

自纂刑誅法通論

平
論
理

李
淵
若



民國二十七年十月印刷
民國二十七年十月發行

刑事訴訟法通論 (全一冊)

◎ 實價國幣

(郵運匯費另加)



編者 郁 懿 新

發行者 中華書局有限公司
代表人 路錫三

印刷者 香港九龍北帝街
中華書局印刷所

總發行處 廣州漢民北路
中華書局發行所

分發行處 各埠 中華書局

(110911)

序

郁君懿新從余治法學有年。當其在校時，常見其孜孜矻矻，手不釋卷；平日質疑問難，條分縷析，至精至微，故每試輒列前茅。畢業後，執行律務；而對於學理之探討，仍不遺餘力。近本其歷年研究所得，草成刑事訴訟法通論一書，洋洋十數萬言，就政於余，並囑爲之序。余披閱一過，喜其取材精審，闡述詳盡；而舉例之親切，文筆之簡賅，尤爲不可多得。斯篇之刊行，不惟足供後學之研求，且足供司法者之參攷，其有裨於刑事訴訟法之運用，實非淺鮮，故樂爲之序。

中華民國二十六年五月李謨序於海上

刑事訴訟法通論目錄

題字一幀

序

緒論

第一章	刑事訴訟概論	一
第一節	刑事訴訟之意義	一
第二節	刑事訴訟之種類	三
第三節	刑事訴訟之方式	四
第四節	刑事訴訟之條件	五
第二章	刑事訴訟法概論	八

第一節	刑事訴訟法之意義	八
第二節	刑事訴訟法之目的	九
第三節	刑事訴訟法在法律上之地位	一〇
第四節	刑事訴訟法之主義	一一
第一款	勵行主義與便宜主義	
第二款	處分主義與職權主義	
第三款	實體真實發現主義與形式真實發現主義	
第四款	直接審理主義與間接審理主義	
第五款	言辭審理主義與書面審理主義	
第六款	自由心證主義與法定證據主義	
第七款	公開審理主義與祕密審理主義	
第八款	當事人同等主義與當事人不同等主義	
第五節	刑事訴訟法之淵源與沿革	一七

第一款 刑事訴訟法之淵源

第二款 刑事訴訟法之沿革

第一項 各國刑事訴訟法之沿革

第二項 吾國刑事訴訟法之沿革

第六節 刑事訴訟法之法律關係……………二〇〇

第七節 刑事訴訟法與民事訴訟法之關係……………二〇一

第八節 刑事訴訟法與刑法之關係……………二〇一

第九節 刑事訴訟法之解釋……………二〇二

第十節 刑事訴訟法之程序……………二〇三

第十一節 刑事訴訟法之效力……………二〇四

第十二節 刑事訴訟法之法例……………二〇五

本論

上部 總論

第一編 訴訟主體

第一章 法院……………二一九

第一節 法院之意義……………二一九

第二節 法院之組織……………二二〇

第三節 法院之審判權……………二二一

第四節 法院之管轄……………二二三

第一款 管轄之意義

第二款 管轄之效力

第三款 管轄之種類

第一項 土地管轄

第二項 職務管轄

第三項 合併管轄

第四項 指定管轄

第五項 移轉管轄

第六項 管轄錯誤

第七項 訴訟協助

第五節 法院職員之迴避.....四八

第一款 推事之迴避

第二款 其他職員之迴避

第二章 當事人.....五五

第一節 原告.....五六

第一款 檢察官

第二款 自訴人

第二節 被告.....六三

第三節 其他訴訟關係人.....六六

第一款 辯護人

第二款 輔佐人

第三款 代理人

第二編 訴訟程序

第一章

總論

第一節 訴訟行爲

第一款 訴訟行爲之意義

第二款 訴訟行爲之種類

第三款 訴訟行爲之效力

第四款 訴訟行爲之手續

第一項 文書

第二項 送達

第五款 訴訟行爲之時期

七五

七五

第一項 概說

第二項 期日

第三項 期間

第六款 訴訟行爲之處所

第二章 被告之傳喚

..... 一〇二

第一節 傳喚之意義

..... 一〇三

第二節 傳喚之機關

..... 一〇五

第三節 傳喚之程序

..... 一〇五

第四節 傳喚之效力

..... 一〇六

第三章 強制處分

..... 一〇七

第一節 概說

..... 一〇七

第二節 被告之拘提

..... 一〇八

第一款 拘提之意義

第二款 拘提之機關

第三款 拘提之原因

第四款 拘提之程序

第五款 拘提之效力

第二節 被告之通緝…………… 一一四

第一款 通緝之意義

第二款 通緝之機關

第三款 通緝之程序

第四款 通緝之效力

第四節 現行犯之逮捕…………… 一一八

第一款 現行犯逮捕之意義

第二款 現行犯逮捕之原因

第三款 現行犯逮捕之程式

第四款 現行犯逮捕之效力

第五節 被告之羈押……………一一二

第一款 羈押之意義

第二款 羈押之機關

第三款 羈押之原因

第四款 羈押之程序

第五款 羈押之效力

第六款 羈押之停止

第一項 具保

第二項 責付

第三項 限制住居

第七款 再執行羈押

目錄

第八款 羈押之撤銷

第六節 搜索……………一三九

第一款 搜索之意義與條件

第二款 搜索之限制

第三款 搜索之機關

第四款 搜索之程序

第七節 扣押……………一四四

第一款 扣押之意義及原因

第二款 扣押之物件

第三款 扣押物之處置

第四款 扣押之程序

第四章 被告之訊問……………一四九

第五章 證據之調查

一五五

第一節 總說

一五五

第一款 物證

第一項 勘驗之意義

第二項 勘驗之程序

第三項 勘驗之機關

第四項 勘驗之證據力

第二款 人證

第一項 證人之意義

第二項 證人之傳喚

第三項 證人之權利

第四項 證人之義務

第五項 證人之訊問

第三款 書證

第一項 證書之意義

第二項 證書之種類

第三項 證書之效力

第四項 證書之調查

第四款 鑑定及通譯

第一項 鑑定

第二項 通譯

第六章 裁判

第一節 裁判之意義

第二節 裁判之種類

第三節 裁判之根據

第四節 裁判之成立

一九一

一九一

一九二

一九五

一九六

第五節 裁判之諭知……………一九八

第一款 宣示

第二款 送達

第六節 裁判之確定……………二〇三

第一款 判決之確定

第二款 裁定之確定

第七節 裁判之效力……………二〇六

下部 各論

第一編 第一審

第一章 公訴……………二一一

第一節 概說……………二一一

第一款 公訴之意義

第二款 公訴之目的

第三款 公訴權之性質

第四款 公訴權之發生行使及消滅

第二節 偵查……………二二四

第一款 偵查之意義

第二款 偵查之目的

第三款 偵查之程序

第四款 偵查之機關

第五款 偵查之開始

第一項 告訴

第二項 告發

第三項 自首

第六款 偵查之實施

第七款 偵查之終結

第三節 起訴……………二三七

第一款 起訴之意義

第二款 起訴之程序

第三款 起訴之撤回

第四款 起訴之效力

第四節 審判……………二四一

第一款 審判之意義

第二款 審判之開始

第三款 審判之準備

第四款 審判之程序

第五款 審判之筆錄

第二章 自訴……………二七一

第一節 概說……………二七一

第一款 自訴之意義

第二款 自訴之主體

第三款 自訴之程式

第四款 自訴之限制

第五款 自訴之審判

第六款 自訴之撤回

第七款 自訴之擔當

第八款 反訴

第二編 上訴

第一章 通則……………二八三

第一節 上訴之意義……………二八三

第二節	上訴之主體	二八四
第三節	上訴之範圍	二八七
第四節	上訴之期間	二八八
第五節	上訴之程序	二八九
第六節	上訴之捨棄及撤回	二九〇
第一章	第二審上訴	二九三
第一節	第二審上訴之意義	二九三
第二節	第二審上訴之程序	二九三
第三節	第二審上訴之範圍	二九四
第四節	第二審上訴之審判	二九五
第二章	第三審上訴	二九八
第一節	第三審上訴之意義	二九八

第二節	第三審上訴之程序	二九九
第三節	第三審上訴之理由	三〇一
第四節	第三審上訴之審判	三〇六

第二編 抗告

第一章	抗告之意義	三一二
第二章	抗告之主體	三一三
第三章	抗告之客體	三一四
第四章	抗告之程式	三一五
第五章	抗告之效力	三一六
第六章	抗告之裁判	三一七
第七章	再抗告	三二〇

第八章 準抗告……………三三一

第四編 二再審

第一章 再審之意義……………三二三

第二章 再審之原因……………三二五

第三章 再審之聲請……………三三八

第四章 再審之審判……………三三三

第五編 非常上訴

第一章 非常上訴之意義……………三三六

第二章 非常上訴之提起……………三三七

第三章 非常上訴之調查……………三三九

第四章 非常上訴之審判……………三三九

第六編 簡易程序

第一章 簡易程序之意義……………二四一

第二章 簡易程序之要件……………二四一

第三章 簡易程序之開始……………二四二

第四章 簡易程序之審判……………二四四

第五章 正式審判之聲請……………二四五

第六章 處刑命令之效力……………二四九

第七編 執行

第一章 概說……………二五一

第一節 執行之意義……………二五一

第二節 執行之時期……………二五二

第三節	指揮執行之機關	二五二
第四節	指揮執行之程式	二五三
第五節	執行之次序	二五四
第二章	刑罰之執行	三五四
第一節	死刑之執行及停止	三五四
第一款	死刑之執行	
第二款	死刑之停止	
第二節	自由刑之執行及停止	三五六
第一款	自由刑之執行	
第二款	自由刑之停止	
第三節	財產刑之執行	三五八
第三章	其他之執行	三五九

第一節	處分扣押物	三五九
第二節	撤銷緩刑宣告之聲請及其裁定	三五九
第三節	更定刑及定應執行刑之聲請及其裁定	三六〇
第四節	免服勞役之處分	三六〇
第五節	易服勞役之處分	三六〇
第六節	保安處分之執行	三六一
第七節	訓誡處分之執行	三六一
第八節	聲明疑義或異議及裁定	三六一
第八編	附帶民事訴訟	
第一章	概說	三六四
第一節	附帶民事訴訟之意義	三六四
第二節	附帶民事訴訟之訴權	三六四

第三節	附帶民事訴訟之主體·····	二六六
第四節	附帶民事訴訟應適用之法律·····	二六七
第二章	訴訟程序·····	二六八
第一節	起訴·····	二六八
第二節	審判·····	二七〇
第三節	上訴·····	二七二
第四節	再審·····	二七五

刑事訴訟法通論

緒論

第一章 刑事訴訟概論

第一節 刑事訴訟之意義

刑事訴訟者，即國家行使刑罰權，而確定其存在與否以及範圍廣狹爲目的之法律關係之程序也。故與民事訴訟之以保護私權爲目的者，其義迥然不同。蓋國家對於人民之犯罪，於其犯罪行爲實際發生之時，依法即有科刑之權。而欲此科刑權施行之正確，則惟有待於依法定程序而次第進行，此所以須有刑事訴訟也。茲析其意義如次：

(一) 刑事訴訟者，國家之審判程序也。古代民智未啓，私鬥殺戮之慘，恆有所見，蓋取報復主義之結果也，以故家庭之安寧，國家之利益，爲之剝奪殆盡。其後人事日繁，奸頑愈甚，於是不

得不制刑以示警。既有實體法之設，則非審判不足以理枉直。既須審判，則無一定之程序，自無從準則。而此審判程序，即謂為刑事訴訟。

(二) 刑事訴訟者，三面法律關係之程序也。

刑事訴訟之成立，必基於追訴及處罰，而追訴則必先有原告之請求，（在公訴為代表國家之檢察官（參照二二〇）在自訴為自訴人（三一））被請求而與之對立者為被告，法院則代表國家，超然於兩者之間，為審理裁判之職務，故必有法院，原告，被告，三面相維繫之法律關係，始得謂之刑事訴訟。

(三) 刑事訴訟者，為國家行使科刑權之審判程序也。

國家對於人民之犯罪，其行為者為何如人？既已依法偵查屬實，而進行審判矣。於是國家即根據其握有之科刑權，而後判斷其應否科刑，以及應科何等之刑，以冀行使之正當，而達刑罰之目的，故曰：刑事訴訟者，即國家行使科刑權之審判程序也。

(四) 刑事訴訟者，確定國家刑罰權之存否之審判程序也。

刑事訴訟，既為三面之法律關係，則其由追訴而進行，而終結，各方之行為，以其權利義務之關係，而必相聯絡，故舉凡相連之行為，即以實行刑罰權為目的之訴訟行為也。

(五) 刑事訴訟者，確定國家刑罰權範圍之審判程序也。

刑事訴訟，其目的既在確定刑

罰權之存否及範圍，故凡非以確定刑罰權爲目的者，縱同爲國家之審判程序，不得謂爲刑事訴訟。刑罰權之範圍，祇及於訊問被告，是否犯罪，應否科刑，以及應科何等之刑。至於偵查犯罪，執行判決等程序，學者雖有謂與刑事訴訟，有不可分離之關係，然實係審判外之其他程序，不涉及刑罰權之範圍也。

第二節 刑事訴訟之種類

刑事訴訟，因觀察點之不同，得析之爲下列三類：

(一) 通常刑事訴訟與特別刑事訴訟。

此就適用之法規而論，蓋所謂通常刑事訴訟者，

卽依普通刑事訴訟法審判之刑事訴訟也。而特別刑事訴訟者，乃對於通常刑事訴訟而言，例如依海陸空軍刑事訴訟法而爲審判之刑事訴訟皆是。至於縣知事兼理司法之刑事訴訟，則仍謂之通常刑事訴訟。以其雖首須適用縣知事審理訴訟暫行章程，然仍應準用刑事訴訟法。

(二) 法院之刑事訴訟與法院以外其他官署之刑事訴訟。

此就審判之機關而論，蓋凡

刑事訴訟事件，在依法院組織法，所設立之法院爲審判之程序者，謂之法院之刑事訴訟，如不屬於上項法院之審判，而由公安局所辦之違警事件，兼理司法之縣政府所爲之刑事訴訟事件，以及以前由高級軍官依懲治盜匪條例而爲審判之盜匪案件，由特種刑事臨時法庭審判之反革命案件等等，則皆法院以外其他官署之刑事訴訟也。

(三)正式刑事訴訟與簡式刑事訴訟。此係指施行之訴訟程序而言。凡依刑事訴訟法所規定之通常刑事訴訟程序審判者，則卽所謂正式之刑事訴訟也。否則依刑事訴訟法所規定之簡易程序而爲審判者，則簡式之刑事訴訟也。

第二節 刑事訴訟之方式

舊刑事訴訟法，乃以公訴爲原則，而以自訴爲例外。其自訴之範圍，僅限於初級法院管轄之直接侵害個人法益之罪，及告訴乃論之罪。而現行刑法第三百一十一條云：「犯罪之被害人，得提起自訴，但以有行爲能力者爲限。」則不論任何之罪，祇須自訴者，具備有行爲能力一條件，均可以提起自訴矣，其範圍較舊刑法之廣狹爲何如？由是可知吾國關係刑事訴訟之主義，亦仿

近代文明國家之先例，以個人彈劾主義，及國家彈劾主義，二者兼採並用。誠以彈劾主義，法院超然於原被之間，以原被之相互攻防，而求事實之真相，則審判自易於公平。蓋偵查審判，分隸二人，則審判者自無成見之足言也。且事有專職，則辦理易臻完善，而故入人罪，以及掩護己失諸弊，自皆可免矣。較之糾問主義，凡彈劾主義之利，均為其弊者，其優劣為何如？宜乎近世各國，棄之若敝屣矣。至於吾現行刑事訴訟法，所以一反曩昔之成例，而擴大自訴之範圍者，實以事主之冤抑，非檢察官切身之痛苦，以是而稍有忽略，則應起訴者置之不理，而不應起訴，或事主之不願起訴者，反強自起訴；且或以偏私之故，一條文之出入，故輕故重之弊，在所難免。若以是而致治獄不平，則豈立法之本旨？故刑事訴訟，實以採個人彈劾主義為優。

第四節 刑事訴訟之條件

刑事訴訟之條件者，凡為刑事訴訟，所必須具備之要件也。茲將刑事訴訟之一般要件，分別述之，以明其觀念。

(一) 狹義訴訟條件，與廣義訴訟條件。

刑事訴訟在起訴時，所應具備之條件，為狹義的

訴訟條件。例如在公訴，檢察官必須因告訴發自首，或其他情事，知有犯罪者，庶應即刻偵查犯罪及證據。（第二百零七條）由檢察官向該管法院，提出起訴書爲之。（第四三條）設偵查起訴者而非檢察官，或雖爲檢察官，而不以起訴書爲之，則公訴不成立，以不備構成公訴之要件也。在自訴，雖犯罪之被害人，皆得提起自訴，然尙須以有行爲能力者爲限。（第三一一條）故凡祇具犯罪被害之事實，而被害人爲無行爲能力者，或限制行爲能力者，猶不能起訴。且提起自訴，亦應向管轄法院，提出自訴狀爲之。至於廣義的刑事訴訟條件，即包括一切訴訟行爲所必須具備之條件，例如刑法第二百零七，二四三，二四七，三一，三三六，三五三，三六七，四六〇條所列者。

（二）通常訴訟條件與特種訴訟條件。

所謂通常刑事訴訟條件者，即指一切的刑事訴訟行爲，所共同必須具備之條件，即如對無論犯何種之罪之被告爲審問，必依刑事訴訟法之規定，由有管轄權之法院爲之。特種之訴訟條件者，謂僅對於某種訴訟行爲，所必須具備之條件也。例如刑事訴訟法第二百十三條規定，刑法第二百三十條之妨礙風化罪，非本人之直系血親尊親屬，及配偶或其直系血親尊親屬，不得告訴。刑法第二百三十九條之妨礙婚姻及家庭罪，非配偶不得告訴。刑法第二百九十八條之妨礙自由罪，被略誘人之直系血親，三親等內之旁系血

親，二親等內之姻親，或家長家屬，亦得告訴。刑法第三百十二條之妨礙名譽及信用罪，已死者之配偶，直系血親，三親等內之旁系血親，二親等內之姻親，或家長家屬，得爲告訴等，凡此親告罪，其得爲告訴人之身份，非他罪告訴人所應具備之要件。

(三) 強行訴訟條件與任意訴訟條件。

強行訴訟案件者，即對於每一訴訟行爲，必然具備之條件。例如法院對於該案件，有無管轄權，應以職權調查之是。任意訴訟條件者，即非法律上所絕對必要之條件。例如刑訴法第十八條之規定，當事人遇有左列情形之一者，得聲請推事迴避。1. 推事有應自行迴避之情形而不迴避者。2. 推事有第十七條以外之情形，足認其執行職務，有偏頗之虞者。是法院對於該當事人，聲請之調查，須因當事人之聲請，故謂之任意的訴訟條件。

(四) 積極訴訟條件與消極訴訟條件。

欲某一訴訟行爲之有效成立，必須具備法定之條件，此之謂積極條件。例如告訴乃論之罪，(刑法第二百二十一至二百三十條)須經過合法告訴，庶得成立。如依本法，無得爲告訴之人，該管檢察官，得依利害關係人之聲請，指定代行告訴人(二一五)所以防犯罪人之倖逃法網，無從處罰也。且必須告訴之人，自知悉犯罪之時起，於

六個月內爲之。(二一六)否則以時效完成而不成立。反之，如爲有效成立所不能具備之條件，即爲消極訴訟條件。例如上訴之提起，必須原判未經確定是也。

第二章 刑事訴訟法概論

第一節 刑事訴訟法之意義

刑事訴訟法者，即關係刑事訴訟一切法規之總稱，亦即關於訴訟行爲之程式條件，與其內容及效力之各規定是也。惟此尙就狹義言之，廣義之刑事訴訟法，即指廣義之刑事訴訟法規而言。例如偵查審判執行，及附帶民事訴訟諸程序之各法規，無一不包括之。吾國之刑事訴訟法，係就廣義而爲規定。

刑事訴訟法，有實質意義與形式意義之分。就實質意義論之，則關於刑事訴訟之一切法規，例如：法院組織法，警察法規，監獄法規等，固無一不屬其範圍，以其均含有刑事訴訟之性質，至於有否刑事訴訟之名義，非所問也。若形式之意義，所謂刑事訴訟法者，除國家命名爲刑事訴訟法之法典，皆不足以當之。故舉凡其他法典之內容，雖全部或一部，有屬入刑事訴訟之規定者，依實

質言爲刑事訴訟法，若依形式言之，則又非是。至若刑事訴訟法中，有附帶民事訴訟之規定，以實質言，固非刑事訴訟法，而以形式言之，則又實爲刑事訴訟法也。本編乃就刑事訴訟法法典演述之，故爲形式之刑事訴訟法。

第二節 刑事訴訟法之目的

刑事訴訟法之主要目的，在對於犯罪適用刑罰，然并以因犯罪而救濟被侵害之私權，爲其從目的，蓋刑法之目的，在保護社會之安甯秩序，然無一定之程序，必致措置失當，而形成無辜者陷法網，應處刑者，反逍遙法外，致演成不良之結果，而刑法之目的，反不能達，故必以對犯罪適用刑罰爲主目的，固無疑義。

刑事上爲便利起見，亦規定私權救濟之方法。蓋請求刑罰權之行使，與請求私權之救濟，同時並舉，則彼此以得互助，而庶幾證據可期確實，事實得歸一致，而易得真相。且法院及被害人，可免一切程序之繁複，藉省經濟時日之增延。故私權救濟，雖民事訴訟法上已有規定，後入之於刑訴，似嫌重複，今有此二利，則其爲從目的可知。

第二節 刑事訴訟法在法律上之地位

刑事訴訟法在法律上處於獨立之地位，且具有至高至強之法力，蓋雖謂效力僅及於國內，然在中華民國領域外之中華民國船艦，或航空機內犯罪者，船艦本籍地，航空機出發地，或犯罪後停舶地之法院，亦有管轄權（五II）且他國人之在中華民國領域內犯罪者，苟無領事裁判權之限制，則犯罪地或被告之住所居所，或所在地之法院，有管轄權（五）是其效力不僅及於國內暨本國人，且及於國外及他國人矣。不甯維是，刑事訴訟法，因與公益相關，且採職權主義為原則之故，舉凡一切訴訟法上之行為，均應絕對遵守刑事訴訟法之規定，非如民訴之得以個人意思左右之，蓋以其目的不同也。雖舊刑訴法及現行刑訴法均規定：「檢察官於第一審辯論終結前，發現有不應起訴，或以不起訴為適當之情形者，得撤回起訴（二四八）告訴或請求乃論之罪，自訴人於第一審辯論終結前，得撤回其自訴（三一七）上訴於判決前，得撤回之（三四六）然皆為例外，由是知刑事訴訟法在法律上之地位，不特為獨立的，以其規定為輔助刑法，以實施國家之刑罰權，而強迫為刑訴行為者遵守之法律，故為公法，為程序法，為強行法。

第四節 刑事訴訟法之主義

刑事訴訟，必有一定之方針，以爲立法之標準，而此所謂標準者，即學者所謂主義也。刑事訴訟法主義之分類甚多，茲擇其重要者，說明如次。

第一款 勵行主義與便宜主義

勵行主義 (Legalitätsprinzip) 即法定主義，凡追訴之機關，證明犯罪之事實，已具備追訴各要件者，則必須起訴之主義也。反之，雖具起訴之要件，檢察官仍得斟酌利害，以定追訴與否者，則便宜主義 (Opportunitätsprinzip) 也。故又謂之任意主義。二者得失互見，自不可偏廢。據有罪必罰，罰如其罪，使黠者無從倖免，而防止追訴機關濫用職權之點視之，固爲勵行主義之長。然輕微犯者，情有可憫，而法不能赦，致絕其自新之道，則又其失也。至便宜主義，則檢察官之追訴與否，視刑事政策之需要，而本其自由裁量之權，以寬宥而不追，是其優點也。雖不免有濫用職權之弊，然勵行主義之失，得藉以彌補。舊刑事訴訟法之所以兼採並用，以勵行主義爲原則，便宜主義

爲例外者，（舊法第二四五及二五三條，）實亦以此。本法第二百三十二條云：「檢察官於刑法第六十一條所列各罪之案件，參酌刑法第五十七條所列事項，認爲以不起訴爲適當者，得爲不起訴之處分。」是亦採便宜主義可知。又第二百三十條云：「檢察官依偵查所得之證據，足認被告有犯罪嫌疑者，應提起公訴。被告之所在地不明者，亦應提起公訴。」則仍兼採勵行主義。

第二款 處分主義與職權主義

處分主義 (Dispositionsprinzip) 者，乃訴訟之開始進展及其終結，當事人皆有自由處分之權，法院應受其處分之拘束，故又謂之當事人進行主義。若訴訟之進行終結，當事人絕對無處分之權，法院應依職權以審判者，即所謂職權主義 (Offizialprinzip oder Instuktionsprinzip)。刑事訴訟之目的，既在確定刑罰權之存否及範圍，則追訴處罰，自不能爲當事人意思所左右，致不符維持社會公益之本旨。此與民事訴訟，僅以保護人民私權爲目的，而常採處分主義者，不可同日而語也。故舊刑法，即以職權主義爲原則，而採處分主義爲例外。（舊法第二一五，二一九，三四七，二六四，三六七條，）新法亦然。（參照現行刑訴第二一三，二一七，三一七，二四八，三四六

條)

第二款 實體真實發現主義與形式真實發現主義

實體真實發現主義 (Materiellwahrheitsforschungsprinzip) 者，乃法院對於追訴案件之事實，雖得原被告之陳述，及其所提出之證據，而法院仍須自探事實之真相，務期不為當事人意思所左右。反之，則為形式的真實發現主義 (Formellwahrheitsforschungsprinzip) 蓋法院對於事實及證據，恆為當事人意思之拘束也。此二主義，實體自較形式為優，以形式之真實，未必合於實體，若狡黠之原被，其所陳述，及提出之證據，設皆屬作偽，而非實體之真相，如據以裁判，難免失出或失入之弊，故新舊刑法，皆採實體的真實發現主義。實施刑事訴訟法之公務員，於該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意（參照二一）又被告雖經自白，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符（第二七〇條二項）

第四款 直接審理主義與間接審理主義

直接審理主義 (Unmittelbarkeitsprinzip) 者，訴訟資料，由受審理之法院，直接調查與審理之謂也。間接審理主義 (Mittelbarkeitsprinzip) 者，即關係證據及當事人之調查或詢問，皆以其他機關之報告，以作訴訟裁判之資料。按直接審理主義，實優於間接審理主義。蓋刑事訴訟，既以真實發現為主旨，則直接接觸，乃能得正確之觀念。然絕對遵行不悖，於事實亦不免有所困難，吾刑訴法為求至善，故兼採此二主義也。（參照第二八五、二六〇、二八七。）

第五款 言辭審理主義與書面審理主義

言辭審理主義 (Mündlichkeitsprinzip) 者，法院與當事人間以言辭交通，而為審理行為之主義也。書面審理主義 (Schriftlichkeitsprinzip) 者，乃根據有訴訟關係之當事人，所提出之文書，作為審判之基礎者也。由膚面視之，似言辭與直接，書面與間接，要無不同，但個細論之，則又不然，蓋言辭與書面，乃法院與原被問相互交通之陳述，用言辭抑係書面而言。若直接間接，則為法院對於事物認識之方法，係採直接或間接而言，兩者固有截然之劃分也。

上述二主義，得失互有，然究言辭優於書面。蓋審案本於雙方之言辭辯論，審判官察言觀色，

乃能兼得事實之真相而免書狀記載之謬誤吾刑事訴訟法規定「審判期日應傳喚被告或其代理人，並通知檢察官辯護人輔佐人。」（二五〇）調查證據完畢後，應命依左列次序，就事實及法律辯論之，蓋即以採言辭辯論為原則也。然法院之裁定，若非因當庭之聲明而為之者，即無須經訴訟關係人之言辭陳述。（二〇一）又為第三審之判決，不經言辭辯論（三八一前段）是又兼採書面審理主義為例外也。

第六款 自由心證主義與法定證據主義

自由心證主義（*Treibeweisungsprinzip*）者，由審判官之自由判斷，而定證據之取捨，絕不受法律規定之拘束也。反之者，則為法定證據主義（*Gesetzlichbeweiswürdigungsprinzip*）前者雖無固定之依據，然可得事實之真相。後者雖推事之專橫濫證，可以避免，然無伸縮餘地，亦非盡善之主義，是以吾刑法鑒於不可偏廢而兼採焉。（二六九）

第七款 公開審理主義與祕密審理主義

公開審理主義 (öffentlichkeitsprinzip) 者，即於審理訴訟案件時，得任人旁聽之謂也。否則謂之祕密審理主義 (Hemlichkeitprinzip) 公開主義之優點，在於維法院之威信，防推事之專橫，而促進裁判之公平。故吾現行刑事訴訟法，仿列國之例，而採公開審判主義，凡有下列情形之一者，庶得禁止旁聽。

1. 有妨礙安寧之虞時
2. 有妨礙秩序之虞時
3. 有妨礙風化之虞時

如不按上述之規定，而無故禁止公開者，即以違背法令論，且可據以為上訴之理由。(三七

13)

第八款 當事人同等主義與當事人不同等主義

當事人同等主義 (Parteiengleichkeitsprinzip) 與當事人不同等主義 (Parteiungleichkeitsprinzip) 之區別，即指原被告兩造，在訴訟上享有之地位，是否同等而言。刑事訴訟之原

被兩造，如享有同等地位，則權利義務，各自相等，於是被告之利益足保，而法律公平之原則庶符。故吾刑事訴訟法，亦採此主義，於審判時，原告及被告，各得盡其攻擊防禦之能事，而無偏頗之虞。（二八二）但第七十一條第四項，於偵查中之發傳票傳喚被告，第七十七條之拘提，第八十五條之通緝，第一百〇二條之羈押等等，似原告之地位，優於被告。然被告於審判時，有辯護人輔佐人，代理人（二七，三七，三五）及被告在訊問時，應使其明瞭犯罪之嫌疑，及所犯之罪名（九五）罪名一經告知，認爲應變更者，並應再告知，務使其明瞭而後已。且於筆錄內應記載明確被告對於犯罪之自白，及其他不利之陳述，並其所陳述有利之事實與指出證明之方法（一〇〇）應予被告以最後陳述之機會。（二八三）等之規定，皆特予被告以種種之便利，故實無不平等之足言也。

第五節 刑事訴訟法之淵源與沿革

第一款 刑事訴訟法之淵源

刑事訴訟法之法源，不外爲成文法，判例，條約，法理，四種。近世文明諸國，除英美而外，莫不以

成文法爲各法之淵源，吾刑事訴訟法，又何能例外？試觀吾國訓政約法第八條：「人民非依法律，不得逮捕，拘禁，審問，處罰，」之規定可知。最高法院有統一解釋法令，變更法律內容之權，其所下判決，有足以拘束全國各級法院之效力。故若有同樣之案件發生，即可適用前例。是判例足以濟成文法之窮，自得爲刑事訴訟法之淵源。而條約者，乃國家與國家間所訂之國際契約也，其批准必屬國家之意思，公佈又爲對人民之表示，自發生對人民之拘束力。且領事裁判權，以及犯人引渡，政治犯不引渡等條約，皆使刑罰權之範圍，受有限制，此即條約足爲刑事訴訟法淵源之明證也。至於法理，乃審判官於判斷案件時，因無明文可資依據，乃推定社會事實，依法理爲基礎，而爲必然之處置，若經最高法院，著爲判例，即足以拘束全國法院。故法理者，亦刑事訴訟法之間接淵源也。

第二款 刑事訴訟法之沿革

刑事訴訟法之沿革，因國而有異，逐一指數，誠非易事，茲就歐洲刑事訴訟法之一般沿革，與吾國刑事訴訟法之沿革，分別論其概略。

第一項 各國刑事訴訟法之沿革

近世各國之法律，無不淵源於羅馬法之十二銅表法。十二銅表之制作，歷三載而成。亦猶吾國晉之刑鼎。其首先制成之兩表，第一表所規定者，爲傳喚被告，第二表所規定者，爲傳喚證人，以及對審判決，均屬關係刑訴法之規定，後二年，制成自第三表起，至第十二表，則皆係規定關係負債清償等實體法之規定。故今之法律，實皆由羅馬法脫胎而成。雖然，曩昔之法律，實體法與程序法，混淆不分，無明析之界限，足資辨認，固無論民事訴訟法與刑事訴訟法之分別矣。近百年來，德國始首創將刑事訴訟法與民事訴訟法分別規定，於是各國因之。

第二項 吾國刑事訴訟法之沿革

吾國向無刑事訴訟法之專典，惟在周禮秋官，以及尚書呂刑等篇，間有涉及刑民之訴訟者，然皆斷篇殘章，無專律之可言。至魏晉隋唐，始有斷獄、告劾、繫訊等名目。嗣後歷宋元明清，雖於訴訟程序之規定，不無漸詳，然實體法與程序法，仍混合而不分。至清季末葉，始悟法律不備，無以應

時代之需要。乃於清宣統二年十二月，由修訂法律館，編成刑事訴訟律草案。主其事者，爲修律大臣沈家本、伍廷芳等，歷二年而始成，可謂吾國刑事訴訟法之權輿。按該草案，對於刑事訴訟法之各項程序，頗具近代法之規模。除前北京司法部呈准暫行援用之第一編第一章審判衙門，及第四編再理，第六編裁判之執行各條外，迄未正式公佈施行。其後復經司法部，就該草案全部，斟酌損益，詳事修正，乃命名爲刑事訴訟條例，而於民國十年十一月十四日，先於東省特別區域，呈准施行。翌年七月一日，始通行於全國。而同時廣東軍政府，亦於民國十年三月二日，將刑事訴訟律草案，復修正而公佈，於是南轅北轍，更形紛歧。迨國民政府成立後，復經立法院修正爲刑事訴訟法，於民國十七年七月二十八日公佈，同年九月一日施行，民國二十三年，復經立法委員會修改，於二十四年一月一日公佈，同年七月一日施行，即現行之刑事訴訟法也。較之舊法，又進步多矣。

第六節 刑事訴訟法之法律關係

法律關係者，乃人與人之間，發生之關係，而有法律上效果之謂也。故事實上之關係，不能發生法律上之效果者，自不得謂爲法律關係。刑事訴訟法之法律關係，即指法院與當事人間，發生

訴訟上有效果之關係而言。法律關係，本有公私之分，刑事訴訟之內容，不外規定國家與人民間之關係，自爲公法上之法律關係。

第七節 刑事訴訟法與民事訴訟法之關係

刑事訴訟法與民事訴訟法，雖同爲關係訴訟程序之法規，然以性質不同，適用各異，而似漠不相關，但刑事訴訟之程序中，間亦有附帶民事訴訟者，蓋雖民事訴訟之目的，在保護個人之私權，而刑事訴訟之目的，在確定刑罰權之存否。然如因犯罪而受損害之人，於刑事訴訟程序中，得附帶提起民事訴訟，蓋藉以利進行，而資簡捷也，其關係可知。

第八節 刑事訴訟法與刑法之關係

刑事訴訟法爲程序法，刑法爲實體法，前者爲規定對於該犯罪行爲如何審判，並刑罰如何實施之法規，後者乃規定犯罪與刑罰之法規。欲實施國家之刑罰權，則必有程序法，欲所施之程序，達其目的，則必有實體法，故二者之內容性質，雖各自不同，然其關係則殊密切也。

第九節 刑事訴訟法之解釋

夫刑事訴訟法之所以需要解釋者，以欲達其以闡明法律條文所含蓄之真義之目的也。故徒拘泥於字句，而不惟理論上之探討者，亦不附解釋之主旨也。蓋解釋之類有二：曰學者解釋，曰有權解釋。前者為學者之著述，所以供研究刑事訴訟法者之參考。若其解釋不當，雖亦足以淆亂研究者之腦經，然聰明而作深刻之研究法律者，不致為其所左右也；以其無法律上之拘束力，故為害尤小。至於有權解釋則不然，蓋所謂有權解釋者，即法院之裁判也，本於其職權而為，有法律上之拘束力。苟其解釋而不能得法文正確之含義，其為害孰甚？司法者能不注意之？

刑事訴訟法之解釋，雖於實際便利，及不違反立法之本旨者，可不必拘泥於法條之文辭，然刑事訴訟法，與民事訴訟法之性質不同，其應從嚴格解釋，以符立法本旨，固亦不可忽也。

學者之間，有主張用擴張縮小類推諸方法，以解釋刑事訴訟法者，主張者以為可補條文之不足，反對者則謂擴張縮小，已自有弊，若以類推解釋之方法，而施於刑事訴訟程序，則尤不能認為合法。議論紛紜，莫衷一是。其實利之所在，弊亦隨之，千古不易，固亦不可一概抹殺也。按刑事訴

訟法既能如他法之並用文理與論理解釋，而不可絕對受文辭之拘束，則又何獨限制於縮小擴張等諸方法。即在不違背於刑事訴訟法固有精神之範圍內，亦未嘗不可用也。

第十節 刑事訴訟法之程序

刑事訴訟法爲三面之法律關係，故一切訴訟上行爲之先後，不可無一定之程序。吾刑事訴訟法釐定之程序如下：

(一) 偵查程序 有犯罪嫌疑之人，是否真屬犯罪？所犯之罪，應科何等之刑？皆非經調查，不足以冀明確。而此調查犯人，蒐集證據之事，則由代表國家之檢察官行之。必也調查正確，而後可以提起公訴，故偵查程序，爲刑事訴訟之最初程序。

(二) 審判程序 犯人既經調查，而知真實；明確之證據，亦經蒐集而既起訴矣。然此真正犯罪之犯人，究應科以何等之刑，欲冀其明確而正當，則非經審判之程序不可。蓋審判者，所以確定國家刑罰權之行使也。故審判程序，爲刑事訴訟法規定刑事訴訟之第二程序。

(三) 執行程序 刑事訴訟之最終程序，即執行程序。凡刑事案件，經法院確定判決後，須

依所判決而執行刑罰。指揮執行刑罰者，則爲檢察官。蓋判決非由執行，無從實現確定判決之內容也。故刑事訴訟之程序，必由執行而終結。

按上列三種程序，原則爲通常刑事訴訟所必經之階段。然亦非案盡如此，蓋逕請公判之自訴案件，即超越偵查之階段。業經偵查而結果嫌疑不足，自無起訴執行之足言。而在審判中宣告無罪者，案件亦由此而終結，更無須經過執行程序，此則不無例外也。

第十一節 刑事訴訟法之效力

刑事訴訟法之效力者，即刑事訴訟法之能適用於何時何地何人也。換言之，即刑事訴訟法之支配力——施行力——所能及之範圍也。茲分述如左：

(一)關於事物之效力 刑事訴訟法，爲適用於刑事訴訟事件之法律。然此所謂事物管

轄之效力，僅及於通常法院之訴訟案件，凡有特別規定者，除附帶民事訴訟，明定適用刑事訴訟法者外，均不適用之。

(二)關係土地之效力 刑事訴訟法效力所及之範圍，固與其他法律相同，因基於屬地

主義之結果，當然以吾國領域爲限。故凡因外國法院之囑託，而爲國際共助行爲者，亦應依據刑事訴訟法之規定，固不僅本國通常法院所實施之訴訟程序然也。

(三)關於人之效力 刑事訴訟法對於如何之人，始能適用，卽所謂關於人之效力也。按刑事既可適用於全國之領域，則舉凡在領域內之人民，不分內國外國，如均應受其支配，然亦不盡然。蓋有特殊身份之人，如軍人軍屬，及其他受特別法律支配之人，並享有治外法權之人，例如外國之元首，及其從屬皆不及之。在中國，更因受不平等條約之支配，卽享有領事裁判權之外國人，亦非吾刑事訴訟法之效力所能及，則又例外之例外矣。

第十二節 刑事訴訟法之法例

按法制之有法例之稱，始於晉律，良以全部法律，至繁且鉅，提綱挈領，非此不足以爲準則也。故本法因之，於總則之首，特設法例一章，雖文僅三條，然關係犯罪之追訴及處罰，實施刑事訴訟之公務員應注意之點，被告得請求利己之處分，以及當事人之範圍，固全部之大要也。

本法以採罪刑法定主義之結果，故犯罪非依本法及其他法律所定之訴訟程序，不得追訴

處罰。(本法第一條)是亦保障人民身體自由之規定也。蓋非依本法或其他法律所定之訴訟程序，而得追訴處罰，則審判官專橫濫施，或因挾嫌行賄而追訴處罰諸弊，自難避免，故本法於第二百四十七條，復慎重規定：「法院不得就未經起訴之犯罪審判。」亦本斯旨也。又第一條第二項云：「軍人軍屬之犯罪，除犯軍法，應受軍事裁判者外，仍應依本法規定追訴處罰。」誠以軍人軍屬，非犯軍法，其追訴處罰，若不依本法規定，則自亦當受軍事裁判。若以長官之徇私，使犯者得逍遙法外，衡之法律，豈得謂平？故新刑事訴訟法，所以增設二項也。且類似軍人而其性質實非軍人者，或地方徵收官吏，有違法捕押等情事，涉及刑事範圍者，其追訴處罰，亦當依本法之規定。(註)

刑事訴訟之被告，其有利及不利，權均操之於實施刑事訴訟程序之公務員。苟若輩就該案件，不予以注意，則被告必蒙不利矣。是不惟禍及於被告之一身，且亦影響於社會，蓋刑訴法為刑法之程序法。刑法為維持社會秩序之法規，故使被告不利，亦無以符刑法之旨。故本法第二條，有使應一律注意之規定。然若實施刑事訴訟程序之公務員，而不予以注意者，又將若何？是現行法鑒於舊法之失，而添設「被告得請求前項公務員，為有利於己之必要處分」也。又本法所稱實施刑事訴訟程序之公務員，係屬廣義，蓋包括偵查中，及其他實施刑事訴訟程序之司法警察，司

法警察官，及檢察官，不僅指起訴後之審判長，推事，受命推事，受託推事而言也。

稱當事人者，謂檢察官自訴人及被告（第三條）由是知當事人必在該刑事訴訟中，有直接權利義務者，庶足以當之。在公訴，則原告爲檢察官。在自訴，則原告爲自訴人。而被告者，則爲檢察官及自訴人所追訴之人也。至當事人之資格，於起訴之後，而始發生。

（註）司法院院字第三一號第一八二號第三三〇號第九二四號

本論

上部 總論

第一編 訴訟主體

第一章 法院

第一節 法院之意義

法院爲行使審判權之機關，固盡人皆知。然刑事訴訟法上之所謂法院，與法院組織法上之所謂法院，其意義不同。蓋本法之所謂法院者，狹義之法院也，僅指實際上行使審判權之機關而言，即各議制之合議庭，獨任制之獨任推事是也。至於法院組織法上之所謂法院，係從廣義而言，如最高法院，高等法院，地方法院是。（參照法院組織法第九條第十六條第二十條）蓋指行使

審判權之機關之總體也。但亦不無例外，如刑事訴訟法中之法院管轄，又非狹義而為廣義矣。蓋廣義抑狹義法院，其所受之限制，固毫無分別也。

第二節 法院之組織

依法院組織法之規定，法院之組織如下：

第一 內部組織

(甲)法院之職員 法院之職員，所以管理法院中之事務者也，其重要者有四。

1. 推事 除法律有明文規定者外，推事有處理審判事務之全權。

2. 書記官 書記官之職務，在紀錄口供，編制文書，原則上受推事之指揮，而襄理其執行事務，但有更改文書之必要時，祇須附記意見，藉明責任，可不受推事命令之拘束，蓋推事之命令，間亦有不當處也。

3. 執達員 執達員之執行職務，應受推事之命令，以及書記官之指揮，蓋為司法行政上之職員也。此外如檢驗員通譯，法警等，無不為組織法院之重要成分也。

(乙)法院組織之制度 法院組織之制度有二：一爲獨任制，一爲合議制，視推事之人數而異。所謂合議制者，乃以三員以上之推事所組織之法庭而爲審判。凡合議制之法院，必有審判長，列席推事，受命推事三種機關。其人數自三人至七人不等。若以一員推事而爲審判者，則獨任制也。此外猶有折衷制，卽在同一法院中，兼採獨任與合議兩制也。

第二 外部組織

所謂外部組織，卽指法院設立之等級而言也。吾國之法院組織，向仿德日之例，採用四級三審之制，今已改爲三級三審。所謂三級三審者，卽地方法院，高等法院，最高法院是也。故案件已無初級地方之劃分矣。（民國二十一年十月二十八日國民政府所頒新法院組織法第二條）良以自民國三年，初級法院經敕令廢止後，原有初級管轄案件，早由地方法院之簡易庭辦理，是四級三審之判，亦僅從有其名而已。故新法毅然廢除，所以免對法院組織觀念之混淆，意亦至善。

第三節 法院之審判權

審判權者，即通常之法院所掌審判民事訴訟案件，及非訴訟事件之權限也。其意義有廣狹之分。國家之審判權，廣義之審判權也。亦即原始審判權。法院之審判權，狹義之審判權也。亦即傳來審判權。蓋法院之審判權，為國家所賦與，故學者有此傳來與原始之名稱。審判權實施之對像，乃就訴訟案件而為審理判決裁定之行爲。是審判權為以國家之力量，而適用於法律之權，故與司法行政權不同。蓋司法行政權，為就審判之實行，得為必要或便宜行爲之權。如長官對於人員之配置，職員之監督等是。在司法權獨立之國家，其權限雖不受行政長官之監督，然亦僅限於審理與裁判之範圍，司法行政，自不屬入其內，故其區別，當以其職務是否關係案件之審判為標準。不惟如此，法院之審判權，尚有特種審判權與普通審判權之分。其審判權屬於特種刑事機關者，謂之特種審判權，例如軍事法庭之類。其審判權屬於通常之法院者，謂之通常審判權，即民刑訴訟事件，與非訴訟事件之審判權也。

通常審判權之效力，不僅祇及於國內國人，且祇能在普通法院所管轄之範圍內行之。例如甲地法院，祇能在甲地行使審判權，若欲在乙地行使審判權，則非請乙地法院之協助不可。若在本國以外，則非請求他國政府之協助不可，是又不無限制，固無論國際法及國內法上之特別規

定矣。

第四節 法院之管轄

第一款 管轄之意義

管轄者，法院定執行審判權之範圍也。全國之訟案紛紜，若隸屬於一法院，則非特難期公允，且亦無從着手審判。故必設多數不同級之法院，以受理案件。且依案件之種類，而分別行使其職權，務期公平而已。此吾刑事訴訟法典中，所以釐定法院管轄之一章也。而定管轄範圍之標準，可分數種：依犯人之住所，及犯罪所在地為標準，而定其管轄者，謂之土地管轄（*Ortliche Zuständigkeit*）；以其職務行為之關係為標準者，謂之職務管轄（*Funktionelle Zuständigkeit*）；除內亂外患，妨害國交等三罪，其第一審管轄權，屬於高等法院外，餘均屬於地方法院（第四條）各審級之法院，在其範圍內，就事項分配，得為審判之權，即所謂管轄權也。其性質蓋為某法院就具體之訴訟案件，在一定範圍內，得以行使其審判權，故與審判權係抽象的指一般法院，就司法範圍內事項，得為審判之權者不同。無審判權，則刑事訴訟不成立，蓋吾刑法明定：「對於

被告無審判權者，應諭知不受理之判決。〔（第二九五條第六款）而第二百九十六條云：「無管轄權之案件，應諭知管轄，錯誤之判決，並同時諭知移送於管轄法院。」由是知無管轄權者，固尚有審判權也。

第二款 管轄之效力

所謂管轄之效力云者，即因管轄權而生之拘束力也。例如刑事案件，必由犯罪地，或被告之住所，居所，或所在地之法院管轄，（第五條）如受理案件之法院，而非該管法院，即屬錯誤之管轄，一經發覺，即應諭知管轄錯誤之判決，並同時諭知移送於管轄法院。（二九六）檢察官知有犯罪嫌疑而不屬其管轄，或於開始偵查後，認為案件不屬其管轄者，應即分別通知，或移送於該管檢察官。（二二九）按此為強行規定，故不得逾越範圍，而為偵查審判。然於此有應注意者，訴訟程序，不因法院無管轄權而失其效力（一二）據此，則依本法第二百九十六條而將審件移送時，其以前無管轄權之法院，所為之羈押，調查，筆錄等之訴訟程序，仍不失其效力，且是項調查，法院之審判，亦具有證據力。如法院因發現真實之必要，或遇有急迫情事時，得於管

轄區域外，執行其職務。(一三)即無管轄權之法院，如遇有急迫情事時，亦應於其管轄區域內，為必要之處分(一四)，蓋恐證據消滅也。

第三款 管轄之種類

第一項 土地管轄

本法之定土地管轄，於犯罪地，被告之住所，居所，或所在地(第五條)兼重，祇須具有一項，於各該法院，即具有管轄權，各該同級法院之檢察官，即均得實施偵查起訴，蓋我刑法兼採德日之立法例也。

被告在得受該法院審判之管轄區域，名之曰審判籍。茲依刑訴法所規定之審判籍，分述如下：

第一 犯罪地之審判籍

犯罪地之意義之學說有五：

一、行為地說 即實行犯罪之地，為犯罪地。例如犯罪人在甲地開槍，而被害者死於乙地，

則甲地爲犯罪地。

二、結果地說 卽結果發生之地，爲犯罪地。如前例，乙地爲犯罪地。

三、行爲及結果地說 卽實行犯罪地，及結果發生地，皆爲犯罪地。

四、中間地說 卽實行犯罪地與結果發生地之中間現象地，爲犯罪地，此說不合情理。

如前例，甲乙兩地，設一爲犯罪地，而一爲結果地，則兩地必毗連。安有中隔丙地，而自甲地開槍，能擊斃乙地之人耶？

五、犯罪構成要件地說 卽凡構成犯罪要件之事實發現之地，卽爲其審判籍。

以上五說，學者間久所聚訟，余意以第三說及第五說爲是。據吾刑法第四條規定：「犯罪之行爲或結果，有一在中華民國領域內者，爲在中華民國領域內犯罪。」是亦採第三說可知。刑訴法既爲刑法之程序法，自應具同一之目標，準此，則刑訴法亦以採第三說爲是。茲就左列犯罪，以示其適用。

一、預備犯 預備犯以預備之行爲地爲犯罪地。

二、陰謀犯 陰謀犯以陰謀之行爲地爲犯罪地。

三、未遂犯 未遂犯以未遂之行為地及未遂之結果地爲犯罪地。

四、教唆犯 教唆犯以實施正犯之犯罪地，及教唆行為地爲犯罪地。

五、從犯 從犯以正犯之犯罪地，與幫助正犯或教唆從犯之行為地爲犯罪地。

六、不作爲犯 不作爲犯以不作爲地及應作爲地爲犯罪地，因不作爲發生結果者，其結果發生地，亦爲犯罪地。

七、間接正犯 間接正犯以被使用者之行為及結果地，並使用者之行為地爲犯罪地。

第二 被告之住所及居所地之審判籍

據民法規定，住所之意義。1. 必須有久住之意思。2. 住於一定之地域者。3. 於該地一人不得有兩住所。至於居所之意義，於民法上雖無規定，但於學說上已肯定爲暫住之處所，則其所以別於住所者，在有無久住之意思耳。吾刑事訴訟法規定，以住所及居所，均爲被告之審判籍，以若專以犯罪地爲審判籍，則範圍過狹，恐以不便追訴，而致犯者漏網也。

第三 被告所在地之審判籍

凡現時被告身體所在地，謂之被告之所在地，其所以不同於住居所者，蓋不須有久住或

暫住之意思，亦不問其現時所在地，係出於自己之本意，抑爲他人之強迫，祇須起訴時現在該地，則該地之法院，卽有管轄權。

第四 被告之特別審判籍

本法第五條第一項之規定，係普通之被告審判籍。茲所謂被告之特別審判籍者，卽在中華民國領域外之中華民國船艦，或航空機內犯罪者，船艦本籍地，航空機出發地，或犯罪後停泊地之法院，亦有管轄權。（第五條第二項）本法之所以明定此項者，一則以此種犯罪，難定犯罪地，一則爲便於偵查及調查證據故也。

第二項 職務管轄

依新法院組織法之規定，法院有三級：一、地方法院。二、高等法院。三、最高法院。其職務之分配如次：

一、第一審

刑事案件由地方法院管轄第一審。

不服地方法院第一審裁判之案件，由高等法院管轄。

三、第三審 不服高等法院第二審裁判之案件，由最高法院管轄。

據此就一般案件而規定，若本法第四條所規定之內亂罪，外患罪，及妨害國交罪，則由高等法院管轄第一審，最高法院之第二審即爲終審。

第三項 合併管轄

屬於兩個以上法院管轄之案件，而歸併於同一法院受理者，謂之合併管轄。吾刑法對於管轄合併之案件之規定如下：

一、一人犯數罪者 即所謂主觀之牽連。

二、數人共犯一罪或數罪者 即所謂客觀之牽連。

三、數人同時在同一處所，各別犯罪者 即各犯人並無共犯或同謀之關係，僅有同時同地之關係，故學說上謂之同時犯。

四、犯與本罪有關係之藏匿人犯湮滅證據偽證贓物各罪者 即各該犯罪，必須與本罪有關係，否則仍不能合併歸屬於一法院受理。

凡數同級法院管轄之案件相牽連者，得合併由其中一法院管轄（第六條）例如某甲在上海犯強盜罪，而家居蘇州，又在蘇州犯殺人罪，同時發覺。是上海及蘇州地方法院，均有管轄權，得合併由其中一法院管轄。

前項情形，如各案件，已繫屬於數法院者，經各該法院之同意，得以裁定將其案件，移送於一法院合併審判之，有不同意者，由共同直接之上級法院裁定之。（第六條第二項）如前例，設甲案已繫屬於蘇滬兩地之法院，如經兩地法院之同意，自得以裁定將甲案移送於上海地方法院，或蘇州地方法院合併審判之。設蘇滬兩地之法院，對於裁定移送於任一法院合併審判而不能同意，則由共同直接之江蘇高等法院裁定之。

同一案件繫屬於有管轄權之數法院者，由繫屬在先之法院審判之。（第八條前段）例如某甲住所在鎮江，居所在上海南市，而在上海第二特區犯強盜罪，現潛匿於無錫鄉間。據吾刑事訴訟法之規定，案件由犯罪地，或被告之住所居所或所在地之法院管轄。據甲案視之，則鎮江地方法院，上海地方法院，上海第二特區地方法院，以及無錫地方法院，均有管轄權，無一不可受理案件，設該案件已繫屬於各該法院者，則由繫屬在先之法院審判之。（第八條）例如甲在第二

特區犯強盜罪，則人犯雖在逃，而失主必報局，故其最先繫屬者，必特區第二法院，應由該法院審判。但經共同直接之上級法院裁定，亦得由繫屬在後之法院審判之。（第八條但書）例如甲案最後繫屬之法院，若爲鎮江地方法院，由共同直接之上級法院，即江蘇高等法院裁定，在得由鎮江地方法院審判。惟牽連案件，在各案判決前，始可併合受理，若一案已經判決，其他案件，應由有管轄權之法院，另案審判（註一）至犯反革命罪，而又牽連刑法之罪者，由高等法院，併案受理。

（註二）

本法第六條所規定之案件，得由一檢察官合併偵查，或合併起訴，如該管地檢察官有不同意者，由共同之直接上級法院首席檢察官或檢察官命令之。（第十五條）蓋牽連案件，關係密切，合併偵查起訴，則實益殊多，固與合併審判，有同樣之重要，故新法特增設之，不可謂非立法上之進步也。

（註一）司法院院字第九四八號解釋

（註二）司法院院字第二五七三一〇號解釋

第四項 指定管轄

第一 指定管轄之意義

指定管轄，蓋補救因管轄而發生之疑義，由直接上級法院以裁定確定下級法院之管轄權。故凡土地管轄，及職務管轄，而有發生疑問者，皆得指定之。而被指定之下級法院，其管轄權，卽由此而確定。縱上級法院，爲違反法律規定之裁定，下級法院亦不得拒絕受理。如高等法院管轄區域內之地方法院案件，欲指定或移轉於其分院管轄區域內之地方法院，或縣政府時，應由最高法院裁定。（註一）例如有浙江高等法院，直接受理上訴之地方法院案件，不能由該院指定，或移轉於高等分院受理上訴之地方法院，或兼理司法之縣政府，應由最高法院裁定。

第二 指定管轄之原因

有左列情形之一者，由直接上級法院以裁定指定該案件之管轄法院。（第九條）

一、數法院於管轄權有爭議者

例如某甲於華租交界處，毆某乙致死，其犯罪地與結果

地，均不能明辨，於是兩地法院，發生爭議，或爭欲受理，（積極爭議）或互諉而不受理，（消極爭議）於是不得不由直接上級法院以裁定指定該案件之管轄法院矣。

二、有管轄權之法院，經確定裁判爲無管轄權，而無他法院管轄該案件者

如前例，甲確

毆乙於租界而致死，但特區地方法院，以爲是事發生於華界，本應由特區地方法院管轄之案件，而誤爲應歸上海地方法院管轄，因爲管轄錯誤之判決，而移送於上海地方法院，然上海地方法院，亦因無管轄權而復爲管轄錯誤之判決。若判決一經確定，則該案件，勢必無受理之法院，故非由直接上級法院，以裁定指定該案件之管轄法院，不足以謀補救也。

三、因管轄區域境界不明致不能辨別有管轄權之法院者 例如甲地隣乙地，素無明晰之分界，今有案焉，發生於兩地之交界處，然犯罪地究屬於甲地抑乙地，則不能明瞭，自不能辨別管轄權之誰屬，故亦非由直接上級法院之指定不可。

如案件不能依本法第九條及第五條之規定，而定其管轄區域者，由最高法院以裁定指定管轄法院。（第九條第二項）例如一案件所繫屬之各個地方法院，其直接上級法院各自不同者，則自應由最高法院以裁定指定管轄法院。

第三 指定管轄之程序

一、當事人聲請 依本法規定，指定管轄，由當事人之聲請。所謂當事人，當然包括檢察官，

自訴人及被告，但凡發生爭議之法院，亦可依同樣程序而為聲請，自為當然之解釋。

二、以書狀敘述理由 當事人聲請指定者，其聲請應以書狀敘述理由，向該管法院為之。

（第十一條）本條之所謂該管法院，即第九條所稱之直接上級法院，而所謂理由者，乃指定管轄之原因事實也。

凡案件一經聲請指定管轄者，原則上其原法院之訴訟程序，仍應繼續進行。（註二）

（註一）司法院院字第二〇三號

（註二）司法院院字第五十五號

第五項 移轉管轄

第一 移轉管轄之意義

移轉管轄者，即由直接上級法院以裁定將案件移轉於其管轄區域內，與原法院同級之他法院也。該法院接受移轉之案件後，即取得管轄權。其所以移轉者，以該有管轄權之法院，對該案件，不能或不便行使審判權而然也。故與指定管轄以有無管轄權而發生爭議者不同。

所謂管轄權之移轉，與案件之移送不同，與發交更不同。蓋案件之移送者，乃對該案件無管轄權之機關，移送於有管轄權者也。如第二百二十九條之規定：「檢察官知有犯罪嫌疑而不屬其管轄，或於開始偵查後，認為案件不屬其管轄者，應即分別通知，或移送於該管檢察官。」又第二百零九十六條無管轄權之案件，應諭知管轄錯誤之判決，並同時諭知移送於管轄法院是。至於案件之發交者，乃係第三審法律審因原審判決諭知管轄錯誤，免訴，或不受理係不當而撤消時，以判決將該案件發交由原審法院同級之他法院也。（三九三後段）

第二 移轉管轄之原因

有左列情形之一者，由直接上級法院以裁定將案件移轉於其管轄區域內與原法院同級之他法院。

一、有管轄權之法院，因法律或事實不能行使審判權者，以原有管轄權之法院，因法律之規定，（例如推事有應迴避之情形，而致不能組織合議庭是）事實之表現，（例如解送被告，恐發生劫犯等情事時）而不能以使審判權，或不宜行使時，應由直接上級法院所為之裁定，而移轉其管轄。該與原審法院同級之他法院，因移轉之裁定，而即取得管轄

權，案件即由此法院而行其審判。準此，則移轉管轄，實有創設之性質，蓋其能消滅原法院之管轄權也。

二、因特別情形，由有管轄權之法院審判，恐影響公安，或難期公平者。所謂影響公安者，例如因犯罪之性質，被告之地位，當地人心，對之頗激昂，而恐於審判時，或起暴動者。所謂難期公平者，蓋恐推事執行職務，有偏頗之虞是。

第三 移轉管轄之程序

法院檢察官自訴人及被告，均得為移轉管轄之聲請。（第十一條）當事人為請求移轉管轄之聲請時，應將移轉管轄之原因與事實，以書狀敘述明晰，向第十條所稱之直接上級法院為之。但案件經聲請移轉管轄者，原法院之訴訟程序，仍以不停止進行為原則，且移轉法院管轄權，不限於起訴後，即在起訴前，如有應移轉管轄之原因者，檢察官自可依法聲請。

第六項 管轄錯誤

法院之事物管轄及土地管轄，既皆有一定之範圍，則逾越此範圍而為審判，即屬管轄錯誤，

應依第二百九十六條之規定，將無管轄權之案件，諭知管轄錯誤之判決，並同時諭知移送於管轄法院。而受理之法院，應予以更新審理。但該無管轄權之法院，所已經實施之訴訟程序，不因無管轄權而失其效力（第十二條）且如有急迫情形，應於其管轄區域內，為必要之處分。（第十四條）

第七項 訴訟協助

法院既各有其土地之管轄，則自必祇能於其管轄區域以內，行使其職務。然有時訴訟行為須進行於管轄區域以外者，自不得不囑託其他法院，而仰其輔助。此法律上所以有協助之規定也。受囑託之法院，學者稱之曰受託法院，其所為之輔助行為，則稱之曰訴訟協助。

本法第十三條規定曰：「法院因發現真實之必要，或遇有急迫情事時，得於管轄區域外，執行其職務。所謂管轄區域外執行其職務者，即訴訟之協助也。故訴訟協助之要件有二：

- 一、須因發現真實之必要。
- 二、須遇有急迫情事時。

苟二要件而不備其一者，自不得囑託管轄區域外之法院，而仰其輔助。而受託之法院，亦負擔應互相協助之義務。（法院組織法第八十四條至八十六條）故不得無故而拒絕他法院之囑託。苟或拒絕，即屬違法。但所囑託之事，不在其管轄範圍之內，或所囑之事，顯然違法者，則受囑託之法院，自亦得拒絕之。

第五節 法院職員之迴避

第一款 推事之迴避

依法院組織法之規定，執行司法事務之職員有六，推事其一也。且推事尤為各職員中之重要者，故其資格，亦限制甚嚴。凡以不合資格之推事而執行職務，是即具備刑事訴訟法第三百七十一條第一款之情形，其判決當然為違背法令。

折獄必持衡平之旨，庶幾得平冤抑，而免枉縱。故推事就特種情形，不得執行職務之時有二，所以全法院之威信也。茲就吾刑事訴訟法，關於推事迴避之規定，分述之如次：

第一 推事應自行迴避者

一、推事應自行迴避之原因 推事於該案件，有左列情形之一者，應自行迴避，不得執行

職務。（第十七條）

甲、推事爲被害人者 所謂推事爲被害人者，即推事之法益，因該案件而受有直接之

侵害也。故凡間接受侵害者，不包括之。

乙、推事現爲或曾爲被告或被害人之配偶七親等內之血親，五親等內之姻親，或家長家

屬者 無論曾爲或現爲，以皆足發生偏頗之虞也。

丙、推事與被告或被害人訂有婚約者 所謂訂有婚約者，即未成婚之配偶也。

丁、推事現爲或曾爲被告或被害人之法定代理人者 法定代理人應依民法規定。

戊、推事曾爲被告之代理人、辯護人、輔佐人或曾爲自訴人附帶民事訴訟當事人之代理

人、輔佐人者 此所謂曾爲者，必限於本案，方爲迴避之原因，至於其審級之同否，則

非所問也。

己、推事曾爲證人或鑑定人者 此以於實際上曾爲證言或曾爲鑑定者爲限。

庚、推事曾執行檢察官或司法警察官之職務者 所謂司法警察官，應從刑事訴訟法

第二百零八條第二百零九條之規定，而檢察官之職務，則包括偵查，起訴，實行公訴，以及指揮執行等，至於司法警察官之職務，則僅偵查犯罪而已。

辛、推事曾參與前審之裁判者 所謂前審者，即指下級審也，故與發回更審及提起再

審不同，自不得適用。又僅參與下級審之辯論，調查證據，宣告裁判，或為受託推事者，亦不適用之。

二、推事應自行迴避之效力 依刑事訴訟法規定，凡推事具有本法第十七條應自行迴

避之原因之一者，當然不得執行其職務，固無須當事人之聲請，或法院之裁定。所謂不得執行其職務者，則凡審判上之一切行為，自皆不得執行之。苟不遵本法迴避之規定，則其訴訟程序，即屬違法，當然影響及於其所為之判決（三七—二）此違背法令之判決，當事人得對之聲明不服，而上級法院，應將其原判撤銷，發回原審法院更為判決。

第二 推事之迴避，經當事人之聲請者

一、聲請迴避之原因 當事人遇有左列情形之一者，得聲請推事迴避。

甲、推事有第十七條之情形而不自行迴避者 推事有自行迴避之情形，而不迴避者，

即屬違背法令，當事人自得對之爲迴避之聲請。

乙、推事有第十七條以外之情形足認其執行職務，有偏頗之虞者。推事雖無第十七條各款之情形，而有具體事實，足以認其執行職務時必有偏頗之虞者，則雖尙未有偏頗之行爲，亦得爲之。若係當事人主觀之懷疑，而施空言之攻擊，則絕對不能據爲聲請之原因也。

二、聲請迴避之程序

甲、聲請之時期。凡具刑事訴訟法第十八條第一款之情形，而不自行迴避者，則不問訴訟程度如何，當事人自得據其法定聲請之權，而隨時爲推事迴避之聲請。（第十九條）凡具第十八條第二款之情形，而當事人如已就該案件，有所聲明，或有所陳述後，則不得復聲請推事迴避。（第十九條第二項）蓋既已就該案件，有所聲明或陳述，則對推事所發生第十八條第二項之情形，已不生異議可知，自不得再許爲迴避之聲請，所以防姦詐也。但聲請迴避之原因，如發生在後，或知悉在後者，則雖已就該案件，有所陳述或聲明，仍得聲請推事迴避（第十九條第二項但書）而所謂聲明或陳述，祇須

向審理該案件之推事，或由推事所組成之法院而提出，即足認為當事人並無請求推事迴避之意思，至於用言辭或書面，則均非所問也。

乙、聲請之效力 推事若一經被聲請迴避，除應急速處分者外，該推事應即停止審判，不得再為職務上之行爲。（第二十條）蓋迴避之聲請，有拘束該推事之效力，故非靜待管轄聲請迴避之機關之裁定不可。所謂急速處分，係指應急速處分之中間行爲而言，至於終結案件之行爲，固不包括入之。

丙、聲請之程式 聲請推事迴避，應以書狀，向推事所屬法院為之。（第二十條）如所屬之法院，為高等法院分院者，亦無不可以分院之審判權與本院同。（註一）至其書狀所應釋明之事項如左：

a. 聲請迴避之原因

b. 第十九條第二項但書之事實。（第二十條第二項）但如於審判期日或於受訊時聞而聲請迴避，則得以言辭為之。（第二十條但書）該推事對迴避之聲請，得提出意見書。（第二十條第三項）

丁、聲請之裁定

a. 裁定之機關 推事迴避之聲請，由該推事所屬之法院，以合議裁定之。苟法定人數不足，而不能合議者，由院長裁定之，如並院長裁定亦不能者，則由直接上級法院裁定之。（第二十一條）

b. 合議裁定之限制 推事迴避之聲請，雖由該推事所屬之法院，以合議裁定，然被聲請迴避之推事，不得參與。（第二十一條第二項）

c. 毋庸裁定 苟被聲請迴避之推事，以爲該聲請爲有理由者，毋庸裁定，應即迴避。

d. 依職權之裁定 該管聲請迴避之法院或院長，如認推事有應自行迴避之原因者，應依職權爲迴避之裁定，此項裁定，毋庸送達。（第二十四條）

e. 裁定駁回 當事人爲聲請迴避，而經裁定駁回者，得提起抗告。（第二十三條）

f. 裁定迴避之效力 迴避之聲請，一經裁定，即與依法應自行迴避者，發生同樣之效力，該推事即不得違背法令，而再執行職務。至於該業經裁定之迴避，究係本於當事人之聲請，抑由於法院之職權，則非所問也。

(註一)司法院院字第二一七號

第二款 其他職員之迴避

第一 法院書記官及通譯之迴避

法院之書記官及通譯，須附隨推事而執行職務，故其雖非行使審判權之職員，然於訴訟之結果，亦不無直接間接之影響也。欲求其執行職務之公平，則關於推事迴避之規定，自不得不有同樣之適用。故吾刑事訴訟法，第二十五條規定云：「本章關於推事迴避之規定，於法院書記官及通譯準用之。」惟書記官與通譯之職務，為裁判外之行爲，究與推事為裁判上之行爲者不同。故推事曾參與前審之裁判者，應自行迴避。而書記官與通譯若曾於下級法院執行書記官，或通譯之職務者，不得以為迴避之原因。蓋其與判決無利害關係之足言也。是以第二十五條但書，復明定之。

法院為書記官及通譯所屬之機關，故法院書記官及通譯之迴避，由所屬法院之院長裁定之。(第二十五條第二項)

第二 檢察官及辦理檢察事務之書記官之迴避

檢察官之職務，既在於偵查，提起公訴，實行公訴，協助自訴，擔當自訴等（法院組織法第二十八條）是影響於法院之裁判者甚大。故吾刑事訴訟法於第二十六條又規定，檢察官及辦理檢察事務之書記官，準用第十七至二十條及二十四條關於推事迴避之規定。至如不能準用者，則爲下列數項：

一、曾於下級法院執行檢察官及檢察處書記官或通譯之職務者，不得以爲迴避之原因。（第二十六條但書）其理由詳前法院書記官及通譯之迴避該項。

二、檢察官及檢察處書記官之迴避，應聲請所屬首席檢察官或檢察長核定之。（第二十六條第二項）

三、首席檢察官之迴避，應聲請直接上級法院首席檢察官或檢察長核定之。其檢察官原額僅有一人者亦同。（第二十六條第四項）

第二章 當事人

夫刑事訴訟爲三面關係，其目的在確定刑罰權之存否及其範圍，固已如前述。而負此確定之職責者爲法院，欲達其確定刑罰權之目的者爲原告，因犯罪而被確定刑罰者爲被告。刑事訴訟法第三條明定曰：「本法稱當事人者，謂檢察官，自訴人及被告。」檢察官者，立於原告之地位，而代表國家者也。自訴人者即被害人也。故亦爲原告。至有犯罪嫌疑之人，則爲被告。此原被告兩造，即刑事訴訟上之當事人也。

第一節 原告

第一款 檢察官

第一 檢察官之地位

檢察官之地位，及代表國家，分配於各級法院，而行使其原告之職務。以其代表國家，故其地位至尊。考檢察官之性質，究屬於司法行政官，非真正之司法官，故與推事不同，致其地位，亦不無有異，茲述其特徵如次：

一、檢察官之職務，與推事須有嚴格之區別 檢察官之職務，非審判上之職務，故其除應

對於法院，獨立行使其偵查起訴，實行公訴等諸程序外，不得干涉推事之審判，或掌理審判事務。

二、檢察官之職權，有檢察一體之原則

檢察官爲司法的行政官吏，而非純粹之司法官吏，故不適用司法獨立之原則，自司法行政最高長官以下，凡其上級長官之命令，如高等法院首席檢察官，及地方法院首席檢察官，對所屬檢察官，及行使檢察官職權之縣長，有指揮監督權。最高法院首席檢察官，對於全國檢察官，或行使檢察官職權之縣長，有指揮監督權。而司法部長對於最高法院之檢察長，有指揮監督權，故檢察官職權之行動，全國互相連絡，上命下從，而成一大組織體。故謂之檢察一體之原則。

第二 檢察官之職權

檢察官關於刑事職務，依本法及其他法令所規定，實行準備公訴，提起公訴，協助自訴，擔當自訴，及指揮刑事判決之執行等事務。茲就本法規定，詳述其職務如次：

一、準備公訴

檢察官既代表國家，而爲公訴之原告，故依本法規定，凡有因告訴，告發，自首，或其他情事，知有犯罪嫌疑者，應即偵查犯人及證據（第二〇七條）根據此法定之

偵查權，於是得爲刑事訴訟法所規定之傳喚（第七一條）拘提（第七七條）通緝（第八五條）訊問（第九四條）羈押（第一〇二條）搜索（第一二二條）扣押（第一三三條）勘驗（第一五四條）或請求該管公署爲關係偵查事項之必要報告（第二六〇條）指揮第二〇九條所規定各員而偵查犯罪，實施偵查，如遇有急迫情形，請在場或附近之人，爲相當之輔助。於必要時，請附近軍事長官派遣軍隊輔助（第二二八條）

二、提起公訴 案件經偵查以後，檢察官依偵查所得之證據，足認被告有犯罪嫌疑者，應即提起公訴。（第二三〇條）

三、實行公訴 檢察官以原告地位，繼續參與其所提起之公訴者，謂之實行公訴，刑事訴訟法規定如左：

1. 審判期日，應由檢察官出庭。（第二五九條）
2. 審判長依第九十四條訊問被告後，檢察官應陳述起訴之要旨。
3. 調查證據完畢後，應命檢察官被告辯護人依次序就事實及法律辯論之。（第二八二條）

四、指揮刑事裁判之執行 執行裁判，原則上應由裁判法院之檢察官指揮之（第二四

六條）執行死刑，應由檢察官蒞視。（第四六七條）受死刑徒刑或拘役之諭知，而未經

羈押者，檢察官於執行時，應傳喚之。（第四七三條）罰金罰鍰沒收沒入及追徵之裁判，

應依檢察官之命令執行之。（第四四七條）沒收物由檢察官處分之。（第四七六條）

檢察官之職權，其嚴重既如上述，故不許任意捨棄公訴權或上訴權。（第二四八、三四六條）

第三 檢察官之輔助官吏

本法第二百零八條明定，縣長、市長、警察廳長、或公安局長，以及憲兵隊長官，均稱之爲司法警察官，於該管區域內，均有協助檢察官，偵查犯罪之職權，則是項人員，實爲檢察官之輔助官吏，良以偵查事務，至繁且冗，若以之專責檢察官，則恐未免不周，而遺誤實多。於是更設輔助之規定，藉謀補救。又所謂司法警察官，係包括縣政府之警衛隊隊長而言。又公安局長在京指警察廳廳長，在地方指省縣署公安局長而言。（參照司法院院字第三〇六、三五八號解釋）此項司法警察官，應將偵查之結果，移送於該管檢察官，如接受被拘提或逮捕之犯罪嫌疑人，認其有羈押之必要時，應於二十四小時內，移送該管檢察官，但檢察官命其移送者，應即時移送（第二〇八條

二項)此外雖有偵查犯罪之職責,應聽檢察官之指揮,而協助偵查犯罪者,則爲左列各員之司法警察官(第二〇九條)

一、警察廳長

二、憲兵官長 軍士

三、依法令關於特定事項得行司法警察官之職權者 所謂依法令關於特定事項者,即

指關於稅務鐵路郵務電報森林等事務之該管區域內,所發生之犯罪,而有偵查之權也。本法第二〇九條各款所規定之司法警察官,如知有犯罪之嫌疑者,應報告該管檢察官,或司法警察官,若不待該管檢察官之指揮,知有犯罪嫌疑,而逕行調查犯人犯罪情形,以及必要之證據者,亦不爲違法(第二〇九條二項)至於應受檢察官及司法警察官之命令,而偵查犯罪者,則爲左列各員之司法警察(第二一〇條)

一、警察

二、憲兵

三、依法令關於特定事項得行司法警察之職權者

第二〇一條所列之司法警察，如知有犯罪嫌疑，應報告該管檢察官或司法警察官，但亦得不待檢察官或司法警察官之命令，逕行調查犯人及犯罪情形，並蒐集各種證據。（第二一〇條二項）

第四 檢察官所屬機關之組織

檢察官所屬之機關，在最高法院爲檢察署，在其餘各級法院謂之檢察處，分別配置，而司理其檢察事務。茲縷析如下：

一、除最高法院之檢察署，以一人爲檢察長外，其餘各級法院之檢察處，設首席檢察官一人，檢察官數人。但檢察官員額僅有一人時，亦可不置首席檢察官。（法院組織法第二十六條）

二、檢察官爲獨任制，故凡執行職務，皆以一員獨任。

三、於各該檢察官管轄區域內之檢察處事務，均由檢察官辦理，但不限於緊急事宜。

四、檢察處之管轄，原則僅及於所配置法院之管轄區域，惟遇有緊急情事，亦得於管轄區域外，執行其職務，其於管轄區域內所行之職務，各檢察官亦應互助。

五、最高法院檢察署置書記官長一人，書記官若干人。高等法院以下各級法院及分院，配置書記官，掌理檢察處記錄文牘統計等事務。並應遵守檢察官之命令，執行特定之職務。

第二款 自訴人

據我新刑事訴訟法之規定，除缺乏行為能力者外，凡犯罪之被害人，皆得提起自訴（第三一一條）提起自訴之被害人犯罪，而被告為其被害人者，被告得於第一審辯論終結前，提起反訴。（第三三〇條）提起自訴者，即原告，在刑事訴訟法上當然為自訴人，但此被告為被害人而提起反訴者，固亦吾刑事訴訟法上之自訴人也。

按自訴人之地位，在刑事訴訟之程序中，與檢察官所處之地位無異，故舉凡檢察官在審判上所得為之上訴抗告再審等行為。除第三百十三條至第三百十五條之限制，及第四百二十條，為受判決人之利益，聲請再審，不得提起自訴者外，自訴人均得為之。且新刑事訴訟法將自訴之範圍擴大，不限於特定之犯罪，凡具有行為能力之犯罪被害人，皆得提起自訴，則自訴人之地位，或且高出於檢察官矣。

能爲自訴人者，當然不限於自然人，即法人亦可。但未經依法註冊之外國公司，不能認爲法人，若以公司名義而委託代理人提起自訴，則不能認爲具備自訴人之資格，而法院亦不應受理該種案件。（參照司法院院字第五百三十三號解釋）

第二節 被告

第一 被告之意義

夫刑事被告原則上雖與犯罪人及受判決人同爲一人，而意義實有別，蓋在起訴以前，則爲犯罪人，或犯罪嫌疑人，不能謂之爲被告，若在確定判決以後，則爲受刑人，或受判決人，根本已與訴之程序脫離，告訴之目的已達，故亦不能謂之爲被告。祇有在訴訟已拘束中，審判未終結前，是時之犯罪人，爲原告——檢察官或自訴人——之對手人，對簿公庭，互相攻擊防禦，爲當事人之一，乃能謂之被告，是因被動而發生訴訟關係之主體也，其稱謂亦即由於此。故曩所謂被告人有廣狹二義：狹義之被告，專指起訴後之犯罪嫌疑人，廣義之被告，則泛指起訴前後之犯罪嫌疑人，實則被告無廣狹之足言，此觀念似不能允爲正確也。

第二 被告之地位

被告與檢察官或自訴人，處於對立之地位，爲當事人之一，原告有所不利之攻擊，則本其防禦之權，以多方辯護，故當事人間之地位，無偏頗之足虞也。

第三 被告之當事人能力

刑事訴訟法所指之當事人能力，乃刑事被告之能力，而不與原告。夫凡生存之自然人，固可不必問其犯罪能力之有無，在刑事訴訟法上，均有當事人之能力。例如有嫌疑犯某甲，不明其有無犯罪之能力，於是起訴於法院，爲審判上之一切行爲，而靜候裁判，則此時固不論其犯罪能力之有無，均不失爲當事人也，故當事人能力，爲訴訟關係成立之問題，與犯罪能力之爲犯罪構成問題者不同。即在刑事上無責任能力，亦得有效追訴。至於法人，近世立法例，已認爲與自然人同，吾刑事訴訟法，雖無明文規定，然其爲有當事人能力，可以被追訴處罰，自爲當然之解釋。

第四 被告之訴訟能力

刑事訴訟，既爲法律行爲之一種，則不能有意思表示之能力者，何能爲刑事訴訟之行爲？故刑事被告，必須具有訴訟能力。如被告而心神喪失者，於其心神未回復以前，應停止審判（二八

七一）若被告因疾病而致不能出庭者，應於其到庭以前，停止審判，但許用代理人之案件，委任有代理人者，不適用之。（二八七II III）苟偵查結果，被告之行爲，雖業經認定，但其行爲時適心神喪失，據法律，不構成犯罪者，應爲不起訴之處分。（二三一8）業經起訴，復發現其行爲不罰者，則應諭知無罪之判決。（二九三）因未滿十四歲，或心神喪失，而其行爲不罰，認爲有諭知保安處分之必要者，並應諭知其處分及期間。（二九三II）據此以視，無訴訟能力者之不能爲訴訟行爲可知。

法人爲刑事被告時，由代表人代表其爲訴訟行爲，亦視爲具有訴訟能力。若因解散而清算終結，則又因於消滅，而無訴訟之能力矣。

第五 被告之權利義務

刑事訴訟法規定，被告之權利如次：

- 一、受管轄之法院，不得錯誤之權。（五）
- 二、在庭時之自由權。（二六一）
- 三、被告有不到庭不得審判之權。（二六〇）

四、被告有辯論之權。(二八一)

五、被告有隨時選任辯護人之權。(二七)

六、被告有最終發言之權。(二八三)

七、被告有上訴抗告之權。(三三六、三九五)

八、其他。

至於被告之義務，則僅服從訴訟處分而已。

第三節 其他訴訟關係人

第一款 辯護人

第一 辯護人之意義

刑事訴訟，因以實質的真實發現為主旨，故使原被告立於同等之地位，享有同樣之攻擊防禦權，而藉以得事實之真相。辯護者，即對起訴之攻擊，為有利於被告而為之防禦方法也。而辯護人者，即代被告實施有利之防禦方法之人也。茲析言如次：

一、辯護爲對起訴攻擊而爲之防禦方法也。無攻擊即無防禦，有攻擊而非起訴之攻擊，

則非對於該被告而發，亦毋庸防禦。惟此所謂防禦，在使被告人不受過當失實之攻擊而已。若對無瑕疵之正當攻擊，而施以無理取惱之防禦，則實非辯護之道，亦且反無以收辯護之功。今之律師，爲被告辯護者，輒難免此弊，一若非此不足以逞其雄辯，而示其能幹者。然結果往往反使被告蒙其不利。蓋以其觀念之錯，防禦計非所致也。故防禦過當失實之攻擊，庶爲辯護。

二、辯護爲有利於被告而施之防禦方法。辯護人既爲被告而辯護，自應極盡其有利於

被告之方法，故辯護人所爲之防禦方法，苟無利於被告人者，則不得謂之辯護。

刑事訴訟法之所謂辯護，固不問爲被告人自爲防禦，抑係由代理人輔佐人爲被告爲防禦，皆得請求實施刑事訴訟程序之公務員，爲有利於被告之必要處分（參照二〇）蓋本法第二條第二項之規定，雖有「被告得請求」之字樣，但若辯護人爲被告請求，自無不可，故辯護人之任務，專在爲被告之利益，至捨棄撤回等，不利於被告之行爲，辯護人不得爲之，是辯護人者，實爲刑事訴訟法，特爲保護被告，所認許之獨立爲訴訟活動之主體。

第二 辯護人之種類

一、選任辯護與指定辯護 刑事訴訟法規定曰：被告於起訴後，得隨時選任辯護人（二

七一）被告之法定代理人配偶直系或三親等內旁系血親，或家長家屬，得獨立為被告選任辯護人（二七II）此種辯護人乃由被告及被告之法定代理人配偶直系或三親等內之旁系血親所選任。故謂之選任辯護人。（Wahlverteidiger od. gewählte Verteidiger）如被告或其法定代理人配偶直系或三親等內之旁系血親，均未選任辯護人，或雖選任，然於審判期日，無正當理由而辯護人不到庭，且被告之最輕本刑，又為五年以上有期徒刑，或高等法院管轄第一審之案件，審判長為被告之利益起見，應指定公設辯護人，為之辯護，而此項行為，即謂之指定。被指定之公設辯護人，即謂之指定辯護人（Bestellte Verteidiger）辯護人之指定，所以必須被告或其法定代理人等，未選任辯護人時，審判長始得依職權而指定者，蓋選任辯護人為被告之權利也。故指定辯護人後，若被告或法定代理人等，復選任辯護人者，應即將指定之辯護人撤銷。（三一IV）

二、強制辯護與任意辯護 強制辯護（Notwendige Verteidigung）者，即辯護人之辯

護，爲訴訟必要之條件。任意辯護 (Nichtnotwendige Verteidigung) 者，即辯護人之辯護，非訴訟必要之條件也。據刑事訴訟法之規定，最輕本刑爲五年以上有期徒刑，或高等法院管轄第一審之案件，則非有辯護人代爲辯護不可。反之，如其最重本刑爲五年以下之有期徒刑者，則辯護人可有可無。雖於起訴後，被告或被告之法定代理人等未選任辯護人，審判長亦無爲其指定公設辯護人之必要，是以謂之任意辯護。

三、多數辯護與共同辯護 一被告而有辯護人二人或三人者謂之多數辯護。(Mert-ache Verteidigung) 但不得逾三人。(二八) 此多數之辯護人，各自有獨立之辯護權，故送達文書，應分別爲之。(三二) 至於指定辯護人，刑事訴訟法雖無明文規定人數，但每一被告，不限於指定一人，而最多不能逾三人，自以準用選任之規定爲妥善。

有被告數人，而僅有一辯護人者，謂之共同辯護 (Gemeinschaftliche Verteidigung) 雖不限於被告之多寡，但各被告之利害相反者，不得指定共同辯護。(三一III) 據法文視之，似僅指指定而言，彼選任辯護人者不與，然此種情形，事實上於選任辯護，似不多見。通常所見者，咸爲指定辯護，且本法亦有得指定一人辯護之規定，然在同一訴訟程序，雖無

明文規定，自亦當解爲不得爲之也。

第三 辯護人之資格

據刑事訴訟法之規定，辯護人之資格，在選任，原則應以律師充之，但非律師而經審判長之許可者，亦得選任爲辯護人。（二九）至指定辯護人，則僅限於律師。第三審之辯論，其辯護人非以律師充之者，不得行之。（三八一）且此所謂律師，必現方執行職務者，且其執行職務，必在該案件之管轄區域內，否則，猶不能使其充任辯護人也。

第四 辯護關係之發生及消滅

一、辯護關係之發生 辯護人對於法院之關係，謂之辯護關係。刑事訴訟法規定，被告於起訴後得隨時選任辯護人。（二七）而此項選任，又應提出委任狀於法院。（三〇II）據此，則辯護關係之發生，固始於起訴之後。

二、辯護關係之消滅 吾刑事訴訟法規定曰：辯護人之選任，應於每審級爲之。（三〇I）

是辯護關係之終結，限於一審級。然如欲包含上訴，則一任選任者之自由意思。在指定辯護，苟不依第三十一條第四項之規定，而將指定之辯護人撤銷，則自亦應準用第三十條

第一項之規定，隨該審級而同時終了。

第五 辯護人之權利義務

一、辯護人之權利

1. 辯護人得檢閱卷宗及證物並得抄錄之。(三三)
2. 辯護人得接見羈押之被告。並互通書信。(二四)
3. 辯護人於審判期日，有應受傳喚之權利。(二五〇)
4. 辯護人於調查證據完畢後，得就事實及法律而為辯論。(六一)
5. 辯護人於被告所得為之一切訴訟行為，均得為之。
6. 如辯護人對於判決有不服，得為上訴。

二、辯護人之義務

1. 出庭之義務
辯護人之出庭，一方雖為權利，但另一方，亦為義務。
2. 服從審判長指揮之義務。
3. 陳明事務所之義務。(五五)

4. 爲被告守祕密之義務。(一六九)

第二款 輔佐人

第一 輔佐人之意義

輔佐人者，於起訴之後，以法定代理人之資格，輔佐被告人，而爲一切訴訟行爲之人也。故必與被告有至親至切之關係，庶能於訴訟上，負保護被告之責任。是以吾刑事訴訟法第三十五條規定：得爲被告之輔佐人者，限於被告或自訴人之配偶，直系或三親等內旁系血親或家長家屬或被告之法定代理人，於起訴後，向法院以書狀，或於審判期日以言辭，陳明爲被告或自訴人之輔佐人。(三五I)並得在法院陳述意見。

輔佐人之地位，得獨立行動，而不受被告人意思之拘束。

第二 輔佐人之權利義務

一、輔佐人之權利 刑事訴訟法第三十五條規定，輔佐人得在法院陳述意見，自屬輔佐

人之權利，然其所得爲之防禦行爲，僅限於陳述意見，則其權限，自不若辯護人之廣大。然

其陳述，縱宜爲有利於被告者，此外之訴訟行爲，則非輔佐人之所得爲矣。

二、輔佐人之義務。輔佐人之出庭陳述意見，亦與辯護人同，一方雖屬權利，一方又爲其義務，惟此義務，並非絕對而已。蓋若輔佐人任意不出庭，或不爲陳述，亦不能謂爲違背義務，以第三十五條第二項並非強行規定也。然審判時服從訴訟指揮權，以及法定警察權，則又當盡之義務也。

第三款 代理人

第一 代理人之意義

代理人者，由被告委任，於起訴後，代理被告爲訴訟行爲之人也。蓋輕微事件，固無被告人親自出庭之必要。

代理以被告名義爲之，代理人在訴訟上，凡被告人所有之權利，咸得爲之。且其行爲，與被告人自爲者，有同一之效力。

第二 許用代理人之限制

- 一、刑事訴訟第三十六條規定，最重本刑爲拘役或專科罰金之案件，被告於審判中，或偵查中，得委任代理人到場。
- 二、委任代理人之時期，必在起訴以後。
- 三、代理人之委任，應於每審級爲之。
- 四、須以書狀委任。
- 五、委任代理人不得逾三人。

第三 代理人之權利

- 一、被告委任數代理人者，各代理人，有各別接受送達文書之權。
- 二、代理人不惟於偵查中，得檢閱卷宗及證物，並得抄錄之權。

第二編 訴訟程序

第一章 總論

第一節 訴訟行爲

第一款 訴訟行爲之意義

刑事訴訟法規定之所有各種程序之行爲，即謂爲訴訟行爲，換言之，亦即法院之原告及被告，在刑事訴訟法上，爲相互間關聯之行爲也。故無訴訟行爲，即無訴訟程序，亦必無刑事訴訟之發生矣。此本法所以設訴訟主體及程序之規定也。

凡欲訴訟行爲之成立，必具備法律上之要件，而此所謂要件，即爲訴訟行爲之合法條件也。苟或缺此，則在法律上無以成立訴訟行爲，而由此訴訟行爲之必然效果，亦無從發生矣。故業經成立之訴訟行爲，必具備有效成立之條件，庶能避免發生得據以聲明不服，或應以裁判宣告無

效之反應矣。

所謂訴訟行為有效成立之條件，即意思表示與訴訟能力是也。刑事訴訟法所規定之訴訟行為，得依各種標準而分類，俟於次款分述之。至於通常所指之訴訟行為，固當事人在訴訟上所為之行為也。例如告訴及檢察官之起訴，法院之裁判等是。然當事人以外之人亦有參與刑事訴訟者，即辯護人、輔佐人、代理人、證人及鑑定人是也。例如辯護勘驗蒐索，以及訊問證人等是，固亦無不屬於訴訟行為也。故學者間稱前者為狹義之訴訟行為，後者為廣義之訴訟行為。

第二款 訴訟行為之種類

刑事訴訟行為，得依各種標準，分類如左：

第一 以訴訟行為之性質為標準

以訴訟行為之性質為標準，則可分為法律行為，與事實行為二種。法律行為者，即附以一定效果之意思表示，例如攻擊防禦審判等是。事實行為者，即法律行為以外之一切訴訟行為。例如勘驗搜索詢問證人等是，何以此種法律行為以外之事實行為，亦名之曰訴訟行為？誠以其與法

律行爲有密切之關係也。蓋非有起訴審判等訴訟程序，則無須勘驗搜索等。展開訴訟程序而不藉搜索勘驗等以爲輔作用，則無以附實體的真實發現之旨。故廣義的視事實行爲爲訴訟行爲，實良有以也。

第二 以訴訟行爲爲標準

以訴訟行爲爲標準，得析爲下列三種：

一、法院及輔助機關之行爲 法院之行爲，不外爲審判。因欲發現真實之證據，於是不得不先之以審理，隨之卽爲傳喚通知被告，及其他訴訟關係人，並爲拘提羈押搜索扣押等之強制處分之行爲，而終則爲其裁判之行爲。至於輔助法院之機關，如書記官，執達員，庭丁等。執達員庭丁除實施送達外，無他行爲，惟書記官，則制作筆錄文件，委任並囑託送達，編訂卷宗，保存卷宗，以及保存並送交證據物件等之訴訟上行爲，無不爲之。

二、當事人及第三人之行爲 刑事訴訟法，既規定原告有檢察官及自訴人之區別，則所謂訴訟行爲者，在公訴爲檢察官與被告之行爲，而在自訴，則自訴人與被告之行爲，惟檢察官亦得參與自訴之程序耳。至於其所謂之行爲維何？卽起訴，上訴，聲請迴避，提供訴訟

資料等行爲是。吾刑事訴訟法以採言辭及直接審理之結果，故當事人之行爲，首重於言辭之陳述。（訴狀）除陳述之外，即請求審判長，受命推事，受託推事，或檢察官，爲達其訴訟目的之裁判，或處分之意思表示，換言之，即請求法院爲一定之訴訟行爲也。爲訴訟行爲，尤不能不補助於第三人之行爲。所謂第三人之行爲者，例如告訴人之告訴，告發人之告發，代理人輔佐人之代理輔佐，以及辯護人之辯護等，無不屬之。

第三款 訴訟行爲之效力

夫訴訟行爲之有效成立，必須具備合法之條件，已如前述。然所謂有效之條件云者，蓋即

一、具有行爲能力 夫人類必具行爲能力，則庶能有所作爲。刑事訴訟行爲者，法律行爲也，是更何能例外？蓋實行刑事訴訟行爲之原被，立於敵對之地位，一方攻擊，而他方防禦。法院則超然其間，靜聆其認辭，默察其真僞，而施以裁判，據是以視，則爲刑事訴訟行爲者，苟不具行爲之能力，又何能應付裕如此？本法所以規定，被告或被告之法定代理人配偶等，選任辯護人，以爲之辯護也。（二七 I II）被告或自訴人之配偶等，得以書狀向法院

陳明爲被告或自訴人之輔佐人，或於審判期日，以言辭爲之（三五）法律所以予自訴人及被告以選任辯護人與爲之輔佐之權利者，實以恐自訴人及被告，雖具行爲能力，而或無爲訴訟行爲之經驗，致蒙其不利也。故於最輕本刑爲五年以上有期徒刑，或高等法院管轄第一審之案件，審判長應指定公設辯護人爲之辯護，亦本斯旨也。是具有行爲能力者，而爲訴訟行爲，尙予以輔助之權利，則無行爲能力者，而爲之訴訟行爲，能謂之有效成立乎？例如代表國家而爲之檢察官，於心神喪失時所提起之公訴。犯罪之被害人，於心神喪失時，所提起之自訴，被告於心神喪失時，所爲之答辯，以及法院推事，於心神喪失時所宣告之判決，其不利於原被告爲何如？不寧維是，且徒耗國家之經濟時間勞力，亦非所宜也。故無行爲能力者，而爲訴訟行爲，自不能發生其效力。

二、具有一貫之意思表示 有行爲能力，庶能有意思表示，庶其意思表示正確。然其意思表示雖正確，而前後不能一貫，則猶不能具訴訟行爲之效力。例如酒醉之人，陳述證言，雖係事實，而未嘗具有欺詐之心，然以其神志麻醉，無決定意思之能力，於是而言語顛倒。若此種意思表示之法律行爲，而據以爲有效，將不利於當事人，而刑訴之目的，必無以達矣。

至若判決而未宣告，或雖宣告，而其前後表示互相衝突，以及所表示者，尙未完全，則亦不能發生訴訟行爲之效力也。

綜上所述，則具備行爲能力與意思表示二條件，似已能奏訴訟行爲之公效，然尤須注意下列各點：

- 一、所犯之罪名，係屬於何種案件，於何等法院，乃有其管轄權。（參照四至七條）
- 二、該案件是否具有第二百九十四條及第二百九十五條各項情形者。
- 三、在自訴案件，是否係已不得爲告訴之告訴或請求乃論之罪。（三一四）
- 四、如係提起上訴抗告等之案件，是否未超過法定不變期間。（三四一、三九八）

第四款 訴訟行爲之手續

第一項 文書

訴訟上之事實，惟賴文書而證明。蓋文書者，亦表示或交通意思之方法之一也。故檢察處及法院咸不能不制作文書，以證明訴訟上之事實。其最重要者有下列六種：

一、訊問被告證人鑑定人通譯之筆錄。

二、搜索扣押勘驗之筆錄。

三、偵查預審及審判之筆錄。

四、偵查處分書。

五、預審裁決書。

六、裁判書。

文書之重要者，雖有上列六種，然以文書之性質而決定之，則僅公文書與私文書之區別而已。本項之所欲論者，固非純粹之公文書也。所謂公文書者，其名義人爲官公署，而制作者則爲代表官公署之公務員。何項公務之文書，由何項公務員以制作，其判斷應視各項公務員之職務，而決定其權限。例如公訴起訴書之制作者，應爲檢察官。裁判書之制作者，應爲推事。審判期日之制作筆錄等，應由法院之書記官。此外如告訴告發，或請求書狀之制作者，當爲該告訴告發或請求之人，被告不服判決而提起上訴，則上訴書狀之制作者，爲被告。而此等之人，則又非公務員矣。

第一 文書之程式及制作者

文書之程式及制作者，依本法之規定如左：

一、公務員制作之文書 凡文書而由公務員制作者，應將制作之年、月、日及其所屬公署

記載之，且由制作者簽名。（三九）如該由公務員所制作之文書，有多書或缺漏之處，而須增加刪除或附記者，則應蓋制作者之章於其上，留存字跡於其刪除處，俾得辨認，並應記明其增加刪除之字數，而不得竄改挖補。（四〇）

二、非公務員制作之文書 由非公務員所制作之文書，應記載年月日，並簽名，不能簽名者，應使他人代書姓名，由制作者畫押蓋章，或按捺指印，但代書人應附記其代書之事由，並簽名其上。（五三）

三、訊問被告之筆錄 訊問被告自訴人證人鑑定人及通譯所制作之筆錄，應記載對於受訊問人之訊問及其陳述。如證人鑑定人或通譯，而未具結者，則其不具結之事由。其他如受訊問時之處所，及年月日。（四一 1 2 3）受訊問之人，如有請求將記載增刪變更者，亦應附記其陳述於筆錄（四一 III）且應命受訊問人於筆錄記載之末行，緊接簽名畫押蓋章或按捺指印。（四一 IV）所以示該記載得訊問人之同意，無錯誤也。故本法規

定筆錄之記載，應向受訊問人朗讀，或令其閱覽，而詢以記載有無錯誤也。（四一II）

四、搜索扣押勘驗之筆錄

搜索扣押及勘驗之筆錄，其制作者應為在場之書記官，而由行訊問或搜索扣押勘驗之公務員簽名於筆錄內，如無書記官在場，則由該公務員親自制作筆錄。（四三）其所為筆錄應記載者如左：

1. 實施之年月日，時間，處所。——搜索，扣押，勘驗。

2. 其他必要之事項。——全前。

3. 扣押物之名目。——扣押。

4. 附為勘驗所制作之圖畫照片。——勘驗。

該項筆錄，應命其在場之人簽名畫押蓋章或按指印。（四二）

五、審判期日之筆錄

審判期日，應制作審判筆錄，記載下列十三項，及其他一切訴訟程序。（四四）

序（四四）

1. 審判之法院及年月日。

2. 推事檢察官書記官之官職姓名及自訴人被告，或其他代理人，並辯護人輔佐人通譯

之姓名。

3. 被告不出庭者其事由。

4. 禁止公開者其理由。

5. 檢察官或自訴人關係起訴要旨之陳述。

6. 辯論之要旨。

7. 對於受訊問人之訊問及其陳述，暨證人鑑定人或通譯，如未具結者其理由。

8. 當庭會向被告宣讀或告以要旨之文書。

9. 當庭會示被告之證物。

10. 當庭實施之扣押及勘驗。

11. 審判長命令記載，及依訴訟關係人，聲請許可記載之事項。

12. 最後曾予被告陳述之機會。

13. 裁判之宣示。

關於第四十一條第一項筆錄之陳述，其筆錄之陳述部份，如經受訊問人請求朗讀，或已

交其閱覽，而請求將記載增刪變更者，其陳述亦應附記之。（四四II）此項筆錄，應由書記官制作（四四I）而審判長簽名。如審判長有事故時，由資深陪席推事簽名，若獨任推事，而有事故時，則僅由書記官簽名。書記官有事故時，僅由審判長或推事簽名，其事由並應分別附記。（四六）

六、裁判書 裁判書之制作者，應為推事，（五〇）故其原本應由為裁判之推事簽名，審判長有事故不能簽名者，由資深推事附記其事由，推事有事故時，由審判長附記其事由。（五一II）至其所應記載者，除依特別之規定外，則受裁判人之姓名性別年齡職業住所或居所也。（五一）裁判書之正本，應由書記官依原本而制作，蓋用法院之印，且附記與原本無異之證明字樣。（五二I）

七、判決書及裁定筆錄 判決書除依特別規定外，亦應記載受判決人之姓名年齡職業住所或居所及檢察官或自訴人並代理人辯護人之姓名。（五一）至於當庭宣示之裁定，得僅命記載於筆錄。

八、記載裁判筆錄及檢察官起訴書暨不起訴處分書之正本 記載裁判筆錄之正本，亦

蓋用法院之印，由書記官制作，而附記證明與原本無異字樣（五二一）且於檢察官起訴書及不起訴處分書之正本，亦準用之。（五二二）

第二 文書之種類

一、公文書與私文書 公文書者其名義人爲官公署，其制作者，則爲代表官公署之公務員，例如檢察官所提起之公訴書狀，以及審判時之筆錄，判決書等。私文書者，乃任何人得以制作，而記載其名義，即由他人合法代理，亦自無妨。例如自訴人所提起之自訴書狀，以及被告或自訴人提起之上訴抗告，或再審書狀等是也。

二、絕對具有證據力之文書與相對具有證據力之文書 審判筆錄，對於本訴訟，輒爲證據方法，且足據以爲辯論裁判之標的，故爲前者。不若起訴書狀祇能證明起訴事實，判決書祇能證明判決事實，故屬於後者。

三、應送達之文書與不應送達之文書 據吾刑事訴訟法之規定，關於刑事訴訟之文書

之應送達者，例如傳票，及通常之判決書，第三審之上訴書狀，或理由書答辯書等，凡本法未有明文規定應行送達之文書，則即不應送達者也。

四、爲訴訟行爲之要件之文書與非要件之文書

凡刑事訴訟法或其他法令規定，必以

文書爲之者，爲訴訟行爲之要式文書，例如公訴應以起訴書爲之。（二四三一）自訴應向法院提出自訴書狀爲之。（三一二I）上訴應提出上訴書狀。（三四二I）若不限於文書，而用言辭亦可者，卽爲訴訟行爲非要件之文書也。例如鑑定人之爲鑑定是，故其區別，實基於是否爲刑事訴訟法或其他法令，定明某一訴訟行爲，必以某文書或書狀爲之而已。

五、應編爲卷宗之文書與不應編爲卷宗之文書

凡關於訴訟之文書，而爲法院所應保

存者，（五四）卽屬應編爲卷宗之文書。若雖關係該案件之文書，而非爲法院所應保存者，卽所謂不應編爲卷宗之文書也。例如應送達或交付於訴訟關係人之傳票，通知書或裁判書正本，扣押收據等文書，以其係暫行存案，終應歸之於各訴訟關係人，故此項文書之性質，實不得編入卷宗也。

六、原本正本繕本節本

原本者，爲原所制作之文書也。當事人爲訴訟行爲而提出之文

書，通常恆屬於原本。法院或檢察官扣押文書以爲證據物件者，原則上亦恆須扣押原本。

凡照錄原本全部之文書，及正本繕本，而正本在法律上與原本具同一之效力。若判決書非以正本送達，即屬違法，蓋非正本不得為執行名義，因其與原本無異，故法律予以特種之效力也。至於繕本，除作證明或通知之用外，不發生其他之效力，故不能與原文同視。節本者，乃節錄原本一部之文書也。法院或檢察官，扣押文書以為證據物件的，亦得繕錄或節錄原本，以為證據。且除原本外，應依應受送達他造當事人之數，提出當事人書狀，或附屬文書之繕本。

第三 文書制作及整理之時期

文書制作之時期，據吾刑事訴訟法之規定有二。茲分述如下：

一、法定不變期間 所謂法定不變期間者，例如提出上訴書狀之制作，應自送達判決後起算，其期間為十日（三四一）如逾此期間，則上訴即不能發生效力。抗告期間，除有特別規定者外，自送達裁定後起算，其期間為五日（三九八）若抗告書狀，而不於此時期內制作，即屬違法，自不能生法律上之效果。以其不能隨訴訟關係人之意思之自由，故謂之為法定不變也。

二、任意期間 所謂任意期間者，乃文書之制作或提出，無期限期間之足言，可一任當事人之意思，而皆能發生法律上之效果者也。

第四 文書之編入卷宗

關於訴訟之文書應由書記官編入卷宗。（五四）惟於此有宜注意者，即傳票通知書，或裁判書正本等，雖亦為關係訴訟之文書，然不應編入卷宗，蓋以其應送達或交付於訴訟關係人，而非法院之所應保存者也。故於此所謂文書，乃純指關係訴訟之文書，而應由法院保存者而言。此外如證據文件，雖暫時存案，而終應返還於各訴訟關係人者，亦不應編入卷宗也。

第五 文書之效力

一、編入卷宗前之效力 凡刑事案件，一經檢察官向管轄法院提出起訴書（二四三）以及自訴人提出自訴書狀，即發生訴訟之效力。上訴抗告之效力，通常恆須得判決書或裁定書後，而始發生。且文書之如應送達者，不惟文書自身所表現之行爲，發生其固有之效力，即該文書之送達行爲，亦恆隨文書，而在法律上，予以特定之從效力。例如傳票未經送達，被傳人無到案之義務。拘提羈押通緝搜索等，應有拘票押票通緝書搜索票。苟此等

實施執行之公務員，而不以該項文書，示被拘提通緝羈押等之被告，則該被拘提羈押通緝搜索者，雖拒絕之，亦不得謂爲違法，此皆由文書所生之效力也。

二、編入卷宗後之效力 文書之所以欲編入卷宗者，蓋訴訟行爲之事實，自偵查開始，以至於審判終結，其一切進行之訴訟狀況之記載，纖屑無遺，且審判期日之訴訟程序，專以審判筆錄爲證，（四七）如該案件而遇上訴，則非移調該案件之全部文書，無從體察該案件之一切訴訟行爲。且於偵查中或下級審所提出或蒐集之訴訟資料，尤非保存，不足以明瞭，故卷宗者，實具爲法院保存證據之效力。

第二項 送達

第一 送達之意義

一、實質之意義 送達者，係以特定事項，告知訴訟關係人或第三人之訴訟行爲也。據告知之實質意義而視，則裁判之宣示等，無不含有告知之意思，似皆屬於送達矣。其實不然，蓋送達者，除具備實質之意義外，尤須具備形式意義之條件也。

二、形式之意義 所謂形式之意義者，即送達或交付關係訴訟之文書，而以發生訴訟上效力之特定事項，通知於訴訟關係人也。而此送達或交付，尤須由送達機關，按法定之方式，而為送達，否則，仍屬違法，不發生送達之效力也。

第二 送達之方式

一、對於檢察官之送達，送達文書，如對於檢察官為之者，應逕向檢察官之辦公處所。

(五八)

二、對於其他訴訟關係人之送達 對於其他訴訟關係人而為送達者，依本法之規定，其

方法如下：

1. 囑託送達 送達於在監獄或看守所之人，應囑託該監所長官行之。(參照五六II)
所以維持監所之紀律也。

2. 郵信送達 應受送達之人，雖未陳明其住所或事務所，而為書記官之所知者，得將應送達之文書，掛號付郵，而向該住所或事務所為送達。(五七)

3. 公示送達

a. 公示送達之原因

被告自訴人告訴人，或附帶民事訴訟當事人，有左列情形之一者，應公示送達。（五九）

一者、應公示送達。（五九）

甲、住居所或事務所及所在地不明者。

乙、掛號付郵而不能達到者。

丙、因住居於法權所不及之地，而不能以其他方法送達者。

b. 公示送達之手續

公示送達，應由書記官分別經法院或檢察長，首席檢察官，或

檢察官之許可，除將應送達之文書，或其節本，張貼於法院牌示處外，並應以其繕本，

登載報紙，或以其他適當方法，通知或布告之。（六〇）

c. 公示送達效力發生之時期

公示送達，以自最後登載報紙，或通知布告之日起，

經三十日而發生效力。（六〇II）

第三 送達之陳明

被告，自訴人，告訴人，附帶民事訴訟當事人，代理人，辯護人，或輔佐人，為接受文書之送達，應將其住居所，或事務所，向法院或檢察官陳明，如在法院所在地，無住所居所或事務所者，應陳明

以在該地有住所，或事務所之人，爲送達代收人。（五五I）以如送達向送達代收人爲之者，與送達於本人者，有同一之效力。（五五III）此種陳明，其效力及於同地之各級法院。因祇須向法院或檢察官爲陳明後，對於以後之各級法院，如爲同在一地，即不發生任何問題。至對監獄所或看守所之人，而爲送達，則毋須其將住所等陳明，更毋庸陳明代受送達人之姓名住址，以既知其監獄或看守所，則即應囑託該監所長官爲之，自毋庸更爲陳明，所以省手續也。

第四 送達之效力

送達之效力，於法定程序實施後而發生，例如被傳喚人到案或出庭之義務，必接到傳票後而發生，對未確定裁判之上訴或抗告，其期限又應自送達後而起算。其他如未送達之法定程序而實施，即不能發生通知之效力。

第五 送達之機關

刑事訴訟法第六十二條規定曰：「除本章有特別規定外，準用民事訴訟法之規定。」而第六十一條規定曰：「送達文書由司法警察行之。」由是知送達文書，除司法警察得行之外，即民事訴訟法所規定之送達機關，如法院書記官（應受送達人在法院內得由法院書記官，自將文

書付於該應受送達人。(民事訴訟法第一百二十六條)以爲送達)執達員郵務局,亦得以行之也。

第五款 訴訟行爲之時期

第一項 概說

刑事訴訟法規定之刑事訴訟行爲,自以愈迅速愈妥善者爲當,惟爲求刑事訴訟程序之正確整齊,以及謀當事人之便利,而易以遵循起見,不得不稍有程度及時間之限制。此一般原則之例外也。其最重要者,則爲期日及期間,茲分別述之如下:

第二項 期日

第一 期日之觀念

夫原告被告,以及其他訴訟關係之第三人,於同一時間內集合,而共同爲某一訴訟行爲者,此之謂期日,例如審判期日等。故所謂期日者,非有多數訴訟關係人之集合,而爲訴訟行爲時不

能見也。

第二期日之指定

審判長受命推事，受託推事或檢察官，預定期日而行訴訟程序者，謂之期日之指定。例如傳喚被告及證人所爲之傳票，應記明應到之日時。（七一三）（一六二三）是也。指定期日，爲審判長受命推事，受託推事或檢察官之職權，又檢察官所爲之指定，係屬於處分之性質，而審判長等之所爲者，則係屬於裁定之性質（六七）指定期日原則上須日時一并指定，例如某日某時是。然如僅有日之指定，而不及於時者，則亦無效也。雖然，如僅有時之指定，而不及於日者，則自亦不能謂爲有效也。又指定期日，行訴訟程序者，除訴訟關係人在場，或本法有特別規定者外，應傳喚或通知訴訟關係人，使其到場。（六三）

第三期日之變更

凡期日業經審判長受命推事受託推事或檢察官之指定，而於其期日開始前，除法律有特別規定者外，如具有重大理由，而復易以他期日者（六四一）謂之期日之變更，其權限亦屬於審判長等。因其係依職權之變更，故不得由當事人等之聲請，固爲當然之解釋。而期日之經變更

者，庶通知訴訟關係人。（六四II）

第四 期日之延展

預定之期日，經審判長受命推事，受託推事或檢察官，認為有重大之理由者，得延展之（六四I）但法律有特別之規定者，不在此限。故凡不能認為有重大之理由者，不能作為期日延展之原因，此不能不注意者也。且期日而經延展者，是亦與期日之變更同，應通知訴訟關係人也。（六四II）

第五 期日之效力

期日經指定後，非因變更或延展，當事人於該期日，自非出庭或到案不可。否則，即為遲誤期日。吾刑訴對遲誤行為，設有制裁之規定也。例如第二百五十九條之規定曰：審判期日，應由推事檢察官書記官出庭，此強行規定也，故非遵照不可。蓋三者缺一，即不能實行審判，故審判期日，實有拘束推事檢察官書記官之效力。至於被告於審判期日，非有特別之規定者外，（二八七但書，二九七，三〇四，三六三）如被告而不到庭者，即不得審判。（二六〇I）如違法而進行審判，其行為亦無效。又被告遲誤期日者，據刑訴法第七十五條之規定……得拘提之。又同法第二百九

十八條及三百六十三條之所謂得逕行判決，皆所以限制被告之任意不到庭，而由期日所發生之效力也。不寧惟是，即被告未受許可而退庭，亦得逕行判決也。（二九七）此外如強制辯護或指定辯護之案件之辯護人，以及輔佐人、代理人、證人、鑑定人、代理人、通譯等，於審判期日，皆有到庭之義務，否則其程序爲無效也。

第六 期日之開始及終結

按期日之開始，據吾刑事訴訟法之規定，其開始必有諭知開始之行爲。在審判期日，本法明定，以朗讀案由爲始。（二六四）於檢察官或自訴人陳述起訴之要旨後，即屬辯論之開始。此外之期日，即爲諭知開始，或開始爲該期日訴訟行爲之時也。至於期日之終結，即該訴訟行爲完成於該期日之謂，例如訊問完畢之時，即訊問期日之終結；辯論終結之時，即審判期日之終結。如審判或辯論之程序未終，而期日已經過去者，則於翌日，仍得繼續審判或辯論，故不得謂期日之終結也。反之若期日未經過，而應爲之行爲已終了者，亦可謂之期日之終結也。

第三項 期間

第一 期間之意義

期間者，以法定爲原則，於某時至某時，中間經過一相當之時間，而由各行爲人單獨爲其行爲，不必於審判長受命推事受託推事或檢察官之當面爲也。且除本法第三百〇六條規定，判決得爲上訴者，其上訴期間，及提出上訴狀之法院，應於宣示時一并告知，並應記載於送達被告之判決正本外，通常毋庸告知也。其與期日不同之點，則在期間之經過中，不必一定有行爲之進行。如上訴期間雖經過，而未提起上訴是也。至於期日則不然。無於期日而不有一定之行爲也。且其始終期，不能如期間之有一定。此外如期日之指定變更及延展，應通知訴訟關係人（六三、六四）以及期日之屆至，必各行爲人會合而爲行爲，是皆有異於期間也。

第二 期間之計算

刑事訴訟法規定，期間之計算依民法。按民法之規定，除法令法院或法律行爲有特別訂定者外，則依一般通用之計算法。茲將計算法之種類，期間之起算點，終止點，及來日之延期，分述於左：

一、計算法之種類：

1. 自然計算法 其法以從起算期間之時刻，或從事件屆至之時刻而計算。例如從本日午後一時起經三日，即自當時起，經七十小時為終止。

2. 曆法計算法 其法即以日星期月年為單位而對於時刻分秒，不事精算。例如約定一日，則從午前另時起，午後十二時止。約定一星期，則從星期一起至星期日止。約定一月，則從月之一日起，至月之末日止。約定一年，則從一月一日起，至十二月末日止。

按吾國民法，除以時定期間外，以曆法計算為原則。誠以計算長時間，則以採曆法計算為便利。若計算短時間，固以採自然計算法為便利也。吾民法雖無明文規定，至以時以下之分秒為單位者，應依自然計算法。

二、期間之起算點與終止點：

1. 起算點 以時定期間之起算者，應用自然計算法，即即時起算是也。（民法第一百二十條一項）故以日星期月或年，定期間之計算者，其期間如由午前另時起其始日不應算入。如自一月五日起，其期間為十日、三星期、六個月，均以翌日午前另時為起算點。

2. 終止點 以日、星期、月或年定期間者，以期間末日之終止，為期間之終止（民法一

二二）例如一星期期間，從星期日起算，以星期六午後十二時為終止點。一月之期間，從月之一日起算，以月之末日為終止點。一年之期間，如從一月一日起算，以其年之十二月末日為終止點。如期間而不以星期、月或年之始日起算者，以最後之星期、月或年，以起算日相當日之前一日為期間之末日（民法第一百二十一條第二項）但以月或年定期間，於最後之月，無相當日者，以其月之末日，為期間之末日（民法第一二一條二項但書）

在法定期間內為訴訟行為之人，其住居所或事務所，不在法院所在地者，計算該期間時，應扣除在途之期間（本法六六）其應扣除之在途期間，由司法行政最高官署定之（六六II）蓋為當事人之利益而設也。

民國十八年八月二十六日司法部命令依當事人住居地與法院所在地距離之遠近，每水陸里五十里扣除一日，其不滿五十里而在十里以上者亦同海路每一海里作三里半計算在通行火車輪船之地應以車行或船行期間定其全部或一部之在途期間，其車行或船行期不滿一日者亦作一日計算。

第三 期間之遲誤與回復原狀

所謂遲誤期間者，乃當事人不注意期間之規定，而懈怠之也。凡法定期間，而無訓示規定之性質者，若懈怠時必屬違法，該進行之訴訟行爲，即屬無效。蓋期間一經遲誤，即生失權之效果也。然亦非絕無補救之法。如其遲誤，乃由於不能遵守時間，而非因過失者，則依法得聲請回復原狀。

一、回復原狀之聲請

聲請回復原狀得分三項述之如下：

1. 聲請之期間 此聲請期間，爲法定不變期間，凡非因過失遲誤上訴，抗告，或聲請正式審判之期間，或聲請撤消，或變更審判長受命推事受託推事裁定或檢察官命令之期間者，於其原因消滅後五日內得聲請回復原狀（六七）所謂於其原因消滅後者，即不能遵守時間之事由終止也。且所謂聲請者，尤必須合於該當事人之不能遵守期間，係非因過失之條件，如係許用代理人之案件，代理人之過失，視爲本人之過失。（六七）

二、聲請回復原狀之程序與方式 因遲誤上訴或抗告期間，而聲請回復原狀者，則應以書狀向原審法院爲之。其遲誤聲請正式審判或聲請撤銷或變更審判長受命推事，受託

推事裁定或檢察官命令之期間者，應向管轄該聲請之法院爲之。（六八I）聲請回復原狀，應同時補行期間內應爲之訴訟行爲。（六八III）其書狀中應釋明者如左（六八II）

1. 其遲誤期間之原因非因過失。

2. 原因消滅之時期。

三、聲請回復原狀之裁判 回復原狀之聲請，由受聲請之法院與補行之訴訟行爲合併裁判之。如原審法院認其聲請應行許可者，應繕具意見書，將該上訴或抗告案件，送由上級法院合併裁判（六九I）受聲請之法院，於裁判回復原狀之聲請前，得停止裁判之執行。（六九II）所以停止裁判之執行者，因此時裁判已屬確定，故應執行。而於裁判回復原狀之聲請前，自應斟酌情形，而命停止裁判之執行也。停止執行裁判，應以裁定爲之，此項裁定不得抗告。

第六款 訴訟行爲之處所

訴訟行爲之種類不一，故其爲訴訟行爲之處所，亦隨期日期間而不同，茲分述於下：

一、於法庭爲之者 吾刑事訴訟法規定，審判期日應由推事檢察官，書記官被告或代理人出庭（二五九、二六〇）則於該審判期日之訴訟行爲，自應在法庭爲之。而所謂法庭者，通常應解爲法院內之法庭。然事實不宜，或不在法院內之法庭爲者，則又不無例外，如履勘犯所或其他與案情有關係之處所（一五四1）以及證人不能到場，或有其他必要情形，得就其所在，或於其所在地法院訊問之（一六四）是也。又法院設分庭於院外，而案件由該分庭受理者，自亦得在該庭爲審判。至訴訟行爲而非應於審判期日爲之者，則不問其爲定有期日之行爲與否，亦不論其爲審判長受命推事受託推事或檢察官之所爲，皆無訴訟行爲處所之制限也。又法院之內，除法庭外，當有辦公室，評議室及偵查室等，亦皆爲訴訟行爲之處所也。

第二章 被告之傳喚

第一節 傳喚之意義

傳喚 Ladung 者，由特定機關發命令，使被傳喚人，於一定之時日及處所，任意到案受訊問之謂也。故強制到案，不得謂爲傳喚。茲詳析其意義如次：

一、傳喚者，使被傳喚人任意到案受訊問也。應受傳喚而到案受訊之人，不惟被告，尙有

證人鑑定人及其他訴訟關係人，被傳喚之被告及證人，如經合法傳喚，無正當理由而不到者，必加以制裁也。

二、傳喚者，使被傳喚人於一定之時日及處所，到案受訊問也。傳喚雖祇須被傳喚人到

案受訊問，然必須於一定之時日及處所，苟被傳喚人而不於一定之時日，至一定之處所，則失去傳喚之效力矣。

三、傳喚者，由特定機關所發之命令也。所謂特定機關者，乃審判長，受命推事，受託推事，

及檢察官所爲之命令也。其命令雖含有強制之性質，然亦僅對於被告爲之，被告之傳喚，既爲刑事訴訟法之要件，於是於爲處分或裁判之事實發現時，均有訊問被告之必要，故

本法規定，於審判期日，除有特別規定外，被告不到庭者，不得審判也。（二六〇I）

第二節 傳喚之機關

傳喚之機關，即握有得發傳喚命令之權者也。刑事訴訟法第七十一條第三項規定傳喚之機關，因刑事訴訟程序之不同而有異。凡傳票之發於偵查中者，由檢察官簽名。而發於審判中者，則由審判長或受命推事簽名也。以檢察官之職責，在於偵查犯罪，自偵查開始，以至於終結，若不許其有傳喚被告之權，又安得以達其偵查之目的？又審判期日，若必須被告到案受訊問，則自亦應予審判長等以傳喚之權也。蓋所謂審判中者，指第一審自起訴及判決，上訴審自上訴迄判決而言也。在此時期中，則代表法院者，實審判長也。至受命推事，因在合議審判之案件，亦得於審判期日前，訊問被告，（二五八一）故亦予以此種權利也。

第三節 傳喚之程序

傳喚被告，既係法定之程序，則其方式，自應由合法得行使傳喚之機關，用傳票以傳喚也。而傳票為公務員所制作之文書之一種，故其制作程式，本法復慎重規定之，至其所應記載之事項

如左：(七一)

一、被告之姓名性別住址，於必要時並應記載其他足資辨別之特徵。蓋以被告之姓名，既不能明瞭，則被傳喚之主體，難免錯誤，故凡遇有與被告同名姓者，自應記載其年貌籍貫職業，及其他特徵，藉資辨認也。

二、案由 本款記載，即被傳喚之事由，亦即被告之犯罪行為也。所以記載者，蓋使被告得預先準備辯護也。

三、應到之日時處所 本款記載，其目的在使被告得依該日時處所，而到案受訊問也。

四、無正當理由不到者得命拘提 本款記載其目的在促起被傳喚人之注意也。

傳喚被告原則上雖應用傳票，(七一I)但亦不無例外，蓋對於到場之被告，其下次應到之日時處所，及如不到場得命拘提，一併載明於筆錄，而經當面告知被告者，或被告經以書狀陳明屆時到場者，則毋須再用傳票，蓋已與送達傳票，有同一之效力也。(七二)

第四節 傳喚之效力

被告有遵傳到案之義務，故不問被告犯罪之輕重，苟經合法傳喚，以及合法送達傳票者，即應到庭，但傳喚而不合法，或不依方法，先期送達，或雖送達而傳票之制作不合法，或未經發票人署名蓋章者，則亦不發生使被告到案之效力。不寧維是，即被告雖經合法傳喚，而其所以不到案，實具正當之理由者，例如因天災人禍，不問其原因之係主觀與否？凡不能遵傳到案者，自亦不能發生其效力也。且據第七十五條之規定，本非強行法規，如得行使傳喚權之機關，衡情斟酌，認為可不加拘提，而再行傳喚者，固無不可，然再傳不到，仍得拘提也。

被告因傳喚到場者，非有不得已之情形，應按時訊問之。所謂按時者，即按照其指定之時也。故被告負有遵傳到案義務之存續期間，僅自該期日開始至終結為止。然如有不得已之情形，則雖不按時訊問，亦並非違法。（七四）

第三章 強制處分

第一節 概說

強制處分者，恐訴訟主體及一切證物或有逃亡或毀滅之虞，於是法院必握有強制處分之

權，對被告加以拘提逮捕通緝羈押及搜索扣押等強制之處分，以冀訴訟資料，得藉以搜集或保存。故強制處分之行為分二：曰對人強制，曰對物強制。被告之拘提羈押通緝，以及現行犯之逮捕，對人之強制也。拘提證人，雖亦係對人而為，然非本章之所欲論，姑舍之。至於搜索及扣押，則對物之強制也。然亦不無例外，蓋本法第一百二十二條固規定對於被告之身體，得行搜索，則又對人而非對物矣。

法院審判長受命推事受託推事及檢察官，均屬有強制處分權之機關。對於現行犯實施逮捕，（現行犯因任何人可以逮捕，故究無固定之機關）以及通緝逃亡或藏匿之被告，與在偵查犯罪時，則司法警察及警察官，均有實施強制處分之權也。不服對於審判長受命推事受託推事或檢察官所為關於羈押扣押之處分，得聲請其所屬法院撤銷或變更之。（四〇八）蓋法院及推事所為之強制處分，實為裁定之性質，故凡有不服，許提出抗告也。但對於該聲請所為之裁定，而有不服者，則不得抗告。（四一一）

第二節 被告之拘提

第一款 拘提之意義

被告之拘提 (Vorführung des Beschuldigten) 者，爲保全處分之一種，由特定機關，用強制之力，將被拘提人，解送至一定處所之命令也。故此命令之發表者，必係特別機關，必用強制力，必解送至一定之處所，否則不能謂爲拘提也，而拘提之目的，在保存證據，不僅爲使被告受訊問已也。此與傳喚之不同者一。且傳喚由被告人自由到案，而此則用強制之力，此不同者二。傳喚必定期日，而此則恆出於被告之不意，此不同者三。蓋一定期日，則唯恐被告於事先隱匿逃亡，此其性質使然也。

第二款 拘提之機關

第一 簽發拘票之機關

刑事訴訟法規定，簽發拘票之機關，與簽發傳票之機關同，即拘票於偵查中由檢察官，審判中由審判長，受命推事或受託推事簽名是也。(七七II) 如應受拘提之被告，不在該簽發拘票

之法院所在地者，則審判長或檢察官，得開具拘票應記載之事項囑託被告所在地之檢察官拘提，如被告不在該地者，該檢察官得轉託其所在地之檢察官（八二）所以求訴訟進行之迅速也。此外如縣長市長警察廳長，警務處長或公安局長及憲兵隊長官，據本法第二百零八條規定，既有協助檢察官偵查犯罪之職權，則自亦得為拘提也。

第二 執行拘提之機關

本法第七十八條規定曰：「拘提由司法警察或司法警察官執行。」則執行拘提之機關，固異於簽發拘票之機關也。且司法警察或司法警察官，亦得在管轄區域外執行拘提，或請求該地之司法警察官執行，但必於必要時（八一）如被告而為現行服務之軍人軍屬者，必由該管長官之協助執行（八三）

第三款 拘提之原因

據本法規定，須被告具備應拘提之法定原因，始得拘提，否則，即屬違法。所謂法定原因者何？即本法第七十五條第七十六條所列者是也。茲詳析如下：

一、經合法傳喚無正當理由而不到者 所謂合法傳喚者，即依據本法自第七十一條至七十三條之規定而為傳喚，所謂無正當理由而不到者，即接到傳票之被告，不依指定之期日，而到案受訊，且其所以不到之理由，又非屬正當，若被告而具此二要件者，則不問其所犯罪之輕重，即專科罰金以下之罪，亦得命拘提也。而於此又宜注意者，若其不到而非無正當理由，則亦應於審判期日之先，向簽發傳票之機關釋明，否則，可推定其為無正當理由，而仍得拘提也。

二、被告犯罪嫌疑重大而有左列情形之一者，亦得不經傳喚而逕行拘提。（七六一）

1. 無一定之住居所者 被告既無一定之住居所，則其蹤跡不定矣，又何從而傳喚，故得逕行拘提也。

2. 逃亡或有逃亡之虞者 被告既已逃亡，即加傳喚，亦屬無益，若有逃亡之虞者，而猶傳喚之，則促其逃亡矣，又何能收傳喚之效，故亦規定逕行拘提也。所謂逃亡，包括藏匿（參照八四）所謂逃亡之虞，即外觀上認其有逃亡之危險，固不必實際上已屬逃亡也。

3. 湮滅偽造變造證據，或勾串共犯或證人之虞者。本款即指湮滅偽造變造關於本案之證據，或勾串本案之共犯或證人而言。例如有不利於被告者，則湮滅之，而偽造或變造有利於被告之證據，若雖有湮滅偽造變造證據，或勾串共犯或證人之虞，而非屬於本案者，亦不能適用。其目的在保全真實之證據，及減少被告逃亡之機會。惟在適用時，應注意被告之犯罪嫌疑是否重大，若僅係輕微之犯罪嫌疑，固不適用也。
4. 所犯為死刑無期徒刑或最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪者。按死刑，無期徒刑，或其最輕本刑為五年以上有期徒刑，皆重大之罪刑也。雖桀梟之犯人，亦無不畏懼，則其必致逃亡，自可預測，故亦得不經傳喚，而逕行拘提也。

第四款 拘提之程序

拘提既為強制命令之一種，則實施拘提時，必依法定之程序，庶不為違法，茲述其程序如下：

- 一、拘提被告應用拘票。(七七I) 如不以拘票示被告，則該被告得不受拘提。(七九) 拘票應由審判長受命推事受託推事或檢察官署名蓋章。經署名蓋章之後，乃得發交司法

警察執行。故拘票由簽發之機關署名蓋章，實爲必經之程序。再該項拘票，得作數通，而分交數人，各別執行。（七八）蓋探訪犯人蹤跡，執行拘提時，非一人之力，所能達其目的也。苟被告而爲既服勤務之軍人或軍屬者，非以拘票知照該管長官，協助執行，不得逕行拘提。如被抗拒拘提，或竟脫逃者，其拘提得用強制力。（九十）執行拘提之後，應於拘票上記載執行之處所，及年月日時。如不能執行者，其不能執行之事由，並應記載之，由執行人簽名，提出於命拘提之公務員。（八〇）

二、拘票之方式，略同於傳票，其所應記載之事項如左：

1. 被告之姓名性別及住居所，若被告之姓名不明，或因其他情形有必要時，應記載其足資辨別之特徵，若僅被告之住居所不明者，則毋庸記載。

2. 案由

3. 拘提之理由

4. 應解送之處所

三、執行拘提，本法又規定種種限制，所以爲被告之利益也。例如第八十九條規定，執行拘提，

應注意被告之身體及名譽，蓋拘提之目的，在解送被告到案，使得受訊問。若超越範圍而損及個人之利益，實非所宜，故本法特設此訓示之規定也。此外如用強制力拘提抗拒拘提或脫逃之被告，而規定不得逾必要之程度者，亦本斯旨也。

第五款 拘提之效力

拘提之目的，既在將被告強制解送至指定之處所，則由拘提而得被告到案受訊，並得於受訊問之前，將其拘留，即拘提之效力也。然為保護被告之利益起見，吾刑事訴訟法，又設有限制之規定。凡拘提之被告，應即解送至指定之處所。如不能於三日內到達指定之處所者，應依被告之聲請，先行解送較近之法院，詢問其人有無錯誤，（九一）且被拘提到場者，應即時詢問，至遲不得逾二十四小時，除認其有應羈押之情形外，於詢問畢後，應即釋放。（九三）

第三節 被告之通緝

第一款 通緝之意義

通緝者，囑託拘提之一種也。當被告因逃亡或藏匿，而致所在不明時，有管轄權之機關，得以通知書，通知附近各處檢察官，或司法警察官署，一體協緝，遇有必要時，並得登載報紙，或以其他方法布告之。（八六）故謂之通緝。然得爲通緝之被告，必具備二要件始可，即逃亡與藏匿是也。至於其所犯罪之輕重，則非所問。蓋通常雖必被告犯罪之嫌疑重大，始得通緝，然其既有逃亡或藏匿之事實，則自可推定其爲嫌疑重大也。

第二款 通緝之機關

刑事訴訟法第八十五條第三項規定曰，通緝書於偵查中由檢察官或首席檢察官簽名，若於審判中，則由法院院長簽名。據此，是檢察官首席檢察官及院長，皆通緝之機關也。

如被告於執行刑罰時逃亡者，應由檢察官或首席檢察官發通緝書，刑事訴訟法雖未明定，然據第四百七十三條後段之規定，自爲當然之解釋，蓋刑事訴訟於執行時，已脫離純粹司法之地步，而又入於司法行政之範圍，故該時之通緝書，其亦應由檢察官或首席檢察官簽發，自無疑問也。

除法院之通緝外，尚有行政機關之通緝，但不能發生訴訟上之效力，蓋僅爲行政處分之一種，而非本書之所欲論者也。

第三款 通緝之程序

凡於偵查中發現被告有逃亡或藏匿之情形時，即由檢察官或首席檢察官，簽發通緝書，通緝被告，若於審判中始發覺，則由院長簽發而通緝之。附近或各處檢察官，及司法警察官，既受囑託，即得拘提被告，或逕行逮捕之。若不以通緝書通知附近或各處檢察官，司法警察官署，而用登載報紙或以其他方法布告者，經布告後附近或各處檢察官或司法警察官，亦有同樣之義務。凡將通緝之被告，向指定之處所解送者，至遲不得逾三日。如於三日內不能到達者，應依被告之聲請，先行解送至較近之法院而爲訊問。庶其人究竟有否錯誤，得即明瞭。所以利迅速，而免無辜者之蒙不利也。至於通緝書之所應記載者，則爲下列各項：

一、被告之姓名性別及其他足資辨別之特徵。

二、案由。

三、通緝之理由。

四、犯罪之日時處所，但日時處所不明者，毋庸記載。

五、應解送之處所。

第四款 通緝之效力

吾刑事訴訟法規定通緝經通知或布告後，檢察官司法警察官，得拘提被告，或逕行逮捕之。（八七）是即通緝之效力也。且於此所謂逮捕，更不必有第八十八條第二項三項之條件。即非於犯罪實施中或實施後，即時發覺，或非被追呼爲犯人，及非持有兇器贓物，或其他物件，即身體衣服等處，亦並不露有犯罪痕跡，而顯然不可認爲犯人者，然若確爲被通緝之被告，則可一切不問，而逕行逮捕也。其執行逮捕或拘提之機關，以及執行時之手續，仍應適用第七十八條第七十九條之規定。而被通緝之被告，經拘提或逮捕後，亦應即解送至指定之處所，如三日內不能到達者，亦應依被告之聲請，先行解送較近之法院，訊問其人有無錯誤。且該被通緝之被告經拘提或逮捕到場者，亦應依第九十三條之規定，即時詢問，至遲不得逾二十四小時也。

第四節 現行犯之逮捕

第一款 現行犯逮捕之意義

現行犯之逮捕者，亦以強制力將被告解送至特定之處所也，其所以異於拘提者，蓋逮捕不拘任何之人，均可行之，非必須由特定之機關，且亦不必報明公署，而復行逮捕也。惟於此有應注意者，即逮捕必限於現行犯，非現行犯，固不得逮捕也。至於現行犯與非現行犯，究何所區別？據其字義而視，即足以知其爲時間之問題，而非性質之不同。然所謂時間者，蓋發覺犯罪之時間也。故祇須其犯罪形跡，尙未消滅，或其犯罪形跡，與實行當時，猶無所差異，則不問其距離實施犯罪時間之久暫，皆所謂現行犯也。蓋本法第八十八條第二項有犯罪在實施中實施後即時發覺之規定也。

第二款 現行犯逮捕之原因

夫本法之所以規定現行犯，不論何人得逕行逮捕之者，俾免漏網，而徒費通緝等之手續也。

意亦良善。然拘提通緝，係受法院或檢察官之命令，而逮捕則不然，如行之失當，則影響於個人之權利者甚大。故本法關係現行犯構成之原因，詳細規定，俾資區別，而免錯誤。凡不依本法第八十八條第二三兩項之規定，而逕行逮捕者，即屬違法，將受刑事之處分也。

據本法規定，現行犯之得以逮捕者，必其犯罪，尚在實施中（例如甲殺乙，刀刺入胸，猶未拔出是也。）或實施後（例如甲殺乙之行爲，雖已終了，而犯罪行爲實行當時之形跡，猶未消滅是。）且猶必即時發覺，否則尙不得逕行逮捕。然苟有被追呼爲犯人者，或持有兇器贓物或其他物件，或於身體衣服等處，露有犯罪痕跡，顯可疑爲犯人者，則亦以現行犯論，一經發覺，自得逕行逮捕之，蓋即學說上所謂準現行犯也。所謂持有者，即兇器在犯人實力足以支配之範圍內，非必持於其手中，而可以供犯罪所用者，皆所謂兇器，因犯罪所得之物，謂之贓物。凡兇器贓物之外，而顯露犯罪痕跡者，即所謂其他物件，此外如身體衣服等處，露有因殺人而染之血跡等者皆是。其所以得作爲現行犯論者，蓋即以其顯露犯罪之痕跡也。

第三款 現行犯逮捕之程式

現行犯之逮捕，任何人皆得行之，固於前述之矣，故法律無規定之程式足言，與拘提通緝等之必經有權機關，必須簽發拘票通緝書而始得拘提通緝者不同。其所以不問公務員非公務員，均得逕行拘提者，誠以慮犯人之脫逃，故不得不採此急速之處分也。惟逮捕時亦應注意被告之身體及名譽。(八九)被告抗拒逮捕或脫逃者，雖得用強制力，然不得逾必要之程度。(九〇)且無偵查權限之逮捕現行犯者，一經逮捕，應即將該現行犯送交檢察官司法警察官或司法警察。(九二)司法警察官司法警察逮捕或接受現行犯者，應即解送檢察官。(九二II)對於無偵查權限之人之逮捕現行犯者，應訊其姓名、住居所及逮捕之事由。(九二III)良以防黠者挾嫌逮捕等弊也。被告經逮捕到場者，亦應即時訊問，至遲不得逾二十四小時，除認其有應行羈押之情形外，於訊問畢後，應即釋放。(九三)

第四款 現行犯逮捕之效力

據吾刑事訴訟法第八十七條第八十八條之規定，逮捕之效力，關於現行犯及準現行犯，凡即時發覺者，得逕行逮捕。關於被通緝之被告，則經通知或布告後，檢察官司法警察官得逕行逮

捕之。且本法第八十九條第九十條第九十一條第九十三條之規定，關於逮捕，自仍應準用之。

第五節 被告之羈押

第一款 羈押之意義

羈押 (Haft Verhaftung) 者，亦由特定機關所發之強制命令，而拘禁被告於看守所，或其
他一定處所之處分也。其目的在制止被告之逃亡，而防杜證據之湮滅，蓋所以利保全訴訟之進
行也。故與拘提之僅以被告到案受訊問爲目的者不同。且拘提雖亦爲強制處分之一種，雖同屬
拘束被告人之自由，然拘提強制之時間甚短，至遲不得逾二十四小時，而羈押則並無一定，雖規
定在偵查中，不得逾二月，審判中不得逾三月，然若因其情形，有繼續羈押之必要者，得於期間未
屆滿前，亦得延長之。且延長羈押之期間，於偵檢中雖僅限於一次，然如所犯最重本刑爲三年以
下有期徒刑以下之刑者，審判中得延長至三次，(一〇八一II) 此又不同於拘提也。

第二款 羈押之機關

刑事訴訟法第一百另二條第三項規定曰：第七十一條第四項之規定，於押票準用之，則羈押之機關，即得發羈押命令之權者，在偵查中，固亦屬於檢察官，在審判中亦屬於審判長或受命推事。檢察官之職責，在偵查犯罪，則保全證據，為其必要之手續，為實施偵查之便利起見，自應予檢察官以簽發押票之權。至本法規定，於審判中，除審判長得簽發押票外，所以尚許受命推事為之者，良以受命推事既有訊問被告之權，則自亦應有簽發押票權之必要也。

本法第二百另八條各款所規定之司法警察官，亦為得以行使羈押權之機關，蓋縣長市長警察廳長或公安局長，既有協助檢察官偵查犯罪之權，故如認為所拘提或逮捕之犯罪嫌疑人，確有執行羈押之必要時，亦得羈押之，但不得逾二十四小時耳。

第二款 羈押之原因

被告在拘提時，僅負有犯罪之嫌疑而已，其究竟是否真正犯人，非畢盡偵查詢問之能事，尚不可得而確定，然若業經訊問，如犯罪之嫌疑，確係重大，而有左列情形，或僅具左列情形之一者，於必要時，皆得羈押之。（一〇一）

一、無一定之住居所者。

二、有逃亡或有逃亡之虞者。

三、有湮滅偽造變造證據或勾串共犯或證人之虞者。

四、所犯爲死刑無期徒刑或最輕本刑在五年以上有期徒刑之罪者。

(上列四款之註釋，見前第三章第二節)

據此，則凡非具有羈押之要件者，固不得執行羈押也。而所謂羈押之要件者，卽

一、須在訊問之後

在訊問之後，則被告之是否錯誤已知。(九四)且被告亦因訊問時

推事之告知，而明瞭犯罪之嫌疑，及所犯之罪名，或應變更之罪名。(九五)而對此推事

所告知之罪名，及犯罪之嫌疑，被告必曾加以辯明。(九六)而如尙認爲有第七十六條

所定之情形者，自得加以羈押矣。

二、須具羈押之原因

卽被告犯罪之嫌疑，如並不重大，而又不具第七十六條所列情形

之一者，則仍不得羈押。

三、須於必要時

所謂必要時者，卽因實行訴訟，或保全執行，有所必要也。據此，則僅具第

七十六條所規定之情形者，尚不得羈押也。故因拘提或通緝到案之被告，未必定予羈押，
遵傳到案或自首之被告，如具羈押之原因，且認為必要者，自亦應受羈押也。

第四款 羈押之程序

羈押被告，應用押票（一〇二I）押票所應記載之事項如左（一〇二II）

一、被告之姓名性別及住居所，並其他足資辨別之特徵。

二、案由。

三、羈押之理由。

四、應羈押之處所。

押票所以代裁判書，或處分書者，故上述各款之記載，苟缺其一，則羈押無效，換言之，即押票
無效，被告得拒絕羈押也。

由審判長或受命推事所為之羈押處分，當事人或辯護人，得向法院聲明異議，惟限於行合
議審判之案件（二八一）惟當事人或辯護人，對於羈押處分，其得以聲明異議者，僅限於其羈

押處分爲違法者，若僅係當事人或辯護人以其處分爲不當者，則不得聲明異議也。由審判長受命推事受託推事或檢察官所爲關係羈押之處分，有不服者，得對之聲請所屬法院撤銷或變更之。（四〇八）蓋羈押處分，與被告頗有利害關係，故法律特設此得對審判長受命推事受託推事或檢察官爲聲請，又此項聲請，於偵查終結之前，均得爲之，蓋無期間之限制也。

執行羈押，由司法警察官將被告解送至指定之看守所，該看守所長官，驗收被告後，應於押票附記解到之年月日時，並在押票簽名。（一〇三一）蓋恐有冒名頂替之情事，故不得不慎重設驗收之規定也。

羈押被告，應以押票示被告，（準用七九）司法警察與司法警察官於必要時，亦得於管轄區域外，執行羈押，或請求該地之司法警察官執行，（準用八一）執行羈押，應注意被告之身體及名譽，（準用八九）被告抗拒羈押或脫逃者，得用強制力羈押之，但不得逾必要之程度，（準用九〇）本法之設此規定，所以尊重被告也。然準用第八十一條，則竊以爲有所不當。蓋羈押拘留拘提，雖同爲強制處分。然羈押與羈留不同，與拘提更不同，拘提之時間，至解送至指定之處所而完畢，（九一）羈留則至多不得逾二十四小時。（九三）羈押之時間，雖亦限定，不得逾越，然

被告人數衆多，犯罪之內容複雜者，自非延長羈押之時間不可，是影響於被告之利害者甚大。故法律一則規定曰：拘提或應通緝逮捕之被告，應即解送。（九一）再則規定被拘提或逮捕到場者，應即時訊問，至遲不得逾二十四小時，非有應羈押之情形，於訊問畢後，應即釋放。（九三）且得爲羈押者，必具備法定之原因，（詳本章第三款）缺一不得執行羈押。故拘提等均設囑託之規定，而羈押不設，其慎重可知。然於第一百〇三條第二項云：第八十一條之規定，於羈押準用之。據此，則於此所謂羈押，是否得不經訊問，或不備其他之要件。若得不經訊問，則其人之有無錯誤，又何從而知。若有錯誤而不即釋放，則於其人之損失爲何如？且執行羈押，而可以在管轄區域外，或請求該地之司法警察官，則何異於設囑託羈押之規定。或曰：「若準用第八十二條斯爲囑託，今準用第八十一條，固不能謂爲囑託也。」余竊以爲不然，蓋第八十二條之囑託，形式之囑託也。第八十一條之規定「得請求」者，實質之囑託也。夫拘提之所以必設「於必要時，得於管轄區域外，執行拘提，或請求該地之司法警察官，執行拘提」者，不惟爲法律上之所必須，且亦爲事實上所不能缺也。設有人於南市犯罪，而逃避特區，是南市之司法警察或司法警察官，於必要時，自得於管轄區域外執行拘提，或請求特區之捕房執行。若執行拘提之後，自應即時解送至南市地

方法院，而應由地方法院之檢察官，即時訊問，若因嫌疑重大，而具備應羈押之情形者，則羈押之，以保全證據，而臻審理之完善，又何必在管轄區域外執行羈押？或請求執行羈押，即認為有於管轄區域外執行羈押或請求執行羈押之必要，則自應先於區域外訊問，而法律又無此規定，是難以不經訊問，得執行羈押無疑，故羈押與拘提之性質不同，拘提有於管轄區域外執行之必要，而羈押無此必要也。且即有於區域外執行之必要，則於管轄區域內拘提之被告，當無於區域外執行之理，而欲於區域外執行羈押者，必為於區域外拘提之被告，據此，則又何必有第九十一條之規定？其立法之意，不免前後矛盾。舊法準用第四十七條，已屬不當。新法復增「請求該地之司法警察官執行」，似更不能允為妥善矣。

被告及其得為輔佐人之人，得以言辭請求執行羈押之公務員，或其所屬之官署，付與押票之繕本，前項請求，不得拒絕，並應立時付與。（一〇四）蓋使被告得為撤銷或變更之聲請也。然其請求若不法時，亦得拒絕之。又被告及得為其輔佐人之人，並得具保聲請停止羈押。（一一〇）得提起抗告。（四〇八）及計劃其他之營救方法，以其於被告之被押，有深切之關係也。

羈押被告之處所，一則影響於被告之身體名譽利益者甚大，再則恐被告之逃亡，執行羈押

者之舞弊，故檢察官應勤加視察，（一〇六）新法之所以增設此條者，亦以重視被告之利益也。

第五款 羈押之效力

羈押之目的，既在保全訴訟之進行，不使證據之泯滅，則羈押之效力，亦即在於羈押被告於指定之處所，於相當時期內拘束其自由而已。然彼羈押之被告，雖得管束，但亦非絕無限制，蓋其管束之程度，要不能超出於維持羈押之目的，及押所之秩序所必要者。（一〇五）苟不以此為限，即屬違法。故除有足致被告脫逃或湮滅偽造變造證據，或勾串共犯或證人之虞者，並得禁止或扣押者外。凡被告自備飲食，及日用必需物品，並與外人接見，通信授受書籍，及其他物件者，皆不受禁止。但押所得監視或檢閱之而已。（一〇五II）且被告非有暴行逃亡或自殺之虞者，不得束縛其身體，故欲束縛被告之身體者，必構成暴行逃亡自殺等要件，無此列舉之危險舉動，而束縛被告之身體者，亦屬違法。（一〇五III）束縛身體處分之命令，由押所長官行之，並應即時呈報該管法院或檢察官核准。（一〇五III）

第六款 羈押之停止

停止羈押者，由被告或得爲其輔佐人之人及辯護人，隨時具保聲請停止羈押，而擔保被告隨傳隨到也。夫停止羈押與撤銷羈押，雖同爲恢復被告之自由，然以其性質之不同，而效力亦互異。蓋羈押一經停止，雖應立即釋放，然被告之住居仍應限制，且其效力，僅及於暫時，其後仍得繼續執行。（一一七）非如撤銷羈押之效力，得以確定消滅，被告之行動，不得復行干涉也。不寧維是，且聲請停止羈押，必因於具保（一一一）責付（一一五）限制住居（一一六）三原因，而撤銷羈押，則不得附有任何條件也。

按刑事訴訟法規定，羈押停止之原因有三，卽具保、責付及限制住居是也。俟後分項述之。至停止羈押，則以法院之裁定，或檢察官之命令行之，且其爲裁定之機關，則因案件在第二審或第三審而不同。（一二二）

第一項 具保

第一 具保之意義

具保亦稱保釋(Sicherheitsleistung)係由於被告，及得爲其輔佐人之人，或辯護人（一一〇）之聲請，而羈押被告之特定機關，依其職權，對於被告，許以一定保證，而停止其羈押執行之處分也。以具保停止羈押，爲法院之職權，故除第一百十四條，所列各款之情形者外，亦得不准具保，且不依法定之人之聲請，及法定之方式，或繳納一定之保證金額者，具保不生效力。有命令羈押之權者，自亦有命令停止羈押之權。故具保准駁之機關，亦即有羈押權之機關。被告經訊問後，除因逃匿而拘提或逮捕到場者外，雖有第一百〇一條情形，亦得不命羈押，逕命具保或責付。（一一〇）

第二 具保之程式

舊刑事訴訟法規定得聲請具保者，僅限於被告本人，及現處保護被告利益之地位者，如法定代理人輔佐人以及對於被告之被押，有深切關係之親屬等，乃得隨時具保聲請停止羈押。然依學理上言之，被告之辯護人，以不違反於被告人之意思爲限，自亦應有請求保釋之權。故本法第一百十條，復增辯護人亦得隨時具保聲請停止羈押之規定。蓋辯護人於被告之被押，其關係

之密切，亦不亞於被告之親屬也。至於聲請之方法，則用言辭，或書面均可。

凡停止羈押之聲請，而經許可者，應命提出以該管區域內殷實之人，或商店所具之保證書，並應記載指定之相當保證金額，及依法繳納之事由，若聲請人情願繳納，或許由第三人繳納者，則毋須再提出保證書。其繳納之保證金，許以有價證券代之。（一一一）被告係犯專科罰金之罪者，指定之保證金額不得逾罰金之最多額。（一一二）許可停止羈押之聲請者，應於接受保證書，或保證金額後，停止羈押，將被告釋放。（一一三）

第三 具保之原因

夫停止羈押之原因，雖由於被告，及得爲其輔佐人之人，或辯護人之隨時具保聲請。（一一〇）然其聲請，亦非盡皆許可，若羈押之被告，而不具備第一百十四條所列情形之一者，雖經具保聲請，亦得駁回也。故必被羈押之被告，其所犯之罪，最重本刑爲六月以下有期徒刑拘役或專科罰金者，以其犯罪輕微，雖經保釋，亦不虞逃亡也。此外若懷胎七月以上，或生產後一月未滿者，或現罹疾病，恐因羈押而不能治療者，亦不得駁回也。（一一四）本法所以較舊法增設第二三兩項者，蓋注重人道也，不可謂非立法上之進步。

第四 具保之責任及效力

所謂具保，既爲對於被告隨傳隨到，提供一定之保證，故其責任亦在確保被告之隨傳隨到，固無庸疑，據此，則如被告逃亡，致不能達具保之目的者，聲請具保之人，自應負相當之責任。（一八）然撤銷羈押或再執行羈押，或因裁判而致羈押之效力消滅者，其具保之責任，當然免除。（一一九I）具保證書或繳納保證金之第三人，知悉被告預備逃亡，而不於得以防止之際，預將被告預備逃亡之情形，報告法院檢察官，或司法警察官，而聲請退保者，其具保之責任，不能免除。（一一九II）免除具保之責任，或經退保者，應將其保證書註銷，或將未沒入之保證金發回，所以明其保證責任之免除。（一一九II）退保以法院之裁定，或檢察官之命令行之。（一二一I II）

所謂具保之效力者，即停止羈押之聲請，既經許可，則應於接受保證書或保證金後，立即停止羈押，而將被告釋放，故其效力，僅及於暫時停止被告羈押之執行，非完全喪失原羈押之命令也。以是，如羈押之原因消滅，則雖在停止羈押之中，然仍得爲第一百十七條之處分也。若具保停止羈押之被告逃匿者，應命繳納指定之保證金額，並沒入之，不繳納者，強制執行，保證金已繳納

者，沒入其保證金（一一八）沒入保證金，由法院裁定，或由檢察官命令之。若在第二審上訴期間內，或上訴中，而卷宗及證物尚在第一審法院者，其案件由第一審法院裁定。在第三審之上訴期內，或上訴中者，由第二審法院裁定。（一二二II）

第二項 責付

第一 責付之意義

責付云者，法院檢察官或受命推事，依職權將被告責付於為被告輔佐之人，或該管區域內，其他適當之人，出具證書，擔保被告隨傳隨到，而暫時停止羈押效力之處分也。（一一五）茲析其意義如下：

一、責付者，暫時停止羈押效力之處分也。責付之效力，僅在許以暫時停止被告羈押之執行，並非使原羈押之命令之效力，全行喪失，故與撤銷羈押，其情形雖同，而性質實異也。蓋羈押一經撤銷，則其效力完全消滅，被告得不受其拘束，而責付則不然，在停止羈押後，若具第一百十七條所列情形之一者，固得命再執行羈押也。故為暫時停止羈押效力之

處分。

二、責付云者，法既依職權命出具證書擔保被告隨傳隨到之處分也。責付與具保不同，

具保由於被告及得爲其輔佐人之人，或辯護人之聲請而停止羈押，此則由該管機關，依職權爲之，故僅須出具證書，而無須指定保證金額之繳納，或由該管區域內殷實之人或商鋪出具保證書也。然其隨傳隨到之旨，固亦不能違反，故本法規定（一一五）所出具之證書，應載明「如經傳喚，應令被告隨時到場。」

三、責付云者，該管機關責付於得爲被告輔佐人之人，或該管區域內其他適當之人，而擔保被告之隨傳隨到也。蓋羈押之被告，雖有停止羈押之原因，而無繳納之資力，且亦無第三人得代爲繳納，以是而不能減少羈押，則痛苦孰甚，故得不命具保而責付於得爲其輔佐人之人，或該管區域內其他適當之人，而停止其羈押。至於責付，以法院之裁定，或檢察官之命令行之，且其爲裁定之法院，亦以依案件繫屬之審級不同而有異。（一二一 I II）

第二 責付責任之免除

停止羈押中之被告，若遇撤銷羈押，或再執行羈押，或因裁判而致羈押之效力消滅，則受責

付者之責任，自應免除。(一一九I)此外如被告有預備逃亡之情形，具責付證書之第三人，於得爲防止之際，報告法院，檢察官，或司法警察官，而聲請免除責付之責任者，得准許之。(一一九II)免除責付之責任者，應將證書註銷。(一一九III)以上兩種免除責付之責任，皆非有過失者，故與免除具保之責任，或經退保者不同，雖有違背之情形，除註銷證書，再執行羈押外，固別無其他之制裁，蓋其性質不同也。

第三項 限制住居

羈押之被告，得不命具保，而限制其住居，停止羈押。(一一六)據此規定，則所謂限制住居者，亦爲由該管機關，依職權停止羈押效力之處分也。其所以異於具保責付者，蓋除限制被告之住居外，別無其他之條件。良以被告之窮苦無親者，既無資力以繳付保證金，復乏得具保證書之商舖，或殷實之人，非此規定，不足以謀救濟，而求法律之平衡。如被告違背受住居之限制，則撤銷停止之處分，而再執行羈押。(一一七II)

第七款 再執行羈押

夫停止羈押，必以具保責付，或限制住居爲條件，所以昭慎重也。故其所爲之停止羈押處分，自不得任意撤銷，然被告於停止羈押之後，如具本法規定所具得撤銷之情形者，該管檢察官法院或受命推事，應即撤銷原處分，而將被告再執行羈押，以尊法令，而維威嚴。至於得命再執行羈押者，究應具若何之情形？茲詳述如下：

一、經合法傳喚，無正當理由而不到者

據此，則祇須具 1. 經合法傳喚 2. 無正當理

由而不到 二條件者已足。至於是否逃亡，或將有逃亡之虞，皆非所問。反之，苟其傳喚而不盡合法，則雖無正當理由，亦不能再執行羈押也。

二、受住居之限制而違背者

限制被告之住居，而停止其羈押，所以減少羈押之痛苦，而

稍復其自由，被告不顧法律甘自違背，則其放棄權利，咎由自得，法律固不必曲爲成全，致證據不能保存，而窒礙審判。然得以適用此款者，必於許可聲請時，曾有此種命令者。

三、新發生第七十六條所定之情形者，

所謂新發生第七十六條所定之情形者，乃係新

事實之發生，仍爲同一案件，否則與本案之再執行羈押無涉，祇可命行羈押也。

撤銷停止羈押之處分時，依吾國習例，當再發押票，然本法第一百二十一條第一項規定，以法院之裁定，或檢察官之命令行之。而案件在第二審上訴期間內，或上訴中，而卷宗及證物尙在第一審法院者，再執行羈押之處分，應由第一審法院裁定之。在第三審上訴期間內或上訴中者，由第二審法院裁定之。（一二二II）

第八款 羈押之撤銷

第一 撤銷之意義

刑事訴訟法規定，羈押於其原因消滅時，應即撤銷，而將被告釋放。（一〇七）則羈押之撤銷者，乃認爲無第七十六條所定之情形，於是撤銷之，使其效力完全消滅，而解除被告拘束之謂也。但羈押之原因，雖經消滅，然尙不得謂爲撤銷羈押，必撤銷押票，乃得完成其功用。本法雖未有「應即撤銷押票」字樣，（舊刑事訴訟法第七十二條）然必撤銷押票，始得恢復被告之自由，乃爲當然之解釋。

第二 撤銷羈押之機關

爲撤銷羈押處分之機關，亦與爲停止羈押處分等之機關相同，由法院或檢察官，法院以裁定，而檢察官以命令行之。然爲撤銷羈押之處分時，該案件之卷宗及證物，若均尙在第一審法院，而該案件已屆上訴期內，或正在上訴中，而繫屬於第二審法院者，則撤銷羈押處分之裁定，應由第一審法院爲之。若由第二審法院，爲此種處分之裁定者，則必該案件於第三審上訴期內，或上訴中者也。（一一一—II）

第三 撤銷羈押之原因

一、法定撤銷 夫被告之所以得爲羈押，要在於認爲有第七十六條所定之情形，若此種法定原因，已屬消滅，則自非撤銷羈押，立將被告釋放，以恢復其自由不可。（一〇一，一〇七）

二、當然撤銷 據吾刑事訴訟法規定，羈押被告於偵查中不得逾二月，於審判中，不得逾三月，卽有繼續羈押之必要，而於期間未滿前，由法院裁定延長，或在偵查中，而由檢察官聲請所屬法院裁定延長，但以一次爲限，卽被告所犯之罪，最重本刑爲三年以下有期徒

刑以下之刑者，審判中以三次爲限，且其延長之期間，每次不得逾二月。蓋羈押爲拘束人身自由重大之處分，不得任意延長也。（一〇八ⅠⅡ）故羈押之期間已滿，而未經起訴，或裁判者，視爲撤銷羈押。（一〇八Ⅲ）所以保護被告也。

羈押之被告，受不起訴之處分者，亦視爲撤銷羈押。（二三八）

第六節 搜索

第一款 搜索之意義與條件

搜索（Durchsuchung）者，強制命令之一也。蓋特定機關發現被告或證據物件，及可以沒收之物，於是對於被告及第三人身體物件及住宅或其他處所，而施行搜索，故本法所稱之搜索，不僅爲發現證據物件，及可以沒收之物，且包括拘提逮捕等手段，實廣義之搜索也。

以搜索爲依職權之強制處分，故受搜索者，不得抗拒，否則，必強制執行也。（一三二）

刑事訴訟法第一百二十二條規定曰：對於被告之身體、物件、及住宅、或其他物件，於必要時，得搜索之。其第二項曰：對於第三人之身體、物件及住宅、或其他處所，以有相當理由可信爲被告，

及應扣押之物存在時，得搜索之。據此，則得為搜索之客體者，不特為被告之身體及物件，且及於被告以外之人，祇須適合於必要時，及以有相當理由可信為被告，或應扣押之物，存在時之條件，則不論如何，均得搜索之矣。

第二款 搜索之限制

夫搜索處分，於人民之權利自由，影響實大，苟漫無標準，遺害匪淺，故法律特設有種種之限制。

一、對於客體之限制 凡非於必要時，及非以有相當理由可信為被告，或應扣押之物存在時者，對於被告及第三人之身體物件，及住宅或其他處所，皆不得搜索。（一二二）除不能由婦女行之者外，婦女之身體，非婦女不得搜索。（一二三）蓋關係於婦女之節操及風俗也。公署或公務員，所持有或保管之文書，及其他物件，應扣押者，非於必要時，應請求交付外，不得搜索。（一二六）

二、處所之限制 軍事上應祕密之處所，非得該管長官之允許，不得搜索。（一二七）搜

案在有人住居或看守之住宅，或其他處所，應命住居人看守人，或可爲其代表之人在場，如無此等人在場時，得命隣居之人，或就近自治團體之職員在場。（一四八）在公署軍營軍艦或軍事人祕密處所內，非通知該管長官，或可爲其代表之人在場，不得搜索。（一四九）本法第一二七，一四八，一四九條之所以如此規定者，蓋昭慎重也。且亦恐致軍事祕密之洩漏。

三、時間之限制 有人住居或看守之住宅，或其他處所，不得於夜間入內搜索。（一四六

I）稱夜間者，爲日出前，日沒後。（一四六IV）蓋保住宅之安寧也。但亦不無例外，蓋凡1. 假釋人住居或使用者 2. 旅店飲食店，或其他於夜間公眾可以出入之處所，仍在公開時間內者 3. 常用爲賭博或其他妨礙風化之行爲者 4. 有急迫之情形者 5. 經住居人看守人，或可爲其代表之人承諾者則即在夜間，亦得入內搜索也。

四、手續之限制 搜索應保守祕密，並應注意受搜索人之名譽。（一二四）夫搜索之目的，在發現應扣押之物件，及應拘捕之人犯，然是否有應扣押之物件，以及是否有關於犯罪，尚不可必。而凡經官廳搜索者，易招社會之懷疑，是於被搜索者之名譽信用，影響實大。

其爲之保守祕密，並注意搜索人之名譽，自爲該實施搜索之公務員，所應盡之義務。本法鑒於舊法之失，特增設此條，其有利於被搜索者實匪淺鮮。又經搜索，而未發現應扣押之物者，應付證明書於受搜索人（一二五）是亦保護受搜索人之規定也。

第三款 搜索之機關

此係刑事訴訟法第一百二十八條第三項第四項所載，即得發搜索命令之權者，因訴訟進行階段之不同而有異，在偵查中，則簽名於搜索票者，爲檢察官，而於審訟中則由審判長或受命推事簽名。其執行搜索，除由檢察官親自實施外，由司法警察或司法警察官。司法警察官中之縣長，市長，警察廳長，警務處長，或公安局長暨憲兵隊長官，於其管轄區域內，協助檢察官偵查犯罪時，自亦應有搜索之職權。（二〇八一 1 2 3）

第四款 搜索之程序

搜索在原則上應用搜索票。其所應記載之事項，爲應搜索之被告，或應扣押之物，及應加搜

索之處所身體或物件（一二八一II）然亦不無左列之例外。

一、檢察官或推事親自搜索時，得不用搜索票。（一二九）蓋司法警察或司法警察官，執行搜索之時，其所以必須用搜索票者，以表示有檢察官，或審判長及受命推事命令之根據，非所以擅施權威也。至檢察官或推事，因發搜索之命令者也，既親自搜索，自無用搜索票之必要。

二、司法警察或司法警察官逮捕被告或執行拘提羈押時，雖無搜索票，得逕行搜索其身體。（一三〇）蓋搜索所以求發現應扣押之物件，而保留證據，則搜索身體之目的，自亦不外乎此。且拘提或逮捕之被告，其謀湮滅證據及暗藏利器，冀圖拒捕等事，自所難免，非使得逕行搜索，不足以預防也。

三、有左列情形之一者，司法警察或司法警察官，雖無搜索票，得逕行搜索住宅，或其他處所（一二一一I）蓋皆處緊迫之情形時也。茲分述如下：

1. 因逮捕被告或執行拘提羈押者 蓋逮捕被告，或執行拘提羈押，若俟推事或檢察官等簽發命令後而始搜索，則恐以時間急迫，而有所不及也。

2. 因追躡現行犯或逮捕脫逃人者，追躡現行犯，或逮捕脫逃人，若不從速搜其住宅，或其他處所，恐致逃亡，或湮滅證據也。

3. 有事實足信為有人在內犯罪，而情形急迫者，據此情形，若稍一遲緩，則其犯罪未遂者，必可從容達其目的，既遂者，或且湮滅證據，而脫逃矣。故雖無搜索票，亦得逕行搜索住宅，或其他處所。

第七節 扣押

第一款 扣押之意義及原因

扣押 (Beschlagnahme) 者，乃純粹對物之強制處分也。故實施扣押，可以不待權利者之承諾，得將可為證據，或可得沒收之物件，由國家機關強制取得佔有，對於應扣押物之所有人，持有人，或保管人，得命其提出或交付。(一三三I II) 如無正當理由，拒絕提出，或交付，或抗拒扣押者，得用強制力扣押之。(一三八) 雖然，扣押物件，亦非盡由搜索而得，即由所有人，持有人，或保管人之任意提出或交付者，經扣押機關認為有扣押之必要，亦得強制佔有其物件，固不問提出

人之意思如何也。故扣押之特質，在強制取得占有，固不必由強制搜索而得也。

應扣押之物件，於扣押存續期內，除於扣押機關之占有，相抵觸者外，仍可為買賣或其他法律行為之標的，故物件雖經扣押，其權利並不因此喪失也。

第二款 扣押之物件

夫得以扣押之物件，吾刑事訴訟法第一百三十三條固概括規定可為證據，或得以沒收之物。則所謂可為證據或得沒收者，自必屬於一切有形之物，固不問其為動產不動產植物或礦物，固體或液體也。然又有左列例外之規定。

一、公署公務員或曾為公務員之人所持有或保管之文書，及其他物件，如為其職務上應守秘密者，非經該管監督公署，或公務員允許，不得扣押。（一三四I）前項允許，除有妨礙國家之利益者外，不得拒絕。（一三四II）蓋公署公務員或曾為公務員之人，所持有或保管之文書，及其他物件，性質本極重要，又為其職務上所應守秘密者，自應得該管監督公署或公務員之允許，擅自扣押，自非所宜，故特設此規定也。然此惟以不妨礙國家之利

益爲限，否則可以拒絕也。

二、郵務或電報機關或執行郵電事務之人員所持有或保管之郵件電報，有左列情形之一者，乃得扣押。（一三五Ⅰ）且除於訴訟程序有妨礙者外，並應即通知郵件電報發送人或收受人。（一三五Ⅱ）蓋以事關通信祕密，不得不慎重之也。至其所得爲扣押之情形者如下。（一三五ⅠⅡ）

1. 有相當理由可信其與本案有關係者 據此，則可以扣押之電報郵件，須附合 A. 有相當理由 B. 可信其與本案有關者，故無相當之理由，當不能作爲扣押之原因，卽以爲有相當之理由，而其理由與本案無涉者，尙不得扣押也。

2. 爲被告所發或寄交被告者 此項郵電，既係爲被告所發或寄交被告者，則自須作爲該案件之證據物件，當得扣押，然如與辯護人往來之郵電，則必須有可認爲有犯罪證據，或有湮滅偽造變造證據，或勾串共犯，或證人之虞，或被告已逃亡者庶可，否則不得扣押也。蓋被告與辯護人之交通，若能保持，則得享受辯護之實益匪淺。刑事訴訟法特設此例外規定，良以保護被告之辯護權也。

第三款 扣押物之處置

扣押物所以由國家占有，妥爲保存，一則備審理上，得隨時利用證據物件，一則恐屆沒收之時，而無以執行。故既經扣押之物，因防其損失或毀損，應爲適當之處置。（一四〇I）固無疑義也。吾刑事訴訟法，視扣押物之性質，而規定其處置如下：

一、不便搬運或保管之扣押物，得命人看守，或命所有人或其他適當之人保管。（一四〇II）
扣押之物既應由國家機關妥爲保存，則自應運入保藏庫內，然扣押笨重之動產，或不動產，則搬運不便，或竟無搬運之可能，自得命人看守，或命所有人，或其他適當之人保管，以取便利，而省勞力。

二、易生危險之扣押物，得毀棄之。（一四〇III）
夫保管扣押物，而不令毀損滅失被盜，所以保護所有人，或其他權利人之利益也。如所扣押者而爲易生危險之物，則自無權利之可言。故毀滅之，以免發生危險，而致危害他人。

三、得沒收之扣押物，有喪失毀損之虞，或不便保管者，得拍賣之，而保管其價金。（一四一）

該得沒收之扣押物，既有喪失毀損之虞，或不便保管，則強欲留存原物，亦必失扣押之效，而致無以執行沒收，則固不若拍賣，而保存其價金之爲妥也。

四、扣押物若無留存之必要者，不待案件終結，應以法院之裁定，或檢察官命令發回之。（一

四二） 扣押物如無留存之必要，即認爲無證據價值，或並非可以沒收之物，自應即

時發回，固不必留待案件之終結，蓋重視所有人之權利也。而必以法院之裁定，或檢察官之命令者，蓋所以昭慎重也。

五、無第三人主張權利之贓物，應發還被害人。（一四二） 贓物而必須扣押者，雖在保

全證據，然亦恐有第三人出而主張權利，致發生糾葛也。既確知該贓物而無第三人主張權利者，則自應即發還被害人。

六、扣押物因所有人持有人或保管人之請求，得命其負保管之職，暫行發回。（一四二II）

扣押物之所有人，持有人，或保管人，既有請求，則渠自能負保管之責，故得暫行發回，所謂暫行者，即現雖發回，如有扣押之必要時，仍得扣押也。然必因於請求，而非以職權爲之。

七、所有人持有人或保管人任意提出或交付之物，經留存者，準用第一百四十條至第一百四十二條之規定。（一四三） 蓋所有人持有人或保管人提出或交付之物，雖係任意，然既經扣押，則自應準用扣押物處置之規定。

第四款 扣押之程序

因搜索及扣押，均爲強制處分，故執行搜索，及扣押時，得開啓鎖扃，封緘，及爲其他必要之處分。（一四四）且得扣押之物，應依職權制作收據，而詳記其名目，當場付與所有人持有人，或保管人，以資憑信。並應將扣押物加封鑑，或其他標識，由扣押之公署或公務員蓋印。（一三九）所以備清查而免散失也。

第四章 被告之訊問

第一 訊問之意義

被告之訊問（*Vernehmung des Beschuldigten*）卽由訊問者以言辭發問，而促起受詢

問者之陳述也，然訊問被告，僅存希望其陳述之意義，而非可以強制其陳述（九八）蓋被告有陳述之權利，而無陳述之義務也。故對於被告，本法第九十六條，僅定明詢問其對於犯罪嫌疑，有無辯明，如被告而爲虛僞陳述，法律亦不加以制裁，固不若證人鑑定人，負有陳述之義務，苟有虛僞，須負僞證之責任也。（刑法第一六八條）

吾刑事訴訟法，採當事人訴訟主義，而被告者，即居於當事人地位之人也。故對於原告之攻擊，有防禦之權利。且據吾刑法第二百七十條規定，復得兼爲證據方法。蓋訊問之目的，即欲明瞭該被告是否爲實施犯罪行爲之人，則被告之真實陳述，自堪爲法官自由心證之資料，故非由訊問或對質，無以求證據也。然關係訊問之意義，自來學說甚多，並就各說略述之，以示研究。

一、自白犯罪說 此說以爲其真義在使犯罪人自白其犯罪之經過。

二、付與陳述有利事宜之機會說 此說謂詢問被告之真義，在與之機會，而使其陳述有利之事實。

三、發現事實真相說 主是說者，謂欲發現事實之真相，故必訊問，其義即在於此。

四、折衷說 此說係集二三兩說而折衷之。

按第一說，被告能真實自白其犯罪者，事實上實屬罕見。蓋犯罪之人，恆思卸其罪責，而依法又不能強使被告負供述之義務。故此說殊未見妥。第二說一反第一說，而僅定其義爲付與陳述有利事宜之機會，雖與予之防禦權之觀念附合，然亦不免失之真實矣。第三說以發見事實之真相，爲其主義，是欲被告因訊問而爲真實之陳述矣，則其遠離事實，與第一說同。第四說集二三兩說而折衷之，較之一、二、三說之僅顧其一而不知其二者，略似圓滿，宜乎近代學者，多宗之也。

第二 訊問之機關

吾刑事訴訟法，關係訊問被告之機關，卽握有爲訊問之權限者，未如被告之傳喚拘提及羈押，於本章特設明文，而爲之規定。然訊問被告之機關，在偵查中爲檢察官，審判中爲審判長，或受命推事，固可推想而知也。蓋案件由檢察官偵查而開始，由審判長或受命推事審判而終結，其間自不能無訊問之程序，且本法所明定之在偵查中由檢察官，在審判中由審判長，或受命推事簽票傳喚或拘提被告，其目的卽在於訊問，且執行羈押，訊問又爲其要件，更證之第二百二十五條第二百六十五條第二百六十六條第二百五十八條第二百七十七條，尤屬明顯，綜是以覽，則本法所規定之傳喚拘提羈押等之機關，亦卽訊問之機關也。

第三 訊問之程序

訊問被告必經法定之程序，例如審判期日，必先傳喚被告或其代理人，並通知檢察官辯護人輔佐人（二五〇）開始訊問被告應先詢問其姓名年齡籍貫職業住址，蓋查驗其人之有無錯誤也。（九四）必為本人無誤，乃得進行本案之訊問。至於查驗其人有無錯誤，通常固應詢其姓名年齡籍貫職業住址，然推事而為更詳細或更省略之查問者，固可任其裁量也。（參照日新刑事訴訟法一三三條）其他如推事於訊問時，應出於懇切之態度外，尤有應注意者三點（九八）

- 一、不能有強暴脅迫之行爲。
- 二、不能用欺詐利誘之手腕。
- 三、不能以其他不正之方法。

於是乃依本法之規定，而進行本案之訊問。茲分述如次：

- 一、訊問被告應告以犯罪之嫌疑，及所犯之罪名，罪名經告知後，認為應變更者，應再告知被告。（九五 I II）
- 刑事訴訟既以使被告行使防禦權為主旨，則自應首告以犯罪之

嫌疑，繼則所犯之罪名，經告知罪名後而認為應變更者，自應再告知，以使被告得有充分防禦之機會。按此若於審判程序中為者，則由審判長依第九十四條詢問，繼以檢察官陳述起訴要旨，乃始將嫌疑及罪名等告知。若在偵查程序，則查驗其人屬實後，即應告知矣。

二、訊問被告應與以辯明犯罪嫌疑之機會，如有辯明，應命就其始末連續陳述，其陳述有利之事實者，應命其指出證明之方法。（九六）
本法既採彈劾制度，則訊問被告，自應重在聽其辯解，故應懇切叮嚀，予以辯明犯罪嫌疑之機會，使得行使其防禦之權，不致因畏罪恐怖，張皇失措，雖欲辯明，而辭難盡意，致不能就其始末連續陳述者，故必詳加指導也。且於其陳述有利之事實時，應命其指出證明之方法，以資證實。立法之意，務使被告得盡其防禦之能事，故設此訓示之規定也。

三、被告有數人時，應分別訊問之，其未經訊問者，不得在場，但因發現真實之必要，得命其對質。（九七）
刑事訴訟之被告，有數人時，所以應分別訊問，且未經訊問者，不得在場，所以預防其勾串也。然本條兼有調查證據之目的，故非隔別訊問，無以發見事實之真相。

也。而於數被告之陳述不符時，亦得命其對質。蓋使雙方在場，交互訊問，則爲不實之陳述者，庶幾無所遁其辭矣。

四、被告爲聾或啞者，得用通譯，並得以文字訊問，或命以文字陳述。（九九） 舊刑事訴訟法，於此缺其規定。則被告設爲聾者啞者，勢必無辯明犯罪嫌疑，以及陳述有利事實之方法矣。是又何以符刑訴法採用言辭審理主義之本旨？且亦顯失公平之原則。故新法鑒於舊法之失，特增設本條，以免隔閡，而利被告。

第四 訊問之筆錄

刑事訴訟之程序，在在應制作筆錄，蓋非有明確之記載，無以作判斷之依據也。訊問爲刑事訴訟中之重要程序，其應制作筆錄，以資存證固矣。至其所應記載之事項如左：（一〇〇）

一、犯罪之自白 受訊問之被告，亦有不辯解而自白其犯罪之真正事實者，則自應記載之，以待證明，或由審判長之自由心證。

二、其他不利之陳述 通常被告之陳述，恆爲有利者，其爲不利之陳述者，實屬罕見。然亦有以特種原因，而被告故爲不利之陳述者，若不記載，則無以存證，而被告實受不利矣。

三、陳述有利之事實與指出證明之方法 此亦以關係重要，非有明確之記載不可也。

第五章 證據之調查

第一節 總說

證據 (Beweis) 者，即以待證事項之材料，經確認時之效果也。所謂待證事項之材料者，即人或物。人者，被告證人鑑定人也。物者，勘驗標的及證書也。本法關係人之證據方法，謂之人證，物之證據方法，謂之物證。除人證與物證之外，在學理上，關於證據之種類，尚有所謂直接證據與間接證據，證據與反證等之區別。直接證明待證事實之證據，謂之直接證據 (Direkte Beweis od. Unmittelbare Beweis) 依證明之間接事實，藉以推斷待證事實之證據，謂之間接證據 (Indirekte Beweis od. Mittelbare Beweis) 證明犯罪事實存在者，謂之證據 (Beweis) 證明犯罪事實不存在者，謂之反證 (Gegenbeweis) 故與民事訴訟法之以舉證人爲標準，而區別證據與反證者不同。

據刑事訴訟法第二百〇七條第二百〇九條第二百一十條之規定，則蒐集及調查證據，皆

爲檢察官司法警察官及司法警察之職責。再於審判程序中，審判長應調查證據。(二六七)如證據經調查之後，不能證明被告犯罪者，應即諭知無罪之判決。(二九三)被告之犯罪，藉該證據而證明者，應諭知科刑之判決。(二九一)此卽所謂證據之判斷(Beweis Würdigung)也。有證據方法之提出或搜集，乃庶適用調查之程序，審判官就被告之陳述，證人之證言，鑑定人之鑑定，因勘驗所認識之現象，由書證所認識之內容，法院就其證明力，自由判斷之。(二六九)是由證據之認定事實，必慎出於一定之程序。故非出於強暴脅迫利誘欺詐，或其他不正方法，且與事實相符之被告之自白，雖得作爲證據，然仍應調查其他必要之證據，以察其究竟是否與事實相符，皆所以昭慎重也。(二七〇)然以被告之陳述，究得以作裁判之基礎，且其自白之得爲證據，又吾刑事訴訟法之所明定，則被告亦爲人證之一，固無疑矣。其所以不同於其他之人證者，蓋陳述僅爲其權利已也。

第一款 物證

第一項 勘驗之意義

勘驗 (Angenschein) 云者，由有實施勘驗權之特定機關之公務員，以欲明瞭犯罪之情形，於是憑其五官之作用，察驗某種物體之存在與否，以及其事物之狀態之處分也。茲析述如次：

一、勘驗者，察驗某種事物之存在與否，以及其事物狀態之處分也。所謂某種事物者，即勘驗之標的地也。能作勘驗之標的者，不限於有體物，即無體物及人之行爲動作精神狀態，無不包括之。然僅能察驗其是否存在，以及狀態而已，故與書證有別，然就文書所爲之證據調查，若亦僅在確認其存否及狀態者，則仍爲勘驗也。

二、勘驗者，由有實施勘驗權之特定機關之公務員，憑其五官之作用，而達其明瞭犯罪情形之目的也。勘驗之方法，乃運用五官之感覺作用，以察驗物或人之可供證明之用者，以冀達其明瞭犯罪情形之目的。例如鑑色辨味，勘驗房屋之深淺遠近，以及檢驗屍體等均是。惟於此有應注意者，即非有勘驗權之特定機關之公務員，不能實施勘驗之處分也。

第二項 勘驗之程序

按勘驗之性質，亦屬於強制處分，故就勘驗標的，有權利之人，實有忍受勘驗之義務。且凡因

調查證據或察看犯罪情形所必要者，得無限制行之。(一五四)至於施行勘驗之處所，不必於法庭，在法庭外實施勘驗者，謂之爲履勘。

所謂因調查證據，及犯罪情形，得實施勘念之事項，其範圍殊廣，網羅無遺，殊非易事。故法律對於勘驗之處分，雖列舉五項，而復殿以其他必要之處分，亦藉以杜掛一漏萬之弊也。

刑事訴訟法，例示規定實施勘驗之標的及手段如次：

一、履勘犯所及其他與案情有關係之處所 所以必履勘各該處所者，蓋欲察驗犯罪情況，非如此，不足以明瞭事實之真相也。

二、檢查身體 檢查身體不以被告或被害人爲限，如有相當理由，可認爲於調查犯罪情形有必要者，亦得檢查被告以外之人。(一五七)

三、檢驗屍體 此爲殺人或傷害致死罪所應行之勘驗程序，例如檢驗屍傷，及查明屍體有無特徵是也。

四、解剖屍體 蓋就屍體內部而行勘驗，例如研究暗傷，或化驗內部之液體是。

五、檢查與案情有關係之物件 所謂與案情有關係之物件者，蓋指兇器等而言也。若在

審判中而爲勘驗，應將該物件示被告，令其辨認，如該物件爲文書，而被告不解其意者，並應告以要旨。（第二七一條）以此爲強行規定，故不能僅由勘驗機關勘驗後而卽作爲判決之基礎也。

六、其他必要之處分 所謂其他者，卽上列五種以外之情形也。或亦爲勘驗之所必要，而又無法列舉，故特爲此概括之規定也。

實施勘驗，雖凡屬調查證據，及犯罪情形者，皆得爲之，然本法又定有左列之例外，故亦非漫無限制也。

一、檢查被告以外之人之身體，非附有相當理由可認爲於調查犯罪情形有必要者，不得爲之，蓋防實行檢查身體之公務員，濫用職權，而損及第三人也。

二、檢查婦女身體，應命醫師或婦女行之。以節操及風俗關係故也。

三、檢驗或解剖屍體，應先查明屍體有無錯誤。（一五八一）因非先行查明，恐致錯誤，其查驗之程式，法律並未明定，大致就死者之年齡，面貌，體格，特徵，及屍體由來等詢問關係人。

四、檢驗屍體，應命醫師或檢驗員行之。（一五八二）蓋非有特別知識者，無以實施檢驗也。

五、解剖屍體，應命醫師行之。（一五八III）蓋解剖屍體，更不可無特別之技能也。

六、檢驗或解剖屍體及開棺發掘坟墓，應通知死者之配偶或其他同居或較近之親屬許其在場。（一五九後段）此尊重吾國之舊俗也。

七、軍事上應祕密之處所，非得該長官之允許，不得勘驗。（一六一）此因軍事重要，自應祕密也。

八、有人住居或看守之住宅，或其他處所，非有急迫之情形，或經住居人看守人等之允許者，不得於夜間入內勘驗。（準用一四六）否則，即屬違法。

九、在有人住居或看守之住宅，或其他處所內行勘驗者，應命住居人看守人，或可為其代表之人在場，如無此等人在場，得命隣居之人，或就近自治團體之職員在場。蓋勘驗為重要之程序，非慎重不可也。

十、在公署或軍營軍艦或軍事上秘密處所內行勘驗者，應通知該管長官，或可為其代表之人在場。是亦昭慎重之意。

十一、除有急迫情形外，行勘驗之日時及處所，應通知當事人及辯護人，使其能屆時到場也。

十二、勘驗中止者，於必要時應將該處所閉鎖，並命人看守，蓋防將犯罪之情形變易也。

除上列十二項限制外，因勘驗得無限制行之，故即因檢驗或解剖屍體，而暫行留存該屍體或其一部，或開棺及發掘坟墓，皆所不禁。（一五九）

第三項 勘驗之機關

關係勘驗之機關，本法雖未明定，然據第一百五十四條，法院或檢察官因調查證據及犯罪情形，得實施勘驗之規定視之，則所謂勘驗之機關者，即法院或檢察官也。且據第一百六十條之規定云：「遇有非病死，或可疑為非病死者，該管檢察官應速相驗，如發現有犯罪嫌疑，應繼續為必要之勘驗，」則新刑事訴訟法，雖未如舊法之有「勘驗偵查中由檢察官，審判中由法院或受命推事行之」之規定。然其仍應作同樣之解釋，固無疑義也。

第四項 勘驗之證據力

凡以實施勘驗所得之結果，加以法院之自由心證，而確認其有證據上之價值者，謂之勘驗

之證據力。勘驗之證據力，有形式與實質之分。由勘驗所得之結果，與待證事實，發生實效者，謂之實質之證據力；其勘驗標的與待證事實之關係，謂之形式之證據力。無形式之證據力，則勘驗無效，故所謂形式與實質，實兩相維繫也。

以勘驗之證據力，足以束縛判決，故勘驗之程序，不能違法，否則，即屬無效，亦即喪失其證據力。

第二款 人證

第一項 證人之意義

證人 (Zeuge) 者，就其曾經見聞之事實，銜法院或其他司法機關之命令，負應為陳述之職之第三人也。茲分析言之。

一、證人為第三人，蓋非參與該案件之法院職員及訴訟關係人也。本法規定推事檢察官書記官等於該案件曾為證人者，應行迴避。(一七六) 反之，則參與該案件之法院職員，自不得再為該案件之證人。至辯護人，輔佐人，代理人及共同被告，因其係參與訴訟之人，故

均不許兼爲證人。

二、證人乃就其曾經見聞之事實，而爲陳述。故非其曾經見聞者，無陳述之必要。而所謂事實，不問其係現在或過去，亦不問其係直接之觀察，抑間接之傳聞。祇須其非虛構即可。

三、證人係銜法院或其他司法機關之命令，而負陳述之職者。蓋指定證人，必由法定之機關，始得對之爲傳喚或訊問。所謂法定之機關者，即偵查中爲檢察官，審判中爲審判長，或受命推事。（一六二III）證人一經指定，對於其所曾經歷之事實，對該機關，應爲真實翔盡之陳述，否則須負僞證之責任。

第二項 證人之傳喚

訊問證人，必經傳喚之程序。（一六二I）然對於到場之證人，經面告者，與送達傳票，有同一之效力。（一六三）至傳喚證人傳票之方式，應依第一百六十二條第二項各款之記載，如欠缺記載者，即屬不合法，證人無遵傳到案之義務，如欠缺第四款之記載者，即不得加以該款所列之制裁，然欠缺第五款者，則證人仍得爲日費及旅費之請求。此項傳票，至遲應於到場期日二十

四小時前送達。(一六二IV)故非有急迫之情形，而不依此程序者，其傳喚不合法。如證人而在監獄或看守所者，傳喚時應通知該監所長官。(一六三)

傳票於偵查中發者，由檢察官簽名，在審判中發者，由審判長或受命推事簽名。(一六二III)

第三項 證人之權利

證人既負有到庭作證之義務，則自亦應予以相當之權利。刑事訴訟法第一百八十一條規定曰：「證人得請求法定之日費及旅費。」於此可知證人之有費用請求權無疑。此種權利，為公法上之權利，即對於國家之權利，故其請求，應向訊問之機關即法院為之，而由國庫支給也。所謂日費及旅費者，即到庭費、滯留費，及在途旅費是也。依修正訴訟費用第十五條規定，證人之到庭費，每次為五角，因就訊滯留一日以上者，每日給以滯留費五角，在途旅費，則依實支計算。然亦得請求預行酌給。(一八一II但書)又為日費及旅費之請求者，應於訊問完畢後，十日內為之。(一八一II)但被拘提，或無正當理由，拒絕具結或證言者，因渠不肯履行證人之義務，自無此項請求權。(一八一但書)

第四項 證人之義務

第一 到案之義務 (Erscheinungspflicht)

證人既由檢察官或審判長受命推事之指定，即負應於該指定之日時處所到案之義務。且非經許可，或訊問完畢，不得擅離。違反此項義務者，依法應加以制裁。(一六二II 4) 又該應到之處所，通常恆在該案件所繫屬之法院內，然如證人不能到場，或有其他必要之情形，得就其所處，或其所在地法院訊問之。(一六四)

刑事訴訟法，爲防止證人之任意不履行其義務，故對於證人之到案，設有強制之規定如下：

- 一、證人經合法傳喚，無正當理由而不到者，得科以五十元以下之罰鍰，並得拘提之，再傳不到者，亦同。(一六五) 所謂合法之傳喚者，即依第一百六十二條及第一百六十三條之規定而爲傳喚。所謂無正當理由者，即非因於疾病、公務、天災地變等而不到也。所謂罰鍰，不屬於罰金之性質，故不適用刑法之規定。然舊法有得以二元易科拘留一日之規定，而新法刪去之，則對於無力繳納者，自別無其他之制裁，既無制裁即無以防故意不繳納之

弊。則此「得科以五十元以下之罰鍰」之規定，自不能避虛設之嫌。

所以欲行此科罰鍰及拘提兩種處分者，其目的蓋在使證人之到案也。故拘提與科罰鍰，不必相提並論，法院或檢察官，得本其猶豫裁量之權，而斟酌行之，然科罰鍰之處分，必由法院裁定之，如檢察官為傳喚者，應請所屬法院裁定之。（一六五II）此種裁定，得提起抗告。（一六五III）至拘提證人，則適用拘提被告之規定。（一六五IV）

第二 具結之義務 (Schwurpflicht od. Pflicht Zur Eidesleistung)

證人之所以必須具結，蓋保證其證言之真實也。故證人具結，實為訊問證人之必要程式。苟忽略此程式，則證人之陳述，即有匿飾增減，而非真正之事實，亦不構成刑法偽證之罪。（刑法第一六八條）蓋具結義務，與刑法之偽證罪，實互為表裏。以是為證人者，因懼負刑事之責任，而順盡其義務也。然令證人具結之機關，亦應於證人具結前，告以具結之義務，及偽證之處罰。（一七四）蓋防其不諳法律，而拒絕具結也。如經告知之後，該證人仍拒絕具結，或證言，而其拒絕又無正當之理由，或於第一百七十條第一項但書情形為不實之具結者，得科以五十元以下之罰鍰，（一八〇）蓋所以強制證人完成真實陳述之義務也。然此種處分，檢察官無此權限，其在偵查

中，爲檢察官傳喚之證人，亦應由所屬法院裁定之。若在審判中，其爲裁定者，當由法院，此項裁定，如有不服，亦得於五日內，提起抗告。

第三 證言之義務 (Aussagepflicht)

證言之義務，與具結之義務不同，拒絕證言者，亦有仍須負具結之義務（一七〇但書）有爲證言之義務者，未必定須具結（一七三I II）證人不僅負證言之義務，且負擔實陳述之義務，如其證言而有匿飾增減，或拒絕陳述而無正當理由者，均違反證人之義務。前者處以刑法之僞證罪，後者則與拒絕具結，有同一之處分（一八〇）並剝奪其日費及旅費之請求權（一八一但書）

第四 義務之免除

刑事訴訟法規定，證人之義務，雖如上述，然關於特定之人，亦許免除其到案。（一六四）具結（一七三）證言（一六七）等之義務，茲析述如下：

一、到案義務之免除 證人一經指定，雖負有到案之義務，然非人盡如此，蓋證人如因年老或病重，不能行走，或以業務之關係，不能暫離職守，或以道途遼遠，往返維艱，而不能到

場者，是其情形實屬必要，故得就其所在或所在地法院訊問之，然此項事由，必向法院陳明，否則法院將認其爲無正当理由，而不到也。所謂就其所在者，乃訊問機關，就證人所在地，而爲訊問也。故其傳票僅須記明就訊之日時，而毋須填明應到之處所也。所謂所在地之法院者，乃囑託該證人所在地之法院，而爲訊問也。至代表法院者，爲審判長，則所謂向法院陳明，卽向審判長陳明也。

二、具結義務之免除

刑事訴訟法規定證人應命具結，但對於此述特定之人，而爲證人

者，其具結之義務，得以免除。（一七三）其原因有四：

甲、因意識不健全 此項情形，又分爲二：

1. 未滿十六歲者。

2. 精神障礙，不解具結之意義及效果者。

上列兩種之人，在民法上，一則爲無行爲能力人，一則爲限制行爲能力人。其意識均不健全，刑事訴訟法雖未設有此項限制，然命之具結，實乏意義，故得免除其具結之義務也。

乙、因與本案犯罪有關係者

即與本案有共犯，或有藏匿犯人，及湮滅證據，偽證，贓物

各罪之關係或嫌疑。蓋共犯雖亦得以爲證人而訊問之，然其證言之難以取信，自屬必然，故得不命具結。

丙、與本案當事人或證人自己，有特殊之關係者。

1. 與自訴人及被告之親屬關係

該證人現爲或曾爲被告或自訴人之配偶，五親

等內之血親，三親等內之姻親，或家長家屬者，或與被告或自訴人訂有婚約者，或現爲或曾爲被告或自訴人之法定代理人，或現由或曾由被告或自訴人爲其法定代理人者，而不拒絕證言，則不得令其具結。

2. 與自己之關係

證人因陳述將不利於自己，（受刑事追訴或處罰）而不拒絕

證言者，亦不得令其具結，蓋護私爲人之常情，該證人既因陳述恐致自己或與其有第一百六十七條第一項關係之人受刑事追訴或處罰，則自不能據實陳述，即令具結，亦不能生具結之效，故得不令具結。

3. 與被告及自訴人之非親屬關係

證人若爲自訴人或被告之受雇人或同居人

者，則因地位及感情之關係，自必偏袒，不足信任，故不得令其具結。

丁、因訴訟進行階段之關係者。於偵查中訊問證人，不得令其具結。（一七三II）蓋

因偵查爲起訴前之程序，且實施偵查程序者，又不限於檢察官，本法爲慎重起見，特增說此項，其旨蓋在防止不適當之訊問也。然刑法第一百六十八條僞證之罪，又明定「……或於檢察官偵查時，證人於案情有重要關係之事項，供前或供後具結，而爲虛僞陳述者，處七年以下有期徒刑。」據是則於偵查中訊問證人，又非不令其具結矣。蓋不特刑法有「供前或供後具結」之語，即無此句之規定，然僞證罪以具結爲要件，寧有於偵查中訊問證人不令具結，而有虛僞陳述者，反處以刑罰耶？刑法爲訴訟法之實體法，似不宜矛盾若是。

前述免除具結之義務，乃法律所規定，若違法而仍令其具結，其證言尙具效力，並不受違法具結之影響。且第一百七十三條所規定，不得令其具結之證人所爲之證言，原則上雖不具證據力，然依法官自由心證之判斷，而認其有證據力者，亦非完全無效。

三、證言義務之免除。

甲、與被告有特殊身份關係者，又得分爲三項言之。

1. 現爲或曾爲被告或自訴人之配偶，五親等內之血親，三親等內之姻親，或家長家屬者。

2. 與被告或自訴人，訂有婚約者。

3. 現爲或曾爲被告或自訴人之法定代理人，或現由或曾由被告或自訴人，爲其法定代理人者。

蓋上列所述之人，均與被告有特殊之身份關係，其爲陳述，必以衛護被告，而多數隱諱，如強其陳述，不惟無益，且亦有背人情也。然對於共同被告，或自訴人中一人或數人，有前項關係，而就僅關係他共同被告，或他共同自訴人之事項爲證人者，則以其無密切之親誼關係，故不得拒絕證言也。（一六七II）

乙、因恐爲證言而致受不利之影響

即證人如就該案件陳述事實，則恐自己或第一百

六十七條所列之人受刑事訴追或處罰等不利之影響，故使得拒絕證言，所謂刑事追訴，包括恐被偵查起訴，及恐致提起再審之訴而言。（四一五23）

丙、因業務上秘密之關係

本法規定，凡醫師藥師藥商助產士宗教師律師辯護人公證人會計師，或其業務上佐理人，或曾任此等職務之人，就其因業務所知悉，有他人秘密之事項，如為證人而受訊問時，得拒絕證言。（一六九）蓋上列之人，其辦理受託之事件，須與聞他人之隱私，苟受委託而不為之嚴守秘密，則不特為情理所無，且承辦事件，或以委託人懼洩漏真情，而不以實告，乃致貽誤，則於從事此等業務之人之不利孰甚，故使得有拒絕證言之權利。然考本條立法之意志，乃在保護本人之利益，而便宜業務之經營。故經本人允許者，固不得免除此項之義務。（一六九）

本法規定，具有上述情形者，得免除其證言之義務，然應依法定之方式釋明之。所謂法定方式者，即依第一百七十條之規定，凡拒絕證言之證人，應釋明拒絕之原因，然祇須將其原因釋明，至其釋明方法之用言辭或書狀，則均非所問。但於第一百六十八條情形，得命具結以代釋明。（一七〇但書）蓋關於犯罪嫌疑事項，強其釋明，事實上自頗覺困難。且第一百六十八條規定，既許其拒絕證言，而又必將其拒絕之原因釋明，則不無矛盾，以是有得命具結以代釋明之規定。

此種釋明應向所繫屬之機關為之，即偵查中由檢察官發命令，而審判中則由審判長或受

命推事裁定之。拒絕證言之許可或駁回之機關亦同。(一七〇II)

第五項 證人之訊問

按傳喚或拘提證人之到場，其目的即在於訊問，而冀證人能盡其義務，則真實之案情，乃得發現。故訊問證人，不僅應出於懇切之態度，避免用強暴，脅迫，利誘，詐欺及其他不正之方法。(一七九)並應命其就訊問之事項，始末連續陳述。(一七七)且訊問證人，除有不得已之情形外，應按時訊問之。(一七九)以免證人之徒費時間，蓋亦重視其自由也。以上數點，乃推事於訊問證人時，所應加以注意者，至其訊問之程序，依本法規定，述之如次：

(一)訊問證人，應先調查其人有無錯誤，及與被告或自訴人，有無第一百六十七條第一項之關係，如證人與被告或自訴人，有第一百六十七條第一項之關係者，應告以得拒絕證言。(一七二I II)此所謂調查其人有無錯誤，雖無法定之程式，通常自應與訊問被告相同，先詢其姓名，年齡，籍貫，職業，住所。然以其他之調查方法，而足以知其有無錯誤者，自亦非所禁。

證人與被告或自訴人，既確有第一百六十七條第一項之關係，則自應有法定拒絕證言之

權利。本法所以設第二項之規定，蓋補救因不知而不行使其權利者也。

(二)證人有數人者，應分別訊問之，其未經訊問者，不得在場。(一七一I)此所謂數證人者，乃屬同一期日之數證人，否則因無分別訊問之必要。蓋合併訊問，則彼此之陳述互聞，必難期其真確，無以達訊問之目的。故未經訊問者，不得在場也。然苟以分別訊問之故，致證人與他證人之證言抵觸，或與被告之陳述，有所不符，則法院因發見真實之必要，得命證人與他證人或被告對質。(一七一II)所謂對質者，非必使彼此之互詰，蓋命雙方到場，而交替訊問也。

(三)證人應命具結。(一七三)然法律規定免除具結之義務者，自不在此限。(一七三但書各款)凡應命具結之證人，而不命具結，或具結不合法，此違背法令之證言，不得據以為裁判之基礎，否則，得作為上訴之理由，蓋不經具結程序之證言，無證據力也。

同一訴訟案件，於同一期日，而有數證人者，(參照第一七一條)應分別命其具結，本法雖未明定，然自為當然之解釋。證人經第一次具結之後，苟再傳訊，而被告及所訊事實相同者，毋庸再行具結。餘參照具結義務之說明。

(四)證人具結前，應告以具結之義務，及偽證之處罰。(一七四)對於不令具結之證人，應

告以當據實陳述，不得匿飾增減。（一七四II）告知具結義務，及偽證處罰。（刑法第一百六十八條）其告知之機關，為審判長或受命推事。在命證人具結時，不特應告以應負遵命具結之義務，且應以懇切之態度，而告以陳述如有虛偽，必受偽證罪之制裁，則證人知所警懼，而其證言必真確矣。然對於不令具結之證人，則僅須告以當據實陳述，不得匿飾增減。蓋無具結義務之人，無偽證之處罰也。

（五）具結應於訊問前為之，但應否具結有疑義者，得命於訊問後為之。（一七五）通常具結之時期，必在履行第一七二條及第一七四條程序之後。然究應否命其具結，尙未明瞭者，則固不妨待其陳述完畢，確知應行具結之後，然後命其具結，亦未始不可也。且具結為偽證之要件，故結文之方式，不可不求慎重。凡傳證人具結，而不依此程式辦理者，即屬違法，其證言亦不生證據力。本法規定，具結應於結文內記載當據實陳述，決無匿飾增減等語。其於訊問後具結者，結文內應記載，係據實陳述，並無匿飾增減等語。（一七六I）且應命書記官將該結文之內容朗讀，於必要時，並應說明其意義。其結文應命證人簽名，畫押，蓋章，或按指印。（一七六II III）

（六）受訊問之證人業經陳述後，為使其陳述明確，或為判斷其真偽，應為適當之訊問。（一

七七II) 如證人之證言，支離含混，爲求陳述之明確，以及判斷其真僞起見，自應再行加以推訊，故法律特設第二項之規定，使尙得爲適當之訊問也。

(七) 訊問證人，除有必要情形外，凡與本案無關，及恐證言有重大損害於證人，或與其有第一百六十七條第一項關係之人名譽、信用，或財產者，不得訊問。(一七八) 前者與本案無關，則訊問亦無益，自不宜徒費時間，後者既有損其自己或其特殊關係人之名譽、信用，或財產者，不特其有拒絕證言之權利，不能違法使其陳述，即強令陳述，亦不能廉得真情，故亦非限於必要情形，不得爲此項之訊問也。

(八) 審判中訊問證人，推事、檢察官、書記官、被告，或其代理人，皆應到庭，以便詰問或覆問。(參照二五九、二六〇、二七三) 所以爲被告之利益，而示審判之公開也，故與偵查中訊問證人之應密行者不同。然審判長預料證人於被告前不能自由陳述者，得於其陳述時，令被告退庭，但於其陳述完畢後，應再命被告入庭，告以陳述之要旨。(二七六) 又依第一百八十二條之規定，而由受託推事訊問證人者，自無須當事人及其他關係人之在場。

(九) 證人在偵查中或審判中，已經合法訊問，其陳述明確，別無訊問之必要者，不得再行傳

喚。但依第一百七十三條第二項未令具結之證人，不在此限。(一八三)法律之所以設此訓示之規定者，蓋免證人之受累，而冀訴訟之迅結也。

(十)前述證人因不能到場或有其他必要情形者，得就其所在地之法院訊問之。(參照一六四)此所謂就其所在地之法院者，即證人不在本案所繫屬法院之管轄區域內，於是審判長或檢察官得囑託證人所在地之推事或檢察官訊問證人，如證人不在該地者，該推事檢察官得轉囑託其所在地之推事檢察官，而受託推事或檢察官之訊問證人者，與本案繫屬法院之審判長或檢察官有同一之權限。(一八二I II)蓋本訴訟協助之義，而利其進行也。

第二款 書證

第一項 證書之意義

證書(Urkunde)云者，即文書而其內容足以證明該訴訟案件之特定事實者也。茲析言之如下：

第一 證書爲供證明用之文書

凡以文字或文字之符號，記載思想，而足以表示流傳者，咸謂之文書，故文書爲有體物。然於茲所謂之文書，其內容之性質，必須具有供證明之用之要件，若該以文字或文字之符號而制作之藉以記載思想，表示或流傳而不能供證明之用者，僅爲普通之文書，非刑事訴訟用以證明特定事實之證書也。刑事訴訟法，凡關於足資證明者，皆謂之爲證據物件，（參照一三三，一二二，一二三，一四二，二四三，二七一等條）而證書之所以與其他之證據物件不同者，亦卽在於此也。

證書爲供證明用之文書，已如上述，然其供證明用之情形，又分爲二：

1. 外形 雖就文書而爲證據之調查，然僅在確認其存否及狀態。

2. 內容 亦就文書而爲證據之調查，然係就其內容之記載，加以考慮，而認定其事實。

上述一二兩項，前者乃爲勘驗之標的，而不能謂爲證書，後者則以其利用之方法不同，而得認爲證書。然有時亦得一方認爲勘驗之標的，一方又認爲證書，皆視其所需要而定其應用。

第二 證書爲供證明本案特定事實之文書

於茲所謂供證明用之文書，其效用乃專在於供訴訟程序證明其特定之事實，且必屬於本案者，如非屬於供本案證明之用者，雖其對於他案尚不失爲證書，然對於本案則已失其證據力。

矣。故又不得謂爲本案之證書。

第二項 證書之種類

證書之類別，可分四種：即公證書與私證書，處分證書與報告證書是也。茲分述如下：

公證書者，即公正證書 (*Actes authentiques*) 也。私證書者，即私署證書 (*Actes privés*) 也。二者之區別，即在於制作該證書之人，是否具有公務員之資格，其制作之權限與程式，是否依法令之規定。故凡證書之非由公務員制作，或雖由其制作而非其權限之所應制作，或其制作之證書，未依法定之程式者，則仍係私證書，而不能謂之爲公證書。蓋其不發生公證書之效力也。至公證書及私證書之是否具有證據力，則由法院之自由心證而斷定之。公證書與私證書均有原本，正本，節本，繕本之分，有應編入於卷宗，亦有不應編入於卷宗。凡證書而應由法院保存者，自應編入卷宗，以備稽考，例如各種筆錄之類是。其無保存之必要者，則不必編入卷宗。蓋以其雖暫時存案，而終應歸還於各訴訟關係人也。此於刑事訴訟法稱之曰證據物件。

除公證書與私證書之外，尚有所謂處分證書 (*Dispositivurkunde oder erklärende urku-*

nde)與報告證書(Berichtende oder referierende urkunde)前者以其爲表示關於某人之意思或其他陳述而記載之文書，故亦名之曰表示證書，且以法院得就該種證書，直接觀察以得自由心證，故亦謂之爲勘驗證書。例如因妨害他人之名譽信用而散播之印刷品，因誣告而撰之虛偽告訴發狀等皆是。後者爲報告關於某人經歷某事實之結果而記載之文書。有因訴訟而制作，及非因訴訟而制作之分。各種筆錄，以及送達證書，乃爲公務員所制作之訴訟上之證書。告訴狀及鑑定書等，爲非公務員在訴訟上所制作之文書。登錄簿繕本等爲公務員在訴訟外所制作之報告證書，至商業帳簿及信函等，則爲非公務員所制作之訴訟外之報告證書也。

第三項 證書之效力

證書之效力者，即該證書發生確能證明待證事實之力也，故又謂之實質之證據力。法院對於無論何種證書之是否具有證據力，均依自由心證而判斷之。

學者關係證書之證據力，尙有所謂形式之證據力。所謂形式之證據力者，即該證書之制作者，是否確爲該證書所載之制作人。凡證書具有形式之證據力者，不必有實質之證據力。然調查

證書，則應先從其有無形式之證據力着手。蓋該證書如非由證書上所載之制作人之本意所著作，則雖爲其親筆或親自署名蓋章，亦不能認其有形式之證據力。既無形式之證據力者，即不必調查其有無實質之證據力。然已具有形式之證據力，而該證書之內容，與待證之事實，不發生任何之關係者，即雖證書之制作名義人與著作人符合，以其缺乏確能證明待證事實之效力，則自不能謂爲有實質之證據力。此與制作證書者，在制作當時，對於證書之內容，因其智識程度之關係，而認識不正確，以及因記憶力或案情之關係而記載不全，或虛僞記載者相同，又公務員所制作之文書，欠缺或不遵守法定之程式者，或其制作之程序違法者，制作者不明者，與其內容爲單純之想像或風聞者，皆不能作爲判斷之根據，以該文書既無證據力，自不能視作證書也。

第四項 證書之調查

書證 (Urkunde Beweis) 者，即官吏或公吏在其職務內，依法定之程式而制作之公文書，(例如裁判書，命令處分書等) 由實施調查權之機關，調查其是否有得以證明該待證事實之效力。(例如裁判書，證明有此裁判，命令處分，證明其有此命令處分等) 換言之，即證書之調查

程序也。故亦爲關係物證之調查程序。我刑事訴訟法，關於證書之調查程序，未如民事訴訟法之用書證之名稱，而物證通則之規定，僅散見於審判程序中。茲析述如下：

一、被告之陳述，法官依自由心證而判斷其確爲真實之陳述者，自得作爲裁判之基礎，故訊問被告之筆錄，亦爲證書之一，調查此筆錄是否確爲該被告之陳述，卽所謂書證也。故法律規定，凡卷宗內之筆錄，除有關係風化公安，或有損毀他人名譽之虞者外，皆應向被告宣讀，或告以要旨。（二七〇，二七一—II）所以示制作證書之嚴重也。

二、文書之可以作爲證據者，應示被告令其辯認，如被告不解其意義者，尙應告以要旨。（二七一）

據刑事訴訟法第二百〇七條至二百〇十條之規定，則檢察官、司法警察官及司法警察，既有偵查犯人與證據及協助偵查犯罪等之職權，則自應有調查證書之權。故調查證書之程序，雖散見於審判一章中，然調查證書之機關，固不限於審判長也。

第四款 鑑定及通譯

第一項 鑑定

第一 鑑定之意義

鑑定(Expertis)者，蓋就認定之事實，而下判斷也。故鑑定亦為證據之一種。由鑑定人所為之鑑定，其證據力與證人所為之證言相同。以是鑑定人與證人同負到場，具結，陳述等之義務。其所以異於證人者，蓋其所負之使命不同也。故凡嘗判斷事實，而其判斷事實之作用，非為訴訟者，則雖嗣後於訴訟上陳述其根據特殊之智識經驗而得到之判斷，然仍不能謂為鑑定人，祇能適用關於人證之規定。(一九七)蓋其性質，仍為證人也。茲就鑑定人之觀念，資格，義務等，析述如下：

1、鑑定人之觀念 鑑定人(Sachverständiger)者，恃其特別之智識技能，而負對於法

院就某種事實或法律而陳述其由實驗所得之判斷之第三人也。就其意義，更詳言之。

1. 鑑定人與證人，同為法院及當事人之外之第三人，然證人則就某項事實，而陳述其所見聞之情形，而鑑定人則就某項之事實，而陳述其判斷之意見，故證人無論何人，祇須

其就某項待證事實之情形，有所見聞者，皆可以充任，然鑑定人則非有特別之智識技能者不可。鑑定人祇須將認定事實之判斷報告法院，不須曾經經歷該待鑑定之事實。此又不同於證人也。

2. 證人之應證明者，僅爲事實，而鑑定人之所應鑑定者，就法律亦可，例如外國法，習慣法等，亦得視同事實也。

二、鑑定人之選任

鑑定人不如證人之可以不限資格，已如上述。故鑑定人必由審判長受命推事，或檢察官選任之，其人數不限於一人或數人，皆視其需要而定。（一八五）但須有左列之資格者，始得充任之。（一八五12）

1. 就鑑定事項有特別智識經驗者。

2. 經公署委任有鑑定職務者。

所謂就鑑定事項，有特別智識經驗者，例如鑑定文書之筆跡，則鑑定人必須書家，鑑定古畫古玩之真否，必須鑑古家，鑑定體傷，必須醫生等是。據此，則鑑定人自應以自然人充之。然法院或檢察官，亦得囑託醫院，學校或其他相當之機關爲鑑定或審查他人之鑑定，

(一九五I) 所謂經公署委任有鑑定職務者，即檢驗吏及由法院委派之法醫是也。此項人員而爲鑑定，則雖其特別之智識經驗稍有欠缺，然命之鑑定，亦非違法，此所以異於第一項之人員也。

三、鑑定人之拒却 當事人得依聲請推事迴避之原因，拒却鑑定人，但不得以鑑定人於該案件曾爲證人或鑑定，爲拒却之原因。(一八七) 蓋鑑定人之選任，係法院依職權之所爲，故當事人對之不得聲明不服，然苟鑑定人而有偏頗之虞者，究何由而救濟？於是法律特設本條之規定，苟具備法定之原因者，許其聲明拒却，此項拒却，向原選任之檢察機關或法院爲之。其所以於該案件，曾爲證人或鑑定人者，不得爲拒却原因之故，蓋尙不能認其於鑑定必有偏頗之虞也。

鑑定人已就鑑定事項，爲陳述或報告後，不得拒却，但拒却之原因，發生在後，或知悉在後者，不在此限。(一八七II) 蓋所謂當事人，得依聲請推事迴避之原因，而拒却鑑定人時，必在未鑑定之先，如鑑定人已就鑑定事項，爲陳述或報告後，則可得拒却之時效已消滅。當事人復以爲有拒却原因而聲明拒却者，法院得以其聲明不當而駁回之。

拒却鑑定人應將拒却之原因，及第一百八十七條第二項但書之事實釋明之。（一八八）
I）當事人不問據何情形，而聲明拒却，必向檢察官（偵查中）或審判長，受命推事（審判中）將拒却之原因，及其原因發生在後，或知悉在後者釋明，所謂釋明，不限於言辭抑書狀。（餘參照推事迴避章之說明）

拒却鑑定人之聲明，既向檢察官，審判長，或受命推事為之，則拒却鑑定人之許可或駁回之機關，在偵查中自亦由檢察官命令之，在審判中，則由審判長或受命推事裁定之。（一八八II）

四、鑑定人之權利與義務 鑑定人有法定費用之請求權，如日費旅費等，固一如證人。然

鑑定人尚有相當報酬及償還，因鑑定所支出之費用請求權。（一九六）蓋鑑定人雖亦負有應為鑑定之義務，然其義務實由於具有特別之智識經驗而生，故依情理而論，自應許其為發給相當報酬之請求，致其因鑑定所支出之費用，自更應償還矣。新法增設此段，似更妥善。

至鑑定人之義務，大致與證人相同，若就其不同者，析言如下：

1. 到案之義務 鑑定人雖負有到案之義務，然苟違反此義務而不到案者，不得如證

人之拘提。（一八六）蓋就該待鑑定之事項，而有特殊之學識經驗者，所在甚多，固不必專重於一人，故與證人之爲欲其陳述本身之見聞，必強其本人之到案不同也。

2. 具結之義務 鑑定人之應否具結，不如證人之時有疑義發生，故無鑑定後之具結，

（一八九）且鑑定之目的，在求其公正誠實，不能務其真正，故鑑定結文之內容，應記載必爲公正誠實之鑑定等語。（一八九）此又與證人不同之點也。

3. 鑑定之義務 (Sachverständigenpflicht) 凡鑑定人就其鑑定事項所下之判斷，即

斷定之結果，在偵查中必報告於檢察官，在審判中，必報告於審判長或受命推事，此即鑑定人報告之義務也。此項報告無必以書狀或言辭之限制，其以書狀爲之者，於必要時，亦得使其以言辭說明。（一九三III）

第二 鑑定之程序

鑑定人不惟須具有第一百八十五條第一二兩款之資格，且必須由審判長，受命推事，或檢察官之選任，而用傳票以傳喚，其傳票之簽名者，在偵查中爲檢察官，在審判中爲審判長或受命

推事。人數則一人或數人。經傳喚到案之鑑定人，於鑑定前即應具結。（一八九）鑑定原則上，雖必於法院之內，但於必要時，審判長，受命推事，或檢察官，得使鑑定人於法院外為鑑定，在法院外為鑑定者，得將關於鑑定之物交付鑑定人。如因鑑定被告心神或身體之必要，得預定期間，將被告送入醫院或其他適當之處所。（一九〇 I II III）鑑定人因鑑定之必要，得經審判長受命推事，或檢察官之許可，檢查身體，解剖屍體，或毀壞物體，但應準用第一百五十八條第一項及第一百五十九條之規定。（一九一 I II）並得檢閱卷宗及證物，請求蒐集或調取證物，請求訊問被告，自訴人或證人，並許其在場及直接發問，然必因於鑑定之必要及經審判長，受命推事，或檢察官之許可。（一九二 I II）關於鑑定之報告，刑事訴訟法第一百九十三條規定，其鑑定之經過及其結果，應命鑑定人以言辭或書狀報告，凡以書狀報告者，於必要時，仍得使以言辭說明。（一九三 III）所謂經過及其結果者，即鑑定人所下之判斷，以及所以欲如此判斷之理由也。如鑑定人而有數人者，得使共同報告之，但如數鑑定人，而對於鑑定所下之判斷，如各各有所不同時，自不能強使為共同之報告，故本法第一百九十三條第二項之但書，又有意見不同者，應使其為各別之報告之設定，而此各別之報告，由法院以自由心證而判斷之。又鑑定而以書狀報告者，名之

曰鑑定書。其以言辭報告，以及因書狀報告有欠缺明瞭或不完備時，命鑑定人補充以言辭者，應記明筆錄，並經鑑定人簽名。本法雖未明定，然自爲當然之解釋。

又鑑定人所爲之鑑定報告，如經檢察官、審判長受命推事，在其尚在鑑定中，就其情況，認爲其鑑定萬難臻於完備時，或已經將鑑定之經過及結果報告，而認爲不完備時，則法院得命增加鑑定之人數，或後命他人繼續鑑定，或另行鑑定。（一九四）務使臻於明確適當而後止。

關於鑑定，除本章有特別規定外，準用前章關於人證之規定。（一八四）

第二項 通譯

第一 通譯之意義

凡審理訴訟案件，利在各訴訟當事人，以及其他關係人言辭之交通，則言語而有不能通曉者，自無法以審理訴訟。且以尊重一國之權威起見，故某國法院，其審判用語，卽以某國語爲限。據此，則吾中國法院之審判用語，是必中國語也。而爲訴訟行爲者，又不限於中國人，且不僅因中外國語言之不通，而致有妨礙於訴訟，若當事人證人鑑定人等，爲聾啞人，而又不能以文字達意，爲

使訴訟關係明瞭起見，其補救之方法，自非通譯莫尙矣。是通譯 (Dolmetsche) 者，蓋依其技能，爲參與辯論人干預訴訟之疎通意思之機關也。(參照新民事訴訟法第二百〇七條第一項第二項。新法院組織法第五十條)

第二 通譯之選任

檢察官於偵查時之訊問，審判長受命推事爲審理案件時，如參與辯論人不通中國語言，或推事不通參與辯論人所用之方言，或參與辯論人爲不能用文字達意之聾啞人。於是在偵查中由檢察官指定，在審判中由審判長或受命推事指定，然被指定者必有各該必要通譯之技能，非盡人皆可以被指定也。又法院爲通譯之必要除由該管機關臨時選任外，得置通譯委任。(法院組織法第五〇條)

第三 通譯之性質

通譯爲補助法院及檢察官之機關，故與鑑定人之處於證據方法之地位者，其性質似微有不同。然據其特別之技能，而得所欲得之結果一點視之，則又與鑑定人之性質相同也。故本法關於通譯不設專章，僅以「本章之規定於通譯準用之」(一九八)殿於鑑定一章之末。凡關於

鑑定人之權利，義務，拒却，制裁等之規定，自應依照辦理，所以免重複也。

第六章 裁判

第一節 裁判之意義

裁判 (Entscheidung) 者，為特定機關，根據事實，附於一定法律之效果，而對於訴訟當事人，有絕對拘束力之意思表示也。就此定義，分析如下：

(一) 裁判者，特定機關之意思表示也。所謂特定機關者，即握有審判權之機關也。檢察官為法院之輔助機關，與書記官承發吏等同其性質，故僅得執行裁判，而不得自為裁判。此所以除有審判權之特定機關外，其他機關之意思表示，雖亦係認定事實，而適用法律，（例如檢察官之起訴等）然究不得謂之為裁判也。

(二) 裁判者，根據事實，附以一定法律效果之意思表示也。裁判為特定機關，即審判機關之意思表示，已如前述。然其所為之意思表示，必本其事實，而附以一定法律之效果。否則，其裁判為違法，自不能具有裁判之效力也。

(三)裁判者，對於訴訟當事人，有絕對拘束力之意思表示也。裁判爲本於法院之審判權，依三段論法而成立之判斷，故其意思表示，在法律上，自有絕對之拘束力，凡承受此意思表示者，不得違抗其趣旨，即有不服，亦惟有藉上訴抗告等之程序，而爲補救之方法而已。

第二節 裁判之種類

裁判得依各種標準，分類如次：

(一)依裁判之外形爲標準 據刑事訴訟法之規定，分爲判決與裁定二種（一九九）以判決行之者，其案件必較爲重大。而裁定則以關於訴訟上程序問題而爲也。茲分述如下：

1. 判決 刑事訴訟法對於應行判決者，皆設有明文（例如二九一，二九三，二九四，二九五，二九六，三五九至三六一，三八七至三九三，四三九，四四〇等）規定，其未行規定者，則以裁定行之。判決惟法院得以行之，除不受理之判決（二九五）管轄錯誤之判決（二九六）上訴審因不合法而駁回之判決（三五九，三八七）外，皆係就實體之裁判。原則非本於當事人之言辭辯論，不得爲判決，（二〇〇）判決書非敘述判決之理由，其判決

爲不合法（二〇二）除不經言辭辯論之判決外，且應宣示之。（二〇三）宣示判決，應朗讀主文，說明其意義，並告以理由之要旨。（二〇四）其制作裁判書者，爲裁判之推事，應於裁判宣示後三日內，將原本交付書記官，由書記官記明接受之年月日並簽名。（二〇五 I II）故判決非審判終結，不得行之。（按雖管轄錯誤之判決，似爲中間判決，然同時應諭知移送於管轄法院，故其性質，仍爲終局判決。）對於未確定之判決而不服者，得以上訴之程序而爲救濟。（三五三，三六七）對於已確定之判決而不服者，得以上訴（四三四）或再審（四一三）之方法而爲補救。其得爲上訴之期間爲十日。（三四一）

2. 裁定 刑事訴訟法明定，應以裁定行之者，爲（二一，二四，一〇八，一二一，一六五 II，一七〇 II，一八八 II，一八一 II，四〇四，四二七，四二八 I，四五四 I，四八一，四八五，四九〇）各條，其未明定以裁定行之，且亦無以判決行之之字樣者，則亦得以裁定行之。其性質係僅就程序之裁判，其因當庭聲明而爲之者，應經訴訟關係人之言辭陳述，於必要時，得於爲裁定前調查事實。（一〇一 I II）如係得爲抗告或駁回聲明之裁定，並應陳述理由。

(一〇二) 當庭所爲之裁定，應宣示之。(二〇三) 宣示裁定，應告以裁定之要旨，其敘述理由者，並應陳述理由。(二〇四 I II) 至制作裁定之時期，則不限審判中，其於偵查中或執行中，皆得爲之。裁定爲中間之判決，雖亦有似終局判決者，然亦僅少數之例外而已。(例如三五四，三七六，四二七。) 又如當事人對於裁定而有不服時，除有特別規定外，於送達裁定後起算，於五日內得爲抗告。(三九五，三九七 II) 對於審判長或受命推事所爲之裁定，而有不服時，得以聲明異議之方法。(二八一) 並得聲請其所屬法院撤銷或變更之。(四〇八)

(二) 依裁判之內容爲標準 據此，則有關於實體法上之裁判，以及訴訟法上之裁判之區別，故學者間又謂之曰形式裁判，與實體裁判。所謂實體裁判者，乃係就確定刑罰權之存否及其範圍而判斷，例如諭知科刑，無罪，或免訴等之判決。(二九一，二九三，二九四) 所謂形式裁判者，乃係就訴訟法上程序問題而爲之裁判，例如諭知不予受理之判決(二九五) 諭知管轄錯誤之判決(二九六) 等是。

(三) 以訴訟程序進行至若何程度爲標準

裁判有中間之裁判與終局之裁判二種：所

謂中間之裁判者，卽其裁判之目的，不以訴訟程序之終結爲要件，例如因羈押，具保，扣押等所爲之裁判，是皆關於訴訟程序之事項，故皆以裁定行之。所謂終局判決者，蓋必以終結訴訟程序爲目的之裁判也。例如科刑，無罪，免訴，不受理等之裁判，如僅以終結本院訴訟程序爲目的者，例如以管轄錯誤而移送之判決，第二審或第三審所爲發回或發交更審之裁判是。

(四)以制作裁判者爲標準。則有法院所爲之裁判，以及推事所爲之裁判之區別。凡由合議庭或獨任推事所爲之裁判，爲法院本身所爲之裁判。至由審判長或受命推事所爲之裁判，則以其係代表法院機關而制作，故謂爲推事所制作之裁判。

第三節 裁判之根據

裁判關於訴訟關於人之利害綦切，故裁判不能憑空臆斷，此裁判之所以必須有根據也。所謂裁判之根據者，卽本法第十五章第二百零二條所謂判決及得爲抗告或駁回聲明之裁定之理由也。蓋訴訟關係人，不惟欲知其科刑之範圍，且必冀明辨其何以欲如此判決之理由，故論罪科刑，不惟須犯罪之事實，以及所適用之法律，兩兩相符，且更須其確定之罪名，與所附之理由，無

所抵牾，庶得謂爲合法之裁判，庶足以昭受判決人之心服。蓋例如殺傷之案件，其案中事實重要之點，當爲被害人被害之程度，及其人數。若判案者，對於被害人之姓名人數，以及係死係傷，均未敘明，而理由中即據以判定殺人之罪，則此受判決者，又安得使其心之輸服？故本法於判決應敘述理由之外，又規定得爲抗告，及駁回聲請之裁定，亦應敘述理由，所以使聲請人易知何以駁斥，及使聲明不服者，得藉之聲明不服之意旨，且對於判決，尤使上級法院得據以審察原判之當否，意至善也。

第四節 裁判之成立

裁判爲裁判機關決定其意思經表示而成立。其意思須經合法之決定，例如該裁判機關爲獨任機關，則獨任推事審判長，受命推事，受託推事，單獨決定其意思，即足以成立判斷。若該裁判機關而爲合議機關，則其判斷之成立，應依法院組織法第十二章裁判之評議之規定。然此僅係意思之決定，而尙未經表示之程序，故仍不能命名爲裁判，必由推事，依法定之程式，而制作裁判書。在裁定，則除裁定書之外，亦得僅命記載筆錄，而視爲裁判之成立。故關係裁判之成立，必經左

列兩程序，缺一，即無成立之可能。

一、合法決定之意思。

二、合法之表示（即裁判書之宣示或送達。）

按裁判書原本之制作者，本法明定爲爲裁判之推事，應於裁判宣示後三日內，交付書記官。書記官應於裁判原本記明接受之年月日並簽名。（二〇五 I II）除有特別規定外，應以正本送達當事人，或其他受裁判之人，書記官於接受裁判原本後，應即制作正本而爲送達，至遲不得逾自接受裁判原本之日起七日。（二〇六 I II）

至裁判書制作之方式，首應記載受裁判者之姓名，性別，年齡，籍貫，職業，住址。此爲必要之記載，苟有欠缺，即屬違法，應解爲該裁判無效。有代理人或辯護人者，則並應記明代理人或辯護人之姓名，受裁判人於裁判期日，不出庭者亦然。刑事案件，有檢察官出庭者，則檢察官之官職姓名，亦應記載。如前後參與該案件之檢察官有數人者，應記載最後出庭之檢察官。以上兩項之記載，雖有欠缺，然依筆錄或其他文件，足資證明有檢察官代理人或辯護人出庭者，仍具裁判之效力。在自訴案件，則自訴人之姓名，性別，年齡，籍貫，職業，住址，皆應記明。此外如爲裁判之推事，所

繫屬法院之名稱，其爲合議庭者，猶應將某庭，一并記明。其次爲裁判之主文，(Format)此卽裁判之基本，無此，卽無所謂裁判。故本法第三百條明定判決書應記載其裁判之主文，至主文之內容，與宣告判決時不同，或其含義模糊者，卽屬違法。再次應記載裁判書之事實及理由，所謂事實者，卽犯罪之事實也，所謂理由者，卽何以欲科以此等之刑也。故裁判之理由(Gründe)者，蓋判斷所由成立之依據也。故判決書而缺乏理由之記載者，卽屬違法。不特判決書應敘述理由，卽裁定之得以抗告，駁回聲明，聲明異議，及聲請撤銷或變更者，皆應附具理由。(二〇二)聲明異議，聲請撤銷或變更，本法雖未明定，然亦應解爲得以準用第二〇二條，其理由尤不能矛盾，否則卽屬違法。(三七一—一四)

第五節 裁判之諭知

裁判之諭知者，蓋使受裁判者知悉而受拘束也。以裁判爲對外發生效力之意思表示，故除第二十四條第二項規定毋庸送達之裁定，或僅須於執行當時提示被告之拘票，押票，搜索票，以及證據裁定之非於審判時爲之者外，皆非使受裁判人之知悉不可。所謂諭知者，卽使受裁判人

之知悉也。其方法有二，茲分述如下：

第一款 宣示

宣示者，使受裁判者知悉之方法之一也。凡判決，均應宣示之，但不經言辭辯論之判決，則毋庸宣示之程序，其爲裁定而非於當庭爲之者，亦毋庸宣示。（二〇三I II）蓋言辭辯論者，爲判決之根據也，故此前提之審理，非於法庭爲之，不足以昭公允。（參照新法院組織法第六十五條）是判決之諭知，又何能例外？故不經言辭辯論之判決，及裁定之非係當庭所爲者，固無須宣示也。至其言辭辯論，是否係兩造，或係一造辯論而爲判決，則非所問也。

凡爲裁判之機關，即宣示之機關，故案件之爲合議庭裁判者，即由合議庭宣示之，其由獨任推事裁判者，即由獨任推事宣示之。但並不以參與審判之推事爲限。（三〇五）即全易以其他之推事，亦無不可。蓋裁判之成立，惟視其裁判書之是否合法作成而已，其他固非所問也。

裁判宣示之時期，因判決與裁定而不同。宣示判決，有於同一審判期日者，亦有於宣示辯論終結後，由爲裁判之推事另指定宣示之期日者，然應自辯論終結之日起，七日內爲之。（三〇三）

宣示裁定，雖應於當場爲之，然即非於當場爲之，於該裁定之效力，亦不發生任何之影響。蓋宣示裁判，乃所以對外發生效力。使受裁判者，自裁判宣示後，應受其拘束。故宣示判決，實具有一種拘束力，此種拘束力，且有使行裁判者服從之效力，蓋裁判一經宣示，該宣示裁判之機關，若就該同一案件，而後爲相抵觸之裁判者，即屬違法。以判決不能由法院自行撤銷，故有拘束法院之效力也。且裁判一經確定，得採爲他案實體事實認定之憑據，得實現裁判之內容，是裁判尙具有證明執行之效力，故裁定雖不於當場宣示，然僅係內部職責之關係，至此種效力，實猶存在也。

至宣示判決，與被告之是否在庭無涉，雖不在庭者，亦應爲之。（三〇四）此與審判之必須被告到庭者不同，（二六〇）蓋判決之宣示者，乃將業經成立之判決，向外發表，故雖被告不在庭，亦應爲之，非如審判時，被告不在庭，必遭不利也。本條關於裁定日亦應準用之。

宣示判決，應朗讀主文，說明其意義，並告以理由之要旨。宣示裁定，應告以裁定之意旨，其敘述理由者，並告以理由。（二〇四 I II）蓋宣示之裁判，必與裁判書相符，宣示所以擔保其無不同也。故裁判書必於宣示裁判前作成，則庶幾主文得以朗讀，裁判根據之要旨，得以告知。據此，則應敘述理由之裁定，其作成自亦應於宣示裁定前。

如該宣示之判決而得爲上訴者，則上訴之期間（三四一）及提出上訴狀之法院，應在宣示判決時，一併告知（三〇六）如當事人不在場者，則毋庸告知。蓋此種諭知判決之訓示規定，乃冀促起當事人之注意也，因當事人往往缺乏法律常識，或因無意遺誤，而致喪失其上訴權，其不利於當事人者孰甚，故必爲如此之規定，以冀避免，致當事人不在場者，則即告知，亦無法促其注意，故當事人不在場者之無庸告知，又爲必然。

裁判書應由推事引裁判之制作，於宣示裁判後之三日內，將原本交付書記官，書記官應於裁判原本，記明接收之年月日並簽名，並由書記官制作正本，以送達當事人，惟未經諭知之裁判，如爲送達之程序，雖其程序乃係合法送達，然亦不能生送達之效力，蓋本法第三百四十一條但書及第三百九十七條第二項但書，固明白規定，判決宣示後送達前之上訴有效，及裁定經宣示後送達前之抗告有效，則換言之，是未經宣示之判決或裁定，雖經合法送達，亦不生上訴及抗告之效力也。故宣示判決或裁決之程序，乃上訴或抗告必經之級段，凡受裁判者，於宣示後，雖未受送達，苟爲上訴或抗告之行爲，亦係合法。

第二款 送達

凡裁判之應制作裁判書者，由行裁判之推事制作後，以原本交付書記官制作正本，已於前述之矣。此制作之正本，乃即送達於當事人者，蓋除法律有特別規定外，均應以裁判書之正本，送達於當事人，或其他受裁判之人。此係吾刑事訴訟法第二百〇六條之所明定。又此項裁判書正本之送達，應自接受裁判原本之日起，至遲不得逾七日。（二〇六II）

裁判之效力，有於宣告時即已發生者，已如前述，則此種應宣示之裁判，其所以復為送達之程序者，亦僅以起算上訴或抗告之不變期間而已，此外固無他種效用也。（參照三四一I，三九七一）然不經言辭辯論之判決，固不在應行宣示之列，則此項不應宣示之裁判，其對外發生效力，必自送達時開始，為裁判者及受裁判者雙方，亦於此時起，始受該裁判之拘束。而上訴或抗告之效力，亦於斯時才得發生。至於行裁判者之拘束，自一造送達後，即已發生。其當事人或其他受裁判之人，是否均行送達，則非所問。

送達裁判書之程序，與一般送達之規定無異，已於前第二編第一章第一節第四款第二項

文書之送達中詳述，茲不贅。

第六節 裁判之確定

第一款 判決之確定

判決確定之時期，因得爲上訴及不得爲上訴而不同，茲分述如下：

第一 得爲上訴之案件

按得爲上訴之案件，究於何時確定，又應分爲兩項言之。

一、一造已於上訴期間內，合法上訴者 夫法院所爲之判決，未必定屬正確，故必有上級審之審判，藉此更正方法，以謀救濟，以是刑事訴訟當事人之一造，若已於上訴期間內合法上訴者，則該項判決之確定，自爲阻止，至所稱合法之上訴者，即原審法院認定，其上訴並非違背法律上之程式，或其上訴權亦並未喪失。（三五四，三五九，三七六，三八七。）否則雖屬合法上訴，而在上訴後，復合法撤回者，則判決仍爲確定。且爲判決一部之上訴者，其未經上訴之部份，除其有關係之部份，視爲亦已上訴外，（三四〇）其他部份，仍有確

定之效力。又一造雖已上訴，而其上訴乃係違背法律上之程式，或其上訴權已喪失者，則自不能謂為合法上訴，當然在駁斥之列，是仍應於兩造上訴期間屆滿時確定。

二、兩造均未於上訴期間內上訴者

按法定不變之上訴期間，必自送達判決後起算，其期間為十日（三四一）兩造固各無偏頗。據是，則判決確定之時期，必各自接受判決書後經過十日，而始發生其確定之效力。蓋送達之日時或有先後也，至於其是否或能否聲請回復原狀，仍不妨礙其判決之確定也。

第二 不得為上訴之判決

據吾刑事訴訟法之規定，凡通常案件，必由地方法院管轄第一審，經上訴至第三審而判決確定。但刑法第六十一條所列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院。（三六八）高等法院管轄第一審之案件（參照第四條第一項各款）以最高法院為終審，是僅有二審而已。故此種判決，為不得上訴之判決，其確定之時期，即在宣示時或送達時（不經言辭辯論之判決，不行宣示之程序者）而確定。

第二款 裁定之確定

裁定之確定，自其性質決之，亦得分別爲兩項而言：

一、裁定原本無確定之效力者

所謂原本無確定之效力者，卽不能以抗告方法而爲攻擊之裁定，換言之，亦卽不得爲抗告之裁定，蓋裁定大抵與刑罰權無涉，僅爲程序方面之一種判斷而已，本已無實質之確定力，若該裁定而猶不能以抗告方法而爲攻擊，則並形式之確定力而無之，是原法院隨時可以撤銷變更，自不生確定之問題。

二、裁定具有確定之效力者

所謂具有確定之效力者，卽能以抗告之方法而攻擊者也。能以抗告方法攻擊者，則抗告之途窮時，亦卽裁定歸於確定之時，二者之區別，僅在於形式上有無確定之效力而已。故其確定之時期，得準諸判決而論之。凡不許爲抗告者，則於宣示或送達裁定時，而發生對外之效力，亦卽所謂裁定之確定。其許爲抗告者，則應依第三百九十七條第二項之規定，俟其期間屆滿，再無合法之抗告時，始得謂爲確定。

第七節 裁判之效力

裁判一經宣示或送達，對外即發生一種力量，已屢於前述，此種力量，即謂之裁判之效力，可析爲四項述之如下：

第一 裁判之拘束力

裁判應宣示者，其拘束力於宣示時發生。其不應諭知者，則拘束力於送達時發生。此種拘束力，又得析而爲二：

- 一、使爲裁判者受其拘束之效力。即爲裁判者，不得就該同一案件，更爲意旨相抵觸之裁判，或其他之行爲。且對於該裁判之本身，非法律之所特許者，不得撤銷或變更之是也。
- 二、使受裁判者受其拘束之效力。即受裁判者，不得蔑視該判決之存在，而更進行與該判決相抵觸之訴訟行爲是也。

夫刑事訴訟之裁判，如有錯誤或脫漏等之情形，除依法特許撤銷或變更者外，別無其他補救之方法，非如民事訴訟之判決，有「判決如有誤寫，錯寫，誤算，或其他類此之顯然錯誤者，法院

得隨時以裁定更正之規定（參照民事訴訟法第二百三十二條第一項）然則在有顯然之錯誤，或裁判有脫漏時如何？是否將聽隨之？蓋前者亦惟有由上級法院依法更正，後者則由本法院續行審理而已。然亦有雖有顯然之錯誤，而得許本法院自爲更正者，例如其錯誤並非關於裁判之主文事實及理由之重要部份，則以其不能影響及於裁判之效力，無利害之足言也。又裁判有脫漏之時，雖由本法院續行審理，然亦應解爲得許上級法院依法補充判決，例如該裁判所脫漏之部份，乃與已判決之部份，有不可分離之關係者是。蓋亦恐影響及於裁判之效力也。

第二 裁判之證明力

裁判之證明力者，卽裁判有一定之證據力也。按裁判雖不得於本案件，作爲證據，然其有一定之證據力，實毫無疑義也。關於此，又得分爲兩項言之：

一、已確定之裁判 在已確定之裁判，得採爲他案實體事實認定之證據。例如本案件之

裁判書，得在他案件，爲證明會爲該項審判或會爲所記載之陳述是也。

二、未確定之裁判 在未確定之裁判，亦不能謂爲絕無證明力。蓋雖無判斷之內容，作爲

其他案件實體事實認定資料之根據，然該裁判書所載當事人之主張，要亦不能認爲無

一定之證明力也。

第三 裁判之確定力

一、裁判確定力與拘束力之區別

凡裁判之確定，必該裁判已達不能撤銷或變更之狀態，據此，則殊與拘束力無異，然精密言之，則其不同之點有三：

1. 發生時間之不同 確定力非屆確定狀態，無由發生，拘束力則與宣告或送達時發生。

2. 發生空間之不同 確定力對於其他案件，亦得變生，拘束力則惟對於本案件。

3. 發生內容之不同 確定力有使受裁判者，服從該裁判之效力，拘束力則僅有使受裁判者，依該裁判進行訴訟行為之效力。

且如因滅失物件，宣告沒收等所為之判決，當為確定之判決，然其雖有確定之力，而實無拘束之力，故再由此點視之，是二者實無相同之足言也。

二、裁判確定力之種類

據此，又得分為二種：

1. 形式之確定力 刑事訴訟法，以補救判決之錯誤起見，乃有上訴或抗告之規定，又

恐無限制期間之上訴抗告，因前審判決或裁定之不能確定，而致訴訟當事人蒙受不利，故又特設法定不變之期間而限制之，凡經過此期間者，判決即屬確定，訴訟當事人自不能復行聲明不服，此即謂之形式之確定力。(Formelle Rechtskraft) 除再審或非常上訴之程序外，為裁判者及受裁判者，於本案件，應受其拘束，不得再有不服或撤銷變更之聲明。蓋刑事判決一經確定，其起訴權即已消滅，不得再為他案之客體也。

2. 實質之確定力

實質之確定力，(Materielle Rechtskraft) 惟判決有之，裁定固

不具也。判決之實質確定力，僅關係於訴訟當事人，與其他之人無與。然究何種判決，乃具有實質之確定力？於此吾人即須注意下列三點：

a. 是否為無效之判決，蓋無效之判決，法院依法得以變更，自無確定力之可言。

b. 是否為形式之判決，蓋形式之判決，非所以判斷刑罰權之存否及其範圍，僅判斷訴訟關係之有無而已，故其實質之確定力，實無由而發生也。

c. 是否為本國法院之判決，蓋外國法院之判決，因維持本國之威信起見，在本國法律上，自不能認為有效，(參照刑法第九條) 則安有實質確定力之足以發生？

第四 裁判之執行力

裁判之執行力者，原則上乃以強制力實現裁判內容之效力也。雖然，亦不無例外，蓋依法亦有發生裁判內容以外之執行力者。（參照本法第三〇八至三一〇條）且實現此種之效力，亦並不全以強制力，例如無罪之判決，許可或停止羈押裁定之執行，固無須乎強制力也。

按裁判確定時，即裁判之執行力發生之時期，有關於實體法之關係者，即如根據科刑之判決，而執行刑罰是，有關於程序法之關係者，即如依證據裁定而調查證據是也。此外如裁判雖未確定，而其執行力亦有已發生者，即如原審法院於抗告法院之裁定前，未以裁定停止執行者，則此項抗告無停止執行裁判之效力。（四〇一丁）又刑事訴訟裁判之所謂執行，與民事訴訟裁判之所謂假執行不同，例如執行具保或責付之裁定，亦得謂為終局執行，至該被告經釋放之後，是否再執行羈押，固非所問，故實非假執行之性質。

下部 各論

第一編 第一審

第一章 公訴

第一節 概說

第一款 公訴之意義

公訴者，乃非由私人之所請求，換言之，亦即國家行使科刑權之謂也。蓋犯罪一方爲侵害私人之法益，而另一方實亦侵害國家之法益，國家之所以行使其刑罰權，實爲防止侵害也。然刑事訴訟，據告劾主義之原則，非經原告之起訴不可，故本法有法院不得就未經起訴之犯罪審判之規定，（二四七）而公訴之真義，亦卽在此。

第二款 公訴之目的

公訴之目的者，即刑事訴訟之目的也，已屢述如前，固矣，則除確定刑罰權之存否，及其範圍外，無其他之目的。雖然刑法之功用有二：一為預制將來之犯罪，一為處罰現實之犯罪。預制將來之犯罪，為刑罰實現前之功用，處罰現實之犯罪，則為刑罰實現後之功用，然欲實現後之功用，而處罰其犯罪，自非可以冒昧而從事，必也其罪之足以證明而後可，據此，則公訴之目的，不僅在適用刑罰，且亦兼證明犯罪也。

第三款 公訴權之性質

公訴權 (Strafklagerecht) 者，為國家具體刑罰權之實施，所必不可缺之權利也。故國家具體刑罰權之發生，必常基於公訴權之發生。公訴權有實質與形式之分，凡就被告真實犯罪之行為，由檢察官為原告，依公訴權而請求諭知科刑之判決者，乃實質之公訴權也。形式之公訴權者，蓋指檢察官請求確定具體刑罰權之存否及其範圍之權利也，如形式之公訴權存在時，則不問

其是否有實質之公訴權，法院不能解其判決之義務，反之如形式之公訴權不存在，而實質之公訴權存在時，即未經檢察官之起訴，而爲審判時，則屬違法。

第四款 公訴權之發生行使及消滅

公訴權有實質公訴權與形式公訴權二者，已如前述。實質公訴權之發生，與具體刑罰權之發生，其命運相同，故與犯罪之成立，實同時而發生。又公訴權之發生，固不必有真實犯罪之成立，祇須以主觀認其有犯罪之嫌疑，蓋此時僅公訴權之發生而已，究竟訴與不訴，尙須一任檢察官之主裁。若檢察官認爲確有嫌疑，而實行偵查起訴，則行使公訴權之時期至矣，公訴權行使之時期，並不定與犯罪發生之時期相同，公訴權一經行使之後，如認爲該案件有刑事訴訟法第二百三十一條各款情形之一者，應爲不起訴之處分，不起訴之處分，而已確定者，則非具有本法第二百三十九條各款之情形，不得對於同一案件，再行起訴，據此，則公訴權必因此二種原因而消滅。故公訴權自發生而行使而消滅，乃爲整個之訴訟手續，舉出公訴之提起，準備，犯罪之偵查，又公訴提起後之實行維持公訴等等，苟欲具體刑罰權存否及範圍之確定，則必須包括此數種之行

爲也。

第二節 偵查

第一款 偵查之意義

偵查 (Ermittelung) 者，乃偵查機關所行之起訴準備程序也，故爲公訴程序之最初處分。按偵查有廣狹二義：凡偵查機關調查犯人及證據，以準備起訴之程序者，爲狹義之偵查，包括偵查程序及實行公訴之程序者，爲廣義之偵查，而本節之所欲論者，則狹義之偵查也。又偵查行爲，不僅實現於起訴之前，即起訴以後，檢察官仍不妨調查事實，搜集證據，以提出必要之訴訟資料，而爲完成起訴權之實行，且不惟於第一審審判中，即第二審上訴中，亦得有之，以求貫徹實行公訴之目的。

實施偵查處分之權，謂之爲偵查權，按偵查權隨起訴權而發生，且不以客觀爲標準，凡檢察官依其主觀，確認其有犯罪嫌疑者，應即開始偵查犯人及證據，故偵查者，實公訴權之行使也。

第二款 偵查之目的

夫國家具體刑罰權之得以實施，必有犯罪行爲之成立。而此成立犯罪之行爲者，究爲何人，尙不可知，既知其人矣，而是否有真實之證據，足以證明，於是不得不爲調查之行爲，即偵查犯罪，（二〇八至二一一）是也。故偵查之主要目的，在偵查犯人，及搜集證據，以求明瞭該案件之應爲起訴之處分，抑應爲不起訴之處分。又該查明之犯人，並搜得之證據，必先於法院施行保全處分，以期公訴之實行，故實行公訴之目的，實亦爲偵查之目的。

第三款 偵查之程序

偵查程序，爲司法行政之程序，而非純粹司法之程序，且亦非審判程序之一部，故不影響於審判權之行使，（法院組織法第九十條）乃係完全與審判程序獨立，以是檢察官與被告，雖以各有訴訟法上之權利義務，而不能謂爲非訴訟行爲，然不於審判之程序中，固不具當事人之資格也。

按偵查程序，由偵查權而開始，如偵查權未屆消滅之時期，則不論何時，皆得實施偵查之程序，固不限於提起公訴以前，即在起訴後，或判決確定後，亦得爲之。（例如因發現確實之新證據，而由該管法院之檢察官，聲請再審等）且檢察官之偵查權，不僅與第一審法院同級者有之，即在上訴中，與上訴法院同級者亦有之，又原第一審級或原第二審級之檢察官亦有之。

第四款 偵查之機關

偵查之機關者，即實施偵查程序之機關也。吾刑事訴訟法規定，偵查之機關凡三：即檢察官，司法警察官，及司法警察是也。（二〇八至二一〇）

檢察官之職權，在法院組織法第二十八條，有實施偵查之規定。刑事訴訟法第二百零七條，又規定檢察官因告訴發自首，或其他情事知有犯罪嫌疑者，應即偵查犯罪及證據，故檢察官亦爲偵查機關之一。依檢察事務一體之原則，故檢察官之實施偵查，均應服從長官之命令。然各檢察處之檢察官，得隨時指揮或發佈命令調度其管轄區域內之司法警察官或司法警察，協助其偵查犯罪。（法院組織法第五十四條刑事訴訟法第二百零八條）

所謂司法警察官者，即縣長、市長、警察廳長、警務處長或公安局長、暨憲兵隊長官。其地位稍低於檢察官，故其職權不惟在協助檢察官偵查犯罪，並應將偵查之結果，移送於該管區域內之檢察官，如接受被拘提或逮捕之犯罪嫌疑人，認其有羈押之必要時，應於二十四小時內，移送該管檢察官，但檢察官命其移送時，應即時移送。（二〇八ⅠⅡ）據此規定，則凡檢察官可以實施之偵查程序，該項司法警察官均得行之，所不同者，惟須移送而已。其所以予司法警察官以與檢察官同等之職權者，蓋因政治犯或與地方公益有關之重大犯罪，實有逕行實施偵查之必要也。又本法第二百〇九條所規定之警察廳長、憲兵官長、軍士，依法令關於特定事項，得行司法警察官之職權者，雖亦為司法警察官，但其職權之範圍，固不同於第二百〇八條各款所列之司法警察官，蓋此等司法警察官，如知有犯罪之嫌疑，應報告第二百〇八條之該管檢察官或司法警察官，但得不待其指揮，逕行調查犯人犯罪情形及必要之證據。蓋此種司法警察官，其地位在檢察官之下，故其關於偵查犯罪，如有檢察官之指揮命令者，自應絕對服從，並非無檢察官之指揮命令，即不得偵查犯罪，故本法較舊法可添設「但得不待其指揮，逕行調查犯人犯罪情形及必要之證據」之規定。所以求其迅速而防犯罪者之漏網也，又第二百〇八條所列之司法警察官，其

地位既與檢察官相掎，則第二百〇九條所列之司法警察官，如知有犯罪之嫌疑，自亦應報告之。警察、憲兵，及依法令關於特定事項得行司法警察之職權者，皆刑事訴訟法第一百十條所謂之司法警察也。應受檢察官及司法警察官之命令，而偵查犯罪。一經知有犯罪嫌疑，應報告該管檢察官，或司法警察官。但得不待其命令，逕行調查犯人及犯罪情形，並搜集證據。其執行職務，雖有管轄區域之限制，但有急迫情形者，不在此限。（八一）

司法警察之職務，乃在受檢察官及司法警察官之命令，而輔佐其偵查犯罪，此外則執行拘提、解送羈押人犯，執行送達，以及追隨檢察官推事，或司法警察官，補助其實施扣押及搜索。

第五款 偵查之開始

偵查究以何時而開始？吾刑事訴訟法第二百〇七條規定，檢察官因告訴發自首或其他情事，知有犯罪嫌疑者，應即偵查犯人及證據。據此，則知有犯罪嫌疑之時，即為偵查程序開始之時，固不必刑罰權之實已發生。且此所謂犯罪之嫌疑，乃由檢察官主觀之觀察，非必客觀之存在也。

第一項 告訴

第一 告訴之意義

告訴 (Antrag) 者，乃犯罪之被害人，將犯罪事實，至檢察處報告之訴訟行為也。故非有意思能力之人，不得爲之。又被害人之告訴，乃屬其權利，此種權利，即名之曰告訴權。檢察官經被害人告訴之後，如認爲該案件，以不起訴爲適當者，得爲不起訴之處分。(二三二)

第二 告訴之主體

告訴之主體者，即握有告訴權之人也。故法律上有告訴權人之名稱。按本法規定，其得爲告訴人者如下：(二一一至二一五)

(一) 被害人 犯罪之被害人，得爲告訴。(二一一) 所謂被害人者，即其法益受有侵害之人也。法律之所以冠以犯罪二字者，即因該犯罪，而致法益被侵害也。於此有應注意者，即被害之法益，必直接歸屬於該主體者，庶得謂爲被害人。所謂犯罪侵害之法益，因各罪之性質而不同，然此爲實體法上之問題，非我刑事訴訟法之所欲論及也。又被直接侵害法益之主體，如爲複

數者，則各被害人，均有其獨立之告訴權。又其中如有一人遲誤期間者，其效力不及於他人，蓋本法於告訴乃論之罪，有其告訴應自得為告訴之人知悉犯人之時起，於六個月內為之之規定也。

(二一六)

(一) 被害人之法定代理人，或配偶，得獨立告訴。(二一二) 此種告訴，乃以自己名義，獨立告訴，非必受被害人意思所拘束。故不問被害人之告訴權是否消滅，凡具有此等之身份者，仍得告訴。所以貫徹立法之本旨，而保護被害人之利益也。蓋適用此條者，必被害人無意能思力，而不能自行告訴者，苟因不識不知，而使告訴權因捨棄撤回懈怠期限等原因而消滅，則不利於被害人者孰甚？故法律有第二百十二條之規定也。

(二) 被害人之親屬或家長家屬得為告訴。(二一二II) 被害人如已經死亡者，則自不能自行告訴，故得由其配偶，直系血親，三親等內之旁系血親，二親等內之姻親或家長家屬之告訴，然不得與被害人明示之意思相反。蓋告訴權者，專屬於被害人一身之公權也，自應以其死亡而消滅，非可移轉，故另設告訴權人，以保護被害人，而免犯罪人之倖逃法網。如被害人生前，如有明白表示反對之意思者，則自應尊重其意思，而不得告訴，此本條但書之所以如此規定也。

(四)特種犯罪之告訴人。(二一三一)因刑法所規定罪刑之不同，而異其得爲告訴之人，據本法規定者如下：

甲、刑法第二百三十條之妨礙風化罪，非本人之直系血親尊親屬，配偶或其直系血親尊親屬，不得告訴。所以顧全各該人之名譽也。

乙、刑法第二百三十九條及二百四十條第二項之妨礙婚姻及家庭罪，非配偶不得告訴。蓋尊重配偶之名譽，及其利益也。

丙、刑法第二百九十八條之妨害自由罪，非被略誘人之直系血親，三親等內之旁系血親，二親等內之姻親，或家長家屬，不得告訴。是則顧全被略誘人之名譽矣。

丁、刑法第三百十二條之妨害名譽及信用罪，非已死者之配偶，直系血親，三親等內之旁系血親，二親等內之姻親，或家長家屬，不得告訴，因此等之人，與已死者之關係密切也。

(五)被告爲被害人，或爲該法定代理人之配偶，或四親等內之血親，三親等內之姻親，或家長家屬者，則被害人，或被害人之直系血親，三親等內之旁系血親，二親等內之姻親，或家長家屬得獨立告訴。(二一四)

(六) 指定之代行告訴人

刑事訴訟法第二百十五條明定告訴乃論之罪，無得爲告訴之人者，該管檢察官，得依利害關係人之聲請，指定代行告訴人。蓋告訴乃論之罪，被害人若已死亡，則應由法律所明定得爲告訴之人爲告訴，若並此告訴之人而亦無之，則勢必無由保護被害人矣。故自應由該管檢察官，依利害關係人之聲請，（卽就告訴有利害關係之人）而指定代行告訴人。

第三 告訴之程序

告訴應向檢察官或司法警察官爲之，此刑事訴訟法第二百二十一條之所明定。其手續應以書狀或言辭。凡以言辭爲之者，應制作筆錄，此種筆錄，應向告訴人朗讀，或令其閱覽，詢以其記載有無錯誤。如告訴人請求將記載增刪變更者，應將其陳述附記於筆錄，並應命告訴人緊接其記載之末行簽名，畫押，蓋章，或按指印。

第四 告訴之效力

凡犯罪一經告訴，則偵查機關應卽開始其偵查，不必問其告訴之合法與否也。此告訴之機關，因告訴效力之發生而所受之拘束也。至告訴人之告訴而有虛僞者，則構成誣告罪，（刑法第

一百六十九條第一項）固亦不問其告訴之合法與否也。此告訴人方面，因告訴之效力，而發生之拘束也。

按告訴權原則不可分開，故告訴之效力及於全體。此刑事訴訟法第二百十八條，所以明定告訴乃論之罪，於共犯之一人告訴或撤回告訴者，其效力及於其他共犯。雖然，刑法第二百三十九條之罪，對於配偶撤回告訴者，則其效力不及於相姦人（二一八但書）蓋為維持室家之和平起見，實有設此但書之必要也。

第五 告訴之時期

夫犯罪成立之時期，即告訴權發生之時期，亦為得開始告訴之時期。然告訴究於何時而終了，依據本法，關於普通犯罪之告訴，原無期限之規定，以檢察官有隨時起訴之權，故無定期間之必要也。然對於親告罪之告訴，則刑事訴訟法第二百十六條，明定告訴乃論之罪，其告訴，應自得為告訴之人知悉犯人之時起，於六個月內為之。如得為告訴之人有數人，其一人遲誤期間者，其效力不及於他人。苟不在此期內，而行使其告訴權者，則其告訴權，即歸於消滅，所以維持社會之秩序，而防杜被害人或其他有告訴權人因怠於行使其告訴權，而使能否起訴，久久不確定也。

第二項 告發

第一 告發之意義

告發 (Anzeige) 者，無告訴權之日，第三人將犯罪事實，報告於偵查機關之謂也。所謂第三人者，蓋即除被害人告訴權人，犯人，及偵查機關而言也。故本法第二百十九條，雖明定不問何人，知有犯罪嫌疑者，得爲告發，然犯人自白其犯罪事實於偵查機關者，爲自首。被害人或其他告訴權人，報告其犯罪事實於偵查機關者爲告訴，皆不能謂之爲告發也。故於此之所謂不問何人，乃就狹義而言。且告發爲告發人之權利，而非其義務，故法律特規定爲「得爲告發」，即第三人雖知有犯罪之嫌疑而不爲告發，亦不能謂爲違法也。雖然，刑事訴訟法第二百二十條規定，「公務員因執行職務，知有犯罪嫌疑者，應爲告發。」據此，強制之規定視之，則此種公務員所爲之公告發，又非如普通之第三人之私告發之爲其權利矣。

第二 告發之程序

接受告發之機關，爲檢察官或司法警察官，故無告訴權之第三人，凡知有犯罪嫌疑，而欲爲

告發者，必向該管之檢察官，或司法警察官行之。至其告發之程式，亦與告訴同，原則上雖應以書狀爲之，但以言辭爲之者，自亦無不可，惟須記明於筆錄耳。又告發不必知有犯罪嫌疑者，親自爲之，其用代理人者，亦不得謂之違法，法律雖亦如告訴之無明文規定。然告訴告發之均許用代理人，自爲當然之解釋。

又告發之程序實施後，偵查機關即應開始其職務，然其起訴與否，則不受告發之拘束，且該管機關，如認爲以不起訴爲適當者，亦不須送達不起訴處分書於告發人。

第三項 自首

第一 自首之意義

凡犯人於犯罪事實發覺以前，自向偵查機關，報告其犯罪之事實者，謂之自首。按自首爲減輕刑罰之理由，故自首必須具備下列二要件：

- 一、係犯人報告自己之犯罪，——據此，則雖報告犯罪事實，而未報告係自己所爲者，尙不得謂之自首。

二、係於犯罪發覺前報告——若犯罪已經發覺而始向偵查機關報告自己犯罪之事實者，此之謂自白，而仍不能謂爲自首。

第二 自首之程序

自首之程序，與告訴發相同，向檢察官或司法警察官，以書狀或言辭爲之，以言辭爲之者，亦須制作筆錄，此吾刑事訴訟法第二百二十三條之所明定也。蓋自首亦爲偵查之開始，故其效力亦與告訴發相同，故凡虛僞之自首，以及庇護真犯人者，皆屬違法之舉動。

第六款 偵查之實施

第一 實施之主體

偵查犯人及明確之證據，以爲公訴之提起實行之資料，此種資料之蒐集，爲國家行爲，由代表國家之檢察官執掌處理之。故檢察官爲實施偵查之主體。公訴提起之準備行爲，即爲偵查。非經偵查之程序而起訴者爲違法。

檢察官於其管轄區域內，固有其實施偵查之職權，然本法第二百〇八條至第二百一十條

所規定之司法警察官及司法警察，於檢察官之管轄區域內，爲輔助檢察官實施偵查之機關，或則與檢察官有同等之職權，或則聽檢察官之指揮，或則受檢察官之命令。除第二百〇八條所規定之司法警察官外，其得獨立實施者，雖僅以第二百零九條第二項但書及第二百十條第二項但書之規定爲限。然亦不得謂爲非實施偵查之主體也。

第二 偵查之方法

偵查爲準備並實行公訴之手段，以非經偵查之程序，無以明瞭犯人及證據，故爲達此種目的之必要，非予檢察官以強制處分之權者不可。此吾刑事訴訟法所以規定，檢察官在偵查中，凡法院審判長受命推事，所得爲之一切強制處分，例如被告之傳喚（第七一條第四項）拘提（第七七條第三項）訊問（二二五，二二七）羈押（一〇二III）證人鑑定人之傳喚訊問（一六二III 一八四）及證人之拘提（一六五，七七）並搜索（一二八III）扣押（一二六）勘驗（一五四）等檢察官皆得爲之，然應依照刑事訴訟法第二條之規定，對於被告有利及不利之情形，應一律注意之。

第三 偵查之移轉

刑事訴訟法第二百二十九條規定，檢察官知有犯罪嫌疑，而不屬其管轄，或於開始偵查後，認為案件不屬其管轄者，應即分別通知或移送該管檢察官，此為檢察事務一體不可分原則之例外規定。然檢察官於認為案件不屬其管轄時，亦應分別處分，例如在開始偵查之前，而知不屬其管轄者，自應即時通知該管檢察，俱得實施偵查，而免犯人之漏網。但有急迫之情形時，應為必要之處分。（二二九但書）若已開始偵查而始知有此種情形者，應即移送於該管檢察官繼續偵查，至其已經實施之程序，應認為仍屬有效。

第四 偵查之密行

按偵查犯罪，所以調查犯人犯罪及證據，故其所採之方法，自不宜漏洩於外，所以防湮滅證據，逃亡犯人也。不寧維是，且犯罪之人，必為世人所唾棄，而有犯罪之嫌疑者，未必真為犯罪之人，一受偵查，必招外界之懷疑，是於其名譽信用，影響匪淺，故為嚴守秘密起見，實施偵查程序時，例不公開，即詢問時，旁聽者亦在所禁止。此刑事訴訟法第二百二十四條所以特明定，偵查不公開之也。雖然，此為訓示之規定，故即檢察官不為遵守，亦不得謂之違法也。

第五 偵查之輔助

刑事訴訟法規定，不但第二百零八條至第二百零十條之司法警察官及司法警察，得輔助檢察官偵查犯罪，且其於實施偵查時，如遇有急迫情形者得命在場或附近之人爲相當之輔助，於必要時，並得請附近軍事長官，派遣軍隊輔助。此本法第二百零二十八條之所明定也。

第六 偵查之報告

本法明定，關於偵查事項，檢察官得請該管公署爲必要之報告（二二六）換言之，則就該偵查事項，有執掌偵查權限之機關，自須負報告偵查事項之義務。所謂偵查事項者，即就其職務上所知悉之事項也，所謂報告者，即爲必要之說明也。又此所謂必要，祇須檢察官主觀認爲必要即可。至其所爲報告，則不限於以言辭或文書。

第七 偵查時之保護被告

一、被告得聲請實施刑事訴訟程序之公務員爲有利於己之必要處分，（參照二二）所謂必要處分者，即聲請詢問證人，及搜集證據物件是也。蓋偵查中，檢察官爲急於查明犯罪事實，勢必偏重於被告之不利，故法律特爲規定被告得爲有利於己之聲請，以期公允也。

二、遇被告不能到場，或有其他必要情形，得就其所在訊問之。（二二五）原則上檢察官於偵查時訊問被告，固應於法院或其他一定之處所行之，然遇被告不能到場或有其他必要之情形，則檢察官為圖實際上便利及尊重被告起見，亦得就其所在訊問。但不能到場之理由，以及有其他必要之情形者，被告皆應先期陳明之，且就訊與否，尙待檢察官之斟酌。

三、訊問證人鑑定人時，如被告在場者，被告得親自詰問，詰問有不當者，檢察官得禁止之。（二二七 I）所以許被告之自為詰問，乃期明瞭事實之真相，亦所以保護被告之道也。至其詰問如有不當者，自應禁止之。

預料證人鑑定人於審判時不能訊問者，應命被告在場（二二七 II）亦予以辯明之機會。但恐證人鑑定人於被告前，不能自由陳述者，不在此限。（二二七 III）蓋恐有所顧慮，而不能自由陳述，則反使被告不利也。

第八 偵查之停止

刑事訴訟法第二百四十條規定，偵查於開始後，亦得中途停止之，然可得停止者，必須犯罪

是否成立，或刑罰應否免除，以民事法律爲斷者，於民事訴訟終結前，檢察官得停止其偵查程序之進行。然檢察官不停止者，亦並非違法。

第七款 偵查之終結

偵查終結之權，惟檢察官有之，蓋司法警察官及司法警察，無獨立實施偵查之權，即例外有之，亦應將偵查之結果，移送於該管檢察官。（二〇八II）其正式施行偵查，而處分其結果者，仍爲檢察官。

偵查實施之後，而終不能明瞭犯人者，除認爲有應爲不起訴處分之情形者外，不得終結偵查。（二四一）是則又終結偵查之限制矣。

偵查終結處分之程序，得分爲下列二項述之：

第一 終結程序之種類

一、起訴 此爲本法第二百三十條所明定，即檢察官依偵查所得之證據，足認被告有犯罪嫌疑者，應提起公訴。其第二項云：被告之所在不明者，亦應提起公訴。蓋本法採國家訴

追主義爲原則，故由檢察官依偵查所得之結果，如認被告之罪證明確者，除第二百三十二條所規定於刑法第六十一條所列各罪之案件，參酌刑法第五十七條所列事項，認爲以不起訴爲適當者，得爲不起訴之處分外，應即起訴，檢察官絕無裁量之權。故法律有此強行之規定也。又檢察官之起訴，首在指明一定之被告。本法第二百四十三條第二項，無規定被告之住居所，亦在起訴書所應記載之列，然不能因被告之所在不明，而阻礙公訴之提起。蓋被告之住居所，不難以方法探明也。故亦應提起公訴。

起訴之案件，應制作起訴處分書，即起訴書，應將其原本向管轄法院提出，正本則送達於告訴人及被告。（二四二）所以使知悉訴訟進行之狀況，而預爲審判時之準備也。

二、不起訴處分

1. 不起訴處分之原因 (a) 案件有左列情形之一者，應爲不起訴之處分。（二二一）

甲、曾經判決確定者 按公訴權之目的在判決，若爲有罪之判決，則目的已達，公訴

權固當消滅，若爲無罪之判決，則公訴不當，公訴權已失其根據，自無不歸消滅之理。

乙、時效已完成者 法律之有時效之規定，蓋恐權義之久而不確定，有妨社會之秩序，

故對時效已完成者，自應爲不起訴之處分。

丙、曾經大赦者。大赦爲國家之恩典，其意蓋在拋棄刑罰權，故應不起訴。

丁、犯罪後之法律，已廢止其刑者。據上述情形，則犯罪時所發生之公訴權，不得不

歸消滅，蓋公訴權之發生，由於刑罰權之存在，刑既廢止，自己不生刑罰權，則其消滅，自屬當然之結果。

戊、告訴或請求乃論之罪，其起訴或請求已經撤回，或已逾告訴期間者。告訴乃論

之罪，即親告罪；其告訴爲告訴權發生之原因，公訴權既因告訴而發生，則告訴後撤回告訴，公訴權自應歸於消滅。請求乃論之罪，係指刑法第一百十六條及第一百十八條所列各罪而言，須外國政府請求，乃能發生公訴權，既請求而又撤消，則公訴權自應消滅。

己、被告死亡者。無論提起公訴前或後，均不能科以刑罰，公訴權自應歸於消滅，蓋

刑罰祇能及於犯人之一身也。

庚、法院對於被告無審判權者。應依刑事訴訟法第二百二十九條分別通知或移

送於該管檢察官辦理，則自無起訴之必要。

辛、行爲不罰者。

壬、法律應免除其刑者。上款及本款皆以刑罰權之不存在，而無須起訴。

癸、犯罪嫌疑不足者。犯罪嫌疑，既不充足，自應受不起訴之處分，前所發之押票，視

爲撤銷羈押，檢察官須將被告釋放，則刑罰權自不存在，故亦毋庸起訴。

(b) 檢察官認案件具有左列情形者，得爲不起訴之處分。

甲、檢察官於刑法第六十一條所列各罪之案件，參酌刑法第五十七條，所列事項，認爲以不起訴爲適當者，得爲不起訴之處分。(二三二) 蓋認爲於刑事政策上無處罰之必要也。

乙、被告犯數罪時，其一罪已受或應受重刑之判決，檢察官認爲他罪雖行起訴，於應執行之刑，無重大關係者，得爲不起訴之處分。(二三三)

2. 不起訴處分之程式。檢察官依第二百三十一條至第二百三十三條之規定，或因

其他理由，爲不起訴之處分者，應制作處分書，敘述不起訴之理由。(二三四I) 不起

訴處分書之正本，應送達於告訴人及被告，且其送達，自書記官接受處分書原本之日起，不得逾五日。（二三四II III）蓋不起訴處分，於告訴人及被告，至爲重要，故應爲送達，而使知悉其結果也。

3. 對不起訴處分不服之聲請 告訴人接受不起訴處分書後，得於七日內聲請再議，其程式，應以書狀敘述不服之理由，經由原檢察官，向直接上級法院，首席檢察官或檢察官爲之。（二三五）按對不起訴處分書，因不服而聲請再議，乃爲告訴人在刑事訴訟法上之權利，均僅限於告訴人，而告發人不得爲之。蓋告訴人爲被害人或與被害人，有特別身分之人，對不起訴處分頗有利害關係也。

4. 聲請再議之核定 再議之聲請，原檢察官認爲有理由者，應撤銷其處分，繼續偵查或起訴。（二三六一）蓋使聲請事件，得早日終結也。

原檢察官認爲無理由者，應即將該案卷宗及證物，送交上級法院首席檢察官或檢察長，但已逾聲請之期間者，應駁回之。（二三六II III）所以使上級檢察官得爲核定也。原法院首席檢察官認爲必要時，於依第二項之規定送交前，得親自或命令他檢察官

再行偵查，分別撤銷或維持原處分，其維持原處分者，應即送交。(二三六IV) 上級法院首席檢察官或檢察長，認再議之聲請為無理由者，應駁回之。認為有理由者，應分別為左列處分。(二三七)

甲、偵查未完備者，命令原法院檢察官續行偵查。

乙、偵查已完備者，命令原法院檢察官起訴，此因明定上級法院首席檢察官或檢察長，核定聲請再議之權限並處分也。

聲請再議而由上級法院首席檢察官駁回者，在刑事訴訟法上，無得再行聲請不服之規定，然苟依行政訴訟程序，而呈訴於上級法院首席檢察官之上級監督長官，請求其行使監督權者，固無不可。且該上級長官，苟認其核定為不當者，固仍得命其再行核定也。

5. 不起訴處分之效力。 羈押之被告，受不起訴之處分者，視為撤銷羈押，但再議期間內，或聲請再議中，得命具保或責付，遇有必要情形，並得命繼續羈押之。(二三八一) 蓋羈押被告，所以期訴訟之完成，既為不起訴之處分，則自應視為撤銷羈押。如在聲請

再議期內，或在聲請再議中，而遇被告有逃亡或湮滅證據之虞者，則因恐變更處分，或無以完成其訴訟，故得命繼續羈押。

爲不起訴之處分者，扣押物應即發還。但應沒收或爲偵查他罪或他被告之用，應留存者，不在此限。（二三八II）案件已經不起訴之處分，自無須保留證據物件，然應沒收或爲偵查他罪，或他被告之用者，則以便利執行沒收或留作證據起見，而自仍應扣押。不起訴處分已確定者不得對於同一案件，再行起訴，然有左列情形之一者，則不在此限。（二三九I）

甲、發現新證據或新事實者。乙、有第四百十三條第一項第一款第二款第四款或第五款所定得爲再審原因之情形者。此以保護被告起見，故規定不起訴之案件，許再行起訴者，必附上列之條件，以免被告應否處罰，致久懸不定。

第三節 起訴

第一款 起訴之意義

起訴者，原告向特定機關請求以判決確定刑罰權及其範圍之意思表示也。茲就其意義析之如下：

一、起訴者以判決確定刑罰權及其範圍之意思表示也。起訴由公訴權而發生，而公訴權之目的，在以判決確定刑罰權及其範圍，而欲達此目的，必以意思表示爲之，例如確定之被告，犯罪之事實及證據，並所犯之法條，非有明確之表示，不能視爲起訴。故起訴者，請求以判決確定刑罰權及其範圍之意思表示也。

二、起訴者，原告向特定機關之請求也。起訴必以原告爲之，本法規定，得爲起訴之原告有二：一爲檢察官，一卽自訴人。刑事訴訟法採告劾主義，故嚴守不告不理之原則，案件未經起訴，（不論公訴或自訴）者，不得審判。（二四七。）

第二款 起訴之程序

刑事訴訟法第二百四十三條第一項明定，提起公訴，應由檢察官向管轄法院提出起訴書爲之。其起訴書應記載左列事項。（二四三II）

(一) 被告之姓名性別年齡職業住所或居所或其他足資辨別之特徵。

(二) 犯罪事實及證據並所犯法條。

按起訴爲成立訴訟關係之基本行爲，不僅藉以明起訴者之責任，故應以書狀向管轄法院爲之，不得以言辭起訴，所以昭慎重也。且第一審及上級審，對於起訴之有無範圍，以及被告之爲誰何，非據此以爲調查，不足以臻明確也。故起訴書首應記載者，即表明被告爲何人，務使不與他人相混，其所以應記明足資辨別之特徵者，蓋猶恐僅記載姓名性別年齡等之尙不足以示區別也。

檢察官依偵查結果，認其一切引爲爲足以構成犯罪者，謂之犯罪事實。在得與他罪事實足以辨別之程度，必須記載，例如摘示犯罪事實之要領，犯罪之時日處所等。苟檢察官於起訴書狀而欠缺第二百四十三條第二項各款之記載者，其程序即屬違背規定，應諭知不受理之判決。
(二九五)

起訴時，應將卷宗及證物一並送交法院。(二四三III) 所以便法院進行審理也。

就與本案相牽連之犯罪，或本罪之誣告罪得於第一審辯論終結前，追加起訴。(二四四I)

追加起訴之程序，與起訴不同，故不限於書狀，得於審判期日，以言辭爲之。（二四四II）

第二款 起訴之撤回

檢察官於發現有應不起訴或以不起訴爲適當之情形者，得撤回起訴。（二四八一）此蓋刑事訴訟法仿他國多數立法例，故雖不許預行捨棄其起訴權，然於公訴已提起後，固得撤回起訴，但必於第一審辯論終結之前，蓋避免徒費判決之手續也。（二四八）

撤回起訴，應提出撤回書敘述理由，（二四八II）此亦所以昭慎重，而免檢察官無理由撤回之弊也。

撤回起訴與不起訴處分，有同一之效力，卽以其撤回書視爲不起訴處分書，應以正本送達於告訴人及被告，且此種送達，亦應自書記官接受撤回書原本之日起，不得逾五日。其撤回起訴，如已確定者，非有第二百三十九條各款所列之情形，不得對於同一案件再行起訴。（二四九）

第四款 起訴之效力

案件一經起訴，即發生訴訟拘束（Rechtshängigkeit）蓋以脫離檢察官而繫屬於法院故也。此種訴訟拘束，即起訴之效力，因起訴而發生。

起訴之效力，不及於檢察官所指被告以外之人（二四五）蓋即揭示起訴為對人主義，未經檢察官指定之人，縱令與被告有共犯之關係，以非起訴效力所能及，故法院不得加以審判。是以本法第二百四十七條明定，「法院不得就未經起訴之犯罪審判」但檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力仍及於全部。

第四節 審判

第一款 審判之意義

審判（Hauptverhandlung）者，在法院所行之訴訟程序，而以確定刑罰權及其範圍為目的者也。故為刑事訴訟之主要部份。

審判之義有二：僅指審判期日所為之訴訟程序者，謂之狹義之審判。凡包括指定審判日期，傳喚通知，變更，及附屬程序，如受命推事訊問被告，調查證據，諭知判決，發回扣押物等者，謂之廣

義之審判，即本法第二編第一章第三節所規定之審判也。

審判因採用彈劾主義，故其訴訟主體有二：即法院及當事人也。凡職權進行主義，實體真實發現主義，言辭辯論主義，直接審理主義，自由心證主義，公開主義等，惟審判程序中，得儘量適用之。（參照緒論。）

又審判不僅指第一審程序而言，即第二審，第三審法院，對於上訴，或再審法院對於再審，並最高法院對於非常上訴，凡以判決裁判者，皆得謂之審判，且第二審第三審上訴之審判，除其有特別規定外，準用第一審審判之規定。（三五六，三七九。）

第二款 審判之開始

法院因檢察官或自訴人之請求而開始審判，其請求之程式，除簡易程序由檢察官聲請處刑命令外，通常恆以起訴而開始。故審判程序，未經起訴而開始者，即屬違法。

開始審判，必具備開始審判之原因，第一審審判程序，於左列情形而開始。

一、檢察官或自訴人之起訴，（二四三，三一一。）

- 二、牽連案件之合併受理。(第六條)
- 三、案件因管轄錯誤而諭知移送。(二九六)
- 四、第二審法院將案件發回。(三六一—一)
- 五、第三審法院將案件發回原審法院，或逕行發回第一審法院。(三九一)
- 六、開始再審之裁定確定。(四二九)
- 七、受處刑命令之被告聲請正式審判。(四四九)

第三款 審判之準備

所謂審判之準備者，即實施審判程序以前之程序也。刑事訴訟法規定，審判之準備程序如次：

審判期日，應傳喚被告或其他代理人，並通知檢察官，辯護人，輔佐人。(二五〇)被告為當事人，自應於審判期日出庭，而行使其防禦權，故應於審判期日傳喚之。檢察官為實行追訴職權之原告，辯護人輔佐人為輔助被告行使防禦權之人，故於審判期日，自應通知之，使得屆時出庭。

第一次審判期日之傳票，除刑法第六十一條所列各罪之案件外，至遲應於三日前送達。(二五一) 蓋傳被告對於防禦權之行使，得充分有所準備也。但刑法第六十一條所列各罪之案件，以其案情輕微，故雖於第一次審判，亦無須留存猶豫之期間也。

法院爲準備審判起見，得於第一次審判期日前訊問被告。檢察官及辯護人得於爲前項訊問時在場，除有急迫情形外，法院應將訊問之日時及處所，預行通知之。(二五二 I II) 蓋亦使預爲準備之意。

法院得於審判期日前傳喚證人，鑑定人或通譯，及調取或命提出證物。(二五三)

當事人或辯護人得於審判期日前提出證據及聲請法院爲第二百五十三條之處分。(二五四)

法院如預料證人，不能於審判期日到場者，得於審判期日前訊問，並得於審判期日前命爲鑑定及通譯，其訊問之時日及處所，法院應預行通知之。當事人及辯護人於訊問證人鑑定人或通譯時，亦得在場。(二五五 I II III)

法院於審判期日前，得爲搜索，扣押及勘驗。(二五六) 並得就必要之事項，請求該管公署

報告（二五七）

行合議審判之案件，得以庭員一人為受命推事，於審判期日前訊問被告，及蒐集或調查證據。（二五八）蓋皆為準備審判起見也。

又受命推事關於訊問被告及蒐集或調查證據，與法院或審判長有同一之權限。但第一百二十一條之裁定不在此限。（二五八II）

第四款 審判之程序

第一 審理之程序

（一） 法庭之出庭者

甲、法院職員之出庭 審判期日，應由推事檢察官及書記官出庭。（二五九）按開庭審判，乃會合法院當事人及其他訴訟關係人而為訴訟行為，故推事檢察官書記官之出庭，乃屬實行審判時之必要條件，缺一不得開庭審判也。

乙、被告之出庭 審判期日，除有特別規定外，被告不到庭者，不得審判。（二六〇）此亦

有利於被告之規定也。蓋刑事訴訟無缺席判決之制度，故除第二百九十七條及第二百零九十八條之規定外，概爲本法之所禁止也。

被告在庭時不得拘束其身體，但得命人看守。（二六一）蓋被告以當事人之資格而出庭，自應充分使其行使防禦權。故被告出庭時，雖羈押者，亦不得拘束其身體，蓋免其心神不寧也。違背此規定者，其程序即屬違法。但有時被告兇暴，或致紊亂法庭秩序，故特致注意之規定，仍得命人看守。

被告到庭後，非經審判長之許可，不得退庭。審判長因命被告在庭，得爲相當之處分。（二六二）（二六三）此以被告出庭後，即負有在庭義務之故。如被告違背其義務者，審判長得依實際情形，施以相當之強制方法，以強制其在庭，然第二百六十一條之規定，仍不能違背也。審判期日，原則上被告固必須出庭，然亦有毋庸出庭之例外，以及任其退庭者。即如依法許用代理人之案件。

丙、其他訴訟關係人之出庭。

a. 代理人之出庭 刑事訴訟法第二百六十條第二項規定，許被告用代理人之案件，

得由代理人到庭。所謂許用代理人之案件者，蓋即最重本刑爲拘役，或專科罰金之案件也。（三六）

b. 辯護人之出庭 於依法應用辯護人之案件，則辯護人之出庭，亦爲刑事訴訟之要件，故本法第二百六十三條規定第三十一條第一項所定之案件，無辯護人到庭者，不得審判。此外則辯護人之選任與否固一任被告或其法定代理人，配偶，直系或三親等內旁系血親，或家長家屬之意思。即無辯護人之出庭，仍得開始審判也。

c. 輔佐人之出庭 刑事訴訟法第三十五條雖規定被告或自訴人之配偶，直系或三親等內旁系血親，或家長家屬，或被告之法定代理人於起訴後得陳明爲被告或自訴人之輔佐人，但其出庭與否並不關係審判之開始也。

（二） 審理之次序

刑事訴訟之審理，通常固有一定之次序，然關於調查證據及訊問被告，固亦不妨交錯爲之。例如一庭不能終結之審判，則分次進行，訊問被告，調查證據及辯論者，亦不爲違法。其他如辯論之後，如認尙有訊問被告及調查證據之必要，或先命或續命受命推事，訊問被告或調查證據全

部或一部，或使受託推事調查證據者，自亦均為法律所許。惟於審判期日宣示訊問及調查之結果，則依法應行履行而已。茲將刑事訴訟法規定，通常審理之次序，述之如次：

審判期日，以朗讀案由為始，（二六四）按審判長指定審判日期時，固須將鐘點一並指定，然僅就所指定之時刻屆到，尙不能謂為審判開始，必也由書記官，本於審判長指揮之下，將案由朗讀，乃得謂之審判之開始。如審判長自為朗讀者亦然。

審判長於訊問被告之姓名，年齡，籍貫，職業，住居所後，檢察官應陳述起訴之要旨。（二六五）所謂陳述起訴之要旨者，即以言辭陳述起訴書所載犯罪事實之要旨也。蓋刑事訴訟採言辭辯論主義，故必須由檢察官陳述起訴意旨，否則，不得進行審判也。

檢察官陳述起訴要旨後，審判長應訊問被告，（二六六）於此所謂訊問被告，乃訊問關係犯罪嫌疑也。例如指明犯罪嫌疑，詢其有無辯明，並應予以機會。（九六）以便其行使防禦權。且被告之自白，如非出於強暴，脅迫，利誘，詐欺，或其他不正之方法，而與事實相符者，得為證據。（二七〇I）然仍應調查必要之證據，以察其是否與事實相符。（二七〇II）蓋被告之自白，如無瑕疵而確非虛偽者，固當採作證據，其所以猶必須依職權調查必要之證據者，蓋刑訴採用實體

真實發現主義之結果也。

訊問被告後，審判長應調查證據。(二六七) 調查證據，在刑事審判，乃為必要之程序，縱令聽被告之陳述後，已得心證，然仍必經調查證據之程序。至實施調查程序，乃為審判長之職權。

調查證據之程序，據刑事訴訟法規定者如下：

一、犯罪事實，應依證據認定之。(二六八) 按裁判為確定刑事訴訟目的之方法，而認定事實，又為裁判之內容，故為刑事訴訟之裁判時，必先認定事實，依據證據。所謂犯罪事實，係指犯罪要件之事實，自應絕對憑證據而證明，此外如處罰要件，及科刑標準之事實，有時亦應以證據證明之。

二、證據之證明力，由法院自由判斷之。(二六九) 本法以採自由心證主義，故明定證據由法院，以自由意見，判斷其證據力之強弱及取捨也。(詳參照緒論)

三、證物應示被告，令其辯認，如係文書而被告不解其意義者，應告以要旨。(二七一) 此係規定調查證據物件之程序，於勘驗及書證，均適用之。凡未經履行此程序，而即據以認定犯罪之事實者，乃屬違法。但第二百九十七條之規定，不在此限。

四、卷宗內之筆錄及其他文書，可為證據者，應向被告宣讀，或告以要旨。（二七二I）依刑事訴訟法規定，可為證據文書者，即如告訴發之筆錄，偵查時與中間準備程序時被告證人等之訊問筆錄，以及勘驗筆錄等是。此種證據文件，既以其意義供作證據，則在被告自有知悉之必要，而履行宣讀及告以要旨之程序，即所以予以知悉之機會也。且本法欲達言辭審理主義與直接審理主義之目的，非經此程序，無從顯明於審判庭也。雖然，如該文書為有關於風化，公安，或有毀損他人名譽之虞者，應交被告閱覽，不得宣讀，如被告不解其意義者，應告以要旨。（二七二II）例如供述過於猥褻，或關於現時政體相反之主張，以及妨礙風化婚姻，名譽等罪案內之供述，自不宜宣讀。

以上所規定者，亦為應遵守之程序，反此即屬違法，此外猶有調查證人，鑑定人，及共同被告之程序，茲更依刑事訴訟法之規定，分述如下：

- 一、證人鑑定人由審判長訊問後，當事人及辯護人得聲請審判長，或直接詰問之。（二七三I）審判時訊問證人鑑定人，為調查證據程序之一種，原則上固應由審判長為之，但當事人及辯護人亦得聲請審判長，或直接詰問，以補充之。

如證人、鑑定人係當事人聲請傳喚者，先由該當事人或辯護人詰問，次由他造之當事人或辯護人詰問，最次由聲請傳喚之當事人或辯護人覆問，但覆問以關係因他造詰問所發現之事項爲限。（二七三II）此種詰問或覆問，爲當事人之權利，故當事人向審判長聲明後，即得親自或由辯護人爲之。

二、當事人或辯護人，詰問證人、鑑定人時，審判長認爲有不當者，得禁止之。（二七四I）此係規定審判長於當事人或辯護人詰問證人、鑑定人時之禁止權，所以防妨礙訴訟之進行，而維持法庭之秩序也。

三、證人、鑑定人經當事人或辯護人詰問後，審判長得續行訊問。（二七四II）所以使訊問之事項，益臻於明確。

四、證人、鑑定人雖經陳述完畢，非得審判長之許可，不得退庭。（二七五）蓋證人、鑑定人於出庭後，即負有在庭之義務，非經審判長之許可，自不得退庭。

五、審判長預料證人、鑑定人或共同被告於被告前不能自由陳述者，得於其陳述時，命被告退庭，但陳述完畢後，應再命被告入庭，告以陳述之要旨。（二七六）是以原則上在審判

時訊問證人鑑定人或共同被告時，應使被告在庭，以便補充詰問，但如審判長預料非使被告退庭，不能使若輩自由陳述者，則自不能不命被告暫時退庭，但與聞證人鑑定人或共同被告之陳述，乃被告藉以補充詰問之權利，自不可妄行剝奪，故刑事訴訟法第二百七十六條但書，又規定，陳述完畢後，應再命被告入庭，而告以陳述之要旨也。

六、參與合議審判之陪席推事，於審判期日前，訊問被告或證人，鑑定人（二七七）俾明瞭訊問之事項也。

七、法院或受命推事於審判期日前，訊問被告或證人鑑定人者，準用第二百七十三條至第二百七十七條之規定。（二七八）

八、當事人或辯護人聲請調查之證據，法院認為不必要者，得以裁定駁回之。（二七九）所以謀程序之簡捷也。

當事人或辯護人對於審判長或受命推事之處分，得向法院聲明異議，惟限於行合議審判之案件。此項異議之當否，應由法院裁定之。（二八一—二八二）

九、審判長每調查一證據畢，應詢問被告有無意見，並應告知被告，得提出有益之證據。（二

八〇 I II) 蓋被告居於當事人之地位，握有防禦之權，自應使對於犯罪嫌疑，得爲辯解。

(三) 辯論

調查證據完畢後，應命依左列次序，就事實及法律辯論之。(二八二)

一、檢察官

二、被告

三、辯護人

刑事訴訟法第二百八十二條所規定之辯論，乃僅於調查證據完畢後，就事實及法律辯論之，非指檢察官陳述案件要旨以後之程序爲辯論，故於此之所謂辯論，乃狹義之辯論也。其各參與辯論之主體，應依法律之規定。又刑事訴訟法既許輔佐人輔佐被告，則自亦應予以參與辯論之機會，然其次序法律雖未規定，但其陳述意見，應於被告及辯護人之次，固無疑義。

辯論爲審判之必經程序，審判長如不命履行者，即屬違法。但審判長命履行辯論程序以後，各參與辯論之主體，是否爲辯論，以及是否充分爲辯論，皆非所問。已辯論者，得再爲辯論，審判長亦得命再行辯論。(二八二 II) 審判長於辯論終結前，最後應詢問被告有無陳述。(二八三)

蓋被告有最後之辯論權也。

各參與辯論之主體，依次辯論之後，審判長如認為無再進行審判之必要，應當庭諭知辯論終結。辯論終結後，遇有必要情形，法院得命再開辯論。（二八四）所謂必要之情形者，即發現調查不完備，或審理遺漏之情形也。

審判非一次期日所能終結者，除有特別情形外，應於次日連續開庭，如下次開庭，因事故間隔至十五日以上者，應更新審判程序。（二八六）審判期日應由參與之推事始終出庭，如有更易者應更新審判程序。（二八五 I）良以本法原則上採言辭辯論主義及直接審理主義。而訴訟資料之足以為判決之基礎者，厥惟曾經顯出於審判法庭之言辭辯論。當審判之時，推事固見聞真確，印象亦新，然多經時日，雖至強之記憶力，亦不免模糊，故非連續開庭，不能冀其正確也。所以有更新審判程序之規定，其意亦即以此。故參與審判期日前準備程序之推事有更易者，毋庸更新其程序。（二八五 II）以與判決無直接之關係也。

（四）審判之停止

所謂停止審判，其情形有二：一為完全不開始審判，一為雖開始審判，而於其進行之程度，暫

時停止。換言之，要皆不繼續進行審判之謂也。凡具備刑事訴訟法規定應行停止審判之情形者，除許用代理人之案件，而委任有代理人者（二八七III）及被告之心神喪失，雖尙未回復，但該案件顯有應諭知無罪，免訴，不受理或免刑判決之情形者，得不待其到庭逕行判決外（二八七I但書）如仍進行審判者，其程序爲違法，得據以爲上訴之理由（三七一九）但停止審判後，復繼續審判，通常仍得依其原已進行之程度，故以前之審判，並不因停止而失效也。

按停止審判之情形，依刑事訴訟法規定，有下列六種，茲析述如次：

一、被告心神喪失者，應於其回復以前，停止審判（二八七）蓋審判期日之所以必須由被告出庭者，（原則二六〇I）使其得行使防禦權也。被告既在心神喪失之時期中，又安能行使法律爲保護被告起見，自應停止其審判之程序，非俟其回復原狀以後，不得繼續審判也。

二、被告以疾病不能到庭者，應於其到庭以前，停止審判（二八七II）被告因疾病不能到庭者，亦無由行使其防禦權，故在因病不能到庭之狀態繼續之前，亦應停止審判之程序。

三、犯罪是否成立，以他罪爲斷，而他罪已經起訴者，得於其判決確定前，停止本罪之審判。

(二八八) 蓋犯罪之是否成立，既以他罪爲斷，則自應靜候其先行解決。例如竊盜罪之於贓物罪，正犯之與教唆犯從犯是也。然亦必限於他罪已經起訴者，如他罪而尙未起訴，則不得停止本罪之審判。

四、被告犯有他罪，已經起訴，應受重刑之判決，法院認爲本罪科刑，於應執行之刑，無重大關係者，屬於他罪判決確定前，停止本罪之審判。(二八九) 被告犯有他罪而已經起訴，則依刑法規定，應數罪併罰，分別宣告其刑，而定其應執行者。(刑法第五十一條) 然被告所犯之他罪，既應受重刑之判決，而本罪科刑，又於應執行之刑，無重大關係者，則於他罪判決確定前，自得停止其審判。

五、犯罪是否成立或刑罰應否免除，以民事法律關係爲斷，而民事已經起訴者，得於其程序終結前，停止審判。(二九〇) 此則與民事有先決之關係，例如確認婚姻之訴，於通姦罪之是否成立？(刑法第二百三十九條) 又如認領子女之訴，與竊盜罪應否免刑(刑法第三百二十四條) 均爲先決問題，自應先解決民事問題，俾刑事裁判，得有所依據，以此故刑事起訴在有先決關係之民事訴訟以前者，自得於其程序終結前停止審判，然並非

受民事裁判之拘束，以民事裁判如爲刑事犯罪之處罰條件，則不得不採作憑據也。

六、措事被聲請迴避者，除應急速處分者外，應即停止訴訟程序。（二二）推事既被聲請迴避，則在未有代行審判之推事時，自應停止審判程序，惟應急速處分者，不在此限。（餘可參看迴避之說明。）

第二 判決之程序

（一）判決之條件

凡訴訟行爲，必具備一定之訴訟條件，判決既亦爲訴訟行爲，又何能例外。此所以有判決條件（Urteilsvoraussetzungen）之名稱也。

刑事判決應具備之條件，因判決之種類而不同者，爲特別條件，否則，即普通條件。

關係刑事判決條件之學說，殊形錯綜，然一般學者之所主張者，僅下列數種普通條件而已。

甲、判決除有特別規定外，應經當事人之言辭辯論爲之。（二〇〇）所謂特別規定者，即刑事訴訟法第二百九十七條，第三百六十三條，第三百八十一條，第四百三十條第一項第二次，及第四百三十七條之規定是也。

乙、審理程序之是否合法，蓋審理為判決之前提程序，故全部不合法者，應更新審理，一部不合法者，應補充審理。

丙、參與判決之推事，是否曾參與審理之推事（三七—13）若非曾參與審理之推事，即屬違法，自應更新辯論。（二八五I）

丁、非依法律之規定而禁止公開審判者，其判決以違背法令而無效，故公開審判，亦為判決條件。

戊、審判期日，當事人未出庭者，不得為判決，但除法律另有規定者。（二五九，二六〇）

己、法院之組織，如未合法，則其判決亦以違背法令而無效。所謂法院之組織合法者，即如須不違背迴避之規定也。

上述條件，皆能影響及於判決，故不可不注意也。

（二）判決之範圍

刑事訴訟法第二百四十七條規定云：「法院不得就未經起訴之犯罪審判。」據此，則判決之範圍，自應依起訴及審判之範圍為標準，故犯罪之行為雖經起訴，然如未經過審理程序，而逕

行判決者，其判決仍因違法而無效。以是之故，法院之認定事實，適用法律，要不為檢察官意思所拘束，此吾刑事訴訟法第二百九十二條，故明定被告犯罪已經證明而應諭知科刑之判決者，得就起訴之犯罪事實，變更檢察官所引應適用之法條。故判決之範圍，不受檢察官意思之拘束，固昭然若揭。

(三) 判決之種類

刑事訴訟法規定，判決之種類有六，析述如次：

甲、科刑之判決 被告犯罪已經證明者，應諭知科刑之判決。(二九一) 蓋法院就起訴之案件，已為形式上暨實體上之審理後，如認為罪證已經明確者，則對於被告應諭知科刑之判決。

乙、被告犯罪，雖屬已經證明，但依法律之規定應免除其刑者，應諭知免刑之判決。(二九一但書) 免刑判決者，免予科刑之判決也。

丙、不能證明被告犯罪，或其行為不罰者，應諭知無罪之判決。(二九三) 因未滿十四歲或心神喪失，而其行為不罰，認為有諭知保安處分之必要者，並應諭知其處分及期間。(二

九三二）蓋法院就該起訴案件，就形式上之審理後，雖認為具備起訴之要件，然經實體上之審理後，認為被告之罪證不能明確。或其行為為不罰者，自應諭知無罪之判決。

丁、案件有左列情形之一者，應諭知免訴之判決。（二九四）

1. 曾經判決確定者 起訴權因判決確定而消滅。

2. 時效已完成者 依刑法第八十條規定追訴權於一定期間內（刑法第八十條第一款至第五款）不行使而消滅。故時效完成，則追訴權歸於消滅。

3. 曾經大赦者 蓋追訴權因大赦而歸於消滅也。

4. 犯罪後之法律，已廢止其刑罰者 刑罰廢止，則刑罰權不存而追訴權亦無由行使。

5. 被告就他罪受重刑之判決，已經確定，因其於執行之刑無重大關係，認為本罪無庸科刑者 既認為無庸科刑，則追訴權，自亦不復存在。

據上論述則免訴之判決者，實由於追訴權之消滅，雖被告仍係有罪，而免予處罰是也。

戊、案件有左列情形之一者，應諭知不受理之判決。（二九五）此即揭示法院就形式上審理而發現有不具備起訴要件者，毋庸再為實體上之審理也。

1. 起訴之程序違背規定者 此即違背本法第二百四十三條所規定之程式者。
2. 已經提起公訴或自訴之案件，在同一法院重行起訴者 已經提起公訴或自訴之案件，是已因起訴而繫屬於法院，自不得重行起訴，所以免兩重裁判之紛歧也。故無論公訴或自訴，如在同一法院重行起訴者，法院對於後爲之起訴，應諭知不受理之判決。
3. 告訴或請求乃論之罪，未經告訴請求，或其告訴請求經撤回，或已逾告訴期間者，在告訴或請求乃論之罪，必須具備告訴或請求之條件，若未經告訴或請求，或其告訴請求經撤回，或已逾告訴期間者，均爲欠缺起訴之必要條件，自亦應即諭知不受理之判決。

4. 曾爲不起訴處分或撤回起訴，而違背第二百三十九條之規定再行起訴者 檢察官對於同一案件，曾爲不起訴處分或撤回起訴，而又無第二百三十九條得再行起訴之情者，則追訴權已經消滅，自不得再行起訴。

5. 被告死亡者 起訴之目的，在請求法院處被告以刑罰，若被告死亡，則刑罰無所適用，又何從行使其追訴權。故追訴權即因之而歸於消滅。

6. 對於被告無審判權者。檢察官之起訴僅得向通常法院爲之，若被告之犯罪事件，在通常法院無審判權者，則檢察官無從行使其追訴權，故應爲不受理之判決。
7. 依第八條之規定不得爲審判者。同一案件，繫屬於有管轄權之數法院，其不得爲審判之法院，自應諭知不受理之判決。
- 己、無管轄權之案件，應諭知管轄錯誤之判決，並同時諭知移送於管轄法院，（二九六）法院就形式上審理，而認爲案件不屬其管轄者，不得再爲實體上之審理，應即諭知管轄錯誤之判決，並同時諭知移送於管轄法院。

（四）判決之程式

判決應由推事制作判決書，判決書應記載其裁判之主文，有罪之判決書，應將事實及理由分別記載之。（三〇〇I II）其內容記載之次序如下：

1. 標明判決事樣，庶免與裁定相混淆。
2. 記載被告之姓名性別年齡籍貫職業住址。
3. 有代理人或辯護人者，應記載其姓名。

4. 案由。

5. 主文即敘明科刑，無罪，免訴，不受理，或管轄錯誤等之意旨。

6. 事實足以表示訴訟事件之內容及經過，而為裁判推事所認定者，應簡要記載之。

7. 敘述理由，即裁判主文所由構成之根據。

8. 在公訴應記載檢察官之官職姓名，在自訴應記載自訴人之姓名年齡籍貫職業住址。

9. 判決之法院及年月日。

10. 裁判推事之簽名蓋章。

以上之所述者，乃一般判決書所皆應記載者也，若為有罪之判決書，則更應於其主文內，分

別情形，記載左列事項。（三〇一）

1. 所諭知之主刑從刑或刑之免除。

2. 諭知六月以下有期徒刑或拘役者，如易科罰金，其折算之標準。

3. 諭知罰金者，如易服勞役，其折算之標準。

4. 諭知易以訓誡者，其諭知。

5. 諭知緩刑者，其緩刑之期間。
 6. 諭知保安處分者，其處分及期間。
- 又有罪之判決書，於其理由內，分別情形，記載左列事項：（三〇二）
1. 認定犯罪事實，所憑之證據，及其認定之理由。
 2. 科刑時，就刑法第五十七條或第五十八條規定事項所斟酌之情形。
 3. 刑罰有加重減輕或免除者，其理由。
 4. 易以訓誡或緩刑者，其理由。
 5. 諭知保安處分者，其理由。
 6. 適用之法律。

（五） 不待被告陳述之判決

原則上為判決，必本於當事人之辯論，故刑事訴訟法第二百六十條有被告不到庭者，不得審判之規定，何況判決。然亦祇須被告在場，至推事予被告以辯論之機會後，被告之是否行使其防禦權而為辯論，固非所問也。故刑事訴訟法第二百九十七條規定：被告拒絕陳述者，得不待

其陳述逕行判決，其未受許可而退庭者亦同。又法院認為應科拘役、罰金或應諭知免刑或無罪之案件，被告經合法傳喚無正當理由而不到庭者，得不待其陳述逕行判決。（二九八）是為對於第二百六十條之例外規定。

（六）判決之宣示

宣示判決，應自辯論終結之日起，七日內為之。（三〇三）法院之判決成立後，更須藉宣示以向外發表，此已於前說明。然判決之宣示，有應於宣告辯論終結後，即行宣示者，有於宣示辯論終結後，另指定宣示期日者，但至遲應於宣告辯論終結之日起，七日內為之，是亦係採言辭辯論之結果，蓋距辯論之日過久，恐推事之記憶不清，在合議庭之評決，或獨任推事之決定意思，難望精確，故有此應七日內宣示之規定也。至其方法，則自應於公開法庭宣示之。且宣示判決，被告雖不在庭，亦應為之。（三〇四）此以宣示判決，僅將已經成立之判決，向外發表而已。被告縱不在庭，亦毫無所損，故不必被告之在庭也。至其宣示判決時之推事，並不限於參與審判之推事。（三〇五）因宣示判決後，並不須繼續審理，故不以參與審判者為限。

判決得為上訴者，其上訴期間，及提出上訴狀之法院，應於宣示時一并告知，並應記載於送

達被告之判決正本。(三〇六)此係恐當事人缺乏法律常識，或致違誤上訴程式，故特設此訓示之規定。

犯刑法偽證及誣告罪章或妨礙名譽及信用罪章之罪者，因被害人或其他有告訴權人之聲請，得令將判決書全部或一部登報，其費用由被告負擔。(三〇七)

(七) 判決與羈押及扣押之關係

羈押之被告，經諭知無罪，免訴，不受理，免刑，緩刑，罰金，或易以訓誡之判決者，視為撤銷羈押，但上訴期間內，或上訴中，得命具保或責付，如不能具保或責付，而有必要情形者，並得命繼續羈押之。(三〇八)蓋羈押之被告，既受罰金，無罪，免訴，或不受理之判決時，則自無須再執行羈押，並為節省程序起見，於宣示判決時，同時宣示釋放，故特規定視為撤銷羈押，而當然開釋，但於上訴期間內，或上訴中，已命具保或責付而不能，且其不能，為有必要之情形者，得命繼續羈押，以上訴期間內，他造之是否上訴尚未確定，若上訴中，則非俟上訴之判決確定，固不得釋放，所以省手續也。

扣押物未經諭知沒收者，應即發回，但上訴期間內，或上訴中，遇有必要情形，得繼續扣押之。

(三〇九)此爲規定判決與扣押物之關係，即扣押物件，凡應沒收者，則由判決諭知後而沒收，其未經諭知沒收者，自應即發回，更毋庸有發回之諭知。但在上訴期間內，或上訴中，遇有必要情形，仍得繼續扣押之；此其理由，與第三百〇八條之後段相同，茲不贅。

扣押之贓物依第一百四十二條第一項，應發還被害人者，應不待其請求，即行發回。(三一〇I)發回贓物，原則上雖應由被害人爲訴訟程序上之請求，然如案件之內容簡單，而發還之理由明確者，則此種請求之程序，自可省略。

依第一百四十二條第二項，暫行發回之物，無他項諭知者，視爲已有發回之裁定。(三一〇II)此爲關於扣押物件之特別規定之處置方法，那暫行發回之物，如無論知沒收或繼續扣押等之裁判，即可視爲已有發回之裁定以後未扣押前之狀態。

第五款 審判之筆錄

審判程序爲訴訟程序之最要者，其應制作筆錄，自爲當然，本法以詳列於第五章文書一章中，故於審判章，關於筆錄之部份刪除，以避免重複，非審判之不須筆錄也。然所規定審判期

日及其他期日所行之一切程序，亦惟列其要者而已。（四四）

一、審判之法院及年月日。

二、推事及檢察官書記官之官職姓名及自訴人、被告或其代理人、並辯護人、輔佐人、通譯之姓名。蓋推事書記官檢察官，非出庭不得審判，（二五九）故若不出庭其官職姓名，自應記載。又被告若出庭者，自無記載之必要，若被告不出庭亦得為審判時，仍可制作審判筆錄，乃必記載被告之姓名。至如有代理人、辯護人、輔佐人、通譯出庭者，其姓名自亦應記載。

三、被告不出庭者其事由。審判在原則上必須被告之出庭，（二六〇I）如不出庭，其不出庭之事由，自應特別記明。

四、禁止公開者其理由。按審判庭之禁止公開，乃為審判公開之例外，故禁止公開，應敘述其理由。

五、檢察官、或自訴人、關於起訴要旨之陳述。即案件要旨之陳述也。

六、辯論之要旨。即檢察官被告辯護人於審判長調查證據完畢後，就事實及法律所為辯論之要旨也。（二八二）所謂要旨者乃並非按句記載，蓋僅載其大要之旨也。

七、第四十一條第一項第一款及第二款所定之事項 對於受訊問人之訊問，及其陳述

及證人鑑定人或通譯，如未具結之事由，皆應記載之。

八、當庭會向被告宣讀或告以要旨之文書 因證據文件及物件，非於審判庭由言辭辯

論爲之，不能採爲判決之資料，故此等程序必須記載。

九、當庭會示被告之證物 此亦以非特別記明，不得採爲證據也。

十、當庭實施之扣押及勘驗 因此項筆錄，僅記載於審判筆錄之內，非另行作成，故均須

記載。

十一、審判長命令記載及依訴訟關係人聲請可記載之事項 審判筆錄，雖由書記官以

自己責任而作成，然應服從審判長之命令，及依訴訟關係人之聲請，凡可以記載之事項，

均應記載於筆錄內。

十二、最後曾與被告以陳述之機會 辯論時如未予被告以此種機會，其程序即屬違法，

故既予則自應記載，否則如未爲此程序也。

十三、裁判之宣示 此亦以未經記明，則如未爲宣示也。

受訊問人就前項筆錄中關於其陳述之部分，得請求朗讀，或交其閱覽，如請求將記載增、刪變更者，應附記其陳述（四四II）記載之增刪變更，既由於受訊問人之請求，則關於其陳述，自應附記之。

審判筆錄應於每次開庭後三日內整理之（四五）筆錄之所以限於三日內整理者，蓋以
期正確也，因時間過長，則不免有遺漏之弊，然按審判次數，逐次分別爲之，而總括整理者，自亦未始不可。

審判筆錄應由審判長簽名，審判長有事故時，由資深陪席推事簽名。獨任推事有事故時，僅由書記官簽名，書記官有事故時，僅由審判長或推事簽名，並分別附記其事由（四六）其所以欲如此規定者，良欲行使監督權，並保證其公證耳。

審判期日之訴訟程序，專以審判筆錄爲證（四七）以審判期日之訴訟程序，苟屬違法，自必影響於其全部或一部之無效，然此種違法，不能無以證明，故特規定專以審判之筆錄爲證，是亦對於自由心證主義之例外也。

審判筆錄內行用附卷之文書，或表示將該文書作爲附錄者，其文書所記載之事項，與記載

筆錄者，有同一之效力。（四八）所謂引用附卷之文件者，如行用告訴發書狀，或該管公署之報告書是也。所謂表示將該文書，作為附錄者，即於審判筆錄記明將該文書附卷，作為附錄，如將鑑定人之鑑定書，或履勘之勘驗筆錄，作為附錄附卷，並於審判筆錄記明之是也，故其文書所記載之事項與記載筆錄者，有同一之效力，毋須復記載於筆錄。

辯護人經審判長許可，得於審判期日，攜同速記到庭記錄，（四九）此係訴訟資料之最重要者，厥惟被告及證人之陳述，欲使辯護人辦理職務之完善，則對於曾經顯示於言辭辯論之訴訟資料，自必使其週知而後可，故法律特規定，辯護人得攜同速記到庭記錄，其所以必經審判長之許可者，所以為法庭之秩序也，然速記生之速記錄，並無審判筆錄之效力，故與審判筆錄不符時，仍以審判筆錄為證，其報酬由委託速記之辯護人支付，故與法院無與，僅與辯護人有內部之關係而已。

第二章 自訴

第一節 概說

吾國向採國家訴追主義，犯罪之被害人，僅有告訴權，而無起訴權，及刑事訴訟條例，乃仿德奧國之立法例，而設自訴之例外，然僅限於告訴乃論之罪，舊刑事訴訟法復擴張其範圍，即初級法院管轄之直接侵害個人法益之罪，亦得以自訴爲之。（舊刑事訴訟法第三百三十七條第一項第一款）現行刑事訴訟法之範圍更擴，除無行爲能力者外，凡犯罪之被害人，均得自訴。（三一一）良以法律本爲保障民權而設，如自訴而設有限制，則犯罪之被害人，非告訴不足以鳴其冤，告訴而檢察官提起公訴固可，設檢察官逕爲不起訴之處分，或認爲不應起訴，或以不起訴爲適當而撤回者，被害人猶得聲明異議，以爲挽回之辦法，如雖經提起公訴而爲無罪之判決者，被害人即喪失上訴權，設其因關於檢察官之糊塗受賄等弊起，則被害人之不利孰甚，際此注重民權主義之時代，又豈保護人民法益周至之道？此研究本法之立法委員，所以有此空前之創舉也。

第一款 自訴之意義

自訴者，乃對公訴之名稱也，即毋庸經過偵查之程序，而由犯罪之被害人，自向法院提起訴訟之謂也，在刑事訴訟條例，名之曰私訴，蓋仿日本之名稱。實則自訴者，即刑罰權之分化作用也。

蓋刑罰權之主體，形式上雖屬之檢察官，至其實質之主體爲國家，而在自訴刑罰權之主體，仍屬於國家，惟爲保護人民法益及爲便利人民起見，故於公訴權之外，復予人民以自訴之權，此所以謂刑罰權之分化作用也。

在刑事訴訟法上，自訴一語之意義有二：卽主觀之意義及客觀之意義是也。提起自訴，爲主觀之意義，自訴程序，爲客觀之意義。所有一切，在公訴由檢察官行之者，在自訴皆由自訴人爲之。惟同一案件，經檢察官偵查終結者，不得再行自訴，（三一五）在偵查終結前，檢察官知有自訴者，應卽停止偵查，將案件移送法院。（三一五II前段）

自訴之第一審程序與公訴相同，仍爲起訴與審判二程序，僅不經偵查之程序而已，然起訴權主體及提起反訴則又爲公訴所無之特別規定，故本法第三百三十五條明定自訴程序，除本章有特別規定外，準用前章第二節及第三節關於公訴之規定。

第二款 自訴之主體

在舊刑事訴訟法自訴權，固以屬於被害人爲原則，而於被害人之外，又更設種種，如在法律

上得爲自訴人者，除被害人之外，尙有被害人法定代理人、保佐人、配偶及其他親屬等，然本法第三百十一條有「犯罪之被害人，得提起自訴，但以有行爲能力者爲限」之規定，據此則得爲自訴之主體者，僅限於被害人之有行爲能力者而已。按本法第三百三十五條之規定，自訴程序除自訴章有特別規定外，僅得準用公訴章第二節及第三節關於公訴之規定，則第二編第一章第一節關於告訴主體之規定，自不得準用。設被害人被害之程度而達於死亡者，又安有自訴之可能，此竊以爲刪去之不當也。

第三款 自訴之程式

提起自訴，應向管轄法院提出自訴狀爲之。（三一二一）自訴書狀之應記載者，爲左列各事項。（三三二）

- 一、被告之姓名性別年齡職業住所或居所或其他足資辨別之特徵。
- 二、犯罪事實及證據。

自訴書狀，並非公務員制作之文書，故應適用第五十三條之規定，如欠缺此項之記載者，其

文書即非適法，不能具自訴之效力。

又自訴書狀，應按被告之人數，提出繕本。（三一—二III）

第四款 自訴之限制

據刑事訴訟法第三百十一條之規定，則犯罪之被害人，除無行為能力者外，似無其他之限制矣。然尚有下列兩種特別之規定。

一、對於直系尊親屬或配偶，不得提起自訴。（三一—三）蓋吾國素為禮教之國，且尤對於倫常特重，若使對於直系尊親屬或配偶，對簿公庭，而實施其攻擊防禦，似非所宜，故特設此例外之規定，其意實為維持良風美俗也。

二、告訴或請求乃論之罪，已不得為告訴或請求者，不得再行自訴。（三一—四）所謂告訴或請求乃論之罪，已不得為告訴或請求者，即指第二百十六條第一項所規定等之情形而言。蓋此時告訴或請求之權，既已消滅，自不得再行自訴，否則久懸不定，殊非維持社會秩序之道。

三、同一案件，經檢察官終結偵查者，不得再行自訴。（三一五I）所以免徒生勞費也。然在偵查終結之前，檢察官如知有自訴者，應即停止偵查，將案件移送法院，但遇有急迫情形，檢察官仍應為必要之處分。（三一五II）故所謂同一案件，而不得再行自訴者，僅以經檢察官偵查終結者為限，其未偵查終結者，仍得自訴也。

四、同一案件，經提起自訴者，不得再行告訴，或為第二百二十二條之請求。（三一六）對於刑事案件，被害人既得自向該管法院起訴，亦得向偵查機關告訴，固可任其自由之選擇，但既經自訴者，若仍許向檢察官告訴，或為第二百二十二條之請求，則不免徒費無謂之手續，故不得不設此限制也。

第五款 自訴之審判

關於自訴之審判程序，除本章有特別規定者外，（三三五）亦應準用公訴審判，即第二編第一章第二節及第三節關於公訴之規定，但法律更設有次述之特別規定。

第一 自訴之審理程序

法院或受命推事得於第一次審判期日前，訊問自訴人及被告，但此項訊問不公開之。（三一八 I II）

審理自訴案件時，如欲命自訴人到場者，應傳喚之；如自訴人經合法傳喚，無正當之理由而不到場者，得拘提之。至傳喚及拘提自訴人，準用第一編第八章關於傳喚被告及拘提被告之規定。（三一九）

法院於接受自訴狀後，應速將其繕本送達於被告，以便其準備行使防禦權，但嫌疑重大，如先使知悉，恐有潛逃或湮滅證據，及其他必要情形，認為有先行傳喚或拘提之必要者，則得於訊問時交付之。（三二〇）

檢察官於審判期日所得為之訴訟行為，於自訴程序，由自訴人為之。（三二一）自訴人在自訴程序中，居於原告之地位，恰與公訴中檢察官之地位相同，故檢察官於公訴程序中，凡以原告地位而應為之行為，於自訴程序中，應由自訴人為之。自訴人如委任律師或其他代理人出庭者，上述權利，應由該代理人行使，據此則檢察官雖得於自訴程序出庭蒞視，然不得代自訴人居於原告之地位，而為一切之訴訟行為。

法院應將自訴程序之審判期日，通知檢察官，俾檢察官得於自訴程序出庭蒞視。（三二二）
I）檢察官對於自訴案件，雖不得潛越原告之地位，但得於審判期日，出庭陳述意見。（三二二）
II）

自訴案件之被告，其犯罪是否成立，或刑罰應否免除，以民事法律關係爲斷，而民事未起訴者，法院得停止審判，命自訴人提起民事訴訟。（三二五）此亦爲先解決民事問題，俾刑事裁判得有所依據也。

第二 自訴之判決程序

自訴人經合法傳喚，無正當理由而不到庭，或到庭而不爲陳述者，是自訴人自願放棄其攻擊之權利，故得不待其陳述，而逕爲判決，其未受許可而退庭者亦同。（三二三 I）又自訴人於辯論終結前死亡，或喪失行爲能力者，法院應分別情形，逕行判決。（三二四 I 前段）

不得提起自訴而提起者，（即違反第三百十三條至第三百十五條之規定）法院應諭知不受理之判決。（三二六）

自訴案件所擊屬之法院，如非該管之法院者，則應諭知管轄錯誤之判決，但諭知管轄錯誤

之判決者，非經自訴人聲明，毋庸移送案件於管轄法院。（三二七）蓋自訴爲自訴人之權利，自訴人若不聲明移送，則自訴人之拋棄自訴權可知，故毋庸再行移送。

自訴案件之判決書，並應送達於該管檢察官。（三二八一）所以使檢察官得知判決之內容，而確定其應否提起公訴也。故檢察官接受不受理或管轄錯誤之判決書後，認爲應提起公訴者，應即開始或續行偵查。（三二八二）

自訴案件之判決，其得爲上訴者，其上訴期間及提出上訴狀之法院，應於宣示時一併告知，並應記載於送達自訴人之判決正本。（三二九）

第六款 自訴之撤回

告訴或請求乃論之罪，自訴人於第一審辯論終結前，得撤回其自訴。但本刑爲七年以上有期徒刑之刑者，不得撤回。（三一七一）蓋自訴案件，其犯罪之處罰，重在侵害個人之法益，而尤於告訴或請求乃論之罪，故此種犯罪，如自訴人不希望處罰時，得撤回其自訴，惟須於第一審辯論終結前，蓋避免蔑視審判之嫌也。至本刑爲七年以上有期徒刑之刑者，則必其犯情重大，恐有

關於公益之虞，故不許撤回。

撤回自訴，應以書狀爲之，但於審判期日，或受訊問時，得以言辭爲之。（三一七II）是亦即撤回自訴之意思表示，必使上達於法院爲止，故其程式，原則雖應以書狀爲之，但於審判期日，或受訊問時，既可以直接表示，則自毋庸再以書狀以撤回。

自訴一經撤回，書記官應速將撤回自訴之事由通知被告。（三一七III）又自訴一經撤回，即爲自訴人拋棄其權利，嗣後不得再行自訴，或告訴，或請求。（三一七IV）

第七款 自訴之擔當

檢察官代自訴人爲原告，而繼續進行訴訟行爲者，謂之自訴之擔當。依刑事訴訟法之規定，凡自訴人經合法傳喚，無正當之理由而不到庭，或到庭不爲陳述，或自訴人未受許可而退庭，而法院又有不能不待其陳述而逕爲判決之情形，於是如認爲有使檢察官擔當自訴之必要者，得通知檢察官擔當訴訟。（三二三II）

又自訴人如於辯論終結前死亡或喪失行爲能力，法院分別情形，認爲不宜逕行判決者，亦

得通知檢察官擔當訴訟。(三二四)

第八款 反訴

反訴者，自訴被告在依自訴人起訴所生之訴訟程序，對於自訴人提起之訴也。蓋使自訴與反訴，合併其訴訟之程序也。以故提起反訴，必須具備左列各要件：

1. 必須自訴尙在法院繫屬中，如自訴不在法院繫屬中，而提起之訴訟，不能謂之爲反訴。然既經提起之後，可不問自訴是否仍繫屬於法院，縱自訴以不合法而駁回，或經被害人撤回時，除提起誣告之反訴外，並不當然消滅，即不影響於反訴也。(三三四)
2. 必須提起自訴之被害人犯罪，而被告爲其被害人者。(三三〇)故反訴之當事人必與自訴之當事人相同，僅對易其原被之地位而已。
3. 必須於第一審辯論終結前提起。蓋反訴之目的，既在於將反訴與自訴之程序合併，若在第一審辯論終結後，更何合併之足言。此所以有期間之限制也。
4. 必須具備反訴之程式，刑事訴訟法第三百三十一條規定「反訴準用自訴之規定」則

反訴之程式，自亦必須以書狀爲之，但於審判期日而提起反訴者，亦得以言辭爲之。（三二一）

又反訴之判決，應於自訴同時，但有必要時，得於自訴判決後判決之。（三三三）是亦貫徹其將自訴反訴合併其程序之主旨也。

第一編 上訴

第一章 通則

第一節 上訴之意義

上訴 (Recht mittel) 者，對於下級法院之未確定判決，聲明不服，向上級法院，請求救濟 (撤銷或變更) 之方法也。據其意義，析之如下：

一、上訴者，不服下級法院之判決，向上級法院請求救濟之方法也，其目的在撤銷或變更原判決，故與抗告再審及非常上訴相同，然抗告爲對於裁定之不服，再審之聲請，其管轄屬於原判決之法院，提起非常上訴，均由最高法院管轄，固不問其爲何級法院之判決，而上訴則必向上級法院爲之，(三三六) 此亦不同之點也。

二、上訴者，對於未確定之判決，聲明不服之方法也。上訴與再審之訴及非常上訴，雖同爲對於原判決聲明不服之方法，然前者爲對於未確定之判決而聲明不服，而後二者則係對

於已確定之判決而聲明不服，故又不同也。

現行法採三級二審之制，對於地方法院及其分院之第一審判決不服者，得上訴於管轄第二審之高等法院。（三五三）因對於第一審判決上訴而開始之程序，謂之第二審。不服高等法院及其分院之第二審或第一審判決者，得上訴於最高法院。（三六七）因對於第二審判決上訴而開始之程序，謂之第三審，對於第三審，不得再行上訴，於是該判決即屬終審確定。（法院組織法第十七條第二十二條）第二審及第三審，均謂之上訴審；其行第二審程序之法院，謂之第二審法院，行第三審程序之法院，謂之第三審法院，不問第二審法院抑第三審法院，均謂之上訴審法院或上訴法院。提起上訴，為訴訟法上之權利，故名之為上訴權（*Recht der mttelucht*）本於判決而發生，因逾越上訴期間或由上訴人捨棄撤回而消滅。

第二節 上訴之主體

上訴之主體者，即得以提起上訴之人也，其得以提起上訴之人，即依法握有上訴權之人，在原則上本以當事人為限，但除當事人之外，其得以提起上訴者尚有被告之法定代理人或配偶，

及原審之代理人或辯護人，爲被告之利益起見，亦得以上訴。（三三七、三三八）故享有上訴權之人，據吾刑事訴訟法之規定，共有下列五種：

第一 檢察官

檢察官本爲當事人之一，自有權提起上訴，然不僅限於爲被告之不利益而上訴，卽爲被告之利益起見，亦得上訴。（三三六II）例如以量刑過重而攻擊原判決是。又檢察官對於自訴案件之判決亦得獨立上訴。（三三九）所以保護公益也。然於此所謂之檢察官，乃指原審法院配置之檢察官而言，非僅限於對於該案件曾經執行職務之檢察官而言也。

第二 自訴人

刑事訴訟法第三百三十六條規定曰：「當事人對於下級法院之判決有不服者，得上訴於上級法院。」據此則自訴人於自訴案件，既爲原告，自亦爲當事人之一，依文義解釋，則自訴人對於下級法院之判決，無論爲被告之利益或不利益，均得上訴。然事實上自訴人對於被告爲利益而上訴者，實無此種現象也。

第三 被告

被告者，亦訴訟當事人之一也，法律爲保護被告之利益起見，特付與上訴權。故被告之上訴，僅以爲自己之利益爲限，若爲自己之不利利益起見，而提起上訴，則爲法律所不許。然被告對於該判決之是否有利益，惟應以客觀決之，且應就決於主文。蓋上訴之所欲攻擊者，乃在判決主文，而非以理由，如攻擊錯誤，則不能生上訴之效力。此外如對於科刑之判決，固得上訴，即對於管轄錯誤之判決，而請求更爲不受理之判決，或對於不受理之判決，而請求更爲免訴之判決，或對於免訴之判決，而請求更爲無罪之判決，自皆得上訴。

第四 被告之法定代理人或配偶

被告之法定代理人或配偶得爲被告之利益獨立上訴，（三三七）蓋此等人與被告之關係密切，故許其爲被告利益起見，得獨立上訴，所謂獨立上訴者，即不問被告意思，究欲上訴與否？苟在客觀上認爲該原審判決於被告不利益者，即得上訴。故若爲被告之不利益而上訴者，自非法律之所許。

第三百三十七條所規定得爲上訴之人，當提起上訴時，其在上訴審爲當事人者，仍爲被告，故第二審之判決，仍應向被告宣示之。

第五 原審之代理人或辯護人

原審之代理人或辯護人，得爲被告之利益而上訴，但不得與被告明示之意思相反。（三三八）所謂原審之代理人，或辯護人者，卽在原審法院，經被告選任或審判長爲被告指定之辯護人，以及被告委任之代理人，以其有輔助防禦之權，故除與被告明示之意思相反者外，得爲被告之利益而上訴。其所以不得與被告明示之意思相反者，以此種權利，並非其固有，僅代行被告所有之上訴權而已。故於被告喪失上訴權時，不得爲之。至原審之代理人或辯護人，於第二審是否尙有代理或辯護關係，則應視其是否繼續選任或委任而定，非因其代爲上訴，卽屬上訴審之當然代理人或辯護人。

第三節 上訴之範圍

上訴之範圍，以通常而論，固多對於判決之全部爲之，但對於判決之一部爲之者，亦並非違法，其未聲明爲一部者，視爲全部上訴，對於判決之一部上訴者，其有關係之部份，視爲亦已上訴。（三四〇I II）故上訴之範圍，雖原則應以原判決之範圍爲準，而例外則應適用公訴不可分

及審判不可分之原則。

在第二審上訴，不問係對於認定事實，或適用法律，抑係對於實體，或單就程序而為之，均無不可。但在第三審上訴，則原則上僅以法律點為限。（三六九）故訴訟法上有事實審及法律審之區別。

第四節 上訴之期間

所謂上訴之期間者，即提起上訴，必須於上訴期間未屆滿以前為之是也。刑事訴訟法規定，上訴期間為十日，以第一審判決書送達後而開始，然判決書之送達，對於兩造當事人，不一定能同時進行。於是其上訴期間之起算，亦因送達時期之有先後而不同。然在尙未達上訴期間前，而提起上訴，亦並非違法，以法律固規定，判決宣示後送達前之上訴，亦有效力也。然於此有應注意者，其提起上訴，必須在判決宣示之後。（三四一）蓋判決必經宣示而始發生對外之效力也。

按上訴期間，既經屆滿，如當事人復提起上訴，自應以不合法而駁回之。（參照三五四、三五九、三七六、三八七）然當事人之遲誤上訴期間，如非因於過失者，則於其原因消滅後五日內，自

得聲請回復原狀。(六七)

至上訴期間之計算，自亦應依民法之規定。(參照六五)然原判決，既必經宣示，則對於當事人，應解為不適用扣除在途期間之規定。(參照六六)

第五節 上訴之程序

提起上訴，必依法定之程序，否則不能生效，刑事訴訟法規定：「提起上訴，應以上訴書狀，提出於原審法院爲之。(三四二I)蓋爲便利計也，故如直接向上級法院提出，亦不能謂爲違法，而上級審法院，關係應由原審法院調查之事項，可以調取卷宗，而自行加以審認，固毋庸復發回於原審法院調查也。

至上訴書狀之所應記載者，當爲上訴之意思表示，然並應敘述，對於原審判決不服之理由，以供上訴法院之審究，並應按他造當事人之人數，而提出繕本。(三四二II)原審法院之書記官，接受上訴書狀之繕本後，應速送達於他造當事人。(三四四)是以他造對於其上訴，頗有利害關係也。

在監獄或看守所之被告提起上訴者，應經監所長官提出上訴書狀，其於上訴期間內，向監所長官提出上訴書狀者，視為上訴期間內之上訴（三四三I）如被告不能自作上訴狀，則應由監所之公務員代作（三四三II）監所長官於接受上訴狀後，應附記接受之年月日時，送交原審法院（三四三III）蓋為被告之便利而設也。

第六節 上訴之捨棄及撤回

第一 捨棄及撤回之意義

捨棄上訴權者，即拋棄上訴權之意思表示也，例如上訴權人於上訴期間未屆滿前，表示其不為上訴之意思也。撤回上訴者，即對於曾經提起之上訴予以撤銷之意思表示也。例如上訴權人已經依法上訴，而復表示其不願上訴，而撤回之也。故二者均為訴訟行為，並為意思表示。

第二 捨棄及撤回之主體

握有上訴權者，為進行訴訟行為之當事人，固已於前述之。然依法得為上訴之人（參照三三七、三三八）則並非捨棄或撤銷之主體，蓋刑事訴訟法僅規定當事人得捨棄上訴權，為被告

之利益而上訴者，非得被告之同意，不得撤回。（三四五、三四七）自訴人上訴者，非經檢察官之同意，不得撤回。（三四八）蓋自訴案件，如侵害公共利益，檢察官固得獨立上訴，但已經自訴人上訴者，檢察官爲避免重複起見，均不再行上訴。如許自訴人任意撤回，則何以符保護公益之旨？故法律特設此規定也。

第三 捨棄及撤回之時期

在上訴期間內，未提起上訴前，無論何時，均得捨棄上訴權。法律雖未有明文規定，然自爲當然之解釋。在判決以前，得撤回上訴。（三四六）蓋經判決後，如仍許撤回，則未免有蔑視判決之嫌，故撤回上訴，僅許於上訴後判決前，得隨時爲之。

第四 捨棄及撤回之程序

捨棄上訴權，應向原審法院爲之。（三四九I）以捨棄上訴權，爲提起上訴以前之行爲，而該案件，亦尙繫屬於原審法院。使其得知原判決確定，而爲適當之處置。

撤回上訴，應向上訴法院爲之，但於該案卷宗送交上訴審法院以前，得向原審法院爲之。（三四九II）此亦以該案件已因上訴而繫屬於上訴法院之故。使上訴法院，知其撤回，而爲適

當之處置，然如該案件之卷宗，尙未送交於上訴審之法院，則爲便宜起見，亦得向原審法院爲之。所以使原審法院，因知撤回之情形，而爲適當之處置也。然於該案卷宗送交上訴審法院以前，雖仍向上訴審法院而爲撤回之表示，亦發生撤回之效力。

捨棄上訴權及撤回上訴應以書狀爲之。但審判期日得以言辭爲之。等三百四十三條之規定於被告捨棄上訴權，或撤回上訴準用之。（三五〇ⅠⅡ）其以言辭爲之者，應記載於筆錄，以期明確。至第三百五十條第二項所以規定第三百四十三條之規定，於被告捨棄上訴權或撤回上訴準用之者，所以謀被告之便利也。

捨棄上訴權或撤回上訴，書記官應速通知他造當事人。（三五二）蓋以他造當事人，於訴訟準備，有利害關係故也。

第五 捨棄及撤回之效力

捨棄或撤回上訴之書狀，向法院提出，或在監獄或看守所之被告，向監所長官提出，或於審判期日以言辭提出後，則自提出之日起，即發生捨棄或撤回之效力。捨棄上訴權，或撤回上訴者，其上訴權即因之而喪失。（三五一）

第二章 第二審上訴

第一節 第二審上訴之意義

第二審上訴者，乃對於第一審判決，全部或一部，就事實及法律兩方面，而調查裁判之。

第二審上訴所爲之審判，並非專以審查第一審裁判當否爲目的，亦非就該案件，爲第一審法院之繼續審理。故刑事訴訟法第三百五十六條規定，第二審之審判，除本章有特別規定外，準用第一審審判之規定，蓋與第一審法院之審判相同也。

第二審上訴，除原審判決適用法條不當者外，由被告上訴，或爲被告之利益而上訴者，第二審法院應受其拘束，不得諭知較重於原審判決之刑。新刑事訴訟法之所增設此規定者，以謀被告之利益也。且因第二審上訴，並非第一審上訴之續審，而爲獨立的審判，故應於上訴之範圍內，就該案件，以認定事實，適用法律。

第一節 第二審上訴之程序

不服地方法院之第一審判決而上訴者，應向管轄第一審之高等法院爲之。（三五三）原審法院接受上訴書後如認爲上訴違背法律上之程式，或其上訴權已經喪失者，應以裁定駁回之。（三五四）關於上訴之調查裁判，本非上訴法院之所能爲，然法律爲便宜起見，故許原審法院以裁定駁回之。至爲駁回之裁定者，不以原爲判決之推事爲限。所謂上訴違背法律上之程式者，乃指上訴權顯有缺陷，所謂上訴權已經喪失者，乃指遲誤上訴期間，及上訴權之捨棄撤回等而言也。

除第三百五十四條情形外，原審法院應速將該案件卷宗及證物送交第二審法院。（三五五）蓋上訴既未因前項情形而駁回，則原審法院自應速將該案卷宗及證物送交第二審法院，以便第二審法院之審究。

被告在看守所或監獄，而不在第二審法院所在地者，原審法院應命將被告解送第二審法院所在地之看守所或監獄，並通知第二審法院。（三五五II）所以爲審理上之便利也。

第三節 第二審上訴之範圍

能發生移審及停止判決確定之效力者，僅以該案件之上訴部份爲限。（三五八）以是第二審法院之審判，當以上訴之範圍爲準。上訴對於原判決全部爲之者，即對於原判決全部不服而上訴者，謂之全部上訴；其對於原判決一部不服而上訴者，謂之一部上訴。爲一部上訴者，其效力不及於全部，即爲一罪不服而上訴者，其效力不及於其他各罪。又雖對於原審判決之全部而爲上訴，然其後如有一部經撤回者，其撤回之部份，毋須再爲實體之審判。故第二審上訴審判之範圍，僅能及於該上訴之部份，固無疑義。

第四節 第二審上訴之審判

刑事訴訟法，第三百五十六條規定：「第二審之審判，除本章有特別規定外，準用第一審審判之規定，是第二審法院之審判，全係履行第一審法院審判程序無疑，故於此之所欲論者，即其特別規定也。」

第一 第二審上訴之審理

一、審判長依第九十四條訊問被告後，應命上訴人陳述上訴之要旨。（三五七）此即審判

長於審判日期，開庭審判時，於訊問被告有無錯誤後，即應命上訴人陳述所以不服之理由，蓋第二審之判決，應以上訴範圍為準也。

二、被告經合法傳喚，無正當理由而不到庭者，得不待其陳述，逕行判決。（三六三）因此係特別規定，故不適用第二百六十條之規定。

第二 第二審上訴之判決

第二審法院對於上訴所爲之判決有三種：

一、駁回之判決 第二審法院認爲上訴有違背法律上之程式，或其上訴權已經喪失者，應以判決駁回之。（二五九）此則關於不合法上訴之判決。

第二審法院認爲上訴無理由者，應以判決駁回之。（三六〇）此則關係無理由上訴之判決。

二、撤銷之判決 第二審法院，認爲上訴有理由者，應將原審判決經上訴之部分撤銷，就

該案件自爲判決。（三六一 I 前段）蓋第二審法院，對於上訴案件，必先爲形式上之審理，如認爲合法則更進爲實體上之審理，結果如認爲上訴有理由者，自應將原審判決，經

上訴之部份撤銷，而就該案件，自爲判決。然新刑事訴訟法關於此又設有限制，如第三百六十二條規定：「由被告上訴，或爲被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑，但因原審判決適用法律不當而撤銷之者，不在此限。」

原審判決諭知管轄錯誤，免訴，不受理，係不當而撤銷之者，得以判決將該案件發回原審法院。（三六一Ⅰ後段）所以得發回審判者，以原審法院諭知管轄錯誤，免訴，不受理之判決時，僅曾爲形式上之審理，故應發回審判，以期事實之審理，得按審級而進行，然其發回與否？乃爲第二審法院之權利，如不發回原審法院，而逕自判決，亦並非違法。

第二審法院，因原審判決未諭知管轄錯誤，係不當而撤銷之者，如第二審法院，有第一審管轄權，應爲第一審之判決。（三六一Ⅱ）例如高等法院爲第二審法院時，對於地方法院之上訴案件，如認爲原審管轄錯誤者，得撤銷原判決，而自爲第一審之判決。然第二審法院，如亦無第一審管轄權時，則僅能撤銷原判決，而將該案件移送於該管法院。

三、不經言辯辯論之判決 第三百五十九條之判決及對於原審諭知管轄錯誤，免訴，或不受理之判決上訴時，第二審法院認其爲無理由而駁回上訴，或認爲有理由而發回該

案件之判決，得不經言辭辯論爲之。（三六四）以此種判決，無經言辭辯論之必要，所以謀省程序上之繁複也。

按第二審上訴之判決條件及程式，均同於第一審判決，爲便利起見，第二審之判決書，得引用第一審判決書所記載之事實及證據。（三六五）

被告或自訴人，對於第二審判決，如得爲上訴者，應併將提出上訴理由書之期間，記載於送達正本。（三六六）

第二章 第三審上訴

第一節 第三審上訴之意義

第三審上訴者，對於第二審判決之救濟方法也。故刑事訴訟法第三百六十七條有不服第二審法院判決，而向第三審法院請求將原第二審法院判決撤銷或變更之規定也。然於此有應注意者，第三審上訴，必須具備下列數要件。

一、不服第二審法院之判決者，必其判決尙未確定，始得上訴於第三審法院，否則上訴期間，

一經遲誤，則判決即屬確定，而上訴權喪失。

二、必以該判決違背法令爲理由，因第三審程序與第二審程序之性質不同，以非覆審第二審之事實及法律，而僅爲法律之終審，故爲第三審上訴者應逐點指摘原判決，所適用法律之不當，使第三審法院得審查原審法院判決其所確定之事實，適用法律之當否。

三、除法院認爲必要者外，須不經言辭辯論爲之。（三八一I）蓋第三審採取書面審理主義，故其調查原審法院之判決，適用法律是否適當，皆根據該案件之卷宗。

四、第三審如命行辯論時，其參與辯論者，須爲律師充任之代理人或辯護人。（三八一II）

第二節 第三審上訴之程序

不服高等法院第二審或第一審判決而上訴者，應向最高法院爲之。最高法院審判不服高等法院第一審判決之上訴，亦適用第三審程序。（三六七I II）按不服高等法院第一審而上訴於最高法院之案件，本爲第二審，然以其至終審僅經二審，故特設此變例，而適用第三審程序。不寧惟此，且刑法第六十一條所列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院。（三

六八) 此則以其犯罪輕微，無第三審之必要，故法律又設此例外以限制之。茲將第三審上訴之程序分述如次：

一、第三審上訴應於不變期間內(十日)提出上訴書狀於原審法院。(三七四II)

二、上訴書狀，應敘述上訴之理由，其未敘述者，應於提起上訴後十日內，補提理由書於原審法院。(三七四) 其繕本須按他造當事人之人數提出，在監獄或看守所之被告，向監所長官，提出理由書者，如尚在上訴期間之內，則視為上訴期間內提出。如被告不能自作理由書者，應由監所公務員代作。監所長官於接受理由書後，應附記年月日時，送交原審法院。(三七四II)

三、原審法院書記官接受上訴理由書之繕本後，應速送達於他造當事人。(三七四II)

四、他造當事人接有載有上訴理由之上訴書狀，或補遞理由書之送達後，得於七日內，提出答辯書於原審法院如係檢察官爲他造當事人者，應就上訴之理由，提出答辯書。此項答辯書，亦應提出繕本，由原審法院書記官，送達於上訴人。(三七五I II III)

五、原審法院認爲上訴違背法律上之程式，或上訴權已經喪失，或係對於不得向第三審法

院上訴之判決而上訴者，應以裁定駁回之。又上訴違背法律上之程式，且又未於上訴後十日內，補提理由書於原審法院者，亦應以裁定駁回之。（三七六）

六、除前述情形外，原審法院於接受答辯書，或提出答辯書之期間已滿後，應速將該案卷宗及證物，送交第三審法院之檢察官。第三審法院之檢察官，接受卷宗及證物後，應於七日內添具意見書送交第三審法院，但於原審法院檢察官提出之上訴書或答辯書外，無他意見書者，毋庸添具意見書。至無檢察官為當事人之上訴案件，原審法院應將卷宗及證物逕送交第三審法院。（三七七 I II III IV）

七、上訴人及他造當事人，在第三審法院未判決前，得提出追加理由書答辯書，或意見書於第三審法院。（三七八）

第三節 第三審上訴之理由

刑事訴訟法規定，第三審上訴，敘述不服之理由，設有左列之限制。

第一 原審判決違背法令

凡非以判決違背法令爲理由，不得上訴於第三審法院。（三六九）即第三審上訴，須主張第二審判決爲違背法令而不當，至其內容之是否不當，則又不入於此範圍矣。而所謂判決違背法令者，即第三百七十條所規定之不適用法則或適用不當者也。所謂不適用法則者，即應適用之法律而不適用是也。所謂適用不當者，即對於不應適用之法令而適用之也。然違背法令必屬顯然，且能影響於判決，始得作爲上訴之理由。（三七二）蓋違背法令與判決，其間須有因果之關係，至上訴理由所指摘之事項，與判決是否果有此種關係，則應由第三審法院，依職權而調查之。（三八五）調查之結果，如縱有違背法令之部分，然於判決之主文，若尙無何等影響者，仍不能謂爲有因果關係。然訴訟程序之違背法令，是否確有影響於判決，實不易斷定。且某種程序之重要規定，更有絕對遵守之必要。故本法規定，凡第二審之訴訟程序，有第三百七十一條列舉情形之一者，其違背法令，無論實際上有否影響於判決之主文，然其判決均認爲當然爲違背法令，蓋所以免發生疑義也。至其所謂當然爲違背法令之情形如下：

一、法院之組織不合法者，例如參與審判之推事，爲無推事資格之人，或參與審判之推事，不足法定員數，或檢察官或書記官不出庭。

二、依法律或裁判應迴避之推事，參與審判者，例如應自行迴避之推事，固毋庸當事人之聲請，當然不得執行職務，若仍參與審理，自應以違背法令論。

三、禁止審判公開非依法律之規定者。依法院組織法之規定，原則上法院之審判，應公

開法庭爲之。若欲禁止，則必依法律之規定，並應宣示其決議及理由，然後使公衆退庭。故若禁止審判公開而非依法律之規定，則其判決自當然爲違背法令。

四、法院所認管轄權之有無係不當者，此係指法院本無管轄權，乃設以爲有，而不爲管轄錯誤之判決，竟爲實體之判決。或本有管轄權，而誤認爲無，竟諭知管轄錯誤之判決是也。此種不當，自亦應以違背法令論，而足爲上訴之理由。

五、法院受理訴訟或不受理訴訟係不當者。例如案件本未具備起訴要件，而法院誤認爲具備，竟不爲不受理之判決，而爲實體之判決。或案件本具備起訴要件，而法院誤認爲不備，竟諭知不受理之判決。則此種受理或不受理之不當，自亦應當然爲違背法令。

六、除有特別規定外，被告未於審判期日到庭而逕行判決者。此以被告出庭，爲開庭審判之要件也。

七、依本法應用辯護人之案件，或已經指定辯護人之案件，辯護人未經到庭辯護，而逕行審判者。所謂依本法應用辯護人之案件者，即最輕本刑爲五年以上有期徒刑，或高等法院管轄第一審之案件，審判長應指定公設辯護人爲之辯護。所謂已經指定辯護人之案件，即審判長認爲有爲被告設置辯護人之必要時，而指定辯護人。此種案件，辯護人均須出庭辯護，如未經辯護，而逕行審判，以違背法令論。

八、除有特別規定外，未經檢察官或自訴人到庭陳述而爲審判者。檢察官之出庭，乃爲審判期日之要件。（二五九）在自訴案件，則自訴人之出庭，亦爲審判之要件，故除法律有特別規定外，未經檢察官或自訴人到庭陳述，而爲審判者，亦當然違背法令，足爲上訴之理由。

九、依本法應停止或更新審判，而未經停止或更新者。此項程序之違背，亦以違背法令論。

十、依本法應於審判期日調查之證據未予調查者。此以審判期日，當事人及其他訴訟關係人，提出之證據物件或證據文件，以及法院依職權蒐集或作成之證據物件，或證據文件，於開庭審判時，均須履行調查證據之程序，如未予調查者，以違背法令論。

十一、未予被告以最後陳述之機會者，刑事訴訟法第二百八十三條，乃強行之規定，爲審判長於宣示辯論終結前，所必須踐行之程序，如未與被告以最後陳述之機會，以違背法令論，自足以爲上訴之理由。

十二、除本法有特別規定外，已受請求之事項未予判決，或未受請求之事項予以判決者，前者謂法院對於起訴事項遺漏判決，後者謂對於未經起訴之事項而判決，二者均非所宜，故以違背法令論。

十三、未經參與審理之推事參與判決者，此以採直接審理主義及言辭辯論主義之結果。

十四、判決不載理由，或所載理由矛盾者，蓋判決不載理由，或所載之理由矛盾，則無以知判決主文所由構成之根據。故如有此種現象，以違背法令論。

第二 原審判決後刑罰有廢止變更或免除之情形

原審判決後刑罰有廢止變更或免除者，得爲上訴之理由。（三七三）此種情形，由於判決後事情之變更，故雖刑罰之變更廢止或免除，在原審判決之後，不能以爲違背法令而上訴，然實發生與違背法令相同之結果，故法律與違背法令同視，亦使得爲上訴之理由，亦所以謀救濟之

道。至所謂刑罰之變更者，乃僅指刑罰之減輕者而言。蓋刑罰之變更有加重減輕之別，但刑法以不溯及既往而科較重之刑為原則，故因變更刑罰而加重者，固仍應適用舊法較輕之刑也。

第四節 第二審上訴之審判

關於第三審之審判程序，在本章有特別規定者，應依本章之規定；若並無特別規定，苟第一審審判之規定，對於第三審之性質及目的，並不違背者，應準用第一審審判之規定。（三七九）然關於指定公設辯護人之規定。（參照三一）不審用於第三審審判。（三八〇）

第一 第三審上訴之審理

按第三審之審理為法律審，已如前述，據此則僅可審查法律而不得以為事實之調查，然第三審法院關於訴訟程序法院管轄免訴事由及訴訟之受理得調查事實。（三八六）蓋免為原審認定事實所拘束，而冀得正確之裁判也。又此項調查得以受命推事行之，並得囑託他法院之推事調查。（三八六II）其調查事實，如為必要者，亦得於卷宗外調查之。至上訴理由書所指摘之事項，第三審法院亦得調查之，且關於左列事項，並得依職權調查之：

一、法院之管轄。

二、免訴事由之有無。

三、受理訴訟之當否。

四、對於確定事實，援用法令之當否。

五、原審判決後，刑罰之廢止，變更，或免除。

第三審法院之判決，不經言辭辯論爲之。（三八一前段）故第三審之審理，原則應適用書面審理主義，以其以法律問題爲主，故實無言辭審理之必要，且因節省時間勞費起見，自亦應專據卷宗而爲之。但爲補充或闡明卷宗內所具之訴訟資料起見，亦得以言辭爲之，然此僅爲任意之規定，故刑事訴訟法第三百八十一第一項但書有「但法院認爲必要者，得命辯論」之規定。且猶設有限制，即非以律師充任之代理人或辯護人不得參與第三審之辯論，蓋第三審係專就法律之點，而審查原審判決之當否，辯護人如無法律知識，又安足以勝任。至其命行辯論時之程序如下：

一、第三審法院，於命行辯論之案件，得以庭員一人爲受命推事，調查上訴及答辯之要旨，制

作報告書（三八二）

二、審判期日受命推事應於辯論前朗讀報告書，檢察官或代理人辯護人應先陳述上訴之意旨，再行辯論。（三八三I II）

三、審判期日被告或自訴人無代理人辯護人到庭者，應由檢察官或他造當事人之代理人辯護人陳述後，即行判決，被告及自訴人均無代理人辯護人到庭者，得不行辯論。（三八四）所以免訴訟之拖延也。

第二 第三審上訴之判決

第三審上訴之判決，有下列數種：

一、駁回之判決 其情形有二：

1. 第三審法院認為上訴有違背法律上之程式，或上訴權已經喪失或係對於不得向第三審法院上訴之判決而上訴之情形者，應以判決駁回之，以省更為實體上之調查。（三八七）

2. 第三審法院認為上訴無理由者，應以判決駁回之。（三八八一）所謂上訴無理由者，

即經實體上之調查結果，該原審判決並不違背法令，或其違背法令之程度，並不顯然影響及於該判決之主文。然雖認為無理由而應予以駁回，但固不妨同時諭知緩刑。
(三八八II)

二、將原審法院判決，經上訴部份撤銷之判決，第三審法院認為上訴有理由者，應將原審判決經上訴之部份撤銷。(三八九)此種判決，又別為四。

1. 第三審法院，因原審判決有左列情形之一，而撤銷之者，應就該案件自為判決，但應為第三百九十一條，及第三百九十二條之判決者，則不在此限。(三九〇)

a. 雖係違背法令，而不影響於事實之確定，可據以為裁判者。

b. 應諭知免訴或不予受理者。

c. 因判決後刑罰有廢止變更或免除者。

2. 第三審法院，因原判決諭知管轄錯誤，免訴或不予受理，係不當而撤銷之者，應以判決將該案件發回原審法院，但有必要時，得逕行發回第一審法院。(三九一)此因原審法院就該案件之判決，並未為實體上之審理，故應發回原審法院，如兩審對於前述情形，

均係不當，則第一審就該案件亦未爲實體上之審理判決，故得逕行發回第一審法院。

3. 第三審法院，因原審法院未諭知管轄錯誤係不當而撤銷之者，應以判決將該案件發交該管第二審或第一審法院。（三九二前段）此亦以僅原審法院未諭知管轄錯誤者，則發交原審法院，若第一審法院，即已錯誤者，自應以判決將該案件發交第一審法院。但內亂、外患及妨害國交罪（參照四各款）等之案件，經有管轄權之原審法院爲第二審判決者，不以管轄錯誤論。

4. 第三審法院因第三百九十條至第三百九十二條以外之情形，而撤銷原審判決者，應以判決將該案件發回原審法院，或發交與原審法院同級之他法院。（三九三）本條之規定，即因原審判決違背法令，而致影響於判決確定之事實，第三審不得據以適用法令或原審法院之認定事實尙未明瞭，而第三審法院無須審查其適用法令之當否者，均應撤銷原審判決。其所以應將該案件發回或發交，而不得自行判決者，以第三審爲法律審，不可審理事實也。

據上列所述，有應將原審法院判決中經上訴部分撤銷之情形，而其撤銷原審判決又爲被

告之利益時，如於共同被告有共同之撤銷理由者，其利益並及於共同被告。（三九四）所以保護共同被告之利益，而免裁判之紛歧也。

第二編 抗告

第一章 抗告之意義

抗告 (Beschwerde) 者，對於下級法院未確定之裁定，聲明不服，向直接上級法院請求撤銷或變更之方法也。茲就其意義，析述如下：

一、抗告者，對於未確定裁定聲明不服之方法也。故與上訴不同，蓋上訴雖亦為聲明不服之方法，然其不服，及對於判決而為之，而此則係對於裁定也。然必須尚未確定，若為已經確定之裁定，則不得再行聲明不服。

二、抗告者，乃對於直接上級法院請求撤銷或變更之方法也。據此則請求撤銷或變更之方法，必須向直接上級法院為之，若第二百八十一條之規定，向原審法院所為者，則為聲明異議，而非抗告矣。

按抗告之程序，雖與上訴之程序不同，然其性質，實相類似，故刑事訴訟法雖將上訴與抗告分兩編而規定，然於第四百十二條又規定「抗告除本章有特別規定外，準用第三編第一章，關

於上訴之規定。」

管轄抗告之法院，爲抗告法院；提起抗告者，爲抗告人；因抗告而開始之程序，爲抗告程序。此外尚有再抗告及準抗告。前者爲對於抗告法院之裁定，再向上級法院抗告。後者爲準用抗告之程序也。

第二章 抗告之主體

提起抗告，亦與提起上訴同，爲訴訟法上所賦予之權利，而所謂抗告之主體者，即握有訴訟法上所賦與抗告權之人也。雖然，亦有並未握有真正提起抗告之權，然依法律之規定，亦得提起抗告者，仍稱之爲抗告人（例如被告之法定代理人配偶及原審之代理人或辯護人）此以抗告之主體，亦須準用上訴通則之規定故也。但在原審之代理人或辯護人，無有此種權利，然亦如上訴之非其固有，僅代行有真正抗告權人之抗告權而已。故如因逾越抗告期間或抗告違背法律上之程式，或係對於不得抗告之裁定抗告，而喪失抗告權時（三九七II，四〇〇I）亦不得爲之。故所謂真正得提起抗告之抗告權人，僅以第三百九十五條所規定者爲限。例如受裁定之

當事人（檢察官，自訴人，及被告）及受裁定之證人鑑定人通譯，及其他非當事人受裁定者是也。

第三章 抗告之客體

按抗告之主體，即抗告權人，得對於法院之裁定而提起抗告，而此准許提起抗告之裁定，即抗告之客體也。抗告與上訴不同，故非對於任何裁定，均得提起。惟須依刑事訴訟法，不在其限制規定之範圍內者始可。所謂抗告之限制規定者，即法文有「不得抗告」之字樣者也。茲分述如次：

一、對於判決前，關係管轄或訴訟程序之裁定，不得抗告。（三九六前段）按此種裁定之所以不得抗告者，蓋以恐因無謂之抗告程序，而妨礙訴訟之進行也。因在判決前，關於管轄或訴訟程序之裁定，如有不當而不服者，得對於判決上訴時一併聲明，可以因上訴而被撤銷，是不惟不失為補救之法，且亦免訴訟之稽延，故不得單獨以抗告之方法而聲明不服。但左列裁定，則不在此限。（三九六一後段）

1. 有得抗告之明文規定者 即刑事訴訟法特有明文規定許其提起抗告。如第二十

三條之規定是。

2. 關於羈押，具保，責付，扣押或扣押物發還，及因鑑定將被告送入醫院或其他處所之裁定。此等裁定，其所以特許抗告者，蓋與被告及其他受裁定之人，極有利害關係也。

二、不得上訴於第三審法院之案件，其第二審法院所爲之裁定，不得抗告。（三九七）按案件既不得上訴於第三審法院，則第二審法院，已爲終審之法院。終審法院所爲之判決，依法不得上訴，則居終審法院地位所爲之裁定，自亦應不得抗告。

三、法院就第四百另八條之聲請，所爲裁定，不得抗告。（四一一前段）法律所以規定被告及其他關係人，就第四百另八條各款之處分，而聲請撤銷或變更者，以其頗有利害關係也。至其就該聲請而所爲之裁定，若仍許其抗告，則惟徒增訴訟之稽延而已。

第四章 抗告之程式

抗告亦爲訴訟行爲，且爲意思表示，故其程式，亦應依一般訴訟行爲意思表示之規定。茲僅就本法之特別規定者述之如次：

一、提起抗告，除本法有特別規定者外，其期間爲五日，自送達裁定後起算，但裁定經宣示者，宣示後送達前之抗告，亦有效力。（三九八）所謂特別規定者，即開始再審之裁定，及停止刑罰執行之裁定，其抗告期間爲三日是也。至所謂宣示後送達前之抗告，亦有效力者，乃對於宣示之裁定而言，若不經宣示之裁定，自必自送達裁定後而發生效力。

二、提起抗告，應以抗告書狀敘述抗告之理由，提出於原審法院爲之。（三九九）抗告之提起，不許以言辭爲之，應以書狀敘述不服之理由，蓋抗告法院之裁判，專據卷宗爲之，通常固毋庸經當事人之辯論。故若非於抗告書狀內敘述理由，則無以表明其不服之範圍，及其證據之方法矣，故抗告書狀之敘述理由，實爲其要件，所以使抗告法院易於調查裁判也。且抗告雖爲向直接上級法院請求救濟之方法，雖仍應向原審法院提出，如違反此法律上之程式者，應以裁定駁回之。

第五章 抗告之效力

按抗告一經提起，則該經抗告之裁定，其確定之效力，即行停止，而發生移審之問題。（即應

歸抗告法院審判）於是該案件，即脫離原審法院之繫屬，其爲裁定之權義，即屬之於抗告法院。然抗告無停止執行裁判之效力。（四〇一I前段）故雖對於某裁定提起抗告，然尙得執行其裁定，或本於該裁定續行程序。蓋若許抗告得停止原裁定之執行，則訴訟必因之而遲延，即原裁定之目的，亦無由達，揆之事理，似非所宜也。但原審法院於抗告法院之裁定前，得以裁定停止執行。（四〇一I但書）是則以恐一概無停止執行裁判之效力，或不免有失之過當之處，故法律又設此例外之規定，予原審法院以斟酌情形，自由決定之權，以謀補救。然若原審法院，於抗告法院之裁定前，未以裁定停止執行者，則抗告法院，亦得以裁定停止裁判之執行。（四〇一II）

第六章 抗告之裁判

抗告之裁判，因原審法院與抗告法院不同，茲分別述之如下：

第一 原審法院之裁判

原審法院之裁判，又得分爲二項述之：

一、原審法院認爲抗告違背法律上之程式，或抗告權已經喪失，或係對於不得抗告之裁定

抗告者，應以裁定駁回之。（四〇〇Ⅰ）按抗告法院對於抗告案件，首應為程序上之調查。即先就形式上調查，抗告是否合於法律上之程式。（三九九）已否逾越抗告期間。（三九八）其抗告是否為法律所准許。（三九六、三九七、四一一）且該法院，是否管轄該抗告之法院。（三九五）經調查之結果，認為該項抗告不具合法條件者，自應以裁定駁回之，而免徒為實體上之調查。

二、原審法院，認為抗告有理由者，應更正其裁定，認為全部或一部無理由者，應於接受抗告書狀後三日內，添具意見書，送交抗告法院。（四〇〇Ⅱ）原審法院於接受抗告書狀後，應審查其內容，如認為有理由，自應更正其裁定，（撤銷或變更）蓋使抗告事件之早結，而免徒勞上級法院之裁判。

原審法院如認抗告之全部有理由者，得自行撤銷或一部有理由者，則將有理由之一部份撤銷，而無理由之他部，應添具意見書，於三日內送交抗告法院。如認為必要者，且應將該案卷宗及證物，送交抗告法院。抗告法院認為有必要者，得請原審法院送交該案卷宗及證物。（四〇二ⅠⅡ）俾抗告法院得就該案卷宗而調查。

第二 抗告法院之裁判

抗告法院之裁判，又分下列二種：

一、駁回之裁定 抗告法院認爲抗告有違背法律上之程式，或抗告權已經喪失，或有對

於不得抗告之裁定而抗告之情形。（參照四〇〇I）者，應以裁定駁回之。（四〇三）此亦因就形式上調查之結果，因不具抗告合法條件而駁回也。

抗告法院認爲抗告無理由者，應以裁定駁回之。（四〇四）此係經實體上之調查後，認原裁定並無不當，則抗告自無理由，應予駁回。

二、撤銷原裁定之裁定 抗告法院認爲抗告有理由者，應以裁定將原裁定撤銷；於有必要時，並自爲裁定。（四〇五）是抗告法院對於抗告案件，經形式上及實體上調查之結果，如認原裁定係屬不當，則抗告自有理由，應即將原裁定撤銷。於必要時，如認爲有自爲裁定之必要者，亦得自爲之。故祇須將原裁定撤銷者，固無庸自爲裁定。

抗告法院因欲使原審法院及抗告人，知悉抗告之結果，故於爲右述二種之裁定後，應速通知原審法院，並應將裁定正本，送達於抗告人。（二〇六）此固爲抗告法院應爲之程序也。

第七章 再抗告

凡抗告法院既就該抗告已爲裁定，則對於此種裁定，不問其爲駁回之裁定，抑係認爲有理由而撤銷原裁定之裁定，原則上，皆不得再行抗告。（四〇七前段）以防故意遲延訴訟，而致裁判久懸不定也。但刑事訴訟法第四百〇七條但書又列舉對某種裁定，得以再行提起抗告之規定，蓋該條但書各款所爲之裁定，於抗告人及其他關係人之影響頗重。所以特規定對於其就下列抗告所爲之裁定得提起再抗告。不問爲駁回不合法或無理由抗告之裁定，或認抗告爲有理由，而撤銷原裁定之裁定均可。至提起再抗告人，亦無論其爲原抗告人或其對造人均得爲之，所謂得提起再抗告之裁定如下：

- 一、對於駁回上訴之裁定抗告者。
- 二、對於因上訴逾期聲請回復原狀之裁定抗告者。
- 三、對於聲請再審之裁定抗告者。
- 四、對於第四百八十一條定刑之裁定抗告者。

五、對於第四百九十條聲明疑義或異議之裁定抗告者。

六、證人鑑定人通譯及其他非當事人對於所受之裁定抗告者。

前項但書之規定，於第三百九十七條不得抗告之裁定，不適用之。（四〇七II）即不得上訴於第三審法院之案件，不得適用再抗告之規定。蓋此種案件，其抗告於第二審法院，已爲終審，自不得復許再抗告。故當事人不服第一審之裁定者，抗告於第二審法院，如第二審裁定後再有不服，乃再向第三審法院聲明抗告，此時亦爲抗告之終點，以後不得復行抗告。此以判決採三級三審之制，故裁定自亦應經三審而終也。

第八章 準抗告

準抗告者，乃對於審判長，受命推事，受託推事或檢察官所爲之處分有所不服，而請求所屬法院撤銷或變更之聲請也。與抗告實不相同，但其訴訟程序，則準用第四百〇一條至第四百〇六條抗告之規定，且第二十一條第一項之規定於聲請撤銷或變更受託推事之裁定者準用之，故有準抗告之名稱。（四一〇I II）茲分述如次：

一、對於審判長，受命推事，受託推事，或檢察官所為左列之處分有不服者，得聲請其所屬法院撤銷或變更之。（四〇八一）

1. 關於羈押具保責付扣押或扣押物發回，及因鑑定將被告送入醫院，或其他處所之處分。

2. 對於證人鑑定人或通譯，科罰鍰之處分。

前項聲請期間為五日，自為處分之日起算，其為送達者，自送達後起算。（四〇八II）
此種撤銷或變更之聲請，應以書狀敘述不服之理由，提出於該管法院為之。（四〇九）

法院就第四百〇八條之聲請所為裁定不得抗告。但對於其就撤銷罰鍰之聲請而為者，得提起抗告。（四一一）

第四編

再審

第一章 再審之意義

再審 (Wiederaufnahme) 者，再審權人對於確定判決，以認定事實不當爲理由，向原審法院，聲明不服，而請求就該案件，更爲審判之方法也。茲就其意義，更析述如下：

一、再審者，再審權人對於確定判決，聲明不服之方法也。故再審與通常之上訴不同，但關於此點，與非常上訴之性質相同。以其係對於已確定判決而爲之，故凡判決之已因撤銷改判而失其效力者，自不得提起再審之訴。

二、再審者，再審權人以認定事實不當爲理由，向原審法院，請求就該案件，更爲審判也。再審既以認定事實不當爲理由，且必須向原審法院爲之，故關於此點，又與非常上訴因發現該案件之審判，係因違背法令，而由最高法院之檢察官，向最高法院提起者不同。在法律上，關於得聲請再審之情形，爲列舉之規定。（四一三各款）凡具該情形之一者，則該已確定之判決，其所認定之事實，必係不當。故如主觀之以爲確定判決所認定之事實錯誤

者，仍不得聲請再審也。

按再審制度之目的，乃在於調劑判決確定力，與實體真實發現主義之衝突。故雖訴訟法上以一事不再理為原則，以適合法律之精神，維持裁判之威信，而免其久懸不定，致難昭信仰。然如所認定之事實，而顯有錯誤者，若不予以匡正，則又何以貫徹刑事訴訟採取實體真實發現主義之精神。據此兩面觀之，固為極端之衝突。故再審制度者，所以為調劑而設也。

再審之聲請向原審法院提出後，如合於再審原因，而一經裁定開始再審者，法院應依審級之通常程序，就其事實，更為審理。如審理之結果，認為該原判決所認定之事實，確係不當時，則再審為有理由，應將原判決撤銷，根據新認定之事實，而更為判決。於是其原有之判決，當然失其效力。

再審制度，就各國立法例言之，其主義有二，分述如下：

一、法國法例 注意判決之確定力，其許為再審者，僅限於為受刑人之利益。

二、德國法例 注重實質真實之要求，其許為再審者，不限於為受刑人（或被告）之利益，抑不利益均可。

吾國舊刑事訴訟律舊刑事訴訟條例舊刑事訴訟法及現行刑事訴訟法，如採德國立法例爲受判決人之利益或不利利益，均得聲請再審。（四一三一，四一五一）

第二章 再審之原因

再審之原因者，卽得以提起再審之條件也。聲請再審之是否有理由，視其是否具備再審之法定原因而定。刑事訴訟法第四百十三條第一項規定，有罪之判決確定後，有左列情形之一者，爲受判決人之利益，得聲請再審是必須

1. 確定後之有罪判決，蓋判決如尙未確定，則應藉上訴以救濟，不得提起再審。
2. 爲受判決人之利益，非爲利益，（卽減輕其刑）不得提起。
3. 法定原因非遇有第四百十三條各款情形之一，仍不得提起。

一、原判決所憑之證物已證明其爲偽造或變造者，卽原審法院因誤認事實所憑以爲判決基礎之證物，已由其他證據而證明其爲偽造變造時，得據以爲再審之理由。

二、原判決所憑之證言鑑定或通譯，已證明其爲虛偽者，此亦因由其他證據證明其爲虛偽時，得提起再審。

三、受有罪判決之人已證明其係被誣告者，即原審法院於諭知有罪之判決後，復因其他證據而證明其被誣告者，即得以爲再審之理由，而提起再審。

四、原判決所憑之通常法院或特別法院之裁判，已經確定裁判變更者，即原審法院所憑以爲判決根據之通常法院或特別法院之裁判，復經其他確定裁判，而變更該通常法院之裁判時，即得據以爲再審之理由，而提起再審。

五、參與原判決或前審判決，或判決前所行調查之推事，或參與偵查或起訴之檢察官，因該案件犯職務上之罪，已經證明者，即該判決業經確定，而發現參與原判決或前審判決或判決前所行調查之檢察官，對該案件曾有瀆職行爲時，亦得以爲再審之理由，而提起再審。

六、因發現確實之新證據，足認受有罪判決之人應受無罪免訴免刑或輕於原判決所認罪名之判決者，即原審判決確定後，復發現確實之新證據，且足認受有罪判決之人應受無罪免訴免刑或輕於原判決所認罪名之判決時，即得以爲再審之理由。

前述第一款至第三款及第五款情形之證明以經判決確定，或其刑事訴訟不能開始或續

行，非因證據不足者爲限，（即因被告之死亡逃匿，時效屆滿大赦等）得聲請再審。（四一三II）不得上訴於第三審法院之案件除第四百十三條規定外，其經第二審確定之有罪判決，如就足生影響於判決之重要證據，漏未審酌者，亦得爲受判決人之利益，聲請再審。（四一四）有罪無罪免訴或不受理之判決確定後有左列情形之一者，爲受判決人之不利益，得聲請再審。

一、原判決所憑之證物已證明其爲偽造或變造者。

二、原判決所憑之證言，鑑定，或通譯，已證明其爲虛偽者。

三、原判決所憑之通常法院或特別法院之裁判，已經確定裁判變更者。

四、參與原判決，或前審判決，或判決前所行調查之推事或參與偵查或起訴之檢察官，因該

案件犯職務上之罪，已經證明者。

五、受無罪或輕於相當之刑之判決，而於訴訟上或訴訟外，自白其應受有罪或重刑判決之犯罪事實者。在此種情形，必須爲其自白者，否則不能提起再審也。

六、受免訴或不受理之判決而於訴訟上或訴訟外自述其並無免訴或不受理之原因者，在

此情形，亦必須爲其自述，乃得以爲再審之理由，而提起再審。

第二章 再審之聲請

第一 聲請再審之時期

刑事訴訟法之所以特許提起再審者，以關於公益也。既因以公益而規定，則除必須於判決確定後外，自不應有時期之限制，故在刑罰之執行前或執行中固得提起再審，即於刑罰執行完畢後，或已不受執行時，亦得爲之。此吾刑事訴訟法第四百十六條之所明揭也。所謂已不受執行者，即行刑權之時效已屬完成。（刑法第八十四條）或因特赦而免除其刑之執行（刑法第六十一條）也。然法律對於左列情形，則又設有時期之限制。

一、依第四百十四條之規定，因重要證據漏未審酌，而聲請再審者，應於送達判決後，二十日內爲之。（四一七）蓋期間過長，則此漏未審酌之重要證據，必致消滅，故必須於送達判決後二十日內爲之。

二、爲受刑人之不利益，聲請再審於判決確定後經過刑法第八十條第一項期間二分之一

者，不得爲之。（四一八）蓋爲保護受刑人起見也。

第二 再審之管轄

聲請再審，由判決之原法院管轄。（四一九I）按關係再審之管轄，各國有不同之立法例，依大陸法例視之，德國之立法例，須由原審法院管轄。法國立法例，則由最高法院裁判之。如認再審爲有理由，乃將原判決撤銷，而以該案件發回原審法院或發交與原審法院同級之法院，重行審判。現行刑事訴訟法亦採德國立法例，規定由原審法院管轄。然此僅爲原則，此外尙有例外之規定者如下：

一、判決之一部曾經上訴，一部未經上訴，對於各該部分，均聲請再審而經第二審法院，就其在上訴確定之部分爲開始再審之裁定者，其對於在第一審確定之部分，聲請再審，亦應由第二審法院管轄之。（四一九II）蓋因便宜上使得合併審理故也。

二、判決在第三審確定者，對於該判決聲請再審，除以第三審法院之推事有第四百十三條第五款情形爲原因者外，應由第二審法院管轄之。（四一九III）此亦以第三審法院，僅限於審查法律之當否，而開始再審之審判，必須審理事實，故雖原則上經第三審判決確

定之案件，其再審似亦應由原審之第三審法院管轄，（四一九I）然以其不能審理事實之故，應由第二審法院管轄。但如第三審法院之推事具有第四百十三條第五款之情形，而已證明者，則仍應由第三審法院管轄。

第三 聲請再審之主體

凡訴訟之提起，必須實有訴權之人，再審為刑事訴訟行為之一，又何能例外。故提起再審之主體，如非握有再審權之人，則管轄法院，不得對其請求，依職權而開始審判。刑事訴訟法第四百二十條規定，為受判決人之利益，聲請再審，得由左列各人為之。

- 一、管轄法院之檢察官。
- 二、受判決人。
- 三、受判決人之法定代理人或配偶。
- 四、受判決人已死亡者，其配偶直系血親，三親等內之旁系血親，二親等內之姻親，或家長家屬。

為受判決人之不利益，聲請再審，得由管轄法院之檢察官及自訴人為之，但自訴聲請再審

者，以有第四百十五條第一款規定之情形爲限。（四二一）

第四 聲請再審之程式

聲請再審，應以再審書狀爲之。但於審判期日得以言辭爲之。（四二二、四二五）其書狀內應敘述理由，所謂理由者，即記載其聲請再審之原因也。此種再審書狀，其提出須向管轄再審之法院爲之。並附具原審判決之繕本，及證明足以爲再審理由之證據，以資管轄法院得據以爲審判之根據。如違背此種程序，必爲法院以裁定而駁回。（四二六）在監所或看守所之被告提起再審之聲請者，應經監所長官提出再審書狀。其不能自作書狀者，應由監所公務員代作，監所長官接受再審書狀後，應附記接受之年月日時，送交原審法院。又聲請再審之書狀提出後，法院書記官，應速通知他造當事人。（四二五）

第五 聲請再審之效力

聲請再審，本無停止執行刑罰之效力。（四二三前段）故雖在刑罰執行前，或正在執行中，而聲請再審，並不能妨礙刑罰之着手執行或繼續執行，其所以如此規定者，蓋恐提起無理由之再審，而刑罰之執行，反被妨礙故也。

雖然，管轄法院之檢察官在關係再審之裁定前，亦得命令停止刑之執行。（四二三但書）此係補救前述之規定而設。蓋如所執行之刑爲死刑，若不命停止，苟其聲請再審爲有理由者，一經執行之後，又何以挽回？但過久又不免妨礙執行，或且發生意外，故特規定「在關於再審之裁定前，得命停止」也。

第六 聲請再審之撤回

再審之聲請，於再審判決前，得撤回之，此爲第四百二十四條第一項之所明定。蓋聲請再審者，固有處分之權，與起訴上訴等相同，故許其於再審判決前，隨時可以撤回。但再審之聲請，既經撤回之後，其撤回再審聲請之人，不得更以同一原因，聲請再審。（四二四II）蓋撤回再審，亦與撤回上訴同。其聲請再審權卽已喪失，故不得復行提起也。

至於撤回再審聲請之程式，則準用第三百五十條及三百五十二條關於撤回上訴之規定。卽撤回上訴，應以書狀爲之，但於審判期日，得以言辭爲之。其撤回再審之聲請時，如被告在監獄或看守所者，應將撤回書狀向監所長官提出，而撤回之效力，亦發生於是時，如不能自作撤回書狀者，應由監所公務員代作，監所長官於接受撤回再審之書狀後，應附記接受之年、月、日、時，送交

原審法院。上訴一經撤回，書記官應速通知他造當事人。（四二五）

關於捨棄再審權，本法並未明定。然上訴權既可以捨棄，則再審權何獨不可，故亦應解為得
以捨棄。（見陳瑾昆先刑事訴訟法通義）一經捨棄，其再審權即屬喪失。

第四章 再審之審判

法院認為再審之程序違背規定者，應以裁定駁回之。（四二六）此係就程序上之審查即
指聲請再審，不合法定之要件，及程式，或聲請再審人，非有再審權之人，或雖有而其權利已經喪
失是也。（例如因捨棄撤回等而喪失）

法院認為無再審理由者，應以裁定駁回之。（四二七Ⅰ）此係就實體上之審查，經審查之
結果，如認為其主張為再審原因之理由，與法定再審原因不符，或雖屬符合，而無以證明，則以裁
定駁回之一經為駁回之裁定後，不得更以同一原因聲請再審。（四二七Ⅱ）

法院認為有再審理由者，應為開始再審之裁定。（四二八Ⅰ）所謂有再審理由者，即該再
審之聲請，經法院為程序上及實體上之審查後，認為依法兩無不合。然此時仍不能開始再審，應

先爲開始再審之裁定。對於此項裁定，如有不服，得於三日內抗告。（四二八III）

法院於爲開始審判之裁定後，得以裁定停止刑罰之執行。（四二八II）

開始再審之裁定確定後，法院應依其審級之通常程序，更爲審判。（四二九）所謂開始再審之裁定確定，其原因要不外，逾越抗告期間而確定，或抗告因裁定駁回而確定，或因捨棄或撤回抗告而確定。依其審級之通常程序，更爲審判者，卽爲開始再審之裁定，係何級法院，卽依該級法院之程序，而就該案件重行判決。

受判決人已死亡者，爲其利益聲請再審之案件，應不行言辭辯論，由檢察官或自訴人，以書狀陳述意見後，卽行判決。但自訴人已死亡者，法院得逕行判決或通知檢察官陳述意見。（四三〇I）蓋受判決人既經死亡，自毋庸再行言辭辯論，立由檢察官或自訴人以書狀陳述意見後，逕行判決，以其爲受判決人之利益也。如自訴人已死亡者，法院亦得逕行判決，或通知檢察官陳述意見。

爲受判決人之利益聲請再審之案件，受判決人於再審判決前死亡者，準用第四百三十條第一項之規定。依上述所爲之判決，不得上訴。（四三〇II III）

爲受判決人之不利益聲請再審之案件，受判決人於再審判決前死亡者，其再審之聲請，及關於再審之裁定，失其效力。（四三一）

爲受判決人之利益聲請再審之案件，諭知有罪之判決者，不得重於原判決所諭知之刑。
（四三二）

爲受判決人之利益聲請再審之案件，諭知無罪之判決者，應將該判決書刊登公報，或其他報紙。（四三三）

第五編

非常上訴

第一章 非常上訴之意義

非常上訴者，與通常之上訴不同，蓋其係對於已經確定之判決，以發現該案件之審判，係屬違背法令爲理由，由最高法院之檢察長，向最高法院請求將原確定之判決撤銷或變更之聲明之不服方法也。自其係對於已確定之判決而聲明不服之點視之，與再審相同，而與通常上訴迥異。由其由最高法院之檢察官向最高法院請求之點視之，則非特與通常上訴不同，且與再審亦有異。就其請求將原判定之判決，撤銷或變更之點視之，則三者實均相同。故欲判明非常上訴，視其有否具備下列各要件，缺一卽不得謂之非常上訴。

一、非常上訴須爲對於已確定判決之救濟方法。

二、非常上訴須爲指摘原判決不當，而請求更正之攻擊方法。

三、非常上訴須爲以該確定判決違法爲理由而請求撤銷或變更其判決之方法。

四、非常上訴須爲最高法院之檢察長向最高法院聲明之方法。

考非常上訴之制度徵之各國立法例其主義有二：

一、以統一法律爲目的者。此主義以該判決不論是否有利於被告，祇須於判決確定後，

發現其係違背法令者，即得以爲非常上訴之理由而提起非常上訴。（法日採之）

二、以救濟被告爲目的。即爲被告之利益，對於確定判決，而該判決確係不當，例如依法

不爲罪者，而科以刑罰，或應處輕刑者而諭知重刑等，則得以爲理由，而提起非常上訴。

徵之吾國現行刑事訴訟法，是亦係採法日立法例，而以統一法律爲目的，第四百三十四條及第四百四十條之文義，固昭然若揭。

第二章 非常上訴之提起

第一 非常上訴之主體

得以提起非常上訴之人，即非常上訴之主體，非常上訴非由最高法院之檢察長，不得提起，故非常上訴之主體，即有非常上訴權者，僅限於最高法院之檢察官（四三四）得提起非常上訴者，謂之非常上訴人。然檢察官係適用一體，不可分之原則，故雖非最高法院之檢察官，然其如

發現有第四百三十四條之情形者，應具意見書將該案卷宗及證物，送交最高法院之檢察長聲請提起非常上訴。(四三五)

第二 提起之程式

提起非常上訴須於判決確定之後，蓋判決如尙未確定，則應適用通常上訴之程序。(四三四)且應以書狀向最高法院提出。如以言辭，則非所許。至其書狀之所應記載者，不惟應聲明提起非常上訴，並應敘述非常上訴之理由。所謂非常上訴之理由者，蓋即敘述所發現之該案件之審判如何違背法令之處也。(四三四)

第三 提起之效力

在非常上訴一經由最高法院之檢察官向最高法院提出以後，則該案件，本來因確定判決而已消滅之訴訟拘束，後因繫屬於最高法院，而重新發生。於是最高法院即應就該案件，先從形式上審其程序是否合法，若其程序違背法令者，應駁回之，如其程序係合法者，則應進而為實體上之審查其是否有理由，此種手續，雖為管轄非常上訴法院之權利，然亦係由於新訴訟拘束之發生，而乃有此應盡之義務，故此新訴訟拘束之發生，實為非常上訴提起之效力。

第三章 非常上訴之調查

最高法院係管轄第三審之法院，僅就法律之點而審理，不能自行調查事實，已於前述，故最高法院於接受非常上訴後，其所得為調查者，僅以非常上訴理由所指摘之事項為限，此我刑事訴訟法第四百三十八條第一項之所明定。但關於訴訟程序，法院管轄，免訴事由，及訴訟之受理得調查事實。此項調查，得以受命推事行之，並得囑託他法院之推事調查。（四三八II）

第四章 非常上訴之審判

最高法院對於非常上訴之審理，係完全適用書面審理主義，故非常上訴之判決，以不經言辭辯論為之。（四三七）此與審判第三審上訴，例外得開言辭辯論者不同。至其所為之判決，得分為下列二種：

- 一、無理由之判決 認為非常上訴無理由者，應以判決駁回之。（四三九）所謂非常上訴無理由者，即原審判決，及其訴訟程序，均未違背法令是。

二、有理由之判決 認爲非常上訴有理由者，應分別爲左列之判決。（四四〇）卽原審

判決或其訴訟程序，係違背法令是也。

1. 原判決違背法令者，將其違背之部份撤銷，但原判決不利於被告者，應就該案件，另行判決，以謀救濟被告也。

2. 訴訟程序違背法令者，撤銷其程序。

非常上訴之判決除依第四百四十條，第一款但書規定者外，其效力不及於被告。（四四一）例如原爲無罪之審判決，如經非常上訴判決後，認爲違法而撤銷，然被告並不因原判決撤銷而復被追訴。但原判決如於被告不利者，則其效力仍及於被告。此蓋刑事訴訟法不惟採統一法律之主義，且兼以救濟被告爲目的也。

第六編 簡易程序

第一章 簡易程序之意義

簡易程序者，卽刑事訴訟程序之不舉行辯論，且其裁判，亦不以判決之形式行之者是也。適用簡易程序之案件，乃爲刑法第六十一條所列各罪之案件，以其情節輕微，證據明確，故得不經通常審判之程序，而逕以命令處刑。此種處刑命令，卽係依簡易程序而科刑之一種裁判。若被告對此命令，並不聲明不服，則其處刑命令，卽屬確定，否則得聲請正式審判，蓋其正式審判之權並未剝奪也。其所以有簡易程序之規定者，蓋爲節省勞費計也。故檢察官不依起訴之程序而用聲請，法院亦不經通常審判程序而逕以命令處刑。（四四二I）此種命令，謂之爲處刑命令。

第二章 簡易程序之要件

得依簡易程序之規定而審判者，必具下列之要件：

一、聲請之要件。（四四二I）

1. 聲請之主體

簡易程序亦爲訴訟程序之一，且爲意思表示，與一般訴訟程序無異，故得爲聲請者，必須有聲請權之人，是檢察官者，乃聲請依簡易程序逕以命令處刑之主體也。

2. 得以聲請之案件

限於下列各罪（刑法第六十一條）

A. 最重本刑爲三年以下有期徒刑拘役，或專科罰金之罪等。

B. 上列案件，並須有左列情形之一，始得聲請。

a. 犯罪事實，被告已於偵查中自白者。

b. 其他現存之證據已足認其爲犯罪者。

二、處刑之要件

依簡易程序以命令所科之刑，以三年以下有期徒刑拘役或罰金爲限。

（四四二II）

第二章 簡易程序之開始

刑事訴訟以不告不理爲原則，簡易程序，既亦爲刑事訴訟程序，自亦應依此原則而進行訴

認，故法律規定，刑法第六十一條所列各罪之案件，第一審法院依被告在偵查中之自白，或其他現存之證據，已足認其犯罪者，得因檢察官之聲請，不經通常審判程序，逕以命令處刑，則此所謂不經通常審判程序，而逕以命令處刑者，自必須因於檢察官之聲請，固無疑義。故簡易程序，非檢察官之聲請，不得開始。至其聲請，依法亦有一定之程式，即第四百四十四條所規定檢察官偵查刑法第六十一條所列各罪之案件時，審酌情節認為宜以命令處刑者，即應以書狀為聲請。此種書狀，應向管轄法院提出，其所應記載者，為左列事項。

一、被告之姓名性別年齡職業住所或居所或其他足資辨別之特徵。

二、犯罪事實及證據並所犯法條。

聲請時，應將卷宗及證物一併送交法院。（四四四II）

檢察官一經聲請，以命令處刑，該案件即因聲請而繫屬於法院，於是法院即發生形式上及實體上之拘束。且既經聲請之案件，不得再行起訴。然法院如認為不得或不宜以命令處刑者，應適用通常程序審判之。（四四五）故聲請之效力，實與起訴相同。（四四四III）

第四章 簡易程序之審判

簡易程序之審判，原則上適用書面審理主義，故法院得就檢察官之聲請書狀，及以前卷宗而逕爲處刑命令，無須有言辭辯論之程序，但於必要時，應於處刑前，訊問被告而已。（四四二—後段）

檢察官聲請，以命令處刑之案件，經法院認爲不得或不宜以命令處刑者，應適用通常程序審判之。（四四五）所謂不得以命令處刑者，謂不具備依簡易程序辦理之條件也。所謂不宜以命令處刑者，謂依簡易程序辦理之條件雖備，但案件之內容，實不能以命令處刑是。

法院於接受聲請書狀後，經形式上及實體上之調查結果，如認爲應依簡易程序辦理者，應立即處分。（四四六）蓋設立簡易程序之主旨，即在罪證明確，宜於速結也。

爲處刑命令時，得併科沒收或爲其他必要之處分。（四四三一）但依法應免除其刑者，應爲免刑之命令。（四四三二）

處刑命令，應以簡略方式，記載左列事項（四四七）

一、受命令人之姓名、性別、年齡、職業、住所、或居所等。

二、犯罪之事實及證據。

三、應適用之法條。

四、所諭知之主刑，從刑，或刑之免除。諭知六月以下有期徒刑或拘役者，如易科罰金，其折算之標準。諭知罰金者，如易服勞役，其折算之標準。諭知易以訓誡者，其諭知。諭知緩刑者，其緩刑之期間。諭知保安處分者，其處分及期間。

五、自處刑命令送達之日起五日內，得聲請正式審判之曉示。

書記官接受處刑命令原本後，應立即制作正本，送達於當事人。（四四八）處刑命令，以並不開庭審判，故不經宣示之程序，而應以正本送達於當事人。

第五章 正式審判之聲請

被告得於處刑命令送達後五日內，聲請正式審判。（四四九）蓋依簡易程序審判之案件，以其不經言辭辯論，被告無由實施其防禦之權。故法律特許於處刑命令送達後五日內，聲請

正式審判，以使被告享受防禦之權利，亦保護被告之旨也。其遲設期間者，自應以不合法而駁回之。

第一 聲請之程式

被告聲請正式審判，應以書狀爲之，而於法定不變期間內，向命令處刑之法院提出。（四四九II）

在監獄或看守所之被告，提起正式審判之聲請者，應經監所長官提出聲請正式審判之書狀。其於處刑命令送達之日起五日內，向監所長官提出聲請書狀者，視爲法定期間內之聲請。被告不能自作聲請書狀者，應由監所公務員代作。監所長官於接受聲請書狀後，應附記接受之年月日時，送交命令處刑之法院。（四四九III）

第二 聲請之撤回

按刑事訴訟法所以有聲請正式審判之規定。其意蓋在保護被告，而重予被告行使防禦之權利。故此種聲請，實爲被告之權利，既爲被告之權利，則被告如不願行使此權利者，自無強迫之必要。此所以於第四百五十一條，又有許被告撤回聲請之規定。但如於第一審判決之後，猶許其撤

回，則又不免失却裁判之尊嚴，且亦事近兒戲矣。故又設「於第一審判決前」之限制。

至聲請正式審判之撤回，亦應以書狀向命令處刑之法院爲之，但於審判期日，得以言辭爲之。又第三百四十三條在監獄或看守所被告之撤回程式之規定，對於前述之撤回準用之。（四五二ⅠⅡ）

被告對於正式審判之聲請一經撤回，其聲請權即屬喪失，（四五三）以後不得再行聲請。

第三 聲請權之捨棄

刑事訴訟法第四百五十條規定曰：「被告得捨棄正式審判聲請權，」所謂捨棄聲請權者，即拋棄聲請權之意思表示也。換言之，即聲請權人於得提起聲請前，表示其不爲聲請之意思也。蓋被告對於處刑命令，業已折服，自無不許其捨棄之理。

捨棄正式審判聲請權，亦應以書狀向處刑之法院爲之，但於審判期日，得以言辭爲之。第三百四十三條之規定，得經由監所長官送交。（四五二ⅠⅡ）被告捨棄正式審判聲請權者，喪失其聲請權。（四五三）

第四 聲請之審判

法院認爲聲請正式審判之程式違背規定者，卽其程式未依刑事訴訟法第四百四十九條第二項第三項之規定，則其聲請爲不合法，應以裁定駁回之，此種駁回之裁定，不得提起抗告。

(四五九I II)

法院經調查正式審判之聲請後，如認爲合法者，卽應依通常程序，而更爲審判，並不受處刑命令之拘束。(四五五) 其第一審判決後，自可依通常程序，提起上訴。

又被告既爲正式審判之聲請，則自應於審判期日到庭，以便行使其防禦權。故如被告於正式審判期日經合法傳喚，無正當理由而不到庭者，得不爲調查，逕以判決駁回其聲請。(四五六) 蓋視爲被告拋棄行使防禦之權利，而免徒費審理之手續也。

第一審法院，如就刑法第六十一條所列各罪之案件，諭知六月以下有期徒刑，拘役或罰金者，其判決書得以簡略方式，僅記載被告姓名，判決主文，犯罪事實，及適用之法條，由推事簽名，於宣示時當庭以正本交付被告，如經檢察官，或自訴人聲請，應併交付之。(四五九I) 然於宣示判決時，如被告並不在庭者，則當然不能當庭以正本交付被告，故於此情形，仍應經送達之程序。(四五九II) 至以判決正本當庭交付於被告者，其上訴期間，自交付正本於被告之日起算。(四

五九III)此項判決正本交付後，如經當事人提起上訴，應補作正式判決書送達，當事人於判決宣示後，五日內聲請送達正式判決書者，亦應補正式判決書送達。(四五九IV)以便當事人就該判決書之內容，而以為提起上訴敘述理由之根據，所謂提起上訴，及於判決宣示後五日內聲請送達正式判決書之當事人者，蓋指檢察官自訴人被告而言也。其聲請送達正式判決書，必須於判決宣示後五日內，如逾越此期間，自不得為上項之聲請。此種聲請，於第四百五十九條第三項規定之適用無礙。(四五九V)

法院既依正式審判之聲請而為判決後，其以前所為之處刑命令，即因正式審判之判決而失其效力。(四五七)

第六章 處刑命令之效力

處刑命令，其命名雖與判決不同，然其性質實與判決無異。故處刑命令之效力，亦必經確定而發生。一經確定，即得執行，此所以與確定判決有同一之效力。(四五八)然於此不能不注意者，即處刑命令之確定，必須有左列情形之一：

- 一、處刑命令，已經過聲請正式審判之期間，即處刑命令之正本送達於當事人後，經過五日，被告未為正式審判之聲請者，則聲請之期間，已屬經過，而處刑命令，即已確定。
 - 二、被告捨棄聲請權，即被告向命令處刑之法院提出捨棄聲請權之書狀，則聲請權即因捨棄而消滅，處刑命令自屬確定。
 - 三、撤回聲請，被告於提起正式審判之聲請後，復以撤回聲請之書狀向命令處刑之法院，聲請撤回，則亦因聲請權之消滅而處刑命令確定。
 - 四、駁回聲請之裁定確定，正式審判之聲請，如以不合法定程式而駁回，則此駁回之裁定確定時，即屬處刑命令確定。
- 凡已經確定處刑命令之案件，除具備再審之原因者，得提起再審之訴外，不得再行起訴。

第七編 執行

第一章 概說

第一節 執行之意義

執行者，實現確定裁判內容之處分也。所謂裁判之執行，非僅限於刑罰之執行，乃包括判決、裁定、處刑命令及其他處分之執行而言。

執行程序，就廣義言之，固為刑事訴訟之一部分，但就狹義言之，則偵查程序及審判程序，在開始及實行訴訟程序，而執行程序，則為終結刑事訴訟，其目的既迥不相同，故不以此之屬入於刑事訴訟之中，則似以狹義之說為得體，雖然，刑事訴訟之判決，實有賴執行以完成，故執行程序，亦應列之於刑事訴訟程序，以與判決程序並重。則確定之刑罰權，得以收實行之效，此吾刑事訴訟法之所以採廣義之說也。（詳見緒論）

第二節 執行之時期

判決除關於保安處分者外，於確定後執行之。但有特別規定者，不在此限。（四六〇）據此則原則上刑罰之執行必於判決確定之後。然例外有特別規定者，即第四百〇一條之規定，雖經抗告，但對於裁判仍不停止執行，及第四百六十五條規定死刑應經司法行政最高官署令准於令到後三日內行之是也。前者即於裁判未確定時，亦得執行。後者裁判即已確定，亦不得即行執行，蓋慎重死刑之意也。

第三節 指揮執行之機關

裁判必待於執行固矣。然執行裁判必有指揮執行之機關，及實施執行之機關，司法警察，司法警察官，看守所，監獄長官，或執達員，為實施執行之機關。至指揮執行之機關，則必有指揮執行之權者，法律規定，有指揮執行之權者，惟裁判法院之檢察官。（四六一I前段）但其性質，應由法院或審判長受命推事，受託推事指揮或有特別規定者，不在此限。（四六一但書）例如審判

中拘提羈押搜索勘驗等處分或裁定之執行是。(參照七五,一〇一,一二二,一五四。)

因駁回上訴抗告之裁判,或因撤回上訴抗告,而應執行下級法院之裁判者,由上級法院之檢察官指揮之。(四六一II)所謂因上訴抗告之裁判,而應執行下級法院之裁判者,即上級法院,以判決駁回上訴,或以裁定駁回抗告,於是下級法院之裁判,乃因確定而應執行,此時之執行,應由上級法院之檢察官爲之。所謂應撤回上訴抗告,而應執行下級法院之裁判者,即下級法院之裁判經撤回上訴或抗告而確定,於是應予執行。在此情形,亦應由上級法院之檢察官指揮,但其卷宗如尙在下級法院者,則仍由該法院之檢察官指揮執行。(四六一III)

第四節 指揮執行之程式

指揮執行,應以指揮書狀爲之,並須附具裁判書之繕本或節本。如該裁判並未制作裁判書,而僅記載於筆錄者,則應附具筆錄之繕本,或節本,蓋使實施執行之公務員,深悉裁判之內容,則不致爲錯誤之執行。故指揮裁判之執行,必須依此法定之程式,但執行刑罰或保安處分以外之指揮,毋庸制作指揮書者,不在此限。(四六二但書)

第五節 執行之次序

刑事訴訟之判決，對於同一被告，亦有應執行二以上之主刑者，例如刑法第五十一條，以一裁判而宣告二以上之主刑，及刑法第五十三條，併合論罪，而有二以上之裁判，關於此種情形，應如何執行刑事訴訟法規定其次序如下（四六三）

- 一、二以上主刑之執行，除罰金外，應先執行其重者。
- 二、但有必要時，檢察官得命先執行他刑。

第二章 刑罰之執行

第一節 死刑之執行及停止

第一款 死刑之執行

諭知死刑之判決確定後，尚不得逕予執行，檢察官應速將該案卷宗送交司法行政最高官

署請求覆准，蓋以案關極刑，理宜慎重也。（四六四）

死刑經司法行政最高官署審查後，如認為並無請求特赦之理由，以及無再審或非常上訴之原因者，於是應發表覆准之命令，於令到三日內始得執行之。（四六五）

受死刑之諭知，而未經羈押者，檢察官於執行時，應傳喚之，傳喚不到者，應行拘提。前項受刑人，得依第七十六條第一款及第二款之規定，逕行拘提及依第八十四條之規定，通緝之。（四七三I II）

執行死刑，於監獄內由監獄官吏爲之。（四六六）但其執行時應由檢察官蒞視，並命書記官在場。（四六七I）在場之書記官，應制作筆錄，以表明執行之狀況。（四六八I）此項筆錄，應由檢察官及監獄長官簽名。（四六八II）其他之人除經檢察官或監獄長官之許可者外，不得入行刑場內。（四六七II）此以事極悲慘，不應公開也。

第二款 死刑之停止

受死刑之諭知者，如在心神喪失中，於其全愈前，由司法行政最高官署命令停止執行。（四

六九I)

受死刑諭知之婦女懷胎者，於其生產前，由司法行政最高官署，命令停止執行。(四六九II)
依上述規定停止執行者，於其全愈或生產後，非有司法行政最高官署命令，不得執行。

第二節 自由刑之執行及停止

自由刑分二種：即徒刑及拘役是也。茲就其執行之程序，及停止之原因，分述如下：

第一款 自由刑之執行

凡處徒刑及拘役之人犯，除法律別有規定外，於監獄內，分別拘禁之。並使之服勞役，但亦得因其情節而免服勞役。(四七〇)此以徒刑及拘役，二罪名之輕重不同，於是其犯罪之惡性亦有異，故特規定於監獄內分別拘禁，以免效尤。使之服勞役則一方可使監獄增加收入，一方使該受刑人出獄後，因有一技之長，足以餬口，而或不致再行犯罪，此皆為刑事政策之所然。至所謂因其情節，而得免服勞役者，例如犯人病重，或懷胎之婦女，行將分娩等。

受徒刑或拘役之諭知，而未經羈押者，檢察官於執行時，應傳喚之，傳喚不到者，應行拘提。（四七三一）前項受刑人，得依第七十六條第一款及第二款之規定，逕行拘提，及依第八十四條之規定通緝之。（四七三二）

第二款 自由刑之停止

凡受徒刑或拘役之諭知者，而有左列情形之一，依檢察官之指揮，於其全愈，或該事故消滅前，停止執行。（四七一）

一、心神喪失者。

二、懷胎七月以上者。

三、生產未滿一月者。

四、現罹疾病，因執行而不能保其生命者。

依第四百七十一條第一款及第四款情形，停止執行者，檢察官得將受刑人送入醫院，或其所適當之處所。（四七二）

第三節 財產刑之執行

罰金、罰鍰、沒收、沒入、及追徵之裁判，應依檢察官之命令執行之。但罰金罰鍰於裁判宣示後，如經受裁判人同意，而檢察官不在場者，得由推事當庭指揮執行。（四七四I）此種執行命令，以其為關於財產之執行，故與民事執行名義，有同一之效力。（四七四II）且亦準用執行民事裁判之規定。（四七五）

執行刑罰，僅能及於受刑人之本身，故受刑人一經死亡，即無從執行。然罰金沒收及追徵，乃關於受刑人財產之執行，故受刑人雖經死亡，但仍得就受刑人之遺產執行。（四七四III）

沒收物由檢察官處分之。（四七六）所謂處分者，應分下列數項言之：

一、沒收物於執行後三個月內，由權利人聲請發還者，除應破毀或廢棄者外，檢察官應發回之。其已拍賣者，應給予拍賣所得之價金。（四七七）

二、偽造或變造之物，檢察官於發還時，應將其偽造或變造之部分除去，或加以標記。（四七

第三章 其他之執行

第一節 處分扣押物

扣押物之應受發還人所在不明，或因其他事故，不能發還者，檢察官應公告之。（四七九I）
自公告之日起，六個月內，無人聲請發回者，以其物歸屬國庫。（四七九II）

在自公告之日起，尙未逾六個月，雖不能謂無人聲請發還，但其無價值之物亦得廢棄之，不便保管者，得命拍賣，而保管其價金。（四七九II）

第二節 撤銷緩刑宣告之聲請及其裁定

緩刑之宣告應撤銷者，由受刑人所在地，或其最後住所地之地方法院檢察官聲請該法院裁定之。（四八〇）所謂緩刑之宣告應撤銷者，即緩刑經宣告以後，發現有刑法第七十五條之各款之情形，於是乃由受刑人所在地，或其最後住所地之地方法院檢察官聲請該法院爲撤銷緩刑之裁定。

第三節 更定刑及定應執行刑之聲請及其裁定

依刑法第四十八條應更定其刑者，或依刑法第五十三條及第五十四條，應依刑法第五十一條，第五款至第七款之規定，定其應執行之刑者，由該案犯罪事實最後判決之法院之檢察官聲請該法院裁定之。（四八一）前者即於判決確定後，發覺其爲累犯。（刑法第四十八條）後者例如併合論罪，有二以上之裁判者。（刑法第五十三條）又或已經處斷之併合論罪，發見各罪中，有應受赦免之罪等是。（刑法第五十四條）

第四節 免服勞役之處分

處徒刑及拘役之人犯，因其情節而免服勞役者，其應否免服勞役，由指揮執行之檢察官命令之。（四八二）

第五節 易服勞役之處分

應科罰金之案件，以被告不能繳納罰金，而易服勞役者，應與處徒刑或拘役之人犯，分別執行。（四八四 I）但於下列情形，得依檢察官之指揮，於其全愈或該事故消滅前停止執行。（四八四 II）

一、心神喪失者。

二、懷胎七月以上者。

三、生產未滿一月者。

四、現罹疾病，恐因執行而不能保全其生命者。

受罰金易服勞役之刑之諭知，而未經羈押者，檢察官於執行時，應傳喚之。傳喚不到者，應行拘提。且得依第七十六條第一款及第二款之規定，逕行拘提。及依第八十四條之規定，通緝之。（四八四 II）

第六節 保安處分之執行

依刑法第八十六條第四項，或第八十八條第三項，免其刑之執行，第九十六條但書之付保

安處分，第九十七條延長或免其處分之執行，及第九十九條，許可處分之執行，由檢察官聲請法院裁定之。（四八五）

第七節 訓誡處分之執行

刑事訴訟法第四百八十六條明定，凡依刑法第四十三條易以訓誡者，由檢察官執行之。所謂依刑法第四十三條易以訓誡者，即雖受拘役或罰金之宣告，但其犯罪動機，在公益或道義上顯可宥恕者是也。

第八節 聲明疑義或異議及裁定

第一 疑義及異議之聲明

當事人對於有罪判決之解釋有疑義者，得向諭知該裁判之法院聲明疑義。（四八七）受刑人或其法定代理人或配偶，以檢察官執行之指揮為不當者，得向諭知該裁判之法院聲明異議。（四八八）

第二 聲明疑義及異議並撤回之程式

聲明疑義及異議，應以書狀爲之。（四八九）凡以言辭聲明疑義或異議者，爲法律所不許，蓋凡得以言辭聲明者，必限於審判時，聲明疑義及異議之裁定，不經言辭辯論，故無所謂審判時，自不得以言辭爲之。又聲明疑義或異議於裁判前，得以書狀撤回之。（四八九II）故撤回之程式，亦限以書狀。

在監獄或看守所之被告提起疑義之聲明，或異議之聲明，或撤回疑義或異議之聲明者，應經監所長官提出聲明書狀，不能自作聲明書狀者，應由監所公務員代作。監所長官於接受聲明書狀後，應附記接受之年月日時，送交諭知該裁判之法院。（四八九III）

第三 聲明疑義或異議之裁定

法院應就疑義或異議之聲明裁定之。（四九〇）即法院於接受疑義或異議之聲明書後，依書面審理，調查其聲明之當否，而分別爲駁回或闡明裁判之疑義，或撤銷或變更檢察官關於執行所爲之處分之裁定。

第八編 附帶民事訴訟

第一章 概說

第一節 附帶民事訴訟之意義

附帶民事訴訟者，即附帶於刑事訴訟，所提起之請求損害賠償之民事訴訟也。

按刑事責任與民事責任，其目的程序，均不相同，其所以必規定附帶於刑事起訴者，蓋犯罪雖為侵害公益，然同時亦有個人之私權被侵者，在此情形，如分別提起，固無不可。然此種情形，其個人私權之是否被侵，恆以刑事責任為斷，故其追訴犯罪，如與請求保護私權，合併審判，則不惟簡捷，且省勞費。此所以刑事訴訟法襲法日之例，而採用此新制度也。

第二節 附帶民事訴訟之訴權

附帶民事訴訟之權利，並非為民事訴訟法上之權利。蓋其雖同為刑事訴訟法所認刑事法

院之判決權，而爲刑事訴訟法上之法律關係。然內容實絕不相同。以一則在於確定刑罰權，而一則在於確定損害賠償請求權。

附帶民事訴訟權之拘束，有形式與實體二種：形式之權利拘束者，即無論是否具備訴訟要件，凡繫屬於法院之案件，法院即有審判之權利與義務。至實體之權利拘束者，即凡繫屬於法院之案件，如更具備訴訟要件時，於是法院對於原告請求損害賠償之當否，始有審判之權利義務。然其發生實體權之拘束，必具備左列之訴訟要件：

- 一、法院對於附帶民事訴訟案件，應有審判權，及管轄權。
 - 二、附帶民事訴訟之當事人，應有當事人能力，及訴訟能力。
 - 三、附帶民事訴訟之起訴，應合於法定之程式。
 - 四、提起附帶民事訴訟，應於刑事訴訟起訴後，第二審辯論終結前爲之。
 - 五、附帶民事訴訟之被告與刑事訴訟之被告須同爲一人，或爲民法負賠償責任之人。
 - 六、附帶民事訴訟之標的，須即爲因犯罪所受損害之賠償。
- 附帶民事訴訟既有訴權，則此種訴權，自必有取得與消滅。附帶民事訴訟權之取得，當在因

犯罪而侵害私權時。至其消滅之原因，則因民法規定之時效，因拋棄等消滅原因而消滅。

第三節 附帶民事訴訟之主體

附帶民事訴訟之主體者，即指附帶民事訴訟之法院原告及被告是也。按對於附帶民事訴訟有管轄權之法院，即管轄刑事第一審法院及第二審法院。故法院亦為附帶民事訴訟之主體。刑事訴訟法第四百九十一條第一項明定：因犯罪而受有損害之人，於刑事訴訟程序得附帶提起民事訴訟。對於被告及依民法負賠償責任之人，請求回復其損害。據此，則損害由於犯罪，故因此犯罪行為，而發生之損害賠償請求權之主體，乃為因犯罪而受有損害之人，即原告是也。其並不限於直接受有損害之人，自無疑義。

此外尚有刑事訴訟中之被告，及依民法須賠償責任之人，亦為附帶刑事訴訟之主體。關於附帶刑事訴訟之被告，立法例之學說有二：一為僅限於已經起訴之刑事被告，一為對於刑事被告以外之第三人，亦得以之為被告而提起附帶民事訴訟。現行刑事訴訟法，則襲刑事訴訟條例及舊刑事訴訟法之例，而明定對於被告及依民法負賠償責任之人，則採第二立法例無疑。

第四節 附帶民事訴訟應適用之法律

因犯罪而受有損害之人，於刑事訴訟程序，附帶提起民事訴訟者，其請求之範圍，依民法之規定。（四九一II）然此爲實體法適用民法之規定。至關於訴訟程序法，則除本編有特別規定外，準用關於刑事訴訟之規定。但附帶民事訴訟，如經移送，或發回，發交於民事庭後，應適用民事訴訟法。（四九四）且民事訴訟法關於左列事項之規定，於附帶民事訴訟準用之。（四九五）

一、當事人能力及訴訟能力 此以附帶民事訴訟之性質，原係私法上之權利關係，與刑事訴訟法不同。故必須有權利能力者，及能獨立以法律行爲負義務者。（民法第四十條第四十五條）庶得爲其處分行爲。

二、共同訴訟 除民事訴訟中之主參加訴訟以其性質無由發生外，此外關於民事訴訟中共同訴訟之規定，均得準用之。

三、訴訟參加 此即準用民事訴訟中之從參加指名參加及告知參加之各項規定。

四、訴訟代理人及輔佐人 此種規定亦得準用於附帶民事訴訟。

五、訴訟程序之停止 民事訴訟法規定訴訟程序停止之原因，在附帶民事訴訟，亦時常發生，故得準用之。

六、當事人本人之到場 此以附帶民事訴訟之原告，及依民法負賠償責任之人為被告者，均得委任訴訟代理人，在附帶民事訴訟法院，如認有訊問本人之必要者，則準用民事訴訟之規定，而命當事人本人到場。

七、和解 即準用民事訴訟法中訴訟上和解之規定。

八、本於捨棄之判決 此即準用民事訴訟法中法院本於原告於言辯辯論時，捨棄其關於訴訟標的之主張，而為原告敗訴判決之規定。

九、訴及上訴抗告之撤回 此種規定得準用於附帶民事訴訟。
十、保全程序 此種情形，於附帶民事訴訟，亦時有發現，故得準用。

第二章 訴訟程序

第一節 起訴

第一 法院之管轄

附帶民事訴訟，以其爲附帶於刑事訴訟而提起，故其管轄法院，亦卽刑事訴訟繫屬之法院，並無獨立之管轄法院，其提起，不問其在第一審法院或第二審法院均無不可，蓋其管轄與審級均隨刑事訴訟而轉移也。

第二 起訴之時期

附帶提起民事訴訟，應於刑事訴訟起訴後，第二審辯論終結前爲之，故在第一審辯論終結後，提起上訴前，不得提起，此爲刑事訴訟法第四百九十二條之所明定。蓋民事訴訟之所以得附於刑事訴訟提起，乃取其合併審判之便利，故必限於刑事訴訟之繫屬中，始得提起。至其於第一審辯論終結後，第二審提起上訴前，不得提起附帶民事訴訟者，蓋以第一審業已審理終結，無從合併。如欲合併於第二審上訴，則其提起與否，又不可必，故不許於此期間內提起。

第三 起訴之程式

提起附帶民事訴訟，應提出訴狀於法院爲之（四九六一）於此所謂之法院，當爲刑事訴訟所繫屬之法院。其起訴書狀，應準用民事訴訟法之規定（四九六II）卽表明左列各款事項：

（民事訴訟法第二百四十四條第一項。）

一、當事人及法定代理人。

二、訴訟標的。

三、應受判決事項之聲明。

且於訴狀內，應記載固定法院管轄，及其適用程序，所必要之事項。（民事訴訟法第二百四十四條第二項。）且宜於訴狀內記載各當事人，因準備言辭辯論，所用之攻擊或防禦之方法，及對於他造之聲明，並攻擊或防禦方法之陳述；（民事訴訟法第二百四十四條第三項。）

訴狀，及各當事人準備訴訟之書狀，應按他造人數，提出繕本，由法院送達於他造。（四九七）原告於審判期日，到庭釋明不能提出訴狀之事由者，得以言辭提起附帶民事訴訟，但被告不在場者，不在此限。（四九九）

第二節 審判

第一 審理程序

刑事訴訟之審判期日，得傳喚附帶民事訴訟關係人。（四九八）

附帶民事訴訟之審理，應於審理刑事訴訟後行之。但審判長如認為適當者，亦得同時調查。（五〇〇）

檢察官於附帶民事訴訟，毋庸參與。（五〇一）

當事人經合法傳喚，無正當理由而不到庭，或到庭而不為辯論者，得不待其陳述而為判決，其未受許可而退庭者亦同。（五〇二）

就刑事訴訟所調查之證據，視為就附帶民事訴訟亦經調查。（五〇三）

第二 判決程序

附帶民事訴訟之判決，應以刑事訴訟判決所認定之事實為根據。但本於捨棄而為判決者，不在此限。（五〇四）

附帶民事訴訟應與刑事訴訟同時判決，或於刑事訴訟判決後五日內判決之。（五〇五）
法院認為原告之訴不合法或無理由者，應以判決駁回之。（五〇六一）

認為原告之訴有理由者，應依其關於請求之聲明，為被告敗訴之判決。（五〇六二）

刑事訴訟諭知無罪免訴或不受理之判決者，應以判決駁回原告之訴。（五〇七第一項前段）

第三 移送程序

如以刑事訴訟諭知無罪免訴不受理之判決，而駁回原告之訴者，經原告聲請時，應將附帶民事訴訟移送管轄法院之民事庭。（五〇七一但書）

法院認附帶民事訴訟爲繁雜，非經長久之時日，不能終結其審判者，不問訴訟程序如何，得以裁定移送該法院之民事庭，上項移送案件，免納審判費用，又此種移送之裁定，不得抗告。（五〇八一 II III）

處刑命令與確定判決，有同一之效力後，應以裁定，將附帶民事訴訟移送該法院之民事庭。（五〇九 I）此項移送案件亦免納審判費用。（五〇九 II）且對於此種裁定，亦不得抗告。（五〇九 III）

第三節 上訴

第一 上訴之限制

刑事訴訟之第二審判決，不得上訴於第三審法院者，對於其附帶民事訴訟之第二審判決，亦不得向第三審法院上訴。(五一〇)以其附帶於刑事訴訟也。

刑事訴訟之第二審判決，經上訴於第三審法院者，對於其附帶民事訴訟之判決，所提起之上訴得不敘述上訴理由。(五一一)蓋可依其刑事訴狀而了解其附帶民事訴訟上訴之理由，故規定得不敘述，以免重複。

因刑事訴訟諭知無罪免訴或不受理之判決，而駁回原告附帶民事訴訟之訴之判決，如原告對之不服，則非對於刑事訴訟之判決，有上訴時不得上訴。(五〇七II)此亦以附帶之性質，乃謀合併審理之便利，故不許單獨上訴。

第二 第三審法院認刑事訴訟有無理由駁回而就附帶民事訴訟上訴所爲之判決

(一)第三審法院認爲刑事訴訟之上訴，無理由而駁回之者，應分別情形，就附帶民事訴訟之上訴爲左列之判決。(五一二)

1. 附帶民事訴訟之原審判決，無可爲上訴理由之違背法令者，應駁回其上訴。(五一二I)

2. 附帶民事訴訟之原審判決，有可爲上訴理由之違背法令者，應將其判決撤銷，就該案件，自爲判決。但有審理事實之必要時，應將該案件發回原審法院之民事庭，或發交與原審法院同級之他法院民事庭。（五一二II）

（二）第三審法院認爲刑事訴訟之上訴有理由，將原審判決撤銷，而就該案件自爲判決者，應分別情形，就附帶民事訴訟之上訴，爲左列之判決。

1. 刑事訴訟判決之變更，其影響及於附帶民事訴訟，或附帶民事訴訟之原審判決，有可爲上訴理由之違背法令者，應將原審判決撤銷，就該案件自爲判決。但有審理事實之必要時，應將該案件發回原審法院之民事庭，或發交與原審法院同級之他法院民事庭。（五

一三一）

2. 刑事訴訟判決之變更，於附帶民事訴訟並無影響，且附帶民事訴訟之原審判決，無可爲上訴理由之違背法令者，應將上訴駁回。（五一三II）

第三審法院認爲刑事訴訟之上訴有理由，撤銷原審判決，而將該案件發回或發交原審法院或他法院者，應併就附帶民事訴訟之上訴，爲同一之判決。（五一四）

第二審或第三審法院如僅就附帶民事訴訟爲審判者，應以裁定將該案件移送該法院之民事庭。此種裁定不得抗告。（五一五 I II）

第四節 再審

對於附帶民事訴訟之判決聲請再審者，應依民事訴訟法，向原審法院之民事庭提起再審之訴。（五一六）

刑事訴訟法通論終

(三十一)

第四編 通論

刑事訴訟法通論 (第一卷)