

宣統辛亥季春付印

檢  
答  
制  
度

程德全題



上海图书馆藏书



A541 212 0030 5346B

檢  
答  
制  
度

宣統辛亥季春付印

程德全題



機動裕

止耀

樞浩

江甯  
楊年



## 序

戊申春杪歸自東瀛時爲南海戴文誠公筦法部初覲京師各級審判造端規畫備具模型惟法律不完多部中現審舊貫是時奏定各級審判廳試辦章程一冊爲司法人員之圭臬大要範採日本兼裁判構成民刑訴訟手續爲一而多闕略不能貫徹參與規定之役率皆海外負笈之士削草尙頗完備但囿於吾國政治習慣民情惰力凡他國司法精神所寄聞皆芟除以趨簡易惜哉徐季龍廳丞方與開創京師地方審判廳之役未竟厥詣而升高等檢長每謂法律不備辦事尠依據即形式亦難漸進文明且以檢察職務同僚多未諳習臨事每有齟齬乃發起檢察研究會於京師法律學堂請之修律大臣沈敦老即以法律學堂教員擔任講演都凡一月歲事於是在京司法人員乃益諳知檢察職務余適以地方廳民庭推事得與會員之列即以講堂教授之語隨筆錄記非敢謂速記能盡其旨然自信絀漏尙少蓋檢察爲司法重要之職檢察得人裁判未有不公且平者曩在日本曾於書肆搜求檢察之書以資研討該國人士謂非獨立一種科學故無專門著述蓋散見於刑訴裁判構成法中現在籌設各級審判



廳鑽研司法之人所在皆是而檢察一門坊間亦無他本行世因亟取曩日筆述藁本囑雲陽蔣練騫別駕排比而纂輯之藉以餉遺世之問途於檢察職務者其於司法前途或稍有裨歟宣統三年三月中浣華陽鄭言倓忱識於金閶法院

## 編纂例義

本編係丁未冬間京師高等檢察長徐季龍先生所發起邀同京師地方以下各級推  
檢官開檢察研究會於法律學堂延請日本法學博士岡田松岡小河志田四先生以  
一月至短之光陰講授刑事民事行刑對外四種檢察制度諸博士就其專門擅長者  
分編講演洵爲研究檢察制度者唯一無二之本

本編爲江蘇高等審判廳廳丞鄭倓忱先生於聽講時筆述原本編纂者詮次其義分  
別配列於編中編末全書菁華尤在乎此

本編筆述精萃原本散見於頂批旁註或篇端句杪編者詳加尋繹衡其文簡而義近  
箋釋者繫之句中中文繁而義近推論或攷證者列之段末繫中者別以括弧（）列末  
者加以案字或例如並低二格以醒眉目間有講述所及引徵宏博出乎編義之外者  
亦併附列以供參稽

檢察制度各國均少專書四博士分授此編不惟檢察義法言之綦詳即審判職權亦  
因文見義惟編出四手章節體制頗多歧出編纂者僭加審酌或劃段爲章或斷章爲

節其款式分合高下務歸一律以符體例

編中所引條文僅載某國某法某條某項加以符號「」而不錄其文此皆各國現行法典閱者欲窺全豹原書具在自可參照

岡田博士主張豫審各節與吾國現行制度不符所引法院編制法各條亦多歧異蓋因此編之出適當法院編制法起草而未奏交憲政編查館覈定之初所引純屬草案凡於此等不符之處僭加附記以資說明

本編所舉西歷年月均按中國年代比較註明以便觀覽岡田小河兩博士畢業演說意頗殷肫且略示法學塗緒亦自可人特錄編末以昭原委而作紀念

編中附列識別法因關於司法作用甚夥我國具結等事輒取指頭箕斗是即識別法之一義岡田剖析微茫參以圖解亦頗精妙茲亦併錄於末以供研究

我國法權甫立檢察制度特具雛形此編之出或於司法前途不無小補但講述原涉簡單編纂亦出倉卒紕繆之處知所不免閱雅君子幸有以教之

編纂者識

檢察制度總目

第一編 刑事法與檢察制度

緒論

第一章 刑事訴訟之方式與檢察制度

第二章 法國檢察制度沿革

本論

第一章 檢察廳之組織

第一節 檢察廳之配置

第二節 檢察官之官等及俸給

第三節 檢察官之任免

第四節 檢察官之代理官及補佐員

第五節 檢察廳書記課

第二章 檢察廳之權限

檢察制度

檢察制度

第一節 概論

第一欸 檢察廳之事物管轄

第二欸 檢察廳之職務管轄

第三欸 檢察廳之土地管轄

第二節 公訴之準備

第一欸 搜查處分

第二欸 豫審

第三節 公訴之提起

第一欸 公訴提起之意義

第二欸 提起之辦法

第三欸 檢察官有無起訴不起訴之自由

第四欸 起訴之效力

第四節 公訴之實行

第一欸 第一審公判

第二欸 上訴通則

第三欸 控訴

第四欸 上告

第五欸 非常上告

第六欸 抗告

第七欸 再審

第八欸 再訴

第九欸 大理院專管案件

第五節 裁判之執行

第三章 事務章程及監督

第一節 檢察事務章程

第二節 檢察官之監督

第二編 民事法與檢察制度

總論

第一章 檢察制度之發達及意義

第一節 發達

第二節 意義

第二章 檢事局之組織權限及綱目

第一節 組織

第二節 權限

第三節 綱目

各論

第一章 檢事與民事訴訟

第一節 共力

第二節 人事訴訟

第一欸 婚姻事件

第二欸 養子緣組事件

第三欸 親子關係事件

第四欸 禁治產事件

第五欸 準禁治產事件

第六欸 失蹤事件

第三節 破產訴訟

第四節 訴訟上之救助

第二章 檢事與非訟事件

第一節 共力

第二節 民事非訟事件

第三節 商事非訟事件

附言

檢察制度



第三編 行刑法與檢察制度

通論

第一章 行刑之意義及其在刑事制度上之地位

第一節 行刑之意義

第二節 行刑與裁判須區別其所屬

第三節 行刑法令之規定

第四節 行刑占刑事制度一要素之地位

第二章 行刑之要件

第一節 要件之種別

第二節 實質的要件

第一欸 判決

第二欸 確定判決

第一項 上訴期間之經過

第二項 上訴之取下

第三項 上訴棄却之決定或判決

第四項 終審裁判所之判決確定

第五項 確定後之回覆權利手段

第三節 形式的要件

第三章 不能行刑之理由

第一節 概論

第二節 事實的理由及法爲的理由

第一款 死亡

第二款 不治之精神病

第三款 恩赦

第四款 時效

各論

檢察制度

第一章 死刑

第一節 死刑存廢問題

第二節 執行與不得執行

第三節 拘禁

第四節 執行之任務及拒絕

第五節 執行之實質的事項

第二章 自由刑

第一節 執行之機關

第二節 行刑之大綱事項

第一款 行刑之要旨

第二款 監獄之種類

第三款 監獄之監督及組織

第一項 管轄之所屬

---

第二項 監督之方法

第三項 掌管之官吏

第四款 收監之要件

第一項 證明入獄之文書

第二項 停止執行之種件

第三項 停止與中止

第四項 拒絕收監

第五款 拘禁之方式

第六款 檢束之方法

第七款 教養之事項

第一項 作業

第二項 教誨

第三項 教育

等八款 衛生之保障

第九款 請願及其他私權之保護

### 第三章 自由刑之利害

第一節 概論

第二節 防止濫用個人自由權利之利

第三節 使人服從國家公共秩序之利

第四節 過於偏信自由刑之害

第五節 防止濫用自由刑之弊

### 第四章 附隨於刑罰權之國家的保護任務

第一節 保護任務之必要規定

第二節 保護任務之擴張規定

第三節 英國利用監視制度之成效

## 第四編 檢察制度與對外關係

總論

第一章 檢察制度之沿革

第一節 英法派

第二節 歐洲大陸法派

第二章 各國檢察廳之組織及權限

第一節 組織

第二節 權限

各論

第一章 緒言

第二章 治外法權

第一節 名稱

第二節 沿革

第三節 意義

檢察制度

第四節 有治外法權之人及物

第一款 人

第二款 物

第五節 內容

第三章 領事裁判權

第一節 名稱

第二節 沿革

第三節 意義

第四節 內容

第四章 混合裁判所

第一節 名稱

第二節 沿革

第三節 意義

第四節 編制及權限

第一欸 土耳其

第二欸 埃及

第五章 在內國適用外國法與在外國適用內國法

第一節 國際私法

第二節 國際刑法

第三節 國際民事訴訟法

第四節 國際刑事訴訟法

第五節 國際破產法

第六章 國際的訴訟共助及犯罪人引渡

第一節 國際間之訴訟共助

第二節 國際間之犯罪人引渡

第一欸 條約



第二欸 犯罪人

第三欸 犯罪

第四欸 手續

附件

岡田畢業演說

小河畢業演說

識別法

# 檢察制度

日本岡田朝大郎口授

華陽 鄭 言筆述

雲陽 蔣士宜編纂

## 第一編 刑事法與檢察制度

### 緒論

#### 第一章 刑事訴訟之方式與檢察制度

刑事訴訟有二大方式一曰糾問式二曰彈劾式糾問式者不待他人起訴得由審判官審判刑事案件之方式是彈劾式者以他人起訴之案件爲限得由審判官審判之方式是（糾問彈劾不專在此用因日本翻譯刑事訴訟之方式始定此名詞）蓋糾問式者乃無告而理之主義彈劾式者不告不理之主義是也彈劾式亦有三種細別一曰個人彈劾式二曰公共彈劾式三曰國家彈劾式個人彈劾式者必待被害人或其親族起訴（如命盜案件）而後審判案件之方式是公共彈劾式者除未成年者有心

疾者婦女奴隸等之外其他不問他人皆得起訴（如對於國家對於社會犯罪）如由國民起訴即須審判案件之方式是至國家彈劾式則惟國家專有起訴權以由其機關起訴者爲限得行審判之方式是也

案公共彈劾式例如羅馬將軍出兵如有不當不法行爲人民皆得控告即公共彈劾式以全國有利害關係其對公罪彈劾是也羅馬法有所謂（*フキロム*）者即公開地（*ロストテ*）者即法庭是也公開地即一空地裁判官至空地而設一案即（*ロストテ*）如有公罪准國民赴告如裁判官准理則定一期裁判之此羅馬行彈劾式之方法也希臘埃及亦用之

希臘之用彈劾式者因國民不能盡通法律必覓一能言之辯士以起訴公共之罪（即*オヲトキレ*）此即開後來用律師之端矣

前述之糾問式及三種彈劾式於其時代縱橫經過及分合並無一定之原則其例如左

(甲) 經過 關於糾問式及三種彈劾式之經過法國碩儒*丹口*氏曾於其所著刑事

法要論中論個人彈劾式(第一期)乃未開時代之法其起源最早後則變爲公共彈劾式(第二期)又其後乃發生糾問式(第三期)至國家彈劾式(第四期)乃最終發達者此說雖似近理然實未必然也蓋多數之國其最初或並用個人彈劾式與公共彈劾式者有之或專用糾問式者有之或併用此三式者有之固無最初專用個人彈劾式之例(其理由俟講分合時言之)惟國家彈劾式爲最後發達之說實爲不可變更之事實但至今尙未採用此制者如英國是也

(乙)分合 糾問式彈劾式者非惟於其經過上無一定之原則且亦於其分合上亦無不變之原則也按犯罪有二大區別一卽以一個人爲直接被害人如謀殺殺傷強盜竊盜者是一卽不以一個人爲直接被害人而以侵害團體之利益爲準者如謀反(指內亂外患而言與大清律所用之謀反二字意義不同)瀆神(希臘羅馬代表全國之主必達神有毀其廟宇則謂之瀆神火羅馬之火神凡國民得分火神之火者皆爲羅馬國民故瀆神之罪爲對於羅馬全國之犯罪)背倫(卽姦非害羅馬全國之風儀罪皆無直接被害之人)等是但國家思想未開之際凡侵害個人之罪必須待個人

起訴而後審判之害團體之罪則必待團體員起訴而後審判之固不必其由何人行之者遂至有併用個人彈劾式與公共彈劾式之例此說似較得當考西洋上古史則知多半採用此兩種矣

案羅馬之公罪私罪與中國不同有直接被害之人爲私罪無直接被害之人爲公罪日本自輸入中國法律亦有公私罪名目其義與中國同其未輸入以前有天罪國罪名目與羅馬之思想正同

苟採用限於私人起訴之主義則或因恐懼（加害者勢力大）或因私慾（貪私人利益而私和）或因冷淡（謂已受害而放任）不卽起訴者有之雖有犯罪而不得行其審判個人彈劾式及公共彈劾式俱不免有此不便之處此不必考察歷史卽以中國情形論之已可概見故或關於一定之犯罪使被害人或其親族擔負起訴之義務（例如父母被殺子必起訴之規則）或由公共選定適當之人委任起訴之事務（常置起訴人如辯士是）或特派一定之人監督私人之訴訟或不待他人起訴由審判官用糾問式審判案件此等制度均由補救私人起訴主義之缺點而設檢察制度卽胚

胎於此主義之中此非歷史上之沿革卽該制度於法理上因欲完全行使刑事訴權代私人彈劾式及糾問式而自然發生者也

## 第二章 法國檢察制度之沿革

凡值犯罪之際或由公共起訴或由臨時公共所選定之人起訴此於古代已不乏其例如前章之所述者然現今多數國所採用檢察制度之發端實在中古之法國按之西史方西歷一千二百年代之末即宋末元初法國國王有所謂「代理人」者（如國王所用之僕人）代國王辦理其一身之上事務雖其初之資格無所異於私立會社之代理人其事務亦僅限於國王之私事後竟代國王赴審判廳提起其民事訴訟矣訴訟等之公務在昔本有「奉行」「地方官」「臨時高等法官」等稱號之官吏行之至是王之代理人得該官吏之許可遂有提起民訴之例

當時法國法制南北各異其趣南部依成文法令多採用羅馬法之主義北部則不用成文法令而實施其地從來之慣習法前所述代理人之思想本胚胎於羅馬法故一千三百十八年中元之延祐五年君臨北方之腓力弗第五世曾一時廢「代理人」制度復「奉

行」之制度（奉行者日本昔時所有官名如裁判官警察官之事務皆辨之）使行訴訟等之公務

案法之南北風氣不同其原因於政治地形不同故生此差異南部何以用羅馬法因羅馬分東西爲二西羅馬先亡經法國人占據因此法之南部用羅馬法因與西羅馬相近而北部則羅馬之勢力未及故用慣習法大約三百種之紛歧而不能一律故北部慣習不能統一

逮一千三百年之中葉「代理人」制度復蔓延於法國全部乃使參與訴訟特於有關刑事案件等得不由被害人之起訴於一定之情形（如命盜案件之情形被害者不出而起訴代理人則起訴之是也）使爲國家之機關行後世檢察官類似之職務遂成慣例此實於一千三百五十五年至正十五年一千三百六十七年至正二十七年元亡之歲一千三百

七十一年明洪武四年等所布告之條文中常見之雖然「代理人」制度非因此等布告同

時施行全國乃各地各以慣習漸次普及者也

一千三百年代之中葉「代理人」制度二次蔓延於法國（此言代理人之私人而變

爲國家官吏之理由（其事實上之理由乃以當日「奉行」之數少而職務日多因之國王一身使用人之性質一變而爲國家官吏之性質（因法國當時封建制度戰爭之事日積雖有司法官吏而無暇爲之因之代理人遂代官吏之職）其法理上之理由一在刑事訴訟方式之變更一爲王政狀態之遷移是也

刑事訴訟方式之變更者指法定証據主義之個人彈劾式爲自由心証及發見真實主義之糾問式所壓倒也前此法國所採用者爲法定証據主義之個人彈劾式依此方式之訴訟法非經被害人或其親族之起訴不得以刑事案件審判之（此指法定証據主義而言之）當依決鬥（在法庭上兩造決鬥）或探湯之類斷定原被告之曲直（當時法律非有一定之証據或口供不能決讞）故是時無肯就原告官之職爲刑事訴訟之當事者行決鬥探湯等舉動者（使官與被告決鬥探湯則此時代決無人爲檢察官者）其與檢察制度不能兩立也明矣且此法對於被害人（指原告）亦有所不便蓋前者既因犯罪受其損害及提起訴訟復須決鬥探湯若有不利則時或有誣告反坐之處分似此背理之法又烏能永久繼續之耶（以上言法定証據主義之



弊害)更由他方面觀之有起於羅馬之帝國時代依中古之寺院法而發達之自由心証及發見真實主義之糾問式存焉(羅馬分帝國王朝共和三時代糾問式起於帝國時代)此方式之訴訟法於案件之審判上不以被害人或其親族之起訴爲必要(非個人彈劾式)苟欲報知犯罪(不爲原告人而爲通告人)僅使其依告訴之方式退決鬥及探湯等類之法定証據而調查証人及証據物件力求藉此獲得自由心証捨形式的之裁判而取真實爲本之裁判彼此相較利害得失一目了然不知不覺之間法定証據主義之個人彈劾式遂爲自由心証及發見真實主義之糾問式所壓倒此王之「代理人」於刑事案件亦得有參與訴訟之情勢矣

案寺院法者即奉耶穌教之廟宇有管理訴訟事件之權起初不過人事訴訟如結婚生死親子離婚之類後則範圍推廣民法上之事亦管理之故其僧侶最知法律蓋其時戰爭甚多無人能從事文學惟僧侶獨能之故當時古語云士手劍僧手筆法國封建時代僧之行裁判也以羅馬法之羅馬式如自由心証發見真實主義行之

王政狀態之遷移者指因權力之集中變霸主之地位而爲國王言也（法國封建時代并無所謂國王）當時德意志之霸王常與大諸侯爭因此其勢權漸殺法蘭西則不然其霸王轉有推倒諸侯權力之勢在一千三百年代既目法蘭西霸王爲全法國之攝政及代表者變霸王其一身之事務即變爲法國之事務因此變化從前爲霸王一身之代理人者此時自帶有爲國家之代理人之性質從前爲作霸王私財所監督之收贖及沒收此時遂作爲國庫之收入而實行之矣

在西歷一千三百年代因訴訟方式之變化與王政狀態之遷移生爲國家官吏之代理人制度是爲檢察制度之第一期如前段之所述者但當時之刑事訴訟仍採用密行主義及書面審理主義之糾問式刑罰多用沒收及罰金故此國家代理人亦不似後之檢察官得提起一切之刑事訴訟以原告之資格而參與之不過爲監督贖金及沒收之執行是否正當確實起見而參與刑事訴訟耳

案檢查制度分爲三期密行主義者不許案外之人自由入庭而聽之也書面審理主義者據裁判官之下級官吏如司法警察所報告裁判官即據此以審理之

也現在所用則須原被兩造出廷口頭辯論而決其是非若書面審理則不須原被出廷也

前述之制度在一千四百年代之中葉尙未以成文法規定僅就實際上以慣例普及之而已一千四百年<sup>明永樂十一年</sup>之第五世之布告一千四百五十三年<sup>明景泰四年</sup>第六世之布告雖具有改良法律之宗旨而關於代理官制度之規則則未加入也

案東羅馬帝國之滅亡在一千四百五十三年當其未滅亡之先僧侶雖管理民刑訴訟此外亦設有專官

至一千四百九十三年<sup>明弘治六年</sup>之第八世之布告及同年之第十二世之布告亦僅加

入二三規定餘則委之於實際之發達

建一千五百年代始有成文法設與較後之檢察制度相似之職官名曰公共吏實等於今日之檢察官而其規定則一千五百二十二年<sup>明嘉靖元年</sup>一千五百五十二年<sup>同三十年</sup>

一千五百八十六年<sup>明萬曆十四年</sup>等數次之布告及至革命之時止有效力之一千六百七

十年<sup>康熙九年</sup>第十四世關於刑事之布告是也自是先設檢察官上下之階級一千三百

年代之中葉配置於上級審判廳之檢察官名曰總檢察官以下各級審判廳設相當之檢察官又有爲其補助之檢察官及代訴人等職

一千五百年代以後檢察官之主要之職務在實施刑事訴追（訴追者即公訴之準備提起實行）檢察官補監視訴訟之開始及進行全體代訴人專處理起訴之事務然職務之範圍決不止此除確保訴訟上之國庫收入外又代國家保障一般之公益擁護法令保護國民對於寡婦孤兒加特別之保護有時爲補終審審判廳推事之不足王命代訴人行推事之職且使爲與其性質全異之事如監視圖書館及法科大學檢查度量衡決定麪包代價并有干與純乎私事之例

前條所謂檢察官所擔任之刑事訴訟之權限比之今日制度尙多差異之點而爲法國今日制度之基礎者共和三年六月（名爲風月）二十七日之法律一千八百十年四月二十九日之法律及一千八百八十三年八月三十日之法律與其他附屬法令是也

案由法國發達之檢察制度除英國法系之外大概採用法國主義之檢察制度

今中國新定法律究竟應用法國法系之檢察制度與英國法系之個人彈劾之檢察制度此問題在第二章公訴之提起再詳言之

本論

案檢察制度者檢察廳之組織其權限及關於實施檢察事務之一切規則是即包有官廳組織及權限與事務章程故其順序之理由如此

第一章 檢察廳之組織

第一節 檢察廳之配置

法院編制法修正草案第八十五條「原案第二十九條」曰凡通常審判廳（管理民事刑事）應配置左列檢察廳

案法院編制法者即裁判所構成法因其名不甚諱當而易之蓋法院編制法包有檢察廳在內而裁判所構成法不能包檢察廳在內其範圍狹也此法起草於前年光緒三十三年今又少改易之送至憲政編查館明年可實施之包全國之裁判所

而言也

附記 岡田此編適當法院編制法起草之初故引用各條均屬修正草案與頒定法院編制法多所不符今仍其舊以存實也

第一 初級檢察廳

第二 地方檢察廳

第三 高等檢察廳

第四 總檢察廳

地方審判分廳高等審判分廳及大理分院配置地方檢察分廳高等檢察分廳總檢察分廳

一 審判廳必設一檢察廳似檢察廳爲審判廳附屬之官廳（因區域同一故與審判廳同設一處日本裁判所構成法裁判所附置檢事局附置二字非也）然審判廳管掌民刑訴訟案件檢察廳管掌檢察事務編制法修正案第九十四條「原案第五十條」曰凡檢察廳對於審判廳應獨立行其職務同第九十五條「原案第五十一條」曰凡各級檢察官不分如何方法不得干涉推事之審判事務及掌理審判事務可見

審判廳與檢察廳俱有互相不可侵之權限爲全然獨立之官廳也（現在有不得已之情形或檢察官代審判官而行其職務將來則斷不可不區分各別）

前述編制法草案尙未有實施力故直省中有另定試辦章程者

第八十八條 凡檢察廳之設立及廢止由法部酌核奏定其關於分廳者亦同但不  
得違第八十五條及九十二條之規定

第九十二條 凡檢察廳之管轄區域與各該審判廳同（前所揭二條之意義再述  
於第二章中）

第二節 檢察官之定員官等及俸給

編制法修正案第八十六條曰凡檢察廳置左列檢察官

第一 初級檢察廳置檢察官一員或二員以上

第二 地方檢察廳置地方檢察長一員檢察官二員以上

第三 高等檢察廳置高等檢察長一員檢察官二員以上

第四 總檢察廳置檢察廳丞一員檢察官二員以上

第八十九條 凡檢察官定員由法部酌核奏定

今法部尙未定一般員數官等及俸給故揭日本現行法以供參考

甲 日本檢事定員〔明治三十二年四月勅令第一百五十三號改正〕

大審院檢事局

檢事總長一人 檢事七人

控訴院檢事局

檢事長七人 檢事二十二

地方裁判所檢事局

檢事正四十五人 檢事九十五人

區裁判所檢事局

不置長 檢事二百九十二人

乙 日本檢事官等俸給

大審院檢事局

檢察制度



檢事總長 勅任二級俸

檢事 奏任二級俸乃至勅任三級俸

控訴院檢事局

檢事長 東京及大坂勅任三級俸或二級俸

其他勅任四級俸或三級俸

檢事 東京及大坂資深者一人奏任三級俸乃至勅任五級俸

其他奏任七級俸乃至一級俸

地方裁判所檢事局

檢事正 東京及大坂奏任一級俸乃至勅任四級俸

京都橫濱神戸長崎函館新瀉仙臺名古屋廣島及熊本奏任三級俸

乃至勅任五級俸

其他奏任五級俸乃至一級俸

檢事 其他奏任十一級俸乃至九級俸

區裁判所檢事局

檢事奏任十一級俸乃至九級俸

丙 日本判事檢事俸給金額表

勅 任 奏

一級	二級	三級	四級	五級	六級	七級	八級	九級	十級	十一級
五千兩	四千兩	三千兩	三千兩	二千兩	二千兩	二千兩	一千兩	一千兩	一千兩	一千兩
兩	兩	五百兩	兩	五百兩	兩	二百兩	兩	八百兩	兩	四百兩
兩	兩	兩	兩	兩	兩	兩	兩	兩	兩	兩

第三節 檢察官之任免

甲 檢察官之任用 檢察官登用試驗以與判事同為現今通例中國亦不得不然

法院編制法修正草案所豫定者如左

編第一百零六條 凡推事及檢察官非經二次考試不得任用

案編云者法院編制法修正草案之略詞也

第一百零七條 凡在直省法政學堂專習法律科三年以上領有卒業文憑或在

國大學或與大學同等之學堂專習法律科領有卒業文憑者可受法官登用考試  
在法科大學專習法律科領有卒業文憑者以經第一次考試論

考試法官登用章程由法部奏定頒行

第一百零八條 凡應第一次考試及第者分發初級審判廳及檢察廳學習以二年  
為限

學習推事應受管轄地方審判廳廳丞或推事長之監督

學習檢察官應受管轄地方檢察長之監督

第一百零九條 凡學習推事之品行性格管轄地方審判廳廳丞或推事長學習檢察官之品行性格管轄地方檢察長出具切實考語啟呈法部法剖鑒別其劣者得  
隨時罷免

罷免細則於考試登用法官章程定之

第一百十條 凡在初級審判廳學習滿一年以上者得由該廳監督官派令掌理特定司法事務但不得審判訴訟及非訟案件並管理各註冊事宜

在初級檢察廳學習滿一年以上者得由該廳檢察官派令掌理特定檢察事務但除第九十八條之時不得代理檢察官

第一百十一條 凡學習人員應第二次登用法官考試及第者作爲候補推事候補檢察官分發地方以下審判廳及檢察廳聽候補用

第一百十二條 凡爲直省法政學堂教習或律師歷三年以上者得免考試作爲候補推事候補檢察官

第一百十三條 凡候補推事及候補檢察官不拘年限遇有缺出即行奏補惟須先補初級審判廳推事及初級檢察廳檢察官如候補逾三年以上者遇地方審判廳推事及地方檢察廳檢察官出缺亦可酌量奏補

第一百十四條 凡地方以下審判廳或檢察廳遇有缺出由法部得於前條之限制內以候補推事或候補檢察官一時補缺

第一百十五條 凡有左列事項者不得爲推事及檢察官

一 因剝奪公權喪失爲吏員之資格者

二 受徒刑三年以上之宣告者

三 破產而未償債務者

第一百十八條 凡補高等審判廳推事及高等檢察官者須有左列之資格

一 爲推事或檢察官歷五年以上者

二 爲直省法政學堂教習或律師五年以上而任推事及檢察官者

第一百十九條 凡補大理院推事及總檢察官者須有左列之資格

一 爲推事或檢察官歷十年以上者

二 爲直省法政學堂教習或律師十年以上而任推事及檢察官者

第一百二十一條 凡前二條所揭年數停職及改職中不得算入

乙 檢察官之罷免 檢察事務不入於司法事務之內而入於行政事務之內故檢察官罷免之法有與他行政官不甚差異者然於實際上欲厲行檢察事務而鞏固

檢察官之地位不可無保障之法故中國法院編制法草案對於檢察官之地位俾

受與推事同等之保障茲列如左

案此較外國法律爲進步蓋檢察官雖係行政官使實際上不得如推事之受保障則安心以辦司法之事體者少矣

第一百二十二條 凡推事及檢察官如因精神衰弱不能盡職在外經高等審判廳廳丞高等檢察長察實會同提法使申報法部奏請退職在內由大理院卿會同法部奏請退職

第一百二十三條 凡各級審判廳及檢察廳如有更改或廢止時所有裁缺推事及檢察官法部奏請給以全俸遇缺卽補

第一百二十五條 凡法部對於推事及檢察官不得勒令調簡借補停職免職及減俸等事惟有左列情事者不在此例

- 一 關於第一百二十二條及一百二十三條所揭事宜者
- 二 係候補推事及檢察官尙未補缺者
- 三 懲戒調查或刑事控究上律例令其停職者
- 四 出於刑法之宣告或懲戒之處分者（懲戒處分即因品行不正而受懲戒裁

判者)

刑法宣告在日本謂附加刑中國刑律草案則謂之從刑

#### 第四節 檢察官之代理官及補佐員

補助檢察官而執檢察事務者有二種一則非檢察官而於犯罪上有與檢察官同一職權者一則承檢察官之指揮命令（如有緊急事故可用電話及口頭如關於搜捕及查封等則非有公式文書不可）而爲其手足者是也茲暫名前者曰代理官後者曰補佐員

案補佐檢察官之人有不盡係官者如日本之警部警視警部補等固可稱之爲官如巡查則非官亦檢查之補佐者故可稱補佐員不可稱補佐官也

甲 檢察官之代理官 關於此種官吏中國未有一定規則今以日本之例言之

#### 第一 警視總監

第二 除東京府知事外餘地方長官（即府知事及縣知事）等

雖非檢察官但於搜查犯罪上各在其管轄地內有與地方裁判所檢事局檢事同一

權限「日本裁判所構成法第四十七條」將來中國採用此類規則與否今日未得逆睹之也

乙 檢察官之補佐員 日本檢察官之直接補佐（一）司法警察官（二）司法警察吏（三）巡警（四）憲兵卒今中國採訂如左

編第一百零四條曰凡各檢察廳檢察官得調度司法警察各檢察廳調度司法警察章程法部會同民政部奏定頒行

以日本現行法言之左列各員應承檢事之指揮命令爲其補佐而實施司法警察事務搜查犯罪「日本裁判所構成法第四十七條」

第一 警視警部長警部警部補

第二 憲兵將校下士

第三 島司

第四 郡長

第五 林務官



第六 市町村長

第七 船長「但以海船之船長及船內之犯罪爲限」

關於搜查事務之說見第二章檢察官權限中

第五節 檢察廳書記課

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

一 往來

二 會計

三 文牘

四 錄供及編案

各檢察廳書記課宜酌置之錄事等官亦應據編制法所定

第二章 檢察廳之權限

第一節 概論

凡統治機關於實施統治作用皆有一定之範圍此即所謂管轄可分之爲三一曰事物管轄一曰職務管轄一曰土地管轄事物管轄者指因對象之性質及分量而定之管轄而言職務管轄者因執務之方向而定之管轄而言土地管轄者指因土地之區域而定之管轄而言檢察廳之管轄亦有此三種之別大略如左

### 第一款 檢察廳之事物管轄

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

案以下舉日本之例言之將來中國定檢察廳之事物管轄大概不出乎此日本之分類與西洋各國大略相同

甲 關於刑事訴訟檢察廳所管轄之事物爲公訴事宜及執行裁判事宜之二種（詳第二款職務管轄中）

案公訴者具體的確定科刑權之有無及其範圍之訴是也

乙 關於民事訴訟檢察廳所管轄之事物如左

例如郵傳部所管郵船電報則爲事物管轄而郵政之送達郵件之配置則職務管轄是也

第一 代表審判廳爲民事訴訟之當事者

第二 人事訴訟以特定之情形爲限爲其當事者「明治二十三年六月法律第

十三號人事訴訟手續法」

第三 禁治產宣告之請求「日本民法第七條」

第四 會同左記各項之人事訴訟

1 關於公之法人之訴訟

2 關於婚姻之訴訟

3 關於夫婦間財產之訴訟

4 關於親子或親子之分限及其他一切人之分限之訴訟

5 關於無能力之訴訟

6 關於養糧之訴訟

7 關於失踪者及相續人虧缺之訴訟

8 關於證書之偽造或變造之訴訟

9 再審

丙 關於非訟事件檢察廳所管轄之事物如左例

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

第二 干與商事非訟事件例如同法第一百三十四條第二百七條是也

第三 得會同外國人遺產之封印或開印之事「明治三十二年七月八日司法省令第四十號第四條」

丁 檢察廳所管轄之行政事務可細別爲二一係檢察廳內部之行政事務一係檢察廳以外之行政事務前者讓第三章說明之此但言以外之行政事務

純然行政事務以屬於檢察廳之管轄爲得策者雖直就其國其時之情形以爲損

益未可一概論定然如左記各項所揭者無論何國使屬之於檢察廳之管轄亦無不可

第一 對於不良少年令其受感化教育之命令並監視其實施之事（如私人所設之感化院檢察官雖不能指揮命令然不監視其實施之事則其方法之良否不可得知）

案監視實施之事如感化院有國立者有公立者然政府所立不如地方所立或有志者之私立尤妙何也外國人考究公立國立之感化院經費多而成績少因國立公立辦事之官吏不如志士之熱心也費不足國家資補尤妙

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

案大清刑律草案規定未滿十六歲不有責任能力故此講義案有實施犯罪行為之說此不負責任之說頗多反對之者然皆不知此立法之義因未滿十六歲之人雖犯罪而不有責任然非放任之亦須勒令受感化教育也

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

案使犯罪減少之方法有二一感化教育二累犯者之特別處分皆刑事政策之最要者

按此事務使悉屬之於警察官廳之處分則不足以昭慎重（因警察官辦事專用單簡敏捷因使不良少年受感化教育須審慎而不可輕率也）屬之於審判廳之管轄又有過於慎重之病且決定應否即提起公訴須就其情形考察者不尠故原則上似

宜屬之於檢察廳之管轄也

第二 對於懶惰之浮浪者勒令勞動並監督其實施之事

案減少浮浪者之根本辦法一爲教育之普及一爲經濟之改良外國所立公立媒介業務場不收他人酬謝或欲謀事者以一信達之卽予謀事亦減少浮浪者之一端也

浮浪者指無可支持生活之資產並不從事正業（正業者非道德所許可而法律所許可之醜業賤業亦可以正業二字包括之）者而言（有資產者而不從事正業法律上亦不認爲浮浪者惟既無生產又無正業者乃謂之浮浪者）可分之爲三種一不能執業者一不得業者一不欲執業者是也三種之分別即處分浮浪者之標準第一種之浮浪者（身體不具或有病）不可不設救濟場以保護之第二種之浮浪者（能執業而不能自己謀事者）不可不講求授產策以救護之）例如公立媒介場日本俗語謂之口入業私人所立爲己之念重不如公立之爲愈也）第三種之浮浪者（性情懶惰）不可不投諸勞動場以改良之而第一第二之事宜檢察廳無干與之必

要第三之事宜與前段關於感化教育所述同一理由似宜屬之於檢察廳之管轄也  
案西洋歷史與日本同而處分浮浪者亦頗費事羅馬時代曾有優待之法而給  
以衣食至中古時代亦有殘酷浮浪者之方法而合無數之浮浪者而殺之總之  
浮浪之人日多原於區別處置之法不得其宜耳以下三種特就浮浪者之情形  
治之根本治法國家能於道德財政上注意而浮浪者可減少之

### 第三 命令危險之精神病者之監置處分並監視其實施之事

案文明各國有精神病者犯罪均不負責任因其犯罪之事乃其病之作用故東  
西各國均有精神病院之設其監置處分等歸檢事任之

此事宜之應歸檢察廳管轄之理由與前兩段同

第四 從法律所定之區別干與對於推事之懲戒審判之事（檢事仍立於原告  
之地位與平日之行職務同）此點應參照日本判事懲戒法「明治二十三年  
八月二十日法律第六十八號」第十七條第十九條第二十五條第二十六條  
第二十八條第三十二條第三十八條等（案檢事如有不法不當無特別之懲



戒法亦用普通行政官之懲戒法日本如此中國將來或另定一檢事懲戒法亦可）

第五 從法律所定之區別監督律師之事此點應參照日本辯護士法「明治三十六年三月三日法律第七號」第九條第十九條第二十三條第二十九條第三十一條等

案日本各地方均有各地方之辯護士會某地之辯護士即應守某地辯護士會之章程而所屬地方檢察長監督之

將來法律日見發達人民不能盡知訟棍雖略知而多舞弊不如國家明許以法律爲業之人爲律師而適可以保護人民之權利

以上所述關於檢察廳之管轄事物列記應注意之點如左

甲 凡檢察廳牽聯審判廳所管轄之事物而實施檢察事務時不問其係刑事訴訟案件民事訴訟案件抑係非訟事件以由配置其審判廳之檢察廳檢察官擔任之

爲原則（參照第二章）

例如初級審判廳所管轄之輕微事則應配置初級審判廳之檢察廳檢察如重大之第一審歸地方審判廳則亦歸配置地方之檢察廳

乙 然檢察官乃上下合體而組織之一個檢察機關非如審判官之人各獨立也故由甲檢察廳着手之事務半途發見屬於乙檢察廳之管轄時不用管轄錯誤之辦法用案件送付之辦法可也由此關係觀之各級檢察廳之間謂其有分業之法而無純然之管轄亦無不可（可對照第三章之說明）

例如犯罪地在上海犯人逃至天津則天津爲犯人所在地北京審判廳不能管轄但批駁其訴狀而已如檢察廳則不然北京之檢察廳雖不能管轄而必將其文書送付於天津上海而後可以檢察廳本一個機關也

丙 關於純然之行政事務待法律之所特定始得知管轄檢察廳之所在按之日本現制律師之監督由其所屬地方檢察長行之懲戒判事之裁判由其判事奉職之裁判所之檢事局檢事干與之關於感化教育強制勞動及監督處分之命令日本尚無完全之規則但實際上似可用地方檢察長之命令

第二款 檢察廳之職務管轄

職務管轄者指因職務之方向（如何辦其職務之方法）而定之之管轄而言如前述審判廳於訴訟審判廳與執行審判廳及一審審判廳與上訴審判廳之間雖有判然之別而檢察廳則如就其事務管轄所述之情形關於職務管轄亦有分業之事而無純然之管轄之事但執務之方向得分類之如左

案訟訴審判廳與執行審判廳就民事訴訟而言刑事無之

民事上一定裁決之執行於區裁判所管轄之

甲 就刑事訴訟而言檢察廳應執之職務之方向關於其所配置之審判廳管轄之刑事案件之公訴得併準備提起實行與裁判之執行而分爲四種上訴事宜亦在實行之中詳本章第二節至第五節

準備

公訴  
提起

實行

三審制度

起訴

控訴

上告

乙 關於民事訴訟者如左

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

案檢察官爲被告者例如夫婦之一方對於他之一方面提起婚姻之訴訟而主張無効者被告當死亡時檢察官代其爲被告之類人事訴訟法尙未規定而關係於社會國家者最重

被告之地位例如審判廳購買物品而其代價不如賣主之意則可告訴審判廳而代表審判廳者則檢察官也故曰立於被告之地位

審判廳無債權債務之資格有之則國庫而已若於特別會計之範圍內亦可有之而以檢察官代表而已

債權者之原告在日本惟會計官吏有之而裁判廳不能但既許其有被告之資

格則不能不於特別範圍內許其有原告之資格此於會計法有密切關係此中國法院編制法所以勝於日本者

第二 干與人事訴訟時從法律之所定有爲原告時有爲被告時者

例如夫婦婚姻檢察官以爲違背民法主張其契約無效故可爲原告再如夫婦關係有無應取消或不取消不應取消而取消者則可以檢察官爲被告

第三 禁治產之請求時之當爲原告自不待言利害關係人不請求時檢察官代表公益而請求之

第四 會同民事訴訟時爲公益起見僅陳述其意見而已非爲原告亦非爲被告

丙 關於非訟事件檢察官有僅會同其事件而止者「例如日本非訟法第四十六條」有立於請求者之地位者「例如同法第五十一條第五十九條」有受通知而止者「例如同法第四十九條第五十二條」有爲抗告提起時者「例如同法第九十一條第九十五條第一百十條等」

丁 關於行政事務檢察官於可發命令之時不可不行調查與斷定及實施之監視

於判事之懲戒裁判宜實施恰如刑事訴追之行爲（該法第十七條以下）於律師之監督得會同律師會及行懲戒訴追

### 第三款 檢察廳之土地管轄

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

案外國之管轄區域皆以法律定之因法律必經議會協贊而管轄區域與人民之權利有密切關係今中國尙無國會則法律與命令如何區別尙無一定之點故便宜上則由法部奏定之

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

案緊急事宜如檢察官因臨檢何事而至其非管轄之區域內發見一現行犯

則亦可以拘捕而實行其職務

## 第二節 公訴之準備

檢察官之職務涉及民事刑事行政國際各法其範圍甚廣而常以關於刑事法爲其最重要者

案檢察官之職務關於刑事甚多以刑事非檢察莫屬也其關於民事國際行政視各國之法律如何亦可不屬檢察官者

關於刑事法之檢察事務以公訴事宜爲其中心公訴事宜之第一着手在提起公訴之準備上實施其必要之行爲

案證明犯罪適用刑罰之訴謂之公訴此非學問之定義不過簡便以解釋之耳公訴者此訴權專屬之於國家其所以屬於國家之理由讓第三節詳之

屬於法國法系之訴訟法準備公訴之行爲可分爲二一爲行於起訴前之搜查處分一爲行於起訴後公判前之豫審處分前者屬於檢察官之權限後者使屬於於豫審推事之權限（德意志日本皆然中國新定法律却不可盲從之）然檢察官提起公訴

之後於公判推事開始公判前另由豫審推事之特別常置之審判官實施豫審處分所得不償所失在外國有識者早主張廢止此制中國修訂法律館有鑑於此在外國名爲豫審之處分中國則採用起訴前使檢察官實施之方針故本節合法國主義訴訟法之所謂搜查處分與豫審處分說明之

例如有人犯罪經司法警察吏報告於司法警官再經司法警察官搜查之而報告檢察官始由檢察官報告豫審推事凡經三次搜查蓋豫審之事即搜查之事然豫審可用強制行爲而搜查不可用強制行爲此制根於法蘭西之歷史於法理上無何等理由因法之檢察官濫用強制行爲蹂躪人民權利故使檢察官無強制執行之權此在法國固有此等弊端是非法之咎而人之咎也不可以混同視之檢察官與豫審推事同一搜查行爲何以不任檢察官而任豫審推事此無理由之可言也

豫審推事之弊害者檢察官所搜查與豫審推事所搜查大概同一不過檢察官無強制力故有時檢察官借用其權力倘使此權力亦移之檢察官則豫審推事



可爲之事檢察官亦能爲之且被告有時願受公判而對於豫審之供訴往往於公判時全反之觀此可見搜查之事不免與檢察官重復因有此種弊害故豫審之事不如付與檢察官之爲當也

搜查處分歸檢察官而豫審之搜查則曰豫審此主義中國之刑事訴訟法不採用故合搜查豫審而言之

附記 頒定法院編制法及各級審判廳試辦章程所規定均以起訴前之搜查處分屬於檢察官之權限起訴後公判前之豫審處分屬於豫審推事之權限仍採法國法系即日德主義而岡田謂中國法律館採用起訴前使檢察官實施豫審之方針殊與不符蓋以此編之出係在編制法及試辦章程頒訂以前也然岡田反對法國法系懸抉其弊以下各節均本此反覆聲明並有所謂中國新主義者亦殊足以較利弊証得失也學者於此最宜注意

第一款 搜查處分

其一 搜查處分之定義

據法國主義訴訟法下定義時搜查處分者斷定起訴不起訴之必要上獲得其材料之辦法也然自中國刑事訴訟法所擬採用之主義觀之搜查處分不但斷定起訴不起訴又不可不謂爲斷定應否開始豫審辦法之必要上獲得其材料之辦法也或者曰搜查處分與豫審處分若俱屬之於檢察官豈此兩者竟無分別之必要乎不知開始豫審辦法時對於人及物不可不許用各項強制處分強制處分使他人受損害者不勘故值有罪之嫌疑其根據未深之際卽許用外國法之所謂豫審辦法（強制辦法）甚屬危險將來中國雖將搜查與豫審俱屬之檢察官之權限然其次序則擬待搜查處分既畢之後始實行豫審處分也

案立憲國家之大原則不妄蹂躪人民之自由亦不妄限制官吏之權利於其中而定爲法律此搜查處分當於嫌疑似深非深間定其辦法也

因搜查豫審合一則官之權力太大不免蹂躪人民權利立憲國家所不許之蓋宜用折衷辦法有罪之嫌疑未深則不許用強制辦法若既深則不妨用之一方面恐蹂躪人民權利一方面恐不得達也

其二 搜查處分之範圍

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

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

第二 有犯罪行爲時辨識其犯人

第三 辨識訴訟條件（即已經起訴而訴訟能否成立之條件）具備與否訴訟條件開列於下

1 有審判權（如有領事裁判權之人民中國之審判廳無審判權）

2 有管轄權（既有審判權尙須視其犯罪地與所在地之區域是否有管轄權）

3 有當事者能力（爲刑事原告之能力惟檢察官有之）（有無爲原告或被  
告之資格）

4 當事者或代理人有訴訟能力（可以有親身實施訴訟行爲之資格如小兒未成年應承繼財產是有當事者能力然不能親赴裁判所訴訟是無訴訟能力）

5 尙未有權利拘束（已起訴而未決定之情形（既訴狀態）及確定判決一事不再理非不准提起上訴之謂也於確定後不准再理之謂也）

以上五種非辨識之起訴不起訴不能決也

案前第四條件爲積極的條件第五條件爲消極的條件

第四 保全嫌疑人

第五 保全証據

實施以上各項事宜之限度當以辨識足以決斷應否開始豫審辦法及應否即行提起公訴之事實爲率

其三 搜查處分實施之方法

搜查處分爲辨識前段列記事宜起見原則上不許用強制處分蓋值有罪嫌疑之根

據未深之時務以不損害他人爲宗旨因此原則遂有左列之結果

或者謂刑事案件之搜查不可不用強制手段而實不然但須司法警察之學日精偵探之術日密則不用強制手段亦可

第一 經承諾時得使嫌疑人或証人同行至廳並訊問之

第二 經承諾時得實施蒐取証據所必要之一切行爲

第三 得照會公務所而求必要事宜之報告（日改刑訴案第三二八條）

於前段所述有一例外如遇緊急時當迅速處置之情節時於搜查辦法尙得加以強制方法且其情節可豫以訴訟法規定之現今之通例大略如左

第一 於現行犯人得即時勾引之

第二 証據材料如有湮滅之虞時得用強制方法以保全之（例如殺傷案件之血痕如房之主人欲掃去之可使警察官暫行封閉其屋是也）

此等細末之辦法均可規定於訴訟法

其四 搜查機關

搜查爲起訴之準備行爲故其機關當用擔任公訴事宜之檢察官然以有限之檢察官必不能實施無限之搜查事務不得不設代理及補佐人員此所以設置第一章第四節所記各官也

該節所述警視總監東京府知事外之地方長官等代理官於其管轄區域之內得享有地方檢察官同等之搜查權故非立於檢察官指揮命令之下爲其補佐也

反之司法警察官則當受檢察官之指揮司法警察吏亦當受檢察官及司法警察官之命令爲從事搜查各務之補佐員

案職權與官品不宜混同例如一二品之大員因事具訟於審判廳則推事雖五六品亦當受其指揮以日本論檢事有七品者而司法警察有則四五品者亦當因職權而受檢事之指揮故檢察官亦有命令權此官品與職權分別之例也更如貴胄有爵位者入伍充兵亦當服其佐尉之指揮此益足見職權與官品之不可合而不分也

檢察官與補佐員事務上所應遵行之辦法於各案件之情節不能豫定但大略如左

第一 由檢察官認知犯罪及犯人時得即實施緊急處分而後指揮或命令補佐員實施他之必要處分

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

其五 認知犯罪及犯人之徑路

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

第一 目睹現行犯

第二 非現行犯之發見

他動的認知之徑路者受自首告訴及告發是也

關於此等犯罪之通告可採用如左所列之規則

第一 「人」自首（由犯人所行）告訴（由被害人及其他有權人所行）告發

（由第三者所行）檢察官司警察官皆當受納

第二 「地」當於被告人所在地或自首人告訴人告發人所在地行之

第三 「方式」或用書面或用口述均可但吏員所告發者則當用書面至他之用口述以自首告訴告發者受理之吏員或其他之當該員當作調書（錄供文書）

第四 在親告罪於原則上當令被害人告訴之但當以法律規定此爲例外之情形

案親告罪者非由被害人或其他有權人行告訴檢察官不能提起之犯罪是也如姦通罪非本夫不能告訴侮辱罪非受侮辱者不能出爲告訴是皆檢察官不能提起公訴者

現在外國不因自首自白而下判決卽係犯人自首亦當調查證據而判之如罰金輕微之罪可因自白而判決如拘留以上則非自白可定其犯罪蓋真實情形非調查不可也

其六 搜查處分終結之辦法

終結搜查處分時宜行之辦法有四一曰搜查中止之辦法二曰送致於該當檢察廳



及其他官廳之辦法三曰開始豫審之辦法四曰提起公訴之辦法是也

承辦之主任

受命者……辦主任之一部分事宜

受託者……如天津檢察官託北京檢察官所辦之事是

一 搜查處分之中止 搜查之結果有左列各項之事實時即當中止其處分

1 被告之行爲不作爲犯罪者及全免刑罰者

2 既經確定判決者

3 犯罪後因改正法律爲無罪者

4 經恩赦者

5 因時效公訴權消滅者（就刑事法而言如公訴權行刑權因經過一定之

歲月而消滅此但指起訴權言之）

案刑事時效者因爲法定之期間既經過起訴權及行刑權消滅之制度是也

6 被告人死亡者

7 親告罪之未經告訴者及取消告訴者

8 被告人不服中國之審判權者

以上八種之事實有第一至第六者時全無續行搜查處分之必要（事實不的確亦可搜查）但關於第七及第八因其情形雖續行搜查處分亦可（事實雖的確亦可搜查）既經提起公訴時應由審判官命收取證據然檢察官之搜查權非因此消滅也故檢察官亦得行認為必要之搜查行為

案關於權利拘束既訴狀態可否消滅檢察官之搜查權之問題如下

二 送致該當官廳之辦法 搜查之結果有左列各項之事實時其案件應送致各

該當官廳

I 屬於他檢察廳之事物管轄或土地管轄時當送致其事件於該當官廳

關於此等情形有一應注意之點檢察廳之有事物管轄及土地管轄之規定係為分業之必要起見自其本來之性質言之檢察官乃合上下而為一體者故送致案件時不似審判廳之用管轄錯誤之辦法而用案件送致之辦法且行送致前一切緊急必要之處分不可不將報告一并送交當該官廳

2 案件若屬於軍人審判所等特別審判廳之管轄不屬於通常審判廳之管轄者則送交其官廳於此情形凡緊急必要之處分仍不可不由檢察官行之

3 案件係違警罪時送交管轄警察廳

4 被告人若不服中國之審判權（或因條約或因慣例或因有領事裁判權國之人民）有送致其所屬國之官廳之必要時不可不實施其辦法

案此等事本由警察官之送交若事已至檢察廳則檢察官亦當送致

三 豫審之開始 不用強制方法之檢查處分而獲得充分提起公訴之證據時可不行豫審直提起公訴如後段所述者然就實際考之非用強制方法不能搜集充分證據之時爲多是以復有准用強制方法開始豫審辦法之必要

在法國法系訴訟法之規則豫審由檢察官於提起公訴之後令豫審推事行之故於豫審所有強制力之命令原則上非豫審推事不得發之（但例外檢察官亦有發者）中國捨此主義擬採檢察官管掌豫審之主義故其方針於豫審開始之後與檢察官以得發有強制力命令之權力

檢察官於搜查處分移於豫審處分之辦法現雖爲起草委員研究之問題尙無成案但如左所記之方法似可採用

案搜查處分變爲豫審處分必有種種方法如下列是也

地方檢察官於搜查處分終結之時附自己之意見申報地方檢察長受其命令而後開始准用強制方法之豫審辦法

地方檢察長下不可開始豫審之命令時而與主任檢察官意見不合時可申報高等檢察長受其命令主任司法警察官告訴人及告發人亦同

初級檢察廳及地方檢察分廳若有監督檢察官則以其指揮開始豫審不開始豫審之指揮則申報地方檢察長受其命令若無監督檢察官則主任者專斷之其不開始豫審之處分司法警察官告訴人及告發人申報於地方檢察長受其命令

以上規則乃出於防濫用強制方法弊害與防拋棄豫審處分之宗旨者也

案主任檢察官得自由開始豫審與否之害有二

(一)得自由決定不開始豫審時或壓制起訴者而民冤莫伸

(二) 得自由決定開始豫審時或濫用強制方法

四 公訴之提起 檢察官依搜查處分提起公訴並實行之果蒐得十分之證據時則不開始豫審而直向其審判廳提起公訴若係屬於他審判廳之管轄時應送致於其廳配置之檢察廳如第二段所述

案此非豫審後之提起乃不經豫審而提起之公訴

司法警察官依搜查處分已達前段所述之情節時應報告管轄檢察廳使得據此起訴

第二款 豫審

其一 豫審之宗旨

豫審者爲提起公訴並實行公訴起見以蒐取其必要之材料爲宗旨之準備的調查也在法國法系之訴訟法於公訴提起後爲決案件應付公判與否行之（法國主義之豫審者其實質係搜查處分其形式係審判事宜因豫審歸判事行之）在中國新主義則於公訴提起前蒐取其提起及實行所必要之材料起見此兩者間所存之一

大區別也故由中國之主義言之豫審者不論於其實質於其形式全係搜查處分之繼續祇因其在許用強制處分之時期故有豫審之名耳

## 其二 豫審中檢察官之權限

搜查之結果有罪之嫌疑根據既深認為應提起公訴時由檢察官開始豫審處分既開始豫審處分時關於嫌疑人之呼出勾引勾留訊問檢證差押搜索證人鑑定人通辯人之訊問等爾來檢察官之權限與法國主義之豫審判事相等不可不帶強固之強制力

一 嫌疑人之呼出勾引及勾留 保全嫌疑人（保全者維持現狀之謂非保護也）之方法有三呼出勾引及勾留是也其中之呼出無強制力不過催其到場之命令而已原則上用書面名之曰呼出狀因此到場之嫌疑人應即時或其日之間訊問之以決其有監禁之必要否對於受呼出而不到場之嫌疑人或行再度之呼出或發勾引狀勾引之

日本改正刑訴草案第四十三條於左記各項之情形不行呼出直許勾引

一 嫌疑人係無一定之住居者時

二 嫌疑人有湮滅罪證之虞時

三 嫌疑人係逃亡者時及有逃亡之虞者時

是固當然之規則中國亦不可不採用之

勾引狀不僅有強制的引致嫌疑人之效力且有於一定之時間監禁嫌疑人之效力其時間通例甚短（日本現行法四十八時間）此監禁不過於其間調查有否勾留之必要故不必置長時間也

嫌疑人任意赴廳或因呼出並勾引赴廳時訊問之而發見有前段列記之情形時得發勾留狀勾留之因勾留狀之監禁其日期無限制

呼出狀勾引狀勾留狀記載嫌疑事件嫌疑人之氏名住居其他必要事宜主任檢察官及檢察廳書記署名捺印但呼出狀之外嫌疑人之住居不分明時不記載之氏名不分明時記載容貌體格及其他之徵表

呼出狀送達之因勾引狀及勾留狀之引致司法警察吏執行之執行之際或被勾

引被勾留之人有請求時以令狀示之引致於示定之檢察廳或監禁於監獄

案送達乃訴訟法專門之學送達有一定之規則呼出狀之送達應照訴訟法一定之辦法

如不帶令狀而勾引勾留人及令狀之形式不法如不署名不捺印之類許人民拒絕之所以保護其自由也如司法警察不法而用腕力人民亦可以腕力拒絕之不法之勾引勾留本人可不受司法警察之執行蓋官吏之處置未常不適法而必令人民之自知其勾引勾留之無不法不當也

嫌疑人之所在不明時由高等檢察長命其管轄地內之檢察官使發勾引狀搜查勾引之而受此命令之檢察官得造成多數之勾引狀分給多數之司法警察受勾留之嫌疑人按法律所定之情節得准保釋（由嫌疑人之親族請求之）或責付（由裁判所許行）

案中國事實上有之而日本則以法律規定

勾引以發勾引狀使司法警察執行之爲原則但關於備前述准勾引情形之現



行犯不可不設左記例外之規則

1 檢察官得用口述對於司法警察官或司法警察吏命勾引嫌疑人或有其必要時得親身勾引之

2 司法警察官不帶勾引狀直勾引嫌疑人或用口述而命司法警察吏勾引之

3 司法警察吏不待勾引狀及口述之命令勾引現行犯

4 普通一般人亦得逮捕現行犯人交付地方檢察官初級檢察官司法警察官或司法警察吏

二 嫌疑人之訊問 關於訊問嫌疑人不可不設大略左記各項之規則

案嫌疑人之答辯爲一種證據故訊問嫌疑人乃爲調查證據之一部分

以下非專論檢察官豫審時訊問嫌疑人之規則即審判官亦用之

1 最初訊問決其人有無錯誤所必要之事宜

2 次告以嫌疑之事由問有無欲供述之處並與以申告有利於自己事實之

## 機會

案裁判以發見真實爲宗旨如裁判官對於嫌疑人預存一犯罪之成見則爲形式裁判非足以發見真實也例如形式的裁判如司法警察吏謂其有罪司法警察官亦以有罪目之其調查亦偏於有罪一方面此形式裁判之害也

3 值訊問之際使檢察廳書記會合令錄嫌疑人之口供是曰豫審調書（即豫審調書之一部分錄畢應讀予嫌疑人聽如有錯誤應即改正）

4 訊問之際禁用威嚇詐言至於毆打拷責固在所嚴禁之例

5 訊問及供述原則上用口述之法但對於聾啞及能筆談之外國人用書面

三 檢證差押及搜索 檢察官開始豫審時爲發見事寔得臨檢犯所或其他場所並認爲有必要時得發掘墳墓解剖死體及寔施其他之處分

案此口供以外之證據

證據物及宜沒收之物得差押之但由有權者任意提出之物只領置之（領置無強制意）

爲發見證據有其必要時於法律所准之範圍內得寔施身體搜索及宅第搜索檢察官發命令狀得使司法警察官執行檢證差押及搜索等不問其親身寔施使司法警察官寔施均不可不使檢察廳書記會合之但無暇使會合時不在此限案多人臨場可以防弊且其證據較確

值檢證差押及搜索之際若認爲有其必要時由檢察官不可不通牒審判廳求推事之會同是雖法國訴訟法所無之規則然寔際上固甚便也

例如被害人死因毒發所致或他人所毒或自己所毒檢察官之搜索而作調書及推事調查證據又須檢驗設其死體已腐或利於速焚燬者不便寔甚故不如檢察官之求推事會同之爲得也

此時中國法律教育尙未進步其判案只憑推事之獨往獨來若將來法律智識普及而辯護人專與被告謀利益而主張法律與裁判官立於對抗之地位則知以上檢察檢證之必要也

四 證人鑑定人及通辯人之訊問等 證人者依訴訟法所定方式將訴訟外過去

之見聞對於當該官之訊問而爲其供述之訴外人是也鑑定人者依訴訟所定方式將審理中之現在事實對於當該官之訊問而爲其供述之訴外人是也通辯人者繙譯訴訟關係外之言語或代之談話之人是也

案供述關於過去之事實之見聞爲證人關於現在之事實供述自己之意見爲鑑定人此簡單意義如下定義乃法理之定義也

證人鑑定人及通辯人於搜查處分中公判中均有訊問並使用之必要多數之立法例除豫審推事公判推事之外對於此等人採用不許強制力及使行宣誓之規定然中國擬採用新主義之訴訟法既以豫審事務屬之檢察官之權限則對於此等人用強制力使行宣誓之權限亦不可不與檢察官也

凡有權之人命證人鑑定人到場者有三種義務

- 一 到場
  - 二 宣誓
  - 三 供述
- 行供述  
供述眞寔

有審判廳及檢察廳之命令時爲證人鑑定人通辯人恰與兵役納稅無異屬於立憲國民神聖之義務故對於無相當之理由而不到場盡宣誓供述真寔之義務者法律上科以一定之制裁同時又爲不使蹂躪國民自由之必要上依訴訟法設種種之限制此現今立憲國之通例也

案不到場有不到場之罪不宣誓有不宣誓之罪不供述有不供述之罪如僞證罪是供述不真寔之罪皆法律上之制裁也

何以謂之義務因司法事宜非獨官可辦了必有專門智識乃不至有冤抑立憲國家尊重人民人民之國家思想觀念甚重故於爲證人鑑定人亦如納稅充兵役之義務以鞏固司法權以保護人民之自由也

### 其三 豫審終結之辦法

檢察官行豫審蒐取嫌疑人有利不利一切之證據有左列情形時當爲不起訴之決定

1 有罪之證據不十分時

2 嫌疑事件不爲罪時

3 犯罪後因改正法律爲無罪時

4 經恩赦時

5 因時效公訴權消滅之時

6 親告罪未經告訴時並註銷告訴時

7 嫌疑人不服中國審判權時

案上所列情節即公訴提起後亦當停止

前段爲不起訴之決定應由何人與之耶若一任主任檢察官之獨斷他人全不干與時有濫用其權限之虞故由主任檢察官申述意見由監督檢察官（初級檢察廳及地方以上各級檢察分廳如置二人以上檢察官以資深者一人爲監督檢察官）或地方檢察長與此決定對於初級檢察廳一人之檢察官所獨斷之不起訴之決定可由主任檢察官司法警察官告訴人告發人等向上級檢察廳爲再議之請求

案此段規定防檢察官獨斷專橫

在左列情形不可不採辦法中止之處置

1 嫌疑人死亡之時

2 關於同一案件既經公訴之提起時

案既提起公訴推事有強制權檢察官復行搜查處分必與推事大相衝突

右第二之情形若有必要時仍有實施搜查處分之事但不可不設其強制權不得

與推事強制權衝突之規定

左記情形應將案件送付當該官廳

1 屬於他檢察廳之事務管轄或土地管轄時

2 屬於特別審判廳之管轄時

3 因條文或慣例應送付外國官廳時

案在上各項情形之外則檢察廳對於配置審判廳當為公訴之提起

第三節 公訴之提起

第一款 公訴提起之定義

公訴者指具體的斷定科刑權之有無及範圍向審判廳所爲之請求而言以此請求權屬之於被害人或其親族時名之曰私訴權或訴權然以之屬於公共之時則當有公訴權之稱在近年之法律思想凡犯罪皆因害國家之公益成立（害國家之公益有同時又害私人之私益者固不待言）故訴權專屬於國家此公訴之稱所由來也案抽象的斷定科刑權之有無者修訂法律屬之不問何人有殺人竊盜即科以殺人竊盜之罪也

具體的斷定科刑權之有無者對於一定之人有一定之行為處以一定之刑罰故裁判屬之求具體的斷定科刑權之有無即爲公訴之提起

公訴權屬於國家人民自有自由告訴然人民告訴不過通知犯罪之事實不認其有起訴權有起訴權者獨國家此檢察官制設立之精意也

訴訟之提起者使審判廳干與案件之行為是也故公訴之提起者係指使審判廳干與一定刑事案件之行為而言



案刑事案件者應由檢察官提起公訴而生既訴狀態也

### 第二欸 起訴之辦法

公訴果由何人提起耶如前所述犯罪之被害者必爲國家故有公訴權者亦不得不得爲國家因此設名爲檢察官之機關使之行使公訴權檢察官非公訴權之本體乃代國家行使此權之機關也

公訴應於如何時期提起之耶在法國主義之訴訟法搜查之結果認爲得蒐取有罪證據之望時關於較重之罪依起訴而求豫審關於較輕之罪可因起訴而直求行公判然在中國擬採用之新主義則置豫審於檢察官之權限內故經搜查處分或豫審處分之結果自信蒐得足以維持公訴之材料時始提起公訴可以直求公判但公判開始前或開始後得由審判廳命特定之受命推事行證據之蒐取固不待言

案法國主義檢察官以爲稍有有罪證據即可提起公訴而求豫審由豫審推事再行搜查證據中國新主義則必經檢察官詳細搜查確有證據然後提起公訴行起訴用何方式耶原則上用書面行之例外上應許用口述於此後之情形審判廳

書記不可不作成其記錄

於書面或口述之起訴須指如何事宜耶公訴乃具體的斷定科刑權之有無及範圍之請求故不可不表示左列事宜

第一 指定一定之被告人

第二 指定一定之犯罪事實

第三 指定爲起訴根據之證據材料

第四 指定刑法之適條

案日本改正刑訴法始加入適用此二條

中國主義以豫審歸檢察擬規定此二條

第五 原告檢察官及會同豫審之檢察廳書記自署官職姓名蓋印

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

第三款 檢察官有無起訴不起訴之自由（此爲訴訟法上之一問題）

檢察官經搜查處分或豫審處分而對於一定之嫌疑人認爲有有罪之根據時必須提起公訴耶抑猶得決定不起訴耶有二反對說一曰便宜主義一曰勵行主義

便宜主義之說曰檢察官之提起公訴固出於使審判廳處罰嫌疑人以保護國家公益之宗旨故雖認爲有有罪之根據而因起訴審判處罰等項轉有害國家之公益時有不起訴之自由此非就私情言寔就公益上起見此日本寔際所行之說也即由日本之法觀之已非正論之解釋論

案便宜主義使檢察官如有不行起訴之權乃與有立法權限則行政官之權力太大於法理爲不合

勵行主義（法定主義又曰勵行主義）之說曰以某某行爲爲罪否據刑法既有一定之規則非檢察官所能變更有否爲罪之行爲此乃嫌疑人既成之事亦非檢察官所能變更不拘有有罪之根據謂檢察官仍可以不起訴是無異於檢察官有動既成之事寔變更既存之法律之權限於法理爲不合既有有罪之根據則檢察官非起訴不可專從法理上觀之便宜主義不如勵行主義之正當已不煩言而解茲更進一步

從寔地上考此兩主義之利害得失以決其取捨  
自寔地上觀之便宜主義有一得一失例如對於一定之人提起公訴而於內治或外交之上反生重大不便之處處罰之損不足以償起訴之利（例如國家當戰爭時方處危急有一人與國家有安危關係如因毆打人而犯小罪在檢事亦必提起公訴則於國家戰爭上有莫大之影響）於此情形若採用便宜主義得自由決其不起訴寔爲寔地之利益此其一得也然此殊屬少數例外之情形若採用便宜主義則於通常多數之情形上長檢察官或主任檢察官時有濫用職權不起訴之弊害是其一失也前此日本亦嘗受其弊害蓋無爲少數之例外利益不問通常多數弊害之理此便宜主義雖爲寔地起見亦不可採用者也

案檢察官得自由不起訴者不過於內治外交上偶然之事若濫用職權亦爲不法蓋便宜主義不過百年一遇未可據此以妨害國家人民之安全若徒藉口証據不足而不起訴罪人則於法理不合矣

前所述便宜主義之說不可與檢察官所有之事寔認定權（與便宜主義之曲解法

理者不同）混視便宜主義云者蓋雖有有罪之根據亦有不起訴之權故如曲解法理雖寔地上有不當之者而檢察官依搜查及豫審訊其蒐集之材料爲尙不足以之提起并維持公訴而決不起訴固屬其權限之內但藉口於材料未足故意決不起訴者爲不法更不待論（檢察官有起訴之義務最正當）

案便宜主義所說在於爲有不起訴有罪人之權故此說法理上寔地上俱不得當若因蒐查之証據材料不足而不起訴則爲事寔認定權於法理無不合也

#### 第四款 起訴之效力

提起公訴之後則既訴狀態（日本民事訴訟法用拘束權利字樣）之效力發生既訴狀態之效力云者指如左所列四種之法律關係而言

因公訴審判廳與原告官及被告人（合此三者總稱爲訴訟主體）之間成立訴訟關係

第一 審判廳對於公訴當與以終局之裁判（即本案與裁判脫離關係之裁判）茲所謂終局之裁判者如左所列五種之判決是也

案裁判分本案之裁判與本案前之裁判二種本案之裁判例如非管轄之裁判  
本案前之裁判雖有裁判而案未了結例如屬其管轄之裁判是也

1 管轄錯誤之判決

2 得證明後指定刑罰之判決

3 不得證明時無罪之判決

4 經確定裁判時刑罰廢止時刑罰全免時經大赦時及時效經過之時免訴  
之判決

5 無親告罪之告訴註銷時公訴之提起不適法時在既訴狀態時其國無裁  
判權時屬於特別裁判所之裁判權時及被告人死亡之時棄却公訴之判決

第二 審判廳對於公訴所指定之「人」且限於所指定之「人」當行審判（例如  
檢察官提起公訴謂某甲殺人審判官不能對於某乙而行審判）但自原告官  
對於一定之人提起公訴則審判廳當審判之同時以適用不告不理之原則對  
於不受起訴之人不得行其審判

對此原則通例認一例外如經起訴案件在審理中發見不經起訴之共犯人且不及待檢察官之起訴時（例如在起訴後公判前受命推事當行其準備的調查之際發見共犯須應急審理）得臨時行應急之審理是也

第三 審判廳關於公訴指定之「事實」且限於所指定之「事實」當行審判（例如對於被告某甲之殺人案件）至公訴所指定以外之專件不得審判者亦不外適用不告不理之原則

審判廳惟於公訴所未指定事件不得審判而關審理之方針事實之認定法律之適用等不拘束於原告官之意見

### 案審理方針

- 1 調查證據物
- 2 調查證人
- 3 命令鑑定（必須事實認定然後擬律）

對於本號所謂原則通例亦認一例外即在審理中發見被告人未經起訴之別罪時

不待檢察官之起訴得行應急的之處置

案民事訴訟對於貸金之訴訟裁判官祇能下貸否之判決刑事訴訟則不然刑事訴訟則職權審理是也

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

案檢察因嫌疑人有罪而始提起公訴若因調查證據而發見無罪亦可主張無罪非以檢察官但必主張有罪此不可不注意之點

日本改正刑事訴訟草案第二百零三條新設第一審之辯論開始以前得註銷公訴之規定是或於他實地有更利之處蓋既經開始辯論而後註銷轉許多周折不便甚矣

#### 第四節 公訴之實行

公訴之實行者實施於使審判廳終結其公訴案件上所必要之訴訟行為之謂也依第一審控訴審上告審等審級如何其辦法各不同又有非常上告抗告再審再訴及



關於大理院專管案件等特種辦法

案公訴之提起者引起審判廳干與訴訟行爲也

實行者則使審判廳完結行爲也

第一款 第一審公判

凡行公判除定數之推事相繼出庭（繼續出庭不換人審判）之外檢察官（不必一人自始至終出庭）及審判廳書記亦須出庭背此原則之裁判得依上訴求註銷之被告人不出庭時於原則上不付行公判（有例外法律上準用缺席裁判）被告人於公判庭不受身體之拘束但得置看守人

案身體不受拘束恐其意思不自由發表此原則也但爲防逃走及暴動當置看守人

審理應處重刑之犯罪人「曰改刑訴第二百五十九條以死刑或無期徒刑爲限」時必置辯護人辯護之宗旨在計被告人之利益防禦不法或不當之攻擊無檢舉其不利益之義務同時不准曲庇被告自不待言

案中國用強制辯護更宜推廣於死刑無期徒刑外加入一等有期徒刑  
強制辯護者非置辯護不行公判之謂也

辯護人之設因原告有檢察官保護檢察官學問閱歷必非被告能與相抗故設  
此制以補助被告使兩造立於對等地位也蓋辯護人專為防檢察官及審判廳  
之不法不當之行爲為宗旨非曲庇被告為宗旨

在左列情形無辯護人之選任或出庭時除以審判廳之職權外檢察官亦得請求其  
選任

- 1 被告人係未成年時
- 2 被告人係婦女時
- 3 被告人係聾者或啞者時
- 4 被告人係有心疾之疑者時（真有心疾則公判中止）
- 5 因被告案件之情節認為必要時

公判庭之開閉及維持法廷之秩序俱屬審判長之權限

公判庭於原則上不可不公開之

案公開主義規定於憲法凡密行裁判皆非公平裁判以不經衆人聞見也

值開庭之初（公判之順序第一審如是上訴亦大略相同）(1)先由審判長對被告人行足以知其人有無錯誤之訊問(2)次由檢察官陳述被告案件之要旨（例如言某日某人有竊盜案件請求裁判）是即爲口述辯論開始之時期（凡刑事案件未有口述辯論時得取銷其案件）(3)繼由審判長就被告案件訊問被告人（例如向被告訊問某日犯某罪否）(4)此訊問既畢後行調查證據（勿論被告供認與否皆要調查證據與中國供認不同）調查證據一一分別行之每一件之調查畢問被告人之意見（訴訟法有例外犯極短期與極少罰金之罪供認後不行調查亦可蓋供認非有力之證據也）(5)被告人之訊問及證據之調查由審判長之陪席推事及檢察官白審判長後得訊問被告人及証人(6)由檢察官或被告人有新證據調查之請求時審判官先決定其許否(7)調查證據之後由檢察官關於事實及法律陳述其意見是日檢察官之論告(8)被告人對於檢察官之論告得爲答辯論告與辯答得反

復之但最終必使被告陳述（各國大原則）(9)口述辯論依被告最終之陳述閉之  
但有其必要時得再開之

### 第一審 判決之種類如左

案單獨制由推事一人下判決合議制則由合庭議後然後下判決

1 管轄錯誤之判決

2 科刑之判決

3 無罪之判決

4 免訴之判決

5 棄却公訴之判決

### 第二款 上訴通則

不服第一審之判決者得直赴近上級審判廳提起控訴不服控訴之判決得直赴上級審判廳提起上告合控訴與上告而曰通常上訴

案控訴之控字含有上告意在中國亦然如京控是也然日本之用控訴之控字

則但指不服第一審之判而上告者其意義較狹

通常上訴乃判決未確定以前之上訴如確定判決以後之上訴則曰非常上訴  
蓋通常上訴在裁判確定前非常上訴在裁判確定後

上訴由原告或被告均得提起而檢察官爲被告人之利益起見亦得提起上訴（如被告不應重罪而裁判官科以重罪則檢察官亦可提起上訴）

上訴須於期限內提起經過期限後所提起之上訴不問其內容如何却下之「日本改刑訴法第三一四條控訴期間七日第三三一條上告期間三日」但有特別之情節時與以期間回復之權（如天災不可抗力之事實發生時也如非常上訴雖期限經過亦可提起）

上訴不可不經由原審判廳而提出之

案因不服原審判廳之判決而上訴其必經由原審判廳者以有關係之文件可以提起原審判廳不能妨害人之上訴不特此也當判詞之尾必附以如不服幾日可以提起上訴如經第二審之判決亦必註明幾日內可以上訴此皆規定於

訴訟法爲一定之方式非然者則判決可認爲無效而破裂之無不可  
上訴權不問在期間內在上訴審理中得由提起者拋棄之拋棄上訴權於其時原審  
之判決確定

### 第三款 控訴

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

控訴得對於第一審判決之事實點或法律點並其全部或一部提起之者而有謂其  
性質爲第一審之覆審（就全部再審）或爲第一審之續審（如補審未竟事宜）  
爲實地利害起見乃採用續審主義而適宜略爲參用覆審主義之規定而後可（歐  
美採三審制度事實之爭至第二審而止）

案上告僅對於法律之點而上告若控訴則不論事實之點與法律之點例如某

甲於某日至某乙之家而竊取某物適用刑法之某條然某甲並無某日至某家之事是也

審理之序次於其大體與本第一項所述無異但第一審之被告人如爲控訴之原告人須先由原告陳述控訴之意也（如由檢察官爲控訴之原告則應由檢察官陳述控訴之意趣）

控訴審之判決有左列五種

- 1 棄却控訴之判決 提起控訴之辦法違法之時控訴理由不當之時及被告人提起控訴而於公判日不出庭之時與此次判決
- 2 註銷原判決與以相當之判決 控訴有其理由時與此判決
- 3 送還案件於原審判廳之判決 由原審判廳所與之判決謂管轄錯誤或可以棄却公訴者而其判不當時與此判決
- 4 由控訴審判廳行第一審之判決 本無管轄權而下第一審判決（即原

裁判所無管轄權而下判決）控訴審判廳以爲不當且自身有管轄權時採

此辦法

5 轉送案件於他管轄之第一審之審判廳 是爲2號所述判決之一種（

即原審判廳既無管轄權控訴之審判廳亦無管轄權是也）

由檢察官提起控訴公判之日被告人不出庭時不聽被告人之辯論而下判決

案此例外也原則必經兩造口述而下判決若檢察官之提起於被告人不利益而不出庭時認爲拋棄辯論之利益而下判決亦可

第四款 上告

上告者求註銷或變更第二審判決違法之點之上訴也事實點之不服不得爲上告之理由

案上告審爲統一法律之解釋而設之制度恐各審判廳間之解釋法律不同故也各事實之點則不問之

改正日本刑訴草案第三百三十三條在左列十種之情形者當然屬於違法可准上告



1 判事檢察裁判所書記未出庭而爲審判時（但有一不出庭皆是）

2 因法律被除職務之執行之判事干與審判時（如推事與原被告有親族關係之類）

3 判事有偏頗之虞被忌避既認其忌避之申請有理由而猶干與審判時（例如被告請求傳訊之證人於被告人有益者判事不肯傳訊則是有偏頗之虞）

4 除土地管轄外裁判所認其管轄或管轄錯誤而不當時

5 裁判所受理或棄却公訴而不當時

6 除有法律特別之規定外（如許用闕席裁判）被告人不出庭而行審判時（例如被告人咆哮有妨害辯論者可使之退庭）

7 照法律須置辯護人之事件（如死刑無期徒刑）其未出庭而爲審理時

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

9 違背關於公開審判之規定時（如於風俗有妨害應密行而不密行者或應公開而不公開者立開審判大概東西各國皆規定憲法中）

01 判決不附理由或其理由有齟齬時

案未列於此十種之外凡法律之點有應爭者皆得上告

提起上告當提出趣意書若在期間內不提出趣意書則上告當受棄却之決定（於趣意書之外得提出上告趣意擴張書）若被告人欲行辯論之時原則上當以辯護人到場上告審係辯論法律非被告人所能爲者

上告審之判決有四種如左（與控訴審之判決大概不差惟上告審之判決專以法律爲基礎）

- 1 棄却上告之判決 提起上告之辦法係違法者（例如上告書中不示上告理由）及上告無正當理由者（例如求事實點之註銷時）
- 2 破棄原判決之判決 上告有其理由時
- 3 用判決行相當擬律行免訴及棄却公訴之言渡 依原判決一定事實點

而原判決有擬律之錯誤時不當受於案件時

4 返送案件於原審判廳或廻送與原審判廳同等之他審判廳及返送於第

一審判廳之判決

第五款 非常上告

非常上告者於判決確定之後發見其審判之違法時由總檢察長（此特權）赴大理院求其更正之特別辦法也「日本改正刑訴草案第三五五條以下」

第六款 抗告

抗告者爲求註銷或變更審判廳之決定提起於近上級審判廳之上訴也許爲抗告之決定與不許之決定區別訴訟法定之

判決

裁判之方式

決定

命令

案決定者大都決定訴訟之辦法如被告請訊問証人或請按証人審判廳却下

而無理由以決定之方式裁判之類

第七款 再審

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

案現行法專爲被告利益改正案則不問被告之利益否但有列舉情形亦准其再審

1 發見證據物係偽造時

2 發見證言鑑定繙譯辯虛僞時

3 告訴人受誣告之處分時

4 發見關於推事職務之犯罪時（曲庇或陷害或受賄等與職務上之犯罪）

5 用前之判決爲基礎之判決因後之判決當受變更時（爲刑事判決之基礎之民事判決受變更時）

6 發見可爲無罪免訴棄却公訴較輕處分之明確證據時（如甲殺乙已判

罪後發見殺乙之日甲實出外

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

第八款 再訴

受免訴或棄却公訴決定後新發見反對之證據時限於情形准於原審判廳行再訴

第九款 大理院專管案件

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

第五節 裁判之執行

案裁判之執行即刑之執行蓋刑之執行乃裁判之執行中一種而已若無罪判決則當放免之

裁判有判決決定命令之三種又在判決有刑之言渡及無罪免訴棄却公訴等之言

渡此等各種裁判之執行中與檢察官關係最深者刑之言渡判決由該官執行是也  
案刑之執行乃裁判之執行中一種而已若無罪判決則當放免之

若有罪判決而不執行刑者因犯罪人當裁判未判決之先未受有罪之言渡而以嫌疑人之身分受拘留之日多併入刑期算之則當出獄故有罪之判決亦有  
不執行刑者

刑之執行中最重要者自由刑之執行是也自由刑者依檢察官之指揮司獄官（有時警察官）執行之

財產刑之執行依檢察官之指揮承發吏（日本曰執達吏）實施之

案承發二字岡田不贊成之謂承發二字但舉關於文書而言不能如執行送達之諦當也

### 第三章 事務章程及監督

#### 第一節 事務章程

編制法修正草案第九十八條曰 凡檢察官應從上官之命令

大理院審判第一審且終審訴訟案件與該案有關係之檢察官應從總檢察廳廳丞之命令

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

同第一百條曰 凡檢察官於必應時得代理所屬檢察廳檢察官

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

以上四條基於檢察官爲一體之原則爲得完全實施檢察事務而設便宜的之規定也

同第九十六條曰 凡通高等以下各級檢察廳之事務章程由法部會同總檢察廳奏定頒行

各高等檢察長據前次章程統一管轄內施行之之要務及布發訓令定開廳時刻總檢察廳本廳及分廳事務章程由總檢察廳自定惟實施前應申報法部

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

一 所屬檢察廳檢察官應行檢察事務之分定

二 所屬檢察廳檢察官之配置

初級檢察廳檢察事務之分定及檢察官配置由所屬地方檢察長行之

地方以上各級檢察分廳事宜由本廳長官行之

中國未設一般檢察廳事務章程可參酌日本明治二十四年九月司法省訓令第四百七號二十四條至第三十二條

## 第二節 檢察官之管督

編制法草案規定凡關於檢察官監督者如左所列

第一百六十一條 凡司法行政監督權之施行區別如左

第一 法部堂官監督全國審判廳及檢察廳

第三 各直省提法使承法部堂官之命監督本省審判廳及檢察廳



第七 總檢察廳廳丞監督該廳及各級檢察廳

第八 高等檢察長監督該廳及所屬之下級檢察廳

第九 地方檢察長監督該廳及所屬之初級檢察廳

第十 初級檢察廳監督檢察官或檢察官監督該廳之錄事書記生承發吏及司

法警察吏員

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

第一百六十二條 凡實施監督之權如左

第一 官吏於本職有怠弛者應警告之使勤慎其職務

第二 官吏於職外侵越者應警告之循守其本分

第一百六十三條 凡審判廳及檢察廳官吏如有怠弛及越職等事屢戒不悛或情

節較重者常用懲戒法處分之

第一百六十四條 凡前數條所列舉之司法行政職務及監督權不得徇個人之請

求而行

檢察制度

八九

檢察制度

# 檢察制度

日本松岡義正口授

華陽鄭言筆述

雲陽蔣士宜編纂

## 第二編 民事法與檢察制度

### 總論

#### 第一章 檢察制度之發達及意義

##### 第一節 發達

檢事制度發其源於法國（大概法律制度不發源於羅馬則發源於法國故檢事制度實發源於第二羅馬法之法國）羅馬及德意志之法源無之此通說也就法國言檢事初爲國王之代理者參與訴訟以圖國王之利益爲其職務（西歷十四世紀）至於現今爲國家之機關參與民刑事事件以圖公益爲其職務德意志及日本之檢事制度以法國檢事制度爲據英國之檢事制度則顯其固有之特色與法國檢事制度

異蓋以國庫之辯護士爲檢事於刑事則使提起公訴於民事則使參與離婚之裁判焉

案法國當十四世紀時國王之代理者參與訴訟以圖國王之利益要求罰金或要求增加不過爲國王之爪牙無所謂公益之代表至革命時代王室之權失墜故檢事之職中輟此時如有犯罪行爲由人民自行告訴然加害於人者未必能自己提起則新法律不能不生法國革命時代一切事務紛亂犯罪行爲居多故拿破崙乃復行檢察制度此時不但民事刑事即司法行政亦干預之因拿破崙欲使實行自己意思之機關後因拿破崙放逐而檢事之權縮小如現今檢事之職務是也總之世界日日進步人民之事務日漸發達則欲保護一切公益而委之人民斷不能行所以不能不以檢事制度爲重此無論日本及其他各國皆宜以保護人民公益而特立國家機關如檢察制度是也

羅馬法之時期約分爲三 第一時期公犯與私犯不分僅國事犯之顛覆政府則由議會處分如人民受損害則無相當之罪處分之 第二時期則有殺人罪

而犯罪之數少多如用第一時期之議會處分則恐不及因不如國事之簡單故又添出委員以報告於議會此委員臨時設立 第三時期如普通犯之對於名譽身體生命財產有犯者皆有罪此不待委員之處分也凡有人民告發則皆理之此時期殺人罪比於普通犯此委員常設此即羅馬裁判所之起原因此時代由被害者起訴由委員處理尙不以檢察制度爲要緊

德意志在酋族時代有兩種法一政府法一人民法如違反人民法則由共同部落共同而加以以制裁乃共同部落全體之制裁如竊人之物傷人之命則逐捕而送之共同部落加以相當之制裁由部落議決而政府執行之議罰爲人民之事行法爲政府之事執行之機關爲裁判所所以德意志最古之時代之裁判所爲執行之裁判所非司法之裁判所以後犯罪複雜始有裁判官府觀此則知當日并無檢察制度而其裁判所之起原則包執行在內也

英國以檢事總長辦理重大事務此外有刑事訴追者如有普通事件則至裁判所要求普通之裁判刑事訴追者并非專官不過以國庫之辯護士爲之至民事

則僅參與離婚之裁判 參與刑事者譯爲刑事訴追者參與民事之國庫辯護士譯爲女王之代理者此皆就實質而言如就形式而論則英國不能如法國日本之有專官形式上有檢事之名目也

總之世界制度可分爲兩種一設立檢察機關使辯護士爲檢察官法日本是也一不設立檢察機關使辯護士爲檢事英美是也

罰犯罪行爲有三主義一被害者之告訴二人民之告發三檢察官之起訴無檢察制度之國祇有前二主義

### 第二節 意義

檢事局因保護關於司法之國家利益而設（公益保護）且與裁判所在同等地位而獨立之行政官廳也檢事則爲組織檢事局之行政官吏分說於下（一）檢事局乃與裁判所在同等地位而獨立之行政官廳也故檢事無被裁判所拘束其自由者『裁構六』亦不得加於裁判之評議（此二項因爲獨立二字生出）（二）國家之利益當由國家自主張之故國家因此特設機關使行主張公益之任務即所謂檢事局

是也『裁構六』(第三)關於司法之國家利益涉於民事刑事及司法行政事項『裁構二六』故檢事局於民事則立於當事者之地位或僅陳述意見於刑事則爲公訴之提起實行及刑之執行指揮於司法行政事項則爲關於司法行政之指揮及監督機關

案凡司法事務不必事事皆與國家有益惟檢事專主張國家利益而設此與裁判所之設立因國家不能自行裁判乃設立之國家不能自己主張利益故設立檢事局以主張國家利益同也

判事檢事感情往往不洽此不獨日本然也凡採用檢察制度之國皆然此全在爲上官者之善於調和之如判事下無罪之判決而檢事不以爲然則性躁之判事必怒或檢事提起有罪之訴訟判事則下無罪之判決則檢事必至於提起控訴而判事與檢事則益不相洽矣

## 第二章 檢事局之組織權限及綱目

### 第一節 組織



檢事局之組織與裁判所之組織同有內部組織及外部組織兩點

案中國採用歐洲大陸主義此編就大陸主義講明之

(第一)今略說檢事局之內部組織則檢事局者乃於司法爲適當之共力之官廳非爲司法權行使之官廳此與裁判所相異之要點也(1)檢事局乃由檢事一人或數人而成之統一的單獨制官廳也故由檢事數人而成之檢事局檢事從上官之命令行其職權非檢事局之長官獨行檢事之職權其他檢事爲長官之代理者而行其職務也(2)各檢事局相合而成一體其首長爲司法大臣故組織各檢事局之檢事於其權限內代表成一體之國家的檢事局或總檢事局其權限內之行爲與司法大臣之行爲同視又各檢事局乃國家的檢事局之一部因事務分配而設之官廳即所謂檢事同一體或檢事局不可分是也(同一體不可分之原則如檢事長分配職務而使甲檢事辦天津事務乙檢事辦北京事務有時仍可自辦其事務或有使乙檢事辦理甲檢事事務而裁判所之長官則不能移甲判事之事務於乙判事此在法理所以使人民不疑心於裁判而保護裁判威信也與檢事局之性質大不同因檢察事務須敏活

行動不如裁判官之保其威信也）是以（子）各檢事局之長官有自辦理其部下檢事事務之職權又有以其部下甲檢事所辦事務移使他乙檢事辦理之職權（此與裁判所之第一部判事所辦之事不能移之於第二部判事辦理蓋法理上然也）而檢事又互有代理之職權『裁搆八三』（丑）檢事從上官之命令『裁搆八二』但違背上官之命令不過為內部關係僅生懲戒處分問題對於外部絕無影響因之無使裁判之無效者（寅）上官對於其部下之檢事有為指揮（如微罪勿起訴司法司法大臣恐因起訴而愈增煩難故命令之亦當遵守就法理言凡罪皆有起訴之權如微罪不起訴豈不於法理違背然過於察察微罪反至犯罪日多蝶瀆法律於國家之利益轉有妨害故不如微罪之勿起訴為得也）及監督之職權『裁搆一三四至一四一』

(3) 檢事之任用資格同於判事之任用資格然檢事非由刑法之宣告或懲戒處分祇不能反其意而免職非如判事之有法律上擔保也『裁搆八〇七三』又檢事之懲戒不據判事懲戒法

檢事參與（捕獲審檢）判事懲戒

（裁判）

〔辯護士懲戒〕

案日本裁判所構成法不知採何主義『觀裁判構六條』其採用日本法而定編制法者更不知採何主義觀日本裁判構成法亦彷彿採法蘭西主義至第三十三條若似採德意志主義中國若定法院法不可歧用此兩義如日本之構成法松岡學士則主用德意志為當謂如初級裁判之三人其實仍單獨制之各辦其事也

法蘭西主義

局

檢事  
檢事正  
檢事

各以其職權內有代表  
檢事局之資格

德意志主義

局

檢事  
檢事正  
檢事

惟檢事正有代表檢事局之資格  
其餘檢事不過為檢事正之補助

共同制度



此由一檢事 地方檢察廳

局分爲各檢 大理院檢察廳

事局非各成 高等檢察廳

一檢察局也 初級檢察廳

其所以分爲如許

之檢察廳者爲分

配事之便宜

此無論採用法國採用德國之主義固有不同而統一的機關單獨制之機關  
凡採用檢察制度者無不同也

檢察局雖有上位之檢察局可稱統一的而裁判所不能稱爲統一的故即區裁判所之單獨官廳而言其職務分兩面一行政事務受上官之指揮命令一本來職務之裁判事務不受上官之指揮命令與檢察局之單獨制之統一的不同  
再就日本之制言之其檢察局有檢事正及檢事二人而成之官廳則亦祇稱爲單獨制不如裁判所之數判事組織而成合議制也

(第二) 檢事局之外部組織即管轄分爲事物管轄及土地管轄(1)今略述檢事局之事物管轄則附置於大審院之檢事局由大審院檢事辦理其職務附置於控訴院之

檢察局由控訴院檢察事辦理其職務附置於地方裁判所之檢察局由地方裁判所檢察及附置於區裁判所之檢察局由區裁判檢察事辦理（此上可稱事務分配之規定）其職務『裁構二』（2）檢察局之土地管轄區域同於被附置之裁判所之管轄區域『裁構六』而檢察局各就其所管區域內應辦之事務互為法律上之輔助與裁判所無異

## 第二節 權限

檢察局乃於司法為適當之共力之官廳也司法事項乃裁判事項及司法行政事項也而裁判事項分為民事及刑事故檢察局之權限涉於民事刑事及司法行政事項（第一）民事乃裁判所因維持私法（私法指民法商法）的秩序適用私法據法定手續而處分之事項不可與民事訴訟法及非訟事件手續法適用之範圍同視（民事訴訟法及非訟事件手續法皆須通過議院乃能確保人民之權利）國家有於便宜上使就民事以外之事項據民事訴訟法裁判之者例如衆議院議員當選訴訟是就民事言檢察於裁判有關公益時參與裁判提出裁判所所不知之訴訟材料或陳

述意見或立於當事者之地位而爲訴訟『裁構六民訴四二并參照人訴非訟事件手續法』

案當事者之地位是否爲民事訴訟法中之當事者是否同一此亦一問題此研究檢察制度者不可不知就裁判所言檢察事是否爲原告就刑事被告人言檢察事是否爲原告研究此問題謂檢察事果爲原告則應與原告同列而不應與裁判官同列此坐位問題所以爲辯護士所主張謂檢察事既立於原告之地位則當與被告同列關於此學說有二

第一檢察事非當事者不過爲國家之機關如檢察事所提起之事項裁判官既判決之檢察事如有不服仍可提起不服之訴當事者則不能既經申訴判決不服裁判官之裁判而要求不服之訴此第一說所謂非當事者也

第二檢察事是當事者無論民事刑事訴訟凡訴訟成立必有利害相反之兩造故民事則有原告與被告刑事則有檢察事與被告是檢察事明明爲當事者

兩說比較第二說爲當因第一說所主張容易破之前說所謂檢察事可提起不服

之訴與當事者不同不知檢事所主張者爲公益使前之提起有錯而既經裁判決則正爲保護公益起見與私益不同故亦不妨爲當事者

坐位問題往往爲辯護士所主張蓋以檢事與裁判官并坐有獨居上風之勢若認爲即訴訟法之當事者則自當與訴訟人立於堂下也 此種問題要知檢事爲司法行政之機關則坐位之問題無足爭論

（第二）刑事乃裁判所因維持刑法的秩序適用刑罰法據法定之手續而處分之事項就刑事言檢事爲公訴提起及刑罰執行之機關而行其職務『裁搆六刑訴三二〇』

（第三）司法行政事項乃因使司法權行使容易而國家所爲之行爲凡關於裁判所職員之設備事務之分配職務上之監督及裁判所（建築物）之設備之事項皆是而司法行政之長官爲司法大臣大審院長控訴院長地方裁判所長及區裁判所監督判事又檢事總長檢事長及檢事正等皆監督其下級官吏『裁搆六一三四以下』

案監督統一司法辦法有二（甲）每年司法大臣召集大審院長及控訴院長以

及各地方法裁判所長商議改良司法之辦法商議已定由地方裁判所長及檢事正通知以下各級裁判所以爲商定所改良事項之豫備此種辦法中國斷不能行因地方寬大而交通不便也 (乙) 每年於控訴院長召集控訴院判事於控訴院中由檢事長報告一年中某案之判決不合其報告之案已經大審院所破決者經判事決議後以檢事之報告書與判事決議書合之以分送於各級裁判所使知其決議之事項并由檢事長隨時報告於司法大臣

### 第三節 綱目

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

案有判決之形式有強制執行之形式而保護私權者則爲訴訟事件反之無判



決保護之形式而爲保護私權者則曰非訟事件此兩者之區別也

各論

## 第一章 檢事與民事訴訟

### 第一節 共力

檢事關於民事訴訟之共力出於法國之檢事制度

(第一)據法國之法律(1)檢事於民事訴訟直接關於公益時(於公秩有利害關係時)立於主當事者之地位參與民事訴訟例如婚姻事件及禁治產事件是關於公益之時由法律上定之歟抑認爲包括關於公秩之一切之時歟(此兩說於檢事權限頗有關係使主由法律定之之說則檢事之權限縮小如以後說爲主則認爲包括公益之範圍特大就立法之精神論檢事直可不必干與民事蓋自當日拿破崙採用檢察制度而檢事參與民事之權頗大日本亦採法國之法故檢事之參與民事權利特大依余論之就各國之立法例論則檢事制度至今日殊可不必太廣也)法文之解釋上雖有爭議然以後說爲通『一八一年七月二十日法律』又此際國家實爲

主當事者檢事不過爲其代表而已其參與民事訴訟之形式在立於訴訟當事者之地位(2)檢事於民事訴訟間接關於公益時以附帶當事者而參與民事訴訟例如民事訴訟關於未成年者或妻之時是也『參照法民訴八三』此時由檢事之認定法律上並不一定又此附帶當事者之際檢事代表國家爲裁判之看守者或法律之番人(衛士如守衛法律之人)而參與民事訴訟其參與民事訴訟之形式則意見之陳述(直接關公益)或附帶之申述(間接關公益)也(3)檢事爲監督機關而監督裁判所且報告其錯失於司法大臣

案法蘭西以檢事爲政府之耳目以他國學說論則檢事爲政府耳目頗不妥洽使政府果有此權力其間接必害司法之獨立使檢事果可爲司法大臣之耳目則裁判官必仰其鼻息而不能獨立知此可知法蘭西檢事之權力也此法國檢察制度之大病也

(第二)據德意志民事訴訟法檢事(1)於婚姻無效事件禁治產事件及死亡宣告取消事件因維持公益代表國家爲主當事者而爲訴訟(2)於其他之人事訴訟事件即

如親子間之法律關係確定事件因保護公益參與訴訟陳述意見『德民訴六〇七、六三四、六四六、六五二、六六四、六六六、六八四、九七四』然檢事並無監督爲民事裁判之裁判官之職權（此改法國制度之監督裁判所者）此因若使檢事有如此之監督權則將害裁判官之獨立矣

案法國法律之長在發見好制度之多所以有第二羅馬法之稱德國法律之長在辨別制度之美惡而發見不如法國之多今日研究法律之進步者乃復研究德意志法律之美惡爲最新發明之學

（第三）日本民事訴訟法斟酌實際上之便宜舊來之慣習及法德諸國之法制於民事訴訟採用檢事之共力『裁構六民訴四二』茲將重要之檢事共力說明如左  
案參與民事訴訟之權力最小者惟英國不過離婚之訴訟而已

## 第二節 人事訴訟

人事訴訟乃關於婚姻事件養子緣組事件親子關係事件相續人廢除事件隱居事件禁治產事件準禁治產事件及失踪事件之訴訟之總稱但相續人廢除事件及隱

居事件與中國制度全然不同故略之

### 第一款 婚姻事件

婚姻事件（婚姻事件之範圍各國不同）乃以婚姻無效（無效如議定其姊而婚書書其妹）取消（日本約定年齡之婚姻過時者則取消）離婚（日本法律規定妻受夫之侮辱亦可提起離婚之訴訟）或夫婦同居爲目的之訴訟事件（種種皆規定於民法中之親族法）之總稱『人訴一民七七八以下八一三以下七八九』婚姻爲社會的生活上必要之制度國家就關於婚姻之各訴訟有利害關係故使檢事爲國家之代表者而參與婚姻事件

案婚姻制度善則夫婦之道不苦而傳種改良影響及於國家

1 陳述意見 檢事第一（得於一切之婚姻事件到場陳述意見（爲主當事者曰當事者爲附帶當事者曰意見陳述檢事之參與民事法律上僅此兩種而已）又得於受命（乃同一裁判所而命調查事件）判事或受託（非同一裁判所而命其調查事件）判事之審問時陳述意見『人訴五』此等意見之陳述不過爲檢

事之職權故不得僅因檢事不陳述之一事即以裁判爲違法然不因使檢事陳述其意見通知辯論期日或審問期日於檢事（此豫備使檢事陳述意見之手續則通知辯論期日審問期日是也）而遽爲裁判則於其裁判依檢事之共助至見他之結果時即作爲違法者（使不通知而未見他之結果亦不爲違法）例如因不爲通知不知檢事所知之事實而爲之裁判是也『人訴五德民訴六〇七』（第二）因維持婚姻事件即使却下婚姻無效取消及離婚之訴或因使爲夫婦同居之判決得以職權提出其所調查之事實及證據方法『人訴六』

案既使檢事參與民事訴訟則當養成於民事之檢事因此則關於檢事之數目必增多而爲國家財政之所不許

就今日財政論不能養多數之檢事則檢事以刑事爲專務而民事亦可不參與如必令參與民事必養成熟於民事之檢事而爲今日財政上不許者故一切婚姻事件苟不生他之結果裁判仍屬有效不得僅因檢事不陳述之一事即以裁判爲違法也

人事關係與刑事關係不同欲調查事件之詳實而複雜之關係又必因其報告而再加調查故檢事參與民事事件尤爲困難

## 2

當事者 檢事(第一)得爲原告以夫婦雙方爲被告提起婚姻取消之訴『民七八〇人訴二〇德民訴六三二』又於他人提起婚姻取消之訴時亦得參與其事而爲婚姻取消或維持之中述以追行訴訟手續或爲上訴但夫婦之一方死亡後不在此限(缺婚姻取消之必要)(第二)於婚姻無效或取消之訴有於應爲彼造者死亡後而爲彼造者夫婚姻無效或取消之訴由夫婦之一方提起時則其他一方爲彼造由第三者或檢事提起時則夫婦雙方爲彼造於夫婦一方所提起之訴彼造死亡於第三者所提起之訴彼造雙方死亡時則以檢事爲彼造(此檢事無論於兩方應爲相手方者而爲相手方因檢事於公益上應維持婚姻故)此因檢事於公益上爲婚姻之保護者故也『人訴二』

案因爲有此可以取消之婚姻存在則其中關係公益者頗多故檢事不能不參與之例如甲對於乙丙夫婦提起婚姻之訴訟甲可以隨意取下然有檢事爲當

事者則不必另行起訴可使訴訟之迅速進行蓋甲與檢事平行裁判官可據之以爲判斷故或裁判官據檢事之意見判斷與不就檢事之意見判斷或據甲之意見判斷與不據甲之意見判斷但檢事認爲公益之必要時仍可提起上訴婚姻無效就夫婦雙方之合意言不能就一面言之斷無夫婦兩方面夫之婚姻無效而妻之婚姻有效者例如原告之夫已起訴而死者則辯護士代之被告之妻已起訴而死者則以檢事爲被告如檢事以夫婦雙方爲被告而夫婦死亡時則以辯護士代之否乎條文上頗有疑義余則以爲不如使訴訟消滅可矣德國人事訴訟法夫婦一方死亡則訴訟消滅如因訴訟而負擔費用者對於死亡人之相續者而爲訴訟但限於費用 第三者對於夫婦而爲訴訟使夫婦雙方死亡則對於相續人而爲訴訟并訴訟費用此日本主義也德國則人已死亡則主張消滅日本則主張確定人事關係與德國不同

第二款 養子緣組事件

養子緣組事件乃以養子緣組之無效或取消或離緣爲目的之訴訟（例如以甲爲

養子而誤以乙爲養子則人違之事件即養子無效訴訟成立之理由也養親必要成年者如未成年者則養子無效或取消之訴訟成立之理由也養親虐待養子此離緣之理由也檢事於婚姻之訴但取消可以爲當事者於養子之訴雖取消亦不能爲當事者）事件之總稱『民八五一以下八六二以下』養子緣組爲社會的生活上必要之制度國家就關於養子緣組之各訴訟有利害關係故使檢事參與關於緣組之各訴訟而其大要與婚姻事件無異但檢事不得提起養子緣組取消等之訴『人訴二六二三五六』

案養子緣組之原因約有五端一祖先祭祀二家之繼續三財產之相續四慈善五慰藉歐洲大陸諸國養子之原因在慰藉起見日本養子原因爲家統起見此東西之異也

養子養親之制度乃出於法律上之擬制然其感情往往惡薄故現今國家有不採用養子制度者多數國家既不採用此制度則關於養子養親之訴訟爲檢事者必須詳細審慎以使其能達養子養親之目的否此陳述意見在今日爲必要





訟之理由也

案法律規定離婚以後非六個月不能改嫁所以恐與定父爲目的者相反也

認知以後私生子可以爲庶子不認知則祇可爲私生子國家設立認知制度所以使私生子不終於私生之名

上古時代財產關係夫可以婦及子爲財產雖處殺亦可

中古時代身分關係家族制度發達有家長身分至個人制度發達則妻有妻之身分子有子之身分

日本用家族個人兩制度并行故子有子之身分一方面又有家族之身分

1 陳述意見 檢事第(一)得於親子關係事件之辯論或審問期日到場陳述意見

(參照婚姻事件之說明) 『人訴三九五』第(二)得提起其所調查之事實及證據

方法『人訴三七』

2 當事者 檢事第(一)得以父或母爲彼造而提起以親權或財產管理權喪失爲

目的之訴 『民八九六八九七人訴三九二一至二三』第(二)以定父爲目的之訴

之彼造死亡後則爲其訴之彼造『人訴三九』（參照婚姻事件之說明）

第四款 禁治產事件

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

案禁治產事件與人之行爲能力有關係其影響於國家社會上甚大

學者謂非訟事件者以應否定後見人爲目的并無私權確定強制執行之辦法故曰非訟事件此等學說不以德日規定民訴中爲然

有一問題禁治產事件爲訴訟事件爲非訟事件乎德意志採兩種觀念規定於民訴日本採之甚妥各國立法要以便宜起見可也不必拘拘於學說因國家之立法不能照學者之議論此辯論之所以日多也

謂此爲訴訟事件者因禁治產事件在辦理上之便宜亦當用訴訟事件之方式故不妨規定於訴訟事件中對於禁治產之決定以前則用非訟事件對於決定

以後申述不服其以訴之方法則訴訟事件此主張一半非訟一半訴訟之說也  
因禁治產事件爭論則以非訟辦法費用少若有申述再用訴訟辦法此主張一  
半非訟一半訴訟之理由也

余亦以與私權確定強制執行之無關仍主張非訟事件第二說主張訴訟形式  
者爲訴訟事件者甚淺而無理由例如當選訴訟人無稱其爲訴訟者

1 意見陳述 檢事(第一)得於期日到場陳述意見『人訴四五五』參照婚姻事  
件之說明(第二)得提出其所調查之事實及證據方法『人訴六〇』

2 當事者 檢事(第一)得爲禁治產之申述『民七』又於他人爲禁治產之申述  
時得參與事件爲申述以助手續之進行『人訴四五五四』終結禁治產手續之  
決定裁判所以職權送達於申述人或檢事(非爲申述人時)『人訴五一』此  
因禁治產手續並不公行『人訴四四』故無宣告之必要又檢事不問其爲禁治  
產宣告之申述人與否而皆送達之者則因檢事如後所述得以申述不服也(第二)  
對於禁治產宣告之裁判自其決定生效力之日爲始得於一月之期間內以禁治

產者之法定代理人爲彼造而以訴爲不服之申述『人訴五二五五七七』此出於使爲鄭重之審理之法意也又對於禁治產申述却下之裁判自裁判送達之日爲始得於七日之不變期間內以即時抗告申述不服『人訴五四』此出於使終結迅速之法意也(第三)禁治產之原因已終時得申請禁治產宣告之取消『人訴六二』檢事對於取消禁治產宣告之決定得以即時抗告申述不服『人訴六五』又對於禁治產取消申述却下之決定得以禁治產者之法定代理人爲彼造而以訴申述不服『人訴六五六』但出於形式上之原因如對於因裁判所管轄錯誤而却下禁治產取消申述之裁判僅得以抗告申述不服而已『民訴四五五』案其他訴訟事件之決定以抗告申述不服對於禁治產之決定以訴申述不服此兩種之異不可不注意也

以抗告申述不服不必經口頭辯論以訴申述不服必經口頭辯論訴必用訴狀抗告不必用訴狀此又兩種之異也

尋常事件之手續則控訴上告抗告至人事訴訟事件則因抗告而訴由訴而生

出判決由判決乃生出控訴上告之手續

### 第五款 準禁治產事件

準禁治產事件乃關於準禁治產宣告及其取消之訴訟事件之總稱也『民一一至一三』準禁治產事件乃限制心神耗弱者聾者啞者盲者及浪費者之行爲能力而保護其利益之事件也於公益上頗有重大之關係故國家使檢事參與準禁治產事件其方法類於禁治產事件『人訴六七六八』

### 第六款 失蹤事件

失蹤事件乃關於失蹤宣告及其取消之訴訟事件之總稱也『民三〇以下』失蹤乃於法定年間生死不明之不在者因裁判上之宣告視爲死亡者之狀態故其宣告及取消與人之生死同爲重大之事項事關公益國家因使檢事參與失蹤事件焉  
案申述不服規定於民事訴訟法之中者最多茲僅舉關於失蹤之申述不服最重要者言之

#### （民訴（形式之規定）

- (1) 爲判決之裁判官有應迴避而不迴避  
(2) 不服之申訴必有利害關係人彼造即申

不服之訴

民法

此規定則實體的如失蹤仍在社會上活動出於實體的理由此原因之申訴不服則無期限其他則皆有一定之期間不服者亦可控訴上告

却下………以決定却下之不服時得抗告

申請

公示催告

- (1) 表示申請人之姓名……某人請某人之宣告
- (2) 戒示……使本人得中告與以定期之猶豫
- (3) 屆出……使他人知不在者可以來告
- (4) 期日……到一定截止之期日而無呈報者由裁判所行失蹤宣告之判決如辯論又不適當乃行辯論判決

以訴申述不服

1 意見陳述 檢事得就失蹤之宣告或其消取之申述述其意見且得於期日到

場故應以事件及期日通知檢事『人訴七四五四』

## 2

當事者 檢事無申請失踪宣告之職權此因檢事惟爲保護不在者之利益計而參與失踪事件不必使爲失踪宣告之申述以不利於不在者也『民三〇』又無提起失踪宣告取消之訴之職權蓋失踪宣告之取消以關於失踪者及利害關係人之利害爲主故也然對於失踪宣告之判決自利害關係人提起取消之訴時若爲彼造之失踪宣告申請人死亡則此後以檢事爲彼造『人訴七五二』（參照婚姻事件）

案失踪事件若提起取消之原告死亡時則由裁判所照婚姻之辦法選辯護士爲原告德民訴九七四條於此場合以檢事爲彼造與日本不同日本須起訴以後申請者死亡乃以檢事爲彼造德國則勿論起訴前後皆可以檢事爲彼造然則日本關於此種起訴之申請人死亡時則以申請者之相續人爲彼造不如德國辦法之佳

### 第三節 破產訴訟

破產訴訟乃以債務者所有之一切財產使其各債權者得平等償還之訴訟受破產



宣告之債務者即破產者被停止行使以名譽與信用爲基本之公權及私權所謂對於破產者身上之效力是也對於破產者身上之效力若使終破產者之身而不消滅則於社會政策上不得其當故日本及法國系諸國之破產法無不設消滅對於破產者身上之效力之方法即所謂復權是也復權之許否關於公益故國家使檢事參與申請復權之裁判手續以陳述其意見『商一〇五六』

案對於破產者之身上效力各國不同大概不能爲官吏議員總之關於名譽信用所受之制裁甚重

德意志法律有行於德意志全國者有行於各聯邦者故并無復權之規定

#### 第四節 訴訟上之救助

訴訟上之救助乃因當事者如非滅殺自己及其家族生活所必要之費用不得支出訴訟費用則爲保護其利益計准此等當事者暫時緩繳訴訟費用之手續也（救助之辦法有二）（一）免除（二）暫緩德日採暫緩辦法）其事關於公益故國家使檢事參與訴訟上之救助手續例如檢事於申請付於訴訟上救助之裁判前陳述其意見或對

於付與訴訟上救助之決定而爲抗告是也『民訴一〇一一〇二』

例如貧民不能繳訴訟費用而實有權利之可主張者故以救助之手續保護

日本救助檢事參與德意志則救助手續檢事不參與

檢事參與民法上之範圍究竟應廣乎狹乎此近今之問題也

## 第二章 檢事與非訟事件

### 第一節 共力

檢事就非訟事件而爲共力（共力者非使檢事干與裁判不過借檢事之力可以使裁判之辦法好也）乃日本法國及德意志之所一致者也然其範圍各國不同就德意志言檢事之共力範圍最狹就法國言其範圍最汎日本介於德法之間雖關於非訟事件之法令頗多（非訟事件手續法戶籍法不動產登記法船舶登記規則競賣法等）而其根本皆在於民法或商法故以分非訟事件爲民事非訟事件及商事非訟事件爲通例茲據日本之法律略述非訟事件與檢事之關係

### 第二節 民事非訟事件

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

1 意見陳述 檢事得就民事非訟事件陳述意見又得於審問時到場『非訟一

五』例如法人缺理事且因遲滯而慮有損害時利害關係人即如債權者等申請假理事之選任則檢事參與其事而陳述意見是也『民五六』

2 當事者 檢事對於裁判所有求關於民事非訟事件之裁判者例如法人與理事之利益相反時理事無代表權故檢事對於裁判所申請特別代理人（專代理此一時期）之選任『民五六五七』又不在者不置財產管理人時檢事對於裁判所申請為關於其財產管理所必要之處分之裁判是也『民二五』

### 第三節 商事非訟事件

商事非訟事件乃規定於商法之非訟事件其裁判關於公益故國家使檢事參與之

1 意見陳述 檢事得就商事非訟事件陳述意見又得於審問時到場例如裁判所對於非會社而於商號中用可示其為會社之文字之各商人處五圓以上五十

圓以下之過料時則檢事參與之而陳述意見是也『商一八第二項二〇七』

2 當事者 檢事得對於裁判所求商事非訟事件之裁判例如會社爲反於公秩之行爲時檢事對於裁判所求該會社之解散是也『商四八非一二四』

案非訟事件之關係緊要亦只於近十年爲然各學校中如非訟事件之講座尙無之今日學者方始注目將來發達必過於民事訴訟將來中國立法亦應注重於此

## 附言

自司法官廳所起之民事訴訟及對於司法官廳所起之民事訴訟由附置於其官廳之檢事局代表該官廳故檢事立於當事者之地位行其職務此因不過就國家立於一私人地位（例如審判廳與人買賣關係之訴訟則審判廳立於私人之地位）所爲之民事訴訟代表國家於公益問題絕無關係『裁搆一四二明治二五司法省令五號』又非訟事件之過料裁判檢事本於強制執行之規定而執行之『非訟二〇八』此不過規定裁判之執行方法於公益問題絕無關係

案過料之性質就今日學者之議論有三或曰秩序罰或曰行政罰或曰執行罰雖有強制執行之性質而過料不可以刑罰視之且不規定於刑訴之中者爲此秩序罰與刑罰混而爲一此舊派學者皆然然務要知此非刑罰之性質近來非訟事件日多則秩序罰亦日廣此不可不辨明性質也

登記法如法人之理事十日內不登記科料又十日又不登記又科料至三至四仍科料非如刑罰再犯加重也

# 檢察制度(行刑要論)

小河滋次郎口授

華陽鄭言筆述

雲陽蔣士宜編纂

## 第三編 行刑法與檢察制度

案行刑法在刑事訴訟法以爲一種特別法現今各國十分發達因期間短促不能詳言此其大略而已

### 通論

第一章 行刑之意義乃其在刑事制度上之地位

#### 第一節 行刑之意義

行刑云者乃指執行有一定職權官署所處斷之刑之行爲而言也行刑分爲二種一曰形式的行刑一曰實質的行刑行刑之本義原不獨限於裁判所(通常裁判所及特別裁判所)之所處斷者而已如執行據行政官署之職權所決定之刑亦當包含

之然本論之目的所謂行刑則專關於執行裁判所或有裁判所性質之行政官署所處斷之刑法罰耳

案以傷害加於犯罪人之身曰行刑有廣狹二義廣義之行刑凡行政官廳皆可行之不獨裁判所狹義之行刑專屬於裁判所

法制上之刑罰

刑法罰……………本論屬之  
秩序罰……………如暴動擾亂秩序  
紀律罰  
違警罰

第二節 行刑與裁判須區別其所屬

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

案以行刑歸於裁判所德意志行之然就法理言裁判本司法性質既分三權則

司法中不應有行政事務故法蘭西劃然分之

德國刑事訴訟法四八三條最下級裁判所一部分行刑事務歸裁判所管轄

### 第三節 行刑法令之規定

刑事訴訟法中之行刑規定多關於形式的行刑之事項其關於實質的則專歸監獄法及其他特別法規定焉『日本刑事訴訟法第八編德國刑事訴訟法第九篇』行刑之形式的或實質的事項規定於刑法中者亦非鮮少『日本刑法第十一條死刑第十八條五六七各項金刑第二一條未決拘留第二二條至第二四條刑期第二八條及第二九條假出獄等』且有採用特以關於行刑之重要事項規定於刑法上之方針者『意國刑法瑞士刑法草案（至近世刑事立法之趨向則似承認關於行刑之事項省之於刑法各自由刑之執行概讓特別法令規定焉）日本刑法和蘭刑法』案日本舊刑法規定行刑之事項頗多新刑法則不規定讓之其他之特別法和蘭行刑法概讓特別法之規定

行刑法之發達因監獄之圓滿而然如監獄尙未十分發達又無一種特別之法



規定之而以命令行刑往往易於變更故不能不規定於刑法之中如監獄諸法皆發達則刑法中又可以不必規定也

#### 第四節 行刑占刑事制度一要素之地位

立法(刑法)裁判行刑乃刑事制度之三大要素也其權能雖各有所異而其終局之目的則同必使三者整一合步而後始能全刑事制度之任務焉昔者惟知重立法裁判而不知行刑有相鼎立之關係其後採用自由刑爲刑之一種時始知有此關係洎乎自由刑之適用範圍漸次擴張於是因之而愈知行刑任務之重大終至於今日行刑竟占刑事制度一要素之地位焉

案從前刑法多死刑或身體刑或徒流刑甚屬簡單其執行刑法無論何人皆可行之至採用自由刑則行刑之人非有學問不可非有經費不可斷非無學之人所能故今日行刑之地位直與立法裁判相獨立爲一種之特別機關如監獄是也

## 第二章 行刑之要件

## 第一節 要件之種別

行刑之要件分爲實質的及形式的二種判決及判決確定則屬於行刑之實質的要件（日本訴訟法三百一十七條非判決確定後不能執行）

案德國火耳真特耳弗有言曰執行刑法爲實質的裁判不過形式的倘僅有裁判之形式而執行無實質適用之精神則裁判官亦爲虛設所以立法與裁判無行刑法則皆歸無用也

荷蘭刑法爲當今世界刑法之冠然自修訂草案至發布日期中間經五十年之久何也自一千八百二十五年制定草案時荷蘭人德天疊克謂政府不須問刑法草案之是否先問政府有此執行刑法之機關如相當之監獄是也荷蘭人因此語之感動經營五十年之久養成執行之官吏改良監獄之構造至一千八百八十一年乃發布此草案故今日世界改良監獄不得謂非此一語之嚆矢也此外法德意大利刑法皆爲世界之先而法蘭西之刑法尤爲最早因拿破崙好大喜功但以一完全之刑法宣示各國使他人皆知法國有此法律至其執行之機

關能否實行其刑法之精神則一概不問德意志意大利皆如此即日本去年改正刑法尤爲美備然其果否實行則不敢預期必之日本監獄非不改其弊尙且如此其他不能設備執行之機關者可不問矣

## 第二節 實質的要件

### 第一款 判決

有判決即宣告刑罰『日本刑事訴訟法第二〇三條及第二〇四條』而後始有執行刑罰之目的物故非證明具備此基礎的要件則無論對於何人亦不能行刑固不待言而明矣判決以限於帝國裁判所或與裁判所有同等職權之帝國行政官署所判決者爲本則在外國所判決據刑法『日本刑法第五條』除減輕或免除以外毫無爲行刑要件之效力也

案判決指本國裁判所及本國行政官所判決者如外國行政官則無判決之要件本國人民在外國犯罪已受外國之裁判執行回至本國裁判官仍可判決日本刑法第五條凡在外國犯罪裁判所可以減輕或免除蓋原則上不認外國裁

## 判之裁決也

### 第二款 確定判決

判決必係確定而後始生執行之效果『日本刑事訴訟法第二一七條』判決因(一)上訴期限經過(二)上訴之取下(本人取消)(三)上訴棄却之決定或判決(四)終審裁判所之判決而確定此外尚有以放棄上訴權認為確定之一條件者『德國刑事訴訟法第三四四條』然日本刑事訴訟法則不採用以放棄上訴權為確定判決之主義也案裁判所之裁決執行必有不得已之事由始俟上訴期間之經過日本必經過上訴期限乃為確定之一條件

然余以德意志之法為然本人既經放棄上訴權則不妨認為確定於實質上亦甚合宜如日本因未決拘留必俟上訴期限已過而後執行則其在監之日轉不如放棄上訴之日即為確定之日少就經費日期本人各方面不如德意志之法為善也

再如日本採用主義於猶豫行刑制度反生衝突如必俟上訴期限經過則欲行

猶豫行刑反使犯罪之人多拘留幾日不便執行故余以德意志之主義爲當

第一項 上訴期間之經過

上訴分爲控訴『日本刑事訴訟法第二章第二五〇條至第二六六條』及上告『日本刑事訴訟法第三章第二六七條至第二九一條』檢事及被告人對於判決皆可以上訴而檢事亦不妨爲被告人之利益而上訴『日本刑事訴訟法第二四三條』辨護人『日本刑事訴訟法第二四三條』法律上代理人『第二四四條』及其他訴訟關係人『第二四二條』亦有以代理或獨立之資格爲上訴之權有此上訴權者若經過法定期限不上訴時則判決遂生確定效力法定期限控訴時自判決宣告日始五日爲限『日本刑事訴訟法第二五二條』上告時則以三日爲限『第二七一條』但闕席判決之際在有故期間內即三日內『第二二九條』可以不稱有故即得上訴『第二五二條第二項』又因天災及其他不可避之事變經過法定期間時可以回復因經過期間所失之權利『第二四七條』

案德意志勿論上告控訴皆一周間

## 第二項 上訴之取下

上訴在其判決以前上訴者無論何時可以取下而取下時即發生判決確定之效力（未取下時判決不能確定）但檢事不能取下上訴『日本刑事訴訟法第二四六條』

案德國訴訟法檢事亦可取下然德國主義檢事爲被告利益而上訴者非經被告本人之承諾不能取下此見於德國刑訴三四四條

## 第三項 上訴棄却之決定或判決

在經過法定期間後之上訴由原裁判所以決定棄却之『日本刑事訴訟法第二五五條及二七六條』棄却即有使判決確定之效力但對於棄却之決定爲抗告時則不在此限對於控訴裁判所之控訴棄却判決『第二六〇條及二六一條』尙可以更爲上告而上告裁判所之棄却『第二八五條』則即生判決確定之效力焉

## 第四項 終審裁判所之判決確定

上告裁判所若認上告爲有理由時則宣告破毀其原判決之部分以其事件移於他裁判所『日本刑事訴訟法第二八六條』然若因擬律錯誤或違背法律受理公訴

而破毀判決時則不移其事件於他裁判所上告裁判所自爲判決『第二八七條』其判決爲終審裁判故即生確定之效力

### 第五項 確定後之回復權利手段

對於確定判決回復權利之法律的手段有非常上告及再審二種非常上告云者乃不問第一審第二審對於法律所不法之行爲而宣告以刑或宣告比相當之刑較重之刑時在法定期限內無上訴者於其判決確定之際有受上告之權之檢事據司法大臣之命或以其職權無論何時對於其裁判所要求其更正裁判之謂也『日本刑事訴訟法第二九二條』再審云者乃指裁判確定後檢事受刑之宣告者或親屬爲其人之利益所得用之救濟法而言也『第三〇一條至第三〇九條』

案要求再審之人雖條件不備監獄中不能不收惟其如此則執行之官吏如監獄皆不免繁難究不如使監獄者有審查之權免致求再審之人太多裁判所多棄却之勞監獄官多接收之累此兩便之道也

在今日之法制勿論何時均可提起再審倘此制度實行則死刑斷難實行何也

人當將就死刑則必要求再審裁判終必棄郤而監獄中不能不收而死刑又不能執行推此制度人人明法律人人皆不願死而要求再審者日多也

### 第三節 形式的要件

實質的行刑之效果雖與判決確定同時發生然非再加以具備一定之形式仍不能開始實行行刑也即在死刑時宣告確定之後檢事當速呈訴訟記錄於司法大臣俟有其命令時始能執行『日本刑事訴訟法第二一八條』其他之刑皆必要有檢事之指揮『第三一〇條』而自由刑則在指揮書以外尙要交付判決書『日本監獄法第十一條』所謂形式的要件即此是也

### 第三章 不能行刑之理由

#### 第一節 概論

對於一定之人之刑之宣告確定時國家即有對於其犯罪行爲處以刑且執行其處刑之權能也而實現此權能（形式的行刑）者即檢事之任務也然此任務不能常期其必行若有一定之原因則此任務不得不歸於不可能所謂不能行刑之理由者



即此是也

案有下列理由雖然判決確定行刑要件具備仍不能行刑者是也

### 第二節 事實的理由及法爲的理由

不能行刑之理由自其性質上可分爲事實的及法爲的二種死亡及不治之精神病屬於事實的不能之理由恩赦及時效屬於法爲的不能之理由

案時效如某種刑經過多少年不能執行是也

#### 第一款 死亡

處刑之目的物爲犯罪個人若犯罪個人在判決確定後死亡時則失處刑之目的物故自然使行刑之權能不能實現但權能本體尙依然存在則不待言矣此理由在執行金刑時亦以適用之爲本則其以金刑視爲一種債務判決確定後對於受刑者之遺產執行之規定『德國刑法第三十條』終不得謂爲合乎法理者也

案今日刑事制度之觀念專以犯罪之本人爲處刑之目的物如本人死亡則行刑之目的即不能達曩日行刑之目的不專在本人但有犯罪即須行刑而本人

之死亡與否不論焉此戮屍梟首之所由來也今日雖有解剖屍身之事然無有刑法上之性質此不過爲研究學問起見不獨受死刑者有之即非死刑與自由刑及不犯刑法之人亦有之然非可與戮屍梟首等視也

### 第二款 不治之精神病

受刑之宣告者在判決確定後罹不治之精神病時亦可爲使刑之執行不可能之理由也何則不治之精神病者永久不能自知處刑之意義終不能達處刑之目的故也案刑法之目的在感化改良其人而精神病之人并無知覺其犯罪亦出於不知感化改良亦無所施其技故刑法亦可不執行

就理論言之不執行精神病之理由不能作爲絕對的祇可作爲停止的因其人之病有時而瘳若以絕對的不能行刑法權多不能達其目的故現今各國均認爲停止的俟其人之病愈而仍可執行最爲當也

### 第三款 恩赦

恩赦者本於大權之放棄刑罰權之行爲也『日本憲法第十六條』恩赦（恩赦大

都規定於憲法之中）分爲大赦特赦及減刑三種大赦者在特別之際對於某種類之犯罪之赦免也不問在判決確定前後有消滅一切刑罰權之效果特赦者乃對於特定之受刑者（特赦必待裁判判決後）放棄其確定刑之一部或全部之執行權也（如監禁十年罰金千元有時免其罰金千元者謂之一部分有時并監禁罰金而全免者謂之全部分）減刑者亦係對於特定受刑者因大權而減輕其確定刑之方法也（此與規定於刑法中之減輕不同此種減輕由裁判官以君主之大權執行之）二者效力所及不過僅屬於行刑之範圍故對於大赦名特赦及減刑爲狹義之恩赦恩赦權得委任於行政官署德國本於赦恩權之委任以付條件恩赦之名採用猶豫行刑之制焉

案大赦可以使刑法之效力全然消滅如再犯則不加重至特赦減等則刑法之效力當然存在以後再犯則必加重此兩者之區別也

大赦非一國之主權者特別原因不能有之而特赦之原因則或因刑法之錯誤或因判決之過重或因不必要之事由種種有之者恩赦雖根於君主大權然亦

有可委任於司法大臣者

日本用特赦之處甚多一年多至數十起何也因刑法不完全之故如殺嬰兒罪係謀殺罪而其情形甚可憐者因貧而欲養父母不能不殺其難養之嬰孩故就法理論爲犯罪而又不能曲宥者此其一也又如偽造官文書之罪有因謀公益而偽造者依法理則爲重罪而事實則又有可原者刑法旣不能完全則不能不時用恩赦之法也假出獄與特赦減等不同雖不在獄內執行刑罰而其罪尙在不如特赦減等之變其犯罪之性質或竟取消其刑法權之效力此其異點不可不注意也

恩赦於法理不合使人生僥倖之心將來刑法進步此種可不用之

特赦之用太多於司法權之威信有害如德意志之特赦所用甚多如決鬥爲德意志之習慣甚有以軍人之資格而從事決鬥者在裁判所則判其犯罪在德皇時以大權特赦之因此決鬥之風日熾而不決鬥者幾無以保其軍人之資格而刑法權之信用幾爲所掩此特赦之弊也

第四款 時效

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

一 死刑判決確定之後經過三十年

二 無期懲役或禁錮經過二十年（德國制度無期懲役亦三十年與死刑同）

三 有期懲役或禁錮之時效十年以上者爲十五年三年以上者爲十年未滿三年者爲五年

四 罰金三年

五 拘留科料及沒收一年

案日本時效制度較獨逸稍寬

行刑時效之期間以自裁判確定之日起算爲原則若據法令猶豫刑之執行『日本刑法第二五條至第二七條』或停止（患病懷胎）執行『日本刑事訴訟法第三一八條之三及第三一九條第二項』時則自猶豫（猶豫期間不能進行時效）或停止終了之翌日起算『日本刑法第三三條』又在時效進行以後死刑自由刑因爲執行逮捕其人時而中斷金刑因執行徵收行爲時而中斷『日本刑法第三十四條』行刑時效唯免除刑之執行而已非有消滅刑之宣告之效果者也

案消滅刑之宣告二次犯罪不以再犯科之免除執行則二次犯罪當科以加重至猶豫行刑則唯初犯者行之此其不同之點也時效制度英國行之最多時效制度之理由有二

(甲) 犯罪者逃避既歷三十年之久其所受之苦亦多刑法之作用亦不過如是故既經三十年而可不執行者此其第一理由也

(乙) 又犯罪至三十年二十年之久其事實亦已久忘或至證據全失若欲科罪則調查既難而社會且淡忘之故可以不必科罪之第二理由也

然余不主此兩說何也刑法之政策原以保護社會之安甯秩序爲目的犯人既經三十年二十年之久不害於社會則刑法之目的已達不似古時之報復主義此時效制度之理由不必主張前之二說也

## 各論

### 第一章 死刑

#### 第一節 死刑存廢問題

死刑存廢之問題自別加利亞（意大利人一八六四年著廢死刑論）以來學說上議論紛紛莫衷一是然立法上既斷行廢止者亦不少（和蘭意大利北美合衆國「十三州」數邦及瑞士「尙未實行」刑法草案）如瑞士芬蘭丹麥比利時等亦僅存其名而已數年間未嘗實行一次其他雖稱爲刑制上保存死刑名實之國（如英德法奧）而今日對於適用死刑之犯罪種類亦嚴加制限且實行之際亦甚少故實行有反成變例之勢焉（參照拙著死刑廢止論）

案廢死刑之最早者爲意大利古時之一小國特斯卡納（十六力力）彼時各

國皆用死刑惟此小國行之其效果至犯罪人愈少於此可見其有利也  
日本適用死刑較西洋稍多每年有三四十人以較英國每年祇有十五六人則  
日本當在多數他國適用死刑多限於謀殺而日本則於謀殺外如放火決水加  
害於火車輪船皆科死刑名目既多則犯罪必衆此死刑多於他國之原因也一  
般輿論皆主張限制死刑而廢止死刑者雖未能實行而亦漸成一般之輿論如  
本年俄國之新聞紙有欲廢止死刑而提出議院者法國則於去年將死刑之費  
用豫算案削除亦爲將來廢止死刑之先聲曠觀世界各國將有不一三年全行  
廢止之勢蓋不僅成爲輿論已也日本去年新刑法之發布其草案之編纂經數  
十專門家之手而死刑廢止之研究至數十日不決卒以贊成者少故日本新刑  
法尙未廢止死刑然知宜廢者日多數年後亦必全廢無疑也  
德國當日刑法主張廢死刑者爲一般輿論其提出議院兩次皆多數贊成卒至  
第三次議會而反對者乃成多數此蓋因德之聯邦新歸統一而俾斯麥欲以法  
律統一聯邦故出奮其長舌以運動之然實非輿論之効力也



自由刑自近代始發達而身體刑則古時有之近今文明國皆無也惟英國對於十六歲之男子犯罪則用笞刑丁抹則十六歲以下之男女亦用笞刑此外各國大勢謂全然廢絕亦可此刑罰法之說至秩序罰則英獨奧三國尙行於監獄之中日本監獄法則無此規定余所著笞刑廢止論宜參攷之

### 第二節 執行與不得執行

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

案日本則自裁判所送達其確定書於司法大臣由司法大臣視其可特赦否如可特赦則請於君主而特赦之非然則以命令命其執行似特赦之權在司法大臣然各國則應否特赦皆由君主酌定其制較日本爲優

### 第三節 拘禁

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

案如無法律規定不能拘於監獄蓋未受執行以前與常人同以監獄雖爲執行地而人非爲執行來故法律規定拘禁者但恐其逃走而已監獄中不能以自由刑加之也

死刑者在監獄中非自由刑人非刑事被告人當準刑事被告人因其人不過在彼待死刑之人耳故置之刑事被告人一類較隔別安置爲優而危險轉少也歐羅巴則於監獄中置官吏兩人看守之則費繁事冗其結果尙不如置之刑事被告人一處之爲得也

#### 第四節 執行之任務及拒絕

關於實質的執行死刑之任務則屬監獄之主管由典獄統理之（檢察官但能於形式上指揮命令）若雖具備行刑之要件而該受宣告死刑者懷胎或在心神喪失之

健康狀態時則當以其事由申請於司法大臣拒絕其執行又大祭祝日一月一日二日及十二月三十一日亦絕對不能執行也『日本監獄法第七一條』

### 第五節 執行之實質的事項

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

一 指定執行日時 有司法大臣所發之執行死刑命令時則當在三日內執行之『日本刑事訴訟法第三一八條』三日之期間蓋所以使其便於猶豫關於執行之各事故務宜使實質的行刑官署之監獄迅速接受其命令接受此命令時典獄一面定執行之日時一面爲執行之準備時間上雖無法定之制限（監獄法刑事訴訟法均無）然務宜在午前中執行之

案德國監獄法雖無時間之限制然有早曉二字法國法律則有規定謂死刑當未天明其原因後再言之各國執行死刑當以愈早爲妙德國法律則死刑經皇

帝命令執行以後則由地方裁判所之檢事與高等審判廳之裁判長及行刑之非官非吏而專事行刑者商酌而定期日

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

案日本因監獄中經驗上則豫告必於本日因日久則人情上必不能忍故三日以前豫告之說在理論上則然而人情上則檢察官親臨豫告見其日久太苦故避理論而就事實此爲當也

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

四 教誨 豫告執行死刑之後須對於本人施慰安其精神所必要之教誨教誨

師在對於本人施教誨以外尚有與之同赴刑場之職任

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

案公行主義甚少惟法國則然純粹密行主義惟日本其餘各國皆限制的公行主義日本於獄內置刑場行刑在監獄內

法國行刑在監獄之大門外其他各國獄內無刑場如英則在廊下或路旁法國亦不擇地不過限於獄內耳非有特別之刑場也就理論言既在獄內行刑則不拘何地之監獄皆可行之日本惟有控訴院之地之監獄始有刑場全國共六控訴院即只有六刑場蓋因死刑宣告人無不上訴者故執行死刑大率皆在有控訴院地方也

六 相當官吏之臨場 執行死刑之際要有檢事及裁判所書記臨場『日本刑

事訴訟法第三一八條之二』典獄爲統理執行者其自己固不待言且須使行  
執行職務所必要之監獄官吏如醫生教誨師看守長等參列焉又有時在可以  
確保密行主義之範圍內有許可第三者（裁判所之判事或研究行刑學與醫  
生之研究醫學者）陪觀之權『第三一八條之二』在採用制限公行主義之  
國臨場人定爲三種

(甲)必要（「判事檢事書記」日本不用判事臨場其他各國則判事亦臨場）臨  
場者

(乙)不能拒絕（本人自由）其臨場者

(丙)得許可（典獄酌定）其臨場者

案日本去歲改正刑訴將典獄兩字去了非削去典獄也因典獄有自然應去之  
理勿庸在規定中

歐洲各國如宣教師辯護士地方公吏之若干名（獨十二名）皆所謂不能拒絕

者此制限公行主義是也

純粹密行主義一則必有一定之刑場二則除相當之官吏外不得臨場此日本之採用密行主義也其他各國既無一定之刑場又無一定之相當官吏之規定故非純粹之密行主義也

七 絞首 死刑用絞首法執行之『日本刑法第十一條』絞首乃英吉利那威

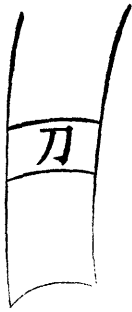
等所採用者德奧法等諸國則用斬首法北美合衆國內有用電氣殺之新法者斬首有用刀用斧與用斷頭器之區別法國及德意志聯邦中二三國用斷頭器要之當務宜使受刑者少受痛苦確實神速執行之用絞首法時難保必無復蘇之虞此所以必要有絞首之後檢其死相非經五分間不得解絞繩『日本監獄法第七二條』之規定也（於此觀之足見絞首方法之不完全）至於用監獄下級吏員爲執行死刑者之例則外國（他國則以專門執行死刑之人爲之）所未有者也日本看守及監獄傭人分掌『例第六四條』

案日本從來無絞首方法至明治維新之初始廢斬而用絞

電氣雖然最新然一般學者尙多疑問即美國亦祇三國中用之因究竟苦痛之多少尙未研究有得也死刑原非好刑既不能廢則勿庸研究其方法總之等死耳苦痛多少無研究之價值也蓋死刑本野蠻之刑與其用絞勿甯用斬絞之繁難不如斬之便利兩者不過各國之歷史相沿既不能廢野蠻之死刑則又何分乎斬首絞首之輕重至其研究痛苦之多少尤無味也

監獄以內執行死刑既於感化改良有所妨礙至監獄官吏惟職司感化改良之人乃竟使之行刑其於感化改良之旨不大相違背乎余則以日本所用下級吏員執行死刑者爲大誤也雖斷頭機之費用重專門執行者之經費多然皆爲社會一般所不齒是下級官吏烏可以行之哉而況在監獄中司感化改良者耶

斷頭機



ギロチン醫生發明此器（法蘭西革命時代之人）後亦卒死於此器法蘭西全



國祇此一器而各地行刑皆搬用之費用雖多而政府決不添造此用意甚深而欲死刑減少之微意也

八 作始末書 執行死刑終後裁判所書記須作其始末書與臨場官吏同署名蓋印『日本刑事訴訟法第三二一條』往時執行死刑之後必要榜示公告其事項而今日則廢止焉(改正刑法以後廢止榜示)

九 遺骸及遺留物之處分 刑死者之遺骸及遺留物概依一般在監者病死之例適用監獄法中關於領置(第十章)及死亡(第十三章)之規定受刑者之遺骸據監獄法第七十五條得付解剖

案日本監獄法受刑者之遺骸如因親族請求得交付之獨逸法受刑者之遺骸亦准令親族具領但須附條件不得盛用喪儀日本則不問之付解剖無行刑之性質爲研究全體學起見前已言之

## 第二章 自由刑

### 第一節 執行之機關

執行自由刑之處名曰監獄監獄乃實質的行刑之機關屬於行政權之主管與立法及司法相鼎立而所以使國家刑罰權活動實現之施設也監獄有實質的及法制的二意義實質的監獄乃專指執行自由刑之機關而言其包含拘禁行刑以外各種人（被告人死刑者民事囚懲治人被罰者勞役場等）之處所者名曰法制的監獄法制的監獄現今各國方針早晚終不得不變爲實質的監獄也

案西洋各國本有監獄兩字意義自改正監獄以後因其名義不佳改名爲賓天歇耳賓宜坦斯此英獨兩國皆以拉丁文名之其意義自懺悔兩字生出

德儒火耳丁所謂刑法之實體在行刑行刑無規定則刑法之目的不能達刑法以法律規定之執行刑法之方法轉不以法律規定則執行者有時變更刑法而刑法之目的轉爲執行者所專制而立法目的亦不得達也德之聯邦中之執行刑法曾有此弊蓋刑法雖統一而監獄之執行并無規定但以命令行之至一千八百七十六年因各聯邦之執行情形互異議會遂提出行刑法之草案當時贊成者甚少因行刑法之通過則必改良監獄而後可至一千八九九年乃有行刑

準則規定行刑之制度亦不能詳密統一

## 第二節 行刑之大綱事項

刑之實體厥在行刑而行刑而後始能全刑之實現的活動效果故關於行刑之大綱事項要以法律明確且正確規定之若不據法律之規定則不獨紊亂刑制之統一使行刑流於專恣而已即立法所豫期之目的亦終不能達其萬一也所謂關於行刑之大綱（細目亦可以命令行之）事項者即一監獄之種類二監獄之監督及組織三收監之要件四拘禁之方式五檢束之方法六教養之事項七衛生之保障八請願及其他私權之保護等是也

### 第一款 行刑之要旨

行刑之要在適切完全待遇個人之活動因待遇個人而後始能期刑之公平摯實及教養之活動（有此三要素而刑法之目的始達）此監獄行刑所以必要專門的理論與實際之修養也

案現在刑法之目的在個人主義如男女老幼善惡強弱千差萬別要適其性質

而待遇之此監獄之目的也與前之專主犯罪而一例視之者不同蓋人格主義在今已全變其事實主義之真相此監獄之目的所以不能不改良也

使自由刑不必要個人待遇則執行甚易而欲公平摯實及教養之目的皆能達之則非就個人研究而如其分量予之不可此自由刑之執行所以難也

## 第二款 監獄之種類

自由刑分爲懲役禁錮及拘留三種『日本刑法第一二條第一三條及第一六條』因行刑實質之異故別其刑名以全立法之精神此所以有區別行刑處所之必要不獨監獄之名稱相異而已且須各有保全其實質獨立之設備也『日本監獄法第一條』以刑名區別監獄之外尙須因全行刑要義之必要以犯數刑期年齡男女健康等關係區別監獄以懲治場民事監勞役場等認爲監獄之一種之法制乃戾於法理不得其宜之政策此近世一般之定說也

案日本舊刑法及法蘭西刑法三種之外尙多德國尙有城寨禁錮一種要之今日法律進步自由刑種亦不必太多

荷蘭刑法最新但分禁錮拘留二種就理論上言直謂其但有一種亦可監獄亦小社會耳各種人類皆在故或學者謂監獄爲世界縮寫圖故研究監獄學者德儒火耳朶得而謂之湊合的科學如法律經濟教養衛生皆必學之此踴論也

因監獄中有六百人即有六百種待遇之方法事實點往往不能故必犯罪之種類又分偶發與習慣職業各種類

如懲役有懲役監禁錮有禁錮監拘留有拘留監依余之見不如三種中使懲役禁錮再合爲一

日本懲役與禁錮之區別以勞動之有無判之此大謬也古時以勞動爲強制的而禁錮者則身分少有不同至今日以勞動爲神聖義務甚有禁錮者之煩悶而亦請求勞動者中國新刑律但存徒罪名目而不分懲役禁錮較日本新刑法尤爲進步也

### 第三款 監獄之監督及組織

### 第一項 管轄之所屬

監獄宜屬於內務行政所管抑宜屬於司法行政所管乎不獨議論紛紛不一即各國之法制亦互異要之當謀監獄所管之統一且須使監獄關係與行政事務圓活連絡耳（如普魯士分爲兩部分則大非也）

案英法俄意四國以監獄屬於內務省所轄荷比奧及德聯邦中之數小邦有屬於司法行政管者惟普魯士分監獄爲兩種一部分屬內務一部分屬司法

由是觀之大國皆以監獄屬內務小國皆以監獄屬司法日本古時原歸內務行政今則改爲司法行政

### 第二項 監督之方法

監督監獄之方法宜最注重巡閱監獄（此於監獄中最有效力）巡閱屬於監督權之發動故非主務行政長官及受其委任者不得爲之也

案日本巡閱兩年官吏必須有專門智識者

### 第三項 掌管之官吏

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

案現在密行主義裁判公開則監獄當與社會絕隔不能令人無故參觀此原則也

使監獄中不用官吏則不成爲國家機關其結果則監獄中作工有官司業受負業依託業之現形馴至作工之事受監獄以外之人之監督此必不可不用官吏之理由也

#### 第四款 收監之要件

##### 第一項 證明入獄之文書

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

案監獄之種類不同則收容之規則亦異如男送女監女送男監以及刑事被告人送之非刑事被告人之監之類皆爲違背規則不能收之

此外懲役監禁錮監亦有區別即懲役監亦有成年未成年再犯偶發之區別如違背規則亦不能收容之凡此無證明資格之文書不能收容爲原則若未滿一歲之小兒其母因犯罪而携之入監則爲法律上所容許因小兒亦一人格特無證明之資格而已

凡召喚勾引拘留逮捕諸令狀此用之刑事被告人者宣告書(判事所作)執行指揮書(檢事所作)此用之受刑人者

## 第二項 停止執行之種件

自由刑以刑之宣告確定時即執行爲通則『日本刑事訴訟法第三一九條』然若有使受刑者自覺豫期以外之苛酷或寬大之虞時或有不能自覺處刑意義之虞時則當一時停止其執行焉

一 本於必要的理由之停止 如罹精神病及罹因刑之執行有危險於生命之



重病者（指先有重病者而言）皆必要上不得不停止行刑者也

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

案傳染病直接爲監獄之害間接爲社會之害故不收容之如在監獄內而患傳染病則祇有隔別分房之法無可如何也

因監獄內設備不能完全故必停止行刑然監獄內亦不必如是完全倘一一設備則貧民因此目的而犯罪以求設備之安舒則監獄專成爲貧民妊婦之病院而執行刑法之性質反失之則不如就便宜上仍停止其行刑可也

三 本於酌量（情義）的理由之停止 有使受刑者或其家族受刑罰目的以外之損害之虞時則酌量其事情得一時停止其行刑

例如受刑者之父母妻子全以受刑者一人供養若竟執行刑法則父母妻子無以爲養則反出刑罰目的以外故亦可以停止行刑若貧民救護之方法完備則

又可不必要也又如銀行之取締役因屆算帳之日而犯罪使竟執行則銀行之帳不結算損害甚大亦非刑罰目的之中故亦可酌量停止

古時法律不甚完全事實上如上種停止往往有行之者今則法制國之觀念發達事事遵守法律則此三種理由非由法律規定竟無人行之者日本維新以來尙無行此三理由者

第一第二理由日本新刑事訴訟法始增入之第三理由草案有之而未實行

### 第三項 停止與中止

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

案停止者尙未入監中止者已入監而中止中止行刑之權限屬於監獄官

指揮行刑之權限屬於檢察官如見有應行停止則當指揮其停止停止行刑普通規定於刑事訴訟法中止行刑普通規定於監獄法日本行刑法停止中包容中止似皆屬於檢察官權限非是

第四項 拒絕收監

雖具備證明入監資格之文書而監獄尙有可以拒絕收監之時如各種傳染病者不潔者醉醜者（此皆爲檢察官所不知者）等是也

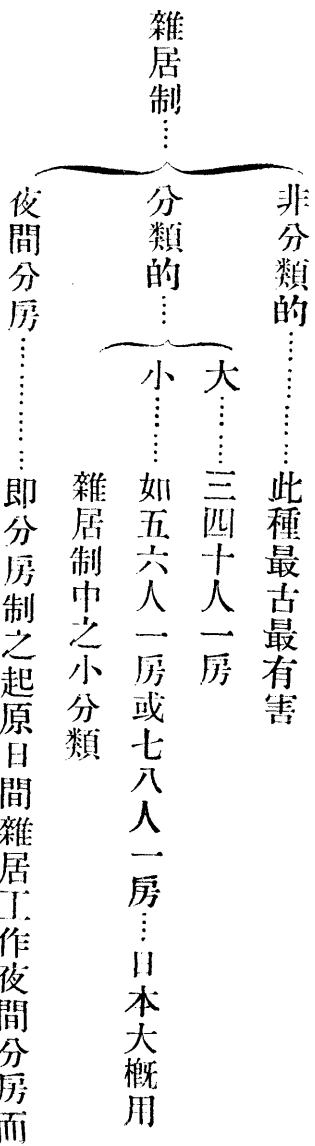
案日本監獄法但規定各種傳染病者不收之條若外國則不潔者醉醜者皆規定於監獄法之中

第五款 拘禁之方式

監獄拘禁之方式大別爲雜居制分房制階級制三種雜居制之最進步者爲夜間別房制不分晝夜一房拘禁一人者爲分房制分房制有嚴正的分房及寬和的分房之區別然在今日則一般以寬和的分房制爲是也罪惡傳播之弊非用分房制終不能防止之階級制者乃以階級法適用分房制與雜居制（分一級二級三級）而以假出獄联接之之方法也或名之曰採點制階級的待遇雖行刑教養上必要之手段然不得謂非用階級制即不能實行也假出獄初不過屬於階級制之一行刑手段自法國刑法採用之以來各國相繼倣之遂至成爲不問獄制上用階級制與否概以之爲獨

立的行刑法規定於刑法法典之慣例假出獄『日本刑法第二八條』乃對於長期囚之一種寬大形式之行刑法故雖受此處分者仍不能脫實質上受刑者之資格也

案雜居制最古最不完全而其害甚大發達甚早其制分三種列表如左



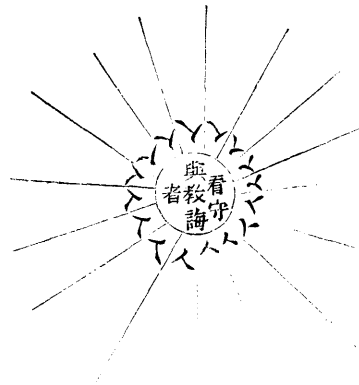
息是又小分類之進步即改良監獄之嚆矢在

西歷一七六〇年羅馬法王苦列曼於羅馬之

三米歇耳地方設一幼年監獄則用夜間分房

制

分房制即一人一房其制起於美國一七〇九年始作一模範小監獄用此制於費府至一七九十年乃大起規模而成一大監獄初用嚴正分房制即一人一房不拘晝夜與人隔絕即運動亦一人一處如有出房之時亦以一布包其頭面不令他人得見嚴正分房制



無工作之事至寬和分房制則一人一處用木板前隔或作工或運動如花瓣式而中則看守與教誨者得見之囚人與囚人不見面也今日之所謂嚴正分房式者又謂此也比利時用之

今日之所謂寬和分房制在運動與教誨時亦不必隔別此監獄專家萬國協會之結束所發明者德意志用此制也一般學說謂監獄爲養成犯罪學校因多數囚人聚處則其傳染惡念日深此事實經驗之結果亦然然惟用分房制庶可隔

除此弊如雜居制即公平嚴正摯實刑法之要義不能達其目的也

雜居制往往因嚴正過甚聚衆而抵抗官吏即教養之因人而施之法亦不能達欲達刑法之三大要義亦非分房制不能也

犯人之來先分房數月後乃令雜居最後則使之假出獄謂之階級制英國行之此制起於愛爾蘭之クロフトン謂之クロフトン式亦名曰採點式蓋以分數多寡而定雜居制之點如點少而至第三級則仍降爲分房制點多至第一級或點再多則可以假出獄

階級制之分房與分房制之分房不同其主意在使人受苦雖勞工不與分房制同謂之空役假出役者獄外行刑法蘭西採用之爲一種獨立制度

#### 第六款 檢束之方法

紀律者行刑之生命也非善於勵行之則不能全刑之傷害的意義之活動（紀律之結果使本人知有傷害而已如使行刑傷害則爲野蠻行刑非文明之刑罰也）專關於紀律之事項名曰檢束檢束之要在使受刑者因被強制絕對服從於法的秩序之

下自知個人之意思勢力終不能與至大之國家威權相對抗此戒懼及懲罰之所以必要也而其種類方法及適用之際亦當規定之『日本監獄法第一九條第二〇條第五九條第六〇條』但違犯紀律之行爲若構成犯罪時則當付刑法上之處分固不待言矣

案在一般貧民之生活亦不可不守紀律在監獄中教成人人有紀律之性質在社會上乃不至生違害養成紀律而使之絕對服從者曰檢束檢束而使個人之不敵國家之勢力則紀律之目的乃達

如但有違犯紀律則監獄中處罰之如構成犯罪則必送之裁判所

於此有一問題如一行爲既犯紀律又構成犯罪將如何日本監獄法用併科主義余以爲認爲一種行爲可也

### 第七款 教養之事項

#### 第一項 作業

檢束與教養在監獄行刑上當互相表裏活動檢束雖亦廣義教養之一種然專有教

養意義之行刑手段則唯作業教誨教育之三種而已以作業之有無（如懲役禁錮）爲區別刑名之標準不獨與認勞動爲神聖之近世時代思想不能相容且可謂不通監獄行刑之實際（監獄經驗上）者也作業要賦課具備生產的（空役非生產的作業中不宜用之）及衛生的要件且與個人關係相當之種類『日本監獄法第二四條』作業施行之方法分爲受負業委託業官司業三種雖不免各有利害然受負業多有不能全行刑要義之缺點（使普通個人干與監獄之事宜限制之然其利則於監獄之經費有益）故務宜制限其施行之範圍作業之種類大別爲內役及外役二種外役不能全剝奪自由之要義當制限其適用固不待言即選擇就業者時亦當附以嚴緊之條件內役中務宜採用手工業勿用機關業就業者中若有行狀方正作業精勵者（兩條件）當交付以賞與金賞與金之性質與貨錢工錢異賞與金必俟交付與本人以後始發生本人之所有權也作業之收入以概歸屬於國庫爲原則『日本監獄法第二七條』然以其一部（賞與金計算額之利息）充行刑上之利益如保護免囚扶助遺族之費用之例亦非鮮少也



案作業之目的在教養不在利益因教養之結果而利益自生當教養之始其目的初不存在也

內役在獄內外役在獄外外役有種種弊害如逃走如與人私通音問且於自由剝奪之旨不合宜制限之

監獄內用機關業者宜禁止之因利益太大將來出獄不易謀生且機關製造之物其價必廉於監獄外者亦奪良民之生活不宜用之

所得金額交付有二主義

一曰權利主義 如普通賃金之類獄中囚人出獄時或已經十年二十年所積之賞與金多有至百餘元者如用權利主義則不能不交付之而得以鉅數轉致再犯者甚多不如恩惠主義必合兩條件而後予之且監獄中有自由與否也

一曰恩惠主義 囚人作工本無得賃金之權利而國家賞與之日本先用權利主義去年改正監獄法則用恩惠主義現今法蘭西荷蘭用權利主義其他各國則用恩惠主義賞與金必要有行狀方正作業精勤兩條件乃交付之若權利主

義則不必有此兩條件而不能課其方正精勤與否況恩惠主義必交付後乃爲本人所有若權利主義則未交付而權利已發生矣

賞與金必待出獄乃交付之平時不過記一帳目而已尙可以生息供獄中之用如權利主義則本利應爲囚人所得且無供獄中之煩費

### 第二項 教誨

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

### 第三項 教育

教育者教養理性之意義也指開發助成一般國民所必要之知識之手段而言對於一定之人如年少者等則當強制教育之其他則唯使得浴此惠而已如閱讀書籍亦屬於教育之範圍也

案監獄中必設極大之圖書室爲教育囚人起見凡有益之書皆可收入各國甚

注重此點

第八款 衛生之保障

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

案拘禁費使囚人負擔在沿革上有之如德意志之一國有每日令囚人負四十  
ペンヒ者在今日獄制觀念之發達此則頗戾於法理不可用也

第九款 請願及其他私權之保護

受刑者對於行刑之權能有絕對的服從之義務而一面又有法令及人道所與之一  
定權利故國家宜保護此權利且不可不謀救濟其侵害之道關於請願『日本監獄  
法第七條』領置所有物件及交付之規定所以必要者（如監獄官吏有待遇不合  
亦准請願）卽爲此也

受刑者非因恩赦刑期終了及有職權者之命令（命令屬於檢察官之命令中止及停止行刑或要求再審而得檢察官許可而命令之者）不得使之出獄因刑期終了時於終了之翌日（事實上則以翌日之辰釋放之最妥）釋放之『日本監獄法第六八條』當釋放者若罹重疾時因其請求可以許其一時在監『第六九條』案各國制度以刑期終了之鐘點計算此原則也如日暮後日出前刑期終了則提前放出之此例外也

日本監獄法恩赦十點鐘以內命令十二點鐘以內如法律無特別規定則恐臨時無所遵守此最重要也

### 第三章 自由刑之利害

#### 第一節 概論

凡刑罰必須具備警戒（即畏嚇）屈服矯正公平反償（受刑者如因受刑而有損害時國家須認賠償之責或使其家族滿足是也）伸縮（因犯罪程度之不同而刑罰之程度亦因之而各別此所謂伸縮是也）回復（即裁判官有判決之錯誤而行刑

之時能使回復其未錯之程度) 限局(不及其他家族父子) 等可能性若缺其一已不足為完全之刑罰況缺其數者乎死刑肉刑體刑流放刑等之所以認為不適當之刑罰者職是故也而刑罰中具備必要之可能性比較稍多者唯財產刑及自由刑兩種而尤以自由刑為最於是可知近世文明各國刑典上所以採用自由刑為主要刑罰之非偶然矣

案自由刑為各國一般所通用而利害參半今分言之

以死刑論警戒屈服已為滿足而其他之可能性皆不能有

自由刑唯雜居制無公平性質此外則皆有之

### 第二節 防止濫用個人自由權利之利

侵害法的秩序者(即犯罪行為) 究不外乎濫用個人的自由權利之結果此所以對於犯罪行為者有當剝奪其自由之必要故自由刑亦自適於最高尚且最廣意義之反坐主義(如古時以肢報肢之反坐主義則最狹) 所要求之手段也而剝奪其自由之程度則宜斟酌犯罪行為(事實)之輕重及犯罪人格危險之大小而決定

之

案古時用事實主義犯罪輕者則刑輕今用人格主義則以危險性之大小以決定刑之輕重

### 第三節 使人服從國家公共秩序之利

自由刑之制限犯罪個人之自由當最緊肅真摯嚴正以使受其制限者對於至大之國家威權知自己勢力之極微弱且使其衷心自覺服從國家秩序之必要爲要旨改良獄制之目的（惟分房制乃能達自由刑完全之目的）即欲達此要旨耳

案服從不但使表面上服從且以各種之可能性而使之惑化改良則其衷心不知不覺而以服從國家之秩序爲必要

使監獄之制度并不完全而於緊肅真摯嚴正諸性質皆無之則自由刑之能惑化改良者其目的必不能達此一般學者所以時時研究也

### 第四節 過於偏信自由刑之害

凡利之所在弊亦隨之（以下各弊害皆各國監獄家所經驗而出者）過於偏信自由

刑之價值苟有犯罪以爲適用自由刑即足以了刑制之能事不顧罪質之輕重及犯罪人格之如何千遍一律徒以自由刑處分之而在他方面又動輒以察察爲明（此警察完全之後警察官每坐此病）偶有微罪小過亦必檢舉之遂至屢有濫用短期刑之弊徒見犯人之增加而未見獄制設備有相當之改良一面使偶發的犯罪者變而爲習慣的犯罪者驅質樸無智之良民以入犯罪種族之羣一面又使頑冥不靈之習慣的犯罪者反生愈加侮蔑國權輕視法規之惡結果於是世人動必以此爲反對自由刑之口實是蓋可以斷言爲過信自由刑之價值而誤於利用方法之結果也蓋自由刑猶如外科醫術以之爲不得已之最後療法固屬必要然當在此以外務使其不留瘡痍而能達治療目的之手段也昔者治士大夫以上之人務養其廉恥心雖有罪亦不輕易加之以刑專以禮儀戒飭之古制之中亦自有所以妙用刑罰之真理存也故畫地爲獄民尙畏之於是可知近世刑事政策上要求務使犯罪者遠乎獄門（不輕令其入監則不知監獄之行刑如何尙有畏懼心存在）之非偶然矣

察現在國家多於刑法法典中採用自由刑而視察其監獄則無完全之制度以

致自由刑之目的全不能達而弊害日多轉爲訾噉者之所借口

或以自由刑爲萬能主義者亦非也何種犯罪宜用自由刑何種犯罪不宜用自由刑不可不加審擇非然則其弊也亦如古時有病則服萬應丹而往往致死不知醫學進步各種之病必服何種之藥甚有不必服藥而即瘳者故自由刑亦不可視爲萬能也

### 第五節 防止濫用自由刑之弊

防止濫用自由刑之弊且使一般刑事政策之要求實現之方法其既爲各國立法上所採用或將來可以豫期其普及者即便宜起訴主義刑罰責任年齡之延長（羅馬法以來有之）幼年裁判所感化處分之改良未成年犯罪者之特別處分（不與成年者同處如普通應加自由刑者則加以譴責普通懲役者則加以禁錮）短期刑之制限（爲防自由刑弊害）贖金擴張金刑及假出獄制之適用（各國刑法適用金刑假出獄制度者甚少）保證制度猶豫行刑不定期刑（以感化爲期由監獄中自定起於美之紐約之依爾馬以那）家宅拘禁（日本古時謂之閉門意大利刑法採用之）地



域制限（如人衆之地則不准到意大利刑法有明文）勞役處分（強制勞役而每日必歸）設置特別監累犯者特別處分法等是也

案便宜起訴主義由檢察官審察罰之可否與加刑否之利益由檢察官便宜行之與法律上規定必起訴者異此一種之新制度也

十二三歲知識未完尙在教育範圍之內近時主張十八歲以上與前之十六歲爲另種學說然前十二歲以上爲責任年齡者非也

幼年裁判所其制起於美國英德漸仿效之將來各國必採用之其裁判結果不加刑罰而加以相當教育亦如小兒患病不服醫院之藥而令保姆療治是也其設立之原因欲避普通裁判之但知刑罰而令深知教育家爲裁判官彷彿父母師弟之間而令無教者有教以補教育不足而已無刑罰之性質也

感化院有家庭式學校式軍隊式而最便宜最有效果者莫如家庭式

保證制度古時卽有之如應加以刑罰或交出保證金或有相當之保人保其不再犯罪此制度英國盛行之

猶豫行刑起原於亞美利加馬塞基色斯初不過行於幼年犯罪漸漸歐洲各國之成年犯罪亦採用之

特別監如浮浪者不令人普通監獄如教養局習藝所之類

累犯者特別處分如三犯者可以終身禁錮

以上各種制度皆爲防止自由刑之各弊害現今各國有採用者有未採用者不可不知

#### 第四章 附隨於刑罰權之國家的保護任務

##### 第一節 保護任務之必要規定

國家當行使刑罰權時對於在其豫期之目的以外所生之各種損害有回避寬和及救濟之責任此未決拘留（未判決前之拘留非有逃走湮滅證據可制限之）之制限『日本刑事訴訟法第七二條第七三條』保釋『刑事訴訟法第一五〇條』責任『第一五九條』恩赦『憲法第一六條刑事訴訟法第三三一條』復權『刑事訴訟法第三二四條』未決拘留日數之算入刑期『刑法第二一條』停止行刑『刑

事訴訟法第三一八條之三第三一九條二項』等規定之所以必要也然國家的保護之任務猶以爲未足立法上及行政上一般漸次有擴張其範圍之勢焉

案保釋責付是已經拘留之人因有保人而放出之或使人負其逃走之責任而交付之

### 第二節 保護任務之擴張規定

國家的保護任務之擴張不獨爲法理上自然之結果亦實實際上不得不副賢明刑事政策之要求也而其可以認爲擴張保護任務之新規定者即對於無罪者賠償其未決拘留（以期日算一日應賠償若干如裁判錯誤即已決拘留亦應賠償現在尙無明文將來必爲各國所採）『德奧法』救助其因監獄就業之災害（如因勞役受傷或機器壓損）『德國一千九百年六月發布之法律日本監獄法第二八條』在監者之移送病院（因監獄內之病監總不完全患重病者必移之出外之病院俟愈再令其入監受自由刑）『日本監獄法第四三條』對於出監者交付衣類及旅費（監獄內雖有制服而不能令其穿出彼夏來冬去者必量時予以衣類至旅費則因其回家之

道路遠近靳而不予必仍墮入游蕩而犯罪者必多）『日本監獄法第七十條』救濟在監者之家族（如子在監而父母無以爲生活）及其他一般對於保護免囚事業之助力等（此不過個人事業）如紹介作業國家亦當間接保護之使監獄之目的完全能達也

案就法理上言在刑罰目的以外犯罪人有不應受損害者

就實際言刑罰在目的範圍以外轉失其維持社會安甯秩序之宗旨倘反動力之來反足以害社會之安甯秩序而刑罰之目的轉不能達

### 第三節 英國利用監視制度之成效

監視制度雖有主張實驗上有害無效之說者然如英國則垂於利用之成功之效甚著故利用若得其宜亦可以爲國家的保護制度之一種也



# 檢察制度

志田鉀太郎口授

華陽鄭言筆述

雲陽蔣士宜編纂

## 第四編 檢察制度與對外關係

本論以前有兩事應注意之點（一）研究法律者則法律之外無論何學皆不問之此一病也（二）研究本國法律則他國法律可不問之此二病也

一國之法律非一時代所能成或由歷史相演而至有今日本國今日之法律根源於古時或本國古時之法律根源於外國蓋積漸而成其沿革有由來矣欲研究本國法律在知本國法律之所自來欲研究本國今日之法律在知本國古時法律之所自來此歷史沿革之重要者蓋研究法律者不可不知也今檢察講習會之講習前一主義因時間短促斷不能及後一主義則本之以餉遺諸君本講義之多引沿革比較者蓋在乎此

法律不過世界規則之一部分外如自然界之風雨寒暑則自然界之規則道德宗教亦有道德宗教之規則蓋法律不過規則之一部分若但研究法律而不研究其他則如東洋上古中國古時專研究刑名法術之學而爲世界學者所不稱許何也蓋未統世界各種規則而研究之而但研究國家制定法律之一部分未觀其通者也

## 總論

### 第一章 檢察制度之沿革

檢察官在今日文明各國固無不有之然比較對照諸國之法制則分爲二派一爲英美法派一爲歐洲大陸法（南亞美利加與中國將來歸入此派）及日本法派兩者之根本精神全然不同故其結果檢察官之觀念亦自不得不有一大差異也

案檢察官名目各國皆同而性質則異因各國法律制度不同故也

#### 第一節 英美法派

英美法以關於社會之事物務避國家之干涉爲法之精神民事固不待言卽關於刑

事有侵害權利違反義務時亦由被害者自訴於法廷以求救濟國家毫不干涉之故考諸英國古法惟有總檢察官其職務則在有侵害國王權利時求其救濟於法廷而已（恐人民有侵害國王權利蓋專爲保護國王利益而設）至於關於其他刑事有提起公訴職務之檢察官則當時亦未有也降及後世立法者因維持公安上知其有缺點乃於西歷一千八百二十七年道光七年創設以關於刑事（稍有制度）提起公訴爲職務之檢察官其後至一千八百七十九年光緒五年遂制定提起公訴法焉在以英國法爲骨髓之北美合衆國亦因同一之理由於總檢察官之外創設檢察官各洲創設之時代雖不同然似皆先於英國也（民事中關於公益之事項如離婚等類亦非無代表國家而參與者）

案英國未設檢事之初往往有犯罪而不知被害者爲誰如偽造貨幣不知落於何人之手其妨害公安實甚漸漸始議檢察官之設立然其始不過干與民事中之離婚一小部分耳其他刑事則未有也此英之沿革如此

英美法保守英美之沿革大半不成文法居多根本於慣習而以成文法補助之



雖外國法律不採用之

歐洲大陸法以成文法爲根本而時操用他國之美法改正自己之法律不以保守慣習爲原則此兩派之異點也

英美派以避國家干涉爲原則歐洲大陸派則以干涉爲本務根本精神既異則檢察制度自不能不異也

## 第二節 歐洲大陸法派

歐洲大陸法及日本法則本於以維持公益之目的關於社會之事物必要國家干涉之精神不獨刑事即關於民事國家亦常設置代表公益機關之檢察官而創設此檢察官之沿革則出於法國法即歐洲中世第十四世紀

元成宗大德四年至明惠帝建文元年間

以後法國在

王領審判廳爲國王所提起之租稅訴訟創設代表國王之機關名曰代理官（不過如辯護士）其後此代理官之權限年年逐漸擴張不獨租稅訴訟上代表國王而已

且監督社會之公益而因法院編制法之整頓愈益發達自一千七百九十三年

乾隆五十年

元至一千八百十年

嘉慶元年

遂至組織附設於各審判廳之檢察廳焉德意志之諸聯邦

亦皆倣法國設檢察制度至德意志帝國成立時遂附設帝國檢察廳於帝國審判廳而附設各檢察廳於各聯邦審判廳焉『德國法院編制法一四二條至一五三條普國施行法五八條至六七條』日本亦倣法國於大審院控訴院地方裁判所區裁判所附設各檢事局是諸君之所知者也『日本裁判所構成法六條七條一八條三三條四二條五六條七九條至八四條』

案大陸法發源於法國其初亦不過與英國同亦不過爲國王利益起見因此國家之範圍擴張則檢察官之權限亦寬展後遂於國家代表之外更代表一般人民之公益此民事刑事檢察官因之有提起公訴之責任

英美法但設檢察官無獨立之檢察廳階級組織亦不完全至大陸派則各級之審判廳附設各級之檢察廳而其制完美以下所講則以大陸派爲主而英美派之不完全者則皆從略焉

## 第二章 各國檢察廳之組織及權限

在法國及倣法國之日德其他諸國其檢察廳之組織及職權之範圍亦互有相異之

處未能概謂爲同一也

### 第一節 組織

組織上之差異以全國檢察廳爲單獨官僚的階段（謂有層層節制之階段）且合通國各法院之檢察廳爲唯一不可分之原則（實質上全國檢察廳祇一個則檢察之精神始能達之）固法國及做法國之其他諸國所同適用者也（在德國此原則唯適用於聯邦國各本國之諸法院間帝國審判廳與各聯邦審判廳「德國各聯邦與帝國不同」之間則不適用之）然法日之檢察官服從其所屬之檢察廳長官之命令以外同時又各得代表檢察廳以行使其職權而德國之檢察官則唯得代表其所屬檢察廳長官以行使職權不能直接代表唯一不可分之檢察廳故可謂德國各檢察廳唯有長官一人而已其下之檢察官皆不過補助者或代理者

案裁判有合議制檢察官無之而僅有單獨唯須服上官之命令

德國檢察廳如軍隊組織一軍隊則一長官以下不過補助代理此與法日異者

### 第二節 職權

職權範圍上之差異檢事廳關於刑事爲提起公訴機關之點則法國及其他做法國之諸國檢察制度所同也至於關於民事所有之職權則諸國不能無異（民事則法國之職權大德之職權小而日本則關於民事尤爲小焉）即法國稱檢察官曰法官之監視者（換言之即政府耳目）爲監督一般判決且保護法律得爲抗告主張判決之無效（法國檢察官根本上之權限甚大）而參與民事之法定範圍則分爲二（其一）爲以主當事者之資格參與之際後見婚姻及其他身分關係是也『法國民法八三三七一三八五三九四八五六至八六〇八六二八六三九一一九一四九三〇等』（其二）爲以附帶當事者之資格參與之際斯有四種即（甲）關於受通知之事件認爲必要干涉時陳訴意見之際『法國民事訴訟法八三』（乙）裁判官自其職權上通知檢察官使陳述意見之際『法民訴八三』（丙）在大理院之判決前必使檢察官陳述意見之際『法國千八百二十六年<sup>道光</sup>六月<sup>光緒</sup>一月十五日法律第四四號』（丁）其他法律上定爲要聽檢察官意見之際『法民訴八三條等』是也然德國關於民事規定檢察官所當干涉之際則極少僅（一）婚姻事件『德民訴六〇七六一九』（二）親子關係事

件『德民訴六四〇』(三)禁治產事件『德民訴六四六五二六六六七五六七九』(四)宣告失踪事件『德民訴九七四九七五』之四者而已而意比和等國則倣法國之例奧國嘗設與德國同一之規定其後廢之檢察官之職權唯限於刑事『奧一千八百五十一年咸豐元年十二月三十一日勅令千八百七十六年光緒二年民訴改正案千八百九十五年光緒二十一年新民訴法』日本則大體以法國爲模範然不以監督一般民事判決之權限賦與檢察官則其一大差異也其他日本檢察官關於民事之職權範圍上之義異耳在民事及刑事之外行政上亦有之即在如歐洲大陸日本之嚴分立法司法行政三大作用之國法上司法權依獨立之裁判所行之其不許行政權之干涉亦明矣然補助司法權作用之各種行政事務(此名曰司法行政)則又行使司法權所不可缺者故國務大臣中有名曰司法大臣者有此職權而檢察廳所行之事務乃司法大臣職權之一部分由是觀之檢察官之職權可謂皆行政上之職權也然所謂狹義之檢察官行政上職權則止關於民事及刑事以外事項之行政上職權而言即在法國司法大臣爲司法行政上監督裁判所使檢察官當其任換言之檢察

官在司法行政上有監督裁判所之職權也故注意法律之施行報告裁判官之行動謀裁判所與裁判所間之交涉事件（例如共助）然德國則謂檢察官既爲行政官而非裁判官若使其監督裁判所是反乎使司法作用獨立於行政作用以外之旨故設法院編制法第五百二十二條之明文禁止之日本法亦與德國同出一義『日本裁判所構成法八一』但裁判官據懲戒法受懲戒之際檢察官得請求開裁判裁判開始之後又得爲原告參與訴訟是則日德法及其他諸國法制所同者也

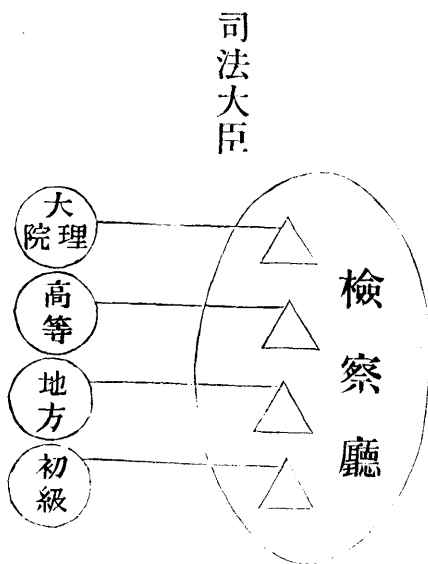
案各國以法國之權限最大奧國之權限最小日本德國則居其中此大陸派權限大小之異也

以廣義言檢察官亦行政官然普通學說則以民事刑事之外乃謂之行政官故檢察官不過司法行政中之一部分蓋狹義之行政也

裁判官懲戒裁判檢察官可以參與要求懲戒對於平人犯罪則可提起公訴此各國制度所同然余以爲裁判官之懲戒裁判檢察官既可干與則亦以行政監督司法對於平人可以提起公訴對於裁判官之懲戒亦不妨提起公訴之爲得

也

志田之意謂檢察之組織有二原則一爲單獨官僚階段唯一不可分一爲贊成代表理論上以德國爲然代表長官



其權限以刑事爲根本民事除不得已外可不必干與至行政事務如互相監督可干與之至岡田博士所主張不良少年精神病者皆干涉之余極不贊成蓋檢察官之才力有限非萬能至法國當日權限所以大者因設立此官之始一切事務皆委之一人此不過沿革有之而實際上則但以刑事爲主民事除不得已外皆可干涉爲最當也

世界學者同實際家不同學者主張真理自有價值而實際上往往用學者之真理而反生惡果如小河博士之死刑廢止爲世界學者中最有思想之議論然果見之實際則國家之危險實甚而欲保其安全恐程度不足之人民轉有妨害治

安之慮於此可見學者之主張真理實際家亦當參酌事實未可遽本之以爲推行之本矣

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

### 第一治外法權

### 第二領事裁判權

### 第三混合裁判

### 第四在內國適用外國法及在外國適用內國法

### 第五國際的共助及犯罪人引渡

## 各論

## 第一章 緒言

據現代國際法上及國內法上之法理言之謂一國家之領土乃其國家之統治權所



得完全發動之區域也而所謂統治權完全發動者乃指不許他國家統治權之行於領土內（國際法上）及其領土內所存在之一切團體個人盡須服從其國家之統治（國內法上）而言也

案古時交通不便甌脫甚多五洲之間往往發見空地至近今生齒日繁土地日闢各國占有之地即為各國所領而領土之觀念以起

主權與統治權不同如保護國無完全之主權而統治權則完全一國對於領土則統治權而非主權未可混為一



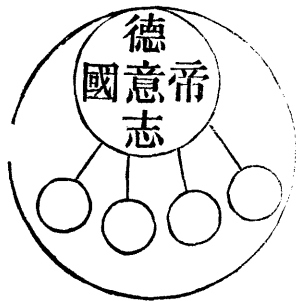
雖然一國之領土內亦有似行使他國統治權者如戰時占領地如附國際地役之領土如租借地如聯邦國家之領土如二國以上之共同領土（澳匈兩國有此實例）是

也然是尙非真例外仍可以解爲一國之統治權在其領土內完全發動者也

案占領地雖行使權利而所有權仍爲本來國家所有

國際地役有二一許甲乙兩國軍隊通過一本國與他國立約不修炮台以便他國通道此皆以條約限制自己之意思而於統治權并無損失因締權仍在本國也

租借地者德國學者謂租借地爲附期限之領土割讓也一般學者皆不贊成謂如普通借貸均非國際法上之定論



各聯邦之統治權所以組織其本國德

意志之統治權所以組織各聯邦因

此特別組織不能不有兩個統治權

與他國統治權行於本國領土者不同



統治權共同行使例

如民法中之共有故

祇謂有一個統治權

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

案他國法律雖行於本國以內而統治權仍未行於本國凡此皆以條約承認則不必侵害本國利益如未經承認者反此

第二章 治外法權

## 第一節 名稱

治外法權一語由拉丁語之領外 (extra territorium) 轉化而成英曰

(Exterritoriality) 法曰 (Exterritorialite) 德曰 (Exterritorialität)

## 第二節 沿革

無論何國自古代以來對於外國或敵國之使節特爲優遇保護之例實非鮮少 (春秋會盟聘享已開中國特別保護優遇之先聲) 治外法權卽出乎此精神者故以國際的禮讓與國際的便宜爲其素因而其在國際法上至認爲不可爭之制度者則屬於克羅秋斯 (其本名爲 de Reoot) (西歷千五百八十三年<sup>明神宗萬曆十一年</sup>生於和蘭) 以後也其初唯專指在他國領土內特定之人 (例如君主外交官) 或物 (例如君主或外交官之所持品) 不要服從其國領土權之例外的關係而言其人或物事實上雖在他國之領土內而國際法仍以在其所屬國領土內之擬制說明之然因在此例外關係之人及物其數漸增且在土耳其所發生之領事裁判權制度 (參照次章) 漸行於非耶穌教國於耶穌教國之間於是治外法權之意義遂爲之擴張凡爲屬地

主義領土權作用之例外者除國際私法之適用以外一切概包括於治外法權觀念中說明之然領事裁判權乃國際法上之異例將來非耶穌教國之法制整頓以後當然須消滅者不過條約上一時的留保而已反之君主外交官等之治外法權則不俟條約乃國際法上當然存在之制度因國際法之發達與各國之進步而愈加鞏固故學者中謂以此二者在同一觀念之下說明之不當者甚多也

### 第三節 意義

治外法權一語以廣義言之則限制一國領土權行使之狀態也以狹義言之則一國本於國際的禮讓與國際的便宜對於他國之元首外交官軍隊船舶等不行使領土權之狀態也茲以狹義之治外法權再分析說明之於左（廣義之治外法權乃在狹義治外法權外加以領事裁判權者故參照次章自明）

#### 第一 治外法權者一國對於他國元首外交官軍隊船舶之狀態也

案此對於特定之人而有治外法權者如對於某國人民乃領事裁判權不可不注意如以條約定明予領事以治外法權亦可

第二 治外法權者不行使領土權之狀態也

案治外法權乃狀態非權利故拉丁語謂之領外

第三 治外法權者本於國際的禮讓與國際的便宜而發生之一國狀態也

案因國際法之原則并非條約之關係有權利義務者無權利主體故直可名之

曰狀態

三要素缺一則不予以治外法權

第四節 有治外法權之人及物

第一款 人

有治外法權之人乃元首公使領事及軍人是也

第一元首（包含共和國大統領與否則有異議）

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

案攝政至外國有主張有治外法權者學者議論不一而事實上則有之  
共和國之大統領學者亦有主張無治外法權者而事實上則以元首之禮待之  
亦有治外法權

羅馬法王并非一國主權而以爭敬宗教之故亦予以治外法權此事實非法理  
也

前元首大統領而現未充元首大統領者無治外法權

第二公使（包含大使又公使中亦不區別特派使節與特命全權公使）

公使之代理固不待言即公使之家族附於使館之武官及技術員并此等人家  
族館員及其家族等皆有治外法權者也

公使所有之治外法權以自到其駐劄國之日始至去其國土爲限期

案公使之治外法權因代表國家而生與元首不同故必自到其駐在國始發生  
出其駐在國乃消滅也

### 第三領事

領事以無治外法權爲原則唯執行公使之職務者或特以條約與以治外法權者則爲例外（英美雖有條約亦不認在自國之外國領事有治外法權）

案歐洲耶穌教國與非耶穌教國以條約定之或謂條約所定者非治外法權亦未免太苛總之既以條約定明亦可包擴於治外法權之中

#### 第四軍隊

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

#### 第五軍艦乘組員

軍艦（又公船）之乘組員不獨在艦船上雖上陸時亦有治外法權

#### 第二欸 物

#### 第一元首之所屬物

不獨元首所攜帶之物而已雖供使用之物亦有治外法權



案使人有治外法權而物無之則不能完全達其有治外法權之目的

### 第二公使之所屬物

公使館附屬物及公使之私有財產亦有治外法權

案普通公使書始有治外法權然因條約之結果故其私有財產亦有治外法權

此以便宜上優待領事起見

### 第三領事之所屬物

領事若認爲有治外法權時則領事館其附屬物及領事之私有物亦有治外法權

### 第四軍隊之所屬物

軍隊有治外法權時其營舍攜帶之武器糧食及其他等物亦有治外法權

### 第五軍艦及其所屬物

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

## 第五節 內容

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

(一) 一身之不可侵

(二) 不服從所在國之裁判權

(三) 住居之不可侵

(四) 免除所在國之納稅及負擔

(五) 與本國交通之自由

其他元首有行使本國統治權之不可侵公使有關於公使館內事件裁判權之不可侵又條約上有認公使有對於在留之本國民公開使館內禮拜堂之權利者領事所有之治外法權乃以條約規定者斯時亦唯限於執行其職務所必要之範圍內而已

### 第三章 領事裁判權

#### 第一節 名稱

領事裁判權一語乃合併領事（英德法皆名 *Consul* 由拉丁語之理事官

轉化而成者）及裁判權（英名 *Jurisdiction* 法名 *Jurisdiction* 德名 *Fer*

*olto* *basheit*）一語而成者也（英名曰 *Arrestur* *Jurisdiction* 法名曰

*Jurisdiction* *of* *consul* 或曰 *Jurisdiction* *consulaire* 德名曰 *Kononlargericht*

*burket*）

## 第二節 沿革

確立國際團體者乃歐美諸國即奉耶穌教之諸國也然當奉摩登教之土耳其（土耳其東歐國）加入時不獨其風俗習慣不同即法律亦根本上與耶教國異於是耶穌教國以為派遣領事使掌對於自國人民適用自國法之事則兩者皆有便宜（因不服土耳其之裁判）法國首先與土耳其政府締結條約之名稱（西歷千五百三十五年明嘉靖十四年）之條約為始其後有十數回條約至今日有効力者則千七百四十年乾隆十四年之條約也）歐美諸國皆繼之（英為千五百八十年明萬曆八年 德為千七百六十年乾隆二年）其後與土耳其以外之非耶穌教國亦締結同種之條約至於今日現行

此種條約之國則中國朝鮮土耳其波斯暹羅等是也又嘗有此種條約而今日已廢止之國則日本（千八百九十九年光緒二十五年廢）之外有羅馬尼亞（千八百七十八年光緒四年廢）塞爾斐亞（千八百八十三年光緒九年廢）孟特列克洛（千八百七十八年光緒四年）等埃及在（千八百七十六年光緒二年）以後以混合裁判制度（以本國人外國人併爲裁判官之制度）管理國籍相異之外國人間之訴訟及內外人間之訴訟以與領事裁判權併行焉

案領事裁判權其初不過因宗教習慣之異而創設之無所謂不名譽者及後有此權之國人民濫用此權因之有強權欺凌之說此在法理上則本國土地上而行使他國裁判於本國統治權不免相戾故日本亦早議收回矣

### 第三節 意義

領事裁判權者乃依本於法制根本的差異所締結之特別條約之効力及於在對手國領土內自國臣民之裁判權也茲分析說明於左

第一 領事裁判權者一國之裁判權也此與治外法權之狀態不同實爲一國之

權利

第二 領事裁判權者對於在他國領土內之自國臣民者也

第三 領事裁判權者本於法制之根本的差異依特別條約而生者也

治外法權與領事裁判權之區別

治外法權……狀態……以國際便宜禮讓為根本

領事裁判權……權利……以法制根本差異為根本

案治外法權以國際便宜禮讓為根本在國際法上當然有者不同可見領事裁判不可包括於治外法權之中

至領事之治外法權式者謂因領事裁判權而生不知裁判權根本於法律差異領事之治外法權仍不過根本於便宜及國家禮讓而生不可與領事裁判權混同而一

岡田博士法學通論中區別治外法權為絕對的領事裁判權為相對的余以為法律尚未進步絕對相對不可以區別試問元首公使外之領事其治外法權亦

可謂爲絕對乎然亦不過因條約結果而始有之其他仍無有也

第四節 內容

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

中法條約上

〔千八百四十五年（道光二十五年）  
千八百五十八年（咸豐八年）〕

中美條約

〔千八百四十四年（道光二十四年）  
千八百五十八年（咸豐八年）〕

中英條約

〔千八百四十二年（道光二十二年）  
千八百五十八年（咸豐八年）〕

中德條約

〔千八百六十一年（咸豐十一年）〕

中日條約

〔明治二十九年即光緒二十二年  
明治三十七年即光緒三十年〕

中俄條約……千八百五十八年（咸豐八年）

中西條約……千八百六十一年（咸豐十一年）

中白條約……同上

中葡條約……同上

中丁條約……千八百六十二年（同治元年）

中國與日本歐美諸國之條約關於領事裁判權者皆大同小異故便宜上以中日條約說明之

中日條約

明治二十九年  
光緒二十二年

第三條

規定領事之駐在資格職權裁判管轄特權及免

除

同上第二十條 規定在清國之日本臣民之身體裁判管轄（歸當該官吏管轄

中國官吏不能干與）

同上第二十一條 規定民事訴訟

案中國臣民對於日本臣民提起民事訴訟歸日本官吏裁判謂日本人作被告

是也日本臣民對於中國臣民提起民事訴訟歸中國官吏裁判

同上第二十二條至第二十四條 規定刑事訴訟

同上第二十五條 規定最惠國條款（即利益均霑主義如與第三國利益則締

約亦當照其利益而享有之）

中日條款

明治二十七年  
光緒三十年

第十一條

約定將來在一定條件之下撤去領事裁判權

案中 日通商航海條約兩國各設領事惟日本領事在中國有管轄裁判權而中國在日本之領事則無之凡各國有領事裁判權者類此此種不公平之條約希望早日作廢

二十二條 日本臣民犯罪被告時由日本官吏以日本法律裁判中國臣民對於日本臣民犯罪被告由中國官吏以中國法律裁判治罪

二十三條 中國人民對於日本人民負債逃亡歸中國官吏逮捕而令其償還日本人民對於中國人民負債逃亡歸日本官吏逮捕而爲相當之處分

二十四條 日本人在中國境內犯罪或逃匿於中國人民之房屋及船舶內者由



中國官吏交付於日本官吏治罪中國臣民在中國境內犯罪或逃至中國領海內之日本臣民房屋及船舶上者由中國官吏請求日本官吏逮捕以交付於中國治罪

#### 第四章 混合裁判所

##### 第一節 名稱

混合裁判所如其字義與英之 *Mixed court* 法之 *tribunal mixte* 德之 *gemischte soibunal* 相當學者中有名曰國際裁判所者 (德 *Internationale bes grebicht*) 然是屬誤用且忘其有易與相混同之裁判所 *tribunal international* 者也

案荷蘭海牙萬國國際會議中設有國際裁判所與此相混故不能名爲國際裁判所而曰混合裁判所

##### 第二節 沿革

混合裁判所者爲欲減少領事裁判制度所生之弊害而創設之裁判所也 (表面上爲本國裁判而事實上則爲外國與本國人組織之故爲混合裁判) 其最初在西歷

千八百四十七年道光二十七年以後設置於土耳其裁判關於民事刑事之內外人關係事

項其第一審及第二審皆在君士但丁堡

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

十二年同治十一年前後四回條約之結果在埃及亦設置混合裁判所以法英德奧匈意

等諸國之合議規定其編制法而在千八百七十六年光緒二年二月十五日開廷當初本

豫定五年間之期限其後又延期遂以千八百九十年光緒十六年之條約決定永久設置

之其第一審在亞歷山大加依羅滿斯拉之三市其第二審則在亞歷山大也

案中國上海會審公堂彷彿似之然一般國際法家皆謂中國無此制度將來中

國若撤去領事裁判權斷無用此制度特爲諸君正告之

### 第三節 意義

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

第一 混合裁判所者該本國之裁判所也

案領事裁判乃領事本國之裁判而混合裁判乃埃及本國之裁判表面雖有外國人爲裁判官而其實則仍爲本國之裁判所此外埃及之國內裁判所尙在不過範圍狹而混合裁判之範圍廣耳司法制度之歧雜實爲罕見

第二 混合裁判所者裁判內外人關係事項者也

案內外人關係除去有領事裁判權國而言或無外國人而但有內國人之關係如埃及不動產訴訟皆歸混合裁判所

第三 混合裁判所者該本國與諸外國之間以特別條約規定其組織者也

第四 混合裁判所者有矯領事裁判權弊害之目的者也

第四節 編制及權限

第一款 土耳其

土耳其之混合裁判所有民事與刑事二種民事混合裁判所初設於君士但丁堡其他之二三土地亦設置之不管轄民事全般事件唯限於商事及動產事件管轄內國人與外國人間之訴訟裁判官以內國人三名及與當事者外國人同國籍之外國人

二名編成之

案土耳其外國人少故混合裁判不甚發達

刑事混合裁判所亦設置於君士但丁堡及多數之大都會審理外國人爲被告之輕罪事件裁判官以內外人各半數編成之（此裁判所事實上尙未爲裁判）

### 第二款 埃及

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

二十  
六年

以來破產及有關係於破產之犯罪亦歸混合裁判所管轄焉

光緒

案埃及混合裁判外國人多故甚發達蓋埃及雖爲土耳其之屬地而其實爲英國勢力範圍外國之勢力愈大則其混合裁判亦甚發達其結果則本國受其利

此斷然者

混合裁判所適用之法律非土國固有之法律從締結條約國所編纂之埃及法典裁判之

第五章 在內國適用外國法與在外國適用內國法

有治外法權及領事裁判權之際皆一國之法行於他國領土內者也然在此以外尚有一國之法行於他國領土內者（非若治外法權領事裁判權之團結制度而散漫於他國者如在外國適用內國法及在內國適用外國法是也）說明此問題之學科俗名曰法學衝突論分法之種類有國際私法學國際刑法學國際破產法學國際訴訟法學等名目焉

案國際法者行於國際團體之間之法律也如此等私法刑法諸國際名義并無國際性質不過於國與國之間調和而行之不能通行於國際團體中故不可謂之國際法也

或曰法律如空氣能行於世界然遇他國法律則衝突

又或曰法律祇行於本國二說一寬一狹均非一國法律以行於本國臣民爲目的或云本國臣民應服從所在國法律者此學問研究之所以有分門也

在此法律衝突論中說明外國法所以能行於內國領土內之問題學者之間議論雖不一然當解釋爲內國法上規定有適用外國法之結果也此規定名調和法律衝突之規定又名適用外國法之規定日本則名之曰法例

案此種調和法律衝突論之法律由一國意思規定非由國際團體共同之意思故不能望各國之遵守將來法律進步調和此種衝突由國際團體規定之乃可以國際名之然今日尙非其時也

法學上之議論以適用於事實之際爲其主眼而法律衝突論之主要的題目之事實學者名曰涉外的事實涉外的事實云者包含外國的元素之事實也而外國的元素云者乃指(一)主體(個人或團體)有外國國籍之際(二)客體(物)在外國之際(三)事實(行爲及其他)發生於外國之際而言也此中(二)及(三)雖無必須說明之前提而(一)則非說明(甲)何人及何團體有內國國籍(乙)在內國有無住所之(二)前提(如住所

在外國則含有外國元素之半）終難理解者也

得喪回復國籍（限於人之國際團體之國籍尙未有設概括的規定之國）之原因及其手續在大多數之國常以成文法規定之『日德以特別法（日國籍法德千八百七十年<sup>同治九年</sup>國籍得喪法）規定之法國則規定於民法中』及住所之得喪回復之原因手續則全委諸羅馬法以來之法理之國諸多茲以國籍及住所之意義說明之於左

國籍……對於一國家有永續的從屬關係之人或團體之資格之謂也

案國體國籍如法人會社尙無明確之規定便宜上以住所爲準

住所……在一國家之領土內人或團體所定之活動本據之謂也

案各國於住所無特別法規定而以民法規定之

住所無永遠不動的然必有三五年之根據爲生活本據者乃稱爲住所而不可以一時的遂稱爲住所也

據以上所述是在內國適用外國法則由內國之國內法規定之反之在外國適用內

國法則由其外國之國內法規定之而文明諸國關於此法律衝突論之法規大同小異故以下唯以諸君最易解之日本法爲例述之

(注意)

一國之領土中陸地以外尙有水而水而有國內水面與國外水面之別國外水面中雖非無爲他國領土者然其大部分概不屬於何國之領土如外洋海灣大洋是也外洋無論何國之統治權皆不服從(外洋不可與無主物可以先占者比)而無論何國之船艦又皆得自由航行其航行中之船舶內則行使自國之統治權焉

案法律衝突論以領土爲根本因自己法律行於他國領土而衝突論生焉此外如水面則非本國領土又非外國領土則問題生焉若船舶至他國領海以內則法律之衝突論又生焉

### 第一節 國際私法

在國際私法上外國法適用於自國領土內之際凡有四



案民法上之衝突以國際私法調和之

第一 適用外國人之本國法之際（普通以身分年齡「法律上年齡爲能力」印度人八歲結婚十二歲爲成年」之類）

第二 對於在外國有住所之人適用其住所地法之際『日法例一二三二八』

例如甲乙兩人乙向甲借用百元而甲至外國乙在北京因甲欲用錢而在外國將證書讓渡於丙此證書讓渡有效無效各國民法規定不同於此場合以借錢之乙之住所地法爲準因乙之利益不利益乙知之最深也

第三 對於在外國爲行爲之人適用其行爲地法之際

『日法例七八九一一二二』

例如中國人在日本訂契約其方法形式應從日本將來中國人與日本人均來中國其契約效力仍從日本法

第四 對於在外國之目的物適用其所在地法之際（指不動產而言因有固定

性質故以從所在地之法爲當)

## 『日法例一〇』

### 第二節 國際刑法

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

案刑法爲一國公法以一國領土爲界限此原則也若本國人在外國犯罪而如適用外國法律則外國法律與本國往往不同而與本國治安頗多不便此國際刑法之所由適用也

適用刑法與私法不同國際私法既適用外國法則不適用本國法而國際刑法則既適用外國法亦可適用本國法所謂併科主義裁判官不過酌量情勢或減輕或免除而已此其兩種之異也

第一 對於皇室之罪『日本刑法七三至七六』

第二 對於國家之罪『日刑七七至七九八一至八九』

第三 對於貨幣之犯罪『日刑一四八』

第四 對於公文書公印有價證卷之犯罪『日刑一六乃至一六二一六八』

第五 關於生命身體自由財產或信用內國人所犯之犯罪及外國人犯以上之

犯罪而內國人爲被害者時亦同『日刑一七乃至一八〇百八二百八五二

百二〇一二〇五二〇六二一五乃至二一七二一九二二一二二二二五

乃至二二九二三一三三六二三七二三九乃至二四二二四四二四七乃至

二五一二五四二五七』

第六 公務員職務上所犯之罪

第三節 國際民事訴訟法

民事訴訟法自其形式上言之乃規定保護私權之手續法也故其所保護之私權不獨限於一國私法上之權利自公平純理上觀之一國之民事訴訟法支配（不曰適用者其理由與國際刑法同）他國內所存之事實而使發生民事訴訟法上之法律關係亦無絕對的不可然現今國際團體之程度尙未能使各國家互爲便宜以領土

之行使讓步至此範圍也民事訴訟法上確定判決之効力不能及於外國之論尙有爲一般通說（亦有反對說）之勢焉『日民訴五一四五—五五五七』

案判決効力能否及於外國此法律衝突論所由起在今日尙不能及於外國將來法律進步或可及之

#### 第四節 國際刑事訴訟法

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

案民法刑法雖効力可及於外國而民刑手續之効力不能及之則民刑法之實體欲行於外國者甚少現今世界各國法律尙未盡一故此種手續不能及効力

於他國必法律改良進步以後或有此種手續亦可行其効力於他國時者今不過爲法理上一種研究之資料而已

### 第五節 國際破產法

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

案中國人破產中國財產僅二十萬外國財產有八十萬現今國際破產法尙未十分發達則祇可以中國之二十萬入破產財團其外國之財產八十萬則爲破產宣告之効力所不及亦今日無可如何之勢也

## 第六章 國際的訴訟共助及犯罪人引渡

關於民事一國之私法雖有適用於他領土內之際而民事訴訟法則反是確定判決在他國領土內有効力與否尙屬疑問故欲達民事訴訟之目的保護涉於二國以上領土之私權使無遺憾則一國對於他國有求訴訟手續上助力之必要（國際的民事訴訟共助）又關於刑事一國之刑法雖有支配他國領土內犯罪之際而刑事訴訟法之効力則皆以爲絕對不能及於他國領土內故亦與民事訴訟同有對於他國求訴訟手續上助力之必要也（國際的刑事訴訟共助）又在刑事訴訟當執行確定判決効力之刑時若犯罪在外國則非請求外國交付其犯人後不能執行刑罰（犯罪人引渡）故本章說明此三者以見國際關係之缺點現今如何補充之也

### 第一節 國際的訴訟共助

國際間訴訟上之共助一面以國際法上條約規定之一面以締盟兩國之國內法規  
定之而其意義與國內訴訟上之共助同故以下左之定義『明治二十九年光緒二十  
二年 日德議定書二條明治三十一年光緒二十 日西議定書六條其他法瑞條約奧塞條

約法巴條約及海牙國際法會議決議明治三十八年光緒三十一年因外國裁判所囑託之

共助法和法院編制法一七五意見訴訟九四五奧法院編制法三八至四〇德民訴

法一一〇英千八百五十六年威豐六年法一二三章美千八百六十二年同治二年法四〇七一

至四〇七四章』

國際間訴訟上之共助者因外國裁判所之囑託就關於民事或刑事之訴訟事件送達書類及調查證據所爲之法律上輔助之謂也『日共助法一一日裁判所構成法一三一』

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

第一 其受託事項據內國法許其施行者

第二 受託事項屬於受託裁判所之管轄者但若不屬其管轄時可以移送其囑

託於管轄裁判所

第三 相互條件之存在者

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

第二節 國際間之犯罪人引渡

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

茲以此定義分析之則犯罪人引渡有左之二種其要素略異

第一 本於條約一國交付犯罪之他國臣民於其本國之際

第二 本於條約一國交付在他國領土內犯罪之人於其本國之際

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

第一款 條約



一國所罰之犯罪有在他國領土內犯者一國所罰之犯罪有在其本國犯後而逃走至他國領土內者因此文明各國遂以條約互規定犯罪人之引渡以期達各自刑法之目的（國際法上）而締結此條約之國又以國內法制定其引渡之手續以爲制限憲法所保障各人身體自由之理由（國內法）故謂犯罪人引渡爲對於領土權或司法權之例外之見解乃不通之謬論也『參照明治十九年光緒十五年日美犯罪人引渡條約明治二十九年光緒二十五年日德議定書明治三十年光緒二十六年日西議定書明治三十年光緒二十六年』

第二款 犯罪人

一國依條約所當引渡於他國之犯罪人要非自國臣民（認自國臣民亦可引渡者英米所採用之主義也）若爲請求引渡國以外之國（第三國）之臣民時則條約上多附以特別約款即或有一（受請求國任意對於第三國發通知之約款或有二）對於第三國之通知亦爲任意而得以犯罪人爲第三國臣民之故拒絕其引渡之約款或有三（必須通知第三國且必須得第三國之同意而始能引渡之約款此三者中以

### 第三種爲最普通者也

數國同以此一人爲犯罪人而請求引渡時（例如甲國臣民在乙國領土內犯罪後逃至丙國時）則以當應犯罪於其領土內之國之請求說爲正當之見解（千八百八十年<sup>光緒六年</sup>英國阿克斯風兒特所開國際法會議之決議）（反對說則謂當引渡於犯罪人所屬國）

然同一人在數國之領土內各爲犯罪而受其數國之請求引渡時則學者之見解紛紛不一也（或先要求者或犯罪重者）

### 第三款 犯罪

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

### 第一 政治上之犯罪（此因各國政體不同）

第二 陸軍軍人逃亡罪

第三 違反稅法

第四 違反行政上之特別法

第四款 手續

請求犯罪人引渡及受此請求皆行政之一部分故須依外交手續（有謂當依司法上手續之說者誤也）當由請求國之外務大臣經公使之手對於被請求國之外務大臣請求引渡而被請求國判定其所受請求當否之方法則有數派茲舉其重要者二派其一爲<sup>(一)</sup>派專委諸裁判所其裁判爲公開然其判決雖認引渡爲正當時而仍不能拘束外務大臣使其必引渡也其二爲<sup>(二)</sup>派專委諸行政處秘密行之於檢察官之前訊問犯罪人後檢察官以其所調查之文書提出於司法大臣然後大統領據此以決定焉

陸上

領土外刑事逮捕

領土內民事判決

國內水上

水上

外海 本國船可以適用本國法外國船則不必過問

請求犯罪人引渡時須送何種文書則諸國條約殊不一致即(第一)唯以有委囑逮捕犯罪之文書即足者(法白條約)(第二)必要證明送還犯罪人於請求國所以正當之理由之文書者(大多數條約)(第三)必要其他之一切人證書證者(英美條約)受犯罪人引渡國之裁判所原則上不能在請求引渡理由之犯罪以外以他種犯罪處罰之若新發見有犯罪時則當以其犯罪為理由再送請求書於引渡國也

案所罰之罪非請求引渡之罪是謂欺詐行為

檢察制度終

## 岡田畢業演說

乘新年之假研究有益之學是余所最歡忻者中國將來司法制度審判制度究應如何觀歐美大勢及中國利害關係必成爲三面關係卽原被告審判廳是也卽民事刑事皆應如此就刑事一方面言檢察官審判官辯護士三方面均有關係卽審判時必應許旁人觀聽若審判官不能明習法理主張事實必爲檢察官之所指摘再言民事將來民法商法編定人民不盡解法律而必以辯護人代爲答辯使審判官不明法律又必爲律師所窘以將來大勢推之此檢察審判辯護人三種所不可不再加研究者願以後以官事之暇再求學問以此次之講習會爲嚆矢倘有質問鄙人當竭力奉答如有不知再求之先達而報命當今世界競爭大勢皆注目東洋而東洋之所以使列強起野心者此中國之弱耳願諸君各奮其事以強中國強東亞以保和平則予之希望也

## 小河演說

今日得暇與諸君一談快甚以極短五分鐘時間爲諸君演說學問活物也刑事學問

尤甚因刑事者是對於活人予以適當之處分故必先有活之人而研究此種活學刑事學問以較化學物理二者謂其較化學物理易此不過溜覽條文之人所言烏知此刑事學問之難蓋有甚於化學物理者如今日岡田所講之識別法如能鍊習透熟則應用甚寬蓋即一種之活學問也諸君中大都身充法官則時時以犯罪人爲研究資料如耳如指紋不過形式上區別如要稱司法官之職務則必以犯人之精神爲研究資料以爲改良犯罪之助以犯人爲目的物望諸君勿專以法文條目爲依傍則余今日演說之宗旨也

### 識別法

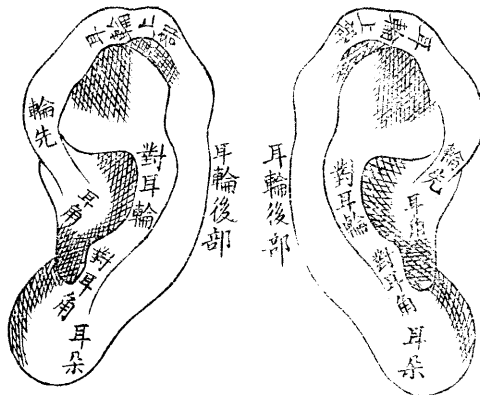
識別法之用處爲何爲刑法上之關係以識別二人之是否同是一人或另爲一人并識別其曾犯刑法與否即民法商法上或辯別同是一人或另是一人之用處甚多此法律上之用處即陸軍軍隊逃亡或戰爭時欲分別逃亡者爲何人及戰死者爲何人識別法亦大有效用就軍隊論原有特別標識然各國不論如某某號如日本（一二三人）是也然戰爭時往往遺失各別於識別法非盡採用惟於刑事上之關係多用之

余以爲刑事外如軍隊亦可用之現在日本於軍隊欲用之然未見之實行此種識別法無論何國古時皆有之然未考究完全例如人之容貌豐采高矮肥瘦當逮捕時必特別注明此亦識別法之一種此不過粗涉之識別而已而如不易辯別不可移易之標識則闕如豈如容貌白者可黑肥者可瘦并無一定標準此其缺點也西洋各國後復注重戶籍及犯罪人年齡籍貫名簿以定犯罪人之異同此最幼稚蓋犯人名姓同者甚多即使不同而隨時更改者亦衆故以此識別最不足取以後遂以寫真爲識別之法固最有效力然但用寫真亦不足憑信以上三段識別均不完全於是學者考究數十年始有端緒如歐美各國及日本之識別犯罪人有兩種(一)人身識別法(二)指紋識別法身體分(甲)測定識別法以尺量之(乙)認定識別法以眼光鑒別此二者互有短長測定之法經費多購買測量器具如量頭者有量頭之尺不可通融而況廢時甚多然長處則較以目認定之法更爲確實測定法則是但憑目力則錯誤必多用此二法要知其長短而隨時酌量用之身體識別法爲法人心ル干ヨシ經多年考究發明各國皆採用之此人現在巴黎警察廳之識別科充科長岡田曾在法國學習四月



每日隨白耳體翁識別實驗指紋法惟英國考究最靈然現在適用指紋識別法則非英國之法乃獨之インブルグ市之口エシエル所研究發明其法最簡單可用總之法之身體識別法英德之指紋法非但該三國適用然各有長短採用之者甚多今姑以指紋法言之指紋法雖甚可憑然最細膩至其搜查時最無用處以不能執途人而對勘指紋之同異也然至確定犯罪人之是否則指紋法亦甚有用故確定之宗旨則指紋法爲當而搜查之宗旨則身體識別法爲要也然測定人之身體之認定法則其闕失亦如指紋法之不可執途人而認定然欲認定身體亦舍此身體識別法更無可用之法當白耳體翁發明此法就人身各部分皆有之而岡田則主張不必各部分但以占身體一部分而變化最多之耳而識別爲已足矣世界各國之人斷無耳之全體相同即使有同者而微細之間則決不同蓋變化最多而一生之變動則少如少年耳潤老年耳枯而其耳之輪廓微細則毫不變惟受傷與角力提挈并寒帶皴凍可以少變動或患病血管破者凡此皆意外若順其自然則毫不異也若指紋則自少至老隨時有變如嬰兒之指紋以顯微鏡測之而不見者甚多則操持作業容易壞損則不知

耳之可以終身不變且耳甚可以測面視之亦甚便於搜查能使犯人毫不驚覺而搜查之於觀察上甚便利識別耳之法要知部分名稱如上圖



白耳體翁所研究者據各種部分以爲識別試將耳之名稱說明之耳之外邊爲耳輪內之對於耳輪者爲對耳輪耳輪之尖曰輪先耳之垂珠爲耳朶附近之面之小角爲耳角耳角相對者爲對耳角白耳體翁識別之順序先輪後朶（皆以右耳定之）第一輪尖有長有中長有短者輪尖看畢第二則看耳輪上部上部亦有三種分別有寬者有窄者有得中者第三再看耳輪後部亦有三種或大而厚或中或小而薄第四再看耳與面之距離亦有三種如去面遠而開者去面近而並者去面不遠不近而耳之後部反上面閉者第五再看耳朶亦分三種有垂垂若珠者有方而平者有圓而厚者第六再看着臉連屬與否亦看耳朶與前觀察法不同亦

有三種一朶與面分而不連屬者一朶與面連屬而無線者一連屬而有線者第七再看耳朶之厚薄一耳朶厚而向外凸者一耳朶厚而並者如大豆然一耳朶厚而凹者第八看耳朶之長有三一大而凹垂甚長一垂中一垂小第九看耳朶附頰部如山形者其對面之角爲對耳朶亦分三種(一)有時斜者(二)並者(三)如水平者第十對耳朶再分三種(一)凸者(二)並者(三)直側者十一對耳朶方向有三(一)向外(二)向內(三)並者十二對耳朶面積全體有三(一)大(二)中(三)小十三再看對耳輪下部與耳輪之關係亦有三(一)較耳輪爲上凸者(二)平者(三)較下凹者十四對耳輪上部亦有三(一)大(二)中(三)小有有如兩葉分別極清楚者亦有分別不清楚者十五再看耳之全形亦有三(一)斜方形(二)橢圓形(三)圓形十六再從正面看兩耳之正形(即對人面部觀其耳)亦分三種(一)對面看去兩耳張而上部開者(二)對面看去兩耳張而上部小而中部開者(三)對面看去而下部開者以上皆白耳體翁所研究識別之法也此外尙有特別識別耳之方法如左

耳之截痕亦分三種(一)上部(二)前上部上部後上部(三)前前上部後上部又或有對

耳輪上枝與耳輪後部連續者或對耳輪上部分爲四枝者或對耳輪上部分爲三枝者又耳上之瘤有圓與方之區別者動物學者達耳文氏所言之耳初與動物無異故其耳後部不同(一)後部有膨脹者(二)有如瘤者(三)耳之全部如耳輪耳角視之不分明者又其耳角中有屈曲者此皆其特徵也白耳體翁認耳之法岡田在德國經六閱月之實驗以爲其法尙有應增應減之處對耳輪分別之法太詳不必如此其細此其法之宜減者又人之耳角有直者有灣者有上小而下大者有上大而下小者此又於其法之外之應增者以此法適諸實用於搜查嫌疑人最爲簡便但識別大中小恐各人之眼光不能全同或吾認爲大而他人或認爲中此亦容有之事是故記載之法吾認爲大則書爲『大否則中』或吾認爲中而恐他人之認爲大者則謂爲『中否則大』蓋大與小容易辨別而大與中則易於混同故須有如此活動之寫法也

.....

· 附  
件

八

## 指紋識別法

中國及日本皆以看指紋爲看相之法以斷定其人之吉凶禍福富貴貧賤（日本相法自中國傳來）自看相術言之以渦狀紋愈多愈佳以指之法律關係言之有以指代捺印者（拇印）有時恐拇印之證據力猶未足更以全手印於證書者此日本手形名目之所由起也以指紋識別犯人之法始起於英國其後更經德國人之研究於是歐洲各國皆以此爲識別犯人之法指紋可分爲三種（一）弓狀文（二）蹄狀文（三）渦狀文（此名皆司法省所定岡田則主水流不主司法省之名稱）弓狀紋者其紋如彎弓

### （一）弓狀紋



特色左起右迄

之狀蹄狀紋分甲乙二種其中之紋

形如馬蹄凡蹄狀紋其對面必有三角形其紋自右面起線者則仍迴環

於右面或自左面起線者亦同渦狀紋紋至中間爲止不到兩旁其中形

### （二）蹄狀紋

甲



特色現三角形由

乙



左起者必由左迄

(三) 渦狀紋



左右成兩三角形

狀如漩渦然三種指紋以弓狀紋最少  
蹄狀紋最多於千百雷同之指紋  
中須另想方法以分別之方便於實  
用也

弓狀紋與渦狀紋之區別甚易甲種蹄狀紋與乙種蹄狀紋之區別頗難往外向者為甲種蹄狀紋往內向者為乙種蹄狀紋然視左手與視右手不同而目視與刷視又不同目視者自手之正面觀之刷視者印於紙上不啻自手之背掌觀之故方向因之斗換自正面觀之向內者為乙種自背面觀之則向外者為乙種也今將指紋分類之法列表於左并說明之

弓狀紋……………一

弓狀稀少故僅分為一類甲種蹄狀紋分為二類乙種蹄狀

甲種蹄狀紋……………二

紋分為四類渦狀紋分為三類因乙種蹄狀與渦狀最多故

乙種蹄狀紋……………三

分類亦甚細假有百指於此弓狀占十甲蹄占二十乙蹄占

三四五六一

渦狀紋……………〔七〕  
〔九八七〕

四十渦狀紋占三十太不平均故分乙蹄爲四類渦狀爲三類恰符一類十人之數此種分類法之當否因人種不同而稍生差別德國此種分類法係以歐羅巴人種爲據日本用之稍加變通中國人種與歐羅巴人種相近尙未據統計以考校惟以予意揣之中國若用此法想亦無大差異也

今言乙蹄狀紋之分類法法自最小蹄狀線之尖(乙)(內端)爲起點(乙之內端最小蹄狀線是也有最小蹄狀線只一單線者即以單線起算或最小蹄線有數線者即

乙種蹄狀隆  
線計算法



甲乙丙……………最小蹄狀線

乙……………蹄線內端

丁……………外有交叉點

乙丁……………朱點(導眼線)

交叉點之丁爲外端如無三角形而又無交叉點者則以理想而定一交叉點計算之

以最长者起算)由朱

點算至對面三角形之

尖(丁)(外端)爲終點(

外端有交叉點者則以

一……………七……………三

共算其經過若干隆線



以降線經過之多少分四種符號

八	……	十一	……	四
十二	……	十四	……	五
十五以上	……	六		

自一至七符號	為三自
八至十一符號	為四自
十二至十四符號	為五

十五以上符號為六此乙種蹄狀之分為四類者如此（是德國ロエシエル所創之法）

再言渦狀紋之分類法渦狀紋之特色有兩三角形即以三角形為分類之法從左之三角形尖起而向右之線為追跡線從追跡線中朱點看至右三角為交叉點自追跡線至交叉點視其經過之線若干而有上流中流下流之別追跡線往上而交叉點五



上流  
交叉點五以上  
(七)



中流  
交叉點二以下  
(八)



下流  
交叉點四以上  
(九)

以上曰渦狀上流符號為七追跡線往中而交叉點二以下曰渦狀中流符號為八追

跡線往下而交叉點四以上爲下流符號爲九 實用此方法時所需之物品爲紙墨

(番號)

三萬

八千

一百

二十

四

拇指 4 (乙蹄八至十一)

小指 2 (甲蹄交叉點八以上)

環指 1 (弓狀)

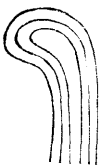
中指 8 (渦紋中流)

示指 3 (乙種蹄狀交叉點七以下)

棹子紙張須用堅厚者以  
便保存墨則當用印刷書  
籍所用者中國平常寫字  
之墨不能用印刷書籍之  
墨係圓形須以印刷機器

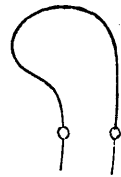
揉平之且須使之勻淨當印指之時立於人之右旁先將手指濡墨印於紙上須滾壹  
轉其印之順序先左手而後右手先示指次中指次環指次小指次拇指如將一人指  
紋印出後則標明其番號如上圖

後來按數查對即使左手之數相同猶恐其有錯誤再對驗其右手斷未有二人以上  
左右手指之紋數全相同者此殆絕無僅有之事即或兩手相同則再看兩手有特徵  
否特徵有二一爲孤立線即不相連續而中斷之線如(甲)圖



是也一

爲抱合線即單線之中所生之複線如環形即(乙)圖



是也抱合線中亦

有多少不等大小不同以顯微鏡測之則斷無與人同者以指紋法爲主輔之以身體  
識別法則於搜查必多確實將來如于此兩法外有發明未可知也

檢察制度勘誤表

總

目

葉

行

字

誤

正

二

八

第三節

低一字

應高一字

第一編

刑事法與檢察制度

葉

行

字

誤

正

一

二

六

朝太郎

朝太郎

一〇

一〇

一

建一千五百年代

逮一千五百年代

一一

二

一五

檢察官及代訴人

檢察官補及代訴人

一六

一三

三

其他奏任十一級

奏任十一級

一七

四

三

任奏

奏任

一八

九

二六

法剖

法部

三五

一三

二〇

裁判廳

裁判所

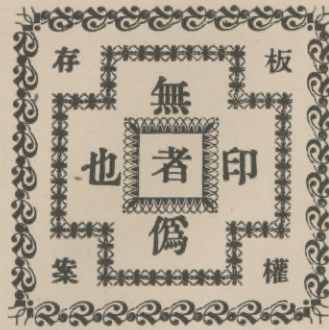
四〇	二	二二	重復	重復
四一	六	四	損害者不勘	損害者不勘
六八	二	二一	訊其蒐集	認其蒐集
六八	一一	二五	脫難關係	脫離關係
七一	六	四	案檢察因	案檢察官因
七一	九	一一	有便利	有便利
七四	一三	四	是日	是日
七五	一一	一一	得直赴近	得赴直近
七八	八	一四	與此次判決	與以此判決
八一	二	九	立開審判	公開審判
	第二編		民事法與檢察制度	
三	一	二八	不如國事之簡單	不如國事犯之簡單
七	六	二七	司法司法	司法

八	四	二五	此兩義	此兩主義
一〇	二	一八	區裁判檢事	區裁判所檢事
	第三編		行刑法與檢察制度	
八	六	一〇	刑事訴訟治	刑事訴訟法
	一三	五	勿論	無論
一〇	一一	二	如監獄皆	如監獄者
一一	七	四	指揮	指揮書
二二	八	二六	便于猶豫	便于豫備
四三	二	一四	勞動	勞動
	第四編		檢察制度與對外關係	
二〇	四	五	公使書	公文書
三四	八	二	案國體國籍	案團體國籍
三八	二	一一	有價證券	有價證券

附件

一一	一〇	七	外有交叉點	外錯交叉點
一三	一一	一三	爲下流	爲渦狀下流

宣統三年四月二十六日印刷  
宣統三年五月二十一日發行



筆述者

華陽鄭言

編纂者  
雲陽蔣士宜



校正者  
慈利姚生范

印刷所  
上海小南門外  
中國圖書公司

總發行處

上海棋盤街  
中國圖書公司

檢 察 制 度  
實 價 大 洋 一 元



