

上海法學出版社
法學叢書

刑事訴訟法論

康煥棟
俞鍾駱著

全

上海法學



書 叢 學 法

論 法 訟 訴 事 刑

著 駱鍾俞 棟煥康

刑事訴訟法論目錄

緒論

- 第一章 刑事訴訟之意義……………一
- 第二章 刑事訴訟法之意義……………四
- 第三章 刑事訴訟之法律關係……………五
- 第四章 刑事訴訟法與刑法之關係……………八
- 第五章 刑事訴訟之條件……………九

第六章	刑事訴訟之階級	一三
第七章	刑事訴訟之方式	一四
第八章	刑事訴訟法之淵源	一六
第九章	刑事訴訟法之效力	一九
第一節	關於時之效力	一九
第二節	關於人之效力	二一
第三節	關於領域之效力	二二
第四節	關於事物之效力	二三
第十章	刑事訴訟之主義	二四

第一節	國家訴追主義與私人訴追主義	二四
第二節	實體的真實發見主義與形式的真實發見主義	二六
第三節	言詞辯論主義與書面審理主義	二七
第四節	直接審理主義與間接審理主義	二九
第五節	自由心證主義與法定證據主義	三一
第六節	公開審理主義與祕密審理主義	三二
第七節	勵行主義與便宜主義	三四
第八節	雙方審理主義與一方審理主義	三五

本論

第一編	總則	三七
-----	----	----

第一章 法例……………四七

第二章 法院之管轄……………四一

第一節 汎論……………四一

第一款 法院之審判權……………四一

第二款 法院之組織……………四四

第一項 法院外部之組織……………四四

第二項 法院內部之組織……………四六

第二節 法院之管轄……………四七

第一款 事物管轄……………四八

第二款	土地管轄	五二
第三款	牽連管轄	六〇
第四款	多數管轄	六三
第五款	管轄錯誤	六五
第六款	指定管轄	六七
第七款	移轉管轄	七〇
第八款	訴訟共助	七二

第三章 法院及檢察處職員之迴避……………七三

第一節 法院職員之迴避……………七三

第一款	推事之迴避	七四
第二款	書記官通譯之迴避	八二

第二節	檢察處職員之迴避	八三
第四章	被告之傳喚及拘提	八四
第一節	被告之傳喚	八四
第二節	被告之拘提	八九
第五章	被告之訊問	九九
第六章	被告之羈押	一〇四
第七章	證人	一一六
第一節	證人之意義	一一六

第二節	證人之義務	一七一
第三節	證人之權利	一二七
第四節	證人之傳喚	一二八
第五節	證人之訊問	一三〇

第八章 鑑定人

..... 一三二

第一節	鑑定人之意義	一三三
第二節	鑑定人之義務	一三五
第三節	鑑定人之權利	一三八
第四節	鑑定人之任用	一三八
第五節	鑑定人之拒却	一三九
第六節	通譯	一四二

第九章 扣押及搜索……………一四二

第一節 扣押……………一四二

第二節 搜索……………一五〇

第十章 勘驗……………一五五

第十一章 辯護……………一五九

第一節 辯護制之理由……………一五九

第二節 辯護制之沿革……………一六〇

第三節 辯護之意義……………一六一

第四節 辯護之種類……………一六三

第五節	辯護人指定及選任	一六六
第六節	辯護人之地位	一六八
第七節	辯護人辯護之內容	一六八
第八節	辯護人之資格	一七〇
第九節	辯護人之權利義務	一七一
第十節	輔佐人	一七四
第十一章	裁判	一七五
第十三章	文件	一八三
第十四章	送達	一八五
第十五章	期限	一九八

各論

第二編 第一審

一九五

第一章 公訴

一九五

第一節 偵查

二〇六

第二節 起訴

二二一

第三節 審判

二二六

第二章 自訴

二四九

第三編 上訴……………二五六

第一章 通則……………二五六

第二章 第二審……………二六五

第三章 第三審……………二七〇

第四編 抗告……………二八五

第五編 非常上訴……………二九二

第六編 再審……………二九四

第七編 簡易程序……………三〇五

第八編 執行……………三一七

第九編 附帶民事訴訟……………三三八

刑事訴訟法論

俞康煥
鍾駱棟
著

緒論

第一章 刑事訴訟之意義

刑事訴訟者。確定國家行使科刑權之程序也。換言之、即審判衙門與刑事原告刑事被告相互間連鎖之行爲。以具體的確定國家科刑權之存否。及其範圍爲目的者也。科刑權本國家所固有。其對於何種犯罪行爲。應科何種刑罰。雖已於刑法分別規定。然當行爲現實發生之際。應否認該行爲爲犯罪。國家對於該行爲者。有無科刑權。其科刑權之範圍究係若何。欲解決此爭點。非訴訟莫由解決。代國家爲確定科刑權之訴訟行爲者。雖在受國家委任之法院。然法院對於犯罪。不能自行追訴。除或種一定範圍內之犯罪。國家容許私人有訴追權。得由私

人逕向法院起訴外。國家復以起訴之權委之檢察官。使檢察官代表國家爲原告。其與原告對立者爲被告。法院與原被告各方爲確定國家科刑權之存否及其範圍。各因其權利義務之關係。爲種種之行爲。其行爲自發生進行以至終結。相與連鎖。而成一個之程序。是卽所謂刑事訴訟。

第二章 刑事訴訟法之意義

刑事訴訟法之意義。不特有形式與實質之分。且有狹義與廣義之別。所謂形式的刑事訴訟法者。指國家命名刑事訴訟法之法典而言。例如我國現行之刑事訴訟法是。所謂實質的刑事訴訟法者。指規定刑事訴訟程序之全體法規而言。苟法規之內容。有關於刑事訴訟之程序。則不問其有無刑事訴訟法之名義均得稱爲刑事訴訟法。例如法院編制法及監獄規則中。其有關於刑事訴訟程序者。亦屬於刑事訴訟法是。所謂狹義的刑事訴訟法者。指規定狹義刑事訴訟之法規而言。卽規定刑事訴訟行爲之方式內容要件效果順序日時場所等之法規全體是已。所

謂廣義的刑事訴訟法者。指規定廣義刑事訴訟程序之法規而言。卽偵查程序。審判程序。執行程序。及附帶民事訴訟程序之法規是已。今茲所論。卽此廣義刑事訴訟法也。特更分析說明之。

(一) 刑事訴訟法者。使刑法正當應用之法律也。刑法者所以制裁犯罪者也。然發見有犯罪者。而欲使刑法之效力實及於其身。則必有種種手續運用之。方不至失出入。否則、有罪者倖逃法網。無辜者橫遭罪戾。使人民無所適從。而社會之秩序因而紊亂此非由法律之適用不得其當而何。刑事訴訟法。卽爲救此弊而規定者也。

(二) 刑事訴訟法者。規定訴訟程序之法律也。刑事訴訟法者。程序法也。因其規定之內容。皆爲訴訟程序之事項。舉凡人之行爲。在刑律上曾認爲犯罪。而欲置之於法。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。爲規定訴訟程序之法律。然亦非全無權利義務之規定也。蓋無論何種法規。無非規定權利義務之界限。刑事訴訟法亦然。不過所規定者。非關於實體上之權利義務。乃關於訴訟程序上之權利義務

而已。特茲所謂訴訟程序者。係專指通常訴訟程序而言。若特別刑事訴訟程序。另有特別規定也。

(三) 刑事訴訟法者。公法也。公法者規定國家於其權力主體之資格。對於他之人格者之關係者也。私法者、規定離於權力主體之資格。而存於他之二個人格者之間之關係者也。今刑事訴訟法所規定者。即為國家機關與當事者之關係。亦為權力主體之資格。與他之人格者之關係。故為公法。

(四) 刑事訴訟法者。強行法也。刑事訴訟法上之一切行為。均應遵守刑事訴訟法之規定。不許任何人左右其間。故刑事訴訟法。係強行法也。

(五) 刑事訴訟法者。國內法也。刑事訴訟法。其效力僅及於本國。而不及於他國。故刑事訴訟法。係國內法。

刑事訴訟法。各國類皆制為法典。我國古昔並未見有專律。惟其規程編訂於古律文者不少。概見李悝法經有囚法捕法。唐律疏議謂囚法即斷獄律。捕法即捕亡律。是為我國刑事訴訟法

之權輿。由漢魏以迄宋明。代有修改。其中如告劾傳覆繫囚鞠獄討捕鬪訟諸律。規定綦詳。前清欽定大清律例。亦列訴訟斷獄捕亡等目。因皆散見於刑律中。故無刑事訴訟法之名稱。清季宣統二年十二月法律館編成刑事訴訟律草案。關於刑事訴訟應進行之一切程序。均已略備。惟該草案各編除司法部先後呈准暫行援用外。並未公布施行。後經司法部就該草案斟酌損益。命名刑事訴訟條例。於民國十年十一月十四日。呈准施行於東省特別區域。至民國十一年七月一日。乃通行全國。又民國十年三月二日廣東軍政府。亦曾將刑事訴訟律草案。加以修改公布施行。迨國民政府成立。立法院又復詳加更正。於民國十七年七月二十八日重頒刑事訴訟法。並於同年九月一日施行。是即現行之新刑事訴訟法也。

第三章 刑事訴訟之法律關係

訴訟爲法律關係。在因民事與刑事而異。其中有特殊者。亦有共同者。茲先述其共同之關係如次。

(甲)爲三面的法律關係。即法院與當事人(原告及被告)間之關係。惟此爲直接之法律關係。而當事人相互間之關係。則爲間接之事實關係。學者間亦有主張當事人間生法律關係者。此三面關係說所由來也。

(乙)公法的關係。法院爲國家所設之機關。當事人與法院之法律關係。屬於公法的關係。而在刑事訴訟之原告。亦常爲國家之機關。其爲公法的關係。更不待言。

(丙)爲程序法上之關係。謂其法律關係。以訴訟上之權利義務爲其內容也。

(丁)爲漸次進行發展之單一關係。訴訟因欲達終局惟一之目的。其進行上必經若干階級。且隨時變化其局面。但其訴訟之關係。自始至終。爲法院與當事人間之單一關係。而非多數法律關係之集合。

以上四端。係刑事訴訟與民事訴訟相同者。茲更述其特異之點如左。

(甲)當事人之差異。其差異之點有二。

(一)民事訴訟之當事人。原則上皆係私人。而刑事訴訟之原告。常爲代表國家之檢察官

。其許由私人擔當者。係屬例外。

(二)民事訴訟認當事人各方皆有訴訟之承受。而刑事訴訟除自訴人爲原告外。不生訴訟承受之問題。

(乙)目的之差異。民事訴訟所欲實行者爲私法上之請求權。刑事訴訟所欲實行者。爲公法上之刑罰權。因目的之不同。遂生重大之差異。

(一)民事訴訟採當事人進行主義爲原則。而刑事訴訟則採職權進行主義。故民事訴訟所爭論之權利。當事人既有處分之權。其訴訟之發生及進止。亦悉隨當事人之意思。而刑事訴訟則否。

(二)民事訴訟採形式的事實確定主義爲原則。而刑事訴訟採實體的真實發現主義。故當事人承認他造之請求者。於民事訴訟應由法院基於其承認而爲判決。於刑事訴訟。祇作爲證據之一種。仍當由法院調查後。定其取捨。

第四章 刑事訴訟法與刑法之關係

刑事訴訟法與刑法。同屬刑事法規之一。其在法律上之地位。皆爲公法。惟刑法爲關於刑罰權實體之法規。而刑事訴訟法。爲關於確定刑罰權及其實行之法規。例如刑法規定。若者爲直接侵害國家法益之罪。(分則第一章至第六章)若者爲直接侵害社會法益而間接侵害國家法益之罪。(分則第七章至第二十章)若者爲直接侵害個人法益而間接侵害社會及國家之罪。(分則第二十一章至第三十四章)應科以何種刑罰。悉不能不由刑法解決之。故對於或種行爲。國家有無刑罰權。須視其行爲干犯刑法與否以爲斷。若或種行爲。刑法上認爲犯罪。國家即應科以刑罰。然國家爲無形法人。其自身不能運用活動。必賴運用國家司法權之機關存在。始克達刑法規定之目的。但司法機關於具體的事實發生。果依如何手續。乃能定其是否爲犯罪行爲。及對之應科以如何刑罰。其規則又不可不制定。以此爲目的而存在之法律。卽所謂刑事訴訟法。從可知二者雖各有其界說。實具輔車相依之勢。有實體法而無程序法。國家之刑罰權不能實施。有程序法而無實體法

。則所施之程序無目的。其相互關係之密接實較民事訴訟法之於民法爲尤甚。蓋民法上之私權實行與否。屬於放任。非必以訴訟與判決爲前提。而國家刑罰權之實施。爲強制的。其強制之工具。不止一端。而訴訟與判決。實爲必經之程序。

第五章 刑事訴訟之條件

法律關係之發生。莫不具有一定條件。刑事訴訟既屬法律關係之一種。此法律關係之發生。亦以一定條件爲必要。卽刑事訴訟條件。或簡稱爲訴訟條件是也。

訴訟條件有廣狹二義。狹義之訴訟條件。指訴訟成立條件而言。學者又稱爲起訴條件。或訴追條件。(即使訴訟之法律關係有效成立所必要之條件)但刑事訴訟之法律關係。有漸次進行發展之性質。故訴訟條件

。非僅爲訴訟關係有效成立所必要。而使訴訟關係有效進行發展。亦須備有一定之條件。此訴訟關係成立進行發展所必要之一切條件。(卽一切訴訟行爲所必要之條件)總稱之曰廣義訴訟條件。不備狹

義訴訟條件者。其起訴不能認爲有效。而應予駁斥。不備廣義訴訟條件者。其判決爲違法。

訴訟條件。因觀察點之不同。得區別之如左。

一 公訴條件與自訴條件。檢察官起訴。而使訴訟關係有效成立之必要條件。謂之公訴之訴訟條件。自訴人起訴而使訴訟關係有效成立之必要條件。謂之自訴之訴訟條件。前者如告訴乃論之罪。須經有合法告訴。後者如許行自訴之告訴乃論罪。須未經檢察官偵查終結是也。

二 絕對訴訟條件與相對訴訟條件。訴訟條件。有爲公益而設者。法院須以職權調查其存否。是爲絕對的訴訟條件。有爲私人的利益而設者。法院必待當事人之請求而後調查其存否。是爲相對的訴訟條件。前者之例。如管轄問題。後者之例。如聲請迴避問題。

三 通常訴訟條件與特別訴訟條件。通常條件。存在於一切刑事案件之中。如法院對於被告須有管轄權。無論何種案件皆然。特別條件。僅存在於特種刑事案件。如告訴乃論或請求乃論之罪。必有合法之告訴或請求。其起訴方爲合法。然此特別條件。非一切刑

事訴訟所應具備也。

四 積極訴訟條件。與消極訴訟條件。積極條件。爲訴訟有效成立所不可不具之條件。消極條件。爲訴訟有效成立所不能存在之條件。同一告訴乃論之罪。在公訴以告訴爲不可不具之條件。在自訴則以已經提起公訴爲不能存在之條件。

五 得補充之訴訟條件與不得補充之訴訟條件。得補充之訴訟條件。謂於訴訟開始之時。雖不存在。而其後可以補充其欠缺之條件。不得補充之訴訟條件。謂以訴訟開始之時。存在爲必要之條件。相對的訴訟條件。皆屬於前者。絕對的訴訟條件。有屬於前者。亦有屬於後者。現行法上狹義之訴訟條件。不認有相對的。但有承認其可得補充者。如受訴在後之法院。得因上級法院命令爲繼續審理而補充其土地管轄之欠缺。又如上級法院對於應屬下級法院管轄之案件。得因審判程序已開始。而補充其事物管轄之欠缺。此於法律有認許之明文。自無可疑。其未經明文認許者。可得補充與否。學者間不無爭執。採消極說者。謂狹義訴訟條件。即起訴條件。以不得補充爲原則。除有明文認許

者外。不容解釋爲可得補充。而採積極說者。則以任何起訴條件。皆無禁止補充之明文。除其性質不可補充。(如起訴狀未記載犯罪事實及所犯之法條等)及實際上不能補充(如被害人已死亡其親屬反乎本人之意思提起自訴)外。無論法律有無明文。皆應解爲可得補充。故告訴乃論罪之告訴及不起訴處分確定後之新證據等。當起訴時縱有欠缺。得因起訴後之補充。而使其條件完備。與初無欠缺者同。

第六章 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。則刑事訴訟。即不外審判衙門與原告及被告三面之行爲。攷其內容。審判衙門與原告及被告之行爲中。又可分爲偵查行爲。攻讐行爲。防禦行爲。指揮訴訟行爲。審理行爲。裁判行爲。及執行行爲。而各種訴訟行爲。若者在先。若者在後。刑事訴訟法。定有一定之順序。依其順序而定其階級。則刑事訴訟之階級。可大別爲三節。(1)偵查程序。(2)審判程序。(3)執行程序是也。今據刑事訴訟法。分述其大要如左。

(一)偵查程序。偵查爲刑事訴訟最初之程序。由檢察官掌之。蓋犯罪嫌疑人是否真正犯罪。能否科以刑罰。非於發覺後切實偵查無由明確。故偵查真正犯人及其所犯之罪。爲刑事訴訟之第一步。

(二)審判程序。審判程序。由審判衙門之推事掌之。即審判偵查中所調查之犯人。是否真正犯罪。能否科以刑罰之程序也。此爲刑事訴訟之第二步。

(三)執行程序。執行程序。亦由檢察官掌之。即對於判決確定之受刑人。執行判決中所科刑罰之程序也。此爲刑事訴訟之第三步。

右列三種程序。其先後有一定之順序。凡爲訴訟行爲者。須依其順序而實行之。但刑事案件中。亦有不經此三種程序而能了結者。如檢察官偵查終結。認爲應予不起訴處分。則不經審判執行諸程序。或自訴案件。逕請公判。則不經偵查程序。又或審判終結。認爲無罪。不經執行程序。刑事案件。即可了結。由是言之。刑事訴訟之階級雖分爲三。而刑事案件中。多有不經此種階級者。此係指大體而言。其詳俟後述之。

第七章 刑事訴訟之方式

刑事訴訟之方式有二。一曰糾問式。一曰彈劾式。糾問式訴訟云者。即訴追與審判。均由法院爲之。以爲訴訟主體、惟有法院。除法院外。並無所謂當事人。彈劾式訴訟云者。即訴訟主體爲法院與原告及被告三者。由檢察官代表國家爲原告。與被告同立於當事人地位。而該當事人以外之法院。專司審判之權。就兩者比較。彈劾式之優於糾問式者有三。

(一)可期審判之公平。蓋糾問式之訴追審問。同屬於一人。當訴追犯罪之時。自信甚深。難免不預存成見。結果必至不利於被告。且審判官審問自己所訴追之犯罪。當其審問之時。即明知訴追不合。往往有逞一時之意氣。而故入良民於罪者。欲求情法之平。頗非易事。若彈劾式之訴訟。原告與被告。同立公庭。一面攻擊。一面防禦。審判官默察兩造之陳述。平心靜氣。以求事實之真相。自可期審判之公平。

(二)可固被告之地位。在糾問式時代。被告爲訴訟手續之目的物。而不能爲訴訟之主體

。至其訊問也。不過爲集取自白之證據。並非與被告以辯白之機會。故審判官往往濫用職權。以非刑詐嚇。而達其目的。至取彈劾式訴訟。則被告並非訴訟手續之目的物。而爲訴訟之主體。與代表國家之檢察官。同立於當事人地位。且得用辯護人以保護之。則被告之地位自固。

(三)可減法院之負擔。取糾問式之訴訟。凡搜查訴追之種種材料。以爲審判之基礎。均須審判官一人爲之。其先後手續之繁。每覺不勝其負擔。結果則堅持成見。固所不免。亦有因手續之繁。而草率判決者。若彈劾式之訴訟。則取不告不理之原則。先由檢察官偵查。然後提起公訴。(除自訴外)其大致業已就緒。而審判官之負擔自輕。卽上述諸弊亦因之而免。

如右所述各因。近世各國之刑事訴訟。大抵舍糾問式而取彈劾式。我現行刑事訴訟法亦同。其第二百五十九條規定『法院不得就未經起訴之行爲審判。』其取彈劾式訴訟甚爲明顯。

第八章 刑事訴訟法之淵源

人民之身體。非依法律不得逮捕拘禁審問處罰。此各國憲法所明定。足見國家對於人民實施訴訟程序。固非依據法律不可。惟所謂法律。有成文法與不成文法之分。刑事訴訟法典。僅爲成文法之一部。其他成文法。雖不以刑事訴訟法典稱。而內容規定。不乏合於刑事訴訟法規之性質者。其足爲刑事訴訟法之淵源。已無可疑。至刑事訴訟法。是否以成文法爲惟一之淵源。學說上不無紛議。而在我國現時。法律多未完備。判例解釋。及條理之適用。時感必要。自不能謂不成文法。絕無刑事訴訟法之淵源可尋。茲將成文法與不成文法中可爲刑事訴訟法之淵源者。別爲兩類說明。

第一、屬於成文法者

甲 法律。我國根本大法未定。一切公私法規。亦多缺如。其可爲刑事訴訟法淵源之正確法律。殊難得其選。

乙 命令。命令在理論上。原不能謂爲刑事訴訟法之淵源。惟在憲法未頒行前之命令。以其無違憲之嫌。亦可視爲訴訟法之淵源。

我國各項條例章程。除刑事訴訟條例及施行條例。爲本法淵源之主要外。如舊陸軍審判條例。海軍審判條例。刑事簡易程序暫行條例。處刑命令暫行條例。及修正縣知事審理訴訟暫行章程覆判章程等。皆可爲刑事訴訟法之淵源。

丙 條約。條約是否爲國內法之淵源。不一其說。持積極說者。謂條約有國法之效力。而持消極說者。則謂條約僅足拘束締約國自身。不能直接拘束其國民。條約內關於國民權利義務之事項。須更經規定實行條約之法律。對於國民始生拘束。然在事實上凡關於犯罪人引渡及領事職務之條約。皆對於刑事訴訟法之效力。加以限制。而在吾國現時締約國未撤回領事裁判權之前。其例尤爲顯著。此類條約之足爲刑事訴訟法之淵源勢所必然。

第二、屬於不成文法者。

甲 判例。法院對於一事件所爲之判決。祇能拘束該事件。而不能拘束同樣之其他事件。惟最高法院有統一解釋法令之權。其對於一切法令上之見解。有拘束全國各級法院之效力。故一事件之判決。於此後發生同樣之事件。苟無特別反對之理由。應即適用前例爲同樣之判決。學者稱之爲判例法。是判例足以濟成文法典之窮。其效力既與成文法無殊。當然可爲刑事訴訟法之淵源。

乙 慣例。可爲刑事訴訟法淵源之慣例。惟限於國際慣例。及法院辦案之慣例。而民間一般之慣行不與焉。國際慣例如享有治外法權。能不受刑事訴訟法之支配。是爲國際間所公認。不必另經條約之協訂。卽當然受慣例之拘束。法院辦案之慣例。如對於現任官員之犯罪。先停職而後起訴之例。現行法令本無明文可據。而在司法機關。則視若有此繼續通行之準則。此種慣例。或足以限制刑事訴訟之效力。或足以補充刑事訴訟法所不備。不可謂非刑事訴訟法之淵源。

丙 條理。 條理之意義若何。頗難有明確之解答。通常見解多指事物當然之一般原則爲條理。在成文法未備之國家。適用條理以濟其窮。於一般法律然。於刑事訴訟法亦無不然。又判例多以條理爲基礎。惟既經最高法院著爲判例之後。卽失却單純條理之性質。故關於刑事訴訟法之條理。直接間接。皆足爲本法之淵源。

第九章 刑事訴訟法之效力

刑事訴訟法之效力云者。刑事訴訟法之施行力。卽支配力所及之謂也。其支配力所及之範圍。從各方面觀察。可分爲關於時者。關於人者。關於事物者。關於領域者之四節分論之。

第一節 關於時之效力

關於時之效力。刑事訴訟法與一般法令無異。凡在施行以後。廢止以前。所有刑事訴訟程序之實施。悉應遵照刑事訴訟法之規定。惟犯罪或其訴訟程序開始在刑事訴訟法施行前而未終

結者。應如何處理。不無問題。茲分述如下。

(一)犯罪在本法施行前者。刑事訴訟法之效力。不因犯罪在施行前或施行後而生影響。此因新法一經實施。其效力普及於各事物。至該事物發生在何時期。所不問也。論者謂刑事訴訟之效力。從犯罪方面而觀察之。亦可謂有遡及力。然就訴訟程序方面觀之。其繫屬於法院。既在新法施行以後。即不得謂遡及既往。

(二)在本法施行前已開始程序者。新法施行前已從舊法完結其程序者。除基於新原由而開始再審外。自無再予適用新法之餘地。若其程序在新法施行後尚未終結。應以何者為準據。別為三說。

(1)被告人利益說。此說比較新舊二法。從有利於被告人者為標準。而定其適用。惟在實體法有此種法例。訴訟法上鮮有採用之者。

(2)從舊說。主是說者。謂依舊法進行未終結之事件。仍應從舊法之程序終了之。以資貫徹。此說雖為近代學者所不取。惟訴訟程序為舊法所有。而新法所無者。為尊重

當事人之既得權起見。自以仍從舊法爲當。

(3) 從新說。此說最合理論。近代立法例多宗此主義。卽新法施行前。已經開始偵查。豫審或審判者。不問其進行至如何程度。於新法施行後。應改從新法完結其程序也。觀我刑事訴訟法施行條例所規定。蓋以從新主義爲原則。而限於一定之事情。兼以從舊主義爲例外。而絕對不採被告人利益之說。

第二節 關於人之效力

刑事訴訟法對於人之支配。原則上應解爲無限制。不問其人爲本國人。抑爲外國人。其本國人亦不問在國內。抑在國外。皆有服從審判之義務。惟基於屬地主義。(即關於領域之效力)對於在留外國之人。不能依刑事訴訟法直接強制處分而已。至例外則有如左述。

甲 國內法之例外

軍人軍屬或其他應受特別法令支配之人。

乙 國際法之例外。

(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)外國軍隊及在外國軍隊中者。

丙 條約上之例外

即我國認許外人以領事裁判權是也。

第三節 關於領域之效力

依國際法上之原則。國家統治權之行使。以領域爲止境。所謂屬地主義是也。刑事訴訟法基於屬地主義之結果。其效力亦僅及於領域以內。對於國外所發生之犯行。雖依保護本國利益之主義。得在國內法院訴究之。然非待該犯人來至領域以內。或依國際間交付犯人條約。將犯罪人引渡以後。究不能實施訴訟程序。及於外國之領域。故刑事訴訟法所適用之範圍。當

然以我國領域爲限。據此則不問犯罪之在國內與在國外。亦不問訴訟之繫屬於內國法院。或外國法院。其訴訟程序。如係內國之通常法院實施者。均應依據刑事訴訟法之規定。卽因外國法院囑託而爲國際共助之行爲亦同。例如在外國刑事訴訟法上。證人必須宣誓。本法但規定令證人具結。並無令證人宣誓之程序。自不得因國際共助。舍具結而用宣誓程序之理。惟對於有治外法權之區域。如外國使館及領海內之外國軍艦。以及戒嚴時之接戰地域。則爲本法效力所不及。亦不能不認爲本法屬地主義之例外。

有應附帶說明者。我刑事訴訟法爲普通之刑事訴訟法規。除前述國際上屬地主義之限制外。其效力自應及於本國領域範圍以內。但因正式法院全國一時未能普遍成立。因地制宜。事實上尚有未能盡依刑事訴訟法實施其訴訟程序者。不過爲一時不便適用之特種現象。非可謂刑事訴訟法之效力。不能普及宇內也。

第四節 關於事物之效力

刑事訴訟法者。適用於刑事案件之法也。然非凡為刑事案件。均適用刑事訴訟法。蓋刑事訴訟法。祇適用於通常法院所屬之刑事訴訟。及準用刑事訴訟程序之附帶提起民事訴訟。若單純民事訴訟。以及行政訴訟懲戒法等。本不含有刑事訴訟性質。固當然無適用或準用之餘地。即係刑事訴訟。而其管轄屬於特別法院者。既各有特別程序法之規定。如海陸空軍人犯罪。均不屬本法支配之範圍。

第十章 刑事訴訟之主義

刑事訴訟之主義云者。謂立法上對於刑事訴訟。採取如何之方針。為其立法之標準也。主義既有不同。則訴訟之方式亦隨之而異。即法院與當事人及辯護人間。及一切行為之活動。亦皆以刑事訴訟之主義為準繩。關係至為重要。故舉其重要者分節述之。

第一節 國家訴追主義與私人訴追主義

國家訴追主義云者。由國家機關自行訴追犯罪。不以私人之意思爲轉移。故又稱爲職權訴追主義。與國家訴追主義對立者。爲私人訴追主義。其訴追犯罪之權。操於私人之手。訴追與否。一任私人之自由。此兩種主義。各國立法例不同。有不採國家訴追主義。專採私人訴追主義者。有國家訴追主義與私人訴追主義兼採者。專採私人訴追主義之國家。其主義又分兩種。(一)一般私人訴追主義。卽公衆訴追主義。(二)狹義私人訴追主義。卽被害人訴追主義。兼採私人訴追主義之國家。以國家訴追爲原則。惟關於侵害私人名譽身體等罪。容許私人訴追。其主義亦分兩種。(一)國家並行主義。卽私人訴追。與代表國家之檢察官訴追。可以同時並行之謂。(二)國家補充主義。卽代表國家之檢察官不訴追。私人得自向法院訴追。補充國家訴追之謂。今比較國家訴追主義與私人訴追主義而言其得失於左。

(一)實際上之流弊。訴追之權。果操之私人。任其自由。則因意氣而挾嫌。因懼怯而隱忍。或爲利動。或爲威脅。有應訴而不訴。不應訴而訴者。有違國家刑罰權有罪必罰公平處理之原則。國家訴追主義。卽所以力矯其弊。使代表國家之檢察官依職權檢舉訴追

。誣陷脫漏。庶幾乎免。

(二)理論上之欠缺。因犯罪所施之刑罰權。屬於國家之請求權。其犯罪之訴追與否。必須決諸國家之意思。若為私人之意思所左右。則與私法上請求權。得由私人任意行使者何殊。故從理論言之。訴追犯罪。亦屬國家應為之事務。責諸私人。殊形欠缺。

刑事訴訟。採用國家訴追主義。已為近世一般之傾向。惟於相當之限度內。著有例外。如告訴乃論之罪是也。而此例外規定。在立法例上又分兩派。其一僅以有被害人或其親屬之告訴。為公訴成立之必要條件。既具備其條件後。仍以檢察官為訴追之主體。又其一。則併認某種犯罪之被害人或其親屬。得為訴訟主體。逕為訴追。而不假手於代表國家之檢察官。我刑事訴訟法從其後者。故有自訴之規定。且認自訴人為當事人。

第二節 實體的真實發見主義與形式的真實發見主義

凡訴訟之進行。固以發見真實為主旨。而其發見之方法。有依據原被告所陳述之事實。及其

所提出之證據以爲材料者。有不以原被告所陳述之事實及其所提出之證據爲基礎。審判官自行搜集種種材料。以發見事實之真相者。前者曰形式的真實發見主義。後者曰實體的真實發見主義。夫原被告所陳述之事實。及彼此所提出之證據。未必與事實相符。所謂真實。徒具形式而已。非即實體上之真實也。既非實體上之真實。若以之爲判決之資料。則裁判未必公平。即罪刑難於允洽。本法雖未明白規定。採用何種主義。然既規定證據由法院自由判斷。（本法第二百八十三條）並規定被告雖經自白。仍應調查必要之證據。以察其是否與事實相符。（本法第一百零八條）其不受原被告所陳述之事實及其所提出之證據之拘束。而採用實體的真實發見主義。自屬顯然。

第二節 言詞辯論主義與書面審理主義

法院直接對於當事人及證據。而以經言詞所爲之訴訟行爲爲判決之基礎者。言詞辯論主義也。其不經言詞辯論。僅本於當事人所提出之文書以爲裁判者。書面審理主義也。本法所採之

主義。除第三審公判時。以書面審理爲原則外。其第一審及第二審之公判。均採用言詞辯論主義。因係言詞審理。故有下列之結果。

(一) 審判長應指定審判日期。傳喚被告。並通知檢察官、辯護人、輔佐人。(本法第二百六十五條)

(二) 審判日期應由定數推事始終出庭。並得由審判長另指定推事一員蒞視爲補充推事。檢察官及法院書記官亦應出庭。(本法第二百七十一條一項及三項)

(三) 審判開始後。推事有更易者。應更新審判之程序。(本法第二百七十六條)

(四) 審判非一次所能終結者。除有特別情形外。應連續開庭。(本法第二百零四條)

(五) 推事與當事人及其他出席於法庭者。須有互解其言語之能力。

(六) 最重本刑爲拘役或專科罰金之案件外。苟非被告不肯出庭。或出庭拒絕陳述者。不得逕行判決。(本法第二百七十二條第三、百八十二條第三百十條)

茲更述言詞辯論主義之優於書面審理主義者如左。

(一) 書面所載案情。每不能盡所欲言。不易明白事實之真相。若口頭陳述。則可以盡情吐

露。而事實之真相乃大白。

(二)專憑書面。一經誤會。以後即更正為難。若言詞辯論。則遇有誤會之處。隨時可再行解釋。

言詞辯論亦非無弱點。更略述於左。

(一)言詞辯論。書記官往往不能完全紀錄。而為永續的存在。

(二)審判官如何訊問。往往為被告所不及料。倉卒間有不及熟慮。而誤為陳述之虞。惟此係一時事實問題。較之書面審理主義。究為彼善於此也。

第四節 直接審理主義與間接審理主義

學者或以言詞辯論主義。即為直接審理主義。書面審理主義。即為間接審理主義。而不知非也。蓋所謂直接審理與間接審理者。乃關於認識事物。依直接方法與間接方法之區別。所謂言詞辯論與書面審理者。乃關於認識事物。依於聽官或視官之區別。二者固迥然不同也。例

如

(一) 訊問囑者。雖爲書面審理。實爲直接審理。

(二) 指定受命推事令其訊問被告。或調查證據之全部或一部。雖爲言詞辯論。亦爲間接審理。

(三) 關於檢證。並無所謂書面與言詞之區別。僅有直接與間接之差異。

直接審理主義云者。可從兩方面觀察之。

(一) 主觀方面。從主觀方面觀察。卽有審判權者。依其自身之官能。調查證據與訊問當事人。不爲受命推事或檢察官調查之證據錄取之口供所拘束。

(二) 客觀方面。從客觀方面觀察。卽有審判權者。調查證據與訊問證人。必調查證據之原體。與訊問當事人本人是也。

間接審理主義云者。卽或依受命推事受託推事等之訊問調查。或依其他調查報告書爲審理之謂也。就二主義而比較之。自以直接審理主義爲優。蓋事物之觀察。依於仲介。究不如直接

之精確。此理之自然也。況當訊問證人鑑定人等時。不僅可留意其陳述之是否屬實。即其容貌態度之如何。亦可為發見真實之補助。其陳述不明部分。並可即時質問而了解其旨趣。凡此種種利益。均為間接審理之所無。故我刑事訴訟法除有特種情形外。(刑事訴訟法第二百九十二條規定即特種情形之一)

〔係採用直接審理主義。如訊問被告後。審判長應調查證據。並應訊問證人鑑定人之類〕(本條第二百八十一條第二百八十六條)即為採用直接審理主義之明證。惟有時不能直接審理時。則用間接審理主義以救濟之。

第五節 自由心證主義與法定證據主義

自由心證主義者。無論何種證據。其證據力之強弱及採用與否。悉憑審判官之心理判斷。不受有任何拘束之主義也。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。竊以為事件之真相。因各事件而不同。斷非抽象的所能規定。雖證據法規基於積久之經驗而成。而欲與其各事件均相適合。為事實

上所不可能之事。如採用法定證據主義。適有一特別事情發生。在法定證據業已證明。審判官即明知其非真實。因受法律之拘束。不能不為違心之裁判。與發見真實主義顯然相背。故各國現時之立法例。莫不排除法定證據主義。而取自由心證主義。我刑事訴訟法規定。證據由法院自由判斷。係屬採用自由心證主義之明證。(本法第二百八十三條)惟採用自由心證主義。固可以發見事實上之真相。而採用法定證據主義。亦可以預防審判官之專橫。此之所長。即彼之所短。恐非併為採用。不足以收完美之效果也。

第六節 公開審理主義與秘密審理主義

公開審理主義者。公開法庭。不問何人皆許列席旁聽之主義也。秘密審理主義者。審判官審理訴訟案件時。不使無關係人觀察訴訟經過之主義也。原來審判公開。含有兩種意義。(一)謂公衆公開。(二)謂當事人公開。公衆公開者。凡審判處所。不問何人。均得入而旁聽。當事人公開者。指當事人或其他訴訟關係人。得於審判處所蒞視之謂。各國刑事訴訟。大都採

公衆公開主義。因有下列諸利益。

- (一) 審判官於一切手續。不敢不遵守法律。
- (二) 使人民曉然於審判之公正。增加人民對於審判之信仰。
- (三) 使一般人民自由批評審判之當否。則法律亦較易進步。
- (四) 當事人證人鑑定人等。不至爲虛偽之陳述。

雖然。審判公開主義。祇能適用於審判上爲言詞辯論之際。此外不經言詞辯論之程序上裁判。不須公開。即在應經言詞辯論之審判程序。往往因特種情形。亦可秘密審理之。其情形有三。

- (一) 恐其妨害安甯時。
- (二) 恐其妨害秩序時。
- (三) 恐其妨害風俗時。

我國法院編制法第五十五條。第五十八條。均規定公開審理。本法第二百三十七條。偵查不

公開之。既將不公開之偵查特別規定。其採用公開審理之原則。自無可疑。至有時爲維持法庭之秩序。而使特定人或旁聽人退席。或命旁聽之婦孺及服裝不當者退席。仍無妨其爲公開審理也。

第七節 勵行主義與便宜主義

勵行主義者。犯罪事實已有相當之證明。並具備訴究之條件時。訴究機關不必權衡其情節輕重得失。必須提起公訴之主義也。便宜主義者。訴究機關。對於已具證明及合於訴究條件之犯罪。仍得斟酌其情節。自由決定其起訴與否之主義也。

勵行主義。非謂一有犯罪之告訴告發。即當起訴。乃指犯罪經查有證據。而可得爲刑罰之諭知者。始應起訴而言。採此主義。既無濫訴之虞。亦合於有罪必罰之理論。惟就刑事政策觀察之。絕對採用勵行主義。往往有犯輕微之罪。而情堪憫者。亦必訴究處罰。甚至破其廉恥。絕人遷善之路。殊爲得不償失。故宜兼許檢察官對於犯人性格。犯罪情狀。及時勢之要

求。加以權衡。以決其應否起訴。惟不宜濫於適用而已。

第八節 雙方審理主義與一方審理主義

就當事人雙方之主張。及其所提出之證據。公平裁量。以爲審理判斷之基礎者。曰雙方審理主義。其僅以當事人一方之主張。及其所提出之證據。以爲審判之基礎者。曰一方審理主義。審判欲得其平。非聽兩造之訟辭。斟酌雙方之證據。而不存絲毫成見。不能發見事實之真相。一方審理主義。完全反乎公平觀念。不但爲刑事訴訟法所不採取。卽在民事訴訟法。亦鮮有認許之者。

本論

第一編 總則

第一章 法例

本編以法例置於首章者。蓋以明全部適用之準則。而爲一編之總綱也。其第一條根據臨時約法第六條。保障人民之自由。第二條規定公務員之職責。第三條規定當事人之資格。第四條規定親屬之範圍。特依次說明如左。

第一 本法與犯罪之關係。人民之身體自由。非依法律不得任意侵犯。此各國憲法所僉同

。 (我國臨時約法第六條第一款第二款) 犯罪非依法律不得追訴及處罰。亦各國刑事訴訟法所共通。 (我國刑事訴訟法第

條一) 蓋以人民權利。固爲法律所賦與。同時法律亦與以相當之限制。國家之行使刑罰權。

亦何獨不然。如本法第二百五十三條第三百十五條所規定。應爲追訴應爲處罰者。卽不得追訴之處罰之。又如第二百四十四條第三百十六條第三百十七條第三百十八條所規定。不應追訴不應處罰者。卽不得追訴不得處罰。從可知國家之刑罰權。亦必於法律範圍內行使之。非可任意出入也。

第二 適用本法應注意之點。採用實體的真實發見主義。爲近世各國立法例之傾向。已如緒論所述。蓋以一般實施刑事訴訟之公務員。往往僅偏重被告之不利益。而不顧及其利益。以致無辜受罰有之。未免失國家處罰犯罪之本旨。例如甲與乙丙有仇。一日甲竊取丙之刀以殺乙。將刀置之屍旁而逸。乙之家屬丁。以刀爲丙之所有物。卽持刀告殺乙者爲丙。丙到案否認。謂乙被殺之日。自朝至暮。均在戊處。至次日方歸。刀雖我物。係於先一日被竊。丁因丙否認殺乙。恐坐誣告。乃串囑己庚。爲目睹丙殺乙之要證。於此情形。實施刑事訴訟之公務員。應調查丙與乙平日有無嫌隙。於乙被殺之日。是否確在戊處。其刀是否先一日被竊。以及丙與己庚之感情如何。己庚與乙之家屬有無關係。並己庚平日之品

行如何。乃能得事實之真相。如於以上各節調查之結果。均屬於被告有利。雖未獲殺人正犯。究不能將丙置之於法。且殺人之後。刀置屍旁。本屬可疑。固亦爲公務員所當注意及之。若漫不加察。卽以爲丙之罪證確鑿。處丙以殺人罪刑。此不但丙受冤屈。並與實體的真實發見主義相背。本法爲發見真實。及顧全社會與個人之利益起見。特於第二條以明文規定。『凡實施刑事訴訟程序之公務員。就該管事項。應於被告有利及不利之情形。一律注意。』已足見立法者之用意。更徵之大理院十五年上字第六一六號判例云『原告於被告不利及有利兩方情形。未經一律注意。因之於應行調查之證據。多未調查。卽行定讞。致上訴人等上訴要旨。各就探證上爲攻擊。均不能謂無理由。』亦卽不外此意矣。

第三 本法所稱之當事人。 刑事訴訟。爲對於被告人確定刑罰權存否及其範圍之問題。提出此問題者。在公訴爲受法律委任代表國家之檢察官。在自訴爲因犯罪被害之人。(或其法定代理人保佐人配偶及其親屬) 故刑事訴訟法之主體除法院外。有被告人。有代表國家之檢察官。或自訴人。自訴人或檢察官。統稱爲刑事原告。恆與被告人相對立。刑事訴訟法學者。合刑事訴訟之

原被兩造稱之曰訴訟當事人。此我國刑事訴訟法第三條所以有『本法稱當事人者。謂檢察官自訴人及被告』之規定也。

在國家訴追主義之下。刑事訴訟之起訴權。本應屬於代表國家之檢察官。但某種犯罪。與公益無甚關係。國家無須為嚴格之干與。亦不妨於一定範圍內。予被害人或其法定代理人保佐人配偶及其親屬以訴追之權。本法仿德奧立法例。特設自訴一章。是為採用國家訴追主義之例外。自訴人對於被告人請求國家確定刑罰權之有無及其範圍。固為本身利益着想者居多。檢察官則不然。蓋檢察官之實行公訴。並非主張自己之刑罰權。不過為國家代表機關。主張國家之刑罰權。嚴格言之。檢察官不為訴訟當事人。而刑罰權主體之國家。則為訴訟當事人。

被告人既為刑事訴訟之當事人。自應享有訴訟上之種種權利。如對於攻擊之防禦。辯護人之選任。上訴之聲明。是其最著者。然被告人有時亦兼指未起訴前之嫌疑人而言。抑知此嫌疑人。祇為偵查之客體。尚不能謂為已取得當事人之資格。

在同一訴訟中。同時有被告數人。法律上稱之曰共同被告人。民事訴訟法上訴之合併。必須有主觀或客觀之牽連。而在刑事訴訟則無此限制。因之數個被告事件。不問其有何等之連絡。苟與管轄規定不相違反。檢察官可得合併起訴。法院亦得合併審理。可知此所謂共同被告人者。不必具有共犯之關係矣。例如某甲販賣鴉片煙。某乙吸食鴉片煙。因某乙吸煙之罪發覺。並發覺某甲販賣之罪。甲乙兩被告雖無共犯關係。檢察官可以同時起訴。法院亦可同時受理。而甲乙即均為當事人。

第四 本法所稱之親屬。本法第四條規定「稱親屬者依刑法第十一條之規定。」則凡關於親屬之範圍。自無問題。

第二章 法院之管轄

第一節 汎論

法院者。即行使國家統治權之一之司法機關也。其範圍有廣狹二義。一爲國家上之意義。指司法機關之總體而言。一爲訴訟上之意義。指各個事件行使審判權之機關而言。最高法院及高等法院以下各級法院。屬於前者。合議制之合議庭及獨任制之獨任推事屬於後者。前者爲廣義之法院。後者爲狹義之法院。刑事訴訟法上所謂法院。多指狹義之法院。法院編制法上所謂法院。多指廣義之法院。故學者中有謂狹義之法院。爲訴訟法上之法院。廣義之法院。爲編制法上之法院者。本章係規定法院管轄。似屬廣義之法院。然無論何種法院。欲明其性質。不可不將其審判權管轄與組織合併研究。但本法係僅就管轄一部及職員迴避。詳加規定審判權與組織。則悉讓諸法院編制法。茲爲研究上之便宜計。特略述於左。

第一款 法院之審判權

審判權者。即通常法院所掌審判民事刑事訴訟案件之權限也。其意義亦有廣狹二種。廣義之審判權。亦稱國家審判權。即國家『得依一定之編制設立法院。又得規定其行動。以定其權

義範圍』之效力也。狹義之審判權。卽法院可得實行國家審判權之權力。亦稱法院審判權。法院之審判權。乃國家所賦與。故學者有謂國家審判權爲原始審判權。法院之審判權爲委任審判權者。或又稱前者爲元來的審判權。後者爲傳來的審判權。其名雖異。其義則一。審判權與司法行政權不可相混。前者爲『以國家權力適用法律之權』其實施之現象。如就訴訟案件爲審理與判決裁定是。後者爲就『審判權之實行得爲必要或便宜行爲』之權。其實施之現象。如事務分配（法院編制法四八條以下）監督職員（法院編制法五七條以下）是。法院之職權。原則上本應限於審理與裁判。司法行政。不在其內。特二者關係密接。常相伴而不可離。同時不能不並有司法行政權。二者之區別。則當以其職務是否有關於案件之審理與裁判爲標準。

法院之審判權。既限於審理與裁判。則因其客體不同。可別爲訟爭事件審判權。與非訟事件審判權。訟爭事件審判權者。法院就當事人間之訟爭。依審理裁判之方式。實行司法之權也。非訟事件審判權者。訟爭事件審判權以外之審判權也。訟爭事件審判權。又可區爲民事審判權。與刑事審判權。民事審判權者。卽謂關於民事法規範圍內之權限也。刑事審判權者。

即謂關於刑事法規範圍內之權限也。刑事審判權。更可分爲通常刑事審判權。與特別刑事審判權。通常刑事審判權者。即通常法院所有之刑事審判權。特別刑事審判權者。即特別審判衙門（如軍法會審之類）所有之刑事審判權。其範圍各有一定。若以通常法院之資格。行使特別刑事審判權。或以特別審判衙門之資格。行使通常刑事審判權。皆非法律所許。刑事訴訟法所述。自當限於通常法院刑事法庭所掌之刑事審理與裁判。

第二款 法院之組織

法院者、行使司法權（即審判權）之國家機關也。其機關既有通常與特別之分。則其組織自不無嚴密之規定。茲就通常之組織。分爲外部與內部兩面言之。

第一項 法院外部之組織

法院之外部組織。即法院設立之等級是也。各國通常審判之等級。微有不同。英國於民事分

三級。(一)地方民事法院。(二)高級民事法院。(三)民事上訴法院。刑事亦分三級。(一)地方刑事法院。(二)刑事上訴法院。(三)上議院。均爲三審。德與日本。民事刑事。俱分爲四。(一)區裁判所。(二)地方裁判所。(三)控訴院。(四)大審院。吾國法院編制。多模範德日。故法院亦分四級。(一)初級法院。(二)地方法院。(三)高等法院。(四)最高法院。惟初級法院。於民國三年四月三十日。經教令准政治會議議決廢除。所有初級管轄案件。併由地方法院設獨任制之簡易庭代之。未設法院之區域。則由縣知事暫行兼代。不特受理初級案件。並得受理應由地方法院起訴之重大案件。學者謂之虛四級主義。特參照法院編制法之規定。將法院審級分配之法擬表如左。

第一審(初審) 第二審(抗告同) 第三審(終審)再抗告同

初級法院 地方法院 高等法院

地方法院 高等法院 最高法院

第一審者。審理起訴事件也。第二審者。審理不服第一審判決上訴之事件也。第三審者。審

理不服第二審判決上訴之事件也。凡自地方法院起訴之事。一再不服。乃經高等法院至最高法院而止。若自初級法院起訴之事。一再不服。則經地方法院。至高等法院而止。夫審級既限以三。而法院等級必設以四者。蓋因受理事件之輕重。與夫金錢價額之高低。彼此各有不同。其輕者及價額低者之起訴。取決宜速。故屬諸初級法院。其重者及價額高者之起訴。審問宜慎。故屬諸地方法院。管轄分配之始點與終點不同。故等級亦因之而異。惟此係就原則而言。如關於內亂外患等罪。尚不無例外之規定。其詳俟後管轄節述之。茲不贅。

第二項 法院內部之組織

法院內部之組織。可分三種。曰獨任制。曰合議制。曰折衷制。獨任制者。謂以一員推事。審問判決民刑訴訟案件並非訟事件之制度也。合議制者。謂以三員以上之推事。共同審問判決民刑訴訟案件並非訟事件之制度也。折衷制者。謂一法院兼採獨任合議兩制以行使審判權之制度也。各國審判衙門。除初級用獨任制外。餘多採用合議制。我國法院編制。則於地方

法院。參用獨任合議兩制之折衷制。茲就法院編制法所定組織各法院推事之員數列表如次。

第一審(初審)

第二審(抗告同)

第三審(終審)再抗告同

初級法院 推事一員

地方法院 推事三員

高等法院 推事三員但得增至五員

地方法院 簡案推事一員
繁案推事三員

高等法院 推事三員

最高法院 推事五員

高等法院 推事三員

最高法院 推事五員

(第二審即終審)

第二節 法院之管轄

通常審判衙門。就一般民刑事件。悉有審判權。此通例也。惟各審判衙門之行審判權。若漫無限制。無論何級法院。就何種事件。皆得受理。則糾紛錯雜。事務遲滯。安能樹法令之威信。伸人民之冤抑。故近世文明各國。均設多數法院。使分掌民刑案件。各法院之審判職務。彼此有一定範圍。學者稱之曰管轄範圍。範圍以內之權限。稱之曰管轄權限。劃分管轄範圍之方法有二。其一以事物為標準。其二以土地為標準。以事物為標準。即就事物之種類。

而定各法院管轄之範圍。訴訟法上稱之曰事物管轄。以土地爲標準。卽就土地之區域。而定各法院管轄之範圍。訴訟法上稱之曰土地管轄。今依刑事訴訟法所定各級法院管轄之內容。分述於次。

第一款 事物管轄

以法院應審判之案件。依其種類分配於各法院審判。謂之事物管轄。茲就本法所定事物管轄分述於左。

第一 初級法院之事物管轄。

初級法院。現雖廢除。而其審級尙存地方法院所設之簡易庭或縣政府。實爲初級法院之代替。其事物管轄之問題。依然有研究之必要。刑事訴訟法定爲初級法院。事物管轄之案件如下。(第八條)

(一)最重本刑爲三年以下有期徒刑。拘役或專科罰金之罪。但刑法第一百三十五條第一百

三十七條之瀆職罪。第一百五十條至第一百五十二條之妨害選舉罪。第一百六十一條及第一百六十四條之妨害秩序罪。第二百零一條之公共危險罪。第二百零八十三條第四項及第二百零九十一條之殺人罪第三百條之傷害罪。不在此限。

(二)刑法第二百零二條之公共危險罪。

(三)刑法第二百七十一條及第二百七十三條之鴉片罪。

(四)刑法第二百九十三條第一項之傷害罪。

(五)刑法第三百三十七條之竊盜罪。

(六)刑法第三百五十六條之侵占罪。

(七)刑法第三百六十三條之詐欺及背信罪。

(八)刑法第三百七十六條第二項之贓物罪。

第二 地方法院之事務管轄。

地方法院爲初級法院之直接上級法院。亦卽爲高等法院之直接下級法院。其事物管轄如次

○
(一)第一審。不屬初級法院或高等法院管轄之案件。

(二)第二審。又分爲二。

(1)不服初級法院判決而上訴之案件。

(2)不服初級法院裁定而抗告之案件。

就現制初級法院已廢之地方法院言之。則刑事訴訟。除屬於高等法院管轄之案件外。均有第一審管轄權。惟應分別其本來屬於初級管轄。或屬於地方管轄。以定事物之分配。其本屬初級管轄者。應由地方法院所設之簡易庭。爲獨任制之審判。而以同法之合議庭。爲其第二審之上訴機關。

第三 高等法院之事物管轄。(第十條)

(一)第一審。

(1)內亂罪。

(2) 外患罪。

(3) 妨害國交罪。

(二) 第二審。

(1) 不服地方法院第一審判決而上訴之案件。

(2) 不服地方法院第一審裁定而抗告之案件。

(三) 第三審。

(1) 不服地方法院第二審判決而上訴之案件。

(2) 不服地方法院第二審裁定而抗告之案件。

第四 最高法院之事物管轄。

(一) 不服高等法院第一審判決而上訴之案件。

(二) 不服高等法院第二審判決而上訴之案件。

(三) 不服高等法院裁定而抗告或再抗告之案件。

依法院編制法第三六條規定。尚有依法令屬於最高法院特別之案。最高法院有第一審並終審之管轄權。刑事訴訟法。以最高法院專為終審法院。將所謂特別權限之案件。(即本法第十條列舉之案)劃歸高等法院為第一審管轄。是則最高法院。依刑事訴訟法之規定。僅有終審之管轄權而已。

據上所述。各級法院。其管轄各有一定之範圍。權限本極明瞭。惟刑法上對於一罪往往規定兩種以上之刑罰。即在同一刑名。亦有等級之輕重。裁判上之量刑。範圍較寬。有時亦不易遽定其管轄。故刑事訴訟法。又特設法條以解決之如左。

- 甲 犯罪依最重本刑之最高度。定法院之管轄。(第十條)
- 乙 犯罪依刑法應加重或減輕本刑者。仍依本刑定法院之管轄。(第十條)

第二款 土地管轄

有事物管轄之第一審法院。其數至多。於具體發生之刑事案件。究應歸某一法院審判。不可

不有取決之法。其法維何。卽土地管轄之規定是也。

關於法院之土地管轄。立法例頗不一致。略舉如次。

一 羅馬法以犯罪地爲唯一之標準。

二 中世德意志法。於現行犯。以犯罪地爲標準。於非現行犯。以被告人居住地或逮捕地爲標準。

三 法蘭西普魯士法。以犯罪地爲標準。犯罪地不明。始以被告人住居地或逮捕地爲標準。

四 奧大利法。置犯罪地及被告人住居地於同等。而以逮捕地爲其補充之標準。

五 德國普通法。以犯罪地被告人住居地或逮捕地。概爲同等之管轄標準。

六 日本治罪法。以犯罪地爲主標準。於犯罪地不明時。以逮捕地爲標準。

七 日本現行刑事訴訟法。以犯罪地及被告人所在地爲管轄之標準。而無先後重輕之差。

我刑事訴訟法。規定法院之土地管轄。依犯罪地或被告之住所或所在地定之。(第十條)是併仿德日立法例。融會爲一。於其間之標準。並無輕重之分。故犯罪人離去其犯罪地後。土

地管轄。必生競合。於未起訴前。應予檢察官以選擇之權。此因犯罪地之法院。便於搜查證據。而遞解人犯。或不免有所窒礙。住所居所或所在地之法院。固可免遞解人犯之煩。而證據之搜集。或不易行。究以歸何處法院管轄為便利。宜就各該案件。斟酌其事實之便利。以定去取也。

法院之土地管轄。又稱為審判籍。刑事訴訟法。雖不見有審判籍之名稱。然民訴條例已襲用其名。茲為便利起見。仍稱土地管轄為審判籍。

第一 犯罪地之審判籍。

犯罪在某法院之管轄區域以內者。該法院即為犯罪地之法院。對於該犯罪之人。有土地管轄。但如何情形。始得謂其犯罪在該法院之管轄範圍以內。因法無明文可據。而學者之爭論以起。其派別有二。甲派謂刑法上之犯罪地。應與刑法上之犯罪地。取同一解釋。乙派之說。全與此反。然刑訴法既為適用刑法而存者。欲使刑法之適用。毫無遺憾。自以甲說為當。其詳細說明。則應讓諸刑法。茲僅示其理論之大要於次。

一 爲犯罪構成要件之一切事實發生。在同一法院之管轄區域以內者。僅以該法院之管轄地爲犯罪之地。

二 爲犯罪構成要件之各項事實。其發生係跨連多數法院管轄區域以內者。各法院之管轄地、皆爲犯罪之地。

三 犯罪以結果發生爲必要者。(如殺傷)其結果發生之地。亦爲犯罪地。犯罪行爲。與其結果。發生在同一地方。或同一法院管轄區內。則關於犯罪地之認定。初不發生困難。然在離隔犯則不然。離隔犯云者。行爲與結果。關於時間及地點。可生法律上影響之程度有間隔者也。此情形之犯罪地。如何認定。學說有三。

甲說、以行爲爲標準。卽所謂行爲地說。如犯罪人在甲地開槍。擊傷乙地之人。甲地爲實行犯罪之地。卽犯罪地也。

乙說、以結果之發生爲標準。卽所謂結果地說。如犯罪人在甲地開槍。擊傷乙地之人。乙地爲結果發生之地。卽犯罪地也。

丙說、以行爲及結果之發生爲共同之標準。卽所謂行爲地及結果地說。如犯罪人在甲地開槍。擊傷乙地之人。甲乙兩地。皆犯罪地也。

右述三說。各有相當理由。近世學者中。贊成第三說者居多。解釋我刑事訴訟法。依刑法第四條規定。(犯罪之行爲在民國領域內而其結果在民國領域外。或犯罪之行爲在民國領域外而其結果在民國領域內者。以在民國領域內犯罪論。)亦以採取第三說爲正當。

一般刑事事件。固可依右列原則以定犯罪地。至若(1)不作爲犯。(2)未遂犯。(3)豫備犯。(4)陰謀犯。(5)間接正犯。(6)教唆犯。(7)幫助犯。(即從犯)之犯罪。亦可依此原則定之。併舉如下。

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

(2)未遂犯。未遂犯以其實施犯罪行爲之地爲犯罪地。其已發生一部分之結果。(非既遂狀態之結果)亦可以結果發生之地爲犯罪地。

(3) 豫備犯。豫備犯罪。刑法中有處罰之明文者。以豫備犯罪之地爲犯罪地。

(4) 陰謀犯。陰謀犯罪。刑法中有處罰之明文者。以陰謀犯罪之地爲犯罪地。

(5) 間接正犯。間接正犯。亦以犯罪行爲地及結果發生之地爲犯罪地。但所謂行爲。包

括間接正犯之行爲。及被利用者之行爲而言。

(6) 教唆犯。教唆犯。以正犯實行犯罪行爲之地。及結果發生之地爲犯罪地。

(7) 幫助犯。幫助犯。以正犯實行犯罪行爲之地。及結果發生之地爲犯罪地。

第二 被告人住所居所及其所在地之審判籍。

刑事訴訟法。除犯罪地外。併以被告人住所、居所、或其所在地。爲法院土地管轄之標準

。且於其間不設先後輕重之分。住所謂被告人以久住之意思而住居之地域居所謂其地爲被

告人暫時住居之處所。尙不難區別。惟所謂所在地者。意義不甚明顯。不可不特予說明。

被告所在地云者。起訴之時。被告^(即犯罪嫌疑)現在之土地也。此爲所在地之定義。更就此定

義析言之。

一 被告人所在地者。被告人現在之土地也。被告人現在之地。不問其爲一日一夜之滯留。或尙在旅行之中。皆不失爲所在地。是故與被告人之住所居所均有不同。且被告人所在地。又不問其爲被告人是否出於任意。抑係出於強制。任意的所在。指被告以自己之意思偶然經過其地而言。強制的所在。指非出於被告之意思。爲所強制使其地而言。例如被告在甲地犯罪後。意欲逃至丙地。因經過乙地。暫時勾留。即被偵獲。此乙地即被告人任意的所在也。又如被告在甲地犯子罪。逃至乙地而又犯丑罪。其丑罪由乙地法院判決確定。送監執行。旋發覺在甲地曾犯子罪。一併由乙地法院訊判。此乙地即被告人強制的所在也。至其強制是否適法。在所不問。或謂被告人被強制而現在之地。因不適法。不得解爲被告所在地。我輩未敢贊同。以法律祇稱所在地。於被告人之所在是否適法。固未設如何之區別也。

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。應以起訴時爲準。故偵查中被告人現在之土地。非刑訴法第十三條之所在地。例如在甲地犯罪。逃至

乙地。乙地檢察官偵查中。被告人又逃往丙地。此際乙地法院。即不能謂有土地管轄權。法院之土地管轄。依犯罪地或被告之住所居所或所在地定之。已如上述。至被告在民國領域外之民國船艦內犯罪者。應如何定土地管轄之標準。茲先就所謂民國船艦言之。可分兩種。

(一) 民國國用船。如軍艦郵政船戰時運輸艦之類。(二) 屬於民國國籍之私有船。如商船之類。無論在上述何種船艦內犯罪。(軍人軍屬。仍不歸通常法院管轄)如犯罪時該船艦尚未離船港。或雖已離船港。而在民國領域內行駛者。應仍以船港所在地之管轄區域。或行駛中經由地之管轄區域。定土地管轄。惟犯罪在民國領域外之民國船艦內者。既與在領域內之民國船艦內犯罪不同。其管轄自不能不特別規定。本法第十三條第二項特別規定之管轄如次。

(一) 船艦本籍地。

船艦本籍地。或稱爲定繫港。或稱爲船籍港。蓋指船艦不行駛時。一定繫着之地而言。

若因行駛經過之到達地。不得謂之船艦本籍地。

(1) 犯罪後停泊地。

船艦離一定繫着之地後。尙未至最終到達地以前。中間必有多數經過之停泊地。凡犯罪後之停泊地法院。均有管轄權。

第二款 牽連管轄

互相牽連之多數刑事案件。使屬於同一法院。適用同一程序。同時審判之。既可以減省時間勞力。又足以維持審判上之公平。使刑法上併合論罪之適用。毫無遺憾。牽連管轄之規定。即爲此而設也。茲就刑事訴訟法之規定。先說明牽連之案件。次及其定管轄之標準。

第一 牽連之案件。牽連案件。不外左列五種。(第十

四條)

(一)一人犯數罪者。例如同一犯人。既犯刑法第三三七條之竊盜罪。(初級)又犯刑法第

三四六條之強盜罪。(管轄地方)或既在上海詐財。又往蘇州行竊者是。

(二)數人共同犯罪者。得別之爲二。(1)數人同犯一罪。如賭博和姦。(2)數人共犯數罪如結夥詐財或結夥強盜。前例因被告住所或所在地不同。僅生土地管轄牽連之問題。後例因所犯數罪有重輕。併生事物管轄之牽連問題。

(三)數人同謀犯罪者。例如二人同謀殺人。一則殺人。一則遺棄其屍體。實施之犯行有異。而犯罪意思先經謀合者是。此際於土地管轄。及事物關係。皆易牽連。

(四)數人同時在同一處所各別犯罪者。例如在同一船艦內。一則因報仇而殺人。一則因其人已殺而竊取其衣履。其犯罪雖在同一處所。而所犯既非出於同謀。又無因果聯絡之關係。此種情形。發生事物之牽連關係者最多。而土地牽連之關係較少。

(五)犯與本罪有關係之藏匿罪人及湮滅證據。偽證罪。贓物罪者。例如一犯內亂之罪。而一則藏匿之。或爲其湮滅證據罪。或爲不實之證言。又或一犯強盜。而一則受贈贓物

。其事物管轄。既不一致。而其犯罪行為地。及犯人住所居所或所在地等。亦時有不同。遂生牽連問題。

第二 牽連案件之管轄。牽連案件。其管轄之標準如次。

(一) 牽連案件。屬於二以上之不同級法院管轄者。得由上級法院受理。例如一罪之管轄。屬於地方法院。他一罪之管轄。屬於初級法院。因兩罪有牽連關係。得由地方法院合併受理。又如一罪歸高等法院管轄。他一罪歸地方法院管轄。而有牽連關係。得由高等法院併案受理。但案件既由上級法院合併受理。其訴訟程序。應以上級法院為準。(第十條)

五條第
十六條

(二) 牽連案件。屬於二以上之同級法院管轄者。得由其中一法院併案受理。例如一人犯數罪者。其一罪屬甲地法院管轄。他一罪屬乙地法院管轄。又如數人犯一罪者。或其犯數罪者。其一罪一人屬甲地法院管轄。他罪他人屬乙地法院管轄。皆得因其牽連關係。任由甲法院或乙法院合併受理。

右述規定。係指同級不同級之法院。尙未就牽連案件各別受理而言。若已各別受理者。則依左列方法辦理。

(甲)命令併案受理。命令併案辦理。又分三種。(1)上級法院。得命管轄內之下級法院。將案件移送該上級法院併案受理。(2)共同上級法院。命令將案件移送上級法院併案受理。(3)共同上級法院。命令下級法院之同級法院中之一法院併案受理。

(乙)合意併案受理。合意併案受理。又分二種。(1)二以上不同級之法院。已各別受理者。其下級法院。不在管轄內而經各該法院及檢察官之同意者。亦得由上級法院併案受理。(2)二以上之同級法院。已各別受理者。經各該法院及檢察官之同意。得由其中一法院併案受理。

第四款 多數管轄

上述併案受理。係指牽連案件而言。設使同一案件。經兩處或兩處以上之法院受理。不可不

有解決方法。此即多數管轄之問題。茲依刑事訴訟法所規定。分述如次。

(一)同一案件。經二以上之同級法院受理者。由最初受理之法院繼續受理。但共同之上級法院。得命其中之他法院受理之。(第十條)

例如上海地方法院。因係犯罪地而有管轄權。吳縣地方法院。因係被告人之所在地而有管轄權。此同一案件。因吳縣地方法院受理公訴在先。應由吳縣地方法院繼續受理。設因其犯罪證據在上海。以在上海審判爲便。得由蘇滬兩法院之共同上級法院。即江蘇高等法院。命上海地方法院繼續受理。

(二)同一案件。經二以上之不同級法院受理者。由上級法院繼續受理之。(第十條)

例如同一案件。地方法院認有管轄權。已予受理。初級法院。亦認爲有管轄權而受理。此種情形。不問其有無誤認。或受理有先後。皆應由地方法院繼續受理。

同一案件。或牽連案件。因合併或分離。而由一法院移送於他法院受理者。其已經過之訴訟程序。仍然有效。故無庸另行起訴。此際該案件。既與一法院脫離。登時與受移送之他

一 法院發生訴訟關係。其情形決非一法院不受理公訴。他法院須另行起訴也。

第五款 管轄錯誤

法律既就各法院定其事物或土地之管轄。則審判權之行使。皆有一定範圍。越出範圍以外。即爲管轄錯誤。應將案件移交有管轄權之法院審理。此爲原則。因此原則。乃生下列之結果。

一 法院應以職權調查管轄之有無。如認爲非其管轄。應即以判決諭知管轄錯誤。將該案件移送於管轄法院審判。

二 當事人在審判中。隨時可以向法院請求宣告管轄錯誤。法院若認其請求爲正當。即應爲前列之諭知判決並移送之。

刑事案件之管轄規定。亦有不適用此原則之例外二。

一 上級法院。於審判開始後。發見該案件應屬下級法院管轄之案件時。應仍視爲自己之

管轄。繼續爲第一審之審判。毋庸論知管轄錯誤。此爲刑事訴訟法第三零八條所明定。

二 第三審法院。不得以土地管轄錯誤。爲廢棄第二審判決之理由。此於刑事訴訟法雖無明文規定。但查第三九一條第五款。僅舉「法院所認事物管轄之有無係不當者」爲違背法令。既未併及土地管轄。則第四一一條及第四一二條所謂管轄錯誤。及管轄權等語。皆係指事物管轄而言。可以推知無疑。

如右所述。法院對於刑事案件。無論進行至如何程度。一經發見其管轄錯誤。除合於例外之規定外。皆不得越乎範圍爲審判。否則在法律上。應認其審判爲無效。故嗣後該案繫屬於管轄法院。必應更新審理。惟其已爲之訴訟程序。並不失其效力。略舉如次。

- 一 無管轄權之法院。所爲訴訟行爲。亦有中斷時效之效力。
- 二 無管轄權之法院。所已爲各種訊問調查或辯論之筆錄。仍得視爲證據。
- 三 無管轄權之法院。所發押票。不因諭知管轄錯誤而撤銷。
- 四 無管轄權之法院。所爲扣押之處分。仍應繼續維持。

刑事訴訟法第六條規定。訴訟程序。不因法院無管轄權而失其效力。有此賅括規定。其詳細情形。自無庸列舉。又法院對於不屬其管轄之事件。雖不必有所行爲。但有時因以錯失時機。恐致以後訴訟進行發生困難。故於情形急迫之際。法院雖明知其無管轄權。亦當就土地管轄之範圍以內。爲必要之處分。(第七條)以免坐失時機。例如逮捕人在逃而經過其地。或知有重要證人留在其地。而抱病垂死者。所在地之法院。應不待管轄法院之囑託。卽予逮捕或訊問之也。

第六款 指定管轄

法院之管轄。分事物及土地二者。謂之法定管轄。然有時適用法定管轄時。往往因種種事故。不辨其管轄之所在。本法爲補救此項缺點起見。乃設指定管轄之規定。茲述其概略如左。

(第二
十條)

(一)指定管轄之意義。指定管轄云者。於法定原因存在時。法院基於聲請。確定其管轄之

謂也。或謂指定管轄。有選定之性質。吾以為選定可包含於確定之中。日本學者謂管轄之指定。亦有創定性質。則未免與移轉管轄相混。此或基於該國立法上之特則。始作如是解耳。

(二)指定管轄之原因。依本法第二十條規定。其原因有二。

(1)二以上之同級法院。於管轄權有爭議者。例如於甲乙兩地交界處。所發生刑事案件。彼此因境界不明。或以積極的爭議互爭為有管轄權。或以消極的爭議互諉為無管轄權。而犯人之住所居所或所在地又不明瞭時。即非指定管轄不可。

(2)二以上之同級法院中。一法院有管轄權。而依確定判決。均認為無管轄權者。例如被告人在國外犯罪。在上海登岸逃往江甯。就犯人所在地言江甯地方法院本有管轄權。若該法院誤認為無管轄權。而諭知管轄錯誤之判決。移送於上海地方法院。上海地方法院又以無管轄權而諭知管轄錯誤。或經上訴而被認為無管轄權。故勢不能再將該案送回江甯。因江甯法院所諭知無管轄權之判決。已經確定。祇有藉指定管轄以救濟之。

(三)聲請指定管轄之人。 法院及原告被告。均得聲請指定管轄。

(四)指定管轄之法院。 指定管轄之權。操諸直接上級法院。所謂直接上級法院者。總轄有關係各法院之直接共同上級法院也。故有關係各法院爲地方法院。而在同一高等法院管轄內者。該高等法院指定之。其不屬於同一高等法院之管轄內者。最高法院指定之。

(五)指定管轄之程序。 茲分聲請與裁定言之。

(一)聲請。 當事人聲請指定管轄。應以書狀爲之。此在刑訴法第二二條已有明文規定。但法院爲此聲請時。應否提出書狀。法無明文。然按之實際。聲請指定管轄。既須具備法定原因。卽不得有所聲述。爲聲請之法院。對於其上級法院有所聲述。必以書面藉文字爲其表示。此書面雖不必爲法定之訴訟狀紙。亦未嘗不可稱之曰書狀。當事人或法院聲請指定管轄之書狀。必須敘述理由。並向前述指定管轄之法院。提出方爲合法。

(二)裁定。 管轄指定之法院。對於聲請之當否。應以裁定裁判之。裁定前可任意諮詢配置該法院檢察官之意見。如認聲請有理由。應卽指定管轄該案件之法院。若認其聲請爲

無理由。或不合法。即駁回之。此項裁定。無論是否駁回。皆不許抗告。以其爲訴訟程序上之裁定。而與當事人無利害可言也。

(六)指定管轄之效力。指定管轄之裁定。有羈束被指定法院之效力。被指定之法院。既爲通常法院。又不背乎審級。管轄之規定。縱與法定之土地管轄相反。亦不得爲管轄錯誤之諭知。例如高等法院指定非犯罪地。又非犯人所在地之地方法院爲管轄。該地方法院不得拒絕審判。倘或竟以判決諭知管轄錯誤。則應以上訴攻擊之。

第七款 移轉管轄

刑事案件之管轄。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。不可無救濟之法。因之本法設移轉管轄之規定。茲述其概略如次。(二)

條十一)

(一)移轉管轄之意義。移轉管轄云者。基於法定之原因。變更法律上當然之管轄。而命其

他同等法院管轄之之謂也。移轉之性質。與指定之性質異。移轉管轄。常有創定的性質。非若指定管轄。常有確定的性質。又移轉管轄。與案件之發交亦不同。因上級審之發交。有以職權爲之者。非基於聲請而爲之也。

(二)移轉管轄之原因。其原因有三。

(1)管轄法院。因法律或事實。不能行使審判權者。所謂管轄法院者。對於該案件有事物管轄及土地管轄之法院也。所謂不能行使審判權者。或基於法律之規定。或基於特別之事情。前例如初級法院之推事。應迴避而無代行其審判者。後例如推事均罹疾病。不能執行其職務者。皆有移轉管轄之必要。

(2)因有特別情形。恐致審判不公平者。本款情形。不可與聲請推事迴避之原因相混合。此所謂恐致審判不公平。乃就廣義之法院觀察。例如被告人曾爲管轄法院之院長。或該法院有被特殊勢力無理干涉及壓迫之虞。外觀上未必能坦然審判者是。

(3)因有特別情形。恐致審判妨害公安者。本款要旨。略與前款同。惟前者恐爲外界之

現象所迫。不能維持審判之公平。此則就主觀方面。恐因審判轉致妨害地方之安甯。如盜匪案件黨羽衆多。在犯罪地行審判。恐生他變是也。

他如聲請之人。管轄聲請之法院。及其裁定程序。與移轉之效力。均與指定管轄之情形相同。可參照前款說明。惟有應注意者。指定管轄。惟第一審有之。移轉管轄。則不問其訴訟在二審或第三審中。均得爲之。

第八款 訴訟共助

法院僅能於自己管轄地內。執行其法定職務。此訴訟法之原則。故於管轄地外。有執行某種職務之必要時。不可不囑託該管法院。請求其輔助。受此囑託之法院。謂之受託法院。受託法院。關於某件訴訟爲其輔助。而處理其所託之事務。稱爲法律上之輔助。亦稱訴訟共助。我法院編制法第一五四條規定。審判衙門辦理訴訟事宜。應互相輔助。此爲關於通常法院相互間共助之根據。此外我國法院與外國法院之間。通常法院與特別法院之間。亦各有其共助

之事務。該條並不包括之。

訊問被告人、證人、扣押、搜索、勘驗。及其他調查證據之程序。皆可囑託其事務所在地之法院行之。受託法院有其助之義務。無拒絕之權利。但所囑之事。不屬於其管轄範圍以內。或所囑之事務。顯然違法者。受託法院。亦得拒絕之。例如甲法院囑託乙法院訊問某丙。並使其轉命具結。而某丙適不在乙法院管轄地內或某丙年在十歲以下。法律上無具結之資格。受託法院。即得拒絕之也。

第三章 法院及檢察處職員之迴避

第一節 法院職員之迴避

迴避云者。法院職員因合於法律規定之特種原因。對於特定之訴訟事件。當然無執行職務之資格也。法院職員之重要者。為推事與書記官通譯。關於審判事務。固由推事掌理。而幫助

執行其職務者。則不可不有書記官與通譯。此等人員。若於執行職務有不公平之虞時均不得特設限制。此即迴避之所由規定。茲依本法分別說明於次。

第一款 推事之迴避

推事迴避。有自行認定者。有由當事人聲請者。更分述之。

(甲)推事自行迴避者。推事應自行迴避依本法所定其原因有八。

(1)推事自為被害人者。所謂被害人。即因犯罪行為直接受有損害之人。如被盜之失主是。

(2)推事為被告或被害人之親屬者。推事為被告或被害人之親屬時。若使之參與審判。即確無偏袒之弊。恐難免物議之來。故應迴避。其訴訟案件。雖發生於親屬關係消滅後亦同。所謂親屬。其範圍依刑法第十一條之規定。

(3)推事為被告或被害人之未婚配偶者。未婚配偶。指已訂婚而未結婚之男女雙方。因

不爲前款親屬範圍。故特舉之。其理由與前款同。

(4) 推事爲被告或被害人之法定代理人、監督、監護人、保佐人、或會居此等地位之人者。何謂法定代理人、監督、監護人、保佐人、應從民法之規定。此等人與會居此等地位之人。本有保護之義務。若使之參與審判。不但不能維持裁判之公平。且有時須受法院之訊問實際上與推事之資格。絕不相容。故定爲迴避之原因。

(5) 推事於該案會爲被告之辯護人、代理人、或自訴人之代理人者。本款之適用。必須推事於該案件。卽同一案件。會爲被告之辯護人代理人。或自訴人之代理人者。始爲迴避之原因。苟屬同一案件。則雖審級不同。亦應自行迴避。例如在第一審爲被告擔任辯護之律師。於被任命爲推事後。對於其曾任辯護之同一案件。有上訴時。卽不得參與其審判。若爲另一訴訟案件。雖犯罪之被告。爲會受辯護利益之同一被告。亦無庸迴避。

(6) 推事於該案件。會爲證人或鑑定人者。此以推事實際上會爲該案之證人或鑑定人者

爲限。若僅被指名爲該案之證人或鑑定人。或僅定爲應作證人鑑定人以備訊問。而實際上未爲證言或鑑定時。仍不得爲自行迴避之原因。又該案件之意義。與前款同。例如推事會就被告犯數罪中之一罪爲證人或鑑定人。而法院審判後。業已免訴或諭知無罪。對於其他之犯罪案件。亦不爲迴避之原因。

(7) 推事於該案件。曾行使檢察官或司法警察官職務者。推事於同一案件。曾居於原告官即檢察官之地位。施行偵查。或於審判中。蒞庭執行其職務。或於任司法警察官時。曾就同一案件。實施偵查。或指揮偵查者。均與被告立於反對地位。此時若再參與審判。難免不拘執成見。與被告以不利益之判決。故亦爲迴避之原因。

(8) 推事於該案件。曾參與前審者。前審云者。下級審之審判之謂也。其自上級審發還或發交者。雖係同一案件。亦無須迴避。例如第二審法院。因認第一審不受理或管轄錯誤之判決不當。撤銷之而發還於第一審。或認該案件。不屬原審法院管轄。而該第一審法院。有第一審審判權。撤銷原判。自爲第一審審判之案件。及第三審發回原審

(第二審或第一審)

或發交其他同級法院之案件。即令承辦推事。係以前原來審判該案之推事。亦不爲迴避之原因。再審亦然。又所謂參與原審。係指參與前審之裁判而言。若僅爲受命推事。受託推事。調查證據。當不能以參與前審論。

右列情形。推事苟得其一。即喪失其行使審判權之資格。應不俟當事人聲請。亦無待法院之裁判。當然自行迴避。否則爲違背法令。於上訴後。其所爲裁判。應予廢棄。故迴避原因之有無。應依職權調查。

(乙)當事人聲請推事迴避者。

推事應迴避而不迴避。或有前款列舉以外情形。恐其審判偏頗失平。應許當事人聲請迴避。拒絕其行使法定職務。茲舉其原因時程式管轄裁判及效果分述之。

(一)原因。當事人得依左列原因。聲請推事迴避。(第二十條)

(1)推事有前述應自行迴避情形。而不自行迴避者。推事有迴避之原因。即不能參與訴訟行爲。但有時推事自己或法院未見及此。或因別具見解。信爲不應迴避。當事人

之任何方。得指明其應迴避之原因。向推事所屬法院聲請迴避。

(2) 推事執行職務有偏頗之虞者。推事雖無前述所舉之迴避原因。而從客觀方面。有可認其職務易涉偏頗之情形。亦得聲請迴避。至如何情形。始足認有偏頗之虞。純屬事實問題。法律不能列舉。祇得委諸法院自由判斷。推事與被告人、自訴人、或被害人、有恩怨。固可認爲難期平允。他如被告黨羽。以加害生命之危詞。對推事脅迫。使爲有利於被告之裁判。亦足使人疑推事有戒心。而不免於偏頗也。

(二) 時期。推事應自行迴避之原因。法院應隨時依職權調查。故以推事應迴避而不迴避爲理由。聲請推事迴避者。不問訴訟已進行至如何程度。均許爲之。(第二十七條一項)所應注意者。若在訴訟已終結後。該推事已無實施審判之行爲。自不得更爲迴避之聲請。惟得對於終結訴訟之裁判。聲明不服而已。

推事雖有某種原因。足認其執行職務有偏頗之虞。而其原因非屬於應自行迴避者。如當事人信任該推事。仍不妨受其審判。而捨其聲請迴避之權。故至當事人已就該案爲聲明

。或對於他造當事人之聲明爲陳述以後。卽不得更爲迴避之聲請。茲所謂聲明或陳述。不問其爲關於本案者。或關於其他問題者。亦不問其以言詞或以書面爲之。但以向該推事。或其所組成之法院所提出。而使此聲明或陳述。足認當事人並無求該推事迴避之意者爲限。若僅以書狀向法院爲延展日期之聲請。尙未足認爲已捨棄其聲請迴避之權。又聲請迴避之原因。若發生在當事人已爲聲明或陳述之後。或雖發生在前。而當事人於爲聲明或陳述時。尙未知悉者。亦不受此限制。應許於其既有聲請迴避原因後。未續爲他種聲明或陳述前。釋明其事實。聲請推事迴避。以維審判之平允。(第二十七條二項)

(三)程序。聲請推事迴避。應以書狀爲之。書狀內容。雖不必具一定程式。總須舉其原因。並釋明聲請迴避之意思。若在已就該案件爲聲明或陳述後。始發生或發見其原因。並應釋明其事實。所謂釋明。卽提出卽時可於調查證據方法。使法院信其主張真實之謂。(第二十八條二項)

聲請推事迴避。應向推事所屬之法院提出。俾推事得知其原因。先自引避。可免管轄法

院裁判之煩。卽不然亦可使該推事任意提出意見書。以供管轄法院裁判之參攷。當事人亦得以其意見。作爲釋明之證據方法。(第二十八條一項及三項)

(四)管轄法院。聲請推事迴避。原則上由推事所屬之法院管轄。茲僅述由其他法院管轄之例外。(第二十條九條)

(1)地方法院以上法院因推事被聲請迴避不能爲裁判者。合議庭之推事。被聲請迴避後。不得參與其裁判。若此時無補充代理之人。合議體之法院。卽因不足法定人數。不能爲裁判。應送由其直接上級法院爲之。

(2)初級法院推事被聲請迴避者。初級法院。純爲獨任初法院。各推事雖各爲該法院之代表。然就一定訴訟事件。代表初級法院者。爲擔任該案件之推事。其他推事。就該案件並無代表之權限。故擔任該案之推事。被聲請迴避。卽無就該案件代表初級法院。行使審判權之人。故應送由該管地方法院裁定之。

有應注意者。合議兼獨任制之法院。卽地方法院。係以各庭爲其法院之代表。推事被

聲請迴避。而推事所屬之庭。依然存在。故合議制之推事。有被聲請迴避時。固得補充人數以行裁判。即獨任推事被聲請迴避。亦不妨以庭之名義。用合議制裁判之。

(五)裁判。被聲請迴避之推事。如以聲請爲正當。即不再執行其職務。而將該案件更易其他推事擔任。自無庸另爲裁判。否則管轄法院。應就聲請爲裁判。其裁判概以裁定行之。此項裁定。如認聲請爲正當。聲請人固無不服之可言。即其相對人亦因無利害關係。不許抗告。若其裁定係駁回聲請。則許聲請人於五日內抗告(第三十條)

(六)效果。應自行迴避之推事。仍行其職務者。其所踐程序及裁判既屬違法。法律爲防止其行爲歸於無用起見。規定推事被聲請迴避後。其聲請之裁定。未確定前。不得爲一切行爲。固屬理所當然。至以推事有其他原因。足認其職務有偏頗之虞。而聲請迴避者。在未經裁定其聲請爲正當前。似不妨爲職務上行爲。然法律期其職務上行爲之平允。亦規定在該聲請事件終結前。不得爲一切行爲。但依訴訟之情形。應急速處分者。無論被聲請迴避之原因如何。皆得爲之。如調查行將滅失之證據方法是也。惟此急速處分之

行爲。必須係中間行爲。該推事絕不能於聲請事件未終結前。爲終結訴訟之行爲。又此既爲之急遽處分行爲。縱其後經裁定認迴避之聲請爲正當。亦不爲違法。(第三十條)

聲請推事迴避。經裁定認爲正當者。其已爲之程序。應更新。若其後應迴避之推事仍參與裁判。其裁判亦非當然無效。雖得爲上訴之理由。而不爲再審之原因。

第二款 書記官通譯之迴避

法院書記官及通譯。雖非行使審判權之職員。然因其直接間接。參與於訴訟行爲之結果。亦與當事人有利害關係。故應同使迴避。以示大公。上述推事自行迴避。及當事人聲請推事迴避各規定。皆準用於法院書記官及通譯。惟其裁定。概由該書記官或通譯所屬之法院爲之。無論所屬爲初級法院或地方法院以上之法院。毋庸由直接上級法院裁定。

於此有宜附帶說明者。承發吏亦爲法院之職員。刑訴法雖無迴避之明文。而於承發吏職務章程。亦設有迴避規定。茲舉其迴避之原因如次。(修正承發吏職務章程第二十三條)

- 一 本身或其家屬爲當事人或被害人時。
 - 二 與當事人或被害人有下列外姻之親屬關係時。
 - 三 與當事人或被害人有一之權利或義務時。
 - 四 於本案爲訴訟代理人或曾爲訴訟代理人時。
 - 五 於本案爲證人鑑定人受訊問時。
- 承發吏於刑事訴訟之關係。僅在發送文書。及執行罰金。或沒收物件。與訴訟本體。毫無影響。遇有右列迴避原因。除隨時禁止其就一定案件執務外。法院別無應踐行之方式。即令違章執務。亦絕對與裁判無因果關係之可言。

第二節 檢察處職員之迴避

檢察官代表國家而爲原告。與被告立於反對地位。檢察處書記官之職務。與法院之書記官略同。故本法第三十四條第一項規定「第二十四條第二十六條至第二十八條及第三十二條關於

推事迴避之規定。於檢察官及檢察處書記官準用之。』惟依同條第二項規定。檢察官及檢察處書記官之迴避。應聲請所屬首席檢察官核定之。同條第三項規定。首席檢察官之迴避。應聲請上級法院首席檢察官核定之。此與推事不同之點。

第四章 被告之傳喚及拘提

第一節 被告之傳喚

第一 傳喚之意義。

被告之傳喚者。即為法院或檢察官。使被告人於一定日期。親赴一定場所就訊之命令也。受此命令者。固當有遵守義務。然其對於被告。與被告以外之人。究不能無所區別。即傳喚被告以外訴訟關係人時。如被傳人違背到場義務。常受強制之制裁。被告傳喚不到。雖可加以拘提。然拘提被告人之性質。並非僅基於違背到場義務之制裁。因拘提並不以經過

傳喚爲必要也。

受此傳喚之被告。固有遵守日期到場之義務。然此義務之爲絕對的與否。不無可注意之點。試略述於左。

一 傳喚不適法者。被告無到場之義務。此所謂不適法。如傳票形式不具備。未經合法送達之類是。被告人對於不適法之傳喚。無服從之義務。故無須到場。

二 於有正當之理由時。亦不得不到場。理由之正當與否。屬於事實問題。不能列舉。如受傳喚之被告。身患重病。事實上不能到場。或精神錯亂。雖到場亦不能受訊時。不生到場之義務。

第二 傳喚之機關。

傳喚之機關有二。即檢察官及法院。或審判長受命推事是也。故不問案件在偵查中。或在第一審之審判中。抑上訴中。皆得傳喚被告人。且除許代理人到場者外。不可不爲此傳喚。司法警察官於偵查中。有時亦爲此傳喚。然究屬少數。故本章傳喚。不包括司法警察官

之傳喚在內。

或謂檢察官之傳喚。屬於司法行政權之作用。僅能要求被告人任意到場。法院或審判長受命推事之傳喚。屬於審判權作用。被告始負到場之義務。刑事訴訟上所謂被告人之傳喚。應以後者爲限。是說也。直以被告人之傳喚。專屬法院之訴訟行爲。在外國立法例。檢察官之權限甚狹。除現行犯外。不得實施強制處分。學者對被告人之傳喚。從狹義解釋。尙可自圓其說。如我現存之檢察制度。在偵查中。其所具之權限。幾與推事無殊。今謂被告對於檢察官之傳喚。無到場義務。自不可通。

第三 傳喚之方法。

傳喚被告。應先期繕發傳票。送達被告。有發傳票之權者。卽如(二)^第所述。其方式除有下述之特別情形外。皆應以書面之形式爲之。就中並應記載左列各事項。

(一)被告之姓名性別住址。於必要時。並應記載其他足資辨別之特徵。其他足資辨別之特徵者。例如有與被告同姓同名。並應記載其年貌籍貫職業等款。庶不致誤甲爲乙。

(二)被告之犯罪行爲。即被告在本案被告之事由。如被告事由爲傷害罪。則記明傷害某某一案。被告事由爲私擅逮捕監禁罪。則記明私擅逮捕監禁某某一案。餘可類推。

(三)應到之日時處所。日時處所。以日與處所爲最要。蓋在本法第五十八條規定。被告因傳喚到案者。應即訊問。至遲不得逾到案之日。故傳票上對於應到案之時日及處所。不得不書明也。

(四)如無正當理由不到者得命拘提。被告經傳喚不到。應以無正當理由者爲限。始得拘提。所謂正當理由者。如因疾病或其他重要事故。事實上絕對不能到場等類。此種事項之記載。即預示儆告之意。

(五)發票之公署。有發傳票之權者雖屬於檢察官或審判長受命推事。而其所屬之公署。不可不明白記載。如發票之檢察官。爲上海縣地方法院檢察處檢察官。傳票上必載明上海地方法院檢察處字樣。餘可類推。

此外有發傳票之檢察官或審判長受命推事。對於所發之傳票。均須簽名蓋章。以明職責。

(本法第三十六條) 以下就不用傳票之特別情形。略舉如次。

(1) 被告人於訊問時在場。

(2) 被告人用文件聲明到場日期。

(3) 對於到場之被告人。以言詞告以下次應到之日時處所。及不到場得命拘提。而已記明筆錄者。

如上所述。傳喚被告人。應由管轄該案之檢察官法院或審判長受命推事。自製傳票。命由司法警察實施送達。若被傳之人。不在管轄區內。則應囑託被告人所在地之檢察官。或初級法院推事代為傳喚。

第四 傳喚之效果。

被告人於受合法之傳喚後。除有正當理由。及法律上許用代理人之案件外。應遵傳喚之日時處所。到場就訊。傳喚機關。於被告人到案後。雖不必如指定之時間。立即訊問。但至遲不得逾到案之當日。惟已開始訊問。而因案情複雜。延至到案之翌日。尙未訊問完畢者

。並非違法。又被告用文件聲明到場日期者雖以既經到場論。但與檢察官或法院。出票定期之傳喚。究屬有別。若因事實上無暇晷。而拒絕訊問。或改期另行傳喚。亦無不可。

第二節 被告之拘提

第一 拘提之意義。

拘提與傳喚不同之點。即在強制力之有無。拘提被告人。即於一定期間。拘束被告人之自由。強制其到場就訊之謂。亦屬命令之一種。此命令不應濫發。立法上常訂有嚴格之要件。今姑就刑訴法之規定。列舉如左。

(一) 被告經傳喚。無正當理由不到者。被告傳喚不到。如未經受合法之傳喚。固不得為拘提之原因。雖經合法傳喚。其不到若有正當理由時。如因疾病。或其他重要事故。不能到庭之類。亦不得為拘提之原因。又如當場諭知到案之被告。苟條件欠缺。如未告以不到案得命拘提。或並未記明筆錄等類。其不得為拘提之原因亦同。(第四十條)

(二) 被告無一定住址者。一定住址。並不限於住所。苟被告有居所者。亦應以有一定住址論。若無住所或居所。恐將來無從傳喚。勢必至俾逃法網。故得不經傳喚。逕行拘提

。

(第四十
一條)

(三) 被告犯罪。嫌疑重大。且有左列情形之一者。(第四十
二條)

(1) 有逃亡之虞者。所謂逃亡之虞者。不必確有逃避遠省航渡外國之虞。即被告仍在近處。而潛伏不肯露面。或朝夕移其住居。又或時變姓名。均應以有逃亡之虞論。惟須有確實證據。不得任意推定。

(2) 有湮滅或偽造變造證據之虞。或有勾串共犯或證人之虞者。本款所謂證據。係指足以證明不利益於被告之證據而言。所謂勾串共犯或證人者。不外使共犯或證人爲虛僞陳述之義。

(四) 被告犯死刑無期徒刑。或最輕本刑爲五年以上有期徒刑之罪。嫌疑重大者。所犯之案。既非輕微事件。而嫌疑又極重大。故亦得逕行拘提(第四十
三條)

右述(三)(四)兩項。均以犯罪嫌疑重大爲原因。犯罪嫌疑之程度。究以如何爲重大。是在實施刑事訴訟之公務員。根據事實認定之。無具體的規定之標準。惟本法第四百八十七條規定。受死刑徒刑或拘役之諭知。而未經羈押者。檢察官於執行時。應傳喚之。傳喚不到。始發捕票。若犯死刑以下。五年有期徒刑以上之罪之嫌疑。距判決確定應執行時尙遠。即可不經傳喚。逕行拘提。立法意旨殊難索解。

第二 拘提之權限。

拘提之權限。與傳喚之權限同。在偵查中檢察官有發拘票拘提被告人之權。在審判中。則屬於法院之審判長或受命推事。有時應拘提之被告。不在管轄區域之內。亦得囑託被告所在地之檢察官或推事。及其有拘提權限之官吏代行拘提。

拘提被告。既有一定權限。自非無論何人。皆得爲之。但遇有急迫情形。不可無變通辦法。否則不能達刑事訴訟之目的。又如被告已經逃亡。或藏匿不能知其所在。則發票拘提者。亦應設法探索之。本法所規定之救濟方法。計有兩種。(一)逕行逮捕。(二)通緝。分述

如次。

(一)逕行逮捕。逕行逮捕者。即不問何人。得不用拘票。逕行逮捕犯人謂之。此爲急速處分之一。祇限於現行犯。所謂現行犯者。指實施中。或實施後。即時發覺之犯罪而言。發覺於實施行爲中者。其爲現行犯。固無疑義。至發覺在實施之後。其犯罪已屬過去。似與現行犯之意義不符。惟有時雖在實施之後。其情形與實施中無異者。例如殺人甫畢。正在逃走之際。較之現在殺人。發見雖有遲速。其應急爲逮捕則一。故與實施中發覺者。同爲現行犯。

現行犯與非現行犯之區別。在於發覺之先後。其先後乃時間問題。本無一定標準。所謂實施後即時發覺者。即密接於犯罪行爲之際。而犯迹尙未消滅之謂。此應就各種犯罪事件。及發覺當時之狀態區別之。例如發見死者鮮血淋漓。一望而知爲被殺不久者。即可謂之實施後即時發覺。若屍體業已腐敗。有時且不能辨別其爲被殺身死者。即不得謂之實施後即時發覺。

現行犯已如上述。此外尚有非現行犯。法律上認爲現行犯者。是卽所謂準現行犯。有下列各種情形之一者。準現行犯論。

(1) 被追呼爲犯人者。本款情形。須具備三條件。(一)須有逃走者。(二)須有追躡者。(三)須呼逃走者爲犯人是也。惟追與呼。係屬兩事。故追者非卽呼者。或呼者非卽追者。均不失爲準現行犯。但其追呼原因。必由於被追呼者現在之犯罪。若某甲與數年前竊取其物之某乙。在途相遇。追呼某乙爲犯人。某乙既不得以現行犯論。自與本款所謂追呼者不同。

(2) 於犯罪發覺後。最近期間內。持有兇器贓物。或其他物件。可疑爲該罪之犯人。或於身體衣服等處。顯露犯該罪之痕迹者。可以致人死傷之器具皆謂之兇器。因犯財產罪所得之物。皆謂之贓物。持有者不僅指持於手中。或藏於懷中而言。凡屬於犯人支配內者皆是。顯露犯罪痕迹者。如因殺人傷及自身。或衣染血迹者皆是。上述各種情形。均須於犯罪發覺後。因目之所見。適合於胸中所知之犯罪事實。故可疑爲該罪

之犯人。或所顯露者爲犯該罪之痕迹。若不知所犯何罪。當然無從致疑。更無從辨爲犯迹之存在。又所謂犯罪發覺後者。亦非無時期之限制。本法定最近期間內。苟非於最近期間內而遇有此種情形者。不適用現行犯之規定。惟何時爲最近期間。頗難認定。

（第四十）
九條

現行犯及以現行犯論之準現行犯。既如上述。則現行犯。不問何人得不用拘票逕行逮捕之。茲有應研究者。親告罪之（如姦非等罪）現行犯是否不問何人得逕行逮捕。主張積極說者。謂告訴乃論之罪。其告訴不過訴訟條件之一。並非無告訴不成爲罪。既係現行犯。本法對於此種現行犯。亦並無除外之規定。當然不問何人。得逕行逮捕。如逮捕後無人告訴。儘可爲不起訴之處分。或不受理之判決。主張消極說者謂。此種現行犯。除有告訴權者逮捕到案告訴外。檢察官既不應有何處分。審判官又不能受理。本無強制到案之必要。當然不能不問何人。許其逕行逮捕。就該兩說評論。應以消極說爲正當。

許私人對於現行犯徑行逮捕。應認私人爲一種權利。並非義務。但法律既認私人有逮捕權。則被逮捕者。自不得謂非依法逮捕人。假定逮捕之私人。於逮捕現行犯後。爲便利脫逃之行爲。因致依法逮捕之現行犯脫逃者。當然負刑法第一百七十一條第一項罪責。是爲逮捕現行犯者所應注意也。

(二)通緝。被告逃亡或藏匿者。得命通緝。所謂通緝者。卽通行各處協緝之義。通緝被告。較傳喚及拘提之程序。尤爲嚴重。偵查中須以首席檢察官之名義行之。審判中須以法院之名義行之。傳喚應用傳票。拘提應用拘票。若通緝則應用通緝書狀。通緝書狀。應記載之事項如左。

(1)被告之姓名性別及其他足資辨別之特徵。

(2)被告之犯罪行爲。

(3)通緝之理由。

(4)犯罪之日時處所。但日時處所不明者。毋庸記載。

(5) 應解送之處所。

右通緝書狀。首席檢察官或審判長。應行署名蓋章。此項書狀應分別情形。通知附近或各處檢察官。司法警察官署。遇有必要時。並得登載報紙。或以其他方法布告之。

(如在火車站或輪船碼頭張貼布告之類)

通緝經通知或布告後。檢察官或司法警察官。對於被告得命拘提或

逮捕之。

(第五十條至五十二條)

拘提或逮捕之目的。不外強制被告到案。對於被告之身體及名譽。均須注意。即被告抗拒拘提逮捕。或意圖脫逃。不能不用強制力時。其強制力亦應有限制。非可援格殺勿論之舊例也。(第五十四條第五十五條)

第三 拘提之方式。

拘提被告。應用拘票。有發拘票之權者。已如前款所述。其方式應於拘票內記載左列事項。

(一) 被告之姓名性別住址或其他足資辨別之特徵。

(一) 被告之犯罪行為。

(二) 拘提之理由。

(三) 應解送之處所。

(四) 發票之公署。

此外有發拘票權之檢察官審判長或受命推事。對於所發之拘票。均應署名蓋章。以明職責

。(第四十四條
第四十五條)更有應注意者。

(一) 拘提由司法警察執行。傳票祇規定應送達。拘提則由司法警察執行之。此與傳票不同之點。

(二) 拘票得作數通分交數人各別執行。拘提有時無一定處所。如被告所在不定。應由數個司法警察執行時。則不得作數通之拘票。預備給示被告之用。若傳票則無此規定之必要。

(三) 執行拘提應以拘票示被告。傳票必須送達。拘票則不必送達。但給示被告已足。所

以必須給示者。若該拘票不合方式。或係無發票權者所發。被告雖因其執行逃走。不得以依法逮捕人脫逃論。

(四)司法警察遇有急迫情形。得於管轄區域外執行拘提。如於管轄區域外執行拘提。必須請求所在地之官吏。另行派司法警察辦理。及至派出司法警察。被告或已遠颺。故遇有特別情形。得由司法警察逕自執行。若傳喚被告。無所謂急迫情形。故無此規定。

第四十六條至
第四十八條

第四 拘提之效果。

拘提被告之司法警察。如持有具備法定方式之拘票。而其拘票。為有發票權者所發。即發生拘提之效力。拘提或通緝之被告。應即解送指定之處所。如指定之處所。由起解之日起算。五日內不能到達者。應依被告之聲請。先行解送較近之法院。訊問其人。有無錯誤。

(第五十
六條) 若不用拘票逕行逮捕之現行犯。無論該現行犯有否聲請。應解送附近之檢察官訊

問。(第五十
七條) 又凡解送之被告。於解到後。受解送之官署。無論為較近之法院。或附近之

檢察官。應於解到後。即時訊問。至遲不得逾到案之日。(第五十條)

第五章 被告之訊問

第一 訊問之目的。

訊問被告。即使被告人供述其犯罪事實之謂也。然被告對於訊問有供述之權利。而無供述之義務。雖經訊問。未必能強制供招以明其真相。其目的究果何在。試就各種學說略述之。

(一) 自白犯罪說。主是說者。謂訊問之目的。在使被告人自白其犯罪之事實。然實際上犯罪事實。因被告自白而明確者。居最少數。所訊問者。往往為被告所不承認之事實。依法既不能強使被告負供招之義務。自未可謂自白犯罪為訊問被告本來之目的。

(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。然刑事訴訟發見真實之方法。不僅以當事人之陳述為限。被告因訊問而為之供述。亦未必盡屬真正之事

實。故以發見事實真相。定爲訊問之目的。僅能得其半面而已。

(三)付與陳述者有利事宜之機會說。訊問被告。在與以機會使陳述有利之事實。恰與承認被告爲防禦權主體之觀念相合。然訊問之被告。亦有不辨解而自白其犯罪之真正事實者。故僅以付與陳述有利事宜之機會。定爲訊問之目的。亦失之僞。

(四)折衷說。此說折衷二三兩說以發見事實之真相。且與被告人以機會使陳述有利事宜爲訊問之目的。似較圓滿。故近代法學者多宗之。

第二 訊問之程序。

訊問程序。可分爲積極的應注意之事項。與消極的應注意之事項說明之。

甲 積極的應注意之事項

(一)訊問被告。應先訊其姓名年齡籍貫職業住址。以查驗其人有無錯誤。如係錯誤。應即釋放。此蓋恐被告如係錯誤。則所實施之訴訟程序。皆屬徒勞。爲訊問被告最要

之第一步。(第五十
九條)

(二)訊問被告。應告以犯罪嫌疑。及所犯罪名。經告知後。認爲應變更者。應再告知被告。此所以使受訊問之被告。準備辯論或辯解。免致其爲與本案無關或無益之陳述也。所犯罪名於告知後。若認爲應變更者。並應將變更之罪名再行告知。務使被告人了解訊問之理由。以防錯誤。(第六十條)

(三)訊問被告。應與以機會。使其辯明犯罪之嫌疑。及陳述有利之事實。並應於訊問時。指明犯罪之嫌疑。詢其有無辯明。如有辯明。應命就其始末連續陳述。其陳述有利之事實者。應命其指定證明之方法。訊問被告。以使被告就犯罪嫌疑得辯明爲主旨。並非專使被告自白犯罪之事實也。因欲使將犯罪之嫌疑辯明。故應於訊問時。與以辯明犯罪及陳述有利事實之機會。如被告不知就犯罪嫌疑辯明者。並應指明犯罪嫌疑。詢其有無辯明。促起被告之注意。以避免冗長無關。及不切本題之陳述也。又訊問方法。有一問一答。與答時不待再問。即可將事之始末。自行陳述之別。今既不欲強使被告供述。若採一問一答之制。其結果所問。未必爲被告所願答。而被告所欲辯明所

欲陳述者。或且因問不及此。而失機會。故應許其答時不待再問。卽就事之始末連續

陳述。庶無遺憾。(第六十三條)

(四) 被告有數人時。應分別訊問。或與他被告及證人對質。被告如有數人。於訊問時

。應分別爲之。其未經訊問者。不得在場。以免彼此會意。相互掩飾。或因情面不能

自由陳述之弊。但有時爲發見真實起見。亦得命與他被告或證人對質。故遇有多數被

告時。以分別訊問爲原則。遇有必要時。不得不設對質方法之例外。(第六十一條)

(五) 應作成訊問被告之筆錄。訊問被告。應作筆錄記載左列事項。

(1) 訊問及被告之陳述。訊問方法。不必盡爲一問一答。如上述被告對於犯罪嫌疑

。有所辯明時。應命就其始末連續陳述。其陳述均應記載。尤於是否承認犯罪。及

其陳述有利之事實。與指定證明之方法。必須記載明確。以爲調查證據之準備。

(第六十四條一款)
及第六十五條)

(2) 訊問之年月日及處所。訊問被告之處所。不必皆在公署。除於公署訊問時。應

記載公署之名稱外。如因被告疾病。或其他正當理由不能傳喚到案。就被告所在訊問者。亦應記明就被告所在訊問之處所。至訊問之年月日。亦與被告既承認而翻變。或始終不肯承認情形。有重要關係。故應一併記載。以備查攷。(第六十四條第一項二款)

訊問筆錄應記載之事項。已如上述。更應說明者。於作成筆錄後。應命書記官向被告朗讀。並詢以記載有無錯誤。如有時雖經書記官朗讀筆錄。而被告不解筆錄上之意義。必設法使之明瞭。否則書記官朗讀筆錄。殊屬無謂。經書記官朗讀筆錄後。被告若請求將筆錄更正者。應將其請求更正之陳述。一併記載。以證明筆錄上之原有記載。是否確係錯誤。並於作成之筆錄。除由訊問之檢察官或推事署名蓋章外。應命被告署名或捺指紋。(第六十四條第二項至四項)

乙 消極的應注意之事項。(第六十條)

(一) 強暴脅迫。 刑事案件之被告。拘傳到案。即行訊問。常有張皇失措者。若實施強暴行為。以刑具加於被告之身。非招認不停止。或實施脅迫行為。將刑具置於被告之

側。非招認即動用。鮮有不懼受痛苦而隨口陳述者。如是則訊問被告之目的。在強使自白犯罪。而欲發見事實之真相難矣。故本法禁止之。

(二)利誘詐欺。刑事案件之被告。有法律知識者寥寥。若訊問而出之以利誘詐欺。往往有墮其術中者。如本係有罪事件。謂自白即可免刑。或本係情重事件。謂自白即可減輕。又如對於誘拐婦女之被告。謂供出因姦而誘。可將婦女斷給爲妻之類。被告一墮術中。即不思辯明犯罪之嫌疑矣。故本法亦禁止之。

(三)其他不正之方法。強暴脅迫及利誘詐欺。均係訊問不正之方法。所謂其他之不正方法者。即除上述以外之不正方法。例如以催眠術訊問被告。其訊問方法之不正。固屬顯然。即如對被告任意連續追詰。使被告於犯罪嫌疑及有利之事實。無辯解陳述之機會。亦可認爲不正之方法。

第六章 被告之羈押

被告之羈押云者。以保全訴訟進行爲目的。而羈束被告人之自由之強制命令也。其羈束被告人之自由。實與拘提同。所不同者。因拘提而羈束被告人之自由。不得逾到之翌日。而羈押則在偵查中。可延長至二個月。審判中可延長至三個月。今依本法所規定分說於左。

第一 羈押之原因。

於訴訟中拘束被告人之自由。必以防止其逃亡及湮滅罪證勾串共犯爲理由。故應於訊問被告人後。認爲有羈押之原因者。始得命爲羈押。刑法規定凡合於拘提之條件者。皆得認爲應行羈押。(參照前章拘提之意義)即(一)無一定住址。(二)犯罪嫌疑重大且有逃亡之虞。(三)犯罪嫌疑重大且有湮滅偽造變造證據或勾串共犯人證之虞。(四)犯死刑無期徒刑或最輕本刑爲五年以上有期徒刑之罪。嫌疑重大者。其被告得受羈押。惟雖具有其原因之一。而有應許可停止羈押之情形。經有權命爲羈押之官吏。認爲無弊害時。亦得不命羈押。而以其他方法限制被告之自由。

第二 羈押之權限。

羈押被告。亦如傳喚拘提。非無論何人。俱得爲之。刑事案件之在偵查中者其權屬於檢察官。若在審判中。則羈押之權屬於審判長或受命推事。但偵查中之檢察官。應陳明理由於首席檢察官。此限制乃本於偵查檢察官。原則上不許輕施強制處分之觀念而發生。若司法警察官。則絕對無此權力。又第三審法院。其職權祇在判斷法律適用之當否。應解爲無命令羈押之權。因羈押原因之有無。涉及事實問題之審究也。

第三 羈押之方法。

羈押被告。應用押票。有發押票之權者已如上述。其方式應於押票內記載左列事項。(第十七條一項及第六十八條)

- (一) 被告之姓名性別住址或其他足資辨別之特徵。
- (二) 被告之犯罪行爲。
- (三) 羈押之理由。
- (四) 應羈押之處所。

(五)發票之公署。

右列方式之與拘票不同者。彼則載拘提後解送之處所。此則載羈押之處所。以示嚴格。此外有發押票權之公務員。對於所發之押票應署名蓋章以明職責。

第四 羈押之執行。

執行羈押。由司法警察將被告解送指定之處所爲之。(第六十九條一項)又該條二項。執行羈押準用第四十七條第四十八條及第五十四條。關於執行拘提之規定。準用第四十七條者。羈押被告。以經訊問後爲條件之一。既已如上所述。而訊問處所。則不限於本院。亦不限於管轄區域以內。例如住在管轄區域外之被告。就被告所在訊問後。認爲有羈押之必要。發交司法警察執行。假定指定之羈押處所。一時不能達到。而被告又顯有逃亡之虞。執行之司法警察。遇此急迫情形。亦得於管轄區域外。致送附近監獄署。或警察公署。執行羈押。惟此乃不得已之辦法。以後仍應將羈押之被告。設法解送指定處所執行。準用第五十四條者。即羈押時對於被告之身體及名譽。亦與執行拘提逮捕。同一必須注意。準用第四

十八條者。即執行羈押。無論被告請求閱視押票與否。應以押票給示被告之義。又羈押之被告、及其法定代理人、保佐人、或親屬。得請實施羈押之公務員鈔給押票。公務員不得拒絕。並應即時鈔給。(第七十條)

第五 羈押之效果。

被告雖受羈押。尙未可驟視爲犯罪之人。故在不妨害羈押目的。及押所秩序之限度內。被告之飲食起居。應許有相當之自由。所謂不妨害羈押目的者。即保全訴訟進行。不使有逃亡自殺。湮滅罪證。勾串共犯人證之虞之謂。所謂不妨害押所之秩序者。即使遵守一定規則。保持押所之整肅與安全之意。

被告在羈押中。雖得享有飲食起居。接見親友。授受書信物件之自由。但因必要情形。如暗與接見之人。勾通外應。希圖脫逃。或秘密輸送違禁物品混入押所之類。皆應認爲妨害羈押之目的。及押所之秩序。原命令羈押或有權管轄該案之官吏。得禁止其接見他人。接受物件。或禁止其自備食物用具。或扣押之。而押所官吏。亦得隨時報請原命令或管轄該

案之官吏。爲此項禁止之命令。

羈押之被告。若有暴行或逃亡自殺之虞。亦得束縛其身體。並因此項危險情形之發生。必須立行制止。應許押所官吏。有隨時命令處分之權。惟防止其權限或有濫用。應同時呈報該管長官核准。該管云者。訴訟進行。前後繫屬之官署不同。有核准權者。未必卽爲原命羈押之官吏也。

第六 羈押之停止。

訴訟中羈押被告。以拘束其自由。無非爲防止其逃亡。及湮滅證據起見。苟無逃亡及湮滅之虞。自應回復其自由。茲依本法規定停止羈押之方法有三。試分述之。

甲 保釋

保釋云者。因被告本人或其法定代理人保佐人或親屬之聲請。以一定保證。而停止羈押之效力也。或謂保釋爲回復被告自由之法。然保釋中被告之自由。並非毫不受訴訟法上之限制。附有限制住居而停止羈押之保釋。卽其一例。保釋後之被告。其得享之自由。

既不能常與人無殊。則寧以停止羈押效力之說爲當。試就此定義析言之。

(一)保釋者停止羈押之效力者也。保釋非使羈押之效力歸於消滅。不過停止其實施之效力。故對於保釋中之被告。常與在押被告。爲同一之處置。例如檢察官於偵查後。認定其事件不應起訴。對於保釋之被告人。亦當即時以命令撤銷其押票。而後免除其具保之責任。又如對於保釋中之被告。撤銷其停止羈押之許可時。重予執行羈押。亦僅回復保釋前之程度。決非以新發押票爲必要。雖在事實上不得不藉押票爲重予執行羈押之表示。而就法理言。究非對於同一被告。先後爲兩重羈押之命令。

(二)保釋者。以一定之保證。停止羈押之效力者也。保釋非有一定之保證。不得許可。其保證或爲現金。或爲有價證券。或以該管區域內殷實之人。或商鋪所具之保證書代之。許可停止羈押者。應指定擔保銀額。於接受保證金或證券證書後。將被告釋放。即其許可。係以一定之保證爲條件。其保證品未提供之前雖經許可。而其效力不發生。有時並須附以被告住居之限制。(第七十五條一項二項及三項)

(三)保釋者。因被告或其法定代理人保佐人親屬之聲請停止羈押之效力者也。保釋與責付不同。責付被告人於其親屬。不必有被告或其親屬之請求。而保釋則非由被告人或其親屬等爲聲請不可。又辯護人基於傳來的權利。亦得代被告爲此聲請。但不論何人爲此聲請。而許可與否。其權操諸檢察官法院或受命推事非謂有一定之保證。必受保釋之許可。惟被告所犯最重本刑爲拘役或專科罰金之罪者。不得駁回保釋之聲請。

(第七十八條一項)

保釋之保證金額認爲不足時。得隨時命令增加。惟被告所犯係專科罰金。其保證金不得逾罰金之最多額又應繳納之保證金得許由第三人繳納。(第七十七條及第七十八條二項第七十五條)保釋之許可命令。於停止羈押後。具有左列情形之一卽予撤銷。應仍執行羈押。(第八十一條)

(一)被告受合法之傳喚。無正當理由不到者。

(二)於停止羈押時。被告受有住居之限制而違背者。

(三)因保證金額不足命令增加而不繳納者。

(四)因發生新事實合於羈押原因有重予羈押之必要者。

因上述(一)至(四)之情形。執行羈押者。應免除具保之責任。將保證金證券發還。或將保證書注銷。其因羈押原因消滅而撤銷押票。因有釋放之裁判。而羈押之效力消滅。及因繳納保證金證券。或具保證書之第三人。將被告豫備逃亡之情形。於得以防止之際。報告於該管公署。請准退保者亦同。惟因前列(一)之情形。仍執行羈押者。應沒入其保證金。其以證券或保證書代保證金者。應先命照指定金額繳納。違者應強制執行。但其範圍以足抵應沒入之保證金額為限。不曰沒收而曰沒入者。防與實體法上之從刑相混也。此等處分。不必定由原命停止羈押之公務員為之。應視其案件繫屬情形。分別由檢察官核定。或法院及受命推事裁定。惟案情在第二審上訴期內。或上訴中而卷證在第一審法院者。由第一審法院裁定。在第三審時。概由第二審法院裁定之。法院為前二項裁定。應諮詢檢察官之意見。

(第八十二條第八十三條第八十四條及第八十五條)

乙 責付

責付云者。不問被告有無保釋之請求。依該管公務員之職權。使被告之親屬。保證被告有傳必到。而停止羈押效力之處分也。保釋必待聲請。而責付依職權爲之。保釋以提出保證金證券或保證書。爲停止羈押之條件。而責付祇須親屬出具證書。載明『如經傳喚應令被告隨時到案』卽爲已足。其得隨時撤銷重予執行羈押。雖與保釋無異。惟保釋有時應沒入保證金。而責付則除重予執行羈押之外。別無制裁。此兩者不同之點也。(七第

十九條)

聲請保釋。於責付並不相妨。故保釋雖應許可。而該管機關。如認責付爲宜者。仍得駁回保釋之聲請。而將被告責付於其親屬。又於許可保釋後。如被告人實無繳納保證金或其代替之力量。亦得斟酌情形。以責付之處分。貫徹停止羈押之趣旨。

責付須得受責付人同意。不得以職權強制。且受責付人。卽承認責付。亦無強制被告到案之權。若不能使被告到案。對於受責付者。亦無何種之制裁。故責付與保釋比較。責付頗不及保釋之確實。

丙 限制被告之住居

此處分僅能適用於輕微犯罪之際。因被告犯罪輕微。當不至於逃亡。其情節如可免于羈押。於具保責付以外。得限制其住居。以爲停止羈押之保證。蓋爲無親屬而又缺乏資力之輕罪被告。謀停止羈押之便利也。所謂住居。係包括住所而言。或就被告現在之住所或居所。限制被告不准遷移。或另行擇一相當處所。限制被告於該處所住居。並爲預防被告違背限制起見。於被告受限制後。可商由該管警署。派警隨時監視。(第七十五條三項及

第八十條)

第七 羈押之期限。

刑事案件之被告。於判決確定前。長期羈押。其喪失自由之痛苦。無異於徒刑。甚以過之。況在偵查時。僅處於嫌疑地位。是否構成犯罪。尙未可知。則羈押之期間。自不可漫無限制。故本法特設時間規定。冀該管公務員。從速進行其程序。以減少被告之痛苦。表面上似與審限之規定同一用意。然審限係對於公務員而規定。違者僅爲懲戒之原因。與被告

無所利。若羈押期限已屆滿。而訴訟程序不進行。被告即得據以主張其應受釋放之權利。兩者之效用大不同也。

本法規定羈押被告。偵查中不得逾二月。審判中不得逾三月。逾期有繼續之必要者。應由檢察官或推事聲請法院裁定延長。每次延長不得逾二月。但偵查中。以一次爲限。羈押期滿未經起訴或裁判者。以撤銷押票論。或謂偵查中之延長羈押期間。限制過嚴。且期滿即視爲撤銷押票。尤恐犯者易於脫網。殊不知偵查之職責。僅在認定被告應否起訴。前後四個月之時期。亦不在少。又期滿之視爲撤銷押票。雖不得不將被告釋放。但仍不妨繼續調查。就該案爲應否起訴之處分。如在釋放後復應起訴。仍得基於新發生之事實。斟酌其有無羈押之必要也。

第八 羈押之撤銷。

羈押被告。既以具有一定之條件。爲應行羈押之原因。則於其原因消滅時即欠缺羈押之要件。例如前認犯五年以上有期徒刑之罪。嫌疑重大。或認其無一定住址而羈押。今認被告

事件。祇應處拘役罰金。或已查明其確爲土著。不致逃亡。則應撤銷押票。將被告釋放。以尊重其自由。惟此撤銷押票而釋放者。其羈押之效力完全消滅。與前述停止羈押而釋放。僅暫時停止羈押之執行者。未可等視。至撤銷押票釋放被告。其權限應屬於該案所繫屬之機關。不限於原命羈押之公務員。又不待言。

第七章 證人

第一節 證人之意義

證人者。爲陳述經驗事實。由該案所繫屬之機關指定之第三人也。依此定義分述如左。

(一)證人者第三人也。第三人者係指管轄該案機關之職員及當事人等以外之人而言。該案件之推事、檢察官、書記官。不得爲證人。不但現在參與該案件之推檢書記官爲然。即推檢書記官曾爲本案證人者。亦不得就該案件參與推檢書記官等職務。又於同一訴訟

程序。現處被告地位之共同被告。亦不得爲證人。至該案件之辯護人、輔佐人、保佐人。均與證人不能兩立。非資格消滅後。同時不得爲證人。

(二)證人者。陳述其所經驗之事實也。證人到案時。祇須就會經見聞之事實。據情陳述。毋庸發表判斷之意見。是即與鑑定人不同之點。關於其所陳述之事實。無論爲直接或間接。爲過去或爲現在。又或由特別智識而得。均非所問。

(三)證人者。該案所繫屬之機關所指定者也。傳證之權。偵查中屬於檢察官。審判中屬於審判長或受命推事。當事人在審判程序雖得聲請傳喚證人。然審判長或受命推事。認爲與案情無關者。得以裁定駁回。

第二節 證人之義務

凡居住國家領土內之人民。無種族國籍及身分階級之分。皆負有爲證人之義務。茲分到案具結供述之三種義務言之。

(一)到案之義務。到案之義務者。依法院或檢察處命令前往指定處所。在事務未完了以前。非經許可不得擅離之謂也。訊問證人原則上以該機關之所在地行之。即以該機關為證人應到之處所但亦有時須在檢察處或法院以外指定之處所訊問者。(第九十條)證人不得以此抗不到案拒絕訊問。又證人到案後。該管機關認為有偕往其他處所之必要。證人非有正當理由。不得拒絕偕往。如無正當理由拒絕偕往得命拘提。(第九十二條)茲述其所有制裁如下。

- (1)拘提。證人無正當理由拒絕偕往或不到案者。得命拘提。拘提證人。準用第四十四條至第四十八條及第五十四條。關於拘提被告之規定。有傳喚證人之權者。即有拘提證人之權。所謂理由云云。指證人呈明不到案之理由而言。該理由能否認為正當。須由該管機關酌核。若呈明之理由不正當。或雖正當而未經呈明者。以無正當理由論。
- (第九十五條第一項)
(第九十六條一項)
- (2)罰鍰。證人經傳喚無正當理由不到案者。除拘提外。得命賠償因不到所需之費用

。及科以五十元以下之罰鍰。其無力繳納罰鍰者。得以二元易科拘留一日。再傳不到者亦同。但科罰鍰前後不得逾兩次。蓋處罰兩次而猶不到案。大抵別有顧慮。恐終無投案之希望。惟有強制拘提。以達訊問之目的。(第九十條五條)

證人經傳喚無正當理由不到者。得命拘提。並得命賠償因不到所需之費用。已如上述。但該管機關。認為無庸拘提。不妨再行傳喚。或認為無庸賠償。不妨准予免除。若罰鍰則採必科主義。該管機關無自由裁量之餘地。

證人因起訴前之行爲。應於偵查中賠償費用或科罰鍰者。由檢察官向法院聲請。法院接受檢察官之聲請後。應以裁定裁判其當否。至證人因審判中之行爲。應賠償費用或科罰鍰者。則由法院或受命推事裁定之。此項裁定。得於五日內抗告。(第九十六條二項三項)

對於經傳喚無正當理由不到之證人。科以罰鍰。此種制裁。其性質純然爲司法上之行政處分。不含有刑罰性質。故關於刑法上之原則。如累犯併合論罪等問題。均不發生。惟因無力繳納易科者。舊條例爲易科拘役。似爲刑法上主刑之一種。本法則改作拘

留。自較允當。

(3)費用請求權之剝奪。證人因傳喚到案者。得請求法定應得之費用。所謂費用者包括旅費日費而言。依修正訴訟費用規則第十五條。證人到庭費。每次五角。因就訊滯留一日以上者。每日給以滯留費五角。在途旅費。按實數計算。是即證人法定應得之費用。本可依法請求。但被拘提者。(無正當理由拒絕具結或證言者同)請求權應即剝奪。依此則證人雖因傳喚不到會科罰鍰而未經拘提者。仍不能不認其請求權之存在。(第一百十四條)

(二)具結之義務。具結之義務者。即證人依法定程序親具切結。並署名或捺指紋於定式結文之謂也。其結文內應記載實陳述決無匿飾增減等語。惟有訊問證人之權者。於訊問前須先告以具結之義務。及偽證之處罰。然後由書記官朗讀結文內容。認為有說明意義之必要時。應說明其意義。凡此皆所以表示具結之慎重。經過此慎重手續。再命證人於結文內署名。如遇有不能署名之證人。則捺指紋。

依上所述。證人之具結。自應在訊問以前。但應否命證人具結發生疑義時。不妨先命證

人陳述。俟陳述後明其疑義。再命具結。斯時結文內應記載係據實陳述。並無匿飾增減等語。以示與訊問前具結稍有區別。(第一百另七條至第一百另九條)

命證人具結之辦法。與外國人命證人宣誓(參觀法國刑事訴訟法第六章)之辦法。同一效力。非經具結。

則其證言爲無效。卽爲虛僞之陳述。不得科以僞證罪。故具結不僅爲證人之義務。亦訊問證人者必要之手續也。證人既有具結之義務。若無正當理由拒絕具結時。在與經傳喚無正當理由不到之證人。同一應行處罰。惟傳喚不到之證人。僅科五十元以下之罰鍰。拒絕具結之證人。則科一百元以下之罰鍰。又傳喚不到之證人。除應科罰鍰及得命賠償因不到所需之費用外。並得拘提強制到案。拒絕具結之證人。除應科罰鍰。及得命賠償因拒絕所需之費用外。別無何種制裁。強制具結。此二者不同之點。至科罰鍰前後不得逾兩次。及罰鍰易科拘留。與其他各種辦法。二者並無歧異。(第一百十三條)

證人具結義務。既如上述。惟有下列例外。

(1) 未滿十六歲者。證人經具結後。如發見其陳述爲虛僞。當受刑法第一百七十九條

偽證人處分。又查刑法第三十條第一項規定。刑事上責任年齡。爲滿十三歲人之行爲。第二項未滿十六歲之行爲得減輕本刑。則滿十三歲之人。刑法上認爲有相當識別能力。應可使作證人。但本法未滿十六歲者。不得命其具結。良以年幼無知。智識未爲充分發達。而使其負法律上之義務。多不能盡證人之能事。故年齡限制較爲從寬也。

(2) 因精神障礙不解具結之意義及效果者。證人既因精神障礙。不解具結之意義。及效果。此種證言。祇能供事實上之參考。不能據爲唯一之證憑。故得不命具結而爲訊問。

(3) 與本案有共犯或有藏匿犯人及湮滅證據罪贓物罪之關係或嫌疑者。此等人即係牽連事件之共犯。在併案受理時。又係共同被告。本不得以之爲證人。惟在分別受理時。不妨以爲本案當事人以外之第三人而訊問之。該證人既具有牽連之嫌疑關係。情理上恆無實在之供述。故應免其具結。

(4) 係被告人之親屬或未婚配偶法定代理人監督監護人保佐人者。被告之親屬。(親屬)

關係消滅者亦同

未婚配偶及法定代理人等。在人情上應爲被告謀利益。若就不利於被告之事件。使爲證人。應許拒絕陳述(詳後說明)在不拒絕陳述時。亦不得命其具結。

(5) 係自訴人之親屬或未婚配偶法定代理人監督監護人保佐人者。上揭諸人。其證言易於偏袒自訴人。而與被告人以不利。亦屬人情之常。故應不使其具結。

(三) 供述之義務。 供述之義務者。即證人對於該管機關訊問之事實。應將知與不知據實陳述之謂也。此項義務之內容及其範圍。宜就訊問時情形決之。若無正當理由而拒絕證言與違反具結之義務者。應受同一之制裁。依此則凡受傳喚而爲證人者。無不負有供述之義務。但有特別情形者。亦可拒絕證言不爲供述。分述如左。

(1) 公務員或曾爲公務員之人爲證人就其職務上應守秘密之事項受訊問而未經該管監督公務員之允許者。 訴訟法上之原則。凡一切人民。皆負有爲證人之義務。本款所以免除其義務者。保國家之秘密也。蓋外交軍事及其他國務上之秘密。苟一洩漏。有妨害國家之利益者。不能爲一刑事案件。而置國家利益於不顧。但除有妨害國家利益者

外。有允許權者。亦不得任意拒絕允許。既經允許已免除秘密義務。自應據情陳述。更不得以秘密爲拒絕證言之理由。(第九十七條)

(2) 證人係被告人之親屬。或與被告人有親屬關係者。證人爲被告之親屬。若亦使爲證言。殊乖親屬相爲容隱之義。即親屬關係業已消滅。例如夫婦關係因離婚已消滅關係之類。其關係雖已消滅。究與毫無關係者不同。法律故視與未曾消滅關係之親屬同

。(第九十八條第一款)

(3) 被告人之未婚配偶爲證人者。證人若爲被告已成婚之配偶。則因夫婦關係。當然包括於親屬之內。本款專指未成婚之配偶而言。(第九十八條第二款)

(4) 被告人之法定代理人監督監護人或保佐人爲證人者。證人爲被告之法定代理人等。當然庇護被告。其證言本難據爲惟一之判以基礎。若使爲證人而爲不利被告之陳述。又未免戾於人情。故亦得拒絕證言。(第九十八條第三款)

(5) 醫師藥師藥商產婆宗教師律師辯護人公證人及其業務上佐理人或會居此等地位之人

。因業務上知悉之事實。有關他人祕密受訊問而未經本人承諾者。刑事訴訟律草案第一百五十三條規定。律師下無辯護人三字。本款於律師下增入辯護人。蓋因本法第一百六十六條。有雖非律師亦得選任爲辯護人之規定。是辯護人非盡屬律師。故有增入之必要。至本款醫師等得拒絕證言。係業務上之關係。而第(1)至第(4)各款。則係身分上之關係也。所謂知悉之事實有關他人祕密云云。不問他人是否認該事實爲祕密。祇須醫師等因業務上之學識經驗。應認該事實爲有關他人祕密已足。姑舉一例。如極有名譽之人。偶患極不名譽之傳染病。雖患者並不認爲極不名譽。而醫師既因診斷知悉。除經患者承諾無保守祕密之必要外。應有代爲祕密之義務。又其祕密之義務。必限於因業務知悉之事實。否則卽不得爲拒絕證言之理由。(第九十條)

因業務知悉他人祕密事實。無故漏洩者。應構成妨害他人祕密之罪。刑法第三百三十四條定有明文。假定證人因業務知悉他人之祕密事實。拋棄拒絕證言之權利。而據實陳述。應否構成妨害他人祕密之罪。竊以爲刑法既規定無故漏洩。係指無正當事故漏

洩者而言。若依法遵傳到案之證人。雖未經本人承諾。將其祕密事實向法庭洩洩。自不得以無正當事故論。關於此點應以消極說爲是。

(6) 證人恐因陳述。致己身或其親屬(曾有親屬關係者亦同)未婚配偶法定代理人監督監護人或保

佐人受訴追者。所謂或其親屬未婚配偶等者。係指證人自己之親屬未婚配偶等而言。非被告爲證人之親屬未婚配偶等也。蓋被告爲證人之親屬未婚配偶等。已規定於第九十八條。因身分得拒絕證言之內。毋庸再爲規定。且其親屬等而爲被告。是已受刑事訴追。更無恐因陳述致受訴追之可言。本條規定之本旨。以證人有據實陳述之義務其爲虛僞之陳述。刑法有僞證之罰。然若據實陳述。恐致自己受刑事訴追。或恐自己之親屬未婚配偶等受刑事訴追。若必強其陳述。殊有戾於人情。故亦許其拒絕證言。

(第一
百條)

受傳喚之證人。遇以上各種情形。均得拒絕證言。但拒絕之原因應釋明之。至應於何時釋明。其釋明用何方法。以及釋明後應生如何效力。本法並無明文規定。依民事訴訟條

例第三百六十六條。證人拒絕證言。應於訊問日期前。或於訊問日期以書狀或言詞呈明拒絕之原因事實。證人於訊問日期前拒絕證言者。毋庸於日期到場。法院書記官。應將拒絕證言之事由通知當事人云云。自不妨參照辦理。惟該條例規定釋明方法。除以書狀或言詞外。若其原因事實。有極難釋明者。無論依何種原因拒絕。均得由法院酌量情形命證人具結以代釋明。本法許以具結代釋明者。祇以因第一百條之原因拒絕者爲限。蓋參照刑事訴訟律草案第一百六十七條規定之原案也。(第一百零一條)

第三節 證人之權利

人民有爲證人之義務。其旅費日費等項。如須由證人自行負擔。則所負義務過重。故本法設此規定。許證人請求法定應得之費用。但被拘提及無正當理由拒絕具結或證言者。不在此限。其詳已於費用請求權之剝奪項下說明(第一百十四條)。惟此項權利。必須證人自己主張。若案已終結。證人不請求支給應得之費用自可視同拋棄。

第四節 證人之傳喚

傳喚證人。應用傳票。傳票中須記明左列各款事宜。

- (一) 證人之姓名性別住址職業。
- (二) 應命作證之案件。
- (三) 應到之日時處所。
- (四) 如無正當理由不到者。除得命賠償因不到所需之費用外科以五十元以下之罰鍰。並得命拘提。
- (五) 發票之公署。

傳喚證人之傳票。其方式應記明上述各款。至發傳票之權。在偵查中屬於檢察官。在審判中屬於審判長或受命推事。檢察官審判長或受命推事。均應於傳票中署名蓋章。

傳喚證人之傳票既有一定之方式。若無傳票。或傳票中所記明之方式不完備。被傳喚之證人

。雖拒絕到場。不能以無正當理由不到加以制裁。但證人自願到場時。無論有無傳票。及傳票之方式如何。該管機關。亦得以其爲證人而訊問之。(第八十七條)
(第八十八條)

傳喚證人之傳票。應依送達程序送達。與傳喚被告相同。惟傳喚被告。除初級法院管轄之案件外。第一次審判之傳票。至遲應於審判日期三日前送達。(第一百六十六條)而傳喚證人。則除應

急速處分者外。至遲應於到案日期二十四小時前送達。但遇有左列各款情形。毋庸送達傳票

。(第八十九條)

(一)證人在場者。證人既已在場。此時得省略傳喚之程序。逕行訊問。以期便捷。該在場之證人。除得拒絕證言者外。不得以未經傳喚爲理由。拒絕供述。(第九十條)

(二)到案之證人當場告以下次應到之日時處所者。此爲繼續傳喚證人之簡易辦法。其發生傳喚之效力。以告明無正當理由不到場應加制裁。並已記明於筆錄爲要件。否則證人雖不到場。亦不得命賠償費用。或科罰拘提。(第九十條)

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。若證人在管轄地內執行刑

罰。應囑託監獄長官。或看守所長官送達之。(第一百九十八條)

第五節 證人之訊問

證人到案受訊。雖屬一般人應負之義務。但應重視其自由。不令虛糜時日。故一經到案。即應從速訊問。無論證人係因傳喚到案。或拘提到案。應即訊問。至遲不得逾到案之當日。

第一百〇二條其訊問程序。大致與訊問被告人相同。茲依本法所定。述之如次。

(一)訊問證人。應先訊問其姓名年齡職業住址。調查其人有無錯誤。以免訊問等於徒勞。又應調查該證人與被告有無親屬關係。是否被告人之未婚配偶。法定代理人。監督監護人。或保佐人。以覘其有無拒絕證言之原因。如具有得拒絕證言之原因。即應以有拒絕證言之權利告知之。使其自行取決為證言與否。蓋恐證人可以拒絕證言而不知拒絕。應使訊問之人負告知之責。(第一百〇四條)

(二)應訊問之證人有多數時。應分先後隔別訊問。而於有必要時。命與他人對質。其情形與

訊問被告人之程序相同。並禁止在候訊時間與他人談論案情。以防勾串隱飾。(第一百零三條)

(三) 訊問證人。應命其自行陳述關於訊問事項所知之始末。故訊問者不宜縷舉各點出以一一答之形式。尤忌用引逗之詞。致令證人隨口以其所答就我所問庶免失真。但證人已就訊問事項陳述其始末之後。訊問者爲使其陳述明瞭充足。或推究得知其事實之原因。判斷證言之真偽起見。得爲必要之發問。此就法院或檢察處訊問證人言也。至當事人對於證人直接發問之程序。容於下編公訴章審判節內述之。(第一百十條)

(四) 非有必要情形。不得爲下列之訊問。(1) 與本案無關者。(2) 恐證言於證人或其親屬未婚配偶法定代理人監督監護人或保佐人之名譽信用有損害者。否則雖經訊問。證人得拒絕供述。若因拒絕此項供述。而受罰鍰之制裁。得抗告或準抗告之規定聲請撤銷之。(第一百十二條)

(五) 訊問證人。不得用強暴脅迫利誘詐欺及其他不正之方法。(第一百十二條)

(六) 訊問證人。應告以具結之義務。及僞證之處罰。蓋訊問證人。應於未爲本案訊問前命先

具結。具結之目的。在強制證人爲真實之陳述。必先使該證人知具結之意義及其效果制裁。俾有所警惕。而注意爲負責之真實陳述。若該證人係依法不得命其具結之人。亦當告以應據實陳述。不得匿飾增減。冀其注意爲良心上之陳述。惟法律於此。僅爲訓示之規定。如欠缺告知之程序。當事人尙不得持以爲不服之理由。非可與證人不具結而採用其證言時。得據爲上訴理由者同論也。(第一百零七條)

(七)訊問證人。應作筆錄。其作成方式與訊問被告之筆錄大致相同。內容最重要者。應將(1)訊問及證人之陳述。(2)證人不具結時不具結之事由。(3)訊問之年月日及處所。逐一記明。其他胡讀署名等程序。均參照訊問被告之筆錄作成方法。(第一百十五條)

又證人在偵查或審判中。曾經訊問其陳述無疑義者。不得再行傳喚。但有特定事項。應更爲必要之訊問者。不在此限。(第一百十六條)

第八章 鑑定人

第一節 鑑定人之意義

法律爲司法官所應知。故關於案件上適用法律。並非難事。至關於事實上之判斷。雖因自由心證。無所拘束。然亦非可率爾從事。法律之所要求者。在司法官須恆爲富於學識經驗之人。其判斷事實。必以經驗法則爲據。經驗法則云者。指人類自始至今之經驗。歸納所得之法則而言。通常之經驗法則。人所盡知者。司法官於其職務上亦應知之。而特別之經驗法則。則非有特別經驗之人不能知。如學術或技藝上之法則。皆非司法官職務上所必應知者。遇有此項法則。於訴訟上欲得適當之判斷時。則非經鑑定不可。

鑑定人云者。居於第三者之地位參與訴訟。而依其特別技能。陳述其事實上之判斷意見者也。此定義得分析說明如次。

(一)鑑定人者。居於第三人之地位者也。故當事人不得爲鑑定人。參與該案件之推事書記官。被告之辯護人輔佐人代理人。及自訴代理人等。凡於該訴訟不得爲證人者。皆不得爲

鑑定人。

(二)鑑定人者。須依其特別技能陳述其事實上之判斷意見者也。鑑定人之供證據之用。在以自己之智識。即其所知之特別經驗。提供於該管機關。使得利用之以爲裁判資料。與證人之僅報告觀察事實之結果者不同。證人僅陳述具體事實之有無。鑑定人並供給抽象之意見。證人多不可替代。鑑定人無不可替代。證人不必有特別技能。鑑定人則非有相當技能不堪勝任。惟鑑定人所發表之意見。亦不外自己之一種經驗。其本於經驗爲陳述。似又與證人無殊。惟其目的各異耳。

據右所述。鑑定人與證人之區別。可不辨而自明。但學者有謂鑑定人供給現在之意見。證人陳述過去之事實。不知證人亦有時陳述現在之事實。譬如證人與被告同時立於法庭。審判官訊問證人是否與被告素識。該被告是否即犯罪之人。斯時證人苟有所陳述。即係陳述現在之事實。不得謂其陳述過去之事實也。

鑑定人之性質與證人本不相同。但鑑定人有時亦爲證人。證人亦有時陳述其鑑定之事實。

譬如某甲毒殺某乙。於某乙受毒之時。曾延醫師某丙。爲之診治。不幸而某乙死亡。某丙又鑑定其是否因毒致死。於此情形。某丙謂乙曾經受毒。係屬證言。又謂乙因毒致死。則爲鑑定。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。醫師某丙曾依法檢驗。其後某丙經傳喚。使其陳述當時檢驗之情形。某丙之證言。卽係陳述鑑定之事實者。以上所述兩種情形。皆以一人兼具鑑定人及證人之資格。學者稱之曰鑑定證人。鑑定人所陳述之意見。有無證據力。亦由法院察其是否可信自由判斷之。

刑事訴訟法上之鑑定人。與民事訴訟法上之鑑定人。其任務不盡同。因民事訴訟有時須適用習慣法自治法及外國現行法。而習慣法自治法及外國現行法。未必爲審判官所盡知。故有時因此爲訴訟上之調查。命行鑑定。而詢取鑑定人之意見。刑事訴訟所適用者。皆以國內現行有效之成文法爲據。故無使鑑定人鑑定法律之事。

第二節 鑑定人之義務

鑑定人所負之義務。分舉如次。

(一)到案之義務。鑑定人應遵法院或檢察處之傳喚。出席於指定之處所。履行鑑定任務。或受訊問爲陳述。故其負有到案之義務與證人同。惟證人違反到案之義務者。得命拘提。並得將罰鍰易科拘留。此種辦法對於鑑定人。均不適用。因證人限於特定之人。而鑑定人則否。甲鑑定人不到案。儘可令乙鑑定人鑑定。自無拘提之必要。至因不到科處之罰鍰。在鑑定人多爲有身分之人。當不至無力繳納。特依此規定。假定鑑定人確係無力繳納。既不得將罰鍰易科拘留。則於所應科之罰鍰。究應如何辦理。自屬不無疑問。(第一百十七條第一百十八條二項)

(二)具結之義務。證人具結。有時得於訊問後行之。而鑑定人必須在鑑定前具結。其結文內應記明「必本其所知爲公正之鑑定」。以保證其鑑定之忠實。(第一百二條)若拒絕具結與證人受同一之裁判。(第一百十七條)

(三)報告及陳述之義務。鑑定人報告其鑑定之經過及結果。任以言詞或書狀爲之。均無不

可。其以言詞報告時。應準用訊問證人之規定。由書記官作成筆錄以代報告書。惟有多數之鑑定人。而其意見相同者。得共同報告。意見不合者。併應將各人之意見及其理由。一併報告。以供該管機關之斟酌取捨。此時如係以言詞報告。則關於隔別訊問證人之規定。無準用之餘地。又以書狀爲報告者。如認有說明之必要時。仍得命鑑定人到場以言詞說明。

。(第一百二)
十三條)

(四)聲請之義務。此義務僅於鑑定被告之心神狀況時見之。被告心神狀況如何。於犯罪責任極有關係。其鑑定往往須經長時期之觀察。始能得相當之判斷。而在鑑定中未得結果前。鑑定人對於被告之身體自由。因實施鑑定之必要。不能不有所限制。故應使鑑定人負聲請之義務。該管機關依鑑定人之聲請。應預定一月以下之期間。命將被告人送入病院。或其他適當之處所。就其起居狀況。悉心考察。而於鑑定已有結果後。應即隨時報告。以免妨及被告之自由。(第一百二)
十五條)

第三節 鑑定人之權利

鑑定人準用關於證人之規定。亦有請求法定應得費用之權利。惟既云準用。則鑑定人苟有違背到場具結陳述報告各項義務時。不得再行請求費用。亦與證人不履行義務者同。此外證人所無。而為鑑定人所特有之權利如次。

(一) 檢閱卷宗之權利。檢閱卷宗。除法院檢察處之職員外。僅辯護人有之。而鑑定人非深悉為鑑定基礎之事實。不能盡鑑定之能事。故關於該鑑定事件之訴訟卷宗及證據物件。鑑定人均得因準備鑑定而檢閱。(第一百二十
二條一項)

(二) 訊問被告自訴人或證人之權利。此亦為希望鑑定人盡其鑑定能事所賦與之權利。故在調查證據時。鑑定人亦得在場請求訊問。或親自發問。(第一百二十
二條二項)

第四節 鑑定人之任用

爲鑑定人之義務。非若爲證人之義務。使一般人皆負擔之。其有鑑定之義務者。僅以從事於鑑定所需之學術技藝或職業。及經公署委任而有鑑定之職責者爲限。故鑑定人之任用。得分爲選任與委任兩種如次。

(一)選任。選任鑑定人。應由該管機關選有學識經驗者充之。例如鑑定被告人有無心疾。或其物件產自何地。具何功用。依何法製成。非有特別技能者。不克加以斷定。此時之鑑定人。應就醫師學者商人技師等有專長之人。而合於鑑定之所需者選任之。

(二)委任。委任鑑定人。係經公署委任專以擔任鑑定爲其職務者。如檢驗吏及官醫技士等職員。因其職務合於鑑定事項之所需。而受命執行其特定之任務者也。

鑑定人不限於一人。有時得由數人充之。若恐鑑定不能完備。得命選任鑑定人與委任鑑定人聯合鑑定。並得增加其人數。或命他人繼續鑑定。或另行鑑定之。(第一百十八條及第一百二十四條)

第五節 鑑定人之拒却

鑑定人之任用。依民事訴訟法有時得命當事人指定應選任之人充之。而在刑事訴訟任用鑑定人。完全屬於法院或檢察處之職權。絕對不許當事人聲請指定。惟當事人對於鑑定人有所不滿。不妨聲明拒却。茲將其程序說明如次。

(一)拒却之意義。拒却云者。當事人以被任用之鑑定人。合於一定原因而求該管機關。不以其人爲鑑定人之謂也。鑑定人之鑑定報告。往往爲裁判之基礎。鑑定人苟有不公平之虞。即與當事人有利害影響。法律不許當事人對於鑑定人之任用聲明不服。而許於一定條件之下。聲明拒却。其用意在保持審判之公平。與許當事人聲請推事迴避同出一轍。

(二)拒却之原因。拒却鑑定人之原因。與聲請推事迴避之原因從同。所不同者。推事於該案曾爲證人鑑定人。雖爲聲請迴避之原因。而鑑定人於該案件曾爲證人或已執行鑑定任務者。不爲拒却之原因。蓋審判係採自由心證主義。鑑定人苟無其他原因。雖於同一訴訟程序。曾作證人。或於該案之前審或偵查中。曾作鑑定人。受該管機關之訊問。尙未可即認其鑑定有偏頗之虞。法院對於同一人所爲之證言及其鑑定。斟酌取捨。既可自由。固無許

當事人拒却之必要也。(第一百十九條)

(三)拒却之時期。拒却鑑定人。須於鑑定人未就鑑定事項爲陳述或尙未提出報告前爲之。若拒却於鑑定人已有陳述或報告後。則必以拒却之原因。發生在後。或本爲當事人所不知者而後可。否則不論其依何原因聲明拒却。皆應以其聲明不當而駁斥。但該管機關。仍得酌量情形撤換鑑定人另行鑑定。當事人亦無妨主張鑑定之不可信用。

(四)拒却事實之釋明。聲明拒却鑑定人。應將拒却之原因釋明之。其原因若發生於鑑定人已有陳述或提出報告之後。或於鑑定人陳述或提出報告前。委係不知有拒却之原因者。並應釋明其事實。(第一百二十條)

(五)聲明之處分。拒却鑑定人之聲明。應向命行鑑定之機關提出。其方式得任以書狀或言詞爲之。聲明是否正當。在偵查中由檢察官核定。審判中由審判長或受命推事裁定。當事人均不得聲明不服。

第六節 通譯

刑事訴訟之關係人中。常有不能以民國語言表示意思者。於此而欲使其與他人互通意思。不可不定一妥善之法。其法維何。卽通譯是也。通譯本與鑑定人之居於證據方法之地位者不同。因本法於通譯不立專章。僅於鑑定人章內規定「本章規定於通譯準用之」則凡關於鑑定人之權利義務任用拒却制裁諸事項。自應依照辦理。以免重爲規定也。(第一百二十六條)

第九章 扣押及搜索

第一節 扣押

(一) 扣押之意義。扣押者。謂將證據物件可以沒收之物。自持有人之手。移轉於該管機關持有之強制處分也。分析其意義於左。

(1) 扣押者。強制處分也。該管機關。認爲有實施扣押處分之必要。不必得持有人之同意。得實施扣押處分。雖扣押之方法。有用強制力者。有不用強制力者。如就被告遺留之物件。或持有人任意提出之物件而扣押者。屬於後者。持有人如拒絕提出或交付。或抗拒扣押。以強制力扣押之。屬於前者。無論扣押之方法。屬於前抑屬於後。而既不必得持有人之同意。要不得不謂爲強制處分。且以強制力扣押時。並得科以百元以下之罰鍰。其無力繳納罰鍰者。得易科拘留。使其提出或交付。如再拒絕。並得再科罰鍰。尤足證明持有人無同意權。而爲強制處分之一種。刑事訴訟律草案第一百二十三條至第一百二十五條規定。以強制方法扣押者。稱之爲扣押。不以強制方法扣押者。稱之爲保管。按保管乃保存管理之意。各該物件之由持有人移轉。無論用強制方法與否。該管機關。均應負保管義務。本法廢此區別。統稱之曰扣押。而其爲強制處分則一也。(第一百二十八條第一項)

一項第一百二十八條第一項

強制處分。可分爲有制裁的及無制裁的。依照刑訴原則。凡應扣押之物件。如該物件持

有人。拒絕提交或抗拒扣押。得科以罰鍰或易科拘留。前已言之。但此種有制裁性質之強制方法。有時不能絕對適用者。持有人如係第九十七條應得允許而為證人之人。各該人等所持有之物。因其人職務上之關係。如有拒絕提交或抗拒扣押情形。祇能以他法強制扣押。不得科以罰鍰或易科拘留。又持有人如係第九十八條至一百條得拒絕證言之人。各該人等所持有之物。雖無必經允許而後可以扣押之規定。然因其人之身分或業務。及其他利害關係。如有拒絕提交或抗拒扣押情形。亦祇能以他法強制扣押。不得科以罰

鍰或易科拘留。(第一百二十
八條第二項)

(2) 扣押者。對於物之強制處分也。強制處分。有專對人的。例如拘提羈押是。有對人兼對物的。例如搜索是。有專對物的。例如扣押是。至可扣押之物。其範圍甚廣。無論為動產或不動產。祇要為案內之證據物。或可沒收之物。皆得扣押。不動產可否為扣押之目的物學者頗多爭論。然可作證據之物。不必盡係動產。例如殺人案件。血染行兇地之房屋內或地上。此種血迹。為案內之有力證據。為保存該血迹起見。自可將染血之房

屋或地。予以扣押。以免磨滅。

(3) 扣押者。係對證據物件或可以沒收之物件之強制處分也。扣押目的爲保全證據。如物件與案件無關。自不可濫予扣押。以剝奪他人對於該物上之權利。故刑事扣押與民事扣押。異其作用。民事扣押。爲促被訴人履行義務。係屬擔保性質。刑事扣押。原因有二。(一)因其物可爲犯罪之證據。(二)因其物應行沒收。但據刑法第六十條規定沒收之物。以(1)違禁物。(2)供犯罪所用及豫備之物。(3)因犯罪所得之物爲限。且沒收爲從刑之一。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。則謂應扣押之物。專係證據。亦無不可也。

(4) 扣押者。自持有人之手移轉於該管機關持有之強制處分也。扣押之效果。僅將扣押物易爲該管機關之持有。故扣押物之所有權。及其他權利。不因扣押而生影響。故扣押中之物。不妨爲買賣行爲及其他法律行爲之標的物。不過物件爲該管機關所占。暫緩契約之履行而已。

(二) 扣押之限制。 扣押爲強制處分。不必得所有人或持有人之同意。但應注意左列限制。

(1) 公署保管之文書及其他物件。 公署保管之文書及其他物件。如於職務上應守祕密者。非經該管監督公務員之允許。不得扣押。但除認有妨害國家之利益外。該管監督公務員。不得拒絕允許。(第一百二十九條)

(2) 郵件及電報在郵務局或電報局持有中。非有左列情形之一。不得扣押。

(子) 可以沒收者。

(丑) 寄交被告。或有事實足認其爲被告所投遞。或係交付被告者。

據右所述情形。郵務局與電報局。本不得以該郵信郵物及電報。尙爲其所持有。拒絕提交或抗拒扣押。假定拒絕或抗拒時。能否依第一百二十八條第一項。以強制力扣押之。又能否依實施強制扣押處分。科以罰鍰或易科拘留。本法既無禁止規定。自應依積極的

解釋。(第一百三十條)

(3) 郵務局電報局所持有被告與辯護人往來之郵信郵物及電報。 被告與其辯護人往來之

郵件報及電。在郵務局電報局持有中者。非可認爲犯罪證據。此因辯護人於其業務上所得知之事項。有爲被告守祕密之義務。被告對於檢察官或法院所不願陳述之事項。儘有與辯護人以書信往還相諮詢者。辯護制度。既爲保護刑事被告人之利益而設。法律必維持辯護人所應守之祕密責任方足以貫徹辯護之本旨。否則刑事被告。必將因此而不信任辯護人。非特不能達辯護目的。抑且不能維持辯護制度。惟被告已逃亡者。則爲發現其踪跡起見。雖係與辯護人往來之件亦不妨扣押之。以供偵緝之用。(第一百三十一條)

(三) 扣押之程序。關於扣押處分之特別程序如左。

(1) 實施扣押處分時。應制作收據。詳記名目。給予所有人或持有人。(第一百三十條第二項)

(2) 扣押之物件。應加封緘由扣押之公署或公務員蓋印以防疏失或舛誤開拆時。卽由命行扣押之檢察官或推事行之。並應命被告人在場。但因被告逃亡或避傳不到。或因其他情形不能命其到場者。不在此限。(第一百三十二條第二項 第一百三十三條)但於此有一疑問。第一審法院。因被告不服判決上訴。送交該案卷及證據物時。不得不將扣押之物件封緘。第二審法院推

事。並非命令扣押之公務員。對於封緘之扣押物件。既無開拆之權。勢必至無從調查。豈非極感困難之事。本法第一百三十三條上半段規定。似欠允當。

(3) 郵務局電報局送交之郵件及電報。應扣押者。在不妨害訴訟程序之限度內。應將扣押原因及扣押物之品名。通知投遞人或收受人。以示其處分。依法而行。不背憲章。惟認與訴訟程序有妨害。如因扣押郵電而發現被告人之踪跡。將行拘提之際。則因通知而不能貫徹保全處分之旨趣。故其應否通知。應由命令扣押之機關。視其案情酌定之。(第

百三十
四條)

(4) 實施扣押應作筆錄。記載實施之年月日時處所。及其他必要之事項。並詳記其扣押物之名目。或別作目錄附於筆錄之後。此項筆錄。應由扣押之檢察官或推事署名。並命在場之人署名。附入於卷宗。

(5) 扣押物之保管。扣押機關。對於扣押物件。應負保管義務。保管方法計有下列各種。(一) 公署保管。所謂公署保管者。即將持有人所提交之扣押物件。移置公署。由公署

直接保管之義。(二)委託他人保管。委託他人保管者。即因提交之扣押物件。其體質粗重。不便移置公署。或其物之性質。不能移置公署。(例如不動產爲扣押物件時)由公署委託持有人。或持有人以外之人。代爲保管之義。(三)以其他方法保管。所謂以其他方法保管者。除公署自己保管。或委託他人代爲保管之外。另以其他方法保管之義。如查封之標示等。即係以其他方法保管之一種。(第一百二十條第七條第二項)

(6) 扣押物之處分。 扣押物件。均與案件證據有關。於案件未終結以前。似不應有何處分。惟此乃原則。尚有下列各種例外。(一) 扣押之物件易於損壞或喪失者。得命競賣。(二) 扣押之物件。若無留存之必要者。不待案件終結。應命發還。此發還係由該管機關之自動。且發還後不得再行扣押。有時該物件非無留存之必要。因所有人或持有人之聲請。爲事實上便利起見。亦得暫行發還。命聲請人負保管責任。(三) 扣押物之贓物。若無留存之必要者。除第三人對於該物有所請求者。不能逕行發還被害人外。應不待案件終結發還被害人。(第一百三十五條至第一百三十七條第一項)至贓物之關係人。於該贓物尚未發還被害人前。

固得請求暫緩發還。若已發還被害人後。祇得依民事訴訟程序主張其權利。(第一百三十條第七項)

(7) 扣押之機關。扣押之機關有二即(一)檢察官。(二)法院或受命推事是也。物件應否扣押。扣押後應否發還。偵查中由檢察官核定。審判中由法院或受命推事裁定之。(第一

百三十條)

第二節 搜索

(一) 搜索之意義。搜索者。因發見證物或被告人。對於人之身體。人所攜帶之物件。人之住宅船艦。或其他處所。有相當理由而實施之強制處分也。茲分析其意義如左。

(1) 搜索者。強制處分也。故搜索人之身體。人所攜帶之物件。人之住宅船艦。或其他處所。可不必得人之同意。有抗拒者於必要限度內。得用強制力搜索之。(第一百五十一條)

(2) 搜索者。對於人之身體。人所攜帶之物件。人之住宅船艦。或其他處所。有相當理由

。而實施之強制處分也。被告人及非被告人之身體。人所攜帶之物件。人之住宅及其他處所。皆可搜索。但搜索須有相當理由。所謂相當理由者。即被搜索之目的物。須可信有被告人或證物存在其中者爲限。

(3) 搜索者。因發見證物或被告人。所實施之強制處分也。刑事訴訟爲保全證據物件。則有扣押之處分。爲拘禁被告。則有拘提羈押之處分。實施此種處分。以證據物件及被告既經發見爲前提。在未發見以前無從達其目的。欲求發見。非搜索不可。搜索者。爲扣押拘提羈押之準備。而發見被告或證據爲目的之強制處分也。

(二) 搜索之限制。有下列各種情形分述之。

(1) 處所之限制。軍事上秘密處所或軍艦。非得該管長官之許可。不得搜索。此因軍事上之秘密。不能爲一刑事案件而漏洩。蓋從國家利益上權衡輕重。不得不設此限制也。

(第一百四十一條)

(2) 時間之限制。非因追躡現行犯。逮捕脫逃人。或因事實足認爲有人在內犯罪而情形

急迫者。不得於夜間搜索住宅或其他處所及船艦。但(一)假釋人之住居。或其使用之處所。(二)旅館、飲食店、及於夜間公衆可以出入之處所。(三)以賭博或妨害風化行爲爲營業之處所。雖在夜間亦得搜索之。又在日間已開始搜索者。不妨繼續至夜間。以迄於搜索竣事而後已。(第一百四十八條至一百四十九條及第一百五十條)

(3)物件之限制。對於公署所保管之文書物件施扣押。有應經允許者。有不必經允許者。其應經允許者。固應俟請求該管監督公務員允許後。再施扣押。即不必經允許。而應扣押之文書物件。爲保全公署之威信起見。亦應以適當之方式請其交付。不宜驟以強制力行之。但至萬不得已時。亦許逕施搜索。以免窒礙。(第一百四十條)

(二)搜索之程序。關於搜索處分之特別程序列舉如左。

(1)搜索應用搜索票。記明(一)搜索之處所或身體。(二)發票之公署。(三)由檢察官審判長或受命推事署名蓋章。並於搜索時。將搜索票示在場之被告。在場之戶主船主管理人。或其他於搜索時。在場蒞視之人。但有左列之例外。

(子)檢察官或推事得不用搜索票。親施搜索處分。搜索多由司法警察實施。非有發票權者之搜索票。則易滋流弊。檢察官或推事。均係有發票權者。若親自搜索。自無用搜索票之必要。故得不用搜索票。(第一百四十五條)

(丑)執行拘提。執行逮捕。追躡現行犯。逮捕脫逃人。或有事實足認為有人在內犯罪而情形急迫者。得不用搜索票。逕行搜索住宅船艦或其他處所。

執行拘提逮捕或追躡羈押之目的。認為有搜索必要時。若必待有搜索票。則恐坐失時機。至有事實足認為有人在內犯罪而情形急迫者。若不從速搜索。則犯罪將更繼續或加擴大於此情形。可不用搜索票逕行搜索。(第一百四十六條及第一百四十八條)

(寅)搜索被拘提或逮捕之被告身體時。得不用搜索票。前款情形。係為發見被告起見。故許逕行搜索。本款係指被告已被拘提逮捕而言。斯時惟恐被告攜帶危險物起見。故亦許逕行搜索。(第一百四十七條)

(2)搜索住宅船艦或其他處所。而由檢察官或推事本人行之者。應命左列之人到場。(第

百五十)
二條

(子)被告。但不能命其在場。或認其在場於搜索有妨害者。不在此限。

(丑)戶主、船主、或管理人。戶主船主管理人不能在場時。須命該住宅船艦或該處所內之一人在場。

其非由檢察官或推事本人行之者。除前二款所列之人外。應更命二人在場。

(3)在公署或軍艦內搜索。應通知該管長官請其在場蒞視。(第一百五十三條)

(4)搜索婦女之身體。除不能由婦女行之者外。應由婦女行之。所謂不能由婦女行之者。指事實上之相對不能。例如搜索之當時。適無可使執行之婦女。若待遠道求助。則又恐有毀失滅却犯罪證據之虞。此時即不能拘執男女之見而放任之也。(第一百三十九條第三項)

(5)搜索中發見文書或其他物件。與本案無關。而顯係犯他罪之證據者。應暫行扣押。送交該管檢察官處分。蓋公務員因執行職務。而知有犯罪之嫌疑者。負有告發之義務。故執行搜索處分之公務員。如於搜索中發見與本案無關。而顯係犯他罪之文書。或其他可

爲證據之物件。應即扣留。以供他罪偵查之用。此時之搜索處分。如係由檢察官命令執行。該檢察官對於所發見之他罪。應即另案開始偵查。而於偵查後。視其管轄分別移送。或起訴。若命令搜索者。爲法院或受命推事。即應將發見他罪之文書物件。送交管轄他罪之檢察處。另爲偵查處分。(第一百五十四條)

(6) 搜索應作筆錄。記明搜索之年月日時處所。及其他必要之事項。由搜索之檢察官或推事署名蓋章。並命在場之人署名。附入於卷宗。(第一百五十五條)

第十章 勘驗

勘驗者有實施勘驗權之公務員。爲察看證據。及其他犯罪情形起見。以五官之作用就物件外形所施之證據調查也。勘驗之目的物。法律上並無限制。無論爲人爲物。爲動產或不動產。爲有體物或無體物。苟得依五官之作用而認識者。均得以之爲勘驗之目的物。所謂五官之作用。即憑視覺、聽覺、嗅覺、味覺、觸覺。就物體之外形爲事實證明之義。至由心理作用。

爲思想上之證明。則屬於證據之判斷。而非勘驗。

訴訟法學者常認勘驗爲一證據方法。竊以爲可爲證據方法者。乃勘驗之目的物。而非勘驗之行爲。蓋勘驗不過該管公務員。對於勘驗物所施之一種認識作用。自其性質言之。與其謂爲證據方法。毋甯謂爲證據調查。其理論與被告人證人鑑定人等爲證據方法。而被告人證人鑑定人之訊問爲證據調查正相同也。

茲將勘驗所實施之處分說明如次。

(一)履勘犯所。或其他與案情有關係之處所。實施犯罪行爲之處所。及與實施犯罪行爲之處所接近。可以見聞犯罪行爲之一切處所。均應以犯所論。其他與案情有關之處所。指犯所以外之一切處所而言。履勘之目的。在就地之實況。實施察看。如被告人之所在。及被告人犯罪前後之來去路徑。與被殺者屍身發現之所在地等。皆足爲犯罪證明之證據方法。

實地履勘其存在之痕迹。卽足以認識其犯罪之情形。

(第一百五十一條第一款)

(二)檢查被告或被害人之身體。被告犯罪後。身體上往往有犯跡存在。非經檢查。無從發

見。被害人之身體。足供證據之用者尤多。如被告殺人。而身體上濺有血痕。或因被害人抵抗而帶有創傷及其指模手印之形狀。與被害人身體上存在之傷況。皆可認為犯罪之證據也。(第一百五十七條二款)

(三)檢驗屍體解剖屍體或檢查與案情有關係之物。就屍體檢驗其外傷。或解剖而察驗其致死之原因。又或就死者附身之物食餘之物。及其他可認為與本案犯罪有關係之物檢查之。皆屬於勘驗處分。(第一百五十七條三四五款)

勘驗所得實施之處分既有種種。對於某種犯罪。得施何種處分。不能執一而論。要當以察驗該證據。可得認識犯罪之情形為度。茲再就實施各該處分方法。分勘與驗二者論之。

(一)關於勘之處分實施時應用之方法。勘必親履應勘之地。故謂之履勘。履勘得命自訴人被告及辯護人在場。並得傳喚證人鑑定人前往訊問。實施搜索扣押。均得按其情形命被告及辯護人在場。履勘亦應事同一律。至傳喚證人鑑定人前往訊問。則為便於發見真實起見

(第一百五十八條)

(二)關於驗之處分實施時應用之方法。關於驗之處分。分檢查、檢驗、及解剖三種。檢查處分。又分檢查被告或被害人之身體。及檢查與案情有關係之處所兩種。檢查身體時。被檢查者若係婦女。無論為被告或被害人。應命醫師或婦女行之。非醫師不能鑑定者。則命醫師。不必醫師亦可鑑定者。則命婦女。就現在辦事之實際而論。檢查婦女多命檢驗吏或婦女檢查。命醫師檢查者尚不多見。至檢驗屍體。多係帶同檢驗吏前往。查檢驗屍體之處分。必經有醫學專門知識。始能確定致死原因。吾國法醫學尚未發達檢驗吏大抵為前清件作之化身。縱無舞弊情事。智識亦屬有限。除情節細微或顯然之案件外。自非延用醫師擔任檢驗不可。再就解剖屍體言之。解剖屍體。應先訊問認識死者之人。訊明該屍體有無錯誤。如該屍體已經發變。或已不甚完全。不能認識其有無錯誤者。則應以其他方法查明。解剖與檢驗不同。檢驗雖多以檢驗吏行之。而解剖則除醫師外。檢驗吏絕對無從下手。為檢驗或解剖起見。得將屍體全部收其一部暫行留存。並得開棺及發掘坟墓。坟墓為古今所重視。法律上亦應予以保護。惟因搜集證據起見。有非發掘坟墓開棺解剖屍體。不足以斷

定犯罪事實之真相者。例如中毒致死案件。苟檢驗不完備。非開棺將屍體解剖。不能舉示證迹。此雖爲吾國向有之事。然究屬非常處分。非有必要情形。不宜輕率爲之。無論檢驗或解剖屍體時。並得命死者親屬在場。(第一百五十九條第一百六十條第一百六十一條及第一百六十二條)

勘驗應作筆錄。記明實施之年月日處所及其他必要事項。由勘驗之檢察官或推事署名蓋章。與實施扣押搜索之程序同。惟勘驗時之情形。有時非筆錄所能記載。必須製作圖畫始能明瞭者。並得製作圖畫附於筆錄。(第一百六十三條第一百六十四條)

第十一章 辯護

第一節 辯護制之理由

刑事被告人。於訴訟上受有兩種損害。其一爲訴訟終結前程序上所受之無形損害其二爲判決不當所受科刑之損害。國家立法爲減少此等損害起見。固已採用彈劾主義及實體的真實發見

主義。並以請求「正當適用法律」爲檢察官之職務。而於被告人之地位。究未能得充分之保障。此因檢察官一經提起公訴。務必求使公訴之基礎臻於鞏固。對於被告人則不免趨於冷酷。以檢察官之學識與經驗。向鞏固公訴基礎之方針而活動。往往遠過事實之真確。結果即屬危害被告人。再就被告言之。犯罪者缺乏教育爲多。能明法律富有訴訟經驗。而不迷於法律上之進退者。殊不多見。況在身蒙犯罪之際。患得患失。思慮不甯。其智力上之活動。恆與平時判若兩人。欲求對於檢察官之攻擊。自爲適當之防禦。而無遺憾難矣。又刑事訴訟因採用實體的真實發見主義之結果。法院雖有擁護被告人利益之職責。但因訴訟之繁多。審限之促迫。或法院組織之不良。而實際上之行動。未必盡其能事。輕信檢察官所提出之犯罪證據。而蔑視人權者。或有所不免。故應特設一專任「擁護被告人利益之機關」以期減少被告人所受之損害。辯護制度。即應此必要而生者也。

第二節 辯護制之沿革

辯護制度。在耶蘇紀元前已見其端緒於羅馬。法蘭西於一二七〇年確立此制。至一五三〇年雖經輟廢。至大革命時代。此制復活。及一八〇八年刑訴法典告成。乃愈見發達。德意志夙行此制。而強制辯護。則於一八七七年德國刑訴法典肇其端現時法治國家所行之辯護制雖不一致。而否認此制者未之見也。

我國昔時理訟。屬於糾問式。被告人有供述之義務。多所辯解。卽爲違刁。干與詞訟。尤爲世所詬病。清律存訟棍治罪之例。雖在清末新式法院已有設立。仍未見有辯護之制。民國肇興。江浙二省。首行辯護制度。及統一政府成立。卽頒行律師暫行章程。四年二月強制辯護始試行於奉天。厥後推行於各地法院。然僅許辯護人出席於公判之際。而禁其參與於豫審。至十一年七月一日刑訴條例施行而後。豫審亦許辯護。至刑事訴訟法廢除豫審制度。則辯護人只能於公判出席。自不待言。

第三節 辯護之意義

辯護云者。辯護人對於原告之攻擊。而爲擁護被告人利益計。所實施之防禦也。更就此定義析言於左。

(一)辯護者防禦也。主張刑事原告起訴之攻擊失之過輕者。不得稱爲辯護。與刑事原告爲同一之主張者。亦不得稱爲辯護。以其皆非防禦行爲也。

(二)辯護者辯護人之防禦也。被告人或其代理人所爲之答辯。輔佐人所陳述之意見。皆非此所謂辯護。又法院及檢察官。限於實體的真實發見之際。雖有兼顧被告人利益之義務。

(一) 一部學者或稱之曰實體的辯護 亦不得與辯護人之辯護同視。

(三)辯護者對於起訴攻擊之防禦也。苟無起訴之攻擊。則不生辯護問題。惟無論其起訴有無理由。辯護人皆不妨爲反對之主張。有以辯護人對於正當攻擊無防禦義務爲理由。而謂辯護僅存於起訴不當之際者。誤也。至其辯護之方針。及程度。不必與起訴攻擊之方針及程度相應合。如對於傷害案件之起訴。辯護人爲防止變更法條之判決起見。(參照三二〇條)亦得爲殺人罪之辯護。故對於一罪之起訴。有時不妨爲二罪之辯護也。

(四)辯護者爲擁護被告人利益而實施之防禦也。辯護人應向擁護被告利益之目的而活動。其職務在排除不利於被告之審判。僅於此範圍內。有發見實體的真實之義務。亦僅於此範圍內。有發表自己主觀信念之義務。其非爲被告人利益而活動之行爲。非辯護也。

第四節 辯護之種類

辯護之種類。因區別標準之不同。得分爲三。

(一)指定辯護與選任辯護。辯護關係之發生。有基於審判長之主動者。有基於被告人、或其法定代理人、保佐人、及其配偶之意思者。前者謂之指定辯護。亦稱官選辯護。後者謂之選任辯護。亦稱私選辯護。其實施辯護之人。係指定者。稱指定辯護人。係選任者。稱選任辯護人。選任辯護人。在訴訟法上毫無限制。至指定辯護。則依下列標準行之。

(1)初級或地方法院管轄第一審之案件。於起訴後未經選任辯護人者。審判長認有爲被告置辯護人之必要時。得依職權指定公設辯護人。爲其辯護。其最輕本刑爲五年以上有期

徒刑之罪者。應依職權指定之。得指定云者。指定與否。由審判長自由認定。應指定云者。審判長必須指定。故初級或地方管轄第一審之案件。其最輕本刑若在五年以下者可自由指定。在五年以上者。則必須指定也。(第一百七十條)

(2) 高等法院管轄第一審之案件。於起訴後未經選任辯護人者。審判長應依職權指定公設辯護人。爲其辯護。以高等法院管轄之第一審案件。爲內亂外患及妨害國交罪。各該罪之最輕本刑。不必皆爲五年以上有期徒刑。其與最輕本刑爲五年以上有期徒刑。同一必有辯護人者。係爲公益起見。特別慎重之意。(第一百二十七條)

指定辯護與選任辯護。就學理上言。不妨同時並存。而在現行法上。惟限於未有選任辯護人。或選任辯護人不出庭時。始有指定辯護。故選任辯護之地位實較指定辯護爲優越。於指定辯護人後。倘被告或其法定代理人等選任辯護人。或前未出庭之辯護人已經出庭。則審判長須撤銷其指定。(第一百二十七條)

(二) 強制辯護與任意辯護 辯護有爲訴訟上之必要條件者。有不然者。前者謂之強制辯護。

未經辯護人出庭而判決即屬違法。後者謂之任意辯護。惟限於已指定辯護人而未待其出庭即行判決。始爲違法。(參照第三百九十一條第九款)凡高等法院管轄之第一審案件。不問其本刑重輕。(參照

前列標準2)及地方法院管轄第一審案件。而其最輕本刑爲五年以上有期徒刑之罪。(參照前列標準1)

皆在應行強制之列。故審判長必應依職權指定辯護人爲全部之辯護。其他案件。除有選任辯護者外。應否指定辯護。並其辯護之範圍如何。則隨審判長之任意。得依職權斟酌之。強制辯護與任意辯護之區別。不可與指定辯護及選任辯護之區別有所混同。強制辯護中之辯護人。有時屬於選任。而任意辯護中之辯護人。亦有由審判長指定者。

(三)多數辯護與共通辯護。一被告人而有數個辯護人謂之多數辯護。數被告人僅有一辯護人。謂之共通辯護。現行法對於指定辯護人之數未加以限制。自不能解爲限於一人。惟對於選任辯護。則規定每一被告。以三人爲限。(第一百六十九條)此因人數過多。聚訟一堂之上。於事務進行。不免有所阻礙。故應酌加限制。多數辯護人。係各自獨立。而有完全辯護權。法院送達文件。亦應分別爲之。(第一百七十四條)至共通辯護。雖不限定被告之多寡。但各被

告人之間。不可有利害相反之關係。否則不能以一辯護人爲共通之辯護。(第一百十七條)

第五節 辯護人指定及選任

(一) 指定人選任人及其能力。指定辯護人。應由審判長依職權爲之。(第一百七十條第選任辯護人。通常應由被告人自行選任。但被告之法定代理人保佐人或其配偶。亦得獨立爲被告選任之。(第一百六十五條)辯護人之指定。既屬審判上之職權。當然不生有無能力之問題。至被告人等之選任。則以選任人有表示意思之能力爲必要。惟其意思能力。不從民法上之規定。縱無締結契約之能力。亦於辯護人之選任無關係。換言之。在民法雖係無行爲能力之人。亦得自行選任辯護人。無須得其法定代理人保佐人之同意也。民法上無能力人所爲之選任行爲固屬有效。但無法定代理人之同意。對於辯護所訂之報酬契約。仍屬民法上之法律行爲。無能力人。可得撤銷之。不過其契約縱被撤銷。辯護人亦有訴請相當報酬之權利。

(二) 指定及選任之方法。指定及選任方法。法律上未有規定。惟辯護人之指定。應由法院以通知書送達被指定之辯護人。使得爲辯護之準備。而辯護人之選任。則應依第一百六十七條之規定。通知法院。此項通知。現時係由選任人提出選任書狀。由選任人及受任人署名爲之。

(三) 指定及選任之有效期間。此問題須分指定與選任爲兩段說明。

(1) 指定辯護。指定辯護在一級法院中有效。被告人判決有罪。辯護人雖可聲明上訴。但上訴後。非經上級法院重行指定。不得執行職務。

(2) 選任辯護。此選任之效力期間。因當事人之意思而定。惟每經一審級。必須重行通知管轄法院。而後辯護人始得繼續執行職務。又經選任並通知於法院後。選任人仍得隨時撤銷選任自行答辯。或另選他辯護人爲辯護。但須有明確之意思表示。若僅於事實上有不藉辯護人之助力。而自爲某種訴訟行爲之情形。尙不得驟認被告人已默示撤銷其選任。此因其事實難保非由他種事情(例如辯護人當時恰有空暇)而發生故耳。

第六節 辯護人之地位

被指定之辯護人。獨立執務。專向擁護被告利益之目的爲活動。不受任何方面之牽制。選任辯護。則居於受任人之地位。恆應顧及選任者本人之意思。不得與相違反。有時併得爲被告人之代理人。其情形如左。

(一)被告於許用代理人之案件。得以書狀委任辯護人爲代理人。許用代理人之案件。被告固不妨於辯護人之外。別委訴訟代理人。然已選任辯護人者。使由辯護人兼爲代理人。實多便利。故辯護人有時卽爲被告之代理人。(第一百六十八條)

(二)辯護人於被告受有罪判決時。得代爲上訴。惟不得與被告明示之意思相反。(第三百六十條)此亦辯護人代理被告之行爲也。

第七節 辯護人辯護之內容

辯護人之唯一職責。在對於起訴人（檢察官或自訴人）之攻擊。實施防禦行為。凡起訴不當之攻擊。辯護人應逐一指駁。並發表其主觀之信念。由是論之。辯護人之防禦行為。固因擁護被告之利益而實施。但其期望發見真實。則與法院之審判殆無不同。惟其發見真實之範圍不盡同。凡與被告不利之事實。辯護人仍可祕而不宣。即在法院命作證人之際。亦得因保持祕密而拒絕證言。故辯護人辯護之內容。未必與事實之真相相符合。

辯護人有無發見事實真相之義務。學說不一。主積極之說者。謂辯護人之辯護。與檢察官之起訴。及法院之審判。皆含有發見真實之用意。但自辯護之意義。及辯護人所處之地位上考察之。甯以消極之說爲是。蓋辯護人既以擁護被告之利益爲目的。事實之真相。如與被告人顯有不利。而又爲法院及檢察官所未知者。辯護人究不應發表。以與辯護之目的相背馳也。所應注意者。辯護人雖無發見事實真相之義務。但亦不准濫用其辯護權。故意違反法律。譬如教唆被告人逃亡。或使爲虛偽之供述。提出偽證等。辯護人故意犯者。亦如常律。

第八節 辯護人之資格

辯護人因有指定與選任之別。其資格不能盡同。先就指定辯護人言之。現行刑訴法指定辯護人。應以公設辯護人爲限。公設辯護人者。依其意義。卽所謂國家律師是。我國現在尙未設立。除最高法院有特約律師外。均係指定。在其管轄區域內執行職務之律師。又律師有左列情形之一。不得指定爲辯護人。縱被指定。亦當呈明其事由。請求改指。不得行其職務。否則爲懲戒之原因。

- 一 曾受告訴發人或被害人之商告而爲之贊助或受其委任者。
- 二 任推事或檢察官時曾就該被告事件加以處理者。
- 三 依公斷程序以公斷人之資格。曾就該被告事件加以處理者。

選任辯護人。原則上亦應以律師充之。但非律師而經法院許可者。亦得選任爲辯護人。

百六十
六條）茲分述之。

（第一第

(一) 律師。被告或其法定代理人等。就未經登錄。未加入公會。或管轄區域外行使職務之律師。選爲辯護人。則不得以律師論。

(二) 非律師。律師以外之人。應具如何資格始得被選爲辯護人。法無明文規定。惟以經法院許可爲必要。至其許可。不必明示。即默認亦爲適法。不予許可。當以裁定命選任之人重爲改選。此項裁定。既不得抗告。法院亦無須表示其理由。而在既予許可之後。即不得無故撤銷其許可。

(第一百六十六條)

辯護人之資格。與證人之資格。絕不相容。故無論律師非律師。苟經指名爲證人。皆不得被指或被選爲辯護人。

第九節 辯護人之權利義務

辯護人專對於起訴之攻擊。爲被告利益施防禦。已如前述。因實行防禦行爲。而有種種權利及義務。茲分述之。

(甲)辯護人之權利。辯護人之權利。可分二種。一爲原來權利。又稱固有權利。一爲傳來權利。又稱代理權利。再分析說明於左。

(一)原來權利。原來權利者。辯護人本其地位。得獨立而爲之訴訟行爲之權利。計有下列數種。

(1)收受送達權。辯護人既經合法選任或指定後。均有收受送達文件之權。(如傳庭通知書之類)

()被告有數辯護人時。送達文件。應分別爲之。(第一百十七條第十四條)

(2)檢閱卷宗及證據物件併鈔錄卷宗權。卷宗及證據物件。均於辯護上有重要關係。爲便利辯護人預備辯護起見。故許其有檢閱及鈔錄之權。但在起訴前。恐於訴訟程序有妨害者。得限制或禁止之。(第一百十七條第十五條)

(3)接見羈押被告並互通書信權。辯護人得接見被羈押之被告。並與被告互通書信。但起訴前。若認有湮滅偽造變造證據。或勾串共犯證人之虞者。得限制或禁止之。

(二)傳來權利。法律上有時以某種訴訟行為爲被告人固有之權利。辯護人以不與被告本人明示之意思相反。始得代被告人爲之。是爲傳來的權利。舉其顯著者如次。

(1)聲請移轉管轄。

(2)聲請推事檢察官或法院書記官迴避。

(3)請求法院諭知管轄錯誤免訴或不予受理。

(4)請求傳喚證人。

(5)聲明上訴。

(乙)辯護人之義務。辯護人既對於被告利益負有防禦攻擊之義務。即應負有如時到庭而爲辯護之義務。強制辯護無論矣。即在任意辯護。既以謀被告利益爲目的。亦不得不實踐其義務。

辯護人之出庭辯論。係爲擁護被告之利益起見。假定被告人拋棄其利益表示拒絕辯護。辯護人能否因以免除辯護之義務。學者間非無爭論。惟強制辯護爲訴訟上必要條件之辯護。

不爲被告人之意思所左右。故被告雖拒絕辯護。亦不發生影響。若任意辯護。其辯護本非法律上之必要條件。被告人既表示無庸辯護人出庭而拒絕辯論。即不妨尊重其意思准予撤銷辯護人之指定或選任。

第十節 輔佐人

居於被告人之側。輔助被告人獨立實施被告人所得爲之訴訟行爲者曰輔佐人。輔佐人須與被告有（一）法定代理人。（二）保佐人。（三）配偶關係之一方爲合格。與民事訴訟之得以任何有訴訟能力人爲之者不同。（第一百十七條）

輔佐人與代理人不同。代理人係代被告爲實施訴訟行爲。屬於傳來的權利。而輔佐人係獨立實施訴訟行爲。屬於原來的權利。故輔佐人雖爲被告之法定代理人。其參與刑事訴訟。亦非以被告之代理人資格爲之。乃以擁護被告之利益爲目的。而爲其輔助。輔佐人向法院陳述意見。不受被告人意思之拘束。故其意思表示。不能認爲被告人之意思表示也。

輔佐人之行爲。與辯護人之行爲。同以防禦不法及不當之攻擊。保護被告正當利益爲範圍。即其參與訴訟行爲之時期。必在已經起訴之後。亦與辯護人同。

輔佐人既得獨立選任辯護人使爲被告辯護。又得爲被告利益起見。獨立上訴。此因輔佐人必具有法定代理人保佐人或配偶之資格。從刑訴法第一百六十五條及第三百五十九條之規定。可推知其當然有此權利者也。

第十一章 裁判

第一 裁判之意義。

裁判者。法院根據法律及事實。對於訴訟人所爲之意思表示。而有拘束力者也。試分析說明於左。

(一)裁判者。法院之意思表示也。法院之意思表示者。即國家行使司法權之機關之意思表示也。檢察官之意思表示。不得謂之裁判。司法警察官之意思表示。亦不得謂之裁

判。

(二)裁判者。根據法律及事實所爲之意思表示也。苟法院所爲之意思表示。於事實上或法律上毫無根據者。不得謂之裁判。

(三)裁判者。對於訴訟人之意思表示也。苟法院之意思表示僅對於內部所爲。而非對於訴訟人爲之者。不得謂之裁判。

(四)裁判者。有拘束力之意思表示也。法院之意思表示。若無拘束力。則不得謂之爲裁判。譬如法院勸告刑事被告人從事供述。或勸諭其不可再犯之類是。

第二 裁判之種類。

裁判因觀察點不同。而有種種之分類。茲就其性質時期及裁判形式之三種分述於次。

(一)實體裁判與程序裁判。此依裁判性質爲標準而區別者。所謂實體裁判。即斷定有無刑罰權及其範圍之裁判。如科刑之判決。及無罪之判決是。程序裁判。即斷定訴訟關係存在與否之裁判。如免訴之判決。不受理之判決。及管轄錯誤之判決等是。實體裁判與

刑事訴訟案件極有關係。故又稱本案裁判。

(二)終局裁判與中間裁判。此依裁判時期為標準而區別者。所謂終局裁判者。即訴訟終結時之裁判也。其中有二種。有以該訴訟完全終結者。如無罪、免訴、不受理、及科刑之判決等是。有以就該訴訟或某事項僅在本法院終結者。如依管轄錯誤所為移送之判決。第二審或第三審所為發回或發交更審之判決等是。中間裁判者。即終結訴訟以外之裁判也。如駁回聲請。駁回迴避。或關於羈押程序之裁定是。

(三)判決與裁定。此依裁判形式為標準而區別者。判決在原則上。應經當事人之言詞辯論。裁定則否。但裁定係於審判時為之。亦應經當事人之陳述。(第一百八十條第一項第二項)

第三 裁判之成立。

裁判之成立者。即裁判機關決定其所表示之意思也。通常謂之成立判斷。故在獨任制之法院。由獨任推事決定其意思宣告裁判。在合議制之法院。以多數之推事決定其意思宣告裁判。因其有多數推事之意思。故於裁判前。應經評議及決議之法定程序。其詳讓諸法院編

制法述之。

裁判雖由於法院決定其意思時成立。而其所以成立者。則不能不本於當事人之言詞辯論。但有下例諸例外。(1)被告經傳喚無正當理由不到。或到而拒絕陳述。得不待被告辯論逕行判決。(2)第三審之判決。苟非認有辯論之必要。不經言詞辯論爲之。(3)受命推事或受託推事所爲之裁定及法院非於審判時所爲之裁定。均不必經當事人之陳述。

第四 裁判之方式。

裁判除或種裁定。得僅命書記官記載筆錄(如停止羈押撤銷押票沒入保證金及退保處分等裁定之類是)毋庸制作裁判書外。均應制作裁判書。記明左列事項。

- (一)被告之姓名、性別、籍貫、年齡、職業、住址。
- (二)有代理人或辯護人者。代理人或辯護人姓名。
- (三)經檢察官出庭者。檢察官之官職姓名。
- (四)自訴案件。自訴人之姓名、年齡、籍貫、職業、住址。

(五) 裁判之法院及年月日。

裁判原本。應由爲裁判之推事署名蓋章。審判長有事故。不能署名蓋章者。由推事之資深者附記其事由。推事有事故者。由審判長附記之。(第一百八十一條
第一百八十三條)

第五 裁判之理由。

裁判之理由者。卽其判斷所由成立之根據也。本法第一百八十二條明定。判決、及駁回聲請、或可以抗告之裁定。應敘述理由。蓋無理由。則不知其所根據之法律。及其所認定之事實。上級法院雖欲撤銷之。亦無由審查其當否也。

判決之種類不一。有諭知無罪之判決。有諭知免訴不受理或管轄錯誤之判決。又有諭知科刑之判決。被告人受第一種或第二種之判決。縱有錯誤。尙不至蒙違法之影響。故法院所附理由。不必過於詳盡。至第三種之判決。關係被告人之利益甚大。不有詳細理由。殊足以昭折服而成信讞。故於作成裁判書時。不能不將下列各種理由詳細記載之。

(1) 認定事實所憑證據之理由。

(2) 加重減輕或免除刑罰之理由。

(3) 羈押日期未與折抵之理由。

(4) 適用法律之理由。

第六 裁判之諭知。

諭知者。即裁判者欲使受裁判者知悉其所爲之意思表示。而爲之法律行爲也。或又稱之曰告知。其方法不外二種。在審判時諭知者。依宣告之方式行之。其毋庸宣告者。則僅依送達之方式行之。但法院之判決。除未經辯論者外。非經宣告之方式不可。(第一百八十四條)

宣告裁判。在獨任制之法院。由獨任推事爲之。在合議制之法院。由審判長爲之。其宣告之推事。雖不必以裁判之推事爲限。(參照第三百二十六條)然當其宣告時。無論其爲獨任推事或審

判長。均應朗讀主文。其敘述理由者。並應朗讀理由或告以要旨。(第一百八十五條)

諭知裁判。有時雖依宣告之方式行之。但裁判之正本。均須送達於當事人。未經送達者。除合於特別規定外。不發生裁判之效力。因上訴或抗告之期限。須自裁判送達後起算也。

第七 裁判之效力。

裁判之效力。必因諭知而發生。於未諭知前。法律尙不認有何效力之存在。既經諭知以後。法院是否應受諭知之拘束。而不許自行取消或變更。當別爲兩類說明。

(一) 判決。判決不論其能否以上訴方法攻擊。均應受諭知之拘束。不能自行取消或更正。如有罪之判決。非經上訴法院改判。不得由原審任意變更是也。

(二) 裁定。裁定之可以抗告方法聲明不服者。原審法院於認抗告爲有理由時。應將原裁定更正。不得以抗告方法攻擊之訴訟程序之裁定。遇有必要情形。亦得自行取消或變更。雖可謂爲不受諭知之拘束。然以有抗告或必要情形爲條件。並非絕對不受諭知拘束也。

第八 裁判之確定。

(一) 判決之確定。訴訟當事人不服法院所宣告之判決。得以聲明上訴。此民刑訴訟所同具之原則。惟是聲明之期。苟無一定限制。則不特訴訟永遠不能確定。而訴訟人之受累

亦必無所止境。故法律特設一定期間。除本來不得上訴之判決外。(如已經終審之判決)經過期間。則判決即為確定。訴訟當事人不能再行聲明不服。此項關係。刑事訴訟學者。認為判決之形式確定力。

以形式的確定力而論。訴訟當事人對於已經確定之判決。除得依再審或非常上訴之程序外。固不能再行聲明上訴。然對於同一案件而另行提起訴訟可乎。曰不可。蓋以刑事案件。已經判決確定後。該犯罪之純訴權即為消滅。(參第二百四十條第二款)斯時不特自訴人不能再

行訴追。即檢察官亦不得更行偵查或起訴。(參第二百四十條第一款)否則法院即予以免訴之判決

。(參第三百一十七條第一款)此種關係。刑法學者稱之曰一事不再理。刑事訴訟法學者則認為判決之實質確定力。亦曰既判力。

法院之判決。具有實質確定力者居多。但吾人應注意者。須其判決(一)非無效之判決。(二)非外國法院之判決。(三)非形式判決。而後始具有實質確定力。因無效判決。法院可以依法變更。外國法院之判決。在中國法律上不能認為有效。形式判決。僅判斷訴訟

關係之有無。而非判斷刑罰權之有無。其實質確定力。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。乙若先就逮捕。經審判而受有罪之判決確定。法院雖不能再對乙爲有罪之主張。而日後捕丙歸案另行訴追於同一法院。則不妨對丙爲有罪之判決也。

(二) 裁定之確定 裁定大抵屬於訴訟關係存否之判斷。與刑罰權無涉。故無實質確定力。至其形式確定力之有無。則自其性質決之。凡不能以抗告方法攻擊者。無形式確定力。能以抗告方法攻擊者。有形式確定力。蓋不能以抗告方法攻擊之裁判。原法院可以隨時變更。能以抗告方法攻擊者。抗告之途窮。則裁判歸於確定。故一則有形式確定力。而一則無之。

第十三章 文件

訴訟行爲。有須藉文字爲表示者。其所表示之文字。統稱文件。文件之製作。以中國文字爲

準。此不獨法院之職員作成文件爲然。即被告人或第三人所提出之訴訟文件。亦然。惟有應注意者。法院依通譯傳言所作之文件。於必要時。得附錄外國語或土語。又訴訟人等所提出之原本。雖非國文。仍應編入卷宗使存其真。備於或有爭執時。爲校勘之用。（參照法院編制去第七十一條）文件之種類甚多。如傳票、拘票、扣押及搜索筆錄。公判筆錄又告訴發上訴書狀等。均已於總則及分則各章分別規定。本章僅就其共通適用之點規定之。其種類約分爲二。一爲公務員制作之文件。二爲非公務員制作之文件。分說於次。

（一）公務員制作之文件。法院或檢察官之文件。除有特別規定外。應由書記官制作。如第一百八十一條。裁判應由推事制作裁判書。即特別規定之一。無論爲推事檢察官或書記官所制作之文件。均爲公務員制作之文件。文件應由公務員制作者。應記載制作之年月日及處所。由制作者署名蓋章。蓋用各該公署之印。並於每頁蓋騎縫印。文件內不得竄改或挖補。若有增加刪除或附記者。應蓋印其上。並記明字數。其刪除處。應存留原文。以便辨認。因增加刪除等所蓋之印。係各該公務員之私印。並非公署之印。（第一百八十八條至第一百九十條）

(二)非公務員制作之文件。非公務員者。即本章所稱之公務員以外之人。告訴人或被告。

以及證人或鑑定人等。非無在法院或他公署為公務員者。然既以被告或被告等之關係為訴訟人。自不在本章所稱公務員之列。文件由非公務員制作者。應記載年月日。並署名蓋章

。不能署名蓋章者。使他人代行署名蓋章。代署人應記載事由。一併署名蓋章。(第一百九十一條)

(第一百九十二條)

無論為公務員或非公務員所制作之文件。均應由書記官編入卷宗。(第一百九十三條)

第十四章 送達

送達者、以關於訴訟之文件。交付於訴訟關係人之謂也。若訴訟關係人。對於公署。交付文件。祇可謂之提出。無所謂送達。刑事訴訟上送達應準用民事訴訟之送達程序。茲僅述刑事訴訟之特別規定。

第一 應受送達人。當事人、辯護人、輔佐人。均係應受送達人。除對於檢察官之送達。

應於檢察處爲之外。(第二百零一條)如訴訟關係人爲接受文件之送達起見。偵查中應將其住址或事務所向檢察處聲明。於起訴後。應向法院聲明之。但在偵查中無辯護人。自無令其聲明事務所之必要。而擔任辯護人律師。依律師暫行章程第二十三條規定。應以事務所報告於法院。尤不必對於特定案件。逐件聲明。此種規定。殊無何種意義。(第一百九十四條第一項)

當事人、辯護人、輔佐人。向檢察官或法院聲明住址或事務所者。其效力及於同地之各級法院及檢察官。蓋各該人等之住址或事務所。在法院或檢察官所在地者。始可便於送達。否則應委託居住該地之人。爲代受送達人。聲明其姓名住址。故其效力以同地之各級法院及檢察官爲限。若對於異地之檢察官或法院。爲便於接受文件之送達起見。仍應另爲聲明。至其聲明之方法。或以言詞。或以書狀。並無定式之規定。(第一百九十五條)

第二 代受送達人。當事人、辯護人、輔佐人。若於檢察官或法院所在地。無一定住址或事務所者。應委託居住該地之人爲代受送達人。聲明其姓名住址。代受送達人之住址。以本人之住址論。送達於代受送達人。以送達於本人論。故委託居住檢察官或法院所在地之

人。爲代受送達人者。不可不得其同意。且不可不爲忠實可恃之人。若代受送達人懈怠送達。則本人因之所生懈怠之結果。而不得以未受送達爲抗辯之理由。(第一百九十四條第一項第三項)

第三 送達之方法。有左列三種。

(一) 郵信送達。應受送達人住址或事務所。因恐檢察官或法院有所不知。故應向其聲明。以便接受文件之送達。若檢察官或法院。已明知應受送達人住址或事務所時。雖應受送達人欠缺聲明手續。自不妨將應受送達人之文件。以掛號郵信送達。惟此係由檢察官或法院酌核。並非強制的規定。檢察官或法院若因未經聲明。概依住址不明之例。逕以公示送達。並不得謂爲違法。(第一百九十七條)

(二) 囑託送達。在監獄或看守所之人。毋庸爲第一九四條之聲明。所謂在監獄或看守所之人。當然包括當事人辯護人輔佐人而言。惟辯護人若係律師。則律師在刑事訴訟程序中。被羈押時。即停止其職務。而不許擔任辯護。故在監獄或看守所之辯護人。自係非律師。而經法院許可爲辯護人者。對於各該人等之送達文件。應囑託監獄或看守所長官爲

之。所謂囑託送達是也。(第一百九十八條)

(三) 公示送達。 公示送達。以該文件應送達於當事人者為限。若應送達於辯護人輔佐人之文件。不適用公示送達之規定。當事人有下列情形之一。得為公示送達。(1) 住址不明者。(2) 以掛號信送達而不能達到者。(3) 因居住於法權所不及之地。不能以其他方法送達者。(1)(2) 兩種情形。義甚明瞭。毋庸加以說明。第就(3)之情形言之。居住中國之有治外法權者。非得有治外法權者之同意。不得入其住居。故對於在其住居內應服從中國審判權者之送達。若被有治外法權者拒絕收受。則舍公示送達之方法外。別無其他方法可以送達。(第一百九十九條)

公示送達。非經法院許可不得為之。有許可必先有聲請。如檢察官自訴人聲請對於被告公示送達。或被告聲請對於自訴人公示送達皆是。許可與否。權在法院。法院認為無公示送達之必要。以裁定駁回聲請者。聲請人不得對於駁回之裁定抗告。因該裁定係關於訴訟程序之裁定。既無特別規定。自不在得聲明抗告之列。

法院許可公示送達者。書記官應將送達之文件。張貼於牌示處。惟第一次審判之傳票。關係較重。遇有必要情形。除張貼於牌示處外。並應登載報紙。或以其他方法通知或布告之。又公示送達。自張貼牌示處之時起。經十五日。其登載報紙者。自最後登載之時起。經三十日。以經送達論。(第二
百條)

(四)送達之執行。送達文件。由司法警察執行之。(第二
百零二條)

第十五章 期限

第一 期限之意義及種類。

期限云者。法律或法院預定一定時間。供訴訟主體於此一定時間內。或為訴訟行為。或不為訴訟行為也。依其性質觀察之。得分為兩類。

(一)行為期限。即其期限內不可不為某種訴訟行為者也。例如上訴期限。(第二六
三條)抗告期限。(第四一
七條)聲請回復原狀期限。(第二零
九條)皆為訴訟程序迅速起見而設定。若虛度此

期限。則失其實施訴訟行為之權。故又稱爲失權期限。

(二)不行爲期限。即其期限內不得爲某種訴訟行為者也。例如公示送達應經過之期限。

(第二零條)鑑定被告人心神狀況所需之期限。(五條)皆爲訴訟程序正確起見而設定。因

欲求其正確。則對於某種訴訟行為之準備。不可不與以時間之猶豫。故又稱爲猶豫期

限。

期限又因設定之方式不同。而別爲法定期限。與裁定期限。其期限以法律規定。不許加以

伸縮者。曰法定期限。如上訴期限(第二六條)是。不以法律規定而由法院依職權斟酌定之者

。曰裁定期限。此種期限。於附帶民事訴訟應準用民事訴訟法時多見之。而刑事訴訟殊少

此例。

第二 期限之計算。

期限以月或年計算者從歷。并以最後之月或年。與起算日數目相當之前日。爲期限之末日。但最後之日。無數目相當日者。以其月之末日。爲期限之末日。假定期限爲一個月。該

期限係自一月三十一日起算。則二月三十一日。即與起算日數目相當之日。二月三十日。即與起算日數目相當之前一日。應以二月三十日爲期限之末日。但二月並無三十日。則無與起算數目相當日者。即以該月之末日。爲期限之末日。期限以年計算者。其計算方法亦同。又期限以日月或年計算者。不算入第一日。如上訴抗告期限均自送達判決。或裁定後之翌日起算是。至期限之末日。若係星期日、慶祝日、或其他普通休息日。不得算入。則以二月三十一日或三月一日爲期限之末日。(第二百零零四條
第二百零零六條)

第三 期限之延長。

實施訴訟行爲之人。不在法院或檢察處所在地居住者。計算法定期限時。應酌加在途期間。此在途期限之長短。應酌量距離之遠近。預由司法部以命令定之。(第二百零七條)

第四 期限之效力。

不遵守前述不行爲期限。即猶豫期限而爲訴訟行爲者。從嚴格言。其所爲之訴訟行爲。應歸無效。但在現行法上。尚不生此問題。而其相對人可含棄抗辯之利益。亦不待言。

經過前述行爲期限。卽失權期限。而不爲應爲之訴訟行爲者除左列情形外。皆喪失行爲之權。至其期限屬於法定或裁定。並無區別。

(甲)停止期間之經過。審判長對於科刑之被告人。應告以得爲上訴及上訴期限。若送達裁判者。應以此等事宜記明於裁判書中。倘未告知或記明。則被告人經過上訴期限。亦不應受失效之制裁。此卽所謂停止期限之經過。惟現行法上。關於此點。尙無明文。就法理言之。固應如是也。

(乙)回復原狀。回復原狀云者。於一定條件之下。回復因逾期所失之權利也。今先就其條件之實質的與形式的二者。述之於下。

(一)實質的條件。回復原狀之實質條件。卽非因過失之不能遵守期限是也。所謂非因過失。卽指天災或意外事變而言。當事人本人有過失。固不得聲請回復原狀。當事人無過失。而其代理人有過失時。其代理人之過失。亦以當事人之過失論。惟辯護人之過失。可否作爲被告人之過失。學者間尙有爭執。竊以辯護人之行爲。非以代理被告

人之資格爲之。於指定辯護之際。尤爲明顯。辯護人之過失。自不能謂爲被告人之過失。

(二)形式的條件。回復原狀之形式的條件。又得細別之爲三。(第二百零零八條及第二百零九條)

(1)聲請回復原狀者。須爲不能遵守期限之當事人。(狹義的)

(2)聲請回復原狀。應於不能遵守期限之原因消滅後五日內爲之。

(3)聲請回復原狀。應向該案件所屬之法院提出書狀。其逾上訴期限者。則向原審法院提出。並須於書狀中釋明聲請回復原狀之原因。

聲請回復原狀。並應於聲請時補行期限內應行之程序。如因逾上訴期限而聲請回復原狀者。應於聲請回復原狀之際。同時提出上訴理由書。其聲請之當否。由管轄法院裁定之。如經駁回。聲請人得於五日內抗告。並得於未裁定前。停止裁判之執行。(第二百零十一條及第二百零十二條)

各論

第二編 第一審

第一章 公訴

第一 公訴之意義。公訴者。國家行使公訴權之謂也。詳言之。即國家對於犯罪者。以適用刑罰爲目的。而由訴追機關行使科刑請求權之謂也。蓋凡犯罪。不僅侵害個人法益。且多侵害國家法益。國家爲防止侵害起見。自不可無刑罰權。確定刑罰權之有無者。固爲國家機關之法院。然法院亦非可漫然爲之。必待有請求權者之請求。而後可以實行。若由私人請求者。謂之自訴。而由代表國家之檢察官請求者。謂之公訴。故在法院一被請求。應依法裁判。是爲受訴義務。在檢察官遇有犯罪。應提起訴訟。是爲公訴權。公訴權分廣狹

二義。廣義之公訴權。謂檢察官提起之公訴。有時雖不適法。（如起訴權已消滅或起訴程序違背規定等類皆為不適法之公訴）法院必分別為程序上之判決者是。狹義之公訴權。謂實行公訴請求法院為本案實體上之判決者是。

第二 公訴之性質。公訴之性質。乃結合不可分。因公訴不可分之原則。審理公訴。應注意下列各點。(一)不許就一訴訟物體分割審理。所謂分割審理者。例如先審理主刑。判決後再審理從刑。或先審理犯罪手段之行爲。判決後再審理犯罪結果之行爲者是。(二)不可不爲全部審理。所謂全部審理者。例如連續犯牽連犯等。既均爲曾經起訴之行爲。自應就全部審理者是。(三)全部審理。不可不全部同時判決。所謂不全部同時判決者。例如主刑或犯罪一部之刑已宣告判決。而對於從刑或其他一部之判決則另期宣告是。

第三 公訴權之發生。國家之有刑罰權。已如上述，因確實行此刑罰權。故不得不有公訴權。惟公訴權之發生。並非盡與刑罰權同時發生。有刑罰權雖發生。而公訴權不發生者。如告訴乃論之罪。自犯罪起刑罰權即已存在。而公訴權則必待告訴而後發生。反之刑罰權

雖不發生。而公訴權乃發生者。如本無刑罰權存在之事件。既經著手實行公訴。苟無消滅公訴之原因。則公訴權即於著手實行時發生。不能不認此公訴權之存在。

第四 公訴權之消滅。公訴權因左列各種原因而消滅。

(一) 時效已期滿者。法律因權利義務久不確定。恐於社會秩序有重大妨礙。設一定期限以確定其權利義務。是即時效之所由規定。時效可分兩種(一)為得權時效。(即取得時效)

(二) 為免責時效。刑法上無取得時效。只有免責時效。免責時效。乃指公訴權及刑罰權之時效消滅而言。公訴權時效消滅者。不得再提起公訴。刑罰權時效消滅者。不得再行行刑。茲專就公訴權之時效言之。公訴權之時效。實為刑法上之制度。抑為刑事訴訟法上之制度。學者向分三說 (一) 謂僅係刑事訴訟法上之制度。(二) 謂僅係刑法上之制度。(三) 謂既係刑法上之制度。又係刑事訴訟法上之制度。此與因時效而消滅者。實為刑罰權。抑為公訴權之問題。互相牽連。蓋刑罰權為刑法上之請求權。公訴權則為刑事訴訟法上之請求權。刑罰權與公訴權之因時效消滅。刑法上固均有明文規定。(刑法第九十七條至第一

百零二條) 而關於公訴權之消滅原因。刑事訴訟法。亦明載有時效專款。故就立法言之。應以第二說爲當。若就解釋言之。則仍以第三說爲當。

法律規定時效。係專爲維持社會秩序起見。既已如上所述。但學說各有不同。有主張國家懈怠說者。此說略謂國家既有追訴犯罪之權。對於犯罪者。懈怠不予訴追。即應使公訴權消滅。以爲國家懈怠之制裁。但國家懈怠訴追。應否即受制裁。本屬疑問。即使有制裁之必要。其影響亦不應及於犯罪人。蓋公訴乃國家權利。有受國家公訴之義務者。斷不能因權利者懈怠權利。反使義務者享受權利之理。又有主張社會遺忘說者。此說略謂犯罪經過多時。在社會一般人。已不知不覺。無復有此印象。國家即無再行訴追之必要。不知公訴權本屬於國家。不屬於社會。因社會遺忘而消滅公訴權。其理由不能認爲正當。又有主張犯人痛苦說者。此說略謂犯罪經過多時。雖未訴追。而犯人東逃西竄。精神上之痛苦已與訴追無異。或且更有甚焉。若再予訴追。反不免失之苛酷。此說亦不足取。蓋刑法目的重在感化。本不重在使犯人痛苦。即以痛苦言之。在客觀的雖以爲痛

苦。而在犯人主觀。亦未嘗不自幸逍遙法外。或竟有因犯罪之結果。而享不義之快樂者。更有何痛苦之可言。且刑罰有宣告死刑或無期徒刑者。豈犯罪後之痛苦。即足以相抵乎。又有主張證據湮滅說者。此說雖似覺有理。然時效長短。依犯罪輕重定之。若謂時效制度。恐防證據湮滅。就事實而論。重刑之長時效。其證據未必經長期而始湮滅。輕刑之短時效。其證據未必於短期而即湮滅。仍與設定時效之精神不能貫徹。以上各說。理由均不充分。法律所以設定時效者。專為維持社會秩序起見。犯罪行為足以擾亂社會秩序。若閱時既久。其秩序即已恢復。公訴權之因時效期滿而消滅。自屬當然之事。公訴權時效之期間。死刑。無期徒刑。或十年以上有期徒刑者。二十年。一年以上。十年未滿有期徒刑者。十年。一年未滿有期徒刑。拘役。或罰金者。三年。(刑法第九十七條第一項)其特別犯罪。而定有特別時效者。應依特別法所定之期間。刑法所列記之刑名。係以本刑之最高度計算。非以判處之刑為標準。其有二以上之主刑。而依最重主刑最高度定之。有加減者。依未加減之本刑計算。(刑法第九十八條第九十九條)

時效之起算。因犯罪行為不同。故其起算之方法亦各有不同。茲略述如次。

(甲)以結果為必要者。公訴權之時效。自結果告終之日起算。無論犯罪由於故意或過失。皆所不問。

(乙)不作為犯公訴權之時效。自作為義務終了之時起算。然以結果為必要之不作為犯。則應自結果告終之日起算。

(丙)正犯有數人者。公訴權之時效。自其中一人之最終行為或結果告終之日起算。教唆犯從犯。自正犯之最終行為或結果告終之日起算。間接正犯。自其被利用者之最終行為或結果告終之日起算。

(丁)連續犯外觀上數個之行為存在者。公訴權之時效。以最終行為或結果告終之日起算。繼續犯。亦應自違法狀態告終之日起算。

(戊)未遂犯之公訴權時效。自最終行為或使發生現所生之結果之時起算。

(己)告訴乃論之罪。雖應具備訴訟條件始得訴追。然犯罪之成立。不在條件具備之時。

而在行爲完畢之日。故公訴權之時效。應自行爲完畢之日起算。

上述起算時效方法。有自犯罪行爲完畢之日起算者。有自結果發生之日起算者。惟刑法第九十七條第二項既規定 自犯罪成立之日起算。卽有因結果發生。其行爲始成爲犯罪行爲時。亦應以結果發生之日。追溯行爲成立之日。而以行爲成立之日起算公訴權之時效。

時效之起算。既如上述。惟依刑法規定。遇有依法令不能開始。或繼續偵查起訴或公判之程序時應停止時效。自停止原因消滅之日起。與停止前已經過之期間。一併計算。

(刑法第一百條)

(二)曾經判決確定者。公訴權之目的在判決。若爲有罪之判決。則公訴之目的已達。公訴權固當然消滅。若爲無罪之判決。則是公訴不當。公訴權已失其根據。斷無不歸消滅之理。但公訴權雖因確定判決而消滅。如於事實或法律上有重大錯誤。亦非無再審及非常上訴方法可以救濟。所謂再審者。如有罪判決確定後。發見有本法第四百四十一條所

列各款情形。得爲受刑人利益起見。提起再審。如無罪或輕於相當之判決確定後。又免訴或不受理之判決確定後。發見有本法第四百四十二條所列各款情形。亦得爲受刑人或被告之不利益起見。提起再審者是。所謂非常上訴者。如判決確定後。發見其審判係屬違法。最高法院檢察署檢察長。得向最高法院提起非常上訴者是。是皆得爲公訴權消滅後。復又發生之原因。除上述各種特別情形外。判決既經確定。公訴權卽當然消滅。

因確定判決而消滅公訴權。卽對於同一被告人。同一被告事實。不得再行起訴之意。是名爲一事不再理。若被告人同一。而事實不同一。或事實同一。而被告人不同一。則無所謂一事不再理。亦無所謂公訴權消滅。茲將一事不再理之原則說明如下。(甲)對於一被告人就一犯罪事實。既已確定判決。則同一事件。不得再提起公訴。是卽因判決確定而認公訴權之消滅也(乙)對於一被告人。就一犯罪事實。既已將公訴繫屬於審判衙門。則同一事件。不得再提起公訴。是卽對於一被告事件。祇有一個公訴權也。如上所述確定判決。對於一被告人。公訴權雖消滅。若同一事件。對於他被告人。則不妨提起公訴。

例如甲乙共犯一罪。甲已受有罪判決。乙於甲判決後捕獲。則對於乙之公訴權。並不因同一事件。對於甲消滅公訴權。對於乙亦消滅公訴權。再反言之。例如教唆罪。被教唆之乙。已受無罪判決。則對於乙之公訴權消滅。而審判衙門不妨受理教唆犯之甲之被告事件。亦不得以確定判決。對於一人有效者。其效力更及於他人。蓋確定判決之消滅公訴權。係對於同一被告。同一事件言之也。

確定判決爲消滅公訴權之原因。已如上述。但有應注意者。確定判決除再審及非常上訴之特種情形外。亦並非絕對的皆有消滅公訴權之效力。例如管轄錯誤之判決。雖已確定。然不能消滅公訴權。就同一事件。檢察官仍得對於同一被告。向有管轄權之法院。重行起訴。又如告訴乃論事件。法院因未經告訴。諭知不予受理之判決確定後。若經有告訴權者。爲適法之告訴時。仍不得因不予受理之判決確定。消滅公訴權。

(三)曾經大赦者。大赦爲國家之恩澤。即拋棄刑罰權之意。刑罰權不存在。固不得提起公訴。即提起公訴時。刑罰權本尙存在。而因大赦效力。則刑罰雖已執行。(除定有不准免除條款外)

均應一律免除。被免除者如以後犯罪。不得適用累犯加重之例。是即大赦之特色。

(四)犯罪後法律已廢止其刑罰者。在犯罪當時。法律上雖有應科之刑。而至犯罪發覺後

。法律上若已廢止其刑罰。則對於犯罪時所有之公訴權。不得不歸於消滅。此即公訴權之發生。由於刑罰權之存在。法律既廢止其刑罰。是已不發生刑罰權。公訴權之消滅。自係應有結果。惟在已經提起公訴以後。而刑罰始廢止。則應諭知免訴之判決。若在第一審判決前。則第一審之判決。按照未經廢止刑罰以前之法律雖無不合。因現行法律已廢止其刑罰。仍須撤銷原判。另為免訴之判決。推而至於第三審。或在上訴期間內刑罰廢止者。公訴權之應就消滅亦同。惟判決確定後。法律雖已廢止其刑罰。仍不得免除執行。

(五)告訴或請求乃論之罪。其告訴或請求已經撤回者。告訴乃論之罪。即親告罪。親告罪之性質。約分三說。(甲)謂親告罪為處罰條件。蓋以親告罪成立之要件有二。(一)即通常犯罪成立之要件。(二)即告訴要件。親告罪既規定於實體法中。益足證明為處罰條

件。並非訴訟條件。(乙)謂親告罪爲訴訟條件。蓋以國家刑罰權之發生。即在犯罪成立之時。並非未經告訴。犯罪即不成立(丙)謂親告罪爲處罰條件。同時又可爲訴訟條件。蓋以親告罪。於實體法程序法均有規定。惟學者多主張訴訟條件。其理由有二種。(一)法律認某行爲爲犯罪行爲者。實以其行爲有害公安。即應處罰。不應以告訴與否爲犯罪成立與否之標準。親告罪不過對於已成立之犯罪。請求處罰之意。(二)就起訴時效而言。如謂親告罪爲處罰條件。是犯罪因告訴而成立。起訴時效。必自告訴之日起算。不能自犯罪成立之日起算。顯與刑法第九十七條第二項規定相反。其確係訴訟條件。並非處罰條件。自可斷言。

親告罪爲訴訟條件之一。既已如上所述。是親告罪之告訴。乃公訴權發生之原因。公訴權既因告訴而發生。則告訴後撤回告訴。公訴權自應歸消滅。又請求乃論之罪。係指刑法第一百二十二條及第一百二十六條所列各罪而言。前兩條之罪。須外國政府請求。其未請求。不能發生公訴權。以及請求後撤銷請求。即應消滅公訴權。均與親告罪之告訴

同。

(六)被告已死亡者。被告人亡故。無論提起公訴前。或提起公訴後。均不能科以刑罰。公訴權自應歸消滅。蓋刑罰祇及於犯罪人一身。其在尙未諭知判決前死亡者。審判程序即於此終結。其在既已諭知判決後死亡者。如該判決確定。無論自由刑或財產刑。均不得歸於消滅。惟此係就被告僅一人者而言。若共同被告中一人死亡。對於死亡之一人。公訴權雖已消滅。然對於未死亡之共同被告。公訴權仍不消滅也。

第一節 偵查

檢察官有實行公訴之職務。若逆料有犯罪時。即應偵查其犯人及證據。以爲公訴之準備。故其處分專由實行公訴之檢察官爲之。檢察官爲貫徹實行公訴之目的起見。依此偵查處分。辨明行爲者爲誰。是否具備處罰條件以及訴訟條件。固均應調查明確。即對於證據恐有湮滅。被嫌疑人恐有逃亡時。亦應設法保全。以供法院之用。惟偵查權之發生。乃實行公訴之檢察

官。就主觀的確信有科刑權而發生。並不以客觀的爲標準。檢察官苟逆料有犯罪。卽應開始偵查。當偵查開始時。不但證據未嘗完備。被告人是否爲誰。亦並未確定。假定卽認某某爲被告。其被告事件。在未提起公訴前。某某不過爲偵查之客體。並無三面的（即原告被告檢察官）法律關係。不得逕指爲刑法上之被告人。學者有謂狹義之刑事訴訟。並不包含此項程序。意卽謂偵查權與犯罪同時發生。所犯之罪雖爲告訴乃論之罪。並不必待告訴人之告訴。始能偵查。因告訴乃犯罪訴追條件。並非犯罪偵查條件。或謂被害人未告訴。檢察官卽無偵查權。此說不能認爲正當。茲將偵查程序。分別說明於次。

第一 偵查之開始。 偵查處分。既專由實行公訴之檢察官爲之。檢察官開始偵查時。必不可不有犯罪之認知。認知犯罪之方法。除現行犯準現行犯。由檢察官自己直接的認知外。其由間接的認知者。不外下列甲乙丙丁四種。

（甲）告訴。 以犯罪被害事實申告於公署。請求保護者。謂之告訴。關於告訴應說明者如左。

(一)告訴之主體。告訴之主體。分別爲被害人。及被害人之法定代理人、保佐人、或配偶。又被害人之親屬三者。因犯罪被侵害之法益主體。皆謂之被害人。皆可有權告訴。惟刑法第二百五十六條之姦非罪。非本夫不得告訴。是即所謂狹義之告訴。被害人之法定代理人保佐人。或配偶。對於被害人被害事實。除上述狹義告訴外。無論被害人之意思如何。均得獨立告訴。至被害人之親屬。雖可爲被害人告訴。但其告訴。祇限於被害人已死亡。且不得與被害人明示之意思相反。與法定代理人保佐人或配偶。得爲被害人獨立告訴者不同。然被害人之法定代理人、保佐人、或其親屬(即法定代理人保佐人之親屬)爲被告時。被害人之親屬。亦得獨立告訴。茲有更應說明者。若係告訴乃論之罪。並非狹義告訴。而被害人已死亡。或被害人之法定代理人、保佐人、或其親屬爲被告時。並無被害人之親屬得以告訴。於此情形。管轄檢察官得依關係人之聲請。指定代行告訴人。此指定告訴程序。所以濟告訴之窮。特別保護被害人也。(第二百三十三條至第二百三十七條)

(二)告訴之期限。告訴乃論之罪。其告訴應於告訴人知悉犯人之時起六月內爲之。蓋告訴乃論之罪。其訴追在於告訴人之意思。未經告訴以前。應否訴追游移不定。此種狀態。不宜聽其日久繼續。故不得不明定告訴之期限。逾此期限。告訴權即行消滅。

(三)告訴之撤回。法律於某種犯罪。規定告訴乃論。是於保護公益外並以保護私益爲目的。有告訴權者。既已拋棄權利。撤回告訴。已無科以刑罰之必要。故其撤回之效力。不分公訴之提起與否。反對論者。以爲撤回告訴。關係公訴權甚重。不可不限於提起公訴以前。若既提起公訴。則已屬於公訴權行使之範圍。自不得以私人妨害公權之行使。故不應許其任意撤回。然此說實不能視爲篤論。蓋起訴後。爲公權行使。並非私權行使。就通常刑事訴訟之觀念而言。原無異議。惟告訴乃論之罪。既以私人之利益爲重。而認許其告訴與否。以爲公訴權行使之條件。則雖在起訴後。苟於第一審尚未辯論終結。仍當認爲有效之撤回。惟撤回雖僅對於共犯中之一人。其效力亦及於他之共犯。是即告訴不可分之原則。蓋告訴係對於犯罪事件而言。並非對於告訴犯罪

之人而言。告訴人既對於其犯中之一人撤回告訴。而他之一人。獨不受撤回之利益。核與認許撤回之精神不能貫徹。例如姦非罪。因暴露姦事。有害本夫之名譽。故認許本夫撤回告訴。若僅對於姦夫或姦婦一面有撤回之效力。其未撤回之他之一面。仍須開庭審訊。牽連及於已經撤回者。姦事既終不免暴露。法律認許撤回。自屬無謂。至告訴既經撤回。是已拋棄告訴權。若許再行告訴。難免不以告訴人輕妄之舉動。增公署無益之勞力。故法律不得不加以制限。(第二百二十九條 第二百三十條)

(乙)告發。告發與告訴。皆對於偵查機關申告犯罪事實之程序。所區別者。告訴限於被害人。及被害人之法定代理人、保佐人、或配偶。又被害人之親屬。而告發則由被害人以外之第三者。不問何人。知有犯罪嫌疑者。皆得出而告發。此種告發。謂之權利。告發於權利告發之外。更有義務告發。公務員因執行職務。知有犯罪之嫌疑。即有不得不告發之義務。是即所謂義務告發。(第二百二十一條 第二百二十二條)

(丙)自首。犯罪未發覺而自首於官受審判者。謂之自首。犯罪告罪而向有告訴權之人首

服。受公務員之審判者亦同。自首必在犯罪未發覺以前。若犯罪既經發覺。雖審判時直供犯罪。祇得謂之自白。不得謂之自首。自首準用告發之規定。可向檢察官或司法警察官以言詞爲之。(第二百二十六條)

(丁) 令知。刑法第一百二十二條及第一百二十六條請求乃論之罪。外國政府之請求。應經由外交部長。轉請司法部長。令知該管檢察官。外國政府之請求準用第二百十九條及第二百二十條之規定。(第二百二十五條)

檢察官之開始偵查。除由檢察官自己直接的認知犯罪外。其由間接的認知犯罪者。不外上述之四種。檢察官因告訴、告發、自首、或令知。應即偵查犯人及證據。惟偵查雖係檢察官專職。然事務繁重。法律更規定司法警察官及司法警察。補助檢察官偵查事務。茲將補助權限。分述如次。

(子) 司法警察官之權限。司法警察官之偵查權。有與檢察官同者。有聽檢察官指揮者。其與檢察官同者。即一爲縣長二爲公安局長三爲憲兵隊長官。其聽檢察官指揮者。即一

爲警察官長。二爲憲兵官長軍士。三爲依法令規定關於稅務鐵路郵政電務森林及其他特別事項。有偵查犯罪之權者。

(丑)司法警察。司法警察指警察及憲兵而言。其偵查犯罪權限。均應受檢察官及司法警

察官之命令。(第二百二十七條至
第二百二十九條)

司法警察官之偵查犯罪權。既與檢察官同。故除請求乃論之罪。須經外交部長轉請司法總長

令知該管檢察官外。告訴、告發、自首。均應向檢察官或司法警察官爲之。(第二百二) 檢察

官或司法警察官接受之告訴告發。如以書狀爲之者。自應分別權限偵查犯罪。如以言詞爲之

者。檢察官或司法警察官。應作筆錄。向告訴人告發人朗讀。命其署名。關於自首亦同。

(第二百二)
十四條

第二 偵查之實施。檢察官因告訴、告發、自首、或令知。知有犯罪嫌疑者。爲發見證據

及犯人起見。應速實施偵查處分。當偵查時。嫌疑之事實既尙未明確。且亦並無法律的二

面關係。故以不用強制爲原則。惟有時不得不用強制者。茲就強制各處分略述如次。

(一) 羈押被告。 羈押被告。應用押票。發押票之權。屬於檢察官。但應向首席檢察官陳

明羈押理由。(第六十七條)

(二) 拘提被告及傳喚證人。 拘提被告。應用拘票。傳喚證人。應用傳票。發拘票傳票之權。依刑事訴訟法第四十五條第八十七條規定。偵查中屬於檢察官。

(三) 拘提證人及搜索。 拘提證人。準用拘提被告之規定。罰鍰及賠償費用之處分。由偵查之檢察官。聲請該管法院裁定。至搜索時。所發之搜索票。其發票之權。亦屬於偵查

之檢察官。(第九十六條第一百四十二條第二項)

(四) 勘驗 為察看證據及其他犯罪情形起見。應實施勘驗。勘驗得施下列處分。

(1) 履勘犯所及其他有關係之處所。

(2) 檢查被告或被害人之身體。

(3) 檢驗屍體。

(4) 解剖屍體。

以上各處分。偵查中均由檢察官行之。(第一百五十六條第二項第一百五十七條)

上述各種強制處分。均非檢察官不能實施。故又謂之特定處分。除特定強制處分外。司法警察官。知有犯罪嫌疑者。應即通知該管檢察官。於檢察官開始偵查前。應實施下列處分。

(一)記載可為證人者之姓名、性別、住址。及其他足資辨別之特徵。

(二)調查易於消滅之證據及其他犯罪情形。

(三)犯罪時在場之證人。恐偵查時不能訊問者。得先行訊問。

又司法警察。知有犯罪嫌疑者。應即報告司法警察官或該管檢察官。遇有必要時。並應實施上列第一款第二款(司法警察無訊問權雖有必
要時。不得實施第三款處分)之處分。以上各種處分。即所謂急速處分。急速處分與特定處分不同。司法警察官。於檢察官開始偵查前。及司法警察遇有必要時。皆得各依權限。實施急速處分。若特定處分。除檢察官外。聽檢察官指揮偵查之司法警察官。及受檢察官或司法警察官命令偵查之司法警察。均無獨立實施之可言。(第二百三十三條第二百三十三)

(四) 又檢察官。司法警察官。司法警察。遇有急迫情形時。得請在場或附近之人。爲相當

之輔助。檢察官遇有急迫情形時。得請附近軍事官長派遣軍隊輔助。(第二百三十五條)

(第二百三十六條)

實施偵查時不公開之。檢察官於受傳喚之被告。若因疾病或其他正當理由不能到場者。檢察官得就其所在訊問。不得因傳喚不到。逕行拘提。於訊問被告、證人、鑑定人。搜索扣押及勘驗。除有急迫情形。檢察官得親自執行書記官應行之職務外。均應命書記官在場。又檢察官於偵查事項。無論有利被告及不利被告。均須一律注意。被告得聲請檢察官爲有利益之必要處分。檢察官亦得請該管公署報告。又訊問證人鑑定人如被告在場者。被告得親自詰問。但與案情無關者。檢察官得禁止之。檢察官預料證人鑑定人於審判時不能訊問者。應許被告在場。但恐證人鑑定人於被告前不能自由陳述者。不在此限。(第二百三十七條至第二百四十二

條)

檢察官知犯罪事件。屬於他處法院管轄者。如尙未開始偵查。或偵查處分未完備者。應即分別通知或移送該管檢察官。惟此係指獨立案件。一個檢察官偵查而言。若遇牽連案件。

經二以上之檢察官分別開始偵查時。

(例如甲乙共犯一罪。甲地檢察官。對於甲之犯罪偵查。乙地檢察官。對於乙之犯罪偵查。又如甲犯子丑二罪。甲地檢察官。對於甲之

子罪偵查。乙地檢察官。對於甲之丑罪偵查。)

如各該檢察官。認為無併案之必要。自應各別實施偵查。如經各該檢

察官之同意。亦得由其中一檢察官併案偵查。(第二百三十一條
第二百三十二條)

第三 偵查之終結。 偵查之終結。不外起訴及不起訴兩種。茲分別說明如次。

- (一)起訴程序。 犯人不明者。於起訴權消滅前。不得終結偵查。本法第二百五十四條已明白規定。苟非此種情形。檢察官因偵查所得之證據。足認被告有犯罪嫌疑者。應向該管法院起訴。檢察官所起訴之被告。如尚在執行羈押。或因具保停止羈押。又或不命具保。而責付於其親屬時。該被告所在處所均甚明確。固應依法起訴。即該被告並未到案。或到案後業已逃走。既非犯人不明者比。自不得因所在處所不明停止起訴。牽連案件。由二以上之檢察官分別偵查者。其偵查時。雖未併案起訴。如經各該檢察官之同意。亦得由其中一檢察官併案起訴。(第二百五十五條)
- (二)不起訴程序。 檢察官所偵查之案件。認為有下列情形之一者。應不起訴。

(1) 起訴權已消滅者。
(2) 犯罪嫌疑不足者。
(3) 行爲不成犯罪者。
(4) 法律應免除其刑者。
(5) 對於被告無審判權者。

又認爲有左列情形者。得不起訴。

(1) 屬於初級法院管轄者。

(2) 情節輕微以不起訴爲有實益者。

(3) 被害人不希望處罰者。

此種案件。均爲不起訴案件。不起訴者。應製作處分書。敘述事實上及法律上之理由。以正本送達於被告及告訴人。告訴人接受不起訴之處分書後。得於七日內以書狀敘述不服之理由。經由原檢察官聲請再議。檢察官認爲聲請有理由者。應撤銷其處分。繼續偵查。或

起訴。認為無理由者。應將該案卷宗及證據物件送交上級法院首席檢察官。又偵查案件。如係地方或高等管轄案件。其聲請再議。除依前述辦法外。原法院首席檢察官。得於送交上級首席檢察官以前。指定其他檢察官再行偵查。如結果仍係維持原不起訴之處分時。應即將該案卷宗及證據物件。送交上級法院首席檢察官。(第二百四十三條至第二百四十九條)

再議乃對於不起訴處分之救濟方法。告訴人應有再議權。學者固毫無異說。至告發人應否與告訴人同有此權。是應研究之點。持積極說者曰。告發與告訴。同為偵查之端緒。既皆有使檢察開始刑事訴訟之權利。則於不能達其權利行使之目的時。亦應皆有再議權。若謂再議權。應專屬於告訴人。則刑事訴訟法上不應於承認告訴權外。更承認有告發權。持消極說者曰。告發雖屬權利。然再議權非告發權。當然之結果。觀於有訴訟行為之權利者。不必皆有上訴權。自甚明瞭。且告訴權因犯罪受損害而發生。告發權則無論何人有之。與告訴人之有利害關係者不同。故偵查處分。無論是否失當。毋庸使告發人有聲請再議之權。就上兩說評論。應以消極說為正當。故本法以聲明再議權明定專屬於告訴人。

聲請再議祇限於告訴人。且祇限於接受不起訴之處分書後七日以內。已如上述。如非告訴人或告訴人接受不起訴之處分書後經過七日。聲請再議。其聲請再議不合法。自不待言。本法祇規定聲請再議無理由者。駁回之。對於聲請再議不合法者。並未有明文規定。惟既規定告訴人。並規定接受不起訴之處分書後七日內。則違背此規定者。當然依此規定駁回。毋庸再以明文規定。至其駁回之方式。就實際上辦事言之。上級法院首席檢察官認聲請再議無理由者。則逕予駁回。對此駁回之處分。不得再聲請再議。

上級法院首席檢察官。認聲請再議有理由時。應分別爲下列處分。

(1) 偵查處分未完備者。命令下級檢察官續行偵查

(2) 偵查處分已完備者。命令下級檢察官起訴。

不起訴處分書。送達告訴人。並應送達被告。羈押之被告受不起訴之處分者。以撤銷押票論。扣押之物件應即發還。但有特種例外。即羈押之被告。於再議期限內。及聲請再議中。遇有必要情形。非羈押不能達續行偵查或起訴之目的者。得以命令繼續羈押。是即對於

羈押被告之例外。至對於扣押物件之例外。亦有三種如次。

(1) 應沒收者。例如因鴉片煙嫌疑。被告雖因不能構成鴉片煙特定犯罪。不起訴。然扣押之鴉片煙。係違禁應沒收之物。不應發還。

(2) 爲偵查他罪用者。例如因殺人案搜出鴉片煙。殺人雖因嫌疑不足不起訴。然應否構成鴉片煙特定犯罪。尙待偵查不應發還。

(3) 爲偵查他被告犯罪用者。例如因甲殺人嫌疑。在甲家搜出凶刀。甲謂係乙寄存。甲雖嫌疑不足不起訴。爲偵查乙之犯罪起見。該凶刀不應發還。

不起訴之案件。經過聲明再議。卽爲確定。如欲再行起訴。依本法第二百五十二條。非發見新事實或新證據不可。所謂新事實新證據者。卽未曾發見之事實及證據之謂也。例如甲至乙家。詐稱爲乙友丙之使者。騙取金表。乙向檢察官告訴檢察官因僅據乙片面陳述。認甲之犯罪嫌疑不足不起訴。後發見丁曾向甲買表。並發見該表卽戊曾賣與乙之表。此丁戊之買表及賣表。皆所謂新事實。又如甲告乙殺丙。乙既不認。查亦並無證據。認乙之犯罪

嫌疑不足不起訴。後因乙犯他罪嫌疑。在乙家搜出血衣。與甲呈案之丙被害時血衣化驗血質相符。此發見之血衣。卽所謂新證據。

偵查應作筆錄。記載一切程序。是項筆錄。應由檢察官署名蓋章。(第二百九十七條)

第二節 起訴

提起公訴之主義有二。一曰法定主義。一曰便宜主義。所謂法定主義者。凡被告案件。苟具備訴訟條件及處罰條件。檢察官不可不提起公訴。所謂便宜主義者。被告案件。雖具備訴訟條件及處罰條件。而究竟提起公訴與否。一任檢察官之意思。前者合於有罪必罰之刑法的原則。後者適於訴訟減少之實際的便宜。採用便宜主義。雖合於實際情形。惟檢察官爲司法行政官。往往受政治上或社會上之壓迫。礙難檢舉之事甚多。若謂檢察官代表公益。提起公訴與否。應以有關公益與否爲標準。殊不知公益標準。甚難明瞭。若者與公益有關。應行提起公訴。若者與公益無關。毋庸提起公訴。一任檢察官自由判別。其危險必至不堪設想。反對

法定主義者。無非以法律繁密。處罰太濫為理由。但較之採用便宜主義。似覺流弊減少。刑事訴訟法雖未明定採用何種主義。然凡被告案件除有第二四四條所列情形應不起诉。及第二四五條所列情形得不起诉外。均應採用法定主義。實無庸疑。

第一 起诉之方式。 起诉方式依刑訴法第二五八條。以用書狀為原則。不設例外。書狀應記載之事項。計有兩種。(1)被告之姓名、性別、年齡、及其他足資辨別之特徵。(2)犯罪事實。起诉理由。及所犯法條。至起诉後。一切人證物證。法院應依職權調查。起诉状內。毋庸列舉。但應將卷宗及證據物件。一併送交法院。(第二百五十八條)

第二 起诉之效力。 起诉之效力。即學者所稱權利拘束。茲先言權利拘束之意義及其發生。公訴一經提起。則被告案件脫離檢察官之手。而繫屬於法院。受訴法院。不問該案件是否具備訴訟條件及處罰條件。均不可不加以裁判。此之謂形式的權利拘束。形式的權利拘束。係與公訴之提起同時發生。惟法院並非對提起公訴之一切案件。均負有裁判其本案之義務。苟不具備訴訟條件者。應以管轄錯誤或公訴不受理之形式的裁判。拒絕本案之裁判

。其對於本案負有裁判之義務者。既以具備訴訟條件者爲限。被告案件苟具備訴訟條件。法院依提起公訴之效力。不能不就本案予以裁判。此之謂實質的權利拘束。實質的權利拘束。亦與公訴之提起同時發生。惟不具備訴訟條件之案件。則不發生實質的權利拘束也。權利拘束之範圍。可分兩種說明。

(一) 法院不得就未經起訴之行爲審判。例如以竊盜起訴。雖發見另犯吸食鴉片煙罪。亦祇能就竊盜行爲審判。不得就未經起訴之吸食鴉片煙行爲一併審判。惟此係各個獨立之行爲。若爲同一犯罪。則包含於其行爲之一切部分。均有審判之權義。不得謬爲未受公訴。又連續犯慣行犯等亦同。(第二百五十九條)

(二) 其效力不及於檢察官所指定以外之人。凡訴訟關係。僅於現在被訴爲被告人與他之訴訟主體間發生。不能及於未經被訴之共犯或從犯。故未爲訴訟主體者。在實體法上之觀察。雖與被起訴者。有如何密接關係。亦不能認有訴訟上之權義。舊派論者。拘泥於

事件論（謂公訴非對人提起）之陳腐學說。往往因一人被告。拖累無辜。流弊不堪設想。故未被訴爲被告之共犯或從犯。不能發生訴訟關係。（第二百六十條）

第三 起訴之聲明。 刑事訴訟有以他罪爲先決問題者。有以民事訴訟爲先決問題者。而法院之裁判。則除法有明文外。彼此獨立。不受拘束。遂不免互相衝突。刑法爲避免衝突起見。故對此以明文規定。茲就規定各種情形。分別舉例說明。（一）例如幫助正犯者爲從犯之罪。成立與否。以正犯罪之成立與否爲斷。卽所謂一罪是否成立。以他罪爲斷也。（二）例如甲和姦與乙同居之丙婦。其和姦有夫之婦罪是否成立。應以乙丙在民事上有無婚姻關係爲斷。又如訴甲竊盜乙物。甲謂乙係伊之配偶。甲之竊盜罪。應否免除刑罰。當以甲乙之婚姻關係是否適法爲斷。是卽所謂犯罪是否成立及刑罰應否免除。以民事法律關係爲斷也。第一例。其一罪起訴在前者。法院於他罪判決確定前。應停止其審判。若他罪已經起訴。檢察官於該一罪起訴時。應聲明其起訴以他罪之成立爲條件。第二例。刑事起訴在前者。法院於民事裁判前。應停止其審判。若民事已經起訴者。檢察官於該罪起訴時。

應聲明其起訴以民事之裁判爲條件。(第二百六十二條)
(第二百六十三條)

第四 起訴之聲請。 被告犯數罪時。其一罪已受或應受重刑之判決。例如犯殺人及吸鴉片煙兩罪。殺人一罪已起訴判決無期徒刑。後雖發見吸食鴉片煙罪。然依刑法併合論罪之規定。其應執行之刑毫無出入。檢察官於吸食鴉片煙罪。得以職權不予起訴。亦無對法院聲請之必要。其得向法院聲請之情形有二。(1) 例如同一被告犯殺人及吸食鴉片煙兩罪。先起訴吸食鴉片煙罪。後起訴殺人罪。檢察官得聲請法院先審判殺人罪。而停止吸食鴉片煙罪之審判。(2) 因殺人罪之起訴。而停止吸食鴉片煙罪之審判者。檢察官於殺人罪判決確定後。於一月內得因其情節聲請將吸食鴉片煙罪審判。(第二百六十一條)
(第二項第三項)

第五 起訴之撤回。 立法例有檢察官一經起訴即不准撤回者。固所以使檢察官慎重於其始。免受反覆兒戲之譏。然在此種制度之下。檢察官於起訴之後。雖明知其起訴並無實益。亦必仍經言詞辯論之繁重程式。於辯論之際。再論告該公訴之無益。不徒使法院及檢察官徒費勞力。且因訴訟懸宕。而加被告人以必不可避免之損失。殊非良法。故本法以明文規

定。起訴於第一審審判開始前得撤回之。惟起訴經撤回後。不得再行起訴。(第一百六十四條)

第三節 審判

第一 審判之性質。 審判者。審判實體的刑罰權(即請求權)之存否及其範圍之訴訟程序也。就現行制度言。審判之目的。在審判實體的請求權之存否及其範圍。審判之裁判。雖通常為本案之判決。然實體法上之訴訟關係若不存在。其判決亦歸無效。故當審判實體的請求權之存否及其範圍時必先審理訴訟關係。是否存在。若無適法之訴訟關係存在。應拒絕本案之裁判。本法第三一七至三一九條之判決皆與本案無關之形式的判決。不得謂為公判之主目的也。

第二 審判之準備。 準備審判。有下列各種程序。

(一) 審判日期之指定。 審判日期之指定。在合議審判制。由審判長為之。在獨任審判制。由獨任推事為之。蓋訴訟指揮權。均為審判長或獨任推事所掌。指定日期。亦為訴訟

行爲之一。刑訴法既明定屬於審判長。則獨任推事之有此職權。自無待言。日期指定後。除檢察官、輔佐人。無得許聲請變更之明文外。被告得聲請將審判日期提前。或因豫備辯護。得聲請將審判日期展緩。此提前或展緩之聲請。刑訴法第二六七條既無應由法院裁定之明文。則其聲請自屬不能駁回。但依聲請所變更之日期。應通知檢察官被告辯護人輔佐人。其由審判長依職權變更者亦同。(第二百六十五條第二項、第二百六十八條)

(二)傳票之送達。審判中應傳喚被告。已如上述。若有應訊問之證人。無論爲審判長職權認定。或爲當事人聲請傳喚。應開列名單。分別送達傳票。傳票之送達。除初級管轄案件。及非第一次審判之案件。並無限定之日期外。至遲應於審判日期三日前。送交被傳人收受。使接受傳票之被告或證人有所準備。又對於檢察官、辯護人、輔佐人。應概用通知方式。不用傳票。(第二百六十六條、第二百六十九條)

(三)受命推事之指定。檢察官提出之證據。有時未足據以開始審判。審判長得於庭員中。指定受命推事。命其訊問被告。或調查證據之全部或一部。其因訊問調查必要之一切

行訊問之必要者。毋庸傳喚。又檢察官及法院書記官。亦組成公判庭之必要人員。苟缺其一。則法律上不能成立公判庭。即得據以為上訴之理由。惟與參與審判之推事不同。祇須有檢察官及書記官出庭。其出庭不必始終皆為同一之人。(第二百七十六條第(二百七十六條))

(六) 被告之出庭。被告係當事人之一造。公判庭不可無被告。自不待言。被告出庭時。除因防其逃走或暴行起見。得命看守外。不得拘束其身體。致使其思想受累。不能自由辯論。惟出庭後。非經審判長許可。不得退庭。如未經許可。而逕行退庭者。審判長得為相當之處分。(第二百七十三條) 被告不出庭者。原則上不得審判。但有例外情形。(1) 最重本刑為拘役或專科罰金之案件。被告得委任代理人出庭。有時非直接審訊本人不能得其實情者。法院仍得命被告本人出庭。然被告經傳喚無正当理由不到時。得不待其出庭陳述。逕行判決。(第二百七十二條) (2) 因被告妨害法庭職務命其退出者。不待其辯論。即行審判。被告拒絕陳述者亦同。(第三百十條及法院編制法六十二條一款) (3) 證人、鑑定人、共同被告等。或與被告夙有恩怨不能盡其陳述者。審判長得命被告退庭。以期據實陳述。但陳述

完畢後。應再命被告入庭。告以陳述要旨。使被告實施答辯。(第三百九十四條)(4)諭知判決時。被告雖不在庭。亦應宣告。(第三百二十五條)以上均被告不出庭者不得審判之特別規定。

第三 審判之順序。審判以書記官朗讀案由為開始。審判開始後應依下列次序為之。

(一)對於被告認別之訊問。審判長應先訊問被告姓名、年齡、籍貫、住址、職業。以徵驗其人有無錯誤。是即所謂認別訊問。(第五十九條第(二百七十七條)

(二)檢察官陳述案件要旨。檢察官之陳述。在使法院及訴訟關係人知其對於該案請求之目的。是為法院審判之基礎。故非經檢察官陳述案件要旨後。法院無從審判。惟此係指第一審言之。若由被告上訴第二審者。上述意旨之陳述。則在被告。不在檢察官。學者有謂上訴第二審時。無論上訴人為檢察官。或被告。均應由檢察官陳述上訴意旨者。殊與本法三八〇條之規定不相符。(第二百七十七條後段)

(三)就本案訊問被告。檢察官陳述案件要旨後。審判長應就該案件訊問被告。此項訊問。在使被告辯明犯罪嫌疑。及陳述有利之事實。並非預挾一被告犯罪之意。偏重犯罪方

面訊問。力求被告自白犯罪。然使被告不認犯罪。而於偵查時曾經自白者。此自白即係犯罪證據之一種。審判長得命將其自白當庭宣讀。予被告以辯解之機會。如辯明該自白因不正之方法訊問。並非出於自由意思者。固不得採爲犯罪之證據。即訊問非以不正之方法。而與事實不符亦然。仍應調查其他證據。(第二百七十九條至第二百八十一條)

(四)調查證據。犯罪事實。應依證據認定。故訊問被告後。審判長應調查證據。證據有人證物證之分。證人鑑定人等。屬於人證。若文書物件等。則屬於物證。認定被告犯罪事實。無論根據人證或物證。法律均有一定條件。例如人證與物證互異時。當捨人證而從物證。是則所謂法定證據。但法定證據。往往不能與事實相符。苟拘泥不許變通。是法律上預設一定之模型。印入審判官腦筋。使審判官認定犯罪事實時。以事實湊合模型。鑄成一無形之做造物。顯去真正事實遠甚。刑訴法關於此點。既明揭廢止口供。採用證據主義。並爲發見真實起見。規定證據由法院自由判斷。(第二百八十二條至第二百八十四條)茲將調查證據程序分述於下。

(1)物證之調查。證據物件。應示被告。先命被告就該物件辨認。例如殺人案件。在被告家搜出染有血跡之衣。該衣是否被告之物。所染之跡是否血跡。非命被告辨認不可。假定被告辨認屬實。該衣因何有血。是否本案被殺之人之血。並應詢問被告有無辯解。又卷宗內之文件。如筆錄等類。雖與卷宗外之證據物件不同。審判長雖無命被告辯認並詢其有無辯解之必要。然有時認該文件可為證據者。應將該文件由審判長或命書記官宣讀。予當事人以答辯之機會。被告不解該文件之意義者。於宣讀後。並應說明。但當事人無異議時。審判長得告以該文件要旨。用代宣讀程序。

(五)條

(第二百八十四條第二百八十四

(2)人證之調查。證人、鑑定人。均屬於人證。對於證人鑑定人調查之程序。約分下列四種。(子)審判長訊問。凡訊問證人鑑定人。以審判長為其專任。審判長對於證人鑑定人。應先調查其人有無錯誤。及有無拒絕證言之權利。並命其具結。然後再就所訊事項之始末由證人鑑定人連續陳述。按訊問方法。本有兩種。一為一問一答。一為

答時不待再問。即將事之始末自行陳述。所謂連續陳述者。係採用第二方法。(丑)列席推事訊問。所謂列席推事。包括主任及非主任之推事而言。審判長訊問被告時。列席推事得知照審判長親自訊問。於訊問證人鑑定人亦同。惟此祇限於列席推事。若檢察官爲訴訟當事人。其於證人鑑定人既有詰問或覆問之機會。故無再許向審判長親自訊問之必要。(第二百九十六條)(寅)當事人詰問或覆問。審判長訊問證人鑑定人後。先由聲請傳喚之當事人詰問。是爲原問。原問既畢。再由他造之當事人詰問。謂之反問。反問既畢。更由聲請傳喚之當事人覆問。有應注意者。原問僅能就關係事實。並合於正當證明之方法而爲訊問。其有訊以法律效用之見解。或事理之推斷。道路之傳聞者。皆所不許。此其一。又原問不能先敍其事。僅命爲是否之對答。例如問證人「你於本年二月四日在北火車站看見甲竊乙帽子麼。」是已將竊物之時日。竊物之地點。以及所竊之物名。授意證人。無異移當事人之主張。假口於證人。流弊不堪設想。此其二。證人鑑定人陳述之結果。與聲請傳喚之當事人有不利益時。不許聲請傳喚之當事

人。否認證人鑑定人陳述之虛偽。以動搖證言或鑑定之價值。此其三。至若反問應明示承認或否認之範圍。俾法院知訊問旨之歸宿。以及原問之結果。若證人鑑定人之陳述。確已切實明瞭。無隙可乘。反問者已無再加反問之必要。此其應注意者一。又反問攻擊證人鑑定人之操守。若該證人鑑定人對於反問之攻擊具結否認。即應認其受訊問時陳述之事項為真實。惟遇下列情形。仍不妨另行舉證。即(甲)證明證人鑑定人。曾受刑事宣告者。於證人鑑定人具結否認後。得立時提出判決書為證。(乙)以證人鑑定人前次之陳述。或事前之文書。推翻現時之陳述者。於證人鑑定人具結否認後。得立時舉出該文件為證。(丙)證人鑑定人與當事人有嫌怨。或受相對人賄賂者。得立時提出憑證。此其應注意者二。又覆問僅能就反問所攻擊之事加以防禦。至原問應行詰問之事。原問時未曾詰問者。不許更於覆問時詰問。若一造之當事人。覆問時舉出新事實。他造當事人。又可起而反問。則訊問終無了結。又原問時已詰問之事。覆問時亦不得再行涉及。上述當事人應注意各點。若當事人不知注意。濫用直接發問之權

。審判長得依指揮權之作用。禁止不當之詰問。證人鑑定人等經當事人詰問後。如陳述尚未明確。審判長既得再加訊問。以資補充。並得因證人、鑑定人、或共同被告。與被告感情關係。不能盡其陳述。命被告退庭再行訊問。但爲被告實施答辯起見。應於訊問畢後。再命被告入庭。告以陳述之要旨。(第二百八十六條至二百八十八條及二百九十條)(卯)宣讀筆錄。在庭訊問證人鑑定人等。毋庸將筆錄宣讀。其命宣讀者。乃偵查時訊問之筆錄。及就證人所在訊問之筆錄。前之情形。一因證人鑑定人前後陳述不符。故將前此訊問筆錄宣讀。以資比較。一因證人鑑定人或共同被告。因死亡疾病。或其他事故。不能再行訊問者。故將前此訊問筆錄宣讀。以代訊問。後之情形。因訊問非在公開法庭審判時。應宣讀其筆錄以符審判公開之意。(第二百八十九條第二百九十二條第二百九十三條)

關於調查人證程序。已如上述。惟訊問證人。尙有應說明者。依二六九條。審判長應將當事人聲請傳喚。並其他認爲應訊問之證人。開列名單。分別傳喚。然審判長有時得依職權。或依當事人之聲請。傳喚名單所列以外之證人。並有時對於特定事項。認

爲已臻明瞭。得以裁定省略證人之訊問。(第二百九十四條
第二百九十五條)

上述調查證據程序。關於人證。被告既有詰問或覆問之權。偵查時之訊問筆錄。並有時當庭宣讀。其於證人鑑定人等之陳述。無不明瞭之理。至調查物證時。審判長雖應將證據物件舉示被告。命其辯認。或詢其有無辯解。有時證據物件。不止一件。例如一爲血衣。一爲兇器。一爲犯罪書信。若合此三種證據爲一次之訊問。則多有遺忘或不及注意之處。故須就各個證據。分別訊明。並須告以各證據中得分別提出有利益之證據。又審判長或受命推事。因調查證據。對當事人實施之處分。如命被告暫行退庭。或再命被告入庭之類。當事人以該處分爲不當聲明異議者。則不得予以裁定。裁定此異議之權。本法屬之於法院。而不屬之於審判長。蓋此種異議之裁定。乃判決前訴訟程序之裁定。除有特別規定外。不得抗告。若對於審判長之處分。聲明異議。仍以審判長獨任裁判。難免審判長不堅執己見。不能得聲明異議之實益。至法院則須用合議制。其裁判自較審判長獨任爲公平。(第二百九
十九條)

(五)辯論。調查證據完畢後。檢察官及被告。暨被告之辯護人。應就事實及法律辯論。惟辯論不可無一定之次序。茲分述之。

(1)檢察官論告。檢察官爲原告官。調查證據既畢。關於案件所有事實上法律上之意見。須由原告官首先表示。例如表示某種證據可信。某種證據不可信。某種證據須再調查之類。是即表示事實上之意見。又如表示被告實犯刑法某條之罪。應請從重或減輕處斷之類。是即表示法律上之意見。檢察官爲維持公訴起見。其意見雖多偏重於被告有罪方面。然因審理結果明知被告犯罪嫌疑不足。或被告行爲不成犯罪時。固不妨請求諭知被告無罪。即非有上述情形。而因聽被告或其辯護人之辯論。自覺前述之意見錯誤。即亦不妨因其辯論而變更前此之陳述。

(2)被告答辯。答辯與陳述不同。陳述乃就經過之事實。連續陳述其始末。答辯乃對於檢察官所攻擊各點。分別而爲防禦之方法。有應逐一答辯者。有應概括而爲根本上之答辯者。前者如檢察官攻擊被告殺人。係以在被告家內搜出血衣凶刀爲要證。被告

須就血衣凶刀一一辯明。如祇辯明血衣。而不辯明凶刀。或祇辯明凶刀。而不辯明血衣。均尚不能謂爲圓滿之答辯。後者如前例。檢察官雖以血衣凶刀爲並重之要證。而被告否認搜出之處爲己家。但就搜出之處所辯明。卽爲已足。不必再就血衣凶刀。一置辯。又被告答辯後。檢察官若因被告之答辯。而爲一種新攻擊。被告仍不妨就檢察官之新攻擊。再爲答辯。卽所謂更迭辯論。

(3) 辯護人之辯護。辯護人以保護被告爲天職。苟有利益於被告。均應爲被告設法保護。被告有法律智識者。甚不多見。關於法律上之意見。固應由辯護人代爲主張。卽就事實上言之。被告於檢察官攻擊各點。往往顧此失彼。不能完全答辯。並有時因憚於對吏。訥訥然詞不達意。雖答辯亦不能促起法官之注意。於此情形。均非辯護人補充。或爲注意的答辯不可。辯護人之權限職務。與檢察官不同。檢察官代表公益。被告有罪。應提出有罪證據。爲正當之攻擊。被告無罪。應提出無罪證據。爲正當之保護。既有攻擊被告之義務。並有保護被告之義務。辯護人專爲保護被告而設。雖確知

被告有罪。亦不得以辯護人之資格。提出不利於被告之證據。但其保護限度。祇在防禦、對於被告之不法或不正當之攻擊。不得破壞法律。曲庇被告。例如偽造文書。或藏匿被告。湮滅證據。誣告他人各行爲。其意雖在保護被告。然已逾越保護限度。法律上當然論罪。辯論次序。已略述如上。但辯論後乃不妨再辯論。得命再辯論者。辯論未曾宣告終結前。其權在審判長。辯論既經宣告終結後。其權則在法院。除由審判長或法院主動外。當事人爲攻擊防禦起見。苟認爲攻擊防禦。尙有未能滿足之處。或因發見新事實新證據。均得請求再辯論。至允許再辯論與否。仍視辯論會否終結。由審判長或法院酌定。若允許再辯論時。審判長或法院有最應注意者。被告爲免受刑罰。往往提出不正當之證據。例如甲因殺人被告。賄囑乙自稱殺人正犯。向檢察官自首。甲於辯論終結後。請法院再開辯論。又或檢察官信乙之自首爲真實。因此亦向法院請求。法院苟與檢察官同受甲之欺罔。再開辯論。對甲宣告無罪。乙雖已被訴追。結果必仍爲無罪之宣告。反使真正殺人凶犯。因判決確定之效力。逍遙法外。再換一方

而言之。被告雖得有真正利益之證據。因辯論已宣告終結。不許再開辯論。致使真正利益證據。不得提出。雖尚有上訴可以救濟。然被告已受累不淺。故允許再開辯論與否。關係極為重要。又辯論時。被告於檢察官攻擊各點。既可盡力答辯。並有辯護人爲之辯護。似無不盡其詞之患。惟最後陳述最易使人注意。法律爲保護被告起見。特以最後之辯論權。付與被告。今各國均重視此種程序。當辯論最終時。如審判長不詢被告意見。得據以爲上訴之理由。(第三百條至第三百〇三條)

(六)判決。判決之種類有五。分述於次。

(甲)科刑之判決。法院認爲被告之犯罪已經證明者。應諭知科刑之判決。該判決所適用之法條。以根據起訴狀之法條爲原則。但有時亦得變更。(第三百十五條)

(乙)無罪之判決。法院認爲被告之犯罪嫌疑不能證明。或其行爲不成犯罪者。應諭知無罪之判決。所謂犯罪嫌疑不能證明者。即言起訴事實於法律上雖可構成犯罪。但審理結果并不能證明。其情形可分兩種。一爲犯罪事實不能證明。二爲犯罪主體不能證

明。所謂行爲不成犯罪者。即言起訴事實雖能證明。但其事實根本於法律上并不構成犯罪。其情形亦可分兩種。一爲行爲之自體不成犯罪。二爲行爲因法律阻却犯罪。

(丙)免訴之判決。應諭知免訴之判決者。其情形約有下列各種。(1)起訴權已因(子)時效期滿。(丑)判決確定。(寅)大赦或(卯)犯罪後之法律已廢止其刑罰而消滅者。

(2)法律免除其刑者。有上述各種情形之一。實體的請求權即已消滅。故應諭知免訴之判決。(第三百十七條)

(丁)不受理之判決。應諭知不受理之判決者。其情形亦有下列各種。(1)起訴之程序違背規定者。(2)已經起訴之案件在同一法院重行起訴者。(3)告訴或請求乃論之罪

。未經告訴請求。或其告訴請求經撤回者。(4)起訴經撤回者。(5)被告已死亡者。(6)對於被告無審判權者。皆因欠缺訴訟條件。而其公訴不能受理。(第三百十八條)

(戊)管轄錯誤之判決。法院認爲案件不屬其管轄者。除事物管轄。審判一經開始。即不得再將該案件移送下級法院。仍應由該上級法院繼續審判外。應諭知管轄錯誤之判

決。既諭知管轄錯誤。並應由諭知管轄錯誤之法院。將該案件移送於有管轄權之法院審判。(第三百十九條)

又判決之內容。除應記載第一百八十三條第一項之事項外。應記載左列事項。

(子)主文。主文者。法院對於被告案件之判斷也。主文以判決之種類而異。科刑判決之主文。應記載之事項如下(1)主刑。(2)從刑。(3)諭知罰金者。其易科監禁之期間。(4)羈押准予折抵者。其折抵之標準。(5)諭知緩刑者。其緩刑之期間。(第三百二十三條)

(丑)事實 事實乃主文內所下判決之根據。分認定犯罪事實與本案經過事實之兩種。例如審理殺人案件。敘明被告甲與被害者乙。因某事挾有仇恨。某年某月某日。甲知乙由家外出。攜帶尖刀一把。伏在乙必經過之某處地方等候。同日某時。果見乙經過該處。甲遂抽刀將乙殺死。由乙家屬丙於某年某月某日扭乙到案。是已認定甲為殺乙凶犯。即所謂認定犯罪事實也。又如審理上述案件。敘明乙於某年某月某日在某地方被

殺身死。乙之家屬丙。因乙與甲有仇。疑乙被甲殺死。遂於某年某月某日扭甲到案是。但敘述甲之到案情形。並未認定甲為殺乙凶犯。即所謂本案經過之事實也。科刑以外之判決。但敘述本案經過之事實已足。若科刑判決。則必須認定犯罪事實。不可僅敘本案之經過事實也。

(寅)理由 理由乃說明主文內所下判斷之原由。關於科刑判決。應分別情形。記載下列事項。

(1)認定事實所據之證據。例如認定甲殺乙之事實。係根據丁之證言。以及搜出之血衣凶刀等件。倘不於理由說明。則犯罪事實。究依何種證據認定。令人無從索解。

(2)刑法有加重減輕或免除者。刑法加重之情形。有因身分加重者。如殺死尊親屬。及侵佔業務上或公務上管有物之類。有因累犯而加重者。如刑法第六十六條所定。加重本刑三分之一。或二分之一。或一倍之類。刑法減輕之情形。有依法律列舉。

規定者。如防衛過當。以及未遂、自首、老者、幼者、瘡啞者、犯罪等類。有依法律概括規定者。如刑法第七十七條所定酌減之類。刑法得免除之情形。如誣告自白。以及豫備或陰謀。犯刑法分則特定各條之罪。未至實行等類。

(3) 羈押不予折抵者。未決羈押之情形。約分兩種。一爲未判決前之羈押。一爲判決後上訴中之羈押。刑法所謂得折抵者。雖一任審判官自由裁量。然亦非漫無標準。如未決前之羈押原因。應歸責於被告時。無折抵之必要。反之似宜在折抵之列。又判決後上訴中之羈押。如係檢察官上訴。或被告上訴有理由者。原不妨予以折抵。若被告上訴無理由者。卽不應予以折抵。惟此不予折抵之理由。須於判決理由說明。

(4) 適用之法律。所謂適用法律者。卽指法律上之理由而言。

尙有應說明者。本法第三百二十一條規定。判決應記載之事項。除第一百八十三條第一項規定之事項外。祇規定主文事實兩種。並無理由在內。第三百二十四條。雖規定

判決理由所應記載各項。然亦祇限於科刑判決。查理由爲判決最不可少之事項。科刑判決。關於主文、事實、理由三者固缺一不可。卽科刑以外之判決。祇有時不記載事實。斷無可以不記載理由之理。本法不以理由列入判決應記載之事項。殊欠周密。

(第三百二十一條至第三百二十四條。)

又科刑判決。除應記載主文事實理由外。檢察官或自訴人之起訴要旨。被告抗辯要旨。及上訴法院。上訴期限。均應記載於判決。關於上訴之法院及期限。既應在判決記明。並應於諭知判決時。由審判長一併諭知。其諭知並不限於科刑判決。且並不限於被告在庭。(第三百二十五條至第三百二十七條)

(七)被告及扣押物之處分。羈押之被告。受罰金、無罪、免訴、或不受理之判決除上訴期限內。得繼續羈押外。以撤銷押票論。蓋被告既受上述各項判決。自無繼續羈押之必要。然於宣告判決同時宣告釋放。未免繁瑣。故視爲撤銷押票。當然開釋。其扣押之物件。未經諭知沒收者。除上訴期限內。得繼續扣押外。亦應以撤銷扣押論。(第三百二十八條至第三百三十條)

九

羈押之被告。受管轄錯誤之判決者。該押票應否以撤銷論。本法未有明文規定。但查第三百十九條載。法院認爲案件不屬其管轄者。除依三百〇八條規定外。應諭知管轄錯誤之判決。並將該案件移送管轄法院審判等語。就法文研究之。羈押之被告應否釋放。當由審判該案件之法院。依職權斟酌定之。其情形與諭知罰金、無罪、免訴、或不受理之判決者不同。故毋庸與各該判決諭知後之處分。爲同一之規定。至扣押之贓物。應發還被害人者。法院應不待被害人之聲請。即應將該扣押之贓物發還。若扣押之物。因所有人或持有人之聲請。命其負保管之責暫行發還者。苟於發還後。無他項之諭知。應以已諭知發還論。惟贓物之關係人。對於已經發還之贓物。仍得依民事訴訟程序主張權利。

第三百
三十條

第四 審判之停止。停止審判之情形。略分下列五種。

(一) 推事被聲請迴避者。當事人於推事有應自行迴避之情形。而不自行迴避。或有其他

足認執行職務有偏頗之虞者。得聲請推事迴避。推事既被聲請迴避。應停止審判程序。其聲請雖經駁斥。而於抗告期間內及抗告中亦同。但有應急速處分者。不在此限。(三)

條十)

(二) 被告不能出庭者。無論審判開始前。審判開始後。被告因心神喪失。或疾病不能出庭時。應停止審判程序。停止審判至十五日以上者。審判程序。應即更新。上述停止情形。於許用代理人之案件不適用之。(第三百〇五條及第三百〇六條)

(三) 被告所在不明者。被告爲一造之當事人。既因所在不明。不能傳拘到案。應停止審判程序。但保全證據所必要之一切處分。如搜索扣押勘驗等類。不得因審判程序停止。而亦停止各該處分。(第三百〇七條)

(四) 因與民事有牽連關係民事尚未裁判者。犯罪是否成立。及刑罰應否免除。以民事法律關係爲斷時。其民事起訴在刑事起訴前者。法院因檢察官起訴時之聲請。應於民事裁判前。停止刑事審判程序。若法院就民事法律關係未依第三百十二條自行裁判。而定相

當期限。命當事人向管轄民事法院起訴。於期限內經當事人起訴者。於民事裁判前。亦應停止審判程序。但尚有應注意者。刑事法院裁判。不受民事法院裁判之拘束。(第三百一十二條)

(至第三百一十四條)

(五)被告犯數罪時。其一罪應受重刑判決而他罪起訴在前者。法院對於他罪。得停止其審判。又如一罪是否成立以他罪爲斷。而一罪起訴在前者。法院對於該一罪應停止其審判。

判。(第二百六十一條及第二百六十二條)

第五 審判筆錄。審判筆錄。應記載下列事項。(1)審判之法院及年月日。(2)推事檢察官書記官之官職姓名。及被告代理人、辯護人、輔佐人、並通譯之姓名(3)被告不出庭者。不出庭之事由。(4)禁止公開者。禁止之理由。(5)檢察官之陳述。及當事人之辯論要旨。(6)被告、證人、鑑定人、之訊問。及其陳述之要旨。(7)開庭時曾向被告宣讀或告以要旨之文件。(8)開庭時曾示被告之證據物件。(9)開庭時實施之勘驗及扣押。(10)辯論時曾命被告爲最後之陳述。(11)判決或其他裁判之諭知。(12)審判長命令記載。或當事

人、代理人、辯護人、聲請記載、經審判長許可之事項。以上列舉各款。雖爲審判筆錄所應記載之重要事項。然非以此爲限。此外凡審判時不可不遵守之事項。均應記載。以資證明。(第三百三十一條)

審判中之訴訟程序。是否適法。專以審判筆錄爲證。製作審判筆錄者。爲法院書記官。書記官於每次開庭後。應於三日內。將審判筆錄整理完備。送由審判長署名蓋章。審判長有事故時。由列席推事之資深者署名蓋章。獨任推事有事故者。得僅由製作該筆錄之書記官署名蓋章。書記官有事故者。亦僅由審判長或推事署名蓋章。並應分別記載其事由。至審判筆錄內附錄之文件。或經記載以該文件作爲附錄者。其文件所記載之事項。與記載於筆錄者。有同一之效力。又辯護人經審判長許可。並得攜同速記生到庭記錄被告及證人之陳述。(第三百三十二條至第三百三十六條)

第二章 自訴

刑事訴訟採用國家訴追主義。與國家訴追主義對立者爲私人訴追主義。私人訴追主義。又分兩種。一爲私人訴追主義。一爲被害人訴追主義。英美各國。除對於重大犯罪。由國家訴追外。餘概由一般私人訴追。並不限於被害人。德奧各國。則以國家訴追爲原則。於一定之範圍內。亦予特定私人以訴追之權。本法倣照德奧各國法例。特設自訴一章。於公訴之後。茲就本法所規定之自訴。分別說明如次。

第一 得提起自訴各罪。得提起自訴各罪。依本法規定。即（一）初級法院管轄之直接侵害個人法益之罪。凡刑法分則中第二十一章殺人罪起。至末章毀棄損壞罪止。各條犯罪。如非侵害國家社會之法益者皆包括之。（二）告訴乃論之罪。舊刑事訴訟條例。對於告訴乃論之罪。得提起私訴者。（即自訴）係逐條列舉的。本法變更編次。係概括的。凡刑法分則中有規定係告訴乃論之罪者。不問地方或初級第一審管轄。皆得自訴。（第三百三十七條）

第二 有提起自訴權者。自訴之主體。約計有三。（一）被害人。（二）被害人之法定代理人、保佐人、或配偶。（三）被害人之親屬。被害人之法定代理人保佐人或配偶。無論被害人

之意思如何。均得獨立提起自訴。至被害人之親屬。雖可爲被害人提起自訴。但其提起。祇限於被害人已死亡。且不得與被害人未死亡前明示之意思相反。(第三百三十八條)

自訴由被害人與被告兩方爲當事人。攻擊防禦。立於對待之地位。若於直係親屬配偶。或同財共居親屬之間。互相攻擊防禦。實非所宜。於此情形。祇得依公訴程序辦理。不得於未經告訴以前。依自訴程序。逕向法院起訴。(第三百三十九條)

第三 自訴之提起。 自訴人提起自訴。應注意之點有四。(一)同一案件。經檢察官偵查終結者。不得再向法院自訴。若自訴後。亦不得再向檢察官或司法警察官告訴。蓋以案件既已偵查終結。已至公訴時期。自不容再行自訴。以亂程序。若已經自訴。則案件已繫屬於審判衙門。亦不能再行告訴。重事偵查。(第三百四十條第(一)條)(二)法院於接受自訴書狀後。應速將其繕本。送達於被告。但認爲有必要者。得逕行傳喚或拘提之。刑事案件。在公訴則有起訴處分書可以送達。俾使被告辯護。自訴無此程序。故自訴人於起訴時。不可不有自訴書狀。以便法院將該訴狀繕本。爲送達被告之用。至有必要情形。若送達訴狀。認爲有

妨案件之進行者。如被告有逃亡之虞。或有湮滅證據之虞。必有急速處分。若先途達訴狀。適足使被告逃亡或湮滅證據。故得逕行傳喚或拘提之。(第三百四十二條) (三) 代理人之委任。

自訴人雖為原告。而其地位與檢察官不同。除法院認為有必要者。得命本人出庭外。自訴人為欲免自己出庭起見。得委任代理人出庭(四)陳述或辯論。自訴程序。不經檢察官參與。故審判時。所應陳述之案件要旨。或辯論之事項。均應由自訴人負擔。在自訴人本人出庭者。固應由本人陳述或辯論。其本人不出庭。而由代理人出庭者。亦應由代理人陳述或辯論。(第三百四十五條
第三百四十六條)

第四 自訴之審理。 自訴案件程序。準用前章第二第三兩節關於公訴之規定。本法第三百五十七條定有明文。茲應說明者。乃自訴之特別規定。分說如下。

(一) 自訴案件。有下列情形之一者。應以裁定駁回之。(1) 已經提起公訴者。得提起自訴各罪。是否願依自訴程序辦理。當由告訴人自為決定。若既已向檢察官告訴。由檢察官提起公訴。復依自訴程序。提起自訴。是一案而有二重之訴追。顯有未合。(理由已見前)

(二)不得提起自訴者。例如所訴被告之罪。並非第三三七條規定之罪。又或於直系親屬配偶。或同財共居親屬之間提起者。(三)提起之程序違背規定者。自訴之起訴程序。除有特別規定外。應準用關於公訴之規定。起訴狀不依第二五八條之規定分別記載等。乃屬違背規定。(四)自訴不屬其管轄者。以上列舉各款。不應受理。惟二至四之情形。雖不合法。然其有訴究之意思。已屬顯然。法院應通知檢察官。以已經告訴論。(第三百四十三條)

(二)自訴案件。有下列情形之一者。得不經辯論。逕行判決。(1)時效已期滿者。(2)曾經判決確定者。(3)曾經大赦者。(4)犯罪後之法律已廢止其刑罰者。(5)法律免除其刑者。(6)告訴乃論之罪。其告訴已撤回者。(7)自訴經撤回者。(8)被告已死亡者。(9)對於被告無審判權者。上述九款情形。均得不經辯論逕行判決。(第三百四十四條)

第五 自訴之撤回。 告訴乃論之罪。告訴人於第一審辯論終結前。得撤回其告訴。而告訴一經撤回。即不得再行告訴。關於自訴撤回者亦同。無論自己撤回或因傳喚不到。法律上

以撤回自訴論。均不許其再行起訴或告訴。至並無撤回情形。而自訴人於辯論終結前死亡者。其自訴若係由被害人提起。其直系親屬等。得於一月內承受其訴訟。若係由被害人之法定代理人等提起。被害人得於一月內承受之。若於被害人死亡後。由其直系親屬等提起者。其他之直系親屬等。亦得承受。如無以上承受之人。法院應通知檢察官擔當。惟茲尚有應注意者。即撤回自訴後之辦法。須視該自訴案件。係屬於本法第三百三十七條第一項或第二項而有所區別。第二項之自訴。既經撤回自訴。即等於撤回告訴。可逕予判決。自無何種問題。若第一項之自訴。此種案件。本採國家訴追主義。其允許自訴者。無非便利訴訟而已。雖經撤回。應諮詢代表國家之檢察官後判決之。諮詢時應將該案卷宗及證據物件。一併移送檢察官。檢察官接受後。應於三日內分別爲下列之處分。(一)認爲應許撤回者。應附具意見書送交法院。(二)認爲有偵查之必要者。應開始偵查。(三)認爲有起訴之必要者。應予起訴。故案件雖撤回。然應否起訴。尙以檢察官之意思爲斷。此於撤回自訴時。所不可不注意者也。(第三百四十七條至第三百五十條)又自訴案件判決後。除送達自訴人及被告外。併送達

檢察官。(第三百五十一條)

第六 反訴。自訴案件之被害人。若對於被告亦犯三三七條列舉之罪。該自訴被告人得提起反訴。惟反訴必具備下列之要件。方可成立。

(一)被害人對於被告本人犯罪。自訴限於三三七條列舉之罪。若自訴人對於被告以外之人。另有犯罪。不論其所犯之罪若何。要非自訴之被告。所能依反訴而訴追。

(二)被害人所犯之罪。須係得提起自訴者。凡三三七條所未揭之犯罪。被害人雖對被告犯罪。被告不得逕行反訴。

(三)被害人本係自訴人。自訴如係由被害人之法定代理人保佐人或配偶。或直系親屬等提起者。是對於被告犯罪之被害人。並不居於原告之地位。即無反訴之可言。

(四)要在辯論終結前提起。辯論終結以後之反訴。足以妨害訴訟之終結。故不許於辯論終結後提起反訴。至所謂辯論終結。法文上雖未載有第一審字樣。然審級制度。不容紊亂。受訴追之犯罪人。利益所在。非反訴人所能隨意取捨。是反訴之提起。惟限於第一

審終結前。而不得於上訴審爲之。亦無可疑。

反訴與自訴。其犯罪事實。本屬各別。反訴不過利用自訴之程序。並非有不可分離之關係。故自訴雖經撤回。而被告苟未表示捨棄反訴之意思。則反訴仍應繼續進行。不受自訴撤回之影響。惟反訴祇限於必要時。得於判決自訴後判決之。以與自訴同時判決爲原則。(

第三百五十三條至
第三百五十六條)

第三編 上訴

第一章 通則

第一 上訴之意義。上訴者。當事人不服下級法院未確定之判決。請求上訴法院以判決撤銷或變更之救濟方法也。上訴之目的。在請求撤銷或變更未確定之判決。固與抗告對於裁定請求撤銷變更不同。且與非常上訴及再審。限於已確定判決爲之者。尤不能牽混。故判

決一經上訴。則應停止確定效力。留爲上訴法院撤銷或變更之餘地。又上訴係請求上訴法院之判決。故有所謂移審之效力。移審云者。卽案件離原審法院繫屬於上訴法院。而上訴法院。不能不予以判決之義。

第二 有上訴權者。下級法院之判決。上級法院無由知悉。必經有上訴權者上訴。而後可以審查。茲就有上訴權者。分舉如次。

(一)當事人。本法稱當事人者。謂檢察官自訴人及被告。被告之上訴。專以攻擊不利益於己之判決。請求上訴法院。更爲有利益於己之判決爲目的。而上訴法院。則在糾正不當之判決。其糾正之結果。儘可較重於原審判決。至檢察官及自訴人。均與被告處於反對地位。其上訴以不利益於被告爲原則。但有時爲被告利益起見。亦得上訴。(第三百五十八條)惟依現行法令。並無禁止上訴法院。對於上訴人之上訴。爲不利益判決之明文。故雖許檢察官及自訴人爲被告利益上訴。被告能否因該上訴得有益。自係另一問題。

(二)被告之法定代理人、保佐人、或配偶。被告之法定代理人、保佐人、或配偶。均與

被告有利害關係。若爲被告利益起見。自應許其獨立上訴。(第三百五十九條)

(三)原審辯護人及代理人。被告之法定代理人、保佐人、或配偶。爲被告利益起見。許其獨立上訴。至原審辯護人及代理人。其與被告關係。不及法定代理人保佐人或配偶之親切。雖爲被告利益起見。祇許代爲上訴。不許獨立上訴。且代爲上訴。不得與被告明示之意思相反。(第三百六十條)

第三 上訴之提起。提起上訴應注意左列各點。

(一)上訴之書狀。捨棄上訴權及撤回上訴。雖均以書狀爲之爲原則。但於審判時。以言詞爲之者。法律亦認爲有效。(第三百七十二條)若提起上訴。則祇限於書狀。並無得以言詞爲之規定。(第三百六十四條)

(二)上訴書狀之方式。書狀須填寫下列各項。(1)上訴人之姓名、性別、籍貫、住所、年齡、職業。(2)原審法院。(3)原審法院之判決。(4)不服之理由。(5)上訴之法院。(三)上訴之期限。上訴期限。本法定爲十日。其計算期限。自送達之日起算。惟判決經

諭知後。雖在送達以前。如有提起上訴者。該上訴亦有提起之效力。(第三百六十三條)

(四)上訴之法院。案甫判決。卷宗及證據物件。均在原審法院。故提起上訴。應向原法院爲之。惟在監獄或看守所之被告。提起上訴者。既不能自由赴原審法院提起。自不得不設例外規定。本法第三百六十五條。以此等被告。應對監獄或看守所長官提出上訴之書狀。若不能自作上訴書狀者。應由監獄或看守所公務員代作。以監獄或看守所長官接受上訴狀之年月日時。發生提起上訴之效力。又若被告於上訴期間內。因不能自作上訴書狀。亦並未請求公務員代作。但對於監獄看守所長官口頭提起上訴。其提起能否認爲有效。依大理院三年上字第五號判例。在監刑事被告人。對於原判有不服之處。卽以對於監獄官聲明不服時。爲提起上訴之期。本法既以上訴書狀爲提起上訴之要件。該判例似難適用。不知本法所稱應由監獄或看守所之公務員代作云云。其代作並非限定被告請求。各該長官於被告對其聲明時。若因被告不能自作上訴書狀。自應命令所屬公務員代作。故被告既於上訴期限內。對監獄或看守所長官。以口頭提起上訴。其提起不能不認

爲有效。

原審法院。認爲上訴違背法律上之程式。或其上訴權已經喪失者。應以裁定將該上訴駁回。被告對此駁回之裁定。得於五日內抗告。(第三百七十七條)除上述情形外。原審法院應以該案卷宗及證據物件。送由該法院之檢察官。轉送上訴法院之檢察官。送交上訴法

院。(第三百七十八條)
(第三百九十八條)

第四 上訴權之捨棄 捨棄上訴權與提起上訴權不同。有上訴權者。不必皆有捨棄權。本法第三百六十六條規定當事人得捨棄上訴權是。表示捨棄上訴權者。惟檢察官及自訴人被告。若被告之法定代理人等。雖有爲被告上訴之權。然不得對被告捨棄上訴權。

上訴權之捨棄。係有上訴權者。表示不行此權之意思。故於上訴期間內。捨棄上訴權者。該案卷宗及證據物件。均尙在原審法院。自應向原審法院。以書狀或言詞爲之。與撤回上訴應向上訴法院爲之者不同。(第三百七十二條)又上訴權既經捨棄。其上訴權即應喪失。如捨棄者爲被告。不但被告本人不能再提起上訴。即被告之法定代理人等。雖得獨立上訴。

然被告既自行捨棄上訴權。自不許法定代理人再行上訴。(第三百七十條)

第五 上訴之撤回。未上訴前表示不願上訴者。謂之捨棄上訴。既上訴後。請求註銷上訴者。謂之撤回上訴。本法第三百六十七條。但規定上訴於裁判前得撤回之。並無禁止檢察官撤回之明文。此與已失效之各級審判廳試辦章程。檢察官不准註銷上訴之規定。大相逕庭。撤回上訴。又不限定於當事人。故凡爲被告利益起見。而上訴者。均得於裁判前撤回上訴。但撤回後。難免與被告無意外損害。故非得被告之承諾不得撤回。(第三百六十八條) 又自訴人上訴者。非得檢察官之同意亦不得撤回。(第三百六十九條) 撤回上訴。更有應注意之點如左。

(一) 有數個獨立犯罪。受數個獨立之有罪判決時。若就全部上訴者。可以將全部或一部撤回。若一部獨立上訴者。亦得以一部獨立撤回。

(二) 撤回上訴。於提起上訴後。上訴法院未裁判前爲之。若上訴尙未提起。或上訴法院已經裁判者。當然不能撤回。

(三)撤回上訴。以向上訴法院爲之爲原則。但於該案卷宗及證據物件未送交上訴法院之檢察官以前。亦得向原審法院撤回。此與捨棄上訴權。絕對向原審法院爲之者不同。(第

百七十一條第二項)

(四)撤回上訴。應用書狀。但於審判時撤回者。亦得以言詞爲之。惟須記明於筆錄。(第

百七十二條)

(五)撤回上訴後。上訴權即喪失。不得以他方法取銷撤回。再行上訴。(第

三百七十條)

(六)在監獄或看守所之被告撤回上訴者。準用第三百六十五條提起上訴之規定。(第

三百七十三條)

(七)撤回上訴。除審判時他造當事人在場。毋庸再行通知外。法院書記官。應速通知他造

當事人。(第

三百七十四條)

上述(四)至(六)三點。捨棄上訴。與撤回上訴同。(七)之一點。提起上訴。捨棄上訴。均與撤回上訴同。又刑事訴訟律草案上訴編通則章內規定。提起上訴。捨棄上訴。撤回上訴

外。尙有回復上訴權之規定。本法則以此種程序。規定第一編期限章內。其理由謂凡不能遵守期限。而喪失訴訟上之權利者。均得聲請回復原狀。與刑律草案所定適用之範圍。有廣狹之不同。(第二百零九條)

第六 上訴之部分。當事人提起上訴。有對於判決一部提起者。有並不以一部爲限者。其對於一部上訴者。以一部上訴論。其不限於一部上訴者。以全部上訴論。又雖於一部上訴。若於上訴有關係之其他部分。亦應以上訴部分論。刑事訴訟律草案第三百七十四條。一部上訴。以不服第一審判決者爲限。規定於控告章內。通則無此規定。惟不服第二審判決者。亦無不許一部上訴之理。故本法規定於上訴通則。自較刑事訴訟律草案周密。茲將一部上訴情形略述如次。

(一)原判決係數罪者 原判數罪之情形。約分爲二。(甲)併合論罪者(乙)從重處斷者。其對於併合論罪各罪中之一罪不服上訴者。例如判甲竊盜罪。又判甲詐財罪。甲於竊盜部分並不上訴。但對於詐財部分上訴是也。對於從一重處斷。不服上訴者。例如侵入其住

宅而傷人。并未成傷。原判認係傷害罪。從傷害之重罪處斷。甲祇認侵入。不認傷害。乃對於所判傷害之一部上訴是也。

(二) 原判決係一罪者。 原判決一罪學者多有否認一部上訴成立者。然於左列情形。亦應認許一部上訴之成立。

(甲) 對於科刑不服者。 例如甲犯殺人罪。原判處甲以無期徒刑。甲以處刑過重而上訴。或檢察官以處刑過輕而上訴者皆是。

(乙) 對於科刑一部不服者。 例如甲詐欺取財。原判甲處徒刑。並褫奪公權。甲於所判徒刑並無不服。但對於褫奪公權部分不服。或於褫奪公權部分並無不服。但對於徒刑部分不服。均得就徒刑之主刑。或褫奪公權之從刑。提起一部上訴。惟主刑與從刑有牽連關係。雖應認爲一部上訴成立。而上訴法院應就全部審判。仍以全部上訴論。又主刑相互間不許分割上訴。例如甲犯販賣鴉片煙罪。原判處甲有期徒刑一年併科罰金一百元。甲不能僅對於徒刑或罰金之一部上訴。

第二章 第二審

第二審者。即當事人不服第一審未確定之判決。請求直接上級法院以判決撤銷或變更之救濟方法也。本法第三百七十五條規定。對於第一審判決有不服者。得上訴於管轄第二審之法院。即對於初級法院之判決不服者。得上訴於直接上級地方法院。對於地方法院第一審判決不服者。得上訴於直接上級高等法院。至茲所謂第二審。與刑事訴訟律草案第三編第二章之控告相當。惟該草案所謂控告。限於不服初級審判廳或地方審判廳第一審之終局判決。本法於法院管轄。與草案多所變更。例如內亂外患及妨害國交罪。草案規定此等犯罪。大理院有第一審並終審管轄權。本法則以該第一審管轄權。屬於高等法院。許其上訴於最高法院。以最高法院為第二審。固不得以不服初級法院或地方法院判決為限。(第三百七十五條)當事人不服第一審判決。上訴於第二審時。應以書狀敘述不服理由。向原審法院提起。被告在原審監獄或看守所者。應向該監獄或看守所長官提起。由該監獄或看守所長官。將接受被

告提起上訴之書狀。送交原審法院。已於通則章內說明。原審法院於當事人上訴後。應實施下列兩種程序。

第一 審查程序。上訴如違背法律上之程序。應由原審將該上訴駁回。爲第三百七十七條所明定。原審認爲上訴違背法律上之程序。或違背法律上之方式。又或其上訴權已經喪失者。均應駁回。例如被告法定代理人等。原審辯護人等。爲被告不利益之上訴。或雖爲被告利益上訴。若原審辯護人等。不用代爲上訴名義。而用獨立上訴名義。或與被告明示之意思相反。此種上訴。均爲違背法律上之程序。又如提起上訴。應用書狀。如不用書狀提起上訴者。即係違背法律上之方式。所謂上訴權已喪失者。例如上訴期限爲十日。經過十日始提起上訴。又或於捨棄上訴。撤回上訴後。再行提起上訴。均應認爲已經喪失上訴權。原審法院認上訴有上述各種情形之一者。應以裁定駁回上訴。不服此駁回上訴之裁定。得於五日內抗告。(第三百七十七條)

第二 送交程序。原審法院認爲上訴並不違背法律上之程序。或其上訴權未經喪失者。應

以該案卷宗及證據物件。送交該法院之檢察官。該法院之檢察官。應送交第二審法院之檢察官。第二審法院檢察官。應將該案卷宗及證據物件。送交第二審法院。被告在監獄或看守所者。原審法院之檢察官。應命將被告解送第二審法院所在地之監獄或看守所。

（第三百七十八條）

當事人上訴後。原審法院應實施之各種程序。已如上述。第二審程序。除本章有特別規定外。準用第一審審判之規定。茲將本章特別規定之程序。分述如次。

第一 訊問程序。審判長依第五十九條。訊問被告姓名、年齡、籍貫、住址、職業後。應命上訴人陳述上訴之意旨。在第二審審訊時。如係檢察官提起上訴。應由檢察官陳述案件要旨。如係自訴人提起上訴。應由自訴人陳述案件要旨。蓋對於第一審之判決。檢察官與自訴人及被告。皆有提起上訴之權。學者有謂不問何人上訴。均應由檢察官陳述上訴意旨者。但本法第三百八十條。既有上訴意旨應命上訴人陳述之明文規定。該學說自難認為正當。

又原審法院。已經訊問之證人鑑定人。既有筆錄可憑。若無再行訊問之必要者。自可採用原審筆錄。以免傳喚拖累。至其調查範圍。則以原審判決中上訴之部分爲限。除於上訴部分有牽連關係。應予一併調查外。不得涉及上訴部分以外。

第二 判決程序。

(一) 駁回之判決。駁回之判決。約有兩種。一爲形式的駁回之判決。一爲實質的駁回之判決。如第二審審訊結果。認原審判決並無不合。以上訴爲無理由者。仍應維持原審判決。以判決駁回上訴。是卽實質的駁回之判決也。若上訴違背法律上之程式。或其上訴權已經喪失者。未經原審法院審查駁回。由第二審發見時。亦應以判決駁回上訴。是卽形式的駁回之判決也。(第三百八十三條
第三百八十四條)

(二) 撤銷之判決。第二審法院。認爲上訴有理由者。應將第一審判決中上訴之部分撤銷。更爲判決。其更審判決之結果。有時較輕於原審判決者。亦有時較重於原審判決者。無論上訴目的。爲被告利益起見。或爲被告不利益起見。其輕重皆由第二審自由判決。

不受上訴之拘束。若上訴無理由。而原審判決確係不當者亦同。(第三百八十
五條第一項)

(三)發回之判決。 第二審發回之判決。以第一審諭知不受理或管轄錯誤不當之判決爲限。因此種判決。祇就形式上判決。實則等於未曾受理。故將其案件發回原審法院審判。

(第三百八十
五條第二項)

原審對於無管轄權之案件。誤認爲有管轄權而判決時。如第二審法院對於該案件有第一審審判權者。應逕爲第一審審判。毋庸發回原審法院。(第三百八十
五條第二項)

(四)逕行判決 當事人提起上訴後。若被告不出庭辯論。依刑事訴訟律草案第三百八十六條。祇檢察官上訴時。仍依通常程序判決。若上訴人爲被告或輔佐人。則推定其有服從原審判決之意。逕爲駁回之判決。本法廢此區別。不問上訴由何人提起。若被告不出庭者。則不待被告陳述。概依通常程序判決。(第三百八
十二條)

被告有出庭陳述之權利。如拋棄權利。不肯出庭陳述。苟非有待其陳述之必要。自不妨逕行判決。惟被告未受合法之傳喚。或上訴中畏罪逃亡。均不得以拋棄權利論。前者應

仍依法傳喚出庭。後者應停止公判程序。

受逕行判決之被告。不得聲請回復原狀。本法第二百〇九條第一項得聲請回復原狀云云。係指不能遵守期限者而言。期限乃法定期限。不可變更。如上訴期限抗告期限等類。審判日期。並非法定期限。可以聲請提前。亦可以聲請展緩。被告若不於審判日期出庭。自可不待其陳述逕行判決。對於該判決有不服時。祇得上訴於管轄第三審之法院。不能聲請回復原狀。

被告拒絕陳述。或最重本刑爲拘役或專科罰金之案件。被告經傳喚無正當理由不到者。第二審遇此情形。應依第三百七十九條準用第三百十條第三百十一條逕行判決。毋庸特別規定。本章所規定之逕行判決。乃指案件最重本刑並非拘役或罰金。且並非到庭拒絕陳述者而言。

第三章 第三審

本法所稱第三審。卽不服第二審判決。而上訴於管轄第三審之法院者也。故非對於第二審判決不服。自不得上訴於第三審法院。此乃原則。更有兩種例外。(第三百八十六條)

(一)初級管轄案件。其最重本刑爲一年以下有期徒刑拘役或專科罰金之罪者。經第二審判決後。不得上訴於管轄第三審之法院。(第三百八十七條)

(二)內亂外患妨害國交罪。在從前大理院有第一審並終審管轄權。本法則以該第一審管轄權屬於高等法院。惟高等法院。祇有一審管轄權。與屬於大理院管轄時。以第一審更兼終審不同。故不得不許上訴。不服高等法院此種第一審判決。上訴於最高法院。亦應適用第三審之程序。(第三百八十八條)

原審法院於當事人上訴後。應實施下列兩種程序。

第一 審查程序。上訴於第三審法院。非以判決違背法令爲理由者。不得爲之。當事人上訴後。原審法院應先審查上訴理由。是否攻擊原判。違背法令。所謂違背法令者。指判決不適用法則。或適用不當者而言。法則較諸法律範圍更廣。凡關於刑事訴訟可以適用之公

法私法。及與法律同等效力之條約。均包括在內。不適用法則。例如認甲爲累犯。不適用刑法第六十六條累犯之規定者是。適用法則不當。例如認甲犯詐欺取財罪。不適用刑法詐欺規定。而適用刑法侵占規定者是。以上係就違背實體法言之。若違背程序法時。例如訊問合法證人。不依本法第一百〇五條命該證人具結。是即不適用法則。又如訊問未滿十六歲或因精神障礙不解具結之意義及效果各證人。命其依本法第一百〇五條具結。是即適用法則不當。(第三百八十九條
第三百九十條)

違背法令之意義。已略如上述。原審法院若審查有左列情形之一者。亦應以違背法令論。

(一) 法院之編制不合法者。例如檢察官書記官未出庭而行審判者是。

(二) 應行迴避之推事參與審理者。例如推事有本法二十四條二十五條應行迴避情形而不自行迴避。當事人亦未聲請該推事迴避。仍然參與審理者是。

(三) 推事經當事人聲請迴避。已經裁定認爲有理由。而仍參與審理者。當事人向推事所屬法院聲請推事迴避。如經該法院裁定駁回又已確定。其參與並不違法。該款係指已經

裁定認為有理由者而言。

(四)禁止審判公開非依法律之規定者。審判以公開為原則。若認為有妨害安甯或妨害秩序妨害風俗之虞時。應即禁止公開。但須將決議禁止及禁止理由宣示。然後令公衆退庭。法院編制法已明有規定。不依該法禁止公開。即係違背法令。

(五)法院所認事物管轄之有無係不當者。如應歸地方法院管轄案件。初級法院行審判。或應歸通常法院管轄案件。誤認為應歸特別法院管轄案件不行審判。是皆所認事物管轄之有無係不當者。惟此祇就事物管轄言之。若土地管轄雖有錯誤。究與本案無重大關係。不得據為上訴第三審之理由。

(六)法院受理訴訟或不受理訴訟係不當者。受理訴訟不當。如公訴權已經消滅。誤認為並未消滅而受理者是。不受理訴訟不當。如公訴權並未消滅。誤認為已經消滅而不受理者是。

(七)除法律有特別規定外。被告未出庭而徑行審判者。被告未出庭而徑行審判。如本法

第三一〇條被告拒絕陳述。又第三一一條最重本刑爲拘役或專科罰金之案件。被告經傳喚無正當理由不到者。又如第三八二條被告不出庭者皆是。惟均係特別規定。除有特別規定外。被告未出庭而逕行審判。卽係違背法令。

(八)依法應停止或更新審判程序。而未經停止或更新者。例如被告心神喪失。或因疾病不能出庭者。又如犯罪以民事法律關係爲斷。命當事人向民事法院起訴尙未經裁判者。依法均應停止審判程序。又如審判開始後。推事有更易者。或停止審判至十五日以上者。依法均應更新審判程序。

(九)依法應有辯護人之案件。或已經指定辯護人之案件。辯護人未出庭而逕行審判者。最輕本刑爲五年以上有期徒刑之罪。依法係強制辯護案件。或並非強制辯護案件。法院認爲有用辯護人之必要。以職權指定辯護人。是亦與強制辯護無異。辯護人未出庭而逕行審判。卽係違背法令。

(十)依法於審判時。應行調查之證據未予調查者。被告雖經自白。仍應調查必要之證據

。以查其是否與事實相符。又訊問被告後。審判長應調查證據。如扣押物件實施勘驗等類。均有明文規定。若於應行調查之證據不予調查。即係違背法令。

(十一)已受請求之事項未予判決。或未受請求之事項予以判決。前者如檢察官起訴。認被告犯甲乙丙三罪。祇判決甲乙兩罪。而丙罪並不判決者。後者如檢察官起訴。認被告犯甲乙兩罪。審判中因發覺與甲乙兩罪並無關係之丁罪。不待檢察官另案請求。逕與甲乙兩罪一併判決者是。

(十二)未經參與審理之推事參與判決者。例如審理者為甲推事。而判決者為乙推事是。

(十三)判決不載理由或所載理由矛盾者。理由所以釋明主文。為判決所不可缺之記載。其種類分爲二。一為科刑判決之理由。二為科刑以外判決之理由。科刑判決所應記載之理由。又可略分爲三。(1)事實上之理由。如犯罪之特別構成要件。法律上之加重減輕

。以及犯罪之形態。(即指共犯或既遂未遂各關係而言)等事實。均不可不加以說明。是即事實上之理由。

(2)證據上之理由。如甲乙兩種證據。因甲種證據。已有其他反證。足以證明該證據並

非真實。故採用乙證據定讞。是即證據上之理由。(3)法律上之理由。據所認定之事實。適與法律某條相合。即採用某條定罪科刑。是即法律上之理由。以上係指科刑判決言之。至科刑以外之判決。如諭知無罪、免訴、管轄錯誤、不受理等。此種判決。雖不必事實證據法律三者具備。然何以如此諭知之理由。則仍不可不說明之。判決不載理由。即係違背法令。至所謂理由矛盾云者。例如認定事實。係被告犯罪未遂。而採用證據。則明係被告犯罪既遂。即所載事實上之理由。與所載證據上之理由相矛盾。又如認定事實。採用證據。均謂被告犯罪未遂。而援用法律。則依既遂之條文處斷。是即所載事實或證據上之理由。與所載法律上之理由相矛盾也。

據上所述訴訟程序。如係以違背法令為理由者。皆得上訴於第三審法院。如非以違背法令為理由者。其不得上訴於第三審法院。自甚明瞭。惟此乃原則。尚有二種例外。(1)訴訟程序雖係違背法令。而顯然不及影響於判決者。例如原審法院所交付之之判決書。有一頁未蓋騎縫印。固不得不謂為違背第一百八十九條之規定。然與判決之成立。並無關係。若

以此末節牽動全局。致該案件遲遲不得終結。殊非立法之本旨。故遇此情形。不得爲上訴於第三審之理由。是卽以違背法令爲理由者。皆得上訴於第三審之例外也。(2)原審判決後。刑罰有廢止變更或免除者。此種情形。能否爲上訴於第三審之理由。係屬問題。就理論言。不應遡及以前之判決。而謂爲違法。然判決既尙未確定。則使依廢止變更或免除刑罰後之新法裁判。適合立法之精神。遇此情形。仍應許其得爲上訴於第三審之理由。是卽非以違背法令爲理由。不得上訴於第三審之例外也。(第三百九十二條)(第三百九十三條)

當事人之上訴書狀。應敘述不服原審判決之理由。若未經敘述。原審法院應命其於十日內提出理由書。然此項理由書。非第三審上訴之要件。故上訴人雖不能於期限內提出。原審法院。不得駁回其上訴。此與舊刑訴條例規定不同。若審查該上訴。應認爲違背法律上之程式。或其上訴權已經喪失者。均應予以駁回。原審法院駁回上訴。應以裁定爲之。對於原審法院駁回上訴之裁定。均得抗告。至抗告期限爲五日。(第三百九十四條及第三百九十七條)

第二 送達程序。當事人上訴。因將上訴理由書提出於原審法院。檢察官爲他造當事人時

。對於上訴理由。固有答辯之義務。即他造當事人非檢察官。亦得自由提出答辯。原審法院既應將上訴書狀或理由書繕本送達於他造當事人。並應將他造當事人之答辯書繕本送達於上訴人。至其期間計算方法。上訴理由書。應由上訴人於上訴後十日內提出。他造當事人之答辯書。應由他造當事人於接受上訴書狀或理由書繕本後。七日以內提出。而原審法院應將各該繕本送達。則均限於三日以內。(第三百九十五條
第三百九十六條)

第三 送交程序。上訴除有第三百九十七條所列情形。應以裁定駁回上訴外原審法院應以該案卷宗及證據物件。送交該法院之檢察官。該原審法院之檢察官。應即送交第三審法院之檢察官。而第三審法院之檢察官。應於七日內添具意見書。將該案卷宗及證據物件。一併送交第三審法院。此項送交程序。與第二審略同。所不同者有二。第二審送交程序。既應送交該案卷宗及證據物件。若被告在監獄或看守所者。並應一併解送。第三審則無此規定。不同之點一。又第二審法院檢察官。送交該案卷宗及證據物件於第二審法院時。並不添具意見書。而第三審之檢察官。則有添具意見書之必要。不同之點二。此其故、以第三

審爲法律審。上訴於第三審之案件。概以不經言詞辯論爲原則。即有時經言詞辯論。亦不須被告到場。故檢察官應先以書狀陳述意見。而被告之在監獄或看守所者。無解送之必要。(第三百九十八條)

當事人上訴後。原審法院應實施之各種程序。已如上述。第三審程序。除本章有特別規定外。準用第一審審判之規定。茲將本章特別規定之程序分述於左。

第一 辯論程序。第三審法院。專在審查法律。毋庸開庭辯論。故本法以明文規定。不經辯論爲原則。惟法院認爲有必要者。仍得命其辯論。其辯論純係法律問題。非有法律智識者不能參與。故辯論時。雖不必被告自己到場。應令律師充任之辯護人到場辯論。檢察官或辯護人應於未辯論前陳述上訴意旨。若審判日期無辯護人出庭者。除依法應用辯護人之案件。或已經指定辯護人之案件外。經檢察官陳述後。應逕行判決。(第四百〇一條及第四百〇四條)

應行辯論之案件。第三審法院。應就上訴人之上訴書狀或理由書。又追加理由書。(於提出上訴書狀或理由書後得於十日內提出追加理由書)及他造當事人答辯之要旨。指定受命推事調查。製作報告書。當庭朗

讀。朗讀報告書。當在審判日期辯論以前。若既開始辯論。則應就上訴部分。調查原審判決。是否違法。是為第三審應行調查之範圍。尙有並非上訴部分。第三審得依職權調查者。

(一)關於法院之事物管轄訴訟之受理及對於確定事實所適用之法則。(所謂確定事實指原則所認定之事實而言)

(二)判決後刑罰之廢止變更或免除。均與法律問題有關。第三審以糾正法律問題為職責。故不得不予以調查。(第四百〇五條)

第三審雖以糾正法律問題為職責。然因調查事物管轄訴訟程序之當否。有時不得不從事實上根究者。例如甲犯吸食鴉片煙及竊盜兩罪。第一審認為初級管轄案件。受理判決後。經第二審駁回上訴。甲對於吸食鴉片煙部分上訴於第三審法院。除應調查吸食鴉片煙部分外。關於竊盜部分。究係單純竊盜。應屬初級管轄。抑係情重竊盜。應屬地方管轄。自非調查有無結夥三人以上或侵入之事實不可。第三審法院遇有此種情形。得於庭員中指定受命推事調查事實。(第四百〇六條)

第二 判決程序。第三審所為之判決。得分為左列各種。

(一)駁回之判決。駁回之判決。約有兩種。一爲形式的駁回之判決。一爲實質的駁回之判決。第三審審理結果。認上訴無理由。原審判決並不違法者。仍應維持原審判決。以判決駁回上訴。是卽實質的駁回之判決也。又上訴違背法律上之程式。或其上訴權已經喪失者。若未經原審法院審查駁回。而由第三審法院發見時。亦應以判決駁回上訴。是卽形式的駁回之判決也。又第三審法院雖認爲上訴無理由。以判決駁回上訴。若認爲上訴人合於刑法緩刑之情形。應予諭知緩刑者。得由第三審法院逕行諭知緩刑。(第四百〇八條)

(二)撤銷之判決。第三審法院認上訴有理由者。應撤銷原審判決中上訴之部分。至與上訴有關係之部分。依第三百六十二條第二項。亦以上訴論之規定。當然包括於上訴部分之內。又依職權調查之事項。雖非上訴部分。亦得將原審判決。以職權撤銷。撤銷原審判決後。應由第三審法院更爲判決者。其判決分下列三種。

(甲)自行判決。第三審法院撤銷原審判決後。除事實不能據原審判決而定者外。因原

審判決有下列情形之一而撤銷者。應就該案件自行判決。(1)違背法令者。(2)應諭知免訴或不予受理者。(3)判決後刑罰有廢止變更或免除者。撤銷原審判決。以上訴人之上訴應認為有理由者為限。因撤銷而為有利益之判決時。其利益應及於上訴人。自不待言。假定甲乙共犯一罪。均不服第二審之判決。上訴於第三審法院。乙於第三審法院裁判前。撤回上訴。第三審法院因審理甲之上訴部分。發見原審判決。所判甲乙兩被告罪刑。均有違背法令各種情形。甲之罪刑固應撤銷。其撤銷之利益。能否及於已經撤回上訴共同被告之乙。又假定甲乙共犯子丑兩罪。經第二審判決後。分別上訴於第三審法院。甲對於子罪上訴。乙對於丑罪上訴。第三審法院因審理甲對於子罪上訴部分。發見原審判決。所判甲乙兩被告子罪。均有違背法令之情形。甲之子罪固應撤銷。惟乙祇對於丑罪上訴。其上訴又毫無理由。應在駁回之列。乙是否能因甲之子罪撤銷原判。而其子罪亦享受甲之撤銷利益。不無疑問。本法特以明文規定。因違背法令各種情形。而撤銷原審之判決者。其利益及於共同被告。所謂共同被告云者。如

上舉兩例之前一例。乙既撤回上訴。已不能再稱爲上訴人。後一例乙祇對於丑罪上訴。其並未上訴之子罪部分。亦不能稱爲上訴人。故均祇得謂之共同被告。惟各該共同被告。究非未經上訴之共同被告可比。固應使其同受撤銷之利益。即使甲乙共同被告。乙於第一審判決後。並未上訴於第二審。或第二審判決後。並未上訴於第三審。甲以原審判決。有違法令。爲上訴於第三審之理由。第三審法院認甲之上訴理由正當。而撤銷原審判決者。共同被告之乙。亦應享受撤銷之利益。(第四百十條二項)

又法文所謂利益及於共同被告一語。究係當然發生利益效果。不必更以判決諭知。抑必須更以判決諭知後始能實受其利益。尙無明文規定。似有可疑。然非撤銷原審對於共同被告之判決。其利益不能及於共同被告。故第三審法院。不得不同時對於未上訴或已撤回上訴之共同被告。以判決諭知之也。

(乙)發回判決。原審法院諭知管轄錯誤係不當者。或諭知不受理係不當者。第三審法院。遇有此種情形。應以判決將該案件發回原審法院。所謂原審法院。包括第一第二

兩審而言。對於第二審判決上訴之案件。發回原審法院者。以第二審法院爲原審法院。若第三審法院認爲必要時。亦得將該案件發回原第一審法院。例如甲因不服原第一審法院所爲管轄錯誤或不受理之判決。上訴於第二審。第二審法院亦認該判決爲正當。駁回上訴後。甲再上訴於第三審。而第三審法院。則認爲第一審及第二審判決皆不當者。實與第一審法院未行本案之審判同。遇此情形。雖係對於第二審判決上訴之案件亦得將該案件逕行發回於原第一審法院。(第四百一十一條)

(丙)發交判決。第三審法院。因原審判決認爲有管轄權係不當而撤銷者。應以判決將該案件發交有管轄權之第二審法院。如第一審法院爲管轄錯誤之判決。由檢察官上訴於第二審法院。而第二審與以有管轄權之判決。被告不服第二審所爲有管轄權之判決。上訴於第三審。經第三審發見應由第一審法院管轄者。第三審法院應將該案件發交第一審之法院。(第四百一十二條)

第三審法院。因上述甲乙丙三種以外之情形。而撤銷原審判決者。應以判決將該案件發

回原審法院。或發交與原審法院同級之法院。究於如何情形應發回。如何情形應發交。法文未經明示區別。其仍須原審法院詳細調查者。則以判決發回。恐原審法院之調查並無實益者。則以判決發交與原審法院同等級之法院。例如事實與理由相抵觸者。可發回原審法院。使之再行審判。如事實與理由並無抵觸。然調查未臻完備。恐原審法院堅持己見。不肯虛心調查者。則發交與原審法院同等級之法院。使之再行調查審判。

（第三條）

（第四條）

第四編 抗告

刑事訴訟律草案。以抗告爲上訴之一種。本法則不認抗告爲上訴。而另置爲一編。但依第四百三十二條之規定。抗告除另有特別規定外。準用第三編第一章關於上訴之規定。茲惟說明抗告之特別規定如次。

第一 抗告。抗告係對於裁定爲之。而裁定有得抗告與不得抗告之分。

(甲)得抗告者。得抗告之情形。約分三種。(1)當事人對於法院之裁定有不服者。得抗告於直接上級法院。所謂直接上級法院云者。依審級計算。地方法院。為初級法院之直接上級法院。高等法院。為地方法院之直接上級法院。(第四百十四條第一項)(2)證人鑑定人通譯及其他非當事人受裁定者。亦得抗告。除檢察官、自訴人、被告、法律認為當事人外。其他參與於訴訟之證人、鑑定人、通譯、告訴人、告發人等。皆為非當事人。(第四百十四條第二項)(3)關於羈押具保扣押及扣押物件發還之裁定。又證人鑑定人通譯及其他非當事人所受之裁定。亦得抗告。(第四百十五條)此種裁定。雖為訴訟程序之裁定。然關係人民之自由財產。及非當事人一身之利害。故訴訟程序之裁定。除有特別規定外。不得抗告。上述各該裁定。則不在此限。蓋第四百十五條前段。為第四百十四條之特別規定。而第四百十四條但書。又為第四百十五條前段之特別規定。

(乙)不得抗告。不得抗告之情形。可分二種。(1)對於法院判決前關於管轄或訴訟程序之裁定。除有特別規定外。不得抗告。所謂判決前訴訟程序之裁定。如本法第二百六十

九條第二項規定。當事人聲請傳喚之證人。法院認與案情無關者。得以裁定駁回之。受駁回之當事人。若以駁回爲不當。儘可分別情形。聲請推事迴避。或俟其判決後。舉爲上訴理由。毋庸許其抗告。致使訴訟延滯。又判決前管轄之裁定。在刑事訴訟律草案。當事人聲請指定或移轉管轄者。法院應諮詢檢察官。以決定裁判之。本法雖無此規定。然當事人既以指定或移轉理由敘述於書狀內。向管轄法院聲請。管轄法院如不以該理由爲正當。自不得不以裁定駁回。此種裁判。值法院開始審理或續行審理之際。若許其抗告。則紛更而無實益。故以明文規定。不得抗告。(2)對於第三審法院之裁定。不得抗告。刑事訴訟律草案。第四百二十七條但書。僅規定抗告以三級爲最終。本法則就第三審之一切裁定概括定之。故範圍較廣。(第四百十五條)

第二 再抗告。對於第三審法院之裁定。不得抗告。已於第四百十六條明文規定。如非對於第三審之裁定而抗告者。其於抗告法院之裁定。以左列各款爲限。得於五日內再行抗告。謂之再抗告。

(一)對於駁回上訴。或因上訴逾期聲請回復原狀之裁定抗告者。

(二)對於再審之裁定抗告者。

(三)對於第四百九十八條定刑之裁定抗告者。

(四)對於第五百〇五條聲明疑義或異議之裁定抗告者。

(五)證人鑑定人通譯及其他非常事人對於所受之裁定抗告者。

以上各項裁定。關係皆屬重要。僅許抗告一次。猶恐未能完密。故許其再抗告。(第四百二十六

條)

第三 抗告之期限。 抗告限期。本法於或種裁定。定明五日內抗告者。應以五日為抗告期

限。其未定明者。則概以七日為抗告期限。至期限之計算方法。均自送達裁定後起算。但

於送達前提起抗告者。既未逾期。當然認為有效之抗告。(第四百十七條)

第四 抗告之提起及審理。 提起抗告之方法。應以書狀敘述不服之理由。向原審法院為之

。不得逕向抗告法院提起。原審法院認抗告為有理由者。應更正其裁定。若認抗告之全部

或一部爲無理由者。應於接受抗告之書狀後。三日內添具意見書。送交抗告法院。如認爲必要時。並應將該案卷宗及證據物件。一併送交抗告法院。(第四百十八條第四百十九條及第四百二十一條第一項) 抗告

法院認爲有必要者。得請原審法院送交該案卷宗及證據物件。(第四百二十條第二項)

抗告法院。認抗告之程序違背規定。或無理由者。應以裁定駁回。若認爲有理由者。應將

原審裁定撤銷。自行裁定。(第四百二十二條至第四百二十四條)

第五 抗告之效力。 抗告提起後。抗告法院未裁定前。應否停止執行裁判之效力。刑事訴

訟律草案第四百二十二條第一項。載有除特別規定外一語。(所謂特別規定如該草案第三十四條第二項之類) 故遇有特

別規定者。若於抗告之裁決尙未確定。卽實施審判。其審判卽爲不法。本法明文規定。抗

告無停止執行之效力。卽不能停止裁判之執行。惟此係原則。尙有兩種例外。(一)原審法

院抗告之裁定前。得以裁定停止執行。(二)抗告法院得以裁定停止裁判之執行。(第四百二十條)

抗告既如上述。本法於抗告編內又有聲請之規定。此所謂聲請。乃對於不服之處分請求撤

銷或變更之方法。其與抗告不同之點(一)抗告必於直接上級法院爲之。而聲請則除處分該

事件之受託推事。係初級法院推事。應向管轄地方法院聲請外。均向該推事所屬法院聲請。(二)抗告係對於法院之裁定聲明不服。聲請則不但爲對於受命推事或受託推事之處分聲明不服之方法。即對於檢察官所爲或種處分有不服時。亦得向檢察官之該管法院聲請撤銷或變更之。(三)對於抗告之裁定。合於第四百二十六條所列情形之一。得再抗告。而對於聲請撤銷或變更處分之裁定。則不得抗告。茲將得聲請撤銷或變更之各種處分分舉如次

(甲)關於受命推事或受託推事所爲之羈押具保扣押及扣押物件返還之處分。又證人鑑定人通譯所受罰鍰及賠償費用之處分。

(乙)關於檢察官所爲之羈押具保扣押及扣押物件返還之處分。

上述各該處分。屬於檢察官者。均由檢察官核定。本無所謂裁定。對於核定之處分有不服者。依法既不能抗告。除聲請該檢察官之該管法院撤銷變更外。別無救濟方法。至屬於推事一方之處分。依法無不出以裁定之形式。對於該裁定之處分有不服者。何以不依抗告方法。請求直接上級法院撤銷變更。而必依聲請方法。聲請該推事所屬法院撤銷變更。似不

無疑問。惟上述各該處分。雖不受本法第四百十五條不得抗告之制限。然該條及第四百十四條之規定。得抗告於直接上級法院者。祇限於法院所爲之裁定。若非法院而爲受命推事或受託推事所爲之裁定。並不在各該條得抗告之列。故對於該處分有不服者。祇能聲請該推事所屬法院撤銷變更。不能抗告於直接上級法院。(第四百二十七條第一項及第四百二十八條)

聲請期限。對於受命推事受託推事之處分。聲請撤銷變更者。其期限準用抗告之規定。本法第四百二十七條二項已有明文。惟對於檢察官之處分。聲請撤銷變更者，並無準用何項期限之規定。似應以第四百二十七條二項。移置於第四百二十八條二項。改爲「前條及本條聲請期限。準用抗告之規定」方爲完密。聲請應以書狀敘述不服之理由。向該推事所屬法院。或該檢察官之該管法院爲之。其不因聲請而停止處分之執行。以及送交該案卷宗證據物件。並駁回或自行裁定各節。皆準用第四百二十條至四百二十四條關於抗告之規定。

(第四百二十九條及第四百三十條)

第五編 非常上訴

非常上訴。乃於判決確定後。更正違法判決之一種程序也。此種程序。有專以保護受刑人爲宗旨。僅許爲有利益於被告之上訴者。有專以統一解釋法律爲宗旨。不問有利益於被告與否者。本法採後之主義。惟設第四百三十九條第一款之但書以示限制。

第一 非常上訴之意義及期限。凡判決違法者。在確定前固得依通常上訴。以資救濟。使確定後即須受通常程序之制限。萬一判決果係違法。非特被告冤抑莫伸。即法律亦有失平允。故特設一非常上訴。俾得請求違法判決之更正。因在判決後准許提起。故冠以非常二字。因係攻擊原判決違法。故仍名之曰上訴。至原判決之審級如何。以及違法之屬於實體法或訴訟法。在所不問。均得以爲提起非常上訴之理由。又提起非常上訴。祇須在判決確定後。無論何時。皆得爲之。並無期間之限制。(第四百三十三條)

第二 提起非常上訴權利者及管轄法院。提起非常上訴權專屬於最高法院檢察長。其他之

人。雖得請求提起。但提起與否。仍屬最高法院檢察長之權限。請求提起者。不得主張不服。至管轄非常上訴之法院。專屬於最高法院。其他各級法院。皆無受理非常上訴之權。

(第四百三十三條)

最高法院檢察長。提起非常上訴。應以書狀敘述理由。提出於最高法院。最高法院接受提起非常上訴之書狀後。應準用第四百〇五條一項二項。及第四百〇六條關於第三審各規定。就提起非常上訴部分。及得依職權調查部分。予以調查。既係專就法律問題調查。自無

開言詞辯論之必要。(第四百三十五條及第四百三十七條)

第三 非常上訴之判決。最高法院認非常上訴無理由者。應以判決駁回。若認其另有理由者。應分別諭知左列二種判決。

(一)原審判決係違法者。即撤銷其違法部分。例如提起非常上訴。係因原審判決理由內撥用不應援之刑法某條項或某條款者。非常上訴判決。即將該原審判決所援用之某條款項部分。諭知撤銷。但原審判決不利於被告者。應另行判決之。

(二)訴訟程序係違法者。即撤銷其程序。例如非常上訴理由。係因原審判決程序中違反本法第一百〇六條之規定者。命未滿十六歲之人具結者。非常上訴判決。即將原審判決命未滿十六歲之某證人具結部分。諭知撤銷。

第四 非常上訴判決之效力。非常上訴之判決。依第四百三十九條第一款但書。原審判決不利於被告者。應另爲有利益於被告之判決。此有利益於被告之判決。其效力當然及於被告。若非有利於被告之判決。依此但書規定。被告自不受非常上訴之影響。蓋非常上訴。本以統一解釋法律。更正違法判決爲主。除利益於被告之判決外。其他效力雖不及於被告。然已足以貫徹更正違法之主旨。(第四百四十條)

第六編 再審

再審者。於受刑或釋放之判決確定後。因發見事實上有重大錯誤。再行審判之程序也。其對於一事不再理之原則。實爲一大例外。此種制度。有專爲保護被告人之利益起見者。有專爲

更正事實上重大錯誤起見 不問利益於被告與否者。本法採第二主義。

請求再審。無論爲第一審第二審或第三審之確定判決。皆得爲之。茲將再審要件。說明如次

第一 利益於受刑人之再審要件。左列各款情形。爲受刑人利益起見。得提起再審。(四第

百四十
一條)

(一)爲判決基礎之證據。已經確定判決。證明其爲偽造變造者。例如甲因姦用刀殺乙。素知丙與乙有仇。刀柄上假刻丙之名字。拋置屍側逃走。丁見刀柄上之名字爲丙。乃告丙爲殺乙之正兇。法院據此刀柄判丙殺人罪。至確定後。發見刀柄上之名字係甲假造。甲到案亦供認前情不諱。於是又判甲因姦殺人。及偽造他人刑事被告事件之證據各罪。該判決已經確定。爲受刑人丙利益起見。得根據甲之確定判決提起再審。

(二)爲判決基礎之證言鑑定或通譯。已經確定判決。證明其爲虛僞者。本款情形。與前款所述略同。惟前款指僞造或變造之證物而言。本款則指虛僞證言鑑定或通譯而言。

(三) 爲判決基礎之通常法院或特別法院之裁判已經確定裁判變更者。例如甲告乙丙共同殺丁。丙在逃。僅乙獲案。認乙確與丙爲殺丁正犯。判決後丙亦被獲。即根據乙之判決以判丙。旋因乙不服上訴。經上訴審撤銷原判決。乙無罪確定。是丙之判決基礎裁判。已經確定裁判變更。自得爲受刑人丙利益起見。提起再審。又如甲告乙丙共同殺丁。乙爲軍人。丙爲常人。丙因乙之關係。經軍法官訊問既畢。後軍法官一面判決乙之共同殺人罪。一面將共犯丙送由該管檢察官提起公訴。即根據軍法官判乙共同殺人罪之判決以判丙。旋因乙提起再審。改判乙無罪確定。是丙之判決基礎裁判。已經確定裁判變更。自得爲受刑人丙利益起見。提起再審。

前之一例。係指爲判決基礎之通常法院裁判。已經確定裁判變更者而言。後之一例。係指爲判決基礎之特別法院裁判。已經確定裁判變更者而言。

(四) 因發見確實證據。足認受刑人應受無罪免訴或輕於原審所認罪名之判決者。應受無罪之判決者。例如甲因被訴殺乙。判決確定後。發見乙尚生存或犯罪已經死亡之確實證

據者是。應受免訴之判決者。例如提起公訴權已因第二百四十三條第一款至第四款情形消滅者。或法律免除其刑者是。應科輕於原審所認定罪名之判決者。例如甲因被訴殺尊親屬乙。判決確定後。發見乙並非甲之尊親屬之確實證據者是。

(五)受刑人已經確定判決證明其係被誣告者。例如甲告乙殺丙。判乙犯殺人罪刑。確定後。發見甲係誣告。又依誣告律判甲罪刑確定。爲受刑人利益計。得根據甲之確定判決提起再審。

(六)參與原審判決或前審判決之推事。參與偵查或起訴之檢察官。因該案件而犯職務上之罪。其科刑之判決。已確定者。例如推事或檢察官對於該案件有意陷害被告。或收受被害人所贈賄賂經告訴發。對該推事或檢察官科刑之判決確定後。爲受刑人利益起見。根據該推事或檢察官確定判決提起再審。

第二 不利益於受刑人或被告之再審要件。左列各款情形。爲受刑人或被告不利益起見。

亦得提起再審。(第四百四十二條)

(一)有前條第一款至第三款及第六款情形者。前條各款情形。即(1)爲判決基礎之證據。係偽造或變造者。(2)爲判決基礎之證言鑑定或通譯係虛僞者。(3)爲判決基礎之裁判已變更者。(4)推事檢察官因該案件犯職務上之罪者。以上各該情形。既於不利益於受刑人時。得爲受刑人利益起見。提起再審。則於利益於受刑人或被告人時。自亦得爲受刑人或被告不利益起見。提起再審。

(二)受無罪或輕於相當之刑之判決。而於法院或法院外。自白其犯罪事實者。例如甲被訴殺人。捏供出於正當防衛。受無罪之判決。或捏供當場出於義憤。受輕於相當之刑之判決。各該判決所認定之事實。均非真正犯罪事實。若受刑人或被告於法院或法院外。自白其真正犯罪事實時。自應據該自白提起再審。所謂法院外者。包括一切處所而言。不必以公署爲限。但就實際言之。大抵係在檢察官警察官前或監獄署自白者。自白係指有訊問權者之訊問自白其犯罪事實而言。若對於通常人偶爾之談話。雖傾吐犯罪事實。尙難認爲法律上之自白。不得據以提起再審。

(三)受免訴或不受理之判決。而於法院或法院外。自述其並無免訴或不受理之原因者。

如審判官誤認被告犯罪。起訴權已消滅。諭知免訴之判決。或誤認被告事件欠缺訴訟條件。諭知不受理之判決。此種判決。縱令被告自白犯罪事實。亦不得據以提起再審。其得據以提起再審者。非自述其並無免訴或不受理之原因不可。故與第二款情形分別論之。

上述第四百四十一條。除第四款外。須有確定判決證明原判決不當。始能提起再審。若因不能提起公訴。或不能續行公訴。並無確定判決時。亦得依他法證明其事實請求再審。如偽證人或誣告人亡故。前所作之書狀。說明犯罪者。又或在他之訴訟案內。自白犯罪者。於此情形。得據說明書狀或訴訟筆錄提起再審。第四百四十三條前段已有規定。惟該案尚有但書之限制。即因不能證明犯罪。致不能提起公訴或續行公訴者。已失提起再審之根據。不能提起再審。

第三 管轄再審之法院。管轄再審之法院。即為判決之原審法院。所謂為判決之原審法院

者。例如第一審爲有罪或無罪免訴及不受理之判決確定。則以第一審法院爲原審法院。若第一審法院所爲上述各種判決。經第二審法院撤銷改判。或第二審法院所爲上述各種判決經第三審法院撤銷改判者。固應以撤銷改判之第二審法院或第三審法院爲判決之原審法院。即第二審對於不服第一審所謂上述各種判決之上訴駁回。第三審對於不服第二審所爲上述各種判決之上訴駁回。仍以爲駁回之第二審第三審法院爲原審法院。是爲再審管轄之原則。尙有例外規定二種。

(一)案件曾上訴第二審法院。而就未經上訴之部分提起再審時。此未經上訴之部分。乃第一審判決。似應以爲判決之第一審法院爲原審法院。然因有第四百四十五條二項之特別規定。此種再審。仍以第二審法院爲管轄再審之法院。

(二)案件因第三審法院判決確定提起再審。自應概以爲判決之第三審法院。爲管轄再審之法院。惟再審爲更正事實上錯誤起見。第三審爲法律審。並不調查事實。本法祇限於提起再審理由。係因第三審法院之推事。有第四百四十一條第六款情形者。以第三審法院

。爲管轄再審之法院。此外均由第二審法院管轄。(第四百四十五條)

第四 有提起再審權者。再審有爲受刑人利益起見提起者。有爲受刑人不利利益起見提起者。爲受刑人利益起見提起之再審。左列各人得提起之。

(一)管轄法院之檢察官。再審除有特別規定外。應由判決之原審法院管轄。所謂管轄法院之檢察官。卽配置管轄再審法院之檢察官。

(二)受刑人。

(三)受刑人之法定代理人保佐人配偶。

(四)受刑人已亡故者其親屬。

上述有提起再審權者。係爲受刑人利益起見提起之再審。若爲受刑人或被告不利利益起見。提起之再審。祇管轄法院之檢察官及自訴人有提起權。查檢察官及自訴人。既得爲被告不利利益起見上訴。亦得爲被告利益起見上訴。第三百五十八條已明有規定。再審則除管轄法院之檢察官。無論爲受刑人或被告利益起見與否。均有提起再審之權外。自訴人祇限於爲

受刑人或被告不利益起見。有提起再審之權。不許爲受刑人利益起見。提起再審。與上訴迥然不同。殊可研究。(第四百四十六條及第四百四十七條)

第五 提起再審之期限。再審之訴。固不得於判決確定前爲之。然在判決確定後。究於何時可以提起再審。並無一定之期限。依第四百四十四條規定。再審於刑罰執行完畢。或已不受執行時。亦得提起。所謂亦得提起云者。謂雖已執行完畢。或不受執行時。亦得提起之意。並非必有執行完畢或不受執行之情形。始得提起也。尙有應說明者。(1)第四百四十四條規定。爲受刑人利益起見提起再審。最易發生疑問。故應有明文規定。若爲受刑人或被告不利益起見提起再審。則無論何時。皆得提起。本不發生疑問。故毋庸列爲專條。(2)判決確定後若遇大赦。則消滅判決確定效力。法律上已認爲無犯罪之事實。於此情形。不得提起再審。

第六 提起再審之方式。提起再審。應以書狀敘述不服理由。並附原審判決之繕本及證據。向該管法院爲之。提起再審後。於未有再審裁判前。得撤回之。關於再審之提起及撤回

。均準用第三百六十五條第三百七十二條及第三百七十四條關於上訴之規定。（第四百四十九條至第四百

百五十一條）

第七 提起再審之效力。判決一經確定。則有執行刑罰之效力。不因提起再審而停止刑之執行。但該管法院之檢察官。於再審之裁判前得命停止。法院認為有再審理由者。亦得於開始再審之裁定後。以裁定停止刑罰之執行。其停止執行刑罰與否。均由檢察官或法院酌量再審之情形定之。刑事訴訟律草案第四百五十條規定。請求再審中。除死刑外。不停止行刑。適用殊多窒礙。本法第四百四十八條刪去該草案除死刑外一語。而增入但書。並於第四百五十四條增入第二項。其規定自較該草案為完善。（第四百四十八條及第四百五十四條）

第八 再審之審理。法院認為提起再審之程序違背規定。或認為無再審理由。應以裁定駁回。認為有再審理由者。應為開始再審之裁定。對於各該裁定。以及上述停止刑罰執行之裁定。均得於五日內提起抗告。（第四百五十二條至第四百五十五條）

開始再審之裁定確定後。法院應依其審級之通常程序更為審判。即第一審判決之再審。依

第一審程序更爲審判。第二審判決及第三審判決之再審。依第二審第三審之程序更爲審判

。 (第四百五十六條)

再審有爲受刑人利益起見提起者。有爲受刑人或被告不利益起見提起者。爲受刑人利益起見之再審。並不限於生存之受刑人。該受刑人雖已亡故。仍許提起再審。以重受刑人之名譽。此種再審。應諮詢檢察官意見逕行判決。毋庸開庭審判。若受刑人於再審判決前死亡者亦同。對於各該判決不得上訴。爲受刑人或被告不利益起見提起之再審。祇限於生存之受刑人或被告者。於提起再審前已死亡者。固不許提起再審。即提起再審後。於再審判決前死亡者。犯罪科刑之主體。既不存在。已無再審之必要。其再審及關於再審之裁定。當然失其效力。 (第四百五十七條及第四百五十八條)

爲受刑人利益起見提起之再審。諭知科刑之判決者。不得重於原審判決所諭知之刑。若諭知無罪之判決者。應將該判決刊發公報。或其他報紙。 (第四百五十九條及第四百六十條)

第七編 簡易程序

簡易程序者。即檢察官及法院處理案件。得適用極簡捷之方法。以達到處罰被告人之目的。是也。刑事訴訟法制定之目的。專在對於犯罪適用刑罰權。一方面恐被告人或有冤抑。或國家實施此刑罰權及刑罰請求權之法院或檢察官。濫於行使其職權。致被告人蒙受損害。故不得不有詳密之規定。以資保障。然一律辦理。墨守不變。不但有時踐行之程序甚屬無謂。反令被告人及訴訟關係人廢時失業。不勝拖累之苦。即檢察官及法院。亦復因依據法律執行職務之故。遲鈍迂緩爲世詬病。殊非立法之本旨。故於通常審判程序之外。有不得不設此簡易程序之必要也。

簡易程序不必經過通常審判之繁重手續。故其命名不曰簡易訴訟程序。及簡易審判程序。而名曰簡易程序者。卽在於此。惟檢察官刑罰之請求權。及法院刑罰之適用權。均爲國家所賦予。並不因案件之應依簡易程序處理而喪失。或有所歧異。質言之。卽簡易程序之適

用。於不告不理之原則。及被告人應處之刑罰。並無若何影響也。

簡易程序之規定。以手續簡捷爲其主要目的。然爲保全刑罰之實行。不致錯誤起見。不得限以一定之條件及範圍。換言之。即非任何案件。及案件之任何情形。概可援簡易程序處理也。又可援用簡易程序處理之案件。於可能之範圍內。仍應注重被告人之利益。俾有抗辯及請求救濟之機會。故簡易程序之內容。非絕對的不採用審判主義。茲分述如次。

第一 簡易程序之內容。簡易程序之主要內容。即檢察官得聲請法院不經過通常審判程序。逕以命令處被告人以刑罰之謂。惟其得以聲請之案件。必限於最重主刑爲六月以下有期徒刑拘役或專科罰金。且具有(一)被告人之犯罪事實據現存證據已屬明確。或(二)被告人於偵查中。已經自白犯罪者而後可。(第四百六十一條第一項)茲更就聲請之方式及效力。與處刑命令之處分及方式。分述之。

(一)檢察官聲請之方式。檢察官聲請以命令處刑者。必須以書狀爲之。其書狀內應記載

。(1)被告人之姓名、性別、年齡、籍貫、職業、住址。(2)犯罪之日時處所。(3)犯

罪之證據。(4) 犯罪之行爲。及應適用之法條。並應依第一百八十九條之通常規定。記載制作聲請書之年月日。及處所。由檢察官署名蓋章。(第四百六十一條第一項)

(二) 檢察官聲請之效力。案件經檢察官聲請以命令處刑者。與起訴有同一之效力。毋庸由檢察官另具起訴書狀。所以必限於檢察官之聲請者。則因刑事不告不理之大原則。未便因施行簡易程序之故。而獨異也。(第四百六十條第二項)

(三) 處刑命令之處分。法院接受檢察官聲請。以命令處刑後。原則上毋庸再事調查。應逕行處分。以期迅速。惟簡易程序。究非完全廢止審判。不過不以審判爲處理之必要條件。故法院於認定事實有必要時。仍得傳訊被告人或調查證據。但爲保持簡易程序之本旨起見。不得不有相當之限制。即逕行以命令處刑者。自接受檢察官之聲請後。不過逾二日。若傳訊被告人或調查證據。致延期處分時。亦不得逾五日。(第四百六十四條)(第四百六十五條)

法院以命令處刑。似應以檢察官聲請之法條。爲命令處刑之標準。不過檢察官聲請之時。難免不因時間之匆遽。或見解之不同。有遺漏或差異之虞。且強令法院受其拘束。亦

涉檢察官干涉法院審判之嫌。故事實苟屬同一。若於適用之法條稍有歧異。依照本法第三百二十條之規定。在本編既無反對之規定。自可一體援用。由法院逕行變更之。以資糾正。即除單純處刑而外。凡有須准其緩刑或沒收之處分。在法院亦應有權以命令處理。故法院本於檢察官之聲請。以命令處刑外。並得以命令爲其他一切必要之處分。

（四第
百六十一條第二項第四百
六十六條第一項第四款）

（四）處刑命令之方式。以命令處刑。形式已極簡單。惟無一定之方式。難免滋生流弊。故規定處刑命令。必須以書狀爲之。其書狀內應分別記載下列各事項。（1）被告人之姓名、性別、年齡、籍貫、職業、住址。（2）犯罪之日時處所。（3）犯罪之行為及適用之法條。（4）應科之刑罰及必要之處分。（5）命令處刑之法院及年月日。（6）接收處刑命令之日起五日內得聲請正式審判。並應由命令處刑之推事署名蓋章。（第四百六十六條）

第二 簡易程序之援用。案件之適用簡易程序。在法律上并無強制之規定。茲分述如次。

（一）檢察官。凡案件合於簡易程序者。檢察官固可聲請法院以命令處刑。然依本法第四

百六十一條第一項之規定。並無限定檢察官必須遵守之明文。故檢察官即依通常程序起訴請求審判。亦不得謂爲違法。(第四百六十條第一項)

(二)法院。凡合於簡易程序處理之案件。經檢察官聲請以命令處刑後。法院非絕對受其拘束。故經法院認爲於法不得以命令處刑。或因其他情形。認爲不宜以命令處刑者。得仍依通常程序審判之。(第四百六十三條)

(三)被告人。案件雖經檢察官聲請。並經法院以命令處刑者。被告人於接受處刑命令後。五日內仍可聲請法院正式審判。苟非其聲請有不法之情形。法院不能駁回。如法院據被告人之聲請。以通常程序審判者。其審判並不受處刑命令之拘束。於此有應行注意者。即檢察官聲請以命令處刑後。在法院尚未以命令處刑前。若被告人聲請正式審判。法院應如何處置是已。竊以爲法院既以命令處刑後。被告人尙有聲請正式審判之權。則依照本法第四百六十三條第四百七十二條規定之精神。爲節省無益之手續及進行迅速起見。法院應即時改依通常程序審判。其所爲之審判。亦不得指爲違法也。(第四百六十三條)

七條第二項第
四百七十二條

依上各項說明。是簡易程序完全爲一部分通常程序之便宜程序。並非必要之替代程序。就適用情形言之。亦完全爲一種任意法規。而非強行法規。不過因一種案件既屬輕微。事實又極顯著。不必拘於通常煩重手續以處理之。故特設簡易之規定以資採用之便利耳。

第三 處刑命令之效力。處刑命令。就其性質及結果言之。實與判決相同。但因法律上對於處刑命令有特別之規定。故亦有相異之處。茲就其效力與判決比較。可分爲二種說明如左。

(一)與判決相同之效力。處刑命令與判決相同之效力。有下列二種。

(甲)確定力。凡判決經過上訴期間。或不得上訴。或因捨棄及撤回上訴。而喪失上訴權者。生確定之效力。處刑命令亦因經過聲請正式審判期間。或因捨棄及撤回聲請。

而喪失聲請權者。生確定之效力。

(第四百六十七條至第四百七十條第四百七十五條)

(乙)執行力。凡判決經確定後。有執行之效力。處刑命令亦然。(第四百七十六條)

(二)與判決相異之效力。處刑命令。與判決相異之效力。亦分二種說明。

(甲)送達。凡判決必須依通常程序。將判決送達於當事人者。始生送達之效力。若處刑命令。手續既極簡單。當場可以立時作成。若猶限於通常送達之程序始能有效。殊於簡易程序力求迅速之旨不符。故處刑命令。經法院當場將處刑命令交付當事人本人者。亦生送達之效力。因此期間進行。及被告人表示捨棄正式審判之聲請。均可據以生一定之效果也。(第四百六十七條第一項第四、百六十八條、四百七十條)

(乙)不服。凡不服判決。必須依通常程序。上訴於上級法院。案件上訴後。除有特別規定外。絕對不許原審法院之推事。參與該案件之處理。若不服處刑命令。祇能向原命令處刑之法院聲請正式審判。其原為命令之推事。應否參與審判。在本法既無明文禁止。則仍由原為命令之推事審判。要亦不得指為違法。至虛原為命令之推事具有成見。在事實上容或不免。然苟有顯著之事實可資依據。則依照本法第二十六條第二款

聲請迴避。已足以資救濟。自不能僅以其曾經命令處刑之故。而拒絕其審判也。(

第四百六十七條第二項)

第四 正式審判之聲請。 被告人對於處刑命令如有不服。固有聲請正式審判之權。而在法

院未經命令處刑之前。亦得適用通常程序審判。是簡易程序進行。無論何時。均有改用通常程序審判之機會。然而權限究有不同。不可混而爲一。其在被告人聲請依通常程序審判。必須遵守下述之要件。(1)須在接受處刑命令之後。(2)須從接受處刑命令之日起五日以內。(3)須向原命令處刑之法院聲請是也。(第四百六十三條第四項 第四百六十七條第二項)

本法既定被告人於接受處刑命令後。始有聲請正式審判之權。則在命令處刑前之聲請。法律上當然不能認爲有效。雖法院方面爲免除被告人將來有所藉口。並節省無益之手續起見。得逕援第四百六十三條之規定。依通常程序審判。惟其結果仍屬法院以職權爲審判。並不能認爲被告人於彼時已有聲請權也。不過因本法既無被告人於未接受處刑命令前。不得聲請正式審判之規定。而又許法院於命令處刑前有權改依通常程序審判。故得由法院斟酌

情形便宜處置耳。(第四百六十三條第四百六十條第二項第四百七十一條)

又本法關於通常程序中之上訴抗告等。均載明應以書狀爲之。(第三百六十四條第四百十八條)而被告人聲

請正式審判是否須用書狀。本編未經規定。依余意解釋。凡訴訟法上一切規定。多數以於被告人方面有利益者爲準。被告人對於處刑命令不服。以言詞聲請正式審判時。苟無其他不合法之原因。法院即應照准。若必限以書狀。未免延滯時日。且證以法院既有以職權隨時改依通常程序審判之規定。其係由於被告人之聲請者。則不必拘於書狀之一定方式更可概見矣。惟被告人以言詞聲請者。依通常規定。仍應記載於筆錄。(第四百六十條第二項)

被告人聲請正式審判之要件。既述明如前。則被告人於聲請時。實有遵守之必要。法院於其聲請如認爲合法。即應就案件實體上開始通常審判程序。至通常審判程序諭知判決後。其原處刑命令即失其效力。申言之。即法院之判決。無庸將處刑命令宣告撤銷。而視爲當然無效。(第四百七十二條第四百七十四條)

第六 正式審判聲請之失效。正式審判聲請失效云者。即被告人所爲正式審判之聲請。有

不能准許之原因。或其聲請權已經喪失。或因其怠於爲一定之行爲。法院不能就該案件再爲進行實體上之審判是也。若於進行實體上審判之後。而因被告人所爲本案之抗辯。無正當理由。致受有與處刑命令同樣。或更不利益之裁判。乃屬通常程序審判之結果。不能謂爲被告人正式聲請之失效。茲就被告人聲請失效之種類分述如次。

(一)捨棄。被告人對於處刑命令。得聲請正式審判。乃屬被告人之權利。被告人既自捨棄其聲請權。法律上當然許可。惟捨棄聲請後。原處刑命令即生確定之效力。其聲請權亦因之歸於喪失。(第四百六十八條)

(二)撤回。正式審判之聲請。被告人可以表示捨棄。即行使聲請權後自行撤回。亦法律所應許。惟爲保全法律之威信計。不能不有一定之限制。即凡撤回聲請必須在第一審判決前爲之。否則無效。因在判決之後。倘或判決之刑。較重於處刑命令。而猶許被告人撤回聲請。維持爲原處刑命令之效力。則狡黠者流。難免不濫行聲請以供其試驗。(第

(三)駁回。法院駁回被告人正式審判之後聲請。其情形分爲左列二種。

(甲)裁定駁回。其原因共爲兩種。(1)聲請違背法律上之程式。例如聲請人。並非被告人本人。又非有權爲之代理人。其以書狀聲請者。書狀不具備通常之法定程式。或違反本法第一百九十二條。而欠缺作成書狀之要件。如未經聲請人署名蓋章等類均是。(2)聲請權已經喪失者。例如被告人之聲請。已經過第四百六十七條第二項所規定五日之聲請期間。或雖未經過期間。先已據被告人表示捨棄聲請。或曾經一度聲請。旋已撤回。因而喪失聲請權者均是。(第四百七十一條)

(乙)判決駁回。此指被告人正式審判之聲請合法。並已准許審判者而言。惟因被告人懈怠之故。法院依據特別之規定。而將其聲請權剝奪。使之喪失聲請權者是也。因其未就案件之實體上爲裁判。故此種判決。應仍視爲當事人聲請權失效之判決。其唯一原因。則由於被告人於聲請正式審判之後。經傳喚無正當理由而不到場者。因斯時案件已有開始正式審判之機會。或已實行審判。故其駁回聲請。應以判決之形式爲之。

不能再以裁定駁回也。但有應注意者。即被告人之不到場。必以無正當理由爲限。又本法第四百七十三條被告人之不到場。並未限以次數。依當然解釋。被告人即或於初次傳喚到場。而嗣後抗傳不到者。仍可一併適用。惟被告人原受命令之處刑確有寬抑。若僅因其偶然不到之故。遂予以不利益之裁判。其於刑事採取實體的真實主義。大相違反。故就本法第四百七十三條得字觀察。法院於實際適用時。仍有斟酌之餘地也。

○（第四百七十三條）

尙有附帶說明者。被告人捨棄聲請權或撤回聲請。究應用何種方式。此爲除權行爲。自應慎重。故原則上應以書狀向命令處刑之法院爲之。但有以言詞捨棄。聲請權或撤回聲請之機會。如因當場交付處刑命令正本。或審判時。被告人以言詞捨棄。或撤回者。亦應認爲有效。不過應將被告人之言詞記載筆錄。以資徵信。其經捨棄或撤回後。聲請權即喪失。更爲當然之結果。（第四百七十四條）

又被告人正式審判之聲請。經法院以裁定駁回者得於五日內抗告。若以判決駁回者則應准

其依照通常程序。分別情形。聲請回復原狀。或上訴。以資救濟。殆無庸疑。

(第四百七一條參考第二)

百〇八條第三
百五十八條

第八編 執行

執行云者。卽就確定裁判之主要部分。使之實現之行爲也。其與裁判有同一性質之處刑命令。亦生執行之效力。此不過就狹義而言。若就廣義之執行言之。除裁判及處刑命令外。凡關於案件之其他處分。或裁判後。未經處分之物件。以及按裁判之種類屬於何者。應隨時使之實現。何者須踐行一定程序後再使之實現。何者須將裁判更正後再使之實現。均屬執行之範圍。我刑事訴訟法爲處務便利計。採用廣義。又執行之行爲。原則上應嚴格的遵守裁判之內容。雖該裁判之執行發生窒礙。或有不能執行之情形。應予以變更或停止執行時。應以有明文規定爲限。絕不容執行或指揮執行之官吏。以自己之意思。任意出入。此則因維持裁判效力之結果。不得不然。亦卽爲執行程序之本質。其所以與偵查及審判程序

之重要區別。亦即在此。

第一 執行之指揮。刑罰之種類不同。而實行執行之方法與人員。因之各異。惟爲統一事權起見。在法律上自不可不有完全負責之人專司其事。此即所謂執行之指揮是也。在本法有指揮執行之職權者。計有三種。茲將其權限及種類分述如左。

(一)原諭知裁判法院之檢察官。凡裁判之執行。原則上應由諭知裁判法院之檢察官指揮。此則因被告人及卷宗多數均存於該法院。而事實上。該檢察官又往往即爲承辦案件之人。故爲指揮便利及免除錯誤起見。誠以由該檢察官指揮爲宜。且檢察官之地位。本爲司法行政官。又爲國家之代表。非若推事完全司審判職務者可比。執行既爲審判後之程序。故亦以歸檢察官指揮爲當。(第四百七十七條第一項前段)

(二)上級法院檢察官。上級法院檢察官指揮執行。乃屬例外。惟既同爲檢察官之職務。要不能謂原審法院檢察官。有指揮執行之權。上級法院檢察官。反無此權。但無一定之界限。則彼此權限不清。互相推諉。與互相競爭。均非所宜。故上級法院檢察官之指揮

執行。必限於案件因上訴或抗告。由該法院所裁判。或因撤回上訴抗告而應執行下級法院之裁判。且其卷宗現存於該法院者而後可。此項規定。完全爲便宜起見。若訴訟卷宗尚未送交上級法院。或已發回下級法院。則因執行時。須查核卷宗。仍由下級法院檢察官指揮執行爲妥也。(第四百七十七條
第二項第三項)

(三)法院或審判長。法院或審判長。爲專司審判人員。似無執行裁判之權。不過裁判範圍。至爲廣泛。除科刑而外。關於拘提羈押搜索勘驗等處分。法院及審判長。均可隨時予以裁定。而其裁定於審判之進行。又有密切之關係。卽或科刑之判決。如已同時宣告緩刑。或經判決無罪者。倘經檢察官聲明捨棄上訴。或係不得上訴者。法院或審判長選爲裁判之執行。亦均有利而無弊。故按照裁判之性質。亦得由法院或審判長指揮執行。不必完全由檢察官指揮執行也。(第四百七十
七條但書)

指揮執行之權限。既如上述。惟執行係以裁判爲重要之根據。故凡指揮執行。均應同時將裁判之繕本或節本。交付實施執行之機關。或公務員。並應以書狀記載執行之方法。

以昭慎重。(第四百七十八條)

第二 執行之次序。同一被告。有應執行二以上之主刑者。如以一裁判而宣告二以上之主刑。或併合論罪而有二以上之裁判是。故執行時不得有一定之次序。又執行原則上。應於裁判確定後開始。但有特別規定。如死刑之執行。則屬例外。(第四百七十六條參考第四百八十一條)茲將執行之次序分述如左。

(一)罰金。罰金與其他主刑之執行並無妨害。不必拘於一定之次序。故先予執行。或與他刑同時執行均可。

(二)除罰金外其他主刑之最重者。被告人凡受數種主刑之宣告。除罰金外。在各主刑中。應以較重之主刑先予執行。次及其輕者。但有必要情形。亦得酌予變更。(第四百七十九條)

第三 執行之開始。凡案件經裁判確定後。按其刑名及處分之種類。如已至執行時機。應即開始執行。但受死刑徒刑或拘役之諭知。其性質則專屬於受刑人身體上之執行。如受刑人並未羈押。檢察官應即分別情形。命令傳喚或逮捕之。其傳喚及逮捕之次序分述如左。

(一)傳喚。凡應執行死刑徒或拘役之受刑人。均應依法傳喚。如受刑人在前係因具保而停止羈押者。倘經傳喚不到。檢察官並得爲沒入保證金之處分。惟受刑人不服此項處分。得聲請該管法院請求撤銷。或變更之。因保證金係專爲防止被告人傳喚不到者。設定之保全訴訟行爲。若至執行時。仍不能實行此項制裁。未免於保證金之效用不符。故規定檢察官有逕行沒入保證金之權限。但爲保全受刑人利益計。故又准許其聲請撤銷或變更之。(第四百八十七條)

(二)逮捕。凡經傳喚不到者。應再發捕票逮捕之。此外凡應受傳喚執行之受刑人。若已逃亡。或有逃亡之虞者。亦得不經傳喚。逕發捕票。例如受死刑諭知之人。衡以人情。可預知其有逃亡之虞者。不妨逕發捕票也。關於捕票之效力。與拘票完全相同。捕票內應記明受刑人之姓名性別。其他足資辨別之特徵。及諭知之刑名刑期。發捕票之檢察官。並應於捕票內署名蓋章。至捕票之執行。則準用關於執行拘票之規定。(第四百八十七條第一項第四百八十八條至第四百九十一條)

第四 執行之類別。執行之類別。除褫奪公權。性質上無庸積極執行外。其餘應執行者。可分爲下列數種。(甲)關於主刑者。爲(1)死刑。(2)徒刑。(3)拘役。(4)罰金。(乙)關於從刑者。爲沒收。(丙)關於其他處分者。爲(1)追徵。(2)罰鍰。(3)沒入。(4)物件之發還。茲分別述之如次。

(甲)關於主刑者。

(1)死刑。死刑爲生命刑。關於死刑之執行。完全採嚴格的慎重方法。與他刑之執行比較。實有特異之點。分述如左。

(子)時期。凡一切刑罰及處分。多數於裁判確定後。卽予執行。死刑非俟司法部覆准。不得執行。故死刑於判決確定後。檢察官應速將該案卷送交司法部。俟司法部覆准後。於文到三日內執行之。其理由則因判處其他刑罰縱有錯誤或冤抑。較之死刑受刑人受害尙淺。且在執行中及執行後。均可隨時依法請求救濟。(如提起再審或非常上訴是)若死刑不但受刑人之生命不可回復。且一經執行。嗣後雖蒙昭雪。

或邀輕減。而事實上已陷於不能救濟之狀態。惟以已確定之判決。仍須呈請司法部覆准後始能執行。似有行政干涉司法之嫌。不知司法部覆核死刑。並非自身有裁判之權。而可逕以職權將原確定判決加以變更。不過一經覆核。其發見該案件有合於再審或非常上訴之原因者。固可命令該管法院之檢察官依法辦理。以資救濟。其無再審或非常上訴之原因。而經審查原確定判決所採之犯罪證據尙欠充分。或其所科刑罪有可未減者。亦可呈請政府特赦或減刑以昭公允。否則即應予以覆准。此完全爲執行死刑判決之最後救濟方法。於司法權之獨立並無抵觸。不然則其他刑罰之判決。經確定後。而由當事人提起再審或非常上訴。或經司法部呈請特赦或減刑者。亦將目爲於司法獨立有影響乎。是此種辦法。於執行其他之刑罰雖有此異。而論其結果。要屬相同。(第四百八十條第四百八十一條參攷刑法第五十三條)

(丑)蒞視。凡執行死刑。檢察官除應依通常程序爲執行之指揮外。並應親自蒞視。蒞視時。應命書記官在場。此外到場人員。則應經檢察官或監獄長官之許可。(四)第

百八十一條至第
四百八十三條

(頁)筆錄。死刑應由檢察官蒞視。書記官到場。無非爲慎重起見。故不得不制作筆錄以資證明。他若受刑人對於家屬或戚友如有遺言。亦可向檢察官陳述記載於筆錄內。以便轉知。至於筆錄之制作。與通常情形無異。應由書記官作成。檢察官署名蓋章。又該筆錄因在監獄內行刑而作成。並應由監獄長官署名蓋章。(第四百八十三條)

死刑之執行方法。在我國專制時代極複雜而殘忍。且須公開行之。蓋具有昭示警戒及與衆共棄之意。自暫行刑律頒布施行後。死刑始用唯一之絞并於監獄內祕密執行。現今新刑法。仍爲同一之規定。故執行死刑時。除得有檢察官及監獄長官之許可者外。無論何人。不許擅入行刑場所。(第四百八十二條第二項)
(參攷刑法第五十三條)

(2) 徒刑。徒刑爲自由刑。其執行方法。則於判決確定後。經檢察官之指揮。送交監獄內拘禁之。各國立法例。於徒刑之犯。多採定役自由刑。我國新刑法。亦以採取定役自由刑爲原則。即受自由刑之執行者。同時應令服勞役。以免虛糜國帑。且矯正其

游惰習慣。俾出獄後。得恃技藝自謀生計。不致再罹犯罪。故於國家及社會。裨益均多。(刑法第五十四條)

(3) 拘役。拘役亦屬自由刑之一種。其執行方法。及場所。均與徒刑完全相同。不過拘役之刑期甚短。執行時得免服勞役。惟此乃屬諸檢察官之職權。故免服勞役。須有

檢察官之命令。(第四百九十九條及刑法第五十四條第二項)

(4) 罰金。罰金爲財產刑。其指揮執行。亦於裁判確定後開始。惟受刑人繳納罰金。享有期限之權利。即在裁判確定後一月內。不負滯納之責任。檢察官不得逕予強制執行。或易科監禁。惟已逾裁判確定一月期間後。則可以強制方法命令完納。是時檢察官之命令。與有執行力之債務名義。有同一之效力。執行程序。並應援用關於民事裁判執行之規定。且受罰金之宣告者。雖已死亡苟有遺產可供執行。其執行權不因之消滅。此外如一月期滿。經執行結果。確係無力完納。或雖未期滿。已據受刑人陳明無力完納。願易科監禁者。應依照裁判所定易科之期間。即時命令執行。此項易科監禁

。與徒刑拘役。不可同視。故雖在監獄內執行但須另設監禁處所。以資隔別。徒刑拘役之受刑人。均令服勞役。此則以不服勞役爲原則。故非經檢察官命令服勞役者。不得令服勞役。其餘準用執行徒刑及拘役之規定。又罰金若已完納一部分。其未納之部分。依裁判所定標準折算。若罰金總額逾一年之日數者。則依罰金總數與一年之日數比例折算。因罰金折易監禁。在刑法上限制。不得超過一年故也。至於易科監禁不滿一日之另數。則不算入。例如罰金十元。裁判定明以三元折易監禁一日。計應監禁三日。而其餘之一元。經折算結果。尚不及一日。則應不算入監禁日數之內。祇執行監禁三日可也。(第四百九十二條第四百九十九條至第五百〇一條刑法第五十五條)

(乙)關於從刑者。

沒收。沒收云者。即經裁判示明應行沒收之物件是也。如未經裁判示明者。不得名爲沒收。亦不能適用執行沒收之規定。因沒收完全爲從刑之一種。非經裁判宣告不可。若未經裁判宣告。逕由檢察官以命令沒收。即爲違法。關於應行沒收之物件。檢察官

應隨時處分之。其處分方法。則依物件之種類及性質而各不同。如係軍用槍砲等違禁物品。可送交附近軍事機關備用。如係鴉片偽幣等物品。則應銷燬。如係其他財物。有金錢之價格者。則應分別情形。競賣或保存。而以其利益歸屬於國庫。他若偽造或變造之物件。如僅屬於該物件之一部分。並經裁判宣告將該偽造或變造之一部分沒收者。是時檢察官得僅變更該部分之形狀。或加以標示。將其因偽造或變造所生之效用破毀已足。不必實行沒收也。(第四百九十二條第四百九十五條參攷修正沒收物品處分規則)

(丙)關於其他處分者。

(1)追徵。查追徵不在刑法第四十九條及第五十條列舉刑名之內。惟於分則中設有此項特別規定。是不能認為刑名。而為刑法上之一種特別處分。至為明瞭。而就受刑人方面所受之效果言之。實介乎沒收與罰金之間。惟因其有金錢之關係。故關於追徵之執行。亦與罰金大略相同。不過罰金在刑法上有准許折易監禁。及於裁判確定後。所享一月內完納之猶預期間等規定。於追徵則均不能適用。此因追徵為刑法上之特別處

分。故不能援用關於其他刑名之規定也。

(第四百九十二條參攷刑法五十五條第十六條第三項第一百二十九條第四項第一百三十條第三項)

(2) 罰鍰。罰鍰亦為刑法刑名之所無。其規定散見於本法關於證人鑑定人等違背義務各條中。我民事訴訟法亦有類似之規定。此完全為對於第三人違反訴訟上義務所施之處分。而本法執行編。所稱之罰鍰。則專指刑事一部分而言。民事部分之罰鍰。並不包括在內。因民事事件。自有執行民事之公務員負責處理。但民事訴訟法上。既沒有同樣之罰鍰規定。則罰鍰為訴訟上之處分。而絕對無刑之性質。更可無疑矣。其執行方法。除關於罰金屬於刑法上之特別規定不能適用。及不能就受罰人之遺產執行外。其受罰者。如保證人。得准其以二元易科拘留一日。如係鑑定人。則不准易科拘留。其餘一切手續。均與罰金追徵之執行無甚歧異。其所以不許就遺產執行者。因此項罰鍰。完全為對於受罰人自身所施之制裁。含有警戒性質。若其人已經死亡。殊無警戒之必要。故不妨從寬而予以豁免也。(第四百九十二條參攷第八十八條第一項第四款第九十五條第一項第一百三十三條第一項第二項第一百十七條第一百十八條第二項)

(3) 沒入。沒入亦為訴訟中之處分。係對於具保停止羈押中之被告人。經傳喚無正當

理由不到者。所施之制裁。在檢察官。可以直接處分。無庸經過裁判。在法院或推事。則以裁定行之。其執行方法。完全由檢察官以命令行之。其保證金尙未繳納者。並得援用民事強制執行之規定。(第四百九十二條參考第八十
二條第四百八十七條第二項)

(4) 物件之發還。刑事訴訟中存案之物件。不外兩種原因。一爲應行沒收之物件。一爲暫時扣押之物件。惟該物件之權利人。均有請求發還之權。即檢察官於該物件苟非性質上認爲不能發還者外。亦負有發還之義務。茲分別述之如次。

(子) 沒收物件之發還。凡經裁判沒收之物件。原則上不能發還。因沒收係刑名之一。若沒收而任意發還。殊背刑法強行之規定。惟徵之刑法第六十二條第一項規定。凡屬刑法第六十條第二第三兩款規定之物。以屬於犯人者。始得沒收。則該物之權利。如屬於犯人以外之第三人。根據罰必當罪之原則。自不能使第三人無端蒙受損害。而在事實上亦間有因沒收該物時。權利人不明。以致裁判宣告沒收。迨經裁判確定後。權利人始到案聲明。既於刑法第六十二條第一項立法之原則相符。而又非

將該物件發還於被告人可比。是時檢察官如將該物件發還於權利人。自係以職權將該沒收物件所爲之處分行爲。不能目之爲違背確定裁判。因此辦理。與受刑人之自身毫無何種影響也。惟須遵守兩種限制。即（一）權利人之聲請須在執行後三月以內。（二）聲請發還之物件。必須非應破毀或廢棄者而後可。例如沒收之物件。倘爲權利人家藏之僞幣。或猥褻文書圖畫等。則不能享有發還之權利也。又應發還之物件。若於權利人未聲請發還以前。業已脫賣。則爲保護第三人權利起見。祇能給予競賣所得之原價。以代發還。此外僞造變造之物件。有時雖應沒收。但該物件本身。往往於第三人存有權利。或於犯罪人之本身存有他種權利。（如犯人將自己或他人關於證有價證券之數字加以變造或僞造而與他人爲財產交易等均是。）是時在事實上不得不發還於所持人。惟檢察官得變更其形狀或於僞造變造之處加以標示而將物件發還。（第四百九十四條）

（丑）扣押物件之發還。 扣押物件本以發還爲原則。惟有時不知權利人之爲何人。或雖知之。而於其人所在地不明。或因其他事故不能發還。應由檢察官以布告招領。

惟經布告之後。若仍無人承領。不但物件之權利狀態。未便久懸不定。即扣押物件。日漸增多。保管殊感困難。且不便久於保存之物件。更不免因日期過久而朽壞。或致貶損其價格。於經濟亦不無影響。故自布告之日起。若於六個月內無人聲請發還。即以其物件歸屬國庫。此外若無價值之物件。雖在六個月期間之內。仍得逕命廢棄。而免除布告招領之手續。因其物件既無相當之價值。有時亦可推定權利人無承領之意思也。至於不便保管之物件。雖在六個月期間之內。亦得先命競賣。而將原價保管。以備發還。此又爲事實上當然之結果。(第四百九十六條)

第五 執行之停止。執行之停止云者。即已屆執行之時機。而因一定事故之發生。具備法律上停止行刑之條件者是也。至已屆執行時機。因意外事故。致不克執行。或不能達執行之目的。(如被告人於執行時逃亡)以及因特別情形。應暫緩執行者。(如諭知死刑判決確定後須待司法官覆准以受多刑之諭知先)前者爲執行之不能。後者爲執行時機之未至。均不得謂爲執行之停止。就其種類言之。其得以停止執行者。則爲死刑徒刑拘役三種。分述如次。

(一)死刑。執行死刑之目的。完全在斷其生命。而罪人不孥。爲古今治刑法學者之明訓。凡受死刑之諭知者。在心神喪失中。仍予以執行。則受刑人必不能了解行刑之意義。又對於懷胎婦女。爲死刑之執行。則必因其母以殺其子。亦非仁者所忍爲。是以受死刑諭知。合於以上兩種情形。卽在心神喪失未痊愈前。及婦女懷胎未生產前。均應停止執行是也。但死刑之執行。依照本法第四百八十一條及刑法第五十三條。須待於司法部之覆准。則停止執行。應以司法部之命令行之。方與上開條文。精神符合。又既應依司法部命令停止執行。則停止以後。而實行執行。仍必俟諸司法部之命令。更爲當然之結果。誠以死刑。關係至重。故規定特別從嚴。雖有指揮行刑權之檢察官。亦不容逕以命令從事也。(第四百八十四條參考第四百八十條
第四百八十一條刑法第五十三條)

(二)徒刑。凡受徒刑之諭知。而有左列情形之一者。應停止執行。

(1)心神喪失者。

(2)懷胎七月以上者。

(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。

右列(一)款之情形。與死刑停止執行之理由相同。至於(二)(三)(四)三款。則因執行。不但於受刑人之健康顯有影響。且其生命亦將不能保全。(二)款並所以保護胎兒之生命。惟徒刑之執行。完全依檢察官之指揮行之。故於停止執行時。亦應由於檢察官之指揮。以重權限。既無庸呈請司法部。或其他上級機關之核准。而實司執行之監獄長官。亦無行逕執行之權也。但(一)(四)兩款情形。如經停止執行。檢察官得將受刑人送入病院。或其他適當之處所。因該兩款既已准許停止執行。則爲之盡力醫治。實爲當然之事。亦庶於停止執行之宗旨相吻合。且心神喪失者。往往足以妨害監獄之紀律。此外疾病之含有傳染性者。

亦有與其他受刑人隔離之必要也。(第四百八十五條)
(第四百八十六條)

(三) 拘役。與徒刑完全相同。(第四百八十五條)
(第四百八十六條)

第六 檢察官之聲請。按檢察官指揮執行。完全以確定判決爲唯一之根據。即屬於處分性

質者。亦有明示之處分可資依據。而檢察官之執行指揮權。原係基於法律之規定。既無須其請求。而後發生。亦不待任何機關之授權或核准而後成立。似乎於案件執行中。絕無待於檢察官聲請之情形。但有特種案件。則屬例外。其故有二。

(一) 撤銷緩刑諭知之聲請。依刑法第九十條。凡受刑罰之諭知。而同時諭知緩刑者。按諸同法第九十一條。得更將緩刑之諭知撤銷。是時應由受刑人之所在地。或其最後住所地之地方法院檢察官。而該法院以聲請之方式行之。該地方法院接受前項聲請。應於訊問被告人或其原審代理人後。予以裁定。其所以由受刑人所在地方法院檢察官聲請者。則因謀執行及訊問之便利使然。而所以限於訊問後始能裁定者。則又為慎重起見。俾被告人及其原審代理人有抗辯之機會也。至於最後住地云云。則因受刑人之所在地或有時不能明瞭。事實上於指揮執行之進行。未便即因之停頓。故明示其旨。以免疑問。而適用之次序。當然先由受刑人所在地之地方法院管轄。必須受刑人所在地不明。而後始能以其最後住址為補充管轄也。(第四百九十七條第一項第二項) (參攷刑法第九十條第九十一條)

(二)更定其刑之聲請。執行固須以確定判決爲依據。但確定裁判。顯然違法。或不當者。檢察官尙得依法請求救濟。如提起再審或非常上訴是。而確定判決。如經發見爲累犯者。雖不能以再審或非常上訴之方法救濟。但查刑法第六十七條。則已明定應更定其刑。又併合論罪有二裁判以上。或雖爲同一裁判。且已合併定其應執行之刑。而各罪中有應行赦免者。若均照原確定裁判執行。則在前者殊失併合論罪之本旨。而在後者。於被告人所受之赦免。又將毫無實益。故依照刑法第七十二條及第七十三條。亦均定有應依同法第七十條更定其應執行之刑之規定。於此情形。應由該案最後判決之法院檢察官向該法院聲請裁定。法院於裁定前。亦應訊問被告人或其原審代理人之意見。其所以定明由最後判決案件之法院管轄者。則以該法院於審理被告人。所犯之案件未久。情形較爲熟習。而在事實上被告人又往往尙在該法院管轄區域以內。於訊問上亦較便利故也。其餘理由。則與聲請撤銷緩刑論知相同。(第四百九十八條第一項第二項參)
(收刑法第七十條至第七十三條)

右列兩種聲請。在裁定前。既均須訊問被告人或其原審代理人之意見。故裁定後。均准

許抗告。此因貫徹聲請權。及被告人或其代理人之抗辯權。不得不然。至於抗告期間。則以五日爲限。(第四百九十七條第三項 第四百九十八條第三項)

第七 疑義異議之聲明。凡對於科刑裁判解釋發生疑義。或對於檢察官之指揮認爲不當者。均得分別聲明疑義或異議。前者則因裁判用語有欠明瞭。或同時可作兩種以上之解釋。以致無所適從者是。後者則因檢察官之指揮執行。有違法之情形。或雖非違法。而因其處置失當。致受刑人感受重大之不利益者是。兩者聲明均以主觀的卽爲成立。不問其結果有無聲明疑義或異議之必要也。不過疑義之聲明。須以科刑之裁判爲限。反之該裁判如係諭知無罪、免訴、不受理、管轄錯誤等情形。則無須檢察官指揮執行。故不得率予聲明疑義。而此等裁判在實際上於被告人。無何種不利益可言。故經確定之後。亦不許被告人聲明疑義。茲將聲明之程序分述如次。(第五百〇二條 第五百〇三條)

(一) 聲明人。凡疑義之聲明。除受刑人外。檢察官或自訴人均得爲之。異議之聲明。則僅限於受刑人。(第五百〇二條 第五百〇三條 參攷第三條)

(二)書狀。凡聲明疑義或異議。均應以書狀爲之。故若以言詞聲明者。則不生效力。(

第五百〇四條第一項

(三)法院。凡爲疑義或異議之聲明者。均應向諭知該裁判之法院爲之。(第五百〇二條 第五百〇三條)

聲明人如已遵守右列程序。其聲明卽爲合法。法院應依書面審理。調查其聲明之當否。然後再諮詢檢察官之意見。如係無理由者。應以裁定駁回之。如係有理由者。在疑義之聲明。則應以裁定將疑義闡明。在異議之聲明。則應分別情形。以裁定將檢察官關於指揮執行所爲之處分撤銷或變更之。凡受裁定之人。於裁定送達後。如有不服。均得於五日內抗告

(第五百〇五條)

按疑義或異議之聲明。均以聲明人主觀上之意思而成立。故聲明人於聲明後。在主觀上認爲已無聲明之必要。亦不妨自行撤回。惟撤回須在聲明後。未裁判以前。方爲有效。否則不免以聲明爲嘗試之手段。而裁定轉成爲具文。殊非法之所許。又聲明既須以書狀爲之。則撤回聲明。亦必應具備書狀而後可。至本法第五百〇四條。雖有準用第三百七十二條之

規定。惟在聲明之裁定。既不須經過審判。則以言詞撤回。當然不能一併準用。至於聲明經撤回後。應即時生撤回之效力。要亦與撤回上訴無異。又聲明人如係在監獄或看守所之受刑人或被告人。則關於聲明。應準用在監獄或看守所之被告人。提起上訴之規定。此完全為保護受刑人或被告人之利益。及維持監獄或看守所紀律起見。不得不然也。(第五百〇四條參攷)

第三百六十五條
第三百七十二條

第九編 附帶民事訴訟

附帶民事訴訟。為通常民事訴訟之一部。就其訴訟本質言之。亦與通常民事訴訟相同。不過附帶民事訴訟之原告人。請求之標的。及請求之原因。與被告人之犯罪行為。有因果之關係。換言之。即附帶民事訴訟原告人之請求權。係基於被告人之犯罪行為而發生。其所適用之實體法。亦與通常民事訴訟絲毫無異。惟因審裁上之便利。於顯然明確之私權損害。不必被害人另行提起民事訴訟。致有需時耗費之苦。故許其於刑事訴訟同時提起。或於

刑事訴訟進行中提起者是也。刑事與民事。本各有實體法及程序法之規定。彼此劃分。不容混淆。而附帶民事訴訟。實卽民事訴訟。祇因審判便利。准許附帶於刑事訴訟中提起而已。故附帶民事訴訟。卽謂爲刑事程序中合併審理民事之一名詞。亦無不可。

第一 附帶民事訴訟之程序。 附帶民事訴訟。既與通常民事訴訟性質相同。故關於通常民事訴訟。應行遵守之要件及程序。在附帶民事訴訟。除有特別規定者外。自應一律遵守。不容或異。惟關於通常民事訴訟之程序。已有民事訴訟法詳細規定。不屬本編之範圍。本編所述者。乃附帶民事訴訟在本編之特別規定耳。茲分別述明爲次。

(一)當事人。 凡附帶民事訴訟之當事人。就其訴訟性質言之。自難與刑事訴訟之當事人相同。因附帶刑事訴訟之目的。完全在保護私權。與刑事訴訟之目的之請求爲刑事之裁判者迥異。故就原告人方面言之。凡代表國家行使公訴權之檢察官。不能有附帶民事訴訟原告人之資格。因檢察官就其職位上不能享有私權。更不許爲他人私權上之代表人故也。更就被告人方面言之。凡爲附帶民事被告人者。須爲刑事訴訟之被告人。但有時除

被告人外。而與被告人之犯罪行為。雖不負刑法上之共同責任。然按照民法上應負有賠償責任者。亦得同為附帶民事訴訟之被告人。例如管理倉庫者。因怠於監守之故。致令倉庫財物被竊。行竊者因應負刑事責任。並應責令賠償。或返還贓物。但依民法之責任。管理倉庫者。亦不能辭疏忽之咎。若行竊者。不能將贓物返還。而又無力賠償時。管理倉庫人即不能免除賠償之責。故凡為附帶民事訴訟之被告人者。並不僅以刑事訴訟之被告人為限。至於民事當事人所應具備之通常要件。在附帶民事訴訟亦應具備。即所謂當事人能力與訴訟能力等均是。依此推斷。則刑事被告人。當然有當事人能力。固不待言。惟依附帶民事訴訟程序。準用刑事訴訟程序之一點觀之。即除被害人而外。凡有自訴權之人。如不違背被害人之意思。亦得代理被害人而享有附帶民事訴訟原告人之權利也。

（第五百〇六條參考第五〇七條第二項）
（第三百三十七條至第三百三十九條）

(二) 法律之適用。關於附帶民事適用法律之點。可分為二項述之如左。

(甲) 實體法。附帶民事訴訟之本質。本與通常民事訴訟相同。不過訴訟標之物之範圍

。僅限於回復損害。其請求權並須因犯罪者之加害而存在。較民法上之一切權利為狹耳。至於因解決責任問題。而適用之實體法。則要與通常民事訴訟初無二致。故附帶民事訴訟之賠償責任。應仍依民法定之。(第五百〇六條第五百〇七條第一項)

(乙)程序法。附帶民事訴訟。既係附帶於刑事訴訟而提起。依附帶二字解釋。其一切程序。應適用刑事訴訟法之程序。固屬當然。反之若於附帶民事訴訟提起後。而改用通常民事訴訟程序。不但進行迂緩。妨礙刑事訴訟之進行。而所貴乎附帶者又何在。惟有時限於附帶民事訴訟之性質。而在刑事訴訟法上無規定者。例如附帶民事訴訟有假扣押假處分之必要。或至執行之時機時。則不妨仍然適用民事訴訟法以濟其窮。

(第五百〇七條第二項)

(三)起訴之時期。無論民事或刑事。均應依法向第一審法院提起訴訟。不得任意越級。惟附帶民事訴訟。則因附帶於刑事訴訟之故。不妨於第二審提起。此則因法院審理刑事時。於附帶民事之事實及法律關係。已多數臻於明瞭。故不必拘於審級。若顧慮妨害刑

事訴訟進行計。亦有相當之限制。即(1)在第二審辯論終結後。(2)在第一審辯論終結後。提起上訴前。均不准提起附帶民事訴訟。因一則已經過提起附帶民事訴訟之時機。一則在第一審辯論終結後。未上訴前。將來刑事案件是否上訴。尚不確定。若准其提起附帶民事訴訟。不免與附帶之名實不符故也。(第五百〇八條)

(四)判決。附帶民事訴訟。既係附帶於刑事訴訟而提起。原則上實有同時判決之必要。但因特種情形。亦得於刑事訴訟判決後。再為附帶民事之判決。(第五百〇九條)茲分別述明其情形如左。

(甲)得與刑事判決同時判決者。

(子)形式判決。

(1)管轄錯誤之判決。即附帶民事訴訟之管轄。每隨刑事訴訟之管轄為轉移。故刑事訴訟案件。經諭知管轄錯誤之判決。其附帶民事訴訟。亦應同時諭知管轄錯誤之判決。

(2) 不合法駁回之判決。凡附帶民事訴訟。不具備訴訟之要件。例如提起附帶民事訴訟之人。並非民法上受損害之人。而又無合法之代理權。或依法不合於附帶民事訴訟之性質(即所請求之標的並非因他人犯其所受之損害)者。刑事訴訟已至判決之程度。自應於同時以判決將附帶民事訴訟駁回。

(丑) 實體判決

(1) 無理由駁回之判決。即附帶民事訴訟。已具備訴訟要件。應認為合法。而原告人所主張請求係無理由者。例如依實體法上規定。原告人並未受實體之損害。其權利義務無從發生。或已據原告人表示捨棄其請求等是。此時如刑事訴訟已至判決之程度。應同時判決。將附帶民事訴訟駁回。

(2) 諭知被告人敗訴之判決。即附帶民事訴訟。具備訴訟要件。應認為合法。而經實體上之審理。又應認原告人之請求為有理由。被告人且已就侵害原告人法益之故而應負刑事責任。則為刑事判決時。自應同時諭知附帶民事訴訟被告人敗訴之判

決。

(丁)得於刑事訴訟判決後判決者。

(子)形式判決。

(1)因附帶民事訴訟繁雜而移送民事法院審判之判決。附帶民事訴訟。准其於刑事訴訟中附帶提起。原為審判便利起見。若刑事事已至終結之程度。或已經判決之後。而附帶民事之訴訟關係。異常複雜。不易明瞭。是時實已無附帶刑事訴訟審理之必要。且或已至無可附帶。故得以判決將附帶民事訴訟移送該管民事法院審判。惟此項判決。完全由於推事。本於事實上之便利。任意為之。故不必拘於訴訟程度如何。極言之。即在刑事訴訟判決以後。而再將附帶民事訴訟移送民事法院審判。亦無不可。惟此項移送形式。是否應以判決行之。抑以裁定行之。法律上原無明文規定。以余觀之。若在審判中諭知者。自應以判決行之為宜。若未經過審判者。則不妨以裁定行之也。(第五百十條)

(2) 因刑事訴訟諭知無罪免訴或不予受理而移送民事法院審判之判決。刑事已經諭知無罪免訴或不予受理。是時民事訴訟。已無從可以附帶。故於此時。亦得將附帶民事訴訟移送該管民事法院審判。(第五百一十一條)

(丑) 實體判決。

(1) 得以移送民事法院審判之判決。凡附帶民事訴訟。具有得以移送民事法院之精神。固可分別情形。將該案件移送民事法院審判。但刑事法院即不為移送之裁決。或於刑事判決後。仍就附帶民事訴訟之實體上依法調查。而為實體上之判決。亦為法之所許。(第五百十條第
五百一十一條)

(2) 不應移送民事法院審判之判決。即附帶民事訴訟。並無繁難之情形。又無其他得以移送民事法院審判之法定原因。本應由刑事法院與刑事訴訟合併審判。惟有時因附帶民事事實尚未至十分明瞭之程度。而刑事訴訟已達審判之時機。不可因附帶民事訴訟應再調查之故。而將刑事判決之諭知延緩。故此時不妨先將刑事部分

判決。而將附帶民事訴訟延至刑事訴訟判決以後。再予判決。

第二 附帶民事訴訟之效力。 附帶民事訴訟之請求標的及原因。應以因犯罪所受之損害程度。為請求之標的。並應以所受損害之原因事實。為提起附帶民事訴訟之原因。故附帶民事訴訟之判決之原因事實。絕對不容與被告人犯罪之事實互相抵觸。而有相異之判決。即刑事訴訟經諭知為有罪者。關於該判決內所認定之犯罪事實。若並應負民事上之責任者。並應諭知該被告人負賠償損害之責任。此即為附帶民事訴訟之效力。不但附帶民事訴訟為然。即與附帶民事訴訟同一性質之獨立民事訴訟亦然。故法律為保全此種效力起見。特兩種規定述之如左。

(一) 拘束之效力。 凡附帶民事訴訟。及與附帶民事訴訟同一性質之獨立民事訴訟。其於犯罪之證明及責任。如已經刑事判決認定者。則為該民事裁決之法院。均應受其拘束。例如刑事判決。已認定甲之財物為乙所竊。而民事判決之法院。即應受其拘束。命乙對甲負返還或賠償財物之判決是。

(第五百
十三條)

(二)停止民事訴訟進行之效力。刑事判決所認定之事實。關於犯罪之證明及責任。既有拘束民事訴訟之效力。在附帶民事訴訟。本應與刑事訴訟合併審判。依此規定。在事實上當不致有相異之裁判。惟獨立民事訴訟則不然。故爲避免衝突起見。若該獨立民事訴訟。係由於犯罪所發生。經民事法院受理後。判決確定前。應將民事訴訟之程序停止進行。惟被告人所負之民事責任。是否構成犯罪。未至十分明瞭之程度。卽刑事是否成立。尙有待於民事解決後始能明瞭者。此則屬於刑事起訴。以民事裁判爲條件之案件。與前述之情形。完全不同。依照本法第二百六十三條。應將刑事停止審判。尙不能遽將民事訴訟停止。又不可不注意也。(第五百十二條)

刑事訴訟法論完

