二項)

(5) 聲請迴避之裁判。被聲請迴避之推事。對於聲請。得提出意見書。該推事之意見。如以聲請爲有理由。即不再執行其職務。而將該案件。更易其他推事承辦。毋庸另行裁判。該聲請事件。因此終結。否則管轄法院。就該聲請。應以裁定裁判之。如裁定駁回聲請者。聲請人得提起抗告。如爲迴避之裁定。聲請人固無不服之可言。即他造當事人。無受特定推事審判之權利。亦無聲明不服之必要也。(三三條一項一
三三條參照三九六條)

推事有應自行迴避之原因而不知。或知之而誤信爲不應自行迴避。如管轄聲請迴避之法院或院長。認其事實明瞭時。雖無當事人之聲請。亦應依職權爲迴避之裁定。以求審判之公平。而樹司法之威信也。惟此項裁定。純爲法院內部之程序。故毋庸送達於當事

人。(二四條一)
項二項)舊刑事訴訟法。尙有推事於應否自行迴避。有疑義者。得請求法院裁定之規定。新刑事訴訟法已刪。

(6)聲請迴避之效力。推事被聲請迴避者。無論其聲請。係以推事應迴避而不迴避爲理由。抑以推事執行職務有偏頗之虞爲理由。均應即停止訴訟程序。蓋恐所進行之訴訟程序。歸於無用故也。但應急速處分者。仍得執行職務。不因被聲請而停止。且既爲之急速處分行爲。縱其後裁定確定。認迴避之聲請爲有理由。亦不爲違背法律。至所謂應急速處分者。必係中間行爲。如調查行將滅失之證據方法等是。設該推事藉口於應急速處分。而遽爲終結訴訟之行爲。則非法律所許。(二三條)

第一款 其他職員之迴避

第一書記官及通譯之迴避。書記官及通譯。附隨推事。執行職務。於訴訟亦有密切關係。故推事迴避各規定。於書記官及通譯準用之。然書記官及通譯。不能行使審判權。究與

推事之職務不同。雖有曾在下級法院執行職務之情形。嗣至上級法院，就該案件，仍得執行職務。不爲迴避之原因。至關於迴避之裁定。則專由書記官及通譯所屬法院之院長爲之。

。(二五條一)
項二項)

第二 檢察官及辦理檢察事務之書記官之迴避。檢察官代表國家。追訴犯罪。執行職務。

自應保持公平。辦理檢察事務之書記官之職務。與法院書記官同。故推事迴避各規定。於檢察官及辦理檢察事務之書記官準用之。但推事以曾參與前審裁判。爲應自行迴避情形之一。檢察官及辦理檢察事務之書記官則不然。對檢察官及辦理檢察事務之書記官。聲請迴避。應由所屬首席檢察官或檢察長核定。對首席檢察官聲請迴避。應由直接上級法院首席檢察官或檢察長核定。其檢察官原額僅有一人者亦同。聲請人如不服下級法院首席檢察官之核定。(如駁回聲請)惟向直接上級法院首席檢察官或檢察長請求變更。刑事訴訟法二十一條規定裁定。二十三條規定抗告之程序。當然不能準用。至檢察事務。以迅速處理爲宜。檢察官及辦理檢察事務之書記官。被聲請迴避。在未經驗定確定應行迴避以前。仍得執

行職務。刑事訴訟法二十二條。停止訴訟程序之規定。亦應除外矣。(二六條一項
二項三項)

第二章 當事人

刑事訴訟之當事人。爲檢察官、自訴人、及被告。刑事訴訟法第三條。已有規定。檢察官、自訴人、追訴犯罪。同爲原告。自同爲當事人。不過自訴人之追訴。多爲本身利益。檢察官之追訴。則爲國家利益耳。其被追訴者爲被告。昔時不認被告有當事人之地位。現代尊重人權。授與被告以防禦權。故亦稱之爲當事人。

第一 當事人能力。凡自然人皆有刑事訴訟之當事人能力。其年齡若何。心神狀態若何。並無制限。法人亦認爲有此能力。但未經依法註冊。取得法人資格之公司。發生訴訟。應不予受理。刑事訴訟法第三條所稱當事人。雖爲檢察官、自訴人、及被告。然關於當事人能力。則通常就被告言之。

第二 訴訟能力。訴訟能力。指得有效爲訴訟行爲之能力而言。刑事訴訟法。於訴訟能力

。並無明文規定。則被告是否有訴訟能力。應解爲以事實上是否有意思能力爲斷。觀於刑事訴訟法二百八十七條。被告心神喪失。應停止審判之規定。可知有意思能力。卽有訴訟能力。檢察官爲原告。不生有無訴訟能力之問題。至被害人提起自訴。應以有行爲能力者爲限。

第一節 原告

第一款 檢察官

檢察官代表國家。爲刑事原告。其職務依法院組織法第二十八條。爲實施偵查。提起公訴。實行公訴。協助自訴。擔當自訴。及指揮刑事裁判之執行。而刑事訴訟法所規定者。種類甚多。俟後詳述。惟應注意者。(1)檢察官對於法院獨立行其職權。(2)檢察官應服從監督長官之命令。(3)檢察長及首席檢察官。得親自處理所屬檢察官之事務。並得將所屬檢察官之

事務。移轉於所屬其他檢察官處理之。

偵查犯罪。雖爲檢察官之專責。然刑事訴訟法。尙規定有輔助偵查之公務員。以期周密。

(1) 司法警察官。其偵查犯罪之職權。有與檢察官同者。卽(子)縣長、市長。(丑)警察廳長、警務處長、或公安局長。(寅)憲兵隊長官是。有應聽檢察官之指揮者。卽(子)警察官長。

(丑)憲兵官長、軍士。(寅)依法令關於特定事項。得行司法警察官之職權者是。(2) 司法警察。其偵查犯罪。應受檢察官及司法警察官之命令。卽(子)警察。(丑)憲兵。(寅)依法令關於特定事項。得行司法警察之職權者是。(九條一〇條)

上述憲兵隊長官。係以中級以上直接有指揮命分部隊權之長官爲限，如無直接指揮命分部隊權之輔助官。不論階級如何。應以憲兵官長論。此其區別也。(司法院十八年院字一一一號解釋)

第二款 自訴人

自訴者。卽犯罪之被害人。自向管轄法院提起刑事訴訟之謂。刑事訴訟條例。規定私訴

。以告訴乃論之罪爲限。舊刑事訴訟法。改私訴爲自訴。更規定告訴乃論之罪外。初級法院管轄直接侵害個人法益之罪。亦得自訴。新刑事訴訟法。則任何案件。皆許自訴。惟對於直系尊親屬或配偶不得提起自訴。範圍益擴張矣。至自訴之主體。舊刑事訴訟法。除被害人外。凡被害人之法定代理人、保佐人、配偶。得爲自訴人。如被害人已死亡者。其親屬并得爲自訴人。新刑事訴訟法。則限於有行爲能力之被害人。始得行使自訴權。

第二節 被告

被告者。謂在刑事訴訟被追訴之人也。與原告之地位相對峙。如同一訴訟中。同時有被告數人。則爲共同被告。

刑事訴訟之被告。享有防禦權。得就犯罪嫌疑。與檢察官或自訴人。互相辯論。固爲當事人之一。其對於訊問而陳述。足爲法院自由心證之材料。與證人鑑定人之陳述相同。則又爲關於人之證據方法。

第三節 其他訴訟關係人

第一款 辯護人

辯護制度。爲被告利益而設。對於原告之攻擊而爲防禦之行爲。爲辯護。其實施此防禦之行爲者。爲辯護人。辯護人必在對於原告之攻擊。而實施防禦之範圍內。始有發見真實及發表主觀信念之義務。其地位與法院及檢察官。迥不相同也。

第一 辯護之種類。

(1) 指定辯護。與選任辯護。辯護人由審判長指定者。爲指定辯護。其由被告或其法定代理人、配偶、直系或三親等內旁系血親、家長、家屬選任者。爲選任辯護。

選任辯護。爲被告之權利。故被告於起訴後。得隨時選任之。惟選任時期。既有起訴後之限制。則被告在偵查中。不得選任辯護人。自無庸疑。然如於辯論終結後。始行選任

。則法院不再通知辯護人出庭訊問而判決。不得謂之違法。(前北京大理院三年上字七四號判例)又被告之法

定代理人、配偶、直系或三親等內旁系血親、家長、家屬。亦得獨立為被告選擇辯護人

。獨立云者。即不受被告意思之拘束之謂。蓋此等人皆居於保護被告之地位也。(二十七條二項)

項)

選任之方式。應提出委任狀於法院。但委任狀之提出。不過為證明委任之用。而委任關係。已因雙方合意而發生。故實際上確有委任行為。僅未提出委任狀。要無妨許其補充

也。(三〇條二項及前北京大理院九年抗字八三號判例)

指定辯護。以特種案件為限。即(1)最輕本刑為五年以上有期徒刑之案件。(2)高等法院管轄第一審之案件是。此項案件。被告或其法定代理人等。於起訴後。未經選任辯護人者。審判長應指定公設辯護人。為其辯護。其他案件。審判長認為有必要者亦同。又被告雖經選任辯護人。如於審判期日。無正當理由。而不到庭者。審判長得指定公設辯護人。為新刑事訴訟法所增訂。蓋防拖延也。指定辯護人之方式。法無明文規定。應解

爲只須審判長爲此表示。即可成立。但仍應通知被指定之辯護人。使得爲辯護之準備而已。(三一條二項二)

辯護人由於選任者居多。必須被告或其法定代理人等。於起訴後。未經選任辯護人。或所選任之辯護人。無正當理由而不到庭。審判長始應指定或得指定之。如指定辯護人後。被告或其法定代理人等。經選任律師爲辯護人者。得將指定之辯護人撤銷。由選任辯護人執行辯護之職務。故選任辯護人之地位。較優於指定辯護人也。(三一條四項)至撤銷指定辯護人之權。應解爲屬於審判長。其撤銷之方式。亦應解爲審判長爲此表示。即可生效。刑事訴訟法。均無明文規定也。

(2) 強制辯護。與任意辯護。以辯護爲訴訟必要之條件者。爲強制辯護。不以辯護爲訴訟必要之條件者。爲任意辯護。前述最輕本刑爲五年以上有期徒刑。或高等法院管轄第一審之案件。如未經辯護人到庭辯護。而逕行審判。其判決爲違法。得依上訴撤銷之。

(三一條七款)

故此項案件。如無辯護人。審判長必應指定公設辯護人。爲其辯護。即所謂強

制辯護也。其他案件。雖無辯護人。應否指定辯護。由審判長酌定之。即所謂任意辯護也。

強制辯護案件之辯護人。有由被告或其法定代理人等選任者。任意辯護案件之辯護人。又有由審判長指定者。不可謂強制辯護。即指定辯護。任意辯護。即選任辯護也。

(3)多數辯護。與共通辯護。一被告而有數辯護人。為多數辯護。數被告而僅有一辯護人。為共通辯護。由一辯護人辯護之情形。常見於指定辯護。但各被告利害相反。則不能以一人為共通之辯護。至選任人數。刑事訴訟法規定。每一被告。不得逾三人。蓋人數過多。聚訟一堂。有礙於訴訟之進行也。多數辯護人。各有獨立之辯護權。法院送達文書。應分別為之。(三一條三項二)(八條三二條)

第二 辯護人之資格。辯護人因有指定與選任之區別。其資格不能盡同。茲分述如左。

(1)指定辯護人之資格。指定辯護人。應以公設辯護人為限。公設辯護人者。即國家所設之辯護公共機關也。在未設以前。應指定律師或學習推事充之。(三一條一項二項刑事訴訟法施行法五條)

(2) 選任辯護人之資格。選任辯護人。原則上應以律師充任。如選任非律師為辯護人者。則以經審判長許可為條件。恐不法之徒，挑唆包攬。貽害無窮也。但在第三審法院行辯論時。仍非以律師充任之辯護人。不得行之。(條二八)蓋第三審為法律審。非法律智識較優之律師。殊難勝任也。(條二九)

上述之律師。指得在指定管轄區域內執行職務者而言。如僅取得律師資格。並未登錄及加入律師公會。或僅得在他法院管轄區域內執行職務。即不得選任為辯護人。至律師以外之人。應具如何資格。始得選任。刑事訴訟法無明文規定。但既以經審判長之許可為條件。則審判長認為不能盡防禦之責者。當不致許可也。

第三 指定及選任之存續期間。此存續期間。應將指定與選任分述之。

(1) 指定辯護之效力。除撤銷一情形外。於一審級之期間而存續。如案經上訴。原辯護人。非上訴審法院審判長重行指定。不得執行辯護之職務。此固無待明文規定者也。

(2) 選任辯護之效力。亦於一審級之期間而存續。選任人與辯護人。約定辯護關係。雖不

以一審級爲限。然每經一審級。必重行選任一次。原辯護人。始得繼續執行職務。此於刑事訴訟法三十條一項。已有規定。

第四 辯護人之權利義務。

(一) 辯護人之權利 分原來權利與傳來權利。述之如左。

(甲) 原來權利。 卽辯護人本其地位得獨立行使之權利。其重要者。有左列三種。

(子) 檢閱卷宗及證物並鈔錄卷宗權。 辯護人欲洞悉案件始末情形。而完全行使其辯護權。以保護被告利益。則於辯護上有重要關係之卷宗及證物。法律自應付與以檢

閱或鈔錄之權。故辯護人爲此請求。法院不得拒絕。(三三)
條

(丑) 接見羈押被告並互通書信權。 此亦爲使辯護人能完全行使辯護權。而自法律所付與之權利。故被告已被停止接見或通信。辯護人亦不受其限制。但有事實足認被告與辯護人。有湮滅偽造變造證據。或勾串共犯或證人之虞者。則因其妨害羈押之目的。仍得限制或禁止之。又偵查期間。律師如欲接見在押被告。檢察官雖得准許

。然非認爲有辯護人之資格。蓋被告在起訴前。尚不得選任辯護人也。(三四條及司法院二十年

院字五三
九號解釋)

(寅)於審判期日出庭及辯護之權。被告富有法律智識者甚少。且身蒙犯罪嫌疑。恐怖心重。所爲答辯。往往詞不盡意。惟恃辯護人之辯護。始能得適當之防禦。故無論爲強制辯護或任意辯護。辯護人於審判期日。均有出庭及辯護之權利。其在強制辯護或指定辯護。尤以此爲訴訟之必要條件。觀於刑事訴訟法三百七十一條七款之規定。即可知已。

(乙)傳來權利。傳來權利者。卽本爲被告固有之權利。辯護人如不與其意思相反。而得代爲行使之謂也。就其重要者言之。如(子)聲請指定或移轉管轄。(丑)聲請推事迴避。(寅)聲請停止羈押。(卯)聲請回復原狀。(辰)聲請傳喚證人或爲其他證據之調查。(巳)提起上訴或抗告。(午)提起再審是。

(2)辯護人之義務。辯護人於審判期日。有出庭辯護之權利。自反面言之。亦應負此義

務。惟被告如表示拒絕其出庭辯護。此義務能否免除。則因強制辯護與任意辯護而不同。強制辯護。以辯護爲訴訟之必要條件。不能爲被告之意思所左右。任意辯護。不以辯護爲訴訟之必要條件。被告既有拒絕出庭辯護之表示。辯護人之義務。即可免除。其他義務。如(子)送達文書之接收。(丑)法庭警察權之服從。(寅)被告祕密事實之保守等皆是。又以律師充任辯護人者。依律師章程十八條所載以誠篤及信實行其職務。二十條所載以善良管理者之注意。處理委託事務。二十一條所載不得故意延滯訴訟之進行各點。則尤爲不得違背者也。

第二款 輔佐人

輔佐人者。乃於起訴後。補助被告或自訴人得在法院陳述意見之人也。自訴人之輔佐人。限於自訴人之配偶、直系或三親等內旁系血親、或家長、家屬爲之。此等人與自訴人有極親切之關係。其充任輔佐人。至爲適當。被告之輔佐人。除以被告之配偶、直系或三親等內旁系

血親、或家長、家屬充任。其理由如上述外。尚有法定代理人一種。所以如此規定者。蓋被告之訴訟能力。刑事訴訟法。并無規定。被告是否有訴訟能力。惟視其事實上是否有意思能力以解決之。在民事訴訟。非法定代理人等。不能爲訴訟行爲。或被告爲訴訟行爲。須經法定代理人等同意者。在刑事訴訟。仍須被告自行出庭。而爲訴訟行爲。故應另由法定代理人。以輔佐人之資格。參與訴訟。保護被告之利益。至自訴限於有行爲能力者。始得提起。刑事訴訟法三百十一條。已有規定。則自訴人無以法定代理人充任輔佐人之可言矣。舊刑事訴訟法。惟被告得設輔佐人。須與被告有法定代理人、保佐人、配偶關係之一爲適格。此亦不同者也。(三五條)

輔佐人發生之時期。既定爲在起訴後。則偵查中。尚不能有輔佐人。與辯護人發生之時期同。其資格發生之方式。由上述各項人。向法院以書狀。或於審判期日。以言詞陳明均可。輔佐人之權限。僅得在法院陳述意見。範圍甚狹。且既爲輔佐人。其陳述意見。不受被告或自訴人意思之拘束。亦即不能認爲被告或自訴人之意見也。但所陳述之意見。須有利於被告

或自訴人。當不待言。

第三款 代理人

此代理人指訴訟代理人而言。即受被告或自訴人之委任。而代爲訴訟行爲者也。代理人所爲之訴訟行爲。與被告或自訴人自己所爲之訴訟行爲。效力相同。茲分被告之代理人與自訴人之代理人。述之如左。

第一 被告之代理人。 刑事訴訟。採用實體真實發見主義。原則被告不得用代理人。例外就最重本刑爲拘役或專科罰金之案件。因其情節輕微。許被告委任代理人到場。(三六條)所謂本刑者。以法定刑爲標準。非指裁判刑而言。舊刑事訴訟法規定。被告僅得於審判中委任代理人。新刑事訴訟法增訂爲偵查中。亦得委任之。但被告雖委任代理人。如法院或檢察官認爲必要時。仍得命本人到場。又法人犯罪。應以其代表人爲代理人。亦屬被告委任代理人之一例。

二 自訴人之代理人。自訴人與被告同爲當事人。一方實施攻擊。一方實施防禦。各盡第其能事。以待法院之審判。被告既有辯護人。輔助防禦。亦應許自訴人委任代理人。輔助攻擊。但法院認爲必要時。得命自訴人本人到場。

刑事訴訟法二十八條至三十條。三十二條及三十三條之規定、於被告或自訴人之代理人準用之。準用二十八條者。即每一被告或每一自訴人。委任代理人。不得逾三人也。準用二十九條者。即律師非律師。均可委任爲代理人也。準用三十條者。即代理人之委任。應於每審級爲之。且須提出委任狀。證明代理人之資格也。準用三十二條者。即代理人有數人時。應分別送達文書也。準用三十三條者。即代理人亦有檢閱卷宗及證物並抄錄卷宗之權也。但被告之代理人。在偵查中。三十三條之規定。仍不得準用。以免妨害訴訟程序。

第三章 文書

訴訟行爲。除定爲以言詞爲之。或任意以言詞或文書爲之者外。有定爲必以文書爲之者。此

必用文書之訴訟行爲。必遵守訴訟法規定文書之程式以制作之。否則該文書不但不能爲訴訟行爲之證明。且有時影響及於訴訟行爲成立或有效之要件也。茲分公務員制作之文書。與非公務員制作之文書二種。述之如左。

第一 公務員制作之文書。應由公務員制作之文書。依刑事訴訟法規定之程式。(1)應記載制作之年月日及其所屬公署。(2)應由制作人簽名。(3)不得竄改或挖補。(4)如有增加刪除或附記者。應蓋章其上。並記明字數。其刪除處。應留存字跡。俾得辨認。(三九條四〇條)此爲一般規定。茲更將刑事訴訟法於各種文書特別規定之程式。分述如左。

(1)訊問被告自訴人證人鑑定人及通譯之筆錄。此項筆錄。爲認證訊問及保存於訊問程序中所發生之事實而制作者。應記載左列事項。

(甲)對於受訊問人之訊問及其陳述。訊問及陳述。雖無須依照當時言詞。逐一記載。但亦應不失其趣旨。

(乙)證人鑑定人或通譯。如未具結者。其事由。證人等有具結之義務。但依刑事訴訟

法一百七十三條規定情形。有不得令其具結。及得不令其具結者。故其未具結之事由。應記載於筆錄。

(丙)訊問之年月日及處所。此項筆錄。應由行訊問之公務員。命書記官向受訊問人朗讀。或令其閱覽。并詢以記載有無錯誤。如受訊問人請求將記載增刪變更。而認為非正當者。書記官應將其陳述。附記於筆錄。未踐朗讀或令其閱覽之程序者。即為違背程式。其筆錄之證據力如何。由法院自由判斷之。訊問並非因之無效也。至請求增刪變更之陳述之附記。於筆錄有如何影響。亦由法院自由判斷之。

又筆錄應命受訊問人。緊接其記載之末行。簽名、畫押、蓋章、或按指印。如未經受訊問人簽名畫押蓋章或按指印。亦為違背程式。該筆錄之證據力如何。仍得依自由心證判斷之。(四一條一項二) (項三項四項)

(2) 搜索扣押及勘驗之筆錄。各項筆錄。應記載實施之年月日及時間處所。與其他必要之事項。扣押物之名目。應於扣押筆錄內。詳為記載。如種類過多。則制作目錄附後。

其勘驗之事實。非筆錄所能記載完備者。并得製作圖畫或照片。附入筆錄。以資參證。又各項筆錄。應令在場之人簽名畫押蓋章或按指印。所謂在場之人。即指行搜索扣押勘驗時。依刑事訴訟法規定。應命或得命在場之人而言。俟後詳述。(四二條一項二項三項四項)

上述(1)(2)所列筆錄。有書記官在場者。由書記官制作之。如無書記官在場。由行訊問或搜索扣押勘驗之公務員。親自制作之。其行訊問或搜索扣押勘驗之公務員。應在筆錄內簽名。蓋使其行使監督命令權。並保證筆錄之真正也。(四三條)

(3) 審判筆錄。此項筆錄。由書記官於審判期日制作之。應記載左列事項。及其他一切訴訟程序。

(一) 審判之法院及年月日。

(二) 推事、檢察官、書記官之官職姓名。及自訴人、被告、或其代理人、并辯護人、輔佐人、通譯之姓名。

(三) 被告不出庭者。其事由。被告以出庭為原則。故其不出庭之事由。應特為記載。

(四)禁止公開者。其理由。審判公開。乃爲原則。故禁止公開時。應將其禁止之理由。特爲記載。

(五)檢察官或自訴人。關於起訴要旨之陳述。公訴案件。由檢察官陳述起訴要旨。自訴案件。由自訴人陳述起訴要旨。均以記載爲宜。惟檢察官之陳述。如與起訴書狀相同者。尙可以爲附錄。記明與起訴書狀同字樣。

(六)辯論之要旨。即審判長調查證據完畢後。由檢察官、被告、辯護人。依次就事實及法律所爲之辯論也。只須記載其要旨已足。

(七)第四十一條第一項第一款及第二款所定之事項。審判期日。對於被告、自訴人、證人、鑑定人。通譯之訊問及其陳述。與證人鑑定人通譯未具結之事由。均應記載於審判筆錄。蓋在審判庭所行此等程序。並不另作訊問筆錄也。

(八)當庭曾向被告宣讀或告以要旨之文書。此應特爲記載。否則該文書不得採爲證據。關係甚大也。

(九) 當庭曾示被告之證物。此亦應特爲記載。理由與前款同。

(十) 當庭實施之扣押及勘驗。當庭之扣押及勘驗。不另作扣押及勘驗筆錄。如非於審判筆錄內記明。則與未行此等程序無異。

(十一) 審判長命令記載。及依訴訟關係人聲請許可記載之事項。審判筆錄。雖由書記官以自己之責任制作。但審判長有命令之權。故審判長命令或許可記載之事項。應於筆錄內記載之。如書記官認爲不當。得將自己之意見附記之。

(十二) 最後曾與被告陳述之機會。審判長宣示辯論終結。被告有最後陳述之權。如已行此程序。而不記明於審判筆錄。則與未行此程序等。卽審判程序。亦難免違法矣。

(十三) 裁判之宣示。裁判之宣示。固須記載於審判筆錄。而裁判之內容。如另作裁判書附卷者。毋庸記載。惟當庭宣示之裁定。則仍有記載之必要。受訊問人。就審判筆錄中。關於其陳述之部分。得請求朗讀或交其閱覽。如請求將記載增刪變更者。應附記其陳述。審判筆錄。應由審判長簽名。亦使其行使監督命令權。並保證筆錄之真正。

耳。審判長有事故時。由資深陪席推事簽名。獨任推事有事故時。僅由書記官簽名。書記官有事故時。僅由審判長或推事簽名。並分別附記其不能簽名之理由。所謂事故。如因死亡請假轉任退職等是。又此項筆錄。應於每次開庭後。三日內整理之。恐時日過久。難期正確也。

審判期日之訴訟程序。已未履行。是否適法。專依審判筆錄證明。其他證據方法。不得採用。此自由心證主義之例外也。故(1)未記載於審判筆錄之事項。應認為未經履行。(2)裁判書與審判筆錄所載事項不符。應以審判筆錄為準。(3)審判筆錄之作成。如不合法而致無效。則訴訟程序。無從證明。

審判筆錄。引用附卷之文書。或表示將該文書作為附錄者。其文書所記載之事項。與記載筆錄者。有同一之效力。所謂引用附卷之文書。如記載檢察官陳述起訴要旨。引用其起訴書是。所謂表示將該文書作為附錄者。如訊問鑑定人。表示將其鑑定書。作為附錄附卷是。

審判筆錄所記載者。僅係要旨。而整理期間。又須三日。辯護人雖有檢閱卷宗并抄錄之權。仍不能迅速查知其內容。故使辯護人於審判期日。得攜同速記到庭記錄。亦所以保護被告之利益也。但非經審判長許可。不得爲之。(四四條四五條四六條四七條四八條四九條)

三、裁判書 法院之裁判。於當事人極有利害關係。除裁判中之裁定。當庭宣示者。得僅命記載於筆錄外。其餘裁判。均應將判斷內容。明確記載於裁判書。而裁判書之制作。並須由爲裁判之推事親自爲之。俾昭慎重。不得假手於書記官也。(五〇條)

裁判書。除依特別規定外。應記載受裁判人之姓名、性別、年齡、職業、住所或居所。如係判決書。並應記載檢察官、或自訴人、並代理人、辯護人之姓名。(五一條)

裁判書應由爲裁判之推事簽名。在合議庭。凡參與評議者。均應簽名。其僅參與宣示者。不應使其簽名。審判長有事故。不能簽名者。由資深推事。附記其事由。推事有事故者。由審判長附記其事由。至獨任推事或合議庭之全體推事。因事故不能簽名。刑事訴訟法別無補充規定。(五一條二項)

裁判書或記載裁判之筆錄。應由書記官制作正本。正本者。即依原本之內容。全行照錄。於法律上與原本有同一之效力者也。正本應蓋用法院之印。並附記證明與原本無異字樣。此項規定。於檢察官起訴書及不起訴處分書之正本準用之。(五二條一)
項二項)

第二 非公務員制作之文書。此所謂非公務員。如被告、自訴人等是。雖有在法院或其他公署為公務員者。然既以被告或自訴人等之關係。為當事人。自不在本章所稱公務員之列。非公務員制作關於刑事訴訟之文書。如被告人之上訴書狀。自訴人之自訴書狀等是。此項文書。應記載制作年月日。並以由制作人本人簽名為原則。然實際上如不能自行簽名。使他人代書姓名者。即由制作人畫押、蓋章、或按指印。代書人亦應附記其事由並簽名。

(五三)
條

關於訴訟之文書。無論為公務員所制作。非公務員所制作。凡應保存者。應由書記官編為卷宗。以免散失。否則訴訟上之事實。即不能證明矣。其編製卷宗之方法。於各法院處務規則

詳定之。(五四)
條

第四章 送達

送達者。由送達機關。依法定程序。將關於訴訟之文書。送達於當事人或其他訴訟關係人之訴訟行為也。應送達之文書。不以法院之判決書。裁定書。檢察官之處分書爲限。即自訴人提出之自訴書狀。上訴人提出之上訴書狀等。刑事訴訟法定爲應送達於他造當事人者。均應依本章規定送達之程序送達之。

送達之職權。屬於書記官。爲民事訴訟法一百二十三條之準用。即觀於刑事訴訟法五十七條六十條。亦可知之。其執行則爲司法警察與民事訴訟以執達員爲送達機關者不同。刑事訴訟法六十一條。已有規定。其他送達程序。刑事訴訟法所未規定者。準用民事訴訟法之規定。

(六二)茲就刑事訴訟法之特別規定。分述如左。

第一 送達之陳明。應受送達人。除檢察官外。即被告、自訴人、告訴人、附帶民事訴訟當事人、代理人、辯護人、輔佐人是。應受送達人。爲接受文書之送達起見。應向法院或

檢察官。陳明其住居所或事務所。如在法院所在地。無住居所或事務所者。應委託在該地有住居所或事務所之人。為送達代收人。并向法院或檢察官陳明之。以後送達於送達代收人。即視為送達於本人。此陳明之效力。及於同地之各級法院。如應受送達人。曾向某省會之地方法院為此陳明者。則同在某省會之高等法院。可向其陳明之接受送達處所。或送達代收人為送達。不必另行陳明也。(五五條一項
二項三項)

檢察官為當事人之一。對於檢察官之送達。應向檢察官本人為之乎。抑應向檢察官辦公處所為之乎。前北京大理院十五年抗字一三二號判例。謂受送達者。僅係訴訟當事人之檢察官。法院所應向送達者。亦即訴訟當事人之檢察官。而不得代以所屬之檢察廳。更不得以所屬之檢察廳。視同檢察官。故對於檢察官為送達時。以送達之通則言之。即直付由檢察官收受。若僅如普通公文之送交檢察廳。尚難遽以已經送達於檢察官論。舊刑事訴訟法二百零一條。亦規定逕向檢察官送達。新刑事訴訟法。改為對於檢察官之送達。應向檢察官之辦公處所為之。舊法固已廢止失效。上述之判例。亦因與新法抵觸。當然不能援用矣。

第二 送達之方法。送達之方法。有左列三種。

(1) 付郵送達。應受送達人。未將住居所、事務所、或送達代收人。向法院或檢察官陳明。而書記官知其住居所、或事務所者。得向該處送達之。并得將應送達之文書。掛號付郵。其掛號付郵以爲送達之效力。即於文書付郵局掛號時發生。該文書是否達到。及何時達到。概非所問。舊刑事訴訟法一百九十七條規定。必應受送達人之住址或事務所。爲檢察官或法院所知者。始能以郵信掛號送達。與新刑事訴訟法微異。(五七)條

(2) 囑託送達。應受送達人。如被拘禁於監獄。或被羈押於看守所。自不適用前五十五條之陳明。對於此項人爲送達。應囑託該監所長官爲之。惟此項規定。不過爲維持監所紀律而設。其應送達之文書。仍應使在監所人。確能接受。如僅送達於監所。并未囑託轉爲送達於在監所人。惟因執有監所受送達之送達證書。遂斷定在監所人之受送達。卽爲監所受送達之日。則顯非合法之送達。此於應受送達人上訴抗告或再審極有關係。不

可忽視。(五六條一項二項)

(3) 公示送達。應受送達人。爲被告、自訴人、告訴人或附帶民事訴訟當事人。(代理人辯護人輔佐人除外) 有左列情形之一者。得爲公示送達。(五九條)

(一) 住居所、事發所、及所在地不明者。此指住居所、事務所、及所在地。全屬不明者而言。住居所、事務所雖不明。而知其所在地。尙毋庸爲公示送達。

(二) 掛號付郵而不能達到者。此指依前五十七條送達之方法。而不能達到者而言。如其住居所、事務所之所在地。不通掛號郵信。或所載住居所、事務所。實係錯誤。無法查明投遞等是。

(三) 因住居於法權所不及之地。不能以其他方法送達者。民國領域外。固爲我法權所不及。即在民國領域內。如依國際慣例之使館界。或依國際條約之租界。亦爲我法權所不及。對於住居其地之人爲送達。如由本人承諾。或依協助條約。或另有其他囑託方法。尙無不能達到之虞。否則惟有公示送達而已。

送達程序。關係甚大。故公示送達。應經法院或檢察長首席檢察官或檢察官之許可。書記官始得爲之。其方法除將應送達之文書。或其節本，張貼於法院牌示處外。並應以其繕本。登載報紙。或以其他適當方法。通知或布告之。其效力自最後登載報紙或通知布告之日起。經三十日發生。應受送達人。知悉與否。及何時知悉。概非所問。

(六〇條一)
項二項)

第五章 期日及期間

訴訟行爲。有於一定時期內。應爲之者。有於一定時期內。不得爲之者。苟漫無限制。或則進行遲滯。或則程序錯雜。流弊不可言矣。故訴訟法有期日及期間之規定。

期日與期間不同之點頗多。(1)期日爲法院及當事人或其他訴訟關係人會合而爲訴訟行爲之時間。期間爲法院及當事人或其他訴訟關係人單獨而爲訴訟行爲之時間。(2)期日皆爲裁定。期間有法定裁定兩種。(3)期日因有重大理由。得變更之。期間除法定期間外。法定期間

。不得變更。(4)期日須預行告知。期間除判決得爲上訴者。應於宣示時告知外。通常毋庸告知。(5)期日因行爲始能開始并終結。期間自一定時點。當然開始。至一定時點。當然終結。(6)遲誤期日。無回復原狀之規定。遲誤期間。得聲請回復原狀。茲分述如左。

第一節 期日

第一 期日之指定。 期日之最重要者。爲審判期日。餘如偵查或審判中之訊問被告。調查證據。亦可稱爲訊問被告期日。調查證據期日。審判長、受命推事、受託推事、或檢察官指定期日。行訴訟程序。於被告、自訴人、代理人、證人、鑑定人、通譯。用傳票傳喚。於辯護人、輔佐人。用通知書通知。其傳票或通知書。應記載應到之日及時。使之到場。惟所指定之時。法院或檢察官。因意外情形。略有前後。當事人、或其他訴訟關係人。不得主張無效。(六三條)
(前段)

指定期日。爲傳喚或通知。無非集合多數訴訟關係人於一處。而爲訴訟行爲。但訴訟關係

人。有逕行訊問者。如訴訟關係人。因旁聽已經在場。即可省傳喚之煩。且於被告。有不待傳喚。逕行拘提者。如被告犯罪嫌疑重大。而又有刑事訴訟法七十六條所列各款情形之一是。(六三條但書)

第二期日之變更或延展。於指定之期日開始前。廢棄其期日。代以他期日者。爲變更。於指定之期日開始後。停止在該期日所應爲之訴訟行爲。改於他期日爲之者。爲延展。期日之變更或延展。除刑事訴訟法有特別規定外。以有重大理由爲限。如推事或當事人因突患疾病。或因天災地變。不可避免之事故。而變更期日。又因證據繁雜。不能於指定期日完竣其調查之程序。而延展期日是。期日變更或延展後。應仍通知訴訟關係人。(六四條一項二項)

第三期日之效果。當事人、或其他訴訟關係人。遲誤期日所生之效果。各有不同。(一)檢察官遲誤審判期日。無制裁之規定。法院不待檢察官到庭陳述而爲審判。則屬違背法令。足爲第三審上訴之理由。(三七一條一項八款)(二)自訴人遲誤審判期日。得命拘提。并得不待其陳述而爲判決。(三一九條二項)(三三三條一項)但委任有代理人者。則須代理人不到庭。始爲遲誤。(三)被

告遲誤審判期日。有時須受拘提。有時由法院逕行判決。(七五條二九八條三六三條)但逕行判決非必於被告不利。與缺席判決不同。(4)證人、鑑定人、通譯。遲誤審判期日。得科以五十元以下之罰鍰。證人並得拘提之。(一六五條一八四條一九八條)(5)辯護人在強制辯護。或指定辯護之案件。法院應待其出庭。始能開始審判。但強制案件之選任辯護人。遲誤審判期日。審判長得指定公設辯護人辯護。(三一條二項)對其遲誤。則無制裁之規定。(6)輔佐人之出庭。並非審判要件。故遲誤審判期日。不生何種效果。(7)被告之代理人。遲誤期日。法院或檢察官。得命本人到場。自訴人之代理人。遲誤期日。法院認為必要時亦同。(參照三六條三七條)

第二節 期間

第一 期間之種類。 期間約分左列各種。

(1)法定期間與裁定期間。 法律規定之期間。為法定期間。如上訴期間。(三四條)抗告期間。(三九條)聲請再議期間。(二三條)聲請回復原狀期間。(六七條)等是。法院或審判長。以裁判

所定之期間。爲裁定期間。此種期間。失之過長。訴訟進行。不免遲滯。失之過短。則訴訟關係人。又有喪失訴訟行爲機會之虞。法院或審判長。應斟酌情形以爲裁定。刑事訴訟。適用裁定期間者頗少。惟多於附帶民事訴訟。準用民事訴訟法時見之。

(2) 行爲期間與不行爲期間。於所定期間內。不可不爲某訴訟行爲者。爲行爲期間。此爲防訴訟進行之遲滯而設。故其應爲之訴訟行爲。如不於所定期間內爲之。則不得復爲該訴訟行爲。而生失權之效果。例如經過上訴或抗告期間。卽喪失上訴權或抗告權是。於所定期間內。不能爲某訴訟行爲者。爲不行爲期間。例如偵查或審判中。傳喚證人之傳票。依刑事訴訟法一百六十二條三項。至遲應於到場期日二十四小時前送達。此爲與證人以時間之猶豫。俾其有所準備而設。則檢察官、審判長、或受命推事。均應遵守此期間矣。

期間尚有訓示期間一種。爲公務員執行職務而設。雖未遵守。祇生廢弛職務之問題。不能使影響及於其所爲行爲之效力。如整理筆錄期間。(四五)宣示判決期間。(三〇)交付裁

判原本期間。(五條)送達裁判正本期間。(二〇六條三項)等是。

第二 期間之計算及扣除。

(1) 期間之計算。 期間之計算。應依民法之規定。期間稱月或年者。依歷計算。月或年非連續計算者。每月爲三十日。每年爲三百六十五日。以時定期間者。卽時起算。以日星期月或年定期間者。其始日不算入。以期間末日之終止爲期間之終止。非以星期月或年之始日起算者。以最後之星期月或年與起算日相當日之前一日。爲期間之末日。但以月或年定期間。於最後之月。無相當日者，以其月之末日。爲期間之末日。又期間之末日。適爲星期日、紀念日、或其他休息日。以其休息日之次日代之。(六五條)

(2) 期間之扣除。 應於法定期間內爲訴訟行爲之人。其住居所或事務所。不在法院所在地者。計算該期間。應扣除在途之期間。以保護其利益。扣除計算之方法。前北京司法部。於民國十年八月二十六日。會頒有扣除在途期間標準令。定爲每水陸里五十里。扣除一日。其不滿五十里。而在十里以上者亦同。海路每一里作三里半計算。在通行火車

輪船之地。應依車行或船行期間。定其全部或一部之在途期間。其車行或船行。不滿一日者。亦作一日計算。新刑事訴訟法規定。應扣除之在途期間。由司法行政最高官署定之。現扣除標準。未另定前。則前項部分。仍應適用。

在途期間。爲實施訴訟行爲之當事人、或其代理人在途而設。如僅將書狀。付郵寄呈法院。并不自赴法院所在地。爲其訴訟行爲。則不得扣除在途期間。(最高法院十七年抗字一〇八號判例)

第三 期間之效果。 期間分行爲期間與不行爲期間。前已述矣。不遵守不行爲期間。而爲訴訟行爲。從嚴格言。其行爲亦應無效。但刑事訴訟法。尙無何種效果之規定。至不遵守行爲期間者。無論期間屬於法定或裁定。均生失權之效果。故特定回復原狀之辦法。以資救濟。回復原狀者。卽於一定條件之下。回復其因不遵守期間所喪失之權也。但既云回復。必先有其權。如不得上訴之案件。則本無上訴權。自無回復可言。又失權之原因。必以遲誤期間爲限。如另因捨棄上訴。而喪失上訴權者。亦不得聲請回復原狀。茲將回復原狀程序。分述如左。

(1) 聲請權人。有聲請回復原狀之權者。舊刑事訴訟法。僅定明爲當事人。新刑事訴訟法。無此限制。

(2) 聲請回復原狀之條件。分實質的條件與形式的條件二種。

(一) 實質的條件。應爲訴訟行爲之人。遲誤期間。如出於過失。固不得爲回復原狀之聲請。在許用代理人之案件。其代理人有過失時。卽視爲本人之過失。亦不得准許回復原狀。且所遲誤者。依新刑事訴訟法規定。僅爲上訴、抗告、或聲請正式審判之期間。或聲請撤銷或變更審判長、受命推事、受託推事裁定。或檢察官命令之期間數種。始得聲請回復原狀。非如舊刑事訴訟法之無限制也。(六七條一項二項)

(二) 形式的條件。形式的條件。細別之爲四。(子)應於遲誤期間之原因消滅後。五日內聲請之。(丑)聲請應用書狀。遲誤上訴或抗告期間者。書狀向原審法院提出。遲誤聲請正式審判或聲請撤銷變更審判長、受命推事、受託推事裁定。或檢察官命令之期間者。書狀向管轄該聲請之法院提出。(寅)應於書狀內。釋明非因過失遲誤期間之原

因。及其消滅時期。(卯)應身聲請同時補行期間內應爲之訴訟行爲。例如遲誤上訴或抗告期間。而聲請回復原狀。應同時提出上訴或抗告狀。蓋回復原狀之聲請。如經裁判准許。則同時補行之上訴或抗告。當即發生效力也。(六七條一項後段六八條一項二項三項)

(3)聲請回復原狀之裁判。回復原狀之聲請。由受聲請之法院。與補行之訴訟行爲。合併裁判之。如原審法院認聲請人之聲請。應行許可者。應繕具意見書。將該上訴或抗告案件。送由上級法院合併裁判。(六九條一項)

回復原狀之聲請。在未裁判前。其原裁判因已確定。自應執行。然該聲請如經裁判准許。又因補行之訴訟行爲。發生效力。不得更爲執行矣。故此時受聲請之法院。得酌量情形。將原裁判停止執行。(六九條二項)

遲誤聲請再議期間。而聲請回復原狀。應向原檢察官爲之。其核定及准予回復之權。亦屬於檢察官。至前(2)款所述實質的條件及形式的條件。均應具備。故得準用刑事訴訟法六十七條六十八條六十九條之規定。(七〇條)

第六章 被告之傳喚拘提通緝逮捕

第一節 被告之傳喚

第一 傳喚之意義。傳喚者。謂命被告於一定日時及處所到場就訊也。法院或檢察官。欲訊明事實。以爲裁判或處分之基礎。卽有命被告到場陳述之必要。故刑事訴訟法規定傳喚程序。

受傳喚之被告。固有於所定日時處所到場之義務。但如左列二情形。亦無須到場。

(1) 傳喚不合法。如無傳票。或傳票形式不備。或送達違背刑事訴訟法第一編第六章之規定是。

(2) 被告有正當理由。如患病事實上不能到場。心神喪失。雖到場亦不能受訊是。

第二 傳喚之機關。傳喚之機關有二。卽檢察官、或審判長、受命推事是也。傳喚被告。

所發傳票。於偵查中由檢察官簽名。審判中由審判長、或受命推事簽名。偵查中自開始偵查。至終結而言。審判中指自訴訟案件。因起訴或上訴。繫屬於法院。以至判決而言。

(七一條)
(四項)

第三 傳喚之方式。傳喚被告。應以傳票送達於被告。傳票並應記載左列事項。(七一條一

項)

(1) 被告之姓名、性別、及住居所。此在表明受傳喚者爲何人。須在得與他人區別之範圍內記載之。被告之姓名不明。或因其他情形。有必要時。應記載其足資辨別之特徵。其住居所不明者。毋庸記載。

(2) 案由。此在使被告知其受傳喚之事由。得以準備辯解。係爲被告之利益而設。但於偵查中。有時不宜記載。

(3) 應到之日時處所。此款記載。被告負有遵守之義務。如或欠缺。傳票即屬無效。

(4) 無正當理由不到場者。得命拘提。此款記載。有對被告預示儆告之意。免其違背到

場義務。不能欠缺。

此外發傳票之檢察官、或審判長、受命推事。均須簽名。前已述矣。如傳票係命書記官製作者。書記官亦應簽名。

傳喚被告有因特別情形。不須送達傳票者。即(子)對於到場之被告。經面告以下次應到之日時處所。及如不到場。得命拘提。並記明筆錄者。(丑)被告經以書狀陳明屆期到場者是也。就原則言。每命被告到場一次。即應送達傳票一次。然訴訟程序。以力求簡便爲宜。如上述兩款情形，自毋庸拘泥該原則。至(子)款記明筆錄云者。係指偵查時記載於偵查筆錄。審判時記載於審判筆錄。調查證據時記載於調查筆錄。非因有所面告。另作筆錄也。又傳喚在監獄或看守所之被告。除填發傳票囑託監所長官送達外。爲維持監所紀律。並應通知該長官。以便屆訊問期日提訊。(七十二條)
(七三條)

第四 傳喚之效果。 被告受合法傳喚後。除依刑事訴訟法。許用代理人之案件外。應遵傳

票記載之日時處所。親自到場就訊。如無正當理由而不到場。得命拘提。并得不待其陳述

。逕行判決。惟被告之受拘提。有時不以先經傳喚爲必要。故拘提非僅因被告不到場所施之制裁。與證人受拘提之理由不同。所謂不到場。凡遲到。或雖到而未陳報皆是。

傳喚機關。於被告到場後。除有不得已之情形外。應按時訊問。以期迅速。惟被告自以書狀陳明屆期到場。究與受傳喚而到場者不同。如檢察官、或審判長、受命推事。確因事實上無暇訊問。亦可改期另行傳喚。(七四條)

第二節 被告之拘提

第一 拘提之意義及要件。拘提者。於一定時期內。拘束被告之自由。強制其到場就訊之謂。所以異於傳喚者。卽有強制之性質也。其目的固在使被告到場就訊。但就刑事訴訟法第七十六條觀之。又可謂兼有保全證據之目的。拘提命令。關係被告之自由。不宜濫發。茲述拘提之要件如左。

(1) 被告經合法之傳喚。無正當理由不到場者。傳喚不合法。或被告有正當理由。卽無

須到場。前已述矣。如傳喚合法。被告並無正當理由。而屆期不到。自得爲拘提之原因。其所犯罪刑之輕重。可不必問。(七五)條

(2) 被告犯罪嫌疑重大且有左列情形之一者。犯罪嫌疑之程度如何。始得謂爲重大。在命拘提之公務員。依據事實認定之。刑事訴訟法。并無標準之規定。(七六)條

(一) 無一定之住居所者。被告既無一定之住居所。雖經傳喚。終屬無益。萍踪浪跡。尤易逃亡。故得逕行拘提。

(二) 逃亡或有逃亡之虞者。逃亡卽離去向來之住居所。而避往他處之謂。如實際尙未逃亡。而潛踪匿跡。不肯露面。或常移其住居。變其姓名。卽可謂有逃亡之虞。被告有此情形。得逕行拘提。

(三) 有湮滅、偽造、變造證據。或勾串共犯或證人之虞者。湮滅、偽造、變造證據。自係該證據必不利於被告。勾串共犯或證人。亦不外使爲虛偽之陳述。以排除其不利。被告雖實際尙無湮滅、偽造、變造或勾串之行爲。而外觀足認爲有此種行爲之虞。

即得逕行拘提。此蓋爲保全證據而設也。

因以上三款情形。逕行拘提。被告所犯罪刑之輕重。亦不必問。

(四)所犯爲死刑、無期徒刑。或最輕本刑爲五年以上、有期徒刑之罪者。被告犯罪。既非輕微。而嫌疑又屬重大。雖無前一二三款情形。亦得逕行拘提。

第二 拘提之機關。拘提之機關。與傳喚之機關同。即拘提被告之權。偵查中屬於檢察官。審判中屬於審判長。如審判長指定受命推事時。該受命推事。亦有此權。拘提被告。所發拘票。準用傳喚被告所發傳票之規定。偵查中由檢察官簽名。審判中由審判長或受命推事簽名。(七七條
三項)

應拘提之被告。不在管轄區域內。而知其所在者。審判長、或檢察官。得囑託被告所在地之檢察官拘提之。如被告不在該地者。該檢察官得轉囑託其所在地之檢察官。蓋訴訟共助規定於法院組織法八十四條八十五條。被告所在地之檢察官。無論受管轄法院、審判長、或檢察官之囑託。均應盡協助之義務。代行拘提。不得無故拒絕。至被告不在受託檢察官

管轄區域內。該檢察官得逕由自己轉爲囑託者。因欲節省勞力時間。并免訴訟延滯也。該檢察官。轉爲囑託。應通知其事由於囑託之審判長、或檢察官。自不待言。故受託檢察官。亦有拘提被告之權。即得爲拘提之機關。其囑託之方式。別無明文規定。惟須開具拘票。所應記載之事項。俾受託檢察官。便於拘提而已。(八二條參照民事訴訟法二九二條二項)

第三 拘提之方式。 拘提被告。應用拘票。并應於拘票內。記載左列事項。(七七條一項二項三項)

(1) 被告之姓名、性別、及住居所。但姓名不明。或因其他情形。有必要時。應記載其足資辨別之特徵。住居所不明。毋庸記載。此蓋準用七十一條三項。關於傳票記載事項內第一款之特別規定也。

(2) 案由。 於傳票記載事項內第二款已說明。

(3) 拘提之理由。 拘提有強制性質。於被告之自由。關係甚大。故須將理由記載拘票內。使被告得自知其因何被拘。理由即指前述拘提之條件而言。此款雖欠缺記載。但拘票之效力。不受其影響。

(4) 應解送之處所。拘提被告。在強制其到場就訊。故須將解送處所。記載拘票內。俾執行拘提人。遵照解送。免滋錯誤。如欠缺記載。拘票應屬無效。傳票記載事項。於應到之處所外。尚有日時。而拘票無之。又有被告經合法傳喚。無正當理由不到場者。得命拘提一款。而拘票亦無之。此皆因傳票與拘票之性質相異使然也。

拘票應由命拘提之檢察官、或審判長、受命推事簽名。如係書記官製作者。書記官亦應簽名。

第四 拘提之執行。執行拘提之方法如左。

(1) 拘提由司法警察、或司法警察官執行。拘提有強制性質。應由司法警察、或司法警察官執行。不能如傳喚。祇將傳票依送達方法爲之也。(七八條二項)

(2) 拘票得作數通。分交數人。各別執行。被告有時所在無定。如僅由一人執行拘提。往往難達目的。故得將拘票製作數通。分交數人。各別執行。以資周密。(七八條二項)

(3) 執行拘提。應以拘票示被告。以拘票示被告者。原使知曉被拘之事由。不致因疑誤

而抗拒。被告雖無此請求。亦應提示之。(七九條)

(4) 執行人應將執行之處所及年月日時。記載拘票並簽名。提出於命拘提之公務員。此爲供命拘提之公務員有所查考而設。如不能執行者。尤須將其事由記明。俾便另施強制處分。(八〇條)

(5) 司法警察、或司法警察官。於必要時。得於管轄區域外。執行拘提。或請求該地之司法警察官執行。司法警察、或司法警察官。執行拘提。本應以管轄區域內爲限。然於必要時。亦得在管轄區域外執行。或請求該地之司法警察官執行。由其酌量情形爲之。所謂必要。如被告逃亡至他管轄區域內。非許變通。卽不足以應急需也。(八一條)

(6) 拘提現服勤務之軍人、軍屬。應以拘票知照該管長官。協助執行。軍人軍屬。所犯非軍法。仍受普通刑事訴訟法之支配。故檢察官、或審判長、受命推事。認爲應行拘提者。得命拘提之。惟該軍人軍屬。現尙服勤務。如執行拘提人。不以拘票知照該管長官。協助執行。難免恃衆抗拒。滋生事端。既壞軍隊之紀律。復損司法之威信。兩有不利

也。(八三)
條)

(7) 執行拘提。應注意被告之身體及名譽。拘提為暫時拘束被告之自由。強制到場。以便訊問。如超過範圍。因以害及被告之身體或名譽。則為違法。故執行人應行注意。

(八九)
條)

(8) 被告抗拒拘提、或脫逃者。得用強制力拘提之。但不得逾必要之程度。被告抗拒拘提。或已被拘提。而又脫逃者。為達拘提之目的。自得施用強制力。以行拘提。但仍限以必要之程度。保護被告之利益。故執行人。應與前款為同一注意。(九〇)
條)

第五 拘提之效果。

(1) 命拘提之公務員所發拘票。原已指定解送處所。故執行拘提人。應將拘提之被告。迅速遵照解送。如三日內不能達到指定之處所者。應依被告之聲請。先行解送較近之法院訊問。恐拘提錯誤。累及無辜也。(九一)
條)

(2) 拘提被告之目的。原在訊問。故被告因拘提到場。應即時訊問。至遲不得逾二十四小

時。蓋拘提本爲暫時拘束被告之自由。其效力不能延長存續於到場之二十四小時以外。恐涉於濫也。且被告甫經強制到場。尙無他人串唆。苟卽時訊問。易得案情之真相。於偵查或審判。亦有補益。如訊問結果。認爲無應羈押之情形。則應予釋放。俾得回復自由。(九三條)

第二節 被告之通緝

第一 通緝之意義及要件。通緝者因被告逃亡、或藏匿。不拘於區域。緝捕被告之方法也。無論偵查或審判。欲使被告到場就訊。原則應傳喚。而傳喚不到。或被告犯罪嫌疑重大。且有刑事訴訟法七十六條所列各款情形之一。乃有拘提之規定。至被告竟已逃亡或藏匿。如僅囑託特定機關。協助拘提。則因無一定處所。可以執行。被告終不能弋獲。故又有通緝之規定。(八四條)

通緝以被告之逃亡或藏匿爲要件。則命通緝時。必有被告逃亡或藏匿之事實存在。自不待

言。惟刑事訴訟法七十六條所謂得逕行拘提者。其第二款。亦以被告之逃亡爲要件。同爲逃亡。何以有逕行拘提與通緝之分。且七十六條。尙有被告犯罪嫌疑重大一語。是被告犯罪嫌疑重大而逃亡者。祇須拘提。其犯罪嫌疑不問是否重大而逃亡者。又可通緝。立法意旨。殊難索解。

第二 通緝之機關。通緝較傳喚與拘提爲嚴重。故通緝書。在偵查中。由檢察長或首席檢察官。審判中。由法院院長簽名。是得命通緝之機關。依法應以檢察長、首席檢察官或法院院長爲限。與傳喚之傳票。拘提之拘票。得由檢察官、或審判長、受命推事簽名者不同。蓋通緝係不拘於區域。緝捕被告。不能不慎重也。(八五條三項)

第三 通緝之方式。通緝應用通緝書。通知附近或各處檢察官或司法警察官署。一體協緝被告。遇有必要時。并得登載報紙。或以其他方法布告之。所謂以其他方法布告者。如在公共場所。或車站輪埠。張貼布告之類是也。至通緝書應行記載事項如左。(八五條一項二項八六條)

(1) 被告之姓名、性別。及其他足資辨別之特徵。

(2) 案由。

(3) 通緝之理由。

(4) 犯罪之日時處所。但日時處所不明者。毋庸記載。

(5) 應解送之處所。

第四 通緝之效果。通緝經通知或布告後。凡係檢察官、司法警察官。對於被告。得拘提或逕行逮捕。拘提應適用刑事訴訟法七十八條一項二項、七十九條、八十條、八十一條、八十二條、八十三條、八十九條、九十條之規定。逕行逮捕。不須合於刑事訴訟法八十八條二項三項所列之要件。至被告已被拘提或逮捕時。應適用刑事訴訟法九十一條、九十三條之規定。

第四節 被告之逮捕

第一 逮捕之意義。逮捕與拘提。同為對人之強制處分。惟拘提應由司法警察或司法警察

官執行。逮捕則不問何人。均得爲之。蓋強制處分中之尤須急速者也。除被通緝人之逮捕。前已述明。及受刑人之逮捕。俟後再述外。本節所述者。惟現行犯及準現行犯之逮捕而已。(一八八條)

第二 逮捕之要件。依刑事訴訟法八十八條一項。現行犯。不問何人。得逕行逮捕。是以現行犯爲要件。同條二項。規定現行犯之意義。三項規定準現行犯之意義。茲分述如左。

(1) 現行犯。犯罪在實施中。或實施後。即時發覺者。爲現行犯。發覺於犯罪實施之中。其爲現行犯。固無疑義。即發覺於犯罪實施後之即時。因行爲雖已終了。而犯跡尙屬顯著。亦可謂爲現行犯。故現行犯與非現行犯之區別。應以發覺之狀態爲標準。

犯罪實施中之發覺。其犯罪事實。與犯罪人。係同時發覺。犯罪實施後即時之發覺。亦往往於犯罪事實外。即易發覺犯罪人。均有急速逮捕之必要。故發覺人不問爲有偵查犯罪權限之人。抑爲私人也。

(2) 準現行犯。準現行犯之情形有二。

(一)被追呼爲犯罪人者。本款情形。嚴格言之。其要件有三。(子)須有逃走者。(丑)須有追躡者。(寅)須追躡者發聲呼逃走者爲犯罪人是也。惟追與呼。係屬兩事。追者非必即呼。或呼者非必即追。故應解爲追或呼。有一即可。但其被追呼之原因。必由於現在之犯罪。始不失爲準現行犯。

(二)因持有凶器、贓物或其他物件。或於身體衣服等處。露有犯罪痕跡。顯可疑爲犯罪人者。本款所謂凶器、贓物。身體衣服。不過示例之規定。並非以此爲限。其他物件。卽雖非凶器、贓物。而露有犯罪痕跡之物。持有凡在犯罪人實力支配內者皆是。至身體衣服之露有犯罪痕跡。如傷痕或血跡是。舊刑事訴訟法四十九條。就此情形。限於犯罪發覺後最近期間內。卽離發覺不遠之意。旣嫌拘泥。復難認定。新刑事訴訟法刪去之。

具有上述二種情形者。以現行犯論。亦不問何人。得逕行逮捕之。

刑事訴訟法。許私人逕行逮捕現行犯。應認爲私人之權利。與有偵查犯罪權限者之義務

不同。故私人雖發覺現行犯。而不逮捕。自無何種責任。然私人既依刑事訴訟法。有逕行逮捕現行犯之權。則被逮捕者。即不得謂非依法逮捕人。如逮捕之私人。於現行犯就捕後。又爲縱放或便利其脫逃之行爲。似當依刑法一百六十二條論罪。

告訴乃論罪。以告訴爲訴訟條件。故此種現行犯。除由有告訴權者逮捕到案。告訴或自訴外。檢察官既不應有何處分。法院亦不能受理。本無強制到場之必要。當然不適用不問何人逕行逮捕之規定。

第三 逮捕之方式。現行犯既不問何人。得逕行逮捕。且又未規定須用捕票。自無特別方式可言。

第四 逮捕之效果。逮捕之效果。除刑事訴訟法於八十九條、九十條、九十一條、九十三條。與拘提並列規定者。已詳本章第二節外，其特別規定者。即無偵查犯罪權限之人。逮捕現行犯。應送交檢察官、司法警察官或司法警察。司法警察官、司法警察。逮捕或接受現行犯。應解送檢察官。此爲急速處分。送交與解送。均不應遲延。舊刑事訴訟法五十七

條規定。逮捕之現行犯。應解送較近之檢察官訊問。蓋以逮捕現行犯之情形。本非如拘提。發有拘票。載明應行解送之處所。且普通人於犯罪事件。應由何法院管轄。未必盡知悉也。(九二條一)
項二項)

無偵查犯罪權限之人。送交被逮捕者。是否確為現行犯。有無挾嫌誣陷情弊。以及該逮捕人。日後能否傳喚到場作證。均與該事件有重大關係。故對於該逮捕人。應詢其姓名、住居所及逮捕之事由。(九三條
二項)

第七章 被告之訊問

訊問被告者。即使陳述其事實之謂也。刑事訴訟法。於訊問被告之機關。雖未特設明文規定。然偵查中由檢察官行之。審判中由審判長或受命推事行之。自毋待言。其參與合議審判之陪席推事。亦得訊問。但須告知審判長耳。(二七
七條)

第一 訊問之目的。被告對於訊問。無陳述犯罪事實之義務。公務員亦無強制為一定陳述

之權限。其陳述涉於虛偽者。并無何等制裁。與證人之受訊問不同。然則訊問被告之目的。果安在乎。茲舉各種學說如左。

(1) 自白犯罪說。此以使被告自白犯罪之事實為目的。然實際上公務員所訊問者。往往為被告所不承認。且訊問目的。如在使被告自白。則公務員非強制被告自白不可。與刑事訴訟法。認被告為訴訟主體。授與以防禦權之主旨亦相反。

(2) 發見事實真相說。此以發見事實真相為目的。深知犯罪事實之真相者。莫如被告。其陳述固足為自由心證之資料。然刑事訴訟。求事實真相之發見。仍須憑一切證據。究非僅限於被告之陳述也。

(3) 付與陳述有利事實之機會說。此以付與被告以機會。使陳述有利事實為目的。然被告之受訊問。亦有不辨解。而自白犯罪事實者。則未可謂訊問之目的。僅在付與陳述有利事實之機會也。

(4) 折衷說。此折衷於(2)(3)兩說。而定訊問之目的。近世學者多採之。蓋被告一方

爲訴訟主體。對攻擊者居於防禦之地位。自宜付與機會。使其陳述有利事實。他方又爲關於人之證據方法。則訊問被告。與訊問證人。同係調查證據之程序。使其陳述事實。俾得發見真相。亦屬當然。

第二 訊問之程序。檢察官於偵查。審判長或受命推事於審判。訊問被告。刑事訴訟法。各有特別規定。俟後詳述。茲就規定一般適用之程序。分述如左。

(1) 訊問被告。應先詢其姓名、年齡、籍貫、職業、住居所。以查驗其人有無錯誤。如係錯誤。應即釋放。此爲在訊問本案前應先訊問之事項。蓋對於真正被告。始有訊問本案之必要。如非真正被告。則本案訊問之進行。乃屬徒勞。故應先就姓名、年齡、籍貫、職業、住居所。詳細訊問。以查驗其人有無錯誤。惟所謂釋放者。係對於自由被拘束者之解放。然被告因傳喚到場。其自由并未被拘束。且刑事訴訟法九十三條。明定爲被告因拘提或逮捕到場者。除認其有羈押之情形外。於訊問畢後。應即釋放。而九十四條。概謂被告如係錯誤。應即釋放。是將因傳喚到場之被告。亦列在內矣。措詞殊欠允當。

(九四)
條

(2) 訊問被告。應告以犯罪之嫌疑。及所犯罪名。罪名經告知後。認爲應變更者。應再告知。犯罪嫌疑。指足疑爲犯罪之事實言。所犯罪名。指足成刑法規定之犯罪言。訊問被告。應即告知。且罪名經告知後。認爲應變更。應再告知者。無非使被告得爲辨明之準備耳。(九五條一項二項)

(3) 訊問被告。應與以辨明犯罪嫌疑之機會。如有辨明。應命就其始末連續陳述。其陳述有利之事實者。應命其指出證明之方法。訊問被告。在使就犯罪嫌疑。得以辨明。非如糾問時代。專求被告自白犯罪之事實也。故應與被告以機會。辨明犯罪嫌疑。如有辨明。應命就其始末。連續陳述。不宜縷舉各點。出以一問一答之形式。尤不宜引逗或任意追詰。致令聽聆消惑。不知置答。其陳述有利之事實者。應命其指出證明之方法。此卽刑事訴訟法第二條。所謂注意被告有利情形之實行也。(九六條)

(4) 被告有數人時。應分別訊問之。其未經訊問者。不得在場。但因發見真實之必要。得

命其對質。被告有數人時。如非分別訊問。或許未經訊問者。亦得在場。則彼此會意。附和雷同。或互顧情面。不能自由陳述。即無以達訊問之目的矣。至所謂因發見真實之必要。得命其對質者。如數被告。陳述齟齬。例外自可使各該被告在場。交替訊問。俾知某人陳述爲真實也。(九七)條

(5) 訊問被告。應出以懇切之態度。不得用強暴脅迫。利誘詐欺。及其他不正之方法。

被告雖爲關於人之證據方法。而刑事訴訟法。既認爲訴訟主體。務使得充分行使其防禦權。故公務員訊問時。應出以懇切之態度。庶被告從容陳述。詞能盡情。至強暴脅迫。利誘詐欺。及其他不正之方法。糾問時代。固視爲需要。在現今則非法之所許也。(九八)條

(一) 強暴脅迫。被告到場。即受訊問。恐怖心生。張皇失措。如以刑具置諸被告之前。非承認犯罪事實。遂將動用。所謂脅迫是。於此情形。被告惟有信口陳述。順承公務員發問之意旨。以圖暫脫痛苦。而去事實之真相遠矣。故禁止之。

(二)利誘詐欺。被告有法律知識者少。如公務員訊問而出以利誘詐欺。往往墮其術中。不思辨明犯罪之嫌疑矣。如本係有罪。謂自白即可免刑。或本係重罪。謂自白即可減輕。在昔自命爲斷獄之老吏。每恃此技倆。求取被告之陳述。現今亦禁止之。惟舉共同被告所自白之事實。開示他被告。而促其反省者。則與詐欺不同。(日本大審院大正五年判例)

(三)其他不正之方法。此即指上述以外之不正方法而言。包含甚廣。例如施行催眠術。訊問被告。固可謂爲顯然之不正。即如笑謔怒罵。使被告無地自容。亦不正之一例也。宜禁止之。

凡用上述強暴脅迫。利誘詐欺。及其他不正之方法。訊問被告。其程序爲違法。被告雖因此承認犯罪事實。亦不得以爲判決之基礎。

(6)被告爲聾或啞者。得用通譯。并得以文字訊問。或命以文字陳述。訊問聾或啞之被告。自得用通譯。傳達語言意思。以祛隔閡。其能解識文字者。并得以文字訊問。或命以文字陳述。則保護其利益。尤爲周至。此係採用言詞審理主義之例外。舊刑事訴訟法

。無此規定。新法增訂之。(九九條)

第三 訊問筆錄。訊問筆錄之制作。第三章已述明。刑事訴訟法。因被告對於犯罪之自白。及其他不利之陳述。并其所陳述有利之事實。與指出證明之方法。於被告之防禦權。及法院之自由心證。至有重大關係。故於訊問被告章中。特別規定爲應記載明確。以促制作訊問筆錄者之深切注意。惟訊問筆錄。爲認證訊問程序是否合法之文書。凡行訊問時。所經過之事實。均應明確記載。不可因有此特別規定。而於其他事實。稍涉疏忽也。(一〇條)

第八章 被告之羈押

第一節 羈押

第一 羈押之意義。羈押者。以完成訴訟。保全執行爲目的。而拘束被告之自由之強制處分也。被告之自由。因羈押而被拘束。與因拘提而被拘束。爲時有久暫之分。蓋羈押期間

。於偵查中定爲二月。審判中定爲三月。且尙可以裁定延長之。而拘提之效力。則僅能存續於被告到場之二十四小時以內也。

第二 羈押之機關。 羈押被告之權。偵查中屬於檢察官。審判中屬於審判長或受命推事。觀於刑事訴訟法一百零二條三項。所謂押票準用七十一條四項之規定。卽可知已。

舊刑事訴訟法六十七條二項但書。規定檢察官於發押票後。應陳明羈押理由於首席檢察官。此因羈押爲最重大之強制處分。故特定檢察官。應陳明理由。俾首席檢察官注意。得爲適宜之指揮監督。實則陳明理由。既係在發押票後無須復經首席檢察官之准許。是羈押被告之權。固仍屬於偵查案件之檢察官也。故新刑事訴訟法刪去之。

最高法院之審判長或受命推事及其檢察署之檢察官。無命令羈押之權。蓋最高法院係第三審法院。審查僅以法律爲限。判決復不經言詞辯論。卽對於不服高等法院第一審判決之上訴。其審判亦適用第三審程序也。至司法警察官。絕對不能認爲羈押之機關。於協助偵查犯罪時。尤宜禁止其濫用職權。以尊重人身之自由。

刑事案件。一經起訴。在審判確定前。羈押保釋人。應悉由審判衙門核辦。(前北京大理院統字一七一號解釋)

(釋)又檢察官對於已起訴之被告。施行羈押。除因另案依其職權。或受命令委託外。僅得

向案件繫屬之審判衙門請求。(前北京大理院統字一七一三號解釋)刑事訴訟法於發押票之權。既有一百零二條

三項之規定。法院與檢察官。自不致有權限爭議發生。

第三 羈押之要件。 羈押為最重大之強制處分。必被告具有應行羈押之要件。始得羈押之

。所謂要件者。即刑事訴訟法七十六條所定被告犯罪嫌疑重大。而有左列情形之一者是也

。其情形(1)無一定之住居所者。(2)逃亡或有逃亡之虞者。(3)有湮滅偽造變造證據。

或勾串共犯或證人之虞者。(4)所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為五年以上有期徒刑之

罪者。但被告雖具有上述之要件。如非必要。仍不得施行羈押。至如何為必要。係抽象之

規定。應由有命令羈押權之公務員。訊問被告後。慎重認定之。故訊問亦羈押之前提要件

也。(一〇條)

第四 羈押之方式。 羈押被告。應用押票。并應於押票內記載左列事項。(一〇二條)

(1) 被告之姓名、性別、住居所。

(2) 案由。

(3) 羈押之理由。

(4) 應羈押之處所。

右列事項。毋庸詳述，又刑事訴訟法一百零二條三項云。第七十一條第三項及第四項之規定。於押票準用之。準用七十一條三項者。即於必要時。應記載被告之特徵。其住居所不明。可從省略。準用七十一條四項者。即押票於偵查中由檢察官。審判中由審判長或受命推事簽名是也。

第五 羈押之執行。執行羈押。由司法警察。將被告解送指定之看守所爲之。該所長官。驗收後。應於押票附記解到之年月日時。并簽名。以明責任。司法警察執行羈押。所應注意者。(1) 應以押票示被告。(2) 於必要時。得於管轄區域外執行。(3) 應注意被告之身體及名譽。(4) 被告抗拒或脫逃。得用強制力。但不得逾必要之程度。又被告及得爲其輔

佐之人。得以言詞請求執行羈押之公務員。或其所屬之官署。付與押票之繕本。此等人對於羈押處分。有聲請撤銷或變更。提起抗告。或聲請停止羈押之權。應使知悉押票之內容。故於其請求付與繕本時。應立時付與。不得拒絕。(一〇三條一項二項
一〇四條一項二項)

第六 羈押之效果。

(1) 被告雖受羈押。尙未可斷定爲犯罪之人。故應僅於維持羈押之目的。及押所之秩序所必要之範圍內。以管束之。蓋羈押之目的。僅在完成訴訟。保全執行。被告苟無逃亡。或湮滅偽造變造證據。或勾串共犯或證人之虞。而其行動又不妨害押所之秩序。自不必於此範圍外。爲更嚴重之管束。致鄰苛酷也。(一〇五條一項)

(2) 被告自備飲食。及日用必需物品。并與外人接見通信。受授書籍。及其他物件。均許其自由。惟毫無限制。誠恐乘人不備。秘密輸入違禁物品。或竟與外人圖謀不軌行動。則危險何堪設想。故刑事訴訟法規定。押所得監視或檢閱之。如認爲有足致其逃亡。或湮滅偽造變造證據。或勾串共犯或證人之虞者。并得禁止或扣押之。(一〇五條二項)

(3) 被告有暴行或逃亡自殺之虞。則情形急迫。自須立時制止。故押所長官。得命爲束縛身體之處分。但仍應從速陳報該管法院或檢察官核准。以防押所長官濫用職權。該管云者。因訴訟進行。前後繫屬之官署不同。有核准權者。非必卽爲原命羈押之公務員也。

(一〇五)
條三項

第七 押所之監督。押所需索凌虐。積弊甚深。在押被告。所受痛苦。常較已決犯爲尤烈。應由檢察官勤加視察。以期解除。刑事訴訟法特增訂之。(六條)

第二節 羈押之停止

停止羈押之方法。有保釋、責付、限制居住三種。茲分述如左。

第一款 保釋

第一 保釋之意義。保釋者。法院或檢察官。因被告及得爲其輔佐入之人，或辯護人之聲

請。許以一定之保證。暫行停止羈押之效力也。

第二 保釋之程序。

(1) 須有被告及得爲其輔佐人之人、或辯護人之聲請。被告爲訴訟主體。得自行聲請保釋。自不待言。其得爲被告輔佐人之人。即被告之法定代理人、配偶。直系或三親等內旁系血親或家長家屬等。均居保護被告利益之地位。亦得代爲聲請。他如辯護人。所以有此聲請保釋之代理權者。則基於委任關係也。(一)條

(2) 許可停止羈押之聲請與否。由法院或檢察官自由酌定。非謂聲請人提出一定之保證。即必將被告釋放也。但羈押之被告。有左列情形之一者。其聲請則不得駁回。(一)條(四)條

(一) 所犯最重本刑。爲六月以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪者。舊刑事訴訟法。於聲請停止羈押。不得駁回者。僅以最重本刑爲拘役或專科罰金之罪爲限。新刑事訴訟法特擴張之。

(二) 懷胎七月以上。或生產後。一月未滿者。此等婦女。雖諭知徒刑或拘役之判決確

定。亦須停止執行。其聲請停止羈押。自不得駁回。故新刑事訴訟法加入。

(三)現罹疾病。恐因羈押而不能治療者。此款亦爲新刑事訴訟法所加入。惟依據此款情形。聲請停止羈押者。非證明其病症。確係非在押所外治療。不能痊癒。不宜濫予許可。蓋恐勾串作僞也。或雖許可停止羈押。仍斟酌情形。限制其住居。亦爲杜弊之一法。

(3)法院或檢察官。駁回停止羈押之聲請。自仍將被告繼續羈押。如許可聲請。則依左列二種方法辦理。

(一)命提出保證書。其保證書中。應記載保證金額。及依法繳納之事由。且以該管區域內殷實之人。或商鋪所具者爲限。法院或檢察官。對於所具保證書。能否認爲適當。固宜加以調查。但完全依據法警或執達員之報告。則難免刁難雷索之弊。(條一項)

(二)指定相當之保證金額。命聲請人繳納。亦得許第三人繳納。繳納保證金。即免提出保證書。又無現金繳納者。并許以有價證券代之。以期具保之易於許可也。至保證金

額之多寡。由法院或檢察官。審酌案情及被告身分。自由指定。刑事訴訟法所設限制。惟被告犯專科罰金之罪。其保證金額。不得逾罰金之最多額而已。(一一一條一項二項三項一二條)右述二種方法。新舊刑事訴訟法。規定不同。舊法以繳納保證金為原則。提出保證書為例外。新法以提出保證書為原則。繳納保證金為例外。蓋被告多貧無資產。如強令繳納保證金。即不易貫徹許可停止羈押之旨趣。舊法於停止羈押後。認保證金額為不足。有得命增加之規定。新法亦刪去之。惟許可停止羈押之條件。在提出保證書。或繳納保證金。以確保被告隨傳隨到。不致影響於訴訟之完成。執行之保全。故保證書未提出。或保證金未繳納前。雖有停止羈押之許可。尚不能發生效力。必於接受保證書或保證金後。始可將被告釋放也。(一一一條三條)

第三 保釋之效果。保釋僅在暫行停止羈押之效力。非如撤銷羈押。其效力即完全消滅也。故對於保釋中之被告。常與在押被告。為同一之處置。例如許可保釋。在被告本可回復自由。然法院或檢察官。認該被告尚有逃亡之虞。於提出保證書或繳納保證金外。仍得限

制其住居。(二二)又如檢察官偵查某案件。結果認為應不起訴。然對於保釋之被告。仍須以命令撤銷羈押。其具保之責任。始能免除。此皆足以爲保釋僅在暫停羈押效力之證明也。茲將保釋之效果。分述如左。

(1) 法院、或檢察官。接受保證書、或保證金後。應將被告釋放。蓋提出保證書、或繳納保證金。原爲許可停止羈押之條件也。(二一)

(2) 被告經保釋後。法院、或檢察官。不得任意撤銷其停止羈押之處分。但該被告有左列情形之一者。得再命執行羈押。(七一)

(一) 經合法傳喚無正當之理由不到場者。傳喚既係合法。被告不到場。并無正當之理由。即可適用此款。非限於已逃亡或有逃亡之虞也。

(二) 受住居之限制而違背者。於保釋之被告。以此情形爲理由。命再執行羈押。必於許可保釋聲請時。曾命限制住居者。始得爲之。

(三) 新發生第七十六條所定之情形者。新發生者。指被告於保釋後。新有羈押之必要

。其情形如七十六條所定者而言。非謂發見新犯罪事實也。

(3) 保釋之被告逃匿者。應沒入所繳納之保證金。舊刑事訴訟法。於保證金之沒入。以被告經傳喚無正当理由不到者為原因。未免苛酷。故新刑事訴訟法改訂之。至提出保證書。經指定保證金額者。應命照指定額繳納。并沒入之。不繳納者。強制執行。不曰沒收而曰沒入。防與刑法上之從刑相混也。(一一條)

沒入保證金。原係一種制裁。自宜從嚴執行。故出具保證書之鋪保。因被告逃匿。將原店號改為另一店號。或另與他人股開其他商店者。仍得對於原店號之號東。為沒入保證金之處分。如將店閉歇者。并得對於該店東之家產。為沒入保證金之處分。(司法院院字六五八號解釋)

蓋期貫徹制裁之趣旨，而杜狡黠之徒。避免其保責任也。

(4) 免除其保之責任。或經退保者。應將保證書註銷。或將未沒入之保證金發還。茲分述如左。(一一九條二項)

(一) 撤銷羈押。或再執行羈押。或因裁判而致羈押之效力消滅者。免除其保之責任。

除撤銷羈押。俟後再述。再執行羈押。前已述明外。所謂因裁判而致羈押之效力消滅者。如被告受無罪免訴不受理免刑緩刑罰金或易以訓誡之判決皆是。(三〇八條前段)但檢察

官偵查終結。於被告爲不起訴之處分。亦應消滅羈押之效力。(二三八條前段)上述各情形。

或本應釋放、或毋庸再保。自可免除其保人具保之責任。(一一九條一項)

(二)具保證書、或繳納保證金之第三人。將被告預備逃匿情形。報告法院、檢察官、或司法警察官。而聲請退保者。得准許之。適用此款。必注意其報告在得防止被告

逃匿之際。否則不能准許退保。以防藉詞卸責。(一一九條二項)

註銷保證書。爲免除其保責任、或准許退保之表示。自屬當然。至其保時所繳納之保證金。因免除其保責任、或准許退保後。被告縱有逃匿情事。不得沒人。故亦應發還。

發還保證金。應注意者。保證金由第三人繳納。固應發還於第三人。如係被告本人所繳。即無由第三人領還之理。

第一款 責付

責付者。法院、或檢察官。將被告責付於得爲其輔佐人之人。或該管區域內其他適當之人。停止羈押之處分也。保釋必待聲請。而責付依職權爲之。保釋以提出保證書、或繳納保證金爲條件。而責付祇須受責付人出具證書。載明如經傳喚。應令被告隨時到場已足。其得再執行羈押。雖與保釋無異。然保釋後再執行羈押者。有時被沒入保證金。而責付後再執行羈押者。則無保證金之可沒入。是二者仍非盡同也。(一一五條二項)

責付須得受責付人之同意。法院、或檢察官。不得以職權強制之。且受責付人。雖出具證書。保證被告應傳到場。然被告如潛行逃逸。亦祇能責令追交。不得將其管收。(司法院院字八二一五號解釋)

但有藏匿被告。或使被告隱避情事。仍應受刑事之制裁。自不待言。至受責付人。免除責任。則準用一百十九條二項三項之規定。(一一九條四項)

聲請保釋。於責付并不相妨。故保釋雖應許可。而被告因不能提出保證書。或繳納保證金。

法院、或檢察官。得改以責付之處分。貫徹停止羈押之趣旨。

第三款 限制住居

停止羈押之方法。不僅保釋與責付而已。法院、或檢察官。尚得依職權以限制被告之住居爲停止羈押之條件。蓋被告既不能提出保證書。或繳納保證金。而又無人願意承受責付。爲貫徹停止羈押之趣旨起見。故另設此項處分。以救濟保釋與責付之窮。與前述許可保釋而限制住居之情形不同。所謂限制住居者。卽就被告現在之住所居所。限制其不准遷移。或另擇相當處所。限制被告住居是也。(六一條)

被告因住居限制而釋放。仍得再執行羈押。其聲請保釋者。於限制住居。亦不相妨。

第三節 羈押之撤銷

羈押之撤銷者。使羈押之效力。歸於消滅。而被告得完全回復自由之謂也。與停止羈押不同

。茲將撤銷羈押之原因。分述如左。

第一 羈押之原因已消滅時。羈押被告。既以具有法定之原因爲限。則於其原因消滅時。自應撤銷羈押。將被告釋放。惟所謂羈押之原因消滅。必係全行消滅。如前認爲有刑事訴訟法七十六條二款之原因。執行羈押者。以後雖無此情形。而另有同條三款之原因。則仍不能撤銷羈押也。(一〇七條)

第二 案經上訴。被告羈押期間。已逾原審判決之刑期時。依刑事訴訟法三百六十二條之規定。由被告上訴。或爲被告之利益而上訴者。第二審法院除變更所適用之法條外。不得諭知較重於原審判決之刑。故有上述之上訴時。如被告羈押期間。已逾原審判決之刑期。自應撤銷羈押。將被告釋放。免其因上訴轉受不利益也。但檢察官爲被告不利益而上訴者。不在此限。舊刑事訴訟法無此規定。新法增訂之。(一〇九條)

第三 羈押期間已滿。而未經起訴或裁判時。被告於判決確定前。如任其長期羈押。毫無限制。則所受自由拘束之痛苦。且過於徒刑犯。蓋徒刑犯尚有期滿釋放。或假釋之希望也。

。故刑事訴訟法規定。羈押期間。偵查中不得逾二月。審判中不得逾三月。俾實施刑事訴訟程序之公務員。就該管案件。迅速進行。以減少被告之痛苦。(一〇八條一項前段)

羈押期間。係斟酌審理刑事案件之普通情形而規定之者。如認為逾期後。有繼續羈押之必要。得於期間未滿前。由法院裁定延長之。在偵查中延長羈押期間。由檢察官聲請所屬法院裁定。所謂必要者。如案情複雜。犯數衆多。非詳細審理。不足以明真相是也。至每次延長之期間。仍不得逾二月。偵查中並以一次爲限。如所犯最重本刑爲三年以下有期徒刑以下之刑者。審判中亦以三次爲限。蓋無非督促該管公務員。注意於刑事訴訟程序之進行耳。又法院延長羈押期間之裁定。必於期間未滿前爲之。則期間已滿後。該管公務員。即不得聲請。而羈押之效力。因無法院延長之裁定。遂亦消滅矣。(一〇八條一項但書及二項)

關於延長羈押期間之起算。司法院有二解釋例。可資研究。(1)被告在羈押中。經裁定延長羈押期間。該被告提起抗告被駁回者。其因抗告所經過之羈押日數。應算入延長期間之內。(司法院院字三三八號解釋)(2)刑事案件。偵查終結。爲不起訴處分。因聲請再議。而發回續行偵

查。其羈押日數。應另行起算。(司法院院字九四二號解釋)(1)例以被告提起抗告。既無影響於訴訟之進行。則延長羈押之期間。無俟抗告發還。始得起算之理。(2)例以在聲請再議中。本無續行偵查之可能。且偵查中延長羈押期間。限以一次。非如審判中之延長。於期滿後。尚得另為延長之裁定也。

羈押期間。為對於羈押被告而設之規定。與刑事訴訟審限規則。規定結案之期限者。不可牽混。故(1)審限規則所定期限。有扣除或另行起算之原因。得扣除或另行起算。羈押逾期。有繼續羈押之必要。則須由法院以裁定延長其期間。(2)違背審限規則。不過為懲戒公務員之原因。於被告并無利益。若羈押期間已滿。而未經起訴或裁判。應視為撤銷羈押。即將被告釋放。否則被告亦得據以主張其應受釋放之權利也。(一〇八條三項)

依舊刑事訴訟法。被告雖無應羈押之情形。於必要時。得命具保或責付。新刑事訴訟法刪去之。并為減少羈押起見。規定為被告除因逃匿而拘提或逮捕到場者外。雖有應羈押之情形。亦得不命羈押。逕命具保或責付。(一〇條)

羈押被告。屬於檢察官、或審判長、受命推事之權限。而撤銷羈押、停止羈押、再執行羈押、沒入保證金、退保、及一百二十條之逕命具保或責付。偵查中仍由檢察官命令。審判中則應以法院之裁定行之。又案件在上訴期間內或上訴中。除繫屬於第三審法院者。由第二審法院裁定外。即以卷宗及證物所在之法院。爲裁定上述各項處分之法院。(一一二一條)

第九章 搜索及扣押

第一節 搜索

第一 搜索之意義 搜索者。檢察官、或審判長、受命推事。因發見被告或應扣押之物。對於身體物件住宅、或其他處所。所施之強制處分也。對於被告。認有必要時。得搜索之。所謂必要。如應扣押之物。非予搜索。卽無以達扣押之目的也。對於第三人。則以有相當理由。可信爲被告或應扣押之物存在時爲限。始得搜索之。所謂有相當理由可信者。應

就客觀定之。不能僅憑主觀之推測也。舊刑事訴訟法。無此區分。新法以第三人與被告宜異其待遇。故改訂之。(一二二條一項二項)

搜索處分。對於有治外法權者之身體、物件、住宅。不得爲之。此基於國際之禮讓而然。毋待明文規定。

刑事訴訟爲拘束被告之自由。有拘提羈押之處分。爲保全證物、或得沒收之物。有扣押處分。以被告、及證物、或得沒收之物。既經發見爲前提。而搜索處分。則爲求發見被告、及證物、或得沒收之物而設。故搜索可謂爲拘提羈押扣押之準備方法。

第二 搜索之限制。分左列各種述之。

(1) 人身之限制。搜索婦女之身體。因有節操及風俗關係。應命婦女行之。但不能由婦女行之者。仍得由男子行之。所謂不能由婦女行之者。指事實上之相對不能而言。例如搜索時。適無婦女在場。可使執行。若待遠道呼喚。則應扣押之物。又恐毀滅。卽不能拘男女有別之見而放任之也。(一二二條三條)

(2) 物件之限制。對於公署、或公務員所持有、或保管之文書。及其他物件。應扣押者。以請求交付爲原則。非至必要時。不得逕行搜索。蓋在保持公署或公務員之威信也。

(一六條)

(3) 處所之限制。軍事上應祕密之處所。以經該管長官之允許爲限。始得搜索。如該管長官。拒絕允許。則不得爲之。蓋軍事祕密。關係國防。未便因一刑事案件而漏洩也。

(一七條)

(4) 時間之限制。搜索有人住居、或看守之住宅、或其他處所。應於日間爲之。但經住居人、看守人、或可爲其代表之人承諾。或有急迫情形者。雖夜間亦得搜索之。蓋夜間搜索之限制。原在保住居之安甯。若既經住居人等。自行承諾。則無害安甯可知。急迫之情形。如刑事訴訟法一百三十一條所列各款。卽其例也。至日間已開始搜索者。不妨繼續至夜間。迄於搜索完竣而止。又於夜間搜索者。應記明其事由於筆錄。以防實施搜索人濫用職權。所謂夜間者。指日出前日沒後言也。(一四六條一項
二項三項四項)

搜索於左列處所。夜間亦得爲之。(一四)
(七條)

(一) 假釋人住居或使用者。假釋人雖已出獄。而住居行動。尙受管束。非完全回復自由。故其住居或使用之處所。得於夜間搜索之。

(二) 旅店、飲食店、或其他於夜間公衆可以出入之處所。仍在公開時間內者。此等處所。於夜間搜索。無害安甯。自得准許之。但仍以在公開時間內爲限。

(三) 常用爲賭博或妨害風化之行為者。此等不法行爲。多利用夜間密行。故得許其搜索。

第三 搜索之程序。關於搜索之程序。分述如左。

(一) 搜索應用搜索票。記載(子)應搜索之被告。或應扣押之物。(丑)應加搜索之處所、身體、或物件等事項。檢察官於偵查中。審判長、或受命推事。於審判中。發搜索票。並應簽名。以明職責。此原則也。但例外有爲事實上之便利。得不用搜索票者。(一、二、八條)

項三

(一、二、八條)
項二

(一)檢察官或推事。親自搜索時。得不用搜索票。搜索多由司法警察、或司法警察官執行。非用搜索票。易滋流弊。若檢察官或推事。均有簽發搜索票之權。且刑事案件。應否搜索。亦由檢察官或推事處分。故檢察官或推事。親自搜索。自無用搜索票之必要。(一二八條四項一二九條四)

(二)司法警察、或司法警察官。逮捕被告。或執行拘提羈押時。雖無搜索票。得逕行搜索其身體。本款係指被告已經逮捕、或被執行拘提羈押而言。所以許司法警察、或司法警察官。得逕行搜索其身體者。一在求發見應扣押之物。一在防其暗藏凶器。爲逮捕或拘提羈押之抵抗也。(一三〇條)

(三)司法警察、或司法警察官。於有左列情形之一者。雖無搜索票。得逕行搜索住宅、或其他處所。(一三一條)

(子)因逮捕被告、或執行拘提羈押者。

(丑)因追躡現行犯、或逮捕脫逃人者。

凡被逮捕拘提追躡或羈押者。有機可乘。立即逃亡。司法警察、或司法警察官。於其住宅、或其他處所。必待持有搜索票。始加搜索。則無以達逮捕拘提追躡或羈押之目的矣。故許逕行搜索之。

(寅)有事實足信爲有人在內犯罪。而情形急迫者。於此情形。如不從速搜索。則犯罪行爲。將更繼續、或臻擴大。而人犯逃亡。證據湮滅。亦屬必至之事。故許逕行搜索之。

(2)因搜索得開啓鎖局封緘或爲其他必要之處分。此因鎖局或封緘在內。非加開啓。則是否爲應扣押之物。無從知曉。其應扣押者。即無從發見。故於搜索時得開啓之。如已發見。認爲須鎖局或封緘者。亦得鎖局或封緘之。(一四四條)

(3)司法警察、或司法警察官。執行搜索。應以搜索票示第一百四十八條在場之人。提示搜索票。在使知搜索之內容。免貽口實。刑事訴訟法一百四十八條所載在場之人。即住居人、看守人、或可爲其代表之人、或鄰居人、或就近自治團體之職員等是。但檢

察官、或推事。親自搜索時。本得不用搜索票。則向在場之人。不妨以言詞告知之。

(一四)
五條

(4) 在有人住居或看守之住宅、或其他處所內。行搜索者。應命住居人、看守人、或可爲其代表之人在場。如無此等人在場時。得命鄰居之人。或就近自治團體之職員在場。

舊刑事訴訟法一百五十二條。於住宅或其他處所之搜索。所列應命在場之人。因檢察官、或推事行搜索。及非由檢察官、或推事行搜索。而異其規定。新法無此區分。應命住居人、看守人、或可爲其代表之人、或鄰居人、或就近自治團體之職員在場者。所以昭慎重也。(一四)
八條

(5) 在公署、軍營、軍艦、或軍事上秘密處所內。行搜索者。應通知該管長官。或可爲其代表之人在場。檢察官、或推事。有搜索之權。司法警察、或司法警察官。亦有執行搜索之權。然依刑事訴訟法一百二十六條。於認爲必要時。而搜索公署。或依一百二十七條。於得該管長官之允許。而搜索軍營、軍艦、或軍事上秘密處所。更須通知該管長

官、或可爲其代表之人在場者。蓋無非出於慎重之意。昔時法院。每與其他機關發生衝突。致礙訴訟程序之進行者。固不應專以蔑視司法獨立之責。加諸其他機關也。(一四條)

(6) 當事人、及辯護人。得於搜索時在場。當事人爲訴訟主體。辯護人有保護被告利益之義務。故得於搜索時在場。但被告受拘禁。或認其在場於搜索有妨害者。不在此限。

(一五〇條一項)

(7) 搜索時。如認有必要。得命被告在場。所以命被告在場者。使得當場陳明犯罪情形。或辯解犯罪嫌疑也。(一五〇條一項)

行搜索之公務員除有急迫情形外。應將行搜索之日時及處所。預行通知於前二項得在場之人。俾使屆期到場。(一五〇條三項)

(8) 搜索暫時中止者。於必要時。應將該處所閉鎖。并命人看守。暫時中止。卽搜索程序。尚須繼續實施之謂。如非將該處所閉鎖看守。則應扣押之物難免滅失。故於必要時。應閉鎖并命人看守之。(一五〇條)

(9) 搜索應保守秘密。并應注意受搜索人之名譽。受搜索人。雖無犯罪事實。然因受搜索處分。常致損害名譽。故行搜索之公務員。應保守秘密。於其名譽。并應注意。此為舊刑事訴訟法所未規定。新法增訂之。(四二)

(10) 經搜索而未發見應扣押之物者。應付與證明書於受搜索人。證明書、即證明搜索結果。并無應扣押之物。以免再被搜索。此亦為新刑事訴訟法所增訂者。(五二)

(11) 抗拒搜索者。得用強制力搜索之。但不得逾必要之程度。搜索為強制處分。如受搜索人。有抗拒情形。自得用強制力搜索之。但用強制力時。仍不得逾必要之程度。蓋以能達搜索之目的為已足也。(二二)

(12) 搜索中發見另案應扣押之物。得扣押之。分別送交該管法院或檢察官。公務員執行職務。而知有犯罪之嫌疑者。本負有告發之義務。故行搜索之公務員。於搜索中發見另案應扣押之物。得扣押之。分別送交該管法院、或檢察官處分。不能謂與本案無關。聽其湮滅也。又司法警察或司法警察官。發見本案應扣押之物。為搜索要所未記載者。亦

得扣押之。(一五二條)
(一三七條)

(13) 搜索得由審判長或檢察官。囑託應行搜索地之推事、或檢察官行之。若應在他地行搜索者。該推事、或檢察官。得轉囑託該地之推事、或檢察官。法院處理事務。檢察官執行職務。應互相協助。法院組織法有明文規定。(八十四條)
(八十五條) 搜索又為強制處分之應急速者。故新刑事訴訟法增訂囑託搜索之方法。以免訴訟程序進行之延滯。與前述拘提之囑託趣旨相同。(一五條)

第二節 扣押

第一 扣押之意義。扣押者。檢察官、或審判長、受命推事。因保全證物、或得沒收之物。自該物之所有人、持有人、或保管人。取得其占有之強制處分也。強制處分。有專對於人者。如拘提、逮捕、羈押是。有對於人兼對於物者。如搜索是。有專對於物者。如扣押是。至可扣押之物。範圍甚廣。凡足供證據之用。或得沒收者之一切有形物。皆得扣押。

其爲動產、或不動產。其持有。或所有者之屬於何人。皆所不問。惟與刑事案件無關。即無須由國家機關保全之物。則不得濫予扣押。以免侵害他人對於該物上之權利。(一三三) 條一項

扣押之原因有二(1)因其物足供證據之用。恐其滅失。即無可爲判斷基礎之材料也。(2)因其物得予沒收。如不設法保全。迨宣告沒收。必致無從執行也。但依刑法三十八條規定沒收之物。以(1)違禁物。(2)供犯罪所用或供犯罪預備之物。(3)因犯罪所得之物爲限。故沒收之物。無不與犯罪證據有關。自實質言。卽爲證物之一種。雖謂應扣押之物。專係證物。亦無不可。

扣押處分。僅將扣押物。暫由國家機關占有。而扣押物之所有權、及其他權利。不受扣押之影響。故仍得爲買賣行爲。及其他法律行爲之標的物。惟該物既由國家機關占有。則在扣押效力存續期間內。於契約之履行。不能不猶豫而已。

扣押雖屬強制處分。然扣押之方法。有不必用強制力者。如所有人、持有人、或保管人。依檢察官、或審判長、受命推事之命。提出或交付應扣押物。或任意提出或交付應扣押物

是。但無正當理由。拒絕提出或交付。或抗拒扣押者。則得用強制力扣押之。舊刑事訴訟法一百二十八條規定。於拒絕提出或交付。或抗拒扣押者。尚得科以一百元以下之罰鍰。其無力繳納罰鍰者。并得以二元易科拘留一日。新法以此項制裁過嚴。故刪去之。蓋祇須用強制力。使應扣押物。得由國家機關取得其占有。即足達扣押之目的也。(一三三條二項一四三條一三八條)

第二 扣押之限制。分左列各種述之。

(1) 公署、公務員、或曾為公務員之人。所持有、或保管之文書。及其他物件。此項文書及物件。既為公署、公務員、或曾為公務員之人、職務上應守祕密者。則關係國家之利益必鉅。故非經該管監督公署、或公務員允許。不得扣押。但該管監督公署、或公務員。除有妨害國家之利益者外。亦不得拒絕允許。(一三四條二項)

(2) 郵務、或電報機關。或執行郵電事務之人員。所持有或保管之郵件電報。此項郵件電報。以具有左列情形之一者為限。得扣押之。(一三五條一項)

(一) 有相當理由。可信其與本案有關係者。與本案有關係。即該郵件電報。足供本

案證據之用。或由該郵件電報。可以發見本案證物之謂。至有相當理由可信者。亦應就客觀定之。

(二)爲被告所發。或寄交被告者。既爲被告所發。或寄交被告之郵件電報。因搜集證據之便利。固得扣押。但仍宜以有必要情形爲限。

(三)被告與辯護人往來之郵件電報。非有左列情形之一。不得扣押。

(一)可認爲犯罪證據。

(二)有湮滅偽造變造證據。或勾串共犯或證人之虞。

(三)被告已逃亡。此在事實上已無從投遞。且扣押該被告與辯護人往來之郵件電報。亦易發見被告藏匿之所在。以供偵緝之用。

辯護人於其業務上所得知之事實。有爲被告守秘密之義務。被告對於檢察官、或法院、所不願陳述之事實。常有與辯護人以郵電往來相諮詢者。如不保持辯護人應守秘密之責任。使被告因此而不信任辯護人。則辯護制度。且將傾覆矣。故刑事訴訟法。有一百三

十五條一項二款但書之限制。

第三 扣押之程序。關於扣押之程序。分述如左。

(1) 扣押、除由檢察官或推事親自實施外。得命司法警察、或司法警察官執行。并應於交與之搜索票內。記載其事由。(一三六條一項二項)

(2) 扣押應制作收據。詳記扣押物之名目。付與所有人、持有人、或保管人。此不問所
有人、持有人、或保管人。有無請求。均應制作收據。當場付與。以資憑信。(一三九條前段)

(3) 扣押物應加封緘。或其他標識。由扣押之公署、或公務員蓋印。以免散失或錯誤。其
由所有人、持有人、或保管人。任意提出或交付之物。經留存者。亦同。(一三九條後段一四三條)

(4) 依刑事訴訟法一百三十五條一項。扣押郵務或電報機關。或執行郵電事務之人員。所
持有或保管之郵件電報後。應即通知郵件電報之發送人、或收受人。使知扣押之事實。
免受意外之損失。但於訴訟程序有妨害者。不在此限。例如因扣押郵電。已發見被告之
踪跡。應即着手拘提或逮捕。以防漏網。如又通知該郵電之發送人、或收受人。則被告

聞風。逃亡愈遠。藏匿愈密。轉不能貫徹保全程序之趣旨。故應否通知。應由行扣押之公務員。視其案情酌定之。(一三五條二項)

(5) 刑事訴訟法一百三十七條、及一百四十四條至一百五十三條。於行扣押時。均適用之。各該條係將搜索程序。與扣押程序並列。參照本章第一節第三之說明。

第四 扣押物之保管及發還。關於保管之方法。及發還之程序。分述如左。

(1) 扣押物應提存公署。并為適當之處置。以防其喪失或毀損。蓋扣押物係暫由國家機關占有。以發還為原則也。(一四〇條一項)

(2) 不便搬運或保管之扣押物。得命人看守。或命所有人或其他適當之人保管。既不便搬運或保管。自得斟酌情形。或置於原處。派人看守。或命所有人、或其他適當之人保管之。以資便利。至其物之性質。不能搬運。如以不動產為扣押物者。尤無提存公署直接保管之理。(一四〇條二項)

(3) 易生危險之扣押物。得毀棄之。扣押物原應妥為保管。惟既係易生危險。則權衡利

害關係。亦得毀棄之。免遭不虞。(一四〇條三項)

(4) 得沒收之扣押物。有喪失毀損之虞。或不便保管者。得拍賣之。保管其價金。原扣押物。既有喪失毀損之虞。或不便保管。則於拍賣後。保管所得價金。自屬適當之處置。惟扣押之證物。本留供證明之用。如命拍賣。卽失原義。故新刑事訴訟法明定限於得沒收之扣押物。始得拍賣。若舊法一百三十五條。統稱爲扣押之物件。殊嫌含混。至拍賣時。應依法定程序行之。當不待言。(一四一條)

(5) 扣押物無留存之必要者。不待案件終結。應發還之。扣押物之發還。通常應在案件終結以後。但事實上認爲無留存之必要。則不待案件終結。應先行發還。以保護權利人之利益。其發還以法院之裁定、或檢察官之命令行之。所謂無留存之必要。如扣押物無證據價值。或非可以沒收者是也。(一四二條前段)

(6) 扣押物雖非無留存之必要。亦得因所有人、持有人、或保管人之請求。於案件終結前。暫行發還。惟(1)須命請求者負保管之責。(2)扣押關係。并未消滅。仍得命其提出

或交付也。(一四二)
條二項

(7) 扣押之贓物。若無留存之必要。除有第三人主張權利外。應不待案件終結。以職權發還被害人。惟應受贓物發還之人。以被害人為限。第三人對該贓物。雖有權利關係。應解為祇可依民事訴訟程序主張其權利。然被害人對該贓物。亦不能因有發還處分。即取得私法上之權利。故該第三人於被害人領還贓物後。仍可依民事訴訟程序。為返還或損害賠償之請求。(一四二)
條後段

上述(1)至(7)各款。於所有人、持有人、或保管人、任意提出、或交付之物。經留存者準用之。(三四)
條

第十章 勘驗

第一 勘驗之意義。勘驗者。法院、或檢察官。因調查證據、及犯罪情形。以五官之作用。就物體之外形。所實施之處分也。茲就此意義。詳細述之如左。(一五)
條

(1) 勘驗因調查證據、及犯罪情形而實施。自其性質言之。乃調查證據之程序。非證據方法。蓋必勘驗之標的物。由勘驗所得結果。始可供證明之用也。如證人鑑定人之訊問。爲調查證據之程序。證人鑑定人。則爲證據方法。其理正與此同。

依勘驗以證明應證事實之自體者。爲直接勘驗。例如就屍體而爲檢驗或解剖。因以辨別其病死或非病死是也。依勘驗以證明他項事實。而推斷應證事實之真偽者。爲間接勘驗。例如就犯所而爲履勘。或就與案情有關係之物件而爲檢查。因以得知犯罪情形或犯罪人是也。

勘驗之行爲。雖有時須連同搜索或扣押實施之。然搜索爲實施前之準備處分。扣押爲實施後之保全處分。其性質仍各有不同。

(2) 勘驗可任依五官之某作用爲之。非必盡依視覺。例如嗅某物之氣味。聽某物之聲音。以及依觸覺、味覺。得認識物體之外形者。皆勘驗也。其標的物不問有體物、或無體物。動產、或不動產。且不以物爲限。卽人之身體、行爲、動作、并精神狀態。亦包括之。

(3) 勘驗係就物體外形所實施之處分。例如以文書爲證據方法。僅欲於其存在與否或狀態。得明確之認識者。爲勘驗。如須依心意界作用。明確認識文書記載之內容者。則爲書證。

第二 勘驗之處分。依刑事訴訟法一百五十五條。有左列各種處分。

(1) 履勘犯所、或其他與案情有關係之處所。犯所指實施犯罪行爲。或與實施犯罪行爲相密接之處所而言。其他與案情有關係之處所。雖在犯所以外。亦可因察看而發見證據。或認識犯罪之情形。履勘此等處所。爲勘驗之普通方法。履勘者。卽勘驗方法。須由檢察官或推事於法院外行之也。

(2) 檢查身體。被告犯罪。身體上常有犯跡存在。如衣服所濺之血痕。及因被害人抵抗所受之傷痕。皆可證明犯罪。至被害人之身體。尤宜檢查明白。以資判斷。例如傷害案件。其受傷之程度。是否已達於重傷。強姦墮胎案件。關於生理上所呈之異狀如何。均

不可稍涉含糊也。

(3) 檢驗屍體。例如殺人案件。自殺、他殺、故殺、過失殺。非經檢驗。無由辨別。此為勘驗程序中最宜注意之一方法。舊刑事訴訟律規定。司法警察官。得檢驗屍體。故兼理司法之縣長。每藉口於政務繁忙。委任警察人員。代行檢驗屍體。流弊甚多。該律早已廢止。自應不准沿用。

(4) 解剖屍體。屍體內部。如有暗傷。則非僅就外部檢驗所能知悉。故得解剖之。然此屬非常處分。不宜輕率實施。

(5) 檢查與案情有關係之物件。例如殺人案件。遺留之兇器。或殘餘之毒物。均可謂為與案情有關係者。故得檢查之。

(6) 其他必要之處分。勘驗之方法繁多。惟法條所能盡舉。故刑事訴訟法。除擇要例示外。更為本款之概括規定。

第三 勘驗之程序。關於勘驗之程序。分述如左。

(1) 勘驗得命證人、鑑定人到場。使證人當場陳述曾經見聞之事實。必較真實可信。使鑑定人參與勘驗。察看應為鑑定基礎之事實。并提供勘驗所需之智識。於法院或檢察官補助尤多。(一五) (六條)

(2) 檢查被告以外之人之身體。限於有相當理由。可認為於調查犯罪情形有必要者。始得為之。此與刑事訴訟法一百二十二條二項。行搜索時。於第三人與被告。宜異其待遇之規定。趣旨相同。所以保障第三人身體自由之權利也。(一五七) (條一項)

(3) 檢查婦女身體。應命醫師或婦女行之。非醫師不能鑑定者。則命醫師檢查。不必醫師亦可鑑定者。則命婦女檢查。此亦與刑事訴訟法一百二十三條規定。搜索婦女身體之限制。趣旨相同。蓋因有節操及風俗關係也。(一五七) (條二項)

(4) 檢驗、或解剖屍體。應先查明屍體有無錯誤。於檢驗、或解剖之前。必查明屍體。確係應施檢驗或解剖。并無錯誤者。始得檢驗或解剖之。至適用如何方法。可資查明。通常係命屍親。或其他關係人辨認。刑事訴訟法。并無規定。(一五八) (條一項)

(5) 檢驗屍體。命醫師或檢驗員行之。解剖屍體。命醫師行之。檢驗屍體。非有特別知識經驗者。不能確定致死之原因。故命醫師或檢驗員行之。解剖屍體。則尤為重要。僅有醫師。具此特別技能。檢驗員亦難勝任。故命醫師行之。皆所以昭慎重也。(一五八條二項三項)

(6) 因檢驗、或解剖屍體。得將該屍體或其一部。暫行留存。并得開棺及發掘墳墓。屍體墳墓。為我國人所重視。法律亦予以保護。故留存屍體或其一部。及開棺發掘墳墓。均屬非常處分。非因檢驗或解剖屍體之必要。不得為之。(一五九條一項)

(7) 檢驗、或解剖屍體。及開棺發掘墳墓。應通知死者之配偶、或其他同居、或較近之親屬。許其在場。此亦為順合人情避免爭議而設之規定。惟既許死者之配偶人等在場。即應視在場為其權利。故於檢驗解剖及開棺發掘墳墓之前。應通知之。且非有必要情形。亦不得禁止之。(一五九條二項)

(8) 遇有非病死、或可疑為非病死者。該管檢察官。應速相驗。如發現有犯罪嫌疑。應繼續為必要之勘驗。人命案件。最重初驗。故檢察官遇有非病死、或可疑為非病死者。

應從速相驗。俾死者是否因病死亡。可以斷定。免滋日後糾紛。如發現犯罪嫌疑須另爲必要之勘驗。則尤應繼續實施。不得任意忽略。(一六條)

(9) 刑事訴訟法一百二十七條、一百四十六條至一百五十一條、一百五十三條之規定。於勘驗準用之。各該條在前章搜索或扣押之程序內。已述明。可參照。(一六條)

(10) 勘驗筆錄如依刑事訴訟法四十二條三項附有圖畫。則圖畫內所記載之事項。其效力與記載於筆錄者相同。

第十一章 人證

刑事訴訟。採用實體的真實發見主義。除程序法上之事項。得僅用釋明方法外。而實體法上之事項。關係於刑罰權之存在及範圍。必有真實之證據。以證明之。使法院或檢察官發生確信之心而後可。

證據有物證人證二種。物證又稱物之證據方法。如勘驗之標的。書證之文書是。人證又稱人

之證據方法。如被告、證人、鑑定人是。本章專就證人述之。

第一 證人之意義。證人者。被檢察官、或審判長、受命推事之指定。而就其所經驗之事實。應為陳述之第三人也。茲依此定義。分述如左。

(一) 證人者。第三人也。 第三人、指參與該案件之法院、與檢察處職員。及當事人、訴訟關係人以外之人而言。故(子)推事、檢察官、書記官、通譯、執達員、不得為證人。其曾於該案件為證人者。即應自行迴避。不得執行職務。(丑)被告為關於人之證據方法。訊問被告。雖與訊問證人。同係調查證據之程序。然不得即謂被告為證人。共同被告。於自己犯罪、及他被告犯罪之陳述。雖得採為證據。然以之視為證人而訊問。亦性質上所不相容者。但曾為共同被告。而現已脫離。或雖為共犯。而不在同一法院為被告。或雖在同一法院為被告。而並未合併審判。仍得為該案件之證人。至告訴人、告發人。於公訴程序中。得傳案作證。司法院已屢有解釋矣。(寅)辯護人、代理人。其地位亦與證人不同。非資格消滅後。不得兼為該案件之證人。

(2) 證人者。應陳述其所經驗之事實者也。證人應陳述者。僅為其所經驗之事實。毋庸發表判斷之意見。故與鑑定人不同。其經驗之事實。為直接、或間接。過去、或現在。以及是否由特別知識經驗而得。均非所問。

(3) 證人者。被檢察官、或審判長、受命推事之指定。而應為陳述者也。傳喚證人之權。偵查中屬於檢察官。審判中屬於審判長、或受命推事。被告依刑事訴訟法二條二項及二百五十四條。雖得請求傳喚有利於己之證人。但不可因此而謂被告負有舉證之責。蓋民事當事人。不能舉證者。常受不利益之裁判。而刑事被告。不能舉證者。在實施刑事訴訟程序之公務員。當依職權調查證據。發見真實。以為起訴或不起訴。判決有罪或無罪之根據也。

第二 證人之義務。凡住居民國領域內。而服從民國法權者。皆有為證人之義務。故刑事訴訟法。於證人之國籍、身分。並無限制。又因採用自由心證主義。於證人之性別、年齡、智識、精神狀態。亦非所問。至證人之義務。計有三種。即(1)到場之義務。(2)具結

之義務。(3)證言之義務是也。分述如左。

(1)到場之義務。到場之義務者。即證人應依檢察官、或審判長、受命推事之命。親往檢察處、法院、或其他指定處所。非至訊問完畢。或另有許可。不得擅離之謂也。但依刑事訴訟法一百六十四條之規定。如證人不能到場。或有其他必要情形。亦得免除其到場之義務。就其所在、或於其所在地法院訊問之。所謂不能到場。或其他必要情形。如證人疾病衰老。不能行動。或職務業務羈身。不能暫離。或因天災地變。交通斷絕等是。惟就其所在訊問者。係由訊問之檢察官、或審判長、受命推事。就該證人所在之處為訊問。於其所在地法院訊問者。則僅囑託證人所在地法院。仍由該法院。傳喚該證人到受訊也。

證人除上述免除到場義務之情形外。如經合法傳喚。無正當理由而不到場者。即屬違背義務。自應予以一定之制裁。其制裁計有二種。

(一)罰鍰。證人違背到場義務者。得科以五十元以下之罰鍰。再傳不到者亦同。此項

罰鍰。爲秩序罰。非刑事罰。刑法上累犯與數罪併罰等規定。自不適用。舊刑事訴訟法。於證人無力繳納罰鍰者。得以二元易科拘留一日。其因證人不到所需之費用。并得命賠償。新法悉刪去之。(一六五條一項)

(二)拘提。證人違背到場義務之制裁。除罰鍰外。并得拘提強制到場。以達訊問之目的。其執行拘提程序。準用刑事訴訟法七十七條至八十三條、及八十九條至九十一條之規定。蓋與拘提被告無異。(一六五條一項四項)

證人因審判中違背到場義務。應科罰鍰者。由法院裁定之。其在偵查中。檢察官無逕行處分之權。亦應聲請所屬法院裁定之。對於上述裁定。有不服者。自得提起抗告。至拘提證人。則檢察官之權。與審判長受命推事無異。(一六五條二項三項)

罰鍰與拘提之處分。雖得併行。但該管公務員。認爲祇須罰鍰而不必拘提。或逕予拘提而不必罰鍰。亦可自由裁量。擇一行之也。

(2)具結之義務。具結之義務者。卽證人應依法定程序。親具切結。以擔保其證言實無

匿飾增減情事之謂也。審判中以令證人具結爲原則。偵查中應否令其具結。由檢察官酌定。證人非必負有具結之義務。此與舊刑事訴訟法所定稍異。(一七三條三項)

歐洲諸國及日本。訊問證人。均命宣誓。我刑事訴訟法所定之具結。雖與宣誓不同。而其效力則相等。蓋對於負有具結義務之證人。訊問時未令具結。其證言不得據以爲判斷之基礎。卽有虛偽之陳述。亦不得依刑法僞證罪。科處刑罰。故具結在原則上爲訊問證人必要之程式也。

訊問應令具結之證人。於具結前，應告以其結之義務。及僞證之處罰。俾知儆惕。并由書記官。朗讀結文。必要時、應說明其意義。對於不令具結之證人，亦應告以當據實陳述。不得匿飾增減。(一七四條一項二項一七六條二項)

具結通常於訊問前爲之。結文內記載當據實陳述。決無匿飾增減等語。如證人應否具結。尚有疑義。於訊問後具結者。結文內卽記載係據實陳述。并無匿飾增減等語。均應命

證人簽名、畫押、蓋章、或按指印。以昭真實。(一七五條一七六條一項三項)

證人無正當理由，拒絕具結者。即屬違背義務。得科以五十元以下之罰鍰。以示制裁。此項處分。審判中由法院裁定之。偵查中由檢察官聲請所屬法院裁定之。不服裁定者。亦得提起抗告。(一八〇條
二項)

證人具結之義務。有左列情形之一者。應免除之。(一七
三條)

(一)未滿十六歲者。未滿十六歲人。在民法為限制行為能力人。雖因刑事訴訟法。無限制證人能力之規定。可以傳喚作證。然此等人智識尚未充分發達。如經具結後。發見其陳述為虛偽。而令負刑法一百六十八條之罪責。未免不當。故不得令其具結。

(二)因精神障礙。不解具結之意義及效果者。精神障礙人。在民法為無行為能力人。雖亦得使為證人。然既不解具結之意義及效果。自應免除其具結之義務。勿使陷於罪戾。惟精神狀況如何。祇以受訊問時為標準。非限於精神夙有障礙者。始能適用本款也。

(三)與本案有共犯、或有藏匿犯人、及湮滅證據、偽證、贓物、各罪之關係。或嫌疑者

。對於與本案有共犯之關係、或嫌疑者。使爲證人。情理上必無真實之陳述。故不得令其具結。如該共犯與被告。係同案被訴。由法院合併審判。則並證人亦不得爲之矣。至與本案有藏匿犯人、及湮滅證據、偽證、贓物各罪之關係、或嫌疑者。卽屬牽連案件。可視同共犯。於其爲證人時。亦應免除具結之義務。

(四)有一百六十七條一項、或一百六十八條情形。而不拒絕證言者。一百六十七條一項之情形。卽(子)現爲或曾爲被告或自訴人之配偶。五親等內之血親。三親等內之姻親。或家長家屬者。(丑)與被告或自訴人訂有婚約者。(寅)現爲或曾爲被告、或自訴人之法定代理人。或現由或曾由被告、或自訴人爲其法定代理人者。此等與被告或自訴人有特殊關係之人。本得拒絕證言。如不拒絕證言。雖可以爲證人而訊問之。究不得令其具結。蓋與被告有特殊關係者。必偏袒被告。與自訴人有特殊關係者。必偏袒自訴人。所陳述之證言。均難憑信也。至一百六十八條之情形。卽指證人。恐因陳述致自己或與其有上述關係之人。受刑事追訴或處罰者而言。此亦得拒絕證言。如不拒

絕證言。其證言必多匿飾增減。圖免罪責。強令具結。尤背人情。故應免除其具結之義務。

(五)爲被告或自訴人之受僱人或同居人者。受僱人應解爲受僱須有繼續之性質者。如一二日間之臨時僱人。不包含在內。同居人即指營其共同生活者而言。此等人之證言。偏袒一造。而與他造以不利。亦屬人情之常。故不得令其具結。

證人具結之義務。應否免除。訊問公務員。應依職權調查之。如對於不得令其具結之證人。而誤令具結。其證言仍完全有效。至證據力如何。則應依自由心證判斷。與應具結而未令具結者不同。

(3)證言之義務。證言之義務者。即證人對於訊問公務員訊問之事項。無論知與不知。應據實陳述之謂也。此項義務之內容及其範圍。應就訊問時情形決之。如證人無正當理由。而拒絕證言。與違背具結之義務者。應受同一之制裁。即得科以五十元以下之罰鍰是也。其制裁由法院裁定。及對於裁定。許提起抗告亦同。但有特別情形。證人得拒絕

證言。分述如左。(一八〇條一項)
(二項一六七條)

(一)現爲或曾爲被告、或自訴人之配偶。五親等內之血親。三親等內之姻親。或家長家屬者。

(二)與被告或自訴人訂有婚約者。

(三)現爲或曾爲被告、或自訴人之法定代理人。或現由或曾由被告、或自訴人爲其法定代理人者。

上述(一)(二)(三)各款情形。因各該人均與被告或自訴人有特殊關係。其陳述必非真實。且強令陳述。亦有背於親屬相爲容隱之義。故許其拒絕證言。但對於共同被告或自訴人中。一人或數人有特殊關係。而僅就關於他共同被告、或他共同自訴人之事項。爲證人者。仍不得拒絕證言。(一六七條三項)

(四)證人恐因陳述。致自己或與其有(一)(二)(三)各款關係之人。受刑事追訴或處罰者。本款所謂與其有(一)(二)(三)各款關係之人。係指其他之人。與證人有特殊關係

而言。非謂證人爲被告或自訴人之配偶或法定代理人也。庶與(一)(二)(三)各款。有所區別。免涉重複。本款之趣旨。因證人有據實陳述之義務。如陳述虛僞。則應負刑法僞證之罪責。如據實陳述。則自己或與自己有(一)(二)(三)各款關係之人。恐又因此致受刑事追訴或處罰。故許證人得拒絕證言。不爲陳述。蓋亦爲順合人情而設之規定也。(一六條)

(五)證人爲醫師、藥師、藥商、助產士、宗教師、律師、辯護人、公證人、會計師、或其業務上佐理人、或曾任此等職務之人。就其因業務所知悉有關他人祕密之事項受訊問者。除經本人允許者外。得拒絕證言。(一)(二)(三)(四)各款。得拒絕證言者。係因身分上之關係。本款得拒絕證言者。係因業務上之關係。蓋證人因業務所知悉有關他人祕密之事項。如強令陳述。無異強令違背祕密之義務。各該執行業務人等。業務之經營。既因違背祕密之義務。蒙其影響。而他人之祕密事項。亦因此洩漏。損害必及於名譽矣。故免除其證言之義務。但經本人允許者。則各該執行業務人等。無復

代守秘密之必要。仍不許藉詞拒絕證言。(一六九條)

因業務知悉他人秘密之事項。無故洩漏。即屬妨害秘密罪。刑法三百十六條。定有明文。假定證人因業務知悉他人秘密之事項。於受訊問時。捨棄拒絕證言之權利。而據實陳述。應否構成妨害秘密罪。竊以爲該罪構成之要件。在無故洩漏。若證人係遵訊問機關之傳喚而到場。雖未經本人允許。將其秘密事項。向訊問機關洩漏。既非無故可比。即不得認爲構成妨害秘密罪也。

證人有上述(一)(二)(三)(四)(五)各款情形。即得拒絕證言。但應將拒絕之原因。向傳喚機關釋明。至於何時釋明。及釋明用何程式。刑事訴訟法。并無規定。應解爲於訊問日期前、或訊問日期。以書狀、或言詞。均無不可。又釋明後。應生如何效果。刑事訴訟法。亦無規定。依民事訴訟法三百零九條二項。證人於訊問期日前拒絕證言者。毋庸於期日到場。同條三項。前項情形。法院書記官。應將拒絕證言之事由。通知當事人。自不妨參照辦理。(一七〇條)

知當事人。自不妨參照辦理。(一七〇條)

(項前段)

民事訴訟法規定。證人拒絕證言。無論基於何種原因。均得由法院酌量情形。令其具結。以代釋明。刑事訴訟法。許證人以具結代釋明者。祇以一百六十八條之情形爲限。蓋該條原因。係關於證人自己或與其有前述(一)(二)(三)各款關係之人之犯罪嫌疑事項。如強令釋明。無異使其承認自己。或傳述與其有前述(一)(二)(三)各款關係之人之犯罪。揆之許其拒絕證言之趣旨。不無抵觸也。(一七〇條一項但書)

拒絕證言。爲證人之權利。行使與否。應任證人之自由。故證人不拒絕證言者。其證言仍非無效。卽先拒絕而後復陳述者。亦與未拒絕者同。但拒絕應否許可或駁回。偵查中由檢察官命令之。審判中由審判長、或受命推事裁定之。其命具結以代釋明者。如爲不實之具結。并得科以罰鍰。(一七〇條一項一八〇條一項)

第三 證人之權利。人民雖皆有爲證人之義務。然因爲證人所支出之日費及旅費。究不得令其自行負擔。故與證人以請求法定日費及旅費之權利。請求數額。依現尙有效之修正訴訟費用規則十五條所規定。旅費一項。并得請求預行酌給。蓋恐證人無力墊付。致不能履

行證人之義務也。但應注意者。(1)證人如被拘提到場。或無正當理由。拒絕具結或證言。此項請求權。應即剝奪。(2)請求應於訊問完畢後十日內爲之。逾此期間。亦即喪失其請求權。(一八一條二項)

證人之義務。乃公法上之義務。其權利亦公法上之權利。義務之履行。係對於國家爲之。權利之主張。亦必對於國家爲之。依刑事訴訟法一百八十一條二項規定。證人之日費及旅費。應向法院請求。而法院支給後。不能向當事人徵收。應由國庫負擔。此與民事訴訟不同。蓋刑事訴訟法。無令當事人負擔訴訟費用之規定也。故法院按照法定數額支給。縱少於證人實際所支出之數。或證人因逾十日期間。致不得向法院請求者。均無求償於當事人之理。

第四 證人之傳喚。傳喚證人。應用傳票。并於傳票內記載左列各事項。(一六二條一項二項)

(1)證人之姓名、性別、及住居所。

(2)案由。此款記載。所以使證人得豫知因何事件。被傳作證也。

(3) 應到之日時處所。

(4) 無正當理由不到場者。得科罰鍰、及命拘提。此款記載，所以促證人之注意。免致違背義務也。舊刑事訴訟法。尚有令證人賠償費用。及罰鍰易科拘留之辦法。新法已刪。故記載如上。

(5) 證人得請求日費及旅費。證人常畏受累。不肯履行義務。故將其法定費用之請求權記載之。此爲新刑事訴訟法所增訂者。

上述傳票。偵查中由檢察官簽名。審判中由審判長、或受命推事簽名。傳喚證人。如無傳票。或欠缺傳票內應記載之事項。則證人雖不到場。不能加以罰鍰或拘提之制裁。

(一六二)
條三項

傳喚證人之傳票。至遲應於到場期日二十四小時前送達。俾證人得從事準備。但有急迫情形。不在此限。(一六二條三項)

傳喚在監獄或看守所之證人。應通知該監所長官。又公示送達之方法。於證人之傳喚。

不適用之。(一六三條)
(五九條)

對於到場之證人。曾經面告以下次應到之日時處所。即可不用傳票傳喚。此為繼續傳喚證人之簡易方法。與送達傳票。有同一之效力。但以告明如不到場。得命拘提。並已記明筆錄為要件。又證人經以書狀陳明屆期到證者。亦可省略傳喚之程序。蓋準用刑事訴訟法七十二條之規定也。(一六三條)

第五 證人之訊問。訊問證人。為必經之程序。如證人并未到庭。僅以書面陳述。或委託他人代表受訊。均非合法證言。不得作為判決之基礎。至其訊問程序。大致與訊問被告相同。茲分述如左。

(1) 證人傳喚到場。除有不得已之情形外。應按時訊問。免其虛耗時間。(一七七條)

(2) 證人有數人者。應分別訊問。其未經訊問者。不得在場。違背此項程序。訊問無效。

但因發見真實之必要。得命證人與他人或被告對質。(一七二條)
(一七三條)

(3) 訊問證人。應先調查其人有無錯誤。以到場者如非其所傳喚之人。自不必進行訊問也

。至證人與被告或自訴人。有無刑事訴訟法一百六十七條一項之關係。亦應調查。如有此關係者。并應告以得拒絕證言。聽其自決。以證人常不知行使拒絕證言之權利也。

(一七二條)
一項二項

(4) 訊問證人。應命其就訊問事項之始末。連續陳述。免其隨口應答。致失真實。如證人陳述尙未明確。或其真偽尙難判斷。應爲適當之訊問。(一七七條)
一項二項

(5) 非有必要情形。不得爲下列之訊問。即(子)與本案無關者。(丑)恐證言與證人或與其有刑事訴訟法一百六十七條一項關係之人之名譽信用財產。有重大之損害者是也。如訊問公務員。不依此項限制。則證人自無陳述之義務。(一七七條)
八條

(6) 訊問證人。準用刑事訴訟法九十八條及九十九條之規定。即(子)應出以懇切之態度。不得用強暴脅迫利誘詐欺及其他不正之方法。(丑)證人爲聾或啞者。得用通譯。并得以文字訊問。或命以文字陳述是也。違背(子)款規定。卽爲違法。其訊問程序亦無效。

(丑)款理由。詳被告之訊問章內。(一七七條)
九條

(7) 審判長、或檢察官。得囑託證人所在地之推事、或檢察官。訊問證人。如證人不在該地者。該推事檢察官。得轉囑託其所在地之推事檢察官。至受託推事或檢察官。訊問證人。與本案繫屬之法院審判長、或檢察官。有同一之權限。(一八二條一項二項)

(8) 證人在偵查或審判中。已經合法訊問。其陳述明確。別無訊問之必要者。不得再行傳喚。以免拖累。但如刑事訴訟法一百七十三條二項。於偵查中未令具結之證人。即未經合法訊問之證人。自不受上述之限制。故審判中仍得傳喚。此又為發見真實而設之規定也。(一八三條)

第十一章 鑑定及通譯

第一節 鑑定人

第一 鑑定人之意義。 鑑定人者。被審判長、受命推事、或檢察官之指定。依其特別知識

經驗。陳述或報告事實上之判斷意見之第三人也。其爲證據方法之一。與證人同。故刑事訴訟法一百八十四條定明。除有特別規定外。準用關於人證之規定。茲就鑑定人之意義。分述如左。

(1) 鑑定人者。第三人也。所謂第三人。已於前述證人之意義說明。凡不得爲證人者。亦不得爲鑑定人。

(2) 鑑定人者。依其特別知識經驗。陳述或報告事實上之判斷意見者也。證人僅就具體事實。陳述所見聞之情形。鑑定人則就具體事實。須依其特別知識經驗。以下判斷。而將判斷意見。陳述或報告之。故證人無資格及能力之限制。鑑定人非有特別知識經驗。不克勝任。此兩者根本差異之點也。又證人不可代替。鑑定人無不可代替。其區別亦由於是。

鑑定人所陳述或報告者。雖僅爲事實上之判斷意見。而法律之存在與否。及意義如何。有時亦得爲鑑定之目的。例如習慣法、自治法、外國法。非公務員所能自行闡明者是。

又判斷事實。常以經驗法則為據。通常之經驗法則。公務員於職務上固應知悉。然特別之經驗法則。在無特別知識經驗之公務員。不能責其必應知悉。例如學術、或技藝上之法則等。於訴訟欲得適當之判斷時。須命行鑑定是。

(3) 鑑定人者。被審判長、受命推事、或檢察官之指定。而應為陳述或報告者也。此點與證人同。學者有謂鑑定人為命行鑑定機關之補助機關者。但鑑定人之判斷意見。於陳述或報告後。命行鑑定機關。是否採用。仍須依自由心證以判斷之。不過得為證據方法之一而已。補助機關之說。殊不足取。

有依特別知識。得知已往之事實者。學者稱之曰鑑定證人。例如以曾經診治受毒身死者之醫師為證人。詢問該死者受毒後狀況如何。復命鑑定其是否確係因毒致死。又如醫師於受毒身死者。曾檢驗其屍體。嗣復傳喚到場。命其陳述當時檢驗之情形。是皆以一人兼具鑑定人及證人之資格者也。新刑事訴訟法仿民事訴訟法例。特增訂訊問此等人。適

用關於人證之規定。(一九)

(七條)

第二 鑑定人之義務。計有三種。分述如左。

(1) 到場之義務。鑑定人有到場之義務。與證人同。惟證人違背此義務。除罰鍰外。得命拘提。鑑定人違背此義務。則不得拘提。蓋指定鑑定人。係重在所需知識經驗。非限於特定之人。故鑑定人受罰鍰之制裁後。仍不到場。儘可另選他人充任。殊無拘提之必要也。(一八四條
一八六條)

(2) 具結之義務。此義務及違背此義務之制裁。均與證人同。惟證人應否具結有疑義者。其具結得於訊問後行之。而鑑定人絕無應否具結之疑義。故其具結限於鑑定前也。

又結文內應記載必為公正誠實之鑑定等語。亦與證人結文之記載有異。誠實二字。係新刑事訴訟法所增。則與民事訴訟法規定一律。(一八四條
一八九條)

(3) 陳述及報告之義務。鑑定人於鑑定後。應將鑑定之經過及其結果。向命行鑑定機關報告。違背此義務者。亦得科以罰鍰。如鑑定人就鑑定事項。實無鑑定之特別知識經驗。即可為拒絕鑑定之原因。與證人陳述之義務不同。鑑定人之報告。任以言詞或書狀為

之。以言詞報告。由書記官作成筆錄。以代報告書。以書狀報告。其書狀稱曰鑑定書。於必要時得命鑑定人到場。以言詞說明。期臻明確。至鑑定人有數人時。意見相同者。得共同報告。意見不同者。應各別報告。惟鑑定人以言詞報告。或以書狀報告。而命其到場說明。均無刑事訴訟法一百七十一條之適用。蓋法文既許共同報告。自無須分別訊問也。(一八四條一九三條一項二項三項)

第三 鑑定人之權利。 鑑定人之權利。計有三種。分述如左。

(1) 請求費用及報酬之權利。 鑑定人除依刑事訴訟法一百八十四條。準用關於證之規定。得請求法定之日費旅費外。并得向法院請求相當之報酬。及償還因鑑定所支出之費用。此項報酬及償還費用之請求。為新刑事訴訟法所增訂。(一九六條)

(2) 檢閱卷證。及請求蒐集或調取之權利。 鑑定人既應就鑑定事項。依自己之特別知識經驗。而予以判斷。則於實施鑑定時。非深知該事項之內容。不能盡鑑定之能事。故鑑定人因鑑定之必要。經審判長、受命推事、或檢察官之許可。得檢閱卷宗及證物。并得

請求蒐集或調取之。以資便利。(一九二條一項)

(3) 訊問被告、自訴人、或證人之權利。此權利亦使鑑定人得盡鑑定之能事而授與之者

。故鑑定人得請求審判長、受命推事、或檢察官。對被告、自訴人、或證人。加以訊問。於訊問時。許其在場。如經審判長、受命推事、或檢察官之許可。并得直接發問。

(一九二條二項)

第四 鑑定人之資格。鑑定人須有一定之資格。非不問何人。皆可充任者。依刑事訴訟法

一百八十五條之規定。鑑定人應由審判長、受命推事、或檢察官。就左列之人選任充之

(1) 就鑑定事項。有特別知識經驗者。此指從事於鑑定所需之學術技藝或職業。具有特別知識經驗者而言。如學者、醫師、技師、商人。皆可選任為鑑定人也是也。

(2) 經公署委任有鑑定職務者。如檢驗員是。我國法醫學尚未發達。公署委任此等人員。是否皆具有鑑定所需之特別知識經驗。殊難深信。然既經公署委任。則不問其知識經

驗如何。命其鑑定。自非違法。故委任不可不慎也。

鑑定人不以一人爲限。審判長、受命推事、或檢察官。得斟酌情形。選任數人。使各別鑑定。或共同鑑定。如認鑑定有不完備者。并得命增加人數。或改選他人。繼續或另行鑑定。(一八五條
一九四條)

鑑定人除以自然人充任外。法院或檢察官。得囑託醫院、學校、或其他相當之機關爲鑑定。或審查他人之鑑定。但須以言詞報告或說明時。仍由受囑託機關。實施鑑定或審查之人爲之。(一九五條
二項二項)

第五 鑑定人之拒却。依民事訴訟法三百二十六條二項。法院得命當事人指定應選任之鑑定人。而刑事訴訟法一百八十五條之規定。選任鑑定人。完全屬於審判長、受命推事、或檢察官之職權。且當事人對於選任鑑定人之命令。并不得聲明不服。然鑑定人關於事實上之判斷意見。常爲法院判斷之基礎。鑑定人設有不公平之虞。則與當事人利害關係甚鉅。故被選任之鑑定人。如合於一定原因。許由當事人聲明拒却。拒却者。即求審判

長、受命推事、或檢察官。不以其人爲鑑定人是也。拒却之許可或駁回。偵查中由檢察官命令之。審判中由審判長或受命推事裁定之。茲分述如左。(一八八條三項)

(1) 拒却之原因。拒却鑑定人之原因。與聲請推事迴避之原因同。即須鑑定人有刑事訴訟法十七條所列各款情形之一。或有其他情形。足認其鑑定有偏頗之虞是也。惟依該條六款。推事於同一案件。曾爲證人或鑑定人。應爲迴避之原因。而鑑定人於同一案件。曾爲證人或鑑定人。則不爲拒却之原因。蓋審判採自由心證主義。鑑定人之陳述或報告。取捨之權。操諸法院。故不能以該條六款之情形。拒却鑑定人也。(一八七條一項)

(2) 拒却之時期。拒却鑑定人。原則須於鑑定人未就鑑定事項爲陳述或報告前爲之。如拒却於鑑定人已陳述或報告後。必以拒却之原因。發生在後或知悉在後者而後可。則例外也。此與刑事訴訟法十九條二項規定之趣旨同。(一八七條二項)

(3) 拒却事實之釋明。拒却鑑定人。應將拒却之原因釋明之。其原因發生於鑑定人已陳述或報告後。或於鑑定人未陳述或報告前。實係不知有拒却之原因者。并應將其事實釋

明。蓋恐濫行拒却。阻礙訴訟之進行也。此亦與刑事訴訟法二十條二項規定之趣旨同。

(一八八)
條一項)

第六 鑑定之特別程序。

(1) 鑑定本以在法院內施行爲原則。但審判長、受命推事、或檢察官。於必要時。得使鑑定人於法院外施行之。并得將關於鑑定之物。交付鑑定人。(一九〇條一項二項)

(2) 因鑑定被告心神或身體之必要。得預定期間。將被告送入醫院。或其他適當之處所。蓋鑑定此等事項。非有種種設備。就其起居狀況。悉心考察。殊難下正確之判斷也。舊刑事訴訟法規定之預定期限。在同一案件。不得逾一月。新法雖無一月之限制。自仍以速得鑑定之結果爲宜。(一九〇條三項)

(3) 鑑定人因鑑定之必要。得檢查身體。解剖屍體、或毀壞物體。但須經審判長、受命推事、或檢察官之許可。至刑事訴訟法一百五十八條一項、及一百五十九條所定之程序。

於鑑定人施行上述解剖處分時。應準用之。(一九一條一項二項)

(4) 醫院、學校、或其他相當之機關。受法院、或檢察官之囑託。為鑑定或審查他人之鑑定時。準用刑事訴訟法一百九十條至一百九十三條之規定。(一九五條二項)

第二節 通譯

通譯者。為不通語言文字者。傳達意思之第三人也。當事人、或其他訴訟關係人。不通中國語言。或不通檢察官推事所用之語言。或推事檢察官。不通當事人或其他訴訟關係人所用之語言。應設置通譯。以免隔閡。被告及證人。為聾或啞者。欲使其陳述。得用通譯傳達意思。刑事訴訟法九十九條及一百七十九條。并已規定。至文字如有不通者。須由通譯繙譯。亦不待言。惟通譯分常設及臨時指定二種。此節係指臨時指定者而言。蓋常設之通譯。與書記官同。不應準用關於鑑定人之規定也。

通譯為檢察官及法院之補助者。鑑定人為證據方法。論其性質。本各不同。刑事訴訟法規定通譯準用關於鑑定人之規定者。理由有二。(1) 通譯及鑑定人。均係臨時指定。(2) 通譯及

鑑定人。均以其由特別知識經驗所得之結果。供給於檢察官或法院。(一一九)
(八條)

第十三章 裁判

第一 裁判之意義。裁判者。法院認定事實。適用法律。以成立判斷。依據此判斷。對訴訟人所爲之意思表示。而有拘束力者也。故(1)法院之其他訴訟行爲。非屬於意思表示者。如調查證據。訊問當事人。不得謂之裁判。(2)意思表示。非由於法院者。如檢察官偵查犯罪。或司法警察官協助偵查之意思表示。不得謂之裁判。(3)雖爲法院之意思表示。而非對於訴訟人爲之者。如因行使司法行政權。監督內部職員之意思表示。不得謂之裁判。(4)雖爲法院對訴訟人所爲之意思表示。而於事實上法律上毫無關係。且不發生拘束力者。如勸諭被告遷善改過之類。亦不得謂之裁判。

第二 裁判之種類。裁判之種類甚多。舉其要者。約有三種。分述如左。

(1)實體裁判。與形式裁判。關於實體法上事項之裁判。乃以確定刑罰權之有無及其範

圍者。爲實體裁判。亦稱本案裁判。如科刑、無罪或免刑之判決是。關於訴訟法上事項之裁判。乃以判斷訴訟關係之存否。或訴訟程序之當否者。爲形式裁判。如免訴、不予受理、或管轄錯誤之判決是。

(2) 終局裁判。與中間裁判。法院以終結該案件之目的所爲之裁判。爲終局裁判。其中又分二種。有以完全終結爲目的者。如科刑、無罪、免刑、免訴、不受理之判決等是。有以僅在本法院終結爲目的者。如依管轄錯誤、諭知移送之判決。第二審第三審發回或發交更審之判決是。法院非以終結該案件之目的所爲之裁判。爲中間裁判。如關於羈押、具保、扣押等裁定是。

(3) 判決與裁定。於二者之區別。舉要述之如左。

(一) 判決惟法院始得爲之。裁定則除法院外。審判長、受命推事、受託推事。亦得爲之。

(二) 裁判以判決行之者。應依刑事訴訟法之規定。除以判決行之者外。均得以裁定行之。

。(一九九)
九條)

(三)判決爲關於實體之裁判。原則應經當事人之言詞辯論爲之。但如刑事訴訟法二百八十七條、二百九十七條至二百九十九條、三百二十三條、三百二十四條、三百六十四條、三百八十一條、三百八十四條、四百三十條、四百三十七條等。有特別規定者。固不適用此原則。卽三百二十六條、三百二十七條。因有三百三十五條之規定。亦得不經言詞辯論。裁定則爲關於形式之裁判。與刑罰權無涉。自不如判決之重要。無論爲法院所爲。抑爲審判長、受命推事、受託推事所爲。除因當庭之聲明而爲之者。應經訴訟關係人之言詞陳述外。均依書面審理。但於爲裁定前。必要時。得調查事實。

。(二〇〇)
二條)

(四)凡判決應敘述理由。而科刑之判決。關係被告之利害甚鉅。其敘述理由之程式。刑事訴訟法三百零二條。尤有詳細規定。裁定限於得爲抗告、或駁回聲明者。始敘述理由。其不得抗告、及認聲明爲正當之裁定。無敘述理由之必要。蓋判決、及得爲抗告

、或駁回聲明之裁定。如無理由。則不知其所認定之事實。與適用之法律。在聲明不服之人。既無以陳明不服之意旨。而上級法院。就原裁判之當否。亦無從審查也。

(三〇)
條

(五)判決除不經言詞辯論之判決外。概應宣示。裁定以當庭所爲者爲限。始宣示之。

(三〇)
條

第三 裁判之成立。關於裁判成立之時期。計有三說。分述如左。

(1)裁判於判斷意思決定時成立。即在合議庭之裁判。經法定員數推事之評議。以決定判斷之意思時。其裁判因之成立。在推事一人之裁判。如獨任推事、審判長、受命推事、受託推事、所行之裁判。由該推事決定其判斷意思時。其裁判因之成立。證之未經參與審理之推事。雖不得參與判決。而仍得列席宣示判決。即可知已。

(2)裁判於宣示時成立。合議庭、或推事一人。決定判斷意思。並本其意思。制作裁判書。均純爲內部關係。對外尚不能認爲成立。故裁判未宣示前。尚得撤銷變更也。

(3) 裁判於制作裁判書。或命記載筆錄時成立。蓋裁判爲意思表示。關於其成立。應依一般意思表示之通則以解釋之。不僅須有決意。并須有表示。而制作裁判書。或命記載筆錄。卽爲行裁判者表示其所決定判斷意思之時。故裁判應認爲於是時成立。

上述各說。以第三說爲當。如第二說謂裁判於宣示時成立。是將裁判對外生效之要件。誤爲裁判成立之要件矣。

第四 裁判之諭知。諭知之方法。卽宣示、及送達是也。分述如左。

(1) 宣示。凡經言詞辯論之判決。或當庭所爲之裁定。均應宣示。必宣示後。對外始發生效力。曾經宣示程序者。并應由書記官。記載於審判筆錄。蓋訴訟程序。是否遵守。依刑事訴訟法四十七條。專以筆錄爲證也。

宣示裁判。在獨任制之法院。由獨任推事爲之。在合議制之法院。由審判長爲之。判決之宣示。應朗讀主文。說明其意義。并告以理由之要旨。蓋判決之主文。如不朗讀。則宣示之裁判。與記載於裁判書之裁判。是否相符。不能擔保也。其說明意義。并告以理

由之要旨者。在使受裁判者。免除疑誤也。而對於不諳文義之人。尤屬必要。至裁定之宣示。亦應告以裁定之意旨。其敘述理由者。并告以理由。(四條)

(2) 送達。凡不經言詞辯論之判決。或非當庭所爲之裁定。均毋庸宣示。應履行送達程序。該判決或裁定。即因送達而對外發生效力。其已宣示之判決或裁定。仍以送達爲必要。蓋依刑事訴訟法三百四十一條三百九十八條。上訴或抗告期間。須自判決或裁定送達起算也。

裁判應送達於當事人或其他受裁判之人。并應以正本行之。但裁定有因特別規定。毋庸送達者。如刑事訴訟法二十四條之裁定是也。其僅命記載筆錄而不制作裁定書者亦同。

(二〇六)
條一項)

裁判原本。應由爲裁判之推事。於宣示後三日內。交付書記官。制作正本。書記官應於裁判原本。記明接受之年月日。并簽名。自接受原本之日起。至遲不得逾七日。應送達之。但推事或書記官。違此項期間之規定。祇能由推事或書記官負廢弛職務之責任。

於裁判及送達之效力。並無何等影響也。(二〇五條一項二項二〇六條二項)

第五 裁判之效力。裁判之效力。計有三種。分述如左。

(1) 拘束力。裁判經宣示後。不宣示者經送達後。有拘束行裁判者及受裁判者之效力。即行裁判者。如就本案件。而再為抵觸之裁判。或其他行為。受裁判者。就本案件。如不遵從該裁判。而進行訴訟行為。均屬無效也。且此項拘束力。并可及於附帶民事訴訟。如刑事訴訟法五百零四條之規定是。

(2) 確定力。此分形式確定力與實質確定力述之。

(一) 形式確定力。判決有形式確定力。即當事人對於確定之判決。除依再審或非常上訴之程序外。不得再行聲明不服。法院亦不得撤銷變更。此項確定狀態。有因經過上訴期間者。有因捨棄上訴權。或撤回上訴者。有因已經終審判決者。裁定有無形式確定力。應自其性質決之。凡不能以抗告方法攻擊之裁定。原法院可自行撤銷變更。故無形式確定力。其能以抗告方法攻擊之裁定。則抗告之途窮。即永久確定。故亦有形

式確定力。

(二)實質確定力。此惟判決有之。刑事案件。已經確定判決。當事人不得再就該案件起訴。法院亦不得再就該案件審理。所謂一事不再理之原則。即所謂實質確定力也。但須注意者。(子)非無效之判決。(丑)非形式之判決。(寅)非外國之判決。否則實質確定力。無自發生。

(3)執行力。此項執行力。有於裁判確定後始發生者。亦有裁判未確定即發生者。前例如科刑之判決。非判決確定。不得執行是。後例如裁定不因抗告而停止執行是。

刑事訴訟法論

各論

第二編 第一審

第一章 公訴

公訴者。即檢察官爲原告向法院請求科刑之訴也。國家對於犯罪者。不可不適用刑罰。確定刑罰權之有無及其範圍者。固在法院。然非有科刑請求權者之請求。法院不能自動開始審判程序。其由被害人請求者。謂之自訴。其由檢察官請求者。謂之公訴。

第一節 偵查

第一 偵查之意義。 偵查爲公訴之最初程序。亦爲公訴之準備程序。蓋檢察官於犯罪條件

。必待犯人查明。且有相當證據。始能提起公訴。故知有犯罪嫌疑時。應即偵查犯人及證據(二〇七條)在告訴乃論之罪。其告訴為訴訟條件。非偵查條件。雖被害人未經告訴。檢察官亦非無偵查權也。又檢察官為完成實行公訴之目的起見。對於犯人恐有逃亡。證據恐有湮滅。并應設法保全。以供法院審判。

偵查之主要目的。固在準備公訴。然檢察官之偵查權。非因提起公訴而即消滅。故在審判中及上訴中。關係該案件之檢察官。仍不妨續行偵查行為。故偵查自廣義言之。應包括準備公訴程序。及因完成實行公訴所為各項程序。

第二 偵查之機關。

(一) 檢察官。檢察官依法院組織法。有實施偵查提起公訴之職權。(法院組織法第 二八條一款) 刑事訴訟法。亦規定知有犯罪嫌疑。應即偵查犯人及證據。(七條) 故檢察官為主要之偵查機關。除自行實施偵查外。并得指揮或命令司法警察官及司法警察補助之。其提起公訴。則

專屬於檢察官。

(2) 司法警察官。司法警察官偵查犯罪，有協助檢察官者。卽一爲縣長、市長。二爲警察廳長、警務處長、或公安局長。三爲憲兵隊長官是。此項司法警察官。應將偵查之結果。移送該管檢察官。如認接受被拘提或逮捕之犯罪嫌疑人。有羈押之必要時。應於二十四小時內移送之。檢察官命其移送者。并應卽時移送。有聽檢察官之指揮者。卽一爲警察官長。二爲憲兵官長軍士。三爲依法令關於特定事項(如稅務鐵路郵政電報森林等)得行司法警察官之職權者是。此項司法警察官。其地位在檢察官之下。知有犯罪嫌疑人。應報告該管檢察官。或有協助檢察官職權之司法警察官。但得不待其指揮。逕行調查犯人犯罪情形及必要之證據。(二〇八條)

(3) 司法警察。司法警察。指警察及憲兵暨依法令關於特定事項得行司法警察之職權者而言。其偵查犯罪。應受檢察官及司法警察官之命令。但亦得不待其命令。逕行調查犯人及犯罪情形、並蒐集證據。(二〇九條)

第三 偵查之動機。檢察官開始偵查。應有犯罪之認知。除現行犯準現行犯。由檢察官自

已直接認知者。固應實施偵查外，其他如道路風傳。新聞記載各情事。檢察官均得據以着手偵查。但須防累及無辜耳。至因告訴、告發、自首、請求、而知有犯罪嫌疑。則尤足爲偵查之動機。茲分述如左。

(一)告訴。被害人以犯罪事實。報告於偵查機關。謂之告訴。(二)條通常之告訴者。均含有希望追訴之意思。然起訴權之行使。專屬於檢察官。故告訴僅報告犯罪事實而已足。非必以陳述請求追訴之希望爲其要素也。所謂被害人。指因犯罪行爲直接受有損害之人而言。至其他因犯罪間接或附帶受害之人。在民事上雖不失有請求賠償損害之權。但既非因犯罪直接受其侵害。即不得認爲被害人。(最高法院二十一年上字五五號判例)

(甲)告訴之主體。告訴之主體。即得爲告訴之人。(子)被害人。(丑)被害人之法定代理人、或配偶。(寅)被害人之直系血親、三親等內之旁系血親、二親等內之姻親、或家長家屬。告訴權本以屬於被害人爲原則。然被害人之法定代理人、或配偶。與被害人關係密切。判斷告訴之能力。亦或較優於被害人。故許其獨立告訴。以保護無能力

之被害人之利益。如被害人已死亡者。則其配偶、直系血親、三親等內之旁系血親、二親等內之姻親、或家長家屬。亦得告訴。但以不違反被害人明示之意思爲限。(二二條一項一百)

此外尚有特種犯罪之告訴人。(子)刑法二百三十條之妨害風化罪。非本人之直系血親尊親屬。或配偶、或其直系血親尊親屬。不得告訴。(丑)刑法二百三十九條及二百四十條二項之妨害婚姻及家庭罪。非配偶不得告訴。(寅)刑法二百九十八條之妨害自由罪。被略誘人之直系血親、三親等內之旁系血親、二親等內之姻親、或家長家屬。亦得告訴。(卯)刑法三百十二條之妨害名譽及信用罪。已死者之配偶、直系血親、三親等內之旁系血親、二親等內之姻親、或家長家屬。得爲告訴。(三一)

被害人之法定代理人。或該法定代理人之配偶、或四親等內之血親、三親等內之姻親、或家長家屬爲被告時。則被害人之直系血親、三親等內之旁系血親、二親等內之姻親、或家長家屬等。得獨立告訴。蓋遇此特殊情形。被害人因能力薄弱。不能行使告

訴權。其法定代理人。又立於相反之地位。故許被害人之直系血親、三親等內之旁系血親、二親等內之姻親、或家長家屬。均有獨立告訴之權。(三二) (四條)

告訴乃論之罪。無得爲告訴之人。該管檢察官。得依利害關係人之聲請。指定代行告訴人。蓋告訴乃論之罪。以告訴爲訴訟條件。非普通犯罪。得由檢察官依職權偵查起訴者可比。告訴權既無人行使。設不指定代行告訴人。以充實告訴之條件。則犯罪者必致倖逃法網而無以保護被害人矣。(三三) (五條)

告訴得委人代行。所委之人。亦不以律師爲限。律師代行告訴。不能與民事代理人刑事辯護人。視同一律。(司法院十八年院字一二三號解釋)

(乙)告訴之期間。告訴乃論之罪。其告訴應自得爲告訴之人知悉犯人之時起、六個月內爲之。蓋普通犯罪。在公訴權未消滅前。無論何時。均得告訴。而告訴乃論之罪。追訴與否。全繫於告訴人之意思。設永久任其猶豫不決。殊於社會秩序有礙。故明定告訴之期間。逾期不爲告訴。則告訴權卽行消滅。但得爲告訴之人有數人者。其期間

應就各人分別論之。故一告訴人遲誤期間者。其效力不及於他人。(二一六條一項二項)

(丙)告訴之撤回。法律於某種犯罪。規定告訴乃論。是於保護公益外。兼以保護私益爲目的。告訴人既撤回告訴。無再科犯罪人以刑罰之必要。故撤回告訴。應不問公訴提起與否均得爲之。惟在第一審辯論終結後而撤回。則爲法所弗許。免有蔑視審判之嫌。又本刑爲七年以上有期徒刑之刑者。雖在第一審辯論終結前。亦不得撤回。以昭鄭重。至告訴一經撤回。告訴人即喪失告訴權。就同一事件。不得再行告訴。然此種限制。僅對於撤回告訴之本人適用之。而他人行使告訴權。不受其影響也。(二一七條)

告訴有不可分之原則。如數人共犯一罪。對於共犯中一人爲告訴時。其效力及於其犯全體。此原則在撤回告訴時。亦適用之。蓋告訴人既對於共犯中之一人撤回告訴。而其他共犯。獨不受撤回之利益。與認許撤回之精神。殊不貫徹。故撤回之效力。應及於其他共犯。但亦有例外。卽刑法二百三十九條之罪。對於配偶撤回告訴者。其效力不及於相姦人是也。(二一八條)

(2) 告發 告發與告訴。同爲向偵查機關報告犯罪事實之程序。所不同者。告訴限於被害人。及其他依法有告訴權人得爲之。而告發則凡被害人及其他依法有告訴權人以外之第三人。知有犯罪嫌疑者。皆得爲之。此種告發。謂之權利。惟權利告發外。更有義務告發。卽公務員因執行職務。知有犯罪嫌疑者。應爲告發是也。然所知之犯罪之嫌疑。與該公務員之職務無關。則仍不負告發之義務。(二一九條 二二〇條) 告發得委人代行。亦與告訴同。

(3) 自首。 犯罪人於犯罪未發覺前。自向偵查機關。報告自己犯罪事實者。謂之自首。故(子)犯罪既經發覺。雖審判時直供犯罪者。祇得謂之自白。(丑)非向偵查機關報告。或所報告者。係他人之犯罪事實。均非自首。(二二二條 二三條)

(4) 請求。 刑法一百十六條及一百十八條請求乃論之罪。與告訴乃論之罪。性質相同。蓋一則以告訴爲訴訟條件。一則以請求爲訴訟條件也。外國政府之請求。得經由外交部長咨請司法行政最高長官。令知該管檢察官偵查。別無其他程式。刑事訴訟法二百十七

條及二百十八條之規定。於外國政府之請求準用之。(二二條)

上述四項。除請求外。其餘之告訴發自首。均應以書狀或言詞向檢察官或司法警察官爲之。其以言詞爲之者。檢察官或司法警察官。并應制作筆錄。此項筆錄。準用四十一條二項至四項及四十三條之規定。(二二條)

第四 偵查之實施。檢察官因告訴、告發、自首、或請求。知有犯罪嫌疑者。爲發見犯人及證據起見。應速實施偵查處分。前已述明。當偵查時。犯罪事實。既未明確。訴訟關係。亦未成立。故以不實施強制處分爲宜。但偵查之目的。在準備並實行公訴。有不能不授與檢察官以強制處分之權者。茲就檢察官偵查時所得爲之處分。略述如左。

(1) 被告之傳喚、拘提、訊問、羈押。

(2) 證人鑑定人之傳喚、訊問、及證人之拘提。惟科證人之罰鍰。檢察官應請所屬法院裁定之。(一六五條二項)

(3) 搜索、及扣押、并勘驗。

偵查不許公開。乃刑事訴訟之大原則。蓋恐偵查方法。洩漏於外。易致犯人逃亡。證據湮滅。不足以達偵查之目的也。受傳喚之被告。如不能到場。或有其他必要情形。檢察官得就被告所在訊問之。不得逕行拘提。訊問證人、鑑定人時。如被告在場者。爲與以辯明犯罪嫌疑之機會。得許被告親自詰問。其詰問有不當者。檢察官得禁止之。又檢察官預料證人鑑定人。於審判時。不能訊問者。如證人鑑定人患病甚危。或行將遠適等情形。應命被告在場。但恐證人鑑定人。於被告前。有所顧慮。不能自由陳述者。不在此限。(二二四條
二二五條)

(二二七條
一項二項)

檢察官關於偵查事項。得請該管公署爲必要之報告。所謂該管公署。係指就偵查事項。有掌管權限之機關而言。所謂報告。卽該管公署。於偵查事項。就其職務上所知悉者。爲必要之說明也。該管公署。經此請求。卽有報告之義務。(二二二條
六條)

檢察官實施偵查。除得指揮或命令司法警察官、及司法警察。以爲輔助機關外。遇有急迫情形。更得命在場或附近之人。爲相當之補助。於必要時。并得請附近軍事官長。派遣軍

隊輔助。例如追捕犯人。其需要輔助之力甚多是也。(二二八條)

檢察官於無管轄權案件。除遇有急迫情形。應爲必要之處分外。如知有犯罪嫌疑。已知案件不屬其管轄者。應通知該管檢察官偵查。於開始偵查後。始認爲不屬其管轄者。應移送該管檢察官偵查。以前所爲之偵查程序。并不因之失效。蓋應準用刑事訴訟法十二條之規定也。(二二九條)

第五 偵查之終結。偵查之終結。不外起訴與不起訴兩種。茲分述如左。

(一)起訴。檢察官依偵查所得之證據。足認被告有犯罪嫌疑者。應向法院提起公訴。檢察官所起訴之被告。如尚在執行羈押、或因具保停止羈押、又或不命具保、而責付於得爲其輔佐人之人、或該管區域內其他適當之人時。該被告所在處所。均甚明確。固應依法起訴。卽該被告並未到案。或到案後業已逃匿。亦非犯人不明者可比。不得因所在處所不明。停止起訴。(二三〇條)

提起公訴之案件。應將起訴書之正本。送達於告訴人及被告。(二三一條)

(2) 不起訴。 不起訴分應不起訴與得不起訴二種。

(一) 檢察官認案件有左列情形之一者。應爲不起訴之處分。(二三條)

(子) 曾經判決確定者。 判決確定之原因有三。(子) 上訴逾期。(丑) 捨棄上訴或撤回

上訴。(寅) 經過三審判決。 犯罪受有罪之判決確定。則公訴之目的已達。公訴權歸於消滅。若無罪之判決確定。則公訴不當。公訴權亦應消滅。但公訴權雖因確定判

決而消滅。尚有再審或非常上訴。可以救濟。所謂再審者。如有罪之判決確定後。

發見刑事訴訟法四百十三條四百十四條所列情形。爲受判決人利益。得聲請再審。

如有罪無罪免訴或不受理之判決確定後。發見刑事訴訟法四百十五條所列各款情形

。亦得爲受判決人利益。聲請再審。所謂非常上訴者。如判決確定後。發見其審

判違背法令。最高級法院之檢察長。得向最高級法院。提起非常上訴。(四三條)

除上述情形外。公訴權即因確定判決而消滅。尚有宜注意者。即第一審法院依簡易程序所爲之處刑命令。自經過聲請正式審判期間。或被告捨棄聲請權。撤回聲請。

或駁回聲請之裁判確定後。與確定判決。有同一之效力。(四五條)

因確定判決而消滅公訴權。卽係對於同一被告。及同一犯罪事實。不得再行起訴之意。是謂一事不再理。若被告同一。而事實不同一。或事實同一。而被告不同一。則不受一事不再理之限制。例如甲犯子丑兩罪。子罪之判決已確定。檢察官對其丑罪。仍不妨提起公訴。又如甲乙共犯一罪。甲之判決確定後。乙始獲案。檢察官對乙之公訴權。亦未消滅也。

確定判決。有不能消滅公訴權者。如管轄錯誤之判決。因應將該案件移送管轄法院。該判決雖已確定。然不能消滅公訴權。又如告訴乃論之罪。法院因未經告訴。諭知不予受理之判決確定後。若有告訴權者爲適法之告訴時。亦不能因該判決確定。而消滅公訴權。

(丑)時效已完成者。法律因權利義務。久不確定。恐於社會秩序有礙。故設一定期間。以確定其權義狀態者。是爲時效。時效有二。一爲得權時效。一爲免責時效。

刑事法規中之時效。自係指免責時效而言。依刑法八十條之規定。追訴權於該條一二三四五等款所列之期間內。不行使而消滅。故時效完成。爲公訴權消滅之原因。關於時效制度之理由。除上述外。尚有種種學說。有謂國家懈怠追訴。應消滅公訴權。以爲制甚者。但國家懈怠追訴。應否卽受制裁。本屬疑問。卽使有制裁之必要。其影響亦不應及於犯罪人。蓋公訴乃國家之權利。犯罪人有受國家公訴之義務。斷無因國家懈怠權利。遂使犯罪人免除義務之理。有謂係因犯罪人。在時效期內之痛苦。已足與科刑相償者。此說亦不足取。蓋刑法目的。重在感化。並不重在使犯罪人感受痛苦。卽以痛苦言之。犯罪人東逃西竄。在客觀者雖以爲痛苦。而在犯罪人之主觀。恐未嘗不自幸逍遙法外。且刑罰有宣告死刑或無期徒刑者。其痛苦又何能相抵乎。有謂係因證據過久。已經湮滅者。此說雖似近理。然時效長短。依犯罪輕重定之。若謂時效制度。恐防證據湮滅。就事實而論。重刑之長時效。其證據未必經長期而始湮滅。輕刑之短時效。其證據未必於短期而卽湮滅。仍與設定時效之

精神。不能貫徹。以上數說。理由均不充分。實則刑事時效之設定。專在確定權義狀態。而維持社會秩序。與民事時效。固無異也。

(寅)曾經大赦者。大赦爲國家拋棄刑罰權之表示。刑罰權既不存在。公訴當然不能提起。卽令提起公訴時。刑罰權本尙存在。而因大赦效力。雖刑罰業已執行。亦應免除。又被免除者如再犯罪。并不得適用累犯加重之例。蓋犯罪經大赦後。已消滅其罪質。應視與未犯罪同也。

(卯)犯罪後之法律。已廢止其刑罰者。在犯罪時。法律上雖有應科之刑。而至犯罪發覺後。法律上若已廢止其刑罰。則犯罪時所有之公訴權。不得不歸於消滅。蓋公訴權係基於刑罰權而發生。刑罰權因法律廢止其刑罰。既不存在。公訴權自應隨之消滅也。惟在已經提起公訴以後。而刑罰始廢止。則應諭知免訴之判決。若在第二審判決前。則第一審之判決。雖未經廢止刑罰以前之法律。並無不合。然因現行法律。已廢止其刑罰。仍須撤銷原判。另爲免訴之判決。推而至於第三審時刑罰廢

止者亦同。

(辰)告訴或請求乃論之罪。其告訴或請求。已經撤回。或已逾告訴期間者。告訴乃

論之罪。即親告罪。親告罪之性質。約有三說。(甲)說親告罪爲訴訟條件。蓋以國家刑罰權之發生。在犯罪成立之時。並非未經告訴。犯罪即不成立。(乙)說親告罪爲處罰條件。蓋以親告罪須有通常犯罪成立之要件。及告訴要件。始能成立。且規定於刑法中。足證爲處罰條件。(丙)說親告罪。既爲訴訟條件。亦爲處罰條件。故刑法與刑事訴訟法均有規定。惟學者多主張甲說。其理由有二。(子)法律認某行爲爲犯罪行爲。即應處罰。不應以告訴與否爲犯罪成立與否之標準。親告罪不過對於已成立之犯罪。請求處罰之意。(丑)就起訴時效言。如謂親告罪爲處罰條件。是犯罪因告訴而成立。起訴時效。必自告訴之日起算。不能自犯罪成立之日起算。顯與刑法八十條二項之規定相反。親告罪爲訴訟條件。已如上述。是親告罪之告訴。乃公訴權發生之原因。公訴權既因告訴而發生。則告訴後撤回告訴或已逾告訴期間。

依刑事訴訟法二百十七條二項及二百十六條一項之規定。不得告訴。其訴訟條件。即屬欠缺。公訴權自應歸於消滅。又請求乃論之罪。係指刑法一百十六條及一百十八條所列各罪而言。此兩條之罪。以外國政府之請求為訴訟條件。如請求後撤回請求者。亦應消滅公訴權。

(巳)被告死亡者。刑罰祇及於犯人一身。被告死亡。不能科以刑罰。且無為被告之當事人。訴訟關係已不成立。公訴權應歸於消滅。在未諭知判決前死亡者。審判程序。應即終結。在諭知判決後死亡者。雖該判決確定。刑罰亦無從執行。惟此所謂死亡。係指自然死亡。非謂宣告死亡。故受死亡之宣告者。如實尚生存。則公訴權仍不消滅也。

(午)法院對於被告無審判權者。檢察官提起公訴。僅得向通常法院為之。若被告或其犯罪事件。在通常法院無審判權者。則檢察官之公訴權。自亦不能行使。如被告係有治外法權人。不歸中國法院審判。或被告係陸海空軍。所犯又非普通刑法。應

受軍事裁判。即法院無審判權之例也。

(未)行爲不罰者。檢察官提起公訴。乃對於被告。請求法院適用刑罰。若被告之行

爲。在法律上有明文規定不罰者。自屬不應起訴。例如被告之行爲。非故意之行爲

。或心神喪失之行爲。或職務行爲。或業務行爲。或正當防衛行爲。或緊急避難行

爲等是。(刑法十二條一項十九條一項二條一項三條三條前段三四條一項前段)

(中)法律應免除其刑者。此即被告之犯罪行爲。雖已成立。而因法律免除其刑。不

得處罰。則起訴殊屬無益。故應爲不起訴處分。

(西)犯罪嫌疑不足者。處罰犯罪。應得確實證明。檢察官經偵查結果。既認爲犯罪

嫌疑不足。自應不起訴。

(二)檢察官認案件有左列情形者。得爲不起訴之處分。

(子)刑法六十一條所列各罪之案件。情節輕微。於社會秩序。無甚影響。檢察官參酌

刑法五十七條所列事項。認爲以不起訴爲適當者。得不起訴。(二三條)

(丑) 被告犯數罪時。其一罪已受或應受重刑之判決。檢察官認爲他罪雖行起訴於應執行之刑。無重大關係者。亦得爲不起訴之處分。例如犯殺人及賭博兩罪。殺人一罪。已起訴判決無期徒刑後。發見賭博罪。然依刑法數罪併罰之規定。雖經審判。於定應執行之刑。並無出入。其賭博罪自得起訴。以省審判之勞。(三三條)

案件不起訴者。檢察官應制作處分書。敘述不起訴之理由。一則使告訴人及被告。得知曉不起訴處分之所根據。二則使上級法院首席檢察官、或檢察長。得就處分之當否。而爲審查。如僅用批示不受理。不能認爲偵查終結之不起訴處分。(司法院二十二年院字九五二號解釋)前項處分書。

應以正本送達於告訴人及被告。其送達期間。自書記官接受處分書原本之日起。不得逾五日。但此期間係對於公務員職務之規定。不能因其逾期。影響及於告訴人、或被告。而認其處分爲無效也。(二三條)
(四條)

告訴人接受不起訴處分書後。得於七日內。以書狀敘述不服之理由。經由原檢察官。向直接上級法院首席檢察官、或檢察長。聲請再議。此期間爲不變期間。故聲請逾期者。應駁

回之。(二三五條二、三六條三項)如以言詞聲請。未具書狀。或具書狀。未敘理由。均為不合程式。但應命其補正。不得遽予駁回。其書狀所以應向原檢察官提出者。因欲使原檢察官。得為二百三十六條一項三項之處分。免更經上級法院首席檢察官或檢察長之處分也。

原檢察官接受聲請再議書狀。認為有理由者。自行撤銷原處分。如偵查事實未臻完備。則繼續偵查。其結果仍得為不起訴處分。并另制作不起訴處分書送達。如已可起訴者。即予起訴。俾得迅速終結。認為無理由者。應將卷宗及證物。送交上級法院首席檢察官、或檢察長。但原法院之首席檢察官。於原檢察官認為聲請無理由。應行送交卷證時。以為案件尚有偵查之必要。在送交前。得本於變更案件分配之職權。親自或命令他檢察官。再行偵查。分別撤銷或維持原處分。其維持原處分者。應即送交上級法院首席檢察官、或檢察長。以昭慎重。(二三六條一項二項四項)

告訴人於原檢察官送交卷證前。撤回再議時。原不起訴處分。因之確定。但原檢察官、或原法院之首席檢察官。或他檢察官。先已認聲請為有理由。撤銷原處分。而繼續偵查起訴

者。應不受撤回之影響。(參照司法院院字
六二八號解釋)

再議乃對於不起訴處分之救濟方法。告訴人有再議權。固不待言。至告發人有無此權。則學者分爲二說。持積極說者曰。告發與告訴。同爲偵查之端緒。既皆有使檢察官偵查起訴之權利。則於不能達其權利行使之目的時。亦應皆有再議權。若謂再議權專屬於告訴人。則刑事訴訟法。不應於承認告訴權外。更承認告發權。持消極說者曰。告發雖屬權利。然再議權非告發權當然之結果。觀於有訴訟行爲之權利者。不必皆有上訴權。自甚明瞭。且告訴權因犯罪受損害而發生。告發權則不問何人皆有之。故偵查處分。無論是否失當。毋庸使告發人有聲請再議之權。上述兩說。應以消極說爲正當。故刑事訴訟法二三五條規定。再議權專屬於告訴人。聲請再議之案件。應由上級法院首席檢察官或檢察長受理處分。非法院所得干與。(最高法院二十年抗
字六十四號判例)上級法院首席檢察官、或檢察長。辦理此等案件。得用書面審理。(參照司法院十八年
院字八二號解釋)認聲請再議爲無理由者。應予駁回。認爲有理由者。應分別處分之。(子)偵查未完備者。命令原法院檢察官續行偵查。(丑)偵查已完備者。命令原法院

檢察官起訴。(二三)駁回再議。除令知下級檢察官外。應製作處分書。(參照司法院十八年院字一四二號解釋)命

令續行偵查或起訴。祇於令文內敘明理由。毋庸另作處分書。(參照司法院十八年院字六八號解釋)告訴人不

服續行偵查之不起訴處分。仍得於法定期間內。聲請再議。(參照司法院十八年院字八二號解釋)

羈押之被告。受不起訴之處分者。視為撤銷羈押。蓋羈押被告。以完成訴訟保全執行爲目的。若案件已經不起訴處分。自無繼續羈押之必要。然在再議期間內。告訴人是否聲請再

議。或已在聲請再議中。上級法院首席檢察官、或檢察長。如何核定。均難預斷。故得命

具保或責付。遇有必要情形。并得命繼續羈押之。至扣押物。於爲不起訴之處分後。本應

發還。但亦有例外三種。(二三八條二項二項)

(子)應沒收者。例如被告因賭博罪嫌疑。雖經偵查。認爲不能成立。該罪不予起訴。然

扣押之賭具。係違禁應沒收之物。不應發還。

(丑)爲偵查他罪用者。例如因殺人案搜出偽造之貨幣。其殺人罪。雖因嫌疑不足。不予

起訴。然應否成立偽造貨幣罪。尙待偵查。不應發還。

(寅)爲偵查他被告犯罪用者。例如因甲殺人嫌疑。在甲家搜出凶刀。甲謂係乙寄存。雖認甲嫌疑不足而不起訴。爲偵查乙之犯罪起見。該凶刀不應發還。

不起訴之案件已確定者。依刑事訴訟法二百三十九條之規定。非有左列情形之一。不得對於同一案件起訴。(二三九條)

(子)發見新事實或新證據者。所謂新事實新證據者。祇須於爲不起訴處分時所未曾發見之事實或證據爲已足。非以發生於原處分確定後者爲限也。例如甲至乙家。詐稱爲乙友丙之使者。騙取古畫。由乙告訴。經檢察官偵查。認甲之犯罪嫌疑不足而不起訴。後甲將該畫買與丁。發見該畫卽戊往日曾賣與乙之畫。此丁戊之買畫及賣畫。皆所謂新事實。又如甲告訴乙殺丙。查無確實證據。不予起訴。後因乙犯他罪嫌疑。在乙家搜出血衣。與甲呈案之丙被害時血衣。化驗血質相符。此發見之血衣。卽所謂新證據。

(丑)有刑事訴訟法第四百十三條第一項第一款第二款第四款或第五款所定。得爲再審原因之情形者。刑事訴訟法第四百十三條一項一二四五各款之情形。卽(一)原判決所憑之證

物。已證明其爲偽造或變造者。(二)原判決所憑之證言鑑定或通譯。已證明其爲虛偽者。(三)原判決所憑之通常法院或特別法院之裁判。已經確定裁判變更者。(四)參與原判決或前審判決或判決前所行調查之推事、或參與偵查或起訴之檢察官。因該案件犯職務上之罪。已經證明者。上述各款情形。對於確定判決。得爲再審之原因。檢察官有此情形。而不起訴。自屬重大錯誤。故不起訴之處分。雖已確定。應許其再行起訴。此款爲新刑事訴訟法所增訂舊法無之。告訴人請求再行起訴。檢察官查無可以起訴之新事實、新證據、或再審原因者。祇須將不起訴之理由。通知告訴人已足。不必再制作不起訴處分書。至通知方式。用批示或言詞均可。(參照司法院十九年院字二八四號解釋)

偵查程序。因上述起訴與不起訴而終結。尙有一種情形。須停止偵查者。蓋法院之裁判。除法有明文外。彼此獨立。不受拘束。若犯罪是否成立。或刑罰應否免除。以民事法律關係爲斷。若檢察官於民事訴訟終結前。偵查起訴。則裁判恐不免發生衝突。故刑事訴訟法二百四十條。於此情形。有停止偵查之規定。但檢察官認爲無停止必要者。仍須

依法進行偵查。不得藉詞攔壓。致滋拖累。所謂犯罪是否成立以民事法律關係爲斷者。例如甲與乙同居之丙婦通姦。是否成立刑法二百三十九條之罪。應以乙丙在民事上有無婚姻關係爲斷是。所謂刑罰應否免除。以民事法律關係爲斷者。例如乙訴甲竊盜。甲謂乙係伊之配偶。甲之竊盜罪。應否免除刑罰。亦應以甲乙有無婚姻關係爲斷是。又終結偵查。尚有一限制。卽刑事訴訟法二百四十一條所規定。犯人不明者。於認有二百三十一條所定之情形以前。不得終結偵查是也。蓋檢察官尙未查明何人爲犯罪之人。固屬不能起訴。然不問有無刑事訴訟法二百三十一條各款之情形。遽予終結偵查。則犯罪人遂多倖逃刑責。無以貫徹有罪必罰之精神矣。

第二節 起訴

第一 起訴之主義。本節所謂起訴者。指檢察官提起公訴而言。卽檢察官就所偵查終結之案件。認被告有犯罪嫌疑。向法院請求以判決確定刑罰權之有無及其範圍之意思表示也。關

於起訴之主義有二。一曰勵行主義。一曰便宜主義。已於緒論第四章述之矣。前者合於有罪必罰之刑法原理。後者適於訴訟減少之實際便宜。但檢察官非純然之司法官。受政治上或社會上之環境支配。礙難檢舉之事甚多。若起訴與否。一任檢察官自由決定。其危險殆不堪設想。故除刑事訴訟法二百三十一條所規定。應不起訴之案件外。其二百三十二條、及二百三十三條所規定得不起訴者。應由檢察官就不起訴是否適當。及已起訴之他罪。於定應執行之刑。有無重大關係。審慎斟酌。不得稍涉輕率。勵行主義。則因法律繁密。處罰太濫。與現代刑事政策。又多未合也。

第二 起訴之方式。

(1) 起訴書。起訴為訴訟關係成立之基礎。自第一審至終審。均須審查起訴書之內容。故起訴應由檢察官向管轄法院提出起訴書為之。起訴書應記載之事項有二。(子)被告之姓名、性別、年齡、職業、住所或居所或其他足資辨別之特徵。(丑)犯罪事實及證據。并所犯法條。上述二項。如有疏漏。應即依式補正。

(參照司法院二十年院字六一二號解釋)

至卷宗及證物。

并須一併送交法院俾便進行審判。(二四三條一項二項三項)

(2) 言詞。檢察官起訴用言詞者。以在審判期日追加起訴爲限。追加起訴。限於與本案相牽連之犯罪、或本罪之誣告罪。且須在第一審辯論終結前爲之。此項程序。宜求簡捷。故得用言詞。(二四四條一項二項)

第三 起訴之效力。起訴之效力。學者稱爲訴訟拘束。凡案件一經起訴。脫離檢察官。而繫屬於法院。訴訟拘束。由此發生。法院不問起訴案件是否具備訴訟條件。均應加以裁判者。謂之形式訴訟拘束。如諭知不受理、或管轄錯誤等判決是。若起訴案件。已具備訴訟條件者。則法院負有裁判其本案之義務。謂之實體訴訟拘束。如諭知科刑免刑無罪免訴等判決是，茲就訴訟拘束之範圍。述之如左。

(1) 起訴之效力。不及於檢察官所指被告以外之人。檢察官起訴書。須表明被告。前已述矣。其起訴效力之所能及者。祇以起訴書所指之被告爲限。而不及於以外之人。如數人共犯一罪。檢察官就共犯中之一人起訴者。其他共犯。在實體法上之觀察。雖與被告

有密接之關係法院亦不得加以審判。舊派論者。拘泥於公訴對物主義。往往因一入被告。拖累無辜。故刑事訴訟法明示公訴對人主義。而有此規定。(二四)
(五條)

(2) 檢察官就犯罪事實一部起訴者。其效力及於全部。凡在法律上構成一個之犯罪事實。檢察官起訴。雖僅一部。其全部均發生訴訟拘束。例如強盜行強姦者。檢察官僅以強姦之事實起訴。而將強盜之事實遺漏。法院對於遺漏部分。應予審判。又如連續犯。檢察官僅起訴前行爲。法院亦應總括後行爲審判之。皆適用公訴不可分之原則也。(二四)
(六條)

(3) 法院不得就未經起訴之犯罪審判。不告不理。爲刑事訴訟之原則。設法院對於被告之一切犯罪。均得審判。則與此原則相違背矣。例如檢察官以竊盜罪起訴。雖發見另犯賭博罪。祇能就竊盜行爲審判。不得就未經起訴之賭博行爲審判。蓋起訴效力之所能及者。亦應以起訴書所記載之犯罪爲準也。(二四)
(七條)

第四 起訴之撤回。他國立法例。有不許檢察官撤回起訴者。在使檢察官慎重將事。免致反覆兒戲。然檢察官於起訴後。雖明知其起訴並無實益。必仍經過審判程序。不但法院及

檢察官徒費勞力。而訴訟曠日持久。被告人之損失尤屬重大。故刑事訴訟法規定。檢察官於第一審辯論終結前。發見有應不起訴或以不起訴爲適當之情形者。得撤回起訴。(二四八條一項)

舊刑事訴訟法。於檢察官撤回起訴之時期。以在第一審審判開始前爲限。蓋謂審判開始後。猶許撤回。殊有干涉審判之嫌耳。檢察官撤回起訴。應提出撤回書。敘述理由。不得以言詞爲之。(二四八條二項)至撤回之效力。與不起訴處分同。卽以其撤回書。視爲不起訴處分書。舊刑事訴訟法規定。起訴經撤回後。不得再行起訴。新法則恐檢察官任意撤回起訴。流弊滋多。故規定爲準用不起訴處分各規定辦理。(二四九條)

第三節 審判

第一 審判之意義。審判者。法院以確定刑罰權之有無及其範圍爲目的。所施行之訴訟程序也。就程序審判者。爲形式判決。就本案審判者。爲實體判決。審判雖通常多爲本案之判決。然訴訟條件。若不具備。其關於本案之判決。卽屬違法。故確定刑罰權之有無及其

範圍之前。必先就訴訟條件之是否具備。加以審究。凡不具備訴訟條件者。應即絕本案之審判。刑事訴訟法二百九十五條不受理之判決。二百九十六條管轄錯誤之判決。即形式判決。他如科刑免刑無罪免訴等判決。則實體判決也。

刑事訴訟法。雖僅將審判規定於第一審程序中。然第二審第三審法院對於上訴。除有特別規定外。應準用之。(三五六條
三七九條)即再審法院對於再審。最高法院對於非常上訴亦同。

第二 審判之準備。 法院於審判期日前。宜有種種準備。以期審判迅速完結。舊刑事訴訟法規定之準備程序。尙欠完密。茲就新法所規定者。分述如左。

(1) 審判期日之指定。 審判期日。為法院與當事人訴訟關係人會合為訴訟行為之期日。故有指定之必要。在行合議審判制。由審判長為之。在行獨任審判制。由獨任推事為之。

(2) 傳喚被告或其代理人、並通知檢察官辯護人輔佐人。 傳喚被告或其代理人。應用傳票。傳喚之程序。前已述矣。茲所述者。即第一次審判期日之傳票。至遲應於審判期日

三日前送達。蓋被傳之被告或其代理人。爲行使防禦權。須有所準備也。但刑法六十一條所列各罪之案件。既係輕微。尤宜速結。雖第一次傳票。毋庸與以猶豫期間。至檢察官辯護人輔佐人所處地位不同。應概用通知。不得用傳票。其通知方式。刑事訴訟法。別無規定。自可以實際上適當之方法行之。(二五條)

(3) 訊問被告及調查證據。 法院得於第一次審判期日前訊問被告。爲此訊問時。除有急迫情形外。應將訊問之日時及處所。通知檢察官及辯護人。俾便到場。至調查證據。如(子)傳喚證人鑑定人或通譯。(丑)調取或命提出證物。(寅)命爲鑑定及通譯。(卯)搜索扣押及勘驗。(辰)預料證人不能於審判期日到場。先行訊問。(巳)訊問證人鑑定人或通譯。通知當事人辯護人在場。(午)就必要之事項。請求該管公署報告等是。法院爲準備審判起見。皆得於審判期日前爲之。關於訊問被告證人鑑定人之程序。自有刑事訴訟法二百七十三條至二百七十七條之準用。(二五二條二五三條二五五條二五六條二五七條二七八條)

當事人或辯護人。於審判期日前。得提出證據。並聲請法院。傳喚證人鑑定人或通譯。

及調取或命提出證物。但依刑事訴訟法二百七十九條之規定。法院認為不必要者。得以裁定駁回之。蓋調查證據之範圍。應由法院定之。不受何項拘束也。(二五四條)

(4) 受命推事之指定。凡行合議審判之案件。或因關係錯綜。內容複雜。或因證據不便由合議庭全體行調查者。為準備審判起見。得以庭員一人為受命推事。於審判期日前。訊問被告及蒐集或調查證據。受命推事。訊問被告及蒐集或調查證據所得之材料。可為審判之依據。故關於訊問被告及蒐集或調查證據。與法院或審判長有同一之權限。但刑事訴訟法一百二十一條之裁定。則不得為之。(二五八條一項二項)

又受命推事訊問被告或證人鑑定人。亦應準用刑事訴訟法二百七十三條至二百七十七條之規定。(二七八條)

(5) 辯護人之指定。應指定或得指定辯護之案件。前已述矣。審判長於此等案件。自可依職權在審判期日前。預行指定辯護人。以保護被告之利益。

第三 審判之形式。

(1) 推事檢察官書記官之出庭。 刑事訴訟。除特別規定外。採用言詞審理主義。故審判期日。應由推事出庭。固無待言。檢察官於公訴案件代表國家。追訴犯罪。爲訴訟主體之一。其不能拒絕出庭。猶之推事不能拒絕裁判也。書記官職司制作筆錄。亦有出庭之必要。惟推事因刑事訴訟。又採用直接審理主義。凡參與審判之推事。以始終出庭爲絕對條件。如有更易者。應更新審判程序。至檢察官及書記官。則無此限制。(二五九條) (二八五條)

(2) 被告之到庭。 被告爲訴訟主體之一。若無被告到庭。則三面之法律關係。卽有欠缺。且僅聽原告之主張。不聞被告之辯解。實體的真實。亦難發見。故審判期日。被告不到庭者。不得審判。(二六〇條一項) 但有例外情形。如(子)許被告用代理人之案件。得由代理人到庭。(三六條二六) (〇條二項) (丑)法院認爲應科拘役罰金、或應諭知免刑或無罪之案件。被告經合法傳喚。無正當理由不到庭者。得逕行判決。(二九條) (寅)預料證人鑑定人或共同被告。於被告前。不能自由陳述者。得於其陳述時。命被告退庭。(二七條) (卯)因被告妨害法庭執行職務。或其他不當行爲。被命退出法庭。或受看管至閉庭時之處分者。(法院組織法六九條)

(辰)諭知判決。雖被告不在庭。亦應宣示。(三〇四條)以上皆爲被告不到庭不得審判例外。即刑事訴訟法二百六十條一項所謂特別規定也。

被告到庭。一方爲被告之權利。除因防止其逃亡或實施暴行。得命人看守外。不得對於被告身體加以拘束。致使思想受累。不能行使防禦權。(二六一條)然自他方觀之。被告到庭後。即負有服從審判長訴訟指揮權之義務。故非經審判長許可。不得自由退庭。審判長因命被告在庭。并得爲相當處分。(二六二項三條)

(3)辯護人之到庭。應指定辯護之案件。須有辯護人到庭。始得審判。但宣示判決。不在此限。(二六三條)

第四 審判之順序。

(1)期日之開始。審判期日以朗讀案由爲始。故審判長所指定之時間。雖已屆至。若未
在法庭中。向當事人或其他訴訟關係人。履行朗讀案由之程序。尚不得謂爲審判期日開
始也。(二六四條)

(2) 對於被告認別之詢問。 審判長於審判期日開始後。應依刑事訴訟法九十四條規定。詢問被告姓名年齡籍貫職業住居所。以查驗其人無錯誤。此即所謂認別詢問。(二六五條)

(3) 檢察官陳述起訴要旨。 檢察官之起訴。雖已提出起訴書。記載犯罪事實。然於審判期日。仍應以言詞陳述起訴要旨。俾符言詞審理主義。此項陳述。為法院審判之基礎。法院非經檢察官陳述。而進行審判。即屬違法。惟此係就第一審言之。若由被告上訴第二審。則上訴要旨之陳述。在被告不在檢察官。學者有謂上訴第二審時。無論上訴人為檢察官或被告。均應由檢察官陳述上訴要旨者。殊與刑事訴訟法三百五十七條之規定不合。(二六五條)

(4) 就本案訊問被告。 檢察官陳述起訴要旨後。審判長應就本案訊問被告。參與合議審判之陪席推事。亦得於告知審判長後訊問之。(二七七條)此項訊問。雖未設有一定準則。而刑事訴訟法九十六條之規定。自應適用。俾其得以辯明犯罪嫌疑。及陳述有利之事實。不能預挾一被告犯罪之成見。偏重於不利方面訊問。致失刑事訴訟法第二條一項之趣旨。

也。(二六六條)

被告一方。爲訴訟主體。他方又爲關於人之證據方法。訊問被告。原有調查證據之目的。故被告之自白。苟非出於強暴脅迫。利誘詐欺。或其他不正之方法。且與事實相符者。自得採爲犯罪之證據。但其自白是否基於自由之意思表示。以及按諸事實。是否真正。因實體真實發見主義之採用。在被告有爭執時。法院固應調查其他之證據。以證明之。雖無爭執。法院認爲必要時。亦應於職權範圍內。予以相當之調查也。(二七〇條)

關於被告之自白。尙有應注意者。(子)被告審判外之自白。尤須有其他佐證。始足爲犯罪之證據。(最高法院二十三年上字二一五六號判例)(丑)共同被告不利於己之陳述。原可爲其他被告之犯罪證

據。但共同被告之陳述。是否合於事實。應加調查。須該陳述確與事實相符。始得採爲判決之基礎。(最高法院二十四年上字二七七九號判例)(寅)被告之自白。雖爲證據之一種。然衆證俱確。可不

待被告之自白而爲判決。即使自白。設有他種反證。足以證明其虛僞時。亦無採取之餘地。(前北京大理院三年上字三六三號判例)(卯)自白爲證據。苟無相當之反證。不能任意撤銷。(前北京大理院三年上字三九九七號

例判

(5) 調查證據。民事訴訟。採用當事人進行主義。當事人主張有利於己之事實者。就其事實。有舉證之責任。(民事訴訟法二
百七十七條)而刑事訴訟。則採用職權進行主義。雖未經當事人提出之證據。法院應依職權調查之。以期實體真實之發見。故審判長於訊問被告後。應

即調查證據。(二六
七條)

凡足為判決基礎之證據。以法院直接調查所得者為限。而實施調查程序。則係審判長應有職權。故(子)法院不得將業經起訴之案件。移送檢察官重行偵查。(前北京大理院六年
上字五二四號判例)

(丑)書記官之報告。不能為證。其密查尤不合法。(前北京大理院三年
上字三一二號判例)

認定事實。應依證據。乃刑事訴訟最重要之原則。凡構成犯罪要件之事實。須依證據認定之。固無待言。即被告之犯罪。已認為成立。而處罰條件。是否具備。科刑之或輕或重。標準如何。亦須有證據以證明其事實。均不可不詳予調查者也。(二六
八條)

證據有物證人證之分。文書及證物。屬於物證。證人鑑定人屬於人證。此為供證據用之

材料。而認定被告犯罪事實。檢閱文書。勘驗證物。訊問證人鑑定人。則爲調查證據之手段。

判斷證據。又有法定證據主義。與自由心證主義之分。英美法系。證據多係法定。審判官無取捨之權。係採用法定證據主義。德法法系。審判官於證據。以爲可信則取之。不可信則捨之。係採用自由心證主義。但法定證據。往往不能與事實相符。若拘泥不許變通。是法律上預設一定之模型。印入審判官腦筋。使審判官認定事實時。以事實湊合模型。鑄成一無形之做造物。其去真正事實必遠。我刑事訴訟法。爲發見實體真實起見。規定證據之證明力。由法院自由判斷之。蓋亦採用自由心證主義者也。(二六九條)

證據由法院自由判斷。已如上述。但有應注意者。(子)所憑證據。須經過法定調查之程序。如證人以書狀陳述。或使人代理到場陳述。卽不得作爲證言採用。(丑)所下判斷。須斟酌各方面之情形。且不違背一般人之共同經驗。(寅)所得結論。不能有論理上之矛盾。(卯)須有確實證據之存在。且性質足爲證據者。不得以理想推測。或憑風聞謠傳。

而遽爲判斷。茲更就歷來解釋及判例。摘錄數則如左。

凡調查證據。合於法則者。均可以爲裁判資料。惟認定犯罪事實所取證據。須有確實之證明力。並無他種合法資料。可以搖動。及有他種可信資料。足供佐證者。始得據爲肯定之斷定。(前北京大理院九年
統字一三四號解釋)

報紙之登載。僅足供事實之參考。不能以爲惟一之罪證。(最高法院十八年上
字三九二號判例)

告訴人之陳述。雖非不可爲被告之犯罪證據。但告訴人係以使被告受刑事訴追爲目的。

其不利於被告之陳述。苟非真實無疵。要難遽信。(最高法院二十三年上
字二二二一號判例)

關於調查證據之程序。分述如左。

(一)物證之調查。證物應示被告。令其辨認。例如殺人案件。在被告家搜出留有血跡之衣。該衣是否被告之物。非令被告辨認。無以審察其對於該物之意見。如證物係文書。而被告不解其意義。非告以要旨。亦無以使達辨認之目的。又卷宗內之筆錄及其他文書。雖無命被告辨認之必要。然該筆錄及其他文書。可爲證據者。仍應向之宣讀。

或告以要旨。與以知曉該筆錄及文書內容之機會。若此項文書。有關風化公安或有毀損他人名譽之虞。則祇可交給閱覽。不得宣讀。但被告不解其意義者。應告以要旨。

(二七一條二項)

(二)人證之調查。人證即證人鑑定人。調查證人鑑定人。除由審判長訊問。或參與合議審判之陪席推事。於告知審判長後訊問。應遵守總則中所規定一般適用之程序外。其特別規定之程序。則有下述各點。(子)當事人及辯護人聲請審判長詰問。(丑)聲請傳喚之當事人或辯護人詰問。是為原問。(寅)他造之當事人或辯護人詰問。是為反問。(卯)聲請傳喚之當事人或辯護人覆問。但以關於因他造詰問所發見之事項為限。至原問應行詰問之事項。原問時未曾詰問者。不許於覆問時詰問。若一造覆問時舉出新事實。他造又起而反問。則詰問將無了結。又原問時已詰問之事項。覆問時不得再行涉及。亦無待言。(二七三條二項)(辰)當事人或辯護人濫用直接詰問之權。恐於訴訟進行。不免妨礙。審判長得依指揮權之作用。禁止不當之詰問。(巳)證人鑑定人。經當事人

或辯護人詰問後。如陳述尙未明確。審判長得續行訊問。以資補充。(二七四條) (午) 一項二項

證人鑑定人共同被告。於被告前。有所顧慮。不能自由陳述。審判長得於其陳述時。命被告退庭。但陳述完畢後。應再命被告人庭。告以陳述之要旨。蓋被告之防禦權。

不得妄事剝奪也。(二七六條) (未)證人鑑定人到庭。負有在庭之義務。雖經陳述完畢。非

特審判長之許可。不得自由退庭。(二七五條)

審判期日。如有數個證據。審判長於每調查一證據完畢。即應詢問被告有無意見。俟其陳述後。再調查他證據。若於調查各證據完畢。始總括爲一次之詢問。則恐審判長或有遺忘。而被告亦不免陳述不週。至有益被告之證據。審判長并應告知。促其提出。此爲調查證據時所必踐行之程序。但毋庸於每調查證據後。逐次爲之。(二八〇條) 一項二項

行合議審判之案件。審判長或受命推事。所爲之處分。當事人或辯護人。向法院聲明異議者。法院應就異議之當否裁定之。(二八一條) 一項二項

(6) 辯論。辯論之意義。分廣狹二種。廣義辯論。包括自檢察官陳述起訴要旨以後之程

序而言。狹義辯論。僅指調查證據後之辯論而言。刑事訴訟法二百八十二條之辯論。應從狹義。依該條規定。審判長於調查證據完畢後。應依左列次序命當事人及辯護人就事實及法律辯論之。茲分述如左。

(一)檢察官。調查證據完畢。即開始辯論。故檢察官就事實之證明。法律之適用。應首先陳述意見。例如某種證據可信或不可信。以及對於被告之科刑。請求從重或從輕等類是。檢察官維持公訴。其意見雖多偏重於被告有罪方面。然因審理之結果。既知被告犯罪嫌疑不足。或其行爲不罰者。亦不妨於辯論時。變更前此之意見。而請求諭知無罪。

(二)被告。被告於檢察官。陳述意見後。應即答辯。答辯乃對於檢察官所攻擊各點。分別而爲防禦之方法。有逐一答辯者。有概括答辯者。前者如檢察官攻擊被告殺人。係以在被告家內搜出血衣兇刀爲證據。被告須就血衣兇刀。一一辯明。如祇辯明血衣。而不辯明兇刀。或祇辯明兇刀。而不辯明血衣。尚不能謂爲完全之答辯。後者如前

例。檢察官雖以血衣兇刀同爲重要之證據。而被告否認搜出之處所爲己家。則但就搜出之處所辯明。卽爲已足。不必再就血衣兇刀。一一置辯也。

(三)辯護人。 繼被告而辯論者。爲辯護人。辯護人之職務。在保護被告。被告多無法律智識。關於法律之意見。固賴辯護人主張。卽就事實言之。被告恐怖心重。於檢察官攻擊各點。往往因聽聆未明。致所欲答辯者。顧此失彼。不能完全。甚或拙於辭令。不知答辯。非有辯護人之辯護。則無以保護被告之利益。但辯護人保護被告之限度。祇在就原告不法或不當之攻擊。而爲之防禦。究不得違反法律。曲庇被告。例如藏匿被告。湮滅證據。或教唆誣告各行爲。其意雖在保護被告。然已逾保護限度。仍應負刑事責任。

辯論次序。略如上述。但已辯論者。得再爲辯論。審判長亦得命再行之。此就未宣示辯論終結前而言。若辯論既經宣示終結後。於必要情形。如發見訊問有遺漏。或調查未完備時。其命再開辯論之權。則不在審判長。而在法院。所謂再開之辯論。應從廣

義。即對於已訊問之被告。得更為訊問。已調查之證據。得更為調查是也。(二八二條項二八四條)辯論之再開與否。關係重大。有罪之被告。往往因再開辯論。俾逃刑責。無罪之被告。又往往因辯論不能再開。致有益於己之證據。無從提出。雖上訴可以救濟。然已受累不淺矣。

審判長依辯論結果。認為無再訊問被告或調查證據之必要。應即宣示辯論終結。以資結束。惟於宣示辯論終結。最後應詢問被告有無陳述。俾盡其答辯。此必要之程序。如未踐行。得據以為第三審上訴之理由。(二八三條三七款一)

第五 審判之更新。 審判之更新者。即廢棄以前施行之審判程序。而從新施行審判程序之謂。更新審判之情形有二。分述如左。

(i) 參與審判之推事。有更易者。 刑事訴訟。採用直接審理主義。參與判決之推事。應為參與審理之推事。故審判期日應由參與之推事。始終出庭。如有更易。應更新審判程序。因新參與之推事。未參與更易前之審理。即於審理之案件。無直接的印象故也。舊

刑事訴訟法。有補充推事代行繼續審判之規定。然事實上絕少適用。新法刪去之。又參與審判期日前準備程序之推事。有更易者。毋庸更新其程序。(二八五條一項二項)

(2) 不能連續開庭者。刑事訴訟。採用言詞審理主義。如審理繁難案件。非一次所能終結者。除有特別情形外。應於次日連續開庭。蓋開庭不連續。恐參與審理之推事。對於當事人之陳述。日久遺忘也。如下次開庭。間隔至十五日以上。不問因何事故。均應更新審判程序。(二八六條)

審判應更新而未經更新者。得據以為第三審上訴之理由。(三七一條九款)

第六 審判之停止。停止者。即不開始審判。或在開始審判後。一時不繼續進行之謂。停止審判之情形有五。分述如左。

(1) 推事被聲請迴避者。當事人因推事有應自行迴避之情形。而不自行迴避。或認其執行事務。有偏頗之虞。聲請推事迴避。除應急速處分者外。應停止審判程序。其聲請雖經駁回。而在抗告期間內及抗告中亦同。此已於第一編總則第一章第二節第一款內述之

矣。(二二條)

(2) 被告不能到庭者。被告心神喪失。應於其回復前。停止審判。但顯有應諭知無罪免訴不受理或免刑判決之情形者。無停止審判之必要。自得不待其到庭。逕行判決。又因疾病不能到庭者。應於其能到庭前停止審判。(二八七條一項二項) 停止審判。係恐被告不能行使防禦權而規定。故許用代理人案件。委任有代理人者。不適用之。(二八七條三項)

(3) 犯罪是否成立。以他罪為斷而他罪已經起訴者。被告之犯罪是否成立。以他罪為斷者。如贓物罪與竊盜罪。教唆犯從犯與正犯等關係是。他罪已經起訴。本非不可進行本罪之審判程序。惟法院為慎重起見。於他罪判決尚未確定前。得停止本罪之審判。(二八條八條)

(4) 被告犯有他罪。已經起訴。應受重刑之判決。法院認為本罪科刑。於應執行之刑。無重大關係者。得於他罪判決確定前。停止本罪之審判。此情形前已述明。本罪科刑。於應執行之刑。有無重大關係。應審慎認定。(二八條九條)

(5) 犯罪是否成立。或刑罰應否免除。以民事法律關係為斷。而民事已經起訴者。得於其

程序終結前。停止審判。因此情形。停止審判。應以民事已經起訴者爲限。不得藉口有民事關係。先將刑事審判程序停止。而命當事人以民事起訴。(二九)

審判應停止而未經停止者。得據以爲第三審上訴之理由。(三七一條九款)

第七 判決之種類。判決之種類有六。茲分述如左。

(1) 科刑之判決。被告之犯罪。已經證明者。應諭知科刑之判決。所謂犯罪已經證明者。卽法院依證據確信該犯罪係被告所爲也。(二九一條前段)

(2) 免刑之判決。被告之犯罪。雖已經證明。然法律上規定免除其刑者。應諭知免刑之判決。舊刑事訴訟法定爲應諭知免訴之判決。殊欠允當。故新法改訂之。(二九一條但書)

法院審判案件。固應以檢察官起訴書所載之犯罪事實爲準。然適用法條。必求與犯罪事實相符。故諭知科刑或免刑之判決。若認該起訴書所引之法條與犯罪事實不符者。自不應受其拘束也。(二九一條)

(3) 無罪之判決。被告之犯罪不能證明。或其行爲不罰者。應諭知無罪之判決。所謂犯

罪不能證明者。即起訴事實。於法律上雖可成立犯罪。但審理結果。並不能證明是也。所謂行為不罰者。即起訴事實。雖能證明。但其事實根本於法律上並不處罰是也。(三九條)

項一)

凡因未滿十四歲或心神喪失而不罰者。依刑法八十六條、八十七條之規定。得付保安處分。法院若於此等被告。認為有諭知保安處分之必要時。應諭知其處分及期間。此為刑事訴訟法所增訂者。(二九三條二項)

(4) 免訴之判決。應諭知免訴之判決者。其情形有下述各種。(一)曾經判決確定者。(二)時效已完成者。(三)曾經大赦者。(四)犯罪後之法律。已廢止其刑罰者。(五)被告就他罪受重刑之判決。已經確定。因其於執行之刑。無重大關係。認為本罪無庸科刑者。上述各種情形。均已述明於前。(二九四條)

(5) 不受理之判決。應諭知不受理之判決者，其情形有下述各種。(一)起訴之程序違背規定者。如起訴未提出起訴書。或起訴書未依刑事訴訟法二百四十三條所定之程式制作

是。(二)已經提起公訴或自訴之案件。在同一法院重行起訴者。案件起訴後。即發生訴訟拘束。若在同一法院。重行起訴。恐不免裁判矛盾。(三)告訴或請求乃論之罪。未經告訴請求。或其告訴請求經撤回。或已逾告訴期間者。(四)曾爲不起訴處分。或撤回起訴。而違背刑事訴訟法二百三十九條之規定。再行起訴者。(五)被告死亡者。(六)對於被告無審判權者。(七)依刑事訴訟法第八條之規定。不得爲審判者。均已述明於前。

(二九)
五條

(6)管轄錯誤之判決。法院於無管轄權之案件。應諭知管轄錯誤之判決。並同時諭知移送於管轄法院。(二九)
六條

上述(4)至(6)之判決。得不經言詞辯論爲之。以節省勞費。此爲新刑事訴訟法所增訂者。(二九)
九條

第八 判決之程式。判決應由推事制作判決書。其一般程式。已於第一編總則第三章內述明。茲更就刑事訴訟法三百條至三百零二條所規定之程式。述之如左。

(1)主文。主文者。法院就起訴案件所爲之裁判也。如(一)科刑、(二)免刑、(三)無罪、(四)免訴、(五)不受理、(六)管轄錯誤等裁判。應於判決書記載之。(三〇〇) (條一項)

(2)事實。事實指主文所根據之事實而言。凡爲判決。必先基於訊問或調查證據之結果。以認定爲該案件內容之事實。作爲根據。判決書內。應將認定事實記載。俾觀其事實。卽知應爲何種之判決。此外該案件發生及經過之事實。若有必要者。亦以記載爲宜。至有罪判決。如爲犯罪構成要件之事實。及爲處罰條件之事實。於犯罪是否成立。與應否科刑。均有關係。則記載尤須明確。

(3)理由。理由爲主文所由成立之根據。分事實之理由。證據之理由。法律之理由三種。但判決書。有於上述三種理由。毋庸全行記載者。如因犯罪後之法律廢止刑罰而免訴之判決。卽無認定事實及採取證據之理由是也。

又判決書有將事實包含於理由之內者。而有罪之判決書。則事實與理由。應分別記載。

以期明確。(三〇〇) (條二項)

第九 有罪判決書之特定程式。

(I) 應於主文內。分別情形。記載左列事項。(二三〇條)

(一) 所諭知之主刑從刑或刑之免除。(二) 諭知六月以下有期徒刑或拘役者。如易科罰金其折算之標準。(三) 諭知罰金者。如易服勞役。其折算之標準。(四) 諭知易以訓誡者。其諭知。(五) 諭知緩刑者。其緩刑之期間。(六) 諭知保安處分者。其處分及期間。(2) 應於理由內。分別情形。記載左列事項。(二三〇條)

(一) 認定犯罪事實所憑之證據。及其認定之理由。犯罪事實。應依證據認定之。為刑事訴訟法二百六十八條所明定。故有罪判決認定之事實。究憑何種證據。及該證據之如何部分。應於判決書理由內詳細記載。不得僅以證據確鑿。或事實已極明瞭等類籠統之詞。予以論結。其認定之理由。亦應一併說明。俾易了解。

(二) 科刑時。就刑法第五十七條或第五十八條規定事項所審酌之情形。刑法五十七條規定事項。為科刑輕重之標準。五十八條規定事項。又為科罰金時所應特加審酌者。

法院如依據該兩條而爲有罪之判決。自應將其情形。於判決書理由內記載。不得忽略。

(三) 刑罰有加重減輕或免除者。其理由。刑法加重之情形。有因身分加重者。如一百七十條所定是。有因累犯加重者。如四十七條所定是。刑法減輕之情形。有列舉規定者。如未遂自首等是。有概括規定者。如五十九條所定是。刑法免除其刑之情形。如二百八十八條三項所定是。法院爲判決時。若依刑法加重本刑減輕本刑或免除其刑。自應將加重減輕或免除之理由。記載於判決書理由內。俾知判決主文構成之根據。

(四) 易以訓誡或緩刑者。其理由。刑法四十三條所定得易訓誡。及七十四條所定得宣告緩刑者。均有限制之條件。法院爲判決時。對被告易以訓誡或緩刑。自應將其理由。記載於判決書理由內。以杜輕縱之弊。

(五) 諭知保安處分者。其理由。最近刑事政策。注重社會之防衛。故刑法特設保安處分一章。法院於被告諭知保安處分之理由。應於判決書理由內記載。以資折服。

(六)適用之法律。記載適用之法律者。所以表明有罪判決之主文。係適用如何法律而發生也。

又判決得爲上訴者。應將上訴期間。及提出上訴狀之法院。記載於送達被告之判決正本。蓋被告有法律智識者少。恐不明上訴程序。致喪失上訴權。藉以促其注意也。但依刑事訴訟法三百零六條規定。上訴期間及提出上訴狀之法院。既應於宣示判決時。一併告知。則雖欠缺記載。於判決之效力。應無影響。

第十 判決之宣示。

(1)宣示判決。應自辯論終結之日起。七日內爲之。判決成立後。更須宣示。始能對外發生效力。宣示有於宣示辯論終結後隨卽爲之者。有另定期日爲之者。但自辯論終結之日起。應於七日內宣示。蓋恐距辯論終結之日過久。印象已薄故也。此期間爲訓示規定。雖有違背。不得謂判決無效。(三〇條)

(2)宣示判決。被告雖不在庭。亦應爲之。判決雖應公開法庭宣示。但被告於受宣示時

。與在普通審判期日。得行使防禦權者不同。故被告雖不在庭。亦應宣示。以免遲延。

(三〇)
(四條)

(3) 宣示判決。不以參與審判之推事爲限。宣示判決。係判決成立後之程序。參與宣示。與參與判決不同。故未參與審判之推事。亦得列席宣示判決。無更新審判程序之適用也。(三〇)
(五條)

又對於犯偽證及誣告罪或妨害名譽及信用罪者。所爲之判決。除宣示外。尙應公布周知。以恢復被害人之信譽。故得令將判決書全部或一部登報。其費用由被告負擔。但須因被害人或其他有告訴權人之聲請爲之。在舊刑事訴訟法。無此規定。(三〇)
(七條)

第十一 逕行判決。此與往時缺席判決制度不同。缺席判決。含有制裁之性質。故缺席者即受不利益之判決。現今法院對於被告。雖得逕行判決。然不能違背實體真實發見主義。使無罪被告。變爲有罪。此其一。缺席判決之救濟。在聲明空礙。現今被告對於法院逕行判決者。如有不服。仍祇能提起上訴。此其二。茲將刑事訴訟法規定逕行判決之情形。分

述如左。

(1) 被告拒絕陳述或未受許可而退庭者。刑事訴訟法爲保護被告利益。授與以防禦權。判決原則。應經當事人之言詞辯論爲之。若被告於審判時。拒絕陳述。或未受許可而退庭。是爲放棄防禦權。即無保護之必要。故得不待其陳述。逕行判決。(二九七條)

(2) 法院認爲應科拘役罰金或應諭知免刑無罪之案件。被告經合法傳喚。無正當理由而不到庭者。應科拘役罰金之案件本極輕微。應諭知免刑無罪之案件。於被告尤無不利。且被告既經合法傳喚。無正當理由而不到。自得不得其陳述。逕行判決。俾訴訟得以迅速終結。但在應科徒刑以上之案件。被告如有上述不到情形。則應拘提。而不得逕行判決。(二九八條)

舊刑事訴訟法三百十一條規定。不待被告到庭陳述。得逕行判決者。以最重本刑爲拘役或專科罰金之案件爲限。新法改爲經法院認爲應科拘役罰金。或應諭知免刑無罪者。均許逕行判決。其範圍已加擴張矣。

第十二 審判之完成。 審判之完成者。即諭知判決後。處分案內人證。以完成審判程序之謂也。茲分述如左。

(1) 被告之處分。 羈押之被告。經諭知無罪免訴不受理免刑緩刑罰金或易以訓誡之判決者。視為撤銷羈押。蓋被告既受上述各項判決。自無繼續羈押之必要。然於宣告判決。同時宣告釋放。未免繁瑣。故視為撤銷羈押。當然開釋。但上訴期間內或上訴中。得命具保或責付。如不能具保或責付而有必要情形者。并得命繼續羈押。以免逃亡。(三〇) (八條)

羈押之被告。受管轄錯誤之判決者。應否視為撤銷羈押。刑事訴訟法未有明文規定。惟查同法二百九十六條。既規定無管轄權之案件。於諭知管轄錯誤之判決外。並應同時諭知移送於管轄法院。其情形與諭知無罪免訴不受理免刑緩刑罰金或易以訓誡之判決者不同。自不能與各該判決諭知後之處分。為同一之規定。

(2) 扣押物之處分。

(一) 扣押物未經沒收者。除上訴期間內或上訴中。遇有必要情形。得繼續扣押外。應即

予以發還。(三〇九條)

(二) 扣押之贓物。若無第三人主張權利者。應依職權發還被害人。毋庸待其請求。(三一〇條一)

(三) 扣押物因所有人或保管人之請求。命其負保管之責。而暫行發還者。若於發還後。並無他項諭知。則視爲已有發還之裁定。(三一〇條二項)

第二章 自訴

第一 自訴之意義。自訴者。卽犯罪之被害人。自向管轄法院提起刑事訴訟之謂。前已述明。我國往昔刑事訴訟。僅有公訴一種。凡刑事案件。必經偵查程序。起訴與否。專屬於檢察官。犯罪之被害人。僅能告訴。並無起訴權。卽對於檢察官之不起訴處分。亦僅能聲請再議。別無救濟方法。實不足以貫徹保護個人法益之旨趣。新刑事訴訟法。依照中央政治會議所定原則。定爲凡犯罪之被害人。有行爲能力者。均得提起自訴。(三一〇條一) 何種犯罪

。并無限制。較諸舊法。限於初級法院管轄之直接侵害個人法益之罪。及告訴乃論之罪。
（舊刑事訴訟法第三三七條）始得自訴者。範圍之廣狹懸殊矣。此被害人。不僅指自然人而言。在法人爲被害人。提起自訴。亦得由其代表人爲之。

第二 自訴之主體。 自訴之主體。依新刑事訴訟法三百十一條之規定。僅爲犯罪之被害人。且須有行爲能力。若被害人無行爲能力。則凡有告訴權者。自可代爲告訴。不必如舊刑事訴訟法擴張自訴權之範圍。及於被害人之法定代理人、保佐人、配偶、并其他親屬也。

第三 自訴之限制。

（一）對於直系尊親屬、或配偶、不得提起自訴。（三一三條）蓋犯罪人。既係被害人之直系尊親屬。若許其自訴。未免違背孝道。驚世駭俗。自不能不特設限制。縱令被害人心難甘服。尚可由檢察官偵查起訴。未始無救濟方法。至配偶之間。情義攸關。適用自訴。致攻擊防禦。同立於當事人之地位。殊屬非宜。故亦限制之。例如有夫之婦。與人通姦。本

夫對於姦婦。僅得向檢察官告訴。依公訴程序辦理是。(司法院十九年院字三六四號解釋)

(2) 告訴或請求乃論之罪。已不得為告訴或請求者。不得再行自訴。(三一四號) 所謂已不得為告訴或請求者。如告訴或請求。已經撤回。或已逾告訴期間等情形是。

(3) 同一案件。經檢察官終結偵查者。不得再行自訴。其終結偵查之結果。無論起訴與否。皆須限制自訴。以杜狡黠者為二重之追訴。拖累無辜。至已經提起自訴。應由法院審判。亦不許再行告訴。或為刑事訴訟法二百二十二條之請求。免致偵查機關。徒費無益之手續也。(三一五條一、三一六條)

又在偵查終結前。檢察官知有自訴者。除於急迫情形。仍應為必要之處分外。應即停止偵查。將案件移送法院。檢察官若不停止偵查程序。提起公訴。法院應為不受理之判決。(參頁二九、五條二款) 而就自訴部分進行。蓋自訴與公訴。雖可任被害人選擇為之。然兩種程序。究不能並行故也。至同一條件。雙方互為被害人。一方提起自訴。他方請求檢察官偵查。則得依自訴公訴各規定分別辦理。但法院於自訴及公訴提起後。仍得合併審理之。

(司法院十九年院
字二七二號解釋)

第四 自訴之方式。提起自訴。應向管轄法院提出自訴狀。但在偵查中之被告。提起自訴

。如以自訴狀向檢察官提出。經檢察官移送。法院即應受理。不得認為違背規定。(司法院

年院字一三
二八號解釋) 至自訴狀。應記載之事項。即(子)被告之姓名、性別、年齡、職業、住所、或

居所、或其他足資辨別之特徵。(丑)犯罪事實及證據是。此外并應按照被告之人數。提出

自訴狀之繕本。以供法院送達或交付之用。(三一、二條一
項、二項、三項)

第五 自訴之審理。

(1) 法院或受命推事。為準備審判起見。得在第一次審判期日前。訊問自訴人及被告。與

刑事訴訟法二百五十二條一項規定之旨趣相同。於訊問時。并不公開。此為新刑事訴訟

法所增訂。舊法無之。(三一、八條
一項、二項) 若因訊問發見自訴人顯涉虛誣。利用自訴程序。恫嚇他

造者。應曉以誣告罪刑。損害賠償。及其他利害。其自訴得依法撤回者。并應指示其撤

回。以杜拖累。(參照司法行政部二十二
年一四四八號指令)

(2) 法院或受命推事。命自訴人到場。應用傳票傳喚之。自訴人經合法之傳喚。無正當之理由不到場者。得予拘提。此為舊刑事訴訟法所無之制裁。關於自訴人之傳喚及拘提。準用刑事訴訟法七十一條至七十三條、七十七條至八十三條、八十九條至九十一條之規定。(三一九條一項二項三項)

(3) 公訴案件。依刑事訴訟法二百四十二條之規定。準用二百三十四條二項。應以起訴書正本。送達於被告。自訴案件。則無此程序。故法院接受自訴狀後。應速將其繕本送達於被告。與以答辯之機會。但認為有先行傳喚或拘提之必要者。亦得於訊問時交付之。蓋法院審究案件內容。恐被告有逃亡或湮滅證據之虞。若仍送達自訴狀繕本。是無異促令被告之逃亡、或湮滅證據矣。(三二〇條)

(4) 自訴人提起自訴。其立於原告之地位。與公訴原告之檢察官相同。故檢察官在審判期日。所得為之訴訟行為。於自訴程序。由自訴人為之。但自訴人本人不到場。而由代理人到場者。則審判期日所得為之訴訟行為。應由代理人為之。其行為之效力。應及於本

人。均無待言。(三二條)

(5) 自訴案件。雖係自訴人自向管轄法院追訴犯罪。然檢察官有協助自訴之義務。故法院應將自訴案件之審判期日。通知檢察官。若檢察官對於該案件。認為與社會或國家之法益。有重大關係。即得於審判期日。出庭陳述意見。此為新刑事訴訟法所增訂者。

(三二條
二項二項)

又自訴如因犯罪是否成立。或刑罰應否免除。以民事法律關係為斷。而民事未起訴者。法院得停止審判。命自訴人提起民事訴訟。俟民事裁判後。再行審判。以資依據。(三二條五條)

第六 自訴之判決。

(1) 不受理之判決。自訴人提起自訴。須依法得為自訴者。如對於直系尊親屬或配偶。提起自訴。則違背刑事訴訟法三百十三條之規定。法院應諭知不受理之判決。(三二條六條) 此

種情形。依舊刑事訴訟法。法院應以裁定駁回。殊與公訴辦法不一致。故新法改訂之。

(2) 管轄錯誤之判決。公訴案件。法院如無管轄權。除諭知管轄錯誤之判決外。并同時

諭知移送於管轄法院。(二九六條) 至自訴案件。諭知管轄錯誤之判決。非經自訴人聲明。毋庸移送。(三二七條) 此在舊刑事訴訟法。亦係規定以裁定駁回。而爲新法所改訂者。

此外如科刑、免刑、無罪、免訴等判決。依刑事訴訟法三百三十五條。應準用關於公訴之規定。茲不贅。

自訴案件之判決。得爲上訴者。法院應將上訴期間。及提出上訴狀之法院。於宣示時向自訴人告知之。并記載於送達自訴人之判決正本。促令注意。(三二九條)

又自訴案件之判決書。除送達於自訴人及被告外。并應送達於該管檢察官。檢察官接受不受理或管轄錯誤之判決書後。認爲應提起公訴者。應即開始或續行偵查。其訴訟程序。即由自訴變爲公訴矣。(三二八條一項二項)

第七 自訴之撤回。

(1) 新刑事訴訟法。於自訴範圍。既已擴張。如自訴之撤回。漫無限制。則流弊滋多。故除告訴或請求乃論之罪外。不得撤回自訴。其本刑爲七年以上有期徒刑以上之刑。亦不

得撤回。違背此規定者。法院應以裁定駁回之。(三一七條一項)

(2) 撤回自訴。應在第一審辯論終結前。與撤回告訴之時期相同。蓋既經第一審辯論終結。而猶許其撤回自訴。不免輕視審判之嫌。(三一七條一項)

(3) 撤回自訴。原則以書狀爲之。但於審判期日、或受訊問時。亦得用言詞。(三一七條二項) 其撤回之事由。書記官應速通知被告。(三一七條二項三項)

(4) 自訴人於撤回自訴後。卽喪失自訴之權利。嗣後不得就同一案件。再行自訴。并不得再行告訴或請求。所以規定此種效力者。恐被告之受拖累也。(三一七條四項)

(5) 多數被害人。共同提起自訴後。一部分之自訴人。撤回自訴。其影響不及於其他之自訴人。以各被害人各有獨立之自訴權也。(司法院十九年院字二二〇號解釋)

第八 自訴之擔當。自訴之擔當者。卽檢察官替代自訴人爲原告。使訴訟得以繼續進行也。檢察官擔當訴訟之情形有二。分述如左。

(1) 自訴人經合法傳喚。無正當之理由不到庭者。舊刑事訴訟法規定。以撤回自訴論。殊

嫌不當。新法改爲得不待其陳述而爲判決。其到庭不爲陳述。或未受許可而退庭者亦同。如法院認有必要情形。得通知檢察官擔當訴訟。依公訴程序。繼續進行。(三三三條一項二項)

(2) 自訴人於辯論終結前死亡者。舊刑事訴訟法規定。由其親屬承受訴訟。無人承受訴訟者。始由檢察官擔當。新法改爲自訴人於辯論終結前死亡。或喪失行爲能力者。法院應分別情形。逕行判決。或通知檢察官擔當訴訟。以期簡便。(三三二條四條)

第九 自訴之反訴。反訴者。自訴被告。依自訴人之自訴程序。對於自訴人提起之訴也。茲分述如左。

(1) 提起反訴。須提起自訴之被害人犯罪。向被告爲其被害人者。故反訴之當事人。與自訴之當事人相同。惟互易其原被之地位而已。(三三三條)

(2) 反訴須於第一審辯論終結前提起。蓋刑事訴訟法所以規定反訴者。原在合併反訴與自訴之訴訟程序。如自訴已在第一審辯論終結。即無合併之可言矣。(三三三條)

(3) 提起反訴。於審判期日得用言詞。否則仍須以書狀爲之。(三三三條二條)

(4) 反訴在利用自訴程序。其性質又與自訴同。故自訴之規定。於反訴準用之。(三三條)

(5) 許爲反訴。原在合併反訴與自訴之訴訟程序。故除必要時。得於自訴判決後。另行判決外。應以同時判決爲適宜。(三三條)

(6) 反訴與自訴。犯罪事實。本屬各別。并無不可分離之關係。故自訴雖經撤回。其影響不及於反訴。(三三條)
(四條)

第三編 上訴

第一章 通則

第一 上訴之意義。 上訴者。當事人、或其他訴訟關係人。對於下級法院未確定之判決。向直接上級法院聲明不服。請求撤銷或變更之救濟方法也。上訴之目的。在請求撤銷或變更未確定之判決。固與抗告請求撤銷或變更裁定者不同。且與非常上訴及再審、請求撤銷

或變更已確定之判決者亦有別。上訴之效果有二。卽(子)確定停止。上訴人於上訴期間內提起上訴。下級法院之判決。因之延不確定。(丑)審級移轉。案件既已上訴。其上訴部分。繫屬於上級法院。應由上級法院審理判決是也。

第二 上訴之主體。

(一)當事人。當事人爲檢察官、自訴人、及被告。(三)皆足爲上訴之主體。但因公訴與自訴不同。其上訴權亦應分別論之。公訴之當事人。爲檢察官與被告。有上訴權者。亦爲檢察官與被告。而被害人、或其他告訴人無之。自訴之當事人。爲自訴人與被告。其有上訴權。固無待言。然檢察官。雖非自訴之當事人。而對於自訴案件之判決。亦得獨立上訴。蓋凡屬犯罪。無不侵害公共法益。此刑事訴訟法所以有三百三十九條之特別規定也。

檢察官提起上訴。不限於提起公訴、或參與原辯論之檢察官。但下級法院之檢察官。對於上級法院之判決。非受有上級法院檢察長官之命令。不能執行上級法院檢察官之職務

而提起上訴。蓋檢察一體。雖已成法律上之原則。然上級下級。不能謂無界限可分也。
。 (參照最高法院十九年上字一〇八八號判例) 其提起上訴。不以不利於被告爲限。並得爲被告之利益而提起之。
又原告訴人。請求檢察官上訴。則應否准許。檢察官有酌量之權。決不受其拘束也。

自訴人在自訴案件。既爲原告。對於自訴案件之判決。有不服者。當然得爲上訴。舊刑事訴訟法三百五十八條二項規定。自訴人爲被告利益起見。亦得上訴。新法刪去之。被告提起上訴。應僅以爲自己利益爲限。蓋付與被告以上訴權。原在保護其利益。若被告爲自己不利益而上訴。則與設上訴制之精神相反。惟判決是否於被告有利益。須就客觀定之。不能以被告之意思爲準耳。(三三六條一項二項)

2) 被告之法定代理人或配偶。被告之法定代理人或配偶。均與被告有密切關係。以爲被告利益爲限。許其獨立上訴。被告之意思如何。在所不問。(三三三條七條)

3) 原審之代理人、或辯護人。原審之代理人或辯護人。在原審曾輔助被告。行使防禦權。有保護被告之義務。亦得爲被告之利益而上訴。但其與被告關係。不及法定代理人

或配偶之密切。故不許獨立上訴。即不得與被告明示之意思相反是也。(三三) (八條)

第三 上訴之範圍。提起上訴。原無限制。有對於判決全部爲之者。有對於判決一部爲之

者。一部上訴之情形。(子)被告有數人。檢察官、或自訴人。對於一部分之被告上訴者。

或一部分之被告。獨自上訴者。(丑)被告犯數罪。檢察官、自訴人、或被告。對於一部分

之犯罪上訴者。(寅)判決僅係一罪。檢察官或自訴人。以科刑過輕。或被告以科刑過重而

上訴者。既爲一部上訴。應於上訴書狀內聲明。上級法院。即應就上訴之部分而爲審判。

但未聲明爲一部者。應視爲全部上訴。又雖對於判決之一部上訴。其有關係之部分。仍應

視爲亦已上訴。以該部分因上訴而必受其影響故也。(三四〇條) (一項二項)茲舉判解數則。以資參考。

(一)甲乙兩罪。既有結果方法之關係。自屬牽連犯。對於乙罪之判決。雖未聲明不服。應

認爲與已經上訴之甲罪。有關係之部分。亦以上訴論。(司法院二十一年院字七八一號解釋)

(二)檢察官聲明控訴時。雖限定從刑部分。然查從刑與主刑。原則上本有不可分離之關係

。原審因對於從刑部分控訴。遂將主刑部分。亦認爲已經控訴。併予判決。自難指爲違

法。(前北京大理院八年
上字五七一號判例)

(3) 檢察官雖僅對於第一審判決合併定刑之部分。聲明控訴。然其合併所定之刑。既以俱發罪各科之刑為基礎。則各罪之論罪科刑。即屬有關係部分。不能不以聲明控訴論。(

前北京大理院八年
上字六七五號判例)

(4) 上訴人雖僅對於未予緩刑部分上訴。然其犯罪。是否成立。應否科刑。於緩刑問題。

至有關係。則該部分之論罪科刑。自不得不上訴論。(最高法院二十年上
字二二一號判例)

第四 上訴之期間 提起上訴。足阻下級法院判決之確定。如上訴無一定期間。則判決將無確定之日。刑事訴訟法規定。上訴期間為十日。當事人等提起上訴。應在上訴期間未滿以前為之。茲分述如左。(三四
一條)

(1) 上訴期間已滿後。即喪失上訴權。不得上訴。如為上訴時。則原審法院應依刑事訴訟法三百五十四條或三百七十六條。以裁定駁回之。第二審法院。應依同法三百五十九條。或第三審法院。應依同法三百八十七條。以判決駁回之。

(2) 上訴期間。應自送達判決起算。非自判決起算。未履行送達程序者。即屬無憑起算上訴期間。其送達不合法者亦同。例如被告之保人。僅止擔保保人隨傳隨到。并無收受文書送達之權限。被告亦無委任為送達代收人之聲明。若以判決送交保人收受。不能謂為合法之送達。而起算上訴期間是。(參照最高法院十八年上字三八一號判例) 又對於兩造當事人。送達時期有先後。則上訴期間。自應分別進行也。(三四一條)

(3) 判決一經宣示。即對外成立。不過起算上訴期間。須履行送達程序而已。故判決宣示後送達前之上訴。亦有效力。(三四一條但書)

(4) 上訴期間之計算。依刑事訴訟法六十五條六十六條之規定。期間之始日。不得算入期間。之末日如值星期日、紀念日、或其他休息日。亦不得算入。提起上訴之當事人。如不在原審法院所在地居住。應扣除在途期間。

第五 上訴之程式。上訴應具備一定之程式。否則應依刑事訴訟法三百五十四條、三百五十九條、三百七十六條、三百八十七條。予以駁回。茲述其程式如左。

(1) 提起上訴。應提出上訴書狀。若僅以言詞聲明。雖記載筆錄。亦不生上訴效力。其上訴書狀。祇須有表示不服原判決之意思即足。如未揭明上訴字樣。或將上訴。誤爲抗告。皆不能視爲無效。(三四二條一項)

(2) 上訴書狀。應提出於原審法院。提起上訴。本係請求上級法院救濟。而上訴書狀。必向原審法院提出者。一則使原審法院。就上訴之違背程式。或喪失上訴權者。可以裁判。二則卷宗證物。概在原審法院。使得一併送交爲便利也。(三四二條一項)

(3) 上訴書狀。應按他造當事人之人數。提出繕本。原審法院書記官。并應將上訴書狀之繕本。送達於他造當事人。俾知上訴之意旨。舊刑事訴訟法規定。祇須通知。新法改訂之。蓋他造當事人。於訴訟準備。甚有利害關係也。(三四二條二項三四四條)

(4) 提起上訴。以書狀提出於原審法院之日爲準。與作成書狀之日無關。如提出書狀之日。已逾上訴期間。則作成書狀。無論在於何時。不生上訴之效力。(最高法院十八年上字一五五號判例)

(5) 被告在監獄或看守所者。提起上訴。刑事訴訟法。有特別規定。上訴書狀。應經由監

所長官。轉行提出。被告於上訴期間內。向監所長官。提出書狀。即視為上訴期間內之上訴。但僅向監所長官。用言詞聲明。不服判決者。仍不生上訴效力。監所長官。於接受被告上訴書狀後。應附記接受之年月日時。俾法院於被告之上訴。是否已逾法定期間。有所考核。(三四三條一項三項)

(6) 在監所之被告。自由已被拘束。於不能自作上訴書狀時。應由監所公務員。代為制作。如因監所公務員之不注意。未及代作。以致違背程式者。得依法聲請回復原狀。(三四三條)

二項參照最高法院十九年上字一三〇七號判例

第六 上訴之捨棄、及撤回。 上訴權之捨棄者。即於得為上訴前。表示不行使上訴權之意思也。上訴之撤回者。即於已經提起上訴後。表示不求裁判之意思也。茲分述如左。

(1) 上訴權惟當事人得捨棄之。故除檢察官、自訴人、及被告外。如被告之法定代理人、配偶、及原審之代理人、辯護人。均不得為上訴權捨棄之表示。至撤回上訴。凡有上訴權者。均得為之。但被告之法定代理人、配偶、及原審之代理人、辯護人。為被告之利

益而上訴。被告因之始不自行上訴。若許此等人於上訴後。任意撤回。則反貽誤被告矣。故非得被告之同意。不得撤回上訴。即檢察官爲被告利益所提起之上訴。於撤回時亦同。又自訴人上訴者。非得檢察官之同意。不得撤回。蓋檢察官對於自訴案件。亦常因自訴人已經上訴。遂不另行上訴故也。(三四五條三四六條三四七條三四八條)

(2) 捨棄上訴權。刑事訴訟法。雖未定有時期。但須於判決諭知後、上訴期間內爲之。蓋判決諭知前。上訴權尙未發生。不得預爲捨棄。而經過上訴期間。卽已喪失上訴權。並無捨棄之可言。至撤回上訴。則明定爲應於上級法院判決前爲之。既經判決。不許撤回。所以維持司法之尊嚴也。(三四六條)

(3) 捨棄上訴權。該案件尙未脫離繫屬於原審法院。故應向原審法院爲之。而撤回上訴。則該案件已繫屬於上訴法院。故應向上訴法院爲之。若卷宗尙未送交上訴法院。亦得於例外。向原審法院撤回上訴。(三四九條一項二項)

(4) 捨棄上訴權。及撤回上訴。除於審判期日。得以言詞爲之外。原則上應用書狀。其以

言詞爲之者。應聽其自由表示。若囿於舊習。有強制情事。固不能認爲合法。卽暗示引逗。亦宜禁止。至在監所之被告。捨棄上訴權。或撤回上訴。準用刑事訴訟法三百四十三條之規定。將該項書狀。經由監所長官。分別轉送原審法院。或上訴法院。以資便利。

(三五〇條)
(一項二項)

(5) 捨棄上訴權。或撤回上訴者。卽喪失其上訴權。但此專就爲締棄或撤回者而言。不影響於其他當事人之上訴權。如被告捨棄或撤回時。檢察官仍得上訴是。至被告之法定代理人、配偶。依舊刑事訴訟法三百七十條二項。明定爲於被告捨棄或撤回後。不得提起上訴。新法已刪去之。以被告之法定代理人、配偶。本有獨立上訴權故也。其他原審之代理人、辯護人。則祇能代被告行使上訴權者。自與被告之法定代理人、配偶不同。

(三五
一條)

(6) 捨棄上訴權。或撤回上訴。書記官應速通知他造當事人。免其徒勞準備。但法院毋庸予以任何裁判。(三五
二條)

第二章 第二審上訴

第二審上訴者。即當事人或其他訴訟關係人。不服第一審未確定之判決。上訴於第二審法院。請求以判決撤銷或變更之救濟方法也。刑事訴訟法三百五十三條規定。不服地方法院之第一審判決而上訴者。應向管轄第二審之高等法院爲之。現今採用三級三審制。地方法院。無第二審管轄權。最高法院。雖得管轄不服高等法院所爲第一審判決之上訴。然依刑事訴訟法三百六十七條二項。既應適用第三審程序。則仍非第二審上訴也。

第二審上訴。有關於認定事實者。有關於適用法律者。第二審法院於上訴部分。應就事實法律二方面。予以審判。與第三審法院專爲法律審者不同。雖上訴人對於事實并未攻擊。而實際上第一審法院認定之事實。確有疑義。第二審法院。自應本其職權。重加審理。俾成信讞。故如訊問被告。調查證據。舉行辯論。凡第一審法院所得爲者。第二審法院。均得爲之。其程序除有特別規定外。即準用第一審審判之規定。(三五) 茲將原審法院。與第二審法院。(六條)

於上訴人上訴後所應實施之程序分述如左。

第一 原審法院之程序。

(1) 審查。上訴違背法律上之程式或其上訴權已經喪失者。原審法院。應以裁定駁回之。所謂違背法律上之程式者。如被告法定代理人。爲被告不利益而上訴。原審辯護人。與被告明示之意思相反而上訴。以及提起上訴。用言詞不用書狀皆是。所謂上訴權已經喪失者。如提起上訴。已逾十日期間。以及於捨棄上訴權。撤回上訴後。再行提起上訴皆是。第二審之上訴。本應由第二審法院裁判。但上訴是否違背程式。上訴權曾否喪失。調查極易。更審法院認有上訴違背程序上訴權喪失情形。逕以裁定駁回。則可免周折延滯之弊矣。(三五)
(四條)

(2) 送交。原審法院。認上訴並無刑事訴訟法三百五十四條之情形者。應速將該案卷宗及證物送交第二審法院。舊刑事訴訟法三百七十八條規定。原審法院。以卷證送交同院檢察官。由該檢察官送交第二審法院檢察官。轉送第二審法院。殊多周折。故新法改訂

之。被告在看守所或監獄。而不在第二審法院所在地者。原審法院。應命將被告解送第

二審法院所在地之看守所或監獄。並通知第二審法院。(三五
五條)

第二 第二審法院之程序。左列之程序。係就特別規定者而言。非第二審準用第一審之程序也。

(1) 訊問及調查。 第二審法院審判長。開始審判。除依刑事訴訟法九十四條。訊問被告姓名年齡籍貫職業住居所。以查驗其人有無錯誤外。應命上訴人陳述上訴之要旨。檢察官提起上訴者。由第二審法院檢察官陳述之。無須原審法院之檢察官。自訴人或被告提起上訴者。由自訴人或被告陳述之。蓋對於第一審判決之上訴書狀。不以敘述理由爲必要。此項陳述。不但爲言詞辯論之基礎。且爲第二審判決所依據也。(三五
七條) 第二審法院

。調查之範圍。以就原審判決經上訴之部分爲限。上訴係對於原審判決之全部爲之者。調查應及於全部。固無待言。若僅對於原審判決一部上訴者。除有刑事訴訟法三百四十四條情形。視爲全部上訴。或有關係之部分。視爲亦已上訴外。則凡未經上訴之部分。既

未發生確定停止審級移轉之效力。自不在應予調查之列。故被告有數人僅其中一部分之被告上訴或被上訴者。第二審法院不得就未上訴或未被上訴之共同被告審理之。被告犯數罪僅就一部分之犯罪上訴者。其未上訴之犯罪。第二審法院。亦不得審理之。(三五八條)

(2) 判決。

(一) 駁回之判決。駁回之判決有二。一為形式的駁回。即上訴違背法律上之程式。或其上訴權已經喪失者。原審法院未以裁定駁回。由第二審法院發見時。應以判決駁回之。此項判決。得不經言詞辯論為之。舊刑事訴訟法。無明文規定。乃新法所增訂者。一為實體的駁回。即第二審法院認為上訴為合法而就實體上審理之結果。如認為上訴無理由者。應以判決駁回之。但上訴有無理由。須由第二審法院依自己意見而定。不得僅就上訴人所主張之事項為審理之範圍也。又對於原審諭知管轄錯誤免訴不受理之判決上訴時。第二審法院認為無理由而駁回者。亦得不經言詞辯論為之。(三五九條
三六〇條
三六四條)

(二)撤銷之判決。此即第二審法院撤銷原審判決之判決。其情形有三。(子)第二審法院認為上訴有理由者。應將原審判決經上訴之部分撤銷。就該案件自為判決。(三六一條一項前段)其自為判決時有一限制。即上訴由被告提起或為被告之利益而提起者。非因原審判決適用法條不當(例如認強盜為竊盜。或殺人為傷人。)而撤銷之者。不得為不利益之變更。諭知較重於原審判決之刑。(三六二條)此在舊刑事訴訟法。無明文規定。乃新法所增訂者。(丑)第二審法院。因原審判決。諭知管轄錯誤、免訴、不受理係不當而撤銷之者。得以判決將該案件發回原審法院。蓋原審法院。諭知上述三種之判決。尚未就實體上審理。為維持審級起見。自應發回審判也。(三六一條一項但書)第二審法院。為發回判決時。得不經言詞辯論為之。(三六四條)(寅)第二審法院。因原審判決。未諭知管轄錯誤。係不當而撤銷之者。如第二審法院。有第一審管轄權。應為第一審之判決。例如地方法院。判決應屬高等法院管轄第一審之案件。該高等法院。為第二審法院時。得撤銷地方法院之判決。而自為第一審審判是。(三六一條二項)

第二審審判之程序。尙有特別規定。即被告經合法傳喚。無正當之理由不到庭者。得不待其陳述。逕行判決是也。(三六條)但仍須聽取他造當事人之陳述。調查必要之證據。且以該被告經合法傳喚無正當之理由不到庭者爲限。蓋許逕行判決。係專防訴訟之延滯。乃兩造審理主義之例外。而非言詞審理主義之例外。倘誤解爲不待被告陳述。即可逕用書面審理。則又與實體真實發見主義不免違背。前北京大理院有第二審法院對於呈訴案件。得酌用書面審理之判例。因與刑事訴訟法抵觸。早已失效矣。

第二審法院逕行判決。被告如有不服。祇能依上訴以謀救濟。不得聲請回復原狀。蓋刑事訴訟法六十七條規定。得聲請回復原狀者。係指非因過失遲誤法定期間者而言。且不待被告陳述逕行判決。亦與往時缺席判決制度不同。此已說明於前矣。

刑事訴訟法三百六十三條。爲對於二百九十八條之特別規定。二百九十八條規定第一審法院。得逕行判決者。限於法院認爲應科拘役罰金或應諭知免刑。或無罪之案件。三百六十三條規定。則并無案件之限制。此又卽三百五十六條。所謂第二審審判之特別規定也。

第二審判決書內。得引用第一審判決書所記載之事實及證據。但須以第一審合法認定或採取。並無疑誤者爲限。不得稍涉牽強。又第二審判決。被告或自訴人得爲上訴者。則提出上訴理由書之期間。應併記載於送達之判決正本。(三六五條
三六六條)

第三章 第三審上訴

第三審上訴者。不服第二審法院未確定之判決。請求第三審法院。以判決撤銷或變更其判決之救濟方法也。第三審爲法律審。與第二審不同。故第三審上訴。僅得以第二審判決違背法令爲理由。而第三審法院之審判。亦專在審查第二審判決之適用法律。是否正當。除刑事訴訟法三百八十六條規定之情形外。固不得審理事實也。得向最高級法院爲第三審上訴者。通常限於第二審法院之判決。但有例外二。

(1) 內亂罪、外患罪、妨害國交罪。高等法院有第一審管轄權者。經高等法院第一審判決後。如有不服。得上訴於最高級法院。此等案件。僅有二審。故最高級法院審判時。仍

適用第三審程序。(三六七條)
一項二項

(2) 刑法六十一條所列各罪之案件。情節輕微。以迅速終結爲宜。經第二審判決者。不得上訴於第三審法院。舊刑事訴訟法三百八十七條規定。限於初級法院管轄案件。其最重本刑爲一年以下有期徒刑、拘役、或專科罰金之罪。不得上訴於第三審法院。現今採用三級三審制。故新法將不得上訴於第三審法院案件之範圍。量予擴張。但此等案件。如第二審確定之有罪判決。就足生影響於判決之重要證據。漏未審酌者。得聲請再審。以救濟之。(三六八條)
(四一四條)

原審法院及第三審法院。於上訴人上訴後。各有應實施之程序。茲分述如左。

第一 原審法院之程序。

(1) 審查。上訴於第三審法院。非以判決違背法令爲理由者。不得爲之。蓋第三審審查原審判決之當否。以關於法律點爲限也。上訴人上訴後。原審法院。應就其上訴理由。是否主張原審判決。因違背法令而不當。加以審查。所謂違背法令者。指判決不適用法

則。或適用不當者而言。法則之範圍廣。凡關於刑事訴訟可以適用之一切法令。及經驗上之法則。均包括在內。其違背不問爲實體法。或程序法也。就違背實體法言之。例如認被告爲累犯。而不適用刑法四十七條。是爲不適用法則。又如認被告爲侵占罪。而依刑法三百二十條竊盜罪處斷。是爲適用法則不當。就違背程序法言之。例如於應命具結之證人。不命具結。於未滿十六歲者。或因精神障礙不解具結之意義及效果者爲證人。強命具結。而以各該證言。採爲判決之基礎。亦可謂爲不適用法則或適用法則不當也。

(三六九條
三七〇條)

違背法令之意義。已略如上述。但實體法之違背與否。其審查易。而程序法之違背與否。其審查難。故刑事訴訟法明定有左列情形之一者。其判決當然爲違背法令。(三七)

(一) 法院之組織不合法者。例如參與審判之推事。不足法定員數是。

(二) 依法律或裁判應迴避之推事參與審判者。依法律應迴避者。即推事有刑事訴訟法十七條規定應自行迴避之情形是也。依裁判應迴避者。即當事人聲請推事迴避。已經

該管法院裁定。認聲請爲有理由是也。若該推事仍參與審判。自係違背法令。

(二)禁止審判公開。非依法律之規定者。審判以公開爲原則。若認有妨害公共秩序或善良風俗之虞時。得禁止公開。但須經法院決議。并將不公開之理由宣示。然後令公衆退庭。此爲法院組織法六十五條六十八條一項所明定。不依法律禁止公開。卽係違背法令。

(四)法院所認管轄之有無係不當者。例如本有管轄權。而諭知管轄錯誤之判決。或本無管轄權。而未諭知管轄錯誤之判決是也。

(五)法院受理訴訟或不受理訴訟係不當者。例如本有刑事訴訟法二百九十五條各情形。而不諭知不受理之判決。或本無該條各情形。而竟諭知不受理之判決是也。

(六)除有特別規定外。被告未於審判期日到庭。而逕行審判者。刑事訴訟法二百九十七條。二百九十八條。三百六十三條。得爲逕行判決之特別規定。除上述特別規定外。審判期日。以被告到庭爲審判之條件。否則與刑事訴訟法二百六十條一項相違背矣。

。 (七) 依本法應用辯護人之案件。或已經指定辯護人之案件。辯護人未經列庭辯護而逕行審判者。何者為應用辯護人之案件。及指定辯護人之案件。規定於刑事訴訟法三十一條一項二項。前已說明。此等案件。若辯護人未經出庭。而逕行審判。即係違背法令。

(八) 除有特別規定外。未經檢察官或自訴人到庭陳述而為審判者。公訴案件之原告。為檢察官。自訴案件之原告。為自訴人。除有特別規定外。若未經檢察官或自訴人到庭陳述而為審判。即係違背法令。

(九) 依本法應停止或更新審判。而未經停止或更新者。應停止審判者。如刑事訴訟法二十二條、二百八十七條、至二百九十條之規定是。應更新審判者。如刑事訴訟法二百八十五條一項、二百八十六條之規定是。應停止而未經停止。及應更新而未經更新。均係違背法令。

(十)依本法應於審判期日調查之證據。未予調查者。審判期日。審判長訊問被告後。應調查證據。爲刑事訴訟法二百六十七條所明定。於人證物證應如何踐行調查程序。前已說明。凡未經調查之證據。不得採爲判決之基礎。故應於審判期日調查之證據。不予調查。卽係違背法令。

(十一)未與被告以最後陳述之機會者。辯論終結。卽審理終結。刑事訴訟法二百八十三條規定。審判長於宣示辯論終結。最後應詢問被告有無陳述。蓋使被告得充分行使其防禦權。故予以最後陳述之機會也。若不踐行此程序。卽係違背法令。

(十二)除有特別規定外。已受請求之事項未予判決。或未受請求之事項。予以判決者。已受請求之事項。未予判決者。如檢察官起訴。認被告犯甲乙丙三罪。祇判決甲乙兩罪。而丙罪並不判決是。未受請求之事項。予以判決者。如檢察官起訴。認被告犯甲乙兩罪。審判中因發覺與甲乙兩罪並無關係之丁罪。不待檢察官請求。逕與甲乙兩罪一併判決是。前者爲遺漏。後者則不告而理。均係違背法令。但刑事訴訟原則。採

用言詞審理主義。請求之有無。以當事人於審判期日所陳述者爲準。故起訴書狀或上訴書狀記載之事項。若於審判期日。未經陳述。雖未予判決。不得謂爲違背法令。又刑事訴訟法三百四十條一項二項規定之情形。其未請求而應予以判決。尤無待言。

(十三)未經參與審理之推事參與判決者。例如審理者爲甲推事。而判決者爲乙推事是。

(十四)判決不載理由。或所載理由矛盾者。判決不載理由。卽不知主文構成之根據。故理由爲判決所必不可少之記載。理由分事實之理由、證據之理由、法律之理由三種。如認定事實。係依憑何項證據。所爲判決。係適用如何法律。均須於理由內說明。否則爲違背法令。至所謂理由矛盾者。例如認定事實。係被告犯罪未遂。而採用證據。則係被告既遂。此卽所載事實之理由。與所載證據之理由相矛盾也。又如認定事實。採用證據。均係被告犯罪未遂。而適用法律。則依既遂之條文處斷。此卽所載事實或證據之理由。與所載法律之理由相矛盾也。

上訴於第三審法院。應以違背法令爲理由。此乃原則。但有例外二。

(一)除刑事訴訟法三百七十一條情形外。訴訟程序。雖係違背法令。而顯然於判決無影響者。不得爲上訴之理由。例如原審法院之判決書。增加刪除處。未蓋印章。固不得謂爲違背刑事訴訟法四十條之規定。然判決內容。并未因此而失當。即顯然於判決無影響。若違動搖原審判決。致該案件遲延不得終結。殊非立法本旨。故遇此情形。不得爲上訴第三審之理由。是即以違背法令爲理由者。皆得上訴於第三審之例外也。

(三七)
二條

(二)原審判決後。刑罰有廢止變更或免除者。得爲上訴之理由。就理論言。刑罰之廢止變更或免除。在原審判決後。是原審判決。并無違法可言。然該判決既尚未確定。則使依廢止變更或免除刑罰後之新法裁判。適合立法之精神。故遇此情形。仍得爲上訴第三審之理由。是即非以違背法令爲理由。不得上訴於第三審之例外也。(三七)

向第三審上訴之上訴書狀。應敘述上訴之理由。與上訴於第二審。不以敘述理由爲必要

程式者不同。如未經敘述。上訴人應於提起上訴後十日內。補提理由書於原審法院。與舊刑事訴訟法三百九十四條由原審法院命令提出理由書之規定亦有別。上訴人補提理由書。應按他造當事人之人數提出繕本。在看守所或監獄之上訴人。其理由書即向監所長官提出。原審法院書記官於上訴理由書之繕本。應速送達於他造當事人。他造當事人。

接受載有上訴理由之上訴書狀。或補提理由書之送達後。得於七日內提出答辯書於原審法院。如係檢察官爲他造當事人者。應就上訴之理由提出答辯書。此項答辯書。亦應提出繕本。由原審法院書記官送達於上訴人。原審法院審查該上訴。認爲違背法律上之程式。或上訴權已經喪失。或係對於不得向第三審法院上訴之判決而上訴者。均應以裁定駁回之。其於上訴後逾十日之期間。而不補提上訴理由書者。亦應爲駁回之裁定。又上訴人及他造當事人。在第三審法院判決前。得提出追加理由書、答辯書或意見書於第三審法院。此蓋爲便利計。其提出與否。應任自由決之也。

(三三四條至三七六條
三七八條)

(2) 送交。原審法院認上訴無刑事訴訟法三百七十六條規定之情形。於接受答辯書或提

出答辯書之期間已滿後。除無檢察官爲當事人之上訴案件可逕送第三審法院外。應速將該案卷宗及證物。送交第三審法院之檢察官。俾有陳述意見之機會。第三審法院之檢察官。應於接受卷宗及證物後七日內添具意見書。送交第三審法院。但於原審法院檢察官提出之上訴書或答辯書外。無他意見者。毋庸添具意見書。藉省勞力而免積壓。又第三審法院不審理事實。其判決在原則上不經言詞辯論。雖命辯論。亦由代理人或辯護人爲之。故被告在看守所或監獄者。無一併解送之必要也。(三七七條)

第二 第三審法院之程序。第三審之審判。除有特別規定外。準用第一審審判之規定。茲將特別規定之程序。分述如左。(三七九條)

(一) 辯論。第三審法院。專在審查法律。原則上採用書面審理主義。其判決不經言詞辯論。但法院認爲有必要者。得命辯論。辯論時應令以律師充任之代理人或辯護人到場。蓋辯論本以法律點爲限。非有法律智識者。不能參與也。未辯論前。檢察官或代理人、辯護人應陳述上訴意旨。以定審判之範圍。若審判期日。被告或自訴人無代理人、辯護

人到庭者。由檢察官或他造當事人之代理人、辯護人陳述後即行判決。若被告及自訴人均無代理人、辯護人到庭者。得不行辯論。關於指定公設辯護人之規定。於第三審不適用之。此與舊刑事訴訟法四百零四條規定微有不同。(三八〇條三八一條三、八三條二項三八四條)

應行辯論之案件。第三審法院。應就上訴人之上訴書狀及他造當事人答辯書之要旨。指定庭員一人為受命推事調查之。製作報告書。在審判期日辯論前。當庭朗讀。此項報告書。為審判之準備。其內容係就上訴書狀答辯書之意旨。摘要記載。非記載受命推事調查所得之意見也。(三八二條三、八三條一項)

第三審法院之調查。原則以上訴理由所指摘之事項為限。但例外亦有得依職權調查者。即(子)法院之管轄。(丑)免訴事由之有無。(寅)受理訴訟之當否。(卯)對於確定事實援用法令之當否。(辰)原審判決後刑罰之廢止變更或免除等事項是。(三八五條)

第三審雖為法律審。然因調查訴訟程序。法院管轄。免訴事由。及訴訟之受理。有時須從事實上研究。始能明瞭者。故第三審法院於上述事實。得指定受命推事或囑託他法院

之推事調查之。(三八六條)

(2) 判決。第三審之判決。有駁回上訴、與撤銷原審判決二種。分述如左。

(一) 駁回之判決。駁回之判決。亦分形式的駁回與實質的駁回二種。上訴違背法律上之程式。或其上訴權已經喪失。或係對於不得向第三審法院上訴之判決而上訴。或逾補提上訴理由書之期間而不補提。在原審法院未為駁回之裁定。由第三審法院發見時。應以判決駁回之。此即形式的駁回之判決。若原審判決。並無違背法令。或雖違背法令。而顯然於判決無影響。其上訴即無理由。第三審法院。亦應以判決駁回之。此即實質的駁回之判決。又第三審法院。雖認上訴為無理由。以判決駁回上訴。但該上訴人合於刑法緩刑之條件。應予諭知緩刑者。得於便利上同時諭知緩刑。(三八七條三八八條)

(二) 撤銷之判決。第三審法院認上訴為有理由者。應將更審判決中經上訴之部分撤銷。分別為左列三種之判決。(三八九條)

(甲) 自行判決。第三審法院因更審判決。有左列情形之一而撤銷之者。應就該案件

。自爲判決。(子)雖係違背法令。而不影響於事實之確定。可據以爲裁判者。若違背法令。而影響於原審判決確定之事實。則事實之認定。是否得當。尙未確定。自無從適用法令。第三審法院。卽不得自行判決。(丑)應諭知免訴或不受理者。(寅)因判決後刑罰有廢止變更或免除者。(三九〇條)

(乙)發回判決。第三審法院因原審判決。諭知管轄錯誤免訴或不受理係不當而撤銷之者。應以判決將該案件發回原審法院。卽第二審法院。更爲審判。若第三審法院認有必要時。亦得逕行發回第一審法院。例如甲不服第一審法院。諭知管轄錯誤免訴或不受理之判決。上訴於第二審。第二審法院維持第一審判決。甲再上訴於第三審。而第三審法院。則認爲第一審及第二審判決。皆係不當者。卽所謂必要也。

(三九一)
條

(丙)發交判決。第三審法院因原審法院未諭知管轄錯誤係不當而撤銷之者。應以判決將該案件發交該管第二審。或第一審法院。蓋僅第二審未經有管轄權法院之審判

。即發交有管轄權之第二審法院。若第二審及第一審。均未經有管轄權法院之審判。則不能不發交有管轄權之第一審法院也。但關於刑事訴訟法四條所列之案件。經有受轄權之原審法院。爲第二審判決者。不以管轄錯誤論。(三九條)

第三審法院。因上述甲乙丙三項以外之情形。而撤銷原審判決者。應以判決時該案件發回原審法院。或發交與原審法院同級之他法院。究於如何情形應發回。如何情形應發交。刑事訴訟法無明文規定。例如認原審判決。事實不明。或調查未備。本可發回原審法院。更爲審判。若慮原審法院。堅持己見。不肯另行調查。或難盡調查能事。亦得發交與原審法院同級之他法院審判之。(三九條)

爲被告之利益而撤銷原審判決時。如於共同被告有共同之撤銷理由者。其利益並及於共同被告。此係特別規定。在保護共同被告之利益。而謀法律適用之統一。但以受撤銷判決之被告有利益爲前提。且共同被告。須有共同之撤銷理由。而所受利益。亦以受撤銷判決之被告所受者爲限。(三九條)

第四編 抗告

第一章 抗告

第一 抗告之意義。 抗告者。不服原審法院未確定之裁定。請求直接上級法院。以裁定撤銷或變更其裁定之救濟方法也。抗告係對於未確定之裁定。聲明不服。故與上訴對於判決聲明不服者不同。且係請求直接上級法院。撤銷或變更原審法院之裁定。不得向原審法院請求。故與刑事訴訟法四百零八條之規定亦有別。得爲抗告之人。(子)當事人。如檢察官、自訴人、及被告。(丑)受裁定之證人、鑑定人、通譯、及其他非當事人。(三九五條)但裁定尙有特別規定。不許抗告者。分述如左。

(1)對於判決前。關於管轄或訴訟程序之裁定。不得抗告。 法院判決前。關於管轄所爲之裁定。如指定管轄或移轉管轄之裁定是。關於訴訟程序所爲之裁定。如駁回聲請傳喚

證人之裁定是。此等裁定。所以不許抗告者。恐因抗告而妨礙訴訟之進行。且裁定縱係不當。得於上訴時。一併聲明不服。非別無救濟方法也。但左列裁定。又爲例外。(子)有得抗告之明文規定者。仍許抗告。如刑事訴訟法二十三條、四百五十四條二項等規定是。(丑)關於羈押、具保、責付、扣押、或扣押物發還。及因鑑定將被告送入醫院或其他處所之裁定。則與受裁定人之財產自由。關係甚鉅。故亦許其抗告也。(三九)(六條)

(2)不得上訴於第三審法院之案件。其第二審法院所爲裁定。不得抗告。不得上訴於第三審之案件。係以二審爲終審。第二審法院所爲裁定。自應不許抗告。舊刑事訴訟法四百十六條規定。對於第三審法院之裁定。不得抗告。新法刪去之。蓋第三審法院之判決。不得上訴。其裁定亦當然不得抗告。無待明文規定也。(三九)(七條)

第二 抗告之期間。抗告有通常期間。及特別期間二種。通常期間爲五日。自送達裁定後起算。與上訴期間自送達判決後起算之理由相同。但裁定經宣示者。在宣示後送達前。提起抗告。亦有效力。特別期間爲三日。如刑事訴訟法四百二十八條三項所規定是。舊刑事

訴訟法規定。抗告期間。通常爲七日。特別爲五日。新法均已縮減矣。(三九)

第三 抗告之方式。提起抗告。應以書狀。敘述抗告之理由。提出於原審法院。不得逕向

抗告法院爲之。其書狀應敘述理由者。因抗告係依書面審理。不經辯論。故僅表示抗告之意。而未表示其理由。則抗告爲不合法。須向原審法院提出者。在使原審法院。得就該書狀。爲刑事訴訟法四百條一項之審查。或同條二項之更正。(三九)

第四 抗告之效果。抗告以不停止執行爲原則。故雖對於某裁定。提起抗告。其裁定仍得執行。否則不但訴訟因抗告而妨礙進行。且恐無以達原裁定之目的。殊非所宜。但原審法院。於抗告法院之裁定前。得以裁定停止執行。抗告法院。亦得於就抗告爲裁定前。爲此停止執行之裁定。(四〇一項二項)

第五 抗告之程序。抗告之性質。與上訴多相類似。故抗告程序。除有特別規定外。準用

關於上訴之規定。(四一)

第六 抗告之裁判。

(1) 原審法院之裁判。原審法院對於抗告。先從形式上審查。如認為抗告違背法律上之程式。或抗告權已經喪失。或係對於不得抗告之裁定抗告者。應以裁定駁回之。若無上述情形。即係合法抗告。進而從實體上審查。其審查結果。認為抗告有理由者。應更正其裁定。認為全部或一部無理由者。應於接受抗告書狀後三日內。添具意見書。送交抗告法院。必要時。更應將該案卷宗及證物。一併送交抗告法院。(四〇〇條一項二項四〇二條一項)

(2) 抗告法院之裁判。抗告法院對於抗告。僅就抗告書狀及意見書。加以審查。已可據為裁定者。自無需用卷證。然抗告案件。內容複雜。不易審查。而原審法院。并未送交該案卷宗及證物者。抗告法院。得請求送交。(四〇二條二項)至抗告法院之審查。亦先從形式上為之。如認為抗告違背法律上之程式。或抗告權已經喪失。或係對於不得抗告之裁定抗告者。應以裁定駁回之。如認為抗告合法。再從實體上審查。其審查結果。認為抗告無理由者。亦應為駁回之裁定。認為抗告有理由者。則以裁定將原裁定撤銷。於有必要時。并須調查事實。自為裁定。至抗告法院之裁定。無論屬於何種。均應速通知原審法

院。使得知悉抗告之結果。便爲適當之處置也。(四〇三條至四〇六條)

第二章 再抗告

再抗告者。卽對於抗告法院。就抗告所爲之裁定。更爲抗告也。抗告法院就抗告裁定後。以不得再行抗告爲原則。但就左列抗告所爲之裁定。得提起再抗告。(四〇七條一項)

(1) 對於駁回上訴之裁定抗告者。

(2) 對於因上訴逾期。聲請回復原狀之裁定抗告者。

(3) 對於聲請再審之裁定抗告者。

(4) 對於第四百八十一條定刑之裁定抗告者。

(5) 對於第四百九十條聲明疑義或異義之裁定抗告者。

(6) 證人、鑑定人、通譯、及其他非當事人對於所受之裁定抗告者。

以上各款。於受裁定人關係甚大。僅許一次抗告。未足以資保護。故刑事訴訟法。特許再行

抗告。但不得上訴於第三審法院之案件。其第二審法院所爲裁定。仍不得提起再抗告。(四〇
項)

第三章 準抗告

準抗告者。與抗告不同。而準用抗告之規定。卽不服審判長、受命推事、受託推事、或檢察官所爲之裁定或命令。聲請其所屬法院。撤銷或變更之之救濟方法也。檢察官無裁定權。不服檢察官之處分。不能抗告。惟有聲請檢察官所屬法院撤銷或變更。以資救濟。審判長、受命推命、受託推事。通常僅能行使法院所委任之權限及職務。而受其委任之拘束。且刑事訴訟法三百九十五條規定。得抗告者。限於法院所爲之裁定。故不服審判長、受命推事、受託推事之處分。亦不能抗告於直接上級法院。而應聲請審判長、受命推事、受託推事所屬法院。撤銷或變更之。此項聲請。雖規定於抗告編內。然其性質。實與抗告不同。除就撤銷罰鍰之聲請所爲之裁定外。餘均不得抗告。(四一
條) 蓋聲請經准許者。聲請人之目的已達。聲請被

駁回者。原處分顯無不當也。茲再分述如左。

第一 聲請撤銷或變更之裁定或命令。(四〇八條一項)

(1) 關於羈押、具保、責付、扣押、或扣押物發還、及因鑑定、將被告送入醫院、或其他處所之裁定或命令。

(2) 對於證人、鑑定人、或通譯、科罰鍰之裁定。

第二 聲請之期間。此期間為五日。與通常抗告期間同。自為裁定或命令之日起算。其為送達者。自送達後起算。(四〇八條二項)

第三 聲請之方式。聲請應以書狀。敘述不服理由。向該管法院提出之。(四〇九條)

第四 聲請效果及程序。除準用刑事訴訟法四百零一條至四百零六條之規定外。其同法二

十一條一項之規定。於聲請撤銷或變更受託推事之裁定者。準用之。(四一〇條一項二項)

第五編 再審

第一 再審之意義。再審者。再審權人。於有罪、無罪、免訴、或不受理之判決確定後。以認定事實不當爲理由。請求管轄再審之法院。更爲審判。撤銷或變更原判決之救濟方法也。凡判決一經確定。卽不許輕易動搖。然原判決認定之事實。顯有錯誤。若拘守一事不再理之原則。無從救濟。又與刑事訴訟採用實體的發見真實主義相反。故特設再審制度。以調和之。關於再審制度。立法上有兩種主義。(1)爲保護受判決人利益主義。卽非有利於受判決人。不得聲請再審。如法國刑事訴訟法是。(2)爲更正事實錯誤主義。聲請再審。專以求審體的真實發見爲目的。於受判決人有無利益。在所不問。如德國刑事訴訟法是。我國刑事訴訟法。蓋採用德國立法例者。茲更將再審之意義。分析述之如左。

(1)再審係對於已確定之判決爲之。與上訴對於未確定之判決聲明不服者不同。至已確定之處刑命令。依刑事訴訟法四百五十八條。其效力同於確定判決。自應解爲亦得聲請再審。惟再審旣以確定判決爲要件。則已失效力之判決。如第一審判決。曾經第二審撤銷。或第二審判決。曾經第三審撤銷者。均不許對之聲請再審也。

(2) 再審與非常上訴。雖同係對於已確定之判決聲明不服。然非常上訴。以原判決違背法令爲理由。再審則以原判決認定事實不當爲理由。實有不同也。

(3) 再審僅對於確定之有罪、無罪、免訴、或不受理之判決。始得爲之。此與上訴及非常上訴。均有不同。

(4) 再審權人。及再審之管轄法院。俟後詳述。

第二 再審之原因。再審須具有法定原因者。始得以爲再審理由。故再審原因。卽再審理由。茲就刑事訴訟法所定爲受判決人利益聲請再審。與爲受判決人。不利益聲請再審各原因。分述如左。

(1) 爲受判決人利益聲請再審之原因。有罪之判決確定後。爲受判決人利益。聲請再審者。須有左列情形之一。(四一三條一項)所謂爲受判決人利益者。卽求諭知無罪或較輕之刑是也。

(二) 原判決所憑之證物。已證明其爲偽造或變造者。例如甲用刀殺乙。素知丙與乙有

仇。預在刀柄上假刻丙之姓名。於殺乙後。拋置屍側逃逸。乙子丁訴丙殺乙。法院認刀爲丙所有。判丙以殺人之罪。嗣查知刀柄上之字。係甲假刻。甲到案亦供認不諱。遂復判甲殺人及偽造關係他人刑事被告案件之證據各罪。如該判決確定。爲受判決人丙之利益。得聲請再審。

(二)原判決所憑之證言、鑑定、或通譯。已證明其爲虛僞者。本款情形。與前款略同。惟前款係指原法院認僞造或變造之證物爲真實。憑以認定事實。諭知有罪之判決而言。本款則指原法院認虛僞之證言、鑑定、或通譯爲真實。憑以認定事實。諭知有罪之判決而言。如該證言、鑑定、或通譯。因其他刑事確定判決。已證明其爲虛僞。則爲受判決人之利益。亦得聲請再審。

(三)受有罪判決之人。已證明其係被誣告者。例如甲訴乙殺丙。法院判乙殺人罪。嗣查知甲乃虛僞之告訴。復科甲以誣告罪之刑。如誣告罪之判決確定。即得爲受判決人乙之利益。聲請再審。

(四) 原判決所憑之通常法院、或特別法院之裁判。已經確定裁判變更者。例如甲乙因夫妻身分問題涉訟。經第一審民事法院裁判。認甲乙有夫妻關係。甲復告訴丙與其妻乙通姦。刑事法院。依據民事裁判。遂判決乙丙共犯刑法二百三十九條之罪。嗣乙不服民事裁判。上訴於第二審。查知甲乙并未正式結婚。而為變更第一審裁判之裁判。如該裁判已經確定。乙丙得以為再審理由。對於所受刑事判決。聲請再審。

(五) 參與原判決、或前審判決、或判決前所行調查之推事。或參與偵查、或起訴之檢察官。因該案件犯職務上之罪。已經證明者。此即原法院。諭知有罪判決後。而承辦該案件之推事或檢察官。因曾收受賄賂。復經法院依法瀆職罪。對於該推事或檢察官判罪科刑。如瀆職罪之判決確定。則受判決人得以為再審理由。聲請再審。

(六) 因發見確實之新證據。足認受有罪判決之人。應受無罪、免訴、免刑、或輕於原判決所認罪名之判決者。應受無罪之判決者。例如甲被訴殺乙。受有罪之判決確定後。發見乙尚生存之確實證據是。應受免訴之判決者。例如甲乙通姦。受有罪之判決確

定後。發見其事在大赦以前之確實證據是。應受免刑之判決者。例如某婦墮胎。受有罪之判決確定後。發見其係因妨止生命上危險之必要之確實證據是。應受輕於原判決所認罪名之判決者。例如甲被訴傷害直系血親尊親屬乙。受有罪之判決確定後。發見乙并非甲之直系血親尊親屬之確實證據是。惟所謂確實證據。係指該項證據之本體。顯然足為被告有利之判決。不須經過調查者而言。如果證據之真偽。尙待調查。卽與確實證據之意義不符。不能據為再審之理由。（最高法院十九年抗字八三號判例）

依上述一款至三款及五款情形。聲請再審時。必須由確定判決以證明之。卽證物之偽造或變造。證言鑑定或通譯之虛偽。受有罪判決之人之被誣告。推事或檢察官之犯職務上之罪。若無足資證明之確定判決。則不能以為再審理由。推翻已確定之原判決也。然如偽造或變造證物人。虛偽陳述之證人鑑定人或通譯。以及誣告人。或犯職務上之罪之推事或檢察官。於起訴前或起訴後死亡。刑事訴訟。非因證據不足。而不能開始或續行者。雖無該項確定判決。應仍許依其他方法證明。聲請再審。（四一三條二項）

又不得上訴於第三審之案件。其經第二審確定之有罪判決。雖無上述各款情形。如就足生影響於判決之重要證據。漏未審酌者。亦得爲受判決人之利益。聲請再審。此爲新刑事訴訟法所增訂。舊法無之。蓋現今採用三級三審制。不得上訴於第三審案件之範圍。

既已擴張。故特設此補救方法也。(四一)
(四條)

(2) 爲受判決人不利聲請再審之原因。有罪、無罪、免訴、或不受理之判決確定後。

爲受判決人不利。聲請再審者。須有左列情形之一。(四一)
(五條)

(一) 有第四百十三條第一款、第二款、第四款、或第五款之情形者。各款情形。前已述明。原判決因各款情形不利於受判決人時。既得爲受判決人利益。聲請再審。則利益於受判決人時。自亦得爲受判決人不利。聲請再審。

(二) 受無罪或輕於相當之刑之判決。而於訴訟上或訴訟外。自白其應受有罪或重刑判決之犯罪事實者。例如甲被訴殺人。捏供出於正當防衛。受無罪之判決。或捏供係當場激於義憤。受輕於相當之刑之判決。各該判決所認定之事實。均非真正事實。嗣後

甲於訴訟上或訴訟外。自白其真正犯罪事實時。自得依據甲之自白。聲請再審。由法院諭知甲爲有罪或較重之刑。

(三)受免訴或不受理之判決。而於訴訟上或訴訟外。自述其并無免訴或不受理之原因者。例如法院誤認犯罪時效已完成。諭知免訴之判決。或誤認被訴案件。欠缺訴訟條件。諭知不受理之判決。此種判決。受判決人雖自白犯罪事實。不得據以聲請再審。其得爲再審理由者。以於訴訟上或訴訟外。自述其并無免訴或不受理之原因爲限。與前二款情形不同。

第三 聲請再審之期間。於刑罰之執行中。固得聲請再審。卽刑罰執行完畢。或已不受執行時。亦得爲之。(四一)所謂已不受執行者。指刑罰已不得再執行而言。如(子)行刑權時效完成。(丑)大赦。(寅)特赦。(卯)緩刑期滿而未撤銷緩刑之宣告。(辰)假釋期滿而未撤銷假釋等情形是。其中如經大赦者。則罪刑均消滅。緩刑期滿而未撤銷緩刑之宣告者。則宣告之刑。亦失其效力。自無再審之適用。易言之。卽確定判決已不存在。無由聲請再審

故也。

新刑事訴訟法於再審之期間。設有二種限制。與舊法不同。分述如左。

(1) 依刑事訴訟法四百十四條規定。因重要證據。漏未審酌。而聲請再審者。應於送達判決後二十日內爲之。不得上訴於第三審法院之案件。經第二審判決。卽已確定。其許爲受判決人利益。聲請再審者。原屬特設之補救方法。前已述明。此等案件輕微。宜於速結。故定爲聲請再審。於送達判決後不得逾二十日。以免拖延。(四一)
(七條)

(2) 爲受判決人之不利益。聲請再審。於判決確定後。經過刑法第八十條第一項期間二分之一者。不得爲之。此爲保護受判決人之利益而設。蓋判決確定後。不問經過若干期間。猶許爲受判決人之不利益。聲請再審必貽受判決人以精神上無限之恐懼也。(四一)
(八條)

第四 再審之管轄法院。再審案件。有由最高法院管轄者。法國立法例是也。有由原審法院管轄者。德國立法例是也。我國刑事訴訟法。採用德國立法例。故管轄再審之法院。卽爲判決之原審法院。蓋原審法院。熟悉該案件經過情形。受理再審。調查自易也。所謂爲

判決之原審法院者。例如第一審法院爲有罪、無罪、免訴、或不受理之判決確定，應以第一審法院爲原審法院。若第一審法院所爲上述各種判決。經第二審法院撤銷改判。或第二審法院所爲上述各種判決。經第三審法院撤銷改判者。則應以撤銷改判之第二審法院或第三審法院爲原審法院。其第二審對於不服第一審所爲上述各種判決之上訴駁回。或第三審對於不服第二審所爲上述各種判決之上訴駁回。亦應以爲駁回判決之第二審法院或第三審法院爲原審法院。是爲再審管轄之原則。(四一九條一項)但尙有例外二種。分述如左。

(1) 判決之一部曾經上訴。一部未經上訴。對於各該部分。均聲請再審。而經第二審法院。就其在上訴審確定之部分。爲開始再審之裁定者。其對於在第一審確定之部分聲請再審。亦應由第二審法院管轄之。(四一九條二項)此爲便利起見。使第二審法院得合併審理也。

(2) 判決在第三審確定者。對於該判決聲請再審。應以爲判決之第三審法院爲管轄再審之法院。惟再審係因原判決認定事實。顯有錯誤。開始再審之審判。自須審理事實。而第三審法院。則爲法律審。故除聲請再審。以第三審法院之推事。有四百十三條五款情形

爲原因。應以第三審法院爲受轄再審法院者外。餘均由第二審法院管轄之。(四一九條三項)

第五 再審權人。再審權人。卽得聲請再審之人也。分述如左。

(一)爲受判決人之利益。聲請再審。得由左列各人爲之。(四二〇條)

(一)管轄法院之檢察官。

(二)受判決人。

(三)受判決人之法定代理人、或配偶。

(四)受判決人已死亡者。其配偶、直系血親、三親等內之旁系血親、二親等內之姻親、

或家長家屬。

(2)爲受判決人之不利益聲請再審。僅得由管轄法院之檢察官及自訴人爲之。其由自訴人聲請再審者。又以有刑事訴訟法四百十五條一款規定之情形爲限。該條該款規定之情形

卽。同法四百十三條一款、二款、四款、或五款之情形。已述於前。(四二一條)舊刑事訴訟

法無此規定。

第六 聲請再審之方式。聲請再審。(1)應以書狀。敘述再審理由。(2)應附具原判決之

繕本。及證明再審原因之證據。(3)應提出於再審之管轄法院。此爲必要方式。如不遵守

。即屬聲請再審之程序。違背規定。應受駁回之裁定。其他如(1)須原判決已經確定。(

2)須爲得聲請再審之判決。(3)須由再審權人聲請。其要件尤宜遵守。自不待言。(四二

參照可
二六條)

二條

第七 聲請再審之效力。聲請再審。原則上無停止刑罰執行之效力。恐因無益之再審。而妨礙刑罰之執行也。但管轄法院之檢察官。在關於再審之裁定前。得命停止。又管轄法院。認爲再審有理由者。除應爲開始再審之裁定外。亦得以裁定停止刑罰之執行。蓋再審判決之結果。如將原判決。撤銷或變更。而刑罰之執行。不予停止。則受判決人之損害。殊非淺鮮。其原判決處死刑者。與其他判決不同。非待再審判決確定後。尤屬不得執行。故例外許由管轄法院之檢察官及管轄法院。就應否停止執行刑罰。審酌情形定之。(四二三條

項二)

四二八條

第八 再審之撤回。再審之聲請。於再審判決前。得撤回之。其有再審權人。應解為均有撤回再審權。惟受判決人之法定代理人或配偶。為受判決人之利益。聲請再審。其撤回時。應解為須得受判決人之同意。又自訴人。聲請再審。其撤回時。亦應解為須得檢察官之同意。庶與刑事訴訟法三百四十七條及三百四十八條。關於撤回上訴之規定相合也。撤回再審後。不得更以同一原因聲請再審。然再審之訴。刑事訴訟法。并無祇許聲請一次之限制。苟有其他再審原因。仍不妨於撤回後。更行聲請。(四二四條一項二項)

刑事訴訟法三百五十條及三百五十二條之規定。於撤回再審準用之。即(1)撤回再審。應提出書狀。但於審判期日。得用言詞。(2)受判決人在監獄或看守所者。撤回再審。應向監所長官提出撤回書狀。其不能自作書狀者。由監所公務員代作。監所長官接受書狀後。應附記接受之年月日時。送交管轄再審之法院。(3)撤回再審。書記官應速通知他造當事人。(四二五條)

第九 再審之審判。關於再審之審判。分為再審聲請之審判。與再審案件之審判。述之如

左。

(1) 再審聲請之審判。再審聲請之審判。即管轄再審之法院。於聲請再審時。先審查其是合法及有無理由。而加以形式的裁判也。此項裁判。均用裁定。

(一) 法院認為聲請再審之程序。違背規定者。應以裁定駁回之。(四二)(六條) 所謂聲請再審之

程序。違背規定者。即為不合法之再審。如(子)聲請再審。違背刑事訴訟法第四百二十條之程式。(丑)原判決尚未確定。(寅)不得聲請再審之判決。(卯)聲請再審人無聲請再審權。(辰)因曾經撤回再審已喪失聲請再審權等是。均應以裁定駁回之。

(二) 法院認為無再審理由者。應以裁定駁回之。(四二)(七條) 所謂無再審理由者。即聲請再審人。主張為再審原因之理由。與刑事訴訟法四百十三條四百十四條四百十五條之規定不符。或雖相符。而依其所附之證據。不足以證明再審原因實係存在也。於此情形。自應以裁定駁回。經駁回後。不得更以同一原因。聲請再審。(四二)(七條)(二項) 但有其他再審原因。仍不受限制耳。

(三) 法院認爲有再審理由者。應爲開始再審之裁定。法院認爲有再審理由。應先爲開始再審之裁定。不得卽行開始再審。對此裁定。如有不服。得於三日內抗告。(四二八條一項)

(三)

(2) 再審案件之審判。卽開始再審之裁定已確定。更就該案件而加以實體的裁判之謂也。

(一) 開始再審之裁定確定後。法院應依其審級之通常程序。更爲審判。爲開始再審之裁定者。係第一審法院。應依第一審程序更爲審判。係第二審法院或第三審法院。應依第二審或第三審程序更爲審判。(四二條九條)

(二) 受判決人已死亡者。爲其利益聲請再審之案件。應不行言詞辯論。由檢察官或自訴人。以書狀陳述意見後。卽行判決。但自訴人已死亡者。法院得逕行判決。或通知檢察官陳述意見。其爲受判決人之利益聲請再審之案件。受判決人於再審判決前死亡者。亦同。法院於再審案件。既須依通常程序。更爲審判。則受判決人有到庭之必要。

然該受判決人。於聲請再審前。或再審判決前。已經死亡。而聲請再審。又係爲其利益。故許不行言詞辯論。由檢察官或自訴人。以書狀陳述意見後。卽行判決。若自訴人已死亡者。或逕行判決。或通知檢察官陳述意見。由法院分別情形。審酌爲之。以期簡便。又上述之判決。爲防止拖延訴訟計。均不得上訴。(四三〇條一項二項三項)

(三)爲受判決人之不利益聲請再審之案件。受判決人於再審判決前死亡者。其再審之聲請。及關於再審之裁定。失其效力。爲受判決人不利益聲請再審。祇限於生存之受判決人。如受判決人於聲請再審前已死亡者。固不許爲其不利益聲請再審。卽聲請再審後。於再審判決前死亡者。則犯罪之主體已不存在。亦不能對該受判決人。諭知有罪或較重之刑。故其再審之聲請。及關於再審之裁定。失其效力。以資終結。(四三一條)

(四)爲受判決人之利益聲請再審之案件。諭知有罪之判決者。不得重於原判決所諭知之刑。旣爲受判決人之利益聲請再審。若再審判決諭知之刑。較原判決諭知之刑爲更重。則該受判決人。反因再審而蒙不利益之結果。殊失保護受判決人利益之趣旨。故特

設此限制之規定。(四三)
(二條)

(五)爲受判決人之利益聲請再審之案件。諭知無罪之判決者。應將該判決書。刊登公報或其他報紙。此爲回復受判決人名譽當然應有之辦法也。(四三)
(三條)

第六編 非常上訴

第一 非常上訴之意義。非常上訴者。最高法院檢察官。對於已確定之判決。以審判違背法令爲理由。請求最高法院。撤銷或變更其判決或訴訟程序之救濟方法也。此種制度。在各國立法例。有二主義。(1)專爲統一法律之解釋。(2)爲統一法律之解釋。兼爲保護被告之利益。就我國刑事訴訟法四百三十四條及四百四十一條觀之。其採用後之主義。甚屬顯然。茲將非常上訴之意義。分析述之如左。(四三)
(四條)

(1)非常上訴。係對於已確定之判決爲之。與通常上訴對於未確定之判決聲明不服者。不

同。

(2) 非常上訴。以原判決之審判違背法令爲理由。與再審以原判決認定事實不當爲理由者不同。所謂違背法令。其屬於實體法。抑屬於程序法。固所不問。但須爲顯然違背法律明文所定者。若法文上有發生解釋上之疑問。而僅依法律上見解之不同者。不得爲提起非常上訴之理由。(參照最高法院十八年非字八四號判例)

(3) 提起非常上訴之權。專屬於最高法院檢察長。其他檢察官。於判決確定後。發見其審判違背法令。應具意見書。將該案卷宗及證物。送交最高法院檢察長。聲請提起非常上訴。但應否提起。仍由最高法院檢察長自由檢定。(四三) (五條)

(4) 提起非常上訴。祇須在判決確定後。無論何時。均得爲之。此亦與通常上訴及聲請再審不同。

第二 提起非常上訴之方式。提起非常上訴。應由最高法院檢察長。以非常上訴書敘述理由。提出於最高法院。不得向原審法院爲之。蓋管轄非常上訴之法院。專屬於最高法院也。(四三) (六條)

第三 非常上訴之審判。

(1) 最高法院接受非常上訴書後。原則上應以非常上訴理由所指摘之事項爲限調查之。但例外關於訴訟程序、法院管轄、免訴事由，及訴訟之受理。亦得指定受命推事或囑託他法院之推事調查事實。(四三八條一項二項參照三八六條一項二項)

(2) 非常上訴。在審查原判決之審判。是否違背法令。無舉行辯論之必要。故其判決。不經言詞辯論爲之。(四三七條)

(3) 最高法院對於非常上訴所爲之判決。分左列二種。

(甲) 認爲非常上訴無理由者。應以判決駁回之。所謂無理由。即認原判決或其訴訟程序。并未違背法令也。(四三九條)

(乙) 認爲非常上訴有理由者。應分別爲左列之判決。(四四〇條)

(子) 原判決違背法令者。應以判決。將其違背法令之部分撤銷。但原判決。係不利於被告者。除撤銷違背法令之部分外。並應就該案件另行判決。以保護被告之利益。

(丑) 訴訟程序違背法令者。應撤銷其程序。

我國刑事訴訟法。關於非常上訴制度採用之主義。爲統一法律之解釋。兼保護被告之利益。已述於前。故非常上訴之判決。係撤銷原審訴訟程序者。其效力對於被告。自不及影響。係撤銷原判決者。除原判決不利於被告。依刑事訴訟法四百四十條一款但書之規定。應就該案件另行判決外。如原判決。并無不利於被告。則僅就違背法令之部分撤銷之。使其效力。而有利於被告之部分。其效力仍應維持。非最高法院所爲非常上訴之判決所能動搖也。(四四一條)

第七編 簡易程序

第一 簡易程序之意義。簡易程序者。第一審法院。對於特種輕微案件。因檢察官之聲請。不經通常審判程序。逕以命令處刑之程序也。刑事訴訟法制定之目的。固在對於犯罪適用刑罰權。然一面或恐被告受有冤抑。以及實施刑事訴訟程序之公務員。草率錯誤。故審

判程序。不得有詳密之規定。以資保障。然不論何種案件。一律依據通常審判程序。必須開庭審判。舉行辯論。其裁判又必須以判決行之。反致被告及訴訟關係人廢時失業。不勝拖累之苦。即於檢察官及法院。亦復因手續煩重。處理遲緩。爲世詬病。殊非立法之本旨。故於通常審判程序之外。再設簡易程序。

簡易程序。雖不經通常審判程序。惟檢察官之刑罰請求權。及法院之刑罰適用權。均爲國家所賦與。並不因案件之應依簡易程序處理而喪失。或有所歧異。仲言之。即簡易程序之適用。於不告不理之原則。及被告人應處之刑罰。並無何等影響也。

第二 簡易程序之要件。簡易程序之要件。即對於如何案件。始得適用簡易程序之謂。依刑事訴訟法四百四十二條一項之規定。凡刑法六十一條所列各罪之案件。第一審法院。得因檢察官之聲請。不經通常審判程序。逕以命令處刑。蓋刑法六十一條所列各罪之案件。均屬情節輕微。宜於速結也。但尚須具備一種特定要件。即依被告偵查中之自白。或其他現存之證據。已足認定其犯罪者是。故雖爲刑法六十一條所列各罪之案件。而不具備上述

特定要件。或雖具備上述特定要件。而案件與刑法六十一條所列各罪不合。均不得適用簡易程序。

舊刑事訴訟法四百六十一條規定。得適用簡易程序之案件。以最重本刑爲六月以下有期徒刑拘役或專科罰金者爲限。新刑事訴訟法。擴張此等案件之範圍。與同法二百三十二條所定檢察官得不起訴。及三百六十八條所定不得上訴至第三審各案件相同。

第三 檢察官聲請之方式及其效力。檢察官偵查刑法六十一條所列各罪之案件。審酌情節。認爲宜以命令處刑者。應即請求以命令處刑。其請求雖不依通常起訴之方式。而依聲請之方式。然須以書狀爲之。不得用言詞。此項書狀。準用刑事訴訟法二百四十三條關於起訴書之規定。應記載(1)被告之姓名、性別、年齡、職業、住所或居所、或其他足資辨別之特徵。(2)犯罪事實、及證據、并所犯法條。其卷宗及證物。亦應一併送交法院。(四四條)

法院以命令處刑。必基於檢察官之聲請。此爲不告不理之原則。且聲請以命令處刑之案件

。有時仍須依通常程序審判。故檢察官此項聲請。應與起訴有同一之效力。(四四四條三項)

第四 法院就聲請所爲之處分。 法院就得適用簡易程序之案件。因檢察官之聲請。本得逕

以命令處刑。且此等案件。情節既屬輕微。證據又甚明確。尤應立即處分。以貫徹簡易之

主旨。此原則也。但例外遇有必要時。亦應於處刑前。訊問被告。然訊問不過就其必要者

爲之。仍與通常審判程序不同。如法院認爲案件不得或不宜以命令處刑者。應適用通常程

序審判。對於檢察官之聲請。則不能逕予駁回也。(四四二條一項但書
四四五條四六條)

得適用簡易程序之案件。新刑事訴訟法所定範圍。較舊法已經擴張。但法院依處刑命令所

科之刑。則以六月以下有期徒刑或罰金爲限。至法院爲處刑命令時。得併科沒收。或

爲其他必要之處分。即被告應免除其刑者。亦得準用刑事訴訟法二百九十一條但書之規定

。以命令諭知。(四四二條二項四
四三條一項二項)

處刑命令之方式。應力求簡略。不能如判決書之煩重。其記載事項。(1)刑事訴訟法五十

一條一項之記載。(2)犯罪之事實及證據。(3)應適用之法條。(4)刑事訴訟法三百零一

條各款所列事項。(5)自處刑命令送達之日起。五日內得聲請正式審判之曉示。

處刑命令之諭知方法。僅以送達爲必要程序。書記官接收處刑命令原本後。應立即制作正本。送達於當事人。舊刑事訴訟法四百六十七條一項但書規定。處刑命令。當場交付本人者。以送達論。新法刪去之。惟被告聲請正式審判之期間。自處刑命令送達日起算。則關係重大。自應依法定送達程式爲之。(四四條)

第五 處刑命令之確定。處刑命令確定後。與確定判決。有同一之效力。其確定原因。

(1)已經過聲請正式審判之期間。(2)被告捨棄聲請權。(3)被告撤回聲請。(4)駁回聲請之裁判已經確定。所謂與確定判決。有同一之效力者。即檢察官不得對於確定處刑命令之案件。更爲起訴。且須依該命令之內容。指揮執行也。(四五條)

第六 正式審判之聲請。聲請正式審判。即請求法院適用通常程序審判之謂。亦可謂爲簡易程序之變更也。處刑命令。所處之刑。縱有錯誤或不當。被告不服。祇得聲請正式審判。不能提起上訴。茲分述如左。

(1) 聲請正式審判之期間及方式。被告於處刑命令送達後五日內。得以書狀向命令處刑之法院。聲請正式審判。必用書狀者。因處刑命令之諭知方法。并不開庭宣告。無由以言詞聲請也。如在監所之被告。爲此項聲請時。準用刑事訴訟法三百四十三條之規定。

(四四九條一項二項三項)

(2) 聲請權之捨棄及撤回聲請。

(一) 捨棄。被告不服處刑命令。得聲請正式審判。乃與被告以行使防禦權之機會。若被告自願捨棄聲請權者。自無不許可之理。惟捨棄後。其聲請權歸於喪失。即不得再行聲請。(四五〇條四五三條)

(二) 撤回。正式審判之聲請權。被告人固得表示捨棄。即聲請後。自行撤回者。亦爲法律所許。但撤回聲請。必須於第一審判決前爲之。蓋判決之後。猶許被告撤回聲請。維持原處刑命令之效力。倘或正式審判之判決。所科之刑。較重於處刑命令。則狡黠之徒。勢必濫行聲請。以供其試驗。故不能不限制之也。撤回聲請者。亦即喪失其

正式審判之聲請權。(四五三條)

捨棄聲請權。及撤回聲請。均應以書狀向命令處刑之法院爲之。但於審判期日。得以言詞爲之。茲所謂審判。當指正式審判後之審判而言。於捨棄聲請權。似無適用。如在監所之被告。爲捨棄及撤回者。準用刑事訴訟法三百四十三條之規定。(四五二條)

第七 正式審判聲請之審判。法院於被告正式審判之聲請。認爲違背規定程式者。應以裁定駁回之。所謂違背規定程式。如聲請人並非被告。或聲請未具書狀。及未向命令處刑法院提出。或其聲請逾越刑事訴訟法四百四十九條一項所定之期間。或已經喪失聲請權等是。對此駁回之裁定。得提起抗告。(四五四條)

法院認爲正式審判之聲請合法者。應依通常程序審判。不受處刑命令之拘束。卽自程序及實體二方面。爲獨立之審判也。(四五五條)

法院就聲請正式審判之案件。已經合法傳喚被告。而被告於正式審判期日。無正當理由不到庭者。得不爲調查。逕以判決駁回其聲請。(四五六條)此項判決，對於不到庭之被告。實施

制裁。頗與往昔缺席判決之性質相類似。惟被告原受之處刑命令。確有冤抑。若僅因其不到庭之故。遂逕為駁回聲請之判決。殊背於實體的真實發見主義。故有調查之必要時。仍予調查。自非法所不許。

聲請正式審判之案件。法院為判決後。處刑命令。即失其效力。該判決之內容。與處刑命令相同者。固無庸為維持原命令之宣示。其不同者。亦不必為撤銷原命令之諭知。(四五條)

正式審判之判決。如係諭知六月以下有期徒刑拘役或罰金者。其判決書得以簡略方式。僅記載被告姓名判決主文犯罪事實及適用之法條為已足。且宣示時。如被告在庭者。即當庭以正本交付。如經檢察官或自訴人聲請。應併交付之。蓋仍力求簡易之意也。但交付正本後。如經當事人提起上訴。應補作正式判決書送達。當事人於判決宣示後。五日內。聲請送達正式判決書者亦同。至上訴期間。則仍自交付正本於被告之日起算。不因補送正式判

決書而變更也

(四五九條一項
二項三項四項)

第八編 執行

第一 執行之意義。執行者。卽就確定裁判之內容。使之實現之行爲也。裁判除關於保安處分。或在刑之執行前執行。或在刑之執行或赦免後執行。自當別論外。其他均於確定後發生執行力。故執行裁判。以裁判確定爲要件。但有特別規定者。應從其規定。如刑事訴訟法四百零一條。卽爲裁判尙未確定。亦得執行之例。同法四百六十五條。卽爲裁判雖已確定。仍不得執行之例。此例外也。(四六〇條)

第二 執行之指揮。指揮執行。與實施執行不同。有實施執行權者。如司法警察、司法警察官、看守所或監獄長官等是。有指揮執行權者。依刑事訴訟法規定。計有三種。茲分述如左。

(1) 爲裁判之法院之檢察官。凡裁判之執行。原則上應由爲裁判之法院之檢察官指揮。蓋檢察官之地位。本爲司法行政官。非推事專司審判者可比。執行既爲審判後之程序。

故以指揮權屬於檢察官爲宜。所以定明執行須由爲裁判之法院之檢察官指揮者。則因憲宗通常多存於該法院。由該法院之檢察官指揮。尤足收敏速便宜之效也。(四六一條一項前段)

(2) 上級法院檢察官。檢察官上下一體。爲裁判之法院之檢察官。固有指揮執行權。而上級法院之檢察官。自不能謂爲反無此權。但應有一定之界限。庶免互相推諉。或互相爭議。故上級法院之檢察官指揮執行。必限於因駁回上訴抗告之裁判。或因撤回上訴抗告。而應執行下級法院之裁判。且訴訟卷宗。現存於上級法院者而後可。此項規定。完全爲敏速便宜起見。若卷宗尙未送交上級法院。或已發回下級法院。則因執行時須查核卷宗。仍由下級法院之檢察官指揮執行爲宜也。(四六一條二項三項)

(3) 法院或審判長、受命推事、受託推事。法院或審判長、受命推事、受託推事。專司審判。似無執行裁判之權。然裁判範圍。至爲廣泛。關於拘提、羈押、搜索、勘驗等處分。法院或審判長、受命推事、受託推事。均可隨時裁定。而其裁定於審判之進行。并有密切之關係。卽或科刑之判決。如已同時宣告緩刑。又或無罪之判決。如經檢察官聲

明捨棄上訴。或係不得上訴者。則法院或審判長、受命推事、受託推事。選爲裁判之執行。亦較敏速便宜。故按照裁判之性質。應由法院或審判長、受命推事、受託推事指揮執行者。自不必由檢察官指揮執行也。(四六一條一項但書)

第三 執行之方式。 執行裁判。關係重要。故檢察官指揮執行。應以書狀爲之。該書狀謂之指揮書。且原有裁判書者。應將裁判書之繕本或節本。添附於後。其原未制作裁判書。僅記載於筆錄者。亦應添附筆錄之繕本或節本。交付實施執行之公務員。俾知裁判之內容。以免執行錯誤。但此在執行刑罰或保安處分之指揮。自屬必要。若指揮二者以外之執行。如執行拘提、羈押、搜索等。則毋庸制作指揮書。(四六二條)

第四 執行之次序。 同一被告。應執行之主刑在二以上者。如以一裁判而宣告二以上之主刑。或數罪併罰而有二以上之裁判是。故執行時。不得不有一定之次序。分述如左。

(1) 罰金。 罰金與其他主刑之執行。並無妨害。不拘於一定之次序。故先就罰金執行。或將罰金與其他主刑。同時執行。均無不可。

(2)其他主刑。被告受二以上主刑之宣告。如係死刑與自由刑。或無期徒刑之自由刑與其他自由刑。則應先就各主刑中之較重者執行。次及其輕者。但有必要時。檢察官亦得酌予變更。停止重刑之執行。而命先執行他刑。(四六三條)

第五 執行開始時之傳喚、拘提、或通緝。死刑、徒刑或拘役之執行。係對於受刑人之生命或自由所爲之執行。且死刑於監獄內執行。徒刑及拘役之人犯。亦於監獄內拘禁。爲刑事訴訟法四百六十六條及四百七十條所明定。故受死刑、徒刑或拘役之諭知。未經羈押者。於執行時。應先傳喚到案。其不到者。應即拘提。該受刑人如有刑事訴訟法七十六條第一款二款之情形。得不經傳喚。逕行拘提。如有同法八十四條之情形。并得通緝之。(四七三條一項)

(二) 上述之傳喚、拘提、或通緝。於罰金易服勞役者準用之。(四八四條三項)

第六 執行之類別。執行之類別。可分爲(1)關於主刑者。(2)關於從刑者。(3)關於其他處分者。述之如左。

（I）關於主刑者。

（一）死刑。死刑爲生命刑。關於死刑之執行。應採用嚴格的慎重方法。與他刑之執行。有特異之點。更分述如左。

（子）時期。凡一切刑罰及處分。通常多於裁判確定後。卽予執行。諭知死刑之判決

。雖經確定。仍不得執行。應由檢察官速將該案卷宗。送交司法行政最高官署令准。於令到三日內執行之。蓋判處其他刑罰。縱有錯誤或冤抑。其在執行中及執行後

。均可依法請求救濟。（如聲請再審或提起非常上訴）至死刑則一經執行。受刑人之生命。卽不可回

復矣。惟以已確定之判決。須送交司法行政最高官署令准。始能執行。似有行政干涉司法之嫌。不知司法行政最高官署覆核死刑。並非自身有裁判權。而可逕將原確定判決。撤銷或變更。不過據檢察官送交卷宗。加以審查。如發見該案件有合於再審或非常上訴之原因者。得命令該管法院之檢察官辦理。其無再審或認爲有請求特赦或減刑之理由。亦可呈由司法院轉呈國民政府核准施行。此爲執行死刑判決之最

後救濟方法。於司法權之獨立。並無影響也。(四六四條四六五條)

(丑)處所。 刑罰之設。所以制裁犯人。非威嚇犯人以外之人。往昔死刑之執行。採用公行制。卽肆諸市朝。與衆共棄之意。既不合於刑罰原理。且反足養成人民殘忍之風。故刑事訴訟法規定。死刑於監獄內執行之。除經檢察官或監獄長官之許可者外。不得擅入行刑場內。蓋採用密行制也。(四六六條四六七條二項)至執行之方法。亦僅以剝奪

受刑人之生命爲目的。通常用絞。并於執行時。應使用麻醉藥品。俾其減少痛苦。

(寅)蒞視。 執行死刑。檢察官除依通常程序爲執行之指揮外。應親自蒞視。並命書

記官在場。(四六七條一項)

(卯)制作筆錄。 執行死刑。應由在場之書記官。制作筆錄。表明執行狀況。受刑人

對於家屬等。如有遺言。亦可向檢察官陳述。記載於筆錄。以便轉知。該項筆錄。

應由檢察官及監獄長官簽名。(四六八條一項二項)

(二)徒刑。 徒刑爲自由刑。處徒刑之人犯。除法律別有規定外。於監獄內拘禁之。各

國立法例。多採用定役自由刑。即受自由刑之執行者。應令服勞役。免致虛糜國帑。且藉以矯正其游惰習慣。俾出獄後。得恃技藝自謀生計。不再犯罪。於國家社會。均有裨益。我刑事訴訟法。察刑事政策之趨勢。故亦不採用無定役自由刑。但得因其情節。免服勞役。由指揮執行之檢察官命令之。(四七〇條 四八二條)

(三) 拘役。拘役亦為自由刑。其執行方法及拘禁場所。均與徒刑相同。不過刑期稍短耳。(四七〇條 四八二條)

(四) 罰金。罰金為財產刑。應依檢察官之命令執行。惟於裁判宣示後。如經受裁判人同意。而檢察官不在場者。得由推事當庭指揮執行。此為新刑事訴訟法增設。舊法無之。即新刑事訴訟法四百六十一條但書所謂之特別規定也。(四七四條一項)其執行亦於裁判確定後開始。惟依刑法四十二條一項之規定。罰金應於裁判確定後兩個月內完納。期滿而不完納者。強制執行。是在裁判確定後兩個月內。受刑人不負滯納之責任。檢察官尚不得遽予強制執行也。

檢察官關於罰金所爲之執行命令。係對於受刑人財產所爲之執行。故與民事執行名義。有同一之效力。其執行程序。準用執行民事裁判之規定。但檢察官對於民事執行處。祇能囑託爲之。并無指揮命令之權。(四七四條二項四七五條參照司法
院二十一年院字第七七六號解釋)

罰金應就受刑人本人之財產執行。如子被處罰金。不得執行父之財產。父被處罰金。亦不得執行子之財產。但受刑人雖已死亡。苟有遺產可供執行。仍得執行之。(四七四
條三項)

罰金於裁判確定逾兩個月後。經強制執行。無力完納時。依刑法四十二條一項之規定。應易服勞役。其易服勞役者。由指揮執行之檢察官命令之。惟罰金易服勞役者之執行。非執行自由刑可比。故應與處徒刑或拘役之人犯。分別執行。不宜使之混同雜處也。此爲新刑事訴訟法所增設。舊法無之。(四八三條四
八四條一項)

(2) 關於從刑者。刑法上之從刑。(子)褫奪公權。(丑)沒收。褫奪公權。經判決確定者。檢察官應隨時將被褫奪公權者之姓名年籍等。行知該地自治團體。并填具褫奪公權通知表。逕送銓敘部備查。(參照司法行政部二十二年七五八
號及二十三年三六二〇號訓令)其關於沒收之執行。與罰金略同。

所異者。罰金有時得由推事當庭指揮執行。沒收則惟依檢察官之命令執行而已。至沒收物之處分方法。應依物之種類及性質而不同。或破毀。或廢棄。或送交軍事機關備用。或以其利益歸屬於國庫。概由檢察官斟酌情形。以職權爲之。(四七四條四七五條四七六條)

(3) 關於其他處分者。

(一) 追徵。追徵不在刑法三十三條三十四條列舉刑名之內。惟於分則中有追徵之規定。是不能認爲刑名。而爲刑法上之一種特別處分。至爲明瞭。就受刑人所受之效果言之。全屬財產關係。故關於追徵之執行。與罰金大略相同。不過罰金在刑法上有易服勞役。及於裁判確定後。所享兩個月內完納之猶預期間等規定。於追徵均無適用。又罰金有時得由推事當庭指揮執行。追徵則應依檢察官之命令執行。亦二者不同之點也。(四七四條四七五條參照刑法一二二條四項一三一條二項)

(二) 罰鍰。罰鍰亦非刑法上之刑名。其規定散見於刑事訴訟法證人、鑑定人等違背義務各條中。卽民事訴訟法。亦有罰鍰之規定。此完全爲對於第三人違背訴訟上義務所

施之制裁。絕無刑罰之性質。至爲明瞭。其執行方法。除關於罰金屬於刑法上之特別規定。不能適用外。餘均與罰金之執行。無甚歧異。又受罰人之遺產。不得執行。蓋罰金既完全爲對於受罰人違背訴訟上義務所施之制裁。含有警戒性質。若其人已經死亡。自無警戒之必要也。(四七四條)(四七五條)

(三)沒入。沒入係對於具保停止羈押之被告已逃匿者所施之制裁。如被告確係因病在外治療。一時不能到案。尙不應遽予沒入其保證金。此項沒入。依刑事訴訟法一百二十一條。檢察官可直接以命令處分。如經法院裁判。亦應依檢察官之命令執行。其執行并準用執行民事裁判之規定。(四七四條)(四七五條參照司法院二十年院字六二七號解釋)

(四)沒收物及扣押物之發還。

(子)沒收物之發還。凡經裁判沒收之物。原則上不許發還。然依刑法三十八條三項前段之規定。該條一項二款三款之物。以屬於犯人者。始得沒收。則該物之權利。如屬於犯人以外之第三人。自不能使之無端蒙受損害。故檢察官於權利人聲請發還

時。應發還之。惟須具備兩種要件。即（甲）權利人之聲請。在執行後三個月內。（乙）聲請發還之沒收物。非應破毀或廢棄者是也。又應予發還之沒收物。若於權利人未聲請前。業已拍賣。應給與拍賣所得之價金。以保護其權利。此外偽造或變造之物。裁判上雖得沒收。但其偽造或變造。僅係其物之一部。而為一部之沒收者。檢察官於發還時。應將其偽造、變造之部分除去。或加以標記。俾杜重行利用之流弊。（四七七條）
（四七八條）

（丑）扣押物之發還。扣押物苟與犯罪無關。本以發還為原則。但應受發還人所在不明。或因其他事故不能發還。應由檢察官公告招領。自公告之日起。六個月內無人聲請發還者。即以其物歸屬國庫。蓋凡物之權利狀態。未便久懸不定。且扣押物日見增多。保管亦感困難也。若係無價值之物。雖在六個月期間內。得逕命廢棄。免除公告招領之手續。其不便保管者。亦得命拍賣。而保管所得之價金。以備發還。

（四七九條）
（一項二項）

(五)保安處分及訓誡。現今刑事政策。注重社會之防衛。故刑法特設保安處分一章。又受拘役或罰金宣告之人犯。如其犯罪動機。在公益上或道義上。顯可宥恕時。實無執行之必要。故刑法四十三條規定。得易以訓誡。保安處分之執行。由檢察官指揮之。其訓誡并由檢察官執行之。(四六〇條前段四八六條)

第七 執行之停止。執行之停止者。即已屆執行之時機。而因受刑人具備法定停止執行之條件。暫時停止行刑之謂也。其執行時機未屆。如諭知死刑判決確定後。尙待司法行政最高官署令准。或受多數刑之諭知。先執行甲刑。而將乙刑暫緩執行者。或執行時機已屆。因被告逃亡。不能執行者。非茲所謂執行之停止也。茲將死刑、徒刑、拘役之停止。分述如左。

(1)死刑之停止。受死刑之諭知者。在心神喪失中。如予以執行。必不能了解刑罰之意義。又對於懷胎婦女爲死刑之執行。因誅其母以及其子。尤非仁者所忍爲。故受死刑之諭知者。在心神喪失未痊愈前。及懷胎婦女未生產前。均應停止執行也。惟死刑之執行

。依刑事訴訟法四百六十五條之規定。須待司法行政最高官署令准。其停止亦由於司法行政最高官署之命令。則停止以後。而實行執行。仍必有司法行政最高官署之命令。自不待言。(四六九條一)
項二項三項

(2) 徒刑之停止。受徒刑之諭知。而有左列情形之一者。於其痊癒或該事故消滅前。停止執行。

(一) 心神喪失者。

(二) 懷胎七月以上者。

(三) 生產未滿一月者。

(四) 現罹疾病。恐因執行而不能保其生命者。

上述一款情形。與死刑停止執行之理由同。且心神喪失。如拘禁於監獄。必致妨害紀律。亦為理由之一。至二三四等款。於受刑人之健康或其生命。顯有影響。二款則並為保護胎兒之生命計。尤宜停止。惟徒刑之執行。依檢察官之指揮行之。其停止亦由於檢察

官之指揮。無庸呈請司法行政最高官署或其他上級機關之令准。在一四兩款。停止執行

。檢察官并得將受刑人送入醫院或其他適當之處所。以資監護或療治。(四七一條)
(四七二條)

因上述各款情形。停止執行。係指未受執行者而言。若已在執行中。而有上述各款情形

時。應由監獄長官。依監獄規則六十六條六十七條各規定。呈請監督官署許可後。保外

醫治。或移送病院。(司法院十八年院
字八七號解釋)

(3) 拘役之停止。與徒刑同。徒刑或拘役之停止各規定。於罰金易服勞役者。準用之。

(四八四
條二項)

第八 檢察官之聲請。檢察官指揮執行。有須聲請法院裁定者。分述如左。

(1) 撤銷緩刑宣告之聲請。依刑法七十四條。受緩刑之宣告者。如有同法七十五條之情形。得將緩刑之宣告撤銷。其撤銷之程序。由受刑人所在地或其最後住所地之地方法院

檢察官。聲請該法院裁定之。(四八
條)

(2) 更定其刑及定其應執行之刑之聲請。裁判確定後。發覺為累犯者。依刑法四十八條

規定。應依同法四十七條。更定其刑。因累犯必須加重也。數罪併罰。有二裁判以上者。依刑法五十三條規定。應依同法五十一條。定其應執行之刑。又數罪併罰。已經處斷。如各罪中有受赦免者。依刑法五十四條規定。餘罪仍應依同法五十一條。定其應執行之刑。因此等情形。若均照原確定裁判執行。則在前者殊失數罪併罰之本旨。而在後者於被告人所受之赦免。又毫無實益也。關於更定其刑及定其應執行之刑之程序。由該案犯罪事實最後判決之法院之檢察官聲請該法院裁定之。(四八條)

(3) 其他之聲請。依刑法八十六條四項或八十八條三項免其刑之執行。九十六條但書規定之付保安處分。九十七條延長或免其處分之執行。九十八條免其處分之執行。九十九條許可處分之執行。由檢察官聲請法院裁定之。蓋檢察官熟諳被告情況。上述各項。由檢察官聲請。再由法院裁定。自屬適宜也。(四八條)

第九 疑義及異議之聲明。對於有罪裁判之解釋有疑義。或對於檢察官執行之指揮。認為不當者。得分別聲明疑義或異議。前者如裁判主文之意義有欠明瞭是。後者如檢察官指揮

執行。所爲之處分失當是。惟疑義之聲明。以有罪裁判爲限。如爲無罪免訴、免刑、不受理、管轄錯誤等裁判。則在實際上。於被告并無何種不利益可言。故不許聲明疑義。茲將聲明疑義及異議之程序。分述如左。(四八七條)
(四八八條)

(1) 聲明人。疑義之聲明。除被告外。檢察官、自訴人亦得爲之。異議之聲明。則受刑人或其法定代理人或配偶得爲之。(四八七條)
(四八八條)

(2) 書狀。聲明疑義或異議。均應以書狀爲之。若以言詞聲明。則非法所許。(四八九條一項)

(3) 法院。聲明疑義或異議。均應向諭知該裁判之法院爲之。(四八七條)
(四八八條)

聲明人遵守上述程序。其聲明卽爲合法。法院依書面審理。調查其聲明之當否。無理由者。應以裁定駁回之。有理由者。在疑義之聲明。應以裁定將裁判之疑義闡明之。在異議之聲明。應以裁定將檢察官關於指揮執行所爲之處分。撤銷或變更之。(四九〇條)

聲明疑義或異議。爲訴訟上之權利。聲明人於聲明後。亦可自行撤回。惟撤回須在裁判前。且應以書狀爲之。至在監所者爲疑義或異議之聲明及撤回。準用刑事訴訟法三百四

十三條之規定。(四八九條
二項三項)

第九編 附帶民事訴訟

第一 附帶民事訴訟之意義。附帶民事訴訟者。即因犯罪而受損害之人。於刑事訴訟進行中。附帶提起民事訴訟。以請求回復其損害之謂也。就附帶民事訴訟之性質言之。與通常民事訴訟相同。惟因其係附帶於刑事訴訟而提起。在未與刑事訴訟程序脫離時。應由刑事法院審判。至已經移送或發回發交。脫離刑事訴訟程序後。其審判始屬於民事法院耳。

刑事訴訟之目的。在確定國家刑罰權之有無及其範圍。民事訴訟之目的。在保護個人之私權。不能適用民事訴訟程序。追訴犯罪。自亦不能適用刑事訴訟程序。請求賠償損害。然刑事責任與民事責任。有時由同一行為而發生。即被害人所受之損害。與犯罪為同一原因所生之結果。在此情形。必一面向刑事法院。提起刑事訴訟。他面復向民事法院。提起民事訴訟。則被害人於提供訴訟材料之重複。費用勞力時間之多耗。固感痛苦。而刑事與民

事之裁判。如互相抵觸。尤爲有失法院威信。此各國立法例。所以於嚴守刑事分化之原則外。更認附帶民事訴訟之制度也。

第二 附帶民事訴訟之目的。附帶民事訴訟之目的。在請求回復其損害。(四九一) 條一項 卽請求

填補所受損害。而回復損害發生前之原狀也。此不以財產上之損害爲限。卽因回復其所受身體、自由或名譽之損害。亦得請求相當之賠償。(前北京大理院七年私訴上字一號判例) 故請求之範圍。應依民

法之規定。(四九一) 條二項

第三 附帶民事訴訟之當事人。附帶民事訴訟之當事人。非全與刑事訴訟之當事人相同。

茲分述如左。

(1) 原告。附帶民事訴訟之原告。爲因犯罪而受損害之人。卽因被告之犯罪。侵害其身體、自由、名譽或財產。致受損害之人。但不以直接受損害之人爲限。卽間接受損害之人。亦包括之。例如某甲被殺。其父乙或其子丙。得提起附帶民事訴訟是。至代表國家

行使公訴權之檢察官。不能有附帶民事訴訟原告之資格。(四九一) 條一項

(2) 被告。刑事訴訟之被告。乃因犯罪侵害他人身體、自由、名譽或財產之人。自得爲附帶民事訴訟之被告。但有時該被告以外之第三人。雖與該被告之犯罪行爲。不負刑法上之共同責任。而依民法之規定。應負賠償責任者。亦得對之提起附帶民事訴訟。例如第三人買受被告之物。不知其因竊盜所得。在被害人以第三人爲附帶民事訴訟之被告。

請求返還。固無不可也。(四九一條一項)

第四 附帶民事訴訟之管轄。附帶民事訴訟之制度。原爲被害人之便利而設。故附帶民事訴訟。應利用刑事訴訟程序。俾得迅速終結。其管轄遂亦隨刑事訴訟爲轉移。刑事訴訟繫屬於第一審法院。附帶民事訴訟。即歸受理刑事訴訟之第一審法院管轄。刑事訴訟繫屬於第二審法院。附帶民事訴訟。即歸受理刑事訴訟之第二審法院管轄。民事訴訟法所定之管轄。固不適用也。如法院就刑事訴訟。爲刑事訴訟法六條二項八條至十條各種裁定者。應視爲就附帶民事訴訟。有同一之裁定。其就刑事訴訟。諭知管轄錯誤。及移送該案件者。法院亦應併就附帶民事訴訟。爲同一之諭知。(四九三條一項二項)

第五 附帶民事訴訟提起之時期。提起附帶民事訴訟。必在刑事訴訟起訴後。始合於附帶之性質。又通常訴訟。無論爲民事或刑事。應向第一審法院提起。不得越級。惟附帶民事訴訟。係附帶於刑事訴訟者。如刑事訴訟已至第二審。雖未經第一審審判。亦得提起於第二審法院。但刑事訴訟在第一審辯論終結後。提起上訴前。不許提起附帶民事訴訟。因此時期內。刑事訴訟之審理程序。在第一審已經終結。無從利用。而是否上訴。尙難預定。若許其提起附帶民事訴訟。則與附帶之名實。亦不相符也。至未經第一審而向第二審提起之附帶民事訴訟。第二審判決後。祇能上訴於第三審法院。自無待言。(四九條)

第六 附帶民事訴訟應適用之法律。關於附帶民事訴訟應適用之法律。分述如左。

(1) 實體法。附帶民事訴訟之性質。與通常民事訴訟相同。惟其目的僅在請求回復損害。其請求權並須因犯罪事實致受損害而發生。較民法上之一切權利爲狹耳。至判斷該訴訟所適用之實體法。則與通常民事訴訟初無二致。故附帶民事訴訟請求之範圍。應依法之規定。已述於前矣。

(2) 程序法。附帶民事訴訟。係附帶於刑事訴訟而提起。故附帶民事訴訟程序。爲刑事訴訟程序之一部。除有特別規定外。應準用關於刑事訴訟之規定。蓋於附帶民事訴訟提起後。若適用民事訴訟程序。不但無以達迅速終結之目的。且刑事訴訟程序。既未利用。亦不能貫徹設此制度之本旨也。但附帶民事訴訟。如經移送或發回、發交於民事庭後。由民事庭審理。則應適用民事訴訟法。(四九)

又民事訴訟法關於左列事項之規定。於附帶民事訴訟準用之。(四九)

(一) 當事人能力、及訴訟能力。刑事訴訟法四百九十一條。僅規定附帶民事訴訟當事人之資格。故關於當事人能力。應準用民事訴訟法。至訴訟能力。在刑事訴訟之被告人。僅須事實上有意思能力。前於第一編總則第二章已經述明。而附帶民事訴訟之被告人。非僅有意思能力者。即可認爲有訴訟能力。蓋附帶民事訴訟。乃就私法上之權利關係。爲其處分行爲也。故亦應準用民事訴訟法。

(二) 共同訴訟。此款準用民事訴訟法者。即被害人有數人。得共同起訴。刑事被告有

數人。或刑事被告。與依民法負擔賠償責任之人。得共同被訴是也。

(三)訴訟參加。民事訴訟法規定之從參加、告知參加。均得準用於附帶民事訴訟。

(四)訴訟代理人及輔佐人。刑事訴訟法三十五條三十六條三十七條。於代理人及輔佐人。雖有規定。然刑事訴訟之輔佐人。須合於同法三十五條所定資格之一者、方能充任。被告委任代理人。又以最重本刑為拘役或專科罰金之案件為限。故附帶民事訴訟。關於此二者。不能準用。而應準用民事訴訟法。

(五)訴訟程序之停止。刑事訴訟當事人死亡。不生訴訟承受之問題。而附帶民事訴訟之原告死亡者。由其繼承人承受訴訟。於其承受前。應中斷訴訟程序。故準用民事訴訟法。

(六)當事人本人之到場。附帶民事訴訟之原告。及依民法負擔賠償責任之人。為附帶民事訴訟之被告。固得委任訴訟代理人。即刑事被告。兼為附帶民事訴訟之被告。於委任訴訟代理人。亦無刑事訴訟法三十六條之限制。故法院命當事人本人到場。應準用

民事訴訟法。

(七)和解。附帶民事訴訟。既爲民事訴訟之性質。非刑事訴訟可比。民事訴訟法關於訴訟上和解之規定。自得準用。

(八)本於捨棄之判決。民事訴訟之原告。於言詞辯論時。爲訴訟標的之捨棄者。應本於捨棄爲原告敗訴之判決。附帶民事訴訟之原告。請求回復損害。其目的亦在私權之保護。自得捨棄。故準用民事訴訟法。

(九)訴及上訴或抗告之撤回。此亦因附帶民事訴訟。本爲民事訴訟之性質。應準用民事訴訟法。

(十)保全程序。民事訴訟法爲保全強制執行。有假扣押、假處分之規定。謂之保全程序。附帶民事訴訟之原告。對於被告。及依民法負賠償責任之人。聲請法院爲假扣押、假處分時。自應準用民事訴訟法。

第七 附帶民事訴訟提起之方式。提起附帶民事訴訟。應提出訴狀於刑事訴訟繫屬之法院

。其訴狀記載事項。應準用民事訴訟法二百四十四條之規定。且訴狀及各當事人準備訴訟之書狀。并應按他造人數。提出繕本。以便由法院送達於他造。此原則也。例外如原告於審判期日。釋明不能提出訴狀之事由。亦得以言詞提起附帶民事訴訟。但被告不在場者。

不在此限。(四九六條一項二項
四九七條四九九條)

第八 附帶民事訴訟之審判。

(1) 審理程序。

(一) 附帶民事訴訟。原則應與刑事訴訟同一審判期日。故刑事訴訟之審判期日。得傳喚附帶民事訴訟關係人。(四九八條)

(二) 附帶民事訴訟之審理。應於審理刑事訴訟後行之。但審判長認為適當者。亦得同時調查。若先審理附帶民事訴訟。而後審理刑事訴訟。則不合順序矣。(五〇〇條)

(三) 就刑事訴訟所調查之證據。視為就附帶民事訴訟。亦經調查。以期省略程序。(五〇一條)

(四) 檢察官非附帶民事訴訟之當事人。於附帶民事訴訟之審判。毋庸參與。(五〇一條)

(五)當事人經合法傳喚。無正當之理由不到庭。或到庭不為辯論者。得不待其陳述而為判決。其未受許可而退庭者亦同。此在刑事訴訟法二百九十七條、二百九十八條、於刑事訴訟。民事訴訟法三百八十五條一項、於民事訴訟。均有同一之規定也。(五〇條)

② 移送程序。

(一)附帶民事訴訟。附帶於刑事訴訟而提起。原為便利起見。若附帶民事訴訟。內容繁雜。非經長久之時日。不能終結其審判。如必勉強附帶。反使刑事訴訟。進行延滯。

故法院遇此情形。不問訴訟程度如何。得以裁定移送民事庭審判。(五〇八條一項)

(二)處刑命令。經過聲請正式審判之期間。或被告捨棄聲請權。撤回聲請。或駁回聲請之裁判確定者。即與確定判決。有同一之效力。已述於前。法院以命令處刑。原不經通常審判程序。如處刑命令確定後。則附帶民事訴訟。其請求之當否。無由審判。自應移送該法院之民事庭。其移送以裁定為之。(五〇九條一項)

上述兩項移送案件。免納審判費用。對於移送之裁定。不得抗告。蓋應否移送。法院本

有自由認定之權。且既經移送。當事人在民事庭。儘可依法盡其攻擊防禦之能事。而刑事法院。并未就實體上為終局判決。自無不服之可言也。(五〇八條二項三項
五〇九條二項三項)

(三) 刑事訴訟諭知無罪、免訴、或不予受理之判決者。經原告聲請時。應將附帶民事訴訟。移送管轄法院之民事庭審判。蓋此時附帶民事訴訟。已失附帶性質。變為獨立民事訴訟也。(五〇七條一項)

(四) 第二審或第三審法院。如僅應就附帶民事訴訟為審判者。應以裁定將該案件移送該法院之民事庭。所謂僅應就附帶民事訴訟為審判者。如刑事判決。并未上訴。或撤回刑事上訴。或刑事上訴。因不合法已經駁回等情形是。故附帶民事訴訟。應移送審判。當事人對此項裁定。亦不得抗告。(五一五條
一項二項)

(3) 判決程序。

(一) 附帶民事訴訟之判決。以刑事訴訟判決所認定之事實為據。即附帶民事訴訟關於事實之認定。應受刑事訴訟判決之拘束。不能顯相抵觸。如因竊盜罪。請求返還贓物者

。當以刑事被告之竊盜事實。能否證明。爲先決問題也。但附帶民事訴訟之原告。自爲訴訟標的之捨棄。法院即可本於捨棄。而爲該原告敗訴之判決。則刑事訴訟判決所認定之事實如何。在所不問。(五〇) (四條)

(二)附帶民事訴訟。既利用刑事訴訟之程序。故其判決。應與刑事訴訟同時爲之。若刑事訴訟已經判決。而附帶民事訴訟。尙有必需調查之事宜。亦得於刑事訴訟判決後判決之。但仍不能逾五日。(五〇) (五條)

(三)附帶民事訴訟。須具備訴訟要件。所謂要件者。卽(子)法院有管轄權。(丑)當事人有當事人能力。及訴訟能力。(寅)起訴不違背程式。(卯)時期應在刑事訴訟起訴後。第二審辯論終結前。(辰)原告爲因犯罪而受損害之人。(巳)被告爲刑事訴訟之被告及依民法負賠償責任之人。(午)訴訟之目的。在請求回復損害是也。如不具備上述各要件。卽爲不合法。法院應以判決駁回之。(五〇) (六條) (一項)

(四)附帶民事訴訟。雖合法提起。然原告所請求者。并無理由。例如依實體法規定。不

發生權利義務之關係。或原告已捨棄其請求是。法院於此情形。應以判決駁回之。

(五〇六)
條一項)

(五)法院認為附帶民事訴訟有理由者。應依原告關於請求之聲明。為被告敗訴之判決。

所謂應依原告關於請求之聲明者。即法院不得就原告未聲明之事項而為判決。蓋附帶

民事訴訟之性質。與通常民事訴訟無異。應適用民事訴訟法不干涉主義也。(五〇六)

條二項)

(六)刑事訴訟諭知無罪、免訴、或不受理之判決者。除經原告聲請。將附帶民事訴訟移

送民事庭外。則原告提起之民事訴訟。無可附帶。法院應以判決駁回之。(五〇七)

條一項)

第九 附帶民事訴訟之上訴。

(一)上訴之限制。

(一)因刑事訴訟諭知無罪、免訴、或不受理之判決。致附帶民事訴訟受駁回之判決者。

非對於刑事訴訟之判決有上訴時。雖不服該駁回之判決。亦不得單獨上訴。(五〇七)

條二項)

(二)刑事訴訟之第二審判決。不得上訴於第三審法院者。對於其附帶民事訴訟之第二審

判決。亦不得向第三審法院上訴。此爲附帶性質當然之結果。若刑事訴訟之第二審判決。係得上訴於第三審法院。而已經上訴者。則對於其附帶民事訴訟之判決所提起之上訴。得不依刑事訴訟法三百七十四條一項之規定。敘述上訴理由。(五一〇條)

(2) 上訴之期間。

附帶民事訴訟之上訴期間。應準用刑事訴訟上訴期間之規定。(最高法院十九年附字五九號判例)

(3) 上訴之審判。

(一) 第三審法院。認爲刑事訴訟之上訴無理由而駁回之者。應分別情形。就附帶民事訴訟之上訴。爲左列之判決。(五一條)

(子) 附帶民事訴訟之原審判決。如無可爲上訴理由之違背法令者。應將附帶民事訴訟之上訴駁回。

(丑) 附帶民事訴訟之原審判決。如有可爲上訴理由之違背法令者。應將附帶民事訴訟之原審判決撤銷。就該案件自爲判決。但有審理事實之必要時。則應將該案件發回原審

法院之民事庭。或發交與原審法院同級之他法院民事庭審理。所謂必要者。即其事
實尚不能據原審判決而斷定之也。

(二)第三審法院認爲刑事訴訟之上訴有理由。將原審判決撤銷。而就該案件自爲判決者
。應分別情形。就附帶民事訴訟之上訴。爲左列之判決。(五一)
(三條)

(子)刑事訴訟判決之變更。其影響及於附帶民事訴訟。或附帶民事訴訟之原審判決。
有可爲上訴理由之違背法令者。應將附帶民事訴訟之原審判決撤銷。就該案件自爲
判決。但有審理事實之必要時。則應將該案件發回原審法院之民事庭。或發交與原
審法院同級之他法院民事庭審理。

(丑)刑事訴訟判決之變更。於附帶民事訴訟無影響。且附帶民事訴訟之原審判決。無
可爲上訴理由之違背法令者。即應將其上訴駁回。

(三)第三審法院認爲刑事訴訟之上訴有理由。撤銷原審判決。而將該案件發回、或發交
、原審法院、或他法院審理者。應併就附帶民事訴訟之上訴。爲同一發回或發交之判

決。(五一)
(四條)

第十 附帶民事訴訟之再審。附帶民事訴訟之判決。如有再審情形。聲請再審者。應依民

事訴訟法。向原判決法院之民事庭提起再審之訴。(五一)
(六條)

查刑事訴訟法。關於附帶民事訴訟之規定。過於簡略。故新法補充甚多，以資適用。

刑事訴訟法論 完

