

朝阳大学讲义（刑事讲讼法）

中華民國六年

月付印

非賣品



朝陽大學校出版

公記印刷局印刷

刑事訴訟法目錄

弁言

要旨

第一編 審判衙門(法院)

第一章 事務管轄

第二章 土地管轄

第三章 指定管轄及移轉管轄

第四章 審判廳職員之迴避

第二編 當事人

第一章 原告

第二章 被告

第三編 訴訟行為

第一章 通則

第一節 被告人之訊問

第二節 至第五節概論

第二節 被告人之傳喚、拘捕及羈押

第三節 保釋及責付

刑事訴訟法 目錄

八

一二

一六

二一

二五

三〇

三四

四〇

四二

四四

五二

刑事訴訟法 目錄

第四節	檢證搜索扣押及保管	五五
第五節	(原案第四節)人證(原案證言)	六三
第六節	鑑定及通譯	七三
第七節	送達(原案第二四一條至第二四七條)	七七
第八節	期間及回復原狀	七八
第九節	裁判(原案第二五〇條至第二五五條改第二〇三條至第二〇八條)	八一
第十節	書狀及筆錄(原第二一五條至二四〇條)	八七
第二章	第一審訴訟程序	九二
第一節	公訴通則	九三
第二節	偵查處分	九八
第三節	預審處分	一〇七
第四節	急速處分	一一五
第五節	提起公訴	一三一
第六節	公判	一三二
第三章	上訴	一五〇
第一節	通則	一五一
第二節	控告	一五七

第三節	上告	一六三
第四節	抗告	一七四
第四編	特別訴訟程序	一八一
第一章	再理	
第一節	再訴	一八三
第二節	再審	一八九
第三節	非常上告	一九一
第二章	大理院特別權限之訴訟程序	一九二
第三章	感化教育及監禁處分程序	一九三
第五編	裁判之執行	
第一章	通則	一九五
第二章	主刑之執行	一九九
第三章	從刑及其他處分之執行	二〇一
第四章	裁判疑義及行刑異議	

刑事訴訟法講義目錄終

刑事訴訟法
目錄

刑事訴訟法

日本法學博士 岡田朝太郎講授

朝陽大學校長 錢塘汪有齡譯述

(弁言) 刑事訴訟律學者往往因其乏興趣而忽之。其所以乏興趣者因刑訴之規定皆為手續之規定即對於某種事實應用(某種)辦法之規定也。其理甚狹遠不如刑法之廣故皆不欲研究之。但此實不當之見解且不明刑訴而明刑法則司法毫無實用蓋必須二者相輔始能使刑法實現其作用刑法猶材料也刑訴乃方法也。有材料而無方法以佐治之則又奚貴乎有材料為刑訴法與刑法之關係概如此。

要旨

〔疏〕 講述刑事訴訟律須先說明其根本主義因刑事訴訟律純為關於程序之規定其程序甚為複雜不易發見頭緒故先解釋要旨使學者先知其根本主義然後因端竟委雖繁易曉。

法人有言。刑法不善。良民不被其害。然刑訴法不備。良民不免受其害。蓋刑訴之用意在注重權利保護無辜。發見真實。懲治有罪。其法應以細密之程序。防止權利之濫用。利用簡明之處分。實施應急之調查。按各國通例略可分八大原則如左。

〔疏〕 法儒云刑法不善不足以害良民而刑訴不備則良民亦不免受害。斯言也驟聞之似甚詫異。然細釋之則有至理存焉。何者刑法所規定者為犯何罪應加以何刑法之法令也。刑訴法所規定者內犯非之結果發生訴訟關係對於此種關係應為若何之程序之規則也。猶之民法為規定權利義務之實質的問題。刑訴法為規定因權利義務所生之訴訟法之辦法也。何謂刑法不善。即重罪輕刑輕罪重刑。所謂情法失平耳。然無論其為重為輕皆係對於犯罪者而設。良民既不犯罪則刑法之問題不發生。若刑訴法不備則審判上對於本未犯罪之人而誤加以罪名。逮捕之處罰之則良民之冤抑實多矣。歷觀中國古來之冤獄雖由於審判官折獄無術。然其根本問題仍歸於刑訴法之不備。於以知刑訴法之重要實不亞於刑法。苟只有刑法而無刑訴法以輔之。則如車之無輪。將見刑法之不克適用已耳。刑訴有二種辦法。普通情形時須用嚴密之程序。特別情形時則利用簡明之處分。蓋一在求詳一在求速。庶人權不至蹂躪而時機亦不至坐失耳。苟非然者無論何種情形悉用同一程序。將見本末倒置緩急失宜。應詳者而疏。應速者而延。宕遲緩犯罪之情形無從盡悉。此二者之所以必要而不可畸重畸輕於其間也。近來學者有以迂緩為法院病者。蓋知其不知其病之窳其

一斑而未窺其全豹耳。分八大原則非確定不移者也。學者因其觀察點之不同，有分為十大原則者，有分為十二原則者，又有分為六原則者。岡田博士參各國之法律例，依一己之意見，爰以之分八大原則焉。

一曰訴訟之方式。宜用彈劾式。按訴訟方式，有糾問彈劾之別。糾問式訴訟者，指審判不必待人告發，由審判官親自訴追，親自審判之方式而言。彈劾式訴訟者，不呈告，即不受理之謂。蓋民事訴訟，歷來各國俱採用彈劾式。刑事訴訟，在昔多用糾問式。今則概用彈劾式。夫審判官超然屹立于原告被告之外，宜默觀兩造之主持，而權衡情法之平允，斯為得之。故近日各國之訴訟，未有不採用彈劾式者。草案亦仿之。（第二三五條）

糾問式者，不告亦理之謂也。彈劾式者，不告不理，有告則理之謂也。糾問式審判官立於原告之地位，既行糾問，則必疑其有罪。於是則先入為主，成竹在胸，凡事皆從其有罪處著想。如此欲得確切之判斷，公平之結果，難矣。蓋無論誰何自告之而自理之，其判斷未有不偏者。此理勢之所必至，無或容疑者也。較近各國之所以概採用彈劾式者如此。採用彈劾式則訴訟主體有三方面：(1) 審判官 (2) 原告 (3) 被告。是惟原告應由何人為之，於是第二之原則發生矣。

二曰提起公訴宜由檢察官行之。彈劾式亦有三種：一由私人呈告，開始訴訟者；二由官吏起訴，開始訴訟者；三私人呈告，官吏起訴，均可以開始訴訟者。今比較三種法制，犯罪固因害及國家公益而成立，故告者不可不由代表國家之官吏，以公訴之方式提起之。至由一私人告知犯罪之途，則被害人有告訴權。第三者有告發權。私權被害，則有民事訴訟權，均與國家公訴權無涉。故草案擬用提起公訴權，專屬檢察官之主義。（第二九條）

公訴因犯罪而提起，其目的在請求證明犯罪及適用刑罰。公訴之原告為代表國家之檢察官。被告為有罪嫌疑之犯罪者。須從二面研究：(一) 公益被害 (二) 私益被害。雖有一種犯罪，祇害公益而於私益無礙者，例如鴉片烟罪，然未有徒害私益而與公益無干者。故曰犯罪由害及國家之公益而成立犯罪。雖害及國家公益，然大多數之犯罪，仍不能不兼害及私益。例如毆打則被害者損傷肢體，竊盜則被害者喪失所有物，放火則被害者房屋被焚。若必待檢察官之提

起公訴。不將有誤事之虞。而私人之保護容有未盡。歟曰。是不足慮也。被害人雖無公訴權。而有告訴權。第三人見有害公益之犯罪。則有告發權。至私益之被害。則有民事訴權。此皆其救濟之法。

三日訴訟之用意。必在發見真實。而不在彌縫形式。乃近日民刑兩訴。共同之一大原則。準是以談。所宜採用主義有三。

在刑事訴訟法上所謂訴訟者。專指提起之公訴而言也。下做此。

(甲) 爲自由心證主義。此主義之取舍。各項證據悉憑審判官心證。不以法定證據爲限。(第三二五條第二項) 蓋證據最爲可憑。口供未可盡信。如以法律預定證據之效力。而推測事實案情。斯難得其真狀。故草案取衆證主義。而衆證仍由推事自由取舍之。

自由心證主義者。無論何項證據。審判官以爲可信。則可據之。以判斷。審判官以爲不可信。即不必據以判斷。法律初不預定何項證據有束縛審判官之效力之制度也。法定證據主義者。法律預以明文規定某種爲可信之證據。審判官對於該項證據。並無自由取捨之餘地之制度也。法定證據主義。古代多採用之。例如歐洲從前有探湯之法。觀兩造勇敢畏怯之態度。以定曲直者。又有使兩造在法庭決鬪。視其勝負。以定曲直者。又有完全證據與不完全證據之區別。所謂完全證據者。合法定條件之證據也。不完全證據者。尚須他項證據補充之。始能與完全證據發生同一之效力者也。凡此種種。皆屬於法定證據主義。而普通所採用者。厥爲口供主義。即據被告人之自由。以爲判斷之基礎也。夫由表面觀之。自己之犯罪。由自己道出。審判官據以判斷。似甚公平。但無論何人於自己不利之事實。斷未有直言無隱者。故探此主義之結果。亦必採用拷問主義(刑訊)既加苦痛。以迫之。則不堪受苦痛者。必至誤承古語有云。三木之下。何求不得。此則口供固未可盡信也。現時斯制已廢。若審判仍用刑訊。則匪特爲審判無方。且於國家之法令相背。而發生刑事問題矣。(參照刑律一四四條)然於此有須注意者。則自由心證。非不須證據之謂。審判官欲爲判斷之基礎。非有確切之證據。不爲功。不過不以法律預定證據之效力。而由審判官於衆證中擇其可信者而採之耳。

(乙) 爲直接審理主義。在此主義。審判官將有關係之人及物件。必行直接訊問調查。不得憑他人申報之言辭及文書。輒與斷定。(第三二二條) 諺所謂百聞不如一見者是也。倘爲發見真

實而仍許用間接審理與書面審理之法。主旨將何由達。故草案屏斥間接審理主義。

疏 中國從前亦多採用直接審理主義。然任往派人調查證據。據其報告以為判斷之基礎。案則不採之。無論證據與臨檢必須審判官之躬親。且非參與於言詞辯論之推事。亦不得參與判決。此直接審理主義之真精神也。

丙 為言詞辯論主義。第二〇三條第一項。草案既取直接審理主義。宜即於原被兩造之言詞辯論。而折衷聽斷。即於被告一方面。亦可察言視色。以驗其情之真偽。

四曰原被兩造待遇宜立同等。所謂同等者。非地位相同之謂。而指訴訟中關於攻擊以及防衛與以同等便利而言。夫原告既為深諳法學。兼有權力之檢察官。被告者多無學識。且無經驗。何能與之對敵。故草案採用各國通例。被告人許用辯護人。第五五條。及輔佐人。在法庭不拘束其身體。第三一四條。並許可請求蒐集有利證據。第六八條三三五條。與以最終辯論之權。

第三四四條第三項。以期兩造勢力不至有高下之異。

疏 為被告利益起見。為之辯護者謂之辯護人。原則辯護人須有一定之資格。如律師是例。外雖非律師亦得為辯護人。然必須經審判官之允許。律師有二資格。於刑事為辯護事務。應稱辯護人。於民事代理原被告事務。應稱代理人。近以律師不良。主張廢此制度者。頗不乏人。此因疇廢食之言也。不觀夫中國之醫生乎。庸醫多而良醫少。何不將醫術廢罷。恐愚者亦知其不可矣。蓋訴訟之不可廢。律師猶疾病之不可廢。醫生也。律師不良。當從改良。處着手。與醫生正復相同。輔佐人與被告皆有特別關係。如父為子之輔佐人。夫為妻之輔佐人。是其目的在補充被告之不足。與以最終辯論權者。使被告入暢所欲言也。言詞辯論時。先由原告為盡情攻擊。次由被告為充分防禦。原告再攻擊。被告須再答辯。故必以最終辯論之權畀之被告。方不至失半耳。

五曰審判訴訟。以公開法庭行之。為立憲國一大要件。蓋公開法庭。許無關係之人傍聽。觀瞻所在。直道自彰。並可杜吏員營私舞弊諸弊。

疏 此爲立憲國之通例。且爲憲法之所保障。中國約法規定法院審判須公開之例外於秩序風俗有害者得不公開之。

六曰刑事訴訟。當事人無處分權。其在民事訴訟。在以私法上請求權。請求私權之保護者。故原則許各當事人隨意處分。訴訟上亦然。至若刑事訴訟。則係以公法上請求權。請求國家科刑權之適用者。其權屬之國家。即原告之檢察官。亦不得隨意處分。被告更不待論。是以近日立法例。不准檢察官任意拋棄起訴權。不許犯人與被告人擅行私和。並在訴訟中撤回公訴。草案亦做之。（比較第二五八條第三〇八條）

疏 民事訴訟當事人有處分權。如訴之撤回和解。審判衙門皆須聽之。刑事訴訟不然。不許檢察官拋棄起訴權。亦不許犯人與被告人私和。並不許在訴訟中撤回公訴。無其證據。被告亦不能請求減輕。又無其證據。被告亦不能自引爲罪。蓋用刑須求正當。爲刑法之大目的也。有罪與否。全憑證據。固不能以人之意思而爲移易耳。

七曰刑事訴訟。宜用干涉主義。蓋民事訴訟。當事人有處分權。審判官不得干涉於當事人之所主持以外。是曰非干涉主義。辯論主義。或放任主義。至刑事訴訟。當事人無處分權。審判官因斷定有罪與無罪。有干涉調查一切必要事宜。而不爲當事人辯論所拘束之權。是曰干涉主義。或職權主義。草案所取者。亦不外於此。

疏 其在民事訴訟也。審判官只就原被告兩造所主持者以爲判斷足矣。刑事訴訟不然。雖原告未提出之被告。有罪證據或被告未提出之有利於己證據。審判官皆有獨立搜集之權利。並負有詳細蒐集之義務焉。

八曰刑事訴訟。宜用三審制度。三審制度者。不服第一審。可以提起控告。而請求第二審之審判。不服第二審。可以提起上告。而請求第三審。即終審之審判。夫審判官亦猶人耳。難保不無錯誤。以上

訴之方法救濟之理所當然。惟審判有事實與法律兩方面。審判事實方面。以第二審即控告爲止。以免再三反復。至審判法律方面。許用第三審。即上告。所以注重統一解釋法律。而免彼此矛盾。以符世界之通例。

三審制度第一審與第二審。法律與事實並重。謂之事實審。第三審則專重法律。謂之法律審。蓋以事實已經過二級之調查。大概不至錯誤。惟法律之解釋。則往往因人而異。使不有最高之解釋。各是其是。意見紛歧。其何以收統一之效果。此三審制度之所以必要也。私訴對於公訴而言。公訴者對於有罪嫌疑人爲審判處罰之請求也。私訴者賠償因犯罪所生之損害之請求也。私訴必須犯罪及個人之私益。方發生。例如吸食鴉片罪。雖有害公益。而於私益無關。故只發生公訴問題。他如賭博罪亦然。反之若竊盜罪。則一方害及國家之公益。一方害及個人之私益。喪失所持。於是一方面發生公訴問題。一方面並發生私訴問題。焉私訴制度普通雖多規定於刑法。然此非確定不易者也。至中國則各項法典並未完備。私訴制度似亦未便預定。惟有俟諸異日再爲續纂耳。

凡犯罪害及國家公益。宜科刑以昭制裁。然同時侵犯私權。而發生損害者。私人不可無要償之權。則私訴權是。私訴權不外於要求賠償犯罪所生損害之私法上權利。惟因其原由於犯罪之損害。故由審判廳與公訴同時審判之。從其便利。名是曰附帶公訴之私訴制度。普通規定於刑事訴訟法中。惟中國於編訂刑事訴訟法草案時。民商法草案尙未訂定。未便將私訴之規定。揭載於刑事訴訟法之內。應俟各法律完竣後再爲續纂。

草案比較東西各國立法例。採長舍短。期無遺漏。至豫審處分。則反各國通例。而以屬諸檢察廳。蓋以豫審處分。爲隸審判廳管轄。由豫審推事實施之例。始於法國治罪法。嗣後各國多倣之。其處分含有索探性質。在索探中不許用強制方法。而法國治罪法之歸屬審判廳者。其意以爲檢察官固

屬行政官。如使其管掌該事務。恐於行使強制權時。濫用職權。而蹂躪人民之權利。若審判官爲終身官。獨立於名利權勢之外。不當至可免除此弊。惟此說謂爲符合法國當時之情勢。則可謂爲足以貫通古今東西則不可。草案即據第二編第二章第三節所列法理上及事實上理由。以之屬於檢察廳。經此變更。法院編制法第二十條第三十九條等。關於豫審推事之規定。亦宜修改。

緒論 刑事訴訟律之效力。

其一 關於時之效力。

凡犯罪在刑訴律頒行以前。而其訴訟在頒行以後者。均依新律規定辦理。

疏 此種效力。非但刑訴法應有規定。凡法莫不皆然。蓋在本法頒布之後。發生本法所規定之事項。當然適用固無容疑。惟頒行以前所發生之事項。亦能適用。否則關於時之問題發生矣。刑事訴訟法爲關於審判之問題。非關於犯罪之問題。故犯罪雖在頒行以前。而訴訟在頒行以後者。亦當然依新律辦理。試舉例以明之。如在前清時。有特種犯罪。應歸秋審處審理。及民國成立。秋審處已裁撤。若必照犯罪時之法律審判。則尚須爲之特組織秋審處。寧非迂緩不切。此本條第一項所由設也。

其訴訟間於新訴律頒行之前後者。其在頒行以前。依經實施之程序爲有效。以期簡捷。

疏 訴訟介於新舊法之間。其在舊法時代。依舊法辦理。在新法時代。依新法辦理。而依舊法實施之程序。在新法頒行後。亦認爲有效。蓋不如此。則以前之勞力。皆屬空費。甚無謂耳。

其二 關於人之效力。

刑訴律於國內法上。或國際法上。有治外法權之人。以及應依軍事訴訟律辦理之案。不適用之。

草第一條) 其有領事審判權之外國人亦同。

疏 治外法權普通皆就國際法上言之。但近來學者有謂本國君主亦可謂為在國內法上有治外法權之人。本講義用語蓋探此旨焉。領事裁判權為東洋各國之特別情形。其發生由於條約。若無特別條約如土耳其人在中國犯罪而由中國審判時仍可適用刑訴律。

其三 關於地之效力。

刑訴律除法律有特別規定外其餘國內通行之。

疏 民國三年七月十六日敕令九九號熱河都統署歸綏都統署審判處暫行條例即所謂有特別規定也。

(1) 犯罪行為全部或一部在國外而應由中國審判衙門審判者皆依中國刑訴律辦理。

疏 此與新刑律第三條至第五條頗有關係。律既定某罪宜適用新刑律則對於該犯罪之訴訟亦宜適用刑訴法也。所謂犯罪一部在國外者必在國際交界處方有此種情形。例如在中國境內放槍擊死俄國境內之人是此種犯罪應歸何國審判學說頗不一致。中國刑律第七條凡犯罪之行為或結果有一在中國者皆可適用新刑律。則就該項訴訟亦宜適用刑訴法也。

(2) 依訴訟上國際共助之規定實施訴訟行為者中國刑訴律於該行為亦適用之。(比較日本

明治三八年法律第三六號共助法第二條)

疏 所謂共助者受外國之請託而代其為訴訟行為之一部也。例如甲國發生訴訟事實乙國可因其請託而代為一部之訴訟行為其在乙國者甲國亦然。此項請託各國皆有。訴訟上共助之條約無此項條約者不負其助之義務。共助之事項以調查證據為主。如人之詢問物之調查等。且只可為一部之請託。全部請託則與本國之司法權有礙矣。中國現時此種條約甚少。因中國從前並無此種觀念也。然海禁大開交通日繁則感於種種之必要。此項條約之發生殆可預卜。其若受外國之請託時勿須適用外國法儘可依刑訴律辦理。

第一編 審判衙門(法院)

實施訴訟行為者曰訴訟主體。即審判衙門原告及被告是。原告及被告曰訴訟當事人。本編首言關於審判衙門各問題。次編則言關於當事人各問題。

審判衙門有通常與特別之分。本編所謂審判衙門。指通常審判衙門而言。其外部及內部之組織如左。

其一 外部之組織。

法院編制法分。審判衙門為四級。初級審判廳、地方審判廳、高等審判廳、大理院是。(編第一條)地方以上審判衙門得酌量情形設置分廳(編第二十一條第二十八條)及分院。(編第四十條)但分廳及分院不得獨立於本衙門外。

審判衙門之組織及權限以法院編制法為其主要之規定。然僅此容有未盡。其他單行法亦為學者之所應研究也。今列舉之如下。(一)法院編制法(宣元十二月二十八日奏定)此項法典應否繼續有效。法律之發生效力以公布為要件。法院編制法雖未公布。然在前清時曾經過奏定之程序。民國以後新法尚未制定。自不能不認為繼續有效也。(二)大理院審判編制法(光三十二月二十七日)按法院編制法草案早已告竣。於未奏定前先行頒行。大理院審判編制法由馬論言之。法院編制法為法院之根本法。此法既未奏定。則並無所謂法院。又安有所謂大理院者。更安有所謂大理院審判編制法乎。惟當時法律觀念極形薄弱。法定程序尤非所習。則亦不足訝矣。(三)各級審判廳試辦章程(光三十二月二十九日)就中一部分關於法院編制法之問題。一部分關於訴訟法之問題。頗不完全。惟既經奏定。則依民國元年總統令之解釋。凡前清法令不與現行體制抵觸者。仍繼續有效。是此項法律固完全有效之法律也。較之本草案之只可供法院參考者。效力之強。殆不啻倍蓰焉。特別審判衙門如海陸軍軍法會議及戒嚴時期之軍政執法處是。分院分廳之所以設者。為司法事務之便利起見也。其名曰分。則其非獨立也。可知蓋以道路遼遠。或其他情形。使一切司法事務必皆屬於本院。本廳容有未便。故為抽出一部分別置衙署於他處。以掌理本院本廳之一部事務耳。夫由外形觀之。一在甲處。一在乙處。似各為獨立之機關。然而非也。觀察機關之是否獨立。應從其性質上觀察。不應從其建築物上觀察。倘從建築物上觀察。不將認大理院司法部為一機關乎。(因二官廳同在一樓)故大理院京師地方分廳。即是京師地方廳。雖建築物各別獨立。然機關自機關。建築物自建築物。二者固未可混為一談也。

其二 內部之組織

各審判衙門內所置審判官應為獨任制抑為合議制。是一大問題。編制法所採用者如左。

獨任制一人審一案件之謂也。合議制數人共同審一案件。而自法律上視之仍同一人之謂也。合議制數人合成一體。關就其內部言之雖有數人然就其外部言之則機關只一且其合議之結果發表於外部時亦只歸一辦法故任法律上視之合議制仍為一機關之意也。茲之所論非特司法官署為然即合議制之行政官廳（如平政院）及立法機關之國會其理亦正相同耳。

(1) 初級審判廳為獨任制。其審判權以推事一員行之。（編第四條）蓋以所管事宜概屬單簡。獨任制審判官云者。指由推事一員實施審理及裁判而言。非每一初級審判廳止置推事一員之謂。（編第四條）

(2) 地方審判廳為折衷制。其審判權按照左列各款分別行之。（編第五條）

一 訴訟案件係第一審者。以推事一員獨任行之。

二 訴訟案件係第二審者。以推事三員之合議庭行之。

三 訴訟案件係第一審而繁雜者。經當事人之請求或依審判之職權。亦以推事三員之議合庭行之。（編第五條又刑訴第二二一條）

(3) 高等審判廳。置以推事三員之合議庭。但上告案件得按情形增加推事五員。（編第六條）大理院置以推事五員之合議庭。（編第七條）

附

以上三種為法院編制法上法院組織之經常狀態。至現行辦法則有例外情形二：（一）縣知事兼理審判。民國三年四月五日敕令四十六號。縣知事審理訴訟暫行章程未設書檢各縣歸縣知事兼行審理。此種制度不過權宜一時決不可

民。因其於司法獨立之精神相背也。蓋國體無論何種（君主或民主）無變更之必要。至政體則不宜太相混淆。三權雖不能極端獨立。然立憲國之真精神固不外乎是耳。今以縣知事兼理審判。是行政侵蝕司法矣。前清感政體之不良。思欲有以更易之。於是制定法院編制法。設立各級審檢廳。以圖三種機關各不相侵。今則國已民主。政已共和。而乃以司法事務屬於行政機關。是匪特未進步且退化也。噫。地方審判廳內設簡易庭。裁撤初級審判廳。例如北京民三年五月十六日司法部指令六十五號。此種變通辦法亦屬無謂。在初級廳須用推事。在簡易庭亦須用推事。經費既去。能節省。徒以道路遙遠。致當事人感格外之不便。究何所取乎。近來有主張裁撤初級廳。改為三級三審。以節經費者。但此實皮相之主張耳。審檢廳可以裁撤。訴訟案件不能裁減也。此級既撤。彼級即須增多。推事安見能節經費乎。至節省些許房屋費用。則殊不值得也。又按法院編制法。凡訴訟事件皆當由法院裁判。至民國二年之京師軍政執法處。審理案件歸軍政司令。則不過一時之現象。非變更法院編制法也。與上述之二例外固不可同日而語。

(4) 除地方以上審判衙門合議庭外。高等審判廳所應開設之民事庭總會。刑事庭總會。民事庭以及刑事庭總會。與大理院所應開設之民事科總會。刑事科總會。民刑兩科總會。亦係合議制。審判官惟合議庭係常置機關。總會係臨時所設。（編第三二條第三七條）

合議庭置庭長一員。以資統率庭員。若有訴訟案件。以庭長為審判長。並由庭員陪審。蓋審判衙門所謂庭者。即審判長與陪審推事所合同組織之一審判機關也。（編第七二條至第七八條）

其三 審判衙門之職員

審判衙門職員有五種。推事、書記官、庭丁、承發吏及翻譯官。是推事、書記官及庭丁為各級審判衙門必置之職員。（編第八一條第一二八條）承發吏為初級及地方審判廳所置。（編第一四四條）至翻譯官為京師及商埠地方審判廳以上審判衙門可以時置者。並非必置之官。（編第一四二

條)於不置該官之審判衙門。遇有必要情形。臨時選命人民爲通譯人。(刑訴第一九二條第二款)

第一章 事物管轄

疏 事務意義與案件事件等不同。蓋案件事件指已成訴訟而言。而事物乃憑空想像而定。固不必現在實有此事實發生也。關於此用語制定時曾有爭論。故特誌之。

審判衙門之管轄。有關於事物者。有關於土地者。查東西各國立法例。凡民事刑事之事物管轄。多規定於法院編制法。惟中國因編纂該法及訴訟律草案時特有之情形。置諸民刑訴訟律。故本講義亦仿之。

疏 法院編制法爲審判衙門之官制。凡一種官制中皆宜規定其組織及權限。事物管轄爲審判衙門之權限。故由理論上言。應規定於法院編制法中。惟中國編制法自光緒三十二年即開始纂修。其發生最早。而當時民法刑法皆未產出。實體法與事物管轄極有關係。故當時未能厘定。且彼時大理院與刑部之權限爭議頗爲劇烈。事物管轄尤難解決。不得已而留此一部。以俟民刑訴訟法規定之云。

事物字樣。有廣狹意義。廣義之事物。除狹義之事物外。其餘審判管轄事宜並包括之。訴訟律所用事物字樣。爲廣義。故本講義亦仿之。

疏 狹義事務即某種事物。應歸某級審判衙門管轄也。廣義事物則不僅指此。除狹義之事物外。其他事項亦可包括之。如受他審判廳之囑託所爲之訴訟行爲及預審是。刑訴律草案第一條至第二十七條。依司法部指令。自民國元年五月十二日起施行。是關於管轄一節。已爲有效之法律。與他部之爲草案者效力不同也。應注意。

各級審判衙門中。(1)初級審判廳。僅有刑訴草案第二條各款所列刑事案件第一審管轄權。絕無第二審以上管轄權。(2)地方審判廳。於初級審判廳與大理院並無第一審管轄權之刑事案件。有

其第五審管轄權。且有不服初級審判廳第一審終局判決之第二審（即控告審）管轄權。惟該廳絕無第三審（即上告審）管轄權。（刑訴第四條編第一九條）(3) 高等審判廳絕無第一審管轄權。而有不服地方審判廳第一審終局判決之第二審管轄權。以及不服地方審判廳第二審終局判決之第三審管轄權。（刑訴第五條編第二七條）(4) 大理院有不服高等審判廳第二審終局判決之第三審管轄權。以及刑訴草案第六條各款所列刑事案件第一審並終審特別管轄權。（此外地方以上審判衙門仍有抗告等案之管轄權。惟暫從略。以期易解大要。）

疏 大理院有第三審（即終審）管轄權。為法院編制法三十六條所規定。刑訴法內無規定也。大理院除終審管轄權外。尚有一審並終審之特別管轄權。刑訴第六條共列四款。前二款為關於皇室之犯罪。現以國體變更業已刪除。其餘者則（一）內亂罪（二）關於外患及外交之罪。而該當三等有期徒刑以上之刑者。此根據於法律者也。民國三年七月二十日教令一〇八號官吏犯罪特別管轄令。官吏犯罪重案依大總統臨時命令由大理院管轄之（特交案件）此根據於命令者也。惟此項命令由法律上言之。其缺點甚多。（甲）我國約法第四條規定人民在法律上悉為平等。今以官吏之故而與以特別審判。是與平等之原則相背矣。烏乎可。（乙）三審制度原為矜慎之意。今官吏犯罪一審即為終審。剝奪其上訴權利。名為優待。實則歧視也。（丙）法院之編制須以法律定之。約法定有明文。今乃以教令定法院之權限。蹈以命令變更法律之嫌。是尤其缺點中之最大者耳。若內亂外患等罪。則因其犯罪之性質。須迅速判決。故定為一審。為慎重起見。故歸大理院管轄。非為其人之身分。而有所優異。與特交案件不可同日語也。

關於事物管轄。有五種附屬問題。皆係實際上所不可少者。其要領如左。

第一 依本刑定管轄權之標準。

初級審判廳所管轄刑事案件。因累犯或俱發應加重本刑者。仍屬該廳管轄。（刑訴第三條改案第七條）蓋管轄權之所在。於累犯及俱發之事實。未定以前。多有確認之必要。且事實之加重。不

必使管轄權因之變更。至地方審判廳所管轄案件。因有編制法第十九條第二項規定。不致發生此項問題。

疏 從前有初級審判廳此問題若不解決則初級與地方必至時時發生權限爭議。至現時初級廳已裁撤此問題無解決之必要矣。法院編制法第十九條地方審判廳除初級有第一審管轄權及大理院有特別權限外第一審案件悉屬之故不致發生此項問題也。

初級審判廳地方審判廳及大理院所管轄第一審案件。若於刑律各本條。定有兩等以上有期徒刑。應依最重徒刑。定其管轄權。其有併科或易科罰金者亦同。(刑訴第七條改案第六條)

疏 兩等以上有期徒刑如一等至三等四等至五等皆是。此時應依何者定管轄權乎。如刑律一一九條一二〇條妨害國交罪。處二等至四等有期徒刑而依刑訴法第六條妨害國交罪該當三等以上有期徒刑者屬大理院特別管轄。此時應歸大理院管轄乎。抑應由地方法院管轄乎。法律不可無以解決之。既定為依最重者定其管轄則前列情形自當屬於大理院特別管轄也。餘倣此。

第二 依價額定管轄權之標準。

因贓物及其餘價額定管轄者。應依起訴時價為準。(刑訴第八條) 惟附帶公訴之私訴。依特別規定。與本說無涉。

疏 關於此點。有應注意者三。(一)罰金三百元以下屬初級法院。三百元以上屬地方法院。(二)罰金有時須視其贓物或其他物品之價額。如刑律二百九十三條侵占遺失物罪四百〇七條損壞物品罪。(三)物品之價額不能永久不變。先昂後低先低後昂為常有之情形。知此三端則其義不難自明矣。

第三 依上級審判衙門定管轄權(即合併事物管轄)之標準。

於一刑事案件內。若有管轄不同之二以上事物者。應由何審判衙門管轄。是一問題。草案第九條

曰。遇有左列各款情形。由上級審判衙門。合併管轄之。即於左列三種情形。上級審判衙門。有合併管轄權也。

疏 於一案件有二以上之爭物管轄。若必在二處審判。則非常不便。故合併於上級法院。此各國之所同也。

(1) 被告人犯數罪中。其事物管轄不同者。例如被告人某甲。曾犯刑律第三百六十七條之竊盜罪。(該罪本係初級審判廳所管轄) 其後復犯刑律第三百七十條之強盜罪。(該罪屬地方審判廳管轄) 而應同時審判者。則由地方審判廳合併兩罪管轄之類是。

(2) 共犯內一人犯數罪。其事物管轄不同者。例如某甲與某乙共犯竊盜罪。而某乙係曾犯強盜罪。應同時審判者。則由地方審判廳合併管轄之類是。

(3) 共犯內一人。別有共犯罪。該共犯內一人犯數罪。其事物管轄不同者。例如某甲與某乙共犯竊盜罪。某乙曾與某丙共犯竊盜罪。而某丙曾經觸犯強盜罪。應同時審判者。則由地方審判廳合併管轄之類是。

疏 甲乙丙甲共犯竊盜。丙丁共犯竊盜。丁曾犯強盜。

以上三種情形。如無合併管轄之必要者。得由上級審判衙門。將該案件送交通常管轄審判衙門。

(草案第十條)

疏 例如甲在天津。乙丙丁在北京。苟無同審之必要。可將甲由天津審判。自無須解京。以滋煩擾。若有同審之必要。則仍須解京。蓋共犯一處同審。較為便利。且原則也。

第四 依本犯定管轄權之標準。

草案第十一條曰：藏匿罪人（刑律第一七七條）湮滅證據（刑律第一七八條）僞證（刑律第一八一條）及關於贓物之罪（刑律第三九七條及第三九八條）其事物管轄準本犯之從犯定之。蓋該條所列各罪之性質本非共犯，原無須與本犯同在一審判衙門審判。惟此等犯罪於審理時究以與本犯合併管轄為宜，此所以定事物管轄準從犯論也。

疏 本犯二字刑法未見。草案十條準本犯之從犯非即從犯，乃準從犯乃以本犯之從犯為標準也。例如犯內亂罪應由大理院管轄，藏匿犯內亂罪人亦應歸大理院管轄也。

第五 依未減輕之本刑定管轄權之標準。

未遂罪（刑律第一七條第一八條）從犯罪（刑律第三二條）宥減（刑律第五十條）自首（刑律第五一條至第五三條）酌減（刑律第五四條及第五五條）皆得減本刑，但減刑與否非經審判不能預斷，故其管轄權仍依未減輕之本刑定之（刑訴改案第七條）。

疏 關於此點從前草案並無規定，蓋以此乃當然之理，勿須乎明文也。後以刑訴法最重明瞭如無規定恐滋疑義，故於第二次草案特增添之。

第二章 土地管轄

土地管轄云者，指同級審判衙門於同種事物管轄行使審判權之土地之領域而言。例如北京地方審判廳與天津地方審判廳均有同種事物管轄權，然前者僅管轄北京及京營地方發生之事物，後者僅管轄天津地方發生之事物是也。關於土地管轄有五種問題，曰管轄區域之問題，曰審

判籍之問題。曰合併土地管轄之問題。曰囑託審判之問題。曰依本犯定土地管轄之問題是也。

〔疏〕

前章所規定者。就犯罪之性質而定。應屬於某法院之管轄也。然同一之犯罪不能悉歸於同一之法院。則土地管轄之規定為不可缺矣。

第一 管轄區域

如定土地管轄。須先劃清境界。法院編制法第十一條曰。審判衙門（中略）管轄區域之分割或其變更。以法律定之。由是觀之。則凡定境界。必須頒布該項法律行之。惟未經頒行以前。應依前清憲政編查館所奏定司法區域分割暫行章程等辦理。

第二 審判籍

審判籍云者。指應受審判各人所屬於某地方所在審判衙門之審判權而言。民事與刑事。本不相同。茲述刑事之審判籍如左。

〔疏〕

審判籍與戶籍不同。前者為司法之事項。後者則行政之事項。未可混為一談也。

(1) 國內之犯罪。以犯罪地及犯人所在地為審判籍。而該地所在之審判衙門。有土地管轄權。（

刑訴第一二二條）

〔疏〕

以犯罪地定土地管轄權。即在此處犯罪。即在此處審判。以明其罪。俾人週知。籍資懲勸。庶屬妥善。故各國皆採用之。

犯罪地者。指犯罪行為及其結果發生之地方而言。若其一部分在甲地而一部分在乙地者。甲地與乙地皆為犯罪地。而該甲地與乙地所在之審判衙門。皆有土地管轄權。（對照刑律

第七條) 犯人所在地者。指犯人身體現在之地方而言。身體現在云者。不問其暫行居住。(即為居所) 與係永久居住。(即為住所) 及僅係通行中皆包括之。惟刑訴律第十二條所謂犯人者。即有罪嫌疑人之謂。其非有罪審判既經確定之人。自不待言。(以下做之) (對照刑

訴律改革第五一條)

〔疏〕 犯罪地之解釋。應參照刑律第七條。刑律第七條指國內與國外而言。此處則指甲地與乙地而言。二者之範圍雖不一。致而理論則同一。行為地與結果地有異者。其學說有三。(一)行為地說。(二)結果地說。(三)行為地並結果地說。新刑律蓋採用第三種學說者也。以同一之理由。解釋刑訴律土地管轄問題。亦應如此。毫無容疑。如甲在天。意圖殺乙。而施用毒物及乙至北京。毒發身死。當此情形。甲犯罪之行為。在天津。犯罪之結果。在北京。於是天津有土地管轄權。北京亦有土地管轄權。(一案而有二以上管轄權者。甚多。除粵盛管轄外。不僅此一端也) 關於犯人所在地。有一問題。在民法有住所。居所及現在地之分。住所為人類生活之本據。居所為一時滯留之處所。(如別墅) 其能包括於所在地中。固無爭議。惟現在地為暫時置身之處。所能否包括於所在地中。學說不一。本講義則採積極說焉。以如此辦法。甚為便利。犯人無論逃至何處。一經發覺。本處審判衙門。即能管轄。無須向他處解送。則可省無益之勞力與費用也。

(2) 國外之犯罪。如逮捕犯人於國內者。逮捕地之審判衙門有管轄權。如受外國移交者。受移交地之審判衙門有管轄權。草案內雖無明文。然據第十二條犯人所在地為斷之規定。其立法精神上。應如此解釋。約定一特別

精神。上應如此解釋。約定一特別

〔疏〕 特別規則。日本有之。凡在中國或朝鮮犯罪者。由長崎審判衙門管轄之。因長崎與外國交通最早。熟習外情。且為中韓來日必經之地。

(3) 船艦內之犯罪。或由停泊港之審判衙門。或由犯罪後最初停船地之審判衙門。或由犯人最初登岸地之審判衙門管轄之。

第三 合併土地管轄。

審判衙門之土地管轄。以犯罪地或犯人所在地定之。若有二處以上犯罪地或犯人所在地。爲審判之便利起見。不可不由一處審判衙門。合併管轄。此第十三條至第十五條規定之所以設也。第十三條曰。遇有左列各款情形。由一審判衙門合併管轄之。

第一 被告人犯數罪。其土地管轄不同者。

第二 正犯數人。其土地管轄不同者。

第一款情形。指某甲於京師曾犯第一次竊盜罪。後於天津又犯第二次竊盜罪之類。於此情形。應依第十三條。由京師審判衙門。或天津審判衙門合併第一次及第二次竊盜罪管轄。不應由京師審判衙門管轄。第一次竊盜罪。由天津審判衙門管轄。第二次竊盜罪。至其應由何處審判衙門合併管轄之問題。則依第十五條斷定之。

疏如北京正在調查中。尙未提起公訴。而天津業已提起。則北京所調查之證據。應送歸天津審判衙門合併管轄之。反言之亦同。

第二款情形。指某甲與某乙於京師共同實施竊盜罪。後某甲逃在天津時。提起公訴之類。仍依第一款情形之原則。斷定歸何處審判衙門管轄。

疏此情形除講義所舉外。又有數人在數處同犯一罪者。例如甲在天津。乙在北京。丙在濟南。共謀內亂。以書信相磋商。此時發覺之內亂陰謀罪。或預備罪。亦應合併管轄。

第十四條第一項曰。造意犯及從犯。由管轄正犯之審判衙門。合併管轄之。造意犯及從犯。刑律學上合稱曰加功犯。(對照刑律總則講義第二編第五章第二節)由教唆正犯或幫助正犯。而成立

者。故第十四條第一項設有合併管轄之規定。以保審判之便利。

疏 以上數人犯一罪或犯數罪皆指正犯而言。至於加功犯則由管轄正犯之法院合併管轄之。

第十四條第二項曰。共犯內一人別有共犯罪之關係者。亦由前項審判衙門合併管轄之。故如某甲與某乙共同幫助某丙之犯竊盜罪。後某甲再幫助某丁之犯竊盜罪。即某甲與某乙皆由管轄某丙及某丁之審判衙門合併管轄。惟某丙與某丁皆係正犯。其管轄審判衙門應依第十三條第二款定之。

疏 凡正犯有數人時就正犯中一人定審判管轄權。

第四 先受公訴者之管轄。

二處以上審判衙門均有土地管轄者。應以先受公訴者為管轄審判衙門（第十五條）故依第十二條至第十四條規定。凡二處以上土地管轄權競合者。以先受公訴之一審判衙門為專管審判衙門。如此情形。法理上不屬於狹義合併土地管轄之範圍。而屬於斷定一種專管審判衙門之規定。然以廣義合併土地管轄之一種情形。於實際上亦決無流弊。

疏 若二處同時起訴宜採用囑託審判法何處便利即歸何處審判衙門管轄。囑託固因有特種情形而規定。然此時適用之亦未始不可。

第五 囑託審判。

第十六條曰。第十四條及第十五條所定管轄審判衙門得諮詢檢察官以決定將案件之全部或

一部囑託他審判衙門之有管轄權者審判之。(1)其囑託全部審判云者。例如甲乙兩處審判衙門就同一案件。於同時接受公訴。而其中甲處審判衙門所有證據較乙處審判衙門爲夥。則乙處審判衙門得將該案件全部囑託甲處審判衙門審判者是。(2)其囑託一部審判云者。某甲於天津曾犯竊盜。後來北京與某乙共同再犯竊盜。而由北京審判衙門合併管轄者。囑託天津審判衙門審理某甲於該處所犯竊盜罪之類是。兩種規則皆係爲實際上便利起見而制定者。

疏 囑託審判乃爲實際上便利起見。非爲分配勞逸起見也。如某審判衙門因其事務太多。而以訴訟案件之全部或一部囑託他審判衙門。是即濫用囑託與立法者之意思相背矣。蓋此以事務太多而囑託他審判衙門代爲審判。他審判衙門以受託故。反致叢脞自己之管轄案件。窮其流弊。必至輾轉相託。而輾轉相誤。殊失立法之本意也。故本講義所取之例。純爲便利計。非爲勞逸分配計。且審判衙門行使囑託權。須囑託有管轄權之審判衙門。若無管轄權者。則不能囑託。此又不可不知者也。

第六 土地管轄之準從犯。

藏匿罪人湮滅證據偽證及關於贓物罪。其土地管轄。準本犯之從犯定之。(第十七條)

第三章 指定管轄及移轉管轄

刑事訴訟。其事物管轄。依第一條至第十一條規則定之。其土地管轄。依第十二條至第十七條規則定之。然有時管轄審判衙門。仍有不能辨識者。故管轄指定之規則尙焉。有時管轄審判衙門。不能實施審判者。故管轄移轉之規則尙焉。本章所說明者。卽屬此類。

第一 管轄指定之情形

應指定管轄審判衙門之情形。按第十八條分爲左列三種。

一 因管轄區域境界不明。致不辨管轄審判衙門者（第十八條第一項）例如京師地方審判廳。以京師內外城及京營地方爲其管轄區域。（憲政編查館奏定司法區域分割暫行章程第四條）若於是否京營不明之地。有人犯地方審判廳所管之罪者。聲請指定管轄。而後能辨何處地方審判廳爲管轄審判廳。

疏 從前京師外城內城各有地方審判廳。城內犯罪歸內城地方審判廳管轄。城外犯罪歸外城地方審判廳管轄。設於此而有在城上犯罪者。則以道在城內不能出城爲理由。應歸城內管轄。此尙可無爭。惟在壘城內犯罪。究應屬於何處管轄。此卽所謂境界不明。應請上級審判衙門指定之。

二 依確定裁判二處以上之審判衙門有管轄權者。（第十八條第二款）例如被告人在保定府犯竊盜罪。逃至京師。於京師地方審判廳被訴。被告人主張非犯罪地。不能管轄。審判廳駁斥其主張。宣曰。有管轄權。被告人又逃到天津。於天津同一主張。被駁斥而爲有管轄權者。其駁斥之裁判確定。卽不可不聲請指定其管轄審判廳。

三 有管轄權之審判衙門。被裁判確定。爲無管轄權。此外並無其他審判衙門管轄者。（第十八條第三款）例如住在京師而無領事裁判條約之外國人。在京師犯罪。由檢察官向京師審判廳起訴。京師審判廳誤爲無管轄權之裁判。其裁判確定者。於該廳以外。並無管轄審判衙門。不可不聲請指定。而命該廳管轄案件。

疏 有領事裁判條約之外國人中國法院無管轄權無此項條約中國依然有管轄權非一切之外國人中國審判廳皆無之設有土耳其人在北京犯罪由檢察官起訴審判廳誤以爲外國皆有領事裁判權而爲無管轄權之裁判其裁判若已確定則必須聲請指定以上三種情形學者有謂無須聲請指定者其理由謂第一種情形乃因境界不明不知應歸何處管轄第二種則二廳皆有管轄權此二種情形儘可由有關係之審判衙門商議辦理然無論何事任其自由商協恐滋流弊故仍以指定爲善第三種主張不須指定之理由則以此乃審判衙門之錯誤係錯誤則可由自己更改之但審判衙門既已表示意思則不宜率爾更改否則法無定程無論何事皆可以錯誤爲藉口見暮四朝三是非顛倒審判永無確定之期法院之威信不克保持矣此指定之所以不可缺耳

第二 管轄移轉之情形

應移轉管轄審判衙門之情形依第十九條及第二十條分爲不能行使審判權與審判恐不公平及審判恐妨害公安三種。

疏 移轉與指定異指定由同有管轄權之審判衙門指定歸何者管轄移轉則因有管轄權之審判衙門發生特別原因而移轉於無管轄權之審判衙門也

一 管轄審判衙門及依法院編制法第五十二條得代行管轄之審判衙門因法律或事實不能行使審判權者是。(第十九條第一款) (甲)因法律不能行使審判權云者例如初級審判廳僅置推事一員該推事按第二十八條迴避應代理之初級審判廳推事亦如此者是。(乙)因事實不能行使審判權云者例如因水災或戰爭交通遮斷不能實施審判之類是。

疏 法編五十二條高等以下審判廳遇有法令上或事實上不能行審判權時得以最近同等之審判廳暫行代理但以緊急事宜爲限

二 因被告人身分地方情形或訴訟經歷恐審判有不公平者是。(甲)因被告人身分恐審判有不公平云者例如駐京軍人之近親有犯在京審判恐軍人之運動易生不公平之結果之類是。

(乙)因地方情形。恐審判有不公平云者。例如因地方之輿論。偏於激烈。難以按法審判是。(丙)因訴訟經歷。恐審判有不公平云者。例如審理中。逆料於管轄地外。易於發見證據。並為公平之判決之類是。

三因犯罪性質。被告人身分。地方情形。或其餘重大事由。恐審判妨害公安者是。(甲)因犯罪性質。恐審判妨害公安云者。例如就地審判。偽造票據。有時惹起該地方經濟恐慌之類是。(乙)其因被告人身分云者。例如在蒙古。審判蒙古王。恐蒙民騷亂之類是。(丙)其因地方情形云者。例如第二號乙所列。或如在廣東審判賭博案件。恐博徒暴動之類是。(第二十條)

第三 管轄指定及移轉聲請之程序。

管轄之指定及移轉。概由直接上級審判衙門。因聲請為之。其指定及移轉。祇因聲請而裁判。不能因職權為之。

聲請於原則上。應由檢察官提出聲請書為之。但第十九條第二款(審判恐有不公平)情形。被告人亦得為之。其細目見於第十八條至第二十五條。

疏 有指定移轉權之上級衙門。必須兩審判廳皆歸其統轄。方可。例如北京地方廳與保定地方廳。有指定之時。其上級為大理院。不得歸高等廳。以北京之高等廳。不能統轄保定之歸方廳。而直隸之高等廳。亦不能統轄北京之地方廳也。又如京師高等廳與保定地方廳。其直接上級衙門。亦為大理院。

第四 管轄指定及移轉聲請之效力。

草案第二十六條云。繫屬於審判衙門之案件。已經聲請指定或移轉管轄者。該審判衙門。應即停止訴訟程序。但應急速處分者。不在停止之限。由是可知管轄指定及移轉之聲請。有停止非應急速處分訴訟程序之效力。所謂應急速處分者。訊問垂死之證人或調查將滅之證據等類是也。

疏 至發生權利拘束時稱爲繫屬。權利拘束者。即既訴之狀態也。詳言之。即已成爲訴訟。不能再向他審判衙門起訴之謂也。

第五 管轄指定及移轉聲請之裁判。第二十條

管轄聲請審判衙門。接受聲請書後。諮詢檢察官。以決定行左列各款裁判。

(甲) 管轄指定之聲請有理由者。指定應管轄該案件之審判衙門。

(乙) 管轄移轉之聲請有理由者。移轉該案件之管轄於原審判衙門相等之審判衙門。

(丙) 聲請不合法或無理由者。駁回之。

所謂訴訟之不合法。分爲三種。不爲法律所許可。與不遵程序。及不遵期間是。但因管轄指定及移轉之聲請。不有法定期間。故第三款不合法字樣。僅指聲請之不爲法律所許可。及不遵程序者而言。

疏 不爲法律所許可。例如現行法。被害人無上訴權者。由被害人提起控告。即不爲法律所許可者也。不遵程序。如應用書狀而用言詞是。不遵期間。如經過上訴期間是。聲請指定及移轉之理由。必在法律規定範圍內。若法律未規定者。以之爲理由。而聲請即不爲當之聲請。當駁回之。

第四章 審判廳職員之迴避

審判官依法律不能實施審判事務及不能於某地充官名曰迴避。關於迴避之現行法有兩種。一為試辦章程第十條至第十三條規定。第一種迴避。一為特別命令規定。第二種迴避。其文如左。

疏 不能於某地方充官為中國特有之現象。非各國共通之規則也。

甲試辦章程。

第十條 審判官承審案件。應行迴避之原因如左。

一 審判官自為原告或被告者。

疏 審判官為原告在刑事上無此情形。以刑事之原告為檢官也。試辦章程之所以云云者。因該法典乃刑事與民事相混而規定之故耳。

二 審判官與訴訟人為家族或姻親者。

疏 此規定頗不明瞭。中國所謂姻親範圍甚廣。不列舉之恐滋疑義。故草案採列舉主義。

三 審判官對於承審案件。現在或將來有利害關係者。

疏 有利害關係如審判官為被害人而有私訴上賠償請求權。是此時一方面為審判官。一方面為被害人。其審判必難公平。關於類此之情形亦採列舉主義。惟列舉恐有未盡。故二十九條又有概括的規定。

四 審判官於該案曾為證人鑑定人者。

疏 已作證人或鑑定人則心中必有成見。所謂先入為主。勢難得公平之結果也。

第十一條 有前條之原因時。經該審判官（引避）或檢察官或訴訟人聲明（拒却）後。由該管長官覈奪。

第十二條 除第十條迴避原因外。審判官與訴訟人有舊交或嫌怨。恐於審判時有偏頗者。檢察官及訴訟人得請求該審判官迴避。一種拒却但預審係緊急案件時。毋庸迴避。

乙特別命令

1 司法部令各省司法官迴避辦法。民三·一·一六日
同二八日公報

一、各省高等審判(檢察)廳司法官。不得以本省人士充之。

二、各省地方初級審判(檢察)廳司法官。不得以該地方廳管轄區域內人士充之。

三、各省各級審判(檢察)廳司法官與本廳或該管上級廳長官有四親等內血族或三親等內姻族之關係者。應自行聲請迴避。

四、各省任用在前之司法官。有不合前三項辦法者。由司法總長以次分別酌量調用。其現任實缺司法官。在未經調用以前。一律暫改爲署任。

2 補訂各省法官迴避辦法。民三·一·二七日
同二九日公報

一、各省設有高等審判(檢察)分廳者。其高等本廳司法官之迴避。祇以本廳管轄區域內人士爲限。

二、各省高等審判(檢察)分廳司法官。不得以該分廳管轄區域內人士充之。

以上所述。現行迴避規則。與草案條文。少有不同。茲就草案而言。審判官依法律不能執務情形。分

爲迴避拒却引避三種。爲參考起見略述如左。

其一 迴避。

推事遇有左列各款情形。爲法律所應迴避。不得執行職務。(刑訴第二八條)

第一 推事自爲被害人者。

第二 推事與被告人或被害人爲配偶或其四親等內血族。三親等內姻族者。其姻族關係消滅

後亦同。

第三 推事於該案件爲證人或鑑定人者。

第四 推事爲被告人被害人之法。法定代理人。監護人。保佐人或輔佐人。或曾居此等地位之人。

第五 推事曾與於前審者。

推事如有此等情形。不免有預斷枉斷。或使人抱有預斷枉斷之嫌疑。而致害審判之信用。故法律

禁止推事之執行職務。

其二 拒却。

遇有左列各款情形。當事人得拒却推事。(第二九條)

第一 推事爲法律所應迴避。仍與該審判者。

第二 推事之審判。恐有偏頗者。

此兩種情形中。在第一種情形。當事人得不問其訴訟程度如何。隨時聲明拒却。在第二種情形。當事人若就該案件。業有所請求或陳述。即不得聲請拒却。但拒却之原因。發生在後。或當事人未知。有此事由者。得於業有所請求或陳述後。聲請拒却。(第二〇條)

其三 引避

推事自知有應被拒却情形。得聲請引避。而不執行職務。(第三六條)

其四 拒却及引避之程序

拒却之聲請及引避之聲明。應用書狀或言詞。向推事所屬審判衙門爲之。而由審判衙門以決定行其裁判。其細則見第三一條。

其五 迴避拒却及引避之效力

被迴避或拒却之推事。如參與審判。其審判爲違法。而得爲上告之理由。(原案第三九〇條改案第三九一條)

被拒却之推事云者。指已經以聲請拒却爲正當之決定而言。若有聲請拒却。而未經其決定者。除應停止訴訟程序外。從前之程序。不爲違法。

引避之效力。於草案內無明文。但法理上不可不與拒却之效力同論。

推事迴避拒却及引避之規定。於審判衙門書記官及繙譯官準用之。其決定由該官吏所屬審判

衙門行之(第三八條)

第二章 當事人

〔疏〕當事人指原告被告而言。當事人與審判官合稱為訴訟主體。訴訟主體者實施訴行爲者也。此三方面之關係原告有一定之主張被告亦有種種之防禦審判官應兩造之辯論而爲之判決者也。

第一節 原告

其一 刑事原告之檢察官。

原告在刑事訴訟上有廣義狹義之分。廣義之原告含有公訴原告以及私訴原告。狹義之原告僅指公訴原告而言。本章所謂原告者其狹義者也。

〔疏〕請求損害賠償之訴訟爲私訴。就理論言應規定於民訴法。但法律爲實際上便利起見故將附帶之私訴亦屬於公訴內。其性質迥非公訴也。

公訴者。請求具體的斷定有無科刑權及其範圍之謂。蓋有無犯罪及應科之刑罰。在刑律內已經抽象的斷定。唯對於某人某事具體的斷定其有罪與否。並對於此有罪人。請科以何種刑罰。非有人以聲請之不可。此公訴制度所由來也。

〔疏〕犯罪者國家對之有科刑權。而對於未犯罪者無科刑權。且刑之輕重不同。故科刑之範圍亦異。抽象的如殺傷罪殺人者處死刑云云。而何人殺人何時殺人何地殺人刑律不問也。蓋刑法只空洞洞定其罪名故爲抽象的。具體的如某人於某地殺某乙身死右列嫌疑。是否真實科以何種刑法之斷定是。

公訴應由何人提起。是一問題也。凡犯罪害及國家公益而成立者。犯罪之被害人爲國家。故公訴當然不可不由國家提起。惟國家無形。不能親自提起公訴。所以設置檢察官。命其執行刑事原告。

之職務。如此與法理及實際相符。(試章第四六條草案第三九條)

疏 試章四十六條凡刑事案件因被害者之告訴他人之告發司法警察日之移送或自行發覺者皆由檢察官提起公訴。但必須須親告之事件如脅迫誹毀通姦等事罪不在此限云云。此項但書頗不明瞭所謂不在此限者不知其何所指然其意則為親告罪之公訴。非於告訴後不得由檢察官提起之。

法日等國制度。刑事原告之職務。概由檢察官執行。德國則輕罪則准由一私人起訴。奧國於未經檢察官起訴事項。許一私人起訴。蓋因為實際上之便利。非必盡符法理也。

疏 就法理言。凡犯罪皆因害及國家之公益而成立。則提起公訴者不可不由國家之代表檢察官各國之所以準由私人起訴者。僅為實際之便利。非符於法理也。且私人起訴流弊滋多。(一)濫訴之弊。蓋一國之人有完全法律智識者。少遇事不合己意。輒欲起而訴之。至合起訴之條件與否。有起訴之必要與否。非所問也。如此則審判上非常不便。且於公安有礙矣。若由檢察官起訴。則法學純粹經驗豐富。此弊自免。(二)私和之弊。此與前正相反。對犯罪人有勢力有經驗則被害人不敢起訴。犯罪人以利誘之。則被害人不肯起訴。至檢察官乃國家之公吏。不為威屈。不為利動。故亦無此弊。雖然探檢察官起訴制度。以上二弊固可絕跡。然檢察官若不欲起訴而不善為調查證據藉口於證據不備。不合起訴要件。以舞弊營私。亦屬難免之事。然此非制度之不良。乃監督之不得法。用人之不適當。有以致之耳。倘監督稍嚴。官得其人。則此弊自絕。且中國從前抱少事主義。此弊尤易發生。如近來肅政廳所提之彈劾案。屬於檢察廳之職權者。頗不乏例。皆因檢察官不肯起訴之故。肅政史不得已而代庖焉。此中國探檢察官起訴之弊也。日本檢察官欲謀勳職之名。故不當起訴者。往往亦起訴。(即濫訴)此日本探檢察官起訴之弊也。同一之制度。因國民性質之不同。而利弊各殊。即同為有弊而弊又各異。然二弊相較。取其輕且易革者。則中日仍宜採檢察官提起公訴之制度也。

試辦章程及草案。皆以檢察官起訴後。開始審判為原則。(所謂彈劾主義)惟縣知事審理訴訟。暫行章程第六條。定縣知事不待公訴。逕行提審。(所謂糾問主義)蓋非正當辦法也。

疏 此為各國所無之制度。既違法理。實際。上亦未見便利。又何樂有此制度乎。

檢察官有提起公訴之職權。唯其職權不以起訴權為限。偵查處分(預審處分)實行公訴以及

指揮執行裁判等事宜亦屬其職權內。

其二 檢察廳職員之迴避拒却及引避。

檢察廳職員之迴避。試辦章程少其規定。草案所擬如左。

檢察官担任刑事訴訟事務。遇有第四十條（改案第四四條）所列情形為法律所應迴避。不得執行職務。其拒却及引避事宜。於第四十一條至第四十五條（改案第四五條至五〇條）規定之。

疏

檢察官起訴之行為可分種種：（一）預備提起公訴之行為；（二）提起公訴之行為；（三）實行公訴之行為；（四）執行裁判之指揮。檢察官於提起公訴後發見犯罪嫌疑人無罪之證據亦可提出反證主張其無罪。此雖與原告之義似乎

衝突而其實不然。蓋檢察官為國家之代表所主張者全在公益。說明知其無罪而主張其為犯罪則於公益之主旨相背矣。

裁判執行與刑罰執行不同。刑罰專就有罪言。而裁判執行有罪無罪皆包括之。明檢察官有裁判指揮權則有罪無罪之裁判皆歸其指揮也。

檢察官迴避拒却及引避之規定。於檢察廳書記官准用之。（原第四六條改第五十條）

其三 補助檢察事務之官吏。

檢察事務係檢察廳所主管。由司法警察等官補助之。關於此項事宜。現行規則有左列四種。

(1) 司法警察及營翼地方辦事章程。光緒三十三年十二月二十四日法部奏定。

(2) 檢察廳調度司法警察章程八十條。宣統二年四月二日法部奏定。

(3) 檢察廳指揮司法警察證暫行細則。司法部訓令第四號。民國二年一月七日公報。

(4)增訂檢察廳調度司法警察章程八條

民國三年四月四日
教令第四四號

茲記增訂章程如左。

第一條 京外憲兵隊長官、警察廳總監或廳長、順天府尹、觀察使、縣知事各於其所管區域內爲

司法警察官，其實施偵查犯罪之權與地方檢察官同。

前項官吏之各該上級長官有實施偵查犯罪之必要時，命令前項官吏行之。

第二條 左列各員爲檢察官之補佐，亦爲司法警察官，有實施偵查犯罪之權。

一 警察官長。

二 憲兵官長、軍士。

第三條 左列各人爲檢察官及司法警察之補助，受其指揮爲司法警察實施偵查犯罪。

一 警察。

二 憲兵。

第四條 關於森林、鐵路、稅關及稅務等犯罪，應特設司法警察之職者，除別有規定外，適用本章程及檢察廳調度司法警察章程之規定。

第五條 司法警察方行其職務，認爲必要時，得知會警察署或軍警^營使用警察憲兵或其他兵隊，但事機緊急時，得不待知會徑使用之。

前項使用以檢察廳指揮司法警察證爲憑。每於司法年度更換指揮證時，由各該檢察官通知各該軍警長官備案。

第六條 凡未設審檢廳地方之縣知事，準用本章關於檢察官之規定。

步軍統領衙門及各省營汛有關司法警察職務者，仍照檢察廳調度司法警察章程原摺辦理。

第七條 本章程所未規定者，仍照檢察廳調度司法警察章程辦理。

第八條 本章程自公布日施行。

比照刑訴原案第四七條至第五〇條，改案第四〇條至第四三條。

第二節 被告

被告字義，亦有狹義與廣義之別。狹義之被告，僅爲提起公訴後之嫌疑人。廣義之被告，兼指偵查或預審中之嫌疑人而言。（刑訴第五一條）

〔疏〕原告之爲廣義狹義，以公訴私訴而分。被告之爲廣義狹義，以起訴前起訴後而分。被告云者，被人告訴之謂故。起訴後稱被告甚爲穩妥。然刑訴爲用語之便當，起訴前之嫌疑人往往稱爲被告，但亦有時專指起訴後之嫌疑人而言。如第三百十三條，被告不出庭，不得開公判之規定，是蓋不告不理，被告出庭必起訴後也。

於刑事被告，必須明劃犯罪責任能力與訴訟當事人能力及訴訟行爲能力之分。犯罪責任能力，依刑律第十一條及第十二條，祇滿十二歲人及非精神病人能有之。訴訟當事人能力，則一切有罪嫌疑人皆有，而不問其有犯罪責任能力與否。至若訴訟行爲能力，則刑事與民事異殊。在民事

訴訟。有自然人具有訴訟當事人能力。而無訴訟行為能力者。在刑事訴訟。自然人概有當事人能力。以及行為能力。從無以自然人而無行為能力者。若法人則無論民事與刑事。皆有當事人能力。而無行為能力也。

疏 例如十一歲小兒竊盜他人所有物。不成立竊盜罪。又如精神病人放火。燒燬他人之房屋。亦不成立放火罪。以其無責任能力也。然責任能力之有無。為刑法之問題。非訴訟法上之問題。訴訟當事人能力與責任能力不同。責任能力乃犯罪不犯罪之能力。當事人能力尚未至犯罪與否問題。故一切嫌疑人均有之。如上例須召問其是否十一歲。察驗其是否有精神病。則亦即為當事人矣。故其行為雖無罪。在訴訟法上亦得為當事人。刑法上之責任能力與民法上之權利能力相當。但權利能力於出生時法律即付與之。而責任能力必達一定之責任年齡始可。此二者相異之點也。有訴訟行為能力者自己可以辨論。不然者則否。然如童子知識不充足。何以與民訴不同。而有行為能力耶。蓋以刑事訴訟最重者為實施行為之本人親自辨論。故凡自然人為訴訟當事人。皆有訴訟行為能力。童子智識不充足。固屬辨論困難。然亦有補救之方法。如辯護人輔佐人之設備。彼皆可利用之。以資補充也。惟法人則事實上不能自為辯論。其辯論須由自然人之代替。故不為有訴訟行為能力。

其一 被告人之代理人

刑事被告之代理人。有委任與法定之分。

刑事被告之委任代理人者。受被告之委任。代其實施被告應為之訴訟行為者是也。蓋刑事訴訟在原則上。應由被告本人實施言詞辨論及其他訴訟行為。以昭慎重。惟拘役罰金等案件。草案許用委任代理人。以期簡捷。(刑訴第五二條第五三條)

疏

被告得委任代理人。乃刑訴草案所定。現行試辦章程。無代理人之明文。簡易庭規則。似乎許用代理。然解釋上亦甚不明瞭也。

刑事訴訟之所謂法定代理人者。法令處罰法人時。代表其法人。應居被告地位者。是蓋法人團屬

無形之權利主體。不能自爲訴訟行爲。非有代理人。無以符法理也。(刑訴第五四條)

代理人無論委任與法定。祇以實施被告之訴訟行爲爲其本務。刑罰及其他裁判論知之對於被告本人發生效力者。自不待言。

〔疏〕民法之法定代理人與刑訴法之法定代理人不同。刑訴法之法定代理人專指法人之代表而言。至民法上法定代理人則不必爲代表此其相異之點也。

其二 辯護人

辯護制度。刑訴上爲保護被告之利益起見而設之者。無論民事刑事。欲期訴訟之能保持公平。非原被兩造之地位對等不可。刑事訴訟原告之檢察官。概屬有學識經驗者。被告則多無學識經驗之人。甚者則目不識丁。兩兩相衡。勝敗已不待戰而自決。此現今通例。所以設辯護制度。以保護被告之利益也。

辯護制度。用意在於防禦被告所受不法不當之攻擊。故辯護人無曲庇被告罪惡之權利。亦無摘發被告罪惡之義務。

〔疏〕辯護制度專爲刑事訴訟保護被告之方法。事上只有代理不能稱爲辯護。法律日多。事實日繁。倘不諳法理。官爲訴訟受損必多。故若必須本人出庭。公益私益兩蒙不利。此民訴之所以採代理制度。亦即刑訴之所以採辯護制度也。

檢察官代表國家公益。立於原告之地位。非有學識者。不能勝任。每日以辦理案件爲職責。則充官既久。經驗自富。而被告則以無學識無經驗者爲常。以無知之愚民立於法庭。與熟悉法律之官吏相對抗。其不能得公平之結果。不待言矣。爲保護公益。求得公平之裁判計。故有設辯護人之必要。準是以觀。現在縣知事兼理司法審判時。無檢察官之蒞庭。似被告勿須用辯護人。曰不然。蓋縣知事審理案件一人。實具有審判官檢察官二種資格。其學識雖未必優。然較之普通愚民終勝一籌。且又係官吏。小民必有畏而不敢言者。故辯護制度仍有採用之必要也。辯護制度雖爲保護被告而設。然不能任用何方法以期洗濯其罪名。法律蓋有一定之限制焉。其限制維何。即辯護人者所以防禦被告所受不法不當之攻擊也。不法云者不

合法之謂其情形有二：(一)違背法令(二)於無法令情形實施不適宜之處分。例如殺人者處死刑傷人者處徒刑今被告犯傷人罪檢察官主張其爲殺人未遂應處死刑此即不法也。不當云者即雖未違法而按諸情節尙未允當之謂如檢察官主張應處某殺人犯以死刑然其殺人乃係報不共戴天之仇雖罪無可道而情有可原則處死刑之主張爲不當也。凡此法律上事實上不當之言詞辯論辯護人均有防禦之餘地。至若堂堂正正之主張則辯護人不宜妄爲辯護蓋辯護之精神乃從正當一方面著想以不防正之攻擊非從不正一方面著想以擾亂正當之主張也。故如被告本爲有罪辯護人教唆一人爲證人以證明其無罪則應援刑律總則三十條分則一百八十一條處以教唆偽證罪又如辯護人將不利於被告之證據爲之消滅則應援刑律一七八條處以湮滅證據罪不得藉口於既爲辯護凡可以使被告無罪之方法均可使用也。至被告犯罪之證據檢察官只知一部其他部分辯護人雖知之亦無聲明之義務以辯護人非原告且非公益代表其職務惟在防禦被告所受不正當之攻擊他固非所聞其。

辯護固爲保護被告之利益而設者。於起訴後得隨時由被告人(或被告之法定代理人或其夫)選任辯護人使其辯護。(刑訴第五五條)所謂選任辯護人是也。如有不願者在原則上不選任而自行辯論亦可。唯左列兩種情形則必置辯護人以維公益。

其一爲重案如第三百十六條所言被告案件應科二等有期徒刑以上刑者無辯護人不得開始公判。是謂法定辯護人。蓋法律勒令設辯護人之謂也。

其二爲第三百十七條所列情形即

第一 被告人未滿二十歲。

第二 被告人係婦女。

第三 被告人係聾啞。

第四 被告人疑係精神障礙。

第五 審判衙門認為被告案件應置辯護人

於此兩種情形。被告人未選任辯護人。或所選任之辯護人。不出庭者。審判衙門因職權或檢察官之請求。以決定指定辯護人。是曰裁定辯護人。

〔疏〕 因職權云者。不須他人之請求。本於自己之職權而為之行爲也。故又稱職權行爲。關於此點。現行法無明文。故此種辦法。於現行法上。並無根據。惟以此乃當然之事。雖無規定。亦宜採用之。此現時法院之所以有此辦法也。

次之則辯護人之資格問題。苟毫不加限制。則訟棍可以橫行。公私皆有不便。故於原則上。以律師充之。惟經審判衙門許可者。非律師之人。以其案件爲限。亦可爲辯護人。而行辯護。(刑訴第五六條)

〔疏〕 律師爲職務上之名稱。又爲刑事訴訟稱爲辯護人。又爲民事訴訟稱爲代理人。故律師之職。(一)民事代理。(二)刑事辯護。刑事辯護人則有兩種。(一)原則上律師。(二)例外上審判廳特許之人。審判廳特許之辯護人。就於特定之案件。可以辯護。非一案件之件。皆可辯護也。

關於律師之現行法令。臚列於左

- 律師暫行章程 民元年九月十五日
- 律師登錄暫行章程 民元年九月二十日
- 修正律師暫行章程 民二年三月十八日
- 同上第七章第八章 民二年十二月二十九日
- 律師懲戒會暫行規則 民二年十二月二十九日
- 律師甄別章程 民三年四月二日
- 調查律師品行經驗報告規則 民三年十月十五日

除前段所述臨時許可之辯護人外。其法定或裁定辯護人。審判長得就學習檢察官。或學習推事。選命之。(刑訴第三二八條)

疏 法定辯護人者法律定某種案件非有辯護人不得開庭審判之謂也。裁判定辯護人者審判衙門因職權所指定之辯護人之謂也。選定辯護人者由當事人之意思自由選定辯護人之謂也。法定辯護案件（即法律不准無辯護而實施審判之案）得由被告選定辯護人。若被告不選任則由審判官裁定之。學習推事學習檢察官皆有相當之學識經驗選命其為辯護人於被告有利無害也。

一案件辯護人如其額數不設限制。有時亦難免流弊。故第五十七條規定辯護人之數。每被告人不能過二人。

疏 辯護人之額數如不加以限制則流弊甚多。日本有一被告人而延四十辯護人者。二多數辯護人聚訟於一堂。每人發言至少亦須數分鐘之久於事務之進行必多阻礙。三一案而有多數之辯護人必其案件非常重大而為世人所注目者也。各辯護人各逞才能以博名譽反將被告之利益置於度外矣。四人數太多雖不正之論而皆為一致之主張。審判官易怵於輿論勢難得公平之結果。草案有鑒於此爰設不得過二人之限制蓋至當之立法也。

辯護人為保護被告利益起見得為左列各項行為。

第一 就担任案件查驗證據物及閱視或抄錄該案文書（第五八條）

第二 接見被監禁之被告人並互通信書。但不得逾管束監獄規則範圍之外（第五九條）

審判衙門依第五十九條第二項得按其情形閱視前段書信或禁止接見通信及加以限制。

第三 於辯護人可以蒞視情形（例如第一四一條情形）得實施被告所應為之訴訟行為。但除事實上及法律上辯論外其所實施之訴訟行為不得與被告或其法定代理人或其夫之意思相反（第六〇條）

第四 依第三百十六條或第三百十七條所選任之辯護人為被告人利益起見得聲明上訴。但被告人明示反對之意思者不在此限（第六一條）

其三 輔佐人

被告人之法定代理人或其夫。於提起公訴後。得隨時爲輔佐人。獨立實施被告人所得爲之訴訟行爲。(第六二條)所謂輔佐人者。指幫助被告人爲其有利之訴訟行爲者而言。

第三編 訴訟行爲

疏 法典之制定講義之編纂所分之編章節等。皆有一定之方法。其方法有二。(一)以事之順序爲之。即依事之次序以定編纂之順序。如第一章預審第二章起訴第三章被告之訊問等是也。(二)以事之種類爲之。即不按事之次序而按某事與某事爲一類以之列於一章之謂也。前者爲順序法。後者爲分類法。訟關係簡單時採用順序法。未始不可。惟現時訴訟程序頗爲複雜。採用前法殊難明瞭。故現在無論法典之制定講義之編纂。蓋莫不取分類法也。

第一章 通則

第一節 被告人之訊問

訊問被告人。不分預審與第一審以及上訴審。皆應遵守左列七種通則。

第一 訊問被告人。應隔別爲之。所以杜絕被告人互相構詞蔽隱之弊。但因發見事實。遇有必要情形。亦可命被告人與他被告人或證人對質者。固不待言。(原第六七條改第六三條)

疏 訊問證人以隔別爲原則。以對質爲例外。例如一類案件。非其同質。不足以資明確者。則令其對質。否則仍須隔別爲之。

第二 訊問被告人。應由各該書記官蒞視。錄供。即推事訊問時。必須審判衙門書記官蒞視。檢察官訊問時。由檢察廳書記官蒞視。惟檢察官實施應急速處分者。不必令其蒞視。以期簡捷。(原第六五條改第六四條)

疏 蓋訊問與筆錄非一人所能兼顧。故以書記官蒞庭錄供為原則。違此原則者其審判為無效。

第三 訊問應先詢被告人姓名、住址、年齡、職業。以徵驗其人有無錯誤。（原第六三條改第六七條）若省此程序。苟中途發見其人錯誤。則既往之程序。皆歸於徒勞也。

第四 訊問禁用威嚇及詐罔之言。（第六六條）違者得按其情形。加以懲戒處分。又若有毆打、拷責等行為。依刑律第一百四十四條處三等至五等有期徒刑。因而致人死傷者。援用傷害罪各條。依俱發罪之規定處斷。

疏 此弊問官中時有所見。蓋威嚇被告易得口供也。雖然其因威嚇所得之口供。果為真實與否。為一問題。設被告因恐懼而妄招認。以此為判決之資料。於被告甚為危險。即就審判官一方言之。威嚇欺罔。殊有失於官吏之身分。且有損於官吏之威嚴也。毆打拷責。法律定有嚴刑。以期實行改良。邇來又有主張恢復此制者。是不導中國於進步。且誘其退步也。蓋刑訊制度弊端百出。為各國所屏斥。豈各國行之皆有弊。而獨中國行之有利與。則斷無此理也。外國人猶希望中國之日謀改良。而中國人竟主張其恢復舊觀。詎不大可異乎。

第五 經第三段之訊問。被告人若無錯誤。再訊其被告案件。有無陳述。並與以機會。命被告人陳述有利之事宜。（原第六四條改第六八條）蓋此訊問。為準備嗣後之調查起見。而實施者。並非本案之訊問也。

疏 即告以經人告發有犯罪之嫌疑。令其自為防禦。或吐真實行為也。準備即根據被告人之言。從實調查。非即以下判斷也。蓋事實上被告人自認其真實犯罪者。有之。亦有提出有利之證據。而證明自己無罪者。凡此皆可信為調查之根據焉。

第六 被告人或證人。係聾者。用文字詢問。啞者。命以文字答復。其不知文字者。依第一百九十二

條許用通事爲之通譯。(原第六八條改第六五條)

第七 訊問被告人在原則上須由担任案件之推事或檢察官本人實施。不得任意委託他人。惟草案規定預審檢察官關於特定事宜得以其訊問囑託該廳他檢察官以免事務澀滯之弊。(

第六九條)

〔疏〕檢察官同一體爲一大原則。故數檢察官辦一案件而自法律上視之仍爲一人何也。以其有不可分之性質故也。

第二節 至第五節概論

刑訴律第三編第一章中第二節至第五節之規定皆與證據有關。故首概論證據法之通則。以便對照。

〔疏〕由廣義言之。被告人亦爲一種證據。但此證據與其他之證據異。故普通之所謂證據被告人不在內。證據非常重要。要以之爲獨立之一科亦無不可。非必爲訴訟法中之一部也。如英國有所謂證據法則爲獨立法典。其重要可知。雖中國以之爲訴訟法中之一部。然其意義亦應特爲說明。審判之根據不外事實與法律二者之中。以事實爲尤重要。蓋事實不明則法律亦無從運用也。如故殺過失殺非將事實剖析明白。無由以運用法律。欲知事實則證據爲不可缺少。

凡民事與刑事訴訟之裁判皆以事實爲準。於其事實適用法令者。認定事實應依證據。(原第三二六條改第三二五條) 如審判官不依證據。僅就其事件所見聞者而行裁判。勢難期斷案之平允。故法律於證據特重。凡可爲證據之物或人名曰證據方法。或名曰證據資料。蓋證據物件證據書狀。被告人證人鑑定人等均屬之。

證據於事實上爲惹起審判官心證之原因。分之爲證據物件之狀態證據書狀之內容。被告人之

供述證人之證言。鑑定人之鑑定等類。

因證據作用所得關於事實之確信。名曰心證。凡斷案之根本。不外乎依證據所得之主觀的確信。若客觀的絕對真實。於法理上自難確定。

疏 判案以事實為根據。事實則貴真實。世何由而知其真實。則為一問題。蓋絕對真實。惟實施行為之人能自知之。審判官並不能真知。故所謂真實者。亦不過審判官主觀的確信。而絕對之真實。法律上不能定也。主觀之確信。何由生於種種之證據。而證據果能絕對真實乎。則亦不一定。如有一命案。證人數十人。異口同聲。被告亦自認承似為絕對真實矣。然證人之言。固難決其真確。而被告之自認。亦未必不出於私情。是仍不能謂其為絕對真實也。故審判官主觀的確信。即為為判斷之基礎。客觀的真實。無由而定也。

利用證據方法。而搜索證據之行。為名曰舉證。舉證義務。在民事訴訟。應由當事人擔負。在刑事訴訟。則由審判衙門任之。若夫檢察官蒐集證據。其用意。僅在於供推事之自由取舍。非自行審判者也。

疏 舉證即舉出為證據之材料。而證明其犯罪與否也。民事訴訟。採保護私權主義。個人不欲受保護法律。自無干涉之必要。故概採非干涉主義。法諺有於權利上睡眠者。法律亦不保護之一語。斯言也。即表明私權之訴訟關係也。至刑事訴訟。乃關乎公益。對於犯罪人之處罰。其目的在保護公益也。然欲處罰。必須確知其為犯罪。則舉證尚矣。舉證之義務。亦應由保護公益之人負之。此所以舉證之義務。屬之審判官也。至探檢察官之蒐集證據。其用意有二。一當未起訴之前。蒐集證據。以為起訴之備。二起訴以後。以證據供審判官之取捨。而非有舉證之義務也。

為取得證據計。須有蒐集及保全其資料之方法。故法律特設被告人證人鑑定人之傳喚及檢證。搜索扣押保管等規定。此等規定之所以不可少者。一以嚴防濫用職權。一以使犯罪人不致逍遊法外。其類至繁。而大要之方針。則不外乎是。下當以次述之。

疏 收集如將被告人證人傳喚到庭是保全如有必要時將被告人羈押或將所收獲之證據保管之是蒐集及保全證據有應注意者二(一)嚴防濫用職權蒐集證據時不可任意收集致殃及良民且犯罪嫌疑人亦不必一定犯罪更不可隨意蹂躪故法律須嚴密定其收集之方法(二)必要之物及人總須收集莫使犯罪人因證據不充足而倖逃法網又事事必履繁重程序恐犯人因而逃脫故簡略程序亦不可不規定焉

第二節 被告人之傳喚句攝及羈押

令被告人到場之方法有傳喚句攝羈押三種其意義效力及程式各有不同又關於被羈押人有保釋與責付等規定茲分別說明如左

其一 傳喚句攝羈押之意義及效力

甲 傳喚

傳喚者指由審判衙門或檢察廳或司法警察官發給應於定期至定處之命令而言依第七十條規定被告人在偵查中遇有必要情形可以傳喚在開始豫審或提起公訴以後為訊問起見應傳喚惟以許可代理人到場者為限亦可不傳喚之(對照第五二條第五三條第七〇條)

疏 刑訴草案規定預審於起訴以前由檢察官實施現行法則預審於起訴後由審判官實施

傳喚之命令無強制力其因傳喚到場之被告人應速訊問不得逾二十四小時以重視人民之自由(第七七條對照試章第二十條凡因案傳到者應即日訊問之)蓋其訊問以辨應否羈押為宗旨非審理全部案件之事實者故二十四小時不為過短也

疏 即日與二十四小時似同而實異二十四小時無論何時傳到皆不得逾二十四小時是以時為算定之標準中間之則雖永無變更也至即日則每以傳到之時間而傳到其中間之距離如晚十點傳到則即日只餘二小時其時間過短距

不能於即日訊問。亦意中事故。與其用即日。不如用二十四小時之為愈也。本應立即訊問。勿須二十四小時。法律所以設此規定者。乃以二十四小時為最長限度。預想同一之案件。或有數多之被告人。則必延長其時間。然又不可漫無限制。故此以為一定之限度焉。

傳喚非實行訊問之法定要件。若被告人自行到場者。雖未經傳喚。亦得訊問之。(第七八條)

被告人於指定日期。如不到場。得再行傳喚。或行句攝。(第七九條)

疏 二者應用何方法。以臨時之情形而定。如審判應以為可再傳喚。則傳再喚之。如以傳喚為不足。則句攝之可也。

乙 句攝

句攝者。指到場之命令。而有強制力者而言。凡向被告人所發到場之命令。原則上應先傳喚。不得先用強制力。但遇例外情形。得不經傳喚。而即行句攝。所以預防犯罪者之逃亡也。其情形分左數種。

疏 傳喚亦到場之命令。其與句攝之差異。僅在有無強制力之一點耳。

第一 無一定住址者。

第二 恐湮滅罪證者。

第三 逃亡者及恐其逃亡者。(第八〇條)

惟微罪之嫌疑人。於其審理中。不應輒行句攝。而剝奪人民之自由。故第八十一條云。拘役罰金之被告人。不得句攝。但係左列各款者。仍可句攝。以免貽誤。

疏 微罪不得句攝乃草案中規定如此現行法則以此爲保釋情形非合理也下當論之。雖以不得句攝爲原則但由於自己不良或有特別情形仍得句攝之。

第一 經傳喚屆時不到場者。

第二 無正當理由不肯偕往所定之地者。

第三 有前段(第八〇條)所列各項情形者。

句攝命令具有強制力。接受命令而不肯承受者可依腕力勒令到場。其因句攝到場之被告人可留置至四十八小時。於其期間內實施簡捷之訊問。若有必要情形得命羈押。(所謂未決中之羈押)否則即行釋放。以重人民之自由。(第九八條第九九條對照試章第二〇條因案拘到者於兩日內審訊如拘到而未能即時審訊或審訊而不能保釋者用收簽付看守所管收之其提出時則用提簽)

丙 羈押。

羈押者指在審判未決以前逮捕嫌疑人而監禁之命令而言。審判衙門(與檢察廳)均有發給此命令之權。其具強制力固不待言。得命羈押之要件各國法律互異。日本刑訴第七十條以該當禁錮以上之刑者爲限。准行羈押。我國刑訴草案第一百條規定。

疏 普通審判官有發羈押命令之權特別則警察官及有警察職務者亦得發此命令但此爲特別法所規定。

被告人被句攝及訊問後遇有第八十條各款情形者或在監獄者不問本刑如何得羈押之。

質言之。得命句攝之被告人。亦得羈押之。蓋未決中之羈押。以保全被告人爲宗旨。並不必分別犯罪之重輕。是以日本現行法。猶不如我國草案之合於法理也。（對照試章第七八條。凡刑事犯徒刑以上之罪。未經判決及被告逃匿被獲者。皆於審判廳之看守所管收之。）

疏 日本可否羈押以刑之輕重爲標準。非適當也。蓋所以羈押者爲恐其逃亡。或爲保全證據也。故其罪雖重而無逃亡。或酒滅證據之虞。亦不必羈押。及之罪雖微而有羈押之必要。亦可羈押。故草案以有無羈押必要之情形而定羈押與否。誠至當之立法也。試章混合日本立法中國草案而併採之。亦非適當。以其無兼採二者之必要也。

羈押之命令。在原則上。惟於經傳喚或句攝並實施簡捷之訊問者。得發給之。唯於脫逃人或現行罪犯。則設例外規定。（原第二〇一條改第二九四條試章第二〇條第二一條）

其二 傳喚句攝及羈押之程序。

傳喚句攝及羈押。應以何時並由何人。以何方法行之。茲特說明其要領如左。

甲 時期。

刑事訴訟在通例上。可分偵查預審及公判三時期。

傳喚被告人在偵查中。以不實施爲原則。蓋被告人在偵查中。有罪嫌疑。極爲輕微。應免傳喚。以重民權。然有時非經訊問。不能斷定犯罪嫌疑有無根據。故遇必要情形。在偵查中。仍可傳喚。以維法權也。（第七〇條）

疏 在偵查中原則上。不得傳喚被告人。蓋一方面尊重民權。一方面嚴守機密也。（若使被告人知有偵察之事實。恐其逃亡。或將證據消滅。）

豫審中及起訴後。被告人有罪嫌疑。較爲重大。故爲訊問起見。傳喚被告人。而行直接審理。但第五十三條及第五十四條等情形。不在必行傳喚被告本人之限。(第七〇條)

句攝羈押被告人。在偵查中與預審中及起訴後。概得行之。但可發其命令之條件。各有不同。對照第八二條第九九條及一〇〇條。

乙 有權者。

傳喚被告人。在偵查中。由檢察官或司法警察官爲之。(第七一條) 蓋傳喚無強制力。故檢察官及司法警察官。雖得發給此種命令。而不至大有流弊。

疏 有權者即有發該項命令之權之人也。試章第十六條第十七條檢察廳調度司法警察章程第十二條第十七條第十九條其中所採主義與草案不甚懸殊。惟意義不甚明瞭耳。

豫審中。必由豫審檢察官爲之。司法警察官無此權限。起訴後。則由受訴審判衙門爲之。檢察官與警察官。無此權限。(第七一條第二項第三項)

疏 現行法有預審推事無預審檢察官。

句攝被告人在偵查中。唯地方檢察長有此權限。其他檢察官。非受各該地方檢察長之命令。不得爲之。在預審中。由預審檢察官爲之。在起訴後。由受訴審判衙門爲之。(第二五六條第八二條) 羈押之命令亦同。(第一〇一條)

疏 現行法用地方檢察廳之名目。而不用檢察長之名目。

以上所說。概就通則而言。至應急速處分。則自原第一九四條。至第二一四條。改第二百八十七條。至三百〇八條之特別規定行之。

丙 發給命令之方法。

傳喚句。攝羈押之命令。概以書狀爲之。即傳喚應用傳票（第七二條）句。攝應用句票（第八三條）羈押應用押票（第一〇二條）除應急速處分之外。若無書狀之命令。無命令之效力。

〔疏〕非現行犯人。警察無傳票而傳之。被傳者可不應。若用腕力。破傳者亦可以相當之腕力抵抗之。

現行試章。含糊不明。惟其主義。並無大差。條文如左。

第十四條 刑事廳票如左。

一 傳票 傳訊原被告及其他訴訟關係人等用之。

二 拘票 拘致犯徒罪以上之被告及抗傳不到或逃匿者用之。

三 搜查票 搜查罪人及證據用之。

傳票內記明被告案件。被告人姓名。住址及應到之日時處所。並據前段所述。分別由該管檢察官。司法警察官等簽名蓋印。除由司法警察官發給者外。其餘官員所發者。由所屬書記官亦簽名蓋印。

作製句票及押票之法。與作製傳票之法相同。惟有左列各項特別規定（第八四條第一〇三條）。

第一。被告人住址不明者毋庸記明。

第二。姓名不明者應舉示年貌及其他特徵。

第三。記明發給勾票或押票之事由。

第四。第八十二條第一項情形記明受有地方檢察長命令之事。

作製傳票、勾票或押票而不據法定形式者。法理上無效。人民不負遵守之義務。故以腕力拒捕者亦不得爲罪也。

丁。執行命令之方法。

交付傳票於被告人。草案擬用送達之程序（第七四條）對照試章第十七條其文曰刑事票由檢察官或預審推事指揮司法警察官執行之。

〔疏〕送達之程序草案擬用送達吏。現行法則由司法警察送達。

勾票以及押票概由司法警察吏執行之（第六五條第一〇四條）

勾票得作製正本數分。交司法警察吏（第八六條）以便逮捕被告人。又執行勾票如被告人請求閱視。警察吏應示其正本（第八八條）所以證明該執行之合法。而彼不能拒捕也。

對於軍人軍屬等執行勾票。應以正本示該長官隊長或代理官。請其執行（第八九條）而司法警察官不得直接實施勾攝。以免彼此衝突。

〔疏〕 草案之規定如此。現行法亦有與之相當者。如檢察調度司法警察章程軍人十八條四款外國人十七條三款二十五條二款二十九條使館內之本國人二十七條未訂特別條約之外國人三十條。

司法警察吏執行拘票者。應速以被告人送交發給拘票之官吏所屬公署。(第九一條) 不能擅行扣留。以奪其自由。

依訴訟法之規定。現有句攝權之推事檢察官以及司法警察官。得以其句攝囑託被告人所在地之推事檢察官以及司法警察官。(第九五條)

〔疏〕 句攝問題。推事檢察官司法警察官各有其管轄區域。非在其區域內者。不得越俎代庖。然由他方面觀之。管轄區域雖不同。而其為國之機關則一。同為國家機關。則處理國家事務。自亦彼此協助。此草案之所以有囑託之規定也。現行法亦然。試章四十四條。審判廳檢察廳。遇有須他審判廳檢察廳代為辦理之事件時。得請求協助。其事項如左。(一) 罪人之捕拏及審判。(二) 證人之訊問及調查。(三) 罪人之拘留及護送。第一項之所謂審判。指預備訊問而言。非指正式審判而言。蓋審判有一定管轄。非其管轄而為審判。則須以移轉之程序為之。非協助所能為也。否則即此協助一端。亦足以破壞管轄之規定而有餘。蓋試章發布在前。而本案管轄之規定發布在後。依後法之效力。優於前法之原則。應如此解釋之耳。

被告人所在不明者。高等檢察長得因請求或囑託。發給拘票。而命部下檢察官指揮執行該被告人之句攝。蓋高等檢察廳管轄區域。常在數多地方。檢察廳管轄區域。該長官之命令。於搜查以及句攝上。較有便利也。

〔疏〕 高等檢察廳之管轄區域。常以合多數地方廳之管轄區域定之。高等檢察廳。輾轉囑託。則全國一氣。犯人無論逃至何處。皆可以句攝。總檢察發布句攝命令。其效力亦同。此等命令。或囑託。即所謂通緝也。現行通緝令。由大總統發布。此例外之辦法。中國之所獨也。且實際上。亦無由大總統發布之必要。何者。通緝本為司法行政之一種。應由總檢察廳行之。即使大總統認為有通緝之必要。而總檢察廳亦國家之機關。由大總統命其發布通緝。焉可也。今則由大總統實施。權限不分。且責任無人。弊不少也。

將被告人傳喚或句攝。而經訊問。若發見其無一定住址。或有湮滅證據或逃亡之事實。或危險。不問

本刑之重輕如何得羈押以防逸散證據。但應遵守左列規定。

(1) 偵查中以檢察官接受地方檢察長所發特別之命令。或以第一九四條之規定處分現行犯人者為限得羈押被告人。

(2) 預審中羈押被告人者以預審檢察官之命令為之。

(3) 起訴後羈押被告人者以受訴審判衙門之決定為之。(第一〇一條)

被勾攝或羈押之被告人准其接見他人授受書信或其他之物。但應遵守管束規則。(第一〇六條及第一〇七條)

疏 被勾攝或羈押之被告人仍為有罪嫌疑人。果為有罪與否尚不能確知。故此時不應束縛其自由。惟其接見或收受有消滅證據或逃逸等危險則應限制之以昭慎重。

第三節 保釋及責付

羈押者原以防止逃亡及保全證據。故如無逃亡與滅證之危險者。可開放而暫許其自由。法律因設保釋與責付之規定焉。

疏 保釋現行法與草案不同。現行法保釋之意略廣。即在羈押之候審人亦須保釋。案之保釋則僅被羈押者用之。蓋既不羈押何保釋為。

其一 保釋及責付之要件

保釋者。取保開釋也。按第一百零九條。被告之被羈押者。得由其法定代理人或其夫。繳納保證金。或提出代用之物。而請求被告人之保釋。未繳納保證金。或未提出代用之物以前。不得許可保釋。

以防濫用。(第二百零九條至一一二條)

責付者。暫釋羈押。而交付被告人於其親族故舊也。其性質與保釋異。不必待人之請求。不必徵求保證金。或代用之物。惟令親族故舊。提出保證書已足。其保證書內。須記明如傳喚時。應令被告人速行到場。(第一百十三條)

其二 保釋及責付之效力。

保釋及責付。概爲開放羈押之制度。然於發給其命令以後。如發見恐有逃亡或滅證之虞者。應從速再行羈押。以保法權。故第一百十四條規定曰。保釋及責付。得隨時撤銷。

撤銷保釋。其理由係左列情形者。得沒入保證金全部或一部。(第一一五條)

第一 被告人在保釋中逃亡者。

第二 被告人犯徒刑以上之罪者。

第三 被告人接受傳喚命令。而無正當理由。不到場者。

其餘情形。不在得沒入保證金之限。例如被告有逃亡或滅證之虞。然未有其事實以前。撤銷保釋者。不能沒入保證金也。

疏

責付人在責付中逃亡者。其受責付之親族故舊。責任如何。茲分別言之。(一)責付中自行逃逸者。當此情形。脫逃者與受責付者均無從治罪。蓋刑律之逃脫罪。乃就逮捕監禁人而言。責付既非逮捕監禁。則不能適用刑律之逃脫罪。自不待言。(二)受責付者使被告人逃脫。當此情形。逃脫者無罪。而使之者。則發生刑律藏匿罪人之問題。夫責付中被告人之有罪無罪。尙不確定。即使使之逃脫者。是否藏匿罪人。學者間原有爭論。據岡田博士之解釋。則罪人云者。卽有罪嫌疑人亦在內。

故使之者。可以援刑律一七七條處斷。且該條有被追攝人字樣。自能包括責付中之被告人。至藏匿云者。妨害發見之謂也。故使之逃脫。亦為藏匿。現行辦法亦然。關於親屬等之過失。以致被告人逃亡。已交保證金者。得沒入之。其未交者。固無何等制裁之方法耳。

其三 保釋之責付之所管

許可保釋以及責付。指定保證金額。駁回請求保釋。撤銷保釋責付之命令。沒入保證金之命令。及其他一切保釋與責付之事實。應由發給押票之官吏所屬公署管掌之。其由審判廳管掌者。應用決定之形式為之。(第一一七條)

參考

以上所述。皆係草案所擬定者。茲就現行章程。援用關係條文。以資參考如左。

一、各級審判廳試辦章程。

第八十一條 凡民事被告及刑事輕微案件之被告。均准取保候審。

第八十二條 凡取保或責付其家屬。或取具切實鋪保。或由官吏及殷實土著之人保。其聽候傳

審。皆可無庸管收。

第八十三條 凡不能依前條規定取保。而呈繳相當之保證金者。亦得釋放。其保證金。於本案完

結後發還之。

二、檢察廳調度司法警察章程。宣二·二

第五十七條 凡刑事輕微案件之被告應行候訊者。由司法警察帶令取具鋪戶水印保結。如無保可取者。應仍送交原審判衙門收管。

第五十八條 凡不能依前條規定取保者。司法警察亦得將實情報明檢察廳。商由審判官酌令呈繳相當保證金。在外候訊。

第六十條 凡婦人雜犯應取保者。由司法警察官責付本夫保管。如無夫者。責付有服親屬或隣里保管。聽候審理。

第六十一條 徒罪以下人犯患病。審判官驗明准其取保者。由司法警察取具保。

第六十二條 凡傳取保之人（及證人）到案。應於二十四小時前通知本人。若被傳不到。並無不得已之事由者。應即報明檢察官處分。

第四節 檢證搜索扣押及保管

其一 意義

檢證搜索扣押保管。均爲搜查及保全證據所實施之訴訟行爲也。檢證者。指檢察官或推事直接調查其可爲證據之土地家屋及其餘物件而言。其親赴犯所或他處實施者。曰臨檢（第一一九條）。調查屍體。謂曰檢視。亦曰檢驗。實施檢驗。遇有必要。得發掘墳墓。解剖屍體。並爲其他不得已之處分（第一二一條）。

疏 檢證為調查證據之普通名稱。臨檢檢驗則為特別名稱。臨檢云者即親赴其地檢證之謂。檢驗云者則對於屍體之檢證也。二者皆為檢證之一種。而有特別名稱者也。設在審判廳檢察廳內檢證稱之謂庭檢。使與臨檢相對立亦未為不可耳。遇有必要情形得發掘墳墓解剖屍體似乎當然。勿須規定。然發掘墳墓刑律定有專條。解剖屍體亦即刑律所謂毀損屍體。即已禁止。又欲許之。非有規定解釋上必有爭論。故刑律有此規定。則解釋刑律時即知其不包括刑律所許之情形。換言之即刑律所許者在刑律上不為罪也。近來為研究學術之必要。教育部分定有解剖屍體規則。此種解剖在刑律上亦不為罪。以其以明文定之解釋上自不致生爭議耳。

搜索者因發見可為證據之人與物起見。就可逆料其存在之處所。實施之強制行為也。質言之即發見所求人與物之強制方法。不僅被告人之身體物件或第宅。即其他處所亦得實施之。然關於被告人者為調查有無證據之人或物起見。可用一切搜索處分。其關於非被告人者以信為證據存在者為限。得為搜索身體搜索第宅及其他處所。(第一二二條)

疏 搜查可分為人之搜查物之搜查。第宅內搜查物件內搜查。第宅與人之安寧有重大之關係。約法特保護之。且刑律定有專條。則欲侵入非依法律之規定不可。此刑律法之所以有規定耳。物件內之搜查。例如開箱檢查等是也。關於女犯之搜查。用男子則不便。故外國監獄及警察有一部分以女子充者。日本監獄已設女子看守。惟警察部分尚未辦到。而現時正在進行中也。

扣押與保管均對於物暫時留置之行為。唯扣押係屬有強制力之命令。保管則隨意交付收受。刑訴草案如左。

- (1) 足供證據之物及應沒收之物應行扣押。(第一二三條)
- (2) 被告人之遺留物及所有人持有任意提出之物得保管之。(第一二五條)
- (3) 扣押或保管之物遇有必要情形得開拆封緘。並為其他處分。(第一二三條及第一二五條)

疏 其他處分如提出一部用火焚燬以驗其性質者是。總之有此四字則凡與檢察有關之行為皆得為之。

其二 程序。

檢察搜索以及扣押處分。爲蒐集證據而斷定有無犯罪起見。概屬不得已之方法。然亦不應侵害信書公務業務軍事上之秘密。並不可濫害人民之權利。是左各種限制所由定焉。

(1) 被告人授受之郵信電信。得在郵政電報之公署及其他處所扣押之。然不屬被告人者。以足

供證據情形爲限。得扣押之。(第一二四條)

〔疏〕 書信秘密爲人民權利之一種。各國憲法皆有保障。我國約法定有書信秘密之自由。則有侵害此自由權者。可據約法以爲抗辨。惟有訴訟關係。則不得以行使抗辨權。而拒絕扣押。何者。以本法有特別規定故也。扣押之範圍甚廣。非惟被告。人未發之信。或已收之信。可以扣押。即已發出之信。或尚未收到之信。亦可以扣押。相對人不能主張其爲自己所有物。而拒絕扣押也。但此就被告人而言之耳。若非被告人之信。則以足供證據者爲限。得扣押之。例如某甲謀內亂。其書信可以扣押。而某乙時與之往來。則不能以其時相往來爲理由。而扣押某乙之信。必須認爲有通謀內亂之嫌疑。而其信可以證明某甲之爲內亂者。方得扣押之。因(此時乙雖未爲被告。然而與被告僅相去二問也。書信秘密。匪特約法保障之。即民法刑法亦莫不加以保護。其在民法雖無專修。而侵害所有權者。發生損害賠償之問題。書信亦係所有人之所有物。其不得侵害。固屬彰彰明甚。而在刑法則有三六二條之規定。既受法律之保護。即不得無故侵害。此本規定之所以不可缺也。

(2) 吏員或舊吏員管理或持有之物。如本人或該管公署。稱爲職務上應秘密者。非經監督吏員

承認。不得扣押或保管之。然監督吏員。除妨害國家安寧外。不得拒絕其承認。(第一二六條)

〔疏〕 刑律一三三條規定。官吏漏洩機務者之制裁。設刑訴法無此規定。則官員對於審判廳發表秘密。亦爲漏洩機務。仍須負刑法上之責任。是此項秘密。直無檢察之望。故本項規定爲必不可少也。

(3) 僧道、醫師、藥劑師、藥劑商、產婆、律師、公證人、或曾居此等地位之人。因受職業上委託而持有之物。如係職業上應秘密者。非經委託人承諾。不得扣押或保管之。(第一二七條)

〔疏〕 刑法三六三條規定。業務上之秘密。欲其發表。亦必以法律規定之。方可不負刑法上之責任也。但此之委託人。指被告以外之人。爲委託人者而言。若被告人爲委託人。則不適用之。何者。蓋無論何人於自己不利。益者。決不承諾之也。故

被告人為委託人時不須得其承諾解釋上當如此耳。

(4) 軍事上秘密處所。非經長官隊長或其代理官承諾。不得實施檢證搜索。扣押及保管。(第一

二八條)

〔疏〕軍事處所刑法一百三十六條二項規定未受允准者侵入之刑罰本法則規定未受承諾不得實施檢證等行為二者相合既不至漏洩軍事上之機務亦不至坐失刑事上之證據用意周到自無流弊。一至四在立憲國人民權利之應尊重也。蓋立憲國人民之權利國家豈為保護載在約法設遇有不得已之場合欲剝奪之非根據於法之規定不為功。若視為當然勿須特定則非蹂躪人民之權利即違背國家之法令也。現行章程正坐此弊耳。

(5) 日出前或日沒後。非經戶主或管理人或代理人承認。不得入人所居住或有人看守之宅第。

建造物鑛坑船舶。但左列處所。毋庸此限制。(第一一九條第一三四條)

〔疏〕無故侵入第宅為刑律所不許。故此規定亦屬必不可缺。但此亦係指被告人以外之人而言。被告人則不適用。刑法為船艦本條則為船舶。其所以有此差異者。蓋船艦乃軍事上秘密之處。所應屬於第四類。此處專指船舶而言也。

假釋乃定有刑罰之人。因其有後悔情形。暫為放釋之謂。雖放然不能與普通人同。故不適用上列之限制。公開處所如陳列所酒樓飯館等。既許多人出入。自不妨入而檢證。惟須在公開之時。如定為十二點開場者。則在十一點亦不得侵入。

甲 假釋人之住址。

乙 公開所在公開時間內者。

(6) 發掘墳墓。實施檢證搜索或扣押。在原則上。應置法定蒞視人。(第一三一條及第一三二條)

〔疏〕法定蒞視人。戶主管理人。鄰人。皆得為之。

(7) 實施檢證搜索或扣押。在原則上。應會同各該書記。並分別作製筆錄及目錄。(第一三四條

及第一三五條)

〔疏〕關於人之調查人之答辯皆應記錄此記錄謂之筆錄即從前所謂錄供也物之調查其記錄謂之目錄以上數端皆為繁重之程序所以採此者則以其有關於人民之權利也惟遇應行急速處分亦必履此嚴重程序則不無失機之虞故亦有例外如實施急速處分時則不必書記作製筆錄之類是也

其三 所管

實施檢證搜索扣押及保管於起訴以前屬於檢察廳所管起訴以後屬於審判廳所管（第一三八條）

〔疏〕同為檢證搜索扣押保管而起訴前與起訴後之目的大相差異起訴前之為此等處分乃為提起公訴之準備故決定是否必須起訴起訴後之為此等處分則以之為判定有罪無罪之根據也故起訴前屬於檢察廳所管起訴後屬於審判廳所管

檢證搜索與扣押概有強制力非嚴防濫用不足以保護良民故偵查時檢察官非有地方檢察長特別之命令或係急速處分者不能行之預審時則地方檢察長預審檢察官或受命檢察官皆有實施之權限

〔疏〕依本草案之規定起訴前可分為二期（一）偵察時期（二）預審時期是也犯罪之嫌疑極微先從而偵察之偵察之結果認為涉重大之嫌疑則實施預審如檢察官閱新聞紙內載某甲被殺某乙恐於此案有關此時不能遽行預審必先從事偵察偵察時不能為檢證等處分縱有時有為之必要亦必須請命於檢察長蓋一方尊重人民之權利一方嚴守偵查之秘密也偵察而不能秘密則偵察之目的無由達而犯人或有漏網之虞故各國皆有偵探隊之設以掌偵察之職務焉雖非檢察長預審檢察官然受檢察長之命令使之實施檢證等處分之一部則就於其所命令之部分亦得實施之但此就草案言之耳至現行法則以預審屬諸推事章二十一條預審於起訴後由審判廳担任云云則無預審檢察官之名目從可知耳

起訴以後則惟審判長或受命推事有實施檢證搜索扣押及保管之權限故檢察官認為必須實

施此等處分者。可請求由審判廳實施。而不能自己行之。司法警察官吏原無實施檢證搜索扣押及保管之權限。然於左列兩種情形得行之。

疏 起訴後檢察廳何以不得爲之耶。蓋以刑事訴訟取不干涉主義。起訴後若審判廳認爲證據不充分。則儘可以職權調查之。勿須乎原告之提出。且審檢廳皆可實施此等處分。尤難保無互相衝突之弊。立法者預防其衝突。故加以限制。設檢察廳認爲有檢證搜索扣押保管之必要。則可聲請審判廳爲之。既無煩擾之弊。亦無失機之虞。理論實際。無妨也。審判長與廳長合議。庭長有區別。廳長者一廳之長也。如京師地方審判廳廳長是合議庭庭長者一庭之長也。如京師高等審判廳第一庭庭長是。審判長者審判事務之長也。譬之大學廳長爲校長。庭長爲各科學長。審判長則担任各科之教員也。我國現時每以庭長充審判長。然此實一人具有二種資格。而不能謂庭長即審判長也。

(1) 檢察官或推事實施檢證搜索扣押或保管。遇有必要。得令司法警察官或司法警察吏。行其補助。(第一四三條)

(1) 搜索及扣押。得用命令。使司法警察官實施之。(第一四四條) 此命令得向司法警察官發給。不得向司法警察吏發給。又此命令。須關於搜索及扣押者。不得關於檢證發給之。然第一百四十七條第二項情形。仍得發給檢證之命令。

參攷

關於搜索證據。現行檢察廳調度司法警察章程。第三節所規定如左。

第三節 搜索證據

第三十一條 凡審判檢察廳。應行查取證據時。應知照該管警署。轉飭司法警察人員會同前往。

第三十二條 凡司法警察人員。遇左列各項。經本管長官之許可。得逕行搜查。

一 現行犯在警署訊問時發覺之證據。二 在警署告訴告發或自首應行查取之證據。

三 巡警偵探所得之證據。

第三十三條 司法警察發見現行犯時得就其身體及犯罪地即時搜索之若發見之物件有足爲本案證據者得暫行封禁但非重要案件不在此限。

第三十四條 司法警察受告發告訴時當察其是否出於誣罔捏造詳加搜查如有其他證據之可供參考者一併查明報告。

第三十五條 司法警察於犯罪自首者當審查其是否實係悔悟或希望減刑抑有因求免他人之罪以自誣及避重就輕等情弊不得就所投告即認爲完全證據。

第三十六條 凡犯罪事件記載於報紙或風說者司法警察均宜密查其原因以爲報告。

第三十七條 凡搜查證據之際發見死屍殘骸及隱匿埋藏之物當查明是否與本案有關或牽涉於他事。

第三十八條 司法警察搜查證據不得用強制手段須聽檢察官之調度但現行犯及事關緊急者不在此限。

第三十九條 凡犯罪地方及證據物件所在地方必須搜查者得搜查之但在家宅及船舶等處須得戶主或管守者之許諾。前項搜查行之於官署局所時須得其官吏之許諾。

第四十條 凡搜查人家宅以確有窩藏之情形者爲限。日出前日入後非得戶主之許諾不得爲之。於搜索家宅時須戶主或同居之親屬在場。或令地保鄰右見證其搜查報告須在場見證人簽字畫押。

第四十一條 司法警察搜查後應將犯罪之原由性質方法情狀時日地方及被害之形狀被告之名姓年齡職業籍貫住址及證人暨其他一切可爲證憑之事物詳報檢察廳。若關於違警罪以下則逕送警署。

第四十二條 被告人關係事項與本案無涉但可藉以供檢察官之參考者均可封緘發送。於搜查事件之宜秘密者亦同。

第四十三條 遇命盜重案除逮捕外其一切可爲證據之物件應設法保存勿使湮沒或移動位置以待檢察官蒞勘如必須將屍身及各物移動時應先拍照仍繪具圖說俟檢察官詣勘時報告。

第四十四條 因犯罪事項所封存之證據物件當加印記以防毀失。一面詳開物品件數送檢察廳分別核辨其應保管之不動產暨難以挪移之物品仍由該管警署派人看守或卽令所有者及保管者保存之但須取其人領收字樣。

第四十五條 本國人犯罪事件有在外國公使館領事館及軍艦商船內者於不得不搜查時應

由檢察廳請外交官照會外國官長後得其承諾始可從事搜查。

於本條情事查照第二節第二十七條第三項之規定。

第四十六條 凡發見外國人犯罪事件司法警察搜查有據應即報告犯罪地之檢察廳請外交

官照會該國領事查辦。前條第二項之規定亦適用之。

第五節 (原案第四節) 人證 (原案證言)

人證者指人所供證言而言。證言係證人供述過去所得之聞見。若供述現在所有之意見則屬於鑑定範圍內而不屬於證言範圍內。

疏 人證與證言之意義相同而原案謂之證言修正為人證者則使其與民訴之用語相同非有他項之理由也。或稱之為證人其義亦同。證人與鑑定人之區別學者之見解不一。據本講義言則以過去現在為標準而區別之。如有一殺人案件若供述於昨日見某甲以刀殺某乙者證人也。若陳述屍體之傷痕為刀痕者鑑定人也。設有人馬一方供述過去之聞見一方並陳述現在之意見則證人與鑑定併合將為證人抑為鑑定人一問題也。在民事訴訟法有併一之規定即使其一入具此二種資格也而在刑事訴訟則否只可由審判官就中擇其一使為之一人同時不負此二種義務也。

其一 證人之能力及其義務

古代法律有有無證人能力之別。近世法律不然。民國草案及現行章程亦不問何人有於檢察廳審判廳或警察署。(原第二一三條改第三零六條) 為證人之能力及其義務。(第一五〇條) (試章第六八條) 不論何人凡於審判廳受理之民刑案件有關係或知其情形者除後條規定之制限外皆有為證人之義務。

疏 近代法律何以不限制證人乎。則以古今法律所探之主義不同故。生此相異之結果耳。古時探法定證據主義。凡法律所定之證言。即有完全之效力。不加限制。則智識不充足之人。其所陳述。難保無錯誤。與被告有特別關係之人。則其陳述。又難保無袒護。法律為防弊起見。自應保護此等人。不得為證人。近世則探審判官自由心證主義。無論何人之陳述。審判官認為未盡可信。則儘可不以為判斷之基礎。故雖不加限制。亦自有利而無弊。且小兒不易作誑語。以之為證人。未必無易得真實之利。精神病人。其智識若僅喪失一部。則有時與健全人正復相同。安見其不能為證人乎。非但此也。時且非此等人為證人。不為功。如小學校幼稚園之教師。對於兒童之犯罪。此時若他之兒童不能為證人。則此外實無可為證人者矣。其案之真相。不將無從探悉乎。故總以不限制證人之資格為較當也。然介於此二主義之間。復有所謂折衷主義者。日本探之。即某種人可以為民事刑事之參考人。而不能為證人。參考人與證人之區別。則以宣誓之強制與否為標準。蓋證人必須宣誓。而參考人不必宣誓也。

為證人而受傳喚者。在原則上。負屆期到場。為其結與證言。以及據實供述之義務。惟訴訟法。分別情形。免其全部或一部。

甲 屆期到場之義務。

為證人而受傳喚者。在原則上。不得不到屆期所命之廳署及其他處所。惟有左列限制。

(1) 證人因疾病及其他不得已情形。不能到場。或因發見事實。遇有必要情形。應就其所在訊問之。(原第一七五條改第一五五條試章第七一條)

疏 證人有疾病。為事實上之不能。其他不得已情形。則如醫生看護人。而該病非常危險。不能須臾離。又如軍人當軍書旁。午之際。不能脫身之類。皆是。因發見事實。遇有必要情形。如犯罪地與證人所在地。為一地者。就其處所訊問。較易得真象。且可藉以調查此種實例。日本頗多。

(2) 國務大臣為證人者。於其公署所在地之檢察廳。或審判廳訊問之。如駐在別處。於其駐在地訊問之。(原第一七五條改第一五六條試章第七〇條)

(3) 國會議員開會期中。駐在開會地而為證人者。於其駐在地訊問之。(條文同上)

疏 試章七〇條但有特別身分者。應就其所在地訊問之。是採概括主義也。惟何為特別身分。殊無一定之標準。不如採列舉主義較為明瞭。

除此等限制外。證人接受合法傳喚。而不到場者。或到場而逾期者。不免受第一百五十七條與第一百五十八條(新第一六一條第一六二條)之制裁。惟條文所定罰鍰。屬於刑訴秩序罰。而不屬於通常刑事罰。(試章第七一條三十圓以下罰金)

疏 合法對於不合法而言。所謂不合法者。即不合法定形式之謂也。如無審判廳之傳票。或有傳票而未蓋印。則證人雖不到場。亦不得罰鍰。罰鍰之數額。第一草案與第二草案。試辦章程各不相同。第一草案為五十元以下。第二草案為百元以下。試章為三十元以下。第二草案之所以修正為百元以下者。使與民事訴訟法一致。且嫌為第一草案之罰較輕耳。設證人甘受罰鍰之制裁。而罰鍰後仍不到場者。審判廳可用句攝強制其到場。

乙 為具結之義務(原案用宣誓字樣。茲用具結字樣。以符改案)

為證人而受傳喚者。原則上負為證言之義務。且負具結之義務。故察檢官或審判官訊問證人。最先須徵驗其人有無錯誤。(原第一六五條改第一六六條)嗣用言詞告知得拒絕證言之情形。及其程序。(原第一六六條改第一六七條)

疏 為證人者。不皆通曉法律也。故審判官等宜將拒絕證言之情形告知之。

如證人係不能拒絕證言者。或雖得拒絕而不願拒絕者。即命其為具結。除得拒絕證言之人外。左列各人。亦應不命具結。而訊問之。但至為證言之義務。法律不免之。

疏 不能拒絕證言者。即不合刑事訴訟法所規定拒絕證言之情形也。

第一 未滿十五歲者。

第二 因精神狀態不解具結之意義及其效力者。(以上原第一六九條)

第三 與被告人有雇傭關係之人及其同居人。(此一款係改第一七五條添增者)

疏 第一第二因其智識不充足雖具結亦無何等之效力。第三則因其與被告有特別關係若必使之具結反多不便蓋具結後所爲之陳述自應真實即審判官亦確信其不至虛偽而爲證人者若爲真實之陳述則不利於被告人以有密切關係之人而爲反對利益之辯論人就無情矣以處此法律亦不能以不情之事責人也若具結後仍爲虛偽之陳述則非特爲證人者應受刑法之制裁審判官且易爲所朦蔽故總以不具結爲當耳雖非雇傭關係及同居之人而與被告有其他之關係如同學同寅者亦不應使之具結但此種情形殊不一定有交誼頗深者亦有非常淡薄者故法律不以此種情形預定而以此讓諸審判官自由認定之範圍內也若審判官認有虛偽之嫌疑亦可不使之具結而訊問之

證人拒絕具結而無正當理由者科一百圓以下罰鍰。(原第一七六條爲五十元以下改第一七四條爲一百元以下以符民訴法額數試章少此規定)

丙 爲證言之義務

證人得拒絕證言其情形有關於公務者關於身分者關於職業等者

(1) 官吏公吏或曾居此等地位之人爲證人就其職務上應祕事實受訊問而未經監督吏員之承認者得拒絕證書惟監督吏員除妨害國家安寧外不得拒絕承認。(原第一五一條改第一六

五條)

疏 此種情形日本從前拒絕證言者頗多蓋國家之觀念不發達此機關視他機關之事猶秦人視越人之肥瘠毫無協助之意思於其間則其發生此結果也宜矣近則國家觀念漸明此種之拒絕證言者已不復習見中國預防其弊故特設有限制然將來實施時此弊恐亦未能遽免耳

(2) 證人遇有左列各款情形者得拒絕證言。

第一 被告人之親族。其親族關係消滅後亦同。

疏 親族關係消滅不止一種最普通之例離婚是也。離婚後夫妻之關係消滅即因夫妻所生之姻族關係亦一併消滅。消滅之原因不同消滅後之情形亦不一有愛情仍繼續存在者有感情非常惡劣者前者固不肯與被告為相反之主張。後者則往往藉端以快私忿要之不離乎虛偽者近是耳。故雖消滅仍能拒絕證言也。

第二 被告人之監護人及保佐人。

第三 被告人之被監護人及被保佐人。(改第一六七條)

(3) 應訊問之事實遇有左列各款情形得拒絕證言。

第一 僧道、醫師、藥劑師、藥劑商、產婆、律師、公證人、或曾居此等地位之人。受職業上委託應秘密者。

疏 此等人因其職業易得他人之秘密。若可無端洩洩則非特失該輩之信用且委託者亦皆不安心。故刑律特設專條以防其洩洩。刑事訴訟亦以同一之理由使得拒絕證言。

第二 證人之陳述恐致證人或前段(2)內所列各人為刑事被告人者。

疏 近代法律皆採不強制自白主義。因此主義之結果應有此規定也。

因以上三種情形拒絕證言者應聲叙其事由。第(3)號第二款情形得以具結代聲叙。(原第

一六七條。第一六九條)

疏 刑訴法之所謂聲敘即簡略說明不須詳細陳述之意也。第三號第二款情形得以具結代聲敘即證人得以不利於已之一語而具結以拒絕證言也。若必使之聲敘不利之理由則與不許其拒絕同矣。故以不聲敘為當也。

證人遇有左列各款情形。科一百圓以下罰鍰。

第一 拒絕言而不聲叙其事由。或其聲敘不實者。

第二 於具結後。拒絕證言。而不聲叙其事由。或其聲敘不實者。(原第一六七條改第一七七條)

條)

丁 據實供述之義務。

證人之宜據實供述。固不待言。有不實者。爲偽證罪。受刑律第一百八十一條以下之刑。與拒絕證言。而受刑訴法罰鍰者不同。

疏 證人之陳述不實。應受一定之制裁。新刑律有規定。舊律亦有規定。試章七十二條證佐不實例。辦理云云。證佐不實例。即舊律對於偽證者之制裁也。達上述三種義務者。處以行政罰(秩序罰)違此義務。則處以刑罰。二者之性質。截然不也。同

其二 證人傳喚訊問及命其具結之程序。

甲 傳喚之程序。

證人除有特別規定外。應於檢察廳或審判衙門用傳票傳喚之。(原第一五零條第一五五條改第一五一條第五二條試章第一四條第一七條第七〇條檢調司章第五六條第五九條)傳票應記明左列各款事宜。並準用傳喚被告人之第七十三條第二項至第四項規定。由各該官吏簽名蓋印。

第一 證人姓名住址。其住址不明者，以最後居所作為住址。

〔疏〕 住所為人類生活之本據，居所為身體現在滯留之處所，二者之性質不同，其詳於民法研究之。

第二 應到之日期及檢察廳或審判衙門。

第三 不到場者應受之制裁。

第四 得拒絕證言之情形及其程序。

〔疏〕 得拒絕證言之情形，應記明傳票蓋普通人不曉法律者，不記明則雖有拒絕之情形，亦不知拒絕，及其知拒絕而拒絕之時，以前種種之程序悉成空費矣。惟試章無此規定，故現行傳票亦未記載。

如傳喚於檢察廳或審判衙門外，應於傳票記明其處所。

〔疏〕 傳喚證人不必悉傳喚於官廳，官員往犯罪地臨檢時，有時有傳喚證人之必要，故傳喚證人至犯罪地者，乃習見之情形也，但須於傳票內記明其處所。

交付傳票應用送達。第七十五條規定，於在監人為證人者，準用之。送達傳票與訊問日期間，

至少須隔二十四小時，但應急速處分者，不在此限。

〔疏〕 民訴法刑訴法均有關於送達之規定，以其與人民之權利義務有重大之關係也，何人應用為送達，刑訴法與試章不同，刑訴法承發吏送達試章由司法警察送達承發吏，日本謂之執達吏，執達云者，執行送達之省文也。須隔二十四小時者，為證人謀便利也，蓋不有一定距離，證人難保無緊要之事，若必命其即時到廳，證人不無誤事之虞，且惟其預告也，則已有預約可以改期，未有預約則對於他人之約，可以不應期，且為其所預知，自不至臨時束手耳。

遇有左列各款情形，以已經送達傳票論（原第一五九條改第一五八條）

第一 證人用書狀聲明屆期到場者。

第二 對於到場之證人，用言詞命下次到場日期者，於此情形，告知不到場者，應受之制裁，並

於筆錄內記明。

第三 依第一百五十五條第二項預告訊問日期者。

疏 預告訊問日期即證人因疾病或其他之事由不能到場。審判衙門書記告以某月某日某時就其所在訊問之此情形不須送達傳票。

乙 問之程序。

證人屆期到場者應速訊問不得逾於到場之日。(原第一六條改第一五九條)

疏 人民在司法衙門為證人乃人民之義務但究與人民不使若無保護之規定亦屬不合故於開始訊問不能遲過到場之日若訊問之時言語太長一日不能速為訊問則否。如不規定則證人或以法律無規定到之處所可以拒絕之。

證人屆期到場者得用言詞命偕往指定處所。

若於到場之日訊問未畢者應用言詞命下次到場日期。證人若係被句攝者得除休息日外於四十八小時內訊問之。

疏 凡傳票更證人到庭者法院可以預定若用句攝則何時到庭法院不能預料若何日到庭須即時訊問則於職務上殊多不便故其時較長也。

實施訊問應先徵驗其人。有無錯誤。告知得拒絕證言之情形及其程序。(比較原第一六七條改

第一七〇條) 嗣於訊問事實前(但有例外)命其具結。

疏 此種規定無論中外古今皆然也。問其姓名籍貫年齡處所乃證明其真偽之絕好方法也。

除以上所述原案第六十五條第六十六條及第六十八條(改第六三條至第六七條)規定以及關於囑託詢問第一百三十九條規定於訊問證人準用之。

疏 囑託訊問。如北京法院案件。其犯人在上海。可託上海法院爲之。蓋囑託訊問。不僅對於訊問當事人。可以行之。即對於訊問證人。亦可爲之。

丙 具結之程序。(原第一六八條以下。改第一七一條以下) 證人不能拒絕證言。或能拒絕。而不願拒絕者。於訊問事實以前。命其具結。但應命具結與否。如有疑義。則於訊問後命之。得拒絕證言者。得拒絕具結。

疏 精神病人使之不具結。若無精神病人。使其具結。若屬平有病無病之間。不免疑義。時則於訊問後命之也。

具結各別爲之。但同一案件。有證人數人者。亦得命同時爲之。具結前告知拒絕具結。及僞證者。應受之制裁。

疏 具結之方法。因時代不同。從前有探湯方法。即以手置液水中。如手完整。則理直。若腐爛。則理曲。此東西各國皆然也。歐美用宣誓法。乃本於耶穌教之觀念。其方法指天而誓。謂因神而說話。真實宣誓時。形式極整齊。凡審判官及當事人。旁聽人均起立。所以敬神也。至中日。則無此宗教上之迷信。如用宣誓法。其效力甚小。故用具結言。虛僞則受刑法上之裁判也。中國用結文。西洋則對於神決不敢說謊話。其言爲 *Peri Juramentum* (即據神誓盟供述真正云云)。

結文內應記明供證確實。並無匿飾增損等語。

結文由各該管公署書記官朗讀。並按其情形。說明意義。命證人簽名蓋印。

其三 所管。

訊問證人。在起訴前。屬檢察廳所管。在起訴後。屬審判廳。惟應急速處分時。司法警察官。亦有此權限。(原第一六四條改第一六三條)

參考

現行試章關於證人之條文如左。

第六十八條 不論何人。凡於審判廳受理之民刑案件。有關係或知其情形者。除後條之制限外。皆有爲證人之義務。

〔疏〕試章之根本觀念與草案未嘗不同。不過其文字有不詳處及不明瞭者。故現今法院皆採草案之精神。故草案在無形上已實行矣。

第六十九條 凡證人除原被兩造所舉外。審判官亦得指定之。

第七十條 審判官須訊問證人時。得發傳票傳訊。但證人有特別身分者。應就其所在地訊問之。

第七十一條 證人不遵傳票限期到庭。有因疾病自行聲明者。審判官得就其住所訊問。若無疾病又不聲明者。處以三十圓以下之罰金。仍發傳票勒令到庭作證。

第七十二條 消滅。

第七十三條 證人之日用旅費。舉證者供給之。但得歸入訴訟費結算。

第七十七條 凡有左列之原因者。不得爲證人或鑑定人。

- 一、與原告或被告爲親屬者。
- 二、未成丁者。
- 三、有心疾或瘋癲者。
- 四、曾受刑者。

〔疏〕曾受刑者不得爲證人。草案不探之。其所以不合者。因定試辦章程之人。以日本舊刑法及日本刑訴法爲參考。日本舊刑法關於褫奪公權者。言曾受重罪之刑。及某刑者在法庭不准爲證人。鑑定人以爲此種人言不足恃也。但此不妥。夫曾受刑者。其言未必不實。况近日採用自由心證主義。其言足信與否。一任自由取捨。且有時只此曾受刑者知之。舍此無他。故遇此不得已情形。實際上仍使之作爲參考人。而仍採用之。日本現刑法已改正之中國試辦章程。仍從其舊。不妥殊甚。

第六節 鑑定及通譯

其一 鑑定。

鑑定者。訴外人因審判廳或檢察廳之命令。實驗訴訟中之事實。而供述其所有意見之行為是也。蓋證言則係關於訴訟以前之事實。而供述證人所有過去之聞見者。鑑定則係關於訴訟中之事實。而供述鑑定人現在所有之意見者。此爲證言與鑑定之區別也。（試章第七四條。凡訴訟上必須鑑定。始能得其實事之真相者。得用鑑定人。）

〔疏〕試辦章程之規定。乃無用之規定。猶言應用鑑定人時。用鑑定人不必用鑑定人時。不必用鑑定人。法律上不宜有此無用之文字也。

甲 鑑定人之能力及其義務。

爲鑑定人之能力。法律亦無特別限制。然與證人有異。證人者。凡對於其事實有所聞見者。皆可命之。若關於鑑定人。則須有特別之能力。故草案第一百八十三條定曰。認有鑑定所需之學識。技藝。職業及其他經驗。經各該公署選任者。有爲鑑定人之義務。（試章第七五條。鑑定人由審判官選用。不論本國人或外國人。凡有一定之學識。經驗及技能者。均得爲之。）

〔疏〕學識技藝不必專門人才也。如此車由何車廠製造。老於御者。即可知之。即可使之鑑定也。鑑定有時爲法律上之鑑定。蓋法定須知本國之法律。若外國法律。法官有不知者。則可請法學家鑑定之。陳述其解說。至於鑑定本國法律。實際上

亦未嘗無益。唯於體面不相宜。但此指現在有效之法律言。若法律歷史則未嘗不可。關於奉國法律可以鑑定日本無問題。關於歷史上之法律問題。從來主張不宜請人鑑定。近來學者亦有謂可請人鑑定者。

鑑定人所有權利如左。

(1) 鑑定人得請求該管公署將鑑定事宜於前指定(第一八五條)

疏 日本於精神病之鑑定往往列舉之。例如審判官關於甲疑其有精神病則使鑑定人鑑定之。分別言之。第一有無精神病第二如有精神病是否繼續。第三其犯罪之原因是否由於精神病。此即所以將鑑定事宜於事前指定。蓋必如此鑑定人之報告方易與審判官所欲知者明顯而符合也。

(2) 得請求增加員額。(原第一八八條改第一八六條)

(3) 鑑定人不被句攝。(原第一九〇條改第一八七條)

疏 證人可以句攝。鑑定人則否。蓋以鑑定人有特別技能而補助審檢官之職務者。若句攝之則不妥也。若無正当理由而不到庭。則另有制裁不能句攝。

(4) 得請求將應鑑定之物或人交付鑑定人。而於各該公署外為鑑定所需之程序。(原第一八

六條改第一八九條)

疏 此亦與證人不同之點。例如精神病斷難立刻知悉。須長期繼續試驗。往往有移至精神病院者。由鑑定人時時觀察。比較在監獄為便也。故此鑑定不能拘以時日。又如化學試驗在公署不便。或器具不備。可在公署外為之。唯此只可請求而已。允准與否仍由審判官斟酌也。

(5) 得請求各該公署閱視書狀及證據物。訊問被告人證人時得蒞視。又經許可得親自訊問被

告人證人。或請求由各該吏員訊問之。(原第一八七條改第一九〇條)

疏 鑑定事宜甚屬不易。此等請求權均為鑑定便利起見也。

(6) 如有與證人得拒絕證言同一之事由。鑑定人亦得拒絕鑑定。(原第一九三條改第一八四條)

以上權利中一三六爲確定者。如各公署不指定事宜。鑑定人得拒絕鑑定。苟可攝鑑定人。卽爲不法行爲。至二四五三項。如檢察廳或審判廳等。認爲不必要或有妨害時。則鑑定人不能強請之。鑑定人所負義務如左。

〔疏〕認爲有妨害者。例如鑑定人請求交付人與物。而審判官以爲交付之後非常危險。或人有逃亡之虞。均可拒絕之。又認爲不必要時。例如鑑定人請求添鑑定人爲二人。而審官認爲一人已足是。

(1) 鑑定人應於鑑定前。具結必爲誠實之鑑定。(原第一八四條改第一八八條) 具結之程序與證人同。

(2) 鑑定人應用書狀或言詞。報告鑑定程序及其結果。如有其命令。應爲鑑定書之說明。(原第一八五條第二項改第一九二條試草第七六條) 鑑定人於鑑定後。須作確實鑑定書。並負其責任。

〔疏〕鑑定人之報告。原則上用書狀。但簡單之事。間有用言詞者。此與證人之多用言詞者不同也。試辦章程規定。須用書狀。無此必要。且加確實二字。亦殊不妥。蓋卽不規定。則爲僞罪也。又下文言負其責任。亦不明了。係故意。則成爲刑法僞證罪。若非故意。而爲過失。豈亦處僞證罪耶。如本如甲而彼以爲如乙。是故其規定甚不明了也。立法事宜甚難。文字之意。須明了。且須一貫。且有時終不免錯誤。則解釋問題。生卽論理的解釋之原則。於文字不通時。適用之。此由德國民法而出。其後各國民法。皆倣效之。而在中國今日。尤宜重論理的解釋。蓋近來各種法令。多出於不諳法學人之手。甚不明了也。

(3) 除前二項外。鑑定人負有屆時到場。以及爲誠實之鑑定之義務。與證人同。(原第一九三條)

改第一八四條。

乙 傳喚鑑定人等程序。

傳喚鑑定人及其訊問等程序。如無特別規定。即適用對於人證之規定。（原第一九三條改第一八四條。）

丙 制裁。

違背義務之鑑定人。其制裁亦與證人同。（原第一九三條改第一八四條。比較刑一八一條。）

其二 通譯。

被告人證人鑑定人。有不通民國語言或不通檢察官審判官語言者。依左列各款。命通事通譯。（

原第一九二條改第一九三條。）

〔疏〕

如訊問外國人。有時言語不通。又中國幅員廣大。方言種類甚多。亦有言語不通者。又因其身體發達與普通通人不同。如語能不備聽能不備等。皆有用通譯之必要也。又通譯不僅以言語為限。如手式書文均可。

第一 各該審判衙門。或鄰近審判衙門。依法院編制法第七十條。置有翻譯吏員者。命該吏員通譯之。

第二 無翻譯吏員者。由檢察廳審判衙門。命能勝任之人通譯之。

被告人證人如係聾啞。不能用文字為問答者。亦同。

鑑定規定。於本法編第七十條第一項第二款及第二項之通譯準用之。

疏 通譯不准句攝又多不用文書多以口述及手式爲之故不日適用而日準用也(通譯用文書者亦有之但甚少耳)

第七節 送達(原第二四二條至第二四七條)

疏 送達以下如期間及回復原狀裁判及錄事等在實際上最爲重要在在與人民之權義有關故在學問上似無重要少其趣味而實際恰與相反蓋此數端有關於司法制度之優劣也

檢察廳審判廳及訴訟相對人所發書狀於權利與義務上皆有重大之關係故訴訟法不分民事與刑事皆有送達之規定刑事書類之送達準用民事訴訟法所定民事書類送達之規定且改正刑訴案內有左列特別規定

疏 送達由甲交與乙關係重大如上言證人不到場即處罰金苟一方謂已送傳票而證人謂尚未接見則處罰即不合也又準用民訴非全部適用其特別規定則在刑訴法中也

第一百九十四條 被告人辯護人輔佐人因收受送達應以其居所向受訴審判衙門聲明

疏 受羈押之被告人不必有此聲明此所謂被告人乃指已羈押而經保釋或尚未羈押之人言如此辦法則送達之後本人法律上之責任不以曾見送達書否而分也

其不在受訴審判衙門所在地居住者應就居住該地方人內指定代收送達人聲明本條之聲明對於各審皆有效力

疏 只聲明一次至第二審第三審不必再聲明也

第一百九十五條 審判衙門所在地監獄內之被羈押人毋庸爲前條之聲明

第一百九十六條 收受送達人居所不明或不聲明者爲公示送達

疏 公示送達與牌示同乃專門名詞也然牌示與被送達人不便故於不得已時可公示送達法補充之

公示送達。貼書狀於審判衙門牌示處爲之。

公示送達。於懸貼次日。發生效力。

第一百九十七條。送達於檢察官。以其書狀送交檢察廳爲之。

第一百九十八條。第一百九十四條至第一百九十六條規定。於檢察廳送交被告人之書狀準用之。

第一百九十九條。起訴前以居所聲明檢察廳者。如不變更。毋庸爲第一百九十四條之聲明。

第八節 期間及回復原狀

其一 期間。

甲 計算期間。

民事訴訟法第二百二十三條規定。於刑事訴訟之計算期間準用之。（原第二四八條改第二〇一條。）其規定如左。

期間以時計者。卽時起算。以日月或年者。第一日不算入。但其期間。自午前零時始者。不在此限。稱月者。閱三十日。稱年者。閱十二月。期間之末日。遇星期日、慶祝日、或其他休息日。毋庸算入。

疏 期間之末日。遇不理事之日。若亦算入。則於當事人之所預期者。必多相背。而使當事人失一日之利益。甚非公平之道也。然何以必須末日遇休息日方不算入乎。蓋以中間休息無碍於事務之準備故也。至末日則關係甚重。故規定如此。

乙 展限或附加期間

民訴法第二百二十條至第二百二十二條規定。於刑事訴訟之展限期間及附加期間準用之。（原第二四九條改第二〇一條）其規定如左。

民訴法第二百二十條。法定期間。若當事人不居住審判衙門所在地者。應隨其距離之遠近。增加。每海陸路五十里。展限一日。其不滿五十里。而在二十里以上者。亦同。但海路一里。作陸路三里半算計。

同第二百二十一條。審判衙門得因居住外國或交通不便地之當事人。於法定期間外。特別附加期間。但不適用前條之規定。

第二百二十二條。第二百二十條。第二百二十一條規定。於當事人之代理人居住審判衙門所在地者。不適用之。

其二 回復原狀

回復原狀者。指具備法定條件之人。於期間經過以後。回復期間之利益而言。民訴法第二百三十二條及第二百三十四條。第二百三十六條規定。於刑事訴訟之聲請回復原狀準用之。（第二〇二條）應準用之規定如左。

疏 回復原狀在實體法上亦有此名詞。而其意義則與程序法之回復原狀各不相侔。蓋實體法之回復原狀。乃指損害賠償之一種方法而言。程序法之回復原狀。則指回復期間之利益而言。例如十天以內。可以上訴。過此期間。則裁判為確

定但其經過係因天災及其他不可避之事而亦適用此規定則甚不公平故法定種種條件使其備此條件者得聲請回復原狀。

民訴第二百三十二條。當事人或代理人因天災及其他不可避之事故不能遵守不變期間或非由過失不知闕席判決之送達不能遵守窒礙期間者。審判衙門因聲請許可回復原狀。

同第二百三十四條。聲請回復原狀。應向有權審判不變期間內應為之訴訟行為之審判衙門。

提出書狀。但濡滯即時抗告之期間者。向原審判衙門或抗告審判衙門提出狀書。

疏 不變期間者不易變更之期間也。如上訴期間即不變期間之一。縱由當事人兩造合意思欲變更其期間亦為法律所不許。(此就民事訴訟法所舉之例) 窒礙期間者關於闕席裁判聲明不服之期間也。不變期間內所應為之訴訟行為不變期間者如對於第一審判決不服於十日以內可以控告是應為之訴訟行為者不服第一審判決須在第一審審判衙門提出書狀聲明控告是舉草案二條以解釋之其理自明。草案第三百五十七條聲明控告期間為七日三百七十七條聲明控告應於第一審審判衙門提出書狀七日即不變期間也。第一審審判衙門即有審判權之審判衙門也。提出書狀即應為之訴訟行為也。濡滯即時抗告之期間者可在二審判衙門提出書狀即向上級審判衙門或原決定之審判衙門為之均無不可。故對於原則而為例外。

同第二百三十五條。聲請回復原狀。應於聲請書記明左列各款事宜。

一 回復原狀之原因。

二 回復原狀之聲叙方法。

疏 聲敘須使人相信如原因為疾病聲敘方法提出某醫生證明書以證明之類是。

二月一日第一審判決宣告。二月十日聲明控告。(一)因洪水交通遮斷。(二)洪水事實得因該地面警察官報告書證明之。(三)茲聲明控告(追復)二月十五日聲請回復原狀。(一)聲明控告既於月之十日實施(經追復之訴訟行為)

三 追復或經追復濡滯之訴訟行為。

前項書狀。審判衙門書記應速送達相對人。

同第二百三十六條。聲請回復原狀之程序及不變期間內應爲之訴訟行爲之程序得合併行之。但審判衙門得先就回復原狀之聲請命其辯論並爲裁判。

聲請回復原狀之裁判及不服此項裁判之聲明適用不變期間內應爲之訴訟行爲之規定。但回復原狀之聲請不得對於其所受之闕席判決聲明不服。除以上民訴規定外。改刑訴法第二百零二條第二項定曰。聲請回復原狀期間除關於上訴有特別規定外。自其事故熄止日起爲三日。

疏 聲請回復原狀本屬變通辦法。既聲請而不到法院致下闕席判決。自不得再行變通。故不得聲明不服。其在民訴也。當事人常有離法院較遠者。故其期間長。至刑訴則檢察官與法院同在一處。而被告亦以在監獄者爲多。故其期間較短也。

第九節 裁判（原第二五〇條至第二五五條改第二一〇三條至第二一〇八條）

審判衙門之訴訟行爲可分爲兩種。一爲指揮訴訟之行爲。二爲實施裁判之行爲。關於指揮訴訟之行爲散見於草案各條（例如原第三二八條改第三二七條第二三四二條）關於裁判通則則本節規定之。

裁判者指審判衙門向外部所爲之意思表示。而有拘束力者而言。故審判衙門內部之行政命令以及無拘束力之意思表示（例如勸人息訟或調查事實審理等）不得謂爲裁判也。

〔疏〕據此定義則裁判有二要件。(一)對於外部之意思表示若對於內部者不得謂之裁判。(二)有拘束力雖對於外部之意思表示然無拘束力亦不得謂之裁判。

內部之行政命令如命令屬員晨於八鐘到署辦公之類是。

勸人息訟無論何審判衙門皆可爲之。但無拘束力當事人服從與否皆可自便也。

審理如訊問被告是審理不得謂之裁判。普通用語之所謂審判云者。審理及裁判之總稱也。審理非裁判。裁判非審理。審理爲調查裁判爲斷定。審理者裁判之張本也。裁判者審理之結果也。

裁判分爲三種。曰判決。曰決定。曰命令。三者不以裁判之內容區別。而以裁判之程序區別之。卽判決在原則上應經當事人之言詞辯論。決定與命令反是。惟決定之行於公判庭者。應先諮詢當事人。(原第二五〇條改第二一〇三條)至裁判時。三者中應用何種形式。則於訴訟法內預定之。

〔疏〕判決有所謂闕席判決。不經過當事人言詞辯論此例外也。

三者之區別在形式。而不在內容。然與內容亦不能謂之絕無關係。如關於有罪無罪之宣告。須用判決之形式。蓋關於實體律上之問題。用判決。關於程序上之問題。則用決定或命令。

(甲) 實施裁判之程序

判決與決定及命令。依法院編制法之規定。或由獨任推事。或由合議庭爲之。在合議庭。則編制法所定員數之推事。應評議及決議。其程序如左。

(1) 地方以上審判衙門合議庭。如審判一定事宜。而其推事之員數。及評議與議決之式。不合於編制法所定者。可爲上告及破壞之理由。(原第三九〇條改第三九一條)

(2) 合議庭推事。不准於案件半途更改其人。但編制法第七十三條所定補充推事之情形。不在

此限。

疏 補充推事之所以設蓋預防合議庭之推事有不能出庭時以補充推事補其缺也否則有一推事不能出庭中間便須更換而隨時更人違背直接審理之原則故有時無補充推事則更換一人必須重行審理但重審不須全部更改只就當事人不服之點更為裁判足矣此為更改審判之特別程序所以省無益之勞也如偽造文書意圖詐欺取財關係甚為複雜經過言詞辯論數次忽推事更換一人更換之人須問當事人對於以前之裁判有無不服之情形無不服之情形可以繼續審判若有不服之點則就其點更予以裁判焉。

(3) 審判官之評議及決議不公開但候補及學習推事准其傍聽(編第七五條)評議及決議之顛末並各員之意見須嚴守秘密(編第七九條)

(4) 評議時其陳述意見之次序以官資較淺者為始以審判長為終官資相同以年少者為始當該合議各員並不得拒絕陳述其意見(編第七六條第七七條)

對照

試章第二十八條凡公判單獨制以審判官一人開庭合議庭以審判官三人開庭並得由本廳長官派候補人員二人以上隨同聽審但非承派代理者不得參與審判

同第三十五條合議審判之評議依法院編制法草案第十二章之規定行之但評議員之意見各持一說時可合本廳各庭長公同議決。

疏 各持一說即合本廳各庭長共同議決與司法獨立之精神及直接審理之主義均相背反何也審判官無全權處理案件非違反司法獨立而何他庭長只據書面之報告而為裁判非違反直接審理而何據法院編制法上告案件得辦總會以上告只論法律不論事實也一審二審乃審理事實非專無由知其詳安得使不知詳情者參入於裁判乎試章之規定甚不妥也。

(乙) 裁判之理由

凡裁判不判決與決定以及命令。原則上概應附其理由。但命令及不許抗告之決定。得不附其

理由。(原第一五一條改第二〇四條) 決定之不許抗告者。見第四百十七條等。

疏 命令或決定乃關於手續上問題也。關於程序法不必附理由。至於判決則關於實體法上之問題。非附以理由不可。

命令如審判廳傳喚證人之傳票是也。雖有因某某被告案件一語。然此為案由。非理由也。蓋附其理由則必須說明證人與此案關係若何。是以必須為證。今既無此等用語。其為不附理由也可知。

決定如三二七條時期自己變更或當事人請求變更以決定行之此等決定只云得變更或不得變更足矣。不須說明何以得變更何以不得變更也。又如改案三三五條證據決定審判衙門自己認某證據須調查或經當事人請求(如請求某為鑑定人)時以決定行之此種決定亦說明調查不調查不必說明調查不調查之理由也。不說明理由而於當事人所提出之證據概行拒絕於當事人甚為危險不可不有救濟之法。其法維何。即當事人可以援推事有偏頗之虞。得拒卻之。規定而拒卻推事是也。

就德國立法例言。證據不足而為無罪之時。必列舉其證據。再言其證據如何不充足。故為無罪。但此無其必要也。何也。若判其為有罪。被告之不服。全視理由之充分與否以定。故必說明。至無罪之判決。被告無知理由之必要。且就審判官一方面言。既不能證明被告之有罪。則其無罪為當然之事。何必科刑之判決如左。

正文 被告人某甲處死刑。

理由文

1 事實

2 所認定之證據

3 所適用之法律正條

觀以上之判決書簡而且明。無論如何不能省略。又雖為能文之法官。亦不必作冗長之文章。如云居心兇惡。非示嚴懲不可。或以寒匪胆等皆冗文也。

判決之種類不一。有諭知無罪之判決。有諭知管轄錯誤之判決。有諭知科刑之判決。第一種及第

二種判決。有時不附其認定事實之理由。例如單言證據不足而爲無罪。至科刑之判決。則必須明示犯罪事實與因證據認定其事實之理由。以及所適用之法律各條。（原第二五一條第二項改第二〇四條第二項）若不明示此三種理由之一。可依上訴而破壞之。（原第二九〇條改第三九一條）

（丙）裁判之諭知

諭知裁判之程序有兩種。其行於當事人之前者。須依宣告之方式。其他情形。須依送達之方式。（原第二五二條改第二〇五條）

裁判之宣告。由審判長朗讀判文。（又曰主文）爲之。若裁判附以理由者。應於朗讀判文後。更告知理由之全部或其要領。（原第二五三條改第三〇六條）（關於告知上訴權宜比較第三五六條）

凡裁判依宣告或送達。告知於當事人時。始爲成立。故合議審判官之決議。僅爲裁判之原案。而未可以爲裁判自體也。此區別有關計算上訴期間與可否再開評議之問題。

〔疏〕

決議爲內部之關係。判決則以對於外部表示意思。方可成立。關於判決何時成立。日本曾有實例。審判官宣讀判決主文畢。發見理由有錯誤。欲再評議。律師主張主文已宣布。判決應成立。審判官則謂。凡判決之成立。須告知理由之全部。或一部。今僅宣告主文。判決尙未成立也。據此以觀。可知不惟決議時不能爲裁判成立。卽尙未表示理由之一部時。亦得謂裁判未成立。成立之時期。最有關係。故關於送達判決。當採受信主義。必被告知有此判決。方可發生效力。不得於發信後卽生效力也。

縣知事審理簡易案件者以堂諭代判決。民三、二、二二日。

疏 以堂諭代判決毫無理由之可言。若係名稱上之不同則無為區別之必要。稱之為判決稱之為堂諭均無不可。若係實質上之不同如前者須具一種之形式後者可率為之則揆之於矜慎之意未免相衝突矣。總之中國不廢縣知事兼理審判章程。故執法處之權限不加以限制。司法前途無改良之希望也。邇來政治更新軍政執法處業已裁撤屠署已去人民之生命較為鞏固矣。惟縣知事兼理審判大似積重難返。日言司法改良人人言循憲軌而此為世詬病騰笑友邦之制度且有長此終古之概。使縣知事而各能恪守兼理審判章程則雖無與於司法獨立然而猶可說也。今竟何如乎藉司法之名而擅作威福專制無異於勝清貪婪超過於前代約法為紙上空文刑法且毫無實效。人民之權利無暇保障知事之黑暗不異地獄。草菅人命弁髦法令一為之溯本窮源殆莫非縣知事兼理審判階之厲也。嗚呼國已民主政已共和而人民益陷於水深火熱之中所謂幸福者在何在所謂人權者在何在耶。肉食者鄙未能遠謀吾民其無望矣。吾不禁為司法前途哭聲一哭也。編者附識。

裁判由檢察官指揮執行者。宣告後仍以副本或節本送交檢察官。(原第二五四條改第二〇七條)

疏 判決亦有不須執行者如闕席判決及宣告無罪之判決而被告人不在監獄者是也。

被告人及訴訟利害關係人得繳納費用請求發給裁判書之副本或節本。(原第二五五條改第

二〇八條)

對照試章。

第三十六條。判詞之宣示於決議後三日內行之。

刑事則提傳被告於法庭宣示。

第三十七條。判詞宣示後不得更改。

第十節 書狀及筆錄（原第二二五條至二四〇條）

關於書狀及筆錄之通則。見改案第二百零九條至二百三十四條規定。其全文如下。以次略爲說明之。

第二百〇九條。官吏公吏作制書狀。不得改竄文字。如有增入刪除或附記欄外者。應蓋印其上。並記明字數。其刪除處。仍應留存原文。以便辨認。

第二百一十條。官吏公吏作制書狀。應記明年月日處所。簽名蓋印。並於每葉蓋騎縫印。

第二百一十一條。非官吏公吏作制書狀。應記明年月日。簽名蓋印。

第二百一十二條。非官吏公吏。不能簽名者。命他人代書。不能蓋印者。以花押或指印代之。

他人代書者。代書人應記明事由。簽名蓋印。

第二百一十三條。訴訟書狀在檢察廳。由檢察廳書記官作制。在審判衙門。由審判廳書記官作制。但有應由檢察官推事及其他官吏作制之規定者。不在此限。

第二百一十四條。訊問被告人證人鑑定人或第一百九十三條第一項第二款及第二項通事者。應作制筆錄。記明左列各款事宜。

第一被告人證人鑑定人或通事之陳述。

第二證人鑑定人通事不具結者。其不具結之理由。

第二百五十五條。前條筆錄。應命各該書記官向陳述人朗讀。並詢記明事宜。有無錯誤。

如陳述人請求變更記明事宜。應以請求之語。記明筆錄。再行前項程序。

第二百十六條。檢查搜索扣押保管。應作制筆錄。記明其程序日時處所及其他必要事宜。

扣押保管之物。應於筆錄內。詳記品目或別作制目錄附後。

第二百十七條。第二百十四條至第二百十六條之筆錄。應由爲其處分之檢察官推事。簽名蓋印。

書記官及其他蒞視人。並簽名蓋印。

第二百十八條。訊問被告人。證人。鑑定人。通事。或檢證搜索扣押保管。不由檢察廳審判衙門書

記官蒞視者。由該處分人爲書記官應爲之事務。

第二百十九條。預審中應作制筆錄。記明左列各款事宜。

第一 地方檢察長命令。開始預審之年月日。

第二 爲預審處分之檢察廳。及年月日。並預審檢察官。檢察廳書記官。官職姓名。被告人輔佐

人通事姓名。

第三 案件要旨。

第四 證據物及朗讀之書狀。

第五 偵查及預審中之扣押及保管。

第六 預審中被告人輔佐人之請求及其處分。

第七 由被告人輔佐人請求記明筆錄。經預審檢察官許可之事宜。及由預審檢察官命令記明之事宜。

第八 被告人不到場者。其事由。

第九 預審處分之斷定。

第二百二十條。預審筆錄。毋庸爲第二百五條及第二百十七條程序。

第二百二十一條。預審斷定之原文。應由預審檢察官親自作制。

第二百二十二條。預審筆錄。應於告知斷定後三日內整理。

第二百二十三條。預審檢察官。應閱視豫審筆錄。簽名蓋印。如有意見附記於後。

第二百二十四條。偵查中應作制筆錄。

第二百十九條。至第二百二十三條。規定於偵查筆錄準用之。

第二百二十五條。公判中應作制筆錄。記明左列各款事宜。

第一 爲公判之審判衙門及年日月。並審判長陪席推事。檢察官審判衙門書記官。官職姓名。被告人輔佐人通事姓名。

第二 禁止公開辯論者。其決定及決定之理由。

第三 命令退庭者。其命令及命令之理由。

第四 訴訟之要旨。

第五 公判中檢察官用言詞起訴者。其檢察官之陳述。

第六 證據及朗讀之書狀。

第七 於公判庭爲扣押及保管者其事宣。

第八 辯論中當事人辯護人輔佐人之請求及其裁判。

第九 由當事人辯護人輔佐人請求記明筆錄。經審判長許可之事宣。及由審判長命令記明之事宣。

第十 命被告人於言詞辯論最終時。陳述之事宣。

第十一 被告人不到場者。其不到場之事由。

第十二 判決之諭知。

第二百二十六條 公判筆錄。毋庸實施第二百五條及第二百十七條程序。

第二百二十七條 公判中訴訟程序之當否。應據公判筆錄證明之。

第二百二十八條 公判筆錄。應於諭知判決後五日內整理。

第二百二十九條。審判長應閱視公判筆錄。簽名蓋印。如有意見。附記於後。審判長有故不能爲前項程序者。由資深陪席推事爲之。

第二百三十條。裁判原本。應由推事作制。

決定及命令。得不作制原本。而記明筆錄。

第二百三十一條。裁判原本。應由參與該裁判之推事簽名蓋印。

陪席推事有故不能爲前項程序者。由審判長附記其事。如係審判長由資深陪席推事附記其事。

第二百三十二條。裁判書內。除有特別規定外。應記明被裁判人姓名年齡住址。

判決書內。除前項事宜外。應記明蒞視公判之檢察官官職姓名。

第二百三十三條。裁判書內。蓋以該審判衙門之印。如有故不能蓋印。記明其事。由對照試章。

第三十八條。判詞之程式。除記載審判廳之名稱並標明年月日由公判各官署押蓋印外。其餘條款如左。

刑事。

一、犯罪者之姓名籍貫年齡居住職業。

二、犯罪之事實。

三、證明犯罪之緣由。

四、援據法律某條。

五、援據法律之理由。

以上係有罪判決之款式。其無罪之判決。但須聲明放免之理由。不列定款。

第二百三十四條。檢察官司法警察官發給之命令書。以各該公署之印。如有故不能蓋印。記明其事由。

第二章 第一審訴訟程序

刑事訴訟。非完備要件。不能成立。要件有普通與特別之分。刑事訴訟普通成立要件。不分訴訟之種類如何。概應完備者。分爲左列四種。

第一 應有訴訟主體存。

疏 審判官原告被告以上三種苟缺一。訴訟不能成立。中國以前被害人之告訴權與公訴權不分別。至現時則提起公訴。非由檢察官不可。故僅由被害人告訴。不能謂爲訴訟成立。又如步軍統領衙門之審判。不能爲訴訟。以其不具備訴訟主體也。至缺被告時。有無此情形。則固亦有之。如缺席判決之被告人。不明顯亦爲缺少訴訟主體。

第二 審判衙門應有審判權與管轄權。

疏 有領事裁判條約之外國人在中國犯罪。中國審判衙門無審判權。此外在國內法上國際法上有治外法權之人。審判衙門皆無審判權。

〔疏〕管轄權與審判權不同。無管轄權者此審判衙門不能審判他審判衙門。有管轄權可以審判之。至無審判權則無論何審判衙門皆不得審判也。

第三 當事人應有為當事人而為訴訟行為之能力。

〔疏〕在民事訴訟有當事人能力而無訴訟行為能力者。至刑事訴訟則有當事人能力者。概有訴訟行為能力。惟法人為無形團體實際上不能有訴訟行為能力。此又民刑訴訟相同之點也。

第四 應有公訴權存。

刑事訴訟特別成立要件。某種訴訟應完備者。例如一審要備一審之要件。上訴要備上訴之要件。

〔疏〕特別成立要件在刑事如關於內亂外患罪。必以大理院為第一審。並終審。在民事如證書訴訟。商事訴訟。其成立皆具有特別要件也。

第一節 公訴通則

刑事訴訟。非有公訴權不能成立。公訴權以有罪之嫌疑而發生。由檢察官提起而實行。(第三九

條) 審判衙門不得就未受公訴之案件而審判。(原第二五六條改第二三五條)

〔疏〕公訴權由有罪之嫌疑而發生。非由犯罪而發生。若由犯罪而發生。則對於無罪者不得提起公訴。但有罪無罪非經審判不能確定。提起公訴時何由而知其為真正之犯罪乎。故有罪嫌疑發生公訴。縱起訴結果判為無罪。亦不至於法律

之規定相衝突。

以上所述民事訴訟法亦然。實體法上之權利與訴權為兩個問題。如因一千元之債權而起訴。欲實得千元之清償。必須實有上元之債權。然不能謂其必有權利而方可起訴。因有權利無權利非經審判不能確知也。民事訴訟權利之效果。一確有

權利)與權利之主張(訴權)為兩個問題。猶刑事訴訟之犯罪之結果(刑罰)與有罪之嫌疑(訴訟)之亦為二問題也。由此而知從前學者之謂程序法為附屬法為從法者。實不當之見解也。何則。蓋其所以謂之附屬法從法者。以實體法為主法也。而不知其各有獨立之關係。所謂主無所謂從也。嘗見夫違警律者。巡警帶其赴區。輒主張未違警律。此即不明上述之理由也。只有違警之嫌疑。帶其赴署。即為合法。至果為違警與否。為另一問題。宜向警署為主張。而不能以此為理由。便可

不到警署也。

提起者即將訴訟案件係屬於審判廳也。實行者即終結該案之行為也。申言之即前者使審判廳干於案件之程序也。後者謂終結案件所必要之原告程序也。審判衙門不得就未受公訴之案件而為審判。所謂受公訴者即檢察官將犯罪之人及犯罪事實指出而請求審判衙門審判之謂也。只將人及事實指出即足。至此事實應犯何種罪名不必指出。以其非公訴之要件也。例如徵收官吏收稅一千元解交政府五百元餘入私囊。檢察官起訴以為詐欺取財。然是否果為詐欺取財。可任諸審判官之認定。縱審官認定之結果以為侵佔罪而非詐欺取財亦無害其為曾受公訴。何者蓋只經指定即可縱人與事錯誤亦無礙也。又如前例該官吏並非收稅之官。檢察官所舉與實際上相錯誤則甚有疑問。然為便利起見仍可為已受公訴之案件。何則其認定方法雖誤而固有此事實也。

公訴之效力。不得及於檢察官指定被告以外之人。故審判衙門發見被告人。別有未受公訴之共犯。應速知照檢察官。請求處分。(原第二五七條改第三三六條)

疏 只檢察官指出為某人即為指定。其指定雖錯誤亦為指定。如檢察官指大興縣張甲為強盜而其實乃宛平李乙。此指定雖錯誤然既指張甲即為指定。

右列所述係草案所定。對於此主義現行試章設以例外。而曰現行犯附帶犯罪偽證罪可不經檢察官起訴而為預審或公判。但必須通知檢察廳存案。附帶犯罪云者指一罪與他罪因地所犯時或犯意互相牽聯情形而言。其範圍依國法各有不同。就日本之例言之。(一)一人或數人於同所同時犯數罪者。(二)數人通謀於異所異時犯數罪者。(三)為自己或他人容易犯罪或脫免處分起見犯他罪者。為附帶罪而得逕行審判。然法廷必有檢察官列席。勿庸如此例外程序。(比較試章第一

○三條)

疏 現行犯者在犯罪實施中或實施後即時發覺之謂也。惟此規定頗不明瞭。若謂審判官途遇現行犯則此時審判官為普通人之資格而發覺則必須有逮捕搜索權之官吏見之也。若係在審判衙門之現行犯此時審判官固有官吏之資格。然由檢察官起訴亦毫不費事。又何必設此例外之規定乎。

附帶犯罪試章有此名稱而無其定義如援試章以說明無所根據茲就日本立法例以解釋之(一)如甲同時同地擊傷乙並毆傷丙對於乙之犯罪已提起公訴則毆丙之犯罪爲附帶犯罪犯罪者數人亦同(二)如數人通謀犯內亂罪有一犯罪人已提公訴其他犯罪爲附帶犯罪(三)爲容易犯罪如殺人之先曾盜人之刀是爲脫逃處分如殺某甲時某丙遇之恐某丙失發因並殺之滅口是此二種情形皆爲附帶犯罪關於附帶犯罪無探例外之必要蓋既探檢察官起訴制度則審判時必有檢察官之蒞庭審判時知其有附帶犯罪之情形檢察官當即可以言詞爲起訴不過費數分鐘之時間並無格外之不便則又無貴有變通辦法爲僞證罪不須起訴毫無理由立法者之意旨以爲當時可知然當時發覺可以包括於現行犯中至後日發覺則與普通之犯罪無異何以不須檢察官起訴殊令人索解無從也

檢察官有代表國家提起以及實行公訴之職務而無自由處分公訴權之權限故於起訴後不能隨意撤銷公訴然爲國家與人民之便利起見以未開始第一審辯論以前爲限法律上准其撤銷公訴以免徒勞(原第二五八條改第二三七條)

〔疏〕檢察官之公訴爲一種權利而自他方面觀之乃其職務既爲一種職務即不能任意處分民事訴訟原告得以隨意撤銷而刑事訴訟反之者職是故也

學者有謂檢察官提起公訴後意思變更雖在言詞辯論後亦不妨許其撤銷因檢察官意思既已變更從前主張其有罪現時主張其無罪縱使必經審判衙門之裁判而結果仍爲無罪之判決何如許其撤銷藉省無益之勞乎是說也未始無一面之理然就重視人民權利審慎司法案件之方面言則總官由審判官調查其撤銷是否合法而加以裁判方不至有任意出入之弊耳

未開始第一審辯論以前檢察官發見有錯誤或人合等情形可以撤銷辯論以後必得審判官之許可始可撤銷即必須經裁判之形式也

由理論言既已起訴即不當撤銷德日立法皆如是然拘守此理論亦徒勞而無功故本案探折衷主義辯論以前得撤銷辯論以後必經審判而加以判決既不徒勞亦不草率蓋至當也

提起公訴權因左列七種情形消滅(原第二五九條改第二三八條)

第一 被告人亡故

〔疏〕此爲近世法律進步之觀念從前不然犯罪人雖亡故尚有戮尸之法以懲治之近世則被告亡故目的物已滅失公訴權消滅

第二 親告罪撤銷其告訴者。原案及改正案少有不同。(告訴規定於請求或同意準用之原

第二六〇條改第二三九條)

疏 親告罪以親告為起訴之條件。非以告訴為犯罪之條件。如非親告。當依普通時犯罪即為成立。而公訴必於告訴後方可實行。

親告罪告訴以後可以撤銷。撤銷以後能否再告訴。絕對不許再告訴。甚不方便。許其再告訴。則於進行有礙。故宜許不宜許。事實上甚難斷定。然總以不許為當。

請求或同意亦為告訴。以有特別身分故不用告訴二字。

原案與改案不同。原案二五九條但開始辯論後不得撤銷改案無此限制。

第三 裁判確定。

疏 裁判確定。訴權消滅。在公法如此。在私法亦然。提。起訴訟。原為請求審判衙門之意見。及審判衙門已表示其意見。且已確定。則請求之目的完全達到。訴權消滅。乃當然之結果也。然對於此原則。亦有例外。即裁判確定後。而非非常上告。及

再審之條件。訴權不消滅是也。再審非常上告。詳細說明。俟諸異日。簡單言之。法律上有重大錯誤。可以非常上告。事實上有重大錯誤。可以請求再審。與再審相似者。累犯罪。俱發罪。(對照刑律第二十一條第二十四條)其審判確定後。發見有累犯

俱發情事。更定其刑。此亦裁判確定。公訴權消滅之例外也。(發見累犯等改正之手續。改案四八零條。以決定行之。不須為判決之形式)以上所舉。雖為例外。然接公訴之目的。則當然有此例外何也。公訴之目的。在於得正當之裁判。既法律上或事實上。有錯誤。則裁判之不正當可知。裁判既不正當。是於公訴之目的相反。故應有救濟之法也。

第四 犯罪後之法律。已廢止該罪之刑罰。

疏 如前清律例和姦無夫之婦者。有罪。刑則無罪。設某甲於前清律有效時。為姦通之行為。及新刑律公布後。始發覺者。不得提公訴。蓋行為時雖為有罪。而發覺時已無罪。審判衙門不能據已死之法律。而科人以刑也。

第五 法律全免刑罰。

疏 法律全免刑罰。與上項不同。上項乃從前該行為為犯罪。而現時已不認為犯罪。此則其行為本為犯罪。因有特別之關係。免其刑耳。如刑律三八一條。同居親族相盜。免除其刑。夫竊盜本為犯罪。因其有特別關係。免其刑罰。然則法既免其

刑。則其行為本為犯罪。因有特別之關係。免其刑耳。如刑律三八一條。同居親族相盜。免除其刑。夫竊盜本為犯罪。因其有特別關係。免其刑罰。然則法既免其

刑罰公訴權
當然消滅也。

第六 大赦。

疏 赦有四種。大赦、特赦、減刑、復權是也。後三種行於審判確定後。至大赦則無論裁判前與裁判後。概為赦免。其行於裁判確定後者。為行刑權消滅。與公訴權無涉。其在裁判前而赦免者。公訴權因之消滅焉。

第七 (提起及實施) 公訴權之時效 (刑法第一編第一五章)

刑事訴訟。其行為可分兩種。準備訴訟與實施訴訟是也。準備訴訟之行為。曰索探處分。即偵查處分與預審處分。以及急速處分屬之。然急速處分。不外偵查或預審之簡捷程序。其本來之準備訴訟行為。惟偵查及預審兩種而已。

索探處分。其用意在於蒐集為斷定起訴與否所必須之材料。以及預防其材料之散逸。故索探處分之範圍。為左列五端。

疏 在定期間可以起訴逾期則為公訴權消滅之原因。此專指在裁判確定以前之情形言。至裁判確定後之時效。經過則行刑權消滅。與公訴權無涉。公訴權分廣狹二義。狹義專指提起公訴言。廣義則提起後之必要行為皆包括之。即實施公訴權亦包在內。此提起公訴廣義故宜將提起二字刪除。或添及實施三字可耳。

(一) 問題之事實構成犯罪與否。

疏 斷定起訴與否。第一須研究事實是否犯罪。如殺人固為最顯著之犯罪。然其殺人。或出於正當防衛。則為法所許。非犯罪事實也。

(二) 其事實完備訴訟要件與否。

疏 知其事實為犯罪。並須斟酌其完備訴訟要件與否。訴訟要件詳於本講義九二頁。如雖有犯罪事實。而犯人亡。故即為不備訴訟要件。蓋犯罪之事實與訴訟之要件。為兩個問題。不能混為一談也。

(三) 何人可爲犯人。

(四) 證據如有湮滅之虞。卽爲其保全所需之行爲。

(五) 被嫌疑人如有逃亡之虞。卽爲其防止所需之行爲。

疏 一至五爲事之所應有者。如吾人遺失一物。先調查其是否爲人盜去。此第一之情形也。盜去之人存在與否。第二之情形也。竊盜之人爲誰。第三之情形也。知其人欲告訴之。必須有證據。因而調查保全。第四之情形也。竊盜人有逃逸之危險。請求警察拘留。第五之情形也。

凡索探處分。不分偵查與預審以及急速處分。概以此五端爲其實施之範圍。其第一至第三。皆屬準備起訴。第四與第五。則所以保障實行公訴者也。

疏 偵察處分與預審皆爲一種索探處分。其主要之區別。卽前者秘密爲之後者則不能秘密。至其法定差異詳於次節。

公訴概由檢察官提起而實行。故準備公訴之索探處分。亦由檢察官管掌。自爲當然。至司法警察等官吏。亦實施此等事務。卽爲檢察官之補佐而然者。並非本來之索探機關。

疏 檢察官爲探索之機關。司法警察官爲探索之補助機關。中國關於官吏之地位與職務。不分別以致各種機關作用有停止之弊。如司法警察官本爲探索之補助機關。因司法警察本有其固有之職務。於其職務外。爲他之職務。則只爲一種補助官。受檢察官之指揮。而中國以職務與地位混而爲一。以爲地方初級檢察官之官級低。警察總監之官級高。以地方檢察官指揮警察總監。直不啻倒行逆施。因有此種觀念。遂致機關之效用減少。可慨也。夫如去年頒布之官吏特別管轄令。卽爲中國職務與地位不分別之明證。夫官吏犯罪。何以應歸大理院管轄。以官吏之地位有較地方審判廳高者。故也。而不知地方審判廳之職務在於初審。地位高低無關於職務也。且於官吏亦不利。以其上訴權被剝奪也。

第二節 偵查處分

偵查處分。其目的以斷定應起訴與否爲主。與預審處分同。然其實施之次序及方法則異。

(一) 索探處分。除急速處分外。其餘概以偵查處分爲始。而不以預審處分爲始。

〔疏〕 普通情形先偵查後預審。惟急速處分可不經過偵察進行預審。

(二) 偵查中。以不許用強制方法爲原則。(原第二七四條改第二五三條) 預審中可用一切法律所許之強制方法。(原第三〇一條改第二八〇條)

〔疏〕 因偵察不許用強制方法。故必須有一種偵探術。近來物理化學進步。偵察亦變成一種科學。蓋社會日益複雜。犯罪之手段亦千變萬化。因而偵察亦難。故必須有專門之學識者。始克充偵探之任。否則犯罪之情節無由發覺也。

(三) 初級審判廳管轄案件。不經預審而斷起訴與否。但與預審同時調查者。不在此限。(原第二七九條第二八〇條改第二五八條第二五九條)

〔疏〕 初級審判廳不經預審地方審判廳有經預審者。不必者。此亦偵察與預審之區別也。但與預審同時調查。如一方爲強盜一方爲竊盜。前者屬地方後者屬初級。則因合併管轄之結果。預審得同時調查之。非謂屬初級之案件絕對不許預審也。

其一 開始偵查處分之動機

檢察官及補佐員。聞見犯罪事實。應開始偵查處分。聞見犯罪事實。有係他人向該管官廳告知者。如告訴發及自首等情形屬之。有由該管官廳間接覺知者。如傳聞風說或接閱報紙等屬之。有由官廳直接覺知者。如現行犯之情形屬之。現行犯之問題。詳見第四節。茲說明告訴發自首情報四種。

甲 告訴

告訴云者。由被害人向搜查機關告知犯罪而請求審判之謂也。(惟親告罪以告訴為訴訟要件) 告訴除告知犯罪外。且表示請求起訴之意思而後可。

疏 告知犯罪之方法共有三種。由被害人告知者謂之告訴。由犯罪人自己告知者謂之自首。由他人告知者謂之告發。此三種告知皆有請求審判之意思。存告訴告發自首則官廳因之實施偵察。故告訴者實施偵察之一動機也。既為其動機則非其要件也。明故實施偵察不拘於告訴之有無也。即親告罪亦然。親告罪未告訴之前亦得偵察。但無告訴不得起訴耳。故曰親告罪以告訴為訴訟要件也。

有告訴權之人。以刑法第二百九十四條第二項及刑訴法原第二百六十三條至第二百六十五條改第二百四十二條至第二百四十四條規定為斷。

疏 刑法二九四條二項乃竊通罪。本夫之告訴權。此種規定中國人反對之。以為婦之翁姑亦應有告訴權。今只限於本夫未免太狹。日本從前亦有此主張。但此未思索之論也。本夫不欲而翁姑必欲告訴。醜弊四播於家庭和平。不無妨礙法為維持家庭和平計。故不許也。

告訴用書狀或言詞。向被告人或告訴人所在地檢察官或司法警察官為之。(原第二六二條改第二四一條) 其用言詞者。應作制筆錄。(原第二七〇條改第二四九條及第二五〇條)

疏 在訴訟法上有時必用書狀。有時不用書狀。亦可前者如審判廳之傳票。非用書狀得以抗拒後者如告訴雖無書狀亦得告訴也。蓋以告訴之人不皆能作製書狀者。必以書狀為之。則不識字之人非常不便。故用言詞亦未不可。所以謀人民之便利也。但言詞告訴後日易生爭論。此作製筆錄之所以必要也。

效力。

(1) 告訴得撤銷或變更。(原第二六六條改第二四五條)

〔疏〕無犯罪之事實而妄告訴以圖陷害他人者當其告訴時誣告罪即已成立不得撤銷茲所得撤銷或變更指善譽之告訴人而言也

(2) 親告罪之告訴不得於第一審辯論終結後撤銷

〔疏〕親告罪乃國家專顧個人之私益而設者蓋凡犯罪皆害及國家之公益皆應由檢察官起訴然有時顧公益而私人之感不便反不如私益變侵害之為愈此親告罪之所由起也親告罪既係保護私人之利益故由私人告訴國家從而受

理之即已告訴後而自悔孟浪必復撤銷國家亦不干涉之惟第一辯論終結後則不得撤銷何也國家之所以許其撤銷者恐因審判辯論而私人之名譽或因之受損也至既已辯論終結則撤銷於私人毫無利益矣撤銷之標的既不能達則法之不許也

宜耳

(3) 親告罪撤銷告訴者不得再行告訴(原第二六六條改第二四五條)

〔疏〕親告罪法律因保護受害人之利益暫置公益於不顧故以之為親告罪且得以撤銷惟若毫無限制告訴而撤銷撤銷再告訴是以公益供一人之犧牲矣法律爰限制之使之撤銷後不得再告訴法律既有此限制故遇有撤銷之場合檢察官以此情形告知撤銷人使之注意以權衡利害而定行止焉此

雖非法所規定然由盡職勤懇言之檢察官宜以此情形告知之也

(4) 對於親告罪共犯中之一人告訴者其效力及於全部共犯撤銷告訴之效力亦同(原第一二六九條改第二四八條)

〔疏〕親告罪有共犯時不能只告訴共犯中之一人撤銷亦同蓋既有共犯而只罪一人殊非公平之道故姦非罪本夫不能請求罪姦夫而不罪奸婦也

(5) 告訴不必發生俾提起公訴之效力起訴與不起訴均由檢察官斷定

〔疏〕告訴後檢察官亦可以不起訴蓋以普通人不盡通曉法律有時以感情作用對於侵害其權利者雖不生刑法上之問題而彼以為應受國家之制裁因之妄行告訴者比比皆是若檢察官因其告訴必須起訴則審判之結果仍受無罪之判決徒費無益之程序甚無謂也

故法仍以斷定之權屬諸檢察官

(6) 告訴人並得請求不起訴處分之再議(原第二八六條改第二六五條)

〔疏〕告訴人並得請求不起訴處分之再議(原第二八六條改第二六五條)

疏 告訴後檢察官可以不起訴。既如前所述矣。其不起訴也。苟非基於誤解。固甚認相宜。設檢察官因不法不當而不起訴。則不可無救濟之法。其法維何。即告訴人可請求上級檢察廳再議是也。關於此點。外國律無明文。而草案則有之。不得謂非適當也。

注意 在新思想告訴人非原告。檢察官舊思想之告訴人即為原告。此告訴人之觀念。新舊不同也。故如試章五九條檢察官原告可以起訴云云。以新思想言之。試章所謂原告。乃指關於刑事訴訟中私訴之一部分而言也。

司法警察官接受告訴者。以書狀及證據物送交該管檢察廳。並以其事知照告訴人。（原第二七一條改第二五〇條）檢察官接受不應管轄之告訴。應以書狀及證據物送交該管檢察廳。並以其事知照告訴人。（原第二五二條改二五一條）

疏 審判廳遇不應管轄之案件。以判決駁回。檢察廳遇不應管轄之案件。則應送交有管轄權之檢察廳。不得駁回。此何以故。蓋以審判廳各個獨立。檢察廳一體不可分也。既為一體。即不能謂為不應管轄。以事務繁分。之於多數檢察官。雖為多數人。而檢察事務則一猶之如一。座大屋將此間之物。位置於彼間耳。

乙 告發

告發云者。由第三人即非被害人及非犯人向搜查機關告知犯罪而請求審判之謂也。

疏 僅告有犯罪之事實。不能謂為訴訟法上之告發。告發者必有請求審判之意思也。

有告發權之人。法律上無限制。故一切覺知犯罪者。不論何人。皆可以告發之。然公務員在原第二百六十八條改第二百四十七條情形。必須告發。以資檢舉。（司法警察吏亦包括在內）程序及效力。與告訴相同。惟撤銷告發時。不致公訴權消滅。此一端與撤銷親告罪之告訴有異。

疏 若不告發可乎否乎。大多數可以自由。但公務員如講義所舉之情形。則必須告發。此謂之義務告發焉。

丙 自首

自首者。由犯人向搜查機關告知犯罪而請求審判之謂也。在刑法上減免本刑。自首人應受審判。(刑第五一條第五三條)在刑法上不。論犯人受審判與否。其犯罪之告知。概爲自首。告訴程序。於自首準用之。(原第二七三條改第二五二條)其效力與告發相同。

疏 在刑法言之自首者。可以減免本刑。何以能減免。以其肯受審判也。故必以受審判爲要件。至刑法上則不以受審判爲自首之要件。

丁 情報

除告訴告發及自首外。檢察官因其他情報。而逆料有犯罪者。仍應速開始偵查證據及犯人之處分。而不能從緩逸機。(原第二六一條改第二四〇條)

疏 情報之最普通者新聞之記載是也。凡新聞記載犯罪事實。檢察官宜偵查之。他如街談巷議。檢察官皆須留心。否則必不能盡其職務也。

其二 實施偵查處分之範圍及其方法

偵查處分。其目的以斷定起訴與否爲主。然其案件。屬初級審判廳管轄者。應依偵查處分。即行斷定起訴與否。(原第二七九條改第二五八條)其屬地方審判廳管轄者。因其情形。或依偵查處分。即行斷定起訴與否。(原第二九四條第四款改第二七三條第四款)或開始預審。而依預審處分。斷定起訴與否。(原第二九二條第二款第三〇八條改第二七二條第二款第一八六條)偵查處分之目的如此。故偵查處分中。爲發見證據及犯人起見。所實施之各種行爲。亦不可不以之爲其

範圍以守限制。

疏 犯罪嫌疑入是否有罪宜料以何種之刑罰非有證據為判斷之資料其審判勢難公平故起訴後之證據尤為重要但此調查應屬於審判廳之職權非所謂偵查處分也偵查處分不必證據確鑿只要有開始審判之資料而足以供起訴用者足耳此即偵查處分之目的也如風聞某處某乙被殺調查某甲與某乙積不相能甲當日且在某處是甲有殺人之嫌疑即可起訴至其是否甲殺之詳細證據審判時由審判衙門調查之。

實施偵查之方法。原則上不得用強制處分(原第二七四條改第二五三條)蓋偵查中被告人其有罪嫌疑未至甚深故禁用強制方法以重民權。

不依強制方法而實施偵查者自可用左列各種方法。

(一) 傳訊被告人或訊問自行到場之被告人(第七〇條第七八條)

疏 傳訊無強制力若傳訊不到可伺票句之。

(二) 聽取一般人任意答辨之言辭或通談。

疏 如探訪其鄰人某甲平生如何是此與證人不同即誑言虛語亦不得制裁之也。

(三) 不用強制方法之檢證及搜索。

(四) 保管被告人之遺留物及所有人持有人任意提出之物。

(五) 就所保管之物而實施化學上或理學上之實驗但不得用害及他人權利之方法(第二二

五後)

疏 調查犯罪往往不問人民之意思如何而實施之此即用強制方法之檢證搜索也其不用強制方法者即須經權利人之同意或調查無礙於他人之權利或無可主張權利者等皆屬。

(六)照會公署請求報告必要事宜。(原第二七五條改第二五四條)

疏 國家所設之機關雖各專責然同是國家機關處理國家事務應彼此協助此即所謂共助之義務也。故法司衙門有行政官署協助之必要時得請求報告各國法律莫不如此惟中國實際能盡此義務者甚少往往有司法衙門請求而福前已屢述之矣。中國欲謀內政之整頓當自各機關盡其助之義務始。

若用右列各種非強制方法仍不足以發見有力之證據與嫌疑人則不得不用強制方法以免犯人逍遙於法外。然偵查中檢察官爲左列各款處分應指定事宜請求所屬地方檢察長之命令。(

原第二七四條改第二五五條)

疏 偵查處分以不用強制力爲原則。至預審則法律所許用之強制方法均可行使此二者主要之區別也。偵查既以不用強制力爲原則故有強制之必要時必須指定其實事宜以請求地方檢察長之命令所以加檢察官以限制以保護人民

之權利也。

有謂官吏辦事首貴敏捷不宜加以限制此謬見也。蓋官吏之良莠不齊若不加以限制必至有礙於人民之權利也。從前中國官吏權力絕大弊害良多若此而不謀改良則與立憲之制度相背矣。故有時加以限制而無礙於事務總以限制之爲當也。

第一 檢證、搜索、扣押、而用強制方法者。

第二 句攝、羈押、被告人。

第三 訊問證人(但聽取一般人任意答辯之言辭或通談毋庸特許)。

第四 訊問鑑定人及通事。

請求地方檢察長之命令應先指定事宜而不能請求概括的強制處分之命令。所以偵查中之特

定強制處分與預審處分確有區別也。

偵查中地方檢察長得不待前段之請求。而因職權以特定之檢證、搜索、扣押、或勾攝羈押被告人訊問證人鑑定人通事。命令所屬檢察官（原第二七七條修改第二五六條）

疏 檢察長以爲不用強制方法不能發見有力之證據時。雖無檢察官之請求亦得以命令之。是即職權命令也。

由檢察官向所屬地方檢察長請求特定強制處分之命令。或由地方檢察長發給特定強制處分之命令。概不以被告案件屬該地方審判衙門管轄爲限。（原第二七六條第三項第二七條第二項修改第二五五條第二項第二五六條第二項）其理由爲兩種。於未斷定管轄審判衙門以前。有時不可不爲偵查處分。是其一。檢察官之限定執務之事物及土地。不外於爲執務之便利起見者。官廳本來之性質。係屬同一體。而須互相呼應援助。是其二。

疏 有犯罪之嫌疑即應偵查其屬何審判衙門管轄。尙未確定。故不問案件屬何審判衙門。皆得偵查。如現在有一種犯罪。其應歸北京審判衙門或天津審判衙門。皆不得知。然不能因不知屬何審判衙門。即棄而不查。惟偵查後屬何審判衙門。則移歸可耳。

其三 終結偵查處分

終結偵查處分。分爲四種。甲關於本案之斷定。乙對於關係人之知照。丙關於人及物之處分。丁對於不起訴處分之再議。

甲 關於本案之終結偵查處分。

終結偵查處分。而關於本案者。分爲左列五種。送交案件該管檢察廳。其一。不起訴之處分。其二。起訴之處分。其三。偵查處分之續行。其四。開始預審。其五。

一 送交案件該管檢察廳及聲請指定所管。

初級檢察官認爲初級審判廳管轄案件之偵查處分已完備。而發見其案件。不屬該初級審判廳管轄者。應送交之於該管檢察廳。(原第二七九條第一款改第二五八條第一款)

疏 初級審判廳乃編制法上之法定現時初級已裁撤凡初級應管轄之案件歸於地方審判分庭檢察亦同此名稱上之差異實質上則無不同也。

地方檢察官認爲偵查處分已完備者。應即時於書狀證據物外。添具意見書。請求該管地方檢察長之命令。(原第二九二條改第二七一條)地方檢察長發見其案件。不屬該地方審判廳管轄者。命令於應急速處分以後。其案件送交該管檢察廳。(原第二九四條第一款第二款改第二七三條第一款第二款)

接受送交案件之檢察廳。若認爲其不應所管者。依左列程序。分別處分。

(1) 初級檢察廳。接受所屬地方檢察長之送交案件者。雖認爲原地方檢察廳或其他檢察廳所管。而應遵長官之命令。並續行偵查處分。或提起公訴。(第二九四條第二款改第二七三條

第二款比較第二七六條第一項)

疏 如京師初級審判廳原來有四現已改爲地方第一分庭第二分庭設地方檢察長送交案件於地方檢察第一分庭時第一分庭雖認爲應屬於原地方檢察廳或第二分庭然以有長官之命令亦須實行偵查處分或提起公訴惟起訴時

附以意見書以供分庭之參攷則無不可耳

(2) 初級檢察廳。接受他初級檢察廳或非所屬地方檢察廳。送交案件。認為原檢察廳之所管者。應向各檢察廳之直接上級檢察廳。聲請指定所管。(原第二九七條第一項改第二七六條第一項)

(3) 地方檢察廳。接受他地方檢察廳或非所屬初級檢察廳。送交案件。認為原檢察廳所管者。亦依前段之例。聲請指定所管。(原第二九七條第二項改第二七六條第二項)

疏 日本關於第二第三法律上無明文規定。雖無明文。然實際上仍不外以此等方法處理。蓋甲檢察廳調查之結果。以為應屬於乙檢察廳所管。而乙檢察廳又以為應屬於甲檢察廳所管。雙方意思衝突。不可無解決之方法。中國草案以明文定解決之道。較日本刑訴為完全也。

第二第三之聲請方法。乃限於認為應屬於原檢察廳時適用之。若認為第三檢察廳所管者。依送交之程序辦理。不適用請求之程序也。

(4) 地方檢察廳。接受所屬初級檢察廳。送交案件。認為原檢察廳所管者。應以其案件。送還原檢察廳。而命其續行偵查處分。或提起公訴。(原第二九四條第二款改第二七三條第二款比較第二七六條)

疏 此與第一情形相反。乃上級對於下級之辦法也。

(5) 聲請檢察廳所管之程序。依原第二九八條至第三〇〇條。改第二百七十七條至第二百七十九條規定。

〔臨〕 聲請原則以書狀爲之。然以言語聲請亦無不可。

二 不起訴之處分。

遇有左列各種情形。在初級檢察廳。由担任事務之檢察官爲不起訴之處分。（原第二七九條第二款改第二五八條第二款）在地方檢察廳。由地方檢察長爲不起訴之處分。（原第二九四條第三款改第二七三條第三款）

〔疏〕 初級檢察廳無檢察長故由檢察官爲之。

以檢察長決定之者爲監督之便利計也。照法院編制法之規定檢察長有指揮檢察官之權。則雖刑訴不設此規定。檢察長亦不至失指揮之權。但若無此規定。則檢察官以不應起訴之案件必自己爲之。而檢察長反有不知之弊。故爲監督周密計。仍以設此規定爲宜。

一 案件不爲罪。

二 裁判確定。

三 犯罪後之法律已廢止該罪之刑罰。

四 法律全免刑罰（行刑時效均括存本款內）

五 大赦。

六 提起公訴權之時效（刑律第六九條）

七 被告人亡故。

八 親告罪無人告訴

九 親告罪撤銷告訴

十 案件在審判衙門現行審理及裁判尙未確定

疏 學者稱之謂權利拘束蓋譯自德國法典也其意義爲案件已繫屬於審判衙門故岡田博士以爲改爲既訴狀態實較爲精當也

十一 被告人不屬中國審判權

十二 被告人不屬通常審判衙門審判權

三 起訴之處分

初級檢察官認爲案件係屬該初級審判廳管轄並無前段所列應不起訴情形者即須起訴於該初級審判廳。地方檢察官認爲偵查處分既完備案件係屬該地方審判廳管轄並無原第二七九條第二款改第二百五十八條第二款所列應不起訴情形者應即時於書狀證據物外添具須向該地方審判廳起訴之意見書（原第一九二條改第二七一條）而請求該地方檢察長之命令。如地方檢察長之意見同即由該檢察長命令起訴（原第二九四條第四款改第二七三條第四款）起訴之程序見原第三〇八條至第三一二條改第三百零九條至第三百十一條。

四 偵查處分之續行

初級檢察廳所掌案件由担任偵查之檢察官親自斷定續行其處分與否以期簡捷（原第二七

九條改第二五八條)地方檢察廳所掌案件。則由担任偵查之檢察官。於書狀證據物外。添具其處分已完備之意見書。請求該管地方檢察長命令。以照慎重。(原第二九二條改第二七一條)地方檢察長。認為偵查處分未完備。並毋庸為各項強制處分者。命以續行偵查處分。或依原第二百七十六條改第二百五十六條。命為特定之強制處分。(原第二九三條第一款改第二七二條第一款)

疏

偵查

其一開始。

其二範圍。

其三終結。

甲本案之處分。(1)送交。(2)不起訴。(3)起訴。(4)續行。(5)預審。

乙知照。

丙人及物之處分。

丁再議。

五 開始預審

地方檢察長。接受所屬檢察官呈報偵查處分終結之意見書。并認為各項強制處分。為不可少者。須指定預審檢察官。而命其開始預審。(原第一九三條第二款改第二七二條第二款)

預審檢察官。既非常設。亦非獨立。而係臨時指定。以担任其事務者。担任偵查之官員。與擔任預審之官員。不必同一。

疏

偵查處分既已完備。或雖未完備。而不用強制方法。亦能達其目的。則不須預審。若其不然。則預審要矣。因預審可用種種強制。較易得有力之證據也。

初級審判廳管轄案件以不經預審爲原則（原第二七九條改第二五八條）然其與預審同時調查者並得爲預審處分（原第二八〇條改第二五九條）此情形於地方檢察廳管掌第九條所列合併案件之預審時即可發生其由總檢察廳管掌大理院專管案件之預審時亦同。

〔疏〕凡經預審者皆係重大且繁雜之案件若輕微簡易者則不須預審此初級審判廳之案件所以不經預審爲原則也。

一人犯有二罪一罪應歸初級審判廳管轄一罪應歸地方審判廳管轄分雖審判非常不便於是有歸上級審判廳合併管轄之規定地方審判廳應歸預審初級審判廳不經預審一人既犯有二罪若預審時只准調查其重罪不准調查其輕罪則不便滋甚故有同時調查之規定二者皆法之謀便利而設者也例如一人犯竊盜強盜二罪應由地方審判廳合併管轄而地方審判廳預審強盜罪時得同時調查竊盜罪也。

以上所列五種處分概須作制處分書並記明事實上及法律上理由簽名蓋印（原第二八一條及第二九五條改第二六〇條及第二七四條）

乙 對於關係人之知照。

初級檢察官將案件送交該管檢察廳或爲不起訴之斷定或提起公訴者應知照其處分於被告人（如被告人亡故則於處分書內記明毋庸知照自不待言原第二八二條第一項改第二六一條第一項）

如有告訴人告發人及從事偵查之司法警察官並應以其處分一體知照（原第二八二條第二項改第二六一條第二項）以資此等人決定請求再議與否。

〔疏〕告訴人告發人等對於不起訴之處分有請求再議權故此之知照不可少所以與以機會使決定行使此權與否也。

知照處分。對於在廳人用言詞。此外用送達。由檢察官爲之。(原第二八三條改第二六二條)
右列知照之規定。於地方檢察官之處分。準用之。(原第一九五條改第二七四條)

丙 關於人及物之處分。

人之處分。被告人之以押票被羈押者。如因原第二七九條改第二百五十八條第一款第一號至第十號。(案件不爲罪裁判確定刑之廢止刑之全免大赦等)各號情形。受不起訴處分。須卽時以命令撤銷。因其案件所發之押票。並釋放被告人。(原第二八四條改第二九五條改第二六三條第一款第二七三條)其不因其案件所發之押票。不在撤銷之限。被告人因原第二七九條改第二百五十八條第一款受送交案件於該管檢察廳之處分。或因第二款第十一號第十二號受不起訴之處分。或因第二款受起訴處分者。應(或得)分別情形。維持押票之效力。而不予釋放。(原第二八五條改第二九五條改第二六四條及第二七三條)

疏 何以必須先將押票撤銷。而後釋放被告人乎。蓋僅釋放被告人。而不撤銷押票。則被告仍常立於可羈押之狀態。非所以保護被告人也。故此撤銷之手續。爲不可少者。
十一號十二號之情形。雖應爲不起訴之處分。然不能卽將押票撤銷。應仍維持押票之效力。而將被告交付於有審判權之國。或有審判權之審判衙門。

物之處分。因原第二七九條改第二百五十八條第二款第一號至第十號。爲不起訴處分者。如有因其案件所扣押或保管之處。應卽時以命令撤銷其處分。但應沒收之物。不在此限。(原第二八四條改第二九五條改第二六三條第二項第二七三條)

〔疏〕應沒收之物有三。(一)違禁私造私有之物。(二)供犯罪所用之物。(三)囚犯罪所得之物。

如在某甲之院內忽發見炸彈三枚炸彈非普通人之所應有某甲既有炸彈則有內亂之嫌疑檢察官從而偵查之偵察之結果某甲並無犯罪之嫌此枚炸彈不知其所自來也此時因偵查所扣押之物悉應仍還某甲獨此炸彈則應沒收因其爲禁制品也然則何以不言禁制品不在此限而曰應沒收之物不在此限乎蓋禁制品無絕對的如炸藥爲禁制品而鑛業人等得收藏之鴉片烟爲禁制品而醫生人等得收藏之若曰禁制品則必至此等人所有者亦在沒收之列故必曰應沒收之物也

原第二七九條改第二百五十八條第一款之送交案件處分或第二款第十一號第十二號之不起訴處分或第三款之起訴處分應(或得)按其情形維持扣押及保管之效力。(原第二八五條第二九五條改第二六四條及第二七三條)

丁 對於不起訴處分之再議

檢察官意圖曲庇故爲不起訴處分者應依刑律第一百四十六條處分以示儆懲其誤認事實而爲不當之不起訴處分者須另設法以防倖免是以原第二八六條至第二九一條第二九六條改第二百六十五條至第二百六十九條及第二百七十五條特設再議之規定。

一 得請求再議之人

對於不起訴處分得請求再議者以告訴人告發人或從事偵查之司法警察官爲限。(原第二八六條第二九六條改第二六五條第二七五條)蓋此等人之認定事實與檢察官之認定事實不能一致者須由監督長官審明是非以符真實至檢察官以他檢察官之不起訴處分爲不當者得

呈意見。由長官取舍。而不得依再議程序。主張其所見。

二 聲明再議之程序及其期間。

聲明再議。原則上須用書狀。告訴人及告發人得用言詞爲之。經原初級檢察廳向該管地方檢察長爲之。(原第二八六條改第二六五條)其係地方檢察長處分者。經原地方檢察長向該管高等檢察長爲之。(原第二九六條改第二七五條)其聲明期間。受不起訴處分知照後爲三日。(原第二八七條改第二九六條改第二六六條第二七五條第二項)

〔疏〕此期間何以如此短促耶。蓋以此等人於案件之情形。皆已熟悉。三日期間。已可決定。而有餘無須乎長期間也。

三 關於再議規定之效力。

聲明再議期間內及再議中。得按其情形。停止原第二八四條改第二百六十三條之釋放及還給處分。(原第二八九條改第二六八條)

四 接受聲明之原初級檢察廳或地方檢察長之權限。

原初級檢察廳或地方檢察長。接受聲明再議者。須爲左列處分。

第一 於三日之期間後。聲明再議者。爲駁回聲明之處分。其由告訴人告發人從事偵查之司法警察官以外之人聲明者。亦同。(原第二八八條改第二九六條改第二六七條第一號第二七五條第二項)

疏 聲明再議須於三日內爲之。若經過三日始聲明者，卽爲不合法。且此不合法顯而易見，故得由接受之檢察廳駁回之，而不須聲請上級官廳也。

過法定期間，無論其聲請之有無理由，皆須駁回。似乎太苛，其實不然。蓋訴訟法上所定之期間，無論如何不得變更。若爲特殊之事，特殊之人，而准其變更，必至由一次而至百次，由一人而至百人，無不可以變更之。其不至使訴訟法上期間之效力盡失者，幾希矣。故訴訟法上無論何種期間，皆須嚴密遵守。否則爲不合法，生駁回之結果。但此就普通情形言之耳。若因意外之故障，與抗告上訴之期間，其理正相同也。

除第一之情形外，無論其聲明如何，原檢察廳不得駁回，必須速交於上級官署。

第二、前段情形外，以書狀證據物、聲明書（或聲明筆錄）及關於再議之意見書，送交該管地方

檢察長（原第二八八條改第二六七條第二號）或該管高等檢察廳（原第二九六條改第

二七五條第二項）

五 對於再議之處分

接受聲明再議之地方檢察長（原第二九〇條改第二六九條）或高等檢察長（原第二九六條

改第二七五條第二項）親自或命所屬檢察官爲左列處分。

第一、聲明不遵期間或其人無權利或無理由者，駁回之。

第二、聲明有理由者，分別命令原初級或地方檢察廳檢察官提起公訴，或開始預審，或送交案

件該管檢察廳。

疏 聲明不遵期間或其人無權利，原檢察廳得駁回。若原檢察廳因不注意或其他原因而未駁回者，上級檢察廳審察之結果，仍得駁回。至無理由之駁回，則爲上級官廳所特有之權限。原檢察廳無此權限也。

例如被告人中國無審判權，而告訴人以爲被告本爲犯罪，何得不提起公訴，因而請求再議，此卽無理由之請求也。

第三節 預審處分

民國刑訴草案。以預審處分爲檢察廳所管。與東西各國及民國現行法之置諸於審判廳管轄者不同。爲辨駁反對論者起見。略爲說明於左。

按以預審處分爲審判衙門所管。由預審推事實施之例。始於法國刑訴法。嗣後多倣之者。其主義在偵查處分。由檢察官以及司法警官實施。而不以許用強制方法爲原則。認偵查處分爲預審前蒐集證據之程序。至預審處分。則由預審推事實施。而許用強制方法。

法國刑訴法。頒布在一千八百零八年。時代稍古。其預審制度一項。除一千八百九十七年改正外。其餘規定。皆屬一百年以前古法。且係全襲一千六百七十年路易第十四世所頒之刑事令。故學者多譏之。以其於近代學理上未合也。預審事務。由審判衙門預審推事管掌。此純由歷史上之根據。無法理上之理由。不明此關係。而強求據於法理上者。動謂檢察官。乃屬行政官。須服從上官之命令。並無獨立之性質。以及終身官之保障。若使檢察官管掌預審事務。則恐盲從上官命令。濫用強制方法。以蹂躪民權。審判官不然。有獨立之性質。與終身之保障。能居於名利權勢之外。實施公明正大之處分。故預審事務。應由審判官管掌。不當由檢察官管掌。此說也。實具左列缺點。

(1) 所謂濫用權限。蹂躪民權者。非法律之缺點。而由於用人之不宜。是在推事。亦所難免。推而至於內治外交一切國務。無不皆然。

(2) 所謂審判官有獨立之性質。事實上亦未必然。法國刑訴法第五十七條。定曰。凡關於預審推事於司法警（即偵查犯罪與逮捕犯人事宜）之職務。應受高等檢察官長之監督。故論者謂審判官獨立之點。其在法國預審推事。實不若是。

(3) 日德等預審判事。不受長官掣肘。可為獨立之預審。若用人不得其宜。此法亦誠危險。猶不如檢察官之疊次服從上官監督。不易越權之安全也。

(4) 所謂檢察官並無終身之保障一點。其在民國法律。亦不然。民國檢察官。按編制法第一百二十五條。確為終身官。况即無終身官之保障者。亦未必容易濫用權限。日德澳意等檢察官事。可為鑑也。

(5) 論者或謂既知法國主義不善。何以日德等國復加採用。且日本亦有改正之議。雖非以預審事務全部屬諸檢事局所管。而現行制之缺點。為政學兩界所公認。至若德國學界。亦有一種輿論。謂彈劾主義（即由檢察官提起公訴之主義）。因現行預審制度。全經破壞。非惟學理上不當。即實際上流弊。亦不勝舉。則我國亦何可於此取則。準此以言。論者非詳明事實上及學理上左列各種之關係。不可試列舉之。

第一 審判官掌管豫審制度。顯違豫審性質。蓋豫審之目的。在於蒐集及保存有罪與無罪之證據。以決定應請本案之審判與否。原無審判之性質。若由審判官掌管。無審判性質之事務。非割

清權限之法。此其違背學理者一。

第二 豫審推事。諭知免訴之制度。破壞設置合議庭之制度。按在日德等制度。於調查案件後。若發見公訴權既經消滅。或諸罪之證據不足。即豫審推事。可諭知免訴。以解除案件。夫將已經提起公訴之案件。由獨任之豫審推事。可爲最後之審判。則審判衙門之合議庭。不幾同虛設。是違背學理者二。

第三 預審推事。諭知將案件移公判之制度。破壞彈劾主義之本意。蓋一切犯罪。以其害及國家公益而成立。故提起公訴。應由代表國家公益之檢察官行之。蓋以此爲彈劾主義之本旨所在也。若於預審推事。諭知將案件移送公判後。始開審判。諭知之實質。不外於提起公訴。而檢察廳又同虛設。是其違背學理者三。

第四 若預審推事。輕信起訴前之調查。或圖省節自己之勞力。則此程序。將爲徒勞。昔者德國國會法典股員曾言曰。實驗上預審推事之決定。大抵與檢察官起訴時之意見一致。因而預審程序。幾成爲具文。此在他國。亦所難免。此其實地上之缺點一。

第五 若預審推事。好爲綿密之調查。公判程序。又成虛設。德國某實驗學者嘗曰。預審程序。宜以通覽證據。而將案件移公判。或免訴爲限。非但理論上爲然。刑訴法第一百八十八條。有其明文。然實地上預審推事。仍襲用糾問式。將一切證據。極力蒐集調查。與公判推事無異。公判推事。僅

據其筆錄。以爲判決。雖有直接審理之名。實不外於書面審理。他國亦多有之。此其實地上之缺點一。

第六 法國主義。刑訴法。以檢察官除現行犯外。其餘無強制權爲原則。然以無強制權。則檢舉不免疎漏。而無辜之嫌疑。人輒受預審中之羈押。此種流弊。日本多有之。此其實地之缺點三。

第七 預審推事之決定。除諭知免訴外。其餘不屬終局之審判。必須將案件移公判。故被告人之非抱免訴之確信。而逆料應受公判之審判者。爲短縮預審中之羈押起見。好爲虛偽之自白。藉可速受公判審理。俟至公判庭。則又自行取消之。此種流弊。多於日本。此其實地上之缺點四。

以審判官管掌預審事務。其學理上與實地上之缺點。既如前七段所述。由此以知檢察官管掌之理由。較爲簡單。誠以預審目的。在蒐集及保存有罪與無罪之證據。以決定請求本案之審判與否。換言之。在決定起訴與不起訴。故其事務。必須由代表國家公益。而實施原告職務之檢察官管掌。其他官吏。無如此權限。至若越權害民之危險。則首在用之得人耳。茲將民國草案之用意。略述如左。

(1) 預審事務。均由檢察官管掌。然除現行犯之急速處分外。應先實施偵察處分。而後可開預審處分。(改第一七二條等)

(2) 偵查中以檢察官無強制權爲原則。若有行使強制權之必要。應向檢察長請求具體的命令。

(改第二五二條等)

(3) 開始預審。須有地方檢察長之命令。其餘檢察官。不能隨便開始預審。(改第二七二條)

(4) 開始預審以後。預審檢察官。爲詢問起見。應傳喚被告人。不能爲缺席之決定。(改第七〇條

2)

(5) 預審檢察官。得爲一切因發見證據及犯人所需而法令所許之處分。又公判時。所難於調查及爲被告人準備辯護所需之各事宜。亦應一併調查。惟草案上有一重要限制。卽凡預審之調查。以斷定被告案件之應否公判爲限。(改第二八〇條)

(6) 預審處分調查。若不完備時。地方檢察長。得命預審檢察官。或其他所屬檢察官。爲必要之調查。(改第二八五條)

(7) 預審檢察官。調查有過當時。地方檢察長。得禁止其處分。或親自處理該事務。(法院編制法)

(8) 地方檢察長。應受高等檢察長之監督。高等檢察長。應受總檢察長之監督。(法院編制法)

(9) 檢察官之起訴不當者。得由審判官救濟。其不當而未經起訴者。得由告訴人告發人。或從事偵查之司法警察官。向地方檢察長聲明再議。對於地方檢察長不起訴之斷定。得向高等檢察長聲明再議。

(10) 實施強制方法。原則上。應由檢察廳書記蒞視。書記作製書狀時。若認預審檢察官命令爲不

當應附記其意見。

此外爲預防越權所設限制不一而足。由是可知檢察廳掌管預審非惟無害且有利之點在也。

其一 開始預審之要件及程序。

疏 本講義所述預審本諸草案
非本諸現行制度應注意。

要件。開始預審須備三種要件。(一)須已經偵查處分。凡刑事訴訟原則上不問其案件係屬何種審判衙門管轄以實施偵查處分爲始。(但於應急速情形得不經偵查而提起公訴見改第三〇九條)故開始預審以已經偵查爲要件。(改第二四〇條第二七二條第三〇九條第四六五條)

(二)案件必須係屬地方審判廳或大理院特別管轄。(改第二七二條第四六七條)初級審判廳管轄案件非與預審案件同時調查者不得預審。(改第二五九條)(三)須地方審判廳管轄案件之應爲各項強制處分者其毋庸各項強制處分者得分別情形或續行偵查處分或提起公訴。(改第二七二條第二七三條)無須開始預審至大理院特別管轄案件則於偵查後必須開始預審。(第四六七條)以昭慎重。

疏 初級審判廳管轄案件非與預審同時調查者不得預審地方審判廳管轄案件預審與否依案件之情形而定大理院特別管轄案件必須預審。

程序。開始預審(一)在地方審判廳管轄案件原則上由該管地方檢察長命令爲之。(改第二七

二條第二七三條) 但有時爲請求再議之結果。由高等檢察長命令爲之。(改第二七五條) 有時爲特別之必要。由總檢察廳廳長命令爲之。(改第四六八條) (二) 須指定預審檢察官。命其實施預審。(改第二七二條)

其二 實施預審之範圍及其方法

預審處分。以斷定案件應否起訴。而請求公判爲目的。故其實施之範圍。以能達目的爲限。然預審時。預審檢察官。並兼爲左列各種處分。以便公判。

甲 公判時。難於調查及被告人爲準備辯護所需各事宜。亦應於預審時調查。(原第三〇一條改第二八〇條二項)

乙 遇有左列各款情形。得於起訴前。請求該處或鄰近地方以下審判衙門推事一員蒞視。以資檢查。(原第三〇二條改第二八一條)

一 檢證中。因罪跡易於消滅。或有其他情形。逆料難於公判時。再行檢證者。

二 訊問證人。因有疾病或其他情形。逆料難於公判時。再行訊問者。

前段所述地方以下審判衙門推事。而蒞視預審者。不以管轄其案件之審判衙門爲限。其蒞視之推事。應於筆錄簽名蓋印。

預審時。可用左列各種方法。

(甲)預審檢察官。遇有必要情形。得用一切法律所許強制方法。但除必要情形外。仍用非強制處分。以重民權。蓋此限制。雖無明文規定。然條理上不可不然者也。

(乙)被告人有疾病或其他正當理由。不能傳喚或勾攝者。得就其所在訊問之。(原第三〇三條改第二八二條比較第七〇條)

(丙)預審檢察官。得請求公署。報告必要事宜。(原第三〇四條改第一八三條)
其二 終結預審處分。

預審檢察官。認為預審處分已完備者。應即時於書狀證據物外。添具意見書。請求該管地方檢察長之命令。(原第三〇五條改第二四八條)

地方檢察長。接受前項證據物以及意見書。須為左列各項處分。

(甲)若認案件。係屬該地方審判廳管轄。而預審處分未完備。則命預審檢察官。續行預審。或指定事宜。命所屬檢察官。而實施調查。(原第三〇六條改二八五條)

(乙)除前項處分外。原第二九四條至第三〇〇條改第二百七十三條。至第二百七十九條規定。於地方檢察廳長之終結預審處分準用之。(原第三〇七條改第一八六條)所以

(1)案件應屬地方檢察廳。或非所屬初級檢察廳所掌者。以其案件。送交該管檢察廳。其屬所屬初級檢察廳起訴者。送交於其初級檢察廳。命其起訴。

(2) 原第二七九條改第二百五十八條第二款情形命令不起訴。

(3) 除前二項外命令起訴於該地方審判廳。

(4) 改第二百六十條至第二百六十四條(原案第二八一條至第二八五條)規定據改第二百七十四條及第二百八十六條準用於終結預審處分。

(5) 對於不起訴處分得依原第二九六條改第二百七十五條向高等檢察長請求再議。

第四節 急速處分

其一 設定急速處分之理由及其種類。

按立憲國之刑訴法皆重視民權於剝奪或限制人民自由必以嚴密程序行之以昭慎重惟概用普通程序往往致失時機故有時亦許用單簡迅速之程序俾各項證據不致散佚是以急速處分之規定爲不可少。

急速處分云者質言之配簡易程序之謂在各國先例其規定散見於各節而不爲獨立之一節。民國刑訴案則併爲一節以便引用。

急速處分(一)有關於勾攝者(二)有關於檢證搜索扣押閱信者(三)有關於訊問證人通事者(四)有關於審判官之蒞視者分別說明如左。

其二 關於勾攝之急速處分。

甲原第一百九十四條改第二百八十七條。偵查或預審中檢察官司法警察官以左列各人爲限。得親自發給勾票。而命令勾攝。(檢察官之命司法警察吏勾攝者。須經由該管司法警察官爲之。而不能直接命令)

第一 現行犯人不在犯所者。

第二 調查現行犯中發見之共犯。

第三 無一定住址之被告人。

第四 犯竊盜強盜脫逃各罪之被告人。

第五 假釋中之被告人。

第六 檢證屍體中發見之被告人。

右列各種被告人。皆係必須從速勾攝者。雖用簡易程序。而於重視民權之旨。亦不至相背也。

(甲之二)現行犯之意義。

現行犯有純然之現行犯與準現行犯之分。(原第二〇二條改第二九五條)純然之現行犯者。指在實施犯罪行爲中。或實施後。即時經發覺者而言。準現行犯者。指有左列四種情形之一。而可疑爲犯人者而言。

第一 持有兇器。贓物。或異常之物者。

第二 詢問姓名住址等項將逃走者。

第三 被追呼爲犯人者。

第四 於身體衣服等處顯露犯罪痕迹者。

(甲之二) 調查現行犯中發見之共犯。

此項共犯不分其在犯所與否。皆得從速勾攝。以免貽誤。故如詢問現行命盜人犯時。聞知犯罪人外。別有造意人。而不在犯所者。即依簡易程序。勾攝造意人。

(甲之三) 無一定住址之被告人。或犯竊盜強盜脫逃各罪之被告人。

此種被告人。往往慮其逃走或潛伏。苟不從速勾攝。即搜查困難。

(甲之四) 假釋中之被告人。

此項被告人。即前受徒刑之執行。暫時出獄。復因別罪嫌疑爲被告者。(刑第六六條)其人既有前科。恐有逃走之虞。不得不從速勾攝。

(甲之五) 檢證死體中發見之被告人。

死體未便久延。若因檢證。(第一二二條第一四七條)發見之嫌疑人。必須從速勾攝。以免證據散佚。

乙原第一百九十五條改第二百八十八條。檢察官。司法警察官。司法警察吏。當執行職務時。發

見仍在犯所之現行犯者。以得命令勾攝之被告人爲限。(原第二〇三條改第二九六條規定其範圍)應依左列各款規定辦理。

第一 檢察官發給勾票或用言詞命令司法警察官或司法警察吏勾攝被告人。或親自勾攝。

第二 司法警察官發給勾票或用言詞命令司法警察吏勾攝被告人。或親自勾攝。

第三 司法警察吏得不待勾票或言詞命令勾攝被告人。

丙原第一百九十六條改第二百八十九條。現行犯仍在犯所者。雖非該管官吏。亦得逮捕之。逮捕被告人者。應即時送交地方以下檢察廳警察署或司法警察官司法警察吏。不得親自扣留。

丁原第一百九十七條至第二百零一條改第二百九十條至第二百九十四條規定。司法警察吏司法警察官及檢察官勾攝或接受被告人者。訊問留置或釋放時。應遵守之程序。

其三 關於檢證搜索扣押閱信之急速處分。

甲改第二百九十七條。檢察官於依第二百八十七條第二百八十八條得爲急速勾攝時。及於接受既經急速勾攝之被告人時。亦得爲檢證搜索扣押。或以此等處分。命令或囑託其他檢察官司法警察官。(比原第二〇四條)

乙改第二百九十八條。司法警察官於第二百八十七條第二百八十八條及第二百九十二條

情形得爲檢證搜索扣押。或以此等處分。命命或囑託他司法警察官。

開拆緘封書信。應先告知有開拆權者。(原第二〇五條)

改第二百九十九條。於人所居住或有人看守之宅第。建造物。鑛坑。船舶內。遇有第二百九十五條第一項之現行犯。檢察官司法警察官得徑入該處。而爲應急速之檢證搜索扣押。(原第二〇六條)

改第三百條。於人所居住或有人看守之宅第。建造物。鑛坑。船舶內。遇有第二百九十五條第一項現行犯。應處徒刑以上者。檢察官司法警察官司法警察吏得因逮捕被告人。徑入該處搜索。

前項情形。毋庸置蒞視人。(原第二〇七條)

改第三百零一條。前條規定於檢察官司法警察官司法警察吏。因逮捕第二百九十五條被告人而追攝者。準用之。(原第二〇八條)

改第三百零二條。司法警察吏執行勾票押票者。遇有必要情形。得徑入於人所居住或有人看守之宅第。建造物。鑛坑。船舶內。

如被告人潛匿者。得搜索之。(原第二〇九條)

丙改第三百零三條。司法警察官依第一百四十四條命令書爲搜索扣押者。關於其案件如發

見命令書內未記明之證據物應扣押或保管之。(原第二一〇條)

丁改第三百零四條。初級檢察官、司法警察官依第一百四十七條檢證死體發見犯罪者徑爲應急速之檢證搜索扣押。(原第二一一條)

其四 關於訊問證人通事者。

甲改第三百零五條。檢察官於第二百八十七條、第二百八十八條及第二百九十五條情形得訊問證人通事或以其訊問命令或囑託他檢察官、司法警察官。(原第二一二條)

乙改第三百零六條。司法警察官於第二百八十七條、第二百八十八條及第二百九十二條情形得訊問證人通事或以其訊問命令或囑託他司法警察官。

證人通事應科罰鍰者向該管檢察官告發之。第一百七十九條規定此項檢察官準用之。(原第二二三條)

其五 關於審判官之蒞視者。

預審中逆料難於公判時再行實驗證據或訊問證人得請求該處或鄰近地方以下審判衙門推事一員蒞視。惟實施急速處分而有此種情形者於開始預審前亦得請求推事之蒞視以保調查之真正。(改第二百零七條原案所無)

其六 注意。

急速處分。係屬例外之簡易程序。故關於勾攝檢證、搜索、扣押、保管及訊問。第四節（原第三章第六節）內無特別規定者。均依通常規定辦理。例如保釋、責付等項。未有特別規定者。即依第一章第三節（原案第二章第二節）規定。

第五節 提起公訴

其一 原則。

檢察官終結偵查或預審處分者。因職權或命令。應用書狀提起公訴。而請求公判。（原第三〇八條改第三〇九條）因職權提起公訴云者。指初級檢察官。在原第二百七十九條改第二百五十八條第三款情形。逕行起訴。而不待別項命令而言。其屬大理院特別權限之案件。由總檢察廳廳長提起公訴者亦同。（第四六九條）因命令提起公訴云者。指地方檢察官。必須待該管檢察長命令。而提起公訴也。（原第一九四條改第二七三條第四款）

起訴書內記明被告人姓名、犯罪事實及罪名。（第二一〇條第一項）若逆料起訴後。有仍應檢證之處所或物及訊問之證人。均於訴狀內逐一舉示之。（第二一〇條第二項）

在起訴時。並以可為證據之書狀及物。送交管轄審判衙門。（第二一〇條第一項）

若案件係屬地方審判廳第一審管轄。而請求合議庭審判者。應由檢察官在起訴時。記明起訴書內。其由被告人請求者。亦可用言詞為之。（第二一一條第一項第二項）地方審判廳長官接受其

請求。應以命令指定掌理該案件之合議庭或獨任推事。若無請求。即以職權命令之。(第三二一條第三項)

其二 例外。

提起公訴在原則上。應以書狀爲之。然遇有急速情形。亦可用言詞爲之。(第三〇九條但書)故例如在公判辯論中。發見被告人別有未受公訴之犯罪。(原第一五六條改第二三五條第二項)或其共犯。(原第一五七條改第二二六條第二項)因審判官之知照。可由列席檢察官。用言詞提起公訴。

在應急速情形。雖未經偵查或預審之犯罪或共犯。亦得以言詞起訴。起訴書內。原則上應舉示被告人姓名。其姓名不明者。舉示年貌及其他特徵。以指定其人爲誰。若姓名與年貌及其他特徵皆不明。而不知被告人爲誰者。即不能提起公訴。請求公判。若有證人而姓名不明者。亦同。(第三二〇條第二項)

第六節 公判

刑事訴訟。其行爲可分準備訴訟與實施訴訟兩種。實施訴訟行爲。以提起公訴爲始。以終結判決爲終。其中公判。爲審理及裁判案件而實施。實係最重要之程序也。公判亦有準備公判之行爲。與實施公判之行爲。

其一 準備公判之行爲。

準備公判之行爲。(一)有關於指定日期者。(二)有關於被告等人之傳喚者。(三)有關於證據物者。(四)有關於證人鑑定人通事之傳喚者。(五)有關於被告之辯護者。

(一) 指定日期。

改第三百二十七條。公判日期。審判長因職權定之。(至當事人得關於日期表示意見或陳述

希望然無向審判長強求日期之權利) 原第三二八條

審判衙門得以決定變更日期或延期辯論。

審判長得命令辯論續行。

當事人請求變更日期延期或續行辯論者。由審判衙門以決定裁判之。但駁回請求之決定。毋庸送達當事人。

遇有必要情形。得定日期於休息日。

改第三百二十九條。於審判長之指定公判日期。不加限制。但地方審判廳案件。以第一次公判

日期爲限。至少應隔五日。以便關係人之準備。若被告人無異議。五日以內。亦得開始公判。 原第三三〇條

(二) 被告等人之傳喚。

(甲) 被告人被告代理人及輔佐人之傳喚。

被告人不出庭時。原則上不得開公判。(第三二二條) 故須於公判日期前。為傳喚之程序。若其公判係地方審判廳第一次者。應於公判日期五日前。送達傳票於被告人。其無異議者。五日內亦得開公判。(原第三二二〇條改第三二一九條)

拘役罰金之被告人。得置代理人。(第五三條) 法人以代表人為被告代理人。(第五四條) 此種情形。準用傳喚被告人程序。以傳喚被告代理人。

被告人若有輔佐人。亦須傳喚之。(改第三二八條第一項第二項)

改第七十二條第七十三條第四項及第七十六條規定。於傳喚輔佐人準用之。

乙 證人鑑定人通事人之傳喚。

若有證人鑑定人通事。亦須於公判日期前。為傳喚之程序。(至鑑定若可依鑑定書調查者。不必傳訊之) 改第三百二十八條。不明揭證人等字樣。然其條之訴訟關係人字樣。包括證人鑑定人通事。自不待言。

(三) 證據之蒐集。

各項證據。在偵查或預審中。由檢察官蒐集之。然檢察官之蒐集證據。以斷定起訴與否。為其範圍。與在起訴後。為斷一切罪狀起見。由審判官蒐集者。不同。審判官則須搜集一切證據。以資斷定有

無犯罪。以及罪狀之重輕。故起訴後。審判衙門雖在未開始辯論以前。得爲一切因發見證據訴訟法所許檢證搜索。扣押傳訊等強制處分。(改第三二〇條第一項)

在未開始辯論以前。所實施之蒐集證據。本屬審判衙門之職權。不得由別人強求。其檢察官之於起訴書內。舉示可爲證據之書狀及物。(改第三二一〇條第一項第二項)或被告人等所爲之請求。可由審判衙門自由取舍之。(關於公判中之證據決定。則依改第三三五條辦理。)

前段所述蒐集證據。可由受命推事實施之。故地方審判廳。遇有必要情形。得就該廳合議庭員。或獨任推事。指定受命推事。(改第三二一〇條第二項)審判長亦得就庭員中。指定受命推事。(改第三二〇條第三項)受命推事之得爲一切因發見證據訴訟法所許強制處分者。與審判衙門之權限同。(改第三二一〇條第四項)

(四)證人鑑定人。通事之傳訊。

改第三百二十條第一項曰。起訴後。審判衙門不問辯論開始前後。得爲一切因發見證據本法所許強制處分。審判衙門之得因必要情形。在辯論前。傳訊證人鑑定人通事。以準備公判。自不待言。前(二)乙段所述證人等之傳喚。與本段所述傳訊不同。前者爲應於公判日期到場之命令。後者則爲在辯論前所實施之訊問。兩者之間。確有分明之區別存也。

(五)被告之辯護。

刑事案件。在起訴後。得(或應)置辯護人。(改第五五條至第六一條及第三二六條第三二八條)其關於準備公判者。如左。

甲被告案件。應科二等有期徒刑以上之刑。及第三百十七條情形者。無辯護人。不得開公判。(改第三一六條)故此案件。須於開始公判前。訊明既經選任辯護人與否。其未經選任者。應由審判長因職權指定辯護人。(改第三二六條)或由審判衙門因職權或因請求指定之。(改第三一七條)

乙官選辯護人。應就審判衙門所在地律師或學習檢察官或學習推事指定之。(改第三二八條)丙被告人。被告人之法定代理人。被告人之夫或選任辯護人。(改第五五條)因收受送達。應以其居所聲明。受訴審判衙門。(改第一九四條)審判衙門。應於公判日期傳喚之。

丁私選及官選辯護人。為資辯護起見。均得於公判前。就担任案件。查驗證據物。閱視書狀。鈔錄書狀。接見被告人。互通書信。(改第五八條第五九條)及於檢證搜索扣押蒞視。(改第一四一條)

注意 以上(一至五)外。保釋責付等程序。亦可於公判前實施之。但其性質。不屬於準備公判程序也。

檢證搜索扣押及傳訊等。蒐集證據之程序。於開始公判後。亦得為之。(改第三二〇條)其蒐集證

據者。雖在開始公判後。仍屬準備公判之程序。不屬實施公判之程序。又受訴後。發見第三百十六條第三百十七條情形。中止公判。且選任辯護人等行爲。亦同。

蒐集證據。不屬公判。故如中止公判。而由受命推事。或合議庭員全體。實施檢證扣押等情形。其所獲證據材料。應於公判庭。再行調查。以符直接審理與辯論主義。

其二 實施公判之行爲。本段所引條文序次皆依改正案

公判程序。自在公開法庭。(密行者屬例外)審判長詢問被告人姓名住址年齡等始。(第六七條)至諭知終局判決。其次第如左。

(1) 法庭之組織。

公判除定數推事始終出庭外。審判衙門書記官亦應出庭。(第三二二條)若不依此原則。組織法庭者。其判決違法。可依上告撤銷之。(第三九一條第一款)但宣告裁判。不以審理該案件之推事爲限。(第三二二條)

被告人不出庭。原則上亦不得開公判。(第五三條第五四條定其例外)故審判長。因命被告人出庭。得爲相當處分。(第三二五條)然於公判庭。得置人看守。不得拘束被告人身體。以喪失思想之自由。(第三二四條)又既經出庭之被告人。非審判長許可。不得退庭。(第三二五條第二項)

除推事檢察官書記官及被告外。應置辯護人之案件而不置者。(第三二六條第三二七條)其法

庭組織及審判不合法。可依上告撤銷（第三九一條第七款及第九款）

(2) 公判審理之範圍。

審判衙門不得就未受公訴之案件。而爲審判（第二五三條）惟有直接受理公訴者。與接受上級審判廳之付還。送交指定移轉等之分。

甲初級審判廳。地方審判廳及大理院。分別情形。有直接受理公訴之權限。（第二五八條第三款）

第二七三條第四款第四七一條第四六九條）至高等審判廳。則無直接受理公訴情形。

乙因上級審判衙門之付還。故受理案件者。即（一）第三百八十六條第一款情形。（二）第四百十四條

第二項情形。（三）第四百十五條第二項情形。（四）第四百十六條中一種情形是。

丙其因送交者。即（一）第四百十五條情形。及（二）第四百十六條中一種情形是。

丁由直接上級審判衙門。經指定管轄者。其受指定之審判廳。受理案件（第十八條）

戊若由直接上級審判衙門。或大理院。移轉管轄者。其受移轉之審判廳。受理案件。（第十九條第

二十一條）

審判衙門受理案件。以公訴內舉示之事實及犯人爲限。（第一三五條第一三六條）

既經提起之公訴。以第一審辯論前爲限。得撤銷之。（第二三七條）其經撤銷公訴者。審判衙門不

得審理。須以決定駁回公訴（第三二九條）

(3) 公判之審理及其指揮。

合議庭之審理案件。庭員全體。合而爲一。惟爲對外（原告被告及第三人）代表其合議庭對內整頓其作用起見。非有一機關不可。是審判長所由設也。審判長所有審理及指揮公判之權限。大略如左。

甲 訊問被告人及調查證據。由審判長行之。（第三二六條第一項）此訊問及調查。均以審判長爲代表。由合議庭行之。

乙 公判時。審判長之指揮。（一）指揮開始或閉鎖法庭。（編第五六條）（二）許可陪席推事或檢察官之訊問被告人或證人。（第二二六條第二項）（三）因被告人之請求。訊問證人鑑定人或共同被告人。（第三二六條第三項）（四）得指定公判日期及命辯論續行。（第三二七條第一項第三項）

若獨任推事行審判時。則審判長之職權。均由該獨任推事行之。（編第六七條）

(4) 公判審理之序次。

公判時。首先訊問被告人姓名住址等。嗣由檢察官陳述此案要旨。繼乃調查證據。以及言詞辯論。嗣以檢察官之論告。與被告人之最終辯論。而後爲判決。

甲 訊問被告人以驗其人有無錯誤。

開始公判時。審判長須先訊問被告人姓名住址年齡職業。以徵驗其人有無錯誤。（改第三三〇條前半規定）公判以此訊問為開始期。至庭丁引至被告人於法庭之程序。仍係準備行為。並非公判之一部。又此訊問。以徵驗其人有無錯誤為宗旨。故因必要情形。得除姓名住址年齡職業外。就有無前科等項。而亦訊問之。惟其訊問之範圍。不能涉及本案內容。

乙檢察官陳述案件要旨

審判長依前段之標準。訊問被告人後。檢察官應陳述案件要旨。（改第三三〇條）所謂陳述案件要旨者。檢察官向審判官。關於起訴書內。舉示某某被告案件。請求審判之謂。此為審判基礎。若於未行此陳述以前。審判官就案件訊問被告人。或調查證據。或命言詞辯論。概歸無效。公判之言詞辯論。以前段所述檢察官之陳述。為開始期。（改第三三一條）

丙審判長就案件訊問被告人

檢察官陳述案件要旨後。審判長應就案件訊問被告人。（改第三三二條第一項）所謂就案件訊問被告人者。詢問被告人承認被告事實與否之謂。而非強求其自白。故若被告人不肯承認被告事實。而主持有利之證據時。審判官須聽取。以資發見真實。

在衆證主義。訴訟法上。被告人之自白。原屬一種證據。較他種證據。並無重輕之別。故審判官有自由取舍自白之權限。不因自白。以拘束其心證也。（改第三二五條）

丁調查證據

審判長就案件訊明被告人後。開始調查證據。(改第三三二條)關於調查證據。應遵守左列程序。

(1) 證據物。應示被告人。(第三三二條第二項)

(2) 證據書狀。應由審判長或命書記官朗讀之。但當事人無異議者。亦得告知其要旨。以代朗讀。(第三三三條第一項)被告人若不解證據書狀之意義。應說明之。(第三三三條第二項)草案未明定由何人說明書狀意義。應可援用第一項。由審判長或書記官行之。

(3) 審判長每調查一證據。畢應訊問被告人有無意見。並向被告告知。可提出有益之證據。(第三三四條)

(4) 當事人請求檢證鑑定。傳訊證人及其他調查證據。審判衙門以決定裁判之。(第三三五條)以上所述。係屬調查證據之程序。其關於證據材料。草案所定如左。

(1) 判決資料之證據。以審判衙門直接調查者為限。但有特別規定者。不在此限。(第三二一條)

(2) 左列書狀。得為證據。(改第三三二條)

第一、起訴後。由審判衙門或受命推事。作制之檢證。搜索扣押保管訊問證人等筆錄及其補充之書狀圖畫。

第二、官吏公吏據其職務證明身分年齡前科等項之書狀。

第三、外國官吏公吏據其職務證明身分年齡前科等項之書狀。但以其書狀經真正證明爲限。

第四、鑑定書鑑定筆錄及其補充之書狀圖畫。

(3) 起訴前由檢察官司法警察官或依法律特有審判檢察權限者。作制之檢證搜索扣押保管等筆錄及訊問被告人共同被告人證人鑑定人筆錄並其補充之書狀圖畫。有左列各款情形者得爲證據。其依條約而爲訴訟上共助之外國官員或公署作制者亦同。(改第三三三條)

第一、以筆錄及補充之書狀圖畫爲證據。當事人無異議者。

第二、因處所或物之所在遼遠或已消滅或其他事由不能再行調查或難於調查者。

第三、因共同被告人證人鑑定人亡故或疾病或遼遠或所在不明或其他事由不能再行訊問或難於訊問者。

第四、被告人證人於起訴後之陳述較起訴前之陳述有重要變更認爲無理由者。

第五、被告人證人公判中拒絕陳述者。

(4) 初級審判廳管轄案件。若該審判廳認爲毋庸再行調查。雖無前段情形。仍得以前條之筆錄及補充之書狀圖畫爲證據。(改第三三四條)

以上所述各種書狀。可爲判決資料之證據。然因證據之證明力。本任推事自由判斷。(改第三三二

五條)故據他項理由認爲此等書狀亦不能信用者即得不採用之也。

訊問證人鑑定人共同被告人須守左列規定。

(1)關於訊問被告人之第六十三條至第六十七條規定於訊問證人鑑定人準用之。(第一六四條第一八四條)

(2)證人在未行供述以前不令其蒞視審理與辯論所以預防陳述虛僞也。

(3)審判長逆料證人鑑定人(共同被告人)不能在被告人面前盡其陳述者得於陳述中命被告人退庭但證人鑑定人(共同被告人)陳述已畢應命被告人入庭告知陳述要旨。

戊言詞辯論與檢察官之論告以及被告人之最終辯論。

調查證據已畢須由審判長命令訴訟關係人開始言詞辯論以備判決其序次如左。

先由檢察官陳述事實上及法律上意見而爲其論告繼以被告人之答辨與辯護人之辯論然被告人到場而不肯陳述者得不待被告人之辯論而爲判決。(第三四九條)

檢察官吏及被告人得更陳述意見但辯論最終應命被告人陳述即言詞辯論以被告人之最終辯論(或以被告人所爲無意見之答辯)爲止。(第三四四條)

遇有必要情形審判衙門得於辯論終結後再開辯論。(第三四五條)

(5) 公判之停止及其更新。

被告人有精神障礙者。於其障礙繼續中。停止公判。

被告人因疾病不能出庭者。於其能出庭前。停止公判。

前二項規定。於許可代理人到場者。不適用之。(第三三六條) 審判衙門因被告人精神障礙。停止公判者。應更新公判之程序。

因其他事由。停止公判至七日以上者。亦得按其情形。更新公判程序。(第三三七條)

(6) 先行判決。

(甲) 可爲先行判決之情形。

先行判決。即對於終局判決而言。凡有左列各款情形。得於終局判決前。隨時爲先行判決。(第三三八條)

第一 案件不屬該地方審判廳及所屬初級審判廳管轄。

第二 確定判決。

第三 犯罪後之法律廢止該罪刑罰。

第四 法律全免刑罰。

第五 大赦。

第六 提起公訴權之時效。

第七 被告人亡故。

第八 親告罪無人告訴。

第九 親告罪撤銷告訴。

第十 未提起公訴及提起公訴程序不合法。

第十一 撤銷公訴。

第十二 案件在審判衙門現行審理及裁判尙未確定。

第十三 被告人不屬中華民國之審判權。

第十四 被告人不屬通常審判衙門審判權。

(乙) 先行判決之種類。

先行判決之請求。有有理由者與無理由者。其有理由者。審判衙門應以判決。爲左列各款諭知。

(第一) 前段第一號情形。諭知管轄錯誤。

(第二) 前段第二號至第六號情形。諭知免訴。

(第三) 前段第七號至第十四號情形。諭知駁回公訴。

其無理由者。應以判決。駁回請求。(第三三九條)

(丙) 先行判決之效力。

先行判決之請求。爲審判衙門以判決所駁回者。關於上訴。以終局判決論。其判決確定前。停止公判程序。(第二四〇條)

(丁) 可請求先行判決者及職權調查。

先行判決。得由當事人。在終局判決前。隨時請求。(第二三八條) 審判衙門。亦得因職權。(卽不待當事人請求) 隨時爲管轄錯誤或諭知免訴或駁回公訴之判決。(第二四一條)

(7) 終局判決。

辯論終結者。審判衙門。應以終結判決。爲左列各款諭知。(第二四六條)

第一 案件不屬該地方審判廳。或所屬初級審判廳管轄者。諭知管轄錯誤。若地方審判廳辯論中。發見其案件屬該管初級審判廳管轄者。不爲管轄錯誤之諭知。而作爲管轄案件。爲第一審判決。(第二四七條) 其在未開始辯論以前。發見其事由者。因請求或職權。爲管轄錯誤之先行判決。

第二 (1) 裁判已經確定。或(2) 犯罪後之法律廢止該罪刑罰。或(3) 法律全免刑罰。或(4) 有大赦。或(5) 提起公訴權。依時效消滅者。諭知免訴。

第三 (1) 被告人亡故。(2) 親告罪無人告訴。(3) 或將其告訴撤銷。(4) 未提起公訴。及提起公訴。而其程序不合法。(5) 或公訴經撤銷。(6) 案件仍在既訴狀態。(7) 被告人不屬中華民國之審判權。(8) 或

不屬通常審判衙門之審判權者。諭知駁回公訴。

第四 犯罪不能證明。(即有罪證不完足者)及被告人之行為不為罪者。諭知無罪。

第五 犯罪經證明者。諭知科刑。

(8) 缺席判決。

公判不問審理時與判決時。均須被告人在庭。然左列情形。作為例外。

甲 拘役罰金之被告人。受傳喚不到場者。得不待被告人之辯論。而為判決。(第三五〇條)

乙 被告人到場後。因維持秩序。命其退庭者。亦得不待被告人之辯論。而為判決。(第三四九條)

丙 辯論終結後。被告人未到場者。亦應諭知判決。(第三四八條)

(9) 判決附屬之問題。

關於判決發生五種程序。即(一)諭知日期。(二)釋放羈押人。(三)解除扣押或保管物。(四)担負訴訟費用。

(五)告知上訴權。(六)對於審判長處分之異議。是其要領如左。

甲 諭知判決之日期。

諭知判決。應於辯論終結日為之。然其須為準備者。得以於至遲辯論終結後七日為之。(第三

五四條)

乙 釋放羈押者。

第一 在左列各種情形。若被告人受羈押者。以已諭知釋放論。(第五五一條第一項)其已諭知釋放論云者。指當然發生應釋放之效力。而不必明示判決內而言。

(1) 被告人受管轄錯誤之諭知者。(例外見後)

(2) 被告人受免訴之諭知者。

(3) 被告人受駁回公訴之諭知者。(例外見後)

(4) 被告人受無罪之諭知者。(不分有罪證據不足與被告行爲不爲罪)

(5) 被告人受罰金之諭知者。

第二 被告人受管轄錯誤或駁回公訴之諭知。而遇有必要情形。(例如須將被告人送交管轄審判廳或外國領事等)爲羈押被告人起見。審判衙門得維持舊發之押票。或新發押票。並諭知其案件。送交檢察官。(第三五一條第一項)蓋管轄錯誤及駁回公訴之諭知。當然發生應釋放被告人之效力。故更行羈押或新行羈押時。必須明言維持舊發押票。或新發押票也。

檢察官接受送交案件者。應於三日內。爲以其案件送交該管檢察官。或提起公訴之程序。其不爲送交或起訴者。應釋放被告人。(第三五一條第二項第三項)

丙 解除扣押或保管物。

第一 扣押或保管之物。而不受沒收或沒入(即行政處分之官沒)之諭知者。不問被告人受科刑

之諭知與否。概以受解除扣押或保管之諭知論（第三五二條）所以必須沒收或沒入之物。審判衙門應於判決時。明示其諭知。

第二被告人受管轄錯誤或駁回公訴之諭知者。得按其情形。爲維持扣押或保管之諭知。（第三五二條第二項）

第三檢察官接受送交案件後。釋放被告人者。應由檢察官解除扣押或保管之物。（第三五二條第三項）

第四刑律第四十八條第二款之物（供犯罪所用或豫備之物）或第三款之物（因犯罪所得之物）經扣押或保管。而因別有權利者在。應付還其人者（刑律第四九條）雖無請求。亦由審判衙門諭知付還。（第三五三條第一項）

第五扣押或保管之物。毋庸保存。而先行付還者（第一三七條）若不更爲扣押或保管之諭知者。概以受付還之諭知論。而爲確定之付還。（第三五三條第二項）

第六扣押或保管之物。而付還被告以外之人者。利害關係人。仍依民事訴訟程序。得主張其權利。而請求交付其物。（第三五三條第三項）

丁 担負訴訟費用。

被告人被科刑者。審判衙門因職權諭知擔負訴訟費用。（第三五六條）其受管轄錯誤。或免訴

或駁回公訴或無罪之諭知者。不能命其担負訴訟費用。
戊告知上訴權。

被告人被科刑者。審判長應告知得爲上訴及上訴期間。(第三五六條第一項)例如向被告
告曰。被告人若不服本判決。可於幾日內。(第二七五條)聲明控告。

若送達判決者。應以上訴權事宜。記明判決書內。令其注意。(第二五六條第二項)
己對於審判長處分之異議。

當事人就審判長之處分。(例如以被告退庭。命令爲不當之類)聲明異議時。審判衙門以決定
裁判之。(第二四三條)

第三章 上訴

將前審判決撤銷或變更之法有二。一曰上訴。一曰再理。上訴云者。指不服前審判決。於未確定以
前。向直接上級審判衙門。請求撤銷或變更之訴而言。即本章所規定者是。再理云者。指不服前審
判決。於確定後。分別向原審判衙門或大理院。請求撤銷或變更之訴而言。即第四編第一章所規
定者是。

上訴可分爲三種。曰控告。曰上告。曰抗告。不服初級審判廳第一審判決者。得向地方審判廳。聲明
控告。不服地方審判廳第一審判決者。得向高等審判廳。聲明控告。凡第一審判定之事實點及其

法律點。皆得據以爲聲明控告之理由。不服地方審判廳第二審判決者。得向高等審判廳。聲明上告。不服高等審判廳第二審判決者。得向大理院。聲明上告。惟其上告之理由。僅得據第二審判決之法律點。聲明之。而不得關涉事實點。是謂三審制度。至抗告則爲不服決定所提起之上訴。有時並得行再抗告。亦爲三審制度也。

第一節 通則

本節說明六種事宜。卽(1)有上訴權之人爲誰。(2)上訴之合法不合法。(3)上訴之捨棄及其撤回。(4)回復上訴權。(5)在監被告人之特別規定。(6)知照相對人程序。其一 有上訴權之人。

左列各人得爲上訴。

(1)當事人。卽檢察官及被告人。

疏 檢察官及被告人有上訴權。但其上訴之內容是否同一。不可不辯。所謂上訴之內容。卽利於被告及不利於被告是也。檢察官得爲不利益於被告之上訴。亦得爲利益於被告之上訴。表面上觀之。檢察官既爲原告。卽不應爲利於被告之上訴。但此不當之見解也。檢察官代表國家。請求法律適用之正當者。被告不應受罰而受罰。或犯罪輕而刑罰重。皆爲適用法律之不正當。檢察官爲利於被告起見而提起上訴。當然爲法律所許。蓋必如此方與代表公益之性質相符。此採檢察制度之特色。與從前被害人之爲原告者。迥不相侔矣。至被告之上訴。祇得爲利於自己者。其不利於自己之上訴。法所不許。蓋被告無代表公益之權也。

(2)法定辯護人(第三一六條所定者)及裁定辯護人(第三二七條所定者)此兩種辯護人。爲被告人利益起見。聲明上訴。但被告人明示反對者。不在此限。(第六一條)

(3) 被告人之法定代理人或其夫(得以輔佐人之資格獨立爲上訴第六二條)

其二 上訴之合法與不合法。

上訴若不合法。不免爲上訴審判衙門所駁回。(第二八五條第四一一條)所謂上訴之不合法者。指其不爲法律所許可或不遵程序或不遵期間者而言。

(甲) 不爲法律上所許可之上訴。

法律上所許可之上訴。有關於其種類者。有關於其不服點者。有關於其內容者。

疏 不爲法律所許可之上訴。有絕對無可上訴。如大理院第一審即終審之案件是。(如內亂罪)有本可以上訴因其方法不合而不許者。如上告審不許以事實點爲理由。是又如抗告不許以判決爲理由。理亦是不遵程序如須用書狀上訴。而用書言。上告須用理由書而不用皆是。

(甲之一) 關於上訴之種類。法律僅許可控告與上告及抗告三種。其他上訴。無論用何種名目。

(例如哀訴或嘆願等)概不爲法律所許。大理院之第一審並終審之判決。亦不得爲上訴。

(甲之二) 關於上訴之不服點。在控告審。則於事實與法律各點。皆可不服。而請求第一審之變更或撤銷。在上告審。僅可以法律上之點爲理由。至事實點之上告。則不爲法律所許可。

(甲之三) 關於上訴之內容。一檢察官得爲上訴。不論於被告人有利無利。(第三五七條)二被告人不得爲自己不利益之上訴。(辯護人及輔佐人亦不得爲於被告人不利益之上訴)以期無背於法律許可被告人上訴之本意。故左列內容之上訴。概不得由被告人爲之。

(1) 變更較輕刑罰。而請求較重刑罰。

(2) 改無罪之判決。而請求有罪。

(3) 改免訴之判決。而請求受理公訴。

(4) 改免訴或管轄錯誤之判決。而請求依判決諭知無罪。

(乙) 不遵程序之上訴。

控告及上告。均有法定程序。聲明控告者。須提出聲明控告書。於第一審審判廳。(第三七七條) 聲明上告者。須提出聲明上告書及上告理由書。於控告審判廳。(第三九五條) 其理由書之由被告人或輔佐人提出者。並須由辯護人或律師簽名蓋印。凡於此等程序。如有不遵者。其上訴即為不合法。

(丙) 不遵期間之上訴。

聲明控告及上告期間為五日。(審試章第六〇條) 提出上告理由書期間。為提出聲明書後十日。(第三九五條) 凡於此等期間。如有不遵者。其上訴亦為不合法。

其三 上訴之捨棄及其撤回。

未為上訴者。得於上訴期間內。捨棄上訴權。(第三六〇條) 已為上訴者。得於裁判前隨時撤回。(第三六一條) 捨棄與撤回。均屬拋棄上訴權。然捨棄發生於未經提起上訴以前。撤回發生於已

經提起上訴以後。是兩者之區別也。

疏 無捨棄之辦法。勢必俟裁判確定後。方可執行。若已表示捨棄上訴。權則雖在上訴期間內。可即執行。故此種規定。謀實際上之便利也。

(甲) 程序。

凡捨棄上訴權。向原審判廳爲之。撤回上訴。應向管轄上訴審判衙門爲之。但第三百七十九條第一項情形。應向第一審審判廳聲明撤回。(第三六二條)(第三八〇條)

上訴權之捨棄及撤回。均可用書狀或言詞爲之。但用言詞者。應於公判庭爲之。而以其聲明。記明筆錄內。(第二六三條)

(乙) 效力。

上訴權之捨棄及撤回。皆在上訴期間內。確定裁判之效力。(第二六四條)惟因檢察官及被告人。皆有上訴權。故捨棄或撤回。確定裁判之效力。亦不免有區別。檢察官或被告人。其一方面捨棄上訴權。而他方面未聲明捨棄者。裁判即屬確定。至撤回上訴權。如由聲明上訴者。撤回。裁判即屬確定。而不待他方面之同意也。(參照第三八一條及第四〇四條)

其四 上訴權之回復。

期間經過。上訴權本屬喪失。然因天災(例如因水災交通遮斷)或其他事故。(例如因兵亂該管官員皆逃逸之類)於期間內不能上訴者。許向原審判廳聲請回復上訴權。以重訴權。(第三六

五條

疏 無撤回之辦法則必俟上級衙門判決後方能執行。有此辦法則撤回後即可執行亦謀便利之規定也。

原狀回復有廣狹二義。狹義之原狀回復即訴訟法上之原狀回復。即上訴權之回復也。廣義之原狀回復民法上損害賠償之一種方法亦包括在內。

(甲) 程序。

聲請回復上訴權。應於天災或其他事故消滅後。普通上訴期間內(五日)用聲請回復控告權(或上告權或抗告權)書為之。聲請書內簡單叙明不能上訴之事由。(第三六六條)用言詞之聲請。為法律所不許。

疏 敘明日本謂之疏明。疏明對於證明而言。疏明者簡單之語言能使人相信之謂也。證明者則須用種種之證據。方可以證明者也。聲請者僅敘明不能上訴之理由已足。證以不能上訴之原因顯而易見。不須為詳細之證明。若必須用詳細之證明者。法不許其。上訴權回復焉。

聲請回復上訴權者。應於其聲請時。並補行上訴程序。(第三六七條)故請求回復控告權人。亦須於聲請時。提出聲明控告書。(第三七六條第三七七條)

請求回復上告權人。應提出聲明上告書。以及上告理由書。(第三九五條)請求回復抗告權人。亦同。

(乙) 聲請回復上訴權之裁判。(第三六八條)

回復上訴權之聲請。其由被告人提出者。應由原審判廳諮詢檢察官。以決定裁判之。其由檢察官

提出者。以已經諮詢論。

駁回聲請之決定。得於決定後三日內。聲明抗告。

〔疏〕 由原審判衙門裁判者。以便於調查也。以決定行之者。以此種裁判較簡。不須經過言詞辯論之程序也。

(丙) 聲請回復上訴權之效力。

聲請回復上訴權。有停止執行裁判之效力。(第三六九條)故如科刑之裁判。因聲請不能發生執行刑罰之效力。無罪之裁判。不能發生釋放被告人之效力。以待聲請之裁判。

〔疏〕 此為聲請之效力。非裁判之效力。許其回復與否。乃裁判之效力也。

其五 在監被告人之特別規則。(第二七〇條)

被告人在監獄羈押者。其自由與普通人大不同。如無特別規則於實施上訴權上。有欠公允。草案擬設特別規則如左。

在監被告人為上訴者。得經監獄署長提出聲明上訴書。(其願依普通程序聲明上訴者。亦法律所許可)若於上訴期間內。提出聲明書於監獄署長者。即其署長未於期間內。轉交審判衙門。亦發生聲明上訴之效力。

被告人如不能親自作製聲明書。應由監獄署長。或命屬員代作。以保護不知文字者之上訴權。監獄署長。應速以聲明書。送交原審判廳。並知照收受被告人所作聲明書之日時。或代作日時。以

便辨識於期間內提出聲明與否。前述在監人之特別規則於捨棄或撤回上訴權。或提出上告理由書及答辯書。準用之。(第三七一條)

其六 關於上訴知照相對人程序。

聲明上訴捨棄上訴權。撤回上訴及請求回復上訴權。應皆由審判衙門。從速知照相對人。其在公判庭用言詞實施。(第三六三條第二項)而相對人亦在庭者。以已經知照論。(第三七二條)

第二節 控告

控告云者。指為請求撤銷或變更第一審終局判決起見。向直接上級審判廳所提起之一種上訴而言。在法國不得對於陪審審判廳(即於審判官外添陪審員之審判廳以審判重案為主者)之判決。提起控告。對於其他判決。則可提起之。在英國除有一定限制外。對於陪審審判廳之判決。亦得提起控告。在德國僅得對於初級審判廳之判決。提起控告。而對於其他判決。概不許可。民國草案。擬用概括的許可主義。故對於第一審終局判決。均可提起控告。無分何種審判廳之判決。

〔疏〕陪審員與陪席推事其意義大不相同。陪審推事本係審判官。即合議庭審判長以外之推事也。至陪審員則為名譽職。由人民選舉之。與議士相同。

其一 控告之要件。

草案第三七三條規定控告之要件。以與上告及抗告劃分界限如左。

一 控告須係不服第一審判決者。故如不服第二審判決者。可以提起上告。而不得提起控告。

二 控告須係不服終局判決者。故如先行判決以其駁回請求先行判決者爲限。得徑提起控告。(第二四〇條)若以先行判決之請求爲有理由。而諭知管轄錯誤或免訴或駁回公訴者。其性質係終局判決。得依普通原則。提起控告。

三 控告須不服初級審判廳或地方審判廳之第一審判決。高等審判廳。無第一審之管轄權。大理院所管第一審案件。且爲終審。均不准控告。惟不服之理由。則不分係事實點與法律點耳。其二 聲明控告期間及其程序。

聲明控告期間爲五日。其日數。自諭知判決日起算。(第三五九條)故依草案言之。用言詞者。自諭知之日起。爲七日。用送達者。自收受送達日起。爲七日。(是係民訴第二三三條之例外)

聲明控告。應於第一審審判廳。提出聲明書。(第二七七條)言詞聲明。爲草案不許可。

其三 接受聲明控告之第一審審判廳。應爲之處置。

第一審審判廳。接受聲明控告者。分別情形。實施左列三種處置。

(1) 聲明控告係屬喪失聲明權者。應由第一審審判廳諮詢檢察官。以決定駁回之。如不服此決定。得於三日內。提起抗告。(第二七八條)所謂喪失聲明控告權者。除聲明期間既經過者外。因捨棄或撤回判決已屬確定者亦屬之。(第二六四條)

(2) 除前段情形外。第一審審判廳。應速以書狀之證據物。送交配置該廳之檢察官。更由該檢察

官送交配置控告審判廳之檢察官。此爲原檢察官得以附添意見書起見所不可少者。(第三七九條第一項)

配置控告審判廳之檢察官應閱視書狀及證據物送交控告審判廳。故該檢察官可於先研究案件以斷定意見。(第三七九條第二項)

(3) 被告人被羈押者由配置第一審審判廳之檢察官送交控告審判廳所在地之監獄。(第三七九條第三項) 以便實施直接審理。

其四 全部之控告與一部之控告。

當事人不服第一審判決。有對於其全部者。有對於其一部者。若不服其一部者不必審判其全部。故第三七六條第一項。准爲一部之控告也。惟須設左列兩種權限制。

疏 對於判決不服。根本上不服則可提起全部控告。有僅對於其判決一部不服者。如被告對於審判廳所認之事實及判決之主刑皆無不服之意見。惟對於沒收之從刑表示不服。則其不服祇限於一部。不必全部改審。祇就其不服之部分審理之足矣。此即一部控告。

(1) 當事人若不明示不服之一部。而僅曰不服第一審判決。故聲明控告者。審判廳不能擅爲限定。故第三七六條第二項。定曰。聲明控告。不以一部爲限者。以對於全部論。

疏 當事人未明言一部不服。即爲全部不服。法院不得妄爲限定。

(2) 當事人明示不服之一部。然其性質涉及其他部分者。審判廳應依第三七六條第三項規定。

就其他有關係之部分。亦爲審判。例如被告人以從刑過重而控告。則非調查事實與法律問題全部。不能斷定其主張之當否。此種控告。實不得以全部控告論。

疏 (1) 明言不服全部。(2) 不示定不服之範圍者。(3) 示定一部而牽連全部者。

其五 主控告與附帶控告。

原告或被告提起控告(即提起主控告)相對人不僅於控告審得爲答辯。且^{其亦}得亦聲明控告。而主持別種意見。是曰附帶控告。(第二八一條)此種附帶控告。以相對人提起主控告。爲其成立要件。故其結果如左。

疏 附帶控告之所以發生。如某被告宣告三年徒刑。檢察官之意以爲略輕。然並不擬提起控告。而被告以爲應受無罪之判決。提起控告。檢察官因之亦提起判決。科刑略輕之控告。則檢察官之所提起者。即附帶控告也。

(1) 原告或被告提起主控告於期間內。並於未捨棄以前而未撤回。其相對人雖期間已過。或聲明捨棄或撤回後。仍得爲附帶控告。(第二八一條第一項)

疏 在控告期間內。主控告因他種原因消滅。從控告不消滅。若不在期間內。則附帶控告亦消滅。何也。過期間不能提起故也。

(2) 配置控告審判廳之檢察官。亦得爲附帶控告。(同條第二項)

(3) 主控告因不合法故。經駁回。或爲聲明人所撤回者。附帶控告失其效力。惟其附帶控告。係於期間內所聲明者。不因主控告之駁回或撤回。喪失其效力。(同條第三項)

其六 控告審審理之次序及程序。

控告審判長於先訊問公訴被告人姓名住址等後。命聲明控告人陳述控告之意旨。嗣開調查證據與言詞辯論。由檢察官爲其論告。以公訴被告人最終辯論爲止。其於第三章（上訴）第一節（通則）第二節（控告）內。無特別規定者。地方審判廳第一審訴訟程序。於控告審準用之。（第七四條）

疏 被告專指被告人言。檢察官雖爲被控告者。亦不得爲被告。故最終言詞辯論仍在被告人。

其七 控告審審理之範圍。

控告審判衙門。應就第一審判決中。聲明控告及有關係之部分調查之。（第三八三條）（參照第三七六條規定）

控告審之調查證據。其特別規則。分左二種。

(1) 第一審之證人。毋庸再行訊問者。得以第一審之訊問筆錄爲證據。（第三八四條第一項）

疏 雖有訊問筆錄。若當事人請求再爲調查。法院可自斟酌。即所謂證據決定。

(2) 毋庸再行檢證者。得以檢證筆錄爲證據。（第三八四條第二項）

疏 此二種特別規則。似與直接審理不合。而其實不然。當事人若以爲應再審訊。或檢證者仍可主張之。若其主張有理由。審判廳仍須再爲調查。若當事人無此主張。則可不必徒費無益之程序。此法之所以從便利也。

其八 控告之駁回及原判決之撤銷。

甲 控告之駁回如左。

(1) 因控告不合法故駁回者。有三種。即控告而不爲法律所許可者。及不遵程序者。與不遵期間者。(第三五八條) 皆不免據此理由。受諭知駁回之判決。(第三五八條第一款) 惟期間已經過者。若由第一審審判廳發見。應由該廳以決定駁回聲明。(第三七八條) 若第一審審判廳不發見。即由控告審判廳以判決駁回控告。

(2) 因無理由故駁回者。(第三八五條第二款) 例如被告人主持第一審審判廳認定事實不當。而控告審判廳調查證據認爲毫無不當之處者。即不免受駁回控告之判決。

(3) 因被告人輔佐人提起控告。而被告人不出庭故駁回者。(第三八八條第一項) 是輕視司法權之一種制裁而已。惟其控告係由檢察官提起。而被告人不出庭者。除不待被告人辯論爲判決外。不得據被告人不出庭之事實。徑爲駁回控告之判決。(第三八八條第二項) 須依第三八五條或第三八六條。分別實施判決。

疏 有反對此種制裁駁回者。以爲因被告之不出庭。便即駁回。未免太苛。其實不然。設有正當之理由。而不出庭。則有回復原狀之救濟方法。若無正當理由。而仍不駁回。則於保護此被告人固爲仁至義盡。雖司法機關非爲一人一事。而設。何得因一人之故意過失。致妨礙於公務乎。

乙 撤銷原判決之判決如左。

若控告有理由。則應就第一審判決撤銷控告。及有關係之部分。而更爲控告審之判決。其情形分爲左列三種。

(1) 控告人將第一審判決之事實點或法律點認爲不當。控告審判廳亦以其主持爲正當。(即爲控告有理由) 即撤銷第一審判決。而據該廳所信爲相當之判決。(第二八六條第一項)

(2) 第一審判決。知管轄錯誤。或駁回公訴。而控告審判廳。依有理由之控告。撤銷第一審判決者。應由控告審判廳。以其案件付還原審判廳之判決。(第二八六條第一款)

(3) 第一審判決。諭知有管轄權。而控告審判廳。撤銷其判決時。如該控告審判廳。有第一審審判權者。應由其控告審判廳。爲第一審審判。若其第一審審判權。屬他審判廳者。則控告審判廳。僅得撤銷第一審判決。不得付還或送交案件。至正當管轄審判廳。應屬何處。當由原告自定之。

第三節 上告

上告云者。不服地方審判廳或高等審判廳第二審終局判決之法律點。而向直接上級審判衙門。所提起之一種上訴是。其僅以法律問題爲提起之理由。爲上告之特點。蓋事實問題。第一審及第二審。既經詳細調查。除依再審程序外。不許再行上訴。至法律問題。則非統一解釋。不足以維持威信。故令於第三上審告時。更爲審判。

疏 何以事實點上告不許主張。蓋以事實既經過二次調查。業已詳盡。若以當事人之不能貫徹其主張。而三審仍須調查。則即四次五次調查亦未必即能貫徹。法爰設以限制。蓋不得已也。至法律點何以必須三審而不限於二審。則注重在釋法律也。

統一全國解釋法律也。

不服第一審者。可以控告。不服控告者。可以上告。是謂三審制度。惟第一案件之審判。並非三次審

判爲止。上告審判衙門。並得依第四百十四條及四百十五條規定。將該案件付還或送交第一審審判衙門。或控告審判衙門。令其再行審判。故於一案件。往往有經五六次審判者。所謂三審制度。乃指第一第二及第三之審級而言。非謂審判必以三次爲止也。

其一 上告之要件。

甲 原則。

上告之成立要件。見第三百八十九條（及第三百四十四條）（一）須係不服判決者。其不服決定者。可分別提起抗告。而不得提起上告。（二）須係不服第二審判決者。其不服第一審者。可提起控告。而不能提起上告。（三）須係不服地方或高等審判廳判決者。初級審判廳及大理院。不管轄第二審案件。故無不服此兩種審判衙門第二審判決情事矣。乃不服地方審判廳第二審判決者。可向高等審判廳提起上告。不服高等審判廳第二審判決者。可向大理院提起上告也。（法編法第二七條第三六條刑訴第五條第六條）

草案限制上告。非經第二審判決不得提起之者。亦自有理由。蓋控告不問事實點與法律點。有不
服者。皆得據以爲提起控告之理由。若當事人對於第一審事實點之判決。已承認。惟於法律點。未能滿足時。即可依第三百七十三條。向控告審判廳提起控告。無庸逾控告審而許行上告也。

乙 上告之理由及法定違法情形。

上告應以第二審判決違法爲理由。(第三九〇條)所謂違法者。違背實體法(卽刑律)與違背程序法(卽訴訟法)皆包括在內。凡審判案件。法律上應爲而不爲。不應爲而爲者。俱屬違法。皆得據以爲上告之理由。蓋上告審判衙門於原判決之事實點。並不過問。惟以糾正違法爲其專責也。(其限制見後)

除第三百九十條之概括規定外。第三百九十一條並列記違法情形。其種類如左。

疏 有三百九十一條之規定。遇此條所列之情形。以違法論。法院不得謂不違法。除此以外。法院可任意判決爲違法與否。

第一 判決審判衙門不依法律編制者。

疏 如合議庭必須五推事。或三推事。實際上於應置五推事者。僅置三推事。應置三推事。僅置一二推事。皆係不依法律編制。卽皆爲違法。

法律規定對於輕微案件。被告人可不出庭。及控告不出庭等情形是。

第二 被迴避之推事或檢察官參與該審判者。

第三 被拒却之推事或檢察官參與該審判者。

第四 有管轄權或管轄錯誤之判決。而不當者。但關於土地管轄者。不在此限。

第五 審判衙門受理公訴或駁回公訴。而不當者。

第六 除法律有特別規定外。被告人未出庭。而爲審理者。

第七 應置辯護人之案件。辯護人未出庭。而爲審理者。

〔疏〕此處不專指法定辯護人而言。即被告所選任之辯護人。審判衙門不告知之。而逕行審理。亦爲違法。

第八 除法律有特別規定外。審判衙門於接受請求之事宜。不爲判決。或就未接受請求之事宜。而爲判決者。

第九 違背公開審判規定者。

第十 判決不附理由。或其理由有牴牾者。

〔疏〕判決之形式。最先爲主文。其次爲事實之理由。次爲證據之理由。次爲法律之理由。三種理由。有一不備。卽爲不附理由。如認定共犯。而不言其共犯之理由。未遂犯減輕。而不言其未遂之理由。皆是。其理由有牴牾。如事實上認爲詐欺。脅迫。而法律上之理由。認爲竊盜等。凡事。實上理由與法律上理由不符者。皆是。

丙 上告理由之限制。(第三九二)

第二審判決之違背訴訟法者。亦可提起上告。但其可提起上告者。以第三百九十一條所列者。及其他(雖第三九一條未列記者)而與判決有涉者爲限。至三百九十一條未列記者。及與判決無涉者。則不得據以爲上告之理由。以期簡捷。(第三九二條)蓋於程序有輕微違法。而與判決無涉者。當事人不必提起上告。至若審檢官員怠職。亦可由監督官戒飭。亦不必許行上告。以破壞前審也。

〔疏〕以訴訟法違反爲理由。而提起上告。須限於影響及於判決者。如當事人請求調查證據。而審判衙門不與以證據之決定。因之亦不調查。而濫予判決。此卽有關係於判決。得以上告。若判決各審判官須簽名蓋印。而有一推事未遵此程序。雖爲違法。而與判決毫無關係。不得爲上告之理由。此種實例甚多。如宣告判決。應由審判長朗讀。若由書記官朗讀。亦爲違法。然亦無關於判決。又如審判官應著制服。而著便衣之類。皆是。日本有一實例。法官一人睡熟。以此爲理由。而上告。此不能

准然懲戒問題可以發生何則於威儀有妨也

依第三百九十二條限制。例如在判決正本未施騎縫印（第二一〇條）之類。不得以為上告之理由。

其二 聲明上告期間及其程序

甲 期間

聲明上告期間為五日（第三九四條）

乙 程序

(1) 聲明上告書。聲明上告應於控告審判衙門提出聲明書（第三九五條第一項）

(2) 上告理由書。上告人應於提出聲明書後十日內提出上告理由書。理由書內記明不服第

二審判決之事宜及理由（第三九五條第二項）擴充上告理由書事宜見後（第四〇三條）

被告人輔佐人提出之上告理由書應由辯護人或被告人輔佐人委任之律師簽名蓋印。（

第三九五條第三項參照第三九六條）

〔疏〕以法律複雜難知者甚鮮理由書內往往不合於被告亦不利益故令有法律知識之人負責

(3) 上告答辯書。上告相對人得於接受上告理由書後五日內提出答辯書於控告審判衙門。

（第三九七條參照第三九八條）

其三 聲明上告之駁回與關係書狀之送交。

接受聲明上告之控告審判衙門。在左列兩種情形。應諮詢檢察官。以決定駁回其聲明。

第一 喪失聲明上告權。復聲明者。

第二 於期間內未提出上告理由書者。

不服此項決定之抗告期間爲三日。(第二九九條)

除於前段情形駁回聲明外。控告審判衙門。應速以關係書狀。送交配置該衙門檢察官。更由檢察官送交配置上告審判衙門檢察官。

配置上告審判衙門檢察官。應閱視書狀。送交上告審判衙門。(第四〇〇條)

其四 上告審之辯論。

上告審時。當事人專就法律問題討論。若無法學素養。於當事人既無利益。於進行上亦有妨害。故被告人輔佐人於上告審爲辯論。應選任辯護人爲之。(第四〇二條)

其五 擴充上告理由書。

聲明上告人。得於初次公判^日期五日前。以擴充上告理由書。提出上告審判衙門。(第四〇三條)
蓋上告理由書。須於聲明上告後十日內提出。其理由或有不完備處。故准提出擴充書。以期無遺漏。惟此書狀。不得涉及於前提上告理由書範圍外。法律之所以規定五日者。所以使相對人有準

備答辯之時間也。

疏 上告只法律上問題。故用書面審理時多設。有他議論。可以加入。以前書內所詳之。則可以前所無。不得新增。

其六 附帶上告。

上告相對人。得於初次公判日期五日前。爲附帶上告。並第三八一條規定。於附帶上告準用之。

第四〇四條

其七 準備上告審公判程序。

甲 受命推事之指定。

上告審判衙門。應就担任案件之合議庭庭員中。指定受命推事。調查上告及答辯之理由。及其他必要事宜。(例如調查判決成例與學說。以及立法例等)受命推事。應就調查事宜。作制報告書。

第四〇五條

乙 日期之知照及傳喚。

上告審判衙門。應於初次公判日期十日前。知照檢察官。

如有辯護人。其傳票應於初次公判日期十日前。送達之。(第四〇六條第二項)

其八 上告審判衙門之審理。

甲 上告之公判程序。

於開庭日期。應由受命推事。先報告調查事宜。

檢察官爲上告者。於受命推事報告調查事宜後。由檢察官辯明上告理由。並陳述意見。次由辯護人答辯。

被告人或輔佐人爲上告者。於受命推事報告調查事宜後。由辯護人辯明其理由。次由檢察官陳述意見。(第四〇七條)

案件若係法律上毋庸置辯護人。而未置辯護人者。上告審判衙門。應據檢察官陳述。而爲判決。(第四〇八條) 所謂勿庸置辯護人者。除應依第三一六條及第三一七條規定區別之者外。由檢察官爲上告者。亦可不置辯護人。(第四〇二條)

乙 上告審之審理範圍。

上告審判衙門。應就控告判決中。聲明上告及有關係之部分調查。以符不告不理之原則。(第四〇九條第一項) 惟左列兩種事宜。則上告審判衙門。得因職權調查。以維公益。

第一 除土地管轄外。審判衙門管轄之問題。

第二 受理公訴之當否。

上告審判衙門。因調查右列兩種事宜。遇有必要情形。得就庭員中。指定受命推事。命其調查。或以其調查囑託他審判衙門。(第四一〇條)

其九 上告審之判決

上告審之判決。有駁回上告與撤銷控告判決之區別。

甲上告審判衙門所爲駁回上告之判決爲兩種。

(1) 因上告不合法故駁回者。(第四一二條第一款) 卽上告之不爲法律所許可或不遵程序或不遵期間者是。(參照第三五八條) 因上告人僅以事實問題爲上告理由者。似屬上告之不爲法律所許可者。而不屬所謂上告無理由者。(參照第三〇九條)

疏

此爲實際上所習見者。蓋普通人不知法律於上告時仍主張事實者往往有之也。

(2) 因上告無理由故駁回者。卽上告人以法律問題爲上告理由。若上告人所主持之解釋不當者。不免依本款受駁回之諭知。(第四一二條第二款)

乙撤銷控告判決之判決。

上告審判衙門所爲撤銷控告判決之判決。又分兩種。一係上告人所主持有其理由者。在此情形。上告審判衙門。應就控告判決撤銷上告之部分及與上告有關係之部分。(第四一二條第一項) 一係因職權調查。發見控告判決。於管轄權問題(但除土地管轄而言)解釋不當。或不當受理公訴者。在此情形。上告審判衙門。亦撤銷其不當之控告判決。(第四一二條第二項)

因上告有理由。或因職權調查。上告審判衙門爲撤銷控告判決之判決者。上告審判衙門。應更爲

左列四種判決之一。(故此種判決主文必有兩方面之諭知。一方面撤銷控告判決全部或一部之諭知。一方面爲左列四種判決之一之諭知。)

(一) 上告審判衙門。就該案件親自所爲之判決。

上告審判衙門。因左列各種情形。撤銷控告判決者。應由其上告審判衙門。就該案件。親爲相當之判決。(第四一三條)

第一 控告判決。不適用法則。(例如科刑之判決內。不明示所適用之刑律正條)或適用法則而不當者。(例如被告人行爲固屬侵占罪。而援用竊盜條文處斷。)

第二 案件應諭知免訴或駁回公訴。而受理者。

在第一種情形。上告審判衙門。須適用正當之法則。而親爲該案件之判決。

在第二種情形。諭知免訴或駁回公訴。然有時案件之事實問題。不能依控告判決確定。並不能依第四〇九條第二項之職權調查明晰。遇有如此情形。上告審判衙門。應不親爲該案之判決。而依第四一六條付還案件或送交也。(第四一三條但書)

(二) 付還案件於原控告審判衙門之判決。

上告審判衙門。因左列各種情形。撤銷控告判決者。應爲以其案件。付還原控告審判廳之判決。

(第四一四條)

第一 控告判決。諭知管轄錯誤而不當者。

第二 控告判決。諭知駁回公訴。而不當者。

於此原則。有一例外。卽上告審判衙門。遇有必要情形。爲以該案件直接付還第一審審判廳之判決。(第四一四條第二項)例如第一審之判決。諭知管轄錯誤。或駁回公訴。控告審判廳亦認此判決爲正當。而上告審判衙門。則認第一審判決與控告判決。皆爲不當者。卽毋庸付還案件於控告審判廳。而直接付還第一審審判廳。

(三) 送交案件於管轄控告審判衙門之判決。

控告判決。諭知有管轄權。而因其判決不當。故撤銷者。應由上告審判衙門。爲以其案件送交管轄控告審判衙門之判決。遇有必要情形。應由上告審判衙門。爲以其案件直接付還第一審審判廳之判決。(第四一五條)例如第一審判決。諭知管轄錯誤。由檢察官聲明控告。控告審判廳。諭知該控告審判廳。自有第一審管轄權。更於上告審始發見第一審審判廳。應有管轄權。在如此情形。毋庸付還案件於控告審判廳。而直接付還於第一審審判廳。

(四) 付還案件於原控告審判廳。或送交原控告審判廳相當審判廳之判決。

疏 控告所調查事實不明。以爲宜發控告原廳。卽付還宜交他相當廳(爲免弊)卽送交。

前三種情形外。撤銷控告判決者。應由上告審判衙門。爲以其案件付還原控告審判廳。或送交

原控告審判廳相當審判廳之判決。(第四一六條)例如控告判決舉示事實而不足或其前後有牴牾者。應分別情形。以之付還原審判廳或送交他處。

疏 事實有衝突。可付還原高等廳。若事實只不充足。高等以爲充足。而下判決。仍交原廳。則有弊。故送交他廳。

第四節 抗告

抗告云者。指爲請求撤銷或變更審判衙門之決定起見。得向直接上級審判衙門提起之一種上訴而言。

疏 抗告爲上訴之一種。對於決定爲之。(1)有全部決定皆許抗告者。(2)有於不許抗告之情形。以明文規定之者。(3)有許抗告皆有明文。而無明文。卽爲不許者。民國草案探第三主義。

其一 決定而可抗告者之種類。

許爲抗告之規定。立法例凡分兩種。其一爲列舉主義。卽法律明示許爲抗告情形。而其他情形。概不許之。其二爲限制主義。卽對於決定原則上。均許抗告。惟法律明示不許抗告情形。以示限制。草案所用主義。屬第二種。

抗告爲不服決定之上訴。草案所定。應以決定裁判之正條如左。

其本節內所規定者。見第四段。

第一六條 (加功犯或先受公訴案件之囑託審判之決定)

第三七條 (管轄指定或移轉之決定)

第三二條 (對於聲請拒却推事之決定)

第三五條 (迴避推事之決定)

第三六條 (推事引避之決定)

第三八條 (書記官翻譯官拒却引避迴避之決定)

第一〇八條 (釋放被羈押人之決定)

第一一七條 (保釋責付之決定)

第一三七條第二款 (先行付還扣押物保管物之決定)

第一七九條 (因起訴前之行為處證人罰鍰之決定)

第一八〇條 (因起訴後之行為處證人罰鍰之決定)

第一八一條 (對於證人聲叙不到場事由之決定)

第一八四條 (證人規定於鑑定人準用)

第一九三條 (鑑定人規定於翻譯人準用)

第三一七條 (裁定辯護人之決定)

第三一九條 (因撤銷公訴而駁回公訴之決定)

第三二七條 (公判日期變更辯論延期或續行之決定)

第三三五條 (證據決定)

第三四三條 (對審判長處分異議之決定)

第三六八條 (關於聲請回復上訴權之決定)

第三七八條 (第一審審判衙門所為駁回聲明控告之決定)

第三九九條 (控告審判衙門所為駁回聲明上告之決定)

第四四一條 (關於請求再訴之決定)

第四五三條 (關於請求再審之決定)

第四八〇條 (疾廢累犯及俱發罪應執行刑之決定)

第四九九條 (刑律第四四條之易科罰金之決定)

第五一五條 (對於裁判疑義或行刑異議之決定)

就右列各種決定復分許與不許抗告二種如左。

第一 除管轄或程序外之決定。

除審判衙門管轄及訴訟程序之決定外。不服其他決定者。皆可為抗告。第四一七條第一項。故對於第三七八條第三九一條第四四一條第四五三條第四八〇條第四九九條第五一五條之決定。皆可以提起抗告。

第二 管轄或程序之決定。

審判衙門管轄及訴訟程序之決定。以有特別規定者爲限。得爲抗告。其他情形。概所不許。即甲關於管轄之決定。

(1) 有特別規定之第三二條。第三五條。第三六條。及第三八條。可爲抗告。

(2) 無特別規定之第一六條。第二七條。不得爲抗告。

乙關於程序之決定。

(1) 有特別規定之第三七八條。三九九條。第四四一條。及第四五三條。可爲抗告。

(2) 無特別規定之第一〇八條。第一三七條。第三一七條。第三一九條。第三二七條。第三三五條。及第三四三條。不得爲抗告。

第三 非當事人之抗告。

證人。鑑定人。通事及其他非當事人。因訴訟案件而受決定者。得爲抗告。(第四一七條第三項) 故證人受第一七九條。第一八〇條。第一八一條之決定者。鑑定人依第一八四條。翻譯之人依第一九三條。受同種決定者。皆可爲抗告。被告法定代理人或其夫。因請求保釋受決定者。亦同。(參照第四一七條)

第四 第四三三條之決定。不得爲抗告。(第四一八條)

第四三三條所規定。係對於不服受命推事。受託推事之決定。或不服檢察官所為羈押扣押處分。與司法警察官所為扣押處分。而請求其決定。或處分之撤消或變更時。由審判衙門所為之決定。(第四二八條至第四三三條)蓋此決定。雖非因抗告。由上級審判衙門所為者。然於先既經各該官員之決定。或處分。其性質與因抗告之第二次決定略同。故不許抗告。以期簡捷。

其二 聲明抗告期間及其程序。

第三三八條(即準用第三三者)第一八一條第一八四條第一九三條第三六八條第二項。第三七八條第三九九條第四二七條第四四一條第四五三條(準用第四四一條者)第四八〇條及第五五一五條。其抗告期間為三日。此外無特別規定者。得隨時為之。(第四一九條)故認聲請回復上訴權為有理由。而許可上訴之決定。或駁回請求保釋之決定等。得隨時抗告。而無期間限制。然撤消原決定。並無實益者。依第四一九條但書之規定。不得為抗告。例如上訴既經終結。或被羈押人受釋放後。因無實益。不得抗告。

聲明抗告。應於原審判衙門提出聲明書為之。

其三 接受聲明抗告之原審判衙門應為之處置。

原審判衙門接受聲明抗告者。分別情形。實施左列兩種處置。

(1)原審判衙門認抗告有理由者。應以決定更正原決定。其決定以第一次決定論。

(2) 認抗告之全部或一部無理由者。應於接受聲明書後三日內。以聲明書及原審判衙門意見書。送交抗告審判衙門。(第四二二條)

(3) 原審判衙門。得按其情形。除聲明抗告書及該衙門意見書外。以關係書狀及證據物。送交抗告審判衙門。(抗告審判衙門。亦得請求送交此等書狀及證據物第四二三條)

其四 聲明抗告之效力。

聲明抗告。除有特別規定外。不停止執行原決定。(第四二二條)所謂特別規定如左。

第一八一條第三項(處罰鍰之決定)

第一八四條(準用決定)

第一九三條(準用決定)

第四八〇條第四項(應執行刑之決定)

除右列四種情形外。不停止執行原決定。故如被告人依第一審判決受科刑之諭知。而其聲明抗告。為第一審審判衙門所駁回者。雖為抗告。仍不停止執行原駁回之決定。而判決所諭知之刑。亦可執行。惟原審判衙門分別情形。得諮詢檢察官。以決定停止執行決定。(第四二二條第一項但書)故遇有必要情形。得不執行原決定。而待對於抗告之決定。

抗告審判衙門。亦得諮詢檢察官。以決定停止執行原決定。(第四二二條第二項)

其五 抗告審之決定及其知照。

抗告審之決定有駁回抗告與撤銷原決定之區別。

甲駁回抗告之決定。

遇有左列各款情形。應由抗告審判衙門爲駁回抗告之決定。(第四二四條)

第一 抗告不合法者。

第二 抗告無理由者。

乙抗告有理由。應由抗告審判衙門爲撤銷原決定之決定。(第四二五條)遇有必要情形。應由抗

告審判衙門自爲決定。

抗告審判衙門之決定。應送達抗告當事人。並知照原審判衙門。(第四二六條)

其六 再抗告。

抗告審判衙門之決定。以左列各款情形爲限。得於三日內。提起再抗告。但於高等審判廳對於再抗告所爲之決定。不得爲再抗告。以符三審制度。(即對於再抗告之決定。不得爲抗告。)

第一 駁回上訴或駁回聲請回復上訴權之決定。

第二 請求再審之決定。

第三 第四八〇條之決定。(後發累犯罪或俱發罪應執行之刑。)

第四 裁判疑義或行刑異議之決定（第五一五條）

第五 非當事人所受之決定。

第四編 特別訴訟程序

本編內規定再理與大理院特權及感化或監禁處分程序。蓋再理皆屬裁判確定後所爲之程序。大理院特權其第一審亦爲終審。均具特別性質。至感化或監置處分。則僅一種行政處分。無刑事性質。惟爲實地上便利。附列於本編焉。

第一章 再理

再理有再訴再審非常上告三種。皆於裁判確定後實施之。又其實施時。不必於直接上級審判衙門。故不屬於上訴範圍。

第一節 再訴

其一 再訴之要件與管轄審判廳及其程序。

再訴者。就未開始第一審辯論前。因檢察官撤銷公訴。由審判廳以決定駁回公訴之案件。（第三一九條）嗣後發見新證據。或新事實。檢察官請求再行審判之程序是。（第四三五條及第四三七條）其要件分爲三種。

疏 再訴何以必限於未開始第一審辯論前耶。蓋以開始辯論以後。審判衙門已爲必要之調查。若仍許再訴。則於一事不再理之原則相背矣。

(一) 案件須係因檢察官撤回公訴於第一審辨論前以決定駁回公訴者。至其既經開始辨論。因職權蒐集證據以及調查之者。不准再訴。以符一事不再理之原則。蓋未開始辨論以前。駁回公訴者。其本案審判廳未經細行審理。與此原則不至衝突也。

(二) 須就案件發見新證據或新事實。其不得以從前之證據或事實作為再訴之理由。自不待言。新證據之解釋。無須另行說明。至所謂新事實。則指從前公訴所未宣示之犯罪事實。如前認為過失殺傷。後復發見實屬有心故造之類。

(三) 請求再訴。須由檢察官為之。此種請求。於被告人不利益。故被告人不得為之。再訴案件。屬駁回公訴之審判衙門。(第四二六條)

請求再訴。應由配置管轄再訴審判衙門檢察官。提出請求理由書為之。(第四二七條) 並該檢察官應以關係書狀及證據物。送交管轄再訴審判衙門。(第四二八條)

其二 請求再訴之撤回

已請求再訴者。得於裁判前。隨時撤回。其撤回原則上以書狀為之。惟在公判庭。得用言詞撤回。(第四三九條)

其三 再訴審判廳之準備調查及其決定。

再訴審判廳得按情形。指定受命推事。命其調查及報告。(第四四零條)

對於請求再訴。審判衙門在左列各款情形。諮詢檢察官爲駁回之決定。

第一 請求不合法者。(請求再訴不定其期間。故此種情形不在不合法之例。)

第二 請求無理由者。(例如所提出之證據非眞係新發見者。)

請求有理由者。爲付公判之決定。此決定得於三日內抗告。(第四四一條及第四四二條)

其四 審判再訴案件程序。

再訴案件付公判之決定已確定者。審判衙門應依第一審通常程序爲其審判。(第四四三條)

第二節 再審

再審者。於受處刑或釋放之判決確定後。因發見事實上有重大錯誤。或恐有重大錯誤。故再行審判之程序是。此種方法。於一事不再理之原則爲一大例外。蓋裁判一經確定。不應再行審判。以重其效力。然有本節所定重大事由。則不能拘執此種原則。而置公益於不問。

再審制度。其主義有兩種。其一。爲保護被告人利益起見。其二。爲訂正事實上重大錯誤起見。而無論其有利於被告人與否。草案擬用第二主義。以重審判之眞確。至第一主義。則爲博愛時代之餘風而發生者。不足以爲現時之模範也。(乃民國現制似採用第一主義)

再審對於第一審控告審上告審之確定判決。皆得請求。宜與第四四七條說明對照。

其一 利於受刑人之再審要件。(第四四四條)

左列各款情形。爲受刑人利益起見。得於終局判決確定後。請求再審。

第一 判決基礎之證據物。爲他確定判決所證明其僞造者。

第二 判決基礎之證言鑑定或通譯。爲他確定判決所證明其虛僞者。

第三 判決基礎之告訴發。爲他確定判決所諭知誣告者。

第四 參與該案件之推事。爲他確定判決所諭知於其案件犯職務上之犯者。

第五 判決基礎之通常或特別審判衙門之裁判。爲他確定判決所已撤銷或變更者。

疏 第一至第五。另外有一種判決。二者必有一是非。故許再審。如別無判決。只有人謂證據不可靠。則不然。必有判決。且確定始可。如有人犯有夫奸之罪。今因民事審判廳爲夫婦不成立。又如甲盜乙物。而就此物民事廳已判爲甲有是

根本動搖。故宜再審。若個人如此主張。則不能再審。

第六 發見應免訴或駁回公訴。或科較原判決輕刑之確實證據。因其證據可直接指摘原判

決不當者。

疏 如民國三年審理竊盜案件。科以竊盜之刑。被告亦自以爲犯竊盜罪。應科刑。並無不服情形。惟其犯罪行為在前清宣統三年。民國元年。三十日。既有赦令。則刑罰權已消滅矣。此種情形。得請求再審。

第一款至第三款意義甚明。無待說明。第四款情形。如推事有意陷害。而科被告人以刑。或關於案件收受被害人所贈賄賂等類。是若檢察官爲陷害被告人。而僞造證據。則應入第一款之範圍也。第五款情形。如盜案贓物。因確定判決。認爲原屬受刑人所有。或原無所有人者。或有夫姦案。因確定判決。認爲該婦未經有效結婚等。是第六款所謂(一)有應免訴之確實證據者。如於起訴確有時

效或大赦等。(第三三八條第二款至第六款) 事由者。(二)應撤銷公訴之確實證據者。如以法律或公文書證明第三三八條第七款至第十四款事實之類是。(三)應科較原判輕刑之確實證據者。如在傷害尊親屬案以公文證明被告人本非卑親屬者類是。(四)因其證據可直接指摘原判決不當云者。如接見公文證明其犯罪於判決前已經大赦或援用訴訟筆錄證明在親告罪未有告訴或告訴已經撤消或提出官員公證書狀證明不能因身分科以重刑等是也。

第四四四條第一款至第四款再審。須援用確定判決而證明其原判決不當。若因不能提起或續行公訴。(例如偽造證據或誣告等罪因未提起公訴以前。犯人亡故。不能有確定判決。或以訴訟中。犯人亡故。不能續行其訴訟等) 不能有確定判決者。得依第四四五條。以他法證明其實。而請求再審。如偽證人或誣告人在亡故以前。作製書狀。而自白其犯罪者。(或在他項民事案內。自白此等犯罪者) 得據其自白書狀或筆錄。請求再審。是惟於法律上定有限制。若不能提起或續行公訴之原因。係屬第一款至第四款犯罪事實。不能證明之故者。請求再審之根據。亦不能證明。斯不准其再審。

第二 不利於被告人之再審要件(第四四六條)

左列各款情形。為被告人不利益起見。亦得請求再審。

第一 第四四四條第一款至第三款情形。即(一)判決基礎之證據。係偽造者。(二)其基礎係偽證

者。(三)其基礎係誣告者。

第二 被告人受無罪免訴駁回公訴或較輕刑罰之確定判決。而於審判門衙或於審判衙門外。自白犯罪事實者。

按第四四四條第一款至第三款情形。其判決顯有重大錯誤。故為被告人不利益起見。亦不得允許可再審。至第四款及第五款情形。則應由國家担負用人不宜之責。不許可再審。以致不利於被告。然若被告人自白犯罪事實。(第四四六條第二款)而不行再審。則失審判之威嚴。故雖不利於被告。亦許再審。所謂審判衙門外之自白者。如在監獄明言犯罪。而詆毀審判不當等是。

其三 管轄再審審判衙門。(第四四七條)

管轄 審審判衙門。視其原判決係何種審判衙門所為。分左列三種。

一 第一審判決之再審。屬原第一審審判衙門管轄。

二 控告判決之再審。屬原控告審判衙門管轄。其案件中未聲明控告部分之再審亦同。

三 上告判決之再審。屬受理其案件之控告之審判衙門管轄。

其四 有請求再審權之人。

利於受刑人之再審。得由左列各人。向管轄審判衙門請求之。(第四四八條第一項)

第一 配置管轄再審審判衙門之檢察官。

第二 受刑人。

第三 受刑人之法定代理人或其夫。

第四 受刑人亡故者其親族。

不利於被告人之再審。僅得由配置管轄再審審判衙門之檢察官請求。不得由被告人請求之。（第四四八條第二項）

其五 請求再審之期間。

再審除於判決確定後。得請求之外。法律上無其期間。故於刑罰執行後。或免除後。（第四四九條）或於受刑人亡故後。亦得請求之。

其六 再審之請求或撤回程序。

（請求程序）請求再審。應由請求人以請求理由書。原判決繕本及證據物。提出管轄再審審判衙門爲之。（第四五一條）（撤回程序）撤回上訴程序規定。（第三六一條第三三條）於撤回再審準用之。惟請求再審權與上訴權不同。不得於未請求以前捨棄之。（第四五二條）

在監人特別程序。關於在監人聲明或撤回上訴之特別程序。（第三七〇條）於在監人請求或撤回再審準用之。（第四五二條）

其七 請求再審之效力。

再審於判決確定後始能請求。判決確定則有執行力。故除死刑外。對於受刑人不停止其行刑。（第四五〇條）

其八 再審之審判。

受命推事。接受請求再審之審判衙門。得按其情形。指定受命推事。命其調查及報告。（第四四〇條第四五二條）

○條第四五二條）

駁回請求之決定。接受請求再審之審判衙門。認為不合法。（即不為法律所許可或不遵程序者）或無理由者。以決定駁回其請求。若不服此決定者。得於三日內提起抗告。（第四四一條第一項第三項第四五二條）

開始再審之決定。請求再審有理由者。應以決定為開始再審之諭知。（第四五三條第一項）不服此決定者。得於三日內提起抗告。

再審審判程序。開始再審之決定已確定者。審判衙門應按其審級。依通常程序。更為審判。（第四五四條）即第一審判決之再審。依第一審程序。控告判決及上告判決之再審。依控告審程序而實施之。

再審之特別規定。（一）受刑人亡故。為其利益起見而實施再審者。不再開公判。而依第四五五條各項。分別處斷。（二）為受刑人利益起見。開始再審者。再審之判決。不得科較原判決重刑。（第四五

六條) (三)爲受刑人利益起見。開始再審者。如諭知無罪。應以其判決刊登官報。(第四五七條) (四)爲受刑人不利起見。開始再審者。如受刑人於再審判決前亡故。其再審之請求及一切關係請求之裁判。均失其效力。(第四五八條)

第三節 非常上告

非常上告。於判決確定後。將其判決違法點更正之制度。亦有兩種。一爲專以保護被告人爲宗旨。而僅許爲利於被告人之上告者。二爲專以統一解釋法律爲宗旨。而不問利不利於被告人。概許爲上告者。草案擬用第二主義。惟設第四六三條。以示限制。

其一 非常上告之要件及期間。

凡判決違法者。除得於確定前。提起通常上訴外。於確定後。亦得提起非常上告。而請求更正。因判決確定後。許行提起。故冠以非常二字。因其專屬違法問題。並由大理院管轄。故曰上告。無論其違法之點。屬於刑律或訴訟律。均得爲理由。(第四九條)

非常上告。得隨時爲之。法律上無一定期間。(第四五九條)

其二 有提起非常上告權人與管轄審判衙門以及聲明程序。

提起非常上告權。專屬總檢察廳廳丞。(第四六〇條)此外之人。得向總檢察廳廳丞請求提起非常上告。然其取舍。專屬廳丞權限。而他人不得主張不服。

非常上告專由大理院管轄。不問原判決之係屬第一審抑係控告審（第四六一條）非常上告應以聲明理由提出大理院爲之。（第四六一條）

其三 非常上告之判決。

大理院接受聲明非常上告理由書。應諮詢檢察官。而爲左列三種判決之一。

第一 原判決違法者。僅撤銷其違法之部分。例如因原判決在法律理由中。援用不應援用之刑律某條。故非常上告者。則其判決諭知撤銷原判決。援用刑律某條之部分是。

若原判決科刑過重者。撤銷其判決。而更爲相當判決。所謂科刑過重者。專指法律所不科之重刑而言。（例如竊盜最重刑仍爲有期徒刑。而原判決諭知無期等）至犯罪情節之重輕。屬事實問題。不得以爲非常上告之理由也。

第二 原判決訴訟程序違法者。僅撤銷其程序。如因原判決程序中。違反第一七五條。而命未滿十五歲人具結。而非非常上告者。則其判決諭知撤銷原判決命令未滿十五歲之某證人具結之部分之類是。

第三 聲明非常上告無其理由者。駁回之。

其四 非常上告判決效力。

非常上告之判決。除撤銷原判決。過重之刑罰。而更爲相當處分者外。其效力不及於被告人。蓋此

制度以更正違法判決爲主。除利於受刑人判決外。其他效力雖不及於被告人。然亦足以垂示全國。爲判決例。(第四六三條)

其五 非常上告審之訴訟程序。

非常上告審之訴訟程序。應依非常上告專條與通常上告規定。其他依第一審通常程序規定爲之。(第四六四條)

第二章 大理院特別權限之訴訟程序

其一 專屬大理院特別管轄案件。

本章所謂大理院特別權限者。專指內亂及三等有期徒刑以上之外患或妨害國交案件。(第五條)係屬該院第一審並終審管轄權者而言。

其二 訴訟程序。

大理院特別權限之案件。本屬第一審之性質。故其訴訟在原則上準用草案第三編所定通常程序辦理。(惟因第一審而並爲終審故。上訴規定不適用之)其在本章內有特別規定如左。

甲 偵查及預審處分。

大理院特別權限之犯罪。其偵查處分。以總檢察廳廳丞爲主。又爲補助該廳丞起見。高等以下檢察官及司法警察官。亦爲偵查處分。並報告於該廳丞。(第四六五條)

偵查中總檢察廳廳丞得爲特定強制處分（第四六六條）

於偵查處分後。逆料其案件屬大理院特別權限。並應提起公訴者。必須開始預審。以昭慎重。（第四六七條）預審處分。除由總檢察廳廳丞親自實施外。得按其情形。命高等或地方檢察官爲之。（第四六八條）

乙大理院之先決決定。

大理院接受總檢察廳廳丞之起訴。應諮詢檢察官。爲左列四種決定之一。（第四六九條）

第一 被告案件。應付該院公判者。則爲開始公判之決定。

第二 被告案件。應付地方以下審判衙門公判者。爲以其案件送交該管轄審判衙門之決定。

第三 犯罪不能證明。或被告案件不爲罪。或有第三百三十八條第二號至第六號情形者。爲

免訴之決定。

第四 第三百三十八條第七號至第十四號情形者。爲駁回公訴之決定。

丙大理院之第一審並終審判決。

除前段情形。以決定送交案件。或爲免訴駁回公訴外。大理院應準用第一審通常程序規定。爲調查證據。與言詞辯論。以及諭知判決。

若辯論中。發見案件屬地方以下審判衙門管轄者。亦應作爲管轄案件。而爲第一審並終審判決。

(第四七〇條)

第三章 感化教育及監禁處分程序

感化及監禁。概係行政處分。而無刑事性質。然與責任問題。非無關係。故訴訟律內。設定審判程序。以便實地。

第五編 裁判之執行

〔疏〕 裁判之執行與刑罰之執行不可相混。裁判有有罪之裁判。有無罪之裁判等種種形式。罰之執行特執行裁判之一種耳。

第一章 通則

裁判必待執行。始發生裁判之效力。然裁判必待確定。始發生執行之效力。裁判者待執行以示其效用者也。故第四百七十七條規定。裁判於確定時發生執行力。但有特別規定者。不在此限。所謂特別規定。則如死刑之執行是。

執行裁判。由配置諭知該裁判。審判衙門檢察官指揮之。左列各款情形。由配置上訴審判衙門檢察官指揮執行。

第一 因上訴裁判。故應執行下級審判衙門裁判者。

第二 因撤回上訴。故應執行下級審判衙門裁判者。

前項情形。其訴訟書狀。仍在下級審判衙門者。由配置該審判衙門檢察官指揮執行。(第四百七

十八條) 蓋以檢察官代表國家爲原告人。經裁判後。乃爲保護公益之官吏。指揮執行裁判。以法理言。檢察官乃上下合爲一體。故其指揮執行。應分別情形。照本條三項所列舉者。實施之。以其便於實際也。

指揮執行。關係甚重。形式不可不完備。是以第四百七十九條規定。執行裁判。應以書狀爲之。併以審判衙門書記官作制之裁判書。繕本或節本添附於後。誠以如僅用言詞指揮。恐萬一貽誤。必用書狀。並附以裁判書之繕本或節本。以資證明。

第四百八十條於刑律第二十一條或第二十四條情形。由判決審判衙門。因檢察官請求。並諮詢被告人。以決定諭知應執行之刑名。刑期金額。惟此項決定。不得變更。確定判決中之犯罪事實。(第二項二項) 此所謂刑律第二十一條情形。係審判確定後。於執行其刑時。發見爲累犯者。第二十四條情形。係屬俱發罪。其既經審判。或俱發罪中最重刑消滅者。在刑律之規定。應更定其刑。故本條特爲擬定請求裁判之程序。以資便捷。惟犯罪事實。係據確定。審判既已確實者。故必得以本條決定變更之。

不服前項決定。得爲抗告。其期間爲三日。(第四百八十條第三項)

抗告期間及抗告中。停止執行決定。(第四百八十條第三項) 受刑人遇有左列各款情形。以先行之刑計算後行之刑。

第一 因再審判決更受刑者。

第二 俱發者最重刑消滅。而因餘罪更受刑者。(第四百八十一條)

此條所述。以據再審撤銷前判決者。或據有大赦及其他情事。俱發罪之最重刑既經消滅者。其刑如不與後發之刑通算。則情法均失平允。因爲明定。必須通算之條。第一項僅舉再審。而不言再訴者。因再訴時。尙未行刑也。不言非常上訴者。因非常上訴。據第四百六十條一款。不能諭知較重之刑罰也。其第二項應比照刑律草案第二十四條。但該條乃示通算之標準。卽在後條之第二款至第五款。本款則示以執行上必須通算。彼此無重複之弊。

如上所言。裁判之執行。除四百七十八條第二項所定外。應由配置諭知該裁判審判衙門檢察官指揮。然判決既經確定。應執行之刑罰。亦已明瞭。其執行程序。皆有畫一規定。加以檢察官上下合爲一體。非自行執行。亦無不可。第四百八十二條。因規定遇有必要情形。檢察官得命所屬檢察官行刑。或囑託他檢察官。以期簡捷。

國有大赦時。審判之效力。因以全失。惟未受大赦以前。既經適法執行者。不得不認爲有效。以杜紛擾。第四百八十三條。因執行裁判。已受其處分者。雖遇大赦。不得請求回覆處分。意卽若此。如既收罰金。並不還給之類是。

第二章 主刑之執行

刑分主刑及從刑。其執行亦各異。茲先言主刑之執行。主刑向僅一種。則其執行固無先後之序。主刑向有二種以上。即應加分別。第四百八十四條主刑中如有死刑。先執行之。(第一項)如有兩等以上。徒刑或拘役。先執行刑期較長者。(第二項)如有兩等以上。徒刑。其一並科褫奪公權者。先執行之。(第三項)如有徒刑拘役並以監禁易罰金者。先執行徒刑拘役。(第四項)一以先重後輕為準。

死刑爲主刑中最重者。其執行自不可不慎。故刑律草案第四十條。死刑非經法部覆准回報。不得執行。以示別於普通刑罰之判決確定時。即行執行。刑訴第四百八十五條引伸其義。特定申報之程序。曰諭知死刑已確定後。指揮執行之檢察官。應速以關係書狀。送交司法部。

司法部回報後。如久不執行。則徒耗國家之經費勞力。益增囚人之痛苦。且不免有危險情事。是以第四百八十六條。復定接受司法部執行死刑回報。應速執行之。

死刑之執行。必須有官吏臨場蒞視。是在各國莫不皆然。刑訴第四百八十七條第一項。執行死刑。應由檢察官。審判衙門書記官蒞視。蓋檢察官爲指揮執行。審判廳書記爲制作文件。第二項之規定。執行死刑。除經檢官或監獄署長之允許外。不得入行刑場者。又以昭慎重也。

蒞視執行死刑之書記官。應作制執行筆錄。並由檢察官及監獄署長簽名蓋印。(第四百八十八條)

刑罰之諭知。所以使受刑者。知其犯罪所得之結果。故諭知死刑者。如罹精神障礙。由司法部命令於障礙繼續中停止行刑。(第四百八十九條第一項)待其全愈。始行執行。以符科刑之本旨。若係向孕婦諭知死刑者。非產後逾一百日。經司法部回報。不得行刑。(第二項)又所以示體恤也。

第四百九十條規定。緩刑之諭知。此在外國法例。凡分二種。有僅因審判官之職權諭知者。有僅因檢察官之請求。由審判官定其取舍者。刑訴草案採用職權及請求兩種辦法。故其文曰。諭知緩刑。應由審判衙門因職權或檢察官請求於諭知刑罰時。以判決爲之。但因職權諭知者。應諮詢檢察官。

至若撤銷緩刑之諭知。則因檢察官請求。由配置該檢察官審判衙門。以決定爲之。見第四百九十一條。其應撤銷緩刑之情形。見新刑律第六十四條。

諭知徒刑拘役者。如罹精神障礙。由檢察官指揮於障礙繼續中停止行刑。孕婦受胎後七月以上。產後未滿一月者。亦同。其理由。與第四百八十九條等。

凡停止行刑者。無論其爲死刑或徒刑或拘役。檢察官得按其情形。命以受刑人留置病院及其他相當處所。或送看護義務及其代理人。蓋監獄內。雖常設病室。置醫者。然其設備。未必能如專門病院之完善。故按其情節。精神病人。可以送交精神病院。傳染病人。可以送交傳染病院。其須割治者。則送外交科醫院。如無病院。而有適當治療或看護之處者。亦不妨送往醫治。本條並許將囚人送

交監獄以外。交付民法上之看護義務人。使其盡心看護焉。(第四百九十二條)

囚人疾病者。若因處刑而害及生命。則名爲徒刑拘役。實則死刑。又或因受刑者不能經理事業。以致資產蕩然。妻子家族成爲餓殍。或家有老親。疾病危篤。無人扶養。均與刑止一身之旨。未能相合。是以第四百九十四條規定。除第四百九十二條情形外。受諭知徒刑拘役者。現罹疾病。恐因行刑。致不能保其生命。或別因事故。致於處刑宗旨外。有重大不利益者。檢察官得因本人或其法定代理人。或其夫請求。隨時預定期間。許可停止行刑。第四百九十五條之復定限制。謂遇有必要情形。檢察官應撤銷前條許可者。又以重國法也。

檢察官因其職權停止行刑者。可毋庸取保。其因請求而許可停止執行者。則應命請求人保證。以昭慎重。(第四百九十六條第一項)第一百十條第一百十一條及第一百十八條。關於保釋及責付之規定。於本條處分準用之。

受許可停止行刑者。如逃亡。或違背檢察官命令。得由檢察官命令沒入保證金全部或一部。(第四百九十七條參照第一百五條)

刑法第四十三條之免除勞役。應由指揮執行之檢察官。因職務或本人請求命令之。誠以拘役之期限。至長不逾五十九日。至短一日。強制勞役。有時徒勞無益。或反有害。故按其情節。得免勞役。(第四百九十八條)

刑法第四十四條之易科罰金。應由審判衙門於判決時或判決後。因檢察官請求。別以決定諭知之。此與刑法第四十四條互相表裏。所以規定其程序者也。(第四百九十九條)

執行民事裁判規定於檢察官之執行罰金命令準用之。但其命令之效力。與有執行力之債務名義同。(第五百條)所以須檢察官命令者。以昭畫一。所謂與具有執行力之債務名義相同者。謂其有強制執行力也。

刑法第四十五條。不能完納罰金者。以一日折算一圓。易以監禁處分。刑訴第五百零一條。則云此種監禁處分。應由指揮執行之檢察官。以命令執行之。亦以示畫一之意。

受諭知死刑。徒刑。拘役。或刑法第四十五條之監禁。未經羈押者。由檢察官傳喚之。經傳喚不到者。應發給捕票。見五百零二條。實際上死刑及較重徒刑之犯。大抵均係現被羈押者。本條所行傳喚。或逮捕各條較輕徒刑或拘役。或罰金。易以監禁之犯也。第五百零三條所謂若逃亡。或恐其逃亡。檢察官應即時發給捕票情形。與此略同。

檢察官如不知受刑人住址。得以年貌書。送交高等檢察長。請求逮捕。高等檢察長接受請求。應命管內檢察官發給捕票。而為逮捕。以期必得。而資敏捷。(五百零四條)

至若捕票之法定形式。與捕票之效力。則五百零五六條定之。

第三章 從刑及其他處分之執行

罰金之執行屬主刑。已於第五百條規定之。本章所述。乃指執行徒刑及其他處分。如沒收罰鍰。沒入及追徵而言。罰鍰與罰金之分。已詳本律第一百六十一條。第一百七十四條。第一百七十八條。沒收亦與沒入有別。沒收爲從刑。非有本刑不得科之。沒入則爲行政處分。以禁制品或無主物歸國家管有者。無刑罰之性質也。追徵之性質。適用於刑律收賄等罪。

右列四項從刑之執行。與執行民事裁判規定同。卽與第五百條所定執行罰金同。(第五百〇七條)

沒收物應破壞全部或一部者。由檢察官處分之。(第五百八條第一項)蓋沒收物有能保存與否之別。例如僞造之銀銅幣。宜破毀之。而保存其材料。又如帳簿中有一二葉僞造者。宜截去其僞造之部分。而保存之之類是。沒收規定。於沒入物準用之。(第五百〇八條第二項)

僞造物件。除係僞造部分者外。其餘有時仍應還給者。故五百〇八條第三項規定其程序。曰僞造物應付還全部或一部者。檢察官得按其情形。變更形狀。破壞其一部。或表示僞造處所。而付還之。例如商事公司之帳簿。僅有二三字係僞造者。應按其情節。或除去二三字。或表明二三字乃僞造。仍將帳簿還給之。其一部應還給者。例如同種帳簿內。增入僞造之二三葉者。應裁去僞造部分。而以其餘還給之。其變更形狀而還給者。例如帳簿大部分係屬僞造。其中附有真正證書二三葉者。應將帳簿拆開。以證書還給之類是。

依刑律第四十九條。由權利人請求付還之沒收物。按刑訴第五百〇九條所定。檢察官除應破壞之物外。其他付還之。但請求付還。不得於諭知沒收確定後三月。競賣沒收物後。如有前項請求。由檢察官付給其原價。如沒收偽造貨幣後。發見貨幣之材料。別有本主。因其請求而還給之。或盜取禁制軍械。而本主係屬軍人。能管有該物品者之類是。於前例。則應破毀貨幣之形狀。而以材料還給本主。於後例。則不能施以破壞之處分。而以原物還給本主。因權利人住址不明或其他事由。以致扣押或保管之物不能付還者。由檢察官公告之。於最終公告後。一年內。無人請求付還。其物屬國庫。雖在前項期間內。其無價值者。得廢棄之。不便保管者。得競賣。而保管其售價。(第五百十條) 行刑規定。除本法及其他法令有特別規定外。於執行刑法第十一條之感化教育第十條或四十五條之監禁處分準用之。

第四章 裁判疑義及行刑異議

刑事被告人。有不知文字或不解法律者。或關於諭知有疑義者。審判官自不得不曲為解釋。以期明了。五百十二條。於刑事案件受刑罰罰鍰追徵沒入之諭知。而有疑義者。得向該審判衙門聲明疑義。指此。

諭知中之疑義。既許其聲明矣。苟行刑時。而有異議。亦不能不許其聲明。以期萬無貽誤。五百十三

條受刑人於檢察官行刑之指揮爲不當者得向配置該檢察官之審判衙門聲明異議指此聲明之形式以聲明書爲之(第五百十四條)聲明之裁判以決定爲之(第五百十五條)決定之抗告期間爲三日則常例也。



