

刑事訴訟法目錄

緒論

第一章 刑事訴訟法與刑法之關係

第二章 刑事訴訟法及刑事訴訟之意義

第三章 刑事訴訟法之淵源

第四章 刑事訴訟法之解釋

第五章 刑事訴訟法之地位

第六章 刑事訴訟法之效力

第一節 關於事務之效力

第二節 關於土地之效力

第三節 關於人之效力

第四節 關於時之效力

第七章 刑事訴訟之種類

第八章 刑事訴訟之階級

第九章 刑事訴訟之法律關係

第十章 刑事訴訟之條件

第十一章 刑事訴訟之方式

刑事訴訟法 目錄

五 六 八 九 一一 一二 一三 一三 一三 一五 一六 一八 一九 二一

刑事訴訟法 目錄

第十二章 刑事訴訟之主義

第一節 國家訴訟主義與私人訴訟主義

第二節 實質上之發見真實主義與形式上之發見真實主義

第三節 口頭辯論主義與書面審理主義

第四節 處分主義與職權主義

第五節 當事人進行訴訟主義與職權進行訴訟主義

第六節 兩造審理主義與一造審理主義

第七節 直接審理主義與間接審理主義

第八節 勵行主義與便宜主義

第九節 當事人同等主義與當事人不同等主義

第十節 自由心證主義與法定證據主義

第十一節 審判公開主義與審判不公開主義

第十二節 當事人訴訟主義與強制代理主義

第十三節 自由序列主義與法定序列主義

本論

第一編 訴訟主體

第一章 總論

11

第一節	二二
第二節	二二
第三節	二二
第四節	二四
第五節	二五
第六節	二六
第七節	二六
第八節	二七
第九節	二八
第十節	二八
第十一節	二九
第十二節	三〇
第十三節	三一
本論	三一
第一編 訴訟主體	三一
第一章 總論	三一

第二章 審判衙門

第一節 審判衙門之審判權

第一款 審判權之主義

第二款 審判權之種類

第三款 普通刑事審判權之範圍

第二節 審判衙門之意義

第三節 審判衙門之組織

第一項 內部組織

第一款 審判衙門之地位

第二款 審判衙門之職員與審判衙門

第三款 審判衙門職員之資格

第二項 外部組織

第一款 審判衙門之等級

第二款 審判衙門之管轄

第一目 事物管轄

第二目 土地管轄

第三目 合併管轄

刑事訴訟法 目錄

三四

三四

三四

三五

三六

三八

三八

三八

三八

四〇

四二

五二

五二

五二

五四

五五

五八

六四

刑事訴訟法 目錄

第三項	管轄錯誤	七〇
第四項	指定管轄	七一
第五項	移轉管轄	七四
第六項	訴訟共助	七七
第三章	當事人	七八
第一節	總論	七八
第一款	當事人之觀念	八〇
第二款	當事人之能力	八一
第三款	訴訟能力	八一
第二節	原告	八二
第一款	檢察官	八二
第二款	司法警察官吏	八六
第三節	被告	八七
第一款	被告人	八七
第二款	辯護人	八八
第一項	辯護制之理由	八八
第二項	辯護制之沿革	八九

第三項	辯護之意義	九〇
第四項	辯護之種類	九一
第五項	辯護人之地位	九三
第六項	辯護人辯護之內容	九三
第七項	辯護時期	九四
第八項	辯護人之指定及委任	九五
第九項	辯護人之資格	九六
第十項	辯護人之權利義務	九七
第三款	法律上代理人	九九
第二編	訴訟行爲	一〇一
前編	總論	一〇一
第一章	訴訟行爲之意義及其性質	一〇一
第二章	訴訟行爲之要件	一〇二
第三章	訴訟行爲之形式	一〇四
第四章	訴訟行爲之取消	一〇五
第五章	訴訟行爲之無効	一〇六
第六章	附條件之訴訟行爲	一〇六
刑事訴訟法 目錄		

刑事訴訟法 目錄

第七章	擇一之訴訟行爲	一〇七
第八章	訴訟行爲之時期	一〇八
第九章	訴訟行爲之處所	一一二
第十章	訴訟行爲之種類	一一三
後編	各論	
第一章	被告人之訊問	一二五
第二章	被告人之傳喚、拘捕及羈押	一二七
第一節	被告人之傳喚	一二七
第二節	被告人之拘捕	一二九
第三節	被告人之羈押	一三一
第三章	保釋及責付	一三四
第一節	保釋	一三四
第二節	責付	一三七
第四章	證據	一三八
第一節	證據之意義	一三八
第二節	舉證之目的	一三八
第三節	舉證證明之事項	一三九

第四節	舉證之責任	一四〇
第五節	證據之種類	一四一
第六節	證據之判斷	一四二
第五章	檢證搜索扣押及保管	一四三
第一節	檢證	一四三
第二節	搜索	一四六
第三節	扣押	一四七
第四節	保管	一五〇
第六章	人證	一五一
第一節	證人之意義	一五一
第二節	證人之義務	一五二
第三節	傳訊證人之程序	一五六
第四節	證人之費用	一六〇
第七章	鑑定及通譯	一六〇
第一節	鑑定	一六〇
第二節	通譯	一六三
第八章	裁判	一六四

刑事訴訟法
目錄

第一節 裁判之意義	一六四
第二節 裁判之種類	一六四
第三節 裁判之成立	一六五
第四節 裁判之理由	一六六
第五節 裁判之諭知	一六七
第六節 裁判之變更	一六八
第七節 裁判之確定	一六八
第九章 書狀及筆錄	一七〇
第十章 送達	一七四
第三編 通常訴訟程序	
前編 第一審	一七五
第一章 公訴通論	一七五
第一節 公訴及公訴權	一七五
第二節 公訴之效力	一七五
第三節 公訴權之消滅	一七六
第四節 公訴之準備	一七八
第二章 偵查處分	一七九

第一節	偵查之意義	一七九
第二節	偵查之端緒	一七九
第一款	告訴及告發	一八〇
第二款	自首	一八五
第三節	偵查之實行	一八五
第四節	偵查之終結	一八七
第一款	偵查終結處分之種類	一八七
第二款	偵查終結處分之知照	一九一
第三款	偵查終結處分之完成	一九一
第四款	偵查終結處分之抗議	一九二
第三章	預審處分	一九四
第一節	預審之性質	一九四
第二節	預審之案件	一九五
第三節	預審之開始	一九六
第四節	預審之實行	一九七
第五節	預審之範圍	一九七
第六節	預審之方法	一九八

第七節 預審之終結	一九九
第八節 預審制度之立法問題	二〇〇
第四章 急速處分	二〇二
第一節 設立急速處分之理由	二〇二
第二節 受急速處分之被告人	二〇二
第一款 現行犯	二〇二
第二款 準現行犯	二〇三
第三款 特別犯人	二〇三
第三節 實施急速處分之程序	二〇四
第五章 提起公訴	二〇七
第一節 提起公訴之主體	二〇七
第二節 提起公訴之動機	二〇八
第三節 提起公訴之方式	二〇八
第四節 提起公訴之效果	二〇九
第六章 公判	二一〇
第一節 公判之性質	二一〇
第二節 公判之準備	二一一

第三節	公判之開始	一一一
第四節	公判之形式	一一三
第五節	公判之指揮	一一五
第六節	公判之範圍	一一六
第七節	公判之停止	一二七
第八節	公判中之次序	一二八
第九節	公判中之調查證據	一二〇
第十節	公判時之判決	一二三
第一款	判決之種類	一二三
第二款	判決之條件	一二六
第三款	判決之方式	一二七
第四款	缺席判決	一二八
第十一節	公判之完成	一二九
後編 上訴		
第一章 總論		
第一節	上訴之意義	一三三
第二節	上訴之權利	一三三

第三節	上訴之理由及其範圍	二三五
第四節	上訴之聲明	二三六
第五節	上訴之違法	二三六
第六節	上訴之拋棄及其撤回	二三七
第七節	上訴之維持	二三八
第八節	上訴之通知	二三九
第二章	控告	二四〇
第一節	控告之意義及其制度	二四〇
第二節	控告之要件	二四〇
第三節	控告之聲明	二四一
第四節	控告之理由	二四二
第五節	控告之範圍	二四二
第六節	附帶控告	二四三
第七節	控告之審理	二四五
第八節	控告之判決	二四六
第三章	上告	二四七
第一節	上告之意義	二四七

第二節	上告之理由	二四八
第三節	上告之聲明	二五〇
第四節	上告之審判	二五一
第一款	上告公判前之準備	二五二
第二款	上告公判中之審理	二五三
第三款	上告之判決	二五五
第四章	抗告	二五七
第一節	抗告之意義	二五七
第二節	抗告之事由	二五八
第三節	抗告之聲明	二六一
第四節	抗告之審判	二六一
第五節	再抗告及類似抗告之程序	二六三
第四編	特別訴訟程序	二六五
第一章	再理	二六五
第一節	再訴	二六五
第二節	再審	二六六
第三節	非常上告	二七四
刑事訴訟法	目錄	

刑事訴訟法 目錄

一四

第一章 大理院專管案件之訴訟程序

二七七

第一節 大理院專管案件之種類

二七七

第二節 大理院專管案件之偵查預審及起訴

二七七

第三節 大理院專管案件之決定及公判

二七八

第三章 感化教育及監禁處分之程序

二七九

刑事訴訟法

緒言

輒近國家。號稱法治。法制燦備。期若列星。凡國政張弛。人事洪纖。罔不條分縷晰。勒爲成典。布在簡策。昭然可考。民循正軌。國力蒸蒸日上。有由然也。我國自改革以還。建號共和。而禍變頻仍。不遑及此。他弗具論。即以刑事訴訟法於國家公益。人民福利。關係最切者。亦無成文之法典。當夫刑事訴訟問題發生。執法者類據審判廳試辦章程。刑事訴訟法草案之一部。（即草案中已經政府公布者）及刑事訴訟通例而解決之。然審判廳試辦章程。乃前清光緒二十三年所編訂。事屬草創。網羅疏漏。揆諸實用。不便殊甚。且章程中所規定者。刑事而外。兼及民事。民刑訴訟。混爲一編。尤與文明國家刑事訴訟法典之體例不合。至刑事訴訟法草案。雖已具法典之形式。而經政府公布者。僅草案之一部。割裂支體。首尾橫決。欲全其用。云胡可能。他若刑事訴訟通例。乃學術上之用語。逞臆爲說。人歧其義。從違取舍。漫無標的。故值此法典未備之秋。徵第執法者四顧茫然。失其依據。即求學者亦張皇幽渺。而無所取資也。本書編次。大體祖述刑事訴訟法草案。其規定有與審判廳試辦章程抵觸者。本書亦逐一指示。以資比較。至他國刑事訴訟法典中之條文。及其法院之判決例。在學術上。堪稱刑事訴訟通例。而爲我刑事訴訟法草案所未備者。本書亦擇要補充。期臻完善。取材雖或旁出。而樹義必歸一本。庶執法之吏。承學之士。有所取資焉。

疏

本講義乃依據刑訴法草案而編譯編述者自不待言惟此所謂刑訴草案乃民國二年法律編查會就前清原本稍加修改而成者與前清修訂法律館所編訂之刑訴律草案不同坊間印售者仍多舊本故現在各法校教授刑訴者尚多依據舊案殊屬不安本講義一依新案編述關於是點讀者不可不知也

各級審判廳試辦章程在前清宣統元年即有補訂章程八款至民國以來有所謂修正者有所謂修改者凌亂錯雜不委實甚且其內容因法院編制法公布在後(宣統元年)而顯示廢止者亦所在多有自民國修改以來因避以命令變更法律之嫌而名之曰重刊高等以下各級審判廳試辦章程所謂以下者以大理院不適用該章程故也尚有一點不可不知即初級廳已於三年四月准政治會議議決廢除實際適用該章程者僅高等廳地方廳及高等地方分廳而已又試辦章程中以頂

審歸推事掌管而草案則歸之於檢察廳焉關於此事為刑事學者爭論之點其詳容後述之

訴訟通例一語本極空洞皆其用意亦即訴訟法上之法理或關於訴訟之據理耳尋其來源乃由不得已中逼出之名詞尋據又不能拒受理不得已遂以訴訟通例四字應付之此種用語尤以大理院用時為最多云

據又不能拒受理不得已遂以訴訟通例四字應付之此種用語尤以大理院用時為最多云

據又不能拒受理不得已遂以訴訟通例四字應付之此種用語尤以大理院用時為最多云

刑事訴訟法

緒論

第一章 刑事訴訟法與刑法之關係

刑事法規有二。卽刑法與刑事訴訟法。是刑法爲規定犯罪及刑罰之法。規犯何種罪名。應科何種刑罰。刑法中定有明文解決之。國家對於吾人行爲。有無刑罰權。視其行爲干犯刑法與否。以爲斷。吾人行爲。在刑法上若認爲犯罪。斯應受國家刑罰之制裁。至國家如何實行刑罰權。將犯罪人置之於法。科之以刑。則據刑事訴訟法所定之程序而處理之。察刑法之內容。可知國家刑罰權之所存。察刑事訴訟法之內容。可知國家實行刑罰權之程序。故刑法與刑事訴訟法。二者實相輔而行者也。

國家爲維持安寧秩序。懲治惡性。以期改進。於是設刑事法規。凡觸犯刑事法上抽象的規定。而國家認爲罪行者。謂之刑事事件。而處理此等具體的事件。用以確定國家之刑罰權。存在與否。及其範圍。之進行手續。謂之刑事訴訟規律。此訴訟之一切法則。之刑事訴訟法。法(英文) Law of Criminal procedure (德文) Strafrecht 法文 Droit de procedure penale

法有實體程序之分。實體法猶車也。程序法猶輪也。輪無車則無依。車無輪則不行。故國家貴有實體法。尤貴有程序法。刑法爲實體法。刑訴法乃程序法也。刑事訴訟之主要程序。如偵查。起訴。公判。執行。等。是總括此等程序之規則。卽刑事訴訟法也。

刑法之於刑事訴訟法。其關係與民法之於民事訴訟法相似。但民法所規定者。乃吾人之私權。而吾人之私權。原則上應由吾人自行行使之。其依民事訴訟法之程序。藉國家之力。實行私權。乃例

外也。譬如甲負乙債。或則由甲自行償還。或則由乙自行索討。倘甲將其所負之債。如數清償。則乙之私權（債權）業已完全實行。民事訴訟法所定之程序。於甲乙間之債權關係無與也。若夫刑事訴訟法則不然。吾人犯罪後。國家苟欲實行刑罰權。科吾人以刑罰。非依據刑事訴訟法所定之程序不可。離刑事訴訟法。則國家不能實行刑罰權。故刑事訴訟法之於刑法。比較民事訴訟法之於民法。其關係尤為密切焉。

附 民法規定私權之有無。刑法規定刑罰權之有無。而民事訴訟為實行私權之程序。刑事訴訟為實行刑罰權之程序。是以民法與刑事訴訟法與刑罰之關係。關係之類。似相同其實不然。蓋私權假民訴之力而行。使者甚少。通常債權人向債務人討債。乃行使私權也。必債務人對抗時。始發生訴訟關係。故曰甚少。刑罰權則必假刑罰之力以行之。此二者不同之點一也。且私權可以自由拋棄。而刑罰權則否。如甲殺乙之子丙。雖甘心忍受。不欲追究。而國家決不允許。必將甲置於殺者不同之點二也。此一人置而後已。此二者不同之點二也。

第二章 刑事訴訟法及刑事訴訟之意義

刑事訴訟法之意義。可從兩方面觀察之。從形式方面觀察。所謂刑事訴訟法。即刑事訴訟法典。從實質方面觀察。所謂刑事訴訟法。即刑事訴訟之規則也。

就實質方面論之。凡為刑事訴訟之規則者。皆可稱之曰刑事訴訟法。故刑事訴訟之意義如何。不可不先為一言。夫刑事訴訟一語。向有廣狹二義。從狹義言。事刑訴訟者。刑事審判衙門。刑事原告及刑事被告。互相聯結之行為。用以確定被告人會否犯罪。應否科刑為目的。易詞而言。即以確定國家有無刑罰權為目的。所謂刑事訴訟法。即其行為之規則也。嚴格論之。非以審判衙門及原告

被告三種資格所爲之行爲。則無所謂刑事訴訟。譬如檢察官在提起刑事訴訟以前。對於犯罪嫌疑入偵查犯罪。或在刑事終結以後。對於應受刑人執行判決。皆不能入於刑事訴訟範圍之中。蓋提起訴訟前。原告被告之資格尙未發生。訴訟終結後。原告被告之資格業經消滅。既非以原告被告之資格所爲之行爲。自不得稱之爲刑事訴訟也。惟偵查犯罪及執行判決。皆與刑事訴訟有不可分離之關係。欲實行刑事訴訟。非有此項行爲不可。於是刑事學者。乃擴充刑事訴訟之範圍。而謂偵查犯罪。執行判決諸程序。亦包括於刑事訴訟之中。故從廣義言之。則刑事訴訟者。以實行國家刑罰權爲目的之行爲。刑事訴訟法。即其行爲之規則也。

附 凡名詞常有廣狹二義。刑事訴訟法亦然。廣義之刑事訴訟法。範圍頗大。刑訴法典固無論矣。即其他一切刑事訴訟之規則（如法院編制法第六九條關於審判衙門用語之規定。第七十條關於原被告及中證人鑑定人等用語之規定。及刑法中關於時效之規定。皆刑訴法也）亦包括之。狹義之刑訴法。則特指刑訴法典以外之條文不得視爲刑訴法。即法典內關於偵查執行等規定。亦不得視爲刑訴法焉。

日本岡田注作博士分刑訴法爲廣狹二義。以偵查執行等程序無關於訴訟規則者。除外不計。謂之狹義刑訴法。是二種程序並應者。謂之爲廣義刑訴法。依此標準言之。則日本刑訴法典及我刑訴草案均屬廣義刑訴法。自無疑義。

我刑事訴訟法草案與刑事訴訟法形式方面之意義相當。但草案中之條文。有不合於刑事訴訟法實質方面之意義。而他項法律中之條文（如法院編制法）反有與其意義相合者。故刑事訴訟法形式方面之意義。與其實質方面之意義。其範圍不盡相同。

附 刑訴法草案中不合於刑訴法實質之意義者。如第五編中之感化教育。是而他項法律中反有實質的刑訴法之條文者。如法院編制法六九條七〇條七二條及刑法第十五章是也。學者中有主張將法院編制法與刑訴法合併而稱爲廣義之刑訴法者。其理由以（1）法官之資格（2）法院之種類（3）法官之員額（4）事務之分配四點法院編制法與刑訴法中均有相似之規定。與其分編而有雷同之嫌。何如合而畫一之。爲愈乎。雖然此種議論。究屬一種學說而已。今日

文明國家現例未有不使之分編者况科學進步日趨於繁為研究之便宜實用之必要均有無須合併之理由縱二者之內容難免重複之弊畢竟不足為大累也

第三章 刑事訴訟法之淵源

刑事訴訟法之淵源。即刑事訴訟法所出之處也。中華民國臨時約法云。人民身體非依法律不得逮捕拘禁審問處罰。故欲逮捕拘禁審問或處罰人民。實施刑事訴訟程序。非依據法律不可。刑事訴訟法。應由法律中尋其淵源。可無疑也。茲就各項治律。擇其可以尋出刑事訴訟法（刑事訴訟之規則）而為刑事訴訟法之淵源者。列舉於左。

〔疏〕茲所謂刑訴法之淵源者乃就實質的意義之刑訴法而言若為形式的意義則僅指刑事訴訟法草案一小冊而已臨時約法第六條第一款云人民之身體非依法律不得逮捕拘禁審問處罰此即刑訴法之淵源即第四八條至第五二條亦莫非刑訴法之淵源云

(一) 刑事訴訟法草案

(二) 審判廳試辦章程

〔疏〕試辦章程第一款第七款第十條至第十四條又十六條第十七條第四十條第四四條第四六條第六〇條第一〇七條及第一一〇等條皆刑訴法之淵源也

(三) 法院編制法

(四) 律師法

〔疏〕律師法我國尚未制定僅有司法部公布之律師暫行章程而已元年九月十六日公布施行一修正於五年十月再修正於六年十一月其第十條云律師登錄於名簿後在該高等審判廳行其職商時以一地方審判廳管轄區域為限但因必要情形得提出區域理由書呈由高等審判廳核准在他一地方審判廳管轄區域內行其職務又第十條云得師登錄於律師名簿後得在大理院行其職務由此觀之被告人欲委任律師代為辯護時所適用之手續自非依此種規定不

可蓋亦刑訴必要之程序也故律師章程亦為刑訴法之淵源也

(五) 陸軍審判條例

陸軍審判條例第一條云軍人犯陸軍刑事條例者又雖非軍人而犯陸軍刑事條例第二條所記載之罪者均由陸軍軍法會議審判之海軍審判條例亦有類似之規定此種法規雖非普通審判衙門所適用然其為刑事訴訟之程序法則毫無異也不過告發檢舉時須向陸軍部及當地之軍事長官聲明始可決不能以其屬犯內亂罪之條文(即陸軍刑事條例第二條第一款所規定之二十八條第七款之行為)而據普格手續處理之而已故此等必須知陸之手續亦為刑訴法之淵源焉

(六) 海軍審判條例

(七) 刑法及刑法施行法

如暫行新刑律第二九四條第三項關於親告之規定及刑律施行細則第七條關於孕婦精神病人執行死刑之規定一則非親告不能發生告訴之效力一則為執行刑罰之規則故均屬刑訴法之淵源焉

(八) 犯人交付條約

犯人交付條約如中英續約(訂於前清咸豐八年)第二十一款云中國人民因犯法逃在香港或潛往英國船中者中國官照會英國官訪查嚴拿查明實係犯罪交出通商各口倘有中國犯罪人民潛匿英國船中或房屋一經中國官員照會領事官即行交出不得隱匿袒庇是也又如中俄續約(訂於前清咸豐十年)第八款第五項云若有殺人搶奪重傷謀殺放燒房屋等重案查明係俄羅斯人犯者將該犯送交本國按律治罪係中國人犯者或在犯事地方或在別處俱聽中國按律治罪亦是也

其他與我國定有交付犯人條款者尚有多數國家工遺放總之凡訂有此項條約者一有刑事案件發生即須按約辦理故此等約款亦為刑訴法之淵源

右列各種法律外尚有可為刑事訴訟法之淵源者然與刑事訴訟關係至微茲姑略而弗述

第四章 刑事訴訟法之解釋

刑事訴訟法

解釋刑事訴訟法。以發見刑事訴訟法之內容為目的。欲發見刑事訴訟法之內容。必須以刑事訴訟之用語為基礎。夫解釋法律。其主旨則在闡明法律之精神。不能別有所認定。解釋一般法律為然。解釋刑事訴訟法。亦無不然。故解釋刑事訴訟法。闡發刑事訴訟法之內容。不可不依據刑事訴訟法條文中所有之字句也。

附 關於法律解釋之問題。本屬法學通論之領域。但刑訴為公法中之強行法。其規定在在與人民之生命財產自由名譽有關。適用之際。稍有不當。輒足陷人民於不利。法律之威信。此刑訴法上關於解釋之問題。所以不容已也。

解釋刑事訴訟法。既須以法條（即法律之條文）為根據。如有比附援引。用類推解釋之。法施行刑事程序者。自不能以合法論。學者之中。如俾克邁幽（德人）如豐島直通（日人）均謂民事訴訟法之規定。可以準用於刑事訴訟。法按解釋法律之原則求之。則大謬矣。

附 俾克邁幽（Rinkbe）德之刑事學家也。俾氏與豐島氏主張民訴法之規定。可準用於刑訴法中。實屬不當。蓋刑訴法雖有時感餒滿之苦。祇得認為立法上之遺憾。決不可準用民訴法之規定。如何準用。豈非以司法官而兼有立法之權。按法侵權。莫此為甚。是為平可。

解釋法律。固須尊重法律條文之用語。然同一用語。有因文章之結構。而其意義彼此互異者。即以管轄二字而論。或則指土地管轄。或則指事物管轄。或則兼指此兩種管轄。神而明之。存乎其人。若徒拘泥於字句。不惟文義之是求。亦不可也。

附 管轄二字。草案中指土地管轄而言者。如第十四條「遺棄犯及從犯由管轄正犯之審判衙門合併管轄之管轄」字之規定是也。又如第八條「因贖物及其餘價額定管轄者。以起訴時價額為準」之管轄二字。即專指事物管轄而言者。其他如第二五一條「檢察官發見其案件屬他處審判衙門管轄者。應送文該管檢察廳」之管轄。即兼指土地事物管轄而言者。又解釋刑事訴訟法與解釋其他法律。同本無說明之必要。但須注意者有二：（一）解釋刑事訴訟法。須合於刑法之主義。

刑罰之精神(一)解釋刑事訴訟法須與刑事訴訟法之立法宗旨相同(一)抑應或制限人權之法規宜嚴格解釋(2)法律認有行為而無手段時其手段應不背公共秩序善良風俗(3)如不背公共秩序善良風俗而又不得背法律時宜從簡捷方面解釋

第五章 刑事訴訟法之地位

刑事訴訟法爲一種獨立之法律。與民刑商諸法。同立於獨立之地位。非附屬於其他法律者可比。此近世學者所同認也。至其法律上之地位若何。學者間之議論不一。茲據著者之意見。分論於左。

第一 刑事訴訟法者。成文法也。臨時約法第四十九條云。「法院依法律審判民事訴訟及刑事訴訟。」所謂法律。即經國會議決元首公布之成文法。故刑事訴訟法係成文法。

〔疏〕成文法有稱爲制定法者。蓋以曾經立法之手續公布之方式而垂爲一國典章者。謂之爲制定法。顯名思義。似較妥協。成文法不文法之分。淺見者流。往往有以見諸文字與否爲標準者。其實不然。蓋不文法亦未必不見諸書面。特其難者。燕章未能成爲完全之法典。遂目之爲不文法耳。其全無文字而亦可爲法律者。則惟條理而已。成文法之名詞。英曰 Written Law 德曰 Gesetzgeblich 法曰 Recht 而已。

第二 刑事訴訟法者。公法也。國家欲處罰人民。不可不履行刑事訴訟法中所定之程序。刑事訴訟法。乃規定國家與人民間關係之法規。故刑事訴訟法係公法。

〔疏〕公法私法之區別。學說紛紜。莫衷一是。就中多數學者所採用者。爲法律關係說及目的說。依此二說。爲公法。自無疑義。

第三 刑事訴訟法者。程序法也。入之行為。在刑法上。雖認爲犯罪。然欲置之於法。科之以刑。必須根據刑事訴訟法所定之程序而實行之。故刑事訴訟法係程序法。

〔疏〕刑事訴訟法既爲論罪科刑之手續上的規則。故爲程序法。惟其爲程序法。故發生下列之結果。(一)刑事訴訟法因訴訟上之原因而發生者。非刑法因犯罪而發生者。(二)刑事訴訟法因訴訟上之原因而消滅者。非刑法因刑罰權之消滅而失其效力。

力者前者如審判確定是也蓋審判一經確定則刑罰法上之程序不能死而復活(原則)後者如大赦是也然大赦之效力不影響如刑罰法大赦令下審判衙門仍可照常審判檢察官仍可照常上訴決不因刑罰權之消滅而消滅也(三)凡與刑事程序有關係者(被告人檢察官審判衙門等)必與刑罰法有關此乃理論上事實上自然之結果也

第四 刑事訴訟法者強行法也。刑事訴訟行為應遵守刑事訴訟法之規定不許人民私意左右於其間。故刑事訴訟法係強行法。

〔疏〕刑罰法與民訴法不同民訴法尚有認為任意法者以當事人於訴訟進行中無論何時均可以和解故也刑罰法則不然一經審理即須依法進行決不許任意中途撤消故為強行法

第五 刑事訴訟法者國內法也。刑事訴訟法其效力及於本國而不及於他國。故刑事訴訟法係國內法。

〔疏〕刑罰法之效力祇及於本國故有在國內犯罪而逃至他國者非依國家間所定之拘捕或交付之條約辦理則不能搜查逮捕也

第六章 刑事訴訟法之效力

第一節 關於事物之效力

刑事訴訟法適用於刑事案件。然刑事案件其類至夥。有屬普通審判衙門管轄者。有屬特別審判衙門管轄者。我刑事訴訟法所可適用之範圍。以普通審判衙門所管轄之刑事案件為限。

〔疏〕所謂刑事案件者即刑罰法上權利義務之事件亦即對犯罪以加罰為目的之事件也此外行為雖係不法亦不得視為刑事案件至附帶私刑則為唯一之例外普通審判衙門即審問一般人一般事之審判衙門也特別審判衙門即因人之身分地之所在罪之性質而由某處特為審判之衙門也茲將其其他之非法行為而非刑事案件者擇要列下(一)懲戒罰即違背身分之義務者如律師懲戒文官法官懲戒是(二)執行罰即違背法令或官廳命令之制裁如商法中登記之罰緩是(三)秩序罰即對於官廳維持或處理事務秩序而不順從者所處之制裁也如違背證人義務之罰緩是

第二節 關於土地之效力

刑事訴訟法關於土地之效力如何。我刑事訴訟草案雖無特別規定之明文。惟據國際法之原則。一國法律。不能施行於他國領土之上。故我刑事訴訟法所適用之範圍。當然以我國領土為限。其結果如左。

疏 一國法律之效力原則上祇及於本國領土以內。此屬地主權之結果也。領土之觀念本屬國際法上之問題。茲不贅述。要之凡我版圖之全部即領土主權所及之範圍亦即法律效力所及之範圍也。如陸地領空領海國有船艦等皆屬領土之範圍。我刑事訴訟法之效力即能完全施行於其上。

(一) 我國領土以內所適用之刑事訴訟程序。應依據刑事訴訟法之規定。

凡刑事訴訟程序發生於我國領土以內。即應適用刑事訴訟法。犯罪人之國籍如何。犯罪之地點何在。非所問也。

(二) 我國領土外所適用之刑事訴訟程序。全然不能發生效力。

凡在國外所經過之刑事程序。以及審理判決。在我刑事訴訟法上。完全無效。

疏 凡在我領土內犯罪者。不問國際如何。其訴訟程序均應適用我國刑事訴訟法。自屬不易之條。則惟我國因與東西各國有條約上之關係。各國在我國領土以內。均有領事裁判權。故各國人民在我領土內犯罪者。不適用我刑事訴訟法。實屬例外。耳。至領事裁判權。迄於今日。而仍存者。固由於國勢之不振。而外交之困。循亦失敗原因之最大者。李金杜先生所著之司法交涉案中。有云。我國交涉之失敗。一誤於訂約者之不明事體。再誤於翻譯者之錯亂。文詞三誤。於適用條約者。之不知解釋。四誤於繼續外交者之依傍前例。不肯獨出見解。負責任。徒以通融敷衍為外交之秘訣。始鑄成今日之大錯。可謂扼要之論。直抉今日外交家之隱衷矣。噫。可慨也夫。

第三節 關於人之效力

刑事訴訟法

我刑事訴訟法既適用於全國領土之上。則凡在我領土以內施行刑事程序者無不認其為本國人。抑為外國人。不可不服從我刑事訴訟法之規定。此乃刑事訴訟屬地主義之原則。前節已略述之矣。惟此項原則亦非全無例外。茲述其例外於左。

(甲) 國法上之例外。

一 大總統。

刑訴法上關於人之效力其例外規定大略與刑法同。大總統在刑法上除叛逆(內亂)罪外固不負何等責任。而叛逆罪之審理亦非普通刑事程序。故大總統全然立於刑訴法之外也。

二 軍人及軍屬。

軍人軍屬之區別及其範圍陸海軍刑事條例訂有明文。蓋以此等人員職務地位具有特別之性質。故犯罪時不適用刑訴法。而適用軍事審判條例也。

(乙) 國際法上之例外。

刑訴法在國際法上之例外純出於國家間相互敬禮之結果。惟應注意者外國元首使節及其家屬從者必限於現任之人。否則在我國犯罪時仍當適用我刑訴法。但事實上多因國交上之作用對於退任之元首使節仍不適用本國刑訴法。

(一) 外國君主大總統及其家屬從者。

(二) 外國使節及其家屬從者。

(三) 外國軍隊及在外國船艦中者。

外國船艦中者包含三種意義：(一)外國人或中國人在中國犯罪逃至外國船艦中者；(二)中國人在外國船艦中犯罪者；(三)外國人在外國船艦中對中國人犯罪者。以上三種均不適用刑訴法程序。

此外尚有適用刑事訴訟法而加限制者。即國會議員與國務員是也。其詳見後茲姑弗述。

第四節 關於時之效力

刑事訴訟法與一般法律無異。其有效期間。自施行時起。至廢止時止。凡在施行以後。廢止以前。所實施之刑事程序。悉應遵照刑事訴訟法之規定。其結果如左。

附 刑訴法之時效與刑法不同。刑訴法以實施刑事程序時為標準。刑法則以犯罪時為標準。故刑訴法之適用。縱令犯在前而發覺在本法頒布後者。亦同而刑法則犯在前而發覺在後者。則不能盡依新法處斷也。

(一) 刑事訴訟法施行後。繫屬於普通審判衙門之訴訟事件。無論何時犯罪。始終適用刑事訴訟法。

附 學者中有認此為不溯既往之例外者。其實非也。何則。蓋刑訴法以刑訴事件繫屬於審判衙門時為標準。非若刑法以犯罪時為標準也。故此乃當然結果。無所謂不溯既往之例外也。

(二) 刑事訴訟法施行時。刑事程序已開始而未終結者。其未終結部分。適用刑事訴訟法。

附 此亦本於刑訴法之精神而生者。蓋刑事訴訟之程序。貴乎簡捷。祇求其無妨於被告人之權利。儘可繼續進行。不必定須廢止以前之程序。例如有一刑事案件。方在進行中。忽有新刑訴法頒布。施行該案未結部分。即按新法接續處理。是也不過學者中如德儒豐克里斯 (Vorkris) 日儒林賴三郎等。則持反對說。以為刑訴程序中有不可分割者。公判是也。例如開庭公判。已經三次。尚未終結。忽有新法頒行。而新法中公判之規定。有與舊法抵觸者。若繼續施行。豈不違背新法於舊之法律乎。不知公判僅居刑訴程序之一部。縱有抵觸之處。仍可廢棄以前公判之程序。而依新法重行公判。固亦無礙於法律也。究較完全變更以前之程序之辦法。為簡捷多矣。於此。有宜附帶注意者。即在他項法律中。實質的刑罰規定。有所變更時。亦須從本節之宗旨。以解決之。例如刑法上。親告罪之告訴。本係提起公訴之條件。假使新刑法頒布。而將其條中須告訴。乃諭字樣。刪除。當斯時。若有從前須親告之事件。發生。即可逕行偵查起訴。無須更待親告矣。又如公訴權時效。由十五年改為十年。則新刑法頒布時。計算犯罪事件。已滿十年。即行消滅。公訴權是也。

第七章 刑事訴訟之種類

刑事訴訟之種類如左。

刑事訴訟法

第一 審判衙門之刑事訴訟與行政衙門之刑事訴訟。刑事訴訟而在審判衙門施行者曰審判衙門之刑事訴訟。在行政衙門施行者曰行政衙門之刑事訴訟。然刑事訴訟之意義。若從狹義解釋。當以審判衙門所施行者爲限。故學者中又有指摘此種分類爲不當者。

第二 普通刑事訴訟與特別刑事訴訟。審判衙門有普通審判衙門與特別審判衙門之別。我國陸海軍軍法會審。即特別審判之最著者。特別審判衙門所適用之刑事程序。曰特別刑事訴訟。

我刑事訴訟法草案適用之範圍。以普通審判衙門爲限。特別審判衙門。如陸海軍軍法會審之類。則有陸海軍審判條例。在刑事學者稱刑事訴訟法典爲普通刑事訴訟法者以此。

第三 尋常刑事訴訟與非常刑事訴訟。普通審判衙門所施之程序。曰尋常刑事訴訟。至非常刑事訴訟。其意義則有兩種。

- (一) 特別審判衙門所用之刑事程序。
- (二) 普通審判衙門所用之特別程序。

第八章 刑事訴訟之階級

合審判衙門原告及被告之行爲。而爲刑事訴訟。故刑事訴訟中有審判衙門之行爲焉。有原告之行爲焉。有被告之行爲焉。若攷其內容。審判衙門原告及被告之行爲中。又有偵查行爲豫審行爲。

攻擊行爲。防禦行爲。指揮訴訟行爲。審理行爲。裁判行爲。及執行行爲之分。而各種訴訟行爲。若者在先。若者在後。刑事訴訟法上恒有一定之順序。依其順序而定其階級。則刑事訴訟之階級。可大別爲四。即(1)偵查程序。(2)豫審程序。(3)公判程序。(4)執行程序是也。今據我刑事訴訟法草案。分述其大要於左。

(一)偵查程序。偵查乃刑事訴訟最初之程序。檢察官掌之。蓋犯罪嫌疑人曾否犯罪。能否科刑。非於事前偵查。無由而明。偵查真正犯人及其所犯之罪。乃刑事訴訟中所不可或缺者。

(二)豫審程序。豫審程序亦歸檢察官執掌。(但審判廳試辦章程歸豫審推事)惟繁雜案件有之。其主旨則在審理偵查中之犯人及其所犯之罪。應否移送公判者也。

(三)公判程序。公判程序。審判衙門掌之。附審判偵查中或豫審中所調查之犯人。曾否犯罪。應否科刑之程序也。

(四)執行程序。執行程序。檢察官掌之。即對於應受刑人執行判決中所科刑罰之程序也。

右列四種程序。其先後恆有一定之順序。凡爲訴訟行爲者。須依其順序而實施之。但刑事案件中。亦有不經四種程序而了結者。如檢察官偵查或豫審結果。查明犯罪嫌疑人無罪。或當審判衙門公判中發見其非真正之犯人。而偵查豫審或公判時。刑事案件即可了結。無待執行之程序也。由是言之。刑事訴訟階級雖分爲四。而刑事案件中。多有不經各種階級者。

第九章 刑事訴訟之法律關係

刑事訴訟乃審判衙門原告及被告之行為。且以實行國家刑罰權為目的。故審判衙門原告及被告進行訴訟時。不能無一定之程序。而其相互間之行為。亦不能不有法律上之權利義務。以繩其後。否則凌亂無序。審判衙門及原被告兩造。將為所欲為。訴訟之目的。終不可得而期也。由是觀之。刑事訴訟之關係。即原被告兩造間或原被告兩造與審判衙門之法律關係。其性質與民事訴訟。當無所殊。茲述其法律關係於左。

附 學者有謂刑事訴訟為事實關係。必須先有事實。然後方能發生訴訟。殊不知殺人放火。雖係事實。然因此而來之刑事訴訟。却非事實。乃法律關係也。何則。不依照訴訟法所定之程序。即不能處罰此種犯罪之事實也。

(一) 刑事訴訟之法律關係為三面關係。即審判衙門、原告、被告、三方面之關係。各關係人。皆享有權利。負有義務。

附 刑事訴訟本為三面關係。但學者間有謂為兩面關係者。其理由謂刑事訴訟僅為審判衙門對原告之關係而已。此說亦屬不當。蓋被告在訴訟中。亦同有權利。同負義務。如簽押標上訴權及受刑義務等是。固不僅審判衙門與原告雙方有權利關係也。

(二) 刑事訴訟之法律關係。為當事人訴訟關係。即原告與被告相對立。審判衙門介於其間。其裁判一以公平為主。原被告兩造之地位。以平等為原則。

附 當事人訴訟關係平等之例外。(一)原告當居於有利益之地位。(1)原告有輔助機關如司法巡警官吏及憲兵等是。(2)原告當受審判衙門之信用。如檢察官可以隨時調閱卷宗。被告則非經許可不能。(3)先行聲明意見。如檢察官起訴。應適用刑法某條是。(2)被告當居於不利益之地位。(1)被告有受羈押之事。被告被押原告則可於此時。搜求有利益之證據。被告則不能。(2)被告須受搜檢。卷宗一部分之人格權。原告則無此事。

(三) 刑事訴訟之法律關係。爲公法關係。審判衙門爲國家所設之機關。故原被兩造與審判衙門之法律關係。爲公法關係。

附 刑事訴訟因國家欲行使其刑罰權而發生而刑罰權乃國權之一部故刑事訴訟上之法律關係爲公法關係也

以上三端。刑事訴訟與民事訴訟相同。惟刑事訴訟之法律關係。有與民事訴訟不同者。茲略陳之。

- 一、原被兩造之差異。民事訴訟之原被兩造。皆係私人。刑事訴訟之原告。則常爲代國家之檢察官。民事訴訟。雖允許他人繼承原告及被告之資格。刑事訴訟則絕對不許。此其法律關係不同者一。

附 說者有謂訴訟進行中檢察官更易豈非原告之繼承乎。不如此。不過代表國家爲原告之人有更易與原告之國家毫無涉也。至被告爲犯罪主體。被告一經亡故。主體即不存在。本案即歸終結。罪不及孥也。

- 二、目的之差異。民事訴訟所欲實行者。私法上之請求權。刑事訴訟所實行者。公法上之刑罰權。故民事訴訟法所爭論之權利。當事人有處分之權。刑事訴訟中則無此事。民事訴訟之發生及其進行。悉隨當事人之意思。刑事訴訟則否。此其法律關係不同者二。

附 自在民事中絕對認爲有效而在刑事訴訟中則非絕對認爲有效。此又二者不同之點也。承認在民事訴訟中亦與前同。

第十章 刑事訴訟之條件

法律關係之發生。莫不有一定之條件。刑事訴訟。既係法律關係之一種。故刑事訴訟之發生。亦必有一定之條件。學者稱之曰。刑事訴訟條件。或曰。訴訟條件。

〔附〕訴訟條件不可與處罰條件相混。茲分述之：(一)訴訟條件乃訴訟發生時必須具備之條件。如檢察官起訴時第一要有犯罪事實或逆料有犯罪發生。第二要有管轄權是也。處罰條件乃刑罰權發生時必須具備之條件。如犯人須有犯罪。須有責任。年齡。須有犯罪之因果關係等是也。(二)訴訟條件。可不行。如審判衙門可以駁回公訴。處罰條件。若不具備。審判衙門受理後。可以宣告無罪。(三)訴訟條件。具備時。檢察官可以重行起訴。如親告罪。不待本人告訴而提起公訴。被起訴時。若嗣後有告訴。能容告訴時。檢察官仍可就該事件再行起訴。並非違法。若夫處罰條件。不具備。而宣告無罪時。則檢察官縱更行起訴。審判衙門亦不得再為受理。矣。此之謂事不再理之原則。(四)訴訟條件。原則上。應規定於刑法。而處罰條件。應規定於刑法。然例外。如公訴時。致行刑時。效亦規定於刑法中。蓋為適用上之便利也。

刑事訴訟之目的。非可一蹴即幾。自訴訟關係發生。乃至訴訟關係終結。其間恆經若干之程序。如預審。如公判。如控告。如上告。乃其最著者。故訴訟條件。不獨訴訟關係發生時有之。即訴訟進行時。訟發展時。無不有之。通常所謂訴訟條件。蓋統括一切訴訟行為。所必需之條件而言。

〔附〕預審為公判之準備程序。故各國多歸之於審判廳。而我刑訴草案。則以之屬於檢察廳。我國現行制度。亦甲推事管理。如各級審判廳。試驗章程第二十二條之規定是也。該條原文。本極簡略。至民國四年。加以增修。始稍充備。又預審制。在縣知事審理訴訟。暫行章程中。無此規定。又預審。祇限於罰金以上之犯罪案件。上訴期限。試辦章程第六十條。原定為五日。至民國二年九月。改為十日。基於實際上之理由也。至不服縣知事之刑事判決。而上訴者。現為十四日。(縣知事審理訴訟章程第四十條二款)

訴訟條件之意義。已如前述。至其種類。則不外左列諸項。

第一 狹義訴訟條件與廣義訴訟條件。狹義訴訟條件。或稱起訴條件。訴追條件。即訴訟關係發生時所必要之條件也。廣義訴訟條件。或稱訴訟上之條件。即訴訟關係發生進行及其發展時所必需之條件也。狹義訴訟條件不備。雖起訴亦無效。廣義訴訟條件不備。雖判決亦不發生效力也。

〔圖〕親告罪中之告訴為狹義訴訟條件之一其他如上訴至高等廳須以推事三員之合議庭審判之至大理院須以推事五員之合議庭審判之則又訴訟關係進行或發展時所必要之條件亦即廣義之訴訟案件也。

第二 絕對訴訟條件與相對訴訟條件 訴訟條件又有以法律所認定之輕重分為絕對訴訟

條件與相對訴訟條件者。絕對訴訟條件即法律認為絕對必要之條件。審判衙門須以職權調查其存在與否者也。如管轄問題迴避問題是相對訴訟條件。即法律不認為絕對必要之條件。

審判衙門必待當事者之請求而後乃調查其存在與否者也。如拒却問題是。

〔圖〕絕對訴訟條件如土地管轄是設有錯誤縱已審理判決之案亦屬無效相對之訴訟條件為拒却之請求是縱有拒却原因若被告人不聲請審判衙門不必以職權調查有拒却原因之推事僅可照常審理判決不得視為無效也。

第三 通常訴訟條件與特種訴訟條件 通常條件存在於一切刑事事件之中特種條件則存

在於特種刑事事件之中如親告罪之告訴即特種訴訟條件也。

〔圖〕通常訴訟條件大約不外四種(1)關於人者如對於犯人有無審判權是(2)關於事者如是(3)普通刑事事件(3)關於地者如是否在管轄區域內(4)關於時者如有無確定判決是

第四 積極訴訟條件與消極訴訟條件 積極條件者訴訟成立必具之條件消極條件者訴訟

成立所不能存在之條件也。前者如管轄權。後者如本案之確定判決是。

〔圖〕以上四種分類不過因觀察方面不同而生異致並非互相排斥而不相容也。

第十一章 刑事訴訟之方式

刑事訴訟之方式不一。有訴追者為一人。審判者另為一人者。又有訴追審判同歸一人執掌者。前者曰彈劾訴訟。其方式則稱彈劾式。後者曰糾問訴訟。其方式則稱糾問式。就彈劾式之訴訟言之。

原告被告同時立於公庭。中說乙駁。互相攻擊。審判官默審兩造之辯訟。虛心靜氣。以求事實之真相。故其裁判可期公平。就糾問式之訴訟言之。訴追審問同屬於一人。當訴追犯罪之時。自信甚深。成見先存於心。結果必不利於被告。且審判官審問自己所訴追之犯罪。當其審問之時。明知所訴有失。往往逞一時之意氣。故入良民於罪戾。欲求情法得平。頗非易事。我刑事訴訟法採用彈劾式。使檢察官爲原告。與被告處於平等之地位。審判官則介於二者之間。不偏不倚。殆有見於此也。

第十二章 刑事訴訟之主義

第一節 國家訴追主義與私人訴追主義

刑事訴訟決非無因而發生。其發生必有一定之意思。而其意思。或則出自私人。或則出自國家。出自私人者。曰私人訴追主義。又名彈劾主義。出自國家者。曰國家訴追主義。又名職權訴追主義。私人訴追主義。其訴追犯罪之權。操於私人之手。訴追與否。一任私人之自由。故有應訴之罪。而不訴。或不應訴而訴者。我刑事訴訟法力矯此弊。訴追犯罪之權。由代表國家之檢察官掌之。蓋採用國家訴追主義者也。

疏 私人訴追主義又可分爲二：(一)公衆訴追主義。(二)狹義私人訴追主義。前者使一般私人訴追犯罪。訴追犯罪之權。人人皆得而有之。後者使被害人或其親屬訴追犯罪。訴追之權。僅被害人或其親屬有之。國家訴追主義。乃使國家所設之機關訴追犯罪。追犯罪之權。唯代表國家之機關。乃能有之。此二主義。自沿革上言之。在昔日耳曼羅馬皆行公衆訴追主義。希臘日耳曼民族中亦然。其後至佛蘭克王國時代。設立質問審判衙門。以代表王國。訴追犯罪。自此始有國家訴追主義。寺院法中關於特種犯罪。皆由國家訴追。亦採用部分之國家訴追主義者也。至現世各國均採用國家訴追主義者。則不淵源於佛蘭克王國及寺院法。而源於法國大革命。民權擴張之結果。法國設立檢察制度。使之訴追犯罪。所以

防審判衙門之專權而監視之也於是後世各國互相仿效國家訴追主義遂大昌明矣

私人訴追主義雖有誣陷賄賂之弊(即謂所謂應訴不訴不應訴而訴)固非全無救濟之法前者如令告誦者納保證金為誣陷即沒收之一方更設誣告之律坐誣告者以罪後者如設連坐之法以為應訴而不訴者戒庶幾斯弊可以免矣然實際上竟大謬不然刑律上雖有誣告罪刑而挾嫌妄控者有之國家雖有連坐之法而誣盜匿奸及畏強禦而不取舉發者有之且自法理上言人民犯罪後乃國家之刑罰請求權發生非私人之刑罰請求權發生也如侵害社會國家法益之犯罪於一私人本無損害而亦須論罪刑蓋國家欲行使其國權不得不然也故私人訴追主義無論如何絕對不能存在於今之時代夫犯罪既為國家之刑罰請求權發生則訴追自不得假之於私人之手而由代表國家之機關行之自處不易之理國家訴追主義之盛行各國者職是故也

第一節 實質上之發見真實主義與形式上之發見真實主義

訴訟之進行無不以發見真實為主旨而其發見之法有依據原被告所陳述之事實所提出之證據以為材料者有不以原被告所陳述之事實所提出之證據為基礎審判官自行搜集種種材料發見事實之真相者前者曰形式上之發見真實主義後者曰實質上之發見真實主義夫原被告所陳述之事實所提出之證據未必盡符於實際所謂真實徒具形式而已非即實質上之真實也既非實質上之真實若以之為判決之資料則裁判不得公平罪刑難於允洽故我刑事訴訟法採用實質上之發見真實主義不以原被告兩造所陳述之事實所提出之證據為判斷案件之唯一資料審判官得自行搜集種種之材料用以發見實質上之真實焉

附 審判官依原被告所提出之證據以為判斷之資料者曰形式上之真實發見主義不盡依原被告所提出之證據所陳述之事實為判斷之根據而自行搜集證據者謂之實質上真實發見主義前者審判官雖明知與事實不符亦須據

為判斷後者審判官可以自行搜集證據為判斷之資料不必定拘拘於原被告所陳述之事實所提出之證據也

第三節 口頭辯論主義與書面審理主義

判官判決案件。有本諸當事人之口頭辯論者。有本諸當事人所提出之文書者。前者曰口頭辯論主義。後者曰書面審理主義。採用口頭辯論主義。則有左列諸結果發生。

〔疏〕當事人與審判衙門之交通。以語言為本。審判衙門之判決。亦以語言為根據者。曰口頭辯論主義。當事人與審判衙門之交通。以書面為本。審判衙門之判決。亦以書面為基礎者。曰書面審理主義。法律格言有云。Oratio non est in actio. In iudicio. In mundo. 無書則無語言。即書面審理主義也。此二主義比較上。自以口頭辯論主義為優。但亦非毫無缺點之可言。其缺點有三。一、有輕率審理之弊。蓋兩造辯論結果。裁判官無詳細考量之餘地。案情複雜者。即不免輕率定讞。難得情法之平。二、有審判偏頗之弊。據心理學上之見解。文字不若語言。刺激人之甚。原告或被告一方辯論時。若言語沉痛動人。或不善詞令。即足以引起審判官之憐念或惡感。裁判即難期公平。三、不便於被告人原告為代表國家之檢察官與審判衙門多在一處。而被告則不盡然。若在第二三審判。必須到庭辯論。則路費繁殊多。不便於我刑事訴訟法第二二審採用口頭辯論主義於第三審。則兼探書面審理主義也。

一、審判衙門以言語為審判之基本

二、審理某項訴訟之推事。必始終參預某項訴訟。

〔疏〕推事若中途變更。則必須重新審理。不得以前之訊問為基礎而下判決也。

三、原告被告人等皆須到場。

〔疏〕但有缺席判決者。則屬例外。且在刑事中。亦為罕有之事。故以雙方到場為原則。蓋不如此。即不能達口頭辯論主義之目的也。

四、須指定辯論日期。

〔疏〕不指定辯論日期。則兩造無從預備。不能盡辯論之能事。即不克達口頭辯論主義之目的也。

五、辯論期間前後須互相連接。

既不相連接則前次辯論之言語容易遺忘尙須更新訊問於訴訟之進行既多阻碍與辯論繼續之原則 *Kollektives Prinzip* 亦屬違背也

六、審判衙門所用之語言。法律須有規定。

語言互歧則無由辯論法院編制法有須用中國語言之規定纔是故也

七、不諳審判上之語言者須用繙譯。

即使審判官及原被告兩造均諳外國語言亦須依法律規定用中國語言訊問用中國語言供述兩造有不諳中國語言者則由翻譯傳達不得即以外國語言訊問之也

口頭辯論主義。其審判案件。本諸當事人之辯論。當事人到場後互相攻擊。審判官聽兩造之訴訟。觀兩造之顏色。稍有疑議。詰問隨之。匪獨可免誤解之虞。且其審理判決亦較書面審理爲迅速。我刑事訴訟法原則上採用口頭辯論主義。以此故耳。

第四節 處分主義與職權主義

處分主義者。本私人之要求。開始刑事訴訟之主義也。職權主義者。不問私人要求與否。一經檢察官起訴。國家即以職權開始訴訟之主義也。刑事訴訟以實行刑罰權爲目的。職權主義與其目的相合。故我刑事訴訟法採用職權主義。不爲私人之意思所左右。

第五節 當事人進行訴訟主義與職權進行訴訟主義

當事人進行訴訟主義者。當事人私自進行訴訟。或審判衙門得當事人之聲明。而進行訴訟之主義也。職權進行訴訟主義者。審判衙門秉其職權。進行訴訟。不須當事人聲明之主義也。夫刑事訴訟

訟一旦開始。苟欲使其迅速了結。以達訴訟之目的。非實行職權進行訴訟主義不可。我刑事訴訟法故特取之。

國 刑事訴訟宜探職權訴訟進行主義其利有二(一)易於迅速了結(二)真實可以發見雖然在刑訴法上尚不無當事人進行主義之痕跡可尋者如當事人要求調查證據審判衙門須以決定裁判之。又如當事人請求拒却推事等豈非當事人自己進行訴訟乎。然此不過以當事人之請求及聲請爲審判衙門自己進行之動機耳。若審判衙門不予裁判。訟仍不能進行也。其他如先行判決之形式雖亦似當事人進行訴訟。然是否須先行判決其權固仍摻之審判衙門當事人固不得而左右之也。

第六節 兩造審理主義與一造審理主義

兩造審理主義者。審判官根據原告人被告人之主張。或其所提出之證據。而爲審理判斷之主義也。一造審理主義者。審判官僅以一造之主張。或其所提出之證據。而爲審理判斷之主義也。夫刑事訴訟。旨在發見犯罪事實之真相。欲求其平。非採兩造審理主義不可。否則輕信一造之主張。或其所提出之證據。而爲判斷之根據。則其判斷之結果。必至有失入失出之虞。此我刑事訴訟法所以採用兩造審理主義也。

第七節 直接審理主義間接審理主義

審判衙門審理案件。有直接觀察證物。訊問當事人。而下判斷者。有不然者。前者曰直接審理主義。後者曰間接審理主義。直接審理主義。得就兩方面觀察之。

國 學者有謂直接審理主義間接審理主義與口頭辯論主義。而審理主義相向者實則一爲直接間接之關係。一爲口頭書面之差異。其最顯著者如觀察證物爲直接審理主義。而非口頭辯論主義是也。

(一)主觀方面。就主觀方面觀察之。審判衙門不假他人之手。自進而調查證據。訊問當事人。故不為檢察官所調查之證據所錄取之口供所拘束。

(二)客觀方面。就客觀方面觀察之。審判衙門須以自己之意思認定事實。不許他人參入其間。若非他人參入不可。須擇其最可憑信之人。且須命其親赴審判衙門報告始末。

〔函〕最可憑信之人如法律規定之受託推事受命推事及行法警察官吏是也。

我刑事訴訟法原則上採用直接審理主義。惟有時難於實行。或實行直接審理主義。反不能收完美之效果。則用間接審理主義以救濟之。

〔函〕實行直接審理主義反不能收效如證人至審判衙門全反在檢察官前所述之證言是難於實行如證人死亡證物湮滅等是。

第八節 勵行主義與便宜主義

勵行主義者。當犯罪之事實大明。且已具備訴追之條件。訴追機關必須起訴之主義也。便宜主義者。訴追機關雖已查明犯罪之事實。及其訴追之條件。而訴追與否。仍有自由權之主義也。夫自理論上觀察之。人之犯罪行為。恆有處罰之必要。採用勵行主義。則有罪斯罰。狡黠之徒。必不能逃其罪。然若絕對採用勵行主義。訴追與否。訴追機關。毫無自由斟酌之權。往往有犯輕微之罪。而其情節堪憐。憫者。訴追機關。仍不可不訴追之。欲求達刑事政策之目的。不可得也。我刑事訴訟原則上。雖取勵行主義。惟遇輕微案件。訴追機關仍可顧全公益。免予訴追。蓋亦有見於此耳。

刑事訴訟應以勵行主義爲原則。蓋探便宜主義則檢察官有獨斷專擅之嫌。結果不免於市恩挾怨之流弊。我刑訴法草案三〇九條檢察官終結偵查或預審處分者。因職權或命令應用書狀提起公訴云云。即採用勵行主義之明證也。至免予訴追法律上雖無明文規定。然就其條檢察官於第一審辯論開始以前得撤銷公訴之語。意觀之。已提起之公訴。尚可撤銷。則提起公訴與否。檢察官更可使宜行。事矣。且微罪不檢舉已成各國之通例。例外採用便宜主義。予檢察官以裁量之地。亦未始不可也。

第九節 當事人同等主義與當事人不同等主義

當事人同等主義者。刑事訴訟進行中。關於攻擊防禦及其他當事人之權利義務。不設差等之主義也。當事人不同等主義者。在刑事訴訟進行中。關於當事人之權利義務。設有等差之主義也。夫刑事訴訟。以發見事實真相爲主旨。欲求發見事實之真相。非使被告人與原告官立於同等之地位。享有同一之攻擊防禦權不可。我刑事訴訟法原則上採用當事人同等主義。職是故也。

第十節 自由心證主義與法定證據主義

自由心證主義者。無論何項證據。審判官以爲可信。則信之。以爲不可信。則捨之。證據力之強弱。悉憑審判官之心理。而判斷之。法律上毫無規定之主義也。法定證據主義者。法律上預以明文規定證據力之強弱。審判官對於法定強而有力之證據。並無自由捨棄權之主義也。採用自由心證主義。可以發見事實之真相。採用法定主義。可以豫防審判官之專橫。此之所長。即彼之所短。恐非併爲採用。不足以期完美之效果也。

〔疏〕審判時凡證物證人以及共犯供述犯人自白之取捨。其權全操之審判官。審判官將以其心理自由採棄。不必爲上述各證據所拘泥。者謂之自由心證。主義否則凡某種文書（如公文書）有絕對證據力。某種文書（如私文書）有相對證據

據方某種證言是否當被告入前供述或係傳聞某種供述與他犯有無利害關係（如其犯之供述）及犯人自白是否出於威嚇等法律中均定有明文合乎法定條件者即須採用審判官不得任意捨棄之者謂之法定證據主義現在各國立法例如英美法則採後者德日法則採前者我章案亦然

第十一節 審判公開主義與審判不公開主義

審判公開主義者。公開法庭。使訴訟上無關係人可以自由旁聽之主義也。審判不公開主義者。審判官審理訴訟案件時。不使無關係人知悉之主義也。採用審判公開主義。則審判之方法。判決之理由。一般國民共見共聞。既可增加人民信仰審判之心。又可免審判官輕率苟且之弊。且當事人證人鑑定人等。不至為虛偽之陳述。辯護人及法定代理人。亦可盡其任務也。然刑事事件。其類至多。應當秘密者。苟亦公開審判。殊失維持秘密之道。故我刑事訴訟原則上。雖採審判公開主義。惟遇有特種情形。亦可秘密審理之。此項情形。計有三種。

一、恐其妨害安寧時

此如洩漏軍事秘密罪若公開審判則於國家對外之安甯極有妨害其他如審判關係經濟上各罪於金融亦有擾亂之虞故應秘密

二、恐其妨害秩序時

此如審判決決罪若公開審判時於鄉村不利鄉村之人必有鼓噪之虞為法庭秩序極有妨害故亦限制公開

三、恐其妨害風俗時

此如審判猥褻姦非等罪於社會風俗有關係者公開審判則不免有妨害之虞故應禁止旁聽

此外如婦女兒童以及其他不着相當衣服。或有不當之行為者。審判長得隨時命其退庭。蓋非絕對採用審判公開主義毫無限制者也。

附 何爲兒童何爲相當衣服何爲不當行爲法律上毫無規定概由審判長臨時認定而以命令指揮之。已關於審判公開主義尚有應知之事實數端：(一)不開審級之如何(二)審級係審理而宣告判決時仍以公開爲原則(三)關於審理判決時公開若偵查預審等案件提起公訴與否尚在未定則無公開之必要(四)應公開而不開時則爲違法但不應公開而公開時是否違法學者間尚有爭論(五)謂不應公開而公開與應公開而不公開同亦屬違法(六)謂秘密審判原屬法律不得已之例外規定原則上固應公開也且限制公開之事實是否存在認定之權據諸審判長不應公開而公開時謂爲審判長認定限制公開之事實不存在可也實不發生違法與否之問題也縱令認定錯誤亦無何等流弊二說之中自以第二說爲是概不違背法律上之原則且不至使上訴者多藉口徒滋紛亂殊至善也

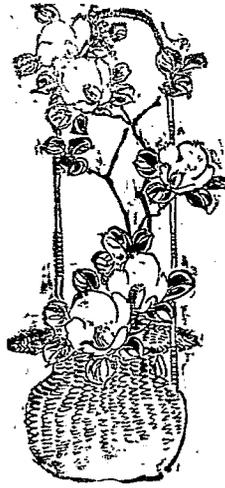
第十一節 當事人訴訟主義與強制代理主義

當事人訴訟主義者。當事人自爲訴訟行爲之主義也。強制代理主義者。非經法定代理訴訟人之手。不能爲訴訟行爲之主義也。採用當事人訴訟主義。其理由有三。(1)訴訟之事。係當事人欲伸張其攻擊防禦之權。由當事人自行訴訟。最爲相宜。(2)訴訟之原因及其事實。惟當事人知之最明。言之最切。(3)當事人自行訴訟。必可迅速了結。至採用強制代理主義者。其理由有二。(1)刑事訴訟關係極爲複雜。苟欲完全伸張其攻擊防禦之權。非假手於法定代理訴訟人。不易達其目的。(2)當事人自行訴訟。往往多費時日。國家個人兩受其弊。以上兩說。雖各具一理。但就今日中國之情形觀察之。仍以採用當事人訴訟主義爲妥。蓋法定代理訴訟人。原則上應由律師充之。而律師之學識經驗及其道德。未必優於當事人。當事人進行訴訟。亦未必願意藉手於律師。故於刑事訴訟法原

則上採用當事人訴訟主義。以期當事人完全伸張其攻擊防禦之權。而收事半功倍之效。

第十三節 自由序列主義與法定序列主義

自由序列主義者。關於當事人之辯論及其提出之證據。一任當事人之自由意思行之。法律上不定順序之主義也。法定序列主義者。關於當事人之辯論及其提出之證據。法律上定有順序之主義也。採用自由序列主義。則當事人可以隨時辯論。隨時提出相當之證據。案情之真象如何。審判官不難立辨。然若絕對採用自由序列主義。則當事人爲所欲爲。訴訟之進行。難免不因此而發生障礙。欲求完全無缺。仍以參酌法定序列主義之爲得也。



刑事訴訟法

本論

第一編 訴訟主體

第一章 總論

訴訟上所不可缺少之人。謂之訴訟主體。訴訟主體因訴訟方式而異。在糾問式之訴訟中。惟審判官得爲訴訟主體。在彈劾式之訴訟中。審判衙門而外。當事人亦爲訴訟主體。我刑事訴訟法採彈劾式。故刑事訴訟上之主體有二。

一、審判衙門。

二、當事人。其中包括原告及被告。

〔附〕 訴訟主體除審判衙門當事人外其他如證人鑑定人亦係訴訟實際上必要之人然因此種人與訴訟無始終之關係（訴訟案件有簡單複雜之分簡單案件即無證人鑑定人亦可審理）且非訴訟成立進行及終結時不可缺少之人此種人之參加不過僅爲達訴訟目的而來者故不得以訴訟主體論也

訴訟主體得行訴訟上之處分權。訴訟上之處分權。其主要作用有三：（一）審判。（二）訴追。（三）辯護。三種作用。不屬於同一主體。審判作用。審判衙門行之。訴追作用。原告行之。辯護作用。被告行之。

〔附〕 訴訟上之處分權與實際上之處分權（即實際上之請求權亦即以刑罰權爲其物證者）不同。訴訟上之處分權即使得之如訴追。訟成立進行終了之權今日之刑事訴訟大都採職權主義不認當事人有實際上之處分權但訴訟上之處分權仍追。訟是也

第二章 審判衙門

第一節 審判衙門之審判權

〔疏〕有審判權始有審判衙門欲知審判衙門爲何物不可不先知審判權故於說明審判衙門之前先述審判權 (Gerichtsbarkheit)

第一款 審判權之意義

審判權有廣狹二義。廣義之審判權亦稱國家審判權 (Gerichtsbarkheit im weiteren Sinne) 狹義之審判權亦稱審判衙門之審判權 (Gerichtsbarkheit im engeren od. eigentlichen Sinne)

〔疏〕國家之審判權云者專指國家對於設置審成之審判衙門確定審判衙門之行動範圍及其權利義務範圍所有之權力而言也。審判衙門之審判權云者即專指審判衙門實行國家審判權之權也。

審判權之名稱各有不同 (1) 有稱爲審判權力者 (Gerichtsgewalt) 即謂審判衙門可以發命令羈束他人之權限也 (2) 有稱審判權爲審判強制力者 (Gerichtszwang) 即由此權所生之命令得抑壓其他之反抗也 (3) 有稱審判權爲審判主權者 (Gerichtsherrlichkeit) 即以其處於主權之一部也 (4) 三者名稱雖異實由其觀察方面不同其爲審判權則一也

國家無審判權則審判衙門亦無審判權。審判衙門之審判權乃國家所賦與。故學者中有謂國家審判權爲原始之審判權 (Ärginner Gerichtsbarkheit) 審判衙門之審判權爲傳來之審判權者 (derivierte abgeleitete Gerichtsbarkheit) 審判衙門之審判權原則上爲審理判決案件之權。與司法行政之權 (Justizverwaltung) 不可混同而爲一。據法理而論。審判衙門所有之職權原則上應以審理裁判爲限。司法行政不在其權限以內。特司法行政與行使審判權有莫大之關係。故審判衙門除審判權外。同時並有司法行政權。(法編四八四九條) 如分配事務配置推事之權。審判衙

門兼而有之。

(一) 審判權與司法行政權充應如何區別無一定之標準但概論之品別之語不外二種(一)關於審理裁判事件之義務皆屬裁判權(二)只關係於一般司法事務之職務皆屬司法行政權又審判權純粹獨立不受指揮而司法行政權則須受司法部長之指揮亦其區別之大凡也

第二款 審判權之種類

審判權有兩種。第一爭訟事件審判權。第二非訟事件審判權。爭訟事件審判權。即就當事人間之爭訟而為審理裁判之權。非訟事件審判權。即爭訟事件以外之審判權。如登記事務是也。爭訟事件審判權。又有左列二種。

第一 刑事審判權。Straf gerichtshbarkeit

第二 民事審判權。Civil gerichtshbarkeit

(疏) 此外行政訴訟及其他特別訴訟審判權亦包含於爭訟案件權之中但據約法第四條第四十八條第二項第四九條及法網法第二條可知行政審判權不在審判衙門(即法院)權限之內且自三權分立之觀念昌明後以司法權干涉行政權實屬不當斷不可使司法審判衙門執掌行政審判之事法國首先實行此種思想他文明各國咸仿效之我國亦設有平政院可知行政審判權不包括於審判衙門審判權之中

刑事審判權以確定刑罰權之有無為目的。民事審判權以確定私權之有無為主旨。二者迥不相同。但刑事審判權中又有普通刑事審判權。(Artenliche Strafg.) 與特別刑事審判權。(Ouss crordenliche of Iesondere Strafg.) 之分。普通刑事審判權。即普通審判衙門所有之刑事審判權。特別刑事審判權。即特別審判衙門(如陸軍軍法會議之類)所有之刑事審判權。普通之刑事

審判權及特別刑事審判權各有所屬。若以普通審判衙門之資格行使特別刑事審判權。法律上視爲無效。

〔疏〕何謂普通審判衙門即衣約法及法院編制法之規定而構成之審判衙門是也。何謂特別審判衙門即依約法及特別法律以外之法律之規定而構成之審判衙門是也。普通審判衙門而行使特別刑事審判權法律上視爲無效。以其欠缺訴訟條件不能使訴訟發生也。

關於普通特別審判權之區分有二種應注意之點：(一)一切刑事審判權本應使普通審判衙門行之。但因土地狀況及被告人身分或訴訟事件之性質使其行使審判權反覺不便者故法院編制法又有第二條之規定行使特別刑事審判權之特別審判衙門約有左列諸種：(一)軍法會審(參觀陸海軍各審判條例)(二)都統審判處(三)都護使審判處(四)警察廳及稅務處是否爲特別審判衙門實一種問題但據大理院解釋以違警罰法認爲一種特別刑法則警察廳之爲特別刑事審判衙門可以知矣(參照富田山審判法一七四頁以下)

普通刑事審判權與特別刑事審判權各有一定之範圍。何者屬普通刑事審判權。何者屬特別刑事審判權。法律上亦有相當之規定。但同一事件。或則以爲應歸普通刑事審判權。或則以爲應歸特別刑事審判權。設有爭議。果何去而何從。我國法律上。至今尙無解決之法也。

〔疏〕權限爭議又有積極與消極之分。積極爭議如普通審判衙門與特別審判衙門均以爲所發生之刑事案件屬自己審判權是消極爭議如普通審判衙門與特別審判衙門各以爲所發生之刑事事件不屬自己審判權是也。後者之結果則犯人雖有罪實不至受如何之刑罰前者結果則必雙方均行宣告判決因一方判決無拘束他方之力之故犯人遂有受二重刑罰之危險以理論之必有一最高超越權限而爲無效之判決者故外國法例均以之屬於普通最高法院解決之而我國則無法令規定殊爲缺點。

第三款 普通刑事審判權之範圍

普通刑事審判權即普通審判衙門所行之刑事審判權。而普通審判衙門所用之刑事程序無二。

不遵刑事訴訟法之規定。故普通刑事審判權之範圍。全然與刑事訴訟法所施行之範圍相一致。其結果如左。

一、普通刑事審判權。祇能在普通審判衙門管轄範圍內行之。若在特別審判衙門管轄範圍以內。則不能行使其審判權。但必須行使之時。仍可請求特別審判衙門之協助。

附

請求協助之事項不僅限於審理之事項。即執行判決之事項亦可請求協助。又請求特別審判衙門之協助如大理院請求外蒙都統使之協助其一例也。

二、普通刑事審判權。祇能在本國領土之上行之。若在本國以外。則不能行使其審判權。但必須行使之時。亦可請求他國政府之協助。

附

不獨本國之審判權不能行使於外國領土之上。即外國之審判權亦不得行使於本國。參照刑法第六條。如有必要亦須請求我國之協助。

三、普通刑事審判權。原則上可以對於國內一般入行之。但因國際法上或國內法上有特別規定。往往不能行使其審判權。或行使之時。則有種種之限制。

以上所論。專就普通刑事審判權之大體而言。若細考刑事訴訟法之內容。當普通審判衙門行使刑事審判權時。又有種種之限制。譬如甲地之普通審判衙門。祇能在甲地行使審判權。若須在乙地行使審判權。則不可不請求乙地普通審判衙門之協助。（法院編制法第一五四條以下之規定）不得因其性質為普通審判衙門。即謂其有無限之權。凡係普通刑事案件。皆在其管轄範圍之內也。

第二節 審判衙門之意義

審判衙門有廣狹二義。從狹義則稱實際上行使審判權之機關為審判衙門。如地方審判廳之刑事庭。初級審判廳之單獨推事是也。從廣義則稱行使審判權之總機關。為審判衙門。如大理院。高等審判廳。地方審判廳。初級審判廳是也。刑事訴訟法上所謂審判衙門。多指狹義之審判衙門。法院編制法上所謂審判衙門。多指廣義之審判衙門。故學者中有謂狹義之審判衙門。為訴訟法上之審判衙門。廣義之審判衙門。為編制法上之審判衙門者。

疏 狹義之審判衙門如刑事草案三一七條第五項及三一九條第二項所稱之審判衙門是也。廣義之審判衙門如法院審制法第一第二三條所稱之審判衙門是也。

審判衙門之意義雖如前述。但刑事訴訟法各規定中。有時不能分別其為廣義或狹義者。此因狹義之審判衙門。恆代表廣義之審判衙門。即就審判衙門之管轄而言。廣義之審判衙門與狹義之審判衙門。其所受之限制。彼此毫無區別也。

疏 廣義狹義不能區別。例如事物管轄初級廳限於三百元以下罰金之案件。固矣。而初級廳之單獨推事之管轄權。亦限於三百元以下罰金之案件。就土地管轄而言。行使審判權之總機關所能管轄之地。則實際上行使審判權之機關（即地方廳之刑庭）亦能管轄之是也。

第三節 審判衙門之組織

第一項 內部組織

第一款 審判衙門之地位

中華民國臨時約法有云。法院依法律審判民事訴訟及刑事訴訟。又云法官獨立審判。不受上級官廳之干涉。在任之中。不得減俸或轉職。非依法律受刑事宣告或應免職之懲戒處分不得解職。故可知審判衙門之地位。超然獨立。除服從法律外。其他無所顧忌也。茲引申其獨立之原因於左。

國約法所謂法官依通例應事指推事而言檢察官似不在其內而法院編製法一二五條則有檢察官與推事受同一保障之規定與各立法例稍異蓋各國以檢察官為司法行政官故其保障與行政官同而以推事為唯一之法官始令之受特別保障也

第一 審判衙門審判民刑訴訟。即無論何人之民刑訴訟。不可不從從審判衙門之審判。易詞言之。惟審判衙門。乃能行使審判權。

國將判衙門現在與行政衙門分權不但上級官廳長官不能干涉審判衙門司法權之實行即大總統亦不能干涉其審判權自事實上考之公平審判未必司法衙門與行政衙門分離始可有之即如司法行政權尙未分離時又何嘗無公平之審判特其公平與否全在審判官之一人其人善則其審判也亦善其人不善則其審判亦隨之而不善其弊一也受司法與行政兩權不分則司法機關無一不受上級官廳之干涉其結果必至以行政而干涉司法獨立審判無所期公平審判亦必無望此一七九〇年法國首創一例劃分司法行政之權他國乃尤而效之我國亦然

第二 審判衙門依法律而為審判。審判衙門祇知服從法律。不知其他。且解釋法律或適用法律之權。操諸審判衙門。他人不得妄為干涉。

國上級審判之判決在國法上不能認為法律故上級審判衙門之判決不盡下級審判衙門之獨立解釋權據我國制法之規定大理院就法律上所表示之意見下級審判衙門應受其拘束但只限於該訴訟案件為然非可適用之於其他案件而謂其相類案件亦不可不服從其解釋也

第三 法官獨立審判。不受上級官廳干涉。即法官獨操審判權。雖其任命。必經大總統或司法

總長之手。而任命之後。大總統或司法總長。不得干涉其審判權。

第四 法官在任。中不得無故減俸。轉職或解職。即法官之地位。在法律上受特別保障。非有法定事故發生。其地位不受影響。

第一款 審判衙門之職員與審判衙門

審判衙門之職員。不可與審判衙門相混。茲分述其意義如左。

一 審判衙門之職員。在審判衙門中管理審判事務之職員。即審判衙門之職員。細分之約有三種。(一)推事。(二)審判衙門書記官。(三)承發吏。

(一)推事

關於審判事務。推事操有全權。審判事務中除法律上定有明文。應歸其他職員執掌外。推事皆有處理之權。

(二)審判衙門書記官

審判衙門書記官。幫助推事執行職務。原則上應受推事之指揮。服從推事之命令。但書記官受推事之命令。記錄口供。編製文書。更改文書時。以為推事之命令不當。則附記自己之意見。以明責任。其在審判衙門所有之職務。約有四種。(一)記錄口供。(二)編製案卷。(三)傳喚被告。人證。人鑑定人。(四)交付判決正本副本。謄本或抄本。

〔疏〕交付判決正本等不聞其係何人所製要須其署名若無書記官之名即無效關於此有謂書記官若不自已執行職務而託人執行時不能發生效力者有主張書記官雖不自執行託人執行而自己署名仍屬有效者就刑事訴訟進行其迅速之點觀之自以有效說爲得其實

(三)承發吏

承發吏受推事之命令及書記官之指示執行執務如(一)發送文書(二)徵收罰金之類皆在其職務範圍以內。

二、審判衙門。審判衙門乃吾人想像中執行審判事務之主體推事其機關也。審判衙門由推事組織而成其種類因組織者之人數而異由多數推事組織者曰合議制由一推事組織者曰獨任制。

〔疏〕依法院編制法第八條合議制之審判衙門應設審判長但審判長不可與庭長混淆審判長者審判權之機關庭長者司法行政以之機關也審判長爲狹義審判衙門之機關庭長爲廣義審判衙門之機關審判長爲訴訟法上之機關而庭長則爲法院編制法上之機關

審判長獨立執行職務如定期開庭逮捕要犯等行爲審判長均不受其他推事之干涉共同行使職務如宣告判決參與評議等行爲審判長均須受合議推事意思之拘束

合議制之審判衙門有二種機關即(一)審判長(二)陪席推事(三)受命推事是也(一)審判長有時代表審判衙門獨立執行職務(如指定公判日期指定辯護人之類)有時與其他推事共同行使職務(如訊問被告人訊問証人之類)二陪席推事即審判長以外之推事與審判長共同行使審判事務(三)受命推事乃審判長所委任之推事代表審判衙門

而爲審判上種種行爲者也。(如調查證據、羈押被告人、就地訊問有疾病之証人之類。)至獨任制之審判衙門。只有獨任推事處理審判事務。雖同一公署之中。有兩名以上之推事。而關於其職務行爲。彼此不相干涉。

第三款 審判衙門職員之資格

審判衙門之職員。一經任命。即可執行法定之職務。故未經任命以前。不可不具有相當之資格。此項資格。法院編制法中有詳細之規定。學者稱之曰審判衙門職員之絕對資格。

〔疏〕絕對資格即執行職務之能力。法院編制法一〇六條以下及一三九條一四八條規定。

審判衙門之職員。雖具有絕對資格。若遇特別訴訟案件發生之時。仍不能執行其職務。據我刑事訴訟法所規定。其情形約分三種。

- (一) 迴避。即審判衙門職員。依法律之規定。當然不能執行職務者。(刑訴草案二八條)
 - (二) 拒却。即審判衙門職員。經訴訟關係人之聲請。不能執行職務者。(刑訴草案二九條以下)
 - (三) 引避。即審判衙門職員。自行聲請脫離關係。而不執行職務者。(刑訴草案三五條)
- 審判衙門職員。必無以上三種情形。乃能執行其職務。此項資格。學者稱之曰審判衙門職員之相對資格。

我國法律對於推事書記官之相對資格。有迴避拒却及引避之規定。對於承發吏之相對資格。祇

有迴避之規定茲分述於左

甲 推事之迴避拒却及引避

其一 迴避

第一 迴避之原因 推事迴避之原因如左

(一) 推事自為被害人者。所謂被害人。即因犯害行為。直接受有損害之人。如被盜之失主是也。

〔疏〕本段之理由。凡事與其人有直接之關係或激怒時審判之公平必不能保。故須迴避。但所謂被害人云云。須注意下列三點。(一) 犯罪之性質不可不詳為研究。如推事非直接之被害人。即不能云有迴避之原因。譬如犯罪人起原因蓋推事若為間接受害人。不但無迴避之必要。且足以妨訴訟之確實也。譬如公司之雇員。侵占公司之物品。不得謂公司之股東。皆為被害人。蓋直接受害者為公司股東。不過其間接受受害者。其(三) 茲所謂被害人。大概與告訴人相一致。而與告訴人不必相同。如為告發偽證罪之推事。就其所告發之偽證案件。不妨仍為審判官。蓋偽證罪之受害者。為國家之審判權。而非告發偽證之推事也。

(二) 推事與被告人或被害人為配偶。或其四等親內血族。二等親內姻族者。血族親等及姻族親等。須依民法上之規定計算之。

〔疏〕本段之理由。(一) 推事與被告人為配偶。血族或姻族。則必厚於被告人。而為有利於被告人之審判。審判公平。每不能保。故使其迴避。(二) 推事與被告人為配偶。血族或姻族。則必厚於被告人。而為不利於被告人之審判。其每與前等故亦使其迴避。

推事若係被告人或被害人三等親內之姻族。雖訴訟案件發生於姻族關係消滅後。亦應迴避。

〔疏〕本段理由有二：(一)姻族關係消滅之原因若由於配偶者之死亡則推事與姻族之感情仍不能減其審判必失之於出；(二)姻族關係之消滅者由於配偶者之離鴻則姻族之感情全然生反對之結果其審判必失之於入皆非維持公平審判之道也。

(三)推事於該案件曾為證人或鑑定人者。據我刑事訴訟法所規定。審判衙門之推事若曾為某案之證人或鑑定人。對於該案件。亦應迴避。但亦以其所證明所鑑定之案件為限。設數罪之中。曾為某罪之證人或鑑定人。審判衙門審判後。業已免訴或宣告無罪時。對於其餘之犯罪案件。無須迴避。

〔疏〕本段之理由推事若曾為證人或曾為鑑定人則其所下之判決務必使其與已為之證言或已為之鑑定相一致。即非故意使其與證言鑑定相一致而不知不覺之間必至發生如此結果也。故亦使其迴避須知其迴避之原因。狹即以說其理由而論。不必推事曾為該案之證人或鑑定人而後可若：(一)曾為與該案相類以之案件之證人(如為甲第一次吸煙罪之證人。不於審判其第二次吸煙罪)；(二)曾為原被告兩造及被害人全然同一之其他案件之證人。或鑑定人。皆無須迴避也。但推事若口稱證言或已為鑑定。則無論審判衙門採用其證言鑑定與否。均須迴避。其言證言或鑑定。出自訴訟關係人之惡劣手段。以為日後。絕推事之地步者亦然。

受理案件之推事。必須實際上曾為該案之證人或鑑定人。而後乃應迴避。雖經審判衙門傳喚使其為某案之證人或鑑定人。實際上未為證言或未為鑑定時。仍不能為迴避之原因。

(四)推事為被告人或被害人之法定代理人。監督監護人。保佐人或輔佐人者。被告人或被害人。人之法定代理人。監督監護人。保佐人或輔佐人。有時須受審判衙門之訊問。實際上與推事之資格不能相容。故遇此項情形。推事亦應迴避。

〔疏〕本段理由：(一)恐其為與被告人被害人有利(二)恐其為與被告人被害人有利(三)因其與推事之資格不能相容。

(五)推事曾與於前審者。前審者即下級審之審判之意。非指前次審判而言。譬如在第一審所判決之案件。第二審因管轄錯誤。移轉管轄使其為第一審之判決。曾經審判該案之推事。無須迴避。又如經過第二審之案件。在上告審因事實不甚明瞭。發交第二審更審時。亦然。

〔附〕我刑事訴訟法草案探檢察官預審制度故無預審推事迴避之原因。但若依據現行審判章程則(一)曾經干與預審終結之推事亦應迴避(二)曾經決定不服預審決定之抗告亦應迴避(三)在大法院干與預審終結之推事亦應迴避。惟曾經決定免訴之推事因有新證據而再起訴者不必迴避以其案件不同一之故也。

在同一審級審判同一事件不必迴避之原因其情形如下(一)第一次因欠缺訴訟條件駁回公訴其後又提起公訴者(二)宣告撤銷判決因聲請故障而又開始審判者(三)第一審進行駁回公訴(如宣告管轄錯誤)第二審仍使其為第一審之審判者

推事曾於與前審。我刑事訴訟法雖認為推事迴避之原因。但所謂前審。其範圍以審理判決為限。若僅為受命推事或受託推事。調查某項證據。尙未參與審判者。不在迴避之列。

推事遇有以上五種情形。不免有預斷或枉斷之虞。妨害審判之信用。我刑事訴訟法故使其喪失相對資格。禁止其執行法定之職務。

〔附〕推事迴避之原因。據我訴訟草案規定。祇此五種。五者以外無迴避之原因。縱有不能維持公平審判之情形。不必迴避。蓋德刑訴法二二條規定。推事曾為該案之檢察官。警察官。警察官。被害人之辯論人。實行其職務者。亦為迴避原因之一種。蓋恐先入為主。審判難保公平也。草案則無規定。亦立法上之缺點也。

第二 迴避之程序。推事造有應迴避之案件。未有不自行迴避者。推事若不自行迴避。訴訟關係人恆聲請拒却。不患無方法救濟之。故關於迴避之程序。我刑事訴訟法並無見細之規定。

第三 迴避之效力。應迴避之推事。設若參與審判。執行職務。其所實施之職務行為。在法律上不能有效。但其無效之職務行為。是否影響已經終結之訴訟。仍應分別論之。

(一) 推事為無效之判決時。推事若為無效之判決。則已經終結之訴訟。恒因此而有所變更。譬如

第一審所判決之案件。在第二審撤銷原判。第三審對於第二審之判決。亦然。

疏 第三審之推事應行迴避而仍參與審判判決案件時該判決是否有效學者中頗有爭論(一)當然無效說以為違法之判決當然不能生效日本學者富田主張之(二)實質無效說謂形式上仍然有效不過須假他種形式以救濟之耳日本學者豐島主張之他種形式如非常上告再審等是據余蒙之眼光觀察之雖無有效之判決前來代替其無效判決仍然無效無所謂形式上有效也

(二) 推事為判決以外之無效行為時。此中又有兩種情形。

一、無效行為與判決有因果關係時。無效行為若與判決有因果關係。則已經終結之訴訟。亦因此而有變更。譬如第一審之推事。應迴避而未迴避。承審推事本其所調查之證據。而為判決。若至第二審。該判決必被撤銷。第三審對於第二審亦然。

疏 上告審之推事設有此項情形其判決亦不能有效

二、無效行為與判決無因果關係時。無效行為若與判決無因果關係。則已經終結之訴訟。不能因此有所變更。譬如第一審應迴避之推事。祇有羈押或保釋被告人之行為。並未實施其他審判上之職務。第二審不得據此為撤銷原判之理由。由第三審對於第二審亦然。

疏 因其無因果關係其無效之行為與判決並不發生何等影響故已經終結之訴訟不能因此而有變更

其二 拒却

第一 拒却之原因。遇有左列各款情形。當事人得拒却推事。

(一) 推事應行迴避。而仍參與審判者。推事依法應行迴避。而仍參與審判時。則其所參與之審判。不能發生效果者居多。故使當事人有拒却推事之權。遇有此項情形。得向推事所屬之審判衙門聲請拒却。

〔註〕有謂承審推事應行迴避。未不自請迴避者。故此項規定。等於虛設。然使(一)推事不注意迴避原因時。(二)推事以為不必迴避時。推事之見解與當事人不同時。(三)推事故意不肯迴避時。若無此種規定。則其結果不知伊於胡底矣。

(二) 推事之審判。恐有偏頗者。推事審判刑事案件。一秉至公。無偏頗之足慮。但當事人中若係推事之至友。或與推事之配偶者有密切之關係。則承審之推事難保無偏頗之虞。故當事人遇有此項情形。得向推事所屬之審判衙門聲請拒却。

〔註〕遇如何情形。始有偏頗之虞。法律上既未明言。則其判斷之權。操諸審判衙門之手。如與推事為街鄰。而與推事素有仇恨者。亦屬偏頗情形之一。自理論上言之。不外講義中所述之情形。然實際上聲請拒却者。皆因請求調查證據。或傳集證人。而被駁回時。為多。惟以理衡之。此項情形。無非當事人希圖遷延時日。不足取也。

第二 拒却之程序。在訴訟進行中。各當事人得聲請於推事所屬之審判衙門。拒却該推事之審判。審判衙門接受此項聲請後。應以決定裁判之。茲詳細說明如左。

(一) 聲請拒却之人。聲請拒却。乃當事人之一種權利。如檢察官及被告人。皆有拒却推事之權。

但被告代理人輔佐人及辯護人非得被告人之同意不得拒却推事之審判。

附帶私訴時私訴之原告人亦得聲請拒却但以私訴公判中為限預審或公

斷 訴公判時不得聲請預審時雖不許聲請原告人尚可提起獨立之私訴也。
關於被告人之代理人辯護人等聲請拒却須得被告人之同意之解釋(刑訴草案六〇六、六二各條)
日本學者雖有持反對之見解者但裁判之公平與否祇與原被告本身有關係與辯護人尚無關係也。

(二) 聲請拒却之時期。 推事應行迴避而仍參與審判時。不問訴訟在如何程度當事人得隨時

聲請。若當事人一方面恐推事之審判偏頗。一方面又有所請求。或有所陳述。仍不得為拒却推事之聲請。蓋當事人已有陳述。或已有請求。能經受審於前。自不能拒却於後也。但拒却之原因。確係發生在後。或當事人於請求及陳述之時。委係不知有此項原因者。仍得隨時聲請。用以維持審判之平允焉。

附 拒却原因發生在後。例如案件拖延日久。在訴訟進行中推事始與被告人或被害人訂交或結親。若是也。委係不知拒却原因。例如推事與當事人之一方為密友。而他一方事前並不知悉者是也。

(三) 聲請拒却之方式。 聲請拒却無一定之方式。或用書狀。或用言詞。皆無不可。但恐推事之審

判偏頗而聲請者。聲請人應於聲說後三日之內。以書狀敘述其拒却之事由。

(四) 聲請拒却之效力。 當事人聲請拒却時。審判衙門應停止訴訟程序。蓋當事人聲請拒却後。

若訴訟仍舊進行。則其所進行之訴訟。往往徒勞而無功。停止訴訟程序。即所以維持訴訟之效力也。但訴訟程序。其種類亦至不一。有可遲緩者。有須急速處分者。須急速處分之程序。不因當事人聲請拒却而停止。此無他。恐當事人以聲請拒却為手段。故意使審判衙門不能施

行急速處分故也。

疏 急速處分不能停止之情形。例如其犯中之犯人審判長本可直接即行逮捕而其犯中一人於先就捕時即行聲請拒却為其犯中之他犯逃亡之地則不能停止進行又如恐避沒證據時所為之處分亦不以拒却而中止進行

(五) 聲請拒却之裁判機關。聲請拒却應向推事所屬之審判衙門為之。被拒却者如係地方以上審判衙門之推事。即由所屬之審判衙門裁判當事人聲請之當否。係初級審判衙門之推事。則由該管地方審判衙門裁判之。(因初級廳推事多為一人不能自行裁判也。)

地方以上之審判衙門。雖為合議制。而被拒却之推事。不得參與其裁判。以示裁判之公平。設因被拒却之推事未能參與裁判。以致不符合議之制。不能裁判時。則由直接上級審判衙門裁判之。

(六) 聲請拒却之裁判方法。聲請拒却之裁判。不必經過口頭辯論。被拒却之推事。得提出意見書。說明當事人聲請之當否。若認當事人之聲請為正當。法律上以已經決定。審判衙門毋須另行裁判。拒被却之推事。以為不當。審判衙門亦以為不當。駁回當事人之聲請時。當事人得於三日以內。聲明抗告。在抗告期間中。及抗告中。除應急速處分之程序。可以進行外。其他一切訴訟程序。依舊停止。

迴避及拒却之情形。已如前述。至二者之差異。概觀之約有四焉。

(一) 應迴避之推事。無論何時。絕對不能執行職務。被拒却之推事。在當事人聲請拒却前。仍舊可

以執行職務。

(二)迴避原因。審判衙門應以職權調查之。拒却原因，非有當事人之聲請，毋庸調查。

疏 因迴避原因為絕對的訴訟條件而拒却原因為相對的訴訟條件也。

(三)迴避原因發生。無論訴訟進行至如何程度，應迴避之推事，須即時迴避。若恐推事之審判偏頗，而聲請拒却，則非在法定期間內不可。經過法定期間，縱有聲請，不能發生效果。

疏 法定期間內即須於未有陳述及未有請求以前為之是也。

(四)應迴避之推事。所執行之一切職務，在法律上當然無效。被拒却之推事，所執行之急速處分，在法律上仍然有效。

其二 引避

第一 引避之原因。推事自知有應被拒却之情形，得聲明引避。故推事之聲明引避，與訴訟當事人聲請拒却之原因相同。

疏 引避之原因不外二種：(一)自認為有迴避原因，因有迴避原因存在其所為之職務行為，在法律上不能有效，故與以引避之機會。(二)自認為恐有偏頗情形，何時始能稱為恐有偏頗情形，法律上未加限制，推事可隨便主張，但許可與否其權，據諸審判衙門也。

第二 引避之程序。推事之聲明引避，應用書狀或言詞，向其所屬審判衙門行之。審判衙門就其聲請而為裁判。至其裁判機關，與聲請拒却之裁判機關相同。此項裁判，毋須訊問當事人。裁

判之後。亦無須送達。審判衙門之裁判結果。以為無須引避時。受裁判之推事。並不得聲明不服。

釋明引避在中國用得字為推事之權利。推事可不聲明。夫既為權利。即不應不許抗告。而在日本聲明引避用(心三)須字為推事之義務。推事必須聲明。故不許抗告。我草案既認聲明引避為推事之權利。而又不許聲明不服。未免矛盾。

乙 書記官之迴避拒却及引避

推事迴避拒却及引避之規定。準用之於審判衙門書記官。但推事之職務。與書記官之職務不同。

有時在推事應行迴避引避。或應被拒却。而在書記官不必迴避引避。或不應拒却者。知第一審之書記官。在第二審。不妨執行書記官之職務。是其例也。

書記官迴避之原因一至四與推事相同。第五則否。蓋所謂準用云者。即其情形通相符合。而在書記官之職務範圍內。始準用之。非有同一情形也。故不在書記官之職務範圍內者。如第五種情形。即無須適用推事迴避之規定。此以審判官得下與審判而書記官則不能下與審判也。此種學說。日本學者富田圭之而為講義所採用者。惟在日本明治三十三年大審院判例。則有反對之判決。謂第一審之書記官。不能在第二審出庭。

審判衙門書記官被當事人拒却。或自行聲明引避。由書記官所屬之審判衙門裁判。其拒却及引避之當否。初級審判衙門書記官。歸初級審判衙門裁判。地方以上審判衙門書記官。歸各該審判衙門裁判。裁判結果。承認書記官應被拒却或應行引避。則其所作製之筆錄。在法律上當然無效。至其能否影響終結之訴訟。仍視筆錄之內容定之。

書記官迴避之裁判機關與推事不同。推事有時為上級衙門裁判者。而書記官則概歸本衙門裁判。蓋以推事因自己操審判權之故。往往有自己裁奪自己之嫌。而書記官則否也。筆錄之內容與判決有因果關係者。則當然影響於已終結之訴訟。如根據該筆錄而下之判決。是其與判決無因果關係者。則與終結之訴訟無影響。如第一次訊問。為甲書記官筆錄。而終局訊問。則為乙書記官筆錄。於是審判衙門根據乙書記官之筆錄而下之判決。則此後甲書記官被拒却或迴避引避時。其所為之筆錄。當然不至影響該判決之成立是也。

避時其所為之筆錄當然不至影響該判決之成立是也。

丙 承發吏之迴避

承發吏迴避之原因如左。

- (一) 本身或其家屬為當事人或被害人時。
- (二) 與當事人或被害人有下列外姻之親屬關係時。
但外姻親屬係消滅時在推事則仍應迴避者承發吏則因法無明文自無須迴避
- (三) 與被告人或被害人有一之權利或義務時。
- (四) 於本案為訴訟代理人或曾為訴訟代理人時。
- (五) 於本案為中證人鑑定人受詢問時。

承發吏如有以上種種迴避原因。則其所執行之職務。在法律上不能有效。但承發吏之職務。皆係瑣碎之事。縱令無效。亦不能影響已經終結之訴訟也。

附 迴避引避及拒却之情形已如前述。但有不可不辨者。一、對於審判衙門不適用此規定。審判衙門與審判衙門之職員不同。對於職員全體。可以主張拒却。對於審判衙門。則不可以拒却。如有拒却時。無須辨論。即行駁回可也。二、除以上三者之外。尚有譯官。必須迴避。引避。或可以拒却。時。則準用推事迴避拒却之規定。但因譯官非審判衙門必要之職員。故不細述。至庭丁。則不必迴避。引避。或不能拒却焉。

第一項 外部組織

第一款 審判衙門之審級

刑事案件。其類至多。有複雜者。有簡單者。故承審之審判衙門。亦不可不有各種。據法院編制法之

規定。刑事審判衙門計有四種。(一)初級審判廳。(二)地方審判廳。(三)高等審判廳。(四)大理院審判衙門。審理刑事案件。無不竭力注意。務求持平。然人智有限。事變無窮。案情之真相。有非審判衙門一時所可料及者。設有錯誤之判決發生。不能無方法以救濟之。故法院編制法分審判衙門爲三級。當事人不服第一級審判衙門之判決者。得上訴於第二級審判衙門。不服第二級審判衙門之判決者。得上訴於第三級審判衙門。以期折服人心。而求審判之周至。最初承審之衙門。稱第一審。或曰初審。第二次承審之衙門。稱第二審。最後承審之衙門。稱第三審。又曰終審。第一審第二審及第三審間之關係。學者稱之曰審級。據我法院編制法之規定。審判衙門之審級如左。

第一審(即初審)

第二審

第三審(即終審)

初級審判廳。

地方審判廳。

高等審判廳。

地方審判廳。

高等審判廳。

大理院。

但特種刑事案件(如內亂)專歸大理院審判。一經判決。案件登時確定。法律上無上訴之途。各審判衙門之推事。視審級之高低。案件之繁簡。而多寡各有不同。審級高而案件繁雜者。承審之推事較多。審級低而案件簡單者。承審之推事最少。據法院編制法之規定。各級審判衙門承審推事之員數如左。

第一審(即初審)

第二審

第三審(即終審)

初級審判廳。推事一員

地方審判廳。推事三員

高等審判廳。推事三員但因案情得增加五員

地方審判廳。簡單案件推事一員 繁雜案件推事二員

高等審判廳。推事三員

大理院。推事五員

審判衙門組織之大要。已如前述。至其詳細內容。應屬法院編制法。茲不細述。

附 審判衙門組織之詳細內容如初級廳有監督推事地方廳有庭長及地方分庭高等廳有高等分廳大理院有分院有刑庭總會各審判衙門均有書記科等是也承審推事一人者曰擔任審判衙門承審推事二人或五人者曰合構衙門

制審判衙門

第二款 審判衙門之管轄

刑事案件其數甚多。其種類亦至不一。欲以唯一之審判機關。承審一切訴訟案件。事實不萬不能。故近世文明各邦。皆設多數審判衙門。使其分掌刑事案件。各審判衙門之審判職務。彼此皆有

一定範圍。學者稱之曰管轄範圍。範圍以內之權限。則稱之曰管轄權。

附 多數審判衙門之受理案件不能漫無標準。若漫無標準則其紛糾錯雜之狀難以言語形容。且訴訟關係人所感受之不便亦不在少處也。

劃分管轄範圍之法有二。其一以事物為標準。其二以土地為標準。以事物為標準。即就訴訟事件之種類而定各審判衙門管轄之範圍。訴訟法上稱之曰事物管轄。以土地為標準。即就土地之區域而定各審判衙門管轄之範圍。訴訟法上稱之曰土地管轄。或曰審判籍。

第一審之事物管轄。每以刑之輕重為標準。(但有例外之規定)刑重者第一審歸地方審判廳。刑輕者第一審歸初級審判廳。第二審及第三審之事物管轄。視第一審之事物管轄定之。如初級

審判廳之第一審刑事案件。第二審之事物管轄。應歸地方審判廳。地方審判廳之刑事案件。第二審之事物管轄。則歸高等審判廳。

第一審之土地管轄。每以犯罪地或被告人所在地爲標準。犯罪地或被告人所在地。屬甲縣。則歸甲縣初級審判廳。或甲縣地方審判廳管轄。屬乙縣。則歸乙縣初級審判廳。或地方審判廳管轄。第二審及第三審之土地管轄。視第一審之土地管轄定之。

審判衙門承審刑事案件。原則上應以有管轄權者爲限。無管轄權。則不能受理。不能審判。惟有時爲便利起見。而使受理案件之審判衙門。囑託其他之審判衙門代行審問者。於是同一刑事案件。有受理審判衙門與受託審判衙門之分。受理審判衙門每以訊問證人之事。委諸受託審判衙門。受託審判衙門能否訊問。視其對於證人有無土地管轄權定之。

〔疏〕學者稱上述之管轄爲職務管轄。即合土地事物而皆歸其管轄之謂。但因法無明文規定。故講者不揭出此名詞焉。

審判衙門之管轄權。不外事物管轄與土地管轄之二種。其概要已如前述。茲更就其內容。分別述之。

第一目 事物管轄

事物管轄者。謂某種刑事案件。非某審判衙門。不得行使審判之權能也。刑事訴訟法第一條云。審判衙門關於刑事訴訟之事物管轄。除法院編制法及其他法律有特別規定外。均依刑事訴訟法

辦理。而刑事訴訟法關於事物管轄之規定。概觀之約有四焉。

第一 初級審判廳之事物管轄

初級審判廳於左列案件。有第一審管轄權。

甲 三百圓以下罰金之罪。

乙 四等以下有期徒刑或拘役之罪。

丙 刑法第三百六十七條及第三百七十七條之竊盜罪。

甲乙兩項。以法定刑為標準。法律中定有三百以外之罰金刑。或三等以上有期徒刑者。縱使案情輕微。仍不屬初級審判廳管轄。

丙項規定似屬甲乙兩項之例外。其所以為此規定者不外二種原因。一據刑事統計觀之。犯三六七三七七兩條之罪者較多。若以之歸地方廳管轄。則不勝其繁。二此二種條件有極輕微之時。手續利於簡單。歸地方廳管轄。轉覺不便。故法律特別歸初級審判廳管轄。以期實際之便利。

第二 地方審判廳之事物管轄

地方審判廳依法院編制法第十九條。有刑事第一審及第二審管轄權。其詳細情形如左。

甲 不屬初級審判廳及大理院特別權限內之案件。有第一審管轄權。

乙 不服初級審判廳判決。而控訴之案件。有第二審管轄權。

丙 不服初級審判廳之決定或其命令。而抗告之案件。有第二審管轄權。

第三 高等審判廳之事物管轄

高等審判廳依法院編制法第二十七條第一款至第二款。有刑事訴訟第二審及終審管轄權。其詳細情形如左。

- 甲 不服地方審判廳第一審判決。而控訴之案件。
- 乙 不服地方審判廳第二審判決。而上告之案件。
- 丙 不服地方審判廳之決定或命令。而抗告之案件。

第四 大理院之事物管轄

大理院依法院編制法第三十六條之規定。有管轄左列案件之權。

- 甲 不服高等審判廳第二審判決。而上告之案件。有終審管轄權。
- 乙 不服高等審判廳之決定或命令。而抗告之案件。有終審管轄權。
- 丙 內亂罪有第一審並終審管轄權。

附 第一審及終審非有兩次審判也。即以第一審作為終審。一經判決案件遂完全確定。更無上訴之機關之謂。

丁 外患罪及妨害國交罪係三等以上有期徒刑者。第一審並終審管轄權。

據上所述。各級審判衙門。皆有一定之管轄範圍。其權限極為明瞭。但人事之變化無常。案情之繁簡靡定。往往遇有複雜案件。一時不易遽定其管轄者。我刑事訴訟法又有特別條文。以解決之。茲

分述於左。

第一 刑事案件應處徒刑並科罰金管轄徒刑及罰金刑之審判衙門不同者應以徒刑爲準（

刑事訴訟法第六條）

〔本條之立法理由〕（一）因認管轄不明致起權限之爭（二）因徒刑重於罰金之觀念依刑法三七條規定重輕之順序當然以徒刑爲主

第二 刑事案件因累犯或俱發而應加重或因情節輕微及其他原因而應減輕者以未加重減輕時爲準（刑事訴訟法草案第七條）

輕時爲準（刑事訴訟法草案第七條）

〔本條立法理由〕（一）因起訴時恆有確認管轄之必要萬不能待至審判時確定之也（二）刑之加重減輕其性質與管轄無關不能因此而變更管轄權

第三 刑事案件因贓物及其價額而定管轄者以起訴時價額爲準（刑事訴訟法草案第八條）

〔贓物定管轄如刑法三九三條之侵占遺失物罪是以其價額定管轄如刑法五〇七條之損壞物品罪是本條之立法理由〕（一）罰金刑之犯罪有時屬初級有時屬地方不能不預先確定（二）物品價額不能永久不變應以何時物價爲準亦不可不預先確定

第二目 土地管轄

有事物管轄之第一審審判衙門其數至多。遇有刑事案件發生應歸何地審判衙門審判。不得有取決之方法。取決之方法維何。即土地管轄之問題是也。關於審判衙門之土地管轄。各國立法例互有不同。法國以犯罪地爲主要標準。犯罪地不明時以被告人住居地或逮捕犯罪人地爲標準。德國以犯罪地被告人住居地及逮捕犯罪人地爲標準。其間無輕重之分。日本以犯罪地及被

告人所在地為標準。我刑事訴訟法亦然。

〔附〕土地管轄之標準各立法例互有不同。(一)羅馬法以犯罪地為惟一標準 Forum delicti Commissi (二)中世傳意志法現行犯以犯罪地為標準非現行犯則以被告人住所地為主標準以逮捕地為從標準 (三)丁法以犯罪人住所地及犯罪地為標準德法現行犯則如講義所述至各立法例之批評各有弱點可擊分述之於下。(一)羅馬法之弱點即(1)犯罪地不明時別無救濟之方(2)犯罪地與被告人住所地距離較遠時極不方便(二)中世傳意志法例之弱點即不能逮捕之犯人(如罰金刑)無法處理(三)如被告人住所地離犯罪地甚遠時亦無法逮捕(四)丁法之弱點亦與中世傳意志同(四)法國法之弱點即以犯罪地為主要標準顯有優劣之分若犯罪地分明時豈非逮捕地之審判衙門無論如何情形必須送致於犯罪地之審判衙門審判乎夫事物管轄往往因上級審下級審之不同而其參加審判之員數各異故某刑事事件歸初級管轄抑歸地方管轄與被告人實有利害之關係至土地管轄則不然某案歸甲地審判與歸乙地審判審級固不相同被告人即無利害之可言法律之定土地管轄純為審判衙門審判時之便利起見固不應有優劣主從之分也以上四例均未臻妥善故中日刑訴均不採之

審判衙門之土地管轄亦稱之為審判籍 *Correspondenz* 就西文原語解釋之所謂審判籍乃(立於審判衙門前)之義詳言之即被告人應立於有土地關係之審判衙門前受其審判之義也我刑事訴訟法中雖無審判籍之名詞但德奧各邦之法典及其刑事訴訟學莫不謂刑事審判衙門之土地管轄為審判籍某被告人在某審判衙門土地管轄範圍以內則曰某被告人在某審判衙門有審判籍土地管轄以犯罪地為標準者稱之為犯罪地之審判籍其以犯人所在地為標準者則稱之曰所在地之審判籍

第一 犯罪地之審判籍

某被告人在某刑事審判衙門管轄區域以內犯罪者該審判衙門稱犯罪地之審判衙門對犯罪人有土地管轄權。

如何情形始得謂其在土地管轄範圍以內。法律中並無明文規定。欲解決此項問題。須先研究犯罪地之意義如何。不明犯罪地之意義。則犯罪人究在何處犯罪。應歸何地審判衙門管轄。終亦無由而定也。

關於犯罪地之意義。刑法學者間頗有爭論。而其論旨所歸不外三說。

第一 行為地說。此說以實行犯罪之地為犯罪地。如犯罪人在甲地開槍擊傷乙地之人犯罪。在甲地實行。甲地即犯罪地也。

疏此說之理由謂刑法對於罪犯為取決內國有無刑罰權放其論犯罪地也為內國利益之計必從廣義就同一犯罪而認多數之犯罪地至刑事訴訟法則不然刑事訴訟法認多數之犯罪地其結果徒於多數內國審判衙門間起事勢之紛糾錯雜而已是刑事訴訟法認多數之犯罪地內無利益之可言也故在刑事訴訟法上而論犯罪地應從狹義此說為德學者以言不所主張然國家之定刑事訴訟法為適用刑法計也刑法之犯罪地當然與刑事訴訟法一致而後可若刑法與刑事訴訟法所認定者不同其範圍則在外國犯罪結果發生於本國時依刑法結果發生地亦為犯罪地之規定本國刑法當然可以處罰之而刑事訴訟法既不以結果地為犯罪地則本國各審判衙門皆無管轄之權豈非沒却刑法規定之主旨耶

第二 結果地說。此說以結果發生之地為犯罪地。如犯罪人在甲地開槍擊傷乙地之人。結果生於乙地。乙地即犯罪地也。

第三 行為地及結果地說。此說以實行犯罪及結果發生之地。皆認為犯罪地。如犯罪人在甲地開槍擊傷乙地之人。甲乙兩地皆犯罪地也。

疏又如甲在甲地開槍傷害乙地之乙乙至丙地死亡甲乙丙三地皆犯罪地也。此說如 Oshausen 握而斯鶴俄真主張之其他學者中亦多有主張者

前述三說。各有相當理由。但刑法學者中贊成第三說者居多。解釋刑事訴訟法。若採此說。則有左列結果。

(一)構成犯罪之各項事實。發生於同一審判衙門管轄區域以內時。即以該審判衙門之管轄地為罪犯地。

例 譬如犯人在北京發散傳單驅北京人之錢財。當然歸北京地方審判廳管轄。

(二)構成犯罪之各項事實發生於多數審判衙門管轄區域以內時。各審判衙門之管轄地。皆為犯罪地。

例 譬如在甲乙兩縣管轄境界犯殺人罪。在甲縣殺一刀。被害人往乙縣。犯人追至乙縣。又殺一刀。而被害人死亡。則甲乙兩縣皆為犯罪地。他如連續犯。集合犯。牽連犯。繼續犯。亦可用此標準決之。但有謂最後行為完結之地為犯罪地者。果然則犯罪地當然在乙縣不在甲縣也。

一般刑事條件。固可依右列原則而定犯罪地。至若(1)不作為犯。(2)未遂犯。(3)預備犯。(4)陰謀犯。(5)間接正犯。(6)教唆犯。(7)從犯之犯罪地。亦可依此原則定之。

(1)不作為犯。不作為犯以法律上應當履行作為義務之地為犯罪地。若因不作為發生結果時。亦可以結果發生之地為犯罪地。

例 如遺棄孀居京師之尊親屬。犯刑法三四條之罪時。則京師為不作為犯罪地。若其尊親屬因無人撫養而行乞於通縣。死在途中。則以通縣為犯罪地。

(2)未遂犯。未遂犯以實施犯罪行為之地為犯罪地。其已發生有一部分之結果時。亦可以結果

二、被告人所在地。起訴時被告人現在之土地也。是否被告人所在地。應以起訴時為標準。非起訴時所在地。不稱為被告人所在地。

〔疏〕以起訴時為標準不以犯罪時或逮捕時為標準故被告人雖在之地而非起訴時所在之地即不稱為被告人所在地犯罪時或逮捕時被告人所在地如何與本問題毫無關係譬如甲地犯罪者向乙地逃走通過丙地丙地檢察官發覺其犯罪事實對於犯罪事件進行起訴此後乙地始逮捕之此時應歸丙地管轄因丙地為被告人起訴時被告人所在地而甲地乙地為逮捕地也
以上所論專就任本國犯罪而言至在外國犯罪則如何(一)在外國犯罪者據刑法之規定屢有處罰在外人民犯罪之明文然若處罰在外國之犯罪人民則無犯罪地審判權之可言故應以送訴地或其所在地為管轄審判衙門(送訴地其實乃起訴時之被告人所在地也)不能以逮捕地為管轄審判衙門因逮捕犯人在起訴之後者譬如甲在日本犯罪來至天津對於在日本犯罪事件起訴而甲又逃來北京被北京官廳逮捕捕地雖在北京仍應歸天津審判不得援用日本條文而謂逮捕地為管轄地也(參觀日刑訴法第二十九條及朝陽大學岡田刑訴講義)但外國不肯送致本人又不回國無已惟有指定管轄地(二)在本國海船中犯罪者此當有二標準(一)停泊港因停泊港最精於海船事件易於審判(如上海)最初到港港最初到港地為犯人所在地易於搜集證據(因其為期尚短證據不易消滅故也)故亦以之為管轄標準也(按據泊港指船籍所在地而言)但在軍艦中犯罪則由海軍審判不可不知

第三目 合併管轄

多數刑事事件。互相牽聯。苟使其歸同一審判衙門。同時審判。適用同一程序。則其減少時間。節省勞力。種種便利。誠有出人意者。法律上合併管轄之規定。即為此也。夫刑事事件之牽連。或則案有數起。而犯罪者同為一人。或則犯罪者雖有數人。而所犯之事。彼此互相牽涉。究其牽連原因。一則由於犯人。一則由於犯事。故一則名主觀牽聯。一則名客觀牽聯。

第一 主觀牽連之合併管轄

多數刑事事件。因主觀牽連而合併者。曰主觀牽連之合併管轄(又名人的牽連)據刑事訴訟法

前述三說各有相當理由。但刑法學者中贊成第三說者居多。解釋刑事訴訟法。若採此說。則有左列結果。

(一)構成犯罪之各項事實。發生於同一審判衙門管轄區域以內時。即以該審判衙門之管轄地為罪犯地。

○譬如犯人在北京發散傳單。騙北京人之錢財。當然歸北京地方審判廳管轄。

(二)構成犯罪之各項事實發生於多數審判衙門管轄區域以內時。各審判衙門之管轄地。皆為犯罪地。

○譬如在甲乙兩縣管轄境界犯殺人罪。在甲縣殺一刀。被害人往乙縣。犯人追至乙縣。又殺一刀。而被害人死亡。則甲乙兩縣皆為犯罪地。他如連續犯。集合犯。牽連犯。繼續犯。亦可用此標準。決之。但有謂最後行為完結之地為犯罪地者。果然則犯罪地當然在乙縣不在甲縣也。

一般刑事條件。固可依右列原則而定犯罪地。至若(1)不作爲犯。(2)未遂犯。(3)預備犯。(4)陰謀犯。(5)間接正犯。(6)教唆犯。(7)從犯之犯罪地。亦可依此原則定之。

(1)不作爲犯。不作爲犯以法律上應當履行作爲義務之地為犯罪地。若因不作爲發生結果時。亦可以結果發生之地為犯罪地。

○例如遺棄居住京師之尊親屬犯刑法(三四)條之罪時。則京師為不作爲犯罪地。若其尊親屬因無人撫養而行乞於通縣。死在途中。則以通縣為犯罪地。

(2)未遂犯。未遂犯以實施犯罪行為之地為犯罪地。其已發生有一部分之結果時。亦可以結果

二、被告人所在地者。起訴時被告人現在之土地也。是否被告人所在地。應以起訴時為標準。非起訴時所在地。不稱為被告人所在地。

〔圖〕以起訴時為標準。不以犯罪時或逮捕時為標準。故被告人所在之地。苟非起訴時所在之地。即不稱為被告人所在地。犯罪時或逮捕時被告人所在之地。如何與本問題毫無關係。如在甲地犯罪者。向乙地逃走。通過丙地。丙地檢察官發覺其犯罪事實。對於犯罪事件進行起訴。此後乙地始逮捕之。此時應歸丙地管轄。因丙地為被告人起訴時被告人所在地。而甲地為犯罪地。乙地為逮捕地也。

以上所論。實就本國犯罪而言。至在外國犯罪。則如何？(一)在外國犯罪。據刑法之規定。既係在在外人民犯罪之明文。然若處罰在外國之犯罪。人民則無犯罪地審判權之可言。故應以送致捕地或其所在地為管轄審判衙門。送致地。其實仍起訴時之被告人所在地也。不能以逮捕地為管轄審判衙門。因逮捕犯人。有在起訴之後者。譬如甲在日本犯罪。來至天津。對於在日本犯罪事件起訴。而甲又逃來北京。被北京官廳逮捕。捕地雖在北京。仍應歸天津審判。不得援用日本條文。而謂逮捕地為管轄地也。參觀日所訴法第二十九條及朝陽大學岡田刑訴講義。但外國不肯送致本人。又不回國。無已。惟有指定管轄乎？(二)在本國海船中犯罪者。此當有二標準。(1)停泊港因停泊。泊地最精於海船事件。易於審判(如上海)。(2)最初到港。最初到港地為犯人所在地。易於搜集證據。因其為期尚短。證據不易消滅故也。故亦以之為管轄標準也。按停泊港指船籍所在地而言。但在軍艦中犯罪。則由海軍審判。不可不知。

第三目 合併管轄

多數刑事案件。互相牽聯。苟使其歸同一審判衙門。同時審判。適用同一程序。則其減少時間。節省勞力。種種便利。誠有出人意者。法律上合併管轄之規定。即為此也。夫刑事案件之牽連。或則案有數起。而犯罪者同為一人。或則犯罪者雖有數人。而所犯之事。彼此互相牽涉。究其牽連原因。一則由於犯人。一則由於犯事。故一則名主觀牽聯。一則名客觀牽聯。

第一 主觀牽連之合併管轄

多數刑事案件。因主觀牽連而合併者。曰主觀牽連之合併管轄。(又名人的牽連)據刑事訴訟法

之規定。其情形如左。

一、一人犯有數罪。而其事物管轄不同者。一人犯有數罪。若數罪之事物管轄不同。由上級審判衙門合併管轄之。(刑訴第九條第一款)譬如竊盜犯。人犯有兩種竊盜罪。一罪應歸初級審判廳管轄。一罪應歸地方審判廳管轄。若欲同時審判。則歸地方審判廳合併管轄之。但適用此項規定時。必須注意左列諸條件。

甲 須對於同一被告人。

乙 須在各案未經判決以前。

附 因合併管轄原為謀便利名勢力起見。若一業已經判決。他業自無合併之必要。但有應注意者三點：(一)不以既定判決為標準。即判決而在上訴期間中。亦無須合併管轄。(二)與檢察官起訴無關。檢察官先起重罪之訴(地方)後起輕罪之訴(初級)或由地方廳合併管轄。即先起輕罪之訴(初級)後起重罪之訴(地方)亦由地方廳合併管轄之初級。應宣明管轄錯誤。(3)與辯論終結無關。雖辯論已經終結而未判決。仍可合併。

丙 須各案之土地管轄。有共同關係。

附 例如京師地方廳不能合併管轄天津初級廳之案件是也。但大理院之土地管轄以全國為範圍。故皆可管轄之。

二、一人犯有數罪。而其土地管轄不同者。一人犯有數罪。若數罪之土地管轄不同。應由先受公訴之審判衙門合併管轄之。(刑訴第十三條第一款)譬如竊盜犯之在甲乙丙地犯有竊盜罪。甲地審判衙門先受公訴。則其在乙地所犯竊盜罪。亦由甲地審判衙門合併管轄之。但適用此項規則時。必須注意左列各條件。

甲 須有數人共犯一罪之關係。若無共犯一罪之關係。即不發生合併之問題。

乙 須在未經判決以前。若一案已經判決。他案即不能與該案合併。

客觀牽連之合併管轄。本非數人共犯一罪不可。若無數人共犯一罪之事實。則必不生合併管轄之問題。但數人雖非同犯一罪。若所犯之罪。為藏匿罪人。湮沒證據。偽證及贓物罪時。其事物管轄。準本犯之從犯定之。譬如甲犯普通竊盜罪（初級審判廳管轄）而乙為之湮沒證據罪之事物管轄。與竊盜從犯相同。故由管轄竊盜罪之審判衙門合併管轄之。

疏 學者辨上述之合併管轄為審理合併審理合併又名外部的牽連對於內部或形式的牽連對於實質

二數人共犯一罪。而其土地管轄不同者。此中又有兩種情形。

甲 共犯皆為正犯時。數人共犯一罪。各共犯皆係正犯。而其管轄審判衙門不同時。應由先

受公訴之審判衙門合併管轄之。（刑訴第十三條第二款及第十五條）譬如甲乙二人在北京共犯竊盜罪。甲往天津。乙赴保定。天津審判衙門先受公訴時。甲乙二人均歸天津審判衙門管轄。又如甲乙二人在天津保定兩處。先後共犯竊盜罪。嗣後回到北京。若天津審判衙門先受公訴。則其在天津保定先。後所犯竊盜罪。均由天津審判衙門合併管轄之。數人共犯一罪。各共犯皆係正犯。而其中有一人或數人又與他人共犯他罪時。對於他罪之共犯。與對於本罪之共犯同。應由先受公訴之審判衙門合併管轄之。（刑訴第十四條第二項）譬如甲

之規定。其情形如左。

一一人犯有數罪。而其事物管轄不同者。一人犯有數罪。若數罪之事物管轄不同。由上級審判衙門合併管轄之。刑訴第九條第一款。譬如竊盜犯人犯有兩種竊盜罪。一罪應歸初級審判廳管轄。一罪應歸地方審判廳管轄。若欲同時審判。則歸地方審判廳合併管轄之。但適用此項規定時。必須注意左列諸條件。

甲 須對於同一被告人。

乙 須在各案未經判決以前。

附 四合併管轄原為謀使刑省勞力起見。若一案已經判決。他案自無合併之必要。但有應注意者三點：(1)不以確定判決為標準。即判決而在上訴期間中。亦無須合併管轄。(2)與檢察官起訴無關。檢察官先起重罪之訴(地方)後起輕罪之訴(初級)或由地方廳合併管轄。即先起輕罪之訴(初級)後起重罪之訴(地方)亦由地方廳合併管轄之。初級應宣告管轄錯誤(3)與辯論終結無關。雖辯論已經終結。而未判決。仍可合併。

丙 須各案之土地管轄。有共同關係。

附 例如京師地方廳不能合併管轄天津初級廳之案件是也。但大理院之土地管轄以全國為範圍。故皆可管轄之。

二一人犯有數罪。而其土地管轄不同者。一人犯有數罪。若數罪之土地管轄不同。應由先受公訴之審判衙門合併管轄之。刑訴第十三條第一款。譬如竊盜犯之在甲乙丙地犯有竊盜罪。甲地審判衙門先受公訴。則其在乙地所犯竊盜罪。亦由甲地審判衙門合併管轄之。但適用此項規則時。必須注意左列各條件。

甲 須有數人共犯一罪之關係。若無共犯一罪之關係，即不發生合併之問題。

乙 須在未經判決以前。若一案已經判決，他案即不能與該案合併。

客觀牽連之合併管轄。本非數人共犯一罪不可。若無數人共犯一罪之事實，則必不生合併管轄之問題。但數人雖非同犯一罪。若所犯之罪，為藏匿罪人、湮沒證據、偽證及贓物罪時，其事物管轄準本犯之從犯定之。譬如甲犯普通竊盜罪（初級審判廳管轄）而乙為之湮沒證據罪之事物管轄，與竊盜從犯相同。故由管轄竊盜罪之審判衙門合併管轄之。

〔疏〕學者稱上述之合併管轄為審理合併審理合併又名外部的牽連對於內部的牽連（對於實質）

二數人共犯一罪，而其土地管轄不同者。此中又有兩種情形。

甲 共犯皆為正犯時。數人共犯一罪，各共犯皆係正犯，而其管轄審判衙門不同時，應由先

受公訴之審判衙門合併管轄之。（刑訴第十三條第二款及第十五條）譬如甲乙二人在

北京共犯竊盜罪。甲往天津，乙赴保定。天津審判衙門先受公訴時，甲乙二人均歸天津審判

衙門管轄。又如甲乙二人在天津保定兩處，先後共犯竊盜罪。嗣後同到北京。若天津審判衙

門先受公訴，則其在天津保定先後所犯竊盜罪，均由天津審判衙門合併管轄之。數人共犯

一罪，各共犯皆係正犯，而其中有一人或數人又與他人共犯他罪時，對於他罪之共犯，與對

於本罪之共犯同。應由先受公訴之審判衙門合併管轄之。（刑訴第十四條第二項）譬如甲

乙二人在北京共犯竊盜罪。甲往天津。乙赴保定。甲在天津又與丙共犯竊盜罪。若保定審判衙門先受公訴。則甲乙在北京所犯竊盜罪。及甲丙在天津所犯竊盜罪。應由保定審判衙門合併管轄之。

附 以上所云蓋專就正犯而言。若其中有從犯時。則仍不能合併管轄。不可不知。例如乙在天津幫助甲犯罪。後又在北京幫助丙犯罪。則天津不能管轄丙正犯。北京亦不能管轄甲正犯。仍由京津兩審判衙門各自管轄之。

乙 共犯中有造意犯或從犯時。數人共犯一罪。其中有造意犯或從犯時。造意犯及從犯。應由管轄正犯之審判衙門合併管轄之。(刑訴第十四條第一項)譬如某甲在北京數唆天津某乙殺人。某乙既歸天津審判衙門管轄。某甲亦由該審判衙門合併管轄之。又如某甲在北京將毒藥寄送於天津某乙。某乙在天津殺人。歸天津審判衙門管轄。某甲亦由該審判衙門合併管轄之。

附 若正犯有數人。而從犯只一名。時則以正犯之管轄為標準。以定從犯之管轄。至正犯之管轄。則仍以前受公訴之審判衙門為標準。例如甲正犯在北京。乙正犯在天津。北京先受公訴。則從犯亦由北京管轄。天津先受公訴。則從犯亦由天津管轄。蓋從犯之本身不能定管轄之標準也。其理由則因審問正犯易而審問從犯難。與其令審判從犯之衙門審問正犯。則莫如使審問正犯之衙門審問從犯。較易收功也。

造意犯及從犯又與他人共犯他罪。若係他罪之正犯。則其所犯之罪。亦由造意犯及從犯案內管轄正犯之審判衙門合併管轄之。譬如乙在天津犯竊盜罪。甲為造意犯或從犯。其後甲到北京。又與丙共犯竊盜罪。甲丙皆為正犯。北京之竊盜案件。由管轄乙(正犯)之天津審判衙門合併管轄之。

竊 意欲犯與從犯又爲他罪之從犯或造意犯時則不發生合併管轄問題仍以他共犯正犯犯罪地爲管轄標準至兩案審問之次序則以受訴之先後爲準例如甲在天津與乙共犯竊盜罪甲爲正犯甲又至北京與丙共犯竊盜罪則管轄乙之天津審判衙門不能合併管轄甲與丙之竊盜罪仍須由管轄丙乙之北京衙門管轄之但天津先受公訴者則天津審問後移送於北京北京先受公訴者亦然

客觀牽連之合併管轄。本非數人共犯一罪不可。但數人雖非同犯一罪。若所犯之罪。爲藏匿罪人。湮沒證據。僞證及贖物罪時。其土地管轄。準本犯之從犯定之。譬如甲在北京犯誣告罪。而乙爲之僞證。甲往天津。乙赴保定。僞證罪之土地管轄。與誣告罪之從犯相同。既與誣告罪之從犯相同。故對於甲有土地管轄之天津審判衙門。亦得將乙所犯之僞證罪合併管轄之。

第三項 管轄錯誤

審判衙門之事物管轄及土地管轄。皆有一定之範圍。踰越範圍。而爲審判。法律上視爲管轄錯誤。不能認爲有效。譬如北京審判衙門審理天津審判衙門管轄之案件。無論訴訟進行至如何程度。概不得視爲有效。一旦管轄之範圍分明。北京審判衙門將全案移送天津。天津審判衙門非重新審理不可。已經調查之證據。必須重爲調查。已經取錄之供詞。必須再行訊問。蓋管轄設有錯誤。則其所爲之訴訟行爲。法律上全然認爲無效故也。此乃刑事訴訟之原則。然亦非無例外。茲述其例外於左。

一。無管轄權之審判衙門。其所爲之訴訟行爲。有中斷時效之效力。據新刑法第七十二條之規定。起訴權之時效。因公判上訴訟行爲而中斷。公判程序無效。則公判中之各項訴訟行爲。似不

能中斷起訴權之時効。但公判程序因管轄錯誤而無效時。學者中主張可以中斷時効者居多。

疏管轄錯誤乃形式上之違法。與實質上之違法有別。形式上之違法不妨從寬解釋。

二、無管轄權之審判衙門。其所繕發之押票。可以維持其效力。審判衙門無管轄權。則必諭知管轄錯誤。但雖諭知管轄錯誤。設被告人有羈押之必要。不但可以維持舊日所發押票之效力。並得新發押票。羈押被告人。以達刑事訴訟之目的焉。刑訴(第三五一條)

據上所述。無管轄權之審判衙門。其所為之審判。原則上不能發生效力。因有此原則。而左列諸項結果發生。

一、審判衙門得以職權調查管轄之有無。若認為非其管轄。應即宣告管轄錯誤。(刑訴第三百四十一條)

二、檢察官及被告人在公判中。隨時可以向審判衙門請求先行宣告管轄錯誤。若其請求正當。審判衙門應即宣告之。(刑訴第三百二十八及九條)

但刑事案件在地方審判廳公判中。發見其為初級審判廳管轄之案件時。應即作為自己之管轄案件。而為第一審之判決。毋庸宣告管轄錯誤。(刑訴第三百四十七條)其在上告審判衙門中。發見土地管轄有錯誤時。亦不能宣告管轄錯誤。撤銷控告審之判決。(刑訴第三百九十一條第四款)此二者皆訴訟法上例外之規定也。

三四七係規定之理由有二(一)受理審判衙門關於管轄問題往往發生錯誤惟管轄之規定以便利爲主旨其錯誤但令與此主旨才違即不妨認爲例外(二)因上級審之審判較爲可靠三九一條第四款規定之理由亦有二(一)土地管轄之錯誤不過形式上之違法與案件本質毫無妨礙若必撤銷原判於當事人不利(二)若上告審爲大理院時則管轄之終點本無分畛域更無撤銷原判之必要但須知三四七條規定一時通融辦法不能認爲當然之理不然則訴訟法上關於事物管轄之規定豈非等於虛設乎

第四項 指定管轄

刑事案件。有時因種種事故。不辨其管轄權之所在。我刑事訴訟法爲補救此項缺點起見。乃設指定管轄之規定。茲述其概略於左。

(一) 指定管轄之原因。指定管轄之原因有三。

第一 因管轄區域境界不明。不辨管轄審判衙門者。譬如甲乙兩地交界之處發生刑事案件。

一時不能確定該管審判衙門。時應由直接上級審判衙門管轄之。

第二 管轄審判衙門經裁判確定爲無管轄權。此外並無他審判衙門應管轄其案件者。譬如

被告人在外國犯罪。來至京師。京師地方檢察廳提起公訴後。該被告又逃往外國。就犯罪人所在地言。京師審判廳本有管轄之權。但該廳誤認爲非其管轄。而爲無管轄權之裁判時。一旦裁判確定。無救濟之方。故此。時得由直接上級審判衙門指定審判衙門管轄之。

〔附〕二處以上審判衙門關於事物或土地管轄消極權限之爭議亦然

第三 無管轄權之二處以上審判衙門。經裁判確定。概認爲有管轄權者。譬如被告人在保定

犯罪。京師地方檢察廳提起公訴後。該被告主張非犯罪地之審判衙門。不能管轄。旋經京師地方審判廳以裁判駁回其主張。嗣後該被告逃至京師。天津地方檢察廳又向天津地方審判廳起訴。該被告在該廳更爲同一之主張。該廳裁判之結果。又將其主張駁回。若京津兩地審判廳之裁判。先後確定。則此案究歸何地審判衙門審判。不能不有取次之法。故此時亦由直接上級審判衙門指定審判衙門管轄之。

(二) 聲請指定管轄之人。聲請指定管轄之人。限於檢察廳之檢察官。被告人縱有聲請。審判衙門可以置諸不理。

聲請指定管轄之人。我刑罰定爲限於檢察官就普通情形觀之。尚無大流弊。但遇有積極或消極權限爭議時。檢察官先本與審判衙門一致主張。若後見權限爭議。令檢察官爲之聲請指定管轄。未免違其初意。而有遲遲不聲請之弊。被告將因此受無窮拖累於法律保護人民利益之旨。未免不合。故宜於檢察官之外。使當事人亦得有聲請之權。較爲得當。

(三) 指定管轄之審判衙門。指定管轄之權。操諸直接上級審判衙門。譬如某刑事案件。保定及天津兩地地方審判廳皆經確定裁判。認爲有管轄權時。應由直隸高等審判廳指定審判衙門管轄之。京師地方審判廳及天津地方審判廳之間。發生此項問題時。則由大理院指定審判衙門管轄之。蓋直隸高等審判廳爲保定天津兩地地方審判廳之直接上級審判衙門。而大理院又爲京津兩地地方審判廳之直接上級審判衙門也。

(四) 聲請指定管轄之程序。聲請指定管轄。應向管轄聲請審判衙門提出聲請書爲之。聲請書內

並須記明其事由。檢察官提出聲請書後，應經配置直接上級審判衙門檢察官。其就繫屬於審判衙門之案件，聲請指定管轄者，應速知照該審判衙門。

(五) 聲請指定管轄之效力。繫屬於審判衙門之案件，既經聲請指定管轄者，該審判衙門應即停止訴訟程序。但應急速處分者，不在此限。蓋審判衙門既有檢察官指定管轄之聲請，若其聲請果有理由，則其所施行之訴訟程序，勢必徒勞而無功。停止訴訟程序，正所維持訴訟程序之效力也。惟審判衙門恐證據湮沒或證人瀕於危殆者，仍可急速調查，以期周至而免疏虞。

(六) 聲請指定管轄之裁判。管轄聲請之審判衙門，應諮詢檢察官之意見，以決定裁判。檢察官之聲請，聲請如有理由，應即指定管轄該案件之審判衙門，其無理由，或聲請不合法者，駁回之。

第五項 移轉管轄

刑事案件之管轄審判衙門，有時因法律上或事實上發生障礙，不能行使審判權，又或有其他原因，不使行使審判權時，應由直接上級審判衙門移轉管轄。將其案件移交無管轄權之審判衙門管轄之。茲述其概要於左。

(一) 移轉管轄之原因。移轉管轄之原因有三。

第一 管轄審判衙門及代理審判衙門因法律或事實不能審判者。譬如初級審判廳祇有推事一人，該推事或則按法必須迴避，或則因病不能行使審判權。此外並無代理審判衙門時，應

由檢察官請求直接上級審判衙門移轉管轄。

此項情形為不能管轄之移轉。按照法院編制法初級審判廳因法律或事實不能審判時地方廳廳長每年規定一代理審判衙門使其順序代理之。在日本則以此項情形認為聲請指定管轄之原因。但指定管轄非常管轄不明或全無管轄不可茲者認為指定管轄其理不通。

不能行使審判權之情形如因死亡轉任而後任未至者及天災地變兵亂等均係惟上述各情形見於初級廳者多見於地方廳者少。因地方廳遇有緊急時缺人可以由下級審判廳派事中選任代理故也。

第二 因被告人身分地方情形或訴訟經歷恐致審判不公者。譬如被告人係地方上最有勢力之紳董。與審判衙門之感情極惡。若不移轉管轄。必致審判不能公平。故此時應由檢察官請求直接上級審判衙門移轉管轄。

以上所述係疑移轉之情形。其他所謂因被告人身分者。如被告人係地方巨室。不移轉則有袒護被告人判決之虞。因地方情形者。為當地輿論對於該案非常激烈。不移轉則不能秉公裁判。因訴訟經歷者。為逆料於管轄地外易於發見證據。可得公平裁判是也。

第三 因犯罪性質被告人身分地方情形或其餘重大事由。恐致審判妨害公安者。譬如被告人係革職軍官。而在軍界中極有勢力。地方所駐紮之軍隊。皆其舊日部下。若不移轉管轄。必致釀成事變。是時得因總檢察長之聲請。由大理院移轉管轄。

此項情形為公安之移轉。關於犯罪性質者。例如犯罪者為銀行若就地審判。當地金融將有停滯之虞。經濟界即不免現恐慌狀態也。地方情形。例如審判決水罪。易起利益相反之村堡之公憤是也。

(二) 聲請移轉管轄之人。凡係檢察官。皆得聲請移轉管轄。但恐妨害公安。而欲移轉管轄時。則由總檢察廳檢察長聲請。其因被告人身分或訴訟經歷。恐致審判不公時。被告人亦得聲請之。(十九條二款)

(三) 移轉管轄之審判衙門。移轉管轄之審判衙門與指定管轄同。但恐妨害公安而移轉者。由大理院決定之。

(四) 聲請移轉管轄之程序。聲請移轉管轄。應向管轄聲請審判衙門提出聲請書爲之。聲請書內並須記明其事由。檢察官提出聲請書後。(二二條)應經配置直接上級審判衙門檢察官。其就繫屬於審判衙門之案件。聲請移轉管轄者。應速知照該審判衙門。(二三條)聲請原因。若係恐審判不公。並須以聲請書之繕本。送達於被告人。被告人得於收受送達後三日內提出意見書。被告人所提出之意見書。附於檢察官聲請書之後。(二四條)被告人提出移轉管轄聲請書。(二五條)應經原審判衙門。審判衙門應速以其聲請書送交配置該審判衙門檢察官。檢察官收受聲請書後。應速送交之於配置上級審判衙門檢察官。並得提出意見書。附於被告人聲請書之後。(二五條)

(五) 聲請移轉管轄之效力。繫屬於審判衙門之案件。已經聲請移轉管轄者。該審判衙門停止訴訟程序。但應急速處分者。不在此限。

(六) 聲請移轉管轄之裁判。管轄聲請之審判衙門。應諮詢檢察官以決定裁判。檢察官被告人或總檢察長之聲請。聲請如有理由。即將該案移轉於與原審判衙門相等之審判衙門。其無理由。或聲請不合法者。駁回之。

移轉管轄。不問訴訟在如何程度。皆得爲之。故訴訟在第二審或第三審繫屬中。亦可移轉管轄。管轄一旦移轉。登時發生效力。受移轉之審判衙門。不待檢察官起訴。可以逕行審判。

第六項 訴訟共助

審判衙門祇能在自己管轄範圍內執行法定之職務。若欲在管轄地外執行職務。非囑託該管審判衙門。仰其輔助不可。受囑託之審判衙門。學者稱之曰。受託審判衙門。其所爲之輔助行爲。則稱之曰。訴訟共助。

關於訴訟共助。我法院編制法規定甚詳。該法第一百五十四條有云。審判衙門辦理訴訟事宜。應互相輔助。此類輔助。除有特別規定者外。由事務所在地之初級審判廳行之。故各級審判衙門。苟欲在管轄範圍外。處理事務。如訊問被告人。訊問證人。臨檢搜索之類。皆可囑託事務所在地之初級審判廳行之。

疏 關於訴訟共助。法院編制法雖有規定。但關於普通審判衙門與特別審判衙門間。及普通審判衙門與外國官廳間。如何輔助之處。則並無詳密規定。未免爲立法上之缺點。刑訴法上特別規定者有二。(一)第九十五條第二項及第四項。(二)第一百三十九條第二項至囑託之事項。據法院編制法規定。關於臨檢搜索等事。固均可囑託。但鑑定事項。似不可囑託。(當由刑訴要論第三四九頁。曾有詳細之論說。)

受託審判衙門。負擔共助之義務。無故而拒絕審判衙門之囑託。本非法律之所許。但所囑之事。不屬於其管轄範圍以內。或所囑之事。顯然違法者。受囑審判衙門。仍得拒絕之。譬如甲地審判衙門囑託乙地審判衙門。訊問某丙。使其轉飭某丙具結。而某丙適不在丙地。審判衙門土地管轄範圍

以內。或某丙年在十歲以下。法律上無具結之資格。受囑審判衙門。皆得拒絕之。

〔圖〕所謂不屬於管轄範圍內之拒絕。指不屬於受託審判衙門之管轄範圍而言。若以其不屬於囑託審判衙門之管轄範圍。則仍不能拒絕。故受託衙門不能以囑託衙門無土地事物管轄權為理由而拒絕之也。例如被告人業已他往不在。受託衙門管轄區域之中。或證物等不在管轄區域之中。事實上不能輔助之。道自不必輔助。因法院法中有明白之規定也。所屬之事。顯然違法者。指抽象的憲法而言。至具體的違法。受託衙門與囑託衙門意見不一致時。仍應以囑託衙門之意見為準。例如證人拒絕證言。一則以為應拒絕。一則以不應拒絕。仍以受託審判衙門之意見為準。合其為相當之證言。〔刑訴一六六、一六七條〕Holtz 清水等主張之如議。義所述之例。縱使受託之乙地審判衙門明知受囑訊問之內。在內地管轄區域以內。亦無輔助之義務。事實上若有代行囑託者。但非法律上之義務。不能認為當然之事。此清水等所主張也。

第三章 當事人

第一節 總論

第一款 當事人之觀念

刑事訴訟。以確定國家對於被告人有無刑罰權及其範圍為目的。確定國家有無刑罰權及其範圍者。為審判衙門。而欲確定之者。則為代表國家之檢察官。故刑事訴訟中。除審判衙門外。有被告人。又有代表國家之檢察官。檢察官及被告人。通常稱之曰。原被兩造。刑事訴訟法學者則稱之曰。刑事訴訟當事人。

〔圖〕訴訟當事人與訴訟關係人之範圍。不同。訴訟關係人中。除當事人外。如辯護人。鑑定人。證人等。凡與訴訟有關係者。皆包括在內。而訴訟當事人。則僅指原被兩造而言也。

檢察官之欲對於被告人。確定刑罰權之有無及其範圍也。非為本身利益計。為國家利益計耳。蓋國家為無形法人。舉止動作。非假自然人之手不可。國家欲向審判衙門請其確定對於被告人有

無刑罰權。及刑罰權之範圍。於是乃設檢察機關。使檢察官代其行其事。放嚴格論之。刑事訴訟之原
告。乃檢察官所代表之國家。我刑事訴訟法第三十九條云。刑事原告之職務。由檢察官執行。就條
文意義詮釋之。亦可知刑事原告為國家。檢察官不過代表國家執行原告之職務而已。

疏 有謂檢察官即為原告者。此說雖未必可謂為不當。然在同一形式之民事訴訟中。當事人訴訟主義。請求之主體及
客體。常不自為訴訟行為。而使訴訟代理人代理之。代理人代本人而為種種訴訟行為。其為訴訟行為之代理人。並非
當事人。為當事人者。仍係受裁判者。對於自己之權利。主體也。刑事訴訟法中亦然。為刑事訴訟之行
為者。不必為訴訟之主體。故謂檢察官為原告。似非正當之論也。而在英國以皇帝之名提起公訴。尤見其然。

國家之為刑事原告。證諸我刑事訴訟法第三十九條。可不辯而自明。但刑事訴訟法學者中。有謂
國家不能認為原告者。其說曰。國家對犯罪嫌疑。人與民事原告對民事被告不同。民事原告與民
事被告。恆居反對之地位。原告之利。即被告之不利。被告之利。原告則不利也。至若國家對於犯罪嫌
疑人。或則主張有罪。或則主張無罪。其利益不必與犯罪嫌疑。人相反。其主張亦未必與犯罪嫌疑
人不同。故謂犯罪嫌疑。人為被告。謂國家為原告。皆不可也。此說創於德人約翰。該國學者中。頗有
贊成之者。但檢察官代表國家之為刑事原告。刑訴第三十九條。及犯罪嫌疑。人之為刑事被告。
(刑訴第五十一條)我刑事訴訟法中。定有明文。解釋我國刑事訴訟法時。不能主張斯說耳。

疏 約翰主張國家不得為刑事原告之說。不但證以我刑訴草案規定。明文不能存在。即就其所舉之與民事原告被告之比
例言之。亦非確論。何則。檢察官信被告有罪。而提起公訴。時對被告。人要求有罪判決者。情形甚多。檢察官
雖有時與被告。人同要求無罪之裁判。然民事訴訟中。原告人。有時亦何嘗不為不利。益
自己之。上。謂而其為原告。自若也。不能謂其主張之利益。相同者。即不認其為原告也。

除上述學說外。更有因刑事訴訟中。代表國家。實行裁判權者。為審判衙門。審判衙門代表國家。而檢察官。又代表國家。同一
國家。一方為訴訟當事人。一方又為訴訟審判人。頗懷疑惑者。不知國家行政。而分各獨立機關。分別為之。同時互有關係。或

互相衝突者。致亦不少。不足為怪。例如民訴或行政訴訟。中國家常以財產權主體之資格而為訴訟之當事人。而同時有裁判權主體之資格者。仍為國家。不亦為國家審判國家乎。文或如機關與機關之間。互相衝突。而有爭議。時則原被告既均為國家。而審判者亦為國家。國家同時而見。三種資格不更可怪乎。此種疑問。未免廢舊。

第二款 當事人能力

當事人能力者。刑事原告或犯事被告所必需之能力也。但刑事原告。恒為國家。故為原告之能力。事實上無須說明。茲欲說明者。為刑事被告所必需之能力而已。

當事人能力與責任能力不同。責任能力者。吾人能否受刑之能力。當事人能力者。吾人能否為刑事當事人之能力也。責任能力。乃刑法上之規定。而當事人能力。則為刑事訴訟法上之規定。二者之性質不同。故有當事人能力者。不必有責任能力。譬如檢察官對於未滿十二歲人。提起公訴。未滿十二歲人。雖無責任能力。苟經檢察官提起公訴。即不能不認為刑事訴訟之當事人。

關於當事人之能力。法律上未加制限。與人之年齡無關。與人之精神狀態亦無關。苟係自然人。即有刑事訴訟當事人之能力。

法人有刑事訴訟當事人之能力否。學者間之主張各殊。有謂法人可以為刑事訴訟之當事人者。亦有謂法人不能為刑事訴訟之當事人者。我刑事訴訟法第五十四條云。法人犯罪。以代表人為被告代理人。故據我國刑事訴訟法之規定。似以採用前說為宜。蓋法人代表人。不過被告人之代理。實際上之被告。仍為法人。必有被告之法人在先。乃有代理被告之法人代表人在後。謂法人有

刑事訴訟當事人之能力。甚合於中國刑事訴訟法之規定也。

第二款 訴訟能力

訴訟能力者。訴訟上之行為能力。易詞言之。可使訴訟行為有效之能力也。

訴訟能力與當事人能力不同。與責任能力亦異。有當事人能力者。不必有訴訟能力。有責任能力者。亦不必有訴訟能力。譬如未成年。人精神病人。雖有當事人能力。而無訴訟能力。又如已滿十二歲人。當其犯罪之時。精神上毫無疾病。及至訴訟之時。精神上忽然發生障礙。謂其有責任能力。則可。謂其有訴訟能力。則不可。

刑事訴訟法上之訴訟能力。與民法上之行為能力及民事訴訟法上之行為能力。其範圍不必相同。蓋行為能同。在民法及民事訴訟法中。皆有規定。而在刑事訴訟法中。則無規定。刑事訴訟法中。既無規定。則其是否有訴訟能力。不可不取決之於事實。事實上既無決定意思及表示意思之能力。即無訴訟能力。蓋訴訟行為。乃法律行為之一種。不有決定意思及表示意思之能力。即不得有法律行為之能力。不有法律行為之能力。自不得有訴訟行為之能力也。

法人有訴訟能力否。學者間之意見不一。採法人擬制說者。謂法人無訴訟能力。採法人實在說者。謂法人有訴訟能力。不過藉其機關而為訴訟之行為而已。多數之學者。贊成法人實在說。故謂法人有訴訟能力者居多。

第二節 原告

我國刑事訴訟法採用彈劾式主義。同時採用國家訴追主義。故刑事原告之職務。恒由代表國家之檢察官行之。但刑事原告之職務至繁。如逮捕犯人。調查證據。訊問證人。提起公訴。實行公訴諸事項。皆在其職務範圍以內。不有輔助機關。必不能收完美之效果。即就逮捕犯人之一例而言。亦非檢察官所能將事。故近世文明各國。恆設輔助機關。使其輔助檢察官。執行原告之職務。如司法警察官吏。即其最著者也。茲分述之。

疏按之立法他國尙有留私人訴追之殘影者如英美法之公衆訴追主義德奧法之被害人訴追主義（德法微輕犯罪私人可以訴追與法檢察官不訴追時被害人可自訴追）是也至中國刑訴草案則採絕對之國家訴追主義毫無例外就親告罪親告後檢察官不爲之起訴者仍不得訴追之一點觀之原告之職務固完全由檢察官代行之也

第一款 檢察官

第一 檢察官之地位

檢察官爲代表國家執行原告職務之官員。其地位之尊嚴。與審判官毫無所異。且檢察官爲終身官。既經大總統任命之後。無論何人。不得有勅令借補停職免職及減俸情事。（法院編制法第一百二十五條）其所受之保障。與審判官殆無不同。惟檢察事務與審判事務異。如提起公訴。實行公訴。執行判決之類。無一不有司法行政之性質。既有司法行政之性質。則其執行事務時。恆受長官之監督。服從長官之命令。非若審判官之地位超然獨立。除遵守法律外。其他毫無顧忌也。

據上所述。檢察官執行職務。恆受長官之監督。服從長官之命令。而法院編制法第八十三條云。各審判衙門分別配置檢察廳。(一)初級檢察廳。(二)地方檢察廳。(三)高等檢察廳。(四)總檢察廳。第八十六條云。檢察廳分別置檢察官。(一)初級檢察廳置檢察官一員或二員以上。(二)地方檢察廳置檢察官一員。檢察官二員以上。(三)高等檢察廳置檢察官一員。檢察官二員以上。(四)總檢察廳置廳長一員。檢察官二員以上。第九十八條第一項云。檢察官均應從長官之命令。第二項云。大理院審判特別權限之訴訟案件時。與該案有關係之各級檢察官。應從總檢察廳廳長之命令。辦理一切事務。又第一百條云。地方及高等檢察長。總檢察廳廳長。有親自處理各該管區域內檢察官事務之權。並有將各該管區域內檢察官之事務。移於別廳檢察官之權。可知我國檢察衙門之階級。雖有四種。檢察官雖有多數。而其性質則彼此連結。成爲國家之一大檢察機關。總檢察廳檢察長爲首。高等檢察廳廳長地方檢察廳廳長次之。其定各級檢察官。則附屬於各級檢察廳之內。各依長官之命令。執行原告之職務。上下相應。聲氣相通。非若審判衙門之各自獨立也。此種關係。學者稱之曰檢察官一體之原則。Die Einheitlichkeit der Staatsanwaltschaft 又曰。檢察衙門不可分之原則。Die Unteilbarkeit des Staatsanwaltschaft

疏於此有一疑問。即初級廳判決之案。初級檢察官不服。不訴時。地方檢察長以命令駁回。此時檢察官若不服。從則違背檢察衙門一體之原則。若服從命令。則不替判奪原告之上訴權。於法理又不相合。究應如何處置。乎。不知所謂檢察官一體之原則。乃內部行政之關係。於外部。不生影響。此時地方檢察長之駁回。乃內部之命令。並非對於外部之上訴權。而有所剝奪。初級檢察官。固應服從命令。原告之上訴權。亦並未剝奪。分毫也。

第二檢察官之職務

檢察官雖爲代表國家執行原告職務之官員。但檢察官之職務。不以刑事原告之職務爲限。據法院編制法第九十條之規定。檢察官之職務如左。

一、刑事。遵照刑事訴訟法及其他法令所定。實行偵查處分。提起公訴。並執行審判衙門刑事判決。

據我刑事訴訟法之規定。檢察官關於刑事訴訟之職務。其類甚多。茲舉其要者言之。

(一)偵查處分。檢察官因告訴發自首及其他事由。而逆料有犯罪人者。應速開始偵察證據及犯人之處分。(刑訴第二百四十條)

(二)豫審處分。檢察官以斷定被告案件之應否付公判爲限。得爲一切發見證據及犯人所需之處分。(刑訴第二百八十條)

(三)提起公訴。檢察官終結偵查或預審處分者。因職權或命令。應用書狀提起公訴。而請求公判。(刑訴第三百〇九條)

(四)實行公訴。檢察官提起公訴後。並須實行公訴。例如審判衙門公判時。檢察官必須蒞庭。(刑訴第三百十二條) 審判衙門訊問被告人後。檢察官須陳述起訴要旨。(刑訴第三百三十條)

審判衙門調查證據。後。軍法官須陳述意見而爲論。告刑訴(第三百四十四條)

(五) 執行判決。裁判於確定時發生執行力。配置諭知該裁判之審判衙門檢察官。立即指揮執行之。(刑訴第四百七十七及第四百七十八條)

五者之外。尚有種種職務。其類至多。不遑枚舉。

二 民事及其他事件。遵照民事訴訟法及其他法令所定。爲訴訟當事人或公益代表人。實行特定事由。

據我民事訴訟法之規定。檢察官關於民事訴訟之職務。其類有二。

- 一 蒞庭陳述意見。民事案件。係(1)他人聲請禁止治產或準禁止治產。(民訴第七二九及七六六條)(2)聲請撤銷禁止治產或準禁止治產之宣告。(民訴第七四七及七六六條)(3)關於婚姻。(民訴第七七五條)或(4)關於親子事件。(民訴第七九三條)之時。檢察官須蒞庭陳述意見。
- (二) 爲當事人自行訴訟。對於駁斥聲請禁止治產或準禁止治產之決定。檢察官得爲即時抗告。(民訴第七三五及七六六條)對於撤銷禁止治產宣告或準禁止治產宣告之決定。檢察官亦得爲即時抗告。(民訴第七六一二及七六六條)其他民事案件。檢察官得自爲訴訟當事人者。數亦不少。

第三 檢察官之資格

檢察官之資格。與審判衙門之推事同。除法定之絕對資格外。不可不有相對資格。故檢察官遇有

左列諸項情形不得執行職務。

(一)迴避。即檢察高依法律之規定當然不能執行職務者。

(二)拒却。即被告人爲自己之利益起見使其不能執行職務者。

(三)引避。即檢察官自行聲明脫離關係而不執行職務者。

迴避拒却引避之原因程序及其效力。刑事訴訟法中規定甚詳。(刑訴第四十四條至第四十九條)而其情形與審判衙門之推事大致無殊。(參觀刑事訴訟法第四十四條及本講義第二章第二節第一)

第二款 司法警察官吏

司法警察官吏輔助檢察官執行刑事原告之職務。據我刑事訴訟法之規定其種類如左。

第一 司法警察官。在京師警察總監。在外督軍省長警察廳長及憲兵司令官於所管區域內。皆爲司法警察官。京外警官巡官及巡長憲兵將校下士亦爲司法警察官。但警察總監督軍省長警察廳長及憲兵司令官在所管區域內其行偵查犯罪及豫審處分之權與地方檢察官同。而警官巡官巡長憲兵將校下士等祇能輔佐檢察官受其指揮搜索犯罪及犯人。

第二 司法警察吏。巡警及憲兵卒等皆爲司法警察吏。應佐理檢察官及司法警察官受其命令。搜索犯罪及犯人。

司法警察官吏雖不外右列二種但關於森林鐵路稅關及稅務等犯罪而應特設司法警察官吏者其權限可與一般之司法警察官吏相同。

司法警察官吏。本爲輔助檢察官執行刑事原告之職務而設。但司法警察官吏大都兼有他項職務。與執行刑事原告職務之檢察官其性質不盡相同。故司法警察官之服從各該長官之懲戒權。而不從檢察官之懲戒權。除輔助檢察官執行刑事原告職務外。其他事務不必輔助檢察官。如需輔助。祇能囑託。不能命令。警察總監督軍省長警察廳長及憲兵司令官。其行使偵查犯罪及預審處分之權。與地方檢察官同。尤無服從檢察官命令之義務。

囑託之效力弱於命令因此遂生下列結果(一)違背囑託不受懲戒而違背命令則須受懲戒(二)囑託與命令衝突時(如檢察官囑託爲某事警察官命令不爲某事)則從命令因是種結果實際上檢察官需用警察官吏及憲兵等確能收輔助之效實屬立法上之遺憾

第三節 被告

刑事訴訟之當事人原告而外。有被告人。原告有輔助機關。被告亦有擁護其利益之辯護人及法律上代理人。故本節先述被告人。次及辯護人及法律上代理人。

第一款 被告人

被告人亦爲刑事訴訟之當事人。在訴訟上有種種權利。如防禦原告攻擊之權。即其最著者也。被告人因欲達防禦之目的起見。乃辯護人擁護其防禦之權利。凡未經法律禁止之方法。被告人

及辯護人皆得用之。此外如聲請調查證據權、聲明上訴權。皆在被告人及其辯護人之手。被告人及其辯護人可任意行使之。

在同一訴訟中。同時有被告數人。法律上稱之曰。共同被告人。雖非共犯關係。亦得爲共同被告人。例如某甲售賣鴉片煙。某乙吸食鴉片煙。因某乙吸煙之罪發覺。並發覺某甲售煙之罪。甲乙兩被告人。縱無共犯關係。檢察官可以同時起訴。審判衙門亦可同時審理。

我刑事訴訟法所謂被告人。兼指偵查或預審中之犯罪嫌疑人而言。不以起訴後之被告人爲限。故未經檢察官起訴之犯罪嫌疑人。有時亦稱爲被告人。

第二款 辯護人

第一項 辯護制之理由

刑事訴訟。被告人在訴訟上。受有兩種損害。第一、自訴訟開始並訴訟終結。其間所受之損害。第二、因有不當判決。而受刑罰之損害。我刑事訴訟法有鑒於此。乃採用各種刑事訴訟之原則。以救濟之。

一、採用彈劾式主義。採用彈劾式主義。則原被兩造立於同等他位。被告人所受損害。自可減少。

此主義即使原被兩造以權利爭鬭之式行之。被告人亦爲當事人也。

二、採用實質上之真實發見主義。採用實質上之真實發見主義。則審判衙門不致偏聽原告一

面之詞。被告人所受損害。自可減少。

國 審判衙門有發見真實之義務。審判衙門為被告人利益計。不但檢察官之主張。可以否認。即被告自己之主張。亦可否認。如子之對父。而認強暴罪。審判衙門亦須調查真相。而後方能承認之。不能即以其自白為根據。而下判決也。

三、採用國家訴追主義。採用國家訴追主義。則刑罰不及無辜。被告人所受損害。自可減少。

國 國家訴追。則不致使受害人濫訴。輕微案件。檢察官並得以職權免訴之。

上述三種原則。我刑事訴訟法。雖一一採用。然審判衙門與警察官之關係。比之被告人為近。檢察官之信用。亦較被告人為深。且檢察官。皆係精通法律之人。其智識優長。其手腕靈敏。終非被告人所能匹敵。故我刑事訴訟法。特設辯護制度。使辯護人擁護被告人之利益。以期減少被告人所受之損害焉。

國 檢察官一經起訴。因前提之認定。往往陷被害人於不利。而被害人中。多有不知訴訟為何物。不知主張權利。一旦聽候檢察官起訴。則徬徨莫知所措。欲求完全達其防禦之目的。事實上。究屬難能。故法律特設辯護人之制。而使精通法律之辯護人為之主張。

辯護人為之主張。張為之擁護焉。

第二項 辯護制之沿革

辯護制度。創自泰西羅馬時代。有 Patronus 及 advocatus 專為刑事被告人辯護。降及後世。如普魯士法。如德國法。皆有辯護制度。使辯護人擁護被告人之利益。

國 羅馬法為任意辯護制。用辯護人與否。聽諸被告人之自由意思。官廳不加干涉。德國法則為強制辯護制。被告人犯重大之罪。而不置辯護人時。審判衙門須為指定辯護人。普國法則準備程序。許用辯護人預審中。亦許被告人與辯護人交涉。

人交涉

我國刑事訴訟。昔時採用糾問式主義。嚴禁案外人干預案內之事。今由糾問式主義一變而為彈劾式主義。擁護被告人利益之辯護人。恆得出入公庭。為被告人辯護。且被告人所犯之罪。法定刑罰。若在二等有期徒刑以上。雖未經被告人請求。或未得被告人同意。審判衙門亦可指定辯護人。使其代為辯護。

〔附〕本草案規定則為採用法國法結果在泰西採用糾問式訴訟時死刑重刑之罪仍許用辯護人。不問其反於被告人之意思否也。但其期限則須於事實審理終結後其方法則不過提出書狀而已。

第三項 辯護之意義

辯護者、辯護人對於起訴人之攻擊。為擁護被告人利益計。所實施之防禦行為也。茲分析說明如左。

- 一、辯護者防禦行為也。若非防禦行為。則不得稱為辯護。譬如檢察官所起訴者。為傷害致死。辯護人所主張者。亦為傷害致死。既非防禦行為。故不可稱為辯護。
- 二、辯護者辯護人之防禦行為也。被告人自己答辯之行為。不得視為辯護。
- 三、辯護者擁護被告人利益之行為也。辯護人雖注意起訴人之攻擊。而其所主張者。毫無利於被告人。皆不可稱為辯護。

〔附〕辯護人之主張。無利於被告人者。如檢察官主張傷人致死。而辯護人則主張殺人未遂。罪名雖異。而結果相同。又何利於被告人乎。

四、辯護者對於起訴人之攻擊。而實施之行為也。起訴人之攻擊。無論有無理由。辯護人皆可為反

對之主張。但必須爲起訴人之攻擊而發。若其主張。毫與起訴人之攻擊無關。仍不可視爲辯護。
〔附〕日本學者如學島一派主張謂辯護人無防禦正當攻擊之義務。故辯護人之防禦。乃限於起訴之攻擊。不當始存在者。而大場茂馬一派學者。則謂正當攻擊。雖無防禦義務。然不能因此而謂攻擊正當。不能防禦也。講義之主張。與大場說同。乃取後說者也。

第四項 辯護之種類

辯護之種類。得分爲三。

一 指定辯護與委任辯護。辯護關係之發生。有時由於審判長之主動。有時由於被告人之意思。由於審判長之主動者。稱指定辯護（亦稱官選辯護）所指定之辯護人。稱指定辯護人。由於被告人之意思者。稱委任辯護（亦稱私選辯護）所委任之辯護人。則稱委任辯護人。委任辯護。法律上未加限制。指定辯護。限於以下六種情形。

第一 被告人未滿二十歲。

第二 被告人係婦女。

第三 被告人係聾啞。

第四 被告人疑係精神障礙。

第五 審判衙門認爲被告案件應置辯護人。

第六 被告案件應科二等有期徒刑以上之刑。

遇有上開第一至第五各款情形。審判衙門因職權或檢察官之請求。以決定代被告人指定辯護人。遇有第六款情形。無辯護人不得公判。審判衙門並可因職權或檢察官之請求。代被告人指定辯護人。

辯護人由被告委任者居多。被告人不自委任。或委任後並未到庭。審判長乃代被告人指定。故委任辯護人。其地位優於指定辯護人。審判長指定辯護人後。被告人又自行委任。或其所委任之辯護人復行出庭。則審判長須取消指定。由委任辯護人獨擔辯護之事務。

附 委任辯護人雖優於指定辯護人。但其委任後若審判長不取消指定。辯護人指定辯護人之辯護仍有效。指定辯護人後被告人又自行委任辯護人。或其委任辯護人復行出庭時。指定辯護人是否應即取消。學者間頗有爭論。日本學者則主張委任與指定辯護人同為擁護被告人之利益。著其性質並非絕對不能相容。故可並存。不必取消。此說似不無理。由然(一)指定辯護人者。因被告人未委任有辯護之人也。既經委任有人。則指定者自無存在之必要。且自沿革上言之。委任者之地位實優於指定者。為優相形。見細理所固然。(二)辯護者有一人。使均出自委任。則意見一致。固無不可。若辯護者二人。一為委任。一為指定。則主張之意見。即不免紛歧。而無取決之方。故不如取消指定。專用委任者。較可收擁護之實效也。

二 強制辯護與任意辯護。辯護人之辯護。有時為訴訟必要之條件。有時非訴訟必要之條件。前者曰強制辯護。後者曰任意辯護。據我刑事訴訟法之規定。被告人所犯之罪。應科二等有期徒刑以上之刑。非有辯護人代為辯護。不可。故為強制辯護。其犯三等有期徒刑之罪者。辯護人可有可無。故為任意辯護。

附 所謂必要條件者。即非有辯護人訴訟不能進行。即運行亦屬違法。其審判為無效之謂也。

強制辯護與任意辯護。非指定辯護與委任辯護可比。在強制辯護情形中之辯護人。有時由被告。告人委任。在任意辯護情形中之辯護人。有時由審判長指定。

三多數辯護與共通辯護。一被告人而有辯護人二人。稱多數辯護。數被告人僅有一辯護人稱共通辯護。所謂多數辯護。亦祇能有辯護人二人。至共通辯護。不限被告人之多寡。極端言之。以一人而代數十人辯護。無不可也。

第五項 辯護人之地位

辯護人由被告人委任者居多。若由被告人委任。則被告人爲委任人。辯護人爲受任人。凡關係於辯護事務。辯護人皆得爲之。但辯護人不僅爲被告人之委任人。有時亦爲被告人之代理人。譬如被告人受有罪之判決。辯護人爲其利益起見。得代被告人聲明上訴是也。

第六項 辯護人辯護之內容

辯護人以對於起訴人之攻擊。實施防禦行爲爲職務。凡起訴人不當之攻擊。辯護人可一一指出之。故辯護人所爲之防禦行爲。冀在發見真實。與審判衙門之審判行爲。殆無不同。惟辯護人之發見真實。其範圍不若審判衙門之廣泛。無益於被告人之事實。辯護人仍可秘而不宣。苟審判衙門令其作證。該辯護人爲保持秘密起見。亦得拒絕證言。故辯護人辯護之內容。未必與事實之真相相符。

辯護人究有發見事實真相之義務否。學者間非無爭論。德國學者中如虎哥如康因皆謂辯護人之辯護。與檢察官之起訴審判衙門之審判。其用意相同。三種行為。雖不屬於同一主體。而其含有發見真實之性質。斯三者殆無不同。此類主張。日本學者中亦有贊成之者。但自辯護之意義及辯護人之地位上考察之。實不敢貿然贊同其說。蓋辯護重在指摘起訴人攻擊之不當。辯護人之地位。乃被告人所賦與。與審判衙門之地位。迥不相同。事實真相。苟無利於被告人。而檢察官及審判衙門又均茫然莫解。為辯護人者。無發表之義務也。

辯護人雖無發見事實真相之義務。但濫用辯護權。故意違反法律。亦非法律之所許。譬如辯護人教唆被告之逃亡。或教唆其為虛偽之供述。又或教唆其不為供述。皆不可也。

第七項 辯護時期

我刑事訴訟法仿效法日諸國立法例。辯護時期。限於檢察官起訴以後。若案件尚未起訴。辯護人則不能干預。如檢察官偵查。或檢察官預審時。不許犯罪嫌疑人委任辯護人。夫自辯護制度之性質上考察之。辯護時期。似不可限於起訴以後。蓋辯護人之辯護。原以辯護被告人之利益為目的。欲使其完全達此目的。則不能不令其參加檢察官偵查及預審中之訴訟行為。據德國刑事訴訟法之規定。辯護人之辯護。不以起訴為條件。日本刑事訴訟法亦擬採用德國之規定。我國刑事訴訟法將來或仿而行之。

〔疏〕起訴以後始有所謂原告被告始有所謂攻擊防禦辯護人之職務在防禦攻擊則起訴以前當偵查預審時既無所謂攻擊防禦文焉有用辯護人之必要自理論上言之法日法例不得謂全無理由但自事實上言之起訴以前若辯護人不能參加於被告人預審時供述之情形既不能深悉此後之辯護即不免有扞格不入之虞此其一偵查預審時檢察官之種種行為皆有利於被告人者於被告人嫌疑人之利益則毫無未顧及此時若令辯護人參加則關於被告嫌疑人之利益皆可代之盡力主張不至因被告人之無法律知識而任人之剝奪其利益也此其二本此二種情形辯護之始期實有提前之必要

第八項 辯護人之指定及委任

第一 指定人委任人及其能力。辯護人係指定辯護人。由審判長指定之。係委任辯護人。由被告人委任之。

〔疏〕被告人之法定代理人或其夫亦得獨立委任之。

審判長指定辯護人當然不生有無能力之問題。至被告人委任辯護人。則不可不先有表示意思之能力。但委任人之意思能力。與民法上締結委任契約之行為能力不同。在民法上雖係行為無能力人（如未成年入）亦得自行委任辯護人。

〔疏〕在刑訴上無行為能力人委任辯護人無須得法定代理人之同意與民法上之規定不同民法上無法定代理人之同意時法定代理人得取消委任或免除委任契約中委任人之義務而刑訴中則不然祇須為當事人本人所委任者即不得以未得法定代理人之同意或以其係禁治產人為理由而取消委任並免除委任所應支出之公費也。

第二 指定及委任之方法。指定及委任之方法。法律上並無一定之方式。但指定辯護人。通常皆由審判衙門用通知書指定之。至委任辯護人。則由委任人提出委任狀於審判衙門。委任狀中由委任人及受任人署名。

通知之方法如何法律上未加限制故被告人之口頭通知按法不得視為無效

又委任亦得默認追認如辯護人與被告人同時出庭在被告面前而為辯護被告苟不反對即為默認審判衙門亦推定其為業經委任因審判衙門傳喚到庭鑑定而為辯護者亦同(德日大理院判例承認默示委任及追認)以上所論專就律師為辯護人時而言至其餘之人欲為辯護人無論何時應經許可一旦許可自辯護之日始追認為有效

第三 指定及委任之有效期間 指定及委任之有效期間茲分二段說明之

(1) 指定辯護 指定辯護在一級審判衙門中有效被告人判決有罪辯護人雖可聲明上訴但

上訴後非經上級審判衙門重行指定不得執行職務

德學者持反對說謂指定辯護各級審均有效

(2) 委任辯護 委任辯護之有效期間視委任人之意思決之但委任人欲委任其在各級審判

衙門辯護每經一級審判衙門必須重行委任一次且委任人得隨時取消委任自行答辯或

另委他辯護人辯護

委任辯護人辯護之範圍如何任由被告人自由定之故預先約定委任其為某種訴訟行為法律亦承認其有效且委任關係不得默示取消此因委任人往往於公判日期發生障礙取消委任非所許也

第九項 辯護人之資格

指定辯護人之資格 指定辯護人由審判長指定律師學習檢察官學習推事充之但律師執行

職務之範圍以一地方審判廳管轄區域為限故審判長之指定律師不得在管轄區域範圍外行

之

學習推檢得被指定為辯護人一點自學理上事實上研究之實有種種流弊分述如下(一)學習推檢之學識未必能與審判官侔抗其所辯護之言語所主張之理論能否入審檢官之耳尚不可知遑論辯護此就學識言也(二)學習推檢之地位檢居現任審檢官之下辯護時種種顧忌在所難免則被告人之權利即鮮能為充分之主張辯護之效果又何自而期乎此就其地位上言也(三)指定律師者有其相當之公費學習推檢之被指定者實際上已無公費之可言既無權利而責其負責盡心辯護之義務容可得乎此就事實上權衡言之也綜此三端則學習推檢為辯護人之制實屬有弊無利推立法之意不過欲使學習推檢藉此為練習之機會而已然練習之機會甚多又何必以保障人民權利之重大事件假之哉故德國學者中多有反對之者(德日刑訴法與本官規定同)近世學者多有主張另設辯護機關使其與檢察機關對立專任辯護之責者瑞士二三小洲已行之者已但辯護人以基於委任人之信任為必要不待信任似乎不可且審判衙門及檢察官皆係主張公益者再設辯護機關近

二、委任辯護人之資格 委任辯護人原則上應選任律師充之其非律師而欲委任為辯護人者須經審判衙門之許可。

須經審判衙門之許可。

審判衙門許可明示顯示均可但允許與否乃其自由即拒絕之亦無不可且決定中亦不必表示理由由委任人更不得提起抗告至女子與官吏得為辯護人否法無禁止之明文解釋上似以審判衙門許可與否為準

被告人委任律師為辯護人與審判衙門指決律師之情形相同不得在審判衙門管轄區域外行之其非律師而欲委任為辯護人者法律上毫無限制受任人有無法律智識是否本國人係男子抑係女子皆非所問審判衙門許可後不得無故取消但辯護人之資格與證人之資格不相容審判衙門尚欲令律師作證該律師不得委為辯護人

審判衙門許可為辯護人後不得無故取消矣但亦不得於許可時於其職務上加以限制蓋若限制其職務是直辯護之限制而非允要之限制矣

證人有發表事實真相之義務而辯護人則無發表事實真相之義務故其資格不相容也且審判上重在證人證人不得代替辯護人可以代替證人有限辯護人則無限故一經令其作證即不得再委之為辯護人也

第十項 辯護人之權利義務

刑事訴訟法

辯護人有辯護之權利。同時負有辯護之義務。因欲實行此權利。履行此義務。又有種種其他之權利義務發生。茲述於左。

一、權利。辯護人之權利。有原來權利與傳來權利兩種。

第一 原來權利。辯護人爲擁護被告人利益之機關。在法律上享有種種權利。如(1)查驗證據物、閱視書狀、鈔錄書狀之權。(2)接見被禁監之被告人。並與其互通書信之權。(3)公判日期受審判衙門傳喚。而爲事實上及法律上辯護之權。乃其原來權利中之最顯著者。惟接見被監禁之被告人。或與其互通書信時。不得逾管束任監人規則範圍之外。審判衙門按其情形。並得禁止接見、通信、閱視書信。或加以其他種種之限制。

第二 傳來權利。法律上。有時以某種訴訟行爲。認爲被告人固有之權利。若認爲被告人固有之權利。辯護人不與其(或其法定代理人。或其夫)意思相反。皆得代被告人爲之。如(1)聲請移轉管轄。(2)拒却推事。(3)拒却檢察官。(4)請求審判衙門諭知管轄錯誤。免訴或駁回公訴。(5)請求傳喚證人。(6)聲明上訴。乃其傳來權利中之最顯著者。

辯護人爲被告利益計。得與被告人意思相反。而爲訴訟行爲。否。若得爲之。其範圍又如何。學者間之所主張。頗不一致。然辯護人既有原來及傳來之兩種權利。原來權利中之訴訟行爲。辯護人似可獨立行使之。不爲被告人意思所左右。至傳來權利中之訴訟行爲。則不能與被告人之意思相

反。

疏 學者中有區分強制辯護與任意辯護而說明之者謂強制辯護辯護人得反乎被告人意思而為辯護任意辯護則否然此不過辯護人就任時之問題與辯護人之自由行動無關(即無權義無關)又有區分指定辯護與委任辯護而說明者謂指定辯護辯護人得與被告人意思相反而為辯護委任辯護則須遵被告人之意思為之然此乃辯護關係發生時之形式問題與辯護人之權義亦無關也

二、義務。辯護人在公判日期。有受審判衙門傳喚而為辯護之權。自反面觀之。同時負有按時到庭(審判衙門之法庭)而為辯護之義務。辯護人之負有此項義務。我刑事訴訟法雖無規定。按之。法理。固如是也。

辯護人既受審判衙門傳喚。應即按時到庭。辯護人到庭後。被告人可否拒絕其辯護。學者中非無爭論。惟辯護有強制辯護及任意辯護兩種。在強制辯護之情形中。被告人不能拒絕其辯護。至任意辯護。被告人可自由拒絕之。

第三款 法律上代理人

法律上代理人在刑事訴訟中。計分兩種。一、法定代理人。二、訴訟代理人。

一、法定代理人。刑事訴訟與民事訴訟不同。關於被告人之訴訟能力。刑事訴訟法中。毫無規定。在民事訴訟中。非法定代理人不能為訴訟行為。或被告人為訴訟行為。須經法定代理人同意。者在刑事訴訟中。不妨自行出庭。而為訴訟行為。故法定代理人本可不參與刑事訴訟。其參與刑事訴訟。非以被告人之代理人資格為之。蓋因擁護被告人利益。以輔佐人之資格而為之也。

法定代理人雖出庭而被告本人仍非出庭不可且不因法定代理人有某項訴訟行為而被告人即無實施某項訴訟行為之必要也

法定代理人之爲刑事訴訟行為。既非以被告人之代理人資格爲之。故法定代理人之意思表示。不能認爲被告人之意思表示。法定代理人亦不能代理被告人出庭。但法定代理人爲擁護被告人之利益起見。凡被告人所得爲之訴訟行為。法定代理人可隨時爲之。且其爲訴訟行為。不受被告人意思之拘束。並得獨立委任辯護人。使其爲被告辯護。

何謂法定代理人。民法中規定甚詳。如未成年人之父母。禁治產者之監護人。皆係法定代理人。夫之於妻。在民法上原非法定代理人。但在刑事訴訟法上。妻爲被告人。其夫得以輔佐人之資格。而爲被告人所可爲之一切訴訟行為。亦得獨立委任辯護人。代被告人辯護。

〔註〕 禁治產者之保佐人對於禁治產者不過就其特種行為須得同意而已故不得爲法定代理人。

二、訴訟代理人。訴訟代理人。代被告人而爲訴訟行為者也。訴訟代理人所爲之訴訟行為。與被告人自己所爲之訴訟行為。在法律上生同一效果。代理人自白犯罪或自首犯罪。其效力與被告人自白犯罪或自首犯罪同。但刑事訴訟以發見事實真相爲主旨。原則上不認訴訟代理人所承認者。不過左列兩種情形而已。

〔註〕 法定代理人所爲之舉不外下列數端：(1)請求保釋(2)選任辯護人(3)聲請移轉管轄及推事之拒却(4)接見及互通書信(5)公判日期出庭爲辯護(6)以費用求判決抄本(7)上訴

(一)拘役罰金之案件。得置訴訟代理人。但遇有必要情形。仍得命被告人本人到場。且選科罰

金之案件。不得置代理人。

易科罰金之案件亦不得置代理人故本款情形不外三種(1)單科罰金之案(2)拘役罰金之案(3)單處拘役之案因以上解釋遂有誤會謂僅限於初級廳方可置代理人者不知如重大賭博罪單處三百元以上罰金者仍歸地方廳管轄也

(二) 法人犯罪。以代表人爲訴訟代理人。 法人犯罪。使其代表人立於被告人地位。實施一切訴訟行爲。

第二編 訴訟行爲

前編 總論

第一章 訴訟行爲之意義及其性質

刑事訴訟。乃審判衙門原告及被告互相聯結之行爲。故審判衙門及原被告在訴訟上所爲之行爲。皆可名之曰。訴訟行爲。審判衙門及原被告外。亦有參與刑事訴訟者。如辯護人法定代理人證人及鑑定人是也。辯護人法定代理人證人及鑑定人在刑事訴訟中所爲之行爲。亦稱之曰訴訟行爲。

訴訟行爲亦有法律行爲之性質。但與私法上之法律行爲其範圍不盡相同。在私法上非能發生私法上效力之意思表示。不稱爲法律行爲。至訴訟行爲之爲法律行爲。其意義不若是之狹。凡能發生訴訟法上之效力者。在私法上有時雖不認爲法律行爲。在刑事訴訟法上亦得以訴訟行爲

名之。故訴訟行爲之性質。與私法上之法律行爲之性質。稍有差異。

第二章 訴訟行爲之要件

訴訟行爲既有法律行爲之性質。故必先具有左列各要件。

第一 要有行爲能力存在。無行爲能力人之行爲無效。無行爲能力人所爲之訴訟行爲。在刑事訴訟上。亦不能認爲有效。如審判衙門推事患精神病時所宣告之判決。代表國家而爲原告之檢察官患精神病時所提起之公訴。被告人患精神病時所爲之答辯是也。

關於行爲能力。刑事訴訟法上毫無規定。推事檢察官被告人等有無行爲能力。應從事實上決定之。若事實上有決定意思及表示意思之能力。在刑事訴訟法。即應認爲有行爲能力。至其在私法上或民事訴訟法上有無行爲能力。非所問也。

第二 要有意思一致之表示。茲分三項說明之。

(一) 要有意思。無決定意思能力之人。不能爲法律行爲。故亦不能爲訴訟行爲。如泥醉之人陳述證言。法律上不能認爲有效。

(二) 要有表示。有意思而無表示。亦不發生有效之訴訟行爲。如未宣告之判決是也。

例 例如合議庭之判決。必先評議。評議之結果。甲乙二人主張死刑。丙主張無期徒刑。則決議。自爲死刑無疑。然此不過一種意思之決定。若無宣告判決之表示。則此種意思。即無從表現於外部。而成其爲意思也。

有意思有表示。而其所表示者。極不完全。或其前後之表示。互相衝突。亦不能認爲有效。如僞告。

十元徒刑或宣告十日罰金之類是。

疏 表示意思不完全者如判決書中理由與主文衝突時是否應認有效爲一問題此當視判決中依何部分爲準據我刑

訴草案二〇六條規定於判決附理由者應於明讀判決主文後告知理由之全部與其要項是主文與理由並重故理由與主文衝突者該判決自屬無效德學說判例中雖有主張除理由自相矛盾外應爲有效者及專依主文爲準者然皆空論也

(三) 要有與意思一致之表示。有意思有表示而其所表示者不與意思一致亦不得認爲有效。如被告人之上訴出於他人之強迫或甲犯強盜罪乙犯強姦罪審判衙門誤甲爲乙對甲而宣告強姦罪是也。

疏 依講義解釋結果凡基於強制或基於錯誤而爲之訴訟行爲當然無效實言之即非有效之意思表示也

第三 要其意思表示出自表意者之意思。意思表示非係表意者之意思不得認爲有效但意思表示與表意者之真意無關雖非表意者之真意有時亦應有效如被告人爲延長期間起見對於審判衙門聲請拒却推事是也。

上述各要件乃法律行爲之要件訴訟行爲既係法律行爲故必一一具備而後乃能有效但除上述要件外在訴訟上又須具備左列要件焉。

第一 在審判衙門要有審判權及管轄權。

疏 無審判權如司法總長之裁判是無管轄權如對於外國公使之裁判對於軍人之裁判及初級廳審理地方廳所管之事等是

第二 在當事人要有當事人能力及訴訟能力。

國無訴訟能力如未經許可之辯護人所爲之辯護無當事人能力如對於死亡人而起訴等是

第三 在被告案件要無確定判決關於親告罪尤須有親告權者之告訴

國前半爲一事不再理之原則後半爲訴訟條件之必要確定判決雖無而被告案件已在既訴狀態中(日本謂之權利拘束中)已起訴而未確定判決之案件亦不得爲訴訟行爲

以上三種要件乃一般訴訟行爲必要之條件至關於特種訴訟行爲又須具備特種要件如聲請指定或移轉管轄應向管轄聲請審判衙門提出聲請書捨棄上訴權及撤回上訴應用書狀聲請回復上訴權應用書狀之類是也

國又如起訴而不指定被告人判決而不諭知理由等亦爲特種訴訟行爲要件之不見備其他如上訴而不遵守法定期間上告而非對於法律爭辯亦然

第三章 訴訟行爲之形式

各種訴訟行爲皆有一定之形式茲擇其最普通者言之

一 審判衙門之用語 審判衙門行審判時以中國語言爲準原被告及證人鑑定人等有不通中國語言者由繙譯傳譯其有不通審判官所用中國語言亦同

審判衙門之案牘用中國文字記錄之如恐兩造爭執或有必要情形得附記外國語言或各省土語

國各省土語亦中國文字也得爲例外乎法院編制法之規定未免贅疣

二 書狀之編製 訴訟行爲中有須編製書狀者如須編製書狀則不可不有一定之形式茲述其

形式於左

1 公吏官吏作製書狀時。官吏公吏作製書狀。不得改竄文字。如有增入刪除或附記欄外者。應蓋印其上。並記明字數。其刪除處。仍應留存原文。以便認識。且應記明年月日處所。簽名蓋印。並於每葉蓋騎縫印。

2 非官吏公吏作製書狀時。非官吏公吏作製書狀。應記明年月日。簽名蓋印。不能簽名者。命他人代書。不能蓋印者。以花押或指紋代之。他人代書者。代書人應記明事由。簽名蓋印。

非官吏作製之書狀如告訴狀辯護狀上訴狀保狀結狀領狀等均是所謂命他人代書之他人並不限於監視或到場人與日本刑訴二一條二項之規定不同不免有冒名為保狀訴狀亦以他人代書為詞之弊實立法上之缺點

第四章 訴訟行為之取消

訴訟行為能否自行取消。我刑事訴訟法並無統括之規定。應分別情形論之。

第一 當事人或第三人。因實行權利而為之訴訟行為。原則上可以取消。如當事人上訴後。在

上訴審審判衙門裁判前。隨時可以取消上訴。

可以取消之訴訟行為如告訴狀親告之取消拒却推事聲請之取消請求調查證據之取消等均是惟檢察官起訴之取消則限於在言詞辯論前

第二 審判衙門之裁判。不能以上訴方法救濟者。原則上可以取消。如當事人僅求檢證鑑定傳訊證人及其他調查證據。審判衙門始則以決定駁回其請求。其後仍可自行取消。

〔疏〕審判衙門之裁判約分三種形式(1)判決此種形式可以上訴救濟不得取消(2)決定此種形式或許上訴或不許上訴前者不得取消(3)命令不准上訴可以取消

第三 其他一切訴訟行為原則上不能自行取消。如審判衙門誤認強盜為竊盜判以竊盜之罪無論如何不能自行取消。

〔疏〕於以上論述之後有一問題即訴訟行為之和解拋棄在刑訴法上是否可以存在是也當分別論之(1)拋棄在刑訴法上可以存在因權利行為均可以權利人之自由意思拋棄之也如被告人之選用辯護人權(但強制辯護則否)受傳喚期間猶豫辯論權證言鑑定拒絕權親告權皆可拋棄惟檢察官之起訴權則不能拋棄是為例外(2)和解則以刑事訴訟均關於國家之刑罰權非如民事之僅關於私人之權義之爭而可以雙方之合意和解之者可比故和解在刑訴法上絕對不能存在但有以親告權人可以撤回告訴疑為和解者然親告之撤回亦不過權利拋棄之一種與雙方和解意思訟者不同不能即疑為例外之特許也

第五章 訴訟行為之無效

訴訟行為乃法律行為之一種。苟不具備一定要件。即不能認為有效。如被告人無行為能力或意思能力而為之答辯是也。(參觀本講義八十一頁以下)

〔疏〕關於訴訟行為之無效日本學者豐島一派不承認之謂在刑訴上所為之行為無所謂無效然訴訟行為概為法律行為之一則不具備一定之要件時當然無效故無為訴訟行為之要件為法律行為之要件為特種訴訟行為之要件者其所為之行為均不能有效也例如無管轄權者而下之判決即欠缺訴訟行為之要件聲請回復上訴權不用書狀者即欠缺為特種訴訟行為之要件無行為能力意思能力人所為之答辯即欠缺為法律行為之要件是也

訴訟行為欠缺一定要件。既不能認為有效。然則欲使法律上之效力發生。非更為有效之訴訟行為不可。譬如患精神病之被告人。其所為之答辯。不能認為有效。苟欲使答辯之效力發生。非俟其精神回復原狀。更為答辯不可。

第六章 附條件之訴訟行為

法律行為往往附有條件。欲使其效力發生。非俟條件完成不可。訴訟行為亦係法律行為。故訴訟行為。原則上亦可附加條件。蓋訴訟行為乃一種意思表示。其效力祇能在其所表示之範圍內發生。與其他法律行為無以異也。

訴訟行為。原則上可以附加條件。如附條件之告訴。附條件之拒却推事。訴訟關係人皆得爲之。但訴訟行為中。有不許附加條件者。如起訴。如所決。如上訴。無不皆是。譬如甲乙丙三人共犯竊盜罪。甲乙聲明上訴。而以丙不上訴爲條件。當然非法理之所許也。惟何者可以附加條件。何者不可附加條件。應從各種訴訟行為性質上決定之。

附條件之告訴。例如毀損罪之告訴。以被告人如能按數賠償爲撤消告訴之條件。是請求調查證據之附條件。如舉證時云。如檢察官以之證爲人。則請傳訊乙之妻。是要之。凡不背善俗公序之條件。皆可任意附加也。

第七章 擇一之訴訟行為

擇一之訴訟行為。在刑事訴訟法中。原則上亦應認爲有效。譬如被告人請求審判衙門於甲乙丙三人中。擇其一人。傳案作證。審判衙門應認被告人之請求有效。

檢察官之起訴。推事之裁判。非其他訴訟行為可比。故擇一之起訴。擇一之裁判。法律上不能認爲有效。例如檢察官起訴事實中有侵占有竊盜。引用條文中。有竊盜。有侵占。（如謂某某行竊或侵占之所爲。實犯刑律第三百六十七條或第三百八十二條之罪。）推事判決理由中。有竊盜。有侵占。判決主文中。有竊盜。又有侵占。（如謂某某侵占或竊盜之罪。應據刑律第三百六十七條或第

三百八十二條。處以徒刑幾年。在刑事訴訟法中。皆不得視為有效。蓋起訴或裁判不確定。則被告人究犯何罪。無由而明。其結果與未曾起訴或未經判決者相等。非他種訴訟行為所可比也。至擇一之訴訟行為。能否有效。須由訴訟行為性質上決定之。

第八章 訴訟行為之時期

歲月之變遷。與訴訟行為之效力無關。時日之變更。亦然。一年之中。無論何月何日何時。皆可實施。訴訟行為。在法律上不能視為無效。但關於送達文書。檢證搜索扣押及保管。法律上設有限制。

一、送達文書。送達文書。除交郵務局。及有受訴審判衙門審判長或送達地之初級審判廳推事。受命推事。受託推事之許可者。不得於休息日慶祝日及其他休息日並日出前日沒後為之。

刑訴第二百零九條民訴第一百九十五條

二、檢證搜索扣押及保管。日出前或日沒後。因檢證搜索扣押保管而入人所居住。或有人看守之第宅。建造物。鑛坑。船舶者。應經戶主。管理人。或代理人承認。但（一）假釋人之住址。（二）客棧。酒店。飯店及其他於夜間可由公衆出入之處所。仍在公開時間以內。皆無須戶主。管理人。或代理人之承認。其於日間實施檢證搜索扣押及保管處分者。未經承認。亦得繼續至夜。

一年之中。無論何月。一月之中。無論何日。一日之中。無論何時。皆可為訴訟行為。審判衙門雖定有服務時間。然服務時間。專為達司法行政之目的而設。非對於訴訟行為之時期有所限制。譬

如推事深夜訊問被告人。檢察官慶祝日逮捕犯罪人。皆不能認爲無效。

訴訟行爲。雖無年月日時之限制。但刑事訴訟程序。以簡便迅速爲主旨。一案中之各種訴訟行爲。其先後恆有一定之順序。如起訟必在公判之前。判決必在言詞辯論之後。且訴訟關係人竄施特種訴訟行爲時。須於一定期間以內。或於一定日期行之。以收簡便迅速之效。茲述於左。

第一期間

一、期間之意義及其種類。

期間者。法律或審判衙門所定之時間。訴訟主體爲訴訟行爲或不爲訴訟行爲之限制也。自其性質言之。有失權期間與猶預期間之分。自其效力言之。有法定期間與裁定期間之別。失權期間。卽期間以內。不可不爲訴訟行爲之意。如控訴期間是。猶預期間。卽按法必須猶預之期間。如出庭期間是。(刑訴第一五七條第三項)法定期間。卽法律所定之期間。裁定期間。乃審判衙門所定之期間也。

二、期間之計算

期間以時計者。即時計算。以日月或年計者。除始自午前零時外。第一日不算入。凡稱月者。閱三十日。凡稱年者。閱十二月。若期間之末日。遇星期日慶祝日或其他休息日。毋庸算入期間之中。三、期間之延長

法定期間。若當事人不居住審判衙門所在地者，應隨其距離之遠近增加。每海陸路五十里，展限一日。（但海路一里作陸路三里半計算。）其不滿五十里，而在二十里以上者，亦同。學者稱之曰：展限期間。

審判衙門得因居住外國或交通不便地之當事人，於法定期間外，特別加以期間。學者稱之曰：附加期間。

四、期間之效力。

經過法定或裁定期間，則喪失其為訴訟行為之權利。但刑事訴訟法上又有期間回復原狀之規定。期間回復原狀者，於期間經過以後，回復其所失權利之謂也。茲述其概念於左。

（一）期間回復原狀之條件。 遇有左列情形，審判衙門因聲請許可回復原狀。（刑訴第二百零

二條、民訴第三百三十二條）當事人或代理人因天災及其他不可避之事故，不能遵守不變期間者。

當事人或代理人，非由過失，不知缺席判決之送達，不能遵守窒礙期間者。

（二）聲請回復原狀之期間。 聲請回復原狀期間，除關於上訴，有特別規定外，自其事故總止日起。

為三日。（刑訴第二百零一條）

（三）聲請回復原狀之方式。 聲請回復原狀，應向有權審判不變期間內，應為之訴訟行為之審判

衙門。提出書狀。濡滯即時抗告之期間者。則向原審判衙門或抗告審判衙門。提出書狀。書狀中須記明左記各款事宜。(刑訴第二百零二條、民訴第二百三十四條、及第二百零三十五條。)

(1)回復原狀之原因。(2)回復原狀之聲叙方法。(3)追復或經追復濡滯之訴訟行為。前項書狀。(審判衙門應速送達於相對人。)

(四)聲請回復原狀之程序。聲請回復原狀之程序。及不變期間內應為之訴訟行為之程序。得合併行之。但審判衙門得先就回復原狀之聲請。命其辯論。並為裁判。聲請回復原狀之裁判。及不服此項裁判之聲明。適用不變期間內應為之訴訟行為之規定。但回復原狀之聲請。不得對於其所受之缺席判決。聲明不服。(刑訴第二百零二條、民訴第二百三十六條。)

第二 日期

第一 日期之觀念。

日期者。因使訴訟關係人聚會於審判衙門之前。而為訴訟行為。審判衙門所指定之時日也。其最重要者。如公判之辯論日期是。

審判衙門之指定日期。無非使多數訴訟關係人聚會一處。而為訴訟行為。苟能達此目的。則時間雖略有前後。於事實並無關係。例如審判衙門指定某日上午十時。公開辯論。偶因意外情形。遲至下午二時。訴訟關係人不得藉此主張無效。

第二 日期之效力

訴訟關係人濡滯日期。其所發生之結果。視情形而不同。檢官及強制辯護人濡滯日期時。不得開公判。被告人濡滯日期時。有時須受拘捕。有時則由審判衙門下缺席判決。證人鑑定人等濡滯日期。往往受法定之制裁。

第三 日期與期間之差異

(一) 期間為訴訟主體實施訴訟行為而設。日期則為聚會審判衙門。與訴訟關係人實施訴訟行為而設。

(二) 期間由法律或審判衙門定之。日期則必由審判衙門指定。

(三) 期間之內。包含之時間。有相等價值。其始期及終期。不過示其界限。至訴訟行為。無論在期間內何時行之。皆無不可。訴訟關係人頗有斟酌之餘地。至日期。則為實施訴訟行為之時。訴訟關係人不得濡滯日期。

疏 日期與期間之區別。除講義所述情形外。尚有五點：(1) 期間不必報知。可以進行。而日期則必須報知。(2) 期間以時或日定之。日期則以日及時定之。(3) 期間與訴訟關係人單獨而為。訴訟行為之時。日期則為會集訴訟關係人之時期。(4) 期間有始期有終期。而日期則無終期。(5) 期間有不可變者。而日期則無不可變者。

第九章 訴訟行之處所

訴訟行為。其類不一。有有限定期限為之者。有未有限定期限者。訴訟行為之處所。因此而發生差異。茲

分述之。

第一 限定日期者。訴訟行爲若限有一定日期。無論其爲審判衙門之行爲。抑爲當事人之行爲。皆須於審判衙門所在地爲之。如公開審判。其最著者也。但訊問證人。訊問鑑定人。往往於審判衙門外行之。

第二 未限日期者。訴訟行爲若未限定日期。審判衙門之職員。得於審判衙門外爲之。如臨檢搜索。扣押保管。各種訴訟行爲。是其例也。惟審判衙門實施訴訟行爲時。須受土地管轄範圍之限制。當事人實施訴訟行爲時。原則上應向審判衙門爲之。

第十章 訴訟行爲之種類

訴訟行爲之種類甚多。茲舉其重要者言之。

(一) 訊問被告人。被告人爲刑事訴訟不可缺少之人。故刑事訴訟發生。必先訊問被告人。

訊 被告人乃刑事訴訟之當事人且居於爲證據方法之地位故被告人必須出庭就訊。

(二) 傳喚勾攝及羈押被告人。欲訊問被告人。不可不先期傳喚。傳喚不至。則勾攝之。被傳喚或被勾攝之被告人。並得羈押於相當處所。以免逃亡。

(三) 保釋及責負被告人。被告人如無須羈押。可以令其取保或責付於其親屬故舊。

(四) 調查證據之刑事訴訟。非僅訊問被告人所能奏效。故調查證據之法尙焉。

(五) 檢證搜索扣押及保管

檢證者。檢查罪證之謂。搜索者。搜查訴訟關係人之身體第宅及其他處所。用以發見罪證之謂也。檢查或搜索所得之物。足以證明犯罪及應沒收者。應扣押之。其非檢查搜索而得之物。如被告人之遺留物。及所有人持有人任意提出之物。亦得依法保管。

(六) 訊問證人。證物之外。人亦可為證。故檢察官及審判衙門有訊問證人之權。

(七) 鑑定及通譯。證物之中。其類至夥。有時非長於專門學識技藝之人。或非專門職業富於經驗之人。不易遽定其性質者。故檢察官及審判衙門。遇有必要情形。得選任鑑定人鑑定之。至被告人證人鑑定人等。有不通中國語言。或不通檢察官審判官之語言者。並得令人通譯。

(八) 裁判。審判衙門之訴訟行為。其最重要者為裁判。審判衙門之裁判。有時於訴訟進行中為之。有時於訴訟終結時為之。前者如當事人拒却推事之決定。後者如有罪無罪之判決是也。

(九) 作制書狀及筆錄。訴訟上之事實。非記載於書狀之中。不能證明。故作製書狀。乃檢察官及審判衙門必要之訴訟行為。至訊問被告人證人鑑定人通譯。以及實施檢證搜索扣押保管各種訴訟行為時。並須作製筆錄。記明當時之情形。

(十) 送達。諸種裁判。以及傳喚被告人證人鑑定人等。必須依法諭知。諭知之法。有時口頭宣告。有時送達書狀。故送達書狀。亦係訴訟行為之一。

右列各款不過說明各種訴訟行為之概念其詳當於各論中述之
後編 各論

第一章 被告人之訊問

訊問被告人即使被告人供述事實之謂也。至其目的所在學者中所論不一。

(一) 自白犯罪說。此說謂訊問被告人其目的在使被告人自白犯罪之事實。

此說乃古代舊學說法國曾有格言曰自白乃證據之王以爲知犯罪者莫如被告人被告人自白之犯罪事實最爲明瞭乃自白之爲自白往往非確實情形復有代人受過者且求自白之方法不擇刑訊之不良制度於焉以起流弊尤深故現在學者均不主此說

(二) 發見事實真相說。此說謂訊問被告人其目的在發見事實之真相。

(三) 付與陳述有利事宜之機會說。此說謂訊問被告人其目的在付與被告人陳述事實之機會。

使其陳述有利之事宜。

(四) 折衷說。此說謂訊問被告人其目的在發見事實之真相且與被告人以機會使其陳述有利之事宜。蓋折衷(一)(二)(三)兩說者也。

右列四說各具一理。但近世刑事訴訟法學者多採第四說。本講義亦欲從之。

訊問被告人之制度現在各國固無不採用者惟學者中如 *Reid* 邊沁一派則主張絕對不能採用此制其理由謂被告人之供述極不可靠且被告人若無知識一到官府必有禁止失措不能發言流弊兼有畏官府之威而認罪者關係尤大故此絕對不可採用然此說在現在則無價值何則(一)因被告有自由答辯之權若不訊問即使其無答辯之機會(二)被告人之供述可以任意取消供述錯誤仍可取消(三)被告人之供述非犯罪之唯一證據縱令認罪

亦不得據以定罪(四)審判官可以自由心證如被告人供述不利於已時審判官若心證其無罪仍可宣告無罪本以上四理由邊氏之說已成陳述故現在各國無不採訊問被告人制度者

以上所述專就訊問被告人之目的而言。至訊問之程序。亦有可得而言者。

一、訊問被告人。應隔別爲之。蓋隔別訊問。足以杜絕被告互相構詞隱蔽之弊也。但因發見事實。遇有必要情形。亦可命被告人與他被告人或證人對質。

二、訊問被告人。應由各該書記官蒞視錄供。即檢察官訊問被告人。應由檢察廳書記官蒞視錄供。推事訊問被告人。應由審判廳書記官蒞視錄供。但檢察官實施急速處分時。書記官不必蒞視。以期敏捷。

三、訊問被告人。應先詢其姓名住址年齡籍貫。以徵驗其人有無錯誤。

四、被告人若無錯誤。再詢其被告案件有無陳述。並與以機會。命被告人陳述有利之事由。

五、訊問被告人。禁用威嚇及詐罔之言。

疏蓋訊問時若用威嚇及詐罔之言。則犯罪人之自白。多不符於事實也。但實際上用威嚇及詐罔之言者。居多。雖欲攻擊亦無法可以證明之。

六、被告人或對質人係聾者。用文字詢問。啞者。用文字答復。其不知文字者。使人通譯。

七、訊問被告人。不得委託他人爲之。但預審檢察官關於特定事實。得以訊問被告人之事。囑託其

檢察廳之檢察官。

疏除上述諸項外如(一)不得就案件以外之事實而爲訊問(附帶犯又當別論)(二)偵查中以不訊問爲原則預審及公判中以訊問爲原則(三)訊問以在法庭中爲原則(四)被告人供述前後衝突者應再訊問(但不能以前之供述爲無

效)等亦訊問被告
人之必要原則也

第二章 被告人之傳喚、拘捕及羈押

第一節 被告人之傳喚

第一 傳喚之觀念

傳喚被告人。即便被告人於一定日期。親赴一定處所就訊之謂也。被告人一經傳喚。屆時應即到場。如不到場。可以再行傳喚。或用勾票勾攝之。但宜注意者。

- (一)傳喚不合法被告人無須到場。傳喚不合法。被告人無服從之義務。故無須到場。
- (二)被告人患病。或精神錯亂時。無須到場。被告人患病。事實上不能到場。被告人精神錯亂。雖到場亦不能受訊。故當患病及精神錯亂時。無須到場。

第二 傳喚之機關

傳喚之機關有四。即檢察官、司法警察官、豫審檢察官及審判衙門是也。刑事案件在偵查中。由檢察官、司法警察官傳喚被告人。在豫審中。由豫審檢察官傳喚被告人。在起訴後。由受訴審判衙門傳喚被告人。

檢察官、司法警察官、豫審檢察官及審判衙門。皆有傳喚被告人之權。但刑事案件在偵察中。非有
必要情形。毋須傳喚被告人。若在預審中及起訴後。則非傳訊被告人不可。

第三 傳喚之方法

傳喚被告人。應先期繕發傳票。送達於被告人。傳票之中。須記明被告案件。被告人姓名住址。及應到之日時處所。其由檢察官發給者。檢察官及檢察廳書記官須簽名蓋印。由司法警察官發給者。司法警察官簽名蓋印。由預審檢察官發給者。預審檢察官及檢察廳書記官簽名蓋印。由審判衙門發給者。審判長或受命推事與審判衙門書記官簽名蓋印。

附 傳票送達之方法。中國刑訴無規定。故即用郵便送達。代行傳喚之職。亦無不可。傳票之方式。刑訴法亦無規定。故祇具備法定之事項。即無論用何種方式。亦可。惟現在普通所用之方式。大概如左。

某某檢察廳因某某案件。應傳喚某某人。於某年某月某日。親到某處受訊。被告人姓名住址職業檢察廳檢察官署名書記官。此外尚有記載他種情形者。然非法定之必要也。如傳喚用送達人須記明送達人之姓名送達之年月日送達之處。所若有不能傳喚及傳喚不到時。尚須由送達人記明不能傳喚之情形。

傳喚被告人。固須送達傳票。但(一)被告人自行到場。(二)被告人用書狀聲明屆期到場。(三)被告人到場時。曾以言詞命其下次到場者。不必送達傳票。又(四)被告人在管轄地內監獄時。僅須知照監獄官傳喚之。亦毋庸送達傳票。

傳喚被告人。原則上應由檢察官司法警察官預審檢察官或審判衙門自行為之。若被傳之人。不在其管轄地內。則囑託被告人所在地之檢察官司法警察官或初級審判廳推事代行傳喚。

第四 傳喚之效果

被告人受檢察官司法警察官預審檢察官或審判衙門之傳喚。除法律上須用代理人外。屆時須

親自到場就訊被告人到場後。應速訊問。至多不得過二十四小時。若經過二十四小時。非再行簽給傳票。依法傳喚不可。

〔函〕 訊問期間我刑訴章案規定爲二十四小時而日本刑訴法則定爲以到場之日爲限其間差異甚細微然於被告人之自由則甚有關礙蓋以二十四小時爲限則到場之日不必即行訊問至翌日訊問亦無不可於此期間被告人即無端受二十四小時之羈押較之日本限於到場之日即行訊問者實有期間過長之弊且有此二十四小時以內尙難免不發生他種丁役勒索之弊乎

第二節 被告人之勾攝

第一 勾攝之觀念

勾攝被告人。即於一定期間內。拘束被告人之自由。強制其到場就訊之謂也。因其有強制之性質。故與傳喚不同。因其拘束自由。恒有一定期間。故與羈押亦異。至其原因。要不外左列五種。

(一) 被告人受合法之傳喚。而屆期不到場者。(二) 無一定住址者。(三) 恐湮滅罪證者。(四) 逃亡及恐其逃亡者。(五) 不肯偕往指定處所。而無正當理由者。拘役罰金之被告人。所犯之罪甚輕。不應輒行勾攝。但被告人有右列各款情事。仍可依法勾攝。以免疏虞。而杜流弊。

第二 勾攝之機關

勾攝之機關有三。即檢察長。預審檢察官。及受訴審判衙門是也。刑事案件在偵查中。惟地方檢察長有勾攝被告人之權。至檢察官則非得地方檢察長之命令。不可在預審中。須有預審檢察官之

命令。在起訴後。須有受訴審判衙門之命令。但遇緊急情形。應施急速處分者。不在此限。

（圖）上告審判衙門無拘攝被告人之權。因在上告審爲書面審理。無須被告人到案也。

第三 句攝之方法

句攝被告人。應用句票。由司法警察吏執行。並得作制正本數通。分交司法警察吏。句票中所載事項。與傳票中所應記載之事項相同。但被告人住址不明。毋庸記其住址。姓名不明。則記其年貌特徵。且句票中須將發給句票之事由詳細記明。檢察官在偵查中句攝被告人時。尤須記明受有地方檢察長之命令。司法警察吏執行句票。應注意左列各項事由。

- (一) 遇有必要情形。得携帶句票於管轄地外。以句票示該地司法警察官。請其執行。如應急速處分者。亦可親自執行。但執行後。應以其事通知該地司法警察官。
- (二) 被告人請求閱視句票。應示以句票之正本。請求交付句票。得交付句票之正本一通。
- (三) 對於軍人軍屬海陸軍所屬學生之在軍事廳舍船艦者。執行句票。應以正本示該管長官隊長或代理官。請其執行。對於在軍事廳舍船艦以外之現膺差務者。執行句票。亦應以正本示該管長官隊長或代理官。請其執行。其係司法警察吏直接執行。而非轉託該管長官隊長或代理官者。於執行後。仍應知照該管長官隊長或其代理官。
- (四) 執行句票之司法警察吏。應以執行之處所年月日時。記明句票正本內。簽名蓋印。若不能執行。

應記明事由。並由擔任執行人簽名蓋印。

(五) 執行句票之司法警察吏。應速以被告人送交發給句票之機關。如遇不得已情形。亦得暫行留置於中途監獄或警察署內。

(六) 送交被告人至監獄或警察署。應由監獄或警察署之官吏驗明句票正本或副本。付以接受證書。

(七) 各項書狀。與句票有關係者。均須送交發給句票之機關。

句攝被告人。原則上應由地方檢察長、豫審檢察官及審判衙門自行命令司法警察吏爲之。但刑事事件在偵查、豫審中。凡依法有句攝權之官吏。得囑託被告人所在地之檢察官、司法警察官及其他特有句攝權限之官吏。句攝被告人。刑事事件在起訴後。有句攝權之審判官。並得囑託被告人所在地之初級審判廳推事。

刑事被告人往往潛行逃匿。若潛行逃匿。則不可不設法探索之。故被告人之所在不明。高等檢察長得因檢察官或司法警察官之請求。審判衙門或受命推事之囑託。命令其所屬檢察官嚴行查緝。並句攝之。蓋高等檢察廳之管轄範圍甚廣。由高等檢察長命令其所屬各地方檢察官設法探索。事實上較爲便利也。

第四 句攝之效果

有句攝權之官吏。句攝被告人後。須於四十八小時內訊問其人。如有無錯誤。如無錯誤。應速以被告人送交句攝之機關。設有錯誤。應即釋放。該管機關接受被句攝之被告人。應於四十八小時以內訊問之。倘應留置。即行羈押。否則必須立即釋放。不可任意剝奪被告人之自由。但審判衙門釋放句攝人。以決定為之。

〔圖〕未經訊問以前及未經決定羈押以前之四十八小時拘束被告人之自由。應於何處為之乎。我草案無明文規定。不免令人疑結。果有不逞設想者（如濫發押票之類）日本則多留置於警察署之留置場。四十八小時以內云者。嚴格解釋之。過四十八小時即應釋放之謂。

又句攝乃不許上訴之訴訟行為。故有句攝權之衙門得自行取消其句攝。但日本清水學士及法曹會決議以為不能取消。其理由以為（一）句攝亦命令之一種。（二）非徒刑不得句攝。故對犯徒刑者不可取消句攝。否則非徒刑不得句攝之規定必成虛語也。不知（一）不許上訴之裁判原則上可以取消。（二）非徒刑不得句攝云者。乃示非徒刑以上之罪。絕對不許句攝。非謂對於犯徒刑犯罪不能取消句攝也。

第三節 被告人之羈押

第一 羈押之觀念

羈押被告人。即於不定期間內。拘束被告人自由之謂也。至其原因。不外左列各項。

- (一) 無一定住址者。
- (二) 恐湮滅罪證者。
- (三) 逃亡或恐其逃亡者。
- (四) 不肯偕往指定處所。而無正當理由者。
- (五) 在監獄者。

〔圖〕第一項無一定住址即逃亡之推定。第二項罪證包括人證物證。言消滅物證如抹去血跡。消滅人證如藏匿證人或使其逃亡。第三項恐其逃亡。即有逃亡危險之意。如潛伏近旁。移其所在。變更名氏之類。皆包括之。第五項則犯人已在拘束自由期內。不羈押之亦無他法（如犯人犯拘役罰金刑之罪者。原則上本不應羈押。但犯人因執行他種徒刑或拘役。尚在獄中。則不羈押之亦勢有不能）。

第二 羈押之機關

羈押被告人之機關有三。即地方檢察長、豫審檢察官、及受訴審判衙門是也。偵查中之檢察官、非受檢察長之命令、不得羈押被告人。

第三 羈押之方法

羈押被告人。應用押票。由司法警察吏執行之。但在監之被告人。應由監獄官吏執行。押票中所應記載之事項。全然與拘票中所應記載之事項同。執行押票者。應以執行之處所年月日時記明於押票正本內。簽名蓋印。若不能執行。應記明事由。並由擔任執行人簽名蓋印。被羈押者。得請求交付押票正本一通。執行押票之人。如遇不得已情形。亦得將被告人暫行留置於中途監獄或警察署內。監獄或警察署之官吏。接受被羈押人時。應驗明押票正本或副本。付以接受證書。

第四 羈押之效果

被告人被押在監後。固可接見他人。授受書信。或其他一切物品。但應遵守管束在監人規則。且遇有必要情形。發給押票之官吏。亦得禁止其接見他人。授受書信及其餘物品。並得閱視書信物品。或扣押之。

羈押之事由消滅。應速由發給押票之該管官吏。釋放羈押人。但審判衙門釋放被羈押人。應以決

定爲之。

〔附〕羈押與勾攝之區別之點有五(一)勾攝之權在緊急時司法警察官亦有之如現行犯羈押權則否(二)勾攝不必訊問羈押須先訊問(三)勾攝後過四十八小時其效力當然消滅羈押則必須撤消(四)勾攝效力四十八小時羈押則否(五)勾攝無通融方法羈押則可保釋或責付

第三章 保釋及責付

訴訟中羈押被告人拘束被告人自由無非爲防止其逃亡及消滅證據起見苟無逃亡及消滅證據之虞自應回復其自由。刑事訴訟法中保釋及責付之規定即回復被告人自由之程序也。回復被告人自由之法不僅保釋及責付而已。保釋責付外如撤銷羈押亦能回復被告人之自由所異者撤銷羈押不必有保證人之保證被告人被押之事由消滅該管官廳應當即時開釋回復被告人之自由毫無斟酌之餘地也。

第一節 保釋

第一 保釋之意義

保釋者被告人被羈押時由其法定代理人或其夫請求以相當之保證回復被告人自由之法也。茲分析說明於左。

(一)保釋者回復被告人自由之法也。被保釋之被告人立時回復未受羈押以前之自由。若該管官廳一方面許可保釋一方面仍舊羈押被告人則爲違法。

〔關〕關於此點與日本刑訴法規定不同。日刑訴法規定保釋只能發生停止羈押之效力。故對於保釋中之被告人全歸與對於羈押中之被告人同。保釋中認被告人爲有罪時欲押即押不必另發押票也。而刑訴草案之規定則一經保釋即生消滅羈押之效力。欲再羈押時則須另發押票與新羈押者同。

(二) 保釋者。被告人被羈押時回復自由之法也。被告人未經羈押。即不發生保釋之問題。故保釋乃被告人在羈押中回復自由之法。

(三) 保釋者。由被告人之法定代理人或其夫請求回復被告人自由之法也。保釋與責付異。責付被告人於其親屬故舊。不必有親屬故舊之請求。至若保釋。則非由被告人之法定代理人或其夫請求不可。但被告人之法定代理人或其夫祇有請求權。許可與否。其權操諸該管官廳。他人不得干涉。

被告人在羈押中可否自行請求保釋。學者間主張不一。然據我刑事訴訟法第一百〇九條之規定。請求保釋者。以被告人之法定代理人或其夫爲限。被告人自行請求。似非法律之所許也。

〔關〕法定代理人及天之外。辯護人是否有請求權據一〇九條之規定。被告人自身既無請求權。則辯護人之權利係基於被告人而來。若當然亦無此種權利。自無疑義。惟被告人自身無請求保釋之權。於事實上。多不使(一)被告人若爲成年以上之人。而無家屬者。或爲無夫之婦者。若不使本人有請求之權。則於保護被告人之自由未免不周。(二)被告人之家屬或不尙有保釋之權。而本人反不得請求於法理上亦屬不通。且就立法例言。與日本規定亦全然相反。日本刑訴法規定爲僅限於被告人始有請求權也。

(四) 保釋者。以相當保證回復被告人自由之法也。許可保釋被告人。應先得有相當之保證。詳言之。即許可保釋時。應命請求人繳納保證金。無保證金。則命請求人繳納有價證券或保證書。以

代保證金。但保證書應由有資力人且在管轄界內居住者作製保證書中並須記明如有命令立即繳納保證金。

保證金之多寡由公署自行指定。但檢察廳之檢察官指定保證金額時。被告人及請求保釋人可於三日以內向該管檢察長聲明再議。再議期間內及再議中不得執行所指定之金額。

第二 許可及執行保釋之機關

被羈押人可否保釋。應由發給押票之官吏所屬公署決定之。決定之後歸檢察官執行。詳言之羈押被告人之押票。如係檢察長或檢察官所發。歸檢察廳決定。係推事所發。則由審判衙門決定。但檢察廳之檢察官。若以命令駁回請求保釋人之請求。被告人及請求保釋人得於三日以內向該管檢察長聲明再議。審判衙門裁判請求保釋人之請求時。應諮詢檢察官之意見決定之。

疏 保釋後羈押人宣告無罪應否再以決定取消羈押在日本探釐極說因其保釋祇生停止羈押之效力也而我刑訴則因保釋即為消滅羈押之效力故無須更經過決定取消之程序。又審判衙門裁判駁回請求之決定若與檢察官意見不合時檢察官是否得為抗告據富田刑訴要論之主張(六五頁)不能抗告因諮詢不過形式之規定於裁判上並無影響也但被告人對審判衙門駁回其請求之決定可否聲明異議則學者間尚有爭論

第三 保釋許可之撤銷

被告人保釋後。如發見其有逃亡或滅證之虞。仍可隨時撤銷。再行羈押。若有左列各款情形。並得沒入保證金之全部或一部。

疏 撤銷情形毫無限制全由審判官意見決定之縱無法文規定情形亦可任意撤銷因保釋乃不可以上訴方法攻擊之裁判故也

第一、被告人保釋中逃亡者。第二、被告人犯徒刑以上之罪者。第三、被告人接受傳喚命令而無正當理由不肯到場者。

檢察官撤銷保釋或沒入保證金物時，被告人請求保釋人及保證人，可於三日以內聲明不服。向該管檢察長聲請再議。再議期間內及再議中，不得沒入保證金。

第二節 責付

責付者，被告人被羈押時，由其親屬故舊提出保證書，交付被告人於其親屬故舊，回復被告人自由之謂也。責付之法，與保釋之法同，皆可回復被告人之自由。但（一）保釋非有被告人之法定代理人或其夫之請求，不能決定。責付被告人於其親屬故舊，則不問請求之有無。（二）許可保釋，應命請求人繳納保證金，有價證券或保證書。責付被告人於其親屬故舊，不能命其繳納保證金，或有價證券，祇可命其提出保證書。保證書內，記明於傳喚被告人時，應命被告人速行到場。

〔疏〕若傳喚時被告人不在到場而其親屬故舊無強制之權而審判衙門對於其親屬之違法亦無制裁之方故此時惟有取消責付而已別無他法也

責付被告人於其親屬故舊後，如發見被告人有逃亡或滅證之虞，可以隨時撤銷。撤銷責付之權，操諸發給押票之官吏，所屬公署。審判衙門為責付之處分及撤銷責付之處分時，應諮詢檢察官之意見。檢察官撤銷責付之命令，再行羈押被告人時，被告人及保證人亦得於三日以內，向該管檢察長聲請再議。

第四章 證據

第一節 證據之意義

審判衙門之裁判。皆以法律及事實爲準。欲有裁判。必先有抽象之法律。及具體之事實。法律乃審判官素日所修養。事實則假證據而證明。

疏 法律事實之與裁判如三段論法然法律者大前提也事實者小前提也裁判則爲斷案故無法律事實者即不得發生裁判

訴訟法中所謂證據。其範圍甚廣。凡足證明實體法上及程序法上之事實者。皆包括之。蓋審判衙門有時裁判刑法上之事實（如裁判竊盜行爲之有無）有時裁判訴訟法上之事實（如裁判被告人有無逃亡之處）故凡可以證明實體法上或程序法上之事實者。均得以證據明之。

疏 廣義之證據包括實體法上之事實（狹義證據）與訴訟法上之事實而言但訴訟法上之事實恒不必證明故有謂實體法上之事實爲本來證據或固有證據者

證明事實之物。曰證據。其人曰證人。因證物及證人所得之資料。曰證據資料（亦名證據方法）如證據物件之狀態。證據書狀之內容。證人之陳述。鑑定人之鑑定。皆屬之。

疏 被告人之供述。自白及其反對之答辯。是否得爲證據之資料。現今學者間多以此祇能爲審判官心證之參攷。不能爲證據之資料也

第二節 舉證之目的

利用證據資料。搜集證據之行爲。曰舉證。舉證之目的。在證明。證明者。吾人發生確信心之作用也。但人心不同。亦如其面。在甲以爲是。在乙或以爲非。證據之所證明。不過使人發生確信之心。即舉

證之目的亦莫外乎此。至其所證明者果否與客觀事實之真相相符則非吾人所能逆料矣。吾人之確信心因證據證明事實而發生。吾人對於事實始則懷疑。繼則推測。最後乃發生確信之心。舉證目的無非使吾人心理狀況由懷疑而進有推測。由推測而進於確信耳。

第三節 舉證證明之事項

刑事訴訟中所須舉證證明之事項極多。而其主要目的則在判罪科刑。故其結果如左。

第一 發生刑罰權之事實。應證明之。發生刑罰權之事實。如被告人已達責任年齡。曾經實施某項犯罪行為是也。

附 不發生刑罰權之事實不存在者非有疑義無須證明。如因正當防衛緊急避難所為之行為不發生刑罰權者若事實彰著自無須證明。

第二 限定刑罰範圍之事實。應證明之。限定刑罰範圍之事實。如被告人已滿八十歲。實施犯罪而未遂是也。

附 限定刑罰範圍如酌量減輕自首減輕等為縮小刑罰範圍之事實須為證明其擴大刑罰範圍者亦然。

但須注意者。

(一) 法律上推定其存在之事實不必證明。

附 法律推定其存在之事實如甲竊乙物而係乙家傳舊物一望可知確為乙有自無須再為證明。又如甲侵占乙每年收穫之地自亦無須更令乙提出證據證明。

(二) 顯著事實不必證明。

顯著事實一般與裁判二種一般之顯著事實如某年兵變之事實是也。裁判上之顯著事實如有民事之被告受職席判決更無須再證明被告人之未到庭如已經上訴更無須證明已否經過上訴期間之事實是也。

(三) 以前訴訟中所證明之事實不必更為證明。

例如累犯之事實無須更為證明祇證明其為累犯已足是也。

(四) 禁止證明之事實不必證明。

禁止證明之事實據草案規定絕對禁止者甚少多為相對之禁止如官公吏之管理或待有之物如係妨害國家安甯經該管官署稱為職務上應為秘密者無須證明之規定是也。

第四節 舉證之責任

民事訴訟採用形式的真實發見主義。舉證之責當事人負擔之。刑事訴訟採用實質的真實發見主義。舉證之責。審判衙門負擔之。當事人縱未提出證據。審判衙門得自行搜索。用以發見事實之真相焉。

在民事訴訟。當事人有舉證之責。不能舉證者。恒受不利益之裁判。譬如甲乙因債務涉訟。甲持有乙之借券。乙苟無反證證明其借券無效。乙必居於敗訴之地位。至刑事訴訟則不然。刑事被告人縱不能提出證據證明其無犯罪之事實。審判衙門亦可自行調查證據。宣告被告人無罪。

刑事訴訟與民事訴訟不同證據及反證之區別在刑訴上無多大之關係即毫無證據審判衙門亦應自行調查之且所謂證據專指合於事實之證據而言非若民事訴訟指原告所提出之證據而言也。

刑事訴訟中。當事人亦有請求調查證據之權。證諸刑事訴訟法第三百三十五條。可以知之。但當事人之請求。不過為審判衙門調查證據之動機。非可因此而謂當事人負有請求調查之責。或謂

其有舉證之責也。況調查證據之權。操諸審判衙門。審判衙門調查證據時。不為當事人意思所左右。縱令當事人雙方不以調查證據為然。審判衙門不防自行調查。而其為有罪無罪之判決。尤須以各項證據為根據。非可輕率從事。敷衍以塞責也。

〔附〕刑事訴訟中當事人雖有請求、(1) 調查證據之權。但除法律上設有推定情形如出版法令出版人員負舉證之責外。其他皆由審判衙門負舉證責任。故當事人請求調查證據之內容(如當事人請調查甲事。審判衙門則調查乙事)。(2) 形式(如當事人請秘密調查。而法院不以秘密行之)。(3) 方法(如當事人請先問隣家。而法院則先問同居)。(4) 範圍(如當事人請調查五件法院祇調查一種)均由審判衙門定之。不必依其請求而為之也。刑事訴訟不認舉證責任之分擔。舉證責任由審判衙門負之。故審判衙門不能證明關於刑罰權存在之事實存在。或關於刑罰權不存在之事實存在。皆可為無罪或免訴之判決。此與民事訴訟之點也。惟昔時訴訟法中。於有罪無罪間。另有一種嫌疑。謂如犯罪之證據。不十分充足。而又恐其有犯罪行為者。則宣告比通常刑罰較輕之刑罰。如德意志普通法是也。但此法於今日。則不適用現行之各國訴訟法。無採用之者。今之訴訟法。必須證明其刑罰權存在之原因存在。及刑罰權不存在之原因不存在。而後乃能判罪科刑也。

以上所述。專就法理而言。徵諸事實。原告官及被告人各有主張之事實。各有提出之證據。原告官所主張之事實。所提出之證據。近情近理。則其結果。多不利於被告。被告人所主張之事實。所提出之證據。近情近理。則其結果。必獲莫大之利益。學者中有謂刑事訴訟當事人無舉證責任。而有舉證利益。洵至當之論也。

第五節 證據之種類

〔附〕往時糾問式訴訟法中。有所謂完全證據與不完全證據之分。完全證據如被告人之自白是也。法國格言曰。自白者犯罪之王。故以自白為完全之證據。不完全證據如證言是也。僅能作犯罪證據之參考也。現在各國訴訟法既皆棄糾問式。而用彈劾式。則此種分類當然不能存在。

一證據與反證。證明事實存在之憑證。謂之證據。易詞言之。所謂證據。即不利於被告人之憑證也。學者亦稱之曰。主證據。又稱之曰。有罪證據。

證明事實不存在之憑證。謂之反證。易詞言之。所謂反證。即有利於被告人之憑證也。學者亦稱之曰。防禦證據。又稱之曰。無罪證據。

二直接證據與間接證據。直接證明刑法上重要事實之證據。謂之直接證據。譬如甲殺乙時。丙曾在旁親見。丙之證言。即直接證據也。學者亦稱之曰。自然證據。又稱之曰。單純證據。不能直接證明刑法上重要事實。而可為判斷重要事實之資料者。謂之間接證據。譬如甲為竊盜案件。被告乙曾於失主失物時。見其徘徊於失主之家。乙之證言。即間接證據也。學者亦稱之曰。情況證據。又稱之曰。論理證據。

間接證據。又如見被告人於失主失物後。浪費無限之金錢。或謂被告人與失主有嫌隙。均是。

第六節 證據之判斷

審判衙門調查證據後。應依證據而認定事實。學者謂之曰。證據之判斷。蓋判斷證據。乃審判官心意界之作用。審判官以自已意思。認定證據有無證明力之方法也。

昔時刑事訴訟法採用法定證據（又稱形式證據）主義。以法律認定證據之證明力。審判官無自由判斷之權。譬如被告人之自由。在前清律例。認為被告人之唯一罪證。苟被告人自白犯罪。審判

官應即按律科刑。

近世文明各邦刑事訴訟法。多以判斷證據之權。委諸審判衙門。審判官不問證據之種類如何。審判官得以已意認定之。譬如某甲被竊。乙謂丙曾經侵入甲室。丁則謂丙未嘗入甲之室。乙丁兩人之證言。孰是孰非。審判官可任意取舍之。

關於同類之證據皆為證言。固如此。即不同類之證據。如證人謂其殺人而鑑定人謂其凶刀之血非人血時。則物證與人證不同時。審判衙門亦可任意取舍之。

第五章 檢證搜索扣押及保管

第一節 檢證

第一 檢證之意義

檢證者檢察官或推事。以五官作用。就人之身體或物之外形。檢察證據之法也。並分析其意義於左。

- (一) 檢證者檢查證據之法也。檢證與扣押保管之法不同。蓋檢證乃檢查證據之法。扣押保管乃保全證據之法也。
- (二) 檢證者就人之身體或物之外形檢查證據之法也。檢證之法有二。其一就人之身體。其二就物之外形。前者如檢驗生傷。後者如檢驗屍體。
- (三) 檢證者以五官作用檢查證據之法也。檢證與判斷證據異。一則依五官作用。而檢查證據。一

則依心意界作用而認定證據。

(四)檢證者檢察官或推事。檢查證據之法也。檢證處分。檢察官及推事皆得爲之。

第二 檢證之原因

檢證之原因有二。其一因發見證據。親臨犯所或其他處所而檢證。其二遇有橫死人或疑爲橫死屍體而檢證。因發見證據。親臨犯所或其他處所而檢證時。學者稱之曰臨檢。其遇有橫死人或疑爲橫死屍體而檢證。該管官吏。並得發掘墳墓。解剖屍體。或爲其他必要之行爲。

第三 檢證之機關

刑事案件。在偵查中。由檢察官檢證。在預審中。由預審檢察官檢證。在起訴後。由受訴審判衙門檢證。但偵查中檢證時。除遇有緊急情形外。須經該管檢察長許可。若於管轄地外檢證時。並得以其處分囑託相當官吏爲之。至司法警察官或司法警察吏。遇有必要情形。亦得補助檢察官或推事而爲檢證處分。檢驗屍體。應由屍體所在地之初級檢察官爲之。但遇有不得已情形。得命司法警察官代行檢驗。

〔附〕檢證爲一種強制處分。而偵查檢察官爲處分時。均應得檢察長之允許。故檢證亦應經該管檢察長許可也。

第四 檢證之程序

檢證處分。含有強制性質。故該管官吏。實施檢證處分時。應注意左列各款事宜。

- (一) 軍事上秘密處所。應經長官隊長或其他管理官承認。
- (二) 日出前或日沒後。因檢證而入人所居住或有人看守之第宅建造物鑛坑船舶者。應經戶主管理人或代理人承認。但於日間實施檢證處分時。可以繼續至夜。其於(1)假釋人之住所(2)客棧酒店飯店及其他於夜間可由公眾出入之處所仍在公開時間以內檢證時。毋庸戶主管理人或代理人承認。
- (三) 因檢證而發掘墳墓者。應命該地鎮鄉村長及死者遺族一人蒞視。但遺族不願蒞視。或其所在不明者。不在此限。
- (四) 於公署軍事廳舍船艦檢證時。應由該長官隊長或其代理官蒞視。
- (五) 於人所居住或有人看守之宅第建造物鑛坑船舶為檢證處分者。應命戶主或管理人蒞視。戶主管理人不在此限。則命其家族雇人同居人隣佐或鎮鄉村吏員蒞視。但未成年人及精神障礙人不得為蒞視人。
- (六) 檢證除蒞視人外。得禁止他人出入。他人不遵命令。得逐出場外。或將其留置至處分完畢時釋放。
- (七) 暫行停止檢證時。得將其處所封閉。或置人看守之。
- (八) 檢察官審判衙門。或受命推事檢證時。除由各該衙門書記官蒞視外。亦得按其情形。命被告人

澈視。又審判衙門或受命推事檢證時。檢察官及辯護人亦得澈視。且除緊急情形外。須於事前。以檢證日期及檢證處所通知檢察官及辯護人。

第二節 搜索

第一 搜索之意義

搜索者因發見證物或被告人對於人之身體宅第或其他處所所實施之強制處分也。茲分析說明其意義如左。

(一) 搜索者強制處分也。故搜索人之身體宅第或其他處所不必得人之同意。

(二) 搜索者對於人之身體宅第或其他處所所實施之強制處分也。被告人及非被告人之身體宅第及其他處所皆可搜索。但搜索非被告人之身體宅第或其他處所則以可信證據存在者為限。

(三) 搜索者因發見證物或被告人所實施之強制處分也。搜索與扣押及羈押之處分不同。扣押物件及羈押被告人皆為保存證據而設。搜索人之身體宅第或其他處所則為發見證物或被告人而設。蓋搜索處分乃扣押及羈押之準備程序也。

第二 搜索之原因

搜索之原因有二。(一) 因發見證物。(二) 因發見被告人所謂證物。專指可以證明事實之動產而

言所謂被告人包括單獨被告人及共同被告人在內。

第三 搜索之機關及其程序

搜索之機關及其程序大致與檢證處分相同。(參觀前述檢證之機關及檢證之程序第一、第二、第四、第五、第六、第七、第八)但搜索處分得用命令書命令司法警察官爲之。且須注意左列各項程序。

(一)命令司法警察官實施搜索。應用命令書。命令書內記明被搜索者之身體宅第或其他處所。並由發給命令書之官員及各該公署書記官簽名蓋印。

(二)司法警察官遵照命令實施搜索處分時。毋庸書記官蒞視。但被搜索人可以閱視命令書。

(三)司法警察官實施搜索處分後。應將關係書狀及物件。一併送交發給命令書之官吏所屬公署。收受書狀及物件之公署。應以收受證書交付司法警察官。收受證書中。由該管官吏及書記官簽名蓋印。

第二節 扣押

第一 扣押之意義

扣押者檢察廳司法警察官或審判衙門自占有證物人手。強行取得占有之處分也。茲分析其意義於左。

(一) 扣押者強制處分也。檢察官司法警察官或審判衙門實施扣押處分時。不必得人之同意。故扣押處分含有強制性質。

(二) 扣押者。自占有證物人手。取得占有之處分也。被扣押之物。暫歸檢察官司法警察官或審判衙門占有。至證物之所有權及其他權利。不因扣押而生影響。故扣押中之證物。不妨為買賣及其他法律行為之標的物。

〔疏〕 扣押不過發生移轉占有之效力。即自占有人處移轉占有於衙署而已。至物之所有權或其他權利。毫不發生法律上之影響。不過事實上。一時妨害其權利之實行已耳。

檢察官司法警察官或審判衙門扣押證物後。多俟案件完結。而後乃付還原主。但扣押之物。若以為不必保存。亦可於結案之前付還。其由檢察廳或司法警察官扣押者。以檢察官之命令付還。由審判衙門扣押者。即由審判衙門諮詢檢察官之意見。以決定付還之。(刑訴第一百二十七條) 故檢察官未曾命令。審判衙門未經決定以前。所扣押之證物。仍歸扣押之機關占有。

〔疏〕 付還原主云者。不必定付還於原先占有物件之人。譬如甲利用乙之物而犯罪。可以付還於乙。而不付還於甲。其竊盜所得之贓物。用以供證據之用者。亦以付還失主為是。且付還處分。不過定占有有人之地位。並非定所有有人之地位。蓋至物件究歸何人所有。與付還無關。不能因其付還。遂謂取得扣押物之權利也。

以上所言。以決定付還云者。為結案前。審判衙門付還扣押物之手續。至歸案後。付還由審判衙門付還時。尚須決定否。法律中並無明文規定。似應探消極說。認為無須決定。為宜。蓋結案時。應沒收者。即行沒收。不沒收者。當然在付還之列也。

(三) 扣押者。對於物之強制處分也。扣押與羈押異。羈押處分。專對於人。扣押處分。專對於物。但可扣押之物。其範圍甚廣。無論(一)其為動產不動產。(二)是否檢證搜索所得之物。(三)被告人

占有之物。抑係第三人占有之物也。

〔附〕(一)關於(一)之解釋。不動產得為扣押之標。物否學者非無爭論。一部分學者以為不動產只為檢證之標。物而不可為扣押之標。物如德學者(2)及日本學者豐島是也。但據訴訟之實際而言。不動產實有扣押之必要。不動產亦可移轉。似亦能為刑事訴訟中扣押之標。物也。日學者富田博士及德學者(3)等主張之。(二)關於(二)之解釋。扣押之物。因多係檢證及搜索所得者。但以檢證搜索以外之處分而發見之物件。亦得為扣押處分之目的。於被告占有為限。故雖屬於第三人占有。亦得扣押之。惟宜留意者(1)大總統之物(2)外國使節之物。不可扣押。於被告遺留物及所有人持有人任意提出之物。可保管。不可扣押(4)得拒絕證言者所持之物。關於其應保守秘密之事情者。須得本人之許可。而後扣押。至軍人之物。在刑訴上。亦可扣押。蓋軍人不過不能為普通刑事案件衙門之被告。人不服從普通刑事裁判。而已。而扣押。則非不能也。但據刑事訴訟法草案規定。須仰軍事衙門之輔助耳。

第二 扣押之原因

扣押之原因有二。(一)因其物可以為證。(二)因其物應行沒收。但據刑法第四十八條沒收之物。以(1)違禁私造私有之物。(2)供犯罪所用及預備之物。(3)因犯罪所得之物為限。且沒收為從刑之一。非隨主刑。不能獨立宣告。故應沒收之物。無不與犯罪證據有關。謂扣押之原因。專為保全證據。無不可也。

扣押之物。遇有必要情形。得開拆封緘。並為其他必要之處分。至被告人授受之郵件。亦得在郵務電報公署及其他處所扣押之。(刑訴第一百三十三條及第一百二十四條)此亦為保全證據起見。並無特別之原因在也。

第三 扣押之機關及其程序

刑事訴訟法

扣押之機關與檢證之機關相同。至其程序大致與檢證程序及搜索之特別程序無異。(參觀前
述檢證之機關及檢證之程序第一第二第四第五第六第七第八。搜索之特別程序第一第二第
三。)但扣押處分有特別程序四種。茲分列於左。

(一)官吏公吏或曾爲官吏公吏地位之人。管理或特有之物。如本人或該管公署稱爲職務上應秘
密者。雖經檢察官或審判官請求扣押。苟無監督吏員承認。不得扣押之。但監督吏員除恐其妨
害國家安寧外。不得拒絕其承認。

(二)僧道醫師藥劑師藥材商產婆律師公證人或曾居此等他位之人。因受職業上委託而持有之
物。如係職業上應秘密者。非經委託人承認。不得扣押之。

疏 上述各人若同時爲被告人有共同被告人之關係則不適用此例外之規定。蓋此等人不過有拒絕證言之資格而
已。至爲被告人則其所持之物亦得扣押之也。關於此點德刑訴第九七條有明文規定。我刑訴雖無規定亦應作此
解釋也。

(三)扣押時應作製筆錄或目錄。節本或繕本。詳記品目。而交付所有人持有人。管理人或其代理人。
(四)扣押之物。如恐其喪失毀損。應爲預防之必要處分。若係不便搬運或不便保存於各該公署之
物。得置人看守。或命所有人及其他人保存之。

第四節 保管

刑事訴訟法第一百二十五條第一項云。被告人之遺留物及所有人持有人任意提出之物。得保

管之第二項云。保管之物。遇有必要情形。得開拆封緘。或爲其他必要之處分。故保管含有強制之性質。與扣押殆無不同。所異者。保管之物。以被告人之遺留物。及所有人持有任意提出之物爲限。而扣押則否耳。

保管之機關與檢證之機關相同。而其程序。大致與檢證程序（參觀前述檢證程序第一第二第四第五第六第七第八。）及扣押之特別程序（參觀前述扣押特別程序第一第二第三第四。）無殊。且保管之物。如以爲無須保管者。亦可以於結案以前付還原主。至其情形與扣押毫無差異。參觀本章各節。自可了然。茲不再述。

第六章 人證

吾人所供述之證言。曰人證。其供述證言之人。曰證人。茲分數節說明之。

第一節 證人之意義

證人者。居於第三者之地位。供述其所經驗之事實。參與訴訟之人也。試分析說明其意義於左。
第一 證人者。居於第三者之地位。參與訴訟之人也。故訴訟案件中。非居第三者之地位。參與訴訟者。不得爲證人。如推事檢察官書記官被告人。共同被告人。辯護人。法定代理人。訴訟代理人是也。

國推檢書記官指現爲本案之推檢書記官及曾爲本案之推檢書記官于與職務後而免官者言之關於此點雖無特別條文而解釋上固應如是也至證人不得爲推檢書記官自應參照職員迴避之規定

同一訴訟同時爲被告人又爲證人固屬不可其爲共同被告人者亦然若欲其爲證人則不可不將案件分別審問之例如甲乙共傷丙甲又傷丁同時審理則乙不得爲傷丁案件之證人欲其爲傷丁案件之證人須將兩案分別審理之此無他被告人之資格與證人之資格絕對不能相容也但以

前爲共同被告人者不爲證人此又不可不察者也
辯護人從來與證人資格不相容故不得爲證人苟欲令其爲證人不可不先斷絕辯護人等之關係也但辯護人究竟能爲證人否之根本問題學者中尙有爭論也
除上述者外無論何人皆可爲證人不過精神病人未成年入無具結之資格而已

第二 證人者，供述其所經驗事實之人也。證人與鑑定人不同。證人供述經驗之事實。鑑定人則陳述自己之意見。

證人雖以供述經驗之事實爲主但供述經驗事實時加以學問上之智識者仍應論爲證人如謂某與某有消費貸借之關係是也

第二節 證人之義務

凡爲證人者，應到場具證而供述證言。故證人之義務有三。即（一）到場之義務。（二）具結之義務。（三）供述之義務是也。

一 到場之義務

到場之義務。即證人親往檢察廳審察衙門所指定之場所。在事務未完以前。應停留於其場所之義務也。檢察廳及審判衙門之傳喚證人。每以衙署所在地爲證人應到之場所。但亦有時於衙署外指定場所傳喚之。非專以衙署爲限也。

到場而於事前逃走者仍係違背證人之義務其所受制裁亦與不到場者同於衙署外指定場所訊問證人者如檢察廳按察時訊問證人於犯所而訊問證人皆是類也

凡居我國領土之上者。不問何人。皆有到場作證之義務。但我刑事訴訟法設有左列各項例外之規定。

〔一〕不問何人皆有證人之義務。但在我領土之上。不問其知與不知。亦不問其年齡國籍身分如何也。但大總統及外國使節。則否。至有領事裁判權之外國人。仍有爲證人之義務。軍人亦有爲證人之義務。蓋軍人不過不服從普通刑事裁判權。非可因此而免除爲證人之義務也。

(1) 證人因疾病及其他不得已情形。不能到場。或因發見事實。遇有必要情形。應就其所在地訊問之。

(2) 國務員爲證人者。應於其公署所在地之檢察廳或審判衙門訊問之。如駐在別處。於其駐在地訊問之。

(3) 國會議員開會中。駐在開會地。而爲證人者。應於其駐在地訊問之。除此三種限制外。證人要傳而不到場。或到場而逾期者。得再傳喚。或逕行拘攝。又或科以一百元以下之罰鍰。

〔四〕在德日現行法例。除罰鍰外。尚需賠償不到之費角。又罰鍰之性質。係秩序罰。非訟罰。法律罰。刑法上處刑之原則。不適用於罰鍰。不必有故意之存在。亦不必有責任能力也。

證人因起訴前之行為。應於起訴前逕科罰鍰者。由檢察官向證人所在地之初級審判廳請求之。其毋庸逕科罰鍰。而本案起訴者。於起訴時。向受訴審判衙門請求之。審判衙門得有檢察官之請求。應以決定裁判請求之當否。至證人因起訴後之行為。應科罰鍰者。則由受訴審判衙門諮詢檢

察官之意見以決定之裁判之。

附對於軍人科罰及執行罰鍰時(即軍人爲證人而違背證人義務時)應請求軍事審判衙門或所屬長官隊長爲之對軍人而欲句擬者亦然此無他恐軍事衙門與普通衙門發生意見故也

證人被科罰鍰而向審判衙門聲敘不到場之正當事由者審判衙門應以決定撤銷罰鍰之決定亦得於三日以內之抗告期間中提起抗告聲明不服抗告期間中及抗告中停止決定之執行

二 具結之義務(外國刑事訴訟法名曰宣誓之義務)

具結之義務即證人依法定程序親具切結聲明據實供證并無匿飾增損情事之義務也證人違反此義務不肯具結而無正當理由或於具結後銷撤其具結而不敘述理由又或其所敘述之理由涉於虛偽者得科一百元以下之罰鍰其詳細情形與違背到場義務所科罰鍰之情形相同凡爲證人者無不負有具結之義務但列各人應不命其具結而訊問之

附左列各人應屬於官署調查事項並非必待他人請求而後乃調查之也又不具結之訊問不過爲事實參考起見而訊問之耳學者因此稱之爲事實參考人但雖不具結仍不妨爲證人不過不爲具結之證人而已

(1) 未滿十五歲者

(2) 因精神狀態不解具結之意義及其效力者

(3) 與被告人有雇傭關係及與被告人同居者

附同居云者係指服從於同一戶主權力以下之人而言不限於其親族但暫時借居或同院隣居不在此限

除前述三項情形外凡無供述之義務者(詳見後)亦得拒絕具結

三 供述之義務

供述之義務。即證人受訊問時。應行陳述知與不知之義務也。此項義務之內容及其範圍。宜就詢問時情形決之。惟證人受訊而不肯供述者。無論知與不知。皆以違背義務論。

疏 實係不知亦應供述。不知不可絕對不供。

凡受傳喚而為證人者。無不負有供述之義務。但有特別情形時。亦可拒絕證言。不為供述。此項情形計分七種。

疏 供述義務即供述經過情形之義務也。至調查事實。實預備供述。則無此義務。亦無供述意見之義務。

(一) 官吏或會居此等地位之人為證人。就其職務上應秘密之事實受訊問。而未經監督吏員之承認者。

疏 應否秘密認定之權。摻諸各該公署監督吏員。審檢衙門。不過可以審查違法與否而已。

(二) 證人係被告人之親族。或與被告人曾有親族關係者。

(三) 被告人之監護人及保佐人為證人者。

(四) 被告人之被監護人及被保佐人為證人者。

(五) 僧道、醫師、藥劑師、藥材商、產婆、律師、公證人、或會居此等地位之人。受職業上委託。應秘密者。

疏 刑法上定有洩漏秘密罪。放在訴訟法上。無供述之義務。但係所謂秘密者。即本人有不使他人知悉之利益。且未經普衆周知之事實也。本人將其事實告知於僧道等人。否毫無關係詳言之。即本人以他人不知為有利益。且一般

人尙未週知之事實也是否本人告知於僧道醫師等則非所問矣但一般人已經周知之事實本人又從而告之僧道醫師禁不與外人道亦非秘密之事實然本人雖未告知僧道醫師自行認知之事實不與外人道則其利益存在者此其事實尙未爲一般人周知即係應秘密之事實也故應秘密之事實如下(一)一般人未知之事實本人明示或默示禁止與他人言而告知於僧道醫師等人者(二)非本人所告知乃僧道醫師等自行認知(但其事實未爲一般人周知)若他人不知而於本人有利益者以上二種情形本人如肯承認則一方面固構成洩漏秘密罪一方面證人亦不得再拒絕證言

(六) 恐爲刑事被告人者

(七) 恐其親族監護人被監護人保佐人或被告保佐人爲刑事被告人者。

受傳喚之證人。遇有以上七種情形。得於訊問之日。以言詞或書狀明白聲叙其事由。拒絕供述。不爲證言。其在訊問日期以前知有以上七種情形者。亦可於事前聲叙拒絕供述之事由。不必到場受訊。

疏 以上所述乃證人之義務非爲該公署應行調查之事項也但證人有拒絕之權利而不拒絕者其證言亦屬適法之證言當然有效蓋權利固可自由拋棄也又權利者一時拒絕證言嗣又取消拒絕證言其情形亦與自初未曾拒絕者無異也

證人拒絕證言。不肯供述。而未聲叙其事由。或其所聲叙之事由不實者。我刑事訴訟法以違背供述義務論。得科一百元以下之罰鍰。

疏 但有上述情形即可科罰不問其(一)爲全然拒絕供述或拒絕一部分之供述(二)爲初次拒絕供述或第二次拒絕供述(三)被傳到場者或自行到場者

第二節 傳訊證人之程序

一 傳喚證人之程序

傳喚證人應用傳票。傳票中須記明左列各款事宜。

第一 證人姓名住址。住址不明者。以最後居所爲住址。

附 證人之住址姓名不必確巧符合。只須音用不差。足以表示爲某人卽生效力。此爲各國判例所公認。解釋上亦當然如此也。

第二 應到之日期及檢察廳或審判衙門。其就證人所在地訊問者。應豫告訊問日期於檢察廳。審判衙門失指定處所傳喚者。須記明應到之處所。

第三 不到場者應受之制裁。

附 此款如不記明是否爲傳喚無效。抑係不能與以制裁學者。中分兩派學說。一曰「*Yes*」探前說。爲島探後說。本講義探前說。視爲傳票根本無效。因此係要式行爲之一也。

第四 得拒絕證言之情形及其程序。

刑事案件在偵查中。傳喚證人。由檢察官或司法警察官爲之。在豫審中。由豫審檢察官爲之。在起訴後。由受訴審判衙門爲之。司法警察官傳喚證人時。該司法警察官須簽名蓋印。檢察官或預審檢察官傳喚證人時。該檢察官及檢察廳書記官須簽名蓋印。受訴審判衙門傳喚證人時。審判長或受命推事與審判衙門書記官。均須簽名蓋印。

傳喚證人之傳票。其形式如前所述。若無傳票。或傳票之形式不備。被傳喚人可以拒絕到場。但證人情願到場時。無論有無傳票及傳票其形式如何。該管官廳亦得以其爲證人而訊問之。

交付傳票。應用送達。而送達傳票。與訊問日期。其間至少須隔二十四小時。應急速處分者。不在

此限。但遇左列各款情形毋庸送達傳票。

第一 證人用書狀聲明屆時到場者。

第二 對於到場之證人。用言詞告知下次到場日期者。

第三 就證人所在地訊問。豫告日期者。

證人傳票。應送達於證人之住所。住所不明。則送達於最後之居所。若證人在管轄地內監獄中執行刑法罰。則知照監獄官吏傳喚之。

二 訊問證人及證具結之程序

證人句攝到場者。除休息日不計外。得於四十八小時以內訊問之。其被傳到場或自行到場者。應於到場之日訊問。先問其住址年齡職業。以徵驗其人有無錯誤。若無錯誤。再以言詞告知得拒絕證言之情形及拒絕之程序。證人不能拒絕證言。或不拒絕證言者。命其具結。具結之後。就本案事實。逐一訊問之。到場之日。訊問未畢者。應用言詞告知下次到場日期。如遇必要情形。並得命其偕往指定之處所。

疏 證人拒絕具結而不拒絕供述者。亦得以其為參證人而訊問之。

訊問證人。通常皆須經過傳喚及具結之程序。但自行到場或現在喚問處所之人。雖未傳喚。亦得以其為證人而訊問之。其拒絕即時訊問。而有正當理由者。應用言詞告知訊問日期。且在訊問事

實以前。應否命證人具結。尙有疑義。亦得於訊問事實後。命其具結。

具結應各別爲之。但同一案件。有證人數人者。亦得命同時爲之。具結以前。告以拒絕具結及僞證者（刑律第一百八十一條）應受之制裁。結文之中。應記明供證確實。並無匿飾增損等語。由各該公署書記官朗讀。並按其情形。說明意義。命證人簽名蓋印。證人於具結後。發見有得拒絕證言之事由。或發見有得拒絕具結之事由者。亦得拒絕證言。或撤銷具結。

附 具結應各別爲之。指同一證人曾在檢察衙門具結者。至審判衙門爲證人時。仍須再經過具結之程序。而言但在同一衙門雖無命其兩次具結之必要。然亦非違法。須當注意。

案件在偵查中。除應急速處分之情形外。檢察官非受檢察長之命令。不得訊問證人。在豫審中。由預審檢察官訊問。在起訴後。由受訴審判衙門訊問。檢察官及審判衙門。並得囑託有權限之官吏訊問之。得訊問證人者。亦得依法句擣。至其程序。則準用句擣被告人之規定。除以上所述之情形外。關於訊問被告人之程序。亦準用之。茲列舉其程序如左。

附 即除人之訊問外。再行訊問此項訊問目的。在喚起或維持證人之記憶。故無論採何種方法。均無不可。（1）證人爲補述供述以書狀補呈。亦非違法。（2）對證人爲片面訊問。證人對答亦可。（3）諷示訊問亦可。

（一）訊問證人。應隔別爲之。但因發見事實。遇有必要情形。得命證人與他證人或被告人對質。

（二）檢察官訊問證人。命檢察廳書記官蒞視。推事訊問證人。命審判衙門書記官蒞視。

附 書記官蒞視其職務。即爲錄供。訊問後。命書記官朗讀供詞。視其有無錯誤。如證人以爲應當增減。則增減其供詞。

（三）證人係聾者。用文字訊問。啞者。用文字答復。不知文字者。命通事通譯。

(四)訊問證人。禁用威嚇及詐罔之言。

第四節 證人之費用

證人有請求日費及旅費之權利。此項權利。因履行證人義務而發生。但證人違背義務。不肯到場。或到場而拒絕具結。拒絕證言。並無正當理由者。則無請求日費及旅費之權利。證人之日費及旅費。應於偵查及預審處分終結以前。或於判決以前支付之。至費用之多寡。則以他項特別章程所定之額數為準。

第七節 鑑定及通譯

第一節 鑑定

鑑定人所供給之意見。曰鑑定。茲分數項說明之。

一 鑑定人之意見

鑑定人者。居於第三者之地位。本其所固有之學識、技藝、職業及其他經驗。發表自己之意見。供給之於檢察或審判衙門。參與訴訟之人也。茲分析說明其意義於左。

- 第一 鑑定人者。居於第三者之地位。參與訴訟之人也。故非居第三者之地位。參與訴訟者。不得為鑑定人。如推事、檢察官、書記官、被告人、共同被告人、辯護人、法定代理人、訴訟代理人是也。
- 第二 鑑定人者。本其所固有之學識、技藝、職業及其他經驗。發表自己之意見。供給之於檢察或

審判衙門之人也。鑑定人與證人異。證人供述具體之事實。鑑定人供給抽象之意見。證人雖不可代替。而鑑定人則可代替。且為證人者。不必有特別之學識技藝職業及其他經驗。為鑑定人者。則非有特別之學識技藝職業及其他經驗不可。

附 由上述各種言之。故證人有眼而鑑定人無窮。證人非與聞其事者。不得為之。而鑑定人則凡有特別之學術技藝職業者。均得為之也。

據右所述。則鑑定人與證人之區別。可不辯而自明。但學者中有鑑定人供給現在之意見。證人供述過去之事實者。不知證人亦有時供述現在之事實。譬如證人與被告人同時立於法庭。審判官問證人是否與被告人相識。該被告人是否犯罪之人。證人苟有供述。即係供述現在之事實。不得謂其供述過去之事實也。

附 證人因有供述現在事實者。而鑑定人亦有論斷過去事實者。如設某某係受毒身死等事後之斷定是也。

鑑定人之性質與證人本不相同。但鑑定人有時亦為證人。證人亦有時供述其鑑定之事實。譬如某甲毒殺某乙。某乙受毒之時。醫師某丙曾經代乙診治。不幸而某乙死亡。某丙又鑑定其是否因病致死。謂乙曾經受毒（證言）又謂乙因毒致死（鑑定）是以鑑定人之資格。同時兼有證人之資格者也。又如某乙受毒身死。醫師某丙曾經依法檢驗。其後某丙經官廳傳喚。使其供述當日檢驗之情形。丙之證言。即係供述鑑定之事實者。證人供述曾經鑑定之事實。學者稱之曰鑑定證人。

附 鑑定證人具有兩種資格。故應具兩次結文。否則必有一種無效者。至其性質與鑑定人異。鑑定人只有特別學識。而此則否。鑑定人須述意見。而此則否。蓋此乃證人之一種。故應用證人之規定。

二、鑑定人之義務

- 鑑定人之義務與證人大致相同。(一)到場之義務。(二)具結之義務。(三)鑑定之義務。至其義務之性質。違反義務之制裁。以及免除義務之事。由亦與證人無所差異。其不同者。惟左列數項而已。
- (一) 鑑定人違反到場義務。不許句攝。(此關於到場者。)
 - (二) 鑑定人應於鑑定前具結。必為誠實之鑑定。(此關於具結者。)
 - (三) 鑑定人非經各該公署選任。無鑑定之義務。(此關於鑑定者。)

三、鑑定之程序

鑑定人之程序。大致如左。

- (一) 鑑定事宜。應預指定之。
- (二) 鑑定人得增加額數。或改任其人。
- (三) 遇有必要情形。得以前關鑑定之物。交付鑑定人。命其於各該公署外。為鑑定所需之程序。
- (四) 鑑定人得經各該公署許可。閱視書狀及證據物。並於訊問被告人時。到場蒞視。亦得請求各該公署訊問被告人證人。或經許可。親自發問。
- (五) 審判衙門或受命推事。命鑑定人鑑定者。得由檢察官辯護人蒞視。並應於事前將鑑定日期及其處所。豫告檢察官及辯護人。但應急速處分者。不在此限。

- (六)鑑定人應用書狀或言詞報告鑑定程序及其結果。如遇有必要情形。得命鑑定人說明鑑定書。
- (七)鑑定人有不通中國語言。或不通檢察官審判官語言者。命通事通譯。

第二節 通譯

刑事訴訟關係人中。有不通民國語言之人。或不能以民國語言表示意思之人。欲使其與他人互通意思。不可不有妥善之法。其法維何。卽通譯是也。據我刑事訴訟法第一百九十二條。凡被告人證人鑑定人有不通民國語言或不通檢察官審判官之語言。又或被告人係聾啞人。不能用文字爲問答者。應命通事通譯。故通譯之情形甚多。非專以被告人證人鑑定人不通民國語言之情形爲限也。

通譯與翻譯異。通譯重在語言。翻譯則重在文字。故以文字傳達雙方之意思者。謂爲翻譯。則可。謂爲通譯。則不可。蓋翻譯事務非長於專門學識之人。不得爲之。在法律上應當稱之爲鑑定。不可視爲通譯也。

辦理通譯事務者。訴訟法上稱之曰通事。其種類有二。

- (一)法定通事。法定通事。卽依法有通譯之責者。如審判衙門或隣近審判衙門之翻譯吏員。
- (二)指定通事。指定通事。卽檢察廳或審判衙門所指定之通事。凡力能勝任之人。檢察廳或審判衙門皆得指定之。

除上所敘述之情形外。凡關於鑑定之規定。皆準用之。如通事之義務。通譯之程序。以及指定通事之費用。無不準用鑑定之規定。(刑訴第一百九十三條第三項)

第八章 裁判

第一節 裁判之意義

裁判者。審判衙門根據法律及事實。對於訴訟人所爲之意思表示。而有拘束力者也。試分言之。

(一) 裁判者。審判衙門之意思表示也。故檢察官之意思表示。不得稱爲裁判。司法警察官之意思表示。亦然。

(二) 裁判者。根據法律及事實所爲之意思表示也。故審判衙門所爲之意思表示。事實上或法律上毫無根據者。不得稱爲裁判。

(三) 裁判者。對於訴訟人之意思表示也。故審判衙門內部之意思表示。非對於訴訟人而爲之者。不得稱爲裁判。

(四) 表判者。有拘束力之意思表示也。審判衙門之意思表示。若無拘束力。則不得稱之爲裁判。譬如審判衙門勸告刑事被告人從事供述。或勸諭其不可再犯之類是也。

第二節 裁判之種類

裁判之種類甚多。舉其要者。約有三種。

第一 終局裁判與中間裁判。此就裁判時期而區別者。所謂終局裁判。即訴訟終結時之裁判。

中間裁判。即訴訟進行時之裁判也。

附 中間裁判。例如當事人對於推事請求拒却裁判衙門。因此所下之裁判。中間裁判也。此無他。以本案尚未終了。故耳。又判決多為終局裁判。決定則有時為終局裁判。有時為中間裁判。前者如對於請求易科罰金之裁判。後者如對於請求拒却推事之裁判。是也。至命令則皆為中間裁判。如羈押逮捕之命令等是。

第二 實體裁判與形式裁判。此就裁判性質而區別者。所謂實體裁判。即斷定有無刑罰權之裁判。形式裁判。即斷定訴訟關係存在與否之裁判也。實體裁判與刑事訴訟案件極有關。故有稱之為本案裁判者。

附 判決多為實體裁判。決定則皆為形式裁判。命令亦然。但判決亦有時為形式裁判者。如對於被告人死亡之判決。駁回公訴之判決是也。

第三 判決決定與命令。此就裁判程序而區別者。即判決在原則上應經當事人之言詞辯論為之。決定與命令則否。且決定之行政於公判庭者。應先諮詢當事人之意見。命令則否。

附 德意志刑訴草案規定合議庭所下之裁判。判決決定審判長所下之裁判。則稱為命令。至德之現行法。則刪除此項區別。故學者中多有不認此種決定命令之區別者。至我刑訴草案。已明白規定決定命令之區別。解釋上自無疑義也。

第三節 裁判之成立

在獨任制之審判衙門。以獨任推事之意思。宣告裁判。在合議制之審判衙門。以多數推事之意思。宣告裁判。因其有多數推事之意思。故於宣告裁判之前。必經評議及決議之程序。其情形如左。

附 宣告裁判。必經過評議決議之程序。係指判決決定而言。至命令。則多由審判長獨斷而行。當然不適用此種程序也。

(一) 評議及決議。由審判長指揮行之。即評議之開始。評議之進行。評議之終結。乃至決議。皆由審判長指揮而實行之。

(二) 評議及決議時。承審推事應全體出席。即評議及決議時。各推事應全體出席。但以承審之推事為限。得不臨時更改其人。或託人代替。

(三) 評議及決議不許公開。即評議及決議時。禁止旁聽。但候補及學習推事。依法院編制法第七十五條。可以入坐旁聽。

(四) 評議及決議之顛末。並各推事之意見。須嚴守秘密。即評議決議時之情形。以及各推事之主張。不得告知外人。以杜流弊。

(五) 評議時。各推事皆須陳述意見。即出席之推事。皆須發表意見。至其發言之次序。則以官資較淺者為始。以審判長為終。官資相同者。以年少者為始。年長者次之。

(六) 決議須依過半數之意見。即各推事之主張不同。應取決於多數人之意見。譬如被告人犯殺人罪。主張宣告死刑者三。主張宣告無期徒刑二。應依多數人之意見。宣告死刑。

此所謂過半數。非自然之過半。如推事五人。之主張各不相同時。如殺人案。一主死刑。二主無期徒刑。三主一等有期徒刑。則可以人為之過半數決之。例如主最重刑者一人。主重刑者二人。主輕刑者二人。主最重刑者即不能成立。主張立須取消其主張。而次為重刑之法。則主重刑者本為二人。因主最重刑者加入之結果。遂變為三人之多數。即為過半數矣。

第四節 裁判之理由

審判衙門之裁判。原則上應附理由。但命令及不許上訴之決定。得不附理由。

裁決及許上訴之決定。審判衙門必須附加理由。蓋無理由。則不知其所根據之法律。及其所認定之事實。上級審判衙門雖欲撤銷裁判。亦不可得。而其裁判之當否。亦非上級審判衙門所可知也。判決之種類不一。有諭知無罪之判決。有諭知管轄錯誤之判決。又有諭知科刑之判決。被告人受第一種及第二種判決。縱有錯誤。不至蒙非法之影響。故審判衙門所附理由。不必詳盡。至第三種之判決。關係被告人之利益甚大。不有詳細理由。殊不足以折服其心。而昭公允。故犯罪事實。犯罪證據。因證據而認定事實之理由。及其所適用法律。判決文中。皆須一一記載之。

第五節 裁判之諭知

諭知裁判之法有二。在當事人之前諭知者。依宣告之方式行之。其他情形。則依送達之方式。但審判衙門之判決。非經宣告之方式不可。

〔附〕普通審判衙門之缺席判決。大理院書面審理之判決。雖均不在當事人前諭知。然亦須經過宣告之方式。即須開庭宣告。蓋判決非宣告不生效力也。

宣告裁判。在獨任制之審判衙門。由獨任推事爲之。在合議制之審判衙門。由審判長爲之。獨任推事或審判長宣告裁判。時必須朗讀主文。其附有理由者。於朗讀主文後。更須告知理由之全部或其要領。

諭知裁判。乃裁判發生效力必要之條件。苟未經過宣告或送達之方式。則不發生裁判之效力。譬

如在合議制之審判衙門。雖經多數推事評議之結果。而有決議。但其決議。不過爲裁判之張本。非可視爲裁判也。

附如上述故評議可變更而裁判不能變更蓋一經宣告已爲一般人知悉衆目具瞻縱有錯誤亦不得任意出乎反乎以覆法院之威信也。但未經送達之裁判與宣告後送達之裁判不同前者無須經過宣告以送達爲判決效力發生之條件放在未經送達之前可以變更而後者以宣告爲裁判發生效力之條件送達與否皆無關係故一經宣告雖尚未送達亦不得變更矣。

第六節 裁判之變更

凡裁判經過宣告或送達之方式而執行者。不得無故變更。其在執行以前者。則因裁判之性質而不同。茲述於左。

第一 得以上訴方法攻擊者。得以上訴方法攻擊之裁判。雖審判衙門亦受拘束。故不得自行變更。如有罪無罪之判決。聲請拒却推事之決定。(刑訴第三十二條第三十三條)是也。

第二 不能以上訴方法攻擊者。不能以上訴方法攻擊之裁判。除法律有特別規定外。審判衙門可以自行變更。如句攝被告人之命令是也。

第七節 裁判之確定

第二 判決之確定

訴訟當事人對於審判衙門所宣告之判決。雖可聲明上訴。或聲明障礙。而請求變更。若聲明之期間。漫無限制。則刑事訴訟必永遠不能確定。訴訟人之受累。將無窮期。故法律特設一定之期間。經

過期間。則判決確定。訴訟當事人不能聲明不服。此項關係。刑事訴訟法。學者認為判決之形式確定力。

所謂判決之形式確定力。其效力不過不能聲明障礙。或不能聲明上訴而已。若訴訟當事人於判決後。對於同一事實。另行提起訴訟。審判衙門因第二次之起訴。更爲第二次之判決。苟先後之判決不同。則訴訟關係人之權利狀態。仍舊不能確定。司法威信。必因是而不能維持。故判決確定後。訴訟當事人不能對於同一事實。提起同一之訴。更爲同一之主張。審判衙門亦不能就同一事實。再行審理。此項關係。刑法學者稱之曰。一事不再理。刑事訴訟法學者。則認爲判決之實質確定力。審判衙門之判決。具有實質確定力者居多。但吾人應留意者。須其判決。(一)非無效之判決。(二)非外國審判衙門之判決。(三)非形式判決。蓋無效判決。審判衙門可以依法變更。外國審判衙門之判決。在中國法律上。不能認爲有效。形式判決。乃判斷訴訟關係之有無。而非斷刑罰權之有無。實質確定力皆無由而發生也。

判決之實質確定力。祇關係於訴訟案內之人。而於訴訟案外之人無與。譬如某甲被殺。乙丙有共犯謀殺之嫌疑。乙者先就逮捕。經審判衙門宣告無罪。該判決一旦確定。審判衙門雖不能對乙更有罪之主張。若其後丙被逮捕。檢察官另行起訴於同一審判衙門。該審判衙門不妨對丙宣告有罪之判決也。

第二 決定及命令之確定

決定及命令大都用以判斷訴訟關係之有無而非判斷刑罰權之有無故兩者皆無實質確定力。至形式確定力之有無則自其性質決之。其不能以上訴方法攻擊者無形式確定力。能以上訴攻擊者有形式確定力。蓋不能以上訴方法攻擊之裁判。審判衙門可以隨時變更。能以上訴方法攻擊者上訴之途窮則裁判即永久確定。故一則有形式確定力。而一則無之。

第九章 書狀及筆錄

訴訟上之事實。恆賴書狀及筆錄而證明。故檢察廳及審判衙門不可不作制書狀及筆錄。證明訴訟上之事實。其最重要者。如(一)訊問被告人證人鑑定人通事之筆錄。(二)檢證搜索扣押保管之筆錄。(三)偵查及預審中之筆錄。(四)偵查及預審斷定書。(五)公判中之筆錄。(六)裁判書。(七)檢察官及司法警察官自發給之命令是也。

書狀及筆錄。在檢察廳。應由檢察廳書記官作制。在審判衙門。應由審判衙門書記官作制。但亦有由檢察官推事或其他官吏作判者。如偵查及預審斷定書之原文。應由檢察官作制。判決原本。應由推事作制。各該衙門書記官。均無作制之權。

書狀及筆錄之內容。與作制書狀及筆錄之程序。互有差異。茲分述之。

一 訊問被告人證人鑑定人及通事之筆錄。

(1) 此項筆錄。應記明被告人證人鑑定人或通事之陳述。證人鑑定人或通事有不具結者。應記明其不具結之理由。

(2) 此項筆錄。應命書記官向陳述人朗讀。並詢記明事由有無錯誤。如陳述人請求變更記明事宜。應以請求之語記於筆錄。然後再向陳述人朗讀。並訊問之。

(3) 此項筆錄。應由該管檢察官推事書記官及其他蒞視人簽名蓋印。其未由檢察廳審判衙門書記官蒞視者。則由處分之人為書記官應為之事務。

(二) 檢察搜索扣押保管之筆錄。

(1) 此項筆錄。應記明檢證搜索扣押保管之程序日時處所及其他必要事宜。且應於筆錄之內。詳記扣押保管物之品目。或另作目錄。附有筆錄之後。

(2) 此項筆錄。應由該管檢察官推事書記官及其他蒞視人簽名蓋印。其未由檢察廳審判衙門書記官蒞視者。則由處分之人為書記官應為之事務。

(三) 偵查及預審中之筆錄。

(1) 預審筆錄。應記明(第一)地方檢察長命令開始豫審之年月日(第二)為預審處分之檢察廳及年月日。並預審檢察官檢察廳書記官官職姓名。被告人輔佐人通事姓名(第三)案件要旨(第四)證據物及朗讀之書狀(第五)偵查及預審中之扣押及保管(第六)預審中被

告人輔佐人之請求及其處分(第七)由被告人輔佐人請求記明筆錄。經預審檢察官許可之事宜。及由預審檢察官命令記明之事宜(第八)被告人不到場之事由(第九)預審處分之斷定。

(2)預審筆錄。應於告知斷定後二日內整理。

(3)預審筆錄。應由預審檢察官閱視簽明蓋印。預審檢察官如有意見。則附記於預審筆錄之後。右列三項。關於偵查筆錄。準用之。

(四)偵查及預審斷定書。

(1)偵查斷定書之原文。應由偵查檢察官親自作制。

(2)預審斷定書。應由預審檢察官親自作制。

(五)公判中之筆錄。

(1)公判筆錄。應記明(第一)為公判之審判衙門及年月日。並審判長陪席推事檢察官審判衙門書記官官職姓名。被告人輔佐人通事姓名(第二)禁止公開辯論時之決定。及決定之理由。(第三)命令退庭時之命令。及命令之理由。(第四)訴訟之要旨。(第五)公判檢察官用言詞起訴時之陳述。(第六)證據物及朗讀之書狀。(第七)於公判庭為扣押及保管之事實。(第八)辯論中當事人辯護人輔佐人之請求及其裁判。(第九)由當事人辯護人輔佐

人請求註明筆錄。輕審判長許可之事宜。及審判長命令記明之事宜。(第十)命被告人於言詞辯論最終時陳述之事宜。(第十一)被告人不到場之事由。(第十二)判決之諭知。

(2) 公判筆錄。應於諭知判決後五日內整理。

(3) 公判筆錄。應經審判長閱視簽名蓋印。審判長如有意見。應附記於筆錄之後。審判長因故不能閱視及簽名蓋印時。由資深陪席推事爲之。

(六) 裁判書

(1) 裁判書之原本。應由推事作制。但決定及命令。得不作制原本。

(2) 裁判書之原本。應由參與該裁判之推事簽名蓋印。審判長因故不能簽名蓋印。由資深陪席推事附記其事。由陪席推事有故不能簽名蓋印。則由審判長附記其事。由

(3) 裁判書內除有特別規定外。應記明被裁判人姓名年齡住址。若係判決書。並應記明蒞視公判之檢察官官職姓名。

(4) 裁判書內。蓋以審判衙門之印。如有故不能蓋印。則記明其事。由

(七) 檢察官司法警察官發給之命令

(1) 檢察官司法警察官發給之命令。應蓋各該公署之印。

(2) 檢察官司法警察官發給之命令。如因故不能蓋各該公署之印。應記明其事。由

第十章 送達

送達者以訴訟書狀交付於訴訟關係人之程序也。據我國刑事及民事訴訟法之規定。檢察廳及審判衙門書記官。有送達書狀之職權。但書記官自行送達者少。實際上多託送達吏行之。送達書狀應交付於應受送達之本人。故被告人輔佐人等。除被羈押於審判衙門所在地之監獄中者不計外。因收受送達。應以其居所聲明於該管檢察廳（起訴前）或受訴審判衙門（起訴後）其不在檢察廳或受訴審判衙門所在地居住者。應就居住該地人中指定代收送達之人。一旦聲明或指定之後。如無變更。對於各級檢察廳或審判衙門。皆有效力。

應受送達之人。未曾聲明居所。亦未指定代收之人。且該管檢察廳或審判衙門不知其居所之所在。無從送達書狀時。則懸貼書狀於該衙門牌示處以代之。此項程序。我刑事訴訟法。名之爲公示送達。公示送達。自懸貼書狀之次日起。發生效力。除以上所述之情形外。凡民事訴訟法中關於送達之規定。皆準用之。（如關於(1)送達機關(2)應受送達之人(3)應行送達之書狀(4)送達之方法(5)送達之時日。以及其他各項程序。）但刑事訴訟有代表國家而爲原告之檢察廳檢察官參與其間。故刑事訴訟法又有左列各種規定。

- (一) 起訴以前。曾以居所聲明於檢察廳者。起訴後如無變更。毋庸聲明於受訴審判衙門。
- (二) 審判衙門如有書狀應送達於檢察官。則以其書狀送交檢察廳。

第三編 通常訴訟程序

前編 第一審

第一章 公訟通論

第一節 公訟及公訴權

請求科刑之訴。謂之公訴。實行公訴。請求審判衙門審判之權。謂之公訴權。公訴以確定刑罰權之有無及其範圍爲目的。苟無確定之必要。則不發生公訴權。譬如被告人亡故。代表國家而爲刑事原告之檢察官依法不能提起公訴。其明證也。

公訴權爲訴訟上之權利。與實體上之刑罰權不同。刑罰權存在。而公訴權不存在之時有之。公訴權存在。而刑罰權不存在之時亦有之。前者如親告罪無人告訴。後者如已起訴之被告人未曾犯罪是也。

第二節 公訴之效力

公訴爲刑事訴訟成立時必不可缺之要件。未經公訴之案件。審判衙門不能自行審判。譬如某甲犯吸煙罪。未經檢察官起訴。審判衙門不得就某甲之吸煙行爲而審判之。

公訴之效力。祇能及於檢察官所起訴之犯罪與檢察官所起訴之犯人。若一人犯數罪。或一罪有數人。非經檢查官一起訴。審判衙門不能逕行審判。故在審判衙門發見被告人別有未受公訴

之犯罪。或發見被告人外別有未受公訴之共犯。應由審判衙門從速知照檢察官請求處分。如有緊急情形。應急速審理者。亦可逕行審理。但欲判罪科刑。仍非檢察官補行起訴不可。

附 所謂審理乃審理犯罪之事實。非審理犯罪之條文也。檢察官起訴時所認定之犯罪條文如何。於審判官之審理不生若何影響。如檢察官起訴時認甲為強姦罪。而引用強姦罪之條文。而審判官審判結果認為猥褻行為。而依猥褻罪科刑。固無不可也。又如起訴時為甲一人犯竊盜罪。而審理結果發見乙丙共犯。若事實彰著。雖檢察官對於乙丙未行起訴。而審判官除不得即行判罪科刑外。固亦可逕行審理也。要之審判官之審理。不受起訴條文之拘束而已。

公訴之效力甚強。既經提起以後。審判衙門應即依法裁判。裁判前或裁判後。各級檢察衙門檢察官不得任意撤銷。但在第一審未經開始辯論者。不在此限。

第三節 公訴權之消滅

代表國家而為刑事原告之檢察官。對於被告人。有提起公訴之權。但有左列各款情形。則公訴權消滅。檢察官不能對被告人提起公訴。

第一 被告人亡故。被告人亡故。則訴訟主體不存。故公訴權應當消滅。

第二 親告罪撤銷告訴。親告罪之告訴。為訴訟成立必要之條件。未經告訴。不能提起公訴。既告訴而又撤銷。則公訴權隨之消滅。

第三 裁判確定。公訴以確定刑罰權之有無及其範圍為目的。裁判確定。則公訴之目的達。公訴權自然消滅。

連續犯罪。以一罪論。故對一部犯罪之裁判確定者。他部犯罪之公訴權。亦歸消滅。

疏關於連續犯有應注意者如甲由正月至五月繼續竊乙之物檢察官僅對正月二月之行爲起訴經判決後始發見三四五月之行爲依學理論檢察官不能再對之起訴因無論行爲若干次均以一罪論法有明文也但判決後甲對乙再爲六七八三個月之竊盜行爲是否不能再起訴爲一問題學者中有謂判決後再犯可以審理先之判決不能對於以後之犯行發生效力也又有謂無論其犯行在判決前後祇須實際上爲連續犯均當以一罪論不得再對之起訴一事不
再理之原則固如是
此本講義亦主是說

第四 犯罪後之法律已廢止該罪之刑罰。犯罪後之法律既將刑罰全然廢止自毋庸確定刑

罰權之有無故公訴權因新法發生而消滅。

疏例如八年十二月犯無夫姦罪而九年一月刑法補充條例廢止檢察官對於無夫姦之行爲即不得再行起訴惟因廢止之時間不同而辦法亦異(一)起訴前廢止者如上例不起訴(二)起訴後廢止者則免訴(三)判決後廢止者則檢察官無以爲權上訴於上級衙門而由上級衙門免除其刑

第五 法律全免刑罰。法律既將刑罰免除。審判衙門即不能違法科刑故公訴權亦因之消滅

第六 大赦。凡遇大赦則刑罰權及公訴權同時消滅。審判衙門不能判罪科刑。檢察官亦不能

提起公訴。

第七 提起公訴權之時效。公訴權有時因時效而消滅。據刑法第六十九條時效之期限如左。

- 一、係死刑者十五年。
- 二、係無期徒刑或一等有期徒刑者十年。
- 三、係二等有期徒刑者七年。
- 四、係三等有期徒刑者三年。

五係四等有期徒刑者一年。

六係五等有期徒刑拘役或罰金者六月。

右述期限自犯罪行為完畢之日起算逾期不起诉者起訴權消滅。二罪以上之起訴權時效期限。據最重之刑定之。

第四節 公訴之準備

刑事訴訟其行為可分兩種。即準備訴訟與實施公訴是。準備訴訟之行為曰索探處分。凡偵查處分預審處分急速處分皆屬之。但急速處分不外偵查處分及預審處分之簡捷程序。其本來之準備訴訟行為。惟偵查及預審兩種處分而已。

索探處分其用意。在蒐集斷定起訴與否之材料。及預防其材料之消滅。故索探處分不外左列五端。

- (一)事實構成犯罪否。
- (二)事實完備訴訟條件否。
- (三)犯人爲誰。
- (四)證據有無湮滅之虞。
- (五)被告人有無逃亡之虞。

偵查處分預審處分及急速處分皆以此五端爲其實施之範圍。至偵查處分預審處分急速處分
之內容。以下當分章述之。

第二章 偵查處分

第一節 偵查之意義

偵查爲準備起訴之程序。用以蒐集材料斷定起訴與否者也。檢察官對於犯罪嫌疑人。非得充分
之證據。不能提起公訴。故案件有無證據。在起訴以前。必先有以決定其意見。其所資以決定之方
法。即偵查程序是也。

偵查程序。既係起訴之準備。故犯罪嫌疑人在此程序中。尙未得爲訴訟之主體。不過偵查處分之
客體而已。蓋犯罪案件。尙未繫屬於審判衙門。不生訴訟關係。偵查之方針。及偵查之範圍。一任檢
察官之意見定之。檢察官或從有罪方面偵查。或從無罪方面偵查。或從兩方面同時偵查。均無不
可。

第二節 偵查之端緒

偵查之端緒。法律上無一定之限制。即道路之風傳。新聞之記事。皆得據以爲偵查之發端。我刑事
訴訟法第二百四十條有云。檢察官因告訴發自首及其他事由。而逆料有犯罪者。應速開始偵
查證據及犯人之處分。可見偵查之端緒。並無限制。特其最普通者。爲告訴發自首三者而已。

第一款 告訴及告發

第一 告訴告發之意義。

告訴告發。皆對於偵查機關。申告犯罪事實之程序也。所異者。告訴由被害人申告。告發則由第三者申告。告訴包含希望訴追之意思。告發則不然。且親告罪以告訴爲訴追犯罪之要件。告發則否。據右所述。被害人之告訴。含宜希望訴追之意思。然此希望。除親告罪外。在法律上毫無效力。檢察官縱無告訴。亦得訴追。縱有告訴。亦可免訴。蓋告訴之效力。不過爲偵查犯罪之端緒。與告發殆無不同。卽就親告罪而論。雖經被害人告訴。檢察官亦無訴追之義務。起訴與否。其權操諸檢察官。非被害人所能過問也。

第二 告訴告發之種類。

告訴有親告罪之告訴。與非親告罪之告訴之分。告發亦有官公吏之告發。與私人告發之別。親告罪之告訴。以告訴爲訴追犯罪之要件。非親告罪之告訴。則不然。官公吏之告發。卽官公吏因執行職務。而逆料有犯罪時之告發。私人告發。卽私人發見有犯罪事實。或逆料有犯罪時之告發也。

第三 告訴告發之主義。

關於告訴及告發。自來有三種主義。

一。命令主義。本主義視犯罪行爲爲公共之敵。強制人民負擔告訴告發之義務。

二、聽許主義。本主義以告訴告發之權付諸人民之手。告訴告發與否一任人民之自由意思。
三、禁止主義。本主義以私人告訴認為有害。而主張禁止者。

我刑事訴訟法原則上採用聽許主義。故法律上無禁止或強制告訴告發之規定。惟官吏公吏因執行職務。逆料有犯罪人。則使其負告發之義務。

第四 告訴告發之權利

我刑事訴訟法原則上採用聽許主義。故一般人民咸有告訴及告發之權利。此項權利。學者稱之曰告訴權及告發權。

告訴權及告發權。乃刑事訴訟法所承認之權利。係公權之一種。且專屬於權利者之一身。故此權利原則上不許讓與於他人。亦不許他人繼承。與通常之權利不同。

告訴權及告發權。與公訴權同報發生。同時消滅。且告訴權常因主體亡故而消滅。譬如被害人委任告訴告發人後。旋即死亡。死亡之前。被委任人若未為告訴告發。則喪失其代人告訴或告發之權。

第五 告訴告發之主體

一、告訴之主體。告訴之主體。為被害人。被害人者。因犯罪而受有損害之人。詳言之。即享受法益之人。因他人犯罪。而其法益受有損害者也。

被害人若有二人或二人以上。各被害人皆有告訴權。皆爲告訴之主體。且其權利彼此不受牽制。縱使各人對於被害法益。有共有關係。而其告訴權。則彼此獨立。一人告訴。其效力及於共有權利之全部。不以一部分之權利爲限。

被告人若係未成年人。禁治產人或夫之婦。其法定代理人及其夫。亦得獨立爲告訴之主體。但未成年人。禁治產人及有夫之婦。若有訴訟能力。亦爲訴訟主體。不因法定代理人或其夫享有告訴權而消滅。訴訟主體之資格。惟法定代理人之資格喪失。或夫婦關係消滅時。其爲訴訟主體之資格亦隨之而消滅。至犯罪人何時犯罪。被害人被害時。是否未成年人。禁治產人或夫之婦。非所問也。

疏

新發生法定代理人或離婚後另結婚而有本夫時。則關於未成年禁治產人有夫之婦以前被害之事實仍可代之告訴也。

被害人亡故。苟無法定代理人在。得由親族代行告訴。惟不可與被害人之意思相反。又被害人之法定代理人如爲被告人。或爲被告人之配偶。或爲被告人之四親等內血族。三親等內姻族。被害人之親族亦得獨立告訴。如無法定代理人。無夫無親族爲代行者。該管檢察廳檢察官因利害關係人請求。亦可指定代行者。但有必須留意者。刑法上和姦有夫之婦罪。無論何時。非其本夫不得告訴。

疏

利害關係人云云。指私益而言。指公益而言。若解爲私益。則除法定代理人親族本夫外。實無可謂爲利害關係人者。故刑訴草案此條規定。實際上形同虛設。大理院有鑒於此。特解釋爲公益之利害關係人。亦包括之。如誘拐

罪發警察查出時該警察內公益故亦可求指定代行告訴人（實足以發揮本條規定之效用也）被指定之人不問其資格如何即警察亦可。

二、告發之主體。告發之主體。因情形而不同。官公吏因執行職務。逆料有犯罪而告發時。官公吏爲告發之主體。私人發見犯罪或逆料有犯罪而告發時。則私人爲告發之主體。官公吏及私人。皆得委任他人代行告發。

第六 告訴告發之管轄

告訴告發。應用書狀或言詞。向被告入告訴人成告發人所在他之檢察官司法警察官爲之。但官公吏因執行職務。而逆料有犯罪者。應用書狀向犯罪地或犯人所在地檢察官告發。其應急速告發者。亦可用言詞向司法警察官爲之。

檢察官受理告訴告發。關於土地管轄。雖有上述之限制。但其事務管轄。則未定有明白之條文。以初級廳管轄之犯罪。申告於地方檢察廳。檢察官。或以地方廳管轄之犯罪。申告於高等檢察廳。檢察官。均無不可。

告訴告發之管轄。法律上設有相當之規定。不過爲便於檢察官之偵查計。並無他意存於其間。告訴人或告發人。雖違背管轄之規定。申告犯罪之事實。不能視爲無效。受理檢察官或司法警察官查明管轄之後。送交於該管檢察廳檢察官辦理可也。

第七 告訴告發之程序

刑事訴訟法

告訴發得用書狀或言詞爲之。但官公吏因執行職務而逆料有犯罪者。除應急速處分之情形外。應以書狀爲之。

檢察官接受言詞之告訴發後。應記明於筆錄。並朗讀筆錄。命告訴人或告發人簽名蓋印。如覓見其案件屬他處審判衙門管轄。應於急速處分後。以書狀及證據物送交該管檢察廳。並以其事由知照告訴人或告發人。

司法警察官接受告訴發者。於應急速處分後。以書狀及證據物送交該檢察廳。並以其事宜知照告訴人或告發人。檢察廳之檢察官。如發見其送交之案件應歸他處審判衙門管轄。則命該司法警察官送交該管檢察廳。並以其事宜知照告訴人或告發人。

第八 告訴發之撤銷及其變更。

告訴人及告發人得撤銷或變更其所告訴及告發。檢察官接受撤銷或變更之聲明後。應記明於筆錄。並朗讀筆錄。命聲明人簽名蓋印。

疏 法定代理人本夫資格未消滅前之告訴官吏資格未消滅前之告發。可以撤銷變更之。固矣。惟此等人之資格消滅後。對於其以前告訴發。是否尙得撤銷變更。爲一問題。查此等人之告訴發。發權本以其資格而享。其資格既經消滅。則對於以前之告訴發。自不得而撤銷或變更之。其理甚明。固毋庸爭論也。

親告罪撤銷告訴者。不得再行告訴。對於親告罪共犯中之一人告訴者。其效力及於全部共犯。故撤銷告訴之效力。亦及於全部共犯。對於和姦有夫之婦罪告訴者。其效力及於相姦之人。故撤銷

告訴之效力亦及於相姦之人。

〔附〕日本學考勝本主張對姦婦之告訴其效力不及於姦夫然非情理之平本講義向不採之故解釋我刑事訴訟法以效力應及於相姦人為當

告訴及告發人擬撤銷或變更其告訴及告發時得委託他人代行其事。蓋告訴告發可以委託他人代行撤銷或變更其所告訴告發自亦可委託他人為之。

第九 告訴告發之責任。

告訴人告發人意圖他人受刑事處分而為虛偽之告訴告發者依刑法第一百八十二條之規定應處二等至四等有期徒刑。被告人並可要求償賠償害。告訴人告發人雖無惡意而其所告不實出自告訴人告發人之重大過失者被告人亦可請求償賠其損害。

第二款 自首

自首者犯罪人於犯罪未發覺前申告犯罪事實於偵查機關之謂也。故自首(一)須亦犯罪未發覺前。(二)須申告犯罪事實。(三)須申告於搜查機關。斯三者具始可稱之為自首。

據刑事訴訟法第二百五十二條之規定。告訴程序於自首準用之。自首之後亦可隨時撤銷或變更其自首之事實。

第三節 偵查之實行

偵查為準備起訴之程序。凡發見證據及犯人所需之處分偵查中皆得實施之。但案件在偵查中。

刑罪事實尙未明確。若其處分漫無限制。往往害及無辜。故檢察官偵查刑事案件時。除刑事訴訟法有特別規定外。不得實施強制處分。用以保護人民之權利焉。但左列各項處分。非強制處分可比。檢察官可任意實施之。

(一)傳訊被告人。或訊問自行到場之被告人。

(二)探聽一般人民之言談。

(三)保管被告人之遺留物。及所有人持有人任意提出之物。或就保管之物而實驗之。

(四)照會公署。請求報告必要事宜。

若用右列各種方法。仍不足以發見有力之證據。或犯人時。亦可用他法以救濟之。如(一)勾攝被告人。(二)羈押被告人。(三)檢證。(四)搜索。(五)扣押。(六)訊問證人。(七)訊問鑑定人。(八)訊問通事。皆無不可。惟以其含有強制性質者居多。故於實施處分以前。應指定事宜。請求所屬地方檢察長之命令。但地方檢察長亦可不待請求。本固有之職權。逕將勾攝被告人。羈押被告人。檢證。搜索。扣押。訊問。證人。訊問鑑定人。訊問通事。諸事項。擇其要者。特別命令所屬檢察官爲之。

檢察官指定事宜。請求所屬地方檢察長之命令。或由地方檢察長本其固有職權。特別發給某項處分之命令。概不以被告案件屬於該地方審判衙門管轄爲限。蓋管轄未定以前。有時不可不爲偵查處分。且法律上關於管轄之規定。無非爲執行職務者之便利起見。至檢察衙門之性質。係屬

一體。按理必須互相援助也。

第四節 偵查之終結

第一款 偵查終結處分之種類

終結偵查之處分。其種類有六。(一)送交該管檢察廳。(二)聲請指定管轄。(三)不起訴。(四)起訴。

(五)續行偵查。(六)開始預審。

一、送交該管檢察廳

初級檢察廳檢察官。認為初級審判廳管轄案件之偵查處分。已經完備。而發見其案件不屬該初級審判廳管轄者。應送交之於該管檢察廳。(第二五八條第一款)

地方檢察官。認為偵查處分已完備者。應即時於書狀證據物外。添具意見書。請求該管地方檢察長之命令。(第二七一條)地方檢察長發見其案件不屬該地方審判廳管轄。應由他地方檢察廳。或他地方檢察廳所屬之初級檢察廳辦理者。命令原檢察官於應急速處分以後。將其案件送交該管檢察廳。(第二七二條第一款)其當以應由所屬初級檢察廳辦理者。亦應命令原檢察官於應急速處分後。以其案件送交該初級檢察廳。(第二七二條第二款)

二、聲請指定管轄

(1)原因。初級檢察廳。接受他初級檢察廳。或非所屬地方檢察廳送交案件。認為原檢察廳之所

管者。應向各檢察廳之直接上級檢察廳聲請指定管轄。(第二七六條第一項)
地方檢察廳接受他地方檢察廳。或他地方檢察廳所屬初級檢察廳送交案件。認為原檢察廳所管者。亦同。(第二七六條第二項)

(2) 程序。聲請指定管轄。應用聲請書。聲請書內。須記明理由。並送交關係書狀。(第二七七條) 檢察廳長官接受聲請書。及關係書狀後。遇有必要情形。得命所屬檢察官再行調查。或以其事囑託他檢察官為之。(第二七九條)

檢察官聲請指定管轄。應以其事知照被告人。告訴人。或告發人。知照之法。對於在廳人。應由檢察官用言詞為之。對於不在廳之人。則以處分書之副本。或節本送達之。

三、不起訴。

遇有左列各種情形。在初級檢察廳。由擔任事務之檢察官。為不起訴之處分。(第二五八條第二

款) 在地方檢察廳。由地方檢察長。為不起訴之處分。(第二七三條第三款)

附 不起訴與免訴在法律用語上往往相混殊不知不起訴為檢察廳之處分而免訴則為審判衙門之處分二者固有嚴格之界限也不服不起訴之處分者應向直接上級檢察廳聲請再議而不免訴之裁判則應向上級審判衙門控告故在縣知事兼理司法時此種分別尤須注意蓋縣知事一人而兼審判檢察兩種資格應為免訴之裁判至誤為不起訴之處分時有之應為不起訴處分而為免訴裁判者有之前者形式上雖應以聲請再議救濟之而實際上祇為裁判形式之錯誤仍應以上訴救濟之也後者則亦祇能聲請再議而不得控告二者之意義既殊其權限所應者亦異故不能盡依其形式為準也

(一) 案件不為罪。

- (二) 裁判確定。
 - (三) 犯罪之法律已廢止該罪之刑罰。
 - (四) 法律全免刑罰。
 - (五) 大赦。
 - (六) 提起公訴之時效。
 - (七) 被告人亡故。
 - (八) 親告罪無人告訴。
 - (九) 親告罪撤銷告訴。
 - (十) 案件在審判衙門現行審理及裁判尙未確定。
 - (十一) 被告人不屬中國審判權。
 - (十二) 被告人不屬通常審判衙門審判權。
 - (十三) 起訴。
- 初級檢察廳認為案件係屬初級審判廳管轄。且以爲偵查處分業經完備。而又無不起訴之情形者。即須起訴於該初級審判廳。(第一五八條第二款)地方檢察官認為案件係屬地方審判廳管轄。且以爲偵查處分已經完備。而又無不起訴之情形者。應即時於書狀證據物外。添具起訴意見。

書。請求該管地方檢察長之命令。(第二七一條)如地方檢察長之意見可。即由該檢察長命令其起訴於管轄地方審判廳。

五、續行偵查。

初級檢察廳所管案件。應由担任偵查之檢察官親自斷定。應否續行偵查。以期簡捷。(第二五八條)地方檢察廳所管案件。則由擔任偵查之檢察官於書狀證據外。添具偵查處分已經完備之意見書。請求該管地方檢察長之命令。(第二七一條)地方檢察長認為偵查處分尙未完備。且無須為各項強制處分者。命原檢察官續行偵查。或將勾攝被告人、羈押被告人、檢證、搜索、扣押、訊問、證人、訊問鑑定人、訊問通事諸事項。擇其要者。特則命令原檢察官為之。(第二七一條第一款)

六、開始預審。

地方檢察長接受所屬檢察官呈報偵查處分已經終結之意見書。並認為應施各項強制處分者。須指定預審檢察官。命其開始預審。(第二七二條第二款)但現行審判廳試辦章程不同。(初級審判廳管轄案件。以不經預審處分為原則。(第二五八條)然與預審同時調查者。檢察廳並得為預審處分。(第二五九)

初級管轄案件雖以不經預審為原則。但與他案合併預審時。則為例外。如甲傷乙。並將乙之衣服扯毀。傷害行為。則應歸地方管轄。而毀損行為。則應歸初級管轄。因預審傷害罪。而將毀損行為併案預審。亦無不可。

以上所述各種終結偵查之處分。須由處分之人。作制處分書。並記明事實上及法律上理由。簽名

蓋印(第二六〇條及第二七四條)

第二款 偵查終結處分之知照

初級檢察官或地方警察官將案件送交該管檢察廳。或爲不起訴之斷。定又或提起公訴者。應知照其處分於被告人。被告人亡故。則於處分書內記明其事由。如有告訴人。告發人及從事偵查之司法警察官。並應以其處分一體知照(第二六一條及第二七四條)

第三款 偵查終結處分之完成

偵查終結之處分。雖已決定。但案中所有人證。不可不隨案而處分之。處分案內人證。即所以完成偵查第結之處分也。試分述於左。

(一)人之處分。被羈押之被告人。除不屬中國審判權或不屬通常審判衙門審判權之情形外。其因他項情形而受不起訴之處分者。(如案件不爲罪。裁判確定之類)須即時以命令撤銷因案件所發之押票。並將被告人釋放之。(第二六三條第一項第二七三條)其非因不起訴案件所發之押票。不在撤銷之列。

國 如甲因竊丙物被押其後因有傷乙之嫌疑而被偵查。偵查結果應不起訴。則其被押之處分即非因不起訴案件而爲者。故其押票不在撤銷之列。

被告人應送交於該管檢察廳。或因不屬中國審判權。通常審判衙門審判權。而受不起訴之處分。

又或受起訴之處分者。得按其情形維持押票之效力。(第二六四條)

(二)物之處分。刑事案件。除不屬中國審判權或不屬通常審判衙門審判權之情形外。其他項

情形而不起訴者。如案件不為罪裁判確定之類。案內所有扣押或保管之物。應即以命令撤

銷其扣押或保管之處分。但應沒收之物。不在此限。

國沒收為從刑。主刑既經不起訴。從刑自應隨主刑而撤銷。而單案規定為不在此限。未免不解。故此之所謂沒收之物。不得解為司法上沒收。應係兼指行政上之沒收而言。否則絕對不能繼續沒收之效力也。例如甲以炸彈打乙。結牙實未傷乙。且甲實亦不知為炸彈。則甲之行為。應不起訴。而炸彈在司法上。自不得沒收。惟炸彈為危險物。依行政處分。應在沒收之列。而不問其是否以之為傷人之兇器。及是否傷人均須維持沒收之效力也。

刑事案件應送交於該管檢察廳。或因不屬中國審判權。通常審判衙門審判權而未起訴。又或經檢察官提起公訴時。案內所扣押或保管之物。得按其情形。維持扣押或保管之效力。不予撤銷。扣押或保管之處分。

第四款 偵查終結處分之抗議

刑事案件偵查終結後。究應如何處分。地方檢察長及初級檢察官。操有全權。非他人所能過問。檢察長及檢察官。以為非其所管。則送交於該管檢察廳。或聲請指定管轄。以為偵查處分。尙未完備。則續行偵查。或依法開始預審。以為偵查處分業已完備。則提起公訴。被告人告訴人。告發人。或從事偵查之司法警察官。皆無抗議之權。且移送案件於該管檢察廳。聲請指定管轄。或續行偵查。開始預審。均與被告人告訴人等之利益無關。至提起公訴。乃檢察長檢察官。惟一無二之職權。尤非

他人所能置喙。但地方檢察長及初級檢察官之性情不一。粗魯者有之。迂拙者有之。荷遇粗魯或迂拙之人。不審案情之真象。逕爲不起訴之處分。則被告人倖逃法網。國家及人民之受害。將無窮期。故刑事訴訟法特設抗議之規定。凡告訴人告發人及從事偵查之司法警察官。接受檢察官不起訴之知照後。均有請求檢察衙門再議之權。茲述其概念於左。

(一) 聲明再議之人。對於不起訴之處分。得請求再議者。以告訴人告發人或從事偵查之司法警察官爲限。(第二六五條第二六七條) 蓋告訴人告發人或從事偵查之司法警察官熟悉案內之情形。易於發見地方檢察長或初級檢察官之錯誤也。

(二) 聲明再議之期間。聲明再議期間。爲接受知照後五日。

(三) 聲明再議之程序。聲明再議。原則上須用書狀(但告訴人告發人得用言詞爲之)對於初級檢察官不起訴之處分。請求再議者。經原初級檢察廳向該管地方檢察長爲之。(第二六五條)對於地方檢察長不起訴之處分。請求再議者。經原地方檢察長向該管高等檢察長爲之。(第二七五條)初級檢察廳或地方檢察長接受聲明後。依左列各款辦理。

【再議請求之必須經原初級檢察廳及原地方檢察廳者其理由有二】(一) 期間是否經過原爲處分之衙門可以計算。知之如係逾期即可駁回以省無益之程序。(二) 不起訴之理由有種種或爲無罪或爲證據不充份有非告訴人所能知悉者如係誤會原檢察官或檢察長可以附帶申明不起訴之意見以便上級衙門之調查決定准駁

(1) 不遵期間及非告訴人告發人或從事偵查之司法警察官聲明者駁回之。

(2) 告訴人告發人或從事偵察之司法警察官遵守期間於三日內聲明者應以書狀證據物聲明書或聲明筆錄及關於再議之意見書送交該管地方檢察長或該管高等檢察廳。(第二

六七條第二七五條)

〔現行實例原檢察廳接受再議聲明後多有不送交上級檢察廳而逕續行偵查者此蓋原檢察廳門恐遭上級衙門之駁斥所為之權宜辦法也此種辦法雖與本條規定稍有出入然尚非違法蓋檢察長或檢察官無論何時均有偵查犯罪之權故於聲明再議後可以續行偵查以期發見犯罪之真象而再為起訴或不起訴之決定如係罪犯昭著即可逕行起訴如實係無罪或具備其他不起訴之理由固仍可不予起訴也

(四) 聲明再議之效力 聲明再議期間中及再議中得按其情形維持押票和押保管之效力。

(五) 聲明再議後之處分 接受聲明再議之地方檢察長或高等檢察長應親自為左列處分。或命所屬檢察官為之。(第二六九條第三七五條)

第一 不逾期間之聲明無聲明權利人之聲明及無理由之聲明均駁回之。

第二 聲明有理由者分別命令原初級檢察長或地方檢察廳檢察官提起公訴開始預審或送

交案件於該管檢察廳。

〔現行實例外省高等檢察長或地方檢察長接受不服下級衙門不起訴處分之再議聲明後因不信任檢察官之故而命其本廳檢察官逕行從事偵查或自己從事偵查者有之依檢察一體之原則及上級監督下級之法理此種辦法亦非不當

第三章 預審處分

第一節 預審之性質

預審處分以斷定被告案件應否交付公判爲目的。苟欲達此目的。不可不搜查證據。探索犯人。我刑事訴訟法第二百八十條云。預審檢察官得爲一切發見證據及犯人所需之處分。但以斷定被告案件應否付公判爲限。即此意也。他如德奧各國刑事訴訟法亦有類似之規定。可知預審處分乃準備起訴之程序。其性質與偵查處分大致相同。所異者偵查處分原則上不許用強制方法。預審處分則可用法律所許之一切強制方法而已。

考預審處分。我現行審判廳試辦章程及東西各國刑事訴訟法多歸審判衙門掌管。獨刑事訴訟法草案則屬於檢察衙門。歸審判衙門掌管者。須經檢察官起訴。屬檢察衙門者。則不然。故彈劾式主義。口頭辯論主義。審判公開主義。皆不適用於預審處分。我刑事訴訟法之預審處分。殆即偵查處分之變相也。

第二節 預審之案件

預審案件以歸大理院或地方審判廳管轄者爲限。初級審判廳管轄案件。非與他預審案件同時調查者。不得預審。但大理院管轄案件。非經預審程序不可。至地方審判廳管轄案件。應否預審。則由地方檢察廳檢察長斷定之。

他國刑事訴訟法。每以犯罪之重輕。爲應否預審之標準。犯重罪者。必經預審。犯輕罪者。或則移付預審。或則逕付公判。檢察官有自由斷定之權。但我刑法不探重罪輕罪之分類法。故除大理院管

轉案件外。犯罪者雖殺人放火。不爲預審。亦無不可。

附 德日法例。犯罪者如殺人放火等罪。非預審不可。其理由有二：(一)所以示慎重也。重罪嫌疑關係於犯人之生命自由者甚大。故必須經過預審之嚴密程序。以昭慎重。(二)所以防檢察官之專斷也。應否預審。若漫無標準。則犯罪者檢官以察意爲左右。而命令起訴與否。實不免有專斷處理之嫌。蹂躪人權之患。故以重罪必付預審爲標準。而防止之。

第三節 預審之開始

開始預審。須具備左列各要件。

(一) 須已經偵查處分。 刑事案件。不問其歸何級審判衙門管轄。皆以實施偵查處分爲始。故開始預審。以已經偵查處分爲要件。

(二) 須係大理院管轄之案件。或係地方審判廳管轄之案件。而非實施強制處分不可者。 地方審判廳所管案件。毋庸實施強制處分者。不得開始預審。初級審判廳所管案件。非與他案件同時調查者。亦不得開始預審。

(三) 須有檢察官之命令。 大理院所管案件。須有總檢察長之命令。地方審判廳所管案件。須有地方檢察長之命令。但地方審判廳所管案件。有時因請求再議之結果。由高等檢察長命令之。

(四) 須指定預審檢察官。 大理院所管案件。應由總檢察廳檢察長指定該廳檢察官。高等檢察廳檢察官。或地方檢察廳檢察官開始預審。地方審判廳所管案件。應由地方檢察長或高等檢察長(請求再議時)指定地方檢察廳檢察官開始預審。

大理院所管案件之預審法文規定得指定高等檢察廳檢察官及地方檢察官爲之者蓋因案件若發生在外省距京過遠之處而令未經過訴之被告人赴京預審既有脫逃之患且使被告人於有無罪犯未定之前先須受無窮之拖累亦非法理所許故可由總檢察廳長指定下級檢察官就地爲之較爲便利

第四節 預審之實行

預審處分由預審檢察官實行之。但預審檢察官不必與偵查檢察官同爲一人。預審檢察官有獨立預審之權。檢察長及檢察官不得干涉其預審。地方檢察廳檢察長以爲預審處分尙未完備時。雖可命令預審檢察官或其他所屬檢察官爲必要之調查。但非俟其預審終結具有意見書不可。

預審檢察官法律上無人數之限制。同一案件得由三名或五名檢察官擔任預審。且各預審檢察官或則擔任同種事項。或則分擔異種事項。均無不可。惟至預審終結時。各檢察官須具同一意見書。以杜意見紛歧之弊。俾不至訴訟進行。因此而生窒礙也。

預審處分應由預審檢察官實施之。如遇必要情形。亦可請求他項機關爲訴訟上之協助。但他項機關祇能協助。不能代其預審。苟以預審處分之全部囑託他項機關代行。則非法律之所許矣。

第五節 預審之範圍

預審處分以斷定被告案件應否付公判爲目的。故亦以斷定被告案件應否付公判爲範圍。預審檢察官發見證據及犯人後。如以爲應付公判。即可終結預審之處分。至公判中應行調查之事項

及被告人因準備辯護所需查考之事宜。本不在預審範圍之中。無勞預審檢察官代為調查。但刑事訴訟以發見事實真相為主旨。設因時期經過事實變遷。公判將難於調查。或被告人在公判中不易準備辯護。則事實之真相終亦無由而明。故公判中難於調查之事項及被告人因準備辯護所需之事宜。預審檢察官須一併調查之。

預審處分。應就檢察長所交案件而實施之。檢察長所交案件外。如發見被告人另有犯罪之事實。必先偵查。而後乃能預審。蓋開始預審處分。第一須經過偵查處分。第二須有檢察長之命令。檢察官不得任意實施之。

第六節 預審之方法

預審檢察官因欲發見證據及犯人起見。得爲一切強制及非強制之處分。如傳喚被告人。拘攝被告人。羈押被告人。檢證。搜索。扣押。保管。訊問証人。訊問鑑定人。訊問通事。預審檢察官皆得實施之。至其施行之權。操諸預審檢察官。非他人所能干預。惟遇左列各款情形。預審檢察官得於起訴前。請求該處或隣近地方以下審判衙門推事一員蒞視。(不以管轄其案件之審判衙門爲限)蒞視之推事。應於預審筆錄中簽名蓋印而已。

第一 檢證中因罪跡易於消滅或有其他情形。逆料難於公判時再行檢證者。

第二 訊問中證人因有疾病或其他情形。逆料難於公判時再行訊問者。

預審檢察官得請求公署報告必要事實。與偵查時之情形相同。如因被告人有疾病或其他正當理由。不能傳喚或句攝者。並得就其所在地訊問之。

第七節 預審之終結

預審檢察官認為預審處分已經完備者。應即時於書狀證據物外。添具意見書。請求該管地方檢察長之命令。該管地方檢察長接受證據物及意見書。時須為左列各項處分。

(一) 續行預審。地方檢察長若認案件係屬該管地方審判廳管轄。而預審處分尙未完備者。得令預審檢察官續行預審。或指定事宜。命其所屬檢察官實施調查。

(二) 送交該管檢察廳。案件應屬他地方檢察廳。或他地方檢察廳所屬初級檢察廳管轄者。命令原檢察官。以其案件送交該管檢察廳。其應由所屬初級檢察廳起訴者。則送交於該初級檢察廳。命其起訴。

(三) 不起訴。遇有左列各款情形。地方檢察長應為不起訴之處分。

一、案件不為罪。二、裁判確定。三、犯罪後之法律。已廢止。該罪之刑罰。四、法律全致刑罰。五大赦。六、提起公訴權之時效。七、被告人亡故。八、親告罪無人告訴。九、親告罪撤銷告訴。十、案件在審判衙門現行審理。及裁判尙未確定。十一、被告人不屬中國審判權。十二、被告人不屬通常審判衙門審判權。

(四)起訴。地方檢察長認爲預審處分業經完備。且非起訴不可者。則起訴於地方審判廳。預審檢察官終結預審處分時。應即作制處分書。記明事實上及法律上理由。簽名蓋印。他如偵查中聲請指定管轄及其程序。偵查終結處分之知照。偵查終結處分之完成。偵查終結處分之抗議。關於預審處分。皆準用之。

第八節 預審制度之立法問題

預審與偵查。均係公訴前之程序。以次序言。偵查必在預審之前。開始預審。未有不經過偵查程序者。但預審處分爲準備公訴而設。其性質與偵查處分相同。偵查處分之後。應否有預審處分。乃立法上應行研究之問題。據余觀之。預審處分。或歸預審檢察官辦理。或屬審判衙門。而其不合於事理也則一。茲引申其說於左。

一、預審檢察官辦理預審。往往輕信偵查中檢察官之調查。預審推事辦理預審者亦然。故預審制度。實際上不啻虛設。

二、預審檢察官或預審推事好爲綿密之調查。則偵查處分。勢必變爲無效。因此引起偵查檢察官官輕率苟且之心。遇有稍繁雜之案件。必付預審。

三、預審與偵查之性質相同。所異者預審檢察官或預審推事可以用強制處分。偵查檢察官則無行使強制處分之權而已。但據東西各國刑事訴訟法及我刑事訴訟法草案之規定。刑事案件。

非經偵查。不得預審。偵查檢察官苟無行使強制處分之權。則檢舉不免疏漏。真正犯人往往因此而伴逃法網。

四、偵查之後。如有預審。預審中之被告人爲縮短預審中之羈押起見。好爲虛偽之自白。及至公判則又取消之。

五、主張預審處分應歸檢察官辦理者。以爲開始預審。須得檢察長之命令。故檢察官不至濫用職權。主張預審處分應歸推事辦理者。以爲推事係審判官。有獨立之性質。及終身官之保障。能居於名利權勢之外。不至盲從長官命令。蹂躪民權。但所謂濫用職權。蹂躪民權。非法律之缺點。乃用人之不宜。如用人不當。即檢察長與推事。亦可濫用職權。蹂躪民權。不獨偵查中之檢察官爲然也。

據上所述。可知偵查處分完結之後。不應再爲預審。偵查檢察官不妨有強制處分之權。如恐其濫用職權。蹂躪民權。使其於偵查中事事服從長官之監督可也。奚必待偵查處分完結而後。乃可預審耶。夫預審制度。起源於法國刑事訴訟法。該法成立於法國大革命之後。其時民氣囂張。一切制度。凡足以擴張民權者。無不竭力實行之。制度良否。非所計也。方今刑事訴訟法學者多議其非。即日本亦有改定之議。我刑事訴訟法發生於各國刑事訴訟法之後。關於預審制度。猶欲步法蘭西法之後塵。適見其削足就履。不察世界之趨勢而已。

第四章 急速處分

第一節 設立急速處分之理由

刑事訴訟法關於對人及對物之強制處分。無不設有嚴密之規定。以重人民之權利。然實際上有事機緊急。若履行嚴重程序。勢必致犯人逃亡。證據湮滅。而刑罰權無從行使者。此急速處分之所由設也。

第二節 受急速處分之被告人

受急速處分之被告人。計有三種。即現行犯。準現行犯。與特別犯人是也。並分述其觀念於左。

第一款 現行犯

現行犯者。實施犯罪行為中。或實施後。即時經人發覺者之謂也。實施犯罪行為中。經人發覺者。如甲擬殺乙。舉刀之際。而為丙所發覺。實施後。即時經人發覺者。如甲殺乙後。携刀逃走之際。而為丙所發覺是也。但所謂發覺。不問其發覺者為私人。抑為官吏。皆包括在內。與刑法自首條件中之發覺不同。蓋自首條件中之發覺。專指搜查機關之發覺而言。此則兼及私人之發覺也。

〔附〕現行犯之意義。學者中有主張非在犯罪場所發覺者。不得為現行犯。然犯罪場所之範圍。云云。漫無一定之標準。故講義不採是說。而以即時發覺者為限。若夫先日殺入。而次日始被發覺。則非即時發覺矣。

發覺犯罪事實。而未發覺被告人。能否認被告人為現行犯。實施急速處分之程序。學者間非無爭論。但犯人未經發覺以前。有時實有施行急速處分之必要。若必待發見犯人。乃能適用急速處分。

則雖犯罪之事實大明。實際上異常緊急。而因犯罪人未經發覺之故。仍須適用普通訴訟程序。搜索犯人。有識者必譏其非是也。

第二款 準現行犯

有左列各種情形之一。且可疑爲犯人者。爲準現行犯。

第一 持有兇器。贓物或異常之物者。所謂持有。應從廣義解釋。凡攜帶於手中。潛藏於懷中。以及其他在犯人實力支配以下之情形。皆屬之。兇器。謂可以致人死傷之器具。贓物。謂因犯罪所得之物品。異常之物。謂其形狀可異。足以推知持有之人有犯罪嫌疑者也。

第二 詢問姓名住址等項。將逃走者。即被告人雖無犯罪確據。然察其舉動異常。詢以姓名住址等項。即欲逃走者。

第三 被追呼爲犯人者。即（一）逃走者在前。（二）追躡人在後。（三）追躡人呼逃走人爲犯人。之情形是也。

第四 於身體衣服等處。顯露犯罪痕迹者。即依身體衣服之形迹。可以推定其爲犯人者。如身體或衣服上染有血跡是也。

第三款 特別犯人

對於特別犯人。可以實施急速處分者。其情形不外左列五種。

第一 調查現行犯中發見之共犯。

第二 無一定住址之被告人。

第三 犯竊盜強盜各罪之被告人。

第四 假釋中之被告人。

第五 檢證屍體中發見之被告人。

第三節 實施急速處分之程序

第一 句攝被告人之急速處分。

(一) 偵查或預審中檢察官司法警察官對於不在犯所之現行犯。或前節第三款所列舉之被告人。得親自發給句票命令句攝。

(二) 檢察官司法警察官司法警察吏當執行職務。發見仍在犯所之現行犯者。依左列各款辦理。但以得命令句攝之被告人爲限。

第一 檢察官發給句票。或用言詞。命令司法警察官或司法警察吏句攝被告人。但遇有必要情形。檢察官亦得親自句攝之。

第二 司法警察官發給句票。或用言詞。命令司法警察吏句攝被告人。或親自句攝之。

第三 司法警察吏得不待句票及言詞。句攝被告人。

現行犯仍在犯所者。雖非該管官吏亦得逮捕之。

(三) 普通人逮捕被告人者。應即時送交地方以下檢察廳、警察署、或司法警察官、司法警察吏。不得親自扣留。司法警察吏接受普通人所逮捕之被告人者。於詢明逮捕人之姓名住址及逮捕事由後。應即時送交司法警察官。不得親自扣留。且遇必要情形。得命逮捕人偕往該管警察署。司法警察吏自行拘留被告人。應即時送交司法警察署或司法警察官。不得親自扣留。司法警察官親自拘留或接受他人送交之被告人者。應即時訊問。其毋庸留置者。即行釋放。其應留置者。於訊問後四十八小時內。送交地方以下檢察廳及其他相當官吏所屬之公署。案中。有關係之書狀及證據物。應同時送交之。

司法警察吏或司法警察官依檢察官之拘票或言詞。命令拘留被告人者。應逕送交該檢察官所屬檢察廳。

檢察官親自拘留或接受他人送交之被告人者。應即時訊問。其毋庸留置者。即時釋放。其應留置者。於訊問後二十四小時內。發給押票。並從速。為終結偵查處分所需之程序。檢察官接受他檢察官送交之被告人亦然。但按其情形。得撤銷前檢察官所發之拘票。

(四) 現行犯保拘役罰金者。非其姓名住址不明。或有逃命之虞。不得逕行拘留。

第二 檢察搜索扣押保管之急速處分。

- (一) 檢察官於前節第一項(一)(二)兩款情形及親自勾攝或接受他人送交之被告人時得爲檢證搜索扣押之處分。或以其處分命令或囑託他檢察官司法警察官爲之。
- (二) 司法警察官於前節第一項(一)(二)兩款情形及親自勾攝或接受他人送交之被告人時得爲檢證搜索扣押之處分或以其處分命令或囑託他司法警察官爲之。但開折封緘書信時應先告知有開拆權者。
- (三) 檢察官司法警察官當人所居住或有人看守之宅第建造物鑛坑船舶內有現行犯時得逕入該處實施檢證搜索扣押之急速處分。
- (四) 檢察官司法警察官司法警察吏當人所居住或有人看守之宅第建造物鑛坑船舶內有現行犯而該徒刑以上者得因逮捕被告人逕入該處搜索。其時毋須有蒞視之人。
- (五) 檢察官司法警察官司法警察吏親自逮捕現行犯而追捕現行犯而追捕者得逕入人所居住或有人看守之宅第建造物鑛坑船舶內搜索之。其時亦毋須有蒞視之人。
- (六) 司法警察吏執行拘票押票者。遇有必要情形得逕入人所居住或有人看守之宅第建造物鑛坑之中。如被告人潛匿該處得搜索之。
- (七) 司法警察官得有檢察官之命令書爲搜索或扣押者關於其案件如發見命令書令未記明之證據物亦應扣押或保管之。

(八)初級檢察官或司法警察官檢驗屍體。發見犯罪者。應即實施檢證搜索扣押之急速處分。
第三 訊問證人通事急速處分。

(一)檢察官於本節第一項(一)(二)兩款情形。及親自句攝或接受他人送交之被告人時。得親自訊問證人通事。或以其訊問命令或囑託他檢察官司法警察官爲之。

(二)司法警察官於本節第一項(一)(二)兩款情形。及親自句攝或接受他人送交之被告人時。得親自訊問證人通事。或以其訊問命令或囑託他司法警察官爲之。證人通事應科罰鍰者。送交書狀於檢察廳。向該管檢察官告發。

右列四項。均係急速處分之顯著者。檢察官如於施開始預審前實急速處分。就其所調查之證據。或訊問之證人。中逆料公判時不易再行調查。或不易再行訊問者。亦得請求該處或鄰近地方。以下審判衙門之推事一員蒞視。

第五章 提起公訴

第一節 提起公訴之主義

關於提起公訴。有兩種主義。其一。勵行主義。即被告事件已具備處罰條件及訴訟條件者。檢察官必須起訴之主義也。其二。便宜主義。即起訴與否。檢察官有自由裁量權之主義也。我刑事訴訟法。採何主義。雖無明文。然提起公訴。乃檢察官職務上之一種權利。(即職權)苟無背於職務。檢察官

有自由提起公訴之權以理推之。蓋兼採此兩種主義者也。

國勵行主義又稱為法定主義以爲前條件訴訟條件等均係法律所規定者也採此主義者又分二種情形（一）被害人
有請求檢察官起訴人權爲法律所認定者與國刑法採之（二）被害人有審查檢察官起訴或不起訴之權德國刑
訴法採之便宜主義又稱裁量主義以
檢察官有自由裁量起訴與否之權也

第二節 提起公訴之動機

檢察官終結偵查或預審處分。逆料被告人應科刑罰時。因職權或命令提起公訴。請求公判。（刑
訴第三〇九條）故提起公訴之動機有（一）因職權（二）因命令。

因職權提起公訴者。即初級檢察官所偵查之案件。屬初級審判廳管轄。偵查結果。並無不起訴之
情形。自行起訴。無待檢察長之命令者也。

因命令提起公訴者。即地方檢察官偵查或預審之案件。屬地方審判廳管轄。偵查或預審結果。應
行起訴。必待該管檢察長之命令。而後乃能提起公訴者也。

第三節 提起公訴之方式

提起公訴。應用書狀。書狀之中。應舉示左列各項事宜。

（一）被告人姓名。被告人爲訴訟主體之一。提起公訴。而無一定一被告人。則法律關係無由發生。
故提起公訴。必須舉示被告人之姓名。姓名不明者。應舉示其年貌特徵。

（二）犯罪事實。舉示犯罪事實。所以表明對於被告人之如何行爲。而提起公訴也。但宜注意者。祇

須舉示犯罪事實之要旨。至犯罪之時日處所及其詳細情形。非必一一列舉。方爲適法。
(三)罪名。被告人之行為。非觸犯刑法。不能爲罪。故提起公訴。必須舉示刑法中之罪名。用以限定公判之範圍。且爲事物管轄之標準也。

右列三項。皆書狀中必須一一舉示者。但遇緊急情形。亦可用言詞提起公訴。說明被告人之姓名。犯罪事實。及其所犯之罪名。案中如有證人。應舉示證人姓名。姓名不明。則舉示其年貌特徵。若有可爲證據之書狀。及可爲證據之物件。須一並送交於審判衙門。檢察官於起訴時。逆料起訴後有應檢證之處所。檢證之物。及訊問之證人。均須逐一舉示之。以期審判之周至。

檢察官所起訴之案件。如係地方審判廳管轄。請求合議庭審判者。應於提起公訴時。記明於起訴書中。被告人請求合議庭審判者。得用書狀或言詞爲之。但用言詞請求時。必須記明於筆錄。以資證明。

檢察官或被告人請求合議庭審判者。審判衙門對之。是否有必須允許之義務。法律並無明文規定。現行實例對於檢察官之請求。多屬允許。而對於被告人之請求。則多屬斥駁。然軒輊不平。考其流弊。癥結即由於法無明文。故關於此點。不得謂非刑訴草案立法上之缺點也。

第四節 提起公訴之效果

檢察官提起公訴後。法律上有相當之效果。發生。要言之。(一)在審判衙門對於起訴案件。有審判之義務。無論具備處罰條件及訴訟條件與否。審判衙門必須依法而爲裁判。(二)在檢察官對於

同一案件不得另行提起公訴。如向同一審判衙門重為起訴。審判衙門對於第二次之起訴。應為

駁回公訴之裁判。如向其他審判衙門更為起訴。他審判衙門則宣告管轄錯誤。

既經起訴以後即為既訴狀態。權利拘束起訴與受訴者均不得任意取捨之也。惟所謂既訴狀態。權利拘束民訴上罪。已有詳細說明而在刑訴上則尚有特異之點如下：(一)關於連續犯檢察官若對之另行起訴時。審判衙門對之是否應駁回公訴。如甲欲毒竊乙物分三次為之。第二次行竊後即被乙發覺但未悉為甲所竊。嗣經檢察官以甲嫌疑最深即對甲起訴而甲於未逮捕前後續為第三次之行竊。檢察官對於此次行為又更行起訴。學者之意見不一。(1)謂檢察官第一次起訴後必有一次之裁判。連續犯在刑法上祇認為一罪。依一事不再理之原則。第二次起訴之罪為前次已經裁判之罪。當然不得受理而駁回公訴。(2)檢察官雖分二次或二次以上起訴。審判衙門有合併審理之權。故無須另為駁回公訴之裁判。以上二說各有根據。不能有所取舍。實際上似宜以第一說為原則。例外亦可採用第二說。即同時裁判者無須另為駁回公訴之裁判。若分縱裁判者則為駁回公訴之裁判是也。(二)關於審理之範圍。以起訴之人及罪為範圍。固無疑義。但認定事實適用法律。審判官有自由權。不受起訴時所請求者之拘束也。(三)關於裁判之種類。審判衙門有完全自由之選擇權。如檢察官起訴要求為有罪之判決。而審判衙門為無罪或駁回公訴之裁判。亦無不可。(四)關於徒刑之宣告。依照法律之規定。而宣告之。不必以起訴時是否請求為準。(五)關於被告人之抗辯權。在民訴上被告人重行被人告訴者。仍有抗辯權。而在刑訴上則檢察官對於被告人重行起訴者。該被告人即喪失抗辯之權利。此二者不同之點也。(六)關於裁判之定有裁判而在刑訴上則起訴後不問有罪無罪均須經過判決之程序。

第六章 公判

第一節 公判之性質

公判者。審判衙門就檢察官所起訴之刑事事件。斷定刑罰權之有無及其範圍之程序也。試分析言之。

一、公判者。斷定刑罰權之有無及其範圍之程序也。公判以斷定刑罰權之有無及其範圍為主旨。如被告人有罪。無罪及應科之刑罰如何。乃公判中必須逐一審究之事也。但審判衙門於斷

定被告人有罪無罪之先。不可不調查其具備訴訟條件否。蓋就訴訟條件未備之案件。而爲有罪無罪之斷定。按諸法律。究屬無效。故審理訴訟關係之有無。亦公判中應有之事也。

二、公判者。審判衙門所施行之程序也。即公判程序。在獨任制（初級審判廳及地方審判廳）之審判衙門。由獨任推事行之。在合議制（地方審判廳高等審判廳及大理院）之審判衙門。由多數推事所組織之合議庭行之。

三、公判者。就檢察官起訴案件所施行之程序也。我刑事訴訟法採用彈劾式主義。同時採用國家訴追主義。故未經檢察官起訴之案件。審判衙門不得公判。

第二節 公判之準備

準備公判。其程序不外五種。一、指定辦案之推事。二、指定公判日期。三、傳喚被告人辯護人。輔佐人及其他訴訟關係人。四、實施強制處分。五、指定辯護人。

一、指定辦案推事。檢察官提起公訴後。如係地方審判衙門管轄案件。地方審判廳廳長應以職權指定辦案之推事（合議庭之推事或獨任推事）。檢察官或被告人請求合議庭審判者。地方審判廳廳長亦得因其請求而指定之。但指定合議庭之推事時。必須指定審判長。

二、指定公判日期。公判日期在獨任制之審判衙門。由獨任推事定之。在合議制之審判衙門。由審判長定之。第一次公判。應於五日前送達傳票於被告人。以便被告人準備答辯。但被告人若

無異議。雖在五日之前，亦得開始公判。公判日期指定後，如有變更，由審判長定之。其由當事人請求變更者，審判衙門以決定裁判之。

三、傳喚被告人辯護人輔佐人及其他訴訟關係人。公判除推事檢察官及審判衙門書記官出庭外，被告人辯護人輔佐人以及其他訴訟關係人，皆須出庭。故公判以前，必須傳喚被告人辯護人輔佐人及其他訴訟關係人。若不先期傳喚，則為違法。

四、實施強制處分。檢察官提起公訴後，審判衙門為發見證據起見，得於公判前實施強制處分。此項強制處分，得由地方審判廳廳長或辦案之審判長指定受命推事為之。

五、指定辯護人。刑事案件應有辯護人者，由審判長指定之。

右五者乃準備公判之程序。但此項程序，在公判後，亦可實施之，非以公判前為限也。

第三節 公判之開始

審判衙門開始公判，有直接受理檢察官公訴之案件，有間接受理公訴，直接受上級審判衙門付還送交指定或移轉之案件者，茲述於左。

(一) 初級審判廳、地方審判廳及大理院直接受理公訴，依法開始公判者。（刑訴第二五八條第二、七三條第四、六、九條）

(二) 上級審判衙門以判決發還者。（刑訴第三百八十六條）

(三)大理院接受起訴案件。認為應屬地方以下審判衙門管轄。而以決定送交公判者。(刑訴第四百九十六條)

(四)指定或移轉管轄。經上級審判衙門決定者。(刑訴第二十七條)

第四節 公判之形式

審判衙門開庭公判。適用口頭辯論主義。如推事檢察官審判衙門書記官被告人辯護人輔佐人及其他訴訟關係人皆須出庭。惟推事檢察官審判衙門書記官被告人辯護人輔佐人及其他訴訟關係人等之出庭。其情形不盡相同。茲述於次。

一、推事。公判中各推事須始終出庭。但宣告裁判。不以審理案件之推事為限。蓋審判衙門審理刑事案件。原則上適用口頭辯論主義。承審推事若不始終出庭。則不能達口頭辯論主義之目的。惟宣告裁判。非審理案件可比。故宣告裁判時。亦得更換推事為之。

法院編制法有補充推事之規定。蓋恐承審推事中有障礙不能出庭。另易推事時手續繁複而設之。便宜規定。而為本案此條規定之例外也。補充推事之情形。如甲乙丙為承審推事。同時以丁為補充推事。於承審時列於旁聽席。及承審推事缺席而補充時。則對於以前公判之情形。已均深悉。不必更新為言。詞辯論即可繼續進行。較之另易他推事。須更新公判之程序者。便利多多矣。

二、檢察官。公判時不必同一檢察官。始中出庭。此因檢察官係代表國家之機關。甲檢察官出庭。

與乙檢察官出庭。其間毫無區別也。

三、審判衙門書記官。審判衙門書記官之出庭。其主要目的。則在作製筆錄。故不必同一書記官。

始終出庭。如遇繁雜案件。數書記官同時出庭。或替換出庭。均無不可。

四、被告人。被告人不出庭。原則上不得開始公判。故公判中被告人須始終出庭。惟我刑事訴訟

法又如左列各款例外之規定。

附 開庭公判。乃至判決。被告人須始終出庭。判決日不出庭。則必宣告缺席判決。但據日本判例及松室致所主張。被告人之宣告判決之日不出庭。亦可宣告對席判決。其理由曰。片言折獄。缺席判決。被告於第一次公判日。已為十分之防禦。及至第二次公判日。而缺席。豈非亦可宣告對席判決哉。此不通之甚者也。且被告人對於宣告之刑。得聲明上訴。而聲明上訴之期間。審判官須依法告知之。若如反對說所斷定。則被告人於宣告判決日。缺席。必不能為告知。不可逕行宣告對席判決也。

(一) 被告人於辯論終結後。雖不到庭。亦得諭知判決。

(二) 拘役罰金之被告人。於公判中得委任代理人出庭。如無代理人。而本人受傳不到者。得不待

被告人辯論。即行諭知判決。

(三) 公判中審判長因維持秩序。得命被告人退庭。不經辯論。即行諭知判決。

(四) 公判中逆料證人鑑定人共同被告人。不能在被告人前盡其陳述者。得於陳述中。命被告人

退庭。俟其陳述完畢。再命被告人到庭。告知陳述之要旨。

附 關於本款規定。依原則言之。被告人係訴訟中之必要分子。縱有證人鑑定人等。亦應同時在庭。使被告人聽證人等之陳述。以為預備攻擊或防禦之資料。不得任意令其退庭。也不過遇有特別情形。不得不有例外之規定。耳本款所述者。是也。但僅以不能盡其陳述時為條件。設非不能盡其陳述。仍不得命被告人退庭。也。現行實例多將證人鑑定人被告人。隔別訊問。或分期訊問。以為發見事實真象之秘訣。殊非適法之舉。

被告人之出庭。一方面為被告人之權利。蓋被告人為訴訟主體。出庭辯論。所以伸張其辯論之

權。若審判衙門無故剝奪其出庭之權。或於公判中拘束其身軀。則爲違法。然自他方面觀之。被告人之出庭。又爲被告人之義務。故公判中審判長得以相當方法。強制其出庭。既出庭後。非經審判長許可。不得自由退庭。

疏 強制出庭除前金拘役刑犯人外如係處徒刑者審判長得發拘票或押票強制其履行義務德刑訴二二九條定有明文我草案雖無規定然解釋上固應如是也但關於此時之羈押效力如何學者間頗有爭論大要不外下列四說
(一)謂雖不具備一般要件亦得羈押(二)謂此項羈押亦非具備一般要件不可(三)羈押與辯論終結同時失其效力(四)謂此項羈押與一般羈押同始終有效上列四說據 莫先生主張以爲既係羈押即應具備一般要件至其效力當然與一般羈押無異蓋取第二第四兩說者也至被告人方面則只有出庭義務而無答辯義務出庭後不答辯仍屬無妨審判長不得強制其答辯也

五、辯護人。公判中辯護人應否出庭。視其爲強制辯護人抑爲任意辯護人而有差異。如係強制辯護人(即被告應科二等有期徒刑以上之刑時)非到庭不得開公判。係任意辯護人。則不必俟其出庭。

護辯人與檢察官及審判衙門書記官同。無須同一辯護人始終出庭。數辯護人替換出庭。或二辯護人同時出庭。分任辯護事務。均無不可。

六、輔佐人證人及其他訴訟關係人。輔佐人證人及其他訴訟關係人皆須於公判前傳喚。但傳喚不至。或無到庭之必要時。得不俟其到庭。而開公判。

第五節 公判之指揮

指揮公判之權。在合議審判衙門。操諸審判長。在獨任審判衙門。操諸獨任推事。凡被告人證人

定人之訊問。各項證據之調查。均由審判長或獨任推事指揮行之。陪席推事檢察官及訴訟關係人均無指揮之權。陪席推事及檢察官。如欲訊問被告人證人。或被告人欲詢問證人鑑定人共同被告人。須經審判長或獨任推事許可。

指揮公判之權。乃審判長或獨任推事特有之權利。如公判日期之指定。公判日期之變更。辯論之延期。辯論之續行。許可訴訟關係人之請求。規定調查證據之次序。以及其他指揮公判之行爲。均依此特權而實行之。但實行此特權。須在法律範圍以內。其代表合議審判衙門而實行者。尤須服從合議庭多數推事之意思。當事人就審判長或獨任推事之處分。聲明異議者。審判衙門應以決定裁判之。

第六節 公判之範圍

審判衙門不得就未受公訴之案件而爲審判。刑事案件。無論由檢察官直接起訴。抑由上級審判衙門付還送交指定或移轉。而其審理之範圍。直接間接皆以檢察官所起訴之範圍爲限。審判衙門對於起訴之事實。及起訴之犯人。負審判之義務。對於未起訴之事實及未起訴之犯人。無審判之權利。此乃不告不理之原則。我刑事訴訟法第三百二十五條及第三百二十六條。定有明文者也。

疏現行審判廳試辦章程與草案規定稍有不同。試辦章程規定凡附帶犯（如犯和誘時兼犯和發罪）現行犯（如在公判庭行凶）審判衙門不待起訴即可審理。乃不告不理之例外。但此種情形。草案並非掛漏。特因審判正犯時檢察官

必須出庭若有附帶犯檢察官如認為必要當時即可用言詞起訴請求審理因無須審判衙門越俎代謀以而冒犯檢察官起訴權之嫌也蓋檢察官若認附帶犯現行犯之情節輕微無起訴之必要時仍可不起訴檢察官有完全之自由權若如試辦章程所定審判衙門不得起訴即逕為審理豈非侵犯檢察官之職權乎故刑訴草案不設此例外之規定也

審判衙門之公判。既以檢察官所起訴之事實。及檢察官所起訴之犯人為範圍。故檢察官起訴後而又撤銷者。審判衙門須以決定駁回公訴。不得再為審理。譬如被告人犯有放火竊盜之罪。竊盜之罪。若經檢察官依法撤銷。審判衙門應以放火事實為公判之範圍。

據右所述。審判衙門之公判。法律上有一定之範圍。但審判衙門併合數案。同時審判。或分一案為數案。先後審判。均無不可。

第七節 公判之停止

公判進行中。因有左列情形而停止。

第一 被告人精神發生障礙。或被告人患病不能出庭時。此項情形。除拘役罰金案件。依法許代理人到場外。均應停止公判。公判因被告人精神發生障礙而停止者。再開公判時。應更新公判之程序。因被告人患病不能出庭。而停止者。再開公判時。仍當繼續進行。惟停止至七日以上時。得按其情形。更新公判之程序。

第二 當事人請求先行判決。經審判衙門以判決駁回其請求。當事人不服上訴時。此項情形。在上訴審判衙門判決確定以前。應停止公判之程序。停止公判。若至七日以上。亦得按其情形。

更新公判之程序（刑訴第三四〇條）

第三 當事人聲請拒却時。公判中如當事人聲請拒却推事或書記官。審判衙門應停止公判之程序。審判衙門以決定駁回當事人之聲請時。在抗告期間中及抗告中。應停止公判之程序。停止公判至七日以上者。亦得按其情形。更新公判之程序。

第八節 公判中之次序

公判自訊問被告人姓名始。至諭知判決止。其間程序。須依左列次序而實行之。

第一 訊問被告人之姓名住址年齡職業。開始公判時。審判長或獨任推事。須先訊問被告人姓名住址年齡職業。以徵驗其人有無錯誤。

公判程序以訊問被告人為始期。至庭丁引被告人到庭之程序。仍係準備行為。並非公判之本體。又此項訊問。以徵驗被告人有無錯誤為目的。故遇有必要情形。得除姓名並住址年齡職業外。就其所信仰之宗教。所有之財產及家族狀況。有無前科等情而問訊之。惟其訊問範圍。不得涉及本案內容而已。

第二 檢察官陳述案件要旨。審判長或獨任推事訊問被告人姓名住址年齡職業。檢察官應陳述案件要旨。陳述案件要旨。即檢察官就被告人之犯罪事實。請求審判衙門審判之意。蓋使審判衙門與訴訟關係人得知所審理族為如何案件也。此項陳述。乃公判審理之基礎。公判

中之言詞辯論。即以此爲開始。審判衙門若於檢察官未陳述前。而有所訊問。或有所調查。在法律上。不得認爲有效。

第三。就本案訊問被告人。檢察官陳述案件要旨後。審判長或獨任推事。應就本案事實。訊問被告人。

就本案訊問被告人。即訊問被告人承認起訴事實與否之意。非強求被告人供認犯罪事實。亦非強求其自由也。

第四。調查證據。審判長或獨任推事。就本案訊問被告人後。應即開始調查證據。其詳當於第十節中述之。

第五。關於證據訊問被告人。審判長或獨任推事。每調查一證據。應訊問被告人有無意見。並向被告入通知。可以提出有益之證據。

關於證據訊問被告人。與就本案訊問之被告人情形不同。一則重在犯罪之證據。一則重在犯罪之事實。二者不可混而爲一也。

第六。言詞辯論。審判衙門調查各項證據。並就證據訊問被告人後。應開始言詞辯論。以備判決。其情形如左。

先由檢察官陳述事實上及法律上理由。而爲本案之論告。繼以被告人之答辯及辯護人之辯

護。檢察官俟被告人答辯及辯護人辯後。可以再述法律上及事實上之意見。被告人及辯護人亦可再辯駁之。但辯論最終。應命被告人陳述。即言詞辯論最初須有檢察官之論告。最後須有被告人之辯論也。

辯論終結後。遇有必要情形。審判衙門得再開辯論。再開辯論時。仍以被告人之陳述為最終之辯論。但被告人到場不肯陳述者。得不待被告人辯論而判決之。

第七 諭知判決。言詞辯論終結後。應於七日以內。諭知判決。其詳當於第十一節中述之。

第九節 公判中之調查證據

第一 調查之範圍

我刑事訴訟法採用直接審理主義。偵查及預審時所調查之證據。公判中必須更為調查。偵查及預審時所訊問之證人。公判中必須更為訊問。審判衙門之判決。應以直接調查所得之證據。訊問所得之證言為根據也。（刑律第二百二十一條）

調查證據之範圍。由審判衙門決定之。當事人雖可請求審判衙門檢證鑑定傳訊證人及調查其他各項證據。而許可之權。仍在審判衙門。非當事人所能相強。當事人請求之事。不能調查。或請求之事。毫無價值。又或所請求者。不合於法律。審判衙門應以決定駁回之。譬如當事人請求調查已經消滅之證據。或請求調查確定判決中舉示證據之不當。又或請求傳喚外國元首為證人。審判

衙門均無須調查。審判衙門以爲管轄錯誤。或應駁回公訴時。關於有罪無罪之證據。尤無調查之義務。

附 請求調查證據之由合議制審判衙門爲許可決定者。承審推事中有更迭而更新審理時。其許可決定是否繼續有效。學說有二。(一)注重決定經過之情形。例如甲之丙三推事。共爲許可之決定。甲乙兩推事係贊成者。因爲不贊成者。嗣後乙更爲丁。則丁之意見是否與乙一致。尙不可知。故須更新決定。不能繼續有效。(二)注重決定之本質。前之決定並非違法者。則爲有效。苟不依法裁判。則當然無效。德日立法例。則均採第二說。

第二 證據之資料

各項證據。應在公判中逐一調查。以符直接審理之旨。但證據之種類極多。其性質亦至不一。亦有公判中難於調查。或不能調查者。故我刑事訴訟法。又有左列兩項規定。以救濟之。惟須遵守調查證據之程序而已。

(一) 左列書狀。得爲證據。

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

第二 官吏公吏。據其職務。證明身分。年齡。前科等項之書狀。

第三 外國官吏公吏。據其職務。證明身分。年齡。前科等項之書狀。但以其書狀。經真正證明者爲限。

第四 鑑定書。鑑定筆錄。及其補充之書狀圖畫。

則上不得爲證但與犯罪有直接關係者則否(2)
在被告人前之供言被告人若無異議者可以爲證

以上所述各種書狀可爲判決資料之證據。然證據之證明力。任推事自由判斷。故據他項理由。以爲此類書狀不能信用。亦可不採用之。

第三 調查之程序

審判長或獨任推事開始調查證據。應遵守左列程序。

(一) 證據物應示被告人。

(二) 證據書狀應由審判長(合議庭)或獨任推事(獨任庭)朗讀。或命書記官朗讀之。但當事人無異議者。亦得告知其要旨。以代朗讀。被告人不解書狀之意義。應說明之。

(三) 審判長或獨任推事當調查一證據。朗讀一書狀畢。應問被告人有無意見。並向被告人告知。可以提出有益之證據。

(四) 當事人請求檢證鑒定、傳訊證人及其他調查證據。審判衙門應以決定裁判之。

第十節 公判時之判決

第一款 判決之種類

第一 終局判決

終局判決者。一審級中完結訴訟關係之判決也。審判衙門不止一級。故一案之終局判決。往往有

二次三次之多。但就我刑事訴訟法草案言之所謂終局判決不外左列五種。

一、管轄錯誤之判決。被告案件不歸承審該案之地方審判廳或初級審判廳管轄。應以判決諭知管轄錯誤。但地方審判廳於言詞辯論中發現案件應歸所屬初級審判廳管轄者。應即作為自己管轄之案件。而為第一審判決。毋庸諭知管轄錯誤。

二、免訴之判決。免訴之判決。即以刑罰請求權業經消滅為理由。所諭知之判決也。諭知免訴判決之原因有五。(一)裁判已經確定。(二)犯罪後之法律已廢止該罪之刑罰。(三)法律全免刑罰。(四)大赦。(五)提起公訴權因時效而消滅。

三、駁回公訴之判決。除管轄錯誤之判決外。凡以訴訟關係不存在為理法。而諭知之判決。皆駁回公訴之判決也。諭知駁回公訴之判決其原因有八。(一)被告人亡故。(二)親告罪無人告訴。(三)親告罪撤銷告訴。(四)未提起公訴。及提起公訴程序不合法。(五)撤銷公訴。(六)案件在審判衙門現行審理及裁判尙未確定。(七)被告人不屬中國審判權。(八)被告人不屬通常審判衙門審判權。

四、無罪之判決。犯罪不能證明。及被告人之行為不為罪。審判衙門應諭知無罪。

五、科刑之判決。犯罪經證明者。審判衙門應諭知科刑。

第二 中間判決。中間判決。對終局判決。亦稱先行判決。即一審級中訴訟關係尙未終結時

之判決也。審判衙門之判決。以諭知終局判決爲原則。以諭知中間判決爲例外。

遇有左列各款情形。當事人得於終局判決前。隨時請求先行判決。其無當事人之請求時。審判

衙門亦得因職權爲之。

(一) 案件不屬該地方審判廳或其所屬之初級審判廳管轄

(二) 裁判確定。

(三) 犯罪後之法律廢止該罪之刑罰。

(四) 法律全免刑罰。

(五) 大赦。

(六) 提起公訴權因時效而消滅。

(七) 被告人亡故。

(八) 親告罪無人告訴。

(九) 親告罪撤銷告訴。

(十) 未提起公訴及提起公訴程序不合法。

(十一) 撤銷公訴。

(十二) 案件在審判衙門現行審理及裁判尙未確定。

(三) 被告人不屬中國審判權。

(四) 被告人不屬通常審判衙門審判權。

審判衙門因當事人之請求（先行判決）有理由。或因職權自爲先行判決時。若其判決果係諭知管轄錯誤。（第一項情形）諭知免訴。（第二項至第六項情形）或諭知駁回公訴。（第七項至第十四項情形）而又未經當事人聲明上訴時。其用意雖在先行判決。而其結果。則與終局判決無殊。但審判衙門以爲當事人之聲請毫無理由。曾以判決駁回其請求。當事人對於駁回聲請之判決。並未聲明上訴時。該案件之訴訟關係尙未脫離該審判衙門。其性質爲先行判決。故吾人亦得以先行判決或中間判決名之。

當事人請求審判衙門先行判決。條審判衙門曾以判決駁回其請求。當事人對於此項判決。仍得聲明不服。提起上訴。當事人提起上訴後。該審判衙門應停止公判程序。至判決確定時爲止。

第一款 判決之條件

一切訴訟行爲。必具備一定條件。而後乃能有效。判決亦然。茲述判決之條件於左。

第一 檢察官提起公訴。必須合法。

第二 除法律上有特別規定外。必須公開審理。

第三 除法律上有特別規定外。公判中言詞辯論時。當事人等必須出庭。

第四 審判衙門之構成。必須依據法院編制法之規定。

判決條件大概不外右列四種。但有時因其他訴訟條件不備而影響及於判決。（如親告罪未經告訴而爲有罪之判決）不可不察也。

第三款 判決之方式

審判衙門之判決。必須作製判決書。以證明之。判決書中並須記明左列各款。

(一) 標題

標題中應明示者。(一) 被告人名住址年齡職業。(二) 被告事件。(三) 判決字樣。

(二) 主文

主文者。審判衙門對於被告事件之斷案也。其種類有五。(一) 科刑。(二) 無罪。(三) 免訴。(四) 駁回公訴。(五) 管轄錯誤。在有罪之判決中。除主刑從刑外。如有緩刑追徵（刑訴一五一條）及折抵未決羈押日數等事項。亦應於主文中說明之。

(三) 理由

理由者表示主文發生之原因也。因判決之種類而不同。其大要如左。

(1) 諭知科刑之判決。必須表示。(一) 構成犯罪之事實。(事實上之理由)。(二) 依證據而認定事實之緣由。(證據上之理由)。(三) 法律之適用。(法律上之理由)。

(2) 諭知無罪免訴駁回公訴管轄錯誤之判決亦必須附以理由。惟不必三者皆備。如因裁判確定而免訴。不必有證據上之理由。因犯罪後之法律廢止刑罰而免訴。亦不必有證據上之理由。

(四) 結尾

判決書中除標題主文理由外。應記明判決該案件之審判衙門。判決之年月日及公判時蒞庭檢察官之官職姓名。最後由推事及審判衙門書記官簽名蓋印。

附 蒞庭之檢察官指審理判決時之蒞庭檢察官而言。如先後之檢察官非為一人。應一一記載於判決文中。以期明瞭。日本大法院判決例(明治三十五年三卷一四頁九卷一五六頁三六年)正五六頁(參照)探反對說。須記載判決時之檢察官審理時之檢察官無須記載。又標題主文理由結尾外。如宣告被告人擔負訴訟費用時。亦應於主文中附帶及之。但犯人之擔負費用。限於有罪之時。究非各種判決皆如此。也不過可以為例而已。判決原本存於官署。判決正本附存卷中。上訴時送於上訴審判衙門副本。送交監獄或交付於有關係之人。

第四款 缺席判決

公判中適用口頭辯論主義。原則上須當事人出庭。審判衙門就當事人對席之形式而審判之。但刑事案件至多。審理極輕微之案件。實際上可不俟被告人出庭。此項判決。學者稱之曰。缺席判決。**附** 學者中有謂缺席判決有二理由(一)所以使被害人之附帶私訴實行而無遺憾也。(二)不為被害人之意思所左右而進行訴訟。故有缺席判決之制度。日本豐島博士主是說。

刑事訴訟之缺席判決。與民事訴訟之缺席判決。其性質迥不相同。民事訴訟上之缺席判決。含有制裁之性質。缺席之當事人。恆受不利益之判決。至刑事訴訟不然。被告人縱然缺席。若果無罪。則判決亦必無罪。決不因其缺席。而變無罪為有罪也。缺席判決。其情形約有二種。

刑事訴訟法上之缺席判決與民事訴訟法上之缺席判決之性質不同民事訴訟上之缺席判決可稱為懈怠制裁或維持法庭之制裁故缺席者恒受不利益之裁判刑事訴訟之缺席判決乃指有缺席之事實時所下之判決而言故被告入雖不出席其權利並不因而受影響如果無罪仍須下無罪之判決並得用辯護人或法定代理人代為出庭也

(甲) 拘役罰金之被告人受傳喚而不到場者(刑訴第三五〇條)

關於本條規定日本刑訴法規定與本草案不同(一)不關於拘役罰金案件之被告人(即徒刑以上之犯人亦可對之)下缺席判決(二)不必俟傳喚不到場者(即不傳喚之亦可對之)下判決依本草案規定傳喚證人時傳票上須說明如不到場須受制裁至傳喚被告人時傳票上是否亦須說明屆期不到即下缺席判決草案無明文規定依法理言之此之缺席判決亦為發見真實主義之一並非制裁之性質自無須於傳票述明也又被告人已經到場而又自由退庭者是上即視為與從始即未到場者相同即可下缺席判決不必另發傳票也

又德口刑訴法往往因缺席之原因不同而關於缺席判決程序之規定亦異如德刑訴法分缺席之原因為所在不明確留外邦及其他之三種是也我草案關於此無分別規定故不問其原因如何均適用同一之程序而為判決也

(乙) 被告人到場後因維持秩序命其退庭者(刑訴第三四九條)

缺席判決依送達方法諭知被告人蓋缺席被告人非受送達不知判決之內容故也但被告人之缺席有無正當理由與缺席判決之效力不生影響縱有正當理由亦祇能依通常上訴方法而救濟之如欲聲明故障在原審衙門取消缺席判決則非我刑事訴訟法之所許矣

○ 缺席判決與對席判決亦須用宣告形式因被告人雖缺席而原告官及其法定代理人辯護人仍在庭中仍宜告知也

又缺席判決我刑訴草案認為一種終局判決故祇得以上訴方法救濟不得在原為判決之衙門聲明故障在外國法例於許其以上訴方法救濟外並得在原衙門聲明故障取消缺席判決本草案以缺席判決亦真實發見主義之結果判決未必即不利於被告人故無須特別保護被告人而許其聲明故障也

第十一節 公判之完成

分判程序。雖至判決為止。然案內人證。究應如何處分。被告人應否負擔訴訟費用。上訴期日共有若干。仍應依法告知被告人。處分案內人證。告知訴訟費用及上訴期間。皆係完成公判之程序也。茲分述於左。

(一) 被告人之處分。受羈押之被告人。遇有左列各款情形。以已諭知釋放論。判決之中。毋須表示釋放字樣。

(1) 審判衙門諭知管轄錯誤者。

(2) 審判衙門諭知免訴者。

(3) 審判衙門諭知駁回公訴者。

(4) 審判衙門諭知無戒者。

(5) 審判衙門諭知罰金者。

遇有左列五款情形。必須釋放被告人。但審判衙門諭知管轄錯誤或駁回公訴時。以爲被告人必須羈押。仍可維持舊日所發押票之效力。或新發押票羈押被告人。然後再將該案送交檢察官。檢察官接受案件後。應於三日內。以其案件送交該管檢察官（管轄錯誤時）或提起公訴（駁回公訴時）。如不送交該管檢察官或提起公訴。應即釋放被告人。送交該管檢察官時。該管檢察官應於三日內提起公訴。不提起公訴。應釋放被告人。

(二) 證物之處分。處分證物之情形有四。茲述於左。

(1) 不問被告人受科刑之諭知否。其因案扣押或保管之物。未受沒收或沒入(行政處分)之諭知者。一概回復扣押或保管以前之狀態。與未經扣押或保管時之情形相同。毋須有解除扣押處分或解除保管處分之諭知。但審判衙門諭知管轄錯誤或駁回公訴時。亦得按其情形。另行諭知維持扣押或保管之效力。

(2) 檢察官接受審判衙門所送案件後。如釋放被告人。應由檢察官解除其扣押或保管之處分。(3) 供犯罪所用之物。預備犯罪之物。及因犯罪所得之物。經扣押或保管。而應付還被告以外之人者。雖未經他人請求。審判衙門亦應諭知付還。

(4) 扣押或保管之物。其初以為毋庸保存。先行付還者。判決時若不更為扣押或保管之諭知。以受付還之諭知論。

(三) 擔負訴訟費用之告知。被告人被科刑者。審判衙門因職權諭知其擔負訴訟費用。但審判衙門諭知管轄錯誤。免訴。駁回公訴。或無罪時。不能命被告人担負訴訟費用。

刑事訴訟費用之負擔在立法例上有二主義(一)國庫支出主義。與等國採用之其理由有二(一)此種訴訟費用為國家實行公訴權而支出者。乃由公益而起。與民訴之為私人主張權利而支出費用者不同。故應由國家支出。(二)民訴費用之由私人負擔。一則因代私人實行私權。一則因債務人違背義務。使使之負擔費用。實含有制裁之意。若夫刑事訴訟費用。乃由國家自身實行公訴權之支出。既與私人無關。且亦非含有制裁之性質。又安能與民訴相律。而使私人負擔之乎。(二)受刑人負擔主義。日本刑訴法與我國刑訴草案採之其理由以為非被告人犯罪。國家即不支出此種費用。故應使之負擔。認費以為取償云云。以上二例。自以第一主義較善。理由亦為充分。且實際上第二主義亦不能實行。

者如真竊盜小偷等罪若之贖資訴訟費勢必不能繳納故現行辦法關於此點獨不採用本案規定以目前趨勢觀之此條規定俟公布時或不免改取第一主義之法例也

(四)上訴期間之告之。被告之被科刑者。審判衙門應告知其得爲上訴及上訴之期間。(例如判決後。向被告入曰。汝若不服判決。得於幾日之內。聲明上訴。)因被告人缺席。而爲缺席之判決時。應以上訴事宜。記明判決書內。送達於被告人。令其注意。

第一章 總論

上訴之方法有三。曰控告。曰上告。曰抗告。不服第一審審判衙門之判決者。可以提起控告。不服第二審審判衙門之判決者。可以提起上告。不服第一審或第二審審判衙門之決定者。可以提起抗告。茲先述三者共同之觀念。(即上訴之觀念)而後再分別論之。

第一節 上訴之意義

上訴者。意圖撤銷或變更尙未確定之裁判。請求上級審判衙門撤銷。或變更其裁判之法也。茲分析說明其意義於左。

第一。上訴者對於尙未確定之裁判。請求撤銷或變更之法也。

上訴與再審及非當上告異。再審及非常上告。係請求撤銷或變更已經確定之裁判。上訴則係請求撤銷或變更未經確定之裁判。

上訴程序。既係請求撤銷或變更未經確定之裁判。故裁判之確定力。必因上訴而停止。裁判之確定力停止。原則上必須停止裁判之執行。

第二 上訴者請求上級審判衙門撤銷或變更裁判之法也。

上訴程序與他種程序異。他種程序。有向原審判衙門請求者（刑訴第三六八條）上訴則非向上級審判衙門請求不可。案經上訴。即時發生移審之效力。上訴審判衙門應即依法裁判。不得置諸不理。但抗告經原審衙門認為有理由者。得自行將原裁判更正（刑訴第四二二條）此乃實際上之便宜辦法。究非上訴當然發生之結果也。

第二節 上訴之權利

上訴為當事人（檢察官及被告人）之權利。學者稱之曰上訴權。此項權利。非當事人不得有之。但當事人外。如辯護人及法律上代理人。有時為被告人利益起見。亦得享有上訴權。故享有上訴權之人。計有四種。第一。檢察官。第二。被告人。第三。辯護人。第四。法律上代理人。

（圖）實際上亦有證人鑑定人上訴者。如證人鑑定人不服評議之裁判而上訴者。是然此非以其證人鑑定人資格而上訴。乃以辯護被告人之資格而上訴。故有上訴權者。祇有上述之四種人也。

第一。檢察官。檢察官意圖不利於被告人。固得上訴。即為被告人利益計。亦得為之。蓋檢察官乃代表國家而為刑事原告之官員。原審衙門之裁判。若果不當。為檢察官者。自應依法上訴。上訴結果。是否有利於被告人。非所計也。

第二 被告人。被告人爲自己利益計。得爲上訴。惟裁判有無利益。須自事實上定之。不能以被告人意思爲標準。且上訴審所救濟者。在原判主文。不在原判之理由。若求撤銷或變更原判之理由。而不攻擊其主文。則非法律之所許矣。

附 被告人不得爲自己上訴。但所謂利益。應從客觀解決之。如不得爲變罰金爲徒刑。變無罪爲有罪等之上訴。是且原判是否不利。應從主文斷定。不得以判決理由爲根據也。

第三 辯護人。辯護人之上訴權。係傳來權利。而非原來權利。辯護人爲被告人利益起見。得代被告人聲明上訴。但被告人明示反對之意思者。應以被告人之意思爲準。辯護人代被告人上訴。而被告人未曾表示反對之意思時。苟未得被告人同意。不得撤銷上訴。

附 辯護人上訴。被告人未表示反對者。固不得任意撤銷上訴。但辯護人上訴。而被告人反對時。則審判衙門應爲撤銷上訴之決定。

代被告人上訴者。限於原審辯護人。非原審之辯護人。則無上訴權。蓋原審辯護人曾經參與原審訴訟。有無上訴之必要。惟該辯護人乃能知之。

附 原審辯護人雖可代被告上訴。但上訴後。若在第二審辯護時。則非更有被告人之正式委任。不可並非當然。即得爲第二審之辯護人也。

第四 法律上代理人。被告人之法律上代理人。爲被告人利益計。亦得代被告人聲明上訴。據右所述。檢察官。被告人。辯護人。及法律上代理人。均有上訴之權。但檢察官之上訴權。與被告人之上訴權。互相獨立。計算上訴期間之法。彼此亦有時不同。譬如被告人受缺席判決。檢察官之上訴期間。應自宣告判決之日起算。被告人。則自接受送達之日起計算。至若辯護人及法律上代理

人之上訴。雖爲被告人之利益起見。而其上訴權。亦與被告人之上訴權不同。辯護人及法律上代理人代被告人上訴後。被告人仍可獨立上訴。被告人之上訴權。不因辯護人及法律上代理人上訴而取消。惟辯護人及法律上代理人之上訴。專爲被告人利益起見。故計算上訴期間之法。與被告人自行上訴之情形相同。

附 被告人代理人辯護人雖先就上訴法律上祇認爲一訴訟案件其上訴理由不同者亦合併審理之

第三節 上訴之理由及其範圍

凡上訴均以裁判不當爲理由。而裁判之不當。有時關係於訴訟法（如聲請拒却推事之駁回）有時關係於實體法（如判無罪爲有罪）關係於訴訟法者。應提草控告上告或抗告。關係於實體法者。祇能提起控告及上告。而不能提起抗告。

審判衙門之裁判。有時誤認事實。有時妄引法律。故不當之裁判。細別之可得二種。（一）事實不當。（二）法律不當。對於第（一）或第（二）種不當之裁判。可以提起控告及抗告。若欲提起上告。則非請求撤銷或變更。第（二）種不當之裁判不可。

附 誤認事實妄引法律控告均無不可惟是否以上告則爲一問題據大理院判例可以上告但第三審以審理法律之錯誤爲原則故請求之標的只能以請求撤銷原判發回更審爲理由不得請求撤銷更正原判也

當事人等之上訴。得對於原審衙門裁判之全部或一部爲之。其對一部上訴者。應於上訴聲明書內明白表示其意見。上級審判衙門應以其不服部分爲裁判之範圍。至其他有關係之部分。未經

上訴人聲明上訴者。上級審判衙門可一併調查而審理之。

附對於一部上訴者。例如甲犯竊盜罪乙犯毀壞罪第一審判甲爲有罪判乙爲無罪檢察官對於乙之裁判不服而上訴。是至上訴審則祇能就乙之是否實贓爲審理。即調查甲竊盜後是否向乙送贓而證明乙之犯罪行爲。被甲之竊盜罪既經判決檢察官又未對之上訴上訴審不得更進而審理甲之竊盜行爲是否成立也。

第四節 上訴之聲明

聲明上訴。應用書狀。書狀中祇須表示上訴之意思。不必詳述上訴之理由。

聲明上訴。應向原審判衙門提出聲明書爲之。在監被告人上訴者。得經監獄長提出聲明書。苟能在上訴期間內將聲請書交於監獄署長。立即發生上訴之效力。無依聲明書到達於原審衙門。

聲明上訴。有一定期間。其期間自諭知裁判日起算。逾期不上訴。則原審衙門之裁判確定。縱令上訴。必被上級審判衙門駁回。但因天災或其他事故。在上訴期間內。不能上訴者。得向原審判衙門聲明。回復上訴權。

上訴方法。本有控告上告及抗告三種。上訴之人。如誤用名稱。將控告誤爲上告。上告誤爲抗告之類。不能視爲無效。蓋上訴方法。乃法律所規定。非上訴人所能自由選擇。上訴人對於未確定之裁判。苟能表示不服之意思。上訴方法。縱有錯誤。實際上並無關係也。

第五節 上訴之違法

上訴若不合法。必被上級審判衙門駁回。其情形約有三種。

(一) 不爲法律上所許可之上訴。法律上所許可之上訴。以種類(上訴之種類)言。則有控告上告及抗告三種。以不服理由(上訴之理由)言。對於第二審之裁判。祇能就其引用之法律。聲明上訴。以內容(上訴之內容)言。被告人僅能爲自己謀利益而上訴。若於控告上告及抗告外。以哀訴嘆願之法而上訴。或就第二審所認定之事實而上訴。又被告人非爲自己利益而上訴。皆非法律之所許也。

(二) 不遵程序之上訴。控告及上告。均有法定程序。聲明控告者。須提出聲明控告書於第一審審判衙門。聲明上訴者。須提出聲明上告書於第二審審判衙門。其理由書之由被告人或法律上代理人提出者。並須由辯護人或律師簽名蓋印。此類程序。如不遵行。則爲違法。

(三) 不遵期間之上訴。聲明控告期間爲七日。上告期間爲五日。(此乃刑訴草案之規定。據現行審判廳試辦章程則爲十日)提出抗告理由書期間。爲提出聲明後十日。此類期間。若不遵守。則爲違法。

第六節 上訴之拋棄及其撤回

(1) 概念

未爲上訴者。得於上訴期間內拋棄上訴權。已爲上訴者。得於上級審判衙門裁判前隨時撤回。拋棄與撤回。其結果相同。惟一則在未經提起上訴以前。一則在已經提起上訴以後。二者微有區別。

疏 被告人得自由拋棄撤回上訴權。固矣。惟法律上代理人辯護人等雖拋棄撤回而被告人仍可上訴。被告人拋棄撤回辯護人等雖上訴亦無效。此其一。又被告人拋棄辯護人等復為拋棄者。意思一致毫無疑義。惟撤回時期不無問題。其被告人與辯護人等意思一致者。固不生影響。惟撤回上訴之意思不一致者。雖撤回有先後而仍以被告人為準。蓋刑事訴訟法上以被告人為訴權之主體也。

(2) 程序

拋棄上訴權。應向原審衙門為之。撤回上訴。原則上應向上級審判衙門為之。

拋棄上訴權及撤回上訴。可用書狀或言詞為之。但用言詞者。非在公判庭聲明不可。審判衙門並應以其聲明。記明於筆錄之內。

(3) 效力

拋棄上訴權及撤回上訴。在上訴期間中。亦有確定裁判之效力。惟因檢察官及被告人。皆有上訴權。故檢察及被告人中。一方拋棄上訴權。他方面保留上訴權時。原審衙門之裁判。尙未確定。至撤回上訴。如係上訴上訴撤回。裁判即屬確定。無待他方面之同意也。

第七節 上訴之維持

上訴期間經過。則當事人喪失上訴權。然因天災或其他事故。於期間內不能上訴者。准其向原審衙門聲明。回復上訴權。以維持之。茲將其程序效力及其裁判之法。分述於左。

(1) 程序

聲請回復上訴權。應於天災或其他事故消滅後。普通上訴期間內。(控告七日上告五日)用聲請

書爲之。聲請書內簡單叙明不能上述之理由。

聲請回復上訴權者。應於其聲請時。補行上訴程序。如請求回復控告權之人。須於聲請時。提出聲明控告書。請求回復上告權之人。應提出聲明上告書。及上告理由書。請求回復抗告權之人。應提出聲明抗告書。及抗告理由書。

(2)效力

聲請回復上訴權。有停止執行裁判之效力。如科刑之裁判。因聲請不能發生執行刑罰之效力。無罪之裁判。不能發生釋放被告人之效力。

(3)裁判

回復上訴權之聲請。由被告人提出者。應由原審衙門諮詢檢察官。以決定裁判之。其由檢察官提出者。由原審衙門逕行裁判。被告人及檢察官對於審判衙門駁回聲請之裁判。均得於三日內。聲明抗告。

第八節 上訴之通知

當事人一方面聲明上訴。拋棄上訴權。撤回上訴。及請求回復上訴權者。應由審判衙門從速知照相對人。其在公判庭用言詞拋棄上訴權或撤回上訴。而相對人亦在庭者。以已經知照論。毋庸另行通知。

第二章 控告

第一節 控告之意義及其制度

控告者，意圖撤銷或變更第一審審判衙門未確定之判決，請求控告審判衙門撤銷或變更原審衙門判決之方法也。控告制度，應否存在，學者中爭論頗盛。即各國制度，亦互有不同。在法國，對於輕罪可以提起控告。對於重罪，則不許控告。在德國，對於初級審判衙門之判決，准其提起控告。對於其他審判衙門之判決，則不許控告。在日本，對於區裁判所（即初級審判廳）之判決，均可提起控告。我刑事訴訟法採用日本制。如果不服初級審判廳或地方審判廳第一審之判決，均得提起控告。請求控告審判衙門撤銷或變更之。

〔法〕法國係採用陪審制陪審人之判斷絕對不許變更。事實全由陪審人認定。重罪之事實係由陪審人判斷者故不許抗告。然輕罪亦係由陪審人認定事實而判斷者則又許其控告。法制精神殊不一貫。故學者間頗多非難之也。至中日陪審制尙未實行事實全由審判官自行認定。雖免不無錯誤者再不許控告以救濟之則流弊將無底止矣。

第二節 控告之要件

控告須係不服第一審審判衙門之判決。如不服第二審之判決，可以提起上告，而不得提起控告。不服第一審或第二審之決定，可以提起控告，亦上能出起控告。

控告須係不服初級審判廳或地方審判廳之第一審判決。至高等審判廳無第一審之管轄權。大理院所管第一審案件，初審即係終審，故不得對大理院之判決案件，提起控告。

控告須係不服第一審審判衙門未確定之判決。若判決業已確定。雖係第一審之判決。亦不得提起控告。

第三節 控告之聲明

聲明控告。應於第一審審判衙門提出控告聲明書。其期間爲七日。自諭知判決之日起算。用言詞諭知判決者。自宣告判決之日起計算。用送達諭知判決者。自收受送達之日起計算。

第一審審判衙門接受聲明控告書後。應就左列程序。實行其一。

(1) 聲明控告。係屬喪失聲明權者。應諮詢檢察官之意見。以決定駁回之。(不服此項決定。得於三日內提起抗告。抗告若無理。由經控告審判衙門駁回者。原審判決。當時確定。其有理由者。原審衙門及當事人等。應實行控告之程序。)

所謂喪失聲明控告權。其範圍甚廣。除聲明期間既已經過者外。其因拋棄控告權。及撤回控告。原審判決因而確定者。亦屬之。

(2) 聲明控告。如無前項情形。應速通知相對人。並速以書狀及證據物送交配置第一審審判衙門之檢察官。更由該檢察官送交配置控告審判衙門之檢察官。配置控告審判衙門之檢察官。應閱視書狀及證據物。送交控告審判衙門。被告人被羈押時。則由配置第一審審判衙門之檢察官逕行送交控告審判衙門所在地之監獄。

第四節 控告之理由

控告理由。法律上毫無限制。因原審衙門認事實而控告。或因妄引法律而控告。又或因其訴訟程序不當而控告。均無不可。蓋控告人若依法聲明控告。控告審判衙門即有依法審理之義務。其所持之理由果如何。非所計也。但控告人有對於原審衙門判決全部聲明不服而控告者。亦有對於原審衙門判決一部聲明不服而控告者。設控告人對於原審衙門判決一部聲明不服而控告。則其所持理由。自不能不略受限制。譬如某甲犯有竊盜侵占兩罪。原判（原審判衙門之判決）引用刑法第三百六十七條及第三百九十一條各處四等有期徒刑二年。並定其執行刑期為三年。該被告對於侵占一部分之判決。聲明控告。而其所持之理由。斤斤焉惟有無竊盜行為之是辯。而於侵占事實。則置若罔聞。似不可也。

第五節 控告之範圍

控告人之控告。有對於原判全部而為之者。亦有對於原判一部而為之者。對於原判全部聲明不服而控告者。曰全部控告。對於原判一部聲明不服而控告者。曰一部控告。但控告人聲明控告而未明白表示控告之範圍時。法律上推定其為對於原判全部之控告。

此時審判官或檢察官訊明其對於全部或對於一部控告亦非違法

控告人對於原判一部而控告。其他無關係之部分。因控告期間經過而確定。期間經過後。不得再

為控告。控告審判衙門祇能就其控告及與有關係之部分而審判之。

附對於原判一部控告者此一部有移審效力其無關係之部分及因期間經過而確定之部分則無移審效力若先為全部之控告後為一部之控告者視為取消其一部即辯論時僅就一部而為攻擊防禦者亦視為一部控告而為審理一部控告其情形不外左列諸種。

(一) 判決中有多數被告人而原告官對於一部分之被告人聲明控告或一部分之被告人獨自聲明控告者。

附原告官對於一部分之被告人聲明控告者例如甲犯竊盜罪乙教唆丙事前幫助丁牙保贓物戊故買贓物而第一審僅判甲乙丙有罪判丁戊為無罪檢察官不服對於丁戊之判決聲明控告是一部分被告人獨自聲明控告者如前例甲獨自聲明控告是但無論何方單聲明控告者控告審判衙門對之祇能就該部分之控告者而為審理不得涉及其他未經控告之人也縱令如前例乙丙等因甲在控告審判為無罪而亦欲救正第一審有罪之判決時亦祇能請求再理而不得復行控告請求併案審理也。

(二) 判決中之被告人有數罪原告官或被告人對於一部分之罪名聲明控告者。

附判決中判有數罪對於一部罪名聲明控告者例如數罪俱發同時判決原告官或被告人對於其中一罪之判決不服而控告者是但牽連犯及重罪吸收輕罪者雖名為一罪然處刑則較單純一罪者加重是否亦得一部控告學者間頗多爭論以理言之似以准其控告為當例如以偽造文書為手段而犯罪欺取財罪者被告人仍得對於偽造文書之行為聲明控告以冀減輕刑罰也。

(三) 判決中之被告人判有一罪而原告官或被告人對於其所科刑罰之一部聲明控告者。

附對於所科刑罰之一部而控告者例如對於負擔訟費而控告對於沒收而控告對於既審公權而控告對於折抵而控告對於緩刑而控告等是但不得涉及主刑及事實責任問題。

第六節 附帶控告

原告官或被告人提起控告後相對人於上級審判衙門判決以前亦得聲明控告學者稱之曰附

帶控告。故附帶控告者對於相對人之控告（亦名主控告）附帶聲明之控告也。

附帶控告以相對人提起控告為前提。其結果如左。

(一)當事人一方提起控告後。他方之當事人於控告期間已過。或拋棄控告。撤回控告後。仍得為附帶控告。附帶控告乃當事人附帶聲明之控告。故不為控告期間及其事由所拘束。苟有控告在先。即可聲明附帶控告。已否經過上訴期間。會否拋棄控告。或撤回控告。非所問也。

(二)當事人一方所提起之控告。因不合法而被駁回。或為聲明控告人撤回者。附帶控告失其效力。附帶控告係當事人附帶聲明之控告。故當事人一方所提起之控告。因不合法而駁回。或經控告人撤回者。附帶控告當然無效。但附帶控告於控告期間內聲明者。則具有獨立之性質。故不因當事人一方之控告駁回或撤回而失其效力。

(三)當事人一方提起控告後。他方之當事人非有利益。不得提起附帶控告。附帶控告具有上訴之性質。非有利益。不得為之。譬如檢察官對於無罪判決。提起控告後。被告人不得為附帶控告。

有附帶控告之權利者。本應以原審判衙門之原告官及被告人為限。但據我刑事訴訟法之規定。配置控告審判衙門之檢察官。亦得為附帶控告。此以控告審判衙門之檢察官。亦係代表國家。而為刑事原告之官員。其性質與原審衙門之檢察官無以異也。

第七節 控告之審理

控告審判衙門所用之程序。原則上準用地方審判廳第一審之訴訟程序。故控告審判衙門審理案件時。大致與地方審判廳初審案件時之情形相同。但關於審理次序及審理範圍。我刑事訴訟法又有左列兩款特別之規定。

(一) 審理秩序。控告審判衙門審判長。於詢問被告人姓名住址年齡職業後。應命聲明控告人（

檢察官或被告人）陳述控告之意見。

陳述控告意見之聲明控告人若為原告官則由同級審判衙門之檢察官代為陳述無須原審之檢察官蓋原審衙門距控告審判衙門過遠時若必令原檢察官陳述事實上未免太感困難故由控告審之檢察官代為陳述較為便利且與檢察一體之原則亦不相背也

(二) 審理範圍。控告審判衙門。應就第一審判決中聲明控告及與有關係之部分調查而審理之。

其以為第一審之證人。毋庸再行訊問者。得以原審衙門訊問筆錄為證據。以為第一審所檢查之證物。毋庸再行檢查者。得以原審衙門檢證筆錄為證據。

除右所述之特別規定外。尚有必須注意者。即第一審之辯護人及法律上代理人。控告審判衙門毋須傳喚是也。蓋第一審之辯護人。非經被告人重行委任。或經控告審判衙門審判長特別指定。不得為控告審之辯護人。至第一審之法律上代理人。有時喪失其為法律上代理人之資格。故於控告審尚未取得辯護人或法律上代理人之資格時。控告審判衙門毋須傳喚之。

第八節 控告之判決

控告審判衙門對於控告所爲之判決不外兩種（一）控告駁回（二）原判撤銷。茲分述於左。

第一 控告駁回。駁回控告之情形有三。

(1) 控告不合法者。不合法之控告。又有三種（甲）不爲法律所許之控告（乙）不遵程序之控告（丙）不遵期間之控告。

(2) 控告無理由者。控告有無理由。應依控告審判衙門審理之結果定之。

(3) 被告人輔佐人提起控告而被告人不出庭者。遇有此項情形。無論其控告是否合法。有無理由。控告審判衙門應以判決駁回控告。但控告係由檢察官提起。而被告人不出庭者。仍應審查案件之內容。依法判決。惟無須經過被告人之辯論而已。

第二 原判撤銷。撤銷原判之情形有三。

(1) 控告有理由者。控告有理由者。控告審判衙門應就第一審之判決。撤銷其控告部分。及與有關係之部分。另爲判決。

(2) 原判諭知管轄錯誤或駁回公訴而不當者。原審衙門判決諭知管轄錯誤或駁回公訴。而控告審判衙門以爲不當。撤銷其判決者。得以其案件付還原審衙門。

(3) 原判諭知有管轄權而不當者。原審衙門判決諭知有管轄權。而控告審判衙門以爲不當。

撤銷其判決時。如控告審判衙門有第一審審判權。應親自更爲第一審審判。如無第一審審判權。僅能撤銷原審判決。至該案應歸何地審判衙門管轄。應由原審衙門之檢察官調查之。以上所述。乃控告審之特別情形。至判決條件。判決方式。均與第一審之判決相同。惟控告審判衙門以爲原判所舉示之事實。毫無不當。當作制控告判決時。得全部引用之。

第三章 上告

第一節 上告之意義

上告者。因控告審判衙門之判決違法。意圖撤銷或變更其未確定之判決。請求上告審判衙門撤銷或變更其判決之法也。茲分述其意義於左。

第一 上告者。對於控告審判衙門未確定之判決。請求撤銷或變更之法也。上告與非常上告不同。非常上告係請求撤銷或變更已經確定之判決。上告則係請求撤銷或變更未經確定之判決。

上告既係請求撤銷或變更未經確定之判決。故判決之確定力。必因上告而停止。判決之確定力停止。必須停止判決之執行。

第二 上告者。請求上告審判衙門撤銷或變更判決之法也。上告與他種程序不同。他種程序。有向原審衙門請求者。上告則非向上告審判衙門（即第二審審判衙門）請求不可。

第三 上告者。請求撤銷控告審判衙門判決之法也。上告(一)須係不服判決。其不服決定者。可以提起抗抗。而不能提起上告。(二)須係不服控告審判衙門之判決。(即第一審審判衙門之判決)其不服第一審之判決者。可以提起控告。而不能提起上告。

第四 上告者。因控告審之判決違法。意圖撤銷或變更其判決之法也。上告與控告異。控告人之控告。可以對原刑事事實而為之。至若上告。則非攻擊控告審判衙門之違法判決不可。

不服第一審之判決者。可以控告。不服控告審之判決者。可以上告。是謂三審制度。惟一案之審判。非以三次為止。上告審判衙門。有時將案件付還或送交第一審審判衙門或控告審判衙門令其再行審判。不服其判決者。仍可依法提起抗告或上告。故一案件。往往有經五六次審判。乃至十數次審判者。所謂三審制度。係指第一(如控告)第二(如上告)各級之審判而言。非謂審判必以三次為止也。不可不知。

第二節 上告之理由

提起上告。應以控告審判決違法為理由。茲引申其說於左。

第一 提起上告。應以控告審判決違法為理由。所謂違法。即不適用法律。或適用法律而不當之謂也。其情形不外二種。

(一)不為訴訟法上應為之行為。或為其所不應為者。前者如當事人請求調查證據。審判衙門

置諸不理。(審判衙門不爲許可與否之決定)後者如使未成年入具結。根據其結文而爲判決之情形是也。

(二) 應適用之法律而不適用。或適用其不可適用之法律者。前者如認定被告人爲累犯。而不適用累犯之條文。後者如認定被告人有傷人致死之事實。而適用殺人之條文是也。

第二 提起上告。應以違法判決爲理由。違法與判決。其間須有因果關係。卽違法爲判決之原因。而判決爲違法之結果。苟無因果關係。不能爲上告之理由。

違法與判決。有無因果關係。須就各案情形而審查之。但審查違反實體法與否也。甚易。審查違反訴訟法與否則甚難。我刑事訴訟法。爲避此疑難起見。乃擇其違法之顯著者而列舉之。以爲上告之理由。

第一 判決審判衙門不依法律編制者。

疏 不依法律編制之審判衙門例如
控告案由河任推事審理者是

第二 被迴避之推事或檢察官。參與該審判者。

第三 被拒却之推事或檢察官。參與該審判者。

第四 有管轄權或管轄錯誤之判決。而不當者。但關於土地管轄者。不在此限。

疏 本款不及土地管轄。因土地管轄者。不過爲處理事物便利之權。分究其實與人民之生命財產並無重要關係者。夫事物管轄之區別。則有精粗詳略之軒輊。稍有錯誤關係於案情。人犯之權利者。極大。故得爲上告理由。且第二審土

地管轄結果大理院均有管轄上卷權選可自行審理縱令錯誤亦屬無妨於當事人並無若何影響也

第五 審判衙門受理公訴或駁回公訴而不當者。

第六 除法律有特別規定外。被告人未出庭而為審理者。

第七 應置辯護人之案件。辯護人未出庭而為審理者。

第八 除法律有特別規定外。審判衙門於接受請求之事宜。不為判決。或就未接受請求之事而為判決者。

第九 違背公開審判規定者。

第十 判決不附理由。或其理由有牴牾者。

除右列各款情形外。雖判決程序違法。而於判決無涉者。不得為上告之理由。

第三節 上告之聲明

聲明上告。得對於抗告審之判決全部或一部為之。上告相對人。亦得提起附帶上告。其程序如左。

(一) 提出上告聲明書。聲明上告。應向上告審判衙門提出上告聲明書。其期間為五日。自抗告審

判衙門諭知判決之日起算。

(二) 提出上告理由書。上告人應於提出上告聲明書後。十日以內。提出上告理由書。理由書中。記明不服第二審判決之事實。及其理由。但被告人或輔佐人提出之上告理由書。應由控告審之

辯護人、或被告人輔佐人所委任之律師簽名蓋印。

(三) 送達上告理由書於相對人。控告審判衙門接受上告理由書後。應於二十四小時內。按照相對人之人數。送達上告理由書於相對人。

(四) 提出答辯書。上告相對人接受上告理由書後。得於五日以內。提出答辯書於控告審判衙門。

(五) 送達答辯書於相對人。控告審判衙門接受答辯書後。應於二十四小時內。按照相對人之人數。送達答辯書於相對人。

(六) 提起附帶上告。上告相對人得於上告審判衙門初次公判日期五日前。隨時為附帶上告。附帶上告與附帶控告之情形相同。

控告審判衙門。對於上告人所聲明之上告。應就左列兩種處分。實行其一。

(甲) 喪失聲明上告權之人而聲明上告者。及聲明上告後。於期間內並未依法提出上告理由書者。應諮詢檢察官之意見。以決定駁回上告之聲明。(聲明上告人對於決定。亦得聲明不服提起抗告。其期間為三日。)

(乙) 除前項情形外。應速以其關係書狀送交配置該衙門之檢察官。(由該檢察官送交配置上告審判衙門檢察官。更由配置上告審判衙門檢察官於閱視書狀後。送交上告審判衙門。)

第四節 上告之審判

第一款 上告公判前之準備

第一 當事人之準備

(一) 選任辯護人。當事人之上告。以違法判決之情形爲限。若無明白法學之人。參與其間。既無益於當事人。亦於訴訟進行上大有妨礙。故被告人輔佐人等。應於公判前選任辯護人。以便於上告審判衙門審理時。代爲辯論。

(二) 提出擴充上告理由書。聲明上告人得於初次公判日期五日前。以擴充上告理由書提出於上告審判衙門。蓋上告理由書。須於聲明上告後十日以內提出之。事出倉卒。其理由或有不完善之處。故准其於初次公判五日前。提出擴充上告理由書。以期詳盡。

第二 上告審判衙門之準備

(一) 指定受命推事。上告審判衙門。應就擔任案件之合議庭庭員中。指定受命推事。調查上告理由。答辯理由。以及其他必要事宜。受命推事應就其調查所得。作制報告書。

(二) 指定辯護人。刑事案件。應置辯護人。而被告人未委任者。應由上告審判衙門審判長指定辯護人。

(三) 通知公判日期。上告審判衙門。應於初次公判日期十日前。知照檢察官。如有辯護人。應於初次公判日期十日以前。送達傳票於辯護人。

第二款 上告公判中之審理

上告審判衙門原則上適用書面審理主義。而其審理之內容。又以法律問題為主。故審理之次序及審理之範圍。與抗告審稍有不同。茲分述於左。

第一 審判次序。

開庭之日。應由受命推事首先報告調查事宜。

檢察官爲上告者。於受命推事報告調查事宜後。由檢察官辯明上告理由。並陳述意見。次由辯護人答辯。被告人或輔佐人爲上告者。於受命推事報告調查事宜後。由辯護人辯明其事。次由檢察官陳述意見。但法律上無須置辯護人之案件。審判長未曾指定辯護人。被告人輔佐人等亦未委任辯護人時。上告審判衙門應據檢察官之陳述。而爲判決。被告人在上告審判衙門不能自行辯論。故爲辯論。非由辯護人替代不可。此因上告以審查法律問題爲主。若由辯護人辯論。動輒牽涉事實問題。訴訟之進行。必因是而生莫大之妨礙。且上告審適用書面審理主義。審判衙門得就書面而審理之。無須有被告人之口頭辯論也。

第二 審理範圍。

上告審判衙門審理案件時。應遵守左列二大原則。

(一) 上告審判衙門不得審查適用刑法之事實。

上告審判衙門不能審理適用刑法之事實。如調查被告人有無行竊行為。祇能就控告審所認定之事實。考案其適用法律得當與否而已。但訴訟上之事實。雖上告審亦得審查。蓋上告人有因控告審所為訴訟行為適法而上告者。欲究其是否違法。則訴訟上之事實。自不能為控告審認定者所拘束。例如親告罪須有親告權者之告訴。審判衙門始能為有罪之判決。不待親告。逕行判決。其判決則為違法。究竟有無親告權者告訴之事實。在上告審亦得依法審查之。

上告審雖得審查訴訟上之事實。而其審查之方法。則有限制。凡訴訟記錄中已有記載者。應就記錄審查之。記錄中若無記載。必須以他項書面所記載者為憑。不能以言詞辯論為調查之方法。此乃上告審適用書面審理主義之結果也。

(二) 上告審判衙門不得審查未經上告之問題。

上告審判衙門應就控告審判決中經上告人聲明上告。及與有關係之部分而審查之。其無關係之部分。不得審查。譬如上告人因控告審程序違法而上告。上告審判衙門祇能審查其程序是否違法而已。至控告審適用刑法有無錯誤。上告審判衙門不得審查之。上告人因控告審誤用刑法條文而上告者。上告審判衙門亦不得涉及刑法以外之問題。但據我刑事訴訟法第四百〇九條第一項之規定。關於左列兩項問題。雖未經上告人上告。上告審判衙門亦得以職權調查。遇有必要情形。並得在庭員中指定受命推事。命其調查。或以其調查囑託其他審判衙門為之。

第一 除土地管轄外。審判該案之審判衙門有無管轄權（即土地管轄毋庸調查）。

第二 審判該案之審判衙門。應否受理公訴。

第三款 上告之判決

上告審之判決有二。（一）駁回上告。（二）撤銷控告審判決。

第一 駁回上告。遇有左列情形。應爲上告駁回之判決。

（一）上告不合法。上告不合法。如（1）不爲法律所許可之上告。（2）不遵程序之上告。（3）不遵期間之上告皆屬之。

（二）上告無理由。上告無理由。如上告人以控告審誤用法律爲上告理由。而依上告審判衙門審理結果。控告審所引用之法律。並無不當。

第二 撤銷控告審判決。遇有左列情形。應爲控告審判決撤銷之判決。

（一）上告有理由。上告審判衙門審理結果。如以上告人之上告爲有理由。應就控告審之判決撤銷上告及與有關係之部分。

（二）控告審管轄錯誤。或不應受理公訴而受理。上告審判衙門因職權調查之結果。發見控告審之判決關於管轄問題。解釋錯誤。或不應受理而受理。亦應撤銷控告審之判決。

上告審判衙門之判決。若將控告審之判決撤銷。應更爲左列四種之判決。（此項判決主文必

有兩方面之諭知。一方面爲撤銷控告審判決全部或其一部之諭知。一方面爲左列四種判決之諭知。

(一) 有無罪免訴或駁回公訴。遇有左列情形。撤銷控告審之判決者。應由上告審判衙門另爲有無罪免訴或駁回公訴之判決。

(1) 控告審之判決。不適用法律或適用法律而不當者。

(2) 案件應諭知免訴或駁回公訴。而受理者。

(二) 付還案件於原控告審判衙門。遇有左列情形。撤銷控告審之判決者。應由上告審判衙門另爲判決。以其案件付還原控告審判衙門。

(1) 控告審之判決諭知管轄錯誤。而不當者。

(2) 控告審之判決諭知駁回公訴。而不當者。

但上告審判衙門遇有必要情形。亦得另爲判決。以其案件直接付還第一審審判衙門。例如第一審及控告審之判決。皆係諭知管轄錯誤。上告審判衙門以爲第一審及控告審之判決均屬不當。應將案件直接付還第一審審判衙門。毋庸付還控告審判衙門。

(三) 送交案件於管轄控告之審判衙門。控告審之判決諭知有管轄權。因其判決不當。而被撤銷者。應由上告審判衙門另爲判決。以其案件送交管轄控告之審判衙門。但上告審判衙門

遇有必要情形。亦得另爲判決。以其案件直接付還第一審審判衙門。例如第一審（如初級廳）判決諭知管轄錯誤。控告審（如地方廳）諭知該控告審判衙門自有第一審管轄權。及至上告審（如高等廳）始發見第一審審判衙門（如初級廳）應有管轄權。（如刑法三六七條之竊盜罪）是時應將案件直接付還第一審審判衙門。毋庸付還控告審判衙門。

(四) 付還案件於原控告審判衙門。或送交於與原控告審判衙門相當之審判衙門。除以上三種情形外。撤銷控告審之判決者。應由上告審判衙門另爲判決。以其案件付還原控告審判衙門。或送交於與原控告審判衙門相當之審判衙門。例如原控告審判衙門調查事實不明。上告審判衙門可將案件付還原控告審判衙門更爲調查而審理。之上告審判衙門以爲付還原控告審判衙門有流弊時。亦得付還於與原控告審判衙門相當之審判衙門調查事實而審理之。

第四章 抗告

第一節 抗告之意義

抗告者。意圖撤銷或變更原審衙門未確定之判決。請求上級審判衙門撤銷或變更其決定之法也。試分析言之。

第一 抗告者。請求撤銷或變更原審判衙門決定之法也。意圖撤銷或變更原審判衙門之判

決。可以提起控告或上告。而不能提起抗告。意圖撤銷或變更原審判衙門之命令。應請求原審衙門爲之。亦不能提起抗告。蓋抗告乃不服原審判衙門之決定。所實施之程序也。

第二 抗告者請求上級審判衙門撤銷或變更未確定之決定之法也。抗告須對於未確定之決定爲之。對於已經確定之決定。不得抗告。又抗告須請求上級審判衙門爲之。其對原審衙門有所請求者。亦不得謂之抗告。

第二節 抗告之事由

抗告制度。立法上有二大主義。其一。列舉主義。即審判衙門之決定。可以聲明抗告者。限於法律上所列舉之事由。未經法律舉示者。不得抗告。其二。限制主義。即審判衙門之決定。原則上均許抗告。其不許抗告者。法律上定有明文限制之。我刑事訴訟法採用第二主義。據我刑事訴訟法之規定。審判衙門所爲之決定。約有左列二十八種。

第一 囑託審判之決定。(第十六條)

第二 指定管轄移轉管轄之決定。(第二十七條)

第三 聲請拒却推事之決定。(第二十二條)

第四 推事迴避之決定。(第二十五條)

第五 推事引避之決定。(第三十六條)

- 第六 拒却書記官及書記官迴避引避之決定(第三十八條)
- 第七 釋放被羈押人之決定(第一百〇八條)
- 第八 保釋被告人或賁付於其親屬故舊之決定(第一百七十七條)
- 第九 先行付還扣押物保管物之決定(第一百三十七條)
- 第十 因證人在起訴前之行為。應科罰鍰之決定(第一百七十九條)
- 第十一 因證人在起訴後之行為。應科罰鍰之決定(第一百八十條)
- 第十二 撤銷證人罰鍰之決定(第一百八十一條)
- 第十三 鑑定人應科罰鍰或撤銷罰鍰之決定(第一百八十四條)
- 第十四 通譯應科罰鍰或撤銷罰鍰之決定(第一百九十三條)
- 第十五 指定辯護人之決定(第二百十七條)
- 第十六 因撤銷公訴而駁回公訴之決定(第三百十九條)
- 第十七 變更公判日期。辯論延期。或辯論續行之決定(第三百二十七條)
- 第十八 請求調查證據之決定(第三百三十五條)
- 第十九 就審判長之處分聲明異議之決定(第三百四十三條)
- 第二十 聲請回復上訴權之決定(第三百六十八條)

第二十一 第一審審判衙門駁回聲明。控告之決定。(第三百七十條)

第二十二 控告審判衙門駁回聲明。上告之決定。(第三百九十九條)

第二十三 就受命推事受託推事之決定。或就檢察官司法警察官之處分。聲明不服。請求審判衙門撤銷或變更其決定。或處分者。該審判衙門對於其請求。所爲之決定。(第四百三十三條)

第二十四 請求再訴之決定。(第四百四十一條)

第二十五 請求再審之決定。(第四百五十三條)

第二十六 事後發見累犯。或事後發見數罪俱發。更定其刑之決定。(第四百八十條)

第二十七 易科罰金之決定。(第四百九十九條)

第二十八 裁判疑議或行刑異議之決定。(第五百十五條)

右列各種決定。有許抗告者。如第三、第四、第五、第六、第十、第十一、第十二、第十三、第十四、第二十、第二十一、第二十二、第二十四、第二十五、第二十六、第二十八、各項之決定。是有不許抗告者。如第一、第二、第七、第八、第九、第十五、第十六、第十七、第十八、第十九、第二十三、第二十七、各項之決定。是其標準如左。

(一) 審判衙門管轄及訴訟程序之決定。非有特別規定。不許抗告。關於管轄之決定。有特別規定之第三十一條、第三十五條、第三十六條及第三十八條。可以抗告。無特別規定之第十六條。及

第二十七條。不得抗告。關於訴訟程序。有特別規定之第三百七十八條第三百九十九條第四百四十一條及第四百五十三條。可以抗告。其無特別規定之第一百〇八條第一百三十七條第三百十七條第三百十九條第二百二十七條第三百三十五條及第三百四十三條。不得抗告。

(二) 就受命推事或受託推事之決定。或就檢察官司法警察官之處分。聲明不服。請求審判衙門撤銷或變更其決定或處分者。該審判衙門對於其請求所爲之決定。(刑訴第四百三十二條)不得抗告。此項決定。專爲對於受命推事受託推事之決定。或檢察官司法警察官之處分而發。既有(受命推事受託推事之)決定或(檢察官司法警察官之)處分在先。又有審判衙門之決定在後。先後經過兩重程序。縱不許其抗告。亦不至有重大之錯誤也。

(三) 其他決定。或非訴訟當事人(如證人鑑定人通事)因訴訟案件所受之決定。皆得抗告。其他決定。如刑事訴訟法第三百七十八條第三百九十一條第四百一十一條第四百五十三條第四百八十條第四百九十九條第五百十五條之決定。可以抗告。非訴訟當事人因訴訟案件而受之決定。如刑事訴訟法第一百十七條第一百七十九條第一百八十一條第一百八十二條第一百八十四條第一百九十三條之決定。亦然。

第三節 抗告之聲明

聲明抗告。得對於原審衙門之決定全部或其一部爲之。茲述其內容於左。

(一)期間。聲明抗告之期間爲三日。自諭知決定之日起算。但法律條文中無三日之限制者。訴訟關係人得隨時爲之。

(二)程序。聲明抗告。應於原審衙門提出聲明抗告書。原審衙門接受聲明書後。(1)認抗告書爲有理由者。應以決定更正原決定。其決定以第一次決定論。(2)認抗告之全部或一部無理由者。應於接受聲明書後。出具意見書。三日之內。以聲明書及意見書送交抗告審判衙門。至其他關係書狀及證據物。原審衙門以爲應送交者。須一併送交之。

(三)效力。聲明抗告。除法律上有特別規定外。(如刑訴第一百八十一條、第一百八十四條、第一百九十三條、及第四百八十條。)不停止原決定之執行。但原審衙門以爲應停止者。雖無特別規定。亦得諮詢檢察官之意見。以決定停止之。

第四節 抗告之審判

抗告審判衙門接受原審衙門所送交之聲明抗告書及原審衙門所出具之意見書後。應諮詢檢察官之意見。以決定裁判之。但其決定。專以書面爲憑。毋須經過言詞辯論。如有必須審查之書狀及證據物。未經原審衙門送交者。得令原審衙門迅速補送。其於決定之前。以爲原審衙門之決定。應停止執行者。亦得諮詢檢察官之意見。先以決定停止原審決定之執行。

抗告審判衙門之決定。計有二種。(一)駁回抗告。(二)撤銷原審決定。

- (一) 駁回抗告。抗告不合法及抗告無理由者。應由抗告審判衙門爲(抗告駁回)之決定。
- (二) 撤銷原審決定。抗告有理由者。應由抗告審判衙門爲(原審決定撤銷)之決定。遇有必要情形。抗告審判衙門除撤銷原審決定外。應自爲相當之決定。
- 以上兩種決定。應送達抗告當事人。並知照原審衙門。

第五節 再抗告及類似抗告之程序

第一 再抗告

對於抗告審判衙門之決定。以左列各款情形爲限。得於三日內。提起再抗告。但對再抗告之決定。不得更爲抗告。

(第一) 駁回上訴。或駁回聲請回復上訴權之決定。

(第二) 請求再審之決定。

(第三) 事後發見累犯或事後發見數罪俱發。更定其刑之決定。

(第四) 裁判疑義或行刑異議之決定。

(第五) 非訴訟當事人所受之決定。

第一類似抗告之程序。抗告爲上訴之一種。凡合於上訴一般條件者。方能以抗告論。但刑事訴訟程序中。有與抗告相似而不同者。即請求是也。茲述其概念於左。

(一)原因 請求原因約分三種。(1)不服受命推事或受託推事之決定。(2)不服檢察官之羈押或扣押。(3)不服司法警察官之扣押。詳言之。不服受命推事或受託推事之決定者。得請求該推事所屬審判衙門撤銷或變更其決定。不服檢察官之羈押或扣押者。得請求該檢察官所配置之審判衙門撤銷或變更其處分。不服司法檢察官之扣押者。得請求該管警察官執行職務地之初級審判廳撤銷或變更其處分。

(二)聲明 請求撤銷或變更受命推事受託推事之決定。檢察官羈押扣押之處分。或司法警察官扣押之處分者。本可隨時聲明。聲明之後。非有審判衙門停止執行之決定。不停止原決定或原處分之執行。但證人鑑定人通事不服罰鍰之決定而請求者。其聲明期間為三日。聲明請求期間中及請求中。停止原決定之執行。

(三)審理 不服受命推事受託推事之決定。由該推事所屬之審判衙門審理。受託推事如係初級審判廳推事。應向該管地方審判廳請求。由該管地方審判廳合議庭審理。

不服檢察官羈押或扣押之處分。由該檢察官所配置之審判衙門審理。

不服司法警察官扣押之處分。由該警察官執行職務地之初級審判廳審理。

請求審判衙門撤銷決定或處分者。應向該審判衙門提出請求書。審判衙門審理時。並得調查有關係之書狀及證據物。

(四)裁判 審判衙門接受請求人之請求書。應諮詢檢察官之意見。以決定駁回或許可其請求。其標準如左。

- (1) 請求不合法者。請求無理由者。以及撤銷或變更原決定原處分而無實益者。以決定駁回之。
- (2) 請求有理由者。以決定撤銷原決定或原處分。如遇必要情形。除撤銷變更原決定處分外。亦得自爲決定。

第四編 特別訴訟程序

第一章 再理

一事不再理。乃刑事訴訟之原則。訴訟案件已有確定裁判者。檢察官不得再行起訴。審判衙門不得更爲審理。然有時爲維持公益起見。有不能拘守此原則者。我刑事訴訟法特設再理一編。以救濟之。其程序有三種。(一)再訴。(二)再審。(三)非常上告。

第一節 再訴

〔德〕日德刑訴法皆註再訴程序之規定。我刑訴法則因有檢察官可以撤銷公訴之規定。故不得有此種再訴之程序。以爲救濟。在日德刑訴法。檢察官一經起訴。即不能任意撤銷。故無須此種再訴之特別程序也。

再訴者。曾經起訴之案件。檢察官於第一審開始辯論前撤銷公訴。由審判衙門以決定駁回。嗣後發見新證據或新事實。檢察官請求原審衙門再行審判之法也。其成立之條件有四。(1)須係檢察官於第一審辯論前撤銷公訴。由審判衙門以決定駁回之案件。若第一審已經開始辯論。審判衙

門以判決駁回公訴者不得請求再訴。(2)須發見新證據或新事實不得以從前起訴之證據及起訴之事實爲再訴之根據。(3)須請求原審衙門再行審判其請求上級審判衙門救濟者不得謂之再訴。(4)須由檢察官請求至被告人辯護人法律上代理人皆無請求再訴之權。

檢察官於第一審開始辯論前撤銷公訴十之八九皆因犯罪證據尙未十分充足不能證明被告人果有犯罪之事由。縱使審判衙門依法審判其結果必至宣告無罪而後已。故於辯論未經開始之前先行撤銷公訴以省無益之程序。俾各方面不至因訴訟案件而受累。然檢察官之撤銷公訴亦有本於其他原因者。譬如被告人偶犯輕微刑事案件。檢察官起訴後該被告人受政府之委任。卽時須遠赴外洋參與要務。苟訴訟仍舊進行則國家將蒙無形之損害。是時檢察官亦得將公訴撤銷以維公益。如謂檢察官撤銷公訴專以證據不充分之時爲限。殆非推本窮源之論也。

第二 再訴之方法

再訴案件應歸駁回公訴之審判衙門管轄。故請求再訴應由配置該衙門之檢察官爲之。檢察官請求再訴除將請求書送交審判衙門外其與該案有關係之書狀及證據物須一併送交於承審衙門。

請求再訴者得於審判衙門裁判前隨時撤回。其門訴撤回之法原則上應用書狀。惟在公判庭得用言詞代之。

第三 再訴之決定

審判衙門接受檢察官再訴之請求後。應諮詢檢察官之意見。爲左列之決定。遇有必要情形。亦得先行指定受命推事。命其調查各項事實。據實報告。以資參考。

第一 請求不合法或無理由者。以決定駁回其請求。

第二 請求有理由者。以決定付公判。

不服第一項及第二項之決定。均得提起抗告。其期間爲三日。第二項之決定確定後。審判衙門應依第一審通常程序審判之。毋庸檢察官另行起訴。

第二節再審

第一 請求再審之意義

請求再審者。意圖撤銷或變更已經確定之判決。以原判所認定之事實不當爲理由。請求更新審判之法也。茲分析其意義於左。

第一 請求再審者。意圖撤銷或變更確定判決之法也。請求再審與控告上告不同。控告上告係請求撤銷或變更未確定之判決。請求再審。則係請求撤銷或變更已確定之判決。請求再審係請求撤銷或變更已確定之判決。除死刑之判決外。不因請求再審而停止執行。蓋判決一旦確定。立即發生執行力。判決確定而不執行。其結果與未經判決者等。判決之效力。必因是而無

可維持也。但死刑之判決。與其他之判決不同。一旦執行。則死者不可復生。縱經再審。亦復奚益。故判決確定後。雖不能因請求再審而停止執行。至原判處死刑者。則非待再審之判決確定不可。

第二 請求再審者。以原判所認定之事實不當爲理由。請求更新審判之法也。請求再審與非常上告。皆係請求撤銷或變更已確定之判決。但非常上告。以原判違法爲理由。請求再審則以原判所認定之事實不當爲理由。

再審制度。立法上有二大主義。其一。爲保護被告人利益。其二。爲更正事實上重大錯誤。爲保護被告人利益者。非有利於被告人。不得請求再審。法國刑事訴訟法採之。爲更正事實上重大之錯誤者。其目的在更正事實之錯誤。不計被告人利益之有無。德國刑事訴訟法及我刑事訴訟法草案採之。

第二 請求再審之案件

請求再審。不計被告人利益之有無。然利與不利之間。條件自有區別。

一 爲被告人利益起見。請求再審者。須具左列條件之一。

(1) 判決基礎之證據。爲他確定判決所證明其偽造者。如甲訴乙侵占甲之房屋有房契可證。審判衙門根據甲之房契。判乙以侵占之罪。厥後乙之子丙。在家尋得舊房契一套。又因房屋所

有權與甲涉訟。審判衙門認定丙所持之契真。而甲所持之契偽。將房屋判歸丙有。該判決一旦確定。即可請求審判衙門再審。判乙無罪。

(2) 判決基礎之證言鑑定或通譯。爲他確定判決所證明其虛僞者。如甲訴乙侵占甲之金珠。有丙可證。審判衙門根據丙之供述。判乙以侵占之罪。厥後經官查知。丙與乙素有嫌怨。丙之供述。純係虛僞。依法科丙以僞證罪之刑。如僞證罪之判決確定。更得請求審判衙門再審。判乙無罪。

(3) 判決基礎之告訴發爲他判決所諭知之誣告者。如甲訴乙侵占甲之金珠。審判衙門因甲告訴。判乙以侵占之罪。厥後經官查知。甲之告乙侵占。乃虛僞之告訴。科甲以誣告罪之刑。如誣告罪之判決確定。更得請求審判衙門再審。判乙無罪。

(4) 參與該案之推事。爲他確定判決所諭知於其案件犯職務上之罪者。如甲訴乙侵占甲之金珠。審判衙門判乙以侵占之罪。厥後經人查知。承審推事實係受有賄賂。復經審判衙門依瀆職罪之例。對於受賄推事及行賄之人判罪科刑。如瀆職罪之判決確定。更得請求審判衙門依法再審。判乙無罪。

(5) 判決基礎之通常或特別審判衙門之裁判。爲他確定判決所已撤銷或變更者。如甲訴乙與其妻丙通姦。審判衙門判乙以和姦有夫之婦罪。厥後甲與丙涉訟。請求審判衙門離婚。經

審判衙門查知甲丙係姘居夫婦。非正式結婚可比。不能發生離婚問題。該案如果確定。更得請求審判衙門依法再審。另爲免訴之判決。撤銷原判之刑。

(6)發見應免訴或駁回公訴或科較原判輕刑之確實證據。因其證據可直接指摘原判決不當者。如甲訴乙與其妻丙通姦。審判衙門認定乙丙有親屬關係。判乙以親屬相姦之罪。厥後經官查知(1)乙丙通姦事在大赦以前。應當免訴。或(2)乙丙雖有和姦情事。而無親屬關係。甲非丙之本夫。依法無告訴之權。應當駁回公訴。又或(3)乙丙雖有姦情。而無親屬關係。經丙之本夫甲告訴後。應依和姦有夫之婦罪。論罪科刑。(刑輕)不能據親屬相姦之例處斷。苟有訴訟筆錄或其他文書可憑。足以指謫原判之不當。得請求審判衙門依法再審。另爲免訴或駁回公訴之判決。又或科乙以較輕之刑。

據上所述。依第(1)至第(4)各款。請求再審。必須援用確定判決。證明原判決之不當。除原判決外。必有他項確定判決在先。而後乃能請求再審。但據我刑事訴訟法第四百四十五條。因不能提起公訴或續行公訴。致不能有確定判決者。仍得以他法證明其事實。請求再審。譬如(1)偽造文書。(2)偽證人。(3)誣告人。及(4)犯瀆職罪之推事。起訴前亡故。不能提起公訴。或於起訴後亡故。不能續行公訴時。苟被告人在起訴前或起訴後自白。雖無確定判決。仍能依筆錄請求再審。惟因犯罪事實不能證明。致不能提起公訴或續行公訴者。不在此限。蓋(1)偽造文書。(2)偽證。(3)誣

告。(4) 濫職之事實。既不能證明。自不能根據似是而非之事實。請求再審。推翻已確定之判決也。

二、爲被告人不利益起見。請求再審者。須具左列條件之一。

(一) 判決基礎之證據物。爲他確定判決所證明其偽造者。如甲訴乙侵占甲之房屋。乙提出房契一套。以爲未犯侵占罪之證。審判衙門根據乙之房契。判乙無罪。厥後甲之子丙。在家尋得舊契。又因房屋所有權與乙涉訟。審判衙門認定丙所持之契真。而乙所持之契偽。待房屋判歸丙有。該判決一日確定。即可請求審判衙門依法再審。判乙有罪。

(二) 判決基礎之證言或鑑定或通譯。爲他確定判決所證明其虛偽者。如甲訴乙侵占甲之金珠。乙謂伊之金珠買自丙手。有丙可證。審判衙門根據丙之證言。判乙無罪。厥後經官知。丙與乙係莫逆之交。丙之供述。純係虛偽。依法科丙以偽證罪之刑。如偽證罪之判決確定。更得請求審判衙門依法再審。判乙有罪。

(三) 判決基礎之告訴發。爲他判決確定所論知誣告者。如甲遺失金珠。乙丙皆有竊盜嫌疑。甲告乙而不告丙。審判衙門因其告訴。判乙以侵占之罪。厥後經官查知。甲與乙素有嫌怨。甲之告乙侵占。乃虛偽之告訴。科甲以誣告罪之刑。如誣告罪之判決確定。不但可以請求再審。判乙無罪。更得請求再審。判丙有罪。

(四) 無罪免訴或駁回公訴之判決確定後。被告人於審判衙門或審判衙門外。自白犯罪事實者。

如甲訴乙侵占乙之金珠。審判衙門以其無充分之證據。判乙無罪。嗣乙自鳴得意於判決確定後。在審判衙門或審判衙門外自白犯罪之事實。是時可以根據乙之自白。請求審判衙門依法再審。其受免訴或駁回公訴之判決。而自白犯罪事實者亦同。

(五) 較輕刑罰之判決確定後。被告人於審判衙門外自白犯罪事實者。如甲訴乙與其妻丙通姦。審判衙門科乙以利姦有夫之婦罪。至乙丙有親屬關係。審判衙門未之知也。嗣乙自鳴得意。於判決確定後。譏諷審判衙門之無能。在審判衙門或審判衙門外自白親屬相姦之事實。是時可以根據乙之自白。請求審判衙門依法再審。

第三 請求再審之聲明

(1) 期間 聲請再審。須於判決確定後爲之。但無期間之限制。如於執行刑罰或免除刑罰後。亦得請求再審。受刑人亡故後。其親族亦得代行請求。

(2) 程序 請求再審。應用請求理由書。由請求人以請求理由書。原判決之繕本。及證據物。提出管轄再審審判衙門。至管轄再審之審判衙門。須據左列標準解決之。

(甲) 第一審判決之再審。歸原審審判衙門管轄。

(乙) 控告審判決之再審。歸原控告審判衙門管轄。其案件中未聲明控告部分之再審亦同。

(丙) 上告判決之再審。歸受理該案之控告審判衙門管轄。關於請求再審之其他程序。大都準

用上訴程序之規定。如撤回再審及在監人請求再審。與撤回上訴及在監人聲明上訴之程序相同。所異者。請求再審。須在判決確定以後。並須有一定條件發生。故請求再審。權與上訴權不同。不得於未請求前聲明拋棄。（其在判決確定以後。縱使聲明拋棄。亦於訴訟之進行無補。且請求再審。須具備一定條件。條件未發生前。自不發生拋棄問題。）

(3) 權利者。不利於被告人之再審。惟配置管轄再審審判衙門之檢察官。乃能請求其利於被告人者。除該檢察官外。如受刑人。受刑人之法定代理人。受刑人之夫。及已故受刑人之親族。皆得爲之。

第四 請求再審之審判

管轄再審之審判衙門。接受請求再審人之請求後。應諮詢檢察官之意見。爲左列之決定。遇有必要情形。亦得先行指定受命推事。命其調查各項事實。據實報告。以資參考。

(一) 請求不合法或請求無理。由者。應以決定駁回其請求。

(二) 請求有理由者。應爲開始再審之決定。

不服(一)(二)兩項之決定。均得提起抗告。其間期爲三日。第二項之決定確定後。審判衙門應按其審級。依通常程序。更爲審判。（此卽所謂再審）詳言之。對於第一審判決之再審。應依第一審訴訟程序。對於控告者。及上告審之判決。應依控告審訴訟程序行之。再審之裁判發生後。當事人如

聲明不服。亦可依法上訴。

管轄再審之審判衙門再審時。須注意左列各項事宜。

(1) 爲受刑人利益起見。開始再審者。其判決所科之刑。不得較重於原判決所科之刑。如官告無罪。應以判決刊登公報。

(2) 爲受刑人利益起見。開始再審者。應受刑人如於再審判決前亡故。關於再審之請求。及其他請求之裁判。均因是而失其效力。

(3) 爲亡故銷刑人利益起見。請求再審。應諮詢檢察官之意見。依左列標準而判決之。毋庸再開公判。其爲受刑人利益起見。請求再審。而受刑人於再審判決前亡故者。亦然。

第一 犯罪不能證明者無罪。

第二 非犯罪不能證明者。維持原判。

審判衙門判決後。不得聲明上訴。蓋受刑人亡故。非受刑人生存可比。不必纏訟不休。徒費無益之程序也。

第三節 非常上告

第一 非常上告之意義

非常上告者。意圖撤銷或變更已經確定之判決。以原判違法爲理由。由總檢察廳廳長請求大理

院更新審判之法也。試分析說明其意義於左。

第二 非常上告者。意圖撤銷或變更確定判決之法也。非常上告與通常上告（即上告）不同。通常上告係請求撤銷或變更未確定之判決。非常上告則係請求撤銷或變更已經確定之判決。

第二 非常上告者。以原判違法為理由。請求更新審判之法也。非常上告與請求再審。皆係請求撤銷或變更已確定之判決。但請求再審。以原判認定事實不當為理由。非常上告則以原判違法為理由。

第三 非常上告者。由總檢察廳廳長請求更新審判之法也。提起非常上告權。惟總檢察廳廳長有之。總檢察廳廳長外。有以爲應提起非常上告者。須經總檢察廳廳長許可。以總檢察廳廳長之名義行之。

第四 非常上告者。請求大理院更新審判之法也。通常上告。有時由高等審判廳審判（如第一審係初級審判廳）至非常上告。則非向大理院請求。由大理院更新審判不可。

非常上告之制度。立法上有一大主義。其一。專爲統一法律之解釋。其二。爲統一法律之解釋。並爲保護被告人之利益。專爲統一法律之解釋者。其目的專在糾正原判之違法。意圖解釋法律之見解。全國從同。至其判決（非常上告之判決）之效力。不能及於被告人。法國刑事訴訟法採之。爲統一

一法律之解釋兼爲保護被告人利益者。如原判適用法律不當。亦可以判決撤銷或變更之務使解釋法律之意見。全國從同。但其判決(非常上告之判決)所科之刑。不能較原判加重。日本刑事訴訟法及我刑事訴訟法草案採之。

第二 非常上告之聲明

非常上告。應由總檢察廳廳長以非常上告理由書提交大理院聲明之。至其期間。則無限制。苟係違法之判決。總檢察廳廳長得隨時提起非常上告。但須在確定判決以後。被告人死亡以前。蓋判決確定以前。可以依普通訴訟程序聲明上訴。被告人一但死亡。則訴訟主體之資格消滅。非有特別規定。不能對已死之人。諭知判決。使其發生訴訟上之關係也。

第三 非常上告之判決

大理院接受總檢察廳廳長之非常上告理由書後。應諮詢檢察官之意見。依左列標準而判決之。

- (一) 原判決違法者撤銷其違法之部分。
- (二) 原判決違法。而科刑過重者。撤銷原判決。更爲相當之判決。
- (三) 原判決訴訟程序違法者。撤銷其程序。
- (四) 聲明非常上告無理由者。駁回之。

非常上告之判決。除因原判科刑過重。撤銷原判。更爲相當判決者外。其判決之效力。不及於被告

人。此因我刑事訴訟法所採主義。一方面爲統一法律之解釋。一方面爲保護被告人之利益故也。

第二章 大理院專管案件之訴訟程序

第一節 大理院專管案件之種類

大理院專管案件有左列三種。

(一) 內亂罪。

(二) 外患罪中其法定刑係三等有期徒刑以上之刑者。

(三) 妨害國交罪中其法定刑係三等有期徒刑以上之刑者。

凡犯內亂罪者。不問法定刑之重輕。專歸大理院管轄。至犯外患罪及妨害國交罪者。須其所觸犯之條文。係三等有期徒刑以上之刑。乃歸大理院管轄。

第二節 大理院專管案件之偵查預審及起訴

(一) 偵查。大理院專管案件。應由總檢察廳廳長爲偵查處分。高等以下各級檢察廳之檢察官爲輔助總檢察廳廳長起見。亦得爲偵查處分。但應以偵查結果報告於總檢察廳廳長。總檢察廳廳長因行使自己職權。或因他人請求時。親自發給命令。使高等以下各級檢察官爲特種強制處分。或飭高等地方檢察長官發給命令。指揮所屬檢察官爲之。

(二) 豫審。總檢察廳廳長於偵查處分後。逆料其所偵查之案件。應歸大理院專管。並應提起公訴。

者應開始預審。如遇必要情形，亦得命高等或地方檢察官為預審處分。高等或地方檢察官為預審處分者，應以書狀及證據物送交總檢察廳廳長。總檢察廳廳長以為調查尙未完備者，應命其再行調查。詳細報告。蓋大理院專管案件之預審，乃總檢察廳廳長獨有之職權。故預審中各項事宜，均由總檢察廳廳長指揮而實行之。

(三) 起訴。大理院專管案件之訴訟程序，除有特別規定外，準用通常訴訟程序中第一審訴訟程序之規定。故總檢察廳廳長於預審後，以為應當提起公訴者，應即提起公訴。

第三節 大理院專管案件之決定及公判

(一) 決定。大理院接受總檢察廳廳長之起訴，應諮詢檢察官之意見，先行為左列四種決定之一。

第一 被告案件應由該院公判者，應以決定諭知開始公判。

第二 被告案件應交地方以下審判衙門公判者，應以決定將其案件送交有管轄權之審判衙門。

第三 (一) 犯罪不能證明。(二) 案件不為罪。(三) 該案已有確定裁判。(四) 犯罪後之法律已廢止該罪之刑罰。(五) 法律全免該罪之刑罰。(六) 已遇大赦。(七) 或已發生提起公訴權之時效者，應以決定諭知免訴。

第四 (一) 被告人亡故。(二) 親告罪無人告訴。(三) 親告罪撤銷告訴。(四) 提起公訴程序不

合法。(五)總檢察廳廳長依法撤銷公訴。(六)案件在審判衙門現行審理及裁判尚未確定。(七)被告人不屬民國審判權。(八)或被告人不屬通常審判衙門審判權者。應以決定駁回公訴。

(二)公判。被告案件業經決定開始公判者。應即準用第一審通常訴訟程序開始公判。其審理程序亦與第一審審理程序無異。在辯論中發見所審案件應屬地方以下審判衙門管轄者。亦應作為自己專管案件。而為審判。與地方審判衙門在辯論中發見其所審案件歸所屬初級審判廳管轄時。應作為自己管轄案件。而為審判之情形相同。所異者大理院之審判。初審即係終審。一經判決。案件登時確定。法律上無救濟之途。

第三章 感化教育及監禁處分之程序

感化教育及監禁處分不屬行政範圍。而無刑事性質。我刑事訴訟法以其關係刑事責任問題。故於訴訟法中規定其實施之程序。

(一)應受感化教育及監禁處分之人。無刑事責任能力之人。應受感化教育及監禁處分詳言之。即未滿十二歲者。應受感化教育。精神病人應受監禁處分。受感化教育及監禁處分者。不必其有犯罪行為。即無犯罪行為。亦可與以感化教育及監禁之處分。

(二) 請求感化教育監禁處分及其裁判。感化教育監禁處分。由檢察官向審判衙門請求。審判衙門以命令裁判之。而其裁判。專屬無責任能力人所在地或其犯罪行為地之初級審判廳管轄。審判衙門為感化教育及監禁處分之裁判時。不必其有犯罪行為。檢察官對於無犯罪行為者。固可請求審判衙門依法裁判。即審判衙門對於檢察官已起訴之犯人。在審理中始發見其無刑事責任能力者。一面諭知無罪。一方為感化教育或監禁處分之裁判。亦無不可。

檢察官請求審判衙門裁判時。審判衙門應調查其責任能力之有無。無責任能力者。與以感化教育及監禁處分之裁判。其有責任能力而又有犯罪行為者。應依訴訟法之規定。歸通常審判衙門管轄。通常審判衙門經檢察官提起公訴後。認為可以繼續審理。毋須更新審理程序者。亦可利用以前審判衙門所實施之程序。

(三) 感化教育及監禁處分裁判之效力。審判衙門對於檢察官起訴犯人。一面以判決諭知無罪。一面以命令諭知感化教育或監禁處分。非俟判決確定。不得執行命令。其於命令感化教育或監禁處分後。受感化教育或監禁處分之人。又受科刑之判決者。判決一旦確定。命令即失其效力。

第五編 裁判之執行

第一章 總論

第一節 執行裁判之條件

裁判必待執行始發生裁判之效力。然裁判必待確定始發生執行之效力。故執行裁判以裁判確定爲要件。

裁判何時確定。因裁判之種類而不同。裁判之中。有許上訴者。有不許上訴者。不許上訴之裁判。諭知之後。立即確定。其許上訴者。則否。

許上訴之裁判。當事人有時不願上訴。有時上訴後撤銷上訴。若當事人表示不願上訴之意思。表示之後。裁判登時確定。其已上訴而又撤銷上訴者。亦然。設當事人既未明白表示不願上訴之意思。而又未聲明上訴。則以上訴期間滿了之日。爲裁判確定之時期。

許上訴之裁判。而當事人已爲法定之上訴程序者。上訴之途窮。則裁判當時確定。如上告或再抗告之案件。上告審或再抗告審諭知裁判之日。即裁判確定之日也。裁判確定之狀況。經如前述。而執行裁判。必以確定爲要件。無問何項裁判。原則上殆無不同。然關於特種裁判。尙須具備他種要件者。如死刑之裁判是也。其詳見後。茲姑弗述。

第二節 執行裁判之機關

執行裁判之權。檢察官掌之。審判衙門不得干預其事。蓋使檢察官獨擔執行裁判之任。可期程序之敏捷。可以維持裁判之公平。且可減輕審判衙門之負擔也。

執行裁判。由諭知裁判之審判衙門配置檢察官指揮。之。但遇左列各款情形。則由上訴審判衙門配置檢察官指揮執行。

一因上訴之裁判而應執行下級審判衙門之裁判者。二因撤回上訴而應執行下級審判衙門之裁判者。

上級審判衙門配置檢察官應執行之裁判。若其訴訟書狀仍在下級審判衙門。則由該衙門之配置檢察官指揮執行。蓋檢察官上下一體執行裁判。只圖便利。不必計其審級之高下也。

檢察官所執行之裁判。以普通審判衙門所諭知之裁判爲限。外國審判衙門之裁判。特別審判衙門之裁判。檢察官均無指揮執行之權。普通審判衙門所諭知之裁判。外國審判衙門及特別審判衙門之檢察官。亦不得指揮執行之。

第五節 執行裁判之範圍

執行裁判。以裁判確定爲要件。故檢察官執行裁判。必以確定裁判爲範圍。例如一裁判中含有已確定及未確定之二部分。檢察官祇能就其確定部分指揮執行之。試分別說明如左。

一、數罪中對於一罪上訴。執行範圍。以未經上訴之部分爲限。上訴部分。不得執行。但未上訴之

部分與上訴部分不能分別執行。時雖係未上訴之部分。不得執行。

二、被告數人中一人或數人上訴。執行範圍。以未經聲明上訴之人爲限。

三、一人犯一罪。受有主刑及從刑之諭知。對於從刑聲明上訴時。執行範圍。以主刑爲限。

第四節 執行裁判之方式

執行裁判。關係甚重。故檢察官指揮執行裁判時。應以書狀爲之。併須以審判衙門裁判書之繕本。或節本添附於後。蓋恐僅用言詞。難免錯誤。必用書狀及裁判書之節本或繕本者。爲便於證明計也。

第五節 執行裁判之停止

裁判確定。應即執行。但遇有特別情形。往往停止執行。茲述於左。

- 一、在監獄中執行多數主刑者。在監獄中執行多數主刑。應先執行其重者。但有必要時。檢察官得命先執行他刑。
- 二、受死刑諭知之人。而心神喪失者。受死刑諭知之人。心神喪失。於其心神痊愈以前。由司法部命令停止執行。
- 三、懷胎婦女受死刑之諭知者。懷胎婦女受死刑之諭知。於其生產前。由司法部命令停止執行。

四、受徒刑或拘役之諭知。而有左列情形之一者。依檢察官之指揮。於其痊癒或該事故消滅前。停止執行。

- 1 心神喪失者。
- 2 懷胎七月以下者。
- 3 生產未滿一月者。
- 4 現罹疾病。恐因執行而不能保其生命者。

因心神喪失而停止執行者。檢察官得將受刑人送入病院或其他適當之處所。

第六節 執行裁判終了之原因

執行裁判。因左列原因而終了。

- 一、已經執行完畢者。
- 二、被告之業已死亡者。
- 三、發生行刑權之時效者。
- 四、有大赦特赦減刑之情形發生者。

第二章 死刑之執行

死刑用絞。於獄內執行之。受死刑之諭知者。迨至執行。與他囚人分別監禁（刑法第三十八條第三十九條）。

諭知刑罰之裁判確定後。除有應行停止執行之情形發生外。原則上應即執行。但關於死刑。則有

左列特別規定。

一、諭知死刑之判決確定後。檢察官應速將該案卷宗送交司法部。

二、非經司法部核准。不得執行。(刑法第四十條)

三、司法部既核准後。應於文到三日內執行之。蓋司法部既已核准。若久不執行。匪特消耗國家之經費。增加囚人之痛苦。且不免發生意外之危險也。

執行死刑關係最重。故檢察官須到場蒞視。書記官並須在場制作筆錄。交由檢察官及監獄長官簽名。除經檢察官或監獄長官許可外。無論何人。不得擅入刑場。凡此皆所以昭慎重也。

受死刑之諭知。未經羈押或已逃亡。又或有逃亡之虞者。檢察官得發捕票。捕票效力與拘票同。執行捕票。並準用執行拘票規定。但檢察官須於捕票中簽名。且應記載下列兩事。一受刑人姓名及其他足資辨別之特徵。二諭知之刑名。

第三章 自由刑之執行

自由刑之種類有二。即徒刑與拘役。是徒刑及拘役之囚。皆於監獄監禁之。服一定之勞役。但拘役之囚。得因其情節。由指揮執行之檢察官。命其免除勞役。徒刑則否。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。應發捕票。其已逃亡或有逃亡之虞者。檢察官得不經傳喚。逕發捕票。捕票效力與拘票同。執行捕票。並準用執行拘票之規定。但檢察官須於捕票

中簽名。且須記載下列兩事。一受刑人之姓名及其他足資辨別之特徵。二諭知之刑名及刑期。受五等有期徒刑或拘役之宣告者。其執行若實有窒礙。得以一日折算一元易科罰金。易科罰金者。於法律以受徒刑或拘役之執行者論。

第四章 財產刑之執行

計產刑專指罰金（主刑）及沒收（從刑）言。茲爲便宜計。凡罰鍰沒入追徵及訴訟費用。亦於本章中述之。並分作三項說明於左。

一、專關於罰金者。

罰金於裁判確定後一月以內完納之。逾期不完納。且無資力者。得以一元折算一日。易科監禁。由指揮執行之檢察官命令於監獄內附設之監禁所執行之。並準用執行徒刑或拘役之規定。但監禁日數至多不得逾三年。執行完畢。仍以受罰金之執行者論。（刑法第四十五條及第四十四條）

二、關於罰金罰鍰沒收沒入追徵及訴訟費用者。

罰金罰鍰沒收沒入及訴訟費用之裁判。應依檢察官之命令執行之。除罰鍰沒收沒入外。并得就受刑人之財產執行。而其執行。皆可準用執行民事裁判之規定。故檢察官之命令。與有執行力之債務名義。有同一之效力。

三、專關於沒收者。

沒收物件或應毀壞。或應廢棄。或應以適當方法歸入國庫。概由檢察官處分之。其就偽造或變造之物而爲一部沒收之處分者。應將偽造或變造之物發還。檢察官並得變更其形狀。或於偽造變造之處。加以標示。而發還之。例如商業公司之賬簿中有偽造之帳數頁。檢察官得將其偽造部分截留。而以其餘之部分付還。原主。若所偽造變造者不過數字。檢察官亦得於偽製變造部分加以標示。而付還之。

沒收之物。以犯人以外無有權利者爲限。(刑法第四十九條)故沒收物件。於執行後三月內。由權利人聲請發還者。除應毀壞或廢棄者外。檢察官應發還之。其已拍賣。應給與拍賣之原價。

第五章 其他處分之執行

一、扣押處分。

扣押之物。苟與犯罪無關。自不能歸入國庫。其應發還者。須如數發還。以昭公允。但應受發還人所在不明。或因其他事故不能發還者。檢察官須出布告招領。自布告之時起。六月內無人承領。則以其物歸屬於國庫。

招領扣押物之時期。不可過短。過短則應受發還之人。或有不知其事者。故刑事訴訟法持定期間爲六月。惟扣押物之性質不同。有毫無價值者。有不便保管者。毫無價值之物。雖在六月期間之內。亦可廢棄之。其不便保管者。得拍賣而保管其所得之原價。

二、撤銷緩刑之處分

受緩刑宣告之人。如（一）於緩刑期內更犯罪。而受拘役以上之宣告。（二）因緩刑前犯罪而受拘役以上之宣告。（三）喪失住所職業。（四）監督人請求刑之執行。而其言頗有理由。又或（四）不備緩刑要件。於諭知緩刑後發覺者。依刑法第六十四條。須撤銷緩刑之諭知。緩刑之諭知爲應撤銷。依我刑事訴訟法之規定。由受刑人所在地或其最後住所地之地方檢察廳檢察官向同級地方審判廳聲請之。地方審判廳接受聲請後。應於詢問被告或其原審代理人之意見後。依法決定。不服決定者。得於三日內聲明抗告。

撤銷諭知緩刑之決定確定後。與未諭知緩刑之情形同。其應受徒刑或拘役之執行。仍由檢察官指揮執行之。

三、更定刑罰之處分

刑法第二十一條云。凡審判確定後。於執行其刑之時。發覺爲累犯者。應依累犯加重（再犯加一等三犯以上加二等）之例。更定其刑。又第二十四條云。一罪先發。已經確定。審判餘罪後發。或數罪各別經確定審判者。應依數罪俱發之例。更定其刑（最重刑消滅。仍餘數罪者亦同）。此項與定刑罰之處分。依刑事訴訟法之規定。由就該案犯罪事實最後諭知裁判之審判衙門配置官檢察官向該審判衙門聲請之。審判衙門接受聲請後。應於詢問被告或其原審代理人之意見後。依法決

定。不服決定者三日內亦得聲明抗告。

更定刑罰之決定確定後。與受科刑判決之情形同。由檢察官按照決定內容。指揮執行之。

第六章 裁判疑義及行刑異議

受刑人因不知文字。不明法律關於科刑裁判之解釋有疑義者。審判官應詳為解釋。以期明了。故受刑人受有刑罰之諭知而有疑義者。得向該審判衙門聲明疑義。如受刑人不明判決主文之意義。或不明刑期計算之法是。

被告人於諭知科刑裁判後。對於審判衙門科刑裁判之解釋。固可聲明疑義。其於檢察官指揮執行時。而有異議者。亦得聲明。此項聲明。應向諭知裁判之審判衙門為之。知審判衙門諭知罰金檢察官。不受流通市面之銀行券。即其例也。

受刑人聲明疑義或聲明異議。應以書狀為之。聲明之後。並得於審判衙門裁判前隨時聲明撤回。聲明之程序。準用上訴程序之規定。但聲明或撤回聲明之權。惟受刑人有之。檢察官則無此權。

審判衙門接受受刑人所聲明之疑義或異議後。應諮詢檢察官意見。決定之。受刑人對於此項決定。如有不服。亦得於三日內聲明抗告。但審判衙門為此決定時。祇能解釋裁判之疑義及受刑之異議。不得離此範圍。另為一種科刑之決定。

第六編 刑事訴訟附帶解決之問題

刑事訴訟附帶解決之問題有二。即訴訟費用與附帶訴訟是。茲分述之。

第一章 訴訟費用

第一節 訴訟費用之範圍

刑事訴訟之費用。因案件而不同。其最著者。約有兩種。

第一、證人鑑定人通譯之日費及旅費。證人鑑定人通譯。因履行義務而有請求費用之權利。至費用之權利。至費用之多寡。則以特別法所定之額數為準。

證人鑑定人通譯之日費及旅費。係刑事訴訟中證人鑑定人通譯所有之權利。在訴訟終結以前。無論何時。皆可請求。其不願享此權利者。即拋棄之。亦無不可。

第二、特別給與鑑定通譯之報酬。因鑑定及通譯而需長久之時間。特別之技能。或多額之費用者。日需旅費外。仍可請求特別之報酬。此項報酬。亦係訴訟費用之一種。

除上述兩種費用外。凡因各該案件所需之費用。皆屬之。如送達費。其一例也。但一般刑事費用。如官吏之俸給。審判衙門之辦公費。不得視為訴訟費用之一部。

第二節 訴訟費用之負擔

負擔訴訟費用。本非刑事訴訟上之問題。亦非刑法及私法上之問題。乃司法行政上之問題也。此

項問題。係附帶刑事訴訟而解決者。其情形大致如左。

第一、被告人受科刑之判決。應負擔訴訟費用之全部或一部。科刑判決不必係第一審所諭知。即第一審諭知無罪。第二審諭知科刑。第一審之訴訟費用。仍應由第二審諭知科刑之被告人負擔之。第三審對於第一審及第二審之判決。亦然。

俱發罪中對於一罪或數罪科刑。其他部分如未科刑。則被告人所負擔之訴訟費用。仍以科刑之部分為限。但牽連犯及連續犯。非俱發罪可比。故就牽連犯連續犯之一部科刑。被告人仍應負擔全部之費用。

第二、被告若有數人並有共犯之關係者。其訴訟費用須連帶負擔之。共犯連帶負擔訴訟費用。以同時受有科刑之諭知者為限。若先後科刑。則不負連帶之責。

第三、被告人受科刑以外之判決。或訴訟程序未經裁判而終結者。訴訟費用由國庫負擔之。被告人判決無罪。免訴或駁回公訴時。不能令其負擔訴訟費用。其未受裁判者其同。

第三節 訴訟費用之諭知

訴訟費用本非刑事訴訟上之問題。乃刑事訴訟所附帶解決者。故不待當事人之請求。審判衙門應於諭知科刑判決時。以職權諭知之。至費用之多寡。審判衙門可酌量核定。審判衙門若未明定其額數。則由指揮執行之檢察官定之。

被告人對於諭知訴訟費用之判決。非就本案之判決有上訴者。不得上訴。且上訴之權。惟被告人有之。檢察官對於訴訟費用。不得上訴。但被告受負擔訴訟費用之諭知。確係無力負擔者。亦得免其繳納。無須押追。俾不至再因訴訟費用而受意外之痛苦也。

第二章 附帶私訴

第一節 附帶私訴之制度

刑事訴訟(公訴)所欲實行者。係公法上(刑法)之刑罰權。民事訴訟(私訴)所欲實行者。係私法上(民商法)之請求權。其性質迥不相同。藉民事訴訟程序實行公法上之刑罰權。固不可能。藉刑事訴訟實行私法上之請求權。亦非得策然。則立法上以何理由而使私法上之請求權附帶於刑事訴訟解決之耶。蓋以公法上之刑罰權與私法上之請求權。本質雖不相侔。而其發生之原因。有時相同。例如對於故意毀損他人之器具者。在公法上。國家固有刑罰權。在私法上。被害人亦有請求賠償損害權。若使私法上之請求權附帶於刑事訴訟解決之。其利甚多。一可以利用訴訟資料。二可以免除重復程序。三可以減輕訴訟費用。四可以預防裁判抵觸。凡此皆刑事訴訟附帶解決之利益。亦即附帶私訴制度成立之理由也。

私訴附帶於刑事訴訟(公訴)既純為利便起見。若以為私訴繁雜。恐因私訴而刑事訴訟(公訴)反因而延滯。則不問訴訟程序進行至如何程度。得將附帶私訴移轉於審判衙門之民事庭辦理。

第二節 附帶私訴之目的

因犯罪而受損害之人。得請求回復其損害。附帶私訴。即以回復損害爲目的者也。回復損害之法。雖有種種。舉其大要。不外三端。

第一、賠償損失。賠償損失。即以金錢回復損害之法也。但所謂損失。不以財產權上所發生之損失爲限。身體自由及名譽上之損失。亦包括之。

第二、返還贓物。返還贓物。即以現物回復損害之法也。但所謂贓物。係指犯罪人因犯財產罪所得之物而言。如因竊盜詐財侵占所得之物是也。至因收賄所得之物品。實姦所取之金錢賭博所獲之財物。及其他不能請求返還之物。皆不得以贓物論。又所謂返還。不以有之交付爲限。如被害人受騙。請求官廳變更登記。將不動產讓與於人。註銷登記。亦返還之一法也。

第三、恢復名譽。恢復名譽。即以金錢以外之方法。回復名譽上之損害者。如於報紙中侮辱人之名譽。更正其記事。並加謝罪之廣告。卽其顯著之一例也。

第三節 附帶私訴之當事人

附帶私訴之原告。係被害人。但所謂被害人。不以直接受害者爲限。卽間接被害者。亦包括於其中。如殺人案件。被害者之父母妻子。亦得請求賠償損失也。

附帶私訴之被告。通常卽刑事訴訟（公訴）中之被告。然有時刑事訴訟中之第三者。亦爲附帶刑

訴之被告如被害人受騙。將不動產讓與於人。買受此不動產之第三者。已向官廳變更登記。被害人立得對之請求註銷其登記也。但當事人牽舉過遠。與附帶私訴之性質不相容。以理論之。因犯罪而受損害之人。非對於刑事訴訟中之被告及依民法負賠償責任之人。不能提起附帶私訴。附帶私訴所救濟者。係私法上之請求權。權利者死亡。權利不因而消滅。被害者之繼承人。亦可繼承其權利也。但被害者一已專屬之權利。繼承人不應請求者。仍不得請求之。

第四節 私訴附帶之結果

私訴既附帶於刑事訴訟（公訴）故發生左列諸結果。

第一、附帶私訴之管轄。

一、事物管轄。民事訴訟之事物管轄。以訴訟物之金額或其價額之多寡為標準。然附帶於刑事訴訟之私訴。無論金額價額多寡如何。皆歸受刑事訴訟（公訴）之審判衙門管轄。

二、土地管轄。民事訴訟之土地管轄。原則上應以被告人之審判籍為標準。然附帶於刑事訴訟（公訴）則以犯罪地及被告人所在地而定之。

第二、附帶私訴之準據法。

附帶私訴。本係民事訴訟。故實體法應以民法為準。回復損害之責任。依民法定之。但帶私訴既附帶於刑事訴訟（公訴）其所用之程序。應依刑事訴訟法之規定。其刑事訴訟法中無相當之規定。

乃能適用民事訴訟法。

第三附帶私訴提起之時期。

附帶私訴自刑事訴訟起訴後。至第二審辯論終結前。無論何時。均得提起。即刑事訴訟已至第一審。未經第一審之私訴。亦得提起於第二審審判衙門。其在第一審所提起之私訴。在第二審亦得變更之。但既向第二審提起私訴附則。第二審之判決。含有控告審判決之性質。祇許上告。不得更爲控告矣。

附帶私訴自刑事訴訟起訴後。至第二審辯論終結前。本可隨時提起。但在第一審刑事訴訟辯論終結以後。第二審提起上訴以前。若許提起私訴。顯失附帶之性質。宜限制之。

第四附帶私訴之判決。

私訴既附帶於刑事訴訟(公訴)故其判決。應與刑事訴訟同時爲之。但刑事訴訟雖已終結。而私訴尙有應行調查之事宜。亦得於刑事訴訟判決以後判決之。

第五附帶私訴與刑事訴訟(公訴)之關係。

附帶私訴應與刑事訴訟發生同一之效果。刑事訴訟遇有指定管轄或移轉管轄時。對於私訴有同一之效力。蓋非此不能貫徹附帶之精神也。但在刑事訴訟論知無罪免訴或管轄錯誤之判決者。仍得將附帶私訴移送民事庭審理。

私訴既附帶於刑事訴訟。則刑事訴訟判決中所認定之事實。關於證明犯罪之事實及犯人_之責任。附帶私訴亦應受其拘束。設不然。必有互相衝突之裁判發生。殊不足以昭審判之威信也。但刑事訴訟發生後。在民事庭提起私訴。并未附帶於刑事訴訟。刑事訴訟進行。民事庭所審理之私訴。應否停止。又刑事判決所認定之事實。關於證明犯罪及犯罪之責任者。能否拘束民事庭審理之私訴。不無疑問耳。

第五節 附帶私訴權之消滅

私訴權與公訴權。其發生原因雖同。而消滅原因。則不一致。如(一)被告人死亡。(二)親告罪撤銷。告訴。(三)公訴之裁判之確定。(四)犯罪後之法律已廢止。該罪之刑罰。(五)法律全免刑罰。(六)大赦等。皆公訴權消滅之原因。而私訴權則仍存在也。私訴權之與公訴權。同時消滅者。祇有公訴時效而已。

茲將私訴權消滅原因。列舉於左。

第一、拋棄及和解。

拋棄者。由原告一方讓步。而使請求之全部或一部歸於消滅也。和解者。因當事人雙方讓步。而使請求之全部或一部歸於消滅也。但私訴權消滅原因之拋棄和解。以訴訟上之行爲爲限。訴訟外之拋棄和解。不與焉。

第二、確定判決。

爲私訴權消滅之原因者。指私訴之確定判決而言。私訴判決。通常與刑事訴訟（公訴）判決同時確定。然私訴之判決。未必與刑事訴訟（公訴）同時宣告。且對於刑事訴訟（公訴）判決不上訴。而對於私訴判決上訴者。亦有之。故兩者確定之時期。往往不同。而私訴權則因私訴之確定判決而消滅。

第三 時效

私訴之時效與公訴時效同一期間。其起算及中斷亦與公訴之時效無異。但公訴科刑之判決確定後。私訴時效應依民法之規定。

私訴時效。所以與公訴時效相同者。蓋公訴時效之制度。原係尊重社會上繼續之狀態。以維持社會秩序爲目的。若以公訴時效已成。而同一原因之私訴。尙不消滅。則法律所設公訴時效之理。由不能貫徹矣。至若公訴已宣告罪刑。則私訴時效自無與公訴時效並立之可言。故應從民法之規定也。

