

檢
察
制
度
詳
考

檢察制度詳考

序

檢察制度於中國古無聞焉夫立憲之精義不明司法與行政之分在今日尙多疑義又況於司法中審判檢察復分其職焉殆未有不以爲多事而目爲無用者若是乎今之爲檢察官者之難言盡職也而檢察局之配置於法院也備者爲之如舊日刑部之收發所嘗月司其事務亦僅至檢驗屍傷而止而強者爲之又或干涉審判遑猶不及內部之衝突既生外部之攻擊以起而司法獨立之義且爲誦病若是乎檢察一職之不可不講明也余昔以不才忝爲檢察官首長深懼弗稱厥職爰謀之前司法大臣商諸同僚並得友邦法學家之贊成於是於京師法律學堂開檢察制度研究會號召同志與會者達二百人時當戊申季冬嚴風朔雪同

人走學不少懈凡二十餘日於檢察制度散見各法者及近今之趨勢已討論靡遺其主講席者刑事法爲岡田朝太郎民事法爲松岡義正行刑法爲小河滋次郎國際法爲志田鉀太郎萃四博士之崇論閎議而同人從而筆述之於是褒然成鉅冊於審檢分職之故固已釐然有當而確乎其有所持循矣來年全國司法機關將一律成立其組織之宏善人才之衆多必且遠邁京師然締造之艱同人實所備嘗是以是書公之同好屬序於余余惟檢察一職對於審判有相輔相成相反相成之妙用往歲嘗徧遊歐美見夫採用檢察制度之國其權限之大小雖頗不同而其所以用之者則莫不出於一軌亦可以知斯制之爲恒經而爲將來所不易者矣夫檢察制度者基於國家之公訴權而成立者也不告不

理之原則審判上不分民刑皆適用之而有訴訟起滅任意自由之弊而法益因之而爲侵害蓋犯罪者社會之公敵而受侵害者非他固國家也使對於審判之原則無公訴權以救濟之則公訴之起滅亦將委之私人則法令於以墮秩序於以亂而國家且不能保其治安此所以檢察官代表國家而爲原告官實以提起公訴爲惟一之職務斯義也非惟大陸法如是即英美法亦莫不如是然後規定多級審判之國欲盡攻擊之方法以保審判之公平乃予檢察官以上訴之職權則後起之事也若夫世界之立憲國其司法與行政無不分者而司法上之行政則或分或不分而執行刑事判決之職務爲大陸法之所同而英美法則否蓋英美無法部而司法上之行政與普通行政無別其趨之異乃如此夫同

屬司法獨立而其異點有如有專用陪審制度者有兼用陪審及
檢察制度者有專用檢察制度者最後之制於近今世界有三國
焉曰和蘭曰日本其三即中國也此諸國者其檢察長一職或組
織於內閣而檢察官具有行政官之性質其法律上之保障不若
審判官之鞏固而中國法院編制法之規定檢察官與審判官固
受同等之保障而檢察長之進退亦以法律定之而不受內閣之
影響焉於司法三職之義尤爲優長然則我同人其可不三復是
書以求盡厥職乎斯固四博士所未言而余獨有見於此請以質
之同人是爲序

時在辛亥之夏歛北徐謙

例言

一 檢察制度散見各種法律並無專書研究法學者苦難貫穿方今司法獨立檢察之制係屬創設亟宜講明以資參攷是書賅括靡遺實爲當務之急

一 是書分四編萃日本四大博士之講義復經編輯者詳爲筆述並就辦事之經驗加以評論以餉閱者

一 是書雖係參攷書而其內容皆與現行法令或未經頒布之法律草案習習相通於應用上實有必要之價值

一 是書以四博士之講義爲正文其口授者則低一格以錄之而編輯者之評論則加某按以示區別

一 是書所用名詞均取現行者惟涉及外國制度之處則未便冠以中國名詞故仍照日譯以示區別

一 是書名詞兼錄西文關於國際法一編更詳徵各國名詞以備參攷

檢察制度詳考目錄

第一編 關於刑事法之部

緒論

第一章 檢察制度之起源……………一

第二章 法國檢察制度之沿革……………六

本論

第一章 檢察廳之組織……………十五

第一節 檢察廳之配置……………十五

第二節 檢察官之定員官等及俸給……………十七

第三節 檢察官之任免……………二十

第四節 檢察官之補助機關官及輔佐員……………二十七

第五節 檢察廳書記課……………三十一

第二章 檢察廳之權限 三十一

第一節 概論 三十一

第二節 公訴之準備 四十九

第一項 搜查處分 五十二

第二項 豫審 六十八

第三節 公訴之提起 八十二

第一項 公訴提起之定義 八十二

第二項 起訴之辦法 八十三

第三項 檢察官有無起訴不起訴之自由 八十五

第四項 起訴之効力 八十九

第四節 公訴之實行 九十四

第一項 第一審公判 九十四

第二項 上訴通則 一百

第三項	控訴	一百零二
第四項	上告	一百零五
第五項	非常上告	一百零八
第六項	抗告	一百零九
第七項	再審	一百零九
第八項	再訴	一百一十
第九項	大理院專管案件	一百一十
第五節	審判之執行	一百一十
第三章	事務章程及監督	一百一十二
第一節	事務章程	一百一十二
第二節	檢察官之監督	一百一十四
第二編	關於民事法之部	
第一章	總論	一百一十七

第一節	檢察制度之概略	一百十七
第二節	檢察制度之意義	一百二十一
第三節	檢察廳之組織	一百二十三
第四節	檢察廳之權限	一百二十九
第五節	檢察權限之結論	一百三十三
第二章	民事訴訟	一百三十
第一節	檢察官之共力	一百三十四
第二節	檢察官參與人事訴訟之範圍	一百三十九
第三節	檢察官參與破產訴訟之方法	一百五十八
第四節	檢察官參與訴訟上之救助	一百五十九
第三章	非訟事件	一百六十
第一節	檢察官之共力	一百六十
第二節	檢察官參與民事非訟事件之方法	一百六十一

第三節 檢察官參與商事人非訟事件之方法…………… 一百六十三

第三編 關於行刑法之部

通論

第一章 行刑之意義及其在刑事制度上之地位…………… 一百六十七

第二章 行刑之要件…………… 一百七十三

第三章 停止行刑之理由…………… 一百八十

各論

第一章 死刑…………… 一百九十

第二章 自由刑…………… 二百零二

第三章 自由刑之利害…………… 二百二十七

第四章 行使刑罰權之保護任務…………… 二百三十九

第四編 關於國際法之檢察事務

總論…………… 二百四十五

各論 二百五十五

緒言 二百五十五

第一章 治外法權 二百五十七

第一節 名稱 二百五十七

第二節 沿革 二百五十八

第三節 意義 二百六十

第四節 有治外法權之人及物 二百六十一

第一款 人 二百六十一

第二款 物 二百六十三

第五節 內容 二百六十四

第二章 領事裁判權 二百六十六

第一節 名稱 二百六十六

第二節 沿革 二百六十七

第三節	意義	·····	二百六十八
第四節	內容	·····	二百七十
第三章	混合裁判所	·····	二百七十三
第一節	名稱	·····	二百七十三
第二節	沿革	·····	二百七十三
第三節	意義	·····	二百七十五
第四節	編制及權限	·····	二百七十六
第一款	土耳其	·····	二百七十六
第二款	埃及	·····	二百七十六
第四章	在內國適用外國法及在外國適用內國法	·····	二百七十八
第一節	國際私法	·····	二百八十三
第二節	國際刑法	·····	二百八十五
第三節	國際民事訴訟法	·····	二百八十六

第四節	國際刑事訴訟法	二百八十五
第五節	國際破產法	二百八十八
第五章	國際間之訴訟共助及犯罪人引渡	二百八十九
第一節	國際間之訴訟共助	二百九十三
第二節	國際間之犯罪人引渡	二百九十二
第一款	條約	二百九十三
第二款	犯罪人	二百九十三
第三款	犯罪	二百九十五
第四款	手續	二百九十六

檢察制度詳考

第一編 關於刑事法之部

日本法學博士岡田朝太郎口授

歙縣徐謙鑒定 宜賓張智遠筆述

緒論

第一章 檢察制度之起源

古今來各國刑事訴訟大率不外兩種方式即一糾問式二彈劾式是也凡審判官審判刑事案件不待他人起訴徑行審判者屬糾問式必待他人起訴始行審判者屬彈劾式蓋前者之主義乃無告而理而後者之主義則不告不理此二式之大別也

糾問式與彈劾式爲檢察制度發達之淵源糾問與彈劾二語乃採用歐西刑事制度用爲刑事訟訴上之專名即辣丁文之 *Inquisitio* (譯之即糾問之意) 及 *Accusatio* (譯之即彈劾之意) 二語之意義即無告而理之主義與不告不理之主義是也

彈劾式又細別爲三種一個人彈劾式由被害人或其親族起訴二公共彈劾式除未成年者（未及歲者）有心疾者及婦女奴隸等之外凡國民皆得起訴三國家彈劾式惟國家有起訴權而其起訴則委任機關爲之是也

個人彈劾式者例如中國命盜案件大抵由被害者或其親族起訴而後爲之審理是也公共彈劾式者歐西各國古即有之乃對於國家及社會犯罪無直接被害之人除未成年者婦女無能力者有心疾者智識不完全者奴隸無人格者數種人外無論何人皆可起訴例如羅馬法將軍出征時有不法或不當之行爲雖不能指出直接被害之人然於全國有利害關係故凡羅馬人皆得彈劾之以其所犯係公罪也其彈劾之方式羅馬語有所謂 *accusatio* 者譯之即公開地之意其地有所謂 *forum* 者譯之即法庭之意然並無房屋僅設一公案國民彈劾公罪者審判官於此受理之希臘與埃及古來之制度亦與此大略相同惟希臘之制國民彈劾公罪不能盡通法律可公選一能言之人使之起訴名曰 *prosecutor* 譯之即辯士之意實開後世律師（辯護士）之端緒蓋原告可請能言之人以起訴被告亦可用能言之人爲申辯也國家彈劾式者由國家特設機關以起

訴即今之檢察制度是也

前述之糾問式及三種彈劾式於歷史上經過之次序及采用之分合並無一定之原則茲分晰言之如左

所謂經過者乃縱觀各時代於此四種方式歷史上有無先後順序之謂也所謂分合者乃橫觀一時代於此四種方式實際上分用一種或合用數種之謂也。

經過之順序 法國碩儒ガロ―氏曾於其所著刑事法要論中論個人彈劾式乃未開時代之法其起源最早後則變爲公共彈劾式又其後乃發生糾問式至國家彈劾式乃最後發達者此說雖似近理然多數之國其最初或併用個人彈劾式與公共彈劾式者有之或專用糾問式者有之或併用此三式者有之固無最初專用個人彈劾式之例惟國家彈劾式爲最後發達之說實爲確鑿可據但至今仍有未採用此制者如英國是也。

據法儒ガロ―氏云經過之順序以個人彈劾式爲第一期公共彈劾式爲第二期糾問式爲第三期國家彈劾式爲第四期然其說考之各國歷史實無根據大抵最初有並用個人及公共彈劾式者有專用糾問式者有兼用此三式者惟國家彈劾式爲最後發

遠之說爲可信然至今英國尚未採用此制度之此四種方式各國採用之先後不同歷史上無一定之順序可考未可一概言之也

採用之分合 糾問式及彈劾式不獨於經過上無一定之順序且於其分合上亦無不變之原則也按犯罪有二大區別一以一個人爲直接被害人如謀故殺傷強盜竊盜是一不以一個人爲直接被害人而以侵害團體之利益爲準如謀反瀆神背倫等是但國家思想未發達之際凡侵害個人之罪必待個人起訴而後審判之侵害團體之罪則必待團體員起訴而後審判之遂至有併用個人彈劾式與公共彈劾式之例

犯罪有二區別一則侵害個人一則侵害團體個人彈劾式與公共彈劾式即因之而起講義案內謀反二字括內亂外患言與大清律不同瀆神云者因希臘羅馬有代表一國之神如羅馬之 *Jupiter* (大神) 及 *Vulcan* (火神) 等是有毀此神廟宇者即爲瀆神罪其大神之廟在 *Capitol* 山之上火神之廟則在 *Atrium Vestae* (空地) 上有女官六人司之凡對此二神有不敬之行爲者作爲羅馬全國之犯罪背倫云者即關於親子兄弟等血族姦非之類在羅馬法以爲害全國風儀之罪此等犯罪即無直接被害人羅馬分犯罪

爲公罪私罪二種。私罪有直接被害人，公罪無直接被害人，與中國所謂公罪私罪不同。中國以私人犯罪爲私罪，官吏因公犯罪爲公罪。日本自輸入中國法律後，亦有公罪私罪之分，與中國同當。中國法律未輸入時代，則有天罪國罪之別，與羅馬相類。總之，當國家思想未開之際，侵害個人之罪，即由個人起訴；侵害團體之罪，即由團體員起訴。因此併用個人彈劾與公共彈劾二式，試參照西洋歷史，即可得其大凡矣。

荷採用於私人起訴之主義，則或因畏勢或因貪賄或因放棄，不即起訴者有之。是雖有犯罪者，而國家不得行其審判。個人彈劾式及公共彈劾式，俱不免有此弊。故或關於一定之犯罪，使被害人或其親族擔負起訴之義務，或由公共選定適當之人委任起訴之事務，或特派一定之人監督私人之訴訟，或不待他人起訴，由審判官用糾問式審判案件。此等制度均由補救私人起訴主義之缺點而設。檢察制度即胚胎於此主義之中。蓋此制度於法理上實因欲完全行使刑事訴訟權，代私人彈劾式及糾問式而發生者也。

無論個人彈劾或公共彈劾，皆可謂爲私人起訴。純用此主義，往往遇有犯罪竟無起訴之人，其理由有三：一畏勢，例如知害者爲有勢力之人，被害者恐其力不足以相抗，或反

重蒙其害乃拋棄起訴權是也。二貪賄例如被害者得加害者之賄賂而與之私和是也。三放棄例如被害者以爲既經受害雖起訴無益遂放任而不起訴是也。此皆專用私人起訴之弊。欲救此弊故關於一定之犯罪使被害人或其親族負起訴之義務。例如父被人仇殺應由其子起訴不訴則坐以罪。或公共選定適當之人委任起訴。例如希臘委任辯士起訴。此等辯士或由臨時選定或由平時公選或特派一定之人監督私人訴訟以防犯罪不起訴之弊或不待他人起訴由審判官自行糾問而審判之。凡此皆由補救私人起訴之缺點而設。檢察制度即胚胎於此主義之中。以上所言非歷史上之沿革乃法理上自然之順序。因私人彈劾式有種種流弊。檢察制度乃因而發生者也。

第一章 法國檢察制度之沿革

凡值犯罪事實發生之際或由公共起訴或由臨時公共所選定之人起訴。此於古代固已不乏其例。然現今多數之國所採用檢察制度之發端實源於中古之法國。按之西史。方西歷十二世紀之末即宋末元初法國國王有所謂代理人者 *Procureur du Roi* 代國王辦理本身之事務。雖其初之資格無異於私立會社之代理人。其事務亦僅限於國王之私事。而其

後竟代國王赴審判廳提起民事訴訟矣。訴訟等之公務昔由 *Magistrats* 等官吏行之。至是王之代理人得該官吏之許可。遂有提起民訴之例。

當時法國法制南北各異。其趣南部依成文法令類多採用羅馬法主義。北部則不用成文法令而實施其地本來之慣習法。前所述設立代理人之思想。本胚胎於羅馬法。故一千三百十八年中（元之延祐五年）君臨北方之 *Philippe le Bel* 第五世曾一時廢代理人制度。復

Magistrats 之制度（奉行者日本舊有官名兼掌裁判警察事務）使行訴訟等之公務。逮

一千三百年之中葉代理人制度復漫延於法國全部。乃使參與訴訟凡有關刑事案件於一定情形得不由被害人起訴而使代理人為國家之機關行類似後世檢察官之職務。由

此遂成慣例。實於一千三百五十五年至正十一年一千三百六十七年至正二十七年一千三百

七十一年明洪武四年所布告之條文中常見之。雖然代理人制度非依此等布告同時施行全

國乃各地各以慣習漸次普及者也。

南北法制之異因政治上之情形與地形上之關係而生。南部用羅馬法者因羅馬分為東西。西羅馬先亡。法國人之祖先即占據之 *Francs* 民族即法國人之祖先也。法之南

部與羅馬相近遂用羅馬法其北部則爲羅馬勢力所不及惟行其習慣法而其習慣極複雜有三百餘種之多此時南北法制彼此殆不相容

十三世紀之中葉代理人制度二次漫延於法國其事實上之理由乃以當時奉行之數少而職務日多無暇處理司法上之事務因之國王一身使用人之性質一變而爲國家官吏之性質其法理上之理由一在刑事訴訟方式之變更一爲王政狀態之遷移是也

刑事訴訟方式之變更者指法定證據主義之個人彈劾式爲自由心證及發見真實主義之糾問式所壓倒也前此法國所採用者爲法定證據主義之個人彈劾式所謂個人彈劾式者非經被害人或其親族之起訴不得開始刑事案件之審判所謂法定證據者非依決鬥或探湯等法不得斷定原被告之曲直故是時無肯就原告官之職爲刑事訴訟之當事者是法定證據主義之個人彈劾式與檢察制度不能兩立也明矣且此法對於被害人亦有所不便蓋前者既因犯罪受其損害及提起訴訟復須決鬥探湯若有不利則時或有誣告反坐之處分似此背理之法又惡能永久存在耶更由他方面觀之有起於羅馬帝國時代依中古寺院法而發達之自由心證及發見真實主義之糾問式存焉此方式之訴訟法

於案件之審判上不以被害人或其親族之起訴爲必要此等人苟欲報知犯罪僅使其依告訴之方式屏去決鬥及探湯等類之法定證據而調查人證及物證以求獲得心證而定以真實爲本之判決較之法定證據主義之個人彈劾式利害得失不辨自明此其爲自由心證及發見真實主義之糾問式所壓倒宜矣而國王之代理人於刑事案件至是遂得有參與訴訟之情勢焉

法定證據者法律上所定之證據即依決鬥及探湯之類以斷兩造之曲直是也決鬥者令兩造在法庭上以刀劍相鬥探湯者炙手於鼎鑊之中蓋當日斷案重在口供如不得口供則依法定證據視傷之輕重判之故其時無人肯爲原告官者如強盜案件盜之奔力過人使檢察官爲原告官當與之決鬥或探湯夫誰肯爲他人之事而不顧其身者且此法於被害人亦存不利凡人業經被害起訴後復須決鬥或探湯而不勝或探而受傷是重傷也此種背理之法其不能持久必矣再從他方面觀之羅馬分三時代一爲王朝時代二爲共和時代三爲帝政時代自由心證及發見真實主義之糾問式實起於帝政時代所謂依中古寺院法而發達者當中古時奉耶蘇教之廟宇可管理訴訟上之事

務其初不過管婚姻生死離婚養子等人事之關係厥後範圍推廣民法上之事亦得管理緣是時惟僧侶能知法律此外之人悉從事戰爭故其時有士手劍僧手筆之諺僧侶行審判即以羅馬方式行之羅馬方式即自由心證發見真實主義之糾問式是也糾問式之訴訟法不必被害人或其親族起訴爲原告不過使報知犯罪爲通報人不用決鬥或探湯等法以定證據而以證人及證物爲憑審判官取自由心證務得真情是捨形式之審判而用真實之審判也以此主義與法定證據主義相比其得失自易知於是法定證據之個人彈劾式遂一變而爲自由心證及發見真實主義之糾問式而王之代理人亦得參與刑事訴訟矣

王政狀態之遷移者指因權力之集於中央變霸王之地位而爲國王之地位而爲國王之地位之謂也當時德意志之霸王常與大諸侯爭因此其權勢漸殺而法蘭西則不然其霸王轉有推倒諸侯權力之勢在十三世紀時法蘭西霸王爲全法國之攝政及代表者其本身之事務即爲法國之事務因之昔爲霸王一身之代理人者此時亦帶有爲國家代理人之性質昔爲霸王私財監督之收贖及沒收此時遂作爲國庫之收入矣

法國在封建時代並無真正之國王諸侯之強者即推爲霸王其後因權力之集於中央始變霸王而爲國王當時德國亦有霸王與法國異蓋德之霸王常與大諸侯爭而勢衰法之霸王其權力在諸侯之上在十三世紀時法之霸王爲全國之攝政及代表者其代理人之資格原未變更迨霸王之資格變爲國王因之其身上之事務遂爲法國之事務而從前霸王一身之代理人亦變爲有國家代理人之性質且從前爲霸王之私財亦遂變爲國庫之收入矣

在西歷十三世紀時代因訴訟方式之變化與王政狀態之遷移發生爲國家官吏代理人之制度是爲檢察制度之第一期如前段之所述者但當時之刑事訴訟仍採用密行主義及書面審理主義之糾問式刑罰多用沒收及罰金故國家代理人亦不似後之檢察官得提起一切刑事訴訟以原告之資格而參與之不過爲監督贖金及沒收之執行是否正當確實起見而參與刑事訴訟耳

檢察制度之沿革分爲三期論之其第一期即如前段所述但當時之刑事訴訟仍採用密行主義及書面審理主義之糾問式密行與公開相反公開主義者乃許與訴訟無關

係之人得自由出入法庭旁聽是也密行主義則不許與訴訟無關係之人自由入法庭旁聽是也書面審理乃審判官據其下級官吏之報告而下判斷之謂也現在則采原被告等於審判官前互相辯論而後下判斷是爲口頭審理主義

前述之制度在十四世紀時代之中業尙未以成文法規規定確就實際上以慣例徧行之而已一千四百年明永樂（二三二）第五世之布告一千四百五十二年明景泰（二三三）第六世之布告雖具有改良法制之宗旨而關於代理官制度之規則則未加入也至一千四百九十二年明弘治（二三六）第八世之布告及同年（二三七）第十二世之布告亦僅加入二三規定而已

此等布告實前段說明之制度僅依慣習法以行並未作爲成文法之證據也

逮十五世紀時代始有成文法設與檢察制度相似之職官名曰公共吏（*Public*）

實等於今日之檢察官而其規定則一千五百二十二年明嘉靖（二三九）

一千五百八十六年明萬曆（二四一）數次之布告至革命之時止及有效力之一千六百七十年

康熙（*1711*）第十四世關於刑事之布告（*Ordonnance sur les matières criminelles*）是也

自是先設檢察官上下之階級當十三世紀時代之中葉配置於上級審判廳之檢察官名曰總檢察官 *Procureur General* 以下各級審判廳設相當之檢察官又有爲其補助之檢察官補 *Procureur Adjoint* 及代訴人 *Procureur Substitut* 等職

此段述成文法之制定自十五世紀至十六世紀檢察制度乃漸次完備十五世紀以後檢察官之主要職務在實施刑事訴訟追檢察官補監視訴訟之開始及進行全體代訴人專處理起訴之事務然職務之範圍決不止此除確保訴訟上之國庫收入外又代國家保障一切公益擁護法令保護國民對於寡婦孤兒加特別之保護有時爲補終審審判廳推事之不足由王命代訴人行推事之職此外更使爲與其性質全異之事監視圖書館及法科大學檢查度量衡決定麵包代價並有干與純乎私事之例

此段言檢察之職務其主要在實施刑事訴訟追二字從法文 *Procureur* 譯出包含公訴之準備提起實行而言然檢察職務範圍實不限於刑事訴訟追而止除確保訴訟上國庫之收入外尙有許多職務如上所列舉是也

前段所謂檢察官所擔任之刑事訴訟之權限比之今日制度尙多差異之點而爲法國今

日制度之基礎者則共和三年六月名爲風月二十七日之法律一千八百十年四月二十九日之法律及一千八百八十三年八月三十日之法律與其他附屬法令是也

此數種法律所規定之檢察制度與本論中所述多類似茲不詳述要之法國檢察制度今日除英國法系之國外歐洲大陸諸國大概皆採用之中國方改法制於檢察制度當用英主義抑用法主義其利害得失俟於本論中第二章詳言之

本論

此編順序分爲三章一檢察廳之組織二檢察廳之權限三檢察廳之監督蓋檢察制度之用語本包含檢察廳之組織與權限及關於實施檢察事務之一切規則而言也

第一章 檢察廳之組織

第一節 檢察廳之配置

法院編制法修正草案第八十五條原案第三十九條第三日凡通常審判廳應配置左列檢察廳

第一 初級檢察廳

第二 地方檢察廳

第三 高等檢察廳

第四 總檢察廳

地方審判分廳高等審判分廳及大理分院配置地方檢察分廳高等檢察分廳總檢察分廳

法院編制法即日本裁判所構成法其意義相同惟裁判所構成法之命名未當因裁判所不能賅括檢察廳故改用法院二字可以包括審判檢察而言也法院編制法之性質非但對於京師之審判檢察廳有效力對於將來全國之審判廳檢察廳皆有效力所謂通常審判廳者即指審理民事刑事之機關也至特別審判廳例如軍事審判與違警罪審判及行政審判等審判廳皆是各有特別法規規定之所謂配置云者其義詳下

一審判廳必設一檢察廳似檢察廳爲審判廳附屬之官廳然審判廳掌管民刑訴訟案件檢察廳掌管檢察事務編制法修正案第九十四條原案第五十一條曰凡檢察廳對於審判廳應獨立行其職務同第九十五條原案第五十一條曰凡各級檢察官無論如何方法不得干涉推事之審判事務及掌理審判事務可見審判廳與檢察廳俱有互相不可侵之權限爲全然獨立之官廳也

檢察廳與審判廳各有獨立之權限不可相侵因檢察廳之管轄區域與審判同故有一審判廳必設一檢察廳取其便利日本裁判所構成法第六條有附置二字不可誤解檢察廳原非附屬於審判廳之衙門故編制法易爲配置二字在法律上有一定之理由且

非此不能表明其平等也

前述編制法草案尙未有實施力故直省中有另定試辦章程者

法院編制法現交憲政編查館核定尙未施行直省中如直隸京師奉天等有試辦各級
審判廳者不能無所依據故有暫定試辦章程者如大理院章程法部奏定試辦章程之
類

第八十八條 凡檢察廳之設立及廢止由法部酌覈奏定其關於分廳者亦同但不得違

第八十五條及九十二條之規定

第九十二條 凡檢察廳之管轄區域與各該審判廳同

前所揭二條之意義再述於第二章中

第二節 檢察官之定員官等及俸給

編制法修正案第八十六條曰凡檢察廳置左列檢察官

第一 初級檢察廳置檢察官一員或二員以上

第二 地方檢察廳置地方檢察長一員檢察官二員以上

第三 高等檢察廳置高等檢察長一員檢察官二員以上

第四 總檢察廳置檢察廳丞一員檢察官二員以上

第八十五條 凡檢察官定員由法部酌覈奏定

今查法部所定一般員數官等及俸給故揭日本現行法以供參考 按京師已經法部

奏定各省廳署各商情形後書行奏定

甲

員數檢察官定員

明治三十二年四月勅令
第一百五十三號改正

大審院檢察局

檢察總長一人 檢察七人

控訴院檢察局

檢察長七人 檢察二十二二人

地方裁判所檢察局

檢察正四十五人 檢察九十五人

區裁判所檢察局

不置長 檢事二百九十二人

乙 日本檢事官等俸給

大審院檢事局

檢事總長 勅任二級俸

檢事 奏任二級俸乃至勅任三級俸

控訴院檢事局

檢事長 東京及大坂勅任三級俸或二級俸

其他勅任四級俸或三級俸

檢事 東京及大坂資深者一人奏任三級俸乃至勅任五級俸

其他奏任七級俸乃至一級俸

地方裁判所檢事局

檢事正 東京及大坂奏任一級俸乃至勅任四級俸京都橫濱神戶長崎函館新

瀧仙臺名古屋廣島及熊本奏任三級俸乃至勅任五級俸其他奏任五

級俸乃至一級俸

檢事 奏任十一級俸乃至九級俸

區裁判所檢事局

檢事 奏任十一級檢乃至九級俸

(判事)檢事俸給金額表

勅任

奏任

一級	二級	三級	四級	五級	一級	二級	三級	四級	五級	六級	七級	八級	九級	十級	十一級
五千兩	四千兩	三千兩	二千兩	一千兩	二千兩	二千兩	二千兩	二千兩	二千兩	二千兩	二千兩	二千兩	二千兩	二千兩	二千兩
五百兩	四百兩	三百兩	二百兩	一百兩	二百兩	二百兩	二百兩	二百兩	二百兩	二百兩	二百兩	二百兩	二百兩	二百兩	二百兩

第三節 檢察官之任免

(甲) 檢察官之任用

(乙) 檢察官登用試驗與推事同為現今之通例中國亦不得不然法院編制法修正草案所豫定者如左

第一百零七條 凡推事及檢察官非經二次考試不得任用

第一百零八條 凡在直省法政學堂專習法律科三年以上領有卒業文憑或在外國大學或與大學同等之學堂專習法律科領有卒業文憑者可受法官登用考試在法科大學專習法律科領有卒業文憑者以經第一次考試論
考試法官登用章程由法部奏定頒行

法官者統推事檢察官而言此種官吏必須有專門之學問且有實地之閱歷乃可勝任若無學識無經驗者決不可濫爲任用故百零七條規定有受法官登用考試資格之人必經二次考試乃能爲法官第一次考試其學識第二次考試其實務如二次不及第者仍可淘汰之百零八條復規定可以受法官登用考試之資格必由學堂專習法律領有卒業文憑者方許應試或謂在家自行研究法律者亦可考試任用以廣登進不知校外研究法律者甚罕且難深造中國後此法律學堂次第成立法官任用必不可不由學校中出所謂在法科大學專習法律卒業者以經第一次攷試論專指本國大學言不必受第一次攷試若在外國大學卒業者仍須受第一次攷試也

第一百零九條 凡應第一次攷試及第者分發初級審判廳又檢察廳學習以二年爲限

學習推事應受本管地方審判廳廳丞或推事長之監督學習檢察官應受本管地方檢察長之監督

按京師地方審判廳置廳丞直省地方審判廳置推事長掌理全廳行政事務者異而實同

第一百十條 凡學習推事之品行性格由本管地方審判廳丞或推事長出具切實考語
學習檢察官之品行性格由本管地方檢察長出具切實考語
法部鑑別其劣者得隨時罷免

罷免細則於考試登用法官章程定之

按法官當受法律上之保障此條法部得隨時罷免僅對於學習者而言也

第一百十一條 凡在初級審判廳學習滿一年以上者得由該廳監督官派令掌理特定司法事務但不得審判訴訟及非訟案件並管理各註冊事宜

在初級檢察廳學習滿一年以上者得由該廳檢察官派令掌理特定檢察事務但除一百零二條之時不得代理檢察官

按監督官者初級審判廳置推事二員以上法部指定其中一員委以監督全廳行政事務故學習推事滿一年以上者得派令掌理特定司法事務以資實踐至於審判訴訟事件及非訟事件對於外部効力之事學習推事仍不能爲之注冊事項於權利得喪亦極有關係故併加以制限

謹按一百零二條之時本條草案原文凡學習檢察官及學習推事得由法部命爲代理檢察官或實施初級檢察廳之事務等語即得由法部命爲代理時方可爲檢察官也

第一百十二條 凡學習人員應第二次登用法官考試及當者作爲候補推事候補檢察官分發地方以下審判廳及檢察廳聽候補用

第一百十三條 凡爲直省法政學堂教習或律師歷三年以上者得應考試作爲候補推事候補檢察官

按三年以上爲直省法政學堂教習或律師者其學識經驗及其人格均經試驗當然有爲法官資格不必再行考試也

第一百十四條 凡候補推事及候補檢察官不拘年限遇有缺出即行奏補惟須先補初

級審判廳推事及初級檢察廳檢察官如候補逾三年以上者遇地方審判廳推事及地方檢察廳檢察官出缺亦可酌量奏補

第一百十五條 凡地方以下審判廳或檢察廳遇有缺出由法部得於前條之限制內以候補推事或候補檢察官一時補缺

第一百十六條 凡有左列事項者不得爲推事及檢察官

- 一 因剝奪公權喪失爲吏員之資格者
- 二 受徒刑三年以上之宣告者
- 三 破產而未償債務者

按右列各項於品行名譽均有所虧不能爲人民所尊禮即不能立於法官之地位

第一百十九條 凡補高等審判廳推事及高等檢察官者須有左列之資格

- 一 爲推事或檢察官歷五年以上者
- 二 爲直省法政學堂教習或律師五年以上而任推事及檢察官者

第一百二十條 凡補大理院推事及總檢察官者須有左列資格

一 爲推事或檢察官歷十年以上者

二 爲直省法政學堂教習或律師十年以上而任推事及檢察官者

第一百二十一條 凡前二條所揭年數停職及改職中不得算入

按前二條所定五年十年之數均按實任時計算其因事停職及改職之時不得加算

乙 檢察官之罷免

檢察事務不入於司法事務之內而入於行政事務之內故檢察官罷免之法有與他行政官不甚差異者然於實驗上知勵行檢察事務而鞏固檢察官之地位不可無保障之法故中國法院編制法草案對於檢察官之地位俾受與推事同等之保障茲列如左

檢察官罷免之法與行政官無甚差異此日本法然也中國法院編制法保障檢察官之地位與保障推事同此中國法律進步之處與推事受同一之保障即不能由上官命令隨時罷免之也

第一百二十三條 凡推事及檢察官如因精神衰弱不能盡職在外經高等審判廳廳丞高等檢察長查實會同提法使申報法部奏請退職在內由大理院卿會同法部奏請退

職

按精神衰弱則職務必致廢弛不得已令其退職必須奏請以昭鄭重不由上官之命令任意去之也

第一百二十四條 凡各級審判廳及檢察廳如有更改或廢止時所有裁缺之推事及檢察官法部奏請給以全俸遇缺即補

變更改者第將舊設之審判廳或檢察廳分合及裁併之謂也廢止者則將原有之審判廳或檢察廳全行消滅之謂也官廳之更改廢止裁缺之人員請給全俸遇缺即補所以示優遇也

第一百二十六條 凡法部對於推事及檢察官不得勒令調簡請補停職免職及減俸等事惟左列情事者不在此例

- 一 關於第一百一十三條及一百二十四條所揭事宜者
- 二 係候補推事及檢察官尙未補缺者
- 三 於補闕上實爲人地相宜者

四 懲戒調查或刑事控究上律例命其停職者

五 出於刑法之宣告或懲戒之處分者

此條爲保障推事及檢察官之法其一項所謂一百二十三條及一百二十四條所揭事宜即指精神衰弱及官廳更改廢止之人員而言二項無甚解釋三項人地相宜指調簡借補而言四項因將行懲戒在調查中或刑事控究上暫命其停職此在減俸免職停職以前之事也五項出於刑事之宣告者日本謂之附加刑中國新律草案謂之從刑如剝奪公權等是也所謂受懲戒處分者即受懲戒審判如因事革職是也夫檢察事務爲行政事務檢察官爲行政官從法理上言固合然因其性質屬於行政不使與推事受同一之保障則事實上實多不便茲特明定與推事同一因檢察官得鞏固其他地位亦即能盡心於其職務也

第四節 檢察官之補助機關官及輔佐員

補助檢察官而執檢察事務者有二種一則非檢察官而搜查犯罪上有與檢察官同一職權者一則承檢察官之指揮命令而爲之輔佐者是也茲假定前者爲甲種官後者爲乙種

官如左

謙按代理者有同官之資格又有長官之命令而後得爲代理至警視總監乃於搜查犯罪上有與地方檢事正同一之職權並非爲檢察官之代理官也原文以甲種爲代理官多立名目意義殊覺含混

甲

關於此種官吏中國未有一定規則今以日本之例言之

第一 警視總監

第二 除東京府知事外餘地方長官即府知事及縣知事等

以上兩項雖非檢察官但於搜查犯罪上各在其管轄地內有與地方檢察官同一之權限日本裁判所構成法第四十七條將來中國採用此類規則與否現尙未能斷定

日本惟東京設有警視總監即中國京師巡警總廳廳丞也東京既有警視總監故東京府知事不管警察與他之府縣知事不同此二種官吏雖非檢察官而於搜查犯罪上與檢察官有同一之職權此檢察官甲種之補助機關也

乙

編制法第一百零六條曰凡各檢察廳檢察官得調度司法警察員各檢察廳調度司法警察章程法部會同民政部奏定頒行

以日本現行法言之左列各員應承檢事之指揮命令爲之輔佐而實施司法警察事務搜

查犯罪

日本裁判所構成
法第四十七條

謙按現在採用日本司法制度一切名詞多沿用之然法律上之用語亦宜參酌本國之習慣如司法警察一項在法理上應受檢察官之指揮命令蓋指揮命令事項司法警察有服從之義務不得違拒而囑託事項則司法警察有自主之權可以拒絕此二者區別之要義而日本初不以此種字樣爲有管轄之關繫中國專尙虛文現在司法屬法部警察屬民政部二者界限迴分以此部之人受彼部之指揮命令名義上萬不可行然實際上未嘗無之誠以警察保衛治安苟有犯罪受尋常人民之報告或追捕時尙應即時行其職務則檢察官之指揮命令何得不受惟衙署不同既無管轄關繫文移內皆同等採用日本制度者取其質不必襲其名也

第一 警視警部長警部警部補

第二 憲兵將校下士

第三 島司

第四 郡長

第五 林務官

第六 市町村長

第七 船長但以海船之船長及船內之犯罪爲限

司法警察中有司法警察官與司法警察吏之分司法警察吏如巡查憲兵卒等是此等司法警察吏有時受檢察官之指揮命令有時受其長官之指揮命令日本府縣之下大者名郡小者名島郡置郡長島置島司掌理郡島之事務林務官管理森林之事務此外市有市長町村有町村長掌理市町村之事務船長專指海船而言掌理海船之事務以上數種其地位較卑均受檢察官之指揮命令此檢察官乙種之補助機關也指揮命令視事之緩急平時以文書命令爲原則緊急時不用公文用電報電話口語皆可若逮捕

人犯或沒收等必用公文然遇現行犯等緊急時亦無須用公文也關於搜查事務之說見第二章檢察官權限中

第五節 檢察廳書記課

編制法草案中有言凡各審判廳及檢察廳附設書記課書記課堂所屬審判廳及檢察廳左列事宜

- 一 往來
- 二 會計
- 三 文牘
- 四 錄供及編案

各檢察廳書記課宜酌置之錄事等官亦應據編制法所定

第二章 檢察廳之權限

第一節 概論

凡統治機關於實施統治作用皆有一定之範圍此即所謂管轄是也管轄可分之爲三一日事物管轄一日職務管轄一日土地管轄事物管轄者指因事物之性質及等差而定之管轄而言職務管轄者指因職務之趨嚮而定之管轄而言土地管轄者指因土地之區域而定之管轄而言檢察廳之管轄亦有此三種之別大略如左

統治機關者由統治權所設立實施統治作用之官署也官署之權限皆有一定之範圍以爲管轄所謂事物管轄職務管轄土地管轄是也此三種管轄之分事物因對象（即目的與事務）之性質分量而定職務因執務之方向而定土地因區域而定檢察廳之管轄大別亦然

其一 檢察廳之事物管轄

檢察廳所管轄之事物有關於訴訟者有關於訴訟以外者關於訴訟者之中有刑事與民事之細別關於訴訟以外者之中有非訟事件與行政事務之細別

此三分類就日本法而言歐西各國亦大略相同

甲關於刑事訴訟檢察廳所管轄之事物爲公訴事宜及執行裁判事宜二種

公訴事宜即公訴之準備公訴之提起公訴之實行是也詳後檢察職務管轄中執行裁判事宜即判決行刑是也夫事物管轄與職務管轄之分如公訴事宜及執行裁判事宜乃事物管轄而因執行此等事宜之方向辦法即職務管轄也例如郵政電報即郵傳部之事物管轄至如何收發送達其電函件則職務管轄也又如中國之鹽日本之烟草皆歸政府專賣此政府之事物管轄也至如何摺鹽捲煙則屬職務管轄至公訴之意義後當詳言茲略述之即公訴者具體的確定科刑權之有無及其範圍之訴是也

乙關於民事訴訟檢察廳所管轄之事物如左

第一 代表審判廳爲民事訴訟之當事者

第二 人事訴訟以特定之情形爲限爲其當事者明治二十三年六月法律第十三號人事訴訟手續法

第三 禁治產宣告之請求日本民法第七條

第四 會同左記各項之人事訴訟

1 關於公之法人之訴訟

2 關於婚姻之訴訟

- 3 關於夫婦間財產之訴訟
- 4 關於親子或親子之分限及其他一切人之分限之訴訟
- 5 關於無能力之訴訟
- 6 關於養料之訴訟
- 7 關於失踪者及相續人虧缺之訴訟
- 8 證書之偽造或變造之訴訟
- 9 再審

第一條 第三檢察官管轄者第四條 第五條 檢察官不違會同(即日本之立會)而已檢察官參與民事訴訟詳關於民事法之部茲不詳述

丙關於非訟事件檢察廳所管轄之事物如左例

第一參事民事非訟事件例如日本非訟事件手續法第四十六條第四十九條但書第五十一條第五十二條第五十九條第六十八條第九十一條第九十五條第一百十條是也

按四十六條等二項利害關係人管理人及檢事得立會于封印之手續第四十九條但書但民法第六百六十條之通知須檢事爲之第五十一條裁判所因利害關係人管理人又檢事之請求於民法第二十五條第二項及本法五十九條以外之場合得命封印之除去第五十二條裁判所豫定除去封印期日須告知申立人利害關係人保管者管理人及檢事第二項利害關係人管理人及檢事於前項之期日前得申立異議於裁判所但民法第二十五條第二項及本法第五十九條之場合不在此限第五十九條本人至得自管理其財產時又爲分明其死亡或有失蹤之宣告時裁判所因於本人利害關係人又檢事之請求可命取消其處分第六十八條第三十九條乃至第六十二條之規定揭於前五條事件準用之第九十一條廢家之許可爲廢家戶主任所在地之區裁判所之管轄第二項利害關係人及檢事對於裁判所與前項之許可得爲抗告第一百十條第二項利害關係人及檢事對於遺言之確認得爲即時抗告抗告之期間從申請人受裁判之告知日起算

第二 參與商事非訟事件例如同法第一百三十四條第二百七條是也

按一百三十四條於商法第四十八條及商法施行法第一百二條第二項之場合會社解散之命令須附理由以決定爲之第二項裁判所爲裁判前聽利害關係人之陳述須求檢事之意見第二百七條過料之裁判須附理由以決定爲之裁判所爲裁判前聽當事者之陳述須求檢事之意見

謙按以上皆徵引日本條文故從其本來名詞以後倣此

第三 得會同外國人遺產之封印或開印之事

明治三十二年七月八日司法省令第四條

丁檢察廳所管轄之行政事務可細別爲二一係檢察廳內部之行政事務一係檢察廳以外之行政事務前者於第三章說明之

純然行政事務以屬於檢察廳之管轄爲得策者雖宜就其國當時之情形以爲損益未可一概論定然如左記各項所揭者無論何國使屬之於檢察廳之管轄似無不可以下五種爲最重要之例以交與檢察官管轄爲便非此五種之外即不能管轄也

第一 對於不良少年令其受感化教育之命令並監視其實施之事

所謂監視其實施之事者對於私立感化院而言蓋感化院有由政府立者有由地方

立者有由私人立者所謂國立公立私立（有志者）三種是也各國考究此三種辦法以私立者成績爲最而經費每苦不足國立與公立經費雖足而收效甚少蓋辦事者多爲官吏往往視爲差事而敷衍行之若私立者由有志之人本慈善之熱誠以經營其事故成績優美如經費不足可由國家或地方補助以金錢或給予房屋器具圖書等此種私立感化院檢察官不能指揮命令之不過留心監視之而已

不良少年有二大區別一實施刑法上之犯罪行爲者一雖未實施犯罪行爲而品行不良有其危險者是也凡此等少年之從事於感化本其父兄之義務且亦父兄之權利也然就實際上觀之此等少年多無父兄者否則有父兄而不能與以適當之監督者若放任之社會將不免大受其害故不可不由國家採一切當之處置所謂切當之處置者即勒令其受感化教育是也

不良少年有二種一已經犯罪即實施刑法上犯罪行爲者一尙未犯罪而有犯罪之虞即雖未實施犯罪行爲而品行不良有其危險者其已經犯罪者刑律草案規定凡未滿十六歲者因其無責任能力雖犯罪不加以刑此條反對者多實不知立

法之旨非未滿十六歲犯罪者可邀寬免以此當勒令其受感化教育轉爲善良而勝於治其罪也理由詳刑律草案中

勒令其受感化教育之途有二一由審判廳命令之即少年實施犯罪行爲檢察官認其已達責任年齡而提起公訴然審判廳認爲無責任能力時即由審判廳按其情節命受感化教育可也一由檢察官命令之即實施犯罪行爲而在檢察廳尙未認其有責任能力之少年及有犯罪之虞而尙未實施之不良少年按其情節直接由檢察廳勒令其受感化教育可也

勒令受感化教育之途有二一由審判廳命令之即少年犯罪檢察官認其已有責任能力提起公訴審判廳認爲尙無責任能力者是也一由檢察官命令之即檢察官認犯罪少年尙未有責任能力及有犯罪之虞而尙未實行犯罪者是也

按此事務使悉屬之於警察官廳之管轄則不足以昭慎重屬之於審判廳之管轄又有過於慎重之病且決定應否即提起公訴須就其情形考察者不尠故原則上似宜屬之於檢察廳之管轄也

勒令不良少年受感化教育何以不屬之警察廳及審判廳必屬之檢察廳蓋不良少年與犯罪有密切關係必先經檢察廳之考查視其果爲犯罪與否或達責任年齡與否而定可否提起公訴故原則上歸之檢察廳較爲便利使屬於警察廳不足以昭慎重者非輕視警察廳也蓋警察辦事以單簡迅速爲貴不良少年之置感化院時日最久極宜詳慎屬之警察廳容有未能細加考察而輕率發布命令之時至歸之審判廳又慮過於慎重者審判廳專掌審判平日對於不良少年素不相悉從而詳悉調查又不免過於費事惟付之檢察廳最爲通當之辦法也感化教育不惟中國須重視之即在世界各國亦屬重要凡欲減少犯罪不出兩途一則不良少年之感化教育一則累犯者之特別處分是爲刑事政策之主要至感化教育之辦法讓之小河博士之講述故略之

第二 對於懶惰之浮浪者勒令勞動並監督其實施之事浮浪者指無可支持生活之資產並不從事正業者而言可分之爲三種一不能執業者一不得業者一不欲執業者是也第一種之浮浪者不可不設救濟場以保護之第二種之浮浪者不可不講求授產

策以救護之第三種之浮浪者不可不投諸勞動場以改良之而第一第二之事宜檢察廳無干與之必要第三之事宜與前段關於感化教育所述同一理由似宜屬之於檢察廳之管轄也

既無生活之資產而又不從事於正業乃法律上所謂浮浪者如尚有資產雖不從事正業者非法律上所謂浮浪也正業者法律上許爲之事不從道德上言如賤業醜業（如公娼）仍正業也浮浪者分三種一不能執業二不得執業三不欲執業處分浮浪者之法當以此三者爲根本從東西各國歷史言處分浮浪者之法不一在羅馬帝政時代待之最優常解衣衣之推食食之逮中古時代待之甚虐不惟驅逐之甚至駢戮之然勿論爲優待爲虐待浮浪者並未減少皆未從根本上著手也欲減少浮浪者之根本上辦法一爲德教之普及國家提倡其教化人民咸富於道德思想不願爲浮浪者二爲經濟之改良國家整理其財政使人民皆足以生活自不爲浮浪者整理財政之策可以減少第二種之浮浪者然減少之法並不止此即如對於第一種之浮浪者其身體不全或有廢疾雖有業而不能執不可不設救濟場

以保護之有病者非使病瘥固不能執業而殘廢之人分之則無用合之或猶可用俗諺有云盲目者與無足者同渡河蓋盲者有足無足者有目交相爲用也至第二種之浮浪者其人本可執業不可不講求授產策以救護之授產策通常謂計畫國中_之業務使人人皆有執業此所謂授產策即紹介他人得有執業是也例如公立媒介業務場是此等紹介之事任私人爲之則必須酬謝公立者除郵告之費外不須酬謝日本亦有私人爲之媒介者謂之口入業媒介業務場不過授產策之一例若第三種之浮浪者則有業而懶於從事不可不投諸勞動場以改良之勞動場即所謂懶惰者勒令其勞動乃檢察廳所宜辦理與感化院同一理由第一第二兩種事宜可由警察廳管理之檢察廳無干與之必要也

第三 命令危險之精神病者之監置處分並監視其實施之事此事宜之應歸檢察廳管轄之理由與前段同現在文明國法律凡精神病犯罪無責任蓋爲病者之作用雖有罪不加以刑惟必監置於精神病院使不致再行犯罪其命令由檢察廳發之與前理由同

謙按以上三種岡田以爲當歸之檢察廳管轄而松岡小河或不然之究之擴張檢察廳管轄範圍而無管理之實固屬驚廣而荒然狹小檢察廳管轄範圍而昧犯罪之預防亦未免死於句下學者宜觀其通焉

第四 從法律所定之區別參與對於推事之懲戒審判之事此點應參照日本判事懲戒法明治二十三年八月二十日法律第六十八號第十七條第十九條第二十五條第二十六條第二十八條第三十二條第三十八條等

推事懲戒法者推事有不法或不當之行為用懲戒審判法特別組織之懲戒審判之檢察官參與此審判立於原告地位與平時參與刑事案件立於原告地位無異至關於檢察官有不法或不當之行為惟照懲戒普通行政官之法以懲戒之無特別懲戒法此日本例也中國將來似以規定懲戒推事檢察官同等之特別法爲宜然要未敢斷言也

謙按講義案所舉條文有尙未譯出者固應從缺日本條文爲通常所有亦多從略焉

第五 從法律所定之區別監督律師之事此點應參照日本辯護士法明治三十六年三月三日法律

第七號 第九條第十九條第二十三條第二十九條第三十一條等

律師即日本所謂辯護士也辯護士法即律師法日本各地皆有辯護士其會各有章程凡辯護士皆遵守之其會應受所屬地方檢察長之監督中國將來應否設立律師此問題似尙未決然律師制度甚屬重要將來法典日繁人民不盡通曉若有律師專爲人民辯護法律上之事務最爲適宜否則訟棍等流必從中把持一切殊不如用律師制度國家可以隨時監督之也

以上所述關於檢察廳之管轄事物列記應注意之點如左

甲凡檢察廳牽連審判廳所管轄之事物而實施檢察事務時不同其係刑事訴訟案件民事訴訟案件抑係非訟事件以由配置該審判廳之檢察廳檢察官擔任之爲原則

參照第二章

檢察廳之事物管轄有與審判廳不相牽連者有相牽連者其相牽連之時則應由配置該審判廳之檢察廳管轄之例如輕微案件由初級檢察廳管轄重大案件由地方檢察廳管轄是也

乙然檢察官乃上下合體而組織之一個檢察機關非如審判官之人各獨立也故由甲

察廳着手之事物半途發見屬於乙檢察廳之管轄時不用管轄錯誤之辦法用案件移付之辦法可也由此關係觀之各級檢察廳之間謂其有分業之法而無單純之管轄亦無不

可可對照第三章之說明

檢察廳乃合上下級而爲一個機關故祇可爲分業之辦法而無單純之管轄例也審判廳對於刑事案件之犯罪地及犯罪人所在地皆有管轄惟該案件之犯罪地及犯罪人所在地並非所管轄則審判廳可下管轄錯誤之判決而不必移付其案於該管轄之審判廳至檢察廳則不然例如講義案所言是也

而關於純然之行政事務得法律之所特定始得知管轄檢察廳之所在按之日本現制律師之監督由其所屬地方檢察長行之懲戒判事之裁判由其判事奉職之裁判所之檢察局長參與之關於感化教育強制勞動及監置處分之命令日本尙無完全之規則其實際上似可用地方檢察長之命令

前二項爲檢察廳與審判廳相牽連之事務法院編制法均有規定其管轄檢察廳之所在易知至本項則爲純然行政事務非由法律特定不能知管轄檢察廳之所在日本法

制有已經規定者有尙無完全規定者隨宜採擇可也

此外尙有應注意而爲講義案所未載者即犯罪人之引渡（交付）事宜是各國之法不同有歸檢察廳者有歸巡警廳者例如由中國交付犯罪人於外國人時其犯人如爲外國人則與中國犯罪無關係乃純然之行政處分若中國有犯罪人在外國受外國之交待時即非純然之行政事務而爲公訴之準備行爲以既得犯人後即當調查證據以備豫審與中國交付犯罪人於外國之爲行政處分不同此種準備公訴之行爲究應何屬須由法律規定之詳見關於國際法之部

其二 檢察廳之職務

職務管轄者如前述審判廳與執行部等廳之管轄與上訴審判廳之間雖有判然之別而檢察廳則如就其事物管轄所述之情形關於職務管轄亦有分業之事而無純然之管轄之事但職務之趨嚮得分類如左

事物管轄與職務管轄並無必分之理由然就說明上分別言之亦未始不可如公訴事宜爲事物管轄至如何執行之方向則職務管轄也檢察廳之職務管轄亦有分業而無

單純之管轄非如審判廳有訴訟審判與執行審判廳一審審判廳與上訴審判廳之分也訴訟與執行之分指民事訴訟言例如若干元以上之債務歸地方審判廳審判而強制執行則歸初級審判廳是也刑事執行歸檢察廳則無此區別至一審與上訴之分指三審制度言即第一審與控訴（第一審）上告（第二審）是也抗告亦屬上訴之一種不在三審之中故另列之

甲就刑事訴訟而言檢察廳應行職務之趨嚮關於配置審判廳所管轄之刑事案件之公訴得分爲準備提起實行裁判之執行四種上訴事宜亦在其中詳本章第二節至第五節公訴事宜分準備提起實行與判決執行四種上訴即包含在實行中此四種在刑事上最爲重要後詳言之

乙關於民事訴訟者如左

第一 代表審判廳爲民事訴訟之當事者時日本裁判所構成法第一百四十二條僅准其立於被告之地位按之中國法院編制法修正草案第九十一條所豫定則並准其立於原告之地位

審判廳在民訴上爲被告時例如審判廳買人物品而未付價被人控告之類是也審判廳本國家之機關如無特別法律規定不能爲債權或債務者蓋官廳出入由國庫主持之無獨立之人格也然爲便利起見於特別會計之範圍內許之爲被告由檢察官代表之日本祇許審判廳爲被告不許爲原告者以爲原告自有會計官在也然既可爲被告即可爲原告故中國法院編制法並許之

第二 參與人事訴訟時從法律之所定有爲原告時亦有爲被告時

人事訴訟檢察官爲原告者例如婚姻之事本爲有效而檢察官認其不合於民法之規定欲解除其婚姻提起離婚之訴是也至爲被告者例如夫或婦爲取消之訴未判決前夫婦間或亡其一或夫婦之間有可取消與否於系屬問題亦有關係故其夫或婦爲被告者有死亡時有檢察官即代之爲被告也

第三 禁治產之請求時當然而爲原告

禁治產之請求由利害關係人爲之因其不請求而檢察官代表公益請求之則當然爲原告也

第四 會同民事訴訟時爲公益起見僅陳述其意見而已非爲原告亦非爲被告

前三項皆檢察官爲當事者茲則不過會同而已

丙關於非訟事件檢察官有僅會同其事件而止者例如日本非訟法第四十六條有立於請求者之地位

者例如同法第五十條有受通知而止者例如同法第四十條有爲抗告提起時者例如同法第九十一條

第九十五條第一至一百十條等

丁關於行政事務檢察官於可發命令之時不可不行調查與斷定及實施之監視於判事

之懲戒裁判宜實施恰如刑事訴追之行爲該法第七條以下於律師之監督得會同律師會及行

懲戒訴追

以上所言當視各國之法律規定如何中國此時尙未有規定至本講義所舉皆日本法也

其三 檢察廳之土地管轄

法院編制法修正草案第九十二條云凡檢察廳之管轄區域與各該審判廳同而審判廳之管轄區域據同案十一條由法部酌覈奏定故由法部奏定審判廳之管轄區域時同時

其所配置之檢察廳之區域管轄亦定

檢察廳管轄區域原則上與審判廳同故審判廳之管轄區域定而檢察廳區域亦定矣管轄區域於人民之權利義務大有關係故各國皆由法律定之中國此時議院未成立尙無法律與命令之別故權由法部奏定

同案第九十三條云凡遇緊急事宜得於管轄區域外實施其職務此乃對於前條原則之例外本乎檢事爲一體之法理對於分業法加以限制使得爲緊急處置之宗旨

緊急事宜往往規定於訴訟中然法律亦不能預定例如檢察官臨檢犯地身在管轄區域外遇現行犯如毆打等類可以逮捕之此前條之例外也

第二節 公訴之準備

檢察官之職務涉及刑事民事行政國際各法其範圍甚廣而常以關於刑事法爲其最重要者

關於刑事法之檢察事務以公訴事宜爲其中心實行公訴事宜之開始爲提起公訴準備上必要之辦法

公訴云者乃證明犯罪及適用刑罰之訴也此定義在學理上未見適當不過簡單言之以期易於了解耳言公訴者以此訴權專屬於國家故也古時此訴權屬於個人於前述沿革已畧及之其詳俟第三節公訴之提起再述之

按屬於法國法系之訴訟法準備公訴之辦法可分爲二一爲行於起訴前之搜查處分一爲行於起訴後公判前之豫審處分前者屬於檢察官之權限後者屬於豫審推事之權限然檢察官提起公訴之後於公判推事開始公判前另由豫審推事實施豫審處分所得不償所失在外國有識者早主張廢止此制中國修訂法律館有鑑於此在外國名爲豫審之處分中國則採用起訴前使檢察官實施之學說故本節合法國主義訴訟法之所謂搜查處分與豫審處分說明之

德國日本皆主法國法系之訴訟法分準備公訴之行爲爲二一爲起訴前之搜查處分屬於檢察官一爲起訴後之豫審處分屬於豫審推事中國此時修定法律當比較其得失棄短取長不宜強從外國之法論者每詆前清新刑律草案爲盲從外國其實有取材外國者有爲中國特色者比較而後知之即如豫審處分中國修訂法律館擬

采主義不另置豫審推事而使屬之檢察官亦其一端也試以豫審處分歸豫審推事辦理不宜之點言之例如有犯人於此先由司法警察吏偵探之報告於司法警察官再由警察官命警察吏搜查之然後報告於檢察官復行搜查後乃送豫審豫審推事此時仍當繼續搜查亦用司法警察吏與司法警察官或檢察官是搜查分爲三次而豫審亦專爲搜查行爲不過豫審時之搜查許用強制方法檢察官之搜查不許用強制方法此其相異之點無法理之可言祇有法國之歷史可述蓋法國當時檢察官搜查濫用其權力以蹂躪人民之權利因不使檢察官行強制方法而使豫審推事行之以爲可得公平然不能謂檢察官濫用職權豫審推事必不濫用職權也且此乃用人之不善初非法之不善也同一搜查行爲而令兩種機關司之其不當自不待言且更有豫審之弊檢察官必經搜查而後送付豫審預審推事之搜查大抵不出檢察官搜查範圍之外不過檢察官之搜查無強制力而豫審有之故檢察官尙有須藉豫審推事之強制力之時檢察官能用強制力即由檢察官搜查而已足矣又豫審之際被告人所供述至公判時往往翻改是豫審推事之搜查既不免重復之弊而豫審之口供

又復不實則何如以豫審事宜直歸之檢察官之爲得也

謹按此節證以現在京師各廳之經驗亦殊覺豫審處分分別辦理之無實益而實際上於檢察官既經調查案情豫審推事初無庸複查第因豫審訊供在公判時往往翻異而豫審遂屬爲專門注重訊供之手續於立法之本意遂至相遠要之豫審處分當歸之檢察官辦理實屬有利而無弊如岡田所云云也

第一項 搜查處分

其一 搜查處分之定義

據法國主義訴訟法下定義時搜查處分者求斷定應否起訴以何者爲根據之辦法也然自中國刑事訴訟法所擬採用之主義觀之搜查處分又不可不謂爲求斷定應否開始豫審以何者爲根據之辦法也

搜查主義法國主義與中國擬採之主義不同中國主義在斷定應否開始豫審蓋搜查後有直達公判而不開始豫審者法國主義則在斷定起訴不起訴而已

或者曰搜查處分與豫審處分若俱屬之於檢察官豈此兩者竟無庸分別乎不知豫審辦

法對於人及物不可不用各項強制處分而強制處分使他人受損害者不尠故值有罪之嫌疑其根據未深之際即許用外國法之所謂豫審辦法甚屬危險將來中國雖將搜查與豫審俱屬之檢察官之權限然其次序則擬於搜查處分既畢之後受長官之命令始實行豫審處分也

搜查與豫審合併爲一則檢察之權力過大或有蹂躪人民權利之虞不可不定折中之辦法即犯罪之嫌疑未深之際不許用強制處分嫌疑既深乃許用強制處分此立憲國之大原則不妄蹂躪人民之自由亦不妄限制官吏之權限是搜查豫審確有次第雖合爲一實仍分爲二也

其二 搜查處分之範圍

搜查處分以決應否開始豫審辯法及應否直提起公訴爲宗旨此中國所擬採用之主義而實施左列各項事宜

第一 辨識有無備犯罪性質之事實例如遇有死者之際辨識其係病死抑係變死之類可對照本項其五之說明

第二 有犯罪行爲時辨識其犯人

第三 辨識訴訟條件具備與否訴訟條件開列於下

訴訟條件者乃已經起訴之後其訴訟能否成立之條件也

1 有審判權

2 有管轄權

3 有當事者能力

爲刑事原告之能力惟檢察官有之

積極的條件

4 當事者或代理人有訴訟能力

5 尙未有權利拘束

既訴狀態

及確定判決

消極的條件

一至四爲積極條件五爲消極條件所謂有審判權者本國審判廳於該案有無審判之權也如有領事裁判權於本國之外國人民則本國無審判之權所謂有管轄權者如非犯罪地又非犯人所在地則雖着手搜查無管轄權不能接續辦理之也所謂有當事者能力即可爲原告或被告之資格也所謂訴訟能力者即可親身實施訴訟行爲之資格也當事者能力與訴訟能力有別例如未成年者有承繼家產

之資格遇有承繼財產而起訴訟時此未成年者可爲原被告固有當事者能力然不能親身爲訴訟之事必用代理人此無訴訟能力也權利拘束者謂已起訴而未決之情形也同一事件已起訴於甲審判廳不能更訴於乙審判廳之謂也權利拘束以辣了文 *res litigata* 譯出詞義不甚明晰實即既訴狀態之意至判決確定者指不能再變動而言此一事不再理之原則也然一事不再理非不准上訴之謂乃確定後不准再理之謂上訴必在判決未確定之前如判定後經過一定期限不能上訴也

以上五種非辨識之起訴不起訴不能決也

第四 保守嫌疑人

第五 保守證據

保守嫌疑人不能逮捕監禁惟設法以防其逃逸保守證據不能查封禁錮惟注意不使滅失蓋二者不能行強制處分不過爲豫備開始豫審起見而已

實施以上各項事宜之限度當以辨識足以決斷應否開始豫審辦法及應否即行提起公

訴之事實爲率

其三 搜查處分實施之方法

搜查處分爲辨識前段列記事宜起見原則上不許用強制處分蓋值有罪嫌疑之根據未深之時務以不損害他人爲宗旨因此原則遂有左列之結果

第一 經本人之承諾時得使嫌疑人或證人同行至廳並訊問之

第二 經承諾時得實施蒐取證據所必要之一切行爲

第三 得照會公務所（一切局所或官廳）而求必要事宜之報告 （改刑訴訟案第二二八條）

搜查處分除強制方法外皆可用之如照會公務所而求必要事宜之報告固在各衙門之相助爲理又如嫌疑人未知之時用偵探之方法亦可或疑刑事案件不用強制方法恐其無效然使偵探得力警察完善不用強制方法亦可實行搜查惟對公務所祇能求其報告而不能囑其代爲搜查例如檢察官對其車站詢問某月日時有無某形狀某服色之姓名或不知姓名人買票乘車請爲報告則可若托其搜查車上有無犯竊盜者則不可然亦有可托其搜查者必仍係搜查機關此在法律上謂之共助中

國將來必有受命檢察官與受托檢察官之設受命檢察官者乃受主任檢察官之命而辦理其一部分之事也受托檢察官者乃由他檢察官托其辦理某事者也例如甲地之某犯人在乙地甲地檢察官托乙地檢察官爲之搜查即受托檢察官也於前段所述有一例外如遇當迅速處置之情節時於搜查辦法尙得加以強制方法且其情節可豫以訴訟法規定之現今之通例大略如左

第一 於現行犯人得即時勾引之

第二 證據材料如有湮滅之虞時得用強制方法以保守之

證據材料如殺人之血痕屋主懼禍而湮滅之極易爲保守起見即令封其住屋亦可此等細微之辦法均可規定於訴訟法內

其四 搜查機關

搜查爲起訴之準備行爲故其機關當用擔任公訴事宜之檢察官然以有限之檢查官必不能實施無限之搜查事務不得不設輔助機關此所以有第一章第四節所記各官也該節所述警視總監東京府知事外之地方長官等於其管轄區域之內得享有地方檢察

官同等之搜查權故非立於檢察官指揮命令之下爲其補佐也

日本制度惟東京府知事不管警察特設警視總監掌理警察事務此外府縣知事皆管警察故與地方檢察官有同等搜查權但搜查權雖相等而起訴權仍專屬於檢察官也反之司法警察官則當受檢察官之指揮司法警察吏亦當受檢察官及司法警察官之命令爲從事搜查各務之補佐員

檢察官何以能指揮命令司法警察官蓋搜查之事檢察官爲主司法警察官爲輔中國於官等與職權往往相混不知二者本不相同例如審判廳之推事不過五六品而訴訟人中有一二品大員者仍須受其審判可見官等與職權不同也故檢察官有六七品者司法警察官有四五品者於搜查時仍當受檢察官之指揮命令再以例言之如日本之華族子弟有爲高官者有襲五等爵者入營爲兵即當服從統帥長官之命令其長官之官等雖止六七品仍不能不服從也

檢察官與補佐員事務上所應遵行之辦法於各案件之情節不能豫定但大略如左

第一 由檢查官認知犯罪及犯人時得即實施緊急處分而後指揮或命令補佐員實

施其他必要處分

第二 由補佐員先認知犯罪及犯人時亦得實施緊急處分而後報告檢察官受其指揮命令實施其他殘餘之處分

其五 認知犯罪及犯人之徑路

檢察官及其補佐員認知犯罪及犯人之徑路有出於自働的與他働的之別
自働的認知之徑路可分爲二種如左

第一 目睹現行犯

第二 非現行犯之發見

例如報紙記載人言傳述發見犯罪之類

他働的認知之徑路者受自首告訴及告發是也

自首者由犯人自行投告犯罪是也告訴者由被害人及其他有權人告知犯罪是也告發者由第三者告知犯罪是也

關於此等犯罪之通告可採用如左所列之規則

第二 自首告訴及告發檢察官司法警察官均當受納

第二 地當於被告人所在地或自首人告訴人告發人所在地行之

第三 方式或用書面或用口述均可但官吏所告發者則當用書面至其他用口述以

自首告訴告發者受理之官吏員或其他之當該員當作調書

錄供
文書

一項爲受自首告訴告發之人二項爲行自首告訴告發之地三項爲行自首告訴告發之方法

第四 在親告罪於原則上當令被害人告訴之但當以法律規定此爲例外之情形

親告罪者非由被害人或其他有權人告訴檢察官不得起訴之犯罪是也例如姦通罪非本夫告訴侮辱罪非受侮辱者告訴檢察官不能提起公訴然亦不僅被害人右告訴權法律上於被害者外一定之人亦予以告訴權如被害者之親族是也

以上認知犯罪及犯人之徑路雖不同而實施搜查之方法則無不同但自首一層乃犯人自行願以犯罪告知於官廳非由搜查得來實與自白無異故自首可包於廣義之自白中中國對於犯人自白者即可据以定案各國惟對於最少限之拘留罪及最

少額之罰金罪法律上認其自白時可下判決然使罰金額稍多拘留限稍長者必須加以調查而後能下判決蓋自白不過形式的證據之一但憑此以下判決未必能得真實之情節也

謙按中國現在審判仍不能舍供招主義而采證據主義與改良司法之旨實相衝突蓋審判之形式求其文明而判決之根據仍用舊制徒令審判官增一重困難而檢察官之調查均歸無効是供招主義與現在改良方法必不能相容者也又供招在外國重書記之簽押而中國則重犯人之簽畫於是往往有犯人業經認供而堅不肯畫者蓋明知案情無可狡賴而畫供則罪無可遁故始患其不供而繼又患其不畫此尤供招主義中不善之制也

其六 搜查處分完結之辦法

完結搜查處分時宜行之辦法有四一曰搜查中止之辦法二曰送致於當該檢察廳及其他官署之辦法三曰開始豫審之辦法四曰提起公訴之辦法是也

一 搜查處分之中止

搜查之結果有左列各項之事實時即當中止其處

1 被告之行爲不作爲犯罪者及全免刑罰者

2 既經確定判決者

3 犯罪後因改正法律爲無罪者

4 經恩赦者

5 因時效公訴權消滅者

6 被告人死亡者

7 親告罪之未經告訴者及註銷告訴者

8 被告人不服中國之審判權者

一項被告之行爲不作爲犯罪者如有犯罪之嫌疑者經搜查後其行爲實不爲犯罪是全免刑罰者如未成年者犯罪不加刑之類是二項確定判決者指判決後經過一定上訴期限言三項犯罪之後因新律施行改正爲無罪者四項恩赦包大赦特赦言大赦者如新君登極恩詔援免天下人犯是特赦者如特旨加恩減免某犯

是也五項時效二字就刑事法言乃公訴權與行刑權因經過一定之時期而消滅之謂也此處則專指起訴權經過一定時期言六項無甚解釋七項親告罪未經告訴者即本人不告訴檢察官無憑辦理注銷告訴者已告訴而自請注銷不願涉訟者是也八項被告不服中國審判權者例如有領事裁判權之國其人民不服從在在國之審判權是也

以上八種之事實中自第一至第六者時全無續行搜查處分之必要但關於第七及第八因其情形雖續行搜查處分亦可

第七第八雖無起訴之必要然爲將來保存此種事實雖續行搜查亦未始不可蓋法律上未嘗不許續行搜查也但有應注意者第一至第六如其事實已甚的確固不必再行搜查如尙不甚的確仍可續行搜查至七八兩項雖事實已甚的確可仍續行搜查此其異點也

既經提起公訴時應由審判官命蒐取證據然檢察官之搜查權非因此消滅也故檢察官亦得行認爲必要之搜查行爲

既經起訴之後應由審判官行搜查證據之事此分業之道也然檢察官之搜查權非因此而遂消滅此即權利拘束（即既訴狀態）者可以消滅檢察官之搜查權否之問題也中國將來規定訴訟法於起訴前檢察官固宜有搜查或豫審之權限而起訴後之搜查權檢察官仍得有之

二 送致當該官署之辦法

搜查之結果有左列各項之事時其案件應送致各當該官署

1 屬於他檢察廳之事物管轄或土地管轄時

關於此情形有一應注意之點檢察廳之有事物管轄及土地管轄之規定係爲分業之必要起見自其本來之性質言之檢察官乃合上下而爲一體者故送致案件時不似審判廳之用管轄錯誤之辦法而用案件送致之辦法且行送致前一切緊急必要之處分不可不將報告一並送交當該官署

檢察官之性質合上下爲一體彼此當相助爲理故不能用審判廳管轄錯誤之辦法而用案件移送之辦法並應將移送前一切緊急必要處分詳爲報告

2 屬於軍人審判所等特別審判廳之管轄時於此情形凡緊急必要之處分仍不可不由檢察官行之

此等緊急必要處分仍要檢察官行之蓋檢察乃代表公益者也

3 係違警罪時

1 被告人若不服中國之審判權有送致其所屬國該管官署之必要時

被告人不服中國審判權送致其所屬國之官署必因條約或慣例之故送致之例如由警察發覺者即由警察廳送致如有檢察廳發覺者則由檢察廳送致

三 豫審之開始

由搜查處分全獲公訴之證據時即可無庸豫審而徑行提起公訴如後段所述者然就實際考之非用強制方法不能蒐集完全證據之時爲多是以復有豫審辦法

檢察官行搜查處分不用強制方法已獲得滿足證據則直提起公訴不必續行豫審之事然實際上不用強制方法證據往往不能充足故搜查之後起訴之前大概必經過豫審之階級也

在法國法系訴訟法之規則豫審由檢察官於提起公訴之後由豫審推事行之故於豫審所有強制命令原則上非豫審推事不得發之但亦有由檢察官發強制命令之例外中國捨此主義擬採檢察官辦理豫審之主義故於豫審開始之後與檢察官以發強制命令之權力

法國法系之訴訟法豫審係由檢察官起訴後令豫審推事行之中國擬採用檢察官掌理豫審主義則凡外國豫審推事所有強制力之命令悉移歸於檢察官也

檢察官行搜查處分後移於豫審之辦法現雖爲起草委員研究之問題尙無成案但如左所記之方法似可採用

在川法國主義之國檢察官搜查處分終結之時即移送審判廳開始豫審今以搜查與豫審均屬之檢察官則由搜查以進於豫審不可不有一定之辦法如下所列舉是也

地方檢察官於搜查處分完結之時附陳已見申報地方檢察長受其命令而後開始豫審如地方檢察長下不可開始豫審之命令與主任檢察官意見不合時可申報高等檢察長受其命令主任司法警察官告訴人及告發人亦同

主任檢察官即辦理此案之檢察官也主任檢察官請開始豫審地方檢察長許之固可

無他問題若意見不合時該主任檢察官可申請於高等檢察長而受其命令如高等檢察長仍不許時則不得開始豫審此蓋防止檢察官壓抑案件而不起訴之法意也

初級檢察廳及地方檢察分廳之監督檢察官得指揮開始豫審若不指揮開始豫審時該檢察官得申報地方檢察長受其命令其無監督檢察官者由主任檢察官專斷之若不開始豫審時司法警察官告訴人及告發人得申報於地方檢察長受其命令

此段理由亦防止壓抑案件不起訴之弊與前段同

以上規則乃預防濫用強制方法及防拋棄豫審處分之弊害者也

上述之辦法不外防弊之宗旨夫使主任檢察官可以自由斷定起訴與否則有當起訴而不起訴之弊其他司法警察官等不過爲其補佐員勢必至於專斷而不起訴又使主任檢察官可自由開始豫審與否則將有濫用強力之虞人民多受其害故或使受豫審開始之命令於地方檢察長等或使受不開始豫審之命令於地方檢察長蓋斟酌於二弊之間而爲其權力之制限也

四公訴之提起

檢察官依搜查處分提起公訴並實行之果能蒐得完全證據則不開始豫審而徑向審判廳提起公訴若其案件係屬他審判廳管轄時應送致於該廳配置之檢察廳如第二段所述

此處所謂公訴之提起乃指搜查處分終結後即直接提起公訴言與下第三節已經豫審而提起公訴異蓋搜查處分既畢有種種辦法或中止搜查或送致他官廳或移送豫審惟檢查後證據十分的確即直提起公訴例如獲得現行犯時犯人證人證據物件均足可直起公訴無庸豫審也

司法警察官依搜查處分已達前段所述之情節時應報告管轄檢察廳使得據此起訴

第二項 豫審

其一 豫審之宗旨

豫審者爲提起公訴並實行公訴起見以蒐取要證爲宗旨之調查方法也在法國法系之訴訟法爲決定案件應付公判與否於公訴提起後行之在中國新主義則爲決定案件應提起公訴與否故於公訴提起行之此兩者之大別也故由中國之主義言之豫審者無論

實質形式全係搜查處分之繼續辦法祇因其在許用強制處分之時期故有豫審之名耳就法國主義言之搜查處分爲行政處分故歸於檢察官至豫審其實質上雖係搜查處分而其形式上係審判事宜故屬於豫審推事就中國所采新主義言則不惟搜查處分係行政處分即豫審亦行政處分且不惟其實質係行政處分即其形式亦行政處分而非審判事宜不過因豫審時用強制方法而易其名故宜屬於檢察官此其不同之點也

其二豫審中檢察官之權限

搜查之結果有罪之嫌疑根據既深認爲應提起公訴時由檢察官開始豫審當是時關於嫌疑人之保守方法與夫訊問檢證押封搜索以及證人鑑定人通譯人之訊問等檢察官應有之權限與法國主義之豫審推事相等不可不與以強制之權力

以上所述皆法國主義豫審推事之權限中國立法主義擬歸檢察廳辦理則此種權限當然屬於檢察官也

一 嫌疑人之保守方法

保守嫌疑人之方法有三傳之拘之管收之是也初傳無強制力不過催之到案而已所用書或名曰傳票傳到之嫌疑人應即時或即日訊問之以決其應否管收若被傳而不到案者或再傳之或發拘票拘之

保守云者非保護之謂有維持現狀之意其始不過傳呼嫌疑人到案無強制力被傳之人到案當訊問之以定其應否拘留所以防侵害人民之自由也惟對於被呼出而不到之人則或再行傳呼或直發票拘致是爲原則其例外如下

謙按保守嫌疑人之法日本爲呼出勾引勾留三種此三種各有令狀即呼出狀勾引狀勾留狀是也中國傳人拘人之令狀向謂之爲票其呼出狀即傳票勾引狀即拘票其勾留狀一種或曰收簽或用通常片付乃內部辦事所用向不發出此其異點也又中國對於旗人之無庸拘留而又恐其逃逸者尙有交旗收管一法交出用文移而取具該管旗佐圖片以爲嗣後傳案之據此亦研究中國辦事方法所應知也

日本改正刑訴草案第四十三條於左記各項情形直行拘致

一 嫌疑人係無一定之住居時

二 嫌疑人有湮滅罪證之虞時

三 嫌疑人係逃亡者及有逃亡之虞時

檢察官對於尋常嫌疑人雖不許徑用拘票然嫌疑人如有以上三種情形之一即可直發拘票此規定中國亦宜採用也

拘票不僅有強制拘致嫌疑人之効力且有於一定之時間管收嫌疑人之効力其時間通例甚短日本現行法四十八時間以便調查該嫌疑人應否管收而已

拘票有管收嫌疑人之効力然不爲定甚長之時間者以被拘留者應否管收無難從速決定也

嫌疑人自行赴廳或因被傳被拘至廳由訊問中發見有以上三項情形時得發管收票管收之管收之日期無一定之限制傳票拘票管收票記載嫌疑事件嫌疑人之姓名住所及其他必要事宜由主任檢察官署名蓋印但拘票於嫌疑人之住所不難知時可無庸記入若並不確知其姓名時但記載其容貌體格及其他之徵表

以上爲令狀填寫之格式

凡票由司法警察執行之被引致之人有請求時以票示之其引致之處應遵票內標明之檢察廳或監獄

傳票之送達訴訟法上有一定之規則送達時須照訴訟法所定之辦法拘票則不用送達之方法而由司法警察吏執行之被拘之人如有請求時須以票示之防有不法之拘致必有正當之票而後受之如無票或有票而不合定式（如無官長鈐印之類）皆可拒絕之所以保護人民之自由也

嫌疑人之所在不分明時由高等檢察長命其管轄地內之檢察官使發拘票搜查拘拿之受此命令之檢察官得標多數之拘票分給多數之司法警察吏

此以屬之高等檢察長者因其所轄較寬搜查易遍也
被管收之嫌疑人按法律所定之情節得准保釋或責付

此亦中國原有之辦法保釋由嫌疑人或其親屬請求而許其取保釋放責付由官廳認定而責付其親屬實際皆同但一爲他動一爲自動耳

拘拿以發拘票使司發警察吏執行之爲原則但如前所述情形准徑行拘拿之現行犯應

設例外規則如左

- 1 檢察官得用口號命司法警察官或司法警察吏拘拿嫌疑人或直親身拘拿之
- 2 司法警察官不帶拘票徑行拘拿嫌疑人或用口號而命司法警察吏拘拿之
- 3 司法警察吏不待拘票及命令徑行拘拿被告人
- 4 普通一般人亦得逮捕現行犯人送交地方檢察官初級檢察官司法警察官或司法警察吏

所謂備前述准發拘票之情形即前述第四十三條所列之三種是也其例外可不用拘票而拘之若無此情形則雖係現行犯之嫌疑人亦不必拘之也

二 嫌疑人之訊問

訊問嫌疑人宜設大略規則如左

- 1 初訊決其人有無錯誤所必要之事宜

此無論古今東西各國皆然必先問其人之姓名職業住所年齡是否所欲傳訊之人若不先問明確後乃發見所訊問者並非其人則以前之種種訊問皆歸無效也

2 次告以嫌疑之事由問有無欲供述之處並示申辯之機會

嫌疑之事由即因某案牽涉如強盜或竊盜之類且詢其有無陳述並與以申告有利益於己之機會者因審判當以發見真實爲宗旨若用形式審判之國其審判檢察官須有欲見遇有犯罪嫌疑人據司法警察官之報告先以有罪之心相待其不肯認供專從有罪方面調查而嫌疑人無不羅織成獄矣用發見真實審判之國則不然其審判檢察先無成心不但調查嫌疑人有罪之證據並須調查其無罪之證據以爲實發見爲宗旨以爲虛謂或謂釋之衡此二者皆宜也

3 訊問之際分檢察官錄事錄嫌疑人之口供是即豫案文卷之一部

書記所錄之供須朗讀使嫌疑人聞之如有錯誤則爲更正

4 訊問之際禁刑威嚇詐騙至於毆打拷責尤在嚴禁之例

現今審判重證據而不重口供故一切威嚇或拷打之行爲皆在所必禁蓋訊問口供不過證據之一端而已不能據此定案也

謙按中國舊日審判專重供招然未嘗無衆證確鑿即同獄成之律但限於軍流罪

名以下始准適用本條且拘牽文義必須三人以上始得謂之爲衆而又限以上司層遞親提奏咨立案種種煩難之手續故承審官不憚以嚴刑苛求供而罕肯以衆證而定罪至死罪以上則雖有確鑿之衆證仍非有切實之口供不能判決立法者夫豈不知供之難求乃明定命盜案件得用刑訊之法於是立法之意遂至互相刺謬夫不濫刑訊之意原恐誣服者受不自之冤乃自由刑則懲其誣服而生命刑則不懲其誣服其故何歟誠以人情莫不畏死今既據供定案夫孰肯供認死罪亦如不知之刑訊則案將何日完結然當其未結之先承審官何所見而知其確係死罪之人而敢用刑訊而無疑使果確知必已得有確實證據則又何必有供招而後能定案若尙未確知則三木之下冤抑者真不知有若干凡幾矣即使知其冤而釋之而已受之刑已屬不白之冤矣况做供改供畫白供種種弊端均是見供招不足爲證且項囚者雖供招不移仍非真犯立法者果何所憚而不廢供招主義乎至當停止刑訊而又不廢供招之時代其審判之難亦不待深論而可知矣

訊問及供述原則上用口供但對於聾啞及能筆談之外國人准用筆述

以上五項訊問嫌疑人之規則不獨檢察官行豫審時當遵此規則即通常審判廳之訊問亦當遵之

三檢證押封及搜索

前述嫌疑人之訊問其答辦爲證據之一種故訊問嫌疑人乃爲調查證據之一部本節乃言訊問口供以外之證據

檢察官開始豫審時爲發見事實得臨檢犯所或其他場所並認爲有其必要時得發掘墳墓解剖死體及實施其他之處分

此處檢察官之權力甚大例如於某家爲臨檢某案罪證屋主不得拒絕之是也證據物及宜沒收之物得押封之但由有權者任意提出之物只領置之

證據物及宜沒收物指動產言固可以差押然不動物產如房屋之類中國亦有查封之辦法亦可以差押領置則不含有強制力不過保存其物於一定之處而已

爲發見證據有其必要時於法律所准之範圍內得實施身體搜索及宅第搜索

各國憲法皆定有人民身體自由居住自由之明文故關於此等搜索法律上有詳細之

規定必於法律所准之範圍內行之始可也

檢察官得行文於司法警察官使執行檢證押封及搜索等然無論如何均應使檢察廳錄事隨同前往但迫不及待時不在此限

必使書記會合者取多一人爲證即少一僞造證據之弊也

值檢證押封及搜索之際若檢察官認爲有其必要時應移知審判廳推事會同之是雖法國訴訟法所無之規則然實際上固甚便也

法國主義豫審推事臨檢證據有時請檢察官會同今擬以檢察官辦豫審故可請推事會同此於實際上甚便例如毒死案件檢察相驗後提起公訴推事未經會同苟未深信又當從新相驗或死體已埋葬或須速用火化或日久屍體變爛均有不便不如初驗時會同推事之爲便也中國現在之審判官往往任其獨行獨斷對於此種規則或視爲不甚重要將來教育進步行辯護士制度以保護被告人與審判官對立則不能由審判官之專斷故關於以上所述規則立法時不可不注意也

四證人鑑定人及通辯人之訊問等

證人者依訴訟法所定方式將關於訴訟案件已往之見聞因當該官之訊問而爲之供述之案外人是也鑑定人者依訴訟法所定於式將審理中之現在事實因當該官之訊問而爲之供述之案外人是也通譯人者繙譯訴訟人語言之人是也

證人者供述關於過去事實之見聞鑑定人者關於現在事實供述自己之意見通辯人即繙譯傳話之人

證人鑑定人及通譯人於搜查簿卷及公判中均應訊問並使用之多數之立法例惟豫審推事公判推事有對於此等人得用強制力及使行宣誓之權固然中國擬採用新主義之訴訟法既以豫審事務屬之檢察官之權限則此等權限亦不可不與檢察官也

宣誓者乃使證人鑑定人自己發誓不爲虛偽之陳述至宣誓之方式各國不同日本則印刷其方式載明證人等當述真實不當隱匿情事或偽造言語審判官誦與證人等聞之令其宣誓既宣誓後如陳述不實者則科以偽證之罪

凡對於審判廳及檢察廳之命令而爲證人鑑定通譯人與兵役納稅無異屬於立憲國民神聖義務之中苟無一定之理由而不到案盡宣誓述真之義務者法律上科以一定之制

裁然又爲保護國民自由而於訴訟法上設種種之限制此現今立憲國之通例也

證人鑒定人有三種義務一爲到場之義務二爲宣誓之義務三爲供述之義務供述又分爲二一爲行供述二爲供述真實如不盡此種義務法律上科以一定之制裁如不到場則有不到場之罪不宣誓則有拒絕宣誓之罪不供述則有拒絕供述之罪供述不實則有偽證之罪夫法律所以定此種義務與納稅當兵無異者因司法事務非審判官所能獨理必須有一定閱見之人與專門智識之人輔助之乃能臻於完善國民負此義務由國家思想發達而來故今日國家思想發達之國其人民不獨以納稅當兵爲應盡之義務即並爲證人鑒定人之到場宣誓進言不盡應盡之義務也

其三豫審定結之辦法

檢察官行豫審蒐取一切關於嫌疑人利害證據遇有左列情節時應下不起訴之決定

- 1 有罪之證據不確時
- 2 嫌疑事件不爲罪時
- 3 犯罪後因改正法律爲無罪時

4 經恩赦時

5 因時效公訴權消滅之時

6 親告罪未經告訴時並註銷告訴時

7 嫌疑人不服中國審判權時

遇上列各項情節即已提起公訴亦當停止而不再進行蓋有如此情形不能再行審判也

以上不起訴之決定應由何人決定之耶若一任主任檢察官之獨斷他人全不干與恐有濫用其權限之虞故由主任檢察官陳述意見由監督檢察官或地方檢察長決定之至初級檢察廳惟檢察官一人所為不起訴之決定可由司法警察官告訴人告發人等向上級檢察廳請求更決定之

濫用權限如藉口於證據不足或其他之理由應起訴而不起訴是監督檢察官者初級檢察廳或地方以上檢察分廳如置有二人以上之檢察官時其中資深者一人為監督檢察官此緣初級檢察廳及地方以上分廳不置長官惟以一人充監督之任而已若初

級檢察廳僅有一人之檢察官爲不起訴之決定則可向上級檢察廳請求其再議凡此皆以防檢察官當起訴而不起訴之弊也

謙按現在初級地方各檢察廳皆有起訴之責然不起訴案件亦所恒有經高等檢察廳規定辦法通飭各廳對於不起訴案件主任檢察官均須詳具不起訴之理由立案存卷五百申送一次以憑查核如有錯誤立飭更正此亦所以預防流弊之一道也

左記情形應中止豫審

1 嫌疑人死亡時

2 關於同一案件既經提起公訴時

上二種之情形不得謂之不起訴不過須中止其辦法耳如嫌疑人既死亡則目的物不存在所以應中止而無所謂不起訴也

右第二號情形若有必要時仍可進行搜查之事但應規定其強制權使不與推事之強制權相衝突

強制權在推事有之茲檢察官仍爲搜查處分自不可致有與之衝突之時也

左記情形應將案件送付當該官廳

1 屬於他檢察廳之事物管轄或土地管轄時

2 屬於特別審判廳之管轄時

3 因條約或慣例應送付外國官廳時

豫審終結之辦法或爲不起訴之決定或用中止之辦法或移送於當該官署除以上各情節外乃對於其檢察廳配置之審判廳應提起公訴也

第三節 公訴之提起

第一項 公訴提起之定義

公訴者據犯罪事實由國家特設起訴機關向當該審判廳爲之告理之謂也故公訴之提起者對於審判廳之告理行爲是也以此告訴權屬之於被害人或其親族時名之曰私訴權或訴權然爾來法律思想凡犯罪皆屬有害國家公益私害國家之公益者固不待言故訴權應專屬之於國家此公訴之稱所由來也

公訴者以具體的斷定科刑權之有無及範圍爲據所謂具體的乃對抽象的而言抽象的斷定科刑權之有無及範圍乃指修訂法律而言例如修訂刑法殺人者處死刑竊盜者處竊盜之刑對於凡犯殺人竊盜者皆照此科斷是謂抽象的至公訴則異是乃對於一定之人一定之行爲而科以一定之刑罰由審判特定之是謂具體的請適用具體的斷定科刑權即爲公訴云公訴者因近來此種權屬於國家故也然公訴權雖專屬之國家而人民之告訴亦未嘗禁止但告訴者乃告知犯罪於司法警察官或檢察廳而非起訴故不能因告訴而開始審判必由檢察官提起公訴乃生既訴狀態（即權利拘束）然後爲之審理若被害人及其親屬之告訴則不生此効力也

第二項 起訴之辦法

公訴果應由何人提起耶如前所述犯罪有害於國家故有公訴權者亦屬國家惟國家不能自行運用此權因此設名爲檢察官之機關使之行使檢察官非公訴權之本體乃代國家行使此權之機關也

此段言公訴權之所屬乃屬之於國家檢察官不過爲代國家行使此權之機關而已換

言之公訴權並非屬於檢察官也

公訴應於如何時期提起之耶在法國主義之訴訟法搜查之結果認爲獲得蒐取有罪證據之希望時關於較重之罪依起訴而移送豫審關於較輕之罪可因起訴而徑行移送公判然在中國擬採用之新主義則置豫審於檢察官之權限內故經搜查處分後或於豫審之結果信其蒐得足以主張公訴之材料時即行提起公訴移送公判但公判開始前或開始後得由審判廳行證據之蒐取固不待言

公訴權當於何時提起在法國主義檢察官搜查證據稍有端緒重罪可送豫審由豫審再行調查證據乃送公判輕罪則徑送公判中國擬採用之新主義檢察官兼辦豫審則搜查後並須行豫審詳細調查後乃付公判但既付公判後如審判官視證據爲不足可由受命推事再行蒐集之無論公判前後皆可

起訴用何方式耶原則上用書面行之例外上應許用口述但審判廳書記不可不作成其記錄

書面即起訴狀也

於書面或口述之起訴須指明如何事宜耶公訴乃有行使訴權機關之告理行爲故不可不表示左列事宜

第一 指明一定之被告人

第二 指明一定之犯罪事實

第三 指明爲起訴之根據之證據材料

第四 指明違犯刑法之條文

第五 原告檢察官及會同豫審之檢察廳書記自署官職姓名蓋印

以上第五所言乃用書面起訴之辦法蓋必用起訴狀而後檢察官及書記等始署名捺印若用口述起訴即無第五項事宜也

前述各項事宜中第三第四在德國訴訟法以指明爲必要日本現行訴訟法則否至第五下半之規則則中國擬新加入之規定也

日本現行法不指定第三第四二事改正草案仍須指定之

第三項 檢察官有無起訴不起訴之自由

檢察官方於搜查或豫審後對於一定之嫌疑人認爲有有罪之根據時必須提起公訴耶抑猶得決定不起訴耶其說有二一曰便宜主義一曰勵行主義

檢察官有無起訴不起訴之自由此爲刑事訴訟法上一大問題有便宜勵行兩主義如下

便宜主義之說曰檢察官之提起公訴固出於使審判廳處罰嫌疑人以保護國家公益之宗旨故雖認爲有有罪之根據而因起訴審判處罰等項轉有害國家之公益時則有不起訴之自由此日本實際所行之說也即由日本之法觀之已非正當之解釋論

便宜主義之根據以處罰嫌疑人爲保護國家公益若因處罰之而轉使公益有害則不如不起訴之爲愈此不起訴亦係從公益起見非徇私情而不起訴此便宜主義所主張之說也

勵行主義之說曰以某某行爲爲罪否據刑法既有一定之規則非檢察官所能變更是有無爲罪之行爲乃嫌疑人既成之事非檢察官所能變更若不拘有有罪之根據謂檢察官仍可以不起訴是無異於檢察官有改動既成之事實變更一定之法律之權限於法理爲

不合是故既有有罪之根據則檢察官非起訴不可

勵行主義即法定主義謂某種行爲爲犯罪係刑法上所規定非檢察官所能變更有無爲罪之行爲乃嫌疑人既成之事實非檢察官所能變更故在法律上既定爲犯罪之行爲則檢察官不能起訴此勵行主義所主張之說也

專從法理上觀之便宜主義不如勵行主義之正當已不煩言而解茲更進一步從實地上考此兩主義之利害得失以決其取舍

專從法理上論取便宜主義檢察官有起訴之權是有立法之權限以行政官而兼有立法權是於法理不合

自實地上觀之便宜主義有一得一失例如對於一定之人提起公訴而於內治或外交之上反生重大不便之處起訴之得不足以償處罰之失於此情形若採用便宜主義得自由決其不起訴實爲實地之利益此其一得也然似此殊屬少數例外之情形若採用便宜主義則於通常多數之情形上長檢察官或主任檢察官時有濫用職權而不起訴之弊害是其一失也前此日本亦嘗受其弊害蓋無爲少數例外利益而不顧通常多數弊害之理此

便宜主義雖爲實地起見亦不可採用者也

以內治言如國家當危急之秋有人與國家有安危關係若日俄戰爭之頃日本之參謀本部或總理大臣苟犯毆打人之小罪檢察官必據實起訴令受裁判使不得辦理軍務是內治之不便也以外交言如外國有名遊歷官偶爾犯所在國輕微之罪檢察官必拘之受裁判於國法上固正當而國交上不免有傷感情是外交之不便也因內治外交而不起訴是即便宜主義之一得然因此少數例外之情形遽採用便宜主義則於通常多數之情形檢察官可隨時濫用職權應起訴而不起訴是又其一失故從實際上言便宜主義利少而害多要不宜採用也

前所述便宜主義之說不可與檢察官所有之事實認定權混視便宜主義云者謂雖有有罪之根據而檢察官尙有不起訴之權也如檢察官依搜查及豫審認其蒐集之材料爲尙不足以之提起公訴而決不起訴固屬其權限之內但藉口於材料未足故意決不起訴者爲不法則更不待論耳

便宜主義與事實認定權不可相混便宜主義則檢察官有不起訴有罪人之權是說於

法理上與實地上均不當若因蒐集材料不足而不起訴此事實認定權本檢察官固有之權限二者迥不相同但藉口材料不足而故意不起訴是則爲不法耳

第四項 起訴之效力

提起公訴之後則既訴狀態即本民事訴訟法之效力發生既訴狀態之效力云者指如左

所列四種法律關係而言

因公訴審判廳與原告官及被告人合此三者總稱之關係成立訴訟關係故

審判廳與原告官及被告人皆爲訴訟主體因此訴訟主體而生訴訟關係分四項說明於下

第一審判廳對於公訴當加以結案之審判茲所謂結案之審判者如左所列五種之判決是也

結案云者使本案與審判廳脫離關係之審判也申言之結案審判即本案審判本案審判與本案前之審判不同本案前之審判經審判後其案件仍繫屬於其審判廳不相分離舉例言之如有一案於此審判廳以爲非其管轄而下管轄錯誤之判決是本案之判

判決後其案件即不屬於其審判廳也至審判廳對此案件下屬於其管轄之判決是本案前之判決其案件仍歸其辦理也此第一所言乃由審判廳查案起訴之効力分別案情而定結案之判決如左列五種

謙按結案原文作終局

又按屬於其管轄之判決即如現在審判廳牌示之批准是也

1 管轄錯誤之判決

不屬於該廳之管轄則定管轄錯誤之判決

2 得證明後定罪之判決

既經證明有罪時則定應用何種刑法之判決

3 不得證明時無罪之判決

不能證明有罪時則定無罪之判決

4 經確定審判時刑罰廢止時刑罰全免時經大赦時及時效經過之時免訴之判決

此數種均應定免訴之判決解見前搜查處分之中止

5 無親告罪之告訴時並註銷時公訴之提起不適法時在既訴狀態時其國無審判

權時屬於特別審判衙門之審判權時及被告人死亡之時不受理之判決

此數種應定不受理之判決公訴不適法指不應提起而提起者既訴狀態指已在他審判廳起訴之案言屬於特別審判衙門之審判如海陸軍及行政之事歸海陸軍審判及行政審判是也

謙按不受理原文作棄却公訴

第二審判廳對於公訴所指定之人當行審判但自原告官對於一定之人提起公訴則審判廳當審判時以適用不告不理之原則對於未經起訴之人不得行其審判

此言審判廳當對於何等人行其審判惟對於公訴所指定之人方可行之例如檢察官起訴指定某甲殺人則祇能審判某甲若某乙殺人與否檢察官未嘗起訴不得審判之此不告不理之原則也

對此原則有一例外如業經起訴案件在審理中發見未經起訴之共犯且不及待檢察官之起訴時例如在起訴後公判前受命推事當行其得臨時徑行審理之是也

此係例外檢察官雖未經起訴審判廳可以審理之

第三審判廳關於公訴指定之事實當行審判至公訴未經指定之事實不得審判者亦不外適用不告不理之原則

此言審判廳當對於公訴所指定之事實行其審判非公訴指定之事實不得審判固如提起公訴為殺人案件審判官不能以其案件為非殺人案件而為竊盜案件此即限於公訴所指定之事實也

審判廳雖於公訴所未指定之事實不得審判至關於審理之方針事實之認定法律之適用等則不拘束於原告官之意見

審判廳對於公訴所未指實之事件雖不得為審判然審理之方針一調查證據物二調查證人三命令鑑定人審判官可不依此順序審訊或再臨檢犯地均可至於事實之認定如認定其殺人或由於刀殺或由於毆打審判官可自由認定又法律之適用審判官可自由擬用刑法某條凡此皆自抒其意見檢察官不得干與蓋刑事訴訟用職權審理主義與民事訴訟不同民事案件如某甲告某乙借貸關係審判官祇能定借貸與否之

決不能斷其非借貸關係而爲租賃關係也

對於本款所謂原則亦有一例外即在審理中發見被告人未經起訴之他罪時不待檢察官之起訴得徑行處置

審理中發見被告人未經起訴之別罪如某甲殺人之後又在鄰家竊物因審理中發見其竊盜之罪不待檢察起訴可徑行審理之若因行竊而傷及車主此則成強盜案件不能以此例外也

第四檢察官不得自由註銷公訴若發見可主張管轄錯誤無罪免訴不應受理之理由時當於公判之時主張之受審判廳之判決

檢察官既提起公訴不能由自己之意見取銷然檢察官若發見有本款列記之理由可以主張當於公判時主張之聽審判廳之裁決惟宜注意者檢察官非專主張被告之有罪即無罪之證據亦當主張之故檢察官不但以調查犯罪爲職務並須爲無罪之調查不可不知也

日本改正刑事訴訟草案第二百零三條新設第一審之辯論開始以前得註銷公訴之規

定是或於實地有便利之處

前言檢察官既提起公訴後不得自由取消然日本改正刑事訴訟草案檢察官於第一審未經開始口頭辯論前發現反對之證據可以注銷之此實地上爲便利起見乃新設之規定也

第四節 公訴之實行

公訴之實行者對於審判廳實施使之完結公訴案件所必要之訴訟行爲之謂也依第一審控訴審上告審等審級之異其辦法遂各不同又有非常上告抗告再審再訴及關於大理院專管案件等特種辦法

前言公訴之提起係使審判廳干與訴訟行爲即使審判廳與原被告三面受羈束之關係也茲言公訴之實行即使審判廳完結此案件之必要行爲也因審級不同其辦法亦因之而各異分析言之如下

第一項 第一審公判

凡行公判除定數推事引續開庭審判外檢察官及審判廳書記亦須到庭背此原則之審

判得依上訴請註銷之

承審推事自始至終引續開庭中間不更換他推事至檢察官與審判廳書記則可以更換惟不莅庭則不可耳

謙按不更換推事是爲原則如承審推事有不得已之原因時例如有疾病或死亡丁憂以及其他原因則當然更換也

被告人不到庭時於原則上不行公判

被告人不到案除法律上許下闕席判決外原則上不得行公判

被告人於公判庭不受身體之拘束但得置看守人

被告人身體不自由恐其意思亦不能自由發表但全無管束又恐有逃亡或暴動之虞故可置看守人惟被告人在公判庭上實鮮有逃亡及暴動之患蓋修公判庭時被告人所處之地位早已布置周妥也

審理應處重刑之犯罪人日改刑訴第二百五十九條以死刑或無期徒刑爲限時必置辯護人辯護之宗旨在謀被告人之利益防禦不法或不當之攻擊而無檢舉其不利益之義務又同時不准曲庇被告自

不待言

所謂應處重刑者在日本定爲死刑及無期徒刑中國將來擬再推廣至於一等有期徒刑審理重刑犯罪人必置辯護人此謂強制辯護強制辯護者非有辯護人到庭不能行公判置辯護人之宗旨以此等人富於閱歷而又有學識可以輔助被告否則原告之檢察官既深於法律上之學問又兼有訴訟上之閱歷且得指揮司法巡警以蒐查證據立於最強之地位被告人往往知識不足且無閱歷不能對抗原告故置辯護人爲之輔助所以使兩造立於平等地位也至辯護之要不過使代被告人防禦不法或不當之攻擊若有不利於被告之證據雖辯護人知之亦無檢舉之義務蓋檢舉爲原告官之事也然亦不准曲庇被告者例如有不利於被告之證據辯護人不得湮滅破壞之有不利於被告之證人辯護人不得教唆之爲僞證等是也

在左列情形無辯護人之選任或到庭時除以審判廳之職權外檢察官亦得移請選任

1 被告人係未成年時

2 被告人係婦女時

3 被告人係聾者或啞者時

以上數種人均知識不足故必令置辯護人

4 被告人係有心疾之疑者時

真有心疾則應停止公判惟其在疑似之間故命置辯護人

5 因被告案件之情節認爲必要時

本號例如檢察官見被告之勢力實不能與已相爭時得移請選任辯護人至被告人無論何時得自行選任辯護人固不待言

公判庭之開閉及維持法庭之秩序俱屬審判長之權限

公判庭於原則上不可不公開之公判庭內有審判官檢察書記被告人證人辯護人及公開時之旁聽人人數衆多不可無秩序維持此秩序之權專屬於審判長即檢察官之位有高於審判長者亦不得有此權至公判庭原則上必公開者取共見共聞所以保審判之公平也

開庭審理之序如下

1 審判長對被告人行足以考查其人有無錯誤之訊問
考查被告人有無錯誤係第一義乃東西各國之所同

2 檢察官發表被告案件之要旨是即爲口述辯論開始之時期
檢察官發表被告案件之要旨例如言某日有某人犯某事請審理之是也是時並不
舉出證據及適用刑罰某條是爲口述辯論開始之時期其必定出此時期者未經口
述辯論以前尙可取消既經開始以後即不能取消也

3 審判長就被告案件訊問被告人
訊問被告案件因檢察官業經發表要旨故也無論被告人供認與否皆須調查證據
此與中國不同中國於被告自行供認時即不再加調查外國惟例外被告人受極少
之罰金與最短之刑期犯人供認後可不再調查若案情稍重必加調查蓋犯人口供
不作爲有力之證據也

4 此訊問既畢後行調查證據調查每一分則行之每一件之調查畢問被告人
之意見

5 被告人之訊問及證據之調查由審判長行之陪席推事及檢察官白審判長後得訊問被告人及證人

法庭上訊問被告人及證據之調查由審判長一人行之陪席推事及檢察官必先白於審判長後乃行訊問以彙糾紛

6 由檢察官或被告人有新證據調查之請求時審判官先決定其許否

此節所謂證據之決定例如檢察官被告人謂某人亦可爲此案之證人某地尙可供此案之調查如斯之請求審判官便當先行停止公判而爲可否之決定

7 調查證據之後由檢察官關於事實及法律發抒其意見是曰檢察官之論告

調查證據既畢檢察官乃發表意見例如因某種證據信其爲殺人或爲強竊盜此事實上之意見又如援引適用刑法某條此爲法律上之意見

8 被告人對於檢察官之論告得爲答辯論告與答辯得反復之但最後必使被告陳述

被告人與檢察官可反復辯難惟最後必使被告陳述此近今文明國之大原則也以

最後不令被告人陳述即下判決則被告或有未能發表之意思故也

9 口述辯論以被告最後之陳述爲止但有其必要時得再問之

以上就第一審公判之順序言然上訴審公判之順序亦大略相同

第一審 判決之種類如左

公判之判決在獨任制由推事一人爲判決在合議制必經推事數人合議後乃行判決

1 管轄錯誤之判決

2 科刑之判決

3 無罪之判決

4 免訴之判決

5 不受理之判決

第二項 上訴通則

不服第一審之判決者得赴直近上級審判廳提起控訴

不服控訴之判決者得赴直近上級審判廳提起上告合控訴與上告而曰通常上訴

此處控訴二字與中國解釋不同中國凡人民提起訴訟皆爲控訴意義甚廣日本則專指請求第二審之訴而言通常上訴者在判決未確定以前之上訴也對非常上訴而言非常上訴乃判決確定後之上訴也

上訴由原告被告均得提起而檢察官爲被告人之利益起見亦得提起上訴

檢察爲原告官提起上訴通常爲被告人之不利益然檢察官爲被告人之利益起見如審判官處刑過重或不應用刑而用刑之類亦可提起上訴也

上訴須於期限內提起經過期限後所提起之上訴不問其內容如何均不受理日本改刑

一四條控訴期間七日第
三三二條上訴期間三日但有特別之情節時與以期間回復之權

特別情節如因天災等事遲誤不能於上訴期限內提起上訴是上訴亦有不定期限者如於判決確定後而提起非常上訴是俟後第五項說明之

上訴不可不由原審判廳提出之

上訴必由原審判廳提出者以其於此案有關係之文卷皆可提出也原審判廳不惟不能妨害人之上訴凡文明國之判決錄必有附注之文凡對於本判決有不服者若干日

內可以上訴如不附此文其判決可破毀之

上訴權不問在期間內在上訴審理中得由提起者拋棄之拋棄上訴權於其時原審之判決確定

上訴權許其拋棄者以上訴爲提起者之利益有上訴權之人自願能拋棄固可聽之也

第三項 控訴

控訴云者求註銷或變更第一審結案判決之全部或一部之上訴經原審判廳提起於其直近上級審判廳者也然由第一審之被告人提起之時其被告人爲控訴審之原告人檢察官立於被告之地位又由第一審之原告官提起之時第一審之被告人於控訴審亦爲其被告人

檢察官立於被告地位非檢察官犯罪也不過立於被攻擊之地位而爲防禦也

控訴得對於第一審判決之事實點或法律點並其全部或一部而提起之有謂其性質爲第一審之覆審或爲第一審之續審者爲實際利害起見宜採用續審主義而參酌覆審主義之規定

此控訴與上告區別之點上告止能對於法律點提起不能對於事實點提起至控訴則對於事實點法律點皆可提起例如某甲於某日在某乙之家竊取其物當適用刑法某條控訴時可證明某甲於某日未嘗到某乙之家行竊此即攻擊事實點謂其判決與事實不合至上告審則不問事實點專以法律點相爭如某犯適用刑法某條上告時可主張不當適用某條是即就現今各國參用三審制度者言事實之爭至第二審為止此通例也控訴之性質有謂爲第一審之覆審者有謂爲第一審之續審者二者之別覆審乃將第一審之全部重行審理如第一審證人四名控訴審時須將四人全行復訊續審則係補第一審全部之不足不必全行復訊但就其中可疑者再審之或於四人外另傳新證人訊問之亦可惟有時亦兼有全部覆審之性質於實地爲便利時宜參酌覆審主義耳

審理之序次其大體與第一項所述無異但第一審之被告人如爲控訴之原告人須先令陳述控訴之理由

如檢察官爲控訴則須由檢察官聲明控訴之趣意其順序與第一審無異

控訴審之判決有左列五種

1 不受理之判決 提起控訴之辦法違法之時控訴理由不當之時及被告人提起控訴而於公判日不到庭之時定此判決

2 註銷原判決與以相當之判決 控訴有其理由時定此判決

3 送還案件於原審判廳之判決 由原審判廳所定之判決謂管轄錯誤或可以不受理者而其判不當時定此判決使另行審判

4 由控訴審判廳行第一審之判決時原審判廳本無管轄權而定第一審判決控訴審判廳以爲不當且本廳有管轄權時採此辦法

本無管轄權指原審判廳言如應歸地方審判廳受理之案初級審判廳悞行受理而下判決控訴到該管地方審判廳自應另行第一審之判決也

5 轉送案件於他管轄之第一審審判廳是爲2號所述判決之一種

原審審判廳與控訴審判廳均無管轄權之時自當送付於其他有管轄權者

由檢察官提起控訴公判之日被告人不到庭時不聽被告人之辯論而定判決

此爲例外蓋認被告人拋棄辯論權故也以通常論凡下判決必經口頭辯論此則被告人因檢察官控訴不利於己而故不出庭審判官於此可下判決所謂闕席判決也

第四項 上告

上告者求註銷或變更第一審判決違法之點之上訴也事實點之不服不得爲上告之理由

上告起源於法國之破毀裁判乃爲統一解釋法律所設之制度也破毀裁判即西文 *Quasi nullum* 之意故專論法律點而不問事實點也

改正日本刑訴草案第三百三十三條在左列十種情形者當然屬於違法可准上告

上告之標準須於法律上列記之舉日本例如左

1 判事檢察裁判所書記未到庭而爲審判時

推事不到庭本不能行審判此指推事中前後有更換或員數有多寡而言至檢察官及書記同爲審判上不可缺之員一有不備則缺審判之要素故可爲上告也

2 因法律被除職務之執行之判事干與審判時

如推事與當事者中有親族關係不應干與審判而干與之則所判決即爲違法當受上告上告則原判決被破毀也

3 判事有偏頗之虞被忌避既認其忌避之申請有理由而猶干與審判時

例如審理中被告請求傳問某證人而推事不聽是顯有不公之象被告人申請推事忌避既有理由推事仍行審判則其判決亦當受上告也

4 除土地管轄外裁判所認其管轄或管轄錯誤而不當時

土地管轄錯誤不能爲上告理由此外事物管轄職務管轄有錯悞時皆可上告

5 裁判所受理或不受理而不當時

不當受理而受理與不應不受理而不受理皆可上告

9 除有法律特別之規定外被告人不到庭而行審判時法律特別規定如前所述闕席審判及因被告人在公庭有亂暴之舉動受庭長之斥退是除此之外被告人不到庭而下判決亦得爲上告

7 照法律須置辯護人之事件未到庭而爲審判時如死刑無期徒刑等案應置辯護

人辯護人未到庭而竟爲審理亦得上告

8 除有法律特別之規定外裁判所於受請求之事件不爲判決或於未受請求之事項而爲判決時

當爲判決之事而不判決與不當判決之事而下判決皆可爲上告之理由

9 違背關於公開審判之規定時

公開審判各國皆定之於憲法於人民權利大有關係除該案有關風俗或治安應秘密審訊外而不公開可爲上告

10 判決不附理由或其理由有齟齬時

凡判決一案必附記其理由如不附之或附之而有不合者可以上告除此十種之外凡法律上有可疑之點均可上告非僅限於此十種也

提起上告當呈出上告狀若在期間內不呈出上告狀則上告當受批駁之決定於上告狀之外得提

出上告趣又被告人欲行辯論之時原則上當以辯護人到場上告審尤有關係焉蓋論戰

法律非被告人所能爲也

趣意書者提起上告之宗旨也於一定之期間內不爲提出其上告可爲不受理之決定又上告乃法律之爭點被告人未必能明法律故非辯護人到場爲之伸辯不可上告審之判決有四種於左

1 不受理之判決 提起上告之辦法係違法者例如上告狀中及上告無正當理由者 例如求事實點之註銷時

2 更正原判之判決 上告有其理由時

3 用判決行擬律免訴及不受理之宣示 依原判決一定事實點而原判決擬律有錯誤時或不當受理時

謙按宣示原文作言渡

4 發還案件於原審判廳或轉送與原審判廳同等之他審判廳及發還於第一審判廳之判決

謙按發還原文作返送

第五項 非常上告

非常上告者於判決確定後發見其審判之違法時由總檢察長赴大理院求其更正之特別辦法也

日本改正刑訴草案
第三五五條以下

非常上告在判決確定之後行之與通常上告不同此種上告惟總檢察長有此權請求大理院將其審判違法之點改正之乃頒布於各級審判廳以爲模範

第六項 抗告

抗告者爲求註銷或變更審判廳之決定提起於直近上級審判廳之上訴也准許抗告之決定與不許之決定其區別於訴訟法定之

審判之方式一判決二決定三命令抗告乃對於不服決定之上訴也審判廳之決定大抵爲決訴訟之辦法而用之雖不盡於此然大半屬焉例如請求證人之傳訊審判官不附理由而批駁不准即決定也被告人可於上級審判廳請求取銷其決定即抗告也

第七項 再審

再審者日本現行法於有罪判決確定之後發見其認定事實有重大錯誤時爲計被告之利益准其提起之特別訴也在改正草案中於左之六種情形准其再審

再審一項目本現行法與改正案不同現行法專爲被告人之利益准其再審改正案爲被告人不利益亦准其再審草案中所准再審之情形如左

1 發見證據物係偽造時

2 發見證言鑑定繙譯虛偽時

3 告訴人受誣害之處分時

4 推事犯關於審判之罪時如受賄之類

即職務上之罪例如受賄曲庇或陷害等

5 以前判決爲基礎之判決而後判決當受變更時

例如判決某甲竊取某乙物品此判決係因前有民事判決云某物品係乙之物品因此民事判決爲基礎乃判決某甲實係竊取某乙之物品然其後爲刑事判決之基礎受變更即前之判決錯誤其物品實非乙之所有則後之判決亦應受變更也又如前此民事判決斷定某甲與某乙爲婚姻以此判決爲基礎乃爲某乙與人通姦其人係姦有夫之婦之判決其後發見前此婚姻之判決係屬無效而變更時則後之判決亦

當變更也

6 發見可爲無罪免訴不受理較輕處分之明確證據時

例如先爲某甲某日在某地殺人之判決其後覓得他之證據某甲某日實在他處此爲發見可爲無罪之明確證據也

前述第一第二第四之情形及受無罪免訴棄却公訴並較輕處分者自白其犯罪或較重之犯罪時雖行再審於被告人有所不利亦准之

第八項 再訴

受免訴或不受理之決定後所發見反對之證據時限於一定情形准於原審判廳行再訴

第九項 大理院專管案件

外國之立法例於國事犯等一定刑事案件爲大理院自第一審及終審之專管案件至其搜查爲總檢察長之特別權限者亦多在此情形高等以下各級檢察廳檢察官及司法警察官當受總檢察長之指揮各實施其權限內之職務

第五節 裁判之執行

裁判有判決決定命令三種又在判決有刑之宣示及無罪免訴不受理等之宣示此等各
種裁判之執行與檢察官關係最深者以刑之宣示判決由該管檢察官執行是也
裁判之執行勿悞解爲刑之執行蓋裁判之執行有種種包含一切審判而刑之執行特
其一耳且刑之執行爲有罪判決之一種裁判之執行實括有罪無罪之判決執行而言
若刑之執行不惟爲裁判執行中之一小部且爲有罪裁判執行中之一部蓋有罪判決
亦有不執行刑者例如判決某犯當監禁若干日而因未判決時之拘留日數既久足與
判決後應監禁之日數相抵而免除之者是有罪之裁判而無刑之執行也
刑之執行中最重要者自由刑之執行是也自由刑者依檢察官之指揮由司獄官有時兼
執行之

財產刑之執行依檢察官之指揮承發吏日本由執達吏執行之

第二章 事務章程及監督

第一節 事務章程

編制法修正草案第九十八條曰 凡檢察官應從上官之命令大理院審判第一審且終審訴訟案件與該案有關係之檢察官應從總檢察廳廳丞之命令

同第九十九條曰 凡各檢察官於實施檢察事務上有不受特別許可而代理所屬檢察廳長官或監督檢察官之權

同第一百條曰 凡各檢察官應得權宜代理所屬檢察廳檢察官

同第一百零一條曰 凡地方檢察長高等檢察長及總檢察廳丞有親身處理各管轄區域內檢察官事務及移各管轄區域內檢察官之事務於別廳檢察官之權

以上四條基於檢察官爲一體之原則爲得完全實施檢察事務而設之便宜規定也

同第九十六條曰 凡通高等以下各級檢察廳之事務章程由法部奏定頒行

謙按原文有會同總檢察廳字樣總檢察廳隸於法部本無會同奏事之實例且檢察廳以司法大臣爲首長檢察廳事務章程司法大臣固不可不採擇檢察長官等之意而奏定則仍由司法大臣行之爲是

各高等檢察長據前次章程統一管轄內施行之之要務及通飭各廳定開廳時刻

總檢察廳本廳及分廳事務章程由總檢察廳自定惟實施前應申報法部

同第九十七條曰 凡各檢察廳長官遵前次所揭事務章程其他訓令於各司法年度本應豫定次司法年度之左列事宜

一 所屬檢察廳檢察官應行檢察事務之分定

二 所屬檢察廳檢察官之配置

初級檢察廳檢事務之分定及檢察官配置由所屬地方檢察長行之

地方以上各級檢察分廳事宜由本廳長官行之

中國未設一般檢察廳事務章程可參酌日本明治二十四年九月司法省訓令第四七號二十四條至第三十二條

第二節 檢察官之監督

編制法草案規定凡關於檢察官監督者如左所列

第一百六十一條 凡司法行政監督權之施行區別如左

第三 各直省提法使承法部堂官之命監督本省審判廳及檢察廳

第七 總檢察廳廳丞監督該廳及各級檢察廳

第八 高等檢察長監督該廳及所屬之下級檢察廳

第九 地方檢察長監督該廳及所屬之初級檢察廳

第十 初級檢察廳監督檢察官或檢察官監督該廳之錄事書記生承發吏及司法警

察吏員

審判分廳分院及檢察分廳如置監督推事及監督檢察官準於前數項之例由該推事或檢察官行監督權

第一百六十二條 凡實施監督之權如左

第一 官吏於本職有怠弛者應警告之使勤慎其職務

第二 官吏於職外侵越者應警告之循守其本分

第一百六十三條 凡審判廳及檢察廳官吏如有怠弛及越職等事屢戒不悛或情節較重者當用懲戒法處分之

第一百六十四條 凡前數條所列舉之司法行政職務及監督權不得徇箇人之請求而行

第二編 關於民事法之部

日本法學博士松岡義正口授

歙縣徐謙鑒定 三台王樞筆述

第一章 總論

第一節 檢察制度之概略

檢察制度發源於法國羅馬及德意志之法源無之。此通說也。就法國言檢察官初爲國王之代理者參與訴訟以圖國王之利益爲其職務。西歷十四世紀而今則爲國家之機關參與民刑事件以圖公益爲其職務。德意志及日本之檢察制度以法國檢察制度爲據。英國之檢察制度則顯其固有之特色與法國檢察制度異。蓋以國庫之辯護士爲檢察官於刑事使提起公訴於民事使參與離婚之審判焉。

研究檢察制度者當於法國法典及其歷史中考求之。然亦須兼考羅馬法及德意志古代法之所以無檢察制度。苟能比較而參觀之則可以得其大凡矣。夫處罰犯罪行爲不

外三種主義第一因被害者之告訴而罰之第二因人民之告發而罰之第三因檢察官之起訴而罰之無檢察制度之國其處罰犯罪行為僅有前兩種主義如羅馬德意志是也試就羅馬法及德意志法分言之羅馬法處罰犯罪分三時期第一期以國事犯爲犯罪時代凡犯罪者即係國事犯蓋當時並無公犯與私犯之分若今日之犯罪一方爲刑事上問題如各種罰則其又一方爲民事上問題如損害賠償等而此期之羅馬法則尙無此區別故犯罪種類甚少所謂國事犯僅如顛覆政府等類遇有此事先由議會集議然後以刑罰加之此純然關於政治上之犯罪者若加害人民則必俟被害者告訴而後處罰夫當時由議會集議處罰犯罪實羅馬立法司法行政不分之故且犯罪之訴極少故無需檢察官之起訴也逮至第二時期乃於國事犯外又有殺人罪即以國事犯及殺人罪爲犯罪時代此期犯罪之種類較第一期爲多因此不能用第一期之簡單辦法故於會議之外另設委員遇有犯罪者由委員調查明確報告於議會而後由議會集議而處罰之迄第三時期則犯罪之種類愈多約分爲國事犯及普通犯兩種普通犯者於殺人罪外如關於身體名譽自由財產等之加害行爲皆是此等犯罪僅恃前此委員之調

查亦形不足故任被害者之告訴而後由議會處罰其告訴則對於議會之常設委員行之。綜觀以上沿革可知羅馬當日犯罪之種類前少而後多其起訴之辦法亦自不同夫羅馬議會常設之委員即羅馬裁判所之起源惟其時審問犯罪既由於議會常設之委員而告訴又以人民爲斷則檢察制度此時不見爲必要也。至德意志當酋族時代其法分兩種一曰政府法一曰人民法。違背人民法者由各人民自行加以制裁此加害者所受之制裁即爲共同部落全體之制裁。假如有人犯竊盜罪或害人生命者由該處部落全體會議議定後乃以罰加之。惟執行之權仍歸政府蓋議罰者人民（共同部落）之事而執行者政府（國家）之力也。執行之機關即屬於裁判所。故其時德國之裁判所乃執行裁判所即執行法律而非裁判犯罪也。厥後犯罪之種類日多人民之判斷勢不可行於是乃擴張裁判所之權限變執行官署而爲裁判官署。在德國古代之制度既以裁判所爲執行官署其檢察事務實爲當時裁判官之專職其後雖變而爲裁判官署而其執行自若也。故其時亦無檢察制度之必要。總之前古之制度無論爲羅馬爲德意志其制裁犯罪之根據不在被告即在人民不必再有檢察制度此其大較也。檢察制度之發生

實始於學者間所稱第二羅馬之法國。法國在西歷十四世紀時代初以檢察官爲國王之代理人，使參與訴訟以圖國王一身之利益爲其職務。不過爲國王之腹心爪牙而已。無所謂代表公益也。及法國革命皇室勢力消滅前，此爲國王謀利益之檢察官，亦以中絕。其時關於犯罪行爲一切告訴發仍由人民爲之。此種狀態覺有妨害人民之業務。重以其時秩序擾亂，犯罪日多，拿破侖熟察此情形，知不可不設一定之機關。於是檢察制度復因而萌蘖。惟當時之檢察官不但干與刑事，並干與民事及司法行政。蓋此時仍本諸爲國王代理之意，而爲實行拿破侖意思之一種機關。故其權力甚大也。迨拿破侖之勢力衰，而檢察官之權限亦因以縮小。其初實行拿破侖之意思者，乃變而爲實行國家意思之機關，參與民刑事件以圖公益爲其職務。而與前此辦法迥不同矣。德意志及日本之檢察制度以法國法爲根據，其所異者不過檢察官參與訴訟之範圍不同。而英國之檢察制度實質上與法國同，而形式上與法國異。英有所謂總檢察長者，辦理關於重大事件，其普通犯罪以國庫之辯護士主張之參與刑事之時，稱曰刑事訴追者。至於民事則參與之時少，惟離婚之裁判得參與之。然亦須得總檢察長之許可，其參與民事

之時稱曰女王代理者此等手續皆爲實質上之辦法如以形式論則英國並非如法國之設有專官也北美合衆國略與英同有實質的檢察制度無形式的檢察制度茲就各國通行之制度論之約可分爲兩種一特設機關以辦理檢察事務如法德日本等是一不特設機關而以國庫辯護士兼任檢察之事務如英美等是中國現在設立檢察廳採用前一種制度故本講義於後一種制度則從略焉

謹按英美制度近今亦特設有檢察官以志田博士所說爲詳志田新自英美攷察歸來其見聞較確學者宜參觀焉

第二節 檢察制度之意義

檢察廳因保護國家關於司法之利益而設（公益保護）與審判廳在同等地位爲獨立之行政官署也檢察官則爲組織檢察廳之行政官吏分言之於下

就檢察意義言歐洲大陸與英美不同今專就歐洲大陸言之夫檢察事務本屬行政而檢察官與他項行政官不同者乃關於司法之行政官此其特色蓋司法上有三職一審判官二檢察官三律師三者各盡其職始能達司法之目的檢察官既屬三職之一故稱

爲關於司法事務之行政官署最爲確當

第一檢察廳乃與審判廳在同等地位爲獨立之行政官署也故檢察官無被審判廳拘束其自由者（裁構六）亦不得加於審判之評議

檢察官不被審判廳拘束其自由亦不得加於審判之評議即審判檢察不得互相干涉獨立之義更見

第二國家之利益當由國家自主張之故國家因此特設機關使主張公益之任務即所謂檢察廳是也（裁構六）

司法事務不盡與國家利益有關然如有關於國家之利益者國家不能不主張之但國家爲無形體不能自己主張利益故特設檢察機關以主張之此與國家不能自行審判而特設審判機關以行使審判權其法理一也

第三國家關於司法之利益涉於民事刑事及司法行政事項（裁構二六）故檢察廳於民事則立於當事者之地位或僅發抒意見於刑事則爲公訴之提起實行及刑之執行指揮於司法行政事項則爲關於司法行政之指揮及監督機關

檢察官如何參與民事刑事及行政之指揮監督詳檢察官權限中宜注意者審判官懲戒律師懲戒捕獲審檢謂戰爭之際捕獲敵國之物品審理其是否禁制品可以捕獲之謂也懲戒檢察官亦得參與

第三節 檢察廳之組織

檢察廳之組織與審判廳之組織同分內部組織及外部組織試略言之

第一內部組織檢察廳者乃於司法爲適當之共力官署非爲司法權行使之官署此與審判廳相異之要點也茲將此義分晰之

(一) 檢察廳乃由檢察官一人或數人而成之一體獨任制官署也故於由檢察官數人而成之檢察廳檢察官從上官之命令行其職權非檢察廳之長官獨行其職權蓋以其他之檢察官爲長官之代理者而行其職務也

檢察廳有由一人組成者有由數人組成者無論爲一人數人組成皆爲一體獨任制官署此最宜注意者例如有檢察廳於此以檢察官一人組織之又有審判廳於此亦以推事一人組織之皆所謂獨任制官署也然審判廳不稱一體而檢察廳則稱一體者以檢察廳之上有層層之監督而審判廳則否且再就獨任制之審判廳言之其職務有本來

之職務（裁判）與司法行政之職務二者其司法行政職務固受上官之指揮命令而其本來職務則不受上官之指揮命令也至獨任制之檢察廳亦有本來之職務（檢察）與司法行政事務二者其司法行政事務固受上官之命令而其本來之職務（檢察）亦受上官之指揮命令此其異於審判廳者故曰一體獨任制也且即為數人組成之檢察廳如檢察長之外有二人以上之檢察官似乎非獨任制而為合議制矣然在審判廳則設三人推事者便為合議制官署而在檢察廳則仍是獨任制而非合議制也至檢察官有數人時此檢察官與所組成之檢察廳其關係如何法國主義與德國主義解釋頗有不同法國主義謂無論檢察長及檢察官均有代表檢察廳之資格此法國大多數之通說而德國主義則謂為檢察長有代表檢察廳之資格其餘檢察官皆補助檢察長而行其職務者日本裁判所構成法所採之主義甚不明瞭然以作為採法國主義為當因此可斷言曰組織檢察廳之檢察官各於其權限內代表檢察廳非以檢察廳之長官代表檢察廳故講義云由檢察官數人而成之檢察廳檢察官從上官之命令行其職權非檢察廳之長官獨行檢察廳之職權也

謙按一體獨任制原文爲統一的單獨制茲因單獨與合議制乃係對文合議制不曰合
查制以其所重在議無議字則不知合爲何事也然則單獨制曰單制或曰獨制固皆不
可通即曰單獨制亦不知單獨之意何所指也蓋單獨者一人單獨辦事之意既與合議
制爲對文則應曰獨任制意義始覺明顯

又按原文用統一之意謂檢察廳之獨任制雖係一人單獨辦事而應服從長官之命令
與審判廳之獨任制不同故加以統一字樣以示區別不知名詞有通用專用之別統一
乃通用名詞無論司法行政皆應統一大理院解釋法律所以謀法律之統一焉有審判
而可以聽其歧異而不統一之理推原統一之意殆與統屬無異自不如改用檢察廳同
一體廉則以一體二字冠之以示區別較覺洽愜

(二)各檢察廳相合而成一體其首長爲司法大臣故組織各檢察廳之檢察官於其權限內
代表成一體之國家檢察廳其權限內之行爲與司法大臣之行爲同視又各檢察廳乃國
家檢察之一部因事務分配而設之官署即所謂檢察官同一體或檢察廳不可分是也

檢察官同一體與檢察廳不可分之原則法德二國相同所謂檢察廳相合成一體而不

可分者譬如國家檢察廳於此以司法大臣爲首長而總檢察廳及高等以下各檢察廳皆爲國家檢察廳之分支分言之有各級檢察廳等名合言之祇一個國家檢察廳猶之北京大清銀行爲總行而各省大清銀行皆爲分行也此等辦法實爲事務上便利起見故無論配置於何等審判廳之檢察廳從法理上觀之皆屬於國家檢察廳之職掌而檢察廳爲國家代表之說亦由此而明因此情形遂生結果如後

(子)各檢察廳之長官有自辦理其部下檢察事務之職權又有以其部下甲檢察官所辦事務移使他檢察官辦理之職權而檢察官又互有代理之職權(裁構八二)

此項即由同一體與不可分之原則而來與審判廳相反對審判廳之長官不能有自辦理其部下審判官事務之職權更不能有以其部下甲審判官所辦事務移使他審判官辦理之職權而審判官又不能有互相代理之職權如有此種問題皆必按照法律所規定辦理而檢察官關於此種事項則可酌量爲之此因檢察官之行動要使敏活而審判官之行動則重在信守故審判官代理之次序法律上有一定而審察官代理之次序法律上並無一定也

(丑)檢察官從上官之命令(裁構八二)但違背上官之命令不過爲內部之關係僅生懲戒處分問題對於外部絕無影響因之無使審判之無效者

檢察官須聽從上官之命令亦即同一體及不可分之結果例如有國事犯於此檢察官擬起訴而司法大臣以爲若起訴則於國家安寧秩序反有妨害命之不起訴則檢察官即當服從此以重大之事言若細微之事檢察官擬起訴司法大臣命其不起訴檢察官亦應服從夫微罪不起訴乃日本五六年前某司法大臣所下之命令至爲有名以嚴守法律言之似覺未合然微罪起訴於實行法律上或轉生妨害故微罪不起訴亦慎重適用法律之一策也

謙按檢察官應服從司法大臣之命令固矣然起訴不起訴一惟司法大臣之命是聽司法大臣雖有徇私舞弊之處亦不得不服從其命令日本檢察制度即有此弊學者已有攻之者要不可不有以救正之也

(寅)上官對於其部下之檢察官有爲指揮及監督之職權(裁構一三四至一四一)
此項專就司法行政言之檢察官既爲司法行政官上官與下官之間自可指揮及監督

關於司法行政事務審判官與檢察官同各受其上官之指揮及監督此皆從行政之性質上來因行政事務必求統一否則國家之目的不能達此處之指揮及監督即所以謀司法行政之統一也

(三)檢察官之任用資格同於推事之任用資格然檢察官非由刑法之宣告或懲戒處分祇不能反其意而免職非如推事之有法律上保障也(裁構八〇七三)又檢察官之懲戒不據推事懲戒法

任用資格詳法院編制法凡訂有編制法(裁構所構成法)之國檢察官之任用資格皆與推事同此因司法中有三職即檢察官推事律師是假使檢察官之任用較遜於推事必不能與推事律師等鼎足而三惟任用之資格與推事同而法律上之保障則與推事異蓋檢察官非由刑法之宣告或懲戒處分祇不能反其意而免職至如推事非特不能反其意而免職并不能反其意而轉官或減俸此等辦法實因二者注重之點各有不同審判官重在公平信用故不能隨便遷轉而法律上之保障厚檢察官重在辦事敏捷故可以任意遷轉而法律上無須保障至推事之懲戒以法律規定之檢察官則不據推事

之懲戒法只照尋常行政官吏之懲戒此非重推事而輕檢察官蓋其性質之不同如此學者要不可誤會也

第二外部組織即管轄分爲事物管轄及土地管轄

(一)事物管轄如配置於大理院之總檢察廳由總檢察官辦理其職務配置於高等審判廳之檢察廳由高等檢察官辦理其職務配置於地方審判廳之檢察廳由地方檢察官辦理其職務配置於初級審判廳之檢察廳由初級檢察官辦理其職務(裁構一二)

(二)檢察廳之土地管轄區域同於被配置之審判廳之管轄區域(裁構六)而檢察廳各就其所管區域內應辦之事務互爲法律上之輔助與審判廳無異

第四節 檢察廳之權限

檢察廳於司法爲適當之共力官署司法事項乃審判事項及司法行政事項而審判事項又分爲民事及刑事故檢察廳之權限涉於民事刑事及司法行政事項

關於民事刑事司法行政之分學說頗多茲所舉不過學說中之一種而已

第一民事乃審判廳因維持私法之秩序適用私法據法定手續而處分之事項也不可與

民事訴訟法及非訟事件手續法適用之範圍同視國家有於便宜上使就民事以外之事項據民事訴訟法審判之者例如衆議院議員當選訴訟是就民事言檢察官於審判有關公益時參與審判提出審判廳所不知之訴訟材料或發抒意見或立於當事者之地位而爲訴訟之裁措六民訴四二并參照人訴非訟事件手續法

義是否與民訴法中所謂當事者相同換言之即檢察官自審判廳視之或自刑事被告人視之是否爲原告也學者於此議論甚多第一以檢察官爲非常事者說檢察官發抒意見審判官據之以下判斷如檢察官以前之意見有不合仍可提起不服之訴在當事者則有不能蓋檢察官爲國家之機關非常事者故可以提起不服之訴也第二以檢察官爲當事者說無論民訴刑訴必有利害相反之兩造在以民事言所謂兩造則爲原告與被告就刑事言所謂兩造則爲檢察官與被告或稱原告官與被告故檢察乃當事者就二說而衡論之主張第一說者不知檢察官爲代表公益故近今之通說皆以檢察官爲當事者至如辯護士主張坐位之說謂檢察官如爲當事者則不能與審判官並列則尤爲無價值之論矣

謙按發抒意見原作陳述意見陳述二字頗覺未諦檢察官對於審判官爲獨立何所謂陳說明一己之意見何所謂述

第二刑事乃審判廳因維持刑法之秩序適用刑罰法據法定手續而處分之事項也就刑事言檢察官爲公訴提起及刑罰執行之機關而行其職務（裁構六刑訴一三二〇）

第三司法行政事項乃國家因使司法權運用之便利所爲之行爲凡關於審判廳職員設備事務之分配職務上之監督及審判廳（建築物）設備之事項皆是司法行政之長官爲司法大臣大理院卿高等審判廳丞及初級審判廳監督推事又總檢察廳丞高等檢察長及地方檢察長等皆監督其下級官吏（裁構六一三四以下）

此就日本司法行政上之監督論之大約司法行政上實行監督之方法有兩大端一由司法省招集大審院長及控訴院長及檢察總長等官每年一次在司法省商定辦法善者因之不善者改之其招集以地方裁判所長及檢事正爲止商定以後由地方裁判所長檢事正等分告所管轄之各區裁判所以圖司法上之統一此監督之一法也惟此等辦法日本可行中國幅員遼濶交通不便若必每年令各地方推事長檢察長至京城會議一次其煩費尙可言乎二由控訴院判事聚集會議每年由檢事長就該院所管轄區域內各項案件統計經大審院之破棄者若干件未經大審院之破棄者若干件一一報告該會分別善與不善二者其標準即以破棄與否爲斷控訴院判事會即當據其所謂不善者酌量而改正之改正之後先由該會之決議次再將決議之案件分送管轄區域

內之各裁判所以謀統一此又監督之一方法也（按此項專指控訴院言之大審院亦有此辦法所謂統一全國之判決例也但以判決例分送各裁判所後祇能供裁判所之參考仍不得左右其意見）此外判事長檢事長等亦可將所屬之判事檢事之判決等區別善否報告於司法省以求司法之改良焉

第五節 檢察權限之結論

民事分爲訴訟事件及非訟事件訴訟事件乃審判廳據私權之確定及強制執行而保護私權之事件也而民事法者適用於訴訟事件及非訟事件之法規之全體也故民事法與檢察制度之關係不外關於民事訴訟之檢察權限及關於非訟事件之檢察權限此所以於第二章論關於民事訴訟之檢察制度第三章論關於非訟事件之檢察制度也

訴訟事件與非訟事件區別甚難講義所舉訴訟事件之定義乃取衆說中之最長者至非訟事件之定義只須加一不字即可如云非訟事件乃裁判所不據私權之確定及強制執行而保護私權之事件也此種分別乃就形式上言之其有判決之形式有強制執行之形式而私權確定者是爲訴訟事件反此無判決之形式無強制執行之形式而私

權亦受其保護者即所謂非訟事件也

第二章 民事訴訟

第一節 檢察官之共力

檢察官關於民事訴訟之共力出於法國之檢察制度分析言之如下

檢察官關於民事訴訟亦須共力其共力之程度則法德日本各異夫檢察制度發源於法國即謂此共力本諸法國之制度亦無不可

第一據法國之法律(1)檢察官於民事訴訟直接關於公益時(於公秩有利害關係時)立於主當事者之地位參與民事訴訟例如婚姻事件及禁治產事件是關於公益之時由法律上定之歟抑包括由檢察官認為一切關於公秩之時歟法文之解釋上雖有爭議然以後說為通說(一八一〇年七月二十日法律)又此際國家實為主當事者檢察官不過為其代表而已其參與民事訴訟之形式在立於訴訟當事者之地位

直接關於公益之時其範圍如何此問題於檢察官參與民事之權限大有關係如從前

定又此際檢察官代表國家爲審判之着手者或法律之審人（衛士）而參與民事訴訟其參與民事訴訟之形式則意見之發抒或附帶之申述也

所謂附帶云者謂不過申述意見而已其爲附帶當事時由檢察官自行認定非由法律所規定此時檢察官代表國家爲審判之着手者或法律之審人着手者看守之意審人

者守衛之意番人一語在法國最爲有名謂檢察官嚴守法律也意見發抒附帶申述二語非有二義附帶申述者謂當事者陳述檢察官亦爲之申述故曰附帶申述也總之從法國言民事訴訟之直接有關於公益者檢察官立於主當事者之地位發抒意見其間接有關於公益者檢察官立於附帶當事者之地位而發抒意見云

(3) 檢察官爲監督機關而監督審判廳且報告其過失於司法大臣

檢察官既監督裁判所又可報告推事之過失於司法大臣所以法國人形容檢察官以之爲政府之耳目夫以檢察官爲政府之耳目或爲法律之番人即可知法國檢察官之權限矣以理論言實有未合假使檢察官果有此權限或將間接害司法之獨立也

謙按國家行政機關恒分爲二一當該機關一監督機關蓋當該機關所以行本來之職務而監督機關所以防公私之弊端行政如此司法又何獨不然如謂司法官一受監督即有害司法之獨立實未免誤會司法而無監督機關其不通有二如謂司法官之人格高可以無庸監督豈司法官之人格盡高於行政官乎其不通一如謂司法官受監督則將仰承監督者之意而審判因而不公豈有監督者而審判反可不公無監督者聽審判官

自由心斷乃不得不公平其不通二要之監督機關爲行政司法所同具而其形式及方法則有不同此乃所以謀司法之獨立也何以言之行政之監督者爲長官有升降之權有指揮之命令有服從之義務而司法則不然其行政上之監督者固爲長官而司法官有法律之保障長官不能以意爲升降司法官有於法律內自由心斷之權長官不得強使下如何之判決而司法官亦無服從之義務中國舊法亦然惟司法官本來之職務惟其獨立而無所忌憚也乃寄其監督機關於檢察官檢察官與審判官本爲共力之人而有監督之責其作用相反而適相成至檢察官之監督不過攻擊其審判之不公者而已當其審判也檢察官雖能發抒意見而無強迫審判官採用之權審判官雖能自由心斷而不能禁制檢察官之上訴此等平等之監督無表見之形式而有救正之作用此司法獨立之制設立監督之方法大異於行政者也法國主義深得此旨其實未可厚非近今多數意見均不喜監督之名稱不知以政府之高遠於極點而議院得而監督之即人民亦得而監督之此豈有些微職權上之關係耶學者要不可偏信一種之學說而不深長思之也

第二據德意志民事訴訟法(1)檢察官於婚姻無效事件禁治產事件及死亡宣告取消事

件因維持公益代表國家為主當事者而參與訴訟

(2) 檢察官於其他之人事訴訟事件即如親子間之法律關係確定事件因保護公益參與訴訟發覺意見(德民訴六〇)七、六六三、六六四、六六五、六六六、六六八、九七四)然檢察官並無監督裁判之權此因普通檢察官有如此之監督權則將

第二節 檢察官參與人事訴訟之範圍

人事訴訟乃關於婚姻事件養子緣組事件親子關係事件相續人廢除事件隱居事件禁治產事件準禁治產事件及失踪事件之訴訟之總稱但相續人廢除事件及隱居事件與中國制度全然不同故略之

(一) 婚姻事件

婚姻事件乃以婚姻無效或取消離婚或夫婦同居爲目的之訴訟事件之總稱一人訴一民七七八以下八一三以下七八九）婚姻爲社會生存上必要之制度國家就關於婚姻之各訴訟有利害關係故使檢察官爲國家之代表者而參與婚姻事件

婚姻事件各國皆有之而範圍之大小不能一致如何無效如何取消如何離婚於民法內之親族篇詳規定之婚姻無效例如甲男與乙女結婚今乃誤爲丙女其意思不一致當然無效日本婚姻之成立必呈報於官署如其呈報時有誤則此婚姻爲無效也婚姻取消如未達婚姻之年齡而結婚者其婚姻即可取消不使發生效力至離婚一事即解除婚姻之謂必合乎法律上一定之條件而後審判廳許其離婚所謂條件如妻受夫之

侮辱或虐待是也。以夫婦同居爲目的之訴訟云者，民法上規定夫婦有同居之義務，設夫婦間有不願同居者，其一方可提起訴訟，要之婚姻爲社會生存上必要之制度，其合法律與否有流弊與否於國家有重大之利害關係，因婚姻之基礎強固，國家之基礎亦固，以強固蓋如此，則佳子弟多而各能致力於學問，國家實大有利益，故各國皆使檢察官爲國家之代表，參與婚姻事件，其參與之方法可分爲二者，說明之一發抒意見，二當事者其發抒意見時即立於附帶當事者之地位，其爲當事者時即立於主當事者之地位也。

（一）發抒意見
按按生存原作生活，茲因生活係中國俚語，其意義不如生存之廣，故改從生存字樣。

第一檢察官得於一切之婚姻事件發抒意見，又得於受命推事或受託推事審問婚姻事件時發抒意見（人訴五）此等意見之發抒，不過爲檢察官之職權，故不得僅因檢察官不爲發抒意見之事件，輒主張推事之審判爲違法，然因不使檢察官發抒意見而不爲通知辯論期日或審問期日於檢察官，遽爲審判，則於其審判依檢察官之共力至見他之結果。

時即得主張推事之審判爲違法例如因不爲通知不知檢官所知之事實而所爲之審判是也（人訴五德民訴六〇七）

受命推事者如地方審判廳推事三人爲會議制遇有離婚案件以爲不過夫婦間一時之惡感情不必離婚由審判長命推事一人調和之此調和之者即受命推事也至受託推事則不在同一之審判廳如地方審判廳爲離婚事件欲召集證人因該證人與某初級審判廳相近乃託該初級審判廳之某推事訊問之此推事即受託推事也檢察官對於此等之意見發抒不過爲檢察官之職權而非職務故不得因檢察官未經發抒意見而即以審判爲違法蓋既云職權則發抒意見與否爲檢察官之自由若係職務則非發抒意見不可也惟檢察官既本諸職權而爲發抒意見則審判廳必有使之豫備之手續即通知辯論日期或審問日期是也苟不通知即爲違法夫不通知各種日期於檢察官與不聽從檢察官之發抒意見不同不聽從不爲違法而不通知各種日期則有違法者有不違法者假使不通知之審判仍與通知者無異則非違法若不通知之審判顯與通知以後之辦法不同則是不依檢察官之共力而生出他之結果即違法也

第二檢察官因維持婚姻事件即使却下婚姻無效取消及離婚之訴或因使爲夫婦同居之判決得以職權提出其所調查之事實及證據方法（人訴六）

檢察官因維持婚姻事件調查無效取消離婚之事實證據而後審判官憑之以下判決也夫婚姻者國家之基礎檢察官維持婚姻實以鞏固國家之基礎惟人事關係較刑事關係尤爲複雜調查事件非檢察官一人所能爲當令諸司法警察司法警察報告之後檢察官尤當注意考查之誠以民事事件其裁斷較刑事爲難故檢察官參與民事亦較爲煩難也

（二）當事者

第一檢察官得爲原告以夫婦雙方爲被告提起婚姻取消之訴（民七八〇人訴二〇德民訴六三二）又於他人提起婚姻取消之訴時亦得參與其事而爲婚姻取消或維持之申述以追行訴訟手續或爲上訴但夫婦之一方死亡後不在此限（缺婚姻取消之必而參）檢察官得爲原告以夫婦雙方爲被告如甲乙之婚姻不正當照法律規定應取消之此種可以取消之婚姻如使存在大有妨於公益檢察官爲維持公益可以以原告資格而

提起婚姻取消之訴也。又所謂他人起訴檢察官亦得參與者如甲對於乙丙夫婦間提起訴訟兩造既備似無須再加入檢察官然使檢察官不爲當事者將來結案以後檢察官更發見有關公益之理由而再行提起訴訟即不免多費勞力時間矣。惟使檢察官同時亦爲當事者審判官判決時既可據原告甲之陳述亦可據檢察官之意見將來可省許多手續惟案定之後檢察官即經參與設又發見有不服之理由亦可提起上訴此緣檢察官專重公益一切事件均向公益而進行不爲私見所束縛即自己之意見有時亦不妨變更之誠以公益之關係較私益不同也。至夫婦間一方死亡時即無須再爲取消故云不在此限蓋以訴訟須謀實益故也。

第二檢察官於婚姻無效或取消之訴有於應爲彼造者死亡後而檢察官代爲彼造者夫婚姻無效或取消之訴由夫婦之一方提起時則其他一方爲彼造由第三者或檢察官提起時則夫婦雙方爲彼造於夫婦一方所提起之訴彼造死亡時於第三者所提起之訴彼造雙方死亡時皆以檢察官爲彼造此因檢察官於公益上爲婚姻之保護者故也（人訴二）所謂彼造者即相手方之謂婚姻無效或取消之訴不外三種情形或夫與婦互爲相手

方或第三者以夫婦兩人爲相手方或檢察官以夫婦爲相手方是也夫與婦互相提起訴訟或夫婦之一方死亡必以檢察官爲彼造不使訴訟消滅者蓋夫婦間若有死亡則起相續之問題於權利義務大有關係如夫死而婦離婚則其夫之財產尤有重大關係故必以檢察官爲彼造也至第三者以夫婦兩人爲彼造者如第三者之父有遺言謂甲乙二人如爲夫婦當與以千元之贈金其後甲乙雖締婚而被之法律實非正式當歸無效此際可由第三者提起無效之訴其必對於夫婦兩人提起者因婚姻以二人而成立無效取消於二人均有關係也此際如夫婦雙方死亡則以檢察官代爲彼造如僅一人死亡則訴訟仍可進行不必由檢察官代理矣其必以檢察官爲彼造則因檢察官當維持公益而婚姻尤當注重然此以被告之死亡者言之假使原告死亡則當由審判廳選擇辯護士代爲原告其必以辯護士爲之者蓋以其有相當之學識實爲原告之利益起見也若夫檢察官起訴而夫婦均已死亡時將使訴訟消滅耶抑使辯護士代理耶從理論言以使訴訟消滅爲當可不待詳言之也

(二) 養子緣組事件

養子緣組事件乃以養子緣組之無效或取消或離緣爲目的之訴訟事件之總稱（民八五一以下八六二以下）養子緣組爲社會生存上必要之制度國家就關於養子緣組之各訴訟有利害關係故使檢察官參與關於緣組之各訴訟而其大要與婚姻事件無異但檢察官不得提起養子緣組取消之訴（人訴一六二三五六）

養子者謂養他人之子因法律上之擬制作爲自己之子也因養子所生出之事件即養子緣組事件此等事件何由而起最初爲祖先之祭祀起見又其繼爲財產之付託起見上古時代惟家長得有財產後世則無論何人皆得有之然無相續之人財產亦當歸諸國庫因此而養子緣組之事亦隨之而起自此以外出於慈善者有之出於慰藉者有之出於慈善者例知撫養無父之子出於慰藉者謂年老無子撫養他人子以慰岑寂也是故養子緣組約言之不外五種起源一祭祀相續二家名相續三財產相續而此外更有爲慈善起見或慰藉起見者歐洲各國之養子多爲慰藉起見日本之養子多爲家名相續起見中國亦有養子其主義當與日本同養子緣組事件分爲三種即無效取消離緣是也無效者例如因人之錯誤如本以甲爲養子今誤而爲乙即可生無效之問題取消

者謂凡爲養親之人必以成年者如以未成年者爲養親即以他人之子爲子是即可以取消者離緣者謂養親養子間雖已生有關係如其後養親虐待其子或養子不敬其親即可解除其關係也此等養子緣組事件爲社會生存上必要之制度與婚姻同故國家使檢察官參與之然則養子緣組事件當與婚姻事件並重而日本則有不同關於婚姻事件檢察官可以自爲當事者而提起訴訟關於養子緣組事件檢察官不能自爲當事者而提起訴訟夫婚姻事件檢察官得提起訴訟乃指婚姻取消之訴而言至婚姻無效或離婚之訴檢察官不能爲當事者而提起之而養子緣組事件固無論取消無效離緣之事皆不能提起之是檢察官於養子事件始終無爲原告之時也。然則養子制度其得失如何實爲現今之大問題夫養子養親之關係略與父子同然究出於法律上之控制而非眞父子可比故養親養子間往往生出惡感情近日各國因有不認養子緣組制度者惟其如此故檢察官極當斟酌遇有此案須詳察其違養子之目的否如不能達養子之目的則檢察官不可不發抒意見也

(三) 親子關係事件

親子關係事件凡以子之否認或認知其認知無效或取消爲目的之訴訟事件以定父爲目的之訴訟事件（民八二二）及以親權或財產管理權之喪失或失權取消爲目的之訴訟事件皆是（民八二二以下八二七以下八九六以下人訴二七三二）親子關係於社會生存有密切關係因之國家就關於親子關係之各訴訟有利害關係故使檢察官參與親子關係之各訴訟

親子關係事件其詳規定於民法就其沿革之變遷言之則親子關係乃由財產關係而進於身分關係也上古時代婦爲夫之財產子爲父之財產父可處分其子夫可處分其妻戮之殺之亦無不可比及中古家族制度與夫婦父子各得有家族之身分然其時尚未有父子夫婦之殊異自後世行個人制度父子夫婦身分乃更有不同然可以由財產關係進於身分關係一語括之日本現制兼用家族主義及個人主義爲父子夫婦遂因是有兩種身分申言之一面爲家族身分一面爲父子夫婦之身分是也親子關係有種種所謂以子之否認或認知爲目的之訴訟事件如於婚姻以後二百日以前所生之子爲夫者得否認爲己子認知者例如父或母認私生子爲己子是私生子者謂父與母非

因正式之婚姻而生者此私生子可互相認知父母可認其子子亦可認其父母認知以後私生子即成爲庶子否則仍爲私生子因私生子之待遇薄而暴棄者多於社會大有妨礙故國家設出認知制度乃爲社會政策起見也認知以後即無問題發生若至於否認則亦有提起訴訟之時者認知無效或取消例如其父或母有精神病時而認知者其認知無效由暴行脅迫而認知者其認知可以取消至於以定父爲目的之訴訟事件例如因夫死或離婚而改嫁如二百日內生有子女時此子女將屬前夫乎抑後夫乎此即訴訟之所由起也法律上爲杜絕其弊起見明爲規定凡婦女於離婚以後必須經過六個月始能轉嫁如違此規定自無此問題惟不遵此規定而轉嫁故生出此種問題也親權者謂合監督其子及管理其子之財產權而成此規定由性情而來蓋監督管理其子實以父爲至當此乃以常情言之若其父品行不良或別有其他事由者親權喪失之間題亦因之以起然如上所述親權統監督權及管理權而言而茲又將管理權別爲一項者實指喪失親權一部分言之如爲父者雖有品行然無管理其子之財產之適當能力是雖喪失管理財產之權而其監督權固在也失權取消例如前因無管理財產之能力

而喪失管理權後因其有適當之管理能力復令之得有管理權是即取消其失權也以上所言種種爲目的之訴訟事件皆謂之親子關係事件親子關係於社會生存有密切之關係假令社會上所現存之親子關係不盡如法律上所豫期之親生關係於家之基礎妨礙實非淺鮮故國家於以上各種訴訟均使檢察官參與之也

(1) 發抒意見

第一檢察官得於親子關係事件之辯論或審問期日蒞庭發抒意見（參照婚姻事件之說明）（人訴三九五）

第二檢察官得提起其所調查之事實及證據方法（人訴三七）

(2) 當事者

第一檢察官得以有親子關係之父或母爲被造而提起以親權或財產管理權喪失爲目的之訴（民八九六八九七人訴三九二一至三三）

第二檢察官得於以定父爲目的之訴之被造死亡後爲其訴之被造（人訴三九）（參照婚姻事件之說明）

(四) 禁治產事件

禁治產事件乃關於禁治產宣告及其取消之訴訟事件之總稱也（民七人訴四〇以下）禁治產事件乃制限在心神喪失常況之人之行爲能力而保護之之事件也於國家之利害有重大之關係故國家使檢察官參與禁治產事件焉

禁治產云者乃陷於精神喪失常況之自然人法律上須制限其行爲能力而保護之之謂也心神喪失常況即自然人因其精神之障礙無辨識自己行爲必要之知能之繼續狀態夫人既無辨識自己行爲必要之知能則其所爲之法律行爲在法律上當然無效故國家設禁治產制度使檢察官對於心神喪失常況之自然人申請審判廳爲禁治產之宣告且公示之俾衆周知以維持公益焉蓋一面於有心神喪失常況之自然人作爲限定無能力者而保護其利益一面又使第三者不受不測之損害而保護取引之安全也夫心神喪失常況爲禁治產宣告之原因若心神喪失常況已消滅而禁治產之效力仍使引續則害及無禁治產原因之人之利益而於社會亦無利益故國家又付與檢察官有取消禁治產之申請權以使全其任務蓋禁治產原因之有無於國家之利害皆

有關係所由使檢察官始終參與其事也此處有應注意者爲禁治產事件之性質有學者以主張爲非訟事件而非訟事件者蓋以禁治產不過爲應否定後見人爲目的（後見人乃爲禁治產者之利益起見所設之機關）如宣告禁治產則置後見人不宣告則不置後見人是全無私權確定及強制執行之意不能謂爲訴訟事件也又有主張爲訴訟事件而非非訟事件者則云就性質言禁治產固無所謂私權確定強制執行然究以用訴訟之手續辦理之爲便則禁治產又可爲訴訟事件也兩種議論皆偏於極端而折衷說以起折衷說者謂禁治產一半屬非訟事件一半屬訴訟事件其未決定禁治產之前爲非訟事件決定以後既經宣告如有不服之申述則不能不用訴訟之形式是由非訟事件而變爲訴訟事件也關於禁治產事件之性質不外上述之三種議論而松岡之意則以作爲非訟事件爲宜若訴訟二字之定義要係私權確定及強制執行禁治產無所謂私權確定及強制執行則祇可謂之爲非訟事件不能謂用訴訟之形式即爲訴訟事件也

(1) 發抒意見

第一檢察官得於期日蒞庭發抒意見（人訴四五五）（參照婚姻事件之說明）

謙按蒞庭原作到場現因凡訴訟由檢察官參與者審訊時均須檢察官蒞庭故改用蒞庭字樣

第二檢察官得提出其所調查之事實及證據方法（人訴六〇）

(2) 當事者

第一檢察官得爲禁治產之移知（民七）又於他人爲禁治產之申述時得參與其事件爲之移知以助手續之進行（人訴四五五四）終結禁治產手續之決定審判廳以職權送達於申述人或檢察官（非爲申述人時）（人訴五一）此因禁治產手續並不公行（人訴四四）故無宣告之必要又檢察官不問其爲禁治產宣告之申述人與否而皆送達之者則因檢察官如後所述得以移知不服也

檢察官得爲禁治產之移知乃現今各國之通則其參與事件辦法實與婚姻事件同送達於申述人或檢察官云云蓋指檢察官非申述人言之檢察官如爲申述人則更當送達也禁治產既不公行故送達自不可少檢察官不論申述與否如有不服均可移知故

無論如何審判廳均當依送達之方法送達之此亦禁治產獨有之辦法送達云者謂由審判廳以真本交之執達吏而由執達吏送達之也

按移知原作申述中國向用文移來往無所謂申述形式故改用移知字樣

第二檢察官對於禁治產宣告之審判自其決定生效力之日爲始得於一月之期間內以禁治產者之法定代理人爲彼造而以訴爲不服之移知（人訴五一二五五五七）此出於使爲鄭重審理之法意也又對於禁治產申述却下之審判自判決送達之日爲始得於七日之不變期間內以即時抗告移知不服（人訴五四）此出於使終結迅速之法意也

二項應注意者禁治產之決定與普通事件不同普通事件之決定以抗告移知不服禁治產之決定以訴移知不服至抗告與訴之區別如用抗告之形式不必要有認爲訴狀之文書用訴之形式則非用訴狀不可又爲抗告時不必經過口頭辨論而爲判決至訴則非經過口頭辨論不能下判決此二者相異之點蓋用訴者出於鄭重審理之法意用抗告者出於終結迅速之法意也

第三禁治產之原因已終時得申請禁治產宣告之取消（人訴六三三）檢察官對於取消禁

治產宣告之決定得以即時抗告移知不服（人訴六五）又對於禁治產取消申述却下之決定得以禁治產者之法定代理人爲彼造而以訴移知不服（人訴六五六六）但出於形式上之原因如對於因審判廳管轄錯誤而却下禁治產取消申述之審判僅得以抗告移知不服而已（民訴四五五）

總之禁治產事件有時用訴之方式有時用抗告之方式蓋以一在鄭重一在迅速也辦法不同性質亦可概見夫尋常事件有控訴上告抗告三者而禁治產事件抗告之外多有一派因訴而判決又因判決而生有控訴及上告是較尋常事件多一層辦法尋常事件對於判決不服即可控訴或上告禁治產事件則於判決有不服者必再用訴移知不服對於不服之訴之判決始可爲控訴或上告也

(五) 準禁治產事件

準禁治產事件乃關於準禁治產宣告及其取消之訴訟事件之總稱也（民一一一至一三）準禁治產事件乃制限心神耗弱者聾者啞者盲者及浪費者之行爲能力而保護其利益之事件也於公益上頗有重大之關係故國家使檢察官參與準禁治產事件其方法類於

禁治產事件（人訴六七六八）

精神不健全之程度自有強弱之區別陷於心神喪失常況者乃強度之精神不健全者（禁治產者）因老衰疾病不具等之事由不具辨識自己行爲之利害之十分智能者則弱度之精神不健全者也（準禁治產者）弱度之精神不健全者不得完全保護自己之利益若法律上不爲適當之保護則將害自己及家族之利益而間接又害國家之利益故現今各國皆設保護之法日本民法因保護心神耗弱者聾者啞者盲者及浪費者之利益故特設準禁治產之制度而付於保佐人焉其詳規定於民法準禁治產事件亦與禁治產事件同有關公益故國家使檢察官參與之其參與之方法有二一發抒意見二爲當事者是也關於準禁治產事件如有特別規定時則照特別之規定若無特別規定可準用禁治產事件之規定也

（六）失踪事件

失踪事件乃關於失踪宣告及其取消之訴訟事件之總稱也（民三〇以下）失踪乃於法定年間生死不分明之不在者因審判上之宣告視爲死亡者之狀態故其宣告及取消與

人之生死同爲重大之事項事關公益國家因使檢察官參與失踪之事件焉

生死不分明之不在者其財產上及親權上之法律關係在於不確定之狀態故以確定之爲必要不確定之法律狀態如永續時則既害相續人及其他利害關係人之利益又害國家之利益故近世各國設除去此等不確定法律狀態之制度即宣告失踪是失踪云者乃不在者於法定期間生死不分明時因審判上之宣告而被視爲死亡者之狀態也此種事件與人之生死同關於公益故國家使檢察官參與之夫欲知檢察官關於失踪事件如何辦法當先知失踪宣告之手續其手續初由利害關係人之申請審判廳因其申請加以調查如以宣告失踪之申請爲不正當可以決定却下之如以爲正當則當行公示催告之辦法其辦法約有四一表示申請人之姓名二戒示謂公示催告後設生死不分明者尙有踪跡可速來呈報三告示不論何人如有知不在者之踪跡者皆得向審判廳呈報之以免其人之失踪宣告四即失踪宣告之期日也到此期日而無不在者本人之呈報及他人知不在者踪跡之呈報或有呈報而不實則審判廳下判決而宣告失踪對此判決不服時以訴之形式申述不服申述不服之原因甚多有規定於民訴法

者如應回避之審判官而下判決不服者爲利害關係人此時以申請宣告失踪者爲彼造申述不服以自有宣告判決之日爲始以一個月爲期間是也有規定於民法者如被宣告者現實存在申述不服之人爲本人及關係人相手方仍以申請宣告者爲之申述不服如以生存爲理由不拘何時皆可申述申述不服之後對於不服之申述所下之判決仍可爲上訴此等辦法歐日皆同而檢察官參與時亦適用之也

(1)發抒意見

檢察官得就失踪之宣告或其取消之申述發抒其意見且得於期日蒞庭故應以事件及期日通知檢察官（人訴七四四五）

(2)當事者

檢察官無申請失踪宣告之職權此因檢察官惟爲保護不在者之利益計而參與失踪事件不必使爲失踪宣告之申述以不利於不在者也（民六〇）又無提起失踪宣告取消之訴之職權蓋失踪宣告之取消以關於失踪者及利害關係人之利害爲主故也然對於失踪宣告之判決自利害關係人提起取消之訴時若爲彼造之失踪宣告申請人死亡則此

後以檢察官爲彼造（人訴七五二二）（參照婚姻事件）

利害關係人提起取消之訴此時以申請宣告失踪人爲彼造若申請人死亡則以檢察官代爲彼造是檢察官關於失踪事件亦可居於當事者之地位矣若此時提起取消宣告失踪之訴之人死亡時應照婚姻事件之辦法由審判廳選任辯護士爲原告也

第二節 檢察官參與破產訴訟之方法

破產訴訟乃以債務者所有之一切財產使其各債權者得平均償還之訴訟受破產宣告之債務者即破產者被停止行使以名譽與信用爲基本之公權及私權所謂對於破產者身上之效力是也對於破產者身上之效力若使終破產者之身而不消滅則於社會政策上不得其當故日本及法國法系諸國之破產法無不設消滅對於破產者身上之效力之方法即所謂復權是也復權之許否關於公益故國家使檢察官參與申請復權之審判手續以發抒其意見（商一〇五六）

破產之目的在使各債權者得平均之希望破產之本質在使分配主義之實行其使各債權者得平均之希望即以金錢之希望爲目的其供平均希望之用者乃爲推測不足

償還各債務者之財產即所謂破產財團是受破產宣告之債務者即破產者對於破產者之債權者爲破產債權者以與他債權者債務者相區別夫破產者停止身上之效力其範圍各國不同據大概言既受破產之宣告不能爲官吏在立憲國有議會者不能爲議員總之凡以名譽或信用爲基本之事皆不能爲之是就外國言不受破產宣告則已既受宣告則制裁爲甚烈焉使對於破產者身上之效力終不消滅則就破產一面言終身喪失一切權利而就社會一面言則此破產者不能在社會上言有人格於社會政策亦大有妨礙故日本及法國法系之諸國皆有復權之辦法以消滅對於破產者身上之效力復權之許否關於公益故國家亦使檢察官參與申請復權之審判手續以發抒其意見也

第四節 檢察官參與訴訟上之救助

訴訟上之救助乃因當事者呈繳訴訟費用致有害其一身及其家族之生存時則爲保護其利益計准此當事者暫時緩繳訴訟費用或全予豁免之手續也其事關於公益故國家使檢察官參與訴訟上救助之手續例如檢察官於訴訟上救助之審判前發抒其意見或

對於訴訟上救助之決定而爲抗告是也（民訴一〇一一〇二）

訴訟救助之手續於公益大有關係假如有赤貧之人不能出一切訴訟費用而確有應主張之權利時若因無力繳納致權利亦不能主張豈保護真正權利者之道故各國設此種救助之辦法亦由檢察官參與之例如檢察官於申請訴訟上救助之審判前發抒其意見或對於訴訟上之救助之決定而爲抗告是也歐洲各國其相沿殆非一日惟辦法亦分兩種有全行豁免者有暫行緩繳者日德法諸國均用暫緩之法惟此種手續雖可保護貧人實亦不可輕許檢察官之參與實以此也

第三章 非訟事件

第一節 檢察官之共力

檢察官就非訟事件而爲共力乃日本法國及德意志檢察制度之所同然其範圍則各國不同就德意志言檢察官共力範圍最狹就法國言其範圍最廣而日本則介於德法之間雖關於非訟事件之法令頗多（非訟事件手續法戶籍法不動產登記法船舶登記規則

競賣法等）而其根本皆在於民法或商法故以分非訟事件爲民事非訟事件及商事非訟事件爲通例茲據日本之法律略述非訟事件與檢察官之關係

共力云者與前章同要言之共力者非使檢察官得干與審判乃借檢察官之力使審判得良善而公平也此點最宜注意

第二節 檢察官參與民事非訟事件之方法

民事非訟事件乃規定於民法之非訟事件其審判不僅係於一私人之利害而關於國家之利益故國家使檢察官參與之

(1) 發抒意見

檢察官得就民事非訟事件發抒意見又得於審問時蒞庭（非訟一五）例如法人缺理事時且因遲滯而慮有損害時利害關係人（即如債權者等）申請假理事之選任則檢察官參與其事而發抒意見是也（民五六）

法人者不可一日無其機關機關者何理事是也使法人缺理事時即當另選然必用種種正當之手續當其手續未完法人仍無理事此時如久不選定則不免遲滯有遲滯則

不免損害故此時債權者可申請假理事之選任則檢察官得參與其事而發抒意見也
(2) 當事者

檢察官對於審判廳有移請關於民事非訟事件之審判者例如法人與理事之利益相反時理事無代表權故檢察官對於審判廳移請特別代理人之選任(民五六五七)又不在者不置財產管理人時檢察官對於審判廳移請爲關於其財產管理所必要之處分之審判是也(民一二五)

所謂法人與理事利益相反者例如法人對於理事爲某土地之買賣理事若爲法人賣之則於理事自己之利益有礙斯時如有爭議理事即無代表權當選特別代理人者專就某事件而設之代理人也又不在者不置財產管理人時所謂不在者與失踪者異其性質失踪者因法律上一定期間生死不分明故依審判上之宣告而視爲死亡者之不在者也不在者即去從來住所或居所之人其遺留之財產不可不適當管理之也不然則其財產散失損敗既害不在者本人及其他利害關係人之利益而間接又害國家之利益故各國皆設關於管理不在者財產之法則而使檢察官參與之以上

所述大都定於民法中而不屬於非訟事件特別法之規定蓋特別法乃詳細之手續一切大概實皆在民法中也是故定非訟事件者仍當求諸民法或商法

第三節 檢察官參與商事非訟事件之方法

商事非訟事件乃規定於商法之非訟事件其審判關於公益故國家使檢察官參與之

(1) 發抒意見

檢察官得就商事非訟事件發抒意見又得於審問時蒞庭例如審判廳對於本非會社而於商號中用可示其爲會社之文字之商人處五圓以上五十圓以下之過料時則檢察官參與之而發抒意見是也（商一八第二項二〇七）

會社之活動於經濟界上之金融機關大有影響以財產多而信用大也若本非會社而於商號中用可示爲會社之文字是有影射之弊於取引之安全甚有關係故應處以過料而使檢察官參與其執行也

(1) 當事者

檢察官得對於審判廳移請商事非訟事件之審判例如會社爲反於公秩之行爲時檢察

官對於審判廳移請該會社之解散是也（商四八非一三四）

會社雖真爲會社然不應爲反於公之秩序之行爲例如聚賭是也故檢察官得請求解散也

民事商事之非訟事件至爲繁多以上所云只略述檢察官關於非訟事件如何辦法至於一切之事項以及各國之種類斷非更僕之所能詳也非訟事件近十餘年來各國之學者方發明之故學校中以此爲一種科目者尙屬無有然攷諸目前之趨勢將來必大爲發達或當遠出民事訴訟法之上亦未可知也非訟事件既屬重要故制定新法律之國不可不慎重研究之

附言

自司法衙門所起之民事訴訟及對於司法衙門所起之民事訴訟由配置之檢察廳代表該衙門故檢察官立於當事者之地位行其職務此因就國家立於一私人地位所爲之民事訴訟而代表國家於公益問題絕無關係（裁構一四二明治二五司法省令五號）又非訟事件之過料審判檢察官本於強制執行之規定而執行之（非訟二〇八）此不過規定

審判之執行方法於公益問題亦絕無關係也

檢察官於前述之權限外更有一重要之職司即由審判廳所起之民事訴訟則檢察官爲原告由人民對於審判廳所起之民事訴訟則檢察官代審判廳爲被告是也例如審判廳向米店買米若干價值已付而米店不將米送交時設審判廳提起訴訟即可以檢察官爲原告又如審判廳向米店買米若干而審判廳欠價不交時設民人對之起訴此際亦由檢察官代表審判廳爲被告前者即自司法衙門所起之民事訴訟後者即對於司法衙門所起之民事訴訟檢察官皆立於當事者之地位而行其職務顧檢察官既代表審判廳即代表國家而僅於附言內說明之不列諸正文內者蓋此時之代表乃代表國家之私益而非代表國家之公益換言之不過就國家立於一私人地位所爲之民事訴訟時代表而已國家之資格有二關於國家之全局者是爲公之資格立於一私人之地位者是爲私之資格今檢察官之所爲代表者乃私益而非公益故於公益之問題絕無關係也又過料爲非訟事件商法上亦有規定關於過料二字學者議論不一有以爲秩序罰者有以爲行政罰或執行罰者簡言之法律上命以一定之行爲而不爲即當受

過料之罰故過料之規定實強使爲法律上所令之行爲者也然過料並非刑罰不可因有秩序罰等名稱而涉誤會例如公司中某種事項照法律規定理事應於一定期間到登記所登記如過此期間不登記是違反法律之規定當科理事以過料倘科過料後仍不登記可再科之以至累次總以達其目的而後止若以刑罰論豈能就一事而科以累次之刑罰乎夫非訟事件日多則秩序罰與行政罰亦日多舊派學者往往混秩序罰等與刑罰爲一新學說始分別說明之二者實不相同也既有過料之審判檢察官亦可令執達吏執行之但此等執行不過爲一種審判執行之方法於公益上仍無關係也

第三編 關於行刑法之部

日本法學博士小河滋次郎口授

歙縣徐謙鑒定 三台王樞筆述

通論

第一章 行刑之意義及其在刑事制度上之地位

一 行刑云者乃指執行有一定職權官署所處斷之刑之行爲而言也行刑分爲二種一曰形式的行刑一曰實質的行刑行刑之意義原不獨限於審判衙門（通常裁判所及特別裁判所）之所處斷者而已如行政官署所決定之刑亦應在執行範圍之內然本論之所謂行刑則專關於執行審判衙門或有審判性質之行政官署所處斷之刑法罰耳

刑也者對於人有傷害之性質行刑云者即以含有傷害性質之刑而加之於人之身也傷害二字詳言之則爲法益傷害法益者法律上所保護之利益人類有此利益得於法律範圍內自由生存今因其犯罪而剝奪之是曰法益之傷害其結果有痛苦之情狀故

痛苦乃刑之實質焉行刑有形式的與實質的其意義又有廣義狹義之分廣義即行刑之本義指審判廳及其他官署所處斷之刑之執行而言狹義則僅指審判廳所處斷之刑之執行而言如本論所述行刑是也審判衙門有通常與特別二者而特別之中又分爲四如軍法會議領事裁判警察署及戒嚴令是軍法會議本歸諸陸海軍部乃行政官署也而軍人犯罪屬之軍法會議及領事警察等均行政官署而有時爲審判之事戒嚴之時一切審判皆歸之軍司令官凡此數者形式上爲行政官而實質上有審判之權皆特別審判所也至通常審判衙門則就司法審判言之本論所謂行刑乃指執行審判廳或有審判性質之行政官署所處斷之刑法罰而言即有一定職權官署所處斷之刑也又其所謂執行者惟限於刑法罰其他之罰不包含焉刑罰亦有廣狹二義以廣義言之一爲刑法罰乃一般刑法上所規定之罰則二爲秩序罰國家於一般秩序風俗上命令或禁止人之行爲或不行爲所處罰也三爲紀律罰國家之特別紀律如對於官吏之革職罰俸是也四爲違警罰警察署所處斷最輕微事件之罰也以學理言違警罰本不在刑罰之內而因立法上之便宜各國皆列諸刑罰之內茲亦本此述之以合於各國之法

制也

二 有採用以行刑之一部分附屬於審判事務之制者然理論上及實際上皆莫如使全屬於行政範圍之適當而且便利故行刑與審判區別其所屬（日本裁判所構成法第六條刑事訴訟法第三二〇條）

司法行政之分立實憲法上唯一之精神今以行刑之事屬於審判官是行政與司法相混矣此理論之不合者也即以實際言之亦不能以一人而兼理行刑及審判若使兼理恐紛心於行刑不能專心於審判而審判有不公平之結果惟其如此故法蘭西立法例即分之而以行刑事務專屬之行政官管理至德國則以行刑之一部歸之審判廳而非以全部歸之據德刑訴法四八三條云其最下級審判廳執行刑罰不歸之檢察官而歸之審判官至上級中級審判廳之執行刑罰則仍歸之行政官署而不歸之審判焉

三 行事訴訟法中之行刑規定多關於形式的行刑之事項其關於實質的則專歸監獄法及其他特別法規定焉（日本刑事訴訟法第八編德國刑事訴訟法第九篇）行刑之形式的或實質的事項規定於刑法中者亦非鮮少（日本刑法第十一條死刑第十八條五六

七各項刑金第二一條未決第二二條至第二四條刑期第二八條及第二九條假出等）且有

採用特以關於行刑之重要事項規定於刑法上之方針者（意國刑法瑞士刑法草案）至近世刑事立法之趨向則似關於行刑之事項於刑法從略而各自由刑之執行概讓特別法令規定焉（日本刑法和蘭刑法）

近世各國刑事立法之趨向一切行刑法皆有概讓諸特別法令規定之勢例如荷蘭等刑法是從前以行刑重要事項規定於刑法中如意國刑法瑞士刑法草案實因其時行刑之學不發達於行刑一事視之甚輕凡行刑之事項如監獄等多以行政官廳命令定之是執行刑法之機關當時初未見爲重要以故關於行刑之重要者勢不能不規定於刑法以刑法外並無特別之行刑法律也日本舊刑法規定行刑事項甚多新刑法則規定者少然就上所舉第十條十八條二一條二二條二四條二八條二九條觀之皆爲行刑實質之事項其規定亦不爲少也

四 立法刑法審判行刑乃刑事制度之三大要素也其權能雖各有所異而其終局之目的則同必使三者整一合步而後始能全刑事制度之任務焉昔者惟知重立法審判而不

知行刑有相鼎立之關係其後採用自由刑爲刑之一種時始知有此關係泊乎自由刑之適用範圍漸次擴張於是因之而愈知行刑任務之重大迨至今日行刑事項竟占刑事制度一要素之地位焉

刑事制度有三大要素曰立法曰審判曰行刑有刑法以規定各種犯罪必有審判以判定罪名尤必有行刑法以執行審判所定之刑罰三者各有獨立之權能而輕重關係之間均須從同一目的而進行之否則疇輕疇重刑事制度之目的即不能達也古時立法及審判尙知注重獨不知行刑之宜重實因當時之刑法不過死刑笞杖刑徒刑流刑罰金而已此等辦法夫人而能之較之立法及審判難易迥別故當時不甚注重自自由刑之範圍日漸擴張執行自由刑需費甚多且必須有學識經驗者而後能執行不如執行死刑體刑等之簡單故關於行刑當作爲一種獨立學問而研究之使之與立法裁判並重焉

德國學者霍爾真特耳弗（ホルツェンドルフ）氏有言曰刑法者死物也即審判亦不過形式上事苟無有行刑法以行之仍不能發生刑罰之効力而刑法與審判皆不活

動斯言也在行刑學上實爲至言譬如有一最完善之刑法於此審判官據之以下公平之審判如無執行之法則立法與審判之結果均不能見就各國刑法言荷蘭在今日爲最完善之法律然自其起草之日迄於發布實行中間實相距五十年之久是何故耶荷蘭刑法草案成立於一千八百二十五年成立之後政府質之其國有名學者往天疊克（ウァンデンデーク）氏氏乃言曰政府且勿問此草案之優劣於我且先問政府有無執行此刑罰之機關（設備監獄）及執行刑罰者有有學識經驗之官吏與否如有完善機關刑法固稱美備如無此機關即刑法亦死法也政府聽其言因極力改良監獄養成監獄官吏以爲實行刑法之預備直至一千八百八十一年始將此草案提出議會而公布之至今日荷蘭刑法與監獄皆爲各國之模範然溯厥原因實往天疊克氏一言之力也他如法德意各國刑法均稱美備而法國刑法規定尤早一千八百一十年拿破侖第一之時即行制定至於今日其刑法之精神目的尙未達到者此緣拿破侖第一好名之心太甚祇求頒布完全之刑法以聳動人之觀聽至其實質如何不問也德意等國亦正坐此弊徒規定刑法而刑法之精神目的皆不能達日本亦然舊刑法規定固好新刑法

尤善至行刑則尙無相當之設備蓋監獄官吏不改良行刑制度不完善法典雖佳終無當也

第一章 行刑之要件

五行刑之要件分爲實質的及形式的二種判決及判決確定則屬於行刑之實質的要件

六 有判決即宣告刑罰（日本刑訴法第二二零三條及第二二零四條）而後始有執行刑罰之目的物故非證明具備此基礎的要件則無論對於何人亦不能行刑固不待言而明矣判決以限於帝國裁判所或與裁判所有同等職權之帝國行政官署所判決者爲本則在外國所判決據刑法（日本刑法第五條）除減輕或免除以外毫無爲行刑要件之効力也判決爲行刑之目的物故爲行刑之基礎要件無判決則不能行刑也此判決就日本言之惟限於本國裁判所及本國有同等職權之行政官所判決者而言至在外國所判決不能爲行刑上實質之要件如本國臣民在外國犯罪受外國之判決或執行將來回至本國仍可加以判決或執行使受兩重之刑罰是爲原則惟辦理之時從日本刑法第五

條在外國已受判決而執行者本國雖可再爲判決或執行然因其已受執行或減輕之或免除之雖判決而可不執行是外國之判決在於本國原則上固無効力也

七 判決必俟確定而後始生執行之効果（日本刑訴法第三二七條）判決因（一）上訴期限經過（二）上訴之取下（三）上訴棄却之決定或判決（四）終審裁判所之判決而確定此外尙有以放棄上訴權認爲確定之一條件者（德國刑訴法第二四四條）然日本刑事訴訟法則不採用以放棄上訴權爲確定判決之主義也

日本刑訴三一七條規定謂判決必經確定之後而後執行是判決未確定則不生執行之効果也判決因何確定則有種種一因上訴期間經過而確定二因提起上訴之後而又取下之判決卽於是確定三因上訴棄却之判決或決定而確定四因終審裁判所之裁判而確定此四者皆判決確定之原因此外尙有以放棄上訴權認爲條件者夫上訴本有一定期限例如五日以內得爲上訴之時從德國刑法言祇須聲明不爲上訴卽爲放棄其上訴權無論二日或三日前判決卽行確定若從日本言仍以五日內不爲上訴者定之如未至五日之前雖自行放棄仍不能使裁判確定也平心論之德國自較勝日

本夫當事者既申明不復上訴自可從速執行何必再延時日從實質上言之如此即從理論上言之刑罰與犯罪有形影相隨之關係判決與執行之間除有不得已之事由外實當力求迅速亦不必多費時日也且即以犯人論其不上訴時仍在未決拘留中則何如於其拋棄上訴權時即從速執行之爲得耶現在各國刑法皆有猶豫行刑之制度凡受此猶豫行刑判決者確定後即當釋放若從日本辦法雖放棄上訴權者亦必待五日期滿後再行釋放是拘留之日數且較德國爲多即不能實行猶豫行刑之制度也

八 上訴分爲控訴（日本刑事訴訟法第二章第一一五八條至第一二六六條）及上告（日本刑事訴訟法第三章第一二六七條至第一二九一條）二種檢察官及被告人對於判決皆可以上訴而檢察官亦不妨爲被告人之利益而上訴（日本刑事訴訟法第一四三條）辯護人（日本刑事訴訟法第一四三條）法律上代理人（第一四四條）及其他訴訟關係人（第一四二條）亦有以代理或獨立之資格爲上訴之權有此上訴權者若經過法定期限不上訴時則判決遂生確定效力法定期限控訴時自判決宣告日始五日爲限（日本刑事訴訟法第一五二條）上告時則以三日爲限（第一七一條）但闕席判決之際在右故

期間內即三日內(第二二一九條)可以不稱有故即得上訴(第二五二一條第二項)又因天災及其他不可避之事變經過法定期間時可以回復因經過期間所失之權利(第二四七條)

關於控訴可參照日本刑訴第二章第二五零條至二六六條關於上告可參照日本刑訴第二六十七條至第二九一條要之控訴者對於第一審判決不服而提起之上訴也上告者對於第二審判決不服而提起之上訴也控訴期間日本定為五日上告期間為三日德國則無論控訴上告其期間皆為七日此日德有不同者又日刑訴二百五十二條二項之關於判決者其故障期間內不申明故障得直為控訴又二百二十九條申明故障之期間為三日即上訴謂在有效期間即三日內可以不稱有故即得上訴也

九 上訴在判決以前上訴者無論何時可以註銷而註銷時即發生判決確定之效力但檢察官不能註銷上訴(日本刑訴訴訟法第一四六條)

此處日本與德國不同日本檢察官提起上訴後不能註銷上訴德國則檢察官亦可註銷但德國辦法檢察官如為被告人利益而提起上訴者必須被告人允諾方能註銷見

刑訴三四四條之規定

謙按註銷原作取下現在審判章程均用註銷字樣故改作註銷

十 在經過法定期間後之上訴由原審判廳以決定批駁之（日本刑事訴訟法第二四五條及二七六條）批駁即有使判決確定之効力但對於批駁之決定爲抗告時則不在此限對於控訴審判廳之批駁判決（第二三六零條及第二六一條）尙可以更爲上告而上告審判廳之批駁（第二一八五條）則即生判決確定之効力焉

謙按批駁原作棄却

又按控訴審判廳者如由初級審判廳起訴時則地方審判廳爲控訴審判廳由地方審判廳起訴時則高等審判廳爲控訴審判廳

又按上告審判廳與前理同如由初級起訴則高等爲上告審判廳由地方起訴則大理院爲上告審判廳

十一 上告審判廳若認上告爲有理由時則宣告破毀其原判決之部分以其事件移於他審判廳（日本刑事訴訟法第二一八六條）然若因擬律錯誤或違背法律受理公訴而破

毀判決時則不移其事件於他審判廳而由上告審判廳自爲判決（第二八七條）其判決爲終審審判故即生確定之效力

十二 對於確定判決回復權利之法定方法有非常上告及再審二種非常上告云者乃不問第一審第二審對於法律所不罰之行爲而宣告以刑或宣告比相當之刑較重之刑時在法定期限內無上訴者於其判決確定之際有受上告之權之檢察官據司法大臣之命或以其職權無論何時對於其審判廳請其更正審判之謂也（日本刑事訴訟法第二九二條）再審云者乃指審判確定後檢察官受刑之宣告者或親屬爲其人之利益所得用之救濟方法而言也（第二零一條至第二零九條）

判決因上訴期間經過註銷上訴及批駁上訴與終審判決等因而確定然確定後尙有兩種手段可以回復權利蓋判決確定自當執行刑罰然即已執行亦有回復之辦法一非常上告二再審是也此處宜注意者再審必有一定之條件日刑訴三零一條規定之惟此等條件雖不完備監獄官吏仍當受其請求之文書而送達於檢察廳視其條件果否完備而定其應行再審與否至監獄則不問其條件備否凡受刑人有提出再審之

文書者均當爲之送達也雖然此規定甚不完善夫犯人雖不願再審縱使罪狀彰著亦欲經過一番之反覆此亦人情之常今使監獄官吏不得稽查其再審要求之條件完備與否而概使收受之且送致之於檢察廳則不免紛繁矣故當使執行之官吏（監獄官吏）得審查其再審要求之文書者其條件完備與否以爲准駁之差實至當也其弊既不問其有無理由概許再審之要求勢必無執行之一日而受刑宣告之人樂得遷延狡展日復一日年復一年將終無實行刑罰之一日矣

十三 實質的行刑之效果雖與判決確定同時發生然非再加以具備一定之形式仍不能開始實行行刑也即在死刑時宣告確定之後檢察官當速呈訴訟記錄於司法大臣俟有命令時始能執行（日本刑事訴訟法第二二八條）其他之刑皆必需有檢察官之指揮（第三二零條）而自由刑則在指揮以外尙需交付判決書（日本監獄法第十一條）所謂形式之要件即此是也

前講明判決及判決確定爲實質的行刑要件然尙不能執行刑罰必須再有形式之要件始可蓋實質要件與形式要件兩者缺一皆不能執行也

第三章 停止行刑之理由

十四 對於一定之人之刑之宣告確定時國家即有對於其犯罪行為處以刑且執行其處刑之權能而實施此權能（形式的行刑）者即檢察官之任務也然此任務不能常期其必行若有一定之原因則此任務不得不歸於停止所謂停止行刑之理由者即此是也

停止行刑云者謂要件雖已完備應由檢察官實行行刑而因有不能達行刑目的之理由則檢察官亦不能盡其任務而執行也其理由詳下

謙按停止原作不能及不可能等字樣然所謂不能者乃不能達行刑之目的非不能施行刑之手段也古代斬梟戮屍等刑即惡其不能而仍從事於行刑焉此事實上非不能之明證也但理論上受刑者不能感其痛苦則行刑之目的仍不能達故發明停止之規定而其間亦有久暫之別是與其謂為不能不如謂為停止之為愈矣至不可能之詞尤覺意義晦澁故易之

十五 停止行刑之理由自其性質上可分為事實的及法為的二種死亡及不治之精神病屬於事實的停止之理由恩赦及時效屬於法為的停止之理由

事實的法爲的二種前者就事實上言停止行刑後者即因法律規定之結果而停止行刑也事實上停止行刑又分爲二一爲受刑之宣告者死亡二爲受刑之宣告者係不治之精神病者此兩種皆停止行刑法律上停止行刑亦有二一爲恩赦是乃君主之大權作用既赦則免除其刑二爲時效乃法律上規定某種刑罰經過若干年即消滅者是因時効之滿亦遂停止行刑也

十六 處刑之目的物爲犯罪個人若犯罪個人在判決確定後死亡時則失處刑之目的物故自然使行刑之權能不能實施但權能之本體尙依然存在則不待言矣此理由在執行金刑時亦以適用之爲本則其以金刑視爲一種債務判決確定後對於受刑者之遺產執行之規定（德國刑法第二十條）終不得謂爲合乎法理者也

今世行刑之觀念以爲行刑之目的物專在犯罪本人本人死亡不能以他人當其罪故本人死亡即屬停止行刑之事實上理由也往古時代行刑之目的物不專在本人而在於犯罪之行爲故有戮屍梟首之刑其原因即以犯罪之事實爲行刑之目的物故本人死亡與否在所不問但有犯罪之事實即有處罰之事由若在今日雖亦有以死體而付

諸解剖者然並無刑罰之性質不獨犯死罪者爲然即犯自由刑者亦有之實爲醫學上發明起見利用受刑者死亡之一體與從前之戮屍大異夫受刑之人既死停止行刑不可因之遽斷國家無行刑之權能也國家無論何時皆有此權能不過因目的物之不存在而其權能不能發現而已又受死刑者死亡以後停止執行即其他自由刑及罰金等亦然而德國制度凡受罰金之宣告者仍當對其遺產而執行之與現在之理論未合苛孰甚焉

十七 受刑之宣告者在判決確定後罹不治之精神病時亦可爲使刑之執行停止之理由也何則不治之精神病者失其本來之知覺終不能達處刑之目的故也

本人有不治之精神病即停止行刑者何故耶蓋刑法之目的在乎改良其人之行事以受感化而遷善改過若其人已有不治之疾其精神已不足感動雖處以罰仍無望其勸懲是等之人已不足以爲刑罰之目的物如猶對之而執行是空而無當也且以法理言之不治之精神病者當作爲絕對不能行刑之理由而今日各國制度僅以之作爲停止執行之理由蓋因此等病症其究爲不治與否尙未可知故暫時作爲停止將來如能

痊可尙須執行也此從事實的理由言之

十八 恩赦者本於大權之放棄刑罰權之行爲也（日本憲法第十六條）恩赦分爲大赦特赦及減刑三種大赦者在特別之際對於某種類之犯罪之赦免也不問在判決確定前後有消滅一切刑罰權之效果特赦者乃對於特定之受刑者放棄其確定刑之一部或全部之執行權也減刑者亦係對於特定受刑者因大權而減輕其確定刑之方法也二者効力所及不過僅屬於行刑之範圍故對於大赦名特赦及減刑爲狹義之恩赦恩赦權得委任於行政官署德國本於恩赦權之委任以附條件恩赦之名採用猶豫行刑之制焉

大赦者如新君即位或因政治上別種事由對於一定種類之犯罪如竊盜等罪而消滅其刑罰不分判決確定之前後也特赦則專對於特定受刑之人而免除其刑罰此必於判決確定後爲之其與大赦不同者大赦乃對於同類之犯罪如甲乙丙丁等皆赦之而特赦則僅對於特別之一人赦之又大赦不分判決確定之前後特赦則限於判決確定後也減刑者將已判決之刑減輕之如判定十年者減爲五年五年減爲三年是此減輕與審判上減輕不同審判上減輕在未判定之前由審判官酌量減輕之此則既判定後

以君主之大權而減輕之也大赦之效力可以使刑罰之本質歸於消滅至特赦與減刑刑之本質並未消滅不過不執行而已其結果大有不同經大赦者如更犯罪不爲再犯以前此之刑罰已消滅也至經特赦減刑而更犯罪則爲再犯以前此之刑尚存在故也大赦者因一國主權者有大事而行之特赦則因一定之目的而赦之如刑法過重或審判官適用錯誤或因時代變遷所處之刑見爲不必要時均可以國家之大權更正之夫恩赦之權本屬於一國之主權者然主權者亦可委之行政官署如司法大臣等亦可爲之又猶豫行刑各國皆規定於刑法惟德國則作爲恩赦之一種苟不經恩赦之命令不能猶豫行刑也再就恩赦之得失言之大赦非國有大事不能妄用必出於不得已而後用之即特赦減刑亦不宜常用不過爲更正審判之錯誤起見使審判官皆深明法律何至適用有錯誤乎故特赦減刑亦不宜常用刑事制度日益進步則恩赦當日少以常有恩赦則將使人生徼倖之心而輕於犯罪也但日本現在用特赦者甚多年幾數百案此因法律尙未完備之故例如殺自己初生之嬰孩日本刑法皆爲謀殺然此等犯罪情實可憐非赤貧之人何得有此雖法律上不能不治以罪故別用特赦以救濟之又德國決

鬥之風最盛陸軍中幾無人不爲決鬥者法律上雖嚴禁之然遇有此案德王每用特赦以免其刑故現在德國之決鬥仍有加無已蓋如此辦理與獎勵決鬥何異特赦之事過多於法律之威信司法之獨立均大有妨礙也

又特赦減刑與假出獄不可相混假出獄者謂執行刑罰之時設其人品行善良使之暫令出獄不過不在獄中執行而在獄外執行仍爲一種執行之方法也至特赦減刑則免其刑而不執行日本往往相混而誤適用者而不知二者之性質固迥異矣

十九 時效者於公法上規定因時之經過而發生消滅刑罰權之效果也故行刑官署當一切行刑之際有調查時效有無之責任雖該受刑者放棄因時效所得免刑之權時亦不得執行刑罰時效中雖有公訴時效與行刑時效之區別然其所異不過在確定判決之前後而已至其消滅刑罰權之效果則一也（日本刑事訴訟法第八條刑法第三一條至三四條）行刑時效因在左列期間內未受執行而完成焉

- 一 死刑三十年
- 二 無期懲役或禁錮二十年

三 有期懲役或禁錮之時效十年以上者爲十五年三年以上者爲十年未滿三年者爲五年

四 罰金三年

五 拘留科料及沒收一年

行刑官署指檢察官及監獄官吏而言檢察官及監獄官吏當行刑之際有調查有無時效之責任時效分公訴時效與行刑時效二種公訴時效在確定判決前之時效行刑時效乃確定判決後之時效也一項至五項所列舉爲日本行刑時效在德國則無期懲役之時效亦爲三十年與死刑同是日本行刑時效較之德國爲短也

二十 行刑時效之期間以自判決確定之日起算爲原則若據法令猶豫刑之執行（日本刑法第二五條至第二七條）或停止執行（日本刑事訴訟法第三一八條之三及第三一九條第二項）時則自猶豫或停止終了之翌日起算（日本刑法第三三條）又在時效進行以後死刑自由刑因爲執行逮捕其人時而中斷金刑因執行徵收行爲時而中斷（日本刑法第二十四條）行刑時效唯免除刑之執行而已非有消滅刑之宣告之效果者

也

行刑時效之期間原則上自判決確定之日起算然使猶豫行刑或停止行刑（如因懷胎而停止）時則其時效自猶豫期間終了之翌日起算如猶豫期間爲三月則自三月滿日之次日起算時效當其猶豫或停止期間內不算入時效必猶豫停止期間已滿而後時效始進行也又在時效進行以後死刑自由刑因爲執行逮捕其人時而時效中斷罰金之刑則因執行徵收其財產時而時效中斷譬如死刑定爲三十年過三十年不執行即不能執行然使於二十五年時捕得其人而後又逃走則從前已過之二十五年不算入時效當從逃走之後另行起算必再過三十年而後時效始滿也時效祇有免除刑之執行之効力而無消滅刑之宣告之効力免除消滅同一不行刑而其效果各異如係消滅刑之宣告則更犯罪時不爲再犯使僅免除而未消滅則更犯罪即爲再犯又猶豫行刑祇對於初次犯輕罪者用之若再犯則不能用時效則否亦其異點也

時效之制各國皆有惟英國無之其所以用時效之制度者有種種理由其一以犯罪人既經確定判決而逃亡如死刑經過三十年自由刑經過二十年未能捕得則其人於此

二三十年內雖未受刑而藏之深深屏息隱迹不敢爲人所知其受苦已不少是不處刑而刑之目的已達不必更事執行也其次則以犯人逃亡已閱二三十年爲日既久一般社會之人皆忘其犯罪既忘之矣何必於二三十年重提舊案以令人復憶及之夫犯罪本非美事以令人忘之爲善故經過二三十年不再行刑此一理由也然雖有上述之理由亦不必如此論之蓋時效制度從刑事政策而來刑事政策者在求達刑之目的刑之目的苟達則刑事政策即完全夫時效制度亦求所以達刑之目的者在保護社會之利益而維持其安甯秩序不似古昔之主義在於報復如爲惡者必使之受惡報也今日刑之目的既在維持社會之利益則犯人之逃亡者於二三十年之內銷聲匿迹未聞再犯是已不爲害於社會不爲害於社會則安甯秩序得以維持而刑之目的已達也又何必於時效既滿之後而執行刑罰乎

謙按行刑時效之理由本於刑事政策其說最爲正當至前兩種理由皆屬理想之談與事實未必相合即如中國與外國未結犯人均交條約又國內有租借地及治外法權等犯人之逃亡者或隱匿於租界或遞迹於外國苟犯人多財仍不失其安樂此理由之與

事實不合者一也又如犯人逃亡而被害者之子孫方且銜之刻骨雖經二三十年終不能忘其仇倘因時效經過而聽犯人復歸故里尋仇者或仍不能已此理由與事實不合者二也故時效之理由與其自客觀上言之不如自主觀上言之而歸之於國家之刑事政策之爲愈也然此政策苟非警察嚴密及國際上主權強硬者恐未易行之也

各論

刑法者爲傷害法益而設法益者法律所保護之利益也如生命身體自由名譽財產皆是法益有種種傷害法益之刑法因之亦有種種傷害生命之法益者爲死刑傷害身體之法益者爲體刑如笞杖之類傷害財產之法益者爲金刑即罰金是傷害自由之法益者爲自由刑傷害名譽之法益者爲名譽刑如剝奪公權或停止公權是也數種刑罰之中以自由刑發達爲最遲古時雖間用之然不甚發達蓋古時所用者惟死刑體刑金刑名譽刑四者而已而體刑之制在今日各國幾乎全然廢止其有之者惟英國與丁麥丁麥用笞刑於十六歲以下之男女英國則惟限於十六歲以下之女子其十六歲以上皆絕對不用之且其用笞刑者不過稍示薄懲不能謂之體刑故體刑一制在今日各國可稱絕跡矣又各國如英德奧等仍有於監獄內作爲秩序罰而用笞刑者於犯人不守紀律時用之然此辦法實不當也各論之中本應將各種刑罰以次分類說明茲以限於時日祇舉死刑自由刑之執行論之其他姑待諸異日焉

第一章 死刑

二十一 死刑存廢之問題自別加利亞意大利人以來學說上議論紛紛莫衷一是然立法上斷行廢止者亦不少（和蘭意大利北美合衆國數邦及瑞士刑法草案）如瑞士芬蘭丹麥比利時等亦僅存其名而已數年間未嘗實行一次其他雖稱爲刑制上保存死刑名實之國而今日對於適用死刑之犯罪種類亦嚴加制限且實行之際亦甚少故實行有反成變例之勢焉（參照拙著死刑廢止論）

死刑存廢爲近今一大問題其已經廢止者如和蘭意大利北美合衆國中之十三洲及瑞士刑法草案是其僅存死刑之名而數年間未嘗實行一次者如瑞士芬蘭丹麥比利時是至如英德法奧等爲刑制上保存死刑名實之國法律上有死刑事實上亦有死刑惟對於適用死刑之犯罪種類限制極嚴不似從前犯重罪者皆處以死故其審判以不實行死刑爲原則而以實行爲例外也再以近今各國論之日本用死刑較他國爲多平均計之每年約四十人英本大國亦實行死刑者統計每年全國之處死刑者不過十四五人以此論之日本之處死刑固爲最多之數矣蓋他國適用死刑之犯罪多限於謀殺除謀殺以外不用死刑日本則除謀殺以外如放火決水及加害於火車輪船等之犯罪

亦有處死刑者處死刑之種類既多故犯罪之適用者亦多也現在一般之輿論多主張限制死刑之種類而主張廢止者亦復不少如俄國議會中亦有提出廢止死刑之議案法國議會倡議廢止死刑未見實行然其政府於豫算時已廢去死刑之費用是即爲廢止死刑之先聲也日本去年頒布新刑法當起草時關於死刑存廢問題以多數決定之主張廢止者十人其不主張者有十餘人故新刑法不能將死刑廢去也至德國刑法草案本有死刑而提出議會時不主張廢止者多第二次議案亦然第三次則主張廢止者多三人此亦有原因當其時德意志聯邦新立基礎尙未鞏固不能不借法律以統一之故第三次草案提出議會時乃經俾士麥種種演說具有一番政策手段而始有此結果也

二十二 死刑雖亦在宣告確定時即有可以執行之效力（日本刑事訴訟法第三一七條）然必俟有司法大臣之命令而後始能執行也（第三一八條）受宣告死刑者若心神喪失時則未痊愈以前不得執行死刑懷胎者非分娩後亦不得執行死刑（第三一八條之三）

死刑於宣告確定後即有執行之効力然尙須有形式之要件即要經司法大臣之命令是也日本訴訟法上執行死刑命令權歸之司法大臣他國則不然以此命令權屬之君主或大統領當死刑宣告以後主權者或特赦之或執行之皆大權之作用也日本辦法於判決確定後以文書送致之於司法大臣如司法大臣以爲無庸特赦即可發命令而執行死刑如以爲尙須特赦再由司法大臣之奏請是特赦與否其權均由司法大臣操之若各國辦法則無論特赦與否均當由主權者之裁定此即各國較勝於日本之處蓋以死者不可生斷者不可續今以司法大臣而操特赦執行之權柄實非鄭重之辦法也

二十三 受宣告死刑者在執行以前拘禁於監獄（日本刑法第十一條監獄法第一條）拘禁之目的不過爲確保執行而已豪無行刑之性質固不待言是以監獄當準刑事被告人待遇之也（監獄法第九條）

大凡監獄中有兩種人一爲受自由刑之執行者一爲刑事被告人受死刑宣告者依法律而置之監獄既非受自由刑執行者又非刑事被告人然以其在監獄不能無待遇之方法則當照刑事被告人之待遇待遇之不當照受自由刑之執行之人之待遇蓋刑事

被告人尙未定罪與普通人無異其待遇亦與普通人同受死刑宣告者其未執行以前亦與普通人無異也原來受死刑宣告者不應置之於監獄以與刑事被告人同一處置然獨處則恐有自殺之虞或悶損而至於精神病固不如使與刑事被告人同置一處較爲方便也歐洲之制凡受宣告死刑者雖置於一室由監獄官吏中派兩人看守之以防不測此種辦法既覺其煩亦太費事若與刑事被告人同置一處既可省事且亦無上示之流弊也又歐洲執行死刑者一年之中爲數極少日本則較多東京某刑事被告監獄中時常拘禁受死刑宣告者十圍五人如人必派二人看守之其不便孰甚且亦不能辦到也

謙接受死刑宣告者未執行以前待遇之方法因人數之多少而異若歐洲廢止死刑之國固無論矣其實行死刑者終歲亦不過十數人自以另處一室特別看守之法爲最善如日本與刑事被告人同一待遇之法乃因受死刑宣告者之多不得不然其實非善法也

二十四 關於實質執行死刑之任務則屬監獄之主管由典獄統理之若雖具備行刑之

要件而該受宣告死刑者懷胎或在心神喪失之健康狀態時則當以其事由申請於司法大臣拒絕其執行又大祭祝日一月一日二日及十二月三十一日亦絕對不得執行也
(日本監獄法第七一條)

實質的執行死刑之任務雖屬監獄之主管然仍由檢察官指揮命令之不過由典獄官統理之耳

二十五 執行死刑之實質事項有九一指定執行日時二執行之告示三診斷健康四教誨五刑場之警戒六相當官吏之臨場七絞首八作始末書九遺骸及遺留物之處分等是也

一 指定執行日時 有司法大臣所發之執行死刑命令時則當在三日內執行之
(日本刑事訴訟法第三二八條)三日之期間蓋所以使其便於豫備關於執行之各事故務宜使實質的行刑官署之監獄迅速接受其命令接受此命令時典獄一面定執行之日時一面爲執行之準備時間上雖無法定之制限然務宜在午前執行之
執行死刑之時間德國法律無一定時刻而條文上有早曉二字法國法律則明有規定

凡死刑執行當於天明以前執行之蓋皆以早爲要又德國執行死刑由君主發命令後地方檢察長與高等裁判所長並專門執行死刑之人（非獄官非檢察官乃一種專門之人）相與會商以定執行之日時也

二 執行之告示 告示有豫告及正告之別豫告者決定執行時日後在便宜之時機及地方告知執行以使其便於準備諸事爲目的者也正告者乃臨刑場後在執行前正式之告知方法也

豫告一層在理論上應該如此然以監獄中經驗之結果豫告之後有爲人情所不能忍者故日本現在辦法皆於執行日之晨早告知之歐洲各國則規定於前二三日由檢察官告知之在此告知以後監獄官吏之看守固甚難也

三 診斷健康 接執行死刑之命令時典獄在定執行日時以前當先使醫生診查本人之健康狀態要證明其無懷胎或心神喪失之異狀時而在臨執行之際又須再使醫生診查之若在此瞬間有懷胎或心神喪失之異狀時則不得不以之爲中止執行之理由也

四 教誨 豫告執行死刑之後須對於本人施慰安其精神所必要之教誨教誨師在對於本人施教誨以外尙有與之同赴刑場之職任

監獄中教誨師以宗教家任之歐洲則以耶穌教徒爲之日本則以佛教徒爲之此種教誨師平時在監獄中既當教導一切而當執行死刑前尤當思所以慰藉其精神及執行時則尙須身送之絞首臺也

五 刑場之警戒 死刑在監獄內之刑場執行之（日本監獄法第七一條）除有關係於執行死刑者以外不許入刑場（日本刑事訴訟法第三一八條之二）執行死刑之方法有公行主義密行主義及限制的公行主義之別日本則採用密行主義故有一定區劃之刑場且須嚴禁無關係者之出入此所以必要刑場之警戒也

警戒云者即謂須有關係於執行死刑者之人始許入場此外之人不得入場以免弊害所謂有關係之人如檢察官典獄官書記是也行刑主義有三一爲公行主義使衆人皆得而見之二爲密行主義惟有關係人得到場三爲制限公行主義雖係公行然非無論何人皆可到場其得到場之人亦有一定古時無論何種刑罰皆以公行主義爲原則意

主於威嚇警戒而今世各國則無論何刑概以密行主義爲原則適與古時相反古時審判秘密而行刑公開今時審判公開而行刑則秘密也文明各國其執行死刑大體採密行主義惟法國尙用公行殊爲可異近年法國議會每提議此問題而未決然法國名爲公行而實亦密行以法律規定死刑執行皆於天明以前執行之也夫採公行主義者祇有法國採純粹密行主義者祇有日本故監獄內有刑場其餘各國皆採限制公行主義故其監獄內並無刑場以日本之實例言監獄內有執行死刑之刑場亦惟控訴院所在地之監獄有之蓋死刑案件往往不能終結於地方故日地方裁判所所在地之監獄內並無刑場也要而論之監獄之內非執行死刑之地如在監獄內執行死刑於改良感化犯人之方法大有妨礙蓋使一般在獄之人受此惡影響殊爲不善也

六 相當官吏之臨場 執行死刑之際須有檢察官及審判廳書記臨場（日本刑事訴訟法第三一八條之二）典獄爲統理執行者其臨場固不待言且須使執行職務所必要之監獄官吏如醫生教誨師看守長等參列焉又有時在可以確保密行主義之範圍內有許可第三者倍觀之權（第三二一八條之二）在採用制限公行主義之國臨場人定爲三

種即(甲)必須臨者場(乙)不能拒絕其臨場者(丙)得許可其臨場者是也

日本爲採用密行主義之國故其執行死刑有二條件一必在獄內之刑場二必限定臨場之官吏及參觀之第三者限定臨場之官吏如醫生教誨師看守長等是許可陪觀之第三者如推事研究醫學起見之醫生及行刑學之專門研究者是也至採用限制公行主義之國則無以上兩條件而臨場人亦分爲三種甲種爲必須臨場者即檢察官書記推事是也乙種爲不能拒絕其臨場者此即構成限制的公行主義之要素如本人之辯護士宣教師及地方之公吏若干名(監獄所在地之自治機關之吏員)是也至丙種得許可其臨場者即採用密行主義之國亦有之如日本是也

七 絞首 死刑用絞首法執行之(日本刑法第十一條)絞首乃英吉利挪威等所採用者德奧法等諸國則用斬首法北美合衆國內有用電氣殺之新法者斬首有用刀與用斷頭器之區別法國及德意志聯邦中二三國用斷頭器要之當使受刑者少受痛苦確實迅速執行之用絞首法時難保必無復蘇之虞此所以必須有絞首之後檢其死相非經五分鐘間不得解絞繩(日本監獄法第七二條)之規定也至於用監獄下級吏員爲執行死刑者

之例則外國所未有者也（日本看守及監獄傭人分掌例第六四條）

謙按歐洲各國之死刑除用斬首外皆用縊殺之法與絞法迥異此節概謂爲絞首尙非確義

從前日本只有斬刑無絞首辦法及明治維新後始斬絞並用其後乃廢去斬刑而專用絞首方法歐洲各國用之者少惟英與挪威用之至德法奧等國皆用斬首之法北美合衆國因各地方而異有用絞者有用斬者且有新發明之方法而用電氣殺之者其用電氣殺之方法乃將死者置之於椅而於其頭上通以電氣其人即死此種方法固新然死者苦痛與否學者不無疑義即在北美亦只數處用之也至斬首方法有用刀者有用斧者有用斷頭機器者斷頭機器名之曰ギロツチン法國及德意志聯邦中之二三國有之其法於斬首台上置一機器機器中置以極快之刀用時將犯人橫臥台上於刀上加以極重之壓力刀下而頭落矣此種方法最迅速而且確實斬首之具當以斷頭機爲最善夫死刑本非良善制度故其執行方法不必細加研究苟不廢死刑則無論用何方法皆可然現在之議論皆以執行死刑宜迅速且確實迅速以使死者少受痛苦確實則以

防其不死據此則用絞之煩難常用機器或多費用不如用斬之較爲簡單爽快也絞首之後往往有復蘇之虞日本前此曾有之故監獄法規定絞首之後當爲檢驗經過五分鐘始解絞繩觀此則知絞首之法實不完全至執行死刑之人日本以監獄之下級吏員自執行之他國則另有專門之人執行不似日本之以官吏執行也如前所述在監獄內設刑場於改良感化之宗旨已大相刺謬而又使監獄官吏執行死刑夫監獄官吏本有改良感化之任務乃使之從事於執行死刑是與其性質大相反而惡影響將及於犯人是乃極不善之制度萬不容不廢去者也

八 作始末書 執行死刑終後審判廳書記須作其始末書與臨場官吏同署名蓋印（日本刑事訴訟法第三二二條）往時執行死刑之後必須榜示公告其事項而今日則廢止焉

榜示公告事項如死者之氏名年齡籍貫其所犯罪與其年月日等皆明示之貼之審判廳外或犯罪地或犯罪人住所之三處現已將此法辦廢去矣

九 遺骸及遺留物之處分 刑死者之遺骸及遺留物概依一般在監者之例適用監獄

法中關於領置（第十章）及死亡（第十三章）之規定刑死者之遺骸據監獄法第七十五條得付解剖

刑死者之遺骸及這物體依一般在監者病死之例而處分之日本監獄法七十五條受刑者之死體得付病院供解剖此所謂受刑者指受自由刑病死及受死刑者而言不專指死刑之人也其解剖之用意在研究醫學毫無行刑之性質亦非國家對於受死刑之人可隨意處分之也日本於受死刑者之遺骸如其親屬請求交付可交付之至德國受死刑執行者之遺骸可以付之親屬但須付以條件不能用盛大之葬式日本則不過問也

第二章 自由刑

二十六 執行自由刑之處名曰監獄監獄乃實質的行刑之機關屬於行政權之主管與立法及司法相鼎立而所以使國家刑罰權實行之設施也監獄有實質的及法制的二意義實質的監獄乃專指執行自由刑之機關而言其包含拘禁行刑以外各種人（被告人死刑者民事囚懲治人被罰者勞役場等）之處所者名曰法制的監獄法制的監獄早晚

終不得不變爲實質的監獄也

執行自由刑之處名曰監獄此就日本言之西洋各國歷史上亦有與此相當之名惟近今各國以歷史上監獄二字不善思改良之而易名曰ペンテンシエール（賓天歐兒）英德文皆如是而實由拉丁文ペンタンス（賓立但斯）一語而來譯之即懺悔之意夫監獄爲實質的行刑機關屬於行政權主管而與立法司法權相鼎立有實質的及法制的二意義實質的意義專指執行自由刑之機關而言而近時各國法律制度上於被告人死刑者民事因懲治人被罰者勞役場等之處所亦謂之爲監獄是爲法制的監獄就現在各國之大勢論多欲將法制的監獄變爲實質的監獄即專以監獄爲執行自由刑之機關而其餘種種拘禁行刑以外之各種人者概置之監獄之外各國之方針皆如是不如此不足以達改良監獄之目的也

二十七 刑之實體厥在行刑而後始能全刑之實施之效果故關於行刑之大綱事項要以法律顯明正確而規定之若不據法律之規定則不獨紊亂刑制之統一使行刑流於專恣而已即立法所豫期之目的亦終不能達其萬一也所謂關於行刑之大綱事項者即一

監獄之種類二監獄之監督及組織三收監之要件四拘禁之方式五檢束之方法六教養之事項七衛生之保障八情願及其他私權之保護等是也

刑之實體厥在行刑此德國ホルツェンドルフ（霍爾真特爾弗）氏之言也蓋有行刑而後始能全刑之實現的活動非此則刑事制度之目的不能達故行刑極爲緊要夫刑法既由法律規定則行刑亦不能不以法律規定之假使不從法律之規定而用行政官之命令則刑之基礎終難確實而易於變動不惟刑法不能統一而立法之目的亦不能達各國中坐此弊者多而德國尤甚其刑法本有統一之規定而行刑均以行政命令行之因此同一刑罰各聯邦中有失重者有過輕者非特不能公平即刑法亦斷無統一之時此前事之可鑒者也德政府知其弊於一千八百七十六年提出行刑法草案於議會未能通過此原於欲頒布行刑法非先改良監獄不可改良監獄必另行構造一時不能辦到故未通過也其後深知刑制不一之不善於一千八百九十五年復定有行刑準則各聯邦照此準則行之然亦未能一律完備也夫行刑制度極其複雜而範圍又甚廣若必皆以法律規定恐隨時變易亦覺未便故惟以法律定其大綱而已

二十八 行刑之要在於各個人之待遇因各個人之待遇適當完全而後始能期刑之公正摯實及教化之要妙此監獄行刑所以必須專門理論與實際之修養也

自由刑所最重要者在於待遇個人之活動此種待遇因個人而各異宜求其完全而適當現在刑法之目的重在個人主義而不在犯罪之事實既重在個人則凡入獄之人千差萬別因身體之強弱年齡之大小性質之善惡而爲種種之待遇如對於年老者待之稍寬年壯者待之較嚴因人而異不如是不足以達行刑之目的而使監獄期於改良也從前監獄所以不能改良者以重在犯罪事實無論何等人皆與以同一之待遇與今日大異夫刑法有三要素第一爲公平第二爲摯實第三爲教養公平者無畸輕畸重之弊摯實者嚴勵之意至教養尤爲三要素中所最重者必備此三要素而後刑之目的始達而監獄因以改良焉夫自由刑如不重在個人主義於犯罪之人皆與以同一之待遇則執行之亦甚易如監禁三年或四年無論何人皆可執行不必要有專門學問以研究之惟重在個人待遇之活動于其人者于其待遇以求達公平摯實教養之目的而後自由刑之執行乃甚難故不得不有專門行刑學以研究之也夫監獄乃一小天地小社會地

方雖小而社會種種之情狀皆備故學者有謂監獄爲世界之縮寫圖者而德國學者ホルツマンとドルフ霍爾貝特爾氏且謂監獄學爲湊合的科學以其合經濟學法律學教育學衛生學與夫農工商等實業學而成千變萬化非常複雜故研究之至爲不易也監獄中個人之待遇既因人而異即以小監獄論亦有五六百人此五六百人即當與五六百種之待遇此固所希望者然事實上恐不能辦到惟雖不能於一人與以一種之待遇而爲監獄官者亦當分別其犯罪之種類而各與以待遇以犯罪中有偶發的犯罪習慣的犯罪且有以犯罪爲職業而謂之職業的犯罪者此三種犯罪刑法處分之輕重各異如習慣犯罪輕於職業犯罪而重於偶發犯罪罪之輕重不同故其待遇當各異能於此各犯罪中分別個人而待遇之尤善即使不能則如前述之犯罪種類亦萬不容不分別之也

謙按自由刑者威力之教誨也以教誨言之人類之聰明才智尤爲萬有不齊極端言之必人各施以適當之教授法而後可以得教誨之實益然事寔上乃必不能之事故現在各國教授方法亦不過分別學之種類學之等級及學之年級如是而已以萬有

不齊之人僅施以數十種之教授方法此亦無可如何之事故今之監獄與其於一監獄內分別各種犯罪不如就犯罪之種類或一種或數種而各爲一監獄似執行者較易爲力耳

二十九 自由刑分爲懲役禁錮及拘留三種（日本刑法第一二條第一三條及第一六條）因行刑實質之異故別其刑名以全立法之精神此所以有區別行刑處所之必要不獨監獄之名稱相異而已且須各有保全其實質獨立之設備也（日本監獄法第一條）以刑名區別監獄之外尙須因全行刑要義之必要以犯數刑期年齡男女健康等關係區別監獄以懲治場民事監勞役場等認爲監獄之一種之法制乃戾於法理不得其宜之政策此近世之定說也

日本新刑法分自由刑爲懲役禁錮拘留三種至舊刑法與法國刑法自由刑之規定有十餘種德國於上述三種外另有所謂城塞禁錮者荷蘭最新之刑法自由刑分爲禁錮拘留二種然拘留本禁錮之最輕者如十日半月一日是理論上實不足爲自由刑故言荷制者謂自由刑祇一種亦無不可夫自由刑之種類各國因歷史上而不同然總以最

少爲善如懲役與禁錮實可合而爲一也然日本法律上既明定爲三種則其執行自由刑之機關亦不能無分別所謂懲役者有強制勞動禁錮則否此分別由歷史上之沿革而來古時輕賤勞動故以勞動與否分別待遇之優劣至於今日以勞動爲神聖行爲有勞動之義務即有勞動之權利若不使之勞動則其苦有過於勞動者且以日本寔驗言之禁錮之人往往有要求勞動者是實際上懲役禁錮不分而法律上仍分之爲不當也中國新刑律草案自由刑祇徒刑一種又皆強制勞動實爲進步之法律夫日本既分自由刑爲三則其執行機關亦不能不以類區別故監獄法第一條即有懲役監禁錮監拘留監之分視其所犯何罪而分別監禁所謂以刑名區別處所又以保全其實質獨立之設備也監獄之種類不但就刑名分別之更當就所犯之次數刑期之長短年齡之大小男女之兩性身體之強弱等本此種種而爲分類以全行刑要義之必要至如以懲治場民事監勞役場認爲監獄則甚戾乎法理懲治場乃置不良少年於其內使之作工民事監乃拘禁民事被告人勞役場則以處不能出罰金者使其作工以抵罰金此三者皆無有自由刑執行之性質本非監獄而以之等視實謬論也

三十 監獄宜屬於內務行政所管抑宜屬於司法行政所管乎不獨議論紛紛不一即各國之法制亦互異要之當謀監獄所管之統一且須使監獄關係與行政事務圓滑連絡耳

監獄事務應屬於何種官署管轄各國辦法不一美法俄意以監獄屬於內務行政官署荷蘭比利時奧大利及德聯邦中數小國以監獄屬於司法行政官署德國聯邦中最大者爲普魯士則將監獄分爲二以一部分屬內務行政以一部分屬司法行政焉由此言之可見大國制度則以監獄屬於內務行政官署小國制度則以監獄屬於司法行政官署至於日本從前本屬內務行政管轄後乃以之屬司法行政及今仍之然無論屬於內務行政或司法行政均須謀監獄之統一若普魯士之分別辦法不足取也

三十一 監督監獄之方法宜最注重巡閱監獄巡閱屬於監督權之發動故非主務行政長官及受其委任者不得爲之也

巡閱監獄爲監督方法中之最重要者由管理監獄之大臣發命令派人巡閱其次數以多爲善日本則兩年巡閱一次爲數太少且派去巡閱之官吏必需深通監獄學者而後可否則雖有如無無益也

三十二 監獄乃代表國家刑罰權之機關故非國家之官吏不能有掌管監獄事務之職權此所以有劃定監獄官吏之種類名目職制之必要也

監獄爲國家機關即代表國家刑罰權之機關故非官吏不能有掌管其事務之職權如使官吏以外之人掌管監獄之任務是變公家機關而爲私人機關也監獄作業之制度有官司業有受負業有依託業三種官司業者原料工費皆由公家任之而犯人所贏餘之工值亦以入官依託業者由外人託監獄代作工業然其管理權及收入之仍歸之於公家至受負業則以官吏以外之人包辦其原料包銷其工作惟給與定數之報酬以供監獄如此辦法受負者必有干涉監獄之弊故獄中不宜用受負業以公私性質不合也夫監獄惟由官吏執掌故日本監獄法上於官吏之種類名目職制皆劃定之各國皆然不過各國以命令規定甚詳而日本以法律定之則甚簡單也

三十三 監獄中非具備證明入監獄者資格之文書不得收容之（日本監獄法第一一條）蓋所以使監獄保其獨立機關之體而且防其陷於專恣變通之弊也監獄因其種類之不同又各有互異之一定收容規則若反乎此規則者雖具備證明入監資格之文書亦

不得收容之也

入監之人約分兩種一爲刑事被告人一爲受自由刑者刑事被告人之入監必有令狀受自由刑者之入監必有判決宣告書及判決指揮書宣告書由審判官爲之指揮書則由檢察官爲之其令狀亦有種種曰呼出狀勾引狀拘留狀逮捕狀而刑事被告人之入監證書惟指拘留狀逮捕狀言之他不與也夫監獄乃獨立之機關如有犯人雖經審判官判定爲應入監獄者監獄官吏不得而知故必備有入獄資格之文書而後得以收容若無此文書則審判官與檢察官可隨意命人入獄其勢必流爲專恣用文書即所以預防其流弊也且因監獄之種類不同而其收容之規則亦異雖具備文書然如應入男監者入之女監或應入刑事被告監者入之受刑監則皆不可再者禁錮與懲役監本不同即同一懲役監而其中又有成年監與幼年監之分初犯與累犯之別如有錯誤亦不得收入此又因收容規程之各異者也監獄中除有證明書之外其他之人絕對不得收入惟有例外如婦女入監者有未滿一歲之小兒時此小兒本無入監資格然因其母便於乳育之故亦許之入監此法律所明認者也

三十四 自由刑以刑之宣告確定時即執行爲通則（日本刑事訴訟法第二一九條）然若有使受刑者自覺豫期以外之苛酷或寬大之虞時或有不能自覺處刑意義之虞時則當一時停止其執行焉

自由刑之執行以刑之宣告確定時執行之此爲原則然因有一定事實不能不停止執行例如受刑者自覺超過豫期以外之苛酷或覺有寬大之處以爲越於法律之當然程度時或受刑者不能自覺處刑之意義時有此情形已不足發生刑之效力而達刑法公平之目的故當一時停止其執行也其停止之理由分爲左之三種

一 本於必要的理由之停止 如癡精神病者及癡因刑之執行有危險於生命之重病者皆必要上不得不停止行刑者也

患重病者更加以刑則必死是在他人覺其輕重相宜者而患重病者則有豫期以外之苛酷罹精神病者如瘋狂等其精神本替亂不自覺處刑之意義雖加以刑亦無益如是而處刑與刑之目的相違夫自由刑之目的本在剝奪自由今使患重病者有生命之危險與處死刑無異精神病者不覺處刑之意義即失刑罰之効力此皆必要上

當停止行刑也

二 本於便宜的理由之停止 監獄之設備認爲不能對於受刑之健康狀態爲適當之待遇時則爲謀監獄及受刑者之利益便宜上得一時停止其行刑。妊婦產婦傳染病者在回復期之重病者等之類是也。

監獄之設備本爲普通人而設若妊婦產婦傳染病者等項皆有特種之情形置之監獄即不能有適當之待遇如以妊婦而入監獄非特監獄內不能爲種種之設備且一切嚴重之法律勢亦有所不能加產婦亦然又有傳染病者設亦聽其在獄非特有危險之虞且於本人亦殊爲苦楚在回復期之重病者亦然回復期重病者即重病新瘥之人也遇有此等犯人爲監獄與受刑者之利益計便宜上實以暫停行刑爲當然監獄內所以不爲此種設備者亦有理由夫使一切待遇之法皆各各完備恐貧小之家遇有妊產等事或且有故犯罪以希圖種種待遇行之既久而監獄且成爲貧民病院矣至傳染病之人置之監獄直接既傳染於各犯人而間接且流布於社會貽患恐非淺鮮故亦以暫行停止爲當此等辦法實隱謀社會之利益也

三 本於酌量理的由之停止有有使受刑者或其家族受刑罰目的以外之損害之虞時則酌量其事情得一時停止其行刑

執行刑法者所以達刑之目的也若刑罰目的以外有損害則非刑罰本來之目的例如家無兼丁一子入獄則父母失養必至餓斃此等損害即出於刑罰之目的以外應酌量停止其行刑也又如因執行自由刑而致貽害於他人於社會於國家者不當準此辦法例如銀行之管理人因犯罪當入獄而適當年終之際該銀行必有此人爲之結算賬目否則銀行之數目不能結清一般與銀行交易之人亦將因之受害則宜暫停止其人之入獄又如官吏爲國家辦事適當吃緊之時而犯人獄之罪如使還與執行則重害其人之身分且其害於國家者尤大故亦宜酌量而停止其行刑俟其任務既終後再行處罰此亦法律上之情理然也

以上三種情形在古時本以任意主義爲一切制度之根本故此等停止行刑理由往往有之而至近世一切以法律爲勵行之具稱爲法治國則原情酌理之事幾乎絕跡然法律雖復嚴重亦不可不略示通融故近世法律進步雖酌量之事日少而愈益進

步之後即酌量之事又不能無日本在明治維新以後前記之三種停止行刑之理由概乎無之至去年改正法律刑事訴訟法乃有前記第一第二兩種之停止規定而第三種理由仍付闕如然刑訴法草案中則有規定如刑ノ目的トス以外ノ不利害ヲ受ケシムルノ恐レアル場合云云不過未實行耳

三十五 停止行刑之理由又兼爲中止行刑之理由行刑之停止及中止屬於實質的行刑之要件故可以監獄法規定之

指揮之權限屬之檢察官檢察官查有當停止行刑之理由即當指揮而停止之此停止行刑之理由亦兼爲中止行刑之理由例如在未入監獄以前則當停止如在既入監獄之後則當中止也中止行刑屬於典獄之權限故停止行刑多規定於訴訟法中而中止行刑多規定於監獄法中日本刑訴法規定停止事項包含停止與中止是中止事項亦屬於檢察官之權限立法殊爲未合蓋停止事項屬於檢察官之權限中止事項則應屬於典獄之權限當規定於監獄法中也

三十六 雖具備證明入監資格之文書而監獄尙有可以拒絕收監之時如各種傳染病

者不潔者醉酗者等是也

此處傳染病指初時不覺後乃覺之者不潔者即傳染病之原因合之醉酗者三種雖有證明入監文書而監獄官吏可以以上各種理由拒絕之蓋當檢察官指揮命令時尙未知有各種情形也日本祇規定傳染病一種歐洲各國三種皆規定之

三十七 監獄拘禁之方式大別爲雜居制分房制階級制三種雜居制之最進步者爲夜間別房制不分晝夜一房拘禁一人者曰分房制分房制有嚴正的分房及寬和的分房之區別然在今日則一般以寬和的分房制爲是也罪惡傳播之弊非用分房制終不能防止之階級制者乃以階級法適用分房制與雜居制而以假出獄聯接之之方法也或名之曰探點制階級的待遇雖行刑教養上必要之手段然不得謂非用階級制即不能實行也假出獄初不適屬於階級制之一行刑手段自法國刑法採用之以來各國相繼倣之馴致不問獄制上用階級制與否概以之爲獨立的行刑法規定於刑法之典之慣例假出獄日本 法第二八條 乃對於長期囚之一種寬大形式之行刑法故雖受此處分者仍不能脫實質上受刑者之資格也

監獄拘禁之方式最古而不足取者厥惟雜居制而雜居制中又可分爲三種一爲非分類者乃最古而最有弊害之辦法二爲分類者其中有大分類小分類人數較多小分類則人數較少也是故雜居制中最初爲非分類者稍進步則爲分類中之大分類者又進步乃更爲小分類者日本現在辦法尙採用小分類之法再進步則爲晝間雜居夜間分房制此夜間分房即爲分房制之起源而爲改良監獄之嚆矢一千七百十一年羅馬法皇普列曼斯在三密雪兒地方設一監獄即爲夜間分房制至於不分晝夜皆爲分房制者則起於北美當一千七百九十年曾在費府地方建一分房制之小監獄實爲分房制之初祖然規模甚大迨至一千八百十九年此制始臻完備因其起源於費府故分房制亦稱費府法分房制中有嚴正分房及寬和分房二者費府初創設之時用嚴正分房法每人一房前半住居後半運動不得出入不使作工亦不得有人窺伺若萬不得已而須出房其頭上亦須罩以黑布使不能見種種事物此嚴正分房制之辦法也至寬和分房制則囚人亦許作工運動亦不在房內另有運動場集各囚人而運動之惟各囚人中仍用木版等隔開各不相見教誨時亦然雖教師得蒙面囚人與囚人則無從蒙面

也此等制度雖稱寬和在今日觀之仍爲嚴正比利時與德國均採用之蓋在監獄中實以寬和的分房制爲善此今日監獄學家研究之結果與萬國監獄協會之決議皆如是主張也夫一般學者每稱監獄爲養成犯罪之學校集許多犯罪之人而處之一室勢必至互相研究而初犯者亦必成爲累犯之人即犯罪方法且必日進而月益矣羣居終日即良善之人亦不能必其爲善何況犯罪之人乎觀此而雜居制之所以不善而分房制之所以不能不用者亦可知矣且也用分房制不惟可以防止罪惡之傳播即刑法之要義亦賴是以達夫刑法之要義在乎公平嚴正實質必公平故各個人必有各個之待遇始獲其平若聚處於一室在資格稍高之人覺所受已苦得以生其懊悔之心而下等之人或反覺所受之無他則刑罰殊未得其平矣又用雜居制設有時過於嚴厲或且有暴動抵抗之虞則嚴正之道失惟分散之則彼無從聚謀爲抵抗之事也至於在獄之教誨必當使受者改悔其所爲所謂摯實是也而雜居制則不能達此目的固有良善者已生改悔而怙惡者唆使爲非者矣此皆雜居制必有之流弊也雜居制分房制之外更有階級制此制起源於英國先分房而居之數月之後乃使雜居又數月乃爲假出獄之處分

前後蟬聯如階級焉故曰階級制階級制起於英之愛爾蘭地方發明者爲クロストン（昔羅司董）氏故亦稱クロストン式或又稱爲探點式探點式者以此制實分三級其升降均以囚人之分數定之得若干分者以次遞升否則以此遞降也此階級制中之分房與分房制之分房不同前之分房制使囚人作工當得利益階級制中之分房制則惟與以痛苦而無利益如置空車或鐵塊於房中使之終日運轉有勞動而無結果乃空役也雜居之後犯人如能改良即放之出獄是爲假出獄假出獄制度其先本與階級制相連結者及後法蘭西採之乃以之爲一種獨立制度迄於今日各國刑制上皆有假出獄之辦法也

三十八 紀律者行刑之生命也非善於勵行之則不能全刑之傷害的意義專關於紀律之事項名曰檢束檢束之要在使受刑者因被強制絕對服從於法之秩序之下自知個人之意思勢力終不能與至大之國家威權相對抗此戒具及懲罰之所以必要也而其種類方法及適用之際亦當規定之（日本監獄法第一九條第二〇條第五九條第六〇條）但違犯紀律之行爲若構成犯罪時則當付刑法上之處分固不待言矣

紀律者行刑之生命無紀律即無行刑能勵行紀律而後傷害之意義始能完全所謂傷害之意義謂本人因服從紀律之結果自覺其傷害非以傷害加之也必如是乃爲文明之刑罰夫一般良民之生活已不可無紀律犯罪者之所以犯罪即因不能遵守紀律故其在獄當使之服從紀律使異日出獄幡然改良關於在獄紀律之事項名曰檢束檢束者使犯罪者絕對服從法之秩序自知個人之意思勢力實不足與國家抵抗然後深知檢束之意義而違紀律之目的惟其如此故戒具之種類懲罰之方法並其所以適用之者監獄法中均規定之也又違犯紀律之行爲有時亦可構成刑法上之犯罪如第違犯律可加以監獄內之懲罰若構成犯罪則當送致審判官加以刑法上之處分假使既違紀律而又構成犯罪將從一科之乎抑併科乎以理論言既受刑罰上之處分則不必再加懲罰而日本監獄法則採併科之辦法殊未當也

三十九 檢束與教養在監獄行刑上當互相表裏檢束雖亦廣義教養之一種然專有教養意義之行刑手段則唯作業教誨教育之三種而已以作業之有無爲區別刑名之標準不獨與近世認勞動爲聖神之思想不能相容且可謂不通監獄行刑之實際者也作業要

賦課具備生產及衛生之要件且與個人關係相合之種類（日本監獄法第一四條）作業施行之方法分爲受負業委託業官司業三種雖不免各有利害然受負業多有不能全行刑要義之大點故務宜制限其施行之範圍作業之種類大別爲內役及外役二種外役不能全剝奪自由之要義當制限其適用固不待言即選擇就業者時亦當附以嚴重之條件內役中務宜採用手工業勿用機關業就業者中若有行狀方正作業精勵者當交付以賞與金賞與金之性質與債錢工錢異賞與金必俟交付於本人以後始發生本人之所有權也作業之收入以概歸屬於國庫爲原則（日本監獄法第一七條）然以其一部（賞與金計算額之利息）充行刑上之利益如保護免囚扶助遺族之費用之例亦非鮮少也

監獄之中一面用檢束一面即當加以教養二者相爲表裏廣義之教養即檢束亦含在內至狹義之教養則指作業教誨教育之三者而言作業爲教養中最要者且爲行刑之要件以作業之有無區別刑名有定役者爲懲役無定役者爲禁錮甚覺不合以今日以勞動爲神聖思想如以勞動之有無區別刑名理論上經驗上皆覺不當已如上述作業既爲教養手段中之重要者故必具備生產及衛生之要件如前述之英國分房制第有

空役則不合乎生產及衛生之要件也夫作業之目的既在教養故目的並不在利益但既以生產爲要件其結果則當然有利益作業施行之方法分官司業依託業受負業三種既如上述以受負業爲最不善以其以個人而干與監獄也然爲經濟起見亦不能全廢不過用時當嚴定其範圍而後可又作業之種類分內役外役內役者在獄內作工外役如使之在外搬運物件修理道路是也外役不能全剝奪自由之要義既放之出獄是與以自由矣且外役尙有種種弊害即逃走亦屬於弊之一者雖不能廢止亦當限制其適用之範圍也內役作工分爲手工業與機關業手工業者以手作工機關業則祇用機器不用手工也世界進步機關業至爲發達如用機關業利益甚大而監獄內實不能用之一則此等工業於本人無益將來出獄以後除到工廠作工外仍不能自謀生業於作工之主目的未達一則監獄內如用機關業力量必大出貨必多其價亦必較獄外售物爲廉是以獄內作工而奪小民之生計也其不便孰甚焉又囚人作業之後必有所得金關於所得金之交付有二主義一爲權利主義二爲恩惠主義權利主義即作工者與他之作工無異亦當與以工賃錢也若恩惠主義則非當然得此工賃錢不過國家爲其勤

勉起見而由恩惠行爲與以金錢恩惠主義所爲謂賞與金是權利主義所謂債錢工錢是日本從前採權利主義去年改正法律始採恩惠主義與理論甚合以囚人作業不過爲行刑之手段非當然有權利各國亦多採恩惠主義惟法荷採權利主義既採恩惠主義則以賞與金與囚人時當使之備品行端正及勤勉二條件若採權利主義則作工者應得錢不必要備此兩條件也且也以賞與金言必須交付以後始發生所有權若用權利主義則作工之後即有應得之權利而所有權即發生此實兩者不同之點現在辦法凡囚人之得賞與金者非作工後即交付須俟其人出獄時方與之而所得之利息則作爲種種公益之費假使採權利主義則利息亦須交付不能如此辦法矣以日本言每年囚人作工所得之金錢平均計之約有四五萬其利息至少有一二萬分配於各囚人每人不過二三元留之以爲保護免囚等費用其爲益莫大焉又監獄中之囚人以長期刑言有歷九年十年而出獄者其所積工錢至少有百餘元如採權利主義則出獄時必一概與之勢必種種浪費即以此爲再犯之資若用恩惠主義或與或否權在監獄其初出獄時可略給與川資出獄後能營生業再給與以補助之此辦法至爲有益也

四十 教誨者教養精神之意義也指專以宗教或倫理開發保護其德性之手段而言教誨須繼續爲之不可有間歇性故有定時說教或講話之必要固不待言此外尙當常就各個人不絕加以開發保護其德性之適當教養也

犯人多無德性教誨者在開發保護犯人之德性除定時說教外教誨師尙宜隨時視各個人之本性如何與其所長短而救正之而後始能開發保護其德性亦即近今所謂監中重在個人之待遇也

四十一 教育者教養理性之意義也指開發助成普通國民所必要之知識之手段而言對於一定之人如年少者等則當強制教育之其他則唯使得沐此惠而已如閱讀書籍亦屬於教育之範圍也

於教誨作業之外尙有所以改良囚人者即教育是夫教誨所以養成其德性是爲德育教育則爲養成其智識是爲智育凡不良少年之無教育而又以教育爲不可緩者則當行強制教育日本監獄法於十八歲以下之少年必強制教育之至十八歲以上則不必強制教育也就日本言監獄中教育之範圍甚狹西洋各國則凡獄中之囚人以強制教

育爲原則其不教育而出於例外者如年在三十四十以上或受短期刑在三月以下均不必教育是教育之範圍較日本爲廣此外如閱讀書籍亦教育之一法現今文明各國監獄中皆設有圖書館而置種種有益之書以備囚人之檢閱皆爲開發國民知識之手段也

四十二 拘禁者本於國權之強制專以剝奪自由爲目的者也關於拘禁之一切費用國家當然有負擔之責任且拘禁之結果不得使本人健康上生命上受不利之影響對於衣食住之保障衛生規定之所以必要者即爲此也（日本監獄法第七章第八章）

拘禁專以剝奪自由爲目的即言剝奪自由之外其他不得有所剝奪如剝奪其生命或害其身體之健康皆非拘禁之目的也古代之監獄其拘禁之一切費用須由囚人自納是剝奪自由以外又剝奪其財產與現今各國關於拘禁費用均由國家負擔者不同不但此也拘禁之結果於囚人之衣食住等必使之合於衛生以保障之如不合衛生使囚人之生命健康受不利之影響是亦出於拘禁之目的以外故日本監獄法對於此明有規定至如德意志因沿革上之習慣每日令囚人出四十ペンニヒ（合銀元貳角）以爲

拘禁費揆之今日監獄之法理殊不合也

四十三 受刑者對於行刑之權能有絕對的服從之義而一面又有法令及人道所與之一定權利故國家宜保護此權利且不可不謀救濟其侵害之道關於請願（日本監獄法第七條）領置所有物件及交付之規定所以必要者即爲此也

請願者如囚人受不當苛待得請願於監督監獄官署以求救濟之是也領置所有物件及交付之規定如囚人隨帶衣物等監獄官爲之保存及出獄時須交付之是也

四十四 受刑者非因恩赦刑期終了及有職權者之命令不得使之出獄因刑期終了時於終了之翌日釋放之（日本監獄法第六八條）當釋放者若罹重疾時因其請求可以許其一時在監（第六九條）

受刑者使之出獄有三種原因一恩赦二刑期終了三有職權者之命令是也恩赦如大赦特赦減等有職權者之命令如當刑期未滿之時由檢察官命令停止其行刑或因囚人要求再審再審後見其無罪由檢察官發命令以釋放之即爲有職權者之命令至刑期終了日本監獄法規定翌日釋放之其釋放之時法律無規定然究以早放爲是德國

之制與日本略異其刑期不以日計算而以時計算既用時計算則自刑期之開始算至鐘點完滿即當釋放惟有例外如其刑期時間到夜半始滿勢不能於中夜釋放或提前於日入之先釋放之或待至翌日日出時釋放囚人甚爲重要苟應放而不放監獄官吏即構成刑法上之犯罪也夫刑期終了可以豫知其釋放之日若恩赦與其他命令則不能豫知而釋放之際又有交給衣服給付賞與金種種手續勢不能立即放出故法律上不可無特別規定日本監獄法凡恩赦到獄後十點小時內釋放之其他命令到獄後十二小時內釋放之以此爲準備之時間若當釋放之囚人因罹重疾不能出獄則得其本人之請求可以許其一時停留在監除此等情形外凡法律未規定者苟不釋放即成爲不法監禁矣

第三章 自由刑之利害

四十五 凡刑罰必須具備警戒屈服矯正公平反償伸縮回復限局等可能性若缺其一已不足爲完全之刑罰况缺其數者乎死刑肉刑體刑追放刑等之所以認爲不適當之刑罰者職是故也而刑罰中具備必要之各種可能性比較稍多者唯財產刑及自由刑二種

而尤以自由刑爲最於是可知近世文明各國刑典上所以採用自由刑爲主要刑罰之非偶然矣

凡刑罰必具備種種之可能性此可能性惟何第一爲警戒謂畏嚇之使不敢再犯也二曰屈服謂使犯罪者屈服於法律之威嚴也三曰矯正謂矯正犯罪者之性質強制之使之知所改良也四曰公平謂使一般犯罪人覺其所受之痛苦無甲無乙皆相當也五曰反償謂被害者所受之損害或被害者家族所受之損害國家處犯罪者以刑而反償之也六曰伸縮謂以其犯罪之輕重爲伸縮刑期長短之標準或十年或二十年是也七曰回復回復與反償有何區別反償者對被害者而言回復者對犯罪者而言反償乃加犯罪者以刑而以之反償於被害者回復則因裁判有錯誤使犯罪者受不應受之損害時國家當與以相當之賠償也八曰限局謂刑罰之結果專限於犯罪者之一人其犯人之父子夫婦家族等不能因之而更受影響也以上所言種種可能性必須具備之後始爲完全之刑罰如缺其一刑罰之性質已不完全何況缺其數種乎從前所用之死刑肉刑體刑追放刑等近時文明各國皆不用之者以其不備上述之各種可能性也即以死刑

論於警戒屈服兩種性質尙能兼備而此外則均無之以人至既死固無從而矯正之至公平則更無之以病在垂危者與夫年壯者較其受死刑之苦趣各不同更有視死如歸者則視死刑尤不苦也至反償之性質似亦有之如殺人者死是然近世文明各國多不主張此說以伸縮言人既處死無論何種方法亦同歸於盡而已何伸縮之有回復亦同死者不可復生斷者不可復續此時實無從回復也至於限局雖曰受死刑者僅在一人而家族等有因之困苦流離者即其子孫亦必有爲人所詬疾而隱抱無涯之戚者死刑之缺少可能性如此其他囚刑無不皆然蓋刑罰中具此種種可能性者實以自由刑及財產刑爲多而二者中尤以自由刑爲最故近世文明各國皆採用爲主要之刑罰亦其性質與死刑等本有不同也再析言之自由刑之有警戒與屈服之性質固無待論至矯正與公平乃自由刑重大之部分自由刑本以矯正犯罪而公平尤屬其主要目的惟雜居制公平之效果所得較少若分房制則各有各人之待遇惟當其罪則實公平之至也反償之性自由刑雖不全備亦具有之蓋使犯罪者受自由刑亦可以滿足被害者之意思至伸縮爲自由刑重大之性質以自由刑期有短至數日或十數日有長至十年二

十年三十年者或重或輕均由審判官伸縮之回復則自由刑本不致人於死即執行以後審判官發見錯誤亦可以隨時回復限局之性以受自由刑者之家族論雖亦有失利益之處然不如死刑等之甚則亦含有限局之性質在也觀此而自由刑之性質可知矣

謙按可能性之意義不甚顯明因未有以易之故暫從其舊

謙按反償性乃中國刑罰所最重近今學說謂中國刑法爲復仇主義亦過甚之辭耳但反償乃刑罰作用之一種偏重一端實覺未完備也

四十六 侵害法之秩序者究不外乎濫用個人自由權利之結果此所以對於犯罪行爲者有當剝奪其自由之必要故自由刑乃採反坐主義之手段也而剝奪自由之程度則宜斟酌犯罪行爲之輕重及犯罪人格危險之大小而決定之

個人各有自由權如在範圍內用之固無所謂犯罪惟濫用其權利因之有害他人之自由遂爲構成犯罪之要素其害他人之自由者即以自由刑處之亦是自由刑乃最高尙且最廣義之反坐主義此反坐主義古時亦有之如殺人者亦殺其身傷人者亦傷之其

意義甚狹自由刑則於害人之自由者亦剝奪其自由其範圍較廣也故爲最廣義之反坐主義然其剝奪自由之程度則當就犯罪事實之輕重與人格危險之大小而定之不似古昔之處刑專就犯罪事實以定罪之輕重近時則除犯罪事實外更須注重人格而分別用刑之輕重是即爲人格主義也

四十七 自由刑之制限犯罪個人之自由最當緊肅真摯嚴正使受其制限者對於至大之國家威權知自己勢力之極微弱且使其衷心自覺以服從國家秩序之必要爲要旨改良獄制之目的即欲達此要旨耳

緊肅真摯嚴正爲自由刑中萬不可缺之性質且須使受其制限者知自己之勢力決不能與國家之威權相抗蓋犯罪者常欲以其勢力抗國家故必使之自覺勢力微弱而後可非但強制其表面服從而已更使犯罪者之心亦知當服從國家之秩序而不至再犯罪爲要旨此乃改良監獄之目的也如監獄不能改良則緊肅真摯嚴正之目的終不能達近世學者所組成之改良監獄等會議即爲達自由刑之目的起見耳

四十八 凡利之所在弊亦隨之過於偏信自由刑之價值苟有犯罪以爲適用自由刑即

足以了刑制之能事不顧罪質之輕重及犯罪人格之如何徒以自由刑處分之而在他方面又動輒以察察爲明偶有微罪小過亦必檢舉之遂至屢有濫用短期刑之弊徒見犯人增加而未見獄制設備有相當之改良一面使偶發的犯罪者變而爲習慣的犯罪者驅質樸無智之良民以入犯罪種族之群一面又使冥頑不靈之習慣犯罪者反生侮蔑國權輕視法規之惡結果於是世人動必以此爲反對自由刑之口實是蓋可以斷言爲過信自由刑之價值而誤於利用方法之結果也蓋自由刑猶如外科醫術以之爲不得已之最後療法固屬必要然更以使其不留瘡痍而能達治療目的之手段爲最要也昔者治士大夫以上之人務養其廉恥心雖有罪亦不輕易加以刑專務以禮戒飭之古制之中亦自有所以妙用刑法之真理存也故畫地爲獄民尙畏之於是可知近世刑事政策上要求務使犯罪者遠乎獄門之非偶然矣

自由刑之限制犯罪理論上固爲完備即實際亦頗覺完全蓋使分房等制一一改良其制度固可稱完備矣雖然利之所在害亦隨之使適用自由刑而不得其宜亦將生出種種弊害蓋自由刑之害不在自由刑本來之性質而在濫用自由刑既有自由刑即以爲

萬能主義不論何罪均適用之其罪之輕重及人格危險之大小皆所不問也即如輕微之罪從前多不論其罪者自警察制度發達後亦送諸審判廳而受審判審判官只能以短期刑處罰之因此短期刑之結果而受自由刑之處分者乃愈多監獄制度一時又不能達改良之目的因此之故將使未曾犯罪之人變爲犯罪者即偶然犯罪者亦永爲怙惡不悛之人此則濫用自由刑方法之弊害也又採用自由刑不可無執行自由刑之機關即監獄是已真正採用自由刑則監獄之建築及設備皆須完備而近今各國往往刑典上採用自由刑判決時亦斷以自由刑然其監獄之建造與設備則毫無改良此亦自由刑弊害之所由生也夫自由刑有一定之範圍必視應受自由刑者爲何等犯罪始可以自由刑處之猶之醫治者以外科醫術爲不得已之最後療法如能有他之方法可以達治療之目的則宜勿輕用外科醫治以外科必用刀割刀割之後病雖愈而傷痕宛然矣處自由刑亦然如有他種罰則可以矯正則不如用他法必不得已而後用自由刑以自由刑用之不適宜則弊害滋多也近世濫用自由刑者對於種種犯罪皆處以自由刑亦如爲醫生者對於各種瘡毒皆濫用外科醫術故不見其利而惟見其害古昔刑不上

大夫對於士大夫以上之人務在養其廉恥以其苟無廉恥將何所不爲故士大夫有犯罪者不易加以刑惟以禮義戒飭納之於道德之範圍使其恥於犯罪此正古制之妙用刑罰也古人又有言畫地爲獄期不入觀此可知從前用威嚇主義故言及監獄無不寒心然後他方面言亦刑事上一種政策蓋使人人畏慎而不敢輕入監獄則犯罪者自日見其少反此使曾入監獄之人過多其觀念中或以爲不過爾爾恐以後之犯罪者更有加無已矣此近今刑事政策所以要求務使犯罪者遠乎獄門也

四十九 防止濫用自由刑之弊且勵行刑事政策之方法其已爲各國立法上所採用或將來可以豫期其普及者即如便宜起訴主義刑罰責任年齡之延長幼年裁判所感化處分之改良未成年犯罪者之特別處分短期刑之制限贖金擴張金刑及假出獄制之適用保證制度猶豫行刑不定期刑家宅拘禁地域制限勞役處分設置特別監累犯者特別處分法等是也

上節所述務使犯罪者遠乎獄門然果何道以致之近時各國因濫用自由刑之故不見其利而反覺弊多猶之庸醫妄用外科醫術使被治者不惟不能愈病而反增痛苦因之

各國有鑑於此乃設出種種方法以防止濫用自由刑之弊害正如戒於庸醫之誤人而勿藥以求病愈也所謂各種制度各國中有已採用者有未採用者其已採用者不過十數年未採用者數年後亦必採用之其制度維何第一即便宜起訴主義便宜起訴與法定起訴相對待法定起訴主義者檢察官據法律所定而爲起訴之標準也此古時皆用之然其制實不便夫固有一般常識以爲不必起訴之犯罪果限於法定主義則將以法文明定而不能不起訴矣若便宜主義則檢察官臨時審察情形而決其起訴與否因其犯罪甚輕或有其他情形以不起訴爲便者則此主義實近優長也其次爲責任年齡之延長責任年齡羅馬法以來即有之如對於八歲十歲十二歲以下之犯罪者以其年幼無責任雖有罪不加刑焉然其定爲十二歲十歲等則責任年齡過短此時身體知識之發達未能完全即有所犯亦當以教育施之是宜致之於教育之範圍而不宜致之於刑罰之範圍况乎人類不齊上等社會之幼年人或稍有知識若中下等社會之幼年人即至十五六歲尙有毫無知識者故近時各國增長責任年齡或至十六歲或十八歲必以此年齡而後發覺犯罪始爲起訴之法也蓋法律所處罰者非其犯罪之幼年犯罪者然

然雖名爲裁判而其裁判之結果並不加以刑罰乃納之於教育之中是猶患病者不以醫生治療之而另以他種人調養看護之也近時各國多採此制其所以設立之原因以普通之裁判官惟知適用法律而幼年犯罪者非其本性之不善乃因社會之情形或教育之程度不及所致此時自當以教育爲重故審判官不專重法律知識更當有教育方法雖求有經驗於教育之人充之對於此等幼年犯罪者儼如父子師弟焉其犯人有不感奮者平其四爲感化處分之改良即感化院是感化院之組織有學堂式兵營式家庭式等若求感化組織之改良則以家庭式爲最善以所以感化者亦得便宜焉其五爲未成年犯罪者之特別處分所謂特別處分者謂處分未成年者與處分成年者異在成年者宜處以自由刑對於未成年者則惟加以譴責而不置之監獄或分別刑之種類如應處懲役者而因其未成年之故處以禁錮是也其六爲短期刑之制限因濫用短期刑之故而自由刑之弊害遂生近時各國皆知其非故加一短期刑以制限最短者不得少於一月因此裁判官不能濫用短期刑必視其犯罪稍重者而後處以二三月以上之短期刑庶因有制限而將來犯罪之數日少也其七爲贖金贖金本係古制犯者聽以金贖罪

現在無之然此法亦有時可用當以其情節而定不得以爲換刑之處分而全廢之也其入爲擴張金刑及假出獄之適用近世各國刑制上亦有罰金然不過以之爲附加刑即附加於自由刑而併處之夫罰金亦有利益總以擴張其適用之範圍而使之成獨立刑爲是至假出獄之制近時各國多用之然其範圍不廣苟獄中之犯罪者果能知所感化而性質改良則使之早出監獄爲是故斯制不能不擴張也其九爲保證制度此制古時亦有之犯罪之人本應處罰今使納保證金或以正當之人保證其不再犯罪即可釋放現英吉利即盛行此制度焉其十爲猶豫行刑此制始於美國之馬沙基色茲市其初僅用於幼年犯罪者其後對於成年犯罪者亦用之自美國用此制之後歐洲大陸諸國及日本皆用之遂爲一般國家通用之制度猶豫行刑者謂雖判定其刑後仍猶豫其執行之謂也十一爲不定期刑此制創始於美國紐約州之依兒馬依那地方各國尙未採用謂對於初犯罪者不定其刑期而置之於監獄以感化改良之視何時能感化改良即釋放之必達此目的而後止不豫定其爲十年或八年也此種制度亦有一定制限無論重罪輕罪必係初犯者年未達三十歲者其人之性質可望改良者施此制者以男子爲限

爲其性質組織則以階級制行之最初爲初級及格之級至三級及格之級到優級後與以條件付釋放過此期間無犯罪然後完全釋放也其施此制有制者以對於犯罪之人不能普及其執行用階級制者以便犯罪之人以自由權之行使與自由權之制限如何即爲濫用自由權庶可改良爲完全之人格也十二爲家宅拘禁此亦一種自由刑拘禁於犯罪者之家宅不於監獄中執行或數月或一年不使之出外也此制古時即有日本亦採用之謂之爲閉門意大利刑典有明文規定各國亦有用之者十三爲地域制限謂限定其居於某地方不使之去如犯竊者不使之到人多處或會場等是是即制限其地域也意大利刑典有明文日本特別法亦有規定如保安條例對於政治犯不使之住居京城即制限地域之一種也十四爲勞役處分此種勞役不在監獄內行之乃於犯人家內強制行之或使到某處修路或使往某處伐木仍令還家務令每日強制其勞動是也十五爲設置特別監獄於普通監獄之外設特種之監獄如幼年監浮浪者監又如今中國之習藝所教養所等是蓋特種之人使之入普通監獄甚有弊害必設置特別監而後刑之目的始能達也十六爲累犯者特別處分法以累犯之人其性質必

惡不易感化改良非爲之加以特別處分不可如美國對於犯三次以上者不問犯如何之罪俱終身禁錮之是也

謙按便宜起訴主義爲岡田所不取而小河取之岡田恐檢察官之濫用職權而小河則恐犯罪者之滋多其用心不同然實際自以岡田之說爲正蓋慈善主義施於有政或不相宜也

第四章 行使刑罰權之保護任務

五十 國家當行使刑罰權時對於在其豫期之目的以外所生之各種損害有避就從寬及救濟之責任此未決拘留之制限（日本刑事訴訟法第七二一條第七三條）保釋（刑事訴訟法第一五〇條）責付（第一五九條）恩赦（憲法第一六條刑事訴訟法第三三一條）復權（刑事訴訟法第三二四條）未決拘留日數之算入刑期（刑法第二一條）停止行刑（刑事訴訟法第三一八條之三第三一九條二項）等規定之所以必要也然國家的保護之任務猶以爲未足立法上及行政上一般漸次有擴張其範圍之勢焉

國家對於犯罪者一面執行其刑罰權然犯罪者亦國家人民之一分子故一面又思所

以保護之此本章所以言附隨於刑罰權之國家的保護任務也國家當行使刑罰權時如在預期目的以內之損害固應使犯罪者受之若損害出於豫期目的以外則當爲之避就使不受之或雖使受之而使之從寬或既受之而思所以救濟此皆國家之責任也此種保護之任務維何第一即未決拘留之制限非一切刑事被告人皆必加以拘留必實有逃亡之虞或有湮沒證據之虞而後拘留之此即限制也其次爲保釋與責付謂對於已受拘留之人而令其覓人保釋或責付於某人而釋放之是也又次爲恩赦已如前述又次爲復權如剝奪公權停止公權等而回復之是也又次則未決拘留之計算入後此應罰之刑期又次爲停止行刑固有種種之理由而停止刑之執行前已述之凡上所述皆國家保護之任務各國皆定之刑事訴訟法焉然近世國家猶以爲未足因更擴張其制度有已行者有未行者

五十一 國家保護任務之擴張不獨爲法理上自然之結果亦實際上不得不副刑事政策之要求者也而其可以認爲擴張保護任務之新規定者即對於無罪者賠償其未決拘留（德與法）救助其因監獄就業之災害（德國一千九百年六月發布之法律日本監獄

法第二八條）在監者之移送病院（日本監獄法第四三條）對於出監者交付衣類及旅費（日本監獄法第七十條）救濟在監者之家族及其他一般對於保護免囚事業之助力等是也

國家之保護任務之擴張就法理上言國家行刑罰權有一定之目的言出於豫期目的而使犯人受損害則國家應有保護之任務此法理上自然之結果也不但此也更從刑事政策言國家之處刑所以刑刑事政策之要求要求維持何謂處罰犯罪乃所以維持國家之安寧秩序然有因處罰金之故而其反動力有害國家之安寧秩序者則國家當保護之其為此擴張保護任務之新規定有種種第一對於無罪者賠償其未決拘留如先勞拘留者及審判後竟無罪則其審判前未決拘留之損害國家當計算其時日而賠償以金錢此其制德奧法三國採用之又不獨未決拘留應受賠償即已決者亦當賠償蓋本爲無罪之人既受拘留之冤抑國家自當有賠償之法現在雖無實行之國將來必有此辦法也第二救助其因監獄就業之損害譬如獄中囚人令上屋作工而落下致傷或使掌機器而受傷而竟致斃此種災害出於刑法豫期之目的以外國家當謀所以救助

之法此在德國以特別法規之日本則規定於監獄法中第三爲在監者之移送病院監獄以內雖有病監然監獄者執行刑罰之處非療治之所也微小之疾尙可移諸病監其重大者自當送病院療治之痊愈以後可再科以拘禁之罰也第四對於出監者交付衣類及旅費出監者因刑期已滿而出監交付衣類及旅費此因監獄內拘禁之人不一有冬入者有夏入者入監以後又有一定制服今既出獄制服固不可用即原有之舊服亦不可用故衣類必須頒發也又犯人之住所或遠或近至無一定設出獄而無歸家之旅費或且轉而更犯他罪矣故旅費又必籌給也第五救濟在監者之家族夫刑罰之目的祇及於個人是爲個人主義不使其家族受其影響然使其家族賴本人以爲仰事俯畜者本人入獄不免因此而受貧困則國家對於其家族當與以相當之救助也第六爲其他一般對於保護免囚事業之助力謂囚人既出獄後爲某種事業雖社會上有任其責者然國亦宜間接監督之故對於免囚事業亦當加以保護而與以相當之助力也

五十二 監視制度雖有主張實驗上有害無效之說者然如英國則利用之功效甚著故利用若得其宜亦可以爲國家之保護制度之一種也

第三編終

第四編 關於國際法之檢察事務

第四編 關於國際法之檢察事務^部

日本法學博士志田鉀太郎口授

歙縣徐謙鑒定

湘潭王熾昌筆述

總論

檢察官一職（日本名檢事英名 Director of Public Prosecutions. 美名 District or Prosecuting Attorney. 法名 Procureur. 德名 Staatsanwalt.）在今日文明各國固無不有之然試爲比較各國間之法制則約分二派一爲英法一爲歐洲大陸法及日本法

檢察制度歐洲大陸派與英美派不同中國似以採用歐洲大陸主義爲宜蓋英美以保守沿革爲主義於外國法律採用甚少故不文法居多所規定之成文法不過用以補助不文法其根本均從習慣而來歐洲大陸各國則以成文法爲根本其習慣法不過補助成文法而已方今各國採用新法多取成文法主義即歐洲大陸主義也

兩者之根本精神全然不同故其結果檢察官之觀念亦自不得不有一大差異也即英美

法以關於社會之事物務避國家之干涉爲立法之精神民事固不待言即關於刑事有侵害權利違反義務時亦由被害者自訴於法廷以求救濟國家毫不干涉之故考諸英國古法惟有檢察長 (Attorney General) 其職務則在有侵害國王權利時求救濟於法廷而已至於關於其他刑事有提起公訴職務之檢察官則當時所未有也降及後世立法者因維持公安上知其有缺點乃於西歷一千八百二十七年 (道光七年) 創設以關於刑事 (稍有制度) 提起公訴爲職務之檢察官 (Prosecutor) 其後至一千八百七十九年 (光緒五年) 遂制定提起公訴法 (Prosecution Act) 焉在英法爲骨隨之北美合衆國亦因同一之理由於檢察長之外創設檢察官 (Prosecutor) (Attorney) 其各州創設之時代雖不同然似皆先於英國也至民事中關於公益之事項如離婚等類亦非無代表國家而參與者 (英 Prosecution Attorney 美 Solicitor) 法制不同其精神亦異英美法律以不干涉人民爲主義必不得已或人民要求干涉時始干涉之歐洲大陸諸國則以干涉爲主義凡國家對於人民力能干涉者皆干涉之其根本精神不同故檢察制度亦不同所謂維持公安者例如偽造貨幣等事有害於國家

公安乃設提起公訴之檢察官以維持之是也

謙按歐洲大陸雖取干涉主義要以公益事項爲限決非濫用干涉以致蹂躪人民之權利也至英美務以不干涉爲主義亦以人民富于法律思想更無待國家之干涉耳兩派雖各不同實視社會程度爲之消息故其收効則一無庸軒輊於其間也

反之歐洲大陸法及日本法則本於以維持公益之目的關於社會之事物必要國家干涉之精神不獨刑事即關於民事國家亦常設置代表公益機關之檢察官而創設此檢察官之沿革則出於法國法即歐洲中世第十四世紀(元成宗大德四年至明惠帝建文元年間)以後法國在王審

判廳(Procureur)爲國王所提起之租稅訴訟創設代表國王之機關名曰代理人(Procureur

général)其後此代理人之權限年年逐漸擴張不獨租稅訴訟上代表國王而已且監督社會之公益而因法院編制法之整頓愈爲發達自一千七百九十三年(乾隆五十八年)至一千八百十年(嘉慶元年)遂至組織配置於各審判廳之檢察官焉德意志之諸聯邦亦皆倣法國設檢察制度至德意志帝國成立時遂配置帝國檢察廳(Reichsanwaltschaft)於帝國審判廳(Reichsgericht)而配置各檢察廳(Landesanwaltschaft)於各聯邦審判廳

(*Oberlandesgericht, Landgericht, Amtsgericht*) 焉 (德國法院編制法一四二條至一五三條普國施行法五八條至六七條) 日本亦倣法國於大審院控訴院地方裁判所區裁判所配置各檢事局是諸君之所知者也 (日本裁判所構成法六條七條一八條三三條四二條五六條七九條至八四條)

歐洲大陸諸國檢察制度起源於法國其完全發達亦在法國當起源時與英國之檢察長無異不過因爲國王之權利見侵害時求救濟於法庭而已英美檢察制度不甚完全於各審判廳置檢察官權限亦小歐洲大陸諸國則檢察廳與審判廳對立各分階級通上下爲一個機關組織完備與英美不同今專就歐洲大陸諸國及日本檢察制度說明之於英美制度則從略焉

在法國及倣法國之日德及其他諸國其檢察廳之組織及職權之範圍亦互有相異之處未能概謂同一也茲說明其相異之處如下

第一組織上之差異以全國檢察廳爲單獨官僚的階段且合通國各法院之察檢爲廳唯一不可分之原則 (*Le ministre public est un et indivisible*) 固法國及倣法國之其他

諸國所同適用者也（在德國此原則唯適用於聯邦國各本國之諸法院間帝國審判廳與各聯邦審判廳之間則不適用之）然法日之檢察官服從其所屬之檢察廳長官之命令以外同時又各得代表檢察廳以行使其職權而德國之檢察官則唯得代表其所屬檢察廳長官以行使職權不能直接代表唯一不可分之檢察廳故可謂德國各檢察廳唯有長官一人而已其下之檢察官皆不過補助者或代理者耳

唯一不可分之原則各國檢察制度大概相同檢察非合議制係獨任制其服從長官之命令上下聯屬與審判不同全國檢察廳雖分各級而聯爲一體猶之一檢察廳所謂唯一不可分也惟法國制度無論何級檢察官可代表全國檢察職務德國制度則但能代表本廳之長官不能代表全國檢察職務各廳之有檢察長官猶軍隊之有軍隊長也

第二職權範圍上之差異檢察廳關於刑事爲提起公訴機關之點則法國及其他做法國之諸國檢察制度所同也至於關於民事所有之職權則諸國不能無異即法國稱檢察官曰法之監視者 (*Gardien du loi*) *Le ministre public est l'œil du gouvernement par lequel sont observés les tribunaux*) 爲監督一般判決且保護法律得爲抗告主張判決之無

效而參與民事之法定範圍則分爲二

其一爲以主當事者（*Principale partie*）之資格參與之際後見婚姻及其他身分關係是也（法國民法八三三、七一三、八五三、九四八、五六至八六〇、八六二、八六三、九一一、九一四、九三〇等）

其二爲以附帶當事者（*Partie accessoire*）之資格參與之際斯有四種

主當事者附帶當事者之資格參照松岡講義

- (一) 關於受通知之事件認爲必要干涉時發抒意見之際（法國民事訴訟法八三）
 - (二) 審判官自其職權上通知檢察官使發抒意見之際（法民訴八三）
 - (三) 在大理院之判決前必使檢察官發抒意見之際（法國千八百二十六年（道光六年）一月十五日法律第四四號）
 - (四) 其他法律上定爲應聽檢察官意見之際（法民訴八三條等）是也
- 然德國關於民事規定檢察官所當干涉之際則極少僅
- 一) 婚姻事件（德民訴六〇七、六一九）

(一) 親子關係事件(德民訴六四〇)

(二) 禁治產事件(德民訴六四六、六五二、六六六、六七五、六七九)

(三) 宣告失踪事件(德民九七四、九七五)之四者而已

而意比和等國則做法國之例奧國嘗設與德國同一之規定其後廢之檢察官之職權唯

限於刑事(奧一千八百五十一年咸豐元年十二月三十一日勅令千八百七十六年光緒二年民

訴改正案千八百九十五年光緒三十一年新民訴法)日本則大體以法國為模範然不以監督

一般民事判決之權限賦與檢察官則其一大差異也(其他日本檢察官關於民事之職

權參照松岡講義)

檢察職權參與刑事各國大概相同參與民事則法國較多德國較少日本更少法國檢察為政府耳目監督審判故於民事之判決無效可以提起抗告日本雖採用法國制度檢察職權不如法國之擴張奧大利檢察於民事全不干涉合觀各國檢察制度蓋法國權力最大英美較小奧大利最小日本與德國則居中等

謙按中國改良司法實以設立檢察制度為一大關鍵蓋中國舊日司法機關雖不能獨

立而慣用壓制手段縱有上訴之階級大半發回原衙門覆審無人立于原告官及當事人之地位小民經官府挫折之下何所陳訴冤抑故審判上之弊端幾於不可究詰現在州縣仍不能免即有一二爲言官所彈劾要不免挂一漏萬且言官僅得諸風聞亦不能確知其中情形又於法律保障司法官之宗旨不能相合故今日司法官制使檢察官爲起訴機關同時又以平等之資格監督審判於法律保障人民權利之義關係甚大學者當于起源處着眼無爲一家之說所囿也

在民事及刑事之外行政上亦有之即如歐洲大陸日本之嚴分立法司法行政三大作用之國法上司法權依獨立之裁判所行之其不許行政權之干涉亦明矣然補助司法權作用之各種行政事務（此名曰司法行政）則又行使司法權所不可缺者故國務大臣中有名曰司法大臣（法 *Ministre des Justice*）者有此職權而檢察廳所行之事務乃司法大臣職權之一部分由是觀之檢察官之職權可謂皆行政上之職權也然所謂狹義之檢察官行政上職權則指關於民事及刑事以外事項之行政上職權而言即在法國司法大臣爲司法行政上監督裁判所使檢察官當其任換言之檢察官在司法行政上有監督裁

判所之職權也故注意法律之施行報告裁判官之行動謀裁判所與裁判所間之交涉事件（例如共助）然德國則謂檢察官既爲行政官而非裁判官若使其監督裁判所是反乎使司法作用獨立於行政作用以外之旨故設法院編制法第一百五十二條之明文禁止之日本法亦與德國同出一義（日本裁判所構成法八一）但裁判官據懲戒法受懲戒之際檢察官得請求開裁判裁判開始之後又得爲原告參與訴訟是則日德法及其他諸國法制所同者也

檢察官以單獨官僚的階段分爲各級聯爲一體司法中之行政本爲狹義之行政職務法國檢察以司法大臣之命令監督審判各國不盡採用者以裁判官本司法獨立之官不合以行政官監督司法但裁判官受懲戒時檢察可以提起公訴此行政上之職權各國大概相同

觀於以上所述可知在英美以外文明國之檢察官職權可分爲民事刑事及行政之三者而自其對外關係觀察之則除行政上職權以外其爲行民事上及刑事上之職權檢察官有不可不知者五事茲於次編分述之

第一治外法權

第二領事裁判權

第三混合裁判

第四在內國適用外國法及在外國適用內國法

第五國際的共助及犯罪人引渡

各論

緒言

據現代國際法上及國內法上之法理言之謂一國之領土乃其國家之統治權所得完全行使之區域也而所謂統治權完全行使者乃指不許他國統治權之行於領土內（國際法上）及其領土內所存在之一切團體個人盡須服從其國家之統治權（國內法上）而言也

古時交通不便荒地甚多無論何國發見新土地可以任意占領現在領土觀念發達均知喪失領土難於恢復而於新得領土尤屬非易故國際法又國內法上於領土皆有一切規定統治權與主權有別主權者一國自主之權統治權則指統治其領土而言有主權雖不完全而統治權自在者如朝鮮國是亦有稱爲領土主權者其實即統治權非主權也

雖然一國之領土內亦似有行使他國統治權者如戰時占領地如附國際地役之領土如

租借地如聯邦國家之領土如二國以上之共同領土是也然是尙非眞例外仍可以解爲一國之統治權在其領土內完全行使者也

兩國戰爭時甲國占領乙國之土地如普法戰爭普占領法地至巴黎於法國地方行使普國之權表面上似有兩國統治權其實地方尙屬法國仍爲法國統治權所在譬如竊人之物物自有主但竊盜係不法行爲占領則規定於國際公法耳附國際地役領土者如乙國介於甲丙二國之間由條約所定戰爭時許某國兵隊通過則乙國附有國際地役領土矣又如河之上下流甲乙二國各分領土甲國在上流乙國在下流乙國若於下流建築礮臺則甲國船艦通過不便二國由條約所定乙國承認不得於下流建築礮臺此與附國際地役領土二者皆由本國自己意思制限之於統治權固無損也租借地謂兩國由條約所定甲國以何地租借與乙國限定若干年若中國之旅順膠州灣等地是此其性質法國學者以爲附期限之割讓地反對此說者以爲租界不過借貸性質不得遂謂之割讓譬如以物假人物仍屬我無害於己國統治權聯邦國家之領土者如德意志各聯邦之上德意志帝國統治權行使於聯邦中似一領土內有兩統治權然聯邦乃

特別之組織其實各國自有統治權帝國與聯邦兩統治權向一方面進行實止一統治權也二國以上共同領土者如奧匈二國共有一土地似有二統治權行使於其上其實止一統治權不過以二國共同行之如民法上之共有以上各種表面似有二統治權其實仍屬一國完全行使之統治權也

然則對於一國領土內之事實一切皆適用其本國法而全然不適用他國法乎曰是又不然或本於國際法或本於國際交通之大義以其本國法承認他國家之法得適用於本國領土內者固不少更爲保他國法適用之效果在本國之領土內爲相當之助力者亦有之而其重要之種類即總論之末所列舉之五者故爲檢察官者既當習其本國法且當明此五者而後始能完全執行其職務也

他國之法適用於本國之領土內並非他國之統治權行使也乃以本國法承認之於統治權之完全行使固無妨害

第一章 治外法權

第一節 名稱

治外法權一語由拉丁語之領外 (Exterritorialitas) 轉化而成英曰 (Exterritoriality) 法曰 Exterritorialité 德曰 Exterritorialität)

領外即領土以外之義英法德名稱皆本之拉丁文領外一語而各從簡

第二節 沿革

無論何國自古代以來對於外國或敵國之使節特爲優遇保護之例實非鮮少治外法權即出乎此故以國際的禮讓與國際的便宜爲其素因而其在國際法上至認爲不可爭之制度者則屬於克羅秋斯 (Grotius) 西歷千五百八十三年明神宗萬曆十一年生於和蘭) 以後也

其初唯專指在他國領土內特定之人(例如君主外交官)或物(例如君主或外交官之所持品)不服從其國領土權之例外關係而言其人或物事實上雖在他國之領土內而國際法仍以在其所屬國領土內之擬制說明之然因在此例外關係之人及物其數漸增且在土耳其所發生之領事裁判權制度(參照次章)漸行於非耶蘇教國與耶蘇教國之間於是治外法權之意義遂爲之擴張凡爲屬地主義領土權作用之例外者除國際私法之適用以外一切概包括於治外法權觀念中說明之然領事裁判權乃國際法之異例將

來非耶蘇教國之法制整頓以後當然須消滅者不過條約上一時之留保而已反之君主外交官等之治外法權則不俟條約乃國際上當然存在之制度因國際法之發達與各國之進步而愈加鞏固故學者謂以此二者在同一觀念之下說明之爲不當者甚多也

中國春秋時諸侯大夫適他國均特別待遇東西洋古代各國對於他國之君主使臣亦因優遇之結果不以己國之法律支配之此治外法權所由發生也治外法權雖以他國權行于本國然于本國統治權無損故拉丁語曰領外若視爲領土以外之行使權利也克羅秋斯以拉丁文着書故學者以拉丁文譯其名爲克羅秋斯其本名固不如是也治外法權始于君主使節後來交通日繁有駐在外國之例因此治外法權漸次擴張學者謂凡在他國而不用他國之法律者皆爲治外法權歐洲各國對於土耳其不用土之法律各用其國之法律此治外法權之起源後加以領事裁判權爲廣義之治外法權然領事裁判權由條約之結果治外法權由國際法所規定專就他國之君主及外交官而言學者有謂治外法權之名稱未當尙須更改以爲明明在領土內何得謂之治外但此說尙非定論

第三節 意義

治外法權一語以廣義言之則制限一國領土權行使之狀態也以狹義言之則一國本於國際的禮讓與國際的便宜對於他國之元首外交官軍隊船舶等不行使領土權之狀態也茲以狹義之治外法權再分析說明之於左（廣義之治外法權乃在狹義治外法權外加以領事裁判權者故參照次章自明）

廣義之治外法權包有領事裁判權非正當之解釋狹義之治外法權不過本國際的禮讓或便宜惟特定之人特定之物有此待遇解釋較爲正當

第一 治外法權者一國對於他國元首外交官軍隊船舶之狀態也

對於特定之人爲治外法權若對於普通人民則爲領事裁判權

第二 治外法權者不行使領土權之狀態也

狀態二字宜注意但曰狀態與權利不同不過國際法上有此治外法權之原則如以爲他國之權利豈所在國應負義務乎且權利必有主體治外法權無所爲主體學者有以君主外交官爲權利目的物者其說非是蓋自所在國言之以爲他國在本國特定之人

有此一種狀態自他國言之不過領外之意日本譯拉丁文爲治外法權加入權字殊未當也

第三 治外法權者本於國際的禮讓與國際的便宜而發生之一國狀態也

治外法權由禮讓與便宜發生故有狀態若領事裁判權則因風俗法律之不同而發生此其異點也

第四節 有治外法權之人及物

第一款 人

有治外法權之人乃元首公使領事及軍人是也

第一元首 (Sovereign) 包含共和國大統領 (法 *Président*) 與否則有異議

元首當然有治外法權此外如攝政王及共和國之大統領亦有之又如羅馬教皇各國以其爲宗教上之首領許其有治外法權至前爲大統領現在已經解任則不得有治外法權

限於加入國際團體而認其爲團體之一主體之國家之元首若有數元首時則各自有此權又因元首有此治外法權故其家族從者等亦有治外法權（不隨從元首之家族有此權否則有爭議）

元首有完全治外法權故其家族從者等亦有治外法權

第二公使（包含大使）（法 *Le Ministre*）又公使中亦不區別特派使節（*Ministre*）
（*Le Ministre*）與特命全權公使（*Le Ministre*）

公使之代理固不待言即公使之家族附於使館之武官及技術員并此等人之家族館員及其家族等皆有治外法權者公使所有之治外法權以自到其駐劄國之日始至去其國止爲期限

公使代表一國故有治外法權其與元首不同者元首一身隨時有治外法權公使則解任後此權消滅即解任後居留駐在國亦無治外法權以其不復有代表資格也

第三領事（法 *Le Consul*）

領事以無治外法權爲原則唯執行公使之職務者或特以條約與以治外法權者則爲例

外（英美雖有條約亦不認在自國之外國領事有治外法權）

領事非外交官非代表國家者本無治外法權此西洋各國之通例惟中國與土耳其有之但條約既有特別之規定謂領事有治外法權亦可

第四軍隊（法 *l'armée*）

一國之軍隊非依國際地役或特別之許可不能駐在通過他國之領土固不待言也然若據上述之原因在他國領土內時則不獨軍隊全部即其各員亦皆有治外法權

軍隊代表一國軍事由條約之結果始有治外法權

第五軍艦乘組員（法 *Personnel de l'équipage des navires de guerre*）

軍艦（又公船）之乘組員不獨艦船上雖上陸時亦有治外法權乘組員如軍艦上一切船員皆是

第二欸 物

第一元首之所屬物

不獨元首所攜帶之物而已雖供使用之物亦有治外法權

元首治外法權完全若所屬物無治外法權則其權不完全也

第二公使之所屬物

公使館其附屬物及公使之私有財產亦有治外法權

第三領事之所屬物

領事若認爲有治外法權時則領事館其附屬物及領事之私有物亦有治外法權

領事惟公文書有治外法權此各國普通之例若因條約之結果其私有物亦有治外法權者

第四軍隊之所屬物

軍隊有治外法權時其營舍攜帶之武器糧食及其他等物亦有治外法權

第五軍艦及其所屬物

不獨軍艦而已凡所謂御用船義勇艦體等亦同有治外法權又不獨船體而已凡艦船上之物亦皆有治外法權

第五節 內容

前節所述各種之人及物所有治外法權之內容非必同一即元首公使軍隊軍艦所有者乃有最廣博內容之治外法權而其共通者則爲左之五種

除此四種之外則治外法權之內容較狹如左之五種亦不過大體共通而已即如一身之不可侵僅對於人而言而物則不然住居亦如此

一 一身之不可侵(法 *Immunité de l'individu*)

不可侵者不能逮捕之裁判之也

二 不服從所在國之裁判權(法 *Exemption de la juridiction ou l'immunité de juridiction*)
不服所在國裁判人與物皆包含之並無分於民事刑事

三 住居之不可侵(法 *Immunité de l'hôtel ou inviolabilité de l'hôtel*)

此亦以人爲限與上一項物均不包在內

四 免除所在國之納稅及負擔(法 *Exemption de tout impôt, de tout taxe*)

此但指直接稅而言若間接仍負擔之如烟草加價是也

五 與本國交通之自由(法 *Liberté de communication*)

此亦當然之事如元首等不得與其本國交通自由則無所謂優遇也

除上五種之外有特別之治外法權如下所舉例是

其他元首有行使本國統治權之不可侵公使有關於公使館內事件裁判權之不可侵又條約上有認公使有對於在留之本國民公開公使館內禮拜堂之權利（法 *ministres* 條約上有認公使有對於在留之本國民公開公使館內禮拜堂之權利（法 *ministres*）者

此皆屬特別之治外法權非共通者其事例繁多不遑枚舉

領事所有之治外法權乃以條約規定者斯時亦唯限於執行其職務所必要之範圍內而已

第二章 領事裁判權

第一節 名稱

領事裁判權一語乃合併領事（英德法皆名 *Consul* 由拉丁語之理事官 *consul* 轉化而成者）及裁判權（英名 *jurisdiction* 法名 *jurisdiction* 德名 *Gerichtsbarkheit*）一語而

成者也英名曰 (Consular Jurisdiction) 法名曰 Jurisdiction de Consul 或曰 Jurisdiction
Consulaire 德名曰 Konsulargerichtshankheit

第二節 沿革

確立國際團體者乃歐美諸國即奉耶蘇教之諸國也然當奉摩登教之土耳其加入時不獨其風俗習慣不同其法律根本上亦與耶教國異於是耶蘇教國以爲派遣領事使掌對於本國人民適用本國法之事則兩者皆有便宜法國首先與土耳其政府締結條約（有 1536 之名稱）（西歷千五百三十五年明嘉靖十四年）之條約爲始其後有十數回條約至今日有効力者則千七百四十年乾隆五年之條約也（歐美諸國皆繼之）英爲千五百八十年明萬曆八年德爲千七百六十一年乾隆二十六年其後與土耳其以外之非耶蘇教國亦締結同種之條約至於今日現行此種條約之國則中國朝鮮土耳其波斯暹羅等是也又嘗有此種條約而今日已廢止之國則日本（千八百九十九年光緒二十五年）廢）之外有羅馬尼亞（千八百七十八年光緒四年）廢）塞爾斐亞（千八百八十三年光緒九年）廢）孟特列克洛（千八百七十八年光緒四年）等埃及在千八百七十六年光緒二年以後以混合裁判制度（以本國人外國人

併爲裁判官之制度）管理國籍相異之外國人間之訴訟及內外人間之訴訟以與領事裁判權併行焉

歐美諸國雖不同洲而宗教相同其風俗習慣亦多相同故其法律彼此可以互相服從惟土耳其宗教不同故各國由條約所定對於土耳其有領事裁判權後此沿此行之日本及中國朝鮮等凡非耶蘇教之國當時不過爲兩國便利起見其後領事濫用此權乃有弊害近來法理發明欲令各國收回領事裁判權先改良本國之法律日本早已達此目的中國將來亦當如此

第三節 意義

領事裁判權者乃本於法制根本差異所締結之特別條約之効力及於所在國領土內本國臣民之裁判權也茲分析說明於左

謙按所在國原作對手國

第一領事裁判權者一國之裁判權也

一國之裁判權與治外法權有限制者不同治外法權乃一種狀態非權利領事裁判權

則一國之權利也

第二領事裁判權者對於在他國領土內之本國臣民者也

第三領事裁判權者本於法制之根本差異依特別條約而生者也

治外法權由法制禮讓便宜發生領事裁判權則本於法制根本之差異而生治外法權規定於國際公法領事裁判權規定於特別之條約此不同之點也領事有治外法權乃條約之結果其實治外法權在普通國際公法不包入領事裁判權

岡田博士著法學通論以治外法權爲絕對權領事裁判權爲相對權如此區別尙覺未當蓋以治外法權爲絕對權無以解領事之治外法權緣領事之治外法權由條約所定無此條約即不能有治外法權豈得謂之絕對權乎余區別治外法權與領事裁判權有二標準一則治外法權非權利乃一種狀態領事裁判權則一國之權利也一則治外法權根於國際之禮讓及便宜領事裁判權根於法制之差異以二者區別之足矣

謙按治外法權與領事裁判之區別前者屬消極後者屬積極此其性質上之一大差異也

第四節 內容

領事裁判權乃由條約上所生之權利故欲詳知其內容不可不引照各條約說明之然恐煩雜過甚故茲唯就中國與日本歐美諸國間之條約述之

領事裁判權之條約始於法國對於土耳其其後各國以法土條約爲模範故其內容大
概相同類皆規定於通商條約

中法條約上 {千八百四十五年(道光二十五年)
千八百五十八年(咸豐八年)}

中美條約 {千八百四十四年(道光二十四年)
千八百五十八年(咸豐八年)}

中英條約 {千八百四十二年(道光二十二年)
千八百五十八年(咸豐八年)}

中德條約 千八百六十一年(咸豐十一年)

中日條約 {明治二十九年即光緒二十五年
明治三十七年即光緒三十年}

中俄條約 千八百五十八年(咸豐八年)

中西條約 千八百六十一年(咸豐十一年)

中白條約 全上

中葡條約全上

中丁條約千八百六十二年（同治元年）

中國與日本歐美諸國之條約關於領事裁判權者皆大同小異故便宜上以中日條約說明之

如中日通商航海條約規定日本領事有裁判管轄權是也

中日條約（明治二十九年）（光緒二十二年） 第三條 規定領事之駐在資格職權裁判管轄特權及免除

第三條規定日本在中國領事有裁判管轄權不言中國在日本領事有此權此所謂片務契約也此條約甚不公平故中日光緒三十年所定條約甚望中國改良法律爲撤去領事裁判權地步

同上第二十條 規定在清國之日本臣民之裁判管轄

規定日本在中國臣民關於身體財產之裁判管轄權專屬日本官吏關於財產訴訟歸日本領事審理判決不受中國官吏干涉

同上二十一條 規定民事訴訟

規定之內容如中國人爲原告日本人爲被告歸日本領事審理判決日本人爲原告中國人爲被告歸中國官吏審理判決

同上第二十二條至第二十四條 規定刑事訴訟

規定日本臣民在中國犯罪被告由日本領事審理依日本法律處罰中國臣民在中國對於日本人犯罪被告由中國官吏依中國法律處罰與二十一條相同二十三條之規定如中國臣民對於日本人負債不償或詐僞逃亡由中國官吏逮捕處分日本臣民對於中國人負債不償或詐僞逃亡由日本領事加以相當之處分二十四條之規定如日本人犯罪逃至中國中國官吏由日本領事之請求而引渡之若中國人犯罪逃至日本則日本官吏由中國官吏之請求而引渡之

同上第二十五條概規定最惠國條款

規定中國若對於他國附與享有一切特權及免除利益日本亦有此利益所謂利益均霑也中國與他國定約大概如此

中日條約（明治三十七年）（光緒三十三年）第十一條 約定將來在一定條件之下撤去領事裁判權

從表面觀之領事裁判權似無大害但濫用此權實爲有害蓋法律上之問題尙可辯論事實上之問題不可究詰故中日條約定將來在一定條件之下先撤去領事裁判權緣此條約甚不公平也

治外法權無論何時不能廢止領事裁判權則條約之結果爲國際法上之例外可以廢止者也

第三章 混合裁判所

第一節 名稱

混合裁判所如其字義與英之 *Mixed Commission* 法之 *Mixed Tribunal* 德之 *Mischgericht* 相當學者中有名曰國際裁判所者 (德 *Internationaler Gericht*) 然是屬誤用且忘其有易與相混同之裁判 (*Mixed International*) 者也

所謂易與混同之裁判所如荷蘭海牙府萬國平和會議乃國際裁判所也

第二節 沿革

混合裁判所者爲欲減少領事裁判制度所生之弊害而創設之裁判所也其最初在西歷千八百四十七年道光二十七年以後設置於土耳其裁判關於民事刑事之內外人關係事項其第一審及第二審皆在君士但丁堡

其後經千八百六十七年同治六年千八百六十九年同治八年千八百七十年同治九年千八百七十二

年同治十一年前後四回條約之結果在埃及亦設置混合裁判所以法英德奧匈意等諸國之

合議規定其編制法而在千八百七十六年光緒二年二月十五日開廷當初本豫定五年間之

期限其後又延期遂以千八百九十年光緒十六年之條約決定永久設置之其第一審在亞歷

山大(Londres)加依羅(Alexandrie)滿斯拉(Belgrade)之三市其第二審則在亞力山大也

土耳其用法國法律其混合裁判於刑事訴訟法尙未規定民事訴訟適用普通國際私法與領事裁判各用其國之法不同用外國人爲裁判官以內國人會同裁判仍用本國法意欲漸次撤去外國人遂純然爲本國之裁判所爲欲減少領事裁判之弊害也惟埃及改良法律適用法國法與之漸次同一故其混合裁判實用本國法律制度尙好日本

未撤回領事裁判權以前亦有主張設混合裁判所者因反對此議者多遂決計改良法律不採混合裁判之制當時大隈伯爵任外務大臣亦主張設混合裁判所反對者以鎗擊之傷其足中國上海地方有會審公堂似有混合裁判之制然一般國際法學者皆以爲無此制不過偶然之事實余恐人誤解混合裁判爲良法故再三說明之中國改良法律自可令各國撤去領事裁判權不採混合裁判制度可也

第三節 意義

混合裁判所者乃出於矯領事裁判弊害之目的爲裁判內外人關係該國家與諸外國之間以特別條約定其組織而設置之裁判所也

第一 混合裁判所者該本國之裁判所也

領事裁判所爲領事對於所在國之裁判混合裁判所則本國之裁判所也土耳其自設混合裁判所後各國領事裁判權漸次縮小蓋雖用外國人爲裁判官仍用本國法律與領事裁判用外國法律不同

第二 混合裁判所者裁判內外人關係事項者也

內外人關係事項不盡歸混合裁判亦有歸領事裁判者如埃及不動產事項則專歸混合裁判其他有歸領事裁判者但加以制限

第三 混合裁判所者該本國與諸外國之間以特別條約規定其組織者也

第四 混合裁判所者有矯領事裁判權弊害之目的者也

第四節 編制及權限

第一款 土耳其

土耳其之混合裁判所有民事與刑事二種民事混合裁判所初設於君士但丁堡嗣後設立二三所分布他處其所管轄唯限於商事及動產事件內國人與外國人間之訴訟裁判官以內國人三名及與當事者外國人同國籍之外國人二名編成之
刑事混合裁判所亦設置於君士但丁堡及多數之大都會審理外國人爲被告之輕罪事件裁判官以內外人各半數編成之（此裁判所事實上尙未爲裁判）

第二款 埃及

混合裁判所第一審以內國人三名外國人四名編成之第二審以內國人四名外國人七名編成之而管轄民事及刑事關於民事則管轄(一)關於在埃及不動產之訴訟(二)內國人與外國之間或外國人間之訴訟關於刑事則管轄(一)外國人所犯之違警罪(二)對於混合裁判所或其編成員所爲之犯罪(三)以妨礙混合裁判所判決執行之目的所爲之犯罪(四)混合裁判所之編成員其職務上所爲之犯罪又自千九百年光緒二十六年以來破產及有關係於破產之犯罪亦歸混合裁判所管轄焉

埃及所用法律取資於法國名雖土耳其其屬國實際上則英屬也故關於外國事項甚繁其用外國人亦不能使居少數其混合裁判之制較土耳其尤爲發達然發達之結果受害不淺歐洲諸國學者所著論說未有言及此制者亦未有主張此制者蓋以埃及本在歐人勢力範圍內之故埃及學者所著之書有反對此制者各國亦不加菲薄其利害多可斷言也

以上各種爲本國自行制限其統治權使他國之法律得行於本國領土之內與前章所云治外法權領事裁判權皆言其制度完成者若如下第四章所述亦係他國之法律行

于本國領土之例但不過爲散漫的適用而已

第四章 在內國適用外國法與在外國適用內國法

有治外法權及領事裁判權之際皆一國之法行於他國領土內者也然在此以外尙有一國之法行於他國領土內者說明此問題之學科俗名曰法律衝突論(英 *Conflict of Laws*) 佛 *Kollision der Gesetze*) 分法之種類

有國際私法學(英 *Private International Law* 法 *Droit International Privé* 德 *Internationales Privatrecht*) 國際刑法學(德 *Internationales Strafrecht*) 國際破產法學(德 *Internationales Konkursrecht*) 國際訴訟法學(德 *Internationales Prozessrecht*) 等名

目焉

各國法律互相通用其法散漫不似混合裁判與領事裁判有一定之制度也學者有謂法律如空氣凡世界人迹所到處皆法律所到處不過遇他國法律時互相衝突反對此說者則謂一國之法律惟限於行使本國境內不能及於他國是二說者一太廣一太狹皆非適當之論夫一國法律原則上但行於本國領土以內然有時亦不能不行於國外

者如本國臣民在外國時有非服從本國法律不可者仍當適用本國法律然臣民既住在他國又當服從所在地之法律因此生出衝突乃不能不有以調和之研究此問題之科學曰法律衝突論其實非衝突乃調和也國際私法學即因各國民法商法之衝突而調和之也國際刑法學即因各國刑法之衝突而調和之也此處國際二字不能與國際法混同不過規定何種事項應從何國法律調和其衝突之處非有國際團體之意義也在此法律衝突論中說明外國法所以能行於內國領土內之問題學者之間議論雖不一然當解釋爲內國法上規定有適用外國法之結果也此規定名曰調和法律衝突之規定又名適用外國之規定日本名之曰法例

將來國際團體親密法學發達必成一國際團體的規則此時尙未達到此程度雖曰調和衝突其實各適用本國之法不能一致也

法學上之議論以適用法於事實之際爲其主眼而法律衝突論之主要題目之事實學者名曰涉外事實涉外事實者包含外國元素之事實也外國元素云者乃指（一）主體（個人或團體）有外國國籍之際（二）客體（物）在外國之際（三）事實（行爲及其他）發生於外國

之際而言也此中(二)及(三)雖無必須說明之前提而(一)則非說明(甲)何人及何團體有內國國籍(乙)在內國有無住所之二前提終難理解者也

衝突問題發生以包含外國元素在內故如外國人在內國之行為及外國物在內國其有此物之人在外國又如事實在外國發生其人在內國所謂外國元素也包含有此所以法律上不無衝突但物爲客體與事實上問題其發生易於調查不必深說惟人爲何人爲何團體或國籍在內國住所在外國則何者當適用外國法何者不適用非研究法理不易明了是即甲國籍乙住所之二前提之問題也

得喪回復國籍(限於人之國際團體之國籍尙未有設概括的規定之國)之原因及其手續在大多數之國常以成文法規定之(日德以特別法(日國籍法德千八百七十年^同

九國籍得喪法)規定之法國則規定於民法中)反之住所之得喪回復之原因手續則全委諸羅馬法以來之法理之國居多茲以國籍及住所之意義說明之於左國籍(英^{之三}

nationality 法 Nationalität 德 Staatsangehörigkeit(三)對於一國家有永續的從屬關係之人

或團體之資格之謂也

國籍爲區別內外國人之標準其定義學說不一有謂組織一國臣民之資格爲國籍者有謂臣民與國家之關係爲國籍者其說均未確當國籍不言臣民而言人與團體包含較廣如余爲日本人在中國擔任職務亦有一時從屬之關係但此關係非永續耳一國臣民之國籍常有變更如甲國之女嫁與乙國之男或乙國之男爲甲國人之養子又或歸化人自由變更其國籍此皆爲國籍得喪變更之問題不能不以法律規定之者故各國均有國籍法中國交通日繁於國籍問題亦當規定至團體之國籍（如公同商務）各國規定尙未完全學者有謂當以其人住所爲斷者或以爲當依許可而定其說未當蓋團體有必經許可而設立者有不必經許可而設立者不可概論不如以住所定團體之國籍爲當又有國籍不分明者亦不得爲內國人但除本國人以外即屬外國人也

住所（英）*Residence*。法 *Domicile*。德 *Wohnort*。在一國家領土內之人或團體所定之活動本據之謂也

各國於住所一項無特別之規定大概規定於民法中羅馬以來即如此所謂活動本據者如有人常居北京一切生活及通信機關皆在於此雖其人不時他往而其住所要在

北京若有人在北京營農工商業或三五年後又移他處營業亦居三五年之久則其住所前在北京者後又在他處即如余今日在北京當教習以三四年爲期則住所在北京一旦移至歐洲則住所又在歐洲總之住所非永遠的亦非一時的大概有三四年之久在某地爲生活本據者乃爲其人之住所也

據以上所述是在內國適用外國法則由內國之國內法規定之反之在外國適用內國法則由其外國之國內法規定之而文明諸國關於此法律衝突論之法規大同小異故以下唯以諸君最易解之日本法爲例述之

注意 一國之領土中陸地以外尙有水面而水面有國內水面與國外水面之別國外水面中雖非無爲他國領土者然其大部分概不屬於何國之領土如外洋（外洋英名 High Seas 法名 Haute Mer 德名 Hohe See, Offener Meer 領海英名 Territorial waters 法名 Mer territoriale, littorale jurisdiction 德名 Territorialer Meer 海灣大洋）是也外洋無論何國之統治權皆不服從而無論何國之船艦又皆得自由航行其航行中之船舶內則行使自國之統治權焉

一國法律以領土爲根本出領土以外遂生衝突陸地領土以及河與海灣皆有所屬至外洋距岸十海里以內爲礮彈所能及尙屬已國之領海若在十海里以外則爲公海公海與無主物不同無論何國不能占領船舶屬於何國船舶上發生之事實即從何國法律處分若如他國之領海即當服從他國之法律遂有衝突問題

第一節 國際私法

在國際私法上外國法適用於本國領土內之際凡有四

國際私法之規定調和各國民法之衝突也本爲一種獨立科學非一時所能說明今姑就最簡單者言之

第一 適用外國人之本國法之際

日本法例三、四五、一四、一五、一六、一七、一八、一九、二〇、二一、二二、二五、二七、

其人無論在何國皆適用本國之法如身分年齡是也年齡如成年未成年有無能力之類各國法律規定不同例如印度人八歲結婚十二歲爲成年無論在何國其責任年齡均當從其本國法不能從他國法也

第二 對於在外國有住所之人適用其住所地法之際

(日法例一二三、一八)

例如甲乙二人同在北京乙向甲借銀百元立有借券其後甲往外國需用此款以乙在北京未便回國取償適丙由外國回北京遂以債權讓渡於丙丙至北京持借券向乙取償此等事項各國民法不同有以爲有效者有以爲無效者假使甲乙丙三人皆係中國人自當適用中國法若三人國籍不同則當從乙之住所地之法律蓋行爲雖在外國而適用之法則以住所地法爲宜

第三 對於在外國有所行爲之人適用其行爲地法之際

(日法例七八、九、一一、二、三)

例如中國人與英國人在日本結有契約其形式及效力均當從日本法成立以後兩人各回本國其契約之效力仍從日本法所謂適用行爲地法也

第四 對於在外國之目的物適用其所在地法之際

(日法例一〇)

例如目的物係不動產在何國即從何國法律因不動產之規定各國習慣不同各國國際私法上之規定均從所在地之法律以所在地調查一切較便利也

第二節 國際刑法

在國際刑法上內國法與外國法併立亦能支配。不同適用者因一國裁判所關於適用外國法之事不裁判故也。外國領土內犯罪之際凡有六。一刑三四。

刑法爲一國公法原則上止能支配本國領土以內不能及於外國然犯罪之人或在外國對於本國犯罪有害本國治安亦可以本國刑法支配於外國領土以內也但各國刑法不同如對於君主國犯於皇室之罪其犯罪人在共和國則該國無此治罪條文非用君主國本國刑法罰之不可又如偽造貨幣之罪既內國人在外國偽造或外國人在外國偽造內國之貨幣於內國貨幣妨害信用在外國即處罰加之或罪名甚輕仍須用內國刑法罰之總之凡法律上有明文內國刑法當支配之者無論其人爲內國外國人其犯罪地爲內國外國地皆當罰之是即所謂國內法支配外國領土內之犯罪也惟刑法衝突與私法衝突不同私法衝突有外國法行使之時即不復行使內國法若刑法衝突

縱犯罪人已受外國處罰回本國時可再加罰之但有時可因而免除或減輕耳

第一 對於皇室之罪（日本刑法七三至七六）

第二 對於國家之罪（日刑七七至七九、八一至八九）

第三 對於貨幣之犯罪（日刑一四八）

第四 關於公文書公印有價證券之犯罪（日刑一六〇至一六二、一六八）

第五 關於生命身體自由財產或信用內國人所犯之犯罪及外國人犯以上之犯罪而

內國人爲被害者時亦同

（日刑一七七、乃至一八〇、一八二、一八五、二〇〇、二〇一、二〇五、二〇六、二一五、乃至二一七、二一九、二二一、二二二、二二五、乃至二二九、二三一、二三六、二三七、二三九乃至二四二、二四四、二四七、乃至二五一、二五四、二五七）

第六 公務員職務上所犯之罪

第三節 國際民事訴訟法

民事訴訟法自其形式上言之乃規定保護私權之手續法也故其所保護之私權不獨限

於一國私法上之權利自公平純理上觀之一國之民事訴訟之支配（不曰適用者其理由與國際刑法同）他國內所存之事實而使發生民事訴訟法上之法律關係亦無絕對的不可然現今國際團體之程度尙未能使各國家互爲便宜以領土之行使讓步至此範圍也民事訴訟法上確定判決之効力不能及於外國之論尙有爲一般通說（亦有反對說）之勢焉（日民訴五一四、五一五、五五七）

第四節 國際刑事訴訟法

刑事訴訟法自其形式上言之乃規定寔行國家刑罰權之手續法也而其所寔行之國家刑罰權之目的則在豫防犯罪而謀國家自存之道故一行爲支配於二國以上刑法之際所起之刑事訴訟即以一國支配他國內之事實而使其發生刑事訴訟法上之法律關係亦無絕對的不可之理然在今日之國際關係（與民事訴訟法所述同）刑事訴訟法之効力不能及於外國乃學者間之定說而無人有異議者故亦莫如之何也（日本刑法五條）

民刑訴訟法非實體法乃手續法各國各自適用其手續本無問題其成爲訴訟衝突問

題者在乎一國之判決其効力能否及於他國也例如債務訴訟在中國審判廳判決當查封其財產而其財產在日本不能以中國判決之効力即及於日本而查封之尙須由日本加以裁判方可查封刑事亦然刑法之支配雖可及於外國而刑事訴訟法之逮捕人犯等事當由外國執行不能徑往逮捕也夫民法刑法之効力既可及於外國理論上則其訴訟法之効力亦當及於外國將來國際民刑訴訟法發達或當定一通行規則使內國訴訟効力及於外國方爲完全但此時尙不能辨到耳

第五章 國際破產法

破產法乃規定債務者在以其財產不能完濟債務之財產狀態之際以使一切債權者得其公平滿足爲目的之手續法也故債務者之財產若散在二國以上之際而欲使總債權者得公平之滿足則當一國起破產事件時即以其國之破產法支配他國內之事寔而使發生破產法上之法律關係斯不獨無絕對的不可之理且可謂有寔際上之必要者也然在今日之國際關係（與國際民事訴訟法所述同）尙未能達此域破產法上之宣告破產効力不能及於外國之論尙有爲一般通說（亦有反對說）之勢焉

例如有中國人受中國裁判所宣告破產其財產全額值一百萬元在中國者止值二十萬圓在日本與英國者共值八十萬元中國宣告破產之効力不能及於外國則債權者損害不少將來法律進步必使一國破產之効力可以及於外國方爲完善今日尙未能達此域也

本章所述外國法外國法之適用惟國際私法各國規定稍爲完全然不過各國國內法所規定尙非國際團體所規定他如國際刑法國際民刑訴訟法國際破產法均未發達所以有下第五章國際的訴訟共助及犯罪人引渡之說明也

第五章 國際的訴訟共助及犯罪人引渡

關於民事一國之私法雖有適用於他國領土內之際而民事訴訟法則反是確定判決在他國領土內有効力與否尙屬疑問故欲達民事訴訟之目的保護涉於二國以上領土之私權使無遺憾則一國對於他國有求訴訟手續上助力之必要（國際的民事訴訟共助）又關於刑事一國之刑法雖有支配他國領土內犯罪之際而刑事訴訟法之効力則皆以爲絕對不能及於他國領土內故亦與民事訴訟同有對於他國求訴訟手續上助力之必

要也（國際的刑事訴訟共助）又在刑事訴訟當執行確定判決効力之刑時若犯罪人在外國則非請求外國交付其犯人後不能執行刑罰（犯罪人引渡）故本章說明此三者以見國際關係之缺點現今如何補充之也

第一節 國際的訴訟共助

國際間訴訟上之共助（英 *Commination to the foreign country* 法 *Commination internationale* 德 *Internationales Rechtshilfe*）一面以國際法上條約規定之一面

以締盟兩國之國內法規定之而其意義與國內訴訟上之共助同故可以下左之定義

（明治二十九年光緒二十二年）日德議定書二條（明治三十一年光緒二十六年）日西議定書六條其他

法瑞條約奧塞條約法巴條約及海牙國際法會議決議（明治三十八年光緒三十三年）因外國裁

判所囑託之共助法和法院編制法一七五意民訴訟九四五奧法院編制法三八至四〇

德民訴法一一〇英千八百五十六年（咸豐六年）法一一三章美千八百六十三年（同治二年）法四

〇七一至四〇七四章）

因外國裁判所之囑託就關於民事或刑事之訴訟事件送達書類及調查證據所爲之

法律上輔助之謂也（日共助法一一日裁判所構成法一三二）

國際間之訴訟共助原則上以管轄當處理其所託事務之地之裁判所爲之若受託事項屬於他裁判所管轄時則受託裁判所以其囑託移送於管轄裁判所（日共助法一二二）受外國裁判所共助之囑託時其當執行與否必須先察其具備左之條件與否而後決定之（日共助法四）

第一 其受託事項據內國法許其施行者

第二 受託事項屬於受託裁判所之管轄者但若不屬其管轄時可以移送其囑託於管轄裁判所

第三 相互條件之存在者

國際的訴訟共助之際一國之裁判所處理他國裁判所所囑託之事項時須從本國之訴訟手續（日共助法三）

訴訟共助就國內言如民刑事事件屬於甲裁判所者其證人證物在乙裁判所甲裁判所可用文書通知乙裁判所託其代爲訊問調查所謂訴訟共助也國際上亦然如甲國有

民刑事事件其證人證物在乙國亦可託乙國調查訊問但國際訴訟共助大概由條約規定已國之裁判官亦當使知共助方法遇有他國託其共助時始能辦理一切日本與各國所定條約可以參考

第二節 國際間之犯罪人引渡

國際間之犯罪人引渡(英 Extradition 法 Extradition 獨 Extradition)云者乃一國本於條約交付犯罪之他國臣民於其本國或交付在他國領土內犯罪之人於其國之謂也。

如本國人在他國犯本國之罪又或在本國犯罪後逃至他國由本國要求他國引渡此等辦法必由兩國條約規定何種犯罪可以引渡何種不能引渡各國訂約大體共通之內容略述於左

茲以此定義分析之則犯罪人引渡有左之二種其要素略異第一本於條約一國交付犯罪之他國臣民於其本國之際第二本於條約一國交付在他國領土內犯罪之人於其本國之際

今以此二種犯罪人引渡之要素分爲(一)條約(二)犯罪人(三)犯罪(四)引渡之四者說明之於左

第一款 條約

一國所罰之犯罪有在他國領土內犯者有在其本國犯後而逃至他國領土內者因此文明各國遂以條約互規定犯罪人之引渡以期達各自刑法之目的(國際法上)而締結此條約之國又以國內法制定其引渡之手續以爲制限憲法所保障各人身體自由之理由(國內法)故謂犯罪人引渡爲對於領土權或司法權之例外之見解乃不通之謬論也(參照明治十九年^{光緒十二年}日美犯罪人引渡條約明治二十九年^{光緒十二年}日德議定書明治三十年^{光緒三年}日西議定書明治二十年^{光緒十三年}逃亡犯罪人引渡條例其他歐美諸國間之條約及法律)

犯罪人之引渡基於條約條約又基於國內法日美犯罪人引渡條約最爲完全由日本憲法上規定臣民之身體自由不得侵害故規定逃亡犯罪人引渡條例各國資爲模範也

第二款 犯罪人

一國依條約所當引渡於他國之犯罪人要非本國臣民（認本國臣民亦可引渡者英米所採用之主義也）若爲請求引渡國以外之國（第三國）之臣民時則條約上多附以特別約款即或有（一）受請求國任意對於第三國發通知之約款或有（二）對於第三國之通知亦爲任意而得以犯罪人爲第三國臣民之故拒絕其引渡之約款或有（三）必須通知第三國且必須得第三國之同意而始能引渡之約款此三者中以第三種爲最普通者也

犯罪人引渡如係本國臣民原則上不能引渡英美亦有例外若引渡他國之臣民則各國往往有特別之約款其最普通者如上第三種是也

數國同以此一人爲犯罪人而請求引渡時（例如甲國臣民在乙國領土內犯罪後逃至丙國時）則以當應犯罪於其領土內之國之請求說爲正當之見解（千八百八十年_{光緒六年}）

英國阿克斯風兒特所開國際法會議之決議（反對說則謂當引渡於犯罪人所屬國）

如甲國人在乙國領土內犯罪應聽乙國要求以犯罪地爲標準也

然同一人在數國之領土內各爲犯罪而受數國之請求引渡時則學者之見解紛紛不一

也

如一人在甲乙丙丁四國領土內各爲犯罪四國皆請求引渡國際法上之學說亦多要以引渡於最先請求之國之學說爲最普通也

第三款 犯罪

發生犯罪人引渡問題之犯罪種類雖常規定於條約中然在所指定以外之犯罪（準其所指定之犯罪者）雖引渡亦無妨（國際法上）唯以國內法限定犯罪種類者則不在此限（國內法上）在犯罪人引渡問題以外之犯罪即不能引渡之犯罪則如左

條約指定以外之犯罪亦有引渡者但不能引渡者有四種

第一 政治上之犯罪 英 Political Criminals 法 Crimes Politiques 德 Politische Verbrechen)

各國政體不同有在君主國以爲犯罪在共和國不以爲犯罪者

第二 陸軍軍人逃亡罪 英 Desertion from military service 法 Desertion des Soldats 德 Militärische Desertion)

第三 違反稅法（英 Non-compliance with Laws 法 德 Delikt gegen die Finanzhoheit
Violantes des Finanzhoheit

第四 違反行政上之特別法（英 Non-compliance with Regulations 法 德 Delikt gegen die Verwaltungsgesetze
Violantes des systeme d'Administration 德 Delikte gegen die Verwaltungsgesetze
(三)

以上四者即請求引渡被請求國亦不能引渡蓋政治上之犯罪或輕罪普通皆不引渡也

第四款 手續

請求犯罪人引渡及受此請求皆行政之一部分故須依外交手續（有謂當依司法上手續之說者誤也）當由請求國之外務大臣經公使之手對於被請求國之外務大臣請求引渡而被請求國判定其所受請求當否之方法則有數派茲舉其重要者二派其一為英派專委諸裁判所其裁判為公開然其判決雖認引渡為正當時而仍不能拘束外務大臣使其必引渡也其二為法派專委諸行政處分秘密行之於檢察官之前訊問犯罪人後檢

察官以其所調查之文書提出於司法大臣然後大統領據此以決定焉

法派專委諸行政處分秘密調查手續甚爲妥當英派必經外務大臣判定亦慎重也

請求犯罪人引渡時須送何種文書則諸國條約殊不一致即第一唯以有委囑逮捕犯罪之文書即足者（法白條約）第二必要證明送還犯罪人於請求國所以正當之理由之文書者（大多數條約）第三必要其他之一切人証書証者（英美條約）

余謂三者之中以第二種爲可採用第一種則失之簡略第三種又失之煩瑣也

受犯罪人引渡國之裁判所原則上不能在請求引渡理由之犯罪以外以他種犯罪處罰之若新發見有犯罪時則當以其犯罪爲理由再送請求書於引渡國也

如在請求引渡理由之犯罪以外以他種犯罪處罰之則爲詐欺行爲故原則上不許也

陸上 領土外
領土內

水上 國內水
外海

以上所述雖極簡單然于檢察官之職務可以適用大凡世界上土地不外水陸在陸上有領土外與領土內之別在水上有國內水上與外海之別今檢察官逮捕犯人或執行

判決其在陸上則當先審查其人之犯罪在領土內或在領土外若在領土外則但能適用請求引渡方法不能遽用本國訴訟手續逮捕執行即在領土內又當審查其地爲租界與否其人有治外法權與否且其國有領事裁判權與否如無領事裁判權又當認其有法律衝突問題否有衝突問題又當審其或適用本國法或適用行爲地法或適用所在地法此種問題在刑事上尙有普通之例在民事上極其複雜如應用外國法時則不能適用內國法也就水上言之則先當分別其爲國內水上與外海國內水上爲領海外海爲公海在公海時則以船舶爲根據若爲己國船舶則得於其上逮捕搜查若爲他國船舶則不能于其上逮捕搜查若在領海于他國船舶上固能爲逮捕搜查之處分然或爲軍艦或係有治外法權與領事裁判權之船艦仍不能爲此等處分此不過就水陸各舉其例如能適用前所述各種法理應付亦自無窮也

中華民國元年八月第一版

定價 大洋一元

編輯者

檢察制度研究會

發行者

北京順治門內東太平街



印刷者

寺島榮之助

代售處

京外各大書坊